

ドイツにおける最近の刑事判例の動向 (2)

編著 山本 和輝*

著 上野 純也**

目次

- I. はじめに (山本 和輝)
- II. ステルシング (石居 圭)
- III. 性犯罪者の保安監置と量刑 (飯島 暢) [以上、45号]
- IV. 気候保護活動家の道路封鎖の可罰性 (上野 純也)
- V. 気候保護のための緊急避難 (山本 和輝) [以上、本号]

IV. 気候保護活動家の道路封鎖の可罰性 (LG Berlin. Urt. V. 18. 01. 2023 - 518 Ns 31/22)

【事案の概要】

被告人は、2022年2月4日の午前7時15分頃から、ベルリン付近を通るドイツ連邦高速道路 (BAB) 100号線の車道上にて、気候問題活動家グループ「Letzte Generation (最後の世代)」による道路上での座りこみ封鎖 (Straßen-Sitzblockade) に参加し、事前に合意した所為計画に基づき、高速道路の出口付近の車道上に直接座り込み、共犯者の内の両端の2名が自身の身体の一部を接着剤で車道に接着した。行為者らは、「Aufstand der letzten Generation (最後の世代の蜂起)」や「Essen retten - Leben retten (食料を救う、命を救う)」と書かれた横断幕数枚を広げて活動し、気候変動の進行に対する政治的措置が不十分であるとする彼らの見解への世間の関心を高めるという目標のた

* やまもと・かずき 東京経済大学現代法学部准教授

** うえの・じゅんや 城西大学現代政策学部非常勤講師

めに行動していた。車道幅全体に及ぶ封鎖行為により、被告人及び共犯者の意図したとおり、7時15分～8時45分の間、車両が出口を通過することはできなかった。

とりわけ、出口付近で立ち往生した多数の車両は、封鎖を避けて走行することもできなかった。この道路封鎖は被告人及び共犯者によって意識的に通勤ラッシュ時に形成されたものであり、具体的な告知は事前になされていなかった。唯一予告されていたのは、ベルリン市街地のBAB100号線上において既にこのような封鎖活動が繰り返しなされていた2022年1月31日の「最後の世代」のプレスリリースにおいて、今後同じ道路上で封鎖活動があることが大まかにふれられていたに留まっていた。当日の7時30分頃から、参加者に移動するよう求めるアナウンスを警察が拡声器によって3回行い、行為者らもこれを認識していた。3回のアナウンス後も封鎖行為者らの反応がなかったため、警察隊が12名の参加者を個別に歩道へと移動させ、集会は解散された。被告人は7時51分頃に車道から移動させられ、車道に接着していた封鎖活動の最後の参加者は、警察の特殊技術班の手によってようやく8時45分頃に車道から排除された。

AGベルリン-ティーアガルテン2022年11月18日判決は、被告人に対して強要罪を理由とした有罪判決を下し、1日20ユーロ、30日間の日数罰金刑を言い渡した。被告人はこれを不服とし、無罪を主張して控訴したのが本件である。本件では結論として、控訴が棄却された。

【判旨】

・強要罪の構成要件該当性について

……暴行とは、現になされるあるいは予期される抵抗を排除するためになされる物理的に感応する強制である……。なるほど、この意味での強制は、車両の運転手はその車両の推進力を使って道路封鎖を物理的に突破することが出来るのであって、そのような車両は人による道路封鎖で何らかの物理的強制を受けていたとは言えないがゆえに、抗議活動者らに直面する車両の運転手には、これが妥当しない。しかしながら、これと異なり、高速道路出入口付近において彼らの後ろ一すなわち2列目以降一で立ち往生する車両運転手らにとっては、そのまま進行すれば妨害行為者を著しく傷害し、それどころか死亡させると

いう危険によって単に心理的に進行を妨害されたのではなく、彼らの前で（前述のような人を傷つけないという心理的強制によって）既に停止している車両によって、物理的に進行を妨害されていた。先頭の車両は、後続の車両にとって乗り越えようのない有形的な障壁となっており、後続車らは高速道路の出口を通ることも、方向転換することも不可能、あるいは困難な状況であったといえる。この影響（作用）は、被告人や他の抗議参加者が封鎖活動を遂行するにあたってまさに狙っていたものである（いわゆる渋滞二列目判例 [Zweite-Reihe-Rechtsprechung] ……、このことは車道に身体の一部を接着したことからも明らかである。この渋滞二列目判例は BVerfG2011 年 3 月 7 日決定によって概ね承認されている）。[Rn. 20]

・非難性の検討について

本件所為は刑法 240 条 2 項にいう非難に値するものとみなされ、とりわけ、本件に限ってはその評価基準が決定的となる……ところの基本法 8 条 1 項によって保護される集会の自由によって正当化されるものではない。本件において目的・手段関係を評価すると、暴行（交通参加者への力づくの、意図的な封鎖行為）という強要手段の使用が、（世間・メディアの注目を集めるという）目的追求のために用いられている点で、非難に値するとみなされる。[Rn. 21]

さしあたり前もって述べておかなければならないのは、集会参加者の政治目標の内容的評価は裁判所によって目的・手段関係の検討がなされることは原則としてあり得ず、むしろ裁判所は、国家全体がそうであるように、市民の基本権の行使について、内容中立的であり続けなければならない……。他方で、この政治目標が、240 条 2 項の非難性評価の枠内でなされる目的・手段関係にいうところの目的として考慮され得ることはない……。……気候保護施策を拡充するためにメディアや世間の注目を集めることを目的とした他者の権利の（恣意的な）侵害は、いずれにしても個人に認められるものではなく、結論として、基本法 20 条 a の規定は刑法 240 条 2 項に基づいてなされる目的・手段関係の検討にあたっては、度外視されてしかるべきものである。[Rn. 22]

被告人及び共犯者らはなるほど、基本法 8 条 1 項にいう集会の自由という基本権を行使し得る立場にある。従って被告人らは、他者とのコミュニケーションを目的として平和的に集会することが、民主的な法治国家における意思形成をするための基本権として、認められている。基本権を享受する者はその際、集会の目標、対象、場所、時間及び方法を自ら決定する権利を原則として持つのであり、さらには、座り込み封鎖によって自らの政治的・社会的な（直接的ではない）目標のために注目を集める余地も、原則としてこの者らに認められる……。他方で、集会の自由という基本権の担い手たる集会参加者らの自己決定権には、対立する法益の担い手がどの種の侵害を甘受しなければならないか、といった判断は含まれていない。というのも、基本法 8 条は、意思形成への参加を保護するものではあるものの、自らの要請を強制的に、あるいは自力救済的に実行することを保障するものではない。権利の行使が合法的なデモ活動による社会的相当な副次結果といえる場合に限り、第三者への妨害というかたちでの不可避的な影響や強制作用が基本法 8 条によって正当化されるのである。しかしながら、本件はそのような場合ではない。むしろ、本件訴訟の対象たる道路の封鎖行為はまさに、高速道路出口付近にいる交通参加者を妨害し、その者らの移動の自由及び一般的行動の自由を制限することを目的とするものにほかならない。[Rn. 23]

被告人及び共犯者らは基本法 8 条による集会の権利を享受するとはいえ、他方でその行動は（意図的・計画的に）高速道路出口付近で立ち往生する交通参加者らの基本法 2 条 1 項を根拠とする一般的行動の自由を著しく侵害するものであることは明白である。これらの交通参加者らは、自車を思いどおりの方向に動かすことも、迂回することもできず、よって封鎖場所を避けることも引き返すこともできなかつたことであろう。この者らにとっては、その場で車を放棄し、ひいては後続の交通を持続的に妨げるという許されざる状況を作ることになるため、車から降りて徒歩で進行することは、なおのこと不可能であった。結果、この者らは警察が封鎖を解消するまでの間、自身の車やその周辺領域に直接的に制限されており、閉じ込められた状況と同じとまではいえないが、極めて著しい強制作用を受けるという点でこれに近い状況に置かれていた。

この直接的な強制作用に加えて、各々の移動の余地が妨害されたことにより、その日の予定に極めて著しい侵害が生じた、といったさらなる制約が封鎖を受けた交通参加者らに認められる。[Rn. 24]

本件での被告人及びその共犯者らによる 240 条の手段は、第三者に対して強制作用を加えることであり、専らこれは、その強制作用によって生じる世間やメディアの注目を集め、世間一般にセンセーションを与えることを意図していたものである。[Rn. 26]

本件において目的を検討する際には、とりわけ以下のような事情が考慮されなければならなかった。[Rn. 28]

封鎖の期間：封鎖は約 1 時間半にわたり続いたもので、著しい期間であったといえる。封鎖をされた交通参加者らは、それによって著しい影響を受けたのみならず、長時間の自由制限により、著しい遅延・遅刻を被らなければならなくなった。[Rn. 29]

封鎖の事前周知：被害を受けた交通参加者らは、封鎖の時間・場所などを具体的に告知されていなかったことにより、事前に封鎖への対策をする余地がなく、……連邦高速道路 100 号において将来封鎖が行われることを、大まかに予想することしかできなかった。いわゆる「最後の世代」が以前に行ったのと同じように、その封鎖活動が将来行われる場所や時間について何ら具体的なことを示さない大まかな発表は、その被害者となり得る交通参加者にとって、妨害やそこから生じうる作用への対策をし、代替経路を計画立てたり、代替の交通手段を用意したりするための余裕を持つにあたっては、時間・場所があまりに不特定であるから、交通手段や経路の選択に備えるためには不十分である。[Rn. 30]

封鎖の範囲、回避可能性：さらに、封鎖の被害者らは——先述したとおり——高速道路出口付近においてハンドルを切ることもできなかった。高速道路出口

付近で滞留する交通参加者にとっては、封鎖は「完全な (total)」ものであった。[Rn. 31]

封鎖の事物的連関 (Sachbezug)：他方で、なるほど、進行する気候変動と本件で封鎖された車両による汚染物質の排出との間の事物的連関はある程度認められる。しかしながら、この活動は自動車の汚染物質排出に向けられたものではなく、世界的な気候変動及やより大規模な気候保護政策に向けられるものであって、この連関は非常に大まかなものであり、結びつきが弱いように感じられる。これに加えて、封鎖活動の間、横断幕には食料品の浪費についても指摘されていた。このような政治的懸念と本件訴訟の対象たる交通封鎖の事物的連関は見出されえない。[Rn. 32]

検討の際に考慮した、最初の3つの観点は概ね、無関係にもかかわらず被害を受けた交通参加者の権利に対する著しい侵襲であることをまさに証明するものであり、この3つの観点は単に封鎖された運転手へのデモの副作用というのではなく、この者らが特に強く集会参加者の意思に翻弄されることを目的・意図としたものである。他方で、封鎖活動とその具体的な被害者との間の事物的連関はないではないにしてもわずかなものであって、考察にあたって先に述べた第三者の権利への侵襲の強度に鑑みれば、被告人に有利となる決定的な効果を持つものではないというべきである。[Rn. 33]

以上のことから、検討の結果、本件訴訟の対象たる交通参加者への暴行の行使は、目的追求のためになされたものであり、刑法 240 条 2 項にいう非難に値するものとみなされる。[Rn. 34]

【検討】

1. 問題の所在

近時、温暖化をはじめとした深刻な気候変動への問題意識から、気候活動家 (Klimaaktivist) らによる様々な抗議活動が全世界的に行われるようになっていく。そのような抗議活動の中には、例えば博物館・美術館の所蔵品に対してトマ

トスプを投げかけることによる汚損、展示品への手の接着による抗議、ビリヤード大会での塗料の散布、トレヴィの泉への炭を溶かした液体の流入など、過激なものもみられるようになっている。このような環境・気候問題の提起や、気候保護への関心・注目を得る目的での様々な抗議活動について、刑法上どのように取り扱うか¹⁾は、極めてアクチュアルな課題といえる²⁾。

とりわけドイツにおいては、「最後の世代 (Letzte Generation)」³⁾による抗議活動が特に注目され、大きな社会問題となっている⁴⁾。本件 LG ベルリン決定もこの「最後の世代」による抗議活動に関するものであり、これまで AG レベルでの判決しか見られなかったところ、LG レベルで判断が下された初めての事例である⁵⁾。以下では、気候問題に関する抗議活動について、本件前後のドイツ判例の状況を確認した上で、本件のような抗議活動の構成要件該当性、違法性についてドイツにおける議論を参照し、特に強要罪の成立の論点を中心として若干の検

1) また、ドイツでは同様の問題として、食料品廃棄の問題について関心を集めるためにスーパーマーケットの食料品コンテナに侵入して廃棄食料品を持ち出す、いわゆる「コンテナ漁り (Containern)」行為なども議論のあるところである。これについては、拙稿「ドイツ刑法判例研究 (1) 『コンテナ漁り』行為と刑法による財産の保護」法論 95 卷 1 号 (2022 年) 327 頁参照。

2) 本件のような道路封鎖行為も含め、気候政策への抗議活動に関して、特に正当化的緊急避難 (§ 34 StGB) による正当化について検討するものとして、*Armin Engländer*, JZ 2023, S. 255. また、当該論文を素材とした講演及びその翻訳として、アルミン・エングレンダー (小島秀夫訳) 「拡張された緊急避難? 気候政策への講義活動に対するドイツ刑法典 34 条の適用可能性について」法学研究 115 号 (2023 年) 145 頁以下、当該講演に対するコメントとして、ティル・ツィマーマン (小島秀夫訳) 「アルミン・エングレンダー『拡張された緊急避難?』へのコメント」法学研究 115 号 (2023 年) 150 頁以下。

3) <https://letztegeneration.org/en/> (最終閲覧日 2023 年 10 月 24 日)

4) 「最後の世代」の活動については、ドイツのニュース週刊誌『デア・シュピーゲル』が特集し、youtube にて動画も公開されている。特集第 1 回 (<https://youtu.be/ooghAmyta30?si=5bN6GKnJCNfUWWzT>) 及び第 2 回 (https://youtu.be/NNhUioI-g114?si=XVue7QaS_26Y6p4x) 参照 (最終閲覧日 2023 年 10 月 24 日)。

5) Vgl. *Nils Lund*, Zur Strafbarkeit der Straßenblockaden von Klimaaktivisten, NStZ 2023, S. 198; *Tamina Preuß*, Die strafrechtliche Bewertung der Sitzblockaden von Klimaaktivisten, NZV 2023, S. 60; *Daniel Busche*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die strafrechtliche Bewertung der Sitzblockaden von Klimaaktivisten, KlimR 2023, S. 103.

討を加える。

2. 接着行為 (Klebeaktion) に関する近時のドイツ判例の状況

本件 LG ベルリン決定においては、被告人らによって行われた道路上への手の接着行為 (Klebeaktion ないしは Festkleben) について、強要罪の成立が検討されている。そこでまずは、このような接着行為が刑法上どのような罪に該当すると判断されているかにつき、近時のドイツ判例の傾向を概観する。

道路への身体の接着行為が取り扱われた事例として、① AG ベルリン - ティーアガルテン 2022 年 8 月 30 日判決⁶⁾では強要罪 (§ 240)⁷⁾の成立が、② AG ベルリン - ティーアガルテン 2022 年 10 月 5 日決定⁸⁾及び③ AG ベルリン - ティーアガルテン 2022 年 10 月 20 日決定⁹⁾では強要罪とともに、執行担当官抵抗罪 (§ 113)¹⁰⁾の成立が争点となっている。まず、① AG ベルリン - ティーアガルテ

6) AG Berlin-Tiergarten, Urt. v. 30.8.2022 - (422 Cs) 231 Js 1831/22 (11/22) Jug, NSTZ 2023, 242.

7) § 240 I

Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

240 条 1 項

人に暴行を用いて、又は著しい害悪を加える旨の脅迫により、違法に作為、甘受又は不作為を強いた者は、3 年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

8) AG Berlin-Tiergarten, Beschl. v. 5.10.2022 - (303 Cs) 237 Js 2450/22 (202/22), NSTZ 2023, 239.

9) AG Berlin-Tiergarten, Beschl. v. 20.10.2022 - (298 Cs) 237 Js 2481/22 (167/22), BeckRS 2022, 50575.

10) § 113 I

Wer einem Amtsträger oder Soldaten der Bundeswehr, der zur Vollstreckung von Gesetzen, Rechtsverordnungen, Urteilen, Gerichtsbeschlüssen oder Verfügungen berufen ist, bei der Vornahme einer solchen Diensthandlung mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt Widerstand leistet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

113 条 1 項

法律、法規命令、判決、裁判所の決定若しくは処分の執行を任務とする公務担当者又は連邦軍の軍人に対し、その職務行為が行われる際に、暴行を用いて又は暴行を加える旨の脅迫により抵抗した者は、3 年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

ン 2022 年 8 月 30 日判決は、本件と同様、道路封鎖行為をする者に対面する車両によって滞留することになった二列目以降の車両に対して暴行 (Gewalt) を認定した、連邦通常裁判所 (以下、BGH) によるいわゆる「渋滞二列目判例 (Zweite-Reihe-Rechtsprechung)」¹¹⁾や、多数人がお互いに鎖で結びつけあって車両の進行を妨害した、連邦憲法裁判所 (以下、BVerfG) のいわゆる「ヴァッカーズドルフ裁判 (Wackersdorf-Entscheidung)」¹²⁾を引き合いに出し、本件接着行為による道路封鎖についても、強要罪にいう暴行に該当するとして、強要罪の成立を認めた。

これに対して、② AG ベルリン - ティーアガルテン 2022 年 10 月 5 日決定及び③ AG ベルリン - ティーアガルテン 2022 年 10 月 20 日決定は、まず執行担当官抵抗罪について、本件での道路への接着行為は、本罪における手段としての「暴行を用いた抵抗 (Widerstandleisten mit Gewalt)」に該当しないとして構成要件該当性を否定している。強要罪については、本件接着行為が暴行に該当するとしながらも、同条 2 項¹³⁾に定める非難性を否定し、検察側が申し立てた略式処罰命令の発令を拒否した。このように、AG レベルでは接着行為による犯罪の成立について判断が分かれている。その後の④ AG フライブルク (・イム・ブライスガウ) 2022 年 11 月 22 日判決¹⁴⁾では、接着行為による道路封鎖が強要罪の構成要件に該当し、非難に値するものであるとして、有罪判決が下された。

気候活動家らによる接着行為については、本件の後にも LG レベルでの判断が新たに下されている。すなわち、⑤ LG ベルリン 2023 年 5 月 31 日決定¹⁵⁾は、本件類似の道路への身体の接着行為による強要罪の成否について判断を下した。

11) BGHSt 41, 182.

12) BVerfG 104, 92.

13) § 240 II

Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist.

240 条 2 項

迫及された目的のための暴行の使用や害悪の告知が非難に値すると評価されるときは、その行為は違法である。

14) AG Freiburg, Urt. v. 22. 11. 2022 - 28 Cs 450 Js 23773/22, BeckRS 2022, 38216.

15) LG Berlin, Beschl. v. 31.5.2023 - 502 Qs 138/22, KlimR 2023, 218.

しかしながら、強要罪の成立を認めた本件判決とは反対に、この事例では強要罪の成立が否定されている。本件でもいわゆる「渋滞二列目判例」を引用し、被告人らの道路封鎖行為について強要罪の構成要件該当性は認定している。しかしながら、本件では特に 240 条 2 項の非難性条項について詳細に検討し、結論として、被告人らによる本件所為について違法性を阻却する旨、判示している。

このように、近時のドイツ判例では、接着行為を伴う道路封鎖行為については AG・LG レベルともに強要罪の成否について判断が分かれている状況である。

3. 強要罪の成否と非難性条項の意義

(1) 強要罪における暴行の意義

ここまでで概観したドイツ判例の状況を前提として、まずは、道路への身体の接着行為の構成要件該当性について分析する。

ドイツ判例における暴行 (Gewalt) 概念に関する議論は、これまで強要罪を中心として展開されてきており、その背後にはドイツ判例における概念理解の度重なる曲折がある¹⁶⁾。すなわち、かつて BGH は 1969 年 8 月 8 日判決¹⁷⁾ (いわゆる「Laeppele 判決」) において、市街電車の路面での座り込み封鎖行為につき、その被害者に及ぼされた心理的強制作用を根拠として強要罪の成立を認めた (いわゆる「心理的暴行概念」)。これに対し、BVerfG は、1995 年 1 月 10 日決定¹⁸⁾ において、BGH による心理的暴行概念を違憲と判断し、被害者に物理的な強制作用が及ぶことを必要とした。この BVerfG の判断を受け、道路封鎖に関して新たな理解を示したのが、本件決定も引用するところの、BGH1995 年 7 月 20 日判決¹⁹⁾、いわゆる「渋滞二列目判例 (Zweite-Reihe-Rechtsprechung)」である。この BGH1995 年判決では、デモ参加者による高速道路の封鎖行為について、BVerfG による物理的強制作用の要求を満たすために、デモ活動者らの直前で停

16) Vgl. *Arndt Sinn*, Die Nötigung im System des heutigen Strafrechts, 2000, S. 151 ff. また、これらのドイツ判例の変遷については、拙稿「暴行罪における暴行概念と心理的作用の評価 (下) —ドイツにおける暴行概念をてがかりに一」明大院 53 号 (2020 年) 3 頁以下も参照。

17) BGHSt 23, 46.

18) BVerfGE 92, 1.

19) BGHSt 41, 182.

止する（一列目の）車両の運転手への作用は「デモ行為者らを轢過し、死亡させるかもしれない」という心理的強制であるとしながら、二列目以降の車両の運転手らにとっては、この一列目の車両が停止することによって、乗り越えることのできない物理的障壁が存在した、と判断したのである²⁰⁾。

本件の判決理由をみても明らかなとおり、強要罪における暴行の認定について現在のドイツ判例は、この「渋滞二列目判例」の理解を踏襲していることが分かる。すなわち、本件においてこの BGH1995 年判決が引用されることのみならず、判決理由において「高速道路出入口付近において彼らの後ろ一すなわち二列目以降一で立ち往生する車両運転手らにとっては、……単に心理的に進行を妨害されたのではなく、彼らの前で（前述のような人を傷つけないという心理的強制によって）既に停止している車両によって、物理的に進行を妨害されて」、
「先頭の車両は、後続の車両にとって乗り越えようのない有形的な障壁となつた」との説明がなされているのである（前述の判旨 [Rn. 20] 参照）。

学説において、このような判例の理解が必ずしも受け入れられたとは言いきれない²¹⁾が、少なくとも BGH の 1995 年判決以後、強要罪の手段たる暴行について、判例による判断は一貫しているものとみられる²²⁾。この理解に従うのであれば、被告人らの接着行為を伴う道路封鎖行為は道路幅全体に及ぶものであり、特に二列目以降で滞留する車両にとっては、本件においても乗り越えがたい物理的強制作用が及んでいたとの判断は妥当である。それどころか、本件のような接着行為を伴う道路封鎖は、道路から行為者らの身体を無理に引き剥がせば行為者らに傷害が及ぶ可能性もあり、単なる物理的障壁を除去する（例えば、金属の鎖を工具で切断する）よりも解消に時間がかかるのであり、その作用の強度や持続期

20) なお、先に触れた BVerfG2001 年 10 月 24 日決定 (BVerfGE 104, 92.) いわゆる「ヴァッカーズドルフ裁判」は、この「渋滞二列目判例」とは異なり、車両が渋滞を起こすなどの事情は見られなかったものの、行為者らがお互いの身体を鉄の鎖で相互に結び付け、さらに両端を建造物（門）に結び付けたことをもって、車両が乗り越えられない「物理的障壁」が存在する、とした。

21) Sinn, a.a.O. (Anm. 16), S. 285f; Tarik Arabi / Louisa-C. Muschik, Anm. zu BVerfG, Beschl. v. 7.3.2011-1 BvR 388/05, famos Juni 2011, S. 5.

22) Wolfgang Joecks / Christian Jäger, Studienkommentar StGB, 13. Aufl., 2021, § 240, Rn. 18.

間はより強いものと思われる²³⁾。

なお、本稿では主として強要罪の成否を取り扱うため、若干本論からは逸れるが、近時の道路への接着行為による道路封鎖の事例については、執行担当官抵抗罪（113条）の成否についてもしばしば問題とされている（前述ドイツ判例①～③及び⑤）。もっとも、接着行為による道路封鎖の場合には基本的に、現場に到着した警察官等に対する「抵抗（Widerstand）」が認められないとして、構成要件該当性を否定する傾向にある。なぜならば、本罪にいう「抵抗」の認定には執行担当官に対する「積極的な振る舞い（aktive Tätigkeit）」が必要とされるからである²⁴⁾。ただし、⑤ LG ベルリン 2023年5月31日決定では、警察官によって集会が解散された後、被告人が繰り返し車道に座り込もうと試みており、これによって警察官は被告人を動かすために力を用いなければならなかったとして、警察官の公務の執行に対する積極的な振る舞いたる抵抗が存在したと判断されている²⁵⁾。このような接着行為を伴う道路封鎖行為と執行担当官抵抗罪の成否については、別の機会に検討することとする。

(2) 非難性の意義と判断基準

このように、道路への身体の接着行為については、現在のドイツ判例を中心に強要罪の構成要件に該当する行為であることは一般的に承認されているものと考えられる。しかしながら、既に参照したとおり、この種の行為について強要罪の構成要件該当性が認められたとしても、直ちに有罪となるのではない。なぜならば、ドイツ刑法の強要罪が成立するためには、手段として用いられた暴行（・脅迫）が240条2項にいう「非難に値する（verwerflich）」ものでなければならぬからである。このいわゆる「非難性条項（Verwerflichkeitsklausel）」ないし強要行為の「非難性（Verwerflichkeit）」の解釈²⁶⁾については、ドイツ刑法に

23) *Lund*, a.a.O. (Anm. 5), S. 198.

24) BGH NJW 2020, 2347 (2347); *Wilfried Küper / Jan Zopfs*, Strafrecht BT Definitionen mit Erläuterungen, 11. Aufl., 2022, Rn. 814; *Johannes Wessels / Michael Hettinger / Armin Engländer*, Strafrecht BT I, 46. Aufl., 2022, Rn. 600. また、樋口亮介「ドイツ刑法各論講義ノート：国家的法益に対する罪」東大ロー11号（2016年）302頁以下参照。

25) LG Berlin, KlimR 2023, 220.

おいてかつてから議論が展開されている²⁷⁾。

前提として、この「非難性」の意義については、ドイツ学説では所為の「反社会性 (Sozialwidrigkeit)」ないしは「社会的非看過性 (soziale Unerträglichkeit)」とする説明がしばしばみられる²⁸⁾。これに対して判例は概ね、強要罪の所為が当罰的不法を表象するような「高度の道徳的非違行為 (ein erhöhter Grad sittlicher Missbilligung)」²⁹⁾であるかを指針としている³⁰⁾。もっとも、このような抽象的な意義については、あくまで言い回しの差異があるにとどまる。

むしろ、学説においてより盛んに議論されてきたのは、このように抽象的に表現される非難性をいかなる原則を用いて具体化するかの点である。学説では、例えば正当化的緊急避難を定めるドイツ刑法 34 条における「比例性の検討 (Verhältnismäßigkeitsprüfung)」を引き合いに出し、「強制的行為を用いて追及された法的に保護される利益が、その法的要保護性の考慮の下、34 条による検討に基づいて意思自由の侵害を超越する (überwiegt) 場合」には非難性が否定されなければならないとする見解が主張される³¹⁾。また、正当化事由の認められない暴行を用いた強要が原則として非難に値するとしながら、「些少性原則 (Geringfügigkeitsprinzip)」及び一般法原則である「正当化利益の擁護原則 (Prinzip der Wahrnehmung berechtigter Interessen)」が妥当する場合には、非難性が否定される旨、主張する見解も存在する³²⁾。

現在のドイツ学説における多数の見解は、これらの議論を踏まえて統一的な判

26) このドイツ刑法 240 条 2 項の非難性について触れた文献として、金澤真理「ドイツ強要罪における非難性条項 (Verwerflichkeitsklausel) について」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』(成文堂、2016 年) 729 頁参照。

27) Küper / Zopfs, a.a.O. (Anm. 24), Rn. 415ff; Joecks / Jäger, a.a.O. (Anm. 22), § 240, Rn. 31ff; Wessels / Hettinger / Engländer, a.a.O. (Anm. 24), Rn. 379.

28) Küper / Zopfs, a.a.O. (Anm. 24), Rn. 416.

29) BGHSt 18, 389.

30) なお、判例においても「社会的に看過されない行動 (ein sozial unerträgliches Verhalten)」とするものもみられる。Vgl. BGHSt 35, 270.

31) Karl Heinz Gössel, Strafrecht mit Anleitungen zur Fallbearbeitung und zur Subsumtion für Studenten und Referendare, 7. Aufl., 1997, S. 88.

32) Volker Krey, Strafrecht BT I, 11. Aufl., 1998, Rn. 364.; vgl. ders, Forum: Problem der Nötigung mit Gewalt - dargelegt am Beispiel des Fluglotsenstreiks, JuS 1974, S. 418 (424).

断基準を示すべく Roxin が主張した、いわゆる「六原則理論 (Prinzipienlehre)」である³³⁾。すなわち、この見解は、禁止された行動の強要は常に非難に値するとする「違法性原則 (Rechtswidrigkeitsprinzip)」、窃盗の防止などのような「反社会的意図」への侵害は非難に値しないとする「利益衡量原則 (Güterabwägungsprinzip)」、「持続性や目立った結果のない」強制作用は非難に値しないとする「些少性原則 (Geringfügigkeitsprinzip)」、自救権の限度を超え、法が予定する措置を避けることで、自身の要求を暴力的に満たそうとする者は、常に非難に値するとする「国家的強制手段の優位原則 (Prinzip des Vorranges staatlicher Zwangsmittel)」、正当な目的を追求する者が、「目標とは何ら内的連関を持たない」手段を用いた場合には非難に値するとする「関連性欠如の原則 (Prinzip des mangelnden Zusammenhanges)」、法秩序がその実行を個々人の自由裁量に委ねている行為について不作為 (Unterlassung) を脅迫する場合、非難性は認められないとする「自律性原則 (Autonomieprinzip)」との6つの原則を判断基準として挙げており、これらは現在でもなお有用な基準とされる³⁴⁾。

判例も、非難性を検討するにあたっては、行為者によってなされた手段それ自体やその目的のみならず³⁵⁾、そのような目的・手段の関係性 (Zweck-Mittel-Relation) を基準としている³⁶⁾。それゆえ、可罰的ないし違法な行動を強制する場合にはたとえ許される手段による場合であっても、反対に、手段それ自体が可罰的・違法な行為であればその目的を問わず、非難に値すると判断される³⁷⁾。加えて、この目的・手段関係においては、たとえ法的に承認されうる目的の追求のために許される手段を用いたとしても、目的と手段との間に「非関連性 (Inkonnexität)」が認められる場合、いわば、相互にかかわりのない目的と手段を恣意的に結びつける場合には、やはり非難に値するとされる³⁸⁾。

33) *Claus Roxin, Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964, 376 f.*

34) 金澤・前掲註 (26) 737 頁。

35) BGHSt 5, 255.

36) BGHSt 17, 328.

37) なお、ここで問題となる「目的」は、被害者に対して強要する行動 (作為、甘受又は不作為) に関する直近の目標 (Nahziel) であり、その行動を通じて達成しようとする間遠の目標 (Fernziel) ではないとされる。Vgl. BGHSt 35, 270.

本件判決においても、具体的な事情の下、これら観点に照らし合わせて非難性が判断されていることが分かる。実際に、本件判決では非難性を検討するにあたっての考慮要素として挙げられているものは、(a) 本件封鎖行為にいたった目的、(b) 封鎖の期間、(c) 封鎖の事前周知の有無、(d) 封鎖の範囲・回避可能性、(e) 封鎖の「事物的連関 (Sachbezug)」などである (判旨 [Rn. 21-33] 参照)。(a) 封鎖行為の目的については、ドイツ基本法 8 条にいう集会の自由が非難性の検討に際して重要ではないと説明される。また、(b) ~ (d) は強要による被害、すなわち、交通参加者らの意思自由の侵害の程度に関する判断基準であると考えられる³⁹⁾。本件の接着行為による道路封鎖は、約 1 時間半に及ぶものであり、且つ、渋滞に巻き込まれた交通参加者らがその間まったく移動することができなかつた点が強調されている。さらに、(e) はまさに目的・手段関係に関する考慮であり、本件では気候変動問題に関して世間やマスメディアの注目を集めることを狙いとする点で、「封鎖活動とその具体的な被害者との間の事物的連関はないではないにしてもわずかなものである」として、その目的・手段関係の希薄さに言及されている。

この考慮要素について判例の立場は一貫しており、強要罪の成立を認めた本件に対して、結論として 240 条 2 項にいう非難性を否定し、強要罪の成立を否定した⑤ LG ベルリン 2023 年 5 月 31 日決定でも、各考慮要素は共通する。この⑤ LG ベルリン 2023 年 5 月 31 日決定では、とりわけ封鎖の期間が約 35 分程度であって、平時のベルリンにおける中程度の渋滞と同等であることや、少なくとも事件当日に封鎖行為がなされることについて告知があったこと、本件封鎖行為が石油の浪費への反対を意図しており、自動車を運転する交通参加者らにも連関する活動であったことなどから、行為者らの集会の自由が優位するとして非難性が否定されている⁴⁰⁾。本判決との結論の差異は、このような個別事案における具体的事情の差異から生じたものと考えられる⁴¹⁾。

38) *Küper / Zopfs*, a.a.O. (Anm. 24), Rn. 415.

39) 判例も当該強要行為による自由の侵害の程度をも問題とする。OLG Stuttgart NJW 1991, 994.

40) LG Berlin, KlimR 2023, 219 f.

41) もっとも、とりわけデモ活動の目的について、目的・手段関係における「非関連性」ないし「事物的連関」がどのように判断されるのかについては疑問が残る。確かに⑤ベ

(3) 非難性条項の体系的位置付け

このような判断基準に加えて、非難性条項についてはさらなる論点が展開されている。本条が「その行為は違法である」と示すとおり、ドイツの強要罪は、手段たる暴行や脅迫が「非難に値する」場合に初めて違法性が認められる。そこで、ドイツ刑法学においては、まず本条の体系的位置付けについて議論が繰り広げられている。すなわち、本条が構成要件阻却事由を定めたものと理解するか、あるいは違法性阻却事由（正当化事由）を定めたものと理解するのか、との議論である⁴²⁾。

学説においては、240条1項はそれ自体では完全ではない（「開かれた」）構成要件であるとし、これに対して240条2項を構成要件拡張規定と理解する見解が有力に主張されている⁴³⁾。この見解によれば、非難性を生じさせる諸事情は構成要件に属する要素であり、これに対して非難に値するかどうかの評価は違法性の要素とされる⁴⁴⁾。しかしながら、このように非難性の要素を構成要件該当性に位置付ける場合には、著しい害悪を加える旨の告知が、それが社会的に承認されるものであったとしても、告知がなされた時点で違法性が認められてしまう、との批判が向けられている⁴⁵⁾。この点、判例は240条1項を通常の意味でいう完全な犯罪規定であるとし、同条2項を一般の正当化事由（例えばドイツ刑法32条など）に付加される、強要罪特殊の正当化事由と理解している⁴⁶⁾。

ルリン LG2023 年 5 月決定においては、車両の運転手に直接かわる問題提起であったことはわかる。しかし、本判決でも認められているとおり、本件所為が世界規模の気候変動への警鐘を鳴らすことを意図するものである以上、何らの関わりのない活動とまではいえない。本判決が事物的連関を「ないではないにしてもわずかなもの」とする際のより具体的な判断基準については、なお明らかではない。また、その際に行為者らが食糧問題に関する横断幕を持っていたことも、それ自体で直ちにこの事物的連関を打ち消す要素とすることはできないように思われる。

42) *Küper / Zopfs*, a.a.O. (Anm. 24), Rn. 418 f. また、金澤・前掲註 (26) 734 頁以下参照。

43) *Hans Welzel*, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, S. 82 f.

44) *Wilfried Küper*, *Verwerflichkeit und Rechtfertigung bei der Nötigung - Das Verhältnis allgemeiner Rechtfertigungsgründe zur Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB als systematisches Problem*, JZ 2013, S. 449 (454 f).

45) *Sinn*, a.a.O. (Anm. 16), 334 f.

46) BGHSt 2, 194.

このような体系的位置づけの論点は、それ自体が犯罪論体系の理解を前提とするものであり、ドイツ刑法学においても一致が取れていない論点である⁴⁷⁾。もっとも、この体系的位置づけの論争に関わらず、少なくとも目的・手段関係の枠内での総合考慮よりも、一般的正当化事由の検討が優先されることについては、広く承認されている⁴⁸⁾。非難性を検討せずとも、そもそも一般的な正当化事由で捕捉される強要罪は、当初から 240 条 2 項にいうような「非難に値する」行為足りえない⁴⁹⁾のであるから、非難性条項は一般的正当化事由が存在しない場合にはじめて問題となる⁵⁰⁾。この一般的正当化事由を非難性の前段階で検討する⁵¹⁾とするか、非難性の枠内で検討する⁵²⁾とするかの余地は残るものの、このような優先関係の認められる限りにおいて、強要罪の特殊な不法要素に関わるものと理解される⁵³⁾。

4. 若干の検討

(1) わが国における強要罪の解釈と非難性

まずは、わが国における強要罪の解釈について、ドイツ強要罪における非難性に関する議論がどのような意義を持つかについて検討を加える。

法比較の前提として、わが国の強要罪の規定とドイツ強要罪の規定は、その記述に大きな差異が存在する。わが国は被害者に強要される行動について「人に義務のないことを行わせ、又は権利の行使を妨害した」とするのに対し、ドイツ強要罪は「違法に作為、甘受又は不作為を強いた」と規定する。この点、行為者によって強要される行動について、ドイツ強要罪はいわば自然科学的な行為態様を示すのみであるが、わが国の強要罪は「義務のない作為」・「権利の行使の妨害

47) Küper / Zopfs, a.a.O. (Anm. 24), Rn. 418. また、金澤・前掲註 (26) 736 頁。

48) Küper / Zopfs, a.a.O. (Anm. 24), Rn. 419.

49) Harro Otto, Grundkurs Strafrecht BT, 7. Aufl., 2005, § 27 Rn. 31.

50) BGHSt 39, 133. Vgl. Wessels / Hettinger / Engländer, a.a.O. (Anm. 23), Rn. 380

51) Rudolf Rengier, Strafrecht BT II, 23. Aufl., 2022, § 23 Rn. 58.; Eric Hilgendorf, in: Arzt / Weber / Heinrich / Hilgendorf, Strafrecht BT, 4. Aufl., 2021, § 9 Rn. 77.

52) Vgl. Küper, a.a.O. (Anm. 44), S. 449 (454 f).

53) Küper / Zopfs, a.a.O. (Anm. 24), Rn. 419; Ernst-Joachim Lampe, Die strafrechtliche Bewertung des „Anzapfens“ nach § 240 StGB und § 12 UWG, FS-Walter Stree/ JohannesWessels, 1993, S. 449 (460).

（不作為）」として、強要される行動に関して一定程度の処罰範囲の限定がなされている⁵⁴⁾。また、そもそもわが国の刑法はドイツのような非難性条項を持たないのであるから、その判断や体系的地位について特段の議論はなされてきていないように思われる。

しかしながら、わが国の強要罪については、とりわけ本条に定める「義務」及び「権利」について、これを法律上の義務・権利に限定する⁵⁵⁾か、社会的に相当なものも含む⁵⁶⁾か、との点で対立がみられる⁵⁷⁾。法と倫理・道徳を可能な限り峻別することを前提とすれば基本的に法律上の義務・権利に限定することが妥当であると考えられる⁵⁸⁾が、義務・権利が法規において明記されていないこともある以上、一定程度の実質的判断する必要がある⁵⁹⁾。したがって、この実質的判断にあたっては、ドイツ強要罪における非難性の判断基準が参考になるものと思われる⁶⁰⁾。

これに加えて、本稿で検討した非難性の判断基準については、わが国の刑法上用いられる暴行概念の解釈にあたっても、参考とする余地があるように思われる。確かに、既に触れたとおりドイツでは各犯罪の手段として規定される暴行（Gewalt）は強要罪を中心として論じられるのに対し、わが国においてはドイツ刑法には存在しない暴行罪が存在する。そして、わが国にもその手段に暴行を含む強

54) 金澤・前掲註 (26) 732 頁。

55) 曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』（弘文堂、2012年）56頁、林幹人『刑法各論〔第2版〕』（東京大学出版会、2007年）80頁。

56) 高橋則夫『刑法各論〔第4版〕』（成文堂、2022年）98頁、中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』（有斐閣、2015年）51頁。

57) 松原芳博『刑法各論〔第2版〕』（日本評論社、2021年）86頁。なお、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2010年）80頁は、「権利」については法律上のものに限られないとしつつ、「義務」については法律上のものに限られるとする。

58) 曾根・前掲註 (55) 56頁、松原・前掲註 (57) 86頁。

59) 松原・前掲註 (57) 86頁。

60) 平野龍一「刑法各論の諸問題 第3章自由に対する罪」法セ201号（1972年）66頁。また、藤木英雄『刑法講義・各論』（弘文堂、1976年）222頁は「一定の作為あるいは不作為を義務付けられている者がその義務の履行を怠っている場合に、義務を自発的に履行するように説得することは、ある程度の威迫性を帯びることがあっても、社会通念上妥当な範囲である限り、犯罪とはならない」として、強要の目的・手段を考慮する。これらの見解はドイツにおける議論を参照したものと考えられる。金澤・前掲註 (26) 730-731頁。

要罪 (223 条) が存在する以上、ドイツにおける非難性の概念をわが国の「暴行罪の暴行」において考慮することは妥当ではない、とも考えうる。しかしながら、刑法上の文言がその語義の範囲で共通する要素を持つべきである⁶¹⁾と考えるならば、刑法上の暴行一般に通用する、一定の有形力が行使された場合の犯罪の成立を制限する要素として、この非難性は注目に値するものと思われる。

実際に、わが国の下級審裁判例⁶²⁾では、被害者の不適切な振る舞いに対して対抗的に有形力が行使された場合⁶³⁾には、被害者の振る舞いが違法とまでは言えず、一般的な正当化の要件を満たすような状況ではなかったとしても、暴行罪の成立が否定されている。ここでは、非難性の判断基準に関する「六原則理論」でいうところの「利益衡量原則」や「些少性原則」に類似の判断がなされているものと理解できる。また、育児や介助の場面において行為者が被害者の身体のために、あるいはコミュニケーションの手段として有形力を行使した場合⁶⁴⁾などには、被害者を助けようとしたことなどの行為者の目的をも考慮しているものとみられる⁶⁵⁾。さらには、行為者がとっさの反射的行為として行使された有形力について、「本件を全体的に考察するに被告人の行為は法的に非難するに値しないものと解される」(傍点につき筆者)として暴行罪の成立を否定した裁判例もみられる⁶⁶⁾。

学説においても、従来から暴行罪の暴行概念は人の身体に対する「不法な有形力の行使」ないしは「不法な攻撃」とする理解が一般的であるが、この「不法性」の要素については、必ずしも明らかとされていなかったように思われる。本

61) 齋野彦弥「暴行概念と暴行罪の保護法益」成蹊 28 号 (1985 年) 442 頁は、「同一の法律中の規定である以上、同じ文言については合理的な理由が特に存在しない限り同じ内容を意味するものと取り扱うべき」とする。

62) 近時のわが国の暴行罪に関する判例を詳細に分析するものとして、芥川正洋「暴行罪成立の限界について (その 1)」法セ 813 号 (2022 年) 100 頁、同「(その 2)」法セ 814 号 (2022 年) 112 頁、同「(その 3)」法セ 815 号 (2022 年) 112 頁、同「(その 4・完)」法セ 816 号 (2023 年) 109 頁、特に「(その 4・完)」112 頁以下参照。

63) 岡山地判昭和 43 年 12 月 11 日判タ 237 号 313 頁、大阪地判昭和 44 年 4 月 8 日判タ 239 号 297 頁、東京地判昭和 49 年 6 月 27 日判タ 315 号 182 頁など。

64) 大阪高判昭和 29 年 3 月 4 日高刑判特 28 号 97 頁、仙台地判昭和 62 年 10 月 26 日判時 1259 号 142 頁、東京簡判平成 13 年 3 月 15 日 LEX/DB 文献番号 25420598、広島地判平成 26 年 4 月 21 日 LLI/DB 文献番号 L06950196 など。

65) 芥川・前掲註 (62) 「(その 2)」114 頁参照。

66) 広島高判昭和 31 年 5 月 31 日高刑裁特 3 卷 12 号 602 頁。

稿ではこの点の指摘に留まるが、わが国の暴行概念やその「不法性」がどのような内容であり、その体系的な位置づけ、すなわち、構成要件要素なのか、違法要素なのかを検討するにあたり、ドイツ強要罪における「非難性」の議論は示唆に富むものと思われる。

(2) 市民的不服従による不処罰の余地

本稿で主として検討したドイツ強要罪における非難性との関連で、ここで取り扱った「最後の世代」などによる抗議活動については、いわゆる市民的不服従 (ziviler Ungehorsam) による正当化の余地についても議論がなされている。

市民的不服従の概念については、様々な説明がなされている⁶⁷⁾が、例えば、「市民的不服従とは私的な確信や私利私欲ではなく、道徳によって根拠づけられる抗議であり、非暴力的な手段によって個々の法規範を故意的に侵害する行為であって、象徴的性格を持つ⁶⁸⁾であるとか、「市民的不服従とは、政治的・道徳的に動機づけられた、国家権力の行動に対する抵抗たる公然で平和的な行為であって、少なくとも構成要件段階での法違反を伴うものである⁶⁹⁾」などと定義づけられる。そして、市民的不服従は、法律と (社会) 道徳との間に不一致が認められる際に、その一致の達成を目的として関心を集める抗議行動を指す⁷⁰⁾。本件のような気候活動家らによる行動も、「最後の世代」自体が認めている⁷¹⁾とおり、間接的な意味での市民的不服従としてなされているものであり⁷²⁾、一定の構成要件該当行為が市民的不服従の表れとして正当化される余地を検討することも不可能

67) *Claus Roxin*, *Strafrechtliche Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam*, FS-Horst Schüler-Springorum, 1993, S. 441 (441 f).

68) Vgl. *Jürgen Habermas*, in: von Peter Glotz (Hrsg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, 1983, S. 29 (35).

69) Vgl. *Thomas Laker*, *Ziviler Ungehorsam: Geschichte, Begriff, Rechtfertigung*, 1986, S. 153.

70) *Busche*, a.a.O. (Anm. 5), S. 107.

71) <https://letztegeneration.de/blog/tag/ziviler-ungehorsam/> (最終閲覧日 2023 年 10 月 24 日)

72) 市民的不服従は、抗議の対象たる不当な法規範それ自体に対して不服従を示す直接的な類型と、不当な法規範への抗議として他の法規範に違反するかたちで不服従を示す間接的な類型に分けられるとされている。Vgl. *Preuß*, a.a.O. (Anm. 5), S. 71.

ではない⁷³⁾。

もつとも、その定義によるとはいえ、市民的不服従は何らかのかたちで法規範に反する抗議行動を予定している以上、ドイツ判例においても市民的不服従が正当化の根拠足りえないとする見解が支配的と見られる⁷⁴⁾。市民的不服従による正当化を認めるのであれば、必ずしも多数とはいえない抗議者らの政治目標を達成するために犯罪を合法化することになり、立憲民主主義国家・法治国家の基本原則に反することになると考えられる⁷⁵⁾。また、とりわけドイツ基本法 20 条 4 項では「憲法適合的秩序に対する危険」という要件の下でのみ抵抗権が想定されており、その反対解釈から市民的不服従を理由とした正当化が否定されるとの指摘もなされている⁷⁶⁾。

ただし、非難性条項との関係で、このような市民的不服従による抗議行動であることをさらに考慮する余地はあるように思われる。とりわけ、多数の見解が支持する「六原則理論」の内、「国家的強制手段の優位原則」との関係では、国家に対してあらゆる請求をした上で、それでも（道徳的に）妥当な法政策が実施されなかった場合には、もはや他の手段をとることができなかったという限りで、非難性を否定する要素として考慮される余地はあるように思われる。また、非難性の検討においては、道路封鎖等を実行する行為者らの間遠の目標（Fernziel）が考慮の対象外とされる根拠や、構成要件該当性・違法性以外の段階において不処罰とする可能性などについては、なお論じる余地があるように思われる⁷⁷⁾。

73) Vgl. *Ralf Dreier*, in: von Peter Glotz (Hrsg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, 1983, S. 54 (66).

74) Vgl. BVerfGE 73, 206; BayObLGSt 1986, 19 (24). 比較的近時の裁判例においても、例えば OLG ツェレ 2022 年 7 月 29 日決定は、ロイファナ大学（リュースブルク）のファサードをペンキやスプレーで汚損した器物損壊行為につき、市民的不服従を理由とした正当化を明確に否定している。Vgl. OLG Celle, NStZ 2023, 113 (m. Anm. Mathis Bönnte). 本件の詳細については、本稿「V. 気候保護のための緊急避難」（山本和輝執筆部分）を参照。

75) *Preuß*, a.a.O. (Anm. 5), S. 72; *Busche*, a.a.O. (Anm. 5), S. 107.

76) Vgl. *Mathias Jahn*, *Strafrecht AT: Klimaaktivismus und rechtfertigender Notstand*, JuS 2023, S. 82. また、ツィーマーマン（小島訳）・前掲注（2）154-155 頁参照。

77) Vgl. *Roxin*. A. a. O. (Anm. 67), S. 450 ff.

5. おわりに

本稿で取り扱った道路への身体の接着行為を伴う道路封鎖行為は、特にドイツにおいては極めて直近の社会問題であり、今後も依然として抗議活動がなされ、新たな判例が登場することが予想される。今後のドイツ判例の動向にも注目して行きたい。

また、道路封鎖行為の処罰に関しては、わが国では特に（威力）業務妨害罪と、そこにおける「威力」概念との関係性が問題となる⁷⁸⁾。強要罪における暴行概念との関係性も含めて、業務妨害罪に関する検討も今後の課題としたい。

（上野 純也）

V. 気候保護のための緊急避難（① OLG Celle, Beschluss vom 29.07.2022 - 2 Ss 91/22 ② AG Flensburg, Urteil vom 07.11.2022 - 440 Cs 107 Js 7252/22）

① OLG Celle, Beschluss vom 29.07.2022 - 2 Ss 91/22

【事案の概要】

サステナビリティ学及び政治学の学生である被告人は、「気候保護活動家（Klima-Schutz-Aktivist）」と自称し、2021年6月10日、L大学の中央棟正面部に対して、壁用塗料で「L大学は、出資を引き揚げよ。N銀行は石炭に投資している（L divest: Kohle aus N）」という言葉を吹き付けた（以上、第1行為⁷⁹⁾。2021年7月7日、被告人は、再度、壁用塗料を吹きつけることにより、建物正面部の外観を損ねた。これにより、被告人は、場合によっては不可逆的となりうる気候変動へと注意を向けさせ、即座の行動をとるようアピールしようとした（以上、第2行為）。以上の行為により、L大学には、外観が損なわれた状態を除去するために1640.25ユーロ、又は第二行為につき11377.89ユーロ程度の損害が生じた。

78) 金澤・前掲註 (26) 732頁。

79) Aが第1行為を行った背景には、L大学がサステナブルなイメージを宣伝していたにもかかわらず、非サステナブルなガス及び石炭エネルギー事業に投資する北ドイツ州立銀行に出資していたという事情があった。

AG リューネブルクは、両行為につき、器物損壊を理由に被告人を戒告し（刑法 59 条、連邦中央前科登録簿法 [BZRG] 32 条 1 項 1 号）、日割り罰金 100 日の統合罰金刑とする判断を保留した（連邦中央前科登録簿法 32 条 1 項 5 号 Buchst. a 参照）。これに対し、跳躍上告（Sprungrevision）が行われた。

【判旨】

II. 1.

刑法 34 条緊急避難に基づく正当化は、被告人によって目的とされていた、不可逆的となりうる気候変動という危険の防御のためになされた被告人の行為は適切性（Geeignetheit）を欠くため排除される。というのも、L 大学の中央棟の損壊は、気候変動に対処することができないからである。この点につき、本件上告が、意味に即していえば、この種の個別的行為は確かに単独で危険の防御を生じさせえないが、しかしおそらく個々の努力の集成（Vielzahl）はそうではなく、その結果このような努力の集成の適切性が全ての個別的行為に対しても是認されなければならないとする見解である限り、これは誤りである。というのも、大学棟正面部の損壊の集成も、被告人による個別的な損壊と同様に気候変動への効果を有しえないからである。そうではなく、被告人の態度においては、それぞれ純粹に政治的に動機づけられた象徴的行動が問題となっている。[Rn. 6]

さらに、結局のところ、気候変動の危険が犯罪行為の遂行によるほかには阻止することができないということも明らかではない。[Rn. 7]

2.

大学棟の損壊は、「市民的不服従（zivilen Ungehorsam）」によっても正当化されない。[Rn. 8]

市民的不服従の下では、一般に、以下のような態度が理解されている。すなわち、市民がセンセーショナルな規則違反に至るまでの示威的、象徴的な抗議活動を通じて、深刻な結果を生じさせる若しくは倫理的に不当であるとみなされる判断に対抗する態度、又はより本質的に一般的意義のある出来事について、特に公

共同体に対するより重大な危険を回避するために劇的な態様で公的な見解の形成過程に影響を与えようとする態度である (vgl. BVerfGE 73, 206, Rn 91)。
[Rn.9]

しかし、市民的不服従を背景とする構成要件的態度の正当化は排除される。
[Rn.10]

いかなる者も、このような態様で公衆に注意を喚起し、かつ自己の見解に妥当性を与えるために、他者の権利を攻撃する権利を有さない (vgl. BGHSt 23, 46, Rn 16; LK-Rönnau, Vor § 32 Rn 142; S/S-Lenckner/Perron, § 34 Rn 41a; jeweils m.w.N.)。このことは、既に基本法 20 条 4 項から明らかになる。というのは、連邦共和国の基本法上の秩序が全体として危殆化される状況に抵抗するための権利の制限により、逆推論すれば、そのほか全ての時間での平和義務が存在するからである。それゆえ、政治的な見解を形成する過程に影響を及ぼしたいと思う者は、このことを、基本法 5 条 (表現の自由)、基本法 8 条 (集会の自由)、基本法 17 条 (請願権) 及び基本法 21 条 1 項 (政治的政党の形成の自由) に由来する自己の基本権の実現の下で行いうるが、犯罪行為の遂行によっては行えない。[Rn.11]

この点につき、法秩序が行為者自身の見解の優位性に関するその者の確信のみに起因する正当化事由を受け入れるとすれば、それは政治的目標を達成するための犯罪行為の原則的な合法化という結果になり、それにより法秩序による民主主義と法的平和に関する自己の任務それ自体が拘束されることになり、自由で民主主義的な法秩序の原則とまさしく両立しないことになる (BGHSt a.a.O.; LK-Rönnau a.a.O.)。[Rn.12]

② AG Flensburg, Urteil vom 07.11.2022 - 440 Cs 107 Js 7252/22

【事案の概要】

J 不動産会社 (以下、J 社) は、森林で覆われた敷地 (以下、本件敷地) の所有者である。本件敷地は囲いによって境界づけられていたが、一部老朽化してお

り (rudimentär)、隙間があった。J社は、建築許可に基づき、本件敷地内の木々の多くを伐採して整地し、ホテルを新築する予定であった。これに対し、気候保護活動家たちは行政訴訟を提起するとともに、本件敷地内にツリーハウスなどを建てた上で滞留したり、デモ活動を行った。

2021年2月19日朝方、J社から委託を受けた民間会社が建築用の囲いで本件敷地を囲うとともに、警察官によって本件敷地が包囲された。被告人は、当時、本件敷地の木の上におり、その後、2月22日20時22分にロープで木から降りて本件敷地から立ち去るまで同所に滞留しつづけた。

【判旨】

IV.

被告人は、立ち去れという権利者の要求があったにもかかわらず囲繞地に滞留したという形で刑法123条1項の構成要件を充足した。……。[Rn. 13]

V.

しかし、本件では、被告人は、違法に行為していなかった。なぜならば、刑法34条正当化緊急避難という正当化事由が充足されていたからである。……。[Fn. 14]

1. 本件では、所為の時点で、緊急避難適格を有する法益に対する現在の危険が存在していた。[Rn. 15.]

a. 緊急避難適格を有する法益は、本件では、刑法34条の意味における他者の法益としての気候保護である。これは、基本法20条aにおいてその憲法上の基礎を見出す。BVerfGの判例によれば、この国家目標規定は、温室効果ガスの排出を削減するためのアクチュアルな状況において国家機関を義務づけるのであり、またその点でカーボンニュートラル (Klimaneutralität) の確立をも目標とする (BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 - 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, NJW 2021, 1723, 1740 (Rn. 198) m.w.N.; BVerfG, Beschl. v. 18.1.2022 - 1 BvR 1565/21 u.a., NJW 2022, 844 ff.)。憲法上そのように理解

されるべき基本法 20 条 a に基づく国家的な気候保護義務の規則内容を緊急避難適格を有する法益として認定することによって、この法益が個人的法益として被告人に帰属しないことは重要ではない (BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 - 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, NJW 2021, 1723, 1727 (Rn. 112) m.w.N.). 当裁判所は、刑法上の判例及び学説における通説にならって、刑法 34 条は個人の法益も公共の法益も包含することを前提とする (BGH, Urt. v. 5.7.1988 - 1 StR 212/88, NStZ 1988, 558; OLG Naumburg, Urt. v. 22.2.2018 -2 Rv 157/17, NJW 2018, 2064, 2065; OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.10.2005 -III-5 Ss 63/05- 33/05 I, NJW 2006, 630; OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 28.8.1995 - 3 Ss 116/95, NStZ 1996, 136; *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, Bd. I, 5. Aufl. 2020, § 16, Rn. 13; *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier, StGB, 5. Aufl. 2021, § 34, Rn. 7)。その際、基本法 20 条 a に基づく気候保護義務は、私人との関係について直接的な第三者効を發揮しない。しかし、当該義務は、直接的に妥当し、裁判規範性を有する法規範 (justiziable Rechtsnorm) として全ての国家機関を拘束する (BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 - 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, NJW 2021, 1723, 1741 (Rn. 205 ff.); *Dürig/Herzog/Scholz-Calliess*, GG, Stand: März 2022, Art. 20a, Rn. 144, jeweils m.w.N.)。このことは、当裁判所にとって、刑法 34 条の意味における他者の法益という概念及びその他の法概念も含む単純な法の不明確な法概念が基本法 20 条 a に基づく憲法上の気候保護義務の効果的な実現に照らして、またそれを考慮して解釈されることを特に帰結する (OLG の裁判例及び BVerfG の判例のほか、文献を多数引用：省略)。このことから第一に、気候保護は、そこから帰結するカーボンニュートラルを確立する義務も含め、刑法上緊急避難適格を有する法益をなすことが導かれる。[Fn. 16]

しかしたとえ、当裁判所は共有しないが、判例及び学説において同様に時折主張されている見解にならって、刑法 34 条はもっぱら個人的法益のみを緊急避難適格を有する法益として把握することが前提とされるべきであるとしても (so z.B. *SK-StGB/Hoyer*, 9. Aufl. 2017, § 34, Rn. 9 f.; *Matt/Renzikowski-Engländer*, 2. Aufl. 2020, § 34, Rn. 17)、この要件は本件において充足されるだろ

う。当裁判所は、遅くとも2021年3月24日のBVerfGの裁判(1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, NJW 2021, 1723 ff.; vgl. auch nachfolgend BVerfG, Beschl. v. 18.1.2022 -1 BvR 1565/21 u.a., NJW 2022, 844 ff.)以降、気候保護は基本法20条aをこえて、個別の憲法規定上も基本法の基本権においてその実定法上の基礎を認め、かつ特に基本権の間時間的な自由の確保(intertemporale Freiheitssicherung)を通じて、同様に刑法34条によって保護される個人的法益に属することを前提とする。[Fn. 17]

b. 犯行時点において、刑法34条によって包含される気候保護という法益に対する現在の危険も存在していた(既に同旨のことを述べるものとして、AG Lüneburg, Urt. v. 12.4.2022 - 15 Ds 5102 Js 21930/21, BeckRS 2022, 21534; *Bönte*, HRRS 2021, 163 ff.; *Wolf*, Verfassungsblog v. 14.11.2022 <https://verfassungsblog.de/klimaschutz-als-rechtfertigender-notstand/> など)。……。[Fn. 19]

その際、当裁判所の見解によれば、以下のことも、現在の危険の存在を認定する際に考慮されるべきである。すなわち、支持可能な態様で、全体的に不十分なものであると感じられる現在の気候保護措置を基礎にした場合、高度な蓋然性をもってさまざまな点で不可逆的となる損害に対し、これに対応する気候保護措置によりなお有効に対処できなければ、この危険は、将来数十年において十中八九なお本質的に広範囲において現実化される、ということである。つまり、刑法34条の意味における危険の現在性は、正当にも、確かにその他の損害発生は直接的には差し迫っていないかもしれないが、しかし即座の行動によってのみなお回避する場合にも認められる(BGH, Urt. v. 15.5.1979 - 1 StR 74/79, NJW 1979, 2053, 2054; BGH, Urt. v. 21.2.1989 - 5 StR 586/88, NJW 1989, 1289; Schönke/Schröder-Perron, 30. Aufl. 2019, § 34, Rn. 17; NK-StGB/Neumann, 5. Aufl. 2017, § 34, Rn. 56; Roxin/Greco, Strafrecht AT, Bd. I, 5. Aufl. 2020, § 16, Rn. 20; Fischer, 69. Aufl. 2022, § 34, Rn. 7)。本件において、このことが気候変動の危険にあてはまるということは科学的に証明されている。[Fn. 20]

2. 気候保護という法益に対する現在の危険は、本件において他の方法では回避することもできなかった。被告人の所為は、具体的事例において最も穏当で適切な手段であった。[Fn. 21]

その際、措置の適切性は、緊急避難行為が確信をもって、あるいは少なくとも高度の蓋然性をもってそれ自体として危険な状況を克服することを要件とするものではない (OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.6.2004 - 3 Ss 187/03, NJW 2004, 3645, 3646; *Fischer*, 69. Aufl. 2022, § 34, Rn. 10; MüKo-StGB/*Erb*, 4. Aufl. 2020, § 34, Rn. 110)。むしろこの要件は、講じられた措置が危険防御のチャンスを全く高めないことから当該措置が危険の回避のためには全く役立たないことが明らかとなる場合に限り否定される (OLK Köln, Urt. v. 18.2.2020 - 1 RVs 188/19, BeckRS 2020, 2338; OLG Naumburg, Beschl. v. 24.4.2013 - 2 Ss 8/12, NSTZ 2013, 718, 720; OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.6.2004 -3 Ss 187/03, NJW 2004, 3645, 3646; *Duttge*, in: Dölling u.a., *Gesamtes Strafrecht*, 5. Aufl. 2022, § 34 StGB, Rn. 11; LK-StGB/*Zieschang*, 13. Aufl. 2019, § 34, Rn. 91; MüKo-StGB/*Erb*, 4. Aufl. 2020, § 34, Rn. 110)。……。[Fn. 23]

いずれにせよ、具体的事例において、被告人の行為と緊急避難適格を有する法益に対する危険の回避との間に対応する直接的な作用のつながりが認められる限り、行為は、当裁判所の確信によれば、刑法 34 条の意味における適切なものとしても認められうる。この要件は、本件では充足されている。……。被告人は、木を伐採から保護するために木の上に滞留している。被告人の所為は、このような態様で気候変動及び地球温暖化を阻止し、またカーボンニュートラルの確立を促進するために、街中にある具体的な森を保全することを目標としていた。温室効果ガスである CO₂ を制限し、そしてそれにより気候変動を阻止することについての木々及び特に森全体の中心的意義は、科学的に証明されている。このような直接的な作用のつながりに基づけば、伐採から木々を保護することが決して気候変動の危険を阻止するために全く役に立たないものではなく、危険防御のチャンスを客観的に高め、またそれに伴い刑法 34 条の意味において適切であるとみなされるような措置であることが明らかとなる。[Fn. 24]

被告人の所為の適切性は、本件において、それがそれ自体として気候変動の世界的な危険を全範囲にわたって阻止できなかったこととも矛盾しない。確かに、被告人が滞留した木を守ることは、単独で考察すれば、それによって同様に意図されている、対応する街中にある森全体の保全と同様に、世界的な気候変動の阻止のために相対的にわずかな寄与しか果たさない。……。[Fn. 26]

しかし、当裁判所は、本件において、科学の知見に依拠して、人為的な地球温暖化及びそれと結びつけられた気候変動によって生じる危険の回避に際して、現時点では未だ措置及び制限の集成によってしか克服することができない、きわめて複雑かつ長期的な挑戦が問題であることを前提とする。……。また、「ドイツ国がこのような気候変動を、その原因の世界的な作用及び世界的な性格がゆえに、単独ではなく、国際的な結束の下でのみ止めることができる」という事情は、「基本法上の保護義務を想定することと原理的に対立」しえ「ない」(BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 - 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, NJW 2021, 1723, 1732) ことから、刑法 34 条の意味における行為の適切性も、危険克服の機会が相対的にわずかにしか高まらないことを指摘することで否定することはできない。……。[Fn. 27]

b. さらに、危険が刑法 34 条の意味において他の方法では回避することができないとする当裁判所の認定は、さらに被告人の行為が危険防御のために必要でもあったことを前提とする (*Fischer*, 69. Aufl. 2022, § 34, Rn. 9 m.w.N.). この要件と結びつけられる要求は、当裁判所の確信によれば、本件では充足されている。[Fn. 28]

必要性は、考慮される複数の同程度に適切な行為の選択肢 (Handlungsalternative) のうち、相対的に最も穏当な手段が選択された場合に認められる (BGH, Beschl. v. 28.6.2016 - 1 StR 613/15, NJW 2016, 2818; OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.10.2005 - III-5 Ss 63/05- 33/05 I, NJW 2006, 630 f.; OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.6.2004 - 3 Ss 187/03, NJW 2004, 3645, 3646; *Matt/Renzikowski-Engländer*, 2. Aufl. 2020, § 34, Rn. 21; *Rosenau*, in: *Satzger/*

Schluckebier, StGB, 5. Aufl. 2021, § 34, Rn. 13; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 51. Aufl. 2021, Rn. 467)。確かに、当裁判所は、刑法上の判例及び学説において所為の必要性は、国家的救助が適宜に要求されうる場合 (BGH, Urt. v. 3.2.1993 - 3 StR 356/92, NJW 1993, 1869, 1870; BGH, Beschl. v. 28.6.2016 - 1 StR 613/15, NJW 2016, 2818; *Rosenau*, in: *Satzger/Schluckebier*, StGB, 5. Aufl. 2021, § 34, Rn. 13; *Kühl*, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2017, § 8, Rn. 27; *Rengier*, Strafrecht AT, 14. Aufl. 2022, § 19, Rn. 23)、又は刑法 34 条によって「前提とされている保全利益と侵害利益との間の葛藤状況」の解決が「特別な手続又は特定の制度に留保されている」場合には (BGH, Beschl. v. 28.6.2016 - 1 StR 613/15, NJW 2016, 2818; vgl. auch u.a. OLG Braunschweig, Beschl. v. 16.5.2013 - 1 Ss 20/13, BeckRS 2013, 18047; *Schönke/Schröder-Perron*, 30. Aufl. 2019, § 34, Rn. 41)、原則的に否定されること、またこのような諸原則においてはまさしく、国家の、すなわち民主主義的正当性によって支えられ、かつ法治国家によって規制及び統制される手続を基礎にして行われる危険防衛措置の原理的優先も広義には表現されていることを見誤っていない。[Fn. 29]

当裁判所は、刑法 34 条の適用の枠内におけるこのような諸原則の正当性及び重要性について確信している。そして、規定全体と同様に、刑法 34 条の意味における必要性という構成要件メルクマル、及び上述した諸原則も、本件事案では憲法上の観点から、基本法 20 条 a にも基本法の基本権にも支えられており、そしてそれゆえに規範的に強化された気候保護の中心的意義に照らして解釈されるということが、この脈絡では、当裁判所の確信とも対応する。このような背景から、当裁判所の見解によれば、被告人の事前的視点からも、裁判所の事後的な観点からも判断されるべき必要性においては、憲法上要請された、気候保護の高度な重要性の考慮の下で、行為の選択肢の客観的に同程度の適性に関する高度な要求もされるのであり、また被告人にも、事前的に行われる同程度の適性の判断におけるある程度限定された被告人の評価裁量 (Einschätzungsspielraum) が認められる。[Fn. 30]

その際、当裁判所の見解によれば憲法上要請される刑法 34 条の意味における、このような必要性のメルクマールは、例えば、いわば刑法上の緊急避難という「隠れ蓑 (Deckmantel)」の下で第三者の法益への広範な介入の可能性が、法治国家的に規制及び統制された手続の外側で、気候保護活動家の人的領域に開かれるという帰結を伴うものではない。……。むしろ必要性の存在は、引き続き個別事例の事情を中心的に考慮して判断される。[Fn. 31]

この考慮の下では、当裁判所の確信によれば、本件では、まず、被告人の所為がこのような街中の森の木々を伐採から保護することを達成するための唯一の試みでもなく、かつとりわけ最初の試みでもなかったということが重要である。むしろ、被告人の所為に先行して、その他のキャンドル・ビジル (Mahnwachen) 及び示威運動が行われた。F 市が建築許可を認めた後、本件及び森の公共物指定解除 (Entwidmung) に対する訴訟が VerfG シュレースヴィヒにて提起されてきた。その上、被告人が属する人的領域は、J 社との対話を導いたということが考慮される。このような対話が森の伐採が中断されるという成果へと至らないことが明らかになった後にはじめて、被告人は、—— より一層刑法上重要な —— 木を伐採から保護するために木の上にとどまるという行為態様を行うことを決心した。[Fn. 32]

加えて、当裁判所の確信によれば、本件では、具体的事例における刑法 34 条の意味における必要性の判断に際しても、上述したように本件では被告人が直接的な危険防御と関連しない犯罪行為を基礎にした単なる政治的な抗議活動としてではなく、危険防御のために直接的な作用のつながりを構築し、刑法上の介入の強度が相対的にわずかである点で穏当な手段であるような行為を選択したことが考慮される。このことは、被告人が本件事案において不可逆的な措置、すなわちきわめて老成した樹木の伐採を阻止しようとしていたのでより一層妥当する。例えば、全ての利用において気候に損害を与える大気汚染を惹起するが、しかしその封鎖が一時的、それゆえに短期間の不利用をもたらしうる交通手段の封鎖とは異なり、本件では、温室効果ガスの削減への持続的なポジティブな影響が科学的に証明されており、かつその伐採が不可逆的であった木々の保全が問題となって

いる。[Fn. 33]

さらに、憲法上の規準に照らして、本件での行為の選択肢の客観的な同程度の適正に対する高い要求を考慮し、また被告人の評価裁量を考慮すれば、当裁判所は、本件事案につき、被告人がもはや国家的な措置及び手続だけを信頼しないと判断することも刑法 34 条の意味における被告人の行動の必要性に関する客観的事後的な考察と矛盾しないと確信する。国家的な危険防御措置及び手続の優先は、全体的な妥当を要求していない。……。[Fn. 35]

3. 加えて、刑法 34 条 1 文によれば、具体的事例において、相矛盾する利益、とりわけ被侵害利益とそれに差し迫っている危険の程度の衡量が、保全利益が被侵害法益を本質的に優越することを帰結するものでなければならない。このことは、当裁判所の確信によれば、本件事例において認められる。[Rn. 38]

刑法 123 条 1 項によって保護される住居権……は、法的に保護された重要な利益である。このことを特に明らかにするのが、基本法 14 条 1 項に基づく所有物に関する基本権との結びつきである。もっとも、この基本権——これも衡量の枠組みにおいて考慮されるものとみなされる——は、BVerfG の判例によれば、進行する気候変動による危険の回避という目標を有する気候保護の要請の憲法的基礎をも形成すること (BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 - 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, NJW 2021, 1723, 1735) を措けば、本件では、価値の規定にとって、刑法 123 条 1 項に基づく建造物侵入が特に相対的に軽微な刑罰威嚇を背景にして、幾度かいわゆる「迷惑犯 (Bagatelldelikt)」と評価されていることが重要である (so ausdrücklich z.B. NK-StGB/Ostendorf, 5. Aufl. 2017, § 123, Rn. 16 m.w.N.). このことは、刑法 123 条 2 項に基づくこのような所為が絶対的親告罪 (absolutes Antragsdelikt) という形をとっており、またそれにより通常処罰の必要が小さいことが表現されているという事情にも示されている (AG Mönchengladbach-Rheydt, Urt. v. 14.3.2022 - 21 CS - 721 Js 4/22 - 69/22, Zeitschrift für das gesamte Klimarecht 2022, 130, 131 m.w.N.). [Rn. 40]

……確かに、当裁判所は、学説において若干支持されている見解によれば、刑法 34 条の枠組みにおける衡量に際して、通常、救助のチャンスの程度も救助行為による救助のチャンスが小さければ小さいほど、被侵害法益にはより大きな重要性が認められるという意味で考慮されるべきであることを見誤っていない (*Rosenau*, in: *Satzger/Schluckebier*, StGB, 5. Aufl. 2021, § 34, Rn. 28; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 51. Aufl. 2021, Rn. 469; *Schönke/Schröder-Perron*, 30. Aufl. 2019, § 34, Rn. 29)。しかし、この原則は、当裁判所の確信によれば、人為的な地球温暖化及びそれと結びつけられた気候変動によって生じる危険の阻止という本件事例においてそうであるように、今日の時点で、なお措置及び制限の集成によってしか克服されえない、きわめて複雑かつ長期間にわたる挑戦が認められる状況では適用されない (この原則の相対化について一般的に同旨のことを述べるものとして、u.a. *LK-StGB/Zieschang*, 13. Aufl. 2019, § 34, Rn. 118.)。その限りで、本件では、救助行為の適切性について既に上述したことが指摘される。[Rn. 42]

4. 本件所為は、裁判所の確信によれば、危険を回避するために相当な手段 (angemessenes Mittel) でもあった。[Rn. 43]

刑法 34 条の意味における正当化状況の存在に関する原理的に独立した別の要求である刑法 34 条 2 文に基づく所為の相当性の要件 (BGH, Urt. v. 27.1.1976 - 1 StR 739/75, NJW 1976, 680, 681; *SK-StGB/Hoyer*, 9. Aufl. 2017, § 34, Rn. 94; *MüKo-StGB/Erb*, 4. Aufl. 2020, § 34, Rn. 244 ff.; kritisch u.a. *Schönke/Schröder-Perron*, 30. Aufl. 2019, § 34, Rn. 46; *LK-StGB/Zieschang*, 13. Aufl. 2019, § 34, Rn. 151 ff. m.w.N.) は、特に、「上位の、つまり憲法上の理由から裁判官による利益衡量はその帰結にかかわらず、そのような所為についての正当性に関する判断を行うことは許されない」場合には認められないとされる (*SK-StGB/Hoyer*, 9. Aufl. 2017, § 34, Rn. 94; ähnlich z.B. *Rosenau*, in: *Satzger/Schluckebier*, StGB, 5. Aufl. 2021, § 34, Rn. 32: 「承認された価値基準によれば支持可能とみなされる」; im Ergebnis auch u.a. *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, Bd. I, 5. Aufl. 2020, § 16, Rn. 95.)。当裁判所の確信によれば、

特に基本法 1 条 1 項の人間の尊厳の保障のような上位の、憲法上の価値指針に照らして所為の相当性が阻却される事例状況は、本件では認められない。……。[Rn. 44]。

その際、当裁判所は、学説においてしばしば、法的に整序された、危険防御のための国家的手続の現在は、当該手続が行う危険防御措置を除き、刑法 34 条 2 文の意味における相当性を通常阻却するという見解が主張されることを見誤っていない (NK-StGB/*Neumann*, 5. Aufl. 2017, § 34, Rn. 119 f.; *Duttge*, in: *Dölling u.a.*, *Gesamtes Strafrecht*, 5. Aufl. 2022, § 34 StGB, Rn. 23; *Matt/Renzikowski-Engländer*, 2. Aufl. 2020, § 34, Rn. 35; *Momsen/Savic*, in: *von Heintschel-Heinegg*, StGB, 4. Aufl. 2021, § 34, Rn. 19; *MüKo-StGB/Erb*, 4. Aufl. 2020, § 34, Rn. 254 ff.)。この見解は、当裁判所の確信によれば、原則的に既に必要性の脈絡で上述したように、賛同に値するものでもある。ただし、時折、「法的に整序された手続の遮断効」として特徴づけられる (so u.a. *MüKo-StGB/Erb*, 4. Aufl. 2020, § 34, Rn. 254.)、このような上記原則には、刑法 34 条 2 文の意味における相当性の評価に関して絶対的な妥当が認められるわけではなく (*Rosenau*, in: *Satzger/Schluckebier*, StGB, 5. Aufl. 2021, § 34, Rn. 33; *Bönte*, HRRS 2021, 163, 171; *SK-StGB/Hoyer*, 9. Aufl. 2017, § 34, Rn. 100 ff.)、そこでは、例外の確認及び具体化の枠内で、これまたまさに上述したように、判例及び学説において既に国家的な危険防御措置及び手続の優先の例外との関係で援用されるのと同じ考慮及び法思想も適用される (*Rosenau*, in: *Satzger/Schluckebier*, StGB, 5. Aufl. 2021, § 34, Rn. 33)。さらに、当裁判所の確信によれば、刑法 34 条の意味における相当性及びそれに伴う上述した原則も、本件事例において、これまた憲法上の観点から、基本法 20 条 a の国家目標規定にも基本法の基本権にも支えられており、それにより規範的に強化された、気候保護の中心的意義に照らして解釈される。このような背景から、当裁判所の確信によれば、少なくとも本件と関連する気候保護の脈絡において、第一に、国家の危険防御措置及び手続の原理的優先にもかかわらず、個別事例の事情を考慮すれば必要とみなされるものであり、第二に、侵害利益の主体が基本法 1 条 1 項によって保護されるその人間の尊厳について侵害されているわけではないよう

な行為につき、刑法 34 条の意味における相当性は否認されえない。これらの二つの要件は、当裁判所の確信によれば、本件で判断されるべき事例においては充足しており、したがって、被告人の行為は危険を回避するために相当な手段であった。[Rn. 45]

5. 刑法 34 条の主観的正当化要素も同じく充足されている。……。[Rn. 46]

【検討】

1. 検討課題の設定

IV. でも言及されたように、近年、ドイツにおいては世論における気候変動問題に関する危機感の高まりを受けて、いわゆる「気候活動家」のラディカルな抗議行動の可罰性についての議論が活発化しつつある。そこでの議論の対象は、①気候保護活動家によるラディカルな抗議活動の諸形態がそれぞれいかなる構成要件に該当するのか、②仮に何らかの構成要件に該当する場合、その行為が正当化されるかという二点である。このうち、①の問題の一部は既に IV で論じられたため、以下では、特に②の問題について検討を行う。

2. 正当化緊急避難の成立可能性

(1) 問題の所在

気候変動に関するラディカルな抗議活動は、究極的には気候危機を回避することを目標とする。それゆえ、これらの抗議活動が何らかの犯罪構成要件に該当するとしても、当該抗議活動が正当化緊急避難（ドイツ刑法 34 条）により正当化されうるかが問題となる。

実際、先に紹介した OLG ツェレの事案及び AG フレンスブルクの事案では、いずれも気候変動に関するラディカルな抗議活動の正当化が問題となったが、そこでの主要な争点は、正当化緊急避難の成否であった。両裁判例は、興味深いことに、全く反対の結論を導いた。すなわち、OLG ツェレは正当化緊急避難の成立を否定したのに対し、AG フレンスブルクは正当化緊急避難の成立を肯定した。ここで問題となるのは、何故、両裁判例が正当化緊急避難の成否につき反対の結論を導いたかである。そこで以下では、OLG ツェレ（及びその原審であ

る AG リューネブルク⁸⁰⁾ と AG フレンスブルクがいかなる点で判断を異にしたのかに留意しながら、正当化緊急避難の成立要件に即した検討を行うこととする。

(2) 緊急避難状況性

ドイツ刑法 34 条正当化緊急避難は、第 1 に、緊急避難状況性、すなわち緊急避難適格を有する法益に対する現在の危険を要件とする。

このうち、まず緊急避難適格の点については、特に公共的法益が緊急避難適格を有するか否かが争われてきた⁸¹⁾。この問題につき、ドイツにおける判例・通説は、公共的法益の緊急避難適格性を肯定する見解を採用する⁸²⁾。この立場によれば、危険に晒されている法益が個人的法益か公共的法益かに関わらず、その緊急避難適格性が肯定される。これに対し、一部の学説は、公共的法益の緊急避難適格性を否定する見解を採用する⁸³⁾。この立場によれば、危険に晒されている法益が個人的法益ではなく、公共的法益である場合、その緊急避難適格性が否定されることになる。

80) AG Lüneburg, Urt. v. 12.4.2022 - 15 Ds 5102 Js 21930/21, BeckRS 2022, 21534.

81) この問題の議論状況につき、詳細には、山本和輝「動物虐待に対する正当防衛・緊急避難 (2・完)」現代法学 43 号 (2022 年) 31 頁以下参照。

82) *Volker Erb*, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4. Aufl., 2020, § 34 Rn. 72.; *Thomas Fischer*, *Strafgesetzbuch: StGB mit Nebengesetzen*, Kommentar, 68. Aufl., 2020, § 34 Rn. 5.; *Kristian Kühn*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., 2017, § 8 Rn. 27.; *Rudolf Rengier*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12. Aufl., 2020, § 19 Rn. 8.; *Henning Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 5. Aufl., 2021, § 34 Rn. 7.; *Claus Roxin/Luis Gerco*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 5. Aufl., 2020, § 16 Rn. 13.; *Frank Zieschang*, in: Gabriele Cirener u.a. (Hrsg.), *Leipziger Kommentar StGB*, Bd.3., 13. Aufl., § 34 Rn. 53 など。

83) *Helmut Frister*, *Strafrecht AT*, 9. Aufl., 2020, 17. Kap. Rn. 2.; *Andreas Hoyer*, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 9. Aufl. 2017, § 34 Rn. 10.; *Ulfrid Neumann*, in: Urs Kindhäuser u.a. (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 34 Rn. 22. さらに、公共的法益の攻撃的緊急避難適格性を否定するか³⁾、防衛的緊急避難適格性については肯定する見解として、*Armin Engländer*, in: Holger Matt/Joachim Renzikowski (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2. Aufl., 2020, § 34 Rn. 17 u. 50.

以上の議論状況に鑑みれば、気候危機に関する抗議活動が問題となる事案群において、危険に晒される法益が個人的法益に位置づけられるのか、それとも公共的法益に位置づけられるのかは重要な論点となりうる。この点につき、AG フレンスブルクは、当該事案において危険に晒されている法益を気候保護（以下では、「気候」と表記する。なお付言すると、保全法益が気候保護であるとする説明は不正確である。というのも、避難行為によって保護されるのは、気候保護ではなく、人間に適した気候 [menschengerechte Klima] だからである⁸⁴⁾。)であると捉えた上で、その法的基礎を、いわゆる気候保護決定⁸⁵⁾に倣って基本法 20 条 a に求める。この理解によれば、基本法 20 条 a はいわゆる国家目標規定であり⁸⁶⁾、個別的権利や請求権を基礎づけるものではない以上、「気候」は公共的法益に位置づけられることになる⁸⁷⁾。それゆえ、公共的法益の緊急避難適格性が重要な問題となりうるが、この点につき、AG フレンスブルクは、判例・通説と同様に、公共的法益の緊急避難を肯定する見解に依拠することにより、「気候」の緊急避難適格性を肯定した。

これに対し、一部の学説のように、公共的法益の緊急避難適格性を否定する見解に依拠する場合、「気候」が公共的法益に位置づけられる限り、その緊急避難適格性は否定されるようにも見える。ところが、AG フレンスブルクは、傍論において、上記少数説に依拠する場合でも、「気候」それ自体が個人的法益としての性格をも有するため、その緊急避難適格性を肯定しうると判示した。すなわち、「気候」は、遅くとも気候保護決定以後、個別の憲法規定においても実定法上の

84) *Armin Engländer*, Der entgrenzte Notstand – zur Anwendbarkeit des § 34 StGB bei sogenannten Klimaprotesten, JZ 2023, 255.

85) 気候保護決定については、さしあたり石塚壮太郎「ドイツ憲法判例研究 (259) 気候変動対策における世代間の公正な負担 : 気候保護決定 [2021 年 3 月 24 日ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷決定]」自治研究 98 巻 12 号 (2022 年) 145 頁以下参照。

86) 例えば、*Dietrich Murswiek*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 20a GG Rn. 17 ff.

87) *Engländer*, a.a.O. (Fn. 84), 256; *Tillmann Horter/ Till Zimmermann*, Die Rechtfertigung der Verwirklichung von Straftatbeständen zum Schutz des Klimas durch die allgemeinen Notrechte (Teil 1): Zugleich eine Untersuchung zur Notrechtsfähigkeit von Allgemeinrechtsgütern, GA 2023, 448.; *Frank Zieschang*, Klimaschutz als rechtfertigender Notstand bei Hausfriedensbruch, JR 2023, 143.

基礎を認められており、それゆえに個人の基本権として位置づけられること、またこの基本権が間時間的な自由の確保 (intertemporale Freiheitssicherung)⁸⁸⁾を通じて将来世代にも保障されることから個人的法益としての性格をも有するとする。

しかし、AG フレンスブルクのように、「気候」それ自体が個人的法益であると理解することには無理があるように思われる。というのも、(AG フレンスブルクが依拠する) BVerfG2021 年 3 月 24 日決定は、あくまで個人的法益としての「気候」それ自体の制約ではなく、将来における一般的な活動の自由 (基本法 2 条 1 項) の制約を問題としているからである⁸⁹⁾。確かに、この意味での自由が緊急避難適格性を有しており、かつそれが「気候」という公共的法益と関連性を有するとまではいえるかもしれない。しかし、そのことから、「気候」それ自体が個人的法益であることを帰結することはできない⁹⁰⁾。

ただし、仮に「気候」それ自体が個人的法益でないとしても、気候変動を通じて、間接的に人の生命や健康が危険に晒される可能性は観念しうる⁹¹⁾。例えば、(OLG ツェレの原審である) AG リューネブルクは「確かに、世界的な地球温暖化の実存にかかわるリスクに鑑みれば、この世の全ての生命に対する現在の危険が想定されうる」と判示するが、これもこのような想定を前提としたものであろう⁹²⁾。仮に気候変動を通じて、間接的に人の生命や健康という個人的法益に対する危険も認められるのであれば、先に見た少数説の立場を前提とした場合でも、緊急避難適格性については争いなく肯定することができよう。

以上で見たように、AG フレンスブルクと (OLG ツェレの原審である) AG リューネブルクは、緊急避難適格性に関する説明方法で内容を異にするが、しかし結論的には緊急避難適格性要件の充足を肯定する点で共通する。それゆえ、この

88) 「間時間的な自由の確保」という概念については、石塚・前掲 (注 85) 150 頁以下参照。

89) より詳細には、石塚壮太郎「気候変動防止をリードするドイツ連邦憲法裁判所」ジュリスト 1576 号 (2022 年) 67 頁参照。

90) *Engländer*, a.a.O. (Fn. 84), 256.

91) *Engländer*, a.a.O. (Fn. 84), 256.

92) Vgl. *Finn-Lauritz Schmidt*, Der „Klimanotstand“ als rechtfertigender Notstand?, *KlimR* 2023, 17.

点に関する説明方法の相違は、両裁判例の結論を分かちものではないといえる。

次に、危険の現在性の点について検討する。ドイツの判例・通説によれば、危険の現在性は、確かに損害発生が直接的には差し迫っていないかもしれないが、即座に行動しなければ損害発生を回避することができない場合でも肯定される⁹³⁾。AG フレンスブルクは、この判例・通説の立場を前提とした上で、気候変動による危険は、まさに現在有効な気候保護措置によって対処しなければ、十中八九将来数十年のうちに現実化されるため、危険の現在性を肯定しうると判示した。この判示は、気候変動による危険がいわゆる継続的危険（危険がより長い時間継続しており、かついつでも損害に転化しうる状況にあるが、なおしばらくは損害が発生しないかもしれない場合⁹⁴⁾の形式で現在している旨を述べたものと解しうる⁹⁵⁾。他方、AG リューネブルクは、「この世の全ての生命に対する現在の危険が想定されうる」とする結論しか示していないが、この判示はいわゆる継続的危険により危険の現在性が肯定しうる趣旨である限り、理解可能なものである⁹⁶⁾。

このように、AG フレンスブルクと（OLG ツェレの原審である）AG リューネブルクは危険の現在性の認定については同様の結論に達しており、それゆえ、この点は、両裁判例の結論の相違を導くものではなかったといえる。

(3) 避難行為の適切性・必要性

ドイツ刑法 34 条正当化緊急避難は、第 2 に、現在の危険が当該避難行為以外によって回避することができない、つまり当該避難行為が適切であり、かつ必要であることを要件とする。

このうち、避難行為の適切性が肯定されるためには、一般に、当該避難行為を行えば、確実に、又は高度の蓋然性をもって危険に晒された法益を救助できるところまでは要求されないか⁹⁷⁾、差し迫っている損害を回避することが少なくとも

93) *Walter Perron*, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 34 Rn. 17; *Neumann*, a.a.O. (Fn. 83), § 34, Rn. 56; *Roxin/Greco*, a.a.O. (Fn. 82), § 16 Rn. 20; *Fischer*, a.a.O. (Fn. 82), § 34 Rn. 7.

94) *Roxin/Greco*, a.a.O. (Fn. 82), § 16 Rn. 21.

95) *Zieschang*, a.a.O. (Fn. 87), 143

96) *Matthias Jahn*, Strafrecht AT: Klimaaktivismus und rechtfertigender Notstand, JuS 2023,

「決して不確実なものではない (nicht ganz unwahrscheinlich)」⁹⁸⁾、つまり測定可能な程度に⁹⁹⁾救助の機会が高められることを要するとされる。それゆえ、漠然としており、かつきわめて遠く離れた救助の機会を提供するにすぎない場合や、救助の機会をわずかにしか高めない場合には、避難行為の適切性は否定されることになる¹⁰⁰⁾。

OLG ツェレは、この一般的理解を前提とした上で、L大学の建造物に塗料を吹きつける行為が気候変動を阻止するために役立たないため、避難行為の適切性が否定されるとした。この判示は、建造物に塗料を吹きつける行為が単独では(温室効果ガスである)CO₂の削減効果を有さない以上、測定可能な程度に「気候」を救助する機会を高めることはありえないとの理解に基づくものと整理することができる。

これに対し、AG フレンスブルクは、結論的に避難行為の適切性が肯定される旨を判示した。すなわち、AG フレンスブルクは、まず、同じく先述した一般的理解を前提とした上で、被告人の行為と緊急避難適格性を有する法益に対する危険の回避との間に「直接的な作用のつながり (unmittelbaren Wirkungszusammenhang)」が認められる場合、当該行為は危険回避のために役立つ手段と評価できるため、避難行為としての適切性を肯定しうるとする下位基準を提示した。その上で、本件被告人の行為は、木の伐採を阻止するために伐採予定の木を占拠するものであるところ、これは温室効果ガスであるCO₂の排出を制限しうるとして気候変動を阻止することと「直接的な作用のつながり」を有するため、避難行為の適切性を肯定しうるとした。

以上で見たAG フレンスブルクの判示は、学説の側から強く批判されている。例えば、Zieschangは、AG フレンスブルクが別の箇所で、被告人の行為が世界

97) *Neumann*, a.a.O. (Fn. 83), § 34 Rn. 60.; *Roxin/Greco*, a.a.O. (Fn. 82), § 16 Rn. 23.

98) *Engländer*, a.a.O. (Fn. 83), § 34 Rn. 20; *Neumann*, a.a.O. (Fn. 83), § 34 Rn. 60.; *Zieschang*, a.a.O. (Fn. 82), § 34 Rn. 91.

99) *Roxin/Greco*, a.a.O. (Fn. 82), § 16 Rn. 23.; *Zieschang*, a.a.O. (Fn. 82), § 34 Rn. 91.

100) *Neumann*, a.a.O. (Fn. 83), § 34 Rn. 60.; *Zieschang*, a.a.O. (Fn. 82), § 34 Rn. 91.

的な気候変動を阻止するために相対的にわずかな寄与しか果たさないことを認めておきながら、本件被告人の行為と気候変動の阻止との間に「直接的な作用のつながり」があると説明する点を矛盾であると論難する¹⁰¹⁾。この批判に対し、AG フレンスブルクの立場からは、気候変動によって生じる危険に対処するためには複雑かつ長期的な取組みが必須であることに鑑みれば、世界的な気候危機が問題となる場合には、個々の取組みが単独で見れば気候変動を阻止する機会をわずかにしか高めなかったとしても適切性を肯定しようと反論することが可能であろう。しかし、Engländerによれば、そのような適切性要件の修正を認めることは、適切性要件の空洞化につながるため妥当でないという。なぜならば、仮に気候変動を阻止する機会をわずかに高める行為でも適切であるとした場合、CO₂を排出する何らかの行為や出来事を好き勝手に妨げること（例えば、暖房器具や冷房・冷蔵器具を使用できなくする行為や工場施設を妨害する行為）も原則的に適切であることになってしまうからである¹⁰²⁾。

仮に適切性要件の修正が妥当でないとするれば、伐採予定の木々を占拠する行為を、世界的な気候変動を阻止するために適切な行為であったとは評価できない。ただし、その場合でも、伐採予定の木々を占拠することは、伐採予定の木々を守るための行為としては適切であるため、その限度で、AG フレンスブルクの立場を維持することが可能であったといえる¹⁰³⁾。

以上で見たように、OLG ツェレとAG フレンスブルクは、避難行為の適切性につき異なる判断を行っており、かつその相違は正当化緊急避難の成否を分かつものであった。この相違は、おそらく両裁判例の事案の相違に起因する。すなわち、OLG ツェレの事案では、建造物にスプレーを吹き付ける行為が問題とされたため、当該行為単独ではCO₂削減効果を見込めないことが明らかであった。これに対し、AG フレンスブルクの事案では、伐採予定の木々を占拠することにより伐採を防ぐ行為が問題とされたため、当該行為単独でのCO₂削減効果を一

101) *Zieschang*, a.a.O. (Fn. 87), 144.

102) アルミン・エングレンダー（小島秀夫訳）「拡張された緊急避難？ 気候政策への抗議活動に対するドイツ刑法典 34 条の適用可能性について」法学研究 115 号（2022 年）148 頁。

103) *Zieschang*, a.a.O. (Fn. 87), 145.

応想定できた。この意味で、両者は事案を異にしていたといえる。

仮に適切性要件を充足する場合、必要性要件を充足するかが問題となる。避難行為の必要性とは、一般に、保全法益を救助するために同程度に適切な行為の選択肢が複数ありうる場合、その中で最も穏当な手段を採用することを意味するとされる¹⁰⁴⁾。また、判例・通説は、必要性要件の中に国家的手続の原則的優先の観点を取り込むため、国家的手続を利用でき、かつ国家的手続による救済が適宜に行なわれうる場合¹⁰⁵⁾、又は当該コンフリクトの解決が特別な手続ないし制度に留保されている場合には¹⁰⁶⁾、原則的に避難行為の必要性が否定されるとしている。

AG フレンスブルクは、上述した判例・通説の立場に依拠しつつも、「気候」の重要性に鑑み、国家的手続の原則的優先の観点を相対化することにより、行為の必要性が肯定される旨を判示した。すなわち、「気候」の重要性に鑑みれば、そもそも、同程度に適切な行為の選択肢といえるかについて高いハードルが課されることが憲法上要請されるため、被告人がもはや国家的措置及び手続のみを信頼しなかったということは必要性には反さない。国家による気候保護措置が現実には危険防衛にとって同程度に適切な行為の選択肢ではないとする被告人の評価は、十分に支持可能なものとみなされるべきである、とした。

AG フレンスブルクの判示に対しては、まず、国家的手続の原則的優先の観点を相対化した点が強く批判されている（ただし、この点は相当性要件〔論者によっては、利益衡量要件〕とも関連する議論であるため、詳細には2. (5) で検討する)¹⁰⁷⁾。また、この点を措くとしても、本件事案における被告人の行為が本当に最も穏当な手段であるといえるかについては疑問が残ることが指摘されている。すなわち、AG フレンスブルクの事案では、建築許可についての行政訴訟を提起することが可能であり、かつ現に提起されていた。また、仮に行政訴訟で勝訴で

104) *Engländer*, a.a.O. (Fn. 83), § 34, Rn. 21; *Rosenau*, a.a.O. (Fn. 82), § 34, Rn. 13.

105) *Rosenau*, a.a.O. (Fn. 82), § 34, Rn. 13.; *Zieschang*, a.a.O. (Fn. 82), § 34 Rn. 94.

106) *Perron*, a.a.O. (Fn. 92), § 34, Rn. 41.

107) *Thomas Rönnau*, Grundwissen - Strafrecht: Klimaaktivismus und ziviler Ungehorsam, JuS 2023, 114.; *Zieschang*, a.a.O. (Fn. 87), 145.

きなかった場合には別の法的手段を講じる必要があったとはいえるだろうが、木を占拠することまでは必要ない。これらの（より穏当な）法的措置を講じなかった以上、被告人の行為は、必要性要件を充足しないのではないか、というのである¹⁰⁸⁾。

(4) 利益衡量要件

ドイツ刑法 34 条正当化緊急避難は、第 3 に、保全された法益が侵害される法益よりも本質的に優越していることを要件とする。

AG フレンスブルクは、本件事案では、この利益考量要件の充足をも肯定できるという。すなわち、保全された法益である「気候」には、法的にきわめて高いランクの重要性が認められる。これに対し、住居侵入罪の刑罰威嚇が相対的に小さく、絶対的親告罪であること、また本件敷地への侵入は住居や営業場所への侵入の場合よりもプライバシー侵害の程度が低いことに鑑みれば、侵害される法益である住居権にはそれほど高い価値が認められない。それゆえ、保全法益が侵害法益を本質的に優越したといえる、というのである。

この AG フレンスブルクの判示に対し、当該事案において保全法益が侵害法益を本質的に優越したといえるかにつき、疑問が投げかけられている。すなわち、確かに、保全法益が人間に適した気候（さらには、生命、健康）であるのに対し、侵害法益が住居権であることからすれば、抽象的に言えば、保全法益が侵害法益を本質的に優越したといえる。しかし、具体的に見れば、被告人の行為によって、人間に適した気候等が保護される見込みはわずかにしか高められていないのであるから、保全法益の具体的な重要性は大きく失われることになる。AG フレンスブルクはこのことを見誤っている、とされる¹⁰⁹⁾。

(5) 避難行為の相当性

ドイツ刑法 34 条正当化緊急避難は、第 4 に、避難行為が危険を回避するために相当な手段であることを要件とする。なお、相当性要件に関しては、利益衡量要件において既に相当性の観点も評価されているため、相当性条項は独自の第二

108) Zieschang, a.a.O. (Fn. 87), 145.

109) エングレンダー（小島訳）・前掲（注 102）150 頁以下。

の評価段階ではないとする有力説も主張されている¹¹⁰⁾。しかし、判例・通説は相当性要件にも独自の意義を認めており¹¹¹⁾、かつ AG フレンスブルクも同様の立場を前提としているものと思われることから、以下では、この立場を前提として検討を加える。

通説によれば、特別な国家の権限規範及び手続規範を潜脱するような避難行為については、刑法 34 条 2 文に基づき相当性が否定される¹¹²⁾。AG フレンスブルクもこの見解に肯定的な立場を採るが、しかしこのような国家的手続の原則的優先の観点は絶対的に妥当するものではないことを強調する。その上で、本件では、気候保護の優越的意義により、国家的手続の原則的優先の観点が相対化されるため、被告人の行為の相当性を否定することはできないとの結論を導く。

しかし、先述したように、国家的手続の原則的優先の観点を相対化する AG フレンスブルクの立場に対しては、強い批判が向けられている。例えば、Engländer は、気候保護の優越的意義により法的手続を相対化することを容認した場合、民主主義的な立法者、危険防御官庁、行政裁判所の権限を弱体化させることにつながるため、妥当でないと批判する。AG フレンスブルクの事案に即して言えば、被告人（気候保護活動家）が法律上の手続規定を尊重しない行動を採ることが許容される結果、被害者（J 社）は伐採予定の木々のある土地を占拠されつづけることを甘受するか、それとも計画された合法的な建設や土地の利用を断念するよう強制されることになってしまう、とされる¹¹³⁾。

以上の検討で明らかにしたように、AG フレンスブルクは結論的に刑法 34 条正当化緊急避難の成立を肯定しているが、その論理構成に対しては強く批判されている状況にある。管見の限り、ドイツの学説においては、むしろ気候保護のための正当化緊急避難の成立を否定する見解の方が優勢な状況にあり、そのような立場からすれば、AG フレンスブルクの結論は否定的に解されることになるだろ

110) Zieschang, a.a.O. (Fn. 87), 145 f.

111) Engländer, a.a.O. (Fn. 83), § 34 Rn. 31.

112) Tillmann Horter/ Till Zimmermann, Die Rechtfertigung der Verwirklichung von Straftatbeständen zum Schutz des Klimas durch die allgemeinen Notrechte (Teil 2): Zugleich eine Untersuchung zur Notrechtsfähigkeit von Allgemeinrechtsgütern, GA 2023, 493.

113) エングレンダー（小島訳）・前掲（注 102）152 頁以下。

う¹¹⁴⁾。

3. 市民的不服従

OLG ツェレは、刑法 34 条正当化緊急避難の成立可能性だけでなく、市民的不服従による正当化可能性についても検討を行い、結論的に、市民的不服従を背景にした構成要件該当行為を正当化することはできない旨を判示した。市民不服従については IV. でも言及されているところではあるが、以下でも、OLG ツェレの判示を理解するために必要な限度で、市民的不服従による正当化可能性について検討を加えることとしたい。

市民的不服従とは、市民が、取り返しのつかない結果を生じさせる、又は倫理的に不正であるとみなされる国家による個々の重要な決定に対して、センセーショナルな規則違反に至るまでの示威的、象徴的な抗議活動を通じて対抗することである¹¹⁵⁾。この概念は政治哲学に由来するものであるが¹¹⁶⁾、これが刑法上の正当化事由としての位置づけを有するかについては争いがある。

ドイツにおける現在の通説的見解は、上記の意味での市民的不服従を刑法上の正当化事由に位置づけることを拒絶する¹¹⁷⁾。その論拠としては、第 1 に、基本法 20 条 4 項の反対解釈が挙げられている¹¹⁸⁾。すなわち、基本法 20 条 4 項は、憲法適合的秩序を排除することを企てる者に対して抵抗する権利を、他の救済手段が可能でない限りにおいて保障する規定である。この規定から逆推論すれば、憲法適合的秩序が排除される危険がある場合を除き、全ての時間において平和義務が課されることになる。そのため、市民的不服従にあたる行為は、抵抗権が行

114) 気候保護のための正当化緊急避難の成立を認めることについて否定的な見解として、エングレンダー (小島訳)・前掲 (注 102) 153 頁。; *Horster/Zimmermann*, a.a.O. (Fn. 112), 495. また、*Zieschang*, a.a.O. (Fn. 87), 147 も、AG フレンスブルクの結論を正当化することはできないと述べる。

115) Vgl. BVerfGE 73, 206, Rn 91.

116) ティル・ツィーマーマン (小島秀夫訳) 「アルミン・エングレンダー『拡張された緊急避難?』へのコメント」法学研究 115 号 (2023 年) 154 頁。

117) *Nina Nestler*, *Fehlende Rechtfertigung einer »aus Klimaschutzgründen« begangenen Sachbeschädigung*, JURA 2022, 1508.; ツィーマーマン (小島訳)・前掲 (注 116) 154 頁。

118) ツィーマーマン (小島訳)・前掲 (注 116) 154 頁。

使可能な場合を除けば、上述した平和義務に違反していることになるため、刑法上の正当化を認めることができない、というわけである。第2に、市民的不服従を正当化事由として位置づけることは民主主義の考え方と不整合をきたすことが挙げられている。すなわち、市民的不服従の正当化の可否が問題となる場面では、当該行為者は、国家による決定に対して示威的・象徴的な抗議を行うために多数決ルールに従って憲法適合的に制定された規則に違反したことにつき、多数決ルール内部で定められる正当化を援用することになる。しかし、このことは、多数決ルールの遵守を疑問視する行為を行っておきながら、多数決ルールに基づく正当化を求めるという矛盾を犯していることを意味する。それゆえ、市民的不服従の正当化を認めることは非民主主義的であり、法理論的に見て妥当でないとされる¹¹⁹⁾。

OLG ツェレの判示は、上述した通説的理解が挙げる論拠のうち、前者を持ち出すことにより市民不服従による正当化可能性を否定したものであると整理できる。

4. 日本法への示唆

最後に、ここまで見てきたドイツの議論状況が日本法との関係でいかなる示唆を与えるかについて検討する。

まず、ドイツとは異なり、基本法 20 条 a のような規定を持たないわが国において、「気候」という法益の基礎がどこに求められるのかからして問題となりうる。仮にこの点を措き、「気候」が公共的法益に位置づけられるとした場合、公共的法益の緊急避難適格性に関する議論状況が日独では異なる点に留意する必要がある。この問題につき、最判昭和 24 年 8 月 18 日刑集 3 巻 9 号 1465 頁は、被告人がゼネストを中止させるために産業別会議議長に包丁で傷害を負わせた事案につき、「本来国家的、公共的法益を保全防衛することは、国家又は公共団体の公的機関の本来の任務に属する事柄であって、これをた易く自由に私人又は私的団体の行動に委すことは却って秩序を乱し事態を悪化せしむる危険を伴う虞がある。それ故、かかる公益のための正当防衛等は、国家公共の機関の有効な公的

¹¹⁹⁾ *Jahn*, a.a.O. (Fn. 95), 84. 同旨の見解として、ツィマーマン (小島訳)・前掲 (注 102) 155 頁。

活動を期待し得ない極めて緊迫した場合においてのみ例外的に許容さるべきものと解するを相当とする。」と判示した。この判決によれば、公共的法益のための正当防衛及び緊急避難の成立可能性は原理的に肯定されることになろうが、その成立範囲は、国家公共機関による救済を期待しえない極めて緊迫した場合に限定される。それゆえ、公共的法益としての「気候」のための緊急避難は、国家公共機関による救済を期待しえない極めて緊迫した場合にのみ肯定されうることになろう。ただし、ここでは詳論できないが、仮にこのような限定が十分であるかについては一考の余地がある。その意味で、ドイツ法の議論を参照することにも一定の意義が認められてもよいかもしれない¹²⁰⁾。

また、AG リューネブルクの判示がそうであるように、気候保護のための緊急避難が問題となる事案群においては、気候変動を通じて、間接的に個人の生命・身体などの個人的法益に対する危険が差し迫っていると評価する余地が残されている。仮にそのような評価が可能である場合には、通常通り、緊急避難の成立要件を判断していく必要がある。緊急避難の成立要件についても、(例えば、利益衡量要件のように) 日独で相違がないわけではないが、(避難行為の適切性・必要性など) 日独で共通しうる箇所も少なからずある。それゆえ、緊急避難の「具体的な要件解釈論はさほど深化していない」¹²¹⁾と評されるわが国の現状に鑑みれば、上で見たドイツ法の要件解釈をめぐる議論には一定の参照価値が認められてもよいだろう。気候保護のための緊急避難の成否をめぐることは、特に国家的手続の原則的優先の観点から緊急避難の解釈論との関係でいかなる意義を有するかについて争われているが、この点について、わが国では議論が十分に深められた形跡はない。それゆえ、この問題に関する議論を深めることがわが国にとっての今後の課題となりうるように思われ、ここにドイツ法の参照価値が認められるだろう。

(山本 和輝)

[付記] 本論文のうち、V. の記述は、JSPS 科研費 JP21K13209 の助成を受けた研究成果である。

[追記] 脱稿後、AG フレンスブルク判決が破棄されたとの報に接した (KlimR

120) この点について詳細には、山本・前掲 (注 81) 63 頁以下。

121) 深町晋也『緊急避難のアクチュアリティ』(弘文堂・2018 年) 3 頁。

2023, 314 ff.). 又、佐藤拓磨「環境活動家の抗議活動と違法性阻却」判例時報 2568 号 (2023 年) 126 頁に接した。