慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	刑法三六条における不正の侵害に関する一試論
Sub Title	Der rechtswidrige Angriff bei der Notwehr
Author	山田, 雄大(Yamada, Yudai)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2017
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.112, (2017. 3) ,p.135- 167
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20170315-0135

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.

刑法三六条における不正の侵害に関する一試論

山田雄大

一　はじめに
二　義務の衝突論
(一)「義務の衝突論」の不正の侵害者特定問題への転用可能性
(二)　法益の重要性
(三)　義務の重要性・行為態様
(四)　小括
三　ドイツの議論から推察される帰結
(一)　ドイツの正当防衛論における前提
(二)　ドイツの議論の帰結
四　試論
(一)　被侵害者の特定
(二)　不正の侵害者の特定
(三)　新たなる問題――不正の侵害と防衛効果――
(四)　冒頭の事例に対する一つの解決
五　おわりに

一　はじめに

ブレーキが利かなくなった自転車に乗ったAが坂の上から下ってくる。その一方で、坂の下にはBがおり、Bが居る場所にそのまま居続ければ、自転車に乗ったAはBと衝突する。BはAを簡単に避けられ、また、Bの背後には枯草の積まれた山があり、AとBが衝突しなければ、Aはこの山とぶつかって、怪我することなく止まることができるため、A、Bともに何の利益も害されない。他方、AとBが衝突すれば、双方が怪我を負う可能性がある。この場合に、Bが避けずに衝突しようとしているとき、制御不能の自転車に乗ったAと、Bのどちらが不正の侵害者になるだろうか。例えば、AとBが衝突する直前、通り過ぎる自転車のわきに立っていたCが、Bに自転車が衝突するのを避けるため、Aを横から押して負傷させる場合、また、Bの近くにいたDがAを守るため、Bを横から押して負傷させる場合、CやDの行為について、正当防衛は成立するだろうか。

この事例においては、誰が不正の侵害者かについては、一見して、三つの可能性がある。一つは、A・Bのどちらか一方が不正の侵害者であるとする解決。もう一つは、A・Bのどちらもが不正の侵害者でないとする解決。この場合には、正当防衛は成立しないが、AとBの衝突は「現在の危難」にあたりうるため、緊急避難によって事案が処理されるだろう。第三の解決は、A・Bどちらもが、相手の身体への不正の侵害者となるというものである。この場合には、例えば、Aを守ろうとするDとBを守ろうとするCが戦い合うことになり、どちらもが正当防衛権を持っていることと、正当防衛に対して正当防衛ができないということが矛盾し、不当な帰結に至りうる。従って、第一か第二の可能性がとられるべきであるが、どのような判断方法により、A・Bが不正の侵害者であるかないか決定されるのだろうか。

侵害の不正性について、伝統的には、「不正」とは広く違法なことを意味するとされていた。[1] もっとも、この理解だけでは、公務員の適法な職務行為や正当業務行為に対して正当防衛ができないことは示せても、先の事例に対する解決は十分に与えられない。[2] 双方の違法な行為によって衝突が生じることもありうるからである。そのため本稿では、不正＝違法という観念に必ずしも拘泥せずに、より実質的に誰が不正の侵害者となるのかについて検討していきたい。[3] 実際にはめったに生じないであろう事例を題材に、「不正とは違法である」という説明を超えて検討を進めることで、不正の侵害や正当防衛を議論する際に見過ごされてきた側面を示すことができるのではないか、というのが本稿の問題関心である。

本稿が「不正の侵害者」の画定を行っていくに際しては、ドイツにおける義務の衝突論を参照する。義務の衝突論とは、ある行為者Xが複数の法的義務を負っており、かつ行為者が置かれた状況においては全ての義務を果たすことができない場合に、Xの行為（いずれかの義務を果たす行為と、どの義務も果たさない行為が考えられる）が違法となるかどうか、という議論である。例えば、父Xが子Aと子Bを海で遊ばせていたところ、A・Bどちらもが溺れてしまったが、Xがどちらかの子供を助けている間に、もう一方の子供は溺死してしまうという状況で、Xのほかに救助できる人がいないという事例が、義務の衝突論で議論される問題状況である。義務の衝突論では、一人の行為者内部における複数の義務の衝突が問題とされている一方で、不正の侵害者の画定問題は複数行為者による衝突が生じているという点で、両者の問題状況は異なる。もっとも、どちらの議論においても、衝突により侵害されそうになっている法益が複数存在しており、「侵害される利益のうちでより強く保護されるべき利益は何か」を判断しようとしているという点では、両者の問題状況は共通しており、不正の侵害者の同定に関して、義務の衝突論から参考にできる部分もあると考えられる。以下では、まず義務の衝突論に概要を把握した上で、不正の侵害者の画定問題を検討していく。

二　義務の衝突論

まず、義務の衝突論から不正の侵害者の特定問題に転用可能な部分とそうでない部分について検討を加えた上で、転用可能な部分について概観する。(4)

㈠　「義務の衝突論」の不正の侵害者特定問題への転用可能性

1　同等・同質の義務が衝突する場合

義務の衝突論において特に議論されているのは、同等で同質の義務が衝突する場合の解決方法である。この場合に学説は、複数の義務の全てを果たすことができないことから、「不可能は義務を基礎づけない(5)」、「不可能なことを強いるというのは憲法上の過剰の禁止に反する(6)」などとして、行為者がいずれかの義務を果たしていれば残りの義務違反については犯罪とならないと説明している(7)。

この点については、不正の侵害者の特定問題に参照することはできないと考えられる。というのも、これは一人の行為者内の衝突に関する議論であって、不正の侵害者の特定問題においては複数人が衝突しているからである。

2　優越性の判断方法

もっとも、義務の衝突論における義務の優越性の判断方法については、冒頭の事例を解決する道具として活用できると思われる。ドイツにおいても、正当防衛論において前記事例の解決方法が一般的に議論されているわけではないが、この点については、義務の衝突状況の一例として正当防衛状況が挙げられていることが参考になる(8)。

確かに、正当防衛状況においては不正の侵害者は義務に反した行動をとっているかもしれないが、通常、被侵害者に義務の違反はないため、義務が衝突しているとはいえない。しかし、義務の衝突論において、衝突状況は、形式的な義務の有無ではなく、被害者の利益状況に着目して判断されている。例えば、ボートが転覆して、乗船していたAは浜に打ち上げられた一方で、Bがなお海で溺れており、A・Bに対する不救助罪[9]が問題となるとき、仮に行為者Xが泳げず、Bを助けようとすると自己の生命を危険に曝すため、Bに対する作為義務に欠けるにもかかわらず、XがBを救助したという場合であっても、義務の衝突状況は妥当するとされているのである[10]。ここでは、義務ではなくその背後にある利益が衝突していると考えられている[11]。

そして、後述するように、義務の衝突論では、複数人の利益状況に着目した上で、優劣関係が判断されている。正当防衛状況が義務の衝突状況の一場面だというのも、被侵害者が不正の侵害者に優越することが示されていると考えられるだろう。このようにして、義務の衝突論は義務の背後にある利益の衝突に関して、優劣を定める規律と、決定された優劣関係をもとに行為者がどのように行動すべきかを定める規律とに分けられる。前項で述べた、同等、同質の義務が衝突する場合の解決方法は後者にあたり、この点は参考にできないが、前者の優劣関係の判断方法に関して、「侵害される利益のうちでより強く保護されるべき利益は何か」という点は、一人の行為者の内部での衝突と、複数人の衝突とで変わらないと考えられる。

次節からは、義務の衝突論において言及されている、優劣関係の判断方法について、概観していく。

(二) 法益の重要性

ある行為者が複数の義務を同時に負っているときに、義務の優越性を判断するために、通説は義務の奥にある法益の重要性に着目している。義務Pを履行しないことで侵害される利益pと義務Qが保護する利益qを比較して、p＞q

であれば、より大きな利益であるpを保護する義務Pが義務Qに優越する。この場合に、行為者が義務Pを果たし、そのため義務Qを果たせず、利益qが侵害されたとき、行為者は優越する義務Pを果たしていることから、行為者は違法に行為していないとされる。このような、一方の利益が他方に優越する場合には、果たすべき義務が一つに定まるため、そもそも義務の衝突それ自体が存在していないと考えられている。(12)

法益の優越性を判断するにあたっては、法益の価値の大きさだけでなく、危険の程度も考慮される。例えば、交通事故の後、事故現場において、被害者の人命の確保と現場の保全に関して、どちらを第一に行うべきかについては、危険の大きさや現実性を考慮して判断されると説明されており(13)、また、実現まで離れた生命の危険より現実的な健康被害が優越するとも述べられている(14)。これに対して、考慮されない事情として、特に救命行為に関して、人の属性の価値が挙げられる(15)。例えば、救命される者の社会的地位や救命後の生存可能性は、義務の重要性にとって意味をなさないとされている(16)。そのことは、生命の価値の衡量不可能性から導き出されている(17)。

考慮される事情にあたるか議論があるのは、義務の衝突状況の作出に関する落ち度についてである。肯定説は、利益衡量では抽象的な法益の価値だけでなく、衝突状況における具体的な法益保護の必要性も考慮されるとして、衝突状況に関する落ち度も考慮事情に挙げる(18)。そして、衝突状況における複数の被害者に対して法益への危険が同等に存在する場合には、当該衝突状況への落ち度がない被害者の救助が優先するとされている(19)。

㈢　義務の重要性・行為態様

1　行為態様による区別

一方で、義務自体の内容や重要性も考慮されている。例えば、義務の行為態様に関して、作為義務と不作為義務が衝突している場合、原則として、不作為義務が優先するとされている(20)。その理由として一つの見解は、ドイツ刑法典

における法文の多くは、不作為義務を負課する規範を内容としており、これに対して作為義務を提示する法文は例外的である、刑法典一三条は付加的に不真正不作為犯について記述しているのであり、義務の基本形態は不作為義務である、この状況は偶然生じたのではないと述べる。[21] 法秩序や平穏といった観点からは、平穏な秩序は、作為よりも不作為を義務づけることによって、より大きく保障されるのであり、第三者の利益への危険を生じさせる作為に出る者には、その侵襲に関する権利がなければならない。[22] 侵襲の基礎づけに対するコストは「変更者」が負うとするのである。[23]

また、別の見解は、作為か不作為かではなく、積極的侵襲か救助かという視点で、行為態様による義務の優劣を考察する。この見解によれば、刑法典一三条が作為と不作為を同置している以上、保証者的地位に基づく作為義務と不作為義務における義務の重要性は同等であるとする。[24] しかしながら、だからといって作為と不作為が同等になるわけではない。法秩序は積極的侵襲に対する個人の法益の不可侵性を保障している。個人は法益の不可侵性を誰に対しても要求しうる法的地位を持ち、積極的侵襲は、被侵襲者のこの潜在的な地位も合わせて侵害しているという。[25] 刑法典三四条の緊急避難規定は義務に反しない積極的侵襲の領域を拡張し、それは自律と連帯により基礎づけられる。個人は自己の自由領域内における活動を自律的に法的に拘束されることなく行うことができる。他方、社会内における連帯によって個人の自律は制限されることになる。潜在的法的地位の原則的な承認という観点からは、利益衡量によって法的地位が解消、補塡されることになってはならず、そのため著しく保全利益が優越する場合にのみ緊急避難による侵襲が肯定されることになる。[26]

これに対して、特別な義務に基づいて危険に陥っている者を救助する場合（例えば父が溺れている子を助ける場合）、救助しないことによって潜在的な法的地位も同時に攻撃しているわけではないとする。[27] このような考え方からは潜在的な法的地位への侵襲と、害を被る者の自己危殆化が相まって衝突が生じている事例の解決が問題となる。例えば、

自動車運転者Xが交通法規に従って走行していたとき、歩行者Aが突然車道に飛び出してきており、ブレーキを踏むという作為によってAを轢くという事態が避けられ（作為義務）、他方、速度を落とさずに走り続けるという不作為によって、後ろを走行する自動車との衝突が避けられる（不作為義務）、という場合が挙げられている。この場合に、Xは法規に従った行動をとっており、一方でAは交通規範に反して自己を危殆化しているという点に着目して、Xの行動に潜在的な法的地位への侵襲はなく、救助に関する二つの義務が衝突している場合にあたると解されている[28]。

これらの見解は、規範的観点から行為態様の重要性を判断するものと評価できよう。

2　義務の性質による区別

また、義務の性質も考慮要素とされる。例として、刑法上の義務と民法上の義務が衝突している場合には、刑法上の義務の履行が優先するとされている[29]。また、例えば、池でXの子Aと、Aの友人Bが溺れているときや、患者Aの治療に向かう途中の医者Xが、事故により負傷したBに遭遇したときに、保証者的地位にあるXのAに対する作為義務とBに対する不救助罪における一般的救助義務のどちらかしか果たすことができない場合、Aに対する義務が優先するとされている[30]。その理由としては、次のようないくつかの説明がなされている。まず、形式的には不救助罪における一般的作為義務は、条文上「他の重要な義務」がない場合に生じるとされている[31]。また実質的には、保証者的地位に基づく作為義務の違反は、その他の義務の違反より不法の程度が重く[32]、また、その義務を果たすことで保護される利益の大きさに差が生じていることも挙げられている[33]。

この理解に対しては、義務の性質は救助者の管轄の問題であって、利益の大きさには影響をあたえないとする説明も見られる。この見解は、先述した「積極的侵襲は利益保護に関する潜在的な法的地位に対しても攻撃を加える」という立場から、保証者的地位に基づく作為義務の場合には、刑法典一三条において作為と同置されているため、当該

作為義務はその義務の履行により保護される利益にそのような法的地位を授けていると解し、保証者的地位に基づく作為義務の優越性を肯定している[34]。それでも、保証者的地位に基づく作為義務と一般的救助義務が衝突している場合に、一般的救助義務を果たさないことによって害される利益が、保証者的地位に基づく作為義務におけるそれよりも著しく大きいのであれば、果たすべき義務の優先順位は覆される。例えば、事故で軽いけがを負ったAに対してXが保証者的地位にある一方で、Bの生命についても一般的救助義務を負っているときには、Bに関する義務が優越するとされている[35]。

㈣ 小括

以上の義務の衝突論における優劣関係の判断方法をまとめると次のようになる。複数の義務が同時に存在し、その全てを果たすことができないとき、どの義務の履行が優先するかは、①義務違反により害される利益の重要性と、②義務自体の重要性の二つの観点から相関的に判断されていたと説明できる。利益の重要性では、利益の価値の大きさと危険の大きさが判断され、義務自体の重要性では義務の行為態様と義務の性質が着目されていた。例えば作為義務と不作為義務が衝突している場合には、義務自体の重要性については不作為義務が優越するものの、利益の重要性において作為義務が著しく優越する場合には、例外的に作為義務が優先されるとされていた。

三　ドイツの議論から推察される帰結

㈠　ドイツの正当防衛論における前提

もっとも、違法な攻撃者（不正の侵害者）を特定する際に[36]、ドイツの正当防衛論においては、二つ注意しなければならない点がある。第一に、違法の攻撃は人の規範違反行為でなければならないとされている[37]。従って、①利益の重要性や、②義務自体の重要性が判断に使用されるのは、複数人の規範違反により衝突が生じる場合である。冒頭の事例において、自転車に乗ったAは、自転車の故障に一般人の視点で気づきえないという場合には、衝突から生じる危険の大きさなどを衡量する以前に違法な攻撃者にならない。

第二に、ドイツの正当防衛論において、不作為に対して（どのような範囲で）正当防衛により反撃できるかという議論がなされている。多くの見解は、保証者的地位にある者の不作為について「攻撃」であると解し、これに対し正当防衛を肯定する[38]。その根底には、結果回避・惹起について答責的な者のみが法益に対して攻撃が可能であるという考えがある[39]。この理解からすれば、衝突における行為態様を比較する前に、保証者的地位にない者の不作為については、違法な攻撃にあたらないことになる。そのため、冒頭の事例におけるBは、保証者的地位になければ、違法な攻撃者にはならない。

㈡　ドイツの議論の帰結

このような前提の下、ドイツの議論において利益の重要性や義務自体の重要性が有用になるのは、双方の規範違反に基づいて、それぞれの作為もしくは保証者的地位にある者の不作為によって、または作為と保証者的地位にある者

の不作為によって衝突が引き起こされる場合である。作為どうしの衝突の場合として例えば、スマートホンを見ながら歩いているA・Bが、注意すれば避けられたにもかかわらず、互いに気づかず、そのまま歩き続ければAとBが衝突するので、XがAを引っ張ったら、Aが怪我をしたという場合が考えられよう。また、冒頭の事例が、作為と不作為の衝突の一例となりうる。[40] Aが規範違反により自転車を暴走させ、かつBがAの法益について保証者的地位にある場合がこれにあたる。これらの場合に、利益の重要性に関しては、衝突から生じる法益侵害・危険の大きさが判断される。故意・過失が違法に影響するという立場からは、故意行為の方が過失行為より危険が大きい、または義務違反の程度が大きいため、例えば、BがAに気づきつつもこれを避けないという場合であれば、衝突から生じる危険が同等であれば、自転車を制御できないAには過失がなく、これに対し故意で衝突しようとするBが違法な攻撃者ということになるだろう。

最後に、規範違反、利益の重要性が同等の場合、既に述べたように、義務の衝突論における言明は参考にできない。もっとも、法益侵害について答責的な者が違法な攻撃者だとするドイツの議論からすれば、当該衝突について答責的な者をピックアップできないのであれば、違法な攻撃者はいないということになるのではないかと思われる。この場合には、緊急避難による危険の回避が認められるにとどまる。

四　試論

ドイツの議論の帰結は、衝突関与者双方の規範違反に各行為が基づいており、衝突が作為か保証者的地位にある者の不作為により引き起こされる場合に、①利益の重要性と、②義務自体の重要性から、違法な攻撃が存在するかを判断するというものであった。では、わが国においてもこのような判断手法をとることができるだろうか。①利益の重

要性と、②義務自体の重要性、それぞれについて順に検討していく。

㈠　被侵害者の特定

まず、ドイツにおける義務の衝突論の判断要素とされた、①利益の重要性は、被侵害者の特定という意味で、わが国における不正の侵害の特定の際にも有用となると思われる。利益の重要性から被侵害者を特定するとき、冒頭の事例で衝突から生じる法益侵害・危険について、Bと比べてAの方がより大きいのであれば、Aの法益の方がより強く保護に値し、その意味でAは被侵害者である、と考えることができる。そして、被侵害者が特定されれば、保護されるべき法益が一つに定まるため、衝突関与者の双方が正当防衛権を持つという、正当防衛権の対立は生じないことになる。例えば、Aの簞笥が倒れてBと衝突し、Aの簞笥が壊れ、Bも怪我するといった状況であれば[41]、Bが被侵害者となり、Bの法益の保護のための正当防衛権だけが存することになるのである[42]。利益の重要性に着目した、被侵害者の特定という観点は、これまであまり議論されることはなかったものの、衝突から危険が複数人に対抗的に及ぶ場合に、不正の侵害の画定に意味を持つだろう[43]。

そして、このような、利益衡量による被侵害者の特定が、なぜ不正の侵害とかかわるのかは、帰結として不正の侵害にあたらないときには緊急避難の成立可能性が問題となるところからすると、緊急避難との関係性において説明されうる。緊急避難を規定する刑法三七条が、侵害した利益と同等の利益の保全について違法性を阻却していると見れば、利益を衡量して同等の部分を超える危険については、緊急避難制度上生ずべきでないもの、すなわち「不正」だとみなすことができる。このような危険については、緊急避難における対処（補充性、害の均衡性要件）では不十分だと考えるのであれば、例外的に正当防衛において対処する契機が生まれる[44]。

(二) 不正の侵害者の特定

もっとも、被侵害者を特定しただけでは、不正の侵害について完全に特定されていない。例えば、暴力団の組事務所に監禁され、継続的に暴行を受けた被告人が、放火騒ぎの隙を突いて脱出しようと考え、五戸一棟の木造住宅の一室である同事務所に放火した事案につき、緊急避難・過剰避難の成否を問題とした裁判例[45]を、木造住宅全体が不法な監禁手段を構成していたわけではないこと、周辺の建造物への延焼の危険等が発生していることを挙げて、説明する見解が主張されている[46]。監禁された者が放火して五戸一棟の住宅を損壊することによって脱出するというような事案において、正当防衛が成立しえないと考えるならば、通常、監禁された者が被侵害者であるから、利益衡量による被侵害者の特定とは別の理由により、正当防衛の成否が問題とされていると考えなければならない。冒頭の事例に即しても、Aに生じる法益侵害がB側より大きく、Aが被侵害者であると考えただけでは、Aのための正当防衛を誰にも認めないという可能性は排除されない。こうして、被侵害者が誰かということとは別に、不正の侵害者が誰かということが依然として問題となる。では、いかなる事情が「不正の侵害者」の特定に関係するだろうか。

1 行為性・規範違反・帰責性

ここで、不正の侵害者の特定に影響しうるのが、ドイツの議論に見られた、②義務自体の重要性などの規範的観点である。わが国の学説においても、不正の侵害に行為性や規範違反、帰責性を要求する見解が主張されている[47]。このような見解からすれば、衝突に対して行為性がある、または帰責的な人物、ルール違反により衝突を生じさせた人物が不正の侵害者となり、ドイツの議論における帰結と同様の結論に至ることも考えられる。

しかし、不正の侵害に行為性、規範違反や帰責性を要求する見解は、結論的にはやはり妥当でないように思われる。

AがBのバットを使用してXを侵害する場合に、行為性、規範違反や帰責性が認められるAと、認められないBのバットについて、Xの反撃可能性が異なると解するのは首肯できない。従って、行為性、規範違反、帰責性によって不正の侵害を決することはできないと解される。

また、ドイツの議論に見られた、作為と不作為に関する優劣関係や不作為による攻撃の範囲については、ドイツの緊急避難論や不作為犯論に基づいて説明されており、わが国とは議論の根底が異なることから、そのまま採用することは困難であるように思われる。

2　衝突の直接的な原因

これに対して、学説では、危険源かどうかという観点から説明する見解がある[48]。この見解によれば、不正の侵害を構成する手段に対抗する行為について正当防衛が成立し、人や物の存在によって危険の態様や程度が実質的に異なる場合に、その人ないし物が不正の侵害を構成するとされる。そして、例えばテロ目的でハイジャックされた飛行機の乗客は、その存在が危険の程度を実質的に左右しているわけではないため、不正の侵害者ではなく、その一方で、Xが自転車に乗ってYに向かって突っ込んできたが、自転車の荷台には無関係なAが縛り付けられていたというとき、Aの重量により危険の程度が異なるから、Aも不正の侵害者だとされている[49]。そして、この考え方から、先の放火に関する裁判例についても、木造住宅全体が不正の侵害を構成するわけではないと述べられている。

危険の程度を変更させる存在について正当防衛を肯定するという、この見解の考え方は、規範的な観点から不正の侵害を判断する際に生じる難点を避けうる点で妥当だと思われる。この考え方を押し進めれば、不正の侵害とは、「衝突・侵害を構成する、事実的で、直接的な原因」を指すと説明できるかもしれない。このように理解すると、正当防衛は不正の侵害者に対する反撃ではなく、不正の侵害が生じている状況を解消する手段として捉えられよう。本

稿では、仮説として、不正の侵害とは「衝突・侵害を構成する、事実的で、直接的な原因」であると提示して、その上でさらに生じる議論や問題について検討を加えていきたい。

まず、AがBのバットを使用してXを殴ろうとしている事例を用いて、何が侵害を構成する直接的な原因にあたるかを説明すると、以下のとおりとなる。まず被侵害者Xと衝突するのは、Bのバットであるため、この衝突・侵害を直接的に引き起こす原因であるBのバットは不正の侵害を構成する物となる。次に、このバットと運動の一体性がある（Aが運動しなければ、Bのバットは Xと衝突しない）Aの身体も不正の侵害を構成する。このようにして、AもBのバットも不正の侵害を構成すると考えられる。

一方で、この事例において、例えば見張り役の共犯者CやAを支配する間接正犯者Dがいたとして、彼らは当該衝突を直接構成していないため、彼らの行為に因果性があったとしても、それは不正の侵害とはならないのではないかと考えられる。彼らに対しては、緊急避難による対抗が許されることになる。

不作為による侵害に対する正当防衛の可能性も同様の観点から説明できる。[50] 例えば、子どもAが池で溺れているとき、Aの法益侵害（溺死）を直接構成する原因となっているのは、池の水である。従って、不正の侵害を引き起こしているのはこの池であると考えられる。AがBの家にある池で溺れているとき、XがAを助けようとして、Bの家に入り込んだ場合、Bの住居への侵入行為については、不正の侵害を解消する行為として、正当防衛により正当化されうる。これに対して、Aの親Cが、Aを助けられるにもかかわらず、助けないというときに、Cがこの池の管理者・所有者でないならば、Cは不正の侵害を構成する池に関する法益主体でないため、不正の侵害を解消する手段の対象とならず、Cに対しては緊急避難による対抗しかできないと考えられる。[51]

(三)　新たなる問題――不正の侵害と防衛効果――

もっとも、このように衝突の直接的な原因について不正の侵害を肯定すると考えたとき、これに対する反撃が「防衛するための行為」といえるか、正当防衛の防衛効果との関係において二点、問題が生じることとなると思われる。これらの点について、以下で説明したい。

1　被侵害者＝不正の侵害者はありうるか

第一に、被侵害者も不正の侵害を構成するか、という問題が考えられる。行為性、規範違反や帰責性を要求せず、衝突・侵害の直接的な原因という基準で不正の侵害を決するとするならば、例えば、AがBを殴るとき、Aだけでなくも衝突の直接的な原因であることは否定できないため、Bも不正な侵害者となってしまうが、それでもよいのだろうか[52]。まずこの点について検討する。

この問題については、近時の裁判例では、Aが自身の胸部や腹部を包丁で刺すなどの自傷行為を行うおそれがあり、これを防止するために、被告人がAの顔を平手で数回叩き、Aを仰向けに倒して馬乗りになり、その右腕を左手でつかんだ行為について、正当防衛の成立が肯定されている[53]。この事案では、自傷行為が違法かどうかの前提として、Aは被侵害者であると同時に、不正の侵害を構成していることが示されていると考えられる[54]。

これに対して、学説では正当防衛を他者からの自己領域への介入に対する防衛制度と捉える見解がある[55]。この見解は、生じる法益侵害を誰に配分するかという観点から、他者からの介入に対して、被介入者の生活領域の保護のために、正当防衛による対抗を肯定する。この見解からすれば、AがBを殴るとき、介入者はAであるから、被介入者であるBは不正の侵害者とはならない。また、右の裁判例も、自己の領域内で生じたことについては、他者の領域に介

入していないから、Aは不正の侵害者とならないのではないかと考えられる。

また、自傷行為の事例では、自傷行為の被害者は同時に加害者であるから、不正の侵害を構成する者となるとしても、AがBを殴る事例においては加害者Aがいるため被害者Bを不正の侵害の構成者としなくてもよいと考えられるかもしれない。AがBを殴るとき、Aのみが不正の侵害を構成すると解する場合、殴られるBへの侵襲については緊急避難による正当化がありうることになる。例えば、Bの傍にいたXがBを引っ張り、Bに拳があたるのを避けられたという場合に、XのBに対する暴行は、緊急避難による正当化の対象となろう。しかし、緊急避難による解決に頼る場合、Xの行為の正当化は不完全なものとなると思われる。不正の侵害が存在するとき、補充性の枠内において、不正の侵害者に反撃することが求められるから[56]、不正の侵害者への反撃が可能な場合にそれ以外の方法によって害を転嫁するとき、避難行為の補充性が否定され、違法性阻却が認められなくなる。XがAとBの間に位置しており、どちらに干渉してもBへの攻撃が避けられるとして、Xがとっさに Bを引っ張ったとき、緊急避難によって解決する場合、Xの行為は違法とならざるをえないのである。この帰結を回避しようとするならば、Xの行為に正当防衛の成立を肯定するほかない。そのためには、Bも不正の侵害を構成していると評価されなければならない。

このようにして、XのAに対する反撃可能性とBに対する反撃可能性（補充性要件の要否）に違いが生まれてはならないとするならば、正当防衛の対象となる不正の侵害は必ずしも他者からの介入に限られず、法益侵害・危険を構成する事実的・直接的原因という基準で判断されると解することによって、この問題を解決することができる。殴られるBと殴るAの身体的衝突によってBの身体が害されるのであり、Bの身体もこの衝突の直接的な原因となっている。結論として、被侵害者も不正の侵害を構成しうることは認められなければならない[57]。

もっとも、このように考えると、XがBを侵害から回避させようとして引っ張り、その結果、Bが殴られるよりも大きな傷害を被った場合にも、正当防衛が成立してしまうことになる。この場合には、結局被侵害者の保護に失敗し

ているので、正当防衛の成立を肯定してしまうのには問題があるように思われる。この結論を回避するためには、防衛効果をどのように要求するかについて検討される必要がある。

防衛効果について学説では、侵害排除効果が現実に発生したことを要求すると[58]、排除効果が生じるまで正当防衛が成立しえず、侵害者による反撃を許容してしまうことになるため、排除効果の可能性で足りると説明されている[59]。そして、反撃が侵害排除に不十分であった、いわゆる失敗した正当防衛の場合には、防衛成功のリスクを被侵害者に負わせることになり妥当でないとされている[60]。これは、反撃者がリスクを考慮するあまり及び腰になり、侵害者に押し切られてしまい、被侵害者の法益保護が不完全となるという意味に捉えられる[61]。しかしこのことは、被侵害者でない不正の侵害者への反撃という通常の場合に妥当するのであって、侵害を構成する被侵害者に対して防衛行為が行われる場合には、異なって考えることができるのではないだろうか。侵害より大きな害が生じる可能性のある反撃については、その反撃を行っても行わなくても、少なくとも害が被侵害者に生じるため、「侵害者に押し切られるおそれ」が観念できない。ここでは、防衛成功のリスクを被侵害者に負わせない結果、被侵害者＝侵害者であることから、被侵害者に不利益が生ずることとなるのである。

従って、不正の侵害を構成する被侵害者に対して防衛行為が行われる場合には、正当防衛の効果が防衛行為時に生じなければならない点は共通であるため、侵害排除効果の現実の発生までは要求されないものの、被侵害者でない侵害者への反撃という通常の場合と比べて防衛効果の範囲が限定され、侵害より大きな害を引き起こすしかありえないような行為についても、正当防衛の成立が否定される[62]。

2　不正の侵害を構成する法益主体

第二の問題は、正当防衛による対抗が許容されるのは、不正の侵害者の内部において侵害を構成する法益に限られ

るか、というものである。先に見た危険源に対して正当防衛による対抗を認める見解は、「その存在が危険の態様や程度を実質的に変更させる場合」に不正の侵害を肯定していた。ここで、次のような事例を考えてみたい。

Aは、地面に横たわっているBの首を両手で絞めていた。Xには、Aの後ろ姿だけが見え、首を絞められているBは見えなかったが、XはAの履いているズボンの後ろポケットから長財布が出ているのを目にして、Aに後ろから忍び寄って、長財布を盗み取った。Aはポケットから何か抜き出される違和感に気づき、後ろを振り返ると、Xが財布を持って走り去ろうとしていた。AはBの首を絞めるのを止め、Xを追いかけた[63]。

この事例で、Xの行為は正当防衛として正当化されるだろうか。Aの長財布はAの侵害の程度を実質的に変更する存在ではない。そのため、先述の考え方からは、Xの行為は不正の侵害に対抗していないので、正当防衛として違法性阻却される余地がないことになる。しかし、その一方でBに防衛効果が生じていることも否定できない。ここでは、不正の侵害者とされた者について、不正の侵害を構成する利益とそうでない利益を分けて、反撃の対象を決定するべきかどうかが問われる。

結論を述べれば、不正の侵害を構成する法益以外への反撃も、法益主体が同一であれば正当防衛として許容されるように思われる。典型的には、身体的動作による侵害に対して身体に反撃するという事例において、正当防衛の成否が問題とされるが、この典型例では侵害を構成する法益と反撃により害される利益が一致している。これに対して、長財布事例では、両者が一致していない場合の処理が問題にされている。ここで重要なのは、不正の侵害を構成する法益主体か否かではないかと思われる。法益の衝突する状況において、不正の侵害の範囲が、侵害される者の法益の保護の観点から判断されるとき、個人法益については、それが人格の展開のための「指標」として存在していることから、法益が減滅するという法益衝突状況も、厳密には法益同士の衝突ではなく、その法益の主体となった人格どうしの衝突として観念すべきではないだろうか[64]。また、不正の侵害を構成する法益主体である者は、結局何かしらの害

を甘受しなければならないため[65]、反撃の対象を不正の侵害を構成する利益に限定せず、反撃に対応して広く甘受すべき侵襲が決定されると解してもよいだろう[66]。長財布事例では、Aの身体に反撃するときと比べて、Aに生じた害は小さくなっており、限定しないことで不正の侵害を構成する者にとってもより穏当な帰結に至りうるからである[67]。加えて、刑法三六条の文言の上でも、「急迫不正の侵害に対して」を「急迫不正の侵害を構成する法益主体に向けて」と解釈することは可能であろう[68]。

しかし、以上のことが妥当するのは、侵害者となった法益主体に対して、反撃が侵害を構成していない法益に向けられたとき、その反撃によって害される法益pの価値が、侵害を構成する法益qのそれより小さい場合であると思われる。例えば、AがBのバットを勝手に使いXを攻撃してきたとき、Xがバットによる攻撃を避けようとして、たまたま隣にいたBを押しのけ、Bが死亡したという場合に、このXの行為まで正当防衛による正当化を肯定することは妥当とはいえないのではないだろうか。

このような場合にBの生命への侵襲を正当化するためには、侵害の直接的な原因を構成する法益主体であるというだけでは不十分であろう。例えば、BがAにバットを渡してXを暴行するように言ったなどの事情がなければ、正当防衛は成立しえないように思われる。そうだとすると、侵害の直接的な原因を構成する法益を超える価値の法益への反撃が、正当防衛として許容されるためには、侵害の直接的な原因が認められるだけでなく、何らかの他の事情がなければならないと考えられる。そして、どのような事情が必要となるかは、まさに侵害を構成する法益の価値を超える法益、特に生命への侵襲がなぜ許されるのかと関連していると思われる。これは従来、正当防衛の正当化根拠論として扱われてきた問題であるが、検討については他日を期したい。

本項の帰結は次のとおりである。不正の侵害を構成する法益主体の内部においては、反撃の対象は「衝突・侵害を直接構成する原因」に限定されない[69]。しかし、不正の侵害を構成する法益を超える法益への侵襲は、別の事情が必要

になる。不正の侵害を「衝突・侵害を直接構成する原因」だと理解する立場から出発しても、それだけで全てを説明することはできず、正当防衛成否の基準は二元化されると考えられる。

㈣　冒頭の事例に対する一つの解答

以上で示された不正の侵害の判断方法は、①利益衡量による被侵害者の特定と、②衝突の直接的な原因を構成する法益主体による不正の侵害者の特定というものであった。冒頭の事例について、①に関しては、AとBの衝突によって、より大きな危険がどちらに生じるかが判断される。Aに生じる危険がより大きければ、Aが被侵害者となる。生じる危険の大きさに差がなければ、優越的に保護されるべき法益がないということになり、正当防衛ではなく、緊急避難による正当化が認められるにとどまる。

②について、衝突の直接的な原因を構成する法益主体には被侵害者も含まれるため、Aが被侵害者だったとき、その衝突の直接的な原因であるAもBも不正の侵害者となる。Bに対しては、通常の正当防衛行為が許容されることになり、例えばXがBを押しのけ、衝突は避けられたがBが負傷した場合、正当防衛が成立しうる。他方、Aは同時に被侵害者でもあるため、防衛効果の点で制限が加えられる。Aを横から押して生じる害が、AとBとの衝突によって生じる害よりも大きくなるしかありえないような反撃は、防衛するための行為といえず、正当防衛が成立しえない。そのような行為でなければ、とっさにXがAを横から押したという場合、Xの行為は正当防衛として正当化されうる。

五　おわりに

最後に、本稿の不正の侵害者観から正当防衛の法的性質に関して見出しうる視点について述べたい。まず、正当防

衛の対象が「侵害を構成する事実的・直接的な原因」となった者に限られる理由については、次のように考えることができる。

「侵害を構成する事実的・直接的な原因」となった者とそうでない者では、反撃可能性に違いが生まれる。前者に対しては正当防衛が可能であるが、後者に対しては緊急避難により害を転嫁することしかできない。正当防衛と緊急避難の差異は可能な反撃の範囲においてだけでなく、効果においても見られる。学説では、緊急避難に対して緊急避難により害を避けることは可能だとされている一方で[70]、正当防衛に対して緊急避難はできないとされている[71]。これは、緊急避難状況においては、害の均衡性の範囲で、誰も法益侵害を被る必要はないとされる一方で、不正の侵害者となった者には、その衝突を解消するために生じる害を一手に引き受けて甘受してもらうのが望ましいと判断されているということであろう[72]。

このように、正当防衛状況において、不正の侵害者に害を甘受させることで衝突を解消させようとする背景には、緊急状態の継続による弊害が大きいことが考えられないだろうか。緊急避難状況では、転嫁により生じる害が増加しない限りで、誰も危難を引き受ける必要はないから、緊急状況は継続しうる。例えば、坂の上から大きな石が転がってきて、Aが石を避けるために傍にいたBを押しのけたという場合、Bは生じる害が小さくなるのであれば、さらに、傍にいたCを押しのけて自己への害を避けることが可能である。このように緊急状況とそれに対する対処可能性が継続するとき、そこに潜む弊害は、事態の全体を把握していない者が、新たに緊急状況を作り出すというかたちで現れる。AがBを押しのける場に居合わせたDが、石が転がってくるのには気づかず、ただAがBに暴行していると思って、Bを守るためにAに反撃するということも、さらに、DがAに攻撃していると見てEがDに反撃することも可能性として考えられる。

このような緊急状況の拡大のおそれは、人の認識可能性の限界からは不可避であり、緊急状況が続く限りこのおそ

れも生じ続けるので、緊急状況を即座に終了させる必要性が生じる。そこで、侵害を生じさせる直接的な原因に対しては、これを排除すれば緊急状況は終了するので、排除のための反撃を正当防衛として正当化することにより、緊急状況の拡大のおそれに対処していると理解できる。すなわち、反撃により生じる害に対して、反撃による緊急状況の拡大のおそれの極小化が比肩しうる要素だと判断されているため、制度的に正当防衛の対象が不正の侵害に限定されていると考えられるのである。このようにして、侵害を直接的に構成する原因に対して、正当防衛が許容されることになる。

このような理解からは、緊急状況の拡大のおそれが小さい場合には、不正の侵害といえないという帰結に至りうる。すなわち、緊急状況で生じる侵害が微小であれば、害の均衡性を充たす転嫁の可能性が減少するため、緊急状況拡大のおそれも減ると考えられる。例えば、繁華街や満員電車内での軽微な身体的接触などは、害の均衡性を充たす転嫁行動が限られるため、不正の侵害と評価されず、正当防衛の成立が否定される(73)。

さらに、緊急状況拡大のおそれに関するこのような考え方は、正当防衛状況において平穏が害されていることの一側面を説明するものであると理解できる。すなわち、平穏が阻害されていることによる弊害が、緊急状況の拡大というかたちで現れるのである。平穏と正当防衛の関係性については、侵害の継続性の議論において触れられることがあったが、不正の侵害に関する本稿の考え方からは、必ずしもこの議論に限られず、正当防衛状況に通底する要素として平穏阻害が正当防衛の成立要件に関係しているという可能性が示唆される(74)。その一方で、侵害を構成する直接的な原因について不正の侵害を肯定するという考え方をとっても、侵害を構成する法益を超える利益、特に生命への反撃が正当防衛として正当化されるためには、別の観点からの説明が必要となってくることも指摘された。反撃により生じる害と平穏阻害を比較して、侵害の直接的な原因となった者に向けて正当防衛が許容されることと、生命に対する侵襲が正当化される根拠は別に存在すると考えることもでき、この点に正当化根拠論がかかわるといいえよう。

また、本稿の考え方に沿って、被侵害者への侵襲も正当防衛として許容されると解したとき、侵害者に反撃するか、被侵害者を侵襲しつつ助けるか、防衛行為者にとって判断が困難となることも想定され、問題は防衛行為の相当性などにも波及するように思われる。例えば、相当性は侵害者と被侵害者を合わせて、全体を考慮して判断されるのか、それとも反撃により侵襲される者ごとに個別に判断されるのかといった議論が生じうる。本稿で提示した仮説が、真に主張できるものであるかは、正当化根拠論、他の要件論との関係性や、それぞれの要件論の内実の検討を踏まえた上で、再度考察することとしたい。

※本稿は、平成二八年度慶應義塾大学大学院博士課程学生研究支援プログラムの助成を受けて執筆されたものであることを謝して記す。

（1）　大判昭和八年九月二七日刑集一二巻一六五四頁。

（2）　前掲注（1）大判昭和八年は、小学校の一室で協議していた区民会役員が、正当業務行為として暴行を用いて、悪口雑言を放つ被告人を室内より追い出したのに対して、被告人が暴行を行った事案だと考えられる。

（3）　なお、旧刑法起草期においては、刑法草案は正当防衛を「非理の凶行」を受けた者について認めていたが、この非理の凶行をめぐって、親の暴行に対する子の反撃が正当防衛とされるか議論されていた。ボアソナードは親の暴行も非理の凶行にあたると解し、日本側は親の身体は子の身体より重いとして、反論していた。最終的には、西洋の習慣と日本の習慣が異なるため、暫時ボアソナードの見解に従いつつ、日本の習慣にならって校正によって文言を変えるという方向性で議論が終結している。西原春夫＝吉井蒼生夫＝藤田正＝新倉修編『旧刑法〔明治13年〕(3)-Ⅲ　日本立法資料全集34』（信山社・一九九七）一九四頁参照。旧刑法三一四条では、非理の凶行という文言は削除されている。

（4）　わが国における義務の衝突論に関する論稿として、勝亦勝彦「違法阻却事由としての義務の衝突とその類型に関する考察（一）～（四・完）」早稲田大学大学院法研論集七四号（一九九五）八五頁以下、七五号（一九九五）五五頁以下、七七号（一九九六）二七頁以下、七八号（一九九六）六九頁以下、同「作為義務と作為義務の衝突における独自性について――

『作為義務と作為義務の衝突』と『作為義務と不作為義務の衝突』の関係――」西原春夫先生古稀祝賀論文集編集委員会編『西原春夫先生古稀祝賀論文集第一巻』（成文堂・一九九八）三三九頁以下参照。本稿では不正の侵害者の特定に関係する範囲で義務の衝突論に言及したい。

（5） *Walter Gropp*, Die "Pflichtenkollision": weder eine Kollision von Pflichten noch Pflichten in Kollision, in: Thomas Weigend und Georg Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, Berlin 1999, S. 215 f.

（6） *Horst Schlehofer*, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. München 2011, Vor §§ 32 ff., Rn. 217.

（7） *Thomas Rönnau*, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Aufl. Berlin 2006, Vor § 32, Rn. 124; *Theodor Lenckner/Detlev Sternberg-Lieben*, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. München 2014, Vor §§ 32 ff., Rn. 76.

（8） *Günther Jakobs*, Kommentar: Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision, in: Albin Eser/Haruo Nishihara/Karl-Friedrich Lenz (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung IV, Tokio 1993, S. 171.

（9） ドイツ刑法典三二三条cは「自己又は公共の危険若しくは緊急の際に、救助が必要であり、当該状況によれば行為者に救助を期待することができ、特に自身への著しい危険も他の重要な義務に違反することもなく救助が可能であったにもかかわらず、救助を行わなかった者は、一年以下の自由刑又は罰金に処する。」と規定している。訳は法務資料四六一号（法務省大臣官房司法法制部・二〇〇七）一九五頁による。

（10） *Ulfrid Neumann*, Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen–Rechte, Pflichten und Interessen als Elemente der rechtfertigenden "Pflichtenkollision"–in: Bernd Schünemann/Hans Achenbach/Wilfrid Bottke/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin 2001, S. 433 ff.

（11） *Gropp*（前掲注（5）), S. 211; *Neumann*（前掲注（10）), S. 433 f.

（12） *Gropp*（前掲注（5）), S. 211.

（13） *Rönnau*（前掲注（7）), Vor § 32, Rn. 122; *Lenckner/Sternberg-Lieben*（前掲注（7）), Vor §§ 32 ff., Rn. 74.

（14） *Lenckner/Sternberg-Lieben*（前掲注（7）), Vor §§ 32 ff., Rn. 74.

（15） *Claus Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., München 2006, § 16, Rn. 124.

（16）*Lenckner/Sternberg-Lieben*（前掲注（7）），Vor §§ 32 ff., Rn. 74. また、救助の動機も考慮されないとされる。*Rönnau*（前掲注（7）），Vor § 32, Rn. 123.

（17）*Roxin*（前掲注（15）），§ 16, Rn. 124.

（18）*Neumann*（前掲注（10）），S. 423; *Roxin*（前掲注（15）），§ 16, Rn. 62.

（19）*Roxin*（前掲注（15）），§ 16, Rn. 123.

（20）これに対して、不作為義務と作為義務を同等だと捉える見解もある。*Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996 Berlin, S. 367; *Hans-Ullrich Paeffgen*, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl. Baden-Baden 2013, Vor §§ 32 ff., Rn. 171.

（21）*Gropp*（前掲注（5）），S. 208 f.

（22）*Gropp*（前掲注（5）），S. 209.

（23）*Gropp*（前掲注（5）），S. 209.

（24）*Neumann*（前掲注（10）），S. 425.

（25）*Neumann*（前掲注（10）），S. 426. これに対して、個人の手によらない不幸による侵害については、法秩序は法益の不可侵性を保証しておらず、自己責任になるという。

（26）*Neumann*（前掲注（10）），S. 426.

（27）*Neumann*（前掲注（10）），S. 427.

（28）*Neumann*（前掲注（10）），S. 427.

（29）*Rönnau*（前掲注（7）），Vor § 32, Rn. 121; *Lenckner/Sternberg-Lieben*（前掲注（7）），Vor §§ 32 ff., Rn. 75.

（30）*Lenckner/Sternberg-Lieben*（前掲注（7）），Vor §§ 32 ff., Rn. 75. 少数の見解は、義務の性質を区別せず、利益の大きさのみで優越性を判断する。*Hermann Blei*, Strafrecht 1. Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 18. Aufl. München 1983, S. 333 f.; *Kristian Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. München 2012, § 18, Rn. 137. この点については、勝亦「作為義務と作為義務の衝突における独自性について」前掲注（4）三五六頁以下も参照。

（31）*Rönnau*（前掲注（7）），Vor § 32, Rn. 125; *Schlehofer*（前掲注（6）），Vor §§ 32 ff., Rn. 209.

（32）特別な義務は一般的な義務に優越するとも述べられている。*Paeffgen*（前掲注（20）），Vor §§ 32 ff., Rn. 176.

（33） *Schlehofer*（前掲注（6）), Rn. 210.
（34） *Neumann*（前掲注（10）), S. 436.
（35） *Schlehofer*（前掲注（6）), Vor §§ 32 ff., Rn. 211.
（36） ドイツ刑法典三二条二項は「正当防衛とは、現在の違法な攻撃から自己又は他の者を回避させるのに必要な防衛である。」と規定している。訳は法務資料四六一号・前掲注（9）二七頁による。
（37） *Roxin*（前掲注（15）), § 15, Rn. 14; *Walter Perron*, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. München 2014, § 32, Rn. 21.
（38） ドイツの議論については、*Heribert Schumann*, Notwehr gegen Unterlassen?, in: Wilhelm Degener/Michael Heghmanns (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Dencker zum 70. Geburtstag, Tübingen 2012, S. 287 ff.; *André Stahl*, Notwehr gegen Unterlassen, Baden-Baden 2015, S. 35 ff. 学説では、全面肯定説、一部肯定説（保証者的地位にある者に限定する見解、不救助罪などの一般的救助義務の違反も含まれるとする見解）、全面否定説があるとされる。正当防衛の成立を否定する見解は、緊急避難の問題だとする。
（39） *Stahl*（前掲注（38）), S. 109 ff.
（40） 不作為どうしの衝突としては、自転車で走行中のAとBの双方が、ブレーキをかけて互いを容易に避けられるにもかかわらず、避けずに衝突する場合が考えられる。
（41） 侵害行為として赤子が投げられたという例において、この赤子に対して正当防衛できるかが議論されているが、通常、赤子と成熟した者の衝突であれば、成熟した者に生じる危険より赤子に生じる危険の方が大きいため、赤子が被侵害者となり、成熟した者のための正当防衛はできない。もっとも、外側に針を向けた剣山つきの毛布で赤子が包まれているような場合には、成熟した者が被侵害者となる可能性もありうる。
（42） なお、前提として、それぞれの法益侵害・危険がマイナスと評価されていなければ、利益衡量の必要性が生じない。例えば、警察官Aが犯罪の現場で犯罪者Bを現行犯逮捕し、AがBの腕を摑んでいるというときや、被侵害者Bが侵害に同意しているような場合、Bの身体に関する法益侵害・危険は、Aの行為が法令行為や被害者の同意がある行為として正当化されるため、マイナスと評価されない。そのため、AとBに関する利益衡量するまでもなく、Bは被侵害者から外れることになる。

（43）　このように考えたからといって、不正の侵害の成立範囲が従来のそれよりも広くなりすぎる、または狭くなりすぎることにもならないと思われる。例えば、Aがより高価な自己の物を使って、より廉価なB所有の物を壊そうとしており、衝突によってどちらも破壊されるというときにも、Aが自己の物の損壊について同意しており、Aの物の法益性が欠如するため、Aが被侵害者となることはない（同意は「侵害」の有無にかかわると考えられる）。また、AがC所有の高価な物を使って、B所有の廉価な物を壊そうとしているとき、利益の重要性の観点からはCが被侵害者となるが、そのときには、BはCの物を保護するための正当防衛をAに対して行うことができ、正当防衛が全くできないという状況にはならないだろう。

（44）　本稿が問題とする対抗的な衝突状況では、当該衝突により双方に危険が及ぶのに対して、緊急避難状況においては一方の法益が保全され、他方が害されるという点に違いが見られる。しかし、双方の法益を同時に保全できない状況において、どちらの法益が保護されるべきかという点では、両状況は共通していると思われる。なお、衝突状況において誰が一番に保護されるべきかに関する基礎づけは、緊急行為を超えた一般的な見地から説明できるかもしれない。例えば、鉄道利用客が故意または過失で線路に転落したとき、来る可能性がある列車との関係においては、当該利用客がむしろ被害者といえるため、（過失）往来危険罪は成立しないのではないだろうか。もしそうだとすれば、より一般的な不法という観点から保護の対象が決定されるかもしれない。

（45）　大阪高判平成一〇年六月二四日高刑集五一巻二号一一六頁。

（46）　橋爪隆「正当防衛論」川端博＝浅田和茂＝山口厚＝井田良編『理論刑法学の探究①』（成文堂・二〇〇八）一一一頁。

（47）　不正の侵害を本来やめさせるべき無用なものであると捉え、行為性を要求する見解として、高山佳奈子「正当防衛論（上）」法学教室二六七号（二〇〇二）八五頁、不正の侵害にルール違反を要求する見解として、小田直樹「正当防衛の前提要件としての『不正』の侵害（四・完）」広島法学二〇巻三号（一九九七）一二四頁、帰責性を要求する見解として、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣・二〇〇八）二七三頁。

（48）　橋爪・前掲注（46）一〇八頁以下。

（49）　橋爪・前掲注（46）一一一頁。

（50）　学説では、ドイツの議論と同様に不作為が「侵害」となりうるかが議論されている。伝統的には、侵害は積極的侵害（作為）でなければならないかという問題と、現状の変更がなければならないかという問題が同一に扱われ、債務不履行に対する正当防衛の成立可能性が不作為による侵害において議論されていたが（勝本勘三郎『刑法要論（総則）』〔有斐閣・一九一

三）二三四頁、宮本英脩『刑法学綱要〔第七版〕』〔弘文堂・一九二八〕三〇〇頁以下）、犬の所有者Aが、Bに飼い犬が噛みつくのを止められるのにもかかわらず傍観している場合を見れば明らかなように、侵害が作為に限られるかと、現状の変更がなければならないかは別の問題である。「債権」に対する攻撃が「侵害」を構成するかどうかは、後者に関して侵害の性質が主に問題とされているのであって、不作為による侵害の問題とは切り離して考えるべきであるように思われる。最決昭和五七年五月二六日刑集三六巻五号六〇九頁は、「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、いまだ刑法三六条一項にいう『急迫不正の侵害』があるということはできない」と述べて、正当防衛の成立を否定しているが、本件調査官解説では、「実力による反撃行為、権利保全行為を正当化するにふさわしい積極的な侵害性、事態の緊急性」が認められなければならないと述べられている（金築誠志「判解」最高裁判所判例解説刑事篇（昭和五七年度）〔一九八六〕一八四頁以下）。本決定も、単なる不作為が問題とされているが、その実質的な根拠づけは作為か不作為かではなく、侵害の性質からなされていると考えられる。

(51) 学説では、不作為による侵害について、住居などから退去しない場合（井田・前掲注（47）二八一頁、この場合の否定説として、勝本勘三郎『刑法要論（総則）』〔有斐閣・一九一三〕二三四頁）、授乳しないで乳児を餓死させる場合（泉二新熊『日本刑法論上巻』〔有斐閣・一九三九〕三六九頁、江家義男『刑法（総論）』〔千倉書房・一九五二〕一〇〇頁、植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』〔勁草書房・一九七五〕一〇〇頁）、急患診療の求めに応じない開業医に診療させる場合（宮本・前掲注(50)三〇一頁、青柳文雄『刑法通論Ⅰ総論』〔泉文堂・一九六五〕二〇一頁）が、正当防衛による対抗が許される事例として挙げられている。不退去の場合は、人の存在が住居権侵害の原因を直接構成しているため、不正の侵害を肯定できる。これに対して、授乳しないで乳児を餓死させる場合、急患診療の求めに応じない開業医に診療させる場合は、母親や開業医は法益侵害・危険の事実的・直接的な原因となっていないため、不正の侵害は生じていないと考えられる。もっとも危険は存在しているため、「現在の危難」があり、緊急避難は成立しうるだろう。

(52) なお、泉二・前掲注（51）三七六頁では、「侵害ハ侵害者以外ノ者ノ権利ニ對シテ行ハルルコトヲ要ス」と述べられているが、ここでは被侵害者の権利が特定されなければならず、例えば公然わいせつ行為に対して正当防衛はできないことが問題とされている。

(53) 横浜地判平成二八年一月二九日裁判所ウェブサイト。評釈として、安田拓人「判批」法学教室四三〇号（二〇一六）一四八頁。

（54）本判決ではAの自傷行為について、「Aが自身の胸部や腹部を包丁で刺すなどという生命に危険が及びかねない行為であって、自殺関与罪が刑法上規定されていることも踏まえると、違法と評価すべきものと解される」と述べられている。これは、マイナスと評価される侵害が存するかという点に関係すると考えられるが、検討は別の機会に譲りたい。

（55）坂下陽輔「正当防衛権の制限に対する批判的考察（五・完）」法学論叢一七八巻五号（二〇一六）七〇頁以下。小田・前掲注（47）一二四頁は、他者からの不干渉ルールに言及する。

（56）山口厚『刑法総論［第三版］』（有斐閣・二〇一六）一五一頁。

（57）このような事例として、自らを身体的に傷つける場合だけでなく、例えば、Aの飼い犬がAの飼い猫に攻撃しているところに居合わせたXが、飼い犬に傷害を加え、飼い猫を保護するといった場合も考えられる。また、この種の事例において被侵害者も不正の侵害を構成すると考えたからといって、緊急避難の成立可能性が排除されるわけではない。

（58）このような見解として、山本輝之「優越利益の原理からの根拠づけと正当防衛の限界」刑法雑誌三五巻二号（一九九六）五三頁。

（59）山口・前掲注（56）一三二頁以下。過剰防衛にしかなりえない行為については防衛効果がないとされているが、ここで問題とされている、被侵害者が不正の侵害を構成する場合に、不正の侵害より大きな害が被侵害者に生じたとき、必ずしも過剰防衛になるわけではないとする通説の立場からは、必ずしも全ての事案において正当防衛成立が否定されるとはならないと思われる。

（60）山口・前掲注（56）一三三頁。

（61）今井猛嘉＝小林憲太郎＝島田聡一郎＝橋爪隆『刑法総論［第二版］』（有斐閣・二〇一三）二〇六頁〔橋爪隆〕。

（62）防衛のための行為といえないため、過剰防衛の成立も否定されると考えられる。

（63）偶然防衛の一例であり、いずれにせよ犯罪が成立する可能性があるが、偶然防衛の議論は急迫不正の侵害の存在を前提としているため、このことは本稿の議論に影響しない。

（64）その上で、前項で述べたように、同一人格における対立も観念しうると考えられる。

（65）挙げた例に即せば、Aは、Bへの侵害を止めるためになされた、自己の身体への侵襲を甘受しなければならないだろう。

（66）今井ほか・前掲注（61）二〇六頁以下では、「被侵害者を保護するために、侵害者に対する法益侵害が一定の範囲で正当化されるのであれば、いわば『大は小を兼ねる』として、その範囲に包摂される法益侵害ないしその危険についても、正当

防衛として正当化されるという考え方もあり得る」と述べられている。

(67) これまで正当防衛が成立すると考えられてきた、身体的動作による侵害に対して、例えばナイフを示し脅すことによって、意思決定作用に影響を与え、防衛するという事例についても、厳密には、身体という侵害を構成する法益と、意思活動に関する法益は区別されうるように考えられる。

(68) 山口・前掲注(56)一三二頁においても、「侵害者に認識されずに、侵害に利用されてもいないその所有物を密かに破壊する行為など、およそ侵害排除の役に立たない法益侵害」は防衛効果がなく正当防衛が成立しないと述べられているが、これも、当該行為が急迫不正の侵害に対する反撃であることが前提とされていると考えられる。

(69) 前掲の正当防衛の対象を危険源に限定する見解において、継続的に暴行を受けた被告人が、木造住宅の一室である事務所に放火した事案につき、緊急避難・過剰避難の成否を問題とした裁判例について、木造住宅全体が不法な監禁手段を構成していたわけではないことが、緊急避難・過剰避難成否の問題となったことの理由の一つとして挙げられていたが、これは、事務所以外の部屋や木造住宅全体の所有者、管理者が、事務所の所有者、管理者と異なっていることが背景にあると考えられる。もし、Aが一人で所有する戸建ての住居の一室に監禁された者が、放火し住居全体を燃やした場合、住居の損壊については、正当防衛の対象となるべきであるように思われる。

(70) 井田・前掲注(47)三〇四頁。

(71) 西田典之『刑法総論〔第二版〕』(弘文堂・二〇一〇)一四四頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣・二〇一三)一八三頁以下。これに対して、堀内捷三『刑法総論(第二版)』(有斐閣・二〇〇四)一六七頁、井田・前掲注(47)三〇四頁では、正当防衛に対する緊急避難の成立可能性が肯定されている。正当防衛に対する緊急避難の成立を肯定する場合、正当防衛に対する反撃を肯定することになり、害の均衡性を充たさなくても被侵害者を保護するという正当防衛制度の趣旨に反することになるため、妥当でないように思われる。

(72) 侵害者に対する正当防衛と、第三者に対する緊急避難が可能なとき、緊急避難の補充性要件において正当防衛行為が他の手段と判断され、緊急避難が成立しなくなるという点も、このことの証左となりうる。

(73) 東京地判昭和六三年三月四日判タ六九一号二四八頁では、酒に酔って他の客に絡んでいた被害者Aに、飲食店の店員である被告人が注意したところ、Aから「表に出ろ」と言われ、押されるようにして出入り口付近まで行った際、Aから手で肩を摑むようにされたため、相手の手首を摑んで強く歩道上に引っ張り出す暴行を加え、Aの頭部を歩道上の石柱にぶつけ死

亡させた事案について、「Aの有形力の行使は被告人の右肩に置いていた手に肩を掴むように突然力を加えたという程度のものであり」、被告人の感じた身の危険が「漠然とした不安感にとどまるもの」であったとして、「侵害」の存在が否定されている。本件判示内容は、Aの有形力の行使が、より強度のある、例えば殴りかかるといった暴行に発展する可能性がない、またはその危険性が抽象的なものにとどまるため、「侵害」の存在が否定されたと理解できる。そして、この説明の前提には、反撃時点での被告人の肩を摑むという有形力の行使自体が、本判決では「不正の侵害」と評価されていないということがあったと考えられる。すなわち、反撃時点での有形力の行使が「不正の侵害」といえず、当該有形力の行使が発展する可能性もなく、さらなる「侵害」が存在しないため、正当防衛が成立しないということであろう。本件の評釈として、川端博「判批」法学セミナー四一六号（一九八九）九八頁では、「被告人の感じた身の危険が漠然とした不安感にとどまるものであったこと」は、侵害の急迫性の問題に位置づけられているが、「侵害」それ自体、反撃時から見て将来に生じる性質を持ったものであるため、「侵害」の問題に位置づけた上で、その認定のための事実として被告人の不安感を挙げた本判断が誤りとはいえないだろう。

（74）本稿の考え方では、平穏の阻害は自救行為と正当防衛の限界に関するだけではなく、緊急避難と正当防衛の限界にも関わると考えられる。

山田　雄大（やまだ　ゆうだい）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程
所属学会　日本刑法学会
専攻領域　刑法
主要著作　「刑法三六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』第一〇三号（二〇一四年）
「正当防衛の時間的制約をドイツにおける歴史的沿革」『法学政治学論究』第一〇七号（二〇一五年）
「ドイツにおける正当防衛の開始時期をめぐる議論について」法学政治学論究』第一〇九号（二〇一六年）