

## 〈資料〉

# オーストリア犯罪論（４）

金子正昭

### 目次

#### はじめに

#### 第1章 犯罪論、犯罪概念および犯罪構成

第1節 総則上の犯罪論と統一的な犯罪概念の意義と使命

第2節 基本的なシェーマ：故意作為犯の犯罪構成（以上25卷3・4合併号）

#### 第2章 刑法上の行為概念

I. 規範の名宛人と刑法上の構成要件との結合点

II. 刑法上の行為概念の機能

III. 行為概念の内容

#### 第3章 行為と結果の結びつき—因果関係と客観的帰属性

I. 犯罪構成における「因果関係」の意義とその地位

II. 公式と学説

III. 具体的な行為と結果の結びつき

(以上26卷1号)

#### 第4章 故意—故意の概念、種類及び過失との限界

I. 総説

1. 故意と過失—主観的観点下における人的態度

2. 人的不法の柱石としての故意

3. 客観的構成要件の主観的「映像」としての故意

II. 故意の概念とその種類—過失との限界

1. 「認識」と「意欲」

2. 強弱の程度 (Intensitätsgrade)

3. 故意の種類

III. 故意の基準点

1. 客観的構成要件（所為像）の主観的映像としての故意

2. 超過的内心的傾向としての故意

IV. 特殊な問題

1. 概括的故意 (Dolus generalis)

2. 条件付き行為意思 (Bedingter Handlungswille)

3. 択一的故意 (Alternativer Vorsatz)

4. 特別な所為事情に関する故意

第5章 可罰性の客観的条件—概念、意義および解釈論的整理

I. 基礎

1. 概念と限界
2. 許容性

II. 犯罪構成における意義とその他位

1. 二面性
2. 責任連関から切り離された帰結

(以上26卷2号)

第6章 違法性—内容と阻却の可能性 (正当化事由)

I. 犯罪構成における意義とその地位

1. 概念の決定
  - (1) 法律上の規定
  - (2) 違法性判断の内容
2. 犯罪概念における二分類説と三分類説
3. 構成要件の阻却と正当化の違い
  - (1) 形式的な出発点
  - (2) 実質的な出発点

II. 違法性の阻却、正当化事由

1. 法秩序の統一原理 (Prinzip der Einheit der Rechtsordnung)
2. 正当化事由の一般的な基礎
  - (1) 法源 (Quellen)
  - (2) 優越性原理 (Übergeordnete Prinzipien)
  - (3) 主観的な前提条件
    - (1) 歴史的な展開
    - (2) 学説
      - ① 主観的な前提条件の理由づけ及びその内容
      - ② 主観的な前提条件が欠如する場合の法的効果
    - (3) 自説
      - ① 分類
      - ② 構成要件を阻却する事由
      - ③ 正当化事由
3. 個々の正当化事由
  - (1) 明定されている正当化事由
    - (1) 3条の正当防衛
      - ① 正当防衛の状況
      - ② 防禦
      - ③ 主観的な前提条件—正当防衛の状況の認識か防禦の意思か
      - ④ 不相当性

- ⑤ 特別な問題
  - (i) 挑発された場合の正当防衛
  - (ii) 過剰防衛
  - (iii) 緊急救助
  - (iv) 正当防衛における過失の法益侵害
  - (v) ヨーロッパ人権協定 2 条は刑法 3 条を制限するか
- (2) 民法344条の占有保護
- (3) 国家機関としての行為
- (4) 司法の領域における個人の行為
- (5) 教育権
- (6) 刑法各則における正当化事由
- (2) 明定されていない正当化事由
  - (1) 正当化する緊急避難
    - ① 緊急避難の状況
    - ② 救助行為
      - (i) 必要性
      - (ii) 財の衡量
      - (iii) 相当性
    - ③ 主観的な前提条件
    - ④ 対物防衛
    - ⑤ 正当防衛、正当化する緊急避難及び免責する緊急避難の間の形象的比較
  - (2) 正当化する義務の抵触
  - (3) 被害者の同意
    - ① 基礎
    - ② 解釈論的な整序
      - (i) 構成要件を阻却するのか正当化事由か
      - (ii) 学説
    - ③ 前提条件
    - ④ 同意の対象
  - (4) 推定的同意

Ⅲ. 錯誤の可能性

(以上本号)

第7章 責任非難—一般的な前提条件と特別な前提条件、阻却及び免責

(以下次号)

## 第6章 違法性—内容及び阻却の可能性（正当化事由）

### I. 犯罪構成における意義とその地位

#### 1. 概念の決定

##### （1）法律上の規定

「違法性 (Rechtswidrigkeit)」という概念は、それ自体としては刑法典にはつきりと定義されていない。法規には、ある前提条件の下では人は「違法に行為したものではない」とか若しくは「所為は違法とならない」とか規定しているだけである（例えば、3条の正当防衛では、防禦するときあるいは強要において、「追求する目的のための手段として暴力又は脅迫を用いたことが良俗に反しないとき」—105条2項）。8条からもまた、違法性は一定の事実関係を通じて阻却されることが推定される（しかし、このような事実関係の誤認がこの効果を持っていないということが推定されるのである）。

##### （2）違法性判断の内容

（1）法秩序に違反する態様はすべて違法となる（ロイカウフ＝シュタイニンガー、シェシェック）。裁判上刑を科されている刑法典の規定が侵害されているとき、特別な違法性という意味での刑法上の違法性 (Strafrechtswidrigkeit) という言葉が用いられる場合がある。

「違法性」という表現は、法秩序に矛盾することだけをその内容としている。それに対して、「不法 (Unrecht)」とは、そのような違反に対する評価をその特徴とする。違法性は存在しているか欠けているかのどちらかであるのに対し、不法は違反の重さや種類に従って量的にも質的にも区別することができる（ロイカウフ＝シュタイニンガー、キーナップフェル、ノヴァコフスキー）。

違法性や不法の代わりに、形式的な違法性と実質的な違法性 (formelle und materielle Rechtswidrigkeit) という名称が用いられる場合もある（例えば、リットラー）。



(2) ある態度が構成要件に該当するならば、「所為の違法性を理由づけるために、刑罰法規の外部にある法の命題をもはやこれ以上実証しなくても」よいのである(リットラー)。すなわち、特定の事実関係が刑法上の構成要件に当てはめられるとき、それによって刑法上の不法が存在する、というのが原則である。この点で、構成要件の徴表作用(Indizwirkung)という言葉が用いられたり、構成要件該当性は違法性を徴表するという言葉が用いられたりもするのである。(例えば、リットラー、ロイカウフ=シュタイニンガー、ブルクスター、ノヴァコフスキー、マウラッハ=ツィツプ)。

刑法上の違法性は必ず具体的な構成要件に関連して徴表されるので、それはこの構成要件に関連してはじめて決定されるのであって、一般的に統一的な基準に従って決定されるのではない。

ある態度が構成要件に該当するということによって基礎づけられる徴表作用は、一すでに名称が言っているように一それが最終的な決定となるのではない。したがって、具体的な事案においてこのような作用があるにもかかわらず、違法性は、特別な事情により特殊な許容命題が介在するとき、例外的に阻却される場合がある。この種の許容命題が正当化事由である。許容命題が存在する場合、徴表されている(にすぎない)違法性判断は、特別に理由づけられている合法性(Rechtmäßigkeit)の判断を通じて補充しなければならない。

(3)当初、構成要件を実現することによって態度の違法性が徴表されるとはいえない諸構成要件もまた存在するのではないか、という見解が主張されていた。もっと正確にいうと、この種の事案においては、構成要件に該当する態度を「法背反的な態度とする法の命題を最初に探し求めなければならない」ことになる(リットラー)。それに応じて、このような構成要件は「不完全な(unvollständige)」あるいは「開かれた(offene)」構成要件と呼ばれ、「閉ざされた(geschlossenen)」構成要件と対置されあのである(リットラー、ノヴァコフスキー、ウェルツェル)。

この見解によれば、「開かれた構成要件」には、例えば、他人を「法に違背して」監禁し「又はその他の方法で他人の人身の自由」を奪うことを要求する

99条の自由剥奪、追求する目的のための手段として暴力又は脅迫を用いたことが良俗に反する」とときにはじめて、違法となる105条（105条2項、同様に144条2項）の強要が考えられている。それ以外の事例には、180条2項（「現行法規に違反して（entgegen einer bestehenden Rechtsvorschrift）」）、279条（「権限なく（unbefugt）」）、303条（「違法な（gesetzwidrige）」）及び314条（「権限がないのに（ohne dazu befugt zu sein）」）がある。

今日、このように理解されている規定の中にも、違法性を徴表する「閉ざされた」構成要件が認められているのである。したがって、強要の場合や脅迫の場合に相当する規定もまた、実際に105条2項若しくは144条2項で「所為は違法とならない」という言葉で明らかにされているように、正当化事由とも考えられるのである（例えば、キーナップフェル）。しかもそのような規定において、本来の刑罰規定の外部で違法性を判断するよう指示している限り、「充足を必要とする（ausfüllungsbedürftig）構成要件」か、（刑法以外にも）可能な正当化事由を指示しているかが問題となる（詳細には、ノヴァコフスキー、ロイカウフ＝シュタイニンガー）。

(4) 違法性は、所為それ自体の特徴を示すものである、すなわち所為の無価値に関する判断である。それに対して、責任は、この所為が行為者に対して人的にも非難され得るのかどうか、という問題にかかわるのである。すなわち、責任では、所為というよりもむしろ行為者が特徴づけられるのである。

## 2. 犯罪概念における二分説と三分説

犯罪構成の体系化については、構成要件該当性と違法性の関係が決定的な意味を持つ。すでに構成要件該当性の徴表作用は、二つの間に密接な関連性があるということを理解させる。まさにこれを理由に、両者は共通して一個の「不法構成要件（Unrechtstatbestand）」を構成するかどうか、あるいは、両者は二つの独立した犯罪要素と考えることができるかどうか、問題になる。

(1) 構成要件該当性と違法性がこのような統一したものに統合されるなら

ば、正当化事由は、刑法各則のあらゆる構成要件を補充するために、「消極的な構成要件要素 (negative Tatbestandsmerkmale)」となる (消極的構成要件要素の理論)。それによって、正当化事由が介在するということは、(その他の) 構成要件要素の非現実と同一視される。この「消極的構成要件要素」は、ただ法技術的な諸理由からだけで、個々のすべての構成要件に特別に引用されるのではなくて、一般的な正当化事由として「括弧つきで示される (vor die Klammer gezogen)」ことになる。したがって、構成要件該当性を確認することは、違法性の存在に対する徴表だけを意味するのではなくて、違法性を確認することと同じことである。構成要件該当性の判断と違法性の判断との間のあらゆる違いは問題とならない (エンギッシュ、アルトール・カウフマン、サムソン、シューネマン、消極的構成要件要素については、特に、ヒルシェの消極的構成要件要素の理論がある)。この理論の視座から、基本的には二分的犯罪構成が生ずる。二分的犯罪構成によれば、構成要件該当性と責任を区分するにすぎない。

(2) 消極的構成要件要素の理論の価値が認められているわけではない。それに対して、通説は、構成要件該当性、違法性、責任の間を区別する三分的犯罪構成を基礎としている (例えば、キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、ノヴァコフスキー、マウラッハ＝ツイツプ、イエジェック、レンクナー、ウエッセルス)。

刑法典もまた三分的犯罪構成を前提とする。すなわち、消極的構成要件要素の理論によれば、故意は、(その他の) 客観的構成要件のメルクマールと同様に、正当化する事実関係の欠如にも及ばなければならない。それに従うと、正当化する事実関係の誤認は所為像の錯誤になるのではないか。しかし、刑法典がこの立場を採用していないことは、8条から明らかである。すなわち、正当化する事実関係の誤認が5条に関して (故意の欠如として) のみ解決することができると思えば、8条でこの事案の状況の特別な規定をわざわざ必要するまでもないと言える。

ただし、8条は、同時に、二分的犯罪構成か三分的犯罪構成かに関する論争を過大に評価してはならないということを示している。何故かというと、正当化する事実関係の誤認の場合、8条により故意の欠如の場合と同一の法的効果が生ずるからである（同旨、レンクナー）。

### 3. 構成要件の阻却と正当化との間の違い

#### (1) 形式的な手がかり (formaler Ansatz)

オーストリアの古典学派 (die ältere österreichische Lehre) は、純形式的な基準に基づいて構成要件該当性と違法性を区別する。その都度法規のなかに規定されている犯罪から形式的に読みとらなければならなかった不法のメルクマールすべては、構成要件に分類された。それ以外のすべての不法要素を違法性のなかで理解した。例えば、「許された危険 (erlaubte Risiko)」や「違法性連関 (die Rechtswidrigkeitszusammenhang)」、さらに一部不真正不作為犯における保障人的地位 (Garantenstellung) のようなメルクマールは、オーストリアでは伝統的にみて違法性のカテゴリーに分類されていた、という事実が説明されている。

#### (2) 実質的な手がかり (Materielle Ansätze)

新派の見解は、違法性のカテゴリーは正当化事由を制限するという。それに対して、不法を基礎づけるすべての要素は、構成要件に分類される。この分類は、どれか一つの項目に (zu der einen oder zu der abderen Rubrik) 整序するための新たな特徴をもつ要素を決定的なものとなすことによってはじめ、事物的な内容を持つことになる。

(1) ゲッセルは、規範論的衡量に基づいて (anhand normtheoretischer Erwägungen) 構成要件の阻却と正当化事由との間に限界を設ける。構成要件該当性は、これを規範違反と同一視し、正当化事由は、ただ例外的にのみ規範違反を許容するという。「すなわち、正当化事由の許容規範は、例外的なものを決定することによって、必然的に構成要件で具体化されている規範を後退さ

せるものではなく、むしろ、規範違反と構成要件の実現をその許容規範の対象として前提とするものである」(マウラッハ=ツイツプ、同旨として、ロイカウフ=シュタイニンガー)。これと反対に、すでにリットラーは、規範違反を構成要件該当性と同一視するのではなく、(形式的な)違反性と同一視していたのである。この見解を採るのは、正当化事由が介在する場合には規範もまた後退するというマウラッハ=ツイツプやノヴァコフスキーである。違法性を否認することは、「規範が後退することにより規範の侵害は起らなかったということの意味する」ものである。

この規範論的な論争は、ここではこれ以上掘り下げる必要はない。けれども、マウラッハ=ツイツプやノヴァコフスキーの見解が優れているのは、「規範命令が消滅すること (Weichen des Normbefehls)」によって正当化事由が責任阻却事由や処罰阻却事由から十分に区別されるからである (マウラッハ=ツイツプ)。すなわち、この基準 (規範命令の消滅すること) を放棄し正当化される態度にも規範違反を認めるとすれば、「正当化事由と呼ばれるすべての事情」は、単なる責任阻却事由と見なすことと同じだという結論になるのは当たり前であろう。何故なら、その事情は、責任阻却事由のように、規範違反を取り除こうとはしないからである (ベルヒトールト)。しかし、均一化という意味でのこのような統一化は、正当化事由や責任阻却事由若しくは免責事由を基礎とする観点が異なるために、望ましいとは思わない。

(2) ノヴァコフスキーは、構成要件と違法性の相違を「法益の侵害 (Beeinträchtigung eines Rechtsgutes)」に見る。構成要件該当性は法益の侵害を前提とするという。つまり正当化事由が存在するという場合、なる程法益は侵害されたといえようが、法的な否認をもはや問わない方法で侵害されたということだけのことである。

(3) これ以外の論者たちは、とりわけ構成要項該当性と違法性の原則・例外の関係 (Regel-Ausnahme-Verhältnis) を強調する。ブルクスタラーによれば、構成要件が規定するのは「一般的に命じられた態度の類型的な事案であるのに対し、正当化事由は、利益が抵触するために (für Interessenkollision)

具体的な事案のなかで特別な許容命題を提供する」という。イエシエックもまた、正当化事由は「規範の一般的な例外」に基づくものではなく、「具体的な事案のなかで例外的な価値の衡量」を必要とするという点に正当化事由の本質を見る。しかし、同時にイエシエックが強調したことは、「原則—例外の関係において… いずれか一つの側面で事案の類度の大小を仮定することはできない」ということである。

(4) このさまざまな手がかりを評価するために重要なことは、利益の抵触は正当化事由の範囲内だけでなく、すでに構成要件の局面でも解釈することができるということ、および、その場合、特定の利益の抵触はどちらかというときと定型なものかそれとも非定型なものかという事実は、それだけでは決定的なものとはいえない、ということである。実際に構成要件の範囲内においてもまた価値の衡量はどの程度重要な役割を果たすのかは、通説が客観的帰属性において社会的相当性（＝許された危険）を検討する場合に、とりわけ明らかになる。何故かという、許された危険の内部において、渋滞のない道路交通あるいは一般的な決定の自由及び活動の自由のために法益を侵害する危険は、ある程度 (in gewissem Umfang) 受け入れられるからである。この点で、構成要件もまた「刑の予告にプラスの材料を提供した提供するような観点と刑の予告にマイナスの材料を提供する観点との間の『葛藤を解決する (Konfliktlösung)』ための所産」と考えられるのである (アメルンク、同旨として、イエシエック、ツイツプ)。したがって、具体的な規定を構成要件を阻却するものとして構想するか違法性を阻却するものとして構想するかは、必ずしも簡単に区別することができるものではない。このことがあからさまになるのは、例えば、なる程一方で通説のいう許された危険を構成要件に分類しながら、他方で正当化事由を通して「許された危険」を未決定のままにしておこうとするノヴァコフスキーの場合である。

事物的に満足のいくように区別するために決定的なことは、構成要件を阻却することと正当化することは異なった機能を果たすということである。構成要件該当性の外部には、立法者が最初から刑法上重要でないものと見なした態様

すべてがある。それ故に、構成要件は、一般的に刑法によって捉えられるべきものの限界を定める評価段階である。この点で、イエシェックは、具象的には「構成要件の服従機能 (Appellfunktion des Tatbestands)」という言葉を使っている。それによって、ある特定の態度を通して実現される刑法上の構成要件は一つもないという事実は、同じ態度が例えば民法上の観点あるいは行政法上の観点では違法なものと評価されるということを排除するものではない。刑法上、ある特定の態度が正当化されるべきかどうかの判断は、立法者の意思によれば、この態度は刑法上の重要性の境目 (die Schwelle des strafrechtlich Erheblichen) を超えており、(それにもかかわらず) 特別な事情が存在するために例外的に適法なも (rechtmäßig) のとなるということを前提とするのである。このような「正当化事由」は、「法秩序の統一」という原則に基づいて一般的に作用する、すなわちこの特別な態度は民法上あるいは行政法上の観点下でさえも違法とはならないのである。したがって、正当化事由の作用は、構成要件を阻却する作用よりも広いのである (何故なら、正当化事由の作用は法秩序全体に及ぶからである)。

以上の手がかりを前提とするならば、構成要件の阻却と違法性との間の決定的な分割基準 (Absichtungskriterium) は「刑法上の重要性 (Strafrechtsrelevanz)」という概念である。すなわち、構成要件に該当しない態様は刑法の境目の下方にあり、それ故に最初から刑法によって捉えられるものではない (すなわち刑法上重要なものではない)。それに対して、正当化される態様は、なる程刑法上重要な態様であるが、一般的な許容命題に基づいて (例外的に) すべての法領域で適法な態様となるのである。したがって、法的な規定を構成要件のカテゴリーに位置づけるか違法性のカテゴリーに位置づけるかすることに対して、法規では (形式上積極的に) 刑罰を理由づける事態が規定されているのか、(形式上消極的に) 刑罰を阻却する事態が規定されているのかは問題ではない。刑罰を阻却する事態の事案においても、当該規定の解釈は、立法者にとってはそのような態度を適法なものと宣言することが問題となるのではなくて、当該態度の刑法上の重要性を否認することだけが問題となるということ

を明らかにすることができる。

基本的な考え方から類似の構想を支持するのは、ギュンター及びアメルンクである。ただし、彼らはもっと形式的な構成要件概念を前提とし、それに基づいて、立法者が意図しているのは一般的な正当化なのか刑法上の重要性の否認なのかに関係なく、刑法上の不法を否認する法律上のすべての公式を違法性のカテゴリーに組み入れるのである\*)。それによって、彼らは、違法性の内部で、一般的な正当化事由といわゆる(単なる)「刑法上の不法阻却事由 (Strafunrechtsausschließungsgründe)」の二つに分ける。刑法上の不法阻却事由は刑法上の不法だけを排除し、民法上の不法や行政上の不法の可能性には手をつけないのである。しかし、通説とともに違法性の解釈論のカテゴリーを真正な(すなわち一般的に作用すべき)正当化事由に制限し、「刑法上の不法阻却事由」を「構成要件の阻却事由」と見なす方を選ばなければならない。

\*第2版では、「ただし、彼らはどちらかといえば形式的な構成要件概念を前提とし、立法者が意図しているのは正当性なのか刑法上の重要性の否認なのかに関係なく、刑法上の不法を否認する法律上の定義すべてを違法性に組み入れるのである」と改訂している。

このような構成要件阻却事由と考えられるのは、例えば、97条1項1号の最初の3ヶ月以内の妊娠中絶及び97条1項2号後段 (§ 97 Abs 1 Z 2 dritte Alt) の未成年者による妊娠中絶である。何故かということ、これらの規定を通して、不可罰的墮胎がすべての法領域に対して適法なものとなるわけではないからである。例えば127条の窃盗における奪取に対して、法規が法益担当者の意思に反する行動を前提とするような事案における同意 (Einverständnis) についても、同じことがいえるのである。それに対して、(真正な) 正当化事由には3条の正当防衛がある。

## II. 違法性の阻却、正当化事由

### 1. 法秩序の統一という原理 (Prinzip der Einheit der Rechtsordnung)



正当化事由は、刑法の領域だけにあるのではない。むしろ、正当化事由は、刑法以外の法領域にも由来するが、それいにかかわらず、「それ自体」刑法上重要な態度から不法たる性格を受け取ることになる。この決定的な作用は法秩序の統一にある（エンギッシュ）。この原則によれば、ある何らかの法規定からはっきりと適法と宣言される態度は、他の法規定によっても違法とはならないのである。すなわち、例えば、ある態度が民法上あるいは行政法上の観点のもとではっきりと適法であれば、刑法上違法とはならず、また、その逆の場合もある（例えば、リットラー）。

ただし、この原則が、刑法上はっきりと違法と宣言されていない態度が同時に刑法以外の法領域でも違法でないものと位置づけてはならない、というように拡大してはならない。とりわけ、刑法上の重要性の限界部分にだけある事案、すなわち実際に構成要件に該当せず、それ故に刑法上違法ともならない事案は、民法上あるいは行政法上の観点下では違法ともならないのである。何故かという、刑法上の違法性の確認することができないこと（die Nichtfeststellung）は消極的な確認にすぎないからである。このことから態度の適法性を導くことはできないのである。

行為の適法性に関して積極的に判断を下す場合に法秩序の統一の原理が当てはまるので、構成要件該当性の徴表作用が正当化事由を通して消滅することになるのかどうかを検討する場合に、法秩序全体からすべての正当化事由を顧慮しなければならぬ。正当化事由は、それが属する領域と関係なく、等価的なものとみなされている（マウラッハ＝ツイツプ、キーナップフェル）。

実務上、態度を正当化するためには、多数の正当化事由のなかから一つの正当化事由が確認されれば、それで足りるのである。それに対して、鑑定人による意見では、考慮すべきすべての正当化事由を取り扱うことになる。鑑定はどう決定するかを準備するだけであり、それ故に、当該観点を余すところなく論じ尽くさなければならない。

ある事実関係に関して多数の正当化事由が介在するとき、それらは価値的に等しいため、相互に適用されるのが普通である（マウラッハ＝ツイツプ）。こ

の規定は、原則上、一般的な正当化事由と特別な正当化事由との関係にも当てはまる。特別な正当化事由が特別法上 (lex specialis) 一般的な正当化事由になる事案においてのみ、特別な正当化事由が優先する (例えば、超法規的に正当化する緊急避難の関係での97条2項及び3項—未成年者の場合を除く—並びに98条2項)。

違法性判断は、必ず完全に特定されている法益侵害に関してのみ下されなければならない。それによって、適法性を確認することもまた法益に関連したものととなる。したがって、態度が二つの構成要件を充足するとき、ある構成要件の実現は違法となり、別の構成要件の実現は適法となる場合がある。

このような状況には、例えば、正当防衛において、攻撃者の高価なステッキを破損し、その場合、防衛のための傷害は必要ではなかったのに、攻撃者自身に傷害を負わせたという場合が考えられる。同じことは、防衛行為によって攻撃者や無関係な第三者が殺害される場合にもいえる。法律上の規定によれば、行為が法益侵害の一つに関してのみ正当化されるとき、例えば、第三者の傷害若しくは殺害を違法とみなすことは法秩序の統一という原理と矛盾しないのである。しかし、この場合、この種の事案のみ「部分的に正当化すること (parielle Rechtfertigung)」は法秩序全体と同等とみなされるのである。

## 2. 正当化事由の一般的な基礎

### (1) 法 源 (Quellen)

正当化事由は、はっきりと法規で保証されており、また法律的な推論形式を通して (durch juristische Schlußfiguren) も突き止めることができるのである。法的類推 (Rechtsanalogie) による正当化事由に対する事例には、正当化する緊急避難 (rechtfertigende Notstand) がある。刑法総則では、正当化する緊急避難が規定されているだけである。正当化事由は刑法各則で保証されているばあいが多い (例えば、未成年者の場合を例外とする97条1項2号及び3号、105条2項及び144条2項、114条1項)。

正当化事由は連邦法 (Bundesrecht) によってのみならず、州法 (Landesre-

cht) によってもまた基礎づけられている。ただし、州法の場合、この州に対してのみ当てはまる (ヒットラー)。

国際法 (Völkerrecht) においてもまた、刑法に対して重要な正当化事由が定められている。例えば、1949年の国際赤十字のジュネーブ4協定 (vier Genfer Konvention des Internationalen Roten Kreuzes) 及びヨーロッパ人権協定 (EMRK) の第2条がこれである。オーストリアがこの協定に加入している限り、そこで定められている正当化事由もまた内国法に転換されたものとなり、したがって、直接にオーストリアに現存している法規 (österreichische Normenbestand) に属するのである。同じことは、連邦組織法9条により (gem Art 9 B-VG)、「一般に認められている国際法の規定」にもいえるのである。

## (2) 優越性原理 (übergeordnete Prinzipien)

正当化事由はさまざまな優越性原理に由来する。この原理は多様なものであり、個々の正当化事由においては、それぞれ異なった程度や結びつきにおいて現れるのである。この原理は、前提条件を解釈したりするのに重要であり、また正当化事由の範囲についても重要となる。

当初、この「多元論 (pluralistischen Theorie)」と比較して、「一元論 (monistische Theorie)」が中心となっていた\*)。それによれば、正当化事由すべての源を唯一の原理に帰すべく試行されていたのである。一部目的思想 (Zweckgedanke) が強調され、一部価値の抵触による解釈 (die Lösung von Wertkollisionen) が強調されていたのである。ノヴァコフスキーによれば、正当化事由すべては「優越的利益の原則 (Grundsatz des überwiegenden Interesses)」に由来する。一元論の欠点は、正当化事由すべてに対して基本思想を提供する原理は、まだ形式的なものにすぎないが故に中身のない形どおりの性格を持っているというように必然的に抽象的に理解せざるを得ない、という点にある。「優越的利益」という考え方もまた、例えば、正当防衛における「適法な状態の防禦 (Bewahrung des recht mäßigen Zustandes)」(ノヴァ

コフスキー)あるいは被害者の承諾 (Einwilligung) における「個人の行為の自由 (Handlungsfreiheit des einzelnen)」(ノヴァコフスキー) というような一般的な価値を衡量に入れるときにはじめて、正当化事由すべてと合致するのである。しかし、その場合、統一的な基本思想の原理は、内容的な叙述力を失うこと (Verlust an inhaltlicher Aussagekraft) によってのみ獲得されるのである。

\*第2版では、「さらに、一元論 (monische Theorie) が中心となった」と改訂し、その上段の文末に(「多元論 (pluralistische Theorie)」) という語句を挿入している。

さまざまな優越性原理から、次の二つの原理が最もはっきりと現れる。

—利益衡量の原理 (Das Prinzip der Güterabwägung) (特に、イエシエック)。この考え方の背後にあるのは、より価値の高い法益を保護するために、軽微な法益の侵害は、たとえ法益の担当者 (Rechtsgüter) が同一人でなくても、これを甘受すべきである、ということである。その結果、法秩序は法構成員の連帯 (Solidarität der Rechtsgenossen) を前提とすることになる (ヤコプス)。

メツガーに起因して、これに関しては「優越的利益の原理」という言葉が用いられている (リットラー、ロイカウフ=シュタイニンガー)。しかし、「利益衡量」という概念が優れている。何故なら、この概念は具体的な法益侵害を衡量する結合点をはっきりと注目的にしているからである。優越的利益は、なる程一部はそれと同一の密接な意味内容で覆われている (例えば、マウラツハ=ツイツプ)。しかし、一部は優越的利益が広い意味でも理解されている。その場合、なる程すべての正当化事由は統一化されているが、それについては内容的に定まっていないという意味での広い意味である。

主として利益衡量の原理によるのは、正当化する緊急非難、国家機関による行動、教育権並びに告発権、逮捕権、供述権等である。

—誘発的行為の原理 (Das Prinzip der auslösenden Handlung)。この原理

は、法益の担当者が一定の行為を通して自らの法益に対する刑法上の保護を失ってもよい、という考え方に基づいている\*)。ヤコプスは、この領域を答責性若しくは誘発 (Verlassung) の領域 (例えば、正当防衛) と侵害される被害者による利益の定義 (Interessendefinition durch das Eingriffsoffer) の領域 (例えば、被害者の同意の場合) を区分する。

\*第2版では、「誘発的行為の原理の場合、法益の担当者が一定の行為を通じて自らの法益に対する刑法上の保護を失う場合がある」と改訂している。

利益衡量の考え方は態度の結果無価値という方を強調するのに対し、法益の担当者の誘発された態度を通して後続の法益を侵害するという行為無価値を特に排除することになる (同旨、イエシェック、ただし、イエシェックは行為無価値の領域で目的思想を強調する)。

文献では、利益衡量 (狭い意味での優越的利益) の原理には欠如する利益の原理 (Das Prinzip des mangelnden Interesses) が対置されている (リッター、ロイカウフ=シュタイニンガー)。しかし、同じようにメツガーに由来するこの概念は、ほとんど役に立たないと思われる。何故なら、この名称で、法秩序に欠如する利益を通して正当化される行為はすでに刑法上の重要性の下部に位置する、すなわちすでに構成要件に該当するものとはいえない、ということを推定することができるからである。

### (3) 主観的前提条件

主観的な前提条件もまたどの程度まで正当化事由に内在してなければならないか、争いがある。

#### (1) 歴史的な展開

オーストリアで50年代まで支配していた見解は、不法は専ら客観的な基準に基づいてのみ決定しなければならないということである。この犯罪構想は、主観的構成要件要素を認めるのを妨げ、正当化事由が介在した場合には客観的基準に基づいてのみ判断を下さなければならない、という結果になった。すなわ

ち、行為者は正当化事由の客観的な前提条件が存在することを認識していたのかどうかは、特に重要でなかった。

しかし、主観的不法要素を認めるとともに、正当化事由が介在する場合もまた主観的な前提条件に従属させなくてもよいのかどうか、という問題が提起されたのである（この展開については、ロイカウフ＝シュタイニンガー、ノヴァコフスキー）。

今日、ほぼ一致して主張されている学説は、正当化事由は、客観的な前提条件と並んで主観的な前提条件もまた充足しているといえる場合にはじめて、介在することができたかも知れないという見解である（例えば、ブルクスタラー、ノヴァコフスキー、OGH JBI 1980, 494）。ただし、この主観的な前提条件の内容及びその条件が存在しない場合には処罰することになるのかどうか若しくはどのようにして処罰するのか、についてははっきりと説明されていないのである。

## (2) 学説 (Meinungsstand)

### ① 主観的な前提条件の理由づけ及びその内容

主観的な前提条件を理由づけるためにあげられていることは、人的不法要素論を基礎として、結果無価値も行為無価値も止場されるときにはじめて、行為が正当化されるということである。しかし、行為無価値は、行為価値を具体化する主観的要素を通してはじめて、これを完全に埋め合わせることができる（ブルクスタラー、ロイカウフ＝シュタイニンガー、マウラッハ＝ツイツプ、ノヴァコフスキー）。

主として、主観的な前提条件の最小限度の内容として要求されているのは、行為する者は「客観的な正当化事情が存在するということを自分の意思に受け入れなければならない」、すなわち「正当化事由の客観的な前提条件が存在するということを知って」いなければならないということである（ブルクスタラー、ロリカウフ＝シュタイニンガー、マウラッハ＝ツイツプ、後の定義づけに批判的なのは、ノヴァコフスキーである）。

厳密に規定する場合、行為無価値が行為価値を通して埋め合わせられるとい

うように、客観的な正当化事情が意思に関係づけられるとき、ノヴァコフスキーやブルクスタラーは故意とのパラレルを提案する。その提案によれば、重要なのは、行為者が正当化する事実関係の不存在を未必の故意の意味で真摯に可能と考えかつこれに満足したのかどうかである。特に、行為者が「客観的な正当化の前提条件が存在することを…信頼し」たときには、そうはいえない（ブルクスタラー、ノヴァコフスキー、シュトラーターテンウェルト、ロイカウフ＝シュタイニンガー）。

客観的な正当化事情と並んでさらに、例えば、正当防衛における防衛の意思あるいは正当化する緊急避難における救助意思のような、主観的な前提条件を必要とするのかどうか、争いがある。

## ② 主観的な前提条件が存在しない場合の法的な効果

なる程正当化事由の客観的な前提条件は存在するけれども、その主観的な前提条件は存在しないとき、いかなる法的効果が生ずるのか、争いがある。

(i) そのような事案において、一部の学説が前提とするのは、すべての犯罪メルクマールを形式的に充足しているため犯罪は既遂に至っており、それ故に、その犯罪に応じて処罰すべきだということである。正当化事由の客観的な前提条件が存在するという事は、もしかして34条11号あるいは13号前段により、減輕するものとして考慮されるかも知れない（ノヴァコフスキー、キーナツプフェル、シルト）。

(ii) ブルクスタラーは、なる程「形式的に考察して」同じようにすべての犯罪のメルクマールを充足したものと考えている。しかし、彼は「実体的な衡量」から価値事情は未遂犯の価値事情と一致するということを顧慮しなければならないと提案する。すなわち、「(考慮することができる) 結果無価値なしに主観的行為無価値」が存在し、その結果、未遂規定を類推して適用すべしという。マウラッハ＝ツイツプもまたこの見解を支持する。

(iii) 以上と異なった見解によれば、未遂規定を類推して援用することは必要ないという。むしろ、この見解が前提とするのは、未遂は刑法典では定義されていないということである。15条2項は不可罰的な予備と未遂の開始との限

界を規定しているだけである。つまり未遂は一般に「結果無価値なき行為無価値」と定義されているのである。すなわち「実現されたものは…結果無価値に関して意欲されたものを下回っている」事情を定義づけているのである。正当化事由の客観的な前提条件が存在しない場合、結果無価値は客観的な前提条件が存在する場合の結果価値を通して埋め合わされるので、未遂犯に関する規定を直接適用することになる（ノヴァコフスキー）。

(iv) ロイカウフ＝シュタイニンガーによれば、これまであげてきた三つの解決策はどれも実行できるものではないという。既遂犯で処罰してはならない。何故なら、「事実上結果無価値と行為無価値が与えられ、実際にも所為がすでに『遂行されている』といえるときにはじめて、不法類型は充足するといえる」からである。しかし、正当化する事情のもとで行為する場合、結果無価値は存在しない（シュタイニンガー及びロイカウフ＝シュタイニンガー）。未遂概念もまた求められている事案の状況にはふさわしくない。なる程シュタイニンガーは、価値事情は未遂の価値事情と一致するということを認めている。しかし、1条により行為者に不利益となる類推解釈は禁止されているために、未遂規定を類推して援用するのは容認できない。それ故に、正当化事由の主観的な前提条件が存在しない場合、行為者は確かに正当化されるものではないが、この事案に該当する法定刑が欠けるために、不可罰を甘受せざるを得ない。

### (3) 自 説 (Stellungnahme)

#### ① 分 類

主観的な前提条件の内容及びそれが存在しないことの帰結に関する論争の解決に対する手がかりとして、すでに上のI 3 (2) (4)で述べた構成要件の阻却事由と正当化事由との区別が示される。構成要件の阻却事由は、客観的構成要件が（最初から）充足されていないというのはいかなる前提条件でかを決定することである。したがって、構成要件の阻却事由は消極的に定義されている所為像のメルクマールとも考えられるのである。それに対して、正当化事由は構成要件に該当する態度を前提とする。以上の違いから、二つの異なった前提条件に対する主観的な側面に関してもまた明らかになる。



## ② 構成要件の阻却事由

構成要件の阻却事由（例えば、97条1項1号の期限付き規制案 (Fristenlösung) あるいは110条の独断的治療行為における被害者の同意）が介在するとき、法規に規定されている態度はすでに刑法上重要なものとはならない（そして正当化事由の場合と同じように、なる程最初から刑法上重要なものといえないのが原則であるが、例外的に許されるものである）。この種の事案において、立法者は、刑法上重要なものの限界を積極的に規定することもできたのである。規定することによって何らかの内容的な変更を招いたわけでもないのに、規定していないのである。そのとき、不可罰性のこのような前提条件は所為像のメルクマールであって、構成要件を阻却する事由ではないのである。

例えば、立法者は、「最初の3ヶ月以内」の妊娠中絶を可罰性の対象から除外する代わりに、3ヶ月経過した後の妊娠中絶を罰すると宣言することもできたのである。すなわち、二つの事案において、刑法の境目は、妊娠が3ヶ月を経過した後に中絶するときにはじめて、超えることになる。

存在するのは構成要件を阻却する事由なのか所為像のメルクマールなのかは、結局、法規にどう定義されているかということだけに関係する。この点で、構成要件を阻却する事由が存在しないというのは所為像のメルクマールと同じ意味を持つ。しかし、その場合、両者は解釈論的にみて同じように取り扱われる必要はないのは何故なのか、理由は全くはつきりしていない。すなわち、両者については、所為像の錯誤や未遂犯の規定が当てはまるのである。

(i) 故意は所為像のメルクマールに及ぶように、構成要件を阻却する事由の不存在にも及ばなければならない。この点で、このグループ（構成要件を阻却する事由のグループ）については、主観的な前提条件に関して、ブルクスターヤノヴァコフスキーがシュトラテンウェルトに従って正当化事由に対して提起したように、故意との平行的な関係 (Parallele zum Vorsatz) が提示される。

すなわち、この種の刑罰規定の客観的構成要件と主観的構成要件は、構成要

件を阻却する事由が存在しないとき及び行為者がこのような事由が存在しないことを少なくとも真摯に可能と考えかつこれに満足していたときにはじめて、両者を充足することになる。これに対して、行為者が構成要件を阻却する事由の存在を信賴していなかったとき、彼は不法を理由づける事実関係の実現に満足せず、それ故に、故意の実行で処罰されることにはならない。

(ii) 以上の手がかりから行為者の可罰性に対しては、次のような帰結が判明する。

行為者が構成要件を阻却する事由が存在しないことに少なくとも満足したとき、たとえ彼が任意の別の不法を理由づけるメルクマールの存在を満足していたにせよ、主観的には同一の事情が与えられるのである。すなわちこのメルクマールが実際に存在していなかったならば、未遂の状況が存在したことになる。したがって、構成要件を阻却する事由の単なる客観的な前提条件が存在する場合、未遂犯の規定を直接適用することになる。

## ② 正当化事由

しかし、構成要件を阻却する事由に対して獲得された解決は正当化事由に対してもまた使用できるかどうか、問題がある。すなわち、正当化事由は、構成要件を阻却する事由と反対に、消極的に定義されている不法を理由づけるメルクマールだけではないからである。むしろ、正当化事由は、許容命題であり、それが存在するというのは刑法上の不法の成立を妨げるのではなくて、特別な前提条件に基づいて埋め合わせるだけである。

(i) この本質的な違いにより、このような許容命題が介在するための前提条件は立法者の意向に基づいて決定するというのは、原則的には立法者の自由である。すなわち、立法者は、所為像のメルクマールに対して当てはまる規定と関係なく、立法者は客観的な前提条件だけを要求するのか、これと並んで主観的要素も要求するのか、またこれをどのように構成するのかを決定することができるのである（同旨として、ノヴェコフスキー）。以上のことから明らかになるのは、正当化事由に対する主観的な前提条件は（刑法上の不法阻却事由と反対に）一般に必ずしも必要ではなく、また正当化事由は必然的に故意の構

造に向けられる必要もないということである(反対説として、ブルクスター、ノヴァコフスキー、ロイカウフ=シュタイニンガー)。むしろ、個々のすべての正当化事由に対しては、前提条件は必要なのかどうか。必要ならばどのような前提条件が必要なのかを独立して検討しなければならない。

このことは、結果無価値と行為無価値に分割する人的不法論の視座からも当てはまる。何故かという、立法者は、理論的に、二つのうちの一つだけが埋め合わされると言うことに正当化を関係させることができたのである。

(ii) 正当化事由が介在することに対して、立法者が客観的前提条件と主観的前提条件を顧慮し、主観的な前提条件は充足されていないとき、許容命題は介在しない。すなわち所為は違法となる。構成要件該当性及び違法性と並んで責任もまた存在するならば、既遂犯のすべての前提条件は充足したものとなる。ただし、正当化事由の客観的な前提条件が存在するというのが結果無価値を埋め合わせるという事実は、減輕事由を現す。その場合、問題になるのは、はっきりした減輕事由としての34条13号前段(なんらの損害をも招来しなかった)及び場合によっては34条11号(正当化事由に近い)である。しかし、34条で列挙されていることは実例にすぎないので、裁判官は減輕を理由づけるために別の観点をも引っ張り出すことになる。したがって、「未遂犯の規定を類推して援用すること」は、とりわけ刑の量定に関して必要ないのである。有罪宣告(Schuldpruch)の規定に関して、未遂犯の規定を類推して援用することは拒否すべきである。

### 3. 個々の正当化事由

正当化事由はあまりにも多様でまた大量にのぼるので、全体的な表現を放棄し、またそれ自体余すところなく列挙してしまうことをも放棄せざるを得ないのである。したがって、ここではもっとも重要な正当化事由だけを述べ、この重要な正当化事由なのかから、一般的な刑法上の正当化事由の幾つかを詳細に取り扱うだけである。それ以外の正当化事由については、文献目録の所定の記述を参照してほしい。

(1) 明定されている正当化事由

(Ausdrückliche gesetzliche Rechtfertigungsgründe)

(1) 3条の正当防衛

法規によれば、正当防衛において行為し、それで違法となる者は、

— 現在又は急迫の違法な侵害に対し、

— 生命

— 健康

— 身体的完全性

— 自由又は

— 財産を

— これらの侵害に対し「自己又は他人のものを防衛するために」、「やむを得ず防禦を行った」こと

けれども、行為が正当はならないのは、

— 「被侵害者の被る恐れのある不利益が単に些細なものであり、

— その防御が… 不相当であることが明かである」ときである

① 正当防衛の状況 (Notwehrsituation) (= 正当防衛の状況 (Notwehrlage))

正当防衛の状況は、3条によれば、正当防衛に値する法益 (notwehrfähiges Rechtgut) に対する現在の又は急迫の違法な侵害を前提とする。このような侵害が存在するかどうかは、専ら現実的な事情だけに向けられる。すなわち、防禦者 (Verteidiger) の表象も防禦者の立場における客観的な第三者の表象も問題とならない (ノヴァコフスキー)。

(例えば、訓練している老練兵の銀色のステッキが森の薄暗がりで見えないうえに、たまたま人がその態度を侵害と考えたにせよ、正当防衛の状況は存在しない。したがって、このような状況でのあらゆる「防禦 (Verteidigung)」は違法となる。ただし、(例えば、警察法による) 権力的行為 (hoheitliches Handeln) については、別の基準が問題になるのが一般的であろう。

(i) 3条の侵害は、法的に保護されている利益を侵害する恐れのあるあらゆる人的態度である。これを判断するためには、侵害者の意思が決定的に問題となる。現実的な侵害は、例えば、真摯に考えられた脅迫 (Drohung) の場合だけであって、単に上段からなされた脅迫の場合ではない。これは、脅迫がなされたのは武器を用いてなのかおもちゃのピストルを用いたにすぎないのかに関係なく、当てはまる。侵害が作用する程度 (die wirkliche Stärke des Angriffs) に関して思い違いをした場合、例えば、身体的に劣っている侵害者が射殺するぞ (mit dem Tod durch Erschießen) と被害者を威嚇したが、ただおもちゃのピストルを手を持っているだけであったという場合、表向き侵害に向けられている法益は、恐らく外見上威嚇されているとはいえないこと確かである。しかし、被侵害者が威嚇を本気にしている限り、意思の自由への侵害は必ず存在する。その程度は、行為者が侵害してもかまわないと称する諸法益に向けられているのである。

人間の態様だけに限定することは、すでに法規によれば侵害は違法なものではないから明らかである。しかし、規範の名宛人だけが違法に行為することができるのであって、違法に行為するものとして物や動物は考慮に値しない。

ただし、侵害が人間を前提とするのは、一般に人間は道具を全く利用しないかあるいは生命のない道具 (leblosen Werkzeuges) だけを「利用する」場合だけではない。むしろ、人的な侵害は、例えば、よく調教されている犬が「腕の延長 (verlängerer Arm)」として (道具として) 動員される場合にもまた存在する。けれども、専ら物だけから出発する危険に際しては、3条の正当防衛では決してなく、せいぜいこの事案において対物防衛 (Sachwehr) とも呼ばれる法規の外で正当化される緊急避難が適用されるだけである。

単なる不作為においてもまた、2条により「法秩序によって自己に特別に課されている義務に従い」行為することをはっきりと要請されているとき、3条の意味での侵害が存在するといえる。

このような事案は、例えば、看護婦が自ら看護すべき不随の患者に食べ物を

与えない場合である。さらに、主人によって（度重なる）むだな要請にもかかわらず、客がその居室を去らない場合にも、侵害を肯定することができる（ロイカウフ＝シュタイニンガー、ノヴァコフスキー、マウラッハ＝ツイツプ。反対するのはリットラー、曰く、侵害は「積極的な態度だけで十分であり、純粹に消極的な態度でもよいとはいえない（wohl nur ein aktives, nich auch ein rein passives Verhalten）」と。同旨として、マイエルホーファー＝リーダー）。

(ii) 侵害が侵害の客体に場所的・時間的に密接に接近している場合、すなわち侵害者の次の活動性を介入させることなく、今すぐにも危殆化しあるいは侵害する場合、侵害は急迫（unmittelbar drohend）なものとなる（同旨、ロイカウフ＝シュタイニンガー、ノヴァコフスキー）。このよう状況は、盗っ人が土地又は住居に足を踏み入れようとする場合あるいは殺害の目的をもって脅迫的な態度で他人に歩み寄る場合である。

例えば、自動発射装置のように、考えられ得る侵害を防衛するために行われる予防方策（Präventivmaßnahme）の場合、具体的な事案における正当化について重要なのは、その予防方策が3条の意味での違法な侵害によって作動させられたのかどうか、またはその予防方策はこの具体的な侵害に対して已むを得ない（そして場合によっては被るおそれのあるある不利益が単に些細なものである場合に不相当でない）防禦といえるのかどうかである。それに対して、その予防方策が「うっかりして（versehentlich）」操作されるとき、正当防衛は装置設置者（Aufsteller）にいかなる助けともならないのである。せいぜい8条の正当化する事実関係の誤認を検討するだけである（同旨として、ノヴァコフスキー、ロイカウフ＝シュタイニンガー）。

侵害が持続する限り、すなわち法益侵害が一段と強化され得る限り、侵害は現在のものである。

したがって、必要ならば新たに殴りかかるつもりで、すでに殴り倒されている者を屈服させる場合あるいは盗品を運搬する場合もまだ、現在の侵害が存在するといえる。これを判断する場合、正当防衛の状況に関するが如く、現実的

な事情だけが決定的なものとなる。

継続犯 (Dauerdelikte) の場合、侵害の終了に対しては違法な状態を排除することが必要である。一般に、侵害は自発的に中止されたのか、効果的な防禦によって撃退されたのか、何か別の事情によって終結されたのかはいつでもよいのである。

(iii) 法秩序と矛盾するが故に、被侵害者が耐え忍ぶ義務を負っていない侵害はすべて違法となる。正当化事由を行使して活動的になる者は、適法に行為するものであり、したがって、全く違法な侵害を行っていないのである。

a) 侵害の違法性を判断するために重要なことは、違法な犯罪行為が存在するのか、民法上犯罪的な態度が存在するのがあるいは何らかに形式で侵害者の過失 (ein Verschulden) が存在するのかわである。むしろ、この問題は違法性の一般的な原則に基づいて解答すべきであり、それ故に法秩序全体に基づいて解答すべきである (ロイカウフ=シュタイニンガー、マウラッハ=ツイツプ)。その場合、特に、はっきりと法規で保障されている受認義務 (im Gesetz verankerten Duldungspflichten)、例えば、1811年民法典364条aの当局が認可した設備に関し又は同民法典482条の地役権に関するような義務は、それが侵害の違法性を阻却するかも知れないが、考慮しなければならないのである。違法性を判断する場合、基本法や交通規範あるいは社会規範もまた重要な役割を果たすことになる。

これを判断する場合、客観的な義務に違反する、すなわち社会的に不相当な態度を現す侵害だけが違法となるのである (ノヴァコフスキー、シュタイニンガー、マウラッハ=ツイツプ)。

ただし、客観的義務違反の要件を刑法の意味で客観的注意違反の侵害と解釈してはならない。刑法上の構成要件を全く充足しないが、それ以外の客観的な注意違反となる行為もまた、違法な侵害として問題となるのである。

以上の見解に基づく、義務にかなった態度をとる人間を前提とする危険に対する防衛行為は、正当化する緊急避難に基づいてのみ許されることになる (反対説として、例えば、イエシェック)。

b) けれども、3条の意味での違法性に対してさし迫った結果不法 (drohendes Erfolgsunrecht) で足りるかどうがあるいは (すなわち主観的の不法要素も含めて) さし迫った行為不法 (drohendes Handlungsunrecht) もまた存在しなければならないのかどうか、争いがある。

ノヴァコフスキーは、起淵史 (Entstehungsgeschichte) 及びオーストリアにおける刑法典の施行に際してまだ支配的なものとなっていない人的不法論に関して、さし迫った結果不法で十分であるという立場を支持する。「それに応じて、行為無価値は必要でない」と。それに対して、通説は、さし迫った結果無価値と行為無価値に関して違法な態様だけが正当防衛権を引き起こすことになる、ということを要求する (シュタイニンガー、マウラッハ=ツイツプ、フックス)。

通説が優れている。何故なら、結果無価値と行為無価値を顧慮することによって正当化する緊急避難から十分に識別することができるからである。この見解は、侵害が故意を持ってあるいは過失で行われるときにはじめて、侵害は違法となるという結果になる。ただし、これに関して故意及び過失は刑法上の所為像の実現に関してではなく、人的態様の一般的な主観的カテゴリーと理解しなければならない。

例えば、脱力状態の発作に陥り今にも歩行者をひきそうになったために、避け難い侵害を行ったという場合、この侵害は3条の意味での違法な侵害とは決していえない。この種の事案では、危険を防衛するにあたって、正当防衛の場合のようにほとんど限定せずに「侵害者」の法益に介入させてはならず、むしろ正当化する緊急避難の利益衡量の規定に基づいてはじめて介入させなければならなかったのである。

この手がかりに対して、この基準 (故意あるいは過失) が存在するかどうかを侵害者の立場に立って判断することは被侵害者にとって不可能な場合が多いのではなからうか、というのも当たり前のことである。

(iv) ある何らかの法的に保護されている価値に対する違法な侵害すべてが3条の規定の下にあるのではない。むしろ、この規定では、正確に評価して



(taxativ) 生命、健康、身体的完全性、自由及び財産という法益があげられているのである。これらの法益にさし迫った場合にのみ、3条の意味での防禦が適法なものとなる。

「正当防禦に適している法益」は、それが刑法上の保護を受ける範囲内のみならず、全く一般的に3条の範囲内での侵害に対するあらゆる危険に対しても防禦されることとなる。だから、例えば、奪取が135条にも136条にも該当しないにしても、使用窃盗に対して正当防禦を行使することができるのである。何故かという、このような行為もまた「財産」という法益を侵害することになるからである。

## ② 防禦 (Verteidigung)

3条によれば、正当防禦の状況における防禦は、それが専ら侵害者の法益だけに向けられそれと関係のない第三者に向けられないときに限って、違法とはならない (同旨として、ノヴァコフスキー、部分的に異なるが、ロイカウフ＝シュタイニンガーも同旨である)。

(i) 3条の意味での防禦は、客観的に侵害を防止しあるいはこれを終了させるのにふさわしい侵害へのあらゆる反作用 (Reaktion) である。この客観的な判断基準は、正当防禦の状況における現実的な事情を顧慮することと一致する。

客観的に防禦するのにふさわしくない方法で侵害に反応するものは、「防禦行為 (Verteidigungshandlung)」を全く行っていないために、彼が侵害者の法益を害したときには、その限りにおいて、正当防禦を通して正当化されるものではない。

(ii) 侵害を頼りにして即座にやめる防禦が必要となる。

a) いかなる防禦行為からこのような作用が得られるのかは、被侵害者に対しては必ず予測を用いてはじめて確認しなければならない。したがって、(法の適用者によって) 必要性を事後的に判断する場合には、客観的な事前予測 (objektive ex-ante-Prognose) が基礎となる (シュタイニンガー、ノヴァコフスキー、ブルクスタラー)。(行為者の視座からする) 純粋に主観的な考察方

法は、なる程気の小さいもの助けにはなる。しかし、正当防衛のような重大な侵害権 (schwerwiegende Eingriffsrechte) は、個々人の基準に基づいて衡量しないほうがよい。

ただし、客観的な事前予測は防禦の時点に存するあらゆる事情を基礎とすべきかどうか、又は、行為者の立場に立った客観的な第三者の視座が問題となるのかどうかは、争いがある。後者の見解が優れている。正当防衛の状況が客観的に存在するならば、自由に行使し防禦するために必要な手段を用いることは、3条により許されている。しかし、行為者の視座からして可能な防禦手段でもあると認められた手段だけが、行為者 (又は救護者) の「自由な処置 (Zur Verfügung)」なのである。すなわち、重要なことは、現実的な事情ではなくて、具体的な状況のなかで防禦者に対する手段が客観的に認識できたかどうかである。犯行現場付近にすでに警察官が居るということを知らなかった者は、警察官を呼び寄せることもできず、それ故に、例えば、武器を装備する必要がある。それに対して、普通は警察官が近くにいるんだということを知っているにもかかわらず、武器を使用する者は、事情によっては、防禦するために助けを呼ぶだけで十分であろうか、と反論することができるはずである。

しかし、この種の衡量は、保護すべき法益の侵害と防禦によって侵害される法益との関係に関して、3条1項後段 (§3 Abs 1Satz 2) が「被るおそれのある不利益が単に些細なもの」である事案に対して前提とする相当性の検討 (Verhältnismäßigkeitsprüfung) と決して共通するものではない。

b) 即座に侵害を終了させる防禦を必要とするのが原則である。何故かという、正当防衛の状況は急迫の又は現在の侵害においてのみ存在するので、抵抗 (Gegenwehr) は、他の場合には、さし迫った侵害を防衛するために、遅きに失してしまうことになる。

c) 侵害の終了は防禦の確実な結果 (sichere Folge) でなければならない。侵害は、場合によっては緩やかな手段を用いるだけで回避されるのではないかという趣旨の危険は、被侵害者が原則的には引き受ける必要のないものである。とりわけこの基準は、経験上効果のない抵抗は侵害者を脅して止めさせるとい

うよりも、どちらかという刺激するために妥当なものである。この点で、被侵害者は自己の防衛の機会を緩和させることができた手段を決して投入する必要はないことになる。

d) 侵害を即座にかつ確実に終了させるすべて等しく有効な数個の防衛手段が防禦者の意のままになる場合、最も影響の少ない手段 (das am wenigsten einschmeidende Mittel) だけが3条の意味での已むを得ず (notwendig) となる。

この解釈は、権利の濫用の一般的な禁止とも一致する。第三者の法益に強くない介入を通して自らの権利を防衛しようとする者は、それでも彼が重大な侵害を引き起こしたときは、濫用したものである。

逃走 (Flucht) や欺くこと (Täuschung) もまた、原則上、侵害を回避するための有効な手段となる。しかし、この可能性は例外的にのみ活動的 (aktive) な防禦の必要性に制限してもよい、ということを経験法前提とするのである。

### ③ 主観的な前提条件：正当防衛の状況の認識が防禦の意思か

正当防衛の場合、通説によれば、正当防衛の状況の認識は正当化に対する主観的な前提条件である。この主観的な前提条件に対する法律上の基礎は、「防禦」という言葉から推定することができる。自分が侵害を受けているということを知らないものは、すでに一般的な用語例によれば、「防御する」ことはできず、むしろせいぜい「全くの偶然から (rein zufällig)」侵害を防御するものである。

認識については、被侵害者が自発的・本能的な反応 (spontane, instinktive Reaktion) をするというだけで足りる。それ以上に正当防衛の状況を顧慮する必要はない。

正当防衛の状況には、正当防衛に適する法益が侵害を受けるという事実もある。この点で、侵害それ自体だけでなく、その基準点すなわち具体的にさし迫っている法益もまた行為者に意識されていなければならない。

さらに、防禦者は侵害の強度を知的に理解していなければならない。何故かという、これが已むを得ず防禦することの限界を決定するので、反対の反応

(Gegenreaktion) は、原則上抵抗に存する結果無価値と行為無価値を埋め合わせられたものと見なすことを正当化する正当防衛の状況にはいかなる基準点をも持っていない。

最後に、認識は、侵害の違法性に及ばなければならない。ただし、ここでは、規範的な所為像のメルクマールの場合と同じように正確な法的評価は全く必要でない。むしろ、侵害は「合法的でない」といえるし、それ故に許容してはならないんだという表象で足りるのである。すなわち、規範的な所為像のメルクマールにおける素人間の平行的な評価に関するのと同じことがいえるのである。この点でも、「本能的な」反応で十分である。

文献では、ごく希に、適法性に対して防禦の意思が要求されている（キーナップ、マイエルホーフアー＝リーダー）。けれども、この見解には納得できない。ノヴァコフスキーは、3条で「… 防衛するために」と定義づけているのは主観的な目標設定ではなくて、ただ防禦の必要性だけに関係するということをすでに指摘している。防禦の意思を要求しようとしたならば、法規におけるこの前提条件はせいぜい正当防衛の状況の認識と同様に、「防禦」という言葉から演繹されたかも知れない。しかし、一般的な用語例は、どちらかといえばこのような解釈に反対しているのである。実際に彼が意識的に侵害者に対して活動的に振る舞うとき、彼は「身を守っている」のである。その場合、彼の動機及び最終的に彼がこれにより追求した目標は、せいぜい第二次的な役割を果たすだけである。これと同じ論拠は、ドイツ刑法典32条にもいえる。

それに対して、以上と異なった解釈は、1974年12月31日まで効力を持っていた刑罰法規2条gを考えることができる。これによれば、「行為者は違法な侵害を防衛するために、必要な防禦だけを行った」ということを要求していた。したがって、ここで行った現行刑法3条の解釈に対して、この規定は次のように読まなければならない。その場合、以前の刑罰法規2条gと同じ意味をもっていると反論してはならない。曰く、「違法な侵害を… 防衛するため、已むを得ず防禦を行ったにすぎない者は、違法に行為したものではない」と。すなわち、立法者がこの内容をしっかり念頭に入れていたならば、立法者が（同義的なも

のでありかつはっきりしている) 刑罰法規 2 条 g の規定を採用しなかったのは何故なのか、その理由を何ら与えていなかったことになる。

最高裁判所は、正当防衛における主観的な前提条件を認めるために、まだ最終的な態度を決定していないといえる。最高裁判所は、判例の現状において、本来客観的に捉えられている不法概念を通して条件つきで、正当防衛の状況が単に存在するというだけで行為者を正当化するのだということを前提としている。最近の判決では、なる程防禦の意思の要請を否認している。しかし、所為が正当化されるためには、少なくとも正当防衛の状況の認識が存在しなければならないのかどうか、未決定のままである (JBI 1980, 494)。ただし、シュタインinger が引用する、この判決は「不法阻却事由は不法それ自体と同じく客観的なものである、ということを暗黙裡の言葉で表現」するものだという結論は、最高裁判所の説明によれば、必然的なものではない。このことは、とりわけ最高裁判所が主観的不法要素を認め、少なくとも故意をも不法に数える傾向にあるために、いえるのである。したがって、判例はこの問題に関してできるだけ早く態度を決定することが必要だと考える。その場合、判例が、通説のように、正当化に対する主観的な前提条件として正当防衛の状況の認識を要求しているのだったら、それが望ましいのだが\*)。

\*第2版では、「『防禦行為に関して被害者の内心的程度』を問題とする最高裁判所の判決も以上のライン上にある。けれども、判例が通説のように正当防衛の状況の認識を正当化するための主観的な前提条件として必要なものと考えてくれたらいいのだが。」と改訂している。

#### ④ 不相当性 (Unangemessenheit)

3 条 1 項後段によれば、たとえ正当防衛が①から③までに述べたすべての前提条件を満たすにせよ、正当防衛は、「被侵害者の被るおそれのある不利益が単に些細なものであり、かつその防禦が… 不相当であることが明らかであるときは、正当とはならない」のである。

(i) 3 条は正当防衛行為に対して一般的な財の衡量や利益衡量 (Güter-

und Interessenabwägung) はどんなものでも要求していない、ということを前提とする。それ故に、正当防衛は一般に正当化されるために、さし迫っている法益と正当に介入されるべき法益との間に特別の関係が存在する、ということは原則上必要ではないのである。ただし、3条後段 (§ 3 Abs 1 letzter Satz) は、侵害行為からこうむる恐れのある不利益がたんに些細なものである事案に対して防禦の相当性が要求されている。それ以外のすべてに侵害行為に対しては、相変わらず次のことが当てはまるのが原則である。すなわち「法は不法に譲歩する必要はない」と。

しかし、こうむる恐れのある不利益がたんに些細なものである場合、不相当な防禦を禁止することから、他方で少なくともこの領域に対してはもまた相当な防禦は適法なものとなり、次に、それ以外のすべての領域では不相当な防禦もまだ正当化される場合があるということになる。

a) 正当防衛を相当な防禦行為に制限するための第一の前提条件は、こうむる恐れのある不利益は些細なものにすぎないということである。すなわち、まだ発生していない不利益だけが問題となるのである。

実際に相当価値のある物を破損し、その時、大したことの無い品物にも手をつけた場合、こうむる恐れのある損害はまだ些細なものにすぎないものであり、ふりかかったはずの損害も相当なものにすぎないことになる。

些細な不利益は、財産的価値 (Vermögenswerte) に限定されるものではない。ただ生命だけは、決してこうむる恐れのある不利益が些細なものにすぎないというように関係させてはならないものである (ノヴァコフスキー)。財産的価値の場合、基準として、141条 (「価値の些細な物」) の盗取及び149条 (「対価がごく些細なとき」) の給付の詐欺が役に立つであろう (マーシャル、ノヴァコフスキー、ロイカウフ=シュタイニンガー、ライスイヒ=クンスト)。

ここでもまた、上で述べた規定の場合と同じように、はっきりした価値の限界を引くことはできないだろう。むしろ、流通価格 (Verkehrswert) だけでなく、法益担当者的な利益 (Persönliche Interesse) もまた顧慮すべき個々の事案における具体的な事情が問題となる (同旨、ロイカウフ=シュタイニン

ガー)。

老人あるいは障害者に対しては、厳寒の冬にはわずかの木片が些細な価値以上の価値を示す場合があるのに対し、他方ではぜいたくな暮らしをしている者に対しての500シリングの損失は、相当な防禦手段に限定している法規により彼らに強いている不利益が些細なものと十分にいえるのである。

具体的な事案において、限界線を引くのは難しい、身体的完全性の場合や自由の場合は、特にそうである。

身体的完全性に関して顧慮すべきことは、例えば、健康だけが害されていないのはどの程度なのか、ということである。例えば、ノヴァコフスキーは、88条2項4号の過失傷害の不可罰性とのパラレルを確立し、「その治療継続が3日を超えない」健康や身体的完全性の侵害を些細なものと考えている。

b) こうむる恐れのある不利益が単に些細なものである場合、防禦は不相当なものであってはならない。そうでなければ、防禦は違法なものとなるからである。「特に、防禦を已むを得ないものとした侵害者の加害 (Beeinträchtigung) の重さの点で」不相当なものとなる場合がある。

相当性を検討する場合、財の衡量や利益衡量を行わなければならない。相当性は、防禦行為による侵害者の加害はなる程高いが、侵害によって被る不利益との関係では不相当なものとはいえない、という趣旨のものであった。この関係は、理性的な評価を下す場合他人の法益を保護するためある法益を犠牲にすることはもはや主張し得るものではないという場合、不当性なものとなる。これを衡量する場合、まず第一に、法益の価値を顧慮し、さらに当事者 (Betroffenen) の利益をも顧慮しなければならない。

この観点下で、もっとも高い法益を侵害したであろう防禦は、最初から不相当なものであるといえる。何故なら、例えば、些細な財産的価値を防禦するために侵害者の生命を犠牲にする必要はないということは確実だからである。しかし、一般に、この限界は絶対的なものではなく、不利益がたんに些細なものと防衛するために必要な侵害との間の関係から突き止めなければならないのである。

法規は、不相当性の実例としてのみ「防禦を已むを得ないものとした侵害者の加害の重さ」をあげている（根拠として、「特に (insbesondere)」という文言）。この点で、「個々の事案の特殊な問題をその都度完全に」顧慮すること、すなわち侵害者に手加減が必要であったかどうか (die Schonungsbedürftigkeit) は判例の自由である。

c) さらに、こうむる恐れのある不利益が単に些細なものであること、したがって防禦は不相当なものになったであろう、ということが明らかなものでなければならぬ。明らかなということは、あらゆるものに対して容易にかつはつきりと認識できるものを意味する。すなわち、重要なことは、行為者の視座からみた客観的な事前考察である。

この基準は、違法な侵害が存在し、まさにそれを理由にして、被侵害者が迅速にかつこうむる恐れのある法益侵害のため已むを得ず、この侵害を防禦すべきかどうか、どのような方法で防禦すべきかを決定しなければならないために、正当なものとなる。したがって、現実的な事情と一致する侵害の強さ及び防禦によってこうむる恐れのある加害の強さを評価することに対する完全な危険を彼に負わせることは正当と思われぬ。それ故に、こうむる恐れのある不利益に類型的に存する不確実性の要因は、外部的な諸事情に基づいて「誰かが」その不利益を些細ではないもの若しくは不相当なものと同段階づけたとき、被侵害者に負担をかけることになる。

(ii) 法益の社会的拘束の増加及び法構成員相互の大同団結の発展的促進は、法規の文言に基づいて適法な防禦をある一定の「社会倫理的な制限 (sozial-ethischen Einschränkungen)」の下におくという考え方を台頭させるのである (ドイツの通説である。オーストリアでは、キーナップフェル、シュタイニンガー)。このような制限は、侵害者の特別な資格又は立場により法秩序の利益が権利の防衛を相当に低下させる事案に対して認められるかあるいは要求されているのである。この前提条件は、特に子供又は帰責無能力者による侵害の場合に与えられる (詳細は、シュタイニンガー、イエシェック)。この種の事案において、本質的な利益を犠牲にすることなく、例えば、回避可能性が存在す



るために、侵害が別の方途にも回避され得るとき、抵抗を示すことはない。

最高裁判所は、回避可能性を通して活動的な抵抗の必要性あるいはさらに正当防衛の状況は消失することになるために、回避可能性は原則的には利用されてしまっているという見解を主張している (JBI 1973, 273及び1976, 441、ÖJZ-LSK 1979/19及び21)。これに対して、回避義務は一般的なものではなく、例外的な事案においてのみ正当防衛を「社会倫理的に制限するもの」として認めなければならない、というのが正しいと思われる。何故かというと、3条は原則上活動的な抵抗権を容認するものであり、侵害を回避することを要求してはいないからである\*)。すなわち「防禦では抵抗であって、抵抗の放棄ではない」(シュタイニンガー)。行動の自由を自体は正当防衛に適する法益であるということも、一般的な回避義務を認めることに反対する。侵害者は、正当防衛を恐れることなく、被侵害者に回避を強いてはならないのである (ノヴァコフスキー)。

\*第2版では、「何故か」といって、3条は原則上積極的な抵抗権を容認するだけであって、特に活動の自由自体が正当防衛に適した法益であるから、侵害を回避することを求めているのではないからである」と改訂している。

ただし、オーストリアでは、正当防衛権を制限するあらゆるものは、3条1項後段の範囲内に特別に制限するのを別として、それに対するあらゆる法律上の基礎が欠けているために、社会倫理的な理由から拒否しなければならない、という見解も主張されている (ノヴァコフスキー、フックス、マイエルホーファー＝リーダー)。けれども、この見解に対しては、防禦行為の「必要性」を規範的に権利防衛の必要性とも解釈するとき、社会倫理的な制限は法律的に基礎づけられる場合があると反論されている。何故かということ、その場合、子供や精神病者に対してはこの正当防衛の前提条件が存在しないからである (例えば、ブルクスタラー)。おまけに、いずれにせよ社会倫理的に制限する部分に対しては、1811年民法典21条 (§ 21 ABGB) が法律上の基準点を示すこととなる (シュタイニンガー)。

社会倫理的に制限することに対しては、今日の社会秩序に基づいて、逃走は一般的に名誉にかかわるものと考えられる、ということもあげる必要はない。ただし、この社会倫理的に制限することはケース・バイ・ケースで判断すれば足りる。

社会倫理的に基礎づけられている回避義務は泥酔者による侵害の場合にも存在するかどうか、問題となる。最高裁判所は、EvBI 1972/48で、このような義務を否認しているのに、JBI 1973, 273では肯定しているのである。後の判例に対して、有力説は、自ら招いた酩酊は社会的に有害なものと思なされるという理由を用いて反論している。したがって、泥酔者に比べて法秩序を防衛するための利益は本質的には後退するものではないだろう\*) (シュタイニンガー、ノヴァコフスキー、フックス)。現在、最高裁判所はÖJZ-LSK 1982/20で有力説に従っている。けれども、酩酊を招くときもまた、帰責能力を侵害する酩酊の状態にある者を子供や精神病患者と同一視するのが正しいと思われる。いずれにせよ、このことは、この種の人物は自己の違法な侵害の不法を理解しかつこの弁識に従って行為するか、あるいはこのいずれか一つの状態にない事案にも当てはまる。さらに、帰責能力を阻却しない酩酊状態にある者に対してもまた、全く一般的に精神的・心神的障害者と同じように、究極的に回避義務にもなり得る、一層の配慮を求めなければならない。

\*第2版では、「最高裁判所は、EvBI 1987/158で、このような義務を否認した。自ら招いた酩酊は社会的に有害なものと考えている。したがって、法秩序を防衛するための利益は、泥酔者に比べて本質的に後退するとはいえない」と改訂している。(31頁)

ドイツでは、「正当防衛権を社会倫理的に制限すること」を利用して、防禦に際して侵害される法益を侵害によってこうむる恐れのある法益よりも法外に価値の高い事案もまた解釈されているのである(例えば、イエシエック)。しかし、オーストリアでは、この種の事案は、(ドイツ刑法典32条と異なって)3条1項後段(§3 Abs 1 letzter Satz)で独立した規制を受けている。

社会倫理的な衡量からの制限は、この制限が明らかであるときに限って、3条のすべての前提条件を充足する防禦を違法なものとする場合がある。この点で、はっきりしない状況の危険は違法な侵害者に課せられねばならないのであって、これを判断するためには、3条1項後段の制限と同じ基準が当てはまるのである。

#### ⑤ 特別な問題 (Besonderheiten)

##### (i) 挑発された正当防衛 (Notwehrprovokation)

広い意味での挑発された正当防衛の下には、被侵害者が特定の態度自体によって侵害を誘発した事案の状況すべてが捉えられる。この種の事案においては、被侵害者によるこの誘発は正当防衛権を制限しなければならないかどうか、という問題が提起される。

誘発すべき態度は、被侵害者が法的に責任を問われる必要のなかった種類のものであるということにある。しかし、彼は事後的な侵害に関して過失によりあるいは故意を持って行動することもできたのである。その場合、さらに、「正当防衛を行使して」直接自分を侵害させるために、他人を挑発して侵害させるとも考えられるのである。

正当防衛の状況が存在するかどうかを判断するためには、被侵害者自身による違法な侵害が誘発されていないかどうかは重要ではない。したがって、「挑発された正当防衛」の事案においてもまた、3条の権利は当然に被侵害者に与えられるのが原則である。

a) 最高裁判所は、この種の事案を解決する場合に、「意図的な挑発 (Absichts Provokation)」が存在するのか「それ以外の有責な挑発 (sonstige schuldhafte Provokation)」が存在するのかに基づいて区別する。意図的な挑発の場合、「正当防衛権はたいてい喪失する」ことになる、すなわちあらゆる防禦は違法になる。それに対して、それ以外の有責な挑発の場合、侵害される挑発者は、「回避することができないときに限って、活動的に防衛する」必要がある (OGH JBI 1982, 101; EvBI 1078/45, ÖJZ-LSK 1983/19, 1978/274, 同旨、ロイカウフ=シュタイニンガー)。

学説上、挑発された正当防衛の事案は、とりわけ原因において不正な行為 (actio illicita in causa) を用いて解決されている。その場合、被害者の可罰性を判断するためには、防禦行為ではなくて、侵害を挑発する先行的行為に結びつけられている。挑発者が特に事後的な違法な侵害の客観的な予見可能性を理由として行為する限り、また、侵害及びその効果もまた自分に客観的に帰属され得る限り、原因において不正な行為は存在することになる。次に、すでに挑発者が挑発するにあたって後の防禦行為に関して故意又は過失で行為したとき、彼は、実際にそれを理由として「正当防衛」に続いて実現されている所為像により処罰されねばならない。何故かというと、挑発すべき行為は、それが正当防衛のなかでまだ生じていないために、違法となるからである。挑発に後続する侵害及び (適法な) 防禦は、「因果連鎖の連結部分」にすぎない。この点で、適法に行為する道具による犯行 (Tatbegehung) あるいは原因において自由な行為 (actio libera in causa) との違いは全く存在しない (ノヴァコフスキー、シュタイニンガー、フックス)。

ただし、挑発行為が、(事後的な「適法な」防禦に関して) 刑法上の責任をそれに結びつけるにはあまりにも社会的に不相当なものを見なされるのはいつなのか、問題となる。ベルテルは、客観的な予見可能性を決定するための要件を非常に高く設定している。ベルテルは、他人は挑発されるものではないということ信頼するのが原則なんだ、ということ的前提とする。すなわち「特別な事情が即時的な侵害のさし迫っている危険を指示するところではじめて、第三者の適法な態度をこれ以上頼りにする必要はないのである」と。フックスは、道具思想を強調して原因において不正な行為をまださらに限定しなければならないということを支持する。

b) 原因において不正な行為は、非常に限られた範囲内において認められるべきである。したがって、侵害の単なる客観的な予見可能性は、それだけで決定的なものとなるのではない。例えば、特別の社会的に違反する挑発の場合にだけ原因において不正な行為が問題となるという意味で、高度の要請が社会的に不相当に指揮を任せているのである。

原因において不正な行為の適用範囲は、原則上、意図的な挑発の事案に限定されるものではない。むしろ、この構想は、挑発的な行為が刑法上の答責性をそれに結びつけることが適当だと考えられるような、社会的不相当性を示す限りにおいて、ただ未必の故意だけをもってあるいはさらに過失だけにより挑発されたときもまた、用いられる場合がある。

それに対して、ノヴァコフスキーは、正当防衛権の排除を意図的な挑発の事案だけに認めようとする。これを理由づけるために、ノヴァコフスキーは、民法1295条の「シカーネの禁止 (Schikaneverbot)」を指摘する。この規定は意図的な権利の乱用の場合にはじめて介入するのである。しかし、この制限は、原因において不正な行為に対してどっちみちあまりにも厳格な前提条件の故に、必要ないと思われる。

しかもまた、原因において不正な行為の事案の外で (すなわち、全く社会的に不相当でない挑発行為の場合)、正当防衛権を制限するかどうかは社会倫理的な観点から衡量しなければならない。この領域で意図的な挑発の事案に対しては、民法1295条が法律上の基礎に用いられる場合がある (ノヴァコフスキー、シュタイニンガー)。ただし、この種の事案では、正当防衛権を完全に阻却することではなくて、それ以外に社会倫理的に制限する場合と同じように、ただ優先的に回避義務を行うことが結論である。

c) 違法な侵害に (意図的に) 挑発された者が挑発するものが表象したもの以上に集中的に侵害したとき、少なくとも侵害が挑発する者の期待と一致しない (又はこれ以上一致しない) とき、挑発するものに3条を援用することを拒否してはならなかったのである (マウラッハ=ツイツプ、ヤコプス、OGH J BI 1982, 101)。

この種の「過剰 (Exzeß)」は、例えば、Xは「正当防衛で」Yを打ち倒してもかまわないと考えて、自分より劣っているYを暴力ざたに挑発したが、Yはもしかして期待していたナイフの代わりにピストルを取りだしたという場合である。

## (ii) 過剰防衛 (Notwehrerzeß)

例えば、彼が3条1項後段の意味での不相当な防禦を利用するために、正当とされる正当防衛の程度を越えた場合、これが「専ら狼狽、恐怖又は驚愕から生じた」とき、また（過失犯が一般に処罰される限り）その程度を超えたことにつき過失がないとき、彼は処罰されない。この種の事案では、結論は、所為は違法のままであるが、それ以外の前提条件が存在する場合には免責されるのである。したがって、この規定は免責事由の範囲内ではじめて詳細に取り扱うことになる。

3条2項は、少なくとも正当防衛の状況が存在する場合の強度の過剰防衛だけを規定するのである（ロイウフ＝シュタイニンガー、ノヴァコフスキー）。それに対して、まだいかなる侵害もなければ侵害がこれ以上存在し得ないために、現実的な正当防衛の状況が全く存在しないとき、包括的な過剰防衛（extensiver Notwehrerzeß）が存在することになる。

## (iii) 緊急救助 (Nothilfe)

被侵害者自身によるあらゆる已むを得ない抵抗だけでなく、「他人 (einem anderen)」からの侵害を防衛すべき行為もまた正当なものとなる。すなわち、すでに法律により被侵害者自身と同一の権利が「緊急救助者 (Nothelfer)」にあるのが原則である。したがって、なる程第三者は正当防衛の状況を知っていたが、被侵害者はこれを知らなかった場合もまた、第三者は適法に救助したものととなる。さらに、緊急救助は、被侵害者自身が一般的に防禦しようとしたかあるいは直接この手段を用いて防禦しようとしたかに関係なく、正当なものとなる。

問題点は、例えば、平和主義者 (Pazifist) として、人に対して暴力を使用しようとするよりもこうむる恐れのある法益侵害を甘受するのがよいという場合である。この種の事案において、構成要件該当性又は違法性を阻却する承諾 (Einverständnis) 若しくは同意 (Einwilligung) は、違法な侵害に直面してすでに任意性を欠いているために、問題とならないのである。このような状況において緊急救助者もまた自分を抑えなければならないのかどうかは、法秩序

の防衛という観点では問題があると思われる。何故かという、法規によれば、被害者や「緊急救助者」は全く同一視されており、その結果、(権利の防衛のような) 一般的な観点到比べて個別的な観点是後退しなければならないからである。

#### (iv) 正当防衛における過失の法益侵害

過失の侵害も、正当防衛を通して正当となる場合がある。例えば、3条が争いなく適用されるのは、なる程侵害の終了に対して已むを得ず防禦行為を行ったが、この行為により所為像を実現しようとしたのではなく、「侵害者の侵害は生じないだろうと過失的に信頼し」た場合である。

このような事案は、例えば、致命的な侵害を加える場合に、空中への威嚇発砲は効果がなかったので、侵害を妨げるかも知れないと希望して、次の威嚇発砲を侵害者の身体をかすめるように「狙った」という場合である。さらに、侵害者の身体を狙った発砲は已むを得ない防禦であったといえる場合、この「危険な威嚇発砲」はなおさらよけいに正当なものとなる。しかし、このような威嚇発砲は、それがこの形式で已むを得ない防禦となり、狙った発砲と比べてほとんど切実な手段ではないときもまた、正当なものとなるのである。このような事案において、行為が期待に反して侵害者を侵害することになった場合、発砲すなわち侵害それ自体は正当なものとなる。何故なら、この行為は已むを得ない防禦であったといえるし、また適法性に対して結果を問わないからである。ただし、この種の事案においてもまた、正当化に対して主観的な前提条件を必要とすべきかどうか、また場合によってはいかなる結論がその不存在と結びつくのか、について争いがある。ブルクスターはこのような要素を必要としているが、その内容については未決定のままである。すでに正当防衛の客観的な前提条件が存在する場合、結果無価値はもはや問題とならず、また「過失の未遂」(結果無価値のない行為無価値)を与えたことにもならないので、このような状況では少なくとも不処罰とならなければならない。

けれども、ノヴァコフスキーによれば、正当防衛の主観的な前提条件は故意に犯罪を実現する場合と過失で犯罪を実現する場合では同じになる、というこ

とを前提とする。何故かという、その前提条件は、専ら3条を解釈する方途で明らかになるからである。それ故に、過失による態度の正当化に対してもまた、(故意による防禦行為の場合と同じく)正当防衛の状況の認識を必要とするのである。この認識が存在しないならば、所為は違法なものとなる。ただし、正当防衛の状況を認識することなく故意に正当防衛を行う場合に未遂を類推して適用することを擁護するならば、過失犯の場合には、違法性を肯定するにもかかわらず、不処罰となる。ここでも主張している、この種の事案では故意犯の場合もまた既遂で処罰すべきだという見解だけが、過失犯の場合も首尾一貫して既遂犯で処罰しなければならないことになる。

(V) ヨーロッパ人権協定2条 (Artikel 2 EMRK) は刑法3条を制限するの

オーストリアで憲法上の地位を有するヨーロッパ人権協定2条によれば、実物価値 (Sachwert) を防禦するために人を意図的に殺害することは許されないし、同時に、人権の侵害になる。ただし、この国際法上の規定が国内法上の正当防衛権にも制限するのかどうか、争いがある。

通説は、ヨーロッパ人権協定の第三者的效果 (eine Drittwirkung)、すなわちそこで保証されている同胞に対する基本権 (Grundrechte) の効果を否認する。この見解は、歴史的にみれば、人権 (Menschenrechr) は本来国家の優越した権力的地位に対する保護権として (als Schutzrechte gegen die überlegene Machtposition des Staates) のみ構想されていた、ということに基づいている。ただ少数説だけは、ヨーロッパ人権協定2条は国内法上の正当防衛権を制限するのだ、という見解を主張する。

一部、ヨーロッパ人権協定2条は少なくとも国家機関による緊急救助だけを制限するのだ、という見解が主張されている (ノヴァコフスキー、クローゼ)。その点にはある種の間接的な第三者的效果がある。すなわち、国家が個人に解放されている形式で行動的になるときもまた、さらに国家に対してのみ妥当する制限が生じることになる。オーストリアについては、この見解は、武器の使用に関する法律7条1号 (§ 7 Z 1 WaffengebrauchsG (1969)) ではっきり



と法律上保証されている。この規定によれば、警察官による致命的な武器の使用は、ヨーロッパ人権協定2条と合意の上で、専ら「人を防禦するための公平な正当防衛の事案において」のみ（すなわち実物価値を防禦するためではない）許されることになる。

ヨーロッパ人権協定2条が3条の正当防衛をも制限するのかどうかに関係なく、この規定の意義は、非物質的な法益（*inmaterieller Rechtsgüter*）の評価を次第に高めることになるということを考慮して、財産的価値を防禦する場合と実物価値を防禦する場合の限界は少なくとも漠然としたものになるという点にある。近代の法治国家において、社会倫理的にどう制限するかに関するこの手がかりを発展させていったとき、望ましいものになるであろう。高価な実物価値に手をつけたからといって、少なくともだれも自分の生命を適法に失うものではないといえるはずだ。正当防衛を「法は不法に譲歩してはならない（*Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen*）」という命題に厳格に方向づけることは、もはや基本法や価値秩序の紺に知的な理解と一致するものではない。

#### (2) 民法344条の占有保護（*Besitzschutz gemäß § 344 ABGB*）

民法344条では、「裁判上の救済が遅れてしまいうだろうという事案において、暴力には相当な暴力をもって放逐すべし」という権利が占有者各人に認められている。この正当化事由は3条の正当防衛の正当化事由と類似している。しかし、この正当化事由は、占有がすでに自力で完全に奪取されているために、3条の意味での現在の侵害はもはや全く存在しない事案もまたこの正当化事由によって捉えられる限り、正当防衛の正当化事由を超えたものとなる。民法344条は、必ず（そして、正当防衛の範囲内におけるように、単にこうむる恐れのある不利益の場合だけではない）相当な暴力だけが正当なものとなるという点で、狭い前提条件を規定するのである。

3条の場合のように民法344条の場合、文言によれば、正当化の主観的な前提条件として、客観的な前提条件を認識していることが必要であろう。

### (3) 国家機関としての行為 (Handeln als Staatsorgan)

現行法によれば、国家は、さまざまな領域において、強制的にすなわち緊急の場合には暴力を用いて個々人の権利に介入する場合がある。この種の事案においては、執行する権限を有する国家機関は、主観的にも自己の権限の範囲内で行為することを善意とする限り、適法に行為したものとなる。それに対して、法的に許容されている限度を超えた場合、それは違法な行為となり、他のすべての個人と同じく、刑法上の責任を負わされることになる。

それ故に、例えば、逮捕しようとする治安組織は、なる程99条の自由剥奪を実行するものである。しかし、これは正当なものとなる。同じことは、刑事訴訟法139条以下の家宅捜査 (109条の違法な住居侵入とはならない) や禁絶を必要とする法侵害者のために施設に収容されている行為者をその者の意思に反して治療する医師 (110条の違法な独断による治療とはならない) にも当てはまるのである。

これらの諸原則は、職務上の命令は又は指図 (dienstliche Befehl oder Weisung) により第三者の権利に介入することになる諸事案に対しても当てはまる。指図が法律上の基礎を欠いている場合、直接的な遂行も違法なものとなる。

この規定は刑法に対しても無制限に当てはまる。なる程、場合によっては指図が違法であるにもかかわらず指図が拘束される場合がある。けれども、この拘束作用は、服従が刑法的規定に違反していたような場合には、存在しないのである (Art 20 B-VG, § 17 Z 6 MilStG)。すなわち、この種の事案において、服従義務は全く存在しないのである。ただし、連邦組織法20条 (Art 20 B-VG) 若しくは軍刑法17条 (§ 17 MilStG) により司法刑法 (gerichtliche Strafrecht) と異なった領域に対して、例えば、行政刑法に対しては服従義務が存在し、違法な指図に対しても権限ある上官が存在する。

### (4) 司法の領域における個人の行為 (Handlungen Privater im Rahmen der Rechtspflege)

司法の領域では、国家が私人間の共働 (die Mitwirkung von Privatpersonen)

を指示している場合がある。それ故に、国家は司法の領域でもたびたび他人の法益を適法に侵害することを許しているのである。

① 刑事訴訟法86条1項前段 (§ 86 Abs 1 Satz 1) によれば、「職権により訴追されるべき可罰的行為を必ず知っている者」は、告発する権限が与えられている。このような告発に存する告訴 (Beschuldigung) は、真実の証明 (Wahrheitsbeweis) 又は (客観的に基礎づけられている) 善意の証明 (guten Glauben) がうまくいかないときもまた、111条の悪評の流布 (rechtswidrige Übel Nachrede) にはならない。この結論は114条1項からも明らかになる。さらに、同じことは、例えば、刑事訴訟法84条の告発義務 (Anzeigepflicht) が存在するときにもいえるのである。

② 証人、鑑定人、防禦者及び弁護士もまた自己の法律上の義務を充足する限り、すなわち自分達の権利の範囲内で振る舞う限り、正当に行為したものとされる。これは被疑者 (Beschuldigten) にも同じようにいえる。

被疑者は、証人の証言自体の正しさを間違っていると分かっているながら (wider bessers Wissen) 争わなければならない。それによって悪評の流布若しくは誹毀 (Verleumdung) で処罰されることはない (詳細は、ベルテル、マイエルホーファー参照)。

③ 99条の自由剥奪又は83条の傷害のような重大なる侵害はそれ自体、刑事訴訟法86条2項の個人の逮捕権 (Festnahmerecht Privater) を通して正当なものとなる。

それに対する前提条件は、「人が直接前もって遂行した裁判上刑を科されている行為を遂行すること、又は、遂行した後にこのような行為により追跡されるということを承諾することに対する十分な理由」であり、また相当な手段を傾注することである。すなわち、被告人が現実の犯罪者なのかどうかは重要ではない。むしろ、決定的なことは、逮捕するものの立場における客観的な第三者の事前予測である。相当性 (die Angemessenheit) は、「単にこうむる恐れのある不利益」(3条1項後段) の事案における正当防衛の場合と同じ基準に従うのである。さらに、この正当化事由に関する評論については、ノヴァコフ

スキー、ロイカウフ＝シュタイニンガー及びプロプストの著書を参照されたい。

#### (5) 教育権 (Erziehungsrecht)

教育権を行使する行為もまた、正当なものとなる場合がある。例えば、両親が日が暮れた後に自分の子供が家から（強制的にも）出ていかにようにするとき、99条の違法な自由剥奪とはいえない。

教育権の限界は、家族法 (Familienrecht)、とりわけ民法146条以下から明らかになる。懲戒権 (Züchtigungsrecht) は、なる程この規定でははっきり述べられていない。しかし、このようなものは、両親は事物法則的な教育措置に介入する義務をも有するというを顧慮するとき、義務の抵触 (Pflichtenkollision) に関する規定から導くことができるのである (ノヴァコフスキー)。いずれにせよ、83条から87条までの意味での傷害すべては、それらが懲戒目的でなされているとしても、事物法則的なものと見ることはできないのである\*)。

\*第2版では、「教育権の限界は、家族法、特に民法146条以下から明らかになる。これによれば、懲戒のために暴力や肉体的あるいは精神的苦痛を加えることが禁止されている。これによれば、たとえ懲戒目的でなされるにせよ、83条から87条における意味での傷害罪すべては事物法則的なものとは考えられないのである。けれども、事物法則的な教育措置へ両親が介入する義務は存在する。これらは、義務の抵触に関する規定により、正当なものとなる」と改訂されている。

教育権は、それ自体として転用することができる。しかし、この権利から生じる懲戒権だけを転用することは許されない\*)。それに対して、具体的な事案において、すなわち体に障害のある親権者 (Erziehungsberechtigten) によって懲戒権の行使を委任されること (Übertragung) は、許されているものと見なされている。

\*第2版では、「教育権は、それ自体として委任することができる。しかし、例えば、この権利から生ずる懲戒権 (Disziplinierungsrecht) だけを委任することは許されない」と改訂されている。(40頁)

主観的な前提条件として、教育関係の認識を前提とする（一括した）教育思想が要求されている。

## (6) 刑法各則における正当化事由

刑法各則では、特定の構成要件に対してのみ意味を持つかも知れない「特別な」正当化事由が含まれている。

例えば、97条1項2号の妊娠中絶は、特定の危険を避けるために医師によって行われるとき、(未成年者の場合を除いて) 正当なものなる。母親に対する生命の危険や医師による救助が存在しない場合、1項3号により素人 (ein Laie) もまた正当な行為をしたものとなる。職務上の秘密を侵害することは、121条5項により秘密を漏らすこと又は秘密を利用することに関して「公益又は正当な私益 (ein öffentliches oder ein berechtigtes privates Interesse)」により正当化される場合がある。すでに前で述べた105条2項、144条2項及び114条以外の特別な正当化事由は、例えば、98条2項、269条4項、286条2項2号及び3号に含まれている。

## (2) 明定されていない正当化事由 (nicht ausdrücklich geregelte Rechtfertigungsgründe)

明定されていない正当化事由は、それらが可罰性を拡大するのではなくて、征服するとき、許されることになる。

### (1) 正当化する緊急避難 (Der rechtfertigende Notstand)

最高裁判所はこの正当化事由をはっきりと承認し、その概要を構成した (例えば、EvBI 1976/186, 1972/354)。新刑法典への改正作業において、条文化 (die gesetzliche Normierung) が衡量されたのである。しかし、立法者は確定を刑法で保証しようとせず、それらを別の法領域に委ねようとしたのである (EBRV 1971, 76, ロイカウフ=シュタイニンガー、ノヴァコフスキー)。それに対して、西ドイツでは、同じ時点で別の決定をした。すでにライヒ裁判所が提案した展開は、それが前もって実際に秩序違反法規に採用された後、1975年1月1日にドイツ刑法34条で刑法上保証されるに至った。

通説によれば、正当化する緊急避難は、本質的には民法1306条a及び刑法97条1項2号と3号並びに98条2項におけるその特別な法的構成から法的類推

(Rechtsanalogie) によって演繹されているのである (キーナップフェル、ロイカウフ=シュタイニンガー、OGH EvBI 1976/186,)。それを一般的に適用するための前提条件は、通説によれば、次のようになる。

- ある法益に対して直接こうむる恐れのある重大な不利益
- 不利益は、投入されている手段を通して回避され得るものと異なるものであってはならない
- こうむる恐れのある不利益は、救助行為と連結している侵害より明らかに重要なものでなければならない
- 所為は、こうむる恐れのある不利益を避けるために、相当な手段でなければならない、そして、
- 行為者は、救助意思を持ち緊急避難の客観的な前提条件を認識して行為しなければならない

#### ① 緊急避難の状況 (Notstandssituation (=Notstandslage))

こうむる恐れのある不利益は、何らかの法益に対してのものである。すなわち、正当防衛の場合と異なって、法益の範囲は限定されていないのである (これを批判するのに、ノヴァコフスキー)。こうむる恐れのある不利益は、確認されている現実的な諸事情から侵害の蓋然性が推定され得る場合である。

こうむる恐れのある不利益に関して、この予測に対する蓋然性の程度につきどの程度のものが与えられていなければならないのか、はっきり解明されていない。少なくとも100パーセントの確実性は要求されていないのである。むしろ、すでに事後的な事前考察において、真摯に不利益の発生を覚悟しておかなければならないと、こうむる恐れのある直接的な不利益が存在することになる。要求されている蓋然性の程度を一般的に報告することは、正当化する緊急避難の範囲内では、すでにこの程度が低ければ低いほど、こうむる恐れのある法益はそれだけ高い価値を持っているために、これを不可能とする。まさしくこれは、例えば、期待すべき因果経過又は人的反応に関する予測に対して、実際に損害が発生したのかどうかは問わない、ということも示している。

ただし、この予測に対していかなる基準を構想すべきかについては、争いが

ある。ノヴァコフスキーとブルクスターは、事前考察が問題なのだと強調する。この見解に賛成すべきである。何故なら、緊急避難を肯定するかどうかの問題は行為の違法性の問題であり、したがって、行為する時点だけが出発点として役に立つものであって、後の時点ではないからである。しかし、こうむる恐れのある不利益が存在するかどうかを判断するために、(行為者の立場に立って) 行為者の関係する範囲から客観的な第三者に焦点を合わせるべきかどうか、すなわち客観的帰属性や過失犯の範囲内で客観的義務違反を決定する場合にも定められている基準は、解明されていない。この基準を支持するのはシャフスタインとマウラッハ＝ツィツプである。それに対して、別の見解は、目下のところ行為に実際に存在するすべての事情及び確実な経験知識の総てを判断に際して考慮しなければならないという前提から出発する(ノヴァコフスキー、レンクナー)。

正当化する緊急避難の場合、関係のない法益を犠牲としなければならないという連帯思想 (Solidaritätsgedanke) が重要な役割を果たすので、後の見解が優れている。すなわち、正当防衛の場合のように、ここでもまた実際の状況が問われるからである。

その場合、こうむる恐れのある不利益がどこから生ずるのかはいつでもよい。すなわち、正当防衛と反対に、緊急避難の場合には、自然現象又は事物 (Naturer eignisse oder Sachen)、例えば、急傾斜の路上を単独で動き出す車もまたこのような危険の源となる場合がある。

法益に対する不利益は、直接的にさし迫っているものでなければならない。すなわち現在の危険が問題とならなければならないのである。この前提条件は、例えば、侵害が極めて短期間に次の原因が介在することなく目前に迫っている場合に、満たされることになる。すなわち、この点で、侵害に関して正当防衛の場合と比較することのできる基準が当てはまるのである。

さらに、こうむる恐れのある不利益は、通説によれば、(免責する緊急避難の場合のように) 重大なものでなければならない (キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、ノヴァコフスキー)。この制限は、重大でない不利

益の場合連帯は要求されていない、ということに基づいている。

## ② 救助行為 (Rettungshandlung)

救助行為は、危険発生源それ自体 (Gefahrenquelle)、しかも全く無関係な人又は法益に向けられる場合がある。例えば、急激な悪天候に際して他人の避難小屋をこじ開ける場合である。

### (i) 必要性 (Notwendigkeit)

正当防衛の場合と異なって、こうむる恐れのある不利益を免れる別の可能性が全く存在しないときにはじめて、他人の法益への侵害は必要なものとなる。それ故に、偶然に与えられた回避可能性は、たとえそれらには不愉快なものが伴っているにせよ、利用しなければならないのである (例えば、そうしなければ殺されたかも知れない動物を侵害する場合に、垣根を飛び越えて救助すること)。その結果、他人の法益への侵害は、必ず「最後の手段 (ultima ratio)」としてのみ許されたものとなる (キーナップフェル、ノヴァコフスキー)。

正当防衛の場合のように、数個の同じように救助するのに適当な可能性のあるもののなかから、他人の法益を侵害するのが最も少ないものを選択しなければならない。これはすでに連帯思想から明らかになる。これによって、この思想は緊急避難において二重の機能を有することになる。すなわち、一方でこの思想から、はっきりと優越する利益を救助するために関係のない第三者もまた犠牲をいとわないという要請及びそのために有益な法益を侵害するのは正当なものとなるという結論である。しかし、同時に、この思想は、救助するために介入する者に、この者に認められている権利をできるだけ慎重に使用するように義務づけているのである。

ただし、救助行為の必要性については、正当防衛の場合と異なった基準が当てはまるのである。これらの基準の由来は、緊急避難の場合に存する危険状態は「価値中立的」なものにあり、したがって、正当防衛の場合の違法な侵害以上の配慮を命じているという点にある。この点で、(3条の防禦行為と反対に) 救助行為に関して、事情によっては一定の危険を引き受けることが命じられる場合があるのである。それに応じて、救助するために介入することは、手段を



選択する場合に、事情によっては、この手段がより確実な手段に比べて本質的にはほとんど徹底したものでないとき、確実に排除できないが高度の蓋然性によりなお危険を排除するようなものにだけ制限することになる。

救助行為の必要性に関してもまた、正当防衛の状況における危険判断に対するのと同じように、事前考察が問題となる。したがって、救助行為は、事後的に (ex Post) 行為は実際に危険を回避するために客観的には有用でなかったということが判明するときもまた、必要なものとなる場がある。ただし、必要性を判断する場合に、実際に存在する事情すべてを考慮するのではなく、行為者の立場にたつて客観的な第三者が認識した事情だけを考慮することになるのである。この基準は、危険を回避するために自由に用いることのできるあらゆる手段の中から、第三者の権利に介入するものうちもっとも少ない手段を尽くすものだけが、緊急避難によって正当化される、ということに基づいている。しかし、行為者の視座から認識できる手段だけが行為者の自由に使用できる手段となる。この点で、正当防衛の領域で必要性について述べたことが相応にして当てはまるのである。

#### (ii) 財の衡量 (Güterabwägung)

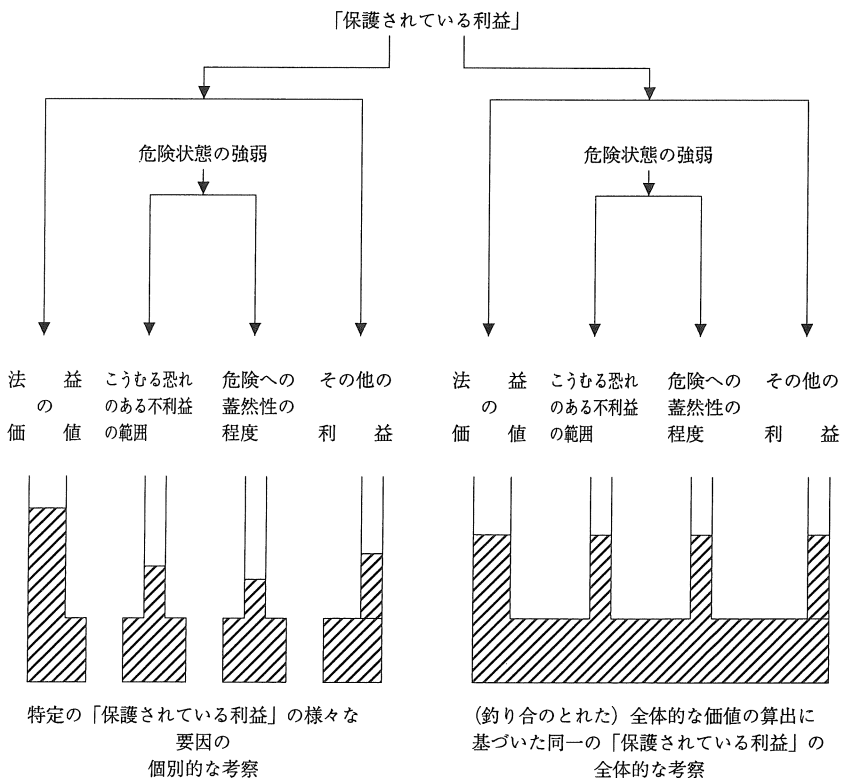
緊急避難の場合、法益は他の法益を犠牲にして保護されるのである。すなわち、救助すべき法益 (das zu rettende Rechtsgut) は救助するために介入されるはずの法益と「競合する (donkurriert)」ことになる。したがって、危険を通じてこうむる恐れのある侵害と救助行為を伴う侵害をそれぞれ衡量しなければならない。

緊急避難によって正当なものとなるのは、明らかに重大な不利益を防止すべき法益の侵害だけである。この価値の程度 (Höherwertigkeit) を判断するために、財の衡量や利益衡量を前提としなければならない (キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタニンガー、ノヴァコフスキー)。何故かという、法益だけでなく、矛盾する法益もまた並立するからである。これに属するのは、なる程問題となっている法益であるが、さらに「その他の (sonstige)」利益でもある。その他の利益は、法規範のみならず、社会規範にも基づく場合がある。

例えば、相続した物を維持するための愛着の利益（Affektionsinteresse）がこれである。

二つの利益状態を衡量する場合、法益の抽象的な価値だけでなく、危険状態の強度もまた考慮しなければならない。これはこうむる恐れのある侵害の範囲を通じて構成される。例えば、（部分的な）侵害か又は（全体的な）加害かによって構成されるのである。そして、侵害が発生する蓋然性の程度を通じて、例えば蓋然性の程度が低いか、重大か、高いか又は確実性と境を接する蓋然性かによって構成されるのである。

図 表 6 (1)



この考察方法は、例えば、非常に価値の高い法益に対する不利益の蓋然性の

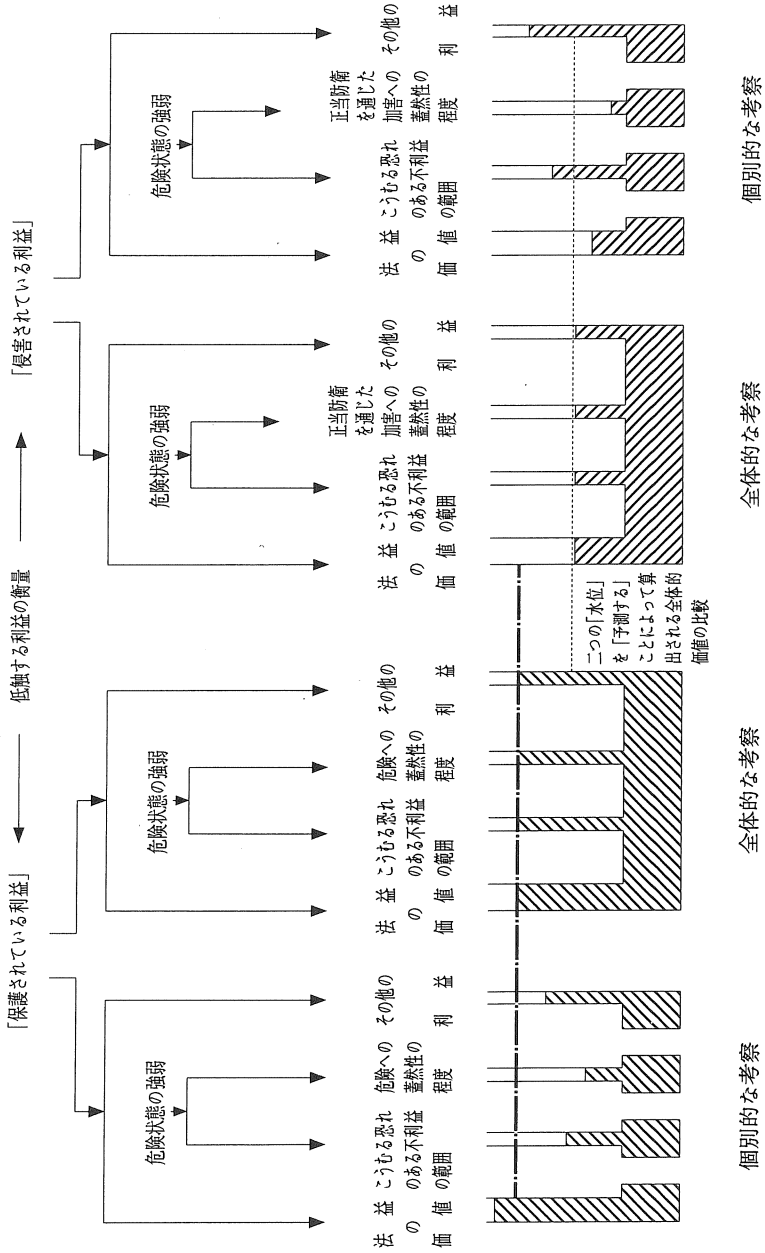
程度が低い場合、より価値の低い法益に対する不利益の非常に高い蓋然性の場合と同一の利益状態が存在する場合であるということの意味する。したがって、形式的に考えれば、「法益の価値」と（こうむる恐れのある不利益の範囲における）「危険状態の強度」並びに「それ以外の利益」という個々の要因が「連通管 (kom munizierenden Röhren)」の関係で併存することになる。直接こうむる恐れのある不利益の個々の要因は、個別的考察において正確に突き止めなければならない。ここでは、それらの全体は「保護されている利益」と呼ばれる。個々の要因が体系への連通管に結びつけられるとき、その価値は全体的な考察を通じて明らかになる。図表6 (1) で表していることは、これを明確にするはずである。

次の図表6 (2) は、保護されている利益の場合と侵害されている利益の場合に考慮すべき個々の要因の対照を示したものである。この場合、この要因を全体的に考慮する場合に生ずる二つの「水位 (Pegelatände)」は、内側では一緒に比較することになる。

保護されている利益は、二つの関連する体系を比較する場合に、保護されている利益のために明らかに測定することができるが全く取るに足らない過剰分 (ein klar meßbare und nicht nur ganz geringfügiges Mehr) が生ずるときにはじめて、救助行為によって影響を受けているはっきりした法益よりも重要となるのである。すなわち、高度の価値を持っているということは、明白で疑いのないものでなければならない（キーナツプフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、ブルクスター、リットラー、ノヴァコフスキー）。

財を衡量する場合、特に考慮すべきことは、通説によれば、人を殺害することはいかなる事情のもとであれ緊急避難によって正当となるではない、ということである。人間の生命は、質的に（例えば、平均寿命に従って）も量的に（例えば、数人を救助するための殺人）も埋め合わせることはできないのである。人間の生命は、憲法や法秩序全体を基礎とすれば、無関係な第三者との連帯義務はここに限界を画しなければならない程高い価値を持っているのである。

図 表6 (2)



(iii) 相当性 (Angemessenheit)

緊急避難行為は、それがこうむる恐れのある不利益を回避するために「社会倫理的に」相当な手段であるときにはじめて、正当なものとなる（ノヴァコフスキー）。この前提条件は、危険にされされた利益が緊急避難行為によって侵害される利益よりも明らかに重要であるときもまた、充足されねばならない。

例えば、受血者の生命を救助するために別の手段を自由に使用することができないとき、強制的な採血は緊急避難によって正当なものとなり得るのかどうか、争いがある。ただし、生命が比較にならない程もっとも高い価値があるものと考えられるとき、意思決定の自由や身体的完全性の高い価値があるにもかかわらず、その侵害を受け入れることを連帯の観点から正当なものとすることは支持できると思われる。けれども、まさしくこの領域で一般的な境界線を引くことがどんなに困難であるかは、宗教上の確信に基づいて採血を拒否する事案がこれを示している。

絶対的な限界を構成するのは、例えば、拷問 (Folter) である。それが緊急避難の状況においてもまた正当なものとならないように人間の尊厳 (Menschenwürde) に対する重大な違反である。

緊急避難の状況に関して権利の濫用を利用する場合もまた、相当性の基準に意味があり、例えば、自己の職業上の地位に基づいて危険を回避すべき義務を負い、それ故に、この種の状況を見通すべき義務を負う事案において重要となるのである。

相当性の基準が一般に必要なものであるかどうかは、問題があるように考えられる。この前提条件を完全に放棄しこの名称のもとで要約されている観点から利益状態に関係させ、そこで考慮することもまた、考えることができたはずである。

③ 主観的な前提条件

(i) 最近の文献では、正当なものとなる緊急避難に対してもまた主観的な前提条件が要求されている。ただ緊急避難の状況を認識しているだけで足りるのかどうか (ブルクスタラー)、あるいはさらに救助意思を要求すべきかどうか

か（キーナツプフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー）については争いがある。

正当なものとなる緊急避難は法律上規定されていないので、（正当防衛の場合と異なって）この論争問題は特別な規定を解釈することによってこれを解明することはできない。むしろ、このために、この正当化事由が法的類推の方途で演繹される規定を引っ張りださなければならない。しかし、これらの規定すべてがその文言から救助意思の要請に有利な証拠となっている。何故なら、「…を避けるために」（民法1306条a）、「避けるために」（刑法97条1項2号）若しくは「救助するために」（97条1項3号）、行動的にならなければならないということがそれらの規定で要請されているからである。10条の免責する緊急避難とドイツ刑法34条と35条の免責する緊急避難を比べてみてもまた、同じ結論になる。したがって、正当なものとなる緊急避難については救助意思が要請されねばならなかったのである。

この救助意思が存在しない場合に生ずる帰結については、正当防衛の認識に対して述べたことが相応に当てはまるのである。

(ii) 広範囲に及ぶ主観的な前提条件として、「義務にかなった検討」及び相反する利益の関係としての緊急避難の状況を要求することは必要でないと思われる。現実的な緊急避難の状況において救助意思をもって行為する者が緊急避難の状況を「誠実に検討しなかった」ことだけを理由として正当化されなかったとすれば、それは行き過ぎであるといえるだろう（レンクナー、トゥリフテラー）。次に、正当なものとなる緊急避難が演繹される規定において、この種の要請に対していかなる基準点をも法規には見いだすことはできないのである。

#### ④ 対物防衛 (Sachwehr)

正当防衛は人間の侵害を前提とする。その結果、物（例えば、動物）を前提とする危険に対しては、どのような正当防衛も生じない。反応がこのような物に向けられるとき、確かに「対物防衛」という言葉を用いている。すなわち、リットラーは、対物防衛に正当防衛を類推解釈して構成されている緊急権 (Notercht) を認めた。しかし、通説によれば、対物防衛は緊急避難に該当す

る事案にすぎず、その点で特別な規定は全く必要でないということになる（ノヴァコフスキー、ロイカウフ＝シュタイニンガー、キーナップフェル、ブルクスタラー）。

けれども、最近、ノヴァコフスキーは、対物防衛は正当なものとなる緊急避難の範囲を越えて認めなければならないということをサポートしている。すなわち、対物防衛は、3条1項後段の意味で不相当なものといえるときにはじめて、正当なものとなるという。なる程正当化事由のこの拡大はドイツ民法228条の規定と一致する。しかし、正当化事由を拡大することは、オーストリアでは、法律上根拠がなく、刑事政策的にも命じられていないのである。ひどい損害を受けた場合、10条を用いて又は場合によっては9条をも用いて解決される場合がある。

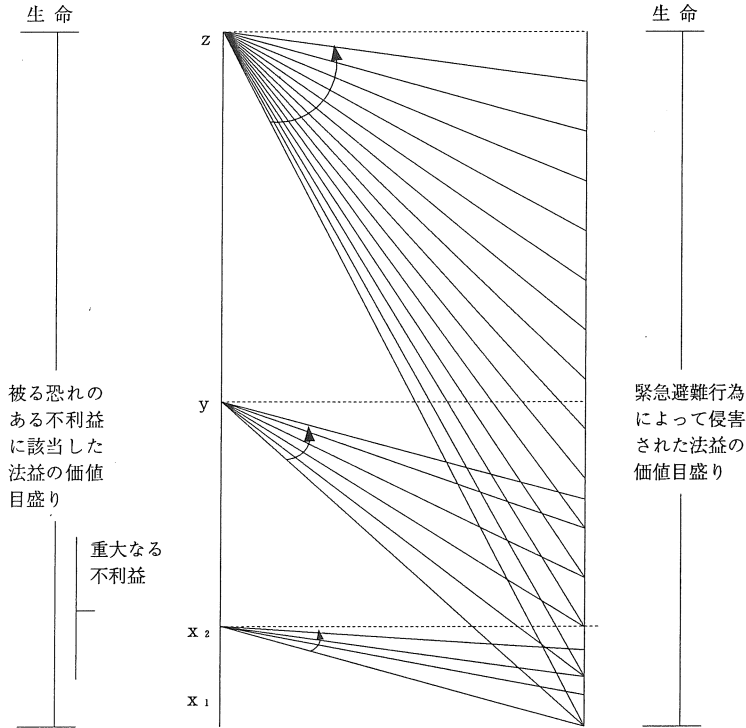
#### ⑤ 正当防衛、正当化する緊急避難及び免責する緊急避難の間の形象的比較

防衛行為を正当なものとしたり免責したりする可能性は、その都度同一の出発点を選択するとき、特別によく比較の対象とすることができるのである。3つのさまざまな形をもった正当化事由すべてにおいて、 $x_1$ 若しくは $x_2$ 、 $y$ と $z$ の地点から左側の目盛り走るラインは、保護法益の価値と防衛行為若しくは救助行為によって侵害された法益との間の有効落差は上の方に向かってどの程度傾斜しているのか、あるいは下方に向かってどの程度傾斜しているのかを示したものである。

超法規的に正当化する緊急避難の図表は、こうむる恐れのある不利益がある法益は適法に介入される法益よりも重大なものでなければならない、ということを示す。したがって、図の右側では、3つすべての地点からはっきりした勾配が明らかになる。

価値目盛りの左側にある横線（Querstrich）は、重大な不利益と重大でない（些細な）不利益との間の限界を特徴づける。こうむる恐れのある不利益が重大でない（ $x_1$ ）とき、他人の法益への侵害は緊急避難によって正当化されるものではない。それ故に、目盛り上の横線の下にある価値からいかなる放射線もでてこない場合がある（正当防衛と反対）。

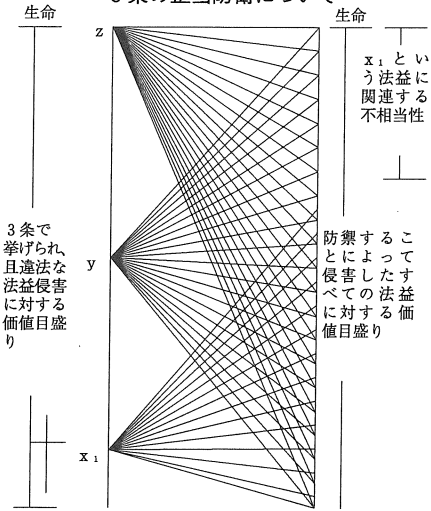
図表6 (3)  
正当化する緊急避難について



法規の資料 (Gesetzesmaterialien) では、「重大な (Bedeutende)」不利益 (10条) や「些細な (geringe)」不利益 (3条) は、はっきりと反対概念 (Gegenbegriffe) として用いられている。したがって、重大でない不利益は必ず些細な不利益であり、逆に些細でない不利益は必ず「重大な」不利益となる、ということ的前提とする。その場合、些細な不利益か重大な不利益が存在することになる。中間段階は、はっきりしたものではない。



図表 6 (3)  
3条の正当防衛について

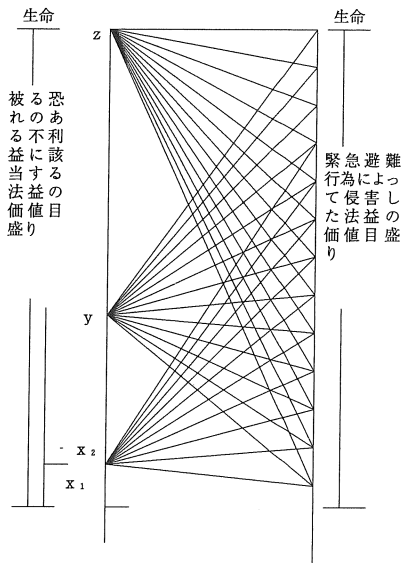


3条に関する図表は、あらゆる違法な侵害に際して、防禦するために相当な、価値の高い法益もまた加害してもよい、ということを示している。ただ「単にこうむる恐れのある不利益」があるとき、例えば、目盛り上の価値  $x_1$  においてのみ、防禦は不相当なものである必要はない(3条1項後段)。価値目盛り上の左側にある横線は3条1項後段の意味での「些細な不利益」(横線の下方)と「些細でない不利益」(横線の上方)との間の限界の標識をつける。価値目盛りの最も些細な地点もまた相当な正当防衛によって防禦されるのである。

10条の免責する緊急避難に関する図表は、正当化する緊急避難の場合と異なって、こうむる恐れのある不利益を避けるために、「行為者の立場に立って、法的に保護されている価値に結びついている人間によって別の態度を全く期待することができなかった」とき、こうむる恐れのある不利益よりも価値の高い法益にも介入してもよいということを示す。さらに、この種の介入は、こうむる恐れのある不利益よりも極端に重くないものであってはならない。したがって、例えば、価値  $x_2$  における法益に対してこうむる恐れのある不利益は、その場合にまだ重大な不利益が問題となるにもかかわらず(標識を付けられた横線の上方)、例えば、生命のようなもっとも高い法益に介入することを免責するものではない。こうむる恐れのある重大でない(些細な)不利益の場合、10条を一般に適用することはできないので、目盛りの横線の下方にある価値からのもはやいかなるラインをも引くことはできないのである。

図表 6 (3)

10条の免責する緊急避難について



正当防衛、正当化する緊急避難及び免責する緊急避難に関する3つの図表6(3)との比較から明らかになることは、3条1項後段の意味での些細な不利益と、例えば10条の意味での重大な不利益との間の境界線は正当化したり免責したりするのに影響を受けるのかどうか、あるいはどのような方法で影響を受けるのかを決定するということである。

## (2) 正当化する義務の抵触 (Die rechtfertigende Pflichtenkollision)

当事者が具体的な事情に基づいてこれらの義務の一つだけを満たすことができるとき、2個又は数個の法的に重大な義務の抵触が存在する。この種の抵触状況は、正当化する緊急避難に関して解釈するのが普通である。しかし、これが不可能であるとき、そうでなければ当事者は一般的に適法な態度をとることができなかつたために、この義務を侵害することは別の解釈論的構成に関して許容される(すなわち、適法となる)べきものである(マウラッハ=ツイツプ、ノヴァコフスキー、それに対して「単なる」免責を認めるのに、キーナップフェル、ロイカウフ=シュタイニンガー、イエシェック)。

このような事案は、例えば、一人だけ連絡のとれる医師が同時に二人の患者から呼出しを受け、一人だけは救助することができる、という場合である。このような事案において、緊急避難による正当化は、すでに相反する利益のうちどちらかはっきりと優先するといえないために、考慮するに値しない。

### ① 義務が抵触する場合、次の出発点を考察しなければならない。

— 行為義務及び不作為義務が存在する。行為義務は作為(ein positives Tun)を命じる。行為義務が侵害されるとき、不作為犯が存在する。不作為義務は作為を禁止する。不作為義務が侵害されるとき、作為犯が存在する。

— 抵触については、二つの行為義務間あるいは行為義務と不作為義務との間が問題となるにすぎない。何故かというと、二つの義務が同時に又は同じように充足されないときにはじめて、真正な抵触が存在するからである。しかし、Aの法益へもBの法益へも介入してはならないと義務づけられているとき(ふたつの不作為義務)、彼はA、B二つの法益を不活動(Untätigkeit)を通じて同時にかつ同じように満たすことのできるものである。

② これに残存する真正な抵触の事案については、次の事柄が当てはまる。

(i) 行為義務と不作為義務とが抵触する事案は、正当なものとなる義務の抵触の法形態なくしても、これを解釈することができる。

例えば、父親が強奪した車で息子を遅くならないうちに入院させるとき、父親の行為義務（行為義務の侵害に際して、不作為による傷害を行ったことになる）は不作為義務（不作為義務の侵害に際して、彼は使用窃盗を行ったことになる）と抵触することになる。

a) 抵触する義務の一つが明らかに優越する場合、それを遵守することは緊急避難を通じて正当なものごと当然である。

例えば、行為義務が優越する場合、行為者は行動に移さなければならないのである。確かに正当化事由を通じて公表されている可能性を利用し尽くす義務はない。何故なら、その場合、彼は適法に行為することができたからである。すなわち法益を保護することが（例えば、94条と95条の範囲を超えて）強制されていないのが一般的である。しかし、特別に法的に行為すべき義務を負うものは、（許されているために）法的に許されていることも行うべきであり、それ故に、正当化事由を示す可能性を利用してしまわなければならないのである。

ノヴァコフスキーが前提とするのは、正当化する緊急避難の場合に限り、保護されている利益の明らかな優越が問題となるが、義務の抵触の場合には、「それぞれが優越する (jeder Vorrang)」ということで足りるということである。しかし、この分類はあまりにもややこしいと思われる。全く疑いが無いとはいえないが確認することができるほど優越するものは、明らかに優越するものではなく、それ故に、等価的なものと見ることができる。ただし、ノヴァコフスキーの見解は、正当化に対して「本質的に」優越するものが問題となるドイツ刑法34条にはびったり合う。

b) 行為義務が等価的な不作為義務と抵触する場合、行為者が活動しないままにしているときに限って、彼は正当なものとなるのである。この結論については、正当なものとする義務の抵触の解釈論的な形態を必要とするものではない。むしろ、正当化する緊急避難の原則から明らかになるのである。

すなわち、他人の法益への介入は、優越する利益がこの介入に対して存在するときに限って、正当なもの。しかし、不作為義務と「単に (bloB)」等価的に向かい合っている行為義務の場合、活動的な介入への優越する利益は何も存在しない。

(ii) 二つの行為義務が抵触する場合、義務の一つがはっきりと優越する事案は何ら問題はない。この義務が満たされれば、正当化する緊急避難が存在する。したがって、このグループからまだ二つの等価的な行為義務が抵触する場合だけを解釈する必要がある。

二つの等価的な行為義務が抵触する場合、自ら選択して二つの義務の一つを充足する行為者は正当なものとなるのか、あるいはただ免責されるにすぎないのか、争いがある。正当なものとなるというのは納得できないと思われる。何故かという、法は個人を必ず当罰的な不法を実現しなければならない立場に置いているわけではないからである。

(iii) 最後に述べた二つの等価的な行為義務の事案と並んで、まだ次の事案の状況も存在する。すなわち正当となる緊急避難を用いて解釈する必要のない事案である。すなわち、正当なものとなる緊急避難は、それ以外の前提条件と並んでこうむる恐れのある重大な不利益を前提とするということ、これまで顧慮していなかったのである。それ故に、二つの義務侵害から単にこうむる恐れのある重大でない不利益がある義務の抵触の事案は、いまだ未決定のままである。

これらの事案においてもまた、行為者が適法な態度をとることを可能とする解決策を見いださなければならない。このことを理由として、二つの重大でない不利益から第二の義務を侵害して価値の高い不利益を回避し若しくは二つの等価的な行為義務に際して固有の選択に従って一つの行為義務を満たすことを許さなければならない (すなわち、適法なものとならなければならない)。

(iv) したがって、要約すると、義務が抵触する場合、こうむる恐れのある不利益が重大か重大でないかに関係なく、行為者が正当なものとならなければならないとき、必ず高い価値の義務を満たさなければならない、ということが

前提である。行為義務が等価的な不作為義務と抵触する場合、活動しないままでいることが常に正当なものである。二つの等価的な行為義務の場合に限って、義務者は自由に選択することができ、(それでもなお) 正当なものとなるのである。正当なものとなるのは、一般的には正当化する緊急避難の規定により生ずる。二つの等価的な行為義務の場合に限って、また、重大でない不利益に関して義務が抵触する場合、正当化する義務の抵触の法形態が介入することになる。

### (3) 被害者の同意 (die Einwilligung)

#### ① 基礎

被害者の同意の刑法的な意義は、個々の法益担当者が具体的な事案において自らこの保護を放棄するときに限って、法秩序は公共の利益に比べて個人人の利益が優越する一定の法益を保護しなければならない、という考え方に基づくものである。このような被害者の同意にはどのような刑法上の意義があるのか、という問題が中心となっている。

被害者の同意は少なくとも一般的には無意味なものではないということは、はっきりと特定の人の「同意を得て」あるいは「同意なく」という行為態様を顧慮するよう規定されているさまざまな犯罪がこれを裏付けている。実例として指示することができるのは90条であり、しかも96条、98条、102条、103条、110条、136条及び169条である。とりわけこれらの規定から、法的類推により、一般的に「同意の総則的な法制度 (allgemeines Rechtsinstitut der Einwilligung)」を推論することができる (ツイップ)。

ただし、当事者の同意を刑法上無視してもよいという法益も存在する。生命という法益に関して、「切望に基づく殺人 (Tötung auf Verlangen)」や「自殺関与 (Mitwirkung am Selbstmord)」の可罰性 (77条、78条) がこれである。自殺 (の未遂) は不可罰であるにもかかわらず、他人を殺害することは、その者の同意を得ていても罰されることになる。

#### ② 解釈論的な整序

(i) 構成要件を阻却するのか正当化事由か

a) 数多く所為像は、該当する規定において同意の意味をはっきりと規定することなく、すでにその定めによれば、法益担当者の意思に反する行動を前提とする。

これは、例えば、105条の「強要 (Nötigung)」にいえる。強要の場合、この結論は「強要する (Nötigen)」という概念から導くことができるのである。109条の住居侵入の場合、この解釈は「無理に (erzwingt)」という言葉からでてくる。127条の窃盗の場合、この帰結は「奪取する (wegnimmt)」という名称から明らかになる。それ以外に規定されている犯罪は、明定されているメルクマールとして、例えば、110条の独断による治療や136条の乗物の無権限使用のように、行為者が権利者の「同意なく」行動することを内容として持っている。

これらの事案すべてにおいて、法益担当者の賛同がある場合、一般的な見解によれば (nach einhelliger Meinung)、すでに構成要件は充足されていないのである。したがって、このような「同意」は、(正当化する同意と対照をなすものとして) 構成要件を阻却するか又は構成要件を排除する承諾 (tatbestandsausschließendes oder tatbestandsbeseitigendes Einverständnis) とも呼ばれているのである。(例えば、ロイカウフ＝シュタイニンガー、ノヴァコフスキー、キーナップフェル)。

b) ただし、所為像のなかで当事者の意思に反して又はその意思なくして行動することそれ自体が前提とされていない事案において同意がいかなる法的性質を持っているのか、争いがある。伝統的な見解によれば、この種の事案において、同意は正当化事由を現すことになる (ブルクスタラー、フォレグガー＝セリーニ、ノヴァコフスキー)。傷害における同意に関して、法律上の規定はこの見解に有利な証拠となる (法的根拠として、90条の「違法ではない」。詳細は、ロイカウフ＝シュタイニンガー、キーナップフェル、マイエルホーフ＝リーダー)。

それに対して、とりわけツイツプは、同意には正当化事由ではなくて、むしろすでに構成要件該当性の阻却を見るのが一般的である、ということをサポートす

る (マウラッハ=ツイツプ、ホルン、シュミットホイザー)。これを基礎づけるために引用されているのは、「構成要件を阻却する承諾」とそれ以外の重要な同意は、犯罪構成上二つの異なった箇所に整序するのを正当化するというようにこれを本質的に区別してはならない、ということである。

この見解の対立は、次の予備的問題に基礎づいている。例えば、身体的完全性、自由、名誉、所有権等はそれ自体法益であり、それ故に、処分権者 (Verfügungsberechtigten) と関係なく、保護するに値するものなのか、あるいは (自分の身体的完全性、自分の自由、自分の名誉、自分の所有権等に関する) 権利者の処分権 (Verfügungsbefugnis) が保護されている法益となるのか、である。前者の場合、現に同意があるにもかかわらず、なお構成要件に該当する法益の侵害がある、というのが根拠となる。後者の場合においてのみ、一般に法益の侵害はないといえる。

#### (ii) 学説

同意を一般的に構成要件を阻却するものと見なすのには疑問がある。通説のように、構成要件を阻却する承諾と正当化する承諾に分類するのが正しい。その場合、立法者は一般的な利益を法益ではっきり示したのかどうか (そして、それ故に、これは処分権者の意思に関係なく保護したほうがよい)、あるいは、立法者は法益それだけを法益担当者の処分 (Disposition) に委ねたのかどうかに従ってこれを分類することになった。ただし、通説から逸脱して、両者のうちいずれか一つ (das eine oder das andere) が、構成要件が阻却されるのか所為が正当化されるのかの結論に合致するかどうかという問題は、それだけでは所為像が形式的に同意の不存在を前提条件として含むのかどうかに関係しないことになっていた。なる程この基準は解釈する際に一緒に引き合いに出されるかも知れない。けれども、それ以外の解釈基準の一つにすぎないのである。

オーストリアでは、特にノヴァコフスキーがこの立場を支持した。彼は、あらゆる犯罪類型において、同意は構成要件を阻却することを意味するのか正当化することを意味するのかを別々に検討することになる、ということを要求する。財産犯 (Eigentumsdelikte) の場合、普通、構成要件が阻却されるのに、

「特別な身体的損傷」については同意が正当なものとなる。

ヤコプスは、例えば、同意それ自体がすでに行為者の責任を免除する事案において、構成要件が阻却されることになる、ということを前提とする。具象的なのは、権利者の意思を得て（他人の土地の上の）「切り芝を掘り起こしたり又は木を切り倒したりすること」は、すでに器物損壊の構成要件を充足することにはならない、という彼の事例である。これに対して、特定の法益から構成される公共の利益（allgemeines Interesse）が存在する事案では、同意それだけによって不法が排除されるものではない。それ故に、このような公共の利益は、「処分権者の意欲がその者の財に介入するための法的に十分な動機を与えるのではなく、むしろ正当化するためにさらにこの財への分別ある使用が付け加わらなければならない」事案において認められることになる。法規が同意の有効性に対して補充的な評価を要求しているところで（すなわち、法益への介入は具体的な事案においては「分別のある」ものといえること）、法規は該法益から構成されている公共の利益を証明するものである。この利益の故に、当該法益を侵害することは、少なくとも構成要件に該当することになり、したがって、場合によっては正当なものとなる場合がある。同意をこのように特別に「客観的に検討すること」を、法規は予定しているのである。例えば、傷害に関する90条がこれである。

ノヴァコフスキーとヤコプスの異なった手がかりは、納得のゆくものと思う。それらは、次のように要約することができる。

a) (補充的な) ある種の介入を法的に検討することなく、処分権者の同意が所為の不法を考慮させない事案において、同意はすでに構成要件該当性を排除する。同意を通じてこの法益を維持するための法秩序の利益は、少なくとも同意者や法共同体の身にいかなる当罰的な不法をもふりかからないという範囲に限定されるのである。

b) 不法を排除することに対しては、処分権者の同意と並んで介入自体が歓迎すべきかどうかを（客観的に）検討する事案において（例えば、90条の場合）、立法者は、自分にとっては法益担当者の同意と関係なく当該法益を維持するこ



とが重要である、ということを示している。それによって、法益を侵害する行為は、少なくとも刑法上重要なものとなる。したがって、この状況においては、同意があることによって構成要件が阻却されるのではなくて、せいぜい正当化事由が認められるだけである。

正当化する同意は、(構成要件を阻却する同意と異なって) 法秩序の統一により刑法上の不法のみならず、あらゆる不法をも排除することになる。この帰結は支持することができる。何故なら、同意を正当なものとする事案においては、即座に介入の補充的な法的検討を行うことになるからである。

### ③ 前提条件

(i) 通説によれば、同意は所為を通じて伝達されねばならない、すなわち外部に向かって認識されたものでなければならない(限定された意思表示説 (eingeschränkte Willenserklärungstheorie) = キーナツプフェル。折衷説 (vermittelnde Theorie) = ブルクスタラー、フォレッガー = セリーニ、ノヴァコフスキー、ツイツプ)。同意が明示的 (ausdrückungstheorie) に行われるか黙示的 (konkludent) に行われればよく、表示が民法の意味での「行為者 (Täter)」に到達していなくてもかまわない。しかし、法益担当者が「内心自体において」のみ法益侵害を甘受しようと決意していただだけでは十分でない(以前支配していた意思方向説 (Willensrichtungstheorie) と異なる、例えば、リットラー)。

(ii) 一般に自由に処分できる法益の場合に限って、保護は放棄してもよいことになる。それは、生命を除いたすべての個人法益にいえる。

(iii) さらに、同意の有効性は、具体的な事案において当事者が自由に処分する権限を有していたということを前提とする。すなわち、この種の法益に関して一般的に処分される可能性がなければならないだけでなく、特別な場合において同意者は行為客体に関してもまた処分する権限を有するものでなければならない。処分する権限を有するものは、原則として法益担当者自身である。しかし、代理は、例えば、未成年者の法定代理人を通じて又は処分権限 (Verfügungsbefugnis) が法益担当者によって委任されている者を通じて可能とな

る（ツイツプ）。

法益担当者の処分権限は、例えば、物を質権設定することによって排除されるか限定される場合がある。この種の事案においては、例えば、器物損壊は所有権者や占有権者（ohne die Einwilligung des Eigentümer und des Inhaber）の同意なくしては適法なものともならない。何故なら、両者だけが共に処分する権限を有するからである。

(iv) 通説によれば、法益の価値も同意の効果も（すなわち、同意によって正当化される介入の程度とその射程範囲を）認識し判断する能力があるものだけが、有効な同意をなすことになる（識別能力と判断能力（Einsichts- und Urteilsfähigkeit））。同旨、OGH ÖJZ-LSK 1978/146, ロイカウフ＝シュタイニンガー。通説は民法865条の意味での行為能力（Geschäftsfähigkeit）を要求していない（ブルクスタラー、キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー、ツイツプ、反対説として、OGH EvBI 1981/88, この判決を批判するのにシェイル）。

ただし、少数説は、財産犯や所有権犯の範囲内での有効な同意に対して、民法上の行為能力を要求している（レンクナー、サムソン）。けれども、この見解には納得がいかない。価値目盛りのなかで、一身専属的な法益は、財産犯や所有権犯によって保護されるべき物的価値よりも高いランクにある。まさしく価値の低い法益に関して、個々の事案のなかでそれを形式的に構成するが故に、厳格にせざるを得ないという要請には疑問がある。次に、市民法は民法865条の形式的な前提条件を伴って刑法上重要でない信頼保護をも顧慮しているのである。ただし、ノヴァコフスキーは、有効な同意に対する前提条件は刑法自体から生ずるというよりも、むしろ該当する諸資料が規定する法領域から生ずる、ということを強調する。

(v) 具体的な事案において、一般的な同意能力は、意思形成又は意思展開を許さないように影響を与えることによって達成してはならない。すなわち、同意は自由な意思で生じなければならない。脅迫や強要は同意を必ず無効なものとする。

それに対して、欺罔の場合、それが同意の射程範囲の誤認、すなわち同意によって「許された」法益侵害の誤認になったのかどうかが問題となる。

まじめな同意だけが正当なものとなる。表示が冗談から伝達されたが、受領者が本気にした場合、8条が介入することになる。

(vi) 90条によれば、有効に与えられた同意を正当なものとする力は傷害、身体的安全への危害又は手術 (Eingriff) が良俗 (gute Sitte) に反しない時に限定された、25歳未満の者の避妊手術 (Sterilisation) に現れる。この制限は、同意に対して一般的に当てはまるのではない。何故なら立法者は意識的にこの制限を上で述べた事案に対してのみ構想したからである。

倫理違反を判断することに関して、特に、侵害それ自体の倫理違反だけなのかどうか (ロイカウフ=シュタイニンガー)、あるいは、行為者の動機をも同時に顧慮しなければならないのかどうか (キーナツプフェル)、まだはっきりしていないのである。90条の文言は、動機を重視することに不利な証拠となっている。いずれにせよ、行為者の動機を重視する必要がほとんどなければ、それだけ侵害は低くなる。したがって、身体的完全性への介入が些細なものであれば、一般的に倫理性を補充的に検討する必要はないのではないか、という見解も主張されている (ブルクスタラー、キーナツプフェル)。

けれども、保険詐欺を実行したり、兵役のために不能なることを招来せしめたり又は法的にみて積極的に評価すべき理由さえも全くないのに、サディズム的又はマゾヒズム的な動機から加えられる重い傷害又は重い持続的な結果を伴う傷害は良俗に反するということについては争いがない。

(vii) 正当なものとなる同意の主観的な前提条件として、通説は同意の認識で足りるという (ブルクスタラー、ロイカウフ=シュタイニンガー、ツイツプ)。ただし、少数説は同意に基づく行動化 (Tätigwerden) を要求する (特に、ヒルシェ)。

90条の正当化する同意の規定から、主観的な正当化要素の要件や内容について何を述べているのか推定することはできないのである。ただし、構成要件を阻却する同意と正当化する同意が密接に類似するが故に、主観的な前提条件を

同一レベルで決定することを勧めたい。

それによれば、行為者が同意は全く存在しないということを真摯に可能と考えかつこれに満足したときに限って、同意は正当なものとなる。すなわち行為者は少なくとも有効な同意が存在するというを信頼していなければならなかったのである。

#### ④ 同意の対象

文献では、同意の対象は行為ではなくて、結果であるとしてよく強調されている（ブルクスタラー、ロイカウフ＝シュタイニンガー、ツイツプ）。したがって、危殆化のなかの同意は、この危殆化から生ずる侵害を正当なものとしてはならない（とりわけ、ブルクスタラー。これを批判するのに、ツイツプ。異説として、ノヴァコフスキー）。

はっきり泥酔しているドライバーの車に同乗する場合、彼はおそらく自分の健康又は身体的安全性への危殆化を暗黙のうちに同意しているものである。走行中に実際に自分自身に危害が及んだ場合（89条）、この危殆化は同意を理由にドライバーの責任となるものではない。生命への危害に及んだ場合、それにもかかわらずドライバーは89条前段により罰すべきかどうか問題となる。すなわち、生命への危害において同意のどの範囲までが刑法上注目に値するものなのか、争いがある（詳細は、ブルクスタラー、ノヴァコフスキー及びツイツプ）。

同乗者が走行中侵害を受けた場合、危殆化における同意は、運転手に88条の可罰性を免除するものではない。何故かという、危殆化における同意は、侵害における同意を意味しないからである。同乗者がさらに死に至らしめられた場合、運転手はあらゆる場合に80条の責任を負うことになる。何故かという、生命は処分能力のある法益ではないからである。

#### (4) 推定的同意 (die mutmaßliche Einwilligung)

① 通説によれば、推定的同意は固有の正当化事由を現すことになる（ツイツプ、ロイカウフ＝シュタイニンガー、モース、キーナップフェル、リットラー、セェイル、民法1035条から1038条に関して疑いをもって、ノヴァコフスキー）。

この正当化事由に対する解釈論的な理由づけは、98条2項と110条2項から展開する法的類推である。

推定的同意は、次の場合には必ず存在する。所為の瞬間に、

- 同意が与えられていない場合（すなわち、行為者に知れ渡っていなかった場合）、そして、
- 適時に手に入れられなかった場合
- しかし、権利者が事情を認識して同意したのではないかと推定される場合である。

推定的同意は正当なものとなるだけであって、構成要件を阻却するものではない（例えば、136条の乗り物の無権限使用の場合である）。

推定的同意から想像上の同意（*vermutete Einwilligung*）を区別しなければならない。想像上の同意の場合、行為者は権利者がすでに同意したものと認認する場合である。この種の事案は、8条により解釈しなければならない。

② 権利者は同意したのではないかと推定する場合、権利者の仮説的な（主観的）意思は、周知のあらゆる客観的な事情に基づいて、可能な限り正確に突き止めなければならない。

通常、権利者は、問いただされたときには、理性の一般的な規制により自分の同意を与えたであろう、ということを経験とすることを前提とすることになる。しかし、権利者の特別な（無分別な）利益状態が客観的な事情から認識できる場合、これは同時に考慮されるべきものである。行為者がこの独自性を知らなかったとき、この正当化事由の誤認が存在することになる。

判断するために、権利者が事後的に（*ex post*）行為態様に同意するかどうかは問題ではない。何故かというと、違法性は必ず行為の特性を示すものであり、それ故に行為が存在する時点で事前に判断されねばならないからである。

推定的同意の場合もまた、権利者が想定したある種の動機は問題とならない。例えば、行為が権利者の利益に役立つために（例えば、水道管の破裂を補修するために器物を損壊する場合）、あるいは、権利者が特別な友情から同意したと考えられるために（例えば、隣人が週末にセメント数袋を「借りる」場合）、

推定の同意を前提とするのがいいのかどうかは些細なことである。推定ということは、例えば、権利者が認識していながら全く手をつけようとしていない物が長期間利用されないままになっている場合、法益を維持するための重大な利益は全く存在しないということにも関係する場合がある。

③ 98条2項や110条2項では、正当化する緊急避難の要素が推定の同意の要素と結びつけられている（110条2項については、ツイップ、キーナップフェル、ロイカウフ＝シュタイニンガー）。

この規制の特殊性は、法律により特別に記述されている重大な利益が存在する場合にかぎって、権利者の推定の同意を前提としてもかまわないという点にある。しかも、この前提条件が充足されれば、客観的な利益状態についてこれ以上考慮する必要はないということになる。ただこのような介入が前もってはっきりとまたは黙示的に拒否されている場合にのみ、98条2項若しくは110条2項を適用するための前提条件が充足されたとはいえないことになる。

### Ⅲ. 錯誤の可能性

行為者が、正当化事由に対する客観的な前提条件のすべてが存在するという前提から誤って出発し、それ故にのみ第三者の法益に介入した場合、所為は原則上正当なものとはいえない。正当化事由に対する前提条件が存在する場合、次の事案グループに分類することができる。

- 行為者が、ただ客観的な所与性の感覚知覚を誤ったために、正当化事由の前提条件を与えられたものと考えたとき、8条の許容構成要件の錯誤（Erlaubnistatbestandsirrtum）（事実関係の錯誤（Sachverhaltsirrtum））が問題となる。
- それに対して、誤った法的評価が存在する場合、9条の禁止の錯誤（Verbotsirrtum）（法律の錯誤（Rechtsirrtum））を検討することになる。