

紹介

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ

古稀祝賀論文集の紹介(七)

Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, 1999.

刑法読書会
松宮孝明編

目次

- ギンター・ヤコブス「客観的帰属論に関する覚え書き」
- ハロー・オットー「危険な製品の供給に対する刑法上の責任」
——以上二〇〇〇年一号
- ハインツ・シェツヒ「延命措置の限界に関する未解決の諸問題」
- フレドウン・イエニセイ「トルコの資金洗浄法について」
——以上二〇〇〇年二号
- ミヒヤエル・ケーラー「帰責の概念」
- ヴァルター・グロツプ「『義務衝突』：義務の衝突もなければ、
衝突状態にある義務もない」
——以上二〇〇〇年五号
- アルヒン・エーザー「比較法的視点における治療行為の規定につ
- いて」
- データー・レスナー「過失理論の試金石としての、スポーツに
おける不注意な行態」
——以上二〇〇一年二号
- クラウス・ロクシン「修了未遂の中止としての既遂の阻止」
- ヴイルフリート・キューパー「生命を危殆化する措置」
——以上二〇〇一年三号
- マンフレート・マイヴァルト「資金洗浄罪の構成要件における解釈
問題」
- ユルゲン・ザイアー「国選弁護人の任命取消」
——以上二〇〇一年四号

クリスチャン・キユール

「緊急権における自由と連帯——カント

実践哲学に基づく法哲学的考察——」

Kristian Kühl, Freiheit und Solidarität bei den
Notrechten : Rechtsphilosophische Überlegungen
auf der Basis der praktischen Philosophie Kants,
in : Festschr. f. H. J. Hirsch, 1999, S. 259-276.

〔紹介者はしがき〕

本論文は、「自由」及び「連帯」の概念を通して、正当化的緊急避難における当事者間の関係、即ち、避難行為者と危難を転嫁される第三者との関係について論じるものである。なお、著者のクリスチャン・キユールは、一九四三年カールスルーエで生まれ、一九九七年現職であるチュービンゲン大学の刑法、刑事訴訟法及び法哲学教授に就任している。

本論文の出発点として、「不法なものを適法にする緊急は存在しない」とするカントの命題が示される。著者によれば、そもそも緊急状態がいかにして危険状態と無関係の者の法益ないしは自由領域を侵害する権利を付与するのかというカントの提起した問題は今日の緊急避難論においても重要であって、刑

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ古稀祝賀論文集の紹介(七)(松宮)

法三四条において利益の本質的優越に際して正当化的解決を採用しそれによって無関係の者の「特別犠牲」を承認する現行法にとつてもこの問題は中核をなすとされる。

その上で、著者は、緊急避難事例における甘受義務(刑法三四条)及び困窮状態にある者を救助する作為義務(刑法三三三条c)は連帯の概念によつてもっともらしく説明されているが、連帯の概念はそこから自由による一定の義務が演繹されるような認知された法概念ではないと指摘する。そこで、緊急状態における甘受義務及び救助義務を説明する根拠が追求されなければならず、その第一歩は実践哲学においてその理由付けを探すことにあるとされる。そして、道徳哲学者の諸見解が検討されたのち、結局、何人も緊急状態に陥ることがある以上、同胞として、緊急状態にある者を助け、または、その者の介入を甘受することは人間の普遍的(道徳的)義務であるとされている。

最後に、著者は、法と道徳の差異が原則として承認されているにもかかわらず、いかにして法がこの道徳的義務を取り上げ、(刑罰)武装することが許されるかという問題は未解決のままであるとした上で、道徳上の義務から一般的に同意可能な法的義務を生じさせるためには若干の補足的条件が必要であると主張する。即ち、救助義務の場合には、無関係の者の自由が必要

一四六七(一一三)

以上に請求されないこと、甘受義務の場合には、介入財に対する保全財の本質的優越が必要とされると述べられている。

以上のように、本論文は、従来、十分には説明されてこなかった連帯の概念を実践哲学から裏付けようとする意欲の作である。「不法なものを適法にする緊急は存在しえない」とするカントの命題には紹介者も少なからず共感するところがあり、本論文の出発点はきわめて正当に思われる。しかしながら、道徳的義務から法的義務を導出する著者の論証には問題がある。というのもなぜ上述の補足的条件があれば法的義務になりうるのか十分な説明がないばかりか、安易に現行法の規定から結論を先取りした感が否めないからである。その上、これでは、著者自らもその出発点とした、緊急避難の正当化的解決を断固として否定するカントの命題の趣旨が十分に汲み取られているとはいえないであらう。

わが国でも、緊急避難における甘受義務の根拠については、緊急避難の法的性質について議論が錯綜していることと相俟って、一致した見解を見ない。とりわけ、わが国の通説のように緊急避難の法的性質について違法阻却一元説に立つ場合、生命对生命の衝突に際しても甘受義務が生じることになるが、甘受義務を広く認めるこの立場からも説得的な論拠は未だ展開され

ていないといわざるをえない(防衛的緊急避難による解決は、それが適法行為への對抗手段である限り支持しえない)。ちなみに、紹介者は、緊急避難を基本的に可罰的違法阻却事由と捉え、緊急避難における甘受義務は原則として否定されるべきであると考えている。いずれにせよ、本論文は、緊急避難における甘受義務について考える際の格好の素材を提供するものであり、緊急避難の法的性質でいかなる立場を取ることも、大いに検討を要する文献であることに変わりはない。

以下、本論文の要約である。

* * * * *

I

法 (Recht) 及び倫理 / 道徳 (Ethik/Moral) の根本概念は、「自由 (Freiheit)」及び「連帯 (Solidarität)」の概念でもって論じられる。法は、本質的に自由の外的関係を規定することと関連している。カント (Immanuel Kant) が一七九七年に人倫の形而上学の法論において定立した、「汝の意思の自由な行使が普遍的法則に従って何人の自由とも両立しうるような仕方での外的に行動せよ」という普遍的法命題は、依然として新味を失っていない。普遍的法則上制限される外的自由は、法の根本

原理である。

連帯は、隣人愛 (Nächstenliebe) という概念の下では、倫理／道徳の中心的な根本価値であるが、法の領域においては、副次的役割を果たすにすぎない。例えば、労働法、社会福祉法、社会保険法、国際法、国際刑法、憲法など、法の領域において連帯の概念が頻繁に登場するが、この概念から精確な結論が演繹されることはほとんどなく、この概念から法的効果が導出される場合でもその法的効果には争いがある。それ故、これらのことからすでに、精確な内容及びさまざまな法領域に適用可能な具體的法的効果を伴った連帯という普遍的な法概念は連邦共和国の法体系には存在しないということが明らかになる。

II

1・正当防衛 (Notwehr) は全くもって自由の維持に向けられる。カントの自由主義的法哲学において、正当防衛は、法論に属す事例で、しかも正当化事由と見なされる。カントは、人倫の形而上学の法論で、「緊急権」との限界づけにおいて正当防衛を扱い、正当防衛行為は、「緊急権」に基づく行為のように「処罰されない (unstrafbar: impunitus)」と「ただでなく、非の打ち所がない (unsträflich: inculpabilis)」ものでなければならぬ。

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ古稀祝賀論文集の紹介(七)(松宮)

はならないとする。つまり、正当防衛行為は、免責事由または刑罰阻却事由の場合のように処罰されない行為であるのみならず、適法な行為である。

ヴェルカー (Carl Theodor Welcker) (1841) のいうように、正当防衛権は個人の自由を保護するための権利で、普遍的な原則と両立する権利として理解される。即ち、被攻撃者の法的に保護された自由領域が有効に保障されつづるが故に(そしてその限りで)、攻撃者の法益への介入は正当なのである。

他方、連帯の概念は、いわゆる「正当防衛の社会倫理的制限 (sozialethische Notwehreinshränkung)」が問題となるような特殊な限界事例を除けば、現行の正当防衛権を検討する際に用いられることはほとんどない。

2・連帯の概念は、正当防衛権よりも、刑法三四条に基づく正当化的緊急避難の領域において頻繁に用いられる。緊急避難の典型事例においては、緊急状態の克服のために、正当防衛の場合のように攻撃者の法益だけでなく、無関係な第三者の法益が請求される。そこで、緊急避難行為者の正当化に対応するのは、避難行為が向けられる者の甘受義務 (Duldungspflicht) である。その際、連帯は、有益性 (Utilitar) (社会的有益性

一四六九 (一一五)

(Sozialnützlichkeit) または「優越的利益 (Mehr-Nutzen-als-Schaden)」(原理) の競合において、第三者の法益の請求ないしは甘受義務を基礎づけうる概念として現れる。

カラス (Wilhelm Gallas) やキューパー (Wilfried Küper) が述べているように、市民間の関係においてこのような切実な法的効果を伴う連帯が批判されうるということは、第三者ないしは当事者の観点からすれば至極当然である。

カントは「衡平」と「緊急権」を「曖昧な法 / 権利 (zweideutige Rechte)」として「人倫の形而上学」の「本来の法論」から除外する。彼が「緊急権 (Ius necessitatis)」の章で扱うのは、自己の生命喪失の危険において、自己を何ら害していない他者の生命を奪うことではか自らを救うことができない事例、具体的には、「カルネアデスの板 (Brett des Carneades)」の事例である。

この場合の殺人の権能は、カントによれば、法論の自己矛盾を含んでいるとされる。とつのも、不法 (unrech) なものを適法 (gesetzmäßig) にする緊急 (Not) は存在しえないからである。従って、緊急避難行為が向けられる者の権利領域及び自由領域への干渉 (Übergriff) は、「緊急」においても不法のままといつこととなる。

少なくとも、生命と生命の衝突についてこのことは明瞭であるが、その理由づけに従えば、価値の高い法益が価値の低い法益と衝突する場合にも同様のことが妥当する。なぜなら、ここでも、いかにして緊急は不法なものを適法にしうるのかという問題が残っているからである。

緊急は不法からいかなる法も創造しえないとするカントの論拠は、一九世紀の自然法において一貫して重要な役割を果たした。もっとも、ヘーゲル (Georg Wilhelm Friedrich Hegel) によって主張された有力な反対説、即ち、生命と所有権が衝突する事例においてより高い価値が維持された場合に緊急避難の客観的正当化効果を支持し、それによって同時に、緊急権を倫理 / 道徳から法へと連れ戻す見解もまた一九世紀の刑法学に大きな影響を与えた。

より高い価値が維持された場合の緊急避難の正当化効果についてヘーゲルの理由づけがどの程度まで支持力を持っているかは、功利主義的考察同様、未解決のままではなければならない。これに対して、ここでは、そもそも緊急状態がいかにして危険状態と無関係の者の法益ひいては自由領域を侵害する権利を付与するのかという、カントによって断固として否定された問題に固執すべきである。このことは、とりわけキューパーが再

三強調したように、「あらゆる緊急避難論の中核問題であり、今日支配的な緊急避難論にとつても中核問題である」。さらに刑法三四条において利益の本質的優越に際して正当化的解決を採用し、それによつて無関係の者の「特別犠牲 (Sonderopfer)」を承認する現行法にとつてもこの問題は中核をなすのである。

3・刑法三四条【正当化的緊急避難】の意味における危険状態と刑法三三三条【救助の不履行】の意味における危険状態とは必ずしも同一ではないとしても、双方の規定によつて捕捉されるような緊急事例について、これらは万人にとつて、即ち、無関係の第三者にとつて義務を生じさせるといふことができる。その際、刑法三三三条の作為義務も刑法三四条の甘受義務も、万人に期待される連帯を参照することによつてもっともらしく説明される。連帯の概念がそこから自由に一定の義務が演繹されるような認知された法概念である場合にのみ、これは十分な説明といえよう。

しかしそれは実情とは異なる以上、緊急状態における救助義務及び甘受義務を説明する根拠が追求されなければならない。その第一歩は、実践哲学（道徳哲学及び法哲学）において理由

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ古稀祝賀論文集の紹介（七）（松宮）

づけを探すことであろう。緊急避難事例における甘受義務の場合、実践哲学においてその理由づけに遭遇することはない。他方、困窮状態にある者に対する救助義務の理由づけにとつては豊富な手がかりが存在する。この手がかりは、それが行為の普遍化または格率の一般化の基準を顧慮する限りにおいてここで取り上げられるべきである。その前提として、まず、カントの論証の基礎が探求されなければならない。

III

1・カントの定言的命令 (kategorischer Imperativ) はヘーゲル以来再三批判されてきたが、「人倫の形而上学の基礎づけ」において第四の例として論じられた、いわゆる「実践的エゴイスト (praktische Egoisten)」の事例をあらためて考察しようとする多数の試みが今日なお存在する。

(a) カント自身、所与の可能性にもかかわらず緊急状態にある他者を助けなさいというこの利己主義者の格率を普遍的自然法則として容認している。それは、そのような「志向」にもかかわらず、人類は十分存在しうるからである。しかし、この原理が（自然）法則としてあらゆる場合に妥当することを意欲するのは不可能であるとされる。「なぜなら、意思が仮にそついつ決

心をするとすれば、意思は自己自身に反対することになる。即ち、彼が他人の愛と同情とを必要とする場合がいくらも生じうるであろうが、そういう場合、彼は、彼の意思によって生じたような自然法則によって、自分の望む援助のあらゆる希望を自分から奪うことになるからである」と。

「自利的格率自体、それが普遍的法則とされれば、自己矛盾に陥る」。カントは、格率のこのような義務違反性から、「困窮者に対して慈善を尽くす」という公利的格率は人間の普遍的義務である」ということが明らかになるとする。「困窮者は、同胞として、言い換えれば、同じ居住地に、相互に助け合うように、自然によって結び合わされた、困苦せる理性的存在者と見なされなければならないのである」と。

(b) 定言的命令によって規定された手続を通して緊急事例における救助義務を基礎づけようとする試みが近時多く見受けられる。ここでは、ヘンリッヒ (Dieter Henrich) (1963) のみを取り上げることにする。ヘンリッヒは、「自己の利益にならない場合に他人に対するあらゆる援助を拒絶する者」について、その者の意思において「矛盾」が露呈されつつあるとしている。

即ち、我々自身の幸福は他人の援助に依存しうるといふ、万人に到達可能な世間知を付け加えるならば、自己が援助するの

を拒否するといふことは、「それが万人の目的であるとすれば自分自身におけるその実現を挫折させてしまう」ような目的の追求を意味することになる。このことは、「その格率が常に理性的形式 (厳密な普遍性: strenge Allgemeinheit) を満たす、理性的意思の意図する」ようにありえないとされる。

(c) ヘッフェ (Otfried Höffe) (1981) は、「同胞に対する義務 (Verbindlichkeiten gegenüber den Mitmenschen)」という上位概念の「親切 (Hilfsbereitschaft)」、同情 (Mitleid) 及び連帯 (Solidarität) の概念について論じている。普遍的な人道的救助義務 (allgemeine menschliche Hilfspflicht) を理由づけるために、ヘッフェは、全ての人間はいつか危険に陥ることがあるという経験に立ち戻る。「一方で、何人も苦境に陥ることがあり、他方で、実践的な理性的存在としての人間は他者の苦境を認識しその除去をもたらしめるのであるから、自己の能力に応じて困窮者を救助することは人間の普遍的規範 (根本価値) である」と。

この救助給付規範に対応する人的な根本態度 (persönliche Grundhaltung) をヘッフェは「親切」と呼ぶ。親切の基礎は、「同情」であり、「同胞の痛み (Verletzbarkeit) に対する感受性 (Sensibilität) 及び同胞の困窮に対する共感である」と

される。結局、連帯の根本価値は、ヘッフェによれば、「自分が同胞とともに集団なり階級なり、さらには人類全体に所属しているという感情、及び、この所属感から自己の作為及び不作為を決定する態勢を指示している」ということになる。

2・パツィヒ (Günther Patzig) (1983) によれば、カントは道徳的規格化の中核思想を正当に把握し、その中核思想を典型例である誠実性の戒律 (Wahrhaftigkeitsgebot) の場合に組み入れたとされる。即ち、効果的な嘘は聞き手の信頼を前提とするが、あらゆる嘘はこの信頼を揺り崩すことになり、それ故に道徳上許容されない。ここで有効な道徳的観点を、パツィヒは「公正 (Fairness)」と呼ぶ。つまり、何人も自己のために、自己が調達する用意のない態度規律 (Verhaltensdisziplin) を他人に期待する権利は要求しえないということである。このような公正の原理は、「第一段階の普遍化可能性の考察」を含むとされる。

しかし、健常者、聡明な者、熟練者として、何人も（いかなる状態であれ）自分自身の面倒を見るべきであるという態度規定を受け入れる者に対してはいかなる救助要求も生じないことから、パツィヒは、公正は道徳的規格化の基礎としては不十分

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ古稀祝賀論文集の紹介(七)(松宮)

であるとしている。

道徳的理由づけは、パツィヒによれば、普遍化の第二段階においてはじめて明らかになるとされる。ここでは、態度規定の選択に際して、我々のアイデンティティのみならず、我々の生活状況、社会において価値の認められた才能、肉体的な素質及び資産状態が度外視されなければならない、これらの差異の度外視がはじめて、同様に理性的原理である「連帯」の原理を生み出すとされる。なぜなら、あらゆる給付能力者は少なくとも第一次的欲求が充足されつる限りで悪しき境遇にある社会構成員を助けなければならぬということが前提とされる場合にのみ、社会の諸原則に対する万人の同意が期待されるからである。

3・ハーバース (Jürgen Habermas) (1986) は、いわゆる討議倫理学 (Diskursethik) でもって、道徳的原理である「正義 (Gerechtigkeit)」と「連帯 (Solidarität)」が一貫した必然的に一体をなす原理であることを証明しようとした。

彼は、個人主義的な平等取り扱い (individuelle Gleichbehandlung) の意味における正義と、隣人 (Nächste) の幸福のための配慮と並んで普遍的幸福に対する関心 (Interesse für das allgemeine Wohl) も含むべき連帯との結合に際して、以

一四七三 (一一九)

下の「実用主義的な根本理解 (pragmatische Grundensicht)」から出発する。即ち、「道徳的な保護装置 (moralische Schutzvorrichtungen) は承認関係の生活必需的な叢 (Geflecht) を保障することなくしては個々人の不可侵性を保障しえず、個人はその承認関係において自己の壊れやすい不可侵性を相互的にのみ、そして同時に自己の集団の不可侵性とともに安定させることができる」と。「連帯」原理は、ハーバースによれば、「万人は仲間として、共有する生の連関の不可侵性と同じように関心を持たなければならないのであるから、ある者は他者に対して責任を負わ (einsehen) なければならない」という経験に根ざしているとされる。

ハーバースは、討議倫理学の特別な給付を、それが正義及び連帯の観念のような普遍主義的の概念内容を「総じて論証の普遍的な前提から導き出す」点に見出す。討議によつてはじめて、「個々人を万人とあらかじめ結びつける社会的紐帯を引き裂くことなく、個々人の関心 (Interessen) を活性化させるような妥当な意思形成」が可能になるとされる。まさに「理想的コミュニケーション共同体」からもまた「解約できない連帯の意識 (Bewußtsein unkinnderbarer Solidarität)」が生じるといふことである。かくして、討議倫理学は、「個人主義的の片面

化 (individualistische Vereinseitigung) に対抗し、正義の裏面としての連帯を強調する」ことによつて、正義の現代的概念を汲み尽くすのである。

IV

上述のように、緊急事例における連帯的救助義務が道徳的に拘束する規範として原則的に承認されるという点では道徳哲学者らは一致している。しかしながら、法と道徳の差異が原則として承認されているにもかかわらず、何故、法がこの道徳上の義務を取り上げ、(刑罰) 武装することが許されるかという問題はなお未解決のままである。確かに、道徳上の救助義務から一般的に同意可能な法的義務を生じさせるためには、若干の補足的条件が必要である。救助の法的義務に向けられるあらゆる補足的な要求は、目標に関しては、外部的自由に法の根本概念としての位置を確保するということにある。危険に陥つた者に対する自由の制約は、その際、無関係の者の自由が必要以上に請求されることなく、解消されなければならない。

最終的に、救助義務を理由づけるための道徳哲学的論証がここで緊急避難事例における甘受義務の理由づけに転用される。連帯的救助義務の道徳的理由づけに際して提示された諸論拠は、

私見によれば、「ますますもって (erst recht)」、緊急避難状況における甘受義務によって要求される連带的犠牲に妥当する。

道徳的救助義務の場合と同様、道徳的甘受義務の場合にも、甘受義務から一般的に同意可能な法的義務が生じるのに先立って、補足的な制限的条件が付け加わる。重要な補足的要求は、介入財に対する保全財の本質的優越 (wesentliches Überwiegen) である。従って、カントが生命と生命の衝突において正当化を否定し、ヘーゲルが生命と物の所有権の衝突において正当化を肯定するのはいずれも正しいのである。外部的自由が正当化的緊急避難の解決においてより一層の保護を必要とするか否かは (例えば、強制採血 (erzwungene Blutspende) 事例) ちがなる証明を必要とする。

(井上宜裕)

エレン・シュリュヒター

「結果犯における故意の原因において

自由な行為について」

Ellen Schüchter, Zur vorsätzlichen actio libera in causa bei Erfolgsdelikten, FS Hirsch, S. 345ff.

本論文は、原因において自由な行為(以下 a.l.i.c. と略記する)に関する構成要件モデルの立場から、最近のドイツにおける判例・学説の展開をふまえ、故意犯の結果犯に関しては依然として同モデルが妥当であることを論証しようとするものである。シュリュヒターの基本的立場は、不法と責任の同時存在は現行法上放棄できないとすることを前提として、問責対象となる行為は結果に対して因果的であるだけでは足りず、刑法二二条の意味で構成要件実現を直接的に開始したものでなければならぬと定めるものである。シュリュヒターは a.l.i.c. の事例を直接正犯として位置づけながらも、行為媒介があるという a.l.i.c. の特殊性にも配慮して未遂開始基準の一般化・明確化に努め、行為者の表象によれば直後の行動が構成要件該当行為・法益危殆化であり、その間に本質的な中間行動がなければ

未遂の開始が認められるとした上で、責任無能力状態での行動は本質的なならざる中間行動ではないから、故意の自己酩酊には未遂の開始が認められるとする。その上で、シユリユヒターは、飲酒して行為能力を失っても殺人未遂になるのは妥当でないとする批判を認め、刑法二三条三項の不能犯規定の類推適用による解決を提案している。

このように、本論文は、構成要件モデルの立場から原因行為時に未遂の開始が認められるべきことを説得的に示すものであり、また、原因行為時に未遂を認めるべきでない事例の解決策を幾つか比較検討している箇所は、目新しい着想に基づくものであり、わが国における議論の手がかりになりうるものと思われる。

なお、シユリユヒターは、一九三八年生まれで、ケルン大学、ビュルツブルク大学、ポツダム大学の教授を歴任したが、二〇〇〇年八月二二日に逝去された。教授資格論文である「刑法における規範的構成要件要素の錯誤」など著書・論文は多数に上る。

それでは、以下に、本論文の内容を紹介する。章・節の表題は、紹介者が適宜付したものである。

(参照条文)

・一六条一項…行為実行の際に、法律の構成要件に属する事情を知らなかった者は、故意なく行為したものである。(以下略)

・二〇条…行為実行の際に、病的な精神障害、根深い意識障害、精神薄弱、その他の重大な精神的変性により、行為の不法を認識し、あるいは、この認識に従って行動する能力がない者は、責任なく行為したものである。

・二二条…犯罪行為に着手したのは、彼の行為に関する表象によれば、構成要件実現を直接的に開始した者である。

・二三条三項…行為者が、ひどい無思慮から、それに対しあるいはそれを手段として所為が実行されるべき対象の性質上、およそ未遂が既遂に至り得ないことを見誤った場合には、裁判所は刑を免除しあるいは裁量により減輕することができる。

・二五条一項…正犯として処罰されるのは、犯罪行為を自身であるいは他者を通じて実行した者である。

I ドイツにおける最近の議論状況

a. l. i. c. を放棄すべきかはなお未決着のよつである。ザルガー・ムツパウアーが「違法な法形象」を立法者が除くことを求め、B G H 第四（交通）刑事部が、一九九六年八月二日判決で、a. l. i. c. は道路交通危殆化や無免許運転といった、態度と結びつけられた構成要件には適用できないとしたことにより、一方では弔辞が始まった。

他方、それ以後も、a. l. i. c. の存続を支持する見解は有力である。そして、B G H 第三刑事部は、一九九七年二月一九日決定で、この点についての判例を確認し、ヒルシュは、第四刑事部判決後もなお a. l. i. c. の法形象を堅持すべきだとの合唱の声を強めた。

その際、ヒルシュは、正当にも、第四刑事部同様、不法と責任の同時存在原則を放棄するモデル、特に例外モデルには根拠がないとする。例外モデルは、判例法または慣習法的例外に基づき、行為者が行為時点で帰責無能力でも、行為者がこの能力を有責に奪つた場合には、刑法二〇条を適用しない。この見解には、同条の文言が障害となる。それを超えることは、合法性原則（基本法二〇三条二項、刑法一条）が禁じている。拡張モデル（基本法二〇三条二項、刑法一条）が禁じている。拡張モデルも、同様に、同原則と調和しえない。この説は、二〇条の「行為実行の際」という責任構成要件を、不法構成要件の前方にある、責任無能力状態の自招に適用する。しかし、前構成要件の行為で十分だとすれば、同時存在原則は放棄される。この原則は、二〇条を不法と責任の同時存在を必要とするものとして理解している。

そうした（少なくとも部分的な）不法と責任の同時存在の放棄は、解釈論としては禁じられている。それは、「行為実行の際」という自然な語意を超えるし、刑法一六条一項前段が、外部的構成要件と内部的構成要件の必要な一致を同じ文言で表現していることも、その根拠となる。内部的構成要件にとつて行為に先行・後続する故意では足りないなら、二〇条の自然な語意としても不法と責任の同時存在が要求されている。

これに対し、シュミットホイザーは、「実質的不法把握」への見方の変更を主張した。彼は、適切にも、法定構成要件には規範の尊重要求違反が認められるための最小限の要件だけが類型化されているとするが、これでは、最小限の要件を満たさなくつてよいことは説明できない。基本法二〇三条二項、刑法一条では、自然な語意の枠内での解釈が命じられており、それによつて不可欠となる不法と責任の同時存在は、予備行為を「実

質的」不法と評価することでは代替できない。より興味深いのは、二〇条の「際」の文言を抽象的に「関して」と解釈し、時間的に具体的な関係を抽象的な関係に解消する「連関モデル」であるが、これではその文言が設定していた厳格な要求は保証されていない。同じ文言を用いている一六条一項前段から裏付けられるように、その文言の目的は、現行法上は、少なくとも部分的な不法と責任の時間的一致によってのみ実現される。

II 構成要件モデルの展開

1 「シユペンデル・ヘルツベルク説の検討」

それゆえ、*a. i. c.* を説明するには、構成要件モデルしか残らない。このモデルでは、行為者が責任を排除する態度でもって実質的にも形式的にも責任能力者として刑法上重要なことに取りかかったのが決定的である。圧倒的見解は、行為者が事前的に彼の行為に関する表象に従えば刑法二二条に従って構成要件実現を直接的に開始したことを要求している。自己酩酊により未遂段階に達したかの問題とこのうした必然的結びつきを断つたのはシユペンデルとヘルツベルクである。責任無能力状態に陥ることは、それ自体注意義務違反であり、許された危険

を超えているが、なお未遂ではない。しかし、事後的には、未遂ないし既遂の実行の開始たりうるのであり、それが認められるのは、責任無能力の行為者が構成要件実現を直接に開始し、あるいは、それに到達した場合だということである。

このことから行為開始の相対化が生じるが、これは自己酩酊と実現された構成要件の既遂(あるいは未遂)との因果性に基づく。しかし、シユペンデルとヘルツベルクは、自己酩酊が傷害を引き起こす行為寄与と因果性をもつことを根拠に、行為者が二二条に従って刑法上重要な段階に入る段階で責任無能力でもよいとする。このことは、*a. i. c.* に特殊なことではなく、一般原理である。シユペンデルは例証として地雷事例(行為者Tは、共犯者Kが四年の自由刑に服している間に、全ての戦利品を自分のものとした上、Kを殺害するために、約束の隠し場所の前に地雷を敷設した。)を挙げ、地雷設置の時点では構成要件実現の直接的開始を否定するが、Kが地雷で爆死し(あるいは地雷に接近し)た場合には、Tがこの時点で眠っていたか完全に酔っていたかにかかわらず、謀殺(あるいは未遂)を認める。しかし、行為実行の時点は、結果発生ではなく(刑法八条後段)、いつ行為したのかによる(八条前段)。行為者は、地雷設置により、刑法二二条の意味で構成要件実現を直接的に開

始していないかもしれないが、行為している。シュベンドルは、このことを、ある行為が、事前的には未遂の開始を示さないが、事後的には構成要件該当結果に対して因果的でありうることの証明だと考えている。

これには賛成できる。こうした地雷事例を *Reich* にとつて典型的な大酒飲み事例（大酒飲み T は、妻 D を責任無能力状態で殺害するため、過度に飲酒し、計画通り F を射殺した。）や決着事例（被告人 A は大量に飲酒して責任無能力となったが、その際、彼は飲酒により制御能力を失うことだけではなく、後の被害者に求められる決着のもたらず致死的結果をも少なくとも同意的に甘受し、責任無能力状態で、正当防衛状況に陥ることなく被害者を射殺した。）と対比することは魅力的であるが、自己酩酊が地雷敷設と対比されるかは未解決である。シュベンドルは、構成要件を実現するのが地雷事例では情を知らない被害者なのに対し、*Reich* では行為者自身だというのが唯一の違いとする。この点、障害状態での行為が自己酩酊がなくても実行されたであろうことが排除されなくても、自己酩酊はそつした行為の原因たりうる。コンディティオ公式の適用に際して代替的・予備的原因の考慮を禁じるときにのみ、同公式の仮定的考察法は、合法的条件公式でも得られるような妥当な

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ古稀祝賀論文集の紹介（七）（松宮）

結論を導く。こうして、自己酩酊は、被害者の死という結果へ至る第一歩、つまり、結果発生にとつて取り除いては考えられない条件となる。

しかし、これではまだ八条前段という行為であることは認められない。一般には、構成要件実現にとつて因果的な行為は、犯罪論体系のさらなる段階で無限の広さの等価的因果性が濾過されるため、同時に重要な行為と認められる。しかし、こうした濾過がなされるのは、行為者が既に刑法上重要な段階に達している場合、すなわち、刑法二二条の意味で構成要件実現を直接的に開始している場合に限られる。行為者が重要な原因に対してのみ問責されることを保証するには、未遂開始を法益侵害に関連つけて適切に限定する必要があるが、未遂の開始に先立つ行為態様に関しても同じことが達成されるべきである。ある行為は、それが法益に対する固有の危険を含んでいる場合にのみ考慮されてよい。そつした危険は、地雷事例では地雷敷設に認められるから、そこでは行為開始の相対化が正当化され、事前的には予備にすぎないものが事後的には既遂・未遂となる。しかし、自己酩酊に地雷敷設に匹敵する固有の危険があるかは疑問である。

自己酩酊は、完全酩酊の可罰性が正当化されるにすぎない抽

一四七九（二二五）

象の危険しがなく、特にある人の生命に関連づけるには余りに不確かである。それゆえ、典型的に危険な行為態様が八条前段の行為実行として評価されつるとしても、自己酩酊はこれにはあたらない。

2 「通説的理由づけの検討」

支配的見解によれば、自己酩酊者は間接正犯として、(未必的)殺意でもって責任無能力状態を自招し、道具としての自身でもって殺人自動装置を作動させる。彼は、こうして事象を手放し、彼の行為に関する表象に従えば法益を既に危殆化しているので、二五条一項後段の間接正犯として、自己酩酊により二二条に従って構成要件実現を直接的に開始し、既にこの時点で刑法上重要な段階に入っている(道具が構成要件実現を直接開始した時点で未遂を認める全体的解決説は別である)。これは、道具への働きかけで足りるとする嚴格モデルからのみならず、事象の手放しを基準とし、重畳のあるいは代替的に、行為者の表象に従って具体的法益の危殆化を要求する修正モデルからも同様である。

大酒飲み事例のTや決着事例のAは、間接正犯の未遂開始に
とって典型的な恋敵事例(Mは、潜在的略奪者Pに無害な麻酔

薬と表示した致死性的塩酸をもたせて派遣した)のMに匹敵する。TやAは、彼らの表象によれば殺人自動装置を彼らが制御する人によって作動させるために必要なすべてをなしている。しかし、TやAは、他者ではなく自分自身を道具としており、「他者」による行為実行を要求する刑法二五条一項後段の文言上、自分自身との関係での間接正犯は認められない。語意の限界を超えることは基本法一〇三条二項、刑法一条の合法性原則違反である。类推禁止は、自ら行為する酩酊した行為者を同時に彼自身の道具だとみることが禁じている。自ら行為する正犯に関する規定は、二五条一項前段である。

自ら行為する者にとって未遂が開始するのは、形式的にみて、本質的なならなる中間行動が彼を構成要件該当行為からもはや引き離していない場合か、実質的にみて、彼の態度によって法益が構成要件的に重要な形で具体的に危殆化される場合である。支配的な個別的解決によれば、MがRを派遣することですでに未遂への境界を超えたのと同様に、TおよびAも、少なくとも責任無能力状態が発生したとき事象を手放していることになる。

3 「未遂の開始時期の検討」

(a) ヒルシュは、*Reich*を二五条一項前段の一下位事例と呼

び、ある者を責任無能力状態に陥らせ行為媒介者とする間接正犯は、自分自身を道具とする場合でも実現できるとする。本稿の関心は、行為者がどうやって責任無能力状態の自招により彼の行為に関する表象によれば構成要件実現を直接的に開始し、二五条一項前段の意味で彼自身を道具として利用することにより、二二条という刑法上重要な段階に入ったのかにある。従来通説は、間接正犯の構成により早期の未遂を認め、酩酊者を後段の「他者」ととみる。

これに対し、ヒルシュは、道具により行為が媒介されており、しかも、道具が行為者自身だという、つまり、行為者は一個の人格において背後者かつ道具だという *ambig.* の二面性を指摘し、この同一性ゆえに、行為者は行為を自分自身で媒介しているにもかかわらず、二五条一項前段の直接正犯として振る舞うのだとする。そして、間接正犯から直接正犯へと見方を変えても、刑法上重要な段階に入るのが遅くなるわけではない。間接正犯の未遂の前倒しは一般的原理にすぎない。(制御的)寄与を行った後で事象を手放し、これによって法益を具体的に危殆化すれば、刑法上重要な段階に入るのだというのである。

(b) 通説に従えば、事象の手放しが認められるには、形式的に、行為者の行為に関する表象によれば構成要件該当行為に至るま

でもはやさらなる本質的な中間行動を必要としないかが考慮される。行為者が「自己の行為計画によれば、妨げられずに進展すれば直接的に構成要件充足に至り、あるいは、それと直接の空間的および時間的關係に立つような行為」(BGHSt. 26, 20) を実行したかの基準は直接行為者を念頭に置いたものだから、行為媒介の事例を含めて一般化するには、空間的・時間的關係の基準を放棄する必要がある。BGHが、恋敵事例で背後者が「彼の表象によれば行為媒介者に対する必要な働きかけを終え、その結果、行為計画によれば、この者が直接に当該行為を実行するはずであり、そのために保護法益が既にこの時点で危殆化された」(BGHSt. 30, 363) かに着目したのは、正当である。直接正犯の場合の一般的基準は、行為者の作為が中間行動なく構成要件充足に移行するからであり、行為者の彼の行為に関する表象を基礎として自らの寄与の後で本質的なさらなる中間行動が構成要件該当行為までに残されてはならないということになる。行為媒介者の態度は、背後者の設定した不法がさほどの時間的切れ目なく道具のように実現するのに寄与するにすぎないなら、そうした中間行動ではない。法益危殆化を基準とする実質的考察からも同じ結論になる。決定的なのは、(間接的)行為者の彼の行為に関する表象によれば、直後の行

動が構成要件該当行為(形式的考察)あるいは法益危殆化(実質的考察)と認められ、その中間には行為媒介者の引き起こす殺人自動作用が存在するだけだということである。

間接正犯における三者関係で、時間的切れ目なく計画された行為媒介者の態度が本質的中間行動とされないなら、二者関係における行為媒介の場合でも同じでなければならぬ。通説は毒殺事例(Tは、夫Eを毒殺しようとし、Eが毎日帰宅後食事をとりにいく調理場へ毒入りスプーン入りの皿を置き、家を離れた。)で、行為者が事象を手放した瞬間、すなわち、Tが家を離れ、行為者の計画によればそれによって同時に法益が危殆化されるような殺人自動装置を始動させた瞬間に、未遂の開始を認める。ロクシンも、薬剤師事例(薬剤師である家主は、強盗が入った後、致死的作用をもつ毒で酒瓶を満たし、強盗がその瓶から飲むだろうとの表象のもとで、よく見えるように置いたが、警察官にこのことを話し、警察官が酒瓶を押し出したため、予定された事態には至らなかった。)で、このことが決定的だとしている。ロクシンは、薬剤師が家を離れなかったことを理由に未遂の開始を否定しているから、もし薬剤師が家を離れていたなら、事象を構成要件実現・結果実現に直接に至らせるために彼の表象によれば必要なすべてをなしたがゆえに、未遂の

開始を認めたであろう。すなわち、被害者である強盗が実現する殺人自動作用は、薬剤師の行為(毒入り瓶の設置と外出)と殺人行為(瓶の中身の摂取)あるいは法益危殆化(強盗の毒入り瓶への接近)との間の、本質的なさらなる中間行動だとは評価されないのである。

(c) しかし、大酒飲み事例や決着事例では構成要件実現が媒介されているから、毒殺事例や薬剤師事例とは部分的に対比されるにとどまる。前者では、行為媒介は被害者ではなく、自らの酩酊により自らを道具とする行為者自身によって行われる。にもかかわらず、行為者の計画によれば道具によって実現されるべき殺人自動作用は、行為者の行為と殺人行為あるいは法益危殆化の間にある本質的なさらなる中間行動ではないという一般原則が妥当する。ここで重要なのは、大酒飲み事例のTや決着事例のAは、彼の(責任能力ある状態で抱いた)行為者計画によれば、帰責無能力状態で殺人自動作用に巻き込まれただけだということである。それゆえ、これは本質的なさらなる中間段階ではなく、未遂の可罰性を排除しない。TやAは、故意に自己酩酊することにより、彼の行為者計画によれば、道具としての自分自身により殺人自動作用を引き起こすためにすべてをなしている。こうして、行為者は、二五条一項前段の直接正犯

として、構成要件実現を直接的に開始したのである。このことは、自宅で実行するために飲食店で勇気づけのために飲酒する場合のように、行為者の表象によれば、行為実行前に場所の移動がある場合でも同じである。未遂開始に先行し未遂開始と区別される著しい中間行動が認められるのは、それが本来的な殺人自動作用を超える場合に限られる。自動作用には、行為者が行為完遂に導く態度として表象したすべてが包摂されるのであり、飲食店から家までの道のりも含まれる。

二つして、自己酩酊は、明らかに単なる予備とは異なるから、a. l. i. c. の事例では行為開始の前倒しは不要である。未遂開始に関する一般原則を故意の a. l. i. c. の場合に関連づけると、ある犯罪の故意をもっての自己酩酊が既に二五条一項前段の直接正犯による当該犯罪の構成要件実現の直接的開始(二二条)であることが分かる。このことを明らかにしたのがヒルシュの特別な功績である。

さらに、ヒルシュは、自らが構想した構成要件モデルを、批判に対して擁護している。本稿では、構成要件モデルでは、行為者が殺意をもって酔っぱらっただけで、構成要件該当行為の実行がもはや不可能でも、例えば故殺未遂になり不当だとする批判のみを取り上げよう。実際、大酒飲み事例で、T が完全酩

酊のために行為無能力になり、行為を実行しなかったにもかかわらず、故殺未遂となるのが妥当かは疑わしい。少なくとも、限定責任能力の発生で既に未遂の開始を認めるなら、これは単なる仮象問題ではありえない。行為無能力の発生を、行為意思が最初から条件つきだったことの徴表とみ、刑法上重要な決意を認めないことで、a. l. i. c. の観点からの可罰性を否定しようとするのは、生物学的事実を無視するものであろう。

実際的なのは、行為無能力の発生をアルコールの睡眠薬的作用に帰すことである。行為者はそれに影響を与えないので、決意あるいは構成要件実現の直接的開始を否定すべき理由はない。刑法二四条の類推適用も、行為完遂が不可能なので無理である。しかし、そうした状況は、分かっている限りでは最近でもドイツ裁判所の関心を引いておらず、a. l. i. c. に対する原則的疑義を呼び起こすには適していない。そうした特殊な問題がもし生じれば、刑法二三条三項の類推適用による解決を検討すべきである。

III 結 語

原則的には、ヒルシュの展開した「行為開始の相対化」が妥当である。これは、少なくとも故意の結果犯に関しては、一般

原則を理論的に厳格に適用することによって、*actus reus* の事例を説明している。精神・意思力を完全に保持した状態で責任無能力状態に関して意識的に計画された故殺あるいは謀殺を、単なる刑法三三三条^aによる軽罪にとどめるべきでない以上、「行為開始の相対化」は正義の観点からみて特に重要である。

（安田拓人）

