

防衛行為による第三者の法益侵害について（二）
——違法性判断枠組についての解釈論的一考察——

百合草 浩 治

目次

- 第一章 問題の所在と考察の視座の設定
- 第二章 学説の現状とそれらについての違法性判断の観点からの検討（以上、一九四号）
 - 補説 ドイツにおける現在の議論状況
 - 第一節 はじめに
 - 第二節 現在の学説状況の概観
 - 第三節 通説の実質的な論拠の検討
- 第三章 若干の考察（以上、本号）
- 第四章 おわりに——自説の展望と残された課題——

補説 ドイツにおける現在の議論状況

第一節 はじめに

第二章において見てきたように、わが国では形式的な理由付けに基づいて議論を展開する学説が相対的に多数を占めているため、本稿では、より実質的な議論を試みるのであるが、その前提として、まず、この問題に関して、現在のドイツにおいてどのような議論が展開されているのかを、極めて簡単にはあるものの、概観しておくことにしたい。なぜなら、以下で詳しく論じるように、わが国の現在における相対的な多数説である「形式説（＝本来的な意味での緊急避難説）」の暗黙のうちに前提としてしまっているのが、ドイツの今日における通説的な見解の説いているところ、あるいは、それを基礎付けている実質的な論拠であると思われるからである。この問題についてわが国において実質的な議論を展開するうえでも、ドイツの議論状況を概観しておくことは極めて有益な視点を与えるものなのである。

第二節 現在の学説状況の概観

ドイツの現行法の三二条は、以下のように規定している。

「〔第一項〕正当防衛によって要請されている (geboten ist) 行為を行う者は、違法に行為するものではない。〔第二項〕正当防衛とは、自己又は他人への現在の違法な侵害を回避する (abwenden) ために必要な (erforderlich) 防禦

(die Verteidigung) である。²⁾

そして、防衛行為による第三者の法益侵害の問題は、主として「必要な防禦」の解釈として議論されている。わが国とは異なつて、ライヒ裁判所時代から判例のなかでもしばしばこの問題について論及されてきたことから、体系書あるいは註釈書等においても、ある程度、詳しく論じられている。以下、今日における代表的な体系書あるいは註釈書等における、この問題に關連する記述をまとめることとする。

防禦は、すでに概念的に、侵害者に対して(のみ)向けられていなければならない。³⁾そして、また、事柄の本質からして、正当防衛の名のもとに正当化される強度の闘争手段というものは、正当防衛行為が侵害者の法益と關係している限りにおいてのみ、正当な手段たりうる。このことは、また、侵害者の法益それ自体が侵害の一部として組み込まれていなければならないわけではない、ということでもありうる。⁴⁾これに対して、防禦が、同時に無関与の第三者に対して結果を生じさせる場合には、これは正当防衛によっては包摂されない。⁵⁾しかし、第三者に生じた侵害結果は、他の事由(たとえば緊急避難、推定的同意)に基づいて、正当化される。⁶⁾この見解は、正当防衛行為を(防衛行為者という)「(行為)主体」を顧慮して一体的に(einheitlich)判断するといふのではなく、(侵害者と第三者という)防禦の「客体」を考慮に入れて、これらを区別して、正当化的緊急避難あるいは免責的緊急避難の観点のもとで、防禦にとつて必要不可欠な第三者の権利侵害であるかどうかを評価するものである。⁷⁾この支配的な見解が原則的に妥当である。⁸⁾なぜなら、なにゆえに、侵害とは何ら関わりのない第三者が、自らの権利・利益への侵害を甘受し、そして自らの正当防衛権を喪失する、ということになるのか、その根拠が明らかではないからである。⁹⁾第三者自身にとつては、防衛行為者はむしろ、無関与の者や侵害者ではない者の法益に対する侵害者である

ようにさえ思われるのである。¹²⁾

しかしながら、防禦 (Vertheidigung) の付随結果としての無関与の第三者の法益侵害は、正当防衛によっては正当化されない、という原則に関して、部分的には、二つの例外があるとされている。¹³⁾ その第一は、侵害者が、侵害の実行 (Durchführung) に際して他人の所有物を使用する場合であり、¹⁴⁾ 他方は、防禦との関連において、公共の安全と秩序の保護に関する規定に違反する場合である。¹⁵⁾ しかしながら、正当防衛は、防衛行為者と侵害者との間の関係に限定されねばならないから、正当防衛のそのような「第三者効」は、ここでは、承認されえない。¹⁶⁾ このことに関して、いかなる必要性 (Bedürfnis) もまた存在しない。¹⁷⁾ 侵害者が使用する(たとえば、侵害手段として) 第三者の所有物の毀損は、「防衛的緊急避難を定めた」筆者註、以下同じ。) 民法二二八条、「攻撃的緊急避難を定めた」民法九〇四条に従って判断されうるし、そして、通例、この規定に従って正当化される。¹⁸⁾ また、公共の安全と秩序の侵害は、三四条に従って正当化されうる。¹⁹⁾ さらに、過失の欠如ゆえに責任がないという場合もある。²⁰⁾ このような解決は、ありうる事例形態の多様さを三二条の機械的な「第三者効」は正当に (gerecht) 評価しえないゆえに、より適切なものなのである。そして、それらの事由が不成立の場合には防衛行為者は、第三者の法益侵害について、事情によって故意犯あるいは過失犯として可罰的なのである。²²⁾

また、「わが国とは異なつて、責任阻却事由としての過剰防衛を定めた」三三条は、無関与の第三者の侵害の際には、妥当しない。²³⁾ 三二条におけるのと同様に、公共法益の侵害の際に三三条を結びつける、という例外は認めえない。²⁴⁾

第三節 通説の実質的な論拠の検討

以上に見てきたように、今日におけるドイツの圧倒的通説は「防衛行為が無関与の第三者の法益に対して結果を生じさせる場合には、この結果は正当防衛によつては包摂されない。」あるいは、「正当防衛は、防衛行為者と侵害者との間で問題とされるにすぎないのであり、正当防衛の『第三者効』は、ここでは、承認されえない。」という原則的立場をとっている。²⁵⁾

さらに、これを正当防衛の正当化根拠と結びつけて、説明しようとする見解が有力に主張されている。明示的に主張されている見解としては以下の二つが特に重要である。

その一つが、ロクシンの見解である。ロクシンは、「無論、個人の保護と並んで、いかなる正当防衛をも特徴付けているところの法の確証は、ただ、侵害者に対してのみ、そして、無関与の第三者に対してではなく、問題となるのである。」²⁶⁾と述べる。つまり、第三者の法益侵害結果は、正当防衛の正当化根拠に包摂されえないから、正当防衛による正当化が及びえないと解しているのである。

もう一つが、ヤコプスの見解であり、大要、以下のようである。²⁸⁾ すなわち、正当防衛状況を作り出したことについて答責的であることを根拠として、生じた結果についてどちらがその損害を負担するべきであるのか、という損害分配ないし危険分配の観点から、（事後的な観点に基づいて）正当防衛の成否を決定すべきである、とする。

本稿では、正当防衛の正当化根拠は何か、どう解するべきであるのかという点について、深く立ち入って議論することはできない。従つて、これらの見解の当否については論じえないが、少なくとも正当防衛とは何か、その正当化の作用（効果）がどこまで及ぶのかという点については、興味深い示唆が得られる。

つまり、前者の法確証の原理は、構成要件に該当する行為の違法性を止揚するものである。それに対して、後者の答責性原理は、発生した結果の違法性を中和するものである。従って、これらの見解は相矛盾するものではないと思われるのである。

いずれにせよ、正当な第三者の法益（特に、生命・身体）を害するような行為が三二条の正当防衛規定によって正当化されるということは、ドイツの現在の学説状況ないし理論状況を考慮に入れる限り、ほとんど考えられないのである。

註

- (1) この問題についてのドイツの議論の紹介及び分析・検討に関しては、すでに、森下忠「正当防衛と緊急避難との限界領域」岡山大学法経学会雑誌二二巻四号（一九六三年）四〇九頁以下、佐久間修「防衛行為による第三者の侵害」同『刑法における事実の錯誤』（一九八七年）三三三頁以下（初出、法政論集（名古屋大学）九一号・九二号（一九八二年））、西村秀二「方法の錯誤、正当防衛における第三者侵害」堀内捷三・町野朔・西田典之（編）『判例によるドイツ刑法（総論）』（一九八七年）八五頁以下（初出、警察研究五三巻三号（一九八二年））、斉藤誠二「正当防衛と第三者」『変動期の刑事法学・森下忠先生古稀祝賀・上巻』（一九九五年）二一九頁以下が存在する。なお、本稿においては、この問題についてのライヒ裁判所時代からの学説の流れは、「学説史」という形としては扱わずに、主として今日の学説状況を中心に、現在の学説状況に関わる限りでとりあげることにする。なぜなら、後に論じるように、この問題は、歴史的に見ると、「正当化的緊急避難」概念の生成・発展と密接不可分に結びついているため、「防衛行為による第三者の法益侵害」の学説史のみを独立して論じるのは、全体的な議論状況を精確に把握しようとするうえで適切さを欠いたものと思われるからである。「正当化的緊急避難」概念の生成・発展についての学

説史とともに、今後の課題としておきた。

- (2) 訳出に際しては、法務大臣官房司法法制調査部(編)宮澤浩一(訳)「ドイツ刑法典」(法務資料第四三九号、一九八二年)一四頁を参考にやせてもらった。
- (3) 「ベグリフ」(概念語 (begrifflich)) 「アムト」(職務) Lenckner = Perron, in Schönke / Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., 2001, § 32 Rn. 31 (S. 613) ただし、「ロマンツェ」(小説) 「ニハ」(茶)の文語は、「ノ」(を)をばくちの語彙に用いるなら「カ」(と)とせ。Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. Aufl., 1997, § 15 Rn. 106 (S. 602) 「コレ」(これ) 「キヤール」(二項)の「侵害」の「アムト」(文語)は、「ノ」(を)限定を導く用なら「アムト」(と)とせ。Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2002, § 7 Rn. 84 (S. 170)
- (4) Baldus, LK, 9. Aufl., 1974, § 53 [a.F.] Rn. 27 (S. 53) ; Baumann / Weber / Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 1995, § 17 Rn. 20 (S. 318) ; Blei, Strafrecht I, 18. Aufl., 1983, § 39 II 2. (S. 144) ; Herzog, NK, 2. Aufl., 11. Lieferung, 2001, § 32 Rn. 54 ; Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, 12. Abschn. V Rn. 28 (S. 392) ; Jeschek / Weigend, Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 333 ; Lackner / Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24. Aufl., 2001, § 32 Rn. 18 (S. 205) ; Lenckner = Perron (o. FuBn. 3), § 32 Rn. 31 (S. 613) ; Günther, SK, 7. Aufl., 31. Lieferung, 1999, § 32 Rn. 84 (S. 36) ; H. Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 6. Aufl., 2000, § 8 Rn. 42 (S. 110) ; Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 107, 299f. ; Samson, SK, 2. Aufl., 1977, § 32 Rn. 18 (S. 276) ; Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1984, § 6 Rn. 70 (S. 157) ; Spendel, LK, 11. Aufl. 3. Lieferung, 1992, § 32 Rn. 204 (S. 103) ; Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2000, § 9 Rn. 72 (S. 178) ; Tröndle / Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 50. Aufl., 2001, § 32 Rn. 15 (S. 257) ; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, § 14 II 3. (S. 87)
- (5) Lenckner = Perron (o. FuBn. 3), § 32 Rn. 31 (S. 613) ; Kühl (o. FuBn. 3), § 7 Rn. 84 (S. 170f.) ; シンケンネルは「アムト」(を)を「防衛」が必要性の範囲内なら「アムト」(と)とせ。Spendel (o. FuBn. 4), § 32 Rn. 204 (S. 103)
- (6) Lenckner = Perron (o. FuBn. 3), § 32 Rn. 31 (S. 613) ; Roxin (o. FuBn. 3), § 15 XI Rn. 110 (S. 604), ⅡⅢ「アムト」 Spindel (o. FuBn. 4), § 32

防衛行為による第三者の法益侵害について (二) (百合草)

Rn. 204 (S. 103)

- (7) Lenckner = Perron (o. FuBn. 3), § 32 Rn. 31 (S. 613); H. J. Hirsch, LK., 11. Aufl., 16. Lieferung, 1994, Vor § 32 Rn. 66 (S. 146f.)
- (8) Lenckner = Perron (o. FuBn. 3), § 32 Rn. 31 (S. 613)
- (9) Spendel (o. FuBn. 4), § 32 Rn. 204 (S. 103); 同註¹⁶ H. J. Hirsch (o. FuBn. 7), Vor § 32 Rn. 66 (S. 146) 「正當化事由は、それと関連する、それだけの構成要件充足」に關してのみ違法性と対立する。」と云ふことを根拠とする。
- (10) Spendel (o. FuBn. 4), § 32 Rn. 205 (S. 104); 結論のみをみるのみ、Maurach / Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 8. Aufl., 1992, § 26 II Rn. 50 (S. 370)
- (11) Spendel (o. FuBn. 4), § 32 Rn. 205 (S. 104)
- (12) Spendel (o. FuBn. 4), § 32 Rn. 205 (S. 104); Roxin (o. FuBn. 3), § 15 XI Rn. 106 (S. 602)
- (13) Lenckner = Perron (o. FuBn. 3), § 32 Rn. 31 (S. 613); Spendel (o. FuBn. 4), § 32 Rn. 205 (S. 104)
- (14) Spendel (o. FuBn. 4), § 32 Rn. 210f. (S. 106); Tröndle / Fischer (o. FuBn. 4), § 32 Rn. 15 (S. 257); Baumann / Weber, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1985, § 21 II c) (S. 309f.) なお、ミツチエが加わった第10版におつては、その見解は維持されつゝなご。
- (15) 第一の場合の例外を許容し、第二の場合の例外を認めることに對してのみこれに反對する見解として、Spendel (o. FuBn. 4), § 32 Rn. 205 (S. 104); Tröndle / Fischer (o. FuBn. 4), § 32 Rn. 15 (S. 257); Baumann / Weber (o. FuBn. 18), § 21 II c) (S. 309f.) なお、ミツチエが加わった第10版におつては、その見解は維持されつゝなご。
- (16) Lenckner = Perron (o. FuBn. 3), § 32 Rn. 32 (S. 614); Esser / Burkhardt, Strafrecht I Schwerpunkt Allgemeine Verbrechenselemente, 4. Aufl., 1992, III Rn. 53 (S. 113); Günther (o. FuBn. 4), § 32 Rn. 84 (S. 36); 結論のみをみる同註¹⁷ Roxin (o. FuBn. 3), § 15 XI Rn. 108f. (S. 603f.); ミツチエは、「これらの例外は、ドクマテイクのうえでは根拠付けられないし、また、必要不可欠のものではない。」と云ふだけ、その根拠は明示してつゝなご。 Baumann / Weber / Mitsch (o. FuBn. 4), § 17 Rn. 21f. (S. 318)

- (17) Lenckner = Perron (o. Fußn. 3), § 32 Rn. 32 (S. 614)
- (18) Lenckner = Perron (o. Fußn. 3), § 32 Rn. 32 (S. 614); Roxin (o. Fußn. 3), § 15 XI Rn. 109 (S. 604); これに反対する見解として 'Spindel (o. Fußn. 4), § 32 Rn. 210f. (S. 106) なお シンベンデルは、第三者の所有物が侵害手段として用いられた場合に「民法上の善意者」に関する法理を援用しようとする。ただし、その展開されている論理は、かなり理解困難なものである。
- (19) Lenckner = Perron (o. Fußn. 3), § 32 Rn. 32 (S. 614); Spindel (o. Fußn. 4), § 32 Rn. 208f. (S. 105f.); Roxin (o. Fußn. 3), § 15 XI Rn. 108 (S. 603); Vgl. RGSf. 21 168, OLG Celle NJW 1969 1775
- (20) Spindel (o. Fußn. 4), § 32 Rn. 206 (S. 104)
- (21) Lenckner = Perron (o. Fußn. 3), § 32 Rn. 32 (S. 614)
- (22) Spindel (o. Fußn. 4), § 32 Rn. 206 (S. 104); Roxin (o. Fußn. 3), § 15 XI Rn. 106 (S. 602)
- (23) Lenckner = Perron (o. Fußn. 3), § 33 Rn. 10 (S. 634); Spindel (o. Fußn. 4), § 33 Rn. 16f. (S. 178ff.); Roxin (o. Fußn. 3), § 22 B v Rn. 91f. (S. 864f.); Eser / Burkhardt (o. Fußn. 20), IV Rn. 61 (S. 113f.); Rudolphi, SK., 7. Aufl., 31. Lieferung, 1999, § 33 Rn. (S. 3)
- (24) Lenckner = Perron (o. Fußn. 3), § 33 Rn. 10 (S. 634)
- (25) なお、判例 (RGSf. 23 116f., 58 27 insbe 29, BGHSt. 5 245 insbe 248) においても、同様の判示がなされている。しかしながら、これらは、「正当化的緊急避難」の概念がいまだ確立されていなかったり、あるいは、刑法典に実定化される以前であったり、という時代的な制約のもとで出されたものであり、今日の三二条の解釈と示されているわけではない、という点に留意するべきである。
- また、学説史一般ないし学説の系譜を扱わなかったということもあり、戦前に主張されていた有力な反対説の検討も本文では扱わなかった。ただ、フランクと M・E・マイアーの見解は今日においても、体系書ないし註釈書等においても、しばしば、(どちらかといえば、歴史的な意味合いが強いいえようが)、異説として紹介されている。ただ、①正当化的緊急避難概念

が、なお、生成・発展の途上であり、ライヒ裁判所においても承認を受ける前であった、ということもあり、また、②今日とは異なつて、「正当防衛の社会倫理的制限」という正当防衛権の制約も一部の学説において主張されるにとどまっていた、いいかえれば、広範な正当防衛権が基本的には承認されていた、という歴史的な経緯のもとで主張された見解である、ということを含象しては、この見解の可否は議論されえない、と思われる。従つて、この問題の現在の議論状況にだけ焦点を絞つた本稿では、これらの見解は本文中においては取り上げなかつたのである。逆にいえば、これらの見解を直接援用しようとするのは、今日の学説状況においては、やはり飛躍したものと云わざるを得ないのではなからうか。

(26) Roxin (o. FuBn. 3), § 15 XI Rn. 106 (S. 602)

(27) Roxin (o. FuBn. 3), § 15 I Rn. 1ff. (S. 550ff.) ロクシンの「」の立場が、現在の通説的見解である。Vgl. Kühl, Notwehr und Nothilfe, Jus 1993, 177ff.; ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2002, § 7 Rn. 6 ff. (S. 135ff.)

(28) 同旨, Leneker = Perron (o. FuBn. 3), § 32 Rn. 31 (S. 613); Kühl (o. FuBn. 3), § 7 Rn. 84 (S. 170f.)

(29) この点で、忘れてならないのは、①生命利益侵害の原則禁止ということであり、また、②正当化的緊急避難を定めた三四条においては、衡量の対象として、生命・身体の利益を原則として含んでいない、あるいは、含みえない、と解されている、ということである。さらに、法秩序の統一性を、いわば絶対視し、いわゆる硬い違法性二元論が圧倒的通説となつている理論状況において、生命利益侵害を緊急避難の名のもとに正当化する、ということを許すことは、結果として、他の法律、特に民法上の不法行為に基づく損害賠償請求も許されない、ということをも意味するのである。

第三章 若干の考察

前章においてみてきたように、防衛行為による第三者の法益侵害について、基本的には、正当防衛規定によっては正当化されえない、という原則は、わが国における相対的多数説がその結論において主張し、ドイツにおいては実質的な根拠に基づいて主張されているように、このことは承認されてしかるべきであるように思われる。

なぜなら、ドイツと同様に、違法性を阻却する効果をもつ緊急避難規定をもつわが国の刑法の解釈としては、侵害とは無関係の第三者の法益侵害は正当防衛規定ではなく、緊急避難規定によって扱われるとするのが、原則としては、理論的にも実際的にも妥当であるといえよう。

しかしながら、従来の正当防衛あるいは誤想防衛、過剰防衛における議論をみると、理論的には若干の疑義が生ずるように思われるのである。

正当防衛が成立するためには、防衛行為の必要性・相当性が成立要件として要求され、また、誤想防衛が論じられる際にも、正当化事情ないし違法性阻却事由の前提的事実が存在することを誤認したことについて、その相当性が要求されている。抽象的に言えば、違法性判断における、ex tunc（行為時に立った仮定的判断）が部分的に承認されている。

このことを前提として、防衛行為による第三者の法益侵害の問題を考えると、たしかに、行為時において、行為者が第三者の法益を侵害することについてその可能性を予見しつつ行為に出た、あるいは、客観的に見て、当該行為が第三者の法益を侵害する蓋然性が認められるという場合には、その侵害ないし危殆化は正当防衛規定ではなく緊急避難規定が妥当すべき問題領域であろう。しかしながら、そうではない場合、すなわち、行為者においては第

三者の法益侵害の可能性を予見せず、あるいは、行為時点においては客観的に見ても第三者の法益を侵害する可能性はほとんどなかった、という場合には、この行為は避難行為というよりはむしろ防衛行為なのではなからうか。第一章第一節で取り上げた中野教授、川端教授の見解もまさにこのような場合を想定して論じられていると解すべきなのではなからうか。

仮にそうであるとして、これらの見解を批判する多数の学説が主張する点、すなわち、結果として第三者の法益を侵害している場合に第三者に生じた結果まで正当防衛規定による正当化が及ぶと解することは妥当ではない、という点をどう考えるべきなのであろうか。

ここで、参考となるのは相当因果関係論ないし客観的帰属の理論である。すなわち、構成要件に該当する結果がたしかに行為から発生したという場合であっても、いいかえれば、若干不正確ではあるものの、事実的因果関係が認められる場合であっても、ある事情が存在する場合、ないしは、存在しない場合には、法的因果関係を認めない、あるいは、結果の行為への帰属を認めない、という法理論がすでに確立されている。たとえば、既遂結果が発生していたとしても、その結果が行為に帰属しない場合には、既遂結果が発生しているにもかかわらず、未遂犯の成否がさらに論じられているのである。

このことから、以下の推論が可能であるように思われる。つまり、第三者の法益侵害が実際に生じていたとしても、行為がその危険性を行為時に持っていない場合には、その行為に結果は帰属しない、ということである。そして、その行為が行為時を基準時として正当防衛行為と判断しうる場合には、行為が正当化されるため、行為はその違法性が阻却されるのである。

以上のことは、極めて当然のことを述べているに過ぎない。ただ、事実の錯誤における具体的事実の錯誤(特に、

打撃の錯誤）において、抽象的法定符合説がなお多数説とされ、相当因果関係においてなお、折衷説が通説であるとされる現在の学説状況において、このことを改めて主張し、確認しておくことは、本稿の扱ってきた問題に関する極めて錯綜した議論状況の整理として、なにかの寄与をなしうるよう思われてならないのである。

しかしながら、問題はこれですべて解決したわけではない。実際には、解決しなければならぬ関連する論点は何にも数多く存在する。これらについては、章を改めて論ずることにしたい。