

# 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？（2・完）

——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

第二節 学説の状況

第三節 小 括

(以上、374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

第一款 国家から委譲された強制権限としての正当防衛権？

第二款 私人の法的地位に由来する強制権限としての正当防衛権

1. 私人の法的地位に由来する強制権限としての正当防衛権

(1) 相互尊重思想

(2) 正当防衛権の発生根拠

2. 私人の正当防衛権と国家による実力独占の関係性

---

\* やまもと・かずき 立命館大学授業担当講師 立命館大学大学院法学研究科研究生

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？（2・完）（山本）

- (1) 人格的存在の基本的現実条件の保障
- (2) 私人の正当防衛権と国家による実力独占の関係性

#### 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？

第一款 自招侵害論の援用可能性？

第二款 侵害回避義務論？

第三款 高権的行為における制限の転用可能性？

#### 第三節 小 括

おわりに

（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<sup>84)</sup>

前章で確認したことは、国家による実力独占をどのように理解するかに対する問題に回答しなければ、正当防衛の前段階における公的救助要請義務を肯定することができるか否かという問題に答えることは難しいということであった。そこで、本章では、まず、国家による実力独占の内実、およびその基礎についての検討を行い（以上、第一節）、次いで、国家による実力独占と正当防衛制度の関係性を検討する（以上、第二節および第三節）。なお、これらの検討にあたり、主として、わが国よりも議論の蓄積があるドイツの議論を参照する。

### 第一節 国家による実力独占の基礎

本節では、国家による実力独占と正当防衛権の関係性についての検討を

---

84) 前章第三款の小括にて、ドイツの通説的見解は、「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」と記載した（立命館法学374号〔2018年〕238頁）。しかし、正しくは、「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ることを明確に否定しており」である。ここに記してお詫び申し上げます。

行うに先立ち、国家による実力独占の内実、およびその基礎を確認する。

かつて Max Weber は、近代国家とは、合法的な物理的暴力の独占 (das Monopol legitimer physischer Gewaltsamkeit) を伴うアンシュタルト型の支配団体であると述べた<sup>85)</sup>。かかる近代国家の定義からも明らかなように、近代国家においては、国家およびその機関が、合法的な物理的暴力を行使する権限を独占するのが原則であり、したがって、私人による実力行使は原則的に許されないとされる<sup>86)</sup>。このことを言い表した表現こそが、国家による実力独占にほかならない<sup>87)</sup>。

85) Max Weber, Politik als Beruf, in: Horst Baier u. a. (Hrsg.), Max Weber Gesamtausgabe, Abt. I Bd. 17, 1992, S. 166. (翻訳として, 中山元訳『職業としての政治／職業としての学問』(日経 BP クラシックス・2009年) 24頁)。

86) Josef Isensee, Das Staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte, in: Everhardt Franßen u.a. (Hrsg.), Bürger – Richter – Staat. Festschrift für Horst Sendler, 1991, S. 47. (以下では, Isensee, FS-Sendler と表記する。); Detlef Merten, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, 1975, S. 31. (以下では, Merten, Rechtsstaat と表記する。); Christian Pelz, Notwehr- und Notstandsrechte und der Vorrang obrigkeitlicher Hilfe, NSTZ 1995, S. 305. (以下では, Pelz, NSTZ 1995 と表記する。); Sengbusch, Subsidiarität, 2008, S. 107. さらに, ディーター・グリム (大森貴弘訳)「国家の暴力独占」比較法学40巻3号(2007年)128頁(以下では, グリム(大森訳)・比較法学40巻3号と表記する。)

87) Armin Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, S. 156 Fn. 17 によれば, 国家による実力独占という概念は, 従来的には, 特別な国家機関における強制権限の集中という意味で理解されているという。なお, このような意味での国家による実力独占の概念は, わが国においても, 少なくとも一定程度受け入れられているように見受けられる。正当防衛を論じる脈絡において, 国家による実力独占の原則に言及するものとして, 例えば, 飯島暢「緊急救助(正当防衛)の主体となる国家とその構成員達——松生論文に対するコメント——」長谷川晃ほか編『法の理論36』(成文堂・2018年)179頁以下(以下では, 飯島・法の理論36と表記する。), 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣・2013年)114頁(以下, 佐伯(仁)・総論と表記する。), 橋爪・正当防衛の基礎116頁, 松生・法の理論35, 35頁以下, 同「飯島コメントへのリプライ」長谷川晃ほか編『法の理論36』(成文堂・2018年)219頁以下。山口厚『刑法総論〔第三版〕』(有斐閣・2016年)122頁以下(以下では, 山口・総論と表記する。)。さらに自救行為を論じる脈絡において, 国家の実力独占に言及するものとして, 大下英希「自救行為と刑法における財産権の保護」川端博=浅田和茂=山口厚=井田良編『理論刑法学の探究⑦』(成文堂・2014年)81頁(以下では, 大下・自救行為と表記する。)

以上のような国家による実力独占の理論的基礎は、多くの場合、社会契約説に求められてきた<sup>88)</sup>。例えば、Dietlein は、Hobbes の社会契約説に依拠して、国家による実力独占を次のように説明している。すなわち、「国家形成の決定的な動機として、さらには国家であることの本来の正当性として、安全の保障は、……Thomas Hobbes の国家哲学の中核にある。万人に対する万人の自然的戦争状態を克服するために、人間は、自らの武器を置くこと、そして、リヴァイアサン国家、つまり他のいかなる力（Macht）よりも強大であり、また自らの力の優位（Übermacht）によって、さらにはそれに起因する恐怖によって、全ての私人の力を抑制することができるような国家に従うことに合意する。実力を行使する権利（Recht zur Gewalt）は、絶対的国家の手に独占される。内戦は、市民となることによって終結する。実力を放棄すること、そして服従することが市民を作り出すのである」<sup>89)</sup>。そして、このような「実力の放棄、および服従が可能となるのは、国家が自らの保護下に市民を置く場合に限られる。市民の忠誠義務と国家の保護義務は、互いに前提となっており、国家による安全の保障は、いわば国家に命じられた自力救済の禁止の『代償』である。『というのは、自らの安全が配慮される前に、ある者が何かを行う義務を負う、あるいはあらゆるものを求める権利を放棄することは想定できないからである』」、というのである<sup>90)</sup>。

このような Dietlein の説明からも窺うことができるように、社会契約説的な基礎づけからすれば、国家による実力独占は、市民の安全を保障するという国家の設立目的のために認められる。なぜならば、国家のみが物理的な暴力を正当に行行使する権限を有しており、かつ国家がこのような実力独占を効果的に行う場合にかぎり、国家は、自らの任務である市民の安

---

88) 例えば、Johannes Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl., 2005, S. 21 f. (以下では、Dietlein, Schutzpflichten と表記する。)；Isensee, FS-Sendler, 1991, S. 46 ff. さらに、グリム（大森訳）・比較法学40巻3号130頁以下参照。

89) Dietlein, Schutzpflichten, S. 21.

90) Dietlein, Schutzpflichten, S. 22.

全の保障を行いうるからである<sup>91)</sup>。このことを裏返して市民の側から表現すれば、市民は、(国家が市民の安全を保障する義務を果たしている限りにおいて)相互に自らの実力を放棄し、もっぱら法の枠組みにおいて利益をめぐる戦いに決着をつけなければならないという平和・服従義務を負うことになるのである<sup>92)</sup>。

とはいえ、以上のような社会契約説的基礎づけは、あくまで一般的な国家論上のものでしかない。それゆえに、上で見た市民の平和義務や服従義務が、ただちに実定法という脈絡においても意義を獲得するわけではない<sup>93)</sup>。このような義務が刑法上の意義を獲得するためには、かかる義務が、制定法上の文言から直接的に読み取ることができる場合か、あるいは少なくとも内在的な原理として読み取ることができる場合に限られるだろう<sup>94)</sup>。本稿において、その全てを論証することは不可能であるが、本稿の問題関心に即して、少なくとも以下のようなことは言える。

第一に、現行法秩序を前提としたとしても、私人による実力行使は、原則として禁止されているということである<sup>95)</sup>。なぜならば、ドイツにせよ、わが国にせよ、私人による実力行使の禁止を保障するために必要であり、かつ私人による実力行使が禁止されているからこそ意味を獲得する諸制度、例えば裁判制度<sup>96)</sup>や警察<sup>97)</sup>などの権利保護手続が存在する

---

91) *Sengbusch*, Subsidiarität, S. 108.

92) *Pelz*, NStZ 1995, S. 305. さらに同様のことを述べるものとして, *Sengbusch*, Subsidiarität, S. 108.

93) *Dietlein*, Schutzpflichten, S. 26.; *Sengbusch*, Subsidiarität, S. 108. さらに, 警察法を論じる脈絡ではあるが, 内容的に同様のことを述べるものとして, 米田雅宏「現代国家における警察法理論の可能性(二・完)——危険防御の規範構造の研究・序説——」法学70巻2号(2006年)110頁以下。

94) Vgl. *Dietlein*, Schutzpflichten, S. 26.

95) 大塚裕史「侵害の急迫性要件と射程——最高裁平成二九年決定を手がかりとして」判例時報2357=2358合併号(2018年)15頁(以下では, 大塚(裕)・判例時報2357=2358合併号と表記する)。内容的には同様のことを述べるものとして, 大下・自救行為80頁以下。

96) *Dietlein*, Schutzpflichten, S. 26.

97) *Lesch*, FS- Dachs, S. 111 f.; *Pelz*, NStZ 1995, S. 306. 付言すれば, このことは, わが国

からである<sup>98)</sup>。それゆえ、市民は、少なくとも国家によって自らの安全が保障されている限りにおいて、これらの諸制度を尊重する義務を負う<sup>99)</sup>。

第二に、上で述べたことを裏返していえば、かかる義務は、国家が市民の安全を保障することができない場合にまで認められるわけではない<sup>100)</sup>。それゆえ、国家が市民の安全を保障することができない緊急状況下において、被攻撃者に対して、攻撃を受忍する義務を課すことはできない<sup>101)</sup>。したがって、このような限界事例においては、必要に応じて、実力を伴う防衛措置を講じる権限が私人に認められなければならない<sup>102)</sup>。つまり、国家による実力独占は、その限りにおいて後退しなければならない<sup>103)</sup>。

---

∨国の警察法の立法目的（警察法1条）からも窺うことができる。なお、警察法1条の規定内容は、以下の通りである。「この法律〔警察法——引用者注〕は、個人の権利と自由を保護し、公共の安全と秩序を維持するため、民主的理念を基調とする警察の管理と運営を保障し、且つ、能率的にその任務を遂行するに足る警察の組織を定めることを目的とする。」ここでは、少なくとも組織としての警察が個人の権利と自由の保障し、公共の安全と秩序を維持することを目的としていることを読み取ることができる。

98) *Dietlein*, Schutzpflichten, S. 26. 自救行為を論じる脈絡ではあるが、内容的には同様のことを論じているものとして、大下・自救行為80頁以下。

99) Vgl. *Pelz*, NStZ 1995, S. 306.

100) 大塚（裕）・判例時報2357=2358合併号15頁。

101) *Sengbusch*, Subsidiarität, S. 112.

102) *Sengbusch*, Subsidiarität, S. 112.

103) *Sengbusch*, Subsidiarität, S. 112. さらに、ギュンター・ヤコブス（川口浩一訳）「管轄の段階——行為義務および受忍義務の成立とウエイトに関する考察——」ギュンター・ヤコブス（川口浩一＝飯島暢訳）『法的強制と人格性』（関西大学出版会・2012年）83頁所収。おそらく同旨の見解として、飯島・法の理論36, 184頁。これに対して、国家のみが暴力を独占する権利を有しているが、このことを述べるために、私人の実力行使を完全に根絶する必要はないと考えるものとして、グリム（大森訳）・比較法学40巻3号127頁以下。グリムからすれば、国家のみが暴力を独占する権利を有していたという命題は、諸個人または社会的諸団体は、国家から暴力行使の権限を付与された場合に限り暴力を行使することができることをも包含した命題なのである（同128頁）。それゆえ、グリムの見解からすれば、むしろここでは、国家による実力独占が後退するのはどのような場合かではなく、国家が私人に対して暴力行使の権限を認めなければならないのはどのような場合かという問いが立てられることになるだろう。

問題となるのは、「国家による実力独占が後退する」とは、何を意味するのかということである。そしてこの点を明らかにするためには、正当防衛権と国家による実力独占の関係性を明らかにすることが必要である。そこで、次節以降では、ドイツにおける議論状況を参照しながら、両者の関係性について検討を加える。

## 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？

国家による実力独占と正当防衛権の関係性をめぐっては、第一に、国家による実力独占は、正当防衛には最初から妥当しないとする見解が主張されている<sup>104)</sup>。以下では、かかる見解の主張者である Schmidhäuser の所説の検討を通じて、この見解が、国家による実力独占と正当防衛権の関係性をどのように理解しているのかを明らかにする。

Schmidhäuser によれば、国家およびその機関の任務は、法に対する侵害が終了した後に行われる法の確証 (Bewährung des Rechts) —— (広義における) 刑事訴追——に存するため<sup>105)</sup>、国家による実力独占は、法の確証が問題となる領域においてのみ妥当するとされる<sup>106)</sup>。換言すれば、かかる領域においては、原則として、実力を行使する法的権限は、国家およびその機関にしか認められないというのである。ただし、Schmidhäuser は、例外的に、実力行使権限が私人にも認められる場合が存在することを認めており、その具体例として、刑事訴訟法127条1項1文 (仮逮捕)<sup>107)</sup>や

---

104) Eberhard Schmidhäuser, Die Begründung der Notwehr, GA 1991, S. 122 ff. (以下では, Schmidhäuser, GA 1991 と表記する。) 類似の見解として, Walter Kargl, Die intersubjektive Begründung und Begrenzung der Notwehr, ZStW 110 (1998), S. 47 f. (以下では, Kargl, ZStW 110 と表記する)

105) Schmidhäuser, GA 1991, S. 122.

106) Vgl. Schmidhäuser, GA 1991, S. 122.

107) なお、ドイツ刑事訴訟法127条1項1文の規定内容は、以下の通りである。「ある者が現行犯で発見され、または追跡されるとき、その者が逃走する疑いがある、あるいはその者の身元を即座に確認することができない場合には、いかなる者も、裁判官による命令なしにその者を仮に逮捕する権限を有する。」

民法229条（自救行為）<sup>108)</sup>を挙げている<sup>109)</sup>。すなわち、これらの場合には、国家が現実にも実力を行使することができないにもかかわらず、実力を行使する差し迫った必要があるために<sup>110)</sup>、実力行使権限が例外的に私人にも認められるのである<sup>111)</sup>。

これに対して、Schmidhäuserによれば、正当防衛制度は、これらの法制度（特に念頭に置かれているのは、仮逮捕である）とはまったく異なる制度であるという<sup>112)</sup>。というのも、正当防衛は、法秩序の攪乱がまだ終了していない状況下において、換言すれば、法に対する侵害が終了する前に、かかる攪乱を阻止する、もしくはその継続を終わらせるために行われるものだからである<sup>113)</sup>。つまり、正当防衛は、（制定法によって予定されている法効果を実現するために事後的に行われる）法の確証ではなく、（法秩序の攪乱が現実のものとならないようにするために事前的に行われる）法の防衛であるため<sup>114)</sup>、正当防衛権は、国家による実力独占の例外として認められる権限ではなく、万人の始原的な権利として理解されなければならないというのである<sup>115)</sup>。

以上で確認したように、Schmidhäuserの見解においては、国家による実力独占の原則は、犯罪発生後の法の確証の領域において妥当するが、他方で、犯罪発生前の法の防衛という領域には妥当しない。そして、正当防衛制度は、後者の領域において妥当する制度である以上、この見解からす

---

108) なお、ドイツ民法229条の規定内容は、以下の通りである。「自救行為の目的で、物を奪取、破壊もしくは毀損する者、または自救行為の目的で、逃走の疑いがある被義務者を逮捕する、もしくは受忍する義務を負う行為に対する被義務者の抵抗を排除する者は、官憲による救助が適時に到達せず、かつ即座の介入が行われなければ請求権の実現が行いえない、または本質的に困難なものになるという危険が存在する場合には違法に行為していない。」

109) Schmidhäuser, GA 1991, S. 124.

110) Vgl. Schmidhäuser, GA 1991, S. 122.

111) Vgl. Schmidhäuser, GA 1991, S. 124.

112) Schmidhäuser, GA 1991, S. 122.

113) Schmidhäuser, GA 1991, S. 122 f.

114) Schmidhäuser, GA 1991, S. 123.; Kargl, ZStW 110, S. 48.

115) Schmidhäuser, GA 1991, S. 124.

れば、国家による実力独占は、正当防衛の場面においては後退するのではなく、最初から妥当しないことになる。

このように、Schmidhäuser は、国家による実力独占と正当防衛の無関係性を強調する結果、正当防衛権は、国家機関がその場に居合わせているかいないかに関係なく行使することができるという帰結を導出するに至っている<sup>116)</sup>。ただし、Schmidhäuser は、防衛行為の必要性要件を判断するにあたり、公的機関による救助の有無を考慮する必要があることまで否定しているわけではない。というのも、Schmidhäuser の見解においても、第三者による救助の有無は、具体的な正当防衛状況における防衛の必要性を判断する際の考慮要素であるため、その限度で公的機関による救助の有無が——私人による救助の有無と同様に——考慮されることになるからである<sup>117)</sup>。

上述した Schmidhäuser の見解に対しては、そもそも、法の確証と法の防衛を区別し、前者のみを国家の任務として理解するという前提自体が不当であるという批判をなすことができる<sup>118)</sup>。すなわち、仮に国家の任務が法に対する侵害が終了した後に行われる法の確証のみに存するのだとすれば、国家は、損害が発生する前段階においては市民間のコンフリクトに介入することができないこととなり、その結果、多くの場合、暴力の行使を伴う私的な紛争解決を何もせず傍観しなければならないという耐えがたい帰結を容認しなければならないことになってしまうのである<sup>119)</sup>。加えて言えば、上述したような Schmidhäuser の前提は、それ自体、あまりに

---

116) Schmidhäuser, GA 1991, S. 123.

117) Schmidhäuser, GA 1991, S. 123.

118) そのような批判を行うものとして、例えば、Antie Kroß, Notwehr gegen Schweigegelderpressung, 2004, S. 34. (以下では、Kroß, Notwehr と表記する。): Sengbusch, Subsidiarität, S. 114. さらに、同趣旨の批判を行うものとして、松生・法の理論35, 47頁以下。

119) Kroß, Notwehr, S. 34. さらに、同趣旨の批判を行うものとして、松生・法の理論35, 47頁以下。

も現実からかけ離れたものである。なぜならば、警察法と秩序法を見れば明らかなように、国家は、予防的に——その必要がある場合には、直接的な物理的強制力を投入することによって——差し迫っている公共の安全と秩序に対する危険を阻止する権限を有するどころか、義務づけられることすらあるからである<sup>120)</sup>。

以上で見たように、国家による実力独占は、刑事訴追の領域だけでなく、危険防御の領域においても妥当していることは明らかであり<sup>121)</sup>、したがって、Schmidhäuser の区別は維持しえない。それゆえに、かかる区別を前提とする本説もまた不当であるといわざるをえない。

### 第三節 国家による実力独占の例外としての正当防衛

前節で確認したように、犯罪の発生を事前に防ぐことも当然に国家の任務に含まれるため、国家による実力独占の原則は、法秩序がいまだ攪乱されていない場面、換言すれば正当防衛が問題となる場面においても妥当しうる。それにもかかわらず、正当防衛状況において、私人による暴力の行使が許容されるとすれば、正当防衛制度は、国家機関のみが暴力を行使することができるとする国家による実力独占の原則の例外として理解するほかあるまい<sup>122)</sup>。

---

120) *Kroß*, *Notwehr*, S. 35.; *Michael Pawlik*, *Die Notwehr nach Kant und Hegel*, *ZStW* 114 (2002), S. 270 Fn. 58. (以下では、*Pawlik*, *ZStW* 114 と表記する。) (翻訳として、赤岩順二＝森永真綱訳「ミヒヤエル・パヴリック『カントとヘーゲルの正当防衛論』(一)」甲南法学53巻1号(2012年)79頁以下[以下では、赤岩＝森永訳・甲南法学53巻1号と表記する。])；*Sengbusch*, *Subsidiarität*, S. 114. 付言すれば、かかる批判の説得力は、わが国の法制度に置き換えて考えたとしても些かも減じられない。そのことは、例えば、警察法2条1項、警察官職務執行法1条1項(犯罪の予防が国家機関[警察]の任務に含まれるとする)や、警察官職務執行法5条(犯罪の予防のための強制権限の行使を一定の範囲内で許容する)の存在からして明らかであろう。

121) 同旨の見解として、*Kroß*, *Notwehr*, S. 35.; *Sengbusch*, *Subsidiarität*, S. 114.

122) 同旨の見解として、*Sengbusch*, *Subsidiarität*, S. 115. 付言すれば、国家による実力独占の例外として正当防衛権を理解することは、わが国の刑法学における一般的な理解でもある。そのようなものとして、例えば、葛原・法律時報85巻1号11頁、橋爪・正当防衛の

もっとも、このように理解するとしても、何故、正当防衛制度がかかる原則の例外であるといえるのかがさらに問題となる。そこで、以下では、この問題についての検討を行うこととする。

### 第一款 国家から委譲された強制権限としての正当防衛権？

正当防衛が国家による実力独占の例外であることを説明する方法としては、まず、違法な攻撃に対する防衛権限は、本来的には国家が有する権限であるが、正当防衛状況においては例外的に、かかる権限が国家から私人に委譲されるとする説明方法が考えられる<sup>123)</sup>。このような説明方法を採用する論者として、例えば、Bitzilekis を挙げることができる。そこで以下では、Bitzilekis の見解を概観することにより、かかる説明方法からは、国家による実力独占と正当防衛権の関係がどのように位置づけられることになるのかを確認することとしたい。

Bitzilekis の見解によれば、国家の任務には、法秩序（要保護性を有する法益が法的に整序された状態<sup>124)</sup>）を守ることが含まれており<sup>125)</sup>、また法秩序を守るという目的を達成するためには、事後的な処罰だけでは足りず、法益に対する直接的な危険を予防的に阻止することも必要であるとされる<sup>126)</sup>。このことから明らかなように、Bitzilekis は、——Schmidhäuser の見解とは異なり——正当防衛が問題となりうる領域も、国家の任務領域

---

↘基礎119頁、山口・総論122頁以下。

123) このような見解は、特に超個人主義的基礎づけに依拠する論者の言説に多く見られる。そのようなものとして、例えば、Nikolaos Bitzilekis, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, 1984, S. 59. (以下では、Bitzilekis, Einschränkung と表記する。)。わが国において同様の主張を行うものとして、大谷實「自招侵害と正当防衛論」判例時報2357=2358合併号(2018年)6頁(以下では、大谷・判例時報2357=2358合併号と表記する)、団藤・総論232頁。

124) Bitzilekis, Einschränkung, S. 60 において、そのような定義づけが行われている。

125) Vgl. Bitzilekis, Einschränkung, S. 76. さらに、大谷・判例時報2357=2358合併号6頁も、公的機関による法秩序維持機能を明確に認める。

126) Vgl. Bitzilekis, Einschränkung, S. 57 f. 同旨の見解として、大谷・判例時報2357=2358合併号7頁、団藤・総論232頁。

に含まれると考えている。その上で、Bitzilekis は、以下のように述べることによって、かかる領域においては、本来、国家機関だけが強制権限（差し迫っている不法に対する防衛権限）を行使しうることを確認している。すなわち、「国家による実力独占を伴う法治国家において、国家権力が、唯一承認された、不法との戦い（Unrechtsbekämpfung）を行う機関であり、またこれにより国家および社会秩序の内的平和を保障することを引き受けているということについては疑いが存しないことは言うまでもない」というのである<sup>127)</sup>。

このような Bitzilekis の説明からすれば、本来的には、国家機関だけが、差し迫っている不法の侵害に対する防衛権限を有することになる。それにもかかわらず、何故、正当防衛状況において、私人は防衛権限を認められることになるのだろうか。この問いに対して、Bitzilekis は、不法が差し迫っている段階における法秩序の要保護性が全ての市民の防衛行為を正当化する旨の回答を行っている<sup>128)</sup>。Bitzilekis は、それ以上の説明を行っていないため、その趣旨は必ずしも明らかではないが、おそらく以下のようなことを述べようとしているものと思われる。すなわち、法秩序を維持するためには、可能な限り違法な攻撃を阻止する必要があるが、不法が差し迫っている場合において、国家機関は、現実的に被侵害法益、ひいては法秩序を防衛しえないことが多い。そのため、このような場合には、私人にも防衛権限を認めておく方がより法秩序の防衛に資する、ということである<sup>129)</sup>。

以上で確認したように、Bitzilekis の見解においては、国家による実力独占は、正当防衛が問題となりうる領域においても妥当しう。それにもかかわらず、正当防衛制度が国家による実力独占の例外として理解される

---

127) *Bitzilekis*, *Einschränkung*, S. 76.

128) *Bitzilekis*, *Einschränkung*, S. 76. 類似の見解として、*Christian Bertel*, *Notwehr gegen verschuldete Angriffe*, *ZStW* 84, 1972, S. 20. (以下では、*Bertel*, *ZStW* 84 と表記する。)

129) Vgl. *Bitzilekis*, *Einschränkung*, S. 58. 内容的に同趣旨の主張を行うものとして、大谷・判例時報2357 = 2358合併号 6 頁。

のは、不法が差し迫っている段階において、私人にも防衛権限を認めておいた方がより法秩序の保護に資するからである。Bitzilekis は、このような理解に依拠した上で、限られた範囲で法秩序の保護を個人にも認める制度として、正当防衛制度を構想するのである<sup>130)</sup>。したがって、Bitzilekis の見解によれば、国家による実力独占の原則により、法秩序の保護は原則として国家の専権事項であるが、正当防衛の場合には、(その方が法秩序の保護に資するという理由から)私人も例外的に法秩序の保護を行いうることになる。

なお、Bitzilekis の見解においては、国家が法秩序の維持を——当該の危険状況に関係させる形で一定の要件の下で——各市民に委ねたという事情は、現在する不法との戦いを行う国家の権限の放棄を意味しないことに留意を要する<sup>131)</sup>。すなわち、私人に権限を認めることによって、国家の権限を否定することはできないというのである<sup>132)</sup>。それゆえ、Bitzilekis の見解によれば、正当防衛状況においては、国家の権限と私人の防衛権限が併存することになる<sup>133)</sup>。ただし、このような併存は、両者の権限の競合をも許容するわけではないという<sup>134)</sup>。なぜならば、そのような事態を認めることは、まさしく国家による実力独占と調和しないことになってしまうからである<sup>135)</sup>。そのため、Bitzilekis によれば、国家の権限と私人の正当防衛権が真に競合している場合(より具体的にいえば、一方で、官憲による救助が現在しており、他方で被攻撃者ないし緊急救助者が差し迫っている不法に対して有効に防衛することができる場合)、前者が優先することになる<sup>136)</sup>。つまり、この限りで、私人の正当防衛権は、補充的な形式でしか問題となり

---

130) *Bitzilekis*, *Einschränkung*, S. 58.

131) *Bitzilekis*, *Einschränkung*, S. 76. 同旨の見解として, *Bertel*, *ZStW* 84, S. 20.

132) *Bitzilekis*, *Einschränkung*, S. 76.

133) *Bitzilekis*, *Einschränkung*, S. 76. 同旨の見解として, *Bertel*, *ZStW* 84, S. 20.

134) *Bitzilekis*, *Einschränkung*, S. 76 f.

135) *Bitzilekis*, *Einschränkung*, S. 77.

136) *Bitzilekis*, *Einschränkung*, S. 77.

えないというのである<sup>137)</sup>。

以上のような見解に対しては、国家の強制権限が私人に委譲されたものとして正当防衛権を理解してしまうと、かかる権限を委譲された市民が、国家機関と同様の制限に服さない理由を説明することができなくなってしまふという批判をなしうる<sup>138)</sup>。すなわち、正当防衛権が国家によって委譲された権利であるという立場によるならば、正当防衛権は、比例性原則による制約の範囲内でのみ行いうると解するのが自然である<sup>139)</sup>。なぜならば、国家から私人に委譲された強制権限こそが正当防衛権であるとするならば、その行使は、法的に見れば、私人によって行われたものではなく、当該私人を介して、国家によって行われたものと評価されることになるはずだからである<sup>140)</sup>。しかしながら、そのように解してしまうと、正当防衛権が、法治国家原理である比例性原則<sup>141)</sup>に服さない理由を説明することができなくなってしまふ<sup>142)</sup>。

かかる批判に対しては、国家の権力手段の圧倒的優位という事情から、私人による防衛行為が比例性原則に服さないことを説明することができるという反論を行うことができるかもしれない<sup>143)</sup>。すなわち、国家は、自

---

137) *Bitzilekis*, *Einschränkung*, S. 77.

138) *Kroß*, *Notwehr*, S. 37.; *Sengbusch*, *Subsidiarität*, S. 120 ff. さらに、同趣旨の批判を行うものとして、松生・法の理論35, 49頁以下。

139) 実際に、*Maximilian von Buri*, *Notstand und Notwehr*, GS 30, 1878, S. 463 は、このような見解を主張している。

140) *Sengbusch*, *Subsidiarität*, S. 121.

141) 比例性原則の内実については、さしあたり Vgl. *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Michael Kniesel*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 9. Aufl. 2016, § 10 Rn. 15 ff.

142) 松生・法の理論35, 50頁。この理論的帰結が不当であることは、この見解と最も親和的であると思われる超個人主義的基礎づけの主張者ですら、正当防衛権が比例性原則に服すると解することに反対しているという事情からも窺うことができよう（明示的に比例性原則を考慮することに反対する超個人主義的基礎づけの主張者として、例えば、*Robert Haas*, *Notwehr und Nothilfe*, 1977, S. 274 ff. [以下では、*Haas*, *Notwehr* と表記する。]

143) 例えば、*Ingo Klinkhardt*, *Die Selbsthilferechte des Amtsträgers*, *Verwaltungs Archiv* 55, 1964, S. 343 f.; *Kurt Seelmann*, *Grenzen privater Nothilfe*, *ZStW* 89, 1977, S. 55. (以下では、*Seelmann*, *ZStW* 89 と表記する。)

らの権力手段の卓越性から、最終的な成功を確信しているため、自己制約を課すことができるのに対して、私人は、国家の権力手段に比肩する防衛手段を講じることができないので、比例性原則に基づいて、私人による防衛行為の範囲を制限することは許されないとするのである<sup>144)</sup>。しかしながら、このような反論は、先の批判に対する応答としては不適切である<sup>145)</sup>。なぜならば、かかる反論は、先の批判によって指摘されている、この見解の構成上の難点を克服するものではないからである。すなわち、上述した批判の要点は、国家の権限の委譲という構成を採る場合、権限を委譲された私人は、——まさしく公務員の場合がそうであるように——当該権限を行使する限りで公権力の担い手として扱われる（それゆえに、比例性原則による拘束を受ける）はずであるにもかかわらず、そのように構成しない理由を疑問視する点に存する<sup>146)</sup>。それにもかかわらず、前述した反論は、国家の強制権限の委譲に着目した説明を行わない結果、この疑問に対する十分な応答を行うことができずにいるのである。

## 第二款 私人の法的地位に由来する強制権限としての正当防衛権

これまでの考察から明らかとなったのは、正当防衛権は、国家による実力独占の例外として承認された権利であるが、国家から委譲された強制権限ではないということであった。しかしながら、正当防衛権が国家から委譲された強制権限ではないのであるとすれば、正当防衛制度が国家による実力独占の例外である理由は、どのように説明されることになるのだろうか。結論を先取りしていえば、この問いに対する回答は、以下のようなものとなる。すなわち、ドイツにおいて多くの学説がそう主張しているように、正当防衛権は、あくまで防衛者（もしくは救助者）に認められる強制

---

144) *Seelmann*, ZStW 89, S. 55.

145) 同様の見解として、*Kroß*, *Notwehr*, S. 37 f.; *Sengbusch*, *Subsidiarität*, S. 121 f. さらに理由づけは異なるが、先に述べた応答に対して批判的であるのは、*Haas*, *Notwehr*, S. 275 f. Fn. 57.

146) Vgl. *Sengbusch*, *Subsidiarität*, S. 122.

権限であり、かかる権限が認められる限りにおいて、国家による実力独占は後退しなければならない、というものである<sup>147)</sup>。

もっとも、このような説明が妥当であると主張するためには、以下に述べる二つの問題に取り組み、回答を行う必要があるだろう。すなわち、第一に、何故、正当防衛権は、防衛者に認められる強制権限といえるのか、第二に、正当防衛権が防衛者に認められた強制権限であるとした場合に、私人の正当防衛権と国家による実力独占は、どのような関係に立つのかである。

### 1. 私人の法的地位に由来する強制権限としての正当防衛権

何故、正当防衛権は、防衛者（もしくは救助者）に認められた強制権限といえるのか。この問いに回答するためには、正当防衛権の発生根拠に遡ることが必要である。正当防衛権の発生根拠は、相互尊重思想、換言すれば消極的自由の維持を目指す法的人格間の法的関係性の考察から明らかとなる<sup>148)</sup>。

#### (1) 相互尊重思想

価値観が多元化した現代社会において、我々は、自らの独自の価値観に従って、自らの人生を構想し、選択し、そしてそれを営んでいる。飯島暢が指摘するように、現代社会における刑法のあり方を考察しようとするな

---

147) このような見解を主張するものとして、*Isensee*, FS-Sendler, S. 52.; *Merten*, Rechtsstaat, S. 57.; *Michael Pawlik*, Der rechtfertigende Defensivnotstand, Jura 2002, S. 26.; *Sengbusch*, Subsidiarität, S. 122 ff.; *Heinz Wagner*, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, 1984, S. 28.

148) このような理解は、既に、拙稿「正当防衛の正当化根拠について（4・完）——『法は不法を譲歩する必要はない』という命題の再検討を中心に——」立命館法学371号（2017年）132頁（以下では、拙稿・立命館法学371号と表記する。）において示したところである。また、この理解が、*Berner* の「法は不法に譲歩する必要はない」という命題にその理論的背景を有している点については、拙稿「同（3）」立命館法学368号（2016年）137頁以下参照。

らば、このような社会的現実を無視するという選択肢はありえない<sup>149)</sup>。そして、このような社会的現実を出発点に据えて刑法のあり方を考察するならば、「法の根底にある最上位の目的」は、決して「社会の共同生活における利益充足を最大化する」ことではなく<sup>150)</sup>、各人が自らの人生を構想し、選択し、そしてそれを営むことができるよう、各人に自由を保障することにある<sup>151)</sup>。なぜならば、このような自由がいわばリソースとして保障されなければ、各人は、いつ他者からそれを阻害されるのかを警戒しながら、自らの人生を構想しなければならないという困難を強いられるからである。逆から言えば、(刑)法が各人に自由を保障することによって始めて、異なる価値観を有する各人は、他者から自らの権利領域が侵害されることを懸念することなく、自らの権利領域内で自らの人生を構想し、これを営むことができるようになるのである。

それゆえに、「法、特に刑法の主な任務は、市民に自らの洞察に従って自らの生活を送ることを可能にすることにある」<sup>152)</sup>。そのためには、まずもって、各市民が、自らの権利領域の不可侵性が他者から尊重されることを信頼できる状態を担保することが必要である<sup>153)</sup>。なぜならば、自らの

149) 飯島暢『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』(成文堂・2016年)18頁(以下では、飯島・自由の普遍的保障と表記する。)

150) それにもかかわらず、このような見解を主張するものとして、橋爪・正当防衛の基礎26頁。

151) 同様の見解として、*Michael Pawlik*, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, S. 99 ff. (以下では、*Pawlik*, *Unrecht* と表記する。)(翻訳として、飯島暢＝川口浩一監訳「ミヒャエル・パウリック『市民の不法』(4)』関西大学法学論集63巻6号(2014年)296頁以下〔安達光治訳〕。わが国において同様の主張を行うものとして、飯島・自由の普遍的保障18頁以下、坂下・法学論叢178巻5号70頁、山下裕樹「親権者の『刑法的』作為義務」関西大学法学論集64巻2号184頁以下(以下では、山下・関西大学法学論集65巻2号と表記する。)、同「遺棄罪の諸概念の内容について(1)』関西大学法学論集67巻5号(2018年)84頁(以下では、山下・関西大学法学論集67巻5号と表記する。)

152) *Pawlik*, *Unrecht*, S. 174. (翻訳として、飯島暢＝川口浩一監訳「ミヒャエル・パウリック『市民の不法』(7)』関西大学法学論集65巻1号(2015年)176頁〔山下裕樹訳〕[以下では、飯島＝川口監訳・関西大学法学論集65巻1号〔訳者名〕と表記する。])

153) *Pawlik*, *Unrecht*, S. 174. (翻訳として、飯島＝川口監訳・関西大学法学論集65巻1号

権利領域の不可侵性が他者から尊重されることを信頼できない状況（いつ、他者から自らの権利領域が侵害されるかもわからないような状況）において、市民は、自分の人生を自由に営むことなど望みえないからである<sup>154</sup>。したがって、全ての市民に対して向けられる刑法上の根本規範は、各人は相互に権利領域の不可侵性を尊重しあわなければならない、ということの内容としなければならない<sup>155</sup>。このことが意味するのは、各人（より正確に言えば、法的人格<sup>156</sup>）は、自らの権利領域の範囲内で、自由に行為することができるという意味での行為自由を得る代わりに、正当な理由なく他者の権利領域へと介入してしまった場合には、その結果に対する責任（以下、結果責任）を負わなければならないということである。すなわち、各人格は、自らの権利領域において自由に行為を行うことが許されるが、その引き換えとして、自らの権利領域において生じた危険が他の人格の権利領域に及ばないよう配慮する義務を負うのである<sup>157</sup>。この配慮義務は、

---

↘号176頁〔山下訳〕。

- 154) Pufendorf が指摘するように、他者がいかなる形においても私を侵害しない場合に限り、私は他者とともに平穏に生活することができるのである（プーフェンドルフ〔前田俊文訳〕『自然法にもとづく人間と市民の義務』〔京都大学学術出版会・2016年〕85頁以下）。
- 155) *Michael Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 175. (以下では、*Kubiciel*, Wissenschaft と表記する。) ; *Pawlik*, Unrecht, S. 174. (翻訳として、飯島 = 川口監訳・関西大学法学論集65巻1号176頁〔山下訳〕)。付言すれば、このような相互尊重義務は、本質的には、Hegel 法哲学の抽象法段階における根本規範、すなわち、「一個の人格であれ、そしてもろもろの他人を人格として尊重せよ」に対応するものである (*Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, in: Eva Moldenhauer u.a. (Hrsg.), Werke in zwanzig Bänden (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft 607), Bd. 7, 1986, § 36. [翻訳として、藤野渉 = 赤沢正敏訳『法の哲学 I』(中公クラシックス・2001年) 145頁])。同様の指摘を行うものとして、山下裕樹「特別なものとしての不作為犯？」竹下賢はか編『法の理論33』(成文堂・2015年) 115頁。
- 156) 法的人格という概念の詳細については、Vgl. *Pawlik*, Unrecht, S. 141 ff. (翻訳として、飯島暢 = 川口浩一監訳「『市民の不法』(6)」関西大学法学論集64巻5号(2015年) 207頁〔森永真綱訳〕) ; *ders.*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 39 ff. (以下では、*Pawlik*, Betrug と表記する。)
- 157) *Günther Jakobs*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, S. 20. (以下では、*Jakobs*, Zurechnung と表記する。)(翻訳として、平山幹子訳「作為および」

「他者の権利領域を侵害してはならない」という介入禁止としてだけでなく<sup>158)</sup>、「自らの権利領域内から生じた危険を取り除け」という中和命令として表出することもありうる<sup>159)</sup>。なぜならば、当該権利領域の主体を除いて、その者の自由を妨げることなく、その者の権利領域から生じた危険を取り除くことができる者はいないからである<sup>160)</sup>。

以上のような行為自由と結果責任の制度が有する最大の意義は、他の人格への連帯を強制されないことにある<sup>161)</sup>。つまり、各人格は、他者を援助しなければならないという義務を負わずに済むのである。そしてこれによってはじめて、各人は、他者を援助しなければならないということに思いを煩わせられることなく、自分自身の生活を送る機会を獲得するのである<sup>162)</sup>。このことから明らかなように、「尊重すること」とは、他者を邪魔しないことを超えて、他者を助けなければならないことを意味しない。

↘不作為の刑法的帰責」松宮孝明編訳『ギュンター・ヤコブス著作集 [第1巻]』[成文堂・2014年] 118頁 [以下では、平山訳・刑法的帰責と表記する。])

158) *Günther Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 83. (以下では、*Jakobs*, System と表記する。) ; *Urs Kindhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, § 36 Rn. 54. (以下では、*Kindhäuser*, AT と表記する。) ; *Michael Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 281.; *Kubiciel*, Wissenschaft, S. 175.; *Javier Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999, S. 67 ff. (以下では、*Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt と表記する。)

159) *Jakobs*, Zurechnung, S. 21. (翻訳として、平山訳・刑法的帰責119頁) ; *ders.*, System, S. 83; *Kubiciel*, Wissenschaft, S. 175.; *Pawlik*, Das Unrecht, S. 180 ff. (翻訳として、飯島 = 川口監訳・関西大学法学論集65巻1号183頁以下〔山下訳〕) ; *Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt, S. 61. さらに内容的には同様のことを述べるものとして、*Joachim Vogel*, Norm und Pflicht, 1993, S. 364.

160) *Jakobs*, Zurechnung, S. 20. (翻訳として、平山訳・刑法的帰責118頁)

161) ただし、ここで述べているのは、行為自由と結果責任の制度からは、連帯義務を帰結することができないということにすぎず、およそ連帯義務を課すことができないとまで述べているわけではないことに留意を要する。とはいえ、このような行為自由と結果責任の制度を基礎に置く構想からすれば、別原理から例外的に連帯義務を認めうる余地があるにせよ、その範囲はごく限られたものになるだろう。

162) *Pawlik*, Unrecht, S. 179. (翻訳として、飯島 = 川口監訳・関西大学法学論集65巻1号182頁〔山下訳〕)。

## （2）正当防衛権の発生根拠

以上のような相互尊重思想を踏まえれば、正当防衛が問題となる場面は、以下のように理解することができる。すなわち、正当防衛が問題となる場面において、攻撃者は、被攻撃者の権利領域への介入を行っている。これによって、攻撃者は、介入禁止に違反することを通じて、自らの介入行為により生じた危険を取り除くという中和命令を履行しなければならない法的地位に置かれる<sup>163)</sup>。それにもかかわらず、攻撃者がかかる中和命令を履行しないとき、被攻撃者は、攻撃者に代わり、かかる中和命令を果たしてやることができる。つまり、防衛のために必要な措置を講じることが許されるのである<sup>164)</sup>。このとき、攻撃者の側の義務は、中和命令から受忍義務へと変容しているものの<sup>165)</sup>、攻撃者と被攻撃者との間に認められる法的関係性は、本質的には何ら変更されていないのである<sup>166)</sup>。

これを防衛者の側に即して言いかえれば、被攻撃者が、正当な理由なく攻撃者によって自らの権利領域を侵害されるとき、被攻撃者は、自らの個別的な権利を侵害されているだけでなく、その権利の承認の基盤となっている相互尊重の受け手という法的地位（法的な人格性）をも侵害されているのである。それゆえに、被攻撃者は、このような攻撃者の侵害に対する自

---

163) 付言すれば、ここで述べているのは、義務内容が介入禁止から中和命令へと変容しているということにすぎない。それゆえに、ここでは、あくまで一つの義務違反しか問題となっていない。

164) *Pawlik*, Unrecht, S. 237. (翻訳として、飯島暢＝川口浩一監訳『「市民の不法」(10)』関西大学法学論集65巻5号[2016年]386頁[山本和輝訳][以下では、飯島＝川口監訳・関西大学法学論集65巻5号[山本訳]と表記する。])

165) *Köhler*, AT, S. 238.; *Lesch*, FS-Dahs, S. 91 ff.; *Pawlik*, Unrecht, S. 237. (翻訳として、飯島＝川口監訳、関西大学法学論集65巻5号386頁[山本訳])。さらに、「自己非人格化 (Selbst-Depersonalisierung)」という概念を用いて、本質的には同様のことを主張するものとして、*Günther Jakobs*, Rechtszwang und Personalität, 2008, S. 16 f. (翻訳として、川口浩一＝飯島暢訳『法的強制と人格性』(関西大学出版会・2012年)16頁以下[川口訳])。

166) *Pawlik*, Unrecht, S. 237. (翻訳として、飯島＝川口監訳・関西大学法学論集65巻5号386頁[山本訳])。

らの個別的な権利の防衛を行うことによって、相互尊重の受け手という法的地位の保全ないし回復を行うことが許されるのである。このような被攻撃者の法的地位を保全ないし回復する権限こそが正当防衛権に他ならない<sup>167)</sup>。

以上の考察から明らかなように、正当防衛権の存在は、国家と市民の法的関係性を考察するまでもなく、攻撃者と被攻撃者という法的な人格間における法的関係性を考察することにより帰結することができる。それゆえに、正当防衛権は、国家から委譲された権利としてではなく、私人の法的地位に由来する強制権限として把握されなければならない。

## 2. 私人の正当防衛権と国家による実力独占の関係性

以上の考察により、正当防衛権は、防衛者の法的な人格性に由来する強制権限であることが明らかとなった。この意味において、正当防衛権は、紛うことなく、私人の法的地位に由来する強制権限なのである<sup>168)</sup>。このことを確認することによってはじめて、私人の正当防衛権と国家による実力独占はどのような関係に立つのかという問いに移行することができる。すなわち、法的な人格間の法的関係性を超えて、市民と国家の法的関係性を考察対象とすることができるようになる。

なお、その際、あらかじめ「国家」の体系的な位置づけを考察しておくことが、市民と国家の法的関係性を論じる上で有用であると思われる。そのため、以下では、まず、この点に関する考察から行うこととしたい。

---

167) わが国において本稿と同様の立場を主張するものとして、坂下・法学論叢178巻5号70頁以下。さらに類似の立場を主張するものとして、飯島・自由の普遍的保障166頁以下、同・法の理論36、181頁。松生光正「押しつけられた緊急救助」『統・例外状態と法に関する諸問題』（関西大学法学研究所・2016年）46頁以下。私見とこれらの見解とは、少なくとも、正当防衛および緊急救助の正当化根拠を規範主体としての地位の回復に求める点で一致している。なお、かかる権限が強制権限を内包する点については、拙稿・立命館法学371号132頁。

168) 松生・法の理論35、45頁以下も、このような規範主体としての地位を回復する権限は国家に帰属しないとする。

### （1）人格的存在の基本的現実条件の保障

これまでの考察において、各人が自らの人生を構想し、選択し、そしてそれを営むことを可能にするためには、まずもって他者から自らの権利領域の不可侵性を尊重されることを信頼することができる状態、つまり行為自由と結果責任という「制度」が確立されなければならないことを示した。

しかしながら、そのような一つの「制度」だけでは、全ての市民に対して自由を保障するという（刑）法の目的を達成することはできない<sup>169)</sup>。確かに、行為自由と結果責任の制度を通じて、各市民は、（他者から自らの権利領域に対する侵害を受けないという意味での）消極的自由を有することになる。しかし、現実的・具体的な存在としての市民は、常に資源を活用できる環境に置かれているわけではない。そのため、各市民は、それぞれのライフプランを追求するために最低限必要な資源（以下では、基本財と呼称する）を活用したいと望んだとしても、現実にそれを活用できるとは限らず、そしてそれゆえに、場合によっては自らのライフプランを追求することなどできない状況に置かれることになってしまうのである<sup>170)</sup>。以上のことから明らかのように、行為自由と結果責任の制度を通じて、いくら消極的自由が保障されたところで、基本財を安定的に活用することができるような環境を整備しなければ、各市民は、自らのライフプランを追求することなどできないのである<sup>171)</sup>。つまり、行為自由と結果責任の制度において保障される自由は、現実に利用可能であるとは限らないという意味

---

169) *Jakobs*, System, S. 83.; *Kubiciel*, Wissenschaft, S. 175 f. さらに、山下・関西大学法学論集67巻5号86頁。

170) W. キムリッカ（千葉眞＝岡崎晴輝訳者代表）『新版現代政治理論』（日本経済評論社・2005年）180頁〔施光恒訳〕参照（以下では、キムリッカ〔千葉＝岡崎訳者代表〕・現代政治理論〔訳者名〕と表記する）。

171) *Kubiciel*, Wissenschaft, S. 176. 同趣旨の見解として、山下・関西大学法学論集67巻5号86頁。さらに、リバタリアン的な構想を批判する脈絡で同様のことを述べるものとして、キムリッカ（千葉＝岡崎訳者代表）・現代政治理論183頁〔施光恒訳〕。

で、なお抽象的なものとどまっているのである。

したがって、市民に自らの洞察に従って自らの生活を送ることを可能にするという(刑)法の目的を現実達成するためには、行為自由と結果責任の制度に加えて、それを現実的・具体的に機能させる制度が確立されなければならない。すなわち、(例えば社会的地位、知識およびその他の生活財といった基本財を給付するという意味で)いわばインフラストラクチャーをなす背景的制度<sup>172)</sup>が整備されなければならないのである<sup>173)</sup>。

かかる背景的制度がその他の社会的制度では適切に代替することができない場合、各市民は、その背景的制度を維持するよう努めなければならない<sup>174)</sup>。というのも、このような代替不可能な背景的制度が維持されない場合、各市民が自らのライフプランを追求するために必要な基本財が給付されなくなってしまうからである。それゆえに、このような前提を充足する限りにおいて、(刑)法は、行為自由と結果責任の制度が受容される理

172) Pawlik, Betrug, S. 131. なお、Pawlik は、Gehlen の「背景的充足」という考え方から示唆を得て、「背景的制度」という概念を提唱している。Gehlen によれば、例えば、数人の専門家(以下では便宜上、鍛冶屋を想定する)は、社会全員のためにナイフや包丁を生産することと引き換えに、他の社会の構成員から食料の提供を受けるという場合、鍛冶屋は、食料を生産ないし採取するという負担から免除される。このとき、鍛冶屋の栄養への欲求は、自らが食料を生産ないし採取せずとも食料を得られるという安心感により後退している。換言すれば、そのような欲求が持続的かつ潜在的に充足されている状態(「背景的充足」)にあるため、かかる欲求が後退しているのである(Vgl. Arnold Gehlen, Urmensch und Spätkultur, 7. Aufl., 2016, S. 36.)。このような考え方を制度論に転用すれば、制度が、各人格が自由に行動するために留意しておかなければならない事項(例えば、上下水道の整備をはじめとした公共サービス)を背景的に充足することによって、各人格は、これらの事項に関する負担から免除される結果(先に挙げた上下水道の整備の例に即して言えば、水源の確保に思いを煩わせることなく)、より自由に行動することができるのである。したがって、この意味において、各人格の自由を保障するための基本的現実条件をなす制度は、「背景的制度」と呼ぶことができる。

173) Pawlik, Unrecht, S. 186. (翻訳として、飯島=川口監訳・関西大学法学論集65巻1号191頁〔山下訳〕。内容的に同様の説明を行うものとして、Kindhäuser, AT, § 36 Rn. 55.; Kubiciel, Wissenschaft, S. 176.; Kurt Seelmann, Opferinteressen und Handlungsverantwortung, GA 1989, S. 255. (以下で、Seelmann, GA 1989 と表記する。))

174) Pawlik, Betrug, S. 136.

由と同様の論理構成に基づき、各市民に対して、人格的存在の基本的現実化条件たる背景的制度を尊重するよう要求することができる<sup>175)</sup>。換言すれば、各市民は、背景的制度から、自ら決定し、生活を送る上で必要となる基本財を給付される権利を得る代わりに、そのような背景的制度を尊重する義務を負わなければならないのである。

もっとも、ここで問題となるのは、以上のような前提を充足する背景的制度としては、具体的にどのような制度が想定可能かということである。この問いに対する回答としては、さしあたり以下に述べる二つの制度を挙げることができる。一つは、子どもが社会化をなしとげるために必要な給付をもたらす「親子関係」である<sup>176)</sup>。というのも、他に考えられる方法、例えば「社会の責任」において子どものしつけを引き受けるという方法によって、「親子関係」を適切に代替することは、今日の社会においては充分なりソースを欠くためになしえないからである<sup>177)</sup>。

その他の方法では適切に代替することができないもう一つの制度が、「国家」である<sup>178)</sup>。というのも、「国家」が果たすべき任務として、例えば、市民に対して内的安全を保障することを挙げることができるが、このような任務を適切に代替できる、その他の社会的諸制度を想定することは、今日の社会においては難しいからである<sup>179)</sup>。

---

175) *Pawlik*, *Betrug*, S. 136.

176) *Jakobs*, *Zurechnung*, S. 34 ff. (翻訳として、平山訳・刑法的帰責133頁以下)；*Kindhäuser*, *AT*, § 36 Rn. 55.; *Kubiciel*, *Wissenschaft*, S. 177.; *Pawlik*, *Betrug*, S. 136. *ders.*, *Unrecht*, S. 188 f. (翻訳として、飯島＝川口監訳・関西大学法学論集65巻1号193頁以下〔山下訳〕)；*Seelmann*, *GA* 1989, S. 255 f.

177) *Pawlik*, *Betrug*, S. 136 f.

178) *Jakobs*, *Zurechnung*, S. 33 f. (翻訳として、平山訳・刑法的帰責131頁以下)；*Kindhäuser*, *AT*, § 36 Rn. 55.; *Kubiciel*, *Wissenschaft*, S. 177.; *Pawlik*, *Betrug*, S. 137. *ders.*, *Unrecht*, S. 187 f. (翻訳として、飯島＝川口監訳・関西大学法学論集65巻1号191頁以下〔山下訳〕)；*Seelmann*, *GA* 1989, S. 256.

179) 内容的には同様のことを述べるものとして、瀧川裕英『国家の哲学』（東京大学出版会・2017年）302頁以下。さらに、長谷部恭男『比較不可能な価値の迷路』（東京大学出版会・2000年）1頁以下も参照。

このうち、私人の正当防衛権と国家による実力独占の関係性を論じる上で意義を有するのは、言うまでもなく後者の制度、つまり「国家」である。そこで、以下では、「国家」と呼ばれる背景的制度の詳細に立ち入り、同制度から生じる義務としては、どのような義務が考えられるか、さらにはかかる義務が正当防衛権との関係でいかなる意義を有するかについて検討を加える。

## (2) 私人の正当防衛権と国家による実力独占の関係性

Hobbes によれば、国家市民が国家に服従する目的は、国家から保護を受けることにある<sup>180)</sup>。このような Hobbes の言説に代表されるように、国家は、自身が負っている責務、つまりは自らの権力に服する者に対する保護を給付するという理由から、そしてその限りでのみ市民に対して義務を課することができる。このような相互関係的な思考方法は、「国家」という背景的制度から導かれる市民の義務を論じるにあたっての出発点に据えられなければならない<sup>181)</sup>。なぜならば、市民にとって、自らの利益となるような給付が行われないのであれば、市民が国家に対する服従義務を受け入れる理由がなくなってしまうからである。

では、このような条件を充たすような服従義務としては、何が想定されるのであろうか。本稿においては、この問いに対する回答を全て挙げることはできない。しかし、本稿の問題関心に即して言えば、少なくとも第三章第一節において確認したような国家による実力独占から生じる義務、換言すれば内的平和を保持するために必要不可欠な平和・服従義務を挙げることができる。既に確認したとおり、国家による実力独占は、国家の側からすれば、市民の安全を保障するという一般的な給付を果たすために必要な措置である。そして、このような一般的な給付を受けることと引き換えに、つまり国家による実力独占の裏面として、市民は、そのために必要

---

180) トマス・ホブズ(水田洋訳)『リヴァイアサン(二)』(岩波書店・1964年)101頁。

181) *Pawlik, Betrug*, S. 198.

な平和・服従義務を引き受けなければならないのである。

この平和・服従義務の具体的な一つの現れが、国家によってあらかじめ整備された裁判手続を尊重する義務である。この義務を適切に基礎づけるのは、Kantである<sup>182)</sup>。Kantは、一方で、(Hobbesに代表される)伝統的な自然法論にならって、国家が存在する以前の状態のことを「自然状態」と呼称しつつ、他方でその伝統的な理解に反して、自然状態においても、法、つまり自由の普遍的法則<sup>183)</sup>は妥当しているという旨の主張を行っている<sup>184)</sup>。しかしながら、Kantによれば、この意味での自然状態には、重大な欠陥が認められるという<sup>185)</sup>。すなわち、先の意味での自然状態においては、「だれもが自分にとって正しくかつ善いと思われることを行い、この点で他の人の意見に左右される」ことなく権利を行使することができることになるが<sup>186)</sup>、ここでは、「しかるべき力があり、あらゆる当事者に

---

182) なお、Kantと類似の主張を行うものとして、井田・現代刑法52号5頁。

183) *Immanuel Kant, Die Metaphysik der Sitten*, in: *Wilhelm Weischedel* (Hrsg.), *Werkausgabe* Bd. 8, Suhrkamp, 1977, S. 337. [以下では、*Kant*, MSと表記する。] (翻訳として、樽井正義＝池尾恭一訳『人倫の形而上学』(岩波書店・2002年)48頁以下〔樽井正義訳〕。ただし、適宜原文より訳出した。[以下では、樽井＝池尾訳・人倫の形而上学〔訳者名〕と表記する])。そこで示されているKantの定義によれば、「法とは、そのもとの一方の選択意志が他方の選択意志と自由の普遍的法則に従って統合されることを可能にする諸条件の総体である」。付言すれば、自然状態において、このような自由の普遍的法則が妥当する以上、このような自由の普遍的法則から帰結される強制権限も必然的に妥当することになる (*ders.*, MS, S. 338 f. [翻訳として、樽井＝池尾訳・人倫の形而上学50頁〔樽井訳〕])。この意味で、Kantが述べる自然状態は、潜在的な法状態を意味するのであり、それゆえに、Hobbesに代表される伝統的な社会契約論における自然状態の理解とは一線を画する。

184) *Wolfgang Kersting, Wohlgeordnete Freiheit*, 3. Aufl., 2007, S. 259. (以下では、*Kersting, Freiheit*と表記する。) (翻訳として、舟場保之＝寺田俊郎監訳『自由の秩序』[ミネルヴェ書房・2013年]253頁〔寺田俊郎訳〕[以下では、舟場＝寺田監訳・自由の秩序〔訳者名〕と表記する。])；*Pawlik, ZStW* 114, S. 269. (翻訳として、赤岩＝森永訳・甲南法学53巻1号69頁以下)

185) *Pawlik, ZStW* 114, S. 269. (翻訳として、赤岩＝森永訳・甲南法学53巻1号70頁以下)

186) *Kant*, MS, S. 430. (翻訳として、樽井＝池尾訳・人倫の形而上学153頁〔樽井訳〕)。なお、圏点強調は、原著の隔字体による。

等しく承認される裁判官が欠けているために、実力の登場が促される」ことになってしまうというのである<sup>187)</sup>。このように、たとえ法が妥当していようとも、普遍的な拘束力をもって、それを裁定することができる制度が存在していない自然状態においては、「人間をたとえどのように善良で正義を愛するものと考えようとも」<sup>188)</sup>、法に関する意見の相違から、実力行使を伴うコンフリクトが不可避免的に生じることになってしまう。そのため、我々は、「誰に対しても、自分のものと認められるべきものが法則によって規定され、十分な力（それは自分の力ではなく外的な力である）によって配分される状態」に移行しなければならないことになるのである<sup>189)</sup>。以上の Kant の見解からも明らかなように、裁判制度は、具体的な法規定を通じて、普遍的な拘束力を持たせる形で各人の権利・義務関係を確定し、そしてそれによって人々が衝突し合う状況を回避する、つまり内的平和を貫徹するという給付を行うことができる。このような給付を受ける代償として、市民は、裁判制度を尊重する義務を負わなければならないのである。

これと同様のことは、権利保護手続としての警察についてもいえる。第三章第二節でも述べたとおり、警察は、予防的に公共の安全ならびに秩序に対する危険を阻止する権限を有するどころか、義務づけられる。ここでも、このような警察の役割が適切に果たされている限り、市民は、権利保護手続としての警察を尊重すべきなのである。

そして、これらの権利保護手続が有効に機能しているといえる、つまり国家が適切な給付を行っていると評価しうる通常状態において、市民は、まさしくこれらの権利保護手続を尊重する義務を負うがために、不正ではあるが、急迫していない侵害に対して、正当防衛権を行使することは許さ

187) *Kersting, Freiheit*, S. 259. (翻訳として、舟場=寺田訳・自由の秩序254頁〔寺田訳〕)

188) *Kant, MS*, S. 430. (翻訳として、樽井=池尾訳・人倫の形而上学153頁〔樽井訳〕)。

189) *Kant, MS*, S. 430. (翻訳として、樽井=池尾訳・人倫の形而上学153頁〔樽井訳〕)。なお、圏点強調は、原著の隔字体による。

れないのである<sup>190)</sup>。これに対して、国家が事実上の理由からこのような権利保護手続を履行することができず、その結果、各人格の自由を保障している制度の基本的現実化条件を給付することができない緊急状況下においては、国家は、市民に対して、かかる尊重義務を請求することができない。それゆえに、このような状況下においては、国家は、市民に対して、正当防衛権の行使を容認しなければならないのである<sup>191)</sup>。いずれにせよ、このように私人による正当防衛権は、国家の権利保護手続に対して「補充的な性格」を有するのであり<sup>192)</sup>、そしてこのことこそが、正当防衛権は、国家による実力独占の例外であるという言明が有する意味なのである。

#### 第四節 小 括

以上で示したように、正当防衛権と国家による実力独占の関係性は、以下のように理解されるべきであることを示した。まず、第一節では、正当防衛制度は、国家による実力独占がおよそ妥当しない領域における制度と

---

190) 機先を制して攻撃することが「急迫性」を充足しない理由もこの点に求めることができる。すなわち、この場合においては、機先を制して攻撃を行った者は、警察が予防的に危険を阻止する役割を尊重する義務を負っているため、そもそも正当防衛権を行使できる地位にはないのである。同様の理解を行うものとして、松宮・総論138頁。

191) 類似の見解として、*Isensee*, FS- Sendler, S. 52. 基本権保護義務論に基づき、内容的に同様の主張を行うものとして、高橋則夫「『急迫性』の判断構造——最高裁平成29年決定をめぐって——」研修837号（2018年）4頁以下。さらに、国家の保護義務の裏づけのない自力救済の禁止は単なる犯罪甘受義務を市民に強いることになると述べる松宮・犯罪体系9頁も、本質的には本稿と同様の立場に立脚しているといえる。

192) 同様の見解として、*Lesch*, Notwehrrecht, S. 61; *ders.*, FS-Dahs, S. 111.; *Pawlik*, Unrecht, S. 244. (飯島=川口監訳・関西大学法学論集65巻5号395頁〔山本訳〕)。なお、念のために補足しておく、国家の権利保護手続の原理的優先という観点は、正当防衛の成立要件（後述するように、わが国における一般的な理解と整合させるならば、特に「急迫性」要件）を基礎づけるものであると同時に、正当防衛の成立範囲を限界づけるものでもある。しかしながら、刑法36条1項が挙げる成立要件を超えて、正当防衛権の制限を帰結するものではない。したがって、以下で示される理解はいずれも、いわゆる正当防衛の外在的制約にはあたらない。なお、国家の権利保護手続の原理的優先という観点に対して批判的であるのは、松生・法の理論35, 46頁以下。

してではなく、国家による実力独占の例外として理解されるべきであることを明らかにした。次いで第二節では、国家による実力独占の例外として正当防衛制度が位置づけられる理由は、正当防衛状況下において例外的に国家の強制権限が委譲されるからではないことが示された。最後に第三節において、正当防衛が国家による実力独占の例外に位置づけられる理由は、以下のような点に求められるべきであることを明らかにした。すなわち、通常状態においては、裁判的もしくは警察的な権利保護手続を尊重する義務が市民に課されるが、国家が事実的な理由からかかる権利保護手続を貫徹することができない緊急状況下においては、かかる義務が貫徹されず、その結果として私人の法的地位に由来する強制権限である正当防衛権の行使が容認されなければならないという点である。

もっとも、以上で示したことは、正当防衛権と国家による実力独占の関係性を明らかにしたものととどまるため、上述した本稿の理解からは、具体的にいかなる帰結が導かれるのか、換言すれば、正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務は肯定しうるのかが明らかにされなければならない。この点について、次章において論じることとしたい。

## 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？

第三章で得られた知見を踏まえて、本章では、正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務を認めることができるか（以上、第一節）、あるいはかかる義務そのものは認められないとしても、事前に公的救助を要請しなかったにもかかわらず、これを行わなかったことは、正当防衛権の成立を否定もしくは制限する事由となりえないかについての検討を行う（以上、第二節）。

### 第一節 事前の公的救助要請義務と国家による実力独占

前章第三節において示したように、裁判的もしくは警察的な権利保護手

統を尊重する義務からは、これらの権利保護手続が有効に機能している局面においては、正当防衛権の行使は許容されないということが帰結する。換言すれば、私人による正当防衛権は、国家の権利保護手続に対して「補充的な性格」を有するのであり、それゆえに、国家が、一定の裁判的、あるいは警察的手続の下でコンフリクトを解決するための道筋をつけている場合には、正当防衛権の行使は終了しなければならないのである<sup>193)</sup>。

このことが意味するのは、国家によって、別の法的救済手段が確保されており、かつこれにより終局的な権利保護の実現を保障することができる場合には、正当防衛権の行使は許されないということである。その典型例が、単なる債務不履行の場合である。この場合について、正当防衛権を行使することは、原則として許容されないことになる<sup>194)</sup>。なぜならば、このような場合については、国家は、国家権力を背景とした強制手続である民事訴訟（広義の民事訴訟）を用意しており、これにより市民に対して権利の終局的実現を保障しているからである<sup>195)</sup>。ただし、民事手続によるの

---

193) *Jakobs*, AT, 12/45; *Lesch*, Notwehrrecht, S. 61; *ders.*, FS-Dahs, S. 111.; *Pawlik*, Unrecht, S. 244. (飯島=川口監訳・関西大学法学論集65巻5号395頁〔山本訳〕)。

194) 同様の見解として、佐伯(仁)・総論130頁、橋爪隆「正当防衛論」川端博ほか編『理論刑法学の探究①』(成文堂・2008年)102頁以下(以下では、橋爪・正当防衛論と表記する。)、西田典之『刑法総論〔第二版〕』(弘文堂・2013年)161頁(以下では、西田・総論と表記する。)、山口・総論122頁。なお、かかる問題をいかなる要件の下で論じるべきかについては、学説上、「急迫性」要件の下で理解する見解(佐伯(仁)・総論130頁、西田・総論162頁、橋爪・正当防衛論104頁)と「不正性」要件の下で理解する見解(山口・総論122頁)とに分かれている。このうち、「不正性」要件に依拠することは妥当でないと思われる。というのも、「不正」の質が違うという論理構成は、債務不履行に対する正当防衛の成立可能性を一律に否定することになるからである。しかしながら、防衛行為を行うほかには自己の権利を保全する道はない場合のように、債務不履行に対する正当防衛の成立可能性を認めるべき場面は観念しうらざる(同様の見解として、西田・総論162頁。西田は、その具体例として、債務者にはカネがあるのに、債務を支払うのがイヤだと言って、大金をカバンに入れて外国に逃げようとした場合を挙げる)。それゆえに、かかる問題領域は、「急迫性」の問題と理解すべきであろう。

195) 同様の論理構成を採用するものとして、佐伯(仁)・総論130頁、西田・総論162頁、山口・総論122頁。なお、民事訴訟の意義については、さしあたり上原敏夫=長谷部由紀子=山本和彦『民事執行・保全法〔第3版〕』(有斐閣・2011年)1頁以下参照。

では遅きに失することが予想される場合には、上述した根拠が妥当しえないことは明らかであるから、例外的に正当防衛権の行使が認められるべきであろう<sup>196)</sup>。

同じことは、被攻撃者に対する不正の侵害が間近に迫っているが、他方で警察が現実に被攻撃者の防衛を引き受けた場合についても妥当する。この場合においても、被攻撃者は、原則として正当防衛権を行使することが許されないと解されることになる<sup>197)</sup>。なぜならば、この場合には、警察は、自らの役割である予防的な危険防御を開始した、ここでの脈絡に即して言えば、被攻撃者の権利保護に着手したと理解することができるからである。

これに対して、被攻撃者に対する不正の侵害が未だ間近に迫っていないものの、そのような侵害が行われることが予期される場合、つまりは正当防衛状況の前段階において、警察による救助を求める義務を課すことは許されない<sup>198)</sup>。なぜならば、このような義務を認めてしまうと、行為自由と結果責任の制度を機能させるための前提条件であるはずの背景的制度か

196) 同様の見解として、橋爪・103頁、西田・総論162頁。さらに、高知地判昭和51・3・31判時813号106頁参照。

197) 同様の見解として、例えば、*Jakobs*, AT, 12/45; *Lesch*, Notwehrrecht, S. 62; *ders.*, FS-Dahs, S. 112. さらに、わが国でいえば、齊藤（誠）正当防衛権の根拠と展開114頁も、本稿と同様の見解に立脚している。ただし、わが国において、いかなる要件論に位置づけるかという問題は残る（橋田・鈴木古稀上巻292頁参照）。この点については、わが国では、別の法的救済手段が存在するか否かに関する問題が「急迫性」要件の問題として理解される傾向にあることを踏まえれば、この場合もまた、「急迫性」の問題として理解することができるのではないかと思われる。すなわち、警察による救助が開始された時点で、被攻撃者が正当防衛を行いうる状況を終了した、つまり「急迫性」は既に終了したものとみなされるのである。これに反対するものとして、橋田・鈴木古稀上巻292頁。橋田は、国家の救助が優先されるかは、正当防衛状況の存在を前提とした、防衛行為の必要性・有効性の検討を経て初めて明らかになると述べる。しかしながら、このような主張は、法益保護の観点を強調するあまり、予防的な危険防御は本来的には警察の任務であるという事情をあまりにも過小評価してしまっており、賛同できない。

198) 同旨の見解として、*Lesch*, Notwehrrecht, S. 62; *ders.*, FS-Dahs, S. 112. さらに結論において同旨の見解として、豊田兼彦「演習」法学教室451号（2018年）133頁。

ら、行為自由と結果責任の制度を根底から疑わしいものにするような義務が導かれるという矛盾が生じてしまうからである。すなわち、Kant の構想を分析する際に、Pawlik が適切に指摘しているように、このような義務を認めることは、「被攻撃者が自己の行動の自由について、（将来の）攻撃者に主導権を与えることになってしまう」のである<sup>199)</sup>。より分かりやすく言えば、他者の権利領域への介入を行っていないため、本来的には自らの権利領域内で自由に行動することができるはずの防衛者が、事前に侵害を予期しているという理由から、攻撃者による「不正」の侵害が現実のものとならないように配慮し、自らの行動を変更しなければならないという意味での自由の制約を受けることになってしまうのである。そして、このような自由の制約を容認することは、結果として、行為自由と結果責任の制度の最大の意義、つまり各人格は他者を援助する義務までは負わないという意義を著しく損ねることになってしまうのである。もちろん、国家市民の義務として、例外的に他者に対する連帯義務を要求しうる場面はありうるであろうが<sup>200)</sup>、だからといって、被攻撃者が、今まさに自らを侵

---

199) Pawlik, ZStW 114, S. 271, Fn. 61. (翻訳として、赤岩＝森永訳・甲南法学53巻1号80頁。

200) 付言すると、現段階での私見によるならば、このような義務が認められる場面は、責任なき攻撃に対する正当防衛の場面に限られる（この点について詳細には、拙稿・立命館法学371号137頁参照）。これに対して、飯島暢「刑事法学の動き 山本和輝「正当防衛の正当化根拠について（1）～（4・完）——『法は不法に譲歩する必要はない』という命題の再検討を中心に——」法律時報90巻3号（2018年）112頁は、私見が著しく不均衡な場合に正当防衛権の制限を否定する点を論難し、（私見のように）Kant に依拠して防衛者の主観的権利と強制権限の概念的結合を主張するならば、正当防衛における「均衡性」の観点を否定すべきではないと述べる。しかしながら、Kant の見解に依拠するならば、少なくとも正当防衛の脈絡において、主観的権利と強制権限の概念的結合から「均衡性」という観点を導出することはできない。すなわち、正当防衛において、「均衡性」の観点を取り入れる場合、防衛行為者は、少なくとも著しく害の均衡を逸する場合には、不正な攻撃者に対して反撃を行うことができず、それゆえに侵害から退避、もしくは侵害を甘受しなければならないことになる。しかし、この帰結を容認することは、主観的権利と強制権限の概念的結合という Kant の考え方に依拠することと矛盾する。なぜならば、Kant は、この考え方を説明する際に、自由の一定の行使自体が普遍的法則に従う自由の妨害（す

害しようとする攻撃者に対して配慮しなければならぬ理由を見出すことは困難であるように思われる。

このような事情は、被攻撃者が攻撃者による侵害を予期しておきながら、警察に通報することなく攻撃者のところへと出向いた、あるいは侵害に対抗する準備を整えた場面においても変わることはない。すなわち、先にも述べたように行為自由と結果責任の制度からすれば、被攻撃者は、事前に攻撃者が襲撃してくるであろうということに配慮する必要はないのであるから、この時点で、警察に通報せずに攻撃者のところへと出向いたこと、あるいは迎撃準備を行うこと自体は、なお、——銃刀法違反の点は別として——自己の権利領域内での行動と評価することができるからである。

もちろん、被攻撃者が現実には機先を制して攻撃を行った、あるいは深追いをしたという事情が認められるのであれば、まさしくそのことを理由に侵害が急迫していなかったとして、正当防衛の成立が否定されるであろう。また、防御的な防衛行為を行うことなく、加害行為を行ったのであれば、「やむを得ずにした行為」にあたるかが問題となることはあるだろう。しかしながら、これらの事情にせよ、事前に警察の救助を求める義務、もしくは警察に通報する義務を求めることを帰結するものではあるまい。

結局のところ、正当にも Sengbusch が指摘しているように、国家による実力独占という観点は、事前に国家に救助を求める義務、あるいは警察に通報する義務を帰結しえないのである<sup>201)</sup>。

---

なわち、不正)であることのみを条件として、換言すれば不正の程度に関係なく、かかる不正を排除する強制権限を認めるからである (Kant, MS, S. 337. [翻訳として、樽井=池尾訳・人倫の形而上学〔樽井訳〕48頁])。同趣旨の主張を行うものとして、Pawlik, ZStW 114, S. 275 ff. (翻訳として、赤岩順二=森永真綱訳「ミヒヤエル・パヴリック「カントとヘーゲルの正当防衛論(二)」甲南法学53巻3号〔2013年〕49頁以下)。実際、Kant 自身も、正当防衛行為者に対して、「節度をわきまえる (moderamen)」よう促すことができるのは倫理だけであり、法はこれを行うことはできないことを認めている (Kant, MS, S. 343. [翻訳として、樽井=池尾訳・人倫の形而上学〔樽井訳〕54頁])。

201) Sengbusch, Subsidiarität, S. 288 f.

## 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？

これまでの考察によれば、国家は、具体的な正当防衛状況の前段階において、公的救助要請義務、あるいは警察への通報義務を後の防衛者に課することはできない。換言すれば、後の防衛者が、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、あるいは警察へと通報しなかったからといって、国家による実力独占が害されるわけではない。もっとも、このことから直ちに、事前に公的救助を要請しなかったという事情が、別の論理構成において意義を獲得する可能性を排除することはできるわけではない。したがって、事前に公的救助を要請しなかったという事情から、正当防衛権の否定、もしくは制限を帰結しうる可能性はなお残っている。その際、まずもって考えられるのは、自招侵害論に依拠して、正当防衛権の否定、もしくは制限を帰結するという構成である。そこで以下ではこの点に関する検討を行うこととする。

### 第一款 自招侵害論の援用可能性？

被攻撃者が、正当防衛状況の前段階において国家による救助を求めなかった場合、被攻撃者は後の正当防衛状況の実現を自ら招いており、それゆえに何らかの帰責性を負うべきであると評価することができるかもしれない。すなわち、国家は、少なくとも適時に通報を受けていれば、侵害者による攻撃、およびそれに伴い正当防衛状況の発生を阻止することができたはずである。それにもかかわらず、被攻撃者が公的救助を求めずに正当防衛状況に突入したのだとすれば、それは、被攻撃者が自ら正当防衛状況を招来したと評価できる、といったように論理構成するのである。仮にこのような論理構成が成り立ちうるとすれば、このような先行行為を理由に、防衛者の正当防衛権を否定、ないしは制限することができるかもしれない。

しかしながら、既に別稿において論じたとおり、自招侵害の場面に付き、通常の要件解釈論のレベルを超えて、正当防衛権の否定・制限を認めることはできないと思われる<sup>202)</sup>。確かに、被攻撃者によって行われた先行する自招行為がそれ自体違法な行為である場合、被攻撃者は、自らの権利領域において認められている行動の自由の枠内を超えて、攻撃者の権利領域を侵害するに至っている。それゆえに、被攻撃者は、かかる自招行為を撤回するという侵害状況の中和義務を負うべきではある。しかし、この理由づけから帰結することができるのは、あくまで、被攻撃者は、自招行為に対する「正当防衛」とどまる限度での、自招行為に対する攻撃者の「反撃」を受忍する義務を負うことだけである。それを超えて、攻撃者による侵害以後の出来事に対する答責性を被攻撃者に遡及することは許されないように思われる<sup>203)</sup>。

この点を一旦措いて、ドイツの議論を参照する形で展開されてきたわが国の自招侵害論から考察したとしても、やはり先のような論理構成はとりえないように思われる。まず、自招侵害論に依拠する見解の中には、攻撃が、被攻撃者の自招行為によって触発されたものであることを要求するのが見られるが<sup>204)</sup>、このような理解を前提とすれば、上で見たような論理構成は、やはり採用しがたいであろう。なぜならば、攻撃が被攻撃者の自招行為によって触発されたといえるためには、当然、被攻撃者が攻撃者に対して何らかの働きかけを行う必要があると思われるところ、被攻撃者が国家による救助を求めなかったという事情を、そのような働きかけとし

---

202) 拙稿・立命館法学371号135頁。

203) 本稿と同様の見解を主張するものとして、Joachim Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 302. わが国において同様の見解を主張するものとして、安達光治「因果主義の限界と客観的帰属論の意義」刑法雑誌48巻2号(2009年)213頁。

204) 例えば、最決平成20・5・20刑集62巻6号1786頁(ただし、あくまで事例判断であることには留意を要する)、山中敬一『刑法総論〔第3版〕』(成文堂・2015年)519頁(以下では、山中・総論と表記する。)。これに対して、このようなモメントは、不可欠な要件ではないと述べるものとして、坂下・法学論叢178巻5号84頁。

て理解することは困難だからである。つまり、被攻撃者が国家に対して救助を求めなかったという事情が、攻撃者による侵害を誘発したとは考えがたいのである<sup>205)</sup>。

次に、自招侵害論に依拠する見解の大半は、被攻撃者の自招行為が違法であることを要求しているが<sup>206)</sup>、このような理解からみても、先の論理構成は採用しがたいことになろう<sup>207)</sup>。なぜならば、被攻撃者が事前に国家による救助を求めなかったという事象そのものは適法な権利領域内での行動であり、それゆえにかかる行為を違法な自招行為とみなすことはきわめて困難だからである<sup>208)</sup>。

このように見ていくと、被攻撃者が事前に国家による救助を求めなかったという事情は、自招侵害論からしても正当防衛権を否定、もしくは制限する事情とはなりえない。

## 第二款 侵害回避義務論？

近時、わが国においては、いわゆる侵害回避義務論が有力に主張されるに至っている。この見解の代表的論者である橋爪隆は、以下のような主張を行っている。

すなわち、「究極的には社会全体の利益の向上を目的にしている」優越

---

205) 同旨の見解として、*Sengbusch*, Subsidiarität, S. 290 f.

206) 例えば、最決平成20・5・20刑集62巻6号1786頁、齊藤（誠）・正当防衛権の根拠と展開 210頁、坂下・法学論叢178巻5号85頁以下、瀧本・北大法学論集66巻6号147頁以下、松原芳博『刑法総論【第2版】』（日本評論社・2017年）171頁、山中・総論519頁。

207) 同趣旨の指摘を行うものとして、嶋矢貴之「刑法学の出発点としての条文——変容する正当防衛制限論から」法学教室451号（2018年）33頁。ただし、社会倫理的に非難される自招行為も正当防衛権を否定ないし制限する事情たりうると考える場合には（そのような見解を主張するものとして、例えば、大谷・判例時報2357=2358合併号9頁）、被攻撃者が事前に国家による救助を求めなかったという事情もまた、正当防衛権を否定ないし制限する事情たりうることになるかもしれない。しかしながら、そのように解する場合、何故、単に社会倫理的に非難されるにすぎない行為が、正当防衛権を否定ないし制限するという法的効果を帰結しうるのかという点についての説明が要求されることになるだろう。

208) 同旨の見解として、*Sengbusch*, Subsidiarität, S. 291 ff.

的利益原理に依拠した上で、「利益衝突状況が現実化する以前の段階において、利益衝突を回避する行為を義務づければ、それによって対立利益の両者がともに擁護できるわけであるから、優越的利益原理の究極的な目的にかんがみれば、事前回避を義務づけ、両者の利益をともに擁護することが利益衝突のより合理的な解決であると考えられる」<sup>209)</sup>。もっとも、事前の侵害回避義務を一般に広く要請することは、「個人の行動の自由を大幅に制約するものであり、不当な帰結であることは明らかである」ため、そのような義務を認めるとしても、「合理的な範囲に限定する必要が生じることになる」<sup>210)</sup>。この点につき、「行為者が特段の負担を負うことなく、不正の侵害を事前に回避することができるのであれば、かりにそれが適法行為の断念であっても、これを義務づけることによって不正の侵害の現実化を防ぎ、ひいては正当防衛状況における侵害者の生命・身体の侵害を回避する方が、より合理的な調整方法」であるといえる<sup>211)</sup>。したがって、このような場合については危険回避を義務づけることができる。それにもかかわらず、「侵害を回避せずに正当防衛状況が現実化した場合には、そこにおける利益衝突はいわば表見的なものにすぎず、それは本来、事前に解消すべきものであったと評価できる。それゆえ、このような場合には、不正の侵害が物理的には切迫しているとしても、規範的な観点からは切迫したものと評価されないとして、侵害の急迫性を否定」することになる、とする。

このような言説からすれば、被攻撃者が特段の負担を負うことなく、不正な侵害を回避することができる（その中には、警察に救助を求めることができることも含まれよう）限りにおいて、そのような回避措置をとることが義務づけられることになる。したがって、侵害回避義務論に依拠する場合、上で述べたような限度で、警察に救助を求めることを行わなかったことは、正当防衛権を否定する根拠となるであろう。

---

209) 橋爪・正当防衛の基礎92頁。

210) 橋爪・正当防衛の基礎92頁以下。

211) 橋爪・正当防衛論120頁。

しかしながら、侵害回避義務論は、そもそも理論的に成り立たない見解である。仮に優越的利益原理の究極的な目的に鑑みて、事前回避を義務づけ、両者の利益をとともに擁護することが合理的であるという橋爪の理解が正しいのだとしても、事前の回避義務を課すべきなのは、被侵害者ではなく、むしろ侵害者であろう<sup>212)</sup>。なぜならば、両者の利益の最大化を真に追求するならば、侵害者に対して不正な侵害を思いとどまるよう義務づけることを通じて、被侵害者の行動の自由すら害されない状態を確立する方が、被侵害者に侵害回避義務を課して、その者の適法な行動の自由を断念させるよりもよりよく両者の利益を保全できるからである。このように、場合によっては「正」の行為者が譲歩することによって利益対立を調整する可能性を認めることが、——橋爪自身の理解とは異なり——合理的な利益衝突の解消方法であるということはできないのである<sup>213)</sup>。したがって、侵害回避義務論は、そもそも理論的に不当な見解であると言わざるをえない。

### 第三款 高権的行為における制限の転用可能性？

第二章第二節第二款でも確認したように、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、「緊急権を超えて警察の任務を篡奪し、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」に拘束されるとする見解もある<sup>214)</sup>。この見解によるならば、攻撃者と対峙できるようにするために、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

---

212) 同様の指摘を行うものとして、岩間康夫「保護義務者による正当防衛の制限について——特に夫婦間の事例を素材に——」井田良ほか編『山中敬一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂・2017年）213頁注46。

213) この点については、拙稿「正当防衛の正当化根拠について（1）」立命館法学365号（2016年）204頁以下も参照。

214) *Hillenkamp*, JuS 1994, S. 774.

許されないことになろう<sup>215)</sup>。

しかしながら、この見解が述べるように、防衛行為者に対して、高権的行為における制限を認めることは妥当ではない。なぜならば、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実だけでは、防衛行為者を非難しえないからである<sup>216)</sup>。すなわち、既に述べたように、事前に公的救助を求めなかったという事情は、他者の権利領域に介入するものではなく、それ自体違法な行為とは評価しえない。また同じく前述したように、被攻撃者は、その場に居合わせていない警察官に、危殆化されている自らの法益の保護を委ねるという制度上の義務を負っているわけでもないのである。それゆえ、社会倫理的にはともかく、法的には防衛行為者を非難することはできないのである。加えて言えば、この見解は、何故、事前に公的救助を求めなかったという単なる不作为が、警察の任務を「篡奪した」とまで評価しうるのかが明らかではないという問題点も孕んでいるように思われる。

### 第三節 小 括

以上の考察から、被攻撃者は、正当防衛状況の前段階における官憲による救助を求める義務を負わないことが明らかとなった。また、官憲による救助を求めなかったことが正当防衛権の否定を導くわけでも、制限を導くわけでもない。したがって、正当防衛状況の前段階において官憲による救助を求めなかったという理由から、被攻撃者の防衛権限を制限することは許されない。

### おわりに

以上の考察で示したのは、平成29年決定を理論的に正当化することは困

---

215) Vgl. *Hillenkamp*, JuS 1994, S. 774.

216) 同旨の見解として、*René Sengbusch*, *Die Subsidiarität der Notwehr*, 2008, S. 305.

難であるということである。先に述べたように、平成29年決定は、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として刑法36条の趣旨を理解した上で、事前に国家機関に助けを求める余裕があったにもかかわらず、これをせずに加害行為に出た場合につき正当防衛を否定しようとする。

しかしながら、本稿の冒頭でも述べたように、刑法36条の趣旨、より正確に言えば刑法36条が急迫性要件を課す理由は、私人が公的機関による保護を求めることができない場合ではなく、国家が法的保護を行えない場合に、私人による正当防衛権の行使が認められるとする点にある<sup>217)</sup>。そして、このことが含意するのは、以下のような点にある。すなわち、通常状態においては、国家が、自らが有する権利保護手続により、私人の求める自由および安全を給付することができるので、当該権利保護手続を尊重するよう要求できるが、これに対して緊急状態においては、国家は、事実上の理由から権利保護手続により私人の自由および安全を給付することができないため、私人に対して尊重義務を課しえないということにある。

このような理解からすれば、平成29年決定のような場合について、事前に国家機関に救助を求める義務を課することはできないことが導かれる。なぜならば、このような義務を認めてしまうと、私人に対して自由および安全を給付する立場にあるはずの国家が、私人の自由領域を疑わしいものにしてしまうという矛盾が生じてしまうからである。すなわち、そのような

---

217) この点を混同しているものとして、大塚（裕）・判例時報2357=2358合併号15頁。大塚は、一方で、正当防衛の制度趣旨を説明するにあたり、社会契約説的構成に依拠して、「国家が個人を保護することができない場合には」自己防衛権が復活すると述べておきながら、他方で、「正当防衛は、公的機関による保護を受ける余裕がない緊急の場合に限定されるべきである」との主張を行う。しかし、社会契約説に依拠して、国家は個人を保護する義務を有しているが、かかる保護義務を履行できない場合に自己防衛権が復活するといえたところで、果たして何故、そのような事情から、私人が国家による保護を受ける余裕があるならば、保護を求めなければならないということを帰結できるのだろうか。

救助要請義務を課してしまうと、他者の権利領域へと介入しているわけではないため、本来的には自由に行動できるはずの防衛者が、攻撃者による「不正な」侵害を生じさせないように配慮し、自らの行動を変更しなければならなくなるという意味での自由の制約を受けることになってしまうのである。

それにもかかわらず、何故、被侵害者は、自らを侵害しようとしている侵害者に配慮しなければならないのだろうか。わが国の判例・裁判例が、この疑問に対する回答を明瞭に説明できているとは思えない。これに対しては、わが国の判例・裁判例の基底にある考え方からすれば、侵害を予期していたために、事前に公的救助を求めることができた、あるいは侵害から退避できたにもかかわらず、それをする事なく反撃行為に及んだ場合、被侵害者は法治国家においては許されない私闘を行っているといわざるをえず、それゆえに被侵害者の加害行為は違法である、との反論が考えられる。しかしながら、このような反論は、「被侵害者の法益が要保護性に欠け、『正』対『不正』の関係に立たない」という先行する価値判断を表明したものにすぎない<sup>218)</sup>。

以上では、判例の論理構造を確認した上で、そのような論理構成が理論的に説得力を持ちうるかについての検証作業を行ってきたが、最後に、そもそも判例の論理構造が見せかけのものにすぎないこと、つまりは判例の思考枠組みの実態は、実質的には、「やむを得ずにした行為」の解釈で行う判断手法を超えるものではないことを強調しておきたい<sup>219)</sup>。すなわち、昭和52年決定から平成29年決定にまで連なる一連の判例群においても、侵害を確実に予期していたとしても、防御的な行動に終始していた場合には、正当防衛の成立可能性が認められるはずである（さもなければ、積極的加害意思を要求する必要はない<sup>220)</sup>）。このことは、平成29年決定においても、

---

218) 門田・法学セミナー750号109頁参照。

219) 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。

220) 実際、安廣自身も同様の結論を認めている（質疑応答・刑法雑誌35巻2号259頁〔安ノ

「包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることもしないまま」との説示が見られることに鑑みれば、明らかであろう<sup>221)</sup>。

しかしながら、そうであるとすれば、被告人に対して要求している義務は、実のところ、「侵害を回避せよ!」、あるいは「官憲に救助を求めよ!」というものではなく、「より危険性の低い手段（例えば、威嚇行動など）を行え!」というものにすぎないのである。それにもかかわらず、平成29年決定は、正当防衛の成立を完全に否定すべきであるとの価値判断を先行させる結果、その実態を覆い隠してしまっている<sup>222)</sup>。

このような事情に鑑みると、判例が進むべき方向性は、昭和52年決定の趣旨を過度に一般化する平成29年決定のような方向性ではあるまい。むしろ、昭和52年決定に端を発し、平成29年決定にまで連なる判例群の基底にある考え方、つまりは自力救済の禁止の例外性に関する理解そのものに問題がある以上、そもそも昭和52年決定が本当に起点とされてよいのかを考え直すことこそが、本来、あるべき道であるように思われる。

---

↘廣発言)。

221) 同趣旨のものとして、門田・法学セミナー750号109頁。これに対して、大塚（裕）・判例時報2357=2358合併号16頁は、確かに不正の侵害が切迫した後の事情ではあるが、事後の事情であっても緊急状況性を推認させることは可能であると述べ、あくまでも威嚇行動をとらなかったという事情は緊急状況性を判断する上での一事情であることを強調する。おそらく判例も、大塚が述べるような理解を前提としているものと思われるが、しかし仮にそうであるとしても、そのような判断手法を採用するのであれば、それは、内容的には、やはり緊急状況性の判断に際して、「やむを得ずにした行為」で行われる判断手法と同様の手法に依拠することを認めることになるのではなかろうか。

222) 佐伯仁志「正当防衛の新判例について」判例時報2357=2358合併号（2018年）20頁が指摘するように、最高裁29年決定の実質的な判断は、「刑法三六条の趣旨に照らし許容されるものとは認められず」という部分に尽きており、「侵害の急迫性要件を充たさない」という部分は付け足しに過ぎない（侵害の急迫性要件を充たさないから許容されないのではなく、許容されないから侵害の急迫性の要件を充たさない）のである。