

〔翻訳〕

クラウス・ロクシン『刑法総論』第一巻（第三版）〔十〕の一

クラウス・ロクシン 著
吉田宣之／四條北斗 訳

第15章 正当防衛

第1節 正当防衛権の基本原則

1

現行の正当防衛権は個人の自己保存と法の確証という二つの原理に基づいている。すなわち、正当防衛による正当化は、構成要件に該当する行為が、なにはさておき、個人的法益に向けられた違法な侵害を防衛するために必要であるということを前提にしている。正当防衛は「個人にとっての積極的な権利であり、かつ国民の法の確信に根付いた防衛のための権利なのである」。すでにこのことから、正当防衛権の解釈に関して重要な諸帰結が導かれる。まず、公共の法益に対しては、正当防衛は不可能であるということである。というのは、公共性は32条2項の意味における「他人」ではないからである。さもなければ、市民の誰もが補助的であるとはいえ警察官に成ってしまうことになり、国家による暴力の独占が放棄されることになろう。「それゆえ、国民は自らの権利が侵害されないうちは、原則的に、正当防衛によって公的な秩序の攪乱を防衛することはできないのである」(BGHSt 5, 247)。次に、緊急救助権は、被侵害者が自らを防衛してほしいと望む範囲にのみ及ぶ。被侵害者がそれを望まない場合、侵害行為がその他の点でお憂慮すべきであったとしても、彼は自己保存を必要としていないのである。「被侵害者が侵害に対して防衛するつもりがない場合について言えば、彼はそのような決断を許されてもいるし、そうすることも可能ではある。しかし、そうで

あるからといって他人には救助を押し付けたり、防衛したりする権利までは与えられていないのである」(BGH 5, 248)。最後に、不能未遂に対しては、たとえそれが可罰的であったとしても、正当防衛は許されないのである。というのは、不能未遂は個人的法益を危殆化していないからである。

2

しかし、立法者は、個人の保護のためにあらゆる追加的な防衛行為を許容することによって、同時に一般予防的な目的を追求しているのである。立法者は、法秩序が自己主張することを、個人的法益の侵害に対して防衛することのできる国家機関が不在の場合にも、望ましいと考えているのである。本質的部分は現行法へと継受されているのであるが、1962年草案の37条の基礎付けの中でも、「正当防衛権もまた効果的な不法阻止のための方法である」とも述べられている。したがって、法律は32条2項によって積極的な防衛に必要な法益侵害行為を、原理的に、許容するのである。たとえ逃走または回避することが被侵害者の安全を同程度あるいはよりよく保障するであろう場合であったとしても。というのは、正当防衛によって防衛された侵害は、法秩序がリスクなしに侵害されることはないことを示し、法秩序を安定させているからである。このような一般予防的な意図は、「法の確証」あるいは「法の自己主張」が正当防衛権の基本思想であると述べられている所に見出されるのである。例えば、自己保存が均衡の枠内に止まらず、それを超えて、惹起された損害が回避された損害よりも著しく大きいものであっても基本的には良いとされているが、これは法確証の原理に帰せられるべき結論である。いうなれば、「最終的には、それほど価値の無い財に対する侵害も、正当防衛行為者が同時に防衛していることになる法秩序それ自体に対する侵害と理解されているのである」。もちろん、一般予防的な要求は、侵害の性質に応じてかなり異なった強度のものになる。例えば、非故意的な侵害の場合、あるいは有責に挑発された侵害の場合、または軽微な侵害の場合に、それは、相当程度減少する。そして、そうするこ

とで、いま挙げられたケースおよびその他の事例においてしばしば回避あるいは寛大な防衛が要求されることの説明がつくのである（詳しくはRn.53ff.参照）。他方で、法の確証の要素が完全に排除されるところでは、正当防衛は問題にならない。すなわち、人的行為無価値に基づかない危殆化に対しては（例えば、行為でないものから、あるいは注意義務に反していない行為から、支配不可能なかたちで発生する脅威）、正当防衛ではなく、むしろ正当化的緊急避難（37条）の範囲で抵抗しうるに過ぎないのである。

3

したがって、正当防衛によるあらゆる正当化の場合、自己保存の原理と法確証の原理は共に作用しなければならないのであり、その際、法確証の様々な要求が防衛権限のアレンジに相互的に影響を与えるのである。正当防衛における多くの解釈論的問題を解決するために明確な基準を提供する上述のコンセプトは、本質的部分において、支配的見解と一致する。正当防衛を法確証の観念または個人保存の原理のどちらか一方のみによって基礎付けようとの試みも、もちろん、散見される。しかしながら、すでに上で概説した基本的なコンセプトによれば、そのような試みに従うことはできないのである。

第2節 正当防衛権の歴史的発展について

4

現行法の比較的広範に及ぶ正当防衛権限は、ごく最近の発展の成果である。1532年のカロリナ刑法定は、140条において、正当防衛権を身体および生命に対する武器による侵害の場合にのみ承認する一方で、さらにこれを、回避可能性が欠如する場合にしか承認していないのである。普通刑法定編纂への研究は、正当防衛権を徐々にその他の法益の防衛にも拡大してきたが、それは均衡の枠内でしか許容されなかった。啓蒙期においてはじめて、全ての違法な侵害に対して正当防衛が許されること

が認められた。プロイセン一般ラント法 (1794 年) は、それに応じて、物の防衛について正当防衛を認めた。その正当防衛は、もちろん、原則的に侵害者の殺害にまで達してはならなかったし、さらに、当局の救助がなされえない場合にのみ許されたのであった。1813 年のバイエルン刑法典は正当防衛の補充性を維持したが、惹起された損害と防衛された損害の均衡を要求しなかった。

5

1851 年のプロイセン刑法典が、はじめて、41 条に正当防衛権の拡大を規定した。そしてそれは 1871 年刑法典の 53 条、そしてほぼ同じ文言の現行法 32 条に受け継がれている。いずれにせよ、プロイセン刑法典のモチーフは、まだ、回避や当局の救助の要請に関する広範な義務を認めていた。それらの義務は、連邦通常裁判所と戦後期の学問研究が、細分化されていて論争のやまない問題の解決のために「正当防衛権の社会倫理的制限」(Rn.53ff. 参照) を提供したときまで、ライヒ裁判所の判例において次第に放棄されていった。

第 3 節 正当防衛における侵害

6

侵害とは、人間の行為による法益の脅威である。それは簡潔で自明のことであるかのような響きをもっているが、ほぼ全ての点において争われている。侵害を人間の行為に制限することからまず導かれることは、動物の侵害に対しては 32 条ではなく、むしろ専ら民法 228 条の基準にしたがって防衛しようということである。動物に対しても正当防衛が可能であるという見解は、かつてはしばしば主張されたし、今日でも Spendel によって主張されている。その見解は、正当防衛の本質部分を形成する法確証の原理が動物に対しては考慮の余地が無く、そして民法 228 条が飼い主のいない動物侵害に類推的に適用され、そのかぎりでの防衛の必要性を考慮しているという点を説明できない。動物には均衡の枠

内においてのみであるのに対し、人間に対しては制限無しに防衛してよいという結論は、しばしば納得のいかない結論として非難されているが、その正当化の根拠は、人間による法違反に対して存在している法の確証の利益に見出しうるのである。その法の確証の利益は、動物による侵害の場合には欠けているのである。人間による侵害に対する無制限の正当防衛権限の峻厳さは、法の確証の利益が減少する正当防衛の制限によってのみ、取り除かれうるのであって、正当防衛規定を動物による侵害にまで拡大することによっては取り除かれえないのである。他方で、人間が動物を侵害のために用いる場合、例えば、犬を他人にけしかける場合、その犬は侵害している人間の道具にすぎず、防衛するために必要な犬の殺害行為は、その他の侵害の手段を破壊するのと同様に、当然、正当防衛によって正当化されるのである。

7

また法人は、（民法では広く認められている理論にもかかわらず）侵害者としては問題にならない。なぜならば、法人は刑法の意味においては行為しえないし（第8章、Rn.58参照）、一般予防的 - 法治国家的な効果の対象としてはふさわしくないからである。したがって、組合、株式会社、あるいは国家に対して正当防衛をすることはできないのである。しかし当然に、法人の人的機関（例えば、公務員あるいは警察官）に対しては、彼らが違法に行為する場合には、正当防衛権が存在する。

8

人間が非行為によって他人を危殆化する場合にも、「侵害」は欠けている。癲癇の発作中あるいは睡眠中に暴れ回る者、酩酊して通りで千鳥足になっている者、あるいは意識不明になり自らの車両のコントロールを失っている者、窓から投げ落とされて自らの落下により他人を危殆化する者は、侵害してはいないのである。なるほど、このような結論は多くの論者によって異論が唱えられているが、そのような批判は不当である。というのは、人間が因果的要因として活動するだけで、人格の表現

(第 8 章、Rn.64ff. 参照) として活動しているわけではない場合、したがって、人格的帰属がはじめから不可能である場合、法確証は人間以外の危険と同様に、ほとんど問題になっていないからである。もちろん、非行為によって危殆化された者は、その差し迫った侵害を甘受する必要はないが、彼の防衛行為は緊急避難規定 (34 条) に従うことになる。そのような事案において正当防衛を認める者は、人間が実際には 34 条の枠内において物よりも本質的に寛大に扱われなければならないのに、人間を物よりも劣るものとして位置づけているのである。生命を守ろうとして逃走している重傷者を、自分の土地にほんやりとたたずむことによって無意識的に妨害することも、ほぼ侵害とはみなされえない。なぜならば、切迫の要素が欠如しているからである。このような事案は、34 条に従って判断されるべきである (第 16 章、Rn.69, Fn.112 参照)。

9

また不能未遂も (Rn.1 参照) 侵害ではない。なるほど、この場合には法確証の利益が欠落しているわけではないが、保護の必要性が欠けているのである。したがって、侵害者のピストルが装填されていないことを知っている者は、彼を射殺してはならないのである。このことから、モデルガンあるいは装填されていない銃で威嚇しているギャングへの防衛は常に誤想防衛にすぎないという結論が、導かれるわけではない。というのは、そのような事案においては、身体あるいは生命に対する侵害は存在していないものの、脅迫あるいは恐喝が問題になりうるからである (したがって、意思的活動の自由の現実的な侵害が問題でありうる) また、被侵害者は正当防衛という手段によって、それに対して防衛して構わないからである。

10

それに対して、侵害は侵害者の目的のあるいは有責的な行為を前提にしてはいない。これに対する反対説は法律と相容れない。というのは、32 条 2 項は違法な侵害行為のみを要求しているのであり、有責な (故

意的な)侵害行為はまったく要求していないからである。有責性が、あらゆる通常の用語例にもかかわらず、すでに侵害にとっての概念的な前提であるとしたならば、そのことは違法性に関してまず妥当しなければならないのではなからうか（というのは、いかにして適法な行為が有責であるというべきなのか）。しかし、その場合、立法者には違法性を侵害に付け加えられる要素とみなすことが許されなかったとでもいうことになってしまうのではなからうか。反対説は本質的には法確証という適切な思想から出発しながらも、無責な行為は確証を必要とせず、正当防衛を招いた侵害として認識できないという、不適切な結論を導き出しているのである。しかしながら、立法者は一般予防的な理由から、その権利を一弱められた寛大な形式ではあるけれども一すでにまずもって責任に対してではなく、不法に対して主張しようとしているのだ！ それについてより詳しくは、侵害の違法性についての説明である Rn.14 以下を参照。

11

侵害は不作為によってもなされうる。この結論には、一部で、侵害は「すでに概念的に作為を」要求しているという異論が唱えられる。しかしながら、それは納得できるものではない。というのは、13条が疑問の余地無く規定しているように、不作為によってある者を殺害し、あるいは傷害することができるのであれば、なぜこの殺人行為あるいは傷害行為が「侵害」ではないというべきなのか理解しえないからである。同時に、13条から、不作為による侵害は保障人的義務のある者へ限定されることになる。したがって、結果の回避に関して責任を負わなければならない者だけに結果が帰属されるのであり、彼のみが当該の法益を侵害することができるのである。不作為による侵害を防衛する正当防衛は、保障人に結果回避行為を強制するか、あるいは緊急救助者自身がその結果を回避することで成し遂げられるのである。したがって、母親が自分の子どもを餓死させる場合に、緊急救助によって正当化されるのは、暴行または脅迫によって母親に子どもを扶養させる者、同様にさらに、住

居に侵入し母親の抵抗する気を失わせ (123 条、223 条)、子どもを自ら世話する者である。教授もまた、彼の要請にもかかわらず講堂から去らない (123 条) 講義の妨害者を追放する場合、正当防衛を行っているのである。家主が外へ出ることを拒むためドアを蹴破った誤解によって閉じ込められた者 (239 条)、あるいは飼い主が要求したのにもかかわらず呼び戻さない、まさに侵害しようとしている犬を射殺した通行人も (303 条)、正当防衛を行っているのである。

12

それに対して、侵害が存在しないのは、ある者が違法に不作為をしているが、その結果不回避が法益の侵害とはみなされず、むしろ民事的な訴えか、その他の法的手段によって補われる場合である。債務の履行をしない債務者は、場合によっては違法に自らの義務に反しているといえるが、債権者はそれに対して正当防衛を行ってはならず、むしろ提訴しなければならないのである。賃貸借契約の終了後であるにもかかわらず退去しない賃借人は、不作為による住居侵入罪を犯しているのではない。なぜならば、賃借人保護法は、賃借人の占有をさしあたりそのままにしておくからである。それゆえ、貸主は賃借人を、正当防衛という方法では、住居から強制的に追放してはならないのである。

13

真正不作為犯 (例えば 138 条、323 条 c) が、正当防衛の可能な侵害となりうるのかは、争われている。負傷している事故の被害者を病院へ運ぶことを拒む自動車運転手を、場合によっては緊急救助権を行使して、323 条 c から生ずる運転手の義務を履行させようと、殴打によってそこにとどめておくことが許されるのであろうか、あるいは運転手から車を取り上げ、被害者を自ら助けてもよいのであろうか。一部の文献は、真正不作為犯を侵害と見なしてよいとしている。しかし、それは賛同を得ていない。というのは、真正不作為犯は法益の積極的な侵害 (殺人、傷害など) としては可罰的ではないため、それはいかなる意味でも法益の

侵害とはいえないのである。その不作為それ自体は 323 条 c（刑の上限：1 年！）によってしか処罰されえない。それにもかかわらず、救助する意思の無い者を、彼の車を奪うために必要であれば殺してもよいとするならば、それは実体的にも不適切であろう。このことは、事故に遭った人を救助するために自動車運転手に対して一切暴行を用いてはならない、ということまでもを意味しているのではない。しかしながら、これは緊急避難の衡量の原理（民法 904 条、刑法 34 条）にしたがうべきである。

第 4 節 侵害の違法性

14

侵害の違法性は一般的な犯罪論の違法性の概念に対応する。したがって、侵害は、それが結果無価値を惹起しそうである場合に、すでに違法であるというわけではない。侵害はさらに行為無価値をも明示しなければならぬのである。このことにしたがえば、侵害の違法性はさしあたり、正当化事由が侵害者に味方する場合には、欠けているのである。というのは、その場合、侵害は行為無価値も結果無価値も示していないからである。正当防衛、正当化的緊急避難、その他の侵害権によってカバーされている行為に対しては、したがって、正当防衛は不可能である。同様に、侵害が承諾によってカバーされている場合も、正当防衛は許されていない。それ故、合意の上での殴打の際に思いのほか強く殴られたので、殴打した相手にナイフを用いて抵抗する者は、正当防衛を行っているのではない（BGH NStZ 1990, 435; Köln MDR 1990, 1033）。しかし、正当防衛は、侵害権が行為者に味方することはありえないような場合であって、彼が道路交通上必要な注意義務に違反していない場合にも、排除される。というのは、この場合には行為無価値が欠けており、それゆえ同様に侵害の違法性が欠けているからである。すなわち、自動車運転手があらゆる交通規則を注意深く遵守したが、通行人が自らの落ち度によって車の前に飛び出し、それを運転手が予測不可能であったため、轢

きそうになったような場合、違法な侵害は自動車運転手の側には存在しないのである。したがって、通行人は、例えば自動車運転手を撃つというような正当防衛を行ってはならないのである。通行人は侵害権の行使を我慢しなければならないとはいえ、もちろん轢き殺される必要はない。しかし、彼が「現在の、つまり回避可能ではない危険」に対して自らを救助するためにとる措置は、34 条の枠内にとどまるものでなければならない。その場合、彼自身の落ち度が利益衡量の際に彼の負担として考慮されるのである。

15

客観的注意義務に違反せずに正当防衛の前提を誤想して行為する者もまた、違法に行為しているわけではない。しかしながら、ドイツの刑法理論およびスペインの判例と学説において主張されているように、彼に正当防衛権を与えることは、行き過ぎである。というのは、正当防衛と誤想防衛をそのように部分的に同一視することは、正当防衛の現実的な存在に合わせている法律の文言と矛盾しており、推定上の侵害者をあまりにも不利に扱うことになるからである。なぜなら、推定上の侵害者は侵害されたと感じた者の錯誤について、全くあるいはほとんど責任が無いのにもかかわらず、錯誤している者を正当化する場合には、推定上の侵害者はこれに対して決して抵抗してはならないという結論を認めることになるからである。ただし、錯誤している者に客観的に避けられない錯誤が認められる場合は別であろう。そのような場合、両者は互いに適法に傷害あるいは殺害して構わないのである。しかし、そのことは正当防衛に対して正当防衛は存在しないという原則と矛盾している。正当で最も順応性のある解決は、ここでもまた、推定上の侵害者に客観的に避けられない錯誤者への防衛に対して、34 条の寛大な方法を指示するという解決である。ここで必要な利益衡量の際に、外見上の侵害者のありうる落ち度もまた、相応に考慮されるのである。

16

それに対して、かつての絶対的に支配的な見解であって、今日でも多くの支持を得ている見解によれば、侵害の違法性は単に結果によって決められるとされる。それによれば、違法な侵害は、侵害権によってカバーされない、人間の行為によって惹起されるあらゆる利益侵害である。「したがって、正当防衛と緊急避難は、道路交通上正しいつまり注意義務に適合した通交行為に対して、すなわち、あらゆる行為無価値を欠いているが危険を生じさせている通交行為に対して、許されるのである」。かくして、例えば、正当防衛は、「雪で滑る路面で、回避することができずに歩道に乗り上げる自動車運転手に対して」も、許されるべきである。しかしながら、このことは、注意義務に適った行為をする者と比べて責任のある者に特権を与えることになり、不合理な結論に至る可能性がある（Rn.14の事案を参照）。そのことは、また、正当防衛が存在するのは自己保存の要求に加えて法確証の利益が存在する場面のみであるという、放棄することのできない原理にも反している。完全に規則に従って振舞う侵害者に対しては、法が確証される必要はないのである。というのは、あらゆる一般予防的な要求が欠如しているからである。あらゆる注意を払っているにもかかわらず回避できずに歩道に乗り上げた者は、緊急避難の危険を基礎付けているにすぎず、あらゆる事情の衡量のもとで、34条の基準に従ってのみ撃退されうるのである。彼が法侵害者であるとして正当防衛で対抗するきっかけは全く存在しないのである。

17

このように客観的で単に結果のみに焦点を合わせる違法概念とは対照的に、広く主張されるようになってきている見解は、一般的な犯罪論の意味における侵害の違法性では満足せず、むしろ正当防衛にそれ独自のより高度の要求を打ち立てる違法概念を形成しようとする。一部の論者は、正当防衛を有責な侵害の場合にしか認めようとしない。それゆえ、その場合には、32条2項における「違法に」という概念は「有責に」という意味において理解されるべきことになろう。このような見解は、結論

において、侵害者の責任が欠ける場合にすでに侵害の存在を排除しようとする見解と等しい。Jakobs は前提を同じくするが、正当防衛を、「明らかに」責任を欠如する侵害者の場合にのみ、被侵害者に錯誤のリスクを負わせないように、排除しようとする。Samson は、故意的侵害または主観的に注意義務に反する侵害を要求する。したがって、客観的行為無価値で十分とはしないのである。他方で、その他の論者は正当防衛権に、侵害者の責任よりもさらに多くのものを要求している。すなわち、H.Meyer によれば、侵害は有責且つ故意によるものでなければならず、Schmidhäuser によれば、さらに、故意によるもので且つ許されていないという意識をもったものでなければならない。Bertel は正当防衛を、子どもや精神病患者による侵害の場合および「深刻な法益侵害の虞がないような」侵害の場合にも、拒絶しようとするのである。

18

個別的なあらゆる差異にもかかわらず、これらの諸理論は、正当防衛を基礎付ける法確証を有責な侵害の場合にのみ、あるいは高められた有責な侵害の場合にのみ、必要とするという基本的な思想に還元されうる。しかしながら、それは法律の立場ではない。1975 年総則は、はっきりと違法と責任の間を区別している（前者は 34 条、後者は 35 条のみを参照）。それゆえ、有責な（あるいは高められた責任のある）侵害が意味されるであろうような場合に、32 条の意味で違法な侵害が語られるなどということは、はじめからありえないことなのである。なるほど、ある概念とそれと同一の概念を目的論的な文脈に応じて様々に解釈することは、考えられないことではない。しかし、その場合、法律あるいは資料が、そのような解釈のために、何らかの拠り所を提供しなければならないのではなからうか。それどころか、現行法がそこに還元されるべき 1962 年草案の理由付けには、正当防衛権は、「無責に行為する者に対してもまた、原則的に制限されない」と書いてあるのである。

19

このような立法者のコンセプトは賛同を得ている。というのは、なるほど有責ではない侵害あるいは責任の減少した侵害に対しては、法の自己主張への要求は、その他の場合よりもはるかに少ないからである。したがって、そのような事案における防衛は、立法者もまた念頭においているように、その他の場合と同程度に「命ぜられて」いないのであり、寛容な配慮をするようにしなければならないのである（Rn.57ff. 参照）。しかしながら、法の確証が無意味になるわけではない。つまり、正当防衛は、正を不正に対して主張すべきであり、単に責任に対してのみ主張されるべきではないのである。法の確証は、正当な者と不正な者を明らかにするべきである。ある者が乱暴な未成年者達によって侵害される場合、彼の防衛行為を正当防衛として承認することは、一般予防的に命ぜられているのである。その少年達に、後に刑事手続において、彼らの答責性にとって必要な道徳的成熟および精神的成熟が認められるか否かを、被侵害者は認識しえないのであり、それゆえ、そのことは、彼の正当防衛権にとってどうでもよいことなのである。正当防衛が刑罰的特徴を有する場合、すなわち侵害者の処罰に加担する場合には、事情が異なるといえようか。しかし、そのようなことは問題にならない。つまり、侵害の被害者は、当然、刑罰権は裁判所だけに委ねられているのであり、この権利を有していない。また、刑罰類似の目的を持つ場合にも、正当防衛は侵害の防衛にとって必要なものには制限されていないのである。

20

違法な侵害を有責な侵害へと解釈し直すことに反対する事情には、このような立法者のコンセプトに矛盾する強引な解釈の実際的な意義が無いに等しいという事情もある。というのは、違法 - 無責な侵害に対して正当防衛を拒む論者は、それにもかかわらず被侵害者に侵害の甘受を要求しようとはせず、むしろ彼に、緊急避難規定（34条）を引き合いに出すことで、社会倫理的に制限された正当防衛を許すのと同様の防衛権を承認するからである。それによって、このような主張をする論者は、正当防衛の社会心理学的に価値のある一般予防的効果と、解釈論的な展

開の過程においてまさに正当防衛権に鑑み苦勞して手にした不法と責任の区別とを、しかも無責な侵害者をここで主張された理論と比べてよりよく位置づけることもできずに、再び放棄してしまうのである。それは合理的ではない。

第 5 節 侵害の現在性

21

侵害が現在であるのは、よく用いられている公式に従えば、侵害が直接的に切迫している場合、まさに行われている場合、あるいはいまだ継続している場合である。「行われている状況」—例えば、緊急救助者が現れたときに執拗な暴行が行われている状況—は、切迫している状況と継続している状況という時間的な両極の中間にあり、したがって境界付けの問題を投げかけることはできないので、解釈は現在性の開始と終了に取り組む必要がある。

22

いつ侵害が直接的に切迫しているのかは、これまで一義的には明確にされてこなかった。しばしば見出される明確な規定付けは、法益侵害が直接的に切迫しているか否か、あるいは脅威が直接的に侵害へと変わりうるか否かに焦点を合わせることによって、未遂の限界の規定と類似の方法でおこなわれている。しかしながら、現在性と未遂の開始を同視することは、それは文献においてもしばしば明示的に支持されていないのであるが、目的論的に誤ったものであろう。というのは、未遂の限界は法治国家的な根拠から—処罰は本来的には構成要件の実現を前提にするのであるから—、可能な限り既遂に近づけられなければならないからである。しかし、対抗措置が手遅れになるまで、あるいはほとんど手遅れになるまで防衛しないで待つことは無意味ではなからうか。そのことは、侵害者に対してすら不利益に働くことになる。なぜならば、反撃への最終段階においては、しばしば、それ以前の時点で必要とされるよりも、侵害者に対するさらに重大な侵害が必要になるからである。

23

それゆえ、侵害は、それが後ではもはや防衛されえないか、困難な状況の下でしか防衛されえない場合に、すでに直接的に切迫しているというべきである、という公式もしばしば見出される（「効率的解決」）。Schmidhäuserによれば、侵害は「それが侵害者によって後の防衛がもはや不可能であるほどに準備されている場合には、常にすでに現在のものである。」Samsonもまた類似の見解である。それによると、例えば、すでに前日に予告されていた侵害が現在のものであるのは、その侵害が今しか確実に防ぐことができないか、後になってからではいずれにせよ防ぐことが甚だ困難になるか、およそ防ぎえない場合である。しかしそれは、同様に、正当な解決ではありえない。というのは、前もって計画されていた侵害あるいは準備されていた侵害は現在の侵害でないばかりでなく、およそ侵害でもないからである。さらに、もしその積極的な正当防衛権が広く予防的目的のために投入されてよいとするのであれば、それは社会的に平穏な秩序や国家による暴力の独占と矛盾することになるであろう。すなわち、目下の闘争状態だけが、私人にそのように決断する権限を与えることができるのである。

24

正当な境界付けは、その両極の中間にある。現在の侵害には、未遂に加えて、未遂段階の前に直接的に位置している予備段階の極々最終的な部分も含めてよいであろう。すでに正当防衛権を基礎付ける未遂近似の予備のこのような範囲へと、「侵害への直接的な着手」が含まれているのである（いまだ現在ではない初期の準備された侵害と対照的に、また、すでに未遂を意味する構成要件の実現への直接的な着手とも対照的に）。暴力的な侵害の場合にそのことが意味することは、例えば、現在の侵害が、一言によってだけではなく一敵意を顕にするのと同時に存在するということである。その敵意の顕在化は、統一的な出来事の経過の枠内において、構成要件の実現に至ってしかるべきものである。したがって、

傷害の意図で威嚇的に殴打用の武器を高々とかざしながら他人に近づく者は、すでに脚を撃たれても構わないし、さらに傷害未遂は、被害者が侵害者の射程範囲にいて、侵害者が殴るために手を振り上げた時点で、認められてしかるべきである。

25

本質的に、このような方針に判例もしたがっている。BGH NJW 1973, 255 は RG にならって、現在の侵害を、「なるほど、いまだ法を侵害してはいないが、直接的に侵害へと変わりうるものであって、それゆえさらに、防衛行為を先延ばしすることが、防衛の成果を危殆化する振る舞い」にあるとみている。「最も効果的な防衛の理論」は、この場合に「直接的転換」の公式と結合することによって、未遂近似の予備として「現在性」を規定することに相応する結論に至る。具体的な事案では、侵害者が手を装填された銃のある胸ポケットのほうへ動かしたという場合である。この場合、それは、いまだ殺人未遂ではないが（殺人未遂は銃を抜き出す時点ではじめて存在することになる）、一相応の意図が前提にされるのであれば一現在の侵害は存在していたのであり、それゆえ、BGH は被脅迫者の防衛のための発砲を、正当にも正当防衛によってカバーされているとみなしたのである。BGHSt 25, 229 では、「血を流すことになるぞ」と言い、さらに彼らの内の一人がドライバーを持った手を高く振り上げている三人の男が近づいて来るのを、現在の侵害とみなしている。ここでもまた、未遂の限界はいまだ十分に達成されていなかったにもかかわらずである。したがって、被脅迫者は、直接的に危険にさらすような接近を、警告のための発砲によって、そしてその効果が無いのであれば、さらに狙いを定めた発砲によって防いで構わないのである。

26

かなり議論のあるのは、RGSt 53, 132 判決である。その事案によれば、密猟者が呼びかけられ、警告のための発砲がされた後に、彼の銃を投げ捨てるのではなく、むしろそれを持って逃走したので、森林監視員が密

猟者の脚を撃ったというのである。RGによる正当防衛の是認は賛成に値するのであるが、それは密猟者が、有利な身を隠せる射撃地点に到達したらずぐに、体の向きを変えて巡査に発砲する意図を持っていた場合である。というのは、その逃走がまだ殺人未遂に到ってはいなかったとしても、その逃走はすでに侵害への着手であったからである。もちろん、密猟者が実際には単に逃走しているだけのつもりであって、発砲するつもりはなかった場合もある、その場合には巡査の対抗措置は誤想防衛を基礎付けることになるのである。

27

それに対して、はじめに予め計画されている侵害、あるいは未遂近似ではない準備された侵害は、正当防衛を基礎付けるものではない。家主がたびたび彼のところに姿を現す覗き魔を、彼に再侵入を思いとどまらせるために、発砲して傷を負わせたという事案では、BGHは、正当にも、正当防衛を認めていない。「Sが夜な夜なやって来るという懸念は、現在の侵害の承認を基礎付けはしない」のである。「法益を侵害する意思が外に向けていまだ実行に移されていない場合には」、現在の侵害が（それどころか、侵害が）欠如しているのである。Supplertによって提案された、後になってからではほとんど回避不可能であるか、あるいは本質的により厳しい手段でなければ回避不可能であるような将来の侵害への、32条の類推拡張もまた、拒絶されるべきである。というのは、そのような「予防的 - 正当防衛」に妥当する諸原則は、正当防衛の諸原則とは完全に異なっているからである。そのような事案においては、人は当局の救助を求めて、侵害を回避し、ある程度リスクを甘受し、そして最悪の場合にのみ均衡の枠内で予防的な措置をとることが許されるのである。このことから、予防的 - 正当防衛の正当化は、なるほど完全に排除されるものではないが、32条の類推適用ではなく、単に34条の枠内でのみ可能であるという結論が導かれる。

28

なるほど形式的には既遂に達していても、実質的には終了されていない、いまだ継続している侵害に対しても、正当防衛をすることができる。正当防衛は、それゆえ特に継続犯（第 10 章、Rn.105 参照）の場合、違法な状態が維持されているかぎりですら許される。たしかに、住居侵入罪（123 条）や監禁罪（239 条）は、すでに侵入や監禁によって既遂に達しているが、その侵害は、侵入者が家の中にとどまっている限り、あるいは被害者が閉じ込められている限り、現在のものでありつづけるのである。被侵入者による侵入者の追い出しや、逃げ出すのに必要な地下牢の扉をこじ開ける行為は、それゆえ 32 条によって正当化されるのである。さらに、状態犯（第 10 章、Rn.106 参照）の場合も、形式的には行為が既遂に達しているけれども、実質的な終了までは、侵害はいまだ現在のものである。窃盗犯が盗品を持って逃走する場合、すでに窃盗は既遂に達しているが、それにもかかわらず、被害者の所有権への侵害は、彼が盗品を安全な場所に移していないうちは、いまだ現在のものである。したがって、所有権者が窃盗犯の脚を撃って逃走を防ぎ再び彼の物の占有を回復する場合、正当防衛によってカバーされるのである（RGSt 55, 84; BGH MDR[H] 1979, 985）。事情が異なるのは、通常の場合のように、形式的な既遂と実質的な終了が一致する場合である。すなわち、侮辱や一発の平手打ちに、平手打ちでやり返す者は、正当防衛によっては正当化されない。なぜならば、その侵害はほとんどの場合現在とは言えず、場合によっては生じうるかもしれない新たな侵害も、普通、現在のものとはなっていないからである。それゆえに、233 条は刑の免除や減軽を内容とする規定にすぎない。侵害者が防衛時まで継続して執拗に殴打する場合、あるいは侮辱的発言をする場合にかぎって、それらの侵害を止めさせるための被侵害者による侵害者への身体的な防衛が正当防衛となるのである。

29

議論の余地があるのは、恐喝の場合に、脅迫（例えば、信用を失墜させるような暴露話）が終わっていて、被恐喝者が恐喝者に対して自らの

手による防衛手段をとるつもりである場合、現在の侵害がまだ存在するといえるのである。部分的に、現在性は否定される。なぜならば、意思決定の自由への侵害は脅迫によって終えられていると言えようし、財産への侵害は規定の期間の終了によってはじめて始まるか、あるいは不払いによってなされると考えられるからである。しかし、そのように考えるべきではない。というのは、脅迫が口に出された後でも、それがダモクレスの剣のように恐喝の被害者の頭上にぶら下がっているかぎり、その恐喝は意思決定の自由を侵害しているからである。実際に恐喝未遂は、既遂にいまだ達していないかぎり、まさに行われている侵害、つまり現在の侵害ではありえないというべきであろう。恐喝者に対する防衛が正当防衛によってカバーされるか否かは、侵害の現在性の問題ではなく、むしろ防衛の必要性（Rn.52 参照）と被要請性（Rn.89 参照）の問題である。同じことがいえるのは、自動発射装置や鉄菱やそれと類似の防衛のために用いられる物を取り付けることが、正当防衛によってカバーされるのかどうかという問題である。このような器具が長期間設置されていようとも、防衛が侵害の時点ではじめて作動するかぎり、このような場合、現在性は欠如していないのである。どの程度までこのような予防的措置が必要であり、命ぜられているのかは（Rn.52, 89ff. 参照）、別の問題である。

第6節 正当防衛可能な法益

30

全ての個人的法益（Rn.1 参照）、つまり生命、健康、自由、所有権、占有、名誉、住居権などは、原理的に正当防衛可能である。その場合、正当防衛可能な法益が、刑法的に保護されている必要はない。したがって、例えば、所持は民法的にしか（民法 868 条）自力救済に対して保護されていない（248 条 b は別として）が、所持の侵奪に対しても、32 条にしたがって抵抗してよい。また、その一般的な形式において民法 823 条によってしか保護されていない人格権も、正当防衛可能である。女性を

更衣室の中に潜んで観察し、それによって女性のプライバシーの領域(一般的人格権の特殊化)を侵害する者を、必要な場合には力づくで追放しても構わない。夜な夜な公園のベンチでイチャついている相思相愛のカップルに忍び寄って来る者に対しても正当防衛をすることができるのか、争われている。BayObLG NJW 1962, 1782 と支配的見解は、それを認めていない。なぜならば、公共の公園ではプライバシーの領域は生じないからである。それは的を射ている。しかし、開放的な自然の中でも人気の無い場所に関しては、事情が異なるであろう。一般的人格権の具体化は自己形成の権利でもある。それゆえ、KUG (芸術著作権法) によっては許されていない撮影に対して、抵抗して構わないし、必要であれば、フィルム没収によって抵抗して構わない (OLG Karlsruhe NStZ 1982, 123)。同じことが妥当するのは、賃借人が所有者に許していない住居の撮影に対して抵抗する場合である (OLG Düsseldorf NStZ 1994, 343)。また、デモ行進の最中に写真を撮られた警察官も、正当防衛権を有しているというべきである (OLG Hamburg NJW 1972, 1290)。それに対して、連邦通常裁判所 (JZ 1976, 31) は、写真によって、デモの参加者の中にいると思われる、過去の犯罪行為の不知の行為者を捜査するために、警察官がデモの参加者を撮影することを、違法な侵害とはみなさなかった。しかし、そのような撮影権限は、連邦通常裁判所判決にもかかわらず、刑事訴訟法 163 条を拠り所にしえないのである。というのは、この規定は警察の開示義務しか基礎付けておらず、警察に侵害権を与えてはいないからである。連邦通常裁判所が同様に引き合いに出している、KUG (芸術著作権法) 23 条 1 項 3 号および同 24 条がそのような権利を承認しているのかは、少なくとも疑わしい。

31

また、共同使用の権利も、主観的な公的な権利として正当防衛可能である(争いはある)。駐車スペースを占拠することは許されていないのであるから、運転手は、そこに立ち塞がって彼に駐車させないつもりの方を、どかしてよい(異なる見解は、Bockelmann による OLG Stuttgart

NJW 1966, 745 の評釈。それによれば、妨害行為が 240 条の意味における強要である場合に、防衛権が存在しているというべきであるとされる)。もちろん、そのような駐車スペースの占拠者を車ではねることは権利の濫用であり、32 条 1 項において「要請されて」いない。「道路交通においてことさら交通を妨げられることなく道路を進行するという、個々の交通関与者の自由」もまた、正当防衛可能な法益である。悪ふざけで行人の行く手を遮る者は、脇へ押しやられて構わない。それに対して、運転手と車外で話をするために、自動車のドアを開けることは、いまだ 240 条 2 項の意味における一般的な行為の自由への反社会的な侵害ではない。このような閾を超えていないところでは、そのような迷惑行為は、侵害が短期間であるので、いまだ正当防衛の権限を与えないのである。

32

もちろん、全ての個人的法益が、侵害のあらゆる形態に対して、保護されているわけではない。したがって、何人も彼から婚約者を奪い取った者に対する正当防衛権を有しない (RGSt 48, 215)。婚姻を結ぶことを請求することはできないので、いかなるパートナーも、相方に婚約の固執を要求することはできない。また、それ自体当然に法益である婚姻においても、パートナーの信頼は（例えば、姦通者への執拗な殴打という）正当防衛という方法には含まれない (OLG Köln NJW 1975, 2344)。というのは、夫婦間の信頼は、ドイツ法に従えば、暴行によって無理に手に入れられてはならないからである。

33

生成中の生命もまた、正当防衛可能である。なぜならば、それはさらに憲法によっても（基本法 2 条 2 項 1 号）、独立の法益主体として保護されるからである。妊婦の意思に反して墮胎が試みられるかぎり、この独立の保護には問題がない。しかし、そのような事案においては、同時に、常に妊婦のための緊急救助が存在しているので、その結果、結局

生成中の生命の正当防衛可能性は問題にならない。しかし、妊婦自身や彼女の助力者を、不当な妊娠中絶の場合には、阻止してもよいのであろうか。それは肯定されなければならないであろう。というのは、生成中の生命は、独立の権利主体として承認されているかぎり、それはさらに緊急救助という方法においても防衛されてしかるべきだからである。もちろん、防衛措置の必要性は、慎重に判断されるべきであろう。多くの事案においては、告訴による威嚇ですでに十分であろう。

34

動物虐待に対する正当防衛の許容性には、争いがある。それはたいてい、苦しめられている動物への人間的な同情は保護されてしかるべきであるという論拠によって、正当化されるのであろう。しかし、動物保護法は、人間の感情を大事にすることを目的にしているのではなく、その 1 条に明示的に書かれているように、「動物の生命および健康の保護」を目的にしている。それゆえ、虐待者の行為を阻む場合に、動物自体に緊急救助がなされる。32 条の意味における「他人」とは、人間である必要はないので（むしろ、例えば、法人や胚でもありうる）、立法者は動物もまた「他人」として認めることを妨げてはいない（すでに、第 2 章 Rn.21 参照）。

35

それに対して、相対的な権利（債権およびその他の契約上の請求権）は、正当防衛可能な法益ではない。というのは、契約違反に対して正当防衛がなされてしかるべきだとすると、あらゆる債権者が力づくで権利を達成させることができることになってしまうからである。しかし、民法 229 条から導かれるのは、立法者は債務者に対する自力救済を極めて限られた範囲でしか認めるつもりがないという結論にすぎない。

36

また公共の法益も、正当防衛可能ではない。なるほど正当防衛は常に

法の確証したがって公共性の保護のために尽くしているのであるが、それが公共性の保護をなすのは、同時に個人的法益が保護されなければならない場合（Rn.1 参照）に限られる。市民が社会的な平穏秩序を、個人が誰も自らの保護を必要としないところでも、暴力によって防衛して構わないとした場合、社会的な平穏秩序に有用性よりも多くの損害をもたらすことになるからである。というのは、その場合は、実際の法違反あるいは推定上の法違反があるが故に、国家が特別な「秩序の番人」（警察官）を起用することによってまさに回避しようとしている、闘争の場になってしまうからである。立法者もまた、このような立場に立っていることを、例えば、私人による仮逮捕の規定（刑事訴訟法 127 条 1 項）が認識させてくれる。というのは、そのような（狭く限られた）権限の創出は、個人がいずれにせよ法秩序の防衛のために法律違反者を緊急救助という方法で逮捕してよい場合には、必要とされなかったであろうからである。

37

運転の際の酩酊（316 条）あるいは免許不携帯での運転（道路交通法 21 条）に対して、私人が正当防衛という措置をとることができるのは、個人がそれによって危殆化される場合だけである（BGH VRS 40[1971], 104 参照）。同様のことが、その他の交通犯罪についてもいえる。また、映画の上映によって損なわれると思われる公的な秩序を守るために、映画（「女囚」）の上演を、悪臭弾を投げて阻止することは、許されていない（BGHSt 5, 252）。ポルノ雑誌を駅の売店から独断で取り除いた神学生も、正当防衛あるいは緊急避難を引き合いに出すことはできない。というのは、184 条および少年に有害な出版物の頒布に関する法律（GjS）は、まったく個人的法益を保護していないからである（BGH NJW 1975, 1162）。すなわち、自力救済の権限は、「風俗や秩序を保持することを目的に市民に与えられているのではない。刑法によって保護されている秩序だとしても、また然りである。このような秩序を保護することは、権限のある国家機関の課題なのであって、その国家機関の役割を、市民が

不当に僭盗してはならない。秩序ある社会生活の保護および確保が、第一に、私的主導権ではなく、憲法に結び付けられた国家の機関に委ねられているということは、法治国家にとって断念できないことである。』また、偽証罪（153 条、154 条）に対しても正当防衛（例えば、証人の虚偽の証言を遮ること）がなされうるが、それは、その犯罪によって、もちろんたびたび起こるようには個人権利が損なわれる場合に限られる。それに対して、183 条（露出行為罪）および 183 条 a（公衆の不快感を惹起する罪）は公序の保護ではなく、むしろ性的行為によって精神的なショックをうける状況にある個人の保護に寄与するものである。それゆえ、それに対して正当防衛という対抗措置をとることは許されている（例えば、ストーカーを追い払うこと）。

38

一部の論者は公共の法益を、少なくとも限定的に、正当防衛可能なものとして扱っている。Schroeder は正当防衛の排除を、公の秩序や道路交通における秩序などのような公共的法益に制限しようとするが、その一方で刑罰を無効にする行為や脱獄幫助の場合には、緊急救助を公共の利益のために容認しようとする。Zipf の見解は、第三者（「あるいは他人」）の利益のための緊急救助を明示的に容認することとし、ある者が個人の利益を保護するのか、それとも公共の利益を保護するのかという区別を一切作らないというものである。それにもかからず、「全体としての法秩序、公共の福祉、公の秩序それ自体」あるいは「道路交通の秩序に適った遂行というような判然としない諸概念」は、正当防衛不可能であるとする。Schmidhäuser によれば、「さらに公共団体、特に国家的秩序のために」他人を守ることは認めらるべきであるとされる。しかし、防衛に関しては、原則的に国家機関への通報で十分であろうとする。それゆえ、侵害者の利益への侵害は、このような場合には、めったに必要なではないとされる。

39

これらはすべて、すでに上で述べた論拠から、拒絶されるべきである。Schroeder や Zipf に対しては、多くの公共の法益の曖昧性あるいは「漠然性」ではなく、むしろ法的平穩に寄与する国家機関の唯一の権限が、そのような事案においては緊急救助権を私人側から奪うのであるという異を唱えることが可能である。しかも、このような視点は、さほど抽象的ではない公共の法益の場合にも的を射ている。Schmidhäuser は公共団体それ自体のための緊急救助を認めながら、他方で、妨害者への防衛をほとんど必要ではないとみなしている。とするならばなぜ国家機関への通報がこのようなケースにおいては他の場合と違って必要であり、個人的法益への侵害の場合と異ってむしろそれで十分であることになるのか、正当に理解しえない。警察官が法益侵害の際に居合わせることはほとんどありえないであろうし、法益侵害が個人に関係するのか、公共に関係するのかは、どうでもよいのである。公共の法益は、人々に間接的に、すなわち正当防衛という回り道をして一般的に警察権限を付与することが望ましくないという理由から、正当防衛権を発動させないのである。

40

特別な役割を演ずるのは、「国家的正当防衛」、すなわち、ある者が公共の法益を防衛するのではなく、むしろ国家への侵害に際して緊急救助者として立ち現れるという場合である。原則的に、法人（社団、会社）のためにもまた、緊急救助はなされうるのであるから、いずれにせよ国有財産に権限を有する個人的法益が防衛されてよいということは認められている。したがって、国家的な財産（例えば電話ボックス）の破壊に対しては、個人が正当防衛という方法で介入しても構わない。しかしながら、統治権者としての国家に対する侵害の場合には（例えば、国家の危殆化、内乱あるいは州の内乱）、個人が正当防衛権を有しているのかは、かなり争われている。RGSt 63, 215 (220) は、このような正当防衛権を、スパイ（と思われる者）を射殺した事案において、原則的に肯定した。すなわち、「私的あるいは公的な権利としての法人のためにもまた、保護された法益に対する違法な侵害が起こされた場合には、正当防衛が

なされうる。なぜ、例えば株式会社や地方公共団体の財産への窃盗による侵害に対する防衛が、正当防衛の観点から、個人の財産への窃盗による侵害に対する防衛と異なる扱いがなされるべきであるのか、納得のいく根拠はない。そのことから生じる結論は、国家の存続利益への違法な侵害に対する個々の国民の正当防衛権も存在するということである。立法者が国家の存続のためにその他の法益が受けているよりも僅かな保護しか与えるつもりではなかったなどということは、認められえないのである。」

41

制限的な修正を伴ってではあるが、今日でもまだ、大部分の文献がこのライヒ裁判所判決にしがっている。しかしながら、このような論拠は賛同を得ていない。というのは、国家自体は、もちろん、個人的法益ではないが、国家を少なくとも法人として構成することは可能であろうからである。市民が、国家の保護に対する罪の場合に、国家に敵対する者に対する個人的な闘争者として現れて構わないとするならば、無秩序状態が現出されることになってしまうであろう。つまり、ワイマール共和国において、国家のための正当防衛を引き合いに出した者たちは、まさしく災いを引き起こしたのである。極度の緊急事態の場合、すなわち RGSt 63, 220 において挙げられている状況のように、スパイが、その秘密を保持することが国防の至上の利益である物をもって、まさに国境を越えようとし、当局による救助が直ちにその場に出動できないというような場合には、34 条の正当化的緊急避難が用いられるべきである。そのような緊急避難は、全事情の包括的な衡量を前提とし、一人間の生命の衡量不可能性を理由に一少なくとも、(RGSt 56, 259; 64, 101 のような) 性急な射殺を認めていない。また基本法 20 条 4 項の抵抗権も緊急避難権であって、正当防衛権ではない。

第 7 節 防衛の必要性

42

あらゆる適切で、選定された種々の防衛態様の内で最も穏当で、それ自体が損害への直接的な危険とは結びつかない防衛が、必要である。連邦通常裁判所（GA 1956, 49）はそれを以下のように要約している。すなわち、「防衛行為者は、種々の可能な防衛態様から、侵害者に加える侵害が最も少ない防衛態様を選ばなければならない。しかし、この場合に、彼は自身の財物の損壊や身体的の傷害を甘受する必要はない。防衛行為者は防衛手段として、危険の除去を確実に期待させるような、客観的に有効な手段を用いる権限を与えられているのである。」したがって、防衛は、まず第一に、適切なものでなければならない。つまり、私が私の身体を侵害しようとする者に対して、報復のために彼の車のタイヤに切り傷をつける場合、それは正当防衛によってカバーされないのである。さらに、防衛は最も穏当な手段でなければならない。つまり、侵害者に対してパンチやキックで防衛できる場合に、ナイフやピストルを手にとってはいらないのである。侵害者を打撃用の武器や銃による威嚇によって、あるいは警告発砲によって、その侵害を止めさせることができる者は、すぐに射撃してはならないのである。

43

しかしながら、最も穏当な手段の原則は、被侵害者はいかなる危険にも巻き込まれる必要はないのであるから、相対化される。したがって、負傷することなく侵害を免れることが確実ではない場合、侵害者との殴り合いに巻き込まれる必要はない。警告発砲が無駄で、侵害の被害者になりうる場合には、そうする必要はないのである。ただし、比較的新しい判例において頻繁に繰り返されている、次のような言い回しは誤解を招きやすい。すなわち、被侵害者は、「危険の即座かつ最終的な除去を期待させるような」彼にとって入手可能な防衛手段を選択して構わない。「被侵害者は、原則として、ほぼ危険のない防衛手段の行使を、その防衛効果が疑わしい場合にまで用いるように強制されてはいない」という言い回しである。というのは、その場合、武器の使用によってまず威

嚇したり、あるいは警告発砲する必要はさらさらないからである。なぜならば、侵害者がそれによって感銘を与えられるか否かは、全く不確実だからである。実際に問題であるのは、警告あるいはほぼ危険のない防衛手段の行使の後に、それらの効果がない場合、依然として、より厳しい手段による確実な防衛が可能であるのかということである。その場合、差し当たり、用いている寛大な手段を、その効果が疑わしくても用いなければならない。このことは、就中、銃の使用について妥当する (BGH NStZ 1987, 172)。警告や比較的穏当な防衛措置が、自らに対する危険と結びついている場合に限り、被侵害者はより厳しいが確実な防衛手段を選択してよい。特に危険な侵害の場合には (例えば、容赦のない殴打によって生命を脅かす危険の場合)、それ故、致命的な発砲は、先行する銃の使用の告知や警告発砲がなくても、正当化されうる (BGH StrV 1986, 15)。しかし、防衛行為者がナイフを持った侵害者に、一発目の発砲によって命中させた場合には、二発目の発砲は差し当たり必要ない (BGH NStZ 1994, 539)。

44

実際の例としては次のようなものがある。住居の所有者は、夜に彼の家に侵入してきたほろ酔い機嫌の男を、ナイフで刺し殺しても構わない。ステッキでの防衛では効果がなく、また、彼の飼っているまだ若く無邪気なシェパードが人間を襲うようには調教されていないのであれば、彼はこれらの手段を用いる必要はない (BGH GA 1956, 49)。ある者が、殺すと叫びながら、拳で被害者を執拗に殴打する場合、彼は、—それが致命的な効果を持つものであったとしても—短刀を用いて、その殴打に抵抗して構わない。彼が拳での防衛に制限されるのは、「彼が侵害者よりも身体的に勝っており、それ故、彼がこのような態様の防衛において、確実な防衛の結果を計算できる場合である」 (BGHSt 24, 358)。それに対して、よく訓練されたボクサーの場合であっても、殴り合いに未熟な者のパンチに対して、長時間にわたってそのパンチをガードすることで事足りるとする必要はない。しかし、ボクサーはその未熟な者の顔面へ

パンチを集中し致命的に侵害してよいわけではない。むしろまず侵害者に彼の特殊能力を示さなければならず、そのことに何も効果がない場合に、ほぼ危険のない殴打によって、侵害を止めざるをえないようにさせなければならないのである（BGHSt 26, 256 参照）。他方で、「血を流したいのか」と言っている三人の男によって侵害されている者は、警告発砲が無駄な場合に、さらに侵害者に向けて致命的な発砲をしても構わない。その際に、まずその効果の不確かな脚への発砲を試みる必要はない（BGHSt 25, 229）。同様に、体重 130 kg で彼よりも身体的にはるかに勝っている男にがっちりつかまれ、顔面と首筋を殴打されている者は、ナイフで致命傷を与え、その状況から自らを解き放ってよい（BGHSt 27, 336）。一人が手にナイフを持っている二人組の男によって、生命に危険のある方法で侵害されている者は、一警告発砲が無駄に終わった後で一同様に、ナイフで致命傷を与えても構わない（BGH NSStZ 1981, 138）。侵害者が警告に耳を傾けずに脚の長い椅子を顔の前に持ち上げて被害者に襲い掛かってくる場合、被害者は、侵害者がすでに彼のすぐそばに迫っているときには、侵害者を撃っても構わない。被害者は、「まず天井に向けて発砲すること、椅子を押し回すこと、店主に助けを求めること」、あるいは「侵害者を銃で殴り倒すことを義務付けられてはいない」のである（BGH NSStZ 1982, 285）。というは、これらの手段は全て、侵害者が迫っているのを目前にした被害者を、もはや確実に傷害から守ることはほとんどできないからである。

45

必要性の枠内には、さらに正当防衛行為の意図しない結果も、その結果が防衛のために不可欠な行為の類型的で適切な結果である場合には、含まれる。顔面への殴打が必要な防衛であり、その際に、侵害者が歯を失った場合、歯を殴り折ることもまた、それが意図されていなかったにもかかわらず、正当防衛によって正当化されるのである。緊急救助者が、数人により生死に係るような危険な方法で侵害されている被害者を助けに急いで駆けつけ、他にすぐ用いることのできる武器がないこと

から、装填されているピストルで侵害者のうちの一人を執拗に殴りつける場合、その侵害者の死亡もまた、その死が意図的でない暴発の結果として生じた場合でも、正当防衛によってカバーされるのである (BGHSt 27, 313)。というのは、このような結果は、許されている防衛手段がはらむ危険性から生じているのであり、それはそのような許されている防衛手段によって正当化されるからである。侵害者の左腕への殴打から、うっかり下顎を殴ってしまう場合、それもまた正当防衛の枠内にある (BayObLG NSTz 1988, 408f.)。したがって、防衛行為者の過失処罰についての問題が生じるのは、まず、それ自体必要な防衛行為が意図せぬ不相当な結果を引き起こす場合である。BGHSt 25, 229 がそのような事案であった。すなわち、正当化された警告発砲が不注意により侵害者に命中し死亡させたのである。また、そのような事案においても、連邦通常裁判所は、正当にも、「被侵害者が自発的に侵害を防衛するために必要な手段よりも劣った防衛手段を用いたが、その際に、彼が必要とみなす防衛を尽くした場合に予想される、結果をたとえ故意に引き起こした場合」であってもなお正当な防衛と認めている。具体的な状況において (Rn.44 の叙述を参照)、すでに警告発砲が無駄であったのだから、防衛者は二発目の発砲をする必要はなかったのであり、むしろ侵害者に狙いを定めて撃つてよかったのである。この場合、侵害者の死は受け入れられてしかるべきである。しかも、過失致死も必要性の枠内にある。それが可罰的であるのは、222 条によれば、警告発砲がその時に必要な防衛と認めることができた場合である (全体的には、24 章 Rn.93ff. 参照)。

46

防衛のために必要なものは、客観的な基準によって判断されるべきである。興奮状態下において、発砲が必要であるとみなしているが、その際に彼が入り口のドアに鍵をかければ侵害を同じように防衛できるということを看過している者は、誤想防衛をしているにすぎない。しかしながら、必要な防衛の範囲は、事前的に規定されるべきであり、思慮深い第三者である観察者の判断にしたがってなされるべきである。したがっ

て、ギャングが人質犯罪を、装填されていないピストルを使って実行している場合には、人質の意思活動の自由への侵害に対する防衛に関しては、人質をとった者の射殺は必要な防衛なのである。実際、客観的な第三者の判断者は、事前的に真剣にピストルが装填されているということを考慮しなければならないし、防衛行為者はリスクを犯す必要はないのである。必要性要件のこのような解釈は、防衛措置の必要性に関する客観的に不可避な錯誤は侵害者の負担になり、したがって必要性の点で変わりはないという、刑事政策的に望ましい結論に至る。Lencknerは客観的な事前判断を、将来において存在する事情の場合にのみ用い、防衛の時点ですでに「所与の」事情の場合には用いるべきではないとするので、その結果、人質事例において必要性を完全に否定してしまうのである。しかし、それは不当である。というのは、正当防衛の保護が十分であるのは、それが、認識可能な事情に基づいて必要であるような、あらゆる措置を満たす場合だからである。さらにLencknerのいう区別は、ほとんど実行不可能なものである。なぜならば、あらゆる将来の展開は、すでに現在に存在する事情から生じるものであるからである。

47

防衛の必要性は、引き起こされる損害と撃退される損害の均衡とは無関係である。したがって、執拗な殴打から、侵害者を刺し殺すことでしか逃れられない者は、必要な防衛を行っているのであり、正当防衛によって正当化されるのである。たとえ殺人によって引き起こされた法益侵害が、殴打によって生じたであろう法益侵害よりも、著しく重大であったとしてもである。また、例えば、逃走する窃盗犯人への発砲は、その発砲が財産の保全にとっての唯一の手段である場合に「必要」である。さもなくば、「正当防衛は、身体や生命への侵害によってなされてはならないとされるならば、窃盗犯人に対しては原則的に排除されてしまうことになる。しかし、利益の均衡へのそのような配慮は、絶対に、正が不正との争いにおいて保護されるべき場面では、正当化されえないのである」（RGSt 55, 85）。つまり、それが均衡の放棄を正当化する法確証の

原理である。また、1975 年の新総則も均衡を導入しなかった。もちろん、特別な事案において、例えば全く些細な侵害の場合には、今日、正当にも、それにもかかわらずある種の均衡が要求される (上記 Rn.2 参照)。しかし、そのような「社会倫理的な制限」は、32 条 2 項の「必要性」の問題ではなく、むしろ 32 条 1 項の正当防衛の「被要請性」に関係するものである (それに関しては Rn.53ff.)。体の不自由な老人がリングを盗んでいる少年を木から撃ち落とすことでしか防衛できないという、有名な講壇事例では、このような発砲は、したがって、他の手段が存在しない場合に、防衛にとって実際に必要なものである。しかしながら、正当防衛のそのような行使は、権利の濫用であり、それ故、「要請されて」いないのである。しかし、必要性それ自体に、均衡そのものは影響を持たないのである。

48

このようなかつては一致していた見解と対照的に、Bernsmann は ZStW 104 (1992) , 326 において、生命の保護の国家的な義務から導かれた以下の命題を主張している。すなわち、侵害者を殺害する正当防衛権が存在しうるのは、「侵害者が被侵害者の生命を侵害するか、侵害の結果が継続的に生命の価値性を奪うことになる場合」(例えば、224 条の傷害の場合、長期間にわたる自由剥奪の場合、拷問の場合、性的尊厳への侵害の場合) であるという命題である。もちろん、彼はその他の事案において (例えば、執拗な殴打の事案、上記 Rn.47 参照) 被侵害者を 33 条によって不可罰とし、この規定を答責性を阻却するほど強い興奮状態にまで拡張して適用する (それに関しては 22 章 Rn.75ff. 参照)。このような解決には以下の事情が反対している。つまり、それがほとんど解決不可能な限界設定の問題に至るということ (いかにして被侵害者が彼を脅かす侵害の重さを前もって判断しうるというべきか?)、そして、33 条の刑の免除が、提案された意味においては侵害者の生命を 32 条の従来の解釈よりもわずかに保護するにすぎないということである。なぜならば、答責性を阻却するほど強い興奮状態の無実の弁明は、社会

倫理的に非常に危険である私的制裁へと至りうるからである（22章、Rn.76参照）。

49

防衛の必要性は、被侵害者が逃走して侵害から逃れることができたであろうという場合であっても、拒否されない。というのは、32条は反撃のために必要な防衛を許容しているのであり、逃走は反撃ではないからである。したがって、逃げることができる者も、同様に、侵害に対抗し、その際に侵害者をやむをえず傷害したとしても、正当防衛によってカバーされるのである。侵害から逃げなければならないとするならば、無法者と乱暴者は、自らが支配したいところではどこでも、平穏な市民を追い払うことができることになろう。それは、法確証の原理や法的な平穏秩序と相容れない。比較的古い判例においては、このような原則は、一方で誰も「侮辱的な逃走」を強いられるべきではないという点が強調されるのに対し、他方では「彼の名譽をいくらか損なうことや、さもなくば彼の利益を損なうことなく」それが可能な状況にある者には回避が求められる（RGSt 66, 245）と、混乱していた。その点に関して正当であるのは、回避しなければならない事案が存在するということである（例えば、精神病者の侵害の場合、あるいは有責に挑発された侵害の場合）。しかしながら、このような諸事例においてはいかなる防衛行為も、防衛のために必要ではないとされるのは正当でない。むしろ、社会倫理的な理由から防衛に必要な措置を放棄しなければならないので、その結果、正当防衛は「要請されて」いないだけなのである（32条1項）。均衡を保持する義務がある場合のように、したがって回避義務のある場合もまた、必要性ではなくむしろ被要請性が事態の本源なのである。回避が逃走を意味しない場合にのみ、事情が異なる。手拳の殴打を身をかがめるか体をかわして、侵害者を素手で取り押さえることができる者は、いきなり射撃してはならない。同様に、侵害に対する防衛がそれほど損害を伴わないで可能な場合には、援助が求められなければならない。

50

また他人の救助を要請することも、その救助が逃走を意味し、侵害者が一時的に支配を委ねる場合には、必要でない。他方で救助可能な者がすぐ近くにいる場合、その人の救助をえなければならない。ある者が執拗に殴りつけようと弱者に襲い掛かる場合、比較的寛大な方法で侵害者の侵害を終わらせることが（例えば飲食店で）他者の救助によって可能であるかぎり、その弱者はその侵害者を防衛の名の下に射殺してはならない。というのは、救助者を呼んだうえでの防衛行為も防衛だからである。正当防衛は、被侵害者の力と勇気を示すことや、手本を示すために存在しているわけではない。このことは、当然、就中、法の確証に用いられる警察が近くにいる場合に妥当するが、それはそれ以外の場合にも妥当するのである。もちろん、緊急救助をする権利のある私人が争いに巻き込まれまいとしたり、ただ好奇心で突っ立っているだけということは稀ではない。その場合、被侵害者は彼自身の力をあてにしてかまわないし、長時間あるいは繰り返し助けを請う必要もない。もちろん、比較的新しい判例は、他人の救助の放棄を許容するのが、いささか早すぎるように思われる。BGH NJW 1980, 2263 では、18 歳の生徒が侵害してくる同級生をナイフで刺し殺した。連邦通常裁判所は、被侵害者が教師の誰にも状況を知らせなかったことを、「そのような振る舞いは期待不可能な逃避で、屈辱的な逃走であったであろう」と承認した。これは極端である。侵害を教師の助けによって防ぐことができ、法を保つことができる場合、いかなる人間の生命も憤激した名誉概念のために否定されることは許されないべきではなかろう。BGH JZ 1984, 529 では、友人が隣の部屋に座っている間に、妻が暴力夫を刺し殺した。しかし、この場合、激しい喧嘩の始まった際には、友人に助けを請うべきかどうかは、いずれにせよ疑わしい。

51

自己防衛装置（猛犬、自動発砲装置、鉄菱、毒餌）は、必要な防衛でありうるであろうが、まず、その危険はそのような危険な手段を用いる

者の負担になる。したがって、無害な放浪者がそれによって傷害を被る場合、その結果はこのような方法によって防衛した者に向けられるのである。そして第二に、生命の危険のある自己防衛装置は、實際上、ほとんどの場合、なくてはならないものではない。したがって、警報装置、軽い電気ショック、あるいは必要であれば犬で防衛にとって十分であるような場合には、自動発砲装置や地雷を取り付けるのは、正当化されない。

52

ある者が恐喝の際に他の手段がないので、恐喝者に対して暴力的な措置をとる場合、そのような防衛には必要性が欠けているわけではない。というのは、脅迫を無視することは、それによって被害者の意思活動の自由への圧力が増大するだけであろうから、その無視を防衛とはいえないからである。また告発も、防衛ではない。というのは、それは、暴露によって脅かされるような信用を失墜させる事実を秘密にすることを保障しないからである。もちろん、被害者は、たとえそうすることが脅迫を終わらせるために必要であるとしても、脅迫者を秘密裡に射殺してはならない。しかし、それもまた、そのような防衛措置の「被要請性」の問題であり、社会倫理的制限との関係に含めるのが適切である（Rn.89 参照）。

（よしだ のぶゆき・本学法科大学院教授）

（よじょう ほとと・本学大学院法学研究科博士後期課程）