

タイトル	正当防衛（１）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学学園論集(152)： 1-15
発行日	2012-06-25

正 当 防 衛 (1)

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

(以上本号)

一 沿 革

正当防衛 (Notwehr) は如何なる時代、如何なる法域においても妥当する法制度であると見られてきた。それ故、正当防衛は、「書かれた法でなく、生まれた法である (non scripta, sed nata lex)」(ケクロ)とか「正当防衛には歴史はない」(ガイプ)と云われるのである⁽¹⁾。すなわち、「人民の法的確信に根ざす」⁽²⁾ 正当防衛は最も古い沿革を有し、自然法的性格をすら有する違法性阻却事由であると云われてきたのである⁽³⁾。この点で、正当防衛権は基本的人権である。国が個人から防衛権能を剥奪したり、ごく狭い範囲でしかかかる権能を認めないなら、それは自由主義に立脚する法治国とは相容れないとも云われる⁽⁴⁾。

正当防衛が、一般的な違法性阻却事由として刑法総則中に現れるに至ったのは、一八世紀末から一九世紀にかけてのことである。一五三二年のカロリーナ刑事法典第一四〇条はまだ正当防衛権を身体、生命への武装侵害に、しかも、退避可能性がない場合に限定していたのである。正当防衛が他の法益への侵害に対する防衛も許す、刑法総則における一般的な「許容事由」として捉

えられるようになったのは、一八世紀以来のドイツ刑法学、特に、P. J. A. v. フォイエルバッハ(一七七五年～一八三三年)の主張に負うところが大きい⁽⁵⁾。一七九四年のプロイセン普通ラント法は相当性と退避義務による限定はあったものの物への侵害に対する正当防衛を許容した。すなわち、原則として物の侵害者への殺人は許されず、又、官憲の救助が得られないときに限定された。一八一三年のバイエルン刑法典が初めて侵害者の損害と被侵害者の損害の均衡を放棄したが、補充性はまだ維持していた。それでも、この法典が新しい時代を画することになったのであるが、その背後には、自然法的、自由主義的法理解があったのである。市民の自由権が法共同体、法秩序の中心におかれ、正当防衛は市民が自分の利益を守るための不可譲の権利と見られたのである。

一八五一年のプロイセン刑法典第四条がようやく正当防衛権を拡大し、これが一八七一年のライヒ刑法典第五三条を経て、違法性阻却事由であることを明文化する形で現行刑法典(一九七五年一月一日施行)にも継受された。ドイツ現行刑法は、その第三二条(正当防衛)において、「① 正当防衛によって許される(geboten)行為を行った者は違法に行為をしたことにならない。② 正当防衛とは、自己又は他人を現在の違法な侵害から回避させるために必要な(erforderlich)防衛である」と定め、さらに、同第三三条(過剰防衛)において、「行為者が、錯乱、恐怖又は驚愕から正当防衛の限度を超えたとき、行為者は罰せられない」と定める。第三二条第二項は、正当化の緊急避難(第三四条)とは異なり、補充性を要求しておらず、侵害からの逃避は防衛に当たらないことを明らかにしている。同条項はさらに正当防衛権が必要性によって限定されることも明示しているが、このことは法益均衡を要求していないことも意味している。但し、第三二条第一項は正当防衛の社会倫理的限界を定めたものと一般に理解されている。第三三条は過剰防衛が責任阻却事由に当たる場合のあることを定める⁽⁶⁾。

オーストリア刑法はその第三条(正当防衛)において、「自己又は他人の生命、健康、身体的完全性、自由又は財産に対する現在又は急迫の違法な侵害から防衛するために已むを得ず(notwendig)防衛を行なったにすぎない者は違法に行為をしたことにならない。但し、被侵害者の蒙る虞のある不利益が単に些細なものにすぎず、且つ、その防衛が、特に防衛をやむを得ないものとした侵害者への加害の重さの故に、不相当(unangemessen)であることが明らかであるときは、その行為は正当とならない。② 正当とされる防衛の程度を超え又は明らかに不相当な防衛(第一項)を行なった者は、このことが専ら狼狽、恐怖又は驚愕から生じたときは、その程度を超えたことにつき過失があり且つその過失行為に処罰規定がある場合に限り罰する」と規定する。本条第一項も補充性を要求していないが、被侵害法益が軽微であるとき、侵害者の法益との関連で相当性を要求している。国家正当防衛は明文上予定されていない。同第二項は、過剰防衛や相当性に反するとき、それが無力性情動から出たとき、責任阻却事由に当たる場合のあることを定める。

スイス刑法は、その第一五条（正当化の正当防衛）において、「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、その状態に相当する方法で (in einer den Umständen angemessenen Weise) 侵害を防衛する権利を有する」と定め、その第一六条（免責の防衛）において、「① 防御者が第一五条の定める正当防衛の限度を超えると、裁判所は刑を減輕する。② 防御者が侵害に関する免責可能な興奮又は狼狽状態で正当防衛の限度を超えたとき、防御者は有責な行為をしていない」と定める。「その状態に相当する方法」については、先ず、被侵害者は侵害を避けることも、逃走することも、警察の助けを求めることも要しない、つまり、この意味での補充性を要しないと理解される。次いで、被侵害者は自分の利用できる手段の中で最も穏和な手段を選ばねばならないという原則が妥当する。最後に、最も穏やかな手段であっても、これにともなう侵害者の害や危険が侵害の重さと均衡がとれないとき、その手段は許されない⁽⁷⁾。

我が国では、一八一〇年のフランス刑法第三二八条、第三二九条の影響を受けた旧刑法において、正当防衛は各則の「殺傷ニ関スル宥恕及ヒ不諭罪」（第三一四条以下）に規定されていた。現行刑法はこれを一般的違法性阻却事由として総則第三六条に、「① 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。② 防衛の程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる」と定めた。本条第一項は正当防衛の成立要件、本条第二項は過剰防衛を定めた規定である。

二 正当防衛の基本思想

伝統的に、正当防衛の支柱となる思想として、個人主義の原理と超個人主義の原理が挙げられてきた。ローマ時代には、自己保護というのは「始原的権利 (Urrecht)」としてそれ以上の根拠付けを要しないとされていた。それが本格的に議論されるようになったのは、I. カント（一七二四年～一八〇四年）哲学出現以後のことである。カント自身はその著作『人倫の形而上学』において、正当防衛について、「私の生命に不当な攻撃を加える人の生命を奪うことによって、自分の命を守る (ius inculpatae tutelae 正当防衛権)」場合、「節度をわきまえる (moderamen) よう忠告することは、法にではなくもっぱら倫理に属する」、「暴力によって自己保存をはかる行為は、罪を問えない (inculpabile) のではなく、罰しえない (impunibile) と考えられるべき」⁽⁸⁾と論じて、正当防衛行為が適法行為であることを明確にしていたが、法益の権衡が問題となるような事例について論じたものではなかった。その後、カント学派の K. H. グロスは、「守られるべき利益の大きさと侵害者に加えられる害悪の大きさの間の比例は、道徳や賢さを別とすれば、重要でない。というのは、強制権能は、自己の権利を権利として守るために権利者に認められる。したがって、加えられる強制の程度が権利の実体に依存するということはいえぬ。この意味で、被侵害者の権利には限界がないと云える」と論じたのである⁽⁹⁾。もともと、このような苛烈な正当防衛

権を認めることは「人殺しの道徳」であるとの批判もあった⁽¹⁰⁾。

正当防衛の超個人主義的基礎付けが議論されるようになったのは、G. W. F. ヘーゲル（一七七〇年～一八三一年）の著『法哲学綱要』（一八二一年）が公刊されてからのことである。それまでの、個人主義的基礎付けに加えて、ヘーゲル学派は個々の防衛行為による法一般の保護を主張したのである。防衛行為は脅かされている個人法益を保護するばかりでなく、同時に、侵害する不法に対して法を確証するものである⁽¹¹⁾。この基礎付けも正当防衛権の苛烈さに繋がったのである。A. F. ベルナーは、正当防衛においては、如何なる権利も不法に対して無条件に防衛が許されると論じたのである。「誰でも自己の所有物を保護するために侵害者の生命を賭することができる」⁽¹²⁾。

一九世紀中葉に、この二つの流れを結合したのがヘーゲル学派（もっとも純粹のヘーゲル学派とはいえない）のC. レヴィタであった。レヴィタは、正当防衛権を限定するものとしては「必要性」で足り、法益の権衡を要しないと論ずると同時に、「法は絶対に止揚できないのであるから、不法はそれ自体無効であり、その無効さにおいて顕在化されなければならない」とヘーゲル流に論じ、さらに、カント流の議論を展開する。「この場で、個人の人格的力が、自己の保護のために、したがって、不法に対する法自体の貫徹のために入ってくる。個人の人格的力はその始原的防衛権によりこれを行なうのであり、国がその保護の力を不法に対して対処できない場合、国はこの始原的防衛権を承認し、承認しなければならない。したがって、正当防衛は個人に、国の力によっては妨げることのできない、切迫する不法に対して、自己の保護のため、又は、他人の保護のために認められる防衛権である」⁽¹³⁾。

現代の自由主義、民主主義に立脚する刑法においても、正当防衛を支える基本思想として、**自己保護**（Selbstbehauptung, Individualschutz）という「個人法的」原理（利益保護）ないし「個人主義的」原理が挙げられる。この自己保護への「固有の権利」は、国がその存立根拠である市民を守るという責務を果たしえない状況では、法治国で生活する市民にも依然として認められねばならない。侵害される者は、自己の法益を保護するために必要な防衛行為（構成要件該当行為）をすることが許される。それは端的に「誰も侵害されたままでいる必要はない」（Niemand braucht sich verletzen zu lassen.）とか、「法は不法に譲歩する必要はない」（Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen.）⁽¹⁴⁾と表現されるのである。侵害者は必要とされる防衛行為を忍受する義務を課せられる。侵害者と被害者の法益衡量も要しない（自己保護原理の正当防衛正当化機能）。自己保護ということは、正当防衛が**個人的権利の保護**に限定されるのであって、社会的法益や国家的法益の保護のためではないことを意味する。社会的法益や国家的法益の保護は個人的法益が保護されることによる反射的效果である（自己保護原理の正当防衛限定機能）。

刑法第三六条第一項の定める他人の権利の防衛、つまり、緊急救助 (Nothilfe, Notwehrhilfe) も自己保護から説明されうる。被侵害者が自らの利益を十分に保護できないとき、しかも、他人の助力を望むとき、被侵害者はその助力を得ることによっていっそう保護されることになる。

さらに、自己保護と並んで、もう一つの基本思想として、**法確証 (実証)** (Rechtsbewährung) ないし**法の自己主張** (Selbstbehauptung des Rechts) という**社会法的原理**ないし「超個人主義的」原理も挙げられる。国が市民保護というその責務を果たしえない緊急状況下において、被侵害者は法秩序を防衛するという意味で法の有効性を実証するのである。法の侵害に対して、反撃行為よりも逃避や退避によって確実に防衛できる場合でも、撃退行為に出ることが許されるのは、このことによって法の有効性が確証されるからである。侵害者と被侵害者の法益衡量の要しないことも、自己保護原理からだけでは基礎付けられえない。ここでも、法確証原理が不可欠である。これも分かりやすく且つ簡潔に「法は不法に譲歩する必要はない」と表現される。法確証は緊急救助 (他人の権利の防衛) にも現れている。法確証は権利の侵害されている他人のための防衛にも妥当するからである (法確証原理の正当防衛正当化機能)。法確証という視点から、社会倫理的配慮からの必要性原理の制限も根拠付けられるのである (法確証原理の正当防衛限定機能)⁽¹⁵⁾。

法確証の原理は自己保護の原理を**補充する原理**として必要であり、それ故、独自の意味を有するが、正当防衛の基礎を築くのはやはり自己保護原理である。個人の法益を違法な侵害から防御することが正当防衛であって、一般的に不法を阻止する権利が市民に認められるのではない⁽¹⁶⁾。それは端的に、「法秩序の擁護への一般利益は個人の権利保護という媒体を通してしか現れない」と表現される⁽¹⁷⁾。さもなければ、市民が公共の安全を維持する補助警察官の役割を果たすことになってしまい、そのことは法秩序に利益よりも損害をもたらすことになる⁽¹⁸⁾。

法秩序の防衛は潜在的侵害者を威嚇し (消極的一般予防)、人々の法的誠実性を安定化・強化する (積極的一般予防) という意味で理解される。かかる一般予防効果は法定刑、科刑、刑の執行によって期待されるのである。しかし、だからと言って、正当防衛権の行使が侵害者に対する刑罰の性質を有すると理解してはならない。一方で、正当防衛は、侵害が有責であることを前提としていないし、他方で、終了した侵害に対する正当防衛は許されないからである。それにもかかわらず、刑罰と並んで、正当防衛には一般予防の効果が期待されるのである⁽¹⁹⁾。

このように正当防衛を正当化する支柱は自己保護の原理と法確証の原理であるが、なお、これらの原理を補充する原理として、侵害者の**自己答責の原理**も挙げられよう。侵害者が自分の行為によって危険を招来したが故に、侵害者の法益の要保護性が減弱又は否定されるのである。すなわち、自己答責の原理は正当防衛を成立させる一要因である。このことから、正当防衛は侵害者

の法益への侵害との関係でして問題とならないことが分かる。さらに、責任無能力者の侵害とか、自招侵害の場合に正当防衛行為の限界が問題となるが、そこでは自己答責の原理も働いているのである⁽²⁰⁾。

正当防衛を二元的に根拠付けるのではなく、一元的に基礎付ける見解がある。その一は、ヘーゲルの社会理解に基づき、正当防衛を専ら法確証から基礎付ける見解⁽²¹⁾である。しかし、法確証という概念が、法秩序には個々の市民の利益とは関係のない抽象的な固有の価値があるという意味で理解され、専らこれによって正当防衛が基礎付けられるなら、それは絶対主義的国家観を前提としており、「国は国民のために存在する」という原理を逆転させてしまうことになる。そのみならず、本説は正当防衛を防衛者の緊急の行為の必要性という観点から個人的法益に限定するが、しかし、本説の論理的帰結はそのような限定を要しないことになる。本説は実質的には一元説を徹底していないのである⁽²²⁾。

たしかに、上記の二元論の意味で法確証を理解しても、正当防衛行為によって法確証が満足せられるが、しかし、正当防衛によって意図され、実現された個人の保護、その法益の保護が法確証の反射的效果にすぎないとはいえない。正当防衛の規定は、一般的な不法阻止権を認めるものではなく、行為者には「自己又は他人の」権利を防衛する場合にしか正当防衛権が認められないのであるから、既述のように、法確証の利益というのは「個人保護という媒体を通してしか」実現されないのである⁽²³⁾。それに、自己保護の原理を基礎にすることによって、私的力を行行使する権能を限定できるし、個人間の争いを社会政策的に適切に解決することも可能となる⁽²⁴⁾。

その二は、正当防衛を純粹に個人主義的に基礎付ける見解⁽²⁵⁾である。それは、正当防衛者は公的任務を果たしているとはいうものの、権利保護の任務を有する国の機関とは異なり、比例の原則に拘束されないとして、法確証原理による基礎付けを批判する。しかし、法確証原理を抜きにしては、被侵害者が侵害を逃避・回避できる場合であっても、通常、防衛が許されることの説明が十分にできないのである⁽²⁶⁾。ここには、被侵害者の利益だけでなく、法共同体の利益も考慮されるということが明らかである。さらに、自ら侵害の危険に晒す者であっても、それだからといって直ちに正当防衛権を失うものではないことは、侵害が「違法」であるところに根拠があり、これは法の確証の利益に帰着する⁽²⁷⁾。

三 正当防衛の構造

1 正当防衛の状況 正当防衛の状況は正当防衛のための反撃行為の前提要件である。刑法第三六条第一項は「自己又は他人の権利」への「急迫不正の侵害」のあることを要件とする。正当防衛状況は「侵害」によってもたらされることを要するので、「侵害」が中心的要素である。

A 侵害 侵害とは保護される権利・利益を脅かす又は実害を与える人の行為である。規準となるのは所為の状況における客観的な事後判断 (objektives Urteil ex post) である⁽²⁸⁾。

(a) **客観的判断** 侵害が存在するか否かは事実の状況によって**客観的**に判断されなければならない。判断時点において存在した要因は、後になってようやく知られることになった要因も含めて、すべて考慮に入れられるべきである。したがって、侵害者の内的事情も考慮される。例えば、侵害者が装填された拳銃と手布巾の入った他人の着るポケットに手を突っ込むとき、侵害者に拳銃を抜き取って向き合っている者を射殺する意思がある場合、生命への侵害があるが、手布巾を抜き取る意思しかなかった場合、生命への侵害があるとはいえない⁽²⁹⁾。「被侵害者」が実際には侵害がないのに侵害があると思っていたとか、「被侵害者」の状況におかれた第三者であってもやはり侵害があると思ったであろうということは重要でない。このような場合でも、正当防衛の状況は存在しない⁽³⁰⁾。危険があると誤想された状況に対する防衛行為は、一般に**誤想防衛** (Putativ-notwehr) と呼ばれるが、それは違法であるが、正当化事由の錯誤として責任の領域で解決されるべき問題である。

(b) **人の行為** 侵害とは**人の仕業**である。侵害の前提には人によってしか形成できない「制御意思」がある。行為の人的帰属が基本的に可能でないなら、正当防衛を適用することはできない。刑法第三六条第一項も「不正」の侵害と定めているので、当然、侵害は人の行為態様に限定される。不正というのは規範の名宛人である人へのみ向けられうるものであり、違法というのはこの者にだけいえることだからである⁽³¹⁾。さらに、人の行為態様においてのみ、正当防衛の支柱である法確証が意味をもちうるのである。法は人に対してのみ確証されうるのである⁽³²⁾。したがって、生物(動物)からの攻撃とか無生物からの危険(落石)といった危険源は排除される。しかし、道具や動物が「人の伸ばされた腕」として投入されるとき、例えば、人を襲うように犬を仕向けるとか、他人をめがけて投石するとき、人の行為への帰属が可能であり、したがって、侵害が認められる⁽³³⁾。

他人所有の犬がその飼い主の故意・過失なく突然襲ってきたので、これを撃退するといったいわゆる「対物防衛 (Sachwehr)」と呼ばれる場合には、正当防衛の成立する余地はないが⁽³⁴⁾、しかし、**防御的緊急避難** (Defensiver Notstand) として正当化される。民法第七二〇条第二項は「他人の物から生じた急迫の危険を避けるためその物を損傷した場合」に、法益の均衡も補充性も要求することなく、損害賠償責任を否定している。その基本的思想は、危険の状況にある者の保護利益の方が物の所有者が有するその維持利益よりも上回るということである。民法上適法とされる行為が刑法上は違法とされることはありえない。したがって、防御的緊急避難は刑法第三七条の緊急避難とは関係なく正当化される⁽³⁵⁾。特別法によって保護されている動物が襲ってきたと

き、それを殺傷することは当該特別法上の構成要件に該当する行為であるが、緊急避難が成立する。もとより、法律上保護されていない動物、例えば、襲いかかってきた野犬を殺しても、野犬は無主物であるから、刑法上の問題は生じない。

侵害は故意たると過失たるとを問わない。過失行為であっても、人に帰属可能な行為から危険が発生しているのであり、これに対する防衛行為は許される⁽³⁶⁾。侵害は有責行為であることも要しない。

言うまでもなく、侵害は刑法の**行為概念**を充足しなければならない。身体反射、睡眠中・意識喪失中の動作、絶対的強制下の動作には、有意性が認められず、これらは侵害から排除される。人の仕業とは見られず、単に結果への因果要因としか見られない動作は自然現象に等しいのである。自然現象は法確証とは無関係である。これらの動作は緊急避難の問題となる⁽³⁷⁾。侵害は有意性を前提とするが、目的性を要求しない。さもなければ、被害者は過失や重過失による脅威に正当防衛ができないことになろう。例えば、人を鹿と誤認して照準を合わせている者に対する正当防衛は許されないことになろう。これは理解しがたい帰結である⁽³⁸⁾。ますますもって、侵害には物理的力の行使も要求されない。さもなければ、脅迫を手段とする強盗、恐喝や無断の写真撮影に対する正当防衛が許されないことになろう⁽³⁹⁾。

客観的帰属の否定される行為も「侵害」と見ることはできない。かかる行為を侵害と捉えて、「違法性」の領域でふい落とすなら、それは法確証原理と矛盾する。経験的危険も規範的危険も認められない行為は侵害とはなりえない。したがって、絶対的不能未遂は侵害たりえない。客観的帰属の否定される行為から生ずる危険に対する防衛行為は正当化事由の緊急避難に基づいてしか許されない⁽⁴⁰⁾。

(c) **不作為** 侵害というのはその攻撃的性質の故に作為で行なわれるのが一般であるが、不作為による侵害というのもありうる⁽⁴¹⁾。しかし、真正不作為犯の作為義務違反の不作為をもって侵害と見ることは許されない。「侵害者」の範囲があまりにも拡大してしまうからである。そこで、不真正不作為犯の作為義務違反の不作為が侵害であるとも考えることもできる。保障人が、他人に差し迫っている危険を放置して、結果が生ずるとき、その結果は作為によって生ずるのと同じように保障人に帰属され(不真正不作為犯)、処罰可能であるから、かかる不作為は「侵害」と見ることができるからである。しかし、そうになると、不作為による侵害の範囲が広がりすぎることになろう。しかも、刑法理論的に見ても、保障人の地位というのは不真正不作為犯の構成要件要素であるのに対し、「侵害」というのは違法性阻却を基礎付ける正当防衛の状況の一要素である。したがって、不真正不作為犯のいかなる保障人義務であっても、その不履行をもって直ちに「侵害」

と捉えて、防衛行為に対する忍受義務の範囲を拡大することは適当でない。もしも、専ら保障人義務の存否に「侵害」を依存させるなら、緊急救助の許される第三者は、保障人義務の存在を目に見える危険要因のはらむ状況からしか認識しえないので、不作為者に忍受義務があるか否かが不確定であることについて、自ら危険を冒すことになる。これは望ましくない帰結である⁽⁴²⁾。

そうすると、不作為による侵害を不作為者に保障人義務があるということだけで認めるのは十分でなく、人的危険源責任のある場合に限定するべきである。不作為者ないし不作為者に帰属可能な領域が危険に晒されている者の状態変化の原因となっていなければならない。例えば、招待主や教授の再三の退去要求にもかかわらずそれに従わない客とか学生には不作為による侵害が認められる⁽⁴³⁾。飼い犬が突発的に通行人を襲い、その飼い主がこの通行人からその犬を呼び戻すように要求しているのに、犬の飼い主がこれに応じないとき、犬の飼い主の不作為による侵害がある。飼い犬の例で、通行中の幼児を襲っているとき、その子の親がこれを傍観するとき、この親には不真正不作為犯が成立するが、しかし、この危険はこの子の親の危険領域から生じていないのであるから、この親の不作為の侵害は認められない⁽⁴⁴⁾。

違法な不作為ではあるが、しかし、結果回避の不作為が犯罪構成要件が存在しないため処罰されず、それが民事訴訟及びその他の法的救済手段によって解決されるべきとき、侵害は存在しない。例えば、債務者が自分の義務を履行しない、場合によっては、違法に破る場合、債権者は暴行をもってその債務者に金銭を支払わせることは許されず、民事訴訟に頼らなければならない。住居の賃貸借終了後も明け渡さない賃借人は不作為による住居侵入を犯しているわけではない。賃借人保護権は賃借人に一時的な占有を許容するからである。したがって、賃貸人は賃借人を正当防衛によって強制的に退去させることはできない⁽⁴⁵⁾。

(d) 「侵害者」と「被侵害者」の区別の明確性 正当防衛の前提は、侵害者と被侵害者の役割が明確であるということである。喧嘩闘争の場合にはこれが認められない。喧嘩当事者双方が互いに攻撃、防御をしあう一連の行為を全体としてみると、役割が明確でない。したがって、誰が喧嘩を始めたかとは関係なく、喧嘩当事者の誰にも基本的には正当防衛は許されない⁽⁴⁶⁾。しかし、素手で殴り合っていたのに、突然、一方が短刀を取り出したというように武器が不相当に使用されるとか、相手方が防衛能力を失ったといったように、喧嘩が段階的に拡大するとか、第三者が喧嘩を止めさせようとする場合、それでも攻撃が続けられるなら、侵害者の役割が明確になるので、正当防衛権の行使は可能となる⁽⁴⁷⁾。

(つづく)

注

- (1) *G. Geib*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 2, 1962, 228. vgl. *K. Binding*, Handbuch des Strafrechts, Bd I, 1885, 731; *F.v. Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 12/13. Aufl., 1903, 144 f.
- (2) Vgl. Entwurf eines Strafgesetzbuches 1962, BT-Drucks. IV/650, 157.
- (3) *H.-H. Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 2. Aufl., 1972, 250.
- (4) *V. Krey*, *R. Esser*, Deutsches Strafrecht AT, 4. Aufl., 2011, § 14 Rn 470.
- (5) *P. J. A. v. Feuerbach*, Lehrbuch des in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1801, § 47 「他人の違法な侵害を防ぐためにこの者に危害を加えることは自己防衛権の帰結である (necessariae defensionis)。しかし、国における個人は自己防衛の権利を放棄したのであるから、国における自己防衛が許される前提は、侵害される権利を保護することが公権力にできなかったということである。この場合にまで私的暴力の国への譲渡は及びえなかった」。
- (6) *F. Schaffstein*, Die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des Gemeinen Strafrechts, 1930 (Nachdruck 1973), 68 ff.; *Ch. Schroeder*, Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen, in: Maurach-FS, 1972, 127 ff.; *G. Arzt*, Notwehr, Selbsthilfe, Bürgerwehr, in: Schaffstein-FS, 1975, 77 ff.; *V. Krey*, Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern, JZ 1979, 702 ff.; *G. Spendel*, Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl., § 32 Rn 15 ff.; *C. Roxin*, Strafrecht AT, Bd. I, 4. Aufl., 2006, § 15 Rn 4 f.; *K. Kühl*, Notwehr und Nothilfe, JuS 1993, 177 ff. 曾根威彦『刑法における正当化の理論』一九八〇年・四頁以下, 津田重憲『正当防衛の研究』一九八五年・二頁以下。内田文昭「近代ドイツ刑法における『違法』と『責任』」警察研究六四巻四号(一九九三年)七頁以下
- (7) *G. Stratenwerth*, *W. Wohlers*, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 2007, § 15 Rn 7(なお, 近時, 財産への侵害においては侵害者への如何なる傷害も, あるいは, 重い傷害の危険又は生命の危険を伴う防御は「通常許されない」という見解が支配的になっていることも指摘されている)。vgl. *K. Seelmann*, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2009, 70 f.
- (8) *I. Kant*, Metaphysik der Sitten, Akademie-Ausgabe Bd VI, 235. 邦訳, 樽井正義, 池尾恭一『人倫の形而上学』(カント全集 11) 二〇〇二年・五四頁。vgl. *K. Kühl*, Die Notwehr: Ein Kampf ums Recht oder Streit, der mißfällt?, in: Triffterer-FS, 1998, 149 ff., 159; *ders.*, Freiheit und Solidarität bei den Notrechten, in: Hirsch-FS, 1999, 259 ff., 260.
- (9) *K. H. Gros*, Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts, 5. Aufl., 1829, § 96. vgl. *Kühl*, (Fn. 8. Die Notwehr), 159.
- (10) *J. F. Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 26; *K. H. Heydenreich*, System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien 1. Teil, 1794, 186; *L. H. Jakob*, Philosophische Rechtslehre, 1795, § 440. 「人殺しの道徳(Toschlagsmoral)」という言葉はフーゴに由来する。*G. Hugo*, Lehrbuch des Naturrechts, 3. Aufl., 1809, § 6. vgl. *Kühl*, (Fn. 8. Die Notwehr), 160.
- (11) *Kühl*, (Fn. 8. Die Notwehr), 160.
- (12) *A. F. Berner*, Notwehrtheorie, Archiv des Criminalrechts Neue Folge, 1848, 547 ff., 554. vgl. *Kühl*, (Fn. 8. Die Notwehr), 160 ff.
- (13) *C. Levita*, Das Recht der Notwehr, 1856, 17 ff. vgl. *Kühl*, (Fn. 8. Die Notwehr), 161 f.
- (14) この法格言はベルナーに遡るのである。*A. F. Berner*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Aufl., 1871, 144; RG 21, 168, 170. しかし, これは正当防衛の根拠を示しているわけではなく, „Recht“を被侵害者の主観的法(subjektives Recht od. individuelles Recht)と, „Unrecht“を侵害者の主観的不法(subjektives Unrecht od. individuelles Unrecht)と理解すれば, 個人保護とも結びつく。vgl.

- U. Neumann*, Zurechnung und „Vorverschulden“. Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung, 1985, 165 f.; *Th. Rönna*, *K. Hohn*, Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl., 2006, § 32 Rn 66 FN 160.
- (15) 正当防衛の基本思想を二元的に説明する学説として, *C. Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 1 f.; *K. Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2008, § 7 Rn 7 ff.; *Th. Lenckner*, *W. Perron*, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 32 Rn 1 f.; *H.-H. Jescheck*, *Th. Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996, § 32 I 2; *Krey/Esser*, (Fn. 4), Rn 470 ff.; *U. Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 2011, § 25 Rn 69 ff.; *E. Steininger*, Strafrecht AT, 2008, 11. Kap Rn 1 f. 山中敬一『正当防衛権の限界』一九八五年・二三頁以下, 同『刑法総論』[第二版]二〇〇八年・四四八頁以下, 齊藤誠二『正当防衛権の根拠と展開』一九九一年・三頁以下, 同『特別講義刑法』一九九一年・六六頁以下, 同『正当防衛』(阿部純二他編『刑法基本講座第3巻違法論/責任論』)所収一九九四年・五一頁以下, 川端博『刑法総論講義』[第2版]二〇〇六年・三三三頁以下, 高橋則夫『刑法総論』二〇一〇年・二五四頁以下。
- (16) Vgl. *W. Hassemer*, Die provozierte Provokation oder über die Zukunft des Notwehrrechts, in: Bockelmann-FS, 1979, 225 ff., 227, 239 f.; *C. Roxin*, Die „sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts, ZStW 93 (1981), 68 ff., 75 f.; *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 10 ff.; *ders.* (Fn. 6), 180.
- (17) *Jescheck/Weigend*, (Fn. 15), § 32 I 2. キュールは, 自己保護の原理から被侵害者に逃避義務がないことの説明ができるのは, 「恥すべき逃避」のように目撃者を前にしては「対面に傷つく」場合に限定されると論ずる。*Kühl*, (Fn. 6), 181.
- (18) *Roxin*, (Fn. 16), 76; *Lenckner/Perron*, (Fn. 15), § 32 Rn 1a; *Kühl*, (Fn. 6), 180.
- (19) Vgl. *Roxin*, (Fn. 16), 74; *Jescheck/Weigend*, (Fn. 15), § 32 I 2; *K. Kühl*, (Fn. 6), 177 ff., 180; *Steininger*, (Fn. 15), 11. Kap Rn 2.
- (20) *Kühl*, (Fn. 6), 182 f.; *ders.*, (Fn. 15), § 7 Rn 19. 参照, 井田良『講義刑法学・総論』二〇〇八年・二七一頁以下, 林幹人『刑法総論』[第二版]二〇〇八年・一八七頁。
- (21) *E. Schmidhäuser*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1984, 6/51 ff.; *ders.*, Über die Wertstruktur der Notwehr, in: Honig-FS, 1970, 185 ff.; *ders.* Die Begründung der Notwehr, GA 1991, 97 ff. (正当防衛規定の第一次的機能は犯罪者が法秩序に勝利することを妨げることにある。専らこの理由から, 防衛者には, 必要とあらば法益均衡を維持しなくても, 「法秩序の経験的有効性」を防衛し, もって, 「法の自己主張」を可能にすることが容認される。個人の法益保護は, 完全に社会的利益に合わせられた正当防衛権の反射的効果にすぎない)。 *N. Bitzilekis*, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, 1984, 53 ff. 「法秩序の規範的有效性の防衛」。我が国では, 團藤重光『刑法綱要総論』[第三版]一九九〇年・二三四頁「法の自己保全という見地から正当防衛を基礎づけるのが妥当」。
- (22) Vgl. *H. Frister*, Die Notwehr im System der Notrechte, GA 1988, 291 ff., 298; *P. Kasiske*, Begründung und Grenzen der Nothilfe, JURA 2004, 832 ff., 833; *Rönna/Hohn*, (Fn. 14), § 32 Rn 67.
- (23) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 116; *Lenckner/Perron*, (Fn. 15), § 32 Rn 1a.
- (24) BGHSt 26, 256 (ある男性甲がある少女乙が乙の男友達丙から殴られているのを見て助けようとした。ところが, 乙は甲による救助を不要と考え, 丙とだけで争いを解決しようとした。甲は懇請されもしないのに乙, 丙の争いに介入した結果, 紛争がかえって拡大して, 甲が殺されるという結末になった)。Vgl. *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 116.
- (25) *H. Wagner*, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, 1984, 32 (正当防衛の規定は, 侵害者の行為の自由と防衛者の行為の自由とが衝突する場合について定めたものであり, 正当防衛という正当化事由は, 防衛者のおかれた個人の「苦境」を考慮している)。 *Frister*, (Fn. 22), 291 ff. (自らいつでも急迫不正の侵害という衝突状況を解消することができる侵害者は保護に値しない)。 *ders.*, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2011, 16. Kap Rn 3 f.; *J. Hruschka*, Strafrecht AT, 2. Aufl.,

1988, 198 f. (被侵害者は侵害者の下位のおかれざるをえないが、被侵害者に正当防衛権を付与することによってしかこれを阻止できない)。A. Hoyer, Das Rechtsinstitut der Notwehr, JS 1988, 89 ff., 90 (法秩序自体が防衛者の利益を保護することができないので、防衛者は法秩序の拘束を解かれ、自分で自分を守ることができる)。なお、エルプは侵害の中に含まれる法秩序への違反を個人の平和維持への権利と理解して、法確証の利益を個人利益化している。V. Erb, Münchner Kommentar StGB, Band 1, 2003, § 32 Rn 12 (個人の利益保護から考えるべきであるが、もっぱらその維持だけが考えられるべきでない。さもないと、退避義務がないこと、法益均衡も要求されないことの説明ができない。被侵害者には、違法な行為によってその平和維持への権利を侵害する者によって、自己の行為自由が広く制約されることを強要されるのではなく、侵害に対して必要な手段で対抗することによって乱された対等の秩序を回復するという賞賛に値する要求がある)。P. Lewisch, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2003, § 3 Rn 5; H. Fuchs, Österreichisches Strafrecht AT, 7. Aufl., 2008, § 17 Rn 9; ders., Grundfragen der Notwehr, 1985, 67 f. 我が国では、滝川幸辰『犯罪論序説』[改訂版]一九五五年・八八頁、香川達夫『刑法講義総論』一九八〇年・一五三頁注2、福田平『刑法総論』[第五版]二〇一一年・一五三頁、浅田和茂『刑法総論』二〇〇五年・二一九頁、橋爪隆『正当防衛論の基礎』二〇〇七年・七一頁以下。

- (26) 我が国では、違法性阻却の一般の原理としての**優越的利益の原則**に立って、正当防衛の正当化根拠として**法益性欠如説**が有力に主張されている。平野龍一『刑法総論II』一九七五年・二二八頁「個人が自らその権利の侵害に対して闘うのは、権利であるだけでなく義務でさえある、というのが個人主義の基本思想である。その結果、不正な侵害者の法益は、正当な被侵害法益の防衛に必要な限度では、その法益性が否定される。正当防衛で法益の均衡が要求されないのはそのためである」。本説は、正当防衛の要件がそなわるとき、違法性が阻却されることの結果として、法益性が欠如することを表現しており、「法益性の欠如」の根拠を示していない。そこで、山口厚『刑法総論』[第二版]二〇〇七年・一一二頁以下は、「急迫不正の侵害」者の法益が失われることの根拠を、不正な侵害に対する「正当な利益」の(量的ではなく、質的な)優位性、つまり、「『不正な侵害』の利益に対する被侵害者の利益の絶対的優位性」に求める。同旨、前田雅英『刑法総論講義』[第四版]二〇〇六年。しかし、本説は、「不正」な侵害だから侵害者の法益が完全に否定できるところに基本的問題がある。正当防衛において「補充性」が要求されないのは別のところにその根拠を求めねばならない。参照、山中(注15。総論)四五〇頁、佐久間修『刑法総論』二〇〇九年・二〇五頁。

ドイツでは、法確証を違法性の一般の阻却事由としての優越的利益に含めて論ずる見解がある。U. Ebert, Strafrecht AT., 2. Aufl., 1994, 65 f.; G. Stratenwerth, L. Kuhlen, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2004, 58 f. 我が国でも、同じく、優越的利益の原則に立って、法確証を個人法益保護の一要素と捉える**法確証の利益衡量加算説**が主張される。内藤謙『刑法講義総論(中)』[オンデマンド版]二〇〇一年・三二九頁以下によれば、第一に、「正当防衛には、緊急状況において自己または他人の法益を保全するという、個人主義的な自己保全(個人保全)の利益が存在している」。第二に、「正当防衛には、急迫違法な侵害に対して、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が存在している。……法確証の客観的利益とは……個人の法益の保護に関係しそれに影響を与える利益として、個人の法益の保護に還元しうる利益である」。自己保全と法確証の関係については、「個別的な法益保全の利益(個人保全の利益)だけでなく……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、法益保全の要保護性が、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」。同旨、内田文昭『刑法概要中巻(犯罪論(2))』一九九九年・六七頁注5、七二頁以下、曾根威彦『刑法総論』[第四版]二〇〇八年・九九頁以下、前田(注26)三二三頁。しかし、本説に対しては、違法阻却の一般の原理としての優越的利益説に法確証の利益を無理やり詰め込むものであり、又、正当防衛においては利益衡量は二次的な意味しか持たないとの批判が妥当する。山中(注15。総論)四五一頁、佐久間修『刑法講義総論』一九九七年・一九二頁。

(27) Kühl, (Fn. 15), § 7 Rn 14 ff.; Lenckner/Perron, (Fn. 15), § 32 Rn 1a.

- (28) *Jescheck/Weigend*, (Fn. 15), § 32 II Id; *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 21; *Lenckner/Perron*, (Fn. 15), § 32 Rn 27; *Krey/Esser*, (Fn. 4), § 14 Rn 473.
- (29) *Fuchs*, (Fn. 25. Strafrecht), 17. Kap Rn 11.
- (30) *O. Triffler*, Österreichisches Strafrecht AT, 2. Aufl., 1985, § 11 Rn 52; *D. Kienapfel, F. Höpfel*, Strafrecht AT, 12. Aufl., 2007, Z 11 Rn 5; *Steininger*, (Fn. 15), § 3 Rn 6.
- (31) *F. Nowakowski*, Winer Kommentar zum StGB, 1984, § 3 Rn 2.
- (32) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 2, 6; *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 26; *Krey/Esser*, (Fn. 4), § 14 Rn 474; *E. Steininger*, Salzburger Kommentar zum StGB, 2008, § 3 Rn 7.
- (33) *Roxin*, (Fn. 6), § 15 Rn 6; *Kühl*, (Fn. 15), § 7 Rn 27.
- (34) 生物からの攻撃とか無生物からの危険について、「侵害」と云えるのか否かにつき、ドイツ語圏刑法学では否定説が通説である。今日、肯定説を展開するのは、*Spendel*, (Fn. 5), § 32 Rn 38 ff.

我が国では、否定説：團藤重光(注21)二三七頁注15「動物にはには侵害行為はない。したがって、動物に対しては正当防衛は許されず、緊急避難だけが許される」、福田平『刑法総論』[全訂第五版]二〇一一年・一五六頁注6「法規範は、人間の行態に向けられる規範であって、違法判断の対象は、人間の行態にかぎられるものであるから、動物の挙動や自然現象は、違法判断の範囲外にある」ので、それらによる「法益侵害は、「不正の侵害」にあたらなから、これに対する正当防衛はみとめられず、ただ、緊急避難がみとめられるにすぎない」、藤木英雄『刑法講義総論』一九七五年・一六三頁、内田文昭『刑法I』[改訂版・補正版]一九九七年・一八二頁。大判昭和一二・一一・六大審院判決全集四輯一一五一(甲所有の土佐雑種の番犬(価格150円相当)が被告人所有の英セッター種猟犬(価格600円相当)を突然襲いかみ伏せたので、被告人が猟銃で甲の犬を射って銃創を負わせたという事案で、被告人の犬の価格の方が甲の犬の価格より高いので、乙の行為は緊急避難として適法)。

肯定説(正当防衛成立説)：牧野英一『刑法総論上巻』一九五八年・四三九頁(動物の侵害は他人の物から生じた違法状態であり、違法行為のほかには法律の好まない状態としての「違法状態」も、民法上、物の所有者ないし占有者に責任を発生させるし、刑法上は不正の侵害といつてよい)、平野龍一(注26)二三二頁(他人の「物」による侵害について、民法第七二〇条第二項は同条第一項を準用して法益の均衡を問題とせず損害賠償の責任を負わせておらない、このことは民法上は違法でないことを意味するので、「対物」防衛を刑法上違法とすることは刑法の補充的性格からみて失当である)、大塚仁『刑法概説(総論)』[第四版]二〇〇八年・三八三頁[改説]「不正とは、…… 犯罪成立要件の一つとしての構成要件に該当する行為について論ぜられるべき違法性ではなく、被侵害者の法益を侵害し、これに対して正当防衛が許されるかどうかという見地から問題とされるべき一般法的観点における違法性を意味するにすぎない。それゆえ、それは、必ずしも人間の行為によるものに限らず、動物による侵害などについても考えることができる」。川端(注15)三四四頁以下「対物防衛において、動物からの侵害の危険にさらされている者は、何ら不正の行為を行なっておらず、法秩序の見地から保護されるべき地位にある者であり、その意味において『正』である。その『正』が侵害されるのを法秩序が是認するのは、法秩序にとって自己矛盾である。つまり、『正』を保全するために動物に立ち向かう行為を違法として否認するのは、正義に反する」。その他、前田(注25)三三五頁以下、山中(注15。総論)四五八頁以下、西田典之『刑法総論』二〇〇八年・一四九頁以下、浅田(注25)二二三頁。

肯定説(準正当防衛説)：大谷實『刑法講義総論』[新版第3版]二〇一一年・二八三頁以下「所有者または管理者の故意または過失に基づく場合には、人の行為によるものとして正当防衛が認められるのに対し、そうでない場合の人の管理する動物等の侵害……につき、緊急避難という厳格な要件でのみ違法性が阻却されるとするのは不均衡となるから、正当防衛の他の要件を満たす以上は正当防衛に準じた取扱いをすべき」、その他、泉二新熊『日本刑法論上巻』[第三七版]一九二四年・三七二頁、大場茂馬『刑法総論下巻』一九一七年・五六八頁、山口(注26)一一五頁以下。

- (35) ドイツでは、物が危険源となって危険が生じた場合、ドイツ民法第二二八条(緊急避難)「自己又は第三者をして他人の物より生ずる急迫の危険を免れしむる為め其の物を毀損又は破壊するも其の毀

損又は破壊が危険の防止に必要にして且其の損害が危険に対し不相当ならざるときは之を不法とすることなし。但行為者が危険の発生に付き責任あるときは其の者は損害賠償の義務を負う」(東季彦訳『全訳独逸民法』[第三版]一九三五年)が適用され、違法性が阻却される。一般に防御的緊急避難と呼ばれる本条は必要性と相当性を要求しているが、補充性を要求していない。本条にほぼ対応するのが日本民法第七二〇条第二項である。Roxin, (Fn. 6), § 15 Rn 6; Kühl, (Fn. 15), § 7 Rn 26; Lenckner/Perron, (Fn. 15), § 32 Rn 3; J. Wessels, W. Beulke, Strafrecht AT, 41. Aufl., 2011, Rn 293. 参照, 井田(注20)二八〇頁, 吉田宣之『違法性の本質と行為無価値』一九九二年・一二三頁以下。

(36) Vgl. Steininger, (Fn. 15), 11. Kap Rn 7; Roxin, (Fn. 6), § 15 Rn 2.

(37) Roxin, (Fn. 6), § 15 Rn 8; Kühl, (Fn. 15), § 7 Rn 28; Steininger, (Fn. 32), § 3 Rn 11; Fuchs, (Fn. 25. Grundfragen), 73 f. これに対して, 痙攣によって所有権を損なうのはドイツ民法第一〇〇四条によって違法であるから, これは「侵害」にあたるか(H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, 85), 睡眠中や反射動作も「侵害」にあたる(Spendel, (Fn. 5), § 32 Rn 27)とする見解が見られる。しかし, そうなると, 物からの危害には緊急避難が適用され, 比例の原則が働くが, 痙攣者や睡眠者からの危害には正当防衛が適用され, 人の方が厳しい扱いを受けるという問題が生ずる。C. Roxin, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, in: Jescheck-FS, 1985, 457 ff., 468 ff.

(38) Kühl, (Fn. 15), § 7 Rn 28. これに対して, シャフシュタイン(F. Schaffstein, Notwehr und Güterabwägungsprinzip, MDR 1952, 132 ff., 136)は目的攻撃を要求する。

(39) Kühl, (Fn. 15), § 7 Rn 28.

(40) E. Steininger, (Fn. 32), 2008, § 3 Rn 12; ders., (Fn. 15), 11. Kap. Rn 10; Fuchs, (Fn. 24. Grundfragen), 80 ff mwN in FN 225.

(41) 肯定説, Nowakowski, (Fn. 31), § 3 Rn 2 mwN; Kienapfel/Höpfel, (Fn. 30), Z 11 Rn 5; Fuchs, (Fn. 25. Strafrecht), 17. Kap Rn 13. 否定説, T. Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts AT, 1954, 139. 正当防衛の直接適用に反対する説, Lenckner/Perron, (Fn. 15), § 32 Rn 10 (不作為の場合, 防御されうる何ものも無い。侵害者に由来しない, 他の危険が防御されるのであって, この危険を侵害者は回避しないにすぎない)。

(42) Steininger, (Fn. 32), § 3 Rn 14; Fuchs, (Fn. 25. Grundfragen), 75 ff.

(43) 大阪高判昭和二九・四・二〇高刑集七・三・四二二(住居に侵入して退去しない者を実力で戸外に引きずり出す行為)。

(44) Steininger, (Fn. 32), § 3 Rn 15; Fuchs, (Fn. 25. Grundfragen), 78 ff.

(45) Roxin, (Fn. 6), § 15 Rn 12; Fuchs, (Fn. 25. Grundfragen), 76 f. 使用者側が正当な理由なく団体交渉を拒否した場合, 労働者側は労働委員会による救済を求めることができる。最決昭和五七・五・二六刑集三六・五・六〇〔日放労長崎分会長である被告人は, 配転命令撤回, 懲戒処分理由の明示を求め, 長崎放送局長に団体交渉の申し入れをしたが, これを拒否されたので, 器物を損壊し, 会議室に侵入したという事案〕「本件のように, 使用者側が団体交渉の申し入れに応じないという単なる不作為が存するにすぎない場合には, いまだ刑法三六条一項にいう『急迫不正の侵害』があるということはできないと解するのが正当であって, 同局長に団体交渉適格があると否とを問わず, 本件被告人の行為を正当防衛行為にあたりとみる余地はない」。

(46) 大判昭和七・一・二五刑集一一・一「所謂喧嘩ヲ為ス斗争者ノ斗争行為ハ互ニ相手方ニ対シ同時ニ攻撃及防御ヲ為ス性質ヲ有スルモノニシテ其ノ一方ノ行為ノミヲ不正侵害ナリトシ他ノ一方ノ行為ノミヲ防御ノ為ニスルモノト解スヘキモノニ非ス從テ喧嘩ノ際ニオケル斗争者双方ノ行為ニ付テハ刑法第三六条ノ正当防衛ノ觀念ヲ容ルルノ余地ナキモノトス我國ニ於テ『古来喧嘩両成敗』ノ格言ヲ存シ喧嘩ノ斗争者双方ノ行為ハ互ニ違法性ヲ阻却スヘキ性質ヲ有スルモノニ非ストシテ共ニ之ヲ処罰スヘキモノトシタル理由モ亦茲ニ存ス」。

(47) Steininger, (Fn. 15), 11. Kap Rn 9. 大塚(注34)三八六頁以下, 川端(注14)三四七頁, 前田(注26)三三四頁。最大判昭和二三・七・七刑集二・八・七九三「いわゆる喧嘩は, 闘争者双方が攻撃及

び防御を繰り返す一団の連続的闘争行為であるから、闘争の或る瞬間においては、闘争者の一方がもっぱら防御に終始し、正当防衛を行う観を呈することがあっても、闘争の全般からみては、刑法第三十六条の正当防衛の観念を容れる余地がない場合がある」。本判例は喧嘩闘争であっても正当防衛の成立する場合のありうることを認めたが、最大判昭和二三・七・七刑集二・八・七九三、最判昭和二三・一・二二刑集一一・一・三一は、このことをより積極的に、「所論引用の大法廷の判例の趣旨とするところは、いわゆる喧嘩は、闘争者双方が攻撃及び防御を繰り返す一団の連続的闘争行為であるから、闘争のある瞬間においては、闘争者の一方がもっぱら防御に終始し、正当防衛を行う観を呈することがあっても、闘争の全般からみては、刑法三六条の正当防衛の観念を容れる余地がない場合があるというのであるから、法律判断として、まず喧嘩闘争はこれを全般的に観察することを要し、闘争行為中の瞬間的な部分の攻防の態様によって事を判断してはならないことと、喧嘩闘争においてもなお正当防衛が成立する場合があり得るという両面を含むものと解することができる」と判示して、正当防衛を認めず傷害致死とした原判決を破棄した。正当防衛を認めた判例に、広島高岡山支判昭和二七・三・二〇高刑集五・四・五一〇、仙台高判昭和二七・一二・二七判特二二・二一一。