

松 山 大 学 論 集
第 24 卷 第 2 号 抜 刷
2 0 1 2 年 6 月 発 行

正当防衛における侵害の終了時期(1)

明 照 博 章

正当防衛における侵害の終了時期(1)

明 照 博 章

目 次

- 一 本稿の目的
- 二 判例の動向 (以上, 本号)
- 三 学説の検討
- 四 結論

一 本 稿 の 目 的

正当防衛とは、「急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為」とされ、上記の要件を充たせば、「罰しない」という効果が生じる（刑法 36 条 1 項）。この「罰しない」という文言は、正当防衛の違法性が阻却されることを意味すると解されている。なぜならば、「不正な侵害行為に対する反撃としての正当防衛は、『正は不正に屈するに及ばず（正は不正に譲歩する必要はない）』（Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen) という基本的思想によって、早くから違法性阻却事由とされてきたからである¹⁾。また、ドイツにおいても、例えば、イエシエック／ヴァイゲントは、「正当防衛の基本思想は、たとえこの原則が社会的顧慮の思想から徐々に制限されてきているとしても、正は不正に屈するに及ばずという命題である」と指摘している²⁾。

正当防衛状況に関して、日本では、「急迫不正の侵害」（36 条 1 項）が用いられ³⁾、これに対応する概念として、ドイツでは、「現在の違法な攻撃」（ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff）（ドイツ刑法 32 条 2 項）が用いられている⁴⁾。

正当防衛状況において重要な概念である「侵害の急迫性」または「攻撃の現在性」について、以前、別稿において、正当防衛における侵害の開始時期を検討したので⁵⁾、本稿では、侵害の終了時期について考察することにするが、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する。そして、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⁶⁾、例えば、盗品を携行して逃走していた窃盗犯が現行犯で逮捕された場合⁷⁾としたい⁸⁾。

注

- 1) 川端博『刑法総論講義』第2版(平18年・2006年)327頁。
- 2) Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 336. イェシェック/ヴァイгент〔西原春夫監訳/吉田宣之訳〕『ドイツ刑法総論』第5版(1999年)253頁参照。
- 3) 藤木博士は、急迫について、次のように定義されている。すなわち、「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(藤木英雄「正当防衛」団藤重光編『注釈刑法(2)のI 総則(2)§§35~37』(昭43年・1968年)225頁)。橋爪教授は、最判昭46・11・16刑集25巻8号996頁を引用しつつ、「急迫」とは、「法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫っていること」と定義される。そして、侵害の急迫性が否定される場合として「法益侵害の危険がいまだ切迫したものとは評価できない場合(将来の侵害)、法益侵害が既に終了してしまった場合(過去の侵害)」を指摘しておられる(橋爪隆「正当防衛」西田典之・山口厚・佐伯仁志編『注釈刑法 第1巻総論§§1~72』(平22年・2010年)423頁)。
- 4) 「現在の攻撃」に関して、たいていの場合(Frister, „Die Notwehr im System der Notrechte“ GA 1988, S. 306), 「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」(Gegenwärtig ist der Angriff, der unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch fort dauert.) という定義が用いられている(Jescheck/ Weigend, a. a. O. [Anm. 2], S. 341, イェシェック/ヴァイгент〔西原監訳/吉田訳〕・前掲注(2)258頁, Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2006, S. 665, ロクシン〔山中敬一監訳/前嶋匠訳〕『刑法総論 第1巻〔基礎・犯罪論の構造〕第4版〔翻訳第2分冊〕』(平21年・2009年)89頁 usw. さらに、拙稿「正当防衛における侵害の開始時期について」『法学研究論集』(明治大学大学院)8号(平10年・1998年)84頁注(8)参照)。

- 5) そこでは、「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のではなくて、防衛行為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」であるという観点から、「急迫というためには、加害行為が犯罪を構成する場合に、その実行の着手があつたと認められることないし侵害の現在性は必要でない。未遂にきわめて接着した予備行為一例えば、侵害者が凶器をとり出そうとすること—の段階に至つたときは、必要な制止のための行動が許されるものというべきである」とする予備の最終段階説が妥当である、とした(拙稿・前掲注(4)71頁以下。予備の最終段階説を採用するものとしては、Roxin, „Von welchem Zeitpunkt an ist ein Angriff gegenwärtig und löst das Notwehrrecht aus?“『鄭鍾島教授追悼論文集』(昭60年・1985年)142-3頁, ders., a. a. O.[Anm. 4], S. 666, ロクシン〔山中監訳/前嶋訳〕・前掲注(4)89頁参照, Spendel, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 1992, S. 63 [Fn. 242], Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 1, 8. Aufl., 1992, S. 360f., Lenckner, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 25. Aufl., 1997, S. 532, Lenckner/Perron, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., 2001, S. 608, Perron, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2010, S. 626, Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2008, S. 126 usw.)。
- 6) この場合、攻撃の犯罪行為としての性格が状態犯となる(Vgl. Spendel, a. a. O.[Anm. 5], S. 62)。
- 7) Vgl. Erb, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1, 2003, S. 1291.
- 8) 検討の対象を、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に限定する理由は次の通りである。まず、攻撃の現在性の終了時期を検討する際に、「攻撃と結合している犯罪行為が既に法律上の要件を満たして遂行され、既遂にまで進捗している場合」(RGSt. 55, 82 [84])に大きな問題が生ずる。そして、例えば、キュールが指摘するように、正当防衛における攻撃が、構成要件上、監禁罪(ドイツ刑法239条)または住居侵入罪(ドイツ刑法123条)という「いわゆる継続犯」と、「例えば、所有権という窃盗犯によって危殆化された法益」とは「事情が異なる」(Kühl, a. a. O. [Anm. 5], S. 128 f., vgl. noch Spendel, a. a. O. [Anm. 5], S. 62 f.)という解釈が可能である。それゆえ、ここでは、盗品を携行して逃走していた窃盗犯が現行犯で逮捕された場合のような、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に限定して検討することにしたのである。

二 判例の動向

1 帝国裁判所の判例

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

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、ドイツにおいて⁹⁾常に繰り返される事例¹⁰⁾として、果物窃盗事件がある。帝国裁判所は、この事件に関して、1920年9月20日に判決を下している¹¹⁾

(一) 事実関係と裁判所の判断

本件の事実関係は、次の通りである。すなわち、被告人は、夜通し、番小屋で、彼の果樹を見張っていた。彼は、犬を連れており、装填された銃で武装していた。早朝、彼は、果樹から果物を盗む二人の男に気がついた。彼が誰何したので、二人は、摘み取った果物をもって逃げだした。被告人が「撃つぞ」と言って脅すことによって促したにもかかわらず、二人の男は、立ち止まるという被告人の要求には従わなかった。それで、被告人は、逃げている者の「方向に向けて」散弾を一発発砲して、彼らの一人に命中し、重傷を負わせた。そして、この結果が被告人の意思に適うものであることは、判決理由の関係から導き出されてよい。

地方裁判所において、被告人は、故意の身体傷害の起訴について無罪が言い渡された。なぜならば、被告人は、正当防衛において行為しているからである。刑事部は、次のように解している。すなわち、被告人には、逃走している窃盗犯から、盗みとられた果物を、暴力を使っても再び奪い返すという正当な権限があり、これに加えて、発砲すること以外の方法を被告人は持っていなかったと解しているのである。なぜならば、被告人は、発砲することによってのみ窃盗犯を強制的に引きとめることができ、そうすることで、窃盗犯から果実を再度奪い返す可能性を得られたからである。

検察官は、上告理由において、「果物を盗んだ者は、発砲の時点においてすでに逃走に転じていたのであり、それゆえ、所有権に対する彼らの攻撃は、終了しており、もはや現在していなかった」という理由等¹²⁾を示して、正当防衛が認められたのは不当であると述べている。

これに対して、帝国裁判所は、上告を棄却した。

帝国裁判所は、「被告人は、窃盗犯が逃走に際して携行している果物の占有を維持し、所有権を保護するために、窃盗犯に向けて発砲した場合」で、「さらに、被告人は、上記の目的を達成するために、逃走している者を暴力と身体傷害を伴う脅迫によって強制して、被告人が接近し無抵抗に果物を奪うことを認めさせる以外にこれと同様に効果的な方法を有していなかったことが実態に即しているとする場合」、「所有権と占有への現在の攻撃に対して許容される防衛が問題となる」として、地方裁判所の推論を是認した上で、攻撃の現在性に関しては、次のように述べる。すなわち、「窃盗犯の攻撃は、終了していなかった。窃盗犯が逃走に転じた時、果実の窃取それゆえ犯罪行為は、すでに既遂であった場合であったとしても、攻撃は、終了していなかったのである。窃盗犯と、窃盗犯とともに彼らの持ち去った被告人の所有物が被告人の手の及ぶ範囲である限り、いまだ継続する現在の攻撃に対する防衛が問題となる。なぜならば、正当防衛は、刑法上規定されかつ限定された特定の行為を回避することおよび挫折させることに限られるのではなく、攻撃と結合している犯罪行為がすでに法律上の要件を満たして遂行され、既遂にまで進展している場合であっても、特定の法益に対して十分継続し得る攻撃から保護するために、許容されるからである。攻撃は、犯罪の既遂にもかかわらず、終了される必要はない。攻撃は、その攻撃に基づいて脅威に晒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逆に最終的に喪失してしまうまでは、継続しており、その限度で現在している。最終的に喪失した事例に限っては、特に正当な権限者の動産の所有権と占有に対する攻撃の場合、物に対する支配の維持が問題とならず、その回復が問題となる。その限度で、暴力の行使は、正当防衛の観点から許容されず、自力救済の形態、特に緊急の攻撃の形態においてのみ許容される（ドイツ民法 229 条, 230 条, 859 条）。しかし、ある物の窃取が通常は可罰的な行為の形態において窃盗犯に対する暴力を用いるための契機になっている、その物の占有が、正当な権限者から侵奪されていないかまたは十分には侵奪されておらず、確実な占有状態が窃盗犯にとってもいまだ生じておらず、むし

ろ、即時に介入することによって、正当な権限者の脅威に晒されているかまたは争いが生じている占有は、その占有へ違法に介入されたのに引き続きその直後に時間のロスなく維持され得または再度奪い返され得る限度において、すなわち、この占有が最終的に終了しておらず、むしろ、正当な権限者には、その地位に基づいて窃盗犯に断固として対抗する可能性および物を力づくで奪取する可能性が依然として残されている限度において、正当な目的のために必要な措置が正当防衛によって許容される。既遂に達した奪取行為が即座に発見された事例においてこの奪取行為に接続する占有関係の不確実な時点においてまさに、正当な権限者が物に対する支配力を保持しようとする範囲内において物を巡る闘争の機会が通常現出する。そして、この物を巡る闘争が、次のことによって、正当な権限者に不可能となるわけではあり得ない。すなわち、法的意味において、正当な権限者の占有が失われることによって、例えば、『奪取』という刑法上の概念に関して前提となっている意味において、彼の占有が失われることによって、正当な権限者に不可能となるわけではあり得ないのである。奪取が既遂となったにもかかわらず、所有権者および占有者の権利に対する窃盗犯の攻撃は、継続し得るのである。事実審裁判官の基準となる解釈によると、事情は、次のような場合、奪取が既遂となったにもかかわらず、所有権者および占有者の権利に対する窃盗犯の攻撃は、継続し得るものであった。すなわち、被告人が、現行犯で (auf frischer Tat)、果物窃盗犯に遭遇し、いまだ被告人の領域にあった果物窃盗犯を追跡するのに移行した時、つまり、窃盗犯が被告人の誰何のため盗品を携行して逃走に転じた時、事情は、奪取が既遂となったにもかかわらず、所有権者および占有者の権利に対する窃盗犯の攻撃は、継続し得るものであったのである。逃走のための後退は、このような状況において、攻撃の放棄および終了を意味しない。盗まれた財を持ち去ることによって、攻撃はむしろ継続している。…盗品を携行して逃走している窃盗犯に対して暴力的方法の措置をとる許容性の問題は、以前には州法上の規定に…規定されていた。特にその中には、盗まれた物に関する支配力を維持するために着手された

窃盗犯の身体および生命に対する攻撃もまた明確に…許容されていた。現行法については、現行犯で遭遇した窃盗犯から盗品を再度奪い返すことを目指す措置の許容性は、否定されるわけではない。むしろ、そのような措置がいまだ継続している攻撃を撃退するものと評価されなければならないことが承認されている。すなわち、その措置は、それが誰から生じたものであるかはともかく、その方法と程度に従って、許容された目的を達成するために「必要」である以上には生じていないという状況の外形的な形成に適合されなければならないという制約以外の制約は課されない。そして、それに該当するかどうかは、事実審の裁判官が判断しなければならない。ここでは、認識可能な法律の錯誤なしになされていたが、侵害されている所有権者は、逃走している窃盗犯に追いつくことができなかつたし、多数の窃盗犯に直面していることに気がつき、窃盗犯から、場所、時間および事情によっては、暴力的な抵抗がなされる恐れがあったので、この所有権者は、彼が連れていた犬を使ったとしても、盗まれた物を奪い得なかつたはずであり、むしろ、銃を使用することによってのみ盗まれた物を奪い得たという見解に、事実審裁判官が至る場合、この事実の証明によって、武器の使用は、防衛のために必要だったのであり、身体傷害は、可罰的でなかつたとする推認は正当化される」とするのである¹⁹⁾

(二) 帝国裁判所の判示事項

本判決において問題となった事例は、攻撃の現在性の終了時期を検討する上で、常に繰り返し取り上げられているが、帝国裁判所は、攻撃の現在性を検討する前提として、次のように指摘している。すなわち、①「被告人は、窃盗犯が逃走に際して携行している果物の占有を維持し、所有権を保護するために、窃盗犯に向けて発砲した場合」で、②「さらに、被告人は、上記の目的を達成するために、逃走している者を暴力と身体傷害を伴う脅迫によって強制して、被告人が接近し無抵抗に果物を奪うことを認めさせる以外にこれと同様に効果的な方法を有していなかつたことが実態に即しているとする場合」に、所有権

と占有への現在の攻撃を撃退することが許されるかが問題となるとしている¹⁴⁾

①に関して、帝国裁判所は、まず、「窃盗犯が逃走に転じた時、果実の窃取、それゆえ、犯罪行為は、既に既遂であった場合であった」としても、「窃盗犯の攻撃は、終了していなかった」とする。次に、攻撃の終了時期に関して、「窃盗犯と、窃盗犯とともに彼らの持ち去った被告人の所有物が被告人の手の及ぶ範囲である限り、いまだ継続する現在の攻撃に対する防衛が問題となる」とし、その理由として、「正当防衛」は、「攻撃と結合している犯罪行為が既に法律上の要件を満たして遂行され、既遂にまで進展している場合であっても、特定の法益に対して十分継続し得る攻撃から保護するために」、「許容される」点を挙げている。さらに、攻撃の継続が問題となる類型に関して、基準を示して分類した上で、本件のような「最終的に喪失した事例」、つまり、「動産の所有権と占有に対する攻撃の場合」においては、正当な権限者が物に対する支配を「回復」する局面が問題となるとする。

その上、物に対する支配を回復できる局面に関して、占有侵害の具体的な形態を詳細に分析して、「既遂に達した奪取行為が即座に発見された事例においてこの奪取行為に接続する占有関係の不確実な時点においてまさに、正当な権限者が物に対する支配力を保持しようとする範囲内において物を巡る闘争の機会が通常現出する」とする。最後に、事実審裁判官の判断を前提とすると、本件においては、「逃走のための後退は、このような状況において、攻撃の放棄および終了を意味しない。盗まれた財を持ち去ることによって、攻撃はむしろ継続している」としている。

②に関して、帝国裁判所は、防衛行為の必要性の要件に関して検討した上で、「ここでは…侵害されている所有者は、逃走している窃盗犯に追いつくことができなかつたし、多数の窃盗犯に直面していることに気がつき、窃盗犯から、場所、時間および事情によっては、暴力的な抵抗がなされる恐れがあったので、この所有権者は、彼が連れていた犬を使ったとしても、盗まれた物を奪い得なかつたはずであるし、むしろ、銃を使用することによってのみ盗まれた物を奪

い得たという見解に、事実審裁判官が至る場合、この事実の証明によって、武器の使用は、防衛のために必要だったのであり、身体傷害は、可罰的でなかったとする推認は正当化される」としている。

(三) 攻撃の現在性の終了時期を判断する視点または基準

本稿では、攻撃の現在性の終了時期について検討しているので、①に関して、帝国裁判所が攻撃の現在性の終了時期を考察する場合に採用する視点または基準について評価を加えると、次のようになる。

(1) まず、帝国裁判所は、「窃盗犯が逃走に転じた時、果実の窃取それゆえ犯罪行為は、すでに既遂であった場合であった」としても、「窃盗犯の攻撃は、終了していなかった」とする。

これは、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、異なることがあることを指摘しているといえる。

(2) 次に、「窃盗犯と、窃盗犯とともに彼らの持ち去った被告人の所有物が被告人の手の及ぶ範囲である限り、なお継続する現在の攻撃に対する防衛が問題となる」とし、その理由として、「正当防衛は、刑法上規定されかつ限定された特定の行為を回避することおよび挫折させることに限られるのではなく、攻撃と結合している犯罪行為が既に法律上の要件を満たして遂行され、既遂にまで進展している場合であっても、特定の法益に対して十分継続し得る攻撃から保護するために、許容される」点を挙げている。

これは、窃盗犯の攻撃の終了時期に関しては、攻撃が「特定の法益に対して十分継続し得る」か否かという実質的な基準を用いて判断すべきであると解しているものと評価できる。また、正当防衛は、「特定の法益に対して十分継続し得る攻撃から保護するために、許容される」とする点から、帝国裁判所は、正当防衛が攻撃に対する法益保護のために認められる制度であることを前提にするといえるから、その成立要件を考える場合には、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ものと思われる。

(3) さらに、帝国裁判所は、この実質的な基準を用いる場面を、「攻撃に基づいて脅威に晒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「最終的に喪失してしまうまで」という基準により区分し、本件のような「最終的に喪失した事例」、つまり、「動産の所有権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、物に対する支配の「回復」が問題となるとする。そして、具体的な占有侵害の形態を詳細に分析する。すなわち、i) 占有は、正当な権限者から侵奪されていないかまたは十分には侵奪されていないかどうか、ii) 確実な占有状態が窃盗犯にとってもいまだ生じていないかどうか、iii) 即時に介入することによって、正当な権限者の脅威に晒されたかまたは争いが生じている占有は、その占有へ違法に介入されたのに引き続きその直後に時間のロスなく維持され得または再度奪い返され得るかどうか、というように、占有の侵害形態を詳細に分析した上で、問題となっている「占有が最終的に終了しておらず」、むしろ、正当な権限者には、依然として、その地位に基づいて窃盗犯に断固として対抗し得、物を力づくで奪取し得る限度において、正当な目的のために必要な措置が正当防衛によって許容される、としている。

ここでは、攻撃が窃盗行為の場合に生じる占有侵害に関して、その占有の「回復」が何時まで可能かという視点から、占有侵害の具体的な段階を詳細に分析し、「最終的に」占有侵害が終了する時期について具体的に示しているが、これは、上記の攻撃が「特定の法益に対して十分継続し得る」場面をより明確にしようとする試みと評価できる。

(4) 最後に、帝国裁判所は、本件において「逃走のための後退は、攻撃の放棄および終了を意味しない。盗まれた財を持ち去ることによって、攻撃はむしろ継続している」としているが、この判断の前提として、被告人が、現行犯で、果物窃盗犯に遭遇し、いまだ被告人の領域にあった果物窃盗犯を追跡するのに移行した時、つまり、窃盗犯が被告人の誰何のため盗品を携行して逃走に転じた時、事情は、奪取が既遂となったにもかかわらず、所有権者および占有者の

権利に対する窃盗犯の攻撃は、継続し得るとしている。

これは、攻撃が継続しているといえるために必要となる具体的な要件として、被告人が、現行犯で窃盗犯に遭遇し窃盗犯を追跡している場合、言い換えると、窃盗犯が被告人の誰何のため盗品を携行して逃走している場合を指摘しているといえる。

2 第二次大戦後の判例

(一) 連邦通常裁判所 1979 年 5 月 15 日判決 (BGH NJW 1979, 2053)

第二次大戦後、上記の帝国裁判所 1920 年 9 月 20 日判決 (RGSt. 55, 82) を引用しつつ、攻撃の現在性の存否を判断したものとして、連邦通常裁判所 1979 年 5 月 15 日判決がある¹⁵⁾

(1) 事実関係と裁判所の判断

本件の事実関係は、次の通りである。すなわち、1975 年には、被告人宅において 3 回お金がなくなることがあった。1976 年 4 月、被告人の妻は、夜、薄闇の中、静かに遠ざかる男を見つけた。被告人は、妻から知らせを受けて S が居間に立っているところを見つけたが、S は即座に逃げた。この事件の後、被告人は、庭の門に警報装置を設置させ、威嚇用のピストルを入手した。6 週間後の夕方、警報装置が鳴り響いた。被告人は、威嚇射撃用のピストルを手にとり、庭に走ったが、侵入者が以前居間で見た男であることに気づいた。被告人は、威嚇射撃用のピストルから一発発砲した。S は、再び逃げた。被告人は、S を追跡したが、見失った。被告人は、この事件を警察に知らせた。その警察は、武器使用書と銃器の取得を助言した。夫婦は、侵入者が被告人の妻や子供らにねらいをつけることを懸念した。彼らの不安は、昂進し、彼らは、夕方一緒に外出することを殆どせず、劇場に行くことや通常の行事への参加を断念し、招待にも応じなくなっていた。一時的に、彼らは睡眠障害となった。診療所を営んでいた被告人の妻は、彼女が夜の往診に呼ばれた時、誰かが待ち伏せ

をしていることを懸念した。被告人は、この事件の後で、妻の所有するピストルを修理させ、妻の同意を得て、ピストル所持に必要な当局の許可を得ていないにもかかわらず、そのピストルを持っていた。1977年4月29日の2時30分頃、再び警報装置が鳴り響いた。被告人とその妻は、静かに行動し、電話で警察の助けを依頼したが、この助けが来るまでに侵入者は逃走した。

1977年9月9日の1時50分頃、被告人は、物音によって目が覚めた。そして、ベッドの足元に男が立っているのが見えた。彼は、悲鳴と共にベッドから飛び起き、ピストルを手にとり、そのピストルに弾を装填した。男は逃走に転じ、被告人は、その後を追った。ここでも、侵入者は、被告人よりも速かった。被告人は、何回も「止まれ。さもないと撃つぞ」と叫んだ。Sは、止まらなかったため、被告人は、2回逃走している者の足に向けて発砲した。被告人は、侵入者の家族にとって我慢のならない状況にけりをつけようとしていた。被告人は、Sの臀部の左半分と左脇腹に命中させた。

地方裁判所において、被告人には、危険な身体傷害罪と故意の武器法違反が成立し、両者は観念的競合の関係にあるとしたが、これに対して、被告人から上告がなされた。

連邦通常裁判所は、被告人を「危険な身体傷害罪（ドイツ刑法223条、223条a）」とした判決は「維持することができない」とし、その理由として「免責的緊急避難（ドイツ刑法35条）」の成立を肯定し、この免責的緊急避難により、武器法違反も否定している。

なお、地方裁判所の刑事部は、正当防衛状況の存在を肯定していないが、連邦通常裁判所は、この地裁刑事部の認定を正当であるとしている。すなわち、「正当にも、刑事部は…正当防衛状況（ドイツ刑法32条）の存在を認めていない。正当防衛は、違法な現在の攻撃を要件としている。しかし、Sの攻撃はもはや現在していなかった。なぜならば、侵入者は、被告人が彼に発砲した時、すでに逃げていたからである。Sは、何かを盗んでしまっていたし、盗品を携行して逃走しようとする意思があったという理由があっても、攻撃は継続して

いなかった (RGSt 55, 82; RGSt 63, 221¹⁶⁾)。Sは、何も奪っておらず、被告人は、そのことを認識していた。Sは別の不特定の夜中の時点において再び戻ってくることもあり得る、とされる危惧は、現在の攻撃を推認することを根拠づけない。そのような攻撃が直接に間近に差し迫っていた、とされることは、「認定されてない」とする。

(2) 本件 BGH NJW 1979, 2053 と上述の帝国裁判所の判決との比較

本件において、連邦通常裁判所は、攻撃の現在性を否定しているが、上記のRGSt 55, 82は、攻撃の現在性を肯定した判決であった。それゆえ、両判決つまりRGSt 55, 82とBGH NJW 1979, 2053を比較することによって、ドイツの裁判所が具体的にはどのような基準を用いて攻撃の現在性を判断しているかについて解明できることになる。そこで、以下では、RGSt 55, 82とBGH NJW 1979, 2053を比較することにする。

本件BGH NJW 1979, 2053では、占有侵害の形態に関してRGSt 55, 82が示したような基準および詳細な検討を行わずに、「Sの攻撃はもはや現在していなかった」とする。

しかし、まず、「侵害者が、逃走に際して盗品を携行しているか」という観点からすると、RGSt 55, 82では、窃盗犯は、盗品(果物)を携行していたのに対して、BGH NJW 1979, 2053は、侵害者Sは、盗品を携行しておらず、この点に相違がある。そして、連邦通常裁判所は、「Sの攻撃はもはや現在していなかった」理由として、「Sは、何かを盗んでしまっていた」(weil S etwas entwendet hatte)とし、攻撃が過去のものとなっている点を指摘すると共に、Sは、その場では何も奪っていない点を挙げている。それゆえ、「侵害者が、逃走に際して盗品を携行しているのか」という視点、言い換えると、「侵害者は、過去に窃盗を実行していたとしても、現時点では何も奪っていないのか」という視点は、攻撃の現在性を判断する上で、非常に重要な意義を有していることになる。

また、本件では、少なくとも、1976年4月から本件の実行行為が行われた1977年9月9日の間に、4回、被告人宅にSが侵入しており、さらに、1975年の3回も合わせると、2年数か月間に、7回侵入窃盗の被害に遭っていることになる。このような状況において、被告人およびその家族は、日常生活を送るにも支障を来すようになっているが、この点に関して、連邦通常裁判所は、Sが被告人宅から盗み出し携行する意思を有し、言い換えると、「Sは別の不特定の夜中の時点において再び戻ってくることもあり得る」という危惧があったとしても、これによっては、「現在の攻撃」が推認されることはないとしており、将来にわたる攻撃は、少なくとも「現時点では」、現在していないことを確認した点で非常に重要である。

(二) 連邦通常裁判所 1979年5月15日判決 (BGH bei Holtz MDR 1979, 985)

さらに、上述のBGH NJW 1979, 2053と同様、窃盗事犯において下された連邦通常裁判所 1979年5月15日判決がある¹⁷⁾

(1) 事実関係と裁判所の判断

本件の事実関係は、次の通りである。すなわち、Aは、隣接した薬局に侵入していた侵入窃盗犯を拘束し、警察に引き渡そうとした。彼らは、被告人の要求に基づき、外に出てきたが、しかし、被告人が止まるように叫び、2回警告のために発砲したにもかかわらず、急いで逃走しようとした時、被告人は、逃走者の方向に向かって3～4発狙いをつけずに発砲した。これによって、逃走者の1人に命中し、重傷を負った。

地方裁判所は、正当化事由を否定したが、この点に関して、次のように指摘する。逃走者は、発砲に際して、80～100m離れていたので、Aは、誤想防衛を援用することも、一時的に逮捕する権利を援用することもできない。薬局に対する違法な攻撃は存在しなかったとするのである。

これに対して、連邦通常裁判所は、地方裁判所の判決は維持できないとする。

そして、攻撃の現在性については、次のように指摘する。すなわち、「Aは発砲し、その一発が命中した時、攻撃はいまだ最終的に撃退されていなかった。この瞬間には、侵入窃盗犯が——盗品の価値がわずかでしかなくても——その盗品を携行して逃走しようとしていた。彼らは、Aによって、武器を使ってまだ到達され得たので、盗品はいまだ確保されていなかった(vgl. Baldus in LK, 9. Aufl. § 53 Rdn. 5)。法確証の利益は、まだなお欠如していなかったのである…」とするのである。

(2) 本件 BGH bei Holtz MDR 1979, 985 と上述の判例との比較

本件 BGH bei Holtz MDR 1979, 985 を、上述の RGSt. 55, 82 および BGH NJW 1979, 2053 と比較すると、次のことが指摘できる。

本件では、BGH NJW 1979, 2053 のように、明示的に、RGSt. 55, 82 の引用はないが、本判決が参照する「Baldus in LK, 9. Aufl. § 53 Rdn. 5」には、RGSt. 55, 82 の引用があり、また、本判決は、BGH NJW 1979, 2053 と同年同月同日に下されていることを考慮すると、BGH bei Holtz MDR 1979, 985 においても、RGSt. 55, 82 を前提にして事案処理をしているものと推測できる。

次に、攻撃の現在性を判断する場合、本判決は、正当防衛権の根拠である法確証の利益に言及し¹⁸⁾、「法確証の利益は、まだなお欠如していなかった」ことを根拠として、攻撃の現在性を肯定している。上記の判例においては、正当防衛権の正当化根拠と正当防衛の成立要件についての言及がなかった。しかし、BGH bei Holtz MDR 1979, 985 においては、この点に関する言及がある。それゆえ、本判決は、正当防衛の成立要件を考える上で、判例が、正当防衛権の正当化根拠を意識していることが明確となっている点で重要である¹⁹⁾。

最後に、事例判断として、地裁によれば、A と逃走者とは、「80～100m」離れていたもので、本件においては、「薬局に対する違法な攻撃は存在しなかった」とされる。これに対して、連邦通常裁判所は、この段階においても、窃盗犯は、Aによって、「武器を使ってまだ到達され得たので、盗品はいまだ確保さ

れていなかった」としている。それゆえ、本判決は、具体的な事例判断をする場合において非常に有益な資料となる。

(三) 連邦通常裁判所 2003 年 2 月 12 日判決 (BGHSt. 48, 207)

その後、攻撃者の行為が恐喝罪 (ドイツ刑法 253 条) に該当し得る事案であるが、上記の RGSt. 55, 82, BGH bei Holtz MDR 1979, 985 および BGH NJW 1979, 2053 等を参照しつつ²⁰⁾ 攻撃の現在性に関して判断した連邦通常裁判所 2003 年 2 月 12 日判決がある²¹⁾。

(1) 事実関係と裁判所の判断

本件の事実関係は、次の通りである。すなわち、後になって被告人に殺害されることになる M. は、総額の一部である 6,000 マルクを被告人からゆすり取った上、さらに難癖をつけて脅していた。ある夕方、M. は、Ma. を伴い被告人の住居を訪れた。被告人は、2 人を通した。M. は、その時、被告人に 5,000 マルクを支払うように要求した。被告人は、今や以前よりも高くなった M. の新たな要求に同意せず、これを拒絶した時、M. は、部屋の家具調度を壊すと言って脅した。それで、被告人は、部屋の中にあつた 1,200 マルクを M. に支払う提案をした。しかし、これでは、M. には少なすぎた。M. は、あくまでも 5,000 マルクの支払を迫り、別の機会に改めて警察および税務署を使うと言って脅し、そして、住居の中にある物を壊すかあるいは 5,000 マルクの価値のある物を持っていくと言って脅迫した。結局、M. は、被告人の CD コレクションを踏みつけはじめた。それゆえ、被告人は、M. が「被告人の持ち物をそのままにしておく」なら要求された金額を支払う用意があると言った。被告人は、「仕切りがつかないキッチンつきのワンルーム」の風呂場に入って行き、隠し場所から 5,000 マルクと 500US ドルが入ったポリ袋を持って帰ってきた。被告人は、居間に戻ってきて、Ma. に袋を引き渡した²²⁾ M. は、この時点では、ズボンのポケットに両手を入れて居間に立っていた。「決して攻撃を予

期していなかった」M.にとって全くの突然に、被告人は、M.を殺害するために、M.の背後に歩み寄った。被告人は、M.が被告人からこつこつと貯金されたお金を奪おうとしたことに憤慨していた。被告人は、M.によって生活を台無しにされたくなかった。電光石火で、被告人は、M.の頭を後へ引っ張り、M.の頭と同じ部分を何回も殴り、ズボンのポケットから取り出されて握りしめられた片刃の刃渡り5,8cmある台所包丁を使って即座に数回にわたってM.の首筋を左から右へ切りつけた。その際、被告人は、M.の脊柱にまで達する数個の刺傷を与えた。M.は、崩れ落ち、即死した。

地方裁判所は、被告人の殺害行為を背信的であるとし（ドイツ刑法211条2項）、次のように述べている。すなわち、M.は、被告人がナイフで攻撃した時点では何の疑念も有していなかった。M.は、攻撃を予期していなかったのである。被告人がM.の要求に屈し、お金を持ってきたとき、両者の間の争いは終わっていた。それゆえ、被告人には、正当防衛状況がもはや存在していなかった（ドイツ刑法32条）。被告人のCDコレクションを足で踏みつけて強い調子で金銭を要求したM.の攻撃は、被告人がM.の要求に従ったときに終わっていたのである。

これに対して、連邦通常裁判所は、被告人に対して謀殺を理由として有罪判決を下すことは、法律上、維持できないとし、その理由として、被告人の行為が背信的であると推認することと、M.は、恐喝的に攻撃していたので客観的にはいまだ正当防衛状況にあった被告人の抵抗を予期しなければならず、それゆえ、全く何の疑念も有していなかったことはあり得ないこととは、矛盾する点を挙げている。

そして、正当防衛状況に関して、連邦通常裁判所は、次のように判示している。すなわち「正当防衛状況は、被告人にとっては、M.に対してナイフによる攻撃をしている間中いまだ継続していた。M.の被告人の財産に対する恐喝的な攻撃は、ドイツ刑法32条2項の意味においていまだなお『現在して』いたのである。M.の攻撃は、確かに既遂であったが、いまだなお終了していな

かった。なぜならば、盗品は、まだ確保されていなかったからである(vgl. BGH bei Holtz MDR 1979, 985; BGHSt 27, 339; BGH NJW 1979, 2053; RGSt. 55, 82, 84; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 32 Rdn. 13, 15; Lackner/Kühl, StGB 24. Aufl. § 32 Rdn. 4)。正当防衛は、構成要件の法律上の要件を具体化することを回避することに限定されるわけではない。正当防衛は、特定の法益に対する攻撃から保護するために許容される。この攻撃は、犯罪の既遂にもかかわらず、その攻撃に基づいて脅威に晒された法益に関して生じた危険がやはりなお回避され得る限度かまたは逆に最終的に喪失してしまうまでは、いまだ継続し得それゆえ現在し得るのである。単に最終的に終了する事例においては、例えば、正当な権限者の動産の所有権と占有に対する攻撃の場合は、物に対する支配の維持がもはや問題とならず、暴力の使用がいずれにせよ正当防衛の観点に基づいてはもはや許容されない物に対する支配の回復が問題となる(RGSt 55, 82, 84は、すでにそうである)」としている。

(2) 本件 BGHSt. 48, 207 と上述の判決との比較

本件 BGHSt. 48, 207 を、上述の RGSt. 55, 82, BGH NJW 1979, 2053 および BGH bei Holtz MDR 1979, 985 と比較すると、次のことが指摘できる。

本判決は、上記の RGSt. 55, 82, BGH bei Holtz MDR 1979, 985 および BGH NJW 1979, 2053 等を参照しつつ、攻撃の現在性の存否を判断している。上記の判例および本判決は、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事例であり、類似の利益状況が問題となっている場面であったが、このような「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」では、RGSt. 55, 82において示された基準を用いて判断することが、BGHSt. 48, 207によって確認されたことになる。

また、本判決は、RGSt. 55, 82の判断基準を前提としているから、「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」が問題となる場合には、攻撃が窃盗行為でなくても、RGSt. 55, 82の基準を用いて判

断することが明らかになったといえる。

3 小括

以上では、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）の局面において攻撃の現在性の終了時期を取り上げたドイツの判例について概観したが、判例が示した視点、基準または要素を整理すると、次のようになる。

(一) 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、まだなお欠如していなかった」ことを根拠として、攻撃の現在性を肯定している（BGH bei Holtz MDR 1979, 985）。

(二) 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、いまだ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）。

(三) 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、攻撃が「特定の法益に対して十分継続し得る」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、特定の法益に対する攻撃から保護するために許容される」点を挙げるが（BGHSt. 48, 207, vgl. RGSt. 55, 82），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「最終的に喪失してしまうまで」という基準により区分し (RGSt. 55, 82, BGHSt. 48, 207), 「最終的に喪失した事例」, つまり, 「正当な権限者の動産の所有権と占有に対する攻撃の場合」においては, 物に対する支配の「回復」が問題となるとする (RGSt. 55, 82, BGHSt. 48, 207)。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, 上に示した攻撃が「特定の法益に対して十分継続し得る」場面をより明確にしようとする試みと評価できる。

(四) 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。

- (1) 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)。
- (2) 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に関する判断を変えている。RGSt. 55, 82 では, 窃盗犯は, 盗品 (果物) を携行しており, 攻撃の現在性が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, 攻撃の現在性が否定されているのである。
- (3) 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 MDR 1979, 985)。
- (4) 最後に, 判例は, 攻撃者が繰り返し侵入窃盗行為を行っており, 防衛者は, 攻撃者が「別の不特定の夜中の時点において再び戻ってくることもあり得る」と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している (BGH NJW 1979, 2053)。

注

9) なお、わが国においても、比較的最近、窃盗事犯ではないが、「財産的権利等を防衛するためにした暴行が刑法36条1項にいう『やむを得ずにした行為』に当たるか」に関して、最高裁が判断を下し、正当防衛の成立を肯定している。すなわち、最判平21・7・16刑集63巻6号711頁は、「上告趣意は、事実誤認、単なる法令違反の主張であって、刑法405条の上告理由に当たらない」が、「所論にかんがみ職権をもって調査すると、原判決及び第1審判決は、刑法411条1号、3号により破棄を免れない」として、被告人に無罪を言い渡している。

最高裁は、「原判決の認定及び記録によれば、本件の事実関係は次のとおりである」とし、次のように指摘する。すなわち「(1)本件建物及びその敷地は、Dの亡父が所有していたところ、その持分の一部は、同人から贈与又は相続により取得した者を経て、E不動産が強制競売又は売買により取得した。本件当時、登記上、本件建物については、D及びE不動産がそれぞれ2分の1ずつの持分を有する一方、その敷地については、E不動産、被告人、Dほか共有しており、そのうちE不動産は264分の83の持分を有していた。E不動産は、これらの持分を平成15年12月ころまでに取得したものである」。「(2)F宅建は、平成3年に本件建物の賃借人の地位を取得し、平成17年9月、それまで他の会社に転貸されていた本件建物の明渡しを受けた。そして、F宅建は、同年10月ころ、建設会社に本件建物の原状回復及び改修の工事を請け負わせた。また、そのころ、被告人及びDは、本件建物の一部に居住し始めるとともに、これをF宅建の事務所としても使用するようになった。ところが、その後、E不動産の関連不動産会社である株式会社Gの従業員が上記建設会社の作業員らに対して上記工事を中止するように申入れ、同年11月には、本件建物に取り付けられたばかりのサッシのガラス10枚すべてをE不動産関係者が割るなどしたことから、上記建設会社は、工事を中止した」。「そこで、F宅建は、同年12月、改めて別の建設会社に上記工事の残工事を請け負わせたところ、E不動産の従業員であるBがほとんど毎日工事現場に来ては、上記建設会社の作業員に対し、本件建物の工事差止めを求めて裁判で争っているから工事をしてはならない旨申し向けて威圧的に工事の中止を求め、その工事を妨害した。また、E不動産は、上記建設会社に対し、工事の中止を求める内容証明郵便を送付したり、F宅建から支払われる請負代金額の3倍の保証金を支払うので工事から手を引くよう求めたりし、上記建設会社がこれを断ると、E不動産関係者は、今後広島で無事に仕事をする事ができると思うなどと申し向けて脅迫した。平成18年に入ると、Bのほかにも、E不動産の従業員と称する者が、毎日、工事開始から終了まで本件建物前に車を止めて張り付き、作業員らにすごむなどしたため、上記建設会社も工事を中止した」。「そして、E不動産は、その工事が続行されないように、本件建物の周囲に残っていた工事用足場をG名義で買い取った上、本件建物の入口付近に鉄パイプを何本も取り付けて出入り困難な状態とし、『足場使用厳禁』等と記載した看板を取り付けるなどした。その後も、E不動産関係者は、本件建物の前に車を止めて、F宅建を訪れる客

に対して立入禁止である旨を告げるなどした」。「また、E不動産は、同年1月ころ以降、建設業者が本件建物に立ち入らないようにするため、その立入りを禁止する旨表示した看板を本件建物の壁面等に取り付けたところ、被告人らに外されたりしたため、その都度、同様の看板を本件建物に取り付けることを七、八回繰り返した」。「(3)一方、E不動産は、平成17年11月、本件建物の2分の1の共有持分権に基づく妨害排除請求権を被保全権利として、D、被告人及びF宅建を相手方として、本件建物の増改築工事中止及び続行禁止並びに明渡し断行を求める仮処分を申し立てたが、却下され、即時抗告を申し立てた。広島高等裁判所は、平成18年9月、F宅建はE不動産が本件建物の持分を取得する以前から本件建物について賃借権を有しており、Dは本件建物の共有持分権を有し、被告人はF宅建の代表者又はDの妻として本件建物を占有しているから、E不動産は、F宅建に対しても、D及び被告人に対しても、本件建物の明渡しを請求できない旨、F宅建は賃貸借契約において本件建物の大修繕や改良工事の権限が与えられているから、E不動産はF宅建による工事中止や続行禁止を求めることもできない旨判示して、E不動産の上記即時抗告を棄却し、これが確定した」。「(4)Bは、平成18年12月20日に本件建物の壁に取り付けた立入禁止の看板の一部が同月21日朝にはがされたりちぎられたりし、同日夜にはなくなっているのを発見したので、同月22日午後7時10分ころ、立入禁止の看板3枚を本件建物に取り付けるため、看板製作・取付会社の取締役であるC及び同社従業員のHほか1名と共に本件建物前に行った。Bの依頼により、C及びHは、立入禁止の看板1枚(以下「本件看板」という。)を自動車から下ろし、その裏面全面に接着剤であるコーキングを付け、はしごを本件建物西側の壁面に立て掛けるなど、本件看板を取り付ける作業を開始した」。「本件看板は、縦91cm、横119.9cm、厚さ0.3cm、重さ2.5kgのものであり、『立入禁止 広島地方裁判所においてD、Aおよび(有)F宅建と係争中のため本件建物への立入を禁ずる。所有者株式会社E不動産』等と記載され、『立入禁止』の文字は赤色で他の文字より大きく、『広島地方裁判所』及び『係争中』の文字もそれぞれ赤色で表示され、その他の文言は黒色で表示されている(なお、E不動産が、F宅建及びDを被告として、本件建物について共有物分割訴訟等を提起したのは、平成19年1月11日になってからである。)」。「また、本件建物は、その西側が南北方向に走る市道に面し、その境界から約2m離れて建てられており、その西壁は南北の長さが約18mある。上記市道は車道幅員が約5mであり、その東側には幅員約1.9mの歩道が設けられている。上記市道は、夜間、交通が閑散である」。「(5)前記のとおりCらが本件看板を本件建物の壁面に取り付ける作業を開始したところ、被告人及びDがやってきて、何をするんだなどと大声で怒鳴り、被告人は、Cの持っていた本件看板を強引に引っ張って取り上げ、裏面を下にして、本件建物西側敷地と上記歩道にまたがる地面へ投げ付け、その上に乗って踏み付けた。Bは、被告人が本件看板から降りた後、これを持ち上げ、コーキングの付いた裏面を自らの方に向け、その体から前へ10cmないし15cm離して本件看板を両手で持ち、付けてくれと言ってこれをCに渡そうとした。そこで、被告人は、これを阻止するため、Bに対し、上記市道の車

道の方に向かって、その胸部を両手で約10回にわたり押したところ、Bは、約2m後退し、最後に被告人がBの体を右手で突いた際、本件看板を左前方に落として、背中から落ちるように転倒した(本件暴行)。「なお、Bが被告人に押されて後退し、転倒したのは、被告人の力のみによるものではなく、Bが大げさに後退したことと本件看板を持っていたことがあいまって、バランスを崩したためである可能性が否定できない」。「(6)Bは、本件当時48歳で、身長約175cmの男性であり、被告人は、本件当時74歳で、身長約149cmの女性である。被告人は、本件以前に受けた手術の影響による右上肢運動障害のほか、左肩関節運動障害や左肩鎖関節の脱臼を有し、要介護1の認定を受けていた。」

上記のような事実関係を前提として、最高裁は、「仮に被告人による本件暴行があったとしても、それは正当防衛に当たる旨主張する」という被告人側からの主張について検討を加える。すなわち、「前記2の事実関係を踏まえて検討するに、Bらが立入禁止等と記載した本件看板を本件建物に設置することは、被告人らの本件建物に対する前記2(3)の共有持分権、賃借権等を侵害するとともに、F宅建の業務を妨害し、被告人らの名誉を害するものといわなければならない。そして、Bの依頼を受けたCらは、本件建物のすぐ前において本件看板を取り付ける作業を開始し、被告人がこれを取り上げて踏み付けた後も、Bがこれを持ち上げ、付けてくれと言ってCに渡そうとしていたのであるから、本件暴行の際、Bらはなおも本件看板を本件建物に取り付けようとしていたものと認められ、その行為は、被告人らの上記権利や業務、名誉に対する急迫不正の侵害に当たるといふべきである」。「そして、被告人は、BがCに対して本件看板を渡そうとしたのに対し、これを阻止しようとして本件暴行に及び、Bを本件建物から遠ざける方向に押したのであるから、Bらによる上記侵害から被告人らの上記権利等を防衛するために本件暴行を行ったものと認められる」。「さらに、Bらは、前記2(2)及び(4)のとおり、本件建物のガラスを割ったり作業員を威圧したりすることによって被告人らが請け負わせた本件建物の原状回復等の仕事を中止に追い込んだ上、本件建物への第三者の出入りを妨害し、同(3)の即時抗告棄却決定の後においても、立入禁止等と記載した看板を本件建物に設置するなど、本件以前から継続的に被告人らの上記権利等を侵害する行為を繰り返しており、本件における上記不正の侵害はその一環をなすものである。一方、被告人とBの間には同(6)のような体格差等があることや、同(5)のとおりBが後退して転倒したのは被告人の力のみによるものとは認め難いことなどからすれば、本件暴行の程度は軽微なものであったといふべきである。そうすると、本件暴行は、被告人らの主として財産的権利を防衛するためにBの身体を安全を侵害したものであることを考慮しても、いまだBらによる上記侵害に対する防衛手段としての相当性の範囲を超えたものといふことはできない。

そして、最高裁は、「以上によれば、本件暴行については、刑法36条1項の正当防衛として違法性が阻却されるから、これに正当防衛の成立を認めなかった原判決は、事実を誤認したか、同項の解釈適用を誤ったものといわざるを得ない」としている。

本件の評釈としては、門田成人「正当防衛行為の相当性」『法学セミナー』658号(平

21年・2009年) 119頁, 山口厚「財産的権利と正当防衛—最一判平成21・7・16」『NBL』918号(平21年・2009年) 68頁以下, 井上宜裕「財産的権利等を防衛するためにした暴行と正当防衛」『平成21年度重要判例解説』(平22年・2010年) 175頁以下, 坂田正史「非身体的利益を防衛するために他人の身体の安全を侵害した被告人の行為につき正当防衛の成立が認められた事例」『研修』749号(平22年・2010年) 15頁以下, 橋田久「財産的権利等を保全するための暴行に正当防衛が認められた事例」『判例セレクト 2009 [I]』(平22年・2010年) 27頁, 橋爪隆「財産的権利のための正当防衛の成否」『刑事法ジャーナル』21号(平22年・2010年) 83頁以下等がある。(さらに, 林幹人「財産を防衛する暴行—最高裁平成21年7月16日判決を契機として—」『刑事法ジャーナル』28号(平23年・2011年) [のちに同『判例刑法』(平23年・2011年)に収録] 57頁以下 [引用は, 後者による]も参照)。

10) Kühl, Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts, 1974, S. 152.

11) RGSt. 55, 82. この判例に関しては, アルビン・エーザー/西原春夫監修『違法性と正当化—原則と事例—』(平5年・1993年) 1頁以下も参照。

12) 検察官は, 上告に際して, 「攻撃が現在しているものと認められたとしても, やはり, 被告人は, 彼が果物つまり全く些細な価値の財の維持または回復のために, 逃走する人の身体および生命を危険に晒し, 傷害したことによって, それゆえ, 最も高い価値の法益を犠牲に供することを決意したことによって, 防衛の程度を守っていない」という主張も行っている。

13) 前掲注(12)で示したように, 検察官は, 正当防衛の成立要件を検討する際に, 「防衛された法益の価値」と「侵害された法益の価値」を衡量する必要があるかについて, これを肯定すべきであるとするが, この主張に対して, 帝国裁判所は, 次のように判示している。すなわち, 「防衛権限の範囲の基準は, 一方で攻撃の強度, 他方で防衛者が有している防衛手段だけから決定されるべきではなく, むしろ, 正当防衛の行使における制限は, 正当な権限者にとって, 些細な財を維持するために, より価値の高い攻撃者の財が犠牲にされてはならないという点からも生ずる」という見解も主張されることがあるが, それによると「正当防衛は, それが身体および生命に対する攻撃によって行使されなければならない場合直ちに, 窃盗に対して原則的に大抵不可能となってしまうはずである」。しかし「上記のように財の均衡を考慮することは, 正が不正に対する闘争において保護されるべきであるという場面においては, 正当化され得ない。ここで, 防衛者の権利を保護する場合, 彼に次の考慮を強いるが, これは実行可能ではない。すなわち, 防衛者は, 違法な攻撃から彼自身に差し迫っている損害よりも高く評価される損害を, 法に反して攻撃してくる相手方に加えないということを考慮することを強いるが, これは実行可能ではないのである。もちろん, 所有権および占有の保護のために, ひょっとすると, 全く些細な価値を保護するために, 攻撃者の生命または身体の完全性を危殆化させる必要性が生じる場合, 比較的些細な財のために闘争を開始する決意をすることは, しばしば防衛者の権利喪失を

人の生命の危殆化や防衛者自身にとっても危険となる闘争よりも優先させ、不正を受忍するという防衛者の倫理観、公正感、その他の考慮に左右されるだろう。しかし、正当防衛の行使が許容される要件として迅速な決断と迅速な行為が要求され得る瞬間に、上記のような価値均衡の検討と衡量をなすことを防衛者に強いることは、要求されるべきではない。また、法律は、防衛者が一方において保護し、他方において脅威に晒している双方の法益の均衡が防衛のための権限の条件となっていることについて拠り所を与えていない。価値の衡量は、権利の対立が問題となる場面では正当と認められるかもしれないが (RGSt. Bd. 23 S. 116)、それが不正にとって保護をもたらし、正当防衛の権限を一定の種類の財またはそれどころかその一定の種類の範囲内の一定の価値に対して攻撃に向かうものに制限することを意味することになり、それゆえ、防衛の許容性そしてその程度ですら、どんな損害が防衛に基づいて法に反して攻撃している者に生じ得るかということに左右されることになってしまう場面では、正当と認められない。」「些細な財への攻撃がそれに抵抗するために重大な防衛がもちだされる際、『大抵は』防衛行為が防衛のために『必要である』ことが欠如する」と述べられる場合、「そこから反対の結論は何も推論され得ない。防衛行為の許容性と程度は、攻撃者もまた原則的に些細な財のために闘争を開始しようとせず危険な防衛手段を必要とする抵抗を攻撃者によって原則的に予期され得ない場合に限って、財の価値に従って損害と危険の均衡がとれていることに関連している。しかし、その他の場合、何が防衛のために必要であるかは、個々の事例の形勢、攻撃の方法および強度からのみ推論され得、財の価値からは推論され得ない」とする。

- 14) ここでは、現在の攻撃を検討する上で、当該防衛手段に関しても限定を加えているが、これは、帝国裁判所が、攻撃の現在性と防衛手段との関係をどのように位置づけているかを示す手掛かりとなるものである。
- 15) BGH NJW 1979, 2053.
- 16) 本件は、国家のための正当防衛に関する判例であり、窃盗罪の事例とは異なる。なお、攻撃に現在性に関して、帝国裁判所は、「違法な攻撃は、それゆえ、継続した攻撃であり、その限りでまた行為の時点まで現在の攻撃であった」とする。
- 17) BGH bei Holtz MDR 1979, 985. 本判決は、上記の BGH NJW 1979, 2053 と同年同月同日に下されている。
- 18) 正当防衛権の根拠に関して、連邦通常裁判所 1972 年 6 月 14 日判決は、「(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つという思想である」(BGHSt. 24, 356 [359].) とし、連邦通常裁判所 2003 年 2 月 12 日判決は、正当防衛原理を特徴づけるものとして、「個人の保護の利益」と「法確証の利益」を挙げている (BGHSt. 48, 207 [212].) なお、本判決は、本稿において、攻撃の現在性を検討する判例でもある。
- 19) ただし、「如何なる場面で、法確証の利益が欠如し、それゆえ、攻撃の現在性が否定されるのか」について、その関連性は、明確でない。

20) BGHSt. 27, 339 は、正当防衛が制限される挑発行為を「個々の事例の全事情を理性的に評価することによって、後続する攻撃を被攻撃者の義務違反から生じた相当で予見可能な結果と思わせる先行行為」と定義したものとしても有名な連邦通常裁判所 1978 年 1 月 12 日判決であるが（詳細については、拙稿「積極的加害意思が急迫性に及ぼす影響について」『法律論叢』72 卷 1 号（平 11 年・1999 年）79 頁以下参照）、事実関係は、次の通りであった。すなわち、被告人は、体重 130kg で被告人よりも体力がはるかに凌駕している同郷人 S による現在の違法な攻撃に直面していた。S は、被告人の顔にパンチを加え、被告人の襟首をつかみ、被告人を近くの乗用車のところまで押しやり引っ張ったりして連れて行った。そして、腕でしっかりと被告人をつかみ、被告人の額を数回乗用車の屋根にぶつけさせた。その後、被告人は、背後に立っている攻撃者がバンドにつけていたナイフを見つけだし、そのナイフを用いて攻撃者が最終的にしがみつくのをやめるまで、3 度後ろへ向かって攻撃者を刺したというものである。それゆえ、本件の事例は、財産犯において占有侵害が問題となる局面ではない。

しかし、攻撃の現在性の存否に関しては、次のように指摘している。すなわち、特に小さな被告人が S の体に向けて 2 回または 3 回ナイフを突き刺したが、一方で、S が被告人にしがみつくのをやめて、被告人に背を向けた時点で、S の攻撃が、「すでに最終的に終了し」、被告人がこれについて認識していたとは推認され得ないとしているのである（vgl. noch RGSt. 62, 76 [77]）。

21) BGHSt. 48, 207.

22) なお、地方裁判所において、刑事部は、Ma. が被告人の手から袋をもぎ取ったのか、被告人が袋を Ma. に引き渡したのか、明らかにできなかったとされている。