

タイトル	正当防衛(2)
著者	吉田, 敏雄; YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学学園論集(153): 17-37
発行日	2012-09-25

正当防衛 (2)

吉 田 敏 雄

目次

一 沿革

二 正当防衛の基本思想

三 正当防衛の構造

1 正当防衛の状況

A 侵害

(a) 客観的判断

(b) 人の行為

(c) 不作為

(d) 「侵害者」と「被侵害者」の区別の明確性

(152号)

B 違法性

(a) 総説

(b) 行為無価値と結果無価値

C 防衛されうる保護法益

D 急迫性

2 正当防衛行為

A 総説

B 防衛行為の必要性

(a) やむを得ずした行為

(b) 予測判断

(c) 防衛手段

(d) 退避義務

(e) 第三者の助力

(f) 質的過剰

(以上本号)

B 違法性

(a) 総説 「不正」とは違法であることを意味する。正当防衛は違法な侵害に対してのみ許される⁽⁴⁸⁾。違法の侵害とは法秩序と矛盾することを意味するのであって、被侵害者はこういった侵害を忍受する必要はない。

侵害の規範的属性は違法性の一般原則にしたがって判断されるべきであるから、法秩序全体に基づく評価が決定的意味を有する。侵害者の行為は有責であることを要しない。したがって、精神障害者や幼児に対する正当防衛も可能である。自己保護の原理はこれらの者に対する防衛を要求するし、法確証の原理もこれを支持する。侵害者が犯罪構成要件を充足している必要もない。例えば、自動車や自転車の一時使用は犯罪構成要件を充足しないし、過失の器物損壊も構成要件を充足しないが、それに対する正当防衛は可能である⁽⁴⁹⁾。

(b) 行為無価値と結果無価値 違法性は一般的犯罪論の概念に相応するので、侵害は結果無価値だけでなく、行為無価値も有していなければならない。客観的に注意違反である、つまり、社会的に不当である侵害だけが違法である。行為者が法規範を遵守し、客観的注意義務違反が見られない行為に違法性を認めることはできない。ただし、客観的義務違反の要請は刑法の意味での客観的注意義務違反と解釈されてはならない。犯罪構成要件を充足しないが、客観的注意違反である行為も違法な侵害である。義務に則った行為をする人から法益に対する危険が生じているときは、正当化の緊急避難だけが可能である。行為無価値を有しない侵害に対して法の確証を示す必要性はないし、このような行為に対する正当防衛を認めるなら、落ち度のある被侵害者を客観的注意違反の見られない侵害者よりも有利に扱うことになろう⁽⁵⁰⁾。

侵害者が正当化事由を援用できるとき、違法性が欠如する。したがって、正当防衛行為や正当化緊急避難行為、その他の正当化される行為に対する正当防衛は許されない⁽⁵¹⁾。

C 防衛されうる保護法益 侵害は「自己又は他人の権利」に向けられていなければならない。「権利」とは広く個人的法益を意味する。権利は、生命、身体、行動の自由、財産等を指すが⁽⁵²⁾、必ずしも民法などの法令上、権利の名称を与えられているものであることを要しない。人格権、特に私生活の秘密(プライバシー)⁽⁵³⁾や肖像権⁽⁵⁴⁾も保護される。しかし、婚姻や婚約それ自体は法秩序によって保護されているが、正当防衛の保護の対象とはならない。法は、婚姻当事者の相互誠実義務を暴力をもって強制することは許さないし、婚姻契約の履行を訴えることも許していない。したがって、騙された方が婚姻関係や婚約関係を維持しようとして、相手方に暴力をもって関係を無理強いしたり、婚約相手と交際している者に暴力を振るうことは許されない⁽⁵⁵⁾。債権その他の契約上の請求権は正当防衛の保護の対象とはならない。さもないれば、民事手続制

度が空洞化してしまうからである⁽⁵⁶⁾。自己の権利だけでなく、他人の権利に対しても正当防衛は許される。他人の権利について行なわれる正当防衛は緊急救助 (Nothilfe, Notwehrhilfe) と呼ばれる。「他人」とは、自然人に限らず、法人その他の団体を含む。その権利は、個人的法益に限定される。

社会的法益に対する正当防衛は許されない。文書偽造罪が究極的には財産を保護し、わいせつ文書頒布罪が究極的には少年の健全な成長を保護するにせよ、正当防衛は許されない。例えば、映画館におけるわいせつ映画の上映をフィルムや映写幕損壊行為によって阻止することは許されない⁽⁵⁷⁾。社会的法益を維持するのは公共機関の任務であって、私人にもこの任務を与えるなら、その弊害はあまりにも大きいからである。同じことは、道路交通の安全の維持にも妥当する。無免許運転に対する正当防衛は許されないが、しかし、道路交通関与者の生命、身体が具体的に危うくなった場合には、正当防衛は可能である⁽⁵⁸⁾。放火罪のように、社会的法益でも、個人法益に関係する場合には、正当防衛は可能である。身体一部露出罪 (軽犯罪法第一条第二〇号) は社会的法益ではなく、個人の羞恥心を害するという意味で個人的法益を保護する犯罪であるから、路上の露出者に対する正当防衛は許される⁽⁵⁹⁾。

内乱罪とか外患罪といった国家的法益を侵害する犯罪において、かかる国家的法益を保護する目的で行なわれる私人の防衛行為は、国家正当防衛 (Staatsnotwehr) とか国家緊急救助 (Staatsnothilfe) と呼ばれるが、これも許されない。これらの法益に対する侵害を防衛するのは国及びその機関の任務であって、個々の市民の任務ではないからである⁽⁶⁰⁾。もとより、国の個人的法益 (例えば、所有権) は防衛されうる保護法益である。国の所有物を侵害する行為 (窃取、損壊等) に対する正当防衛は許される。

D 急迫性 刑法第三六条は苛烈な正当防衛権の時間的限界を要求する。侵害は「急迫」でなければならぬ。急迫とは侵害がすぐに切迫していること、まさに生じていること、なお継続していることを意味する。このことは、防衛行為の開始、継続、終了時間を定めていることでもある。急迫とは現在性を含む概念である⁽⁶¹⁾。

法益侵害がすぐに切迫していること、つまり、直接的切迫性は、侵害が、侵害客体と接着した空間的・時間的近接性がある場合、つまり、侵害が今すぐにも更なる介在行為なくして実現されうる場合に認められる。例えば、住居侵入窃盗の目的で住居に侵入したとき、直接的切迫性が認められる。この場合、直接的切迫性は未遂の実行行為に接着する行為に対応する⁽⁶²⁾。しかし、直接的切迫性を未遂の成立時期に厳格に対応させるのでは狭すぎる。犯行計画がまだ予備の段階にあるが、しかし、未遂の成立直前の予備の最終段階にある場合でも、侵害はすぐに切迫してい

るといえる。刑法は既遂を基本犯としており、未遂犯はその拡張であるので、法治国の理由から、未遂の成否を既遂犯にできるだけひきつけて判断しなければならないが、しかし、正当防衛の場合はこれとは事情が異なるからである。被侵害者にとって、反撃が遅くなりすぎでは意味がないのである。侵害者にとっても、被侵害者による遅すぎる反撃から生ずる損害は、早めの反撃から生ずる損害よりも大きくなりかねないのである⁽⁶³⁾。例えば、甲が乙を射殺するために拳銃を抜くとき、この段階で既に殺人未遂は成立するので、乙の生命侵害の直接的切迫性は当然認められる。これに対して、甲が乙を射殺するつもりで懷中に隠してある拳銃を取り出そうとして胸に手を入れようとするとき、この段階ではまだ殺人未遂は成立しないが、しかし、この段階でも乙の生命侵害の直接的侵害が見られる⁽⁶⁴⁾。

法益侵害がすぐに切迫していること、及び、まさに生じていることと並んで、「なお継続している」場合にも急迫性が認められる⁽⁶⁵⁾。例えば、「馬鹿」という侮辱的言辞はそれが発せられると終了するが、しかし、それがなお繰り返されている間は終了していない。終了した、つまり、もはや継続していない侵害には急迫性は認められない。即成犯、例えば、暴行による侵害も、それが一旦終了しても、なおすぐに繰り返される虞があるとき、依然として侵害は継続している⁽⁶⁶⁾。過去の侵害に対する反撃は違法な私的復讐であって、正当防衛ではない⁽⁶⁷⁾。継続犯(例えば、逮捕・監禁罪、住居侵入罪)では、違法な状態が続いている限り、侵害は継続する。したがって、扉を破壊して逃げるとか、侵入者を追い出すのは正当化される。

さらなる法益侵害の危険がもはやなくなると、侵害が、したがって、正当防衛状況がなくなる。侵害者その行為を放棄したり、中止したり、阻止されたり、その目的を達成した場合である。侵害が終了したか否かは構成要件の実現を規準とするのではなく、専ら攻撃が終了したか否かによって判断される。したがって、法益侵害の終了後、違法状態が持続する状態犯では、正当防衛は犯罪が既遂になった後でも可能である。例えば、窃盗犯人が盗品を持たずに逃走するとき、もはや法益侵害の虞はなく、したがって、侵害の現在性はもはや存在せず、正当防衛の可能性はなくなる。これに対して、窃盗犯人が盗品を持って逃走するとき、持ち去るだけではまだ確実にそれを確保したとはいえないのであるから、占有移転によってすでに犯罪は既遂に達しているものの、急迫性は依然として存続する。窃盗犯人が追っ手を振り切った場合に、正当防衛状況はなくなる。窃盗犯人が盗品を違法に持ち続けることは、正当防衛状況の意味での侵害ではない⁽⁶⁸⁾。

恐喝目的で、信用を傷つける事実を暴露をするといって口止め料を要求した場合、脅迫の言辞が終わってもなお急迫の侵害が認められるか否かが問題となる。意思活動への侵害は脅迫で終了し、財産への侵害は設定された期限が切れてようやく始まるか、支払わないことで回避されうることを理由に、急迫性を否定する見解がある⁽⁶⁹⁾。しかし、脅迫の言辞がなされた後でも、「脅迫が

ダモクレスの剣のように恐喝被害者の頭の上にかかっているかぎり」,その脅迫は意思活動を毀損している。恐喝がまだ既遂に至っていないかぎり,恐喝未遂はまさに生じている,したがって,急迫の侵害と云える⁽⁷⁰⁾。

喧嘩闘争の場合に急迫性の存否が問題となることが多い。従前,判例は,被侵害者が侵害を予期した場合には急迫性を否定する傾向にあったが⁽⁷¹⁾,最判昭和四六・一一・一六刑集二五・八・九九六〔くり小刀事件〕は,「被告人が,被害者と旅館で口論した後,一旦そこを立ち退いたが,被害者に謝り仲直りしようとして同旅館に戻ってきたところ,さらに絡まれた末,いきなり手拳で顔面を数回殴られたので逆上し,鴨居の上に隠しておいたくり小刀を取り出し,被害者の左胸を刺し死亡させたという事案〕において,「侵害があらかじめ予期されていたものであるとしても,そのことからただちに急迫性を失うものと解すべきではない」として,侵害が十分に予期されたものであったことを理由に急迫性を否定した原判決を破棄した。侵害が急迫であるか否かは客観的になされるべきであって,被侵害者の主観に左右されるべきでない。さもなければ,侵害を予期した者に退避義務を課すことになってしまう。しかし,最決昭和五二・七・二一刑集三一・四・七四七は,〔政治集団A派に属する被告人等らが集会を開こうとしていた際, B派の襲撃を受け,いったん実力でこれを撃退した後,再度の襲撃のあることを必至と考え,バリケードを築いたところ,予期したとおり攻撃してきたB派の学生らに対して鉄パイプを投げたり,投げ込まれた鉄棒で突き返す等して応戦したという事案〕において,「当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても,そのことからただちに侵害の急迫性が失われるわけではない……単に予期された侵害を避けなかったというにとどまらず,その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときは,もはや侵害の急迫性の要件を満たさない」と説示した⁽⁷²⁾。本決定は,昭和四六年判決に限定を加えて,侵害を予期した者に「積極的加害意思」があるとき,急迫性を否定したが,これは妥当でない。侵害行為の「急迫性」の存否の判断にあたって,防衛者の積極的加害意思などの主観的事情は考慮されるべきでない。正当防衛では本来退避義務は問題とならないのであって,積極的加害意思があれば通常は「過剰」防衛に繋がるのである。したがって,問題は正当防衛「行為」の領域にある⁽⁷³⁾。

正当防衛の時間的限界を超えたときは,量的過剰(拡大過剰。extensiver Exzess)であり,行為者の行為は違法である。例えば,相手方から足を殴打されたが,その侵害行為による危険が去った後,相手方に暴行を加える場合には正当防衛は成立しない⁽⁷⁴⁾。その行為が免責されるか否かは,錯誤の性質によってその要件を異にする。正当防衛を基礎付ける事実に関して錯誤(違法性阻却事由の錯誤)があった場合と,正当防衛の時間的限界に関する法の錯誤(禁止の錯誤)の場合とがある⁽⁷⁵⁾。

予想される侵害を防衛するために、正当防衛の時間的限界の前に用意される措置は**予防措置**(Präventivmaßnahmen)と呼ばれる。これは予防的危険防衛である。そもそも侵害が起こるのか否か、どの程度の侵害が起こるのかは全く不確実である。こういった予期する正当防衛措置の例に自動銃や忍び返しそれに猛犬の用意がある。こういった事前の措置は事後に起こる具体的事情の下で正当防衛の状況の要件を充足しているか否かが検証されなければならない。例えば、自動銃が正当防衛状況の下で作動したのか、それが「やむを得ずした」と云えるか否かが検証されなければならない。正当防衛状況が存在しないにもかかわらず、それが作動したり、正当防衛状況が存在しても、より穏和な方法で撃退できた、つまり、防衛行為が過度に強力なときは、正当防衛は認められない⁽⁷⁶⁾。

予防措置の場合、正当化事由の錯誤の存否をどのように判断するかが問題となる。万一の場合に備えて木刀等を用意しておく場合には、その措置を採った者自身が正当防衛状況を誤想していたか否かが問題となる。しかし、予防措置の現場にそれをした者がいないとき、例えば、自動銃の作動時にその準備をした者がいないとき、この者が正当防衛状況を誤想することはありえない。そこで、仮にこの者が現場にいたならば正当防衛状況の存在を誤想したか否かを問うということも考えられる。しかし、誤想というのはあくまでも、その現場における誤想をいうのであって、仮定的検証はするべきでない。したがって、防衛者が生じた結果の責任を負う⁽⁷⁷⁾。

予防措置と異なるのがいわゆる**予防防衛**(Präventivnotwehr)、つまり、先制攻撃である。これはまだ未遂の段階にもないし、未遂の成立直前の予備の段階にもない、将来起こりうる侵害を予防する防衛であって、正当防衛とは認められない⁽⁷⁸⁾。**侵害の反覆**の虞があるとき、例えば、辺鄙なところにある旅館経営者甲が、同旅館内にある酒場に最後まで残っていた客の乙と丙が甲に強盗を働く相談をしているのを偶然聞いて、これを防ぐために、甲は乙と丙の注文した飲み物に睡眠薬を入れて眠らせ、難を逃れたという場合(レンクナーの設例)には、甲には正当防衛は成立しない。亦、家の暴君が家族の者に暴行を加えた後寝込んでいるが、覚醒するとまた暴行に及ぶことが予期できるとき、その睡眠中は侵害は切迫していない。寝込んでいる夫を殺害する妻には正当防衛は成立しない。過去の侵害と新たに差し迫る侵害との間に直接的時間・空間的連関が欠如しており、侵害の急迫性が認められないからである⁽⁷⁹⁾。これらの事例は緊急避難の問題として解決されるべきである。

2 正当防衛行為

A 総説 正当防衛状況が存在するとき、被侵害者は急迫不正の侵害に対する権利防衛のための「やむを得ずした行為」が許される。防衛行為は侵害に対する反作用である。この反作用は侵害を阻止するか、少なくとも、減少させるものでなければならない。如何なる防衛行為が許され

るかは、現実の正当防衛状況を基に客観的に判断される。退避は防衛行為ではなく、基本的に要求されることはない。

防衛行為というのは、刃物を突きつけるというように消極的に行なわれる守備防衛 (Schutzwehr) ばかりでなく、侵害者の戦闘能力をなくする、少なくとも、戦闘意欲をなくする目的で積極的に行なわれる攻撃防衛 (Trutzwehr) もある⁽⁸⁰⁾。

防衛行為は、専ら侵害者の法益に向けられ、無関与の第三者に向けられていない場合にだけ問題となる。自己保護と並ぶ法の確証原理は、侵害者の法益に対する関係でのみ問題となるのであり、したがって、無関与の第三者の法益との関係では、緊急避難の問題となる。

① 防衛行為の結果が第三者に生じた場合、例えば、不意に日本刀で斬りつけられた甲が反撃のため所持していた短刀を侵害者乙に投げつけたところ、乙にあたらず、偶々傍らを歩いていた丙にあたったという場合、乙に対する関係では正当防衛の、丙に対する関係では緊急避難の問題となる⁽⁸¹⁾。この場合、たしかに、甲は丙の法益を侵害することによって乙の侵害を避け、自己の法益を保全したわけではなく、丙の法益に対する侵害は保全法益の保護に役立っていない。したがって、緊急避難の成立には、第三者の法益を侵害する避難行為によって現在の危難が避けられたか、少なくとも避ける可能性があったという関係 (避難効果) がなければならないとすれば、本事例では、緊急避難は成立しないことになろう⁽⁸²⁾。しかし、甲の乙に対する行為は「やむを得ない」行為であり、この行為から丙の侵害が不可避的生じているとき、丙に対する関係では、現在の危難を避けるための「やむを得ない」行為といえよう⁽⁸³⁾。

② 侵害者が第三者の物を利用して攻撃する場合も緊急避難の問題である。例えば、甲が乙の犬をけしかけて丙を襲わせたとき、甲に対する関係では正当防衛が、乙の所有物に対する関係では (防御的) 緊急避難の問題となる⁽⁸⁴⁾。この場合、乙の所有物は甲による侵害の手段としてその一部分となっているから、丙の防衛行為は甲の侵害自体に対する反撃とみることができるとか、乙の所有物が用いられたのは、甲の側の事情によるのであって、丙の側の事情によるものではないから、乙の犬に対して緊急避難のみしかなしえず、法益均衡の程度まで忍受しなければならない理由はないということから、乙の犬を傷害したことにつき正当防衛の成立をみとめる見解がある⁽⁸⁵⁾。しかし、丙の防衛行為によって侵害された乙の法益は、甲の法益とは別個のものであり、両者が融合するということはありえない。したがって、甲の法益に対する関係で正当防衛が成立しても、乙の法益に対する関係でも正当防衛が成立するとはいえない。

③ 防衛者が第三者のものを利用した場合、例えば、甲が木刀で乙に殴りかかってきたので、乙が傍らにあった丙の竹箒で反撃したところ、その竹箒が折れたという場合、甲に対する関係では正当防衛が、丙の所有物との関係では緊急避難の問題となる。竹箒の所有者は侵害者ではない

からである。

警察官による武器使用にも正当防衛規定は適用される。警職法第七条は、警察官の武器使用の許される要件を定めるが、正当防衛、緊急避難やその他同条各号に該当する場合を除いては、人に危害を加えてはならないと定める。したがって、先ず、警察官の武器使用が警職法第七条の要件を充足しているか否かが検討され、それが充足されているとき、警察官の行為が正当防衛に当たるか否かが検討されるべきである⁽⁸⁶⁾。

B 防衛行為の必要性

(a) やむを得ずした行為 「やむを得ない」防衛行為、すなわち、防衛に必要な行為というのは、一般に、侵害を即座に且つ確実に終わらせる措置をいうとされるが、しかし、これは最適の防衛行為を意味する、つまり、防衛行為の限度を意味しているにすぎない。最適の防衛行為だけがやむを得ないということになれば、正当防衛状況において多くの場合正当防衛行為が許されないことになる。やむを得ない防衛というのは、侵害の防御に適切であり、しかも、複数の防衛手段がある場合、その中で最も穏やかな防衛行為をいうのである。換言すると、不適切な（効果のない）防衛行為も最も穏やとはいえない（効果のありすぎる）防衛行為も、侵害者にとっては、防衛目的からは要求されない不必要な負担である⁽⁸⁷⁾。

やむを得ずした行為の第一の要素は「適格性 (Eignung, Geeignetheit)」である。適格性では最小限の防衛行為が問題となる（なお必要と考えられる防衛）。被侵害者が不適格な防衛行為をすることはきわめて稀といえるが、それでも、必要性の要件である。防衛目的を達成する上で、不適格な行為はやむを得ない防衛行為とはいえないからである。身体に対する攻撃を受ける者が報復のために侵害者の自動車のタイヤを切り裂く行為は適格とはいえない。金銭を喝取した者の首を掻き切る行為は、被侵害者が当該金銭は犯人の共犯者の手中にあると知っているとき、適格とはいえない。しかし、防衛が結局うまくいかなかったからといって不適格とはいえない⁽⁸⁸⁾。さもないければ、防衛行為が不当に抑制されることになる。複数の侵害者に襲われる者は、結局、防衛できなくとも、どの侵害者をも殴り倒すことは許される。被侵害者が、侵害の強度を質的に又は量的に弱めたりする場合も適格といえる。例えば、被侵害者は、なるほど、侵害行為による負傷を避けることはできないが、それでも、殺されるのを免れるとか、被侵害者は、防衛行為をすることによって、窃盗犯人に盗品の一部を後に残させるといった場合である⁽⁸⁹⁾。被侵害者の行為が侵害結果である死の発生を遅らせるにすぎないときも、適格性は認められる。一時的であれ生存期間が延びたのであり、法の確証原理も、一時的に成果をもたらすにすぎないにせよ、違法の侵害にたいする介入を要求するからである⁽⁹⁰⁾。

やむを得ずした行為の第二の要素は「**相対的最小限対抗手段** (das relativ mildeste Gegenmittel)」である。この要件では防衛行為の上限が問題となる(すでに十分な防衛行為)。防衛行為は侵害される法益を保護するために十分なものでなければならない⁽⁹¹⁾。複数の防衛手段があり、いずれも防衛効果の点で同価値のとき、もっとも穏和な方法で侵害者に対応することで十分である。例えば、身体的に優越する被侵害者が侵害者を手拳や足蹴りで防御できるとき、短刀や拳銃を用いた防衛は許されない。侵害者を打撃棒や拳銃で脅すなり、警告射撃で威圧できるとき、被侵害者は直ちに撃つてはならない。それにもかかわらず、強烈な手段を用いて防衛するのは権利濫用行為である⁽⁹²⁾。但し、侵害者の利益を考慮することにも限界がある。被侵害者は、それほど危険でない防衛手段を用いて防御効果が上がるかについて、確信がもてないとき、当該手段を用いる必要はない。例えば、被侵害者は手拳で応戦することで傷を負うことなく侵害を免れることの確信がもてないとき、手拳での応戦にとどまる必要はない。被侵害者は、警告射撃をしても功を奏さず、場合によっては侵害行為で殺される虞のあるとき、警告射撃をする必要はない⁽⁹³⁾。

何が相対的に最も穏和な手段であるかは具体的な正当防衛状況に依存する。一方で、侵害の強度と侵害者の危険性が、他方で、防衛者の利用しうる防衛手段が考慮に入れられねばならない。侵害が強力で且つ危険であるほど、選択される防衛手段は強烈であってかまわない。体力的に劣る者から手拳で攻撃される者は短刀を振りかざすことしか許されないが(守備防衛)、体力的に優位な者から手拳や凶器で攻撃される者は短刀で突き刺してもかまわない(攻撃防衛)。「やむを得ない」防衛というのは、相対的にもっとも穏和な手段の選択だけでなく、そののできるだけ穏和な用い方、例えば、短刀を使用する場合でも、心臓部を刺すのではなく、他の腹部を刺すことを要求する⁽⁹⁴⁾。

「やむを得ない」というのは、生じた結果についてではなく、防衛行為について問題となるのであるから、防衛行為の結果が被侵害者の望むところではなかった場合でも、それが防衛行為に伴う特有の危険が結果となって現れたといえるとき、それはなお必要性の範囲内にある。こういった結果の発生は防衛行為に際してすでに考慮に入れられているのであり、こういった防衛行為は許された危険創出といえるのである⁽⁹⁵⁾。被侵害者が侵害者の顔面を手拳で殴ったため、侵害者の歯が折れたという場合、被侵害者の殴打行為に際して考慮に入れられているのであって、その結果も正当化される⁽⁹⁶⁾。緊急救助者が数名の者から攻撃され生命の危うくなっている被侵害者に駆けつけ、他の凶器がなかったので弾丸の装填された拳銃で侵害者の一人を殴るとき、意図せず弾丸が飛び出たため、その侵害者が死亡しても、正当防衛は成立する。許された防衛手段にとまらぬ結果の発生と云えるからである⁽⁹⁷⁾。したがって、結果的加重犯でも、重い死傷の結果の発生は、必要な暴行に特有の危険が現実化したといえるとき、正当化される⁽⁹⁸⁾。

防衛行為から意欲していなかった重い結果が発生したという事例と取り違えてはならないのは、被侵害者が許された危険の範囲内ではなく、防衛行為をするに際して過失があったという場合、例えば、被侵害者が、警告射撃をするつもりだったが、不注意にも侵害者に当ててしまい、死亡させたという場合である。侵害を終了させるためには、警告射撃だけで十分だったといえるとき、過失致死罪が成立する。しかし、被侵害者が侵害者に故意で重傷害を負わせるのも許された、つまり、直ちに被侵害者めがけて撃ってもよかったといえるときとか、警告射撃をしたが功を奏さなかったので、被侵害者は重ねて警告射撃をする必要がなくなり、侵害者をめがけて撃ち、意図せず殺してしまったという場合にも、なお必要性の要件は充足されており、過失犯は成立しない⁽⁹⁹⁾。

必要性の判断に当たって重要なことは、防衛行為がやむを得ないかどうかということであって、生じた結果ではない。法の確証原理は正当防衛において基本的に法益の衡量を要求しないのである。より穏やかな手段が具体的に利用できないとき、苛烈な防衛手段に訴えることも許される。例えば、遺品の宝石を奪って暗闇の中を逃走する窃盗犯人めがけて撃つ者は、窃盗犯人に重傷を負わせる、又は殺す場合ですら正当化される⁽¹⁰⁰⁾。

(b) 予測判断 如何なる行為がやむを得ないのかを評価するためには、行為の効果に関する情報をもたらす予測が必要となる。この評価は事前の観点から客観的に下されるべきである。「やむを得ずした行為」だけが正当化されるのであるから、予測は客観的規準によるのである。行為者の視点から純粋に主観的に判断する⁽¹⁰¹⁾のは適当でない。小心者が有利な扱いをされることになるからである⁽¹⁰²⁾。問題となるのは、客観的事前予測が、防衛時点において存在するすべての事情を基礎に判断されるべき⁽¹⁰³⁾なのか、被侵害者の状況におかれた思慮深い第三者が侵害の時点に存在し、且つ、客観的に認識可能な事情をどのように判断したかによって判断されるべき⁽¹⁰⁴⁾なのかである。急迫不正の侵害があるとき、侵害の真正の危険性と侵害者が仮構した危険性の間に相違の生ずることがあるが、この場合、被侵害者は、思慮深い第三者に認識可能な事態に基づき必要な手段をとることが許されるべきである。というのは、客観的事前の判断によって適切な危険分配が可能となるからである。したがって、後者の見解が妥当である。もっとも、被侵害者が侵害手段に危険性がないことを「特別に知っていた」ときは、これも考慮されるべきである。例えば、甲が弾丸の装填されていない拳銃を突きつけて乙らの人質にとったとき、客観的に見て、その拳銃には弾丸がこめられていると考えざるを得ない場合、人質らの意思活動の自由への侵害から防御するために、人質誘拐犯を射殺することは必要な防衛行為である。現実には侵害行為をする者は、侵害手段の危険性を仮構したときにも、防衛行為を忍受しなければならない。緊急救助者は自ら危険負担を負う必要はない(疑わしきは被侵害者の利益に)⁽¹⁰⁵⁾。

(c) **防衛手段** 被侵害者が具体的状況で如何なる手段をとってもよいかは、全体事情、特に、侵害の種類、勢い及び強さ、並びに、侵害者の先行行為から推測されうる危険性、被侵害者の身体的防衛能力、護身具の携帯等に依存する。例えば、素手で襲ってきた者に対して凶器を使用せずに防御することは適法である。凶器を利用していないが、体力的に勝か同等の者が素手で襲ってきたとき、これを短刀をもって防衛することも通常は適法である⁽¹⁰⁶⁾。残虐な、あるいは危険な複数の侵害者に対しては、その状況に応じた銃器の使用（威嚇、警告射撃、直接使用）も許される。銃器を使用した侵害に対しては、その特別の残虐性、危険性からして、威嚇射撃をすることなく侵害者を狙って発砲できる。拳銃を使用する銀行強盗に対しては、その体の中央部、頭部を狙って射撃することは適法である⁽¹⁰⁶⁾。

危機的状況においては、先ず、それほど危険でない防衛行為の効果を試さねばならないという段階的防衛行為論は否定されねばならない。こういった防衛は侵害の確実な終了の要請を満足させないし、好戦的な侵害者をさらに挑発しかねないからである⁽¹⁰⁷⁾。

(d) **退避義務** 正当防衛は基本的に自衛権を付与する。したがって、正当防衛状況が存在するとき、避けたり、逃走したりすることによって侵害を免れることができる場合でも、正当防衛行為は認められる。防衛措置は補充的にしか利用できないという意味での**退避義務**が被侵害者にあるわけではない。被侵害者にかかる退避義務があるとすれば、支配圏を築こうとするならず者が穏やかな市民を追い立てることができることになろう。しかし、「法は不法に譲る必要はない」のである。逃走する者は正当防衛権を放棄しているが、違法な侵害に対して正当防衛権を放棄する義務というものは誰にも課せられない。例えば、居酒屋で絡まれる者に、狼藉者の侵害を免れるためにその店を出る義務はない。被侵害者はそこにとどまる権利を有するのであって、違法な侵害に屈する必要はない⁽¹⁰⁸⁾。

(e) **第三者の助力** さらに、正当防衛は基本的に他人の助けを利用したり、呼び寄せることを義務付けるものではない。基本的には、その場にある防衛手段だけが利用されうる。必要な防衛の規準を満たす限り、被侵害者が自ら防衛行為をせず、他人の助けを利用したからといって、正当防衛が否定されるものではない。第三者の助力によって、侵害を直ちに且つ最終的に終わらせることが十分な確実性をもって予期できるなら、被侵害者がいっそう強烈な防衛措置をとる必要はない。例えば、侵害状況に偶然に出くわした警察官が侵害者に効果的の対抗措置を採る場合である。このような場合、被侵害者自身の防衛行為を法の確証原理で基礎付けることはできない。この原理は警察官によって明確に実践されるからである⁽¹⁰⁹⁾。

第三者が私人であるときも同じである。その助力が効果的であるとき、被侵害者がいっそう強

烈な自己防衛措置を採る必要はない。被侵害者に付き添いがいるとき(例えば、警護員)、付き添いの者が協働して、素手で侵害を即座に且つ最終的に撃退できるとき、被侵害者は武器を用いずに済ませることができる。但し、付き添いの者が実際に助力する用意のある場合に限定される⁽¹¹⁰⁾。

警察官であれ私人であれ、被侵害者よりも穏やかな防衛手段を持ち合わせていないとき、第三者の存在が被侵害者の正当防衛権を限定することはない。侵害者の正当な利益が被侵害者の自己防衛によって損なわれるというものではないからである⁽¹¹¹⁾。

(f) 質的過剰 正当防衛の行為権能を超えるのは質的過剰(集中的過剰。intensiver Exzess)と呼ばれる。これは違法である。不安、驚愕、恐怖から行なわれた質的過剰は免責される⁽¹¹²⁾。

(つづく)

注

(48) 最決昭和二九・七・一五刑集八・七・一一三七(駐在所で職務質問中に突然逃げ出した者を追跡して、引き止めるためにその腕に手をかけた警察官の行為は適法な職務行為であるから、警察官を殴打する行為は正当防衛でなく、公務執行妨害罪を構成する)。東京高判昭和三四・四・二一高刑集一二・五・四七三(憲法第三三条、刑訴法第二〇一条、同第七三条第三項の規定に違反する違法な逮捕行為を排除するため、警察官を屋外に押し出した行為につき、正当防衛が成立する)。

(49) *Nowakowski*, (Fn. 31), § 3 Rn 3; *Triffterer*, (Fn. 30), 11. Kap Rn 58; *Steininger*, (Fn. 32), § 3 Rn 18. 大塚(注34)三八三頁。これに対して、侵害が有責であることを要求するのが、*Schmidhäuser*, (Fn. 78), § 9 Rn 86; *G. Jakobs*, *Strafrecht AT*, 2. Aufl., 1991, 12. Abschn Rn 18; *H. Otto*, *Grundkurs Strafrecht AT*, 7. Aufl., 2004, § 8 Rn 20 ff.; *Hoyer*, (Fn. 25), 89 ff. しかし、この説はドイツ刑法第三三条の明文の規定に反する。

(50) *Fuchs*, (Fn. 25. Grundfragen), 84; *Triffterer*, (Fn. 30), 11. Kap Rn 60; *Steininger*, (Fn. 32), § 3 Rn 19. *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 14; *Krey/Esser*, (Fn. 4), Rn 482. 齊藤(注15. 正当防衛の根拠)一七七頁以下、一八四頁、井田(注20)二七八頁。

これに対して、「違法性」を専ら結果無価値によって判断するのが、*P. Bockelmann*, *K. Volk*, *Strafrecht AT*, 4. Aufl., 1987, § 15 B I 1d; *Jescheck/Weigend*, (Fn. 15), § 32 II 1c 「それ自体注意違反の認められない行為によって侵害が迫っている場合ですら、正当防衛ないし緊急救助は許される、例えば、自動車運転者がバックするとき見ることのできなかつた、遊んでいる子を轢く虞があったという場合」。 *Spendel*, (Fn. 6), § 32 Rn 54, 57, 60 ff.; *Nowakowski*, (Fn. 31), § 3 Rn 13; *G. Geilen*, *Notwehr und Notwehrexzeß*, *Jura* 1981, 256 ff. 平野(注26)二三一頁、中山研一『刑法総論』一九八二年・二七三頁注4、山中(注15. 総論)四五六頁。

(51) 参照、大判昭和八・九・二七刑集一二・一六五〇。

(52) 大判昭和一〇・九・一一刑集一四・九一六「按スルニ所論北岸土居兩部落ニ於テ一定ノ用水路ヨリ従来ノ慣行ニ反シ濫リニ多量揚送水シテ其ノ水田ヲ灌溉セハ下流ニ位スル田地ノ灌溉用水ハ減少シ從テ其ノ水利権者ハ自己ノ権利ヲ侵害セラレ特ニ旱魃ニ際シテハ其ノ稻ノ生育ヲ阻害セラルヘキハ言フヲ俟タサルトコロニシテ斯ノ如キ場合水利権者カ右ノ如キ損害ヲ免レンカ為北岸土居兩部落ノ揚送水ヲ阻止スルハ正ニ急迫不正ノ侵害ニ対シ其ノ権利ヲ防衛スル為メ已ムコトヲ得サルモノト謂フヘク刑法第三十六条第一項ニ依リ処罰スヘカラサル行為ナリト為スヘキナリ」。田川簡裁判昭和三九・四・二

- 下刑集六・三＝四・三七四「婚礼を厳肅に且つ何人からも妨害されず平穩裡に終始することは、婚姻の当事者、その親族の利益であり、この利益は厳密な意味で権利といえなくても、なお法律上保護せらるべき利益であるから、刑法第三六条のいわゆる権利であると認められる」。
- (53) 寢室を覗き込む出歯亀の行為に対しては正当防衛が許されるが、夜の公園におけるかかる行為に対する正当防衛が許されるかに関しては見解が分かれる。否定説として、BayObLG NJW 1962, 1782; *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 34 f. しかし、人のあまり来ない場所では肯定されるべきである。*Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 30; *H.-L. Günther*, Systematischer Kommentar zum StGB, 2008, § 32 Rn 42 (夜の公園におけるそれは侵害となる)。
- (54) OLG Karlsruhe NStZ 1982, 123.
- (55) 福岡高判昭和五五・七・二四判時九九九・一二九「そもそも被害者甲は、被告人の妻と情交関係を結び同棲するなどして、婚姻生活を破壊した立場にありながら、非常識にも被告人ら夫婦の住居にまで来て、被告人の許からその妻を連れて行こうとしたばかりでなく、これに応じて同女が自らの意志で出て行こうとしたにせよ、夫たる被告人がこれを制止しようとするのを、抱きついて実力で妨害する行為に及んだものであって、この行為は、被告人がその妻との間、住居を共にして性的生活を共同にする等の利益、換言すれば夫権に対する急迫不正の侵害というほかなく、そのような利益も亦法によって保護せられていることは言うまでもないから、これについて防衛を為し得ることは明らかである」(但し、具体的事案において過剰防衛の成立が認められた)。OLG Köln NJW 1975, 2 (婚姻関係の事案) 344; RGSt 48, 215 (婚約関係の事案); *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 32; *Krey/Esser*, (Fn. 4), § 14 Rn 475.
- (56) *S.M. Thiel*, 2000, Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, 154 ff.; *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 35; *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 36.
- (57) Vgl BGHSt 5, 245 (映画「罪深き女」の上映を悪臭弾を投げつけて中断させたという事案); BGH NJW 1975, 1162 (神学生が鉄道駅キオスクのわいせつ雑誌を勝手に取り除いたという事案)。
- (58) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 37 f.; *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 38; *Wessels/Beulke*, (Fn. 35), § 8 Rn 332; *Krey/Esser*, (Fn. 4), § 14 Rn 475.
- (59) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 37. 齊藤(注15. 正当防衛権の根拠)九六頁以下。これに対して、堀内捷三『刑法総論』[第二版]二〇〇四年・一五七頁「社会的法益もまた、他人の権利といえる。公衆の面前で裸になろうとしている者を取り押さえる行為は、社会の性秩序を防衛するための行為であり、正当防衛である」。
- (60) 国家正当防衛を認めない見解: *Jescheck/Weigend*, (Fn. 15), § 32 II 1b; *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 41「市民が国を保護する犯罪において国の敵に対して個人戦士として現れることが許されることにでもなれば、もはや耐えられない状態が生じよう。ヴァイマル共和国において国のための正当防衛に訴えた人々は災禍しかもたらさなかった」。齊藤(注15. 正当防衛権の根拠)一〇〇頁以下、平野(注26)二三八頁、内田(注34)一八三頁、中山(注50)二七六頁、内藤(注26)三四〇頁、山中(注15. 総論)四六一頁、前田(注25)三二九頁、浅田(注25)二二四頁。
- 国家正当防衛を国家公共機関による救済を期待しえない極めて緊迫した場合においてのみ認める見解: *Spendel*, (Fn. 6), § 32 Rn 161; *Lenckner/Perron*, (Fn. 15), § 32 Rn 6 f.; *F. Herzog*, NomosKommentar Strafgesetzbuch Bd. 1, 3. Aufl., 2010, § 32 Rn 22. 小暮得雄「正当防衛」(日本刑法学会編『刑法講座』第二巻所収)一九五七年・一二九頁以下、一三八頁、團藤(注21)二三九頁注一七、大塚(注34)三八七頁、福田(注25)一五七頁、香川(注25)一七六頁、大谷(注34)二八三頁、川端(注15)三四八頁、佐久間(注26. 刑法総論)二一五頁、高橋(注15)二六三頁。最判昭和二四・八・一八刑集三・九・一四六五(昭和二二年のいわゆる二・一ゼネストを中止させるためにゼネスト指導者であった産別会議議長を傷害した事件。正当防衛不成立)「公共の福祉を最高の指導原理とする新憲法の理念から言っても、公共の福祉をも含めてすべての法益は防衛せらるべきであるとする刑法の理念から言っても、国家的、国民的、公共的法益についても正当防衛の許さるべき場合が存することを認むべ

きである。だがしかし、本来国家的、公共的公益を保全防衛することは、国家又は公共団体の公的機関の本来の任務に属する事柄であって、これをた易く自由に私人又は私的団体の行動に委すことは却って秩序を乱し事態を悪化せしむる危険を伴う虞がある。それ故、かかる公益のための正当防衛等は、国家公共の機関の有効な公的活動を期待し得ない極めて緊迫した場合においてのみ例外的に許容さるべきものと解するを相当とする。……具体的な客觀的事態情勢は、国家公共の機関(……)をも含めての有効な公的活動を期待し得ない極めて緊迫した場合に該当するに至ったものとは到底認めることができない。従って、かかる事態の下においては、被告人の行動を正当防衛又は緊急避難として寛恕するを得ない」。

- (61) *Jescheck/Weigend*, (Fn. 15), § 32 II 1d; *Wessels/Beulke*, (Fn. 35), § 8 Rn 328. 法的救済制度を適宜に利用できる場合には、不正の侵害が認められても、「急迫性」が否定される。高知地判昭和五一・三・三一判時八一三・一〇六(甲会社のパルプ工場は、過去二〇年余りにわたりパルプ廃液を川に放流し、川及び川が流入する浦戸湾を汚染していた。被告人らは、工場移転又は操業の一時停止を甲会社と交渉していたが、会社側が一方的に会談を拒否したため、パルプ工場の配水管に生コンクリートを投入し、右配水管を閉鎖してパルプ廃液の流通を止め、工場の操業を停止させたという事案。威力業務妨害罪成立)「被告人らが公的機関にその侵害からの保護を求める方法として、裁判所に本件パルプ工場の操業停止或は廃液規制等を命ずる仮処分を申請するとか、右廃液排出により江ノ口川及び浦戸湾を汚濁していることにつき甲パルプの幹部に高知県内水面漁業調整規則違反等の犯罪の疑いがないではなかったことに鑑みこれを告発し警察検察による捜査取締りに期待してみるとかの手段が考えられる。……前記侵害には急迫性がなく、正当防衛の主張はその前提を欠く」。
- (62) *Nowakowski*, (Fn. 31), § 3 Rn 14; *Steininger*, (Fn. 15), 11. Kap Rn 18.
- (63) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 22 u. 24; *Lenckner/Perron*, (Fn. 15), § 32 Rn 14; *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 41; *Krey/Esser*, (Fn. 4), § 14 Rn 486; *Erb*, (Fn. 25), § 32 Rn 100. これに対して、「急迫性」を未遂の成立時期に対応させるのが、*Günther*, (Fn. 53), § 32 Rn 70; *Jakobs*, (Fn. 49), 12. Abschn Rn 23.
- (64) BGH NJW 1973, 255 (急迫の侵害とは、「なるほどまだ権利を侵害していないが、すぐに侵害に急変しかねない行為であり、それ故、防御行為を遅らせるとその成果が危うくなる」)。BGHSt 25, 229; *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 24; *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 41; *Lenckner/Perron*, (Fn. 15), § 32 Rn 14; *Krey/Esser*, (Fn. 4), § 14 Rn 487.
- (65) 最判昭和二四・八・一八刑集三・九・一四六五「刑法三六条にいわゆる急迫の侵害における『急迫』とは、公益の侵害が間近に押し迫ったことすなわち公益侵害が緊迫したことを意味するのであって、被害の現在性を意味するものではない。けだし、被害の緊迫した危険にある者は、加害者が現に被害を与えるに至るまで、正当防衛をすることを待たねばならぬ道理はないからである」。これに対して、最判昭和四六・一一・一六刑集二五・八・九九六〔被告人は甲と口論の末、一度旅館の外に出たが、甲に謝り、仲直りをしようと思って旅館に戻ったところ、甲からからまれ殴打されたという事案〕「刑法三六条にいう『急迫』とは、公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を意味し、その侵害があらかじめ予期されていたものであるとしても、そのことからただちに急迫性を失うものと解すべきではない」。
- (66) Vgl. *Krey/Esser*, (Fn. 4), § 14 Rn 494. 最判平成九・六・一六刑集五一・五・四三五(文化住宅の二階の共同便所で小用を足していた被告人は、突然背後から日ごろから折り合いの悪かった甲に鉄パイプで頭部を一回殴打され、もみ合いになり、一旦は鉄パイプを取り上げて同パイプで他人の頭部を一回殴打したが、再度もみ合いになり、甲が被告人から鉄パイプを取り戻し、それを振り上げて被告人を殴打しようとしたため、被告人は逃げ出し、振り返ったところ、甲は転落防止用の手すりの外側に勢いあまって上半身を前のめりに乗り出した姿勢になっていたため、なおも鉄パイプを手握っている甲の足を持ち上げて地上に転落させ、重傷を負わせたという事案。過剰防衛による傷害罪が成立。一審、二審ともに正当防衛も過剰防衛もその成立を否定した)「甲は、被告人に対し執拗な攻撃に及び、その挙句に勢い余って手すりの外側に上半身を乗り出してしまったものであり、しかも、その姿勢で

- なおも鉄パイプを握り続けていたことに照らすと、同人の被告人に対する加害の意欲は、おう盛かつ強固であり、被告人がその片足を持ち上げて同人を地上に転落させる行為に及んだ当ても存続していたと認めるのが相当である。また、甲は、右の姿勢のため、直ちに手すりの内側に上半身を戻すことは困難であったものの、被告人の右行為がなければ、間もなく態勢を立て直した上、被告人に追い付き、再度の攻撃に及ぶことが可能であったものと認められる。そうすると、甲の被告人に対する急迫不正の侵害は、被告人が右行為に及んだ当てもなお継続していたといわなければならない。
- (67) 大判昭和七・六・一六刑集一一・八六六 (相手方から足部を殴打され、その侵害行為による危険が去った後、十能をもって相手方の頭部を強打して死亡させた場合、正当防衛とならない)。
- (68) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 28; *Fuchs*, (Fn. 25. Strafrecht), 17. Kap Rn 18; *Steininger*, (Fn. 15), 11. Kap Rn 21; RGSt 55, 84 (逃走する窃盗犯から盗品を取り返すために発砲した事案); BGHSt 48, 207, 209 (自宅で恐喝された被害者が一旦渡した金銭をその場で取り返した事案)。平野 (注 26) 二三六頁, 内藤 (注 26) 三三一頁以下, 藤木 (注 34) 一六四頁, 中山 (注 50) 二七二頁, 山中 (注 15. 総論) 四五二頁, 西田 (注 34) 一五一頁。これに対し, 大塚 (注 34) 三八二頁注 1 (窃盗罪の既遂時期と正当防衛の要件としての侵害の急迫性の終了時期とを一致させて理解することが明快であり, 窃盗罪の完成後, 被害者が犯行の現場またはその付近で, 犯人から盗品を取り返す行為は正当防衛でなく, 自救行為)。團藤 (注 21) 二三七頁注 13, 川端 (注 15) 三三七頁, 最判昭和二四・五・一八裁判集刑一〇・二三一。
- (69) *G. Arzt*, *Norwehr gegen Erpressung*, MDR 1965, 344f.; *J. Baumann*, *Rechtsmißbrauch bei Notwehr*, MDR 1965, 346 f.; *J. Tenckhoff*, *Anmerkung zum Urteil des KG v.20.9.1979*, JR 1981, 254 ff.
- (70) *Roxin*, § 15 Rn 29, 54 u. 100 ff. ドイツでは、これは急迫性や正当防衛行為の必要性 (Erfordernis) ではなく、主として、正当防衛の許容性 (Gebotenheit) の問題として扱われている。ドイツ刑法第一五四条 c 「強要又は恐喝 (刑法第二四〇条, 第二五三条) が犯罪行為を暴露する旨の脅迫を手段として行なわれたとき、検察官は、暴露されるとされた犯罪行為を訴追しないことができる。但し、その行為が重大で、贖罪が不可欠のときは、この限りでない」は裁量規定となっているので、警察の介入を求めると、被被害者が知られたくない事実が広く知られてしまいかねない。そこで、被被害者は密かに殺人等の暴行行為による防衛をせざるをえなくなる。しかし、人に知られずに行なわれる防衛は人々の法的安定感を損ねる。したがって、たとえ恐喝を終了させるためであっても、侵害者を密かに殺害することは許されない。被被害者は、警察に告訴することによって秘密は暴露されても、財産的損害は防止できる。
- (71) 最判昭和二四・一一・一七刑集三・一一・一八〇一 [売られた喧嘩を買うつもりで肉切り包丁を携えて行ったところ、当初局外にいたテキ屋の甲が突然素手で飛び掛って来たので、咄嗟に前記包丁で甲の下腹部を突刺したという事案]「甲が被告人に飛び掛ってくるようなことは数名を相手として喧嘩をする被告人の当然予期したところでもあり、かかる危険には被告人が進んで身をさらしたものに外ならない [から] これを目して被告人に対する『急迫不正の侵害』とはいいい得ない」。最判昭和三〇・一〇・二五刑集九・一一・二二九五 [相手が攻撃してきたらこれに反撃を加えるため日本刀一振を抜き身のまま携え、近くの道路上で叢に身を潜め様子を窺ううち、甲が出てきて被告人らを認めるや矢庭に出刃包丁をもって被告人に突きかかって来たので、友人がステッキで甲を殴ったところステッキが折れてしまい、甲はなおも攻撃してきたので、被告人は前記日本刀で甲に斬りかかり傷害致死させたという事案]「被告人はこの甲の不正の侵害について早くから、充分の予期を持ち且つこれに応じて立ち向い敏速有力な反撃の傷害を加え得べき充分の用意を整えて進んで甲と対面すべく右叢附近に赴き彼の様子を窺っていた訳であるから、甲のこの不正の侵害は被告人にとっては急迫のものというべからざるものであり、又被告人が甲に加えた判例傷害行為は権利防衛のため止むを得ざるに出でたものというべからざるものである」。
- (72) 最決平成四・六・五刑集四六・四・二四五 [フィリピンパブ事件] は、共同正犯が成立する場合の

過剰防衛の成否につき、急迫性の主観化を徹底させて、積極的加害意思で臨んだ者にとっては急迫性が認められず、過剰防衛は成立しないが、積極的加害意思をもたなかった者には急迫性が認められ過剰防衛が成立するとした。このように、本決定によれば、急迫性という客観的要件が防衛者の主観によって相対化されることになる。

(73) 参照、内藤(注26)三三一頁以下、山中(注15。総論)四五三頁以下。なお、大塚(注34)三八三頁注4、同『刑法の基礎知識(1)』一九八二年・一三八頁以下は、急迫性は客観的に判断されるべきだが、被害者に積極的加害意思があるときは防衛の意思が欠如することを理由に、正当防衛の成立を否定する。

これに対し、西田(注34)一五四頁以下は、侵害は予期されるが、それでもなお、予期された侵害を回避しないことに合理的理由がある場合には急迫性を否定すべきでないが、しかし、そうでない場合には急迫性を否定するが、その判断に当たって、主観面も考慮する必要があるとして、最高裁昭和五二年決定を支持する。同旨、團藤(注21)二三五頁「単に予期された侵害を避けなかったというだけでなく、進んで、その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだとき」、急迫性に欠ける。平野(注26)二三五頁、内田(注26)八四頁注3、井田(注20)二七六頁、高橋(注15)二五九頁。川端(注15)三四〇頁は、「迎撃態勢が強化されればされるほど、迎撃者(防御者)の法益が侵害されるおそれは減少するので、防御者が、たんに防御するにとどまらず積極的に加害する意思を有しているばあいには、防御者の法益が侵害される可能性は失われ、むしろ、逆に、防御者の方が侵害者としての性質さえおびてくる」と論じて、「防御者が侵害を予期し積極的に加害する意思を有しているばあいには、侵害の急迫性が失われる」と論ずる。しかし、迎撃態勢が完璧に準備された場合、そもそも「侵害」そのものの存在が否定されよう。

(74) 大判昭和七・六・一六刑集一一・八六六。

(75) *Steininger*, (Fn. 15), 11. Kap Rn 22.

(76) *Nowakowski*, (Fn. 31), § 3 Rn 17; *Fuchs*, (Fn. 25. Strafrecht), 17. Kap Rn 20; *Steininger*, (Fn. 15), 11. Kap 23. 大塚(注34)三八二頁。

シュリヒターによれば、必要性の程度を超える自動銃の発砲に関して、次の三段階を踏んで被害者に明確且つ断定的に警告されている場合、防衛者は処罰されない。第一段階：文字警告(「注意：自動発砲装置」)、第二段階：警告射撃に相当する標識(罽褸)ないし音声警告、第三段階：物理的障害(柵による区分)。こういった警告にもかかわらず金庫破りをする者は、自発的且つ答責的自己危殆化であって、自動発砲は構成要件に該当しない、客観的に帰属できない自己危殆化への関与である。E. *Schlüchter*, *Antizipierte Notwehr*, in: *Lenckner-FS*, 1998, 313 ff.

(77) *Steininger*, (Fn. 32), § 3 Rn 43.

(78) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 27; *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 42; *Krey/Esser*, (Fn. 4), § 14 Rn 488.

これに対して、「急迫性」の要素を拡張することによって、正当防衛の成立を肯定するのが、*H. Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, 87「場合によって、これから先に生ずる違法な侵害の防御ですら防衛行為となりうる、なぜなら、防御行為が後になってはもはやできないからである(いわゆる正当防衛に似た状況)。このことは、とりわけ、後の強要や恐喝を防ぐために密かに録音することにいえる」、*Eb. Schmidhäuser*, *Strafrecht AT*, Lehrbuch 2. Aufl., 1975, § 9 Rn 94. 侵害というのはすぐに切迫している必要はない。「後に防御することができなくなるほど侵害行為の準備ができていときは常に急迫である」。本説(効率説)は通説の受け入れられるところとはならなかった。本説によれば、翌日の侵害が予告されているとき、今しか確実に侵害を阻止できず、後では、不可能ではないにしろ、侵害を阻止することが極めて難しい場合でも、「急迫性」が認められることになる。しかし、計画されたばかりのあるいは準備されたばかりの侵害は「急迫の」侵害でないし、そもそも侵害といえない。勇猛果敢な正当防衛権がかくも拡張されるなら、社会の平和秩序及び国の力の独占と相容れないと。*Lenckner/Perron*, (Fn. 15), Rn 13, 14 a.E.; *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 23; *Wessels/Beulke*, (Fn. 35), § 8 Rn 329; BGHSt 39, 133, 136, 137.

さらに、ドイツ刑法第三二条を類推適用する見解がある。H. Suppert, Studien zur Notwehr und notwehrähnlichen Lage, 1973, 356 ff, 371 ff, 382 ff. 本説は、防衛の必要性といったような他の要件を充足することと並んで、①攻撃者が侵害を予告していること、②予防防衛の行為をする者が今行為をせざるを得ないこと、すなわち、予防防衛者は、直ちに行動に出、これにより将来の侵害を免れるか、又は、侵害を後になってはもはや効果的に防御できなくなるかの二者選択に迫られている、③適宜に警察の援助が得られる可能性がない、しかも、侵害を回避することができないか、回避することが期待できない。本説も通説から受け入れられることはなかった。立法者は正当防衛権を認める前提として「現在の闘争状況」のあることを構想しているのに、この「苛烈な」正当防衛権を類推によって拡張することに疑問があること、予防防衛は正当化緊急避難を適用することで適切な解決ができると。Jescheck/Weigend, (Fn. 15), § 32 II 1d; Roxin, (Fn. 6), § 15 Rn 27; Kühl, (Fn. 15), § 7 Rn 42; Günther, (Fn. 53), § 32 Rn 74; Lenckner/Perron, (Fn. 15), § 32 Rn 16 f.

(79) Steininger, (Fn. 15), 11. Kap Rn 17; Roxin, (Fn. 6), § 15 Rn 27; Krey/Esser, (Fn. 4), § 14 Rn 495; BGH NJW 1979, 2053 (住まいに何度も現れたことのある覗き魔の夜の再来を危惧して、断固来させないためこの者に発砲して怪我を負わせたという事案において、急迫の侵害はない)。これに対して、西田(注34)一五二頁以下は、レストランの主人が、「今晚この家に忍び込んで強盗殺人をやろう」という客の話を聞いたので、直ちにその客を殴り倒したという場合、「地理的・時間的狀況から、官憲の救助を待つ暇のないとき、さらには、官憲の救助を求め得ないことに合理的理由のあるときは、急迫性を肯定」する。

(80) Fuchs, (Fn. 25. Strafrecht) 17. Kap Rn 29; Steininger, (Fn. 15), 11. Kap Rn 24.

(81) 丙に対する関係で、緊急避難説：Nowakowski, (Fn. 31), § 3 Rn 19; Triffterer, (Fn. 30), 11. Kap Rn 64; R. Moos, Salzburger kommentar zum StGB, 2005 § 10 Rn 25; Fuchs, (Fn. 25. Strafrecht), 17. Kap Rn 30; Kienapfel/Höpfel, (Fn. 30), Z 12 Rn 28; Steininger, (Fn. 32), § 3 Rn 46, Roxin, (Fn. 6), § 15 Rn 124. 同旨、大塚(注34)三八八頁、牧野(注34)三七三頁以下、植松正『再訂刑法概論 I 総論』[第八版]一九七四年・一六九頁、福田(注34)一五八頁注3、山中(注15. 総論)四七八頁、林(注20)一九二頁、井田(注20)二八五頁、浅田(注25)二二六頁(生命対生命の場合は責任阻却の緊急避難)。野村稔『刑法総論』[補訂版]一九九八年・二二九頁は、行為は正当防衛として正当化されるが、結果は緊急避難として違法性が阻却されるとする。なお、本来の緊急避難とはことなるものの、刑法第三七条に含めるのが、平場安治『刑法における行為概念の研究』一九六一年・一六七頁以下「一般緊急行為」、森下忠「緊急避難の法的性質」(中義勝編『論争刑法』所収)一九七六年・七三頁以下「準緊急行為」。

丙に対する関係で、正当防衛説：川端(注15)三四八頁(被侵害者の行為は防衛行為としてなされておき、それが正当化される以上、発生した結果についても全体的に評価されるべき)。中野次雄『刑法総論概要』[第三版補訂版]一九九七年・一九三頁(第三者の法益を侵害しないよう十分に配慮していたとき、第三者に結果が生じて違法でないとするべき)。本説は妥当でない。侵害行為と無関係の、不正の行為をしていない者に対する関係で正当防衛を認めることは妥当でないし、防衛行為の必要性の要素である「適格性」も欠如するからである。

丙に対する関係で、誤想防衛説：團藤(注21)二四二頁注29(誤想防衛であるが、過失があった場合には、さらに緊急避難が問題となる)。團藤説には、誤想防衛は違法性を阻却しないのに、さらに、緊急避難として違法性を阻却する余地を認めるところに問題がある。前田(注25)三三七頁以下、三九〇頁(主観的に正当防衛だと認識して行なった行為は誤想防衛の一種として故意責任が否定され、過失責任を問うるにすぎない)。たしかに、抽象的法定符号説からすると、丙との関係でも構成要件の故意が認められ、誤想防衛とすることで責任故意が認められないということになるのであるが、しかし、侵害者とは関係のない第三者との関係でも「誤想防衛の一種」を認めるところに問題がある。丙に対する関係では、具体的(法定)符号説に立ち、そもそも構成要件故意が否定されるべきなのである。なお、下級審判決(大阪高判平成一四・九・四判例タ一一四・二三九)に、被告人が、乱

闘騒ぎのなかで、相手方甲から木刀で危害を加えられそうになっている実兄を助け出して一緒に逃げるため、暴行の故意をもって、普通乗用自動車を急後退させたところ、甲に当てたほか、誤って実兄を轢死させたという事案で、誤想防衛の一種として、故意責任が認められないとしたものがある。丙に対する関係で犯罪成立説：曾根威彦『刑法の重要問題〔総論〕』[第二版]二〇〇五年・一〇八頁(丙に対する関係で違法であるが、しかし、通常、故意・過失が否定され、あるいは、期待可能性が不可能ないし困難であることから、責任が阻却される)、同旨、内藤(注26)三八八頁、高橋(注15)二七四頁。

(82) 内藤(注26)三八六頁以下、曾根(注81)一〇七頁、同『刑法における正当化の理論』一九八〇年・二二一頁以下。

(83) 参照、山中(注15。総論)四七六頁。

(84) *Fuchs*, (Fn. 25. Grundfragen), 17. Kap Rn 30. 同旨、草野豹一郎『刑法要論』一九五六年・六〇頁、柏木千秋『刑法総論』一九八二年・一七一頁、井田(注20)二八一頁。

乙の所有物に対する関係で、正当防衛説：牧野(注34)四五九頁、木村亀二『刑法総論』一九七八年・二六二頁、植松(注81)一七一頁、平野(注26)二三三頁、大塚(注34)三八九頁注一八、浅田(注25)二二五頁、山中(注15。総論)四八〇頁(対物防衛は正当防衛であるという立場から、甲が乙の所有物を利用して侵害するとき、「不正な侵害」をもたらす物という性質を有し、それに対して侵害することは、その所有物を支配管轄する乙にとって、不正対正であり、正当防衛が行なわれたことになり、その侵害は忍受すべき)。

(85) 内藤(注26)三八三頁以下、曾根(注81)一〇五頁、林(注20)一九一頁、高橋(注15)、二七三頁、香川達夫『刑法解釈学の諸問題』一九八一年・一二六頁以下。準正当防衛説：山口(注26)一六頁(他人所有物による侵害がある)。

(86) 広島高判平成六・一〇・三一判時一五四五・一一六(最決平成一一・二・一七刑集五三・二・六四の原審判決)。参照、東京地判八王子支決平成四・四・三〇判タ八〇九・二二六。

(87) *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 88 ff.; *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 42; BGH GA 1956, 49「防衛者は、複数の利用しうる防衛手段の中から、侵害者に最小の損害を与える防衛手段を選択しなければならない。しかし、この場合、防衛者は自己の所有物が損害を受けたり、自己の身体に傷害を受けたりすることを甘受する必要はない。防衛者には、危険の除去を確実に予期させるこういった客観的に効果的な手段を使用する権利がある。

我が国では、一般に、「やむを得ずした行為」は「必要性」と「相当性(Angemessenheit)」を含む概念であると理解されている。最判昭和四四・一二・四刑集二三・一二・一五七三。しかし、「やむを得ずした行為」に「相当性」を含めるのは無用である。我が国で相当性が要求されるようになったのは、一九二二年のいわゆるラートブルッフ草案第二条と一九二五年のドイツ刑法草案第二条の定める「その状況に相当な方法で(in einer den Umständen angemessenen Weise)」に影響を受けてからのことである。大正一五年(一九二六年)の「刑法改正ノ綱領」23項において「相当性」の規定がおかれることとされたのである。しかし、当時、「相当性」は「已ムコトヲ得サルニ出テタル」の解釈としてではなく、「公序良俗に関する一般原則」として理解されたのである。「相当性」が「已ムコトヲ得サルニ出テタル」の概念に含まれて理解されるようになったのは昭和三〇年代以降のことである。今日、「相当性」は、行為・結果無価値論的立場から、防衛行為が「公序良俗に反しない方法で行われ、かつ、軽微な権利を防衛するために侵害者の重大な法益に反撃を加えることは許されない」(大塚(注34)三九二頁)とか、結果無価値論的立場から、「相当性の原則とは、違法阻却事由としての性格から正当防衛に内在する制約を一般的に表現したものと見るべきであるが、その類型的な内容は、保全法益と侵害法益とが著しく均衡を失っていないことである」(内藤(注26)三四六頁)と論じられる。しかし、「相当性」によって制限される実体は多様であり、実体に即した具体的検討が必要であり、「相当性」概念で一括するのは無意味である。参照、山中(注15。正当防衛)二四九頁以下、同(注15。総論)四八一頁以下、齊藤(注15。正当防衛権の根拠)一四三頁以下。

- (88) 山本輝之「優越的利益からの根拠づけと正当防衛の限界」刑法雑誌第三五卷第二号（一九九六年）二一頁以下。
- (89) *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 95; *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 42.
- (90) *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 96; *G. Warda*, Die Eignung der Verteidigung als Rechtfertigungselement bei der Notwehr (§§ 32 StGB, 227 BGB), JA 1990, 344 ff. 毒物学者甲が睡眠中の乙に毒薬を注射した。それは、治療を加えなければ一週間内に無痛死を招くものであり、しかも、致死効果を妨げる薬は存在しない。一時的に延命する薬があるにすぎない。乙は注射を打たれた直後に目を覚まし、甲が空になった注射器を手をしているのを見て、甲に危険な、体内においては証明の難しい薬物を注射されたことに気づいた。乙は丙に助けを求めて、一緒になって甲を殴り、ようやく薬物の名前を言わせた。乙は病院で治療を受け、二週間後に死亡したという設例。
- (91) 最判昭和四四・一二・四刑集二三・一二・一五七三頁「刑法三六条一項にいう『已むことを得るに出でたる行為』とは、急迫不正の侵害に対する反撃行為が、自己又は他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のものであること、すなわち反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有するものであることを意味する」。本判決は相対的最小限対抗手段につき「相当性」という表現を用いている。
- (92) *Fuchs*, (Fn. 25. Grundfragen), 123; *Triffterer*, (Fn. 30), 11. Kap Rn 68 ff. 大判昭和二・一二・二〇評論一七・刑法一八「正当防衛ハ不正ノ侵害ニ対スル権利行為ナレハ防衛行為カ已ムヲ得サリシト為スニハ必シモ他ニ執ルヘキ方法ノ存シタリシヤ否ハ問フ所ニ非スト雖其ノ防衛行為タルヤ固ヨリ無制限ニ許容セラルヘキニ非ス自ラ一定ノ限度アリテ客観的ニ視テ適正妥当ノモノタラサル可カラス」。
- (93) *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 100, 103; *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 42 f.
- (94) *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 101 f.
- (95) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 45; *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 112; *Krey/Esser*, (Fn. 4), § 14 Rn 523; *Steininger*, (Fn. 15), 11. Kap Rn 26; BGH StrV 1999, 143 (145)「防衛行為がその先に結果を発生させる危険があるにもかかわらず必要だった場合、事後的に見て侵害を防御するために不可欠だったはいえなくても、その意欲されなかった結果も正当防衛によって正当化される」。
- 最判昭和四四・一二・四刑集二三・一二・一五七三（被告人が、貨物自動車の買戻しの交渉のため訪ねてきた者に左手の指をねじ上げられたので、痛さのあまりこれを振りほどこうとして右手で同人の胸の辺りを強く突いたところ、同人が仰向けに倒れ、附近に駐車中の自動車の後部バンパーに後頭部を強く打ち付けて、治療四五日を要する傷害を負ったという事案。被告人の過剰防衛であるとした原審判決を破棄差戻）「反撃行為が……侵害に対する防衛手段として相当性を有する以上、その反撃行為により生じた結果がたまたま侵害されようとした法益より大であっても、その反撃行為が正当防衛行為でなくなるものではない」。千葉地判昭和六二・九・一七判時一二五六号三頁〔西船橋駅ホーム転落事件〕（被告人女性が、駅ホーム上で、酒によって執拗に絡む男性によってコートの襟の辺りをつかまれたため、男性を引き離そうとその体を突いたところ、男性はホームから転落して、電車とホームに挟まれて死亡したという事案。正当防衛成立）。
- これに対して、防衛の結果を含めて「已むを得ない」か否かを判断するのが、東京地判八王子支判昭和六二・九・一八判時一二五六号一二〇頁〔ガードレール転落事件〕（因縁をつけられ、襟首を掴まれ、頭部を一回手拳で殴られ等の暴行を加えられ、さらに、ガードレールを背にした状態で靴を持った右手を振り上げて殴りかかってきた相手の胸倉附近を力いっぱい突き飛ばし、同人を約四〇メートル下の河川敷に転落させ死亡するに至らしめたという事案。過剰防衛にとどまる）「(ちなみに、刑法三六条一項にいう『行為』とは、それについて正当防衛という違法性阻却事由の存否が判断される対象を指称する概念であって、すなわち構成要件に該当すべき所為を意味するから、狭義の行為すなわち動作だけではなく、故意犯における結果と同様に結果的加重犯における結果を含むものと解しなければならず、いわゆる『相当性』の有無も、狭義の反撃行為だけではなく、その結果をも含めた全体について判断されるべきものである。)」

- (96) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 45.
- (97) BGHSt 27, 313 ff.; *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 45; *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 112.
- (98) *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 113.
- (99) *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 114 f.; *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 45; *Steininger*, (Fn. 15), 11. Kap Rn 46; BGHSt 25, 229 ff. 「血が流れる」と言われながら三人の男から攻撃された被侵害者が、警告射撃をしたが功を奏さなかったため、侵害者めがけて撃って殺害したという事案」被侵害者が任意に侵害から防御するために必要な防衛手段よりも穏和な手段を用い、その際、必要と思われる防衛を利用尽くしていたなら故意で招来することも許された結果を惹起する場合」、なお「必要性」は認められる。BGH, Beschl. v.21.7.2001 mit Anmerkung von *H. Otto*, NStZ 2001, 591 ff. (侵害者を過失で負傷させたが、防御行為として客観的に必要だったといえる限界内にあるとき、発生した結果は、具体的には防御者により意欲されておらず、この者に可能な注意を払えば避けられたといえる場合でも正当化される)。
- (100) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 47; *Steininger*, (Fn. 15), 11. Kap Rn 26; *Fuchs*, (Fn. 25. Grundfragen), 142 ff.; *ders.*, (Fn. 25. Strafrecht), 17. Kap Rn 36. これに対して、ベルンスマンによれば、国には生命を保護する義務があるという命題から、人を殺す正当防衛権は、侵害者が被侵害者の生命を攻撃するか、侵害の結果が視聴覚器官等を損傷する重い傷害、長期の監禁、拷問、性的不可侵性への攻撃といった長期の生活価値を減少させるにいたる場合にだけ認められる。但し、侵害者から叩きのめされ、これを免れるためには侵害者を刺し殺すしかないという場合、ドイツ刑法第三三条(過剰防衛)の適用により不処罰である。本条は強壯性情動にも適用されると。*K. Bernsmann*, Überlegungen zur tödlichen Notwehr bei nicht lebensbedrohlichen Angriffen, ZStW 104, (1992), 290 ff., 326. この見解には次のような批判が加えられる。ベルンスマン説は境界問題を解決できない(どのようにして被侵害者は自分に迫る侵害の重さを事前に判断できるのか)。さらに、過剰防衛を適用して不処罰とする場合、侵害者の生命はドイツ刑法第三二条(正当防衛)の適用がある場合よりも保護されなくなる。なぜなら、強壯性情動をも免責するなら私的制裁に繋がり、これは社会心理学的に極めて危険であると。*Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 48.
- (101) 大阪地判平成三・四・二四判タ七六三・二八四。
- (102) *Triffterer*, (Fn. 30), 11. Kap Rn 66.
- (103) *Nowakowski*, (Fn. 31), § 3 Rn 21; *Fuchs*, (Fn. 25. Grundfragen), 124; *Steininger*, (Fn. 15), 11. Kap Rn 27; *Lenckner/Perron*, (Fn. 15), § 32 Rn 34.
- (104) *Triffterer*, (Fn. 30), 11. Kap Rn 67; *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 30), Z 11 Rn 14; OGH 27.1.1981 mit Anmerkung von *Burgstaller*, JBl 1981, 444 f; *Jescheck/Weigend*, (Fn. 15), § 32 II 2b.
- (105) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 46; *Krey/Esser*, (Fn. 4), § 14 Rn 503 ff.; *Wessels/Beulke*, (Fn. 35), § 8 Rn 337 f.
- (106) *Fuchs*, (Fn. 25. Strafrecht), 17. Kap 34; *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 30), Z 11 Rn 15; *Steininger*, (Fn. 15), 11. Kap Rn 28 f. 最判平成一・一一・一三刑集四三・一〇・八二三 「被告人は、年齢も若く体力にも優れた甲から『お前、殴られたいのか。』と言って手拳を前に突き出し、足を蹴り上げる動作を示されながら近づかれ、さらに後ずさりするのを追いかけられて目前に迫られたため、その接近を防ぎ、同人からの危害を免れるため、やむなく本件菜切包丁を手にとった上腰のあたりに構え、『切られたいんか。』などと言ったというものであって、甲からの危害を避けるための防御的な行動に終始していたものであるから、その行為をもって防衛手段としての相当性の範囲を超えたものということとはできない」(銃砲刀剣類所持取締法第二二違反の罪は成立しない)。
- (107) *Steininger*, (Fn. 15), 11. Kap Rn 29.
- (108) *Fuchs*, (Fn. 25. Grundfragen), 17. Kap Rn 35; *Triffterer*, (Fn. 30), 11. Kap Rn 85; *Steininger*, (Fn. 15), 11. Kap Rn 28; *Roxin*, (Fn. 6), § 15 iRn 49.
- (109) *Fuchs*, (Fn. 25. Grundfragen), 138 f; *Steininger*, (Fn. 15), 11. Kap Rn 28; *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn

50.

(110) *Fuchs*, (Fn. 25. Grundfragen), 139; *Steininger*, (Fn. 15), 11. Kap Rn 28; *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 50.

(111) *Fuchs*, (Fn. 25. Grundfragen), 140; *Steininger*, (Fn. 15), 11. Kap Rn 28.

(112) *Steininger*, (Fn. 15), 11. Kap Rn 30.