

本論文集は、次のような構成になっている。

序章

第1章 正当防衛権の根拠と「侵害の開始時期」および「対物防衛」における具体的適用

第2章 ドイツの正当防衛における「侵害の開始時期」

第3章 ドイツの正当防衛における「侵害の終了時期」

第4章 ドイツにおける対物防衛の取扱い

第5章 防衛意思の要否に関する議論の検討

第6章 防衛意思に関するシュペンデルの所説の検討

第7章 ドイツにおける「防衛意思」の内容

第8章 ドイツにおける「偶然防衛」の処理

以下では、各章において論じた骨子について紹介する。

序章

問題の指摘

本論文集で論じようとする問題点とその構成について説明した。

まず、正当防衛について従来から指摘されている点を確認した。

次に、本書で論じようとする点を指摘した。

ある行為が正当防衛行為と評価される場合、その行為は、なぜ正当化されるのであろうか。すなわち、正当防衛の基本的思想である「正は不正に屈するに及ばず」という命題の具体的内容およびこの命題と正当防衛の成立要件との関係が問題となる。

その上で、「本書では、次のような構成で、正当防衛の正当化根拠を検討した上で、正当防衛権の正当化原理と正当防衛の成立要件の関係について、検討を加えることにする」とし、論じる順序について説明した。

本書の構成

まず、本書が前提とする正当防衛権の内容について述べた。

正当防衛の正当化根拠に関して、本書では、**「正当防衛権には、『自然権』としての側面と『緊急権』としての側面があり、その正当化もこれらの二つの面から考察しなければならない。そこで、自然権の側面においては、個人の自己保全の原理が正当化の働きをし、緊急権の側面においては、法の自己保全の原理が正当化の働きをすることになり、両者が同時に作用する**」という見解を前提とした上であるが、第1章では、「個人の自己保存」と「法の自己保存」（法の確証）との関係を明確にした上で、正当防衛権の根拠と正当防衛の要件である「侵害の急迫性」及び「侵害の不正性」の関係について検討を加えた。

次に、正当防衛の客観的要件（侵害の急迫性及び侵害の不正性）について検討した（第2章、第3章及び第4章）。

さらに、正当防衛の主観的要件（防衛意思の要否及び）について検討した（第5章、第6章、第7章及び第8章）。

以上の詳細については、各章に譲る。

今後の課題と本書の位置づけ

序章において、最後に、正当防衛の成立要件に関して、急迫不正の侵害に対する行為が「やむを得ずした」ものであったか（防衛行為の相当性）など、多くの検討すべき論点が残っていることについて指摘した（なお、防衛行為の相当性に関しては、拙稿「正当防衛における『やむを得ずにした行為』の意

義』『川端博先生古稀記念論文集』上巻（平 26 年・2014 年）157 頁以下において検討を加えた。

その上で、次のように指摘して本章を終了した。

急迫不正に対する「防衛行為」言い換えると「構成要件該当行為」が法によってどのような評価を受けたために正当化されるのかについては、社会秩序原理の解明が必要である。そして、社会秩序原理を解明する上では、「法が存在している理由は何か」、つまり、「法とは何か」について研究を進める必要があると思われる。その意味において、本書は、正当防衛権の正当化原理及びその原理と正当防衛の成立要件の関係を検討することによって、その解明に必要な研究の第一歩に過ぎない。

今後は、本書において検討した結果、明らかとなった点を前提として、残された正当防衛の要件の検討を進めつつ、社会秩序原理あるいは法の本質について、さらに研究を進めていきたいと思う。

## 第 1 章 正当防衛権の根拠と「侵害の開始時期」および「対物防衛」における具体的適用

### 一 本章の目的

本章では、本書が前提とする正当防衛の正当化根拠を前提に、「個人の自己保存」と「法の自己保存」（法の確証）との関係を明確にした上で、正当防衛権の根拠と正当防衛の客観的要件（「侵害の開始時期」及び「対物防衛」）の関連性について考察した。

### 二 正当防衛権の根拠

正当防衛権の根拠に関して、「個人の自己保存」及び「法の自己保存」（法の確証）との 2 つの視点から、正当防衛行為が正当化される根拠を説明する見解がドイツでは通説的な地位を占めており、連邦通常裁判所においても、「(旧)刑法 53 条における正当防衛権を効果的に形成する基礎となっているのは、この権利が被攻撃者の保護だけでなく同時に法秩序の確証にも常に役立っているという思想である」とする。

以上を踏まえて、「個人の自己保存」の側面及び「法の自己保存」（法の確証）の側面から導出できる事項について指摘する。

#### 「個人の自己保存」の側面

この側面と、「自然権」としての正当防衛権の関係性を論証した上で、次の事項を導出する。すなわち、「何人も不法に対してそれを受忍することを強いらるべきではない」という観点、つまり、「被攻撃者という正は、攻撃という不正に譲歩する必要はない」とする観点、言い換えると、「不正」に「正」が屈服するのは堪え難いという観点を提供する。これは、正当防衛行為は「不正」に対応してなされる必要があることを意味するので、不正に対する「正」の側、すなわち、「防衛者」の側から事態を評価する視座にも繋がるのである。また、「不正」に「正」が屈服するのは堪え難いとする観点からは、「被侵害利益の保護」のためになされた「法益侵害行為」が正当化され得ることが導かれるが、この「被害者」利益の保護という観点は、自然権としての正当防衛権と結びつく「個人の自己保全の原理」の側面を示すことになる。そして、この「個人の自己保全の原理」という側面が、「なぜ、正当防衛が許されるか」に関係があると考えられる。なぜならば、個人の自己保全を考える必要がない場合には、基本的に「法益侵害行為」を正当化する理由がないからである。

#### 「法の自己保存」（法の確証）の側面

法確証の内容は、「法が厳然としてそこに存在していること」（法の厳在性）と解すべきである。すなわち、法が厳在しておりそれが侵されないこと、つまり、法の不可侵性が損なわれないこととして「法の自己保存」は理解されるべきであり、法秩序自体が正当防衛行為を正当化することによって「法の厳在性」を積極的に示しているという意味として「法確証」は捉えられるのである。

「法の自己保存」（法確証）と「緊急権」としての正当防衛権との関係性を論証した上で、次の事項を導出する。すなわち、ここでは、如何なる範囲までの行為を「許容」するか、つまり、法秩序の見地からどの程度の防衛行為を「正当化」するのかという観点からなされる。これは、「自然権」としての正当防衛権の側面から、法益侵害行為が「不正に対する正」としての性格づけ得るとして

も、この法益侵害行為がそれだけでは常に正当防衛行為として正当化されるわけではないことを意味する。それゆえ、「不正に対する正」の関係にある場合であっても、正当防衛のもつ「法確証機能」を失わせるときには、法秩序の見地から法益侵害行為を正当防衛行為として正当化できないことになる。

### 三 正当防衛権の根拠と正当防衛の客観的要件の関係

以上の検討を踏まえて、正当防衛権の根拠が、「侵害の開始時期」及び「対物防衛」の問題を考察し、次の結論を得た。

#### 侵害の開始時期

AとBとは、数日前から関係が悪化していたが、事件当日、Bが充填されたピストルを隠していた場所へ手をやり、Aの方向を向いたので、Aは、Bへ発砲した事例において、Bが銃を取り出し示すことで殺人の着手があったが、Bが充填されたピストルを隠していた場所へ手を動かした時点ですでに、防衛者Aの法益は危殆化されており、Aの法益を保護する可能性を付与すべきであるので、侵害の急迫性つまり攻撃の現在性が肯定されるべきである。

#### 対物防衛

Xは、喉かけられてはいないが追いかけて回されていたYの犬を射殺した事例において、Xは、何ら不正の行為を行っておらず、不正に対する「正」の側にあり、「自然権」としての正当防衛権の側面からは、Yの犬による攻撃を「不正の侵害」ないし違法な「攻撃」と考え得る。また、この状態において、Yの犬による攻撃が人間の精神活動に由来するのか吟味すべきことを行為者に要求するのは、過度の負担を課するものであり、これを要求すると、「法確証機能」を失わせることになる。それゆえ、「緊急権」としての正当防衛権の側面からも、Yの犬による攻撃を「不正の侵害」ないし違法な「攻撃」として扱うべきである。

## 第2章 ドイツの正当防衛における「侵害の開始時期」

### 一 本章の目的

急迫とは、「侵害が過去または未来に属せず現在し、または侵害の危険が間近に緊迫しており、これを排除するために反撃的に防衛行為に出る外はない緊急状態にあること」をいうものであり、「侵害（攻撃）の『急迫』性は、正当防衛が許されるのは何時から何時までか、という時間的問題を決定する」ものである。

では、具体的に、侵害（攻撃）の急迫性は、何時からはじまるのであろうか。本書が前提とする正当防衛権の根拠からは、正当防衛の緊急権的側面から、時間的切迫性という観点が導きだせる一方で、正当防衛の自然権的側面から、個人の自己保全の原理という観点が導きだせるので、この二つの観点から侵害（攻撃）の急迫性（現在性）の開始時期について学説・判例を検討した。

### 二 学説

#### (1) 未遂説

正当防衛の緊急権的側面から、導きだせる時間的切迫性という観点から、「現在性は正当防衛行為の時点と関連している攻撃と防衛の間には緊密な時間的関連が存在しなければならない」とする立場である。

#### (2) 予備の最終段階説

予備の最終段階説は、時間的切迫性だけでなく、未遂説はあまり考慮していない防衛行為者の保護も考慮している立場である。

#### (3) 効率説

効率説は、「被攻撃者は、攻撃を効果的に防止するという状況におかれるべきである」という観点から、攻撃の現在性について、未遂説および予備の最終段階説とは「全く別のアプローチを選択する」。この観点から、同説は「攻撃者が、攻撃を、より遅い防衛がもはや可能ではないほど準備している場合、攻撃はすでに現在している」とする。

### 三 判例

攻撃の現在性に関して、「ドイツの判例は既に戦前から、具体的な事案の解決に際して攻撃の現在性についての基準を定立して」おり、「事例判例ではあるが、攻撃の『現在性』に関するドイツの指導的な判例」として、1918年10月23日の帝国裁判所がある（RGSt. 53,132）。

RGSt. 53,132の判決は、「逃げているがしかし武器を携帯している密猟者が彼を追跡している猟区保護公務員への諸攻撃行為について、密猟者が猟区保護公務員を狙うところまで進んでいなかった場合であっても敵対者が攻撃を常に可能となる武器を誰何に基づいて捨てなかったという事実はやはり猟区保護公務員に攻撃が次の瞬間に生じうるという想定に関する十分な根拠を提供」し、「躊躇することにより、密猟者が襲撃を助長する遮蔽物を獲得するという危険」等が増大するから、この場合「現在の攻撃は存在するのである」としている。

その後、1972年11月7日の連邦最高裁判所判決がある（BGH NJW,1973,255）。

連邦最高裁判所は「陪審裁判所が、正当防衛状況の認定に関して重要な現在の違法な攻撃の概念を誤解したことの恐れがある。『現在性』に関して、侵害行為の着手ではじめてではなく、すでに目前迫っている攻撃によって創造された差し迫った状況の時点で決定する」とする。そして、予備の最終段階説を前提としているという評価がなされている。

### 四 結論

#### 未遂説の問題点

未遂説は、未遂の開始と現在性の同格化している。しかし、刑罰については、法益保護機能を強調して処罰の早期化を導くのに対して、国家刑罰権発動の抑制原理である法治国家原理による歯止めが加えられている一方で、私人の行う正当防衛にはそのような考慮が必要とされていないので、未遂の開始と現在性の同格化は目的論的に失当であると考えられる。

未遂説に対する「対抗措置として、あまりにも遅いまたはまったくあまりにも遅くなるまで、防衛に関して、ずっと長く待つということは意味がないであろう」という批判は、正当防衛権の自然権的側面から導きだせる防衛者の保護の観点からなお有効な批判となっているであろう。なぜなら「正当防衛権は、単に犯罪行為の遂行を阻止すべきであるとするものではなくて、防衛者に対して危殆化された法益を保護する可能性を付与すべきものであるからである」。

#### 効率説の問題点

効率説は、正当防衛があまりにも早い時点で認められてしまい妥当でない。これは、正当防衛の緊急権的側面から導きだせる時間的切迫性という観点が、効率説には欠けていると考えられる。

#### 予備の最終段階説

このようにして、「正当な限界は、極端の間にある」と考えられ、予備の最終段階説が妥当であると考えられる。この立場に対しては、『未遂に近い予備行為』もまた『現在の攻撃』のなかを含める時、評価の任務は将来の諸展開についての諸予測を要求し、そのためたいてい著しい錯誤の危険と結びつけられるので、被脅迫者は、たいてい困難な評価の任務を義務づける行為が含まれる」とする。しかし、防衛行為者の法益保護の観点からすると、「密猟者は、有利なそして守られた発砲の地位に到達した後すぐに振り向き警察官へ発砲する意図を持つ時、RGによる正当防衛の肯定は賛成に値する。なぜなら、逃亡することは、なお故殺未遂ではない時であっても、逃亡はなお攻撃の態勢へ入っていたからである」という批判がある。そして、この批判を容れ、予備の最終段階は、「やや明確さを欠くことから、基準の精密化が必要に」なるという指摘がある。少なくともドイツのBGHの判例は、予備の最終段階説に立つとされているから、判例を検討することにより、すなわち、攻撃の現在性が肯定された事例（BGH NJW 1973,255;BGHSt,25,229.）、及び、否定された事例（BayObLG NJW 1985,2600;BGH NStZ 1993,333）を比較することにより、予備の最終段階という概念を明確にできると考えられる。

## 一 本章の目的

本章では、侵害の終了時期について考察したが、その際、まず、ドイツにおける判例の動向を検討した上で、ドイツの学説の状況を整理し、その当否について考察を加えることとし、検討の対象となる事例は、占有に対する攻撃(または、占有侵害を通じた所有権に対する攻撃)の局面が問題となる場合、例えば、盗品を携行して逃げている窃盗が現行犯で逮捕された場合に限定した。

## 二 判例の動向

占有に対する攻撃(又は、占有侵害を通じた所有権に対する攻撃)の局面において、侵害の急迫性または攻撃の現在性の終了時期を検討する場合、RGSt. 55, 82 (果物窃盗事件)以降の判例を検討し、判例が示した視点、基準又は要素を次のように整理した。

- 1 まず、正当防衛権の根拠と正当防衛の要件である「攻撃の現在性」との関係であるが、判例は、「法確証の利益は、まだ欠如していなかったのである」ことを根拠として、攻撃の現在性を肯定している(BGH bei Holtz MDR1979, 985)。
- 2 次に、構成要件該当性判断としての既遂判断と正当防衛における攻撃の現在性の終了時期の関係であるが、攻撃が構成要件に該当し得る場合、「攻撃は、確かに既遂であったが、なお終了していなかった」ことを認めている。それゆえ、判例は、構成要件該当判断としての既遂時期と、正当防衛における攻撃の現在性の終了時期とは、異なることを肯定している(RGSt. 55, 82, BGHSt. 48, 207)。
- 3 また、攻撃の現在性の存否に関して、構成要件該当判断としての既遂時期の判断基準に代わる「実質的な」判断基準であるが、判例は、「特定の法益への攻撃が十分継続し得る」か否か(RGSt. 55, 82)という基準を示している。そして、その根拠として、「正当防衛は、特定の法益への攻撃に対して保護するために許容される」(BGHSt. 48, 207. vgl. RGSt. 55, 82)が、ここから、判例は、防衛者側からの視点つまり防衛者の法益保護の視点から検討すべきことを示唆していると評価できる。さらに、判例は、この実質的な基準を用いる場面を、「攻撃から脅かされた法益に関して生じた危険」が「十分に回避されるか」または「最終的に喪失の方向に向かう」という基準により区分し(RGSt. 55, 82, BGHSt. 48, 207)、「最終的に喪失に至る事例」、つまり、「動産の所有と占有に対する攻撃の場合」においては、正当な権限者に関しては、物への支配の「回復」が問題となるとする(RGSt. 55, 82)。その上、RGSt. 55, 82 では、占有侵害の形態を詳細に分析しているが、これは、上に示した「特定の法益への攻撃が十分継続し得る」場面をより明確にしようとする試みと評価できる。
- 4 そして、判例は、具体的な事例判断において、次のような要素を考慮している。
  - (一) 防衛者が、現行犯で攻撃者に遭遇し同人を追跡していること、言い換えると、攻撃者が防衛者の誰何のため盗品をもって逃走していることを肯定することによって、判例は、攻撃の現在性を肯定している(RGSt. 55, 82)。
  - (二) また、攻撃者が逃走の局面に達していたとしても、盗品を携行しているか否かによって、攻撃の現在性の存否の判断を変えている。RGSt. 55, 82 では、窃盗犯らは、盗品(果物)を携行しており、攻撃の現在性も肯定されているのに対して、BGH NJW1979, 2053 では、侵害者 S は盗品を携行しておらず、攻撃の現在性も否定されている。
  - (三) さらに、逃走の過程で、攻撃者と防衛者の間隔が「80~100m」離れた場合であっても、判例は、「武器を使って」なお盗品の奪還が可能だったので、攻撃の現在性を肯定している(BGH bei Holtz MDR1979, 985)。
  - (四) 最後に、判例は、攻撃者が繰り返し侵入窃盗を行っており、防衛者は、攻撃者が「別の不特定の夜の時点で再び戻ってくることもあり得る」という危惧していたとしても、それだけでは、攻撃の現在性を肯定できない、とする(BGH NJW1979, 2053)。

## 三 学説の検討

ドイツでは、「現在の攻撃」に関して、「直接さし迫っている、まさに行われている、または、まだ

継続している攻撃は、現在している」という定義が用いられているが、「攻撃に由来する危険の現在性」が重要となるのか、それとも、「攻撃行為の現在性」が重要となるのか、言い換えると、「危険はなお存在しているが、しかし、攻撃行為はすでに終了している場合であっても、なお、その攻撃は、なお現在しているのか」という問題は、まだ一義的に決定されていない。そこで、「正当防衛の成立要件を検討する際の視点」について、考察を加え、「攻撃の現在性」を検討する上で重要となる要素について言及した。

### 1 正当防衛の成立要件を検討する際の視点とその帰結

正当防衛は、防衛者（被攻撃者）のための権利という視点から、次のような帰結を導いた。

攻撃者が行為することを止めたが、法益侵害の結果がなお発生しようとしている場合（なお）攻撃は現在している。逆に、攻撃が最終的で強化される可能性がもはやない法益侵害に至った場合、効果的な攻撃は終了している。それゆえ、上記のとおり、「攻撃の効果」は、攻撃の終了に関して「決定的」なのである。

### 2 被攻撃者の法益の位置づけ

法益は、刑法においてははじめから絶対的なものではなく、公共的な共同生活の必要性に関連づけられた社会的な拘束の範囲内において保護されるものであるとされるが、一方で、構成要件を離れて抽象的に議論することができないとする見解もある。そこで、正当防衛を検討する際に、構成要件において議論されている概念（「既遂」及び「終了」）を用いることの当否について検討し、妥当でないことを確認した。「構成要件は、不法判断と異なり、それぞれの犯罪様式の当罰性の内容を基礎づける事情を統合している。それゆえ、構成要件は、窃盗を窃盗にする、詐欺を詐欺にする等のあらゆる要件を含む」が、「正当化事由は、それぞれの犯罪類型を超えるものであり、あらゆる構成要件に、あるいは少なくとも多数の構成要件に妥当し、それゆえ、典型的な生活の断片を記述することによるのではなく、社会秩序の原理（法益衡量の原理、自己防衛の原理等）を設定することによって、その規制を行っているのである」。したがって、構成要件段階における議論を直接正当防衛の成立要件に援用することは妥当ではないのである。

### 3 正当防衛の正当化根拠からの根拠づけ

#### （一）ヤーコプスの見解の当否

正当防衛の正当化根拠から、正当防衛の要件である「攻撃の現在性」を根拠づけるという視点から、ヤーコプスは出発している。そして、「法律上の行為の単一において略奪行為が継続する場合、最後の行為の部分まで全ての攻撃が依然として現在している」としつつ「最後の防衛の機会は、現在性の決定に関する基準ではない」とし、その理由として、「攻撃の強烈性は、最後の機会に左右されない」ことを指摘しているが、これは、攻撃者がどのような攻撃を行うかについて、被攻撃者とは関わりのない事由であり、攻撃の現在性を判断する際には、攻撃者の行為を基準として判断すべきであることを指摘していると評価できる。

たしかに、攻撃者がどのような攻撃を行うかについて被攻撃者とは関わりのない事由であることは、ヤーコプスが指摘する通りである。それゆえ、攻撃者の行為態様を基点として、攻撃の現在性を判断することにも合理性がありそうである。しかし、正当防衛の成立要件を検討する場合に重要となるのは、被攻撃者（あるいは、防衛者）側の視点である。それゆえ、攻撃者の行為態様を基点とすべきではなく、被攻撃者の被攻撃状況を基点として、攻撃の現在性を判断すべきである。

#### （二）本章における正当防衛の正当化根拠

ヤーコプスが示した「正当防衛の正当化根拠から、正当防衛の要件である「攻撃の現在性」を根拠づける」という視点を是認しつつ、正当防衛の正当化根拠については、「正当防衛権には、『自然権』としての側面と『緊急権』としての側面があり、その正当化もこれらの2つの面から考察しなければならない。そこで、自然権の側面においては、個人の自己保全の原理が正当化の働きをし、緊急権の側面においては、法の自己保全の原理が正当化の働きをすることになり、両者が同時に作用する」という見解を前提とした。

### (三) ドイツの判例の当否

本書が前提とする見地から、ドイツの判例を考察した結果、概ね妥当であるという結論に至った。

まず、BGH bei Holtz MDR 1979, 985 は、「法確証の利益は、まだ欠如していなかったのである」ことを根拠として、攻撃の現在性を肯定している。ここで言う「法確証の利益」が、「法が厳然としてそこに存在していること」（法の厳在性）であるという意味で捉えているのであれば、その限りで妥当である。

また、判例は、犯罪の既遂時期の判断と現在性の終了時期の判断が異なることを肯定している点は妥当であり、攻撃の終了時期を判断する視点として、「防衛者側からの視点」から検討している点で妥当である。さらに、適用範囲を明確化しようとしている点も妥当である。

最後に、攻撃の現在性の「終了時期」において判例が考慮する要素について、判例は、窃盗犯が直接的な時間的空間的な行為との関係において開始され、中断なく継続されている追跡がもはやなされてない時点まで、当該攻撃が現在しているとする。攻撃がなされることによって、防衛者の法益侵害が継続又は強化されている場合に行われる防衛行為は、自然権としての正当防衛権の側面と結びつく「個人の自己保全の原理」の観点から、正当化され得る。なぜならば、攻撃が継続することによって、防衛者の法益侵害が強化されている場合、防衛者の法益保護を行う必要があるからである。

この点に関して、ドイツの判例は、攻撃者が逃走の局面に達していたとしても、盗品を携行しているか否かによって、攻撃の現在性の存否の判断を変えている。RGSt. 55, 82 では、窃盗犯らは、盗品（果物）を携行しており、攻撃の現在性も肯定されているのに対して、BGH NJW 1979, 2053 では、侵害者 S は盗品を携行しておらず、攻撃の現在性も否定されている。防衛者の法益侵害の「継続又は強化」という基準から結論が変わっていると考えられるが、この基準が「個人の自己保全」の必要性の視点から導き出されているのであれば、妥当である。

また、依然として、盗品は、攻撃者側にあり、防衛者がその盗品を取り戻すことは、防衛者の「個人の自己保全」の観点を強調すると、攻撃の現在性を肯定できる可能性がある。しかし、BGH NJW 1979, 2053 は、攻撃者が繰り返し侵入窃盗を行っており、防衛者は、攻撃者が「別の不特定の夜の時点で再び戻ってくることがあり得る」という危惧していたとしても、それだけでは、攻撃の現在性を肯定できないとする。これは、緊急権としての正当防衛権という側面から導くことができ、このような視点から、防衛者の法益侵害の「継続又は強化」として、攻撃の現在性を否定しているのであれば、妥当である。

ドイツの判例は、攻撃の現在性の存否に関して、法益侵害が「特定の法益に対して十分継続し得る」という基準を提示するだけであるが、実質的には、「自然権としての正当防衛権」の視点と「緊急権としての正当防衛権」の視点から判断する場面があり、このような区別をした上で、上記の基準を適用するのであれば、妥当である。

## 四 結論

以上の検討の結果、本書が前提とする視点からドイツの判例を検討した結果、ドイツの判例は基本的に妥当であるということが明らかとなった。

## 第4章 ドイツにおける対物防衛の取扱い

### 一 本章の目的

対物防衛とは、人間が飼育・管理している動物その他の物による侵害に対する反撃をいう。この場合、物の侵害が「不正の侵害」に当たれば、これに対する反撃を正当防衛と解し得るが、物の侵害は「危難」であるとすれば、これに対する反撃は緊急避難に過ぎなくなる。そして、対物防衛は、物の「侵害」に対する反撃であるから、その不正の「侵害」が「行為性」を要するののかの問題でもある。この点に関して、ドイツでは、刑法 32 条 2 項にいう「攻撃」とは、一般に「人間の行為による」法的に保護された利益の差し迫った「侵害」と定義されるため、「動物の攻撃に対する正当防衛は問題にならない」という見解がほぼ「一致して」主張されているが、対物防衛は、物の侵害ないし攻撃が「不正の」侵害ないし「違

法な」攻撃に該当するか否かの問題であるから、違法性論の発展に伴い、新たな観点からの再検討が必要となるはずである。

そこで、本章では、ドイツでは少数説である「正当防衛肯定説」の立場から検討を加え、日本の解釈論の深化に資するようにした。ただし、物の侵害に対する反撃の法律構成が異なるのは「人の故意または過失に基づく行為による侵害とはいえない場合」に限られるので、ここでは、この場合を議論の対象とした。

## 二 ドイツの正当防衛肯定説の検討

攻撃の違法性は、攻撃者の側面(攻撃者は介入権限を有するか)からも被攻撃者の側面(被攻撃者は甘受義務を有するか)からも決定され得るが、これらが必然的に一致する必要はない。攻撃者に関しては違法であるが被攻撃者にとっては甘受義務のある攻撃と、攻撃者にとっては適法であるが被害を被っている者にとっては受忍されるべきではない攻撃とを、法秩序は承認していると考え得る。よって、何れの観点が攻撃の違法性の決定にとって基準となるかが決められるべきであり、正当であるのは、法的地位が侵害されている立場つまり被攻撃者の立場を決定的であると評価することである。なぜならば、正当防衛権は、緊急において、防衛するため人に与えられるからである。

ただし、「甘受公式」対しては批判がある。たしかに、「甘受公式」を適用しても直ちに結論が導き出しえないことは、彼が指摘するとおりであろう。むしろ、この公式は、違法な攻撃という「違法」が被攻撃者の観点から捉え直し、「違法」の意義に関する視座の転換を明確化したことに重要な意義があると考えべきである。正当防衛肯定説の当否は、上記の方法論を前提として、対物防衛の場合を正当防衛権の本質から根拠づけられ得るかにかかっている(正当防衛権の本質からの合理的根拠づけとして、川端博『正当防衛権の再生』(平10年・1998年)153-4頁参照。さらに、肯定説が予定する攻撃の範囲に言及した)。

## 三 ドイツの通説の問題点

動物の攻撃に対する反撃の処理について、現在のドイツの通説・判例は、「攻撃」を人間の行為に制限するから、動物の攻撃は、専ら民法228条の基準に従って防衛され得ることが帰結されるとし、その根拠条文として、民法90条a3文を援用する。理論的根拠としては、RGSt. 34, 295[296]は、違法な攻撃に対する正当防衛(民法227条)に、民法228条において物による危険の防衛が、概念上対置されていることを挙げた上で、この区別は刑法の領域においても考慮されなければならないとする。なぜならば、他人の私法の領域への介入が違法かという問題は、本質的に私法に従うからであるとされる。

しかし、民法228条を援用すると不合理な結論となる。つまり、Aは、攻撃者Bに対して「無条件に」自己の所有権を防衛してよいが、攻撃しているBの犬に対して「損害と危難とが均衡している場合にのみ」防衛してよく、犬に対しては防衛の補充性が存在し、攻撃している人間に対しては存在しないことにならざるをえないのである(そして、通説の予定する攻撃の範囲と利益衡量の妥当性に言及した:特に、対物防衛の場合、民法を適用することについて疑問があるとし、ランペによれば、ドイツ民法の起草者は、民法228条を「攻撃が人間からではなく動物または物に由来している諸事例に正当防衛を拡張するもの」と理解していたのであり、また、民法上の防御的緊急避難は正当防衛に近い関係にあるとの指摘もあるから、これらをあわせ考えるならば、動物に対する正当防衛を肯定できるかを「正面から」検討すべきであろうと指摘した)。

## 四 結論

ドイツの正当防衛肯定説の根拠を検討した結果、動物の攻撃が違法な攻撃に該当するという解釈は決して不可能でないことが確認でき、通説の問題点を検討した結果、対物防衛の場合に正当防衛の可否を正面から検討すべきことが明確となった(ただし、「法秩序の統一性」の議論(存否及びその射程範囲)自体は、一つの問題領域をなしており、留保した)。

## 第5章 防衛意思の要否に関する議論の検討

## 一 本章の目的

正当防衛における「防衛するため」（刑法 36 条 1 項）とは、客観的に見て「防衛効果」をもつものであれば足りるのか、それとも主観的に「防衛意思」をもって行ったことが必要であるのかについて見解の対立があり、これが、日本では「違法性を客観的に考えるか、主観的に考えるか、という考え方の違いの、いわば試金石である」と特徴づけられるに至っている。つまり、この対立は、物的不法論と人的不法論の間の論争における象徴的論点とされているのである。そこで、本章では、日本の議論を中心に、防衛意思の要否について検討した。

## 二 防衛意思不要説

防衛意思の要否に関する対立が、違法性を客観的に考えるか、それとも主観的に考えるかという考え方の違いの「試金石」であることを前提として、防衛意思不要説は、違法性の実質を法益の侵害・危険に求めて「故意」一般を違法要素としない結果無価値論の立場からは、防衛意思を正当防衛の要件とすることはできないと主張する。

これに対して、「防衛意思を正当化要素とすること」と「故意を違法要素とすること」とは論理的必然性があるのかに疑問がある。

次に、防衛意思不要説が前提とする物的不法論に対しても批判が可能である。

物的不法論は、違法評価の「対象」を客観的なものだけに限定しようとするところに特徴があるが、この観点からすると、違法性の実質は客観的な「法益侵害」に尽きるから、主観的要素である故意は違法性の有無・程度に対して、全く影響を及ぼさないことになる。しかし、違法性を基礎づける「法益侵害」という「結果」が発生しない未遂犯の場合には、故意が違法性の有無それ自体を決することになる。これは、故意を考慮に入れてはじめて犯罪としての未遂罪たるべき行為の法的性格が明らかとなることを意味する。

以上のように、故意は違法性に影響を及ぼすといえるにも拘らず、あくまでも故意一般を違法要素としないとする根拠としては、「客観的なものは違法性へ、主観的なものは責任へ」という命題が考えられる。この命題の当否が、故意を違法要素ではなくて責任要素とすることの当否を決することになる。

物的不法論において違法論が「対象」の客観性を要求する根拠は、客観面から主観面へと進む分析順序が刑法の「適正な適用」のための犯罪認定論として優れていることに求められる。しかし、主観的違法要素としての故意は刑法の適用・犯罪の認定の観点からではなくて、違法行為の「属性」の観点から考察されるべきであり、違法性に影響を及ぼす要素の「属性」が確定された後、適用の問題としてその要素の認定方法が検討されるべきである。

## 三 防衛意思必要説

防衛意思必要性には、「防衛意思の内容として、意思的要素と認識的要素とを必要とする見解」と「防衛意思の内容として、認識的要素のみで足りるとする見解」がある。

防衛意思必要説は、「防衛するため」という刑法 3 6 条 1 項の文言を根拠として、「防衛するため」に「やむを得ずにした行為」が正当防衛の意思に基づいてなされた行為と解すべきであるとする。「ため」というのは、元来、利益・理由を意味し副詞的に用いられる場合には行為の目的を表す語であるから、日常言語の用語例に従う限り、このように解するのが素直なのである。そして、行為の属性を正確に把握するためには人的不法論によるべきであるが、人的不法論の見地からすると、人間が一定の行為をなす場合、その行為のもつ意味は「行為時」における行為者の主観を抜きにしては正しく理解することができないことになる。元来、正当防衛行為は、不正は侵害者の「法益侵害」行為であるが、不正な侵害者からの法益侵害を「阻止しよう」として、すなわち、自己または他人の法益を防衛する「目的」をもってなされたものであるから、法益「保全」行為として正当化されるのである。

ただし、防衛目的を厳格に解すると、正当防衛の成立を必要とする場面において必要とできない事例が生じる。これは、緊急権としての正当防衛権の視点から妥当ではない。一方で、認識的要素だけで足りるとする見解は、消極的構成要件要素の理論を前提とすると容易に根拠づけることができる。

しかし、問題は、この理論によらない限り主観的正当化要素の存在を論証できないか否かという点にあり、上記のように解すれば、防衛意思を合理的に根拠づけることができるのである。

#### 四 結論

以上の検討から、物的不法論を前提とする防衛意思不要説は妥当でない一方、消極的構成要件要素の理論を前提として防衛意思を防衛の認識とする見解も妥当でないことが明らかとなった。そして、人的不法論の観点からすると、防衛意思は、防衛行為の意味づけをするために必要であり、この意味づけの内容を正当防衛の本質から導くと次のようになる。すなわち、正当防衛権には自然権としての側面と緊急権としての側面があり、前者においては個人の自己保全の原理が、後者においては法の自己保全としての原理がそれぞれ正当化の働きをすることになるとする見地からすると、防衛意思の内容としては、「急迫不正の侵害に対応する意思」と解すべきことになる。

### 第6章 防衛意思に関するシュペンデルの所説の検討

#### 一 本章の目的

日本と異なり（日本の状況は第5章参照）、ドイツでは、従前から現在に至るまで、防衛意思必要説が支持されてきており、特に現在では、防衛意思必要説が圧倒的な通説となっており、不要説の「現在、唯一の著名な支持者」は、シュペンデルであるとされている。そして、シュペンデル自身も、防衛意思不要説を「注目に値するが、ほとんど黙殺された少数説」と評している。そこで、本章では、ドイツにおける防衛意思不要説に与するシュペンデルの主張を見た上で、その所説を批判的に検討することとした。

#### 二 防衛意思不要説とその論拠

シュペンデルは、三つの事例を挙げて、防衛意思必要説を批判しつつ防衛意思不要説を根拠づけている。そこで、まず、この三つの事例を中心にシュペンデルの所説を見ることとする。

##### 事例1

妻Fは、酒癖の悪い夫に腹を立てていた。ある日、夫は夕方になっても戻ってこないため、お灸をすえるために、麵棒ローラーを準備して夫を待ちうけていた。深夜を過ぎてFはアパートの扉の前で何かごそごそとする物音を聞いた。Fは、酔っぱらって帰ってきた夫であると思い、殴ったが、実は、それは押し込み強盗Eであった。後で判明したところによると、Eは、長期間捜査の対象とされたため、すぐに暴力を振るうようになっていた。

まず、シュペンデルは、本事例において、客観的構成要件、すなわち危険な器具を用いて他人の身体に乱暴することおよび他人の健康を害していることについて肯定する。

次に、正当防衛の成否については、正当防衛状況を肯定し、防衛行為の必要性及び被害要請性についても肯定する。そこで、事例一に関しては、Fには防衛意思はなく、攻撃意思があるにも拘らず、すなわち、Fが意思を不正なことへ向けているにも拘らず、客観的な正当防衛の要件が存在しているので、シュペンデルは、Fの行った構成要件に該当する「危険な傷害」は、正当防衛（ドイツ刑法 32条）によって正当化されるとし、「満足のいく」解決であると主張する。

Fに正当防衛を肯定する結論に至るために、シュペンデルは、法と道徳の関係及び学説史を検討した上で、法的評価が客観主義的基本思想に与し、道徳的評価が主観主義的基本思想に与することを前提として、本件においてFに正当防衛を肯定するが、本件の三名の当事者にとって、そして条文の真の意味における当事者らの外面的関係にとって、とても「満足のいく」解決なのであり、法秩序はこの結論を歓迎し得るとするのである。

シュペンデルは、通説によると「客観的に正当な防衛行為に、その上なお主観的に対応する防衛意思が属する」ことになる点について、批判的に検討する。

まず、歴史的には、防衛意思否定説が多数いた点、防衛意思を肯定するために、言語的概念的根拠からは説得的根拠を得られない点（奇術師のトリック）、そして、「目的」(Zweck)と「意図」(Absicht)を厳密に区別せず、互いを混同している欠点が、内心的な防衛一態度に対応して外形的な防衛一行為

を設定しなければならないと信じる原因となっている点をあげ、「目的」(Zweck)と「意図」(Absicht)の際について、さらに詳細に検討を加える。

シュペンデルによれば、Zweck は、純主観的にかつ完全に「恣意的に」設定されるのではなく、目的の実現のために、目的に役立つ手段の合目的性を考慮してのみ設定されるのである。これに対して、意図は、目標を意欲することを意味する。それゆえ、目的及び意図の概念に関して、客観的に把握されるべき概念である「目的」「目的の原因」及び「合目的性」は、主観的に決定される表現である「意図」「動機」及び「向目的性」と厳格に区別されるべきであるから、行為の客観的目的は行為者の主観的意図から厳格に区別されるべきであり、正当防衛の場合、行為の防衛効果は、行為者の防衛意思から厳格に区別されるべきことになる。

## 事例2

AとBは密猟者であり、共犯関係にあったが、「のろ鹿」を仕留めた。Bが獲物の処理をしている間、Aは数メートル離れた場所で装填された銃を持って見張っていた。AとBは、万一山林監視員が来たら射撃することを申し合わせていた。用心していたが、山林監視員Fは、想定外の場所から、つまりAとは反対の方向から近づき作業に専念しているBの前に突如として現れた。A及びBは、Fに対する射撃準備をしたが、一瞬先にBが発砲した。Fを狙ったが興奮のためはずれ、Bに命中した。そこで、Fは、逃げようとしているAを取り押さえ、逮捕することができた。

### 1 AのBに対する行為の評価

本件は、緊急救助の事例であるが、主観的行為の側面の事実関係につき、「方法の錯誤 (aberratio ictus) の事例」、すなわち「表象された因果経過と現実化した因果経過とが大きく開いた事例」である。そこで、ある者が死亡し、射手がある者を殺害しようとしていたので、殺人罪だけが問題となり、したがって、故殺既遂又は謀殺既遂の観点から検討を開始すべきであるとする。

シュペンデルは、AがBを殺害した点に関して、故殺既遂又は謀殺既遂の客観的構成要件に該当することを前提として、その「不法」について詳細に検討する。正当防衛状況（現在の違法な攻撃）及び必要性、被害請性を肯定した上で、Aには、防衛意思が欠如している点に関して言及し、防衛意思必要説を前提とすると、Aの発砲が正当化されないという奇妙な結論になるとする。すなわち、この場合、錯誤の事例であり、通説によると、故意が阻却され、過失犯が問題となる。そして、シュペンデルは、Aの行為が過失行為であることを前提として、違法性の問題に関して再び緊急救助が審理されるべきであるとする。そして、主観的正当化要素の理論を一貫して擁護する者は、ここでも過失犯に関して防衛意思を要求しなければならず、行為者が過失で行為しているかぎり、防衛意思が欠如する場合には、既遂行為を理由にして処罰可能性を承認しなければならないが、そうすると、本件においては、過失致死の観点から致命傷となった発砲の違法性を是認せざるをえない結果となるはずである。ただし、本件では、実際には、過失致死を理由とするAの処罰可能性は、たとえ不法が欠如することを理由に否定することはできないとしても、少なくとも「責任」の欠如を根拠として否定されうるはずであるとする。その上で、このような考慮は、主観的不法論の出発点が間違っていることに起因するとして批判している。

### 2 AのFに対する行為の評価

シュペンデルは、Fに対して行ったAの行為に関して次のように述べる。すなわち、事後的考慮をした場合に、AがFに狙いを定め発砲したがBに命中させBを殺害した行為は、正当化され処罰されないと判明したとき、Aが狙いを定めることは、一方法の錯誤による通説の見解によると一事前的考慮を行えば、違法で処罰可能なFに対する謀殺未遂となり得るとする。

### 3 Aの行為の評価

シュペンデルは、事例2に関して、密猟者AはFへの謀殺未遂を理由としてのみ処罰されるが、Bの殺害を理由としては処罰されないとし、この結論をまったく満足のいくものと解している。

Aは、Fに対する謀殺未遂を理由として処罰されることによって、「処罰可能性の必要」は十分に考慮されている。Aが悪いことを欲し試みたこと（山林監視員を殺害すること）について、Aは、処

罰されるべきである。これに対して、Aが善いことを完遂したこと（攻撃者を無力化することによって被攻撃者を救助している）について、Aは、法的には（道徳的ではない）、この行為の「承認」すなわち正当化によって、「報い」られるべきである。

### 事例3

AとBは、好戦的で粗暴な兄弟であった。ある日、Bが見知らぬXと激しい殴り合いをしているところに出くわしたAは、いつものようにBが喧嘩を始めていると考え、闘争に加わり、最終的にBと一緒にXを殴り倒した。しかし、実は、Aは、Bが犯罪者Xによって急襲されたのであって、例外的に攻撃者ではなかったことが、後になって判明した。

これは緊急救助の事例であるが、ここで、緊急救助を援用できないことは奇怪な結論であるとする（防衛意思必要性説を前提とすると、緊急救助を援用できない）。Aは、被攻撃者Bを誤っていつものように攻撃者とみなし、さらに攻撃者として行動するつもりであったにもかかわらず、客観的には被攻撃者を助けるに至っている。したがって、シュペンデルによると、Aは、Xに対する攻撃意思があるにもかかわらず、「緊急救助によって正当化される」ことになるのである。

### 三 防衛意思不要説の検討

以下では、シュペンデルの見解について批判的に検討を加えた。

シュペンデルは、ベーリングの所説を基本的に是認した上で、一般的に犯罪の成立に関して、①「客観的構成要件該当性」、②「違法性」、③「主観的構成要件該当性」、④「有責性」という四つの要件から検討する立場に立ち、未遂を既遂と並行的に考えている。そして、これら四つの要件の関係については、客観的構成要件が不法に関する徴憑であると理解されるのと同様、主観的構成要件も責任に関する徴憑であると理解され得るとするが、このような「厳格な構成要件の客観性を肯定することの当否」（ベーリングの所説を前提とするシュペンデルの見解は、現時点においては妥当ではない）、「言語的哲学的観点を『直接』刑法解釈に導入することの当否」（言語的哲学的考察によって刑法上の厳密な区分は困難である）、「未遂犯の成否を判断する場合に主観的要素を考慮することの当否」（ドイツ刑法22条は、主観主義を採用し、シュペンデルもこれを前提とするが、これを前提とするシュペンデルの見解は、「退却的立場」であり、長く持ちこたえることができない）、「歴史的な主張の存在により学説を根拠づけることの当否」（歴史的に主張されていたという事実だけでは、説得的な根拠とはならない。天動説がかつては主張されていたことによって、天動説の正当性を主張できないことと同じである）及び「特殊事例に依拠して学説を根拠づけることの当否」（結論の説得性が事例の特殊性に依拠していることによって、前提となる学説の一般的な説得性を肯定することはできない）の順で、批判的に検討を加え、その上で、シュペンデルからの防衛意思不要説に対する批判への反論を取り上げて、「言語的概念的根拠づけの当否」（一定の概念に何を含ませるかについては、いずれの立場からも説得的な証拠を導くことはできない）、「シュペンデルによる防衛意思不要説の分類の当否」（シュペンデルは、防衛意思不要説の適用結果が、未遂犯説と既遂犯説に分かれている点を批判するが、異なる学説を「一つの鍋に投げ入れ」結論の違いを批判することは正当ではない）及び「『行為無価値』及び『結果無価値』の概念自体を否定することの当否」（シュペンデルは、「行為無価値」と「結果無価値」を「現代の概念的神秘主義」と解し、純客観的不法評価は可能であり正当であるので「主観的不法要素論」を「謬説」とみなす立場を支持している。しかし、行為無価値および結果無価値の区別を肯定する説に対する批判は、反対説を抽象的に「謬説」または「現代の概念的神秘主義」とするだけである。シュペンデルが正面から具体的な論拠を挙げることなく、行為無価値論および結果無価値論を一切否定することは、現代の議論と整合性を有せず、少数説から異論が出されることによって学問的理解の進捗が図られるとする彼自身の基本姿勢に反する）の順で検討した。

### 四 結論

以上の検討から、シュペンデルの所説が妥当でないことが明らかとなった。しかし、防衛意思不要説が妥当でなく、防衛意思必要性に与するとしても、その内容が問題となるが、その点は、第7章において検討する。

## 第7章 ドイツにおける「防衛意思」の内容

### 一 本章の目的

ドイツの学説は、正当防衛の成立要件として防衛意思を要求する立場が通説であり、不要説をとるシュペンデルが存在していたが、検討の結果、不要説は妥当でないことが明らかとなった。そこで、次の防衛意思の内容が問題となる（日本の学説については、第5章参照）。一方、判例に関して、日本の判例は、一貫して、正当防衛の成立要件として防衛意思を要求している。しかし、ドイツの判例は、現行ドイツ刑法が成立した1871年以降、当初は、防衛意思を不要としていたとされる。そこで、本章では、ドイツの学説及び判例について、検討を加えることとした。

### 二 学説の検討

防衛意思必要説の内部においても、主観的な正当化要素としての防衛意思は、単に客観的な正当防衛の要件を認識していることで足りるのか、あるいは、それに加えて、一定の意思の方向づけを要求するのかという対立があるので、以下においてその点について検討した。

#### 1 防衛行為に目的性を肯定する見解

防衛行為に目的性を要求する見解の根拠づけとして、「法実証主義の観点」、「行為の存在論の観点」、「正当防衛の正当化原理の観点」、「人的不法論の観点」及び「アルヴァルト説の観点」の5つの観点から根拠づけと、それに対する批判を確認した。

#### 2 防衛行為に目的性を要求しない見解

ロクシンは、違法な攻撃に対抗していることを認識している人のみが正当防衛を援用できるのかという問題と、攻撃の認識と必然的に結びつけられた防衛の故意のほか、自己防衛している者が、防衛のために、かつ、他人の傷害のためではなく（少なくとも主として他人の傷害のためではなく）、行為しているという意味における防衛の意思もさらに存在していなくてはならないのかという問題とは、厳密に区別されるべきであるとし、防衛意思の内容としては、「正当化状況を認識していること」で十分であるとする見地に立ち、法は、客観的および主観的に合法的行為である以上のことを要求できないとする。これに対する批判を確認した。

#### 3 小括

小括として、防衛行為に目的性を要求しない見解を批判した上で、主観的要素は、法秩序との関係において、行為の意味づけ作用をもつことを示し、ガラスの被攻撃者が攻撃者に対して「優越的な法倫理的地位」を占めるとする見解を否定した後、なお、正当防衛の正当化根拠から防衛意思の内容を論拠づけた。すなわち、防衛意思の内容を、単に防衛状況を認識していることとし、意思的要素をまったく含まないと捉えると、防衛行為が不正に対応している性格を有するとはいえなくなり、自然権としての正当防衛権の見地から当該行為を正当防衛行為と解し得なくなる。にも拘らず、上記の行為を正当防衛として正当化することは、緊急権としての正当防衛権の観点からも妥当でない。なぜならば、正を保全する性格のない行為を許容することは、法秩序が法の不可侵性を積極的に示しているという意味での法確証と矛盾するからである。一方、意思的要素を上記の内容より厳格に捉えると、法益侵害行為が正当防衛行為であるとする意味づけはより明確になる。しかし、少なくとも、行為者が「急迫不正の侵害に対応する意思」を有していれば、正当防衛行為としての意味づけは十分であるから、正を保全する性格のある行為を許容しないことになる。したがって、この場合にも法確証と矛盾することになり、妥当でないのである。

### 三 判例の検討

ここでは、ドイツの判例を検討した。

#### 1 帝国裁判所の判例

1882年帝国裁判所判決（RGRspr. 4（1882）,804）は、防衛意思不要説を採用したと評価される。すなわち、本判決は、正当防衛行為に関して、現在の違法な攻撃を回避するために、およそ「防衛が客観的に必要である」限りで、「行為の動機は法的に重要ではなかった」とし、本件の事実関

係において、仮に家宅捜索が法律に反するとされた場合、これを行った公務員に対する防衛を通じて、抗告人は、「処罰可能な行為をしていない」のであって、「息子のために狩猟法違反行為により得た利益を確保する動機からであっても」、当該行為を行ってもかまわなかったとしている。すなわち、行為者が何を行為時に考えていたのか、行為者の行為は公務員が彼に正当なまたは不当な措置を取っていることに由来しているのかについて、全く検討されていないのである。

その後、1915年帝国裁判所判決（RG DStrZ 1916, 250）において、初めて明示的に防衛意思正当防衛の成立要件として防衛意思を必要であるとするを示し、理由を付したものと、1919年帝国裁判所判決がある（RGSt. 54, 196）。すなわち、「防衛の意思」は、「正当防衛」の要件でも「誤想防衛」の要件でもあり、「防衛意思が欠如し、抗告人が専ら別の意図でBへ発砲したとすると、（旧）刑法 53 条の本質的要素が欠落する」としている。その後、より詳細に、帝国裁判所は、防衛意思の内容について示した。帝国裁判所は、防衛意思の内容として、正当防衛状況の認識以上の要素を要求し、防衛者が正当防衛権を利用した動機は問題とならず、彼の行為が復讐または憤激という動機に基づいていたとしても、同時に防衛目的が存した限りで、防衛目的以外の別の目的を追求していたか否かも問題ではないのであって、被攻撃者の憤激等の動機は、防衛するための意思と必然的に矛盾するものではなく、むしろ、そのような動機は防衛意思と両立し得るとする。これに対して、被攻撃者が、はじめは正当防衛権を行使するつもりであったが、その後、防衛意思を放棄しこれとは別の動機によって導かれている場合には、正当防衛は排除されるとしている。

## 2 第2次大戦後の判例

1952年連邦裁判所（BGHSt. 3, 195）は、正当防衛の成立要件として防衛意思を必要と解することを示したが、その後、1953年連邦裁判所（BGHSt. 5, 245）は、RGSt. 54, 196 及び BGHSt. 3, 195 を引用して、判決を下している。すなわち、「あらゆる正当防衛行為は、攻撃を撃退するのに役立つなければならない。それゆえ、被攻撃者は、権利侵害に対抗する意思をもって行為しなければならない。彼がそれと並んでさらに別の意図を追求しているか否かは重要でない（RGSt 54,196[199]; BGHSt 3,194[198]; 1 StR 690/52 vom 17.März 1953）」とし、被攻撃者が正当防衛する際の内心的側面は「判例において一般に承認されている」と述べている。その後、連邦裁判所は「確立した判例によると、防衛意思は、法益侵害に対抗する目的と並んで、別の性質の動機（例えば、憎悪、憤激、激怒または復讐しようとする志向）が攻撃を撃退する目的を完全に圧倒しない限度で、それらが一定の役割を果たすことによって、認められないわけではない」という判決を下している（BGHSt. GA 1980, 67.）

アルヴァルトは、連邦裁判所によれば、特定の動機は、他の動機と比較して、より優勢な動機、あるいは、より劣勢な動機として特徴づけなければならないのであり、言い換えると、主役を脇役から区別しなければならないが、このような動機の優劣を区別する基準は存在しないとして、批判する。しかし、連邦裁判所によれば、正当防衛は、まず正当防衛権を行使しようとする被攻撃者が、防衛意思を放棄した後、別の動機によってのみ導かれていることによって排斥される。一方、被攻撃者の行為の開始または過程において、遮断されずに存する防衛意思が他の目的によって層をなして重ねられている場合には、正当防衛の規定は適用できる。それゆえ、アルヴァルトの批判は的を射たものではない（なお、バイエルン上級地方裁判所は、防衛意思に目的性を要求しないヘルツォークを引用している点で興味深い）。

## 四 結論

本章では、学説を詳細に検討した結果、本書の前提とする見解によれば、防衛意思必要説の内、防衛行為に目的性を要求する見解に与することが妥当であることが明らかとなった。

また、ドイツの判例は、行為時に防衛行為者が如何なる意思をもって行為していたかを重視している。行為者の意思が行為の意味づけ機能をはたすとする見地からすると、行為の内容を決定するために、行為時に行為者がどのような意思を有していたのかは非常に重要であり、この意味において、上記の判例の見解は妥当である。しかし、連邦通常裁判所の確立した判例によると、法益侵害に対抗す

る目的と並んで、別の性質の動機（例えば、憎悪、憤激、激怒または復讐等）が攻撃を撃退する目的を「完全に圧倒しない」限度で、それらが一定の役割を果たすことによって、防衛意思は排除されるわけではないことになるが、この見解は、攻撃を撃退する「目的」と憎悪、憤激、激怒又は復讐等の「動機」とが接点を有することを前提としている。この判例の見地を推し進め、行為に意味を与える以上の目的を防衛意思に要求すると、行為ではなく動機を処罰する心情刑法に陥るので、具体的事例に即して判例の動向を注視していかなければならないことも明らかとなった。

## 第8章 ドイツにおける「偶然防衛」の処理

### 一 本章の目的

偶然防衛とは、急迫不正の侵害が現実存在するにも拘らず、これを知らずに侵害行為に出て、結果的に正当防衛と同じ事態を生じさせた場合をいう。この場合、行為者には如何なる法的効果が及ぶのか。すなわち、行為者の行為は正当防衛として正当化され、無罪となるのか、それとも、正当防衛は成立せず、処罰されるのか。処罰されるとした場合、行為者は既遂犯として処罰されるのか、それとも単なる未遂犯として処罰されるのかというのが偶然防衛の取り扱いの問題である。

ドイツでは、急迫不正の侵害が現実存在するにも拘らず、これを知らずに故意に侵害行為に出て、結果的に正当防衛と同じ事態を生じさせた場合、防衛意思必要説の見地に立ったとしても、既遂説を採用する論者と未遂説を採用する論者とがある一方、防衛意思不要説の見地に立つ論者は、一貫して無罪説を採用するとされる。そして、判例は、いずれの見地も採用したことがある。そこで、本章では、理論的に何れの処理が最も妥当であるのかについて検討を加えることにした。

### 二 学説の状況

#### 1 無罪説とその検討

シュペンデルは、防衛意思不要説の見地から、「法律上の正当防衛の要件が存在している際、防衛の意思又は防衛の意識が欠如する場合であっても、構成要件に該当する防衛行為は正当化され、無罪である」とし、無罪説に与している。

たしかに、ドイツ刑法 32 条 2 項にいう「防衛」(die Verteidigung)の概念から「必然的に」防衛意思を導くことはできない。しかし、立法者は、刑法 22 条において、行為者の「表象」を考慮しており、シュペンデル自身が認めているように、現行刑法は未遂論において主観主義的に犯罪を解釈している。したがって、「現行刑法」とシュペンデルの主張する「純客観的な不法解釈」とは両立し得ないことになる。さらに、シュペンデルは、未遂犯及び誤想防衛においても、現行ドイツ刑法を前提としており、妥当ではないという批判がある。

#### 2 既遂説とその検討

刑法 32 条 2 項にいう「防衛」(die Verteidigung)の概念から「必然的に」防衛意思を導くことはできないが、防衛の概念から防衛意思を導き出すことは「可能」である。例えば、ガラスは、ドイツ刑法 32 条 2 項における「防衛」(Verteidigung)に関して、意味に即した解釈としては「目的的な防衛行為だけ」が考えられ得るとする。

防衛意思が法秩序との関係で必要になる理由を、ヒルシュは次のように述べている。正当化の対象は、行為態様特に行為であり、客観的状态ではなく、その結果、法秩序が例外的に正当化事由を提供する目的を、主観的に追求している行為が存在しなければならない。法は、評価に際して、原則的に人間の行為態様と結びついているのであって、客観的事情とは結びついていない。そのことは、法秩序を確証するという正当防衛の局面において明白になる。すなわち、法秩序は、ある者が「正」を防衛する目的のために攻撃者という「不正」に対して行動に出る場合に、確証されているのである。これに対して、ある者が犯罪的志向から行為しているが、知らないうちに偶然に攻撃を回避している場合には、法は確証されていない。法秩序は、攻撃者に対する防衛のために被攻撃者が緊急状態からの打開策として用いる権限を認めている。その場合に、法秩序は、必要な防衛において攻撃者が死に至ることまたは身体に傷害を被ることだけを甘受するのである。そして、主観的

正当化要素の欠如する場合の法的効果については、既遂説を主張する。すなわち、客観的正当化要素が存在するだけであるので、正当化事由が充足されず、それゆえ、構成要件に該当する行為の違法性が認められる。行為者は、正当化の問題が単なる未遂の構成要件の現実化に結びつかないとすると、既遂行為を理由に処罰されるべきであるとし、未遂説に対して痛切な批判を加えている。

### 3 未遂説とその検討

未遂説は、ドイツでは防衛意思必要説から導かれ、通説を形成しているが、偶然防衛の場合に未遂犯が成立する根拠として次のようなことが主張されている。故意によって特徴づけられた「行為無価値」（行為者が法益侵害を決意すること）は、結果無価値（法益侵害）のみを相殺する客観的正当化要件の存在によって「排除され」ない。行為者が正当化状況を認識している場合にはじめて、行為無価値も、それゆえ全不法が「排除され」るのである。なぜならば、行為者は、法益を侵害してよいことのみを認識しているからである。（未遂）不法が残っていない場合、行為無価値も相殺されなければならないことは、立法者が不能未遂の処罰可能性を決定したこと（22条、23条3項）から明らかとなる。つまり、防衛意思は、行為無価値の正当化にとってのみ必要であり、これに対して、結果無価値は正当化事情が客観的に備わっている場合すでに脱落することを理由にして、未遂の処罰可能性を肯定しているのである。

しかし、三元的犯罪体系を前提とすると、正当化事由の要件が充足する場合に、違法性は欠如する。すなわち、行為は構成要件に該当したままであるが、違法性が欠如することによって、その行為は処罰されないのである。言い換えると、違法性は、正当化事由が介在する場合、考慮されないわけではない。なぜならば、法的に重要なことが生じたからではなくて、構成要件の結果を惹起した（又はそれを試みた）行為者が、例外的な命題を客観的および主観的要素を現実化したからである。客観的に正当防衛状況が存在するにも拘らず、これを知らずに侵害行為に出て、結果的に正当防衛と同じ事態を生じさせた者は、依然として構成要件に該当したままであり、彼の行為は既遂の構成要件に該当しているのである。この場合、構成要件に該当する結果が生じていることには疑いなく、それゆえ、実際には、形式上、構成要件に該当する結果発生が欠如している未遂は問題とならないからである。このように偶然防衛の場合には構成要件に該当する結果が生じているにも拘らず、未遂犯を肯定することは「現実性の基礎から離れること」になるが、これは、未遂処罰に否定的な材料を提供するのである（さらに、ドイツでも、不能未遂の処罰根拠として「行為者の表象の中にある危険性」を挙げることに對して、最近改めて道徳的な心情無価値を処罰することになるあるいは心情刑法であるという批判がなされている）。

未遂説は、未遂規定を直接適用する見解と類推適用する見解があるが、検討した結果、妥当でないことを示した。

### 三 結論

以上の検討から、行為者の主観に行為の意味づけ機能を認める見地からすると、偶然防衛の場合の処理については、既遂説を採用すべきことが明らかとなった。

なお、既遂説に与するヒルシュは、量刑の場面において、客観的に正当化要素が存在している場合、ドイツ刑法49条1項の軽減基準に従って、既遂犯について刑罰を軽減する可能性から（あるいは、処罰可能な未遂の構成要件を現実化する事例において追加的な刑罰の軽減から）出発すべきとする。しかし、既遂説に与する以上、客観的に正当化要素が存在しているとしても、行為を正当化できないはずである。よって、彼の主張の「理論的」根拠は明白でないことになる。ドイツでは、不能未遂の処罰根拠を行為者の表象の中にある危険性に求め、不能未遂を処罰している。ヒルシュの主張は、これを考慮した主張と考えられるが、日本では不能未遂を処罰していないので、ヒルシュの主張をそのまま肯定することはできないであろう。