

〔翻訳〕

クラウド・ロクシン『刑法総論』第一卷(第三版)〔九の二(完)〕

吉田 宣之・谷脇 真渡

1) 侵害の犠牲者からの危険の発生

63 これまでのあらゆる議論の基礎をなしている正当化的緊急避難の通常の場合は、攻撃的緊急避難である。すなわち、緊急避難行為者が、危険から自己または他人を救うために、第三者の法益を侵害する場合である。ようやく最近になって、人間によって惹き起こされた防衛的緊急避難があり、ここでは、緊急避難行為者が、緊急避難行為の被害者に由来している危険に対して抵抗しているという事情に注目が集まっている。かつては、そもそも三四条の観点に基づいて評価すべき防衛的緊急避難の事例があり得るということに気づいていなかった。というのは、人間に由来している危険は、原則的に、正当防衛(三二条)の原則に従って取り扱われるべきであるのに対して、物(とりわけ、動物)によって惹き起こされた防衛的緊急避難は、民法二二八条に特別規定があるからである(これについては、後述 Rn.97ff.)。

64 それにもかかわらず、現在の違法な侵害が欠けているため正当防衛規定が援用できないという理由で、三四条に従って判断されなければならない人間に由来する危険からの防衛の事例が四つある。非行為による脅威、たとえば、

事故の結果として、反対車線へ横滑りせざるを得なかった自動車による脅威(1)。運転手が、あらゆる交通法規を遵守してはいたが、それにもかかわらず、適時には認識できない、人を轢く危険が発生したという事例のように、注意義務に適った、それ故、違法ではない行為による危殆化(2)。母体の生命を救うために、出産中に胎児を殺害しなければならぬ、いわゆる穿孔(3)。そして、最後に、後に防衛することが不可能である(あるいは、極めて困難な方法においてのみ可能である)ため、準備段階の侵害が、予防措置によって阻止された、予防的—正当防衛(4)。これらの事例においては、一部は、すでに行為、すなわち、侵害そのものが欠けており(1、3)、一部は、違法性が欠けており(2)、そして一部は、侵害の現在性も欠けている(4)。したがって、正当防衛は可能ではない。それにもかかわらず、被脅迫者は、危険を三四条によって、しかも、注意深く考量されなければならない一定の限界内において、防衛しなければならない。

65 確かに、学説の一部は、人間によって惹き起こされた防衛的緊急避難の事例を、三四条によってではなく、民法二二八条に類似するものとして形成されるべき、新しい超法規的な防衛的緊急避難という正当化事由を使用して解決しようと試みている。この見解は、防衛的緊急避難においては、防衛が、保護された利益が著しく優越していない場合においても許容されなければならないとするのに対して、三四条の場合には、「保護された利益が侵害された利益を著しく優越する」ことを要求することによって、攻撃的緊急避難にのみ適合するものと考えようとしている。生命および健康への脅威は、自分自身の身体および生命に対する利益が、同じ法益に対する被害者の利益より、必ずしも著しく優越していない、あるいはそもそも優越していない、それどころか、それを下回っている場合であっても、危険を惹起した者に傷害を加えることによって、それどころか、必要とあれば、彼を殺害することによって、守られな

ければならない。むしろ、防衛的緊急避難という超法規的正当化事由に対しては、民法二二八条の全く異なった考量の基準が考慮されるべきである。それによれば、惹起された損害が防衛された損害より大きいものでもよく、また、さし迫った危険と「均衡するもの」であつてもよい。

66 しかしながら、このような見解に従うべきではない。防衛的緊急避難の問題が三四条を使用して適切には解決され得ないということを受け入れることは、利益考量説を財考量説の意味で誤って解釈しているためである。そのような場合において、しばしば、保護された法益が侵害された法益よりも、必ずしも著しく価値があるものではないということは、「保護された利益が侵害された利益よりも著しく優越している」ということを否定しない。すでに一九六二年草案の理由書は、「事情によつては、その絶対的なランクづけに従つてより価値が高いとされた法益は、価値の低い財を保護するという利益が、個別事例の特殊性のために、他の財を侵害しないでおくという利益に対して著しく優越する場合、——絶対的に考察して——より価値の低い財に対する関係で逆転する」こともあり得ることを承認している。防衛的緊急避難において、価値がより高いわけではない法益の場合にも、しばしば利益考量をこの保全財の有利にさせるために考慮されなければならない事情とは、侵害財の領域からの危険の発生である。すなわち、外部から向つてくる脅威が、責任を負わすことができないようなものとして惹起された場合でさえも、その脅威を無抵抗に甘受する必要は誰にもない。というのは、危険の創出者は、侵害権を持っていないからである。それは、物に内在する危険において、民法二二八条の考量をもたらず思考であり、そして、この思考は、三四条の領域においても、他のものと並んで、一つの考量の観点として考慮されるべきである。

67 それについて、(民法二二八条類似の) 新しい超法規的な正当化事由を必要とはしない。反対に、民法二二八条の規定は、確かに、傾向として、三四条による考量の際に尊重されるべきであるが、人間によって惹き起こされた防衛の緊急避難の事例に、決して無制限に転用できるものではない。というのは、民法二二八条が不相当性の限界まで侵害を許しているのは、侵害財において、物のみが問題となっているということにも、その理由が求められているからである。しかし、正当防衛を基礎づけない人間の危殆化であるとはいえず、人間であるから物よりは寛大に扱われなければならない。また、民法二二八条二文によれば、正当化に対しては影響を及ぼさないとされる緊急避難行為者による危険の何らかの自招性は、人的に危険を惹起した者の防衛の場合には、決定的に重要でなければならぬ。民法二二八条との関係で、この著しく複雑な考量の状況を考慮して、防衛的緊急避難の個別の事例群について次のような結論が導かれる。

68 非行があるいは注意義務に違反しない行為によって危殆化された場合(グループ1と2)、惹起者の領域からの危険源は、重大な物的価値を保護するための軽微な身体傷害は正当化され得るという結論に至る。したがって、価値ある花瓶を壊されないために、所有者が突然のひきつけ発作で暴れているてんかん患者を暴力的に突き飛ばした場合、あるいは暴走する馬から重大な物的損害の惹起を伴う露店の突き倒しを受ける前に、露天商が逃げて行く馬の手綱を掴み、そして、馬車の同乗者の打撲傷を甘受することによって、馬を寸前で静止させた場合、彼らの利益は、「著しく優越したもの」とみなされ、三四条によって正当化されなければならないだろう。しかし同時に、許容性の限界も明らかにになった。所有者には、危険を惹起した者であっても、骨折あるいは重い脳震盪を与えることなど許されない。というのは、人間の健康と単なる物的財の間の価値の格差は、あまりに著しいので、それは、利益考量に際して、答

責されるべきではない危険の惹起という要素によって、大幅に修正されることはないであろうからである。

69 防衛的緊急避難状況のもとで、生命および健康に対する危険に晒されている場合、その者に死あるいは重い身体傷害を甘受するように要求することはできないであろう。したがって、危険に晒された者は、危険を惹起した者に重い傷害を負わせるか、それどころか万一の場合には殺害したような場合でも、三四条によって正当化される。確かに、この危険を惹起した者は、彼に由来する危険に対して答責的ではないかもしれないが、これは特別の危険負担義務なしに、他人のために重い身体傷害を誰も甘受する必要はないという事実を何ら変更するものではない。もつとも、それが可能である場合、回避しなければならぬし、あるいは他人の救助を用いなければならぬ。さもないと、その危険は、他の方法で回避することができないような方法で危険を惹起した者に、重い傷害を負わせるか、あるいは、その者を殺害することのないように、中程度の健康上の危険までは甘受されなければならないであろう。それにもかかわらず、防衛的緊急避難においても、通常は許容されることのない生命対生命の考量が、限界事例においては回避できない。

70 それによって、穿孔の事例に対しても解決法が事前に示されたことになる。それは、母親の生命を救うため、あるいは彼女を重い健康侵害から守るための出産中の子供の殺害と理解されている。その必要性は、ほとんどの場合、子供の特異体質（たとえば、水頭症）に基づいている。なお、一九六二年草案は、穿孔の事例を、医学的に適応した妊娠中絶の事例と同等に扱おうとしているが（Rn.§157II）、今日の法律は何も語っていない。しかし、三四条による

正当化が、受け入れられなければならないのではなからうか。なぜなら、防衛的緊急避難の典型例が問題となっているからである。その典型例は、特別の事情類型性によって、上で挙げられた事例群<sup>1</sup>と異なるに過ぎない。すなわち、ある人間（出産途中にある子供）が、他の人間（母親）を危殆化しているが、その子供にこの危殆化を行為として帰属させることは、到底できないと思われる。というのは、出産は純粹に生物学上の経過だからである。それにもかかわらず、——とても悲惨なのは、このような事例であるが——考量は、母親の有利になされなければならない。子供に生命の贈り物をする母親は、通常、妊娠に伴う苦勞と健康侵害を甘受しなければならない。しかし、生命を犠牲にすること、あるいは重い健康被害の甘受を、法の名のもとに生命の提供者に対して、不当に要求することは許されない。医学的に適応した場合の妊娠中絶の事例もまたこのことを示している。しかし、この並行事例に、刑法は——民法とは異なり——、人間としての資質を誕生の開始に前倒ししたが故に、穿孔を包含することはできない。この前倒しは、乳児を出産の間中、回避可能な殺害および傷害から守るために行われたのであって、母親の生きる権利を短縮するために行われたのではない。

71 確かに、利益考量は、ここでも、民法二二八条の様式のように、財の割合が正反対にされているわけではない。むしろ、危殆化する者に責任を問うべきではない防衛的緊急避難のように、危殆化される者（ここでは、母親）に、中程度の身体傷害を甘受することを期待することまでは許されるのではなからうか。というのは、とりわけ、その甘受は、その保証者の地位から導き出され得る危険負担義務（*Risikopraxis* 参照）に該当するからである。實際的に、これが意味することは、限定された健康上の危険は、甘受されなければならないということ、および帝王切開を行って出産が特別の危険なしに可能である場合、穿孔が行われることは許されない、ということである。さらに、母親自身が、自

分の生命ではなく子供の生命を救うことにした場合、利益考量は逆になる（Ru.62 参照）。彼女が、どんなことがあっても、子供を産み、そしてその際、自分に対して生じている健康上の危険、ましてや生命の危険をも甘受するつもりであるということを表明した場合、医師はそれを尊重しなければならない。

72 部分的ではあるが、文献によれば、生命対生命の考量は、例外なく不可能であると認められているために、ここでは責任阻却だけが肯定されることになる。それは、母親の場合は三五条に基づき、医師の場合は超法規的な責任阻却事由に基づくとされている。しかしながら、これには満足できない。医師に対して、違法な行為をするか、あるいは母親を死なせるかの二者択一を迫ることは許されないということは別にして、単に免責とされることによって、第三者に緊急救助権の扉が開かれることになり、それによって、母親と子供の間の生存をめぐる争いが、場合によっては生命に対する危険の効果を他の者へ拡張することになってしまふのではなからうか。同様に、Key は、人間の生命の考量不可能性の故に、三四条を援用することができないと考えて、医師に有利に、正当化的義務の衝突を認めようとしている。しかし、これは、医師が自由な判断で、母親の生命のために子供の生命を犠牲にすることは許されるという、耐えられない結果に至らざるを得ないであろう。というのは、同じ地位にある二つの救助義務が衝突している場合に、二つの義務のうち一つのみが果たされさえすれば、正当化が生じるからである。しかも、このような結論を免れるために、母親を救うための義務を優位なものとして取り扱おうとした場合には、誤って許されない考量を行ったということになるだろう（義務の衝突について、詳しくは、後述 Ru.101ff.）。

73 また、予防的正当防衛、すなわち、いまだ現在ではない侵害を予防的に防衛することは、危険が侵害の被害者に

由来するのであるから、防衛的緊急避難の特別の事例にあたる。正当防衛規定は、この点にまでは介入しておらず、また、類推適用されることもない（詳しくは、第一章 Rn27 参照）。しかしながら、正当防衛が否定されているからといって、正当化的緊急避難へ立ち戻ることもでも、はじめから閉ざされているわけではない（第四章 Rn10 の参照）。というのは、現在性の段階に達している侵害が、もはや防衛され得ない、あるいは侵害者に対する致命的な帰結を導かざるを得ないような高次の危険を覚悟してのみ防衛可能である事例においては、事前の、そして寛大な予防措置を完全に禁止してしまうことは、非理性的に思われるからである。Lendner は、「人里離れた小さな飲食店の所有者は、店の客が、法定閉店時間後自分を襲うことを取り決めたことを耳にしたが、彼らの侵害に十分対応できないので、やむなく麻酔薬を彼らのビールの中に注いだ」という事例を作った。この場合、すべての事情を考量するならば、麻痺に伴う身体傷害は、三四条によつて正当化されなければならないだろう。というのは、確かに、いまだ現在の侵害は存在していないが、現在の危険は存在しており（Rn17 参照）、したがって、強盗を阻止するという飲食店の主人の利益は、未遂段階に達するまでは何もされることはないという客の利益よりも著しく優越しているからである。

74 他方、予防的な危険からの防衛は、原則的に警察のものであるから、公共の平和のために私人への補助的適用は極めて慎重に行われなければならないだろう。予防措置を講ずる前に、可能な限り救助を求めなければならないし、また侵害を回避しなければならないということは、すでに三四条が、他の方法によつては回避することのできない危険の場合にのみ介入し得るという事実から明らかである。連邦裁判所もまた、「官憲による救助を適時に求める場合」、三四条を適用できないと明言している。すでにこのような事情が、予防的正当防衛の正当化を例外としている。しかし、その他の点では、たとえば、並のごろつきが、自分以上のごろつきを使って予防することがないように、予



防的正当防衛において、殺害と重い身体傷害は、決して許容されるべきではなく、均衡する範囲でより少ない侵害が要求されなければならない。したがって、民法二二八条の基準が、必ずしも転用されることが許されないわけではないが、しかし簡単に、予防的正当防衛に対して、惹起された損害が、防衛された損害よりも相当大きくても許されるという作用を営むことは許されるべきではない。むしろ、均衡する範囲ですべての考量に係る観点が考慮されなければならない。この観点には、とりわけ、危険の近さも含まれている。したがって、本気で暴行を用いて脅かしている者からレボルバーとナイフを、それ自体禁止された自力救済によって取り上げ隠した場合、それは三四条によって正当化される。しかし、この早い段階において、潜在的な侵害者を私的に監禁することは許されないであろう。これに対して、暴力行為者が、即座に行為に出られるように、ナイフやレボルバーを携行している場合、彼を警察が到着するまで地下室に監禁することは許されるであろう。さし迫った侵害に対する防衛的緊急避難行為者の、何らかの自招性——たとえば、自身の落ち度による挑発——も考慮しなければならないであろう。

75 このような全体的考量を使つてのみ、比較的最近の判例を忙殺させることになった諸事例も解決することができる。のぞき魔事件（BGH NJW 1979, 2053; 第一章 Rn 27 参照）において、行為者は、何度も夜に、住居さらには夫婦の寝室に侵入したのぞき魔が将来二度と夜の訪問をできないようにと、彼の「左臀部と左脇腹」にめがけて銃を発砲した。連邦裁判所は、この行為が、三四条によって正当化されるかどうかという点は、未解決のままにしているが、他方で「数名の学者」がそれに賛成しているとしている。實際上、正当化は肯定されなければならないであろう。しかし、防衛的緊急避難の思考のみで、正当化を支えているのではない。というのは、二回の、少なくとも危険な発砲は、——事実、著しくはあるが——夜の嫌がらせに対する予防としては、多少、均衡を失っているからである。翌日、

路上で、のぞき魔と偶然遭遇したという場合には、確かに、その発砲を正当化する者は誰もいないであろう。しかし、この事例の場合には、二つのさらなる事情が緊急避難行為者のために決定的である。すなわち、刑事訴訟法二七条による（たとえ、銃器の使用を正当化しない）逮捕可能な状況の存在と、侵入者が夫婦の支配領域にいる限り、継続する潜在的な脅威である。これらの事情を総合して、はじめて、発砲者の利益が著しく優越しているものとみなされる。これに対して、連邦裁判所によって選択された三五条による発砲者の免責という方法は実行不可能である。というのは、三五条において要求される「自由」に対する危険は、この場合には存在していない身体的な自由の剥奪という脅威を要求しており、それ故、「心理的な」自由に対する危険では足りないからである（詳しくは、第二章 Rn.28 参照）。

76 精神障害のある母親の一時的な監禁の事例 (BGHSt 13,197) も、もっぱら防衛的緊急避難行為者の思考（予期され得る器物損壊を阻止すること）のみによって、正当化されるのではない。むしろ、法定の禁治産者手続きの回避は、とりわけ、病気の母親自身の健康に役立つ場合にのみ、三四条によってカバーされている (Rn.48 参照)。これに対して、いくつか実際に起こった、絶え間なく家族を虐待している父親が睡眠中に殺害されたという事例において、——たとえば、当局への依頼が不可能あるいは成果がなくても——一般に、三四条による正当化は否定しなければならぬ。殺害する権利は、正当防衛および防衛的緊急避難の範囲であって、しかも侵害と同等な、あるいは直接さし迫った生命あるいは身体に対する危険の場合に存在するに過ぎないからである (Rn.69f. 参照)。したがって、家族の暴君の殺害は、判例において以前より折に触れ採用されてきたように、せいぜい三五条によって免責され得るに過ぎないのである（詳しくは、第二章 Rn.16ff. 参照）。

## 二 保護利益の著しい優越

77 注目されるのは、立法者が、保護された利益の「著しい」優越を要求し、それ故、わずかな優越では十分でないという点である。一九六二年草案の理由書には、「財考量における価値の比較は…、緊急避難行為が正当化されるべきである場合、保護された利益のために、著しい優越を示さなければならぬ。同価値あるいは必ずしも著しく異なっていない利益が相対立している場合、緊急避難行為は正当化の作用を有していない」とされている。これは、あたかも、段階的に高められ、保護された利益の優越を要求するかのよう聞こえる。しかしながら、このような解決は実行不可能である。というのは、あらゆる事情を考量することが、防御された利益が、侵害された利益よりも保護価値が高いということを明らかにする場合には、正当化は、保護価値が著しく大きくなくてもまた、認められなければならないからである。さもなければ、防御された利益は、法によって全く保護されないことになるであろうし、それ故、著しくないばかりか、さらにそもそも、より保護価値が高いともいえなくなってしまうであろう。高められた価値の差異が、要求されなければならないということを受け入れることは、利益考量説と草案の理由書においていまだに影響力を有している財考量説とを混同するものでもある。すなわち、法益の比較だけが重要であるとする限り、たとえば、民法九〇四条も指し示しているように、防御された法益が、侵害された法益よりもきわめて価値が高いものでなければならぬ。この点は、すでに自立性の原則から導かれている（*Right to Life* 参照）。しかし、著しく価値の高い法益の保全は、侵害財の担い手に対して単なる利益の優越だけを基礎づけるのであって、段階的に高められた利益の優越を基礎づけるものではない。

78 それ故、顕著条項は、質的に、段階的に高められた利益の優越の意味においてではなく、むしろ、正当化が認め

られるためには、利益の優越が明白かつ一義的でなければならぬと理解されるべきである。最終的に三四条の規定を決定した特別委員会の協議は、この意味において理解される。その結果、顕著という要素は、およそ必要なものにはならない。むしろ、この要素が不明確な考量結果の場合には、正当化を認めることは許されないという確信を生むという意味で、法的安定性に役立つ。正当にも、たとえば、すでに帝国裁判所が、郵便局員が封筒に入っている彼に対する誤った誣告から身を守るために、三五四条に違反して郵便物を開封したという事例 (NJW 1928. 662) において、超法規的な緊急避難を否定している。というのは、三五四条は発送人と受取人だけでなく、「信書の秘密」を侵害することによって、郵便局員に委ねられた職権の濫用から社会をも保護しているため、考量の結果、顕著性が少なくとも一義的ではないからである。同様のことは、連邦裁判所 (MDRD] 1975, 723) によって判決が下された次のような事例にも妥当する。すなわち、工場の蒸気によって、近隣住民から、たとえば、涙目、頭痛、吐き気などの苦情が寄せられたにもかかわらず、工場の所有者は五〇〇にもおよぶ作業部署を維持するために、工場を休業しなかった。連邦裁判所は、確かに、職場の安全を三四条の意味における法益とは認めたが、しかし、適切にも正当化を認めなかった。というのは、職場を保全する利益は、近隣住民の身体的な健康に対する利益よりも重要であるということとは、必ずしも、疑う余地がないとまでいい得ないからである。

79 これに対して、Stratenwerth には賛同できない。というのは、彼は、行為者のために考量の決定の一義性の欠如を有利に考慮しようと、「保護された利益に、必ずしも十分とはいえないより大きな意味が認められないということ」が確実である場合にのみ、その行為は、違法なものともみなされる」としているからである。ここで賛成された顕著条項の意味が、利益の優越に関して、明白性を確実にすべきであるメルクマールとして、それと矛盾しているわけでも

なければ、また「法的な基準の不明確性」を侵害の被害者の負担にさせることは、不相当でもあるからである。

#### 第四節 相当性条項

80 三四条二文によれば、保護された利益の著しい優越によって基礎づけられた緊急避難行為の正当化は、「行為が危険を回避するための相当な手段である限りにおいてのみ」認められる。この条項から、何らかの意味を取り出すことは容易ではない。この条項は、歴史的に、財考量説と目的説の対立に基づいている。元来、一九六二年草案の理由書がそれを認識させるように（引用文上述<sup>80</sup>参照）、二文を使って、一文の財考量の不足を、財考量に立ち入ってこない観点を有効に働かせることを主張する目的説によって補完しようと、立法者は考えていたのである。この、それは自体意味のある財考量説と目的説の結合は、立法作業の過程で（<sup>81</sup>参照）、すでに三四条一文において、ここでは財考量だけが求められているわけではなく、法益の比較が、複数の観点のうち一つに過ぎないとされるような包括的な利益考量のもとにあることによって、先取されていたのである。この、すでに三四条一文を支配し、考量の中で個々の事例のあらゆる事情を取り込む「具体的な考察方法」を用いて、保護された利益が侵害された利益を著しく優越するという考量が示される場合に、緊急避難行為を不相当と考えるのは困難である。というのは、学説の大部分は、相当性条項に対して、不必要なものおよび内容が空虚なものと考えている、あるいは、法の適用者に利益の考量を、とりわけ綿密に行うように注意する「制御条項」の機能だけを認めるに過ぎないからである。

81 これに対して、通説は一九六二年草案の理由書を援用して、相当性条項に「二段階目の価値評価」としての独自の意味を認めようとしている。一九六二年草案によれば、三四条二文は、緊急避難行為者の行為は一般に承認された

価値観に従って、事態に即し、また、法に対応する紛争状況の解決とみなされることを保障すべきものであるとされている。このことが、たとえば、危険負担義務 (Ru.56ff. 参照)、あるいは人命救助のための強制的な採血 (Ru.42. 参照) において欠けているといわれている。しかし、そのような区別は実行不可能である。というのは、すでに三四条一文の中で、全法秩序によって認められた価値観に従っての、対立している利益の比較検討が十分になされ得るからである。兵士および消防士は、危険負担義務を有しているため、彼らの危険の回避に対する利益は、法秩序を基準とするその義務の履行という利益に優越し得ない。いうなれば、彼らの義務の侵害は、それを訴迫することが正当ではないような著しく優越している利益に基づくということはできない。そして、人命救助のための強制的な採血が、人間の尊厳に違反する場合、通説が、——もちろん、不当にも——主張したように、採血に対する利益も、著しく優越しているものとして考えることはできない。というのは、当然、対立している諸利益が、人間の尊厳の尊重という観点からのみ考慮されることが許されるからである。

82 少数の学者は、相当性条項を法律の規定が紛争解決の道筋をあらかじめ示しているという事例 (Ru.46ff. 参照) にのみ適用したいとする。「その規定は、法益の危険を回避するために、法的に整備された手続きを自由に用いることができるようになっていいる場合、正当化を否定する」と、Samson は述べている。また、Jakobs は、次のように述べている。すなわち、「積極的な利益の格差は、紛争の解決が、…一定の手続きへと誘導されているか、あるいは、その解決が不可能であるとされているような場合には、正当化には十分ではない。この場合、いずれの(他の)紛争の解決も、不相当な手段であるようにも考えられる(三四条二文)。相当性条項は、形式的な法治国家を、フリーハントの利用の最効率化に対して、利益考量によって保障すべきである」。しかし、このことは、三四条一文による「対

立する利益の考量」が、「フリーハンドの利用の最効率化」の方法において行われるという誤解に基づいている。実際の、それは法秩序のさらに有効な価値基準に従って、なされなければならない。しかし、他の法律の規定が、緊急避難行為者が負担するような不利益な形で、衝突を決着しているような場合には、利益の優越を、彼にとって有利な結果となるように認めることは不可能である。Joerden は、「三四条一文が、…問題になっている具体的な諸利益を考量する。他方、三四条二文は、緊急避難の侵害の正当化が、当該行為の仮定的一般的な意味を考慮した場合にも容認できるかどうか」について問うているのである。とはいえ、それにもかかわらず、三四条一文における利益考量も、市民の行為および全法秩序への正当化の作用を考慮する客観的な基準に従って行われなければならない。

83 Rn.81,82 において挙げられた事例のほかに、文献の中に相当性条項の侵害に対する例として、次のようなものが挙げられている。すなわち、国家の利益のための、あるいは公共の法益の維持のための緊急救助（これについては、Rn.10 参照）、緊急避難状況の自招性（Rn.51ff. 参照）、被害者の承諾を得ようとしなかったこと（Rn.20 も参照）、法益の担い手の保護の要求の放棄（Rn.62 参照）、そして、その他の「限界事例」である。しかし、なぜ、利益考量において、これらの状況を考慮に入れられ得ないのか、その理由はどこにも明らかにされていない。それを、三四条の二文において見出そうとすれば、三四条一文の利益考量を、恣意的に本質的な観点を狭量化し、それ故に相当性の検討の際に、再び、事前には避けていた包括的な考量を行わなければならない。しかし、これは意味がない。

84 それにもかかわらず、相当性条項は、綿密な利益考量に対するアピールを超えるという機能を有すると同時に、法案審議においても、はじめから、人間の尊厳の維持は相対的な考量を受け付けけないということを指摘するという機

能も有している。Gallas は、—— 法案審議に明確な足跡を残して—— 侵害の被害者の「自己決定権と…人間の尊厳」を考慮して、常にその「負担の限界」は、「利益の問題ではなく、正義の問題であると主張をする。法共同体が基礎としている基本価値は、もし、その価値が単なる利益であると宣言されてしまうならば、利益調整の限界としての意味、および利益衝突の解決のための基準としての意味を失ってしまう」。もともと、このような主張の形態では、説得力があるものではない。この場合、「人間の尊厳」と「正義」を「利益」として定義されるべきであるかどうかは、未解決のままにしておくことができる。というのは、いずれにせよ、それは、利益の考量のための基準として、すでに三四条一文において考慮されなければならないからである。しかし、侵害の被害者の人間の尊厳は、—— さもなければ、三四条一文の範囲において重要とされるあらゆるトポスのように—— 他の、保全財にとって有利に働く観点と考量することは許されず、むしろ、あらゆる考量がその限界を見出すところの絶対的な基準を表現しているのであるとされる。この Gallas の主張は正しい。

85 このことを、一つの例を挙げて説明し、明らかにしたい。すなわち、拘留中の同志を解放させるために、テロリストが人質を誘拐し、そして、「人質を殺すぞ」と脅した場合、逮捕されたテロリストを拷問することが、人質の居場所を突き止めるために、および彼らの生命を救うために用いられる場合、三四条によって正当化されるかどうかと問うことができる。このような場合を考量しようとする場合、実際、正当化に至り得るのであろうか。というのは、一方で、無責の人質の生命が、他方で、緊急避難状況について無責ではなく、むしろ、客観的な利益考量において、生命救助のために用いられている拷問の苦痛をおそらく期待することが許されるテロリストの身体の完全性と人間の尊厳が対立しているからである。疑問の余地はないが、それにもかかわらず、拷問の正当化が否定される場合、この



ことは、人間の尊厳は考量に馴染まないものであるし、また、常にその考量の対極にあつて、われわれの法秩序の破ることのできない基本的な保障として、尊重されなければならないということに基づいているのである。同様のことは、生命を救うための移植の目的で、ある者から、腎臓あるいはその他の臓器を強制的に摘出しようとしている場合（強制的な採血について、Recht参照）にも妥当する。救助されるべき生命それ自体もまた、身体の完全性よりも高い位置に置かれているといえるかもしれない。すなわち、その切開は、人間の尊厳に違反している。したがって、その生命もまた、第三者に負担をかけはするが、このような方法によらないで救助されるべきである。

86 したがって、三四条二文は、人間の尊厳に違反することは、決して利益維持の相当な手段ではないとしているのである。しかし、このことは、そのような事例において、著しく優越する緊急避難行為者の利益は、三四条一文によって肯定され、そして、彼の行為の相当性だけが、三四条二文によって否定されなければならないということを意味しているわけではない。むしろ、人間の尊厳の絶対的性格のため、それに違反することは、三四条一文による優越する利益を基礎づけ得るものでもない。しかし、このような事情は、三四条二文によって明らかにされるべきである。したがって、相当性条項は、必ずしも独立した評価の段階を基礎づけてはいない。しかし、この条項は、人間の尊厳の問題において、正当化にとつて重要な他のあらゆる観点とは反対に、この基準をいかなる相対化からも守ることによつて、三四条一文に対して、拘束力のある解釈上の示唆を与えているのである。

## 第五節 正当化的緊急避難のその他の問題

### 一 対立する利益が同一の法益の担い手に帰せられる場合

87 一般的に、三四条は、保全財と侵害財が同一の法益の担い手のものである、あるいはそれどころか、同一の法益の担い手の同一の法益だけが、種々の行為態様によって、しかも、程度を異にして危殆化されているという事例にも適用される。しかし、これは、限定的にしか正しくない。というのは、通常、そのような事情は、推定的承諾（これについては、第八章 *promise*）の原則に従って取り扱われなければならないからである。ある者が、旅に出かけた受取人に代わって必要な処分を行い得るために、その者の手紙を開封した場合、ある者が、所有者の利益において、路面電車に轢かれ後ろ足を失った犬を殺した場合、ある医師が、意識不明の不慮の事故に遭った者を手術した場合など、正当化は、対立している利益の客観的な考量ではなく、法益の担い手が問われたとするならば、彼はどのように決定するだろうかについての仮定的な蓋然性判断に依存している。

88 しかし、これと異なるのは、法益の担い手に、承諾能力がない、あるいは危殆化された個人的法益を自由に処分することができない場合である。消防士が、ある子供を焼死が確実な状況から救うためには、子供を窓から救助布めがけて投げるしかないが、その際、子供が負傷することを覚悟しなければならないという典型例において、この緊急行為は、それ故、三四条によって正当化される（この事例を予測不可能な危険の減少から区別することについて、第一章 *rule of law* 参照）。同様のことは、救助された者の意思に反して、自殺を阻止することにも妥当する。人間の生命の処分は、個人の自由にはならないので、この場合、三四条による正当化が問題になる。

## 二 高権の担い手の緊急避難権

89 高権の担い手が、正当化的緊急避難を援用し得るかどうか（あるいは、特別の侵害権付与に制限を加えるかどうか）

か）は、正当防衛によるその正当化の可能性と同様に議論されている。正当防衛の場合と全く同じ理由から、そのような可能性は基本的に肯定されなければならない。すなわち、その根拠については、広範囲にわたって、以前に述べられた説明が指摘され得る。また、連邦裁判所は、部外者との接触禁止判決（BGHSt 27 260）において、三四条を援用した。反対意見は、三四条に立ち戻る場合、執行権の濫用を危惧し、その上、一般条項のような緊急避難規定は、高権的侵害のための授權規範として漠然とし過ぎていると述べている。これは、真剣に考えるべき懸念である。しかし、濫用の危険は抑止可能である。なぜなら、いかなる執行行為も、厳格な裁判所の統制支配を受け、そして、三四条による正当化は、決して標準的な状況においてではなく、稀でしかも極端な場合においてしか問題とならないからである（Rn 90 参照）。そして、三四条は、高められた刑法の明確性の要請に耐え得る場合、とりわけ、私的領域を支配し、また、はるかに漠然とした警察の一般条項が、一般的に受け入れられるのであるから、三四条は、その他の公法に対する関係で、不明確であるなどとはいえない。また、緊急避難状況は、それが稀なことであるため、具体的に記述することが絶対的に不可能であるという点、また、それ故に執行権から、適切に、かつ合理的に解決する権限を完全に奪ってしまうということが、全く無意味であるという点もよく考えなければならない。

90 それにもかかわらず、意見の対立は、高権に基づく行為を三四条の緊急避難規定によって正当化することは、例外的な場合にのみ考慮の対象になるのであるから、その限りで相対化される（前述 Rn 10 および 41 ff. 参照）。というのは、たとえば、逮捕、差押、搜索、電話盗聴、そしてその他の多くの場合のように、公共の侵害利益と私人の保護利益との間の衝突が、特別規定によって規制されている場合、この信頼できる考量は、三四条によらなくても、他の裁判所による考量によって効果を失わせることは許されるからである。したがって、三四条に立ち戻ることは、立法

者が、利益の衝突をその異常性のため予見しなかった場合（人生の出来事の形態の多様性において、何度も生ずること）、緊急避難状況が、一般化している法律の規定を避ける場合（たとえば、人質をとった者による圧力を加えての拘禁された者の釈放の場合、Rn.61 参照）、あるいは立法者が、問題領域の新種性と不明晰性のため、三四条を具体化する法典編纂を課題とするつもりである場合にのみ検討され得る。それ故、警察による秘密のテープ録音は、刑事訴訟法一〇〇条 a および b によってのみ正当化可能であるが、しかし通常は、三四条による正当化は不可能である。「刑事訴訟法一〇〇条 a」の規制領域において、刑事追迫官庁にとって正当防衛、あるいは正当化的緊急避難は、いずれにせよ、全く異常な事例において問題となる」（BGHSt 31,304,307）。「やむなければ、刑事訴訟法上の侵害の権限の、十分に熟慮された法律の規定配置が変えられることになるであろう」（BGHSt 34,39,51f.）。

### 三 主観的正当化要素

91 主観的正当化要素としては、正当化状況の認識と優越している利益の維持を意識していることだけが必要であつて、救助の目的による、それらを超える動機づけは必要ではない。基本的なこと、および法律の文言（「危険を回避するために」）が、それと矛盾していないことについて、詳しくは、第一四章 Rn.91ff. 参照。客観的に三四条によってカバーされた方法で、他人を救助する者は、それ故、彼が、救助の意思ではなく功名心から、あるいは報酬を得るためにその行為に出た場合にも正当化される。「救助者」に客観的に与えられ、そして、彼によって取り除かれた緊急避難状況が、意識すらされていない場合、彼は、場合によつては、未遂行為として処罰され得る。既遂としての処罰は、この場合も、結果無価値が欠如しているため否定される（第一四章 Rn.101f.）。

92 上で述べたような判断以外の判断を正当化し得るとでもいうような緊急避難特有の観点は、承認されるべきではない。確かに、Gallasは、次のように述べている。すなわち、法秩序は、緊急避難規定によって、「より価値のある法益の救助のための行為だけを許可する、したがって、紛争状況から逃げ道を開こうとしているが、だからといって、価値のある財の保全それ自体に賞を与えるつもりはない」。もつとも、彼は、「すでにより価値の高い利益それ自体の保全は」、「結局のところ、社会侵害的な行為の性格を」、行為から奪い取るということを認める。しかしながら、法は、「そのような生産的に考慮する方法を意識的な救助行為という前提に基づいてのみ」許容する。しかし、それには納得させるだけの力がない。というのは、社会侵害的な結果が欠けている場合、客観的に不法ではなく、せいぜい、未遂を基礎づける行為無価値が存在するに過ぎないからである。

#### B. 民法上の攻撃的緊急避難、民法九〇四条

93 民法九〇四条は、行為者が、緊急避難状況において、他人の物に作用するという事例を規定する。所有権者は、「作用が現在の危険を回避するために必要であり、さし迫った損害が、その作用から所有権者に生ずる損害に対して、均衡し得ないほど大きなものである場合」、これを甘受しなければならない。そこに、三四条の具体化が存在する（第四章 Rn.48）。確かに、その状況は、民法九〇四条が存在しなかったとしても、容易に三四条を使っても解決できるであろう。しかし、民法九〇四条は、緊急避難行為者によって追及された利益の「著しい優越」は、回避された損害が、惹起された損害に対して、「均衡し得ないほど大きなもの」である場合に初めて受け入れられ得るという明確化を含んでいる。それ故、さし迫った損害が「明白に大きい」が、しかし、いまだ「均衡し得ないほど大きなもの」とはいえない場合、確かに、三四条の要件は充たされているが、しかし、民法九〇四条の要件は充たされていない。その結

果、民法九〇四条の効力を失わないようにしようとすれば、一般的な緊急避難規定に立ち戻ることの禁止によつてのみ、予防され得るということになるが、このような結論を受け入れることは正しくない。このような見解は、侵害財の有利に効果を生ずる自立原則 (Prinzip der Selbstbehauptung 参照) を根拠とする場合、まず、均衡し得ないほど大きなものとして発生するおそれのある損害は、そもそも疑う余地のない侵害利益の優越に至るということを誤認している。一方で、民法九〇四条による考量と、他方で、三四条による考量とが、異なつた結論に至り得るという思考は、すでにしばしば非難された、三四条における法益考量と利益考量の混同に基づいている (Rn.77.80 参照)。三四条が法益考量に限定されることとすれば、その基準は民法九〇四条による法益の考量または損害の考量と矛盾關係に立たざるを得ないことになる。

94 民法九〇四条の範例は、たとえば、事故に遭つた者を救助するために他人の自動車を使用した (二四八条 b)、施錠された薬局の窓ガラスを割つた (三〇三条)、あるいはさらに、他人の財物に影響を及ぼしたものである。重大な健康侵害の危険がさし迫っている場合、物の侵害は、原則的に正当化される。なぜなら、健康被害は、「均衡し得ないほど大きなもの」として判断されなければならないからである。回避された危険が物にさし迫っている場合、逆の原則が妥当する。この場合、回避された損害が、第三者の所有権侵害が正当化され得るほど非常に大きいものであることは稀であらう。

95 争いがあるのは、ある者が緊急時に電話で医師を呼ぶために、他人の住居に侵入する場合、民法九〇四条が住居侵入罪をも正当化し得るかどうかである。これは、その行為によつて、所有権を上回る法益 (ここでは、住居権) が侵

害された場合であるが、その場合でも、九〇四条が所有権（ここでは、家）への作用をカバーすることができるかどうかにかかっている。これは、おそらく、他の法益を侵害する場合、単なる損害の比較には入ってこない考量の観点と関係させるので、否定されなければならないだろう。しかし、その問いは、実際上は意味がない。なぜなら、他の法益を侵害した場合、いずれにせよ三四条が考慮され、そして、同一の結論に至らなければならないからである。

96 民法九〇四条は、現行三四条で実定化された一般的な利益考量の思考を具体化したに過ぎないが故に、三四条で決定的な考量の観点は民法九〇四条の範囲においても、考慮されなければならない。したがって、民法九〇四条と三四条の間の相互作用が生ずる。一方で、民法九〇四条は、三四条における保護された利益の著しい優越が、さし迫った損害が「均衡し得ないほど大きなもの」（たとえば、単に、明らかに大きいということだけでは足りなくて）である場合にのみ肯定され得る。他方で、文言が損害の比較だけを考慮しているにもかかわらず、民法九〇四条においても、たとえば、さし迫った危険の程度（Rn.38ff.）、行為者による緊急避難の自招性（Rn.51ff.）、あるいは不法の側に立った活動（Rn.58ff.）が、正当化に関する決定において考慮されなければならない。

### C. 民法上の防衛的緊急避難、民法二二八条

97 民法上の防衛的緊急避難、すなわち、対物防衛もまた、三四条の具体化である。民法九〇四条の要件が同時に充たされた場合、民法二二八条が優先する（第一章 Rn.46）、すなわち、民法九〇四条に配置された損害賠償義務は、原則として脱落する。民法二二八条は、物に内在する危険の場合に、これが、「危険から身を守るために必要であり、そして、損害が危険と均衡している場合、危険を内に孕んでいる物の毀損と破壊を許容する」。利益の考量は、したがっ

て、民法九〇四条の場合とは全く反対の結論に至る。すなわち、民法上の攻撃的緊急避難の場合、防止された損害が惹起された損害と比較して、「均衡し得ないほど大きなもの」でなければならぬのに対して、民法上の防衛的緊急避難は、防止された損害が惹起された損害と単に不「均衡ではない」のであれば許されるのであり、その限りにおいて、損害の格差が、極めて少なくとも許されるのである。それ故、たとえ侵害している犬が、咬み傷によって危険に晒されている自身のズボンよりも非常に高価であっても、防衛するためにその犬を射殺することも許される。価値関係があらゆる均衡を失する場合、それ故、たとえば、他人の犬が価値のない骨を取り上げようとするのを阻止するために、射殺された場合にはじめて、利益考量は防衛者の不利な結果となる。

98 考量は、ここでは、単に拘束力があるものとして定められている、三四条にとっても決定的な観点に一致する。利益考量にとって決定的なものは、まず第一に、衝突する法益の価値ではなく、危険が「他人の財物」の領域に由来しているということであり (Rn.63ff. 参照)、そして、防衛が保護された損害よりも大きな損害を惹起する場合であっても、その危険を甘受する必要があるということである。民法九〇四条の場合のように、確かに、防衛的緊急避難においても、残りの、三四条における考量にとって指導的な熟慮されるべき観点は、共に考慮に入れられなければならない。それ故、さし迫った危険の程度は考慮されなければならない。すなわち、他人の犬によって咬まれるという危険が、わずかに過ぎない場合、「念のため」犬を射殺することは許されない。侵害された者の何らかの自招性も、考慮しないわけにはいかない。確かに、行為者による危険の自招性は正当化を否定せず、そして、損害賠償義務だけを発生させるということが、民法二二八条二文から明らかになる。したがって、軽率にも、他人の犬を刺激し、そして、それによって侵害へと仕向けた者は、それにもかかわらず、咬まれないために、その犬を (損害賠償責任の価格と引



き換えに）射殺することは許される。このことは、原則的に、三四条にも妥当する原則に合致する（Rn.51ff. 参照）。しかし、他人の犬を射殺するだけのために、自らに対する侵害へとけしかけた者は正当化されず、さらに、器物損壊罪（三〇三条）で処罰される。もつとも、原則的な事例において、民法二二八条の文言によってあらかじめ示された、木版画のような、二つの観点（危険の惹起、法益の比較）に制限された考量は、相当な結論を導くことになる。

99 規定の実践的な意味はわずかである。たとえば、無人の自動車を止め、そして、その車に由来する危険を回避するために、その車を障害物に衝突させるような場合には適用可能である。緊急救助もまた許容されるので（「自己または他人の」、緊急避難行為者が個人的に危険に晒されたかどうかは、必ずしも重要ではない。自己の財産へ火が及ぶことを阻止するという目的で、他人の木を切り倒すこともまた、民法二二八条によって正当化されるだろう。もつとも、主たる事例は、動物の侵害からの防衛である。それは、正当防衛（詳しくは、第五章 Rn.6 参照）には分類されないが、民法二二八条に分類される。なぜなら、動物は、民法九〇条 a 三文により物として取り扱われるべきだからである（第二章 Rn.91）。民法二二八条は、無主物に（したがって、野生動物にも）類推適用され得るので、その規定は、その限りでは必ずしも連邦狩猟法二六条が鳥獣による被害からの防衛に関して、民法二二八条に優先する、制限的特別規定にあたらない場合には、広い適用領域を有することになるだろう（詳しくは、第四章 Rn.45 参照）。野良犬や野良猫からの防衛もまた、連邦狩猟法二三条によって、民法二二八条の規定から取り上げられ、州法の規定に委ねられている。

100 民法二二八条を、人間によって惹き起こされた防衛的緊急避難の事例に類推適用することは必要ではない（詳しくは、

くは、Ruoff 参照)。これに対して、物に由来するのでも人間に由来するのでもない脅威、たとえば、放射線からの防衛の場合、この規定を準用することは適切である。

#### D. 正当化的義務の衝突

101 元来、判例は、自ら主張した「財考量と義務考量の理論」をもって、義務の衝突を超法規的緊急避難の一現象形態として取り扱ってきた (Ruoff 参照)。新しい三四条は、利益の衝突に限定し、そして、義務の衝突の規定を放棄した (Ruoff 参照)。もつとも、草案の理由書によれば、法律の規定と矛盾している「立法上克服し難い障害」がどこにあると考えるべきなのは、容易には明らかにならない。主要な問題点は、確かに、義務の衝突の概念のもと、「学説と判例において、しばしばさまざまな問いが、まとめられているというよりはむしろ混同された」ということがある。それ故、何が義務の衝突で、何が義務の衝突でないのが、最初に明確にされる必要がある。

102 今日有力な見解によれば、義務の衝突について話題となり得るのは、二つの異なる作為義務が存在するが、そのうち一つだけが実現可能である場合である。典型的な事例は、たとえば、二人の子供が溺死するおそがあるが、しかし、彼らの父親は、二人のうち一人しか救うことができないという場合である。これに対して、学者の相当数が、この義務の衝突にとって、作為義務が不作為義務と衝突するということも十分含まれるとしている。それに続いて、たとえば、三四条の領域で取り扱われた安楽死を実施した医師の事例 (Ruoff 35) が、義務の衝突の事例となる。というのは、この場合、作為義務 (可能な限り、多くの精神病患者を救うという義務) が不作為義務 (限られた何人かの精神病患者を犠牲にすることを止めるという義務) と衝突しているからである。義務の衝突の概念は、法的な作

為義務に違反することが完全に放棄される場合には、非常に広範で、三四条の利益の衝突から区別することができないものと理解されていることが稀ではない。医師が、患者による感染から他人を守るために、守秘義務に違反したという周知の事例（Rn26）を義務の衝突と判断する場合には、そのような言語慣用が問題になる。この場合、守秘義務に違反すると共に、不作為義務に違反しているに過ぎない。もつとも、感染から他人を保護することは、およそいかなる法的義務によっても命ぜられていない。

103 通説は、二つの法的な不作為義務の衝突だけが義務の衝突を基礎づけ得るという出発のみが、賛同に値すると思う。というのは、他人の法益を侵害する者は、すべて、——正当化事由を留保して——不作為義務に違反しているからである。しかし、これらの事例は、三四条によつて取り扱われるべきであり、特別規定を必要としない。このことは、たとえば、安楽死を実施する医師の事例のように、不作為義務と不作為義務との衝突にも妥当する。というのは、この場合、不作為義務が他人の法益の侵害を止めるという義務と対立しており、そして、この衝突も法益が同価値の場合、不作為義務が優先すると考えられるべきで、三四条によつて簡単に解決されるからである。たとえば、生命と生命が鋭く衝突している場合、他人を救うために危険のない人間を殺害することは、誰にも許されない（詳しくは、Rn29-37 参照）。

104 それ故、義務の衝突にとっては、もっぱら二つの（あるいは、複数の）、しかも、それらのうち一つだけが履行され得る不作為義務の対立の場合だけが残されている。この、同価値の不作為義務が衝突する場合に、三四条を使つて克服することのできない問題が生ずる。というのは、通説と一致し、しかも、適切でもあるが、そのような事例におい

て義務を負った者が、自由な選択に従って、二つの義務のうち一つだけを履行した場合には、彼は正当化されるからである。これが意味することは、父親が溺死するおそれのある彼の子供たちを、同時に二人は救助できない場合において、少なくとも、一人を救った場合正当化され、あるいは医師が同時に二人の重篤な患者から呼ばれた場合において、一方の者だけを救い、そして、他の救済方法が不可能である限り、他方の者の処置ができない場合、義務の衝突という正当化事由を援用し得るということである。救助されなかった者を犠牲にすることは、救助された者の生命の利益の優越については語り得ないが、彼の利益と三四条の規定に反する被害者の利益は、完全に同価値であつたとしても、正当化を妨げないのである。

105 もつとも、この結論は、議論の余地がないわけではない。少数の学者は、同価値の作為義務の衝突において、義務を負った者は、その都度、違法に行爲しており、彼が、一方の義務あるいは他方の義務を履行したか、あるいは全く何もしないままであつたかは関係がないと述べている。「義務主体の意向に選択を委ねてしまうこと」は、「法秩序による人間の生命の恣意的な放棄という」結果になる。「父親が、子供 A を救う場合、彼は子供 B には不法な行爲をする。それどころか、彼は、A の代わりに B を救うことができた」。「法秩序の一方の義務の履行は、他方の義務の履行と同様に：重要である」。しかし、このような主張は正しくない。というのは、確かに、違法性判断においては、違法行爲者が、適法に行爲し得たということを、必ずしも要件としないからである。また、免責されるだけの精神病者（二〇条）もまた、これを行うことができない。しかし同時に、行爲が違法として評価され得るためには、少なくとも、適法行爲の理論的な二者択一性が存在しなければならない。法秩序が、何が正しいか、したがって、何がなされる「べき」であつたかを語り得る場合のみ、行爲を法的に否認すること、および誤っていると指摘することが許される。正

しい方法がない、それ故、行為の欠如が確認され得ない場合、運命だけが否定され得るのであり、それに従う人間が否定され得るのではない。人間だけが規範の名宛人であり、運命は規範の名宛人ではない。

106 ここに、義務の履行に最善を尽くし、そして、——場合によっては、彼の生命と引き換えに——少なくとも、二つの義務のうち一つを履行する者が、この行為の質を違法と評価する場合には、そもそも何もしない、したがって、二つの義務をおろそかにすることと同等に扱われるという不当な結論に至ってしまう。手を拱いて二人の子供を溺死するに任せた父親は、少なくとも、二人のうち一人だけは救助し得たはずであるから、勇猛果敢な救助者と同じように取り扱われるというのはおかしいのではなからうか。そのような解決は、事態に即していない。なぜなら、思慮分別に従って、事故に際してすべての者が救助され得ないという理由で、人間の生命を救うことを放棄することは許されないからである。しかし、少なくとも、可能なことをすることが相当であるとするならば、この場合、法秩序はそれを正当化しなければならないし、その救助の衝動を違法と宣言することによって萎えさせることは許されない。

107 緊急避難行為者が、二者択一的にしか履行できない同価値の作為義務の間でした選択は、良心の決定あるいは道徳的に賛同に値する動機づけに基づくということを要求することすら許さないだろう。というのは、義務が、人間の生命に関する保証者の地位の場合のように、完全に同価値である場合、法は生命対生命の考量を放棄しなければならぬので、法が緊急避難行為者の行為に、道徳的であると評点をつけることは許されず、また、このような方法で、再び、一方の義務あるいは他方の義務を優先すべきものとして宣言することも、許されないからである。それ故、われわれの講壇事例における父親は、随意に二人の子供のうち一人を救った場合、正当化される。すなわち、彼が、道

徳的に優れた、あるいは疑わしい動機から、一方の子供を他方の子供より愛していたかどうかは、法的には重要ではない。

108 それ故、義務の衝突は、同価値の作為義務の場合、独立の超法規的正当化事由として、正当化的緊急避難と並置される。この衝突は、三四条によって把握されるべきではない。なぜなら、二つの義務の背後に置かれている利益は同じく保護価値を有するが、三四条は、一方の利益の著しい優越を要求するからである。これに対して、義務の衝突は、衝突している義務がさまざまなランクにある場合には、三四条に依拠して取り扱われる。ここで正当化は、より高次の義務が、わずかに低い義務を犠牲にして履行される場合にのみ生ずる。

109 その際、第一に、法益の価値が重要な役割を演じている。美術館の看守が、火事の際、価値のある絵画か小さな子供のいずれか一方だけを救い得る場合は、彼が子供を救助した場合にのみ（不作為による器物損壊に関して）正当化される。また、侵害の重さとし迫った危険の程度も重要である。たとえば、重傷者が、軽傷者よりも優先的に救助されるべきである。緊急状況に対する自招性を考慮に入れるかどうかは未解決のままである。ある見解によれば、それが重要ではないといわれているので、その結果、医師は、随意に事故を惹起した者を、その被害者よりも早く救助することは許される。しかし、なぜ、三四条における自招性の観点に認められている相対的な重要性（Rangfolge）が、ここで認められないのか理解できない。確かに、これとは反対に、事故を惹起した者が、生命の危険な状態にある場合、彼をその被害者よりも早く救助しなければならない。しかし、二人が同程度の危険に晒されている場合、他の事情が同じならば、責任のない被害者を優先的に救助することを要求することは、事態に即していると思われる。

同様に、一三条による保証者の義務が、三二三条cによる一般的な救助義務に優先するかどうかは、さまざまな議論を呼んでいる。このことは、とりわけ、すでに三二三条cの文言が、「他の重要な義務違反」が期待されていないということを指摘しているので、原則的に、肯定されなければならない。それ故、父親は、自分の息子と彼の知らない子供が不慮の事故に遭ったが、二人のうち一人だけを救い得る場合、父親は、自分の息子を救わなければならない。もちろん、保証者の義務と一般的な救助義務が衝突する場合においても、残りの考量の観点から、共に考慮に入れられなければならない。見知らぬ事故の被害者の生命を救うことが重要である場合において、父親が、この者の代わりに、息子の軽い傷に包帯を巻く場合、父親の行為は正当化されない。三二三条cの一般的な救助義務もまた、少なくとも、物的財の保護に関係する保証者の地位の非常に深刻な事例においては発生する。

110 これに対して、義務の衝突の領域においてもまた、生命救助義務の衝突が問題になっている場合には、優先順位は対立している生命の価値の質あるいは量から導き得るものではない。

それ故、ある者が、良い人間か悪い人間かのどちらかを、賢い人間か馬鹿な人間かのどちらかを、若い人間か年をとった人間かのどちらかを救い得る場合、悪い人間、馬鹿な人間あるいは年をとった人間を救った場合でも、彼は正当化される。そして、ある者が、ボートの事故において、彼がある方向へ泳いでいくことによって、溺れている二人を救い得るか、あるいはそれとは反対の方向へ泳いでいくことによって、溺れている一人を救い得るか、いずれかである場合に、一人だけを救う場合もまた、正当化される。これは、人間の生命の考量不可能性の結果として生ずる (Rn 29)。そして、義務の衝突の場合、正当化的緊急避難の場合と同一の基準で、考量不可能性に固執されるべきである。

111 それ故、義務の衝突の法的な取り扱い、次の命題に要約され得る。すなわち、二つの法的な作為義務が衝突する場合、他を犠牲にして、より価値の高い義務あるいは同価値の義務を果たす者は、正当化される。文献において、何度も提案されているように、これ以上の概念上の区別は必要ではない。とりわけ、種々規定された事例において、より劣った義務が後退すること、あるいは消滅することを主張し、その結果、本来の義務の衝突は全く存在しないとすることによって、真正の（解決不可能な）義務の衝突と不真正の（解決可能な）義務の衝突との間に区別をつけることは、大きな利益をもたらさない。というのは、基本的に、常に一方の義務が優先するので、あらゆる義務の衝突は解決可能だからである。義務を負った者が随意に選り出した義務が優先されることによって、同価値の作為義務の場合でさえ、これと同じことがいえる。この場合、本来の意味においては、そもそも義務の衝突は存在しないのではなからうか。なぜなら、常に一方の義務だけが履行されなければならないからである。しかし、それは、術語上の戯れである。「紛争」、「衝突」は、「心理的にも事実的にも、判断過程の不確実性の段階を特徴づける。その不確実性の段階において、難しい価値考量が行われるべきである。思考上の衝突解決のプロセスの最終段階において、『現実の当為』の具体化によって止揚されるべきであるし、消滅すべきである」。

# E. 緊急避難類似の状況

112 Günther は、「緊急避難類似の状況」を「真正の可罰的不法阻却事由」（第一章 Rn.2）とすることによって「三四条の類推補充」を提案した。ここでは、正当化的緊急避難と免責的緊急避難の中間段階が重要であるとされる。それが存在する場合、確かに、違法性は欠如してはいないが、当罰的不法が欠如している。彼は、この新しいカテゴリーを、このような緊急避難事例に対して提供する。このような事例において、保護された利益は、侵害された利益を、三四



条がそれを要求しているように、「著しい」ではなく、単に取るに足らない程度に優越しているに過ぎないか、あるいはそれと同一ランクに過ぎない。Güntherは「三四条の状況要件を前提としつつ、このような可罰的不法阻却事由を、次のように定式化している。すなわち、行為者の行為が刑法に違反しないとされるのは、「対立する利益の考量において、…保護された利益が、侵害された利益よりも優越するか、あるいは少なくともそれと同価値である場合である。しかしながら、このことは、とりわけ、衝突している利益が同価値である事例において、行為が危険を回避するための相当な手段である限りにおいてのみ妥当する」。

113 実際的な例として、とりわけ、正当化的緊急避難の限界事例、すなわち、義務の衝突（Rn.101ff.）、強制による緊急避難における行為（Rn.58）、予防的正当防衛も含んだ防衛的緊急避難（Rn.63ff.）、生命の緊急避難における死が間近に迫った生命の殺害（Rn.29ff.）、さらに、正当防衛の領域からも、それらの社会倫理的な制約に違反する場合が考慮に入れられる。そのような可罰的不法阻却事由の法律効果は、一部は正当化事由の法律効果と、一部は責任阻却事由の法律効果と同じである。それ故、可罰的不法阻却事由の事実的な前提に関する錯誤は、故意処罰を阻却すべきである。共犯もまた、可罰的な違法が否定された場合、不可罰であるとされるべきである。これに対して、可罰的に違法ではない行為は、一般的な違法性の理論および三三二条の意味において、「違法」として評価されるので、その結果、被害者は、——個別的に指摘されている制限はあるものの——それに対して正当防衛を行うことができる。

114 これは、示唆に富む提案である。しかし、圧倒的な理由は、このような正当化と免責の混合形態にある。保護された利益のほんの些細な優越は特別の取り扱いを必要とするということを認めることは、三四条が保護された利益の

段階的に高められた優越を要求するという誤解に基づく (Rn.77ff. 参照)。実際、一義的に保護価値を有する利益の維持は、常に三四条によって正当化されるので、その結果、そもそも可罰的不法阻却は不要である。また、衝突している利益が同じように保護価値を有する場合、適法か違法かという明らかな二者択一が、可罰的不法阻却の妥協よりも優先させられるべきである。義務の衝突の場合、責任阻却テーゼの議論の際に、すでに提起された理由 (Rn.105-107) から、同価値の作為義務の履行は、一義的に正当化されるべきである。それ故、ここでも、そもそも可罰的不法阻却が必要ではない。これに対して、三四条によって取り扱われるべき緊急避難の衝突の場合、保護された法益が一義的に優越し、保護価値を有する場合、他人の法益の侵害を許容するという立法者の決断は、尊重されるべきである。もし、考量の結果が不明確な場合においては、確かに、正当化は認められないが、しかし、可罰的不法阻却事由を認めるならば、侵害権に反対する明らかな立法者の意思を、困惑させるような不安定な状況に陥らせ、そして法政策的にも、不幸な状況を作り出してしまう。というのは、一方で、潜在的な緊急避難行為者が、刑罰威嚇には予防効果がなない場合、他人の法領域の侵害へと勇気づけられ、また他方で、潜在的な緊急避難行為者が、被害者に正当防衛権限が認められる場合、彼らとしては、刑罰威嚇がそれらの行為と対立している場合、彼らが身をさらしていない法益の損害を考慮に入れなければならないからである。それ故、可罰的不法阻却事由の構造は、法的平和を乱すことしかできない。三四条によって設定された限界をわずかに超える場合、常に同じように処罰できるとは限らない、という賛同に値する思考は、刑事訴訟法一五三条Ⅱを使って、より簡単に実現され得る。生命の緊急避難における死を間近に控えた生命を殺害する場合のような多くの事例において、超法規的な免責が問題となる。この問題についての詳細は、所定の箇所を取り上げる予定である (第二二章 Rn.146ff.)。

## F. 基本法二〇条四項の抵抗権

115 抵抗権は、実定法を超えたところから導き出された権能として、その伝統は、古代にまで遡ることができる。立法者は、さまざまな州の憲法を手本として一九六九年の緊急避難法の公布と関連して、それを実定化した。いまや、基本法二〇条四項により、「すべてのドイツ人」は、基本法二〇条一項から三項において定義された自由主義的民主主義的な基本秩序を排除しようと企てる何人に対しても、「他の救済手段が可能ではない場合は、抵抗する権利」を有している。このような規定は、実践的意味をほとんど持ち得ないであろう。というのは、革命が成功した場合には、基本法二〇条四項は、抵抗する者にとって何ら役立たないだろうからである。しかし、その試みが失敗した場合には、これは、原則的に「他の救済手段」に基づくので、その結果、個人的な抵抗権は、このような理由から除外される。それ故、抵抗権の意味は、むしろ理論的な種類のものであり、そして、原理的に国法および法哲学の領域の上にあるので、ここでは簡単に取り扱われるに過ぎない。

116 基本法二〇条四項は、——許容できない——国家のための緊急救助の一事例を規制するのではなく、国家の緊急避難の領域からの重要な一コマに対する特別規定である。加えて、自由で民主主義的な基本秩序の侵害が重要ではない限りにおいて、三四条へ立ち戻る可能性は残されている（第五章 *Grundgesetz* 参照）。抵抗権は、上からのクーデターに対しても、下からのクーデターに対しても存在する。それ故、革命家に対しても、基本的な憲法原理を排除しようとする政府に対しても向けられる。抵抗権を実行させるためには、自由主義的民主主義的な秩序の排除に対する企てが明白でなければならないという要件が、しばしば要求される。しかし、それには従うべきではない。基本法二〇条四項の文言は、このことを要求しておらず、そして、その秘密性から、とりわけ危険な革命の試みに対する抵抗権を

付与することは、実体に反するといえるのではなからうか。その上、この要件は、「その実施前から、ほとんど明らかにすることが許されない、上からのクーデターに対する抵抗権を無価値にする」。

117 抵抗権は、クーデターの「企て」を前提とする。それ故、少なくとも、未遂は存在しなければならない（第一章「2.5の参照」）。予備行為では十分ではなく、まして自由で民主主義的な基本秩序の排除を要求することの単なる表明だけでは、なおのこと十分でない（OLG Köln NJW 1970,1322）。Jokobs は、このこと自体を「極めて疑わしい」と述べる一方で、「未遂の開始が期待され得ない場合、効果的な抵抗の可能性を放棄せず、正当防衛類似の状況の類推として調和のとれた侵害権を伴う抵抗が、認められ得るのではなからうか」とも述べている。しかし、革命の試みに先立って、何人であろうと、暴力による措置を講ずる権利を与えたならば、それは行き過ぎではなからうか。これには、内乱を促すのと同じ効果がある。確かに、クーデターの「企て」に限定することによって、ただでさえわずかな基本法二〇条四項の実践的意味がさらに限定されてしまう。というのは、革命の試みがすでに進行中である場合、それは抵抗にとって、しばしば遅過ぎるだろうからである。性急過ぎる——目に見えない活動を防止するために不可欠の「他の救済手段が可能ではない」という要件もまた、ほとんど、正当化される抵抗を保障することにはならないだろう。というのは、抵抗を望む者は、それに対抗するために国家の力を動かさなければならぬのであり、さしあたり、あらゆることを試みなければならぬので、これらすべてに効果がない場合、革命はほとんど成功し、そして、抵抗はもはや可能ではないからである。

118 抵抗は、消極的にも（たとえば、ゼネストによっても）、積極的にも（謀反人に対する暴力による措置によって

も）可能である。複数の意のままになる手段のもと、最も穏やかな手段が選択されなければならない。錯誤の場合には、一般的な原則も妥当する。それ故、ある者が、基本法二〇条一項から三項までの憲法原理、あるいは「企て」の概念を誤って解釈し、自分自身に抵抗する権限があると信じている場合、これは禁止の錯誤である。これに対して、ある者が、抵抗する権利が与えられている状況を誤認した場合、これは故意を阻却する錯誤である（詳しくは、第一四章 Rn.51ff. 参照）。このような故意を阻却する場合において、嚴格責任説を承認する場合のみ、回避され得る耐えられない処罰の間隙が生ずるということを受け入れることは根拠がない。というのは、第一に、基本法二〇条四項（少なくとも、企て、救済手段条項！）の厳格な要件のため、抵抗する権利が与えられた状況の錯誤による表象は想像し難いからである。そして、第二に、そのような事例が発生するようなことがあれば、なぜ、模範的な国民の信念を、必要な行為によって擁護する用意があると勘違いした者は、故意の犯罪者として（それ以外の場合には、過失を理由として）、処罰されなければならないのかは理解され得ないからである。

〔完〕

（よしだ のぶゆき・本学法科大学院教授）  
（たにわき まさと・本学法学部助教）