慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	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
Sub Title	Der Beginn der Gegenwärtigkeit des Angriffs im deutschen 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	2016
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.109, (2016. 6) ,p.267- 298
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20160615-0267

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.

ドイツにおける正当防衛の開始時期をめぐる議論について

山田雄大

一　問題の所在
二　ドイツにおける正当防衛の開始時期に関する判例と学説
(一)　戦前の判例・学説
(二)　戦後の判例・学説の動向
(三)　小括
三　正当防衛の開始時期の根拠をめぐる議論
(一)　正当化根拠論からの説明
(二)　正当化根拠論以外の基礎付け
四　検討
(一)　行為による補完
(二)　正当防衛の開始時期に関する形式と実質

一　問題の所在

本稿では、正当防衛の開始時期に関する判断要素とその根拠について、すなわち、どのような事情がどのような根拠から急迫不正の侵害の開始を判断する際に重要となるのかについて、ドイツ刑法における議論を確認・検討する。わが国の学説においては一般に、急迫不正の侵害が開始したと言えるためには、侵害者の行為が未遂として評価される段階まで待つ必要はないとされる(1)。また裁判例においては、急迫性を認定するにあたり、客観的な態勢、侵害意図といった事情に着目されている(2)。もっとも、未遂時期まで待つ必要がないとして、どのような事情に基づいて急迫の侵害が肯定されるのか、「侵害へ向かう客観的な攻撃態勢」や「侵害意図」がどのような根拠でどの程度要求されるのかについて、未だ明らかになってはいない部分もあるように思われる。

このため本稿では、わが国と似た正当防衛規定を持つドイツ刑法における正当防衛の開始時期に関する判断要素と根拠をめぐる議論に立ち入り、わが国の議論においても参考となる部分がないか探りたい。ドイツ刑法典三二条二項は、現在の違法な攻撃に対して正当防衛を認めているが(3)、いつ初めて攻撃の現在性が肯定されるかについて、ドイツの学説では、対抗の先延ばしが防衛効果の減退につながる時点で正当防衛を肯定する防衛効果説、未遂時期まで対抗を待つ必要はないとする予備最終段階説、未遂犯規定を参照し未遂時期と正当防衛の開始時期をリンクさせる未遂説が存在している(4)。本稿ではまず、ライヒ刑法典において「現在の違法な攻撃」という文言が採用された後のドイツにおける判例の動向と、正当防衛の開始時期に関する学説の議論を確認する（二）。

次に、どのような根拠から正当防衛の開始時期が定められるのかという基礎付けの問題についても議論が見られるため、章をあらためて正当防衛の開始時期の根拠論について参照する（三）。そして最後に、ドイツ刑法における正

当防衛の開始時期の議論についてそれまで確認したことをもとに、ドイツ刑法における議論を総括し、わが国において急迫性を判断する際の方向性を示すこととしたい（四）。

二　ドイツにおける正当防衛の開始時期に関する判例と学説

㈠　戦前の判例・学説

1　判例

戦前のドイツにおいて正当防衛の開始時期について判示をしたものとして、密猟者に対する銃の使用に関する二つの判例と攻撃者の殴打行為以前に正当防衛状況を肯定した判例を挙げることができる。まず、判例①ライヒ裁判所一九一八年一〇月二三日判決（RGSt 53, 132）は、民間の山林監視員である被告人が、密猟者のものと思われる銃声を耳にして探索中、銃を持った被害者を発見し、誰何して一発威嚇射撃をした後、被告人から逃げていく被害者の右足を撃ち重傷を負わせた事案につき、「誰何されたにもかかわらず、いつでも攻撃に使用できる銃を手放さなかったことから、被告人には攻撃が次の瞬間にも行われ得るという認識に至る十分な手がかりがあった。被告人が躊躇することにより、密猟者が攻撃に有利な隠れ場所にたどり着き、被告人を襲撃する危険が増加するため、直ちに防衛行為を行う必要が認められる。」と判示して、[5] 攻撃の現在性を肯定した。[6]

また、判例②ライヒ裁判所一九三三年一〇月一〇日判決（RGSt 67, 337）は次のような事案である。山林監視官のRが、密猟者である被告人A、W等三人を発見し、逃げるAに対して持っていた銃で狙いを定め、発砲しようとしたが、WがRの発砲を阻止して揉み合いになった。そこへ引き返してきたAが、Rを銃殺した。故殺罪の共同正犯に問

われたWの行為につき、W側がRの拳銃使用が違法であり自ら正当防衛であるとの主張をしたのに対し、本判決は、判例①を引用し、「まだ権利を侵害していないが、直接に侵害行為へと転化し得、この侵害行為により直接した法益侵害の発生が脅かされる行態もまた、その防衛行為を先延ばしたら防衛効果が危険にさらされてしまうとき」現在の攻撃にあたると判示して[7]、AのRに対する攻撃につき現在性を肯定した。同判決では、先の判例①の判断が具体化され、「直接に侵害行為へと転化し得ること」、「防衛行為の先延ばしによりその効果に危険が生じること」が基準として挙げられた。そして、AとWが猟銃を所持していたこと、Rが銃を使用しなければ、逃げたAが茂みに隠れ、直ぐにRを撃つ危険が存在したこと、その一方で猟銃を持ったWをその場に残したままAを追い掛けることはできなかったことについて言及し、Rの拳銃使用の適法性を肯定した[8]。

この二つの判例において特徴的なのは、攻撃意図が存在していたかについて触れずに襲撃される危険があったと述べていることであるが、その後攻撃意図にも触れつつ、判例②の基準を承継して攻撃の現在性を判断する判例が生まれる。

判例③ライヒ裁判所一九四〇年二月五日の事案（RG HRR 40 Nr.1102）では、次のような事実関係について攻撃の現在性を肯定している。被告人は住居として使用していた土地において、Bに木製のサンダルを持って攻撃されたので、徐々にBから後退していたところ、Bの妻と娘が現れ、Bの妻がBを止めに入った。続いてBの息子W_iが現れた。W_iはB等と事前に被告人に攻撃を加えようと話し合っており、被告人へ攻撃を加えようとしたが、Bの娘が被告人は拳銃を持っていることに気付き、W_iを制止しようとした。そこで、同じくBの息子であるWが被告人から約八ないし九メートル離れた小屋のそばに現れた。被告人は近づいてくるBとWの間の空間へ向けて威嚇射撃を行った。それでもWは「殴ってやる」等と言い、立て掛けてあったスコップを手に取った。このとき被告人とWの距離は約三・五メートルになっており、被告人は、Wがスコップの方を見た瞬間、二度目の発砲をし、弾はWの左胸部に命中し、この傷

がWの死因となった。被告人の行為について、被告人はWとまだ三・五メートル離れており、Wが落ち着くのを待つことができ、また、拳銃を持った被告人に対してWはスコップを持っているにすぎず、また被告人が優位に立っていたので実際Wは攻撃しようとはしていなかったとして、原審は攻撃の現在性を否定し、また防衛行為の必要性も否定した。これに対してライヒ裁判所は、被告人が威嚇射撃したとき、少なくとも、BとWが被告人に攻撃を加えるつもりであり、威嚇射撃の後もスコップへと急いで向かっていたWは更に攻撃を加えるつもりであったと判示し、判例①②を引用した上で、「確かにまだ権利を侵害していないが、直接に侵害行為に転化し得、侵害行為に転化することにより直接した権利侵害の発生を脅かす行態もまた、その防衛行為を先延ばしたら防衛効果が危険にさらされてしまうとき、正当防衛の認められる刑法典五三条における現在の攻撃にあたる」と判例②と同様の基準を掲げた(9)。そして、Wは被告人より攻撃手段の点で劣っていたという原審の判断に対しては、侵害の発生が直接脅かされていれば十分であると述べられ、また、Wが攻撃を考え直すのを被告人は待つことができたという原審の判示に対しては、待機することにより防衛効果を危険にさらすことを引き受ける必要はないと判示されている。本件ではこのように攻撃の現在性が肯定された上で、防衛行為の必要性に関して更に詳細な判断を要すると判断された。

判例③では、威嚇射撃にもかかわらずWが被告人へ向って来ることから攻撃意図と「侵害行為への転化可能性」が認定されていた。また、「防衛効果の減退」については、攻撃者が考え直すのを待って防衛効果が脅かされることを引き受ける必要はないと判断されていた。これは、スコップを持った攻撃者と拳銃を持った被告人の立場を考慮してもなお、威嚇射撃にもかかわらず進んでくる攻撃者の意図が強く、待機による防衛効果の減退は重大なものであると判断されたと理解できる。

2　学説

(1)「直接切迫した」時点で正当防衛状況を肯定する見解

戦前の多くの学説は、攻撃の現在性の開始時期を「直接切迫した時点」としており[10]、将来に属する攻撃の単なるおそれでは不十分だとしていた[11]。もっとも、どのような状況では将来のおそれでしかないのか、どのような場合に「直接切迫した」といえるのか具体例の言及はほとんどない。ただし、ビンディングは正当防衛の開始時期についてより詳しく、未遂の段階まで待つ必要がないことを述べている[12]。ビンディングによれば、正当防衛によって防止されるのは、犯罪や特定の行為ではなく、危険であるという。そして正当防衛権は、攻撃意図が明白に示された予備行為が、実行行為へと直接に進行すると判断される場合に存在すると述べている。ビンディングは、侵害の最中（laesio inchoata）である必要はなく、攻撃の現在性を侵害の最中に限定することは普通法の法源にも矛盾するとして、カロリーナ刑事法典一四〇条の「打ち掛かられるまで待つ必要はなし」という文言を引用している[13]。ビンディングのこの未遂まで待つ必要はないという見解は、予備の最終段階説に位置付けられている[14]。

「直接切迫している」対象については、攻撃行為に着目するものとその結果に着目するものがあった。フランクは、切迫性の対象を「侵害」ではなく、「侵害の危険を基礎付ける攻撃」だとして、追剝が道にワイヤーロープを張り、初めに通った車の乗客を傷付けようとしているときにも、正当防衛（緊急救助）は可能だと述べている[15]。これに対して、M. E. マイヤーによれば、「脅威の即座の実現が予想されるとき」現在性が存するとされている[16]。この理解は、侵害結果を切迫性の対象としたものだと読むこともできよう。

(2)　A. ケーラーの防衛効果説

以上の「直接切迫した」時点で正当防衛状況を認める見解とは異なり、A. ケーラーは切迫性のない場合においても攻撃の現在性を肯定している。A. ケーラーによれば、「攻撃者によって侵害の脅威が生じており、そして防衛の

さらなる延期が、防衛結果を深刻に危殆化させる」ときに現在性は認められるとされる。[17] そして例として、追剝が旅行者の後を追って、森の中に両者がいるときに襲おうとしているとき、このことを知った旅行者が、森の中では追剝に太刀打ちできないため、森へ入る手前で追剝を川に突き落とした場合を挙げ、「多種多様な兆候から推論され得る侵害の脅威を攻撃と捉えるのなら、そのような場合にも現在性は認められる」と述べている。[18]

一方でA. ケーラーは、「状況に応じて、脅威となった法益侵害の発生が後の防衛措置によってまだ防止され得るときには」、まだ将来の攻撃にとどまるとして、正当防衛状況を否定している。A. ケーラーは、「攻撃の存在は攻撃者の観点ではなく、その法益を保護されるべき者の観点に応じて定められる」と述べている。[19] 彼の見解は、被攻撃者の法益保護を重視して主張されたものであり、反撃を差し控えることで生じる防衛効果の減退を、攻撃の現在性の判断要素とするこの理解は、戦後になり防衛効果説と呼ばれるようになる。[20]

(二) 戦後の判例・学説の動向

1 判例

戦後に入って正当防衛の開始時期に関して判断したものとして、判例④連邦通常裁判所一九七二年一一月七日判決(BGH NJW 1973, 255)がある。ここでは被害者Schが胸ポケットに忍ばせていた弾丸入りの拳銃に手を伸ばしたので、発砲した被告人の行為が故殺未遂に問われたが、連邦通常裁判所は判例①②等を引用して、「まだ権利を侵害していないが、直接に侵害へ転化し得、そのために防衛行為を先延ばしたときその効果が危険にさらされてしまう行態もまた」現在の攻撃にあたるとした上で、事件の数日前にもSchに理由もなく銃を突きつけられ、二人の関係が悪化していたことに触れ、「本件の事実関係の下では、Schが装填された銃の隠された方向へ手を伸ばし、被告人の方へ向き直ったことを、可能な攻撃のための単なる無害な準備行為と安易に評価してはならない。むしろ瞬時の内に侵害行為へと

発展し得る、Schによる直接の被告人の危険について相当な手がかりがあった。そのため、――客観的にまたは少なくとも被告人の視点からは――素早く防衛手段を講じることによってのみ切り抜けられる危険な状況が存在したことは否定できない（強調原文）」として[21]、正当防衛の成立を否定した原判決を破棄した。本判決では、戦前の判例が引用されているものの、その基準は（ア）いつでも侵害へと転化し得ること、（イ）防衛行為の先延ばしによりその効果に危険が生じることというものである。これに対して、判例②③で掲げられた基準は、「侵害行為への転化可能性」、「侵害行為と侵害発生の直接性」、「反撃を先延ばしたときの防衛効果の減退」の三点であった。これは基準の内容の実質的変更をもたらすものではなく、「侵害行為への転化可能性」、「侵害行為と侵害発生の直接性」という基準が判例④において一つにまとめられ、転化可能性の対象が侵害行為から侵害へ移行したのだと理解できる。もっとも、本判決では侵害の転化可能性を判断するために侵害行為への発展可能性につき言及されている。

また、判例⑤連邦通常裁判所一九八七年八月二六日判決（BGH NStE Nr.5 zu §32 StGB）は、判文からは判然としないものの、被害者が違法な攻撃を行ったのであり、被告人はこの攻撃に対して正当防衛により反撃したという趣旨の被告人の主張に対して、被告人が違法な攻撃者であり、被告人の攻撃は現在していたと判断している。その事案は、被害者が家の扉を開くと、被害者の姪の顔がその婚約者である被告人により殴られて血まみれになっているのを目にし、また更に被告人がナイフを持って近づいてくるのを見て（被告人は両手にナイフを持っていたものの、被害者は左手のナイフにしか気づかなかった）、被害者は被告人の顔を殴り左手に持っていたナイフを奪ったところ、被告人が右手に持っていたナイフで被害者を刺した事案というものであった。本判決は、「攻撃が開始された場合だけでなく、攻撃が直接に切迫しているときにも既に刑法三二条二項における攻撃は現在している。侵害行為それ自体によって初めて必要な防衛措置のための権利が与えられるのではなく、直接に法益侵害へと転化し得る、そのために防衛行為の先延ばしによりその効果が危険にさらされてしまう、または防衛者が自身の侵害の重大なリスクを引き受けなければな

らない対立者の行態において既に認められる。攻撃の現在性は侵害行為が開始されて初めて肯定されるのではなく、攻撃が切迫することにより作出された危機的状況の時点で既に認められる。」と判示して[22]、上告を棄却した。本判決でも、攻撃の現在性の解釈について、「攻撃の開始」と「攻撃の直接の切迫」とを区別し直接に切迫した時点で正当防衛が肯定されるとされている。そして、「直接の切迫」の下位基準として、「直接に法益侵害へと転化し得ること」、「そのために防衛行為の先延ばしによりその効果が危険にさらされてしまうこと」、「防衛者が自身の侵害の重大なリスクを引き受けなければならないこと」が挙げられており、判例④の基準が踏襲されている。もっとも判例④では、侵害への転化可能性を認定するに際し、侵害行為への発展可能性に言及されていたが、本判決では、判断の対象が侵害行為ではなく危機的状況であると述べられている。これは、侵害への転化可能性にとっては危機的状況であるかが重要なのであって、行為の面は危機的状況にあるかどうかの判断資料であることが確認されたものだと理解することができよう。

次に、判例⑥連邦通常裁判所二〇〇〇年三月八日決定（BGH NStZ 2000, 365）は、被告人が妻ら三人と歩いていた際に、反対側から歩いてきた集団六人の内のKが被告人の妻に触れたことに対し、被告人がKに暴行を加えたことから、諍いに発展し、集団の一人にビール瓶で殴られた被告人がナイフを取り出し、左右に振って脅したため、集団の三人が被告人から遠ざかって行ったが、なお被告人に近づいて来るKをナイフで刺し、危険な身体傷害の罪に問われた事案について、判例⑤を引用し、「本件の事実関係の下では、Kによる違法な攻撃が直接に切迫していた。その所為に先行する両グループの間の身体的な争いは終了していた。少なくとも、Kとまだ二人のKの同伴者が敵意を持って被告人へ近づいて来ていた。」「そのKの行態は直接に法益侵害へ転化し得たものであり、そのため、防衛行為を先延ばしていたら防衛の効果が疑問視されていただろう」として[23]、単なる将来の攻撃でしかないとして正当防衛の成立を否定した原審と異なり、攻撃の現在を肯定した[24]。

以上の判例の動向からは、正当防衛の開始時期に関しては判例上、攻撃が実際に開始される時点ではなく、直接に攻撃が切迫した段階で正当防衛は可能である点が戦前から踏襲されていること、その判断のための基準としては、（ア）直ちに侵害へと転化し得ること、（イ）防衛行為の先延ばしにより防衛の効果に危険が生じることの二点が重視されてきたことを確認できる。（ア）の点については、判例⑦バイエルン最上級地方裁判所一九八五年一月九日判決[25]（BayObLG NJW 1985, 2600）において、被害者が飲食店で被告人の妻を撫で回し、淫売呼ばわりしたのに対して、被告人が、妻の持っていたグラスで被害者の顔を殴り、床に倒れた被害者に飛びかかったという事案について、原審が被害者の意思が侮辱から暴行へ移行しようとするものであったことがあり得るとして正当防衛を肯定したのに対して、侵害へ直接に転化し得る行態が必要であり、その認定がなされていないとして、侮辱から実力へ移行しようとする意思が単に排除できないということから、実力で攻撃しようとする準備を被害者が行っていることについて何の根拠もなく現在の攻撃を肯定することは三二条の適用範囲を誤っているものであるとされている[26]。本判決では、攻撃意図は侵害への転化可能性の判断資料である点は変更されてはいないが、一方で攻撃意図が認められるだけでは不十分であり、例えば判例④において認定された侵害行為へ展開し得る状況がもとめられていることが確認されたと理解できる[27]。

2　学説

次に、ドイツにおける正当防衛の開始時期に言及する学説について検討する。ドイツの学説においては防衛効果説、未遂説、予備最終段階説が対立するようになった。以下ではまず、各説の展開とこれらの見解に向けられた批判を見ていく。その後正当防衛の開始時期に関連して述べられたその他の見解についても確認する。

(1)　防衛効果説

防衛効果説は、判例②において示された基準の（イ）防衛行為の先延ばしによりその効果に危険が生じることに着

目して、自説を展開する。すなわち、この見解によれば、「より後の行為ではもはや防衛が不可能となるほどに攻撃の準備がされている場合」[28]や「最も安全な防衛の可能性が消滅するおそれがある場合」[29]等の防衛効果が減退する場合には、結果的に不必要となる反撃が行われるリスクが十分確実に排除されるため[30]、攻撃の現在性が肯定されるという[31]。

防衛効果説に対する批判は、緊急避難が成立すると考えられる場合（近日中にまたやってくるのぞき魔を撃つ場合等）にも、直前では防衛困難な場合があるため正当防衛が肯定されてしまう点に中心的になされている。攻撃の現在性が否定された判例⑥についても、防衛効果説によれば、手足を使って暴行される場合には反撃を待てば防衛機会が限定されることになるから、攻撃の現在性を肯定せざるを得ないと批判されている[32]。この批判は、緊急避難において正当化が肯定されるべき継続的危険（いつかは生じるがいつ生じるかはわからない危険）の場合にも正当防衛の成立が肯定されてしまうことに対して向けられており、そこでは錯誤の危険が高まっている段階で正当防衛が肯定されてしまい不当であると指摘されている[33]。また、最善の防衛手段に関する問題は必要性の問題であって、現在性の問題ではないとも批判されている。この批判によれば、攻撃現在性が肯定されるから防衛行為の必要性が問題となるのであって、攻撃の現在性が肯定される理由に必要性を持ち出すのは現在性要件を定義することを放棄しているとされている[34]。

(2) 未遂犯規定に依拠する見解（未遂説）

一方で戦後になって、未遂犯規定[35]に依拠して攻撃の現在性を判断する見解（未遂説）が生まれた。この見解は「直接構成要件の実現に着手した」段階において正当防衛の成立を認め、時間的な切迫性を厳格に要求する[36]。未遂説の代表的論者であるルートヴィッヒによれば、この見解が切迫性を要求する論拠としては、時間的に余裕のある段階では錯誤の危険があることが挙げられている。時間的余裕のある段階においても正当化が肯定される緊急避難においては、錯誤の危険を回避するために補充性要件や害の均衡性要件が設けられているが、それらのない正当防衛の場合には錯誤の危険が低下する、時間的に切迫した時点においてのみ正当化が肯定されるとしているのである[37]。そして、未遂時

期と正当防衛の開始時期がリンクする根拠について、ルートヴィッヒは印象説を採用し、未遂犯の処罰根拠を特別の行為無価値である公共の法的平穏に対する攪乱と解し、未遂時期においては法益侵害のための最大限の犯罪エネルギーが示されているとする。その一方で、正当防衛が問題となる切迫した段階でも、公共の法的平穏が害されて、また法益侵害のための最大限の犯罪エネルギーも示されているとしている。[38]

未遂説[39]に対しては、未遂の処罰根拠と正当防衛の正当化根拠は異なるという批判[40]のほか、正当防衛は刑法上違法の行為に限られない以上未遂を基準とすることはできないという批判[41]がなされている。また、未遂時期まで防衛機会を与えないことによる弊害についても指摘されている。この指摘は、未遂説では正当防衛の認めるタイミングが遅すぎると言い、その指摘の具体的内容は、未遂時期まで待っていたら反撃する際には法益侵害が発生してしまい防衛機会が失われてしまう場合があるという批判[42]、未遂時期まで待つことでより重大な反撃を取らざるを得なくなる場合があるという批判[43]に分けられる。

(3)　予備最終段階説

未遂説より前倒しして予備の最終段階においても正当防衛を肯定する予備の最終段階説は既に戦前ビンディングにより主張されていたが、この見解は戦後になって防衛効果説と未遂説に対する批判から自説を展開する。[44]まず防衛効果説に対する批判から、防衛効果説では継続的危険の場合にも正当防衛が肯定されることとなってしまうが、ドイツ刑法典三二条二項における「攻撃」という文言上正当防衛の成立範囲から排除されるとする。[45]また、未遂説に対する、錯誤の危険を重視することにより防衛効果に疑問が生じるという批判から、錯誤の危険が存在することを考慮した上で、[46]予備最終段階説の論者は正当防衛の基本思想である法益保護の観点に基づいて、[47]未遂説より前倒すことを認める。具体的には、（A）反撃を待つと法益侵害が発生してしまうこと（防衛機会の消滅）、（B）反撃を待つと重大な反撃手段をとらなければならなくなること（防衛により生じる害の増大）という異なった二つの理由付けから、予備の最

終段階においても現在性が肯定されると説明されている。もっとも、どの要素を考慮するかについては、予備最終段階説内部においても、見解が分かれている。要素（A）及び（B）、錯誤のリスクの全てを考慮する見解（①説）がある一方で[48]、（B）については防衛行為の必要性の問題であり、錯誤のリスクは事後的に判断した場合、未遂説にも予備最終段階説にも同等に存在するとして、（A）の要素と、侵害との客観的つながりを考慮する見解（②説）もある[49]。

予備最終段階説に対する批判としては、時間的に前倒しすれば錯誤の危険が高まるというもののほかに[50]、予備の最終段階がどこからなのか不明確であるという批判がなされている[51]。また、予備最終段階説内部でも、②説から①説に対して、防衛により生じる害の大きさは必要性の問題であると防衛効果説に対する批判と同じ批判がなされている[52]。①説の現在性の成立範囲は②説よりも広いとされているが[53]、一方でどの点で広いと言えるのかは明らかでないとも述べられている[54]。

(4) 場所的離隔と錯誤のリスク

未遂説や予備最終段階説が考慮する錯誤のリスクは、侵害発生まで時間的離隔がある場合に侵害発生について誤信する可能性が高いということを意味するものであったが、これを場所的離隔がある場合にも考慮する見解が存在する。メーレンベックは攻撃が「現在」しているとは、時間的にだけでなく、攻撃の場に空間的に存在することをも意味しているとして、反撃者の予測・評価判断の基礎・対象となる攻撃行為について反撃者が知覚でき、これに対する反撃資源が限られている場合において正当防衛の苛烈な反撃が可能となるという。そしてこのような緊急状況とは、錯誤のリスクが時間的にも場所的にも軽減されている状況であると述べ、反撃者が攻撃の場から離れているような場合には場所的な錯誤のリスクが高いとして正当防衛状況を否定する[55]。

このような場所的近接性を要求する見解に対しては、反撃者が知覚できることを要求すると、見通しが悪い状況に

おいても正当防衛が否定されかねない、また、ハイジャックの場合や時限爆弾について聞き出す場合だけでなく、遠隔操作により爆発させる場合にも正当防衛が成立しなくなってしまうと批判されている。(56)

(5)　恐喝事例における財産侵害

ドイツにおいては、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。(57) このような場合、金銭要求時と受渡し時に間隙があることも考えられるが、金銭要求時に財産侵害に関する攻撃の現在性を肯定する見解も存在する。(58)

この見解からなされる説明は、恐喝行為は被恐喝者の意思決定の侵害が財産侵害のための手段となっていることから、恐喝行為に意思決定侵害と財産侵害の間に一体性を認め、金銭要求時において財産侵害についてまで攻撃の現在性を肯定するというものである。(59) この見解によれば、金銭要求時に既に財産侵害に対する危険があり、(60) 恐喝の未遂段階に至っているのであるから、(61) 財産侵害に対する攻撃も現在しているとされる。

これに対し、財産侵害に対する攻撃の現在性を否定する見解は、意思決定侵害と財産侵害の一体的思考を否定する。(62) そして、恐喝・詐欺は行為者が被害者を道具として使用する犯罪であり、行為者により直接財産への攻撃が引き起こされないとして、被害者による引渡しの時点まで攻撃の現在性は発生しないとする。(63) また、全体行為の一部が行われたというだけでは攻撃が存在しているとはいえないとして、支払いまで数日の間隙がある場合には正当防衛状況はなく、反撃を延期することで防衛効果が問題視されるほどに要求の現実化が接近している場合において、財産についても攻撃の現在性が認められると述べる見解もある。(64)

もっとも、多くの見解は財産侵害に対する攻撃の現在性について検討する以前に意思決定の自由に対する攻撃が現在していることを肯定している。(65) 学説にはこのような意思決定の自由の侵害を捉えて、恐喝の事例以外についても攻撃の現在性を肯定し、実質的に正当防衛状況の範囲を広げる見解が見られる。このような立場としてレッシュは、

「将来の侵害の危険と直面させられない自由」を掲げ、攻撃の実行が客観的に大きく見込まれるほど準備されているときには、本来甘受する必要のない強要効果が生じており、攻撃の現在性が認められると述べる[66]。そして例えば、二人の男と一人の女がクルーザーに乗っており、夜に男等が自分を海に落として殺してしまおうという計画を立てていることを偶然耳にした女が、朝のうちに二人の男を逆に海へ落とし殺害した場合について、攻撃の現在性を肯定している[67]。

このような「危険に対処する手段を強いられない」という意味での自由を問題としたとき、正当防衛状況は大きく拡大することとなる。

㈢ 小括

1 判例の傾向

ここまで見たドイツの諸判例はどのような見解に立つのか、各学説の反応から判例の傾向について確認していきたい。まず、戦前の学説からは、判例①は直接切迫した状況で正当防衛が肯定された事例と評価されていた[68]。判例①は射撃行為が侵害行為であり、この直前にある行為について正当防衛の成立が肯定された事案であり、判例①と同様の事案である判例②や殴打行為の直前で攻撃の現在性を肯定した判例③も直接切迫した状況で正当防衛の成立を認めたものだと考えられる。

戦後、防衛効果説は、胸ポケット内の拳銃に手を伸ばした判例④については、現在性を肯定している[69]。また、密猟者に対する銃撃に関する判例①を現在性が肯定される事案だとしているが[70]、一方で、判例①②については攻撃意図があったことが認定されておらず、被害者が単に逃げるつもりであれば、客観的な正当防衛状況は存在しないと述べられてもいる[71]。口論から暴行へ反転する意図を被害者が有していたとされる判例⑦についても、法益侵害を惹起する行

為が必要だとして、現在性を否定した結論が肯定されている。[72]

また、未遂説の立場からは密猟者の判例①②については、銃を向けるためには一度どこかに隠れなければならなかったため、現在性は否定されるとされている。[73]一方で、判例④については、故殺罪の未遂時期にあるとして現在性が肯定されているほか、[74]判例⑥についても現在性が肯定されている。[75]もっとも、判例④については予備最終段階説も、未遂時期には至っていないとして攻撃の現在性を肯定している。[76]

予備最終段階説においては、判例③④⑤⑥の帰結については肯定的な見解が多数であるが、[77]判例①②の評価については分かれている。判例①②については、まず防衛効果説と同じく、攻撃の意図が客観的に認定されていないことが指摘されており、そこでは攻撃の意図やあるいは拳銃に弾が装塡されていない場合には、現在性に欠けるだけでなく、攻撃が存在しないとされている。[78]この見解は判例①について攻撃意図が存在すれば、誰何されても手に持った銃を捨てなかったので、現在性は肯定されるとするのに対して、[79]攻撃意図を前提にしても現在性が否定されるとする見解もある。この批判的見解は、密猟者が逃げていく事案では、向かってくる事案と異なり、攻撃がどこで行われるか時間的にも場所的にも不明確であるから、例えば茂みに隠れるなど攻撃（銃撃）のための準備がなされるまでは、現在性は肯定されないとしている。[80]

予備最終段階にあったと予備最終段階説により説明される判例④について、未遂説は未遂時期にあったと述べていることから、見解の差が生じるのは主に判例①②の事案についてである。この判例については予備最終段階説内部においても判断が分かれているものの、判例①②も含めて判例の傾向を理解するならば、判例は全体的な方向性として、予備最終段階で現在性を肯定する傾向にあるということになろう。[81]具体的な判断基準について戦後の判例は、（ア）いつでも侵害に転化し得ること及び、（イ）反撃を先延ばしたときの防衛効果の減退を問題としていた。（ア）については、多くの判例が現実に存在した攻撃意図と反撃時の状況から判断しており、特に、判例④において攻撃意図に加

えて侵害行為へ展開し得る状況について言及され、そして判例⑦において攻撃意図の存在だけでは不十分だとされたことが挙げられる。（イ）については判例③において、スコップを持った攻撃者に対する拳銃を持った被告人の優位性を考慮しても防衛効果が危険にさらされると判断されていたことが参考になる。

2　正当防衛の開始時期に関する学説と判断要素

次に学説の対立と各学説において重視されていた判断要素について簡潔に述べておきたい。まず、ドイツの判例において基準として挙げられた、（ア）、（イ）の点について、防衛効果説は（イ）の点を重視し、これに対して他説からは、緊急避難が成立すべき事案についても正当防衛が成立することとなってしまうと批判がなされていた。この点に関しては、予備最終段階説内部における密猟者への銃撃に関する判例①②の結論に対する見解の対立が参考となる。肯定的な見解が、攻撃の意図と「誰何したにもかかわらず銃を捨てなかった」というような客観的に意図が現れる最低限の行動・状況から攻撃の現在性を認めるのに対して、否定的見解はそれでは不十分だとして、より厳格に判断すべきだとしているのである。ここでは、（ア）の点を具体的にどのように判断するか、換言すれば、攻撃者によりなされる攻撃の特定性に関して争われていると考えることができる。すなわち、いつでも侵害へ転化し得る危険とは、緊急避難で問題とされるべき危険としての継続的危険（いつかは法益侵害が生じるがいつ生じるかはわからない危険）との対比からわかるように、攻撃がいつ生じるかが特定されている点に意義が見られるのである。

次に、未遂説において重視されていた錯誤の危険について、予備最終段階説からは現在性を未遂時期と連動させて厳格に判断した際の弊害から正当防衛の開始時期の前倒しを肯定していた。その弊害の内容は、（A）より重大な害をもたらす防衛行為をとらざるを得ないことと、（B）法益が侵害され防衛機会が消滅してしまうことの若干趣旨の異なる二点から説明されていた。また、錯誤のリスクについては、時間的離隔だけでなく、場所的離隔のある場合に

も考慮する見解が存在した。

三　正当防衛の開始時期の根拠をめぐる議論

次に正当防衛の開始時期に関する学説がどのような根拠から、自説を基礎付けているのかについて確認する。大別して、正当防衛の正当化根拠論から説明するものと、それ以外の観点から述べるものがある。

㈠　正当化根拠論からの説明

1　法確証の利益

特に予備最終段階説から、正当防衛の時間的限界が緊急避難より制限的に解されることについて法確証の利益を持ち出して説明されている。この論者によれば、攻撃の現在性が認められない状況においては、法との闘いがまだ生じていないため、法確証の利益に欠けるとされる(82)。この理解に対しては、法確証の利益は予備段階の行為がなされている状況においても、犯罪の申出・約束も犯罪とされているから（ドイツ刑法典三〇条二項）、認められると批判されている(83)。この反論からは、法確証の利益から説明したとしても、正当防衛の時間的範囲を制限することはできないと述べられている(84)。

2　ルートヴィッヒの未遂説

一方で、前に述べたルートヴィッヒの見解は、法確証の利益を考慮せず、個人権的側面から正当防衛を説明する。彼は攻撃者の利益状況の低要保護性を挙げ(85)、そこから攻撃の現在性に関する視点として「最高度の犯罪エネルギーの

展開」を導き出す[86]。そして、時間的離隔のある時点での実力行使を許容し得る緊急避難においては、侵害発生について誤信するリスクが高い、害の均衡性、補充性等の要件で補完されているのに対して[87]、それらが要求されていない正当防衛は、「最高度の犯罪エネルギー」が示され錯誤の危険が排除された状況でのみ可能だとする[88]。

3　エングレンダーの未遂説

エングレンダーも、独自の正当化根拠論から未遂説を基礎付けている。彼の正当防衛の正当化根拠論は、法確証の利益を考慮することなく、被攻撃者の主観的権利という個人権的側面のみから構成されている。各人に与えられた主観的権利は、相互に侵害しないように義務付けるが、これに反し被攻撃者の主観的権利が無視されたときには、彼の自由を保障するために、強制権限として正当防衛権が認められる[89]。そして、この「主観的権利の無視」は、「攻撃者が実際に本来の攻撃へ移行し始めたとき」に生じるとして、未遂時期の時点において攻撃の現在性を肯定する。具体例としては、攻撃者が武器を持って被害者へ駆け寄ってくる場合が挙げられている[90]。

(二)　正当化根拠論以外の基礎付け

1　国家の管轄との区別

予備の最終段階説に立つロクシンは、正当防衛の時間的範囲が制限的に解される刑事政策的理由として、将来の侵害の阻止は警察・国家機関の事柄であることを挙げる[91]。補充性や害の均衡性が要求されない正当防衛が許容されるのは、明白な闘争状況においてのみであり、正当防衛に犯罪予防任務を担わせることはできないとするのである[92]。

未遂説の論者であるヤコブスも、同様の視点から切迫性を説明する[93]。すなわち、「計画的な犯罪予防と犯罪により奪われた財の再調達は警察の任務である。攻撃が焦眉の急となった場合にのみ事態の強制が、管轄に関する憂慮に打

ち勝つ」。デンカーもヤコブスと同様の視点から正当化事由の時間的範囲を根拠付ける。デンカーは、公的機関の利用に失敗しても私人の実力行使が許容されない場合があるとして、国家の管轄の行使と、国家の管轄の利用が不成功に終わった場合に受け入れられるかどうかという観点から現在性を説明する[94]。そして、ドイツ刑事訴訟法一二七条の仮逮捕が私人に許容されるのは、この場面でも私人の実力行使の禁止を貫徹すれば、犯罪の現場で犯人を見逃すという法への忠誠が揺らぐ恐れが生じることになり得るとされる[95]。デンカーによれば、正当化事由における時間的制約は「立法者が危惧する否定的展開を生じさせないためのバルブ」であり、このバルブは社会的印象が強く認められる状況においてのみ法に忠誠な市民の意思・感情のために開かれる。そして、同様のことは正当防衛における攻撃の現在性にも妥当するとしている[96]。

以上の国家との管轄に着目した根拠付けの意味するところは、正当防衛による反撃はその予防効果を最も効果的に発揮する場面に限って肯定されるということであろう。ドイツの正当防衛論においては、正当防衛は犯罪の阻止に供するものではないが、予防効果は認められるとされている[97]。国家の実力権限が厳格に規律されている昨今において、「焦眉の急となった攻撃の強烈さ[98]」に対して正当防衛として反撃されることで、被攻撃者の権利性が示され、高い予防効果が期待できることに意味があり（そうしないと市民の生活が脅かされ得る）、またそれで十分だというのが、この見解の主張内容だと考えられる。この見解に対しては、高い予防効果が認められないような切迫していない場合でも例外的に法確証の利益・個人的利益が脅かされることはあり得るとして、そのような場合の処理について問題点が指摘されている[99]。

2　平穏

ロクシンは更に、異なった観点から錯誤のリスクの低下を要求する[100]。彼によれば、「予備段階全体に、あるいは犯

罪の予告・約束の時点まで正当防衛権限を拡大することに対しては、熱心にやり過ぎてしまったり、錯誤に陥るという人間の性質によって、社会の平穏秩序が危険にさらされるということが、更に指摘される」。そして、錯誤のリスクを低下させるために時間的限定がなされている例として、刑事訴訟法一二七条の仮逮捕が「現場」に限られていることを挙げる。「襲われるという危惧により、冷静な判断が困難になるので、対立が生じる前において既に正当防衛による保護を認め、予防的な実力行使を許容することは、取り返しのつかない結果になり得るだろう」とロクシンは述べ、切迫した闘争状況において錯誤とやり過ぎのリスクが低下していることを要求する[101]。

前項で扱った国家の管轄との区別は、攻撃者への予防効果を問題とするものであったが、ここでの平穏秩序の危殆化の問題は、それを越えてより一般的なレベルでの予防効果に関するものだと考えられる。すなわち、攻撃の有無に関する「錯誤」は、逆に相手方からの正当防衛が可能となってしまい、闘争状況を拡大するということ、反撃についての「やり過ぎ」は、紛争状況において実力によって解決しようとする風潮、ひいては強い者だけが勝つという弱肉強食的風潮が蔓延するということを意味していると思われる。このような趣旨の予防効果は対象を攻撃者に限定しておらず、紛争状態にかかわる者全般に向けられたものである。もっとも、具体的に危険な状況があればそれで十分だという理解もある[102]。

四　検　討

㈠　行為による補完

ここまで確認してきたことをもとに、ドイツにおける正当防衛の開始時期に関する理解について若干ながら検討を

加える。第一に、判例は、（ア）いつでも侵害（行為）に転化し得ること及び、（イ）防衛行為を先延ばしたときにその効果が危うくなることの二点を基準として掲げており、学説は防衛効果説、未遂説、予備最終段階説に分かれていた。防衛効果説は反撃の延期による防衛効果の減退を重視し、未遂説は侵害発生に関する錯誤のリスクの低下を強く求めていた。予備最終段階説は、未遂説に対しては防衛効果の減退のリスクから、防衛効果説に対しては錯誤のリスクないしは侵害との客観的つながりから、自説を基礎付けていた。

これらの学説の背景では、「行為」により、攻撃の現在性の判断に際して、補完がなされているように思われる[103]。例えば、防衛効果説は攻撃行為が開始されていることを要求していたが、これは攻撃とは行為であるということを前提とした理解であろう。また、予備最終段階説内部における、判例①②の密猟者事例に関する、いつでも攻撃へ転化し得るという攻撃の特定性をめぐる評価の争いも、行為の観点から説明できるように考えられる。正当防衛状況において問題とされる「行為」とは「結果発生から因果経過を遡って存在する最も結果に近い原因」であり[104]、この因果経過の最後の「侵害行為」へつながる一歩手前の行為の特定に関し、学説において評価が分かれているのである[105]。密猟者が一度身を隠す場所へ逃げてその後発砲するために背を向けて走り出した時点で、行為が開始されているという評価をすれば攻撃の現在性は肯定され、まだ行為は開始されていないとすれば否定される。そして、この事案について評価が分かれているということは行為による特定は限界事例では必ずしも簡単ではないということを示しているとも理解できるだろう[106]。

他方この対極にあるのが、侵害結果発生を重視する見解である。この見解は攻撃の現在性は法益侵害の発生・強化の観点から特定されるとして、攻撃から想定される侵害との客観的つながりから予備の最終段階説を支持する[107]。この見解からは「侵害に転化し得ること」は法益侵害との連関から把握されることになる。もっとも、この見解は密猟者事例について攻撃の現在性を肯定しており[108]、侵害の危険性があれば広く正当防衛状況を肯定するという帰結も考えら

れる。

したがって、行為と結果からどのように正当防衛状況を限定していくのかについてはなお課題が残る。

㈡　正当防衛の開始時期に関する形式と実質

第二に、正当防衛の開始時期を形式的に捉えるか、実質的な判断要素から定めるかについて方向性を述べたい。ドイツの学説は、防衛効果説、未遂説、予備最終段階説に分かれていた。ここで未遂まで待つ必要はあるかという議論は、必ずしも意味があるようには思われない。恐喝事例で確認したように、「多くの見解は予備の最終段階において攻撃の現在性を肯定しているから、恐喝の未遂行為があれば支払いまで時間的離隔があっても、財産侵害に対する攻撃の現在性が認められる」という論理は素直に受け入れられるものではないだろう。そうではなくて、正当防衛状況の判断の際に、これらの見解の争いにおいて考慮要素として挙げられている事情をどこまで含めるかという観点から判断していくべきであるように思われる。すなわち、未遂説、予備最終段階説において重視されていた「侵害発生に関する錯誤のリスク」及び「侵害との客観的つながり」、防衛効果説、予備最終段階説において重視されていた「防衛を先延ばすことで生じる弊害（（A）防衛機会の消滅、（B）防衛により生じる害の増大）」という判断事情をどのような根拠からどこまで考慮するのかが議論されなければならない。この根拠について本稿では、正当化根拠論に関わるものとそうでないものがあることを確認した。正当化根拠論に関わらない根拠付けについては、正当化根拠論の対立に関わらず主張し得るが、わが国において主張可能かどうかはなお検討を要する。また、実質的要素に着目したこのような議論は、正当防衛規定の立て付けや未遂犯論に関わらず検討され得るため、わが国の正当防衛論においても直接参考できるものであると考えられる。急迫の侵害の有無・程度・根拠に関するわが国の議論については、本稿で得た知見をもとに、今後詳細な検討を行いたい。

（1）井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣・二〇〇八）二七四頁（註一二）等。

（2）例えば、東京高判昭和六二年一月一九日判タ六五〇号二五一頁は「被告人に危害を加える意思でなされたものと認める余地があり」「瞬時の間に傍らのテーブル上に鞘を払つた状態で置いてある右ナイフを手にして被告人に対し切りつけ又は突きかかる等の挙に出る勢いのある態勢にあ」ったと判示している。客観的態勢については、髙山佳奈子「正当防衛論（上）」法学教室二六七号（二〇〇二）八三頁では「侵害に直接連なる活動が客観的に開始されたこと」が要求されている。

（3）ドイツ刑法典三二条二項は「正当防衛とは、現在の違法な攻撃から自己又は他の者を回避させるのに必要な防衛である。」と規定している。訳は法務資料四六一号（法務省大臣官房司法法制部・二〇〇七）による。改正前の旧五三条二項の正当防衛規定も同様であった。

（4）これまでにドイツにおける学説や判例の議論について検討したものとして、橋田久「正当防衛の始期」産大法学二九巻三号（一九九五）四五三頁以下、明照博章『正当防衛権の構造』（成文堂・二〇一三）二四頁以下参照。

（5）RGSt 53, 132 (133).

（6）本件のわが国での評釈として、山本輝之「攻撃の現在性」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）五九頁以下。

（7）RGSt 67, 337 (339 f.).

（8）更に、山林監視員が正当防衛状況にあると錯誤したが、義務にしたがった判断に基づいており、錯誤について責めを負うところがないという場合でさえ、正当防衛として適法に行為していると述べられている。RGSt 67, 337 (400).

（9）RG HRR 40 Nr.1102.

（10）*Friedrich Oskar Schwarze*, Commentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 3. Aufl., Leipzig 1873, S. 243; *Ernst Traugott Rubo*, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, Berlin 1879, S. 479; *Adolf Merkel*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889, S. 162; *Heinrich von Gerland*, Deutsches Reichstrafrecht, Berlin/Leipzig 1922, S. 113; *Reinhard Frank*, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 16. Aufl., Tübingen 1925, S. 149; *Franz von Liszt/Eberhard Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl., Berlin/Leipzig 1927, S. 186; *Philipp Allfeld/Hugo Meyer*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Leipzig 1934, S. 125.

（11）*Schwarze*（前掲注（10））, S. 243; *Gerland*（前掲注（10））, S. 113; *Schmidt*（前掲注（10））, S. 108; *Liszt/Schmidt*（前掲注

(10)), S. 186.

(12) *Karl Binding*, Handbuch des Strafrechts Erster Band, Leipzig 1885, S. 746.

(13) *Binding*（前掲注（10）), S. 747. 同様に、laesio inchoata の必要性はないと述べるものとして、*Liszt/ Schmidt*（前掲注（10）), S. 186 (Fn. 7). これに対して、攻撃の現在性を laesio inchoata の意味で理解するものとして、*Anselm Ritter von Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Strafrechts, 40. Aufl., Giessen 1847, S. 65 (§ 38).

(14) ライと刑法典制定前において、未遂まで待つ必要はないと述べるものとして、*Moritz Wilhelm August Breidenbach*, Commentar über das Grossherzoglich Hessische Strafgesetzbuch Erster Band Erste Abteilung, Darmstadt 1842, S. 591 f.

(15) *Frank*（前掲注（10）), S. 149.

(16) *Max Ernst Mayer*, Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, Heidelberg 1915, S. 277.

(17) *August Köhler*, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Leipzig 1917, S. 349.

(18) *Köhler*（前掲注（17)), S. 349.

(19) *Köhler*（前掲注（17)), S. 350.

(20) A. ケーラーは、防衛効果説を主張する中で、緊急避難について言及した判例（RGSt, 36, 334）を引き合いに出している。正当防衛と緊急避難の時間的範囲を同等に理解していたのだと考えられる。*Köhler*（前掲注（17)), S. 349 (Fn. 5).

(21) BGH NJW 1973, 255.

(22) BGH NStE Nr.5 zu § 32 StGB.

(23) BGH NStZ 2000, 365.

(24) 同判決以前にも、連邦通常裁判所一九九四年一一月一五日決定（BGH NJW 1995, 973）は、被告人の店で暴れたり被告人の妻の首を絞めたりしていたGを中心とする約一〇人からなるグループが、施錠されていた被告人の店のドアを蹴破って立ち入り、これに対して被告人が立ち入った一人に約三メートル離れたところから発砲し、被告人の行為が故殺未遂等に問われた事案につき、原審が住居権に対する攻撃しか検討しなかったのに対し、本件認定事実によれば住居権だけでなく、生命身体が直接脅かされていたことを推論させるとして判例④を引用し、攻撃が直接に切迫した段階で現在性は肯定されると述べている。また、連邦通常裁判所二〇〇八年一一月一三日判決（BGH NStZ-RR 2009, 70）では、割れた瓶やナイフを持って取り囲んだ被害者らから脅されていた被告人等が被害者から奪ったナイフで被害者を刺殺しようとした事案につき、

判例④が引用された上で、攻撃の現在性を肯定した原審の判断が維持されている。

（25） 本件の評釈として、*Wilfried Bottke,* Anmerkung zum Urteil BayObLG v. 9.1.1985 –JR 1986, 291 –, Juristische Rundschau, 1987, S. 292 ff.; *Dietrich Kratsch,* „Der Angriff" – ein Schlüsselbegriff des Notwehrrechts, Strafverteidiger, 1987, S. 224 ff.

（26） BayObLG NJW 1985, 2600 (2601).

（27） 橋田・前掲注（4）五頁も参照。

（28） *Eberhard Schmithäuser,* Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, 2. Aufl. Tübingen 1975, S. 347.

（29） *Erich Samson,* in: Hans-Joachim Rudolphi/Eckhard Horn/Erich Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl. Frankfurt am Main 1992, § 32, Rn. 26.

（30） *Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen,* Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. München 2011, S. 131 (Rn. 68).

（31） 他に防衛効果説として、*Paulheinz Baldus* ,in: Paulheinz Baldus/Günter Willms (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. Berlin/New York 1974, § 32, Rn. 5; *Hermann Blei,* Strafrecht I. Allgemeiner Teil, 18. Aufl. München 1983, S. 143 f.; *Urs Kindhäuser,* in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl. Baden-Baden 2013, § 32, Rn. 52.

（32） *Bottke* (前掲注（25)), S. 293.

（33） *Claus Roxin,* Von welchem Zeitpunkt an ist ein Angriff gegenwärtig und löst das Notwehrrecht aus?, in: Hans-Heinrich Jescheck/Jhong-Won Kim/Haruo Nishihara/Hans-Ludiwig Schreiber (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong, Tokio 1985, S.142.

（34） *Hans-Ludwig Günther,* in: Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl. Berlin 2013, § 32, Rn. 70.

（35） ドイツ刑法典二二条は「行為についての自らの表象により、直接、構成要件の実現に着手した者は、犯罪行為の未遂を行った者である。」と規定している。訳は法務資料四六一号（前掲注（3））二五頁による。

（36） *Günther* (前掲注（34)), § 32, Rn. 70.

（37） *Dominik Ludwig,* „Gegenwärtiger Angriff", „drohende" und „gegenwärtige Gefahr" im Notwehr- und Notstandrecht, Frankfurt am Main 1991, S. 82 ff.

（38） *Ludwig*（前掲注（37）），S. 100 ff.

（39） 他に未遂説に立つものとして，*Günter Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Berlin/New York 1991, S. 389（Rn. 23）; *Armin Engländer*, in: Holger Matt/Joachim Renzikowski（Hrsg.），Strafgesetzbuch Kommentar, München 2013, § 32, Rn. 14; *Kristian Kühl*, in: Kristian Kühl/Martin Heger, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aulf., München 2014, § 32, Rn. 4.

（40） *Thomas Rönnau/Kristian Hohn*, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann（Hrsg），Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Aufl. Berlin 2006, § 32, Rn. 144.

（41） *Günther*（前掲注（34）），§ 32, Rn. 70 f.; *Rönnau/Hohn*（前掲注（32）），§ 32, Rn. 145.

（42） *Rönnau/Hohn*（前掲注（40）），§ 32, Rn. 144.

（43） *Roxin*（前掲注（33）），S. 142. ロクシンは刑事政策的に被攻撃者に負担させられないと述べるが，これに対しては未遂説のギュンターから，正当防衛は適法・不法に関わる制度であり法秩序全体の問題であって民法上の正当防衛制度とも併せてその要件が考えられなければならないから刑事政策的考慮に理由はないと反論されている。Günther（前掲注（34）），§ 32, Rn. 70.

（44） 予備最終段階説にあたるのは，*Roxin*（前掲注（33）），S. 142 ff.; *Harro Otto*, Gegenwärtiger Angriff（§ 32 StGB）und gegenwärtige Gefahr（§§ 34, 35, 249, 255 StGB），Jurischtische Ausbildung, 1999, S. 552; *Felix Herzog*, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen（Hrsg.），Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl. Baden-Baden 2010, § 32, Rn. 27; *Gunnar Duttge*, in: Dieter Dölling/ Gunnar Duttge/Dieter Rössner（Hrsg.），Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl. Baden-Baden 2011, § 32, Rn. 13; *Volker Erb*, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach（Hrsg.），Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. München 2011, § 32, Rn. 108; *Walter Perron*, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. München 2014, § 32, Rn. 14. 他にこの見解に位置付けられているものとして，*Günter Spendel*, in: Burkhard Jähnke/Heinrich Wilhrlm Laufhutte/Walter Odersky（Hrsg.），Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl. Berlin 2003, § 32, Rn. 118 ff.; *Rönnau/Hohn*（前掲注（40）），§ 32, Rn. 146.

（45） *Roxin*（前掲注（33）），S. 141.

（46） *Rönnau/Hohn*（前掲注（40）），§ 32, Rn. 146.

（47） *Kristian Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. München 2012, § 7, Rn. 41.

（48）この立場として、*Roxin*（前掲注（33））, S. 140; *Erb*（前掲注（44））, §32, Rn. 108.

（49）この説の立場として、*Rönnau/Hohn*（前掲注（40））, § 32, Rn. 146. 同様に防衛による害の増大を基準とすべきでないとする予備最終段階説として、*Perron*（前掲注（44））, § 32, Rn. 14. これらの見解は判例の基準の内、「侵害（行為）に転化し得ること」のみを現在性の基準として挙げている。

（50）*Ludwig*（前掲注（37））, S. 190.

（51）*Günther*（前掲注（34））, § 32, Rn. 70.

（52）*Rönnau/Hohn*（前掲注（40））, § 32, Rn. 146.

（53）*Rönnau/Hohn*（前掲注（40））, § 32, Rn. 146（Fn. 421）.

（54）*Erb*（前掲注（44））, § 32, Rn. 108（Fn. 276）.

（55）*Michaela Möhlenbeck*, Das absolute Folterverbot, Frankfurt am Main 2008, S. 114 ff. 他に現在性を場所的近接性の意味でも理解するものとして、*Spendel*（前掲注（44））, § 32, Rn. 113.

（56）*Erb*（前掲注（44））, § 32, Rn. 103.

（57）この議論については、友田博之「恐喝被害者による『反撃』と正当防衛の成否――いわゆる "Chantage" を中心として――」法学雑誌五五巻一号（二〇〇八）九六頁以下参照。

（58）この問題に関して判例の判断はまだ示されていないとされている（*Claus Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., München 2006, § 15, Rn. 100.）。具体的事例に関しては、*Petar Novoselec*, Notwehr gegen Erpressung i.e.S. und Chantage, Neue Zeitschrift für Strafrecht 1997, S. 218 ff.

（59）*Antje Kroß*, Notwehr gegen Schweigegelderpressung, Berlin 2004, S. 121 ff. 同様に財産侵害に対する攻撃の現在性を肯定する見解として、*Tino Seesko*, Notwehr gegen Erpressung durch Drohung mit erlaubtem Verhalten, Berlin 2004, S. 79 f. これに対して、意思決定侵害と財産侵害の間の一体性を否定しつつ財産侵害に関して攻撃の現在性を肯定する見解として、*Gunther Arzt*, Notwehr gegen Erpressung, Monatsschrift für deutsches Recht, 1964, S. 344 f.; *Jürgen Baumann*, § 53 StGB als Mittel der Selbstjustiz gegen Erpressung?, Monatsschrift für deutsches Recht, 1965, S. 346 f. この見解は財産侵害については攻撃の現在性を肯定しつつ、支払わなければ回避できるとして防衛行為の必要性を否定する。

（60）*Seesko*（前掲注（59））, S. 79 f.

(61) *Kroß*（前掲注（59））, S. 124 f. 予備の最終段階説に立てば、未遂段階で財産侵害に対する攻撃の現在性を否定する理由はないと述べるものとして、*Novoselec*（前掲注（58））, S. 219 f.

(62) *Henning Ernst Müller*, Zur Notwehr bei Schweigegelderpressung (Chantage), Neue Zeitschrift für Strafrecht 1993, S. 367 f.

(63) *Müller*（前掲注（62））, S. 368.

(64) *Kratsch*（前掲注（33））, S. 229.

(65) *Knut Amelung*, Das Problem der heimlichen Notwehr gegen die erpresserische Androhung kompromittierender Enthüllungen, Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1982, S. 384 ff.; *Roxin*（前掲注（58））§ 15, Rn. 29. ここでは、意思決定の自由に対する攻撃が終了したかどうかが争われている。本稿の主題から逸れるためここでは扱わないが、意思決定の自由に対する攻撃の現在性を否定する見解の論拠は、①話し終わったときには物理的な作用は終了している、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、③攻撃行為は終了しており、危険しか存在しないというものである。反論として例えば、*Amelung*（前掲注（65））, S. 384 ff.

(66) *Heiko Lesch*, Die Notwehr, in: Gunter Widmaier/Heiko Lesch/Bernd Müssig/Rochus Wallau (Hrsg.), Festschrift für Hans Dahs, Köln 2005, S. 110.

(67) *Lesch*（前掲注（65））, S. 109 f. また、通常正当防衛状況が否定される、いわゆるのぞき魔事例、すなわち、何度も自宅を覗かれていた男が、ある晩ベッドの横にのぞき魔が立っているのに起きて気づき、逃げるのぞき魔を追いかけて発砲し重傷を負わせた事案についても、攻撃の現在性を肯定している。もっとも、レッシュは防衛行為の相当性、公的機関の保護が可能でないこと、を要求している。

(68) *Frank*（前掲注（10））, S. 149; *Liszt/Schmidt*（前掲注（10））, S. 186 (Fn. 7); *Alfeld/Meyer*（前掲注（10））, S. 125 (Fn. 21).

(69) *Kindhäuser*（前掲注（31））, § 32, Rn. 52.

(70) *Schmitthäuser*（前掲注（28））, S. 347; *Blei*（前掲注（31））, S. 143 f.; *Samson*（前掲注（29））, § 32, Rn. 27.

(71) *Baldus*（前掲注（31））, § 32, Rn. 6; *Stratenwerth/Kuhlen*（前掲注（30））, S. 131 (Fn. 83).

(72) *Samson*（前掲注（29））, § 32, Rn. 27. 同旨、*Kindhäuser*（前掲注（31））, § 32, Rn. 52.

(73) *Ludwig*（前掲注（37））, S. 182; *Günther*（前掲注（34））, § 32, Rn. 71. ルートヴィッヒはこの事例について正当防衛を否定し、ドイツ民法典二二八条の緊急避難規定を類推適用するため（*Ludwig*（前掲注（37））, S. 183.）、予備の最終段階説か

らは同様の帰結になるとされている。*Roxin*（前掲注（58）），§ 15, Rn. 22（Fn. 55）．もっとも、ルートヴィッヒは類推適用の場面で退避義務を要求している。*Ludwig*（前掲注（37）），S. 182 f.

（74）*Ludwig*（前掲注（37）），S. 200.

（75）*Günther*（前掲注（34）），§ 32, Rn. 71.

（76）*Roxin*（前掲注（33）），S. 144. 更に、三人の男が、「血を見るぜ」と言い、接近してきており、その時、そのうちの一人は手に持ったドライバーを振り上げながら近づいていたという事案（BGHSt 25, 229）について、予備最終段階説は未遂時期になかったと評価しているものの（*Roxin*（前掲注（33）），S. 143.）、未遂説の論者は未遂時期にあったと評している（*Günther*（前掲注（34）），§ 32, Rn. 71.）。本件のわが国での評釈として、井田良「正当防衛と過失殺人―防衛時に意図せずして死の結果を生じさせた行為が正当防衛とされた事例―」判例タイムズ三八六号（一九七九）五五頁以下。

（77）*Roxin*（前掲注（33）），S. 144; *Spendel*（前掲注（44）），§ 32, Rn. 118; *Herzog*（前掲注（44）），§ 32, Rn. 28; *Erb*（前掲注（44）），§ 32, Rn. 109; *Perron*（前掲注（44）），§ 32, Rn. 14. シュペンデルは判例⑦については、侮辱につき攻撃の現在性を肯定し、防衛行為の点で正当防衛を否定すべきであったとしている。*Spendel*（前掲注（44）），§ 32, Rn. 118.

（78）*Roxin*（前掲注（33）），S. 145 f.

（79）*Roxin*（前掲注（58）），§ 15, Rn. 26.

（80）*Spendel*（前掲注（44）），§ 32, Rn. 120. 結論同旨、*Herzog*（前掲注（44）），§ 32, Rn. 28; *Duttge*（前掲注（44）），§ 32, Rn. 14; *Perron*（前掲注（44）），§ 32, Rn. 14.

（81）*Roxin*（前掲注（33）），S. 143; *Günther*（前掲注（34）），§ 32, Rn. 67; *Duttge*（前掲注（44）），§ 32, Rn. 13; *Erb*（前掲注（44）），§ 32, Rn. 109.

（82）*Perron*（前掲注（44）），§ 32, Rn. 14, 17.

（83）*Heinz Wagner*, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, Berlin 1984, S. 51; *Kratsch*（前掲注（25））, S. 227; *Joachim Renzikowski*, Notstand und Notwehr, Berlin 1994, S. 103.

（84）*Wagner*（前掲注（83）），S. 51; Kratsch（前掲注（25））, S. 227.

（85）*Ludwig*（前掲注（37）），S. 73.

（86）*Ludwig*（前掲注（37）），S. 89.

(87) *Ludwig*（前掲注（37）), S. 85 f.

(88) *Ludwig*（前掲注（37）), S. 88. 同様の趣旨の指摘として、*Jakobs*（前掲注（39）), S. 319 (Rn. 22).

(89) *Engländer*（前掲注（39）), § 32, Rn. 4.

(90) *Engländer*（前掲注（39）), § 32, Rn. 14.

(91) *Roxin*（前掲注（33）), S. 141 f.

(92) この点を法確証の利益において考慮するものとして、*Lars Otte*, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, Frankfurt am Main 1998, S. 80.

(93) *Jakobs*（前掲注（39）), S. 319 f (Rn. 22).

(94) *Friedrich Dencker*, Über Gegenwärtigkeit, in: Georg Freund/Uwe Murmann/Réne Bloy/Walter Perron (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 486 f.

(95) *Dencker*（前掲注（94）), S. 488.

(96) *Dencker*（前掲注（94）), S. 488.

(97) 斎藤誠二『正当防衛権の根拠と限界』（多賀出版・一九九一）九〇頁以下参照。

(98) *Jakobs*（前掲注（39）), S. 319 (Rn. 22).

(99) *Renzikowski*（前掲注（83）), S. 103 f.

(100) *Roxin*（前掲注（33）), S. 142.

(101) *Roxin*（前掲注（33）), S. 142.

(102) *Renzikowski*（前掲注（83）), S. 104 (Fn. 129).

(103) 攻撃の現在性を行為の観点からとらえるものとして、*Renzikowski*（前掲注（83）), S. 288; *Herzog*（前掲注（44）), § 32, Rn. 27; *Perron*（前掲注（44）), § 32, Rn. 14.

(104) *Renzikowski*（前掲注（83）), S. 288.

(105) 未遂説は行為の特定に関し未遂犯規定に依拠する見解だと言える。予備の最終段階説からも、未遂時期に至っていれば攻撃が現在しているという点では両説の理解は一致するため、その限りにおいて未遂時期を検討することに意味はあるとされている。*Herzog*（前掲注（44）), § 32, Rn. 27.

（106）　なお、攻撃を行為と解釈することは必ずしも予防効果と結びついているわけではない。被攻撃者の法益保護の観点からも、法益侵害の起点として攻撃者の行為が前提とされている。フリスターは、攻撃者の行為が終了した後は、予防効果はあるものの個人権的側面が認められないと述べている。*Helmut Frister*, Die Notwehr im Symtem der Notrechte, Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1988, S. 307.

（107）　*Rönnau/Hohn*（前掲注（40））, § 32, Rn. 141, 146. また、クラッチュも攻撃行為の行為無価値性と結果無価値性、侵害行為と攻撃との因果的連関を要求する。*Kratsch*（前掲注（25））, S. 228.

（108）　*Kratsch*（前掲注（25））, S. 226; *Rönnau/Hohn*（前掲注（40））, § 32, Rn. 146.

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
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　「刑法三六条における侵害の始期と時間的切迫性について」『法学政治学論究』第一〇三号（二〇一四年）
「正当防衛の時間的制約を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）