

## 〈紹介〉

# フォルカー・クライ『財物の防衛の際における正当防衛権の制限について』

振 津 隆 行

## は し が き

正当防衛の制限の問題、とりわけ財物防衛をいかなる限度で制限すべきかは1つの困難な問題領域を形成する。この点について、現行刑法第36条第1項に規定する「已ムコトヲ得サルニ出テタル行為」との関連で、例えば大審院時代の判例では、わずか豆腐数丁の財産的利益を防衛するため人命を害するがごときは、仮に急迫不正の侵害に対する防衛行為であるとしても、その程度を超えたものである(大判昭3・6・19新聞2891・14)とされ、この「已ムコトヲ得サル」の解釈として、防衛行為の必要性のみならず、相当性の要求をも引き出そうとするのが現在の通説・判例の立場であるといつてよい。そこで、この点を明確にするために、わが国でも防衛行為の「相当性」を明文で立法化しようとする動きも従来から存したわけであるが(昭和2年刑法改正予備草案第21条、昭和15年改正刑法仮案第18条、それに対し戦後の昭和36年改正刑法準備草案第13条や昭和49年改正刑法草案第14条では現行刑法の立場を継承している)、依然として学説上も異見が対立し、未だに一致をみていないところであり、また、かような状況は諸外国、例えばドイツ等においても異なるものではない\*。そして、殊に近時、例えば責任無能力者(児童や精神病者等)の攻撃、自招的ないし

原稿受領日 1981年3月26日

\* かような立法をめぐるわが国並びに諸外国の状況については、内藤『刑法改正と犯罪論(下)』(昭和51年)570頁以下、曾根『刑法における正当化の理論』(昭和55年)45頁以下。なお、米田『緊急避難における相当性の研究』(司法研究報告書第19輯第2号・昭和42年)51頁以下等参照。

挑発による攻撃、忍受を期待しうるほどに微々たる攻撃等<sup>\*\*</sup>に対して諸種の観点から正当防衛を制限しようとする傾向がみられ、これをいかなる場合に、いかなる程度で、いかなる根拠をもって制限すべきかは、重大な論争の対象となっているのである。しかも、今日のように複雑かつ高度に大量化された機械文明社会においては、例えば生活騒音、汚染などの各種の公害問題、交通事故等にみられるごとく日常生活そのものが不正侵害の脅威の氾濫であるといっても過言ではなく、このような現代社会を反映して、正当防衛論そのものも極めて流動的な展開を辿りつつあり、従ってまた、正当防衛の制限に関しても上述のごとく多様な問題が出現しているのが現状である。にも拘らず、わが国においては従来これをめぐる議論は、必ずしも十分に展開されてきたものとはいえないであろう。このような状況下にあつて、いわば伝統的な制限類型に属する「財物防衛」における正当防衛権の制限という観点から、包括的かつ総合的な理論的検討を試みたトリエー大学教授クライの論文「財物防衛の際における正当防衛権の制限について」(Volker Krey, Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern, in JZ., 1979, S. 702ff.)は、わが国における当該問題の議論のためにも好個の参考文献として裨益するものであると思料されるので、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、順次紹介してみよう(以下の若干の脚注は、参考のために筆者が付加したものである)。

.....

\*\* オットーによれば、正当防衛権の限界が特に問題となる事例グループとして以下の6つのもの、即ち、①子供、精神病者もしくはその他の責任の無い行為者の攻撃、②無意識的過失的に行為する行為者もしくは責任を非難されない人間による法益の脅威、③挑発されもしくは「負責される」(verschuldet)攻撃、④防衛される法益と侵害される法益との間に重大な不均衡のある諸事例、⑤いわゆる迷惑防衛(Unfugabwehr)、⑥特別の社会関係における正当防衛、を挙げている(H. Otto, Rechtsverteidigung und Rechtsmißbrauch im Strafrecht, in Würtenerberger-Fest., 1977, S. 140ff.)

\*\*\* 例えば、正当防衛及びその制限をめぐる現代的意義については、米田「正当防衛と反撃回避義務」(『平場遷曆・現代の刑事法学(上)』・昭和52年)203頁以下等参照。

## 序

今世紀における正当防衛権の歴史は、その制限の歴史である——そして、それは法律によるのではなく、判例及び学説によるものである。即ち、正当防衛の法律上の定義(刑法典第32条2項)によれば、必要性(Erforderlichkeit)のメルクマールが正当防衛の唯一の制限である。つまり、このメルクマールは、防衛行為が一方では攻撃の回避のために適しているということ、かつ他方で最も穏やかな防衛であらねばならないということ以上のことを意味するものではない。しかし、判例及び学説はこれを超えて正当防衛権の更に前進した(「社会倫理的な」)諸限定を設定し、正当防衛権の権能がますます広範に制限されているのが現状である。かような限定は、とりわけ以下のような観点のもとでなされてきている。即ち、(1)正当防衛の挑発、(2)関与する法益間の甚しい不均衡、(3)攻撃者と被攻撃者との間の密接な人間関係の存在、(4)(例えば、子供あるいは精神病者の攻撃の際の)攻撃者の態度の無責任、(5)いわゆる「迷惑防衛」(Unfugabwehr)。

その種の「社会倫理的」な広範囲にわたる制限を許容する正当防衛から、以下において——防衛の「必要性」という制限を超えて——財物の防衛の際における正当防衛権の限界付けの問題が取り扱われる。従って、本稿では、(Aのもとで)理論史的概観をもって始め、それから以下の問題領域を論ずる。即ち(Bのもとで)財物の防衛についてのMRK(人権及び基本的自由の保護に関する条約、ヨーロッパ人権条約)第2条の意義、続いて(Cのもとで)これに依拠することなく、判例及び学説において展開されている財物の保護についての正当防衛の限界を叙述し、その次に(Dのもとで)判例及び学説により、刑法第32条2項の語義の外部で正当防衛権の制限のための基本法第103条2項の意義を検討し、そして最後に(Eのもとで)自己の立場の説明をもって終ることとする。

## A. 理論史的概観

### I. ローマ法

1. 十二銅表法によれば、現行犯で捕えられた夜盗を殺すことは許されていたが、しかしこれは公然と大声で宣言されねばならなかった。また、盗人自ら武器を用いて防衛する場合には、日のあるうちに捕えられた盗人を打ち殺してもよかったが、この場合にも大声をもって宣言する必要がある<sup>(1)</sup>。モムゼンはこの規定を正当防衛思想に基づくものだと考えている。このような見解に対し、ハースは夜盗の殺害権は古代の法原理の表現にすぎないものであり、現行犯人を原則的に殺してもよかったのだとする。そこで筆者には、この十二銅表法の規定は生命の危険に対する自己防衛の原則並びに現行犯人の殺害という復讐思想に由来する古代の法とが不可分的に一体化したものではないかと思われるとする。即ち、夜盗とか武装した盗人の諸事例、つまり身体及び生命に対する具体的あるいは抽象的危険のある場合の現行犯で捕えられた盗人に殺害を制限しているという点で、その殺害権は正当防衛権に基づいていたのだというかぎりでもムゼンに同意してよいであろうが、しかし他方で、大声で盗人の殺害を宣言すべしという要件は現行犯人の殺害の手續に還元しうるものでもあるからである。

十二銅表法はただ夜盗並びに武装した盗人の殺害のみを許容しただけなので、その殺害権は精々間接的に単なる財物の防衛のために許されたにすぎない。それに対して、十二銅表法は正当防衛権が日のあるうちに捕えられた、武装もせず抵抗もなしに盗物を持ち去る盗人に対して存在するのかどうか（そしていかなる程度でそうか）という問題については規定していないので、そのかぎりでは、今日最早十分には答えられないのである。

---

(1) 前者の夜盗の場合は十二銅表法第12条、後者の武装した盗人の場合は第13条にそれぞれ規定されている。十二銅表法の条文については、佐藤『LEX XII TABULARUM—12表法原文、邦訳および解説—』(昭和44年)163頁以下。なお、これらについては、曾根『刑法における正当化の理論』（昭和55年）4頁以下、村井「過剰防衛の歴史的展開(一)」(『一橋論叢』61巻6号)44頁以下、及び津田「正当防衛の歴史的展開(一)」(『経済と法』9号)123頁以下等をも参照。

2. キケロはミロの弁明の中で正当防衛権を「生まれながらの権利」としていわば「自然法」たらしめたのだが、彼は（身体及び）生命の救助のための防衛しか取り扱っていないので、われわれのテーマにとっては無益である。

3. ディゲスタにおいては、正当防衛の問題は様々の箇所ですべて述べられている。Dig.1,1,3は「力」(Gewalt)及び「不法」に対する防衛を扱っているが、しかし、そこでは身体の保護のための正当防衛のみが挙げられている。

Dig.9,2,45,4及びDig.43,16,1,27は力に対しては力をもって防衛することは許されよう(vim vi repellere licet)という有名な公式をもたらしめている。ここでは一般的な正当防衛権が制定されているようにみえるが、しかし「力」(vis)という概念が一切の現在の違法な攻撃を把捉するのかどうか、かくしてまた、単なる財物に対して武装していない盗人のそれを把捉するのどうかは問題である。というのも、そこで挙げられている例は、生命もしくは身体に対する攻撃だけだからである。

Dig.43,16,3,9も、武器をもってやって来た者を、武器をもって撃退する権利のみを挙げている。

Dig.9,2,5によれば、生命の危険に対する虞れから盗人を殺害した者は刑を免除された。

それに対し、いかなる程度で財物防衛のための正当防衛が許容されたのか、例えば、そうでなければ盗物をもって逃走する盗人は、槍投げもしくは石投げをもって射殺されてよいのかどうかということはディゲスタからは引き出されないのである。しかし、ディゲスタは復讐から、もしくは現行犯の観点のもとでの盗人の殺害は最早許されるべきものでなかったということだけは、十分明確にしているのである。

## II. 中世の法

1. ゲルマン法においては血讐(Blutrache)及びフェーデというその特色ある法制度、並びに現行犯で捕えられた行為者を打ち殺すという権利の故に、正当防衛権の発展に対する要求は何ら存しなかったとしてよいであろう。

それに対し、中世では国家権力が血讐やフェーデ、また、とりわけ現行犯人の殺害権を駆逐する努力が重ねられた。そして、このような私的司法（*privatjustiz*）の代わりに国家の裁判手続が入り込み、このことのために、とりわけラント平和（*Landfriede*）が奉仕した。即ち、ラント平和運動が12世紀の初頭に起こり、そしてマクシミリアンの「永久ラント平和令」（1495年）をもって終結した。このラント平和の関心事についての好適な例を、「マインツのラント平和令」（1235年）の第5条が示している。

尤も、復讐ないしフェーデによる私的司法に対する裁判所の法貫徹の優位は、正当防衛を留保するという形で制限されている。即ち、フェーデ、復讐及び現行犯人の殺害権の駆逐は、正当防衛権の承認に対する要求を創り出すことになった。そこで、例えば有名なザクセンシュピーゲルの第2巻14条<sup>(2)</sup>においては、ある人が緊急やむをえない事由により他人を死に致らしめた場合に、のちに裁判所に出頭して手続を経ることによって処罰されないことを示している。勿論、この規定は殺害を声明することを義務付けることが特色となっている現行犯人の殺害権の思想を強く残存させており、この点で現代的な正当防衛権の形成に対立したものであることがわかるのである。

2. 中世の正当防衛規定は、Eb.シュミットの適切な評価によれば、「無原則な途方にくれる形象」を示している。即ち、一方で上述のザクセンシュピーゲルの規定によって今日とは異種の証拠原則により制限されており、他方で一般的な正当防衛権は全く何ら承認されていないのであり、むしろ許容される正当防衛は原則上、生命及び身体の防衛のために攻撃者を殺害した場合にしか考慮されていない。しかし、また、上述のマインツのラント平和令では、既に財産の防衛を許容したりもしている。

以上のごとく、財物の正当防衛のための権能がどの程度まで及ぶのか、つま

---

(2) ザクセンシュピーゲルの条文の邦訳については、久保＝石川＝直居訳『ザクセンシュピーゲル・ラント法』（昭和52年）154頁以下。なお、これについては、曾根・前掲書・22頁以下、村井・前掲論文・59頁以下、及び津田「正当防衛の歴史的展開（二）」（『経済と法』11号）67頁以下等をも参照。

り、そうでなければ盗物をもって逃走する盗人を、例えば槍投げで殺してよいというところにまで達するのかどうかは原典からは引き出されない。

### Ⅲ. カロリナ刑法典 (CCC)

1. 殊に15・16世紀におけるローマ法の継受は、刑法においてはその頂点を1532年のCCCに見出した。その際、この刑法継受の対象は古典的ローマ刑法ではなく、注釈学派(12から13世紀中葉まで)及び後期注釈学派(13世紀中葉から15世紀初頭まで)のイタリア法学派による刑法であった。これは1507年のバンベルグ刑事裁判令に継受され、これに基づき更にCCCに踏襲されたのである。

2. CCC<sup>(3)</sup>は正当防衛に関する諸規定を今日のように総則においてではなく殺人罪に関する章の中に(例えば第139条, 140条)含んでおり、これらの規定からCCCは正当防衛を自らの身体及び生命の救助のための攻撃者の殺害の事例としてのみ考えているのであり、それに対して、自らの財産の防衛は何ら考慮されていない。

3. にも拘らず、CCCの第150条は「行為者が免責せられて、しかも正規の方法によりて審理せらるる若干の殺人を、一般的に、以下に叙述す」という表題のもとで、とりわけ以下のものが挙げられている。即ち、行為者の妻または娘となした姦通のかどでする他人の殺害(150条1項)、責任無能力者(精神病者)による殺人、並びに他人の身体、生命もしくは財産を防衛するための攻撃者の殺害(150条2項)。

かくして、CCCは正当防衛規定以外に150条2項で緊急救助(Nothilfe)を規定しており、これは——自らの法益の防衛の場合と異なり——財産の保護にも奉仕しうるものである。

尤も、一方で139条, 140条の正当防衛規定と、150条2項における緊急救助

---

(3) CCCの条文の邦訳については、塙訳「カルル五世刑事裁判令(カロリナ)」(神戸法学会雑誌18巻2号)・210頁以下。なお、これについては、曾根・前掲書・28頁以下、津田・前掲論文・87頁以下をも参照。

規定との間の明白な不一致は奇妙な感じがするが、それに対する納得のゆく説明は原典からは十分引き出されうるものではない。

a) C C Cは150条で他人の物の保護のための攻撃者の殺害を許容したのだから、当然自己の財物の保護のための殺害は許していたのだとするベーマーのテーゼは正当であるのか？ 150条は緊急救助を直ちに許容しているのではなく、ただ（法に精通せる人々の助言に従って）処罰されないものと説明している点だが、これに対する反論となろう。更には、財物の保護のための正当防衛における殺人は、C C Cの公布後普通法の文献で大いに問題視されたということも、このテーゼに反論するものとなろう。

b) あるいは逆に、C C Cは生命及び身体の防衛に正当防衛を限定することによって、自己の財産の救助のための殺害を常に可罰的なものだとしていたと主張するなら、150条2項に対する耐え難い評価の矛盾が生ずるのであろう。

c) もしくは、C C Cの起草者達が、意識的にこの微妙な問題の解明を将来の法学上の努力に委ねるために、財物防衛の際の殺害の問題の規定を放棄したと考えるべきなのか？この点については、例えば、150条2項はこれに反対するものではない。

以上のように、結論的には、C C Cは緊急の場合に財物の防衛のために攻撃者を殺害してよいのか、及びいかなる程度でそうかという問題を明らかにしていないのである。

#### IV. 普通刑法学

C C Cの発布後に、普通刑法学の時代が始まった。この時期は、18世紀末頃まで続いたのである。

1. ベネディクト・カルプツォフ（1595—1666年）に至るまで続く第1期においては、財物の防衛のための正当防衛をほとんど一致して拒絶していたが、緊急の場合そうでなければ盗物をもって逃げる盗人の殺害をも許容した。

正当防衛は依然として刑法の総則において取り扱われず、殺人罪の中で取り扱われており、そのことは、正当防衛権が本質的に許容される殺人の事例とし



てのみ考慮されたということを示したのである。即ち、原則上、身体及び生命（並びに「貞操」）に対する攻撃の場合にのみ許されたのである。そして、この財物・正当防衛での殺害を明白に拒絶する根拠は、最も高価な財物といえども人間の生命よりも高価なことはないという比例性の思想の中にしばしば見出されたのである。

2. 「ドイツ刑法学の創始者」であるベネディクト・カルプツォフは、なるほど、正当防衛の問題を殺人罪に位置付けることを固持したが、しかし、彼は正当防衛の可能な法益を財物にまで拡張し、その際、彼は原則上自己の財産のために攻撃者を殺害することを許容した。しかし、彼にあっても、盗品の価値の低い場合はこの例外としたのである。また、彼はこの例外を除いて、比例性の観点を引き合いに出すことを誤りだとした。

3. カルプツォフの莫大な影響下で、例えばJ.S.Fr.ベーマーも、18世紀後半において財物の防衛のために緊急の場合の殺害を許容されるとしたのであるが、彼もカルプツォフ同様、価値の低い場合はその例外とした。

4. 実際上、正当防衛のできる法益の領域の中に財物を編入することで、刑法の総則の一部としての一般的正当防衛権の方向への決定的な一歩がなされたのである。しかし、決定的な更なる歩みは殺人罪から正当防衛権を解放すること、これを総則の中に位置付けるということであったが、この歩みは普通法学の最後の時期になって初めてなされたのである。

## V. 1794年のプロイセン一般ラント法（ALR）

ALRは第II部20章において一種の総則を含んでいるが、正当防衛権は入れられていなかった。しかし第9節において、個々人に対する犯罪行為の前に、第517条以下（517～522条）<sup>(4)</sup>において正当防衛が規定されており、これによって殺人罪との結合が解消され、あらゆる法益の保護に奉仕するのであるが、ただ、比例性の思想によって限定されている。このALR第519条は必要性のメル

(4) ALRの当該条文等については、曾根・前掲書・36頁以下参照。

クマールを挙げているが、これに補足して第 520 条で比例性の原理が制定されている。このことは、財物防衛の場合、脅威されている損害が回復しえない（*unersetzlich*）（522条）ものでないなら、攻撃者の生命に危険な傷害は違法であるというところで具体化されている。この財物の防衛の場合の正当防衛権の制限は、確かに国家的権力独占の固執とあらゆる私的な自救行為を疑問視する絶対主義的国家思想の表現として解釈してよい。それ故、市民・国家の関係の自由主義的理解の成立により、このように狭少な正当防衛概念が放棄されることが期待されたのである。

## VI. 1813年のバイエルン刑法典

A L R が啓蒙絶対主義の精神によって刻印付けられていたのに対して、1813年のバイエルン刑法典——それは、本質的に P. J. A. v. フォイエルバッハ（1775—1833年）に帰するところの——は立憲主義と、19世紀を支配した自由主義によって影響を及ぼされたのである。従って、バイエルン刑法典の正当防衛規定（第 125条以下）<sup>(5)</sup> は防衛の必要性によってのみ制限され、補足的な均衡性のメルクマールによって制限されるものではなかった。即ち、財物もまた正当防衛のなしうるものとされ、その場合、緊急の場合には A L R のような限定なしに攻撃者の殺害すら許容されることとなったのである。

## VII. 1851年のプロイセン刑法典

<sup>(6)</sup>  
この刑法典は正当防衛を第 41 条に規定しており、これは実際上変わらないままに 1871 年のドイツ帝国刑法典に継承されたものであるが、この起草者の意思によれば以下の 2 つのことが明らかとなる。即ち、先ず、あらゆる法益、従ってまた、財物の正当防衛の能力。第 2 に、比例性の観点による正当防衛権の一切の制限の放棄。従って、「わずかの、回復可能な財」の防衛のためであって

(5) バイエルン刑法典の当該条文の訳としては、中川訳「1813年のバイエルン刑法典（一）」（龍谷法学 2 巻 2・3・4 号）135頁以下。なお、これについては、曾根・前掲書・40頁以下等参照。

(6) プロイセン刑法典の当該条文等については、曾根・前掲書・43頁以下等参照。

も、必要であるかぎり「極端な手段」、つまり生命に危険な手段を取ってもよいであろう。

かようにして、「ALRのそれよりもより自由主義的な観点から」断固たる正当防衛権が創設され、そして、ヘーゲル主義者の法思想に基づく厳格な正当防衛原理、即ち「正は不正に譲歩する必要はない」（ベルナー）が実現されたのである。

## Ⅷ. 1871年のドイツ帝国刑法典

この刑法典第53条1項及び2項における正当防衛規定は1974年末に至るまで有効であり、1975年1月1日に実際上一致する新刑法典第32条によって取り換えられたものである。<sup>(7)</sup>

この53条はプロイセン刑法41条と同様、単なる財物の保護の場合にも補足的に均衡性の原理によって制限されることなく、必要性のメルクマールによってのみ制限される厳格な正当防衛権を承認するものであるとされた。いずれにせよ、53条のこの解釈は第三帝国に至るまで支配的であり、このことは1920年9月20日のライヒ裁判所の判決（RGSt.55, 82ff.）に如実に示めされているのである。本件は、被告人が彼の果樹園から果物をくすねた2人の盗人に向けて散弾銃で射ち、その際、2人のうちのひとりが重傷を負ったというものであるがライヒ裁判所はかような場合でも、正当防衛権は比例性の原理によって制限されないものだとしたのである。

尤も、このような極端な正当防衛権の構想に対して批判がなされ、ワイマール共和国や第三帝国の時代にも法律改正による制限の動きがあったが実現しなかった。にも拘らず、ここから以下のことが明らかとなる。即ち、財物の防衛の際の正当防衛権の拡張の数世紀にもわたる発展は1871年の帝国刑法典においてその頂点に達し、ライヒ裁判所のかの判決の中にその完結をみたのであるが今や、それに対向する傾向が生じたのである。その後、それは第二次大戦後にとうとう普及するに至ったのであり、これについては以下で（B及びCのもと

(7) ドイツ帝国刑法典並びに新刑法典の当該条文については、内藤『刑法改正と犯罪論（下）』（昭和51年）591頁以下、曾根・前掲書・67頁以下等参照。

で) 示めされるのである。

## B. 財物の防衛についてのMRK (人権及び基本的 自由の保護に関する条約、ヨーロッパ人権条約) 第2条の意義

MRK 第2条1項後段並びに2項<sup>(8)</sup>aから、今や、多くの者(バウマン、マウンツ＝デュリッヒ等、ザムゾン、H.シュレーダー)によって、単なる財物の保護のための攻撃者の殺害は本条により禁ぜられ、そしてこの禁止は正当防衛規定(旧刑法典第53条、新刑法典第32条)に先行するものであるということ、財物の防衛における正当防衛権の制限が引き出されている。

尤も、この見解は通説(ボッケルマン、グラーツェ、レンクナー、マウラッハ＝ツイップ)によって正当にも拒絶されており、この点は以下で明らかとされよう。

## I. MRKとその他の連邦法との間の序列関係について

財物の防衛について、刑法典第32条の適用領域はMRK第2条によって限定されると考える者は前者に対する後者の優位から出発するのであるが、これについては疑問がある。

1. 先ず、MRKは刑法典のような単なる連邦法よりも高い地位を占めているとするテーゼ(とりわけ、エヘターヘルター、グラーツェ)が主張されているが、これは納得の行くものではない。

a) 先ず、それは基本法第25条に依拠されるものではない。けだし、「格段

(8) MRK 第2条は以下のように規定している。

「(1)すべての人の生命に対する権利は法によって保護される。死刑をもって……宣告する判決の場合を除いては、……意図的な殺害(absichtliche Tötung) がなされてはならない。

(2)生命の剝奪は、それが次の目的のために絶対に必要な、力の行使の結果であるときは、本条に違反したものとみなされない。

a) 不法な暴力から人を守る(Verteidigung eines Menschen gegenüber rechtswidriger Gewaltanwendung) ため

b) 適法な逮捕を行ない、または、……逃亡を防ぐため

c) ……反乱を……鎮圧するため」なお、これについては、田畑・高畑編『基本条約資料集(増補訂正版)』(昭和54年)72頁等をも参照。

に多数の諸国家によって承認される」(BVerfG) ときにも「国際法の一般原則」といえるのだから、MRKの規定はこの地位をもつものではない。また、「約束は遵守せらるべし」(pacta sunt servanda)の原則も、この点を変更するものではない。

b) 第2に、基本法第1条2項からMRKの優位を引き出そうとする主張(エヘターヘルター)もあるが、これも認められない。けだし、この規定も基本法のカタログについての一の前文として理解すべきだからである。

c) むしろ、MRKは単なる連邦法の地位をもつにすぎない。——しかし、以下の2点において特別の意義が付加される。

aa) 立法者は、MRKに矛盾するいかなる法律も発布しないように拘束される。

bb) 裁判官は、解釈の限界の枠内で「MRKに一致する解釈」が命ぜられよう。——

2. 正当防衛権に対してMRK第2条が優先するという主張は、1975年1月1日の新刑法典第32条の施行以来、「新法は旧法に優先する」(lex posterior derogat legi priori)の原則に依拠されない。

3. 最後に、「特別法は一般法に優先する」(lex specialis derogat legi generali)の原則にも依拠されない。けだし、MRK第2条は当該問題の特別規定ではないのであり、ただ、これは高権的権能の制限に該当し、国家機関による危険防除(Gefahrenabwehr)の限界に当てはまるのである(これについては、II以下)。

## II. 国家の危険防除の限界としての第2条1項後段並びに2項a

MRK第2条は正に国家の国民に対する関係に該当し、国民相互間の権利、とりわけ正当防衛権に当てはまらないとするのが今日の支配的見解である。これに従うべきである。

1. MRKの起草者の意図によれば、ヨーロッパ加盟国領域内で「人権及び

基本的自由」の共通のカタログを確定することであり、それ故、2条以下の規定は国家権力に対する制限を根拠付けるのであって、国民の権利、とりわけ、その正当防衛権の制限を引き出すことはMRK第2条の意義と目的に背反する。

2. 更に、本規定の体系的地位もこのことに賛同する。MRK2条1項は生存権を制定しており、かつ当該規定の「意図的な」殺害の禁止という例外から、正に高権的行為 (*hoheitliches Handeln*) が該当するのである。

3. 従って、本規定の意義は国家機関による危険防除に限定されるのである。

### Ⅲ. MRK第2条の意味における「意図的」(*absichtlich*) 殺害という概念について

MRK第2条は、「意図的殺害」が決して刑法典第32条の意味における「必要な」ものでありえないということで、将に正当防衛権を制限しようものではないという主張もしばしばなされている(レンクナー、類似のものとして、ブライ、イエ・シュック)。

しかし、「意図」(*Absicht*)のもとで未必の故意 (*dolus eventualis*)を排除して、直接的故意(*dolus directus*)のみを理解する場合でも、この見解には異論を唱えるべきである。即ち、極端な状況下にあっては攻撃者を直接的故意をもってなす殺害も、大いに必要な(*erforderlich*)正当防衛行為たりうるからである。従って、刑法32条は、MRK2条によって制限されないというテーゼを、「意図的殺害」から引き出すことは困難である。

### Ⅳ. 「不法な暴力から人を守ること」と財物・防衛

ほんの稀には、「不法な暴力から人を守ること」(MRK2条2項a)から財物・防衛の制限を排除しようとする主張(ランゲ等)もあるが、この規定は強盗を把握するだろうが、単なる窃盗まで含むものではないのでこれにも従えない。

### Ⅴ. 総括

MRK第2条は国民の正当防衛権に触れておらず、ただ、国家機関の危険防

除を制限しているだけである。

### C. 財物の防衛の際における正当防衛のその他の制限の問題に関する判例及び学説

刑法典第32条2項は必要性という1つの制限しか設定していない。従って、あまり価値のない財物の防衛の場合でも、必要であるかぎり攻撃者の生命を奪うことも許されることになる。この今世紀の20年代に支配的であったこのような厳格な正当防衛の理解は、今日もたまたに、例えばクラッチュによって主張されている。つまり、彼によれば刑法32条2項の条文を超えて「社会倫理的観点」のもとで正当防衛権を制限することは、類推解釈の禁止（基本法130条2項）に違反するのでこのような例外を認めることはできないとする。

それに対して、今日、判例・学説では様々の根拠からではあるが、正当防衛権にその必要性の限界付けを超えて、補足的に限界を設定しようとする考え方が支配的である。

#### I. 「違法な攻撃」というメルクマールの厳格な解釈による正当防衛の制限

シュミットホイザーによれば、刑法32条の意味における攻撃は「法秩序の経験的妥当性」を不確実にするような攻撃であって、例えば子供や精神病者の行為はかような妥当性攻撃を欠く。しかし、利益衡量といったものは一切考慮しないので、軽微な窃盗の場合にも必要であるかぎり生命に危険な正当防衛も許されることになる。

また、ハースもシュミットホイザーとともに「違法な攻撃」のメルクマールの「厳格な解釈」を支持し、攻撃者の責任（Verschulden）を要求するのであるが、彼の場合「攻撃によって脅威されている利益が極めて軽微な場合」は、「攻撃」たることを認めないのである。

#### II. 正当防衛の「被要請性（Gebotenheit）」（刑法典第32条1項）というメルクマールによる正当防衛権の制限

普及している学説（バウマン、コウラキス、ドレーアー＝トレンドレ、ヒムメルライヒ、コールラウシュ＝ランゲ、ラックナー）によれば、このメルクマールは刑法32条2項の意味における「必要性」（Erforderlichkeit）と同じではなく、むしろ、それは構成要件的な連結点として正当防衛の必要的な「社会倫理的制限」に役立つものである。即ち、攻撃された法益と防衛によって侵害される攻撃者の法益との間の甚しい不均衡の場合の財物・防衛は、「要請される」（geboten）ものではないであろう。

### Ⅲ．正当防衛権の基本思想を引き合いに出してする正当防衛権の制限

周知のごとく、正当防衛は累積的に個人法的成分（個々人の法益の防衛）と社会法的成分（法秩序の確証）とに基づいている。この基本思想から、多くの者（イエシェック、クラウゼ、オットー）は正当防衛権の制限を引き出すのである。即ち、自己保護の利益と法の確証の利益は、殊に財物・防衛の際の軽微な攻撃の場合に極度に低減し、それ故、攻撃者の重大な毀損を代償とする防衛は許されない。このような「甚しい不均衡」の場合、刑法典第32条は関与しない。

### Ⅳ．正当防衛の制限としての権利濫用の視点

今まで記述した考え方は、刑法典第32条の条文もしくはその根拠から引き出すものとするものであるが、他方で一般的な法原則、例えば権利濫用の思想に依る考え方もある。即ち、一切の権利と同様、正当防衛権も権利濫用の禁止によって制限される（BayObLG, ボッケルマン、ロクシン、シャフシュタイン）のであり、上述の「耐え難い不均衡」の場合はそうである（BayObLG, ボッケルマン、シャフシュタイン等）とされるのである。

### Ⅴ．正当防衛の限定としての比例性の原理

刑法典第32条は防衛される法益が正当防衛行為によって侵害される法益を凌駕するものであるということを要求していないのであって、そのかぎり利益



衡量の原則は重要ではないといえよう。しかし、利益衡量の視点は正当防衛においては消極的観点において、即ち、正当防衛行為によって引き起こされた損害はそれによって防御される損害に対して全く釣り合いのとれないものであってはならないという意味で重要であるとされ、かような消極的意味において比例性の原理は許容される正当防衛の制限となろう。その根拠付けについては、以下のように様々のものがある。

1. 公法に依拠するもの。周知のごとく、警察法の危険防除は比例性の原理によって制限されている。若干の論者（シュヴェーベ、類似のものとして、シュトラテングェルト）は、今や、国民は正当防衛の行使に際して警官の危険防除以上の権利をもつべきものではないと考え、それ故、正当防衛権も比例性の原理により制限されるとする。

2. 一般的な、全法秩序を支配する法原則としての比例性の原理。比例性の原理は単に公法のみならず、「全法秩序をくまなく支配している」のであり、それ故、正当防衛権にも妥当するとする見解（ロクシン、Ch. シュレーダー、ズッペルト）がある。

3. 民法典第228条（緊急避難）に依拠するもの。稀には、不均衡の視点による正当防衛権の制限が民法228条によって支えられている（OLG Stuttgart, プライゼンダント, H. シュレーダー）。

4. あらゆる正当化事由の指導原理としての利益衡量の原則。レンクナーは全ての正当化事由は1つの基本思想に基づき、そしてなるほど「優越的利益」の原則に基づくものだとするテーゼを主張し、このことは正当防衛に対しても妥当する。尤も、正当防衛の場合は防衛される法益の厳格な優越は要求されるものではないが、その不均衡の甚しい場合には正当防衛の制限としての利益衡量の原理が介入するであろうとする。

## Ⅵ. 「甚しい不均衡」の公式による財物の防衛の際における正当防衛権の制限

総括的には、以下のことが述べられよう。即ち、今日の通説は正当防衛を財

物の防衛の場合、必要性による限界付けを超えて制限しており、そして更に、比例性の観点のもとでそうしているのである。この正当防衛の限界付けのための根拠が、例えば「被要請性」、「正当防衛の濫用」、「刑法典第32条の基本思想」等のごとく相違するものであるとしても、結論的には正当防衛権は関与する法益間の「甚しい不均衡」の場合は許されないとする同一の公式が引き出されているのである。そして、戦後期において、以前追放されたこの均衡性の原理が再び判例・学説により受け入れられ、特に価値の低い財物に対する軽微な攻撃の場合、生命に危険な正当防衛の行使は許容されないものとして解されているのである（イエ・シェック、クラウゼ、レンクナー、オットー、シュヴァーベ、シャフシュタイン）。

#### D. 判例及び学説による正当防衛権の制限のための基本 法第103条2項の意義について

しばしば、類推解釈の禁止（基本法103条2項）が刑法典第32条の解釈を限界付けるという見解（とりわけクラッチュ）が主張されている。これによれば判例・学説におけるその語義に対立するこの許容命題の規範領域の制限は、類推解釈の禁止に違反するものだとされるのである。

それに対して、ロクシンは類推解釈の禁止は許容命題の制限にも関係するのだが、「正当化事由のダイナミックは、事物の本性によれば罪刑法定主義の施緩を携行する」ものであって、ただ「刑事政策的に動機付けられた考慮によって法律上の規制原理を超えて解釈すること」、即ち「立法者の標準」を無視することだけが許されないものだとする。

それに対して異論を唱えるべきである。私は、類推解釈の禁止は総則にも妥当するが、それは規制素材（Regelungsmaterie）の領域（例えば共同正犯、共犯及び未遂）において妥当するが、それに対し、「本来の刑法的素材」ではない正当化事由には妥当しないので、刑法32条とは無関係であると考えられる。

## E. 自己の立場について

AからCまでの論述から、単なる財物の攻撃の場合に、必要であるかぎり正当防衛で攻撃者を殺害してよいのかどうかは極めて異論のあるものであることが示めされた。つまり、19世紀に至るまでの普通法学の時代には、比例性の観点によって極めて制限されたが、その後1851年のプロイセン刑法典や1871年の帝国刑法典ではこの制限を撃退しようとした。その後、今日では再び、正当防衛権の制限として均衡性の思想が普及してきている。このような紆余曲折の推移は驚くべきものではない。即ち、財物の救助のために人の生命を犠牲にしてよいのかどうか（及びいかなる程度でそうか）、もしくは逆に、緊急の場合に攻撃者の生命を危殆化しないために、財物の喪失を甘受しなければならないのかどうかという問題は、世界観的な及び政策的な基本観念の指示器であり、これが「複数的」になればなるほど、その解答もますます異論のあるものとなる。それ故、以下では可能なかぎり実体に即した、体系一致の、そして許容する解決を提案することが正に肝要なのである。

## I. 刑事政策的考慮

生命を危殆化する財物・正当防衛が許されるかどうかという問題については以下の3つの刑事政策的立場が考えられうる。

1. 攻撃者の生命を奪うような正当防衛行為は決して許されない。というのも、人間の生命は絶対的な優位をもつからである。
2. 正当防衛権は単なる財物防衛の場合であっても、「正は不正に譲歩する必要はない」という原則に従い、必要であるかぎり、攻撃者は軽微な攻撃であっても殺されてよいという意味において、無制限に存在する。
3. 均衡性の思想によって攻撃の重さを目指す中間的立場を取るもの。これについては、以下のような変種が考えられうる。
  - a) 生命に危険な財物の正当防衛は、例外的にのみ、即ち、「回復しえない」(unersetzlich) 財物にあってのみ許容される。

b) 財物の防衛のための殺害権は、「軽微な攻撃」にあつてのみ欠落する。

c) 「回復しえない」ないしは「軽微な」財物といったこの種の両極端の代りに、ある種の間段階、即ち「重大な攻撃」(erheblicher Angriff)を引き合いに出すもの。

4. 1及び2で挙げられた両極端をなす見解は、いずれも極端に過ぎて刑事政策的に維持しがたく、それ故刑事政策的観点からは中間的立場、しかもその最後のもの(3c)が妥当と考えられる。即ち、個別事例の諸状況の考慮のもとで所有者の利益並びに法秩序の確証の観点を顧慮して、「重大な」(erheblich)ものとして考えられるところの財物に対する攻撃が存在するかどうかが決定的なものであると考えられる。勿論、この観点は法的安定性といった点では不十分であろうが、しかし、その他の観点、例えば、刑法248条aの「軽微性」を目指すことよりも正義の思想によりよく相即するものと考えられる。

## II. 正当防衛の憲法に一致する制限

その刑事政策的考慮は憲法的にも基礎付けられる。

1. 警察法の危険防除が比例性原理によって支配されているということで、市民の正当防衛権もこれによって制限されるとするのは速断である。即ち、先ず、正当防衛権は国家権力から引き出されるものではなく、むしろ、この権利は超実定的な「恩恵的な国家的承認」とは独立に、法の理念から生ずる違法な攻撃に対する許された自己防衛の原理の表現であるということ。第2に、国家が高権の行為を厳格に比例性の原理によって限界付けるが、市民には自己防衛においてより広範な権利を容認することは矛盾しない。公法上の過剰禁止(Übermaßverbot)により国民とその正当防衛権の自由領域の「併合化」は、私的領域の途方もない国家化であろう。従って、私人の正当防衛権は公法上の過剰禁止によって制限されない。

2. しかし、人間の生命の高い憲法的地位を顧慮して、正当防衛権にぎりぎりの限界を引くべきであり、そしてその際、實際上、均衡性の観点がある役割を演ずるのである。

a) 周知のごとく、基本権は原則上国民の間の関係には妥当しないのであるが、基本法第2条以下で考えられた価値決定が国民相互間の権利領域と無関係であるというわけではない。却って、「一般条項及び不明確で規範的な法概念の憲法に一致する具体化」は、とりわけ刑法第32条、即ち「被要請性」のメルクマールに関して必要とされるのである。つまり、憲法に一致する具体化によれば、重要でない攻撃のために人間の生命を犠牲にするような極端な財物防衛の場合は、32条1項の意味において「要請される」ものではないのであり、そして正に、この憲法に一致する具体化によって、人間の生命に対する基本法の価値決定が尊重される所以があるわけである。

b) かような憲法に一致する「被要請性」の具体化において、法に反する許されない法発見が問題となるわけではない。けだし、一方で刑法典第32条の条文は、「必要性(Erforderlichkeit)」(2項)と「被要請性(Gebotenheit)」(1項)とを区別することを許容するのであり、前者のメルクマールは役に立つより穏やかな防衛手段が自由にならないことを要求するのであり、それに対し、後者のメルクマールは一定のぎりぎりの正当防衛権の「社会倫理的制限」に対する突破口なのである。他方で、刑法典第32条は必要性のメルクマールを超えて、正当防衛の一定の社会倫理的な制限の必要性を明確化するために、被要請性のメルクマールを残存せしめたからである。

勿論、このメルクマール自体、制限の視点として実質的なものではなく内容の乏しい空白概念なのであるが、かような観点は刑法典第32条の基本思想から生じようし、また、憲法に一致する財物・正当防衛の制限を許容する。

また、重要でない攻撃が問題となっている場合に(緊急の場合に、彼の財を人間の生命を代償として防衛する代りに)攻撃者の生命を大切にすることは、被攻撃者にとって全く期待しえないものではなく、法秩序もこれを承認するであろう。

c) 本説は、實際上、当然にまた均衡性の考慮が背景にある。しかし、これは公法上の過剰禁止という厳格な意味においてではなく、憲法の最高価値としての人間の生命に対する尊重の帰結なのである。

### Ⅲ．相違する根拠付けの試みについて

以上のように、結論的には、自説と上記（C以下）の通説との間には決定的な相違はないのであるが、その根拠付けは違っており、この点、私見によれば納得の行くものではない。

1. ハースは、甚しい不均衡の場合既に「違法な攻撃」が欠如するとするが、これは余りに不当である。というもの、軽微な攻撃の場合にも原則上防衛してよいからである。

2. 権利濫用の観点を目指すことにも疑問がある。即ち、一方でこれは刑法典第32条に基づくことなく、いわば外部から制限の観点が持ち出されているのであり、他方でわれわれの問題領域において、私見によれば、いつそれ自体与えられている正当防衛行為が濫用的であるかというのが問題ではなく、いかなる程度まで正当防衛権が財物の防衛に際して一般的に及ぶものかが問題だからである。

3. 比例性の原理を目指すことについて。

a) 公法上の過剰禁止に依拠することは、上述のところから否定すべきである。

b) 更に、民法典第 222 条を引き合いに出すことも、決定的に否定すべきである。ここでは民法 222 条と異なり、刑法32条では「正は不正に譲歩する必要はない」という原則により法秩序の確証が問題であるという点が誤認されており、「耐え難い不均衡」がないかぎり正当防衛を許すことが実体に即しているからである。

c) 一般的な全法秩序を支配する法原則としての比例性の原理のテーゼに対しても疑念が存在する。けだし、それは国民の自由領域の制限という危険を含んでいるからである。

d) 「あらゆる正当化事由の指導原理としての利益衡量の原則」に頼ることに関しては、以下のように云うべきである。即ち、あらゆる正当化事由——同意の特殊事例を除いて——は、この原理に基づくというのは妥当であろう。しか

し、かような曖昧な指導原理から、特殊な正当化事由の個別問題に対する具体的な決定を引き出すことは困難だからである。