

**超法規的緊急避難とライヒ裁判所判決について：
超法規的緊急避難が初めて認められた1927年3月11
日ライヒ裁判所第?刑事部判決**

著者	振津 隆行
雑誌名	金沢法学 = Kanazawa Law Review
巻	53
号	2
ページ	001-014
発行年	2011-03-07
URL	http://hdl.handle.net/2297/27682

超法規的緊急避難とライヒ裁判所判決について

——超法規的緊急避難が初めて認められた 1927 年 3 月 11 日
ライヒ裁判所第 I 刑事部判決——

振 津 隆 行

目 次

- I. はしがき
- II. 事実の概要
- III. 本ライヒ裁判所の判決
- IV. あとがき——本判決の評価とまとめ

I. はしがき

副題にあるドイツライヒ裁判所第 I 刑事部判決(RGSSt 61, 242)は、1927 年 3 月 11 日に判示されたものである。本判決は幾つかの重要事項にわたる判断を行なったものであるが、あえてかような古い判決を取り挙げるのは、本判決が学説では承認され始めた後に、ライヒ裁判所が客観的不法概念を承認した最初の判決として重要であるからである。

このライヒ裁判所判決は、20 世紀の 20 年代の終り頃に既に通説化しつつあった、フォン・リストに還元される三段階的犯罪概念の基礎に基づきドイツ旧刑法典第 54 条（緊急避難）を免責事由のみならず、超法規的緊急避難として独立の正当化事由（違法性阻却事由）として違法性を阻却する可能性を、ドイツにおけるライヒ裁判所として明示するに至った重要かつ有名な判決である。本判決に先行するライヒ裁判所の判決は、正当化事由と免責事由

とを明確に区別していなかった。ライヒ裁判所は、本判決により初めて「客観的違法性を阻却する正当化事由」の存在に関する問題を免責事由の存在の問題から全く厳格に区別するに至ったのである。

戦前にわが国でも本判決は紹介されているやも知れないが、浅学寡聞の私は全くそれを知らず、またたとい紹介されていたとしても、その詳細にわたってまでは提示されていないものと思料したので、あえて本判決を詳細に検討すべきでもあろうかと思ひ返すに至った次第である。

では、以上のような重要な意義を有する本判決の内容を提示し、若干の検討を加えておきたい。

II. 事実の概要

事実の概要は、以下のごときものである。すなわち、成人男性と肉体関係をもっていた未婚の相被告人ローザ・S. は妊娠したことが判明した。彼女は、当時精神疾患のために、精神科医 Dr. St. の治療を受けており、そこに居合わせたときに妊娠の可能性を初めて告げられたのみならず、婦人科医 Dr. W. による診断・検査の結果後、妊娠していることは疑いないということを Dr. St. から告知された。その結果、ローザ・S. は継続的なうつ状態で悩み続け、明白な自殺についての考えで激しい感情の爆発を引き起こした。Dr. St. は、彼の告知によりローザ・S. の場合には、妊娠によって喚起された「反応性うつ病(reactive Depression)」のために、現在の切迫した自殺の危険があるものと判断し、そして自殺の危険の除去のために妊娠中絶させることを Dr. W. に依頼した。精神科の領域では非専門家である婦人科医 Dr. W. は子宮から胎児をかき出し、妊娠中絶を Dr. St. の診断に基づき、これに依拠して実施したのであった。

以上の事実に基づき、Dr. W. は § 219 StGB. による堕胎のかどで、Dr. St.

はその教唆のかどで、ローザ・S. に対しては § 218 Abs. 1 StGB. のかどで起訴された。その起訴は真摯な自殺の危険が存在しなかったであろうということ、あるいはたどいこれがそうであったとしても、医師達は妊娠の中絶が法律によって許されていないものであるということを知りつつ実施したということとなされたものであった。

これに対し、ラント裁判所は三人の被告人に対し無罪を言い渡した。その理由は、切迫した自殺の危険が存在していたということ、そして二人の医師は医学において承認され存在するものと考えられる合義務的な検討により、妊娠中絶に関する 1917 年 9 月 11 日の国内に公示された諸前提についてのバーデン内務省の公布において判断されえ、そしてそれ故に違法に行爲したのではないとされ、最後にローザ・S. は医者の手術の必要性を Dr. St. と Dr. W. の告知に基づき、§ 54 StGB. の意味における緊急避難状態にあると確信していたであろうということを是認したのである。

検察官の抗告に基づき上級裁判所は、Dr. St. に対しては § 218 Abs. 3 StGB. に該当し、ローザ・S. に対しては § 218 Abs. 1 StGB. に当てはまるとして主要手続きが開始された。その他の点、つまり Dr. W. に対しては抗告は却下された。上級裁判所の刑事部は二人の医師の可罰性に対する前提はその態度の違法性がここにあるとるところから出発したが、妊娠中絶はローザ・S. の生命の維持のための誘因ではないと承認し、そして Dr. St. およびローザ・S. はその事情を認識していたというのは十分に疑わしいものと考えたのである。そして、Dr. W. は Dr. St. の善意の道具にすぎないとして、Dr. St. がその間接正犯者とみなされたのであった。

これに対し、参審裁判所は Dr. St. およびローザ・S. に対し再び無罪を言い渡した。その理由は、先ず国家的に承認される目的の達成のための相当な手段として表示される法的に保護される利益侵害は違法ではない (=目的説)、次に国家は健康の維持を是認される目的として承認しそして要求しているのだから、母体の生命の維持は妊娠の中絶を違法とはなしえないこと、

最後に妊娠の中絶を上記の目的のために合義務的な検討により必要なものと考え、そして彼女がこれを確信して実施した医者は、たとえ事後的にその診断の不当性が明らかになるとしても、墮胎のかどで処罰されえないであろうという命題が、その判決の基礎に置かれていた。事実上の観点において、参審裁判所は「反応性うつ病」という内容の診断が誤りであろうかもしれないということ、ローザ・S. はおそらくヒステリーを患っていたということ、しかしまたヒステリーの人間には自殺の危険が除去されないであろうこと、そしていずれにしても Dr. St. はそのような義務に適った検討によりかような状況にあるものと考えたということを承認したのである。ローザ・S. は、彼女が § 54 StGB. の意味において緊急避難状況にあり、あるいはいずれにせよ緊急避難の事実上の前提の存在を信じていたということが是認されたのである。

本判決に対し、検察官は Dr. St. が無罪を言い渡されたというかぎりで上告したのである。その理由として検察官は、ライヒ裁判所の判決によれば、違法性のメルクマールは構成要件の中に採り上げられていないときには、故意は違法性の認識によって排除されず、さらに上記の判例によれば医者による妊娠中絶は違法であろうということ、そして § 54 StGB. の限界内で免責（責任阻却）されるであろうというのが妥当なものである、としたのである。

以上が、ライヒ裁判所判決に至るまでの事実の概要とその経緯である。

Ⅲ. 本ライヒ裁判所の判決

本ライヒ裁判所は、多岐の問題に対してその判断を示した。すなわち、

I. § 218 Abs. 1-3 StGB. n. F. は § 218 Abs. 1 および 3 StGB. a. F. に対して、構成要件の変更を含むのか？

II. 1. § 54 StGB. は正当化事由あるいは責任阻却事由を含むのか？

2. § 54 StGB. は一定の緊急避難行為においてかの責任阻却事由と並んで存続する正当化事由によって、違法性が阻却されるという可能性を開かせるのか？
3. 正当化事由としての緊急避難の諸事例において、二つの法益の衝突において、より価値の低い法益はより高い価値のある法益に屈しなければならないという命題が活用されるのか？
4. いかなる前提のもとで医師による墮胎の遂行が法的に許容されるのか？

上記の諸点にわたり、本判決は判断を下したものであるが、とくにわれわれにとって重要なのは、Ⅱ. の1. から3. である。したがって、Ⅰ. の点は割愛し、Ⅱ. 以下について検討することにする。

Ⅱ. 先ず、構成要件該当性の外部で、今や違法性は犯罪の概念に属し、そしてなるほどまた、このメルクマールが法律上の犯罪形式において明示的に述べられていないときでも然るのである、ということが確認される。

事態はここでは、とりわけ一人の医者によって「医学的適応」に基づき、生命の危険および身体の危険の救助のために実施された妊娠中絶が違法かどうかという問題の検討を必要とする。

いかなる前提のもとで、ある犯罪の外部的な構成要件を充足する行為が違法でないものとして考慮されるかは、単に刑法からのみならず法秩序全体から引き出されるものである。政府草案の第20条の規定、すなわち「可罰的な行為は、所為の違法性が公法もしくは民法によって排除されるときには存在しない」というのは、既に現行法なのである。そこから合法性、あるいは——消極的に表現すると——違法性の阻却（正当化事由、不法阻却事由）に対する根拠が発せられるところの法規は、法定的あるいは法定的ではない法に属しうるのである。それらはとりわけ、記述された規範の目的および対立関係の顧慮のもとで解釈の方法により伝達されうるのである。

1917年において医師会の代表者によって普及させられた医学性に関する

プロイセンの科学代表者の集会により立案され、そして1918年に帝国議会に提案され、けりをつけられなかった不妊および妊娠中絶に関する法律草案に添付された指導要綱によれば、医師による妊娠中絶は、妊婦において既に存在する病気のために回避不能な生命もしくは健康に対する重大な危険が存在し、それが妊娠の中絶以外の他の手段によっては回避不能なときのみ適当なものとして考慮される。社会的なあるいは（優生学的な）理由からする中絶は否定される。この指導要綱はプロイセンでは1917年4月13日のプロイセン司法省の通達により、バーデンでは1917年9月11日、ヴィッテンベルグでは1923年9月24日の発布により通告されており、かくして広範にわたる公的承認を見出したものである。そこから、「医学的適応」からする妊娠中絶は常に緊急避難が存在している、すなわち胎児の生命という法益に対する可罰的な行為の外部的構成要件を充足する侵害による以外に除去されない、妊婦の生命もしくは健康という法益に対する現在の危険状態が存在しているということは明白なのである。すなわち、なるほどそこから危険が切迫しているその法益に対する緊急避難による侵害が向けられているといった特別の状況が問題となるのであって、勿論それに対して正当防衛が問題となる §§ 53 StGB., 227 BGB. の規定の意味における違法な攻撃というものなしに然るのである。

帝国刑法典の発布に至るまでは、たいていのドイツの学者は医学的に適切な妊娠中絶は緊急避難の観点のもとで不可罰なものと表明してきた。しかし帝国刑法典導入後、緊急避難に関する刑法典第52-54条の規定に基づき、この視点を第三者、とりわけ妊婦の親族ではない医者にもはや適用しえないものと信じたのである。それ故、人は今まで統一的な見解が形成されることなく、他の正当化事由を探究したのである。

1. 刑法典第54条に規定された緊急避難に関して、それは一身的刑罰阻却事由、免責事由もしくは正当化事由として考えるべきかどうかについて、文献上論争されてきた。ライヒ裁判所は、いずれにしても一身的刑罰阻却事由

は問題とはならないということ恒常的な判決において承認してきた。責任阻却事由があるいは客観的に違法性を阻却する正当化事由については、一部では未決定のままとされ、また一部では免責事由としてのみ顧慮すべきであると明確に判示したものもある。北ドイツ連邦刑法典の草案の理由書において、それは今や刑法典第 54 条に相応するのであるが、それは以下のように規定している。「正当防衛が不正な攻撃に対する権利の防衛として示される一方で、緊急避難はそれらがより低いものとより高いものとを比較しなければならない二つの権利の衝突である。」この後者の思想が法律中に見出されたときには、のちの議論から明らかとなるように、刑法典第 54 条の緊急避難は正当化事由として考えられうるのである。しかしながら、より低い価値しかない財に対するより高い価値ある財の保護の原則は、法律それ自体において貫徹されていない。身体の緊急避難は、法律によってもまた彼が他人の生命というより高い価値ある法益を抹殺するときにも可罰的ではない。この規定は、その種の緊急避難行為の挙行において行為する者の意思自由が自己保全の衝動力からなるほど排除されないが、しかし強く影響を受けたということ、および行為者の人格においてこの有効な根拠が行為を免責可能なものとして表われるという思考経過からのみ理解可能なものである。それに対して、立法者の一義的な意思表示が欠けるために彼が 54 条においても、より低い価値しかない法益に有利により高い法益の抹殺をも違法でないものとして承認しようとしたのかということは是認されえないのである。この見解を基礎として用いる場合においてのみ、更に緊急救助がここでは——§ 53 StGB. および §§ 227, 228, 904 BGB. においてとは異なり——親族に制限されているということを理解させうるのである。すなわち、立法者が緊急避難行為を刑法典第 54 条の全範囲において違法でないものと考えたとすれば、彼にとってかような制限への何のきっかけにもならないであろう。

RGSt. Bd. 57 S. 268 の判決において、ライヒ裁判所は「行為者の行為から犯罪行為の属性を取り去り、そしてそれ故にまた共犯者は有責に行為するも

のではない」という命題を言い渡した。この判決の基礎にある事実において幫助（注射器の借用）は、§ 218 Abs. 1, § 49 StGB. による緊急避難において行われた中絶についてが問題であった。すなわち、ここではライヒ裁判所によって引き出された結論から、共犯者の非独立的性格（従属性）から生じたものである。判示した法廷は本判決に従ったのである(RGSt. Bd. 60 S. 88 [89])。しかし今や第三刑事部は、1926年1月25日の判決、III 512/25(JW. 1926 S. 1989)において挙げられた命題を、それにおいて医者が身体の緊急避難の中にある妊婦——彼女は彼の親族に数え上げられない——において妊娠中絶を遂行したという事例に適用したのである。この中において判示した法廷——それはその限りにおいて帝国檢察の遂行に合流した——は、第三刑事部に従うことができなかつた。医者の行為は——違法性の問題を先ず度外視して——§ 218 Abs. 3 StGB. a. F. (§ 218 Abs. 2 StGB. n. F.)の構成要件を充足した。この規定によって第三者の行為は——旧条文を基礎にして、もっとも既遂の墮胎事件に対してのみ——単なる幫助の枠内から、妊婦によってのみ有効な§ 218 Abs. 1 StGB. によって可罰的な墮胎が言い渡され、そして独立の犯罪にまで高められた。第三者はかくして——旧法によれば既遂の墮胎において、新法によれば制限なしに——独立の行為者であつて、§ 218 Abs. 1 StGB. による妊婦の犯罪についての §§ 47 flg. StGB. の意味における共犯者ではない。それはそれ故に、Abs. 3(2)において規定された構成要件にとつて、いかなる視点かどうかおよびいかなる視点のもとで妊婦との共働効果が同様に可罰的であるのかどうか、この者が Abs. 3(2)による重罪の共同正犯、教唆犯もしくは幫助犯としてこの共働が捉えられるのかどうか、あるいは特に妊婦自身において存在している事由——とりわけ §§ 51, 52, 54 StGB. の根拠に基づき——刑法上の非難が引き出されるのかどうかは(RGSt. Bd. 1 S. 350 [351 以下、352], Bd. 4 S. 302 [304]; RGRspr. Bd. 9 S. 387; RGSt. Bd. 16 S. 184 [185], Bd. 28 S. 164 [167], Bd. 60 S. 88 [92])は重要ではないのである。技術的な意味における § 218 Abs. 1 StGB. による犯罪についての第三

者の共同正犯は、ライヒ裁判所の判決によれば既にこの規定が主体として妊婦を、あるいは（未遂にあつては）自らを妊婦と信じた人間が必要であるということでは可能ではないのである(RGSt. Bd. 29 S. 419 [421].; RGE. v. 6. Mai 1918, III 146/18=LZ. 1918 Sp. 1218)。しかしまた、刑法典第 54 条の条文からこの規定によって親族に数え上げられない第三者——その者が緊急避難にある妊婦で妊娠の中絶の目的のために共働し、そしてそれ故に非技術的な意味において共同正犯者として表示されうる(RGSv. 26 September 1921, I 35/21, v.1. April 1924, I 260/24; RGSt. Bd. 59 S. 423 [425]を参照せよ)、この規定によって刑罰から保護されないということが直接的に明らかとなるのである。参審裁判所はこれにつき刑法典第 54 条の適用を、Dr. St. の行為につき正当にも否定したのである。

2. 行為の一定の範囲に対して免責事由を創り出すところの刑法典第 54 条の規定は、しかし今やそれと並び立って規定された、あるいは規定されていない法命題に基づき一定の緊急避難行為においては——それが刑法典第 54 条のもとに入るところのそのようなものにあつても——違法性が阻却されるということを排除するものではない（以下、傍点筆者）。この思考経過がまた従来ライヒ裁判所の判例と異質ではないということは、それにおいて——緊急避難行為によって保護され、そしてそれによって侵害された法益に応じて——緊急避難行為があるときは違法な攻撃として、またあるときは適法な行為として示され、そして従ってそれに対する反対防御が許容され、またあるときは許容されえないということを RGSt. Bd. 23 S. 116 の判示された法廷の判決から明示的に明らかとなるのである。

3. a) ここで考慮されうる規定された法命題は存在しない。民法の当該の緊急権は物に対する緊急攻撃に対してのみ当てはまる。

b) 医学上適切な妊娠中絶を正当化するという学説において企てられている試みから、医師の職業権の存在を RGSt. Bd. 25 S. 375 の判決において健康目的のための医学的侵襲に対して一般的に、そして RGSt. I 120/25

1925年5月8日において医学上適切な妊娠中断をとくに否定している。

c) RGSt. Bd. 25 S. 375 の判決において、医学上の侵襲の正当化のために使用されている同意の観点もまた、それ自体だけで医師によって遂行された妊娠中絶の正当化のために十分であるとはしていない。というのも、中絶はただに妊婦の生命に対する侵襲のみならず、妊婦自らの身体の不可侵性と同様に処理しえない胎児の生命に対する侵害をも含むからである。緊急避難状態にある妊婦が、刑法典第54条に基づき胎児を処罰されずに殺してもよいとか、彼女が他人に墮胎を遂行させる権限を与えられてよいという思考経過は、とりわけ拒絶すべきである。けだし、刑法典第54条は免責事由のみであって、正当化事由を創出するものではないのであるから、妊婦自身の行為は他の広い正当化事由が介在しないかぎり違法に止まるのであって、違法に振る舞う妊婦の同意は緊急状態にない第三者の救助行為の違法性を排除するものではない。かくして先ず、妊婦自身の緊急避難行為はただに免責されるのではなく、違法でないものと考えられる根拠が探究されねばならない。そのような正当化事由が妊婦自身に対して見出されるとすれば、第三者の介在の法的許容性のために彼女の同意が一定の意義をもちうるということが承認されなければならない。同意がかような意義を事実上もちうるかについては論争されている。

d) 参審裁判所の判決の基礎に置かれている命題、すなわち国家的に承認されている目的達成のための適切な手段として示される法的に保護された利益への介入は違法ではない（目的説）は、学説上しばしば同意を見出してきた。しかし正當にも、この原則は一般的な承認を得ているものではない。その見解の射程において、本原則の適用が実務において権利としてそれ相応には考慮されえないところの憂慮すべき結果へと導くものではないのかどうかということが看過されているのである。

e) ほとんど一般的な承認は、それに対して以下のような法思考から引き出されるが、しかし本質的に狭く捉えられた原則として見出されてき

た。すなわち、その法思考とは、犯罪形態の外部的構成要件を充足する行為が法益を保護しあるいは法によって命ぜられた、あるいは承認された義務を充足する唯一の手段が、行為が適法あるいは禁じられないあるいは違法であるかどうかの問題は現行法から取り出される価値関係に基づいて、相抗争する法益あるいは義務を決定するというものである（財の衡量および義務の衡量の原則）。

義務の抗争の事例に対して（義務の緊急避難）は、ライヒ裁判所は既に繰り返しより高い義務はより低い義務を犠牲にすべきであり、そして後者の義務の不履行は違法ではないという原則を公言してきた（RGSt. Bd. 20 S. 190 [191 以下], Bd. 36 S. 78 [80 以下], Bd. 56 S. 168 [170 以下], Bd. 59 S. 404 [407], Bd. 60 S. 295 ; RGZ. Bd. 53 S. 315 [317] ; また RMG. Bd. 17 S. 41 を参照せよ）。

そしてまた法益の抗争——財の緊急避難——の事例に対しても、ライヒ裁判所は調整が二つの法益のうちの一つの抹殺あるいは侵害以外に可能でないときには、より価値の低い財はより高い法益に譲歩しなければならず、より価値の低い財の侵害は違法ではないということを既に承認してきたのである（RGSt. Bd. 23 S. 116, Bd. 37 S. 150）。

4. 財の衡量の原則はまた医学上適切な妊娠中絶が法的に許容されるかどうか、およびいかなる前提のもとで然るかという問題の満足のゆく解決へと導くのである。

その適用のための一般的な前提条件は上記の一定の意味における有効な財の緊急避難の現存在である。かくして、現在の他の方法では除去されない妊婦に対する危険が存在しなければならない。この前提の現存在は非医師がたいいていその状況にはおかれていないところの医学上の原則に基づく特に厳格な検討を必要とするのである。現在の危険のもとで、それに介入しないときには経験上自然な更なる発展が毀損の発生を確実に差し迫ったものと考えさせるといような状況として理解されるべきである。その他の点では、妊娠

中絶の許容性についてのその要件の意義に関しては、RGSt. Bd. 36 S. 334 [338-340]の判決の詳述が引き合いに出されるのである。財の衡量にあつては、法益の保護のために発布されている現行法の刑罰予告の中で、その一般的な表現を見出した評価から出発すべきである。§§ 221 flg. StGB. 並びに旧および新条文の § 218 StGB. を伴う §§ 224, 225 StGB. は直ちに通常生命の喪失並びに § 224 StGB. の意味における完全な人間の重大な健康の毀損は、胎児の生命の喪失よりも高く評価すべきであるということが直ちに引き出されうるのである。緊急避難による侵害は単に免責的なものとしてでなく、財の衡量の原則の適用において違法でないものとして考えられるかぎりで、違法性の阻却はただに妊婦自身による実行のみならず、判断能力のある第三者の前提条件による実行に対しても違法性の阻却が妥当するのである。これに対する必要な前提条件は、妊婦の現実のあるいは推定的な同意である。このことは既に RGSt. Bd. 25 S. 375 における判決から明らかである。というのも、妊娠中絶はまた妊婦の身体に対する侵害を含んでいるからである。これに関連して、妊婦はまたなりつつある母親としての彼女の身分において、良心のためらいから胎児の殺害を禁ずるための権利を留保しつづけるものなのである。妊婦の推定的意思と現実の意思との同一視は、§ 667 BGB. において表示されている法思想に相応するのである。

医師の適切な妊娠中絶は、従って妊婦自身による実行および現実のあるいは推定的な妊婦の同意の場合において、また妊婦を 224 条の意味における死あるいは重大な健康の毀損の現在の危険から解放するための唯一の手段であるときには、違法ではない。この結論は上記の医師界に対するプロイセンの科学的代表団の再現された指導原理と本質的に一致するのである。そのことは妊婦およびこの諸原理にのつとる医師は法秩序に違反するものではなく、そしてそれ故可罰的ではないということだけを意味している。倫理的な許容性の問題はこれによっては触れられていない。

従来、ライヒ裁判所は妊婦の親族ではなく、その同意を得て医学上の原則

に従い、母親を救助するために妊娠中絶を必要なものと考え、そして実施する医師は、墮胎のかどで処罰されないということを決して表示してこなかった。1923年6月8日の第V刑事部の判決において(V 250/23)、医師の適切な妊娠中絶が母親の救助のために許容されるものと判示した。最後に、第III刑事部も1926年1月25日の判決(1926 III 512/25)において、医師に「医学的適応」の確認の事例に対して、無罪を保障する道を探究したのである。

本件で主張されている立場の基礎づけにおいては、本件では妊娠中絶がローザ・S. において医学上の原則に従い、自殺の現在の危険が、そして従ってまた胎児の殺害の危険が承認され、そしてこのことが妊娠の中断以外の方法では除去されえないときには、妊娠中絶は違法ではなく、そしてそれ故に不可罰のものと考えられるのである(なお、以下のIIIおよびIVは、私の問題関心から重要ではないので割愛する)。

以上のような理由により、本判決は超法規的緊急避難として、ローザ・S. の妊娠中絶に対し違法性を阻却し、不可罰としたのである。

IV. あとがき——本判決の評価とまとめ

既にI. はしがきで述べたように、ドイツ旧刑法典第54条(緊急避難)に関し、ライヒ裁判所が初めて超法規的緊急避難として責任ではなく、既に違法性の段階において独立の正当化事由(違法性阻却事由)を認めた意義は非常に重大なものがある。すなわち、54条は従来免責事由のみと考えられていた点を改め、違法性阻却事由として正面から認めるに至ったのである。そのことは、すなわち犯罪論体系において、フォン・リストに淵源する「客観的違法論」(1881年)を、ドイツの判例・実務も承認したことを意味するものである。

私が既に何度か触れたごとく(振津・刑事不法論の研究・208頁、同・金

沢法学・52巻2号・169頁以下等)、客観的違法論はその出現当初からメルケル(1867年)を嚆矢として、ビンディング、コールラウシュ(1903年)、フェルネック(1903年)およびドーナ(1905年)等の一連の論客によって主観的違法論の攻撃に曝されてきたのであるが、学説がこれを漸次斥け確立していく過程で「客観的違法論」が確固として通説化していったのである。まさに、その20世紀の20年代後期に本判決により判例・実務においてもこれを採用するに至った歴史的意義は極めて重要であるといえよう。なお、本判決は正当化の根拠として、参審裁判所がその無罪根拠として挙げた極めて曖昧な「目的説」に対して、「財の衡量および義務の衡量の原則(=利益衡量説)」をその根拠にした点も注目されよう。

以上のことから、まさに本判決はドイツの判例・実務においても「客観的違法論」が採用された最初のものとして、その詳細を紹介・検討することに意義あるものと思料する。

(2010年6月19日稿)