

ヴァルター・グロップ『刑法総論』(第4版、2015年)(8)
(Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2015)

金 尚均
玄 守道 (監訳)

目 次

第1部 導入

§1 犯罪—刑法—刑法学—社会的相当性 (以上、49巻1号)

§2 可罰的行為：形式的規定—実質的内容—構造

A. 形式的規定

B. 実質的内容 (以上、49巻2号)

C. 構造

D. 復習のために (以上、49巻3号)

§3 刑法の諸原理

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

B. 法治国家原理の実体的形成としての責任原理

C. 法治国家原理のさらなる形成 (以上、49巻4号)

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

§4 構成要件該当性

A. 構成要件該当性の客観的要素 (事態無価値) (以上、50巻1号)

B. 構成要件該当性の主観的要素 (人的無価値) (以上、50巻3号)

§5 違法性と正当化事由

A. 構成要件該当性、違法性、正当化

B. 個別の正当化 (以上、50巻4号)

I. 承諾の表明

(以上、50巻4号)

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

(以上、本号)

§6 有責性と責任—責任阻却事由—免責事由

§ 7 特別な法効果の条件と障害

第 3 部 可罰的行為のさらなる現象形式

§ 8 犯行の特別な結果による加重（結果的加重犯）

§ 9 未遂と中止行為（中止犯）—可罰的予備行為—行為による悔悟

§ 10 関与

§ 11 不作為

§ 12 過失

第 4 部 錯誤論

§ 13 錯誤

第 5 部 競合論と刑法上の制裁

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

§ 15 刑法上の制裁

細目次

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

1. 正当防衛状況

a) 攻撃

b) 法益の正当防衛適性

c) 攻撃の違法性

d) 攻撃の現在性

2. 正当防衛行為又は防衛行為

a) 必要性

b) 正当防衛の社会倫理的制限

aa) 軽微な事例

bb) 妥当性への攻撃

cc) 緊密な人的関係内部での正当防衛、及び保障人関係内部での正当防衛

dd) 攻撃者に対する人間の尊厳に反した扱い—(救助のための)拷問の禁止—

c) 恐喝に対する正当防衛は認められるか？

3. 防衛の意思は必要か？

4. 正当防衛状況が惹起されたことによる正当防衛の否定／制限

a) 意図的な挑発

b) 攻撃が合法的かつ社会的相当性の範囲内で惹起された場合

c) 攻撃が合法的に惹起されたものの、社会倫理的に問題のあった場合

d) 攻撃が違法かつ有責的に惹起された場合

5. 正当防衛の効果

6. 正当防衛の検討構造

7. 民事法上の防御権（民229条、859条1項及び2項）

a) 自救行為（民229条、230条）

b) 占有防衛及び占有取戻（民859条1項及び2項）

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

〔122〕 刑32条. 正当防衛

1. 正当防衛により要請される（geboten）行為を行なった者は、違法に行為したとはいえない。

2. 正当防衛とは、現在の違法な攻撃から自己又は他人を回避させる（abwenden）ために必要な（erforderlich）防衛をいう。

〔123〕 基本事例 5.3

果物泥棒事例（RG I 384/20 – RGSt 55, 82 vom 20.9.1920）：「被告人は、夜間に、自己の所有する果樹園内の小屋で見張り番をしていた。犬を同行させ、弾丸を装填した銃を携行していた。被告人は早朝に、2名の男性が樹から果物を盗んでいるのに気づいた。被告人の呼び声に反応した両名はもぎ取った果物を持って逃亡し、停止しなければ発砲するぞと被告人が威嚇したにもかかわらず、この停止要求に従わなかった。その後、被告人が逃亡者の『方向に向けて』散弾を発射したところ、そのうちの1名に弾丸が命中し、軽微とは言えない程度の傷害を負わせた。」

〔124〕 下級審刑事部は、故意による危険な身体傷害罪につき、被告人を無罪とした。これに対して、検察は上告し、その根拠として以下の2点を挙げた。すなわち、果物泥棒が逃亡を開始したために攻撃は

すでに現在していない、そうでなくとも、果物の価値が低いことに鑑みれば、被告人の防御（Abwehr）は程度を超えたものである、と。帝国裁判所（Reichsgericht）は、上訴を棄却した。この判断は適切と言えるか？

〔125〕 正当防衛が持つ正当化効果は、優越的利益原理に基づくものである。行為者の行為が構成要件に該当している場合、この行為者は、利益衝突のなかで優越的利益を保持していなければならない。ここにいう利益には、行為者自身の利益も含まれうるし（正当防衛）、また、第三者の利益が問題となることもある（緊急救助（Nothilfe））。

〔126〕 正当防衛の客観的要素は、正当防衛状況と正当防衛行為からなる。支配的見解によると（私見からは疑問があるが）、正当防衛には主観的正当化要素として防衛の意思が必要である。

1. 正当防衛状況

〔127〕 正当防衛状況は、(a) 攻撃が (b) 正当防衛に適した法益に対して行われたもので、(c) 違法かつ (d) 現在していることを必要とする。

a) 攻撃

〔128〕 攻撃とは、法的に保護された利益を侵害する危険がある又は現に侵害する人の行為をいう。不作為であっても、攻撃と言える。

〔129〕 法的に保護された利益には、刑法上保護される保護法益のみならず、およそ法的に根拠づけられたあらゆる関係・状態が含まれる。したがって、占有者は、占有物の奪取者が領得の意図なく行為し、それゆえに窃盗を犯しているとは言えない場合であっても、占有物の奪取に対する防御を行ってよい。

b) 法益の正当防衛適性

〔130〕 すべての法益が正当防衛に適しているわけではない。通常は、個人的法益に対する攻撃に対してのみ、正当防衛での防御が行われうる。

〔131〕 事例 5.10

ハイビーム事例（OLG Düsseldorf(2) Ss 101/61 NJW 1961, 1783）：
Aは、連邦道路上で、自車を走行中、Schのフォルクスワーゲン車を追い抜いた。Schには、Aの車両が「どこか異様」に感じられたので、車のヘッドライトをロービームにできなかった。Aは自車内の物に光が反射したために目がくらんだので、あえて即座に走り去ることをしなかった。AとSchが相互に追い越しを繰り返したのちに、Aは、「Sch車を停車させてヘッドライトをロービームにするよう要求する目的で、法定速度を超える速度で先行し、自車とSch車との車間をおよそ40から60メートルにしたうえで、車道を斜行した。」Schは自車をAの車両の約5メートル手前に停車させた。激しい言い争いののちに、両者はまた走行をはじめ、Schはその時にヘッドライトをロービームにした。

〔132〕 Aは、強要の罪責に対して、正当防衛として行為したと主張することはできるだろうか？

〔133〕 上級地裁（OLG）は、攻撃が存在しないとして、正当防衛を否定した。というのも、ここにいう攻撃は、「特定の他人の権利領域に介入する振舞い」を必要とするからであるという。したがって、道路交通規則にいう減光規則の違反は、Aにとって、正当防衛適性を有するものではない。「財が国権の担い手である国家にしか認められない場合、この財は、通例、個々の国民にとって正当防衛適性を持つものではない。」しかも、Aの身体の健全さ（Wohlbefinden）に対して阻害が行われているとの事情も実行使の権限を与えるものではなく、道路交通規則（StVO）1条にいう配慮要請（Rücksichtgebot）を理

由に「その都度の交通状況に合わせて配慮に満ちた運転を行う」義務を課するものである。

〔134〕 上級地裁は、「映画 罪ある女」事例（BGH 3 StR 151/53 BGHSt 5, 245）という連邦通常裁の著名判例に依拠することができた。この事例では、被告人は、とある映像が自身の考えによると倫理的に品位を欠く（anstößig）として、同映像の上映を妨害した。この事例でも、連邦通常裁は、正当防衛を理由とする強要の正当化を否定した。すなわち、「映像が倫理的・宗教的に品位を欠く場合、この映像の上映によって公衆における公共の秩序の阻害が惹起されうるとしても、この阻害に対して、……国民は、自身の権利がそれによって同時に侵害されていない限り、通常、正当防衛で対抗することができない。」

〔135〕 加えて、劇場の来場客のための緊急救助も否定されることとなった。法的に保護される利益が緊急救助に適しているのは、当該利益の所有者が攻撃の防御に合意している場合に限られるからである。しかしながら、本件では、来場客らはこの映像を見るためにやってきたのであり、それゆえに、せいぜいのところ、緊急救助の押し付けが行われたに過ぎず、これは正当化されえない。

c) 攻撃の違法性

〔136〕 許容命題（つまり、正当化事由）に包摂されない攻撃はすべて違法である。許容命題がいかなる法的領域に属するのかは、重要ではない。法的命題が、ある態度を正当化し、これにより違法な攻撃が欠けているゆえにこの態度に対する正当防衛を排除するかどうかの検討を、「正当防衛の事前調査（Notwehrprobe）」という。

〔137〕 攻撃者が正当化事由の事実的前提を誤信し（許容構成要件の錯誤についての詳細は、13章欄外番号189以下）、この錯誤が一般的にも個人的にも回避不可能である場合であっても、違法な攻撃が認められるかどうか

については争いがあり、この点は連邦社会裁判所の判断で実際に争点となった。

〔138〕 事例 5.11

救助要請事例（BSG B9 VG 1/98 R = BSGE 84, 54 = JZ 2000, S. 96）：Pの妻は、路上祭りからの帰路でLと知り合い、自宅に連れて行った。両名はアルコールを摂取していた。Pはすでに就寝していたが、起床し、Lに対して住居を退去するように語気強く要求したところ、Lは退去した。その後、Pと妻とのあいだで言い争いが行われた。Pは、上階に連れていこうと、妻を掴んだ。Pの妻は抵抗し、地上階の廊下に倒れ、「理由なく」救助を求めた。Pは、パンを調理しようと思い、刃渡り20センチメートル、刃幅4センチメートルのナイフで1人前の生ハムをスライスするためにキッチンに向かった。

〔139〕 Lは家の前に残っていたところ、Pの妻の声を聞き、家屋内に戻ろうと決意した。

〔140〕 Pは、祭りから帰った自身を知人が訪問したと思い、ナイフを放すことなく、ドアを開けた。Lは即座に廊下に侵入し、ナイフを持ったPと、床で泣いて倒れるPの妻を見た。この状況を誤認したLは、Pに襲いかかったところ、Pは後ずさりして、自身の頭部を守ろうと左手を出した。まず右手でPは意図的ではない防御行動を行い、これにより、PはLに切創による外傷を加えた。LがさらにPを殴りつけようとしたために、PはLの上半身を2度ナイフで刺突した。Lはうずくまり、その後わずかして死亡した。

〔141〕 Pに、Lによる殴打に対する正当防衛権は認められるか？

〔142〕 連邦社会裁の見解によると、Pによる同人の妻に対する違法な攻撃が客観的には存在しなかったとの事実は、Lの攻撃を違法と評価し、P

に正当防衛権を認めるのに足りるという。しかし、LはPの違法な攻撃を単に誤信したに過ぎない——このことはPにとって認識可能であった——のであるから、正当防衛権は防衛の要請性（Gebotenheit）を欠いているために制限され、Pには致死的な積極的防御（Trutzwehr）の権限は認められなかったという。

〔143〕 もっとも、当該事情（ここでは、Pのナイフや同人の妻の叫び声）に照らして錯誤が回避不可能である場合、Lの態度がそうであるように態度が合法であるとの帰結を導くことには十分な理由がある。「その行為に介入権が認められないとすれば、社会生活上必要な注意に違反していない場合であっても、正当防衛は否定される」とロクシン（Roxin）は述べる。さらに、「客観的に注意義務に違反することなく正当防衛の前提を〔誤信して〕想定している者も、違法に行為するものではない。」と。

〔144〕 このような考えの背後には——もっとも、筆者の知る限りでは、これまで問題とされてこなかったことであるが——推定的承諾（詳細は、後述欄外番号370以下）では是認されているような、許されたりスルクの枠内での正当化という考えがある。この考えにおいては事情や詳細な検討に基づいて、承諾の事実的条件が存在するとの結論に行為者が至ることが回避不可能であるならば、その行為者は、自己の評価が後に誤っているとされたとしても、適法に行為している。ここでも次のような理解がある。すなわち、Pがその妻をナイフで現在攻撃しているとの（誤った）印象が客観的かつ個人的に回避不可能な形で継続している限りでは、（外観上の）危険が存在し、この危険は、Pの妻を保護するために介入する権利を、誤信したLに与えるものである。したがって、Lの攻撃は、真実の事態が認識可能ではない限りで、違法ではない。

d) 攻撃の現在性

〔145〕 攻撃がまさに迫っている（unmittelbar bevorstehen）、現に行わ

れている、又はなお継続している場合には、その攻撃は現在していると言える。それゆえに、攻撃客体や法益に対する危険が完全に回避されたといえる時点まで、又は、もはや公権力の（obligatorisch）助けなくば回避されえない又は回避されてはならない時点まで、攻撃は存在している。攻撃がいまだ現在していない場合、攻撃の危険が存在し、防衛行為の延期が防衛のチャンスを著しく減じさせると言える（「予防的正当防衛」ないし「正当防衛類似状況」）限りでは、刑34条【正当化的緊急避難】による正当化か刑35条【免責的緊急避難】による免責が問題となる。しかしながら、緊急避難においては、危険が他の方法では回避することができず、つまりは、特に国家による救助が望めない場合にのみ、緊急避難状況が認められる点には留意が必要である。

〔146〕 基本事例 5.3 について

基本事例 5.3 では、奪取行為が行われているあいだ、奪取行為がまさに迫っていたといえ、かつ、所有権者の権限に対する危殆化が防止されてもおらず、たとえば、住居に隠れるなどして最終的に所有権の喪失へと転化したわけでもなかったのであるから、被告人の所有物（果物）への攻撃は現在していた。それゆえに、攻撃が逃走中に継続していたのであるから、帝国裁判所は現在の攻撃を認めた。この結論は正当である。

2. 正当防衛行為又は防衛行為

〔147〕 正当防衛を理由とする正当化は、被攻撃者の態度が必要な防衛である場合にのみ、認められうる。

a) 必要性

〔148〕 必要性とは、適切性（*Geeignetheit*）と不可欠性（*Notwendigkeit*）

を意味する。防衛行為が適切と言えるのは、その防衛行為が、自己の利益を危殆化することなく攻撃を即座に防御するのに——客観的かつ事前的に見れば——有用な手段と言える場合である。防衛行為が不可欠と言えるのは、それが攻撃に対する防御としてもっとも穏当な手段である場合である。その際、生命に危険のある防御手段であっても基本的に排除されない。というのも、より危険性の少ない手段を用いることで闘争の結末がより不確実なものとなるとすれば、そのようなリスクを負う必要は誰にもないからである。自動発射装置等々による「準備的な正当防衛」の事案では、防御者は、もっとも穏当な手段を超えるリスクを負っている。国家による救助が自己の利益を危殆化することなく要求されう場合には、私人による正当防衛は必要ではない。防衛行為が正当防衛の客観的要素に挙げられるので、必要性は客観的かつ防衛状況から（事前的観点に照らして）評価される。その際、被攻撃者の状況に置かれた思慮深い第三者の判断が基準となる。行為者が必要性の限度を超えている場合には、刑32条による正当化は否定される。ただし、いわゆる刑33条にいう過剰防衛による免責は問題となる（6章欄外番号155以下）。

〔149〕 正当防衛による正当化は、法は不法に譲歩する必要がない（*Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen*）との考えに基づいている。したがって、正当防衛により保護される利益が攻撃者の侵害利益を優越する必要はない。というのも、防衛にとっての正統性は、法秩序の防衛にも基づいているからである。つまり、攻撃者の財に対する侵害に存在する無価値は、防御者が個人の財を保護することで埋め合わされるだけでなく、防御者が法秩序の妥当性を擁護することでも埋め合わされる。

〔150〕 基本事例 5.3 について

基本事例 5.3 においては、以上の観点が明らかに表現されている。すなわち、「法が不法との闘争において保護されるべき場合、……財の

比例性（Verhältnismäßigkeit）の考慮が正当化されることは到底ありえない。ここでは、違法な攻撃により防衛者自らに差し迫った損害よりも、不正に攻撃を行う相手方の被る損害が高く評価される場合に、自らの権利を保持するにあたって、そのようなあらゆる損害を与えないようにせよ、と防衛者に期待することはできない。もちろん、所有権や占有、場合によってはより価値の低いものを保護するために生命又は身体の不可侵性を危殆化する必要性が生じる場合、闘争を甘受するとの決意は防衛者の……倫理的な心情（sittliche Anschauung）に左右される……。しかし、迅速な判断と迅速な行為が求められる瞬間に、正当防衛の実施の許容性の前提として価値の比例性の検討や衡量を防衛者に期待することはできない。」

〔151〕 保護される利益の優越が基本的には問題とならないのであるから、攻撃者の殺害も刑32条によって正当化されうる。ここで欧州人権条約2条2項aがどの程度制限的に作用するのが問題である。欧州人権条約2条2項aによれば、人の意図的な殺害は、それが違法な有形力の行使から人の防衛を保証するために絶対に必要な有形力の行使と明らかにいえる場合にのみ、許容される。このことから、たとえば財産的利益の保護にしか資さない場合、やむを得ずに行われた致死的な防御は許容されないとの主張が一部でなされている。

〔152〕 しかしながら、欧州人権条約が国際法上の条約として条約を締結した当事者だけ、つまり、欧州評議会の加盟国だけを拘束するもので、その加盟国の市民を拘束するものではないことには注意が必要である。物の価値の保護等につき市民の正当防衛権に限界を設定することは、一般的な比例性原則（後述欄外番号153以下参照）によって行われる。もっとも、仮にそうだとすると、正当防衛権の限界設定は、欧州人権条約2条2項aとまったく矛盾するところがない。この点については、ツィーシャंक

(Zieschang) は、欧州人権条約の英訳、仏訳を比較法的に分析することで説得的に説明を行った。それによると、物を防衛するための攻撃者を意図的に殺害することの禁止につき、刑32条にいう正当防衛も社会倫理的な制約を受ける。さらに、未必の故意又は過失で行われた殺害は欧州人権条約2条2項aに捕捉されるものではなく（英語で「intention」、仏語で「l'intention」）、そのほかの前提が存在すれば、物の防衛について刑32条により正当化される。

b) 正当防衛の社会倫理的制限

〔153〕 正当防衛の許容性にとって関連する各財の均衡が基本的に前提とはされないことには見解の一致が見られるにもかかわらず、現在では、この原則は完全に妥当するのではなく、社会倫理的な制約が必要であることが是認されている。この制約が法律の文言上どこにその基盤を認めるかについては争いがある。

〔154〕 一部では、すでに必要性の要素は、基本法20条に見て取られる比例性という憲法原則から導かれるとの主張が見られる。それゆえに、比例性をも備えた防衛だけが必要でありうる。

〔155〕 これに対して、有力説は刑32条1項における「要請されること(Gebotensein)」との要素を根拠にしようとする。必要性を考慮することが体系的にはより説得的となりうる一方で、試験テクニク的には「要請されること」は「注意喚起という役目」としての利点を有する。これに対して、罪刑法定主義（nullum crimen sine lege scripta）の観点では、要請されることを根拠にする必要はない。というのも、その限りでは必要性の解釈はすでに十分な法律上の基盤となるからである。

〔156〕 正当防衛の社会倫理的な制約は次に挙げる事例群で議論される。

aa) 軽微な事例

〔157〕 防衛される法益と侵害される法益とのあいだに、甚だしい不均衡がある場合である。

〔158〕 事例 5.12

シロップ事例 (OLG Stuttgart 1 Ss 30/48 DRZ 1949, S. 42): 被告人は、0.10帝国マルク相当のシロップ瓶を持って逃げた窃盗犯を撃った。上級地裁は、正当防衛を理由にした正当化を否定した。すなわち、「仮に、価値のない一切れの肉を持って逃走する価値の高い犬を殺害することは許されないが（民228条）、そのように価値のない物を奪取する人を殺害することは許され、【このような場合を】他に防御することができない【と評価する】のであれば、健全な法感情は害されていると言わざるを得ない。」

〔159〕 このように、生命に危険のない攻撃に対する致死的な正当防衛を排除するという意味で比例性の考えを拡張することにつき、ベルンスマン (Bernsmann) は賛意を示している。

bb) 妥当性への攻撃

〔160〕 子どもや精神病者、錯誤者、酩酊者による攻撃に対する正当防衛権については、これを否定する論者が優勢である。というのも、そのような攻撃は法秩序の妥当性を問題とするものではないため、正当防衛という峻厳な権利が否定されるからである。この場合、攻撃者の態度は、刑34条の意味での危険と同様に、評価される。客観的にも主観的にも回避不可能な許容構成要件の錯誤に陥っている攻撃者に対しては、すでにその攻撃が

違法ではないことを理由として、正当防衛は否定される（上述欄外番号137以下、及び後述欄外番号389以下を見よ）。

cc) 緊密な人的関係内部での正当防衛、及び保障人関係内部での正当防衛

〔161〕 被攻撃者が攻撃者と緊密な人的関係を持つ生活領域を共にしているために、防衛権の制約を受けるべき事例群については争いがある。

〔162〕 事例 5.13

BGH 3 StR 159/74 NJW 1975, S. 62: 被告人Aは、夫であるEとの暴力混じりの言い争いの過程で、ナイフを取り、夫の左胸部を刺突した。その夫は即座に死亡した。判決の認定によると、EはAに対して著しく優勢であったわけではない。両者はかねてより頻繁に暴力混じりの言い争いを行っており、「その夫の態度を長年知っている」Aが重傷害を念頭に置かなくてもよかったといえるのは明らかである。

〔163〕 かつての連邦通常裁の判断（BGH 3 StR 322/68 NJW 1969, S. 802）を踏襲して、連邦通常裁はAの正当防衛権を制限した。すなわち、この場合では防衛手段の必要性には、高い要求が設定されるべきであるという。被攻撃者がごく軽度の身体傷害を危惧すべき場合には、その被攻撃者は自身の配偶者に対して場合によっては死亡結果をもたらす防御手段を用いてはならない、と。

〔164〕 この連邦通常裁の判例は、適切にも批判にさらされた。というのも、一方では、軽傷害を甘受せよとの配偶者への義務付けは、自己の利益を犠牲にすることがもはや期待されえない場合には認められえず（身体刑が廃止されて以来、もはや何人も打ちのめされることはない）、他方では、その義務の受益者はその者が認識と意欲を持って攻撃を行う者からの保護を期待してよいとする場合、これは矛盾と言えるからである。結局のところ、

その「パートナー」の攻撃に対して抵抗しようとするのかの判断は、平等を基礎に構築された生活関係の内部においてそれぞれの当事者に依然として委ねられなければならないとするのは、やはり疑問である。しかしながら、この点については、十分な効果の認められる防御を認める必要がある。

〔165〕 連邦通常裁も、現在は、この方向に傾いている。

〔166〕 事例 5.14

生徒の喧嘩事例（BGH 1 StR 249/79 NJW 1980, S. 2263）：「18歳の被告人は、長期にわたって、同級生の挑発的攻撃の対象になっていた。被告人は、犯行日に同級生から再び殴打されたために、常備していた短刀でその同級生を刺突し、殺害した。」

〔167〕 この事案で、連邦通常裁は、正当防衛権の社会倫理的な制約を否定した。18歳の被告人には、教師に保護を求めることは期待されえなかったというにとどまらない。同級生という関係は、緊密な人的関係を示すものでもないという。

〔168〕 事例 5.15

「お前は俺を愛しているのだろう」事例（BGH 2 StR 541/83 NJW 1984, S. 986）：夫はその妻を不正に暴力的に攻撃した。「最終的に、妻は流し台に置いてあったナイフを取り、これで威迫しながら夫に向かっていった。夫は、妻に対して、『お前がそんなことするわけない、お前は俺を愛しているのだろう』と叫び、再び殴ろうと身構えた。被告人は、これに対して防御しようと左手を顔面の前に上げ、ナイフで刺突したところ、これが夫の心臓に刺さった。」

ここでも、連邦通常裁は、被告人に正当防衛権を認めた。夫は、「理解に満ちた引き受けや配慮」を期待することはできなかったという。

dd) 攻撃者に対する人間の尊厳に反した扱い——(救助のための)拷問の禁止——

〔170〕 あらゆる法的権限がそうであるように、正当防衛や緊急救助も——私人による場合でも、国家機関による場合でも——攻撃者の人間の尊厳にその限界を認めている。たしかに、人の不可避的殺害によって、人間の尊厳は無条件に侵害されるわけではないともいえる。ここでは、攻撃者が防御の「手段」として扱われているわけではないからである。しかし、攻撃者にしかできず、その意思に左右される行為、たとえば、被害者の秘匿場所を吐くなどの行為が存在するとして、攻撃者がこの行為を行うように拷問によって強いられる場合には、人間の尊厳は侵害されていると言える。それゆえに、いわゆるダシュナー(Daschner) 事例でしばしば議論されるような「救助のための拷問」も人間の尊厳に違反しているために許容されず、実施可能でも、有益性の留保のもとにもない。イエーガー(Jäger)によれば、拷問の実施や拷問の威迫は、国家の尊厳と合致しないという。

c) 恐喝に対する正当防衛は認められるか？

〔171〕 事例 5.16

Aは、建設業者Bが違法に被雇用者を働かせていることを示す資料を所持していた。AはBに手紙を送り、10,000ユーロを支払えばこの資料を渡すと持ちかけた。これに応じなければ、この資料を警察に届けるとのことであった。Bは、暴力的にAの住居の扉を破り、その資料を机から奪取した。

〔172〕 たしかに、Bに対するAのやり方は、Bの財産に対する攻撃(刑253条【恐喝罪】)である。しかしながら、Bによる住居の平穏侵害や器物損壊が、この攻撃に対する防御として必要であるかどうかは疑わしい。というのも、より穏当な手段として、警察に行くとの選択肢が

考えられるとも言えるからである。しかしながら、Aにとっては、当該事実の秘匿こそが重要であり、ここでは、まさにこの事実が開示される危険が存在するために、上記選択肢は、仮に刑法154条cにいう手続の打ち切りが行われるとしても、有用な手段ではない。

〔173〕 たしかに、評判を落とす事実を暴露するとの恐喝を受けた者、とりわけ自らが行った犯罪行為を理由とする刑事告発によって恐喝を受けた者（いわゆる口止め料の恐喝、仏語にいう「Chantage」）には自己防御が許されるが、あらゆる防御手段が許されるわけではないとする点には、一致が見られる。というのも、特に恐喝を受けた者の先行する態度が世間体の悪いものであるばかりか、違法であって、それどころか可罰的ですからある場合に、その者は、特別に信用を寄せられるべき「法秩序の防衛者」と呼ぶに値しないからである。これらの場合、恐喝を受けた者には、恐喝的な架電の録音（刑201条！）をはじめとし、コミュニケーションによる抵抗又は、評判を落とす資料のだまし取りや掠め取りが許容されるにとどまる。これに対して、恐喝者の殺害や重大な虐待は、許容されるべきではない。

〔174〕 もっとも、ゆすり事例での連邦通常裁の判例によれば、もはや口止め料恐喝にとどまらず、恐喝被害者の財産や身体の統合性（Integrität）に対する攻撃を含めた「混合的脅迫（gemischte Drohkulisse）」が存在した場合には、正当防衛権に上述のような制約を加えることは考慮されない。ここでは、具体的攻撃の瞬間での関係性が重要となる（いわゆる「闘争状況」）。

3. 防衛の意思は必要か？

〔175〕 法律の文言によれば、「現在の違法な攻撃から自己又は他人を回避させるために」防衛が必要とされなければならないとされているが、支配

の見解は、この文言から、正当化には主観的正当化要素として防衛の意思が要求されるとの帰結を導いている。しかしながら、法律の文言は、客観的な意味でも理解可能である。それによると、行為者が、現在の違法な攻撃を防御するのに必要かつ十分な態度を示していれば足りる。場合によっては行為者が正当化状況をまったく認識していなかったとしても、問題ではない。ここでは、支配的見解がそうであるように、未遂を理由とする可罰性を回避する目的で防衛の意思を要求することは、上述の理由から（欄外番号49以下、55以下）心情刑法の禁止に違反し、否定されるべきである。

4. 正当防衛状況が惹起されたことによる正当防衛の否定／制限

〔176〕 まさに被攻撃者こそが正当防衛状況に対して答責的である場合、法秩序の防衛も被攻撃者の利益保護も重要性を失う。

〔177〕 その関連性が原理的には了解可能であるにもかかわらず、どのような場合に攻撃の被害者が正当防衛状況につき答責的であると言えるのか、そして、その結果として、どの程度、その保全利益の保護価値性が減少するかには、争いがある。

a) 意図的な挑発

〔178〕 意図的な挑発は、その挑発者が必要的防御によって攻撃者の利益を侵害する意図で正当防衛状況を惹起する場合に、認められる。違法な態度による意図的な挑発が正当防衛権の喪失に至ることについては争いがない。その背後には、権利濫用の思想がある。というのも、実際には、挑発者が攻撃者だからである。挑発者の先行する態度により、挑発者は資格を失い、もはや法秩序の番人としては是認されえない。挑発者は、不法に譲歩する必要のない法を体現するものではない。したがって、その「防御」は、彼が攻撃を回避しえない場合ですら、違法である。

〔179〕 事例 5.17

「家屋」所有者である短気なBが不正駐車により自己のガレージに進入できなくなると激昂することを、Aは知っていた。そのことを一度Bにまさに示すために、これ見よがしにAは自分の車両をBのガレージの入り口に停車した。見込み通り、Bは拳を振り上げて家から出てきて、Aにアッパーを食らわすぞと脅した。AによるBの自由への攻撃を防御するのに、Aをぶちのめすことは適していないのであるから、【このBによる脅迫は】違法な攻撃である。しかし、ここで、Bに暴行を加えることは、Aに禁止されている。

b) 攻撃が合法的かつ社会的相当性の範囲内で惹起された場合

〔180〕 他方では、たしかに態度が挑発的ではあるものの、社会的相当性の範囲内で合法に行われている場合、この事情は正当防衛を否定も制約もしない。挑発が意図的に行われている場合であっても、同様である。

〔181〕 事例 5.18

挑発的態度が合法の場合：上述の事案で、Aは、たしかに自己の車両を規則通りに停車させているが、これによって、Bの居宅からエルベ溪谷への景観が阻害されたため、Bは激怒した。

〔182〕 事例 5.19

挑発的態度が社会的相当性の範囲内にある場合：夏風邪で咳込みがちなAは、オペラの定期シートを利用した。その隣の席に座るBが、オペラ中に咳をする者に憤慨し、暴力も辞さないような人物であると知っていたにもかかわらず、である。ここでは、Aの咳がなお通常性

の範囲内にとどまる限りで、AはBに対して身を守ってよい。しかしながら、Aが「阻害者」になっているとすれば、その正当防衛権は制限されることになる。

c) 攻撃が合法的に惹起されたものの、社会倫理的に問題のあった場合
〔183〕 しかしながら、連邦通常裁は、先行する態度がたしかに違法ではないものの、「社会倫理的に異議のある」場合に、正当防衛を制限するに至っている。

〔184〕 事例 5.20

車窓事例 (BGH 5 StR 432/95 BGHSt 42, 97): 満員の快速列車内で、Jは、1等車の車室で被告人Aのそばに座った。しかし、Jは2等車用の車券しか購入していなかった。Jは「アルコールによってほどほどに酔っ払っており、開栓したビール缶を携行していた。ビールの香りが車室内に充満した。」Aは、数分後に下車することになっていたにもかかわらず、非常に薄着であったJを車室から「追い出」そうと思い、車窓を開け、冷気を入れた。Jは窓を閉め、Aを脅したところ、Aは再び窓を開け、Jに対してナイフで威迫した。Jが薄明かりの中でナイフを認識したかどうかは、明らかではない。事態はエスカレートし、喧嘩となった。結果、Jは刺突され、死亡した。

〔185〕 地裁 (LG) は、Aについて傷害致死の犯罪行為の実現があったものと認めたが、正当防衛を理由にAに正当化を認めた。連邦通常裁は、刑32条にいう正当化を否定した。それによると、Aには窓を開ける正当性がなく、かつ、すぐ下車することになっていたのであるから、その理由もない。すべての事情を評価するとSをナイフで刺突することが防衛行為としては要請されていなかったという形で、この先行態度は影響を及ぼす。というのも、「正当防衛権の射程にとって意

味のある、『本来的に非難されうる』先行態度は（BGHSt 24, 356, 359）、少なくともその先行態度がその「程度の点で、重度の侮辱と同視される」場合にも、認められるからである。窓を再び開けることには、その程度の点で重度の侮辱と同視されるような軽視が認められる、と。

〔186〕 この判断にあつては少なくとも法的基準と関連づける試みがなされており、これによりこの判断には具体的事案において名誉侵害的な犯罪行為との類似性が認められているともいえる。しかしながら、本事例以外で「社会倫理的に異議のある」挑発的態度に基づく正当防衛権の制限を肯定するのか、肯定するにしてもどの程度制限するのかを判断する基準が欠けていることは、否定しきれない。社会的倫理的に非難される先行態度についての判例は、「特殊警棒」事例の判断で、確証されている。

d) 攻撃が違法かつ有責的に惹起された場合

〔187〕 正当防衛者が正当防衛状況をたしかに意図的には誘発していないが、違法かつ有責的に惹起していた場合については、さらに検討の必要性がある。この場合での正当防衛権の制限は、特に、攻撃が先行態度を通じて被攻撃者の義務違反の相当かつ予見可能な帰結と言えるかどうかによって左右される（いわゆる、誘発連関（*Veranlassungszusammenhang*））。

〔188〕 事例 5.21

フィンランドナイフ事例（BGH 2 StR 679/71 BGHSt 24, 356）：被告人Aは、事前に盗んだ車両で駐車場から発車しようとした。その際、隣に停まっていた車両に接触し、並走していた別のRの車両と衝突した。Aは自身の個人情報に特定されることを避けようと逃走したが、Rに追跡された。Aが赤信号で停車せざるをえなかったために、さら

に徒歩で逃げようとした時点で、Rはなお追跡していた。Rは追跡中にAに対して背後から、殺してやると、罵声を浴びせた。最終的に、RはAに追いつき、拳でAを殴打した。「その後の言い争いに際して、被告人はフィンランドナイフでRを刺突し、死亡させた。」

〔189〕 Aの先行する態度（車両の衝突、事故現場からの許容されない立ち去り）に鑑みてAには、より危険性の少ない措置——たとえば、単にナイフで威嚇するなど——をまず選択することが要求されうるとして、下級審刑事部は正当防衛を否定した。

〔190〕 これに対して、連邦通常裁の見解によると、先行態度は、防御手段に影響せず、回避義務（Ausweichpflicht）に影響を与えるものである。

〔191〕 挑発者がのちの攻撃の可能性を考慮していないか、又はまったく意図していなかったものの、その挑発が非難されうのような事案では、「行為者が攻撃を回避し、又は、回避を通じてより危険性の少ない防御手段を用いることができた場合に、かつその限りで」のみ、防御が権利濫用として評価されてよい。「行為者にとってこのような可能性が存在しない場合には、行為者には依然として必要的防衛を行う権限がある。」もっとも、連邦通常裁は、いわゆる散弾射撃事例で、それ自体合法的な防衛行為の結果について過失的犯罪行為を理由に挑発者を処罰した。

〔192〕 回避が不可能な場合、必要性の枠内では、積極的防衛に先んじた消極的防衛（Schutzwehr）の原理が妥当する。それゆえに、消極的防衛によって攻撃者がさらなる攻撃をやめようとしなない場合には、防衛者には積極的防衛に移行することが許される。

5. 正当防衛の効果

〔193〕 正当防衛は、現在の違法な攻撃に対して自己（正当防衛）又は第三者（緊急救助）を防衛する者のために、その正当化効果を展開する。し

かし、この効果は、攻撃者に対してのみ発揮され、第三者に対しては発揮されない。

6. 正当防衛の検討構造

▶ I. 構成要件該当性

〔194〕 II. 違法性

正当防衛を理由とする正当化が認められるのは、以下の要件を満たす場合

a. 正当防衛状況

攻撃が
現在し、
違法である場合

b. 正当防衛行為

攻撃者に対する防衛行為が
必要（有用かつ、不可欠）で、
社会倫理的制限が存在しない場合

c. 支配的見解（疑問がある）：主観的正当化要素の存在

d. 挑発による正当防衛が否定されないこと

7. 民事法上の防御権（民229条、859条1項及び2項）

a) 自救行為（民229条、230条）

〔195〕 民229条にいう自救行為は、請求権分配（Anspruchsverteilung）の防御に役立つものであるが、請求権の自力行使権を認めるものではなく、それゆえに、「私的司法」ではない。民229条は、現在の攻撃を要求するものではなく、それゆえに、刑32条よりも広い。一方で、その他の点で固有の諸条件が存在しなければならないという意味では、刑32条よりも限定的

である。それゆえに、民229条は刑32条に優先するが、特別法ではない。

〔196〕 客観的には自救行為は請求権の存在と、即座に干渉が行われなければその実現が不可能になる又は著しく困難になるような危険性の存在を必要とする。最後に、公的救済が適時に獲得されうるものであってはならない（補充性）。自救行為としての行為にあたるのは、奪取、物の損壊（Zerstörung）又は損傷（Beschädigung）、逃亡の疑いのある債務者の逮捕、甘受義務への抵抗の除去である。自救行為は、それが必要な限りにおいてのみ、正当化される（民230条1項【自救行為の限界】）。

〔197〕 自救行為としての行為は、「自救行為を目的に」行われなければならない。支配的見解は、この表現に主観的正当化要素を認めている。しかしながら、法律の文言は、客観的な意味でも理解可能である。そのように考えた場合、行為者が客観的に自救行為の目的に資する行為を行っていれば足りる（詳細については、上述欄外番号47以下）。

b) 占有防衛及び占有取戻（民859条1項及び2項）

〔198〕 民859条1項は、占有の奪取や占有物の損壊に対して実力で抵抗する権限を所有者に認めている。民859条2項は、物産が禁止された自力（民858条1項）によって奪われた場合に、その動産占有者に認められた特別な自救行為権である。この規定は、所有への攻撃を実力で防御する権限を認めている。しかしながら、その前提は、奪取者が現行犯であるか、追跡されていることである。

〔199〕 基本事例 5.3 の解決（Gutachtenstil）

刑223条【身体傷害罪】、224条【危険な身体傷害罪】による可罰性が認められるか？

Aは、逃亡する果物泥棒の方向に向けて散弾銃を発射しているため、刑223条、224条にいう危険な身体傷害を理由に可罰的となることが考

えられる。

I. 構成要件該当性

〔200〕 1. 構成要件該当性の客観的要素

刑224条の構成要件該当性のうち客観的要素の実現については、基本犯である刑223条にいう単純身体傷害が認められなければならない……。

2. 構成要件該当性の主観的要素

〔201〕 Aは故意に行為しなければならない。支配的見解によると、条件付き故意は、外界への変更（結果）が当然に発生するものと認識し、かつ真摯に受け止めているにもかかわらず、これを行為者が甘受している場合に、認められる……。構成要件該当性の主観的要素は認められる。

II. 違法性

〔202〕 Aは違法に行為しなければならない。違法性は、通常、行為者の態度が構成要件に該当する場合に認められる（5章欄外番号26）。しかしながら、本件では、Aは、刑32条にいう正当防衛により、正当化される可能性がある。

〔203〕 a. 正当防衛が認められるには、正当防衛状況が存在しなければならない（5章欄外番号127以下）。この要素は、現在の違法な攻撃を必要とする。攻撃とは、法的に保護される利益に侵害を加えるおそれのある、ないし現に侵害を加えるような人の行為をいう。窃盗犯はリンゴを奪取することで、Aの「所有権」という個人法益に侵害を加えている。それゆえに、攻撃は認められる。攻撃は、違法でなければならない。攻撃の違法性は、その攻撃が許容命題に包摂されて

いない場合、つまり、正当化されていない場合に、認められる。果物泥棒の態度を正当化するような理由は、認められない。それゆえに、当該攻撃は違法であった。

〔204〕 さらに、攻撃は、現在していなければならない。攻撃が現在していると言えるのは、これがまさに差し迫っているか、現に行われている、ないし継続している場合である。それゆえに、領得の意図での奪取行為の現在性については、行為者が実際の物への支配を、その行使がもはや著しい妨害にさらされておらず、従前の占有者（Gewahrsamsinhaber）が物についての所有権限を最終的に失うような形で、獲得していたかどうかが決定的となる。ここでは、常識的なものの見方が標準となる。Aが果物泥棒に向けて発射した時点で、この泥棒はまさに逃亡中であり、Aの散弾銃の射程におお存在していた。それゆえに、果物泥棒は、なおりんごについてAを排除するような処分権限を、一度も獲得していなかった。それゆえに、「所有権」という法益についての危険は、なおその損失に転化していなかった。むしろ、Aの所有権への攻撃はなお継続しており、それゆえに、現在性は肯定されるべきである。その結果、違法で現在する攻撃、すなわち、正当防衛状況が認められる。

〔205〕 b. 散弾銃の発射は、刑32条の意味での正当防衛行為でなければならない（5章欄外番号147以下）。それゆえに、Aの態度は、必要な防衛と言えなければならない。防衛が必要であると言えるのは、それが適切かつ不可欠なものである場合である。防衛行為が適切と言えるのは、それが、攻撃の防御に有用な手段と言える場合である。不可欠と言えるのは、防衛が、攻撃を防御するのにもっとも穏当な手段と言える場合である。必要性の評価については、被攻撃者の状況に置かれた思慮深い第三者の視点が決定的となる（事前的視点）。散弾銃の発射は、りんごに関する所有権への攻撃を防ぐのに適切な手段で

あった。

〔206〕 散弾銃の発射が攻撃防御についてのもっとも穏当な手段と言えるのかどうかは問題となる。正当防衛者は、基本的に、性急な判断を必要とするような特別な事情のもとでは、調査義務や衡量の負担を負わない。被攻撃者は、ここで法秩序を防衛する者であり、それゆえに、場合によっては攻撃者に発生しうる法益侵害を特段考慮する必要なく、すべての手段を選択することができる。被攻撃者が攻撃される法益を武器で防衛している場合には、武器の使用を事前に威迫することが必要とされる。Aは、果物泥棒に対して、散弾銃を発射すると予告している。それゆえに、発射は不可欠な防衛であった。

〔207〕 しかし、Aの正当防衛権は、社会倫理的な制約を受ける（5章欄外番号153以下）可能性がある。侵害される法益と防衛される法益とのあいだに著しい不均衡が存在する場合、つまり、軽微な事案では、被攻撃者には比例性調査のようなものが課せられなければならない。奪取されたりんごの価値について、本件には、なんら説明が見られない。軽微な事案ではないとすれば、Aが発射を威嚇していたことが考慮されるべきである。自身の所有権へのさらなる侵害を、Aはそれ以上甘受する必要はない。とすると、不均衡な防衛は認定されえず、刑32条の意味での正当防衛行為が認められる。

〔208〕 Aは、りんごについての自己の所有権への攻撃を防ぐために、果物泥棒を撃った。それゆえに、Aは正当化状況を認識していたし、この認識に基づいて行動していた。それゆえ、支配的見解の要求する防衛の意思は認められる。したがって、正当化状況が客観的に存在する場合に主観的正当化要素の要求がそもそも許されるかどうかという問題への回答は、重要ではない。

〔209〕 刑32条にいう正当防衛による正当化にとって必要な条件は、充足される。したがって、Aは違法に行為していない。

〔210〕 刑223条、224条にいうAの可罰性は否定される。銃器使用の正当化は、これと同時に生じる銃器の携行（Führen）にも及ぶ。

〔211〕 これに対して、軽微な事案が認められる場合には、正当防衛は否定される。Aが、正当防衛の枠内で行為していたと信じていたとしても、せいぜいが、（回避可能な）禁止の錯誤（刑17条2文）を理由に、刑の減軽が問題となるに過ぎない（13章欄外番号34以下、74以下）。

（富川雅満）