

Title	不作為に対する正当防衛
Sub Title	Notwehr gegen Unterlassen
Author	飯島, 暢 (Iijima, Mitsuru)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2017
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.37 (2017. 2) ,p.227- 247
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	井田良教授退職記念号#論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20170224-0227

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

不作為に対する正当防衛

飯 島 暢

- 1 論点の交錯
- 2 日本における学説状況
- 3 ドイツにおける学説状況
- 4 Stahlの博士論文
- 5 結びにかえて

1 論点の交錯

刑法において、二つ或いはそれ以上の複数の論点が生じて更に別の固有の論点を形成する可能性がある。このような論点については、それぞれの元となる論点の解決に傾注されがちであるためか、教科書等で多くの紙幅が割かれることは少ないのかもしれない。また、場合によっては、元の論点への参照から、組み合わせる形で自動的に解決方法が演繹されるという発想がどこにあるのかもしれない。しかし、交錯の中から生じる固有の論点に焦点を定めることにより、それぞれ別個に学問的には独自に展開されてきた種々の論点に対して、従来とは別の見方が可能となり、あたかも逆照射するかのようにより、元となる諸論点及びその理論的な解決に関する学問的な到達点の現状を再考する契機が得られるように思われるのである。たとえ、交錯を通じて、個々の論点の解決の理論的な基礎づけの前提にあった文脈とは異なる文脈に移し替えられることによ

り、一定の修正が不可避となったとしても、元にあった解決の基本的視座が大きく変動することはあってはならないはずである。その意味で、論点が交錯する領域というものは、元にある論点における学問上の「理論的耐久性」を測るバロメーターともなるのである。

このような論点の交錯する領域として、本稿は、不作為に対する正当防衛を取り上げる¹⁾。周知の如く、不作為犯と正当防衛は、それぞれ固有の論点として、刑法解釈学において別個に独自の観点の下で発展してきた。それ故に、交錯領域である不作為に対する正当防衛の問題を考察する際には、不作為犯と正当防衛における理論的な解決の手法をすり合わせることなく、そのまま適用して自動的に結論が得られるわけでは当然にない。例えば、不作為犯の領域においては、作為犯との構成要件的同価値性の観点から、保障人的地位の存在が要求されるとしても、急迫不正の侵害については、通説上、構成要件該当性が必須の要件ではないため、保障人的地位の議論をそのまま移し替えるわけにはいかないはずなのである。そこで、正当防衛における急迫不正の侵害の文脈に合わせる形で、作為と不作為の関係性を、具体的に言えば、作為による急迫不正の侵害と不作為による急迫不正の侵害の同置可能性を探求する必要がある。この不作為に対する正当防衛は、日本では、あまり直接的な議論の対象とはされていまいマイナーなテーマである²⁾。そして、ドイツにおいても、日本と比べればかなりましではあるが、中心的な論点ではない。そんな中、不作為に対する正当防衛を真正面から論じたモノグラフがドイツで公刊された³⁾。本稿は、これに刺激を受けて、同問題を取り上げるものである。

不作為に対する正当防衛は、上記のような論点の交錯としての学問的な興味を喚起するだけでなく、救助のための拷問という具体的な問題と密接に関連し

1) 同様に、不作為による正当防衛も論点の交錯として想定可能である。しかし、本稿では考察の対象外とする。

2) 通説的見解は、例えば大塚仁『刑法概説（総論）[第4版]』（2008年）384頁のように、不作為も急迫不正の「侵害」にあたるとし、具体例として、住居に侵入して退去しない者を戸外に引きずり出す行為を挙げるが、簡単な記述に留まることが多い。

3) André Stahl, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015.

ている。何故ならば、救助のための拷問に関する正当化の是非については、不作為による急迫不正の侵害に対して作為を強制する形での正当防衛（緊急救助）の成否が問われることになるからである⁴⁾。以前から私は、救助のための拷問について、その正当化の可能性を例外なく絶対的に排除することは不可能であると主張してきた⁵⁾。このような主張の前提として、そもそも不作為に対する正当防衛（及びその正当化）が成立する範囲とそのための諸前提が明らかにされなければならない。この意味で、本稿もまた、私がこれまで行ってきた救助のための拷問に関する一連の研究の一環をなしている。

2 日本における学説状況

我が国において、不作為に対する正当防衛のリーディングケースとして扱われることが多いのは、団体交渉の拒否という不作為が急迫不正の侵害にあたるか否かが争われた事案である。以下、簡単に事実の概要を示そう。被告人は、NHK 長崎放送局に勤務し、日本放送労働組合九州支部長崎分会長をしていたが、自己に対する配置転換と懲戒処分の理由の明示を求めて、長崎放送局長に団体交渉を要求し、局長がこれを拒絶したところ、他の分会員らとともに、団体交渉の実現を求めて局長室に入るべく、局長室隣の会議室と廊下の間にある

4) 不作為に対する正当防衛では、本文で述べたような、本来の作為義務者に強制を通じて一定の作為を行わせる形での防衛のほかに、防衛者（緊急救助者）自身がなされるべき行為を代替的に行って、侵害者（本来の作為義務者）の法益を侵害しながら被侵害者の法益の保護を図る形態での防衛行為も想定され得る。前者の具体例としては、子供を餓死させようとする母親に対して暴行や脅迫を行って、食事の提供を強制するような場合が、後者の具体例としては、この母親が住む住居に侵入し、母親の抵抗を排除して、子供を救い出して食事を与える場合が想定される。しかし、救助のための拷問では、後者の類型は争点とはならない。

5) 飯島暢『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』（2016年）173頁以下、同「救助のための拷問に関する最近の議論」『続・例外状態と法に関する諸問題』（2016年、関西大学法学研究所研究叢書第54冊）91頁以下、同「救助のための拷問、再び」井田良他編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（2016年）161頁以下参照。

仕切りガラスを叩き割って会議室に侵入し、更に会議室から局長室に通じる木製ドアに長机を十数回突き当てて、同ドア及び長机二脚を損壊した。そこで起訴がなされ、弁護人が、局長の拒否は団体交渉権ないしは団結権に対する急迫不正の侵害であり、被告人らの本件行為は正当防衛にあたる旨主張したところ、最高裁は、「本件のように、使用者側が団体交渉の申入れに応じないという単なる不作為が存するにすぎない場合には、いまだ刑法36条1項にいう『急迫不正の侵害』があるということではできないと解するのが相当であって、同局長に団体交渉適格があると否とを問わず、本件被告人の行為を正当防衛行為にあたとみる余地はない」として上告を棄却したのである⁶⁾。

学説においては、本件を民事上の債務不履行に対する正当防衛の不可性と同列の文脈で捉えて、最高裁の結論を是認する見解がある。民事裁判による紛争解決が優先される債務不履行の場合と同様に、団交拒否、配置命令、懲戒処分については、労働委員会に対する救済申立などの然るべき法的救済方法が存するからであろう。ここで、更に学説は、正当防衛の要件のいずれが欠けるのかに着目し、①急迫性を否定する見解⁷⁾と②不正性を否定する見解⁸⁾に分かれる。前者は、現在の、又は切迫した不正な侵害があっても公的機関にその除去を求める法制度が完備されており、かつ救済を求める時間的余裕がある場合に急迫性を否定する。つまり、時間的余裕がない場合には、急迫性を肯定して正当防衛を認める余地を残している。後者は、時間的余裕の有無という点を捨象して、公的手段による紛争解決が優先される場合には、国家による実力の独占という原則がいまだ妥当するとして、不正性を否定する。つまり、法益に対する侵害が現実であり、それが時間的に切迫した状況であったとしても、その救済に係る制度が刑法以外にある場合には、国家の実力独占の例外として、個々

6) 最決昭和57年5月26日刑集36巻5号609頁。評釈として、曾根威彦「判批」昭和57年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊792号）（1983年）154頁以下、長井圓「判批」法学セミナー337号（1983年）58頁、『最高裁判所判例解説刑事篇昭和57年度』（1986年）181頁以下（金築誠志）。

7) 西田典之『刑法総論第二版』（2010年）161頁以下。

8) 山口厚『刑法総論〔第3版〕』（2016年）122頁以下。

人に実力行使の権限を付与する（正当防衛が予定する）不正な状況がおおよそ存在しないと解するわけである。

また、最高裁が挙げた「単なる不作為」という点に着目して、実力の反撃行為を正当化するにふさわしい「積極的な侵害」でなければならないとし、母親が授乳しないで乳児を餓死させる場合或いは不退去罪にあたる場合には、そのような積極的な侵害性が肯定されるが、債務不履行や本件のような団体交渉の拒否では認められないとする見解もある⁹⁾。しかし、このような積極性の有無の基準が不明確であるからか、同時に、公共機関による救済が予定されている点を挙げて急迫性を否定するのである¹⁰⁾。

債務不履行にせよ、団体交渉の拒絶にせよ、刑法上の作為義務違反が問題とはならないからか、上記の諸見解は、不作為に対する正当防衛全般を射程に入れた議論を真正面から行うものではない。そもそも、他の公的救済制度が法によって予定されていることは、侵害が不作為によってなされるか否かとは直接的には関係がないはずであり、不作為に対する正当防衛に固有の事柄ではない¹¹⁾。結論的には正しいとしても、隔靴搔痒の感があると言わざるを得ないのである。また「積極的な侵害」性が当然にあるとされるのは、刑法上の不作為犯に対する正当防衛の場合であった。だが、急迫不正の侵害には構成要件該

- 9) 大塚仁他編『大コンメンタール刑法第三版第2巻』（2016年）573頁（堀籠幸男＝中山隆夫）、高橋則夫『刑法総論第3版』（2016年）278頁。なお岡藤重光編『注釈刑法（2）のI総則（2）』（1968年）230頁、235頁（藤木英雄）も参照。
- 10) 『最高裁判所判例解説刑事篇昭和57年度』（前掲注6）185頁以下（金築）、大塚他編『大コンメンタール刑法第三版第2巻』（前掲注9）573頁（堀籠＝中山）。特に前者は、急迫性が時間的な観念ではないことを強調して、権利侵害が実際に切迫していたとしても急迫性を否定する。この意味で、本文で挙げた①ではなく、実は②の見解に近いと言えよう。
- 11) 付言すると、法益に対する侵害が現実に迫り、時間的余裕がない場合でも、おおよそ正当防衛を否定する②のような見解は、保全法益の保護という観点だけから主張できるものではない。保全法益の保護を貫くのであれば、民事法上・労働法上であろうと急迫不正の侵害を肯定し得る場合があるとする立場の方が首尾一貫しているであろう。曾根「判批」（前掲注6）156頁は、最決昭和57年の事案につき、結論として過剰防衛の成立を認めている。

当性は不要であると解される限り、そのような主張の自明性についても改めて熟慮してみる余地があることは否定できないはずである。

3 ドイツにおける学説状況

ドイツにおいては、ドイツ刑法 32 条の正当防衛規定における「現在の違法な攻撃」は、概念上積極的な作為でなければならないとして、不作為による攻撃については、同条の直接的な適用を認めず、必要がある場合に限って、例外的に類推適用を認める見解も主張されている¹²⁾。このような見解からすると、ドイツ刑法 13 条が作為と不作為の同置を規定していたとしても、不作為に対する正当防衛の問題の解決には何も寄与しないことになる。何故ならば、刑法 13 条は、構成要件の形式でもって保護された法益が侵害される場合を想定したものであって、構成要件該当性を必須の要件としない「現在の違法な攻撃」は、その射程外となるからである。しかし、通説は、「攻撃」は不作為の場合をも当然に含むとして¹³⁾、不作為に対する正当防衛を肯定する。但し、通説内部において更に二つの立場に分かれる。

第 1 の見解は、法益の保護に資する救助或いは危険防御のための作為義務に違反する不作為である限り、広く現在の違法な「攻撃」にあたり得ると解する¹⁴⁾。第 2 の見解は、より限定的に、刑法 13 条に基づく保障人的地位による作為義務に違反する（不真正）不作為の場合にのみ「攻撃」を認める¹⁵⁾。つまり、た

12) Walter Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, Rn. 10 f. § 32 参照。不作為に対する正当防衛の観念を全面的に批判する Heribert Schumann, *Notwehr gegen Unterlassen?*, in: Wilhelm Degener u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich Dencker zum 70. Geburtstag*, 2012, S. 287 ff. は、類推適用も否定するが (S. 289 ff.)、同時に正当防衛の各要件との関係で生じ得るとする種々の不都合を挙げている。既に正当防衛の要件に係る同様の指摘を行っていた Jan C. Joerden, *Der Streit um die Gänsebrust: Selbsthilfe im Strafrecht*, JuS 1992, S. 23 ff. は、作為義務の強制に関する適切な規定が刑法にないことから、刑法 32 条を類推適用することが解釈学上の緊急的解決であるとしながら、自救行為を規定したドイツ民法 229 条をモデルにした条文の創設を提案する (S. 28)。

13) Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 63. Aufl. 2016, Rn. 5a § 32.

とえ刑法典に規定されていたとしても、例えば、ドイツ刑法 323 条 c における一般的救助義務に違反する不作為の場合には¹⁶⁾、「攻撃」の存在は否定されるのである。具体例で言うと、事故の負傷者を病院へ運ぶことを拒絶する運転者がいる場合に、緊急救助者が刑法 323 条 c に基づくその者の義務を履行させるために、強制力を行行使して運転を無理やり行わせるか、或いは、自動車からその者を引きずり出して、自ら運転して被救助者を病院まで運ぶことができるのかという二つの「防衛手段」の成否の争いということになり、第 2 の見解からすると、ここではいわゆる強要緊急避難による正当化の可能性しかないのである。

制限的な第 2 の見解は、一般的救助義務が保障人的義務と比較して、法益保護との関係で下位の義務であるとの前提の下、同義務の違反も法益侵害に対して違反の程度が低いことから、正当防衛の要件たる保全法益に対する攻撃としては不十分であるとする論拠に基づく。法益保護との関係で下位の義務として捉える点について、一般的救助義務の違反の際の 1 年以下の自由刑という刑法 323 条 c における法定刑の低さ¹⁷⁾、そして、同義務は不法結果の不発生ではなく、既に別の者によって惹起された危険との関係で救助行為の実行だけを対象

14) Thomas Rönnau/Kristian Hohn, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2006, Rn. 101 § 32 は、このような見解が「通説」であるとする。同様の立場として、Henning Rosenau, in: Satzger/Schluckbier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, Rn. 6 § 32. Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 339 も同旨であるが、刑法或いは秩序違反法によって処罰の対象となる不作為に限定する。

15) 例えば、Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl. 2006, Rn. 13 § 15; Volker Erb, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2011, Rn. 70 § 32; Armin Engländer, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, Rn. 10 § 32; Gunnar Duttge, in: Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 3. Aufl. 2013, Rn. 6 § 32; Urs Kindhäuser, in: NomosKommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, Rn. 35 § 32; Helmut Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, S. 217; Rudolf Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, Rn. 17 § 18 を参照。

16) ここでは、刑法 323 条 c の一般的救助義務の違反のほか、ドイツ刑法 138 条における犯罪の通報義務の違反が挙げられる。

とすることから、発生した法益侵害結果は同義務の違反者には帰属されるものではないので、その結果について答責性を負わせられない点が指摘されている。そもそも、第1の見解のように作為義務違反に広く攻撃性を肯定する場合には、先の事例の運転手を正当防衛によって殺害することすら許容され得てしまうため、「重大なうしろめたさ」を感じざるを得ないことも理由の一つとなろう¹⁸⁾。

これに対し、第1の見解の論者からは、仮に一般的救助義務が下位の義務であったとしても、その履行が法益保護に役立つ限りでは、不作為を保全法益に対する攻撃として捉えるべきであるとの批判¹⁹⁾が、更には、利益衡量によらない正当防衛の枠内では、義務違反の（程度の）相違は捨象されて、攻撃の違法性としては形式的に同列に扱われるべきであるので、第2の見解の論拠は説得的ではないとの批判²⁰⁾がなされている。確かに、義務の程度は相対的な問題でしかなく、法益の保護に資することは否定されないのであるから、その義務違反の程度の低さを理由にしておよそ最初から正当防衛の対象から排除するのは不当であろう²¹⁾。一般的救助義務違反を不作為に対する正当防衛から定言的に除外したいのであれば、別の論拠づけが必要とならざるを得ないのである。

17) 但し、犯罪の通報義務を定めた刑法138条の場合、その1項と2項では最高5年以下の自由刑で処罰されることになる。

18) 殺害が許容されることの不当性を論拠に挙げる見解として、Roxin, AT (前掲注15)) Rn. 13 § 15 ; Duttge, in: Gesamtes Strafrecht (前掲注15)) Rn. 6 § 32. これに対し、Rönnau/Hohn, in: Leipziger Kommentar (前掲注14)) Rn. 103 § 32は、そのようなうしろめたさには根拠がないとする。

19) Rosenau, in: Kommentar (前掲注14)) Rn. 6 § 32.

20) Rönnau/Hohn, in: Leipziger Kommentar (前掲注14)) Rn. 103 § 32. また、第2の見解が依拠する緊急避難による解決には不都合な点があることも指摘されている。

21) なお、正当防衛の枠内では義務違反性の程度は捨象されるというRönnau/Hohnの見解には疑問がある。正当防衛においても、それが法秩序の動揺に対処して、その安定化に資すべき法的強制である限り、均衡性の観点も重要となり、被害者の自由の領域（法益）及びそれを保障する法秩序に対する現在の違法な攻撃（急迫不正の侵害）の程度を考慮せざるを得ないはずだからである。詳細については、飯島『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』（前掲注5）153頁以下参照。

以上のように、ドイツにおいては、保障人的地位に基づく作為義務に限定するの否かを巡り、不作為に対する正当防衛における学説上の争点が形成されており、日本における議論状況との間には無視することのできないズレがあることが確認できる。これに対し、民事上の債務不履行に対して正当防衛が許されない点については、ドイツにおいても学説はほぼ一致しており、国家による権力独占の観点から、自救行為を規定するドイツ民法 229 条が優先的に適用されるべき旨が主張されているので²²⁾、彼我の差は殆どない。

4 Stahl の博士論文

上記のような学説状況の中で公刊されたモノグラフが、Stahl の博士論文である。同論文は、2014/2015 年冬学期にミュンスター大学法学部に提出されたものであり、2015 年にノモス社より公刊されている。指導教授は、Deiters である。総頁数 335 頁に渡る浩瀚な同書の内容は、不作為と正当防衛についてそれぞれの論点を綿密にあたりながら、不作為に対する正当防衛という論点の交錯・複合から生じる諸問題のほぼ全てを遺漏のない形で検討した手堅い研究である。興味深い論述の全てをここで紹介することは残念ながら不可能である。そこで、特に重要と思われる、(i) 一般的救助義務の違反による不作為に対する正当防衛の可能性、(ii) 不作為による攻撃における義務違反連関の必要性に基づく限定化、(iii) 不作為に対する正当防衛の際の防衛手段の意義という三つの論点に絞って紹介・検討したい。特に (iii) の点は、救助のための拷問の是非に関わる重要な問題である。

まず、Stahl は、「攻撃」という文言に基づく解釈の限界から、不作為を除外する（そして、場合によっては刑法 32 条の類推適用を認める）見解を検討し、日常用語上及び法律用語上不作為を攻撃概念に含めることが可能である旨を確認する²³⁾。そして、不作為による攻撃の前提として法的な作為義務の存在が

22) 例えば、Rönnau/Hohn, in: Leipziger Kommentar (前掲注 14)) Rn. 105 § 32.

23) Stahl, Notwehr gegen Unterlassen (前掲注 3)) S. 64 ff.

必要であるとしながら、結論的には、ドイツにおける通説内部の第2の見解と同様に、一般的救助義務違反である不作為を正当防衛の対象から外す。Stahlの論拠の出発点となるのは、不作為を攻撃概念に含める限り、作為による攻撃の場合と法益保護の観点で平仄を合わせる必要があることである。

確かに、刑法323条c（及び同138条）の作為義務も法益保護に資するものであることは自明である²⁴⁾。しかし、そもそも一般的救助義務を定めた当該条項の行為規範の違反が常に正当防衛における攻撃にあたり得るのかと言うと、Stahlによれば否である。行為規範の違反は事前判断に基づいて評価を受けるが、攻撃の存在は事後的な判断に服する。従って、一般的救助義務に係る行為規範の違反が肯定されたとしても、損害の発生が回避不能であることが事後的に明らかな場合には、いわゆる義務違反連関が欠けるため、（不能未遂として）法益侵害の可能性がそもそも認められなくなり、「攻撃」の存在は否定されるのである²⁵⁾。

更に、Stahlによれば、一般的救助義務における行為規範による法益保護の範囲は、そもそも正当防衛が予定する法益保護のそれとの間で大きな齟齬がある。つまり、ドイツ刑法323条cでは、一般的救助義務を課す前提として、「事故（Unglücksfall）」がなければならないが、その存在は、一般的に人或いは物に対する著しい危険がある場合に認められるものである。同様に、刑法138条における犯罪の通報義務も一定の重大な犯罪の場合に限られている。作為或いは保障人的義務に違反する不作為の場合であれば、例えば身体に対する重大ではない危険、或いは価値の低い物に対する危険の発生の不阻止も「攻撃」に含められるにもかかわらず、一般的救助義務が問題となる場合には、同じ不阻

24) Stahl, Notwehr gegen Unterlassen（前掲注3）S. 79 ff.

25) Stahl, Notwehr gegen Unterlassen（前掲注3）S. 92 ff., 96 参照。このような義務違反連関に基づく攻撃概念の確定という観点は、従来の議論ではあまり重視されてこなかった。Stahlが義務違反連関という形で不作為と攻撃及びそこから法益侵害との間での「帰属のモメント」に着目したことに特に影響を与えたと推察されるのが（S. 81 f. 参照）、Heiko Lesch, Die Notwehr, in: Gunter Widmaier u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Dahs, 2005, S. 100 ff. の見解である。

止について、そもそも同義務の違反が認められなくなり、一般的救助義務の違反である不作為でも攻撃としては十分であるとする通説における第1の見解からしても、正当防衛の対象とはされなくなってしまうのである²⁶⁾。このような結論を基礎づけるためには、一般的救助義務は法益保護との関係で下位の義務であることを認めなければならなくなるが、そのような前提を否定していたのが第1の見解である²⁷⁾。また、法益保護の範囲の差異を解消するために、どちらかの基準に合わせて、一般的救助義務における事故を広く捉えるか、或いは正当防衛における攻撃を限定的に解することも考えられるが、どちらも無理がある。そこで、Stahlは、法益保護との関係で作為による攻撃と不作為による攻撃との間で平仄を合わせる必要がある限りは、そもそも一般的救助義務の違反を正当防衛の対象からおよそ除外すべきとの結論に至るのである²⁸⁾。

こうして、不作為に対する正当防衛は、ドイツ刑法13条の意味での保障人的地位から生じる作為義務に違反する場合に限定されることになる。但し、攻撃については作為によるときでも、可罰的なものである必要はないため、ここでも、保障人的地位は、仮に当該法益が刑法で保護されていれば、不真正不作為犯としての可罰性が認められたであろうという仮定の下で基礎づけられ得るものであれば十分となる²⁹⁾。そして、Stahlは、正当防衛の前提要件たる攻撃の存在を認めるためには、単に保障人的義務の違反があるだけでは不十分であるとして、当該の義務違反の前提となる、法益に対する危険それ自体が義務違反的に（帰属可能的に）惹起されていなければならないとする。この点の根拠となるのは、緊急避難と比較して正当防衛が有する峻厳な性格である。攻撃者（侵害者）が、被避難者と比較してより多くの不利益を受忍しなければならない

26) 紹介する紙幅がないが、Stahl, *Notwehr gegen Unterlassen*（前掲注3）S. 99の具体例に基づく説明が分かりやすい。

27) 例えば、Rönnau/Hohn, in: *Leipziger Kommentar*（前掲注14）Rn. 103 § 32.

28) Stahl, *Notwehr gegen Unterlassen*（前掲注3）S. 102 ff. 参照。なお、民事上の義務の不履行が攻撃にあたらぬ点については、S. 154 ff.

29) この点を指摘していたのは、Erb, in: *Münchener Kommentar*（前掲注15）Rn. 71 § 32である。

いのは、そもそも攻撃者が帰属可能な形で危険を惹起したからである。そこで、不作為に対する正当防衛の場合についても、法益の侵害（或いは結果としての危殆化）を阻止する義務の違反だけでは十分ではなく、その前提となる危険を何らかの形で義務違反的に惹起していなければならないとするのである。

従って、例えば保障人的地位の一つである監護者としての地位（Beschützergarantenstellung）が問題となる場合には、その者が保護すべき対象者の法益に対する危険は、自らが惹起したものには限定されないため、攻撃の要件を満たさないこともあり得ることになる³⁰⁾。また、このような前提となる危険の惹起が必要となるため、既に発生した損害に対処しないことや、そのような損害から発生する更なる危険を阻止しないことは、「惹起」にはあたらない。つまり、監護者の地位を有する者が、当該の状況下で必要となる救助義務を果たさなかったとしても、正当防衛の前提たる攻撃には該当せず、あくまでも正当化的緊急避難で解決すべきことになる³¹⁾。

同様の事柄は、特定の危険源を管理する義務を負い、そこから生じる危険を阻止しなければならない管理監督者としての保障人的地位（Überwachungsgarantenstellung）にも妥当する。まず、管理監督者は、自己の支配領域内の危険源から他者の法益に対して損害が発生しないようにする義務を負うが³²⁾、危険源がその者の支配領域内にあるということだけでは、正当防衛における攻撃を認めるのには不十分となる。むしろ、管理義務者の不作為によって他者の法益に対する危険が創出されるか、或いは増加されるという意味での危険の惹起が帰属可能な形

30) Stahl, Notwehr gegen Unterlassen（前掲注3）S. 109 f. 参照。

31) Stahl, Notwehr gegen Unterlassen（前掲注3）S. 113 f. 但し、損害への不対処から生じる更なる危険が当該損害からの直接的な帰結ではなく、法益に対する新たな危険源の（不作為による）惹起と評価される場合には、結論は異なる。具体例も含めて、S. 114 Fn. 269 参照。

32) ここでは、監護義務者の場合と同様に、危険源から法益を保護する義務を負うが、発生した損害を除去する義務（救助義務）は負わない点が確認される。これは、発生した損害の原因となる危険が管理義務者の義務違反の態度に基づく場合でも同様とされる（S. 127 を参照）。

でなされなければならない。ここで、Stahl は、帰属可能性の要件として、(注意)義務違反性に着目し、義務違反的な態度(作為或いは不作為)による危険の惹起を要求する。こうして、不作為による攻撃では、他者の法益に損害が発生することを阻止しない点における義務違反性だけでなく、その前提となる危険の惹起についても義務違反性が必要になるとする³³⁾。そこで、問題となるのは、危険の惹起に係る義務違反性の内容であるが、Stahl は、この点につき、客観的帰属の枠組に依拠して、法的に是認されない危険の創出と同様のものが必要になると主張する³⁴⁾。

管理監督者としての保障人的地位は、先行行為によっても成立する³⁵⁾。ここでは、(注意義務違反の)先行行為による保障人的地位の成立により、同時に法益に対する危険の義務違反的な創出が認められて、その結果、同地位に基づく作為義務の違反そのものが攻撃になり得るか否かが問題となる。ドイツの通説によると、先行行為による保障人的地位が基礎づけられるためには、義務違反的な態度による危険の惹起が必要となる。そして、Stahl によると、義務違反的に危険を惹起する当該の態度は、故意又は過失による場合、更には作為でも不作為でもかまわないが、特に不作為のときは、監護者或いは(別の根拠による)管理監督者の地位に基づく(救助義務ではなく、保護義務に係る)義務違反的な不作為だけに限定されるとする³⁶⁾。この意味で、例えば監護者が義務違反的な態度によって危険を惹起した場合には、それは先行行為となり、先行行為に基づく管理監督者としての保障人的地位を更に取得することになる³⁷⁾。

33) Stahl, Notwehr gegen Unterlassen (前掲注3)) S. 119 ff. そもそも攻撃の要件として、注意義務違反的な(sorgfaltspflichtwidrig)態度が多数説によって要求されていることも重視されている。

34) Stahl, Notwehr gegen Unterlassen (前掲注3)) S. 124 f. なお、管理監督者の保障人的地位では、例えば、両親が未成年の子供の犯罪行為を防止する義務のように、物ではなく、人に由来する危険を阻止する義務も問題となる。これについては、S. 128 ff. 参照。

35) Stahl, Notwehr gegen Unterlassen (前掲注3)) S. 131 ff.

36) ここで救助義務が除外されるのは、同義務の侵害においては、法益を危険から保護する保護義務の場合とは異なり、結果が既に発生しているため、法益侵害に至る危険の惹起に対し義務者がそもそも影響力を持ち得ないからである。

このような先行行為に基づく保障人的地位では、自己の支配領域内にある危険源に対する管理監督者の地位の場合とは異なり、単に法益を迫り来る危険から保護する義務ではなく、既に発生した損害結果から救助する義務が問題となる。つまり、先行行為に基づく保障人的地位による作為義務の違反に対する正当防衛では、救助義務違反が攻撃にあたることになるため、保護義務違反しか問題とはならなかったその他の保障人的地位の場合と比較して、正当防衛の成立する範囲は拡大されることになる³⁸⁾。

以上のように、不作為に対する正当防衛において、義務違反的な態度による危険の惹起が必須の前提として要求されるのは³⁹⁾、そもそも正当防衛における攻撃の要件それ自体が法益に対する切迫した危険を義務違反的に惹起することを内容としているからであり、その限りで、先行行為に基づく保障人的地位が基礎づけられる場合というのは、正当防衛における攻撃が認められるための前提条件に合致するのである。このような危険惹起に基づいた構造の類似性に着目した点に Stahl の見解の独自性が認められるが、彼によれば、義務違反性の判断基準については、一定の齟齬が生じざるを得ないとする。何故ならば、保障人的地位を基礎づける先行行為における義務違反は、構成要件上の行為規範性に係るメルクマールとして、事前判断による観点から評価を受けることになるが、客観的に存在すべき攻撃の要件としては、事後判断に服することになるからである。従って、義務違反的な先行行為によって危険が惹起されたことが事後的にも確認されて初めて、攻撃の存在は認められるのである⁴⁰⁾。

37) Stahl, Notwehr gegen Unterlassen (前掲注 3)) S. 134.

38) 但し、前提として他の保障人的地位に基づく保護義務の違反による危険の惹起が必要となるので、それなりの限定化は図られている。限定化を徹底し、不当な拡大を回避するためには、保護義務と救助義務の明確な限界づけが必須となる。Stahl もこの点を強調する (S. 140)。また、正当防衛における攻撃としては、先行する保護義務の違反それ自体では不十分であり、同違反によって法益に対する危険が惹起されて、論理上その後で救助義務の違反がなされる所に重点があることにも留意すべきである。

39) 但し、例外として、危険惹起行為が緊急避難によって正当化される場合が挙げられている。詳細については、Stahl, Notwehr gegen Unterlassen (前掲注 3)) S. 135 f., 142 f. 参照。また、危険が継続する状態の創出の際にも、例外が認められる (S. 148 ff.)。

こうして、Stahlによると、不作為に対する正当防衛の問題は最終的には先行行為による保障人的地位に基づいた不作為の問題に収斂する⁴¹⁾。監護者或いは支配領域内にある危険源の管理監督者としての保障人的地位を有する者も、義務違反による危険惹起を前提にして、確かに作為義務の違反を通じて不作為による攻撃は可能である。だが、そもそも危険を惹起する態度は作為に限られず、不作為でもよいため、そのような攻撃にあたる義務違反の不作為それ自体が義務違反の先行行為として先行行為に基づく保障人的地位を基礎づけることになり、そこから生じる作為義務の違反それ自体が更に攻撃と見なされるからである⁴²⁾。

不作為による攻撃について考察を巡らせた後⁴³⁾、Stahlは、不作為の攻撃に対する正当防衛行為の特徴を詳細に論じている。不作為による攻撃に対する防衛行為としては、(a) 攻撃者の法益を侵害する形での代替的な行為の実行、或いは (b) 攻撃者に対して影響力を行使して、なされるべきであった作為を強制的に行わせるという二つの形態があり得る⁴⁴⁾。(a) については、そもそも防衛者が代替的に執行し得る内容の行為が問題となっていなければならないが⁴⁵⁾、問題なく防衛行為であることが認められる。問題となるのは、(b) の方であり、Stahlは、拷問禁止原則との関係で重大な制限を課すのである。

40) Stahl, *Notwehr gegen Unterlassen* (前掲注3) S. 143 f. 参照。但し、攻撃の前提としての義務違反性があると言えるためには、危険の存在及び保障人的地位の認識の有無や作為可能性について不作為者本人の能力を考慮せざるを得ない。Stahlは、これを「違法な」攻撃における違法性メルクマールの箇所論じている (S. 183)。

41) なお、管理監督の引受けに基づく保障人的地位の問題については、Stahl, *Notwehr gegen Unterlassen* (前掲注3) S. 145 f. 参照。

42) Stahl, *Notwehr gegen Unterlassen* (前掲注3) S. 146 f. 参照。但し、Stahlの叙述は、収斂の結果、不作為に対する正当防衛はもはや先行行為に基づく保障人的義務の違反の場合だけに限定すればよいとする内容にも読める。しかし、そのような限定の根拠は明らかではない。なお、S. 307も参照。

43) 「現在の違法な攻撃」がドイツ刑法32条2項における要件なのであるから、攻撃が不作為であることから生じる、現在性 (S. 190 ff.) と違法性 (S. 182 ff.) に関する特殊問題も当然に扱われている。

44) 具体例については、前掲注4) を参照。

Stahlによれば、攻撃者に対して強制力を行使して一定の行動を強いる際には、物理的な強制（vis absoluta）と心理的な強制（vis compulsiva）の二種類の強制手段を想定できるが、物理的な強制に基づく場合は、(a)の一種であり、(b)として問われるのは、あくまで対象者の意思に働きかける心理的な強制力に基づく場合だけである。

Stahlは、国際法上及び基本法上の理由から、たとえ救助のためであっても国家機関或いは私人による（人間の尊厳に反する）拷問行為は絶対的に禁止され、刑法における正当化の対象にはなり得ないとする⁴⁶⁾。救助のための拷問では、意思を挫く程度の苦痛の賦課による作為義務の強制の是非が問題となるため、同拷問は、まさに不作為に対する正当防衛の特殊類型の一つとして位置づけることが可能となる⁴⁷⁾。ここで、Stahlは、拷問禁止原則の絶対性から、不作為に対する正当防衛における(b)の形態の防衛行為に重大な制限を課し、作為義務者に対する苦痛の賦課（或いはその威嚇）によって、一定の作為を強制することは許されないとする。但し、(b)の形態の防衛行為が一切許容されないわけではなく、攻撃者（侵害者）に課せられた義務を履行し得る状況下にその者を無理やり置くことは許されるとする。この場合、義務に合った行動を行うか否かは、最終的には攻撃者にまかされるため、意思を挫く形での苦痛の賦課は行われていないことになるので、拷問禁止原則には抵触しないとす

45) 当然のことながら、代替的行為は、本来の作為義務者が行うであろう法益の保護に係る行為と同一のものである必要はない。授乳をせずに子供を餓死させようとしている母親の事例で言えば、緊急救助者は代わりに授乳をする必要はないのである。

46) Stahlは、拷問の内容として、身体的或いは精神的な苦痛の賦課又はその威嚇を挙げており、苦痛の程度は問わないとする（S. 257 f.）。しかし、意思を挫く（willensbeugend）程度のものが要求されるのであるから、彼の立場からしても、ある程度の強度は必要にならざるを得ないはずである。

47) Stahl, *Notwehr gegen Unterlassen*（前掲注3）S. 256 f. これに対し、作為による攻撃に対する正当防衛では、不作為義務或いは（防衛行為によって侵害される点に関する）受忍義務の強制が問題となるが、その際には意思を挫く程度の強制力の行使も許されるとする。作為義務の強制か、或いはそれ以外の義務の強制かという様相の違いによって、決定的な相違を導き出せるか否かが問題となろう。

である⁴⁸⁾。具体例で言うと、自分は泳げるのに溺れている息子を助けようとし、しない父親に対して、泳ぐことのできない第三者は、暴行を加えるか、或いは武器を示して脅かして救助を強制することはできない。だが、父親を海に突き落として、岸に這い上がってくるのを強制力でもって阻止することは正当防衛として可能となるのである。

このような制限が課されたとしても、そもそも (a) の形態である代替的行為による正当防衛が可能であり、当該の防衛では、強制力が行使されたとしても、それは物理的強制であることから、心理的強制におけるような意思侵害の要素を欠くため、Stahlによれば、拷問禁止原則との抵触は問題にならない。但し、代替的行為による防衛行為の実行の際には、(時間的余裕がある限りで) まずはその旨の威嚇を行い、攻撃者である作為義務者に対してその者には作為義務があること、不作為に留まる限り代替的行為による防衛を甘受せざるを得ないことを伝えて、自発的に攻撃を終了する機会を与えるべきであるとする⁴⁹⁾。Stahlは、このような前提の下での (a) の形態の防衛行為が通常 (b) に比べてより効果的なものであると主張し、優先的に選択されるべきとする⁵⁰⁾。従って、彼によれば、不作為に対する正当防衛では、まずは (a) の形態での防衛行為が行われるべきであり、代替的行為がそもそも不可能であるか、防衛者に当該の行為を行う能力が欠ける場合に初めて、上記のような制限を受ける (b) の形態の防衛行為が可能となるのである⁵¹⁾。

48) Stahl, Notwehr gegen Unterlassen (前掲注3) S. 259 f. 参照。

49) Stahl, Notwehr gegen Unterlassen (前掲注3) S. 261 f. 参照。しかし、防衛者に対する、このような義務づけの根拠は明らかではない。また、本文で述べたような告知の結果、攻撃者が不作為による攻撃を止めた場合、これ自体が拷問禁止原則の対象たる心理的強制にあたるのではないかという疑いもあるが、Stahlは手軽くこの点を否定する。

50) この点の根拠も実はそれ程明らかではない。(b) の形態では、防衛結果の発生は攻撃者の意思に依存することが理由として挙げられてはいるが (S. 262, 265, 266, 275 参照)、(a) の形態における事前の告知においてもそのような意思への依存は存在するはずである。

5 結びにかえて

以上のような Stahl の見解は、不作為に対する正当防衛を保障人的地位に基づく不作為の場合に限定する、ドイツにおける有力な見解に与するものであるが、一般的救助義務の違反を攻撃から除外する際の論拠づけには独自のものがあり、更には、攻撃の前提条件として危険の義務違反的な惹起を要求する点で、従来の見解と比べて、不作為による攻撃の成立範囲をより限定化する試みを示すものであった。「単なる不作為」或いは「積極的な侵害」の有無という曖昧な基準を掲げながら、民事法といった他の法領域の不作為のみに着目するばかりで、不作為に対する正当防衛を真正面から論じてこなかった我が国の議論状況と比して、その学問的な奥行きは否定できないと思われる。但し、幾つかの疑問を禁じ得ないことも事実である。以下では、疑問点の提示を通じて、今後我が国においても不作為に対する正当防衛の議論が進展するための土台作りをしておきたい。

Stahl は、例えば、自動車事故における一般的救助義務の違反では不作為による攻撃にはあたらないとして、それに対する正当防衛を否定していた。このような観点は、道交法における負傷者救護義務違反に対する正当防衛の是非を考える上で、我々からしても参考になるものである⁵²⁾。しかし、Stahl は、一般的救助義務違反を排除する論拠として、同義務違反における法益保護と正当防衛での法益保護の範囲が異なる点を挙げていた。これは、社会的連帯性の観点から課される一般的救助義務が、人或いは物に対して重大な危険がある「事故」の場合に限定されることから、一定の範囲でしか法益の保護に資することができないため、これを前提にして「攻撃」の存在を判断してしまうと、正当

51) なお、防衛者自身にも救助義務が課せられている場合には、(b) の形態の防衛行為を行う前に、自らの法益のコストで危険からの防衛を行うべきとする (S. 264 ff.)。更に、Stahl は攻撃が不作為であることから、正当防衛の各要件との関係で生じる種々の問題を取り扱っている。必要性については S. 266 ff. を、被要請性については S. 285 ff. を参照。

52) 負傷者救護義務の問題については、松尾誠紀「道路交通法における負傷者救護義務違反罪の義務内容」法と政治 66 巻 2 号 (2015 年) 227 頁以下参照。

防衛の目的にある法益保護を達成できなくなるという発想であろう。しかし、重大な危険がある場合に限定されるのは、一般的救助義務という性格から義務の範囲を制限するためであり、たとえ限定的なものであっても、当該の不作為によって現実に法益が危険に晒される事実は否定できないはずである。法益保護を論拠として掲げるのであれば、たとえそのような範囲でも正当防衛によって法益保護が図れるのであれば、やはり行うべきであり、具体的な妥当性は必要性或いは被要請性といった要件の判断を通じて図ればよいのではなかろうか。

正当防衛では、急迫不正の侵害（現在の違法な攻撃）によって、被侵害者の具体的な自由の領域（法益）及びそれを保障する法秩序の規範的効力が侵害を受ける、或いは危険に晒されることから、一種の反作用である防衛行為を通じた、法秩序の規範的効力とそれによって保障される被侵害者の具体的な自由の領域の維持が問題となる。この意味で、行使主体は異なるが、正当防衛には、応報刑として法秩序を回復すべき国家刑罰と同様の性質が認められるのである⁵³⁾。従って、急迫不正の侵害は、単に法益に対する客観的な危険性に尽きるものではなく、法秩序の規範的効力に違反する規範違反の側面を有していなければならない。この点で、攻撃の前提として、それに至る危険を義務違反的に惹起することが作為と不作為の区別に関係なく必要であるとする Stahl の見解には賛同できる。だが、Stahl は、義務違反的な危険惹起を保障人的地位に

53) 飯島『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』（前掲注 5）168 頁以下参照。正当防衛と国家刑罰の「類似性」に着目する見解に対しては、山本和輝「正当防衛の正当化根拠について（1）」立命館法学 365 号（2016 年）256 頁以下が、被侵害者が急迫不正の侵害に対する防衛に成功した場合、急迫不正の侵害を行った侵害者を事後的に処罰することができなくなってしまうのではないかの疑問を提示する。しかし、正当防衛として例外的に個人によって行われる法秩序の維持（回復）は、行使主体が異なるため、必然的に国家が行う刑罰による法秩序の回復とは質量ともに異なるはずであり、正当防衛として被侵害者の法益を保護する上では十分な法秩序の維持（回復）であったとしても、それが国家刑罰としては不十分な場合はあり得る。つまり、正当防衛が成功したとしても、それは国家刑罰による法秩序の回復を必然的に排除するものではないのである。但し、正当防衛がなされた場合となされていない場合を比較すれば、やはり前者については、国家刑罰による法秩序の回復の必要性が相対的に低下する点是否定できないように思われる。

基づく作為義務の類型ごとに分析を行いながら、最終的には先行行為構成による保障人的な作為義務がある状況に不作為に対する正当防衛の問題を（正直に言って、かなり雑な形で）収斂させようとしていた⁵⁴⁾。これにより、保護義務の違反に限定されていたはずの不作為による攻撃が、結局のところ救助義務の違反の場合にも拡張され得ることは既に述べたとおりである⁵⁵⁾。義務違反的な危険惹起の必要性という枠組みには賛同できるが、その具体化の点では更なる考察が必要となろう（紙幅の関係で、問題点の指摘に留めざるを得ない）。

Stahl は、拷問禁止原則を不作為に対する正当防衛全般においても徹底化し、特に攻撃者に対して影響力を行使して義務に適った作為を強制的に行わせる（b）の形態の防衛行為については、課せられていた作為義務を履行し得る状況下に攻撃者を強制的に置くことだけが許されると解していた。このように限定的に捉える理由は、義務に適った作為を行うか否かを判断する意思決定の自由を作為義務者に留保しておけば、拷問禁止原則には抵触しないという点に求められるのであろう。この意味で、Stahl は意思決定の自由の有無、換言すれば意思侵害の有無に着目しているように見える。しかし、作為による攻撃に対して防衛行為を行って攻撃の遂行を断念させ（つまり、不作為を強制し）、侵害法益に対する侵害を受忍させる場合にも、意思侵害があることは明白である⁵⁶⁾。となると、峻別の基準として重要となるのは、意思侵害の有無ではなく、作為義務の強制か、不作為義務又は受忍義務の強制かという区別にならざるを得なくなる。しかし、拷問禁止原則の対象を特徴づける際に、作為義務の強制に着目するのでは、あまりにも対象が拡散しすぎる虞がある。国家が真正不作為犯の処罰規定を用いて、刑罰の予告でもって国民に対して作為義務を強制する場合も、刑罰という「苦痛」の賦課の威嚇を通じた心理的な強制にほかならなくなり、拷問禁止原則の対象になりかねないのではなからうか⁵⁷⁾。

54) 前掲注 42) 参照。

55) 前掲注 38) 及びその本文を参照。

56) Stahl もこの点を容認している。前掲注 47) 参照。また ders., *Notwehr gegen Unterlassen* (前掲注 3)) S. 260 も見よ。

以上のような疑問点はあるものの、Stahl の博士論文からは学ぶところが多いのも事実である。日独の刑法学を比較研究の対象とすると、両邦でともに論点となっている共通問題に目を向けることは重要であるが、どちらかだけでしか議論されていない片面的問題にも関心を払う（日本でしか問題になっていない場合には積極的に紹介する）ことも大事なのではないだろうか。不作為に対する正当防衛のような複合論点は、不作為犯と正当防衛のそれぞれの論点に対する再検討の契機となり得るものであり、考察する意義は大きいと思量される。今後、我が国でも関心が高まることを切に願う次第である。

57) ドイツでは多くの論者が、拷問禁止原則の絶対性を基礎づけるために、同原則の対象となる拷問の特徴づけを試みているが、現在のところその基礎づけに成功したものは皆無であると言わざるを得ない。飯島「救助のための拷問、再び」（前掲注5）174頁以下では、国家関連性というメルクマールに基づいた絶対的な禁止の基礎づけの可能性を検討した。