

ヴァルター・グロップ『刑法総論』(第4版、2015年)(9)
(Walter Grop, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2015)

金 尚均

玄 守道 (監訳)

目 次

第1部 導入

§1 犯罪—刑法—刑法学—社会的相当性 (以上、49巻1号)

§2 可罰的行為：形式的規定—実質的内容—構造

A. 形式的規定

B. 実質的内容 (以上、49巻2号)

C. 構造

D. 復習のために (以上、49巻3号)

§3 刑法の諸原理

A. 法治国家原理の形式的構成要素としての法律主義 (基本法103条2項 = 刑法1条)

B. 法治国家原理の実体的形成としての責任原理

C. 法治国家原理のさらなる形成 (以上、49巻4号)

第2部 可罰的行為論 現象形式：故意によって引き起こされた外界の変動 (いわゆる故意結果犯)

§4 構成要件該当性

A. 構成要件該当性の客観的要素 (事態無価値) (以上、50巻1号)

B. 構成要件該当性の主観的要素 (人的無価値) (以上、50巻3号)

§5 違法性と正当化事由

A. 構成要件該当性、違法性、正当化

B. 個別の正当化

I. 承諾の表明 (以上、50巻4号)

II. 正当防衛 (刑32条) とその他の防御権 (民229条、同859条1項及び2項)
(以上、51巻1号)

- Ⅲ. 正当化緊急避難（刑34条、民228、904条）
- Ⅳ. 正当化される義務の衝突
- Ⅴ. 犯罪構成要件に該当する基本権侵害の、職務権限と強制権限による正当化
- Ⅵ. 軍事上の命令と職務上の命令（指示）
- Ⅶ. 教育権
- Ⅷ. 許された危険
- Ⅸ. 社会的相当性は正当化事由となるか？
- X. 各正当化事情の競合 （以上、本号）

§ 6 有責性と責任—責任阻却事由—免責事由

§ 7 特別な法効果の条件と障害

第3部 可罰的行為のさらなる現象形式

§ 8 犯行の特別な結果による加重（結果的加重犯）

§ 9 未遂と中止行為（中止犯）—可罰的予備行為—行為による悔悟

§ 10 関与

§ 11 不作為

§ 12 過失

第4部 錯誤論

§ 13 錯誤

第5部 競合論と刑法上の制裁

§ 14 法条單一（Gesetzzereinheit）—所為の單一性（Tateinheit） (§52) —所為の複數性（Tatmehrheit） (§§53-55)

§ 15 刑法上の制裁

細目次

Ⅲ. 正当化的緊急避難、刑法34条、民法228条及び904条

1. 緊急避難状況

- a) 法益に対する現在の危険
- b) 代替手法では危険が回避不可能であったこと
- c) 保全利益の優越
 - aa) 利益衡量
 - bb) 著しい優越
- d) 緊急避難状況の有責的惹起

2. 緊急避難行為

- a) 保全利益に差し迫った危険の回避
- b) 手段の相当性

3. 主観的正当化要素

IV. 正当化される義務の衝突

1. 利益衝突としての広義の義務の衝突
2. 形式的な「義務の衝突」状況
 - a) 形式的な作為義務と形式的な不作為義務との「衝突」
 - b) 不作為義務同士の衝突？
 - c) 作為義務同士の衝突？
3. 同種の形式的な作為義務同士の正当化的「衝突」（狭義の正当化される義務の衝突）

V. 犯罪構成要件に該当する基本権侵害の、職務法と強制法による正当化

1. とくに刑事訴追の枠内での公職者の介入権
2. 司法職員以外の行為—民法229条乃至231条、刑訴法127条
 - a) 自救行為、民法229条乃至231条
 - b) 現行犯逮捕、刑訴法127条1項1文

VI. 軍事上の命令と職務上の命令（指示）

VII. 教育権

1. 教師の職務法としての「懲罰権」
2. 両親、その他の監護権者の教育権

VIII. 許された危険

1. 推定的承諾
 - a) 承諾の意思表示が得られないこと
 - b) 承諾が見込まれること
 - c) 承諾のその他のすべての条件
 - d) 推定的承諾を検討する際の構造
2. 正当化事由の誤想が回避不能であった場合（正当化事情の錯誤が回避不能であった場合）
3. 公職者による侵害権の事實的・規範的要件を誤って想定した場合
 - a) 侵害についての事實的要件の誤想
 - b) 侵害権の誤想
 - c) 刑法上の合法性概念か、「手続上」の合法性概念か？
4. 刑法193条における正当な利益の擁護
 - a) 適用範囲
 - b) 刑法193条における個別の不可罰性の要件
 - c) 侮辱的な価値評価
5. リスクのある救助行為（12章〔177〕以下も参照）

IX. 社会的相当性は正当化事由となるか？

X. 各正当化事情の競合

C. 復習のために

文献

Ⅲ. 正当化的緊急避難、刑法34条、民法228条及び904条

〔212〕 刑34条. 正当化的緊急避難

生命、身体、自由、名誉、財産、又は、そのほかの法益に対する、ほかの方法では回避することのできない現在の危難の中で、自己又は他の者から危難を回避するため行為を行った者は、相互に対立する各利益、特に各法益とそれらを脅かす危険の程度とを衡量し、保全利益が侵害利益を著しく超えるときは、違法に行為したものではない。ただし、このことは、行為が危難を回避するのに適切な手段である場合に限り妥当する。

〔213〕 民904条. 緊急避難

物の所有者は、物に対する他人の干渉が現在する危難の回避に不可欠で、かつ、急迫する損害が干渉によって所有者に生じる損害に対して不均衡に大きい場合には、他人による物への干渉を禁止する権限を有さない。ただし、所有者は自己に生じた損害の賠償を請求することができる。

〔214〕 民228条. 緊急避難

他人の物から生じる自己または第三者に差し迫る危難を回避するために、他人の物を毀損または破壊する者は、その毀損または破壊が危難回避のために不可欠で、かつ、その損害が危険に対して不均衡でない場合には、違法に行動するものではない。ただし、行為者が危難について責を負う場合は、行為者は損害を賠償する義務を負う。

〔215〕 リーディングケース 5.4 【a 事案】

E 所有の犬が、68歳の年金生活者Aを今にも咬もうとしている。Aは、Dの家の木製の柵を破壊して得た棒で、その犬を追い払った。Aによる柵の破壊について、器物損壊罪（刑303条）にもとづく可罰性は認められるだろうか。

〔216〕 リーディングケース 5.5 【b 事案】

a 事案の犬がAを今にも咬もうとしている。Aは自分の傘を手に取り、犬の頭部を殴った。この打撲によって、犬は脳震とうを起こした。Aによる犬の傷害について、器物損壊罪（刑303条）にもとづく可罰性は認められるだろうか。

〔217〕 正当防衛と同様に、正当化的緊急避難も、優越的利益による正当化原理にしたがう。正当化緊急避難は、端的に、「優越的利益」の正当化原理の具体化であるといってよい。この原理の生みの親はレンクナー（Lenckner）であり、その限界の明確化は、とくにキューパー（Küper）によって行われた。正当化緊急避難の実際的な重要性は、いわゆる医学的適応事例（Indikations-Fall）におけるライヒ裁判所の判断（1927年3月11日のI StS 105/26, RGSt61, 242）を通じて、はじめて認められることとなった。ただし、当時は、いまだ「超法規的」正当化事由として認められた〔前述参照〕。

〔218〕 刑32条と同様に、刑34条は、より高い価値を有する利益（保全利益）を守るために、より低い価値の利益（侵害利益）の侵害を正当化する。ただし、正当防衛とは異なり、侵害利益の担い手による攻撃ではなく、侵害利益を利用することによってしか避けることのできない危険の存在が前提

条件となる。刑32条の意味での正当防衛状況が存在する場合に、刑34条の適否を検討することは、刑32条の利益衡量における侵害の主たる役割を考えると、非生産的で、方法論的にも誤っている。通説によれば、刑34条は、原則的に、個人的法益に対する国家的な介入をも正当化するといわれている。

〔219〕リーディングケース5.4【a 事案】の場合のように、危難は、必ずしも、侵害利益から生じる必要はない。つまり、木の棒の利用は、その所有者に対する侵害を意味している。これを攻撃的緊急避難行為と呼んでいる。それに対して、リーディングケース5.4【b 事案】の犬、すなわち、侵害利益から危難が生じているため、防御的緊急避難と呼ばれる。

〔220〕正当化的緊急避難の場合、正当防衛のように侵害を条件とはせず、危難でよい。そのため、危難回避するために侵害利益を利用したというだけでは、その侵害を正当化するのに不十分である。正当化するためには、さらに、保全利益が、侵害利益を（著しく）優越していなければならないのである。

〔221〕正当防衛の場合と同様に、正当化緊急避難の場合も、（1）緊急避難状況は、（2）緊急避難行為と区別される。また、（3）主観的正当化要素がここでもまた問題となる。

1. 緊急避難状況

a) 法益に対する現在の危難

〔222〕第一に、緊急避難状況は、法益に対する現在の危難を要求する。その判断に際しては、緊急避難の場面を見て、客観的に判断される（事後判断）。

〔223〕危難は、明らかとなった事実的な事情にもとづく、一般的な生活リスクを超える程度の、有害な事象発生の蓋然性だと理解されている。危難の現在性は、日常的な事態が、有害な事象へとまさに進展している状態

を指す。

リーディングケース5.4【a 事案】の場合は、噛み付こうとする犬が、被害者の方に向かっている点を、現在の危難だと認めうる。

〔224〕 ただし、比較的安定した状態ではあるが、そのような状態からいつでも有害な事態が発生しうる場合であれば、現在性は肯定されなければならない。ダモクレスの剣という故事がその例に当てはまるが、天井から今にも切れそうな頼りなく「細い糸」で吊るされているだけの剣は、いつ落ちてきてもおかしくない状況にあり、危難の現在性が認められるのである。

〔225〕 緊急避難が認められる法益として、刑34条は、生命、身体、自由、名誉、財産を挙げているが、追加的に、「又は、そのほかの法益」としていることから、これらは例示列举だと考えられる。したがって、あらゆる個人的法益が、正当化緊急避難の保全法益となりうることになる。国家・社会といった公共法益についても、緊急避難行為が同時に個人的利益の保護に向けられていれば、正当化緊急避難の保全利益となりうる。

〔226〕 衝突する利益の担い手が一致する場合（いわゆる、同一法益主体内における利益衝突の場合）に、刑34条の適用が認められるかについては争いがある。利益の担い手が処分権の放棄に同意していない場合、刑34条の適用を否定することは困難である。特に、いわゆる間接的臨死介助がこれにあてはまる。すなわち、重大な病で苦しんでいる患者に鎮痛剤を与える場合、生命短縮という危難が生じることになる。とすれば、法の文言に抵触しないのであるから、刑34条が同一法益主体内における利益衝突にも適用されるとの考えには、理由があるようにも思われる。しかし、その場合には、むしろ優越的利益という観点から、第三者による配慮よりも、患者自身の自己決定が決定的だと考えられるべきなのである。

b) ほかの手段による危難の回避不可能性

〔227〕 ほかの手段による危難の回避が不可能であること（補充性要件）は、2つの観点を含んでいる。

〔228〕 第一に、侵害利益の利用は、そもそも、危険の回避のために有効な手段でなければならない。

〔229〕 リーディングケース5.4【a事案】の犬に対して、木の棒によって防衛することは可能である。

〔230〕 さらに、補充性要件は、不可欠性の観点を含んでいる。つまり、侵害利益の利用は、より穏当な手段が存在しない場合にのみ、最後の手段として認められる。

〔231〕 リーディングケース5.4【a事案】では、身体の完全性は、柵の破壊によってのみ守られうるものでなければならない。

〔232〕 二つの観点をまとめると、正当防衛行為における必要性要件と同じであることが判明する。

〔233〕 リーディングケース 5.4 について

ほかの手段をとる可能性は、もともと穏当で、具体的に利用可能で、さらに過大な要求とはならない手段が選択されたかというように、規範的に判断されることになる。過大な要求といえる選択肢を、緊急避難状況にある行為者はとる必要がない。すなわち、リーディングケース5.4【a事案】において、Aがどんなに壮健であったとしても、庭の柵をジャンプして越えることによって、犬に咬まれるという差し

迫った危難を避けよというのは、過大な要求であろう。

c) 保全利益の優越

〔234〕 刑34条では、対立する利益の衡量、すなわち、当該法益と、それらの法益に差し迫る危難の程度との衡量に際して、保護されるべき利益（いわゆる保全利益）が、侵害される利益（いわゆる侵害利益）を著しく優越することが要求される。

〔235〕 このような一見すると単純な公式化には、二つの問題が存在している。すなわち、(aa) ある利益がほかの利益に優越するかどうかを、どのような基準で判断すべきかかという問題と、(bb) その優越が「著しい」とは、どのように理解されるべきかという問題である。

aa) 利益衡量

〔236〕 優越性の基準について、第一に、刑34条が、問題となる法益を示している。したがって、条文に列挙された法益の一般的な序列関係が、判断の基礎となる。その大まかな出発点となるのが、各則の処罰規定に定められている法定刑である。この基準にしたがえば、たとえば、身体の完全性を守るために、物を破壊した場合は原則的に許されることになる。

〔237〕 リーディングケース 5.4 について

リーディングケース5.4【a 事案】において、刑223条の法定刑（5年以下の自由刑）から、Aの健康は、刑303条（2年以下の自由刑）によって保護される柵の使用可能性を優越するという推定が働くことになる。

〔238〕 以上のような各法益は、場合によっては、全体の財の複合体とな

ることもある。ある利益複合体の優越に関して、たとえば、その利益の担い手の一人が侵害に同意している場合が問題となる。このことは、とくに医事法の領域（去勢、臓器移植、薬の治験）において重要な意味を持っている。

〔239〕 ただし、以上のような手がかりは、財に差し迫る危難の程度によって相対化されることになる。すなわち、

〔240〕 リーディングケース 5.4 について

リーディングケース5.4【a 事案】において、噛み付こうとする犬がAを発見する前であって、さらに、明らかに犬の片方の足が麻痺しているために傷害が発生する可能性が認められない場合、この時点で、Aの身体の完全性に対する利益は、柵の維持というDの利益を上回っているとはいえないのである。

〔241〕 刑34条は、当該法益とそれを脅かす危難の程度との衡量を例として挙げているだけなので（“とくに”）、そこから、さらなる衡量基準が見出されてきた。すなわち、具体的状況における保全法益が保護に値するかどうか、保全法益が受けた具体的侵害の種類、侵害利益に生じた具体的な害の範囲である。さらに、事案ごとに問題となる救助の機会とそのリスクも考慮に入れられる。

〔242〕 さらに重要な点として、危難がまさに侵害利益から生じたのかどうか（いわゆる防衛的緊急避難）、ということが考慮されなければならない。この事情は、“危難にさらされている”利益側の危険負担義務を高めるものである。なお、民228条における物から生じる危難の事案では、侵害によって生じうる害が、保全利益と比較して不均衡なほどに大きい場合にはじめて、この危険負担義務が失われることとなる。

〔243〕 これに対して、物に対する侵害を規定する民904条によれば、“第（龍法 '18） 51-3, 722 (2144)

三者の利益に対する侵害の可能性（いわゆる攻撃的緊急避難）は、以下のように制約される。つまり、行為をせずにいると受けうる害が不均衡である場合にはじめて保全利益の優越があるといえ、その場合に限り攻撃的緊急避難が認められる。

〔244〕 刑34条が明文上認めていないにもかかわらず、防御的緊急避難（民228条）と攻撃的緊急避難（民904条）に関する民法上の修正は、刑34条における衡量に際して重要な役割を有している。民228条・904条は、両条の適用範囲内（物の侵害、物に対する干渉）の限りでは、刑34条の特別法であり、刑34条に優先する。そのほかにも、民228条・904条は——とくに危険源である人間への干渉に際して——全体衡量における考慮要素を形成する。

〔245〕 リーディングケース 5.4 について

したがって、リーディングケース5.4【a 事案】において、民904条にしたがい、柵の破壊は、Aに不均衡に大きな害が危惧される場合にはじめて許されることとなる。

〔246〕 これに対して、リーディングケース5.4【b 事案】においては、犬に生じるであろう侵害が、民228条の意味でのAの傷害に比して、不均衡であることが危惧されない限りで、Aは自らの傘で犬になぐりかかることが許される。

〔247〕 2005年には、テロリストによってハイジャックされた満員の旅客機が、犯人らによって地上の人間を狙って墜落させられることを防ぐために、先手を打って、住人のいない地域で打ち落としてもよいかどうか、今日的な問題として論じられた。ここで当てはまりうる（正当化のための）法的根拠は、旧・航空安全法14条3項であるが、この条文について、連邦憲法裁判所は、（表向きは第三者の）乗客の人間の尊厳に対する違反を理由として、憲法違反だと判断した。この条文は、たしかに、国

家的な介入という観点から、地上の人間の利益を、乗客の利益より優先させてしまっているようにも見える。しかし、ハイジャックされた飛行機の針路変更や墜落によって、地上の人間を救助することは、乗客の死を意味するとはいえ、防衛的緊急避難の基準からは、刑法上正当化されるものであり、排除されないものである。なぜなら、墜落という危険は、たしかにまったく罪はないものの、必ずしも第三者とは言い切れない旅客機の乗客から生じているからである。乗客は、共同して旅客機の飛行に関与しており、そのまま飛行を続けることによって生じるリスクは、それ以外の第三者によって肩代わりできるものではない。墜落が差し迫れば、——偶然にも一緒に旅客機に乗っている子どもとは異なり——危険源ではない地上の人々は、生命の危険を回避することが許される。このことは、墜落が乗客の領域に帰属するということにかぎりで、どのように墜落させるかは関係ない。また、乗客がどのみち死ぬことになっていたどうか、あるいは、地上の人間の生命を脅かす可能性のある緊急着陸によって、乗客が救われる可能性があったかどうかに関係ない。

〔248〕 特定の危険負担義務（消防隊）の存在も、衡量に際して考慮される。

〔249〕 まとめると、保全利益の優越について判断するためには、包括的に全体の利益衡量が行われるのである。

bb) 著しい優越

〔250〕 利益衡量の帰結として、刑34条によれば、保全利益が侵害利益を著しく優越していなければならない。この条文の立法資料からも、二つの利益間の価値の明らかな優劣が前提とされていたということを読み取ることができる。他方、その基準には、疑わしい事案では侵害権が排除されるのだという“明示機能”を認めることができる。このことは、利益の優越による正当化原理にしたがえば、あらゆる優越に正当化が認められなければならないということから説明される。したがって、実用性と侵害された財が有する利益を理由として、「著しさ」要件は、事情に通じた観察者にとつ

て、保全財の優越に疑いが生じるという事案においてのみ否定されるということになる。

〔251〕 なお、第三者の生命に対する侵害は刑34条によっては正当化されないという見解があるが、賛同しえない。なぜなら、このような場合であっても、防御的緊急避難の事案が考えられうるからである。したがって、「たとえ、行為者が、危険源である人に対して重大な侵害を加えたり、場合によっては殺してしまったりしたとしても」、刑34条に当たって、生命に対する危険を理由として正当化されるのである。

〔252〕 事例 5.22

穿孔術（Perforation）による出産手術中の水頭症の胎児の殺害は、母親の救命のために唯一の手段として、防御的緊急手段のルールにしたがえば正当化される。

〔253〕 さらなる事例集をミッチュ（Mitsch）は注意喚起的に作成した。つまり、絶望的な状況にいる被殺者が死を望む、同意にもとづく殺害（同意にもとづく被害者の殺害）の場合、保全利益の重要度がかなり減殺されるので、刑34条にもとづく正当化が可能である、と。

〔254〕 防御的緊急避難と被害者の同意にもとづく殺害以外の、人間生活における衝突から生じる、人間の積極的な殺害は正当化されえない。たとえば、「カルネアデスの板（上述〔46〕）」——溺れることを防ぐために、一人しか乗ることのできない船板から他者を落とす事案——では刑35条による免責が問題となるにとどまる（参照：§6〔126〕以下）。

d) 緊急状況の有責的な惹起

〔255〕 緊急状況を有責的に惹起した場合については、解決のための二つ

の手がかりを基礎として考えていくことができる。

〔256〕 まず、緊急避難における衡量の問題として捉えるのではなく、落ち度に共通点を見出すことで考察することができる（原因において違法な行為アプローチ）。正当化緊急避難状況は、その場合、事実上「道具」であり、行為者はこの道具によって外界への変化を違法かつ有責的に惹起したのである。そのような考え方から、連邦通常裁はいわゆる散弾射撃事例（Schrotschuss-Fall）において、結果それ自体は合法的な防衛行為であった挑発者について、過失処罰規定にもとづいて処罰した。第二に、衝突している利益の衡量という観点からも、有責性は、侵害利益の減少として考慮されうる（衡量アプローチ）。

〔257〕 事例 5.23

糞尿事例（BayObLG NJW 1978, S.2046）。糞尿を積んだトラック運転手Fは、幹線道路から農道へと走行した。しかし、荷台のあるこのトラックにとってこの農道が狭すぎるということは運転手にとって認識可能であった。Fが30分ほど走行した後、トラックは、右のタイヤが道路の溝に落ちたことによって、横転しそうになった。そこで、6万マルク相当のトラックの損害を防ぐために、運転手は、隣接する農地に糞尿を撒いてタンクを空にすることにした。なお、不測の損害を可能な限り減らすために、糞尿をホースで撒いて分散させた。これによってトラックは軽くなり、Fは走行を続けることができた。

〔258〕 バイエルン上級地方裁判所が判断しなければならなかったのは、行為者の行為が、廃棄物処理法に違反して違法で有責に犯された秩序違反だといえるかという点であった。裁判所は、緊急避難による正当化問題について、原因において違法な行為アプローチを採用した。つまり、たしかに、糞尿の散布それ自体は、トラックが高い価値を有することから、刑法34条や秩序違反法16条によれば正当化されうる。

しかし、それは、農道への走行が原因となっていることから、廃棄物処理法に過失的な違反を理由とした有責性が認められるとした。

〔259〕 衡量アプローチにしたがえば、散布についての判断の時点において、農道への走行に際しての運転者の有責性が、侵害利益（環境破壊）に対して保全利益（トラックの防衛）が優越していれば許されることとなる。

〔260〕 利益衡量の枠組みによって落ち度を考慮する方が説得的である。なぜなら、行為の時点と衡量の時点が統一されていれば、行為者は合法的に行為しているかどうかを、行為時点で認識して判断することができるからである。行為者が違法に行為している場合には、外界への変化を故意で惹起することを意味する。それに対して、原因において違法な行為アプローチによれば、可罰性が以下のような行為と結びつくこととなる点（狭すぎる農道への走行）に問題がある。つまり、——可罰的とするには——さらに、保護財との具体的な関連性が見られなければならないような行為である。しかし、緊急避難状況においては、先行事情がまるでなかったかのように行為が行われるのであって、行為者に対して有責性を認識するよう訴えかけることもできないのである。端的にいうと、正当防衛における原因において違法な行為アプローチに対するすべての異議がここでも当てはまる。したがって、衡量アプローチの方が説得的なのである。

2. 緊急避難行為

〔261〕 正当化緊急避難における必要性要件が——正当防衛の検討とは異なり——「ほかの手段の使用不可能性（補充性要件）」として緊急避難状況の中ですでに検討された後、緊急避難行為に関してさらなる要素が残っている。

a) 保全財に差し迫る危険の回避

〔262〕 最初に、行為者は優越的利益を守る、すなわち、保全財に対する危険を回避しなければならない。

b) 手段の相当性

〔263〕 通説によれば、手段の相当性は、緊急避難行為を公共の価値観と一致させるための、付加的な調整策である（緊急避難行為の社会倫理的制約）。

〔264〕 事例 5.24

輸血事例：Yは重大な事故に遭い、即時の輸血術によってしか救われない状況であった。偶然にもYと同じ珍しい血液型だったZが居合わせたのだが、Zは採血を拒んだ。緊急時において、暴力的にZから採血することは許されるだろうか。

〔265〕 生命は法益として身体の完全性よりも重大であるにもかかわらず、輸血事例においては正当にも、Zの採血を侵害によって強制してはならない。身体の完全性は、社会倫理的な観点から、抽象的により高い価値のある利益のために侵害されてはならないという制約がある。これは、危険の回避のために——たとえ防御的緊急避難であっても——必ずしもすべての手段が正当とはいえないという考え方の現れである。とくに、人間の尊厳に反するような手段、たとえば、身体的な苦痛を加えたり、加えると脅したりする行為は、侵害に対する防衛のためであっても、さらに、当然のことながら、危険の回避のためであっても、許されない。見解が分かれるのが、社会倫理的な観点は、緊急避難状況においてはじめから考慮されるべきか（全体衡量）、あるいは、「相当性」のメルクマールの枠内で行われる緊急避難行為内部での検討で要求されるのかという点である。

〔266〕 しかし、さらに不明確なのが、どの程度の範囲で、生命や身体の保障人は、物質的な財を害する犯罪を実行することが正当化され、義務づけられうるのかということである。つまり、行為者が、自身の妻の生命を救うために、緊急事態において、非常に高価な薬品を盗むことは許されるのか、もしくは、盗まなければならないのだろうか。

〔267〕 たしかに、相当性条項との関連で挙げられたすべての要素は、事実上、全体衡量に含まれていることから、刑34条2文の相当性条項はもはや必要ないようにも思える。しかし、このような観点から侵害を正当化緊急避難だと認めえないという事案では、立法者が相当性条項を刑34条の文言として書いた以上は、相当性条項が確認規定として使用される。このような構造的な問題を越える、刑34条に関する学説の争いは事案解決にとって意味はない。

〔268〕 さらに、相当性の観点における危険負担義務の考慮は、緩やかな公法的な特別規定が定められていたり、国家的な行為による危殆化の際に、法的に規定された手続を維持するための義務が検討される範囲内で、国家的行為に34条が適用されないこととなる。

3. 主観的正当化要素

〔269〕 最初に争点となるのが、正当化的緊急避難における行為者は、正当化の前提条件を詳細に確認しなければならないのかという点である。

〔270〕 事例 5.25

出血事例（BGH1StR552/51 NJW1952, S.312）：被告人は、当該女性に対して、詳細かつ丁寧に診察し、対立する利益を衡量し、かつ、患者を医療的観点から適切に扱うことをせずに、人工妊娠中絶を実施した。そのため、患者の中絶により生じた自殺傾向についても、患者が罹患

していた（血液の）病気によって、妊娠の継続には生命と健康に対して深刻な危機が必然的に伴うという事実についても、被告人は気づいていなかった。

〔271〕 連邦最高裁は、正当化状況が客観的には存在していたにもかかわらず、正当化条件の詳細な確認が欠けていたとして、被告人の行為について正当化を認めなかった。

〔272〕 しかし、刑34条による不処罰を、行為者が客観的正当化条件の存在を詳細に確認することにかからせることはできない。主観的正当化要素に関する一般的な考え方にしたがえば（上記〔47〕）、緊急避難状況と緊急避難行為の存在で、緊急避難による正当化には十分なはずである。

〔273〕 刑34条の文言は、明らかに、行為者の行為を「自己又は他の者から危難を回避するため」のものとしている。しかし、第二次改正法の立法者は、刑34条の緊急避難行為者が法文に一致して行為することでは満足せず、さらに、行為者の適切な心情をも要求している。思想の自由を尊重しようとする刑法の観点からは、これには疑念が生じる。そこで、是正策として、刑34条の制約的な解釈か、たとえば以下のような文言に、刑34条を改正することが考えられる。

〔274〕 「生命、身体、自由、名誉、財産、又は、そのほかの法益に対する、ほかの方法では回避することのできない現在の危難の中で、自己又は他の者から危難を回避するためにふさわしい行為を行った者は、…違法に行為したものではない。」

4. 緊急避難を検討する際の構造

〔275〕 ▶ I. 構成要件該当性

II. 違法性

緊急避難にもとづく正当化

- a. 緊急避難状況
 - 法益に対する現在の危難
 - 危難に対するほかの手段の使用不可能性（侵害の補充性）
 - 利益衡量の結果としての保全利益の優越
- b. 緊急避難行為
 - 優越的利益の維持
 - 手段の相当性
- c. 条文と通説によれば（疑問の余地があるが）、主観的
正当化要素

5. リーディングケース5.4の解決（論述スタイル）

a 事案の解答

〔276〕 Aは木製の柵を破壊したために、刑303条1項の器物損壊罪によって処罰されうる。

〔277〕 I. Aは他人の物（民90条）を、認識と意欲を持って損壊した。

〔278〕 II. しかし、当該行為は民904条の攻撃的緊急避難によって正当化されうる。危険源ではない柵の利用は、その所有者に対する攻撃を意味するからである。

〔279〕 正当化の条件は緊急避難状況である。現在の危難は、犬がAに向かって走ってきて、Aを咬もうとすることにある。正当化が認められるためには、木の柵による防衛行為が最終手段、すなわち、危険回避のために不可欠でなければならない。身体の完全性の防衛は、柵の損壊によってのみ保障されうる。とくに、Aがどんなに丈夫であったとしても、犬に咬まれるという危難を避けるために、柵をジャンプして越えることを要求することはできない。

〔280〕 最後に、犬に咬まれることによって差し迫る害が、柵の損壊によって生じる害より著しく大きくなければならない。法定刑の比較（刑223条は5年以下の自由刑、刑303条は2年以下の自由刑）からは、そのような著しい不均衡が導かれる。したがって、Aは緊急避難行為によって、優越的な利益を守ったと認められる。

〔281〕 Aは、正当化状況という適切な事実を知った上で、自身を守ろうとしているので、刑34条によって要求され、通説においても認められている主観的正当化要素も存在している。

〔282〕 結論：Aの行為は正当化される。ただし、Dは民904条によって、自身に生じた損害の賠償をAに請求することができる。

b 事案の解答

〔283〕 Aは犬を傷つけたため、Aは刑303条1項の器物損壊罪により処罰されうる。

〔284〕 I. Aは他人の物（民法90条aの動物）を認識と意欲を持って損壊した。

〔285〕 II. しかし、当該行為は正当化されうる。犬はEによって道具として使用されているわけではないため、攻撃は存在せず、ここでは緊急避難は認められない。危難は犬自体から発生している。したがって、民228条の防衛的緊急避難の成立可能性がある。

〔286〕 その成立要件は、第一に緊急避難状況である。現在の危難は、咬もうとする犬がAに向かって走って行き、彼を咬もうとすることにある。さらに、傘による殴打は不可欠の緊急避難行為でなければならない。この点は、事案において、Aが犬から逃げるためには他に方法がなかったために認められる。さらに、民228条にしたがい、犬に生

じた害はAに差し迫る健康侵害と不均衡となってはならない。刑223条の法定刑（5年以下の自由刑）は、Aの健康が、刑303条において保護されている犬の完全性（2年以下の自由刑）よりも優越しており、不均衡は存在していないといいうる。

〔287〕 Aは民228条の成立要件を満たし、合法的に行動した。

〔288〕 Aは正当化状況に関する適切な事実を認識しており、自身を防衛しようとしていたため、主観的正当化要素も充足している。

〔289〕 Aの行為は民228条により正当化される。

IV. 正当化的義務衝突

〔290〕 リーディングケース 5.5 a 事案

双子の息子事例：父親Vは、5歳の双子の息子であるS1とS2とともに、バルト海の島にドライブに向かった。VはS1のすべてを愛していた一方で、S2を非常に嫌っていた。家族が、浅瀬の島で遊んでいたとき、S1とS2が突然、気づかなかった深みにはまってしまう、溺れそうになった。S1とS2の間には距離があり、自分の身体的な能力の限界も感じたため、Vは、とっさに、泳げない息子二人のうちどちらかしか救えないと思った。そこで、彼は、S1だけを救助し、彼に嫌われているS2を溺れさせようと判断し、実際にそうなった。VはS2の死について処罰されるだろうか。

〔291〕 リーディングケース 5.5 b 事案

呼吸器事例：ある救急病院に、重傷を負ったSが運び込まれた。集中

治療室に入って、人工呼吸器につながればSの生命は救われうる状況であった。しかしそのとき、すべての人工呼吸器が使用中であることが判明した。集中治療室の医長であったD医師は、Sの生命を救うために、せいぜい3ヶ月しか余命がないと考えられる老患者Pの呼吸器をはずし、Sにつけることを決断した。その結果、Sは救助され、3週間後に彼の妻と3人の子どもの元に帰ることができた。一方、Pは数分後に亡くなった。D医師はPの死について処罰されるだろうか。

〔292〕 オットー(Otto) とキューパー(Küper) による包括的な研究にもかかわらず、義務衝突の法的評価は、いまだに刑法解釈学において争われている領域の一つであり、近年ようやく合意が見られるようになってきたところである。その理由は、解釈学的な研究があまりにも少ないために、正当化的義務衝突について多くの誤解が生じてしまっている点にある。

〔293〕 そのため、最初に、その概念と、衝突しているものの大きさの類型を明らかにすることが必要である (1)。その衝突の明確化と詳細な描写を行い、ほかの正当化根拠と比較してその独自性を示す：狭義の義務衝突 (2, 3)

1. 利益衝突としての広義の義務衝突

〔294〕 刑法と秩序違反法における圧倒的多数の法命題は、禁止規範にもとづいている。

〔295〕 例

刑212条：汝、殺すなかれ

刑242条：汝、盗むなかれ

〔296〕 不作為が規定されている処罰規定 (詳細は11章へ) だけが、命令規範を補強する。

〔297〕 例

刑323条c：汝、重大な事故において救助せよ

刑138条：汝、官庁または被害を受けるおそれがある者に対して、詳細に、特定の犯罪の計画や実行について、即時に通報せよ

〔298〕 禁止規範に対応する不作為義務と、命令規範に対応する作為義務：他者の殺害の禁止には、他者を殺害するなという義務が存在する。事故に際して救助せよと命じるということは、ある特定のやり方で積極的に行為せよという義務が存在する。

〔299〕 もちろん、刑13条の存在により、禁止／不作為義務は、命令／作為義務にも読み替えられうる。しかし、この読み替えは、付加的に、刑13条にて形成される条件と結びついているので、この場合、命令ではなく、禁止が基本形式と位置づけられる。その限りで、禁止規範の数は、命令規範のそれをはるかに上回っている。

〔300〕 なお、これらの処罰に値する禁止、もしくは、不作為義務の圧倒的な優位は、立法上の問題、ないしは、偶然の問題ではなく、平穩秩序としての（刑）法秩序の機能からの帰結である。なぜなら、平穩と秩序は、作為の義務づけよりも、不作為の義務づけによる方が、目に見える形で保障されるからである。つまり、不作為義務を侵す者は、第三者の利益を害する危険を発生させるのであり、その場合、正統化が要請されることになる。それに対して、通常、行為を行わない者は、第三者の権利を侵害しているわけではないので、正統化は要求されない。

〔301〕 ところが、作為義務の創設に特別な正統化を要求する場合——刑323条cのような特別規定を創設するにしても、刑13条のような追加規定を作るにしても（保障人的地位と保障人的義務。同価値性要件、作為の可

能性、期待可能性。)、不作為義務と作為義務との衝突に際して、特別な正統化、すなわち、作為義務の優越を説明することができない限り、作為義務は発生しない。

〔302〕 リーディングケース 5.5 について

作為義務よりも不作為義務が優先するという原則にもとづいて、リーディングケース5.5のb事案は判断される。つまり、ここで、刑212条に示される、患者Pを守るための不作為義務が、刑13条と結びついた刑212条から生じる病院の引き受けに由来するSに対する作為義務を排除する。Sとの関係で、たしかに、保障人的地位と義務が作為を要求するが、Pの権利への侵害を正当化することはできない。このことは、推定上の余命と生命の質にしたがって、人間の生命を衡量することを（正当にも）否定する場合に常に当てはまる。なぜなら、Sが若くて壮健であるのに対して、Pが年老いて病弱だということは重視されてはならないからである。

〔303〕 上述の例からわかるように、実際には、様々な義務が法的に衝突しているのではなく、そのうちの一つの義務が法的に作用するという序列関係にある。衝突するのは、利益、ないしは、形式的な作為義務、あるいは、不作為義務であって、刑法典の形式的な命令／禁止である。実質的な法的義務は、優先問題が明らかになってはじめて生じることになる。そうでないと、したがえば違法となる法的義務が創設されることになってしまう。しかし、利益の優越は刑34条の基準に従うので、すべての形式的な「義務衝突」は、まず、正当化的緊急避難の基準に従って判断される。では、その基準によれば、どの事案において優先が認められるのだろうか。

2. 形式的な「義務衝突」の衝突

〔304〕 形式的な作為義務と不作为義務の衝突は、以下のように組み合わせが可能である。つまり、作為義務と不作为義務（a）、不作为義務と不作为義務（b）、作為義務と作為義務（c）が考えられる。

a）形式的な作為義務と形式的な不作为義務の衝突

〔305〕すでに前述のように（〔301〕）、作為義務と結びついた第三者の権利に対する侵害に特別な正統化が存在する場合に、当該作為義務は実質的に存在することになる。これは實際上、正当化的緊急避難の特別の事案だということになる。なぜなら、緊急避難における行為者は正当化されるというだけではなく、保全利益のために介入することを義務づけられる。さもないと、不作为義務が優越するからである。

〔306〕 事例 5.26

形式的な不作为命令とそこから結論づけられる不作为義務の優先を理由として、施設での殺害事例における、いわゆる「安楽死を請け負う医師」の正当化の否定が、イギリス地区最高裁によって認められた。つまり、人間の生命を救うために、医師が「殺害リスト」の候補者を削除し、それによって間接的にはあるが、リストの作成に貢献していたというものである。ここで、リストに載っているすべての人に対する作為義務は、リストに残っている人の生命権に対する侵害を正統化することはできないため、作為義務に対する不作为義務の優越が認められたのである。

〔307〕 事例 5.27

いわゆる転轍係事例において、ブレーキが利かなくなった特急列車が、線路上の労働者の一団に衝突しそうになっていた。転轍係は、転

轆機を切り替えることによって、列車を迂回させることもできたが、そうすると、元々危険にさらされていなかった労働者が殺害されてしまうことになる。第三者の生命権への積極的な介入を正当化することはできないため、轆機を切り替えてはならないのである。

〔308〕 これに対して、34条の意味で轆係は、彼が轆機を切り替えると、列車は、鉄道労働者の代わりに、羊の群れといったより多くの動物に衝突し、殺害してしまうという場合には、著しい優越的利益が認められることになる。なぜなら、人間の生命のための作為義務は、動物のための不作為義務よりも優越するからである。

〔309〕 リーディングケース5.5のb事案でも、D医師はPの生命権への介入は正当化されないので、彼がPから呼吸器をはずした場合には違法となる。

〔310〕 形式的な作為義務と不作為義務の「衝突」の事案は、正当化緊急避難を介して判断されるので、実質的な義務衝突はここでは存在しないということになる。なぜなら、正当化的緊急避難の衝突ルールは、利益衝突を判断し、実質的な義務衝突を避けるものだからである。

b) 不作為義務の衝突？

〔311〕 誰もが多くの不作為義務に同時に直面している。たとえば、盗むな（242条）、だましとるな（刑263条）、殺すな（刑211条以下）、そして、免許なく運転するな（道路交通法21条）などである。これらの不作為義務は——作為義務と不作為義務とは異なり——同時に存在する。われわれは、これらすべてを、不作為によって同時に満たすことができる。ところが、同時にこれらを満たすことができるがゆえに、實際上これらは衝突しないのである。つまり、不作為義務の衝突は存在せず、存在しえない。しかし、その逆のことを以下の例が証明しているようにも見える。

〔312〕 事例 5.28

“ハンブルグのエルベトンネル事案”。ハンブルグの高速道路のエルベトンネルでは、ラッシュアワーのときに、三つの道のうちの中央だけを交通規制していた。つまり、中央のレーンを一時的に一方方向にしたり、逆方向にしたりしていた。電光掲示板の表示で、中央のレーンの通行の向きが変わっているのに、（コントロール器械の故障や、警察の過失が原因となって）運転者がいまだ古い進行方向で、エルベトンネルを走行している場合、不作為義務の“衝突”が存在する。つまり、運転者がトンネル内で逆走、もしくは、停止すれば、以下の不作為義務（禁止）に違反することになる。

〔313〕 ●誤った方向へ走るな

●停止するな

●向きを変えるな

〔314〕 事例 5.29

高速道路スピード運転事案：高速道路でスピード運転をする人が、渋滞の最後尾に到達した。彼がブレーキをかければ、後続車が追突事故を起こすことになる。彼がそのまま運転をすれば、前方の車両に追突する。この運転手は停止もさらなる走行もどちらもできない。両方が彼に禁じられているのである。

〔315〕 事例 5.30

逆走ドライバー事案：高速道路で本来とは逆方向に走る逆走ドライバーは、停止することも、走行を続けることも、方向を変えることも

許されない。

[316] しかし、これらの例を、体系論上の伝統的な諸制度によって検討すると、「衝突状況にある」不作為義務は実際には存在しないことは明らかである。

[317] 高速道路の逆走ドライバーを例として取り上げてみよう。彼は見かけ上は、停止することも進行方向を変えることもしないよう義務づけられている。しかし、これらの義務は、逆走ドライバーにとって、實際上衝突状態にあるわけではない。このことは、適切な不作為義務、もしくは、不作為禁止の意味を問題とする場合に、理解できる。

[318] つまり、高速道路におけるすべての交通ルールの意味は、最善の方法で、すなわち、最小の危険によって、交通の流動性を保障するというものである。これは、それぞれの方向指示にもとづいて、すべての自動車が最低限のスピードで走行する、すなわち、決められた方向へと走行する場合である。このような条件の下で、停止禁止にも転回禁止にも正当性が認められる。自動車が十分な根拠なく停止したり、決められた方向とは逆に走行したりすることは避けられなければならない。それゆえ、道路交通規則18条8項は目的論的に制約されており、逆走ドライバーに停止するなという義務を規定していない。なぜなら、道路交通の流動性にとって、逆走ドライバーが逆走を続ければ、停止するよりも危険だからである。停止する逆走ドライバーは、道路交通規則1条2項による安全配慮要請を守っている限り、義務違反的に行為したとはいえないのである。その後の転回行動があまりにも危険な場合は、適切な——必ず充足可能な——不作為義務が同じく道路交通規則1条2項から生じることとなる。道路交通規則49条1項18号と結びついた18条7項における転回禁止から不作為義務が認められるわけではない。なぜなら、運転者は、すでに誤った方向に走行しており、転回が安全な交通の流れを可能にするのであれば、転回禁止そのものは彼には妥当しないことになるからである。

[319] 逆走ドライバー事例では以下のような結論になる。逆走ドライバーが最初に

違反する不作為義務は、決められた走行方向とは逆に走行レーンを使用することを禁止することにある。この不作為義務に、彼は停止することではなかったが、なぜなら、停止しないという義務は、彼の特別な事情においては存在しないからである。自動車を正しい走行方向に向かわせるという意味での「転回」が危険なく可能な場合（休日ではない秋の夜3時半の人のいない高速道路）、転回禁止は逆走ドライバーの事例には該当しないため、当該転回は上述の転回禁止には違反しない。これに対して、転回があまりにも危険な場合、逆走ドライバーは、自動車を自身が走行している方向で可能な限り即時に停止させて、警察に通報すべきである。

〔320〕 高速道路における逆走ドライバーの例からわかるのが、不作為義務の衝突の構造は、論理的思考に反して、適切な不作為義務を意識的に現行法に反して解釈した場合にはじめて考えるということである。逆にいうと、適切な義務解釈によって、不作為義務の衝突はなくなるということである。

〔321〕 このことはノイマン（Neumann）が作った以下の事例にも当てはまる。雑踏の中で前に押し出されたXが、彼の前に倒れていたAかBのどちらかを踏まざるをえないという「選択」に迫られた。Xはその状況下でAを踏まざるを得なかった場合、その限りでこれを避けるという作為義務が生じる。しかし、その一方で、Bの不利になる判断については（優越的な）不作為義務が生じることになる——これは典型的な「転轍係」事案と同じ状況といつてよい（上記5.27参照）。

〔322〕 したがって、以下のことが確認される。：複数の不作為義務の並立はありうる。しかし、これらの不作為義務は、一方の不作為義務の充足が他者の侵害をもたらし場合には衝突しえない。つまり、「*Leges prohibitavae nunquam inter se colliduntur*」——禁止規定は絶対にお互い

に衝突しえないのである。そうでなければ、立法者は相矛盾する不作為義務の創設によって過失を犯し、おかしい法状況を生んだということになる。

c. 作為義務の「衝突」?

〔323〕 作為義務についても、義務の名宛人に対して、形式的に、同時には充足しえない要請が複数なされるという形で衝突する（リーディングケース5.5 a事案参照）。作為義務に上下関係がある場合には、正当化緊急避難のルールが妥当し、より高位の義務が実際には影響を及ぼすことになる。

〔324〕 事例 5.31

ある人と犬が溺れそうになっている場合、人が救助されなければならない。不作為による犬という器物損壊は、優越的な利益が認められるために刑34条により正当化される。

〔325〕 正当化的義務衝突が独自で意味を持つ領域として、2つの同列にある形式的な作為義務が衝突する場合が考えられる。

〔326〕 たとえば、リーディングケース5.5の a 事案において2人の人が溺れそうになっていて、片方しか救助されえないとする。この場合、一方の利益も一方の形式的な義務も優越しないために、正当化的緊急避難の基準はもう役に立たない。

3. 同列の形式的作為義務の正当化的「衝突」（狭義の正当化的義務衝突）

〔327〕 以上のような事案では、実質的には、一方の法的義務のみが前提となっている。この義務は、両者の作為可能性のうちの一つをとることを要求し、もう一方の不作為を正当化することになる。

〔328〕 同列の形式的な作為義務の衝突に際して、一部では、一方の義務の順守は正当化されず、免責的な効果が発生するだけだという見解が主張されている。しかし、以下のような理由から反対である。

〔329〕 複数の同列の作為義務が形式的に衝突する中で行為する者は、以下のような選択肢を有している。つまり、彼は一方の作為義務を果たすか、あるいは、行動しないままにいることができる。しかし、行動しないことを、法秩序としては、侵害客体の保護のために甘受することはできない。したがって、このような事案では、行為者に対して、一方の作為義務の不順守か、ないしは、もう一方の作為義務の不順守の責任を問われなければならない。この帰結を、行為者が作為を行った場合にだけ免れることができる。しかし、行為者がそのように行動すべきだとすると、それが同時に違法とはなりえない。なぜなら、法秩序は、違法な行為の実行を命ずることができないからである。それゆえ、見かけ上は衝突している、複数の同列の作為義務のうちの一つを順守することは、正当化根拠として作用することを意味する。なぜなら、実質的には、形式的な作為義務（作為命令）のうちの一方を果たす義務のみが存在するからである。同列の利益を守るという正当化根拠として、正当化的義務衝突は、独自の解釈学的な機能を有している。なお、そのほかの点では、正当化緊急避難のルールが妥当する。

〔330〕 正当化的義務衝突の領域で、衝突する利益、ないしは、形式的な作為義務にいつ同列性が存在するといえるかという問題だけがいまだ課題として残っている。しかし、ここでは義務衝突の解釈論は根拠とにならない。それは、挙げられた類型の衝突がどのように解決されるのかということについての形式的な概念に過ぎない。衝突する利益の内容的な評価は、義務衝突の解釈論以前の問題である。

リーディングケース 5.5 の解決（論述スタイル）

リーディングケース5.5の a 事案 双子の息子事例

〔331〕 Vは、不作為による息子 S 2 の故殺として処罰されうる（刑 212条、刑13条）

〔332〕 構成要件に該当する外界における変化——S 2 の溺死——は、Vの認識的・意欲的な不作為と同様に存在する。Vの不作為とS 2 の死との間に、因果関係が存在するといつてよく、なぜなら、Vが適切な作為をしていればS 2 の救助が十中八九可能であったといえるからである。

〔333〕 問題は、Vが違法に行為したといえるかである。

〔334〕 ここでは、二つの同列の作為義務が衝突している。なぜなら、Vは息子のS 1 について、息子のS 2 と同じく、法にもとづいた保障人だからである。さらに、Vには両方の息子を救助しうる可能性はなかった。同列の形式的な作為義務が衝突するなかで、Vは2つの可能性のうちの1つを選択することができ、有力説によれば、そのような行為をしたVは違法だとは評価されないことになる。

リーディングケース5.5の b 事案 呼吸器事例

〔335〕 D医師は、Pの治療を呼吸器の停止によって中止したという事実から、Pの故殺（212条）によって処罰されうる。

〔336〕 D医師にとって、形式的な作為義務と形式的な不作為義務が衝突している。彼は一方では、Pの治療を継続しなければならず、他方では、彼はSの治療の開始が義務づけられていた。しかし、当該利益の同列性によって、形式的な不作為義務だけが実質的な不作為義務へと強化される。

〔337〕 D医師によってなされた判断は、この不作為義務に違反する

ため違法となる。最も高位の財である人間の生命は衡量不可能であり、予測的な観点の下で評価することも許されない。

V. 犯罪構成要件に該当する基本権侵害の、職務法と強制法による正当化

〔338〕 リーディングケース 5.6

Xはある殺人現場の近くで、殺人の嫌疑により逮捕された。未決勾留の可否を判断する裁判官であるRは、逃亡のおそれを理由に、刑事訴訟法112条2項2号にもとづく未決勾留命令を発布した。Rはこのことを、Xが未婚であり、親族が外国にいるという調査書にもとづいて理由づけた。

〔339〕 たしかに、Xは、実際に未婚であり、親族は外国にいた。しかし、実はXはたまたま行為時に現場近くに滞在していただけであって、犯人と間違えられたという事実があった。実際にはYが行為者であった。この場合、R裁判官は合法に行為したといえるだろうか。

1. とくに刑事訴追の枠内での公職者の侵害権

〔340〕 刑事司法は、とりわけ広範囲の刑事訴追の枠内で、処罰規定に該当する、国家の主権にもとづく侵害を必要とする。たとえば、刑訴法112条以下の未決勾留は刑239条（自由剥奪）に当たり、刑訴法81条aの被疑者・被告人からの血液標本の採取は刑340条（公務における傷害）に当たる。これらすべての措置が、無罪とするための正当化を必要としている。それらにふさわしい正当化根拠は、とくに、刑事訴訟法における特別な侵害の基礎にみられる。その効果は、そのほかの正当化根拠とは区別されないのだ

が、それでもなお、その特殊性を以下のように指摘することができる。

〔341〕 被疑者、被告人が当該行為を有責的に実行したことにについて、判決を下すというだけではなく、さらに、裁判官が確信を得ることまでが必要なため、すべての構成要件に該当する侵害が、実際には誤っていたというリスクを有することとなる。しかし、それによって、刑事司法が機能不全に陥らないようにするためには、立法者がこのリスクについて、その不確かさを考慮に入れた規定を作ることによって配慮しなければならない。したがって、「嫌疑」や「おそれ」（刑訴法112条参照）のような条文上の規定は、事實的観点において不確実性の残る場合を念頭に置いた表現なのである。

〔342〕 「嫌疑（Verdacht）」は、当該人物が犯罪を行ったということについて、判断時点における、ある程度の蓋然性を必要とする。一方、「おそれ（Gefahr）」は、特定の有害な出来事が発生するであろうという蓋然性を要求する。実際には、特定の人物が犯罪を行なっていなかった、もしくは、有害な出来事が将来発生しないという事実は、特定の徴候が存在する場合に嫌疑やおそれがあることを変えるものではない。

〔343〕 リーディングケース 5.6 について

したがって、リーディングケース5.6において、たとえ、最終的にXが行為者ではなかったとしても、Xに対する犯罪の嫌疑は、犯行現場の近くで発見されたということにもとづいて認められる。また、未決勾留命令の条件としての、逃亡のおそれというメルクマールも、Xの家族関係にもとづいて認められる。したがって、Xが実際の行為者ではなかったにもかかわらず、刑訴法112条1項、2項2号の未決勾留命令の条件は存在していた。そのため、Rは合法に行為しており、刑訴法112条が刑239条の正当化根拠ということになる。Xが行為者だとRが錯誤したことについてはここでは問題とはならない。なぜなら、

刑訴法112条1項、2項2号の未決勾留命令にとって、犯罪の嫌疑と逃亡のおそれの存在で十分だからである。

〔344〕 刑訴法112条と同様に、国家による侵害を認める、すべてのほかの法的基盤が正当化根拠となる。ここで特に例として挙げられるのが、刑訴法127条1項2文、2項における身元確認と身柄の仮拘束である。これらの侵害権も犯罪の嫌疑にもとづくものであり、補充的にのみ、かつ、比例性の範囲内で行使可能である。

2. 司法職員以外の行為—民229条ないし231条、刑訴法127条

a) 自救行為—民229条ないし231条

〔345〕 民229条ないし231条は、民法上の権利行使を認めている。この条文は、緊急事態における暴力の行使をも許容するが、原則的には、自由な法治国家において、そのような手段の行使は国家にのみ留保されるとしている。そのため、権利行使に当たっては、

- ・ 公的援助を受ける暇がない、あるいは、不当に拒絶された場合、かつ
- ・ 即時の侵害なくしては、権利実現ができない、あるいは、かなり困難となる場合

〔346〕 自救行為の正当化効果と関連するのが、とくに、刑239、240、303条の構成要件該当行為である。自救行為の特別な形式としては、民561条、581条2項、704条、859条2から4項、860条、910条、962条、1029条がある。

b) 現行犯逮捕—刑訴法127条1項1文

〔347〕 刑訴法127条1項1文によれば、何人も、ある条件の下で逃亡のお

それがある者の身柄を仮に拘束する権利を有する。この刑訴法127条1項1文によって、国家は公的な機能——身柄拘束によって刑事裁判所の訴追を可能にすること——を市民に委ねているのである。

〔348〕 刑訴法127条1項1文による正当化の条件は、現に罪を行っているときに捕捉された者、あるいは追跡された者であること、ないしは、逃亡のおそれや即時の身元確認の不可能性である。

〔349〕 「犯行」とは、刑11条1項5号の意味での構成要件に該当するものでなければならない。「現に罪をおこなっているとき」とは、まさに実行されている、あるいは、たった今終了した行為が、犯罪として目撃者に認識可能な場合を指す。しかし、この「現に罪を行っているとき」は、文言上、追跡された者にもかかっている。そのため、罪を認識後すぐに追跡を開始していなければ、権利者として認められない。

〔350〕 争われているのは、刑訴法127条1項1文の意味での「罪」が実際に開始されていなければならないのか、あるいは、「犯罪実行の過失なき想定」や、犯罪の明白な嫌疑で十分なのかという点である。有力説は、犯罪の明白な嫌疑でよしとし、錯誤のリスクは被疑者が負うとしている。しかし、私人には——警察職員とは異なり（刑訴法127条2項参照）——被疑者を拘束する法的な義務は存在しないので、犯罪が実際に始まっていなければならないと理解する見解の方がよりよい帰結を導くことができる。

〔351〕 逃亡のおそれとは、捕捉された者が刑事訴追を免れようとしている外見上の徴候が、そのような意図が実際にあるかどうかは別にして、認められる場合を指す。これに対して、拘束する者が、逃亡のおそれの要件が外的な事情から実際に存在すると誤って考えた場合、故意責任を阻却する正当化事情の錯誤が存在し、通説によると、当該行為の違法性は阻却されない。

〔352〕 刑訴法127条の正当化は、特に、個人の自由の侵害を認めることを意味する（刑239条、240条）。刑訴法127条は、憲法上の比例原則によって

限界づけられるため、拘束される者の生命・身体の意図的な侵害は許容されえない。

VI. 軍事上の命令と職務上の命令（指示）

〔353〕 指示、すなわち、軍事上の指令や、職務上の命令の正当化は、階級的に構築されたシステムの機能を向上させるのに役立つ。正当化の特権を享受する者は、命令もしくは指示の対象者である。つまり、その者は、限定された範囲内ではあるが、たとえ自己になされた命令が違法であっても、合法に行為したことになる。このことは、以下のように説明される。

〔354〕 上下関係の原則は、軍事上、あるいは、軍事以外でも、公務員法上の階級の中核に位置づけられ、下位の者は上位の者に対する服従を義務づけられる。この服従義務によって、命令や指示の合法性に対して下位の者が疑問を持った場合に、必ずしもそのすべての疑問が考慮されるわけではないということが導かれる。そうでなければ、システムの機能性が保たれないからである。このような疑問は、この命令や指示が拘束力を有する場合に考慮されない。そのため、命令や指示の合法性に対して（事情によっては、最終的に根拠あるとされる）疑問があるにもかかわらず、命令の名宛人は合法的に行為したと評価される。

〔355〕 命令や指示の拘束性は、命令にもとづく合法的行為への前提である。命令／指示の拘束性は以下の条件の下で認められる。

〔356〕

1. 形式的な拘束性

— 当該類型の指示に関する上司の管轄

— 手続規定の順守

2. 実質的な拘束性

—合法性、ないしは

—明確な違法性の不存在

命令の明らかな違法性とは特に以下のように認められる。

—秩序違反に該当する場合、ないしは、

—可罰的な場合、ないしは、

—人権侵害となる場合、ないしは、

—国際法に反する場合（基本法25条参照）

例外に注意！

—刑務官に対する、直接的な強制に関する秩序違反的な職務命令

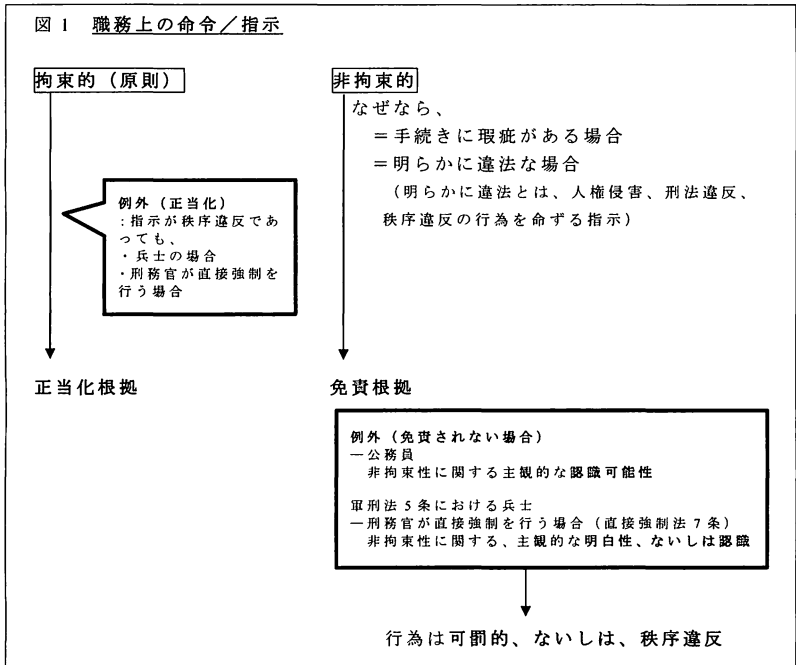
—兵士に対する秩序違反的な命令については、実質的な拘束力はなお残る。

〔357〕 図1において、職務上の命令／指示に関して図解した。

〔358〕 拘束力を有する指示は、犯罪構成要件該当行為にはならず、例外的にのみ秩序違反的な行為となるだけなので、法的な利益を侵害する行為を正当化し、そのことによって、刑32条の正当防衛を排除することができる。

VII. 教育権

〔359〕 教育権の前身である、懲罰権は、もっとも広い意味での処罰の正統化として考えられてきた。しかし、少なくとも、現代の、人間の尊厳の尊重を義務づけられた法治国家においては、人を貶めるような処罰は認められない以上、懲罰権は「死に絶えた」正当化根拠といわざるをえない。



1. 教師の職務法としての「懲罰権」の否定

〔360〕 教師による身体的な虐待と健康侵害（刑223条、340条）の教育的な理由にもとづく正当化は、今日ではもはや認められていない。

〔361〕 そのため、生徒の身体の完全性への侵襲は、一般的なルール（正当防衛、緊急避難、緊急救助）だけにしがって正当化されうることとなる。

〔362〕 そもそも、教師の職務権にもとづく、構成要件該当行為の正当化は、とりわけ、刑239条の自由剥奪の場面で重要な役割を果たす。たとえば、教師が、何らかの非行を理由として放課後に帰宅させずに、「居残り」をさせるような場合である。

2. 両親、その他の監護権者の教育権

〔363〕 両親の教育権が認められていることは、身体的な懲罰、精神的な

侵害、そのほか人を貶めるような手段を禁じている、民1631条2項の反対解釈から導かれる。叩いたり、頬を平手打ちしたり、短時間の自由剥奪（自宅監禁）は、通説によれば正当化される。ただし、それが人を貶めるような行為とみることができないことが条件である。なぜなら、そのような行為は、殴打刑の廃止に至ったという観点からみて、傷害行為として疑問視されるからである。

〔364〕 しかし、相当な身体的侵襲を除く目的で、「身体的な虐待」というメルクマールの制限的な解釈を考慮することは説得的ではなく、しかも、将来的にも考えられない。なぜなら、刑223条の意味での構成要件該当性の否定がその違法性を阻却するわけではないからである。また、軽度で、構成要件に該当しない身体的侵襲であっても、見過ごされてはならない攻撃である——それが子どもであったとしても。そのため、現在では、裁判所は、平手打ちを違法な身体傷害だとして評価するのが適切である。なお、両親が棒やベルトを使ってたたく場合には、危険な身体傷害に該当する。

〔365〕 しかし、たとえ——刑罰論上の大きな疑念は払拭できないものの——適度な身体的懲罰を合法的だと解そうとする場合であっても、子どもに対する最も軽度な虐待と、正当な懲罰権との結びつきは観念的なものに過ぎない。なぜなら、子どもがたたかれる場合に、贖罪、応報、特別予防・一般予防といった意味での「刑罰」と関係があるのは非常に稀なことだからである。

VIII. 許された危険

〔366〕 許された危険を、「法的に重要な危険の欠如」や、欠如した客観的帰属の一事案類型として理解しないのであれば、優越的利益の原則にもとづく正当化構造をもつものとして位置づけられる。ただし、不確実な事実基礎にもとづいた正当化が行われる。

〔367〕 実際上の不確実性が存在する事案では、行為者があらかじめ、可能な限り、実際の状況を明らかにしたり、もしくは、予測上の不確実性を最小限にする努力を行っていたりする場合に限り、その行為者は正当化されることとなる。すなわち、許された危険において、行為者には、調査義務が課されるのである。しかし、正当化状況について知識を有する専門家でない限り、そのような調査ができるとは考えられない。そのため、許された危険状況における行為の正当化は、その不確実的な事実基礎を埋め合わせるための、主観的正当化要素を必要とする。

〔368〕 許された危険状況における行為者は、自身の事情についてまったく確信を持ちえないため、許された危険は行為者に、無制限にはなく、一時的・仮定的な侵害権のみを与える。なお、この権利は、正当化事情の是認が不当であることが認識可能となれば、すぐに失効する。

〔369〕 許された危険は、「優越的利益」の正当化原理の特別形式に過ぎないので、この形式的概念の具体化のためには、最も重要な事案からなる事案類型の形成が欠かせない。

1. 推定的承諾

〔370〕 リーディングケース 5.7

救急病院の急患入口に35歳の男性が運び込まれた。彼は交通事故で重大な傷害を負い、多量の出血が見られた。そのため、即時の輸血を行わなければ、この男性患者は死亡するという状況であった。かなり努力したにもかかわらず、D医師は、患者の身元を確認できなかったため、彼の輸血に関する意思を明らかにすることができなかった。輸血を望まないという事情が認識できなかったため、D医師は輸血を行い、患者を救った。しかし、後になって、患者はD医師を強く非難した。なぜなら、彼は宗教上、たとえ自身が死ぬとしても輸血を受ける

ことを禁じられていたからである。D医師は処罰されるだろうか。

別のバリエーション：D医師は輸血を始めようとしたのだが、患者と親しい知り合いで、患者の宗教的な信念も知っていた看護師Kがやってきた。Kは、D医師に情報を提供した後、必要とあらば、D医師に対して暴力を用いて、輸血を阻むことはできるだろうか。

〔372〕 推定的承諾は——利益が欠如しているような軽微事案を除き——権利者の推定的意思に合致している利益を行為者が認識している場面で行われる、依頼なき業務執行である。これは、急患に対して新たな治療手段をテストする際にも妥当する。そのため、治療上の試みは、一義的に利益優先がなされる場合にのみ考慮される。しかし、被害者の意思についての推定が誤っていたことが実際に明らかになった場合であっても、当該行為は違法だとは評価されない。推定的承諾の要件が認められ、かつ、承諾が見込まれる場合に誠実な確認を行ったのであれば、行為者は許された危険を主張することにより、無罪となる。

〔373〕 推定的承諾は、さまざまな状況の下で、正当化の効果をもたらすうる。

〔374〕

・被害者が侵害される利益よりもより高い価値の、保全利益が認められる場合。この場合、被害者が侵害される財に対する利益は、推定上の優越的利益に劣ることとなる（いわゆる内的な利益衝突）。

〔375〕 事例 5.32

住居の所有者であるAの寝室において、Aがベッドでタバコを吸ったのち眠ってしまったことが原因で、火事が発生し煙が充満していた。隣家に住むNが煙に気付いたが、NはA宅のカギを持っていなかった

ため、Aの寝室に通じるガラス窓を石で割ることにした。このおかげで、Aは窒息死から免れ、駆け付けた消防隊によってすぐに救出された。

[376]

・例5.31で第三者の利益が問われている場合であっても、正当化は可能である。たとえば、Aが単なる賃借人であって、Aを救うために、家の所有者であるEの窓ガラスが割られた場合であっても、正当化されうる。

[377]

・最終的に、保全される財に対する権利者の利益がまったく認められないという場合もありうる（軽微事案）。

〔378〕 事例 5.33

AはBに新しい本を手渡した。AはCにその本を贈りたいと考えており、BがCに手渡すことを望んでいた。しかし、BはAに何も言わずに、本を受け取ったままにして（刑246条の横領）、Cに対してはAから預かった本とは別の、同じ本を購入して手渡しておいた。

〔379〕 推定的承諾の要件とは以下のとおりである。

a) 承諾の意思表示が得られないこと

〔380〕 軽微事案を除き、推定的承諾は、実際の承諾の表明がなされえない場合にのみ考慮の対象となる（推定的承諾の補充性）。

b) 承諾が見込まれること

〔381〕 財の侵害を行うことが、権利者の推定的承諾に合致していなければならない、その承諾の「合理性」は問われない。承諾が経験則にしたがっ

て判断されないのと同様に——たとえば、エホバの証人における輸血事例——推定的承諾もそのような判断はされえない。ただし、そのほかの正当化根拠——たとえば、正当化緊急避難（34条）——の適用は排除されない。

c) 承諾のその他のすべての条件

[382] 以上に加えて、処分権限、弁識能力、行為に良俗違反性がないことが要件となる。さらに、正当化状況の存在に関する不確実性を埋め合わせるために、推定的意思の誠実な確認を含む、主観的正当化要素が存在していなければならない。

d) 推定的承諾を検討する際の構造

[383]

I. 構成要件該当性

II. 違法性

推定的承諾を理由とする正当化は以下の要件のもと認められる。

- a. 法益の処分可能性
- b. 明示的な承諾の取得不可能性（補充性）
- c. 承諾が見込まれること
- d. 推定的な弁識能力
- e. 主観的正当化要素の存在
- f. 誤った推定を行った事案では、推定的意思の誠実な確認
- g. 行為の良俗違反性の欠如（228条）

リーディングケース5.7の解答

模範解答（論述スタイル）

[384] D医師は刑223条の傷害罪によって処罰される可能性がある。

[385] I 第一に、輸血行為が、故意による傷害罪の処罰規定に当

たる。輸血は身体の完全性に対する侵襲行為をともなうため（輸血用の手術機材の取り付け）、通説によれば、そのかぎりでは、健康状態の不良変更が生じているからである。

〔386〕 II しかし、当該行為は推定的承諾によって正当化される可能性がある。そのためには、D医師が患者の保全利益（生命）を、侵害利益（身体の完全性）よりも高い価値があるものとして認識していたことが要件となる。この場合、侵害される財の完全性に対する被害者の利益は、危機に瀕している推定上の優越的利益よりも劣っている（いわゆる内的な利益衝突）。ただし、実際には不確実性が存在する以上、行為者が、事前に可能な限り、実際の事情を明らかにするために努力した場合にのみ正当化される。

〔387〕 D医師は以上の要件を満たしているため、彼の行為は正当化される。

〔388〕 バリエーションについてのヒント

D医師が許された危険を認識している場合、無制限ではなく、あくまでも侵襲に関して一時的な権利のみを有する。その権利は、実際の事情が認識可能となれば即、消滅する。したがって、Kの指摘がなされれば、権利は消滅することとなる。

2. 正当化事由の誤想が回避不能であった場合（正当化事情の錯誤が回避不能であった場合）

〔389〕 リーディングケース 5.8

ここで、以前に紹介した救助要請事例（〔138〕以下）を参照すること

ととしたい。Pによる適切な救助要請がなく、誤って緊急救助状況だと認識したことについて、客観的にも主観的にも回避不可能だと認められる場合、Lの行為は許された危険として正当化されることとなる。

〔390〕リーディングケース5.8では、目撃者による客観的観点から、ないしは、行為者から見て、Pが彼の妻をナイフでまさに攻撃しようとしていると（誤って）考えることが回避不可能な状況が続くかぎり、Pの妻を保護する権利が、誤認したLには存在している。そのような錯誤の回避不可能性によって、それが存在する間は、外観を理由として、Pが彼の妻を実際にナイフで攻撃しているということが導き出される。そのような不確実性があるため、客観的に危険な状況があるといいうる。そのため、Lの侵害は、違法とはいえず、Lに本当の状況を明らかにするかどうかはPにかかっていると言えよう。

3. 侵害権の事實的・規範的要件の公職者による誤想

〔391〕リーディングケース 5.9

大規模な横領の嫌疑がかかるAが、未決勾留の可否を判断する裁判官Hの前に連れてこられた。検察官は、逃亡のおそれを理由に、勾留状の発付を請求した。Aは独身であり、兄弟は海外にいる旨を文書からHは読み取った。

これらの事実を誠実に確認し、さらなる事情も評価して、Hは、逃亡のおそれが存在するという結論に至らざるを得なかった。そして、Aに対して刑訴法112条2項2号にもとづく未決勾留命令を発付した。このような措置は、ほかのあらゆる誠実に勤務する裁判官であっても、同様の措置をとったであろうといえるものだった。しかし、実際には、Aの親族関係についての捜査書類における内容は不正確なものだった。

Aは既婚であり、3人の子供の父親だった。しかも、Aには海外には親戚はいなかった。

Hの行為は違法だろうか。

〔392〕 国家による基本権侵害の枠組みにおいては、（a）公職者が侵害規範の事実的要件を誤って理解しているか、あるいは、（b）正しい事実認識があるにもかかわらず、誤った評価にもとづく錯誤によって侵害権があると理解する場合に、許された危険に立ち戻って議論がなされることになる。

a) 侵害についての事実的要件の誤想

〔393〕 侵害権の事実的要件を誤想した場合、一般的な錯誤論の基準にしたがって、正当化事情の錯誤として扱われるといわれてきた（13章〔189〕以下）。通説である制限責任説によれば、公職者には、故意による犯罪実現を理由とした答責性は認められえない。他方、過失による行為実行を理由とした可罰性は、錯誤について過失すらない場合にのみ否定される。ここでは、公職者は、正当化事情についての自身の錯誤について、客観的ないは主観的に認識可能となるまで、許された危険を理由にした侵害権が認められるとされる。

b) 侵害権の誤想

〔394〕 公職者が確かに適切に事実を理解しているが、それを不正確に評価している場合に、錯誤論のルールにしたえば、許容の限界に関する錯誤の形をとった禁止の錯誤が認められる。その錯誤が回避不可能だった場合には、違法に行為した公職者は、刑17条によって不処罰となる。

〔395〕 事例 5.34

未決勾留命令の可否を判断する裁判官が、逃亡のおそれについて、これに関する事情に十分な根拠がないにもかかわらず、その存在を肯定した。

c) 刑法上の合法性概念か、「手続上」の合法性概念か？

〔396〕 客観的にも主観的にも回避不可能な、正当化事情の錯誤に陥っている行為者に対して、被害者には、その錯誤が認識不可能である限り、侵害の不正性が欠如していることから、正当防衛権は認められない（〔137〕以下、〔144〕）。一方、禁止の錯誤や、回避可能な正当化事情の錯誤に陥って行為する公職者に対しては、被害者に制限的にはあるが、正当防衛が認められる（上述〔160〕）。

〔397〕 公職者を保護することを目的として、判例と一部の学説は、一般的に、この正当化事情の錯誤——一部学説によれば、さらに禁止の錯誤も——を、刑法上の合法性概念を用いて、許された危険に基づく取扱いをしようとする。つまり、この見解では、あたかも正当化条件が実際には揃っていたかのように扱われることになる。ただし、その条件として、この正当化条件が合義務的に確認され、客観的にも管轄があり、重要な手続きの順守がなされている必要がある。

〔398〕 事例 5.35

刑訴法127条1項2文による、検察官や警察職員による身元確認や、刑訴法127条2項におけるおそれにもとづく現行犯逮捕の場合、逮捕を行う者が、条文上の要件を満たす事実だと誤認したとしても、条文上の要件の下で、この国家的な行為は違法とはならない。

〔399〕 このような、合義務的な調査の後に行われた基本権侵害に対して、被害者は正当防衛や緊急避難権を認められないとされる。むしろ被害者は、可能な限りの法的支援を享受すべきだとされる。ここでは、国家の錯誤特権、いわゆる刑法上の合法性概念が指摘されるのである。

〔400〕 しかし、合義務的な調査を行った公職者に、実際には存在しないはずの侵害権を認めるために、刑法上の合法性概念を使用することに対しては一部で異議が唱えられた。この見解によれば、錯誤が客観的・主観的に認識可能となればすぐに、許された危険を理由とした、権利外観（Rechtsschein）にもとづく侵害権は喪失するはずだというのである。

〔401〕 以上の批判に対して、正当化事情の錯誤にだけ向けられた刑法上の合法性概念は、実務の要請によらずに根拠づけられると反論される。なぜなら、公職者が実際の侵害要件を錯誤しているのか、あるいは、単に誤って評価しているだけなのかについて、被害者が慌ただしい状況の中で区別することはできないからだとする。そのため、刑法上の合法性概念を採る場合、合義務的な調査を行ったうえでもなお存在する禁止の錯誤を刑法上の違法概念の中で考慮するという解決がよいということになるとする。このような見解によれば、合義務的な調査を行ったうえでの、錯誤にもとづく不当な国家的侵害は常に甘受されなければならない、法的支援のみ享受するというルール、まさしく「官憲国家的（obrigkeitsstaatlich）」な解決が妥当することになる。しかし、このような解決は、国家的侵害に際して透明性が保障されていて——たとえば、デモのときに、警察官が名札とIDカードを身につけているような場合——、これによって、被害者が少なくとも事後的に自身の権利を保護する場合にはじめて、暴力が回避され、この見解が受容可能なものとなると思われる。

〔402〕 一方、一般的な錯誤論を基盤とした、許された危険にもとづく解決には、体系論上正しく、合法性を擬制する必要がないという点に長所がある。この解決は一見して得られる内容以上に実務的なものである。なぜ

なら、公職者に説明し、侵害を正当化する権利外観を除去するかどうかは被害者にゆだねられているからである。しかし、当然のことながら、この解決には限界も存在する。まず、禁止の錯誤にこの解決を適用することはできない。加えて、公職者が錯誤を認識可能であるにもかかわらず、真実に見える逆のイメージを持ってしまったために納得していない場合、この解決は役に立たないのである。なぜなら、その場合、「国家的な錯誤にもとづく危険」に対して、必要とあれば、適度な暴力による防衛が許容されるべきだからである。しかし、この場合には、「実務的解決」も、合義務的な調査を前提とすることはできないだろうから、体系的な首尾一貫性という観点で、刑法上の合法性概念よりも、より良い根拠を提示しているといいうる。

〔403〕最後に、連邦憲法裁判所の第一法廷の二つの決定は、刑法上の合法性概念が不要であることに賛成していることを指摘しておきたい。この二判決は、状況のレベルと、制裁のレベルとを区別したうえで、状況レベルにおける法的明確性と法的安定性に配慮している。つまり、状況レベルにおいて、被害者は、実体的には不当だが、行政手続、ないしは、刑事手続上認められうる国家的侵害を甘受しなければならないとする。にもかかわらず、被害者が、国権を担う者に対して違法な攻撃を行うという抵抗を行う場合、被害者に対する制裁可能性は、公職者の行為が実質的に正当かどうかについての熟議のうえでなされた判断の結果にしたがう。これはすなわち、あまり説得的とは言えない「刑法上の合法性概念」を放棄することを意味する。そして、この概念に代わって、制裁可能性の条件としての公職者の行為の実質的「正当性」を補充するために、侵害時点における行政「手続的」ないしは刑事「手続的」合法性概念を採用するのである。

リーディングケース 5.9 に関するヒント

〔404〕 リーディングケース5.9における、身柄拘束命令の可否を判断する裁判官Hは、逃亡のおそれを理由とした身柄拘束命令を正当化する条件が存在すると、客観的・主観的に回避不可能に錯誤していた（正当化事情の錯誤）。通説である制限責任説（13章〔206〕〔210〕以下）によれば、この場合、故意の自由剥奪（刑239条）の可罰性は否定される。錯誤の回避可能性にもとづいて、Hの行為は許された危険として、合法性が肯定される。ただし、それはAによって反対のイメージが示されて、錯誤がHに認識可能となるまでのことである。Aは最終手段として、比例性が保たれる範囲内で、違法な侵害に暴行で対抗しうる。たとえば、Aは、身柄拘束をしようとする公務員に対して、控えめに抵抗することが許されるのである。それに対して、攻撃的に、身体に暴行を加える行為は、Hの（過失にもとづく）錯誤の観点で、比例性を保っているとはいいがたい。ただし、制裁レベルにおいては、Hの違反の実質的違法性を理由に、Aの可罰性は認められないだろう。

〔405〕 これに対して、刑法上の合法性概念を採用する見解によれば、たとえ、Aが反対のイメージを示して、Hに錯誤が認識可能であったとしても、Hは合法的に行為したと認められる。なお、その場合、Aに対しては、刑訴法117条以下の勾留審査といった常に可能な法的救済を利用すべきだと指摘される。

4. 刑法193条における正当な利益の擁護

リーディングケース 5.10 バリエーション a

〔406〕 A教授は、専門雑誌に公表された彼の同僚Xの論文が、A自

身が2年前に海外の雑誌に英語で投稿した論文によく似ていることを発見した。そこで、Aは同僚Xと話し合いを試みたものの、うまくいかず、その結果、Aは同僚Xに対して剽窃だと非難するに至った。しかし、後に、この類似は単なる偶然であることが判明した。

リーディングケース 5.10 バリエーションb

〔407〕 Aは、Bに犯罪の嫌疑があることを内容とした本を、不法に——ただし、刑193条によって正当化される——執筆した。BはAの住居に侵入し、原稿を窃取した。Bは刑242条、244条1項3号にもとづいて処罰されるだろうか。

a) 適用範囲

〔408〕 刑193条は、評価を低下させることを問う犯罪類型について、主張時点において真実かどうかが不明な、名誉にかかわる事実の主張が問題となる限りで、無罪とする余地を認めている。この事実は、その不確実性にもかかわらず、意見表明の自由という基本権の擁護のために、刑193条にしたがって、正当な利益が認められる限り、主張されることが認められる。

〔409〕 そのため、刑193条は、第一に、正当化緊急避難の要素を含んでいる。なぜなら、正当な利益の擁護は、評価を低下させる危険よりもより高い価値を有しているからである。第二に、刑193条は、危険を冒すことだけを正当化しており、それによって、許された危険の一事例として、そして、単純な行為権限として理解されている。主張事実が真実ではないおそれ (Gefahr) だけが甘受されうるので、刑187条 (中傷) の場合の刑193条の適用は排除されている。なぜなら、中傷の場合の行為者は主張された事実が真実に反していることを知っているからである。

〔410〕 したがって、刑193条の適用領域は、刑185条、186条、188条1項にまで広がることとなる。

b) 刑193条における個別の不可罰性の要件

〔411〕 ・内容が真実であることが証明しえない、名誉にかかわる事実の主張を通じた、刑185条、186条、188条1項の意味での構成要件該当行為の存在

〔412〕 ・補充性要件：その利益擁護は、当該の非難表現によってしかできないこと

〔413〕 ・正当な利益の擁護：行為者自身の利益に加えて、市民としての個々人に深く関係する、公共の利益も考慮に入れる。これらの利益の範囲と重要度にしたがって、名誉毀損に相応の比例性が設定されることとなる。さらに、違法性や良俗違反性が存在してはならない。

〔414〕 合義務的な確認：不当な名誉毀損の危険を減らすために、行為者は、自身が主張する事実が真実かどうか、あらかじめ合義務的に確認しておかなければならない。

〔415〕 不確実な事実基盤の埋め合わせとしての主観的正当化要素：行為者は、彼が正当な利益の擁護のために行為しており、とくに、主張された名誉にかかわる事実の真実性を前提としていると認識していなければならない。

リーディングケース 5.10 について

〔416〕 リーディングケース5.10のバリエーションaにおいて、A教授は、刑193条による許された危険の範囲内で合法的に行動している。なぜなら、とりわけ、事実の解明に対する、著者としての利益が行為を正当化するのである。さらに、管轄を有する役所に対する、いわゆる「犯罪の告発（Aufklärungsanzeige）」であるため、A教授の調査

義務は限定的なものとなる。

〔417〕 なお、正当な利益の擁護は、結果的にその擁護に根拠が認められなかった場合には、被害者にとって刑34条の範囲内で防衛可能な危険となる。

リーディングケース 5.10 について

〔418〕 リーディングケース5.10のパリエーションbにおいて、危険回避のためのほかの可能性が存在しない場合、窃盗罪は刑34条によって正当化される可能性がある。

c) 侮辱的な価値判断

〔419〕 事実の摘示によらずに名誉侵害が発生する場合には、刑193条の正当化は問題とはならない。むしろ、価値判断の表明に伴う侮辱が正当化されるかどうかは、具体的な事案において、芸術活動の自由や、意見表明の自由が、被害者の尊重要求よりも、より重要であると評価されうるかどうかによるのである。

5. 危険な救助行為（12章〔177〕以下も参照）

〔420〕 「許された危険」の事例の一つとして、救助行為も認められている。この救助行為は、まったく行動しなければより危険になるという意味での、危険増加と結びついている。たとえ救助が失敗したとしても、行為者は、危険の低減に尽力したのであれば正当化される。

Ⅷ. 社会的相当性は正当化事由となるか？

〔421〕 社会的相当性の概念は、今日まで、完全には明らかになっていない。オットー（Otto）が、2009年にこの概念を解釈原理として明らかにし、その「恣意性」について警告した。1939年に、ウェルツェル（Welzel）が、『『通常の』、つまり、歴史的に形成された社会的生活秩序の枠内で、十分に」発展してきた行為態様を社会的に相当なものとして位置づけた。たとえば、後の殺人者を生み出す生殖行為や、飛行機の墜落や重大な傷害の発生を期待しつつ、飛行機旅行を勧める行為が挙げられる。ただし、その場合、たとえば、「社会的に相当な傷害行為」というわけではなく、刑223条以下の意味における「傷害」ではない侵害が存在している。

〔422〕 例が示すように、ウェルツェルは社会的相当性によって、一方では、客観的に帰属可能な行為態様と純粋惹起との今日的な区別について、他方では、軽微な無価値実現の領域について問題にしている。生殖行為と飛行機旅行の事案では、法的に重要な危険は、外界における変化の惹起であり、それによって、構成要件該当性のレベルで客観的な帰属が否定されうることとなる。「社会的、一般的に許容される軽微な行為を構成要件から排除すること」——例えば、刑331条に当たらない程度の、警察官に対する新年の小さなプレゼント——は、立法者意思にもとづく、構成要件該当性の制限的解釈である。ただし、優越的、ないしは、劣後する利益の原理は、正当化原理の基盤であることからわかるように、ここで挙げられている無罪理由の一つとしては理解されていない。

〔423〕 たしかに、『『通常の』、つまり、歴史的に形成された社会的生活秩序の枠内で、十分に」発展してきたけれども、刑法典に規定された無価値を帰属可能な形で実現し、軽微領域の範囲外に存在するような行為態様の無罪性が争われる場合には、構成要件該当性を否定するという道は閉ざされ、その無罪を根拠づける正当化根拠が求められなければならない。

〔424〕 以上の点にかかわるのが、スポーツの領域である。一般的に受け入れられているスポーツ特有の危険な通常行為は、たとえば、格闘技の場合のように、意図していなくても身体傷害が伴いうる。このような行為について、過失傷害の構成要件該当性を否定するためには、そのような危険行為について、注意義務に合致したものとして、ないしは、一般的生活危険の枠内にあるとして、受容可能な程度の危険だと位置づけるというルールを作るしかない。ただし、このことは、ヒルシュ (Hirsch) によれば、サッカーのように「接触型スポーツ」の場合に、スポーツに典型的な危険の枠内で、未必の故意による侵害に妥当する。一方、選手が故意で行為を行う格闘技の領域では、ルールにしたがった行為が身体傷害を招いた場合には、正当化根拠が要求されることとなる。

事例 5.36

〔425〕 ボクサー A が狙いを定めた右のストレートパンチで対戦相手である B をノックアウトした。のちに、B はこの行為によって鼻骨骨折を負ったことが明らかになった。なお、そのことについて、B はボクシングスポーツにおける正当な必要的随伴行為として甘受していた。A は刑223条によって処罰されるだろうか。

〔426〕 適切なグローブを装着して行うパンチは、ボクシングでは、そのパンチが身体傷害や、長期間頭部に受けた場合には重大な脳障害を引き起こしかねないということが分かっているにもかかわらず、はじめから、一般的に受け入れられ、当然に想定されている行為である。そのため、事例の鼻骨骨折にも、刑223条の健康状態の不良変更が認められるべきではないのだろうか。対戦相手の承諾は、この危険を正当化するだけであって、この正当化は傷害にまでは及んでいないため、ここではむしろ、スポーツ選手の利益を優越する、危険なスポーツ類型に対する公的な利益（「パン

とサーカス」)を理由とした正当化が問われることとなる。

〔427〕 これらの事案では、構成要件該当性の否定を、まさしく、構成要件における典型的な無価値実現が阻害しているという。これに関して、極端ではあるが、現実に近い例が以下のものである。

事例 5.37

〔428〕 ボクサーAが、狙いを定めた右のストレートパンチで対戦相手であるBをノックアウトした。Bは意識を失い、2日後に脳内出血で死亡した。Aは、勝利のためにはBの死を受け入れるしかなかったと説明している。さらに、ボクシングは危険なスポーツであり、Bもそのことはわかっていたはずだと述べた。

〔429〕 Aの故殺（刑212条）による可罰性を阻却する理由として、少なくとも（説得的とはいえないが）、ボクシングというスポーツの魅力という優越的利益を理由として、ボクサーの死は甘受されなければならないということが持ち出されるのである。

〔430〕 宗教上の理由にもとづく小児割礼も社会的に相当ではなく、刑223条の傷害罪の構成要件に該当するという、第3版で紹介した見解は、2012年5月のケルン地方裁判所判例によって認められた。ケルン地裁によると、承諾能力のない4歳の男児に対する割礼は、各宗教団体の領域から排除されることを防止するという観点からも、両親の教育権の観点からも、子どもの福祉にとって適切とは言えないという。そして、基本法4条1項、6条2項にもとづく両親の基本権は、子どもの身体的完全性と自己決定の権利によって限界づけられるとする。ただし、起訴されたイスラム教徒の医師は、回避不可能な禁止の錯誤（刑17条2文）を理由として無罪とされた。彼はたしかに、専門的知識にもとづく法的助言を得ようとしなかったが、不明確な法的状況のなかでは、そのような適切な試みもうまくいかなかった

たとえられる。以上のような理由から錯誤は回避不可能と認定された。

〔431〕 ケルン地裁の判決に関する議論は、医学的に適切ではない、宗教的な理由から行われた小児割礼が、被害者の承諾以外の、そのほかの理由によって正当化されうるかどうかという問題とかかわっている。なぜなら、幼児期における割礼では、被害者に弁識能力が認められないからである。

〔432〕 立法者は、民法の親族法の編に、異常なスピードで民1631条dを規定することで、法的に明確にした。

民法1631条d

〔433〕 1. 医療技術のルールに則って実施される場合であれば、理解力や判断力のない男児に医学的に必要のない割礼を行うことについて承諾する権利は、身上監護に含まれることになる。ただし、このことは、割礼の目的を考慮しても、この割礼が子の福祉を危険にさらす場合には当てはまらない。

〔434〕 2. 生後6か月以内の児童に対する割礼については、宗教団体によって割礼することが予定された人物も実行することができる。なお、その者が特に割礼について専門的に訓練しているか、医師でない場合には、割礼の実施について医師と同等の能力を有していなければならない。

〔435〕 このように正当化根拠として理解される規定は、ユダヤ教やイスラム教の家族に、儀式としての割礼の法的安定性を提供する。なぜなら、立法者は、家族による宗教的な営みや、信仰共同体の一員として認められるという子どもの推定的利益を、身体的完全性よりも優先するものと位置づけているからである。しかし、以上のような正当な関心を超えて、この規定は多様な理由にもとづいて広く認めてしまっている。すなわち、この規定によれば、宗教的な事情も医学的適応もまったくない場合であっても、

「外観」を理由とした息子の割礼を、医学準則に則って行われ、子の福祉を危険にさらさない限りで、両親に認めることになってしまう。医師ではない者による儀式的な割礼が、医事法に反して実施されることについても、受け入れることはできず、ましてや、専門家による麻酔なしの手術など許されるべきではない。さらに、たとえ、有効な承諾という意味での「理解力も判断力」もなかったとしても、口頭で表現している——子どもらしい方法であったとしても——子の意思に反する侵襲も認められるべきではない。最後に、個人的に「肌に触れる感覚（hautnah）」に苦しんでいる人が、割礼について悩み、元に戻そうと試みる利益について配慮しないことも批判されるべきである。割礼による侵襲に合法性があるとしても、損害賠償請求は従来どおり認められるとされている。

X. 各正当化事情の競合

〔436〕 原則的に、正当化根拠は複数同時に適用されることは可能である。しかし、注意すべきは、特別な、もしくは、専門的な共通ルールが存在している点である。

〔437〕 適応事由のある妊娠中絶の正当化は、刑34条ではなく、刑218条aによって正当化される。他人の物の侵害の正当化に当たっては、民228条と904条における要件を満たさなければならない。攻撃者の防衛については正当防衛の観点で判断される。そのため、刑32条の意味での正当防衛条件が認められる場合、刑34条の検討を行うことは体系論的には誤っている。これに対して、危難が迫っている場合には、緊急避難の基準で判断されることとなる。

C. 復習のために

確認問題

1. 消極的構成要件要素の理論、もしくは、構成要件メルクマールは、
 どういった点に、その名前が由来するのだろうか（〔8〕）。
2. 正当化の構造的な基本類型を知っているだろうか（〔36〕以下）。
3. 正当化根拠を5つ挙げなさい（〔37〕以下）。
4. 弁識能力について説明しなさい（〔80〕以下）。
5. 承諾と合意とは何が異なるのだろうか（〔113〕以下）。
6. 正当防衛の客観的要素、主観的要素を挙げなさい（〔126〕以下）。
7. 正当防衛状況と緊急避難状況との違いを挙げなさい（〔127〕以下、
 〔222〕以下）。
8. 狭義の正当化義務衝突について説明しなさい（〔327〕以下）。
9. 自力救済は私的司法だろうか（〔195〕以下）。
10. 推定的承諾を説明しなさい（〔372〕以下）。
11. 推定的承諾の要件を挙げなさい（〔379〕以下）。
12. 正当化根拠について、論文試験において注意されるべき競合法則
 は存在するだろうか（〔436〕以下）。

（嘉門 優）

文献リスト

Ambos Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014

Amelung Das Problem der heimlichen Notwehr gegen die erpresserische Androhung kompromittierender Enthüllungen, GA 1982, 381 ff.

Amelung Über die Einwilligungsfähigkeit, ZStW 104(1992), 525 ff., 821 ff.

Amelung Willensmängel bei der Einwilligung als Tatzurechnungsproblem, ZStW 109 (1997), 490 ff.

Amelung Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1998

Amelung Noch einmal: Notwehr gegen sog. Chantage, NSZ 1998, 70 ff.

Amelung Einwilligungsfähigkeit und Rationalität, JR 1999, 45 ff.

Amelung/Boch Hausarbeitsanalyse - Strafrecht - Ein Ehestreit mit dem Hockeyschläger, JuS 2000, 261 ff.

Amelung/Eymann Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, JuS 2001, 937 ff.

Anders Aktuelles Forum - Die Diskussion zur rechtlichen Zulässigkeit staatlicher Folter in Ausnahmesituationen, in: Goerlich (Hrsg.), Staatliche Folter - heiligt der Zweck die Mittel?, 2007, S. 13 ff.

Anwk-Bearbeiter in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB, 2011

Arzt Willensmängel bei der Einwilligung, 1970

Arzt Zur Strafbarkeit des Erpressungsopfers, JZ 2001, 1052 ff.

Arzt Dolus eventualis und Verzicht, FS für Rudolphi 2004, S. 3

Baumann/Weber/Mitsch Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), 11. Aufl., 2003

Beeling Die Lehre vom Verbrechen, 1906

Bernsmann Überlegungen zur tödlichen Notwehr bei nicht lebensbedrohlichen Angriffen, ZStW 104(1992), 290 ff.

Beulke Züchtigungsrecht - Erziehungsrecht - strafrechtliche Konsequenzen der Neufassung des § 1631 Abs. 2 StGB, FS für Hanack 1999, S. 539 ff.

Beulke Neufassung des § 1631 Abs. 2 BGB und Strafbarkeit gemäß § 223 StGB, FS für Schreiber 2003, S. 29 ff.

Beulke „Pflichtenkollisionen“ bei § 323c StGB?, FS für Küper 2007, 1 ff.

Beulke Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012

Beulke/Dießner „(...) ein kleiner Schnitt für einen Menschen, aber ein großes The-

ma für die Menschheit“, ZIS 2012, 338 ff.

Brugger Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, JZ 2000, 165 ff.

Bülte § 127 Abs. 1 Satz 1 StPO als Eingriffsbefugnis für den Bürger und als Rechtfertigungsgrund, ZStW 121 (2009), 377 ff.

Bülte Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im deutschen Notwehrrecht aus verfassungsrechtlicher und europäischer Perspektive, GA 2011, 145 ff.

Dohna Die Rechtswidrigkeit, 1905

Dölling Die Behandlung der Körperverletzung im Sport im System der strafrechtlichen Sozialkontrolle, ZStW 96 (1984), 36 ff.

Dölling Einwilligung und überwiegende Interessen, FS für Gössel 2002, S. 209 ff.

Duttge Abschied des Strafrechts von den „guten Sitten“, GS für Schlüchter 2002, S. 775 ff.

Duttge Die „hypothetische Einwilligung“ als Strafausschlußgrund: wegweisende Innovation oder Irrweg?, FS für Schroeder 2006, S. 179 ff.

Schmidt, Eb. Schlägermensur und Strafrecht JZ 1954, 369 ff.

Ebel Notwehrrecht der Polizei bei Vernehmungen (Befragungen) zum Zwecke der Gefahrenabwehr?, Kriminalistik 1995, 825 ff.

Ebert Strafrecht Allgemeiner Teil (AT) 4. Aufl. 2007

Engisch Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 70 (1958), 566 ff.

Engisch Der Unrechtstatbestand im Strafrecht. Eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht, FS zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1960, Bd. 1, S. 401 ff.

Engländer Vorwerfbare Notwehrprovokation, Jura 2001, 534 ff.

Engländer Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008

Engländer Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen, GA 2010, 15 ff.

Erb Notwehr gegen rechtswidriges Verhalten von Amtsträgern, FS für Gössel 2002, S. 232 f.

Erb Folterverbot und Notwehrrecht, in Nitschke (Hrsg.), Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat? 2005, Rn. 149 ff.

Erb Nothilfe durch Folter, Jura 2005, 24 ff.

Erb Notwehr als Menschenrecht, NStZ 2005, 593 ff.

- Eser* „Sozialadäquanz“: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?, FS für Roxin 2001, S. 199 ff.
- Eser* Zwangsandrohung zur Rettung aus konkreter Lebensgefahr - Gegenkritische Rückfragen zur sogenannten „Rettungsfolter“, FS für Hassemer 2010, S. 713 ff.
- Fischer* Strafgesetzbuch, 60. Aufl. 2013
- Frehsee* Einige Daten zur endlosen Geschichte des Züchtigungsrechts, FS für Schneider 1998, S. 277 ff.
- Freund* Actio illicita in causa, GA 2006, 267 ff.
- Freund* Strafrecht, Allgemeiner Teil(AT) personale Straftatlehre, 2. Aufl. 2009
- Frisch* Grund- u. Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements, FS für Lackner 1987, S. 113 ff.
- Frisch* Zum Unrecht der sittenwidrigen Körperverletzung (§ 228 StGB), FS für Hirsch 1999, S. 485 ff.
- Frisch* Vorsatz und Risiko, 1983
- Frister* Zur Einschränkung des Notwehrrechts durch Art. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, GA 1985, 553 ff.
- Frister* Die Notwehr im System der Notrechte, GA 1988, 291 ff.
- Frister* Erlaubnistatbestandszweifel, FS für Rudolphi 2004, S. 45 ff.
- Frister* Strafrecht Allgemeiner Teil(AT), 5. Aufl. 2011
- Geilen* Eingeschränkte Notwehr unter Ehegatten, JR 1976, 314 ff.
- Geppert* Die subjektiven Rechtfertigungselemente, Jura 1995, 103 ff.
- Goerlich* (Hrsg.) Staatliche Folter, 2007
- Goerlich/Zabel* Säkularer Staat und religiöses Recht, JZ 2012, 1058 ff.
- Gössel* Überlegungen zum Verhältnis von Norm, Tatbestand und dem Irrtum über das Vorliegen eines rechtfertigenden Sachverhalts, FS für Triffterer 1996, S. 93 ff.
- Greco* Die Regeln hinter der Ausnahme. Gedanken zur Folter in sog. ticking time bomb-Konstellationen, GA 2007, 628 ff.
- Gropengießer* Das Konkurrenzverhältnis von Notwehr (§ 32 StGB) und rechtfertigendem Notstand (§ 34 StGB), Jura 2000, 262 ff.
- Gropp* Küper, Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand, GA 1984, 485 ff.
- Gropp* § 218a als Rechtfertigungsgrund - Grundfragen zum rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruch, GA 1988, 24 ff.
- Gropp* Die „Pflichtenkollision“: weder eine Kollision von Pflichten noch Pflichten in Kollision, FS für Hirsch 1999, S. 207 ff.

Gropp Der Radartechniker-Fall - ein durch Menschen ausgelöster Defensivnotstand?

GA 2006, 284 ff.

Gropp Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, FS für Schroeder 2006, S. 197/201

Gropp Indisponibilität statt Sittenwidrigkeit. Überlegungen zu BGHSt 49, 166, ZJS 2012, 602 ff.

Gropp An der Grenze der Lehre vom personalen Unrecht, FS für Kühl 2014, S. 247 ff.

Gropp/Küpper/Mitsch Fallsammlung zum Strafrecht, 2. Aufl. 2012

Grünwald Notwehreinstränkung - insbesondere bei provoziertem Angriff, ZStW 122(2010), 51 ff.

Grünwald Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, GA 2012, 364

Günther Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983

Günther Defensivnotstand und Tötungsrecht, FS Amelung 2009, 147 ff.

Hakeri Tip Hukuku, 4. Aufl. 2012

Hauck Rechtfertigende Einwilligung und Tötungsverbot, GA 2012, 202 ff.

Hecker Europäisches Strafrecht 4. Aufl. 2012

Hefendehl Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, FS Frisch 2013, S. 465 ff.

Heger Eingeschränkte Verteidigungsrechte bei selbstverschuldeter Notwehrlage, JA 2003, 8 ff.

Heinrich, B. Strafrecht - Allgemeiner Teil(AT), 3., Aufl. 2012

Herzberg Rechtliche Probleme der rituellen Beschneidung, JZ 2009, 332 ff.

Herzog Feuerspeiende Luxuslimousinen, GS für Schlüchter 2002, S. 209 ff.

Herzog Der Boxer - ein Schläger?, GA 2006, 678 ff.

Hilgendorf Folter im Rechtsstaat?, JZ 2004, 331 ff.

Hilgendorf Problemfelder der Menschenwürdedebatte in Deutschland und Europa und die Ensembletheorie der Menschenwürde, Zeitschrift für Evangelische Ethik 57(2013), 258 ff.

Hillenkamp 32 Probleme aus dem Strafrecht - Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2012

Hirsch Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen: Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, 1957

Hirsch Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, FS für Dreher 1977, S. 211 ff.

Hirsch Defensiver Notstand gegenüber ohnehin Verlorenen, FS für Küper 2007, 149 ff.

- Hirsch* Einwilligung in sittenwidrige Körperverletzung, FS für Amelung 2009, 181 ff.
- Hirsch* Zu strafrechtlichen Fragen des Sportrechts, FS für Szwarz, 2009, 559 ff.
- Hörnle* Hijacked Airplanes: May they be shot down? New Criminal Law Review 2007, 582 ff.
- Hruschka* Pflichtenkollisionen und Pflichtenkonkurrenzen, FS für Larenz 1983, S. 257 ff.
- Ida* Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im System der Strafbarkeitsvoraussetzungen, in Eser/Perron (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung IV, 1993, S. 93 ff.
- Isensee* „Die Begründungslast hat der Veränderer“, Die Welt, 30. Juni 1997, S. 7
- Isensee* Leben gegen Leben, FS für Jakobs 2007, 205 ff.
- Jäger* Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, 2006
- Jäger* Die hypothetische Einwilligung - ein Fall der rückwirkenden juristischen Heilung in der Medizin, FS für Jung 2007, S. 345 ff.
- Jäger* Examens-Repetitorium, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2013
- Jakobs* Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre, (AT) 2. Aufl., 1991
- Jerouschek* Gefahrenabwehrungsfolter - Rechtsstaatliches Tabu oder polizeirechtlich legitimer Zwangseinsatz?, JuS 2005, 296 ff.
- Jerouschek* Beschneidung und das deutsche Recht, NSTZ 2008, 313 ff.
- Jerouschek/Kölbel* Folter von Staats wegen?, JZ 2003, 619 f.
- Jescheck/Weigend* Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (AT), 5. Aufl. 1996
- Joecks* Erfolgreiche Notwehr, FS für Grünwald 1999, S. 251 ff.
- Joerden* Der Widerstreit zweier Gründe der Verbindlichkeit, Jahrbuch für Recht und Ethik Bd. 5 (1977), S. 43 ff.
- Kant* Werkausgabe in 12 Bänden, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Bd. 8, Die Metaphysik der Sitten, 9. Aufl. 1991
- Kargl* Inhalt und Begründung der Festnahmebefugnis nach § 127 I StPO, NSTZ 2000, 8 ff.
- Kaufmann, Arthur* Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, JZ 1956, S. 353 ff.
- Kaufmann, Arthur* Die Irrtumsregelung im Strafgesetzentwurf 1962, ZStW 76 (1964), 543 ff.,
- Kaufmann, Arthur* Recht und Sittlichkeit, 1964
- Kaufmann, Arthur* Strafrechtspraxis und sittliche Normen, JuS 1978, 361 ff.

Kaufmann, Arthur Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, FS für Lackner 1987, S. 185 ff.

Kaufmann, Arthur Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, FS für Maurach 1972, S. 327 ff.

Kindhäuser Gefährdung als Straftat, 1989

Kindhäuser Zur Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung, FS für Rudolphi 2004, S. 135 ff.

Kindhäuser Normtheoretische Überlegungen zur Einwilligung im Strafrecht, GA 2010, 490 ff.

Kindhäuser Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar (LPK-StGB), 5. Aufl. 2013

Kindhäuser Strafrecht, Allgemeiner Teil (AT), 6. Aufl. 2013

Kinzig Not kennt kein Gebot? ZStW 115 (2003), 791 ff.

Klemperer, Victor LTI - Notizbuch eines Philologen, 17. Aufl. 1998

Klescewski Ein zweischneidiges Recht - Zu Grund und Grenzen der Notwehr in einem vorpositiven System der Erlaubnissätze, FS für E.A. Wolff 1998, S. 225 ff.

Klug Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem, FS für Eb. Schmidt 1961, S. 249 ff.

Kohlberg Die Psychologie der Moralentwicklung, 1996

Köhler Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), 1996

Köhler Medizinische Forschung in der Behandlung des Notfallpatienten, NJW 2002, 853 ff.

Köhler Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand, FS für Schroeder 2006, S. 257 ff.

Koriath Das Brett des Karneades, JA 1998, 250 ff.

Koriath Einige Gedanken zur Notwehr, FS für Müller-Dietz 2001, S. 361 ff.

Koriath Zum Streit um die Gefährdungsdelikte, GA 2001, 51 ff.

Koriath Einschränkung des deutschen Notwehrrechts (§ 32 StGB) durch Art. 2 II a EMRK?, in: Filippo Ranieri (Hrsg.), Die Europäisierung der Rechtswissenschaft, 2002, S. 47 ff.

Koriath Über rechtsfreie Räume in der Strafrechtsdogmatik, Jahrbuch für Recht und Ethik, 2003, S. 317 ff.

Kreuzer Zur Not ein bisschen Folter?, Diskussionen um Ausnahmen vom absoluten Folterverbot anlässlich polizeilicher Rettungsfolter, in Nitschke (Hrsg.), Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat? Eine Verortung, 2005, Rn. 69 ff.

Krey/Esser Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil(AT), 5. Aufl., 2012

Kühl „Sozialethische“ Einschränkungen der Notwehr, Jura 1990, 244 ff.

Kühl Die „Notwehrprovokation“, Jura 1991, 57 ff., 175 ff.

Kühl Angriff und Verteidigung bei der Notwehr, Jura 1993, 57, 119, 233 jew. ff.

Kühl Die Notwehr: Ein Kampf ums Recht oder Streit, der missfällt?, FS für Triffterer 1996, S. 149 ff.

Kühl Gebotene Verteidigung gegen provozierte Angriffe, FS für Bemann 1997, S. 193 ff.

Kühl Freiheit und Solidarität bei den Notrechten, FS für Hirsch 1999, S. 259 ff.

Kühl Der Abschied des Strafrechts von den guten Sitten, FS für Jakobs 2007, S. 293 ff.

Kühl Strafrecht Allgemeiner Teil(AT), 7. Aufl. 2012

Kuhlen Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung, FS für Müller-Dietz 2001, S. 433 ff.

Kühne Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutverzichts, JZ 1979, 241 ff.

Küper Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzlicher Notstand, JuS 1971, 474 ff.

Küper Zum rechtfertigenden Notstand bei Kollision von Vermögenswerten, JZ 1976, 515 ff.

Küper Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979

Küper Die sog. „Gefahrtragungspflichten“ im Gefüge des rechtfertigenden Notstandes, JZ 1980, 755 ff.

Küper Tötungsverbot und Lebensnotstand Zur Problematik der Kollision „Leben gegen Leben“, JuS 1981, 745 ff.

Küper Tötungsverbot und Lebensnotstand, JuS 1981, 785 ff.

Küper Das „Wesentliche“ am „wesentlich überwiegenden Interesse“, GA 1983, 289 ff.

Küper Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand, 1983

Küper Grundsatzfragen der „Differenzierung“ zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987, 81 ff.

Küper „Es kann keine Not geben, welche, was unrecht ist, gesetzmäßig machte.“, FS für E.A. Wolff 1998, S. 285 ff.

Küper Notstand und Zeit. Die „Dauergefahr“ beim rechtfertigenden und entschuldi-

- genden Notstand, FS für Rudolphi 2004, S. 151 ff.
- Küpper* Die „Sache mit den Tieren“ oder - Sind Tiere noch „Sachen“?, JZ 1993, 435 ff.
- Küpper* Die „Abwehrprovokation“, JA 2001, 438 ff.
- Küpper* Strafrecht Besonderer Teil 1 (BT 1) 3. Aufl. 2007
- Lackner/Kühl* Strafgesetzbuch: Kommentar, 27. Aufl. 2007
- Ladiges* Die Bekämpfung nicht-staatlicher Angreifer im Luftraum, 2007
- Ladiges* Die notstandsbedingte Tötung von Unbeteiligten im Fall des § 14 Abs. 3 LuftSiG - ein Plädoyer für die Rechtfertigungslösung, ZIS 2008, 129 ff.
- Lagodny* Notwehr gegen Unterlassen, GA 1991, 300 ff.
- Lagodny* Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996
- Lampe* Zum Verhältnis von Handlungsrecht und Handlungspflicht, FS für Lenckner 1998, S. 159 ff.
- Lange, A.* Zum Bewertungsirrtum über die Rechtswidrigkeit des Angriffs bei der Notwehr, 1994 (mit Bespr. Mitsch ZStW 110(1998), 166 ff.)
- Lenckner* Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, ZStW 72(1960), 446 ff.
- Lenckner* Der rechtfertigende Notstand, 1965
- Lenckner* „Gebotensein“ und „Erforderlichkeit“ der Notwehr, GA 1968, 1 ff.
- Lemchner* Zum Notwehrrecht des Angreifers, JR 1984, 206 ff.
- Lilie* Zur Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung, FS für Hirsch 1999, S. 277 ff.
- LK¹¹-Bearbeiter = Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 11. Aufl. 1992 ff.
- LK-Bearbeiter = Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 12. Aufl. 2007 ff.
- Lüderssen* Notwehrelemente in der Strafe - Strafelemente in der Notwehr, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, S. 159 ff.
- Lüderssen* Die Folter bleibt tabu, FS für Rudolphi 2004, S. 691 ff.
- Maiwald* Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs „erlaubtes Risiko“ für die Strafrechtssystematik, FS für Jescheck 1985, S. 405 ff.
- Maiwald* Die Einwilligung im deutschen Strafrecht, in: Eser/Perron, Rechtfertigung und Entschuldigung III, 1991, S. 165 ff.
- Maiwald* Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit zwischen Angriff und Verteidigung im Recht der Notwehr, FS für Marinucci, 2006, S. 1579 ff.

- Maiwald* Probleme der heutigen Tatbestandslehre in Deutschland, FS für Tateishi 2010, S. 11 ff.
- Martin* Einschränkung der Notwehr in einem Fall soziaethisch zu beanstandenden Vorverhaltens, JuS 1997, 177 ff.
- Maurach/Zipf* Strafrecht: Ein Lehrbuch, Allgemeiner Teil 1 (AT 1), 7. Aufl., 1987
- Mayer, M. E.* Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts(AT), 1915
- Merkel, A.* Lehrbuch des deutschen Strafrechts(LB), 1889
- Merkel, R.* Folter und Notwehr, FS für Jakobs 2007, S. 375 ff.
- Meyer, Frank* Ausschluss und Minderung strafrechtlicher Verantwortung bei Handeln auf Weisung, GA 2012, 556. ff.
- Mezger* Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, FS für Traeger 1926, S. 187 ff.
- Mitsch* Nothilfe gegen provozierte Angriffe, GA 1986, 533 ff.
- Mitsch* Trunkenheitsfahrt und Notstand, JuS 1989, 965 ff.
- Mitsch* Rechtfertigung einer Ohrfeige(BayObLG, NJW 1991, 2031) JuS 1992, 289 ff.
- Mitsch* Festnahme mit Todesfolge - BGG, NJW 2000, 1348, JuS 2000, 848 ff.
- Mitsch* Notwehr gegen fahrlässig provozierten Angriff - BGH, NStZ 2001, 143, JuS 2001, 751 ff.
- Mitsch* Strafrecht Besonderer Teil 2 Teilband 1(BT 2/1), 2. Aufl. 2002
- Mitsch* „Nantucket Sleighride“ - der Tod des Matrosen Owen Coffin, FS für Weber 2004, S. 49.ff.
- Mitsch* Rechtfertigung und Opferverhalten, 2004
- Mitsch* Flugzeugabschüsse und Weichenstellungen, GA 2006, 11 ff.
- MK-Bearbeiter*, = Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2011 ff.
- Montaner, Fernandez/Ortiz, de Urbina Gimeo* Einwirkung einer Garantenstellung auf die Reichweite von Rechtfertigungsgründen?, GA 2013, 641 ff.
- Moos* Objektive Zurechnung und sozialadäquates Verhalten bei wertneutraler Gehilfenschaft, FS für Trechsel 2002, S. 484
- Murmann* Grundkurs Strafrecht(GK), 2. Aufl. 2013
- Neumann* Der strafrechtliche Nötigungsnotstand - Rechtfertigungs - oder Entschuldigungsgrund?, JA 1988, 329 ff.
- Neumann* Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen, FS für Roxin 2001, S. 421 ff.
- Neuhaus* Die Aussageerpressung zur Rettung des Entführten -strafbar!, GA 2004, 521 ff.

Neumann Sterbehilfe im rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), FS für Herzberg 2008, 575 ff.

Niedermair Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten. Zum Funktionsverlust einer Generalklausel. 1999

NK-StGB-Bearbeiter = Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Gesamtredaktion), Nomos-Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2013

Novoselec Notwehr gegen Erpressung i.e.S. und Chantage, NStZ 1997, 218

Otto Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 3. Aufl., 1978

Otto Die Rechtsfolgen der Straftat, Jura 1995, 468 ff.

Otto Gegenwärtiger Angriff (§ 32) und gegenwärtige Gefahr (§ § 34, 35, 249, 255), Jura 1999, 552 f.

Otto Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre (GK-AT), 7. Aufl. 2004, § 18

Otto Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, Jura 2004, 683 ff.

Otto Soziale Adäquanz als Auslegungsprinzip, FS für Ameling 2009, 225 ff.

Paul Einwilligung und zusammengesetztes Delikt, 1997

Pawlik Der rechtfertigende Defensivnotstand, Jura 2002, 26 ff.

Pawlik Der rechtfertigende Notstand, 2002

Perron Foltern in Notwehr?, FS für Weber 2004, S. 143 ff.

Priester Das Ende des Züchtigungsrechts, 1999

Prittitz Strafwürdigkeit und Strafbarkeit von Folter und Folterandrohung im Rechtsstaat, FS für Herzberg 2008, S. 515 ff.

Puppe Hypothetische Einwilligung bei medizinischen Eingriffen, JR 2004, 470 ff.

Puppe Das sog. gerechtfertigte Werkzeug, FS für Küper 2007, S. 443 ff.

Puppe Mitverantwortung des Fahrlässigkeitstäters bei Selbstgefährdung des Verletzten, GA 2009, 487 ff.

Puppe Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung (AT), 2. Aufl. 2011

Putzke Die strafrechtliche Relevanz der Beschneidung von Knaben, FS für Herzberg 2008, S. 669 ff.

Putzke Juristische Positionen zur religiösen Beschneidung, NJW 2008, 1568 ff.

Rath Das subjektive Rechtfertigungselement, 2002

Reinhart Das Bundesverfassungsgericht wechselt die Pferde - Der strafrechtliche Rechtmäßigkeitsbegriff, StV 1995, 101 ff.

Reinhart Abschied vom strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff, NJW 1997, 911 ff.

- Rengier* Strafrecht Allgemeiner Teil(AT), 5. Aufl. 2013
- Riemer* Auswirkung des Gewaltverbots in der Erziehung nach § 1631 II BGB auf das Strafrecht, FPR 2006, 387 ff.
- Rogall* Ist der Abschuss gekapeter Flugzeuge widerrechtlich?, NSTZ 2008, 1 ff.
- Rönnau* Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001
- Rothärmel* Einwilligung, Veto, Mitbestimmung - Die Geltung der Patientenrechte für Minderjährige, 2004
- Roxin* Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964, 373 ff.
- Roxin* Die „sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts, ZStW 93(1981), 68 ff.
- Roxin* Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, FS für Jcscheck 1985, S. 457 ff.
- Roxin* Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung zu sonstigen Strafausschließungsgründen, JuS 1988, 425 ff.
- Roxin* Gewaltopferentschädigung - vorsätzlich rechtswidriger Angriff - Irrtum - Einschränkung des Notwehrrechts aus sozialethischen Gründen - Notstand, JZ 2000, 99 f.
- Roxin* Anmerkung zu BGH, Urteil v. 22. 11. 2000-3 StR 331/00, JZ 2001, 666 f.
- Roxin* Kann Staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?, FS für Eser 2005, S. 461 ff.
- Roxin* Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 1(AT 1), 4. Aufl. 2006
- Roxin* Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, FS für Amelung 2009, S. 269 ff.
- Roxin* Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, GA 2012, 655 ff
- Rudolphi* Fälle zum Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2000
- Saliger* Absolutes im Strafprozessrecht - Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung, ZStW 116(2004), 47
- Satzger* Die rechtfertigende Pflichtenkollision, Jura 2010, 753 ff.
- Sauer* Allgemeine Strafrechtslehre(AT), 3. Aufl. 1955
- Schapp* Rechtfertigung und Recht, in: Gerechtigkeit, Glauben und Erfahren, Veröffentlichungen der Kirchlichen Hochschule Wuppertal, Neue Folge Bd. 7, 2002
- Schauer/Wittig* Rechtfertigung des Fahrausweisprüfers nach § 127II StPO oder § 229 StGB, JuS 2004, 107 ff.

Schild Die strafrechtsdogmatischen Grenzen des rechtsfreien Raumes, JA 1978, 449 ff., 570 ff., 630 ff.

Schild Anmerkungen zur Straf- und Verbrechensphilosophie Immanuel Kants, FS für Gitter 1995, S. 831 ff.

Schild Sportstrafrecht, 2002

Schild Folter einst und jetzt, in Nitsehke (Hrsg.), Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat? Eine Verortung, 2005, Rn. 69 ff.

Suhlüchter Antizipierte Notwehr, FS für Lenckner 1998, S. 313 ff.

Schlüchter Fit im Recht. Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), 3. Aufl. 2000

Schmidhäuser Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch (LB), 2. Aufl. 1975

Schmoller Ethische Dispute im Strafrecht, in Fischer/Strasser (Hrsg.), Rechtsethik, 2007, 203 ff.

Schmoller Verletzung oder Tötung des Gegners im Kampf- und Wettkampfsport : (k) ein Fall des Strafrechts? in Urnik (Hrsg.) Sport und Gesundheit in Wirtschaft und Gesellschaft, 2007

Schneider, Ursula Körperliche Gewaltanwendung in der Familie, 1987

Schönke/Schröder, *Bearbeiter* in: =Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2010, fortgeführt von *Lenckner, Cramer, Eser, Stree, Heine, Perron, Sternberg-Lieben, Eisele, Bosch, Hecher und Kinzig* und unter Mitarbeit von *Schittenhelm*

Schröder, Chr. Angriff, Scheinangriff und die Erforderlichkeit der Abwehr vermeintlich gefährlicher Angriffe, JuS 2000, 235 ff.

Schroth, U. Die Annahme und das „Für-Möglich-halten“ von Umständen, die einen anerkannten Rechtfertigungsgrund begründen, FS für Arthur Kaufmann 1993, S. 595 ff.

Schüler Der Zweifel über das Vorliegen einer Rechtfertigungslage, 2004

Schünemann Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985, 341 ff.

Schunemann/Greco Der Erlaubnistatbestandsirrtum und das Strafrechtssystem, GA 2006, 777 ff.

Schwarz Verfassungsrechtliche Aspekte der religiösen Beschneidung, JZ 2008, 1125 ff.

Seebode Die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung in § 113 III, IV StGB, 1988; S. 195 ff.

Seebode Folterverbot und Beweisverbot, FS für Otto 2007, 999 ff.

Seelmann Das Verhältnis des § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, 1978

- Sickor* Die Übertragung der hypothetischen Einwilligung auf das Strafrecht, JA 2008, 11 ff.
- Sickor* Das Festnahmerecht nach § 127 I I StPO im System der Rechtfertigungsgründe, JuS 2012, 1074 ff.
- Simon* Einschränkung des Notwehrrechts bei unvermeidbar irrendem Angreifer - BSGE 84, 54, JuS 2001, 639 ff.
- Sinn* Notwehr gegen nicht sorgfaltswidriges Verhalten, GA 2003, 96 ff.
- Sinn* Tötung Unschuldiger auf Grund § 14 III Luftsicherheitsgesetz - rechtmäßig?, NStZ 2004, 585 ff.
- Sinn* Recht im Irrtum, FS für Roxin 2011, S. 673 ff.
- SK-Bearbeiter* = Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Grundwerk mit 136. Ergänzungslieferung, von *Rudolphi, Horn, Samson* (Stand: Oktober 2012)
- Sowada* Sind zwei Halbe ein Ganzes? - Zur Addierbarkeit teilverwirklichter Fallgruppen bei den sozialetischen Notwehrbeschränkungen, FS für Herzberg 2008, 459 ff.
- Spickhoff* Die Patientenautonomie am Lebensende: Ende der Patientenautonomie?, NJW 2000, 2297 ff.
- Stefanopoulou* Einwilligung in die Lebensgefährdung: Rechtfertigung der fahrlässigen Tötung?, ZStW 124(2012), 689 ff.
- Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben* Zur Strafbarkeit der aufgedrangten Nothilfe, JuS 1999, 444 ff.
- Stiller* Grenzen des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachwerten, 1999
- Stratenwerth/Kuhlen* Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat, 6. Aufl. 2011
- Streng* Das subjektive Rechtfertigungselement und sein Stellenwert, FS für Otto 2007, S. 469 ff.
- Streng* Gerechtfertigte Aufopferung Unbeteiligter? FS für Stockel 2010, S. 135 ff.
- Stübinger* „Not macht erfinderisch“ - Zur Unterscheidungsvielfalt in der Notstandsdogmatik - am Beispiel der Diskussion über den Abschuss einer sog. „Terrormaschine“, ZStW 123(2011), 403 ff.
- Stuckenberg* Provozierte Notwehrlage und Actio illicita in causa: Der Meinungsstand im Schrifttum, JA 2001, 894 ff.
- Stuckenberg* Provozierte Notwehrlage und Actio illicita in causa - Die Entwicklung der Rechtsprechung bis BGH NJW 2001, 1075, JA 2002, 173 ff.
- Suppert* Studien zur Notwehr und „notwehrähnlichen Lage“, 1973

Tiedemann Anfängerübung, 4. Aufl. 1999

Trüg/Wentzell Grenzen der Rechtfertigung und Erlaubnistatbestandsirrtum, Jura 2001, 30 ff.

Vitt Gedanken zum Begriff der „Rechtmäßigkeit der Diensthandlung“ bei § 113 StGB, ZStW 106(1994), 581 ff.

Warda Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, FS für Maurach 1972, S. 143 ff.

Warda Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewusstsein, FS für Welzel 1974, S. 499 ff.

Warda Vorsatz und Schuld bei ungewisser Tätervorstellung über das Vorliegen strafbarkeitsausschließender Umstände, FS für Lange 1976, S. 119 ff.

Welzel Die Regelung von Vorsatz und Irrtum als legislatorisches Problem, ZStW 67 (1955), 196 ff.

Welzel Das Deutsche Strafrecht (LB), 11. Aufl. 1969

Wessels/Beulke/Satzger Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), 43. Aufl. 2013

Wohlers Einschränkungen des Notwehrrechts innerhalb sozialer Näheverhältnisse, JZ 1999, 434 ff.

Wolff, Christian Philosophia practica universalis, 1738

Zieschang Einschränkung des Notwehrrechts bei engen persönlichen Beziehungen?, Jura 2003, 527 ff.

Zieschang Tödliche Notwehr zur Verteidigung von Sachen und Art. II 2 a EMRK, GA 2006, 415 ff.

Zieschang Der rechtfertigende und der entschuldigende Notstand, JA 2007, 679 ff.

Zieschang Die deutsche Strafrechtsentwicklung zwischen 1945 und 1975 am Beispiel der Vorschriften über den Notstand, in: Hilgendorf/Weitzel, Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, 2007, S. 173 ff.

Zipf Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht, ZStW 82(1970), 633 ff.

Zitelmann Ausschluss der Widerrechtlichkeit, AcP 99(1906), 1 ff./51 ff.