

講 演

(ドイツ) 刑法解釈学の方法

ルイス・ゲレコ

松澤 伸 = 天田 悠 (訳)

(ドイツ) 刑法解釈学の方法*

ルイス・グレコ

松澤 伸 = 天田 悠 (訳)

目 次

I. 発端となった約束

II. ドイツの理論は崇高か?

III. 例証：攻撃的緊急避難の正当化の基礎と限界

IV. 結 語

[質疑応答]

[訳者あとがき]

I. 発端となった約束

友人である松澤伸氏から、刑法の方法に関する原稿を執筆してくれないか、との提案を持ちかけられたとき、私は、松澤氏の提案に応じることができる気がしていた。このトピックに関しては、刑法に関する他の多くのトピックと同様、多くの、そしておそらく十分な量の論文がすでに執筆されている⁽¹⁾。私も、このトピックには、すでに何度かコメントを寄せたことがある⁽²⁾。そのこ

* 本稿は、ルシア・ゾマラー博士 (Dr. Lucia Sommerer) によるドイツ語の原著論文の英訳に、修正を施したものである。

(1) 詳細な参考文献は、Roxin/Greco, *Strafrecht AT I*, 5th ed. § 7で確認することができる。個人的なお気に入りには、以下の脚注で引用したロクシンの著作を除けば、我が師シューネマンの業績である。これらの業績は最近、幸いにも、全集にまとめられた (Schünemann, *Gesammelte Werke*, Vol.1: *Rechtsfindung im Rechtsstaat und Dogmatik als ihr Fundament*, 2019)。

(2) 特に、Greco, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, 2009, pp. 21 et seq. : id., *Strafprozessrecht und materielle Rechtskraft*, 2015, pp. 41 et seq. および、以下の脚注で引用するロマンス諸語だけで出版された多数の論考を

とが、友人である松澤氏からの依頼に応じた理由（うちの一つ）であったはずである。以前探究したトピックに戻るのであれば、いつもなら、それほど時間はかからない。それゆえ当初は、音楽家がすでに作曲した曲の、一篇の変奏曲とでも呼ぶべきものを寄稿する計画を立てていた。

そうしてコンピュータの前に座り、最初のアウトラインを作成して、それ以上執筆せずに、他の仕事（特に、この後かなり多く出てくる正当化的緊急避難 (*rechtfertigender Notstand*) に関する比較的長い論文の執筆) に戻った。しかしながら次第に、「人はパンのみに生きるにあらず」といわんばかりに、手慣れたものの変奏曲を献呈するなどといった考え方では、執筆のモチベーションを上げるのに不十分だということが分かってきた。そうこうするうちに、本稿のアイデアが浮かんだのである。すなわち、本稿は、単にパンについて話そうというものではないし、また、これから英語であっても自分の業績リストにもう一つ項目を追加しようという話でもない。そうではなくて本稿は、何か新しく珍しい個人的な何か、つまり、刑法の方法についてではなく、ある刑法学者の方法について舞台裏、メイキング、オープンキッチンを覗くような何かにするつもりである。

このようなコンセプトに不都合があることは明らかである。特に、このコンセプトは、自分を過信している誰かにしか思いつかないような不愉快な疑惑を抱かせる。それでも実をいうと、このコンセプトは、口頭での、1日限りのレクチャーに比較的適していると思っている。おそらくこのことが、とにもかくにもこの文章を書こうと思いついた心理的釈明である。すなわち、このレクチャーは、パンデミックのせいで待ち焦がれるようになった会議の代わりのようなものである。とはいえ、本稿の素材は、一見すると個人的なもののように思えるかもしれないが、寄稿の機会を得て、私個人とはあまり関係のないものになってしまったといえる。私は、日本の友人である松澤氏から、ドイツ人以外の読者向けに、ドイツの刑法学者の代弁者として「われわれ〔ドイツ〕の」方法について何か書いてほしい、との依頼を受けた。しかしながら、最初に母国ブラジルで法学の学位を取得した後、ドイツに移住しただけの生粋のブラジル人である私が、ドイツの全刑法学者の代弁者だと名乗ることなどできない。しかし、描写すると同時に提示するという意味での、ドイツの刑法学者の外面と内面の認識のギャップについてであれば、これを代弁することができる

信している。なぜなら、このギャップというのは、2001年にミュンヘンに降り立ったその日から、私が、他の誰よりも個人的に経験してきたことだからである。主として、ドイツ人以外の読者を対象に描き出してみたいのが、まさに、こういった「内側」への洞察、外側から内側への道筋であるとか、私の脳裏に思い浮かぶ限りでの「内側」である。

II. ドイツの理論は崇高か？——あるいは、内部からみたドイツの刑法学界

弁護士資格を取得したばかりの頃、ヒーローたちとともに、そして何よりもヒーローたちから学ぶために、私はドイツにやってきた。そうしたヒーローたちの中で最も偉大なクラウス・ロクシンは、私を LL.M. の学生として受け入れてくれた。それからほどなくして、2004年に助手の地位を与えてくれた我が師ベルント・シューネマンとの交流が始まった。ドイツから遠く離れたブラジルからでさえ、私は、素晴らしい論争を熱心に見守る者の一人であった。それらの論争の記念碑的なもの（もちろん、雑誌ではなく書籍の形で出版されたもの）の中には、主としてインターネット書店を通じて届けられたものもある。目的的行为論 (*finale Handlungslehre*) をめぐるメツガー、ヴェルツェル、ロクシンの対決⁽³⁾、ヴェルツェルとエンギッシュ⁽⁴⁾の意思自由や性格責任

(3) Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11th ed. 1969. 同書については、幸運にも1997年に、ドイツ・マインツの大学書店で販売されているところを発見することができた。メツガーに関しては、リオデジャネイロの裁判所図書館から、ロドリゲス・ムニョス (Rodríguez Muñoz) による教科書第2版 (1933年) のスペイン語訳 (*Tratado de derecho penal*, Madrid, 1955-1957) のコピーを入手した。そして、1973年の論文集『刑法の基本問題』 (*Strafrechtliche Grundlagenprobleme*) のポルトガル語訳 (*Problemas fundamentais de direito penal*, Lisbon, 1993) で、ロクシンの著作と邂逅したのである。同書には、特に、「目的的行为論批判について」 (*Zur Kritik der finalen Handlungslehre*) (初出は *ZStW* 74 [1962], 515) という論文が収録されている。

(4) Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie* (1975), 特に、ヴェルツェルの「人格と責任」 (*Persönlichkeit und Schuld*) に関する論文 (pp. 185 et seq. 初出は *ZStW* 60 [1941], 428) をインターネット経由で入手することができた。エンギッシュの、小品ではあるが、優れたモノグラフである『現代の刑法哲学における意思自由論』 (*Die Lehre von der*

(*Charakterschuld*) に始まり、ヤコプス、ロクシン、ヒルシュ⁽⁵⁾の機能的責任概念 (*funktionaler Schuldbegriff*) とそれに対する批判に至る責任論争がこれである。1999年の初めにロクシンの教科書第3版を入手したとき、私は、責任(というよりも、ロクシンがいうように、答責性 (*Verantwortlichkeit*) と呼ぶべきか。)の章だけでなく、その機能的アプローチに総じて驚かされた。この機能的アプローチは、違法論と責任論を形づくる種々の特徴が前法的構造から導かれると盲信していた、目的主義の存在論志向的アプローチを乗り越えようとするものである⁽⁶⁾。当時のブラジルの教科書では知らなかった次の2つの章が、ことのほか私の関心を引いた。それが、全能の立法者に制限を課そうと試みる法益論 (*Rechtsgutslehre*) に関する第2章と、客観的帰属論 (*objektive Zurechnungslehre*) に関する第11章である。1999年に、ロクシン指導のもとで法学修士号と博士号を取得できないかと尋ねるため、彼に宛てて手紙を書いたときは、法益 (*Rechtsgut*) が客観的帰属のどちらかを研究したいと思っていた。そして、これは実際に起こったことなのだが、私の修士論文は、客観的帰属の文脈で、いわゆる特別知識 (*Sonderwissen*) の問題を扱うものであった⁽⁷⁾。

この「特別知識」というテーマを選んだ理由は明白である。私が魅了されたのは、次の点である。なぜこのテーマが、「許されざる危険の創出」(*unerlaubte Gefährschaffung*) という斬新な要件を通じ、目的的主観主義とはそれ自体一線を画し、客観的構成要件 (*objektiver Tatbestand*) に焦点を移すこと

Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 1965) も、同様の方法で入手した。

- (5) Jakobs, *Schuld und Prävention*, 1976; id., *Strafrecht AT*, 2nd ed. 1991, § 17. その当時は、ヒルシュを人づてに知っているだけであった。
- (6) 目的主義は、目的を志向する活動としての行為の存在論的構造から、犯罪の目的論的構造を導出した。殺人の目的性は殺人行為の一部であるから、犯罪構成要件による殺人行為の記述には、殺人の目的性、換言すれば、殺人の故意も含まれる。かくして、故意は、それが伝統的に位置づけられていた責任論から、構成要件論にシフトしたのである。この結論は、他の理由(そのうちのいくつかは、単に教訓的なものでしかない。)にもよるが、今日のドイツにおいて一般に受け入れられている。
- (7) 論文の形式で公表されたのが、Greco, *Das Subjektive an der objektive Zurechnung: Zum „Problem“ des Sonderwissens*, *ZStW* 117 (2005), 519である。

を宣言する理論たりうるのか⁽⁸⁾。また、この理論がどうすれば、行為者が知っていること、つまり、明らかに主観的な要素を同時に考慮できるのだろうか、という点がそれである。特に、ヤコブスが作問した生物学生の事例⁽⁹⁾には、苦勞させられた。これは、当該学生がウェ이터として副業をしている最中、給仕したサラダに入っていたキノコが毒キノコであると気づいたが、ウェ이터としての役割を超える知識、すなわち、キノコに関する特別知識を無視して、情を知らない客にそのサラダを提供した、という事例である。ヤコブスは、次のように結論づける。この事例の生物学生は、客を殺害したのではなく、せいぜい、その客を救命できなかつただけである。真正の客観的帰属とは、客観性、つまり客観的・社会的役割が決定的だと評価するものでなければならぬだろう。それは、われわれの事例ではウェ이터の役割であるが、この役割には、一般に生物学の特別知識は含まれない、と。

この問題に対する私の「解決策」は、本稿の文脈ではそれほど重要ではない⁽¹⁰⁾。重要なのはむしろ、ロクシンが、ミュンヘンのアードルベルト通り (Adalbertstraße) にある彼のお気に入りのピザ屋「バイマリオ」(Bei Mario) で私と交わした、ある会話である。ロクシンに、解決策を差別化するためのアイデアがあると言うと、それに対し彼は、自分はいつも、裁判所が判断しなければならない事例をよく見て、それらの事例が互いにどのように違うのかを自問している、と答えた。つまりどういうことなのか、当時は理解できなかった。私の「問題」に関しては判例が何もなかったため、なおさらそう感じた。せいぜい、表面的には中立的な行為が幫助 (中立的幫助 [*neutrale Beihilfe*]) になりうるかどうかについて議論があるくらいで、この議論は別のセクションのもと、別の論拠で扱われていた⁽¹¹⁾。

決して物忘れをしないロクシンでも、この短いセンテンスはおそらく覚えて

(8) Roxin, Die Lehre von der objektiven Zurechnung, in : Chengchi Law Review 50 (May 1994), 219 et seq. (229 et seq.).

(9) Jakobs, Tätervorstellung und objektive Zurechnung, GS Arm. Kaufmann, 1989, pp. 271 et seq. (273, 286).

(10) この問題は、Roxin/Greco, AT I, § 11 mn. 57ではじめて、(暫定的に、ではあるが?) 満足のいく形で解決された。

(11) 今日の視点からこの議論を扱うものとして、Schünemann/Greco, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 13th ed. 2020-21, § 27 mn. 17 et seq. がある。2004年には、ポルトガル語の短いモノグラフ (Greco, Cumplicidade através de ações neutras, Rio de Janeiro et al., 2004) を執筆した。

いないだろう。なぜなら、このセンテンスは、彼にとって自明のことを述べたものにすぎないからである。すべてのこと——ドイツ刑法学の全貌、ひいては、優れた刑法学を構成するものは何か、との構想——が、頭の中で動き始めた。それまで気が付かなかった沢山のこと、例えば、刑法の、時代を超越する問題を扱う偉大な論考は、非常に話題となった出来事、特にドイツ連邦裁判所の判決をベースとしていることが往々にしてある、ということが見え始めたのである⁽¹²⁾。私も次第に、これまでロマンス諸語に翻訳されたことのない、これらの判決を読むようになった。そうして、熱心なドイツの法学部生が皆、私のヒーローであるフォイエルバッハ、ビンディング、ヴェルツェルらに精通しているわけではないが、彼らは、構造化・差別化された、事例ベースの議論をしていることに気づかされた。さらに、私の最大のロールモデルであるロクシンの教科書でさえ、責任・法益・客観的帰属、3段階または2段階の犯罪構造 (*drei- oder zweistufiger Verbrechenaufbau*)、同意の犯罪論上の位置づけ⁽¹³⁾に関する記述があるばかりではなく、ライヒ裁判所 (*Reichsgericht*) の時代にさかのぼるドイツ判例全体のことを考え、これを記述に取り入れていた、ということにも気づかされた。ドイツ法は、理論と実務、ビッグネームと無名の人々との見事なコラボレーションの上に成り立っていること、ドイツの天才は理論家であり、実務家は別のどこかで見つかる可能性の方が高い、とのステレオタイプは、戯画 (*caricature*) だということに気づいたのである。

したがって、ドイツ刑法が少数の偉大な思想家の間での一連の個人的な争いに尽きる、という——海外に流布しているだけではない——考え方ほど間違っただけのものはない。「海外だけではない」旨を強調する理由は、この点の認識の誤りが、地理的距離だけでなく時間的な隔たりにも関係していると思われるからである。われわれドイツでも、19世紀初頭の刑法は、ファイエルバッハとグロールマンの対決を経て、フォイエルバッハとクラインの対決へとサイズダウンしていく傾向にある⁽¹⁴⁾。また、20世紀初頭も、ビンディングとリストの対決(刑法の古典学派と近代学派の対決)、戦後期はメツガーとヴェルツェルの対決

(12) 特に、Greco, *Dos formas de hacer dogmatica jurídico-penal*, translated by H.Bouvier, in : *Discusiones* 8 (2008), 177参照。

(13) これは、初めてこの本を読んだときに、まず真っ先に関心を抱いた(ほとんどこれにしか関心を抱かなかった?) 問題である。

(14) これに批判的なものとして、すでに、Greco, *Lebendiges* (fn. 2), p. 25をご覧頂きたい。

へとサイズダウンしていく傾向にある。これらの図式に一貫して欠けているのは、その当時頻繁に引用されていたはずの「支配的見解」(*herrschende Meinung*)の名称とそれを提唱する人々の顔、そして特に海外では、判例である。例えば、メツガーやヴェルツェルによる重要な業績は、スペイン語に翻訳されている。他方、19頁に及ぶ長い判決 BGHSt 2, 190 (裁判所の判決文にしてはかなり長い、学術的業績と比較すると短い。)は、責任論と錯誤論 (*Schuld- und Irrtumsdogmatik*)の発展において重要な役割を果たしたにもかかわらず、管見の限り、どのロマンス諸語にもまだ翻訳されていない。

Ⅲ. 例証：攻撃的緊急避難の正当化の基礎と限界——あるいは、内側からみたドイツ刑法の論文

1. 冒頭で予告した通り、自分自身のことと併せて、ドイツ刑法学界の外部と内部の視点のギャップについて述べる。つまりここからは、よりいっそう個人的なことを語っていきたい。省察のいくつかに命が吹き込まれるまでの思考プロセスを詳らかにしようとする中で、「方法」についてお話ししよう。ただし、当然の理由から、自分自身の頭の中で展開するプロセスに頼らざるをえない。

2008年、博士論文を完成させたときも⁽¹⁵⁾、ロクシンは、評価の際、私が判例をほとんど引用しなかったことに批判的に言及した。今後は、同じ轍を踏まないようにしたいところである⁽¹⁶⁾。ロクシンは、ラートブルフを参照しながら、このように、現実と学術的省察が相互に接続し、作用するさまを、「理念が素材によって規定されること」(*Stoffbestimmtheit der Idee*)と呼んでいる⁽¹⁷⁾。ロクシンの要求は、「事物の抵抗」(*Widerstand der Sache*)⁽¹⁸⁾を追い求める理論的努力であったが、実のところこの努力は、アングロ・サクソンの世界で、

(15) Greco, *Lebendiges* (fn. 2).

(16) 私の教授資格請求論文 (*Strafprozesstheorie* [fn. 2])は、このような意味での一つの試みであった。しかし、レビュアーの反応を考慮すると(控えめだったのが Wohlers, GA 2016, 579であり、非常に批判的だったのが Stuckenberg, ZIS 2017, 445である)、成功したとは言いきれないであろう。

(17) Roxin, *Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts*, GS Radbruch, 1968, pp. 260 et seq.

(18) Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10th ed. 2020, pp. 536 et seq.

「反照的均衡」(reflective equilibrium)として知られているもの以外の何物でもない⁽¹⁹⁾。このような「事物の抵抗」・「反照的均衡」により、ロクシンは、法の豊かさや広がり、大いに愛すべきだがシンプルな公式や概念に落とし込もうとする試みを、いずれも明確に否定している。比喩的にいえば、GPSナビゲーションシステムを使用する旅行者は、より早く目的地に到着できるかもしれない。しかしながら、旅行を始める前に目的地がどこになるのかを知っていることが、早く目的地に到着することのできる条件である。これが、学者と旅行者の違いである。隠喩抜きでいうと、演繹だけでは不十分である。あらゆる演繹は、現実世界の事案でテストされなければならない。このようにして、その事案がまさに「抵抗」を受けることにより、その演繹が誤りだったり不完全だったりするのかどうか、また、どの程度誤りだったり不完全だったりするのかを示唆するものとなる。学者の往復する視線⁽²⁰⁾は、上から下へと移動するだけでなく、下から上へと、そして何よりも、横方向へと移動するものでなければならない。

2. 現在取り組んでいること、つまり、正当化的緊急避難 (*rechtfertigender Notstand*) (ドイツ刑法34条)に関する(未完の)論文を用いて、このことを例証してみよう。まもなく完成するこの論文には必ずしも掲載されないであろう、いくつかの考え方を読者と共有してみたい。正当化的緊急避難は、その危険の創出と無関係の当事者の法益を犠牲にして、危険源の排除を認めるものである。このような、一見何気ないセンテンスでさえ、ある特定の(すでに前提とされている)視点からしか理解できない挑戦を体現している。すなわち、彼または彼女自身の権利主体としての個人の地位と真摯に向き合う、という視点がこれである。いかにすれば、これは合法となりうるのか。無辜の個人は、他の者が、単に運が悪かったという事実とどのように関係するのか。この前提

(19) Rawls, *A Theory of Justice*, Revised Edition, 1999, p. 18. これらがパラレルであることは、Greco, *Methode, Stil, Person: Claus Roxin zum 85. Geburtstag*, ZIS 2016, 416 (418); なお、Rotsch [ed.], *Zehn Jahre ZIS - Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2018, pp. 1233 et seq. にも所収)で初めて描かれた。

(20) 今では有名となった、Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3rd ed. 1963, pp. 13, 15の比喩による。この点については、Pavčnik, *Das „Hin- und Herwandern des Blickes“ (Über die Natur der Gesetzesanwendung)*, in: Liu/Neumann (ed.), *Gerechtigkeit - Theorie und Praxis. Justice - Theory and Practice*, 2011, pp. 157 et seq.

は、私個人にとり、法道徳だけでなく実証主義的な法解釈学の観点からも、すなわち、不可侵であり、かつ譲渡不可能な人権（ドイツ基本法 1 条 2 項）と人間の尊厳（ドイツ基本法 1 条 1 項）に対するドイツ憲法のコミットメントを通じて、つまり、われわれの非常に演繹的な出発点となる公理を通じて、説得的なものとなる。

解釈を探究するということは、ドイツ刑法 34 条が存在する、という単純な「事実」とどまらない。この事実はさらに、消防士 A が C 所有の建物での消火活動のため、隣人 B から水を奪取した場合、A という人物を窃盗で処罰したくない、との考慮と関連する。加えてこれは、B の財産利用を容認する義務を同人に課すとの事実、つまり、消防士 A を不処罰とするだけでなく、A の行動を正当化する、との事実にも関連する。この思考パターンは帰納的なもの、つまり、下から上へと向かうものである。しかしながら、トップダウンで考えると、B は C の問題とほとんど無関係だ、という点が考慮されなければならない。これによると、法が A・C・建物に有利で、B とその水に不利な判断を下す理由を、B に説明する義務がある。

この問題に対する様々な回答を見直すつもりはない。緊急避難のことを真剣に考え始める以前から、私は、次のように主張していた。すなわち、「公益への抵抗」とでも呼ぶことのできる、ある種の権利が存在する。そして、この種の「公益への抵抗」権は、その担い手が何らかの形で権利放棄に参加すること、いわば権利を喪失するという条件を満たして初めて、担い手から放棄されるのだ、と⁽²¹⁾。今では忘れ去られた伝統は、生得的権利（innate right）と呼ばれる、人が人であることだけを理由に与えられる権利が重要だ、と訴えていた。この生得的権利は、ある特定の歴史的出来事、いわゆる権原に基づく権利（これは、後に得られた権利（acquired right）と呼ばれる。）と対比される。第 1 の、生得的権利のグループには、あらゆる生命・身体の統合性・（移動の）自由が、第 2 の、後に得られた権利のグループには、財産・資産がそれぞれ含まれる。ここから私は、再び演繹の形で、次のような確信を得た。すなわち、緊急避難は、他人の権利をその人が参加していないのに剥奪すること（すなわち、いわゆる攻撃的緊急避難の構造）を体現している限りでのみ、後に得られた権利に介入すべきである、と。緊急避難に関するこの論文は、予備調査の結果、導出したこの大胆なテーゼを検証しようとするものであった。そ

(21) 特に、Greco, Strafprozesstheorie (fn. 2), pp. 652 et seq.

してこのテーゼは、レイテの非常に啓発的な博士論文で初めて確証された⁽²²⁾。

3. そこで、これまでの演繹から導かれないいくつかの前提条件を満たし、洗練させることで、このテーゼを「上へと」強化するだけでなく、特に、このテーゼが「事物の抵抗」に耐えられるかどうかを検証する必要がある。私は、人命救助のためであっても、軽傷害を負わせることはできないと書いたが、本当にそうだったのか。もしAが、消火を妨害するBを押しつけて、Bが傷害を負った場合、Aは刑事訴追されるのか。Bは、これに対して正当防衛権を有するのか。また、約2年近くにわたり、夫婦のベッド横に夜な夜な現れる盗撮犯の8回目の訪問を待たなければならず、その盗撮犯に対し、被害者らは、犯人が家から逃走した時点でしか対抗できないのか。すなわち、「現在の〔…〕侵害」が存在しないため、正当防衛（ドイツ刑法32条）がもはや許されない状況（BGH NJW 1979, 2053⁽²³⁾）なのか。

当初は、重傷害を負わせることだけにテーゼ全体の射程を限定する、というアイデアもあった。しかしながら、私はこのアイデアを採用しないことに決めた。この、重傷害という基準が曖昧だからだ、というわけではなく（必要とあれば、ドイツ刑法226条に言及することもできた⁽²⁴⁾）、むしろ、上からの

(22) Leite, *Notstand und Strafe*, 2019.

(23) 正当防衛に関する規定（ドイツ刑法32条）の意味での「現在の」（*gegenwärtig*）は、一般的かつ正確に言えば、緊急避難に関する規定（ドイツ刑法34条、35条）の文脈では、「現在の」という同じドイツ語よりも狭く理解されている。特に、いわゆる継続的危険（*Dauergefahr*）、すなわち、それほど遠くない将来、損害に転化するおそれがあるだけだが、現在すでに早急な予防策が必要だという状況は、緊急避難状況としては認められるが、正当防衛状況とは認められない（Roxin/Greco, AT I, § 15 mn. 27, § 16 mn. 21, § 22 mn. 17）。それゆえ、裁判所は、上記の事案で正当防衛を適用せず、継続的危険があることを理由に、ドイツ刑法35条の免責的緊急避難（*entschuldigender Notstand*）を適用した。もちろん、35条の規定は、特定の法益に対する危険、すなわち、「生命、身体又は自由」に対して危険があるという事案にのみ適用される。連邦通常裁判所（BGH）は、自由に対する危険という表現を用いているが、ドイツ刑法35条の文脈では、自由が主として移動の自由と理解されていること、また、そのように理解されねばならないことを見落としている（多くの文献に代えて、Roxin/Greco, AT I, § 22 mn. 28 seq.）。したがって、行為者が依然不可罰だとすれば、その解決は、正当化的緊急避難によるものでなければならない。

(24) 本条は、特に重い結果をもたらす傷害の加重形式（麻痺、慢性疾患、永続

考慮と同様、特に、横からの考慮のためであった。まず、上から出てきた最初の考慮は、「生得的なもの」という質志向のカテゴリーが、ありとあらゆる種類の定量化に対して基本的に無策である、というものであった。また、横から出てくる考慮として、私は、盗撮犯の臀部を貫通する銃創を、軽微なものだと分類する気概が全くないと自覚せざるをえなかった⁽²⁵⁾。そして、重病患者を救命するための強制採血に始まり、数々の架空の事例を考えなければならなかったわけだが、有力ではあるが、異論の余地なく支配的だというわけでもない見解に従えば、これらの事例で正当化を認めることなどできようはずもない⁽²⁶⁾。支配的見解は、数々の満足のいかない代用句、とりわけ、人間の尊厳に依拠している。人は自己の財産の一部を他人から借りることはあっても、自己の身体の一部を他人から借りることはない、という単純なテーゼで、私は、これらの事例を、支配的見解よりも適切に正当化することができる、と考えた。なぜなら、身体とはそもそも、人間としての地位からして、すでにその人のものだからである。そして再び上から考えると、テーゼの裏づけを発見することができた。その裏づけとは、次のようなものである。盗撮犯は、「態度による原因者」(Verhaltensstörer) (すなわち、直接的または間接的に危害や損害を生じさせる者) だと考えることができる。この点で、盗撮犯は、何ら無辜の者ではない。また、「間違った場所にいる」ため、押しのけられざるをえなかった者でさえ、ある特定の場所に立っていることに対して責任を負う可能性がある。「状態による原因者」(Zustandsstörer) (すなわち、自ら危害を生じさせたわけではないにしても、財産を所有または占有する者) と同様、どちらの法的カテゴリーも、ドイツ警察法由来のよく知られたものである、と。ある特定の状況に関しても、トラブルメーカーをその場に配置することの法的正当化は、ドイツ民法228条(攻撃的緊急避難)にすでに見いだすことができる。このことは、救援活動の障害となる者がその活動を妨害しているため、その者もはや単なる無辜の当事者ではない、という状況と関係する。したがって、そうした者の取扱いは、異なる原理・制限に服する。特に、これをもはや生得的なものにとどめる必要はない。

的に著しく外観を損なうこと等)を規定している。

(25) このことは、ドイツ刑法226条に言及するというアイディアにも反している。

(26) 正当化を支持するものとして、詳細は、Roxin/Greco, AT I, § 16 mn. 48 et seq.を見よ。

もちろん、それによって、生得的権利が本当に、そのように簡単に失われてしまうのか、を説明することが難しくなってしまった。私は、ある脚注の中で、そのことの説明が難しいことを認め、防衛的緊急避難の根拠に関する次回作の執筆を約束した。ここでは、そのような説明責任を引き受けることは、私にとり、非常に前向きなことであるように思われる、とだけ言わせてもらいたい。一方では、横方向——これが刑法での出発点である——に再び視線を向けて、上方にいる登山家が、自分を助けるために下方の登山家と自分を繋いでいるロープを切断するという、良く知られた登山家事例や⁽²⁷⁾、母親を死から救うために出産中の子ども（刑法の用語でいえば、完全に権限を有する人間）を殺害する、という事例を考えている。これらの事例は、幸いなことに、最近ではほとんどみかけなくなった⁽²⁸⁾。しかしながら、われわれの視線は、今日コロナ危機で明らかとなっているように、刑法で終始してはならない。咳払いをされるという不幸でさえ、隔離と呼ばれる14日間の自由の制限⁽²⁹⁾を正当化する意図があるのかもしれない。

4. 個人の立場を犠牲にした攻撃的緊急避難に根拠を与え、それゆえ制限しようとする当初の論文が成功するかどうかは、結局のところ、いうなれば他人によって判断されるべき事柄である。私は、学問的にほとんど深く掘り下げされていない問題である、集合的法益を犠牲にした緊急避難 (*Notstand zulasten von Kollektivrechtsgütern*) の問題に、大いに苦勞させられたことを認めよう。伝統的な考え方である優越的利益説 (*Lehre vom überwiegenden Interesse*) からみると、この問題はあまりに自明である。なぜなら、この優越的利益説の考え方は、すでに回避しえない損害を可能な限り最小化することにしか関心を向けない社会の観点から、問題を捉えているからである。緊急避難の文脈で権利を放棄せざるをえない者に根拠を与えようとする、より近代的で

(27) 広く支持されている見解は、危険共同体 (*Gefahrgemeinschaft*) という考え方を参照することで、これを正当化する。これによると、法は、自力で救うしかないものの救助を禁じてはならない。しかしこの考え方には、様々な点で問題がある（詳細は、Roxin/Greco, AT I, § 16 mn. 35 et seq.）。妥当な解決はおそらく、防衛的緊急避難の考え方によるものであろう（非常に説得的なのが、Pawlik, Der rechtfertigende Defensivnotstand, Jura 2002, 26 [30 seq.]である）。

(28) 防衛的緊急避難については、Roxin/Greco, AT I, § 16 mn. 79.

(29) 特に、ドイツ感染症予防法32条に基づいて公布される、各州の命令 (*Landesverordnung*) を通じた制限がこれである。

個人主義的な考え方によると、この問題は、あたかも存在しないかのように扱われる盲点である。とりわけ、個人的なものとの間の明確な序列を見分けることは困難である。しかしながら、個人的なものとの序列は、実定法がドイツ刑法34条の「著し〔い〕優越」によって法実務家に期待するものである。この問題は、次のような不快なジレンマを引き起こす。集合的利益が優先される場合、このことは、個性を無視する集団主義の苦い経験を思い出させる。他方で、個人が勝利するのなら、リベラルな直感に従うことになる。しかし同時に、その解決策が、平等や法的確実性といった価値を基礎に置く法と本当に調和しうものか、との疑問も生じる。

当初は、生得的なものとの後に得られたものとの区別が、この問題を解決する明快な鍵になるだろうと考えていた⁽³⁰⁾。集合的なもののために、単に後になって獲得した何かを手放すことは、権利の放棄を意味し、補償がなされるのであれば正統化されうる。しかし、人が生まれながらにして持っているものを手放すことは、この方法では正統化されえない。したがって、演繹は、次のとおり明快であった。すなわち、集合的なものと比較すれば、生得的なものが常に勝利する、と。今なお考えなければならないのは、後に得られたものだけであった。

この演繹は、最初は分かりきったことであった。特に、この演繹により、医師が患者を緊急治療するために飲酒運転をした判決や、速度違反をした判決を理解できるようになった。すなわち、これらの事案では、生得的な健康（または生命）が、集合的な交通安全よりも優先されるであろう⁽³¹⁾。疼痛治療のため薬物が使用された際、麻酔剤法（BtMG）違反があった比較的最近の事案も、この方法で解決できるかもしれない。幸いにもドイツでは、薬物の使用が法によって規制されている。管見の限り適切に機能している免許制度が破綻していたとしても、同様のことがいえる⁽³²⁾。

(30) これは、同僚のツァツィクが主宰した法哲学セミナー（2017年12月）で、これまた同僚のプッペの招待を受けて執筆した論文の中で支持した解決策でもあった。この解決策は満足のいくものではなかったため、この論文は長い間、寝かせておかなければならなかった。

(31) 例えば、OLG Celle VRS 63 (1982), 449 ; OLG Düsseldorf VRS 30 (1966), 444 ; OLG Hamm NSiZ 1996, 344. さらに、これと似た事例が、Erb, MK-StGB, 4th ed. 2020, § 34 mn. no. 173 ; Zieschang, LK-StGB, 13th ed. 2019, § 34 mn. no. 113に掲載されている。

(32) BGHSt 61, 202 (しかしながら、危険が「他に回避し得ない」もの、すな

しかし、一見すると帰納的なこの裏づけは、あまりに狭い基盤の上に成り立っていることを認めざるをえなかった。無実であるにもかかわらず有罪判決を受けた者は、刑務官に賄賂を渡してはならない。たとえそれが、公務の執行という集合的なインテグリティと衡量される生得的な自由であっても、そうである⁽³³⁾。特に、ドイツ赤軍(RAF)のテロリストに誘拐された一人の政治家が、投獄されていたテロリストの同志らの解放と「引換え」にされたペーター・ローレンツの事件は、あまりに安直な区別によってその悲劇性が損なわれ、解決が容易な一事例に墮してしまうように思われる。あたかも、「国家の処罰要求」⁽³⁴⁾や、国家の存立⁽³⁵⁾さえ盾にして、ローレンツの生命を奪うことは許されないと主張しさえすれば、その事例は解決するかの如く、である。しかしながら、この悲劇は、後に誘拐・殺害されたもう一人の人物であるハンス＝マルティン・シュライヤーに、ただちにもたらされた。すなわち、ローレンツ事件でゆすりに成功したことは、ドイツ赤軍のメンバーがその作戦を再現し、もう一度誘拐を決意する上で、確実に大きな意味を持つことになった。

IV. 結 語

結局、この問題をどのように解決したのか、というより解決したと思うのかを、現段階で明かすつもりはない。なぜなら、(多少はそうだと認めざるをえないが)緊急避難に関する拙稿の一読者として貴兄を獲得したいからだ、というより、緊急避難の方法が十分な例を用いて実証されたと思うからである。

これらの例により、刑法上の解釈学的思考が、緊急避難の事例だけでなく、その他の問題との関連でもどのように展開されているか、また、私見だけでなく、同じくドイツの刑法学界に身を置く代弁者の見解がどのように展開される

わち、麻酔剤法3条2項に基づく承認手続を経たもの、である場合)参照。また、BGH NSZ 2018, 226; OLG Braunschweig StV 2013, 708 (709)も参照。しかしながら、ドイツ刑法34条については、KG NJW 2007, 2425(「例外的にのみ」だとする)、ドイツ刑法34条、35条については、KG StV 2003, 167参照。

(33) 汚職防止法によって保護される集合的公益と仮定されるものは何であれ、そうである。Stein/Deiters, SK-StGB, 9th 2016, vor § 331 mn. 5 et seq.を見よ。

(34) BVerfGE 46, 214 (222 seq.)がこの点に言及している。

(35) R. Lange, Terrorismus kein Notstandsfall, NJW 1978, 784 (786)。

か、少しでも光明を投じることができたと思っている。また、異なる方向性を持つ論拠が複雑に絡み合うネットワークの中で、どのような思考が行われ、そして行われなければならないのかを素描できた、とも思っている。安易な公式・キャッチフレーズ・主義主張の便利さは、通常、自分自身の無邪気さや自ら招いた未熟さが残る限りで、維持されうるものでしかない。

法解釈学は法に関わる営みである。そして法とは、生ける自由であり、生ける尊重である。それゆえ、法解釈学は、生そのものよりも、ほんの少しシンプルなかだけかもしれない。法解釈学は、生に見られる混沌^{カオス}の背後に、解明されるべき秩序と根拠が往々にして隠されており、法理論家や実務家として、われわれが皆、欲すると否とにかかわりなく (*no lens volens*) 参加するこの努力にはそれだけの価値がある、と信ずるものである。

〔質疑応答〕

質問 1

① 講演者の方法論は、ロクシンの目的合理的体系とどのような関係に立つか。

② 規範論的アプローチは、講演者の方法論と矛盾しないと考えてよいか。

回答 1

① 私見の方法論は、ロクシンのように目的合理的体系を措定した上で事例を検討するものではない。私見は、当該体系に拘らず、「下から上へ」の検討と「上から下へ」の検討を同時的・双方向的に行う。

② そのように考えることは難しい。規範論的アプローチの支持者（アルミン・カウフマン、ルドルフィー、フロイント、ロスタルスキラ）は、ある問題を解決しようとする際に、自らが支持する規範論に従って、すべての問題を演繹的に解決する、との方法論を採用する。しかしこの方法論は、過度の単純化・演繹主義である。私見はこれに与しない。

質問 2

① ドイツで事例関連的に生成されたドグマーティクが、なぜ諸外国でも、ある種「普遍的な」ものとして受け入れられているのか。

② ドイツで生成された上記のドグマーティクを、日本の研究者・実務家はどのように受け止めればよいか。

回答 2

① ドイツではまだ顕在化していないが、それ以外の国で問題となってい

る事例があるとしよう。もしその事例が多くの国々で問題になっているとすれば、その事例の解決方法は、どの国でも妥当しうる「普遍的な」ものでなければならない。そうだとすると、われわれがなすべき作業は、その事例の解決方法を洗練させ、精緻化していくことである。

② 一例を挙げると、ロクシンが提唱した「組織支配」概念は、ドイツだけでなく他の国でも適用可能だと考えている。この概念は、他の国で問題となっている事案へと適用されることで、より一層洗練されていく。「この問題をどのように処理するか」との関心自体は、全世界で共通しているはずだから、事例適用の結果は、全世界に向けて発信されるべきである。これにより、日本の研究者・実務家がドイツ刑法学に寄与することも可能となる。

質問 3 ブラジル刑法典は統一的正犯体系を、ドイツ刑法典は共犯体系をそれぞれ採用している。このような刑法典の規定の相違は、「視線の往復」に影響を与えるか。また、もし与えたとすればどのような影響か。

回答 3 立法者がどのような共犯体系を採用しているか、つまり、「統一的正犯体系か共犯体系か」との問題は、視線の往復にとってさほど重要ではない。重要なのは、共犯事例をどのように処理するかを考えること、つまり「下から上へ」の考慮である。緊急避難もこれと同様である。すなわち、ブラジル刑法典は、緊急避難を1つの条文で規定しており、ドイツ刑法典のように正当化的緊急避難と免責的緊急避難を条文上区別していない。この点でブラジル法は、「上」ではなく「下」(事例)から出発して、当該事例を正当化的緊急避難として解決するか、免責的緊急避難として解決するか、に関心を向けている。このような、緊急避難の立法形式の問題もまた、「視線の往復」にさしたる影響を及ぼさない。

質問 4

① 日本の共犯規定は「共犯体系」を採用するが、これを運用上、「統一的正犯体系」に近いものと考えた場合、この運用は「事物の抵抗」が機能していない状態とみるべきか。

② 「上から」の判断はいかにして行われるか。

回答 4

① 一概に「事物の抵抗が機能していない」ということはできないが、少なくとも、「事物の抵抗」に照らして、正犯が直接実行した事実と、正犯が実行したから共犯も罪を犯した、ということは、区別して考えるべきである。ロッチュ (*Rotsch, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft*, 2009) は、大要、正犯・

共犯の区別を放棄するよう主張したが、私見では、この主張は「共犯」という名称をクローゼットの中に格納しただけで、共犯論に何の変化ももたしていない。これは、上述した「過度の単純化」であるばかりでなく、「理論の悪化」ですらある。

② 優秀な法律家は、それ自体根拠にならない様々な考慮を「上」に吸い上げた後、これを「下」(事例)へと当てはめることができる。その際に忘れてはならないのは、その判断の結論は妥当か、市民にその結論は受け入れられるか、との視点である。この点につき、ヤコブス・シューレは事例を専ら演繹的に解決しようとするが、ロクシン・シューレは、その結論が市民に受け入れられるかどうかを含めた、いわば「直観」に基づく判断も行う。

質問 5

① 正当化的緊急避難と免責的緊急避難の区別は、刑罰法規の内容にかかわらず普遍的に存在するか。

② ①を肯定する場合、違法性と責任の区別も普遍的に存在するか。

③ ①②を肯定する場合、「上から」／「下から」の論証はどうか。

回答 5

① 存在する。両者の区別は「事物の本性」を基礎とする。先述のように、ブラジル刑法典には1つの緊急避難規定しか存在しないが、実際の事案には、正当化的緊急避難として処理すべき事案と免責的緊急避難として処理すべき事案の双方がある。これらの事案の解決にあたり、裁判官は「事物の本性」に基づき、緊急避難規定を適用している。

② 存在する。

③ 2つの論証は同時的・双方向的に行われる。例えばヤコブスは、講演中で紹介した生物学生事例につき、学生に不救助罪の成立を認める。毒物の知識がその学生の社会的役割に属しない以上、その知識は法的に重要でない、というのである。しかし、この結論を支える純演繹的思考は妥当でない上、彼がいう社会的役割の内容も判然としない。私見によれば、本事例の行為者には故意故殺罪が成立する。特別知識は、許されざる危険の構成要素の一つであり、これは客観的構成要件の中で要件とされている。法益保護は、危険な行為の禁止を通じてのみ達成されうるので、行為者の知識は、行為の客観的危険性の判断に取り込まれなければならない。

質問 6 宗教的観点は、法解釈に影響を及ぼすか。

回答 6 法解釈と宗教は不即不離の関係に立つ。そのため、宗教的観点が

法解釈に影響を及ぼすことは不可避である。

〔訳者あとがき〕

本稿は、ベルリン・フンボルト大学のルイス・グレコ教授 (Prof. Dr. Luis Greco, LL.M.) が2023年4月7日に比較法研究所で行った講演原稿の翻訳に、質疑応答の概要等を加えたものである。本講演の基礎となった論文 (The method of (German) criminal law dogmatics) は、*Shin Matsuzawa/Kimmo Nuotio* (Hrsg.), *Methodology of Criminal Law Theory : Art, Politics or Science?*, Baden Baden 2021, S. 129-S. 140に掲載されている。なお、原稿の訳出にあたっては、天田がまず素訳を作成し、松澤がこれを校閲した上で、両者で協議を重ねる形で訳文を作成した。

講演会当日は多くの参加者に恵まれ、英語とドイツ語を交えて活発な議論が交わされた。ご多忙の中、講演を快くお引き受け下さったグレコ教授に、心から感謝を申し上げたい。

なお、本文中で圈点を付した箇所は、原文ではイタリック体である。また、亀甲括弧 ([]) は、読者の理解の助けとなるよう訳者が言葉を補った箇所である。

(松澤・天田記)