

講演

過剰防衛

Der Notwehrexzess

ヘニング・ローゼナウ^{*}
監訳 只木 誠^{**}
訳 富川 雅 満^{***}

目次

訳者はしがき

． 導 入

． StGB 33条に関する問題の不十分な理解

1 ． 量的過剰防衛について

2 ． 誤想過剰防衛について

3 ． 認識ある過剰な防衛行為について

4 ． その他の正当化事由の妥当性について

5 ． 正当防衛状況が誘発された場合における StGB 33条

． StGB 33条の意味と目的

1 ． StGB 33条は余分な規定であるか

 StGB 20条との関係

 限界に関する展望

2 ． StGB 33条の根拠

． 上述の問題の解決

1 ． 事後的な量的過剰防衛

2 ． 認識ある過剰防衛

* ドイツ・アウグスブルク大学法学部教授

Henning ROSENAU

Prof. Dr. an der Universität Augsburg

** 所員・中央大学法科大学院教授・法学部教授

*** 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中（2013年9月より、
DAAD 奨学生として Göttingen 大学にて在外研究中）

訳者はしがき

ヘニング・ローゼナウ教授は2006年よりドイツ・アウグスブルク大学法学部の教授を務め、主な研究分野は、刑法、刑事訴訟法、ヨーロッパ・国際刑事法、医事法・生命倫理法など、多岐にわたっており、すでに、これらに関する著作、出版物も多く著されているところである。近年ではとくに遺伝子診断の法的問題性や刑事手続における合意手続に関心を寄せられている。同教授は2007年に本学法学部の客員教授として来日して以降、2010年には本学創立125周年記念シンポジウムの講演者としても登壇するなど、本学とはすでに深い交流を持ち、また、日本における学際的な人脈の広さから、現代ドイツ刑法学界における知日派としても知られている。また、2013年10月1日よりアウグスブルク大学の副学長を務められている。

本稿は、2013年6月に本学日本比較法研究所にて開催された、過剰防衛をテーマとした講演会の翻訳である。わが国と同様にドイツにおいても過剰防衛が刑法典に規定されているが、その法的効果については、わが国のそれが任意的減免であるのに対して、ドイツではそもそも処罰がなされないとされており、興味深い相違を示している。本稿は、過剰防衛者にそのような恩典が与えられる根拠と限界を明らかにしようとするものであり、正当防衛における量的過剰について、近年、議論が盛んとなっているわが国の状況に照らしても、非常に示唆に富んだものである。

I . 導 入

「正当防衛において、行為者の行為がその限度を超えたものであっても、当該行為が錯乱、恐怖、驚愕から引き起こされた場合には、行為者は処罰されない」とドイツ刑法（StGB）33条は規定する。Roxinによれば、こ

の過剰防衛（Notwehrexzess）の規定は，行為者の態度に構成要件該当性と違法性が認められるにもかかわらず刑罰が科されないと法定されているすべての事例類型のなかで，もっとも不明瞭なものであるという。たしかに，立法者も，この刑罰の免除がどのように分類されるべきであったかを，明確にはしなかった。本規定が正当化事由であると容易にわかるように，「違法に行為したものではない」と解釈上明白に定義するのでもなければ，我々が責任阻却事由ないし免責事由を問題とする際に慣れた表現である「責任なく行為したものである」との言い回しも使われていないのである。立法者は，なにも決定しないことを選択したのである。そのかわりに，「いくらか中立的な言い回し」が意識的に選ばれたのであり，これによって，過剰防衛の法的性質にはさまざまな解釈の余地が残され，この問いは学説へと委ねられたのである。

立法者自身，やはり過剰防衛の規定の仕方について，どこか当惑していたのであろう。そのように，刑法改正委員会での審議は理解されなければならない。たしかに，Gustav Radbruch がいうように，法律はその起草者よりも賢くありうるし，むしろ賢くなければならない。当該法律は，StGB 33条をいまの形に規定することで，多くの者からもはや不可能だと考えられるような芸当を成功させたともいえるかもしれない。

というのも，StGB 33条がまったくもって雑に文言化されることで，このたった一つのおおざっぱな規定により，精緻に考えられた帰属が，つまり非常に精緻に行われている刑事司法が，決定的に損なわれているからである。これは少なくとも，理解に値する非難である。そこでは，所為の不法を確定するために，刑法学が複雑に絡み合う規範と理論とを駆使して，極めて緻密に展開してきた論理は，行為者がただ恐怖から，またはその他の心的虚弱による興奮状態（asthenischer Affekt）から行為している場合には重要ではない，と端的に説明されているのである。それゆえに，StGB 33条は，肥大化した刑法学理論（Hyperthrophie）の裏をかくという芸当をみごとやりとげているといえるであろう。

本報告でまず一つ目に紹介する卵投げ事例¹⁾は，これまでの話を証明し

てくれるであろう。この事例は、かつてであれば StGB 360条 1 項11号によって喧嘩・狼藉として処罰されたと思われる行為から始まって、最後には、劇的な幕引きを迎えるのである。

プロボクサーである被告人 B は3名の若い男らとベルリンのクーダム (Kuhdamm) を車で行ったり来たりしていた。そして、Bらがカント通りで卵2箱を購入し、その卵を歩行者らに投げつけていたところ、そのなかにはアラブ人の S がいた。S は怒りに我を忘れ、アラブ人の友人らと B の方へと歩み寄り、B の車両を追跡した。Sらは B の車を傷つけることはできたが、その時点で B を捕らえることはできなかった。

その後、B は自身の乗用車に傷があるのを発見して、これに激昂し、S を問いつめて事を明らかにしようと戻ってきた。アラブ人たちは B を取り囲んだ。アラブ人の S は瓶を拾い上げ、これを砕いて、割れた瓶の首を手を持った。相互に侮辱し合う状態となり、その場の攻撃的な雰囲気はいよいよ容易ならざるものとなった。その後、B は逃走したが追いつかれ、幾人かのアラブ人にふたたび取り囲まれた。B は、ストレス状態が高じ、不安に苛まれた。S が瓶の首を手を持って B へと近づき、まさに B を攻撃しようとしたとき、B はパニック状態で S をナイフで8回刺突した。最後の2回の刺突は生命への危険があった。

この卵投げ事例でさしあたって問われるのは、なぜ過剰防衛が問題となるのかである。B はそのアラブ人 S およびその他のアラブ人らによる現在の攻撃に対して対抗しようとしているようにもみえるから、ナイフによる刺突行為が StGB 32条にいう正当防衛によって正当化されうるとも思われるが、この点は明らかにされえなかったのであろうか。もちろん、この8回の刺突行為が当該状況にあって必要であったかは問題となる。ここで StGB 32条による正当防衛を肯定するためには、正当防衛権という伝家の宝刀によっても、あるいは、防御者は当該攻撃を即座に終わらせることのできる相対的に穏当な手段だけを選択すべきであったと考えることによっ

1) BGH, Urteil v. 13. 11. 2008 5 StR 384/08, NStZ-RR 2009, 70.

でも可能であったであろう。周知のように、防御者は不確実な防御で満足する必要もなければ、対決状態に長くさらされる必要もない。しかし、この問題設定については、当該事案では、事実関係が不明である。連邦通常裁判所（BGH）もその判決で下級審裁判所の事実認定の不充分さについても非難している。このような認定からは、本件でのかかる侵害に対して、8回の刺突が手段として必要であったかは、明らかにされていないのである。

しかし、地方裁判所（LG）の判断が事実認定の不充分さを理由に破棄されることはなく、そのかわりに、BGHは実に興味深い手法を採用した。ここに、この判例の特徴的な点が表れている。BGHは、正当防衛の限界が超えられたのか否かを明らかにすることなく、そのかわりにStGB 33条を適用したのであった。すなわち、BGHの上告判決によれば、LGが予備的考慮（Hilfserwägung）としてStGB 33条が認められるための前提条件を肯定していたことは、結論において支持されうるというのである。StGB 33条の過剰防衛の規定を適用して直ちに無罪を言い渡すことで、正当防衛の要件に関する不確実性が表立って取り上げられることはなかったのである。StGB 33条は実務においてセーフティネット規範（Auffangnorm）の機能を有しているのである。このことは、一方では、行為者に正当化事由が認められるとはいっても、不法を犯していないということについての承認まで行為者に確約しているわけではないという点で、問題がある。他方で、裁判所のやり方は、その判決形成の手続的な方法論としては正当なものであるし、このようなやり方によってとくに致死結果をもたらさうる防御行為が正当防衛の要件を充たすのかという、込み入った問題が回避されうるという点で納得のいくものではある。というのも、正当防衛権という伝家の宝刀に多大な不信感と不快感を抱くのは学者だけではないからである。とりわけ、後者の点は、第一審裁判所においてもしばしばみられうることである。

StGB 33条は司法実務において、Rotschの憂慮するような肥大化した法理論に対処するために、立法者が、それと知らずにまったく無意識に準備

してしまった手段なのであろうか。否、そのような見方はまちがっている。もの言わぬ川は底が深いとの格言が示すように、StGB 33条がそのように何も言わずに静かに登場すればするほど、それだけよりいっそう深淵なるものをこの規定に見いだすべきなのである。

StGB 33条は一般にいわれているほどに、おおざっぱなものでもなければ、これによってあらゆる問いが明らかにされるほどに、単純でも簡単なものでもない。その逆なのである。StGB 33条は、争いのある問題や疑わしい問題の多くを我々に提示してくれる。これらの問題をまずみていくことにしよう。

II. StGB 33条に関する問題の不十分な理解

1. 量的過剰防衛 (extensiver Notwehrexzess) について

もっとも争われている問題が、卵投げ事例のなかにあるかという点、そうではない。ここでは、プロボクサーのBは、なるほどそれによって事態は悪化したかも知れないが、ナイフでの威嚇によっても攻撃者であるアラブ人を追い払うことができたであろうにもかかわらず、そのような方法をとらずに、即座にSを刺突したのである。Bの行為は必要とされる防衛行為の客観的限界を超えてしまっている。彼はそれゆえに自身に対する違法な攻撃にあって、回避行為の点で行き過ぎているのである。これは、いわゆる質的過剰防衛 (intensiver Notwehrexzess) の事例である。当該回避行為は、正当防衛にいう必要な程度を、あるいは要求された程度をも超えてしまっているのであるから、これは過剰であり、まさに、質的にみて過剰なのである。この質的過剰防衛の事例は争いなく StGB 33条によって捕捉されている。

これに対して、量的過剰防衛 (extensiver Notwehrexzess) の場合には、一致した考えは存在しない。そのようなものとして以下のアルバニア人事例²⁾がある。

被告人であるAがアルバニア人との麻薬取引に際してXのことを密告

したために、XはAに復讐をしようとしていた。AはXが実弾が装填されたけん銃を所持していることを知っており、自身の生命の危険を感じていた。

ある夕刻に、Aは祭りにでかけた。21時頃に、Xがおよそ10名の仲間とともに現れ、Aを発見し、数メートル離れた箇所から何度もAの方に視線を向けながら、Aの方を指差して仲間になにがしかを話していた。Aはおよそ2時間もの間にわたって強い視線を感じ、次第に不安に陥り、会場を立ち去るべきであるかどうか考えていた。結局、Aはその場を立ち去ることにしたが、それにはXの側を通らなければならなかった。AがXの傍らを通過しようとしたとき、XはAの肩を掴み、Aに一撃を加えて、「ここで決着をつけてやる」などと怒号を上げた。XはAに接近し、その際に、実弾の装填されたけん銃の入ったパイロットジャケットのなかに手を差し入れようとした。Aは不安のなかで、自身のジャケットのポケットから携行していたナイフを取り出し、Xのけん銃による攻撃に先んじるべく、Xの腹部を刺突した。Xが地面に倒れたので、AはXの上におおいかぶさるように立ち、突発的に生じた不安のなかでさらに2回、力一杯Xを刺突した。この時点でXは、Aに対してなにがしか抵抗することができそうな状態ではなかった。Xは手術を受けた後も、さらに数日間、生命の危険に瀕した状態にあった。

ここでは、Xが地面に倒れてすでに抵抗不可能な状態となった後の、Aによる2度のナイフによる刺突の評価が問題となる。この時点で、XによるAの生命に対する攻撃は終了していた。いまだ継続しているといえる攻撃、つまり現在の攻撃が欠けているのであるから、正当防衛状態はもはや存在しない。しかし、Aはさらに刺突行為に及び、したがって許容される正当防衛の時的限界を超えており、その限界を時的に拡張しているのである。これは量的過剰防衛の事例であるが、ここでの問題は、行為者が自らコントロールすることが可能であるところの興奮状態によって我を忘れ

2) BGH, Urteil v. 24. 10. 2001 3 StR 272/01, NStZ 2002, 141.

て、正当防衛の限度を超えてしまった場合に、ここでも行為者は StGB 33 条の恩恵に浴することができるかということである。

量的過剰防衛では上述の事後的なものほかに、事前的な量的過剰な防衛行為 (vorzeitig-extensive Notwehrüberschreitung) が考えられうる。この事前的な量的過剰な防衛行為を説明するには、アルバニア人事例を次のように変更する必要がある。A が X の視線を 2 時間以上もの間、首筋に感じて、次第にパニックに陥った後に、予防的一撃によって X の攻撃を不可能にするために、X の傍らを通り過ぎる際に、つまり、X がいまだ攻撃に移っていなかった時点で、ナイフを取り出して刺したという事例である。この場合、A は依然として StGB 33 条によって不可罰となるのか。

2. 誤想過剰防衛 (Putativnotwehrexzess) について

アルバニア人事例は、A が当該状況を自身の不安や錯乱から誤認し、地面に倒れた X からいまだ銃弾が発射されうるであろうと思っていたというものであった。つまり、A は正当防衛状況を誤認して行為に及んだのである。そのような許容構成要件の錯誤は、細かな点では争われているが、StGB 16 条 1 項 1 文 [行為事情に対する錯誤：訳者補足] を類推適応することで故意不法を阻却することとなるが、StGB 229 条にいう過失致傷による処罰の可能性は残る。それゆえ、BGH は判決において無罪判決をも破棄した。しかしながら、過剰防衛はどうなるのか。ここでも StGB 33 条が (類推的に) 考慮されるのであろうか。

3. 認識ある過剰な防衛行為 (bewußte Notwehrüberschreitung) について

不安感や錯乱を理由として制御能力が欠けているからといって、それによって行為者の認識能力の欠如が、それ自体として逆推論されうるわけではない。この考え方は正当である。それゆえに、アルバニア人事例では、A が、自身の足下に倒れた X がもはや抵抗できない状態であることを十分に認識していたとの択一的認定は、問題なく可能であったともいえよ

う。そのような故意による過剰な防衛行為をどのように扱うべきかということが、StGB 33条を解釈する際の、もう一つの、以前からよく知られている論点である。

4．その他の正当化事由の妥当性について

4つ目の問題を考えるために、いまいちどベルリンで起こった卵投げ事例に戻ろう。Bは、アラブ人Sが自身の車両に傷をつけた犯行現場を押さえているので、とりあえず逮捕するために、傷つけられた車でSを追跡した。刑事訴訟法（StPO）127条1項はそのような逮捕の権利をBに認めている。もちろん、Bによるナイフの刺突は、許容された逮捕行為の限界をはるかに超えてしまっている。では、Bには、不安によって彼の精神状態が正常でないことを理由に、ここでもStGB 33条が認められうるのだろうか。ここで前提とされているのは、正当防衛以外の、その他の正当化事由への類推適用が考慮されているということである。

5．正当防衛状況が誘発された場合における StGB 33条

この5つめの問題については、卵投げ事例を若干変更する必要がある。すなわち、かりに、Sが卵を投げつけられた直後にBにつかみかかり、そこで連続してBによる刺突行為が行われたとしよう。そのような事情においては、正当防衛行為がB自身の過失によって誘発されたといえる。これはBにとっては、制限されながらも正当防衛権がまだわずかに残っているという帰結になろう。まずは回避行為が、次に消極的防御（Schutzwehr）が求められ、最終的な緊急状態に陥ってはじめて、ナイフの使用が積極的防御（Trutzwehr）として正当化されるであろう。逆にいえば、そのような最終的な緊急状態がいまだ存在しなかったのであるから、Bが即座に刺突行為にでることは許されないのである。それにもかかわらず、Bは、不安状態に陥っていたことを理由にStGB 33条によって依然として無罪となるのか。あるいは、攻撃の誘発がBの答責性に帰すべきことを理由に、StGB 33条の適用は否定されるのであろうか。

上述の問題となる諸事例について精査することを措いて、ここではこれらの問題の検討をいったん中断しよう。もちろん、皆さんが本報告から問題提起だけではなく、それに対するいくつかの回答も期待していることは重々承知しているし、そのような期待はまったくもって正当なものであるが、本報告では時間的理由から5つの問題状況について私見を詳細に展開することはできない。しかし、少なくとも、この外見上はおおざっぱなStGB 33条がその適用に際して多くの問題を自ら内包していることは明らかとなった。

III . StGB 33条の意味と目的

本報告で先に挙げた問題に回答する前に(後述するように本報告ではそのうちの2つにしか言及できないのではあるが), StGB 33条の根拠が議論されるべきである。

その理解もまた、一通りではないのである。

1 . StGB 33条は余分な規定であるか

StGB 33条について、総じてその正当性が認められないといわれていることは、上述の通りである。多くの論者は、StGB 33条の要件を事実に即して理解すると、本条文が適用されなければならないような事例はまったくもって考えられないのであるから、StGB 33条は意味のない規定であると考えている。心的虚弱による興奮状態のもとで自身が即座に行動を起こす必要性にさらされていると思っている者は、自身の置かれている状況を認識できていないのであり、その制御能力の面で制限されているというのである。では、一般原則、とりわけ、StGB 20条[精神障害を理由とする責任無能力: 訳者補足], 21条[限定責任能力: 訳者補足]の適用に従えば、事実に即した結論が得られるのであろうか。

StGB 20条との関係

さて、すでに体系的な理由からして、StGB 33条が刑法典に存在してい

るという事実は StGB 20条だけで充分であるとする見方に対立している。立法者は、通常は少なくとも規範をもってしてなにがしかを我々に語ろうとするのであり、とすれば、StGB 33条を充たすことが StGB 20条をも充たすと考えることはできない。

実際に、StGB 33条において挙げられている、錯乱、恐怖、そして驚愕といった心的虚弱による興奮状態の意味を適切に汲み取れば、それは、行為者が精神的にみて当該状況に対処する能力を有していないこと、そして行為者が精神的に混乱に陥っている状態に基づき、本来であれば適切になされるべき対処への要求が過度なものとなっていることを意味している。しかし、明晰な視野や制御能力がこのように制限されているだけでは、通常、StGB 20条に示された精神障害のうちの一つに数えられる生物学術上の欠陥には該当しえないのである。責任無能力といえるだけの、重度の意識障害の想定が許容される高度の興奮状態に達していると認められるのは、ここではまれなことである。

たしかに、種々の病状を分類する際に用いられる国際的基準である国際疾病分類 (Diagnoseschlüssel) ICD 10に挙げられている症候 (Symptomen) には、恐怖症 (Prohibestörung) やパニック障害 (Panikstörung) もみられる。しかし、まず考慮しなければならないのは、ICD 10による分類が、責任能力が判断されうる診断の、せいぜいが第一段階となるにすぎないということである。決してその障害の種類や程度の具体的決定を代替するものではない。他方で、不安症 (Angststörung) 自体は比較的重い障害として記述されている。さらにパニック障害はたとえば「反復的な重い不安発作」と記され、この発作の発生は、特殊な状況や特別な事情に制限されず、したがって予測も不可能であるとされている。なるほど、個別事例においては、StGB 33条にいう心的状態が、StGB 20条ないし21条が考慮されうるであろうほどに重度のものであることはありえる。しかし、そこで想定されうる競合はあくまで部分的なものである。というのも、たとえば StGB 33条にいう不安は、たしかに死への不安といった高度のものを要求しているのではなく、行為者が当該事象をごく著しく低減した程度

でもまだ処理可能である精神状態，つまりは威迫感でも足りる（BGH, StV 2006, 688, 689）からである。重度の意識障害までには満たないような不安感も，StGB 33条が前提とする恐怖にはまったくもって充分なのである。

付言すれば，とくにアマチュアボクサーやプロボクサーは不安や驚きに敏感であるように思われる。少なくとも，StGB 33条が問題となる判例では，不安や驚きというものが，非常に大きな役割を果たしているのである。

限界に関する展望

StGB 33条には独自の適用領域が残されているとの見解によっても，この規定が意味をなしているのか否かは，いまだ明らかにされていない。少なくとも，この規定は，多くは殺人罪に問われた犯罪者に対して，多少なりとも根拠をもって寛容さを示す際に用いられている。BGHは，StGB 33条について法律上の恩典と表現しているが，それは，有罪判決を寛容にも放棄することを示しているのである。

StGB 33条が刑法秩序というものにおいて広く一定の地位をもつのか，それとも，ドイツ刑事司法のなかの特異な規定であるにすぎないのかは問題である。この問題は，国内だけではなく他国にも目を向け，その比較法研究を取り込むことによって，十分に明らかにできる。もっとも，ここでは，比較法研究を深く掘り下げることにはできず，極めて概観的にかつ方法論的に取り組むことしかできない。したがって，本報告はドイツ系の法領域と，それに影響を受けた法秩序に限定する。しかし，我々は即座に，そして，ここではこれこそが重要であるのだが，StGB 33条のような規定を必要とする傾向が，他の国にもみられることを認識するのである。

まず，話をトルコから，しかも2005年6月1日に発効された2004年9月26日の新しいトルコ刑法から始めよう。トルコ刑法は，その総則部分で，ドイツ刑法から多大な影響を受けたのであるが，ドイツ刑法の総則のすべてがトルコ刑法に反映されているわけではない。しかし，それでもトルコ刑法27条1項に，我々が求めている規定を見いだすことができるのであ

る³⁾。

日本も心的虚弱による興奮状態の場合に対する規定を有している。日本刑法36条2項は、過剰防衛を規定しており、そこではドイツ刑法と同様に、量的過剰が包括されるのかどうか争われている。その法的効果にはむろん裁量の幅があり、ドイツ刑法33条ほどには行為者に好意的ではない。というのも、当該規範は日本では任意的減免事由として理解されているからである。

次にドイツの南の隣国に少し目を向けよう。オーストリアでは、過剰な防衛行為は、もっぱら心的虚弱による興奮状態が当該行為にとって決定的である場合に限って、オーストリア刑法3条2項に従って恩典を与えられるのであり、その場合には過失犯による処罰が問題となるのである⁴⁾。スイス刑法は、やむをえないような興奮や驚愕にある防衛者は責任なく行為したものであるとしている⁵⁾が、これも、結論においてまたもやドイツ刑法33条に相応するのである。

要約すると、過剰防衛状況においては、明らかに刑の軽減を求める刑事政策上の必要性が存在しているといえよう。これは驚くべきことであって、過剰な行為が、概して、特別に考慮されるべきものとされているのである。では、ここで、この温情がはたしてどのように基礎づけられるかをいまいちど検討することとしよう。

3) トルコ刑法27条[諸限界の超過]2項「やむを得ない事情による興奮、恐怖又は驚愕を理由とする正当防衛の限界が生じた場合には、行為者は罰せられない」。

4) オーストリア刑法3条[正当防衛]2項「正当化されうる程度の防衛行為の限度を超えた又は明らかに不相応な程度の防御行為(1項)を用いた者は、それが単に狼狽、恐怖又は驚愕に基づいているような場合には、その過剰が過失に基づきかつ当該過失行為に刑罰規定が付されている場合に限り、処罰される」。

5) スイス刑法16条[免責されうる正当防衛]2項「当該攻撃によってやむを得ないような興奮又は狼狽に陥った防衛者が正当防衛の限界を超えたときには、有責的に行為しているとはいえない」。

2. StGB 33条の根拠

第一の根拠は、怒り、憎悪、憤激あるいは闘争心といった攻撃的な興奮状態が33条から排除されていることに求められる。一方で、法律は誤った警告を与えようとするのではなく、行為者をして我を忘れて私的制裁に駆り立てることもない。とりわけ、行為者の違法な行為に減軽がもたらされるのは当該行為者に弱さがみられるからであって、怒り、憎悪、憤激あるいは闘争心といった心的強壮による興奮状態 (sthenischer Affekt) はこの行為者の弱さを示すものではない。たしかに法秩序は、防御者が正当防衛状況にあって危険や苦境にさらされていても、常に、比較的穏当な防御手段を選択することを命じている。しかしながら、それは慎重な防御者にとって困難な課題である。加えて、興奮状態に由来する内面の情緒的な動揺をも考慮すると、自制心が失われていることは疑うべくもないであろう。見通しのきかない切迫した状況にある行為者の弱さは、正当防衛の限界が遵守されなかったことについての根拠づけとして十分なものであり、それゆえにこそ、その限界の超過を許されたものとみることができるのである。

しかしながら、防御者に向けられた攻撃から錯乱や恐怖、驚愕といった精神的な例外状態が生じていることだけをもってして、刑の免除という結論を説明できると考えるのは、早計であろう。というのも、そのように考えてしまった場合、そのような興奮状態は、行為者がその心的状態に陥った原因が正当防衛状況であったかどうかに関わりなく、常に犯罪不成立という結論に至らなければならないはずだからである。しかし、そのような結論は法律上どこにも見当たらないのである。

したがって、問われるべきは、まさに錯乱や恐怖、驚愕のなかでの過剰な防衛を、他の同様の動機に基づいた行為から、明確に区別するものはなんなのかである。StGB 33条における状況の特殊性は、正当防衛の限界が超えられている点にみることができる。これが意味するのは、一方では行為不法が減少しているということである。というのも、正当防衛状況や行為者の防衛意思が、いまだ失われていないからである。同時に、結果不法

も正当防衛状況との関連性を理由に減少している。つまり、簡潔に言えば、不法が部分的に消滅しているのである。したがって、ここでは一方で不法減少が、他方で、行為者が規範に合致して行為することを困難にするような、条文に挙げられた虚弱的興奮状態が、共同して作用しているのである。この、同時に責任を減少させる二つの側面の共同作用によって、刑法がそのような事例において温情的に作用しうる理由が明らかとなる。

これまで我々は、過剰な防衛を行った者が置かれた困難な状況を引き起こした者を検討の外においていた。つまり、いまや過剰防衛の相手方として自ら被害者にもなった、そもそもの攻撃者である。卵投げ事例にあっては、これは、アラブ人のSにあたる。そこで、プロボクサーBの過剰な防衛行為の結果の帰結を、Sは自分自身で負わなければならないとの考えが主張されうる。というのも、Sがアラブ人の友人らとともにBを取り囲まなければ、また、Sが瓶を砕いてそれを手に持ってBを威嚇していなければ、そしてそれによってBをして不安状態に陥れていなければ、Bは許容された正当防衛の限界を超えることはなかったともいえるからである。被害者であるアラブ人のSは、当該状況の作成者とみることができる。そのようにみると、攻撃を受けたBが冷静な判断を失っていたことを、Sは自らの責任に帰すべきなのである。

それゆえ、当該正当防衛状況の作成者を考慮することで、StGB 33条の根拠を基礎づける第三の要素が明らかとなる。この要素が重要であることは、以下のような考慮によって理解されるであろう。

かりに、上述の事例においてBがその錯乱や恐怖、驚愕のなかでナイフをコントロールできない形で用いた結果、その8回の刺突行為に際して、一度、無関係なPを刺突したとしよう。Bはその場合でもStGB 33条によって無罪とされるべきなのか。

ここでも、正当防衛状況の超過が存在している。もちろん、その質的または時的（量的）な意味に鑑みてではなく、許容された防衛行為の目標設定に照らしてである。StGB 33条は正当防衛行為を攻撃者に対してだけ許容しているのであって、Pのようなまったく関係のない第三者に対する正

当防衛行為を許していない。ここでは、攻撃者の権利領域を超えて、無関係な権利領域へと行為が波及しているのである。

しかも、無関係なPは違法な侵害を受けた者とさえいえる。彼は被害者である。彼にはBの見当違いな行動はいかなることがあっても帰属されえず、したがって、Pに対する過剰な防衛に不法減少をみることはできない。ここでの過剰防衛はむしろ一貫して不法である。すでにライヒ裁判所(RG)は、このような事例でStGB 33条(当時のStGB 53条3項)の適用を否定した(RGSt 54, 36, 37)。

不法減少それ自体だけに焦点をあて、正当防衛においては無関係な者に対する侵害行為は不法減少を生じさせないと考える者も、上述の事例でこの結論に至るであろう。しかし、不法減少だけに着目する考え方は、たとえばその不法減少がStGB 34条にいう正当化的緊急避難に基づく場合には、見方を変えなければならなくなる。たとえば、Bが優勢なアラブ人を前に直接的な生命の危険を感じ、逃走へと転じ、その際に歩行者のPを押しつけなければならないが、しかし、不安に基づく心的状態からPの上半身を刺突したとする。たしかに、Bは自身の生命に対する危険性ゆえに緊急避難状況で行為しているが、その緊急避難行為は必要なかったのである。

不法減少だけでStGB 33条を論拠づける者は、この場合、答えに窮するか、あるいは、その困難を回避するために、現に主張されているように、そのような正当化緊急避難の事案でもStGB 33条を考慮に入れなければならないであろう。しかし、ここではもはやStGB 33条による温情が示されることはないと考えるのが妥当な評価であるように思われる。というのも、Pはたまたまそのとき、その場所に居合わせたにすぎないからであり、つまりは、当該興奮状態を引き起こした状況はPには帰属されえないからである。

それゆえに、StGB 33条の刑の免除は以下のような3つの考慮を基礎とする。すなわち、

1. 被攻撃者の精神的な混乱状態が心的虚弱による興奮状態に基づくこと
2. 不法減少が存在していること

3. 当該興奮状態を引き起こした状況に対する答責性が攻撃者に存することである。

IV. 上述の問題の解決

上述の3つの考慮によって、冒頭に挙げた解釈上の問題のうちの少なくとも2つに答える道筋が整った⁶⁾。

1. 事後的な量的過剰防衛

Xが重度の傷害を負ったことでXの攻撃がすでに終了しているにもかかわらず、Aがさらに防御行為を継続しているような場合、いわゆる量的過剰防衛をどのように取り扱うかについては、激しく議論が展開されている。

判例は事後的な量的過剰防衛の場合におけるStGB 33条の適用を常に否定してきた。判例によれば、正当防衛の限界を超えるということは、StGB 33条が公式化しているように、すでに概念上、正当防衛権が存在していることを前提としており、その権利が存在しない以上は、それを越えることもできない、というのである。

言語学上の意味構造 (Semantik) に着目する判例のこの見解は、現実

6) なお、報告に際してローゼナウ教授は、レジュメにて、その他の3つの問題に対して次のように簡潔に回答を示している。誤想過剰防衛 (2) については、StGB 33条は妥当しない。十分な不法減少が存在しているとはいえず、「攻撃者」の答責性が欠けているからである。ここでは、StGB 16条1項1文が類推的に適用され、二重の錯誤がある場合にはStGB 17条 (禁止の錯誤) が用いられる。その他の正当化事情 (4) に関しては、StGB 33条は、不法減少の程度が僅少であり、防御的緊急避難における例外が考えられうることを理由に、妥当しない。正当防衛が防御者の過失によって誘発された場合 (5) でも、StGB 33条は妥当する。というのも、正当防衛権が制限されているにすぎず、いまだ不法減少が考えられうるからである。

は説得的ではない。量的過剰を正当防衛に包摂することは、正当防衛という言葉の意味に決して矛盾するものではない。というのも、言葉のうえでも、正当防衛の限界が時間的な観点で超えられることは考えられるからである。その場合であっても、なんらかの形で正当防衛状況が存在したのであり、ここでの正当防衛行為は時間的に遅れて行われているにすぎない。

それゆえに、被攻撃者が正当防衛状況の終了直前に質的に過度な防衛を行ったのか、あるいはその終了直後、時間的に過度に防衛を行ったのかは、その者の心理的な状況においていかなる違いをももたらさないと主張する論者がいるが、この主張は、非常に重みのある反論といえる。慎重さと規範遵守をその被攻撃者に求めることは、その者が興奮状態にある場合、それが事前においてにせよ事後においてにせよ、極めて困難なのである。それに応じて、当該過剰は、どちらの場合でも等しく自然なものであるといえ、同時に無理もないものというのである。

このような主張に異議を唱えるのはたしかに難しい。なるほど、この論証は、StGB 33条の基礎を心的虚弱による興奮状態だけに求めるものである。しかし、すでに確認したように、これは十分な評価ではない。不法減少は刑の免除を基礎づけるものであるが、そのような不法減少がこの見解においては考慮されていないのである。

判例に向けられている異議はこれだけではなく、しかも、その異議は非常に説得的である。というのも、判例の見解に従えば、事後的な量的過剰の事例では、たとえ被害者に加えられた害が非常にわずかなものであったとしても、行為者の罪は宥恕されることがないのに対して、質的過剰においては、害のない攻撃者を殺害したといった不法の点で極めて重い過剰であったとしても、行為者はStGB 33条によってなお不可罰となりうるからである。たしかにこのような不都合は判例の結論において認められるものの、この批判は場合によっては次のことによって相対化されうる。すなわち、支配的見解によれば、正当防衛の限界が著しく超えられてしまった事例においては、測定可能な不法減少が概して存在していないことを理由に、StGB 33条の適用は一般に否定されているのである。この点について、

この結論がおよそ説得的な解決ではないというのであれば、事後の過剰な防衛での、害のない攻撃者の殺害のような極めて重い過剰もなお無罪となりうることを認めることになる。つまりは、この見解に従えば、このような不法の程度が極めて重い過剰防衛を StGB 33条の適応領域に含めるといふ帰結に至ることになるかと思われる。

上述のことからすれば、量的過剰防衛は StGB 33条の適用範囲にはないということになる。

2．認識ある過剰防衛

認識ある過剰防衛に際しては、正当防衛行為者には、当該状況においてどのような措置がまだ必要といえるか、そしてどのような措置がすでに正当防衛の限界を超えてしまっているのかを観察することがなお可能といえる。ここでの過剰行為が StGB 33条に含まれるべきではないと考えるならば、その考えは規範の文言に由来するものではない。当該過剰は、それが過失に基づくのか故意に基づくのかに関係なく、依然として過剰防衛となる。歴史的にみても、このような制限に賛成するものは存在しない。たとえば、立法審議において連邦司法省が草案の第2版を提出した際に、そこでは「行為者が、これを認識することなく、正当防衛の限界を超えた場合には…」と書かれており、これに該当する場合には刑の任意的減軽が認められることになっていた。しかし、結局、この代替案は詳細な審議の後、却下されたのである。

規範の解釈に際して我々が訴訟現実性に照らして当該規範の適用の必要性を考慮するならば、認識ある過剰を除外することは到底できない。というのも、すでに通常の事例ですら認識ある過失と未必の故意との線引きは困難であるのに、興奮状態のなかで思考能力の混濁したもとで行われる瞬間的な反応が問題となる正当防衛状況においてそのような線引きを行うというのは、もはや処理不可能といえるからである。それゆえに、この線引きとは関係なく過剰行為者の刑の免除は行われる必要があるうし、そもそも、その線引きはすでに争われているように理論的にみても微妙な問題で

あり、実務上はほとんど実現不可能であろう。これには、しかも、文法的・歴史的解釈とともに重要性を増している刑事政策的評価が付け加えられるべきである。

認識ある過剰も StGB 33条にいう過剰である。そのように認識ある過剰を取り扱うことは、その他の点では、StGB 33条の根拠に矛盾することはない。

3 . StGB 33条の法的性質

冒頭で過剰防衛に関する立法者の立場が判然としないと述べたときに、一つの問いがただ間接的に言及されたにすぎなかった。すなわち、なにが体系的に我々の前に示されているのかという問いである。すでに19世紀に固有の正当化事由としての分類が捨て去られた後に、StGB 33条をしまい込むべき引き出しの在り方には、これを本質的には一身的な刑罰阻却事由、あるいは免責事由として捉える見方が依然として存在している。支配的見解ないし判例は、StGB 33条という法制度を一つの独立した免責事由とみる点で広く一致している。

このような見方は、StGB 35条 [免責的緊急避難：訳者補足] が StGB 34条 [正当化緊急避難：訳者補足] とセットであるように、StGB 33条が StGB 32条と対をなし、正当化事由・免責事由の調和のとれた組合せが生じていることからして、おそらく説得的ではない。なぜならば、そのように考えた場合、ドイツ刑法典の規範の流れに立法技術的に条文を組み込むことが、極めて頻繁に純粋な偶然性に従っていることになるからである。したがって、StGB 33条は、元来は、かつての3項 (StGB 53条3項) としての正当防衛規定の枠組みに組み入れられたのであり、これは今日我々が日本やオーストリアにていまだに目にすることのできるものと類似している。

この分類は、StGB 33条が有責性によって方向づけられていることからして、説得的である。第一の責任減少は過剰行為の不法が減少していることから、第二の責任減少は興奮状態が生じていることから、生じる。それ

ゆえに，立法者はここで修正された二つの事情を考慮して，スイス刑法のように次のように公式化するべきときが来ているのである。すなわち，「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には，有責的に行為しているとはいえない」と。

参 考 文 献 (Literatur)

- Arzt*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 24. 7. 1979 1 StR 249/79, JR 1980, 211ff.
- Beulke*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 21. 6. 1989 3 StR 203/89, JR 1990, 380ff.
- Drescher*, Anmerkung zu BGHSt 39, 133, JR 1994, 423ff.
- Engländer*, Die Entschuldigung nach § 33 StGB bei Putativnoewehr und Putativnotwehrexzess, JuS 2012, 408ff.
- Erb*, Aus der Rechtsprechung des BGH zur Notwehr seit 1999, NSTZ 2004, 369ff.
- ders.*, Zur Aushöhlung des Notwehrrechts durch lebensfremde tatrichterliche Unterstellungen-Zugleich eine Besprechung von LG München I, Urt. v. 9. 1. 2009 1 Ks 121 Js 10459/08 („Fall Sven G.“), NSTZ 2011, 186ff.
- Geilen*, Repetitorium Strafrecht (1. Teil) -Notwehr und Notwehrexzess, Jura 1981, 200ff.
- Geppert*, Putativnotwehr, intensiver und extensiver Notwehrexzess, Putativnotwehrexzess, Jura 2007, 33ff.
- Hecker*, Strafrecht AT: Putativnotwehr (exzess), JuS 2012, 465ff.
- Heuchemer*, Zum Notwehrexzeß (§ 33 StGB): Putativnotwehrexzeß und Exzeß bei anderen Rechtfertigungsgründen, JA 1999, 724ff.
- ders.*, Grundprobleme des Notwehrexzesses - § 33 StGB: eine Vorschrift im Schnittfeld von Schuld- und Notwehrlehre, JA 1999, 165ff. ;
- ders.*, Die Behandlung von Motivbündeln beim Notwehrexzeß (§ 33 StGB) in der Rechtsprechung-Nachlese zu BGH StV 1999, 145, JA 2000, 382ff.
- Jakobs*, Strafrecht AT, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch, 2. Aufl., Berlin 1991, Rn. 28ff.
- Kuchinke*, Verantwortlichkeit und Haftung eines Täters bei Notwehrüberschreitung und Putativnotwehr, in: *Schlüchter* (Hrsg.), FS für Krause, 1990, S. 327ff.
- Lesch*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 3. 3. 1993 3 StR 356/92, StV 1993, 578ff.
- Mitsch*, Anmerkung zu LG München I, Urt. v. 10. 11. 1987 Ks 121 Js 4866/86, NSTZ 1989, 26ff.
- Müller-Christmann*, Der Notwehrexzeß, JuS 1989, 717ff.

- ders.*, Überschreitung der Notwehr-BGHSt 39, 133, JuS 1994, 649ff.
- Otto*, Grenzen der straflosen Überschreitung der Notwehr, § 33 StGB-BGH NStZ 1987, 20, Jura 1987, 604ff.
- ders.*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 21. 3. 2001 1 StR 48/01, NStZ 2001, 594f.
- Renzikowski*, Der „verschuldete“ Notwehrexzeß, in: Eser(Hrsg.), FS für Lenckner, 1998, S. 249ff.
- Roxin*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 3. 2. 1993 3 StR 356/92, NStZ 1993, 335f.
- ders.*, Über den Notwehrexzeß, in: Grünwald u. a. (Hrsg.), FS für Schaffstein, 1975, S. 105ff.
- Rudolphi*, Notwehrexzeß nach provoziertem Angriff-OLG Hamm, NJW 1965, 1928, JuS 1969, 461ff.
- Sauern*, Zur Überschreitung des Notwehrrechts, Jura 1988, 567ff.
- ders.*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 7. 7. 1987 4 StR 291/87, NStZ 1988, 451.
- Schmidt*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 15. 11. 1994 3 StR 393/94 = NStZ 1995, 177, JuS 1995, 555f.
- Schmitz*, Besprechung BGH, Urt. v. 21. 6. 1989 3 StR 203/89, JA 1989, 502f.
- Schroeder*, Anmerkung zu LG München I, Urt. v. 10. 11. 1987 K 121 Js 4866/86, JZ 1988, 567ff.
- Seelmann*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 21. 3. 2001 1 StR 48/01, JR 2002, 249ff.
- Sonnen*, Besprechung BGH, Beschl. v. 11. 7. 1986 3 StR 269/86, JA 1986, 625f.
- Stuckenberg*, Provozierte Notwehrlage und Actio illicita in cusa: Die Entwicklung der Rechtsprechung bis BGH NJW 2001, 1075, JA 2002, 172ff.
- Theile*, Der bewusste Notwehrexzeß, JuS 2006, 965ff.
- Timpe*, Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 I StGB) und zum Notwehrexzeß (§ 33 StGB), JuS 1985, 117ff.