

ドイツにおける最近の刑事判例の動向 (3)

編著 山本 和輝*

著 池田 武央**

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 (強要罪) (上野 純也)
- V. 気候保護のための緊急避難 (山本 和輝) [以上、46号]
- VI. 証人による証言拒絶権行使に基づく遮断効果の部分的放棄の可否 (池田 武央)
- VII. 強要された緊急避難と先行行為に基づく保障人的地位 (山本 和輝) [以上、本号]

VI. 証人による証言拒絶権行使に基づく遮断効果の部分的放棄の可否 (BGH, Beschl. v. 18. 10. 2023 - 1 StR 222/23)

【事案の概要】

被告人 (少年) は、5 件の強姦 (Vergewaltigung) 罪を含む犯罪行為について地裁 (少年裁判所) において有罪判決を受けた。強姦事件の公訴参加人 (Nebenklägerin) である被告人の妹 N は、当初、①警察による聴取、②心理鑑定人 S (女性) による質問、③捜査判事による尋問で供述した後、公判前に今後は証言拒絶権 (ドイツ刑事訴訟法 52 条 1 項) を行使すると宣言した。もともと N は、「S との (bei der Frau aus S)」供述、つまり自らの心理鑑定人 S に対する供述が、証拠として評価されることを承諾した。地裁は、捜査判事による N の

* やまもと・かずき 東京経済大学現代法学部准教授

** いけだ・たけお 明治大学法学部助手・明治大学大学院法学研究科博士後期課程

尋問における供述と鑑定人 S に対する N の供述のみ (②+③) を証拠評価の対象とした。被告人は、地裁が N が S に対して行った供述 (②) を証拠評価に含めたことが、ドイツ刑法 52 条 1 項 3 号、252 条に反するものであるとして上告した。

【決定要旨 (破棄・差戻し)】 (章立て、下線等は筆者による)

1 ドイツ刑法 52 条 (証言拒絶権) の効果について

「ドイツ刑法 52 条 1 項に基づく証言拒絶権は、真実義務の対象となる供述によって、証人が親族の不利益に寄与することとなることから保護する役割を果たす。証人は、公判の前に、自分の以前の、おそらく時期尚早であった、あるいは軽率であった供述が利用されるかどうかを自由に決定することができ、公判での証言を拒否し、以前の決定を変更する権利を有する (BGH, Urteile vom 11. April 1973 - 2 StR 42/73, BGHSt 25, 176, 177 ff. und vom 23. September 1999 - 4 StR 189/99, BGHSt 45, 203, 208)。ドイツ刑法 52 条 1 項に基づく権利を行使した場合、以前の供述はすべて、一般に証拠利用禁止 (Beweisverwertungsverbot) の対象となる。唯一の例外は、証人が証言拒絶権を告知された後の裁判官による尋問である (BGH, Urteil vom 15. Januar 1952 - 1 StR 341/51, BGHSt 2, 99; Beschluss vom 15. Juli 2016 - GSSt 1/16, BGHSt 61, 221, 229 m. w. N.)。」 [Rn. 7]

2 証言拒絶権に基づく遮断効果の放棄について

「BGH の確立された判例によれば、ドイツ刑法 52 条 1 項に基づく権利を行使する証人は、証言拒絶による遮断効果 (Sperrwirkung) も放棄することができるため、尋問者または鑑定人によって以前の供述を (鑑定人による質問に対するドイツ刑法 252 条の適用可能性については、vgl. BGH, Urteil vom 3. November 2000 - 2StR 354/00, BGHSt 46, 189, 193 m. w. N.)、公判に持ち込むことができる (BGH, Beschluss vom 23. September 1999 - 4 StR 189/99, BGHSt 45, 203, 207)。というのも、ドイツ刑法 252 条に基づく証拠としての利用禁止は、証言拒絶権の実現によって追求される目的を確保するためのみ機能するものであり、したがって、証人がこれを放棄し、以前の供述を利用する

ことを認めることによって事実の解明に貢献することができる範囲において利用可能だからである。これによって証人が対立的な尋問を避けることができるという事実は、それに応じた証拠の慎重な評価によって考慮されなければならない」
[Rn. 8]

3 証言拒絶権に基づく遮断効果の部分放棄の可否について

「連邦裁判所は、証人の権限を（本件のように）個別の尋問に限定できるかどうかについては、まだ決定していない。（vgl. BGH, Urteil vom 30. Juni 2020 - 3 StR 377/18 Rn. 13 ff.; vgl. auch Urteil vom 28. Mai 2003 - 2 StR 445/02, BGHSt 48, 294, 297 ff.）」 [Rn. 9]

「このような部分的放棄 (Teilverzicht) は認められない。というのも、証人は、自らの保護に資する範囲においてのみ、証拠利用禁止を自由に行使できるからである。ドイツ刑訴法第 252 条の第 52 条第 1 項との関係における保護目的は、もっぱら、刑事手続において親族に不利な供述をするかどうか、そして場合によっては親族の不利益に寄与するかもしれないことについて、証人に決定する自由を保障することにある (vgl. BGH, Urteile vom 8. Mai 1952 - 3 StR 1199/51, BGHSt 2, 351, 354 und vom 23. September 1999 - 4 StR 189/99, BGHSt 45, 203, 207)。つまり、証人は、証拠方法として自らを利用したいかどうかを決めることができる (vgl. BGH, Urteil vom 28. Mai 2003 - 2 StR 445/02, BGHSt 48, 294, 298 m. w. N.)。さらに、証人は、すでに提供した陳述を利用される範囲を決定する保護に値する利益を有しない。だからこそ、真相究明という被告人および一般市民の利益のために、刑事手続への影響力は制限されなければならないのである。」 [Rn. 10]

「証人が、ドイツ刑訴法第 52 条 1 項に基づく証言拒絶権を行使したにもかかわらず、以前の供述を利用することを認める場合、これを個別の尋問に限定することはできない。むしろ、部分的放棄とは、-- 証言拒絶権に関する指示後の裁判官による尋問を除いて、一すべての過去の供述を利用できないことを意味する。」
[Rn. 6]

4 結論

「地方裁判所は、公訴参加人が心理鑑定人に行った供述を証拠評価の基礎とすることを許されなかった。というのも、証人のドイツ刑訴法第 252 条の利用禁止の放棄は、一おそらく不注意によるものでしかないであろうが—この尋問に限定されており、したがって効果がなかったからである。少年部は、捜査判事の前で公訴参加人が行った供述のみを判断決定に用いことができたのである。」
[Rn. 11]

【検討】

1. 問題の所在と本決定の態度——前提としてのドイツ刑訴法の確認——

(1) 本決定¹⁾は、公判において証言拒絶権を行使する証人が、証言拒絶権に基づく以前の供述の証拠利用禁止という遮断効果の範囲を選択することができるか（部分的放棄の可否）という問題について、BGH が初めて判断を下したものである。本決定は、既に存在する確立した判例法理等を前提とした上でその上に判断を積み重ねたものであり、本決定を理解するためには、証言拒絶権に関するドイツ刑訴法の条文・判例等の知識が必要となるため、まずはこれらの点についてまとめることとする。

(2) 親族による証言拒絶権

ドイツ刑訴法 52 条 1 項には、我が国とほぼ同様の（被疑者・）被告人の親族による証言拒絶権が規定されており、本決定において行使されたドイツ刑訴法 52 条 1 項 3 号は「被疑者・被告人の直系血族、直系姻族、3 親等以内の傍系血

1) 本決定に関する評釈として、N. *Bosch*, Reichweite des Verwertungsverbots bei Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts aus § 52 StPO, JURA 2024, 443; Bernd von Heintschel-Heinegg, NSTz 2024, 174; Christian *Jäger*, Das Leben ist kein Wunschkonzert - Zum Teilverzicht auf das Verwertungsverbot des § 252 StPO, JA 2024, 429; Matthias *Jahn*, Strafprozessrecht: Verfügungsgrenzen des Zeugnisverweigerungsrechts, JuS 2024, 179; Manuel *Ladiges*, „Ganz oder gar nicht“ -Zeuge, du musst dich entscheiden!, RÜ2 2024, 65; Wolfgang *Wohlers*, Gestattet ein Zeuge trotz Ausübung seines Zeugnisverweigerungsrechts aus § 52 Abs. 1 StPO die Verwertung früherer Aussagen, so kann er dies nicht auf einzelne Vernehmungen beschränken, JR 2024, 372 などがある。

族又は2親等以内の傍系血族である者、又はあつた者」²⁾は証言を拒むことができると規定する。

(3) 証言拒絶権とドイツ刑訴法 252 条、証拠利用禁止 (遮断効果)

公判において証人が証言拒絶権を行使することとなる場合には、証言拒絶権の行使によって当該証人の以前の供述は、原則として包括的に証拠として利用することができなくなり (証拠利用禁止という遮断効果) 心証形成から除外されるというのが本決定も引用しているように確立した判例の態度であり、学説上³⁾も基本的に異論がない。このような理解には以下のような根拠がある。

ア ドイツ刑訴 252 条の存在

まず、証言拒絶権の効果について定めた条文としてドイツ刑訴法 252 条があり、「公判前に尋問を受けた証人が公判において初めて証言拒絶権を行使したときは、前の供述を朗読することはできない。」⁴⁾と規定している。

イ 解釈等による補充

ドイツ刑訴法 252 条を文言通りに読むと、禁止されるのは供述の「朗読」であって、後述するように英米法の伝聞法則が採用されていないドイツにおいては「当該供述を聞いた者の尋問」を通じて前の供述を公判廷に顕出することは許されるように見える。しかしながら、①ドイツ刑訴法 250 条 2 文との関係、②証言拒絶権を認める趣旨から、ドイツ刑訴法 252 条は広範に理解されており、朗読のみならず、以前の供述の使用一般を包括的に禁止したもの (遮断効果) とさ

2) 本稿におけるドイツ刑訴法の訳文は、法務省刑事局『刑事法制資料 ドイツ刑事訴訟法』(2018)による。なお、ドイツ刑訴法 52 条 1 項 3 号の原文は以下のとおりである。

(1) Zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt

3. wer mit dem Beschuldigten in gerader Linie verwandt oder verschwägert, in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt oder bis zum zweiten Grad verschwägert ist oder war.

3) Vgl. Urs *Kindhäuser*/ Kay H. *Schumann*, *Strafprozessrecht*, 7. Auf 2023, § 21 Rn. 60; *Jäger*, a.a.O. (Anm. 1), 429; *Jahn*, a.a.O. (Anm. 1), 179.

4) ドイツ刑訴法 252 条の原文は以下のとおりである。

Die Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Recht, das Zeugnis zu verweigern, Gebrauch macht, darf nicht verlesen werden.

れる。

(ア) ドイツ刑訴法 250 条 2 文との関係 (上記①)

ドイツ刑訴法 250 条は、人証の尋問に関する規定であり、「事実の立証が人の知覚に基づくときは、その者を公判において尋問しなければならない。前に行われた尋問の調書又は供述の朗読によって、これに代えることはできない。」⁵⁾と規定し、人証の尋問に代えて、それより前に行われた尋問の調書又は供述の朗読をすることを禁じている。この条文の存在を前提に、ドイツ刑訴法 252 条が文字通り、供述の「朗読」のみを禁止していると理解すると、ドイツ刑訴法 250 条 2 文と内容が重複し、ドイツ刑訴法 252 条固有の存在意義が失われてしまう⁶⁾とされる。

(イ) 親族の証言拒絶権行使の趣旨 (上記②)

ドイツ刑訴法において、(被疑者・)被告人の親族である証人に証言拒絶権が認められている趣旨について、本決定は、「真実義務の対象となる供述によって、証人が親族の不利益に寄与することとなることから保護する」ことを挙げる。本決定が述べたこのような理解には学説上も異論がなく、もしドイツ刑訴法 252 条が文字通り供述の「朗読」のみを禁止し、以前の供述を聞いた者の尋問を許すとするのでは、一方では真実義務があるが、他方では個人的な関係により被告人の不利益とはなりたくないというジレンマから証人を保護するという証言拒絶権行使の趣旨は無意味となってしまう⁷⁾とされている。

ウ 小括

以上のような理解から、公判前に尋問を受けた証人が、公判期日までに今後は

5) ドイツ刑訴法 250 条の原文は以下のとおりである。

Beruhet der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung darf nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer Erklärung ersetzt werden.

6) Vgl. Ellbogen, *Klaus*, in: Hartmut Schneider (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Bd. 2: §§ 151-332, 2. Aufl. Berlin 2024, § 252 Rn. 1; *Kindhäuser/ Schumann*, a.a.O. (Anm. 3), § 21 Rn. 63; *Bosch*, a.a.O. (Anm. 1), 443.

7) Vgl. *Bosch*, a.a.O. (Anm. 1), 443; *Klaus*, a.a.O. (Anm. 6), § 252 Rn. 49; *Kindhäuser/ Kay H. Schumann*, a.a.O. (Anm. 3), § 21 Rn. 60.

証言拒絶権を行使することを宣言した場合、それは、証人（近親者）が以前にした供述を心証形成の基礎からすべて除外することを意図しているのであって、当該証人の以前の供述は、原則として包括的に証拠として利用することができなくなる（遮断効果）というのが、確立した判例及び学説が基本的に受け入れている解釈である。

(4) 証言拒絶権による遮断効果の例外及び証人による放棄

上述した公判における証言拒絶権行使による遮断効果には、判例上例外が認められている。その例外とは、本決定も述べるように、「裁判官」による拒絶権の権利告知を適切に行った後の尋問である。後述するように、裁判官による権利告知後の尋問を証言拒絶権行使の遮断効果の例外とすることについては学説から厳しく批判されているところではあるが、判例に従えば、本決定の事実関係においては、Nの証言拒絶権行使によって、捜査判事による尋問においてNが供述したことを公判に持ち込むことを阻止することはできないということになる。

そして、証言拒絶権を行使した証人は、当該証言拒絶権により生じた以前の供述の証拠利用禁止という遮断効果を自ら放棄することも判例上認められている。遮断効果の放棄によって、証人には、自らが公判で証言するという事は避けつつも、自らの供述を聞いた者の尋問等を通じて自らの供述が心証形成の基礎となることを許すという選択肢をとることが可能となっており、BGHの過去の判決では、「証人がドイツ刑訴法第52条に基づき供述を拒絶した場合であっても、別の方法で事実の解明に貢献することは排除されない⁸⁾」と説明されている。

(5) 本決定における論点及びBGHの態度

本決定は、このようなドイツ刑訴法の現状を前提とした上で、遮断効果の部分放棄の可否、すなわち「証人は、証言拒絶権行使による以前の供述の証拠利用禁止という遮断効果を放棄するにあたって、その放棄の範囲（公判に持ち込まれる自らの供述の範囲）を選択することができるか」という点について初めて判断し、「証人は、自らの保護に資する範囲においてのみ、証拠利用禁止を自由に行使で

8) BGHSt, 45, 203, 206.

きる」こと、「証人は、すでに提供した陳述を利用される範囲を決定する保護に値する利益を有しない」ことを理由に、部分放棄は認められず無効であつて、部分放棄があつた場合には、裁判官による権利告知後の尋問（遮断効果の例外）以外で行つた過去の供述は利用できないとした。

2. 本決定の意義及びドイツにおける評価

(1) 本決定に対するドイツ学説の評価

本決定は、決定文にも述べられているが証言拒絶権による遮断効果の部分選択放棄に関して扱つた初めてのBGH決定であり、多数の評釈も出されドイツでも注目されているものといえる。

本決定の結論それ自体については、詳細な理由づけがなされていないことへの批判はあるものの⁹⁾、各評釈においてほぼ支持されており、本決定は証言拒絶権の遮断効果の放棄に関して「All or Nothing (Alles-oder-Nichts)」の解決策を採用したものとして評価されている¹⁰⁾。評釈等が本決定の結論を支持する理由は、「証人は立証の手段であり、手続の主体者・支配者(Herr)ではない¹¹⁾」という言葉で表されている。すなわち、証言拒絶権を行使した証人に遮断効果の部分選択的放棄を認めることは、証人が自己にとって都合のいい供述のみを裁判官による心証形成の基礎に恣意的に組み込めることにつながり、真相解明の手段という証人の立場と相容れないこととなる¹²⁾ということである。

9) Heintschel-Heinegg, a.a.O. (Anm. 1), 174 は「実務的・学術的見地からこの決定について私が気になるのは、ドイツ刑訴法第 252 条と緊張領域にあり、公式集録が見込まれる決定に、深みのない理由付けがなされていることである」と述べる。

10) Heintschel-Heinegg, a.a.O. (Anm. 1), 174.

11) Jahn, a.a.O. (Anm. 1), 180. 「手続の支配者 Herrn des Verfahrens」という言葉は、証言拒絶権に関する過去のBGHの判示にも登場している。BGHSt48, 294, 299 は「特に不公正な操作の場合には、一般社会を保護するために利用可能なすべての証拠を用いて刑事犯罪の捜査、訴追、正当な処罰を必要とする真相究明の原則が、その義務に反して、必要な真相究明を妨害するためにその行為を通じて自らを「手続の支配者」にしようとする証人の利益に優先する」と述べていた。

12) Jahn, a.a.O. (Anm. 1), 180.

(2) 本決定の前提となっている判例へのドイツにおける批判

しかしながら、本決定の結論それ自体ではなく、本決定が前提としている確立した判例、特に裁判官による権利告知後の尋問を証言拒絶権行使の遮断効果の例外とすることに対しては学説から厳しい批判がなされている。文献のほとんどは、証言拒絶権行使による以前の供述の証拠利用禁止という遮断効果の例外として裁判官による権利告知後の尋問を許容することは、裁判官尋問のみを許容する根拠が証言拒絶権及び 252 条との関係では不当なものであり、結局は公判における証人の証言拒絶権の行使を無に帰すものであるとする。

判例が裁判官による尋問「のみ」を例外として許容していることを正当化する根拠は、おおよそ、①ドイツ刑訴法（第 251 条 2 項など参照）が裁判官による尋問に高度の信頼性や客観性を置いていること、及び②そのことを前提とした証人の証言拒絶権行使についての利益と刑事司法の運営という公益との利益衡量の結果に求められている¹³⁾。しかし、ドイツ刑訴法における証言拒絶権や 252 条の趣旨、すなわち、真実証言義務と被告人との関係との間での板挟みからの解放という観点から見れば、尋問の質や尋問（質問）者が裁判官であるかどうかは関係がない¹⁴⁾。また、裁判官による尋問が許容されてしまうことで、ドイツ刑訴法 252 条の親族に対して不利な供述をするかどうかの判断を最後まで証人に委ねる趣旨は無意味となり、拒絶権を行使しているにもかかわらず、証人は自分の親族に対する訴訟手続において自分の意思に反して道具とされてしまう¹⁵⁾とし、そもその前提である①から不当であるとほとんどの文献が指摘している。

また、証言拒絶権行使の遮断効果の例外を認めることによって、証人は、公判

13) Gabriele Cirener / G unther M. Sander in: J rg-Peter Becker / Volker Erb/Robert Esser/Kirsten Graalman-Scheerer/Hans Hilger/Alexander Ignor (Hrsg.), Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar, Bd. 6: §§ 212-255a, 27. Aufl. Berlin 2019, § 252 Rn. 9; Kindhäuser/Schumann, a.a.O. (Anm. 3), § 21 Rn. 63; Klaus, a.a.O. (Anm. 6), § 252 Rn. 47; Heitschel-Heinegg, a.a.O. (Anm. 1), 175.

14) Kindhäuser/ Schumann, a.a.O. (Anm. 3) § 21 Rn. 63. なお、Jäger, a.a.O. (Anm. 1), 430 は、証言拒絶権の事前教示を伴う裁判官による尋問が、証言の正確性をより保証するものであるということが、すでに納得できないと述べる。

15) Vgl. Klaus, a.a.O. (Anm. 6), § 252 Rn. 4. ロクシン＝アッヘンバッハ著 光藤景皎＝吉田宣之編訳「ドイツ刑事訴訟法演習」(成文堂、2017) 264 頁も参照。

に持ち込みたい情報を裁判官による尋問においてのみ供述しその後公判で証言拒絶権を行使することで自らが公判廷で尋問されることを回避できることとなるため、被告人（及び弁護人）が証人と対峙する権利を害されるとの指摘されている¹⁶⁾。

最後に、判例が裁判官による尋問を例外として認めること自体には、裁判官尋問の重要性や証人が証言拒絶権の存在について明確に認識した上での供述であって証人も自らの供述が容易には削除できないことを認識していること等を理由に賛同しつつも、民事手続における証言においては、証人は証人が自分の供述が親族に刑事上の影響を及ぼす可能性があることを強く認識しているとは考えられないとして、裁判官による尋問でかつ同一の刑事手続におけるものであることを要求する見解もある¹⁷⁾。

(3) 若干の検討

本決定が証人に部分的放棄を認めなかったことについては、各評釈が述べているように、証人が公判に持ち込むことのできる情報を恣意的に取捨選択できるという事態は、真実（事実）解明原則の下で「裁判所の証人」であるべき¹⁸⁾ドイツ刑訴における証人の役割と相容れないものといえるであろう¹⁹⁾。そもそも、本決定が引用する過去の証言拒絶権に関するBGHの判断においても、証人は、証言拒絶権の行使によって、（供述の利用についての）自らの決定を変更する権利を

16) *Jäger*, a.a.O. (Anm. 1), 432. なお、*Wohlers*, a.a.O. (Anm. 1), 375 は、そもそも証言拒絶権行使の遮断効果についての包括的な権利放棄自体が問題であるとし、証人の供述が公判期日でどのように、あるいはどのような条件で紹介されるかについて、証人がそのような広範な影響力を持つべきであることは自明ではなく、証人が暴力的および／または性的犯罪の後に、公判期日で再びトラウマを植え付けるような尋問を避けたいようなケースについても物理的な分離を伴う音声映像による尋問を利用しなければならないとして、証言拒絶権の遮断効果の包括的放棄も許されるべきではないとする。

17) *Cirener / Sander*, a.a.O. (Anm. 13), § 252 Rn. 10.

18) Vgl. Albin *Eser*, *Adversatorische und inquisitorische Verfahrensmodelle in: Friedrich-Christian Schroeder, Manuchehr Kudratov (Hrsg.): Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell: eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und des zentralasiatischen Strafprozessrechts*. 2014, S. 28ff.

19) *Heintschel-Heinegg*, a.a.O. (Anm. 1), 175.

有するとしても「手続にそれ以上の影響を及ぼす権限はない」²⁰⁾、「公共の利益もまた、証人自身の保護に値する利益がもはや必ずしもこれを必要としない場合には、刑事手続における証人の影響に制限を設けることを必要とする」²¹⁾として、証言拒絶権行使の効果についてある程度の制限的な見方を示していたといえる。本決定も、「証人は、自らの保護に資する範囲においてのみ、証拠利用禁止を自由に行使できる」、「証人は、すでに提供した陳述を利用される範囲を決定する保護に値する利益を有しない」として、証言拒絶権の効果について制限的な見方を示した。

もつともドイツの判例が、証言拒絶権行使による遮断効果の例外として、裁判官による権利告知後の尋問を認めていることには問題があると考えられる。本決定や多くの学説が指摘するように、証人が証言拒絶権行使による遮断効果を利用して公判に持ち込む情報を恣意的に取捨選択できるという事態を避けたいのであれば、証言拒絶権行使による遮断効に関しては、まさしく All or Nothing にしなければほとんど意味がないと考えられる。裁判官による適切な権利告知後の尋問という例外が認められている限り、証人は、捜査判事の尋問においてのみ公判に持ち込みたい情報を述べ、その後公判までに証言拒絶権を行使することで、結局は公判に持ち込む情報を恣意的に取捨選択することができるようになる。これは、実質的には「選択的部分放棄」と言わざるを得ない²²⁾。公判前における証拠収集保全の必要性を考慮する必要があることは事実であるものの²³⁾、判例における現状のドイツ刑訴法 252 条の運用はその趣旨に反するものという学説の批判が正当であると言わざるを得ないであろう²⁴⁾。判例によるドイツ刑訴法 252 条の運用

20) BGHSt, 48, 294, 298.

21) BGHSt, 48, 294, 299.

22) *Kindhäuser/ Schumann*, a.a.O. (Anm. 3), § 21 Rn 62 は、裁判官による尋問が例外とされていることについて「証人は自分自身に対する 252 条の一部放棄を受け入れなければならない」とする。Vgl. auch *Jäger*, a.a.O. (Anm. 1), 431.

23) *Bosch*, a.a.O. (Anm. 1), 443 は、今回のケースは、証言拒否の可能性を考慮し、訴追当局に少なくとも証拠保全の機会を与えなければならない理由を改めて明確に示しているとする。

24) *Heintschel-Heinegg*, a.a.O. (Anm. 1), 175 は、本決定について、判例によって発展してきたドイツ刑訴法 252 条の証拠利用禁止の例外に関する文献における反対意見に対処する機会も提供されていたはずであるとして根拠づけの不足を指摘する。

が評価矛盾であり立法的な作業が必要であるとする見解²⁵⁾も存在するところであり、現状のドイツ刑訴法 252 条の運用は判例と学説との間の乖離が激しい分野であるということは疑いがない。本決定は、結論それ自体よりも「なぜ裁判官による尋問だけが証言拒絶権行使による遮断効果の例外となるのか」という前提状況に対する批判をより強めた事例とも評価でき、ドイツにおいて今後も議論が活発になされることが予想される²⁶⁾。

3. ドイツと我が国との違いについて

(1) 本決定自体からの示唆

我が国とドイツとでは、特に証言拒絶権の行使・放棄に関する刑事訴訟法の条文の規定状況が異なるため、本決定自体から我が国への示唆を見つけることは容易ではない。すなわち、我が国では、刑訴法 147 条が近親者の刑事責任と証言拒絶権を定めており、その趣旨はドイツとほぼ同様で、証人と一定の身分関係のある者との近親的な感情を考慮するという立法政策上の理由であるとされる²⁷⁾。しかしながら、証言拒絶権の放棄・その効果については、①一度、証言拒絶権を放棄すれば、その事項については反対尋問等で追及されたとしても証言を拒めない²⁸⁾、②証人の証言拒絶権の行使により、以前の供述が包括的に証拠として利用できなくなるという根拠条文はなく、当該公判外での供述がある場合²⁹⁾には伝聞例外の議論へとシフトしていく、という状況であり、ドイツとはそもそもの規定・議論状況が異なるという他ない。

もっとも、②の伝聞例外について述べれば、伝聞証拠は当事者の同意がない限り心証形成の基礎にはできず、また証人が証言拒絶権を行使した場合、証言拒絶

25) *Cirener / Sander*, a.a.O. (Anm. 13), § 252 Rn. 9.

26) *Bosch*, a.a.O. (Anm. 1), 443 は、ドイツ刑訴法 252 条の従来の解釈を全体として再考する時期に来ていると指摘する。

27) 伊丹俊彦＝合田悦三編『逐条実務刑事訴訟法』（立花書房、2018）251 頁〔福家康史〕。

28) 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法 第 5 版』（弘文堂、2022）284, 286 頁。

29) 捜査段階においては、被疑者ではない近親者に供述拒否権の告知を要しないが（刑訴法 223 条 2 項、198 条 2 項）、近親者のために供述を拒否する参考人については、検察官は 226 条により第一回公判期日より前の証人尋問請求が可能であり、その証人尋問において証言拒絶権を行使することとなろう。

権行使は伝聞例外における「供述不能」事由の一つであるというのが確立した実務であるとされる³⁰⁾ところ、この証言拒絶権の行使が伝聞例外を許容する要件である「供述不能」に該当するという理解には、本決定の前提となっている判例に対するドイツ学説からの批判が妥当するようと思われる。すなわち、公判廷において近親者証人の証言拒絶権を行使することを認めているにもかかわらず、当該公判前に捜査機関等に対して行った供述を伝聞例外規定を根拠に心証形成の基礎に組み込むことを認めてしまうのでは、公判廷における証言拒絶権の行使の意義は無に帰すこととなろう。ドイツでは、裁判官による尋問のみが証言拒絶権行使の効果の例外とされているが、我が国では、裁判官のみではなく捜査機関等に対して行った供述も伝聞例外の要件に該当しさえすれば供述調書の形で心証形成の基礎に組み込まれることとなる。刑訴法 223 条 2 項、198 条 2 項によれば、被疑者ではない近親者である参考人に供述拒否権の告知は必要ではないことからしても、このような事態は参考人にとっては不意打ち的な側面があり、供述の強制は当然できないため参考人が自発的に供述したものであることを考慮しても、問題があるのではないか。また、伝聞例外を許容する根拠は、一般に「伝聞証拠を使う必要性」と「信用性の情況的保障」に求められ³¹⁾、「供述不能」要件は、「伝聞証拠を使う必要性」の具現化であるといえるが、被告人との関係から証言を拒絶し、証拠を提供することを拒絶する権利ことを認めておきながら、その供述を用いる必要性を認めるということを正当化する合理的説明ができていないかについて、日本では伝聞法則それ自体の議論は活発であるが、証言拒絶権行使との関係でドイツのような活発な議論はなされていないといえる。

(2) 伝聞法則と直接主義

ドイツ刑訴法には、我が国のような「伝聞法則・伝聞例外」の大きな括りがなく、証人の尋問を支配するのは直接主義³²⁾(ドイツ刑訴法 250 条参照) という原

30) 裁判官面前調書、検察官面前調書においては、供述不能要件のみで証拠として利用可能となる(刑訴 321 条 1 項 1 号、2 号)。なお、不可分な事実に関し虫食的に行われた証言拒絶については自己矛盾供述として扱われるのが一般的であるとされる。松尾監修・前掲注(28)930頁など参照。

31) 池田公博=笹倉宏紀『刑事訴訟法』(有斐閣、2022)230頁など参照。

32) 直接主義は、真実探究原則(ドイツ刑訴法 244 条 2 項)や自由心証主義(ドイツ刑

理であるとされる。もちろん、ドイツの刑事訴訟においても伝聞証人や伝聞供述 (Der Zeuge vom Hörensagen) という概念自体は認められているものの、伝聞に対する処理としては、より事実に近い証人を尋問すべきとはされるが、裁判所の解明義務 (ドイツ刑訴法 244 条 2 項) に反しない限り禁止されているわけではなく、書証との関係で証人を直接尋問するということが要求されているにとどまる³³⁾。文献においては、公判外の人物 (直接証人) が認識した事実についての間接証拠として、伝聞証人の伝聞供述それ自体が証明対象であり、伝聞供述そのものについては伝聞証人が直接的な証人であるがその証拠評価は厳密にしなければならないと説明されている³⁴⁾。

我が国の刑事訴訟法には、伝聞法則と直接主義が併存している。この伝聞法則と直接主義との相互関係をどのように理解すべきかについて、我が国では、直接主義は大陸法由来の原理であり、伝聞法則は英米法由来の法則であると理解されているものといえる³⁵⁾が、両者は「代用書面等ではなく、証人等のオリジナルの証拠を直接取り調べて心証を形成すべき」という正確な事実認定に向けた実質的根拠を共通項とするものと理解されていると考えられる³⁶⁾。真実 (事実) 解明原則の下にあるドイツにおいても事実認定の正確性のために伝聞法則を採用可能なのかについては、ドイツに伝聞法則・伝聞例外のような詳細な法定の証拠規則が

訴法 261 条) を補足するために、より事実に近い (sachnäher)、直接的な証拠方法から心証を形成する義務を裁判所に課すものであるとされる一方で、最も犯罪行為に近い (tatnächste) 証拠方法を常に用いなければならないという義務をもたらすものではないとされる。Vgl. *Cirener / Sander*, a.a.O. (Anm. 13), § 250 Rn. 1, 25.

33) ヴェルナー・ボイルケ著 加藤克佳=辻本典央訳『ドイツ刑事訴訟法』(2) 近畿大学法学 62 巻 1 号 (2014) 184-185 頁、ロクシン=アッヘンバッハ・前掲注 (15) 213-214 頁。Cirener / Sander, a.a.O. (Anm. 11), § 250 Rn. 25; Kreicker, *Helmut*, in: Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, a.a.O. (Anm. 6), § 250 Rn. 42-45.

34) *Kindhäuser/ Schumann*, a.a.O. (Anm. 3), § 21 Rn. 117; *Cirener / Sander*, a.a.O. (Anm. 11), § 250 Rn. 25 は、いわゆる伝聞供述から第三者の認識した事実への推論については裁判官の証拠評価の問題であるとする。

35) 松尾浩也「演習」法学教室 169 号 (1994) 114 頁参照。

36) 松尾監修・前掲注 (28) 915 頁、宇藤崇ほか『刑事訴訟法〔第 2 版〕』(有斐閣、2018) 288 頁〔松田岳士〕も参照。なお松尾・前掲注 (35) 114 頁は、伝聞法則は「直接主義の場合と違って当事者の反対尋問権を根拠とする」として、直接主義との違いを強調する。

存在しないのは、抽象的には訴訟構造が異なるから、すなわち、伝聞法則が、適正手続やフェアプレイの理念のもと、当事者対抗主義を前提に当事者が主張を戦わせ、最後には陪審という法律に関しては素人の集団が事実の認定をするという制度設計を前提にしたものであり³⁷⁾、真実（事実）解明原則のもと糾問・職権主導的で裁判官のみが事実認定を行うことが基本的な前提であるドイツの刑事訴訟とは相容れないからであると考えられそうである。もっとも、伝聞法則が、陪審がいわゆる「法律の素人」のために事実認定においても裁判官と比べて不当な影響を受けやすい事実認定能力の劣る存在であることを前提とした制度であると見ることには疑問がある。伝聞法則や直接主義が奉仕すべき「事実認定」という作業についてのみ考えれば、その速度等には違いがあるといえど、事実認定は、高度に法律的な判断なわけではなく、裁判官と一般市民とで方法が異なるわけでもないため³⁸⁾、裁判官と陪審（一般市民）との間に伝聞法則の有無という差を設定しなければならないような「質」の差はないといえるからである。ドイツが伝聞法則を採用していないのは、事実認定の基礎とする証拠調べの対象の選択・決定を主に判断者である裁判所自身が行えるという職権探知主義的な訴訟構造によるものと考えられる³⁹⁾。

(3) 刑事訴訟における証人の地位

ドイツ刑事訴訟法における証人の地位は、本決定が「ドイツ刑訴法 252 条に基づく証拠としての利用禁止は、証言拒絶権の実現によって追求される目的を確

37) 田中英夫『英米法総論下』（東京大学出版会、1980）462 頁は「英米において詳細な証拠法が発達したことは、陪審審理と密接な関係がある。陪審は、法律家としての訓練を受けていない人々であるから、その判断に供される証拠が精選され、またその提出の仕方のルールも注意深く作られていないと、判断を誤らせるおそれが大きいからである。」と述べる。マイケル・J・サックス＝バーバラ・A・スペルマン著 高野隆ほか訳『証拠法の心理学的基礎』（日本評論社、2022）20-21 も参照。

38) 杉田宗久『裁判員裁判の理論と実践〔補訂版〕』（成文堂、2013）173 頁は、「事実認定というのは、決して特別に高度な法的推論を行っているわけではなく、ごく常識的・日常的な事実上の推論を重ねるものにすぎない。だからこそ裁判員制度のみならず、事実認定に裁判官の加わらない陪審の制度も成り立ちうるのである」とする。

39) サックス＝スペルマン・前掲注 (37) 21 頁は、英米法の証拠のルールが膨大なものに成長したのは陪審制の存在からではなく、「当事者主義制度において避けられない法律家の行き過ぎを制御するため」であるとする。

保するためにのみ機能するものであり、したがって、証人がこれを放棄し、以前の供述を利用することを認めることによって事実の解明に貢献することができる範囲において利用可能だからである」とも述べるように、真実（事実）解明原則に従って、職権主導的な裁判所の真実の事実認定・事案の解明に協力する存在であるといえよう。ドイツの刑事訴訟においては、証人はあくまで裁判所による真実（事実）解明原則の下での存在であり、この点が我が国の刑事訴訟における証人の地位とは大きく異なるように思われる。すなわち、我が国の刑事訴訟における証人は、当事者主義と交互尋問及び一問一答方式の証人尋問システムの下では、あくまで「当事者の主張立証の手段」であり、いわゆる「裁判所のための証人」ではなく、「当事者のための証人」という性格が強いといえる⁴⁰⁾。基本的に我が国の刑事訴訟はドイツ刑訴とアメリカ刑訴との混合であって、「真実主義に緊縛された当事者主義」⁴¹⁾とも言われるが、真実に基づく裁判を重視しているとしても、証拠調べについては当事者に主導権があるものといってよい。ドイツと我が国とでは、裁判における証人の立ち位置にも違いがあるといえ、簡単には比較検討することができないものといえる。

(池田 武央)

VII. 強要された緊急避難と先行行為に基づく保障人的地位 (BGH, Urteil vom 02. 08. 2023 - 5 StR 80/23)

【事案の概要】

被告人 B.、共同被告人 D.、被害者 W. 及びその他の共同被告人 K. らは、行為当時、労働者宿舎に同居していた。B. と W. は同僚として親しく、2 年前から部屋をシェアしていた。居住者たちの共同生活は、特に週末と一緒に酒を飲むことによって形成された。そこでコンフリクトや諍いが生じると、つかみ合いや虐待が起こった。

ある土曜日の夜、W. は D. と K. から虐待を受け、その頭部に多数の血腫と出

40) 拙稿「偽証罪の『虚偽の陳述』の意義について」法学研究論集 (明治大学大学院) 59 号 (2023) 74 頁も参照。

41) 松尾浩也「演習」法学教室 174 号 (1995) 86 頁。

血性裂傷ができた。W. は日曜日正午になってようやくキッチンへと赴き、そこでコーヒーを飲むことができる状況になった。その後、D.、K. ら、が帰宅し、台所でW. に出くわした。すると突然Dが、認識可能な怪我を負っていたW. を手で殴打し、靴を履いた足で頭部を蹴飛ばし、W. の顔面に複数回手拳で殴打した。その結果、被害者の耳と頭部からキッチンの床に血が滴り落ちた。この間、K. らは飲酒し、この出来事に関与せずに見守っていた。

D. は、W. を貶めるために彼に対し、キッチンの床についてお前の血を拭き取れと命じた。またD. は、B. に対し、写真撮影を行うためにW. を拘束するよう要求し、この要求に従わなければW. と同じように虐待するぞと脅迫した。B. は、殴打されることへの不安からW. を拘束するために、同人を床に押しつけ、その背中の上にひぎをついた。D. はその出来事を写真撮影した。B. は、自身の態度をきっかけとしてD. がW. をさらに虐待するであろうことを認識していた。

その後、浴室において「集団力学的な暴力騒ぎ (gruppenspezifische Gewaltorgie)」が起り、その過程で、D. とK. がシャワーのホース、自転車のチェーン及び金属製のタオル掛けなどでW. の頭部と身体を殴打し、その結果、浴室は天井に至るまで血しぶきで一面を覆われた (以上、事実関係 II. 5.)。

D. とK. は、新たな決意に基づき、裸で血まみれとなり、もはや話すことができないW. を同人のベットへと連れていき、そこに放置した (ihn seinem Schicksal überlassen)。その後、B. は、ウォッカの瓶を購入しに外出して帰宅したとき、住居内の血の海 (Blutbad) 及び共体験した台所での暴力行為に鑑みて、自らの友人を救助する義務を自らに基礎づけるような諸事情が自身の心に浮かんできた。しかしB. は飲酒を続けた。W. は何時間も後になってようやく別の住居の居住者から通報を受けた救急隊によって病院に運び込まれた。W. は、もし救急医療がなければ負傷及び体温低下の結果、死亡していたとされた。(以上、事実関係 II. 6.)

LG ハンブルク 2022 年 8 月 29 日判決⁴²⁾は、事実関係 II. 5. における被告人B. の行為が免責の緊急避難 (ドイツ刑法 35 条) にあたるとして、謀殺未遂罪の幫助 (ドイツ刑法 211 条、22 条、23 条 1 項、27 条 1 項) の公訴事実について

42) LG Hamburg, 29. 08. 2022 - 602 Ks 9/21

は無罪を言い渡した。他方、事実関係 II.6. における被告人 B. の不作為については、不救助罪（ドイツ刑法 323 条 c）にあたることを理由に有罪を言い渡した。これに対し、検察側が上告した。

【判旨】

II.

2. 危険な身体傷害と所為単一にある謀殺未遂罪の幫助のかどの一部無罪は、法的な事後的検証に耐えるものではない。なぜならば、LG は、被告人に対し、不当にも免責的緊急避難を認めたからである。[Fn. 12.]

a) 刑法 35 条 1 項 1 文によれば、身体、生命又は自由に対する現在の、他の方法では回避することができない危険において、自己、親族、若しくはその他の自己と密接な関係にある人の危険を回避するために違法な所為を行う者は、責任なく行為している。それによれば、全ての者が、刑法 35 条によって保護される法益に対する現在の危険を回避するために行われた違法な行為を緊急避難により免責されるわけではない。この文言（「他の方法では回避することができない危険」）から明らかにされるように、正犯又は共犯は、むしろ考慮の対象となる、危険に効果的に対処するために適切な複数の手段の中から最も穏当な手段を選択しなければならない。分別のある観察者の見地からすれば、危険状況において、当該状況に期待可能な態様で対処する複数の手段が考えられる場合、当該危険を他の期待可能な態様で回避しうるかという問いを最善を尽くして（nach besten Kräften）検討した者だけが免責的緊急避難を援用しうる。その際、その限りで現に存する検討義務には、緊急避難において行われる所為による法益侵害が重大であればあるほどより厳格な基準が適用される（BGH, Urteil vom 21. Mai 1992 - 4 StR 140/92, NStZ 1992, 487 及びそこで挙げられている諸文献；BGH, Urteil vom 29. März 1963 - 4 StR 500/62, BGHSt 18, 311 f. を参照。検討義務の範囲について批判的であるのは、MüKo-StGB/Müssig, 4. Aufl., § 35 Rn. 38；SK-StGB/Rogall, 9. Aufl., § 35 Rn. 25；さらに、LK/Zieschang, StGB, 13. Aufl., § 35 Rn. 56 f. を見よ）。緊急避難状況にある者は、回避、退避又は第三者の救助により危険が回避されうるかを優先的に検討しなければならない

(SSW-StGB/Rosenau, 5. Aufl., § 34 Rn. 13, § 35 Rn. 12; Fischer, StGB, 70. Aufl., § 34 Rn. 9a, § 35 Rn. 2; BeckOK StGB/Momsen/Savic, 57. Ed., § 35 Rn. 11; LK/Zieschang, aaO Rn. 61)。[Fn. 13]

b) このことに照らすと、LG の評価は法的な事後的検証に耐えるものではない。
[Fn. 14.]

正当にも、連邦検察庁 (Generalbundesanwalt) は、検討の間隙に対して異議を唱えた。というのも、LG は、とりわけ、被告人が、D が被告人に対してもたらした危険を回避するために逃走又は回避といった他の手段を検討したか否かについて態度を示していないからである。しかし、認定された事情に鑑みれば、LG は、被告人が台所に居合わせていた両共同居住者に救助を頼むこと、又は警察を呼ぶぞと D. を脅すことを考慮に入れたかについて説明しなければならなかった。このことは、被告人が、D. が自らの態度を、既に認識可能なほど重大な頭部への侵害を受けた被害者にさらに虐待することのきっかけにするであろうことを認識していた場合にはより一層要請される。そのことから生じる被害者の生命に対する具体的危険に鑑みれば、被告人は、特別な程度において、— D. によって要求された — 所為に対する自らの関与とは別の危険回避の可能性を検討することを義務づけられていた。[Fn. 15.]

c) 一部無罪の破棄へと至らなければならないこのような法的瑕疵に鑑みれば、LG が刑事訴訟法 264 条に反して、その限りで認定された事情を汲みつくさなかったことはもはや決定的には重要でない。本判決の認定によれば、被告人は犯行地点を後にして、近くにあるガソリンスタンドでアルコール飲料を購入し、その後、住居へと戻ってきた。被告人は、共同被告人 D. が重大な侵害を受けた被告人の共同居住者をさらに虐待するであろうことを認識していたにもかかわらず、自らの共同居住者を救助しようと努めなかった。それによれば、以下のことは筋道の外れたものではない。すなわち、被告人は、救助の努力をしないことにより、既にこのような所為の複合体 (Tatkomplex) において不救助罪 (刑法 323c 条)、又は不作為による身体の完全性若しくは生命に対する違法行為 (Delikt) (刑法

13 条) を理由に可罰的とされうる (先行行為に由来する保障人的地位については、後述 3. を見よ)、ということである。[Fn. 16.]

3. LG が判決理由の事実関係 II. 6 において単に不救助罪を理由に有罪判決を言い渡した限りで、同判決は、同様に被告人に有利となる法的瑕疵を示す。というのも、LG は、被告人が不作為 (刑法 13 条) による犯行 (Straftat)、特に殺人未遂犯で罰せられる可能性があったことを考慮しなかったからである。したがって、LG が刑事訴訟法 264 条の意味において被告人の罪となるべき所為 (die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat) を汲みつくして評価しなかったという理由から、同裁判所は、自らの認知義務 (Kognitionspflicht) に違反している。[Fn. 17]

刑法 13 条 1 項によれば、刑罰法規の構成要件に属する結果を、その結果が発生しないことについて法的に保障しなければならないにもかかわらず防止しない者は、不作為を通じて犯行を行っている。さらに、不作為は、作為による制定法上の構成要件の実現に対応するものでなければならない。[Fn. 18.]

それによれば、不作為正犯 (Unterlassungstäter) は、具体的に侵害された法益に対する保障人的地位を備えていなければならない。保障人的地位は、この者が先行的態度によって損害の危険を創出した、又は共同して創出した場合に、特に先行的態度から生じうる (先行行為 [Ingerenz])。ただし、社会的に通常な先行的態度及び公共によって是認された先行的態度は通常、先行行為に由来する保障人的地位へと導かない。むしろ、先行的態度は、客観的に義務違反的でなければならない (確立した判例として、さしあたり BGH, Urteil vom 19. Juli 1973 - 4 StR 284/73, BGHSt 25, 218, 220 f. 参照)。[Fn. 19.]

b) この原則によれば、LG は、被告人が不真正不作為犯を理由に処罰されうるかを検討しなければならなかった。[Fn. 20]

aa) 認定によれば、被告人は、被害者に対する共同被告人 D. の暴力行為に関与

していた。その際、被告人は、D. が被告人の関与行為を、既に頭部に重大な侵害を受けた被害者に対する — 「暴力騒ぎ (Gewaltorgie)」へと至る — 虐待を続行するきっかけとすることを認識していた。それによれば、少なくとも、被告人が自らの友人 W. の生命に対して先行行為に基づく保障人的地位を負うことは、突拍子のないことではない。というのも、人間に対する虐待に関与する者は、刑法 13 条 1 項により、自らの先行的態度を通じて構成要件に該当する結果が生じる近接した危険が認められる場合、差し迫っている致死結果を回避することを義務づけられるからである。このことは少なくとも、以下のような場合にあてはまる。すなわち、先行する当該態度が、行為者 — 本件では共同被告人 D. — が被害者の虐待を超えて、いまやその者の殺害へと向けられた自身の行為へと強化することを通じて、被害者に対する危険増加をもたらす場合である (BGH, Urteile vom 26. Februar 2009 - 5 StR 572/08, BGHR StGB § 13 Abs. 1 Garantenstellung 25; vom 25. September 1991 - 3 StR 95/91, BGHR StGB § 13 Abs. 1 Garantenstellung 7 参照; さらに、Beschlüsse vom 14. Februar 2012 - 3 StR 446/11, NStZ 2012, 379, 380; vom 19. Dezember 2018 - 1 StR 597/18, NStZ-RR 2019, 74 も見よ)。[Fn. 21.]

bb) 被告人の先行的態度は客観的に義務違反である。緊急避難状況が発生しており、— LG が法的瑕疵でそうしたように — 被害者の虐待に対する被告人の関与が緊急避難状況の間、刑法 35 条 1 項により免責されるものと評価される場合ですら、このことは認められるであろう。というのも、先行行為に基づく保障人的地位の基礎づけは、有責的な先行的態度を要件としておらず、義務違反的態度のみを要件とするからである。しかし、刑法 35 条 1 項によって免責される態度は、法的に及びしたがって客観的に義務違反的であり続ける (BGH, Urteile vom 29. Juli 1970 - 2 StR 221/70, BGHSt 23, 327; vom 6. Juli 1990 - 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106, 119; Schönke/Schröder/Bosch, StGB, 30. Aufl., § 13 Rn. 38; BeckOK StGB/Heuchemer, 57. Ed., § 13 Rn. 93 を参照。さらに正当化緊急避難の諸事例についてもそのように述べるのが、LK/Weigend, StGB, 13. Aufl., § 13 Rn. 47)。[Fn. 22.]

cc) 認定によれば、被告人は主観的構成要件をも実現したことが考慮に入れられる。というのも、被告人は、「災禍をもたらす身体的状態 (desaströsen körperlichen Zustand)」に基づき助けのない自らのルームメイトかつ友人に対する、刑法 323c 条の意味における自らの救助義務を認識していたからである。それにより、LG は、被告人が、救急医療による救助を呼び寄せる形での自らの救助がなければ被害者が死ぬことを考慮しており、かつ是認していたかという問いに取り組みなければならなかったであろう。[Fn. 23.]

dd) 判決の認定によれば、被告人が殺人の故意をもって、既に先行行為に基づく保障人的地位を基礎づけている自身の行為を行ったことは当然には推測されない。それによれば、故意的に結果を得ようと努める者が同時にこれを阻止する義務を負うかという問いは重要ではないとされる (そのように述べるものとして、BGH, Urteil vom 11. Juli 2003 - 2 StR 531/02, NStZ 2004, 89, 90 m. Anm. *Schneider*; *Fischer*, StGB, 70. Aufl., § 13 Rn. 56 f.; SSW-StGB/*Kudlich*, 5. Aufl., § 13 Rn. 23; SK-StGB/*Stein*, 9. Aufl., § 13 Rn. 58; Schönke/Schröder/*Bosch* aaO; MüKo-StGB/*Freund*, 4. Aufl., StGB § 13 Rn. 134; また他方で、刑法 221 条に基づく遺棄については、BGH, Urteil vom 24. Oktober 1995 - 1 StR 465/95, NStZ-RR 1996, 131 も見よ。)。[Fn. 24.]

【検討】

1. はじめに

本件事案における主要な争点は、以下の二点である。

第一の争点は、事実関係 II. 5. における被告人 B. の行為が免責的緊急避難 (ドイツ刑法 35 条) にあたるかである。この点につき、原審である LG ハンブルクは、免責的緊急避難の成立を認め、謀殺未遂罪の幫助 (ドイツ刑法 211 条、22 条、23 条 1 項、27 条 1 項) の公訴事実について無罪を言い渡した。これに対し、BGH は、LG ハンブルクが不当にも免責的緊急避難の成立を認めたとして、これを破棄した。

第二の争点は、事実関係 II. 6. における B. の行為が不作为による故殺未遂罪 (ドイツ刑法 212 条 1 項、13 条 1 項、22 条、23 条 1 項) にあたるかである。

この点につき、BGH は、LG ハンブルクが不作为による故殺未遂罪の成立可能性を検討することなく、不救助罪（ドイツ刑法 323 条 c 第 1 項）の成立のみを認めた点で法的瑕疵がある旨を判示した。

いずれの争点においても、BGH とその原審である LG ハンブルクは、その判断を異にしている。そこで、以下では、何故そのような判断の相違が生じたのかも着目しながら各争点について検討を加える。

2. 強要された緊急避難

(1) 問題の所在

事実関係 II. 5. において、B. は、共同被告人 D. から W. を拘束しなければお前を虐待するぞという旨の脅迫を受けたことから、被害者 W. を床に押しつけて、その背中の上にひざをつき、同人を拘束した（以下、本件拘束行為とする）。本件拘束行為は、いわゆる強要された緊急避難（Nötigungsnotstand）にあたり、正当化緊急避難（ドイツ刑法 34 条）又は免責的緊急避難（ドイツ刑法 35 条）により不可罰となる可能性がある⁴³⁾。

強要された緊急避難とは、強要者が強要罪（ドイツ刑法 240 条）に該当する行為を通じて現在の危険を惹起し、かつそれにより被強要者たる行為者が無関係な第三者の利益への介入を行うよう強いられた場合をいう⁴⁴⁾。事実関係 II.5. に即していえば、D. は B. に対し、W. を拘束しなければお前を虐待するぞという旨の脅迫を行うことにより⁴⁵⁾、B. に対する現在の危険を惹起し、かつそれにより、B. は本件拘束行為を通じて W. の身体への介入を行うよう強いられている⁴⁶⁾。それゆえ、本件拘束行為は、強要された緊急避難が問題となる状況における行為であるといえる⁴⁷⁾。

本件事案のように、強要された緊急避難が問題となる状況において、少なくとも

43) *Christina Nienaber/Annalena Spies*, Famos 2024, 8.

44) Vgl. *Nienaber/ Spies*, a.a.O. (Fn. 43), 8.

45) 本文中で述べた D. の行為について強要罪（ドイツ刑法 240 条 1 項）の成立が肯定される旨を述べるものとして、*Jörg Eisele*, JuS 2024, 81.

46) *Nienaber/ Spies*, a.a.O. (Fn. 43), 8.

47) 本件事案が強要緊急避難の問題状況にあたることと述べるものとして、*Nikolaus Bosch*, JURA 2024, 215.; *Eisele*, a.a.O. (Fn. 45), 81.; *Nienaber/ Spies*, a.a.O. (Fn. 43), 8.

も免責的緊急避難の成立可能性があることに争いはない⁴⁸⁾。他方、正当化緊急避難を援用しうるか、仮に援用しうるとしていかなる要件の下においてかをめぐっては学説の対立がある⁴⁹⁾。少なくとも BGH の判示内容を確認する限り、本件事案において正当化緊急避難の成立可能性は争点とされていない。しかし、上述した学説の対立を踏まえれば、本件事案においても正当化緊急避難の成否を検討する余地はある。そこで、この点について、2. (2) で検討を加える。

もちろん、強要された緊急避難の問題状況にあるとしても、避難行為が（正当化ないし）免責的緊急避難の要件を充足しない場合にはその成立が否定される。それゆえ、本件事案において、B. による本件拘束行為が（正当化ないし）免責的緊急避難の成立要件を充足するかが問題となる。先述したとおり、BGH は、LG ハンブルクが B. に対して不当にも免責的緊急避難の成立を是認したと判示した。その理由づけに際して、BGH は、他の期待可能な態様で危険を回避できるかという問いを「最善を尽くして (nach besten Kräften)」検討した者だけが免責的緊急避難を援用しうることを持ち出している。これは、免責的緊急避難の判断に際して、他の代替手段の存否を誠実に検討する義務（検討義務 [Prüfungspflicht]）が問題となることを述べたものである。BGH によれば、このような検討義務の問題に鑑みれば、LG ハンブルクの判示は法的な事後検証に耐えることができないという。このことから分かるように、BGH と LG ハンブルクの判断の相違は、上述した検討義務の問題に起因している。そこで、2. (3) では、検討義務の問題を取り上げる。

(2) 強要された緊急避難の法的性質

先述したとおり、ドイツ刑法学では、強要された緊急避難の場合に正当化緊急避難の成立可能性が肯定されるか、仮に肯定されるとすれば、いかなる要件の下でかが争われてきた。この点につき、ドイツの通説は、正当化緊急避難の適用可能性を一律に否定する見解を採用する⁵⁰⁾。その論拠として、第一に、被強要者た

48) *Michael Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 299.

49) *Pawlik*, a.a.O. (Fn. 48), S. 299.

50) *Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., S. 484.; *Kristian Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., § 8,

る避難行為者は、たとえ強制されたとしても「不法の側に (auf die Seite des Unrechts)」加担していること⁵¹⁾、第二に、仮に正当化を認めた場合、避難行為の被害者は、被強要者たる避難行為者に対して正当防衛をなしえないことになり、妥当でないことを挙げる⁵²⁾。この見解によれば、本件事案において B. の本件拘束行為は、正当化緊急避難により正当化されえない。ただし、当該行為が免責的緊急避難の成立要件を充足する限りにおいて免責が認められる⁵³⁾。

これに対し、確かに強要された緊急避難の場合であっても正当化緊急避難の適用は原理的に肯定されうるが、しかし利益衡量要件の判断に際してより厳格な判断がなされるとする見解も有力に主張される⁵⁴⁾。すなわち、被強要者である避難行為者が生命に対する危険、又は身体の完全性若しくは移動の自由に対する重大な危険を回避するために行動しており、かつ当該行為が被転嫁者の身体の完全性又は移動の自由すらも損なわない場合に限り、避難行為の正当化が肯定される、という。この見解の支持者は、自説の理由づけに際して、上述した通説の論拠は受容できるが、しかし一般化しうるものではないことを挙げる⁵⁵⁾。この有力説によれば、本件事案において B. の本件拘束行為は、より厳格な利益衡量要件を充足した場合に限り、正当化緊急避難による正当化が認められる。本件事案において、保全された B. の利益は、D. の脅迫に従うことにより虐待を受けずに済んだという意味での身体の完全性である。これに対し、侵害された W. の利益は、B. から本件拘束行為を受けることにより苦痛を被ったという意味での身体の完

Rn. 132.; *Theodor Lenckner*, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, S. 117.; *Nienaber/ Spies*, a.a.O. (Fn. 43), 12.; *Walter Perron*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, 30. Aufl., 2019, § 34 Rn. 41 b.

51) *Lenckner*, a.a.O. (Fn. 50), S. 117.

52) *Jescheck/ Weigend*, a.a.O. (Fn. 50), S. 484.

53) *Nienaber/ Spies*, a.a.O. (Fn. 43), 8.

54) *Volker Erb*, in: *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd. 1., 4. Aufl., § 34 Rn. 194.; *Ulfrid Neumann*, in: *Nomos Kommentar zum StGB*, Bd. 1, 6. Aufl., § 34 Rn. 55.; *Henning Rosenau*, *Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier/Raik Werner* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 6. Aufl., § 34 Rn. 30.; *Claus Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., § 16 Rn. 68 ff. (山中敬一監訳『ロクシン刑法総論第1巻〔第4版〕〔翻訳第2分冊〕』[信山社・2009年] 206頁以下 [川口浩一訳]); *Frank Zieschang*, in: *Leipziger Kommentar zum StGB*, Bd. 3., 13. Auflage, § 34 Rn. 132.

55) *Erb*, a.a.O. (Fn. 54), Rn. 193.; *Neumann*, a.a.O. (Fn. 54), Rn. 55.

全性である。このことに鑑みれば、B. の保全利益が W. の侵害利益を本質的に優越したと想定することは困難である⁵⁶⁾。また仮に一般的な意味で本質的優越が肯定しうるとしても、本件事案では、被転嫁者である W. の身体の完全性が損なわれている以上、有力説が述べるような高められた利益衡量要件は充足していないように思われる。それゆえ、先述した有力説の立場からしても、本件事案は、正当化緊急避難の成立を肯定しうる事案ではなく、免責的緊急避難の成立可能性のみが残る事案であったということになる。

以上で見てきたように、ドイツにおいては、強要緊急避難の問題状況において正当化緊急避難の成立可能性を否定ないし制限する見解が多数を占める。しかし、正当化緊急避難の成立要件を充足する限り、その成立可能性を一律に肯定する見解も有力である⁵⁷⁾。この見解は、ドイツ刑法 34 条の文言は何が危険源であるかによってその取扱いを異にしておらず⁵⁸⁾、また避難行為者にとって危険源が自然に起因するか強要者による違法行為に由来するのかが重要でないことに鑑みれば⁵⁹⁾、強要された緊急避難の場合に限り避難行為者が法共同体の連帯を要求しえないとすることは不当であることを論拠とする。この見解からすれば、被強要者たる避難行為者は、正当化緊急避難の成立要件を全て充足する限りその正当化を肯定される⁶⁰⁾。しかし、先述したとおり、本件事案では、B. の保全利益が W. の侵害利益を本質的に優越するとは考えがたいことから、この立場を前提とした場合でも正当化緊急避難は成立しないものと思われる。

以上を踏まえると、本件事案において BGH が免責的緊急避難の成立可能性のみを検討していたことは、いずれの見解からしても説明可能であったといえよう。

56) *Nienaber/ Spies*, a.a.O. (Fn. 43), 9.

57) *Christian Brand/ Maximilian Lenk*, JuS 2013, 884 f.; *Armin Engländer*, in: *Holger Matt/Joachim Renzikowski* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2. Aufl., 2020, § 34 Rn. 41; *Günther Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1991, 13/14.; *Pawlik*, a.a.O. (Fn. 48), S. 303; *Joachim Renzikowski*, *Notwehr und Notstand*, S. 67.

58) *Brand/ Lenk*, a.a.O. (Fn. 57), 883.

59) *Brand/ Lenk*, a.a.O. (Fn. 57), 883 f.

60) *Nienaber/ Spies*, a.a.O. (Fn. 43), 8.

(3) 検討義務

他の代替手段の存否を誠実に検討する義務（検討義務）の問題をめぐることは、まず、この問題を免責の緊急避難の成立要件として位置づけることができるのが問題となる。この点について、本判決は、従前の判例における判断基準を踏襲して⁶¹⁾、検討義務を、「他の方法では回避することのできない (nicht anders abwendbaren Gefahr)」危険という文言の下に、換言すれば補充性要件の問題として位置づけた。すなわち、危険が「他の方法では回避することのできない」といえるためには、行為者が、危険に効果的に対処するために適切であるといえる複数の手段のうち、最も穏当な手段を選択しなければならない。それゆえ、分別のある観察者 (verständige Betrachter) の見地から、期待可能な態様で当該危険状況に対処しうる手段が複数考えられる場合には、当該危険を他の期待可能な態様で回避しうるかという問いを「最善を尽くして」検討した者だけが免責の緊急避難を援用しうる。この検討に対する要求は、避難行為による法益侵害が重大であればあるほどより厳格なものとなる、とする⁶²⁾。

Nikolaus Bosch によれば、このBGHの立場は、客観的にみて実際に避難行為者が他のより穏当な代替手段により危険を回避しえたのかを解明することが困

61) Vgl. RGSt 66, 222, 228; BGH NJW 1952, 111, 113; BGHSt 18, 311 f; BGH NJW 1972, 832, 834; BGH NStZ 1992, 487.

62) なお、深町晋也『緊急避難の理論とアクチュアリティ』(弘文堂・2018年) 53頁注129は、ドイツ判例の概観において、「補充性との関係では、かつては、他の代替手段の存否を誠実に検討する義務が問題とされ、かかる検討義務に反した場合にはドイツ刑法旧52条・54条の成立を否定するのが判例であったが……、BGHSt 48, 255は、かかる検討義務について、ドイツ刑法35条2項の錯誤の回避可能性の問題としている」と述べる。

しかし、この記述は、以下の二点の理由から、少なくともドイツ判例の記述としてはミスリーディングであるように思われる。第一に、本文中でも示したように、ドイツ判例において、検討義務は、現行のドイツ刑法35条の下でも補充性の問題として(も)位置づけられている(BGH NStZ 1992, 487及び本判決を参照)。第二に、確かに、深町が述べるように、BGHSt 48, 255(「家庭の暴君」事例)は、検討義務をドイツ刑法35条2項の錯誤の回避可能性の問題として位置づけるが、しかし同判決は、検討義務を補充性の問題として位置づける先例を変更したものではない。したがって、ドイツの判例は、検討義務をドイツ刑法35条1項の補充性だけでなく、ドイツ刑法35条2項の錯誤の回避可能性の問題としても位置づける立場を採用しているものと解される(同様の整理を行うものとして、Nikolaus Bosch, JURA 2015, 351 u. 354.)。

難な諸事例において、少なくとも避難行為者が代替手段により避難しうるかを義務適合的に検討していない場合にはそのことを非難しうる点で意義を有する⁶³⁾。それゆえ、BGHの立場からすれば、本件事案のB.が自己を重大な危険に晒すことなく関与行為を放棄しえたかに関する疑いは、B.が代替措置を検討しなかったがゆえにB.の不利に評価されることになるという⁶⁴⁾。

上述したBGHの立場に対しては、一部の論者から肯定的な評価が与えられている⁶⁵⁾。しかし、学説の多くは、BGHの見解を批判し、検討義務の問題を免責的緊急避難の要件論に位置づけることを拒絶する立場を採用する⁶⁶⁾。その論拠として、以下の三つの論拠が挙げられている。第一に、刑法35条の文言から検討義務を導出しえないとされる⁶⁷⁾。すなわち、BGH判例が述べるように、まず、「他の方法では回避することのできない危険 (nicht anders abwendbaren Gefahr)」という文言から検討義務を帰結することが考えられる。しかし、この文言は、「他の方法では回避することのできない」という表現が客観的に規定されるべき「危険」と結びつけられており、他の代替手段の存否を誠実に検討することを求める検討義務のような主観的要件を含むものではない⁶⁸⁾。次に、「回避するため (um abzuwenden)」という文言から検討義務を導くことも想定しうる。しかし、この文言からは、検討義務が避難行為者に課されることを読み取ることにはできない⁶⁹⁾、とされる。第二に、検討義務を免責的緊急避難の成立要件とすることは、先述した通り、そこでの検討を通じて被告人の不利に判断する結

63) *Bosch*, a.a.O. (Fn. 47), 215.

64) *Bosch*, a.a.O. (Fn. 47), 215.

65) この立場を支持する学説として、例えば、*Bosch*, a.a.O. (Fn. 62), 351.; *Jescheck/Weigend*, a.a.O. (Fn. 50), S. 482. (西原春夫監訳『イエシェック＝ヴァイゲント刑法総論〔第5版〕』[成文堂・1999年] 374頁 [西田典之訳])

66) *Engländer*, a.a.O. (Fn. 57), § 35 Rn. 16.; *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 57), 20/11.; *Kühl*, a.a.O. (Fn. 50), § 12, Rn. 58.; *Bernd Müssig*, in: *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd. 1., 4 Aufl., § 35 Rn. 38.; *Neumann*, a.a.O. (Fn. 54), § 35 Rn. 20.; *Perron*, a.a.O. (Fn. 50), § 35 Rn. 17.; *Rosenau*, a.a.O. (Fn. 54), § 35 Rn. 20.; *Sebastian Seel*, *NStZ* 2024, 224.; *Zieschang*, a.a.O. (Fn. 54), § 35 Rn. 56.

67) *Kühl*, a.a.O. (Fn. 50), § 12, Rn. 58.; *Seel*, a.a.O. (Fn. 66), 224.; *Zieschang*, a.a.O. (Fn. 54), § 35 Rn. 56.

68) *Seel*, a.a.O. (Fn. 66), 224.

69) *Seel*, a.a.O. (Fn. 66), 224.; *Zieschang*, a.a.O. (Fn. 54), § 35 Rn. 56.

果を惹き起こすが、そのような結論は不当であるとされる⁷⁰⁾。第三に、体系的に見ても、この種の検討義務は錯誤の回避可能性（ドイツ刑法 35 条 2 項）の問題に際してはじめて検討されるべきものであるとされる⁷¹⁾。以上で見た検討義務否定説からすれば、検討義務の存否を判断すべきとした BGH の立場ではなく、かかる判断を行わなかった LG ハンブルクこそが妥当であり、それゆえに本件事案においては免責的緊急避難の成立が肯定されるべきであったことになろう。

検討義務否定説からの批判をひとまず措き、BGH の立場に依拠し、検討義務の存否を補充性要件の下に位置づけた場合、B. の本件拘束行為は検討義務違反を理由に免責的緊急避難にはあたらないと評価されうるため、本件事案において検討義務違反が認められるかが問題となる。この点につき、BGH は、LG は検討義務の存否を適切に判断していない、特に被告人がキッチンに居合わせていた他の居住者に救助を頼むことや警察を呼ぶぞと D. を脅迫することといった他の代替手段を検討したかを認定すべきであったとする。これに対し、Sebastian Seel は、BGH の立場からしても、本件事案において B. が検討義務に違反したことを認定できるかは疑わしいと述べる。すなわち、BGH によれば、検討義務が被告人に認められるためには、まず、「分別のある観察者の見地からすれば、危険状況において、当該状況に期待可能な態様で対処する複数の手段が考えられる」ことが必要である。本件事案では、被告人は、D. が W. の頭部を蹴ったり、手拳で顔面を殴打する様子をキッチンで目撃しており、また以前に被告人を虐待したことがある D. から「要求に従わなければ殴るぞ」と脅迫を受けていることからすれば、D. の要求に従わなければ直ちに被告人が重大な虐待を受けることは容易に想定される。このようなきわめて差し迫った状況にあることを考慮すると、BGH が提示した代替手段は空論 (theoretisch) である、とされる⁷²⁾。この指摘は、「分別のある観察者」の見地からすれば、BGH が述べる代替手段は、本件事案において危険状況に「期待可能な態様で」対処しうる手段とは言いがたい

70) *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 57), 20/11.; *Müssig*, a.a.O. (Fn. 66), § 35 Rn. 38. これに対し、かかる結論を肯定的に評価するものとして、*Bosch*, a.a.O. (Fn. 47), 215.

71) *Engländer*, a.a.O. (Fn. 57), § 35 Rn. 16.; *Seel*, a.a.O. (Fn. 66), 224; *Neumann*, a.a.O. (Fn. 54), § 35 Rn. 20.; *Perron*, a.a.O. (Fn. 50), § 35 Rn. 17.; *Zieschang*, a.a.O. (Fn. 54), § 35 Rn. 56.

72) *Seel*, a.a.O. (Fn. 66), 224.

ことを指摘したものと解される。

また、Seel は、従前の判例において検討義務が状況依存的に規定されていることを、本判決は看過しているのではないかとの疑問を呈している。この指摘を理解するためには、従前の判例と本判決の立場を対比させることが不可欠となる。そこで、以下では、まず、(Seel が特に重視する) BGH1992年5月21日判決⁷³⁾の判示内容を確認しておく。

本判決の事案の概要は、以下の通りである。同性愛者である被告人は、数年来の知り合いであり、同じく同性愛者である P. から一時的な宿の提供を受けており、また P. のために性的パートナーを連れてくるよう頼まれていた。ある夜、被告人は、直前に知り合った H. と U. と一緒に、P. の住居を訪れた。P. と、H. と U. は約一時間ほど酒を飲み交わした後、夜の安息に入ることに決めた。ひどく酔っていた被告人は既にベッドに入っていたが、そのとき、隣の部屋から P. の助けを求める声が聞こえた。様子を見に行った被告人は、開かれたドア越しに、H. が猟刀 (Hirschfänger) で、また U. が銃剣 (Bajonett) で P. の腹部を刺しているところを目撃した。被告人が物音を立てると、U. と H. は被告人に気づき、彼に近づいてきた。H. が猟刀を手に持ち、刀身を前に向けると、「次は自分の番だ」と感じた被告人は、自分に危害を加えないよう頼んだ。これに対し、H. は、被告人から 570 ドイツマルクが入っていた札入れを巻き上げて、被告人が大人しくしていれば何もしないと保障した。他方、U. は、被告人に対し、P. の首筋に巻いてある濡れたハンドタオルで P. を絞殺するよう要求した。被告人は、少なくとも一分半の間ハンドタオルを引っ張ったが、「もう十分だ、自分の義務は果たした」と感じたときに P. を離した。少し後、P. がうめき声をあげたので、H. と U. が再度 P. の首を絞めた。最終的に P. は死に至ったが、その原因が第一の絞扼と第二の絞扼のいずれによるのかは明らかとならなかった。

上記事案において、被告人の行為が免責的緊急避難にあたるかが争われたが、この点につき、原審は、被告人が、U. と H. の行為により自らに差し迫った危険を、P. の殺害に積極的に協力する以外の方法 (例えば、U. と H. とさらに交渉すること) により回避しえたかを誠実に検討しなかったことを理由に免責的緊急

73) BGH NStZ 1992, 487.

避難の成立を否定した。これに対し、本判決は、以下のように判示して免責的緊急避難の成立を肯定し、その限りで原審を破棄した。すなわち、検討義務の存否及び内容を判断するにあたっては、差し迫っている法益侵害の程度だけでなく、その他の諸事情、特に具体的な行為事情からすれば自己の法益に対する損害を効果的に回避することが必要か、それとも行為者は冷静な考慮を行いうるか、またより穏当な手段の期待可能な行使が自ずと思い浮かぶのか、それとも容易には思い浮かばないのかも重要な意義を有する。そして本事例では、①被告人はひどく酔っており、冷静な判断を下す能力に乏しかったこと、②被告人がP.の殺害に関与することをわずかにでも拒否すればU.から攻撃を受ける可能性があったことからすれば、U.とH.とさらに交渉するという代替手段には重大なリスクがあり、容易に思いつくものではなかったこと、③U.とH.の先行的態度(P.の腹部への刺傷)により、いずれにせよ、P.の救命可能性が低かったことから、かかる代替手段を講じうるかを検討することは要求されえない、とした。

Seelによれば、以上で見たBGH1992年判決で示された基準からすれば、本件事案の被告人であるB.に他の代替手段を最善を尽くして検討する義務を課することはできないとの結論に至るはずであるという。というのも、本件事案において、B.は、D.から重大かつ切迫した脅迫を受けていたため、熟慮を行う時間などなく、即座に行動しなければならなかったし、またこのことからすれば、B.がより穏当な手段を思い浮かべることは容易でなかったといえるからである。

このようなSeelの分析には、確かに一定の説得力がある。少なくともSeelと同様の理解に基づいて本件事案を評価する限り、BGHの立場からしても本判決の結論を疑問視することは可能であろう。ただし、それを超えて、本判決が従前の判例を看過しているとまで言い切れるかは疑問である。というのも、BGH1992年判決では、差し迫っている法益侵害の程度も重要な考慮事情とされていることに鑑みれば、被告人が生命の危険に晒されているBGH1992年判決の事案と、被告人の身体の完全性が危険に晒されているにすぎない本件事案との間には重要な相違があり、その限度で事案を異にするとも評価しうるからである。

3. 不作為による故殺未遂罪の成否

(1) 問題の所在

先述したとおり、LG ハンブルクは、事案 II. 6. における B. の行為につき、不救助罪の成立のみを認めた。これに対し、BGH は、上述した LG ハンブルクの判示には、不作為による故殺未遂罪の成立可能性を検討しなかった点で法的瑕疵があるとした。その際、BGH は、特にいわゆる不真正不作為犯の成立可能性、特に B. に保障人的地位が認められるかを問題としている。

不真正不作為犯の総則規定であるドイツ刑法 13 条 1 項によれば、不作為者の可罰性が肯定されるためには、まずもって、当該不作為者が「結果が発生しないことを法的に保障しなければならない」立場（保障人的地位）にあることが必要である。ここでいう保障人的地位がいかなる事情から発生するのかをめぐっては争いがある。

かつての判例は、形式的法義務説を基礎にして、法令、契約若しくは事実上の引受け、及び危険な先行行為を保障人的地位の発生根拠としていたが、のちに緊密な生活共同体若しくは危険共同体、及び危険源に対する管轄責任もこれに含むようになった⁷⁴⁾。他方、学説においても、当初、形式的法義務説が通説的な地位を占めていたとされる。形式的法義務説に対しては、保障人的地位を承認するための内容的な基礎づけることができないとの問題が指摘されていた⁷⁵⁾。そこで、この問題を克服するために実質的な観点から保障人的地位を規定しようとしたのが機能説であった。機能説は、保障人的地位の基礎を、万人のために特定の危険源を監視する義務を負う監視者的保障人（Überwachungsgaranten）と、発生しうる全ての危険源から特定の法益を保護する義務を負う保護者的保障人（Beschützergaranten）に区別する見解であり⁷⁶⁾、現在の通説であるとされる⁷⁷⁾。も

74) Kühn, a.a.O. (Fn. 50), § 18, Rn. 43. また、保障人的地位の発生根拠に関するドイツ判例の詳細な分析として、池田直人「ドイツ不真正不作為犯論の素描——人身犯の判例法理を中心に——」同支社法学 72 卷 7 号（2021 年）898 頁以下がある。なお、池田・同 964 頁以下は、「ドイツ判例の動向は……三分説を洗練させつつ、同時に実質的根拠による拡充も認めるといえるのが実情であろう」とする。

75) Jescheck/ Weigend, a.a.O. (Fn. 50), S. 621. (西原監訳・前掲注 (65) 484 頁 [大塚裕史訳])

76) Vgl. Hans Kudlich, Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier/ Raik Werner (Hrsg),

つとも、この見解にも、既に承認されている保障人的地位を体系的に整理したものにすぎず、具体的事案において何故、危険源監視義務ないし法益保護義務が生じるのかを説明していないとの問題点があるといわれている⁷⁸⁾。

本件事案においては、まず、B. と W. が2年前から1つの部屋をシェアしていたという事情があることから、(本判決においては主題化されていないが) 緊密な生活共同体に基づく(保護的) 保障人的地位が認められるかが問題とならう⁷⁹⁾。この点につき、ドイツの判例⁸⁰⁾及び学説⁸¹⁾は、単なるWGから、緊密な生活共同体に基づく保障人的地位を基礎づけることはできないとする。上記判例及び学説の立場からすれば、本件事案では、B. と W. があくまで労働上の理由からルームシェアをしているにすぎないので、緊密な生活共同体を理由とする保障人的地位が認められることはないだろう。

次に、B. は、W. を床に押しつけて、その背中に膝をつくことにより同人を拘束するという先行的態度(Vorverhalten)をなしているため、先行行為に基づく(監視者的) 保障人的地位が認められる可能性がある。もつとも、先行行為に基づく保障人的地位をめぐることは、そもそも先行行為から保障的地位を基礎づけることはできるのか、また基礎づけうるとしてその成立範囲はどこまでかが争われている⁸²⁾。これらの問題と関連して、本件事案では、先行的態度が免責の緊急避難にあたる場合でも、先行行為に基づく保障人的地位が認められるかが争われている。そこで、この点について、3. (2) で検討を加える。

なお、本件事案は、いわゆる共犯的先行行為⁸³⁾に基づく保障人的義務が問題と

Strafgesetzbuch Kommentar, 6. Aufl., § 13 Rn. 130.

77) そのように述べるものとして、例えば、Volker Haas, in: Holger Matt/Joachim Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl., 2020, § 13 Rn. 53.

78) Kudlich, a.a.O. (Fn. 77), § 13 Rn. 131.; Haas, a.a.O. (Fn. 77), § 13 Rn. 52.

79) Vgl. Eisele, a.a.O. (Fn. 45), 81.

80) BGH NStZ 1984, 163. この事案の詳細については、池田・前掲注(74) 943頁以下参照。

81) Eisele, a.a.O. (Fn. 45), 81.; Nienaber/Spies, a.a.O. (Fn. 43), 9.

82) この問題に関する先行研究として、岩間康夫『製造物責任と不作為犯論』(成文堂・2010年) 24頁以下。

83) このネーミングは、岩間康夫「共犯的先行行為に基づく保障人的義務について」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集 [上巻]』(成文堂・2014年) 603頁以下による。

なった事案でもある。共犯的先行行為とは、共に関与した危険作出行為後に、他の先行行為者が積極的に法益侵害を行なうのを阻止しなかった場合をいう⁸⁴⁾。本件事案では、B. は、先行的態度（本件拘束行為）により W. に対する D. の暴力行為に関与した後、D. と K. が「集団力学的な暴力騒ぎ」を行うのを積極的に阻止していないため、共犯的先行行為に関する事件であったといえる。それゆえ、かかる事例群に関わる特別問題についても検討が必要となる。そこで、3. (3) では、この問題を取り上げる。

(2) 先行行為に基づく保障人的地位

先述したとおり、本件事案では、B. の先行的態度（本件拘束行為）が免責の緊急避難にあたる可能性があったことから、先行的態度が免責される場合でも、先行行為に基づく保障人的地位が認められるかが問題となる。この問題につき、本判決は、従前の判例の立場を踏襲し、先行行為に基づく保障人的地位が認められるためには、当該先行的態度が義務違反的であれば足り、有責的であることを要しないと判示した。その上で、刑法 35 条により免責される先行的態度は依然として客観的義務違反でありつづけるため、本件事案において仮に B. の先行的態度が免責されるとしても、先行行為に基づく保障人的地位は否定されないとした。このような判例の立場と同様に、ドイツにおける（おそらく従来の）通説もまた、先行行為に基づく保障人的地位の要件として、先行的態度が危険を創出するものであるだけでなく、義務違反的であることをも要求する（いわゆる義務違反性説 [Pflichtwidrigkeitstheorie]）⁸⁵⁾。この見解によれば、先行的態度が無過失である場合、又は正当化される場合、義務違反性が否定されるため、先行行為に基づく保障人的地位は発生しない⁸⁶⁾。他方、先行的態度が免責されるにすぎない場合、先行行為に基づく保障人的地位が生じうる⁸⁷⁾。義務違反性説からすれば、

84) 岩間・前掲（注 83）604 頁。

85) 例えば、*Nikolaus Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 2019, § 13 Rn. 35.; *Bernd Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl, 2022, Rn. 960.; *Haas*, a.a.O. (Fn. 77), § 13 Rn. 75.; *Jescheck/ Weigend*, a.a.O. (Fn. 50), S. 625. (西原監訳・前掲注 (65) 488 頁 [大塚裕史訳]); *Johannes Kasper*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2015, Rn. 996.; *Nienaber/Spies*, a.a.O. (Fn. 43), 12.

86) *Kasper*, a.a.O. (Fn. 85), Rn. 996 f.

本件事案において、たとえ B. の先行的態度が免責的緊急避難により免責される場合でも、B. は、当然に保障人的義務を負うことになる⁸⁸⁾。以上で見た判例ないし従来の通説が前提とされる限り、Bosch が述べるように、LG ハンブルクが不作為による故殺未遂罪の成否を検討しなかったのは奇妙であるというほかない⁸⁹⁾。

もっとも、以上のような判例及び従来の通説に反対する見解がないわけではない。例えば、一部の論者は、先行行為に基づく保障人的地位を認めるための条件として先行的態度の義務違反性を要求することを拒絶し、法益に対する危険の創出があれば足りる旨を主張する（いわゆる惹起説 [Verursachungstheorie]⁹⁰⁾。この見解によれば、たとえ先行的態度が正当化される場合でも当該態度が法益に対する危険を創出する限り、先行行為に基づく保障人的地位が認められる⁹¹⁾。

義務違反性説と惹起説の主たる対立点は、義務適合的又は正当化される危険な先行的態度が保障人的地位を基礎づけうるか否かという点にある。この点につき、惹起説は、義務適合的又は正当化される危険な先行的態度は保障人的地位を基礎づけないとする義務違反性説の基本テーゼの正当性を疑問視する。かかるテーゼが疑問視される例として、惹起説の論者は、防衛者による防衛行為が攻撃者の生命に危険を及ぼす場合を挙げる。この場合、確かに防衛者が攻撃に対して反撃を行うことそれ自体は正当であるが、しかし防衛者による防衛行為がまさしく攻撃者の生命に危険を及ぼしているのだから、必要な防衛行為の終了後、防衛者は攻撃者を救助すべきであるとする⁹²⁾。これに対し、義務違反性説の論者は、防衛行為者に保障人的義務を課すことの不当性を強調することにより、かかる批判に反論する。すなわち、仮に防衛者に保障人的義務を負わせた場合、正当防衛を適法に行行使した者は、まさしく正当防衛にあたる先行的態度を行ったがゆえに保障人

87) Bosch, a.a.O. (Fn. 47), 215.

88) Bosch, a.a.O. (Fn. 47), 215.; Nienaber/Spies, a.a.O. (Fn. 43), 12.; Seel, a.a.O. (Fn. 66), 224.

89) Bosch, a.a.O. (Fn. 47), 215

90) 例えば、Reinhart Maurach/ Karl Heinz Gössel/ Heinz Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Tb. 2, 8 Aufl., § 46 Rn. 98 f.

91) Maurach/ Gössel/ Zipf, a.a.O. (Fn. 90), § 46 Rn. 103.

92) Kühl, a.a.O. (Fn. 50), § 18, Rn. 95.

的地位をも有することになる⁹³⁾。しかし、そのような結論を容認することは、防衛行為者が無関係な（そしてそれゆえにドイツ刑法323条c不救助罪しか成立しえない）第三者よりも悪い立場に置かれることを含意するため、妥当でないとする⁹⁴⁾。

上記対立を踏まえて、最近では、両説の主張内容を折衷する中間説も主張される。より具体的には、一方で、惹起説を基礎にして、先行的態度が正当化される場合でも原則的に保障人的地位は発生しうるが、少なくとも先行的態度が正当防衛にあたる場合はこの原則の例外であるとする見解（いわゆる修正された惹起説）が主張される⁹⁵⁾。他方で、義務違反性説に依拠して、義務適合的又は正当化される危険な先行的態度は原則的に保障人的地位を基礎づけないとしつつも、このような原則には一部例外があると述べる見解（いわゆる修正された義務違反性説）も主張される⁹⁶⁾。ただし、これらの見解には、そのような原則例外関係が成り立つ適切な理由づけが示されていないとの指摘がなされている⁹⁷⁾。

以上で見た惹起説及び各中間説は、判例及び通説の立場が依拠する義務違反性説を拒絶ないし修正するものであり、その限度において本判決の理由づけを疑問視しうる。ただし、これらの見解は、先行的態度が正当化される場合に保障人的地位が肯定されうるかという問いとの関係において判例及び通説に異論を唱えるものにすぎない。換言すれば、先行的態度が免責される場合には保障人的地位が認められうることについては見解の対立はないため、いずれにせよ、LGハンブルクが不作為による故殺未遂罪の成否を検討しなかったことは正当化されえない。

もしLGハンブルクの立場を正当化しうる方法があるとすれば、それは、先行

93) *Heinrich*, a.a.O. (Fn. 87), Rn. 960.

94) *Heinrich*, a.a.O. (Fn. 87), Rn. 960.; *Nienaber/Spies*, a.a.O. (Fn. 43), 12.

95) 修正された惹起説に位置づけられることがある見解として、例えば、*Jakobs*, a.a.O. (Fn. 57), § 29/41 ff. なお、*Jakobs*によれば、違法な先行行為からは常に救助義務が発生するのに対し、先行行為が許された危険にあたる場合には、その許された危険が不可避の日常的行為の場合よりも高度の危険を伴っており、かつ危険に晒される者が自らの責務たる安全確保措置を講じているという条件を充たす限りにおいて救助義務が生じるという。

96) 例えば、*Rudolf Rengier*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 13. Aufl., 2021, § 50 Rn. 91 ff.

97) *Heinrich*, a.a.O. (Fn. 87), Rn. 961.

行為は保障人的地位の発生根拠たりえないとする理論構成（いわゆる反先行行為説 [Antiingrenztheorie]）を採用する場合であろう⁹⁸⁾。というのも、反先行行為説に依拠すれば、本件事案における B の先行的態度が免責されるか否かに関わらず、B. の先行的態度からその保障人的義務が導出されることはありえず、それゆえに不作為による故殺未遂罪は問題となりえないと考える余地があるからである。ただし、反先行行為説に対しては、先行行為に基づく保障人的地位を否定した場合、不救助罪や過失犯は多くの場合において故意不作為犯の反価値内容をカバーできないので重大な処罰の間隙が生まれるとの批判が向けられており⁹⁹⁾、ドイツでは少数説にとどまる。

(3) 共犯的先行行為に基づく保障人的地位

本件事案において、BGH は、共犯的先行行為に関する先例で示された判断枠組みを参照して、B. の保障人的地位を基礎づけた。すなわち、人間に対する虐待に関与する者は、自らの先行的態度によって構成要件該当結果が発生する「近接した危険 (nahe Gefahr)」が存する場合には差し迫っている致死結果を回避する義務を負う。これにあたりうるのが、被害者を殺害するための用意がある犯行仲間が、その他の犯行関与者を通じて、被害者の虐待を超えていまやその者の殺害へと向けられた自らの行為をするよう強化される場合である、とした。

本判決は、共犯的先行行為に基づく保障人的地位が問題となる事案群につき、従前の判例の立場を踏襲して、危険の近接性要件を充足しているか否かを検討したものと整理することができる。その際、本判決は、先行行為者が自己の態度によって、他の行為者による致死的行為の実行を心理的に促進したと言える場合には構成要件該当結果発生時の「近接した危険」があるとしているが、この点も従前の判例に倣ったものと評価しうる。

以上で見た本判決の立場に対し、Seel は、本判決の理由づけを受け入れた場合、以下のような重大な解釈論上の問題が生じることを指摘する¹⁰⁰⁾。すなわち、他者の殺害行為を故意的に援助する者は幫助としてしか処罰されないのに、これ

98) 例えば、Dietrich Oehler, JuS 1961, 154.; Bernd Schünemann, GA 2016, 306 f.

99) Heinrich, a.a.O. (Fn. 87), Rn. 958.

100) Seel, a.a.O. (Fn. 66), 224.

に対応する故意なく行為する者は、その後、保障人的地位を通じて殺人の罪の正犯とされるのかという疑問が生じるという¹⁰¹⁾。同趣旨の指摘は、Ulfrid Neumannによってもなされている。すなわち、仮に先行的態度が他の故意正犯の実行を故意的に強化するものであった場合、その先行的態度それ自体が、ドイツ刑法 26 条、27 条により教唆犯若しくは幫助犯として可罰的となる。それにもかかわらず、そのような強化を故意なく行った場合にはドイツ刑法 13 条を通じて不作為正犯として処罰できるとした場合、不作為の解釈論が上記共犯規定の趣旨を没却することになり不当ではないかというのである¹⁰²⁾。

Neumannによれば、かかる結論を回避するためには、危険創出要件を超えて、一種の遡及禁止ないし答責性原理を持ち出すことにより、故意行為者が故意的かつ答責的に法益侵害をもたらした場合には、当該故意行為者の自己答責性が故意なく行為する背後者への結果帰属を遮断する必要があるとされる¹⁰³⁾。それによれば、本件事案において B. の共犯的先行的態度から保障人的地位を基礎づけることを通じて、不作為による故殺未遂罪の正犯を認めたことは不当であったとの評価が可能となる。その限りで LG ハンブルクが不作為による故殺未遂罪の成立を検討せず、不救助罪の成立を認めるにとどめたことにも合理的な理由はあったと評価する余地もあろう。

4. おわりに — 日本法との比較検討

最後に、以上で見てきたドイツの議論状況が、日本法との関係でどのように理解されるかについて若干の検討を加える。

(1) 強要された緊急避難の法的性質¹⁰⁴⁾

正当化緊急避難と免責的緊急避難の別異取扱いが明文で規定されているドイツ法と異なり、日本法では、緊急避難が刑法 37 条 1 項本文において一元的に規定

101) *Seel*, a.a.O. (Fn. 66), 224.

102) *Ulfrid Neumann*, JR 1993, 161 f.

103) *Neumann*, a.a.O. (Fn. 102), 162.

104) この問題に関するわが国の議論状況について詳細には、井上宜裕『緊急行為論』(成文堂・2007年) 71 頁以下参照。

されている。このような法状況の相違は、例えば、緊急避難の法的性質の議論において顕在化する。すなわち、ドイツ法では、明文の規定があるため、緊急避難の法的性質を正当化と免責の二元的に把握することが自明視される。これに対し、日本法では、緊急避難の法的性質をいかに理解するかという点からして既に争いがある。

このような議論状況の相違は、(緊急避難の法的性質の個別問題をなす) 強要された緊急避難の法的性質の議論にも影響を及ぼす。わが国の通説である違法阻却一元説を前提とする場合、正当化緊急避難しか観念しえないため、強要された緊急避難の問題につき免責的緊急避難の成立可能性のみを認めるドイツの通説を直接的に採用しえない。それでもドイツの通説と同様の結論に至りたいのであれば、強要された緊急避難の場合につき、緊急避難の成立は否定されるが、超法規的な免責は認められるとする構成するほかない¹⁰⁵⁾。他方、有力説である二元説(ないし多元説)に依拠する場合、ドイツの通説に依拠することにさほどの困難は生じないことになる。

もともと、ドイツの通説に倣うことが妥当かについては疑問が残る。というのも、日本刑法 37 条 1 項本文は何が危険源かによってその取扱いを異にしておらず、かつ避難行為者にとって危険源が自然に起因するか強要者による違法行為に由来するのかが重要でないため、強制による行為だけの特権視する理由はないからである。現在のわが国の通説的見解もおそらく同様に理解しているものと思われるが¹⁰⁶⁾、だとすれば、この問題を論じるにあたってより重要なのは、緊急避難の不処罰根拠というより一般の問題に遡った検討となろう¹⁰⁷⁾。というのも、この点をいかに解するかによって、被強制者に対する正当防衛や緊急避難が認め

105) 例えば、大塚仁『刑法概説(総論)〔第4版〕』[有斐閣・2008年] 401、476頁、
 団藤重光『刑法綱要総論』[創文社・1990年] 328頁注11。もともと、強要された緊急避難の場合に緊急避難が成立しなくなる理由は不明である(井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』[有斐閣・2019年] 335頁)。

106) 自然現象による危険と人の強制による危険を区別しない見解を通説に位置づけるものとして、例えば、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣・2013年) 190頁。

107) 緊急避難の正当化根拠論に立ち返りながら、強要された緊急避難の問題をより詳細に検討するものとして、例えば、松宮孝明「強制と緊急避難について」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』(成文堂・2007年) 299頁以下。

られるかが左右されうるからである。

(2) 検討義務

本判決が述べるように、仮に検討義務がドイツ刑法 35 条にいう「他の方法では回避することのできない」という文言解釈から導出されうるものだとすれば、これに対応した議論は、日本法においても「やむを得ずにした行為」の問題として論じることができる。というのも、両者は現在の危難（危険）を避けるために他に取るべき方法がなかったこと（補充性）を要件とする点で対応関係にあるからである。それゆえ、補充性要件の判断にあたり、避難行為者が他の代替手段を講じうるかを誠実に、ないし最善を尽くしたことを考慮する必要があるかという問いは、日本法においても「やむを得ずにした行為」の解釈として語りうる。ただし、日本法において緊急避難の法的性質につき違法阻却一元説が通説とされる、あるいは二元説（ないし多元説）が有力説とされる状況に鑑みれば、刑法 37 条 1 項本文は正当化緊急避難に関する規定で（も）あるため、ドイツ法における免責の緊急避難の解釈論が直截に援用可能かという疑問が残る。

この点をひとまず措き、わが国において検討義務の問題を補充性要件に位置づけるかという問いに戻ると、おそらくわが国の裁判例は、検討義務の問題を補充性要件に位置づけることについて否定的な立場を採る。例えば、（本判決と同様に、強要された緊急避難が問題となった）東京地判平 8・6・26 判タ 921 号 93 頁¹⁰⁸⁾は、「被告人が避難行為に出る以前にどれだけの行為をしたかということが重要なのではなく、客観的にみて、現在の危難を避け得る現実的な可能性をもった方法が当該避難行為以外にも存在したか否かという点が重要」である旨を判示する。この判示からすれば、補充性要件の判断にあたり、被告人が現在の危難を回避するために事前にいかなる努力をしたか（そこには他の代替手段がある

108) 本判決の事案の概要は、以下の通りである。被告人 X は、被害者 D とともに、教団施設で病気治療中の母親を連れ出す目的で同施設内に侵入した。しかしその際、X と D は信者に見つかって取り押さえられ、それぞれ両手に手錠をかけられるなどされた上、別の教団施設に連行され、信者らに取り囲まれて監禁された。そのような状況において、X は、教祖 A から家に帰す条件として D の殺害を命じられ、「できなければ、お前もここで殺す」などと言われたことから、D の殺害を決意し、同人の首をロープで絞めて窒息死させた。

か否かを誠実に検討することも含まれよう)は重要でないことになろう。

また、理論的に考えても、検討義務を補充性要件の下で位置づけることが妥当であるかについては疑問が残る。先述したとおり、検討義務は、被告人が他の代替手段を実際に講じうるか否かが不明な場合であっても、義務適合的な検討を行っていない場合につき被告人の不利に認定する効果を伴う。しかし、そのような被告人に不利な解釈が容認される理由は、日本刑法 37 条 1 項本文の文言からは読み取れない。

(3) 先行行為に基づく保障人的地位

保障人的地位の発生根拠に関する日独の議論状況は相当程度異なる。先述したとおり、ドイツでは、反先行行為説を除き、危険な先行行為が保障人的地位を基礎づける点で見解の一致がある。これに対し、日本においては、危険な先行行為それ自体が保障人的地位を基礎づける点について否定的な意見も有力である¹⁰⁹⁾。この見解に依拠する場合、いかなる先行的態度が先行行為に基づく保障人的地位を基礎づけるのかを論じる意義はない。しかし、わが国の「通説」ともいわれる¹¹⁰⁾多元説のように、先行行為が保障人的地位を基礎づける上で一定の意味づけを有すると考えるのであれば、いかなる先行的態度であれば保障人的地位を基礎づけるのかは真摯に議論されるべき問いである。

かかる問題のうち、本判決では、先行的態度が強要された緊急避難により正当化ないし免責される場合でも先行行為に基づく保障人的地位は肯定されうるかという問いが扱われている。この問題につき、強要された緊急避難は正当化的に解決されうるとする立場に依拠するのであれば、まさしく本稿で取り上げた、先行的態度が正当化される場合でも保障人的地位を基礎づけるのかという問いが重要な意義を獲得する。この問題につき、わが国では、一方で、先行的態度が正当化される場合でも保障人的地位が基礎づけられうるとする見解が主張される¹¹¹⁾。この見解からすれば、たとえ先行的態度が強要された緊急避難により正当化され

109) 例えば、山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣・2016年)94頁など。

110) ただし、松尾誠紀「不作為犯論の「通説」」法学セミナー 809号(2022年)34頁は、多元説が「通説」であるとは確定的に言いがたいと述べる。

111) 佐伯・前掲(注106)91頁注24。

るとしても、不作為者の保障人的地位が肯定される。他方で、かかる見解によれば、正当防衛などの権利行使から発生した危険について、これを除去しなければ刑事責任を問われるというのでは、実質的には権利行使そのものを制限つきでしか認めないことになり、疑問があるとの主張も見られる¹¹²⁾。この見解によれば、先行的態度が強要された緊急避難により正当化されるならば、不作為者の保障人的地位は否定される。これに対し、ドイツの通説に倣って、強要された緊急避難は免責的にしか解決されえないと考えるのであれば、先行行為に基づく保障人的地位はいずれの見解によっても肯定される。

以上のようなわが国における議論の対立は、本質的にはドイツにおける義務違反性説と惹起説の対立に相応する。それゆえ、上記の各主張の当否を検討するにあたり、ドイツ法の議論を参照することが有益となろう。

(4) 共犯的先行行為に基づく保障人的地位

また、本判決は、いわゆる共犯的先行行為に基づく保障人的地位に関する特別問題をも提起する。共犯的先行行為に基づく保障人的地位が問題となりうる事案は、既に日本の裁判例においても出現している¹¹³⁾。それが、東京高判平 20・10・6 判タ 1309 号 292 頁¹¹⁴⁾である。同判決は、被告人兩名が身体の危険の及ぶ可能性がある場所に被害者を積極的に誘い入れたことなどから A らの犯行を阻止すべき作為義務を認めた。

岩間康夫の分析によれば、東京高裁平成 20 年判決は、共犯的先行行為に基づく保障人的地位に関するドイツ判例よりもさらに広範に、危険性すら真摯に検討することなく先行行為に基づく保障的地位を肯定したという。すなわち、この問題に関するドイツ判例では、不作為者が先行的態度により何らかの法益にとっての危険ないしその侵害を自らの手により惹起している場合が大半である。これに

112) 高山佳奈子「不真正不作為犯」山口厚編『クローズアップ刑法総論』（成文堂・2003 年）65 頁。

113) 岩間・前掲（注 83）604 頁。

114) 事案の概要は、以下の通りである。被告人 X が被告人 Y 及び遊び仲間 A らに対して被害者から強姦されたとの虚偽の話をしたところ、遊び仲間が憤慨し、X に被害者と呼び出させた。その後、遊び仲間が被害者に暴行を加え、最終的に死亡させたが、その際、X と Y は犯行現場には同行していたものの、暴行には関与しなかった。

対し、東京高裁平成 20 年判決は、不作為者は被害者を遊び仲間の前に呼び出した後は、犯行現場に同行しているだけであり、何らかの法益にとっての危険ないし侵害を自らの手で惹起したとはいいがたい、とされる¹¹⁵⁾。このように、日本の裁判例が、ドイツ判例に比して、不作為に基づく保障人的地位を認めるために要求される危険創出要件を緩やかに解することを問題視するのであれば、何らかの意味で危険創出要件には限定が必要と考えることもできよう。例えば、ドイツ判例を参照し、「近接した危険」といった追加的要件が必要となると主張しうるかもしれない。

もっとも、この種の危険創出要件の制限により適切な問題解決が図れるかは不明である。先述したとおり、危険創出的な共犯的先行的態度により不作為正犯の成立を基礎づけることに対しては、共犯規定の趣旨が没却される恐れがあるとの批判がある。すなわち、危険創出的な共犯的先行的態度がそれ自体として教唆犯や幫助犯を構成する場合でも不作為犯構成を通じて正犯へと格上げすることが可能になってしまうという批判である¹¹⁶⁾。Neumann が述べるように、かかる批判を回避するためには、危険創出要件を超えて、一種の遡及禁止ないし答責性原理を持ち出すことにより不作為正犯の成立を制限するほかないとすれば、この種の制限論の構築可能性を模索するためにドイツ法の議論を参照する必要がある。

(山本 和輝)

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

115) 岩間・前掲 (注 83) 630 頁以下。

116) 岩間・前掲 (注 83) 630 頁、金子博「不作為犯の共同正犯 (2・完)」立命館法学 347 号 (2013 年) 213 頁、松原芳博「共同正犯をめぐる議論の概観」刑法雑誌 53 巻 2 号 (2014 年) 139 頁以下。