



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	犯罪論体系における違法阻却と責任阻却
Author(s)	ヒルシュ, ハンス・ヨアヒム; HIRSCH, Hans Joachim; 丹羽, 正夫//訳 他
Citation	北大法学論集, 42(1), 229-251
Issue Date	1991-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16816
Type	departmental bulletin paper
File Information	42(1)_p229-251.pdf



犯罪論体系における違法阻却と責任阻却

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ
丹 羽 正 夫 訳

I

「違法阻却 (Rechtfertigung)」「および」「責任阻却 (Entschuldigung)」という用語は、ドイツの文献において全く同じように用いられているわけではないが、今回のわたくしの講演では、違法阻却と責任阻却に関する諸問題の一部に止まらず、その問題領域すべてを論ずることにしたい。それゆえ、以下の論述における「違法阻却」と「責任阻却」の語は、特に断りのない限り、不法または不法に関連する責任を阻却するとされる事由すべてを含む広い意味で理解されている。

II

犯罪の成立要件の内部で違法阻却の問題と責任阻却の問題を段階的に区別する必要性を肯定することは、同時に、評価の段階として複数のものを考慮するドグマ、マ、テ、イ、シ、ユな体系の必要性を認めることをも意味する。なぜならば、そこでは不法と責任の段階的な区別が問題であると同時に、異なった評価のレベルが問題とされているからである。しかし、イタリアの最高裁 (der Oberste Gerichtshof) は、イタリアにおける伝統的な理解を参照しつつ、このような体系に断固として異論を唱え、犯罪成立要件を客観的メルクマールと主観的メルクマールとに分かつという単に事実上のものにすぎない区別を維持することに賛意を表明したのであった。フランス刑法が妥当している地域やコモン・ローの伝統を有する諸国においても、犯罪の体系的な構造は従来ほとんど問題となりえなかつたのである。

したがって、複数の評価の段階に区分された体系の実益が果たしてどのような点に認められるのかということは、いかなる理論的詳論よりも先に答えられねばならない問題なのである。かくして例えば、アングロサクソン諸国の人々から次のような異論が唱えられることも稀ではない。すなわち、刑法においてはある者が処罰されるか否かこそが結局は問題なのであるから、犯罪論体系における評価に段階的区別を認める必要はなく、また、可罰性の問題に関してはあらゆる観点が同等に重要であることからすれば、そのような区別を認める必要性はなおさら乏しい、というのである。

違法阻却と責任阻却を区別し、それによって違法と責任を（ないしは責任に代わる要件をも）段階的に区別する体系の実益は、次に述べるような幾つかの点にこれを認めることができる。

まず第一に、かかる区別を認めることによって、沿革的には個々ばらばらに成立したそれぞれの阻却事由を、何が阻

却の決定的かつ指導的な基準となつてゐるかという観点のもとに再構成し、これによつてそれらを厳密に輪郭づけると共に、さらに完全なものにする可能性が生ずることが重要である。一例を挙げるならば、こうした方法によつて、緊急避難の内部における根本的な要点的相違——すなわち、一方の諸事例「すなわち違法性を阻却する緊急避難」では法秩序による紛争の解決が要点であるのに対し、他の諸事例「すなわち責任を阻却する緊急避難」では動機づけに對し加えられた極度の圧力を理由とする行為者関係的かつ寛大な措置が要点となる——を明確にすることが出来る。そしてその結果、法解釈に際してのみならず、立法のさらなる発展に際しても様々な帰結がそこから得られるのである。より一般的には、上述のような区別によつて、そのときどきの法形象にあつてはいずれの一般的な阻却の要件が問題とされねばならないかを見極める目が開かれ、そこから事案に應じて限定解釈がなされることもあれば、拡張解釈がなされることもあるのである。

違法阻却と責任阻却を段階的に区別する体系の第二の実益は、行為者にとつては根本的なものである次のような相違を判決理由のうちに示すことができるという点にある。すなわち、無罪判決の根拠が、行為者は違法に行爲しておらず、法秩序との調和を保ち続けたという点にあるのか、それとも、行為者は違法に行爲しており、例えば責任無能力を理由として責任が否定されるといふ点にあるに過ぎないのか、という相違がそれである。

我々はまた、刑法上問題となる事例では、そのほとんどにおいて複数の者が役割を演ずるといふことにも目を向けねばならない。すなわち、行為者のほかには被害者が存在するし、また行為者もしくは被害者が複数名存在することもあるのである。それゆえ、事案の解決に際しては、ある一人の者の行態のみならず、複数の者の行為態様相互の關係をも評価せねばならぬことが決して稀ではない。正当防衛権においてこのことを最もはっきりと示すのは、侵害の違法性という要件である。ここでは、いずれの行為者の側に違法な侵害が存するのかを決めねばならない。先に行為に出た者の

侵害の違法性は、その者自身がすでに正当防衛権を有していた場合のみならず、その者の行為につきその他の違法阻却事由が存在していた場合にも欠けることとなる。これは同時に、正当防衛を違法阻却事由として位置づけることが、きわめて大きな社会的意義を有することをも示している。法秩序はこの違法阻却のレベルにおいて、多くは社会的利害の衝突という形で現れる対立状況に裁定を下し、しかもその効果は個々の者のみならず他の者にも及ぶのである。同様に、共犯の諸事例においても第三者に対する効果があらわれる。つまり、共犯の従属性により本犯の行為は違法でなければならぬから、ここでも違法阻却と責任阻却の段階的区別が重要となるのである。

以上のほか、違法阻却と責任阻却の段階的区別の実際上の効果は、錯誤の事案の解決に区別がみとめられていることにも現れている。さらに、ドイツ法などにおいては、責任無能力者に対する特定の処分は犯罪行為の違法性の存在と関連づけられている。また、ドイツの刑法典各則は、物的庇護罪 (sachliche Begünstigung) および犯罪隠匿罪 (Hehlererei) にあつては本犯の行為の違法性のみを、そして完全酩酊構成要件 (Vollrauschatbestand) にあつては酩酊状態で犯された所為の違法性を、それぞれ顧慮しているのである。

以上のことからすれば、違法阻却と責任阻却の段階的区別が学問上の有用性にとどまらず実際上も大きな意義を有することは、明らかであるといえよう。

III

次に、違法阻却と責任阻却の段階的区別の理論的基礎と、その実行可能性の問題に移ることにしよう。以下ではまず、犯罪論体系における違法阻却事由の位置づけから考察することにした。

1 通説的見解たる三分的犯罪論体系では、違法阻却事由は、構成要件該当性に後続し、かつそれと段階的に区別された犯罪メルクマールである。「違法性」にまとめて位置づけられるが、二分体系を採る者は周知のように違法阻却事由を消極的要件としてすでに構成要件該当性の段階に置こうとする。この争いは、不法と責任を段階的に区別すべきか、また、そうすべきだとすればどのように区別すべきかという問題に比べれば、さして重要なものではない。わたくしは既に以前、この争いについて詳細に私見を表明しているので、ここでは、違法阻却事由の体系的地位という問題のかかる側面がさほど重要な論点とはいえぬことを強調しておくに止めたい。^{（訳注1）}

三分的体系に関しては、第一に、違法阻却事由の不存在のみを考慮するに過ぎない犯罪メルクマールによって、違法性の本質がいったいどのように説明されることになるのかが問題となる。構成要件要素の実現によって不法の核心が形成され、第二の犯罪メルクマールではわずかに第二の——それも消極的な——不法の要件が問題となるにすぎないということは否定しえない事実である。価値中立的な構成要件概念を前提としたベ、ー、リ、ン、グ、（Be-lin-g）の見解に賛同する者は、実際上もはやドイツには存在しない。しかしながら、構成要件が規範的な側面を有することは避けられないからといって、構成要件と違法性は思惟必然的に同一の犯罪メルクマールにおいて結合していなければならないはずだ、とま

ではいけないのである。つまり、犯罪に対する評価が複数の段階に分けられるということは、それぞれの評価の段階が、次に続く段階の構成的要素を成し、かつ、後続の段階で新たに付け加わるメルクマールとともに、続いてなされるべき価値判断——ここではすなわち、違法性の判断——を生じさせる、ということの意味するのである。このことは、違法性と責任の關係に關しても同様に妥当する。

三分的体系の支持者は、構成要件の問題と違法阻却の問題の段階的區別を、今日ではおそらく一般に議論の根底におかれているといつてよい許容命題としての違法阻却事由の独自性から導き出している。かかる段階的區別を規範論理的により厳密に説明するならば、次のようにならう。すなわち、構成要件該当性にあつては行為とそのときどきの個々の規範——例えば、殺人行為の禁止——との矛盾が問題となるのに対し、違法性にあつては、たとえば法秩序から生ずる許容命題の作用の問題にまで評価の基準を拡張することにより、具体的な法義務違反性を確認することが問題となるのである。

違法阻却と責任阻却のこうした段階的區別からは、少数派にとどまる厳格責任説の支持者のみならず、多数説の立場からも実体的諸問題の解決に關してさまざまな帰結が引き出される。かかる帰結は、なかんづく次のような点にこれを認めることができる。すなわち、通説によれば違法阻却事由の事実的前提の誤認——すなわち誤想防衛など——が、今日の見解によればすでに構成要件該当性の段階に属するとされる構成要件の故意を阻却せず、責任のレヴェルではじめて問題とされる点がそれである。その効果はとくに共犯の諸事例に關してあらわれる。今日の通説の見地からすれば、制限責任説と厳格責任説の対立点としては、責任概念の内部における争い、すなわち責任の知的要素の内部における區別をめぐる争いが残されているだけなのである。

これに対し二分体系を採る者は、周知のように、構成要件の問題と違法阻却の問題の間には法的に重要な評価の段階

的区別など存在しないとする。つまり、違法性を基礎付けるメルクマールとこれを阻却するメルクマールは、同一のもの二つの側面であるにすぎないというのである。しかしながら、上述の如き評価の段階的区別に重要な意味があることは、ほとんどすべての違法阻却事由に含まれる「必要性」のメルクマールをみれば明らかであり、またこのことを全く別にしても、二分体系はドイツの解釈論で今日ひろく承認されている人的違法論とは明らかに調和しないものなのである。

二分体系の背後に見え隠れする消極的構成要件要素の理論は、すでに今世紀の初めから議論されているのではあるが、ドイツにおいても諸外国においても多数の支持を得ることはできなかった。

以上の理由から、違法阻却事由は、構成要件該当性から段階的に区別された犯罪メルクマールたる違法性の段階にこれを位置づけるのが実体に即している、との結論を維持することができるのである。

2 周知のように、違法性という概念が意味する内容に関しては、近時とくにギンター (Günther) によって、次のような見解が主張されている。すなわちそれによれば、違法性にあつては必ずしも行為が法秩序全体に反することが問題となるとは限らず、むしろ、構成要件に該当する行為が刑法以外の法領域では違法だが刑法上は違法でないということもあり得るとされる。そして、全法秩序との関係で構成要件該当の行為が適法であることを明らかにする「一般的違法阻却事由」——これは刑法のうちに存することもあれば、その外に存することもある——のほか、刑法上違法性を阻却するに止まる「刑法的不法阻却事由」が存在するとし、この刑法的不法阻却事由は、刑法がいかなる要件のもとで行為に対する特殊刑法的で一段と強度の否定的評価を例外的に断念するかを定める、というのである。しかしながら、「違法性」という犯罪成立要件で問題となるのは、構成要件該当の行為が当罰的か否かではない。この違法性という体

系的考察の段階では、行為が法秩序全体に反するか否かということに関心が注がれるのである。上述のギンタールの説は、違法阻却のレヴェルに「当罰性」という観点を持ち込むことにより、違法性というメルクマールからその独自の機能——すなわち全法秩序に対する違反を示すという機能——を奪い、それによつて違法阻却と責任阻却ないし一身の処罰阻却との区別をそれぞれ不明確にするおそれがある。したがつてかかる見解は、ひいては犯罪論体系を崩壊させてしまうことになるのである。

IV

次に、責任阻却の問題領域へと移ることにしよう。

1 今世紀の初頭に心理的責任概念から規範的責任概念への移行が開始されて以来、責任が評価の一段階であることも明確に意識されてきている。そのきっかけとなつたのは、不法と責任の区別を、所為の客観的側面と主観的側面の区別と単純に同一視することはできないとの認識であつた。ドイツ刑法は責任無能力の規定および禁止の錯誤の規定において、責任を「所為の不法性を弁識し、かつこの弁識に従つて行為する能力または他の可能性」として定義している。違法阻却においては、通常のばあい構成要件要素の充足によつて生ずる違法性が例外的に存在しないこととなる事由が問題となるのに対して、責任阻却においては、通常のばあい故意または過失の不法の存在によつて同時にその存在が肯定される責任が、例外的に否定される又はいづれにせよ十分な程度に達してはいないとみなされるに至る事由が問

題となるのである。責任が阻却される事由は、精神障害に基づく責任無能力をはじめとして、避けることができない禁止の錯誤や責任を阻却する緊急避難のほか、超法規的に責任が阻却される緊急避難にまで及ぶ。数人の論者はさらに進んで、違法行為にあらわされた「法的に否認された心情」を責任において考慮しようとするが、その限りでかかる見解は上述したような消極的機能を越える機能を責任概念に与えてしまっており、行為主義の原則に抵触するものといわなければならない。

責任の内部ではさらに、真正の責任阻却事由 (Schuldausschließungsgründe: 例えば、精神障害に基づく責任無能力など) と、単なる免責事由 (bloße Entschuldigungsgründe: 例えば、先述した責任を阻却する緊急避難など) の二つがしばしば区別される。かかる区別の背後には、後者のいわゆる「期待可能性欠如のケース (Unzumutbarkeitsfälle)」では責任は完全には阻却されず、著しく減少するにすぎない、という考えが存する。確かにこれは期待可能性欠如のケースにおいて生ずる特殊な問題であり、それ故に理論的関心をひくものといえよう。他方ではまた、期待可能性欠如のケースとは異なるその他の責任阻却事由にあつても一定限度の一般化は避けられない。なぜなら、ここでは人間の平均的な能力を基準とする他はないからである。したがって、期待可能性欠如のケースとその他の責任阻却事由の間には、結局は段階的な相違しかないことになる。そして結論的に決定的に重要なのは、いわゆる期待可能性欠如のケースにおける責任は十分な程度に達していないが故にいずれにせよ法的に重要とはいえず、したがって責任が阻却されることになる、という点なのである。

通説的責任論に立脚する場合に主要なポイントとなるのは、責任の知的側面 (intellektuelle Seite) と意欲的側面 (voluntative Seite) の区別である。責任無能力はこの双方に関係しうるが禁止の錯誤では知的側面のみが問題となるのに対し、責任を阻却する緊急避難とその他のいわゆる期待可能性欠如のケースにおいては意欲的側面が問題とされ

る。通説的責任論が採っている諸前提が正しいとするならば、責任阻却が犯罪論体系にうまく位置づけられていることを上述したところから肯定することができよう。

2 具体的問題に立ち入る前に、なおいくつかの基本的問題を検討しておくことにしたい。

a 第一の問題は、自由意思の問題に関して存在する証明の問題を考えるならば、そもそも「責任」というカテゴリーを論ずることはできないのではないか、というものである。けれどもこの点は、われわれのテーマとの関連では、見かけほど広範囲にわたる問題ではないことがわかる。犯罪の成立要件を違法性だけに限ろうとする者は誰もいない。むしろ、法に従って動機づけを行う能力の著しい減少と関連した、違法性に付け加わる評価の段階が不可欠であることについては、見解の一致が存在するのである。したがって、責任概念の必要性は、自由意思の問題を理由に、責任を個々に論定されるものと考える立場を正当な出発点と認めず、その代わりに法共同体によって期待された能力を出発点とする論者からも認められているし、さらにはヤコブス(Jacobus)のように、一般予防の見地から責任を定義しなおそうとする論者によつてさえも認められているのである。だが責任が再定義される場合も、とくにヤコブスの見解をみれば明らかのように、個々の責任阻却事由には実際上何ら変更が加えられてはいないのである。

そのほか、責任の問題については次の点に注意しなければならない。それはつまり、自由意思の存在を説得力をもつて証明しえないとしても、我々は、社会でひろく認められており、かつ個々人も抱いている非決定論的な人間像を基準とするならば責任が阻却されるような諸事実を、行為者の利益のために考慮しなければならない、ということである。こうした出発点を基礎とすると、次の第二段階で問題となるのは、責任が阻却される例外的な事例を基礎づける、

個々の行為者における動機づけ可能性の欠如を、具体的にどう確定すべきかということである。イ、エ、シ、エツク、(Opferstock) が詳しく論じているように、その基準としては、社会的な観点からの比較検討を行う内容のものが重要となる。責任という犯罪成立要件をこのように理解するならば、決定論の立場との相違はさほど大きなものではなくなる。なぜなら、上述のような例外的状況は、決定論の立場からもまた行為者にとって有利に作用するからである。つまりここでは、そのような例外的状況が存在する場合には、規範がその名宛人に対して及ぼす意思決定的作用は麻痺するのが通常である、との観点から考慮がなされているのである。このような、行為者の通常の状態からの逸脱を示すフアクターは、責任阻却の全領域において——すなわち、精神障害をはじめとして、禁止の錯誤、そしてさらには緊急避難状況に至るまで——問題とされるものである。このように行為者にとって有利に機能するという点からすれば、責任という概念は放棄しえないものであり、またそれを用いることには何の懸念も存在しない。しかしだからといって、ヤコブスのように、責任概念を一般予防に解消してその「派生語 (Derivat)」とみることが可能だということにはならない。ヤコブスの見解によれば、責任という概念は次の如く「機能的に」構成されねばならないものとされる。すなわち、責任概念は、特定の統制基準すなわち刑罰目的の要件を基準として、特定の体制の社会のために統制機能を営むものでなければならぬ、というのである。こうした考えによると責任概念は完全に非個別化されてしまうことになる。つまり、行為者については、わずかに予防の一般の基準により確定されるいわゆる答責性が考慮されるにすぎない。レンクナー (Lenkner) はこれに対して、責任概念をこのように構想するならば、一般予防的作用に限界を設定するという責任概念の独自の意義が失われることを夙に強調している。

b いま一つの根本的問題は、上述の「単なる免責事由 (bloße Entschuldigungsgründe)」——つまりいわゆる期待

可能性欠如のケース、とくに責任を阻却する緊急避難——は、実は、すでに違法阻却事由とみることができ、のではないかと、というものである。このような見解は周知のように緊急避難の本質に関する一元説により主張されているほか、一部では放任行為説や法的に自由な領域の理論を採る立場からも主張されている。

緊急避難の本質に関する一元説は、ドイツの文献においては一九二〇年代の終わりまで広く採用されていた。ドイツでこの説が挫折したのは、緊急避難において一切の区別なく違法阻却を肯定するならば、法秩序にとって実体にそぐわない帰結が生ずるからであった。なぜなら、より大きな利益を守つてはいない緊急避難行為者についても違法阻却がみとめられるとすれば、たとえば第三者たる他人の生命を犠牲にして自己の生命を救うことも法秩序により許容されることになってしまふからである。そしてかかる緊急避難行為はその違法性が阻却されるが故に違法な侵害とはならぬ。しかし、当該第三者からは正当防衛権が奪われてしまふ。この第三者は侵害を甘受する義務を負うことになるのである。しかしながら、このように考えると、利益衝突の状況が、実体にそぐわない形で、緊急避難行為者に不当に有利に解決されてしまふことになる。

他方、緊急避難の本質に関する一元説には別のヴァージョンも存するが、この見解は一律に違法性を否定することにより、「法秩序は判断に疑問が残るような事例では利益衝突に対する評価を差し控えるのだ」ということを言わんとしているに過ぎず、やはり多くの支持を集めることができなかつた。このいわゆる放任行為説は、今日では法的に自由な領域の理論の衣をまといつて散発的に蘇っているが、この見解によるならば、法秩序は、社会的な紛争の統制と採るべき態度の指示を通じて法と不法の限界を確定するという、秩序維持の任務を果たせなくなるであろう。そうなれば紛争の解決は強者に有利な自力救済に委ねられてしまふことになるのである。

一元説においては、次のような観念も一定の役割を果たしている。すなわち、「正当化 Rechtfertigung」および

「許容 Erlaubnis」という概念は法秩序により行為が肯定的に、評価されることを表しており、したがってこれらと単なる違法阻却事由 (bloße Unrechtsausschließungsgründe) は区別されねばならない、という考え方がそれである。しかし、こうした区別によって「正当化 Rechtfertigung」と「許容 Erlaubnis」という概念は過重な内容を負わされてしまう。これらの概念で問題となるのは、単に、構成要件に該当する行為が、法秩序によって顧慮された例外的事由の存在を理由に違法ではないと位置づけられ、まさしく行為に通常は付着するはずの不法という汚点を取り去られる、ということであるに過ぎない。「Rechtfertigung」という語と「Unrechtsausschluss」という語は全く同一のことを意味しているのである。^{（誤注）}

日本法における二分説の問題は、日本の刑法三七条の文言が二分説のような区別をみとめていないことと関連している。だが、この規定を実体に即して解釈することは可能だと言ってよいであろう。

ドイツではその後、一九七五年に刑法典総則が改正されて以来、二分説が立法において明確な形で採用されており、緊急避難の内部における違法阻却と責任阻却の区別が明文をもつてみとめられるに至っている。

c これに対して、マウラツハ (Maurach) の教科書で主張されている「行為答責 (Tatverantwortung)」の理論は支持者を見出していない。この理論によれば、違法性と責任の間に、付加的な評価の段階である「行為答責」がさらに挿入されることとなる。

d 前述bでは責任阻却と違法性の区別が、そして前述cではいわば責任と違法性の間に置かれる付加的な評価の段階がそれぞれ問題であったが、以下では責任とこれに続くカテゴリーである処罰阻却事由との区別がどのように論じられ

ているかという、これらと対比される問題を検討することにした。

この点はなかなしく、ロクシン、(Roxin)の見解によりアクチュアルな論点となったが、それによれば、責任阻却事由は刑事政策的観点に依拠しつつ構成されねばならないとされる。ロクシンは緊急避難が処罰されない理由を、次のような点にみとめている。「特別予防の観点からは、行為者は社会に適應しているが故に処罰は不要となり、また一般予防の観点からも、事態のありかたが稀であるためにノーマルな態度からの逸脱を公共の利益のために罰する必要があるという理由のほか、「危難のなかで行動できる」ように訓練されていない平均人は、規範を熟慮してそれによって自らを動機づけることはいずれにせよ困難であろうという理由により、処罰が不要となるのである」³⁾。この引用文には責任と予防の關係に関するロクシンの考えがあらわれている。たしかにロクシンは、斥けられるべきヤコプスの見解のように、責任を予防の派生語にすぎぬものと理解してはいない。しかし、有罪判決にはいわゆる「答責性」という留保が付せられており、そしてそれによって、他行為可能性という意味で確定される責任が特別予防的必要性および一般予防的必要性を基準として修正されねばならないものとされるのである。

しかしながら、ドイツの通説は責任と予防の一体化を否定している。たしかに、ロクシンの見解には、責任論を活性化したという功績を認めることができよう。しかし、この見解に対しては、イエシエック、レンクナー、およびその他の論者が正当にも述べているように、根拠とその帰結を取り違えているとの異論が唱えられている。つまり、予防の観点は責任阻却の根拠ではなく、責任が法的に重要な程度に達していないことから生ずる帰結であるはずなのである。事実、ロクシン自身もこのことを厳密には先の引用における次のような表現によってあらわしているのである。すなわち、危難のなかで行為ができるように訓練されていない平均人は規範によって自らを動機づけることは困難である、という表現がそれである。ロクシンがヤコプスほどラディカルな立場をとらず、責任を修正するものとしてのみ予

防を考慮するに過ぎないとしても、そのように考えることによってロクシンは二つの根本的に異なるカテゴリーを結び付けてしまっている。責任がまさしく所為に関わり、したがって過去に位置づけられるものであるのに対し、ここでロクシンによって用いられている予防概念は所為をその前提とし、かつ未来に向けられているものなのである。

この点はベルンスマン (Bernsmann) も彼の近著である「緊急避難による『責任阻却』」に関するハビリタツイオーンにおいて強調しているところである。しかしベルンスマンは、緊急避難において現在の危険は存するものの行為者には驚愕による影響がみられず、十分な考慮がそこに働いている場合を、すべて責任阻却ではなく処罰阻却事由の問題として考えている。その根拠としてベルンスマンは、通常かかる場合には、行為者の動機づけを著しく妨げる心理的圧力の存在はきわめて疑わしい、ということを挙げている。そして、このような緊急避難行為の不処罰は、自己保存に役立つこの種の行為に関しては刑罰を科す適格性が国家には欠けるといふことから導かれるのであるから、処罰阻却事由というカテゴリーが適切な逃げ道を与えてくれる、というのである。

しかしながらこの見解には納得できない。個々人が第三者を犠牲にして処罰されることなく無制限に自己保存のための行為を行う、といったことがないように配慮するのは、あくまで国家の責務なのである。動機づけに対して加えられたきわめて強い圧力が典型的に重要な役割を果たす場合にのみ、不処罰が問題となり、それによって我々は再び責任阻却の問題に逢着するのである。責任を阻却する緊急避難の基礎とされている経験的な仮定に一部不適切な点があるとの結論に達したとしても、他にとりうる道はこの種の緊急避難を処罰阻却事由として解釈しなおすことではなく、立法論を通じて責任阻却事由を狭く定め、そこから除外されるべき事例については責任減少を根拠とする刑の減輕のみを定めるよう要求することなのである。

かかる考慮は同時に次のことを示している。つまり、責任の意欲的側面が問題となる場合には、常に、真正の責任阻

却ないし場合によつては責任の減少が問題となる、ということである。立法者が責任阻却を認めている場合には、解釈論もこれに従うべきであつて、このことは、立法者が法的には取るに足らないと評価されるべき責任の量を定めるに際して、疑いを容れる余地がないとはいえない経験的な仮定から出発しなければならなかつたのだとしても何ら変わらなぬ。そして、こうした仮定の正しさに対する疑念のみが問題なのだとすれば、その限りでは行為者にとってより有利な規定を定めておく方が適切であるだけに、なおさらそのようにいえるのである。

責任阻却事由とは異なり、処罰阻却事由は次のような観点にかかわつてゐる。すなわち、犯罪の三つの一般的成立要件の充足にもかかわらず、国政上もしくは刑事政策上の特別な考慮から、立法者をして刑罰請求権の発生ないし存続を例外的に妨げる事由を定めさせるような観点が、ここで初めて問題とされるのである。

ちなみに、責任阻却事由と処罰阻却事由との間に存するこうした問題点の相違は、ドイツ刑法の各則に規定されている阻却事由についてはこれまで十分に考慮されてゐるとはいえない。その一例として、ドイツ刑法二五八条六項（刑を無効果にする罪）における、親族のために行爲した者の不処罰を考へてみよう。この場合、親族のために行爲した者の不処罰を単なる処罰阻却事由と解するならば、事の本質を正しく理解してゐるとはいえないであらう。それはむしろ、すでに特殊な責任阻却事由にあたるものと理解しなければならぬのである。

以上をもつて、犯罪論体系における責任阻却の位置づけについての考察を終へることにする。

違法阻却と責任阻却は区別されねばならないという事実については、さらに、違法阻却事由が論じられる場合と責任阻却事由が論じられる場合との区別を、いかなる原理に基づいて確定するかが問題とされる。

1 学説によって打ち立てられた違法阻却の諸原理は、とりわけ、すでに法の発展において、また部分的には立法者により明文をもって違法阻却の問題とされている事例を、事後的に理論的に説明するのに役立つ。他方ではまた、とくに違法阻却事由のカタログが制限列举的でないことからすれば、これらの事例は新たな違法阻却事由を創り出すことも可能にするとされている。違法阻却の原理の一元的理解は、今日のドイツではとくに「具体的事例において優越する利益、法益もしくは価値が存在するか」という原理の形で、あるいは単純に、「法益衡量」の原理といった形でなされている。違法阻却の原理の多元的理解としては、利益欠缺の原理と優越利益の原理を併用するメツガー (Mezger) の考えが支持されている。

学説の掲げる違法阻却の原理が今日までさしたる成果を産んでいないのは、それらの原理が、具体的帰結をそこから導くには一般的・形式的に過ぎるためである。さらに、ドイツでは違法性を阻却する緊急避難が刑法三四条に規定されたため、一般的な違法阻却の原理の定立によって新たな違法阻却事由の源を拓こうとする努力には、ほとんど意味がなくなってしまった。それゆえ、現在の通説は、こうした一般的な違法阻却の原理を出発点としてはいない。

しかし、だからといって違法阻却の領域が非合理的に規定されるということにはならない。むしろ、次のような要請

がここでは決定的な意味をもつのである。すなわち、問題とされねばならないのは、構成要件該当性にもかかわらず行為を例外的に全法秩序と調和しているものとする事由なのだ、ということがそれである。こうした例外的な全法秩序との調和が存在するのは、対立する諸利益を衡量した結果、対立する一方の当事者が構成要件該当の行為を甘受せねばならぬほどに行為者の利益のほうが優越する場合である。利益衡量に際しては、そのときどきの利益衝突状況に関して問題とすべき観点すべてについて、その法的な重要性が考慮されねばならない。そしてさらに、正当防衛の可否の検討を行うことによつて、利益衡量の結果の法的な相当性をチェックすることができるのである。

様々な利益対立状況において考慮されるべき利益衡量の観点は多様であり、内容の点でも種々の相違がみられるが、このことは先述したように刑法三四条が新たに立法された後、同条の解釈においてとくに明らかとなった。上述のような不確定な定式化に優る違法阻却の原理がこれまで打ち立てられていないのは、明らかにこうした利益衡量の観点の多様性に起因するものといえよう。

2 責任阻却の諸原理の問題に関して述べるならば、責任の知的要素と意欲的要素がそこでは基準となる。つまりここでの問題は、すでに述べたように、所為の遂行に際してその違法性を弁識し、それに従つて行為する能力が例外的に欠ける、ないしは法的には取るに足らない程度にまで減少する、ということである。

a 責任阻却においては、評価の幅は違法阻却におけるよりも広く認められている。違法阻却にあつては、利益衝突をいずれかの当事者の有利に解決することが問題であつた。したがつて一方の当事者の権利として認められたことは、他の当事者がこれを甘受せねばならないことになる。規範に合致した行為をする可能性を具体的かつ厳密に確認するなど

ということとは、実際上ほとんど不可能なので、立法に際しては、行為者に心理的圧力が加えられる例外的状況を類型化することしかできない。すでに述べたように、こうした圧力にどこまで耐えられるかという限界の設定に関しては、平均的市民の能力が基準とされねばならない。そしてたとえばドイツ刑法では、幾つかの点で責任阻却在諸外国の立法例よりも広く認められているのである。この点は現行法における責任無能力の事例のカタログのみならず、責任を阻却する緊急避難において同価値性の限界を越えた場合についてもいえることである。

けれども、これらのことは、刑法上責任の領域が立法者の自由な裁量に委ねられているということを意味するわけではない。当然のことながら、立法者は責任の知的要素と意欲的要素の双方を常に顧慮・尊重しなければならない。したがってたとえば、禁止の錯誤もしくは責任を阻却する緊急避難を法律上顧慮しなくてよいとする法規があつたとするならば、それは責任主義に著しく反するものとなる。逆に、立法者が責任を阻却する緊急避難の領域において、動機づけに対して加えられる圧力という基準点に全く眼を向けず、緊急避難状況におかれた者とこれに近似した状況にある者のみに緊急避難をみとめるといふ制限を不要とみなすならば、それは責任阻却について設定しうる限界を越えていることになるのである。

b 責任阻却の諸原理に関してとくに興味をひくのは、責任を阻却する緊急避難の基礎とされている客観的緊急避難論 (objektive Notstandstheorie) の体系的整合性いかに問題である。^{取注4} この客観的緊急避難論の正当性は、ドイツの立法者が刑法三五条二項の錯誤に関する特別な規定を新たに採り入れたことによつても裏付けられた。動機づけに対して加えられる圧力という点から考えれば、一見するかぎりでは主観的緊急避難論のほうが十分な根拠を持っているようにも思われる。なぜなら、動機づけに対して加えられる圧力という点に関しては、それが客観的に存在する緊急避難

状況によって生じようと、あるいは誤想された緊急避難状況によって生じようと、何ら違いはないからである。この問題については、周知の如く一九二〇年代に盛んに議論がなされた。だが、主観的緊急避難論には、回避可能な錯誤の事例を妥当に解決できないという決定的難点が存在したのであった。

より詳しく検討するならば、客観的緊急避難論も何ら軋轢を生ずることなく責任概念と調和させることができる。つまり、客観的緊急避難論は、動機づけに対して加えられる圧力が実際に存在する緊急避難状況によって生ずるような基本的事例を確定するに過ぎず、それによって、ここで考慮さるべき動機づけに対する圧力の問題すべてに対し最終的結論が下されるわけではない。むしろ、錯誤の事例でも動機づけに対して加えられる圧力を考慮することができ、ただしそれはまさしく回避しえない錯誤の場合に限られる、という点がさらに残されているのである。したがって、客観的に緊急避難状況が存在する場合と、緊急避難状況の存在を誤想した場合とを区別することによって、錯誤の事例の实体に即した位置づけが可能となるのである。

けれども、ここで問題となるのは、責任を阻却する緊急避難の客観的基盤をどのように説明することができるのか、ということである。ドイツの通説は、違法性の減少について言及しており、これは緊急避難の客観的要件の存在により認められるものとされている。もちろん、このことをすでに生じた結果が「清算」されるという意味で理解してはならない。Aが第三者たるBを殺すことにより自分の生命を救った場合には、もはや生じた結果を埋め合わせることは不可能であるし、Aが——適用範囲が広く定められているドイツ法の責任を阻却する緊急避難の規定ではありうるのだが——それどころか複数の者の生命を犠牲にした場合には、なおさらそのようなことは不可能である。違法性の減少の根拠としては、むしろ、他の方法では危険を回避しえない緊急避難状況において、重要な法益を保全するために行為がなされる点に眼を向けなければならない。したがって、行為無価値の減少がここでは重要なのである。こうした観点につ

いては、人的違法論をめぐるかつての争いにおいて、若干の反対論者により次のような行き過ぎた理解がなされたことが想起されよう。つまり論者は、責任を阻却する緊急避難において人的違法論を一貫させるならば、行為無価値は完全に否定されるに至るはずだ、としたのであった。かかる見解が行き過ぎだとしても、動機づけに対して加えられる圧力と結びついた行為無価値の減少が認められるのだということは正しい。このことは、特定の法的義務を負っている者について責任を阻却する緊急避難を考えることができる場合にも確認することができる。すなわち、特定の法的義務の発生により、ここで必要な違法性の減少は認められなくなるのである。

以上、責任を阻却する緊急避難につき述べたことは、責任の意欲的要素の全領域について妥当する。

VI

以上を要約するならば、違法阻却と責任阻却を区別する犯罪論体系は、不可欠であり、実行可能であるとともに、大きな実践的意義をもつ、ということを確認することができる。学説によつて発展させられた体系は、ある法秩序で妥当している法令の内容やその新旧には原則として左右されない。学問的見地からは、日本の、あるいはイタリアやドイツの刑法解釈論といったものではなく、完全に正しい刑法解釈論、あるいは部分的に誤っている、もしくは全く誤った刑法解釈論といった区別があるだけなのである。刑法解釈論の認識は、現行刑罰法規の解釈に際して顧慮さるべき基準を提示するとともに、法律のテキストが古くなつてきているためそれが不可能なときは、立法論を構想する基準を与えてくれる。そして解釈論の枠内では、個々の論点における諸国間の相違をみとめる余地が十分に残されているのである。

訳 注

- (1) Vgl. Hans Joachim Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960, S. 220ff., 278ff., 331, usw.
- (2) 本稿の他の箇所では“Rechtfertigung”という語をすべて「違法阻却」と訳しているが、この場合は“Rechtfertigung”という語と“bloÙe Unrechtsausschließungsgründe”なる“Unrechtsausschluss”という用語との異同が問題とされており、論旨にさうしてニュアンスを鮮明にする必要があるため、この部分に限って“Rechtfertigung”を「正当化」と訳出した。なお、“Rechtfertigung”と“Entschuldigung”に対する訳語としては、「違法阻却」と「責任阻却」とするほか、「正当化」と「免責」とする用語法もありうるが、「免責」という語は「正当化」と対比されず単独で用いられる場合には語義がやや曖昧に感じられるため、本稿では前者の一对を採用した。もっとも、“Rechtfertigung”という語と“bloÙe Unrechtsausschließungsgründe”という語の間に何ら意味上の差異を認めないヒルシュ教授の立場からすれば、このような用語上の問題はさほど重要でないともいえよう。
- (3) Vgl. Claus Roxin, “Schuld” und “Verantwortlichkeit” als strafrechtliche Systemkategorien, in: Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 183. (ただし、引用は原文と厳密には同一でなく、一部省略がある。)
- (4) いわゆる客観的緊急避難論につき、「緊急避難の法理のあたらしい展開」H・J・ヒルシュ＝福田平・宮澤浩一監訳『ドイツ刑法学の現代的展開』(成文堂・一九八七年)一一八頁以下〔斉藤誠二訳〕参照。

訳者あとがき

本稿は、ケルン大学教授・同大学刑事法学研究所所長のハンス・ヨアヒム・ヒルシュ (Hans Joachim Hirsch) 博士が、一九九〇年九月、北海道大学法学部にて行った講演 “Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im System der Straftat” を訳出したものである。ヒルシュ教授は言うまでもなくドイツ刑法学界の重鎮であり、全刑法雑誌 ZStW の編集者として、そしてライプツィヒ大注釈書 Leipziger Kommentar の共同執筆者としても名高い。同教授の経歴および著作については、宮澤浩一編『西ドイツ刑法学 学者編』（成文堂・一九七八年）二一六―七頁、同『追録Ⅱ』（一九八一年）一七頁、同『追録Ⅲ』（一九八三年）二二―三頁、同『追録Ⅳ』（一九八五年）二一頁等を参照されたい。

邦訳に際しては原文に忠実な訳を原則としたが、場合によっては理解を容易にするためやや自由に訳出した箇所も存する。なお、原文において強調のためアンダーラインが付されている場合には、傍点を付して訳出した。また、（ ）は原文においても同様に括弧が用いられている箇所または訳者が原語を挿入した箇所であり、「 」は訳者が言葉を補った箇所である。