

研究ノート

ドイツ刑事判例研究(十九)

鈴木彰雄

被害者の挑発による正当防衛権の制限が認められないとされた事例
(ドイツ刑法32条)

有責な挑発によって正当防衛権が制限されるのは、個別事案の全事情を合理的に評価して、その侵害が被害者の義務違反の相当かつ予見可能な結果であると考えられる場合に限られる。

BGH, Beschl. v. 25.6.2009 – 5 StR 141/09

[NStZ 2009, 626 = JuS 2010, 172]

《事実の概要》

原審 (LG Leipzig) は、大要以下のような事実に基づいて、被告人を危険な傷害罪 (刑法 223条1項、224条1項2号) により有罪とした。

被告人は、比較的広い庭の敷地内で、環境に有用な植物の栽培、小動物の飼育、および養蜂

を営んでいた。彼はまた、温室の中でカンナビス (インド大麻) を栽培し、採取したハシシュを – LG が認定したように – 自分の健康の増進に利用し、また養蜂にも一煙化させてミツバチを沈静化させるために一使用していた。

2007年の秋に、被告人の敷地内に窃盗犯人が侵入したことが何度かあった。そのうちの1件では、E、M、および本件の附帯私訴人であるMeの3人の若い男が、被告人の敷地の [境界の] 垣根を乗り越えて侵入し、温室の覆いを破って大麻草を盗んでいった。

その後の同年10月16日の昼過ぎに、またしてもEが垣根を乗り越え、温室を破ってカンナビスを盗もうとした。これを見つけた被告人はEに立ち向かい、刺激性のスプレー (Pfefferspray) を使用した。Eは耕地を横切って逃走したが、隣地の端に置いていた自転車をその場に残していった。被告人はその後、この自転車を隣接する藪の中に隠した。

EはMとMeに連絡した。その3人は、自転車を取り戻し、被告人を殴りつけ、さらに大麻草を盗み取ろうと企てた。そこで、Mは乗用車を停めて待機し、体のきゃしゃなEはとりあえずその敷地の外で待っていた。体重が90kgで身体を十分に鍛えていたMeが、自転車とそこにいると思われる被告人を捜すために被告人の敷地に入った。Meは忍び足で侵入したが、温室の入口の前で、その間にこれに気づいていた被告人に出会った。被告人は仕事に使っていたナイフ (長さ15cm、刃長5.5cm) を右手に持っていた。両人はすぐにつかみ合いになり、Meは被告人の胸倉をつかんでそのまま攻撃に移った。Meは被告人の首を前方から挟みつけ、その息を止めた。被告人は死の恐怖を感じたのでナイフを使おうと思い、はじめにMeの骨盤の上の左脇腹の辺りを強く刺し、次の刺突によって肋間筋と肋膜に傷害を与え、さらに3回目の刺突によって顎に傷害を負わせるとともに、Meが頭を左へ動かしたことにより首の左側の頭板状筋 (Kopfwendermuskel) の後ろに傷害を負わせた。

原審は、被告人の罪責について、Meが首を

挟みつけたことに対して自分の身を守り、自己の所有権と住居権を防衛しようとしたが、Eの自転車を隠すという挑発行為によって正当防衛状況を生じさせたのであるから、そうした限られた正当防衛権の範囲内においては、ナイフで強く刺すという権利はなかったとした。

原審の参審法廷は、危険な傷害罪と、所為単一の関係にある軍事用武器の不法所持、2件の禁制品の故意による不法所持、弾薬類の不法所持、および少量とはいえ麻薬の不法所持の罪を併合罪（Tatmehrheit）として、被告人を2年の総合自由刑に処し、その執行を猶予した。被告人が事実的非難（Sachrüge）を理由として上告したところ、BGH第5刑事部は以下のように判示してその上告の一部を認めた。

《決定理由》

2. このような「原審の」評価は、実体法的検討に耐えられない。たしかに、個別事案の全事情を合理的に評価して、その侵害が被侵害者の義務違反の相当かつ予見可能な結果であると考えられる場合には、有責な挑発によって正当防衛権が制限されることがあると認められる（vgl. BGHR StGB § 32 II Verteidigung 11 und 18 – jew. mwN）。しかし、本件はそのような場合ではない。

そもそも、自転車を隠したことによって、身体の完全性への侵害に対する被告人の正当防衛権が制限されうるかが、すでに疑わしい。いずれにしても、Meの侵害はそれと何ら関連しない。その侵害は、Eが追い出されたことから被告人を殴りつけてやろうという、Meとその仲間の決意に基づいて行われたものである。被告人の正当防衛権はこれによって制限されない。

3. 被告人のナイフによる3回の刺突は、依然として刑法32条2項の意味で必要な防衛であった。これについて、連邦検事総長（GBA）はその申立書の中で次のように述べている。「それらの行為は、侵害を終了させるに適した行為であった。たしかに、被侵害者は侵害に対

してもっとも穏やかな手段を選択しなければならない。危険を決定的に排除することを確実にするために、どのような手段がどの程度有効であるかという問題を判断するためには、侵害の強さ、侵害者の危険性、および用いることのできる防衛手段が重要である。

その場合に、被侵害者は、不十分な防衛行為を行うことによる危険や、身体の完全性に対する些細な被害を超える被害が生ずる危険にさらされる必要はない。防衛行為の必要性は、事前の（ex-ante）考察によって決定されなければならない。その基準となるのは、被侵害者の状況に置かれた思慮深い第三者ならば、侵害の時点に存在し、客観的に認識しうる諸事情をどのように判断したであろうか、ということであり、その際に刑法32条は（原則として）利益衡量を前提としていないのである。これらの原則によれば、LGと同様に、仮に殺人の未必の故意を認めたとしてもナイフの使用は正当化される。すなわち、被告人は、Meの挟みつけによって、ナイフの使用を「Meに」告知し、あるいは身体「より危険でない」部位を刺すことを被告人に期待できるような状況にはなかった。被告人の反論の余地のない主張によれば、Meの挟みつけが被告人の呼吸を困難にし、それによって同人は死の恐怖に陥っていたからである。」と。

当刑事部はこれに同意する。すなわち、明確に認定された事実によれば、被告人には、体力の勝ったMeの継続的な挟みつけに対して、1回や2回の刺突の効果を待つことは期待できなかったからである。

4. 当刑事部は、正当防衛権の制限を認めうるような諸事情を新たな公判が明らかにしうるとは考えないので、その点について、連邦検事総長の申立書に基づいて被告人を無罪とする。

《研究》

1. ドイツ刑法32条「正当防衛」によれば、正当防衛が成立するためには、その行為が自己または他人を現在の違法な攻撃から回避させる

ために「必要な」(erforderlich)ものであり、また、それが正当防衛によって「要請された」(geboten)ものでなければならない。¹⁾ 前者の「必要な」は、防衛行為が、攻撃に対する防衛として適性を有する (geeignet) ものであるとともに、用いることのできるもっとも穏やかな (mildest) 対抗手段でなければならないことを意味する。これに対して、後者の「要請された」は、防衛行為が権利の濫用に当たる場合にこれを制限する規範的なメルクマールであるとされる。²⁾

ドイツの支配的な学説によれば、正当防衛は、何びとも侵害者による自己の法益の侵害を甘受すべき義務はないという個人法的な保護原理 (Schutzprinzip) と、正当防衛を行う者は、いわばその場に存在しない国家権力に代わって不正に対して正を防衛するという意味で、法秩序の妥当性を擁護するという社会法的な「法確証の原理」(Rechtsbewährungsprinzip) を根拠とするが、防衛行為が「要請された」ものでなければならないという要件は、この「法確証の原理」に基づく内在的な制約であるとされる。この要件が問題になるのは、具体的には、①防衛行為の結果が差し迫った損害と著しく均衡を欠く場合、②子ども、精神障がい者、明らかに錯誤に陥っている者、あるいはその他の責任なく行為する者の攻撃が問題になっている場合、③夫婦等の密接な家族関係にある者、あるいは保障人的立場にある者の間で正当防衛が行われた場合、④被侵害者が意図的に、あるいは非難しうる態様で侵害を挑発した場合、すなわち「挑発防衛」(Notwehrprovokation) に当たるとされる場合である。³⁾

本件では、被告人がナイフでMeを刺して傷害を負わせたことについて正当防衛が成立しうるかが争われたが、Meの違法な攻撃が始まる前に、被告人がEの自転車隠したという事実があることから、この挑発的な先行行為によって被告人の正当防衛権が否定ないし制限されるのではないかが問題になった。これについて原審は、被告人には原則的に正当防衛が成立しうるが、同人はEの自転車を隠すという挑発行為

によって正当防衛状況を生じさせたのであるから、それによって正当防衛が認められる範囲が限定され、その範囲内においてはMeをナイフで強く刺す権利はなかったとした。これに対してBGHは、被告人の上告の一部を認め、本件は有責な挑発によって正当防衛権が制限される場合ではなく、また、防衛行為の必要性 (Erforderlichkeit) も認められるとして、危険な傷害罪 (224条1項2号) ⁴⁾ について被告人を無罪とした。

2. ライヒ裁判所 (RG) の時代から1950年代に至るまで、正当防衛においては「正は不正に譲歩する必要はない。」という古典的命題が支配的であった。⁵⁾ この考え方によれば、防衛行為が違法な攻撃に対する防衛として適性を有するものであり、用いることのできるもっとも穏やかな対抗手段であると認められれば、原則として正当防衛が成立することになる。しかし、この一見して反論の余地のない命題に対して、過去50年間の学説と判例の中で、「権利濫用の思想」あるいは「法確証の理念」に基づく「正当防衛権の制限」の問題が論じられるようになった。⁶⁾ その1つが、上記④の挑発にかかる正当防衛の制限の問題であった。⁷⁾

今日の学説の一般的な理解によれば、被侵害者 (すなわち挑発者) が、正当防衛に藉口して侵害者 (すなわち被挑発者) を害するために、意図的にその侵害を挑発して防衛行為に及んだ場合 (いわゆる「意図的挑発」の場合) には、その行為は権利の濫用になり、被侵害者は正当防衛権を行使することができない。この場合には、その挑発行為が違法であるか、あるいは社会倫理的に否認されるべきものであるかにかかわらず、実際には被侵害者こそが侵害者であり、また、被侵害者には防衛の意思が認められず、もっぱら攻撃の意思で侵害者を害したことになるからである。⁸⁾ これに対して、被侵害者に挑発の意図がなく、単に非難しうる挑発行為によって正当防衛状況を生じさせた場合には、正当防衛権は否定されないものの、その行使は一定の制限をうける。すなわち、まずもってその惹

起について責を負う侵害をできるだけ回避しなければならず、回避する可能性がない場合には期待可能な限界まで防御的な防衛 (Schutzwehr) に止めなければならず、その限界を超えた場合にはじめて攻撃的な防衛 (Trutzwehr) に出ることが許され、その場合には「攻撃は最大の防衛」という意味で一侵害の強度に応じて武器を手に取り、あるいはきわめて緊急性の高い場合には侵害者を殺すことも可能であるとされる (いわゆる「三段階論」(Drei-Stufen-Theorie))。⁹⁾

これに対して、少数説が主張する「原因において違法な行為」(actio illicita in causa) の理論は、挑発者も正当防衛状況において完全な正当防衛権を保持するが、その前段階 (すなわち原因) において正当防衛状況を許されない態様で生じさせたことについて、故意犯または過失犯として可罰的になると主張する。¹⁰⁾ これによれば、後の侵害を意図的・故意的に挑発した場合には、侵害者を害する行為それ自体は正当防衛として正当化されるが、挑発行為はその侵害者を傷害ないし殺害する行為の実行の着手となるので、侵害者を害する行為が故意犯として処罰されることになり、また、後の侵害を過失により挑発した場合には、侵害者を害する行為それ自体は正当防衛として正当化されるが、挑発行為は侵害者の傷害ないし殺害の結果を過失により生じさせたものとして、これを過失犯として処罰しようと主張する。この理論によれば、被侵害者の可罰性は、現実の正当防衛状況における行為 (actio) ではなく、それに先行する原因 (causa) から生ずることになるので、厳密に言えば正当防衛の制限の問題ではないことになろう。¹¹⁾

しかし、この理論に対しては、a.侵害者を害する行為が正当化されるのに、侵害者を挑発する行為がなぜ違法となるのか、b.挑発を契機とした侵害者の侵害の決意は法的な意味で自由なものであるから、挑発行為と侵害者に生じた結果との因果関係ないし客観的帰属が否定されるのではないか、c.意図的・故意的な挑発の場合に、挑発行為の中に認められるたとえば侮辱行為が、なぜ傷害罪や殺人罪の構成要件に該当す

る行為といえるのか、d.過失的な挑発の場合に、挑発の時点で注意義務に違反する行為があるといえるのか、等の疑問が提起されている。¹²⁾

3. では、その際に問題となる挑発的な先行行為とはいかなる性質の行為をいうのであろうか。これについて支配的な学説は、正当防衛権を制限する挑発行為は「違法な」行為でなければならないとする。たとえば、ロクシン (Roxin) が、「違法性の限界を下回る社会倫理的に否認されるべきことは、もはや法的なカテゴリーをもって把握することができず、したがってきわめて漠然としたものである。社会倫理的な非難に値するにすぎない者も、なお法に基づいて行動しているのであるから、それが正当防衛を制限する効力をもつとすべきでない。」といい、¹³⁾ レンギール (Rengier) が、「社会倫理的な諸基準に依拠すると、法的判断を可能にする (justiziabel) 輪郭を獲得することができなくなる。それによって、人の妨げになるような何らかの行為態様、たとえば大声による論争までもが、すべて挑発的な行為とされてしまう危険がある。したがって、法的安定性のために、違法な先行行為を必要とする支配的な学説に賛成すべきである。」とするのがこれである。¹⁴⁾

これに対して判例は、正当防衛を制限する挑発行為は必ずしも違法な行為であることを要せず、社会倫理的に否認されるべき行為であれば足りるとする。この立場によれば、法的に禁止されていないマナー違反行為、いやがらせ行為、嘲弄的言辞等も、状況により挑発行為に含まれることになる。¹⁵⁾ その例が以下の2件のBGH判例である。

①BGHSt 42,97 (Urt.v.21.3.1996-5.StR 432/95) ¹⁶⁾

54歳の被告人は、12月のある日の午後、仕事から帰宅するために自分の居住地まで24分かかる快速電車に乗り、1等のコンパートメントの窓側に座っていた。そのコンパートメントのドア側に座っていた19歳から24歳くらいのJは、車掌の検札の際に2等の切符を買い、いったんはそのコンパートメントを出たが、間もなくそ

の席に戻ってきた。Jは酒に酔い、空になったビール缶を持ち、コンパートメント内にビールの臭いを漂わせていた。一人になりたいと思った被告人は、Jに邪魔されていると感じ、寒気を入れてJをコンパートメントから出て行かせようと考え、窓を開けたところ、Jは寒気を感じ、立ち上がってその窓を閉めた。そうした窓の開閉が2度くり返され、両人は言い争いになった。被告人が3度目に窓を開けたところ、Jがこれを閉め、拳を振り上げて、今度窓を開けたら殴打すると脅した。被告人は鞘付きナイフを取り出し、刃体が見えるように鞘から抜き、暴力沙汰になったらナイフを使って身を守る意思があることを示した。コンパートメントの中はさほど暗くなかったので、被告人はJがナイフを見て暴力を振るうことはないだろうと思い、もう一度窓を開けた。今度はJが、被告人を脅して手拳で殴打するために立ち上がり、被告人の顔に向けて両手を伸ばして重大な侵害を加えるかのような態度を示した。被告人は、立ち上がる時間がなかったので、脇に掛けてあった上着から上記のナイフを取り出し、覆いかぶさってきたJの上腹部を8回から10回、狙いを定めずに上に向けて刺した。Jが少し後退したので、被告人は立ち上がり、コンパートメントの中で格闘が始まった。被告人はそのナイフで、Jの背中を5、6センチメートルの深さまで刺し、その後頭部の2か所に創傷を与え、さらにその腹部を強く殴打した。Jはそのナイフを奪おうとしたが、被告人がこれを持ち続け、Jの継続的な侵害に抵抗した。その後両人はドア近くの座席に倒れ込み、その間にコンパートメントに入ってきた他の乗客によって引き離された。Jは、その日の晩に、上腹部を刺されたことにより死亡した。

これについて、原審 (LG Stade) は、被告人に殺意があったとは認められず、傷害致死罪 (刑法227条) の構成要件に該当するが、正当防衛が認められるとした。すなわち、被告人には、Jの侵害を終了させるだけの、他に十分に確かな可能性があったとはいえ、ナイフによる威嚇だけでは十分でなかった。被告人は、暴力闘

争に巻き込まれ、あるいは腕や脚だけを刺すよう義務づけられていたとはいえない。挑発による「反社会的な」、社会倫理的に否認されるべき被告人の先行行為が同人の正当防衛権を制限していたとはいえない、と。これに対してBGHは、被告人に殺人の未必の故意があると認めたとうえで、正当防衛の成否について次のように判示した。

被告人の先行行為は、本件の諸事情のもとにおいては社会倫理的に否認されるべきものである。被告人には、寒気を流入させることによって同乗者をコンパートメントから出て行かせる権利はなく、残りの乗車時間が数分であることを考慮すれば、そうすることがもっともな動機であったともいえない。こうした事情のもとでは、繰り返し窓を開けたことはJを軽蔑することの表明であり、酒に酔ったJが自己の行為によってみずから被告人を立腹させる契機を与えたとしても、その「被告人の行為の」程度は重大な侮辱に相当する。たしかに、2等の切符を持つJにはそのコンパートメントを利用する権利はないのだから、コンパートメントから立ち去ることによって被告人との争いを回避することが期待されていた。Jには、被告人が窓を開けたことに対して暴力を用いることはまったく許されていなかった。しかし、被告人の先行行為は、Jの上腹部を深く刺すという刺突が正当防衛によって要請された防衛行為として正当化されるか否かという問題を判断するについて、意味がないとはいえない。いずれにしても、先行行為がその程度において重大な侮辱に相当する場合には、正当防衛権の範囲にとって重要な「法律上非難しうる」先行行為があると認められる…。

②BGH NStZ 2006,332 (Urt.v.2.11.2005-2.StR 237/05) ¹⁷⁾

被告人は、数か月間他所に滞在したのち、本件犯行が行われた地域へ戻ってきた者であるが、以前短期間親しい関係にあったM (女) の居住先を訪れたところ、Mは新しい男友達であるKのもとに泊まっていたので不在であった。

被告人は、Mの同居人であるF（女）に電話をかけさせて、Mにすぐに帰宅するよう促した。Mがあらわれたのち、被告人は、Kと話がしたいのでKを呼び出すようMに求めた。間もなくKが到着し、MとKが静かな口調で、被告人に対して家から出ていくよう求めたが、被告人はこれに応じず、Kと口論になった。Kは、伸縮式警棒を取り出して被告人を脅し、被告人の頬を平手打ちにした。Kは、その場にいたMに対して、被告人がもう震えているという侮蔑的な言葉を発したのち、Mとともに家の外の通りへ出た。これに対して、自尊心を傷つけられたと感じた被告人は、事態をそのままにしておきたくないと思い、台所から32センチメートルの長さの包丁を持ち出し、ズボンのベルトに挟んで上着を着た。被告人は、Kに対して包丁を使おうという確たる意図はなかったが、けんかを続けようと思い、Kが警棒を使うであろうことを予期していた。被告人は、タバコを持って通りへ出て、KとMに近づき、「お前たち、火を持ってるか。」と声をかけた。Kは、この声を聞いて振り返り、ふたたび警棒を取り出し、被告人の所へ走り寄った。両人が言い争ううちに、Kが警棒で被告人の背中に一撃を加えたが、それはさほどの傷害を与えるものではなかった。Kと被告人が相対峙しているうちに、被告人は警告を発することなく、ズボンのベルトから上記の包丁を抜き、Kの鎖骨の下の右側胸部を強く刺し、Kは間もなく死亡した。

原審（LG Frankfurt a.M.）は、被告人はKを殺すつもりはなく、それを容認しておらず、さしあたってKを闘争できない状態にして警棒による殴打を阻止しようとしたと認定し、被告人を傷害致死罪により7年の自由刑に処した。BGHは次のように判示して、正当防衛を主張する被告人の上告を認めなかった。

BGHの判例によれば、正当防衛の制限の前提となるのは、実際に存在する正当防衛状況が被侵害者の違法な先行行為によって、そうでなくとも社会倫理的に否認されるべき先行行為によって引き起こされ、その先行行為と違法な侵害との間に密接な時間的・場所的連関があると

いうことである…。本件の被告人は、Mの住居にあつかましく挑発的に立ち入ることによって、すでにその住居内での最初のけんかを引き起こした。彼は、違法な行為をやめるようにという要請を無視し、それによってKとの暴力闘争を挑発した…。このような態度は、意図的挑発と境を接するものであり、これによって当然に正当防衛権は大幅な制限を受けることになる…。LGが、被告人はKの侵害を回避し、場合によっては逃げなければならなかったと認めたことは、結論において適切であった。したがって、被告人の防衛行為はいずれにせよ要請されたものではなく、その行為は正当防衛によって正当化されることにはならない、と。¹⁸⁾

さらに、近時の有力説と一部の判例は、挑発的な先行行為とそれによって引き起こされた侵害行為との間に「密接な時間的・場所的連関」がなければならず、あるいは、その侵害が被侵害者の義務違反の「相当かつ予見しうる結果」でなければならないとする。たとえばロクシンは、「違法な先行行為は、これによって引き起こされた侵害との間に近接した時間的連関を有し、またこれと相当な関係にあることが必要であるとしなければならない。他人を侮辱した者は、侮辱された者が何年もたってからようやく襲いかかってきたときに、その正当防衛権が制限されることはない。また、軽い器物損壊を行ったことについて責を負う者は、[その被害者が] まったく不相当な侵害行為（たとえば被侵害者を殺害するための襲撃）をしてきたときに、それに対する防衛の権限が縮減されることはないのである。」といい、¹⁹⁾ ヴェッセルス/ボイルケ（Wessels/Beulke）は、「非難しうる先行行為に基づいて正当防衛権が制限されるためには、挑発的な先行行為と行為状況との間に密接な場所的・時間的連関があること（客観的な挑発連関）と、その先行行為によって侵害者ないし侵害者と密接な関係にある者の法領域が影響をうけ、さらにその者が個人的に挑発されたと感じうること（主観的な挑発連関）が常に必要である。」²⁰⁾ という。その理由は、このような

場合には防衛行為それ自体が先行する自己の不法の徴表 (Zeichen) となっており、もはや無制限に法確証の手段とみなすことはできないからである、という点にあるとされる。²¹⁾

こうした限定は、上記の②判決にもあらわれているが、これまでのBGH判例に度々みられたものである。以下の③判決は、後の侵害が被害者の義務違反の「相当かつ予見しうる結果」ではないとしたものであり、④決定は、挑発行為と侵害行為との間に「明確な区切り」が生じていたとしたものである。また、⑤判決もこれらと同趣旨の判断を示している。

③BGHSt 27,336 (Urt.v.12.1.1978-4.StR 620/77) ²²⁾

被告人は、自分よりはるかに体力の勝る体重130キログラムの同郷人Sから手拳で顔面を殴打され、襟の後ろをつかまれて乗用車に押しつけられ、左腕を巻きつけられて右手で首筋を殴打され、額を数回乗用車の屋根にぶつけられるなどの現在の違法な攻撃を受けた。被告人は、Sから頭部をきつく締めつけられている時に、Sのズボンのベルトにナイフが差してあるのを見つけ、それを用いて、Sのいる後方に向けて3回刺した。両人の間でこのような闘争が起こった背景には、被告人がSから借りた600マルクの借金を期限までに返済しなかったという事情があった。しかし、原審 (LG Arnsberg) の参審法院は、故殺罪について正当防衛が成立するとして被告人を無罪にした。BGHは、大要次のように判示して連邦検事総長の上告を認めなかった。

被告人が借金を返済しなかったという事実は、有責な挑発という意味での非難されるべき行為ではない。非難されるべき行為とは、むしろ、個々の事案の全事情を合理的に評価して、後の侵害が被害者の義務違反の相当かつ予見しうる結果であると考えられるような先行行為に限られる。期限までに債権者に返済しなかった債務者は一刑法的に見れば一なお社会的通常性 (sozial Üblichen) の範囲内にとどまっている。債権者がそうした社会的に否認されない行為を契機として債務者に対して暴力行為に及ん

だ場合に、債務者の正当防衛権は、その者が事象全体の惹起者と考えられるという理由で制限されることにはならない。なぜならば、違法な侵害を予測せず、したがってその状況进行操作することなく、思いがけない事態の進展にさらされた者は、保護を必要とするからである。したがって、本件の被告人は、違法な侵害に対して制限されることなく自分の身を守ることが許される…。

④BGH NStZ 1998,508 (Beschl.v.16.4.1998-4.StR 114/98)

被告人は、後に被害者となるSらとけんかをして、前歯を折られ、殴打されて眼鏡をなくすなどの暴行を受けた。その原因は、被告人が性的な意図をもってSらの母親の住居に立ち入ったところ、Sの妹 (姉) から出ていくように言われたにもかかわらず、これに応じなかったことにあった。被告人はその場から逃げ、同人が共同使用していた以前の仕事仲間の住居に赴いたところ、そこにSが1人の友人を連れてあらわれ、被告人を殴打するため外へ出るよう要求した。被告人がこれに応じなかったので、Sが右の手拳で軽く3回、被告人の頬を殴打した。Sの友人と住居の所有者がSを廊下へ連れ出し、同人をなだめようとした。しかし、その2、3分後、Sはふたたび室内に入り、ソファに座っていた被告人の頬を数回殴打した。被告人は、自分の身を守ろうとしてナイフをつかみ、Sを殺すため、警告を発することなく、ソファに座ったまま力いっぱいSの胸部を刺し、これによりSは死亡するに至った。

原審 (LG Dortmund) は、被告人を故殺罪により2年6月の自由刑に処したが、BGHは、事実的非難を理由とする被告人の上告を認めてこれを破棄し、原審に差戻した。BGHはその中で、被告人の正当防衛権が制限されるか否かの問題について、大要次のように判断した。

原審は、被告人は正当防衛状況にあったが、Sの母親の住居から立ち去らなかったことにより「正当防衛状況とともに生じさせた」のであるから、その正当防衛権は制限されていたとし

た。しかし、被告人のこの態度は、Sが被告人の共同使用する住居に立ち入る前にすでに終了していたのであり、一時間的にも場所的にも一明白な区切り（Zäsur）が生じていたのであるから、その行為に正当防衛を制限する効果を認めることはできない。したがって、原審刑事部の見解に反して、被告人がその場にいた人々に救助を求める可能性があったか否かについて検討する必要はない…。

⑤BGHSt 48,207（Urt.v.12.2.2003-1.StR 403/02）^{23）}

後に被害者となるMは、以前から被告人と親しい関係にあったが、被告人がコンパクトディスク（CD）の違法コピーの取引を行っていることを警察に通告すること、あるいは仲間たちに被告人を殴打させることを被告人に告げて、被告人から6000マルクを脅し取った。その後、本件犯行が行われた日の午前中に、被告人がMの住居を訪れたところ、Mが被告人に対してさらに1000マルクを支払うように要求したが、被告人はこれを拒否した。その晩、Mは、Maを伴って被告人の住居を訪れた。はじめのうち、被告人とMは大声で言い争い、Mが被告人に5000マルクの支払いを要求した。その後、3人はウオッカを飲み、Maの後の証言によれば、Mはほとんど立てないような状態であった。そうした状況において、被告人が5000マルクの支払いを拒否したところ、Mは居間の家具調度を壊すと言って被告人を脅した。被告人が1200マルクを差し出したところ、Mはさらに、警察と税務署に通告し、住居内の財物を壊し、あるいは5000マルク相当の財物を持っていくと告げて被告人を脅した。Mが被告人のCDの収納場所に立ち入ろうとしたので、被告人は、Mが被告人の財物に手をつけなければ要求された金額を支払う用意があると言い、5000マルクと500ドルが入ったビニール袋を浴室の隠し場所から持ってきて、Maにその袋を渡した。その時Mは、両手をズボンのポケットに入れたまま、居間に立っていた。その時突然、被告人がMを殺そうとしてその背後から襲いかかった。被告人は、蓄えた現金をMが奪おうとしたことに激怒し、

自分の生活を破壊されたくないと思ったからであった。被告人は、Mの頭を後方に強く引っ張り、何度も頭を殴打し、ズボンのポケットから取り出した刃長5.8センチメートルの包丁でMの首を多数回切りつけ、背骨にまで達する切傷を負わせ、同人をその場で死亡するに至らせた。

本件では、被告人が謀殺罪にいう「背信的に」（heimtückisch）人を殺した（刑法211条2項）といえるか、また被告人の行為がMの恐喝に対する正当防衛となりうるかが問題になった。原審（LG Nürnberg-Fürth）は、被告人の行為は謀殺罪の構成要件に該当し、また、被告人がMの要求に従って現金を取りに行った時点で両者の争いは終了していたのであるから、被告人はもはや正当防衛状況にはなかったという理由で正当防衛を否定し、被告人を終身自由刑に処した。これに対してBGHは、被告人の上告を容れて原判決を破棄し、これを原審に差戻した。この中でBGHは、正当防衛の成否について、「被告人が包丁でMに切りつけた時点で、正当防衛状況は被告人にとってなお存在していた。被告人の財産に対するMの恐喝的な攻撃は、刑法32条2項の意味でなお「現在の」ものであった。その攻撃はたしかに既遂に達していた（vollendet）が、目的物はまだ確保されていなかったのであるから、いまだ終了した（beendet）とはいえない…」としたうえで、原審に対して次のような判断を示した。

被告人がMを挑発したとも考えられることから、非難されるべき先行行為による正当防衛権の制限を認めるとすれば、その先行行為が違法であるか、あるいは少なくとも社会倫理的に非難されるべきものであることがその前提となる。これに加えて、その先行行為とMの違法な攻撃との間に密接な時間的・場所的連関がなければならない…。

これまでの認定によれば、被告人が違法な態様で、あるいは社会倫理的に非難されるべき態様で正当防衛状況を生じさせ、Mを「挑発した」ことは証明されていない。前もって脅迫的な言葉が発せられ、すでに恐喝が行われたにもかか

わらず、被告人がMとその同伴者を被告人の住居に入れたというだけでは、これを認めるに十分でない。したがって、被告人はMに新たな恐喝の試みを行う機会を与えたにすぎず、いわば過失により—これは自己の出来事における注意義務に当たる—正当防衛状況とともに生じさせたことになる。しかし、法的に許された行為…は、他人がこの行為によって違法な攻撃へと誘致されうることを行為者〔被侵害者〕が知っていた、あるいは知っていたはずであるとしても、ただちに正当防衛権が制限されることにはならない…。重要なのは、後の被侵害者が事の成り行きを予見しえたか否かではなく、一法確証の利益に鑑みて—侵害者が被侵害者の非難されるべき行為によって挑発されたと感じるか否かである…。単に過失により、あるいは軽率に正当防衛状況を生じさせたことから、要請された防衛の程度が制限されることにはならない。このことは、被告人が新たなMの攻撃を予想し、自分の住居に〔Mらを〕入れた時に—彼がこれを妨げることができたとして—そのことを認容し、そのような攻撃をくい止め、あるいは「どうにかして」避けることができると信じていたとしても、当てはまる。被告人はその場合にも、侵害者の挑発という意味で行為したのではなく、許された行為によって正当防衛をなしうる状況をともに生じさせたにすぎず、それに対して身を守ることが許されているのである。たしかに、この行為は慎重さと世間智 (Lebensklugheit) の要請に著しく反するかもしれない。しかし、法律上は、その攻撃に対して、状況に応じて必要とされ要請される手段を用いて自己を防衛することを、被告人から奪うものではない…。

同様に、認定された事実においては、被告人がCDの違法コピーの取引を行ったことが、正当防衛状況あるいはMの挑発という意味で、正当防衛を制限する非難されるべき先行行為であることは、証明されていない。被告人のこの行為は、たしかに法律上は明らかに非難しうる。しかしそれは、たとえば暴力行為や後の侵害者に対する侮辱の場合とは異なり、まさにMの法益に向けられたものではない。これによって害

されるのは、むしろ第三者の法益、つまりCDの権原を有する著作権者の法益である。したがって、Mの侵害との場所的・時間的連関も認められない。被告人の正当防衛は（その攻撃的防衛が防衛の意思に担われ、必要であったとすれば）「自己の不法の徴表 (Zeichen) の中にはない。」つまり、彼の反撃に自己の不法が直接的に付着しているとはいえない。したがって、その反撃は、彼が他の犯罪行為を行ったことによって論難され、それゆえもはや自己の財産に向けられたMの恐喝的な侵害に対する法確証の手段として無制限に認めることができないようなものではない…。以前に可罰的な行為を行った者に対しても、その者が他の関係でみずから犯罪行為の被害者となる場合には、原則として無制限の正当防衛権が認められる。その者は、たとえば自分に向けられた行為（本件では恐喝）が、その行為者〔侵害者〕によって、第三者の法益に向けて行われた自分自身の犯罪行為に結びつけられたがために、「より劣った法的地位」 (Status minderen Rechts) をもち、それゆえに恐喝者がより大きな、結論において自分の法違反について〔被侵害者の〕正当防衛が認められないような行動の自由をもつ、ということにはならない。²⁴⁾

ツァクツイク (Zaczyk) によれば、この判決は、防衛者 (挑発者) と侵害者 (被挑発者) の間に「挑発連関」 (Provokationszusammenhang) ともいうべき関係が必要であること、つまり正当防衛権の制限が認められるのは、先行行為によって被挑発者や被挑発者と近い関係にある者の法領域が影響を受け、さらにまさにその人が個人的に挑発されたと感じるような場合に限られる、ということをも認めたものであるとされる。²⁵⁾

4. 本決定は、「そもそも、自転車を隠したことによって、身体の完全性への侵害に対する被告人の正当防衛権が制限されうるかが、すでにして疑わしい。」とするのみで、被告人の挑発的な先行行為の法的性質を明らかにしていない。しかし、被告人がEの自転車を藪の中に隠

したことは、Eらの行った窃盗未遂、器物損壊あるいは住居侵入に対する「仕返し」(Rache)と考えられる行為である。それは法の禁ずる私力(民法858条、854条)であり、自救の目的で行った自力救済(同法229条)でもない。また、現行犯人の物を留置することは一定の限度で適法となるが(刑事訴訟法127条1項1)、²⁶⁾被告人の目的は窃盗犯人の特定でもその逃走の阻止でもなかったのに、これによって適法行為とすることも困難である。したがって、その行為は一可罰的とはいえないとしても一違法な行為と評価すべきであろう。²⁷⁾とすれば、判例の立場のみならず支配的な学説からも、正当防衛の制限が可能な事案であったといえよう。

しかし、本決定は、Meの侵害は「Meとその仲間の決意に基づいて行われたもの」であるから、被告人の挑発的な先行行為の「相当かつ予見可能な結果」ではないとした。正当防衛を制限するには、侵害行為が挑発行為の「相当かつ予見しうる結果」でなければならないとする近

時の判例・有力説の考え方に従ったものといえよう。他方、挑発行為と侵害行為との間に「密接な時間的・場所的連関」が必要であるとする立場から見ても、被告人の挑発行為はすでに終了しており、Meの侵害は同人らの自由な決意に基づいて行われたものであるから、両者の時間的・場所的な密接性(Enge)が認められず、やはり正当防衛の制限は認められないことになるであろう。²⁸⁾

このように、本決定は、違法な先行行為によって侵害が挑発されても必ずしも挑発者の正当防衛が制限されることにはならず、侵害が挑発行為の「相当かつ予見可能な結果」でなければならぬことを確認した裁判例として意味があると思われる。²⁹⁾ もっとも、そこにいう相当性と予見可能性はどのような関係にあるのか、あるいは挑発行為と侵害行為の「密接な時間的・場所的連関」を必要とする見解と比較してどのような違いが生ずるのかについては、なお今後の議論に委ねられているといえよう。

注

1) ドイツ刑法32条「正当防衛」

①正当防衛によって要請された(geboten)行為を行った者は、違法に行為したものではない。

②正当防衛とは、自己または他人を現在の違法な攻撃から回避させるために必要な(erforderlich)防衛である。

なお、本稿の訳文中の「…」は筆者が補った注である。

2) Wessels/Beulke, Strafrecht, AT, 38. Aufl. (2008), § 8 Rn. 342によれば、防衛行為が「必要な」ものであることと、その行為が「要請された」ものであることは、相互に交錯しうる概念であるが、完全に一致しうるものではない。前者はもっぱら事実的諸事情、とりわけ攻撃の態様・強度との関係において判断されるメルクマールであるのに対して、後者は規範的・社会倫理的考慮に基づくメルクマールである。

3) Wessels/Beulke, a.a.O., § 8 Rn. 352によれば、正当防衛の基本構造は次のように要約される。Rengier, Strafrecht, AT, (2009), § 18 Rn. 4もほぼ同旨。

(1) 客観的なメルクマール

(a) 正当防衛状況

- 法的に保護された利益に対する侵害があること
- 侵害の現在性が認められること
- 侵害の違法性が認められること

(b) 正当防衛行為

- 侵害者に対するものであること
- 防衛行為の必要性(Erforderlich)が認められること
 - その適性(Geeignetheit)が認められること
 - 相対的にもっとも緩やかな手段を用いること
- 被要請性(Gebotenheit)が認められること(その契機がある場合にのみ検討する)
 - 法益の著しい不均衡がある場合
 - 子ども、錯誤に陥った者、責任なき者の侵害がある場合
 - 密接な家族関係がある場合

－挑発防衛 (Notwehrprovokation)、非難しうる先行行為がある場合

(2) 主観的正当化要素 (=防衛の意思)

なお、Roxin, Strafrecht, AT I, 4. Aufl. (2006), § 15 Rn. 61ff. は、本文中の4類型のほかに、⑤脅迫による恐喝的な侵害という類型をあげる。

4) ドイツ刑法224条「危険な傷害」

①以下の態様で傷害を行った者は、6月以上10年以下の自由刑に処する。比較的重くない場合には、3月以上5年以下の自由刑に処する。

2. 武器またはその他の危険な道具を用いた場合。

(参考) ナイフを用いた傷害においては、構造上侵害の手段として用いることが予定されているナイフは「武器」(Waffen) に当たり、その他のナイフは「危険な道具」(gefährliche Werkzeuge) に当たると解されている。

- 5) この命題はすでにRGSt 21,168 (Urt.v.24.11.1890) にあらわれており、「正当防衛は、法律上の前提要件に当たるかぎり、すなわち現在の違法な攻撃が存在し、その回避のために防衛が必要であるかぎり、誰に対しても、どこででも許される。」(S.170) と説明していた。正当防衛権の史的展開についてはGrünwald, Notwehrein-schränkung – insbesondere bei provoziertem Angriff, ZStW 122 (2010), S.53ff. 等を参照。
- 6) 正当防衛状況を有責に生じさせた者の正当防衛が否定ないし制限されるという趣旨の判例があらわれたのは、下級審では1950年代に入ってから、BGHでは1960年代に入ってからのものである。たとえばBGH NJW 1962,308 (Urt.v.1.8.1961); BGHSt 24,356 (Urt.v.14.6.1972); BGHSt 26,143 (Urt.v.15.5.1975) 等がある。
- 7) Vgl. Geppert, JK 4/10, StGB; この問題についてドイツの学説・判例を検討したわが国の文献として、山中敬一『正当防衛の限界』(1985年) 96頁以下、吉田宣之『違法性の本質と行為無価値』(1992年) 61頁以下等がある。
- 8) たとえばHerzog, in: NK-StGB, 2. Aufl. (2005), § 32 Rn.113ff.
- 9) Vgl. Erb, in: MK-StGB (2003), § 32 Rn.199ff.
- 10) Vgl. Schmidhäuser, Strafrecht, AT., Studienbuch, AT.2. Aufl. (1984), 6/82は、これを「その起源において許されない行為」(eine Handlung, die unerlaubt ist im Ursprung) という.; Vgl. Eser/Burkhardt, Strafrecht I, 4. Aufl. (1992), Nr.11 A18
- 11) Vgl. Lindemann/Reichling, Die Behandlung der so genannten Abwehrprovokation nach den Grundsätzen der actio illicita in causa, JuS 2009, S.498
- 12) Vgl. Kühl, Strafrecht, AT.6. Aufl. (2008), § 7 Rn.242f., 254f.; Roxin, a.a.O., § 15 Rn.68,74
- 13) Roxin, a.a.O., § 15 Rn.72ff.
- 14) Rengier, a.a.O., § 18 Rn.78; ただし、この説を主張する論者の多くは、「違法」とは必ずしも刑法上の違法に限定されないという。
- 15) Vgl. Kühl, a.a.O., § 7 Rn.219; 判例の立場に賛成するのはWessels/Beulke, a.a.O., § 8 Rn.348; B. Heinrich, Strafrecht, AT I (2005), Rn.379f.
- 16) = NJW 1996,2315 = NStZ 1996,380; なお、本稿で紹介する判例の事実と判旨は原文を適宜要約したものであり、原文中で引用された文献・判例等は省略した。
- 17) = StV 2006,234 = JA 2006,490 = Satzger, JK 5/06 StGB § 32/30
- 18) 本判決を評釈したRoxin (Anm.), StV 2006,236とSatzger, JK 5/06, StGB § 32/30は、被告人が要求を受けたにもかかわらずMの住居から立ち去らなかったことは、住居侵入罪(ドイツ刑法123条1項)に当たる可罰的な行為であるという。
- 19) Roxin, a.a.O., § 15 Rn.73; vgl. Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder-StGB, 27. Aufl. (2006), § 32 Rn.59; Rengier, a.a.O., § 18 Rn.79
- 20) Wessels/Beulke, a.a.O., § 8 Rn.348
- 21) Vgl. Lenckner/Perron, a.a.O., § 32 Rn.59
- 22) = NJW 1978,898
- 23) = NJW 2003,1955 (1959) = JuS 2003,716
- 24) NJW 2003, S.1958f. (この部分はBGHSt 48,207ff.に掲載されていない)
- 25) Zaczyk, Das Mordmerkmal der Heimtücke und die Notwehr gegen eine Erpressung, JuS 2004, S.754; Roxin (Anm.), JZ 2003, S.967も、何びとも自分の希望で住居に入れてもらったことによって挑発されたと感じることはないので、違法な、あるいは少なくとも社会倫理的に否認されるべき行為があったとは認められない、という。
- 26) Vgl. Rengier, a.a.O., § 22 Rn.21; Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl. (2008), Rn.237
- 27) Vgl. Hecker, Strafrecht AT: Einschränkung des Notwehrrechts wegen vorwerfbarer Provocation, S.173f.
- 28) Vgl. Geppert, a.a.O., StGB § 32/33
- 29) Vgl. Hecker, a.a.O., S.174

