

松 山 大 学 論 集
第 24 卷 第 3 号 抜 刷
2 0 1 2 年 8 月 発 行

正当防衛における侵害の終了時期（2・完）

明 照 博 章

正当防衛における侵害の終了時期（2・完）

明 照 博 章

目 次

- 一 本稿の目的
- 二 判例の動向（以上，24 卷 2 号）
- 三 学説の検討
- 四 結論（以上，本号）

三 学 説 の 検 討

ドイツでは、「現在の攻撃」に関して、上に示した通り、「直接さし迫っている、まさに行われている、または、まだ継続している攻撃は、現在している」という定義が用いられており、攻撃の現在性は、「目盛概念」（Graduierungsbegriff）として詳細に説明されている²³⁾。しかし、「攻撃に由来する危険の現在性」が重要となるのか、それとも、「攻撃行為の現在性」が重要となるのか、言い換えると、「危険はまだ存在しているが、しかし、攻撃行為はすでに終了している場合であっても、その攻撃は、いまだ現在していると評価され得るのか」という問題は、まだ一義的に決定されていない、とされる²⁴⁾。

そこで、以下では、この問題を考える前提として、まず、「正当防衛の成立要件を検討する際の視点」について考察を加え、「攻撃の現在性」を検討する場合に重要となる要素に言及する。

1 正当防衛の成立要件を検討する際の視点とその帰結

「攻撃に由来する危険の現在性」が重要となるのか、それとも、「攻撃行為の現在性」が重要となるのか、という「正当防衛の成立要件」の1つである「攻

撃の現在性」を検討する際に重要となる視点に関連して、ビンディングは、一般論として次のように指摘している。すなわち、全正当防衛論にとって、この攻撃が単に正当防衛権の発生日として「被攻撃者のために」考慮されるといふ事実が礎石を形成するとする。つまり、「不正に攻撃されていること」が、正当防衛権の源泉を形成しているのである²⁵⁾ 言い換えると、正当防衛権は、緊急状態において、防衛するため人に与えられており、攻撃者の行為ではなく、被攻撃者の行為が、正当防衛規定（ドイツ刑法32条）によって法律上規制されているのである。そして、攻撃の現在性に関して、「攻撃の効果が終了した場合にはじめて、防衛者は攻撃を正当防衛の手段を用いて撃退してもよい期間は終わる」が、「被攻撃者の法益の侵害が終了しない限り」、容赦のない抵抗を行うことができる²⁶⁾ 攻撃の終了段階において、攻撃行為（die Angriffshadlung）ではなく、「攻撃行動（das Angriffsverhalten）によって惹起された法益侵害（die Rechtsgutverletzung）」が、現在性という要素の要件が存在していることに関して決定する²⁷⁾ ことになる。すなわち、攻撃者が行為することを止めたが、法益侵害の結果がまだ発生しようとしている場合（いまだ）攻撃は現在している²⁸⁾ 逆に、攻撃が最終的でもはや強化される可能性がない法益の損害に至った場合、効果のある攻撃は終了している²⁹⁾ それゆえ、「攻撃の効果」が、攻撃の終了に関して「決定的」である³⁰⁾

2 正当防衛の要件を判断する際の被攻撃者（防衛者）の法益の位置づけ

正当防衛規定によって法律上規制されているのは、被攻撃者の行為である点について、上記の通りである。本稿では、正当防衛の要件の1つである「攻撃の現在性」の終了時期を検討しているが、攻撃の現在性がなお存在しているのかについて、被攻撃者側の視点からすると、被攻撃者の法益が攻撃行為によって惹起され続けているかが重要となる。そして、ここで具体的に取り上げている「盗品を携行して逃げていた窃盗犯が現行犯で逮捕された」場合に問題となる法益は、窃盗罪を規定するドイツ刑法242条によって保護されている法益で

ある。それゆえ、被攻撃者の法益侵害の継続は、ドイツ刑法 242 条が予定する事態がいつ終わるか、つまり、同条の終了局面をどの段階で是認するかに関わってくる。したがって、攻撃の現在性の存否の判断は、正当防衛規定（ドイツ刑法 32 条）の解釈論の枠内では、行うことができない、という考え方があり得る³¹⁾ すなわち、窃盗罪の構成要件によって保護された所有権への介入強化について、窃盗犯の対象となった財が権限者またはその占有の監督者（の支配）から離脱してしまったものとして確認される限り、「攻撃はもはや現在していない」という主張は、ドイツ刑法 32 条の解釈論の枠内において十分に維持され得ないというのである³²⁾

そこで、刑法が保護する法益概念について検討を加えることにする。

（一）法益の意義

法益概念に関連して、ロクシンは、次のように指摘している。すなわち、彼は、不法の構造を刑法の目的から導こうとするが、この刑法の目的は、「国民のために、全ての国際的に承認された人権を守りながら、平和で自由な共同生活を保障すること」にあるとする。そして、これは、私たちの憲法の諸原理から導かれるが、「国家理論上の民主主義の根拠」からも導かれる。これらの根拠は、「ヨーロッパの啓蒙主義とそれから発展した社会契約という思考モデル」に由来する。それに従えば、国民の安全と自由を保障するために必要な限度で、国民は、国家権力の担い手としての政府を設け、その政府に暴力の独占を委ねる。それゆえ、国家は、決して思うままに全てのことをやってよいわけではなく、人々の安全と自由にとって必要である場合にのみ禁止を設定してよいのである³³⁾

これを前提として、ロクシンは、平和で安全な人間の共同生活にとって必要不可欠の「前提条件」(Gegebenheiten) を、「法益」と名づける³⁴⁾。そして、「法益」は、刑法においてははじめから絶対的なものではなく、社会的な共同生活の必要性に関連づけられた公共的な拘束の範囲内において保護されるものであ

る、と指摘しつつ³⁵⁾このような前提条件がなければ、私たちの現代社会において、全ての国民の権利を保障しながら、平和で自由な共同生活はあり得ない、としている³⁶⁾

法益は、刑法においてははじめから絶対的なものではなく、社会的な共同生活の必要性に関連づけられた公共的な拘束の範囲内において保護されるものであるから、「盗品を携行して逃げていた窃盗犯が現行犯で逮捕された」場合において問題となる法益は、窃盗罪を規定するドイツ刑法242条において保護されている法益が問題となる³⁷⁾それゆえ、同条を離れて抽象的に法益を考えることができないことは、レーンナウ／ホーンが指摘している通りである。そして、この見解を前提とすると、ドイツ刑法32条の解釈を行う場合、ドイツ刑法242条に関連して議論されている概念を用いる必要があるという考え方が成り立ち得る。本稿では、「攻撃の現在性」の終了時期に関する解釈が問題となっているが、そうすると、正当防衛における「攻撃の現在性」の「終了時期」を決定するためには、「窃盗罪」の「終了時期」に関して（つまり、構成要件段階において）議論されている概念を援用すべきとする考え方があり得る。

そこで、以下では、この援用の当否について検討を加える。

(二) 構成要件段階における概念を「直接」正当防衛の成立要件の判断基準として援用することの当否

(1) 構成要件段階において、構成要件該当行為の終了時期に関して「既遂」および「終了」の概念に関して議論されている。それゆえ、この概念を用いて、正当防衛における「攻撃の現在性」の「終了時期」を決定しようとする考え方があり得る。

(i) 構成要件段階における「既遂」の概念を正当防衛の「攻撃の現在性の存否」の基準に援用することの当否

まず、構成要件該当性の判断としての「既遂」を判断基準として、正当防衛における「攻撃の現在性の存否」を判断する立場を検討する。

「既遂」は、構成要件を完全に充足する時点と結びつけられた概念である³⁸⁾。それゆえ、既遂という概念は、攻撃の現在性に関する基準としては適切ではあり得ない。この点に関して、キュールは次のように指摘している³⁹⁾。すなわち、「構成要件の把握は、攻撃の概念に左右されない」から、「既遂は、攻撃の現在性に関する基準となるのに適切ではあり得ない」ことが明らかとなる。なぜならば、既遂は、まさに「構成要件を完全に充足する時点と結びつけられている」からである。行為者が特定の行為を終了した場合、それによって行為者には、既遂の罪責が科され得ることが確定されるに過ぎず、行為者が当該構成要件において保護されている法益に対して更に別の攻撃を断念しようとしていることは確定されないのである。当該構成要件において保護されている法益に対して更に別の攻撃があり得るという側面は、必然的に構成要件的類型の形式において生じるわけではない。これに対して、そのような行為の類型性は、既遂の発生要件である⁴⁰⁾。例えば、果物の窃盗犯が盗んだ果物を携行し逃走しようとしており、所有者の直接的に継続している追跡の間に、あるいは、そのときはじめて発砲された事例を前提として、キュールは、次のように指摘する⁴¹⁾。すなわち、ドイツ刑法242条による窃盗罪は、確かにまだ安全にはなっていないとしても、新たに占有を確立することによって既遂となり、もはや更なる奪取行為がなされていなくても、終了しているのである⁴²⁾。その結果、盗品を確保し、保護するために引き続き行われる全ての行為は、犯罪の類型性が欠けるので、窃盗（行為）の継続とは評価されない。しかし、ちょうどそれと同時に、これらの事後行為は、所有権への現在の攻撃としてまだ所有者に正当防衛を行う権限を与える可能性が遮断されてしまうわけではない。なぜならば、この防衛権は、保護されている法益への非構成要件該当的な攻撃に対しても付与されるからである。言い換えると、盗品を携行して逃走している窃盗犯は、一般的に、所有権に対する現在の攻撃者として認められている。攻撃者を追跡している所有権者は、窃盗犯から奪われた物を奪い返してもよいのである。物を奪取した時点においてドイツ刑法242条に従って窃盗罪が既遂となっている、

ということは、決定的な分岐点ではない⁴³⁾ なぜならば、ドイツ刑法 32 条 2 項の意味における攻撃は、構成要件に該当する態様においてなされなければならないわけではないからである⁴⁴⁾

したがって、構成要件該当性の判断としての「既遂」の概念を用いて、正当防衛における攻撃の現在性の存否を判断することは妥当ではない。

(ii) 構成要件段階における「終了」の概念を正当防衛の「攻撃の現在性の存否」の基準に援用することの当否

では、構成要件段階で議論されている「終了」概念を用いて、正当防衛における攻撃の現在性の存否を判断することは妥当であろうか。

「終了」概念は、犯罪的事象が終了する時点を示す⁴⁵⁾ すなわち、正当防衛権を広範囲に許容しようとする場合、通説の終了概念は、攻撃の現在性を決定するためにあり得る基準として考えることができる。その基準を適用することは、可罰的な形式における攻撃である場合、理解できる。なぜならば、終了概念は、犯罪的事象が終了する時点を示すからである⁴⁶⁾

しかし、「確かに既遂となっているが、なお終了していない窃盗（行為）の攻撃」という問題の設定は、事実即して正当ではない。なぜならば、ドイツ刑法 32 条 2 項に従った正当防衛の意味における攻撃は、構成要件に該当する態様において（例えば、窃盗（行為）として）なされなければならないわけではないからである。むしろ、それぞれの直接差し迫った法益侵害があれば、それで十分である。まだ終了していない窃盗（行為）を問題とする必要はない。なぜならば、現在の攻撃にとっては、所有権への攻撃が継続され、強化されていることで、十分だからである。それは、窃盗犯がまさに行われた盗品を携行して犯行の現場から逃げようとする場合にあてはまる。いまだ到来していない窃盗（行為）の終了に照準を合わせることは、事実即して正当ではないし、必要でもない⁴⁷⁾

したがって、構成要件段階において議論されている「終了」の概念を用いて、正当防衛における攻撃の現在性の存否を判断することは妥当ではない⁴⁸⁾

(2) 以上から、構成要件該当性段階において議論されている概念を、「直接」、正当防衛の成立要件の判断基準として援用することは「妥当ではない」ことが明らかになったが、この点に関して、一般論として、次のロクシンの指摘が参考になる⁴⁹⁾

ロクシンは、「構成要件は、不法判断と異なり、それぞれの犯罪様式の当罰性の内容を基礎づける事情を統合している。それゆえ、構成要件は、窃盗を窃盗にする、詐欺を詐欺にする等のあらゆる要件を含む」とする。そして、「構成要件は、抽象的で誰もが知るために設置された禁止標識の方法によって、一般的に忌避されている行為態様の像を描き、それらの構成要件が一般的な法意識に影響を及ぼし、場合によっては威嚇的に作用することによって、一般予防的機能をもつ。したがって、構成要件要素は、最も厳格な意味において法律なければ犯罪なく刑罰なしという原則の支配下にある」とする⁵⁰⁾

これに対して、構成要件該当性判断の次の段階で問題となる「正当化事由」に関して、ロクシンは、次のように指摘する。すなわち、「正当化事由は、それぞれの犯罪類型を超えるものであり、全ての構成要件に、あるいは少なくとも多数の構成要件に妥当し、それゆえ、犯罪類型的な生活の断片を記述することによるのではなく、社会秩序の原理（法益衡量の原理、自己防衛の原理等）を設定することによって、その規制を行っているのである。法を発見する場合、このような指導原理への包摂は、構成要件要素への包摂のようになされるべきではなく、正当化事由は、法の素材にそって具体的に展開されなければならない。したがって、罪刑法定主義に合致する解釈は、正当化事由の場合…それぞれの正当化事由に内在する秩序原理とのみ結びつけられるべきである」としている⁵¹⁾

このように、構成要件該当性の判断と正当化事由の判断には差異がある。それゆえ、ロクシンの指摘を前提とすると、構成要件該当性段階において議論されている概念を、「直接」、正当化事由段階において議論されている概念（例えば、正当防衛の成立要件）の解釈に援用することは、妥当ではないことにな

る⁵²⁾。そして、正当化事由において議論されている概念を解釈する場合は、「正当化事由に内在する秩序原理」に従うべきである。それゆえ、正当化事由である正当防衛の成立要件を解釈する場合、「正当防衛権」に内在する社会秩序原理に従って、正当防衛の成立要件の内容を確定することが必要となるのである。

3 正当防衛権の正当化根拠からの正当防衛の成立要件の基礎づけ

(一) ヤーコプスの見解の当否

(1) ヤーコプスは、正当防衛権の正当化根拠から正当防衛の成立要件を基礎づけることについて、「正当防衛は、それが被攻撃者に最も容易である場合、または、最も効果的である場合に既に許されるわけではなく、違法な攻撃が現在している場合に限って許される」と指摘する。そして、この根拠として、次の2点に言及している。すなわち、第1に、「緊急の攻撃の強烈さは、攻撃されている財と防衛によって惹起された損害との間の均衡を無視するために必要である」とする。第2に、「犯罪的に奪われる財を『計画通りに』再び入手するのと同様に、『計画通りに』犯罪を予防することは、警察の任務である」とする。そして、「緊急の攻撃の場合に限って、状況の強い影響力のために、権限の配慮を覆い隠してしまう」のであり、これに対応して、「現在性は、解釈されるべきである」としている⁵³⁾。

これを前提として、ヤーコプスは、「現在性の基点は、…財の（実質的）喪失が問題となる場合、未遂の場合とは異なり、（形式的な）構成要件の実現ではない（何といても、刑法上保護された財だけが問題となるわけではないのでなおさらである）」とする⁵⁴⁾。そして、「この喪失が遂行される」場合、すなわち、「この喪失が直接差し迫っている」場合、例えば、攻撃者が、即座に発砲するために、武器を手にする事例において、「その限りで未遂犯規定を類推して」⁵⁵⁾「攻撃は、現在している」とし⁵⁶⁾、また、「中断可能な方法で行われ、もしくは、可逆的な方法で直接行われていた」場合、例えば、窃盗犯は、誰何さ

れ、盗品を携行して逃走しており、防衛者は、彼が窃盗犯に発砲することによって盗品の持ち去りを阻止する事例において、「攻撃は、現在している」とする⁵⁷⁾ それゆえ、「被攻撃者は、最初の一撃があるまで待たなければならないわけではなく、攻撃者から盗品を再びもぎ取ることを断念しなければならないわけでもない。ただ、被攻撃者の行為が財侵害者への直接の反応でなければならないだけである」⁵⁸⁾ さらに、攻撃の現在性の終了時期に関しては、「法律上の行為の単一において略奪行為が継続する場合、最後の行為の部分まで全ての攻撃が依然として現在している。最後の防衛の機会は、現在性の決定に関する基準ではない。なぜならば、攻撃の強烈性は、最後の機会に左右されないからである」と主張している⁵⁹⁾

このように、ヤーコプスは、「法律上の行為の単一において略奪行為が継続する場合、最後の行為の部分まで全ての攻撃が依然として現在している」としつつ「最後の防衛の機会は、現在性の決定に関する基準ではない」とし、その理由として、「攻撃の強烈性は、最後の機会に左右されない」ことを挙げているが、これは、攻撃者がどのような攻撃を行うかについて、被攻撃者とは関わりのない事由であり、攻撃の現在性を判断する際には、攻撃者の行為を基準として判断すべきであることを指摘していると評価できる。そして、この評価を裏づけるものとして、ヤーコプスが、攻撃の現在性の基点は、「未遂の場合とは異なる」としつつも、攻撃の現在性を判断する場面では、「未遂犯規定を類推して」いる点を指摘できる。未遂犯における議論は、行為者の行為が構成要件を実現する形態に関わるものである。その未遂犯の規定を「類推」することは、彼の見地を前提とすると、攻撃が構成要件に該当する場合において、その攻撃の現在性を判断する具体的な場面では、行為者の行為態様、ここでは攻撃者の行為態様を基点としていることが窺われるのである⁶⁰⁾

(2) では、ヤーコプスの見解に従う必要があるのだろうか。

確かに、攻撃者がどのような攻撃を行うかは被攻撃者とは関わりのない事由

である点については、ヤーコプスが指摘する通りである。それゆえ、攻撃者の行為態様を基点として、攻撃の現在性を判断することにも合理性がありそうである。

しかし、正当防衛の成立要件を検討する場合に重要となるのは、上で示したとおり、「法律上」被攻撃者（あるいは、防衛者）側の視点である。それゆえ、この被攻撃者の視点から、正当防衛行為の前提となる状況、つまり、正当防衛状況を観察すべきである。すなわち、攻撃者がどのような攻撃を行うかは被攻撃者とはかかわりがないとしても、被攻撃者にとって攻撃者の行為がどのような意味を有するのかという視点が、正当防衛の成立要件を検討する上では、重要になってくる。それゆえ、攻撃者の行為態様を基点とするのではなく、被攻撃者の被攻撃状況を基点として、攻撃の現在性を判断すべきである。

したがって、ヤーコプスの見解に全面的に従う必要はない。

ただし、ヤーコプスは、正当防衛権の正当化根拠から正当防衛の成立要件を基礎づけるという志向を有しているが、この点に関しては、是認すべきである。正当防衛の成立範囲を合理的に画するためには、正当防衛権の正当化根拠から正当防衛の成立要件を基礎づける必要があるからである⁶¹⁾

そこで、以下では、正当防衛権の正当化根拠から被攻撃者の視点を導き出すことができるか、について検討を加える。

(二) 本稿において前提とする正当防衛権の正当化根拠と被攻撃者の視点の関係

(1) ここでの議論の前提として、正当防衛権の正当化根拠に関しては、「正当防衛権には『自然権』としての側面と『緊急権』としての側面があり、その正当化もこれらの2つの面から考察しなければならない。そこで、自然権の側面においては、個人の自己保全の原理が正当化の働きをし、緊急権の側面においては、法の自己保全の原理が正当化の働きをすることになり、両者が同時に作用する」という見解を妥当であると解するが⁶²⁾ 正当防衛権の正当化根拠から

被攻撃者の視点を導出し得ることについては、次のように説明できる⁶³⁾

(2) 上記の見解を前提とした場合、「自然権」としての正当防衛権については、次のように指摘できる。

個人には、「誰にでも自然に帰属している」生得の権利として、「自由の権利」が帰属しており、この権利を全ての者に対して主張することができ、これが「不正に侵害される場合には、何人も、その侵害を受忍することを強いらるべきではない」、言い換えると、「何人も不法に対してそれを受忍することを強いらるべきではない」とする命題へと繋がるが、この命題は、上記の「個人の自己保全の原理」に関して指摘したものといえる。そして、「何人も不法に対してそれを受忍することを強いらるべきではない」という命題は、現在、法的確信としての地位を占めるに至っているとされるが、このような普遍性を有する命題に支えられた正当防衛権は、行為を「正当化」する原理として、いわば「超」歴史的な性格を帯びており、「正当防衛は歴史をもたない」とされている⁶⁴⁾

このように、「誰にでも自然に帰属している」生得の権利として個人に帰属する「自由の権利」を前提とした「個人の自己保全の原理」は、歴史性を検証することができない「自然権」としての正当防衛権の側面と結びつくのである。

次に、「自然権」としての正当防衛権は、如何なる視点を導出し得るかであるが、「何人も不法に対してそれを受忍することを強いらるべきではない」という視点、つまり、「被攻撃者という正は、攻撃という不正に譲歩する必要はない」とする視点⁶⁵⁾、言い換えると、「不正」に「正」が屈服するのは堪え難いという視点を提供する。これは、正当防衛行為は「不正」に対応してなされる必要があることを意味するので、不正に対する「正」の側、すなわち、「防衛者」の側から事態を評価する視座にも繋がるのである。

(3) したがって、「自然権」としての正当防衛権から、正当防衛の成立要件を検討する視点として「被攻撃者の視点」を導出できる。

(三) 本稿において示した見地から導かれる視点および正当防衛権の内容

ここでは、「自然権」としての正当防衛の側面から、「被攻撃者の視点」以外に如何なる視点を導出できるのか、そして、「緊急権」としての正当防衛権の具体的内容は何かについて検討を加える。

(1) 「自然権」としての正当防衛権の側面から導出できる視点

「自然権」としての正当防衛権からは、「不正」に「正」が屈服するのは堪え難いとするという視点を導き出せるが、この視点から、「被侵害利益の保護」のためになされた「法益侵害行為」が正当化され得ることが導かれる。そして、この「被害者」利益の保護という視点は、自然権としての正当防衛権と結びつく「個人の自己保全の原理」の側面を示すことになり、この「個人の自己保全の原理」という側面が、「なぜ、正当防衛が許されるか」ということと関係があると考えられる。なぜならば、個人の自己保全を考える必要がない場合には、基本的に「法益侵害行為」を正当化する理由がないからである。

(2) 「緊急権」としての正当防衛権の内容

(二)で示した見解を前提とすると、正当防衛権の正当化根拠として、「緊急権」としての正当防衛権の側面があるが、この内容に関しては、次のように指摘できる。

(i) 正当防衛権には、緊急権としての側面があり、これは、「法の自己保全保全」(法確証)と関係があると考えられるが、法確証の内容は、「法が厳然としてそこに存在していること」(法の厳在性)と解すべきである。すなわち、法が厳在してそれが侵されないこと、つまり、法の不可侵性が損なわれないこととして「法の自己保全」は理解されるべきであり、法秩序自体が正当防衛行為を正当化することによって「法の厳在性」を積極的に示しているという意味として「法確証」は捉え得るのである⁽⁶⁾。

そして、「法の自己保全」(法確証)と「緊急権」としての正当防衛権との関

係は、次のように説明できる。すなわち、正当防衛権には、「不正」に「正」が屈服するのは堪え難いとする「自然権」としての正当防衛権の側面があり、これは、正当防衛権を「静態的な」実体に即して議論したものである。これに対して、正当防衛権には「動態的な」状況依存的な別の側面があることも指摘できる⁶⁷⁾。すなわち、「緊急は法をもたない」とする法諺によって正当防衛の正当化原理が説明されてきたことを考慮するならば、正当防衛は、「緊急」防衛として認められる「緊急権」に他ならないのである。市民としての個人の利益が、法を保全する任務を有する国家機関の救助を待つ暇のない「緊急」状態において、市民が自らの利益保全を図るところに、緊急防衛としての正当防衛の性格が認められるのであり、これを「緊急権」としての正当防衛権と特徴づけることができる。そして、緊急状態において、市民が自らの利益の保全を図ることは、法が厳然としてそこに存在している「法の厳在性」を示しており、法の不可侵性が損なわれないこととしての「法の自己保全」を示している。言い換えると、法秩序自体が市民の正当防衛行為を正当化することによって「法が厳然としてそこに存在していること」を積極的に示しているという意味として「法確証」を捉え得るので、ここにおいて、「緊急権としての正当防衛権」と「法の自己保全」（法確証）とが結びつくのである。

(ii) 次に「緊急権」としての正当防衛権は如何なる視点から議論されるかについてであるが、ここでは、如何なる範囲までの行為を「許容」するか、つまり、法秩序の見地からどの程度の防衛行為を「正当化」するのかという視点から議論がなされる。これは、「自然権」としての正当防衛権の側面から、法益侵害行為が「不正に対する正」としての性格づけ得るとしても、この法益侵害行為がそれだけでは常に正当防衛行為として正当化されるわけではないことを意味する。それゆえ、「不正に対する正」の関係にある場合であっても、正当防衛のもつ「法確証機能」を失わせるときには、法秩序の見地から当該法益侵害行為を正当防衛行為として正当化できないのである。

4 本稿において示した見地から見たドイツの判例の当否

最後に、本稿において示した見地を前提として、ドイツの判例の当否について、考察を加えることにする。

(一) 正当防衛権の根拠と攻撃の現在性との関係

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」との関係に関連して、BGH bei Holtz MDR 1979, 985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。ここで示された「法確証の利益」を「急迫違法の侵害に対して、個人の法益を保護するための客観的生活秩序である法が現存することを確証するという客観的利益」と捉え、「法確証の利益をも、保全法益の要保護性についての利益衡量に加えることによって、保全法益の要保護性が、侵害した法益の要保護性に優越するから違法性を阻却する」とする見解に⁶⁸⁾ BGH bei Holtz MDR 1979, 985が、与するのであれば、妥当でない。まず、この見解に対しては、「法秩序の維持」という比較不可能なほどの大きな利益をもち出すのは、実質的に「法益衡量」を不可能にするという批判ができる⁶⁹⁾次に、優越的利益の存否を考える際に必要となる利益衡量を行う場合、比較される利益が理論的に同一のレベルに存在していなければならないが、そもそも「法確証の利益」と「防衛者の自己保全の利益」とを同一レベルにおいて比較可能かについても疑問がある。なぜならば、法秩序が個人の法益を保護するための客観的生活秩序であると考えた場合、個人の法益保護は、法秩序の存在を「前提」として存在していることになるので、「正当防衛が行われることによって法秩序の厳在性を確証する客観的利益」と「個人の法益保護」とは同一レベルにあるとはいえないからである⁷⁰⁾それゆえ、ドイツの判例が、「法確証の利益」を、上記の「法が厳然としてそこに存在していること」(法の厳在性)という意味で捉えている限度において妥当である。

（二）「既遂」の判断（構成要件該当性の判断）と「攻撃の現在性の終了時期」の判断（正当防衛の成立要件の判断）の関係

次に、構成要件該当性判断としての「既遂」の判断と、正当防衛における「攻撃の現在性の終了時期」の判断との関係であるが、RGSt. 55, 82, BGHSt. 48, 207は、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」の判断と、正当防衛における「攻撃の現在性の終了時期」の判断とは、異なることを肯定している。

ロクシンが指摘するように、正当化事由は、それぞれの犯罪類型を超えるものであり、全ての構成要件に、あるいは少なくとも多数の構成要件に妥当し、それゆえ、犯罪類型な生活の断片を記述することによるのではなく、社会秩序の原理（法益衡量の原理、自己防衛の原理等）を設定することによって、その規制を行っている。それゆえ、これを前提とすると、構成要件該当性段階で議論されている概念を、「直接」、正当化事由段階で議論されている概念に援用することは、妥当ではないことになる。したがって、ドイツの判例が構成要件該当性の判断としての既遂時期の判断と正当防衛における攻撃の現在性の終了時期の判断とは異なるとしているのは、妥当である²¹⁾

（三）攻撃の現在性の「終了時期」の「実質的」基準

（1）攻撃の現在性の「終了時期」を判断する「視点」

攻撃の現在性の終了時期は、構成要件該当判断としての既遂時期に代わる「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」点を挙げているが（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。

このような「防衛者側からの視点」つまり「防衛者の法益保護の視点」は、ビンディングが指摘しているように、「正当防衛論」の「源泉」を形成している。そして、「法律上」、被攻撃者の行為が、正当防衛規定（ドイツ刑法32条）によって規制されているのであり⁷²⁾さらに、この被攻撃者の視点から正当防衛の成立要件を検討することは、本稿において前提としている正当防衛権の正当化根拠からも導くことができるのである。それゆえ、正当防衛権を「防衛者側からの視点」つまり「防衛者の法益保護の視点」から検討することは妥当である。

(2) 攻撃の現在性の「終了時期」において「実質的」基準を適用できる「範囲」

さらに、判例は、この実質的な基準を用いる場面を、「攻撃から脅かされた法益に関して生じた危険」が「十分に回避されるか」または「最終的に喪失の方向に向かう」という基準により区分し（RGSt. 55, 82, BGHSt. 48, 207）、「最終的に喪失した事例」、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」が問題になるとする（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。

ロクシンによれば、法益は、平和で安全な人間の共同生活にとって必要不可欠の「前提条件」であり、刑法においてははじめから絶対的なものではなく、社会における共同生活と必然的に関連づけられた公共的制約の枠内において保護されるものである。それゆえ、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、占有侵害の態様を具体的に分析している判例の立場は、妥当なものといえる。

（四）攻撃の現在性の「終了時期」においてドイツの判例が考慮する要素の当否

最後に、判例が、具体的に事例判断に際して考慮している要素の妥当性について検討を加える。

(1) RGSt. 55, 82 は、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⁷³⁾

これは、窃盗犯の追跡が、時間的空間的に直接的である窃盗行為との関係において開始され、中断なく継続された後、その追跡がもはやなされなくなる時点まで、当該攻撃が現在している。現在性の終了は、その限りで、窃盗行為の実質的な「終了」に対応している⁷⁴⁾ 言い換えると、正当防衛は、法益侵害が逃走によって継続されているかまたは強化されている場合、その限りで、逃走者に対して実行されてよいことを意味している⁷⁵⁾

攻撃がなされることによって、防衛者の法益侵害が継続または強化されている場合に行われる防衛行為は、自然権としての正当防衛権の側面と結びつく「個人の自己保全の原理」の観点から、正当化され得る。なぜならば、攻撃が継続することによって、防衛者の法益侵害が強化されている場合、防衛者の法益保護を行う必要があるからである。

この点に関して、ドイツの判例は、攻撃者が逃走の局面に達していたとしても、盗品を携行しているか否かによって、攻撃の現在性の存否の判断を変えている。RGSt. 55, 82 では、窃盗犯は盗品（果物）を携行しており、攻撃の現在性も肯定されているのに対して、BGH NJW 1979, 2053 では、侵害者Sは盗品を携行しておらず、攻撃の現在性も否定されている。

これは、RGSt. 55, 82 では、窃盗犯（攻撃者）が盗品を携行しているので、防衛者の法益侵害が、なお「継続または強化」されているおり、「個人の自己保全」の必要性がある場合であるといえるのに対して、BGH NJW 1979, 2053 では、侵害者Sは盗品を携行していないので、防衛者の法益侵害は、もはや

「継続または強化」されておらず、「個人の自己保全」の必要性が生じていないことを意味する。

このように、ドイツの判例が、上記の場面では、「個人の自己保全」の必要性（自然権としての正当防衛権）の視点から、防衛者の法益侵害の「継続または強化」という基準を導出し、攻撃の現在性の有無を判断する要件と解しているのであれば、妥当である。

(2) 次に、上記の判例によれば、防衛者の法益侵害が継続または強化されている時点まで、攻撃の現在性が存在することを意味するが、攻撃者の攻撃による防衛者の法益侵害の「継続または強化」は、事態が安定していないことを示している。この「事態が安定していない」状況、すなわち、市民としての個人の利益が、法を保全する任務を有する国家機関の救助を待つ暇のない「緊急」状態において、市民が自らの利益保全を図るところに、緊急防衛としての正当防衛の性格が認められる（緊急権としての正当防衛権）。それゆえ、如何なる範囲まで行為を「許容」するかについては、法秩序の見地から如何なる範囲まで防衛行為を「正当化」するののかという観点からなされることになる。

これを前提として、BGH NJW 1979, 2053を検討すると、次のようになる。すなわち、BGH NJW 1979, 2053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する。

攻撃者が今までに繰り返し窃盗行為を行うことによって、防衛者の「盗品に対する占有または所有権」の侵害が生じているという事態は、「個人の自己保全」の必要性の観点を強調すると、防衛者の法益侵害が「継続または強化」されていると評価することも可能である。なぜならば、依然として、盗品は、攻撃者側にあり、防衛者がその盗品を取り戻すことは、「個人の自己保全」に適うともいえるからである。しかし、すでに窃盗行為が終わり、また新たな窃盗行為がまだ行われていない時点では、法を保全する任務を有する国家機関の

救助を待つ暇のない「緊急」状態とはいえないので、法秩序の見地からは、攻撃の現在性を肯定できないことになる。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、緊急権としての正当防衛権を発動することはできないのである。それゆえ、BGH NJW 1979, 2053 の判断は、妥当である。

さらに、BGH bei Holtz MDR 1979, 985 は、A と窃盗犯とは、「80～100m」離れていた段階においても、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、攻撃の現在性を肯定している。

本件の地裁レベルでは、A と窃盗犯とは、「80～100m」離れていたことを理由として、「薬局に対する違法な攻撃は存在しなかった」とされていたが、法を保全する任務を有する国家機関の救助を待つ暇のない「緊急」状態とは、単に、攻撃者と防衛者との間の距離関係だけで決まるわけではないと考えるべきである。それゆえ、BGH bei Holtz MDR 1979, 985 が指摘するように、両者の距離だけではなく、窃盗犯は、A によって、「武器を使ってまだ到達され得た」か否かという指標によって判断されるべきである。そして、本判決は、窃盗犯がA によって「武器を使ってまだ到達され得た」場合には、「盗品はいまだ確保されていなかった」とするが、同判決が、上記の状況において、緊急状態がいまだ継続していたと評価しているのではあれば、妥当である。

(3) ドイツの判例は、攻撃の現在性の存否に関して、攻撃が「特定の法益に対して十分継続し得る」か、という基準を示しているに過ぎないが⁷⁶⁾、実質的には、「自然権としての正当防衛権」の視点から判断している場面と、「緊急権としての正当防衛権」の視点から判断している場面がある。このような区別をした上で、上記の基準を適用しているのであれば、ドイツの判例は妥当である。

注

- 23) Frister, a. a. O. [Anm. 4], S. 306.
- 24) Frister, a. a. O. [Anm. 4], S. 306.
- 25) Binding, Handbuch des Strafrechts Band I, 1885 [Neudruck 1991], S. 735.
- 26) Rönnau/Hohn, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Band 2, 12. Aufl., 2006, S. 457.
- 27) Rönnau/Hohn, a. a. O. [Anm. 26], S. 457.
- 28) Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 1992, S. 37.
- 29) Günter, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 1999, S. 34.
- 30) Günter, a. a. O. [Anm. 29], S. 34.
- 31) Vgl. Rönnau/Hohn, a. a. O. [Anm. 26], S. 458. さらに、攻撃の現在性の存否を判断する上で、構成要件該当性判断において問題となる「既遂」と「終了」のいずれの概念が妥当するかについては、さらに問題となる。Rönnau/Hohn, a. a. O. [Anm. 26], S. 457 は、「攻撃者によって現実化された犯罪行為の既遂」は、「その既遂行為が実質的な行為の終了と一致している場合に限って」、ドイツ刑法 32 条の意味において「攻撃を終わっている」としている。
- 32) Vgl. Rönnau/Hohn, a. a. O. [Anm. 26], S. 458. さらに、レーンナウ／ホーンは、既に地面に横たわっている攻撃者からはもはや決して危険が生じないにもかかわらず、この攻撃者に再度傷害を加えている者は、正当防衛を援用できない。再度傷害を加えている者は、報復を実行しているものであり、それゆえ、身体傷害を理由に可罰的である、としている (Rönnau/Hohn, a. a. O. [Anm. 26], S. 458)。
- 33) Roxin, „Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland“ GA 2011, S. 680. クラウス・ロクシン [佐藤拓磨訳]「ドイツの理論刑法学の最近の状況について」『日本刑法学会第 87 回大会 (学会創設 60 年記念大会) レジュメ集 (2009 年 5 月 30 日(土)・31 日(日) 於：明治大学駿河台キャンパス アカデミーコモン内アカデミーホール』6 頁参照。ロクシンは、さらに続けて、「自由な意思表示の禁止または宗教活動の禁止、その上例えば特定の住民への法律上の不利益な取り扱いは許されない。なぜならば、そのような制限は、安全と自由の保障にとって必要ではないからである」と指摘している。
- 34) Roxin, a. a. O. [Anm. 33], S. 680. ロクシン [佐藤訳]・前掲注 (33) 6 頁参照。
- 35) Roxin, a. a. O. [Anm. 4], S. 292 f. ロクシン [平野龍一監修／町野朔・吉田宣之監訳／吉田宣之訳]『刑法総論 第 1 巻 [基礎・犯罪論の構造] 第 3 版 [翻訳第 1 分冊]』(平 11 年・2003 年) 305 頁参照。
- 36) Roxin, a. a. O. [Anm. 33], S. 680. ロクシン [佐藤訳]・前掲注 (33) 6 頁参照。
- 37) 窃盗罪の法益に関して、RGSt. 54, 280 [282] は、「窃盗犯は、占有者だけではなく、所有権者を侵害している」とし、BGHSt. 29, 319 [323] は、窃盗罪の「保護法益」は、「所有権および占有」としている (vgl. BGHSt. 10, 400 [401])。
- 38) 「既遂」に関して、ドイツの判例は次のように指摘している。すなわち、BGHSt. 16, 271

- [272] は、「以前の占有者の物に対する占有が廃止され、その物を窃盗犯が客観的に自由に処分できる状況に至った場合即座に」、既遂となるとする。BGHSt. 23, 254 [255] は、既遂に関して、「行為者は、彼が元の占有者によって妨害されることなしに支配を行使できるように形で、物に対する支配を獲得しているか否か」という基準を挙げる。
- 39) Kühl, a. a. O. [Anm. 10], S. 151 f.
- 40) さらに、キュールは、「同時に犯罪行為である攻撃は、その当面の犯罪行為が既遂に達することですでに終了しているわけではない」ことが一般的な見解であるとし、通説に従えば、「犯罪行為が既遂に達した後、当該構成要件において保護されている法益がまだ引き続き侵害されるかまたは危殆化している場合」、「攻撃」は、「いまだ現在している」、と指摘している（Kühl, a. a. O. [Anm. 10], S. 152）。
- 41) Kühl, a. a. O. [Anm. 10], S. 152.
- 42) ただし、キュールは、「終了」に関して、本文で示した内容は、通説ではない、とする（Kühl, a. a. O. [Anm. 10], S. 152 [Fn. 5]）。
- 43) Kühl, „Angriff und Verteidigung bei der Notwehr (I)“, Jura 1993, S. 62 f. Vgl. Geilen, „Notwehr und Notwehrzeuß (I)“, Jura 1981, S. 207.
- 44) Kühl, a. a. O. [Anm. 43], S. 63.
- 45) 終了に関して、ドイツの判例は次のように指摘している。すなわち、BGHSt. 4. 132[133] は、次のように指摘する。本件の行為は既遂であった。なぜならば、盗品が所有者から離れ、犯行現場から数百m離れたところに隠されたので、所有権者の占有は、破られてしまったからである。その行為によって、本犯は、終わっていない、つまり、終了していなかった。「なぜならば、盗品は、まだ決定的な場所に持ち去られていなかったからである」としている（vgl. BGHSt. 20, 194 [196]）。
- 46) Kühl, a. a. O. [Anm. 10], S. 153.
- 47) Kühl, „Vollendung und Beendigung bei den Eigentums- und Vermögensdelikten“, Jus 2002, S. 735. ただし、キュールによれば、終了概念を用いることは、「無害でもある」とされる。
- 48) ただし、結果的に、構成要件段階において議論されている「終了」時期と、攻撃の現在性の「終了」時期が一致することを妨げるものではないと解すべきである（Vgl. noch Erb, a. a. O. [Anm. 7], S. 1291）。両者の概念は、観点が異なるからである。
- 49) なお、拙稿「刑法における判例研究の意義—正当防衛の判例を素材として—」『松山大学論集』22巻2号（平22年・2010年）233-4頁参照。
- 50) Roxin, a. a. O. [Anm. 4], S. 289. ロクシン〔平野監修／町野・吉田監訳／吉田訳〕・前掲注（35）301頁参照。さらに、団藤博士は「罪刑法定主義は犯罪の定型化を要請する」と指摘しておられる（団藤重光『法学の基礎』第2版（平19年・2007年）168頁）。
- 51) Roxin, a. a. O. [Anm. 4], S. 289. ロクシン〔平野監修／町野・吉田監訳／吉田訳〕・前掲注（35）301-2頁参照。
- 52) Vgl. Roxin, a. a. O. [Anm. 4], S. 290. ロクシン〔平野監修／町野・吉田監訳／吉田訳〕・

前掲注 (35) 302-3 頁参照。

- 53) Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1991, S. 389.
- 54) Jakobs, a. a. O. [Anm. 53], S. 389.
- 55) なお、この点に関しては、拙稿・前掲注 (4) 72 頁も参照。
- 56) Jakobs, a. a. O. [Anm. 53], S. 389.
- 57) Jakobs, a. a. O. [Anm. 53], S. 389 f.
- 58) Jakobs, a. a. O. [Anm. 53], S. 390.
- 59) Jakobs, a. a. O. [Anm. 53], S. 390.
- 60) ただし、ヤーコブスは、本文で指摘した通り、「中断可能な方法で行われ、もしくは、可逆性のある方法で直接行われていた場合」、例えば、窃盗犯は、誰何され、盗品を携行して逃げており、防衛者は、彼が窃盗犯に発砲することによって盗品の持ち去りを阻止する事例において、「攻撃は、現在している」としており、RGSt. 55, 82 等、ドイツの判例と同様の結論に至っている。
- 61) Vgl. Roxin, a. a. O. [Anm. 4], S. 289. ロクシン [平野監修/町野・吉田監訳/吉田訳]・前掲注 (35) 301-2 頁参照。
- 62) 川端・前掲注 (1) 337 頁。
- 63) 拙稿「正当防衛権の根拠と正当防衛の客観的要件の関係の再検討」『刑法雑誌』47 巻 2 号 (平 20 年・2008 年) 192-3 頁。なお、ザムゾンは、「攻撃者が行為することを止めたが、法益侵害の結果がなお発生しようとしている場合 (いまだ) 攻撃は現在している」とするが、これに関連して、防衛者が攻撃者の法益に介入することによって助かることができた場合、「正当防衛の全ての正当化原理が依然として維持されている」とする。すなわち、防衛行為は、「法益保護に関しては明白である。しかし、その効果 (介入の効果) が違法な攻撃を否定し続けている時、法秩序の確証にも役立っている」としているのである (Samson, a. a. O. [Anm. 28], S. 37)。
- 64) 川端博『正当防衛権の再生』(平 10 年・1998 年) 1 頁。
- 65) Neumann, *Individuelle und überindividuelle Begründung des Notwehrrechts, Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip* 1990, S. 225.
- 66) 川端博=日高義博=井田良『鼎談』正当防衛の正当化の根拠と成立範囲『現代刑事法』2 巻 1 号 (平 12 年・2000 年) [川端発言] 8 頁。
- 67) 川端・前掲注 (64) 2 頁。
- 68) 内藤謙『刑法講義 総論 (中)』(昭 61 年・1986 年) 329-30 頁。
- 69) 松宮孝明『刑法総論講義』第 4 版 (平 21 年・2009 年) 135 頁。
- 70) Vgl. Renzikowski, *Notstand und Notwehr* 1994, S. 81 f.
- 71) 「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」という結論に関して、キュールは、注 (40) において指摘したとおり、「同時に犯罪行為である攻撃は、その当面の犯罪行為が既遂に達することですでに終了しているわけではない」ことが一般的な

見解であるとし、通説に従えば、犯罪行為が既遂に達した後、当該構成要件において保護されている法益がまだ引き続き侵害されるかまたは危殆化している場合、攻撃は、いまだ現在している、とする。そして、レーンナウ／ホーンは、通説に従えば、逃走している窃盗または強盗の脚に発砲した者は、窃盗または強盗が奪われた物をすでに安全な場所に移していない限り、またはそうしなければその物を手放さない限り、正当防衛の権限を行使してよい、とする（Rönnau/Hohn, a. a. O. [Anm. 26], S. 458）。Vgl. Samson, a. a. O. [Anm. 28], S. 37, Maurach/Zipf, a. a. O. [Anm. 5], S. 361, Lenckner, a. a. O. [Anm. 5], S. 532, Lenckner/Perron, a. a. O. [Anm. 5], S. 608, Perron, a. a. O. [Anm. 5], S. 626, Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I Die Straftat, 5. Aufl., 2004, S. 156, Roxin, a. a. O. [Anm. 4], S. 668, ロクシン [山中監訳／前嶋訳]・前掲注（4）92頁参照, Erb, a. a. O. [Anm. 7], S. 1291, Herzog, Nomos Kommentar Strafgesetzbuch Band 1, 3. Aufl., 2010, S. 1396, Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 58. Aufl., 2011, S. 287, Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2011, S. 247 usw. さらに、ヤーコプスは、注（60）において示した通り、窃盗犯は、誰何され、盗品を携行して逃走しており、防衛者は、彼が窃盗犯に発砲することによって盗品の持ち去りを阻止する事例において、「攻撃は、現在している」としており、結論としては、通説と同一である。

72) これは、わが刑法36条1項においても、同様である。同条同項は、「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は、罰しない」と規定されているのである。

73) Vgl. noch BGHSt. 48, 207.

74) Vgl. Erb, a. a. O. [Anm. 7], S. 1291.

75) Vgl. Rönnau/Hohn, a. a. O. [Anm. 26], S. 458.

76) Vgl. RGSt. 55, 82.

四 結 論

以上では、侵害の終了時期について、占有に対する攻撃（または、占有侵害を通じた所有権に対する攻撃）の局面が問題となる場合、例えば、盗品を携行して逃走していた窃盗犯が現行犯で逮捕された場合を前提として、ドイツの判例および学説を検討した。その結果、正当防衛の正当化根拠に関して、「正当防衛権には『自然権』としての側面と『緊急権』としての側面があり、その正当化もこれらの2つの面から考察しなければならない。そこで、自然権の側面においては、個人の自己保全の原理が正当化の働きをし、緊急権の側面におい

ては、法の自己保全の原理が正当化の働きをすることになり、両者が同時に作用する」という見解を前提として評価した場合、ドイツの判例が採用すると思われる立場は、「基本的には」⁷⁷⁾ 妥当であることが明らかとなった。

今後は、本稿で扱った事例以外においても、ドイツの判例が示した基準の妥当性について、検討を加えてゆきたい。

注

77) 本稿では、ドイツの判例の立場に関して、「法確証」の捉え方等については留保し、仮に、ドイツの判例が本稿のように解するのであるならば、その限度において、妥当であると考ええる。