
翻 訳

刑法におけるカテゴリー原理としての帰属と正当化

クリスチャン・イエーガー（著）

野 澤 充（訳）

〔紹介者はしがき〕

以下に紹介するのは、元トリアー大学教授であり、現在はバイロイト大学教授であるクリスチャン・イエーガー教授による表題の論文の翻訳である。イエーガー教授は、ミュンヘン大学教授であったクラウス・ロクシン教授に師事し、2003年8月にトリアー大学教授に就任した後、2008年10月からバイロイト大学に移籍した。本論文は、2004年11月のトリアー大学での教授就任講演の原稿をもとに、大幅な加筆・修正を加えたものとのことであり、その内容は、刑法の犯罪論体系における「構成要件（帰属）」の段階と「違法性（正当化）」の段階の区別の基準について検討するものである。

「構成要件」という概念は、もともとベールリンクによって価値中立的な概念として犯罪論体系の第一段階におかれたものの、まもなく主観的違法要素が認められるとともに、その評価的な側面が否定できないことが明らかとなった。現在、構成要件段階において、ドイツでは「客観的帰属論」の考え方を前提に、「法益に対する許されない危険の創出」と、「そのような危険の結果実現」があることで構成要件の結果が行為者に帰属されるものとされている。しかしこのような評価的基準で「構成要件該当性（結果の帰属）」の判断を行うことは、同じ評価的な側面を持つ「正当化事由」との違いを不明確なものとしかねないものである。

このような観点からイエーガー教授は、「構成要件不該当事由（帰属阻却事由）」とされるべき場合と「違法性阻却事由（正当化事由）」とされるべき場合とを再編成し、なおかつその両者の分類の際の基準として、「行為者に結果に対する答責性を負わせられ得ない場合」が帰属阻却となり、それに対して「許容される根拠が（少なくとも）比例性の考慮（＝比較衡量）において（も）存在する場合」が正当化事由となるという基準を示している。

このようなイエーガー教授の見解によれば、（本文中にも挙げられているとおり）正当防衛の場合には「攻撃者が自己答責的に攻撃してきた場合」である以上、それに対する防衛者は結果に対する答責性を負わず、すなわち正当防衛が帰属阻却事由であることになる。この点は、正当防衛を正当化事由として捉えてきた従来までの圧倒的な見解からは、まさにそのような帰結そのものが批判の対象となり得るものと考えられる。これについてイエーガー教授も本論文の結論部分において、正当防衛に関してはドイツにおいても比例性の考慮が全くなされていないわけではなく、正当防衛を正当化事由と評価するか帰属阻却事由と評価するかは「正当防衛権においてどの程度まで多く比例性が見て取られるかに、全ては左右される」として、最終的な結論をやや留保させている。

また正当防衛以外の部分に関しても、イエーガー教授の見解に対しては、これまでの犯罪論体系の考え方とは異なる帰結の部分が多く見られ（例：「官庁の許可」に対する評価など）、その点に関しても多くの批判が予想されうる。

とはいうものの日本においても、「構成要件」段階と「違法性」段階の区別に関しては、その区別が故意の認識すべき対象範囲に影響する学説もあり、また客観的帰属の考え方を取り入れるかどうか、さらに個別的な論点としても、「被害者の同意」を違法性阻却事由とするか構成要件阻却事由とするか、などの点での議論が存在する。このような観点から本論文の示唆するところは、日本での議論にとっても非常に有意義なものであると考え、以下に紹介する次第である。

なお、本文はほぼ原文どおりであるが、日本語としてわかりにくい表現の箇所に関して、意識した部分があることを御承知頂きたい(言葉を訳者が完全に補うなどした場合には、〔 〕括弧内に示した)。さらに脚注については、原著書の脚注をそのまま写したにとどまるようなものである点も御承知頂ければ幸いである。なお、文末脚注は本文の補足説明として訳者が説明を加えたものであるので、文末脚注の文責は訳者にある。また、末尾に参考となるであろうドイツ法の条文の日本語訳を挙げた。

*

*

*

I. はじめに

構成要件と違法性の関係について、ロクシンは以下のように述べている⁽¹⁾。「構成要件において記述された犯罪類型——監禁、住居侵入、身体傷害など——は、確実な静止状態を明示するのに対し、正当化事由は社会的な変動の動力を犯罪理論の中に入れるのである。人間の拘束、建物への侵入または身体への侵害の実行が許容されている根拠は、絶え間なく変更され、・・・」そして「・・・そのより高度の複雑さのために、簡潔な『社会規定』の中に把握されることはないのである」。

実際にロクシンは、一方では無価値判断の把握および輪郭描写を、比較的静的な不法の根拠づけとしての構成要件において理解し、他方では無価値判断の修正を比較的動的な不法の排除としての正当化事由において理解し得るものとしている。

しかしながら構成要件該当性と違法性の区別の本来の困難さは、客観的帰属の理論が構成要件阻却の基準になり得るものとされ、そして構成要件段階と違法性段階の区別を外見上均等化するように見えるところに始まる。

(1) Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 3. Aufl., 1997, § 14, Rn. 37, 4. Aufl., 2006, § 14, Rn. 38; 同く Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1973, S. 24 ff.

それゆえ以下の論文は、構成要件該当性と違法性の区別が現代的な帰属刑法においてそもそもなお有意義に支持され得るものかどうかという、困難な問題を究明しようとするものである。その際に、この問題設定の解釈論上および実際上の効果についてこれまでまだわずかにしか注意が払われてこなかったことも示され得るであろう。

Ⅱ. 刑法における基礎カテゴリーとしての構成要件該当性と違法性

構成要件該当性を犯罪の第一カテゴリーへと昇格させることは、ベーリンクにまでさかのぼる。彼は犯罪の内容を三段階に、すなわち構成要件に該当し、違法で、かつ有責的な行為とした。その際にまだベーリンクは、構成要件においてはどのような価値判断も根拠づけられ得ない、ということから出発していた⁽²⁾。しかしながら1915年にマックス・エルンスト・マイヤーが規範的構成要件要素を発見し、ベーリンク流の解釈からその根拠が早くも奪い去られ、そして1926年にはメツガーが既に、構成要件が評価的要素を不可避に含んでいるということを認識するに至っていた⁽³⁾。後にヴェルツェルはこのような理解をそのドイツ刑法の教科書において以下のようにまとめた。すなわち構成要件該当性の確定は必然的に評価的な性質のものである、なぜならそれは——不可避に規範的に——人間の行為遂行の充足から、刑法的に関連する行為を切り取るものだからである、と⁽⁴⁾。

しかしまさに構成要件該当性も違法性も評価的な性質のものであるがゆえに、両段階の区別は常に争われたままであった。消極的構成要件要素の

(2) Ernst Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 112, 145, 147.

(3) Edmund Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, 1926, S. 11.

(4) このような認識の展開については、H. Bruns, Kritik, S. 14 ff.; Jescheck, ZStW 73 (1961) 179 ff.; Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 10, Rn. 8 ff.; Schweikert, Wandlungen der Tatbestandlehre, S. 14 ff.; Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 53; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 118.

理論は、アドルフ・メルケルがその創設者と見なされるべきである⁽⁵⁾が、周知のごとく規範的な相違を否定し、その結果として正当化されないことを消極的構成要件要素として理解するものである。

しかしヴェルツェルはこの理論に対して、以下のように反論した。すなわち一方でハエの殺害、すなわち人間の不殺害と、他方で正当防衛により正当化された人間の殺害との間に、本質に合致した根本的な違いは存在するのであり、構成要件該当性と違法性の両方の評価段階の単一化は適切なものではない、と⁽⁶⁾。今日まで、このことに通説は賛成し、構成要件該当性と違法性を分離させてきた。

しかし我々はごまかすことはできない。すなわちヴェルツェルの、一方でのハエの殺害の例と、他方で正当防衛により正当化された人間の殺害の例は、おそらく日常的な理屈からはそれのみでもっともらしくはあるが、しかしその例はより詳細な検討に耐えるものではないのである。なぜなら、ヴェルツェルがここで言いたかったことが正しかったならば、構成要件該当性と違法性の間の違いは、欠けている結果実現と許された結果実現の間の違いによって単純に特徴づけられたらからである。

そのように単純に理解しようと望む者は、客観的帰属の理論による学問的議論が、かつてヴェルツェルが出発点とした洞察の視界をはるかに越えたことを見落とすことになるであろう。すなわち構成要件は、客観的帰属の理論によって、評価的観点をその自らの中に受け入れたのであり、それはヴェルツェルによって主張された、刑法的に意味のある犯罪描写の切り取りということをはるかに上回るものであった。客観的帰属の理論は、そ

(5) Adolf Merkel, Strafrecht, 1889, S. 82. 彼に賛成するものとして Engisch, ZStW 70 (1958), 567, 583 ff.; Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949, S. 66 f., 170 f., 178 ff.; 同じく Arthur Kaufmann, JZ 1956, 353, 393; 同じく Arthur Kaufmann, ZStW 76 (1964), 543 ff.; Kindhäuser, LPK, vor § 32, Rn. 37; 同じく Kindhäuser, Strafrecht AT, § 8, Rn. 4; Lange, JZ 1953, 9; Müko/Schleehöfer, vor §§ 32 ff., Rn. 33; Otto, Strafrecht AT, § 5, Rn. 20; Schaffstein, ZStW 72 (1960), 369 ff.

(6) Hans Welzel, ZStW 67 (1955), 196 f.

の今日の形態はロクシンの1970年の祝賀論文集への寄稿論文⁽⁷⁾に決定的に依拠するものであるが、目的的行為論に、規範的に根拠づけられた機能的刑法体系を対置させ、それ以降その体系は、比類のない凱旋行進を始めた。その創世記は、最近になってF.-C. シュレーダーが特にわかりやすい方法で描写した⁽⁸⁾。

このような今日支配的である客観的帰属の理論によれば、態度の構成要件該当性は、構成要件に類型化された結果が発生しなかった場合においてだけではなく、結果が確かに発生はしたものの、この結果発生が行為者には帰属可能ではない場合にもまた無くなるのである。これについて学説は周知のごとく、帰属阻却の事例群を展開した⁽⁹⁾。それによれば、結果はとりわけ四つの状況において帰属されないことになる。

第一の事例群は、いわゆる危険減少にかかわる場合である⁽¹⁰⁾。具体例としては以下のとおりである。BはCの目をアイゼンで刺そうとした。しかしAはその刺突行為をそらそうとしたので、Cは軽度の傷を耳に受けただけです。ここで耳への傷害の発生は、[Aにとって]既に構成要件として身体傷害となるものではない、なぜならAはCに対する危険を減少させたからである。

(7) Claus Roxin, Honig-FS, 1970, S. 133.

(8) Friedrich-Christian Schroeder, Androulakis-FS, 2003, S. 651 ff. は一読に値する。

(9) さまざまな事例群については、Ebert, Strafrecht AT, S. 48; Gropp, Strafrecht AT, § 5, Rn. 43 ff.; Jäger, Strafrecht AT, § 2, Rn. 31 ff.; Krey, Strafrecht AT, Band 1, Rn. 287 ff.; Kühl, Strafrecht AT, § 4, Rn. 76 ff.; Otto, Strafrecht AT, § 6, Rn. 12 ff.; Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 11, Rn. 47 ff.; Sch/Sch/Lenckner, vor § 13 ff., Rn. 91 ff.; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 176 ff.; Tröndle/Fischer, vor § 13, Rn. 17 ff. を参照。

(10) 危険減少については、Otto, NJW 1980, 417, 422; Sch/Sch/Lenckner, vor § 13 ff., Rn. 94; SK-Rudolphi, vor § 1, Rn. 58; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 193 f. を参照。これについて Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 11, Rn. 47 f. は一読に値する。そこでは危険減少の状況を、危険創出の欠如による帰属阻却基準として根拠づけ、そしてそれと同時に34条の枠内での正当化事由としての、危険創出によって[既に]明らかとなった危険を減少させる場合とを区別している。

第二の事例群は、法的に重要な危険の不存在を意味するものである。これには以下のような教室事例が挙げられる。すなわち A が、B がそこで落雷に当たって死ぬであろうことを期待しながら、B を雷雨の中に使いに出し、その場合に実際にもそのように発生したという事例である⁽¹¹⁾。もしくは、より現実的な例を述べるならば、A が、B がそこで事故にあって死亡することを期待しながら、B にトルコを通るバス旅行を贈り、同様に実際にも期待された結果を生じたという事例である。そのような場合においても、全くの通説によれば、帰属可能な殺害は存在しない、なぜなら A によって創出された危険が——まさにその支配不可能性を理由として——法的な重要性を示さないからである。

第三の事例群は、結果が、侵害された規範の保護目的の下にない状況にかかわるものである。ここではいわゆる自転車乗り事例が有名である。すなわち A と B が夜に無灯火の自転車を相前後した形で走らせていた。自転車で対向して走ってきた C は、前方を走っていた B と衝突し、重傷を負った。ライヒ裁判所はここで背後を走っていた A に対し、過失身体傷害について無罪の評決を下した⁽¹²⁾。A が灯火義務の遵守によって前方を走行する B を照らしていたならば、対向してきた C は B を認識し、そしてそれにより事故は回避され得たであろうにもかかわらず、である。ライヒ裁判所は以下のように判決した、すなわち灯火義務の目的は、もう一方の者を照らし出すことにはないのであり、そのために当該結果は侵害された規範の保護目的外に存在しており、過失身体傷害としては理解され得ない、

(11) これについては Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 28, IV1; Ebert, Strafrecht AT, S. 48; Haft, Strafrecht AT, S. 55; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 183; Krey, Strafrecht AT, Band I, Rn. 290; Kühl, Strafrecht AT, § 4, Rn. 76, 77、さらなる指摘としてとりわけ Fn. 194.

(12) RGSt 63, 392. これについては Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 55, II 2 b bb; Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 11, Rn. 72; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 182 も参照。帰属要素としての規範の保護目的については、BGHSt 21, 59 (歯科医事例)、BGHSt 33, 61 (速度超過事例)、Schlüchter, JuS 1977, 104, 108 も参照。

と⁽¹³⁾。しかし通説によれば、規範の保護目的外に、自由答責的な自己危殆化ないしは合意に基づく他者危殆化がある事例もまた存在する、例えば妻が意図的にその HIV 陽性である夫と性交する事例のように。ここでもまた、明白な感染の場合において、支配的な見解によれば、身体傷害罪を理由とする夫の処罰は問題にならない⁽¹⁴⁾。なぜなら、論証されているように、既に自殺の関与者が不処罰であるならば、これは自己危殆化への関与者に対してもより適切に当てはまるに違いないからである⁽¹⁵⁾。

最後に第四の事例群は、通説によれば、確実性と接する蓋然性によって、結果が適法な選択態度の場合においてもまた生じたであろうな事情によって特徴づけられる⁽¹⁶⁾。代表してここでは、いわゆるトラック事例が挙げられ得る⁽¹⁷⁾。そのトラック事例において、A は規則に反して 75センチメートルという狭すぎる車間距離で自転車運転者の横をトラックで通り過ぎた。そして自転車運転者はトラックの下敷きになり、死亡した。自転車運転者は酩酊しており、蛇行運転をしていたので、適法な車間距離を遵守していた際にも死亡事故へと至ったかどうかは、立証され得なかった。連邦最高裁はここで、過失致死によるトラック運転手の可罰性を否定した、なぜなら法的基準についての交通違反は、交通規則を遵守していた場合に

(13) RGSt 63, 392 (394).

(14) エイズ感染の危険を伴う性的接触における問題については、Ebert, Strafrecht AT, S. 46; Frisch, JuS 1990, 362, 369; 同じく Frisch, NSTZ 1992, 62, 66 f.; Jäger, Strafrecht AT, § 2, Rn. 153f.; Kühl, Strafrecht AT, § 4, Rn. 88a; Lackner/Kühl, vor § 211, Rn. 12a; Rengier, Strafrecht BT, Band 2, § 20, Rn. 6; Puppe, Strafrecht AT, Band 1, § 6, Rn. 16 ff.; Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 11, Rn. 102; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT, Band 1, Rn. 270を参照。

(15) BGHSt 32, 262, 264 f.; Krey, Strafrecht AT, Band 1, Rn. 318; Krey/Heinrich, M., Strafrecht BT, Band 1, Rn. 128 ff.; LK-Schroeder, § 16, Rn. 181 f.; Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 11, Rn. 91; 同じく Roxin, Gallas-FS, 1973, S. 246; Rudolphi, JuS 1969, 549, 557; SK-Rudolphi, vor § 1, Rn. 79; Schünemann, JA 1975, 715, 720; 同じく Schünemann, NSTZ 1982, 60も参照。

(16) 多くのものの代わりに LK-Hirsch, § 229, Rn. 7; Krey, Strafrecht AT, Band 2, Rn. 543 ff.; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 676を参照。

(17) BGHSt 11, 1 ff.

は確実性と接する蓋然性の程度で結果は発生しなかったであろうことが確かである場合にのみ、侵害結果に対して意味をもつからである。

今しがた述べられたいくつかの事例群は、行為者が法益に対する許されない危険を創出し、かつこの危険を結果に実現した場合にのみ、構成要件的結果は行為者に帰属可能である、という命題に最終的に示される⁽¹⁸⁾。

その際に、学生が第一セメスターにおいて、しかもその上最初の授業時間において習得し、そしておそらくはそれゆえに批判的にその背景を探ることが決してなされないような基礎的命題が問題となる。もちろん、いつ危険減少が承認されるべきなのか、どのような状況の下で危険に法的な重要性が欠けることになるのか、そしていつ自由答責的な自己危殆化が問題になり得るのか、に関する争いはよくなされている。しかしこのことは、支配的な見解によれば、結果に対する責任が、結果が依拠している許されない危険に対する責任によって常に仲介されていることに関して、何も変わらない⁽¹⁹⁾。その場合になぜ全ての正当化事由が必ずしも帰属阻却事由であるわけではないのかという疑問が学説において提示されないことは、驚くべきものである。どのようにして危険の創出が許されないものとなり得るのか、いつ正当化事由による態度がはっきりと許容されるのかといった問題がやはりまさにおのずと胸にわいてくる以上、なおさそうである。それゆえ私はこの論稿により、帰属阻却と正当化の間の区別が実際にどこに存在するのか、いつその両者が許容の原則に依拠するのかという問題をとくに提示するものである。

(18) すなわち例えば Haft, Strafrecht AT, S. 55; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 28, IV; Krey, Strafrecht AT, Band 1, Rn. 287; Kühl, Strafrecht AT, § 4, Rn. 43; Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Band I, § 18, Rn. 49; Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 11, Rn. 42; Sch/Sch/Lenckner, vor § 13 ff, Rn. 92; SK-Rudolphi, vor § 1, Rn. 57; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 179; Tröndle/Fischer, vor § 13, Rn. 17.

(19) Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 11, Rn. 42; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, Band 1, § 8, Rn. 27. 許されない危険の概念についてのより深く踏み込んだ記述を、Jakobs, Strafrecht AT, 7/35 ff. および Kindhäuser, GA 1994, 197 ff. が示している。

Ⅲ. 評価矛盾の解消における帰属と正当化の区別の意義

帰属と正当化の間の区別の問題は、見た目ほどには、決して無意味なものではない。

すなわちその意義は場合によっては、今日まで存在している解釈論的矛盾の解決に存在しているかもしれない。

1. 自由答責的な自己危殆化の取り扱いとの関連での評価矛盾

最初の評価矛盾は、通説がそのように理解しているとおり、自由答責的な自己危殆化に関係している。すなわちそれによれば、自由答責的な自己危殆化(合意による他者危殆化と同様に、これが独自の事例群として認められる限りにおいて⁽²⁰⁾)は、既に構成要件該当性を排除するような帰属阻却であるが、その一方で同意はいずれにせよ通説によれば正当化事由ではない。例えば被害者が任意に侵害結果の危険に身をさらした場合(例えば B が A とのオートバイレースに乗り出し、それに際して B が負傷した場合)には、帰属が欠けているので、既に A の B に対する過失傷害の構成要件該当性が排除されることになる。それに対して被害者がその上結果を同意していた場合には、すなわち危険だけでなく、さらに確実な結果惹起にも身をさらしていた場合(例えば B が A に、痛い、しかし芸術的な入れ墨を皮膚に彫らせた場合)には、違法性という第二の評価段階のみが消極的に関わることになる。この部分に関しては既に、少数の見解により同意もまた構成要件阻却事由として把握される場合には、このような

(20) それに対して Otto, Strafrecht AT, § 6, Rn. 62. 彼は自己答責的な自己危殆化と合意による他者危殆化との区別を無意味なものと評価している、なぜなら両方の場合において危殆化状況に身をおくという決断は自己答責的なものからである。自己答責的な決断のみが刑法上の答責性の評価づけにとって決定的なものであり、危殆化行為の遂行者の人格は刑法上の帰属にとって顧慮されないのである。それゆえに関与行為を行う第三者は刑法上答責的であるとみなされ得ないのである、と。

摩擦はもちろん存在しないということが注記される。それには後ほど立ち返ることにして、さしあたり、今日まで同意に正当化するような効果のみに認めている通説の論証を追求することとしたい。

すなわち、仮に危殆化が結果に転化したとしても、自由答責的な自己危殆化が既に構成要件、つまり最初の段階を阻却することができることの理由はどこに存在するのか？

教科書やコンメンタールにおいて、これに関して以下の点がわかる。すなわち、既に自由答責的な自殺への関与が不処罰である場合には、このことは自由答責的な自己危殆化への関与に対してもまず適切に当てはまらなければならない、と⁽²¹⁾。

しかしながらこの命題の表層的な論理性は、より詳細な観点を相対化するものである。というのも、以下のように同様に論証され得るであろうからである。すなわち自由答責的な自己危殆化は帰属を阻却するようなものではない、なぜなら結果帰属の阻却は、被害者が自由答責的に危殆化だけでなく、結果をも望んだことを要求しているがゆえに、この方法においてのみ結果帰属が排除され得るからである。このような結果帰属の阻却は、自由答責的な自殺への関与の場合にのみ当てはまるのであって、自由答責的な自己危殆化への関与の場合にはそうではないのである、と⁽²²⁾。

手短かにまとめるならば、以下ようになる。すなわち通説の最初の適切な帰結は、自由答責的な自己危殆化に関して適合しない。つまり結果帰属の阻却が問題となっているがゆえに、望まれた自殺から、すなわち望まれた結果惹起から、望まれた自己危殆化は推論され得ないのである。というのも、望まれた自己危殆化はより小さいものなのであり、それゆえ結果への帰属をまず適切に阻却し得ないからである。最初の適切な帰結は、おそ

(21) 判例および学説からの証明については既に上述したところの脚注15を参照。

(22) 適切にも Zaczyk, *Strafrechtliches Unrecht und Selbstverantwortung des Verletzten*, 1993, S. 53はそれに基づいて、自己危殆化は、被害者によりもたらされた行為と結果との間の関連性が欠けている点で、自己侵害と区別される、と指摘する。

らくは逆の関係において理解できるものであろう。すなわち既に望まれた危殆化が結果帰属を阻却する場合には、このことは望まれた結果に対してまず適切に当てはまるに違いないであろうということである。

2. 不作為からの責任との関連での評価矛盾

帰属阻却と違法性阻却の間の区別におけるさらなる不明確さは、その生じ得る不作為責任を顧慮することで明らかになる。

例えば通説は、正当化された正当防衛行為は先行する危険な作為(先行行為)からの保障人的地位を呼び起こすものではないとしつつ、その一方で、正当化された緊急避難行為の場合にはこれが非常に良く当てはまるべきであるとしている⁽²³⁾。

例えば A が、彼を襲った B を正当防衛で射殺し、その後 B が自らの血の海の中に放置されて死亡した場合に、A は不作為による殺人を理由としては可罰的ではない。これに対して、A がその自転車歩道を乗り上げて、非難されるところのない年金生活者 R に衝突した場合に、そのようにすることでは A が彼に接近してきたトラックに轢かれるのを避けることができなかったがゆえの行動であるならば、通説によれば、A は何ら攻撃をしなかった者である R に対して、その事前的態度が緊急避難によって正当化されたにもかかわらず、先行する作為から救助のための保障義務を負うことになる⁽²⁴⁾。それゆえこの場合に A が年金生活者を放置し、そしてそれによりその状況を悪化させた場合には、A は、不作為による身体傷害、および場合によってはさらに殺人により答責的であるとされ得るのであ

(23) BGHSt 23, 327; BGH NStZ 2000, 414、当該判決についてのコメントとして A. Schröder, JA 2001, 191および Engländer, JuS 2001, 958. さらに Freund, Strafrecht AT, § 6, Rn. 74; Joecks, § 13, Rn. 42; LK-Spendel, § 32, Rn. 332; Kühl, Strafrecht AT, § 18, Rn. 94, 96; Otto, Strafrecht AT, § 9, Rn. 81; SK-Rudolphi, § 13, Rn. 41; Roxin, Strafrecht AT, Band II, § 32, Rn. 181 ff.; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 726も参照。

(24) この例については Otto, Strafrecht AT, § 9, Rn. 76および Rn. 84: 事例4; Kühl, Strafrecht AT, § 18, Rn. 96を参照。

る。

正当防衛権が侵害者に対する攻撃権に根拠づけられているのに対して、歩道上の年金生活者はただ偶然に第三者として A により事件に巻き込まれたということに全く根拠づけられるのであれば、A は救助についての保証人的義務をも負うのである⁽²⁵⁾。この理由づけが正義感に非常に合致し得るものであればあるほど、それはやはり解釈論的にはなお疑わしいままであり続けることになる。というのも、正当防衛が刑法32条により、そして緊急避難が刑法34条により、同様に正当化事由の評価段階に位置づけられるならば、なぜそれら二つが評価に関して全く異なる法律効果と呼び起こし得べきものなのかが、やはり疑問だからである。すなわち刑法34条の場合においては先行する作為からの保証人的地位を呼び起こすのに、刑法32条の場合においてはまさにそうはならないのである。

3. 原因において違法な行為の法的概念との関連での評価矛盾

ここは、つじつまの合わない点の全体的内容を描き出すための場所ではない。それゆえ最後の点として、いわゆる原因において違法な行為[*actio illicita in causa*]という法概念に関する議論について言及する。その概念においては、ある者がその態度によって(例えば侮辱によって)生命に危険を及ぼす侵害を——たとえ故意でなかったとしても——誘発し、そしてその際にこの侵害に対して正当防衛という方法で防御しなければならなくなる(例えばその者が侵害者を打ちのめすことによって)という事例が問題となっている。ここでは確かに、本来的にはその正当防衛による殴打は正当化されるべきであるので、これに関して身体傷害による可罰性は排除される⁽²⁶⁾。しかしながら誘発者が過失身体傷害を理由として処罰され得

(25) BGHSt 23, 327 (327); Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, S. 185; Kühl, Strafrecht AT, § 18, Rn. 96; Roxin, Strafrecht AT, Band II, § 32, Rn. 186 ff.; Timpe, Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB, S. 182.

(26) すなわち Bay ObLG NJW 1978, 2046; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, § 17, Rn. 38; Bockelmann, Honig-FS, 1970, 19, 31; Bockelmann/Volk, Strafrecht

るのかどうかということについては争いがある。なぜならその者は侵害を誘発し、そしてそれにより最終的に身体を傷害するような防衛行為も誘発したからである(つまり、その者の根本において許されない行為、すなわち侮辱を理由として、そこから生じている身体傷害罪によりその者が可罰的であるかどうか)⁽²⁷⁾。圧倒的な通説的見解は、周知のごとく、これを否定し、すなわち過失犯としても不可罰とする⁽ⁱ⁾。そしてこの否定の主たる論拠の一つは、被誘発者が侵害によって自らを危殆化したことにより、その者自身にその侵害の結果は帰属可能であるということにある⁽²⁸⁾。しかしそうである場合には、やはりなぜあらゆる侵害が自由答責的な自己危殆化の形式を描き出すわけでは必ずしもないのか、そしてなぜ正当防衛は原則的にも既に帰属阻却事由として理解されねばならないわけではないのか、という問題が突きつけられる。

IV. 帰属阻却と正当化事由の違い

今しがた示された評価矛盾はまさに、帰属の不存在による構成要件阻却と、正当化事由との間の違いが、実際にはどこにあるのか、という問題を呼び起こす。

AT, S. 92f.; W. Hassemer, Bockelmann-FS, 1979, 225, 243; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 33, IV 3 c; LK-Spendel, § 32, Rn. 281 ff.; Mitsch, GA 1986, 533, 545; Sch/Sch/Lenckner, vor §§ 32ff., Rn. 23、異なる見解として BGH NStZ 2003, 425, 427; Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Band I, § 26, Rn. 43; Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 15, Rn. 61 ff.; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 347、論争状況については Kühl, Strafrecht AT, § 7, Rn. 242.

(27) BGH NJW 2001, 1075 ff.、当該判決に対する批判的なコメントとして、Eisele, NStZ 2001, 416; Engländer, Jura 2001, 534; Hruschka, ZStW 113 (2001), 870; Jäger, JR 2001, 512; Roxin, JZ 2001, 667; Schrödl, JA 2003, 656、しかし Kudlich, JuS 2003, 32; Mitsch, JuS 2001, 752 もまた参照。

(28) Eisele, NStZ 2001, 417; Jäger, JR 2001, 514; Roxin, JZ 2001, 667f.; 同じく Roxin, ZStW 93 (1981), 68 ff. さらに Kühl, Strafrecht AT, § 7, Rn. 243; Mitsch, GA 1986, 533, 543; Sch/Sch/Lenckner, vor § 32 ff., Rn. 23 ならびに § 32, Rn. 61 も参照。

1. 形式的区別

さしあたり純粹に形式的な区別が考えられ得るであろう。すなわちそれは、文言のみを引き合いに出して、そして許容命題を全て、特定の状況の下で違法な行為を阻却する正当化事由として理解するものである。それによれば、刑法32条および34条による正当防衛および緊急避難のような許容命題は、いずれにせよ正当化事由となるであろう。なぜなら立法者はその箇所において、特定の状況の下での防衛行為ないしは防御行為を明文で「違法ではない」と示したからである。同意もまたそれによれば正当化事由として第二の評価段階に落ち着くことができるであろう。なぜなら刑法228条によれば、身体傷害の行為者は、同意の事例において、当該行為が善良な風俗に反している場合にのみ「違法に」行為したものである。

しかしながら、このような外見上の文言論拠は正しくない。なぜなら立法者は不法全体をさして「違法」という概念で表示したからである。すなわち、刑法典11条1項5号が示しているように、違法な行為とは「法律〔訳者注：原条文は「刑法」〕の構成要件を実現するようなもののみを」指しているのである⁽²⁹⁾。それ故に、法律の構成要件を充足しない態度もまた、法律の意味において「違法ではない」のである⁽ⁱⁱ⁾。

2. 実質的区別

それ故に、実質的区別の可能性のみが残されることになる。正当化事由は、我々がヤコブスから読みとるように、—— 一元的な、ないしは多元的な説明の試みを超えて⁽³⁰⁾—— それ自身禁止された態度をなお遂行する

(29) 同意との関連において Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 13, Rn. 27は適切である。類似するものとして Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Band I, § 17, Rn. 66、もっとも刑法典11条1項5号との関連づけは見られない。異なる見解として Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 34, I 3; Sch/Sch/Lenckner, vor § 32, Rn. 33 a; Tröndle/Fischer, vor § 32, Rn. 3 b; Dreher, Heintz-FS, 1972, 207, 220.

(30) さまざまな体系化の試みについては Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 14, Rn. 37 ff. を参照。これについてはさらなる指摘をする Sch/Sch/Lenckner, vor § 32, Rn. 7も参照。

ような、法的に有益な根拠なのである⁽³¹⁾。構成要件に該当しない態度におけるのとは異なって、ヤコブスにとっては正当化された態度においては、社会的に異様ではない態度が問題なのではなくて、その態度の背景を、すなわちまさに正当化状況を見た上でのみ、社会的に受忍できるものとして承認される態度が問題なのである⁽³²⁾。結局のところ、ヤコブスが述べるように、正当化事由を基本思想に立ち返らせることは不可能なのである。つまり、まさに有益な根拠にかかわる問題であるということ以上には、もはやその正当化事由に関しては何も述べられ得ないのである⁽³³⁾。

ヤコブスが正しいのであれば、危険減少もまた正当化事由として格付けされなければならないであろう。しかし通説的な見解は危険減少の場合には構成要件阻却を認める⁽³⁴⁾（ここで上述の例が想起される、すなわち A が B の刺突行為をそらそうとしたので、C はその目を失わなかったが、軽いかすり傷を耳にこうむった事例である）。危険減少はヤコブスによれば、正当化事由とならなければならないであろう。なぜならそれは有益な根拠だからである。その上さらに、危険減少は態度にとってそもそも最も有益な根拠であるとまで言い得るであろう。

ここでまずもって読み取られるのだが、ヤコブスが、社会的な受忍性は正当化に際して態度の背景をみることでのみ明らかになるとする一方で、構成要件に該当しない態度を社会的に異様ではない態度とする場合には、それは正しくない。なぜなら当然に、構成要件に関する帰属阻却事由もま

(31) Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, 11/1.

(32) Jakobs, Strafrecht AT, 11/1.

(33) Jakobs, Strafrecht AT, 11/1. Roxin, Strafrecht AT, Band I, Rn. 21 もまた参照、そこでは「不法判断を・・・個々の事例における行為者態度の消極的な評価づけ」とみなしている。

(34) OLG Stuttgart NJW 1979, 2573; Bockelmann/Volk, Strafrecht AT, S. 63; Kühl, Strafrecht AT, § 4, Rn. 54; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, § 14, Rn. 66f.; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 194; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 28IV2; LK-Jescheck, vor § 13, Rn. 65; Otto, NJW 1980, 417, 422; Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 11, Rn. 47 ff.; 同じく Roxin, Armin Kaufmann-GedS,

た、態度の背景においてのみ把握可能だからである。たとえば泥酔した A が、同乗者 B をその車に同乗させ、そしてアルコールに起因して事故を引き起こし、その際に同乗者 B が重大な傷害を負った場合に、これは——そしてここでヤコブスは正しいと判断され得るのだが——当然に社会的に異様なものであり、そしてそれゆえに過失身体傷害の、もしくは過失致死の構成要件を充足し得るのである。しかし B がその危険を認識して同乗していた場合には、これは広く普及した理論によれば、既に構成要件の段階で考慮されるべき帰属阻却を根拠づけるものであり、それは当然に、背景を見ることでのみ確認可能なものである(すなわち、運転者の酩酊を認識し、そしてその危険を甘受した同乗者を輸送すること)⁽³⁵⁾。そもそも、構成要件に該当しない態度を、社会的に異様ではない態度とすることは、遅くとも保護目的理論の承認以降は、もはや不可能である。ここでもう一度だけ、すでに上述したライヒ裁判所の自転車事例がはっきりと認識される必要がある。A が夜間に無灯火で自転車を運転する場合には、言うまでもなくそれは社会的に異様なことである。それにもかかわらず結局として過失身体傷害の構成要件が無くなる場合には、これはその根拠を、立法者によって望まれた社会的に異様ではない態度、すなわち灯火しての運転が二人とは異なる第三者の事故を避けるのに役に立つものではないということにのみ求めることになる。したがってヤコブスの試みはさらに進展するものではなく、反対に、当該理由づけによる正当化事由が帰属阻却事由としても定義づけられ、そして逆に帰属阻却事由が正当化事由としても定義づけられ

1989, 237, 242; SK-Rudolphi, vor § 1, Rn. 58 ff.; Sch/Sch/Lenckner, vor § 13 ff., Rn. 94; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, Band 1, § 8, Rn. 28; Tröndle/Fischer, vor § 13, Rn. 17b. これについて細分化するのは Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, § 14, Rn. 67、それは、当該危険を弱める行為者が被害者へのあらゆる侵害を阻止する可能性を持っていた場合には、帰属阻却を否定する。しかしそれは矛盾とされるべきである。なぜならそれは開始された救助作業に基づく保証人的地位を認めることになり、それは原則的に否定されるべきだからである(これについて詳細には Jäger, Strafrecht AT, Rn. 345 f.)。

(35) Kühl, Strafrecht AT, § 4, Rn. 86 ff.、さらに LK-Schroeder, § 16, Rn. 182 も参照。

ることになるという危惧を起こさせるものである。

事実、最近、ローテンフッサーは、「因果性と欠点」に関する注目すべきモノグラフィーにおいて、今日、正当化事由として考察されている多数の許容命題が、実際には既に構成要件阻却へと至るに違いないことから出發している⁽³⁶⁾。その際にローテンフッサーは、以下のような興味深い試みを主張している。すなわち被害者を損害賠償のない受忍へと義務づける全ての許容命題は、既に構成要件を阻却するものである、なぜならその場合には関係する法益に対して明白に立法者の保護が拒絶されているからである、と⁽³⁷⁾。これは興味深い帰結である。したがって、例えば民法904条による攻撃的緊急避難は、ローテンフッサーにとっては正当化事由なのである、なぜならそれは被害者への損害賠償義務を予定しており、それは立法者が法益をそのような保護に値するものとして考えていることを示しているからである。しかしそのような損害賠償義務が欠けている場合、たとえば民法227条ないしは刑法32条による正当防衛において、または民法228条第1文による防御的緊急避難においては、立法者は法益をそのようには保護されないものとしたのであり、それにより、行為の許容されないという性質が欠けているので、構成要件該当性が何ら述べられ得ないことになるのである⁽³⁸⁾。ローテンフッサーの見解の帰結は、以下のことをはっきりと認識させる。すなわち、それによれば、大部分の正当化事由は構成要件の一部である、なぜなら極めてわずかの正当化事由しか損害賠償義務を予定していないからである。

それでも、結論としてローテンフッサーの見解になお賛同はされ得ないであろう。なぜなら、法益侵害の財産権的效果としての損害賠償義務は、法益侵害の実質的な評価に関してそれ自身何も申し述べることができないからである。法益の保護に値する性質は、その侵害の財産権的效果に従っ

(36) Christoph Rothenfußer, Kausalität und Nachteil, 2003, S. 90 ff.

(37) Rothenfußer, Kausalität und Nachteil, 2003, S. 91.

(38) Rothenfußer, Kausalität und Nachteil, 2003, S. 91.

て量られ得るものではないのである。

もっとも、学説において異なる種類の傾向もまた存在している。それは、通説によって帰属の段階に把握された状況を、全体に後方の正当化の段階へと移動させようとするものである。したがって最近では再びヒルゲンドルフが、ウェーバーに引き続いて、「現在なお『客観的帰属』という背景において、適切にというよりもむしろ不適切に取り扱われている答責性に関連した見解を明確にし、単数もしくは複数の新しい、正確に定式化された正当化事由の中に入れる」可能性を指摘している⁽³⁹⁾。もちろんこれは、客観的帰属の理論の展開以前の時代への逆戻りであろうが、それは適切でもなく必要でもない。なぜなら私の考えでは、そうではあってもやはり帰属阻却と正当化の間の明白な限界は導き出され得るからである。

それにより、ここで主張される見解により、構成要件に関連する帰属阻却と正当化事由の間の相違を取り決めるような決定的な見解へと、私は至った。

すなわち、行為者に結果に対する答責性を負わせられ得ない場合には、常に、既に構成要件が阻却されることになる。なぜなら許容命題の根拠は、他者答責性の点にのみ、もしくは完全に答責性全体の欠如の点にのみ、存在するからである。それに対して、許容の根拠が（少なくとも）比例性の考慮において（も）存在する場合には、当該法益は比例性という背景を前提にさらにその法的保護を享受するのであり、その結果当該許容は正当化段階という第二段階のみに関わり得るのである⁽⁴⁰⁾。

すなわち、これまで承認されてきた帰属阻却の事例群を考察すると、確

(39) Eric Hilgendorf, Weber-FS, 2004, S. 47は、Jürgen Baumann/Ulrich Weber/ Wolfgang Mitsch, Strafrecht AT, § 14, Rn. 96, 99を引き合いに出す。

(40) Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 10, Rn. 21もまた、不法判断を考量の帰結として捉えている。しかしその際に客観的帰属の理論を答責性と比例性の区別としての構成要件と違法性の区別に組み入れているわけではない。Roxinの前掲部分は個々の事例における考量を強調し、そしてそれにより上述した（第4章第2節）Jakobsの見解に近いのである。その他の点で、同意については、Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 13, Rn. 20もまた参照。

かにさしあたり全く異なる根拠が構成要件的な帰属阻却をもたらしているように見える、つまりは危険減少、法的な重要性の喪失、規範の保護目的のように。シュネマンはこのことについて、客観的帰属の理論が、「無数の触手をもつ巨大イカのように、存在論的および規範的観点からはこの上もなく不均質であるような適用範囲をますます巻き込んでいく」⁽⁴¹⁾と述べた。

しかしこのような評価が実際に正しいものであるかどうか、そして客観的帰属の様相を「未解決の構成要件・正当化問題についての一種のがらくた置き場と」⁽⁴²⁾呼ばねばならないほどに、帰属阻却事由が実際に不均質なものであるかどうかは、疑わしいものである。

結論として、この問題は否定されねばならないだろう。なぜなら、結局のところやはり構成要件の帰属阻却の全ての事例群の背後には、具体的な結果に対する行為者の「法的答責性の欠落」という基本思想が存在しており、その結果その行為者の構成要件実現という言葉が用いられ得なくなるのである。

このことはすでに危険減少の観点において明白である。行為者はここでまさに、結果に対して答責的であるとはなされるべきではないのであって、その結果の惹起は、第三者が、なおより重大な結果をもたらそうとする試みによって、誘発したのである⁽⁴³⁾。まさに救助がなされたのであり、〔救助行為というような、社会的〕連帯行為を実行する者ではなくて、この連

(41) Bernd Schünemann, GA 1999, 207.

(42) Eric Hilgendorf, Weber-FS, 2004, S. 47.

(43) これについて興味深いのは Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 11, Rn. 47 f. および同じく Roxin, Armin Kaufmann-Ged S. 1989, S. 237, 242 である。OLG Stuttgart JZ 1979, 575; Bockelmann/Volk, Strafrecht AT, S. 63; Gropp, Strafrecht AT, § 5, Rn. 45; LK-Jescheck, vor § 13, Rn. 65; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 28 IV 2; Kindhäuser, Strafrecht AT, § 11, Rn. 15-17; Köhler, Strafrecht AT, S. 147f.; Kühl, Strafrecht AT, § 4, Rn. 53; NK-Puppe, vor § 13, Rn. 78 f.; Otto, NJW 1980, 417, 422; Sch/Sch/Lenckner, vor § 13, Rn. 94; SK-Rudolphi, vor § 1, Rn. 58; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, Band I, § 8, Rn. 28; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 194 も参照。

帯行為を誘発した者こそが、連帯行為の結果に対して答責的なのである。したがってここでの出来事は答責的な起因者としての第三者にまで遡られるのである。

危険創出の法的な重要性の欠如の事例においては、そのような事情はなおより明白に存在している、例えば雷雨事例におけるように。すなわちここでもまた行為者の法的な答責性が欠けているのである。なぜなら結果発生は挙げられた事例においては、そもそも人間の支配から引き離されており、そしてそれゆえに偶然の産物として現れたものなのである⁽⁴⁴⁾。実際に雷雨事例において、行為者による構成要件実現という言葉が用いられることは、奇妙なことであろう。なぜなら構成要件実現は、やはり既にその語義にしたがえば結果の形成を意味している。しかしまさにこれは、挙げられた事例において完全に行為者から引き離されているのである。なぜなら結果発生は偶然により（すなわち雷雨事例において）、もしくは影響を与えることができない第三者の結果態度（すなわちトルコのバス事例において）によって主導権が握られていたからである。

規範の保護目的の欠如の事例においても同様のことが当てはまる。したがって確かに上述の自転車乗り事例⁽⁴⁵⁾においては以下のように判断される、すなわち前方を無灯火で走行する者もまたくまなく照らされ、そしてそれにより対向してくる者からも発見されたというようなことは、自転車の灯火義務の保護目的ではないのである、と。しかしその背後に、やはり再び決定的な観点が隠されているにすぎないのである。すなわちそれ

(44) Ebert, Strafrecht AT, S. 48; Gropp, Strafrecht AT, § 5, Rn. 40, 43; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 28 IV 1; Kühl, Strafrecht AT, § 4, Rn. 76; Krey, Strafrecht AT, Band 1, Rn. 289; Tröndle/Fischer, vor § 13, Rn. 17a; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 183. さらに Otto, Strafrecht AT, § 6, Rn. 8 および Rn. 43 ff. も参照、そこでは行為者による事象の操作可能性の欠落という概念を考慮している。

(45) 本論文第Ⅱ章を参照。

は、あらゆる者は自分自身が明るく視認可能になっているかについて答責的である、ということである。

そして最後に、このような考察は、合法的な代替的態度の事例にも当てはまるものである。なぜなら、義務に合致した態度に際しては結果へとは至らなかったであろうことが確実である場合にのみ、結果に対する有責性があり得ることを連邦最高裁が出発点とするのであれば、その背後には、そうでないような場合においては、結果発生はいずれにしても避けられないものとして運命によって定められていたのであり、そして行為者はそれゆえにこれに対して答責的であるとはされ得ない、という考え方が隠されているのである。

V. 具体的結論

私が今しがた述べた答責性原理が受け入れられる場合には、このことはもちろん、解釈論的に徹底的な帰結なしには済まされ得るものではない。

すなわちこの考え方によれば、評価的観点から答責性阻却の原理にのみ依拠している全ての許容命題は、帰属阻却するものとして考察され得る。それに対して、少なくとも考量原則をも必要としている許容命題は、正当化事由として考察され得るのである。

スペイン人のディエゴ・マヌエル・ルゾン〔Diego-Manuel Luzón〕もまた1978年にその著作である「Aspectos esenciales de la legítima defensa」において、許容命題における区別について記述し、二種類の正当化事由を認めることを促している。彼は、結果無価値をも失わしめる正当化事由（例えば正当防衛のように）と、行為無価値のみを失わしめるが、しかし法的には望ましくない結果無価値を阻却しない正当化事由（例えば正当化緊急避難のように）とを区別した。これは興味深い試みである。しかし彼は客観的帰属の理論の意義に対処し得ないのである。客観的帰属の理論は、異なった正当化事由への分裂を不必要にするのである。なぜなら正当化の段階に位置づけられ得ない許容命題は、既に構成要件を帰属の観点の下で

阻却しているからである⁽⁴⁶⁾。もっともこのことが事実そのとおりであるのは、許容命題が結果を顧慮して答責性阻却の原理に依拠する場合に限ってである。

1. 答責性阻却の原理に基づく許容命題

a) 同意

aa) 真正な同意

今しがた述べたことからの最初の帰結は、同意に関するものである。それについては、同意が既に第一の段階で構成要件を阻却するものなのか、もしくは第二段階においてのみ正当化事由として作用するのかが、昔から争われてきた⁽⁴⁷⁾。その問題はとりわけ、ある患者をその同意により手術した医師は、既に構成要件的に身体傷害を何ら行っていないのか、もしくは医師は確かに身体傷害を実現したが、しかしながら同意により正当化されるのかという議論から発生したのである。

ここで主張されている見解によれば、同意の体系的な位置づけは客観的帰属の領域におけるものであり、そしてそれにより構成要件阻却の承認が必然的なものとなる。既にこれまで、同意を理由とする構成要件阻却が議論され、そして例えばロクシンによってその総論教科書において支持されている⁽⁴⁸⁾。しかしながら、議論はまさにここでもう一度返し一面的なものに終わっている。なぜならその議論は法益規定にのみ焦点を合わせているからである。すなわち、同意に構成要件阻却の効力を付与するのか、もしくは正当化の効力を付与するのかという問

(46) Gropp, Strafrecht AT, § 5, Rn. 42; Krey, Strafrecht AT, Band 1, Rn. 281; Kindhäuser, Strafrecht AT, § 11, Rn. 6; Kühl, Strafrecht AT, § 4, Rn. 44; Sch/Sch/Lenckner, vor § 13, Rn. 91 ff.; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 178.

(47) これについて一読に値するのは Kühl, Strafrecht AT, § 9, Rn. 21 ff. さらに Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 363; Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 13, Rn. 2 ff. も参照。

(48) 詳細には Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 13, Rn. 1 ff.; 同様のものとして Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Band I, § 17, Rn. 30 ff.

題への回答は、これまでとりわけ、法益がある価値に対するある個人の具体的な意思的関連と解され得るか、もしくはある価値に対するある個人の関係として抽象的に解され得るか、ということに依拠するものとされてきた⁽⁴⁹⁾。

しかしそれは全くもって、問題性を許容できないほどに短縮化するものである。なぜなら学説の今日の状況によれば、法益——これがどのように定義づけられるかにかかわらず——が侵害されたことは、いずれにせよ十分ではなく、むしろ追加的にこのような法益侵害が行為者に帰属可能であることを必要とするからである⁽⁵⁰⁾。しかしここで、通説と比べて逆に、『ますますもって』推論が当てはまらなければならない。すなわち、既に合意による他者危殆化が結果への帰属を阻却し得る場合には、その場合にはこのことは合意による他者侵害に対してますますもって当てはまらなければならないのである。したがって構成要件阻却は、被害者が自ら自由に法益侵害の作用領域に入り、そしてそれゆえにその者に生じた侵害に対する答責性はその者自身が負うことができるという考え方に依拠しているのである。

したがって、同意の問題はもはや、不幸な法益議論にのみ結び付けられるものではなくて、帰属の問題として把握される価値があるものなのである。ただこのことは残念ながらはるかに稀にしか生じないのだけれども⁽⁵¹⁾。そして——付け加えて言うならば——患者との合意において手術を遂行することが許容されなければならない医師に対してはまた、そのような観点から価値があるものなのである。すなわち、通説が依然として、同意によって手術をした医師を正当化された身体傷害を行ったものとしてのみ考察することによって行っているよ

(49) Otto, Strafrecht AT, § 8, Rn. 126.

(50) Ebert, Strafrecht AT, S. 48; Otto, Strafrecht AT, § 6, Rn. 5; Stratenwerth/ Kuhlen, Strafrecht AT, Band 1, § 8, Rn. 15; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 176.

(51) しかしこのことを Kindhäuser, Strafrecht AT, § 12, Rn. 5 は適切と評価している。

うに、その医師にこのような手術が構成要件的な身体傷害として帰属され得るものとはしないのである⁽⁵²⁾。

正当にも、それを超えてロクシンもまた、同意においては利益考量が欠けていることを指摘しており、そのことは結論として構成要件阻却に有利な材料を提供するものである⁽⁵³⁾。これは、同意の事例においては、利益考量は、侵害を顧慮しては（刑法216条、228条の限界が関係しない限りにおいて）もはや行われないう意味において適切である。それに対して、侵害に被害者の利益考量が基礎に置かれているという事実は、何らの役割も演じ得ない。決定的なのは、侵害が同意の枠内にとどまっている限りにおいて、侵害それ自身が比例性原則の支配下にあるわけではないということのみなのである。

bb) 仮定的同意

仮定的同意という法形式は、最近の法律学による新しい種類の産物であり、一部は既に判例においてその端緒が見られるものである。とりわけ、医師の説明不足の事例において、その医師の刑法上の責任を限定するのに役立つものである。その際に、仮定的同意の法制度は、推定的同意とは混同されてはならない。なぜなら、推定的同意において問題は、被害者が——不可能なことだったのだが——侵害の前に質問され得た場合において、彼が同意したかどうかというところにある。それに対して仮定的同意においては、患者が——これは可能なことで

(52) RGSt 25, 375, 377 ff.; BGHSt 11, 111, 112; BGHSt 43, 306, 308; OLG Karlsruhe NJW 1983, 352; Arzt/Weber, BT, § 6, Rn. 100; Baumann, NJW 1958, 2092, 2094; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 34 III 3; Krey/Heinrich, M., Strafrecht BT, Band I, Rn. 209; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT, Band I, § 8, Rn. 23; Rengier, Strafrecht BT, Band 2, § 13, Rn. 15 u. 17; Schwalm, Bockelmann-FS, 1979, S. 539; Tröndle/Fischer, vor § 32, Rn. 3 b; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 370. しかし根本的なものとして Jung, in: Jung/Schreiber (Hrsg.), Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht, 1981, S. 190, 198 m. 参照。

(53) Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 13, Rn. 20 ff.

もあったのだが——侵害の前に質問された場合において、彼が同意したかどうかを彼は事後的に問われるのである。

最近になって連邦裁判所に、以下のような事実経過の事案が判決を求めて提示された⁽⁵⁴⁾。すなわちその事例において、患者 P において腰椎領域の L4 / L5 の重大な椎間板ヘルニアならびに腰椎領域の L5 / S1 の軽い椎間板ヘルニアが確認された。P は結果として、重大な椎間板ヘルニアについて手術で取り扱われるべきであるという点で、その担当医と意見が一致した。しかしながら思い違いにより、医師は軽い椎間板ヘルニアを手術した。その後で患者にそのミスについて説明する代わりに、その医師は彼女に、表面上、早期の再発に基づいて新たな手術の必要性があるかのように見せかけた。それに基づいて P は、この侵害が重大な椎間板ヘルニアの最初の治療に実際には役立つということを認識することなく、新たな侵害について承諾の意思表示をした。

連邦裁判所はこの事例において、当然なことに、第二の手術に関する同意は欺罔のゆえに有効ではないものであり、そしてそれゆえに何ら正当化の効果を呼び起こし得るものではないことを前提とした。しかしながらそれにもかかわらず、患者が具体的な説明の際にも第二の手術の遂行を承諾していた限りにおいて、連邦裁判所は違法性阻却を可能なものと評価した。すなわち、それゆえに身体傷害による医師の可罰性は、真実どおりの説明がなされたときには同意がなされなかったであろうと立証され得る場合にのみ、考慮に入れられる。残されたままの疑いについては、医師の有利になるように、in dubio pro reo 原則が適用可能である、と。

その点で、連邦裁判所によって可能なものと評価された違法性阻却

(54) BGH NStZ-RR 2004, 16. 当該判決についてのコメントとして Eisele, JA 2005, 252; Kuhlen, JR 2004, 227 ff.; 同く Kuhlen, JZ 2005, 713 ff.; Rönnau, JZ 2004, 801; Geppert, JK 2004, StGB § 223/3.

は、内容からいって、合法的な代替的態度の原則の、違法性の段階への転用そのものを意味している。すなわち決定的な考察は、患者がその場合にも（仮定するなら）同意したであろうがゆえに、同じ手術が適切な説明の事例においても行われたであろう場合には、結果不法が違法性の枠内において無くならなければならない、という考慮に依拠している⁽⁵⁵⁾。

このような考え方は、その限りにおいて明らかに最初にデトレフ・クラウス⁽⁵⁶⁾によって見出され、そして最近クーレンによって再び取り上げられ、仮定的同意という概念を負わされることとなった⁽⁵⁷⁾。むしろ、学説において、結果の客観的帰属の考え方の、このような違法性段階への転用は、一部の猛烈な批判を受けている⁽⁵⁸⁾。

仮定的同意の法的役割はここで包括的に取り扱われ得るものではない。なぜなら非常に多くの論争問題が仮定的同意と結び付いているので、それは他の機会において独立した論文の対象となされねばならないからである⁽ⁱⁱⁱ⁾。

しかしながらここには興味深い関連があつて、上記で基礎に置かれていた答責性原理は、帰属を阻却する仮定的同意を認めることを否定

(55) 原則的に賛同するものとして Kuhlen, JR 2004, 227 ff. ; 同じく Kuhlen, JZ 2005, 713 ff. ; Rönau, JZ 2004, 801 ; Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 13, Rn. 119 ff.

(56) Detlef Krauß, in: Heike Jung/Hans Wilhelm Schreiber (Hrsg.), Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht, 1981, S. 141, 156. 彼により既に以下のように述べられている。「説明なしに手術をした医師は、故意に患者の健康を侵害するものである・・・それにもかかわらず、説明の欠落により実際上（事情によっては一身専属的な）患者の利益が侵害されたことが事後的に証明された場合にのみ、〔医師は〕故意の身体傷害により処罰され得る。簡単に言えば、患者は手術後にはとにかく、その者がしかるべき説明をうけていたならば手術を拒絶したであろうような、その身体的健康に関連づけられた根拠を挙げなければならないのである。」

(57) 原則的には Lothar Kuhlen, Roxin-FS, 2001, S. 331 ; 同じく Kuhlen, Müller-Dietz-FS, 2001, S. 431 を参照。

(58) Puppe, GA 2003, 764, 770 ; Mitsch, JZ 2005, 279, 283 を参照。Eisele, JA 2005, 252 ff. も参照。

する方向に働くことが確認され得る。なぜなら、侵害結果に対する医師の答責性の欠落は、まさに同意に際して、患者が医師から答責性を、侵害を顧慮することで有効に引き受けることに基づいているからである。実際はそうではないので、行為の時点において有効な答責性の分配が、仮定的な考察によって事後的に訂正され得ることはないのである。

そのような事例は、その状況の際に結果の回避可能性があり得ないことを理由として、行為者の立証可能な答責性が行為の時点においてまさに欠けているという意味での、合法的な代替的態度という有名な状況と匹敵するものでもない。これに対して、同意は、被害者による答責性の引き受けを根拠づけるのである。しかしながら叙述された事例においては、答責性が行為者の側に明らかに認められたままであるがゆえに、行為の時点においてまさに被害者による答責性の引き受けが与えられていないのである⁽⁵⁹⁾。したがって、仮定的な思考経過による事後的な相対化は、ここではまさにあり得ないのである。

クーレンは、仮定的同意の制度を認めようとし、そして患者が規則通りの説明に際しても同意したであろう事例について、医師を身体傷害未遂で処罰しようとするのである⁽⁶⁰⁾。なぜなら医師は手術の前に少なくとも、未必の故意に基づいて、患者があらゆる場合において同意したわけではないであろうことから出発しなければならないからである。しかしながら未遂の可罰性の承認もまた疑わしいものである。なぜなら患者がいずれにしても同意するであろうことを、医師はおそ

(59) 結論において同様なのは Otto, Strafrecht AT, § 8, Rn. 135; 同じく Otto, Jura 2004, 682 f.; 同じく Otto, JK 2004, StGB § 223/3; 同じく Otto, JK 2005, StGB § 228/4、彼は、手術に先立っての同意が患者の自己決定権の表現である場合には、そのようなものとしての有効な同意なしでの侵害は「法的義務に反する法益侵害」を根拠づけるということを前提とする。

(60) Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, Band 1, § 9, Rn. 28.

らくほとんど信頼するだろうからである⁽⁶¹⁾。それゆえクーレンによれば、未遂についても通常は、必要とされる立証可能な身体傷害の未必の故意が欠けているといつてよいことになるであろう。

このような点から、手術が法的に有効な患者の事前の同意なしに生じた場合には、仮定的同意という法制度をそもそも拒絶し、そして身体傷害既遂による可罰性を承認することが、おそらくより適切である。

さらに連邦裁判所が *in dubio pro reo* 原則を医師の有利になるように介入させようとするのであれば、患者が侵害を仮定的には同意したであろうか否かがもはや立証可能ではない限りにおいて、ますますもってそれは極端すぎるのである⁽⁶²⁾。

b) 官庁の許可

同意におけるのと同様の問題は、官庁の許可においても存在する。官庁の許可は、学説においては原則的に、もしくは少なくとも部分的には正当化事由として解釈されている⁽⁶³⁾。このことはとりわけ、それ自体としては侵害的で、かつ望ましくない態度が、主たる他の利益のために正当化される場合に当てはまるべきである。これは例えば刑法284条の場合において（すなわち賭博営業の事業のための許可において）、原則としては拒絶されている賭博熱の搾取が、主たる国庫の

(61) 少なくともこのことは、同意の拒絶がその者の——もちろん標準的ではない——見地により理性的ではないような場合の侵害においては当てはまるであろう（Puppe, JR 2004, 469）。

(62) もっとも、このような維持できない帰結に対し、Roxin は彼によって展開された危険増加理論の見地から異議を唱えている。なぜなら彼によれば、患者が場合によっては（仮定的に）同意しなかったであろうことは、結果帰属にとって既に十分だからである。それについて詳細には Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 13, Rn. 124 を参照、しかしながら彼は仮定的同意の法的役割に対して総じて肯定的な態度である（Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 13, Rn. 119 ff. を参照）。

(63) 異なるものとして BGH NStZ 1993, 594, 595, mit Anm. Puppe ; Blei, Strafrecht AT, § 43 I ; Jakobs, Strafrecht AT, 16/29 ; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 33, VI ; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT, Band II, § 58, Rn. 8 ;

利益のために甘受されているという場合が、実際そうである⁽⁶⁴⁾。それに対して、そのように言及される監督許可に際して、その態度がそのようなものとして初めから社会的に相当であり、そして官庁の許可の要件が、場合によっては生じている危険の検討のみに役立つことになる場合には、既に構成要件の段階が問題とされるのである。例としては、例えば対外経済法34条による商品の輸出が挙げられる。これに際して官庁の許可は監督にのみ役立つものなのである⁽⁶⁵⁾。

しかしながらこの区別は説得力のあるものではない。官庁が賭博企業の承認許可を与えた場合に、これに対する答責性は官庁に存在するのであり、それゆえに許されない危険創出はもはや問題になり得ず、そしてそれにより構成要件実現ももはや問題になり得ないのである⁽⁶⁶⁾。なぜなら、たとえ許可が比例性の考慮に依拠していたとしても、賭博営業の事業は許可された範囲内で許容されており、それゆえに法益は許可の範囲において保護されない状況におかれているからである。

とりわけこれが明らかなのは、環境犯罪においてであろう。例えば工場主 F が排水の放流について官庁の許可を与えられた場合には、この出来事に対する答責性は許可した官庁に存在するのであり、それゆえに既に帰属可能な排水汚染が存在しないのである。環境犯罪に対しては、このことは既に以下のような事情から明らかにされている。す

Rengier, ZStW 101 (1989), 874 ff.; Sch/Sch/Lenckner, vor § 32, Rn. 61; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, Band I, § 9, Rn. 137; Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 17, Rn. 44 ff.; Kühl, Strafrecht AT, § 9, Rn. 124; Winkelbauer, NStZ 1988, 201 ff.

(64) さらなる指摘をする Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 17, Rn. 46 を参照。

(65) 詳細には、さらなる指摘をする Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, 2004, Rn. 206 を参照。

(66) この場合において同様なのは Heine, wistra 2003, 441, 443; Lackner/Kühl, § 284, Rn. 12; LK-v. Bubnoff, § 284, Rn. 22; NK-Wohlers, § 284, Rn. 49; Sch/Sch/Eser/Heine, § 284, Rn. 18; SK-Hoyer, § 284, Rn. 21; Tröndle/Fischer, § 284, Rn. 10、異なる見解により、官庁の許可を正当化事由と評価するものとして、BverfGE 28, 119, 148; OLG Celle NJW 1969, 2250; Jescheck/Weigend, Strafrecht

なわち超個人的な法益である「環境」に関する処分権限は許可官庁にのみ存在し、そしてそれゆえに放流という出来事に対する答責性はその許可官庁に帰属するべきものなのである、という事情である。適切にもヒルシュは、官庁の許可は法益の統制のための特別な管轄の表れであるということを出発点としている⁽⁶⁷⁾。

許可に際しても、官庁はその判断を比例性の考慮によりどこを求めめるかもしれない。しかし決定的なのは、当該法益がその保護を許可の範囲内で失っていることである。工場主が許可に準拠している限りにおいて、それゆえに工場主は権利の割当量を許されること無く侵害したわけではなく、言うなれば彼は許されない危険を何ら創出していないのである。

例えば A が500リットルの汚水の放流についての許可を与えられた場合には、500リットルという限界までの放流は、既に環境の危殆化の構成要件を充足しているわけではないのである。なぜなら当該放流それ自身は考慮の留保の下にはないからである(したがって A は、400リットルの放流はまだ環境を汚染しないであろうというような比例性の考慮を行う必要はないのである)。

したがって決定的なのは、行為者が許可の場合において考慮する義務から解放されるということである。むしろ考慮の発生は官庁において行われ、その官庁は許可によって結果態度の答責的な起因者として現れることになるのである。

もっともそのことにより、許可された活動の副次的効果が自動的に官庁の許可によってともに包括されるかどうかという問題は、決して先取りされてはならない。これにとって決定的な影響を与えるのはむしろ、官庁が副次的効果に対しても答責的に——すなわち結論を決定

AT, § 33, VI 1; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT, Band I, § 44, II A 3.

(67) LK-Hirsch, vor § 32, Rn. 160を参照。

づける形で——引き受けていたのかどうか、そしてこれに関して管轄もまた官庁に割り当てられ得たのかどうか、でなければならない。今日の通説が、副次的効果を全くもって官庁の許可によってカバーされているものと評価され得るとするのではなくて、その許可が個々の法益に対する危険も考慮の下で与えられた場合にのみ、そのように評価され得るということを出発点とするのであれば、それは適切なものである⁽⁶⁸⁾。

c) 民法241条 a による注文されていない物の給付

2000年に民法典に加えられた民法241条 a⁽⁶⁹⁾が、興味深い新しい答責性阻却を形作っている。その規定は、通説的な学説解釈によれば、刑法における新しい正当化事由として理解されるものである⁽⁷⁰⁾。この新しい規定によれば、消費者に対する注文されていない物の給付によっては請求は根拠づけられないことになる。通説的な民法の解釈によれば、消費者は、民法241条 a の規定によって、何の所有権をも譲渡されていないにもかかわらず、その消費者がその物を破棄したりもしくは譲渡したりした場合でさえも、どのような請求も受けないのである⁽⁷¹⁾。そこから、刑法上の学説において法秩序の統一性を顧慮して、刑法上の器物損壊罪は民法241条 a によって正当化されなければならない、そして横領罪は既に客観的に領得の違法性の不存在を理由と

(68) それについては、さらなる指摘をする LK-Hirsch, vor § 32, Rn. 168を参照。

(69) 当該規定は、消費者の権利を強化するための欧州共同体要綱97/7/EGを取り入れるために、2000年6月30日に発効した通信販売法により成立することになった。

(70) Matzky, NStZ 2002, 458, 459 ff.; Haft/Eisele, Meurer-GedS, S. 245, 257 ff. 批判的なのは Otto, Jura 2004, 679, 682 ff.、つい先ごろまで通説のように考えていたものとして、Jäger, Strafrecht AT, Rn. 163.

(71) Bamberger/Roth/Grüneberg, § 241a, Rn. 10; Berger, JuS 2001, 649, 653; MüKo/Kramer, § 241 a, Rn. 13; Palandt/Heinrichs, § 241a, Rn. 7.

して〔構成要件が〕阻却されるということが結論づけられたのである⁽⁷²⁾。

しかしより正しくは、器物損壊罪に関しても既に構成要件阻却を出発点とすべきである。なぜなら、民法241条aによって仲介された破棄または譲渡の権限の根拠は、その後の出来事について発送者に答責性があることによるものと判断されるべきだからである。厳密にいうならば、個々の財産を顧慮しての、法律上規格化された、発送者の自由答責的な自己危殆化の事例が問題となっているのである。

それに対して、行為の不法を正当化の段階においてのみ阻却しようとする場合には、すなわち器物損壊罪はただ正当化されるのみであるが、それに対して横領罪は領得の違法性が欠けるために既に構成要件が阻却されるべきとするのであれば、それはまさにつじつまの合わないことと思われる。このような評価づけは刑法を不必要に矛盾した光の中にのみ置くものである。

d) 義務衝突

ここで主張される解釈によれば、義務衝突の状況もまた、明らかに帰属阻却の事例となるものである。その義務衝突はこれまで、通説全体において不適切にも正当化事由として理解されてきたものである。

なぜ帰属阻却の事例となるのかというと、義務を負う者が二つの行為義務のうちの一つのみを充足しようような状況を運命が定める場合には、行為者に帰属可能な結果回避義務の侵害が見出されないからである。というのも、法、およびとりわけ刑法もまた、個々人に不可能であるような態度義務を何ら要求はできないからである。すなわち純粋な出来事の放置はどのような場合も行為者を有利な立場に置くことはできないけれども⁽⁷³⁾、ここで可能である一方の行為の遂行は、他

(72) AnwKom-BGB/Krebs, § 241 a, Rn. 6; Haft/Eisele, Meurer-GedS, S. 245, 257 ff., 異なる見解として Schwarz, NJW 2001, 1449, 1453.

(73) すなわち Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Band I, § 27, Rn. 54は適切である。

方の行為の実行のための義務をはじめから失わせなければならないのである。

これについての本当の理由は、真の義務衝突における行動が、実際に危険減少の特別な形式を描き出しているということにある。これはこれまで、——それほどにはるかに明白には——なお認識されていなかったが、しかし真の義務衝突の状況にある者が、二つの危険を成り行きに任せるか、もしくは二つの危険を一つの危険へと半分にするという選択を迫られていると評価する限りにおいては、全く論理的なものである。被害者たちが救助者の視点から共同の危険状況にあり、かつ義務を負う者が別々の行為可能性を何ら持っていない場合には、その危険を別々に評価するのはまさに誤っていることになる。

このことは結論として、理由づけにおいてとまでは言わないまでも、最近ロクシンによっても主張された解釈へと至ることになる。それによれば行為者が義務衝突において、仮に命令された行為のうちの一つのみを実行したとしても、既に構成要件充足が拒絶されるべきであるとするのである⁽⁷⁴⁾。

e) 刑法32条による正当防衛

正当防衛もまた、被害者によって引き起こされ、そしてそれによりその被害者に答責されるべきであるような行為者の防衛行為にその根拠をもつ⁽⁷⁵⁾。なぜなら、帰属は結局としては、特定の結果の出来事に対する評価的な答責性の付与と何ら変わらないものだからである。

したがって——既に上述したように——、全くの通説が、原因にお

(74) Roxin, Strafrecht AT, Band II, § 31, Rn. 204を参照。そこでは不作為犯において、構成要件および違法性を包括した全体的不法構成要件を出発点としている。彼は構成要件に上乘せする形での違法性を、不作為犯にとっては不適切であると評価している。なぜなら不作為の正当化に際しては、不作為者は結果の不発生を請け負わねばならないわけではないし、またその不作為がその作為による法律上の構成要件に当てはまるということが述べられ得るわけでもないからである。

(75) 異なる関連において Jakobs, Strafrecht AT, 11/9もまたこのように評価している。

いて違法な行為の法形式に基づいて単純な過失の誘発態度において過失処罰を許容せず、そして誘発された被害者が攻撃によって自ら危殆化したという考慮をこれの根拠とする場合には、それは全くもって奇妙であるように思われる⁽⁷⁶⁾。なぜなら、その場合には正当防衛は論理的に全く一般的に構成要件阻却事由として理解されねばならなかったからである。

それでも、帰属阻却事由としての正当防衛の理解はあり得るものである。なぜなら刑法32条は、他者への帰属に基づいて結果に対する答責から防衛者を解放するような許容命題として全くもって理解されるからである。すなわち、防衛行為が攻撃によって誘発されたことは否定され得ないのである。

もっとも、帰属阻却事由としての正当防衛の位置づけは、その中に答責原理の表出のみが見られ得るか否かに依拠している。このことは本質的には、通説により刑法32条において要求されている防衛の必要性が、防衛行為にのみあてはめられるのか、もしくは防衛結果にもあてはめられるのかということ次第なのである。必要性の要件が少数説のように結果にも関係する場合には、許容される法益侵害は少なくとも比例性原則によっても制限されることになる⁽⁷⁷⁾。それに対して、必要性の要件が通説のように防衛行為にのみあてはめられる場合には、正当防衛権は、誘発された攻撃態度にのみ基づくのであり、そしてそれによりもっぱら他者答責性の原理で義務づけられるのである。なぜならその場合には、攻撃態度と防衛態度の間の確実なつりあいのみが

(76) Eisele, NStZ 2001, 417; Jäger, JR 2001, 512, 514; Otto, Strafrecht AT, § 8, Rn. 84; Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 15, Rn. 64; 同く Roxin, JZ 2001, 667 f.; 同く Roxin, ZStW 93 (1981), 68, 92; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 350. さらに Kühl, Strafrecht AT, § 7, Rn. 243; Mitsch, GA 1986, 533, 543; Sch/Sch/Lenckner, vor § 32 ff., Rn. 23ならびに § 32, Rn. 61も参照。

(77) Klose, ZStW 89 (1977), 61, 90 ff.; Friedrich-Christian Schroeder, Maurach-FS, 1972, S. 127, 138 ff.

重要なのであって、衝突している法益間の比例性が重要なのではないからである⁽⁷⁸⁾。すなわち、法益は必要な防衛行為の際に、まさに攻撃を理由として、絶対的に保護のない状態におかれているのである。それゆえ通説によれば、まさに法益侵害のつりあいが重要なのではないがゆえに、正当防衛は既に帰属の段階において構成要件阻却へと至るに違いないであろう。確かに正当防衛権は、通説においても耐えがたいほど極端な不均衡の場合においては阻却されるので、例えば車いすに座っている農民がその散弾猟銃をさくらんぼを盗んでいる若者に向けて発砲することは許されない⁽⁷⁹⁾。しかしながら通説はこのことを、せいぜいのところ消極的な意味における比例性検討として理解しているのであって、積極的な意味における比例性検討として理解しているのではないのである⁽⁸⁰⁾。すなわち権利濫用という制度に基づく例外にかかわる問題なのであって、それは正当防衛権が基礎としている答責原理が関連しているのではないのである。

つまり、防衛行為が必要なものであり、かつ命令されている場合には、通説によれば、攻撃者はその法益を攻撃によって考慮の余地なく棒にふるものであり、しかもそのうえ結果として、問題の法益は殺害に

(78) BGH NStZ 2003, 425, 427; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, § 17, Rn. 25; Ebert, Strafrecht AT, S. 76; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 32 II 2 b; LK-Spendel, § 32, Rn. 224; Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 15, Rn. 47; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 340; Tröndle/Fischer, § 32, Rn. 16.

(79) RGSt 23, 116, 117; Kühl, Strafrecht AT, § 7, Rn. 117; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 343. 極端な不均衡のさらなる事例については Tröndle/Fischer, § 32, Rn. 20 がさらなる指摘をする。BGH NJW 2003, 1955, 1957 ならびに BayObLG NJW 1954, 1377 によって判決された事例も参照。その事例においてはある警察官が、ある女性からその所有権が隣人に属する鶏を奪ったのであるが、その鶏はその女性が捕獲し、そしてそれによりこれについての担保権を獲得していたものであった。その権利を再び獲得するために、その女性は斧のとがっていない部分でその警察官の頭を殴打し、そして彼に脳震盪を起こさせたのである。

(80) LK-Spendel, § 32, Rn. 314 を参照。

よっても防衛されうるのである⁽⁸¹⁾。このような意味において、正当防衛はまさに通説的な見解を踏まえるなら、徹頭徹尾、帰属阻却として理解されうるのである。

それに対して比例性の基準が、少数説のように結果発生それ自身にもあてはめられる場合には⁽⁸²⁾、正当防衛においては全体として、法益に関連づけられた評価の留保を伴う許容命題が問題となっているのであり、そしてその留保の場合には正当化という第二の段階に移られるべきであろうことになるのである。このことは、正当防衛権が防衛の必要性の枠内で、少なくとも手段の比例性をも要求しており、そしてそれにより答責性原理にのみ基づく許容命題としては一義的には理解され得ないがゆえに、それだけいっそう当てはまるのである。

2. 比例性の原則に基づく許容命題

a) 刑法34条による緊急避難権

刑法34条による緊急避難の位置づけは、全く疑問の余地のない状況にある。すなわちそれは、根本的に刑法32条による正当防衛とは異なる性質からのものなのである。つまり刑法34条においては、優先的に比例性原則に基づく正当化事由が問題となっているのである⁽⁸³⁾。確

(81) 全ての見解の代わりに、全くの通説に関しては、BGHStV 1982, 219; BGHNSStZ 2003, 425; Krey, Strafrecht AT, Band 1, Rn. 456; Kühl, Strafrecht AT, § 7, Rn. 117; LK-Spendel, § 32, Rn. 246; Sch/Sch/Lenckner/Perron, § 32, Rn. 37; Wesels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 340にそれぞれさらなる指摘がある。

(82) 侵害に対する防衛を超えた作用を及ぼし続ける〔防衛からの〕損害の場合における比例性の考慮については、Friedrich-Christian Schroeder, in: Hoyer (Hrsg.), Beiträge zur Gesetzgebungslehre und zur Strafrechtsdogmatik, S. 163, 165. さらに Hassemer, JuS 1980, 412 ff. における概要もまた参照。そこでは論争を仲裁するような見解が主張されている。慎重な考量から導き出されるべき限界については、Bernsmann, ZStW 104 (1992), 290; Stiller, Grenzen des Notwehrrechts bei Verteidigung von Sachwerten, 1999; Koriath, Müller-Dietz-FS, 1998, S. 361; Lilie, Hirsch-FS, 1999, S. 288.

(83) Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, § 17, Rn. 67; Ebert, Strafrecht AT,

かに刑法34条に際しても、当該危険は答責的な第三者から出され得るものである(その場合に防御的緊急避難という言葉が用いられる)⁽⁸⁴⁾、しかしながら刑法34条はその場合もまた比例性原則に結び付けられたままなのである。それゆえに、当該規定は真の正当化事由として理解されるべきものであり、法益評価に依拠するものであって、答責性付与に依拠するものではなく、このため構成要件外の第二評価段階におかれるのが適切なのである。法益はここではすなわち、決して全面的に保護の下におかれていないわけではなくて、立法者の評価によれば、まさに比例性の枠内においてさらに保護に値するままなのである。

b) 刑事訴訟法127条による逮捕権

困難なのは、刑事訴訟法127条による仮逮捕権の位置づけである。当該規定によれば、誰でも、現に犯罪行為を行っていた行為者を拘束する権利が与えられている。一見すると、この規定は答責性原則の影響下にのみあるように見える。なぜなら刑事訴訟法127条の文言は逮捕権を現行犯人の発見の存在にのみ依拠させているからである。

しかしながらそのような場合には、刑事訴訟法127条の許容命題が、官庁に代わっての行為⁽⁸⁵⁾として解釈されるべきであることが見落とされるであろう。それゆえに私人は逮捕に際しては、警察官と同様に

S. 80; Kindhäuser, Strafrecht AT, § 17, Rn. 10; Krey, Strafrecht AT, Band 1, Rn. 558; Kühl, Strafrecht AT, § 8, Rn. 13; Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 16, Rn. 66; Sch/Sch/Lenckner/Perron, § 34, Rn. 1; Schmidhäuser, Strafrecht AT, S. 328; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 310; Tröndle/Fischer, § 34, Rn. 8, 9.

(84) 防御的緊急避難については、Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 16, Rn. 63 ff.; Kühl, Strafrecht AT, § 8, Rn. 134 ff.; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 313も参照。

(85) Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, § 17, Rn. 144; Blei, Strafrecht AT, S. 157; Jäger, Strafrecht AT, Rn. 166; Krey, Strafrecht AT, Band 1, Rn. 595; Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 17, Rn. 22; Jakobs, Strafrecht AT, 16/16; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 35 IV 1; Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Band I,

比例性原則の下にあるのである⁽⁸⁶⁾。

統治権における比例性検討として、法益への侵害に先行している官庁の許可の場合とは異なり、仮逮捕に際しての比例性原則は、法益侵害それ自身に関係するものであるがゆえに、正当化事由としての第二の評価段階への段階づけを出発点とすべきなのである。

c) 推定的同意

最後に、推定的同意もまた構成要件外の、真の正当化事由として評価されるべきである⁽⁸⁷⁾。すなわち、たしかにここでは客観的な法益考慮および利益考慮は何ら行われていない⁽⁸⁸⁾。しかしそれにもかかわらず、その推定的同意の際にも——たとえ主観的にのみそうであったとしても——、権利者の仮定的意思に従っていたという比例性の検討は必要不可欠なものなのである。水道管の破裂による被害を食い止

§ 29, Rn. 12; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, Band I, § 9, Rn. 132; Tröndle/Fischer, vor § 32, Rn. 7.

(86) Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 17, Rn. 28.

(87) RGSt 61, 242, 256, BGHSt 35, 246および BGHSt 45, 219, 221; BVerfG NJW 2002, 2164, 2165; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, § 17, Rn. 114; Ebert, Strafrecht AT, S. 88; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 34 VII 1; Kindhäuser, Strafrecht AT, § 19, Rn. 1; Köhler, Strafrecht AT, S. 258; Krey, Strafrecht AT, Band I, Rn. 636; Lackner/Kühl, vor § 32, Rn. 20; Kühl, Strafrecht AT, § 9, Rn. 46; Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 18, Rn. 4; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 380; Tröndle/Fischer, vor § 32, Rn. 4. 異なる見解として Otto, Strafrecht AT, § 8, Rn. 131および Schmidhäuser, Strafrecht AT, S. 316、それらは推定的同意を独自の正当化事由としてではなく、正当化緊急避難の根拠に関する検討を前提した理由づけにより、34条の下位事例として理解する。

(88) Blei, Strafrecht AT, S. 138; Bockelmann/Volk, Strafrecht AT, S. 106; Ebert, Strafrecht AT, S. 88; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 34 VII 2; Kindhäuser, Strafrecht AT, § 19, Rn. 2; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 381; Roxin, Strafrecht AT, Band I, § 18, Rn. 5; Sch/Sch/Lenckner, vor § 32, Rn. 54; Tröndle/Fischer, vor § 32, Rn. 4. 異なる見解として Schmidhäuser, Strafrecht AT, S. 316 f.、そこでは客観的な利益のみを顧慮しようとしている。その一方で Jakobs, Strafrecht AT, 15/17は利益評価を民法上の事務管理と同様に用いている。

めるための他者の住居への侵入もまた、住居の居住者の推定的意思に合致するものであっても、この推定的同意はやはり全体として比例性の留保の下にあるのである。すなわち、おそらく誰も、その者の住居を侵されない権利を、必要以上に長期間にわたり侵害されることを望まないものである。それゆえ推定的同意は、最も高い程度に比例性の考慮の影響を受けており、そして——なおより重要なことに——答責性原理には全く依拠していないのである。なぜなら推定的同意は帰属阻却としてではなく、正当化事由としての第二の評価段階においてのみ理解されうるからである。すなわち、まさに推定的同意に際しては、衝突している利害関係、例えば法益の担い手のかつての発言の動機および被害者の現在の利益が、相対立する形で十分に検討されなければならないのである。それにより、推定的同意の規範的な基礎は、拘束力をもって述べられた意思という意味における自律性原則ではなくて、利益調整という一般的な法倫理学上の原則なのである。このことは、仮定的意思の検証が、関係する法益に目をやることなく原則的に排除され、そして検証された推定的意思が、個々の事例においては全くもって実際の意思に反することもあり得るということでも明らかである。

これを出発点とするならば、推定的同意を正当化事由として許された危険から理解するということも必要ではないことになる⁽⁸⁹⁾。すなわちこのような方法では、許された危険のどのような事例が既に構成要件への帰属を阻却され、そしてどれが正当化の段階でようやく効果を現すのかは、はっきりとはされないであろう。実際に、許容性の要件は構成要件阻却と正当化の区別のための構造原理としては役に立たないのである。なぜなら、犯罪類型を実現しなかった者も、正当化を

(89) すなわちとくに Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 36 I 1 はさらなる指摘をしている。同様のものとして Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, § 17, Rn. 117; Gropp, Strafrecht AT, § 6, Rn. 203; Sch/Sch/Lenckner, vor § 32, Rn. 58.

受ける者も、当然のことながら許容されているからである。それゆえ、有意義な階層化がさらに探求されねばならず、そして許容の出所に関する問題が問われねばならない。それにより、許容が、法益侵害に対する被害者の答責的な決定にその根拠をもつ場合には、当該許容は既に構成要件に関係するものである。それに対して、許された態度がその根拠を比例性にもつ場合には、違法性の評価段階が消極的に関係するものである。

これらの点にかんがみて、推定的同意が答責性原理の支配下にはないということに関して、何ら疑いは存在し得ない。すなわち法益侵害はここでは、行為者によって行われるべき考量という事象に基づいて生じるのであり、その考量という事象の内部においては、被害者の仮定的な意思が決定的な影響を与えるのであって、行為時点において実際に述べられた被害者の意思が決定的な影響を与えるのではないのである。しかしそれにより、推定的同意は自律性の表れではなく、主観面と客観面が混合した比例性検討の表出であることになるのである。

VI. 区別の試金石としての先行行為検討

ここでは、全ての許容命題を犯罪論体系の中のその該当する位置づけへと検討することはできない。しかしこのことは必要なことでもない。むしろ、先行行為検討が、ここまで記述してきた区別の正しさについての試金石として示され得る、ということの方がはるかに重要であるように思われる。ロクシンは既に2001年に、帰属と先行行為からの保障人的地位の間の関係を、許された危険からは原則的に先行行為からの義務的地位は生じ得ないという趣旨で適切にも描きだした⁽⁹⁰⁾。ロクシンはこのような関係において、帰属阻却事由も正当化事由も、先行行為からの保障人的地位を誘

(90) Claus Roxin, Ingerencia e Imputacion Objetiva, in: Nuevas Formulaciones En Las Ciencias Penales, 2001, S. 145 ff. を参照。

発するその能力を顧慮して検討したのである⁽⁹¹⁾。

しかしここでは今や逆の方法がとられるべきであり、そして保障人的地位が存在しているのか、もしくは欠けているのかという「先行行為検討」という意味で、帰属もしくは正当化への分類に関連づける試みがなされるべきなのである。もちろんこのことは、「保障人的地位」という法律効果によって「帰属または正当化」という要件が推論され得るということを意味しない。むしろ先行行為の検討は単に、既にあらかじめ答責性原理から導き出された帰結を維持することを意味するのである⁽⁹²⁾。

それによれば、以下のことが認められる。すなわち、許された態度が危険な先行する作為行為からの不作為責任を何ら誘発できない場合には、常に帰属阻却事由が出発点とされるべきである。なぜならそれにより法益が全体として保護されない状態に置かれたことが明白になったからである。

したがって、義務衝突において行われた、両方の行為義務のうちの一方の許された充足が、先行行為からの保障人的地位を何ら発生させ得ない、ということにより、帰属阻却としての義務衝突の適切な分類が示されることになる。すなわち、その一方の人物に対する行為義務の充足が許されることは、もう一方の人物に対する行為義務の不充足が許されないことを同時に意味するわけではない。なぜなら全体として唯一可能な、そしてそれにより許容されもした危険減少のみが存在しているからである。それゆえ、もう一方の人物に対して、始めから存在している保障人的地位のみが効果を及ぼし続け得るのであって、先行行為からの追加的な義務設定が付け加わり得るわけではないのである。なぜなら全体として許された危険減少が認められ得るからである。

正当防衛の際には先行行為からの保障人的地位を誘発し得ないのに対し

(91) Claus Roxin, Ingerencia e Imputacion Objetiva, in : Nuevas Formulaciones En Las Ciencias Penales, 2001, 一方で S. 145 ff. を、他方で S. 152 ff. を参照。

(92) そのようなやり方は普通に行われているものであり、そしてさらにいわゆる正当防衛検討に際して一般に認められているものでもある。

て、正当化緊急避難が先行行為からの保障人的地位を誘発し得るという事実もまた、ここで扱われている区別を背景にして、より理解可能なものとなり得るであろう。すなわち、正当防衛と緊急避難は、その区別によれば、二つの異なる評価段階に関わり得るのである。つまり、正当化された正当防衛の事例においては、そもそも被害を受ける法益について、法的な保護に値するだけの性質が欠けているのである。それに対して、正当化された緊急避難行為の事例において法益は保護に値するままなのであって、とりわけそのことは、緊急避難においては法益は比例性の枠内でのみ侵害されることが許されるということに根拠がある。

ここでなおもう一度、正当防衛が——少なくとも通説がそのように理解しているように——緊急避難よりも、義務に合致する態度にはるかにより近い位置にあることが明らかになる。すなわち、通説によれば、注意に合致した態度が先行行為からの不作為責任を何ら誘発し得ないのと同様に⁽⁹³⁾、多数説によれば、正当防衛もまたそのような責任を根拠づけることができないのである。

同意においては、その関係がなおより明確になる。AがBに対してその同意により顔を一発殴打する際に、Aは当然のことながら、仮に被害者の痛みが医者によって緩和され得たであろう場合でも、医者の助けを呼ばなかったことによる身体傷害としては責任を負わない。法益は望まれた身体傷害の範囲において保護されない状態にあるのであり、それゆえに合意された侵害からは、何らの法益に関係した高められた義務もまた生じ得ない

(93) これについて興味深いのは Roxin, Strafrecht AT, Band II, § 32, Rn. 165 ff.、さらに BGHSt 23, 327, 328; BGHSt 25, 218, 220 ff.; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, § 15, Rn. 64; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 59 IV 4 a; Gropp, Strafrecht AT, § 11, Rn. 16; Köhler, Strafrecht AT, S. 219; Otto, Strafrecht AT, § 9, Rn. 76 und 84; Fall 3; SK-Rudolphi, § 13, Rn. 41; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 726; Krey, Strafrecht AT, Band 2, Rn. 353; Sch/Sch/Stree, § 13, Rn. 35も参照。異なる見解として Freund, Strafrecht AT, § 6, Rn. 70; Jakobs, Strafrecht AT, 29/42; Kühl, Strafrecht AT, § 18, Rn. 101; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT, Band II, § 46, Rn. 102.

のである。

同様のことは、許可に基づいて排水を川に流す工場主に対しても当てはまる。当該工場主が、全ての魚が腹を上に向けて浮かんでいるのに気づき、そしてそれにもかかわらず許可された量の有害物質のさらなる放流を止めなかった場合に、先行行為の、すなわち先行する作為の観点の下で、不作為による環境の危殆化を理由とした可罰性は何ら承認され得ない。すなわちここでは既に、義務に反するものとして帰属可能な事前態度が欠けているのである。もちろん、ここで危険源の監督からの不作為責任が承認されるべきか否かということは、別の——おそらく肯定されるべき——問題である。

それに対して、違法性の段階に移された正当化事由は、全体として先行行為の保障人的地位を誘発するものである。その理由は、正当化事由が法益の比例的な〔つりあいのとれた〕侵害の原則に依拠しており、その原則は、時間的な観点においても、先行行為からの保障人的地位の負荷により、その保護するような力を発揮しなければならないということに存在している。このことは——既に見たように——正当化緊急避難についてだけではなくて、刑事訴訟法127条による逮捕権についても当てはまる。AがBを逮捕の目的で閉じ込め、そしてその場合にBを必要以上にその牢獄の中にはこらわかしにしておいた場合には、先行行為からの不作為による監禁が問題となるのである。なぜならまさに逮捕権が比例性原理に依拠するものであり、そしてそれゆえに法益の保護が刑事訴訟法127条によって完全には決して打ち消されないからである。

最後に、推定的同意に依拠する態度もまた、先行する作為に基づいて保障人的地位を誘発し得るものである。

例えばAが、さもなければ家具全体が水道管の破裂によって損害を受けたであろうがゆえに、水を止めるために隣人Nの住居に侵入した場合に、引き続きその部屋にとどまり続けることは、不作為による住居侵入を意味することになる。すなわち、侵入それ自身は確かに正当化されたが、しかし行為者がその部屋を、推定的同意を誘発するような事情の喪失の後に退

去しない場合には、不作為による侵入が問題となるのである⁽⁹⁴⁾。このことは結局、またもや比例性の原理に依拠しているのである。そしてその比例性の原理は推定的同意の根底に置かれており、そしてそれに基づいて、居住者は必要性の枠内においてのみその住居権の侵害について心構えができていくということから出発されるべきなのである。

Ⅶ. 刑法のヨーロッパ化の観点からの解釈論上のカテゴリー化の意義

ここで提案されたやり方の解釈論上の体系化の試みは、何ら自己目的を果たすものではない。すなわち既にコーイングが以下のように断言している。「結局のところ、法体系とは、公正さの全体を、社会生活の特定の形式を顧慮して、合理的な原則の総体へと把握する試みなのである。しかし理性的な、思想へと把握可能な構造が、精神世界および物質世界を支配するということは、全ての学問においてあきらめることのできない根本的仮説なのである。」⁽⁹⁵⁾

刑法のヨーロッパ化も個々の国々において支配的である解釈論的基礎の考察なしには可能なものではない。それゆえ当然に、最近ロクシンも再び以下のように指摘している。すなわち「刑法の領域における国際的な共同作業が常により緊密になるような時代において、刑法の刑事政策的基礎および解釈論的基礎の描写は、もはや国内の学説に限定され得るものではない」⁽⁹⁶⁾と。共通の解決はここではむしろ、個々の規定の背後に存在している原理に関して統一できる場合にのみ、展開され得る。その際には解釈論のみが、共通規定の策定に際しての国際的な媒介物となり得るのである。

これまで、実体刑法の基本問題に関するそのような国際的な合意は、なおはるかに遠い位置にあるように見える。ヨーロッパ化の傾向は、より広

(94) これについては Sch/Sch/Lenckner, § 123, Rn. 13 もまた参照。

(95) Helmut Coing, Zur Geschichte des Privatrechtsystems, 1962, S. 28.

(96) Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, S. VII.

範囲にわたって刑事手続法においてのみ始まっており、それに対して実体刑法は、国際化への衝動からはなお引き続き手付かずのままの状態にある。これについてまさに特徴的なのは、さまざまなヨーロッパ国家における、正当防衛権のさまざまな取り扱いである。

したがって例えばフランス、イングランド、イタリア、スコットランドにおいて、そしてスペインにおいても多数説によれば、正当防衛の枠内において、防衛の使用可能な手段と攻撃の重大さとの間の比例性が要求されている⁽⁹⁷⁾。同様のことはベルギーにおいても当てはまる。すなわちベルギーでは、夜間の侵入、または人に対する暴行を伴う略奪もしくは窃盗への防衛が問題となる場合だけ、比例性の検討を不要とするのである⁽⁹⁸⁾。

それに対して、フィンランド、ギリシア、ポルトガル、およびオランダにおける正当防衛権の扱いは、ドイツにおけるのと類似した状況にある。すなわちそれらの国では、比例性の考慮は、せいぜいのところ例外的事例において、例えば被害者の法益と防衛された法益の間に過度の落差がある場合に、重要なものとなる⁽⁹⁹⁾。

さまざまな立場の歩み寄り、ここではきつと、正当防衛権の背後に存在している基本原理（答責性原理または比例性原理）に関する統一が達成され得る場合にのみ、そもそも考えられ得るものなのである。

その際に、ドイツにおいてもこれまで議論がなお偏りすぎており、基本的に国際的な論争状況が完全に弱められた状況下にあることが、見過ごされてはならない。というのは、正当防衛権が原則的に比例性の考慮をもたないという主張は、もし防衛者が、可能でかつ同じぐらい確かな防衛手段の中での選択の可能性に際して、最も弱い手段を使用しなければならないことが要求されるのであれば、確かに被害者の法益の比例性ではないが、

(97) Wittemann, Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa, 1997, S. 75 ff., 120 ff., 147 ff., 181 ff., 196 ff. を参照。

(98) Wittemann, Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa, 1997, S. 96 f.

(99) それについては Wittemann, Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa, 1997, S. 106 ff., 257 mit Fn. 1538 も参照。

しかし少なくともやはり手段の比例性は要求されているがゆえに、それだけでも既に事実と反するものだからである。遅くともその場合にここでは、正当防衛権は答責性原理によってのみ支配されているのではなく、比例性の考慮もまた重要なものであることが、明らかとなっているのである⁽¹⁰⁰⁾。

VIII. 最終考察

上述の説明は、今ある解釈論を逆転させるようなつもりのもではなくて、その今ある解釈論に上乘せして、体系形成へと寄与しようとするものである。その際にとりわけ明白となるべきなのは、ここで提案された分類が、消極的構成要件要素の理論と全くもって同等に扱われ得るものではないということである。逆に、三段階の犯罪論体系がその本来の能力を、まず明白な範疇形成によってはじめて発揮することができるのであり、そして客観的帰属の原理が過去30年において不当にも、結局として目的的行爲論の衰退についても答責的なものとなったような未曾有の凱進行進をまだ始めてはいなかったことが示されるべきであろう。

しかしながら、我々に対してこのような帰属原理が切り開く可能性は、なお一度としておおよそ汲みつくされたものではなく、そして帰属阻却と先行行為からの不作為責任との間の関連は、なおひどくわずかにしか究明されていないのである⁽¹⁰¹⁾。私の描写はここでは、客観的帰属の理論を答責性原理の助けにより充足し、そしてこの原理を個々の許容命題の解釈論的分類にとって有益なものとするための有効な基礎が存在していることを、

(100) 比例性の考慮が少なくともある程度まで刑法32条による正当防衛権においても役割を果たしているということは、とりわけ Friedrich-Christian Schroeder, in: Hoyer (Hrsg.), Beiträge zur Gesetzgebungslehre und zur Strafrechtsdogmatik, S. 150 ff. が述べている。

(101) それについて、異なる文脈において既に Roxin, Ingerencia e Imputación Objetiva, in: Nuevas Formulaciones En Las Ciencias Penales, 2001, S. 145 ff. が指摘している。そこでは、帰属と先行行為との間の関連性が興味深い方法で明らかにされている。

示したつもりである。先行する態度についての答責性の欠落からは、原則的に、結果態度についての答責性もまた何ら発生させ得ないがゆえに、帰属阻却が原則的に先行行為からの負責の阻却に連なるものであるということもまた、明らかにしたつもりである。

したがって、答責性は、責任の段階について対応するだけでなく、既に構成要件にも関わるものなのである。しかしながらその決定的な違いは、責任段階における答責性要素が、とりわけ答責性の内心的根拠にかかわるものであり、それに対して構成要件段階における答責性要素においては、答責性付与の外部的根拠のみが示されている、ということに存在する。通説が不作為の領域において、構成要件段階における結果回避の外部的な不可能性の事例と、責任段階における内心的な不可能性（要求不可能性）の事例とを区別する場合には、それに対応したものといえる。適切にも、このことはすなわち、一方では構成要件への帰属の欠落に、そして他方では責任への帰属の欠落に関係している要因なのである。

しかし依然として、私の考察によっても、正当防衛を正当化事由として理解することは可能なものである。正当防衛権においてどの程度まで多く比例性が見て取られるかに、全ては左右される。

だがこのようなこと全てによっても、外見上固定された範疇が再三再四その背景を調べられることを必要としているという事実は何も変わらない。そもそも学問的な研究とは、物事を繰り返して新しく熟考し、そして明らかにするという要求により、開始されねばならないというものなのである。

-
- (i) これに対して、BGH NJW 2001, 1075は、過失犯としての可罰性を認めた。
 - (ii) この部分の論理関係に関して、訳者は疑問がある。法律規定（刑法11条1項5号）が「『違法行為』は『構成要件実現』を前提としている」と述べるからといって、「『違法阻却』（という表現）は『構成要件阻却』という内容を含む」ということまで、その法律規定（刑法11条1項5号）が述べていることにはならないからである。
 - (iii) ちなみにイエーガーの仮定的同意に関する論考として、Christian Jäger, Die hypothetische Einwilligung - ein Fall der rückwirkenden juristischen Heilung in der Medizin, Festschrift für Heike Jung, 2007を参照。

【参考条文】

▼刑法11条 人的概念と物的概念

(1) この法律においては、次の意味を有する。

〔中略〕

5. 違法行為とは、

刑法の構成要件を実現するようなもののみを指す。

〔後略〕

▼刑法32条 正当防衛

(1) 正当防衛によって必要な行為を行なった者は、違法に行為したものではない。

(2) 正当防衛は、現在する違法の侵害を自己または他人から回避するために必要な防衛である。

▼刑法34条 正当化緊急避難

現在する、そうする他は回避し得ないような、生命、身体、自由、名誉、財産、またはその他の法益に対する危険において、その危険を自分自身ないしは他人から回避するために、行為を実行した者は、衝突する利益、特に関係する法益とその威嚇された危険の程度を、十分に衡量して、保護された利益が侵害された利益よりも本質的に重要である場合には、その者は違法に行為した者ではない。しかしこれは、行為がその危険を回避するのに相当な手段である限りにおいてのみ、当てはまる。

▼民法241条 a 注文されていない給付

(1) 企業による消費者への、注文されていない物の給付によって、または注文されていないその他の給付の提供によっては、この消費者に対する請求は理由づけられない。

(2) 給付が受取人について特定していなかった、または注文の誤った認識の下で生じ、なおかつ受取人がこれを認識していたか、または取引において必要な注意をなす際に認識し得たであろう場合には、法律上の請求は排除されない。

(3) 消費者に、注文された給付の代わりに、品質と価格に関して同程度の給付が提供され、なおかつ消費者が、受領について義務づけられておらず、なおかつ返送の費用を負担しなければならないわけでもないことを指摘された場合には、注文されていない給付は存在していないものとする。

▼刑事訴訟法127条 〔仮逮捕〕

(1) ある者が現に犯罪行為を行っている際に見つけれられ、または追跡された際に、その者が逃走のおそれがある、またはその身元が直ちに確定され得ない場合には、誰でもその者を裁判官の命令なくしても仮に逮捕する権限がある。検察官または警察職員による人物の身元の確定は、163条 b 第 1 項により決定される。

(2) 検察官および警察職員は、勾留状または収容命令の要件が存在している場合においても、危険が迫っている場合には、仮逮捕の権限がある。

(3) 犯罪行為が告訴によってのみ訴追可能である場合に、告訴がまだ出されていない場合にも仮逮捕は許容される。このことは犯罪行為が授權によってのみ、または処罰要求に応じてのみ訴追可能である場合にも適用する。