

# 正当防衛状況の前段階における 公的救助要請義務は認められるか？（1）

——最高裁平成29年4月26日決定を契機として——

山 本 和 輝\*

## 目 次

はじめに

第一章 わが国における判例・裁判例の傾向

第一節 喧嘩闘争と正当防衛

第二節 積極的加害意思類型

第三節 自招侵害類型

第四節 積極的加害意思類型と自招侵害類型の重畳適用？

第五節 最高裁平成29年4月26日決定

第六節 小 括

第二章 ドイツにおける議論状況

第一節 判例の立場

第一款 連邦通常裁判所1993年2月3日判決（BGHSt 39, 133）

1. 事案の概要
2. 本判決の判断
3. 本判決の理解

第二款 連邦通常裁判所1994年11月15日決定（BGH NStZ 1995, 177）

1. 事案の概要
2. 本決定の判断
3. 本決定の理解

第三款 小 括

第二節 学説の状況

第一款 正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務を否定する見解

第二款 事前に公的救助を要請しなかったことを理由に正当防衛権の制限を認める見解

---

\* やまもと・かずき 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務は認められるか？（1）（山本）

第三節 小 括 (以上, 本号)

第三章 正当防衛権と国家による実力独占の関係性

第一節 国家による実力独占の基礎

第二節 正当防衛状況における国家による実力独占原則の不妥当？

第三節 国家による実力独占の例外としての正当防衛

第四節 小 括

第四章 正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務？

第一節 事前の公的救助要請義務と国家による実力独占

第二節 事前に公的救助を要請しなかったことを理由とする正当防衛権の否定もしくは制限？

第三節 小 括

おわりに

## はじめに

被害者が、不正の侵害が切迫する前の段階で侵害を予期しており、かつ国家機関に保護を求めることができる場合、この者に対して、国家機関に救助を求める義務を課すことができるか。本稿は、最高裁平成29年4月26日決定（刑集71巻4号275頁）を一つの契機として、この問いを検討するものである。以下では、本稿の問題意識を明確にするために、何故、本稿がかかる問いを扱うのかという点から説明することとしたい。

周知のとおり、わが国の判例・裁判例は、最決昭和52・7・21刑集31巻4号747頁以降、単に予期された侵害を避けなかっただけでなく、その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだ場合には、侵害の急迫性が否定されるという判断枠組みを採用してきた。ここでは、「侵害の確実な予期があっても原則として正当防衛を認めつつ、例外的に『積極的加害意思』がある限度で否定する」という論理構成を看取することができ、その意味で正当防衛権を過度に制約しないための歯止めとなりうる一応の枠組みが提供されていたと評価する余地もあった<sup>1)</sup>。

---

1) 井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂・2005年）170頁参照。

しかしながら、このような昭和52年決定の判断枠組みは、平成29年決定の登場により、その意義を否定こそされないにせよ、大きく減殺することとなった。平成29年決定は、公的機関による法的保護を求めることができないうきに、侵害を排除するための私人の対抗行為を認めたものとして刑法36条の趣旨を理解し、その上で、行為者が侵害を予期しつつ対抗行為に及んだ場合における急迫性の判断は、対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして、上記刑法36条の趣旨に照らし許容されるものといえるかという基準で判断するという新たな枠組みを提示した<sup>2)</sup>。

このような平成29年決定の新たな判断枠組みからすれば、本決定の担当調査官である中尾佳久が指摘するように、上述した昭和52年決定において示された積極的加害意思論は、「そのような判断枠組みにおいて侵害の急迫性が否定される一場合である」ことになる<sup>3)</sup>。その結果、既に確立した判断枠組みを提示している積極的加害意思論の場合はともかくとしても、それ以外の場合には「刑法36条の趣旨に照らし許容されるか」という非常に抽象的な基準に基づいて判断されることとなった<sup>4)</sup>。

しかしながら、平成29年決定の判断枠組みに対しては、このような過度の一般化には正当防衛・過剰防衛の成立範囲が過剰に制限されることになってしまうのではないかと懸念が表明されているところである<sup>5)</sup>。このような懸念を全くの杞憂とすることは許されないように思われる。なぜ

---

2) なお、より詳細な事案の概要、および判示の内容については、第一章第五節で紹介することとする。

3) 中尾佳久「判解（最決平成29・4・26刑集71巻4号275頁）」ジュリスト1510号（2017年）108頁（以下では、中尾・ジュリスト1510号と表記する。）。

4) 照沼亮介「判批（最決平成29・4・26刑集71巻4号275頁）」法学教室445号（2017年）54頁参照（以下では、照沼・法学教室445号と表記する。）。付言すれば、実際に、仙台地判平成29・9・22 LEX/DB 文献番号25547815は、このような判断基準に依拠した判断を行っている。

5) 照沼・法学教室445号54頁。さらに、門田成人「判批（最決平成29・4・26刑集71巻4号275頁）」法学セミナー750号（2017年）109頁（以下では、門田・法学セミナー750号と表記する。）も、範疇化を行うなどして成立範囲を明確にする必要があることを強調している。

正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務は認められるか？（1）（山本）

ならば、「刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえるか」というごく抽象的な基準から急迫性要件を判断することは、正当防衛だけでなく、過剰防衛の成立可能性をも大幅に狭めるリスクを孕むからである。

加えて言うならば、平成29年決定が示している刑法36条の趣旨（より正確に言えば、正当防衛の緊急行為性<sup>6)</sup>）に着目すれば、上述したような懸念はより一層増すことになるだろう。本決定が示した刑法36条の趣旨、すなわち公的機関の法的保護を求めることができない場合に侵害を排除するための対抗行為を例外的に許容するという理解は、「学説の最大公約数的な」説明であるとする言説もみられる<sup>7)</sup>。しかしながら、学説における最大公約数的な説明は、国家機関が法秩序の侵害の予防または回復をはかる暇のない緊急の場合に正当防衛権を認めるというものであり<sup>8)</sup>、私人が「公的機関の法的保護を求めることができない」場合に限り正当防衛権を認めるものではない<sup>9)</sup>。すなわち、通説は、あくまで国家が自らの保護義務を履行できない場合に正当防衛権の行使が認められていると述べているだけであって、通常状態において、私人は公的救助を求めなければならないということまで述べているわけではないのである。それにもかかわらず、平成29年決定は、上述したような刑法36条の趣旨を用い、かつかかる趣旨を急

6) ここでは、刑法36条の「趣旨」が問題とされているが、ここで述べられている「趣旨」とは、正当防衛権の正当化根拠論というよりも、上述したような正当防衛権が緊急行為の一類型とされる理由、あるいは「自力救済の禁止の例外」として正当防衛権が認められる理由を意味するものである。

7) 小林憲太郎「自招侵害論の行方——平成29年決定は何がしたかったのか」判例時報2336号（2017年）143頁（以下では、小林・判例時報2336号と表記する。）。

8) 井田良「緊急権の法体系上の位置づけ」現代刑事法62号（2004年）4頁（以下では、井田・現代刑事法62号と表記する。）、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社・1990年）232頁（以下では、団藤・総論と表記する。）、福田平『全訂刑法総論〔第5版〕』（有斐閣・2011年）153頁、橋田久「警察による救助の可能性と正当防衛」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂・2007年）284頁（以下では、橋田・鈴木古稀上巻と表記する。）。

9) この点を強調するものとして、松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』（成文堂・2003年）9頁（以下、松宮・犯罪体系と表記する。）。本質的には同様のことを述べるものとして、門田・法学セミナー750号109頁。

迫性判断の基準に据えることにより、国家機関に救助を求める義務をより認めやすい判断構造を作り上げているのである。

とはいえ、このような現状を生み出してしまった原因の一端は、わが国の学説にもある。正当防衛の緊急行為性という観点を理論的基礎にして、急迫性要件を否定する判断枠組みは、第一章で後述するように、既に積極的加害意思論において展開されてきたと思われる。それにもかかわらず、わが国の学説は、正当防衛権の緊急行為性、換言すれば「自力救済の禁止の例外」という側面が正当防衛権の成立範囲を考える上でいかなる意義を有するのかを十分に解明してこなかったように思われる。すなわち、わが国では、正当防衛状況に先行する事情に基づく正当防衛権の否定ないし制限という機能面に着目して、ドイツにおいて展開されてきた自招侵害論に関する研究が盛んに行われると同時に、積極的加害意思に代わり、自招侵害論を採用するべきであるとの提言が数多くなされてきた。もちろん、これらの研究が果たしてきた役割は非常に大きいと思われるが、他方でドイツにおいて展開されている自招侵害の議論に視線を向けるあまり、わが国の判例理論たる積極的加害意思論の基底にある考え方を論定し<sup>10)</sup>、そこに

---

10) 付言すれば、このような作業を行うことは、裁判員裁判において、裁判官の説示内容を考える上でも重要な意義を有すると思われる。すなわち、わが国の判例・裁判例が、積極的加害意思の有無を問題とする際に、いかなる観点に着目して正当防衛を否定すべきと考えているかといった着眼点を裁判員に提示できれば、そのような着眼点を踏まえた上で、裁判員も審理に臨むことができるようになると思われる。その限りで、平成29年決定が刑法36条の趣旨に言及した意義は大きい。これに対して、中尾・ジュリスト1510号は、同決定が刑法36条の趣旨に言及した点には全く触れていない。むしろ、平成29年決定が様々な考慮要素を列挙した点を重要視し、この点については「争点整理や裁判員との評議が行われる際の視点となるべき事情を示すことにより、下級審において、侵害の急迫性を判断するための重要な考慮要素は何かを意識した訴訟活動がされることを期待したものとと思われる」との評価を行う。しかしながら、裁判員裁判との関係を意識するならば、単に平成29年決定において列挙された「重要な考慮要素」を意識して訴訟活動が行われるだけでは、何故、その考慮要素が重要なのか、あるいはどのようにしてこれらの考慮要素を総合的に考慮するのかを裁判員に理解させることは難しいだろう。平成29年決定が列挙した考慮要素が重要である理由は、同じく平成29年決定が言及した刑法36条の趣旨をも併せて示すことによってはじめて裁判員にも一応のところ理解可能なものになると思われるが(葛)

正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務は認められるか？（1）（山本）

潜んでいる問題点を明確にする作業は十分に行われてこなかったように思われる。

以上の問題意識の下、以下では、平成29年決定、あるいは積極的加害意思論の基底にある考え方を論定し批判的に分析しながら、冒頭に挙げた問いに関する検討を試みることにしたい。その際、ドイツにおいても、かかる問いに関する検討が正当防衛の補充性と呼ばれる問題領域において行われており<sup>11)</sup>、それゆえにわが国よりも議論の蓄積があることに鑑み、ドイツの議論を適宜参照する。

## 第一章 わが国における判例・裁判例の傾向

本章では、わが国の判例・裁判例における傾向を分析し、その中における平成29年決定の位置づけを確認すると同時に、同決定の理論的基礎を明らかにする。

### 第一節 喧嘩闘争と正当防衛

かつて、大審院は、闘争者双方が攻撃と防御を繰り返す「喧嘩闘争」の場合について、正当防衛の成立可能性を否定してきた。例えば、大判昭和7・1・25刑集11巻1頁は、「喧嘩両成敗」の格言を持ち出して、喧嘩闘争の場合については正当防衛の成立する余地がないとの理解を示していた。

---

1) 原力三「正当防衛」法律時報85巻1号（2013年）11頁参照〔以下では、葛原・法律時報85巻1号と表記する。〕、そうであるとすれば、それにもかかわらず、この点に言及しない中尾の説明には疑問が残る。

11) なお、正当防衛の補充性と呼ばれる問題群を取り扱う先行研究としては、齊藤誠二『正当防衛権の根拠と展開』（多賀出版・1991年）106頁以下（以下では、齊藤（誠）・正当防衛権の根拠と展開と表記する。）、橋田・鈴木古稀上巻283頁以下、松生光正「国家と緊急救助」竹下賢ほか編『法の理論35』（成文堂、2017年）35頁以下（以下では、松生・法の理論35と表記する。）がある。ただし、これらの研究はいずれも、正当防衛状況における公的救助を求める義務について論じたものであり、本稿の問題関心である正当防衛状況の前段階における公的救助を求める義務の是非を論じたものではない。

これに対して、戦後、最高裁は、そのような「喧嘩闘争」の場合であっても、正当防衛を肯定する余地を認めるようになった。例えば、最判昭23・6・22刑集2巻7号694頁および最判昭23・7・7刑集2巻8号793頁は、喧嘩闘争の場合につき、「闘争の全般から見てその行為が法律秩序に反するものである限り刑法第三六条の正当防衛の観念を容れる余地がない」との判断を示している。ここでは、いわば裏側からの表現になっているにせよ、喧嘩闘争の場合においても正当防衛の成立を認める余地がありうることが示唆されている。さらに最判昭32・1・22刑集11巻1号31頁は、「喧嘩斗争においてもなお正当防衛が成立する場合があります」とことを明示的に認めている。

これらの最高裁判例は、判例変更されたわけではないので依然として一定の先例性を有しているといえる<sup>12)</sup>。問題となるのは、その先例性がどこまで及ぶかについての理解である。この点について安廣文夫は、「喧嘩闘争等であっても、例外的に防衛行為と認め得る場合」もあるが、「喧嘩闘争等については、その関与者双方の行為は共に原則として違法と評価されるべきもの」であるとの理解を示しており、その際、そのよりどころとして、「闘争の全般から見てその行為が法律秩序に反するものである限り刑法第三六条の正当防衛の観念を容れる余地がない」とする昭和23年判決の判示を持ち出している<sup>13)</sup>。これは、「喧嘩闘争・暴力による紛争解決の禁止」という実務の基底にある考え方を窺うことができるという意味ではそれ自体として重要な意義を有すると思われる<sup>14)</sup>。しかしながら、少なくとも

---

12) 照沼・法学教室445号49頁、橋爪隆「判批(最決平成20・5・20刑集62巻6号1786頁)」ジュリスト1391号(2009年)160頁(以下では、橋爪・ジュリスト1391号と表記する。)、原口伸夫「自招の侵害」桐蔭法学20巻2号(2014年)26頁、安廣文夫「正当防衛・過剰防衛に関する最近の判例について」刑法雑誌35巻2号(1996年)241頁(以下では、安廣・刑法雑誌35巻2号と表記する。)

13) 安廣・刑法雑誌35巻2号241頁。

14) 安廣・刑法雑誌35巻2号241頁。おそらくではあるが、安廣自身からしても、先ほどの説明は、実定法の解釈としてというよりも、「私的な闘争や喧嘩とかを原則的に禁止するという効果を損なうような解釈はまずいだろうという実務感覚」を述べたものなのであろう(「分科会——「正当防衛と過剰防衛」——質疑応答——」刑法雑誌35巻2号259頁)

正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務は認められるか？（1）（山本）

も昭和23年判決の判示からそこまで読み取るのはいきすぎであろう。すなわち、最高裁昭和23年判決から窺うことができるのは、喧嘩闘争の全体の状況から、法律秩序に反する限りでその行為が違法であると評価される場合があるというものにすぎず、喧嘩闘争状況における行為が原則として違法であるとの理解が示されたとまでは読み取れないように思われる。とするならば、結局のところ、これらの最高裁判例の先例性（特に大法廷判決である昭和23年7月判決）は、喧嘩闘争の場合につき、正当防衛の成立が否定される場合があるというものにとどまるであろう。すなわち、喧嘩闘争の場合においても正当防衛の成立可能性を認めた以上、少なくとも「喧嘩闘争」という概念そのものは、正当防衛権の制限機能を失うことになったのである<sup>15)</sup>。

## 第二節 積極的加害意思類型

「喧嘩闘争」概念が正当防衛権の制限機能を失ったことに伴い、その後の判例においては、喧嘩闘争状況において正当防衛権の制限が認められるのはどのような場合か、あるいは認められるとしてどのような考え方によるのか、さらにはいかなる基準によるのかが問われることとなった。

この点につき、最高裁は、侵害の予期があるだけで急迫性が否定されるわけではないとして、「侵害の予期」概念が正当防衛権の制限機能を担うことを否定した。最判昭和46・11・16刑集25巻8号996頁では、「刑法三六条にいう『急迫』とは、法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫っていることを意味し、その侵害があらかじめ予期されていたものであるとしても、そのことからただちに急迫性を失うものと解すべきではない。」との判断が示された。また、かかる昭和46年判決の理解は、後述

---

ㄨ頁〔安廣文夫発言部分〕〔以下では、質疑応答・刑法雑誌35巻2号〔発言者名〕と表記する。〕。

15) 松宮孝明『刑法総論〔第5版〕』（成文堂・2017年）139頁（以下では、松宮・総論と表記する。）。

する昭和52年決定にも継承されており、今日においても一般的な理解となっている。

他方、最高裁は、被侵害者が侵害を予期していただけでなく、いわゆる積極的加害意思をもって侵害に臨んだ場合には急迫性が否定されるとして、「積極的加害意思」概念が正当防衛の正当化拒否機能（の一部）を担うことを明確にした。このことを明確に述べたのが、最決昭和52・7・21刑集31巻4号747頁である。

昭和52年決定の事案の概要は、以下の通りである。すなわち、ある政治集団に属する被告人らが政治集会を開く際に、あわせて対立する政治集団を糾弾しようと考え、教育会館大ホールに白ヘルメット、鉄パイプ等を持ち込むとともに会場の準備を進めていたところ、対立する政治集団所属の者たちが襲撃してきたが、一旦はこれを退けた。このように一旦は襲撃を退けたものの、被告人らは、再度襲撃を仕掛けてくることは必至であると考え、大ホールの入口にバリケードを築いていたところ、対立する政治集団所属の者たちが襲撃をしかけてきたので、これに対してバリケード越しに鉄パイプを投げたりするなどして応戦した、というものである。

かかる事案につき、2回目の襲撃に対する暴行行為が正当防衛にあたるかが争われたところ、昭和52年決定は、「刑法三六条が正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことからただちに侵害の急迫性が失われるわけではないと解するのが相当であり、これと異なる原判断は、その限度において違法というほかはない。しかし、同条が侵害の急迫性を要件としている趣旨から考えて、単に予期された侵害を避けなかつたというにとどまらず、その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を充たさないものと解するのが相当である」と判示し、正当防衛の成立を否定した。

上記判示部分から窺うことができるように、昭和52年決定は、侵害の予

正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務は認められるか？（1）（山本）

期に加え積極的加害意思をもって侵害に臨み、加害行為に及んだ場合には、侵害の急迫性が否定されるとの判断を示している。ここでは、単に積極的加害意思があれば急迫性が否定されると考えているわけではなく、侵害の予期がある場合にはじめて積極的加害意思が問題となるという構成が示されている<sup>16)</sup>。

このような判断枠組みに基づいて、昭和52年決定は急迫性要件の判断を行っているが、その際に問題となるのは、「侵害の予期+積極的加害意思」が認められる場合に、急迫性要件を否定することができる理由をどのように説明するかということである。この点について、昭和52年決定は、「同条が侵害の急迫性を要件としている趣旨から考えて、」としか述べていない。かかる判示部分からは、侵害の急迫性要件の趣旨との関係から、侵害の予期に加え積極的加害意思をもって侵害に臨んだ場合には急迫性が否定されるとの論理構成が志向されていることを読み取ることができるが、それ以上のことを読み取ることができない。

それゆえ、昭和52年決定の判断枠組みを明確にするためには、昭和52年決定の趣旨をより敷衍する調査官解説、およびその後の裁判例を参照して補助線を引く必要がある<sup>17)</sup>。そこで以下では、この点に関する検討を行うこととしたい。

まず参照しなければならないのは、昭和52年決定の調査官解説である。昭和52年決定の担当調査官である香城敏磨によれば、侵害が予期されたというだけで急迫性が否定されない理由は、侵害の予期を理由に急迫性

---

16) したがって、侵害の予期が認められない場合には、最初から積極的加害意思論の問題にはならない（最判昭和59年1月30日刑集38巻1号185頁参照）。

17) ここでの問題関心は、あくまで正当防衛権の制限を正当化するためのロジックを論定することにあるため、わが国の裁判例を網羅的に検討することはせず、あくまで昭和52年決定の趣旨を敷衍する裁判例に焦点をあてて検討を行うこととする。なお、わが国の判例・裁判例を網羅的に検討するものとして、さしあたり橋爪隆『正当防衛の基礎』（2007年・有斐閣）120頁以下（以下では、橋爪・正当防衛の基礎と表記する。）、照沼亮介「侵害に先行する事情と正当防衛の限界」筑波ロー・ジャーナル9号（2011年）101頁以下を挙げておく。

を否定すると、「侵害が予期される場合には、当然に侵害からの回避・逃避が義務づけられることになり、被侵害者の社会生活の自由が不当に妨げられる結果になる」点に求められる<sup>18)</sup>。

これに対して、相手の侵害を予期し、自らもその機会に相手に対し加害行為をする意思で侵害に臨み、加害行為に及んだ場合に急迫性が否定される理由は、以下のような点に求めることができる。すなわち、「このような場合、本人の加害行為は、その意思が相手からの侵害の予期に触発されて生じたものである点を除くと、通常の暴行、傷害、殺人などの加害行為とすこしも異なるところはない。そして、本人の加害意思が後から生じたことは、その行為の違法性を失わせる理由となるものではないから、右の加害行為は、違法であるというほかはない。それは、本人と相手が同時に闘争の意思を固めて攻撃を開始したような典型的な喧嘩闘争において双方の攻撃が共に違法であるのと、まったく同様なのである。したがって、前記のような場合に相手の侵害に急迫性を認めえないのは、このようにして、本人の攻撃が違法であって、相手の侵害との関係で特に法的保護を受けるべき立場にはなかったからである、と考えるべきであろう」とされる。

かかる香城の理解によれば、昭和52年決定は、相手の侵害を予期し、積極的加害意思をもって侵害に臨む場合には、本人の加害行為は、通常の暴行、傷害、殺人などの加害行為と異ならないという価値判断から、「本人の攻撃が違法であって、相手の侵害との関係で特に法的保護を受けるべき立場にはなかった」と判断したために、急迫性要件を否定したことになるだろう<sup>19)</sup>。このような理解に対しては、では、何故、昭和52年決定は、刑

---

18) 香城敏彦「判解(最決昭和52・7・21刑集31巻4号747頁)」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和52年度』(法曹会・1980年)241頁(以下では、香城・最判解刑事篇昭和52年度と表記する。)

19) 香城・最判解刑事篇昭和52年度247頁以下。さらに、同様の枠組みに基づいて、急迫性要件の判断を行う裁判例として、例えば、大阪高判昭和56・1・20刑裁月報13巻1=2号6頁(付言すると、香城は同判決に関与している)、福岡高判昭和57年6月3日判タ477号212頁。ただし、大阪高裁昭和56年判決は、侵害の予期を認定しているものの、積極的

法36条が「侵害の急迫性を要件としている趣旨から考えて」、<sup>19</sup>「侵害の予期＋積極的加害意思」の場合には急迫性が否定されたとしたのか、という疑問が生じることとなろう<sup>20</sup>。

香城の判例解説をより敷衍する形で、この疑問に対するより明確な回答を試みたのが、最判昭和60・9・12刑集39巻6号275頁の調査官解説における安廣の説明であった。安廣は、まず団藤重光の言説に依拠して<sup>21</sup>、正当防衛を含めて緊急行為の趣旨を確認する。すなわち、「そもそも、緊急行為は、法による本来の保護を受ける余裕のない緊急の場合において、すなわち、法秩序の侵害又は回復を国家機関が行ういとまがない場合に、補充的に私人にこれを行うことを許すものであり、このような場合以外にまで私人に広く緊急行為を許すことは、かえって法秩序を害するおそれがあるのであって、法的救済方法が一応完備している近代国家においては、緊急行為という理由による違法性阻却は、なるべく最小限度にとどめなければならない」とする<sup>22</sup>。ここでは、（昭和52年決定が述べるところの）刑法36条が「侵害の急迫性を要件としている趣旨」とは、正当防衛の緊急行為性（「自力救済の禁止の例外」という観点）を意味することが述べられている。

そして、このような正当防衛の緊急行為性の意義を踏まえた上で、安廣は、「不正の侵害が予期されていることから、その侵害を避けるためには、公的救助を求めたり、退避したりすることも十分に可能であるのに、侵害が差し迫る以前の未だ冷静でありうる時点において、はじめから同種同等

---

19) 加害意思を認定しているわけではないことに留意を要する。本文中で後述するように、わが国の判例・裁判例においては、実のところ積極的加害意思の存在そのものは、急迫性要件を否定するための必要条件ではないと考えられていたのかもしれない。

20) これに対して、香城の言説は、昭和52年決定の内容を踏まえてその背後にある考え方を前面に押し出したものと評価することもできると述べるものとして、照沼・法学教室445号50頁以下。

21) 団藤・総論232頁。

22) 安廣文夫「判解（最判昭和60・9・12刑集39巻6号275頁）」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和60年度』（法曹会・1989年）148頁（以下、安廣・最判解刑事篇昭和60年度と表記する。）。

の反撃を相手方に加えるという苛烈な行為（それが防衛行為と認められるときには攻撃防衛と言われるような行為）に出ることを決意し、成行き如何によっては防衛の程度を超える過剰行為に出ることも辞さないという意志で、侵害に臨み、相手方に対し加害行為に及んだ場合には、たとえ相手方から先に攻撃を加えられたときであっても、そこに現出されているのは、法治国家においては厳に禁じられるべき私闘であって、原則として、本人の加害行為もはじめから違法というべきであり、正当防衛・過剰防衛が成立する余地はないと解すべきである」と述べる<sup>23)</sup>。この説明によって、安廣は、侵害を予期しており、かつこれにより事前に公的救助を求めることなどが十分可能であったにもかかわらず、積極的加害意思をもって侵害に臨むことは、「法治国家においては現に禁じられるべき私闘」であるため違法であり、したがって正当防衛権を認めるべきではないとの理解を示している<sup>24)</sup>。ここでの説明と上述した正当防衛の緊急行為性の説明との論理関係は必ずしも明瞭ではないが、おそらく以下のようなことを述べているものと思われる。すなわち、「侵害の予期+積極的加害意思」が認められる場合には、もはやそれは単なる私闘であり、違法であるとの価値判断を前提に、それにもかかわらず、正当防衛行為としてその行為を評価することは、正当防衛の緊急行為性という観点からすれば本末転倒であるという理解がなされたものと思われる<sup>25)</sup>。

同様の論理構成は、その後の裁判例の判示の中にも看取することができる。例えば、大阪高判平成13年1月30日刑裁月報13巻1=2号6頁は、「①正当防衛の制度は、法秩序に対する侵害の予防ないし回復のための実力行使にあたるべき国家機関の保護を受けることが事実上できない緊急の事態において、私人が実力行使に及ぶことを例外的に適法として許容する

23) 安廣・最判解刑事篇昭和60年度149頁。

24) 同様の分析を行うものとして、山田雄大「刑法36条における侵害の始期と時間的切迫性について」法学政治学論究103号(2014年)223頁。

25) これに近しい理解は、香城敏磨「正当防衛における急迫性」小林充ほか編『刑事事実認定——裁判例の総合的研究(上)』(判例タイムズ社・1994年)261頁以下にもみられる。

正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務は認められるか？（1）（山本）

制度であるところ、②本人の対抗行為の違法性は、行為の状況全体によってその有無及び程度が決せられるものであるから、これに関連するものである限り、相手の侵害に先立つ状況をも考慮に入れてこれを判断するのが相当であり、また、本人の対抗行為自体に違法性が認められる場合、それが侵害の急迫性を失わせるものであるか否かは、相手の侵害の性質、程度と相関的に考察し、正当防衛制度の本旨に照らしてこれを決するのが相当である。③そして、侵害が予期されている場合には、予期された侵害に対し、これを避けるために公的救助を求めたり、退避したりすることも十分に可能であるのに、これに臨むのに侵害と同種同等の反撃を相手方に加えて防衛行為に及び、場合によっては防衛の程度を超える實力を行使することも辞さないという意思で相手方に対して加害行為に及んだという場合には、いわば法治国家において許容されない私闘を行ったことになるのであって、そのような行為は、そもそも違法であるというべきである」と判示する<sup>26)</sup>。ここでの判示のうち、①および③部分は、おおむね安廣の説明に対応するものであり、②部分は、香城の説明に対応するものである。このように、大阪高裁平成13年判決は、その一般論を展開する際に、香城、およびそれを敷衍する安廣の説明に依拠したものとなっている<sup>27)</sup>。

また、神戸地判平成21年2月9日 LEX/DB 文献番号：25440853 も、「そもそも正当防衛は、法秩序に対する侵害の予防ないし回復のための實力行使にあたるべき国家機関の保護を受けることが事実上できない緊急状態において、私人が實力行使に及ぶことを例外的に適法として許容する制度である」。そして、「単に侵害を予期していたのみならず、その機会を利用し、侵害者に対する積極的な加害の意思で實力行使に及んだ場合には、そもそも国家機関に保護を求めるつもりがないのであるから、緊急状態に

---

26) なお、①～③までのナンバリングは、検討の便宜上、引用者がつけたものである。

27) なお、本判決は、本文中で示したように、一般論の説示においては、積極的加害意思に言及しているようにも見えるが、あてはめにおいてはこれに言及することなく急迫性を否定している。同様の指摘を行うものとして、明照博章「判批（大阪高判平成13年1月30日 刑裁月報13巻1=2号6頁）」現代刑事法34号（2002年）85頁。

陥っていたとはいえないのであり、このような場合には、侵害の急迫性が認められず、正当防衛は成立しない。」と判示している。ここでも、安廣とはば同様の論理構成からの説明が行われている。

以上のような調査官解説およびその後の裁判例の傾向をも併せて考えれば、昭和52年決定の背景にある考え方は、以下のようなものであると理解することができる。すなわち、確実に相手方の侵害を予期し、かつ警察などの国家機関に救助を求める十分な余裕がある、もしくは侵害を回避することができるにもかかわらず、それをあえて受け入れ、その機会を利用して相手に加害行為をする意思で反撃に臨んだ場合、かかる反撃行為は、法治国家において許容されない私闘であり、法の保護に値しない。それにもかかわらず、正当防衛権の行使として、かかる反撃行為を評価することは、刑法36条が侵害の急迫性を要求している趣旨である正当防衛の緊急行為性という観点、つまりは不意の攻撃で国家機関に助けを求める余裕がないので例外的に自力行使を認めるという趣旨に整合しない。ゆえに、侵害の急迫性が否定されて正当防衛が認められなくなる、と<sup>28)</sup>。

ただし、このように自力救済の例外的な観点を加味し、正当防衛の緊急行為性から急迫性の否定を導くという構成をとるとき、実のところ、積極的加害意思の存在を常に要求する必要性はないのではないかという疑問は残る。すなわち、予期された侵害に対し、これを避けるために公的救助を求めたり、退避したりすることも十分に可能であるのに、これを行うことなく相手方に対して加害行為に及んだという関係さえ認められれば、当該反撃行為は、法治国家において許されない私闘に及ぶものであり、この意味で上述した刑法36条が侵害の急迫性を要求した趣旨に整合しない行為であるという理由から、侵害の急迫性を否定することは決して不可能ではないだろう。実際、大阪高判昭和56・1・20刑裁月報13巻1=2号6頁や先述し

---

28) 類似の分析を行うものとして、松宮孝明編『判例刑法演習』（法律文化社・2015年）46頁以下〔松宮孝明執筆部分〕（以下では、松宮編・判例刑法演習〔執筆者名〕と表記する。）、山口厚『基本判例に学ぶ刑法総論』（成文堂・2010年）65頁。

正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務は認められるか？（１）（山本）

た大阪高裁平成13年判決のように、もっぱら客観的な事情のみから急迫性の否定を帰結した裁判例も存在する<sup>29)</sup>。とするならば、いわゆる積極的加害意思論の基底にあると思われる、上述したような正当防衛の緊急行為性に着目する論理構成は、既に「侵害の予期＋積極的加害意思」類型だけでなく、積極的加害意思の存在が認められないような類型についてもあてはまるとする余地を残していたといえる。

### 第三節 自招侵害類型

ところで、わが国の判例・裁判例は、上述したような積極的加害意思類型だけに正当防衛の正当化拒否機能を認めてきたわけではない。わが国の判例・裁判例の中には、こうした積極的加害意思類型において用いられている論理構成とは異なる説明方法を持ち出すものも見受けられる。

その代表例として挙げることができるのが、最決平成20・5・20刑集62巻6号1786頁である。平成20年決定では、被告人が被害者を殴って逃げたため、被害者が被告人を追いかけ、後ろから殴打したところ、被告人が特殊警棒で殴り返して被害者に傷害を負わせたという事案につき、被告人の傷害行為が正当防衛にあたるかが争われた。同決定の原判決である東京高判平成18・11・29刑集62巻6号1802頁は、①被告人は、被害者が挑発を受けて報復攻撃に出ることを十分予期していたこと、②被害者の被告人に対する第二暴行は、被告人の第一暴行により招かれたこと、③第二暴行は、第一暴行と時間的にも場所的にも接着しており、事態の継続性が認められること、④第二暴行の内容は、第一暴行との関係で通常予想される範囲を超えるとまではいえないことを挙げて侵害の急迫性を否定した。

これに対して、平成20年決定は、前述した原判決を破棄し、以下のような判断を示した。すなわち、「被告人は、被害者から攻撃されるに先立ち、

---

29) 同様の分析を行うものとして、橋爪・正当防衛の基礎164頁。

被害者に対して暴行を加えているのであって、被害者の攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の侵害により自ら侵害を招いたものといえるから、被害者の攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものではないなどの本件の事実関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえない」とした。

このような平成20年決定の特徴としては、第一に、原判決が侵害の十分な予期を認定していたのとは対照的に、侵害の予期には言及することなく、正当防衛の成立を否定している点を挙げるができる<sup>30)</sup>。照沼亮介が指摘するように、これは事案の性質上、被告人に侵害の予期を認めること自体がそもそも難しく、ましてや積極的加害意思をも認定することはなおのこと困難であったことが影響しているものと思われる<sup>31)</sup>。第二に、原判決が急迫性を否定したのに対して、具体的な要件を言及することなく、「何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為」とはいえないとされている点を指摘することができる<sup>32)</sup>。これらのことからすれば、本決定が、昭和52年決定とは異なる論理によって、正当防衛の成立を否定していることは明らかであろう<sup>33)</sup>。

30) そのように述べるものとして、例えば、照沼・法学教室445号52頁、三原憲三＝大矢武史「判批（最決平成20・5・20刑集62巻6号1786頁）」朝日法学論集39号242頁（以下では、三原＝大矢・朝日法学論集39号と表記する。）、山口厚「正当防衛論の展開」法曹時報61巻2号（2009年）305頁（以下では、山口・法曹時報61巻2号と表記する。）。

31) 照沼・法学教室445号52頁。同趣旨の指摘を行うものとして、川瀬雅彦「判批（最決平成20・5・20刑集62巻6号1786頁）」慶應法学20号（2011年）304頁（以下では、川瀬・慶應法学20号と表記する。）。さらに、松宮編・判例刑法演習47頁〔松宮執筆部分〕は、仮に積極的加害意思を有しているのだとすれば、被告人は、被害者に第一暴行を加えた直後に逃げ出すはずがない、とする。

32) 照沼・法学教室445号52頁、三浦透「判解（最決平成20・5・20刑集62巻6号1786頁）」『最高裁判所判例解説刑事篇平成20年度』（法曹会・2012年）431頁以下（以下では、三浦・最判解刑事篇平成20年度と表記する。）、山口・法曹時報61巻2号305頁以下。

33) 同様の理解を行うものとして、例えば、川瀬・慶應法学20号304頁、瀧本京太郎「自」

これに対しては、平成20年決定が昭和52年決定と別の論理によって正当防衛の成立を否定するものと理解しつつも、平成20年決定と昭和52年決定との間には共通の理論的基礎を有するものと解する言説も存在する<sup>34)</sup>。しかしながら、本決定の担当調査官である三浦透が指摘するように、両決定は、その論理構造を異にするといわざるをえないだろう<sup>35)</sup>。確かに、上述したように、積極的加害意思類型の理論枠組みに基づく裁判例の中には、積極的加害意思の認定を行わずに、客観的な事情から急迫性を否定するものも見られる。しかし、平成20年決定は、先にも述べたように、積極的加害意思どころか侵害の予期の認定すら行われなかった事案なのであり、少なくとも侵害の予期を要求する昭和52年決定の枠組みと同様に理解することは難しいであろう<sup>36)</sup>。

もっとも、このように述べる場合、平成20年決定の理論的基礎をなすのは何かという問題が生じることになるだろう。この点につき、三浦は、以下のような理解を示している。すなわち、自招行為という不正な行為と侵害行為という不正な行為との間に非常に密接な関係がある場合は、「被告人が自ら不法な相互闘争状況を招いたといえるのであり、このような場合は、正対不正の関係ともいえるべき正当防衛を基礎づける前提を基本的に欠いた、不正対不正の状況にほかならない。」というのである<sup>37)</sup>。これは、客観的に不正な自招行為により正当防衛状況を招いた場合には、不正対不

---

ㄨ 招防衛論の再構成（2）——「必要性」要件の再検討——北大法学論集66巻5号（2016年）273頁、照沼・法学教室445号52頁、三浦・最判解刑事篇平成20年度432頁以下、三原＝大矢・朝日法学39号242頁。

34) 橋爪・ジュリスト1391号（2009年）163頁、同「判批（最決平成20・5・20刑集62巻6号1786頁）」『平成20年度重要判例解説』（有斐閣・2009年）175頁。

35) 三浦・最判解刑事篇平成20年度433頁。

36) 照沼・法学教室445号53頁。付言すれば、予期の存在を前提とする侵害回避義務論からすれば、平成20年決定は、なおのこと説明困難であろう（山口・法曹時報61巻2号314頁）。この意味で、侵害回避義務論から統一的に判例理論を説明することは難しいといわざるをえない。

37) 三浦・最判解刑事篇平成20年度433頁。

正の状況、すなわち自招行為者も衝突状況作出につき一定の責任を負わなければならないとの理解に基づくものであろう<sup>38)</sup>。すなわち、不正に自ら衝突状況を招いた者は、そのような事態を解消しなければならない法的地位に立つ、との考え方に依拠するものと思われる<sup>39)</sup>。

仮にこのように理解することができるのであれば、平成20年決定は、正当防衛の緊急行為性、換言すれば不意の攻撃で国家機関に助けを求める余裕がないので例外的に自力救済を認めるという正当防衛の趣旨から正当防衛権の否定を導いたわけではない。そうではなく、被攻撃者は、不正に正当防衛状況を自ら招いた以上、それを解消する義務を負わなければならないとの認識から、正当防衛権の否定が帰結されたものと理解することができる。この意味において、平成20年決定と昭和52年決定は、その理論的基礎を異にしているといえるのである。

#### 第四節 積極的加害意思類型と自招侵害類型の重畳適用？

以上で見てきたように、わが国の判例・裁判例においては、大別して、積極的加害意思類型と自招侵害類型という二つの潮流が見られるところである。もっとも、両類型の関係性は必ずしも明らかではない。

平成20年決定が登場した後、両類型がどのような関係性にあるのかがより明確に問われなければならないことになったが、この点につき、実務家の中には、両類型の重畳適用を行うことによって解決すべき事案も考えら

---

38) 同趣旨の見解として、坂下陽輔「正当防衛権の制限に対する批判的考察(五)・完」法学論叢178巻5号(2016年)83頁(以下では、坂下・法学論叢178巻5号と表記する。)。なお、このような平成20年決定と同様の理論枠組みに依拠する裁判例として、福岡高判昭和60・7・8刑裁月報17巻7=8号635頁、東京地判昭和63・4・5判タ668号223頁、東京高判平8・2・7東高時報47巻1号14頁。さらに、佐賀地判平成25・9・17 LEX/DB 文献番号：25503819、神戸地判26・12・16 LEX/DB 文献番号：255447069。

39) 東京高判平成27・6・5判時2297号137頁も、自ら招いた事態を解消することができるにもかかわらず、これを行わなかった旨を述べることにより、自ら招いた衝突状況の「解消」に言及している。このことから、自招侵害類型の背景には、このような発想が潜んでいることを看取することができる。

正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務は認められるか？（1）（山本）

れるのではないかと主張がみられる<sup>40)</sup>。その例として挙げられているのは、先行する自招行為は刑法上違法とまではいえないものの故意に行った不適切な行為であり、また積極的加害意思が認められるほどではないものの、それなりの武器をもって積極的に反撃したような場合である。このような事案にあっては、積極的加害意思類型および自招侵害類型において重要視されている要素は、それぞれある程度みだすものの、いずれの類型の適用も難しい。そのため、昭和52年決定と平成20年決定の趣旨を踏まえ、これらを重畳適用することが必要ではないかというのである。

このような主張に影響されたからかは必ずしも明らかではないが、平成20年決定以後、このような重畳適用を行ったかに見える裁判例が確認される。

例えば、東京高判平成27・6・5判時2297号137頁は、被告人が暴力団員である被害者らを挑発したことにより、被害者らが被告人に暴力を加えるために被告人方に来る事態を招き、これに対する反撃として、あらかじめ用意しておいたシーズナイフを持ち出して被害者の腹部を突き刺して殺害したという事案につき、以下のような判示を行った。すなわち、「本件において、被告人は、被害者らを挑発して、被告人に暴力を加えるために被害者らが被告人方に来る事態を招き、被害者らが被告人方に来て暴行を加えてくる可能性がかなり高いと認識していながら、そのような事態を招いた自らの発言について被害者らに謝罪の意向を伝えて、そのような事態を解消するよう努めたり、そのような事態になっていることを警察に告げて救助を求めたりなどすることが可能であったのに、そのような対応をとることなく、被害者らが暴行を加えてきた場合には反撃するつもりで、被害者らとは別の暴力団に属するEを被告人方に呼ぶとともに、殺傷能力の高い本件シーズナイフを反撃するのに持ち出しやすい場所に置いて準備して対応し、被害者らから暴行を受けたことから、これに対する反撃として本

---

40) 遠藤邦彦「正当防衛判断の実際」刑法雑誌50巻2号（2011年）314頁。

件刺突行為に及んだものであり、被害者らによるE及び被告人に対する暴行が被告人らの予期していた暴行の内容、程度を超えるものでないことを踏まえると、本件刺突行為については、正当防衛・過剰防衛の成立に必要な急迫性を欠くものといえる。」とした。

同判決においては、一方で、被告人は、被害者らが被告人方に来て暴行を加えてくる可能性がかなり高いと認識していたこと、さらには別の暴力団に属するEを呼び寄せ、シーズナイフを反撃するのに持ち出しやすい場所に置いて準備した旨が指摘されている。ここでは積極的加害意思類型において重要と目される事情が列挙されている印象を受ける<sup>41)</sup>。他方で、被告人が、被害者らを挑発し、被告人に暴力を加えるために被害者らが被告人方に来る事態を招いたこと、侵害が予期された内容・程度を超えていなかったことを挙げている点からは、自招侵害類型に親和的なことを述べているようにも見える。また、そのような事態を解消すること、そのような事態になっていることを警察に告げて救助を求めたりなどすることが可能であったのに、そのような対応をとらなかったという事情は、いずれの類型から見ても重要な事情である<sup>42)</sup>。

もっとも、本判決は、積極的加害意思を認定しているわけではない<sup>43)</sup>、また平成20年決定が、「被害者の攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでない」ことを要求していることからすれば、本判決

---

41) 同様の指摘を行うものとして、瀧本京太郎「判批(東京高判平成27・6・5判時2297号137頁)」刑事法ジャーナル51号(2017年)94頁(以下では、瀧本・刑事法ジャーナル51号と表記する。)

42) 積極的加害意思論からすれば、侵害を回避することができたのに、あえて侵害に臨んだということを確認する上で重要な事情であり、また自招侵害論からすれば、被告人は、自招行為により生じた事態を解消する義務を履行しなかったため、法的保護に値しないことを確認するために有用であるといえると思われる。これに対して、これらの説示がいわゆる侵害回避義務に言及したものと理解するものとして、瀧本・刑事法ジャーナル51号94頁以下、橋田久「判批(東京高判平成27・6・5判時2297号137頁)」『平成27年度重要判例解説』(有斐閣・2016年)148頁(以下では、橋田・平成27年度重判解と表記する。)

43) 同様の指摘を行うものとして、瀧本・刑事法ジャーナル51号94頁、橋田・平成27年度重判解148頁。

正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務は認められるか？（1）（山本）

は、平成20年決定の射程を明らかに超えるものである<sup>44)</sup>。このような事情もあり、本判決は、両類型の要件が部分的に充足されていることを示し、急迫性を否定したものと思われる。

しかしながら、このような重畳適用という考え方に対しては、既に山口厚が「類似した事例の解決に当たり、一方で侵害の予期がないことを理由として急迫性を肯定しながら、他方で侵害の予期がなくとも急迫性を否定する場合を認めるというのでは、両者の関係、区別、さらには正当防衛を否定する理由づけがはっきりとしない限り、急迫性の理解・解釈に混乱が生じることが危惧される」との警告を発しているところである<sup>45)</sup>。先述したように、積極的加害意思類型と自招侵害類型は、明らかに理論的基礎を異にしているのであるから、少なくとも、安易に重畳適用の道を歩むことが妥当であるとは思われない<sup>46)</sup>。

## 第五節 最高裁平成29年4月26日決定

以上のようなわが国における判例・裁判例の状況を踏まえた上で、以下では、最決平29・4・26刑集71巻4号275頁が、どのように位置づけられることになるかにつき検討を加える。

まず、平成29年決定の事案の概要から確認することとする。すなわち、被告人（当時46歳）が、知人である被害者（当時40歳）から、平成26年6月2日午後4時30分頃、不在中の自宅（マンション6階）の玄関扉を消火器で何度もたたかれ、その頃から同月3日午前3時頃までの間、十数回にわたり電話で、「今から行つたから待って。けじめとつたから。」と怒鳴られたり、仲間と共に攻撃を加えと言われたりするなど、身に覚えのない因縁を付けられ、立腹していた。被告人は、自宅にいたところ、同日午

---

44) 同様の指摘を行うものとして、橋田・平成27年度重判解148頁。

45) 山口・法曹時報61巻2号312頁。

46) 同旨の見解として、照沼・法学教室445号53頁。なお、照沼は、最近の裁判例の傾向からすれば、このような裁判例は少数にとどまることも併せて強調している。

前4時2分頃、被害者から、マンションの前に来ているから降りて来るようにと電話で呼び出されて、自宅にあった包丁(刃体の長さ約13.8cm)にタオルを巻き、それをズボンの腰部右後ろに差し挟んで、自宅マンション前の路上に赴いた。被告人を見つけた被害者がハンマーを持って被告人の方に駆け寄って来たが、被告人は、被害者に包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることなく、歩いて被害者に近づき、ハンマーで殴りかかって来た被害者の攻撃を、腕を出し腰を引くなどして防ぎながら、包丁を取り出すと、殺意をもって、被害者の左側胸部を包丁で1回強く突き刺して殺害した、というものである。

かかる事案につき、第一審および原審は正当防衛及び過剰防衛の成立を否定した。これに対して、弁護側が上告したところ、平成29年決定は、以下のように判示を行った。すなわち、「刑法36条は、急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、侵害を排除するための私人による対抗行為を例外的に許容したものである。したがって、行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合、侵害の急迫性の要件については、侵害を予期していたことから、直ちにこれが失われると解すべきではなく(最高裁昭和45年(あ)第2563号同46年11月16日第三小法廷判決・刑集25巻8号996頁参照)、対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討すべきである。具体的には、事案に応じ、行為者と相手方との従前の関係、予期された侵害の内容、侵害の予期の程度、侵害回避の容易性、侵害場所に出向く必要性、侵害場所にとどまる相当性、対抗行為の準備の状況(特に、凶器の準備の有無や準備した凶器の性状等)、実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の意味内容等を考慮し、行為者がその機会を利用し積極的に相手方に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだとき(最高裁昭和51年(あ)第671号同52年7月21日第一小法廷決定・刑集31巻4号747頁参照)など、前記のような刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきであ

る」。

そして本件事実関係によれば、「被告人は、被害者の呼出しに応じて現場に赴けば、被害者から凶器を用いるなどした暴行を加えられることを十分予期しながら、被害者の呼出しに応じる必要がなく、自宅にとどまって警察の援助を受けることが容易であったにもかかわらず、包丁を準備した上、被害者の待つ場所に出向き、被害者がハンマーで攻撃してくるや、包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることもしないまま被害者に近づき、被害者の左側胸部を強く刺突したものと認められる。このような先行事情を含めた本件行為全般の状況に照らすと、被告人の本件行為は、刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとは認められず、侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきである。したがって、本件につき正当防衛及び過剰防衛の成立を否定した第1審判決を是認した原判断は正当である」とした。

以上のような平成29年決定においてまず注目されるのは、きわめて多岐にわたる判断事情が列挙されているものの、そのいずれも積極的加害意思類型との関係性を示すものであり、他方、自招侵害類型に関係する事情は慎重に除外されているということである<sup>47)</sup>。このことが意味するのは、平成29年決定は、昭和52年決定をはじめとする積極的加害意思類型の枠組みの延長線上で理解されるべきものであり、平成20年決定に代表される自招侵害類型とは異なる判断枠組みであるということである<sup>48)</sup>。

また、平成29年決定は、不正の侵害に先行する事情を考慮して急迫性を否定する論理構成を行う際に、刑法36条の趣旨に立ち返った説明を行っている点も注目に値する<sup>49)</sup>。前述したように、既に昭和52年決定は、刑法36条が「侵害の急迫性を要件としている趣旨から考えて、」と述べていたが、平成29年決定は、この点についてより敷衍した説明を与えたものと理解す

---

47) 同様の認識を示すものとして、照沼・法学教室445号53頁。

48) 本質的には同様の指摘を行うものとして、小林・判例時報2336号143頁。

49) 同様の指摘を行うものとして、小林・判例時報2336号143頁。

ることができよう<sup>50)</sup>。そしてその際、「刑法36条は、急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、侵害を排除するための私人による対抗行為を例外的に許容したものである」との理解が示されている。ここでは、積極的加害意思類型の理論的基礎として挙げられていた「自力救済の禁止の例外」という観点が持ち出されている。このことから、平成29年決定が積極的加害意思類型の枠組みの延長線で理解されるべきことを確認することができる。

最後に、前述したように、平成29年決定は、昭和52年決定に好意的な理解を示しつつも参照するにとどめ、いわゆる積極的加害意思論とは異なる基準、すなわち判示中で列挙された数多の判断事情を考慮し、上述した刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえるかという、より一般的な基準を採用している点も注目される。ここでは、昭和52年決定を維持しつつも、それをより上位の原理に包摂するとの理解が示されているものと思われる<sup>51)</sup>。これにより、冒頭でも述べたとおり、既に確立した判断枠組みを提示している積極的加害意思論の場合とはかくとしても、今後、それ以外の場合には「刑法36条の趣旨に照らし許容されるか」という非常に抽象的な基準に基づいて、急迫性の有無が判断されるようになるものと思われる<sup>52)</sup>。

## 第六節 小 括

以上の検討によって明らかにされたのは、わが国の判例・裁判例においては、積極的加害意思類型と自招侵害類型という二つの潮流が存在し、これらは異なる理論的基礎を有しているということである。すなわち、前者

---

50) 小林・判例時報2336号143頁。

51) 同様の理解として、小林・判例時報2336号144頁、照沼・法学教室445号54頁、中尾・ジュリスト1510号109頁、成瀬幸典「判批(最決平29・4・26刑集71巻4号275頁)」法学教室444号(2017年)158頁。

52) 同様の理解を示すものとして、照沼・法学教室445号54頁。付言すると、注4においても言及したように、その後の下級審の中には、実際にそのような運用を行っているものも見られる。

正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務は認められるか？（1）（山本）

の積極的加害意思類型は、自力救済禁止の例外の観点、つまりは正当防衛の緊急行為性の観点から急迫性要件の否定を導くものであるのに対して、自招侵害類型は、不正な自招行為により自ら衝突状況を創出したという先行行為責任から正当防衛状況性の否定を導くものである。また、加えて、本稿の主たる検討対象である平成29年決定は、積極的加害意思類型と共通の理論的基礎を有するものであることも明らかとなった。

## 第二章 ドイツにおける議論状況

前章では、わが国における判例・裁判例の動向を確認した。そこでは、平成29年決定が積極的加害意思類型の延長線上で理解することができ、またその理論的基礎には正当防衛の緊急行為性、換言すれば「自力救済の禁止の例外性」という観点があることを明らかにした。本章以降では、平成29年決定、あるいは積極的加害意思論の基底にある考え方に基づいて、事前の公的救助要請義務を帰結しうるかを検証するために、ドイツにおける議論状況を概観することとする。

### 第一節 判例の立場

#### 第一款 連邦通常裁判所1993年2月3日判決（BGHSt 39, 133）

##### 1. 事案の概要

極右の青少年（Jugendlicher）グループの指導者である So.（本件被害者）は、1991年5月31日24時に、（本件被告人である）SおよびMによって経営されている売春宿を強襲し、「破壊しつくす（plattmachen）」ことを決心した。

5月31日午前、SとMは、本件襲撃計画について聞き知り、自らの手で、So. が率いる極右グループに対して報復を行うことを決心した。そのため、両名は、警察への通報を行わなかった。なお、仮にその際に警察への通報が行われていた場合、警察は、同日23時までには、予告されていた極右の攻撃に対抗する十分な人員、すなわち少なくとも20名の人員を配備で

きる状況にあったことが認定されている。また、これに加えて、仮に行為が行われる約15分前まで (bis etwa 15 Minuten vor dem Tatgeschehen) 通報が遅れていたとしても、最初に4名の警察官を乗せた2台のパトロールカーが駆けつけることができ、その後も、引き続き新たな人員を投入することができたことも認定されている。

同日23時30分ごろ、被告人たちは、約150メートル離れたところに、30名~50名ほどの若者が集まっており、そのうちの一部の者は、木材、バットおよびゴム製の警棒で武装していたことに気づいた。そこで売春宿への襲撃を阻止するために、SとMは、それぞれ散弾猟銃と刺激物質入りスプレー (Reizstoffsprühdose) を携帯した上で、若者たちの集合場所に乗用車で乗り込むこととした。集合場所に到着した後、Sは降車し、その場に居合わせる者たちに聞こえるように、かつ見えるように自らの銃を装填した上で、その者たちに対し、その場から失せるよう要求した。これにより、若者たちは四散し、車や木々の背後、もしくは建物の入口に身を潜めた。

道路から人がいなくなったとき、Sは、Mが運転する乗用車のところに戻ろうとしたが、その瞬間までSとMに存在を気づかれていなかったSo.が、道路の側に駐車していた自身の乗用車から降りて、約6~8メートル離れた被告人Sのもとへと接近した。Sは、出来事の突然の変化に驚愕し、銃を構えながら、Sの乗用車のもとへと後退した。So.が約1メートルのところまで接近し、右手で助手席の扉を掴んだとき、Sは、既に助手席に座りかかっていた (なお、この際、So.が手中にナイフ等の刃物を忍ばせていた可能性があった)。また、この間、So.の複数の支持者が、自らが隠れていたところから再び現れ、既に約6メートルのところまで被告人の車へと接近していた。このような状況において、Mは、明らかに間近に迫っている攻撃を阻止するため、So.に対して刺激性ガスのスプレーを吹きかけた。これにより、So.は、自らの頭部を右側にそらした。引き続いて、Sが、少なくとも自身から0.5メートル離れたところからSo.の頭部へと発砲した。その結果、So.は、左耳と後頭部に銃撃を受けて死亡した。

以上の事案につき、原審であるドレスデン県裁判所（Bezirksgericht）1992年3月26日判決は、以下のように判示して、SおよびMに無罪を言い渡した。すなわち、県裁判所は、（1）銃を用いた脅迫によるSo.の支持者たちに対する強要の点につき、かかる行為は、予期されていた売春宿への襲撃に対する適切な反応であり、違法な強要にあたらなかったとした。また、（2）So.に対する致命的な銃撃行為の点につき、So.の脚に向けて発砲することにより攻撃を防ぐことができたという理由から刑法32条正当防衛の成立を否定したが、本件行為は、錯乱（Verwirrung）、恐怖（Furcht）、驚愕（Schrecken）によるものであるとして、刑法33条過剰防衛にあたるとした。これに対して、検察側が上告した。

## 2. 本判決の判断

連邦通常裁判所は、原判決を破棄し、以下のような判示を行った。

まず、本判決は、銃による脅迫を用いたSo.の支持者に対する強要行為の点につき、以下のような判断を示した。すなわち、第一に、攻撃者たちは、売春宿から100メートル以上離れたところで集合している途中であったため、被告人らによって経営されている売春宿への攻撃ははまだ開始されていなかったとの理由から、正当防衛の成立が否定された。

第二に、正当化緊急避難の成否については、以下のような判断が示された。すなわち、まず、刑法34条の意味における攻撃の現在性は、攻撃者たちによる攻撃の準備が、「危殆化された法益に対する現在の危険をなすほど進捗したものになっている」との理由から肯定された。しかしながら、「かかる正当化事由〔正当化緊急避難——引用者注〕は、他の方法では危険を回避することができないということを要件とする、つまりは官憲による救助を適時に要請することができる場合には認められない」ところ、本件事案では、「So.の支持者集団に起因する、被告人の売春宿に対する危険は、被告人が警察に通報することによって回避することができた」ため、正当化緊急避難の成立は認められなかったとされた。

第三に、連邦通常裁判所は、本件強要行為は、刑法240条2項の意味における違法なものであったと判示した<sup>53)</sup>。すなわち、刑法240条2項の意味において違法であるのは、「追求する目的のために暴力の行使、もしくは害悪による脅迫を行うことが非難すべきであると見なされる場合である」とされた。その上で、本件において「追求された目的は、若者たちに売春宿への襲撃計画をやめさせるために、車道から若者たちを追い払い、若者たちを脅えさせるというものであり、「被告人らは、かかる目的を、法秩序の枠内でのみ貫徹することが許されていた」とされた。そして、「強要の手段を用いて、国家の代理を務めることを不当に行う個人は、自分自身によって行われる暴行によって、かつ特別な正当化事由なしに法律に対する忠誠を他者に強制するために、故意に国家の強制手段の優位を尊重しない場合、非難すべき行為を行って」おり、そのことは、本件のように、「特に危険であり、かつ禁止されている手段、例えば、武器法違反の下で行われる強制が行われる場合に妥当する」とした。それゆえに、本件強要行為は、刑法240条2項の意味において非難すべき (verwerflich) ものであったとされた。

次に、連邦裁判所は、被告人SがSo.を射殺した点につき、以下のような判断を示した。すなわち、第一に、連邦通常裁判所は、県裁判所とは異なり、本件発砲行為が防衛のために必要であったか否かの判断を留保した<sup>54)</sup>。

第二に、連邦通常裁判所は、本件発砲行為の過剰防衛の成否につき、以

---

53) ドイツ刑法240条2項は、「追及された目的のために暴力の行使又は害悪を加える旨の脅迫を行うことが非難すべき (verwerflich) と認められる場合、行為は違法である」と規定している。つまり、本判決において問題とされている、刑法240条2項にいう「違法」といえるかという問いは、本件強要行為が「非難すべき」ものといえるかという問題に対応するものである。なお、ドイツ刑法240条2項における非難性要件の議論状況については、さしあたり金澤真理「ドイツ強要罪における非難性条項 (Verwerflichkeitsklausel) について」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [上巻]』(成文堂・2016年) 733頁以下参照。

54) 後述の通り、いずれにせよ過剰防衛の成立可能性が否定されるため、防衛のために必要であったか否かの判断をあえて行う必要がないとする趣旨かと思われる。

下のような判断を示した。まず、連邦通常裁判所は、自招防衛の判例として知られる連邦通常裁判所1961年8月1日（BGH NJW 1962, 308）に言及し<sup>55)</sup>、同判決が、「行為者が強く拒絶されるべき態度（mißbilligenswertes Verhalten）によって攻撃を招致した（provozieren）場合、免除は認められるべきではないというところにまで一般化して理解されている」ことを確認する。その上で、連邦通常裁判所は、「そのような刑法33条の適用可能性の広範な制限は正当化されない」のであり、「被攻撃者によって有責的に共同惹起された正当防衛状況のために、（たとえ制限されたものであるとしても）なお刑法32条に基づく正当防衛権が認められる場合には、行為者が（制限された）正当防衛の限界を錯乱、恐怖、驚愕から超過する限り、原則的には刑法33条を適用する余地も存在する」とする。もっとも、連邦通常裁判所は、「このことは、違法な被攻撃者がコンフリクトを解消することについて管轄を有しており、かつ到達しえた警察を排除し、自らの手段を用いて防衛するために、そして自らの敵対者に対して優位を獲得するために、計画的に自らの敵対者との暴力を伴う対決へと突入した場合には妥当しない——そして、この点に、NJW 1962, 308, 309における判決の適切な出発点がある」とする。その理由としては、「そのような場合においては、過剰防衛についての本来的な原因は、……違法な攻撃によって惹き起された、虚弱性情動に基づく被攻撃者の脆弱性（Schwäche）ではなく、正当防衛状況の発生前に把握された強壮性情動に基づく、敵対者との『闘争』を自分の手で行うという決断にある」ことが挙げられている。そして本件事情の下で、「被告人らが到達可能な警察を排除して、So.の支持者とのあからさまな闘争へと突入するとき、被告人らは、自らを保護するために必要な防衛に制限されなければならない。それを超える場合、たとえ敵対者が予期せず優位を獲得してしまうことの危惧からであるとしても、刑法33

---

55) 同判決を紹介するものとして、瀧本京太郎「自招防衛論の再構成（3・完）——「必要性」要件の再検討——」北大法学論集66巻6号（2016年）78頁以下（以下では、瀧本・北大法学論集66巻6号と表記する。）。

条による免除は問題とならない」とされた。

### 3. 本判決の理解

本件事案において、被告人らは、自分たちが経営する売春宿への襲撃を阻止するために、So.の支持者たちに対する強要行為を行っている。そのため、本判決では、かかる強要行為が正当防衛、もしくは正当化緊急避難にあたるかが問われた。

その際、連邦通常裁判所は、売春宿の襲撃は未だ開始されていなかったとして、刑法32条の意味における現在の攻撃は認められないとする一方で、攻撃者たちによる攻撃の準備は、刑法34条の意味における現在の危険にあたと判示している。ここで問題となるのは、何故、連邦通常裁判所は、本件事案は正当防衛状況にはあたらないとしつつも、緊急避難状況にはあたると述べたか、ということである。

この点については、連邦通常裁判所は、「正当防衛類似の状況」(もしくは、「予防的正当防衛」として本件事案を理解した上で<sup>56)</sup>、かかる法形象につき、正当化緊急避難の問題として処理したとする理解が多く見られるところである<sup>57)</sup>。この理解によるならば、連邦通常裁判所は、本判決におい

---

56) 「正当防衛類似の状況」(あるいは「予防的正当防衛」とは、損害の発生がまだ全く直接には切迫していないときであっても、あとで防衛することは不可能であり、より大きな危険の可能性においてしかそれを行うことができない場合を指すとされる。このような定義を行うものとして、*Claus Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd.1, 4. Aufl., 2006, §16 Rn. 20. (以下では、*Roxin*, ATと表記する。)(翻訳として、山中敬一監訳『刑法総論第1巻[第4版][翻訳第2分冊]』(信山社・2009年)20頁[川口浩一訳][以下では、山中監訳・総論[訳者名]と表記する。])。なお、「正当防衛類似の状況」の議論状況については、さしあたり齊藤(誠)・正当防衛権の根拠と展開261頁以下を参照。

57) このような分析を行うものとして、*Fritiof Haft/Jörg Eisele*, »Sauberes Stuttgart 2000«: *Der Gaststättenüberfall*, *Jura* 2000, S. 315. (以下では、*Haft/Eisele*, *Jura* 2000と表記する。); *Thomas Hillenkamp*, *Der praktische Fall - Strafrecht: Dresdner Rotlichtmilieu*, *JuS* 1994, S. 772. (以下では、*Hillenkamp*, *JuS* 1994と表記する。); *Heiko Hartmut Lesch*, *Anmerkung zu BGHSt 33, 133, Urteil vom 3. 2. 1993-3 StR 356/92*, *StV* 1993, S. 580 f. (以下では、*Lesch*, *StV* 1993と表記する。); *Claus Roxin*, *Anmerkung* ↗

て、正当防衛状況と緊急避難状況とを質的に区別したことになる。すなわち、緊急避難状況は、正当防衛状況とは異なり、侵害が未だ直接的に差し迫っているわけではないが、侵害が現実化した段階では、もはや防衛措置を講じえない、あるいは講じるには大きなリスクを伴う場合であっても認められるとされたことになる<sup>58)</sup>。このような理解からすれば、連邦通常裁判所が述べるように、本件事案では、攻撃者たちによる攻撃の準備が、「危殆化された法益に対する現在の危険をなすほど進捗したものになっている」と評価することは理解可能なものとなる。なぜならば、So.の支持者集団が売春宿への攻撃が開始された時点で、被告人らが防衛手段を講じるには大きなリスクを伴うことが予想されるからである。

次に、連邦通常裁判所は、正当化緊急避難は、「他の方法では危険を回避することができないということを要件とする、つまりは官憲による救助を適時に要請することができる場合には認められない」ことを確認した上で、本件では、「So.の支持者集団に起因する、被告人らの売春宿に対する危険は、被告人らが警察に通報することによって回避することができた」との判断を示している。この点につき、「正当防衛類似の状況」として本件事案を理解する先述の理解からすれば、かかる連邦通常裁判所の判示部分は、まさしく正当化緊急避難の必要性要件の判断を行ったものとして理解されることになるだろう<sup>59)</sup>。

しかしながら、このような理解が正鵠を得たものなのかという点につき、Leschは、以下の二つの疑問を提起する<sup>60)</sup>。すなわち、第一に、

---

↘ zu BGHSt 33, 133, Urteil vom 3. 2. 1993–3 StR 356/92, NStZ 1993, S. 335. (以下では、Roxin, NStZ 1993 と表記する。) なお、いくつかの教科書においても同様の理解が示されている。そのようなものとして例えば、Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2016, §15 Rn. 19 Fn. 74.; Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 45. Aufl., Rn. 489 Fn. 21.

58) Roxin, AT, §16 Rn. 20. (翻訳として、山中監訳・総論20頁〔川口訳〕)

59) そのように理解するものとして、Hillenkamp, JuS 1994, S. 772.; Roxin, NStZ 1993, S. 335.

60) Lesch, StV 1993, S. 581.

Lesch は、仮に連邦通常裁判所が、「正当防衛類似の状況」として本件事案を理解したとするのであれば、連邦通常裁判所は、本判決とは反対に、行為時点で、So. の支持者の集団の財に対する介入を行うことは必要であったという結論を導かなければならなかったと述べる<sup>61)</sup>。なぜならば、「正当防衛類似の状況」においては、損害発生の危険が、危殆化された法益を保護するために必要な措置を即座に講じなければならぬほど蓋然性の高いものとなっていることが前提とされているからである<sup>62)</sup>。つまり、「正当防衛類似の状況」であると評価すること自体が、将来の侵害を避けるためには、今、防衛措置を講じなければならぬという価値判断を既に内包しているため、それにもかかわらず、防衛措置を講じたことが必要ではなかったとすることは評価矛盾であるというのである。

第二に、Lesch は、仮に本判決が刑法34条の意味における必要性要件の判断を行ったものだとすれば、何故、本判決においては、官憲による救助を要請することができたか否かの判断が、行為時ではなく、行為前に前倒しされているのかという疑念が生じることを指摘する<sup>63)</sup>。すなわち、本件事案においては、「仮に行為が行われる約15分前まで (bis etwa 15 Minuten vor dem Tatgeschehen) 通報が遅れたとしても」、警察による救助が行われていたことが認定されているところ、ここでいう「犯行が行われる約15分前」が、24時に予告されていた攻撃の15分前 (つまり、23時45分) なのか、それとも本件強要行為が行われる15分前なのかは必ずしも明確ではない。このうち、前者に解した場合、本件強要行為が行われた時点でなお、警察による救助を求めることができたことになる。しかしながら、このように解する場合、「正当防衛類似の状況」(侵害者による攻撃が未だ直接的に差し迫っていないときに、効果的な防衛措置を講じることができる最後の機会が到来し

---

61) Lesch, StV 1993, S. 581.; René Sengbusch, Die Subsidiarität der Notwehr, 2008, S. 83. (以下では、Sengbusch, Subsidiarität と表記する。)

62) Vgl. Lesch, StV 1993, S. 581.; Sengbusch, Subsidiarität, S. 83.

63) Vgl. Lesch, StV 1993, S. 581.

た状況)を基礎づけうるほど危険の現実性は存在しなかった、つまりは刑法34条の意味における危険の現在性が肯定されないことになってしまうとする。それゆえに、本判決を理解するためには後者に解するほかないが、後者に理解した場合、官憲による救助を要請することができたか否かを判断する時期が、犯行時ではなく、犯行前に前倒しされることになるのである。

以上のような Lesch の指摘が正鵠を得たものであるとするならば、さらに、何故、連邦通常裁判所が判断時期を前倒ししたのかを問う必要性が生じる。この点につき、Lesch は、連邦通常裁判所が、刑法34条の意味における必要性要件ではなく、「私人が自ら防衛措置を講じることは、国家による救助を要請することに対して補充的なものでしかない」というより一般的な原理からかかる判断基準を導出した可能性を指摘する<sup>64)</sup>。

この点をより敷衍して説明を行うのは、Sengbusch である。Sengbusch によれば、本判決において、先に述べたような一般的な原理から導かれる補充性の考慮は、正当化緊急避難の脈絡だけでなく、一般的に妥当している。すなわち、刑法240条2項の意味における違法性判断において、連邦通常裁判所は、「強要の手段を用いて、国家の代理を務めることを不当に行う個人は、……故意に国家の強制手段の優位を尊重しない場合、非難すべき行為」を行っているとの判断を示している<sup>65)</sup>。ここでは、「被強要者が、禁止された行為を用いて行為者の自由領域に介入しない限り、この種の介入を——場合によっては、国家による強制手段を用いて——阻止することは、警察の責務である」という価値判断が示されている<sup>66)</sup>。さらに、連邦通常裁判所が So. に対する致命的な銃撃行為につき、刑法33条の成否を検討している箇所においても、同様の価値判断が看取することができ

64) Lesch, StV 1993, S. 581.; Sengbusch, Subsidiarität, S. 83.

65) 連邦通常裁判所と同様の見解を主張するものとして、Roxin, NStZ 1993, S. 335. これに対して、連邦通常裁判所の論証に依拠したとしても、本事案における非難性は否定されるべきであったと述べるものとして、Lesch, StV 1993, S. 580.

66) Sengbusch, Subsidiarität, S. 84.

る。すなわち、同所において、連邦通常裁判所は、「違法な被攻撃者がコンフリクトを解消することについて管轄を有しており、かつ到達しえた警察を排除し、自らの手段を用いて防衛するために、そして自らの敵対者に対して優位を獲得するために、計画的に自らの敵対者との暴力を伴う対決へと突入した場合」、刑法33条の適用可能性は存在しない。なぜならば、「そのような場合においては、過剰防衛についての本来的な原因は、……違法な攻撃によって惹き起された、虚弱性情動に基づく被攻撃者の脆弱性(Schwäche)ではなく、正当防衛状況の発生前に把握された強壮性情動に基づく、敵対者との『闘争』を自分の手で行うという決断にある」からである、とする<sup>67)</sup>。ここでは、国家による救助の優先が明示的に言及されているというのである<sup>68)</sup>。

以上のように、仮に連邦通常裁判所が、具体的な衝突状況の前段階における公的救助要請義務を一般的に妥当する原則として参照することにより、刑法34条および刑法33条の適用を否定し、かつ強要行為の非難すべき性質を肯定したと解することができるならば、このような場合には、正当防衛による正当化も、当然認められなかったということになるだろう。それゆえに、本判決では、So. に対する致死的な銃撃行為が必要なものであったかの判断は留保されているが、仮にかかる行為が必要であったと判断されたとしても、正当防衛による正当化は、具体的な衝突状況の前段階における公的救助要請義務により否定されていた可能性があったことにな

---

67) このような連邦通常裁判所の基礎づけ方法に対しては批判的であるが、結論そのものについては賛成するものとして、Roxin, NSTz 1993, S. 336. この種の事案群については、刑法35条1項もしくは刑法33条2文の類推適用を認めるべきであるとするものとして、Angelika Drescher, Anmerkung zu BGHSt 33, 133, Urteil vom 3. 2. 1993-3 StR 356/92, JuS 1994, S. 426. 本判決が刑法33条の成立を排斥したことに対して批判的であるのは、Haft/Eisele, Jura 2000, S. 316; Lesch, StV 1993, S. 583; Thomas Motsch, Der straflos Notwehrexzess, 2003, S. 88 f.; Joachim Renzikowski, Der „verschuldete“ Notwehrexzess, in: Albin Eser u. a. (Hrsg.) Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 264.

68) Sengbusch, Subsidiarität, S. 84.

正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務は認められるか？（1）（山本）

るだろう<sup>69)</sup>。

本判決においては、直接的には正当防衛による正当化は問題とされていなかった。しかしながら、前述したように、本判決は、一般的な原則として、衝突状況の前段階における公的救助要請義務を認めた可能性を有する判決であるため、この意味において、正当防衛の前段階における公的救助要請義務を考える上で重要な判決であったといえる。

## 第二款 連邦通常裁判所1994年11月15日決定（BGH NStZ 1995, 177）

### 1. 事案の概要

本決定の事案の概要は、以下の通りである。

付帯訴訟者が所属する暴力集団は、以前よりナイトバーの経営者である被告人といざこざがあったことから、バーを「破壊しつくす (plattmachen)」ことを計画していた。犯行当日の2時55分ごろ、付帯訴訟者をはじめとした暴力集団の構成員は、バーの前に到着した。そして、付帯訴訟者と2人の同行者が、まずもって状況を探知するためにバーの中に立ち入ることとし、残りの約10名の構成員はバーの前に潜むこととした。付帯訴訟者らがバーの中に立ち入った後、バーの中にいた被告人は、付帯訴訟者らに接近し、ピストルを取り出して、先頭を歩いていた付帯訴訟者に狙いをつけた。そして、被告人は、付帯訴訟者らに対して店を後にするよう要求した。その後すぐに、被告人は、付帯訴訟者の上半身の2～3mほど離れたところから発砲した。これにより、付帯訴訟者は、生命に危険のある損傷を受けたが、緊急手術により一命をとりとめた。

なお、犯行当日の1時ごろ（犯行の約2時間前）、被告人は、客から暴力集団の襲撃計画を知らされており（ただし、連邦通常裁判所によれば、彼が襲撃の時間及び方法に関する具体的認識を得ていたかは明らかではなかった）、その際に警察を呼ぶよう助言があったにもかかわらず、それをしなかったという

---

69) 同様のことを述べるものとして、Sengbusch, Subsidiarität, S. 84 f.

事情があった。

原審（ゲルリッツ州裁判所1994年4月27日判決）は、以下に述べる複数の理由から、被告人による銃の発砲は正当防衛にあたらないと判示した。まず、攻撃の現在性については、付帯訴訟者によって行われた住居侵入は、被告人の人身に対する現在の攻撃でも、直接的に切迫している攻撃でもなかったとされた。その理由としては、実際の「機動襲撃班（Rollkommando）」は未だ玄関の前に待機していたため、付帯訴訟者らのバーへの侵入は状況の探知にしか役立たなかったことが挙げられている。次に防衛行為の必要性についても、被告人による発砲行為は、住居の平穩侵害の防衛のために必要な行為ではなかったとされた。また、刑法33条過剰防衛の成否についても、被告人は、以下のような理由からその成立を否定した。すなわち、確かに被告人は、犯行時点で、「重大な興奮状態（Erregung）、緊張（Nervosität）および不安（Angst）」にあり、「分かっているながら（offenen Auges）」、警察を呼ばずに、極度に暴力的なグループとの闘争へと突入したため、刑法33条の成立は否定されるとした。これに対して、被告人側が、実体法違反を理由に上告を行った。

## 2. 本決定の判断

本決定は、以下に述べる複数の理由から、故殺未遂の点につき、被告人の実体法違反の訴えを認めた。

まず、攻撃の現在性につき、連邦通常裁判所は、以下のような判断を示した。すなわち、「州裁判所が、被告人の住居権への攻撃に対する防衛、および住居の平穩侵害の終了だけで問題となっていたわけではないということ considering していない」。むしろ本事案において行われた認定からすれば、「閉じられていた扉を力づくで踏み破ること、および完全に塞がれていたバーへの機動襲撃班の前衛の侵入によって、被告人、従業員および客の人身、および店の備品に対する現在の攻撃が開始し、その結果、住居の平穩だけでなく、10名以上存在している攻撃者たちに対抗しようとする各人の

身体および生命が直接的に脅かされていた」ことが推認される。したがって、本件行為は、刑法32条2項の意味における現在の攻撃にあたるとした。

次に、防衛行為の必要性につき、以下のような判断が示された。すなわち、防衛行為の必要性の判断枠組みは、「攻撃と正当防衛が行われる全事情によって、とりわけ攻撃の強度及び危険性、ならびに被攻撃者の防衛の可能性によって確定される」とした上で、「内的事象および外的事象の詳細についてのより確実な認定を行うことができない場合、その事象は、被告人の責めに帰することは許されない」とする判断を示した。

また、連邦通常裁判所は、「銃の発砲が、——疑わしい命題（Zweifelsatzes）を尊重して——もはや必要な防衛とみなすことができない場合であっても、被告人が、重大な行為事情（Tatumstände）に関する錯誤に陥っているかが検討される」とした上で、「被告人は、事実の錯誤（Tatirrtums）に基づいて、銃の発砲の必要性を前提とすることができたのであり、刑法16条により、殺人の故意（Tötungsvorsatz）は阻却される（entfallen）だろう」との判断を示した。

最後に、連邦通常裁判所は、傍論的にはあるが、原審が BGHSt39, 133 を持ち出して、刑法33条の適用を排除した点につき、BGHSt39, 133 の射程を見誤っているとも述べた。すなわち、「確かに、同判決〔BGHSt 39, 133——引用者注〕によれば、刑法33条の意味における正当防衛の免責的な超過は、行為者が、到達可能な警察を排除し、自らの手段によって、自らに知らされている攻撃を阻止し、かつ自らの敵対者に対して優位を占めるために計画的にその敵対者との実際の闘争へと突入した場合には考慮されない。しかしながら、同判決が基礎にしている事情は、本件で判断されるべき出来事とは本質的に区別される。というのは、かの事案においては、被告人は、違法な攻撃が開始される前に、自らの敵対者と武器を伴う闘争を試みたのであり、また自らの側で予期していた攻撃の機先を制するために、攻撃者らによって計画されていた犯行地点（Tatortbereich）の範囲外である公道で試みられたからである。これに対して、刑法33条の

適用可能性は、被攻撃者が退避もしくは警察の介入への配慮によって攻撃から自らを防衛することができたであろうということにより排除されるわけではない」とされた。

### 3. 本決定の理解

本決定において着目すべきなのは、第一に、本決定においては、被告人が實力を行使する用意のある集団との対決に突入することを分かっているながら、警察に事前に通報することを行わずに闘争状況に突入したという事情が、攻撃の現在性要件の判断にも、防衛の必要性要件の判断にも何らの影響を与えていないということである<sup>70)</sup>。

第二に、本決定においては、BGHSt39, 123に依拠して、刑法33条による免責を否定し原審の判断につき、BGHSt39, 123の射程を見誤ったものであるとする判断が明確に示された点も特筆すべきである。すなわち、連邦通常裁判所は、違法な攻撃が開始される前に自ら闘争状況に突入したか否かという事案の相違を理由に、本件においてはBGHSt39, 133の判断枠組みが妥当しないと述べた上で、刑法33条の適用可能性は、公的救助を要請していれば、攻撃から身を守ることができたという事情により否定されるわけではないとした。

これらのことから窺うことができるように、連邦通常裁判所は、少なくとも、警察への事前の通報を行わずに闘争状況に突入したという事情のみから正当防衛および過剰防衛の成立を否定するという論理構成を採用していない<sup>71)</sup>。したがって、BGHSt39, 123の射程は、正当防衛による正当化の場面、少なくとも違法な攻撃が現在している場面には及ばないと解すべきである<sup>72)</sup>。換言すれば、連邦通常裁判所は、少なくとも、一般的な原則

70) 同様の指摘を行うものとして、Sengbusch, Subsidiarität, S. 85.

71) 同様の分析を行うものとして、Thomas Schmidt, Anmerkung zu BGH NStZ 1995, 177, Beschluss vom 15. 11. 1994, JuS 1995, S. 556.; Sengbusch, Subsidiarität, S. 307.

72) 結論において同様の理解を示すものとして、Günther Jakobs, Kommentar: Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision, in: Albin Eser u.a. (Hrsg.), Rechtfertigung und

正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務は認められるか？（１）（山本）

としては、衝突状況の前段階における公的救助要請義務を一般的な原理としては容認していないといえる。

### 第三款 小 括

以上では、事前に公的救助を要請できたにもかかわらず、これを行わずに衝突状況に突入した、二つの連邦通常裁判所の判例を確認した。そこでの検討から、連邦通常裁判所は、事前に公的救助を要請することができたにもかかわらず、それを行わなかったという事情からただちに、正当防衛による正当化の可能性を否定していないことが明らかとなった。そしてそれゆえに、連邦通常裁判所は、正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務の存在を認めていないことが明らかとなった。

## 第二節 学説の状況

前節では、ドイツにおける二つの判例の検討を通じて、連邦通常裁判所が、正当防衛状況の前段階において公的救助を要請しなかった場合についてどのような処理を志向しているかを明らかにした。本節では、ドイツの学説が、同様の場合において、どのような処理を志向するのかを確認することとする。

### 第一款 正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務を否定する見解

ドイツにおける通説によれば、正当防衛状況の前段階において、（後の）防衛行為者は、国家機関に対して救助を求める義務を負わないとされる<sup>73)</sup>。では、何故、正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務は否

---

↘Entschuldigung IV, 1993, S. 158. (以下では、*Jakobs, Kommentar* と表記する。)

73) そのように述べるものとして、例えば、*Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 12/33. (以下では、*Jakobs, AT* と表記する。); *Lesch, StV* 1993, S. 582.; *ders.*, *Notwehrrecht und Beratungsschutz*, 2000, S. 62. (以下では、*Lesch, Notwehrrecht* と表記する。); *ders.*, *Die Notwehr*, in: *Gunter Widmaier u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Dahs*, 2005, S. 112. (以下では、*Lesch, FS-Dahs* と表記する。); *Thomas Rönnau/Kristian* ↗

定されるのであろうか。

この点について、例えば、Lesch は、以下のような説明を試みている。すなわち、確かに、国家による実力独占は、「市民化された社会状態の第一の、そして最も重要な前提条件であり<sup>74)</sup>、また「個人から、自己裁判権 (Recht auf Selbstjustiz) を剥奪する」ものである<sup>75)</sup>。それゆえに、国家による実力独占の原則が妥当する限り、「個人が、暴力を用いて、他の市民に対して自らの現実の、もしくは推定上の権利を貫徹することは許されない<sup>76)</sup>。しかしながら、かかる原則は、国家による救助が適時に到着していない、もしくはもはや適時に到着しえないという例外状況においては妥当しない<sup>77)</sup>。そのような例外状況においては、被攻撃者が、官憲による救助が適時に到着するように配慮しなかったという理由のみをもって、被攻撃者の防衛行為の正当化を否定することはできない<sup>78)</sup>。防衛行為は、現在の攻撃の存在によってはじめて行われるので、官憲による救助が適時に要請することができたかという問題についても、この時点が標準とされなければならない、とされるのである<sup>79)</sup>。

以上で確認したように、Lesch は、公的救助が適時に到着していない、もしくはもはや適時に到着しえない例外状況においては国家による実力独占の原則が妥当しないという理由から、正当防衛の前段階における公的救助要請義務を否定している。

---

↘Hohn, in: *Heinrich Wilhelm Laufhütte u.a.* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar*, Bd.2, 12. Aufl., 2006, §32 Rn. 184.; *Sengbusch*, Subsidiarität, S. 310 f.

74) *Lesch*, StV 1993, S. 582.

75) *Lesch*, StV 1993, S. 582.

76) *Lesch*, StV 1993, S. 582.

77) *Lesch*, StV 1993, S. 582. 同様の見解として、*Irene Sternberg-Lieben*, Voraussetzungen der Notwehr, JA 1996, S. 306. *Sternberg-Lieben* も、国家による実力独占は、公的救助が現在しており、かつその救助が現実にも行われる場合にしか妥当しないとしており、実質的に *Lesch* と同様の主張を行っている。

78) *Lesch*, StV 1993, S. 582.

79) *Lesch*, StV 1993, S. 582.

## 第二款 事前に公的救助を要請しなかったことを理由に正当防衛権の制限を認める見解

前款のような通説的見解とは異なり、Hillenkamp は、正当防衛状況の前段階において公的救助を行うことができたにもかかわらず、これを行わなかった場合、具体的な正当防衛状況における正当防衛権の制限を肯定する見解を主張している<sup>80)</sup>。Hillenkamp の言葉に即して言えば、「緊急権を超えて警察の任務を我が物にし、そしてその際に緊急状況に陥る者」は、「高権的行為における制限」（いわゆる比例性原則）に拘束されるのである<sup>81)</sup>。

Hillenkamp の説明を参照する限り、そのように解することができる理由づけは必ずしも判然としないが、おそらく以下に述べるような論理構成から、先に述べたような制限を肯定するものと思われる<sup>82)</sup>。すなわち、国家による実力独占により、個人は、原則として実力の行使を認められていない。それにもかかわらず、正当防衛状況の前段階において、攻撃者に対して自分で立ち向かうことができるようにするために、国家による救助を要請しなかった者は、警察の任務を篡奪しているといわざるをえない。そのため、国家による救助を要請せず、警察の任務を篡奪した防衛者は、正当防衛状況において、警察がその場にいたとすれば法益保護のために行いえたであろう範囲、つまり警察の任務で行いうる範囲内でしか反撃を行うことが許されないのである<sup>83)</sup>。

以上のような Hillenkamp の見解も、通説と同様に、国家による実力独占を前提とした論証を行っている。しかしながら、Hillenkamp は、通説とは異なり、事前に警察に救助を求めることができたにもかかわらず、これを行わなかった者は、国家の任務を篡奪していると言わざるをえないと

---

80) Hillenkamp, JuS 1994, S. 774.

81) Hillenkamp, JuS 1994, S. 774.

82) 同様の分析を行うものとして、Sengbusch, Subsidiarität, S. 305.

83) Vgl. Hillenkamp, JuS 1994, S. 774.

の価値判断から、正当防衛権の制限を帰結するに至っている。

### 第三節 小 括

本章では、正当防衛状況の前段階において、公的救助を要請しなかった場合につき、ドイツの判例及び学説がどのような処理を志向するのかを明らかにした。まず、連邦通常裁判所は、かかる場合において、少なくとも、事前に公的救助を要請しなかったという事情のみからただちに正当防衛の成立を否定するという論理構成を採用していないことを明らかにした。また、ドイツの通説的見解は、かかる場合について、事前に公的救助を要請しなかったという事情から正当防衛の成立が否定されないことを明確に否定しており、その理由づけの際に、国家の実力独占という観点を持ち出している。これに対して、一部の学説は、国家の実力独占の原則を肯定しつつも、正当防衛権を制限する余地を認めている。

以上のようなドイツにおける議論状況から得られる示唆は、正当防衛状況の前段階において公的救助を要請しなかったという事情から正当防衛の成立を制限しうるか否かは、国家の実力独占の意義づけ、さらには正当防衛権と国家による実力独占の関係性を考察することによってはじめて明らかになると考えられるということである。そこで、第三章ではこれらの点に関する考察を行うこととする。