

アルミン・エングレンダー「拡張された緊急避難？
気候政策への抗議活動に対するドイツ刑法典 34 条の
適用可能性について」／ティル・ツイーマン「アルミン・
エングレンダー『拡張された緊急避難？』へのコメント」

小 島 秀 夫

【目 次】

- I アルミン・エングレンダー「拡張された緊急避難？気候政策への抗議活動に対するドイツ刑法典 34 条の適用可能性について」
- II ティル・ツイーマン「アルミン・エングレンダー『拡張された緊急避難？』へのコメント」
- III 訳者あとがき

I アルミン・エングレンダー「拡張された緊急避難？気候政策への抗議活動に対するドイツ刑法典 34 条の適用可能性について」*

気候政策への抗議活動に関する行為が構成要件に該当する場合でも、ドイツ刑法典 34 条に規定されている正当化的緊急避難によって正当化されることはありうるでしょうか⁽¹⁾。ここでは例えば、強要、住居侵入、器物損壊、道路交通への危険な介入、執行担当官に対する抵抗といった構成要件に該当する行為が考えられます。近時、フレンスブルク区裁判所は、その正当化を肯定する注目すべき（もっとも確定力はない）判決を下しました⁽²⁾。裁判では、気候変動による脅威をどのように捉えるかと関連して、緊急避難の諸要件をめぐる独創的な展開に取り組んでいます。しかし、こうした判決は法的にも説得力を有するのでしょうか。この点について、私は非常に疑わしいと思っています。以下では、

アルミン・エンゲルンダー「拡張された緊急避難？気候政策への抗議活動に対するドイツ刑法典 34 条の適用可能性について」／ティル・ツィマーマン「アルミン・エンゲルンダー『拡張された緊急避難？』へのコメント」

そのように考える根拠について説明しましょう。

まず、事実の概要と判決の主要な理由を端的に紹介したいと思います。検察官は、被告人が管理権者から退去するよう求められていたにもかかわらず、フェンスで囲まれた私有地に植えられている樹木の上に数日間居座り続けたとして、その罪責を主張しました。主張内容によれば、当該場所にはホテルが建設される予定で、被告人は、その際に樹木が伐採されるのを妨害するつもりでした。もっとも、建設工事の実施については、官庁から許可を得ていました。このような事実において、区裁判所は、確かに住居侵入罪の構成要件が実現されている、との見解に立ちました。しかし、当該行為がドイツ刑法典 34 条によって正当化されることを認めました。ドイツ刑法典 34 条によれば、行為が正当化されるのは、(1)緊急避難可能な法益に対する現在の危難があるという緊急避難状況が存在し、(2)その危難が当該行為以外には回避しえない、したがって行為が適切かつ必要であること、(3)保全される法益 (= 危難を受けた法益) が侵害される法益 (= 犠牲となる法益) よりもはるかに優越しており、(4)当該行為が危難を回避するにあたって相当な手段であると認められる場合です。

区裁判所は、以下のように論拠を示しました。すなわち、気候、生命、健康といった緊急避難可能な法益に対する危難が存在した。その際、ドイツ基本法 20a 条 (自然的生活基盤の保護) は、気候を公共的法益として認めている。危難は現存していた。なぜなら、現在の不十分な気候保護対策では将来ほぼ確実に危難に対処できないからである。危難を回避する別様の可能性も存在しない。また、これに関連して要件とされる被告人の対応の適切性も認められる。確かに、占拠された樹木、あるいは当該私有地にあるすべての樹木を保護することは、それ単体でみると、グローバルな気候変動を止めるためには極めて小さな貢献に過ぎないだろう。しかし、多くの対策や制限によってのみ克服することができる危難については、それぞれ個々の活動が少なからず保護のチャンスにつながる必要はない。個々の活動が緊急状況を最終的に克服しうる行動のわず

アルミン・エンゲレンダー「拡張された緊急避難？気候政策への抗議活動に対するドイツ刑法典 34 条の適用可能性について」／ティル・ツイーママン「アルミン・エンゲレンダー『拡張された緊急避難？』へのコメント」

かな一部分を構成していれば十分である。樹木を占拠する行為は、相対的にみて最小限度の手段であったことも疑いない。この点、樹木の伐採を食い止めるために国の支援を利用する取り組みは、成功しなかった。さらに、政府による現在の気候保護対策は不十分であり、それゆえ樹木を占拠する行為と同程度に適切ではない。利益衡量も気候保護に有利な結果が導かれる。気候という法益は、特に重要であるといえよう。連邦憲法裁判所も、気候変動が進行するにつれてそれを保護する重要性が高まり続けていることを認めている。脅かされた法益を当該行為が保護する見込みは極めて低いという事情は、原則的に正当性を否定するものであるが、危険の回避が多くの対策によってのみ可能となる状況の中では問題とされるべきではない。最後に、当該行為は、気候保護の中心的意義に鑑みても相当である。いわゆる法的手続の遮断効は、絶対的な効力を有するものではない。

こうした論拠に対して、特に当該判決の問題点と一般的な気候保護の観点から（正確に言えば人間に公正な気候の維持に向けて）同様の行為を正当化することの問題点をどのように考えたらよいでしょうか。私はここで4つの点について論じたいと思います。(1)危険の回避に向けた行為の適切性が認められるか、(2)国家による危険の回避に向けた対策の可能性と照らし合わせ、危険の回避可能性が他に存在しないのか、(3)侵害利益に比べて保全利益がはるかに優越しているか、(4)いわゆる国家的手続の遮断効に関連して、行為の相当性が認められるか、以上の4点です。これに対して、公共的法益が緊急避難適格性を有するか、個人的には懐疑的ですが⁽³⁾、ここでは論じないことにします。圧倒的な多数説によれば、公共的法益も緊急避難適格性を有するとされていることを述べれば、ひとまず今日は十分でしょう⁽⁴⁾。さらに、異論の余地なく緊急避難適格性を有するとされている生命や健康といった個人的法益についても、当該状況においては問題となるように思われます。

人間に公正な気候に対する現在の危険の存在について、詳細に立ち入るつも

アルミン・エングレンダー「拡張された緊急避難？気候政策への抗議活動に対するドイツ刑法典 34 条の適用可能性について」／ティール・ツイーマーマン「アルミン・エングレンダー『拡張された緊急避難？』へのコメント」

りはありません。このような危難は、科学的にたびたび証明されています。この点、区裁判所は、適切にも次のように指摘しました。すなわち、危難とは、将来いずれ避けられない場合でも現存しているとみなされる、と⁽⁵⁾。それゆえ、現存していると認められるのは、間もない害の発生が危惧されるような、いわゆる瞬間的危険がある場合に限りられません。差し迫った害の発生が確かに遠い将来にわたっても存在するものの、直ちに行動することで確実に避けられうるような危険がある場合にも、現存していると認められます。

さて、緊急避難としての正当化の問題点に入りたいと思います。まず、適切性をめぐる問題について取り上げます。さしあたり、区裁判所は、通説に基づき、行為によって可能となる保護のチャンスがごくわずかであるか、少し高まるに過ぎない場合には十分ではないことを適切にも認めています⁽⁶⁾。しかし、裁判所は、気候変動のようなグローバルな危難の場合には、当該土地の樹木を保護することが、全体的にみれば危難の回避を可能にする行動のわずかな 1 ピースを構成しているといえれば十分である、と解しました。

適切性の概念に関するこのような修正は、批判されるべきでしょう。このような修正は、適切性というメルクマールの空洞化につながります。こうした修正によれば、二酸化炭素を排出する何らかの行動や出来事を好き勝手に妨げるいかなる行為も、原則として正当化されることになってしまうでしょう。というのも、そうした行為は、気候保護対策として考えられる全体の一要素になりうるとみなされるからです。例えば、自動車のタイヤをパンクさせる行為や暖房器具もしくは冷房・冷蔵装置を使用できなくする行為、あるいは家畜やペットを殺害する行為、工場施設の妨害、喫煙中のたばこを取り上げる行為までも正当化されてしまいます。確かに、行為それ自体が法益を保護するチャンスを必ずしも高める必要はない、という点はその通りです。しかし、保護するチャンスが効果なく無に終わることも予期してはなりません。危難の回避に向けたさらなる対策が必要である限り、当該行為が、保護するチャンスを補完したり、

アルミン・エンゲレンダー「拡張された緊急避難？気候政策への抗議活動に対するドイツ刑法典 34 条の適用可能性について」／ティル・ツイーマン「アルミン・エンゲレンダー『拡張された緊急避難？』へのコメント」

可能にしたり，促進したりしなければならず，これらのさらなる対策も実際にとられるといったある程度の蓋然性も存在していなければならないのです。例えば，当該行為が，さらなる段階で適切な保全行為を自ら遂行する可能性を行為者に与え，結果として行為者が危難を自ら回避できる場合には，そのような蓋然性を前提としなければなりません⁽⁷⁾。行為者の直接的な影響下にある他人によって行われる対策に関しても同様です。こうした最小限度の要件が充足されない限り，当該行為は危難の回避にとって適切である，とみなすことはできません。

排出の阻止を自ら目指すのではなく，注意を惹くことによって社会の意識や気候保護政策の変更をもたらす構成要件該行為もドイツ刑法典 34 条によって正当化されうるとの見解が学説から出される場合には，緊急避難が明らかに拡張されてしまう問題が付きまといます⁽⁸⁾。ドイツ刑法典 34 条の意味における適切とは，道路をふさいだり壁にスプレーをまいたり工場の敷地に侵入したりするような象徴的な活動が，二酸化炭素の削減に向けた有効な対策をとる蓋然性につながるほど，大きな影響を政策や社会に与える場合のみ認められるでしょう。いずれにせよ，これまでそうした影響を与えているとは評価しがたいように思われます⁽⁹⁾。

さて，第 2 の問題点である必要性について検討しましょう。適切にも区裁判所は，正当化的緊急避難の場合，原則として国家による危難の回避が優越することを認めています⁽¹⁰⁾。さしあたり，その決定的な理由としては，危難の回避が国家の中心的責務であり，国家はそれに専念している，という事情が挙げられます。こうした事情により，私的に計画される危難の回避にみられるさまざまな欠点を取り除かれるのです⁽¹¹⁾。さらに，正当化的緊急避難による侵害の際には，犠牲を受ける法益の所有者から，特別の犠牲が（個人的法益が脅かされている場合には）他人の利益につながる，もしくは（集团的法益が脅かされている場合には）公共の利益につながるものが求められます。しかし，そのような犠牲

アルミン・エンゲルンダー「拡張された緊急避難？気候政策への抗議活動に対するドイツ刑法典 34 条の適用可能性について」／ティル・ツイーマン「アルミン・エンゲルンダー『拡張された緊急避難？』へのコメント」

を甘受する義務は、国家による危難の回避が存在しない場合にのみ正当化されます。というのも、国家は、市民の自由や法益を侵害することなく危難を回避しうるかもしれないからです。あるいは、それが不可能な場合でも、国家は、危難を回避する際にどうしても生じてしまう負担を公平な形で公衆に分担し、誰にも特別な義務を負わせないことができるかもしれません。あるいは、それも不可能な場合、国家は、そのような特別の犠牲を払わなければならない（それゆえ、場合によって賠償されるべき）者を、少なくとも民主主義的に決定することができます。

国家による危難の回避は、緊急避難という方法で危難を回避する必要性を消滅させ、優越して行われるものですが、当該事例では、以下の3つの条件が揃った場合にのみ、国家による危難の回避が否定されうるように思われます。第1に、樹木を保護する（さらなる）法的可能性がなかった場合です。第2に、気候変動という危難の回避に向けた他の社会や国家の気候保護対策が不十分であったといえる場合です。第3に、当該行為を遂行しなくても、そうした状況を改善する現実的な見込みが存在しなかった場合です。処罰されうる活動をしなくても政策的なプロセスに影響を与えるさまざまな可能性があることを踏まえると、とりわけ最後の点は重要な根拠づけであるといえるでしょう。そのことは、例えば、一定の要件の下で強要罪の構成要件に該当する、路上でのデモに執着する行為のように、社会の意識や気候保護政策の変更を目指す象徴的な行為に対してもあてはまります。

保全利益（ここでは生命、健康、人間に公正な気候）が侵害利益（ここでは住居権）よりもはるかに優越しているとする区裁判所の認定についても疑問があります。確かに、抽象的にみれば、保全法益は、侵害法益よりも実際はるかに優越しています。もっとも、こうした法益の抽象的な比較は、利益衡量の第1段階に過ぎません。そうした衡量に加えて、第2段階では、当該利益の具体的な重要性を検討します⁽¹²⁾。ここでは、被告人の行為によって、脅かされた法益を保

アルミン・エンゲレンダー「拡張された緊急避難？気候政策への抗議活動に対するドイツ刑法典 34 条の適用可能性について」／ティル・ツイーマン「アルミン・エンゲレンダー『拡張された緊急避難？』へのコメント」

護する見込みがほんのわずかに高められたに過ぎないことを考慮すべきです。その際、具体的な保全利益の重要性は、大きく失われるでしょう。確かに、区裁判所は、こうした事情を重要でないと判断したように思われます。なぜなら、気候変動に関する危難の回避は、多くの対策によってのみ成功しうるからです。しかし、区裁判所は、正当化的緊急避難の例外性という特徴を見誤っています。侵害される法益を有する者に対して、自由領域を侵害したり特別の犠牲を負わせたりすることができるのは、危難にさらされている法益の保護に顕著な相違をもたらすことにより、保全利益の重要性が高まる場合であり、その場合に限って正当化されるのです。

もっとも、当該事例において、無関係な第三者の負担ではなく、危難を作り出した者の負担で危難を回避する防衛的緊急避難の状況が生じていたならば、保全法益がはるかに優越している必要はなかったでしょう⁽¹³⁾。防衛的緊急避難の場合、利益衡量については、危難との関係以外に害が発生せず、保全利益が侵害利益よりもはるかに下回っていなければ十分です。他人の利益や公共的法益を危険にさらす者は、そうした危険が現実化しないよう要求されても仕方ありません。しかし、ここでの気候変動による危難は、侵害法益の所有者の領域から特別に生じたわけではなく、公衆の領域から生じています。確かに、侵害法益の所有者は、公衆の一部を形成しているといえるでしょう。しかし、そうした点を踏まえても、侵害法益の所有者に気候変動による危難を個別的に帰属させ、所有者の利益を後回しにすることは正当化されません。仮に個人的な行動に違いがあるとしても、侵害法益の所有者は、危難状況について、社会における他の構成員よりも一般的に多かれ少なかれ責任を負うわけではないでしょう。それゆえ、防衛的緊急避難が適用される要件は満たされていないのです。侵害利益に対する保全利益の優越性という要件についても、本件における状況ではほとんど根拠づけられないでしょう。

最後に、相当性について述べたいと思います。適切にも区裁判所は、法秩序

アルミン・エンゲレンダー「拡張された緊急避難？ 気候政策への抗議活動に対するドイツ刑法典 34 条の適用可能性について」／ティール・ツイマーマン「アルミン・エンゲレンダー『拡張された緊急避難？』へのコメント」

が危難状況に対処するために一定の究極的な手続を規定し、対立する利益の均衡を図る場合、多数説によれば相当性が否定されることを認識しています。こうした手続とは別に、正当化的緊急避難を援用し、危難を回避するために他人の利益を侵害することは論外です⁽¹⁴⁾。国家が対立を解決する際に特定のリスクが残存する場合には、法律上の手続規定が想定しているか、少なくともあらかじめ考慮に入れている帰結が問題となります⁽¹⁵⁾。それゆえ、特定のリスクについては甘受しなければならないでしょう。民主主義的な立憲国家においては、すでに言及したように、第 1 に民主主義的に正統化された立法者および法的決定に深く関わる行政機関が、危難の回避を計画し、その際に生じる負担を公平な形で市民に分担したり、場合によっては特別な犠牲を払わなければならない者を決定したりするという考え方が基礎に置かれています。民主主義的な立法者には、対立する利益を衡量してバランスをとるか、もしくは優越する関係を確定する義務があります。もし、こうした法律上の手続規定に反した行動をとる権利を個々人に認めるならば、各個人は、こうした規定やその規定の基礎に置かれている民主主義的な多数決の原理を承認するかどうか、好き勝手に決めることができってしまうでしょう。そのような事態は、国家によって規定され、かつ調整されている危難の回避を優先する権限に、まさに反していると言わざるをえません⁽¹⁶⁾。

したがって、私人が危難を回避するために正当化的緊急避難を援用する余地は、国家による救助が得られず、かつ差し迫った法益の侵害が、対立の解決に向けた国家の決定として想定されていないか、あるいは甘受される帰結ではないといった「イレギュラーな」危難状況である場合に限られるでしょう。気候保護の優越的意義により法的手続の遮断効を相対化する者は、民主主義的な立法者、危険防除官庁、行政裁判所が規定したり決定したりする権限を弱体化させることとなります。こうした事態は、本報告において極めて問題であると考えます。なぜなら、そのような権限が弱体化すると、社会生活を共にする人た

アルミン・エンゲレンダー「拡張された緊急避難？気候政策への抗議活動に対するドイツ刑法典 34 条の適用可能性について」／ティル・ツイーマン「アルミン・エンゲレンダー『拡張された緊急避難？』へのコメント」

ちに、公共性を優先するよう要求し、特異な考え方に基づいて特別の犠牲を負わせられる余地が生まれてしまうからです。例えば、当該事例では、土地が（無期限に？）占領されることを甘受するか、計画された合法的な建設や土地の利用を断念するよう、土地の所有者に強制することになってしまうでしょう。

もっとも、学説の一部によれば、国家によって対立を解決する判決の遮断効は、国家が基本法の保護義務を履行せず、強制を一手に引き受ける代償が国家から払われなければ、その効力は失われるとする見解が主張されています⁽¹⁷⁾。気候変動による危難において、こうした条件が満たされているとする見解が、いまや若干ながら主張されています⁽¹⁸⁾。しかし、連邦憲法裁判所は、そのような評価を支持していません。多くの判決において、ドイツの立法者は憲法上の保護義務に違反していないことが明らかにされました⁽¹⁹⁾。確かに、裁判所は、ドイツの気候保護法におけるさまざまな法的指針を明確化するよう、立法者に求めていました。しかし、立法者は、これまでのところ、そうした規定義務を履行していません。とはいえ、このことは、憲法上の要求が気候保護の分野においても司法を通じて貫徹されうることを示しています。それが保障される限り、国家手続の遮断効を無効にする根拠は存在しないのです。

結論として、気候政策への抗議活動を通じて構成要件に該当する行為を正当化することは、原則的に認められません。むしろ、その際、気候変動を食い止めるために社会や国家が実施してきた従来の対策が適切な問題解決を含んでいると主張しているわけではありません。問題意識の欠如や不十分な対策という見方からすると、市民や立法権の側にも批判されるべき点はあるでしょう。しかし、正当化的緊急避難は、国の気候保護法に対して実際にみられる欠点をカバーするものではないと考えています。

アルミン・エンゲレンダー「拡張された緊急避難？気候政策への抗議活動に対するドイツ刑法典 34 条の適用可能性について」／ティル・ツィーママン「アルミン・エンゲレンダー『拡張された緊急避難？』へのコメント」

Ⅱ ティル・ツィーママン「アルミン・エンゲレンダー『拡張された緊急避難？』へのコメント」

アルミン・エンゲレンダー教授は、気候政策への抗議活動に関して、構成要件に該当する行為を正当化的緊急避難（ドイツ刑法典 34 条）によって正当化することは原則的に認められないとの見解を主張しました⁽²⁰⁾。私は、エンゲレンダー教授のこうした評価を、結論的にみてもその根拠づけの重要な点においても支持します。しかし、エンゲレンダー教授が根拠づけた個々の点について、もう少し補足したり、若干ながら別の考察をしたりすることも可能ではないかと私は考えています。そこで以下では、補足すべき要素、あるいは私見と異なる評価が可能な要素に絞ってコメントしたいと思います。

エンゲレンダー教授によって引き合いに出されたフレンスブルク区裁判所の判決は、ドイツ刑法典 34 条に基づく正当化的緊急避難の観点のみから、環境活動家の正当化がありうるか、論じられています。しかし、学説に目を向けると、そのような正当化を、憲法に基礎を置く抵抗権（ドイツ連邦共和国基本法 20 条 4 項）、あるいはいわゆる市民的不服従という洗練された抗議形態から導き出そうとする見解もみられます⁽²¹⁾。

市民的不服従という概念は、政治哲学に由来し、取り返しのつかない結果を招いたり倫理的に違法と解されたりする国家の個々の決定に対して、人目を惹くような規則違反から非暴力的な規則違反まで、誰もが分かる形で抗議を行う市民の抵抗を示すものです⁽²²⁾。それゆえ、犯罪を実現する形での気候政策への抗議について、市民的不服従の活動が問われていると捉える活動家の自己評価は、適切であると思われます。もっとも、圧倒的な通説が適切に捉えているように、こうした事情のみからでは、刑法上、正当化されないでしょう⁽²³⁾。その根拠の 1 つは、一ここでは立ち入りませんが⁽²⁴⁾—憲法適合的秩序に対する危険と

アルミン・エングレンダー「拡張された緊急避難？気候政策への抗議活動に対するドイツ刑法典 34 条の適用可能性について」／ティル・ツイーマン「アルミン・エングレンダー『拡張された緊急避難？』へのコメント」

いう要件の下でのみ抵抗権が想定されているドイツ連邦共和国基本法 20 条 4 項の反対解釈から生じます⁽²⁵⁾。他方で、少数派が、より良い世界という自らのイメージを推し進めるべく、多数派の社会によって憲法適合的に決定された法規を濫用しようとする場合には、極めて非民主主義的である、という考慮からも根拠づけることができるでしょう⁽²⁶⁾。それゆえ、正当化が認められるかどうかは、ドイツ刑法典 34 条に基づく「通常の」緊急避難を実際に検討しなければなりません。

そうであるならば、ドイツ刑法典 34 条による正当化の可能性という観点から、第 1 に、当該事案は攻撃的緊急避難なのか、それとも防衛的緊急避難なのか、という問題を明らかにする必要があるでしょう。その際、防衛的緊急避難の方が、保全行為の適切性⁽²⁷⁾や比較衡量されるべき利益の重要度⁽²⁸⁾においてもハードルが下がるため、正当化されやすくなります。防衛的緊急避難は、法益に対する緊急避難行為が危難を管轄する者に向けられる場合に認められます。一例えば、伐採木の占拠（ドイツ刑法典 123 条による住居侵入罪）や道路の封鎖（ドイツ刑法典 240 条による強要罪）といった一環境活動家による多くの犯罪行為については、行為に関わる人たち一先の例では、森林の所有者や封鎖された運転手—が気候変動の危難を共同で惹起しているがゆえに、防衛的緊急避難という方法で危難を回避することができるか、議論されるべきでしょう⁽²⁹⁾。とはいえ、エングレンダー教授は、一結論としては全く正当ですが—防衛的緊急避難の存在を否定しました。もっとも、エングレンダー教授は、その根拠づけとして、どの事例も気候変動による危難が、とりわけ犯罪行為によって侵害されている人の領域に由来するのではなく、まずは公衆に由来する、と主張していました。しかし、私は、誰がどの程度、危難に対して共同で責任を負うのかという、いささか経験的な問題は重要ではないと思っています。本件において、防衛的緊急避難は否定されるべきでしょう。なぜなら、樹木の伐採や内燃エンジン車の運転は、必然的に気候に悪影響をもたらすにもかかわらず、法的に許されているか

アルミン・エングレンダー「拡張された緊急避難？気候政策への抗議活動に対するドイツ刑法典 34 条の適用可能性について」／ティル・ツイーマン「アルミン・エングレンダー『拡張された緊急避難？』へのコメント」

からです。このような権限については、単に（望まない結果の）実現を甘受する義務のない許された危険が問題なのではなく⁽³⁰⁾、有害な温室効果ガスの排出を甘受する公衆の法的義務も伴いますが、環境を汚染するという本来の権利が問題となるでしょう。しかし、こうした背景から、一方では伐採者や運転者に大気汚染の権利を認めながら、他方で必然的にもたらされる気候の悪化を違法であると評価し、危険をもたらした者が取り除ける状態であると評価するのは、矛盾しているように思われます。それゆえ、本件では、単に攻撃的緊急避難による正当化が問われているに過ぎないと考えます。

適切性という許容構成要件要素に関して、エングレンダー教授によれば、単独で行われる犯罪的な抗議活動は、人間に公正な気候の維持におそらくほとんど（測れるほど）貢献しないため、適切性は否定されるべきである、との見解を前提としていました。確かに、例えばごく短期間しか樹木を保護しなかったり、若干名のドライバーに運転を止めるよう強要したりするにとどまるならば、個々の活動家はせいぜいわずかな貢献をもたらすに過ぎない、との主張は、その通りでしょう。しかし、ここでは、累積的因果性の考え方も考慮されるべきではないかと思われます。とりわけ、環境刑法の領域では、個々の汚染行為の可罰性は、一例えば、ごく少量で、それ自体の量では本来無害である量の有毒物質を海洋に放出する行為であったとしても一可罰的な危殆化として認められます。なぜなら、1人1人がそのように行動していけば、いずれ災害につながってしまうからです（いわゆる累積犯としての環境汚染）⁽³¹⁾。もっとも、仮に第三者が同様の性質を有する行為に及んだ場合でも、環境に対して実際に危険をもたらすとして、本来無害な行動を犯罪化するにあたって、累積的因果性の考え方が十分であると解するならば、環境の保護に向けられた行為を正当化する場面でも、同一の低い適切性基準を用いる方が、論理的に一貫するでしょう。確かに、別の環境活動家が同様の保護行為を行う可能性を踏まえると、保護に向けた具体的な努力が積み重なれば、少なくとも全体として、保護の蓋然性を一定程度

アルミン・エンゲレンダー「拡張された緊急避難？気候政策への抗議活動に対するドイツ刑法典 34 条の適用可能性について」／ティル・ツイーマン「アルミン・エンゲレンダー『拡張された緊急避難？』へのコメント」

生み出すか、なお問題となります。このような問題は、原則的にみれば予測的な性質を有するものです。保護行為の適切性について、疑わしきは被告人の利益に、という原則が適用されることを考慮すると⁽³²⁾、当該事例では、適切性がむしろ認められる傾向にあるのではないのでしょうか。人目を惹くような抗議によって議会や政府に対応を迫る可能性もありえますので、そのような傾向は一層あてはまるでしょう。近年の歴史をみても、たった1人の抗議活動が政治的な「連鎖反応」を惹き起こした事例がいくつも存在することは、皆さんもご存じかと思われます。1つだけ例を挙げれば、ローザ・パークスによる「モンゴメリーでのバス・ボイコット」が、アメリカで公式に行われていた人種差別政策の終焉につながったことを考えてみてください。

もっとも、いずれにせよ緊急避難行為の相当性が否定されるべきであるという点については、エンゲレンダー教授の見解を全面的に支持します。法秩序が、利益の対立を解決するために遮断する特別規定を用意している場合などにおいては、行為の相当性は否定されます⁽³³⁾。このような、いわゆる国家的手続の遮断効の典型例は、誤って犯罪行為を認定されて自由刑を言い渡された者が挙げられるでしょう。例えば、そのような者が、自らの自由を守ろうとして刑務所から脱走するために器物損壊や人質を遂行した場合、緊急避難を持ち出すことはできません。その代わりに、刑事訴訟法上の再審手続に関する規定によって新たな刑事手続を起こすよう、試みなければなりません⁽³⁴⁾。気候活動家の場合も同様です。個々の市民による国家の（気候保護）政策への影響については、憲法上さまざまな可能性が想定されています。すなわち、市民には、意見表明の自由（ドイツ連邦共和国基本法 5 条）やデモの自由（ドイツ連邦共和国基本法 8 条）、陳情権（ドイツ連邦共和国基本法 17 条）、選挙権や被選挙権または政党の結成の自由（ドイツ連邦共和国基本法 21 条 1 項）、献金による政党への支援（ドイツ政党法 25 条）、さらには連邦憲法裁判所への異議申立ての可能性があります。これらの可能性と比較すると、ドイツ刑法典 34 条を、政策に広く影響を及ぼしう

アルミン・エングレンダー「拡張された緊急避難？気候政策への抗議活動に対するドイツ刑法典 34 条の適用可能性について」／ティル・ツイーママン「アルミン・エングレンダー『拡張された緊急避難？』へのコメント」

る「超基本権」に引き上げるための十分に民主主義的な理論的根拠は存在しません⁽³⁵⁾。その理論的根拠は、例えば、所管する公共機関が意識的に現実から目をそらして保護義務を無視するといったような、国家による危難の回避メカニズムが明らかに機能不全に陥っている場合しか認められないでしょう⁽³⁶⁾。それゆえ、本件にあてはめるならば、有効な気候保護対策を打ち出さないとという違法状態が続く立法の不作为が存在しなければなりません。しかし、気候判決における連邦憲法裁判所の見解によれば、(いまだ)それは認められていません⁽³⁷⁾。したがって、緊急避難行為の相当性は認められず、当該行為をドイツ刑法典 34 条によって正当化することはできないと考えられます。

Ⅲ 訳者あとがき

本稿は、2023 年 3 月 22 日（水）に開催された明治学院大学法学部学術講演会の内容を翻訳したものである。気候変動対策をめぐる、とりわけヨーロッパにおいて抗議活動が過激化し、世界的な名画に食べ物を投げつける環境活動家の行為などが世間の耳目を集めている。このような状況の中、ドイツでは、気候変動という危難を回避するために実行したとされる住居侵入行為が正当化的緊急避難にあたりと評価したフレンスブルク区裁判所の判決が出された。当該判決以前には、飼養施設に侵入して劣悪な環境下にいる動物を撮影した被告人らの建造物侵入に対して、動物保護の緊急避難適格性を肯定して正当化的緊急避難を認めたナウムブルク上級地方裁判所の判決が出されており⁽³⁸⁾、環境保護を目的とした緊急避難の成否について議論が高まっている。そこで、緊急避難論に造詣が深いアルミン・エングレンダー教授とティル・ツイーママン教授（以下、敬称略）を招き、当該判決の紹介と問題点について講演していただいた。

本講演では、緊急避難行為の諸要件に的を絞り、危難の回避に向けた行為の適切性や必要性、侵害法益に対する保全法益の著しい優越性、行為の相当性に

アルミン・エングレンダー「拡張された緊急避難？気候政策への抗議活動に対するドイツ刑法典 34 条の適用可能性について」／ティル・ツィーママン「アルミン・エングレンダー『拡張された緊急避難？』へのコメント」

ついて批判的な検討がなされたが、エングレンダーは、そもそも緊急避難状況であると認められるかどうかについても慎重な検討を要すると主張している。第 1 に、緊急避難適格性について、ドイツの通説は、ドイツ刑法典 34 条に列挙された正当化的緊急避難の対象となる法益のうち、「その他の法益」に公共的法益が含まれることから、人間に公正な気候という公共的法益も緊急避難適格性を有すると解しているが、エングレンダーによれば、当該条文には「自己又は他人に対するその危難を回避するため」と規定されていることから、個別化可能な主体が危難にさらされていないならば、「その他の法益」は正当化的緊急避難の対象となる法益を無制約に認める趣旨ではない。そのうえで、ドイツ刑法典 34 条は、公共的法益を優先するよう社会の一員に要求することを個人に授権するものではなく、公共的法益を保護するために特定の個人に特別義務を課すかどうか決定するのは国家の専権事項である、とエングレンダーは主張する⁽³⁹⁾。もっとも、気候変動によって、人間に公正な気候という集合的法益のみならず、生命、健康、二酸化炭素を排出する自由といった個人的法益も危難にさらされていると解する場合には、緊急避難適格性が認められよう。そこで第 2 に、そのような法益に対して「現在の危難」が認められるか問題となる。エングレンダーによれば、将来にわたって二酸化炭素などの温室効果ガスを一定量排出しうる自由が危難にさらされていると認定するためには、気候保護法の下で 2030 年ないし 2040 年までに許容される温室効果ガスの排出量が多すぎたり、早いペースで排出されていたりすることを立証する必要がある。しかし、そのような認定がなされていない限り、正当化的緊急避難を認める根拠づけとしては不十分である、と指摘されている⁽⁴⁰⁾。

エングレンダーの講演に対して、ツィーママンは、防御的緊急避難の正当化が問われていると解するエングレンダーとは異なり、本件では攻撃的緊急避難の正当化が問われている、と指摘していた。見解の相違がみられる背景には、エングレンダーが、公共的法益の攻撃的緊急避難適格性を否定する一方、その

アルミン・エングレンダー「拡張された緊急避難？気候政策への抗議活動に対するドイツ刑法典 34 条の適用可能性について」／ティール・ツイマーマン「アルミン・エングレンダー『拡張された緊急避難？』へのコメント」

防衛的緊急避難適格性を肯定する点が影響していると推察される⁽⁴¹⁾。いずれにせよ、日本で議論する際には、そもそも攻撃的緊急避難と防衛的緊急避難を区別すべきか、緊急避難の法的性質も改めて問われることになるだろう。

近年、日本でも環境刑法が再び注目を集めており⁽⁴²⁾、本講演の内容が日本での議論を深める一助となれば幸いである。当日、質疑応答の通訳を引き受けて下さった川口浩一教授に、この場を借りて御礼を申し上げたい。

注

- * 本稿は、*Juristenzeitung* 2023, 255 に掲載された拙稿を要約したものである。日本語への翻訳については、小島秀夫教授に心から感謝申し上げたい。
- (1) ドイツ刑法典 34 条は、以下のように規定されている。「生命、身体、自由、名誉、財産又はその他の法益に対する他に回避しえない現在の危難において、自己又は他人に対するその危難を回避するために行為を遂行した者は、対立する利益、特に、問題となる法益とこれに対する危険の程度を比較衡量して、保全される利益が侵害される利益に著しく優越するときは、違法に行為をしたものではない。ただし、その行為が危難を回避するために相当な手段である場合に限る。」
 - (2) フレンスブルク区裁判所 2022 年 11 月 7 日判決—440 Cs 107 Js 7252/22, <https://openjur.de/u/2459076.html>.
 - (3) *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl. 2020, § 34 Rn. 17.
 - (4) ドイツ連邦通常裁判所 1988 年 5 月 7 日判決—1 StR 212/88, *NStZ* 1988, 558, 559; *Zieschang*, in: *Leipziger Kommentar*, StGB, 13. Aufl. 2019, § 34 Rn. 49; *Erb*, in: *Münchener Kommentar*, StGB, 4. Aufl. 2023, § 34 Rn. 72; *Perron*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 34 Rn. 10.
 - (5) *Erb*, in: *Münchener Kommentar* (Fn. 4), § 34 Rn. 99 ff.; *Neumann*, in: *Nomos Kommentar*, StGB, 5. Aufl. 2017, § 34 Rn. 56.
 - (6) *Lenckner*, *Festschrift für Lackner*, 1987, 95, 99; *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 3), § 34 Rn. 20.
 - (7) そのようなケースについては、*Erb*, *GA* 2018, 399 を参照せよ。
 - (8) *Bönte*, *HRRS* 2021, 164.
 - (9) 同様に指摘する論者として、*Zieschang*, *JR* 2023, 141, 144。
 - (10) ドイツ連邦通常裁判所 1993 年 2 月 3 日判決—3 StR 356/92, *BGHSt* 39, 133, 137. この点について示唆に富むものとして、*Bock*, *ZStW* 131 (2019), 555, 567 f. 参照。

アルミン・エンゲレンダー「拡張された緊急避難？気候政策への抗議活動に対するドイツ刑法典 34 条の適用可能性について」／ティル・ツイマーマン「アルミン・エンゲレンダー『拡張された緊急避難？』へのコメント」

- (11) 詳細については, *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, S. 160 ff.
- (12) *Engländer*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 3), § 34 Rn. 26 ff. を参照せよ。
- (13) *Engländer*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 3), § 34 Rn. 4 f., 47 参照。
- (14) *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, 2002, 231 f.; *Renzikowski*, Notwehr und Notstand, 1994, 253 ff.
- (15) *Frister*, Strafrecht AT, 9. Aufl. 2020, 17/17; *Kühl*, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2017, § 8 Rn. 176.
- (16) 適切に指摘する論者として, *Pawlik* (Fn. 14), 219。
- (17) *Bock*, ZStW 131 (Fn. 10), 555, 573 ff. を参照せよ。
- (18) *Bönte*, HRRS 2021 (Fn. 8), 164, 169 f.
- (19) ドイツ連邦憲法裁判所 2021 年 3 月 24 日決定—1 BvR 2656/18 u.a., BVerfGE 157, 30, 110 ff.; ドイツ連邦憲法裁判所 2022 年 1 月 18 日決定—1 BvR 1565 u.a., NJW 2022, 844, 846.
- (20) エンゲレンダー教授が言及したフレンスブルク区裁判所判決 JZ 2023, 255 に対する私個人の評価については, *Zimmermann*, Ein Akt richterlichen Ungehorsams, FAZ-Online v. 10.01.2023 参照。
- (21) *Bönte*, NSTZ 2023, 114 参照。
- (22) BVerfGE 73, 206 (250) 参照。 *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1979, S. 401 ff.; *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1993, 15/5a; *Gesang*, KlimR 2022, 147.
- (23) LG Dortmund NSTZ-RR 1998, 139 (141); *Lenckner*, JuS 1988, 353 f.
- (24) *Schwarz*, NJW 2023, 275 Rn. 24 参照。
- (25) OLG Celle NSTZ 2023, 113 Rn. 8 ff. 当該判決の評釈については, *Jahn* JuS 2023, 82 (83)。
- (26) *Rönnau*, JuS 2023, 112 (113); *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 34 Rn. 41a.
- (27) *Engländer*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 3), § 34 Rn. 20 参照。
- (28) *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht AT, 10. Aufl. 2022, § 17 Rn. 50.
- (29) このような構想を抱く論者として, *Esser/Wasmeier*, JuS 2022, 421 (422 f.)。
- (30) *Engländer*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 3), Vor § 32 Rn. 48 参照。
- (31) *Kuhlen*, GA 1986, 389; *ders.*, ZStW 105 (1993), 718 ff. 参照。批判的な論者として, *Schmitz*, in: Münchener Kommentar (Fn. 4), Vor § 324 Rn. 29–39。
- (32) 疑わしきは被告人の利益に, という原則は, ドイツ刑法典 34 条の諸要件が実際に具備されているか不明確な場合に用いられる。 *Erb*, in: Münchener Kommentar (Fn. 4), § 34 Rn. 294.
- (33) *Neumann*, in: Nomos Kommentar (Fn. 5), § 34 Rn. 119; *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 28), § 17 Rn. 40; *Erb*, JuS 2010, 108 (113)。

アルミン・エンゲレンダー「拡張された緊急避難？気候政策への抗議活動に対するドイツ刑法典 34 条の適用可能性について」／ティル・ツィーマーマン「アルミン・エンゲレンダー『拡張された緊急避難？』へのコメント」

- (34) *Zimmermann*, JuS 2011, 629.
- (35) *Rönnau*, JuS 2023 (Fn. 26), 112 (114); 同様の結論を主張する論者として, *Jahn*, JuS 2023 (Fn. 25), 82 (84)。
- (36) *Bock*, ZStW 131 (Fn. 10), 555 (568, 571 f.).
- (37) BVerfG NJW 2021, 1723 Rn. 151; 2022, 844 Rn. 18; BVerfG NVwZ 2023, 158 (159) も参照。
- (38) ナウムブルク上級地方裁判所 2018 年 2 月 22 日判決—2 Rv 157/17, NStZ 2018, 472.
- (39) *Engländer*, JZ 2023, 256.
- (40) *Engländer*, JZ 2023 (Fn. 39), 257. なお, 連邦気候保護法の制定経緯と概要については, 勢一智子「ドイツにおける気候変動法制の進展」大塚直編『気候変動を巡る法政策』(信山社, 2023 年) 175 頁以下参照。
- (41) *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 3), § 34 Rn. 50.
- (42) 例えば, 長井圓『未来世代の環境刑法 1』・同『未来世代の環境刑法 2』(信山社, 2019 年), 三上正隆「動物虐待関連犯罪の保護法益に関する一考察—『動物の権利』に関する議論を参照して—」刑法雑誌 59 巻 2 号 (2020 年) 138 頁以下, 川口浩一「環境刑法における予防原則と累積犯」法律論叢 93 巻 6 号 (2021 年) 83 頁以下, 山本和輝「動物虐待に対する正当防衛・緊急避難 (1)—ドイツにおける議論状況の検討を中心に—」現代法学 41 号 (2021 年) 75 頁以下, 同「動物虐待に対する正当防衛・緊急避難 (2・完)—ドイツにおける議論状況の検討を中心に—」現代法学 43 号 (2022 年) 31 頁以下など。

追記

校正段階で, *Milan Kuhli/Judith Papenfuß*, Warum die “Letzte Generation” (noch) keine kriminelle Vereinigung ist, *Kriminalpolitische Zeitschrift* 2023, S. 71ff. に接した。同論文では, 本報告で取り上げられた私有地への侵入のほか, 道路の封鎖や化石燃料を使用する公益事業の妨害などを行う環境活動団体, いわゆる「最後の世代」がドイツ刑法典 129 条に規定されている犯罪団体結成罪に該当するかについて検討されている。同論文によれば, 「最後の世代」が非暴力で活動することを価値観として共有し, 環境保全活動に付随して犯罪行為を遂行するに過ぎないため, 当該団体の構成員や支援者は, 「犯罪行為の遂行が, 従属的な意味での目的もしくは活動に過ぎないとき」は犯罪団体結成罪が成立

アルミン・エンゲレンダー「拡張された緊急避難？気候政策への抗議活動に対するドイツ刑法典 34 条の適用可能性について」／ティル・ツイーママン「アルミン・エンゲレンダー『拡張された緊急避難？』へのコメント」

しない旨規定されている同条 3 項により，犯罪団体結成罪の構成要件に該当しないと評価されている。