

(要約)

正当防衛権の制限に対する批判的考察

坂下 陽輔

I. 本稿の課題

A. 問題意識

1. 正当防衛の正当化根拠論と正当防衛制限論

正当防衛は、違法性阻却事由の中で、最も典型的なものの一つであり、防衛行為の補充性が必要とされない点と、防衛された法益と防衛行為によって侵害された法益との間の利益衡量が原則として要求されない点において、緊急避難と異なるとされる。正当防衛と緊急避難の要件のかかる相違を基礎づける議論が、「正当防衛の正当化根拠」に関する議論であり、この議論の発展に伴い、かかる根拠が妥当しない場合には正当化される防衛行為の範囲は制限される、とする議論が生じているのが現状である。そして、正当防衛の正当化根拠論は、利益衡量的枠組みによる見解と正当防衛行為の権利行為性に着目する見解に大きく分けられる。

前者は、⑦法確証の利益の存在に着目する見解と、④「現場に滞留する利益」の存在に着目する見解に分かれる。⑦は、法律構成において様々な形態があるものの、正当防衛において補充性と厳格な害の均衡が求められていない根拠を法確証の利益の存在に求め、逆に、その法確証の利益が減弱する場合には正当化される防衛行為の範囲も制限される、とする点は共通であり、その背後には、防衛行為により攻撃者の法益が侵害されている以上、その結果反価値を法確証の利益という結果価値で補填しなければならない、という利益衡量的発想が窺える。④は、正当防衛を緊急避難と同じ優越的利益原理の下で考え、緊急避難で保全される利益に、「現場に滞留する利益」を加算することで、緊急避難に対する正当防衛の特殊性を説明しようとするものであり、この立場からも、防衛行為により攻撃者の法益が侵害されている以上、その結果反価値を「現場に滞留する利益」という結果価値で補填しなければならない、という利益衡量的発想が窺える。

これに対して後者は、法によって正当と認められた権利・利益を防衛することは、それ自体を理由として原則的に許容されるとする立場であり、正当な権利・利益と評価される被攻撃者の法益が不正の侵害者のために犠牲にされることは正当化されえず、仮に被攻撃者が不正の侵害に譲歩しなければならないとすれば、当該法益を正当な権利・利益と評価したと矛盾する、という点を強調し、正当防衛の制限への警戒を示す。

2. 不作為犯における保障人的地位に関する議論

ところで、我が国の不作為犯論においては、不作為の惹起力の不存在の問題は克服されているといえ、また、不真正不作為犯の処罰が類推禁止原則に反しない、ということもほぼ疑われていない、という状況の下で、議論の中心を成しているのは、保障人的地位の発生根拠とその範囲の問題である。

不作為犯において、作為犯の場合には要求されない特別な要件である保障人的地位というものが要求される根拠は何か。これにつき、作為義務を課すことは不作為義務を課すよりも義務者にとって重い負担である、という行動の自由への強度の制約を正当化するために、保障人的地位が要求される、という立場が存在する。そしてこの立場は、かかる強度の制約が正当化されるのは、「行為者が法益が失われる危険性を何らかの形で高めた場合」に限られるとし、その理由を、「自由主義社会においては、人は他人に迷惑をかけない限り（基本的に）何をする 것도自由だが、自らが危険を作り出した場合には、そうした自由を部分的に犠牲にしても、自分が作り出した危険を除去し、法益を保護する義務を負うべきなのである」という点に求めている。しかし、作為義務を課すことが不作為義務を課すよりも大きな負担である、という負担の量的差異を、危険を創出したという事実がなぜカバーできるのかは不明である。むしろ、不作為の違法性を基礎づけるために保障人的地位を必要とするものの根拠は、自由主義原則との抵触を避ける点そのものにあると考えるのが自然である。

3. 不作為犯における議論と正当防衛制限論の齟齬

具体的法益衝突場面における法益の最大化を可能にする作為義務の賦課を、自由主義の観点から制限する不作為犯の議論からは、刑法が必ずしも「具体的法益衝突場面における法益の最大化」を目指すわけではない、ということが示唆される。しかし、「刑法の任務は法益の保護である」と一般にいわれ、この命題は、違法性阻却事由における優越的利益原理を基礎づけるものと理解され、それを前提として最近では、正当防衛を基礎づける違法性阻却原理も優越的利益原理であるとされ、それゆえに、急迫不正の侵害から退避できる場合には被攻撃者に退避を義務付ける議論や、財産に対する急迫不正の侵害を防衛するために攻撃者の生命を侵害しなければならない場合には被攻撃者に一定の受忍義務を求める議論が出てきている。かかる近時の正当防衛の制限傾向と、不真正不作為犯における保障人的地位の議論における処罰限定の方向性とは矛盾があるように思われる。また、正当防衛と緊急避難との要件の相違を「現場に滞留する利益」の存在に着目して基礎づける見解は、その利益の重要性を、「侵害が予期されるといきたい場所にも行けなくなるし、侵害を受けるといつも逃げ回っていなければならなくなってしまう」という「社会が自由で望ましい社会と言えない」という点に求めているが、かかる考慮は、不真正不作為犯の成立を限定的に解する根拠であった自由主義原理を想定しているように思われる。それにもかかわらず、両領域での処理を非常に異なるものとするのは、正当化されえないように思われる。そして、両領域における処理のかかる齟齬は、正当防衛の正当化根拠に関する利益衡量的枠組みに起因する。本稿は、以上の問題意識の下、正当防衛の制限論を批判的に検討することを契機として、利益衡量的枠組みに基づく違法性阻却事由の理解を再検討するための視座を提供することを目的とする。

B. 検討の方法

我が国の従来の見解の、利益衡量的枠組み、優越的利益原理に基づく正当防衛理解は、

ドイツの通説的見解の多大な影響を受けて発展してきたものであり、我が国における優越的利益原理に基づく立場を吟味するには、ドイツにおける議論を参考にすることが有益である。また現在ドイツでは、この通説的見解に対する有力な対抗モデル（本稿では自由論モデルと呼ぶ）が主張されており、このモデルは、通説的見解に比して、正当防衛の制限に謙抑的な立場を採っている。かかるドイツにおける通説的見解と最近の有力説の議論を比較検討することで、従来の我が国の利益衡量的枠組みによる正当防衛理解、ひいては違法性阻却事由一般についての理解の問題点を明確にすることができ、それに代わる正当防衛理解、違法性阻却事由理解について、有益な示唆が得られると思われる。

なお、ドイツにおいては、正当防衛の正当化根拠に関する争いは、正当防衛は個人的法益と法秩序の両方を守るがゆえに正当化されるとする立場、正当防衛は個人的法益を守るがゆえに正当化されるとする立場、さらに正当防衛は法秩序を防衛しているがゆえに正当化されるとする立場の三つ巴の対立が設定された上で、検討が行われている。しかし、いずれの立場も、利益衡量モデルと自由論モデルに分類することが可能であり、また、本稿の関心事である、利益衡量モデルによる違法性阻却事由の理解の批判的検討のためには、利益衡量モデルと自由論モデルという対立軸を設定する方が有益である。そこで、かかる対立図式の下、ドイツにおける正当防衛論を検討する。

II. ドイツにおける議論状況

A. 利益衡量モデルにより正当防衛・緊急避難を正当化する立場の検討

1. 利益衡量モデルによる立場の概観

ドイツにおける通説的見解によれば、刑法 34 条が一般的な形で優越的利益原理を規定している、とされる。その上で、衝突している利益のうちいずれが優越しているかの確定は、個別事例に関係する全ての事情の包括的全体衡量をもとになされる、とされる。そして、かかる関係する事情には、関係する法益の価値や法益に迫っている危険の程度のほか、具体的な損害の種類や程度、関係者の特別な危険負担義務や保護義務、救済見込の程度、最上の法原理の維持についての公共の利益、さらには緊急状況の発生についての関係者の答責性も含まれる、とされる。そのため、攻撃的緊急避難だけでなく防御的緊急避難や正当防衛も、刑法 34 条の枠内で把握することが可能になる。

具体的には、まず、防御的緊急避難は、危険源保有者の法益の要保護性が低下するという価値判断を取り込むことで、刑法 34 条の優越的利益原理の枠内で説明される。次に、攻撃的緊急避難は、自律性侵害により被避難行為者の法益の要保護性が高まるという価値判断を取り込むことで、優越的利益原理の枠内で説明される。さらに、正当防衛は、被攻撃者の側に法確証の利益が加算されるがゆえに、攻撃者の法益が関係する個人法益の価値を顧慮することなく原則的に劣っているとみなされる、という形で、優越的利益原理の枠内で説明される。そして、この法確証の利益の変動は、利益衡量に影響を与えるので、防衛権限を限定する方向にも働くこととなり、それゆえ、法確証の利益が通常の場合より小さ

いとされる事例群においては、正当防衛権限は制限される。

2. 利益衡量モデルによる立場への批判

利益衡量モデルは、緊急避難行為、正当防衛行為によって相手方に生じた結果反価値を、同等以上の結果価値で補填できるか、という観点で正当化を考えている。利益衡量モデルの特徴といえるのは、正当防衛における攻撃者の法益や、防御的緊急避難における危険源の保有者の法益、攻撃的緊急避難における避難行為者の法益を、一旦法的に保護に値する法益であると評価したうえで、法確証の利益を実現する、危険源である、自律性原理に抵触する、という利益あるいは利益の価値を増減させる要素を取り込んで利益衡量を行う点である。しかし、攻撃者や危険源保有者の法益を、法的に保護に値する利益として利益衡量の一方の秤に載せ、それと同等以上の反対利益を他方に載せる、という思考方法を採用すると、攻撃者や危険源保有者の法益として、生命などが載せられた場合に、正当化が非常に困難であるように見えてしまうという弊害を生む。また、そもそも利益衡量モデルは、衡量をする際にいかなる評価基準が基礎におかれなければならないのかについて、何も述べないので、解釈論を規律することができない。そのため、このモデルは、場当たりの判断の抑止という役割を果たしえず、相矛盾する判断を避けることができない。

B. 自由論モデル—正当防衛を原則的に正当化し、緊急避難を例外として許容する立場

1. 自由論モデルの特徴

利益衡量モデルと対照的なモデルとして、自由論モデルが近時ドイツでは主張されており、かかるモデルの特徴として三点挙げることができる。

第一に、自由論モデルは、違法な攻撃に対して正当な権利・利益を防衛することが可能であるのは当然であり、むしろその制限を正当化する必要がある、と考えている。

第二に、自由論モデルは、攻撃的緊急避難は例外的に認められるものであり、かつ、攻撃的緊急避難行為を受忍することを強制することは、ドイツ刑法 323 条 c の不救助罪によって一般的救助義務を課すことと、評価レベルにおいて同一である、と考えている。

第三に、自由論モデルの主張者たちは、「刑法の任務は法益保護である」という理解への懐疑を有している。法益保護主義は、その性質上、失われる利益の側面のみを強調するものであり、特定の法益保護のための規範により制限が課される者の利益を軽視する傾向にある。そして、法益侵害が違法性を基礎づけるという立場は単独では機能しえず、当該法益侵害が誰の負担に帰せられるべきなのか、という観点が不可欠であり、このことを不作為犯事例は示している。そのため、当該法益侵害・法益衝突が誰の負担で解消されるべきか、という観点（管轄配分）こそが違法性判断においては重要である、と自由論モデルは考えている。

2. 自律的生の保護のための刑法

自由論モデルの出発点を成すのは、刑法の任務は「全ての者が自己の人生を自己の洞察に従って送ることができる」ようにすることである、という理解である。そして、個々人の自律的生を可能にするためには、十分な予測可能性が不可欠である。予測可能性を確保

するために、法は、個々人に自由領域を配分してその中では自由に行動することを許容し、さらに他者からの干渉や他者救助の要請から解放されることとしている。全ての者にかかる自由領域を配分するために、その反面として自己答責性の側面が現れ、全ての者は、他者への干渉を行ってはならず、自己の領域への損害は他者に転嫁せず自己で負担しなければならない、という帰結が導かれる（かかる観点を「他者の尊重」の観点と呼ぶ）。

かかる理解を前提とすると、他者の法領域で創出された自己の法領域への危難は、当該他者の負担で除去されるべきものと評価され、正当防衛や防衛的緊急避難は、当該他者の除去義務を防衛者・防衛的緊急避難行為者が代わりに行使しているだけであり、当該他者の法領域への干渉を含まないことになる。ゆえに、正当防衛の適法性は当然となる。そして、当該危難が攻撃者・危険源保有者の負担で解消されるべきものである以上、防衛される法益と防衛行為によって侵害される法益との衡量は不要であり、防衛権・防衛的緊急避難権の範囲は、必要性の基準によってのみ限界づけられうることとなる。

なお、いかなることをもって「他者の法領域への干渉」とみなし、その危難の除去を求めるのか、が問題となるが、他者からの介入を免れさせることによって十分な予測可能性を与えるという個々人に自由な法領域を保障する趣旨に鑑みれば、当該危険源につき介入する権限を有していない者は当該危険源から危険が生じないということを期待できなければならない、当該危険源管理に注意義務違反があったか否かに関わりなく、危険除去の負担を負うのは危険源保有者であるとされなければならない。ゆえに、危難発生に関する危険源保有者の注意義務違反は、「他者の法領域への干渉」に当たるとされるための必要条件ではないと解すべきである。

以上のような立場からは、攻撃的緊急避難・一般的救助義務という制度は、自己答責性の原理から否定されることになるのが原則となり、防衛的緊急避難・正当防衛は必要最小限度である限り許されるのが原則となるが、ドイツにおいてはかかる原則が貫徹されていない。そして、その例外である、自己の法領域に属さない損害を他者に代わって負担するという連帯義務を基礎づけるのが、「自律的生の現実化のための条件の保障」という観点である。「他者の尊重」の観点だけでは自律的生を送ることを可能にする条件が充足されず、いわばインフラ的な前提条件を整備することが自律的生を保護するために要請されるのであり、かかる前提条件として、不救助罪や攻撃的緊急避難の導入、防衛的緊急避難・正当防衛の制限が認められる。

では、いかなる場合にかかる連帯原理の要請が働いて正当防衛が制限されることになるのか。防衛権限の制限と一般的救助義務の同質性に鑑みれば、防衛権限が制限されない場合と一般的救助義務が賦課されない場合は同様に捉えられるべきである。刑法 323 条 c の不救助罪に関しては、事故に陥った者が自分で助かることができる場合には、救助義務は発生しないものとされる。とすれば、害の著しい不均衡の場合でも、攻撃者が有責的に攻撃していれば、当該攻撃をやめることが可能であり、自分で衝突を回避できる場面といえ、救助義務が発生しない場合と同様に捉えることが可能であるから、防衛権限は制限されな

いとされるべきである。他方で、規範違反行為をしていない者、有責的に行為していない者は、いずれも法的には他者の法領域への介入をやめることができない者と評価でき、不救助罪において自身で自己を救助できない事故に陥った者と同様に捉えることができ、かかる者の攻撃に対する防衛権限は限定されうる。

最後に、挑発防衛については、挑発者の挑発行為という先行行為が存在するために、連帯原理に基づく正当防衛の制限とは異なる制限の基礎づけが可能となる。正当防衛状況を作成したことに関して、挑発者にも答責性が認められるので、正当防衛状況解消のための負担を挑発者も一部負うべきであり、法による完全な保護を挑発者は求めることができない、と考えるのである。挑発に耐えることが被挑発者に法的には期待されているのであって、正当防衛状況は被挑発者の答責領域に帰せられ、挑発行為は正当防衛制限の誘因にはならない、という批判があるが、挑発者と被挑発者が相互に他者領域を侵害することを通じて衝突状況を作成したことに疑いはなく、挑発者の衝突状況へのいわば共犯的な関与は否定しえないので、かかる批判は失当である。このように基礎づけられる挑発防衛における正当防衛の制限の要件と効果は、以下のようになる。まず、正当防衛状況発生に関する挑発行為の共同答責性を基礎づけるために、挑発行為と攻撃との間に、一定の量的・時間的關係が存在することが要求される。また、挑発行為それ自体の不法性は必要ないものの、挑発行為が挑発者の法領域内での行動の自由の枠内にとどまらないものであることが必要である。以上の要件を充たした場合、挑発者は「挑発行為の撤回」をしなければならず、積極的に攻撃者を侵害することで防衛をすることは当面許されず、退避や相手を侵害しない防衛行為をとり、その際に被る些細な侵害は受忍すべきである。しかし、かかる負担を負うことで「挑発行為の撤回」は完了し、その後も継続する攻撃に対しては、正当防衛を行ってよい、ということになる。

Ⅲ. ドイツ法からの示唆の日本法への応用

A. ドイツと我が国の価値判断の違いから想定される日本法の正当化事由の様相

我が国では、ドイツ刑法 323 条 c に対応する不救助罪は存在せず、不真正不作為犯に関しても、保障人的地位を限定的に解する見解が多数であり、不作為犯に関する議論においては、自由主義的な、それゆえ自己答責性を重視する理解が非常に強いといえる。それに対して、自由論モデルが示すように、不救助罪の問題状況と攻撃的緊急避難の問題状況は対応関係にあるにもかかわらず、我が国の緊急避難規定である刑法 37 条は、衝突する法益が均衡する場合にも緊急避難を認めており、それに対しては正当防衛ができないとされるのが多数説である。そのため、我が国の従来の多数説の立場では、「救助による負担」は全く負わないが、「避難行為を甘受することによる負担」は法益が均衡するまでは負うという、非常にアンバランスなものとなっている。自由論モデルは、かかるアンバランスを指摘すると同時に、それを解消するための指針を提示するものとして非常に有益である。ドイツと我が国の法制度の相違を勘案しつつ、価値判断の統一性のとれたドイツにおける自由論

モデルと我が国の法制度を比較することで、我が国において採られている価値判断を明確にすることが可能となる。

我が国における「不救助罪が存在せず、不真正不作為犯の処罰範囲の限定を強調する不作為犯における価値判断」と、「法益が均衡する場合にまで『罰しない』とする刑法 37 条緊急避難における価値判断」とを整合的に説明するには、緊急避難を処罰阻却事由（あるいは可罰的違法性阻却事由）と捉えることが必要である。日本法システムは、刑法の謙抑性の観点から、一方で、自由主義的に行動しただけの者を処罰することは躊躇されるから不救助では処罰せず、他方で、連帯原理に基づいて行動しただけの者を処罰することも躊躇されるから緊急避難行為者は処罰しない、という形で、ドイツ法システムに比して処罰をしない方向に、連帯原理と自由主義原理の調整をシフトさせている、と考えることができるのである。

B. 我が国の正当防衛論に関する私見

以上を前提とすれば、我が国の正当防衛論は以下のように再構築されることになる。

まず、正当防衛の正当化根拠に関しては、利益衡量的枠組みは、衝突状況を解消する負担を負うべき攻撃者と何ら負担を負うことなく衝突状況から脱出できるとされるべき被攻撃者の非対等性を無視し、両者の対等性を前提としており、適切でない。かかる両者の非対等性を勘案している、正当防衛行為の権利行為性に着目する枠組みが支持されるべきである。攻撃者が被攻撃者の法領域に介入しているという正当防衛状況においては、攻撃者の負担で衝突状況が処理されなければならないのであり、正当防衛行為は、負担を負うべき者に負担を負わせただけの行為である以上、他者の法領域への介入を一切含まないといえ、何ら違法評価を下すべきものではないのである。

次に、我が国の刑法 36 条 1 項の正当防衛の諸要件の解釈であるが、「不正の侵害」の要件と「やむを得ずにした行為」の解釈について、以下のようにいえよう。まず、第一に、正当防衛の発動要件である「不正の侵害」は、正当防衛の正当化根拠が他者による自己の法領域への介入の排除にある以上、攻撃者の有責性も、攻撃者の行為の規範違反性も必要なく、客観的外形的に他者の法領域による自己の法領域への介入が存在することで充足されると解すべきである。第二に、「やむを得ずにした行為」は、本稿の正当防衛の正当化根拠についての理解からは、防衛者が負担を負うことのない防衛行為の中で、攻撃者への侵害が最も軽微な、防衛に適合的な行為、ということになり、攻撃者の攻撃と防衛者の防衛行為の間のいかなる衡量も意味をなさない、と解すべきである。負担なき防衛行為を可能とするためには、防衛行為時に防衛者に採用可能な方法を用意する必要があるので、防衛行為の相当性に関するいわゆる事後判断説の立場は適切でなく、事前判断説が支持される。

さらに、正当防衛が制限される場合については、以下のようにいえる。まず、有責でない攻撃者に対する防衛行為を限定することは、ドイツにおいては不救助罪と同じ価値判断が働くからこそ正当視されるのであり、かかる価値判断がなされていない現行日本刑法における正当防衛においては考えられない。次に、被攻撃利益と防衛により攻撃者に生じ

る結果との間に一定の比例性を求めることも、ドイツにおいてすら不救助罪と同じ価値判断が働くか疑わしい類型であり、日本においては一層考えられない。さらに、防衛者が退避可能な場合に退避する義務を課す見解についても、退避という負担を防衛者が負うことが正当化されない点で、問題状況は著しい害の不均衡の場面と同じであり、退避しないことに正当な利益がある限り、退避義務は課されない。これらに対して、挑発に基づく正当防衛の制限は、我が国においても十分に考慮に値する。挑発防衛の問題領域は、被攻撃者が自己の行為によって正当防衛状況の作出に副次的とはいえ加担している類型であり、その際の防衛権限の制限は、被攻撃者がその応分の負担を負うべきであるという価値判断に基づくものであるからである。最高裁平成 20 年 5 月 20 日第二小法廷決定も、かかる基礎づけから理解可能である。

最後に、防衛者の防衛行為後の法益侵害防止義務は、本稿の立場からは観念しえない。不正な侵害に対する防衛者は、負担を負うことなく自己の被攻撃法益を防衛することができるのであり、攻撃阻止のために必要最小限度の行為を行ったにすぎないにもかかわらず、その後に防衛行為による法益侵害結果を阻止する義務を防衛者に課すことは、不正な侵害者に対抗する防衛者に正当化されえない負担を課すこととなるからである。

IV. 終わりに

本稿では、正当防衛権を制限的に解釈しようとする現在の学説は、具体的な利益衝突状況における法益の最大化の達成を強調しすぎており、かかる思想は不作為犯において保障人的地位を限定的に解釈しようという方向性と不整合ではないか、という観点を契機に、現在の正当防衛学説を批判的に検討した。それにより、緊急避難制度の特殊性を示し、優越的利益原理に基づく違法性阻却事由論を見直す必要があるのではないか、また、そもそも「刑法の任務は法益保護である」という理解を再検討する必要があるのではないか、ということを示唆することができたと思われる。今後は、かかる観点がすでに伏在している不真正不作為犯における保障人的地位に関する議論をさらに深く検討した上で、刑事違法性論の検討を行う必要があるだろう。