

〈紹介〉

クラウス・ロクシン

「正当防衛権の『社会倫理的制限』

——ある決算の試み——」

Claus Roxin; Die „sozialethischen Einschränkungen“
des Notwehrrechts —Versuch einer Bilanz—, in:
ZStW., Bd. 93, 1981, S. 68 ff.

振 津 隆 行

は し が き

とりわけ、戦後西ドイツ刑法学においては正当防衛権の制限の問題——特に西ドイツでは「社会倫理的制限」という形で一括して論ぜられるのが一般である——が、刑法ドグマティックの中心問題の1つとして激論を捲き起こすに至り、この問題をめぐり多数の論文・著書¹⁾等が公けにされ、学説・判例²⁾共に多大の努力が払われているのが現状である。それは、たとえば本稿の筆者ロクシンによれば、(i) 責任のないもしくはその責任が著しく減少している攻撃、(ii) 被攻撃者によって有責に挑発された攻撃、(iii) ささいな攻撃、(iv) 保障関係の枠内における攻撃等³⁾において諸種の観点から正当防衛権の制限が問題と

原稿受領日 1981年10月30日

- 1) ロクシンの本稿(ZStW., Bd. 93) 68頁注1に、この問題に関する西ドイツの文献が年代順に網羅的に挙げられているので、それを見られたい。なお、紹介者(振津)も刑法読書会(京都)、北大刑事法研究会等でこれらのうちのいくつかを紹介してきたが、ヒルシュ論文(『甲南法学』19巻2・3・4号)およびクライ論文(『商学討究』32巻1号)については、公表する機会を得た。
- 2) 西ドイツの当該問題に関する重要判例については、ロクシン本稿68頁注2を参照されたい。なお、原田保(『判例タイムズ』383号)34頁以下等をも参照。
- 3) Vgl. H. Otto, *Rechtsverteidigung und Rechtsmißbrauch im Strafrecht*, in: Würtemberger-Fest., 1977, S. 140 ff. u. s. w. なお、前掲・拙紹介(『商学討究』)も見られたい。

され、まさに「正当防衛権の発展は以前より社会倫理的に基礎付けられた制限一色の中にある」(シャフシュタイン)⁴⁾とすら述べられてきたのであり、これら正当防衛の制限が問題となる事例群において、いかなる場合に、いかなる程度で、いかなる根拠をもって制限すべきかが重大な論争の対象となっているのである。

翻って他方わが国においても、従来から自招的ないし挑発にかかる侵害に対しては正当防衛は許されないとされるのが一般であり、その際その根拠を、正当防衛規定の個々の要件、すなわち「急迫性」(平野)、「防衛意思」(平場)、「相当性」(佐伯)等の限定解釈に還元せしめ、あるいはかような場合でも一応正当防衛の形式的要件は存するものの正当防衛の本質に反する(大塚、福田、滝川(幸))ものとされ、かような観点から正当防衛の存在そのものを否定しようとしてきたわけである⁵⁾。しかし、近時、前述のように西ドイツにおける当該問題の旺盛な議論に触発され、殊に「挑発防衛」という限定された観点からではあるが、この問題を正面から論じようとする論文も散見されるに至り⁶⁾、今後の展開が期待される場所である。そこで、かような状況を踏まえて、従来の議論のように反撃行為が正当防衛として正当化されるか否かといった一元的判断に依拠するのではなく、正当防衛のいわゆる「社会倫理的制限」が問題となるような事例群にあっては、攻撃の違法性と防衛(反撃)行為の適法性との両面が個々の特殊性に応じて、その質および量において相対化するものであるという認識が徐々に意識されつつあるもののようにも思われる。その意味で正当防衛権の制限を考えることは、ただに正当化事由の一般原理をいかように

4) F. Schaffstein, *Notwehr und Güterabwägungsprinzip*, in: MDR., 1952, S. 132 ff. なお、吉田宣之「挑発防衛についての一試論——行為無価値概念を媒介に——」(『法学新報』86巻10・11・12合併号)28頁等をも参照。

5) わが国の学説の状況については、吉田・前掲・29頁以下、および津田重憲「自招侵害に対する正当防衛——人的不法論による展開——」(専修大学大学院紀要『経済と法』10号)19頁以下等参照。

6) 大嶋一泰「挑発行為と正当防衛(一)」(『福岡大学法学論叢』17巻4号)537頁以下、津田・前掲・1頁以下、吉田・前掲・27頁以下等。なお、米田泰邦「正当防衛と反撃回避義務」(『平場遷居・現代の刑事法学(上)』昭和52年)203頁以下は、正当防衛の「相当性」という観点から反撃回避義務を引き出し、挑発の事例のみならず個々の特殊事情に応じてその問題性の解決を目指した貴重な論稿である。

把捉するかという問題に止まらず⁷⁾、それを越えて裏面からする実質的違法の本質に懸る問題として、なお理論的検討と反省を迫るものと思料せられるのである。

さて、本稿の筆者であるロクシンは、かつて本問題を論じた1963年の論文⁸⁾により、西ドイツ並びにわが国においても重大な論議を呼び起こし(たとえば、ロクシン=ベルテル論争)、その理論的発展に大きな寄与をなしたのは周知のところであるが、本稿はその後今日に至るまでの理論的展開の総決算を試みた意欲的な論策である。もっとも、その基本的態度そのものは一貫して変わらないものと考えられるが、旧稿に若干の補足・訂正を加えつつも、正当防衛権の基礎として「保護原理」と「法確証原理」の両者を据え、これを個々の事例に貫徹・適用することにより、今日の分裂・錯綜し、特殊化した理論的混乱状況に統一的解決の展望を与えようと企図したものである。その意味で、西ドイツのみならず、とりわけ未だ十分議論が展開されていないわが国においても、これに賛同するか否かは別論として、当該問題解決のための視座を提供しようものとして貴重な論策であると思料せられるので、以下その内容を概観してみたいと考えた次第である。

では、順次、脚注・引用文献等をも可能なかぎり顧慮しつつ紹介していくこととしたい。

I. 目 標 設 定

正当防衛権能の限界は、かつては明確かつ納得のゆく境界が引かれるものと考えられていたが、戦後になって、この形象は根本的に変化した。すなわち、正当防衛権の「社会倫理的制限」が刑法ドグマティックの中心テーマとなり、絶え間なく増加する多数の論文や著書はこの問題に従事しており、それはあたかも「その資料はほとんど見通すことができない」ほどである。また、その議論は、「特殊な事例状況のための特殊な正当防衛の限界の多かれ少なかれ孤立

7) これに関しては、曾根威彦著『刑法における正当化の理論』(昭和55年)が重要である。

8) C. Roxin, *Die provozierte Notwehrlage*, in: ZStW., Bd. 75, 1963, S. 541 ff.

化した議論へと分割する」傾向を示しており、正当防衛は「その明確な輪郭を失い」（マルクセン）、「単なる法律の解釈の次元を超えた」「法典化されたプログラムの侵食がここでは」（ハッセマー）生じているとすら訴えられている。

それに対して、私は正当防衛権の限界に関するコンセンサスを提立する時点がさほど遠くないということ、全体の概観の中で示すという試みをなしたいのである。すなわち、なるほど、考えうるかぎりの議論や見解が出され、論争状態に陥っているが、たいていの帰結はさほど異論のあるものではなく、また根拠付けや論争の中で、漸次的に支えうる統一的な全体構想のための骨組を形成しうるようなものが構成され始めているのである。最後に、社会倫理的な制限が考慮されている4つの問題領域、すなわち、(1) 責任のないもしくは著しく責任の減少した攻撃、(2) 被攻撃者の責に帰せられる攻撃、(3) ささいな攻撃、および(4) 特別の保障関係のもとで引き起こされた攻撃が極めて明瞭にきわだたされており、また、本誌（ZStW）百年記念祝祭は、かような論争あるテーマ解明への幾許かの適切な誘因となるであろう。

II. 正当防衛権の基礎としての保護原理と法確証原理

1. 防衛権能の限界は、正当防衛権それ自体が担っている諸原理——すなわち、「保護原理 (Schutzprinzip)」および「法確証原理 (Rechtsbewährungsprinzip)」(また「法主張原理 (Rechtsbehauptungsprinzip)」)——のみから展開されうるという認識が出発点であらねばならない。BGHも現在、正当防衛は「通例、被攻撃者の保護のみならず、同時に法秩序の確証にも奉仕するものである」(BGHSt. 24, 356, 359)としている。ここで先ず、もし個々の脅威された攻撃の客体の保護だけが問題であるとするなら、具体的な場合において可能であるときには、被攻撃者は原則上回避（刑法34, 35条は「他の方法をもってしては回避できない危難」を要求している）もしくは官憲の救助を求めること（民法229条は「官憲による救助が適時にえられない」ということを要求している）等を要求されるであろうが、刑法32条はかような要求をなしておらず、このことは、防衛者が超人格的な法秩序をも防衛するものであるということに基づ

きうるのである。

次に、正当防衛権が原則上防衛される害と防衛によって生ずる害との価値関係の均衡性を要求しておらず、むしろ防衛が「必要で」ある場合には攻撃者の均衡を超える侵害も許容されるという事情は、また、保護原理および法確証原理に基づくものである。すなわち、これによって、一方で可能なかぎり包括的な私的な個人保護が保障され、他方で法秩序の不可侵性は純粋な物的価値の上位に位置付けられ、同時に、法秩序に対する攻撃が防衛されるときにはより高い価値の法益がより価値の低い法益の維持のために犠牲に供されてもよいとされるのである。最後に、緊急救助権は個人の保護と法の確証による二重の基礎付けに基づくものである。すなわち、一方で他人によって救助されてもよいということで個人の保護が強化され、他方で人格的に保護を必要としない緊急救助者の許容はまた、正に、法秩序の防衛にも奉仕するからである。

以前、圧倒的に自己防衛の思想が支配的であったが、今日これと並んで法確証の観点を全く圧倒的に同置しているのであるが、最近ハースは正当防衛を法確証の原理にのみ還元させようとしている。すなわち、彼は個人保護を目指す緊急避難規定（刑法 34 条、民法 228 条）との対比上、正当防衛が独立の意義を獲得するあらゆるポイントは法確証の原理に基づいているからだとするのだが、これは妥当ではなく、むしろ、両者の原理は共に作用するのである。つまり、一方で違法に攻撃をうけた者は、攻撃者が他人よりもより顧慮する必要がないということにより大なる保護に値し、また、他方で彼はその防衛によって法秩序全体の維持にも寄与するだけになおさら、より大なる保護に値するからである。

2. もっとも、保護原理および法確証原理の背後にある刑事政策的イデーについては、未だ十分に明らかにされているわけではない。代表的な教科書や注釈書によれば、保護原理＝個人法的 (individualrechtlich) 視点、法確証原理＝社会法的 (sozialrechtlich) 視点にそれぞれ相即するかのような印象が引き起こされている。しかし、両者の概念一対は相互に相即するものではない。なるほど、保護原理を「個人法的」と名付けることができるが、法確証原理は「社会

法的」と名付けることができない。なぜなら、法確証原理はむしろ被攻撃者の保全に必要なものを超えて、防衛の権能を拡張するものであるのに対して、社会法的視点は正当防衛権の「社会倫理的制限」のために要求されているからである。

3. 立法者は正当防衛権をもって特別予防と一般予防とを推進するものであるとする見解は、より正確な推論を可能にする。すなわち、保護原理は被攻撃者の防衛によって、攻撃者は違法行為の実現を妨げられることになるという意味で特別予防に奉仕し、法確証原理は攻撃の防衛によって潜在的な他の法違反者に、違法な攻撃をなす場合、常に危険がつきまとうものであるということを示すことによって一般予防に奉仕するのである。つまり、攻撃者は自ら得ようとした利益よりはるかに大きい損害が加えられるかも知れないということで、その攻撃を嚇して止めさせ、そして大衆の法的忠実を安定化させるのに一般的に適しているからである。

4. 正当防衛権を予防的に方向付けるという認識は、正当防衛は「処罰的な(pönal)」性格をもつ(H. マイヤー)という拒絶すべきテーゼと全く無関係である。なぜなら、可罰的な攻撃が前提とされているのでもなければ、防衛は、私人には一切の権能を欠くところの法的意味における処罰と全く関係がないからである。それに、立法者は予防目標を——刑事政策の最後の手段(ultima ratio)としての——刑罰だけで、また、先ず第一に刑罰をもって追及するというものでは決してなく、きわめて多様な禁止、命令および許容、そしてまた、正当防衛権能をもって追及しているということを意識しなければならないのである。

5. 個人保護および法確証、特別予防および一般予防から正当防衛権の解釈および限界付けに対するより明確な教示を獲得しようとするなら、両者の原理の相互関係がより正確に解明されなければならない。その場合に、刑法32条は防衛者に「自己または他人」に対する攻撃の防衛のみを許容しているのであるから、その出発点は個人保護の中にあるということが明らかとなる。したがって、国家や公共の法益は個人的法益に還元されるかぎり、正当防衛が可能

となる。また、不能未遂に対しては正当防衛はできない。というのも、それは個人的保護利益を欠いており、それに依存しない法秩序の防衛は許されないからである。被攻撃者が防衛を欲せず、したがって何らの保護も必要ではないとき (BGHSt. 5, 245, 248) にも、緊急救助は排除されなければならない (反対する者として、シュミットホイザー, Fr.-Chr. シュレーダー) のであり、このことを適切にも イェシュェックは以下のように述べている。「かくして、法秩序の維持についての公共の利益は、個人の権利保護という媒体を通じてのみ現われるのである」と。その理由は、「権利」のために任意に救助者となる個人の権能と、こまごまと細分化された当局の権能との間に途方もない矛盾が生ずるということだけではなく、私人の過度の熱心を勝手気ままにすることによって、一般的な平和の維持というよりも攪乱へと寄与することになるであろうという事情の中にあるのである。

6. かくして、個人保護は正当防衛の基礎である。しかし、保護原理は攻撃の防衛のために必要なものであればそれで足り、攻撃が責任なく行なわれたか、もしくは挑発されたかどうか、それが軽微なものであるか、もしくは保障関係の枠内で生じたものか どうかには一切何らの影響をもたず、それ故、以前そうであったように最大限の個人保護思想を一面的に前面に押し出すときには、全正当防衛権を融通のきかない、固定化した、「果断な (schneidig)」ものにしてしまうのである。それに対して、一般予防的な必要性は常に同じものではなく、責任のない、有責に挑発された、ささいな攻撃や、保障関係内部での攻撃の際には、そうでない場合よりも減少するということが容易に認識しえ、かつより詳細に根拠付けられるのである。そこで、法確証原理が正当防衛の枠内で独立の意義をもっているとするなら、それは保護原理からの分離の中ではなく、一般予防的な必要性の大小が維持される保護の態様および程度を、その時々事例グループの特殊性に応じて修正するというところの中にあるのである。かくして、たとえば、法確証の利益が減少する場合、攻撃者の重大な損害を犠牲にしてのみ排除されるといったときには、被攻撃者に軽微な損害の危険を負わせることは基本法および全法秩序から容易に証明される人格の社会的

拘束性に相即するのである。これらすべてこのことは、正当防衛権に基礎を置く価値構造と一致しており、それによって正当化されている最近の判決の結論に相即するものなのである。

III. 法律からする社会倫理的制限の根拠付け、 その合憲性およびその目的論的根底の統一

これらの原則的な熟考は、文献上きわめて激烈に論争されているわれわれのテーマの個々の視点にとってコンセンサスを得ることのできる解答を可能にするものと思われる。

1. 刑法典 32 条 1 項における「被要請性 (Gebotenheit)」の概念から、あるいは判決における権利濫用という一般的法思想による公式をもって、もしくは法治国家主義から引き出される比例性 (Verhältnismäßigkeit) の要求をもって正当防衛権の「社会倫理的制限」を根拠付けるかどうかという激烈に論ぜられている問題は、これらの根拠付けに正当な意義を与えるときには無駄な論争なのである。つまり、これら 3 つのメルクマールは規制的な、それ自身だけでは内容のない法原理であって、これらがその実質的内容を得ることができるのは正当防衛権の記述された、規範的・刑事政策的基礎のみからであり、その際、殊に「要請されている (Gebotensein)」という法律上のメルクマールに「結び付ける」ことは有益なのである (詳しくは、2 参照)。

2. さて、周知のごとく、クラッチュは多数の論文において、正当防衛権の社会倫理的制限は罪刑法定主義の原則に違反し、立法論上の刑事政策的要求としてのみ主張しうるであろうということを証明しようとしてきたが、これに対しては、2 つの根拠から否定されるのである。

a) 先ず、罪刑法定主義を厳格に刑法 32 条に適用する場合ですら、「社会倫理的制限」は法律の条文と一致するということが述べられなければならない。ただし、第 2 次刑法改正法の立法者は社会倫理的制限の必要性を明言しているし、また、立法者が 1962 年草案や 1966 年対案では削除された「被要請性」を再導入することで、旧法下 (旧刑法 53 条) では十分明らかにされなかったと

ころの(旧法下では、「要請される」という前提は「必要性 (Erforderlichkeit)」以上の意味をもたないという見解があった——特にレンクナー) 社会倫理的制限に対するはっきりした意見表明なのであり、その制限は解釈の帰結として罪刑法定主義と全く一致するのである。

b) 次に、罪刑法定主義は、文言の限界に固定化させるという意味において決して正当化事由に適用しうるものではない。私は以前、正当化事由というものは立法者によって構成要件のように類型化された記述として構想されうるものではないということを指摘した。すなわち、正当化事由というのは多数の構成要件、したがってまた、全く多様な事態に適用しうるものであって、正当化事由の規制原理(正当防衛では、保護原理と法確証原理)に内在する構造だけが解釈の限界を示しうるものである。この規制原理を法律に反して (contra legem) 無効にしたりするとき始めて、「自由な法発見」とか禁ぜられる類推ということが語られるのである。

3. 最後に、マルクセンによって危ぶまれた「特殊な正当防衛の限界の多かれ少なかれ孤立化した議論へと分割する」という危惧も、正当防衛の制限を、それを支えている諸原理だけから引き出すときにのみ回避されうるのである。けだし、一方では典型的な事例状況がそれらに固有の特殊性に応じて取り扱われるということによって保障され、他方で体系的統一はいつも同一の原理の特殊化が問題となるということによって可能とされるのである。このことが個々のどのように行なわれるかは、以下で社会倫理的制限の4つの事例グループについて、異説との対決の中で明らかとなるはずである。

IV. 責任のないもしくはその責任が著しく減少している攻撃

1. 結論において、今日、法的に責任を負わせられない者の攻撃に対しては無制限の正当防衛権は与えられていないということについては一致しており、また、著しく責任の減少した攻撃者に対しても、多くの論者はこのことを認めているのであり、このことは正当である。つまり、かような攻撃者に対して、法を無制限に「確証する」ことは私人の任務ではありえず、したがって、法確

証の利益は低減する。それ故、かような場合には、可能なときには被攻撃者は攻撃者を回避し、もしくは官憲の救助を求めなければならない。また、これができないような状況下では、引き延ばすための抵抗とか、小さな危険は甘受しなければならないが、もっとも、彼は必要性の枠内で身を守ることは許されているし、正当防衛権を留保するものである。しかし、それを超える防衛は、上記の理由から「要請される (geboten)」ものではない。

2. それに対して、少数説によれば責任のない、もしくは著しく責任の減少した者から発する危難の場合には、刑法 32 条の意味における「攻撃」(オッター、マルクセン、ズッペルト)、もしくは「違法な」攻撃(H. マイヤー、ベルテル、ルシュカ、クラウゼ、ハース、類似のものとしてシュミットホイザー)が存在しないのだとし、このような諸事例では被攻撃者に正当防衛権を全く拒絶するのである。もっとも、彼らも被攻撃者を無保護状態に置こうとするのではなく、緊急避難(刑法 34 条、民法 228 条)に依るべきことを指示するのであり、これによって実際上の論争の意義は減少するのだが、しかし何と云っても、彼らが社会倫理的制限を「攻撃」あるいはその「違法性」というメルクマールの解釈から引き出そうとする点は好ましくないものであり、その理由は以下で示めされよう。

a) 先ず第 1 に、このような解釈は条文とそこから認識しうる法律の意思と一致するものではない。そのことは、何よりも先ず、攻撃を「有責な攻撃」と同一視するという点にある。すなわち、立法者は「違法な攻撃」を正当防衛の前提としているのだから、適法な攻撃といったものも存しなければならず、したがって、有責な攻撃のみを攻撃と解するなら適法な攻撃の思考可能性を奪ってしまうからである。

また、攻撃の違法性というのは、責任もしくは全く適格性ある責任(故意、錯誤がないこと等)を前提としているという主張も法律と合致するものではない。すなわち、新法もまた違法性と責任とを判然と區別しており、「違法性」のもとに「責任」を算入するようなことは疑問があり、また、理由書は社会倫理的制限を明示して被要請性のメルクマールだけに導入しているのであって、

責任のない者に対する正当防衛を原則的に決して排除しようとしているものではない。

b) 第2に、法律の条文および法律の理由書の背景をなす諸原理も、責任のないもしくは著しく責任の減少した攻撃の場合に正当防衛を全く排除するものではない。かような誤解は、法確証原理にこの事例グループの攻撃者は処罰されてはならず、また、ほとんど処罰されてはならないという処罰の目的を置くことから生ずるのである。すなわち、正当防衛の予防的意味は刑罰目的の中ではなく、適法および違法な態度の分類の中にあるのであり、すなわち、許されるものと禁ぜられるものを明らかにすることなのである。

c) 第3に、最後に、正当防衛から緊急避難の領域にその問題を移動することは、指導的な価値尺度を隠蔽するところの問題ある補充的解決を可能にするにすぎないのである。すなわち、かつてなされたように、刑法35条（免責する緊急避難）をもち出す場合には法律上の評価に反し防衛者を違法だとし、また、緊急救助を排除するという耐え難い帰結となるし、今日たいていなされているように、刑法34条、民法228条を引き合いに出す場合には、なるほど被攻撃者を正当化することになるが、しかしそのことは正当防衛権それ自体に内在している限界付けを他の正当化事由に委ねることになり、結局、評価原理を不明瞭にし、体系的統一を破壊してしまい、目的論的に相矛盾する二元論を成立させてしまうことになるだろう。

3. 攻撃の「違法性」という概念が、さし迫った結果無価値に従って、もしくは攻撃行為の態度無価値に従って規定しなければならないかどうかという問題は未だ未解決である。以前は、一切行為無価値がなくても結果無価値があれば正当防衛は許されるとするのが圧倒的であった。しかし、ここでは攻撃者の行為が態度無価値をもっており、したがって少なくとも客観的に注意違反的である場合にのみ、攻撃が「違法」であるという見解（ヒルシュ、フェルバー、ラックナー、マウラッハ＝ツィップ、シェンケ＝シュレーダー＝レンクナー、シューマン、ザムゾン）が正当である。すなわち、正当防衛の不可欠の基礎をなしている法確証の原理は態度無価値を前提としているからであり、法はその要

求と全く一致している態度を「確証」する必要はないからである。もっとも、そのことは、たとえば通行人が「雪の平滑面で不可避的に歩道に乗り上げる自動車運転手に対して」自らの保護に必要なことを企ててはならないということの意味するのではなく、かような法確証志向を欠く場合は、正に、緊急避難の本質的な素材であって、刑法34条、民法228条で処置されるもので、正当防衛は全く拒絶すべきなのである。

V. 被攻撃者によって有責に挑発された攻撃

1. 通説は、以前からずっと、いわゆる意図的挑発者 (Absichtsprovokateur) に正当防衛を拒絶すべきであるとしており、これは正当防衛権の基本原則と全く一致するのである。けだし、意図的に法的に否認された態度によって危険状態を惹き起こす挑発者には、何らの保護も必要ではないし、また、法秩序もかような場合に挑発者を保護し、法を確証する必要もないからであり、したがって、保護の必要性がないので正当防衛も存在しないのである。

それにも拘らず、意図的挑発者にも正当防衛を認めるか、限定的に認めようとする見解もある。ポッケルマンは、「非法律的な態度」であっても「攻撃者に対する法秩序の保護」を誰からも奪うものではないとし、また、イエシュックは、挑発者が被挑発者の攻撃を回避しえないような場合には、彼は生命および身体を攻撃者の犠牲に曝すか刑罰を甘受するかという法によって逃げ場のない状態に移すことになるから、そのかぎりでは正当防衛権を認めようとするのである。しかし、意図的挑発者は逃避とか回避は元々その志向に反しているし、また、彼は正当防衛に藉口して外見上合法的に他人を侵害しようとするものであるから、「逃げ場のない状態」にいるとはいえないのである。

2. 他の有責な挑発、すなわち、正当防衛状況を過失のもしくは未必の故意で招来する場合には、被攻撃者の正当防衛権は原則的に存在しているというのが今日広く一致した見解であり、このことは正当防衛の基本原則に従っても妥当である。けだし、被攻撃者は危険状態を意図したものではなく、生じた状況は彼の計画の実現ではないのだから彼は保護を必要とする。しかし、法確証の

利益は、事例グループ1（責任のないもしくは著しく責任の減少した攻撃）におけると同様に減少しているのであるから、無制限の正当防衛権が与えられるわけではない。

判決はこの種の事例グループにおいて、功妙な解決をしてきた。たとえば、攻撃に責任のあった者は、たとえ逃避と思われようと回避しなければならない（BGHSt. 24, 358; 26, 145）とか、「防御防衛（Schutzwehr）」が十分であるかぎり「攻撃防衛（Trutzwehr）」を行なってはならない（BGHSt. 24, 359; 26, 145）、「軽微な損害や侵害」は甘受すべきである（BGHSt. 24, 359; 26, 145/46）。それに対して、攻撃に共に責任ある者も重傷を負わせられる必要はない（BGHSt. 26, 145）等と具体化されている。

しかしこれに対して、明らかにベルテルは負責される攻撃の場合に威嚇の必要性を特に高く評価して、攻撃が挑発による場合でもそれは違法な攻撃であって法秩序はそれに対抗しなければならないとするが、これに異論を唱えるべきである。すなわち、われわれの見解は、一方で攻撃者に対してはその被害者には危急の場合には防衛権が残存しているということ、他方で挑発者に対しては彼が法的に否認される態度でいかなる攻撃も挑発してはならないということが動機付けられるということで、正に、予防的観点から挑発による攻撃を最上に防止しうるからである。

3. 「有責な挑発」というに値するためにその先行行為がいかなる性質のものでなければならないかという点については、法的に命ぜられたおよび客観的に適法な態度は、たとえそれが攻撃を惹き起こすことが予見されるような場合でも、正当防衛権を制限するものではないということについては、今日疑問のないところである（BGHSt. 27, 336 参照）。けだし、法律上の命令もしくは許容と全く合致して行為する者は、常にその態度で法秩序を確証しているのであり、挑発された者も挑発されない者と同様に、法に背くものだからである。

それに対して、正当防衛権能を制限するためには、その先行行為がまさに「違法で」あらねばならないのか（BGHSt. 24, 359）、もしくは「社会倫理的に価値違反的な態度」で十分なのか（BGHSt. 27, 336）どうかは争われるところ

である。私自身、以前「社会倫理的な価値違反性」で十分だとしたが、他方、文献上、形式的に違法な先行行為を必要とするとする有力な見解がある（クラッチュ、レンクナー、シェンケ＝シュレーダー＝レンクナー、オットー、シューマン）。

しかし、実は、この論争の実際上の意義はさほど大きなものではないわけであるが、今日、私自身は旧説を改めて、先行行為に形式的違法性を要求する説に与したい。すなわち、法はより繊細な道德の尺度で測られるのではなく、また、社会倫理的な非難のみしか受けないものは法の基底上で活動しているのであり、また、禁ぜられていないものは法上甘受されなければならない。

4. 有責に挑発された攻撃、すなわち、社会倫理的制限の実際上最も重要で、かつ最も異論のある事例の取り扱い、過去20年間の議論の中で、正当防衛権の指導原理に依拠する解決が支配的で、本質的に確実なものと考えられるのである。この見解は、以下の2つの異説に対しても優先するのである。

a) いわゆる原因において不正な行為 (*actio illicita in causa*) の理論によれば、有責な挑発の場合にも、正当防衛権能はつねに（パウマン）、もしくは回避可能性が欠如する場合（レンクナー、シェンケ＝シュレーダー＝レンクナー、ドレーアー＝トレンドレ）には存在するが、しかし、その防衛者は有責な挑発それ自体のために故意または過失で結果を惹起する者として責任を負わせられうるのである。しかし本説によれば、攻撃者に傷害を加える故意の挑発者は、一方で正当防衛で正当化され、他方で不正な原因 (*illicita causa*) のために故意の傷害で処罰されるということになり、したがって、被攻撃者はその攻撃を適法かつ違法に行為するという解決不能のアポリアが生ずる。したがってまた、攻撃者も挑発者の可罰的な傷害を防衛するということで一方では正当化され、他方で被攻撃者の正当防衛に対して防衛してはならないということで、違法かつ可罰的に行為するということになる。このことは、必要な変更を加えて (*mutatis mutandis*) 過失の挑発にも妥当するのであり、したがって、このような見解は維持し難く、放棄されなければならないであろう。

b) 次に、第2の特殊な解決を最近マルクセンが展開しているのであるが、

それによれば、挑発による攻撃の場合を先行行為に基づく不作為犯の処罰と同一の基本原理に基づいて解決しようとするものである。すなわち、彼は有責に挑発された攻撃を Ingerenz (紹介者注—不作為によって危険な状態を生じさせること。不真正不作為犯の作為義務が生ずる場合の1例。Vgl. dazu Creifelds, Rechtswörterbuch, 5. Aufl., 1978, S. 1174 および山田晟著『ドイツ法律用語辞典』昭和56年, 197頁)の観点のもとで判断する。すなわち、「挑発者は、彼がその者を攻撃へと誘発するということによって、被挑発者に対して危険状態を創り出す。それとともに、彼にとっては保障義務が生ずる。彼は惹き起こした事象経過を被挑発者にとって危険でない方向へと向けなければならない。彼は穏やかな手段でもって、攻撃に対処しなければならない。」と。

さて、この Ingerenz 思想は特殊な人的関係の領域における正当防衛の制限(これについては、VII 参照)にとっては示唆に富むものであろうが、有責に挑発された攻撃の場合には妥当しない。すなわち、先ず、このような制限を正当防衛権それ自体の指導原理から獲得するのではなく、刑法13条(不作為による犯行)に依拠しようとする場合、刑罰を拡張する正当防衛の低減は行為者に不利な禁ぜられる類推解釈となるし、さらには、Ingerenz を基礎にする保障者の地位そのものが問題とされており、これを正当防衛の領域に輸入することはやはり疑念があるものとされよう。

とりわけまた、Ingerenz 思想は攻撃の挑発と適合するものではなく、そのパラレルは支持しえないのであり、さらには、マルクセンは刑法13条が正当防衛の制限の「膨張傾向」に対抗しようとしているが、この理由も理解できない。すなわち、彼は「被攻撃者は、彼の態度が違法な攻撃を惹き起こすという可能性を計算に入れたにすぎないとき、あるいは、彼が正当防衛状況の発生を全く予見し、そして回避しただけのときには」一切の正当防衛の制限を拒絶しようとしているが、しかし、このことは危険状態を過失的に招来した場合にも結果の回避へと義務付けられるところの Ingerenz から引き出されるものではないからである。

VI. ささいな攻撃

1. ささいな攻撃 (unerheblicher Angriff) の場合、正当防衛権は制限されるという点については今日、判例・学説上全く一致している。勿論、かような攻撃の場合にも正当防衛権は原則上存在するが、攻撃者の生命・身体といった重大な危険（たとえば殺害）を伴うような防衛は「要請される (geboten)」ものではなく、したがって可罰的である。このことは、両者の損害の間の「甚しい」あるいは「耐え難い」不均衡の場合に正当防衛が否定されるとされるのである。

かような場合には、法確証の利益は社会的に拘束された保護の必要性の通常程度を下回らなければならず、そこでは刑法的な予防の要求は非常に弱められた形態においてのみ承認されるということが法秩序から引き出されるのであり、また、このことはたとえば、更なる前提がなければ起訴便宜主義が妥当するところの刑訴法 153 条の犯罪行為や私訴犯罪 (Privatklagedelikte, 刑訴法 376 条, 383 条 2 項) 並びに秩序違反行為 (秩序違反法 47 条) においてもあてはまるものである。

かくして、刑訴法 153 条 1 項前段および後段との比較が示すように、もっぱら、損害の軽微性（たとえば、刑法 248 条 a の意味における）を目指すべきではない。かえって、純粋な実質的損害がより大きいものである場合でも、被攻撃者が社会的配慮を義務付けられているという効果をもって、ある攻撃はなお「ささいな」ものでありうるのであり、したがって「60 DMの保護のために——やむを得ない場合、盗人は打ち殺されて」はならないとするクライは正当なのである。それ故、この社会的配慮への義務は「迷惑防衛 (Unfugabwehr)」および純粋な軽微な領域を超えて、全軽微犯罪 (Kleinkriminalität) を捉えるものであり、かてて加えて個別事例の特殊性に依存するのである。

2. これに対して、シュミットホイザーは根本的に異った立場を主張し、たとえば「10 プェニツヒ」の万引き、もしくは取るに足りないリンゴ泥棒の阻止のためでも、やむを得ない場合打ち殺してもよいとするのである。すなわ

ち、シュミットホイザーによれば、その際「攻撃者によって危殆化された具体的な客体の救助」が問題ではなく、これは「それによって、法秩序それ自体がその経験的妥当性を社会において主張するところの手段にすぎない」のであり、また、「受け継がれてきた法秩序」はその防衛のために「攻撃者の生命の侵害をも甘受される」であろうところの「国家における最高の財」として、捉えられるからだとする。

しかし、このような見解は法確証原理を過度に強調しすぎるものであり、以下のような理由から承認しうるものではない。すなわち、先ず、攻撃が甘受されうるほどに軽微なときは正当防衛を「要請される」ものとは考えない現代の立法者の意思に明らかに反している。次に、正当にもクライは、「人間の生命の高い憲法的地位」から「重要でない攻撃の防衛のために人間の生命が犠牲とされねばならないであろうような」ときには、正当防衛を拒絶するという憲法的命令すら引き出している。最後に、権利侵害の具体的な種類に依存することなく「法の経験的妥当性」をいつも「最高の財」と考え、それを生命の価値より上に位置付けることは刑事政策的にも不当であり、これは法の確証どころかその逆となる（レンクナー）であろう。

3. 逆に、人権条約（MRK 第2条）から財物防衛のために攻撃者を殺害することはいかなる事情のもとでも許されないとする見解（ザムゾン、マルクセン）が主張されている。しかし、この人権条約の規定をめぐる長年にわたる議論は、結論においてそれは刑法典の正当防衛権にとってほとんど重要ではないとされており、結局、「被要請性」のメルクマールが妥当な解決を導くのである。

また、MRK は「意図的な殺害 (absichtliche Tötung)」のみを制限しており、未必の故意を排除するものではない。實際上意義があるのは未必的な殺人故意の場合であるが、たとえば、だれかがその行為を阻止し、もしくは盗物をもって逃走するのを阻止するために、他の手段がないということで侵入した百万マルク泥棒に射撃をなすといった場合である。かような場合、防衛者が結果を回避しようと欲しているにも拘らず、致命的な侵害の危険は排除されないの

であり、その種の態度を MRK は禁ずるものではない。それに反し、防衛者がその泥棒の頭を狙って故意に殺害するような場合は、なるほど MRK に違反するし、また刑法 32 条 2 項により「必要な」防衛でもないのであるから、MRK はドイツ法によっていずれにせよ妥当するところの同じことを述べているだけである。

次に、財物の防衛のために、「意図的殺害」が凡そ必要とされうるかどうかという問題が残っている。なるほど、「目指された射殺」の必要性は生命を救助する人間の防衛の場合には現実的な可能性があり、意図的に殺害しうるであろう。しかし、財物の防衛の場合「意図的な」殺害の権能はないと私は考えている。このことは法政策的にも正統で、ドイツ法の基本的な価値決定とも一致するものであり、したがって死刑の廃止（基本法 102 条）が認識させるように、人間の意図的殺害は直接的にさし迫った人間の生命を救助するために必要な場合以外には正当化されうるものではないからである。

VII. 保障関係の枠内における攻撃

1. ここでは、とりわけ夫婦間での攻撃の際の正当防衛に関する若干の BGH-判決（BGH, NJW 1969, 802; GA 1969, 117; NJW 1975, 62）を通じて議論がもち上がった比較的最近の事例グループが問題となる。それによれば、「同じ生活領域の敵意をもっていない者が問題となる」場合、「防衛行為の被要請性に高められた要求が設定される。とりわけ、夫婦の一方には軽傷しか懸念されない場合、確実に効果のあるひょっとすれば死ぬかもしれないような防衛手段を放棄することが期待されるのであり、そしてこのことは、正当防衛権能の社会倫理的制限に帰するものである。すなわち、防衛しようとする夫婦の一方は、防衛すれば攻撃者の重傷を惹き起こすような場合、事情が許すときには避けなければならない。また、これを回避しえない場合に、軽い攻撃に対して生命に危険な防衛手段をとってはならず、また最悪の場合でも、防衛で殺してしまう前に軽い虐待は甘受しなければならないのである。

2. この帰結は、かような場合にも法確証の利益が通常的事例と比較して著

しく低減するということで、賛同に値するのである。しかし、同じ企業やフットボールクラブに属しているということだけで正当防衛権が制限されるわけではなく、私の旧稿では要求されていたこの種の制限は余りに広きに失するものといわなければならない。

夫婦間では正当防衛が制限されるとする根拠は、彼らは刑法13条の意味における「保障者 (Granten)」として他の相手の幸福に責任があるというところにある。そのことをガイレンは、「正当化事由と保障者的義務との間の緊張関係が、正当化の平面上で一定の妥協的解決へと導いている」と定式化している。事実、防衛権と保護義務が同時に並存する場合、必然的に内在する正当防衛の限界付けに作用する。すなわち、法確証原理は保護の必要性によって低減し、そこで、被攻撃者はいずれにせよ攻撃者に対し法律上保護並びに配慮へと義務付けられているからである。もっとも、保障関係は法確証原理に対する作用という点でのみ正当防衛権を制限するだけであって、したがって、その解決の出発点は原則上他のグループと異なるものではなく、孤立化した「特殊な解決」が示めされている（ガイレン、マルクセン）わけではない。

これと同時に、法確証の利益を弱体化させる人的関係は、法治国家的にはっきりと規定される。すなわち、何らかの「結び付き」とか同じ「生活領域」への所属性といったものでは十分ではなく、その関係が刑法13条の意味における保障者地位を根拠付けるようなものでなければならない。したがって、内縁関係でもよいし、逆に、実質のない法律婚には必ずしも当てはまるわけではない。また、親と子供との間や、近親の家族の者の間でも妥当するが、しかし、まさに社会的なサークル、団体もしくは企業に所属しているといった場合には妥当しないのである（同旨、シェンケ＝シュレーダー＝レンクナー、シューマン）。

3. 正当防衛の制限の程度については、依然、よりいっそうの精密化が必要である。確かに、攻撃された夫婦の一方は生命や健康がひどく危殆化されなにかぎり、自らの負傷を犠牲にしても相手方を即座に殺害したり、重傷を負わせたりしてはならない。しかし、夫婦の一方（通常は夫）が相手方を通常つまらな

い動機から虐待する、いわゆる「結婚生活における暴力 (Gewalt in der Ehe)」といわれているような事例に対しては妥当しないのである。けだし、他の相手による人間の抑圧や品位の失墜として示されるところの習慣的に傷害を加えるような場合には、無制限の法確証を必要とするからであり、たとえば、身体的な劣性のために他の相手方の残忍な行為に広範に委ねられている者が、恒常的な虐待に対して必要な場合武器をもって対抗する権能があるだろうし、かような点については将来の判例の展開を待たねばならないであろう。

VIII. 総 括

かくして、正当防衛権のすべての社会倫理的制限は——人権条約の領域でのごくわずかの例外を除いて——刑法 32 条に基礎を置いている規制原理(保護原理および法確証原理)から直接的に引き出しうるものであり、そして、解釈の方法において刑法 32 条 1 項の意味における「要請され (gboten)」ない防衛行為として資格付けられるということが明らかとなる。特別の事例グループに対する特殊な構成 (たとえば、*actio illicita in causa* とか *Ingerenzlehre*)、もしくは個々の正当化の前提 (たとえば、「攻撃」もしくは攻撃の「違法性」) の新解釈は必要ではない。われわれはかようにして、多様な生活状況の特殊な事実を顧慮しながらも規範的統一を保持しているところの明確で、目的論的にも納得のゆく、かつ法律から根拠付けうる正当防衛権の体系を獲得するのである。この方法で、外見上はかくも「分裂した」(マルクセン)「学問的論争の渦中」(マウラッハ=ツィップ)に陥った、そして「解体」(ハッセマー)に瀕した現代的な正当防衛権が、きわめて明確な輪郭を保持するのであり、それは今日、まさに、学説並びに実務において広いコンセンサスを享受しうる解決を提供するものなのである。