

Title	ドイツ及びオーストリアにおける正当防衛の防衛対象となる権利の侵害
Sub Title	Der Angriff gegen die notwehrfähigen Güter im deutschen und österreichischen Strafrecht
Author	山田, 雄大(Yamada, Yudai)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2017
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.115, (2017. 12) ,p.39- 71
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20171215-0039

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

ドイツ及びオーストリアにおける正当防衛の 防衛対象となる権利の侵害

山田雄大

- 一 はじめに
- 二 ドイツにおける議論
 - (一) 国家的法益・社会的法益
 - (二) 個人的法益
 - (三) 攻撃の終了時期に関して
- 三 オーストリアにおける議論
 - (一) 一九七四年オーストリア刑法典
 - (二) 事実の状態の変更
- 四 一九世紀のドイツ及びオーストリアにおける議論
 - (一) ドイツにおける議論
 - (二) オーストリアにおける議論
- 五 本稿のまとめ

一 はじめに

本稿は、正当防衛の防衛対象である「権利の侵害」について、わが国の正当防衛規定と類似した構造の条文を持つドイツ及び、ドイツとは異なった見解が広まっているオーストリアにおける議論を参照する。

正当防衛は、多くの事例では、生命・身体への害を避けるために行われるが、理論的には必ずしもこのような場合に限られない。「近年、生活関係の複雑化、私人間あるいは公私間の各種の生活上の利害関係の対立の激化にともない、既成の権利と衝突する新しいタイプの無形的権利・法益を保全する目的でなされた実力行動が、正当防衛の視野に含まれるようになったため、正当防衛の対象領域は拡大しつつある。」⁽¹⁾と云われて久しいところである。近時の最高裁判例も、被告人が事務所として使用していた建物に「立入禁止」の看板を取り付けようとした者に対して暴行を加えた事案について、共有持分権、賃借権等の財産的権利、業務、名誉に対する正当防衛の成立を肯定している。⁽²⁾しかし、正当防衛の保護対象は、果たして無限定なのであろうか。何らかの限定がなされるとすれば、それはどのような観点に基づくのか。

正当防衛の保護対象である「権利の侵害」は、条文との関係では二つの問題に区分される。一つは、「自己又は他人の権利」にあたるかという問題である。この点に関しては、例えば国家的・社会的法益を防衛するための行為が正当防衛となるかが議論されてきた。もう一つの問題は、「自己又は他人の権利」が存在するとしても、その侵害態様が「急迫不正の侵害」といえるかというものである。この点に関しては、例えば単なる債務不履行に対して正当防衛はできないという議論や、侵害の終期の議論がある。これらの議論は侵害態様に関係しているが、侵害される権利や法益の性質ともかかわるものである。例として、移動の自由侵害に対しては継続的に反撃できるが、占有侵害に対し

ては、占有の完全な喪失以後は反撃できないといった議論が、挙げられよう。

本稿は、まず現在のドイツ及びオーストリアの議論を参照し(二、三)、わが国と比較可能な議論があるかを探る。そして、両議論の相違点がどこから生まれたのかを探究しに、一九世紀のドイツ及びオーストリアの議論をみていき(四)。

二 ドイツにおける議論

(一) 国家的法益・社会的法益

1 国家的法益

国家的法益については、これを保護するために正当防衛できるかについて、肯定的見解と否定説が対立している。肯定的な理解を示した戦前の判例は、連合国側のスパイだと思われたLを殺害した事案につき、Lはスパイではなかったという事実関係を前提にして、「私権もしくは公権を有する法人のためにも、保護された彼らの法益に対して違法な攻撃が行われるときには、正当防衛はなしうる。例えば、株式会社、市町村当局等の財産に対する窃盗的攻撃を防止する行為が、正当防衛の観点からは、個人の財産に関するそれと異なつて取り扱われねばならない理由は見出しえない。」と述べ、国家的法益への攻撃に対する正当防衛の成立可能性を肯定した。⁽³⁾学説における肯定的見解も一定範囲で正当防衛状況を認める。ある見解は、私人については緊急状況で公的保護を得ることが困難であるが、国家については自ら攻撃を除去することが可能であるため、例えば賄賂に対して正当防衛を成立させる必要はないとしつつ、例外的に最高次の公的利益が害され共同生活に大きな害が生じる場合に、その利益を公的機関が保護できなければ

ば、正当防衛を肯定する。⁽⁴⁾ ドイツ基本法二〇条四項における對抗権もこの思想を体现したものとされるが、この類型に含まれない状況においては正当防衛による保護が保障されるとしている。⁽⁵⁾

一方で否定説は、正当防衛ではなく緊急避難による解決を主張する。ここでは、この種の国家的法益は個人的な利益ではなく、法人の利益とは異なると述べられる。⁽⁶⁾ また、ワイマール政権の経験を踏まえて、国家正当防衛の名のもとに政治的動機に基づく権力行使が行われる危険についても指摘されている。⁽⁷⁾ そして、緊急避難による解決によれば、包括的な害の衡量が可能になり、判例の事案のように、人を殺害した行為については、人の生命の不可衡量性により正当化の余地がなくなると説明される。⁽⁸⁾ これに対して、国庫としての国家の財産権への攻撃については、攻撃の対象は個人的利益であるとして、この見解においても正当防衛状況が肯定される。例えば、電話ボックスの損壊行為に対しては、私人も防衛可能だとされている。⁽⁹⁾

2 社会的法益

社会的法益への攻撃については、正当防衛状況を否定する見解が多数である。否定説は、個人的利益の存在が不可欠であり、また、法秩序の保障は国家机关の任務であり、私人の実力行使は許されるべきでないとして、法秩序一般の防衛可能性を否定する。⁽¹⁰⁾ 判例も、悪臭ガスを放出して反倫理的映画の上映を妨害したことにつき強要罪の成否が問題となった事案について、「その映画を上映することにより、映画の鑑賞者の持っていた権利が侵害されたかどうかは疑わしいだろう。学説、判例によれば、国家公権の担い手としての国家にしか与えられていない財は、国家の市民にとつては基本的に防衛できない。それゆえに、公共における公的秩序の妨害は、道徳的、宗教的に不快な映画の上映により引き起こされたものであるが、同時に国家の市民の権利が侵害されていない限りでは、市民は基本的に正当防衛をもって対抗することはできない。」と述べている。⁽¹¹⁾ 他方、少数の見解は法秩序一般の防衛可能性を肯定す

る。例えば、正当防衛の正当化根拠を「法秩序の経験的妥当性」に見出す見解からは、共同生活のための正当防衛が肯定されている。⁽¹²⁾ もっともこの見解は、攻撃の現在性が肯定される場合はめったにないと述べ、通常の場合国家机关への通報で十分であるとしている。⁽¹³⁾

(二) 個人的法益

1 生命・身体

生命・身体については、基本法において胎児の生命も保障されていることから、胎児を保護するための正当防衛も可能であるとされる。ここでは、妊婦の意思に合致した違法な妊娠中絶も防衛しうると述べられる。⁽¹⁴⁾

身体健康については、近時、唾が混じった煙草の煙を吹きかけられた被告人Kが、煙を吹きかけたTに対して暴行した事案について、「唾が混じった煙草の煙をKの顔へ吹きかけることは、甘受すべき軽微性の限界を超えて、身体健康性と健康を侵害するに値するものである。その際、健康侵害は煙草の煙に含まれる発癌性と『唾』という液体に潜在するウイルスや細菌から生じるものである。」と述べて、身体への攻撃を肯定した裁判例がある。⁽¹⁵⁾ 学説は本事例の判断に対して批判的である。⁽¹⁶⁾

2 自由

自由に関しては、特に一般的行動の自由、意思決定の自由への攻撃に対する防衛が可能か、議論されている。一般的行動の自由が特に問題視される事案として、駐車場事例と言われる道路交通における行動の制限に関する判例がある。そこでは、自動車を運転し、駐車場に停車させようとした者が、駐車スペースを先取りするために居座っていた歩行者に対して暴行・傷害・強要した事案について、正当防衛状況を肯定する立場と否定する立場が示されている。

肯定的な判例はこのような事案において、道路交通法上の公共利用権を被攻撃法益として挙げており、駐車スペースを明け渡さないことによる、この法益への攻撃に対する防衛可能性を認めている。⁽¹⁷⁾

一方で、否定的な判例は、肯定的な判例と同様の事案において、ドイツ刑法典二四〇条の強要に該当しない限り、行動の自由への攻撃はないとして、この観点から駐車スペースの確保に関して正当防衛状況を否定している。⁽¹⁸⁾ ここで二四〇条二項が、「目的を追求するために、暴行を用い、又は、害悪を加える旨の脅迫を加えることが、非難すべきものと認められるときは、行為は違法となる。」と規定されており、駐車スペースの確保により自動車運転者の駐車を妨害したことについては、「非難すべきもの」と認められないと判断されている。学説においても、公共利用権を正当防衛可能な法益として挙げる見解と、強要として違法である場合に正当防衛が初めて可能とする見解が対立している。もつとも、前者の見解においては、自動車運転者が駐車スペースを先取りしようとした者を轢くことは正当防衛における被害請性が欠けるとされ、防衛行為の面で通常の場合より限定がなされている。⁽¹⁹⁾ また、後者の見解も違法な強要と言えなくても、緊急避難の成立可能性を肯定するため、⁽²⁰⁾ 二つの見解は実質的にはそれほど対立していないと思われる。

3 名誉

名誉はドイツ刑法典三四条の緊急避難規定にも対象法益として挙げられており、その正当防衛可能性は学説においても基本的に肯定されている。⁽²¹⁾ 判例も、妻の子Lに対して「外国人」と罵ったLの同級生Rを、被告人が平手打ちした事案について、名誉を防衛することは可能であるという立場をとっている。⁽²²⁾ もつとも、学説では名誉法益は絶対的でないことが指摘されている。そこでは、名誉侵害と対抗的に思想の自由が反対利益として保護される場合があると説明される。例えば、受刑者が刑務所から各所へ向けて裁判官等の名誉を毀損する内容の文書を送ろうとしていると

き、刑務所側は、正当防衛としてその文書を処理することはできないとされている。⁽²³⁾

4 財産

財産も、一般的に正当防衛可能な法益として挙げられている。所有権だけでなく、抵当権、占有等も保護の対象とされている。⁽²⁴⁾ 窃盗犯による盗品の不法な占有が正当防衛により処理されるか、正当防衛の特別規定であるドイツ民法典八五九条二項の占有取戻しにより処理されるかについては議論がある。⁽²⁵⁾ 一方で、債権等の相対的権利への攻撃に対して、正当防衛はできないとされる。このような利益の侵害に対しては、請求権の保全のために一定の実力行使を許容する、自救行為の規定（ドイツ民法典二二九条）により処理されるべきだとされている。⁽²⁶⁾ 自救行為においては、正当防衛と異なり、公的機関による救済の余裕がないこと、権利を保全する行為であることという要件が課されることになる。

5 その他

また、人格的利益については、肖像権侵害に対する反撃と正当防衛の成否が論じられている。肖像権侵害についてはドイツ著作権法二二条は、権利者の同意のない図画の流布は許容されないと規定しているが、それ以前の撮影の段階で正当防衛が許容されると、判例は説明している。違法な撮影段階での保護利益は、ドイツ基本法一条一項及び二条一項から導かれる、一般的な人格権だとされる。⁽²⁷⁾ また写真撮影後も、その写真の現像、流布の段階において侵害は継続するから、攻撃の現在性が認められ、正当防衛は可能だとされている。⁽²⁸⁾ 学説の多くは、写真撮影についても、肖像権が正当防衛可能な権利であることを肯定している。⁽²⁹⁾ 少数の否定説は、写真撮影からは公表の目的がどのようなものであるか容易く推論できないから、著作権法の範囲で、肖像権保護のための防衛を可能とすべきだと論ずる。⁽³⁰⁾ これに

対し、肯定説は、公表の目的等は攻撃の違法性の問題であり、著作権法における限定された保護範囲は、その規定が著作物と結びついており、著作権の性質を帯びているからに過ぎないと主張している。⁽³¹⁾

(三) 攻撃の終了時期に関して

1 攻撃の終期一般について

ドイツにおいて攻撃の終了時期は、一般的には犯罪の類型ごとに説明されている。すなわち、継続犯においては行為が継続する間、攻撃も継続するとされ、状態犯については、行為の終了により既遂が到来するものの、攻撃の実質的な終了まで正当防衛は可能だとされ、窃盗の例では、窃盗罪の既遂成立後も正当防衛は可能とされている。⁽³²⁾

もっとも、移動の自由侵害と財産(占有)侵害における攻撃の終期の違いを、このような一般的な立場とは異なつて説明する見解もある。これによれば、復元可能な攻撃の防衛と損害賠償の強制とを分けるのは、当該法益が(人格的)発展の機会(Entfaltungschance)を提供すべきものであるか(財産、所有権)、その法益の本質が(人格的)発展そのもの(自由、身体)にあるかどうかであるとされる。⁽³³⁾前者の場合には、財の喪失により機会が失われるだけであるとして攻撃の現在性は否定され、後者の場合には、発展可能性が常に侵害されているとして新たな攻撃が肯定されている。そして、例として、視力の弱い者から眼鏡を奪ったという事例について、窃盗という面では窃盗行為の実行直後まで正当防衛を肯定し、一方で強要という面では、視力が弱いために行動が制限されるという限りで、正当防衛を窃盗の場合より長く肯定されると述べられている。⁽³⁴⁾

2 意思決定の自由について

また、恐喝被害者が特に過去の違法行為に関して口止め料を要求され、恐喝行為者に反撃する事例について、正当

防衛の成否が議論されている。ここでは、強要的・恐喝的言辭が終わった後でも、意思決定の自由への攻撃が継続するのにかつて見解の対立がある。意思決定の自由に対する攻撃の現在性について、否定的な見解は、話し終わった時点で攻撃は終了すると述べる。その論拠は、①話し終わったときには物理的な作用は終了している⁽³⁵⁾、②恐喝罪は状態犯であり正当防衛状況を肯定することは自己司法の拡大につながる⁽³⁶⁾、③攻撃行為は終了しており、危険しか存在しない⁽³⁷⁾というものである。

これに対して多くの見解は、話し終わった後でも攻撃は終了していないとする。①については、刑法は強要罪や恐喝罪において意思形成を心理的効果の点で保護しており、脅迫し終わった時点で初めて侵害が始まると反論されている⁽³⁸⁾。また、②については、状態犯性は既遂後に初めて問題となるから、まだ既遂に至っていない段階では問題とならない⁽³⁹⁾、③については、不作為に対する正当防衛も可能であるから、正当防衛における「攻撃」には危険を惹起することも含まれると述べられている。肯定説は、被攻撃者が逡巡し、実際に強制的に意思決定されるまでの間、意思決定の自由が侵害され続けると説明している⁽⁴¹⁾。

三 オーストリアにおける議論

(一) 一九七四年オーストリア刑法典

一九七四年に成立したオーストリア刑法典においては、法文に正当防衛の対象となる権利が列挙されている。オーストリア刑法典三条は、正当防衛の対象となる権利として、「生命、健康、身体的完全性、自由、財産」を挙げている⁽⁴²⁾。

一九七四年刑法典の立法理由書によれば、全ての法益ではなく、特定の列挙された法益を保護するために正当防衛が認められるということが、長い議論の末、確認されたとされている。⁽⁴³⁾ その理由として、正当防衛では公的な手続によらず、被攻撃者自身が直接、攻撃者の法益を侵襲することが挙げられている。そのような性質を持つ正当防衛権は、法治国家においては必然的な理由がない限り、拡張されてはならず、事実関係が自明であって、可視的(tiberschaubar)なものに制限されると述べられている。⁽⁴⁴⁾ その上で、条文に列挙されていない、名誉や国家的・社会的法益の正当防衛は否定されるとされている。⁽⁴⁵⁾

性的領域への攻撃について、法文では貞操といった法益が挙げられていない。これは正当防衛ができないという趣旨ではなく、一九七四年刑法典までに作られた、法益の列挙に関する枠組みを変える必要性が、実務になかったからだと説明されている。⁽⁴⁶⁾ 改正前の旧刑法典も「生命、財産、自由」を保護対象の法益として挙げており、旧刑法典下の判例も性的領域への攻撃に対して、生命や自由への攻撃を含む限りで正当防衛は可能だと説明していた。⁽⁴⁸⁾ 従って、列挙された法益に関する文言は、当時の法の理解を引き継いだものだとされる。刑法典三条は、新たに「健康」と「身体的完全性」を対象法益に加えていたが、これも当時の語法・各則の規定ふうに合わせた修正でしかない⁽⁴⁹⁾とされる。ただし、健康を全く害さない攻撃に対する反撃については、反撃を許容すると、名誉侵害に対して正当防衛を許容することになるから、正当防衛はできないと説明されている。⁽⁵⁰⁾

(二) 事実的状态の変更

一九七四年オーストリア刑法典制定後の判例・学説も、理由書の見解と基本的に同一の立場にある。国家的・社会的法益について学説は、正当防衛の対象は個人の法益でなければならず、全面否定説が主張されている。例えば偽証や偽造、ドイツで問題となったスパイの事例について、正当防衛は認められないと述べられている。⁽⁵¹⁾

名誉への攻撃についても、正当防衛の保護対象は列挙された法益に限定されていることから、正当防衛はできないと説明されている。名誉侵害に対する正当防衛が不可能であるという点については、学説には一致が見られる⁽⁵²⁾。判例も、Bが被告人に向けてワインをこぼし、被告人を逆なでするような発言をし、被告人の顔の前に手を出し、被告人の顔に軽く触れて、挑発したのに対して、被告人がBに傷害を加えたという事案について、「名誉が、保護される法益にあたらないことは、正当防衛可能な法益を欠落なく列挙している、刑法典三条の文言によって明確化されている」と述べている⁽⁵³⁾。学説では、名誉侵害に対しては、正当防衛ではなく自救行為による解決が提唱されている⁽⁵⁴⁾。同様に、信書の秘密といった人格権も正当防衛可能な権利ではないとされている⁽⁵⁵⁾。

1 フックスの見解

名誉や国家的法益に対する正当防衛があり得ないことを、「事実的状态の変更」という観点から説明する学説がある。ノヴァコフスキは、違法な状態の回復は正当防衛ではなく、自救行為の問題だと述べている⁽⁵⁶⁾。フックスもこのような観点に基づき、正当防衛にいう「攻撃」とは、事実的状态を変更するものでなければならないとする。加えて、「防衛」という文言においても、侵害が内心にとどまる場合には、単に被侵害者の法的領域しか害されておらず、それは防衛とはいえず、せいぜい自救行為によって初めて正当化可能となる攻撃であると述べられている⁽⁵⁷⁾。

そしてフックスは、オーストリア現行刑法典においても名誉が法文の対象から省かれることになった理由として、「正当防衛権は、具象的な、単に精神的なものにとどまらない法益への、力尽くでの攻撃を防衛する場合に、つまり、明白に可視的な状況における防衛に限定されつづけるべきであった」ことを挙げている⁽⁵⁸⁾。このような立場から、正当防衛可能な「財産」の範囲にも限定が加えられている。財産侵害においても「攻撃」という文言上、事実的状态の変更を要するという説明から、占有侵奪には事実的状态の変更があるが、単なる物の領得 (Ermögung) や債権侵害に

対して、正当防衛はできないとされる。⁽⁵⁹⁾

また、自由については、移動の自由と意思決定の自由で正当防衛可能性が区別されている。フックスは移動の自由を、人間の行動の基礎であり、生命・身体に比肩しうる、絶対的に保護される利益であるとして、最高次の人格的な法益と評価している。そして、このような理由から移動の自由侵害の継続も、状態の変更にあたると述べている。⁽⁶⁰⁾

これに対して、意思決定の自由は正当防衛可能な法益でないとしてされている。フックスによれば、強要や恐喝に対して意思決定の自由に関する正当防衛を肯定すれば、唯一の反撃行為として殺害することも可能になってしまうが、正当防衛状況そのものを否定することにより、このような帰結が回避されるという。⁽⁶¹⁾そして、正当防衛状況が否定される理由としては第一に、意思決定の自由は相対的にしか保護されていないことが挙げられている。オーストリアにおいても、刑法典一〇五条二項において、「追求された目的に対して、手段としての実力または脅迫の使用が善良の風俗に反しない場合には、その所為は違法でない」と規定されており、その実質は利益衡量によって決されるとされている。フックスは、このような、違法かどうかが事案ごとに変わってくる法益侵害に対して、正当防衛を肯定して、不明確な正当防衛の要件設定を行うことは受け入れられないと述べる。⁽⁶²⁾また、意思決定の自由の侵害は、名誉侵害と同じく内心における侵害にとどまるものであり、事実的状况の変更がないため、この観点からも正当防衛不可能であるとされている。⁽⁶³⁾

2 反対説

フックスの見解に対し、反対説は、主に意思決定の自由に関して批判を展開している。⁽⁶⁴⁾意思決定の自由に対する攻撃について正当防衛可能性を肯定する見解は、フックスの見解において自由の種類によって区別することは不当だと指摘する。すなわち、強要（刑法典一〇五条）や移動の自由侵害（刑法典九九条）は刑法上可罰的とされているにもか

かわらず、自由への攻撃の中で、無理やり脱がされる場合や、無理やり職を辞めさせられる場合に正当防衛不可能なのか理解できないとされるのである。⁽⁶⁵⁾ この見解からは、性的領域への攻撃も「性的意思決定の自由」への攻撃と構成され、正当防衛可能だとされる。⁽⁶⁶⁾

3 小括

まずドイツ及びオーストリアにおける以上の議論の差異をまとめると、次の二点となる。①ドイツでは公共的法益を保護するための正当防衛につき肯定説があつたのに対して、オーストリアには否定説しかない、②ドイツでは名誉や肖像権等の個人的法益については基本的に正当防衛は可能だが、オーストリアでは不可能とされている。

また、ドイツにおける肖像権への攻撃をめぐる議論や攻撃の終期に関する議論、オーストリアにおける「事実的状態」に関する議論においては、侵害対象の権利だけでなく、その侵害のされ方も問題となっていた。そのためドイツ、オーストリアの議論は、わが国の議論と同様の構造を持つと考えられる。次章では、二つの議論の差異のうち、特に名誉侵害に対する立場の違いがどこから生まれたかを、一九世紀の議論において確認する。

四 一九世紀のドイツ及びオーストリアにおける議論

(一) ドイツにおける議論

一九世紀のドイツにおいては、主に名誉を保護対象とした正当防衛が可能か、議論があつた。その論点は、①攻撃は暴力的 (gewalttätig) でなければならぬか、②保護対象の財は、補償不可能なものでなければならぬか、とい

う二点である。

1 暴力的な攻撃

(1) 一八五一年プロイセン王国刑法典

ドイツ現行刑法典における正当防衛規定の「現在の違法な攻撃」という文言は、一八五一年プロイセン刑法典にみられるものである。⁽⁶⁷⁾ 四一条は次のように規定されている。

その所為が正当防衛により許容されたとき、重罪または軽罪は存在しない。正当防衛とは、現在の違法な攻撃から自己または他の者を回避させるのに必要な防衛である。不意打ち、恐怖、または驚愕からのみにより行為者が防衛の限界を超えたとき、同様に正当防衛と見做されるべきである（傍線引用者）。

プロイセン刑法典の立法過程において、一八二七年の草案一二一条は、単に「違法な攻撃」と規定していたが、その理由書では、草案のいう「攻撃 (Angriff)」とは「身体的で暴力的な作用」であり、これがなければ、同じく身体的・暴力的な反作用である防衛も考えられないため、「攻撃」が正当防衛において、要求されると述べられていた。⁽⁶⁸⁾

その後の一八四三年草案八四条は「正当な緊急防衛の状況で行われた行為は不可罰である。人が、その者への違法な人身 (Person)、名譽、若しくは財産に対する攻撃があるとき（傍線引用者）」正当防衛は可能であると規定している。⁽⁷⁰⁾

この一八四三年草案は、公表され、多くの意見・批判が草案に寄せられた。これを受けて作成された一八四三年草案の改訂では、「人身、名譽、財産への攻撃に加えて、貞操 (Keuschheit) や自由を守るための正当防衛が考えられるのではなく、貞操や自由、ひいては名譽も『人身』において理解され、対象は『人身』と『財産』のみで十分だ」と

指摘されている⁽⁷¹⁾。そして、言葉による侮辱は、名誉への攻撃に含まれないが、その他の名誉への攻撃は人身への攻撃に含まれるとされている⁽⁷²⁾。その後起草された一八四七年草案までは、「人身若しくは財産」という文言が「攻撃」にかかっているが、一八五〇年から始まった上下院における審議において、「ここで用いられている表現の一般性から、これまでの諸草案によった攻撃の両種別を列挙することは不必要である」として、「人身若しくは財産に対する」という文言は削除された⁽⁷³⁾。こうして作成された一八五一年草案をもとにして、一八五一年プロイセン王国刑法典が生まれた。

当時の学説にも、一八五一年プロイセン王国刑法典の正当防衛規定における「攻撃」を、暴力的なもの、身体への作用を有するものと解する見解があった。この見解は、被侵害者への権利侵害それ自体は、反撃の暴力性を正当化しない、攻撃者への反撃の暴力性について不可罰とするには、攻撃が暴力的な場合に限るとするのである⁽⁷⁴⁾。そして、「言葉による侮辱」の場合には、このような身体への暴力性がなかったため、正当防衛はできないとされる⁽⁷⁵⁾。この見解は、「攻撃とは、身体的で暴力的な作用であり、これがなければ、同じく身体的、暴力的な反作用である防衛も考えられない」と述べた一八二七年草案の理由書の理解と軌を一にするものであり、その理解に基づいて、「言葉による侮辱」の類型について、正当防衛は不可能だと示したと捉えられる。

(2) その他の各ラントにおける立法

一方で、多くのラントは刑法典を起草する中で、人への攻撃と物への攻撃に分けて、正当防衛規定を創設していた。そして、人への攻撃については「暴力的な攻撃」に対して正当防衛ができると規定していた。これらのラントの正当防衛規定は、統一刑法典に引き継がれなかったが、当時の理解を迫うために、他のラントにおける議論も参照したい。例えば、一八二二年バイエルン王国刑法典草案七七条は以下のとおり規定している⁽⁷⁶⁾。

違法な攻撃と暴力行為に対する私力による自己の防衛は、官憲の救助によって避けられえないときに、以下の場合に許容される。

- 1) すべての暴力的な、生命、健康、自由、もしくは貞潔についての危険に結びついた、その者への暴力行為に対して（傍線引用者）。
- 2) 不動産もしくは動産の所有の毀損、奪取、処分に向けられた暴力行為に対して。
- 3) 窃盗の際に、その不正を気付かれた者に対して。
- 4) 他人の所有地へ侵入、押し入りをしようとする者、またはその他の許されざる方法で入り込もうとする者に対して。

この規定は、一号が人、二ないし四号が物を保護対象とする構造となっている。「暴力的な」という文言は人を対象とする攻撃についてのみ記されている。この構造はバーデンやヘッセン等の他のラントの立法にも採り入れられている。一八四五年バーデン大公国刑法典八四条は正当防衛について以下のように規定していた。⁷⁹⁾

開始された、もしくはまさに切迫した攻撃に対して自己防衛のために私力から回避することは、その私力以外に危険にさらされた者に知りえた他の手段によって安全に、利益を損することなしには、迫った危険を避けられえないという要件の下で、以下の場合に許容される。

- 1) すべての暴力的な、生命、健康、自由、もしくは名誉についての危険と結びついた人への攻撃に対して（傍線引用者）。
- 2) 財産状態の毀損、奪取、阻害に向けられた暴力に対して。
- 3) 他人の所有地へ侵入、押し入りをしようとする者、またはその他の許されざる方法で入り込もうとする者に対して。

一八四五年バーデン大公国刑法典の基礎となった一八三九年草案に対する、立法委員会の注解では、「暴力的な攻

「撃」という文言の中で、名誉に対する攻撃は「行動による有形的な侮辱 (Real Injurie)」でなければならぬとされている。⁽⁸⁰⁾ その理由としては、実力行使以外の方法によって、迫る損失を避けることができないからだと述べられ、具体例として婦女暴行が挙げられている。そして、「言葉による侮辱」に対して正当防衛はできないとされる。バーデン大公国刑法典成立後もこの理解は維持されている。⁽⁸¹⁾

また、一八四一年ヘッセン大公国刑法典四六条も同種の規定を持っていた。⁽⁸²⁾ ここでも「暴力的な攻撃」という文言が使用されているが、言葉や表示による名誉への攻撃に対して、正当防衛はできないと説明されている。⁽⁸³⁾ この見解は、言葉による侮辱に対して、正当防衛を行うという状況がそもそも考えられないという主張に対しては、悪意を持って人を批判する物語を朗読し続けるようなときに、これを止めるといった場合が考えられるとしつつ、ほとんどの場合攻撃はすでに終わっているから、やはり正当防衛はできないと述べている。⁽⁸⁴⁾ 一方で、有形的な侮辱の場合には、正当防衛可能だとされる。⁽⁸⁵⁾

その後成立した、一八六〇年バイエルン王国刑法典七四条及び、一八六一年バイエルン王国刑法典七二条の正当防衛規定は、「自己または他人を、人、占有もしくは所有権への既に開始された、または切迫した違法の、そして暴力的な攻撃に対して、または住居もしくは所有地への不法な侵入に対して、保護するために、攻撃者もしくは侵入者を殺害、もしくは傷害した、または刑罰をもって威嚇されたその他の行為を行った者は、その際に防衛の限界を有責に越えなかった限りで、刑罰を免れる (傍線引用者)。」⁽⁸⁶⁾ となった。暴力的な攻撃は、人だけでなく、物を保護するための防衛についても、要求されている。

これ以前の、一八五四年草案の理由書では、単なる侮辱による名誉侵害に対しては、正当防衛はできず、暴力的行為がなければならぬとされている。⁽⁸⁷⁾ 一八六一年バイエルン王国刑法典制定後も、本理由書の説明を支持する見解がみられる。⁽⁸⁸⁾

2 補償不可能な利益

次に当時、正当防衛の保護対象は公的機関を通じた補償が不可能な権利に限るか、議論があった。

(1) 抽象的な補償不可能性

一 部分の見解は、権利ごとに、抽象的に補償可能かどうかを判断する。この見解によれば、攻撃に対して防衛的になされた反撃について、国家が適法性の観点から立法によって限定を加え、法律上の正当防衛の概念が形成されるという。そして、国家が私人の防衛について限定を加える以上、その分国家が補償可能な権利侵害については、可能な限り補償しなければならぬ⁽⁸⁹⁾。このようにして、国家により補償可能な権利侵害については国家が優先するとしている。このような考え方から、生命・身体・自由は補償不可能な財だとされる⁽⁹⁰⁾。また、住居に関する権利も、住居は各人の国家に対する聖域であるから、補償不可能なものだとされる⁽⁹¹⁾。他方、名誉は、裁判官による判断によって、侵害により悪化した評価が回復できる場合には、正当防衛可能な財ではない。これを前提として、単なる侮辱による攻撃の場合には裁判により損失の回復が可能だとする。正当防衛はできない一方、暴力による攻撃の場合に損害は回復不可能であり、防衛は可能だとする⁽⁹²⁾。また財産について、保持している物の奪取や損壊といった攻撃に対して正当防衛は可能だとされている⁽⁹³⁾。ただし、不動産については、後に自己に占有があったことを証明し状態を回復できるから、攻撃者・反撃者に生命への危険が生まれるような状況では、反撃はできないと述べられている⁽⁹⁴⁾。

(2) 具体的な補償不可能性

一方で、権利ごとに抽象的に判断するのではなく、具体的な状況における補償不可能性を問題とする見解もあった⁽⁹⁵⁾。この見解は、私人は攻撃に対する反撃も含めたあらゆる実力行使を禁止され、財の保護に関する実力的権限を公的機関に委譲しているが、例外的に公的に補償不可能な損失について、国家が救助に達することができない場合、私人が防衛行為をすることができるという前提に立つ⁽⁹⁶⁾。その上で、「財それ自身が補償不可能なものか、そうでなくとも現

在の攻撃という特別な状況において（蓋然性を根拠として）、回復できずに失われてしまう」ことが要求されている⁽⁹⁷⁾。そして、生命・身体・健康は、それ自体補償不可能な財であり、また物への攻撃の場合、人身への攻撃があるか、後に国家が返却不可能なときには、攻撃によって財が回復できずに失われてしまうと説明されている⁽⁹⁸⁾。

他方、単なる名誉侵害の場合、人身への攻撃がない限り、国家によって損失の回復が可能であるから、正当防衛はできないとされる。カロリーナ刑事法典一四〇条も引き合いに出され、そこで「その者の身体、生命、名誉および良き風聞を危険におくことも毀損することもなしに巧妙に回避するをえざるとき」に反撃が正当とされていたことについて、この法文においても人身と名誉どちらもが害されていなければならぬから、矛盾するような考えは示されていないと述べられている⁽⁹⁹⁾。

(3) 議論の展開

もつとも、一八五〇年代以降の説明では、財が補償不可能かどうかは正当防衛の成否において要求されなくなっている⁽¹⁰⁰⁾。「攻撃が暴力的であること」は要件としつつ、財は補償不可能でなくてもよいとする見解があることから、二つの議論は区別されよう。財が補償不可能かどうかは正当防衛の成否に関係ないとする見解が広まった背景には、ヘーゲル主義者たちの議論があると考えられる。以下では、彼らの議論を参照したい。

3 ヘーゲル主義者たちによる説明

(1) 一八五〇年代までの議論

ヘーゲル主義者たちは、正当防衛権拡張の時代にあつて、ヘーゲルの国家観と結びつけて正当防衛を論じたとされる⁽¹⁰¹⁾。正当防衛権は国家に与えられたものという意識があつたためか、公的に補償可能な財については、正当防衛はできないという見解もあつた。この見解は、攻撃者への反撃が、権利を保護するための唯一の手段である場合に、国家

が反撃の権利を認めなければ、国家は被攻撃者に侵害の甘受させることになってしまふという立場から、正当防衛権を肯定する。⁽¹⁰⁾

もつとも、財産と名譽については、他の手段が常に考えられるとする。国家は全ての権利を保護しているが、その方法は事前的ではなく、事後的な補償という形である。従つて、事後的な補償は権利保護のための「他の手段」となるが、財産権は金銭的に換価可能であり、事後的補償によつて保護できる。⁽¹¹⁾ 個別の事情によつては、補償がなされない場合もあるが、これは偶然によるものであつて、財産権の本質を変更するものではないとされる。⁽¹²⁾ 名譽も、否定された尊敬や評価は後に公的な評価を与えることで回復可能であるから、事後的補償により保護できると述べられている。⁽¹³⁾

またこの見解は、正当防衛権は攻撃者の人身に侵害を加える権利でなければならぬとする。占有や所有権には、物への影響を排除し、物を保持し取り戻す権限があるが、これは奪取者の人身への侵害を必ずしも伴うものではないため、正当防衛権とは異なるとして、生命・身体・貞操・自由への攻撃が加えられるときのみ、攻撃者の人身への反撃が必要になると述べられている。⁽¹⁴⁾ そして、所有権や占有に基づく物の保持、取り戻しに対して、奪取者が抵抗したとき、または暴行を加えて奪取するときには、身体への攻撃があるから、正当防衛もできるという説明がなされ、他方、物を持つて逃走する者や、逃げて債務を免脱しようとする債務者に対しては、正当防衛はできないとされている。⁽¹⁵⁾ この見解は、反撃により生じる害と攻撃との性質上の同一性を重視し、抽象的な補償可能性によつて正当防衛による保護対象の権利を限定しようとする見解だと考えられる。

(2) 一八五〇年代以降の議論

一方で、一八五〇年代以降のヘーゲル主義者たちの議論の中で、資本主義経済の発達により、自由主義的な見解が生まれてきたとされている。⁽¹⁶⁾ これらの見解は、事後的補償不可能性を基準として正当防衛の対象権利を限定する見解

に対して批判を加える。

まず、抽象的補償可能性を基準とする見解に対しては、動産と異なつて不動産については無条件に事後的に補償可能だとする点について、判断が恣意的だと批判する⁽¹⁵⁾。また、高度に具体的な権利喪失が迫つており、偶然の事情によつて補償が受けられなくなる場合もあると述べられている⁽¹⁶⁾。具体的な補償可能性を基準とする見解に対しては、攻撃時には補償可能であつても、その後事情が変わり補償できなくなる場合もあり、また被攻撃者に攻撃者の支払い可能性を判別させることは期待できないと反駁されている。

他にも、正当防衛できないのはその場で公的機関が侵害を防げる時のみだと、また、「正は不正に譲歩せず」の原則からは、事後的に補償可能な権利も正当防衛の保護対象に含まれると述べられ、事後的補償可能性に基づく制限について、批判されている。

これらの見解は、「暴力的な攻撃」に対してしか正当防衛できないという立場にも批判的である。「攻撃は身体的作用を伴つていなければならぬ」という説明に対しては、例えば拳銃を構えるという場合に、身体的作用はないが正当防衛が認められると主張した⁽¹⁷⁾。また、「単なる名誉侵害に対して反撃は必要ない」という説明に対しては、攻撃に對して反撃が事実上可能であればよく、例えば人を中傷する物語をしゃべり続けている人を止めるといった場合もありうる⁽¹⁸⁾、名誉侵害が既遂に達していても、「攻撃」は事実的なものであるから、継続する攻撃に対して正当防衛はできる⁽¹⁹⁾と反論されている。各ラントが「暴力的な攻撃」と立法する中、プロイセン王国刑法典における「現在の違法な攻撃」という文言にそのような修飾語がないことは、名誉一般についても反撃を可能とすることを意味していると、これらの見解は捉えている⁽²⁰⁾。

(3) ライヒ刑法典制定後の議論

防衛対象の権利は、事後的に補償不可能なものに限られず、口頭や表示による名誉侵害に対しても反撃可能である、

という一八五〇年代以降の見解は、ライヒ刑法定後も示されている。⁽¹²⁴⁾ 法的に保護される利益、すなわち法益であれば、区別なく正当防衛は可能であるとされ、⁽¹²⁵⁾ そこには、名誉や財産も含まれるとされた。⁽¹²⁶⁾ 「財が補償可能かどうか、名誉や財産のように観念的であるかどうか、という議論は、違法な攻撃に対する自己保存の原則により突破された」、⁽¹²⁷⁾ 「法益が反撃不可能なものと説明されることによつて、権利が、他人の実力に対して、自らその品位を汚すことになる」と評されている。⁽¹²⁸⁾

(二) オーストリアにおける議論

1 一八〇三年オーストリア刑法典

一八〇三年のオーストリア刑法典は、一二七条において殺人罪に関して正当防衛規定を置いていたが、その規定は「正当な緊急防衛を用いて人を殺した者は、犯罪とならない。ただし、所為を行った者が自ら必要な防衛を、自己の、もしくは同胞の生命、財産、または自由を保護するためにしたことが、人的、時間的、場所的状况から証明され、または理由をもつて推認されなければならない(傍線引用者)。」というものであった。⁽¹²⁹⁾

当時の学説では、対象法益について次のように説明されている。「生命 (Leben)」と規定されているが、反撃対象に身体的完全性も含まれる。傷害を加えられ、生命が害されるかは前もつてわからないし、生命が害されなくても、生命力が弱まったり余命が短くなったりするからである。財産について、価額の多少は問題とならない。名誉は法文に挙げられていないので、正当防衛の保護対象とならない。「必要な防衛」が要求されているところからも、単なる名誉侵害は正当防衛の対象でないことが基礎づけられる。

2 一八五二年以降の議論

その後一八五二年に、正当防衛は総則に規定を持つことになったが、ここでも防衛対象の法益は、生命・財産・自由⁽¹⁰⁾となっている。当時の学説は、名誉は法文に挙げられておらず、正当防衛対象とならないと理解している⁽¹¹⁾。その根拠としては、名誉の保護のための実力行使はほとんど考えられないこと、正当防衛を肯定すると、乱闘等の濫用につながる可能性があることが挙げられていた⁽¹²⁾。

五 本稿のまとめ

前章の検討をまとめると、以下のとおりである。一九世紀のドイツにおいて、各ラントでは、「暴力的な攻撃」に対して正当防衛が成立するという見解があった。また、事後的に補償不可能な権利のみが保護対象となるという見解もあった。これらの立言では特に、身体的作用を伴わない口頭や表示による名誉侵害に対して、正当防衛はできないと説明されていた。他方一八五〇年代以降、ヘーゲル主義者たちが批判を加え、単なる名誉侵害も正当防衛の防衛対象だと主張して、その主張はライヒ刑法典制定後も受け容れられた。

一方、当時のオーストリアでは、暴力的な攻撃論に類似した見解がみられた。すなわち、単なる名誉侵害について、防衛する必要はないとする限定的な見解が主張されていた。オーストリアにおいて、正当防衛の保護対象の範囲を拡張する動きがみられなかった原因は定かではないが、普墺戦争（一八六六年）の影響があったのかもしれない。プロイセンとオーストリアの間の断裂が、一八五〇年代以降のドイツの議論がオーストリアに伝播するのを妨げたのではないかと推測される。他方、勝利したプロイセンを中心として、ドイツは統一へと進み、プロイセン王国刑法典における正当防衛規定も、統一刑法典の基礎となった。

もつとも、オーストリアにおいて現在まで制限的な立場がとられている原因は、歴史的なものだけに限られないだろう。条文や解釈を変更する機会があったはずであり、一九七四年オーストリア刑法典の理由書において、「長い議論の末に」制限的な立場が堅持されたと書かれていることから、当時制限的な理解しかなかったわけではないことが看取される。理由は、正当防衛が公的な手続によるのではなく、被攻撃者自身が直接、攻撃者の法益を侵襲するものであり、そのような性質を持つ正当防衛権は、法治国家においては必然的な理由がない限り拡張されてはならないと説明している。これは正当防衛の「実行使」の側面に着目したものであろう。

これに対して、ドイツにおいて一八五〇年代以降、正当防衛の保護対象の範囲が拡張した原因は、ライヒ刑法典制定後の評価にあったように、正当防衛の持つ「権利」の側面が強調されたことではないかと考えられる。現在も、個人的法益は基本的に正当防衛の保護対象であることを権利の面から説明する見解もある⁽¹⁸⁾。ドイツとオーストリアの議論は、それぞれ正当防衛の異なった側面に着目し、展開している。第一章で確認した、侵害される権利の内容と、その侵害のされ方という議論構造は、現在のドイツ、オーストリアの議論にも存在したため、これらの議論はわが国の議論と比較することも可能であると思われる。本稿では、わが国の議論との比較はできなかったが、このような点に留意しつつ、今後比較検討を行っていききたい。

※本稿は平成二九年度慶應義塾大学大学院博士課程学生研究支援プログラムの助成を受けたものである。

- (1) 藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂・一九七五）一六四頁以下。
- (2) 最判平成二一年七月一六日刑集六三卷六号七一一頁。
- (3) RGS, 61, 215 (20). わが国における本件の評釈として、町野朔「国家緊急救助」堀内捷三∥町野朔∥西田典之編『判例におけるドイツ刑法（総論）』（良書普及会・一九八七）四九頁以下。

- (4) *Walter Perron*, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. München 2014, § 32, Rn. 7.
- (5) *Felix Herzog*, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ulrich Paefgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3. Aufl. Baden-Baden 2010, § 32, Rn. 24.
- (6) *Claus Roxin*, *Strafrecht allgemeiner Teil* I, 4. Aufl. München 2006, § 15, Rn. 41.
- (7) *Roxin* (前掲註 (6)), § 15, Rn. 41; *Volker Erb*, in: Wolfgang Jöckes/Klaus Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl. München 2011, § 32, Rn. 101.
- (8) *Roxin* (前掲註 (6)), § 15, Rn. 41; *Erb* (前掲註 (7)), § 32, Rn. 101.
- (9) *Roxin* (前掲註 (6)), § 15, Rn. 41.
- (10) 例えは *Roxin* (前掲註 (6)), § 15, Rn. 39.
- (11) BGHS, 5, 245 (247).
- (12) *Eberhard Schmidhäuser*, *Strafrecht allgemeiner Teil Studienbuch*, Tübingen 1984, S. 149 (Rn. 51), 161 f (Rn. 80).
- (13) *Schmidhäuser* (前掲註 (12)), S. 161 f (Rn. 80). 否定説から、なぜ他の法益の場合と異なり「つら」のやいな要件が付されるのか明らかにならぬ指摘をしよう。 *Roxin* (前掲註 (6)), § 15, Rn. 39.
- (14) もっとも、防衛行為の面々慎重な考慮が要求され、多くの場合通報すると脅迫すれば十分だと説明されている。 *Roxin* (前掲註 (6)), § 15, Rn. 33.
- (15) AG Erfurt, NSZ 2014, 160.
- (16) *Christian Jäger*, *Notwehr bei Anrauchen*, *Juristische Arbeitsblätter*, 2014, S. 473 f. 批判の概要は、①些細な程度を超えて身体的健康を侵害するような、不相当な行為が存在しない、②侮辱としての攻撃は煙を吹きかけることと終わっている、③新たな攻撃は、煙草を口に啞えて吸っている間は切迫している、④「つら」というものがある。
- (17) BayOBLG NJW 1963, 824. 参考、BayOBLG NJW 1995, 2646.
- (18) OLG Stuttgart NJW 1966, 745.
- (19) *Günther Jakobs*, *Strafrecht allgemeiner Teil*, 2. Aufl. Berlin/New York 1991, S. 312 f (Rn. 4); *Roxin* (前掲註 (6)), § 15, Rn. 31. 公共利用権の正当防衛可能性を肯定した判例も、防衛行為について「駐車スペースの利用は軽微な法益であり身体的完全性の侵害・その危殆化との関係では明らかに権利の濫用である。」と述べて、当該事案において、正当防衛の限界を超

BayObLG NJW 1995, 2646.

- (20) *Thomas Rönnau/Kristian Hohn*, in: Heinrich Wilhelm Lauffhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 12. Aufl. Berlin 2006, § 32, Rn. 90.
- (21) *Rönnau/Hohn* (通釈), § 32, Rn. 84; *Erb* (通釈), § 32, Rn. 88; *Urs Kindhäuser*, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ulrich Paefgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4. Aufl. Baden-Baden 2013, § 32, Rn. 36. BayObLG NJW 1991, 2031.
- (22) *Rönnau/Hohn* (通釈), § 32, Rn. 84; *Erb* (通釈), § 32, Rn. 88.
- (23) *Rönnau/Hohn* (通釈), § 32, Rn. 86 f.; *Erb* (通釈), § 32, Rn. 90.
- (24) *Erb* (通釈), § 32, Rn. 92.
- (25) *Roxin* (通釈), § 15, Rn. 35.
- (26) *OLG Karlsruhe NSZ* 1982, 123; *OLG Hamburg, BeckRS* 2012, 11658.
- (27) *OLG Düsseldorf NJW* 1994, 1971.
- (28) *Erb* (通釈), § 32, Rn. 93; *Perron* (通釈), § 32, Rn. 5; *Kindhäuser* (通釈), § 32, Rn. 39.
- (29) *Herzog* (通釈), § 32, Rn. 18.
- (30) *Erb* (通釈), § 32, Rn. 93.
- (31) *Roxin* (通釈), § 15, Rn. 28.
- (32) *Jakobs* (通釈), S. 389 (Rn. 25).
- (33) *Jakobs* (通釈), S. 389 (Rn. 25).
- (34) *Gunther Arztl. Notwehr gegen Erpressung, Monatsschrift für deutsches Recht*, 1964, S. 345.
- (35) *Jürgen Baumann*, § 53 StGB als Mittel der Selbstjustiz gegen Erpressung?, *Monatsschrift für deutsches Recht*, 1965, S. 347.
- (36) *Jörg Tenckhoff*, Anmerkung zum Urteil des KG v. 20. 9. 1979 – (4) Ss 152/79 (66/79), *Juristische Rundschau*, 1981, S. 256.
- (37) *Knut Anelung*, Das Problem der heimlichen Notwehr gegen die erpresserische Androhung kompromittierender Enthüllungen, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1982, S. 384 f.
- (38) *Anelung* (通釈), S. 385 f.; *Tino Seesko*, Notwehr gegen Erpressung durch Drohung mit erlaubtem Verhalten, Berlin

- 2004, S. 79.
- (40) *Amelung* (前掲注 (38)), S. 384; *Anje Kroß*, *Norwehr gegen Schweigegelderpressung*, Berlin 2004, S. 124 f. (以下「*Amelung*」) に「この危険とは財産に対する危険だとされる。」
- (41) *Roxin* (前掲注 (9)), § 15, Rn. 29.
- (42) 三条一項は「現在または急迫の違法な攻撃に対し自己または他人の生命、健康、身体的完全性、自由又は財産を防衛するために已むを得ず防禦を行ったにすぎない者は、違法に行爲したもてはなす。」と規定していた。訳は法務大臣官房司法法制調査部『一九七四年オーストリア刑法典(法務資料四二二号)』(一九七五)二頁による。
- (43) 前掲注(42)の註文に「一九七四年オーストリア刑法典(法務資料四二二号)』(一九七五)二頁による。」
- (44) 前掲注(42)の註文に「一九七四年オーストリア刑法典(法務資料四二二号)』(一九七五)二頁による。」
- (45) 前掲注(42)の註文に「一九七四年オーストリア刑法典(法務資料四二二号)』(一九七五)二頁による。」
- (46) 前掲注(42)の註文に「一九七四年オーストリア刑法典(法務資料四二二号)』(一九七五)二頁による。」
- (47) 改正前、刑法典二条五号に正当防衛規定があった。その文は、「正当な緊急防衛は、自己の、もしくは他人の生命、財産または自由を防衛するために、行為者自らが必要な反撃しか使用していないことが、攻撃の人的、時間的、場所的性質状況もしくはその他の状況から理由をもって認定されるときのみ認められる。」と定められていた。原文は、<http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=rgb&datum=1852&page=583&size=45>を参照した(最終閲覧日二〇一七年十一月二一日)。
- (48) OGH EvBl 1969 Nr. 364.
- (49) 前掲注(42)の註文に「一九七四年オーストリア刑法典(法務資料四二二号)』(一九七五)二頁による。」
- (50) 前掲注(42)の註文に「一九七四年オーストリア刑法典(法務資料四二二号)』(一九七五)二頁による。」
- (51) *Helmut Fuchs*, *Grundfragen der Norwehr*, Wien 1986, S. 104 f.; *Peter Lewisch*, in: Frank Höpfel/Eckart Ratz (Hrsg.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl. Wien 2003, § 3, Rz. 34; *Herbert Steininger*, in: Otto Triffterer/Christian Roschard/Hubert Hinterhofer, *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wien 2012, § 3, Rz. 21.
- (52) *Friedrich Novakowski*, in: Egmunt Foregger/Friedrich Novakowski (Hrsg.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*,

- Wien 1984, § 3, Rz. 4; *Lewisch* (前掲注 (15)), § 3, Rz. 34; *Steininger* (前掲注 (15)), § 3, Rz. 21; *Helmut Fuchs*, *Strafrecht allgemeiner Teil I*, 9. Aufl. Wien 2016, S. 172 (Rz. 22); *Stefan Seiler*, *Strafrecht allgemeiner Teil I*, 3. Aufl. Wien 2016, S. 131 f (Rz. 379).
- (53) OGH 28. 03. 1985 13 Os 28/85.
- (54) *Herbert Steininger*, *Die Norwehr in der neueren Rechtsprechung des OGH*, österreichische Juristen-Zeitung, 1980, S. 229 (Fn. 38).
- (55) *Fuchs* (前掲注 (25)), S. 172 (Rz. 22).
- (56) *Nowakowski* (前掲注 (2)), S. 59.
- (57) *Fuchs* (前掲注 (15)), S. 78.
- (58) *Fuchs* (前掲注 (15)), S. 106.
- (59) *Fuchs* (前掲注 (15)), S. 111 f.
- (60) *Fuchs* (前掲注 (15)), S. 113.
- (61) *Fuchs* (前掲注 (15)), S. 115.
- (62) *Fuchs* (前掲注 (15)), S. 116.
- (63) *Fuchs* (前掲注 (15)), S. 116.
- (64) *Lewisch* (前掲注 (15)), § 3, Rz. 42. ついでに財産にうつて、状態の変更が要求されつゝる。
- (65) *Lewisch* (前掲注 (15)), § 3, Rz. 47; *Steininger* (前掲注 (15)), § 3, Rz. 29.
- (66) *Lewisch* (前掲注 (15)), § 3, Rz. 48.
- (67) プロイセン刑法典における正当防衛規定の立法過程から、その後のライヒ刑法典における正当防衛規定までの制定過程に ついては、山本和輝「正当防衛の正当化根拠にうつて(四・完)」立命館法学三七一号(二〇一七)七五頁以下参照。
- (68) Entwurf des Criminal-Gesetz-Buches für die Preussischen Staaten, Berlin 1827, in: Werner Schubert/Jürgen Regge (Hrsg.), *Gesetzrevision (1825–1848)*, I. Abteilung Straf- und Strafprozessrecht, Bd. 1, Vadzuz 1981, S. 17.
- (69) Motive zu dem, von dem Revisor vorgelegten, Ersten Entwurfe des Criminal-Gesetz-Buches für die Preussischen Staaten, Berlin 1827, in: Werner Schubert/Jürgen Regge (Hrsg.), *Gesetzrevision (1825–1848)*, I. Abteilung Straf- und Strafprozess-

- recht, Bd. 1, Vaduz 1981, S. 196.
- (70) Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preussischen Staaten nach den Beschlüssen des Staatsraths, Berlin 1843, in: Werner Schubert/Jürgen Regge (Hrsg.), *Gesetzrevision (1825–1848)*, I. Abteilung Straf- und Strafprozessrecht, Bd. 5, Vaduz 1994, S. 16.
- (71) Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuchs von 1843, I. Bd, zum ersten Theil des Entwurfs, in: Werner Schubert/Jürgen Regge (Hrsg.), *Gesetzrevision (1825–1848)*, I. Abteilung Straf- und Strafprozessrecht, Bd. 5, Vaduz 1994, S. 431 f.
- (72) Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuchs von 1843 (前掲註(71)), S. 432.
- (73) Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preussischen Staaten (1847), in: Werner Schubert/Jürgen Regge (Hrsg.), *Gesetzrevision (1825–1848)*, I. Abteilung Straf- und Strafprozessrecht, Bd. 6, Teil 2, Vaduz 1996, S. 748.
- (74) Verhandlungen der ersten und zweiten Kammer über Entwürfe des Strafgesetzbuchs für die Preussischen Staaten, Berlin 1851, S. 455.
- (75) Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preussischen Staaten, Berlin 1847, S. 10 f.
- (76) *Theodor Goldammer*, Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preussischen Staaten, Theil I, Berlin 1851, S. 417 f.
- (77) *Goldammer* (前掲註(76)), S. 418.
- (78) Entwurf des Strafgesetzbuch von 1822, Frankfurt am Main 1988, S. 40 f.
- (79) *Melcher Stenglein*, Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher, München 1858, 2. Band, VIII, S. 39.
- (80) Anmerkungen der Gesetzgebungscommission zum Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Baden, in: Werner Schubert/Jürgen Regge/Werner Schmid/Rainer Schröder (Hrsg.), *Entwürfe für das Strafgesetzbuch des Großherzogthum Baden*, Frankfurt am Main 1989, S. 20.
- (81) *Wilhelm Thilo*, Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Baden, Karlsruhe 1845, S. 119.
- (82) *Stenglein* (前掲註(79)), 2. Band, VIII, S. 42. 規定は以下のとおり。
- 「以下の場合において、開始されたもしくはまさに切迫した違法な攻撃に対して、その攻撃がなされた状況において官憲の救助によつて攻撃を避けることができなるとき、私力による自己防衛を行うことが許される。すなわち、
1. すべての暴力的な、生命、健康、名誉、自由、貞潔への危険に関連した、その個人自身へ向けられた攻撃に対して

(傍線引用者)。

2. 不動産、動産の破壊、滅失を目的とする暴力に対して。
 3. 窃盗の際に気づかれた者に対して。
 4. 他人の所有地へ暴力的に来襲、侵入、またはその他の許されざる方法で入り込もうとする者に対して。」
- (83) *August Breidenbach*, *Commentar über das Grossherzoglich Hessische Strafgesetzbuch*. 1. Band, 1. Abteilung, Darmstadt 1842, S. 595.
- (84) *Breidenbach* (前掲注 (83)), S. 595 f.
- (85) *Breidenbach* (前掲注 (83)), S. 596 f. ただし、迫っている攻撃に対して反撃可能なのであり、例えば軍人が侮辱された後に相手方を殺害するという場合に正当防衛を肯定するわけではないと説明されている。
- (86) *Eines Strafgesetzbuches für das Königreich Bayern* 1860, Frankfurt am Main 1989, S. 42.
- (87) *Entwurf des Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen nebst Motiven*, Frankfurt am Main 1989, S. 30, 257.
- (88) *Ludwig Weis*, *Das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern*, Nördlingen 1863, S. 207 f. 464. *Melcher Stenglein*, *Commentar über das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern*, 1. Teil, München 1861, S. 552 は、権利が暴力的な攻撃により脅かされようとするを要求している。
- (89) *Edvard Henke*, *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, 1. Teil, Berlin/Stettin 1823, S. 209 f.
- (90) *Henke* (前掲注 (89)), S. 210 ff.
- (91) *Henke* (前掲注 (89)), S. 212.
- (92) *Henke* (前掲注 (89)), S. 214.
- (93) *Henke* (前掲注 (89)), S. 214.
- (94) *Henke* (前掲注 (89)), S. 214 f.
- (95) *Christoph Martin*, *Lehrbuch des teutschen gemeinen Criminal-Rechts*, II. Hauptabschnitte, Heidelberg 1825, S. 96; *Theodor Marzoll*, *Das gemeine deutsche Criminalrecht*, Leipzig 1841, S. 63 f.; *Anselm von Feuerbach*, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14. Aufl. Giessen 1847, § 38 (S. 66).
- (96) *Marzoll* (前掲注 (95)), S. 63.

- (97) *Feuerbach* (前掲注 (95)), § 38 (S. 66).
- (98) *Marezoll* (前掲注 (95)), S. 64.
- (99) *Marezoll* (前掲注 (95)), S. 64 f.; ただし、不動産の利用が阻害される場合、人身への攻撃も、補償不可能な損失の恐れもなごくと述べられている。
- (100) *Martin* (前掲注 (95)), S. 96; *Marezoll* (前掲注 (94)), S. 65.
- (101) *Feuerbach* (前掲注 (95)), § 38 (S. 66).
- (102) 訳は、埴浩「カルル五世刑事裁判令(カロリーナ)」同『フランス・ドイツ刑事法史』(信山社・一九九三)所収二〇三頁以下。
- (103) *Feuerbach* (前掲注 (95)), § 38 (S. 66).
- (104) *Goldammer* (前掲注 (76)), S. 361 f.; *Stenglein* (前掲注 (88)), S. 552; *Christian Oppenhoff*, *Das Strafgesetzbuch für die preißischen Staaten*, 5. Aufl. Berlin 1867, S. 109.
- (105) *Goldammer* (前掲注 (79)), S. 361 f.; 417 f.
- (106) 村井敏邦「正当防衛とその過剰：歴史的考察」一橋大学研究年報法学研究八卷(一九七二)四三九頁以下、四四四頁以下。
- (107) 村井・前掲注 (106) 四四〇頁。
- (108) *Heinrich Luden*, *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte*, Bd. 2, Göttingen 1840, S. 480 f.
- (109) *Luden* (前掲注 (108)), S. 481 f.
- (110) *Luden* (前掲注 (108)), S. 482.
- (111) *Luden* (前掲注 (108)), S. 483.
- (112) *Luden* (前掲注 (108)), S. 485 f.; 生命等の正当防衛可能な権利は、事後的に補償不可能なものと説明されている。
- (113) *Luden* (前掲注 (108)), S. 487 f.
- (114) 村井・前掲注 (106) 四四五頁。
- (115) *Reinhold Köstlin*, *System des deutschen Strafrechts allgemeiner Teil*, Tübingen 1855, S. 83; *Carl Levina*, *das Recht der Notwehr*, Giessen 1856, S. 218.
- (116) *Levina* (前掲注 (115)), S. 218.

- (117) Reinhold Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, Tübingen 1845, S. 720.
- (118) Friedrich Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Aufl. Leipzig 1871, S. 143.
- (119) Hugo Hälschner, System des Preußischen Strafrechts erster oder allgemeiner Theil des Systems, Bonn 1858, S. 260.
- (120) Berner (前掲註(81)), S. 146.
- (121) Hälschner (前掲註(91)), S. 260.
- (122) Levinia (前掲註(115)), S. 182 f.
- (123) Köstlin (前掲註(115)), S. 83 f.
- (124) Oskar Schwarz, Commentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, Leipzig 1873, S. 244.
- (125) Franz von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin/Leipzig 1884, S. 129.
- (126) Adolf Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889, S. 163.
- (127) Karl Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, Leipzig 1885, S. 744. 人を中傷する物語が終了するまでや、人を中傷する文書を公衆の面前で読み終わると、名誉侵害に対して正当防衛可能だとやれつゝる。
- (128) 原文は 'Fugo Hoegel, Geschichte des österreichischen Strafgesetzbuches, 2. Heft, Wien 1905, S. 234 を参照。
- (129) Sebastian Jenull, Das österreichische Criminal-Recht, Wien 1837, S. 128.
- (130) 眞操は自由にてんあそびやせしむ。 Karl Janka, Das österreichische Strafrecht, Wien 1890, S. 118.
- (131) Anton Hye, Das österreichische Strafgesetz, Wien 1852, S. 200; Janka (前掲註(81)), S. 118.
- (132) Hye (前掲註(81)), S. 200.
- (133) Armin Engländer, in: Holger Matth/Jochim Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, München 2013, § 32, Rn. 14; Kristian Kühl, in: Kristian Kühl/Martin Heger, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl. München 2014, § 32, Rn. 4.

山田 雄大 (やまだ ゆうだい)

所属・現職

慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

慶應義塾大学大学院法学研究科助教 (有期・研究奨励)

最終学歴

慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

所属学会

日本刑法学会

専攻領域

刑法

主要著作

「正当防衛の時間的制約とドイツにおける歴史的沿革」『法学政治学論究』第一〇七号 (二〇一五年)

「ドイツにおける正当防衛の開始時期をめぐる議論について」『法学政治学論究』第一〇九号 (二〇一六年)

「刑法三六条における不正の侵害に関する一試論」『法学政治学論究』第一一二号 (二〇一七年)