

講 演

正当化と免責

「刑法の一般的な構造比較」のための
マックス・プランク・プロジェクトの出発点

アルビン・エーザー

高橋 則夫 訳
仲道 祐樹

- I はじめに—「正当化と免責」プロジェクトの起源
- II なぜ正当化と免責の区別が犯罪概念と構造の理解にとって鍵となるのか
- III 正当化と免責を区別する実質的な理由は何か
 - 1 正義を最適化するため—被告人と遵法的市民双方に関して
 - 2 責任はないが違法な行為への制裁を許容するため
 - 3 行為を適法と認めることなく個人的な免責を認めるため
- IV 正当化と免責の区別はいかにして発展したか
 - 1 不法と責任の分離
 - 2 「構成要件」の発見（制定法上の範型，あるいは「犯罪の法定要素」）
 - 3 正当化と免責の区別における最終段階
- V マックス・プランク・プロジェクトの「刑法の一般的な構造比較」への拡大

I はじめに—「正当化と免責」プロジェクトの起源

本稿の副題にすでに示されているとおり、「正当化と免責」は数ある比較法のトピックの中から無作為に選択されたものではなく、意図的に選択されたものである。実際、違法行為の正当化と、違法行為者の免責の区別は、比較研究の構想の出発点であり、結局これが、刑法と刑事手続の「一般的な構造比較」という総合的なプロジェクトへと最終的に至ったのである。

マックス・プランク研究所において、私の監督の下、ヴァルター・ペロン教授をチーフ・コーディネーターとして行われたこのプロジェクトは、次のような私の印象にその端を発するものであった。すなわち、異なる法体系の構造と要件の比較に関する伝統的方法是、異なる国々、異なる法域における犯罪が基本的に異質なものであり、有意義な比較ができないように見えるという事実のゆえに、最初から失敗しているように思われた、という印象である。とりわけ、ドイツにおける3段階的犯罪構造、すなわち(1)「構成要件該当性(Tatbestandsmäßigkeit)」(制定法上の犯罪要素の充足)、構成要件該当性が原則的に構成する(2)「違法性(Rechtswidrigkeit)」(行為の客観的不法)、その後要求される(3)「責任(Schuld)」(行為者の主観的な責任)への分割は、コモン・ローにおける「犯罪(offence)」(アクトゥス・レウスとメンズ・レア)と実体法上、手続法上の様々な「抗弁(defence)」との2面的関係とは比較不可能に思われるし、ましてや犯罪の「社会主義的」概念のように、行為の客観的要素と主観的要素、行為者の客観的要素と主観的要素に4分割することとは比較不可能に思われる。したがって、これら様々な犯罪構造の「正面」は、基本的に異なっているように思われたため、これらの構築物に類似の構造を見出すことにはほとんど望みはなかったのである。

そして、これら様々な犯罪概念のうちに類似の現象を見出す他の方途を必死に模索していたとき、私は、(不法やアクトゥス・レウスといった積極的要件に関する)犯罪の正面ばかりを見る代わりに、積極的要件がすべて充足されているにもかかわらず、可罰性が阻却される事例と根拠といった犯罪の「裏面」から犯罪構造に踏み込む方がより見込みがあるのではないかと考えたのである。いずれにしても、さらなる考察とそのため踏んだステップを説明する十分な時間はないが、最終的に明らかになったことは、犯罪概念の正面がいかなるデザインによって構築されているように見えようとも、そこに裏面から踏み込み、可罰性が否定される根拠を調べてみると、共通の退路がいくつか見出されるのではないかとということであった。刑事責任を阻却する事由のうちには「正当化」と理解されるものと、「免責」と理解されるものがあり、これらと、さらにはこれら以外のものには、特別な名称はまったく与えられていないが、とりわけ犯罪理解のための鍵となる要素としての正当化と免責の役割を探求することには価値があるように思われた。

このような目的で、正当化と免責に関する個別問題を扱った様々なモノグラフが公刊され、各国の学者との比較法コロキウムがすでに実現された。その中

でも私がとくに思い出しておきたいのは、西原春夫教授との共催で早稲田大学において行われた1993年の東アジアードイツ刑法コロキウムである。

以下では、第1に、なぜ正当化と免責が犯罪の基本構造を理解する鍵であると考えられるのかを、第2に、どのようにしてこの区別に至ったのかを、第3に、正当化と免責はいかなる基準に基づいているのかを、最後に、それが鍵となるにもかかわらず、なぜこの区別が「犯罪の一般的な構造比較」にとっては完全には十分ではなく、我々のプロジェクトの遂行において明らかになったように、我々のプロジェクトのアプローチを拡大することが必要だったのかを説明したい。

II なぜ正当化と免責の区別が犯罪概念と構造の理解にとって鍵となるのか

犯罪構造における国際的な差異を学んだ後では驚かないかもしれないが、コモン・ローと大陸法の間には、正当化と免責の区別があるかどうか以上の相違はない。コモン・ローの学者にとっては、この区別はせいぜい「想像上のゲーム」にすぎず、それゆえ、実務上の重要性や、理論上の重要性さえもないように思われている。しかし、ドイツ刑法学と刑事司法はもちろん、その間に同じパターンに適合した他の多くの法体系にとっては、一ハッセマーが推測するように一正当化と免責の間の差異は「自明」のことである。もしこれが周延的な問題に過ぎないとしたら、おそらく我々はこの差異に手をつけなかったであろう。しかし、このような区別は、正当化と免責に対応して、行為の「違法性」という意味における「不法」と、行為者の個人的な「非難可能性」という意味における「責任」とを区別する犯罪概念に基づくのであるから、この区別は犯罪一般の内容と構造を明らかにする上で有益であるように思われる。

このことは、一方でコモン・ローの犯罪概念に関して、他方でドイツ法理論に影響を受けた刑罰体系の概念に関してとくに真理である。後者について我々は、可罰性を構成する様々な要素（犯罪の法定要素、有意的行為、故意または過失、責任、正当化事由、責任阻却事由、他の阻却事由等）が一後述するように一異なる評価レベルにランク付けされているという意味で「構築」されている犯罪の観念を有している。これに対して、コモン・ローの伝統は、単に結果を志向する「全体的」アプローチであり、「アクトゥス・レウス」と「メンズ・レア」、そしてこれらのいずれかに対するあらゆる抗弁を、少なくともあ

る種のヒエラルキーにランク付けされていないという意味で、同レベルの要素として扱っている。もし我々が、両アプローチの背後にある認識上の関心を比較するならば、—おそらく大幅な単純化によって—以下のようにいえるだろう。コモン・ローの刑法学者は最終結果にのみ、すなわち可罰性の全要素が存在するか否かにのみ関心を有するのに対して、ドイツ刑法およびそれと類似の構造を有する他の体系にとっては、可罰性の全要素が充足されているのではない事例において、これが免責によるものなのか、正当化事由によるものなのか、あるいは犯罪の法定要素が欠如することによるものかが実際上問題となる、と。したがって、—建築物のイメージを用いれば—2つの犯罪概念は異なる構造と異なる外観を示している。一方でドイツの犯罪概念は数階建ての家のように構築されている。そこでは、完全な可罰性に達するためには、すなわち最上階にたどり着くためには、1階ずつ上っていかなければならない。このモデルにおいては、異なるランク付けをされた抗弁という形式で、各階ごとに責任からの出口が設けられている。抗弁によって用いられた出口のレベルが低いほど、とりわけ社会的な「スティグマ」が弱まるという帰結によって犯罪への関与の度合いは低くなる。他方で、コモン・ローの犯罪概念は、「アクトゥス・レウス」と「メンズ・レア」という2つのメインエントランスと、(ランクの等しい)抗弁を構成する多くの出口を備えた1階建ての家屋のようなものである。完全な可罰性が欠如することによって、入口がふさがれているか、出口が開いているかはそれほど問題ではない。模範刑法典2条から4条によって導入された改良でさえ、基本的にはこの「1階建て」構造を変更するものではない。これらの条文は、入口と出口にしるしを付けるラベルに更なる詳細さを導入したものにすぎないのである。

可罰性という住居にとっていずれの構造がより適切であるかを我々の調査のこの段階で判断することはしないが、以下のことを認識しておかなければならないということは確かである。それは、これらの建築物の構造が基本的に異なるということにより、これらを比較する者は1つの現実的なジレンマに陥るということである。一方で、刑法的現象の比較を試みる場合、もし彼が、その裏に潜む犯罪概念に注意を払わなければ、前述したように、彼は表層的なレベルにとどまるリスクを冒し、したがって真に有益な比較調査を達成できないであろう。他方で、比較者がより奥深く進み、犯罪の裏に潜む構造を調査しようとすれば、様々な犯罪構造が示されている異なる表面によって簡単にやる気が削られるであろう。

確かにこれはいろいろする状況であるが、それにもかかわらず、調査を強制的に諦める理由にはならない。しかしそれは、有益な比較のための他の方法を見出す場合の話である。たとえば、様々な構造をその表面から分析する代わりに、なぜ裏面からそこにアプローチすることができなかったのか。すなわち、我々の比較法的アプローチの少なくとも最初の一步においては、可罰性の「積極的」要素について調査するのではなく、むしろその抗弁、それにより可罰性が「否定」されることの抗弁の分析と比較を試みるべきである。それは、冒頭ですでに説明した通り、どのような刑罰体系においても、全体としての犯罪が、積極的要素のほか、犯罪の法定要素が充足されるとしても犯罪が阻却されることに基づくいくつかの事由から成り立っている、その一定の根拠を見出すことになるからである。そして、そのような抗弁が一見類似しているにもかかわらず、これを仔細に見るならば、可罰性を阻却する原理が異なっていることが判明するであろう。正当防衛（self-defense）と心神喪失（insanity）を例にとろう。正当防衛で殺人を犯したという事例においては、行為者がその個人的権利を実現しており、法益を保護しているがゆえに、我々がその行為を「違法」と呼ぶことはほとんどできないであろう。これに対して、心神喪失の事例では、心神喪失者が、自己の行為に責任を負わないにもかかわらず、いずれにせよ彼が違法な害をもたらしたということはほとんど否定できないであろう。なぜなら、彼が心神喪失を理由に無罪とされとしても、行為者は自分が「権利」を行使したとか一般の利益を保護したと主張することはほとんどできないからである。そして、仮に我々がこれらの異なる状況を記述することで、意図的に「正当化」と「免責」という用語を避けるとしても、正当防衛の抗弁と心神喪失の抗弁ではその原理が異なり、結局のところやはり不可罰のインパクトが異なるということはほとんど疑いえない。第1の行為者は、全体として法に従った行為をしているのに対して、第2の行為者は、行為者を有罪にはできないにもかかわらず、法の真の利益を促進したとも、その内部にとどまっているとも決してみなされないのである。

しかし、ひとたび異なる原理と効果を持つ各抗弁を、刑事責任の阻却に関する広範なインパクトを強く持つものとそうでないものに区別するならば、すでに異なる（レベルとはいわないまでも）評価の形態について語っているのである。なぜなら、一方の事例では、正当防衛のように、その行為の実行が期待されるとはいえないまでも、行為が合法的に承認できるのに対して、他の事例では、心神喪失のように、行為それ自体が公共の承認を主張できないのは確かだ

からである。そして、様々な犯罪概念の多様な表面にいら立ちを感じ、心をかき乱される代わりに、比較者はむしろ、抗弁とその原理・性格を探求することで、その「裏面」に関心を持つべきである。そしてその結果、それらの抗弁が可罰性阻却に対して区別のあるインパクトを有することが明らかになる場合には、とりわけ、ある行為を法に従ってなす一方で、他の行為はその真の利益のうちには存しないとするので、我々は少なくとも、それらの犯罪という「建築物」内部でより実りある比較へのドアを開いたのである。なぜなら、抗弁は完全に類似しているものではなく、その原理とインパクトにおいて異なるものであるということ承認するや否や、他の刑罰体系におけるそれとパラレルな区別と評価を探求することが可能となるからである。そしてもし、実際に実体において類似点があるならば、犯罪概念の構造におけるその帰結を探求することで前進することができるのである。なぜなら、一方で抗弁が別様に評価されるならば、このことは他方では犯罪構造にとっての帰結をも有するからである。たとえば、抗弁を「正当化」事由と考える場合、「正当化」によって否定される「違法性」という観点においていくつかの等価物を期待することができる。あるいは抗弁を単なる個人的な「免責」として扱う場合には、これが意味をなすのは、「免責」によって否定されるであろう主観的な「責任」のいくつかのカテゴリーを我々が有している場合のみである。

したがって、「正当化」と「免責」を犯罪評価の実質的に異なるカテゴリーと考える場合には、この区別が異なる犯罪概念を理解し比較するための鍵となる問題であるという結論を下すことができる。第1に、刑事責任を阻却する根拠と影響に応じた各抗弁の区別に関して、第2に、犯罪構造への可能な帰結に関してである。これが、この段階における我々の議論の関心である。

III 正当化と免責を区別する実質的な理由は何か

しかしながら、正当化と免責の区別が、犯罪のより良き理解にとっての鍵であるということを示したいとしても、これは形式主義的・構造的観点からのみ説得的であるように思われるかもしれない。しかし、犯罪と刑罰の実質的側面に関して、この観点は何に効果的なのであろうか。あるいはまた、この観点は、犯罪と犯罪者の扱いの各段階をより良く区別化し、より公正な評価を可能にするのであろうか。他のありうる理由は別にして、以下の理由に示されているように、これは実際のところ問題である。

1 正義を最適化するため—被告人と遵法的市民双方に関して

このような主張への第1の説明は、すでに前述した考察から導かれる。

殺人で起訴され、正当防衛を理由に無罪とされた被告人について、彼には確かに「無罪」という評決によってすでに正義が与えられている。しかしこのことは、心神喪失や法律の錯誤によって無罪とされるにすぎない被告人と比較した場合に、すでに正義を最適化したといえるだろうか。確かに、平均的な行為者はもちろん、平均的な同胞市民にとっても、どんな理由であれ、彼が「無罪」とされる限りで、それは差異をもたらさない。そして今一度繰り返せば、確かに、抗弁の種類と射程が異なることへの感覚が十分に発展していない限りでは、区別がないことによる影響は及びえない。しかし、—あなたの「自然な法感情」に従って—全体として法に従って行為したことと、個人的な責任の欠如を理由に無罪とされるが、行為の違法性には影響がないという場合とには、相当な違いがあるということ認めるや否や、どういうわけかあなたは、異なる法的カテゴリーに反映したこの道徳的差異を理解することを強いられるような気分になるのである。確かに、選択肢は「有罪」判決と「無罪」判決しかないのであるから、完全な「正当化」と「免責」の差異は形式上の評決においては明示的には示されない。しかし、もし有罪か無罪かに対する道徳的反応と、それと結びついた社会的スティグマが、評決の形式における最終結果のみによって影響されるのではなく、裁判所の説示と理由付けにおいて示される重要な事実とその法的評価によっても影響されるということが正しいならば、行為者が無罪とされるのがどの理由によるのかということはやはり問題である。

さらに、考慮されなければならないのは、刑事手続の経過と結末ばかりではない。より重要なのは、遵法的市民の日常生活に及ぼすこの区別のインパクトである。遵法的市民は、何が正しく、何が悪いことなのかを知る欲求と権利を有している。したがって、もし彼が犯罪の法定要素によって包摂されるが、しかし抗弁を理由に処罰されないような活動に従事する場合には、彼はこの抗弁が単に免責を提供するものであり、それゆえ彼の行為を法の外部に置くものであるか、それとも、彼の行為が正当化され、それゆえその行為を法の境界線内にとどめ置くものであるかを知るべきである。このことが単なる学問上の空論以上のものであるということを、妊娠中絶への抗弁の特徴づけに関するドイツの現在の議論によって示すことができる。母親をある種の緊急状態から保護するために妊娠中絶を行う医師は処罰されないにもかかわらず、医療専門家は、

社会的評価の高い他の専門的活動にも当てはまることだが、単に「免責」されることでは満足していない。彼らは、まったく理解できることだが、「正当化」事由と認識されているいわゆる妊娠中絶への「適応事由 (indication)」を手にしたと考えているのである。なぜなら、そうしなければ医師の行為は、処罰されないにもかかわらず、依然として違法であると考えられることになるからである。しかしながら、このような分類は、妊娠中絶が「違法ではない」場合にのみ女性に権利が与えられる関連医療費の償還にも影響しうる。したがって、単なる免責ではなく、正当化を要求するのである。類似の異なった帰結は、犯罪の定義によって包摂されるが、特別の抗弁を理由に法に従っているように見える他の活動にも付随するであろう。

2 責任はないが違法な行為への制裁を許容するため

以上の考察からすでに結論付けられ、以下でより詳細に説明するように、正当化と免責の区別は、行為の違法性（不法）と行為者の責任（非難可能性）の区別と相互に関係している。このような方法によって、刑法と刑事政策のもう1つの（同様に重要な）目標を達成できる。すなわち、刑罰と、非刑罰的な改善及び保安の処分とを区別し、同時に両者を、同一の制裁システム内で一貫させることがこれである。

刑法の一部としてのこのような非刑罰的処分は、ドイツ法にとってさえかなり独特で新しい手段であるため、少し説明が必要である。コモン・ローの伝統にも当てはまることだが、ドイツの刑罰システムにおいては、「刑罰」は真の「刑事」制裁という狭い意味においてのみ理解されていた。しかしながら、このことは、法的能力の欠如の事例（心神喪失、自己の責によらない酩酊 (involuntary intoxication) 等）を適切な方法で処理することを、不可能とまでいえないまでも、困難にした。「刑罰」は（きわめて疑わしい例外である「厳格責任」や「絶対責任」を別にすれば）責任を必要とするのであるから、心神喪失を理由として行為者に責任が欠如する場合、違法行為を理由に行為者を処罰するためのドアは閉じられたのである。そして、他の制裁を用いることができなかつたため、完全な無罪が刑事手続の結論であった。この結論は、行為者が改善の処分（たとえば、精神医療施設への収容と治療）を必要とし、またこれが可能であるような事例、あるいは公衆に対する行為者の永続的な危険性を理由に何らかの保安の処分（たとえば、一定期間の隔離、運転免許の取消し）が望ましいと思われる事例において、とりわけ満足のいかないものとみなされ

た。

このきわめて実際的な問題を克服するために、ドイツの立法者は、他のヨーロッパのいくつかの国のように、刑事制裁のいわゆる「二元主義（two-track-system）」を導入した。

— 一方では、有責な行為に対する、行為者への非難と応報という伝統的意味における真の刑事罰があり、

— 他方では、改善及び保安のための非刑罰的処分がある。これらは、行為者のなした、事実上責任がないがそれにもかかわらず違法な行為への反応であり、それゆえ責任のない行為に対して行為者を必ずしも非難することなしに、治療を受けさせ、あるいはさらなる危険を防止するものである。

したがって、もし刑事手続の過程で、たとえば行為者が、抗拒不能の衝動（irresistible impulse）により有責とは認められないということが明らかになる場合、このことは必ずしも完全な無罪を意味するものではない。なぜなら刑事裁判所は、以上の事実にもかかわらず、改善の処分を命じることができるからである。

これにより、刑事司法システムは、犯罪に対して、2つの異なった方法ではあるが、なお同一の手続において対応することが可能となり、それによって、処罰の対象となる行為の処理を、刑法と刑事手続の領域に一貫して含むことが可能となったのである。しかしながらこの手段は、行為の違法性と行為者の責任を区別しておらず、したがって、正当化と免責を区別していないうちは、それほど簡単には機能できなかった。このことは、改善及び保安の処分に特有の性質に留意する場合に明瞭となる。一方では、それらは性質上非刑罰的であり、それゆえ、必ずしも責任を必要としない。その結果、これらの処分は免責される事例においても命じられうるのである。しかし他方で、刑法の領域における制裁として、これらの処分は違法行為を必要とする。そうでなければ、とくに刑事司法が介入する根拠も理由もないことになるからである。

それゆえ、ドイツ刑法典には、必ずしも責任を要しないが、（単なる）違法行為とは関係する改善及び保安の処分が規定されている。たとえば、精神医療施設への収容（63条）、運転免許の取消し（69条）、職業禁止（70条）、違法な利益の収奪（73条）がこれである。そして、酩酊状態で運転中に交通事故を起こしたため、責任がなく、過失致死罪では処罰されない被告人であっても、運転免許の取消しは可能である。なぜなら、彼は少なくとも違法な行為を行っているからである。

3 行為を適法と認めることなく個人的な免責を認めるため

不正の侵害の場合には、錯乱、恐怖または驚愕ゆえに、被侵害者が防衛に必要な限度を超えてしまうことがしばしば起こる。もし彼の行為が正当化されるとすれば、それは彼の過剰行為を承認するものと誤解されるであろう。他方、彼が処罰されるとすれば、彼はおそらく不公平に扱われたと感じるであろう。彼の感情の抗しがたい状態に正しい配慮が払われていないからである。ここでもドイツ法は、防衛に必要な限度を超えているために正当化されないにもかかわらず（32条）、錯乱、恐怖または驚愕から過剰反応したことを理由に免責することを可能とする解決策の規定を試みた（33条）。

ドイツ刑法典32条は次のように規定している。「(1項) 正当防衛によって必要とされる行為を行った者は、違法に行為したものではない。(2項) 正当防衛とは、現在の違法な攻撃から自己又は他の者を回避させるのに必要な防衛である。」と。

同じ意味で、ドイツ刑法典34条は、「正当化的緊急避難」に関して「違法ではない」と規定している。

ドイツ刑法典33条は次のように規定している。「行為者が、錯乱、恐怖又は驚愕から正当防衛の限度を超えたときには、罰せられない。」と。

また、正当化と免責の区別は、その他の一連の問題を解決するためにも資すると思われる。たとえば、相互暴行の事例において、両関与者が正当化されるか、少なくとも無罪とされるかという問題や、方法は異なるが同じ文脈では、それ自体が正当防衛行為である、あるいはそれ以外の理由、たとえば、上官の命令を理由として正当化される行為に対して正当防衛権があるかという問題がこれである。これらの問題については、二、三の所見を述べるにとどめたいと思う。

一方では、それ自体が正当防衛である行為に対して正当防衛をなしえないということは、きわめて明らかであろう。そうでないと、関与者の誰も傷害を負わずには済まないが、それぞれ他の被害者に対する傷害について、全員が正当化されるという循環に陥るからである。各関与者が自分の側の正義を主張する「内戦」状態を法が防止すべきだとすれば、正当防衛権はもちろん、実質的には他のあらゆる正当化事由も、関与者双方が有していることはできないのである。この観点から、ドイツ法学ではいわゆる「正当防衛テスト」が、ある者が自己の権利の侵害に対して正当防衛権を有するかを決定する「経験則」とな

った。侵害がそれ自体正当化されていない事例のみがこれに当たりうるのである。

他方、一定の事案における正当防衛の後退は、正当防衛者が最終的に処罰されるということを必ずしも意味しない。なぜなら、たとえば錯誤や、先に示したように、抗しがたい驚愕状態において過剰反応したことを理由に、彼には依然として免責が認められるからである。

IV 正当化と免責の区別はいかにして発展したか

すでに「はじめに」で示したように、ドイツの犯罪概念の発展は、基本的に以下の3段階の区分に到達している。すなわち、

- 構成要件該当性—犯罪の法定要素の充足
- 違法性—行為の違法性
- 責任—行為者の非難可能性という観点における責任

がこれである。

異なる理論上のアプローチと用語法により、このような構造の改善は今なお継続しているが、その基本的な概念は広範に受け入れられている。この概念の発展を記述することで、ドイツ法と理論がその現段階にいかにして到達し、またなぜ到達したのかが明らかになるであろう。また、最も重要なステップの要点だけでも述べることは価値があるように思われる。

1 不法と責任の分離

考慮されるべき最初の段階は、実体上も体系上も区別を要する犯罪要素としての行為の違法性と行為者の責任の展開であった。責任に関する限り、この発展は19世紀の中葉にまで遡る。このことは、それ以前のドイツ刑法において責任原則が知られていなかったということの意味しない。というのも、犯罪の要素としては、責任はすでにずっと以前から本質的であると考えられてきたからである。しかし、このことが決定的な点なのだが、これはサミュエル・プーフェンドルフの「帰属論 (Imputationslehre)」にまで遡る、帰属という広範な概念の下位要素としてにすぎなかった。この学説によれば、責任は行為の違法性の構成要素であった。そこでは帰属の機能は、単なる事象の発生から人間によってもたらされたものとしての犯罪行為を区別することであった。当時、違法性と責任は今日の刑法理論の意味で理解されていたのではないにもかかわらず

ず、帰属概念の下で違法性と責任を結合することによって、責任は違法性の不可欠の構成要素とみなされていたということはいえる。1867年においてすら、アドルフ・メルケルは、責任なければ違法なしと述べるのが依然としてできたし、カール・ビンディングも、少なくとも彼の初期の文献においては、この主張を擁護していたのである。

これが当時の刑法理論の通説であったが、個人的な責任から区別された独立のものとしての違法性概念の発展の第一歩が、したがって、主観的な非難可能性からの客観的な不法の区別が、私法の文脈で行われたということを指摘しておくことは興味深いことである。善意ではあるが占有権を有しない占有奪取者に対する所有権者の権原主張に関して、主観的な責任は客観的な不法の本質的な必要条件ではないということ、それゆえ、違法性は、主観的な責任が度外視される場合でも、それ自体が一定の法的帰結を有しうるということを最初に示したのは、ルドルフ・フォン・イエーリングであった。もちろん、いかにして違法性を責任から区別するのかという問題は依然として残ったが、独立のカテゴリーの発展にとって、「客観的違法性」の展開は、犯罪概念にとっても重要なものであることが実証される基本的な一歩であった。刑法学においては、エルンスト・ベーリングとフランツ・フォン・リストが、犯罪概念として「客観的不法」を転用し洗練させた指導的学者であった。

2 「構成要件」の発見

(制定法上の「範型」、あるいは「犯罪の法定要素」)

ここまで見た発展は、主として責任からの違法性の分離に向けられていたが、ベーリングの関心は、犯罪の定義の充足から区別されたものとしての違法性に向けられた。有名な『犯罪論 (Lehre vom Verbrechen)』(1906年)においてベーリングは、様々な犯罪類型を構成する包括的な一連の法定要素としての、いわゆる「構成要件」を展開した。その意味で、(犯罪の範型を実現する行為という意味での)「構成要件該当性」は犯罪の独立の要素である。そして、構成要件該当性は、行為の違法性に関する最終的な規範的判断を含意することなく、行為の範型としての類型性のみを指示するものと考えられたことから、ドイツの犯罪概念の3段階体系が生まれたのである。すなわち、構成要件該当性(犯罪の範型の充足)、違法性(行為に対する違法としての客観的評価)、責任(行為者に対する行為の主観的な帰属可能性)がこれである。

この後、いくつかの点で改良がなされた。とりわけ、行為の性格が「因果

的」か「目的的」か、ひいては、故意・過失の体系的地位は不法要素か行為者の非難可能性に属するかという点に関してそのような改良がなされたが、このような体系は、犯罪の3段階構造に関する限り、安定したものであることを証明している。

3 正当化と免責の区別における最終段階

しかし、違法性と責任の区別がそれ自体として、正当化事由と免責事由を十分に分離し、説明したわけではなく、そこでもまた両者の区別は徐々に発展を遂げてきたのである。

様々な中間段階を度外視すれば、おそらくジェイムズ・ゴルトシュミットが正当化と免責に関する有効で包括的な体系を構築した最初の学者であるといえるであろう。彼の区別を完全に理解するためには、彼の義務規範論 (Pflichtnormentheorie) の詳細な説明を要するが、ここでは、彼のアプローチと帰結に限定して考察せざるをえない。ゴルトシュミットは、制定法上類型化された「法規範」は、ある一定の外部的行為を要求するが、それは黙示的に、「法規範」に合致する外部的行為を命じることにより、各人が自己の内部的行為を条件付けることを義務付ける「義務規範」を伴っているということを見出した。「法規範」違反の違法性が、正当化事由によって排除されうると同様に、「義務規範」違反は、行為者が自己の個人的非難可能性を阻却する免責事由を主張できる場合には、責任がないものとみなされう。さらにゴルトシュミットは、可罰性を阻却する他の事由に関して、これと並行的な説明を試みた。すなわち、最終的には、正当化は「優越的客観的利益 (superior objective interest)」の原則に基づき、免責は「優越的可能的動機 (superior feasible motive)」により説明されるとしたのである。後者は、所与の事情の下で、行為者が「義務的動機」に従う必要がない「異常な動機付け」の場合にあてはまる。このような「優越的可能的動機」は、合法的に「承認可能」ではないが、「人間として理解可能」であるという意味で、たとえば「正当化的緊急避難」や正当防衛の要件を満たさないが、恐怖から自己防衛の限界を超える場合のように、行為者が自己の利益を保護することを試みたがゆえに、非難をなしえないという緊急状態に見られる。

ゴルトシュミットの理論が様々な点において修正、洗練されなければならなかったとしても、彼の理論は、我々の議論にとって少なくとも2つの重要な点を明らかにした。

— 第1に、とりわけ緊急避難に関して、正当化と免責を区別したことである。それゆえ彼の理論は、一般に「区別理論 (Differenzierungstheorie)」として知られている。

— 第2に、正当化は優越的客観的利益に基づき、免責は優越的可能的動機に基づくと説明したことである。

このようにして今日では、少なくとも原則的には、正当化と免責の区別はドイツの刑法理論と実務に完全に受け入れられている。

より一層重要なのは、この区別がこの間にドイツの立法者によって受け入れられたという事実である。伝統的には、立法者は解釈論的な外観を有する理論に適合することに慎重であるのが常である。この経験はまた、日本の刑法典起草者に、刑事責任を阻却する事由を正当化や免責として明示的に特徴付けることを自制させてきた。だからこそ、ドイツの立法者が、1975年の刑法改正の際に、前述したように、正当化事由である正当防衛を「違法ではない」(32条)とし、さらにはっきりと、「正当化的緊急避難」(34条)と「免責的緊急避難」(35条)を区別することによって、正当化と免責の区別を明確に使用したことは注目に値することなのである。

V マックス・プランク・プロジェクトの 「刑法の一般的な構造比較」への拡大

犯罪概念における鍵となる区別である正当化と免責の発展を概観したところで、最後に、マックス・プランク・プロジェクトの実績に話を戻したいと思う。

我々の最初のステップにおいては、刑法の比較分析には、犯罪の可罰性を基礎付けるために要求される「積極的要素」を単に比較することにより、犯罪の正面を見るにとどまる以上のことが必要であるということを認識することが重要であった。すなわち、法定要素の充足(ドイツの「構成要件該当性」の観点)、違法性、責任の3段階の区分や、「犯罪」と可能な「抗弁」というコモン・ローの2面的関係といったものがこれにあたる。これに代わり、あるいはむしろこれに加えて、犯罪の積極的要素が否定されうる根拠と、それらの刑事責任を排除する根拠がいかに関別されるかを探求することで、犯罪の裏面を見ることも必要であるということが明らかになった。すでに前述し、ここでもまた述べたいのだが、「犯罪論を裏口から」比較するという観点においてこのア

アプローチを追求した結果、正当化と免責に関するいくつかのシンポジウムが開催され、また様々なモノグラフが執筆されている。

しかしながら、これらの分析によってますます明らかになったように、犯罪の積極的要素と消極的要素を単に規範的に確認するだけでは十分ではない。同様に重要なのは、規範的区別を実際に実現することである。そしてこれは、捜査段階から判決の執行までの手続全体内において必要なことなのである。

比較による例を挙げよう。ある刑事司法システムが、被害者による挑発や攻撃者の抑圧のような、刑罰阻却的あるいは減輕的に作用する一定の事情を、有罪の評決や判決においてすでに考慮することを認めている一方で、しかしながらこの減輕根拠に基づいて、この刑事司法システムがさらなる恩赦を認めないということもあろう。これと対照的に、別の刑事司法システムは、公判や判決手続の間に一定の減輕要素を多かれ少なかれ無視することによってむしろ厳格でありうる一方で、その後の執行段階において、たとえば刑期終了前の仮釈放を認めることのような軽減措置によって、非常に寛大であることがありうるのである。

以上のような複雑な構造比較は単なる規範的分析に限定されうるものではなく、特別な経験的方法論を必要とすることはいうまでもない。我々の調査プロジェクトの第2段階は現在のところ、その最終段階にある。我々の成果を報告する機会が得られれば幸いである。

(注)

◇ IからIV、とりわけドイツ法と日本法に関するさらなる詳細と参考文献については、以下のものを参照。

ALBIN ESER, Justification and Excuse. In: *The American Journal of Comparative Law*, 24 (1976), pp. 621-237. On internet available through: <http://freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3765/>

アルビン・エーザー（松生健訳）「正当化と免責—ドイツの犯罪概念の発展について—」法政研究52巻1号（1985年）1-32頁（Entwicklung des deutschen Verbrechenbegriffs). Freidok /4874/

ALBIN ESER, Justification and Excuse. A Key Issue in the Concept of Crime. In: Albin Eser / George P. Fletcher (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung: Rechtsvergleichende Perspektiven*. Eigenverlag Max-Planck-Institut Freiburg, vol. 1, Freiburg 1987, pp. 17-65. Freidok /3906/

ALBIN ESER, Die Unterscheidung von Rechtfertigung und Entschuldigung. Ein Schlüsselproblem des Verbrechenbegriffs. In: Raimo Lahti (ed.), *Criminal law*

theory in transition : finnish and comparative perspectives, Helsinki 1992, pp. 301-317. Freidok /3383/

ALBIN ESER / HARUO NISHIHARA (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung IV. Ostasiatisch - deutsches Strafrechtskolloquium Tokio 1993. Eigenverlag Max-Planck-Institut Freiburg, 1995.

ALBIN ESER, Rechtfertigung und Entschuldigung im japanischen Recht aus deutscher Perspektive. In: Albin Eser (ed.), Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 1998, pp. 41-65. Freidok /3677/

アルビン・エーザー (浅田和茂訳) 「ドイツ的視点から見た日本法における正当化と免責」法学雑誌45巻3・4号(1999年) 409-436頁(Rechtfertigung und Entschuldigung im japanischen Recht) Freidok /4808/

◇ Vに関するさらなる詳細については、以下のものを参照。

WALTER PERRON, Überlegungen zum Erkenntnisziel und Untersuchungsgegenstand des Forschungsprojektes “Allgemeiner strafrechtlicher Strukturvergleich”. In: Joerg Arnold et al. (eds.), Grenzüberschreitungen. Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser, Freiburg 1995, pp. 127-137.

〈訳者あとがき〉

本稿は、マックス・プランク外国・国際刑法研究所名誉所長のアルビン・エーザー教授が、2008年7月12日に早稲田大学比較法研究所の主催で行った講演の原稿を邦訳したものである。原題は、“Justification and Excuse”: Starting Point of a Max Planck Project on a “General Structural Comparison of Criminal Law”である。

エーザー教授は、わが国の刑事法学者であれば誰でも御存知であるが、簡単にご紹介しておきたい。

アルビン・エーザー教授は、1935年1月26日、ドイツ、ウンターフランケン地方のライダースバッハにおいて生まれ、ヴェルツブルク大学、テュービンゲン大学、ベルリン自由大学で法律学を修め、さらにニューヨーク大学で比較法を勉強し、ヴェルツブルクに戻り司法修習生を再開するとともに、1962年に法学博士の学位をうけた。その後、ヴェルツブルク大学に招聘されて、教員の道に進み、1968年テュービンゲン大学で教授となった。さらにハンブルク大学、マインツ大学、ビーレフェルト大学で講座を持ち、さらにハムやシュトゥットガルトの上級裁判所判事を兼務した。1974年、テュービンゲン大学の恩師シュレーダー教授の後継者として招聘され、1982年、イエシエック教授の後継者としてマックス・プランク外国・国際刑法研究所所長として、そしてフライブルク大学の教授として招聘されたのである。

来日も1985年以来10回におよび、早稲田大学をはじめ、全国各地の大学、研究機関において優れた講演や学術討論会を行っている。とくに1993年には、エーザー教授と当時の早稲田大学教授西原春夫氏との共催で行われたドイツ・東アジア(中国、台湾、韓国、日本)刑法コロキウムは、アジアでは前例のない画期的なものであり、大

きな成果をあげた。2001年には、早稲田大学から名誉博士の称号が授与された。その後、旧ユーゴスラビア国際刑事法廷（ICTY）判事などを歴任され、2008年4月から7月まで、立命館大学の客員教授として招かれ、その機会に本講演が実現されたのである。

本テーマである「正当化と免責」は、エーザー教授によって主催された、マックス・プランク研究所のプロジェクトの一つであり、多くのシンポジウムが開催され、多くの外国人研究者の博士論文等に結実した（たとえば、エーザー教授の弟子である、ヴァルター・ペロン教授（フライブルク大学）の著書『正当化と免責—刑法の構造比較—』（〔翻訳〕高橋則夫（1992年・成文堂）参照）。

「正当化と免責」プロジェクトは、各国の刑法を比較する方法論として、犯罪を構成する積極的要件ではなく、消極的要件から（いわば裏面から）アプローチすることによって、比較刑法の可能性を開拓した。クラウス・ロクシン教授は、マックス・プランク外国・国際刑法研究所の理事会において、この「正当化と免責」プロジェクトによって「刑法上の帰属の国際的文法」を展開する可能性を述べたのである。

そして、1990年から、新たなプロジェクト「刑法の構造比較」が、ペロン教授を中心に開始された（これについては、本講演で取りあげられている）。このプロジェクトは、さらに、エーザー教授の後任であるウルリッヒ・ズィーバー所長に受け継がれ、より大規模なプロジェクトとして新たな展開の様相を呈している（これについては、Ulrich Sieber, Grenzen des Strafrechts, ZStW Bd. 119., 2007, S. 1ff. 参照）。

刑法解釈論に関する国際的規模の比較研究が、今後どのような形で進展していき、わが国の刑法学にどのようなインパクトを与えていくかが注目に値するところである。

なお、講演原稿は、研究室の仲道祐樹君（早稲田大学法学学術院助手）が全体を翻訳した後、高橋が校閲したにすぎない。仲道助手には、この場を借りて厚く御礼申し上げる次第である。