

## ミハヤエル・パヴリック 『市民の不法』 (9)

著者	飯島 暢, 川口 浩一, 山本 和輝
雑誌名	関西大学法学論集
巻	65
号	4
ページ	1344-1371
発行年	2015-11-12
その他のタイトル	Michael Pawlik, Das Unrecht des Burgers(9)
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10112/9620">http://hdl.handle.net/10112/9620</a>

ミヒャエル・パヴリック

『市民の不法』(9)

飯島 暢・川口浩一 (監訳)

山本和輝 (訳)

目 次

監訳者まえがき	
文 献	(以上, 63巻2号)
導 入	
第1章 犯罪の概念	
A. 刑法学と実践哲学	
I. 刑罰強制の不快さ	
II. 実践哲学と法の実定性	
III. 実践哲学に替わる法政策?	(以上, 63巻4号)
IV. 出発点としての刑罰論	
B. 予防の道具としての刑罰?	
C. 協働義務違反に対する応答としての刑罰	
I. 予防思想の危険と応報理論のルネサンス	
II. 協働義務の正当化根拠: 自由であるという状態の維持	(以上, 63巻5号)
1. 政治共同体に奉仕する刑法?	
2. 自由の理念と市民の地位	(以上, 63巻6号)
3. フーゴ・ヘルシュナーの犯罪概念	
III. 応報理論と刑罰賦課	
IV. 市民と外部者	
V. 法益侵害としての犯罪?	
1. 「啓蒙の最も豊かな成果」としての法益概念?	
2. 法益概念の批判能力?	(以上, 64巻2号)
3. 法益から法的人格へ	
VI. 犯罪概念から一般的犯罪論へ	
第2章 市民の管轄	
A. 管轄の体系	
I. 不作為犯の特別財?	
II. 保障人的地位の理論の系譜学について	(以上, 64巻5号)
III. 管轄の体系	
1. 法の任務と管轄の根拠づけの諸形象	

2. 他人の人格の尊重
  3. 人格的存在の基本的現実条件の保証
  - B. 被侵害者の優先的管轄
    - I. 罪体から実質的構成要件概念へ (以上, 65巻1号)
    - II. 構成要件と違法性の関係 (以上, 65巻2号)
    - III. 被侵害者の管轄の体系
      1. 統一的な評価問題としての管轄分配
      2. 自己答責的な自己侵害及び同意 (山本和輝) (以上, 本号)
- 第3章 刑法的協働義務違反
- A. 帰属可能的・管轄違反的行為としての刑事不法
  - B. 帰属可能性の限界
  - C. 義務違反の範囲

### III. 被侵害者の管轄の体系

#### 1. 統一的な評価問題としての管轄分配

刑法上の帰属は、規範に対する行為者の個別的な関係の確定に制限されるわけではない。その場合に問題となるのは、むしろ、「一般的に保障された答責領域という座標の前にあるコミュニケーション的に媒介された行為の解釈」である<sup>401)</sup>。要するに、「刑法上の帰属が特徴づけるのは、何が権利侵害として、誰の答責の下にあるのかということである」<sup>402)</sup>。しかしながら、帰属論は、あらゆる法的人格の法的平等に配慮しなければならないがゆえに、ミュシクが断言するように、「一般的な帰属基準は、行為者の管轄の基礎づけだけではなく、その管轄の阻却をも」導くのである<sup>403)</sup>。

401) Müssig, ZStW 115 (2003), 232.

402) Müssig, ZStW 115 (2003), 232.

403) Müssig, ZStW 115 (2003), 232; 同じく, ders., Mord, S. 161, 166 ff.; ders., FS Jakobs, S. 408 ff.; 類似の見解として, Jakobs, System, S. 44. —クーレンも, 正当化理論を客観的帰属論の対象とすることに賛成する (Kuhlen, 1. FS Roxin, S. 331 ff.; ders., FS Müller-Dietz, S. 431 ff.). クーレンが証明しようとしているのは, 義務違反連関および危険連関の根拠づけのトポスは, 従来の理解における客観的帰属の範囲においてだけでなく, 正当化論の内部においても妥当性を必要とし, また行為者の態度に対する構成要件的结果の帰属を阻却できるということである (Kuhlen, 1. FS Roxin, S. 332, 338 f.; ders., FS Müller-Dietz, S. 432, 434)。これに対して, 正当化事由が, 既にそのような一般的な管轄形象の現れになっていないかという体系的に上位にある問いを, クーレンは検討していない。それによって, 彼は, 自らが客観的帰属論に関する従来の学説に対して行ったものと同じ批判に身をさらす (Kuhlen, 1. FS Roxin, S. 332)。つまり, 彼は, 中途半端なままなのである。

それゆえに、一方で、被侵害者の管轄は、尊重の思想から生じうるものである。これまで、この思想の価値論 (Axiologik) は、もっぱら、行為者に着目して展開されてきた。それによれば、他者を尊重することは、他者の権利領域を侵害しないことを意味する。したがって、行為者が他者の権利領域内の損害に対して責任を負うのは、損害が行為者の態度に帰せられうるからであり、またその限りである。この答責の基礎づけのやり方は、それに劣らず重要な答責の限界づけの原理を含意する。すなわち、被害が直接的ないし間接的に被侵害者の処分に起因する限りで、この者は被害に対する管轄を有する。一方で、このことがあてはまるのは、被侵害者自身が変化を制御する場合、つまりは、外界での事象に顕現するのがその者の意思である場合である。すなわち、自己答責的な自己侵害および同意である (2.)。他方で、被侵害者の優先的管轄が基礎づけられるのは、この者が他者の権利領域への受忍義務なき介入によって、他者に適法な状況の回復のために必要な防衛措置を講じさせた契機となる場合である。すなわち、正当防衛および防御的緊急避難である。この場合、他者は、それ自体、被侵害者自身がなすべき事柄を遂行するにすぎない (3.)。これまで言及された双方の事例群に共通するのは、被侵害者は、自らによって果たされるべき状況の形成に固定化されているということである。つまり、被侵害者の結果への答責は、その形成の支配と対となるものである<sup>404)</sup>。——クレー (Klee) から借用された対概念を用いて述べると——他者に対する物理的侵害をもたらす態度は、この場合、その倫理的侵害をも意味するわけではない<sup>405)</sup>。なぜならば、その態度は、他者の人格性の承認の下で行われているからである<sup>406)</sup>。

他方で、行為者の管轄の阻却は、本来の職務権限に基づくにせよ、刑事訴訟法127条1項のように委任された職務権限に基づくにせよ、行為者が公共の代表者として活動しているということから生じうるのである。確かに、当該規範の大部分は、介入の名宛人によって帰属可能な態様で設定された介入の誘因に結びつくものである。しかし、このことは、刑事訴訟法に含まれている、証人やその他の非関与者に対する強制権限が示すように、一貫して妥当するわけではない<sup>407)</sup>。当該受忍義務の法的根拠は、いましがた尊重思想の具体化を扱ったが、その法的根拠とは基本的に異なっている。つまり、「共

404) *Jakobs, System*, S. 44.

405) *Klee*, GA 48 (1901), 177.

406) *Jakobs, Kommentar*, S. 144.

407) 刑事訴訟法81条c第1項、第2項、81条cと結びついた81条e第1項第2号 [第2文の誤記か—翻訳者]、81条c、81条h、99条、100条a第3項、100条c第2項第2文、100条f第2項第2文 [第2号の誤記か—翻訳者]、100条h第2文、103条を参照。

通の国家における法の目的」<sup>408)</sup> に対する彼らの共同答責に基づいて、原則的に、あらゆる市民は、比例性の範囲内で犯罪行為の解明に関与することを義務づけられている<sup>409)</sup>。その際、事柄の本質上、無罪推定が認められていることから、訴訟上の犠牲が強えられる義務が問題になる<sup>410)</sup>。もっぱら、介入権限の「程度 (Wieviel)」は、それが要求される者に対して存在する嫌疑の強度とその重大さに依拠する<sup>411)</sup>。たいていの場合、複雑に構造化されているわけではない——そこでは、本質的には、一般的な管轄による考慮をなぞっているにすぎない——一般的な緊急権と比べて、この領域では、議会の立法者の規制の優先権には、きわめて大きな重点が置かれているのである<sup>412)</sup>。しかしながら、伝統的な職務権限だけが、介入の名宛人に対して、その市民の役割において要求をなすのではなく、正当化攻撃的緊急避難もまた要求をなすのである。この緊急避難は、いわば刑法323条cによって把握された事情の裏面を構成する。後者では、規範の名宛人は、対策を講じるべき他人の緊急状況に直面する一方で、前者では、行為者としては、生死にかかわる危険を孕む緊急状況にあり、その回避のために、彼は、同胞たる市民には、より重要ではない、一定の利益の放棄を要求する (4.)。

本書の区分は、近時の文献において、既に頻繁に主張される正当化の諸原理の体系化と広範囲にわたって合致する<sup>413)</sup>。それは、その場合、「あらゆる自由権的な秩序一般の基本原則」が問題となり、それゆえに、その原理は「あらゆる権利の基礎」に属するという評価とも一致する<sup>414)</sup>。しかしながら、その際、この区分は全く同じというわけではない。むしろ、それには、管轄分析の二つの部分構成要素——行為者への観点と被侵害者へのそれ——は価値論的な統一を構成するという認識が基礎に置かれている。すなわち、同じ管轄形象に根ざしているため、それらは、相互に補い合いながら、当事者の法的平等が考慮されるという形態で、人格の答責領域を相互に限界づけるという法の任務を考慮する<sup>415)</sup>。確かに、(関連する犯罪構成要件をもとにして具体化された) 行為

408) Köhler, ZStW 107 (1995), 20.

409) Köhler, ZStW 107 (1995), 19 ff.; Lesch, GA 2000, 364.

410) Haas, Strafbegriff, S. 47 Fn. 217; Köhler, ZStW 107 (1995), 20.

411) その限りで一致する見解として, Hörnle, FS Tiedemann, S. 330.

412) 一般的な緊急権に基づく公務員の正当化が考慮されていないことは、このような事情に負っている。個別の点については, Pawlik, Notstand, S. 186 ff.

413) 上述 S. 215 Fn. 398 の文献を参照。

414) 例えば, Merkel, JZ 2007, 377.

415) この脈絡に鑑みれば, エンギッシュにならって, 正当化の欠如の場合において, ↗

者の出発点となる管轄が確認された後ではじめて、場合によってはありうる被侵害者の優先管轄に言及することは、事理にかなっている (sachgerecht)<sup>416)</sup>。それについての理由は、いま問題になっているのが、その者の可罰性であるという事情にある。——そのことから、従来の、狭義における構成要件の機能は、とりわけ、それによって、「人間の多数の行為から、最初の選別にとつて、およそ刑法上重要であるものが選び取られる」という点にある。これを基礎にして下される判断は、一応のものである (prima facie) という性格を有する<sup>417)</sup>。我々が何かを一応の義務と名付けるとき、それによって、ロールズによれば、「我々は、それまで一定の諸原理を考慮に入れてきたに過ぎないことと、我々は諸理由のより大きな枠組みの下位区分だけに基づいて判断を下している」ということを、我々は明らかにする<sup>418)</sup>。我々が一般的な管轄形象を被侵害者にも適用した後にはじめて、我々は、自らの判断に対して、「それが完全なる正義の観念によって特定され、かつ数え上げられている……関連するすべての特徴」<sup>419)</sup>を考慮したことを主張することができる。

---

↘構成要件該当的な態度は、「おのずから (eo ipso) 構成要件に該当する不法」であるとする主張は、少なくとも誤解を招くものである (*Engisch*, Untersuchungen, S. 12; 実質的に一致している見解として, NK-Puppe, Vor § 13 Rn. 19 ff.; dies., FS Otto, S. 391; Gropp., AT, § 6 Rn. 18; Jakobs, AT, 6/59; ders., Kommentar, S. 145 Fn. 1; Schmidhäuser, AT, 6/12; ders., FS Engisch, S. 436 ff.; ders., Form, S. 56; ders., FS Lackner, S. 89 f.; ders., JuS 1987, 376; Hardwig, ZStW 68 [1956], 32 Fn. 26; Otto, ZStW 87 [1975], 589)。不法とは、一定の態度の存在の質 (Seinsqualität) ではなく、この態度に関する判断の表明である。しかしながら、ある検討の枠内で定められるべき結果は、既に重要なメルクマールの単なる一部を包摂した後で確定するということは、論理法則に反している (*Rinck*, Deliktsaufbau, S. 314)。それゆえに、行為者の態度が構成要件該当的であるとする確認は、根拠づけの論理的な構造によれば、決して行為者の態度の不法に関する判断と一致するのではなく、正当化事由には干渉しないとする所見を伴って、さらにそれに基づいて判断が下されうところの諸前提の一つを構成する (同様に, *Rinck*, aaO)。

416) *Arthur Kaufmann*, JZ 1956, 355; ders., ZStW 76 (1964), 569 f. — 同旨の見解として, *Hardwig* (ZStW 74 [1962], 40 f.)。それゆえに、彼は、構成要件の「選択的意味」について述べる。

417) ガラスの言葉によれば (*Gallas*, Beiträge, S. 35), その判断は、「不法と責任の一般的概念をもとにした……消極的な修正 (negative Korrektur) の留保の下に」ある。

418) *Rawls*, Theorie, S. 377.

419) *Rawls*, Theorie, S. 377.

したがって、被侵害者の管轄という視点のどの部分が、既に述べられた構成要件の枠組みにおいて、またこれから先に述べる違法性の枠組みにおいて論じられているかは、慣例（Konvention）と目的適合性の問題なのである<sup>420)</sup>。「こうしてみると、手続きの順序（Ordnung des Verfahrens）と事案の解決のための実践的な一時しのぎのものとしては、構成要件と違法性の区別は、——ダームの言葉を借りれば——「実践的な賢慮（Weisheit）の現れと見なし」てよい<sup>421)</sup>。しかし、それ以上の、本来の犯罪体系上の意義はその区別には存在しない。

## 2. 自己答責的な自己侵害および同意

### a) 自律原則（Autonomiegrundsatz）の内容と射程

人間とは、哲学者フォルカー・ゲルハルトの言葉によれば、「その者にとって固有の根拠（seine eigenen Gründe）を有する動物である」<sup>422)</sup>。法的な自己決定が意味するのは、他者の法的地位によって限界づけられながら、この根拠を行為として実効的にする（handlungswirksam）ということである。「自己決定は自由を発動させ、実行し（vollziehen）、いわば自由を執行する（vollstrecken）のである」<sup>423)</sup>。その裏返しとして、

420) 多くの基礎づけ理論的な水準が達成不可能であることを示すのは、刑法における被害者の自己答責思想に対するムルマン（Murmman）の分析に示される。正当にもムルマンは、自己を処分する決定の外見上の形成に基づく区別——つまり、被害者が他人の態度を援用するにすぎないのかどうかにつき、他人の救助を用いているのか、それとも行為の実行の全てを第三者にゆだねているのか——は、規範的に重要ではないということから出発する。それにもかかわらず、ムルマンは、一般的な三段階犯罪論体系を維持することで、自己侵害を構成要件段階で取り扱いながら、同意については正当化段階ではじめて取り扱おうとしているが（aaO, S. 368 ff.）、彼は、それについて単に「有意義な概念形成」というプラグマティックな観点に依拠するのである（aaO, S. 374）。すなわち、「原則的に——処分以前に——存在している法的地位（およびその侵害）を特徴づける、明確化する潜在能力を与えること」は、当を得ていないとする（aaO, S. 375）。「ある態度が最終的に法関係を侵害するのか、それともしないのかという決定的な規範的なデータ」は、ムルマンがはっきりと強調するように「犯罪論体系のどのレベルで同意という意思態度に意義があるのかには依存していない」（aaO, S. 379）。

421) Dahm, Verbrechen, S. 90.

422) Gerhardt, Selbstbestimmung, S. 7.

423) Hollerbach, Selbstbestimmung, S. 18. ——ロクシンは（Roxin, FS Amelung, S. 282）、自律思想は、「まず第一に、その身体の完全性および所有において損なわれないままである人間の権利」を含み、「第二のものとしてはじめて、……その身

自律的な行為者には、その自己決定の結果を引き受ける責任が課せられるのである。すなわち、自己決定の裏面は、自己答責なのである<sup>424)</sup>。自己決定して行動する者は、その行為の帰結に対して責任を負わなければならない。確かに、自らがなそうとすることを行う、あるいは行わないことができるが、しかし、結果の責任を引き受ける必要がない者は、真摯に受け取られず、子ども扱いされているのである<sup>425)</sup>。ある行為が自己決定的（自律的）であるということから、その行為が違法である場合には、その行為を行為者に責任がある者として帰属するということが可能になるのである。すなわち、答責が、負責（Haftung）をひき起こすのである<sup>426)</sup>。もっとも、自己決定思想は、他者に加えることに対してだけでなく、自らに加えることに対しても、行為者の答責性を基礎づける。刑法を自由な共同生活の条件の保持に限定する法共同体は<sup>427)</sup>、他者の利益の侵害だけを処罰することができるので、被害者自身の完全に答責的な意思に基づく侵害は、刑法上の禁止の契機（Anknüpfungspunkt）にされてはならない。つまり、刑法的にいえば、自己答責的な自己侵害の場合、被侵害者の内面（Interna）が問題になる。したがって、自発的に、自らの法領域内での序列換え（Umschichtung）を行うことを決意する者は、自らにとって不利益となる、その態度それ自体の結果に関する管轄を有する。その者は、他者を責任から免除するのである。

自身の法的地位による自己決定的かつ自己答責的な扱いには、その際に、他者による援助を利用する可能性も含まれる。援助者に割り当てられた役割は、行為の準備ないし

---

「体あるいは所有を、自己の意思にしたがって処分する権利」を内容にすると主張するが、実際上の体系的関係を転倒させるものである。放っておかれるという消極的権利は、その正当化のために、固有の現存在の自己規定された形成の要求という形式での積極的な基礎づけを必要とする。

424) MK-Schlehofer, Vor §§ 32 ff. Rn. 56; Geilen, Einwilligung, S. 29, 151; Göbel, Einwilligung, S. 22; Gschwend, Verantwortung, S. 289, 306; Jakobs, System, S. 35; ders., Schuldprinzip, S. 34; Rönnau, Willensmängel, S. 53 f.; Sternberg-Lieben, Schranken, S. 39, 113 Fn. 197; Bichlmeier, JZ 1980, 54. —民法的な側面から, Flume, Rechtsgeschäft, S. 159; Ohly, Volenti, S. 64 f., 77. —公法の見地から, Kube, JZ 2010, 265, 272. —哲学的な視点から, Gosepath, Gerechtigkeit, S. 367; Heidbrink, Autonomie, S. 271 f. —社会心理学の観点から, Prinz, Willensfreiheit, S. 61.

425) Ohly, Volenti, S. 77.

426) Ohly, Volenti, S. 77.

427) 上述 S. 101 ff.



遂行の際に、権利領域の主体 (Rechtskreisinhaver) を手伝うという点につきる。しかしながら、その役割は、——それ自体としてみれば、侵害的な——行為の自らの手による実行をも含みうる。自ら設定した目的のために他者の能力を利用するこれらの態様の間で、規範的に重要な相違は存在しない<sup>428)</sup>。「双方の同意によって行われる行為」は、

428) 19世紀の文献では、この見解は、長い間支配的であった(例えば, *Stübel*, *Thatbestand*, § 106 [S. 134]; *Schröter*, *Handbuch*, § 52 [S. 93]; *Henke*, *Handbuch*, Bd. 1, S. 232; *Köstlin*, *Revision*, S. 685; *ders.*, *System*, S. 104; *Keßler*, *Einwilligung*, S. 68 f.; *Roedenbeck*, *Zweikampf*, S. 33; *Liszt*, *Lehrbuch*, S. 148 f.; *Klee*, GA 48 [1901], 179 参照)。その見解に否定的な立場をとっていたペンディングさえも、1885年の時点ではなお、自己侵害と同意に基づく他害行為は同一であるとの主張が原則を構成するということを認めざるをえなかった (*Binding*, *Handbuch*, S. 700 Fn. 18)。——今日の文献においても、この立場は、かなりの賛同を得ている。すなわち、基本的なものとして、*Jakobs*, *Tötung*, S. 15 ff.; *ders.*, *System*, S. 44; *ders.*, FS Arthur Kaufmann, S. 466. 同旨, *Derksen*, *Handeln*, S. 241; *Fiedler*, *Strafbarkeit*, S. 159 f.; 170 ff.; *Göbel*, *Einwilligung*, S. 99 f.; *Hillgruber*, *Schutz*, S. 85; *Kämpfer*, *Selbstbestimmung*, S. 350; *Kioupis*, *Notwehr*, S. 123 Fn. 8; *Krack*, *List*, S. 109 f.; *Kubiciel*, JZ 2009, 601; *Kußmann*, *Einwilligung*, S. 128 ff.; *M.-K. Meyer*, *Ausschluß*, S. 148 ff.; *Mosbacher*, *Strafrecht*, S. 121; *Murmann*, *Selbstverantwortung*, S. 315; *ders.*, FS Puppe, S. 778, 781; *Rönnau*, *Willensmängel*, S. 52 f., 66 f., 143, 188, 223, 245 f.; *Rosenau*, 2. FS Roxin, S. 582; *Zipf*, *Einwilligung*, S. 29 f.; *von Hirsch/Neumann*, *Paternalismus*, S. 81; *Arthur Kaufmann*, *MedR* 1983, 124; *Lüderssen*, JZ 2006, 691; *Schmitt*, FS Maurach, S. 115; *Wolfslast*, FS *Schreiber*, S. 923. ——これまで、キントホイザーも、この立場を取っていた (*Kindhäuser*, AT, 12/4; *ders.*, FS *Hollerbach*, S. 646; *ders.*, FS *Rudolphi*, S. 142 f., 148)。しかしながら、近時、彼は、マニヤリク (*Mañalich*, *Nötigung*, S. 80 ff.) にならって、その見解を変更した。同意は、態度に対する答責をある人格から他の人格へと完全に移す帰属ルールではなく、規範廃棄事由 (Normaufhebungsgrund) であるとする。つまり、刑法は、既に根拠づけられた答責性が、免除的に、ある人格から他の人格へと移し替えられうるという原則を有していないとする (*Kindhäuser*, GA 2010, 501 ff.; *ders.*, FS *Maiwald*, S. 412 ff.)。しかしながら、有効な同意の場合において、これまで実行者の自主的な行為答責性は基礎づけられてきたのであろうか。むしろ、実行者は、規範的に考慮すれば、いかなる時点においても、同意者の手中にある道具であったのではないだろうか。——自己侵害の本質に関する問いと同意者の侵害に関する問いは、相互に何の関係もないとそっけない判断をするペンディングにならって (*Binding*, *Handbuch*, S. 700)、とりわけドイツ刑法216条からの印象に基づいて、依然として、代表的な論者たちが、同意に基づく他者侵害と自手的に実行された自己侵害を同置することに反対する。もっとも、その基礎づけのために挙げられた論拠は、あまり説得的な

\ものではない。同意の場合、被害者自身と並んでさらに別の人格が当該事象に巻き込まれ、それゆえ、法的規制から免れた、被侵害者の内部領域を越えてしまっているとする指摘は（この意味において、例えば、*Hirsch*, FS *Welzel*, S. 780; *ders.*, ZStW 83 [1971], 167; 刑法216条との関連でまた、LK-*Jahnke*, § 216 Rn. 1; *Sternberg-Lieben*, Schranken, S. 283 [ただし、逆方向の主張として、S. 41 f., 114, 226 ff.] ; *Rissing-van Saan*, ZIS 2011, 549 も同様である。実質的に一致する見解として、既に *Hepp*, Theorie, S. 63; *Hartmann*, Grünhut's Zeitschrift 27 [1900], 726 f.; *Nagler*, FS *Binding*, S. 291), 侵害事象の規範的意義を不当にもその外的な現象像から導くのである。被侵害者自身が自らに加える侵害について刑法上の非重要性も、そのような外的な経過ではなく、刑法が当該態度を自由答責的なものとして評価するという点を根拠としている。その場合、逆に、被侵害者が他の人格を巻き込んでいるという事情それ自体から、このような事象を刑法上配慮すべきことを導き出すことはできない。さらに、匹敵性に対しては、すべての他者侵害において——同意に基づく場合であってさえも——、自己侵害の場合には存在しない行為不法があると反論されているのである (*Geppert*, ZStW 83 [1971], 963)。しかしながら、このような主張は、——伝統的な見解と同様に正当化事由であると理解された——同意が、あらゆる他の正当化事由と同様に不法阻却効果を有することから、論理的ではない。つまり、いかなる点において、承認された他者による侵害の行為不法は存在するのだろうか (同旨の見解として、*M.-K. Meyer* aaO, S. 146)。最後に、当該の法益所持者に対する潜在的危険が、両者の場合では異なっていると主張されている。自己の行為による危殆化にどの程度、身をさらすかは、常に自らの支配の下にあるとされている。これに対して、他者に起因する危険の単なる許容は、これに対して被害者を予測不能な展開 (unübersehbare Entwicklung) に身をさらすが、それを制御しながら介入すること、あるいはそれを中断することは、自らを危険にさらす者がこれを行いうる場合であっても、可能性はもはや存在しないとされる (*Roxin*, FS *Gallas*, S. 250; *ders.*, JZ 2009, 399)。しかしながら、彼によって同意された介入だけが実行されえ、加えて彼がその同意をいつでも撤回することが許されるのであるから、「予測不能な展開」の危険は、既に同意者に対して差し迫ったものではないのである (*Amelung*, Verantwortungsmaßstab, S. 252; *Göbel* aaO, S. 101; *Kußmann* aaO, S. 133; *Murmann*, FS *Puppe*, S. 786 Fn. 89)。法益の放棄の決断の変更の場合に、自損行為者は単に中止するだけでよいが、同意者は、その者によって一旦授権された者 (Ermächtigte) がさらに続行するというリスクにさらされるという事情は、重要ではない。「いずれにせよ、同意の撤回がなされても、その行為を続行する者は違法に行為をしていることが確定されるのであり、同意者の保護に関する基準が問題となる場合には、事実上残っている可能性ではなく、この規範的な事情だけが重要なのである。いずれにしても、法的禁止を定立する以上のことは、法秩序には不可能なのである」 (*Amelung* aaO, S. 252)。その他の点では、不法な行為の被害者となるリスクは、このような状況では、それ自体、あらゆる他の生活領域におけるものよりも大きくはないのである。結局のところ、最も

既にフンボルトが認めたように、「完全に、ある人間一人だけで、他者と直接関連することなしに行うものと同じである」<sup>429)</sup>。つまり、外部に現れた姿からすると、他者の手によるしわざとして現れるもの——被害者の同意に担われた、被害者の権利領域内への他者の介入——は、「被害者の立場からすれば……自己侵害となる」<sup>430)</sup>。このような立場は、基準となるものである。すなわち、外界での事象は、権利領域の主体の決定権に服し、かの者は、「企ての中心 (Seele des Unternehmens)」であり<sup>431)</sup>、実行者は、その「延長された腕 (verlängerter Arm)」にすぎないので<sup>432)</sup>、事象をもたらすことは、管轄の観点の下では、自らの権利領域の主体のしわざとなる。「他者の意思は、自らの意思に吸収される。——同意によって生じるのは、一つの意思なのである」<sup>433)</sup>。

もっとも、この原則が果敢に前面に登場するにつれて、その正確な射程は不明確となる。まず明らかにする必要があるのは、自己規定的な決定の存在に対して、どのような要件が課されるかということである。諸決定に関する自律は、「本質的に確認可能、経験的に測定可能ないし心理学的に診断可能ではなく、偶然かつ規範的な構成を示す」<sup>434)</sup>。自律概念について要求が高く捉えられれば捉えられるほど、そのように捉えら

重要な同意の事例の一つである麻酔下での手術において、患者が、それ以前に与えた同意を撤回する事実上の可能性を失うということも重要ではない。しかしながら、このことは、自損行為の場合にも生じるのである (*Amelung und Kußmann*, jeweils aaO)。そのうえ、患者は、既にあらかじめ、そのことを知っており、彼の同意の決定の際に考慮することができたはずである。唐突な意見の変化に関わる自己の傾向を処理することも、自己答責に属する。

429) v. *Humboldt*, *Ideen*, Kap. XI (S. 133).

430) *Klee*, GA 48 (1901), 179. — アメリカの哲学者ジョエル・ファインバーグ (Joel Feinberg) の言葉によれば、「道徳的観点から、彼の行為に対する私の同意は、あたかもそれが私自身の行為であったかのようにする」 (*Feinberg*, *Harm*, S. 100)。——「被侵害者の同意」というのは、確かに普通そのようにいわれるが、しかしながら、全く問題がないというわけではない。というのも、既にケスラー (Keßler) が指摘したように、それによって、「あたかも、同意があるにもかかわらず、ある侵害が存在し、それはもっぱら例外命題に基づいて犯罪ではない、つまり、可罰的ではないかのような」イメージが促進されてしまうのである。「……権限者の同意の方が、ずっとふさわしい専門用語になるであろう。」 (*Keßler*, *Einwilligung*, S. 1 f.)

431) *Roedenbeck*, *Zweikampf*, S. 34.

432) そのような見解として例えば、*Rönnau*, *Jura* 2002, 595.

433) *Klee*, GA 48 (1901), 179.

434) *Fateh-Moghadam*, *Grenzen*, S. 27.

れた閾値に達せず、したがって、自己決定思想の形式的には完全な配慮の下で、刑法上の禁止の契機にされてしまう決定の数がますます多くなる<sup>435)</sup>。大きな違いが認められるのは、自律をミルにならって、ある人格がある一定の時点で現に欲しているものの総体と解するか<sup>436)</sup>、それともカントにならって、純粹実践理性の立法と解するかである<sup>437)</sup>。自律をカント的意味で理解する論者は、例えば、自殺をそれ自体 (per se) 非理性的であり、またその理由から自殺者の自律要求と矛盾する行動であるとみなす<sup>438)</sup>。

435) *Anderheiden u. a.*, Einleitung, S. 1; *Ellscheid*, Paternalismusproblem, S. 187; *Gutwald*, Autonomie, S. 82; *Kirste*, JZ 2011, 806; *Mayr*, Grenzen, S. 50; *Klimpel*, Bevormundung, S. 28; *Tenthoff*, Strafbarkeit, S. 103; *Vossenkuhl*, Paternalismus, S. 280.

436) *Mill*, Freiheit, S. 21 参照。

437) *Kant*, KpV, S. A 59 参照。

438) *Köhler*, AT, S. 255; *ders.*, ZStW 104 (1992), 19 ff.; *ders.*, JRE 14 (2006), 436 ff.; *ders.*, FS Küper, S. 277; 同旨の見解として, *Kahlo*, Paternalismus, S. 266 ff.; *Maatsch*, Selbstverfügung, S. 217; 結論において, 類似の見解として, *Klimpel*, Bevormundung, S. 72, 98: カントによって想定された, 自らの人格のうちにある人間性の権利から (*Kant*, MS, Werke, Bd. 7, S. 344 参照), 理性的な存在 (Existenz) を自己保存することについての法的義務から生じる。もっとも, 法的な実直さへの法律上の義務の想定は, 既にカント的諸前提の下で全く問題がないわけではない。なぜならば, そのような想定は, それ以外では妥当している権利と強制権限の分析的な関係を破壊してしまうからである (同旨の見解として, *Fateh-Moghadam*, Einwilligung, S. 120 ff.; *ders.*, Grenzen, S. 29; *Ingelfinger*, Grundlagen, S. 174; *Müller*, Verbot, S. 43 ff.; *Ellscheid*, Paternalismusproblem, S. 196 ff.; *Hörnle*, GA 2008, 708 f.; *Joerden*, Grund, S. 374; *Vossenkuhl*, Paternalismus, S. 281 ff.)。しかしながら, 仮に, カントにならって, 「他者との関係で, 人間の価値としてのその者の価値を主張し」, そしてそれによって, 自らを他者にとって単なる手段としないという内容の法的義務を想定するとしても (*Kant*, MS aaO), そのことから, 単に, 自己が, 引き続き人間であり続けるにもかかわらず, 自らに認められている法的価値を失うという状態をもたらすこと (奴隷契約) は許されていないということが明らかとなるにすぎない。しかしながら, 人間の存在 (menschliche Existenz) と人格の尊厳 (personale Würde) との間にあるそのような相違は, 自己が自らの人格として自己決定に基づいて, 人間としての自己の存在を終わらせる決心をする場合には表れない。 (同旨の見解として, *Fateh-Moghadam*, Einwilligung, S. 124; *ders.*, Grenzen, S. 30; *Mosbacher*, Strafrecht, S. 158; *Jakobs*, FS Arthur Kaufmann, S. 464 f.; *Kubiciel*, AL 2011, 363; 結論的には, *Kargl*, Sterbehilfe, S. 391 も同様である。) ; 「それゆえに, それ自体, 終局的な権利行使と認められる権利行使は, 矛盾などしているのではなく, 反復することができないだけである」 (*Fateh-Moghadam*, ↗

さらに、未解決であるのは、いつ、すぐ上で説明された意味における純粹に私的な決定について語りうるのかである。自身を侵害する者の処分の自由は、その者に、——民法上の用語で言えば——彼によって放棄された利益に対する制限されていない権利（unbelastetes Recht）が属する限りでのみ及ぶ。これに対して、その者の法的地位に、第三者、とりわけ公共に対する義務が賦課される場合、その者の態度は、単なる自己侵害であるという性質を喪失し、しかも他者侵害という性格すら示すのである<sup>439)</sup>。しかしながら、その態度がとにかくその者の意思に合致するという理由だけでは、いかなる者も他者の法的地位を処分してはならない。その限りで、処分の自由の限界についての問題は、その他の義務の拘束による負担についての問題と一致する。個別の人間を社会的に束ねることは、その者が行ったほとんどすべてについて、他者の利益の間接的な侵害を認めることを可能にする<sup>440)</sup>。それゆえに、自らの生命及び健康を国家のために保持するという国家市民の義務を承認する者は、自殺すら、死のうとしている者の固有の関心事とみなさないだろうし、またそれゆえに自殺未遂か、少なくとも自殺関与を処罰するだろう<sup>441)</sup>。

したがって、その適用条件の可変性に鑑みれば、自己決定思想に対する原則的な支持

（Einwilligung aaO）。自己が他者の力を借りて自殺する限りで、自己は、まさに他者の手段となるわけではなく、他者を手段として自らの目的を実現するとされる（ケーラーでさえ（Köhler aaO [JRE], S. 444）、間接的臨死介助の場合に対して、自己保存についての名目上の義務の例外を認めざるを得なくなっているのである。）。このような理由から、以下のようなクーヘンバウアーの主張も外的なものである。すなわち、自殺は、自身の価値を喪失させ、また自身を道具化する行いである。自殺を通じて、権利主体は、撤回できないような形で、人間としてのその主体の質を放棄し、そしてそれによって人間の尊厳を自ら放棄することになるとする主張である（Kuchenbauer, ZfL 2007, 98）。完全に同じというわけではないが（Cum grano salis）、他者に自らを殺す可能性を認める者は、既にこのような行動によってだけ、他者の処分対象とされるが、それは殺されかけている者の尊厳に反するものであるというヴィルムスと Y. イェーガーによって立てられたテーゼも同様のことがあてはまる（Wilms/Jäger, ZRP 1988, 44）。実際には、事情は逆である。すなわち、殺害の要求は、自由な行動である（Ingelfinger aaO, S. 175）。ある者が手段とされる場合、それは実行者なのであって、同意者ではない。

439) より古い文献から、Klee, GA 48 (1901), 178. ——最近の文献から、Sternberg-Lieben, Schranken, S. 285; さらに、Lübbe, Verantwortung, S. 186.

440) 最終的にこのことを指摘するのは、Hilgendorf (NK 2010, 126)。

441) いまだにこのような趣旨のことを述べているのは、Schmidhäuser, FS Welzel, S. 810 ff.

表明は、さまざまなルールモデルと調和しうる。特に争われている臨死介助の問題群にあてはめると、問題になっているルールの多様さは、極端自由主義的な構想から、ハードパターナリズム的な、あるいは国家に結び付けられた構想にまで達する。ドイツでの展開は、かなり昔から自由化の方向を示している。自律概念が、超個人的な理性の基準から解放されていることについては、ほとんど見解が一致している。その自律的な性格の保持のためには、決定は、自らの価値秩序との一致でのみなされなければならないとされる<sup>442)</sup>。決定の際には、「処分することができない決定の前提条件に対する、自らの観点からの正しい『答え』」が重要にならなければならないとされる<sup>443)</sup>。それとともに生じるのは、超個人的な義務の拘束に対して増大する懐疑である。自らの生命と健康を国家のために保持するという国家市民の義務は、啓蒙哲学者であるクリスティアン・ヴォルフ以来、それどころか20世紀に至ってもなお受け入れられていたにせよ<sup>444)</sup>、今日では、一致して拒絶される。確かに、自由な国家であっても、危険に満ちた公的な任務を任せられた者は、自身を傷つけることによって、その任務から逃れることは許されていない。そのような態度は、兵役回避 (Desertion) として処罰の対象となり (軍刑法 (WStG) 17条, 刑法109条), また緊急避難によって正当化ないし免責されえない (刑法34条第2文, 同35条1項第2文前段第2選択肢)。しかしながら、公共のために自己を保持するという包括的な個人の義務は、人格の自由の優位と相いれない<sup>445)</sup>。

442) 網羅的なものとして, *Gkoutis*, *Autonomie*, S. 101 ff., 132.

443) *Gosepath*, *Gerechtigkeit*, S. 374.

444) 例えば, *Wolff*, *Politik*, § 370 S. 281; *Feuerbach*, *Lehrbuch*, § 241 S. 404; *Stübel*, *Thatbestand*, § 106 S. 134; *ders.*, *NACrim* 10 (1828), 569 (違警罪 (Polizeivergehen) としての自殺); *Trummer*, *Criminalistische Beyträge*, Bd. 3/2, S. 138; *Breithaupt*, *Volenti*, S. 42, 55 参照。——同時代の反対説について情報を提供するものとして, *L. Günther*, *A. f. Kriminal-Anthropologie* 28 (1907), 260 が参考になる。——比較的新しい文献からは, *Schmidhäuser*, *FS Welzel*, S. 817; 基本的に同様のものとして, *Jescheck/ Weigend*, *AT*, § 34 III 2 (S. 379); *Engisch*, *FS H. Mayer*, S. 408; *Eser*, *JZ* 1986, 786; *Weigend*, *ZStW* 98 (1986), 62 f., 65 f.

445) この論拠の古典的な主張は, *v. Wächter*, *NACrim* 10 (1828), 657 ff. に見出される。——比較的新しい文献からは, *Bottke*, *Suizid*, S. 49 f.; *Chatzikostas*, *Disponibilität*, S. 227 f.; *Dölling*, *GA* 1984, 85; *H. Dreier*, *JZ* 2007, 319; *E. Fischer*, *Recht*, S. 260; *Gallas*, *Beiträge*, S. 168, 179; *Göbel*, *Einwilligung*, S. 33; *Grünwald*, *Tötungsdelikt*, S. 293 f.; *Hillgruber*, *ZfL* 2006, 75; *Ingelfinger*, *Grundlagen*, S. 183 f.; *Kargl*, *Sterbehilfe*, S. 396; *Arthur Kaufmann*, *MedR* 1983, 124; *ders.*, 1. *FS Roxin*, S. 851; *Kirste*, *JZ* 2011, 810; *Klimpel*, *Bevormundung*, S. 62, 72 f.; ↗

b) 特に、刑法216条の正当化について

他人の利益のために、個人に向けられたより厄介な要求が、刑法216条をめぐる議論によってよく知られているタブーの保護及びそうでなければダムが決壊（Dambruch）が差し迫るといふ論拠の基礎にある。伝統的な見解によれば、刑法216条は、人間の生命の尊重の保持への公共の利益の保護に資する。要求に基づく殺人が禁止されることによって、「生命に対する畏敬の念」が、社会心理的な殺害タブーとして定着するとされる<sup>446)</sup>。しかしながら、人間の生命は、決して、タブー違反論拠が示唆するほど不可侵なものではない。すなわち、何故、正当防衛における攻撃者の殺害は、ドイツ法（刑法32条）によって比例性の検討に基づかないことすら許されており、殺害タブーに触れないにもかかわらず、同意者の殺害は、「民衆の社会倫理観における、生命に対する価値評価を失墜させる」<sup>447)</sup>という危険を基礎づけるのかは、適切には理解しがたい<sup>448)</sup>。

そのうえ、タブー違反の阻止に関する公共の利益によって正当化される刑法216条は、もはや、通常の意味における——犯罪によって侵害された者の個人の生命として理解されるような——生命に対する犯罪ではない。というのも、死のうとする者は、個別の生

↘ Köhler, ZStW 104 (1992), 21 f.; Kubiciel, JZ 2009, 600; ders., JA 2011, 90; Maatsch, Selbstverfügung, S. 44 f.; Mosbacher, Strafrecht, S. 177; F. Müller, Verbot, S. 37; Roxin, FS Dreher, S. 337 f.; Schmitt, FS Maurach, S. 117; Sternberg-Lieben, Schranken, S. 114 f.; Tenthoff, Strafbarkeit, S. 147 f., 228 f.; Vöhringer, Tötung, S. 33, 62.

446) 基礎的な見解として、Engisch, FS Hellmuth Mayer, S. 412. ——同旨の見解として、NK-Neumann, § 216 Rn. 1; Ulsenheimer, Arztstrafrecht, Rn. 275; Göbel, Einwilligung, S. 42 f.; Ingelfinger, Grundlagen, S. 217; Schork, Sterbehilfe, S. 218 ff.; Sternberg-Lieben, Schranken, S. 117 ff.; Tag, Körperverletzungstatbestand, S. 291 f.; Dölling, GA 1984, 86; ders., MedR 1987, 8; Eser, Sterbehilfe, S. 69; Herzberg, NJW 1986, 1644; ders., NJW 1996, 3047; Hirsch, FS Welzel, S. 779, 782, 790 f.; ders., FS Lackner, S. 612 f.; ders., FS Amelung, S. 189; Kuchenbauer, ZfL 2007, 112; Kutzer, FS Rissing-van Saan, S. 339 f.; Leonardy, DRiZ 1986, 290; Lindner, JZ 2006, 379; Lorenz, JZ 2009, 66; Otto, Jura, S. D 54; ders., FS Tröndle, S. 158; Roxin, FS Dreher, S. 339; Schreiber, FS Hanack, S. 738; Stratenwerth, FS Amelung, S. 358 ff.; ders., FS Puppe, S. 1020; 結論的には、Derksen, Handeln, S. 244 f.; Schroeder, FS Deutsch, S. 510. も同様である。

447) 例えば、Dölling, GA 1984, 87.

448) 同旨の見解として、Herzberg, NJW 1986, 1644; ders., NJW 1996, 3045; Hoerster, NJW 1986, 1791; Müller, Verbot, S. 66; Tenthoff, Strafbarkeit, S. 165; Wolfslast, FS Schreiber, S. 916.

命を、意識的に、また意図的に放棄したからである<sup>449)</sup>。死のうとしている者は、むしろ、名目上、そうでなければ危殆化されるであろう他の人格たちのために、殺害タブーを強固にすることへと用いられている<sup>450)</sup>。つまり、彼は、この世での生の末期にあっ

- 449) これに対応することは、学説の一部によれば、タブーの保護という思想によって同様に正当化される刑法228条に妥当する（例えば、*Göbel*, *Einwilligung*, S. 54; *Hirsch*, FS *Welzel*, S. 798 f.; *dems.*, *ZStW* 83 [1971], 168; *Otto*, FS *Tröndle*, S. 168 f.）。確かに、身体に対するタブーの著しい違反によって根拠づけられた行為の公序良俗違反（*Sittenwidrigkeit*）は、同意に影響を及ぼすかもしれない。しかし、公序良俗違反は、「被害者の意思に対応した財の変更から、実際に想定されなければならない、あるいは仮定されるべき、完全性の保持へと向けられた意思の侵害と想定されなければならない財の変更を導き出すこと」はできないのである（*Frisch*, FS *Hirsch*, S. 489）。というのは、「道德違反的な同意ですら、——たとえ、まさに道德違反であっても——人格の自己表現なのであり、その自己表現に従う者の処罰は、身体の傷害としては根拠づけられえない」からである（*Jakobs*, FS *Schroeder*, S. 511）。
- 450) *Jakobs*, *Tötung*, S. 19. ——同旨の見解として、*Göbel*, *Einwilligung*, S. 39 ff.; *LK-Rönnau*, Vor § 32 Rn. 188; *ders.*, *Willensmängel*, S. 164; *Herzberg*, *NJW* 1996, 3047; *Kubiciel*, *JZ* 2009, 602; *ders.*, *JA* 2011, 90; *Ohly*, FS *Jakobs*, S. 460 Fn. 52. ——レーデンベック（*Roedenbeck*）は、既に1883年の時点で、刑法が、216条において、「特別な性質をもつ軽罪（*Vergehen*），風俗犯（*Sittlichkeitsvergehen*）」を規定したということを認識していた（*Roedenbeck*, *Zweikampf*, S. 44）。「刑法典がこのことを規定したのは、殺人の違法性が、同意によってそれ自体阻却されるからである。しかしながら、行為は、それでも道德に反するものなのであって、しかもそれによって市民社会の道徳的な生活を一般に危殆化するようなものなので、そのような行為を処罰することは、目的に適っていた」とするのである（aaO, S. 44 f.）。——インゲルフィンガーによれば、（*Ingelfinger*, *Grundlagen*, S. 217），タブー化による他の人間の生命の保護は、「刑法216条の規定には、その規定の不法的性格を歪曲するような財が存在しないということ」である。しかしながら、それによって、インゲルフィンガーは、そのつどの具体的な主体の生命という法益を抽象化しているのである（そのようなやり方に対する批判については、上述 S. 147 f.）。刑罰規範は、現実の被侵害者を保護すべきなのか、それとも、場合によっては起こりうる将来的な損害から他の人格を守るべきなのかは、その不法の性格にとって重大な相違をもたらす。ところで、わずか数ページ前で、インゲルフィンガーは、このような相違を自ら強調するのであるが（aaO, S. 188），その一方で、行為者が同時にその具体的な被害者の生命を軽視する場合にのみ、生命という財の種類（*Gutsgattung*）への配慮の損害（*Achtungsschaden*）について語り得ることを強調する。すなわち、「その場合、個別の不法が問題とされなければならない」というのである（aaO, S. 196）。インゲルフィンガーが直後に自らのよりすぐれた洞察に反する記述を行う理由は、不明確なままである。



ても、なお社会的に義務を負わされるのである<sup>451)</sup>。公共に対する義務をますます認めようとしない社会においては、そのような不当要求が共感を失っていくということは、驚くに値しない<sup>452)</sup>。

もっとも、頻繁に「次の段階の危険」が呼び起される<sup>453)</sup>。すなわち、罪に問われない積極的安楽死の要件の忍び寄る拡大の危険は深刻であるとされる。坂道論法が好まれているが<sup>454)</sup>、しかし、その論法は、その使用者の多くが認識している以上に要求過多である<sup>455)</sup>。そのような論法に依拠する者は、第一に、その論法によって支持された禁止によって防止されるべき危険が、正確にはどこにあるのかを述べなければならない。第二に、その者は、自らが指摘した危険の緊急性を、実証的に説得的であるものにしなければならない。第三に、その者は、自身の懸念の規範的重要性を、それがよりによって刑法の投入を正当化するというを明らかにし、また実証しなければならない。

一方で、坂道論法 (Schiefe-Ebene-Argument) が未然に防ごうとする危険は、批判された規範をますます拡大的に解釈する傾向において、あるいは社会的な環境にとって有害な、新たに創出された自由空間の悪用において存在しうる。他方で、そのような危険は、かかる規範または他の規範の違反傾向が増大することの中に存在しうる<sup>456)</sup>。臨死介助の議論の文脈で持ち出された懸念は、両方向へと向かうものである。例えば、本来的には狭く捉えられた臨死介助の例外がわずかな年月で著しく拡張されたオランダと

451) そのように明確に述べるものとして、*Otto*, AT, § 8 Rn. 127; *ders.*, FS Tröndle, S. 158; *ders.*, Jura, S. D 53 f.; *Dörfler*, StudZR 2009, 238 f.; *Hirsch*, FS Welzel, S. 777; *Kutzer*, MedR 2001, 78; *Schorck*, Sterbehilfe, S. 220 f.

452) この点を強調するものとして、*Kubiciel*, JA 2011, 90; *ders.*, ZJS 2010, 660.

453) *Hirsch*, FS Welzel, S. 791; *ders.*, FS Lackner, S. 613. — 同旨の見解として、*LK-Jähnke*, Vor § 211 Rn.14; *Duttge*, MedR 2011, 37; *Eser*, Sterbehilfe, S. 69; *de Faria Costa*, GA 2007, 321 f.; *Giesen*, JZ 1990, 935; *Große-Vehne*, Tötung, S. 261; *Köhler*, JRE 14 (2006), 278 f.; *Lauter*, GS Wyss, S. 185 ff.; *Leonardy*, DRiZ 1986, 290; *Lindner*, JZ 2006, 379; *Pelzl*, KJ 1994, 198 f.; *Tröndle*, 56. DJT, S. M 37; *ders.*, ZStW 99 (1987), 39; *Uhlig/Joerden*, AL 2011, 370 f.; *Verrel*, 66. DJT, S. C 64 f.; *Vöhringer*, Tötung, S. 76 ff.

454) さらにアクチュアルな例（違法に獲得された外国人の銀行データの刑事手続上の利用可能性）については、*Pawlik*, JZ 2010, 700.

455) そのことを詳細に述べるのは、*Guckes*, Argument, S. 4 ff.

456) *Merkel*, Dambruch-Argument, S. 127; *ders.*, Früheuthanasie, S. 286; *Müller*, Verbot, S. 77; *Schürch*, Rationierung, S. 173.

ベルギーの例が、参考にされる<sup>457)</sup>。さらに、死への逃避は、重大な苦痛との関わり合いの社会的な常態となりえ、また生命に対する普遍的な価値評価を損なうと述べられている。それゆえに、積極的臨死介助の全面的な許容は、積極的安楽死 (Euthanasie) を求めるよう、重病者に圧力を高めるということだけではなく<sup>458)</sup>、そのような拡大が、市民の意識における法と不法との限界を掘り崩すことにも至り、その結果、独断で遂行される「慈悲殺 (Barmherzigkeitstötung)」を受け入れるような傾向が強まると懸念されている<sup>459)</sup>。

このような懸念は、根拠がないものとして、ただちに拭い去られるわけではない<sup>460)</sup>。ドイツの西方にある隣国において見られる拡大傾向は、看過することができない<sup>461)</sup>。社会の以前と違った、病に苦しむ者や死にかけている者に対する取り扱いが間近に迫っているという想定も、一律に拒絶されるわけではない<sup>462)</sup>。しかしながら、今日の刑法の存在状態 (Ist-Zustand) の固定化が、このような傾向を阻むために適切であるかは疑わしい。既に、現在の法状況は、濫用の可能性を十分与えているのである。すなわち、とりわけ、許された間接的・積極的臨死介助と、禁止されている直接的・積極的臨死介助とを区別する限界は、「まさに紙一重である (dünn, ja hauchdünn)」<sup>463)</sup>。そのうえ、親族ないしその他の利害関係者には、既に現在、厄介に感じられる患者を自殺へと追い

457) 例えば, LK-Jähnke, Vor § 211 Rn. 14; Duttge, Selbstbestimmung, S. 50; Große-Vehne, Tötung, S. 266 f.

458) Dölling, MedR 1987, 8; Kutzer, GS Schlüchter, S. 357; ders., MedR 2001, 78; ders., FPR 2007, 61; ders., FS Rissing-van Saan, S. 340; Lauter, GS Wyss, S. 186; Lindner, JZ 2006, 378; Lorenz, JZ 2009, 66; Oduncu, MedR 2005, 445; v. d. Pfordten, Paternalismus, S. 105; Rieger, Einwilligung, S. 35; Roxin, Beurteilung, S. 116 f.; Tröndle, 56. DJT, S. M 37; Verrel, 66. DJT, S. C 65.

459) v. Lutterotti, MedR 1992, 11 ff.; Tröndle, ZStW 99 (1987), 39.

460) しかしながら, 例えば, Herzberg, NJW 1996, 3044 及び E. Fischer, Recht, S. 267 f.

461) 同旨の見解として, Kubiciel, JZ 2009, 602; Verrel, 66. DJT, S. C 65; これに懐疑的である見解として, Rosenau, 2. FS Roxin, S. 589.

462) 詳細には, Pawlik, Recht.

463) Hanack, Euthanasie, S. 147; 同旨の見解として, Fischer, Vor § 211 Rn. 64; Bottke, ZEE 1981, 121; Engisch, FS Dreher, S. 313; Geth, Sterbehilfe, S. 8; Klöpfferpieper, FPR 2010, 266; Kutzer, MedR 2001, 78; Schöch, NSTZ 1997, 410; Schreiber, FS Hanack, S. 739; Schürch, Rationierung, S. 73; Verrel, JZ 1996, 227; ders., 66. DJT, S. C 30, 107.

やる可能性が開かれている<sup>464)</sup>。しかしながら、とりわけ、一定程度の拡大可能性（Ausdehungspotential）は、積極的臨死介助について今日承認されている形態の基礎づけに、既に内在する<sup>465)</sup>。この可能性に実効性を与えることに限定された拡張の提案の場合、価値論的な閉鎖という観点の下では、断崖絶壁への危険な歩み寄りというよりも、むしろ時機を逸した解釈的な前線からの撤退が問題となっている<sup>466)</sup>。

さらに、法、中でも特に強度の介入を行う刑法は、それが法仲間（Rechtsgenosse）に恣意的であると思われるべきでない場合には、その時代の説得性という背景に拘束される<sup>467)</sup>。確かに、刑法が、ある過渡期に「社会的にもはや貫徹することができないことをいわば容赦なく要求する」ことは、まさに典型的である<sup>468)</sup>。しかしながら、徐々に刑法は、変化する社会の現実に適合するようになり、「なお支配的な見解と、徐々に貫徹され、目的論的解釈によって、いつの間にか現行法を変更するところの優勢となりつつある少数説との微細な、しかもますます微細になっていく網状態を伴う」<sup>469)</sup>。このような過程を、解釈論上の断定に基づいて阻止しようとすることは、かつてのドイツの堕胎法（Abtreibungsrecht）が辿った運命が示すように、成功する見込みのない企てである。住民の多数が（もはや）理解できないような法的禁止は、広範囲にわたって配慮されず、訴追機関は、それをなお真摯に取り上げることができず、あるいは最終的には、取り上げようとすらしめない。それゆえに、社会的な確信のやりくり（Überzeugungshaushalt）が、将来なお、さらに積極的臨死介助の方向へ推移しようという——徹頭徹尾現実主義的な——想定は<sup>470)</sup>、せいぜいのところ、議論のレベルでみられるだけなのである。

公共という上位の利益を援用することと並んで、刑法216条を基礎づけるために、当該市民から他者に自らの殺害を要求するという選択肢が奪われる場合、それは、当該市

464) *Jakobs*, Tötung, S. 20 f.; *Kargl*, Sterbehilfe, S. 392; *Mosbacher*, Strafrecht, S. 153, 172; *Neumann*, Tatbestand, S. 258; *Tenthoff*, Strafbarkeit, S. 158, 231.

465) それについて詳細には、*Pawlik*, Recht.

466) 同旨の見解として、*Merkel*, Früheuthanasie, S. 288.

467) *Braun*, Rechtsphilosophie, S. 392; *Henkel*, Einführung, S. 70; *Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 59 f.; *Isensee*, NJW 1977, 548 ff 参照。特に刑法に関しては、NK-*Hassemer/Neumann*, Vor § 1 Rn. 330; *Jähnke*, FS Ebert, S. 228 ff.; *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 261.

468) *Frommel*, NK 2007, 17.

469) *Frommel*, NK 2007, 17.

470) この点を強調するものとして、*Fischer*, 2. FS Roxin, S. 574, 576.

民の十分に理解された自己の利益に合致するという考慮も主張されている。自らの手で遂行された自殺だけが、終局的に死ぬ意思を確証できるとされる<sup>471)</sup>。また、このような基礎づけは、そのように正当化された規範の不法の質に影響を及ぼす。それによれば、刑法216条は、抽象的危険犯の地位に縮減する。すなわち、この規定が阻止すべきである危険は、執行するには成熟していない (nicht-vollzugsreife) 諸決定が執行されるであろうという点にあるとされる<sup>472)</sup>。その構造によれば、これは、間接的パターンリズム論拠である。その論拠がパターンリスティックであるのは、それが、死のうとしている者の行為の自由を、彼の幸福のために彼の現在の意思に反する態様で制限するからである<sup>473)</sup>。そして、その論拠が間接的パターンリスティックであるのは、刑法216条の刑罰威嚇が、死のうとする者自身に対してではなく、死のうとする者の意思に従うことが禁止されている第三者に対して向けられているからである<sup>474)</sup>。

ただし、自殺への決定を執行する際の成熟さを、その自手的な執行に結びつけることは、時として明らかに誤りである。体を動かすことができず、またひどく苦しんでおり、自らの生をもはや自らの手で断つことができない患者の場合だけを考えれば明らかである<sup>475)</sup>。しかしながら、そのような極端な事例を度外視しても、自らの決心を誰にも説

471) *Roxin*, Beurteilung, S. 117; *ders.*, FS Dreher, S. 339, 345; *ders.*, FS GA, S. 184; *ders.*, FS Jakobs, S. 577; *ders.*, AöR 59 (2011), 9. —類似の見解として, MK-Schneider, § 216 Rn. 8; *Kindhäuser*, BT 1, § 3 Rn. 9; *Botke*, ZEE 1981, 129; *Chatzikostas*, Disponibilität, S. 266; *R. Dreier*, JZ 2007, 320; *Duttge*, Selbstbestimmung, S. 51; *Engisch*, FS Dreher, S. 318; *Hirsch*, FS Lackner, S. 612, 614; *Kindhäuser*, FS Rudolphi, S. 144 (しかし, 最近, *ders.*, GA 2010, 492 で見解を改めた); *Murmann*, Selbstverantwortung, S. 496 f.; *Schroeder*, ZStW 106 (1994), 574; *v. d. Pfordten*, Paternalismus, S. 105; *Schroth*, GA 2006, 563; *Verrel*, JZ 1996, 226; *ders.*, 66. DJT, S. C 111. —このような趣旨, 既に, *v. Bar* (Gesetz, Bd. III, S. 33) は, 「同意の表明は, 直近のかつしばしば知覚できないほどわずかな時間ではあるが, 侵害が実行される以前には欠如しうるのに対して, このような同意は, 自己侵害の場合には, 常に確実に存在する」と述べていた。

472) *Jakobs*, System, S. 44; *ders.*, Tötung, S. 23; *Murmann*, Selbstverantwortung, S. 497; *Kubicel*, AL 2011, 364.

473) *Birnbacher*, Paternalismus, S. 12; *Fateh-Moghadam*, Grenzen, S. 22. のみを参照。

474) *Birnbacher*, Paternalismus, S. 16; *du Bois-Pedain*, Beteiligung, S. 33; *Fateh-Moghadam*, Grenzen, S. 24; *Neumann*, Tatbestand, S. 249. 参照。—直接的パターンリズムと間接的パターンリズムとの相違について基本となる文献としては, *Feinberg*, Harm, S. 9 ff.

475) *Grünewald*, Tötungsdelikt, S. 299; *von Hirsch/Neumann*, „Paternalismus“, ↗

明する必要がなく、自ら自身へと押し返された個人による行為の執行は、自殺の分業形態と比べて、目的連関の完全な熟慮に対して、傾向的に、よりわずかな保証しか与えない<sup>476)</sup>。この見解の評価の背後にあるパターナリズムも、自由な社会においては自明のことではない<sup>477)</sup>。確かに、最も頑なな自由論者であっても、「たとえば、未成年者、必要な弁識能力及び判断能力を欠く人格、あるいは原則的に権限を有するが、情報不足からその者が何をなすのかを正確に知らない成年者が問題となる場合には、人格を自分自身から守ることは正当たりうる」ということを認める<sup>478)</sup>。このいわゆるソフトパターナリズムは<sup>479)</sup>、自律性原則違反ではなく、むしろ個人の自律的な意思活動を保護するものであるとされる<sup>480)</sup>。しかしながら、自由な刑法秩序は、その者の殺害要求を明示的に真摯なもの、それにより自由答責的であると承認しているにもかかわらず<sup>481)</sup>、何故、その者の意思による決心の実行を妨げることができるのだろうか。

このことを基礎づけることができるのは、殺害要求が、その真摯性にもかかわらず、要求者の長期的な評価及び目標設定を不十分にしか表していないことに関する説得的な根拠が示される場合に限られる。自律は本質（Wesen）概念ではなく、規範的な構成物であるので<sup>482)</sup>、刑法上の規範の解釈に際して、一貫して同一の自律概念の理解が基礎

↘S. 80; *Kubiciel*, JZ 2009, 601; *ders.*, AL 2011, 365; *Müller*, Verbot, S. 30, 161; *Murmann*, Selbstverantwortung, S. 499 f.; *Neumann*, Tatbestand, S. 256.

476) *Müller*, Verbot, S. 112.

477) 本来的な問題は、「今日では、対置された側、すなわち、放縦主義（Libertinismus）による法文化の崩壊の際に、自らを進歩主義的であるなどと称する集団」にあるというヒルシュのアピール（*Hirsch*, FS Amelung, S. 191）は、文化保守主義者を喜ばせるかもしれないが、しかしながら、現実に対して反対する、怒れる抗議者たちのジャスチャーをこえるものではない。この種の表現において、ドイツの法思想において、長きにわたり強い影響力を有していたパターナリズム的・官憲国家的伝統の影響が残っているが、そのこと自体は、自由主義的・カント的法概念の再解釈をひるませるものではない（それについては、*Gutmann*, Savigny-Zeitschrift [Germ. Abt.] 122 [2005], 155 ff.）。

478) *Fateh-Moghadam*, Grenzen, S. 27.

479) ハードパターナリズムとソフトパターナリズムとの区別については、*Feinberg*, Harm, S. 12 ff.

480) *Fateh-Moghadam*, Grenzen, S. 27; *Gkoutis*, Autonomie, S. 217 ff.; *Gutwald*, Autonomie, S. 73 f.; *Mayr*, Grenzen, S. 71; *Neumann*, Triplik, S. 348; *v. d. Pfordten*, Paternalismus, S. 100; *Sternberg-Lieben*, Schranken, S. 110 f.; *Tenthoff*, Strafbarkeit, S. 112.

481) NK-*Neumann*, § 216 Rn. 14; *Wessels/Hettinger*, BT 1, Rn. 156 のみを参照。

に置かれる必要はない。その限りで、刑法216条の文脈において、一方で、問題になっている喪失の重大性及び終局性、他方で、表面的には殺害要求として生じる表明に際して、実際には、しばしば、絶望的に体験された生の状況に鑑みた配慮に対する隠された訴えが問題となるという意味の事情が重要である。このような理由から、あまり重要でない財の放棄の場合には既に不法阻却にとって十分であるとみなされる自由答責性の程度に、刑法216条という規定領域では、もっぱら刑法211、212条との比較で減じられた刑罰と結びつけることは、事理にかなっている<sup>483)</sup>。

しかしながら、このような基礎づけのアプローチの論理は、要求に基づく殺人の文脈では、完全な不法阻却の可能性をも規定することを要請することになる。すなわち、まさに、死なせてくれという要求が、まったくもって、そしてあらゆる事情の下で非理性的であると評価されるわけではないという点に、自由な刑法秩序においてきわめて疑わしいハードパターンリズムと自由の観点の下で受容可能なソフトパターンリズムとの間の相違が存在する。したがって、完全な不法阻却を生じさせるためには、殺害要求が、その真摯性の確定をこえる客観的な事後検証に耐えうるものでなければならない。

真摯性の確定の場合、単に、最低限度の伝記的な (biographisch) 一貫性が、要求されるだけである。すなわち、死のうとしてしている者の決心が、内心の確固性及び邁進性 (Zielstrebigkeit) に支えられていなければならないとされる<sup>484)</sup>。それゆえに、確かに、

482) 上述 S. 222 f.

483) 同旨の見解として、*Hoerster*, Strafe, S. 132 f.; *Murmann*, Selbstverantwortung, S. 493 f. —異なる見解として、*Fateh-Moghadam*, Grenzen, S. 37; *Kargl*, JZ 2002, 397; *Kirste*, JZ 2011, 810; *Mosbacher*, Strafrecht, S. 152; *F. Müller*, Verbot, S. 79 ff.; *Sternberg-Lieben*, Schranken, S. 41, 111; *Tenthoff*, Strafbarkeit, S. 116, 123 ff., 179. —それにもかかわらず、ミュラーは、要求に基づく殺人の禁止を守るために、以下のことを引き合いに出す。すなわち、このような場合において、犯罪行為を行っている第三者は、有効な要求という要件が存在することに関して錯誤するという桁外れに高いリスクにさらされるということを引き合いに出す (*Müller* aaO, S. 121 ff.)。しかしながら、実務では、どのようにして病的な動機づけの背景に対する疑いが排除されうるのだろうか、すなわち、どのようにして、既に表明された殺害要求の自由答責性は立証されるのだろうか。おそらく、この要求のきっかけが判断者にとって十分に重大なものとして現れているかという問いによって回答するしかないだろう。それによって、証拠評価 (Beweiswürdigung) という回り道を通じて、ミュラー説をとる裁判官は、結論的には、せいぜいのところニュアンスの点で区別される立場にたどり着くこととなろう。

484) *MK-Schneider*, § 216 Rn. 20; *S/S-Eser*, § 216 Rn. 8.

判断者の見解によれば、一時的な気分あるいは一時的な抑うつ状態に起因する殺害されることへの願望は、真摯なものとして認められない<sup>485)</sup>。これに対して、その者が理性的であることは、殺害要求の真摯性の判断のための有用な基準とはされない<sup>486)</sup>。許された積極的臨死介助は、より多くのことを要件とする。すなわち、殺害要求が、客観的な第三者の立場からみて、死のうとしている者の苦しんでいる状態に対する事理にかなった反応として現れるものでなければならない。間接的臨死介助の許容性についての合意に基づいて、この要件は、現在少なくとも、患者が、症状が重く、効果的には克服されえない苦痛にさらされており、かつ自然的な生命の終結が間近に迫っている場合に充足される<sup>487)</sup>。この領域では、自由と両立可能なソフトパターンリズムに基づいて、

485) *Fischer*, § 216 Rn. 9; *Kühl*, § 216 Rn. 2; *LK-Jähne*, § 216 Rn. 7; *SK-Sinn*, § 216 Rn. 8; *S/S-Eser*, § 216 Rn. 8; *Wessels/Hettinger*, BT 1, Rn. 156.

486) *MK-Schneider*, § 216 Rn. 20; *SK-Sinn*, § 216 Rn. 8.

487) それゆえ、生死に関する決定については合意可能な基準は立てえないと主張する者（例えば、最近のものとして、*Roxin*, FS Jakobs, S. 575; おそらく、同様であるものとして、*Schroeder*, FS Deutsch, S. 508）は、現実を直視しようとしていない（適切であるのは、*Verrel*, FS Jakobs, S. 724）。そのような主張をする者は、その主張を一貫すると、治療を行っている医師がその意思について何も知りえないような、患者の有利になる間接的臨死介助、あるいは治療中断すらも許さないことになってしまうだろう。このような患者の運命に関しては、「推定的意思（*mutmaßlich Wille*）」という曖昧な概念によって覆い隠されているのであるが、結局のところ、客観的な——すなわち、社会的に合意可能とみなされているものと何ら異なる——価値基準に基づいて判断されるのである（*Pawlik*, *Recht*; *Schöne-Seifert*, *Grundlagen*, S. 67; *Verrel* aaO, S. 730）。このような実務が、一般に許されるものとみなされているという事情が示すのは、死にかけており、痛みに苦しめられている生命の質に関する、実務を支える評価が、広範な賛同を得ているということである。しかし、このような評価がはっきりと、一義的に述べているのは、一定の病状の場合には、この者の生命を技術的な可能性の極限まで引き延ばすよりも、引き延ばさずに早く死ぬことの方がよいということなのである。——確かに、インゲルフィンガー（*Ingelfinger*, *Grundlagen*, S. 272; *ders.*, JZ 2006, 822; これに賛成する見解として、*Hillgruber*, ZfL 2006, 76）は、そのように生命の質を評価する思考法を、それ自体（*per se*）非難するべきであると考えている。しかしながら、彼は、間接的臨死介助に言及するやいなや、自らそのその思考法を求めることになる。間接的臨死介助の場合、「苦痛はないがより短い生と、苦痛はあるもののより長く、ひどく苦しんでいる患者によってコントロールされる生との比較が」問題となるとされる（aaO, 824; 同旨の見解として、*Hillgruber* aaO）。このことは、純粋な生命の長さに対する生命の質の比較衡量と何が異なるのだろうか。

死のうとしている者を彼自身から保護すること、及び、そのことから生じる、要求者の生命への依頼された介入を自制するという実行者の義務はもはや基礎づけえない。それゆえに、その限りで、刑法216条の目的論的縮減に基づいて、間接的臨死介助の特殊形態をこえて、積極的臨死介助という他の形態も許されなければならない<sup>488)</sup>。

c) 瑕疵ある意思の重要性

自己侵害を決定することの自己答責性は、とりわけ、該当者の決定の基礎が意思欠缺

---

488) 結論において、ほぼ本書と同様の見解として、*Frisch*, *Leben*, S. 109 f.; *Hoerster*, *Strafe*, S. 132; *Jakobs*, *Tötung*, S. 31 f.; *Grünwald*, *Tötungsdelikt*, S. 300; *Kubiciel*, *JZ* 2009, 606 f.; *ders.*, *JA* 2011, 91; *ders.*, *AL* 2011, 366; *Murmann*, *Selbstverantwortung*, S. 499 ff.; さらに、患者が生命侵害的な行動をもはや自らの手で遂行することができないという限りで、*Freund* (*FS Herzberg*, S. 237 f.)。——他の論者は、正当化緊急避難の基本思想を援用する (*MK-Schneider*, *Vor § 211 Rn.* 91; *NK-Neumann*, *Vor § 211 Rn.* 127; § 216 *Rn.* 19; *ders.*, *FS Herzberg*, S. 584, 590; *ders.*, *Tatbestand*, S. 251 ff., *SK-Sinn*, § 212 *Rn.* 56; *Maurach/Schroeder/Mairwald*, *BT* 1, § 1 *Rn.* 34; *Wessels/Beulke*, *AT*, *Rn.* 316 d; *Chatzikostas*, *Disponibilität*, S. 320 ff.; *Fischer*, *Recht*, S. 249 ff., 274; *Geißendörfer*, *Selbstbestimmung*, S. 215; *Kämpfer*, *Selbstbestimmung*, S. 357 ff.; *Merkel*, *Früheuthanasie*, S. 578 ff.; *ders.*, *FS Schroeder*, S. 320 f.; *Müller*, *Verbot*, S. 163, 202 ff.; *Schorck*, *Sterbehilfe*, S. 248 ff.; *Herzberg*, *NJW* 1986, 1640; *von Hirsch/Neumann*, „Paternalismus“, S. 88 ff., 107 ff.; *Kargl*, *Sterbehilfe*, S. 396; *Kutzer*, *DRiZ* 2005, 258; *ders.*, *ZRP* 2003, 212; *ders.*, *FPR* 2007, 61; *Otto*, 56. *DJT*, S. D 58 ff., 92 (もっとも、著しく極端な事例に対してだけであって、それ以外については単に刑の免除をするにすぎない。a.a.O., S. D 61, 75); *ders.*, *Jura* 1999, 441; *ders.*, *NJW* 2006, 2222.) ——従来の見解は、せいぜいのところ刑法35条 (*Maatsch*, *Selbstverfügung*, S. 239), あるいは超法規的免責的緊急避難 (*S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben*, *Vorbem.* §§ 32 ff. *Rn.* 117; *Hirsch*, *FS Lackner*, S. 610, 615; *Pelzl*, *KJ* 1994, 194; *Tröndle*, 56. *DJT*, S. M 39; *ders.*, *ZStW* 99, [1987], 42; おそらく同様の見解であるものとして、*Köhler*, *JRE* 14 [2006], 444; *Ingelfinger*, *JZ* 2006, 823), あるいは刑の免除 (*S/S-Eser*, *Vorbem.* §§ 211 ff. *Rn.* 25; *ders.*, *Heilauftrag*, S. 91 f.; *Roxin*, *AT* 1, § 16 *Rn.* 56; *ders.*, *FS GA*, S. 189 f.; *Dölling*, *MedR* 1987, 11 f.; *Duttge*, *Selbstbestimmung*, S. 51 f.; *Engisch*, *FS Bockelmann*, S. 636 f.; *Wassermann*, *Tod*, S. 401 f.) に立ち返ることができると判断しているにすぎない。——シュテルンベルク・リーベン (*Sternberg-Lieben*, *Schranken*, S. 112 f.) は、確かに、立法論として (*de lege ferenda*)、死のうとしている者のもっともな要求がある場合には、積極的臨死介助の刑の免除という願望に賛同するが、しかしながら、現行法では (*de lege lata*)、このような方法をとることはできないとしている。



——情報不足ないし強制状況——によって損なわれている場合には、より詳細な検討を要する。その場合には、誰がこの欠缺とその結果に対して答責的であるのか、つまり該当者自身なのかそれとも他者なのかが、その都度問題となる。これまでの考察によれば、少なくとも、ある一つのことが確実にいえる。すなわち、この問題に答えるためには、意思の実現（Willensumsetzung）という外形的な形式は、役割を果たしえないということである。つまり、該当者が加害行為を自らの手で遂行するのか、それとも彼が他者による遂行に同意するのかということは、重要ではない。二つの遂行モデルは等価なので、それらは、管轄分配の観点の下で（sub specie）あっても、同様に扱われなければならない<sup>489)</sup>。

しかしながら、標準となる基準は、どのようなものであるのか。原則的に、各人は、情報調達（Informationsausstattung）、及び生活上の抑圧（Lebenszwängen）の適切な処理を自ら行わなければならない。その限りで、自己答責がなければ自己決定もないということも妥当する<sup>490)</sup>。それゆえに、決定者に不利となる処分の帰結に対する、他者への管轄の移転は、2つの要件の下でのみ考慮される。第1に、他者が、被侵害者の決定の余地を法的に重要な態様で狭めていなければならない。つまり、他者が被侵害者を社会的に相当でない強制にさらしたか、あるいは他者が被侵害者の情報調達を義務違反的に損なったかのいずれかでなければならない<sup>491)</sup>。第2に、それに基づいてなされた

489) S/S-*Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 52a; *Jakobs*, AT, 7/120; *Arzt*, Willensmängel, S. 34 Fn. 48; *Göbel*, Einwilligung, S. 100; *Herzberg*, Täterschaft, S. 37 f.; *Kußmann*, Einwilligung, S. 135 f.; *Schlehofer*, Einwilligung, S. 74.

490) 適切なのは、*Rönnau*, Willensmängel, S. 223, 251; *ders.*, Jura 2002, 672 f. ——医師の説明義務の例を用いて、この点を強調するものとして、*Geilen*, Einwilligung, S. 29, 151.

491) それゆえに、管轄の移転（Zuständigkeitsverlagerung）が問題とならないのは、介入者が、同意者に、次のような期待を生じさせた場合である。つまり、同意者が、法の評価に従えば、その者の同意を依存させてはならないような期待を生じさせた場合である（*Joerden*, Rechtstheorie 22 [1991], 170 Fn. 12）。例えば、臓器の販売は、法的に禁止されている（臓器移植法7条1項第1文参照）。それゆえに、金銭の支払いに対する虚偽の約束に応じて、自らの腎臓を摘出させる気がある意思表示を行う者は、自らのリスクに基づいて行動しているのである。この場合、既に法的に考慮すべき欺罔は存在しない。——介入者の管轄をもたない同意者の錯誤も、常に同意者の答責領域に属する（*Jakobs*, AT, 7/120; *Göbel*, Einwilligung, S. 94 f.; *Grünewald*, Tötungsdelikt, S. 305 ff.; *Kußmann*, Einwilligung, S. 195 f., 235 f.; ↗

被侵害者の決定が、客観的に理解可能な (nachvollziehbar)、他者の責めに帰すべき強制状況の取扱い方を表さなければならない。自己侵害の結果生じた害が保護された利益との均衡を逸しない限りで、このことはあてはまる。これに対して、守られた利益と損なわれた利益との間に、後者の利益の犠牲において不均衡が存在する場合、財の階層構成の変更 (Güterumschichtung) は、法的には非理性的であり、またそのことから被侵害者自身に帰属される<sup>492)</sup>。被侵害者の真実要求 (Wahrheitsanspruch) の違反の場合と

↘ *Kindhäuser*, FS Rudolphi, S. 147)。通説はこれと異なる見解をとっており、同意の有効性に対する錯誤の重要性を、誰が責任を負わなければならないか (Vertreten-Müssen) という問題と全く関係なしに判断するか (S/S- *Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 46; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 17 Rn. 109 ff.; *Rinck*, Deliktsaufbau, S. 45), あるいは同意者の錯誤を認識している行為者が、自らに与えられた同意を援用する場合には、その重要性を、いずれにせよ権利濫用的であると解釈するか (LK-*Hirsch*<sup>11</sup>, Vor § 32 Rn. 122 m. w. N.; *Frister*, AT, § 15 Rn. 19; *Kindhäuser*, AT, 12/32; *Otto*, AT, § 8 Rn. 114; *ders.*, FS Geerds, S. 618; *Roxin*, AT 1, § 13 Rn. 111; *Kühne*, JZ 1979, 244 f.) のいずれかである。レンナウは、動機の錯誤に関してはこの見解に賛成するが (*Rönnau*, Willensmängel, S. 252), しかしながら、法益関係的錯誤を考慮することについてはそうではない。すなわち、この種の錯誤を、錯誤を認識している行為者は、自らが錯誤について答責的でないとしても、利用してはならないとされるのである (aaO, S. 227, 414)。この異なる取扱いのために、レンナウは、とりわけ以下の領域において、用語法的な論拠をもち出す。すなわち、後者の錯誤の種類の場合には、既に概念的には同意の存在が欠如しているのであって、その結果、同意者の自律に関する問題は、まず全く提起されないというのである (aaO, S. 227 及び LK-*Rönnau*, Vor § 32 Rn. 204)。もっとも、このことは、程度の差こそあれ同じ程度の正当性をもって、他のようにも考える定義的な確定をこえるものではない。レンナウは、この欠点を自覚しているように思われる。いずれにせよ、彼は、後の記述において、なお内容的な基礎づけを後回しにしている。すなわち、「それにもかかわらず、この場合における介入者を処罰しないことは、具体的な決定状況において、自らが具体的に何を犠牲にするのかを知らないような財の所有者の自己答責思想を過度に強調することになるだろうし、また社会における法仲間の社会的な共同生活にとっても、あまり有益でないであろう」(aaO, S. 415)。もちろん、このような諸考慮は、それが曖昧であるにせよ、同じ態様で法益関係的でない錯誤に対してもあてはまる。もっとも、その場合に、レンナウは、そのような考慮を、なお、それが同意者の決定に対する自らの答責を十分には考慮していないという基礎づけを用いて拒絶した (aaO, S. 251)。何故、このことがここでは、もはや妥当すべきでないのかは、不明確なままである。

492) 本質的には、本書と同様の見解として、*Jakobs*, AT, 7/121 ff.; *Göbel*, Einwilligung, S. 116 f., 123; *Grünwald*, Tötungsdelikt, S. 304 f. — 同様の見

解として、*Jescheck/Weigend*, AT, § 34 IV 5 (S. 383), *Roxin*, AT 1, § 13 Rn. 99, 104 f.; *ders.*, GS Noll, S. 281 ff.; *M. Heinrich*, Rechtsgutzugriff, S. 69 f.; *Rinck*, Deliktsaufbau, S. 48. —さらに先のところへと（欺罔によって得られたあらゆる同意は無効であるとされる）、近時再び有力化している見解は至っている（OLG Stuttgart, NJW 1982, 2266 [2267]; LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 206; *ders.*, Jura 2002, 674; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 17 Rn. 109 ff.; *Mitsch*, Rechtfertigung, S. 112, 532, 544; *Frister*, AT, § 15 Rn. 18; *B. Heinrich*, AT 1, Rn. 469; *Hoffmann-Holland*, AT, Rn. 315; *Kindhäuser*, AT, § 12 Rn. 27; *ders.*, FS Rudolphi, S. 146 f.; *Köhler*, AT, S. 254; *Rengier*, AT, § 23 Rn. 32; 同意者が、完全に特定された目的の追求を要請したという事例について、*Joerden*, Rechtstheorie 22 [1991], 183 も同様の見解に立つ）。—これに対して、同意理論内部の通説は、あまりにも制限的である。それによれば、いわゆる法益関係的錯誤しか、同意の有効性を失わせないのである（基本となる文献として、*Arzt*, Willensmängel, S. 20 ff.; さらに、*S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 46 f.; *Sternberg-Lieben*, GA 1990, 292; *Gropp*, AT, § 6 Rn. 43 f.; *Jescheck/Weigend*, § 34 IV 5 [S. 383]; *Kühl*, AT, § 9 Rn. 37. [もつとも、Rn. 39 では、緊急避難類似の強制状況を取り込んで補充するようになっている。]; *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 376a; *Kußmann*, Einwilligung, S. 38 ff., 71; *Schlehofer*, Einwilligung, S. 83; *Bichlmeier*, JZ 1980, 55; *Brands/Schlehofer*, JZ 1987, 447; *Küper*, JZ 1990, 510; *Rudolphi*, ZStW 86 [1974], 83 f.)。例えば、—この文脈で検討されている例の中で最も著名な例を取り上げると—反対給付を与えるという虚偽の約束には、刑法263条の諸要件の下でのみ、刑法上の意義が与えられるとされる。これに対して、このような約束を信用することで与えられた同意の有効性は、損なわれていないままであるとされる。この見解の基礎にあるのは、—その基礎づけに際して、アルツトがそう述べているように—刑法には、「存立の保護 (Bestandsschutz)」という任務だけが課せられているという刑法理解である。すなわち、刑法は、「一定の、つまり静的なものであると考えられる法益」を保護するとされる (*Arzt*, aaO, S. 17)。既に、ヴェルツェルは、そのような考察方法の根本的な誤りを指摘していた。すなわち、この考え方は、「諸法益を現実の社会の生活空間におけるものではなく、生気のない機能を失った世界におけるもの」とみなしており、また諸法益を「有害な影響から展示ケースの中で入念に守られる [……] 博物館の展示品」のような地位へと縮減するのである (*Welzel*, Abhandlungen, S. 140)。実際、権利領域の主体は、自らの物質的基本を二重に利用することができる。すなわち、一方で、彼は、自らにとって可能な限り有利に現れている形を与えようとする所与の存立した物 (Bestand) として、それを扱うことができる。しかしながら他方で、彼は、現在、自らの権利領域にはない財に関する処分権を得るために、この言葉の本来の意味における能力 (Vermögen) として、つまり、彼が利用するポテンシャルとして、それをを用いることができる。自らの財の動的な投入は、所与に存立している物の静的な保持と同様に重要な（また決して、原理的にはより保護に値しないというわけではない）人

関連させれば、次のことを意味する。すなわち、当該処分が、不適切な情報の断片 (Informationspartikel) が混入される場合にのみ、受容可能な財の積み換え (Güterumschichtung) として現れるが、その混入を無視する場合には、財の積み換えが不合理なものとなる場合には、必要な帰属連関が与えられる。これに対して、客観的な第三者が、その処分を、同意者が、彼にとって使用可能な情報を合理的な基準によってはもはや支持しえないように取り扱っていることの表れとして評価する場合、その処分に実現したのは、その情報の基盤の保護が、被害者を守ろうとしている危険ではなく、それとは異なる、その者独自の無能力に帰属されるべき危険なのである。

確かに、いかなる者も、自らの権利領域内では、自らが欲するように無分別に行動してもよい<sup>493)</sup>。逆のことを想定することは、フォン・パールの注釈によれば、裁判官の後見の下にその者を据えることを意味するとされる<sup>494)</sup>。しかしながら、彼が他者に自らの無分別の結果を負担させてもよいのかが問題となるやいなや、単なる私的な領域を

---

↘格性の現れである (同旨の見解として, LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 199; ders., Willensmängel, S. 285 ff.; ders., Jura 2002, 671; Frister, AT, § 15 Rn. 18; Hoffmann-Holland, AT, Rn. 315; Kindhäuser, AT, § 12 Rn. 27; Otto, AT, § 8 Rn. 112; Puppe, AT, § 11 Rn. 3; Amelung, Irrtum, S. 21 ff., 56 ff.; ders./Eymann, JuS 2001, 943; Bloy, ZStW 96 [1984], 718)。アルツト自身もまた、「瑕疵ある意思 (Willensmängel)」に関する著書の終わりで強調するのであるが、所有権、信書の秘密、それに加えて身体の完全性のような法益は、主体 (Inhaber) にとっては、自らがそれを処分しうる場合にはじめて価値を有するであろうとされる (Arzt aaO, S. 42)。それによって、彼は、自らの本来的な、静的な法益理解からだけでなく、それに支えられた法益関係的な瑕疵ある意思に対する特別な取扱いからも根拠を引き離すのである (同旨の見解として, LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 199; ders., Willensmängel, S. 291; ders., Jura 2002, 671)。脅迫について、アルツトは、かつての自身の立場とその後の自身の立場との間の緊張関係を、定義によって無理やり解消する。つまり、脅迫は、「被脅迫者の現実の意思が侵害と対立するから、常に法益関係的である」とされる (Arzt aaO, S. 32)。もっとも、同じことは、欺罔についてもいえるだろう (類似の見解として, Amelung, Irrtum, S. 22)。というのも、その後の著作において、アルツトは、錯誤に条件づけられた処分に対しても、「法益関係的な瑕疵ある意思」の範囲を拡大するからである (Arzt, FS Baumann, S. 209 ff.)。それによって、彼の本来的な制限的な立場に残っているものは、ほとんど何もない。

493) LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 153; Roxin, AT 1, § 13 Rn. 21; Mitsch, Rechtfertigung, S. 530 f.; Murmann, Selbstverantwortung, S. 202; Ohly, Volenti, S. 65.

494) v. Bar, Gesetz, Bd. III, S. 63.

離れ、間人格性の領域へと至る。そこで一定の管轄分配のために援用される諸根拠は、あらゆる法仲間の平等に応じて、個人的な精神状態の表明をこえるものでなければならず、また一般的な受容可能性を自らについて要求しなければならない<sup>495)</sup>。それゆえに、被害者が、他者の規準に、その他者にとって不利となる一定の態様で反応したという所見は、十分なものではない。むしろ、被害者は、自らの反応が、その内容的な説得力について検討されることを受け入れなければならない。このように考えれば、事後的検証可能性という基準（Nachvollziehbarkeitskriterium）は、正当防衛の必要性メルクマールに対応する。すなわち、両者の場合において、被侵害者の行為自由の違法な制約に対する彼の反応の客観的な適切性が、テーマとされている——一つは、彼が行う攻撃に対する防御に関してであり、もう一つは、彼の自損行為を考慮することに関してである。

（山本和輝 訳）

---

495) これに対して、アーメルンクは、同意の有効性を、もっぱら同意者の個人的な価値体系の基準に基づいて判断し（Amelung, Irrtum, S. 41）——この段階では、同意の受け手（Einwilligungsempfänger）の利益が、「(なお) 配慮される」必要は「ない」とする（aaO, S. 40）——、そして発生した損失に対する介入者の管轄への問題を、違法な結果の個別の帰属に関する、体系的には後置される理論へとまわしている（aaO, S. 38）。それによって、アーメルンクは、同意が、包括的であり、かつ行為者側と被侵害者側を同様に取り込んでいる管轄体系の内部にその地位を有するという事情を見誤っている。同意者及び介入者は、その場合、特定の精神的な資質（Ausstattung）を有する個人として現れるのであって、法的人格として現れるわけではない。しかしながら、行為者と被侵害者の法的平等に属するのは、同じ管轄形象の基準に基づいて判断されることである。——問題を分割するというアーメルンクの戦略に対して批判的であるものとして、さらに *Murmann, Selbstverantwortung*, S. 458; *Rönnau, Willensmängel*, S. 349.