

タイトル	正当防衛(4)
著者	吉田, 敏雄; YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学学園論集(155): 31-47
発行日	2013-03-25

正当防衛 (4)

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

(以上 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 正当防衛の行為

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 153 号)

C 正当防衛行為の限界

(a) 社会法的ないし社会倫理的限界

(aa) 責任無能力者及び責任能力の著しく低下している責任能力者

(bb) 酩酊者及び薬物の影響下にある者

(cc) 保障人義務者

(b) 自招侵害

(aa) 社会的適合行為

(bb) 意図的挑発防衛

① 法確証理論

② 自己防衛理論

③ 承諾理論

④ 不真正不作為犯類推論

⑤ 原因において違法な行為の理論

⑥ 権利濫用理論

⑦ 「防衛の意思」不存在理論

(cc) 意図的でない故意又は過失による誘発

(dd) 挑発防衛の挑発

(c) 防禦挑発

(以上154号)

3 主観的正当防衛要素

(1) 主観的正当防衛要素の機能

(2) 主観的正当防衛要素の構造

(3) 正当防衛状況の認識欠如

(a) 故意犯

① 無罪説 (古典的犯罪概念)

② 既遂犯説

③ 未遂犯規定類推適用説

④ 無罪説 (処罰規定不存在説)

⑤ 未遂犯規定直接適用説

(b) 過失犯

四 軽微防衛

五 緊急救助

(以上本号)

3 主観的正当防衛要素

(1) **主観的正当防衛要素の機能** 正当防衛を行なう者は正当防衛状況についての認識をもたなければならない、つまり、自分が正当防衛状況の中にいることを認識していなければならない。正当防衛者は自分のおかれている状況を正しく認識していて初めて「やむを得ない」行為が可能になる。人的不法論によれば、故意犯においては、不法は法益侵害という結果無価値と故意という行為無価値の二つの要素からなる。客観的正当化事情が存在するということは結果無価値を消滅させるにとどまるのである。構成要件該当行為が不法を阻却されるためには、行為無価値も消滅しなければならない。行為無価値は、行為価値を具現化する主観的要素によってしか埋め合わせられない。すなわち、行為者は客観的正当化状況の存在を自己の行為意思に容れておかねばならない(いわゆる**主観的正当化要素の理論**)⁽¹⁶¹⁾。法益侵害行為が正当化されるのは、結果無価値も行為無価値も消滅する場合に限られるのである。正当防衛の状況の認識が必要なことは、刑法第三五条の「防衛」という言葉からも基礎付けられうる。一般的用語法からすると、侵害されることを知らない者は、「防衛をする」ことはできないのであり、侵害をせいぜい「全く偶然に」防いだにすぎない⁽¹⁶²⁾。

(2) **主観的正当防衛要素の構造** 行為者は客観的正当化事情に属するすべての要素を認識していることが必要であり、且つ、それで十分である。この認識が行為権能に影響を及ぼす。すなわち、状況を正しく把握する者だけが必要な防禦措置も規整することができるからである。正当防衛の状況には、「権利侵害」、つまり、法益侵害が属するのであるから、侵害それ自体だけでなく、その準拠点である法益も認識されなければならない。さらに、侵害の程度も認識されなければならない。侵害の程度が必要な防衛の限界を設定するのであるから、侵害の程度の認識がないと、反撃が正当化されるために必要な、防禦の中に見られる結果無価値と行為無価値を消去する準拠点がなくなるからである⁽¹⁶³⁾。被侵害者が危険を過大評価、したがって、必要な防衛も過大評価するとき、その行為は違法であるが、正当化事情を基礎付ける事実の錯誤として免責が可能である⁽¹⁶⁴⁾。認識はさらに侵害の「不正」、つまり、侵害の違法性にも及ばなければならない。ただし、これは、規範的構成要件要素と同様に、正確な法的評価を要しない。侵害が「正当で無い」、それ故、耐え忍ぶには及ばないという表象があればそれで十分である⁽¹⁶⁵⁾。

被侵害者がとっさに、自衛本能的に反応する場合でも、正当防衛状況の認識があればそれで足りる。それを超える特別な防衛意思は必要でない⁽¹⁶⁶⁾。「防衛するため」(刑法第三六条)という文言は主観的目的設定ではなく、客観的に見て防衛行為の性質を有することが必要であることを表しているにすぎない⁽¹⁶⁷⁾。「防衛するため」という文言から、特別な防衛意思を導出するのは過度の要求である。また、主観的正当防衛要素は故意の相対物であるから、行為者は客観的正当化事情の存在を確実と認識するか、少なくとも、その存在を本気で可能と認識し、信頼すれば足りるの

である。これにより、行為無価値は除去される⁽¹⁶⁸⁾。法確証の観点からも、被侵害者の動機が正当化事情に依拠しているか否かとか、いかなる最終目的が追求されていたかは重要な意味を有しない。被侵害者が正当防衛状況を認識して侵害者に反撃すれば、正当防衛がなされていると云える。客観的正当防衛状況が存在し、防衛行為が必要性の範囲内にあるかぎり、極端な場合、被侵害者が積極的加害目的を有していても、正当防衛は成立するのである。例えば、強盗の被害者が強盗犯人が金品をもって逃走するのを後ろから射撃するとき、その金品には保険を掛けているため、それを取り返すことが全く重要でない、つまり、正当化事由の認識が防衛行為の動機となっていなくとも正当防衛は成立する⁽¹⁶⁹⁾。

我が国の防衛意思必要説には、「『急迫不正の侵害』の認識」があれば足りるとする見解（いわゆる認識説）もある⁽¹⁷⁰⁾が、客観的正当防衛状況の認識だけではならず、「防衛の意思とは、急迫不正の侵害を意識しつつ、これを避けようとする単純な心理状態で足りる」⁽¹⁷¹⁾とか、「認識的要素はあくまでも意思的要素の『前提』となるべきであり、それ自体としては独自の意味をもたない……防衛意思の内容は、急迫不正の侵害に対応する意思を有していれば足り、必ずしも、積極的に反撃しようとする意識的なものである必要はない」が、防衛意思は、「防衛行為の『目的』ないし『動機』としての性格を有しなければならない」⁽¹⁷²⁾とか、「防衛の意思の内容は、防衛を必要とする状況の認識では足りず、『侵害排除意思』といった防衛の目的として理解するべき」⁽¹⁷³⁾と論じられることが多い。しかし、このような認識以上のものを要求することに対しては上記の批判がそのまま妥当する。

判例は、大審院以来、一貫して防衛意思必要説にたっている。大判昭和一一・一二・七刑集一五・一五六一は、〔被告人が海岸で、甲と乙との喧嘩を止めようとしたところ、止めないので、離れていると、乙が逃げた後、甲が被告人に立ち向かい、その胸倉を掴んだので、被告人は憤激して甲を海中に突き飛ばし海中に墜落させ負傷させたという事案〕において、「元来刑法第三十六条ハ加害行為ニ付防衛意思ノ存在ヲ必要トス」るが、本件では、「憤激して」突き落としたのであるから防衛の意思は認められないとして、防衛意思を動機・目的に近いもの、あるいは、明確な防衛意思として把握していたといえよう。最決昭和二三・二・二四刑集一二・二・二九七もこれを踏襲して、〔被告人は、日頃飲酒して乱暴癖のある同居の甲が、犯行当日も朝から飲酒を続け、『おじい殺してやる。火をつけて家を焼いてやる』等の暴言をはいたことから口論となり、甲が七輪等を被告人に投げつけ、さらに、子鍋で被告人の頭部を殴打したため、被告人は殺意を抱いて手斧で甲の頭部を強打する等して殺害したという事案〕において、「被告人の本件所為は被害者の急迫不正の侵害に対する自己の権利防衛のためにしたものではなく、むしろ右暴行により日頃のふん蘊を爆発させ憤激の余り咄嗟に右被害者を殺害せんことを決意してなしたものであり、その措置も已むことを得ざるに出でたものとは認められない」と説示していた。

これに対して、最判昭和四六・一一・一六刑集二五・八・九九六は、〔旅館に宿泊していた被告人が同宿人と口論になり、一旦旅館を出たが、仲直りをしようとして旅館に戻ったところ、同宿人からからまれ、いきなり手拳で強打されたため、鴨居に隠してあったくり小刀で同宿人の左胸部を突き刺して同人を死亡させたという事案〕において、「刑法三六条の防衛行為は、防衛の意思をもってなされることが必要であるが、相手の加害行為に対し憤激または逆上して反撃を加えたからといって、ただちに防衛の意思を欠くものと解すべきでない」と判示して、防衛意思の内容を緩和し、認識的なものに近づけた。最判昭和五〇・一一・二八刑集二九・一〇・九八三は、〔被告人は、甲等が無抵抗の友人乙に対し顔面、腹部等を殴る、蹴るの暴行を執拗に加えたので、乙を救助するため約一三〇メートル離れた自宅から散弾銃を持ち出し、現場に戻った。しかし、そこには、甲も乙も見当たらなかった。その捜索中、甲が『殺してやる』などといって追いかけてきたので、『近寄るな』などと叫びながら逃げたが、追いつかれそうになったので、約二・五メートル接近した甲に向け一発発砲し重傷を負わせたという事案〕において、「急迫不正の侵害に対し自己又は他人の権利を防衛するためにした行為と認められる限り、その行為は、同時に侵害者に対する攻撃的な意思に出たものであっても、正当防衛のためにした行為にあたと判断するのが、相当である。すなわち、防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為は、防衛の意思を欠く結果、正当防衛のための行為と認めることはできないが、防衛の意思と攻撃の意思が並存している場合の行為は、防衛の意思を欠くものではないので、これを正当防衛のための行為と評価できるからである」と判示し、攻撃意思が「並存」する場合にも防衛意思の存在を肯定することを明確にした。判例は、防衛の意思の内容については詳言していないものの、憤激、逆上の心理状態が防衛の意思を排斥するものでないこと、防衛の意思は攻撃の意思と並存しうること、但し、「口実防衛」の場合には、積極的加害意思が認められ、防衛の意思が欠如するとした⁽¹⁷⁴⁾。

しかし、防衛の意思は正当防衛状況の認識で足りるのであるから、積極的加害意思があるからといって直ちに防衛の意思が否定されることにはならない。それ故にか、前掲最決昭和五二・七・二一はこのことを認識して「積極的加害意思」を「急迫性」の問題領域に移したのである。しかし、その後、最判昭和六〇・九・一二刑集三九・六・二七五は、専ら攻撃の意思に出たときは、防衛の意思を欠くという趣旨の判決を下している⁽¹⁷⁵⁾。

ドイツの裁判例では、防衛をする者は、「その行為が他に侵害者に対する怒りに拠るものであっても、これに比して防衛意思が完全には後退していないかぎり」、正当防衛を主張できる(BGHSt 3, 194)、「被侵害者は、……権利侵害に立ち向かう意思で行為しなければならない。被侵害者がこれと並んでなお別の目的を追求しているか否かは重要でない」(BGHSt 5, 245(247))、「防衛の意思は、権利侵害に立ち向かう目的のほかに、他の種類の動因(例えば、憎しみ、怒りあるいは復讐欲)が関与していても、これらが侵害防禦の目的を完全に後退させていないとき、そして

その限りで、否定されない」(BGH GA 1980, 67)とされている。これらの裁判例に対しては、実際には「完全な後退」の証明できない意思を要求することは無意味であり、上記裁判例がいずれも他の動機が支配しているにもかかわらず正当化を肯定したのは偶然ではないと批評されている⁽¹⁷⁶⁾。

(3) 正当防衛状況の認識欠如

(a) **故意犯** 正当防衛状況が存在しているにもかかわらず、その認識が被侵害者に欠如している場合、例えば、妻(甲)が夜遅く玄関の戸をたたく音がするので、いつものようにその夫(乙)が酔っ払って帰宅したのであろうと思い、日ごろの怒りが爆発して戸を開けるや竹箒で殴ったところ、それは乙ではなく、強盗に入ろうとした他人(丙)だったという場合(いわゆる**偶然防衛**)については、その結論においても理由付けについても見解は多岐に分かれる。

①**無罪説(古典的犯罪概念)**。伝統的な結果無価値を基軸とする結果不法論によれば、主観的正当防衛要素(主観的正当化要素)なるものはそもそも不要である。したがって、正当化には正当防衛状況が客観的に存在するだけで足りる。被侵害者が正当防衛状況を認識していなくても、その行為は違法でない⁽¹⁷⁷⁾。本説は、上述したように、その基本的立場にそもそも問題がある。

②**既遂犯説**。構成要件が実現される時、それによって徴表される違法性は、被侵害者に主観的正当防衛要素(主観的正当化要素)が欠如するため、正当化事由の客観的及び主観的前提要件のすべてが充足されているというわけではないので、許容規範は働かず、構成要件該当行為は違法である。責任も揃えば、**既遂犯**のすべての前提要件が充足される。もっとも、正当化事由の客観的前提要件の存在によって、結果無価値との均衡がとれているから、刑は減輕されうる⁽¹⁷⁸⁾。本説に対しては、形式主義的にすぎるとの批判ができる。本説は構成要件と違法性を形式的に分離していて、不法を形式的判断に続いた、完結的な全体的考察をするという視点に欠けている。実質的に考察すると、算入できる結果無価値が欠如して、行為無価値だけが実現していること、したがって、既遂犯の不法は実現していないということが看過されている⁽¹⁷⁹⁾。

③**未遂犯規定類推適用説**。本説によれば、不法の実質的な全体評価から出立して、正当防衛状況の存在にもかかわらず、被侵害者にその認識が欠けているとき、構成要件の結果不法は消滅するが、故意の意思形成はその相対物の欠如の故に違法性の次元で中性化されることがなく、行為無価値は肯定される。結果無価値を伴うことなく行為無価値だけが存在する事例というのは未遂の典型例である⁽¹⁸⁰⁾。本説には、刑法の基本原則である不利益な類推適用の禁止に反するのではないかという疑問が生ずる⁽¹⁸¹⁾。この疑問に対しては次のような反批判がなされる。「それ自体としては既遂の全部の条件が充足されている」のであって、形式的には、行為者は「それ自体としては」

既遂処罰が可能だったのであるから、未遂犯適用は行為者に有利な類推適用であると⁽¹⁸²⁾。しかし、「それ自体としては」既遂犯認められるという想定は、②既遂犯説と同じであり、まさにそこに問題がある⁽¹⁸³⁾。

④無罪説(処罰規定不存在説)。人的不法論の立場からも無罪説が導きられることがある。帰属可能な結果無価値は存在しないから、既遂犯の成立余地はない。正当化事情が客観的に存在するが、それを知らないで構成要件を実現したという場合に、未遂犯の規定を適用することも適当でない。被侵害者の行為は違法だが、しかし、処罰規定がないから、その行為は不処罰である。本説は、その根拠を「未遂犯可罰性の事物論理的前提要件は常に犯罪構成要件の不完全な充足」であることに求める。未遂犯で処罰することは類推処罰であり、許されない⁽¹⁸⁴⁾。本説に対しては、未遂犯の前提要件は既遂犯が成立していないということにすぎず、主観的正当防衛要素(主観的正当化要素)の欠如というのはまさにそういう場合でないのかとの疑問が提示される⁽¹⁸⁵⁾。

⑤未遂犯規定直接適用説。被侵害者が正当防衛状況を知らずに反撃するとき、被侵害者は禁止された行為を故意で行っており、正当化事情を認識していないのであるから、構成要件の行為無価値が中性化されることはない。しかし、当該行為による否定的結果(侵害者に生じた損害)は被侵害者の積極的結果(自己の法益保護)によって埋め合わせられるのであるから、構成要件の結果不法、つまり、全体的不法の視点からは帰属可能な結果無価値が存在しない。すなわち、正当防衛状況が客観的に存在するということが結果無価値の帰属だけを除去するにすぎない。行為の帰属が可能で、結果の帰属が可能でないというのが未遂犯の特徴であるから、未遂犯(その処罰規定のあることを前提として)の成立がある⁽¹⁸⁶⁾。本説に対しては、未遂犯規定の直接適用は適切でないとして批判される。被侵害者は実行行為を行い、構成要件の結果を発生させたのであり、結果の帰属は可能であり、これを理論的に生じなかったと見ることはできないと⁽¹⁸⁷⁾。

このように諸説が展開されているが、客観的帰属論(実質的不法論)からは未遂犯規定の類推適用が肯定されるべきである。客観的正当化事情があるだけでは、結果無価値が否定されるにすぎない。行為者にその認識が無かったとき、構成要件該当行為を行なう故意があり、現に客観的帰属可能な行為が行なわれており、行為無価値は否定できない。そうすると、結果の帰属はできず、結果無価値は否定されるが、行為無価値は肯定される。なるほど、形式的には、「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった」(刑法第四三条第一項第一文)には当たらず、したがって、既遂犯の構成要件該当性が肯定され、未遂犯の構成要件該当性は否定されそうである。しかし、実質的には、結果無価値が否定されるということが未遂犯の特徴なのである⁽¹⁸⁸⁾。

(b) 過失犯 主観的正当化要素としての防衛の意思が必要だとすれば、過失犯については違法

阻却は認められないことになり、不当だとする見解が見られる⁽¹⁸⁹⁾。しかし、この見解は失当である。過失犯の不法も行為無価値と結果無価値からなる。客観的行為無価値は行為の客観的注意違反にある。したがって、過失犯でも、客観的正当化事情が存在するだけでは、結果無価値しか消滅しない。そこで、行為無価値を消滅させる要素、つまり、防衛意思が必要である。過失犯においても、故意犯におけるのと同じく、正当防衛状況の認識が必要である。この認識が欠けると、行為は違法である。例えば、屈強な男性甲が強盗目的で手拳で突然か細い女性乙を襲ったところ、乙は護身用に所持していた短刀を突き出して防禦したが、誤って甲の上腕を突き刺して大怪我をさせたという場合、乙の行為は過失致傷罪の構成要件に該当するが、防衛の意思が認められ、違法性が阻却される⁽¹⁹⁰⁾。防衛意思が認められない場合もありうる。例えば、車道に障害物を置いて通行車両を停めて強盗を働こうとする者が、停車しようとした自動車に近づいたが、これが強盗だとは気づかなかった運転者が最後の瞬間に運転を誤って強盗犯を轢いて助かったという場合である。故意犯の場合、客観的正当化状況を認識せずに防衛行為をするとき、未遂犯の類推適用が可能であるが、しかし、過失犯には未遂犯処罰規定がないので、行為無価値が残っても、客観的正当防衛状況が存在すれば、それだけで不処罰とされる⁽¹⁹¹⁾。故意犯において、前記②既遂犯説を採れば、この場合も過失犯が成立することになるだろうが、それは妥当でない。

四 軽微防衛

オーストリア刑法第三条第一項第二文は、「被侵害者に軽微な損害しか迫っておらず、防衛が、特に、防禦のために必要な侵害者の毀損の重さ故に不相当 (unangemessen) であることが明白なときは、行為は正当化されない」と定める。オーストリア刑法では、軽微性正当防衛 (Bagatellnotwehr) は正当防衛行為の社会法的限界・社会倫理的限界とは別領域に属する問題として扱われている。スイス刑法第一五条第一項は、「違法な侵害又は違法な急迫の侵害にあるとき、被侵害者又は如何なる他人も、その状況に相当する方法で (in einer den Umständen angemessenen Weise) 侵害を防禦する権利を有する」と定める。本条の定める「相当性 (Angemessenheit)」は補充性 (Subsidiarität) と比例性 (Verhältnismäßigkeit) を含む概念である。ここで補充性というのは、侵害を確実に即座に終了させる手段の中で最も穏和な手段が用いられるべきという意味であり、緊急避難における補充性とは異なる。比例性というのは、保全法益と侵害法益の間に客観的に著しい不均衡があってはならないことを意味し、緊急避難における利益衡量とは異なる。「相当性」の問題領域で、軽微性正当防衛も論じられるのである⁽¹⁹²⁾。ドイツ刑法では、軽微防衛は「正当防衛権の社会倫理的限界」の問題領域(子どもや精神障害者による侵害、意図的挑発防衛等)で扱われている。その実定法上の根拠は刑法第三二条第一項「正当防衛によって許される行為を行なった者は違法に行為をしたことにならない」中の「許される (geboten)」にある。ドイツ刑法では、その第三二条第二項の定める正当防衛の成立要件である「必要性 (Erforderlichkeit)」

と正当防衛限定機能を果たす同条第一項の「許容性 (Gebotenheit)」は別個の概念であって、後者において「正当防衛権の社会倫理的限界」が扱われる⁽¹⁹³⁾。

我が国の刑法第三六条には、防衛によって守られる利益 (保全利益) と防衛行為によって侵害される法益 (侵害法益) との間に相当性が必要であるとの明文の規定はおかれていない。しかし、**権利濫用**は許されないという思想から、正当防衛状況が存在するにもかかわらず、保全利益が軽微なとき、普通は正当防衛には異質な法益の権衡に基づき、正当防衛権は制限されるべきであるという帰結が導かれうる⁽¹⁹⁴⁾。さらに、**法確証の原理**からも同じ帰結が導出されうる。軽微な法益への侵害がある場合、重大な結果をもたらしうる防衛手段によって法確証を示す必要のあるほどの侵害があったとはいえないからである⁽¹⁹⁵⁾。**自己保護の原理**からも、軽微な保全法益を保護する必要は減少しているといえよう⁽¹⁹⁶⁾。

先ず、軽微防衛の第一の前提要件として挙げられるべきなのは、侵害行為から単に**軽微な不利益**が切迫しているに過ぎないということである。したがって、侵害者が既にかかなりの価値のある物を損壊し終わっており、後は最低の取るに足らない物にしか関心を向けていないといった場合、軽微な損害しか切迫しておらず、これに対しては相当の防衛しか許されない。つまり、こういった場合には、ともかくも相当な防衛だけは許されるということである。それ以外の侵害行為に対しては依然として「法は、不法に譲歩する必要はない」が妥当し、不相当な防衛であっても許される⁽¹⁹⁷⁾。

軽微な不利益は財産的価値に限定されるわけではないが、人の生命に関しては軽微性を認めることはできない⁽¹⁹⁸⁾。身体の健全性に関しては、治療を必要としない程度の場合に軽微性が認められよう。財産に関しては、個別事例に即して、流通価値ばかりでなく、被侵害者の経済的状況 (資産家か貧窮者かといった事情) も考慮した客観的・個別的規準によって軽微性が判断されるべきである⁽¹⁹⁹⁾。

次に、軽微防衛の第二の要件として**相当性 (Angemessenheit)** が挙げられる。侵害から軽微にすぎない不利益が切迫しているとき、防衛は不相当であってはならない。不相当な防衛は違法である。相当性の事後的検証にあたっては、法益衡量だけでなく、侵害者と被侵害者の利益も考慮されるべきである。道理をわきまえた評価をすると、被侵害者の法益を保護するために侵害者の法益を犠牲にするようなことがもはや擁護できない場合は不相当である。例えば、僅かな金額の品物を万引きして店舗から逃走する侵害者を追いかける際、危なくない場所で足を突き出してつまずかせることは許されるが、しかし、そのことによって侵害者が道路縁に転んで歯を折るとか大怪我をすとかの危険がある場合には許されない。後者の場合、他の手段では逃走を妨げるこ

とはできないとしても、逃走させるしかない。このように、僅かな財産的利益を防衛するために侵害者の身体、ましてや、生命を犠牲にすることは許されない⁽²⁰⁰⁾。

最後に、軽微防衛の第三の要件として**明白性**が挙げられるべきである。ただ軽微なだけの不利益が切迫していて、しかも、それ故に防衛が不相当であることが明白でなければならないということである。明白というのは、誰にでも容易に且つ一義的に認識可能であることを意味する。行為者の視点からの客観的事前考察が規準となる。違法な侵害が存在し、被侵害者はそれ故にこそ直ちにしかも切迫する法益侵害の圧力下で、侵害者に対して防衛すべきか否か、どのように防衛すべきかを判断しなければならない。侵害の程度および防衛によって切迫する毀損の程度を実情に即して評価する危険負担を被侵害者に課するのは適切とは思われないからである。したがって、外的事情からは、誰もが不利益を実際には軽微にもかかわらず軽微だとは思わなかったであろうという場合、被侵害者の正当防衛権の行使が否定されるものではない⁽²⁰¹⁾。

大判昭和三・六・一九新聞二八九一・一四は、〔豆腐の行商をしていた被告人甲は、乙から豆腐の貸売を執拗に迫られ口論となったため、その場から逃げた。乙が甲を追跡して来て豆腐を入れたバケツを蹴ったため、甲は憤激して、その場にあった木口で乙を数回殴打し、死亡に至らしめたという事案〕において、「証人丙ニ徴スレハ被告人ハ憤激ノ余同証人カ乙ヲ押除ケタルニ拘ラス仍其ノ背後ヨリ判示角材ヲ以テ乙ヲ殴打シ同人カ其ノ場ニ倒レテ再起上ラムトスルヤ更ニ之ヲ殴打シテ遂ニ死ニ至ラシメタルコト明白ナルヲ以テ右被告人ノ行為ヲ以テ輒急迫不正ノ侵害ニ対シテノ防衛行為ト目スルヲ得ス仮ニ右行為ニ於テ急迫不正ノ侵害ニ対スル防衛行為ト目シ得ヘシトスルモ僅々豆腐数丁ノ財産的利益ヲ防衛スル為至重ノ法律利益タル人命ヲ害スルカ如キハ当ニ防衛ノ程度ヲ超エタルモノト謂ハサルヘカラス」と判示した。本判決は正当防衛の成立を否定したが、過剰防衛の成立の可能性についても触れている。しかし、過剰防衛の成立も否定されるべき事案である。

軽微防衛と異なるのが**迷惑（些事）防衛**（Unfugabwehr）である。これは社会的になお普通といえる迷惑行為、したがって、まだ忍受できる行為に対する反撃である。例えば、雑踏の中を押しのけて進む際に他人の体に触れるとか、満員の電車の中で他人の体に触れるといった場合である。かかる状況下にあつては、刑法第三六条の意味での侵害は存在しないので、反撃行為は正当防衛行為とはいえない⁽²⁰²⁾。

五 緊急救助

緊急救助とは被侵害者自身ではなく、第三者が被侵害者に代わって正当防衛権を行使すること

である(刑法第三六条「他人の権利を防衛するため」)。この場合、被侵害者と防衛者が分かれる。かかる緊急救助者には基本的に被侵害者と同じ権利が認められる。刑法第三六条第一項は「自己又は他人の権利を防衛するため」と規定し、自己防衛と緊急救助を等しく扱っている。但し、個人保護の原則から、原則として、緊急救助権は被侵害者が防衛を望んでいる限りで認められる⁽²⁰³⁾。

緊急救助も刑法第三六条の定めるすべての規準を充足しなければならない。客観的前提要件は被侵害者のおかれた状況によって判断されねばならない。被侵害者が「侵害」に承諾しているとき、侵害ないし違法な侵害が欠如するので、正当防衛状況は存在しない。被侵害者の承諾のあることがその行動から明らかなきも同様である。例えば、性的攻撃を受けたのに真剣に抵抗しているように見えない女性とか、住居侵入窃盗犯にその望みの物を気前よく与える所有者には、正当防衛状況が存在しない⁽²⁰⁴⁾。

緊急救助者の資格には限定がなく、民間警備業者であっても「やむをえない」限度内で緊急救助はできる⁽²⁰⁵⁾。緊急救助者が被侵害者が防衛行為をするよりも穏やかな手段で救助できるとき、被侵害者自身の防衛行為は必要性を超えているが、逆に、被侵害者自身が十分な、しかも、緊急救助をする者よりも穏やかな防禦手段を有するとき、緊急救助行為は必要性の限度を超えている。例えば、熟達の拳闘家が侵害を手拳だけで防禦できるとき、緊急救助者が金槌で救助することは許されない⁽²⁰⁶⁾。

緊急救助者も、被侵害者の法益をやむを得ず防衛するとき、法益の均衡に注意を払う必要はない。緊急救助者は財産を守るために侵害者に重い傷害を負わすことやそれどころか殺人も許される。緊急救助の場合に、自己防衛の場合とは異なって、被侵害者の法益と救助行為によって侵害される法益の間に比例の原則を要求する見解⁽²⁰⁷⁾もあるが、それは妥当でない。確かに、緊急救助も社会倫理的観点から制限されることはあるが、刑法第三六条は緊急救助に限ってこれを比例の原則によって制限する規定を設けていない。かかる制限は緊急救助者を法の擁護者として正当化する法確証の原則に適合しないし、そもそも、自ら防衛できない高齢者のような被侵害者に耐え難い結果をもたらす⁽²⁰⁸⁾。さらに、被侵害者と緊急救助者が共同して防禦行為をしたとき、被侵害者の行為は正当化され、緊急救助者の行為は比例の原則に違反しているとして正当化されないという理解しがたい結論に至る⁽²⁰⁹⁾。

主観的前提要件として、緊急救助者には被侵害者の法益が侵害されるということの認識(防衛意思)が必要である。行為客体(人)の錯誤が故意に影響しないように、被侵害者の(例えば、窃盗の被害者)の錯誤も防衛意思に影響を及ぼさない。緊急救助者が緊急救助にでる動機は法的重要性をもたない。したがって、被侵害者を自分の友人だと思って助けたが、実は自分の憎む他

人だったので、そうと分かっていたら助けなかったとか、監禁被害者を解放してあげる救助者が、その機会を利用して侵害者に加害行為をする場合であっても、こういった動機は防衛意思の存在に影響を及ぼさない⁽²¹⁰⁾。

問題となるのはいわゆる押しつけられる緊急救助である。被侵害者が侵害に承諾しないし、第三者による救助にも承諾しないが、侵害を忍受するか自ら防禦するつもの場合である。「平和主義者」に見られるように、被侵害者が侵害に対して反撃しないで、侵害を忍受するつもの場合、緊急救助は否定されるべきである。緊急救助は、第三者が被侵害者に代わって正当防衛権を行使するのであるから、基本的に自己防衛の延長という性格を有しているのであって、被侵害者が正当防衛権の行使を望まないとき、被侵害者を保護する必要はないからである。被侵害者が窃盗を阻止する手段として拳銃の使用を望まないときも、緊急救助者はそれに従わねばならない⁽²¹¹⁾。人質としての被侵害者が、救助行為によっては自己に危険が及ぶ虞があるため、当該救助行為を望まないときも、緊急救助は許されない⁽²¹²⁾。しかし、侵害を忍受する者が承諾を与える、あるいは、与えたであろう場合でも、そもそも処分できない法益が侵害されるとき、緊急救助は許される。例えば、同意殺人を受け入れる被侵害者には、その意思に反しても救助は許される⁽²¹³⁾。同じことは、被侵害者に理解力が欠如しているとか、侵害者の報復を恐れてとか、錯誤から救助を拒絶している場合、つまり、意思の瑕疵が見られる場合にも妥当する⁽²¹⁴⁾。さらに、被侵害者自身が反撃するよりも、第三者による反撃の方がより温和な手段をとれるときにも、被侵害者の意思に反した緊急救助は許される⁽²¹⁵⁾。被侵害者に自ら防禦することだけに関心があるとき、救助者が被侵害者を出し抜いて救助行為をすることは許されるという見解⁽²¹⁶⁾が見られるが、これは妥当でない。緊急救助者が被侵害者の意思に反して事態を掌握してしまうと、被侵害者は事態に影響を及ぼすことができなくなる一方、被侵害者には自ら防禦できる能力のあることを示すための十分の理由があるし、どこまで防衛行為をするつもりか、自分で決めたいということもありうるからである⁽²¹⁷⁾。

押しつけられる緊急救助というのは、被侵害者が明確に意思表示をしており、しかも、緊急救助者がこれを認識している場合にのみ問題となる。被侵害者が意識不明になっているとか、すばやい対応が求められるとかで、その意思が分からないとき、推定的承諾の原則に従って、「法的に理性的なこと」が規準となる。それは、通常は、緊急救助による法益維持を意味する。後に、被侵害者の意思に反していたことが判明しても、緊急救助は成立する。したがって、緊急救助者は、被侵害者の意思を誤解していても、不利益を負わせられることはない⁽²¹⁸⁾。例えば、殺人事件の被害者甲は、第三者(乙)が侵害者(丙)を殺害することで助かったが、後に、失神状態から覚めた甲は、犯人が自分の息子であることを知らされ、自分の死を忍受したかったということが分かって、正当防衛は成立する⁽²¹⁹⁾。

被侵害者の求めに応じて救助した者が侵害者に対して必要性の限度を超えたとき（緊急救助者の過剰）、救助を求めることが必要な防衛だった場合には、被侵害者の望まない結果が生じても、被侵害者の過失責任が問われることはない。すぐ殴りかかる乱暴者であることの認識が可能でありながら、この者に救助を求める場合、緊急救助者が過剰に及んでも、それは故意行為であるから、その結果が被侵害者に帰属されることはない⁽²²⁰⁾。

注

(161) *M. Burgstaller*, Anmerkung zum Urteil vom OGH 20.3.1980, 13 Os 32/80, JBl 1980, 494 ff.; *ders.*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974, 175.; *Nowakowski* (Fn. 31), § 3 Rn 22; *Triffterer*, (Fn. 30), 11. Kap. Rn 36 ff., 71 ff.; *Steininger*, (Fn. 30), § 3 Rn 83; *Roxin*, (Fn. 6), § 14 Rn 96; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. 26), § 9 Rn 145. これに対して、永らく通説だった古典的犯罪概念によれば、正当防衛の前提要件が客観的に存在すれば正当化には足りる。行為者がこれを知っていたか否かはどうでもよいことだった。 *Rittler*, (Fn. 41), 133; *Spendel*, (Fn. 6), § 32 Rn 138 ff.

我が国における必要説：小暮（注 60）一四一頁以下、齊藤（注 15。特別講義）八八頁、大塚（注 34）三九〇頁「刑法における行為は主観的要素と客観的要素とから構成されるべきことは疑いをいれないところであるが、防衛行為についても同様でなければならない。防衛の意思は、違法性阻却事由としての正当防衛における主観的正当化要素である」、木村（注 84）二六一頁、佐伯千仞『刑法講義』〔三訂版〕一九七八年・二〇一頁、團藤（注 21）二三八頁、西原春夫『刑法総論上巻』〔改訂版〕一九九八年・二四〇頁、藤木（注 34）一六五頁、川端（注 15）三四九頁、内田（注 26）八一頁、井田（注 20）二八七頁。

不要説：香川達夫「防衛意思は必要か」（『團藤古稀祝賀第一巻』所収）一九八三年・二七〇頁以下、前田雅英「正当防衛に関する一考察」（『團藤古稀祝賀第一巻』所収）一九八三年・三四三頁以下、内藤（注 26）三四三頁「防衛の認識は、いわば正当防衛の故意であり、その対象は正当防衛にあたる客観的要素の範囲を超過していないから、故意を主観的違法要素としない立場からはもちろん、客観的要素の範囲を超過する主観的要素に限って主観的違法要素を認める立場からも、不要とされるべき」、牧野英一『日本刑法上巻』〔重訂版〕一九三七年・三六六頁、植松（注 81）一六七頁、平野（注 26）二四二頁、香川（注 25）一七七頁、前田（注 26）二八九頁以下、山口（注 26）一二四頁、浅田（注 25）二二七頁（結果無価値論からは、正当防衛が成立するためには、客観的な成立要件が充足されれば十分）。

(162) *Triffterer*, (Fn. 30), 11. Kap Rn 71. 大塚（注 34）三九〇頁。

(163) *Triffterer*, (Fn. 30), 11. Kap Rn 72; *Steininger*, (Fn. 30), § 3 Rn 84.

(164) *Steininger*, (Fn. 30), § 3 Rn 84.

(165) *Triffterer*, (Fn. 30), 11. Kap Rn 72.

(166) これに対して、正当防衛の目的を要求するのが、*Jeschek/Weigend*, (Fn. 15), § 31 IV 1「行為不法を専ら行為者の意思方向に依存させる人的不法論にとって、正当化事由のすべてにおいて行為者の目的は許容命題の意図と合致しなければならないという要求は自明の理である。というのは、この前提要件下でのみ所為の行為無価値が消滅するからである。しかし、目的説の立場からも、主観的正当化要素が考慮されることは当然である、というのも、行為者が達成しようとしたことが重要だからである」、*Hirsch*, (Fn. 145), vor § 32 Rn 53（正当化目的は「正当化行為の目的要素」によって必要となる）*Krey/Esner*, (Fn. 4), Rn 454 ff.（行為者は正当化事情を知り且つそれに基づき行為をする必要がある）；BGH GA 1980, 67「権利侵害に対抗する目的と並んで、他の種類の動因（憎悪、怒り、激怒あるいは復讐欲といった）が役割を果たしていても、それが侵害防禦の目的を完全に背景に押しやっ

ていないとき、そして、その限りで、防衛意思が排除されるものではない」。BGHSt 3, 194; BGHSt 5, 245 (247).

(167) *Roxin*, (Fn. 6), § 14 Rn 100; *F. Nowakowski*, Zur subjektiven Tatseite der Rechtfertigungsgründe, ÖJZ 1977, 573 ff., 575 FN 38; *Steininger*, (Fn. 30), § 3 Rn 85.

(168) *Bugstaller*, (Fn. 161. Fahrlässigkeitsdelikt), 176; *Fuchs*, (Fn. 25), 19. Kap Rn 2; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. 26), § 9 Rn 149.

(169) 正当防衛状況を認識しながら、しかし、「正しい」内的態度で許されたことをしなかったと言うだけで処罰するなら、心情無価値を処罰することになることにつき、*Roxin*, (Fn. 6), § 14 Rn 99; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. 26), § 9 Rn 148; *Triffterer*, (Fn. 30), 11. Kap Rn 73; *Fuchs*, (Fn. 25), 19. Kap Rn 9; *Lewisch*, (Fn. 25), § 3 Rn 147.

なお、香川(注25)一五八頁は、主観的正当化要素を必要とすれば、防衛の意思で緊急避難にあたる事態を生じさせた場合、及び、その逆の場合にどうするのかという批判をするのであるが、正当防衛状況の認識あるいは緊急避難状況の認識があれば足りるのであるから、防衛の意思と避難の意思には共通する部分がある。結局、互換可能といえよう。参照、大塚(注34)三九一頁注21。

(170) 野村(注81)二二五頁。

(171) 大塚(注34)三九〇頁。

(172) 川端(注15)三五〇頁以下。

(173) 高橋(注15)二六六頁、西原(注161)二四〇頁、大谷(注34)二九〇頁。参照、香城敏磨「防衛の意思と攻撃の意思とが並存している場合と刑法三六条の防衛行為」(『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和五〇年度)』所収)一九七九年二八一頁以下、二八八頁以下、安廣文夫「殺人につき防衛の意思を欠くとはいえないとされた事例」(『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和六〇年度)』所収)一九八九年・一三二頁以下、一四三頁以下。

(174) 防衛の意思と攻撃の意思の並存を認めた判例として、最判昭和六〇・九・一二刑集三九・六・二七五「刑法三六条の防衛のための行為というためには、防衛の意思をもってなされることが必要であるが、急迫不正の侵害に対し自己又は他人の権利を防衛するためにした行為と認められる限り、たとえ、同時に侵害者に対し憎悪や怒りの念を抱き攻撃的な意思に出たものであっても、その行為は防衛のための行為に当たると解するのが相当である」、大阪高判平成七・三・三一判タ八八七・二五九、東京高判平成一四・六・四判時一八二五・一五三。

(175) 安廣(注173)一四五頁以下は、積極的加害意思につき、相手の不正侵害の前にもっていた意思内容は急迫性に関係し、不正侵害に対する反撃時点での意思内容は防衛意思に係ると論ずる。参照、明照博章「正当防衛における『自招侵害』の処理(2)」松山大学論集第二一卷第二号(二〇〇九年)一五九頁以下、一七八頁以下。

(176) *Roxin*, (Fn. 6), § 14 Rn 99.

(177) *Rittler*, (Fn. 41), 121; *Spendel*, (Fn. 6), § 32 Rn 138 ff. 本説に対しては、客観的に正当化事由の範囲内で行為する者は適法な状態をもたらしており、これを阻止することは許されない、したがって、これに対する正当防衛は許されないという限度で適切であるが、ドイツ刑法では不能未遂の規定(第二条, 第二三条第三項)がある以上、行為者の行為を全体として正当化することはもはやできない、というのは、行為者は故意を有して自己の表象からすると実行行為を行なっているからであると批判される。*Roxin*, § 14 Rn 96.

我が国では、中山(注50)二八一頁注2「意思を考慮しない客観的未遂論からは、事後の判断によって、未遂の可能性も一切否定するのが論理的である」、内藤(注26)三四四頁、前田(注26)三四六頁、山口(注26)一二三頁、林(注20)一九六頁以下(急迫性要件を積極的加害意思の有無にかからしめた上、防衛の意思は不要)、浅田(注25)二三〇頁。但し、平野(注26)二四三頁は、偶然防衛の場合、死体であるにもかかわらず、生きていると思って拳銃で撃った場合、殺人の既遂を認めることはできないのと同じく、「『違法な結果』は発生していないのであるから、行為者が違法な結果を発

生させようと思ったとしても、せいぜい(状況によって)未遂の成立を認めうるだけだと思われる」と論ずる。同旨、山中(注15。総論)四六五頁「結果発生 of 具体的危険が存在する場合には、危険無価値は存在するのであるから、未遂の余地を認める説をもって妥当」、西田(注34)一五九頁。

曾根(注26)一〇四頁は、偶然防衛の場合につき、急迫不正の侵害を受けつつある第三者を救助した場合は、不正(侵害者)対正(被侵害者)の関係にあるから、緊急救助者に正当防衛を認めるべきであって、主観的正当化要素としての防衛意思は不要であるが、急迫不正の侵害を受けつつある者自身が防衛行為を行なった場合は、不正対正の関係にないから、正当防衛を認めるべきでないが、相手の利益も法の保護の外にあるから、違法性の程度としては未遂にとどまると論ずる。

(178) *Triffterer*, (Fn. 30), 11. Kap Rn 50; *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 30), Z 11 Rn 24; *Nowakowski*, (Fn. 167), 579. 大塚(注34)三九一頁注二二, 木村(注84)三七一頁, 福田(注25)一五八頁注四, 大谷(注34)二八九頁「違法性阻却の対象は構成要件に該当する事実全体であるから、行為と結果を切り離して評価するのは適当でない。したがって、必要説に立つ以上は、常に既遂犯が成立する」、川端(注15)三五三頁(偶然防衛に未遂犯の成立を認めるなら、既遂犯と未遂犯の違いは、現実の「結果発生 of 有無」ではなくて、「結果無価値の量」の差の中に存在することになるが、これは未遂概念を大幅に変更するものであって、妥当でない)。

(179) *Roxin*, (Fn. 6), § 14 Rn 105; *Burgstaller*, (Fn. 161. Fahrlässigkeitsdelikt), 177; *Steininger*, (Fn. 15), 10. Kap Rn 13 f.

(180) *Burgstaller*, (Fn. 161. Fahrlässigkeitsdelikt), 177, 179.; *ders.*, (Fn. 161. Anmerkung), 496; *Maurach/Zipf*, (Fn. 135), § 45 Rn 34; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. 26), § 9 Rn 152; *R. Moos*, Die subjektive Sorgfaltswidrigkeit bei der Fahrlässigkeit als Unrechtselement, in: *Burgstaller-FS*, 2004, 11 ff., 131; *Wessels/Beulke*, (Fn. 35), § 8 Rn 279. 野村(注81)二二五頁以下。高橋(注15)二六八頁(未遂犯にも行為無価値と法益への具体的危険という意味での結果無価値はあり、偶然防衛の場合、構成要件の結果は発生しているが、それは違法な結果とは見られず、したがって、未遂規定が準用される)。

(181) *F. Nowakowski*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, 19 ff., 28 FN 55; *ders.*, (Fn. 167), 578.

(182) *Burgstaller*, (Fn. 161. Fahrlässigkeitsdelikt), 177 FN 32; *ders.*, (Fn. 161. Anmerkung), 496.

(183) *Fuchs*, (Fn. 25), 19. Kap Rn 6.

(184) *Lewis*, (Fn. 25), § 3 Rn 157.

(185) *Fuchs*, (Fn. 25), 19. Kap Rn 7.

(186) *Roxin*, (Fn. 6), § 14 Rn 104; *O. Leukauf, H. Steininger*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 1992, § 3 Rn 8 f.; *Nowakowski*, (Fn. 31), Vorbem §§ 3-5 Rn 78; *Fuchs*, (Fn. 25), 19. Kap Rn 2. 齊藤(注15。特別講義)八八頁, 内田(注26)八二頁(正当防衛の成立には防衛意思が必要だが、偶然防衛による殺人について客観的には、自己の「生命」を守ったのであるから、「法益較量」により、殺人既遂の実質的不法に達したとは評価できず、殺人未遂にとどまる), 井田(注20)一四一頁, 中義勝『講述犯罪総論』一九八〇年・一三六頁, 牧野(注161)四五二頁, 江家義男『刑法(総論)』一九五二年・一〇二頁。

(187) *Steininger*, (Fn. 15), 10. Kap Rn 14.

(188) なお、人的不法論の立場からでも無罪説が唱えられことがある。① *Lewis*, (Fn. 25), § 3 Rn 157. レーヴィッシュによれば、帰属可能な結果無価値が存在しないので、既遂犯の成立は認められない。未遂犯(刑法第一五条)の適用も適切でない。したがって、違法な行為はあるが、既遂も未遂も構成要件該当性がなく、無罪であると。本説は、未遂犯というのは構成要件を完全には充足していない犯罪だという前提があるが、本文で論じたように、この前提自体に問題がある。② *Steininger*, (Fn. 15), 10. Kap Rn 14. シュタイニンガーによれば、正当防衛の状況が存在するにもかかわらず、その認識が無かったという場合は、正当防衛の状況が存在しないにもかかわらず、存在するものと誤認した場合

- (誤想防衛)と対比して考察されるべきである。現実とその認識が食い違っている点で両者は共通だからである。後者の正当化事由の錯誤の場合、行為無価値は行為者の錯誤によって相殺されるが、結果無価値は残る。それでも故意犯は成立しない。そうすると、不法内実を構成する同価値の行為無価値と結果無価値の中、行為無価値はあるが、結果無価値がない場合も故意犯の成立は認められるべきでない。本説は、誤想防衛の場合には故意責任が否定される理由が責任故意の不存在にあるが、主観的正当化要素が欠如しているとき、責任故意が存在することを看過しているところに問題がある。
- (189) 平野 (注26) 二四三頁。
- (190) *Triffterer*, (Fn. 30), 11. Kap Rn 99.
- (191) *Burgstaller*, (Fn. 161. Fahrlässigkeitsdelikt), 179 ff. これに対して、フックスは客観的正当化事情があれば正当化されると主張する。*Fuchs*, (Fn. 25), 19. Kap Rn 3 *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. 26), § 15 Rn 43.
- (192) *K. Seelmann*, (Fn. 7), 70 f.; *A. Donatsch, B. Tag*, Strafrecht I, 8. Aufl., 2006, 225 ff.; *F. Riklin*, Schweizerisches Strafrecht AT, 2. Aufl., 2002, § 14 Rn 33 ff.
- (193) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 83 ff.
- (194) *Steininger*, (Fn. 30), § 3 Rn 91; *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 30), Z 11 Rn 26; *Wessels/Beulke*, (Fn. 35), 342 f. 平野 (注26) 二四五頁, 牧野 (注34) 四五八頁, 木村 (注84) 二六二頁, 佐伯 (注161) 二〇二頁, 藤木 (注34) 一六七頁以下, 内田 (注26) 一八四頁。これに対して, *Baumann/Weber/Mitsch*, (Fn. 131), § 17 Rn 36 は, 衝突利益の不均衡を正当防衛権の存否に絡めることに反対して, 侵害者が侵害を打ち切ることができるかぎり, 正当防衛権を制限して侵害者を保護する必要はないと論ずる。
- (195) *W. Perron*, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2010, § 32 Rn 50; *Jescheck/Weigend*, (Fn. 15), § 32 III 2 b; *Wessels/Beulke*, (Fn. 35), Rn 343; *Herzog*, (Fn. 60), § 32 Rn 107; *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 84; *ders.*, (Fn. 16), 94.
- (196) *Perron*, (Fn. 195), § 32 Rn 50; *Jescheck/Weigend*, (Fn. 15), § 32 III 2 b; *Wessels/Beulke*, (Fn. 35), Rn 343; *Herzog*, (Fn. 60), § 32 Rn 107; *Roxin*, (Fn. 16), 94.
- (197) *Triffterer*, (Fn. 30), 11. Kap Rn 77; *Steininger*, (Fn. 30), § 3 Rn 92.
- (198) *Nowakowski*, (Fn. 31), § 3 Rn 23.
- (199) *Nowakowski*, (Fn. 31), § 3 Rn 23; *Triffterer*, (Fn. 30), 11. Kap Rn 79, *Steininger*, (Fn. 30), § 3 Rn 94; *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 30), Z 11 Rn 26.
- (200) *Triffterer*, (Fn. 30), 11. Kap Rn 82; *Steininger*, (Fn. 30), § 3 Rn 96; *Fuchs*, 17. Kap Rn 37.
- (201) *Triffterer*, (Fn. 30), 11. Kap Rn 83; *Nowakowski*, (Fn. 31), § 3 Rn 25; *Steininger*, (Fn. 30), § 3 Rn 95.
- (202) *Jescheck/Weigend*, (Fn. 15), § 32 III 2 b; *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 85; *Perron*, (Fn. 195), § 32 Rn 49.
- (203) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 116; *Jescheck/Weigend*, (Fn. 15), 349; *Krey/Esser*, (Fn. 4), Rn 569; *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 30), Z 11 Rn 29. 宮本英脩『刑法学粹』[第五版・復刻版] 一九八五年・二四五頁。
- これに対して, 被侵害者の意思に反しても緊急救助は許されると論ずるのが, 大塚 (注34) 三九一頁, 川端 (注15) 三五四頁, 牧野英一『刑法総論下巻』[全訂版] 一九五九年・四五〇頁, 木村 (注84) 二六一頁, 福田 (注25) 一五七頁注一。 *Schmidhäuser*, (Fn. 21), 6 Rn 80 は, 法確証の原理から本説を主張するが, ロクスィーンはそれが支持できないことを裁判例 (BGHSt 26, 256) を挙げて説明する。甲 (男) は, 乙 (女) が乙の友人丙 (男) から殴られたの見て, 乙を助けようとした。この救助は当初は適切だった。しかし, 乙はもはや甲の助けを必要としないこと, 乙はむしろ丙とだけで話したいことが明らかになったにもかかわらず, 甲は助けを続けようとした。頼まれもしない介入の結果, 甲の死という結末を迎えた。
- (204) *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 138; *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 117; *Jakobs*, (Fn. 49), 12. Abschn Rn 59; BGHSt 5, 247「被侵害者に, 防御の決意をする事が許され, しかもそれができるとにもかかわらず, 防禦する意

思が無いとき、第三者にも救助を押し付けて被侵害者を防衛する権利は認められ得ない」。ロクスイーンは、映画の観客をいわゆるいやらしい映画から守ろうとする者に緊急救助が認められないのは、この映画を見たい観客の人格権が侵害されているわけではないからであると論ずる。

(205) *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 139; *Krey/Esser*, (Fn. 4), Rn 571.

(206) *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 139; *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 116, 118. これに対して、民間の警備業者は正当防衛規定を援用できないと論ずる見解が見られる。地下鉄を警備する民間警備員は乗客が襲われているのをみても救助することは許されない。*W. Hoffmann-Riem*, *Übergang der Polizeigewalt auf Private?*, ZRP 1977, 277 ff. しかし、この説は次のように批判される。刑法は報酬を得ているか否かにかかわらず緊急救助を認めている。さらに、本説は社会政策的にも耐え難い。警察官をいたるところに配備配置するわけにはいかないから、民間警備業者の緊急救助を禁止すると、犯罪者を勇気付けること、法的安定性を掘り崩すことに繋がる。本説の背景にある民間警備業者の行き過ぎという事態は見られないし、そういうことがあれば過剰防衛で対応できる。*Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 123; *Krey/Esser*, (Fn. 4), Rn 571.

(207) *K. Seelmann*, *Grenzen privater Nothilfe*, ZStW 89 (1977), 36 ff., 56 ff..

(208) *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 140; *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 121; *Erb*, (Fn. 25), § 32 Rn 163.

(209) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 121.

(210) *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 141.

(211) *Jakobs*, (Fn. 49), 12. Abschn Rn 59; *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 118. 齊藤 (注 15. 正当防衛権) 九七頁、宮本 (注 203) 二四五頁。これに対して、*Trifflerer*, (Fn. 30), § 11 Rn 98 は、違法の侵害があるとき、被侵害者に「任意性」が欠如するから、構成要件該当性が否定されたり、違法性が阻却されることはなく、法確証の観点からすると、救助者に自制を求めるのは疑問だと論ずる。*Lewis*, (Fn. 25), § 13 Rn 133 は、緊急救助者の緊急救助権は被侵害者の「直接の」正当防衛権から導出されるのではないので、被侵害者が法益を放棄していないかぎり、緊急救助権は認められと論ずる。

(212) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 118.

(213) *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 143; *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 119.

(214) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 118; *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 143.

(215) *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 143.

(216) *Jakobs*, (Fn. 49), 12. Abschn Rn 60.

(217) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 118.

(218) *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 145; *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 120; *Krey/Esser*, (Fn. 4), Rn 569.

(219) *Jakobs*, (Fn. 49), 12. Abschn Rn 62.

(220) *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 146.