

〔翻訳〕

クラウス・ロクシン『刑法総論』第一卷（第三版）〔十〕の二・完

クラウス・ロクシン 著
吉田宣之／四條北斗 訳

第8節 防衛行為の被要請性

53

あらゆる必要な正当防衛が、さらに32条1項の意味で「要請されている」、すなわち、許容されているわけではない。ある者が果物泥棒を防ぐために子どもを射殺する場合、そうしなければ所有権が維持されえないのであれば、これは侵害に対する防衛として必要でありうる。しかしながら、そのような防衛が許容されてはならないということは、少なくとも、前記のような極端な事例においては一般に認められている。そのような正当防衛権の「社会倫理的制限」を、1975年総則の立法者は、1962年草案によって削除された「被要請性」というメルクマールを32条1項に再び明示的に挿入することで達成しようとしたのである。今日の法規定が由来する特別委員会の論拠には、次のように述べられている。「委員会の見解にしたがえば、正当防衛権には社会倫理的な基礎から、それによって正当化に値しない事案を排除するような限界付けが必要である。それは、例えば、子どもによる侵害や精神病患者による侵害に対する防衛の場合に妥当する。そのような場合には、一般的な価値表象にしたがっても、『侵害』を逃走によって回避できるのであり、その際にその逃走によって自らの名誉を損なうことはないのである。また、その甘受を要求しうるような些細な『侵害』が念頭に置かれるべきである。さらに、『防衛者』が『侵害』を自ら挑発したような事案も追加される。被要請性という必要条件を再び挿入することで、ここで列挙したような事案において正当化を否定する可能性が開かれるべきである。」

54

一部の論者は、正当防衛の社会倫理的制限を違憲であるとみなしている。このような方法で被侵害者の可罰性は 32 条の文言に反して拡大されており、その点で基本法 103 条 2 項違反があるという。しかし、それは正しくない。まず、文言の限界は、正当化事由の場合にはおよそ妥当しない。というのは、正当化事由は主に特殊刑法的内容を含んでいないからである。すなわち、正当化事由はしばしば他の法領域に由来しているのであり、あるいは、他の法領域に妥当するのである。また、正当化事由は、単に民法上の規範あるいは公法上の規範に違反する行為を正当化することに適してもいる場合もある。それゆえすでに、その解釈は刑法に制限されている構成要件の法則と同一の法則に従うことはできないのである。正当化事由は、むしろ、その基礎をなしている社会の秩序の原理の発展 (14 章、Rn.41f. 参照) によって、解釈されるべきである。したがって、正当防衛の場合には、保護原理と法確証の原理の要件にしたがって解釈されるべきである。それ故、正当で忠実な解釈は、正当防衛を正当化の必要が他のものよりも僅かであるところでは制限するというものである。さらに、社会倫理的な正当防衛の制限は、32 条の文言に反してすらいらない。というのは、立法資料の一義的な言明によれば、ことさらこのような目的のために挿入された「被要請性」のメルクマールが、このような制限をカバーするべきであるからである。

55

たしかに、「被要請性」という概念は、いかなる前提条件の下で防衛それ自体に必要な行為が例外的に許されるべきではないのかという点についての基準が法律から引き出されえない場合には、あまりにも漠然としたものであろう。しかしながら、この基準は、いずれ説明されるように、正当防衛権自体に法の確証の原理によって引かれる内在的な制約から生じるのである。したがって、Spendel が正当防衛権の社会倫理的制限に際して、「正当防衛権の弱体化と動揺に」導くにすぎない、「判然と

しないキャッチフレーズ」と述べるのは、正しくない。いかなる事例群の場合に正当防衛権の完全な厳格性が放棄されうるのかは、当然明白に述べられうるのである。この点について、被害者の保護のために絶対的に必要であるわけでもないのに、殺人あるいは重い傷害にまで正当防衛を許すつもりであるとすれば、ドイツの正当防衛権は「故殺のモラル」であるという何度も引用される言葉は、全くいわれのないものとはいえないことになろう。考慮に入れてもらいたいことは、ほぼ全ての外国の法秩序が、正当防衛をケースバイケースで制限された、事情に適合した形態においてしか許していないということである！

56

判例や文献においては、正当防衛権の社会倫理的制限は、むしろ他の術語表現によって装われている。しばしば32条2項の「必要性」という概念と32条1項の「被要請性」という概念が、同じ意味を持つものとして扱われている。そしてその結果、防衛のためには欠かせないが、社会倫理的な基礎からは要請されていない正当防衛が「必要である」とされるのである。新法は被要請性のメルクマールを必要性のメルクマールから区別し、被要請性のメルクマールに制限的機能を割り当てたのである。それ故、二つの全く異なる考量を一つに混同するような比較的古くからある混乱した用語法は放棄されるべきではなからうか。権利の濫用という概念は市民権をえているが、その使用方法は、社会倫理的に要請されていない正当防衛の事案における場合とは事情が異なる。防衛のために必要であるが、社会倫理的な基礎から禁じられている防衛の態様を権利の濫用とみなす場合、そのことに対して何も異議を唱えることはできない。それ故、そのことによって、被要請性を越え出るような内容に関する基準は何も提供されないのである。いかなる防衛が要請されておらず、それゆえ場合によっては権利の濫用であるのかは、正当防衛権を支える原理それ自体からしか導き出されえないのである。制限に関して、従来の議論の状況にしたがえば、五つの事例群が問題になる。それらは以下で論ぜられる。

1. 無責あるいは責任が著しく限定されている侵害

57

無責な侵害も正当防衛の権限を付与する (Rn.10 参照)。しかし、ここでは、法確証の利益は、通常の場合よりも著しく少ない。刑罰が完全に放棄される場所では、なるほど常に正は不正に対して防衛されるが、このような防衛は、社会的な配慮によって導かれた被侵害者の保護が要求する限度内でなされなければならない。刑罰という手段による予防を放棄する場所では、さらに正当防衛の助けをかりた予防を、被侵害者の保護のためにいずれにせよ不可欠である程度に制限する必要がある。しかも、このことは法秩序の価値連関に適っているのである。それ故、子ども、精神病患者、酩酊者、回避不可能な錯誤者、免責的緊急避難または免責的過剰防衛あるいはその他の何らかの方法で無責に行為する者による侵害に関しては、防衛の際に三つの制限に注意が払われるべきである。

58

(a) 回避することが危険なく可能であって、防衛によって侵害者に不必要に重い損害が加えられることになるような場合には、被侵害者は回避しなければならない。したがって、例えば、現に侵害行為を行っている精神病患者を突き飛ばしてもかまわない。しかし侵害を危険なく避けうる場合には、彼を射殺することは「要請されて」いないのである。また、外国人を敵視するような罵詈雑言に対する防衛のために、子どもに「軽い平手打ち」をくらわせてもかまわないが (BayObLG NStZ 1991,433)、その子どもに重篤な傷害を加えてはならない。

(b) 他人の救助を要請することで、侵害に対してより寛容に防衛できる場合には、そのようにしなければならない。したがって、まさに侵害している子どもの集団に対して、教師あるいは警察を呼び寄せることができる者は、ナイフで抵抗してはならない。

(c) 侵害を逃れることも救助を要請することもできない場合には、自らの保護のために、無責な侵害者に対しても必要な手立てを講じても構わない。しかし、そのことが著しい自己の危殆化なしに可能である場合には、悪意のある侵害者に対するのとは異なって、なんらかの配慮を示さなければならない。したがって、手拳による防衛から火器の使用に移行する前に、自らへの比較的軽い侵害のリスク（例えば二三発の殴打）は甘受しなければならない。しかしながら、このような「リスクを伴う寛容」の義務の範囲は狭い。すなわち、精神病者あるいは刑法的に答責的ではない少年によってであるからといって、誰も執拗な殴打さらされる必要はないのである。

59

さらに比較的新しい判例においても、無責な侵害者に対する正当防衛の制限は、細部においてはまだ明確な基準は認識しえないけれども、原則的に認められている。無責な侵害者の場合には、一部ですでに「侵害」の存在あるいは侵害の「違法性」の存在を否定する諸文献はあるが（Rn.10、17ff. 参照）、——個別的にはニュアンスはあるが——ここで主張された見解は共有されているといってもよからう。Spendel だけが、正当防衛の制限を一切認めていない。しかし、彼が、「その者が少年あるいは酩酊状態であるというだけで、責任能力のない侵害者へ特別な配慮をする必要はない」という場合、彼は法確証の利益の段階付けと立法者の明示的な意思を見誤っているのである（Rn.53 参照）。

60

侵害者になるほど有責ではあるが著しく限定された責任能力状態で行為した場合にも、上で述べられた正当防衛の制限が妥当なのかという問題は、ほとんど解明されていない。例えば、酩酊者が責任無能力ではないが21条の条件下で行為するような場合、ある者が法敵対的ではないが回避可能な禁止の錯誤に陥ったうえで他者を侵害する場合、あるいはさらに過失によって惹起された危殆化の場合が、それである。時折、

そのような諸事例では、正当防衛の制限が拒絶され、あるいは侵害と防衛の「ある種の均衡」が要求されているに過ぎない。しかし、多数説と同じく、そのような諸事例においても、無責な侵害者の場合に妥当する正当防衛の限界を維持しなければならないであろう。というのは、すでにそこでは刑法的な制裁が著しく縮小しているのであり、それに伴って法確証の利益も明らかに後退しているのであるから、配慮が要求されなければならないのである。また、他のあらゆる解決策も実用的ではなからう。つまり、侵害者が精神的な欠陥の現象を明示しているか否か、故意をもたずに行為しているのか否か、あるいは正しいと思い込んでいるのか否かということ、被侵害者はしばしば認識することができるのに対して、その責任が排除されるのか否か、あるいは著しく減少されるのか否かの判断を、被侵害者はなしえないからである。

2. 被侵害者によって違法に挑発された侵害

61

特別な地位を占めるのは意図的挑発である。それはたびたび論ぜられるが、実務においてはほとんど生じないか、少なくとも証明不可能なものである。意図的挑発が存在するのは、ある者が他者を、彼を正当防衛の保護の下で侵害できるようにするために、侵害へと挑発する場合である。すなわち、例えば、ある者が、他者を暴力的な侵害に掻き立て、それに対する防衛で射殺するために、他者を侮辱する場合である。支配的見解は、この場合、正当防衛を権利の濫用を理由に完全に否定し、被侵害者を侵害者への故意による侵害を理由に処罰するというのである。この結論には、違法な挑発が問題でなければならないという条件付で、同意されるべきである。合法的に行為する者、例えば、警察官あるいは執行官として自らの職務の執行において合法的に行為する者は、彼が当事者を自らの合義務的な干渉によって挑発し、その当事者の侵害を正当防衛で回避しうることを期待しているような場合であっても、完全な正当防衛権を有しているのである。というのは、人間には適法に行為するこ

とのみが要求されるからである。いかなる心情をもって人がこれをなすのかは、法にとってはどうでもよいことであり、それゆえ正当防衛権もまたそれに関連付けられえないのである。しかし、違法な行為によって他者を侵害の意図で侵害へと挑発する者は、正当防衛を引き合いに出すことはできない。彼は自らの違法な振舞いによってもたらした、故意による自己危殆化に対し、保護される必要がないのである。そして、彼が違法な挑発者として侵害を、単に侵害する目的で演出する場合には、彼は法を確証していないのである。

62

一部の論者は意図的な挑発者に完全な正当防衛権を維持しようとする。そのために主張されるのは、挑発が侵害から違法性を奪うわけではなく、それゆえ被害者は保護を受けられないようにされてはならないということである。しかし、外見的な防衛は、規範的な基準にしたがえば、正当防衛権を濫用し、正当防衛を装った違法な侵害である。つまり、このような細工に法的効果を付与する契機は全く存在しないのである。なるほど、ここで主張される立場からは、挑発者および被挑発者という対抗関係にある双方が違法に行為し、彼らの構成要件の実現に関して処罰されるという結論がもたらされることになる。しかしながら、両者の振舞いを法的に否定することは論理的に十分に可能であり、また、目的論的に要請されてもいるのである。

63

他の論者は意図的な挑発者に比較的軽微な侵害の回避と甘受を義務付けつつ、その他の場合については正当防衛権を維持しようとする。つまり、「回避不可能な場合には、挑発者も正当防衛を用いることができなければならない。なぜならば、彼は法に基づかずに、身体あるいは生命を侵害者に抵抗することなく委ねなければならないか、もしくは刑罰を受けなければならないかという、絶望的な状況に置かれてはならないからである」。しかし、挑発者はその状況を「絶望的」というよりは、侵

害者が防衛者によって想定された侵害を超えないかぎりでは、むしろ彼の操作している計画の望ましい結果と感ずるのであろう。逃走の可能性の欠如に焦点を合わせることは、目的論的に不適當である。というのは、なぜ挑発者は、彼が当初からする意思のないことをできないということをも理由に、正当防衛権を維持するという結論になるべきなのか、と問われなければならないからである。

64

他方でその他の論者は、正当防衛権を常にまたは回避可能性が欠如する場合に認めるが、挑発者を正当防衛状況の有責な惹起を理由に、彼によって引き起こされた結果の故意による行為者として処罰する（いわゆる原因において違法な行為）。結論において上で（Rn.61）主張された見解（意図的挑発者の処罰）の結果になるこのような解決策は、その論理構造ゆえに納得させるものではない。というのは、それは、例えば挑発者が被挑発者を侵害に対する防衛のために計画通り射殺するような場合に、同一の行為（射撃）が適法でもあり違法でもあるということ、つまり正当防衛として適法であるが、違法な原因によって起こされた故意の殺人罪の既遂として違法であるということ承認するよう強いるからである。それは矛盾しており、論理構造的に混乱を招く回り道である。というのは、意図的挑発者を正当にも故意行為を理由に処罰する場合、正当防衛を認めることはいずれにせよ外見上のことにすぎないからである。

65

実際的にさらに大きな意義を持つのは、被挑発者の侵害を惹起して彼を正当防衛の保護の下で侵害しようとするわけではないが、違法な侵害を呼び起こすような挑発である。古典的な例は、A が B を侮辱し、B が A を執拗に殴打しようとする場合である。B はそれによって違法な侵害を行っている。というのは、彼は正当防衛によってはカバーされていないからである。なぜならば、A による侮辱はもはや現在のものでは

ないからである。Aは、彼が殴打を他の方法では免れえない場合、Bを射殺してもよいのであろうか。この点について一致しているのは、Aが意図的挑発者の場合のように正当防衛権を完全に喪失しうるわけではないということである。というのは、侵害の惹起は彼の侮辱行為の目的ではなかったのだから、彼は違法な侵害に対する保護を必要とするのである。もちろん法確証の利益は、侵害の動機が全く存在しなかった場合に存在したであろうものと比較して、著しく少ない。完全な正当防衛権の行使は、侵害に無関係の者が違法な侵害の被害者になる場合にのみ、「要請されて」いる。つまり、そのような行為は公共における法的安定性の感情を危殆化するのである。それに対して、挑発された侵害の場合には、市民のなかで呼び起こされるこのような感情についての動揺ははるかに少ない。というのは、挑発された侵害は、当事者双方の落ち度の相互作用から生じるからである。市民は、ほとんど自らが侵害され危殆化されたとは感じていない。なぜならば、彼は、平穏で実態に即した振る舞いによってそのような状況を回避することを自らの意のままにできると、自分に言い聞かせうるからである。したがって、被侵害者の保護は、他方で、社会的配慮義務の枠内でのみ保証される必要がある。その義務は、差し迫っているわけではなく、それ故、一般予防の必要性がその保護と矛盾するところで、権利に足を踏み入れるのである。無責な侵害あるいは限定責任能力状態での侵害の場合に企図された正当防衛権の三つの制限は（Rn.58参照）、したがって、さらに挑発された侵害にもまた妥当しなければならないのである。

66

このような見解は、比較的新しい判例においても主張されている。すでに比較的早い時期から、たいていの場合には必要性が欠けているという視点の下で、挑発された侵害には正当防衛が制限されていた。その制限は、一連の比較的新しい判決の中で具体的に述べられ、厳密に規定されている。それによれば、有責に惹起した者は、たとえそれが逃走のように見えるとしても、回避しなければならない（BGHSt 24, 358; 26,

145)。侵害者に差し出した「防衛的防衛」が十分である限りでは、彼は「攻撃的防衛」をしてはならない、つまり侵害的な反撃に移ってはならないのである。「軽微な侵害や傷害」は、その場合には甘受されるべきである (BGHSt 24, 359; 26, 145f.)。それに対して、執拗な殴打は、たとえば侵害の共犯者であっても甘受する必要はない (BGHSt 26, 145)。さらに、寛容で控え目な態度義務は、挑発された侵害に対する防衛の場合であったとしても、際限なく維持されなければならないわけではない。むしろ、「いわば、防衛者によってなされた、穏当な防衛の態様がずっと効果を発揮しないような場合には、この義務は、即座に、消滅するのである」 (BGHSt 26, 256 以下)。スニーカーで車を蹴とばした者は、逃走したがその甲斐なく運転手に追いつかれた場合には、警告の効果がなければ、強い追跡者の侵害に対して、至近距離から致命的な発砲をして防衛してもかまわない。控えめな態度義務は、その場合もはや存在しない (そのようなものとして——とても広範であるが——Rudolphi の評釈 JR 1991, 210 がある BGH NStZ 1991, 32)。これらの諸判決の結論にあるのは——今ではさらに BGH NStZ 1996, 380 も判決しているように——、挑発者は他人の救助を要請することによって侵害を免れることができるような場合には、あるいは彼の防衛がより穏当な手段によってなされうる場合には、他人の救助を要請しなければならないということである。それに対して、回避によって侵害を免れることも、危険性がさほどない防衛手段に訴えることも不可能であるような場合には、有責に惹起された挑発にもかかわらず、それ以上に強い脅迫が加えられた場合、場合によっては致命的な防衛手段の使用も許容されうる。侵害が過失によって引き起こされた場合だけでなく、未必の故意によって引き起こされた場合にも、連邦通常裁判所は防衛権限を広範に制限している。つまり、故意的挑発の場合である。

67

正当防衛を制限することになる挑発として評価されるためには、侵害を惹起する態度がいかなる性質を示さなければならないのかという問題

があるが、これまで十分に明らかにされてはいない。議論が積み重ねられていくうちに、少なくとも次のことについては見解の一致がみられている。つまり、侵害を惹起する態度が法的に要請されている場合、正当化される場合、あるいはその他社会倫理的に非の打ち所がない場合には、正当防衛の制限は生じないということである。確かに、連邦通常裁判所は、はじめのうちはこれとは異なる判断をしていた（NJW 1962, 308）。家主（W）が、自分の（W の）住居への立ち入りを強制的に禁じている侵害者に対して、ナイフをもって立ち向かったという事案で、連邦通常裁判所は彼に待機し回避することを要求した。なぜならば、彼は自分の家に足を踏み入れようという試みと、万一の場合には強制的に立ち入ろうとする予告によって、侵害を挑発したからであるというのである。この判決は、学説的には、ほぼ一様に拒絶されている。というのは、自らの正当な権利を行使する者は、この権利を無制限に防衛してよいからであり、他人がこの権利の主張によって挑発されたと感じるか否かはどうでもよいことだからである。連邦通常裁判所もまた、その後このように考えて誤りを訂正した（BGHSt 27, 336）。すなわち、「社会倫理的に拒否されるべきではない被侵害者の先行行為は、彼の正当防衛権限の制限には至らない」と。この事案では、債務者が、貸付金を期日には返済せず、その支払いを結局第三者に支払わせたことによって、彼の債権者を苛立たせたのである。正当にも、連邦通常裁判所は、これは「有責な挑発という意味での非難可能な態度ではない」と述べている（前掲 338 頁）。

68

しかし、これまではっきりしていないものに、正当防衛を制限する挑発行為が違法でなければならないのか、それともそれに対して、違法ではないが社会倫理的に無価値な行為で十分であるのかという問題がある。たいていの事案では、違法な侵害を惹起する挑発は、それ自体違法である。例えば、侮辱、暴行、住居侵入、器物損壊、あるいはその他の権利の侵害（これらは、占有あるいは一般的人格権のように、私法上保

護されているにすぎないものもある) は被挑発者の違法な侵害を惹起させることになるのであるが、この違法な侵害は、先行行為に存在する侵害がもはや現在のものではないという理由で、正当防衛によってはカバーされないのである。では、嫌がらせ、皮肉、無礼、からかい等はどうであろうか。それらは侮辱や一般的人格権の侵害として法律上把握されうるものの程度には達していないのである。ある者を法的に禁じられていない方法で怒らせ、それにより侵害をけしかける者もまた、彼の防衛権において制限されているべきであろうか。従来判例はこの点についても不明瞭である。BGHSt 24, 359 は、「法に基づく非難可能な行為」を要求する。つまり、なるほど具体的事案においては、さらに存在していた(車の衝突という)違法な先行行為を前提にしているのである。BGHSt 26, 143 および BGHSt 26, 256 はこの点についての言質を与えていない。BGHSt 27, 338 によれば、有責な挑発は「個々の事案の全事情を理性的に判断する場合に、後に続く侵害を被侵害者の義務違反の、相当かつ予見可能な結果として現せしめるような態度」であるとされる(同旨、BGH NStZ 1981, 138; StrV 1996, 87f.)。BGH NStZ 1996, 380 によれば、正当防衛を制限する挑発は、ある者がコンパートメントの窓を開けることによって、他人をコンパートメントから追い出そうとすることで十分であるとされる。というのは、その行為の中に、重い屈辱に匹敵するような軽蔑が表されているからであるとする。他方で、これといって特徴のない「不快な台詞」は、正当防衛権の制限にとって十分でない(BGH StrV 1996, 87)。

69

正当にも、正当防衛権を制限する先行行為は違法に被挑発者の法益を侵害していなければならないのである。というのは、違法性の閾領域以下の社会倫理的に拒否に値する諸態度は、法的カテゴリーによっては把握されず、それ故あまりにも曖昧であるからである。それはさらに、社会倫理的にしか非難に値しない者はいずれにせよ法に基づいて行動しているのであるから、正当防衛権を制限する力を有していない。禁じられ

ていないこと（例えば、侮辱的ではないからかい）は、法に基づけば甘受しなければならないか、あるいは同等の仕返しをしなければならない。そうではなくて、違法な侵害へと挑発されうるような場合、防衛者は法を（道徳ではないけれども）全面的に確証している。それだけでなく、さらに要求されなければならないことは、違法な先行行為が時間的に近い関係にあり、さらに惹起された侵害と相当な関係にあるということである。他人を侮辱した者は、被侮辱者が何年も経った後にはじめて彼を批判するというような場合、彼の正当防衛権は制限されてはいない。また、軽度の器物損壊罪を犯した者は、全く極端な侵害のリアクション（例えば、被侵害者の謀殺計画）の場合には、彼の防衛権の制限を甘受する必要はない。

70

文献の一部にあつては、挑発された正当防衛状況の取り扱いについて、様々な解決策が提案されている。意図的挑発の場合（Rn.61ff.）のように、その他の方法で侵害の惹起を非難することが可能であると思われるような場合に対してまで、社会倫理的な制限を完全に拒否（Rn.62 参照）するだけでなく、部分的には、原因において違法な行為の理論さえも用いているのである。そして、その助けによって、そのような事案においても、場合によってはさらに過失処罰が基礎付けられるというのである。例えば、A が予見しつつ侮辱することによって B を怒らせ、反撃へとかりたてた際に、回避可能であるにもかかわらず、A が B を故意に傷害したとしよう。その場合、これ等の見解によれば故意の傷害は正当化されるが、A は過失致傷を理由に可罰的とされるというのである。その理由は、彼が侮辱行為によって、最終結果を、違法かつ回避可能な方法で惹起したからであるとされる。そのような結論の承認に対しては、すでに上で（Rn.64）検討されたが、反対しなければならない。過失行為の場合には、さらに、その原因は攻撃者が自発的に己れをさらす自己危殆化の誘致にすぎないという要素が加わるのである。しかし、故意的な自己危殆化の惹起は、一般的な帰属原理によれば、不可罰である。

71

Marxen は挑発事例において、不作為犯と類似の方法で、すなわち、挑発者が「先行行為」によって被挑発者に対する保障義務を負担するということから、正当防衛の制限を導き出そうとしている。「挑発者は被挑発者に関する危険状況を、彼が被挑発者を侵害へとけしかけることによって創出している。それにより、彼には保障義務が生じるのである。彼は、進められた事象経過を被挑発者にとって危険でない軌道へと操縦すべく義務付けられている。彼は侵害に寛容な方法で対処しなければならない。」と。しかしながら、それは納得させるものではない。というのは、被挑発者は彼の違法な侵害それ自体によって、正当防衛の被害者になる危険にさらされているからである。さらに、正当防衛の制限は、正当防衛自体に内在する原理からのみ（それ故、法確証へのそれなりに大きな、あるいは小さな要求に従って）獲得されうるのであって、全く異なった生活事情に係る不作為のドグマティックからではない。先行行為から生じる保障義務は、侵害権限の寛容な行使によって、むしろ挑発者を救うことになるのである。保障義務に妥当することは——類推禁止は別として——全く異なる性質の配慮義務は転用されえないのである。

72

Schöneborn は、「挑発防衛の場合の正当化の制限に関する基本思想」を、挑発者の先行行為によって条件付けられた法の確証の減少に見出すのではなく、むしろ「被挑発者の興奮状態」に見出している。彼はさらに、無責あるいは限定責任能力状態での侵害の場合の正当防衛の制限を (Rn.57ff.)、比較的軽い、20 条や 21 条の程度にまでは達していない責任減少事例へと広げようとしている。しかしながら、これもまた納得することはできない。というのは、挑発者の振る舞いではなく単に侵害者の「興奮状態」のみが問題であるとするならば、興奮した人が挑発の全くない状態で侵害にでたような場合にも、配慮されなければならないからである。それは 20 条や 21 条の範囲において考慮されうるものを越え

て援用することはできない。というのは、一般的に言って、ほとんどのそして最も危険な身体的な侵害は興奮状態から惹起されるものであるとすると、被侵害者の防衛権がすでにそのような理由から制限されてしまう場合には、正当防衛権は完全な不確実性に身を委ねてしまうことになるからである。

3. 軽微な侵害

73

軽微な侵害の場合にも、厳格な正当防衛権には制限が必要とされる。法確証の利益が通常の場合よりも著しく少ないからである。法確証の利益のこのような弛緩は、些細な司法事件（刑事訴訟法 153 条）、私訴犯罪（刑事訴訟法 376 条、383 条 2 項）さらに秩序違反（秩序違反法 47 条）の場合に、起訴便宜主義の効果のなかに現れる。そのことから、立法者は制裁を加えることによる予防を絶対的に必要なものとはみなしていない、ということがわかる。しかし、比較的害の無い刑事制裁ですら必要ないとされている場合には、私的な権利の主張もまた、無制限に許されるべきではない。したがって、「軽微な侵害」とは何かを決める場合には、上で挙げた三つの規定と関連させるほうがよい。さらに、刑法的に保障されていない法益（例えば、民事法上の占有）への侵害は、軽微なものとなさなければならないであろう。

74

正当防衛の制限は、そのような事案においては、無責な（例えば、著しい責任の減退状態での）侵害や帰属可能な挑発された侵害の場合とはいくらか異なる性質のものである。というのは、軽微な侵害の場合も法確証の利益は、それを回避するか、あるいは他人の救助を要請しなければならないほど、大きく後退するわけではないからである。したがって、占有を取り戻そうとする場合に、物を持って逃走する必要はなく、むしろ、侵害者を突き飛ばすことで抵抗することができるのである。同様に、

住居侵入の場合、警察を呼ぶ必要はなく、むしろ侵入者を自らの手で追い出して構わないのである。限界は、防衛が生命にとって危険なものになるところにある。したがって、軽微な窃盗や私的な領域の侵害に対する防衛のために、重篤な傷害を負ったり、死亡するような方法で、他人を撃つてはならない。むしろ、確実な防衛がそのように危険なものであるような場合には、比較的寛大だが確実性の低い手段に甘んじなければならない。軽微な窃盗を生命に危険のある射撃でしか防衛できない者は、極端な場合には、窃盗犯を逃がしてやらなければならないのであり、警察への通報に制限されなければならない。それ自体必要な保護ではあるが、本質的にほんの僅かな法確証の利益しかないことを理由に、社会的配慮の範囲内でしか保護が認められない場合がありうる。このような場合、すなわち、軽微な侵害の場合には、この配慮は、いずれにせよ侵害者の生命を大切に扱うことを要求するのである。このような正当防衛に内在する論証は、憲法上の論証によっても支持されている。すなわち、人間の生命の高い地位（基本法 1 条、2 条）が、軽微な侵害を防衛のために人を殺したり、重い傷害を与えることを許さないものである。窃盗や横領の事案では、軽微な侵害は 248 条 a の意味での「比較的価値の低い」物の強要的な領得に制限されるわけではない。つまり、「60 マルクの保護のため」に「必要な場合であるからといって窃盗犯人を射殺して」はならないのである。

75

特殊事例を形成するのは、いわゆる対迷惑防衛である。この場合には、社会的にいまだ甘受可能性の限界にあるほんの些細な侵害が問題になっている。つまり、あつかましい接触（もちろん、それに性的な嫌がらせが結びつけられている場合は、異なる）、道路交通において強引に前に出ること、あるいはその他の嫌がらせ行為である。これらの場合、しばしば、深刻な法益侵害の危険がないので、「侵害」は存在していないとされる。侵害が問題になりうる範囲では、防衛は均衡の枠内になければならない（例えば、突き飛ばし）、傷害は正当防衛によってカバーされな

い。したがって、ある人の肩に手をかけた者に対しては、防衛のために手拳で顔面を殴打してはならないし（BGH LM § 53, Nr.3）、あるいは懐中電灯による照射に暴力的な行為で答えてはならないのである（KG JW 1935, 553）。

76

人に対する暴行と結びついていない侵害に対する防衛に関しては、連邦共和国において通常法律と同様の効力をもつ、ヨーロッパ人権協定（MRK）による、広範な修正が加えられることになる。この協定の2条1項は、「死刑宣告の執行は別として」あらゆる「意図的殺人」を禁じている。そして第2項の例外規定の中では、正当防衛との関係で、「違法な暴行の行使に対して人の防衛を保障するために」（2条2項 aMRK）絶対的に不可欠である暴行の行使にしか言及していない。それは、物への侵害に対する防衛によって人を殺すことは決して許容されない、と解釈されてきた。このことは、その限りでは、いかに侵害を防衛するためであっても人が殺されてはならないということの意味していることになるのだろうか。それに対して、完全に支配的な見解は、市民の正当防衛権へのこの協定の影響を、国家機関の義務のみを規定しているのであって、私人の振る舞いを規定しているわけではないと主張することによって、否定している。

77

両解決のどちらも満足させるものではない。というのは、かなり厳しい侵害の場合であるにもかかわらず生命を危殆化するような防衛措置を否定することは、ドイツの正当防衛権の基本思想と矛盾するからである。そして、それは、窃盗犯が決して自らの生命の危険を冒すことがないと知っているような場合には、最も重い窃盗を誘発することになってしまうのではなからうか。他方で、この協定の効果を国家機関に制限する場合には、もっと納得がいかないことになるのである。というのは、それによれば、市民に、侵害に対する防衛の際に、そのために第一に呼び寄

せられるべき国家機関よりもはるかに多くのことが許されるべきであるという結論になってしまうが、それは奇妙なことのように思われるからである。諸国がこの協定の締結の際に国家的な暴力の拘束のみを念頭においていたということが正当であっても、このことは、協定の私的な正当防衛権への「影響」あるいは類推適用を妨げることはないのではなからうか。そして、このような解釈は、正当防衛権には個人の保護に加えて、さらに法の確証という一般的な課題があるとみなされるだけに、一層要請されているのである。というのは、ここでは、一貫して公的な暴力と同様の制限に支配されなければならない公的な機能が問題になっているからである。

78

しかし、正当な解釈によれば、この協定は、たとえそれを——少なくとも相応するように——私的な正当防衛に適用するとしても、物への侵害の場合の正当防衛の本質的な制限にはならない。というのは、協定は「意図的な」殺人しか（決定的な英語とフランス語の表現では：*intentionally*、*intentionnellement*）禁じていないからである。意図という概念は、おそらくは直接的故意を含むのであろうが、しかし未必の故意は決して含むものではない。物の価値を防衛するためには、實際上、場合によっては未必の故意による殺人が必要でありうる。というのは、防衛のためには、侵害者を戦闘能力のない状態あるいは逃走能力の無い状態にすることが必要だからである。その際に、（例えば、盗品を持って逃げている侵入者への不確実な発砲の場合）場合によっては、殺すことを受容する必要があるが、直接的故意を前提にするような確実な殺人は、ほとんど必要はない。そのような状況が生じてしかるべき場合——侵入者に関して、例えば頭の上部だけが見えるので、額あるいは後頭部を貫くような、絶対に致命的な発砲でしかその行為を防ぐことができない場合——被害者は、協定の趣旨に鑑みれば、殺害をひかえなければならないのである。それは立法者の価値決定にも適っている。というのは、死刑の廃止が、人の意図的な殺害は、直接的に脅かされている人の生命を

救うのに必要なものだけが正当化されるということ、認識させるからである。正当防衛権の予防的で法確証的な効果は、このような制限には実際上の重要性が欠けているので、それによって損なわれることはありえないのである。判例からはそのような事案は確認できない。

79

対迷惑防衛の場合やヨーロッパ人権協定の規定から生じるような僅かな特殊事例は別として、本質的な均衡の制限は、軽微な侵害が侵害者の殺害や重篤な傷害によって防衛されてはならないということである。判例はそのような制限には単に躊躇を感じているようで、大概是極端な事案においてしか承認していない。RGSt 23, 116f.（實際上すでに違法な侵害が欠如していた事案）によれば、ピストルの発砲によるビールジョッキからの防衛は「かなりの不均衡」を理由に許されないと言明したのにもかかわらず、その後長きにわたって基準になっている RGSt 55, 82 判決においては、盗品を持って逃げる果物泥棒への著しい傷害を負わせるような発砲が、正当防衛によって正当化されているのである。つまり、「財の均衡への配慮は、正が不正との戦いにおいて保護されるべきところでは、絶対に正当な根拠のあるもののわけがない」と（前掲 85 頁）。戦後期、上級地方裁判所は正当防衛を、完全に均衡を逸脱している場合に、つまり侵害された法益と防衛された法益の間に「極端」で「耐え難い」不均衡がある場合に、制限した。というのは、桃の木を致命的な効果を持つ電気仕掛けの設備で窃盗から防衛すること（OLG Braunschweig MDR 1947, 205）や、価格 10 ペニヒのシロップのビンを持って逃走する窃盗を射殺すること（Gallas の賛同を示す評釈のある OLG Stuttgart DRZ 1949, 42）は、容認できないからである。鳥についての抵当権を、刃の丸くなった斧で侵害者の頭部を殴打することで、防衛してはならないのであり（BayObLG NJW 1954, 1377）、間違っ、明示されいない私道に入り込んだ放浪者を、噛み付き癖のある犬や火器による威嚇によって追い払ってはならないのである（BayObLG NJW 1965, 163）。道路交通においては、他者を不意に追いついたり、衝突や U ターンによる威嚇は、

これらの方法で些細な交通違反に対抗するためになされてはならないのである (OLG Saarbrücken VRS 17[1958], 25; BayObLG NJW 1963, 824; OLG Hamm NJW 1972, 1826; 1977, 590; 異なるのは、OLG Schleswig NJW 1984, 1470)。それに対して、悪ふざけで車の進行を妨害することに対して、たとえその隣に立っている運転手がある際に負傷する危険があったとしても、道をふさいでいるオートバイに衝突させることで対抗して構わないのである (OLG Karlsruhe NJW 1986, 1358)。

80

連邦通常裁判所は今までただ付随的にのみこの問題に取り組んできたに過ぎない。BGHSt 26, 51f. は、自動車運転手が、彼の車のボンネットからおりつものない者に対して、生命に危険のあるような態様で運転したという事案に対して、「速度を時速 120km から 130km まで上げる際に、車両にしがみついている者は、他の車両を何度も追い越す状態との関係においては、あらゆる防衛的な法侵害の領域の外に置かれていたのであり、正当防衛による『被要請性』の基準をはるかに超えていた」と BGH は述べている (前掲 52 頁)。BGH NStZ 1981, 22ff. は、違法に侵入している警察官に対して、殺人未遂 (斧を振り下ろすこと) によって防衛することを、必要 (正しくは: 要請されている) とはみなしていない。

81

全体としてみれば、比較的新しい判例は、ここで主張された基準に沿っている。しかし、それは、物の価値の防衛の場合には、まだあまりにも寛大すぎる。というのは、それは、生命に危険のある防衛を、最小限の損害 (しばしばペニヒの価値) の防衛に対してしか禁じていないからである。刑事訴訟法 153 条の意味での「僅かな損害」とは、今日すでに 100 マルクまでの額の場合と設定されている。いまや、軽微な侵害が存在するか否かという問題においては、損害だけではなく、全体的な事情 (例えば、被害者の経済状態や侵害の強度) に目が向けられるべきである。しかし、正当防衛を行う際に重い侵害を伴うような防衛措置は差

し控えられるべきであるが、そのような限界についての根拠を、いずれにせよ 100 マルクが与えているのである。

82

文献上、軽微な侵害に対する正当防衛の制限に関する見解は、統一されていない。ほとんどの論者は、判例に沿っているが、一部の論者ももっと厳格である。Schmidhäuser は、あらゆる「正当防衛の内部における実質的な利益衡量」を排除し、殺人それ自体を些細な金額の確証（「10 ペニヒ」）のために許容しようとする。そこでは、侵害の軽微さが行為者の責任や予防の必要性に関して決定的な役割をはたすという点が、見誤られている。つまり、侵害の顧慮は「実体主義」ではなくて、むしろ規範的要請なのである。Wagner は彼の個人主義的な正当防衛のコンセプトの視点から、正当防衛の自由な展開可能性を制限することについてわざわざ言及する必要すらしないような、非常に些細な侵害の場合にのみ、制限を許容しようとする。しかし、それは次のことしか証明していない。つまり、純粋に個人的な視点は不十分であり、「最小限の連帯」をさらに軽微な法違反者の生命に対しても要求する社会的な視点によって、補われなければならないということである。Spendel もまた、判例をまだ侵害者に対して寛大すぎるとみなし、「完全に極端な例外事例において」のみ制限を許容しようとする。それによって、彼は「正当防衛権の弱体化あるいは止揚を避け」ようとする。しかし、それは誇張である。というのは、「正当防衛権」が問題なのではなく、軽微な侵害のケースが問題なのであって、さらに、このような特別なケースにおいても、正当防衛は「止揚される」のではなく、むしろ生命の保護ために制限されるに過ぎないからである。多様な見解のもう一方の極では、Fr.-Chr.Schroeder が正当防衛を均衡の枠内においてのみ許容すべきであると主張する。なるほど、物の価値の防衛のための殺人や重篤な傷害のみを不均衡であるとはみなしてはいるが、この見解は、著しい侵害の場合に、すでに上で (Rn.77) ヨーロッパ人権協定を詳論した際に述べたが正当防衛をあまりにも制限しすぎてしまうのである。

4. 保障関係の範囲内にある侵害

83

不作為犯論 (13 条) の原則に従えば、保障人的地位を基礎付ける関係の範囲内においてもまた、法確証の原理は、それほど大きな意義を有するものではない。このことが實際上重要になるのは、とりわけ親子関係あるいは夫婦間においてである。関係者が相互に刑罰をもって、損害を互いに防ぐことを義務付けられている場合、一方の他方に対する侵害の際に、その被害者は、防衛行為によって保護されても構わない。しかし、法確証の利益は、関係者間の連帯関係がいまだ存在しているとみなされる限りで、人的配慮義務の後方に退くのである。

84

そのことは、軽微な侵害の場合と同じような正当防衛の制限へと至るのであり、ここでは、これまで判例が特に取り組んできた夫婦関係が取り上げられる。順風満帆な婚姻においても時には生ずるような口喧嘩の際に、当事者の一方が腹を立て、度を越してパートナーを殴ろうとする場合、被侵害者は自らの正当防衛権を、反撃して構わないか、さもなくば (侵害の犠牲を払ってでも) 侵害者を払いのけて構わないというかぎり、留保しているのである。しかし、被侵害者の保障人的地位は、パートナーの不適切な行為によって、まだ止揚されているわけではないから、防衛権と保護義務の並存は生命に危険のある防衛措置の場合に正当防衛に内在的な限界を設定するという意味で、影響を及ぼさなければならない。すなわち、被侵害者はパートナーを即座に殺すことも、あるいは重篤な傷害を負わすことも、たとえこのような方法でしか、確実に殴打を回避しえない場合であったとしても、許されないのである。その場合、むしろ、被侵害者は、自らが比較的軽い侵害を被る危険を冒してでも回避し、あるいは、比較的危険の少ない手段で満足しなければならないのである。

85

しかし、このような制限は、侵害の性質が被侵害者の連帯義務を止揚しない場合においてのみ妥当する。以下の二つのケースでは配慮義務の消滅が認められるべきである。第一に、誰も重い傷害の危険を冒す必要はないのである。その場合、私は、医師の手当てを必要とするような傷害を重いとみなしている。したがって、妻は、次のような場合、必要であれば、夫に対してナイフあるいはピストルを用いてでも反撃してかまわない。すなわち、夫が重い物体で彼女の頭部を殴ろうとしている場合、夫が火器を用いて侵害しようとしている場合、夫が彼女の骨を折ろうとしている場合などである。第二に、妻は、彼女を辱め、夫の横暴の対象にするような、継続的な（比較的軽くても）虐待を甘受する必要はない。ほぼ日常的に夫によって些細な原因から殴られる妻は、夫に対してもはや連帯の義務を負っていない。その連帯を夫はとっくに断絶していたのである。彼女は、他の方法では自らを救うことができない場合には、夫に火器を用いて立ち向かってよい。彼女は、その代わりに家を立ち去ることを義務付けられてはいないのである。

86

判例の方針は、いまだ不確定的である。BGH NJW 1969, 802 では、妻が夫の乱暴な侵害に対して、傘の先端で夫の頭部に強烈な一撃を食らわせ、夫をそれにより殺害することで、身を守った。連邦通常裁判所は、このような正当防衛の態様を要請されているとはみなさなかつた。なぜならば、夫は武器を用いていなかったのであり、夫婦は「心の底では敵対的ではなかつた」からである。それゆえ、「被告人は、たとえ比較的軽い防衛手段の行使が危険の除去を確実に期待させるものではなかつたとしても、致命的でありうる防衛手段を選んでではなかつた」とされている。BGH NJW 1975, 62f. では、妻は彼女を侵害する夫に、ナイフで心臓を突き刺し、致命傷を与えた。連邦通常裁判所は、正当防衛状況が存在するにもかかわらず、妻の正当化を否定した。なぜならば、「同

じ生活領域の非敵対的な人たちを基準に考えるべきであり、選択された防衛行為が侵害者の死を意味しうる場合」(前掲 62 頁)には、「防衛行為の被要請性」により高い要求が設定されるべきであるとされているからである。もちろん、「確実に効果があるが、場合によっては致命的にもなりうる防衛手段の放棄は、軽微な侵害が予測されるにすぎないような場合にのみ、要求される」(前掲 63 頁)とされている。BGH JZ 1984, 529f. では、妻が暴力沙汰にもなった口論のさなかに、ケーキナイフを威嚇のために夫に向けた。夫は、再三再四、「やめるんだ。君は僕を愛しているんだろ、な。」と彼女に訴えかけた。しかし彼は、改めて一発殴るために身構えた。それゆえ妻はそのナイフで、夫の心臓を突き刺したのである。この事案において、連邦通常裁判所は、正当防衛を肯定した。裁判所は、以前の判決を放棄したわけではないが、明らかに以前の判決から、その正当性を未決定のままにしておいてはいるのだが、距離をとっている。というのは、この場合比較的軽い傷害の危険が懸念されるにすぎなかったのかどうか、確実ではなかったし、それ以外のどのような方法が侵害を阻止しうるかについても、それなりの蓋然性が明白であったわけでもなかったからである。

87

これらの諸判決が、ここで主張された立場から見て的確であるのか否かは、確実には判断できない。なぜならば、事実が決定的な点について、不明確にしか述べられていないからである。しかしながら、最初の二つの判決は、傾向としては、ここでたどってきた方針上にあるといえようが、一方で、三番目の事案については、下級裁判所に、侵害の強度をさらに適切に検討するよう義務が課されていたといえよう。というのは、夫は明らかに彼の妻の愛情を信じていたので、多くの点が、パートナー間の心の絆がまだ存在しており、比較的重い侵害は計画されていなかったという事実を支持しているからである。正当防衛の制限は、同一の生活領域の非敵対的な感情を持っている人について問題になる、というテーゼもまた、より具体的な記述される必要がある。それは、大方の

隣人や知人に当てはまる。実際上は、さらに、正当防衛は、同一の企業（OLG Stuttgart NJW 1950, 119; BGH MDR(D) 1958, 12f.）あるいはスポーツクラブ（BayObLG OLGSt 1, 旧 53 条）の一員であることを理由に制限されているのである。しかしそれは行き過ぎである。というのは、このような領域は（ほとんどの「生活領域」のように）競争や対抗の著しい重圧のもとにあるので、なぜここで正当防衛権が制限されるべきであるのか、納得できないからである。保護義務による法の確証の利益の低減は、常に必然的に保障人的地位を前提にしているのである。正当にも、それゆえ、連邦通常裁判所は、現在では、同級生の関係に関しては正当防衛権の制限を否定しているのである（BGH NJW 1980, 2263; その判決については、さらに Rn.50 参照）。夫婦の場合ですら、正当防衛権の制限は保障人的地位によって容易には基礎付けられはしないのである。この保障人的地位は、夫婦が別居しているか、あるいは離婚している場合には、否定されるべきである。他方で、婚姻証書のない生活共同体の場合でも、正当防衛を制限する両者の配慮義務は肯定されるべきである。

88

文献においては、これらの事例群は極めて議論の余地がある。ここで主張されている不作為論の意味における保障人的地位とのつながりは、とりわけ Geilen と Marxen によって詳細に展開された。その際、彼らによる諸解決はそれぞれ相対立するものであり、またここで主張される見解とも異なる。支配的見解は、基本的に、（それ自体において対立があるが）判例にしたがっている。周知の見解は、さらに、正当防衛の制限を保障関係の範囲内で、とりわけ夫婦関係のもとでは、絶対的に否定する。しかし、それは厳格すぎる。たしかに婚姻は虐待の許可証ではない。しかし、絶対的な否定にまで至らなくても、ここで主張される解決によっても、防止できるのである。他方で、婚姻のパートナーの逸脱行為を外部の者の不意の襲撃と同等に扱うことは、事実的な観点のもとでも、規範的な観点のもとでも、適切ではない。侵害している夫は、彼自身が婚姻の義務を侵害しているのであるから、配慮を要求することはできな

いという、いつも繰り返される論拠は、継続的な虐待や脅迫的な重い傷害の事案にしかあてはまらない。しかし、比較的軽い過ちを犯す行為は、パートナーの相互的な連帯義務を止揚しない。婚姻は、パートナーの「失態」に度量やある種の思いやりをもたずに応じてしまうような場合には、存在しえない。刑法もまた、「血みどろの争い」を助長すべきではないのである。

5. 脅迫によって強要された侵害

89

判例においてはいまだ扱われていないが、近時、文献上でたびたび扱われている問題が、強要的な脅迫に対する正当防衛である。この場合に無制限の正当防衛権を承認するのであれば、被強要者は他の除去行為を用いることができないような場合には、強要者を密かに殺害してもかまわないといえるのであろうか（現在性と必要性に関して、Rn.29, 52 参照）。それは不適當であるように思われる。なぜならば、法の確証の要求と保護の要求は、この場合著しく減少させられているからである。というのは、被強要者がこのような方法で不正に対して己れを守り抜いてよいとされるのは、次のような状況のもとでなされる場合なのではなかろうか。つまり、やましいことがあるに違いないような状況や、公然と行われた彼の行為をあたかも匿名の行為者による殺人罪であるかのように思わせてしまうような状況がある場合である。このことは、法的安定性の一般的な感覚を侵害するであろうし、予防的にも望ましくはないのである。また、被強要者は公衆に何かを隠さなければならないのであり、それゆえ、彼はほとんど、公衆の予防的な利益を代表することに適していないのである。もちろん彼には保護の必要があるが、その保護を刑事訴訟法 154 条 c は、彼に不十分な方法でしか承認していない。しかし、いずれにせよ、彼はさらにその限りでは、彼の財産に対する危険を告発によって回避しうるのである。暴露による脅迫だけは、このような方法では防ぎえない。

したがって、正当防衛の基本思想は、強要者に対する独断的な行為に対しては、かなり制限された範囲でしか妥当しないのである。それに応じて、正当防衛による自力救済もまた、ここではかなり制限された範囲において要請されているにすぎないのである。どの程度その制限がなされなければならないかは、いまだ、ほとんど明らかにされておらず、さらなる議論を必要とする。いずれにせよ、強要者の殺害あるいは重い傷害は許されないとみなされなければならないであろう。その際、殺人の非許容性をここではさらに、次の限りで、すでにヨーロッパ人権協定2条2項aから導き出すことができる。すなわち、普通はほとんど生じない、人に対する暴行を防衛するのに役立つと思われる意図的殺人のケース（正当防衛に関するMRKの僅かな意義に関してはRn.76-78）が問題である限りにおいてである。Amelungは「コミュニケーション的抵抗」（不利な証拠書類の引渡しを目的とする詐欺や脅迫、部分的にはさらにその他の対抗的な強要）と「強要行為の確定」（強要者の電話を密かにテープに録音する行為）だけを正当防衛によって正当化されるとしている。さらにすすんで、住居侵入、器物損壊、窃盗、文書の隠蔽や類似の軽罪もまた、それらが脅迫のために用いられた資料の除去に役立つ限りで、正当化できるであろう。しかし、強要者に対する暴行は、いずれにせよ排除されてしかるべきではなかろうか。

第9節 高権的行為と正当防衛権

高権保有者（とりわけ警察官）が、彼らの職務の執行において、32条の正当防衛規定や緊急救助規定を引き合いに出してよいのか、そしてよいとした場合に、どの程度まで許されているのかは、極めて議論の余地があるところである。その理由は、公法上の規定の不明確性にある。諸州のほとんどの警察法規が、拳銃の使用を重罪および武装された軽罪

に対する反撃のためにだけに許可している（例えば、バイエルン州警察任務法 67 条 1 項 2 号を参照：「重罪あるいは火器や爆発物を用いたり、携帯している軽罪の直接的に切迫している実行または進行を防ぐために」）。それによれば、警察官は、例えば住居侵入や乱暴者による通行人への集団暴行に対して、脚への発砲によって防衛してはならないという結論を、認めなければならないことになるのではなからうか。私人はこれを、必要な場合には、容易に許されているにもかかわらずである。他方で、警察法は、民法上あるいは刑法上の正当化事由を指示する緊急権留保の規定をもっている。それらにしたがえば、例えば、「正当防衛や緊急避難に関する規定」（北ライン・ベストファーレン州警察法 57 条）あるいは「正当防衛や緊急非難に関する規定による民法上や刑法上の効果」（バイエルン州警察任務法 60 条 2 項、公共の安全と保安に関するヘッセン州法 54 条 2 項、連邦共和国と諸州の統一的な警察法の模範草案 35 条 2 項）は、そのまま認められるべきことになる。それが正しいのであるならば、警察官は一般市民と同様に正当防衛や緊急救助の行使に 32 条を引き合いに出すことができる。しかし、その場合には、火器の使用を制限している警察法の規定がそもそも持っているのかが、問題になるのである。

92

矛盾は、今までのところ、満足のいくようには解決されてはいない。とりわけ公法において主張され、さらに刑法においても一般化している見解によれば、警察法上の緊急権の留保は無駄であり、それゆえ警察官は、警察法の縮減された抵抗権に限定されることになるというのである。その根拠として、国家は「警察行為の際には、個々の事例においては到底正当化することができないような損失が、国家的行為の相当性と国家の任務としての生命の保護とをいっそう際立たせるために、甘受されている。防衛行為によって反撃している市民は、私的に行為しているのであり、しかも、上で述べた目的の達成を危険にさらすようなことがあってはならないのであるから、個々の事案における干渉権限を、他の事

情が同じであれば、警察官よりも多く有している」という点が指摘されているのである。しかし、「ロックバンドが容赦なく通行人に集団暴行を加えている場合」に、侵害者の腕や脚への発砲でしか通行人を救助できないと思われる状況にある警察官に、このような手段の使用が禁止されており、しかも手をこまねいていることによって、「国家の任務としての生命の保護」が特に明示的に「示される」ことになるのだなどということに納得することなど、到底できない！襲われた市民はこれを、国家の自らの保護義務の断念としてしか評価しないであろう。市民は、警察官に私人よりもはるかに僅かな行動しか許されていないような場合には、市民の救助者（市民防衛）によってしか、効果的に自らを守ることが許されないことになってしまうであろう。国家的暴力の優越の原則は、むしろこのことによって、時代錯誤的に、かつ刑事政策的に徐々にダメージを受けるのではないかと懸念される。また、最も新しい諸規定において明示的に採り入れられている緊急権が、存在しないものとして取り扱われるべきだということにもなり、このことは、法律の条文と相容れないのである。

93

妥協的な解決が主張されることも稀ではない。それによれば、緊急権の留保は、警察官の自己保存（したがって、比較的狭い意味における正当防衛）のみに制限されるべきであり、緊急救助を含むべきではないとされる。しかし、この見解は議論を進める助けにはならない。というのは、警察法の文言は、そのような区別に関していかなる根拠も与えていないからである。「正当防衛に関する規定」はそのまま妥当すべきであり、疑問の余地なく、緊急救助を含んでいるのである。さらに、このような学説は、市民に対する不十分な警察的保護から生ずる（Rn.90）疑念を払拭することも出来ないのである。

94

他の見解によれば、緊急権の留保はそれに基づく警察行為の刑法上の

効果だけを排除するものであり、他方で、警察法の拳銃使用規定は警察法上の許容範囲を明確に規定するものであるとされる。それによれば、警察法上の武器使用規定を越えるが、32 条の範囲内で緊急救助を行っている警察官は、刑法上は正当化されているが、警察法に反して行為していることになり、懲戒処分にとさらされることになろう。このような解決は、法秩序の単一性の原則によってその存立自体が理論的に排除されているというわけではない。というのは、公務員法上あるいは警察法上認められないにもかかわらず、ある行為を刑法上許容するということは、法理論的に十分に可能だからである（それについては、すでに 14 章 Rn.30ff. 参照）。例えば、教師に体罰が職務上禁じられていたのにもかかわらず、教師に刑法において体罰の権限が与えられたことがあった。また統一的警察法の模範草案の起草者も、そのような解決を目論んでいたようにも思われる。というのは、それは理由付けの項目の中で、正当防衛規定は、「ある行為を刑法上あるいは民法上でのみ正当化」することを可能にするのであるが、だからといって、「それは、高権的行為に関する権限の付与の基礎となるものではない」と述べているからである。しかし、そのような解決は、刑事政策的に満足のいくものではない。というのは、警察官は、刑法上の制裁を覚悟する必要はないとしても、すでに警察法上の禁止と服務規程上の処罰の可能性が、彼が緊急権の留保を利用することを妨げるであろうし、その結果、この権利の留保は、そのように解釈することができたとしても、實際上意味の無いものにされてしまうからである。

95

それゆえ、刑法では、多数説と同じく、警察官はまさに警察法を補充する意味で、正当防衛や緊急救助の行使の際に 32 条を引き合いに出してもかまわないという前提から、議論を始めなければならないであろう。もちろん、このことを、警察官は警察法に基づいている限りでは高権保有者として行為しているのに対し、32 条の範囲内においては私人として行為しているのだ、というように理由付けることはできない。という

のは、重罪に対する防衛のための警察的介入は常に高権的性質であり、どの規範にそれが基づいているのかはどうでもよいことだからである。むしろ、32条が直接的に高権的な干渉権をも基礎付けていることが承認されるべきである。一方で、各人の権利からも高権保有者の干渉権限が導き出されているのであり、このことも決して排除されるべきではない。そのことを刑事訴訟法127条が証明している。つまり、それは、疑問の余地なく、警察官にも逮捕の権限を与えているのである。したがって、その限りでは、警察官は、警察法が緊急権の留保を含んでいない場合でも、32条に基づいているのである。他方で、このような主張をするつもりでない者は、32条が少なくとも、緊急権の留保によって、高権保有者のための干渉規範の地位に格上げされているとみなさなければならぬであろう。

96

警察法上の特別規定の意義は、その場合、32条によって与えられた緊急救助権限の制限においてではなく、むしろ、次のことに見とられるべきである。つまり、それが正当防衛の場合の通常の事例に必要なこと及び要請されていることを、簡便で、具体化された指示の形式にまとめているということである。例えば、行為者が火器で武装していない軽罪に対して防衛する際に、火器の使用が禁じられている場合、訓練された警察官はそのようなプロセスをもつ通常の事例では、火器を用いなくても任務を遂行できてしかるべきだと、理解されることになろう。その場合、発砲は、32条の意味においても、不必要なのである。例えば、窃盗が盗品を持って逃げる場合、警察官は、私人と比べれば、捕まえる可能性ははるかに高いのであるから、発砲はほとんど必要ないといってよかろう。また、「軽微な侵害」の場合に重い傷害を「要請されて」いないものとしてしまう制限（Rn.73ff.）は、もちろん警察の場合にも妥当し、とりわけ武装していない軽罪行為者に対する防衛の場合にも影響を及ぼすのである。それは、さらに議論の多い、「狙いが定められた射殺」に関する特別規定と類似している。この「狙いが定められた射殺」は、

例えばバイエルン州警察任務法 66 条 2 項 2 号によれば (統一的警察法の模範草案と同じく)、「現在の生命の危険に対する、あるいは身体的完全性についての重大な現在の侵害の危険に対する防衛の唯一の手段」である場合に限り、なされてもかまわないとされている。そうであるとなれば、ヨーロッパ人権協定によって限定された正当防衛権の規定 (Rn.76 - 78 参照) によってもまた、「狙いが定められた射殺」は必要でもなければ、要請もされていないといえよう。広い範囲で、警察的規定は、警察官にとって容易に習得できる方法で、したがって、正当防衛権の常識的解釈によって到達できるような結論だけを、明確に規定しているのである。これはもちろん、個別事案では (例えば、たびたび言及される Rucker 事例において)、ある時には、干渉が警察法上の文言を越えることが必要とされ、かつ要請されうるということを、なんら変更するものではない。このような状況において 32 条を補充的に引き合いに出すことを可能にするのが、緊急権の留保なのである。

97

Schaffstein は、ここで主張される見解と同じく、高権保有者が 32 条を引き合いに出すことを許されるとみなしているが、この範囲でなされた正当防衛を、すべての高権的行為がその影響下にある相当性の原則によって、制限しようとする。それ自体は適切である。しかし、相当性は財衡量ではなく利益衡量を要求するので、それは——もちろん少なからず——市民の正当防衛権もまたその影響下にある「社会倫理的制限」に至るのである。誇張された厳格主義の立場から、私的な正当防衛権を全く (あるいはほとんど) 社会倫理的な配慮と結び付けようとはしない論者にとってのみ、極端な私的正当防衛と穏当な公的正当防衛の間の区別が際立ったものになってしまうのである。もちろん、ここで主張された見解によっても、警察官は正当防衛の行使の際に、事実上、原則として私人よりも寛大な措置をとらなければならないであろう。というのは、彼は侵害に対する防衛のために、一般に市民よりも十分に訓練されており、それ故、彼はすでにそれほど決定的な影響をおよぼさない防衛措置

によって目的を達成させることが出来るからである。

98

32条が高権保有者の行為に関しても妥当するというここで得られた結論に矛盾するのは、刑務所長が囚人の侮辱的な手紙を、緊急救助を盾に（被侮辱者の利益になるように）差し止めたという、特殊事例に関するBVerfGE33,1(17)である。国家機関は、「特別な授權なしには、市民の基本権によって保護された領域に踏み入っては」ならないのである。そのような手紙が差し止められてはならないという主張には、是認する価値があるように思われる。しかし、緊急救助は、ここではいずれにせよ問題にならない。なぜならば、侮辱はすでに刑務所長が知ると同時に（そして、名宛人が知ってはじめてというわけではなく）既遂に達しているのであり、したがって、もはや防ぐことなどできないからである。名宛人が知るのを阻止することや、名宛人がそれに対して司法上の措置をとろうとするか否かを決定することは、刑務所長の問題ではない。このような関係においては、高権保有者の正当防衛権への立ち入りは、必要ないのである。ちなみに、それとは別に、判例は一般的に国家機関が32条、34条の緊急権を引き合いに出すことを認めている。そして、34条に基づくSchleyerの誘拐事例における「接触禁止」は、特に広範な効果を待つものであった（BGHSt 7, 260; 16章 Rn.47, 89f. 参照）。しかし、この判例をめぐる対立的立場を考慮した原則的で解明的な取り組みは、まだなされていない。

第10節 緊急救助

99

緊急救助すなわち違法な侵害に対して他人を防衛する行為に関して妥当することは、原則的に、自己防衛すなわち狭義の正当防衛に関して妥当することと異ならない。というのは、立法者は、正当防衛を「自己または他人への現在の違法な侵害を回避するために必要な」防衛行為と概

念定義することによって(32条2項)、両者を同等に扱ったからである。もちろん、緊急救助権は、被侵害者が防衛されることを望む範囲でのみ行使される (BGHSt 5, 248; BGH StrV 1987, 59; すでに Rn.1 参照)。そのことは、自己保存の原則から結論づけられるのである。すなわち、保護を必要としている個人的法益がなければ、市民は防衛権を有しないのである (詳しくは Rn.1, 36ff.)。このことは、法確証の観念を自己保存から引き離す若干の論者によって、異論が唱えられる。しかし、自己保存との結びつきは、私的な暴力の権限を限界付けるためだけに必要なわけではない。それは、また、私的な紛争の社会政策的にふさわしい解決だけを許容しているのである。例えば、BGHSt 26, 256 の事例においては、ある男が彼氏から殴打された少女を救助しようとした。その救助はさしあたり適切であった。しかし、少女が救助行為に価値を見出さず、どちらかといえば単に彼氏と喧嘩するつもりであったことが判明した時点でもまだ救助行為を続けたことは、正当でなかったのである。というのは、頼まれてもいない干渉によって、頼まれていない救助者が死亡するに至るような結果のエスカレート危険があるからである。刑法はそのことを後押しするべきではない。

個別的には、頼まれていない救助の法的な評価の際に、もちろん、以下のことが区別されるべきである。

100

(1) 承諾が可能であり、被侵害者の行為をそのようなものとして解釈可能な場合、違法な侵害が欠如しているので、正当防衛はすでにこれを根拠に排除される。ある女性が男性の性的な侵害に対して本気で抵抗していない場合や、家主がほんの気まぐれから侵入者に要求された物を差し出すような場合には、法益侵害の脅威とともに、正当防衛状況に関するあらゆる前提が欠如しているのである。そのような事例として、BGHSt 5, 247 がある。この事例では、「救助者」が下品と思われる映画の場面から映画の鑑賞客たちを守ろうとしたのであるが、彼らはこの場面を見たがっており、したがって、はじめから彼らの人格権は侵害され

ていようはずがなかったのである。

101

(2) 本来的に問題のある事例は、違法な侵害はあるが、被侵害者が緊急救助者の介入の放棄を望んでいる場合である。例えば、ある者が、なるほど窃盗を防ぎたいが、この犯人に対して火器を用いて対処することは望んでいないような場合である。この場合、緊急救助者にピストルの使用を禁止しなければならないであろう。というのは、被侵害者に、熟慮した結果放棄するつもりになっている保護を強制するような動機がないからである。事情が異なるのは、防衛の放棄が、侵害者による事後の報復措置への恐れに基づく場合である。そのような事例においては、防衛の放棄は意思の欠如によって無効でありうる。比較的広範な今日的な事例の一つは、被侵害者が（例えば、人質犯罪の場合）侵害者に対する一定の行動を、それにより自らが危殆化される虞があるために望まないような場合である。このことは、緊急救助者によって原則として尊重されなければならない。Jakobs は被侵害者の意思を、例外的に、次のような場合には、決定的なものとしようとはしていない。つまり、被侵害者にとって、防衛の結果を緊急救助者ではなく自らがもたらすことのみが重要である場合、すなわち「被侵害者が防衛を自らの手によって成し遂げるつもりであるが、救助者が彼に先んずる」場合である。この場合には、緊急救助は許容されるという。しかし、この結論は納得できない。というのは、まず、被侵害者が、自主的な防衛への彼の能力を示す十分な根拠を持ちうるからである。そして、第二に、被侵害者は、彼が防衛行為の際にどの段階で防衛行為をするつもりであるのかを、留保することができるからである。他方、彼はその事象への影響を、緊急救助者が彼の意思に反してその事態を手中に収める場合には、全く有していないのではあるが。被侵害者が緊急救助者を退けてはならないのは、緊急救助者が比較的穏当な防衛手段を有しており、彼の救助によって、例えば火器の使用を回避しようような場合である。というのは、その場合、自らの手による防衛は必要ないからである（Rn.50 参照）。

102

(3) 被侵害者の意思は、彼が危険にさらされている法益を自由にできるわけではない場合にも、重要ではないものである。例えば、囑託殺人(216条)は、緊急救助によって防いで構わない。被害者が救助されることを望んでいないにもかかわらずである。というのは、個人的法益は、この場合には、被害者の表明された意思に反して保護されるのであるから、彼の意思で緊急救助者が救助をするかどうかについて決めさせることは、不合理なことだからである。相応のことが、226条aの事例についてもいえるのである。

103

状況が、緊急救助者に、被侵害者の意思が最初に吟味されえないほどに速やかな行為を求めることも、稀ではないであろう。その場合、他人の承認に関する根拠が存在しないのであるから、推定的承諾という方法によって、被侵害者が必要性の範囲内で防衛されることを望んでいるという承諾が基礎付けられるべきである。緊急救助は、その場合、正当化されるのである。たとえ後になって、被侵害者が、問い合わせることが可能であったならば、異なる決定をしていたであろうことが明らかになったとしてもである。それを Jakobs の極端な事例を通して明らかにしてみよう。すなわち、「失神状態の殺人未遂の被害者を、侵害者の殺害という必要的な防衛で守った者は、正当化的に行為しているのである。たとえ後になって、被害者が侵害者を自分の息子であると見抜いていて、むしろ息子の死よりも自らの死を受け入れるつもりであったことが突き止められたとしてもである。」

104

Seelmann は緊急救助を（自己防衛とは異なって）防衛された損害と惹起された損害の間の相当性の範囲内でのみ認めようとする。つまり、「緊急救助の場合、侵害された法益と救助行為によって侵害された法益

の間の均衡が存在していなければならない」と。しかし、この見解には同意されるべきではない。（もちろん第一に法益ではなくて、むしろ行為者と被害者の対立する利益の）均衡についての一定の基準は、自己防衛の場合と同様に緊急救助に関しても、正当防衛の社会倫理的な制限によって（Rn.53ff.）保証されるのである。それを越えるような緊急救助者の不利な扱いに関しては、法律は扱ひ所を与えていないのである。そのような不利な扱ひは、非常に不満足な結論に至る危険性がある。自ら防衛することができないような、まさに老人や抵抗力のない者は、その場合、逞しい男には自己防衛が容易に認められるような基準であっても、保護されてはならないことになるのである。それは、まさしく弱者に暴行を加えることの励ましとして作用するのではなからうか。さらに、同一の防衛行為を行うにあたって被侵害者と緊急救助者が協働するときには、場合によっては、被侵害者は正当化され、緊急救助者は（均衡が欠如するために）処罰されることにならう！したがって、BGHが、数人の男によって襲撃された上司を、致命的な発砲で窮地から救い出した従業員を正当化したことは（E 27, 313）、賛同されるべきである。

105

部分的には、Hoffmann-Riem が緊急救助の解体を、「職業的な救助者」はおおよそ 32 条を引き合いに出してはならないとして、さらに推し進めている。したがって、雇用契約上雇われているボディガードは、刺客を必要な場合でも射殺するべきではなく、侵入者に対する監視措置は強制的な措置をとらず彼から盗品を奪い返すべきであり、市当局によって地下鉄部門に契約上配属されている保安業務機関は、乗客を襲撃以前に保護してはならないことになるのである！さらにそのような制限は、32 条を無給の緊急救助者に制限しているわけではない法律に反しているのである。それは、社会政策的にも耐え難いものである。なぜならば、警察官はどこにでもいることができるわけではないのであり、警察官がいない場合には、十分な私的保護の禁止が暴力犯を勇気付け、法的安定性を次第に破壊することにならうからである。有償の治安部隊の濫用は、

その懸念が Hoffman-Riem に根本的な提案の動機を与えたのであるが、これまでのところ、語るに値するほどには認められていない。それは、さらに、容易に防ぐことができるのである。なぜならば、許容された緊急救助のあらゆる超過は、それ自体が可罰的だからである。私的な保安業務機関もまた、企業の閉鎖や職務の禁止の危険があるので、自らの利益において、法律の基盤を離れないように用心するであろう。

第 11 節 侵害者と彼の法益への正当防衛の制限

106

32 条の範囲における防衛行為は、それが侵害者の法益を侵害するかぎりでのみ、正当防衛によって正当化されている。32 条の文言は、このことを、なるほど明示的には述べていない（「防衛行為」という文言から、正当防衛の効果の侵害者への限定を読み取るつもりでない場合）。しかし、当然に、自己保存と並んで正当防衛の特徴を示している法の確証は、侵害者に対してのみ問題になるのであって、無関係の第三者に対しては問題にならない。違法な侵害に対する防衛行為の際の第三者の法益への侵害は、したがって、場合によっては攻撃的緊急避難規定（民法 904 条、および刑法 34 条）によってのみ正当化されるか、あるいは 35 条にしたがって許されるのである。これらの諸規定あるいは他の正当化事由や許容事由が存在しない場合、その侵害はむしろ可罰的である。したがって、盗品をもって逃走している窃盗を撃ち、その際に弾丸がさらに無関係な通行人にも命中することをも認容している者は、なるほど窃盗の傷害に関しては正当化されるが、通行人に対する故意の傷害ゆえに処罰されなければならないのである。自らの身体あるいは生命を脅かす強盗を撃つ者は、彼がその際に認容した第三者の傷害を理由に、無実が証明されるにすぎない（35 条）。しかしながら、彼は、単に責任が阻却されているだけであって、正当化されているわけではないので、第三者の側は彼に対する正当防衛権を有しているのである。

107

このことは、今日、学術研究および判例において、一般的に認められている。RGSt 23, 116 においては、居酒屋の訪問者が違法な侵害に対して、その際に割れる恐れのあるビールジョッキを用いて抵抗した。RG はジョッキをつかむことを正当防衛によってではなく、正当にも緊急避難を認めることによって正当化した。RGSt 58, 27 では、夫が夜這い者に殴りかかるつもりが、彼ではなく妻を殴ってしまった。その過失傷害は——それを肯定するならば——場合によっては 35 条によって許容されるのではなかろうか。OLG Frankfurt MDR 1970, 694 判決では、緊急救助者は、侵害者ではなく、謝って侵害されていた妻自身に傷害を負わせた。裁判所は、妻に対して、場合によっては存在している過失傷害に関して、被侵害者の推定的承諾による正当化を検討した。

108

公共性の法益への侵害もまた、正当防衛によっては正当化されない。もちろん、このことは以前の判例においてもなされていた。RGSt 21, 168 では、牧師が日曜日の説教の間に、出席している市長を説教壇から侮辱した（とりわけ、悪魔の下僕や反吐が出るような偽善者として）。市長はそれゆえに、さらなる侮辱を防ぐために、「だまれ！だまれ！」と叫んだ。その点に存在する礼拝の妨害（167 条）は、RG の判断には反するが、正当防衛によって正当化されるべきではなかった。なぜならば、牧師だけでなく、訪問者という公共性もまた侵害されていたからである。しかしながら、今日では、34 条による正当化が検討されるべきではなかろうか。当時はおそらく 34 条がまだ存在しなかったという理由だけで、正当防衛を用いたのであろう。OLG Celle NJW 1969, 1775 判決においては、酩酊状態ゆえに運転能力を失った男が、車に乗って、娘を誘拐から守るために駆けつけた。そこには緊急救助が存在するが、いずれにせよそれによって 316 条違反を正当化することはできなかった。しかしながら、その点で 34 条が検討されるべきであったのではなかろうか。農夫が重罪の犯人を、さもなくば農場に火をつけると脅されたので、

警察に見つからないように匿うという、有名な講壇事例にいえることがそのまま当てはまる。そこに存在する刑罰の無効化 (258 条) は、正当防衛ではカバーされていない。行為者を 34 条によって正当化しうるか否かは、(おそらく肯定されるべき) 衡量の問題である。32 条もまた、防衛の際に用いられた火器の許されない使用をカバーしているわけではない (そういう趣旨で、BGH NStZ 1981, 299)。しかし、ここでもまた、正当化的緊急避難が問題になる。他方において、火器の許されない使用は、同時に正当防衛状況において用いられた防衛行為の正当化を拒むわけではない (BGH NStZ 1986, 357)。

109

例外的事例に限って、今日でもまだ、周知の見解は、正当防衛行為の際に生ずる第三者の権利への干渉を、32 条によって正当化しようとする。すなわち、ある者が他人の物を侵害の手段として利用し、あるいは侵害の際に用いる場合である。したがって、例えば、侵害者の武器あるいはスーツが所有権の留保のもとに購入されている場合、防衛の際のその損害は、正当防衛によって正当化されるべきであることになる。RGSt 58, 29 もまた、この見解にしたがった。しかし、そのような状況を説明するために、32 条を矛盾を犯してまで拡張する必要はない。というのは、侵害の手段の損害は、いずれにせよ対物防衛 (民法 228 条) によって、正当化されているからである。このことは、Spendel が 32 条の適用によってのみ解決できると考えた、所有権者が盗品の搬出のために使われた他人の車を損傷したという事例にも当てはまるのである。この車も彼の所有権を危殆化しているのであり、たとえ窃盗の客体よりも価値があるとしても、民法 228 条によって侵害が許容されているのである。強盗の脚を撃ち、その際に彼が着用している他人のスーツに穴をあけた者は、民法 904 条によって正当化されている。困難なのは、ある者が僅かな価値しかない物を防衛するために、侵害者の所有物ではない高価なスーツを損害する場合である。というのは、この場合、民法 228 条は、排除されるべきであると思われるからである。なぜならば、民法 904 条

がスーツのより高い価値ゆえに有効でない一方で、いかなる危険もスーツに由来していないからである。しかしながら、少なくとも、民法 228 条を類推適用すれば正当化されることになる。というのは、スーツは侵害者自身と一体をなしているの、防衛行為は、民法 228 条の法思想によれば、侵害者のスーツに対しても向けてよいはずだからである。

110

これまでほとんど論じられてこなかった問題は、侵害者自身の法益の侵害が正当防衛によってカバーされているのか、あるいは、これが防衛に役立つ限りにおいてのみ、正当防衛によってカバーされているのかという問題である。違法な侵害者に、「彼のマイセンの陶磁器を投げつけて」よいのであろうか。このことを肯定しなければならないであろうし、侵害とは無関係な法益の侵害を 34 条の（比較的狭い）範囲に制限する必要もないであろう。というのは、侵害者の物は彼の領域に属しているのであり、それゆえ、侵害者が彼の物を防衛の必要性の範囲内で犠牲にしなければならないということは、適切だからである。

第 12 節 主観的正当化要素としての防衛の意思

111

正当防衛による正当化は、行為者が防衛の意思をもって行為したことを前提とするのか否か、そしてどの程度それを前提とするのかという問題は、その原則的な観点において、すでに、主観的正当化要素を論じる際に明らかにされている（14 章 Rn.91ff.）。それにしたがえば、防衛者は正当化されるために、正当防衛状況を認識して行為しなければならない。行為者が彼の防衛の利益によって、（しかし、例えば、怒りや侵害者を傷害する意図によってではなく）動機付けられているに違いないような、さらにすすんだ防衛の意思は必要ではない。行為者に客観的に存在する正当防衛状況の認識が欠けている場合、彼の行為は不能未遂として判断されるべきである。

112

正当防衛特殊で、32 条の特別な構造から導かれる根拠によっても、この結論はなんら変えられることはない。「防衛行為」は、被侵害者が防衛する意思で行為している場合にはじめて存在するのではなく、むしろ既に、被侵害者が、彼が現在の違法な侵害に対して防衛すると認識する場合に存在しているのである。そして、この段階で正当防衛にある法の確証という思想の要求を、行為者が——いかなる動機からであろうと——正を不正に対して貫徹するという意識において行為している場合には、客観的かつ主観的に満たしている。しかし、32 条 2 項の「防衛行為」の概念と法の確証の原理は、正当防衛状況を認識せずに客観的に相当な行為をしている行為者を、未遂ではなく既遂行為であるとして処罰することを強いるものではない。というのは、客観的に、不正に対する正の防衛と維持が、そのような事例においても存在しているのであり、その結果、このような行為に対する正当防衛や緊急避難を排除することは適切だからである。行為者の違法な侵害の意図は、場合によっては、不能未遂であるとして処罰することによって把握されうるのである。

(よしだ のぶゆき・本学法科大学院教授)

(よじょう ほくと・本学大学院法学研究科博士後期課程)