

国家による緊急救助（1）

山本和輝

目次

第1章 序論

第1節 本稿の検討対象

第2節 本稿の問題意識

第3節 本稿の検討課題

第4節 本稿の検討順序（以上、本号）

第2章 防衛権限の射程に関する問題

第3章 正当防衛権の行使主体に関する問題

第4章 結論

第1章 序論

第1節 本稿の検討対象

国家機関に属する者は、正当防衛権の行使主体となりうるのか？これが、本稿の検討対象である、いわゆる「国家による緊急救助」の問題である。

この問題領域は、第1に、立法者が国家による危険防御措置についての明示的な規定を定めていない場合、国家機関に属する者は、根拠規定の不存在がゆえに当該危険防御措置を行えないのか、それとも正当防衛規定を援用しうるか？という形で顕在化する¹⁾。

第2に、仮に明示的な規定が存在する場合であっても、当該危険防御措置が

1) 松生光正「例外状態と国家的行為の正当化」刑法雑誌第53巻第1号（2013年）88頁。また、「国家による緊急避難」を論じる脈絡で同様の指摘を行うものとして、神山敏雄「刑法上の緊急避難と国家行為（上）——最近のドイツ判例・学説の論争から——」ジュリスト695号（1979年）101頁。

明示的な規定に違反する場合には、やはり同様の問題が顕在化する²⁾。

第3に、特定の危険防御措置についての明示的な規定が存在する場合には、当該規定と刑法上の正当防衛規定はいかなる関係に立つのかという問題も生じる。この問題は、とりわけ、一見するといずれの規定も適用可能であるようにみえる交錯事例において、どちらの規定が適用されるのか？、あるいはいずれの規定も適用可能であるとすれば、いずれの規定が優先的に適用されるのか？ という形で顕在化しうる。

第2節 本稿の問題意識

第1款 「国家による緊急救助」を論じる理論的意義

以上では、本稿の検討対象である「国家による緊急救助」という問題領域の説明を行った。しかし、そもそも何故、「国家による緊急救助」は論じられる必要があるのか？ 以下では、この点について論じることとしたい。

これまで、わが国の刑法学は、正当防衛を論じるにあたって、正当防衛権の行使主体が私人であることを念頭に置きながら議論を展開する傾向にあった³⁾。例えば、わが国の代表的な刑法学者として知られる団藤重光は、自身の教科書において、以下のように述べている。すなわち、正当防衛・緊急避難などの緊急行為は、「緊急のばあいにおいて、法による本来の保護を受ける余裕のないときに許される。すなわち法秩序の侵害の予防または回復を国家機関が行ういとまのないばあいに、補充的に私人にこれを行うことを許すものである」、と⁴⁾。この団藤の記述からは、「国家機関による法秩序の侵害の予防又は回復」と「私人による緊急行為」という対比が念頭に置かれていることが窺われる。

以上のような対比を踏まえるとき、私人ではなく、国家機関に属する者が防衛行為を行った場合にも正当防衛規定を援用しうるのか？ という疑問が生ずる。というのも、仮に国家機関に属する者に正当防衛規定の援用を認めた場合、国家

2) 松生・前掲(注1)88頁。

3) 松生光正「国家と緊急救助」竹下賢ほか編『法の理論35』(成文堂・2017年)36頁以下参照。さらに、原田保『刑法における超個人的法益の保護』(成文堂・1991年)123頁以下も参照。

4) 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(創文社・1990年)232頁以下。

機関が法秩序の侵害の予防または回復を行ういとまのないばあいに、国家機関に属する者が緊急行為を行うことになるが、それは形容矛盾であるようにも感じられるからである。換言すれば、団藤の記述がまさしくそうであるように、従来、正当防衛・緊急避難に代表される緊急行為は、あくまで私人の権利として想定されてきたはずであり、それゆえに国家（あるいは国家に属する者）に対しても同様の権利を認めうるかが問題となりうるのである⁵⁾。

加えていえば、国家機関による危険防御措置につき、刑法上の正当防衛規定の援用を認めることは、躊躇を感じさせるものでもある。すなわち、仮に国家機関による危険防御措置も刑法上の正当防衛規定を援用しようと考えた場合、正当防衛規定は、實際上、（例えば、テロ対策等の目的で行われる）国家による危険防御措置にとっての一般的な根拠規定としての役割をも果たすことになる⁶⁾。しかしこのような理解に対しては、松生光正が指摘するように、「国家の主権の発動としての行為」につき、「そもそも通常私人の犯罪行為に適用されることが予定されている刑法上の違法阻却事由の適用が当然であるとはいえないのではないかという疑問」が生じる⁷⁾。「なぜなら、国家は処罰権力を行使する側であるから、処罰権力から免れさせるという違法阻却事由の論理を直ちに適用してよいといえるかについては躊躇が感ぜられるからである」⁸⁾。

このように見ると、「国家による緊急救助」という問題領域は、本来的には私人の権利として想定されている正当防衛権を国家機関の権利として構成することは許されるのか？ という理論的に見て重要な問いを含んでいるといえる。

5) 松生・前掲（注3）36頁以下参照。

6) 例えば、わが国においては、サイバー攻撃に対する反撃措置の正当化にあたり、正当防衛ないし緊急避難規定を法的根拠とする案が存在するようである（日本経済新聞2017年5月17日朝刊1頁。さらに、松村昌廣「我が国のサイバーセキュリティ戦略の欠点と展望——『平和国家』体制の桎梏への対応を考える」情報通信政策5巻2号[2022年]89頁において、自衛隊や法執行機関によるサイバー分野における警察行動にも正当防衛規定を援用することが可能であるとの想定を前提としているような記述が見受けられる。）。この種の案は、(自覚的であるにせよ、無自覚的であるにせよ)正当防衛規定に対し、国家による危険防御措置の一般的な根拠規定としての役割を付与する考え方を前提とするものだと見える。

7) 松生・前掲（注1）88頁以下。

8) 松生・前掲（注1）89頁。

第2款 「国家による緊急救助」を論じる実践的必要性

それにもかかわらず、わが国において、この問題領域それ自体が論じられることは全くなかったわけではないにせよ、あまり多くなかった⁹⁾。その背景には、もしかすると、この問題領域を論じることの実践的意義は大きくないという想定があったのかもしれない。しかし、実際には、この問題領域はさまざまな個別事例の解決を図る上で一定の解釈論的・立法論的意義を有しうるものであり¹⁰⁾、それゆえに実践的に見てもこの問題領域を論じる必要性は高い。

まず、第1章第1節で示した第1及び第2の問題との関連でいえば、いわゆる tragic choice 事例（悲劇的な選択の事例）を検討する上で重要な意義が認められる¹¹⁾。tragic choice 事例のうち、「国家による緊急救助」に係る個別的問題として、例えば、「国家による救助のための拷問」事例が挙げられる¹²⁾。「国家による救助のための拷問」が問題となる場面として主として想定されるのは、国家に属する者が、誘拐された人間を助けるため、犯人グループに属する者に対して拷問を行い、居場所を吐かせる事例である¹³⁾。その具体的事案として、2002年にドイツで起こった Daschner 事件があり¹⁴⁾、またこの事件を一つの契

9) 国家による正当防衛・緊急避難を検討対象とする論稿として、小田直樹「高権的緊急行為の刑法的評価——西独の判例を素材として」広島法学 12巻3号（1989年）15頁以下、神山・前掲（注1）101頁以下、同「刑法上の緊急避難と国家行為（下）——最近のドイツ判例・学説の論争から——」ジュリスト 696号（1979年）142頁以下、松生・前掲（注1）88頁以下、同・前掲（注3）66頁以下がある。

10) 実際、ドイツでは、「国家による緊急救助」の問題がさまざまな個別的事例との関連で論じられている（この点については、さしあたり深町晋也『緊急避難の理論とアクチュアリティ』（弘文堂・2018年）222頁参照）。

11) 松生・前掲（注1）89頁、同・前掲（注3）35頁以下。

12) 国家機関による救助のための拷問に関するドイツの議論状況については、さしあたり、飯島暢『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』（成文堂・2016年）173頁以下、同「救助のための拷問、再び」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂・2016年）161頁以下、柏崎早陽子「国家による救助のための拷問に関する批判的考察」明治大学大学院法学研究論集 52号（2020年）1頁以下、同「『権利』としての正当防衛——正当防衛権の基礎づけと制限——」明治大学大学院博士学位論文（2021年）152頁以下、深町・前掲（注10）222頁以下、クリスティアン・イエーガー（野澤充訳）「国家の尊厳の表れとしての拷問の禁止」法政研究（2014年）81巻1=2号 85頁以下参照。

13) 深町・前掲（注10）222頁以下参照。

14) 事案をごく簡潔に紹介すると、当時、警察副所長であった Wolfgang Daschner が、

機として現実性をもった問題として認識されるようになった¹⁵⁾。その結果、ドイツなどにおいては、「国家による救助のための拷問」は、重要な問題としてさかんに論じられるようになっており、またその際、「国家による緊急救助」の問題も検討課題の一つとして議論の俎上に載せられている。

この問題につき、ドイツの通説は、警察官の行為についての刑法上の正当防衛規定を援用しうることを前提とした上で、拷問行為が「人間の尊厳」原則（基本法1条¹⁶⁾、及びそれを具体化した拷問禁止規定（基本法104条1項2文¹⁷⁾、欧州人権条約3条¹⁸⁾）に違反するため、「被要請性（Die Gebotenheit）」要件を充足しないとして正当防衛の成立を否定する¹⁹⁾。この通説的見解については、まず、「人間の尊厳」原則の理解について検討の余地がある旨が指摘されている²⁰⁾。また、それに先立つ問題として、警察官の行為について刑法上の正当防衛規定を援用しうるというテーゼが本当に成り立つのか？ という「国家による緊急救助」

逮捕した誘拐犯から被害者の居所を聞き出すため、誘拐犯に苦痛を与えるよう部下に指示したという事件である。Daschner事件の詳細については、さしあたり、飯島・前掲（注12）173頁以下、深町・前掲（注10）224頁以下参照。

15) 松生・前掲（注3）36頁。

16) 基本法1条「人間の尊厳（Würde des Menschen）は不可侵である。これを尊重し保護することが、すべての国家権力に義務づけられている。」（訳出は、初宿正典＝辻村みよ子編『新解説世界憲法集〔第5版〕』（三省堂・2020年）157頁〔初宿正典訳〕に依拠した。）

17) 基本法104条1項「人身の自由は、正式の〔＝正規の立法手続を踏んだ〕法律の根拠に基づいてのみ、かつ、その法律に規定されている方式を遵守してのみ制限することができる。抑留〔または拘禁〕されている者は、精神的にも肉体的にも虐待されてはならない。」（訳出は、初宿＝辻村編・前掲（注16）186頁〔初宿訳〕に依拠した。）

18) 欧州人権条約3条「何人も、拷問又は非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い若しくは刑罰を受けない。」（訳出は、浅田正彦編集代表『ベーシック条約集』（東信堂・2022年）263頁に依拠した。）

19) そのような見解を採用するものとして、例えば、*Claus Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd.1, 4. Aufl., 2006, § 15 Rn. 105 ff.（山中敬一監訳『ロクシン刑法総論第1巻（第4版）〔翻訳第2分冊〕』（信山社・2009年）140頁以下〔前嶋匠訳〕）がある。

20) 救助のための拷問事例における「人間の尊厳」の位置づけをめぐるドイツの議論については、飯島・前掲（注12）215頁以下参照。さらに、憲法学上の文献として、川又伸彦「拷問禁止の絶対性について」社会科学論集133号（2011年）75頁以下、玉蟲由樹「人間の尊厳と拷問の禁止」上智法学論集52巻1＝2号（2008年）225頁以下がある。

の問題も生じる²¹⁾。この問題は、「救助のための拷問」事例において、国家に属する者が行為主体である場合と私人が行為主体である場合で区別して論じる必要があるか否かを明らかにする上で重要な意義を有する²²⁾。

このように、「国家による緊急救助」をめぐる議論は、「救助のための拷問」という個別事例の解決を図る上での検討課題の一つとなっている。同様のことは、日本の法状況を前提とした場合にも言えるように思われる。第1章第1節第1款で先述したように、わが国の法状況を前提とした場合でも、理論的に見て「国家による緊急救助」を論じるべき理由はやはり存在するからである。また付言すれば、「人間の尊厳」原則の理解をめぐる問題についても、日本国憲法13条が個人の尊重を規定し、さらに同24条が「個人の尊厳」に言及しており、さらに36条が公務員による拷問を絶対的に禁止する規定を設けていることに考えれば、ドイツ法におけるものと類似した議論が必要になると考えられる²³⁾。

以上で見た個別的事例はあくまでドイツで発生したものであるため、もしかすると日本の法状況を前提とした場合にはリアリティのない問題であると思われるかもしれない。しかし、日本の法状況を前提とした場合でも、テロ対策等のために行われる国家による危険防御措置の正当化にあたり刑法上の正当防衛規定を援用しうるか？ という問いは、リアリティのある問題となりつつある。その一例が、サイバー攻撃に対する国家による対抗措置の正当化に関する問題である。

近時、日本政府は、サイバー攻撃に対する反撃措置を正当化するにあたり、自衛権を法的根拠とする案（自衛権構成）を検討するほか²⁴⁾、正当防衛ないし緊急

21) 松生・前掲（注3）36頁以下。

22) Vgl. *Armin Engländer*, in: Holger Matt/Joachim Renzikowski (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2. Aufl., 2020, § 32 Rn. 58.

23) 飯島・前掲（注12）215頁以下注138参照。ただし、「人間の尊厳」概念と「個人の尊厳」概念という類似概念を別様に解する余地はありうるため（両者を別様に解するものとして、例えば、ホセ・ヨンバルト『法の世界と人間』[成文堂・2000年]149頁以下。）、ドイツ法における議論は、必ずしもわが国において直接的に参照することは許されないかもしれない。なお、わが国の法状況を前提とした場合に拷問禁止の相対化を可能とする解釈をとりうるかについて検討するものとして、川又・前掲（注20）80頁以下がある。

24) 例えば、自民党サイバーセキュリティ対策本部は、サイバー反撃につき、自衛権を法的根拠とする案が考える旨を述べている（自民党サイバーセキュリティ本部「自民党サイバーセキュリティ本部第一次提言」[2018年]86頁 [https://jimin.jp-east-2.

避難規定を法的根拠とする案（正当防衛・緊急避難構成）なども検討しているとされる²⁵⁾。その背景には、不正アクセス禁止法3条が「何人も、不正アクセス行為をしてはならない。」と規定し、また同11条が、3条に違反する者に対する処罰を定めることから、たとえ国家による危険防御措置としてサイバー反撃が行われた場合でも、それを正当化する規定が存在しない限り可罰的となってしまうのではないかとの懸念が存在する。それゆえ、国家機関による危険防御措置としてのサイバー反撃を正当化する明示的な規定が存在しない現状において、国家は明示的な根拠規定の不存在がゆえに当該措置を行使しえないのか、それとも正当防衛規定を援用しうるのが問題となるわけである²⁶⁾。このことに鑑みれば、サイバー攻撃に対する国家による対抗措置の正当化の可否が問題となるような個別的事例が現実には生じる前に、「国家による緊急救助」という問題領域を論じることには重要な実践的意義を認めることができるように思われる²⁷⁾。

storage.api.nifcloud.com/pdf/news/policy/137263_1.pdf] [最終閲覧日2022年10月26日])。また、サイバー攻撃に対する自衛権の行使を論じたものとして、例えば、河野桂子「サイバー攻撃に対する自衛権の発動」『国際法学の諸相』（信山社・2015年）847頁以下、黒崎将広ほか『防衛実務国際法』（弘文堂・2021年）240頁以下〔森肇志執筆部分〕などがある。

以上のような自衛権構成は、刑法的に見れば、自衛隊法76条1項、88条により自衛官に付与された自衛権に基づく刑法35条法令行為として違法阻却を認める構成として理解することができる。

25) 日本経済新聞2017年5月17日朝刊1頁。

26) テロ対策のための国家権力の行使全般を論じる脈絡で同趣旨の指摘を行うものとして、松生・前掲（注1）88頁。また、国家による緊急避難の脈絡で同趣旨の指摘を行うものとして、神山・前掲（注1）101頁。

27) ただし、国家によるサイバー攻撃に対する対抗措置の正当化の可否の問題は、「国家による緊急救助」を論じることによって完全に解決できるわけではないため、本来的には、やはり立法的解決が必要となるように思われる。

その理由としては、以下の二点が挙げられる。第一に、正当防衛・緊急避難による正当化では、正当防衛・緊急避難の要件を充足する場合に限り正当化が認められることになるため、サイバー攻撃に対する対抗措置が必ずしも正当化されるとは限らないからである（この限りで同旨の見解として、松村・前掲〔注6〕89頁）。

第二に、正当防衛・緊急避難による正当化はあくまで個別的行為の正当化を認めるものであるため、正当化されるサイバー反撃の範囲を明示的に示すことができないからである。すなわち、近年、サイバー攻撃に対する対応策としては、いわゆる Active Cyber Defense（受動的な対策にとどまらず、反撃を含む能動的な防御策により攻撃者の目的達成を阻止することを意図した情報収集を含む各種活動）が有力化しつつある。わ

また、わが国の法状況を前提とした場合、第1章第1節で示した第3の問題についても重要な実践的意義を認めることができるように思われる。その一例として、正当防衛状況における警察官の武器使用の正当化をめぐる議論が挙げられる²⁸⁾。警察官の武器使用につき、警察官職務執行法7条は、以下のように規定している。

第7条 警察官は、犯人の逮捕若しくは逃走の防止、自己若しくは他人に対する防護又は公務執行に対する抵抗の抑止のため必要であると認める相当な理由のある場合においては、その事態に応じ合理的に必要と判断される限度において、武器を使用することができる。但し、刑法（明治四十年法律第四十五号）第三十六条（正当防衛）若しくは同法第三十七条（緊急避難）に該当する場合又は左の各号の一に該当する場合を除いては、人に危

が国においても、例えば、自由民主党政務調査会・安全保障調査会が武力攻撃に至らない侵害を受けた場合の対応として Active Cyber Defense の実施に向けて現行法令等の整理・検討を行うよう提言を行っている（同「新たな国家安全保障戦略等の策定に向けた提言～より深刻化する国際情勢下におけるわが国及び国際社会の平和と安全を確保するための防衛力の抜本的強化の実現に向けて～」（2022年）[https://jimin.jp-east-2.storage.api.nifcloud.com/pdf/news/policy/203401_1.pdf] [最終閲覧日：2022年10月26日] 7頁参照。)。この Active Cyber Defense は、「サイバー上の違法行為は行為者の特定が難しい」という attribution 問題などに起因する攻撃者有利／防衛者不利という非対称性の問題（林紘一郎＝田川義博「サイバー攻撃の被害者である民間企業の対抗手段はどこまで可能か：日米比較を軸に」情報セキュリティ総合科学10号（2018年）3頁以下）を解消するために提唱されたものであり、その手法にはさまざまなものがあると言われている。しかし、Active Cyber Defense がどこまで法的に許容されるのかは必ずしも明確ではなく、それゆえに国家機関は Active Cyber Defense を行う際に民事訴訟及び刑事犯罪リスクを負いうることになる。このようなリスクは、単なる個別的行為の正当化では解消しえないため、いずれにせよ立法により正当化される範囲の明確化を図ることが必要となると考えられる。

なお、サイバー攻撃に対する対抗措置の行使主体が民間企業等となる場合にも同種の問題が生じうる。この問題については、さしあたり林＝田川・前掲論文3頁以下参照。

28) 警察官の武器使用とその正当化について論じたものとして、例えば、甘利航司「警察官職務執行法7条と法令行為」國學院法学59巻4号（2022年）272頁以下、石川才顕「警察官の武器使用と正当性の限界」法律のひろば23巻8号（1970年）8頁以下、津田重憲『正当防衛と緊急救助の基本問題』（成文堂・2012年）21頁以下、原田保「警察官の拳銃使用・どこが問題か」法学セミナー434号（1991年）15頁、藤木英雄「武器使用の正当性」法律のひろば23巻8号（1970年）4頁以下などがある。

害を与えてはならない。

- 一 死刑又は無期若しくは長期三年以上の懲役若しくは禁錮にあたる兇悪な罪を現に犯し、若しくは既に犯したと疑うに足りる充分な理由のある者がその者に対する警察官の職務の執行に対して抵抗し、若しくは逃亡しようとするとき又は第三者がその者を逃がそうとして警察官に抵抗するとき、これを防ぎ、又は逮捕するために他に手段がないと警察官において信ずるに足りる相当な理由のある場合。

二 省略

上記の規定内容は、一見すると、警察官の武器使用に関しては正当防衛・緊急避難規定を直接適用しうる旨を定めたものであるようにも見え、また現にそのような解釈を採用した、あるいは少なくともそのように見える裁判例・学説も存在する²⁹⁾。しかし、そのような解釈に対しては、「もしも刑法 36 条・37 条の直接適用を認めるならば、警職法と無関係に違法性が阻却されることとなり、同条の規定自体がまったく無意味になる。」との批判がなされているところである³⁰⁾。この点を問題視する立場からは、あくまで緊急状況における警察官の武器使用は、あくまで警職法 7 条により警察官に付与された権限に基づく法令行為（刑法 35 条）として違法阻却されることになるとされる³¹⁾。

29) 刑法 36 条の直接適用を支持する見解として、甘利・前掲（注 28）216 頁以下、田上稜治「警察法〔新版〕」（有斐閣・1983 年）157 頁（なお、田上は、警職法 7 条における正当防衛と刑法 36 条の正当防衛を別様に捉えており、警職法 7 条による正当化をなしえない場合でも刑法 36 条による正当化がありうとの認識を示している。）。さらに、警職法 7 条に基づいている限り、刑法 36 条の直接適用を認めたとしても、法理論の構築としては誤りであるとはいえないと述べるものとして、津田・前掲（注 28）48 頁。

30) 原田・前掲（注 28）15 頁。

31) 刑法 35 条による違法阻却として構成すべきと主張する見解として、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第 2 巻〈第 35 条～第 37 条〉〔第 3 版〕』（青林書院・2016 年）680 頁〔堀籠幸男＝中山善房担当執筆部分〕、原田・前掲（注 28）15 頁、古谷洋一編著『注解警察官職務執行法〔五訂版〕』（立花書房・2021 年）447 頁注 36。また、宮田三郎『警察法』（信山社・2002 年）84 頁は、必ずしも自身の立場を明言しているわけではないが、致命的射撃の正当化に際して正当防衛の法理を援用することに否定的な態度を示している。

ここでは、まさしく、警察官が刑法上の正当防衛権の行使主体にはなりうるか否かが争いとなっている。その意味で言えば、「国家による緊急救助」の議論は、警職法7条及び刑法36条・37条の関係性をいかに解するかという問題につき、一定の解釈論的意義を有しうることになるといえよう。

以上で確認したように、「国家による緊急救助」という問題領域は、わが国の法状況を前提とした場合でも、さまざまな個別の問題を解決する上での指針の一つとなりうるという意味で実践的意義を有している。それにもかかわらず、わが国において、この問題領域それ自身が論じられることがその重要性に比してあまり多くなかったのは、先述した通りである。このような現状下では、この問題領域についていかなる理論構成が考えられるのか、またこれらを理論構成の基礎づけとしてどのようなものが考えられるか、さらには各理論構成の可否を検討し、学界における今後の議論のための基礎を提供することには十分な理論的・実践的意義が認められると料する。

以上のような問題意識から、本稿では、「国家による緊急救助」につき、想定しうる理論構成、根拠、問題点を明確に示し、その可否の検討を行う。

第3節 本稿の検討課題

第1款 防衛権限の射程に関する問題

「国家による緊急救助」は、例えば、先述した、緊急状況における警察官の武器使用の正当化の場面を想起すれば明らかなように、公法上の危険防御規定と刑法上の正当防衛規定の交錯が生じうる問題領域である。それゆえ、公法上の危険防御権と刑法上の正当防衛権がいかなる関係に立つのか？ ということが問題とならざるをえない。

この点につき、おそらくわが国における一般的な理解は、私人による正当防衛権の行使は、国家による危険防御との関係で補完的ないし例外的な位置づけにあるとの説明を行う³²⁾。もっとも、この説明が述べるような公法上の危険防御権と

32) そのように述べるものとして、例えば、井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣・2018年）291頁以下、団藤・前掲（注4）232頁以下、福田平『全訂刑法総論〔第5版〕』（有斐閣・2011年）153頁などがある。ただし、このような正当防衛の補完的・例外的性格が解釈論的意義を獲得するのか？、また獲得するとしてどのような意

刑法上の正当防衛権の関係性が常に成り立つのかについては一考の余地がある³³⁾。確かに国家機関は、私人には認められていないような危険防御権を有している。なぜならば、国家機関は、たとえ危険が現に存在している、又は間近に押し迫っている場合でなくても必要な危険防御措置を講じうるからである。換言すれば、国家機関は、個別具体的な危険が発生した際に個別的な対応を講じることができるだけでなく、抽象的な危険しか存在しない場合でも、法律ないし行政立法により当該危険が発生する状態を一般的に規制することができる³⁴⁾。それゆえ、その限度では私人の正当防衛権は、国家機関の危険防御権よりも劣位していると言ってもよいのかもしれない。しかし、それ以外の場面、とりわけ防衛権限の射程へと目を向けると、公法上の危険防御権と刑法上の正当防衛権の関係はむしろ逆転しているようにも見える。というのも、国家による危険防御は、従来、比例原則による制約に服すると考えられてきたのに対し³⁵⁾、私人による正当防衛権はそのような制約に服さず、かつ少なくとも厳密な意味では「害の均衡」要件は必要とされていないと言われてきたからである³⁶⁾。

義が認められるのか？ については多様な理解がありえるところであり、検討を要する課題である。この検討課題に関するドイツの議論状況を紹介・検討するものとして、松生・前掲（注3）46頁以下がある。

33) Vgl. *Armin Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, S. 153.

34) 米田雅宏『「警察権の限界論」の再定位』（有斐閣・2019年）346頁以下参照。

35) 田上・前掲（注29）74頁、宮田・前掲（注31）69頁以下。警察権限の行使は警察比例の原則による制約に服する旨を述べるものとして、古谷・前掲（注31）46頁以下、村山真維「警察官の拳銃使用・携帯について」ジュリスト968号（1990年）101頁以下。

36) 浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』（成文堂・2019年）224頁、井田・前掲（注32）293頁、大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣・2008年）392頁、団藤・前掲（注4）238頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論〔第3版〕』（弘文堂・2019年）163頁以下、福田・前掲（注32）158頁、松原芳博『刑法総論〔第3版〕』（日本評論社・2022年）157頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣・2016年）115頁。さらに、このような通説的見解を超えて、侵害法益と保全法益が著しく不均衡な場合（例えば、リング1個を防衛するために相手方を射殺するような場合）についても法益の均衡要件を不要とする少数説として、松宮孝明『刑法総論講義〔第5版補訂版〕』（成文堂・2018年）145頁、高山佳奈子「正当防衛論（上）」法学教室267号（2002年）69頁がある。付言すると、現在のところ、私見も同様の立場を支持している（山本和輝『正当防衛の基礎理論』〔成文堂・2019年〕162頁以下。）。

このような不統一を前提とするとき、公法上の危険防御権と刑法上の正当防衛権の関係性は厄介なものとなる。すなわち、仮に国家機関が刑法上の正当防衛権を行使しようとした場合、国家機関は、本来、比例性原則の枠内でしか危険防御措置を講じえなかったはずであるにもかかわらず、刑法上の正当防衛規定を経由することによりそのような制約を潜脱しようようになってしまうようにも見える。他方で、国家機関が刑法上の正当防衛権を行使しえないとした場合、国家は比例原則の範囲内でしか防衛権限を行使しえないが、私人はそのような制約を受けることなく広範な防衛権限を行使しうることになる。しかし、このような理解は、果たして私人の正当防衛権が補₁充₂的₃の性格を有すると言われていることと整合するのだろうか？

正直なところ、筆者自身もこれまで、国家による危険防御は比例原則による制約に服するが、私人の正当防衛はそのような制約を受けないとする一般的理解を自明視してきた³⁷⁾。しかし、上述した公法上の危険防御権と刑法上の正当防衛権の関係性の厄介さを考慮するならば、従来の一般的見解が前提とされてもよいのか？ ということから検討しなおすことには一定の意義が認められるように思われる。

防衛権限の射程をめぐる問題は、「国家による緊急救助」と同様、これまでわが国においてあまり論じられてこなかった³⁸⁾。他方、ドイツでは、わが国との対比で相対的に議論がなされている状況にある。すなわち、Armin Engländerの整理によれば、①国家による危険防御権と私人の正当防衛権はともに比例原則による拘束を受けるため、(少なくとも本質的には)両者の射程は同一であるとする立場(以下では、比例原則に合わせた統一的解決と呼称する)、②国家の危険防御権の射程は、私人による緊急救助権の行使範囲と同様であるとする立場(以下では、緊急救助に合わせた統一的解決と呼称する)、③国家の危険防御権は警察比例の原則に服するが、私人の正当防衛権はそのような制約には服さないとす

37) 山本・前掲(注36)47頁。なお、私見と同様の立場を採用するものとして、橋田久「防衛の意思の必要性について」山口厚ほか編『高橋則夫先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』(成文堂・2022年)477頁、松生・前掲(注3)41頁、安田拓人「正当防衛(1)」法学教室493号(2021年)103頁がある。

38) 数少ない先行研究として、松生・前掲(注3)66頁以下参照。

る立場（以下では、区別的解決と呼称する。）があるとされる³⁹⁾。

第2款 正当防衛権の行使主体に関する問題

仮に防衛権限の射程の問題につき、区別的解決が採用される場合、正当防衛権の行使主体が私人に限られるのか、国家に属する者をも含むのか？ という問いは、実践的に見て重要な意義を獲得することになる。なぜならば、この問いに対する回答が、国家に属する者の防衛権限の射程を左右することになるからである。すなわち、仮に国家に属する者が刑法上の正当防衛権の行使主体になりえないとすれば、この者は、国家の危険防御権の枠内でしか防衛措置を講じることができないことになる。他方で、刑法上の正当防衛権の行使主体になりうるとすれば、国家に属する者は、比例原則による制約を受けない刑法上の正当防衛権の範囲で防衛措置を講じることになる。

正当防衛権の行使主体が私人に限られるのか、それとも国家をも含むのか？ という問いに関する回答は、論理的に言えば、二通りしかありえない。すなわち、正当防衛権の行使主体は私人に限られると回答するか、私人に限られず、国家をも含むと回答するかのいずれかである。先述したとおり、わが国においてはこの問いに関する議論があまりなされてこなかったのに対し、ドイツでは相対的に議論の蓄積が見られる状況にある。このことに鑑み、ここでは、ドイツの議論状況を概観することにより、想定しうる理論構成、及び各理論構成の対立のポイントを簡単に確認しておくこととしたい。

ドイツでは、上述した問いにつき、正当防衛権の行使主体は私人に限られず、国家をも含むという回答を行う立場が支配的である。すなわち、ドイツの通説的理解によれば、国家機関に属する者が高権的行為を行う場合であっても、無制限に刑法上の正当防衛規定を援用することが可能であるとされる（刑法説⁴⁰⁾。ただし、刑法説が依拠する、刑法上の正当防衛規定が国家的行為の適法性を基礎づ

39) Vgl. *Engländer*, a.a.O. (Fn. 33), S. 176 ff.

40) 例えば、*Thomas Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 68. Aufl., 2021, § 32 Rn. 12 a; *Kristian Kühl*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., 2017, § 7 Rn. 153.; *Walter Perron/ Jörg Eisele*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Aufl., 2019, § 32 Rn. 42a ff.; *Roxin*, a.a.O. (Fn. 19), § 15 Rn. 112 ff. (山中監訳・前掲 [注 19] 145 頁以下 [前嶋訳])

けうるとの前提理解を疑問視する意見も少なからず見られる。

そのため、上記の疑問を回避するためには、以下に述べる二通りの修正案を採用することが考えられる。一つは、刑法上の違法判断と公法上の違法判断を分離してしまうという案である（刑法・公法区別説⁴¹⁾。この立場によれば、確かに国家に属する者は、刑法上の正当防衛権を援用することができるが、しかしその法効果はあくまで刑法内部にとどまり、公法上の評価（国家的行為の適法性）には影響を及ぼさないとされる。

もう一つは、確かに正当防衛権の行使主体は私人に限られるが、国家に属する者は緊急状況において私人として正当防衛権を行使しようとする案である（刑法・公法折衷説⁴²⁾。この立場は、正当防衛権の行使主体が私人に限られることを前提とした上で、国家に属する者の行為を「公務員としての行為」と「私人としての行為」に分類し、国家に属する者は緊急状況においては私人として正当防衛権を行使しようとする。

上記の二つの修正案は、刑法上の正当防衛規定が国家的行為の適法性を基礎づけるとの前提理解を拒絶しつつも、結論的には国家に属する者による正当防衛権の行使を認める理論構成であった。これに対し、そもそも、国家に属する者による刑法上の正当防衛権の行使を認めることに反対する見解も存在する。この反対説によれば、刑法上の正当防衛規定は国家機関の適法性を基礎づけるための授權規範として援用することは許されない。それゆえ、国家に属する者は、自己の職務遂行に際して、（少なくとも原則的には）刑法上の正当防衛規定を援用しえないとされる（公法説⁴³⁾。

41) 例えば、*Engländer*, a.a.O. (Fn. 33), S. 374.; *Volker Erb*, in; ders./ Jürgen Schäfer (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1., 4. Aufl., § 32 Rn. 189 ff.; *Joachim Renzikowski*, *Notstand und Notwehr*, 1994, S. 298 f.

42) *Dieter Können*, *Notwehr und Nothilfe als Grundlagen hoheitlicher Gewaltanwendung*, MDR 1974, 633 f.; *Reinhard Rupprecht*, *Die tödliche Abwehr des Angriffs auf menschliches Lebens*, JZ 1973, 264.

43) 例えば、*Günther Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1991, S. 398 f., 429 f.; *Karl-Ludwig Kunz*, *Die organisierte Nothilfe*, ZStW 95 (1983), 982 f.; *Kurt Seelmann*, *Grenzen privater Nothilfe*, ZStW 89 (1977), 56. さらに、わが国において公法説を主張するものとして、松生・前掲（注3）78頁以下。松生説に対する批判として、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

以上で確認した議論状況を踏まえて言えば、正当防衛権の行使主体に関する問題は、①国家に属する者による正当防衛権の行使の可否という問題（法効果に関する問題）だけでなく、②刑法上の違法判断と公法上の違法判断の関係性をどのように理解するのか？ という問題（法秩序の統一性に関する問題）、③緊急状況における国家に属する者の行動は「公務員としての行動」なのか、それとも「私人としての行動なのか？」という問題（国家に属する者の法的地位の評価問題）とも関連する。それゆえ、各見解が①～③の問題についてどのように考えるのか？ ということに留意しながら検討を行う必要がある。

第4節 本稿の検討順序

以上の検討課題のうち、本稿では、まず、防衛権限の射程をめぐる問題から検討を行う（第2章）。というのも、防衛権限の射程をめぐる問題は、「国家による緊急救助」を論じる実益の有無を左右するという意味で、事実上、「国家による緊急救助」を論じるにあたっての先決問題をなすからである。すなわち、従来の一般的見解（区別的解決）が述べるように、仮に公法上の危険防御権と刑法上の正当防衛権の射程が非対称的なものであるとすれば、国家に属する者が正当防衛権の行使主体となるか否かは、国家による危険防御措置が正当化される範囲に影響を及ぼしうる。しかし、仮に両者の射程が同一である（統一的解決）と考えるならば、国家による危険防御措置が公法上の危険防御権の行使として理解されるのか、それとも刑法上の正当防衛権の行使として理解されるのかは、せいぜいのところ、適用条文にしか影響を及ぼさない見せかけの問題にすぎなくなる⁴⁴⁾。そこで第2章では、区別的解決及び統一的解決の理論的構成及びその問題点を確認し、その当否を検討することとしたい。

次いで、正当防衛権の行使主体に関する問題の検討を行う（第3章）。ここでは、先述したとおり、①国家に属する者の正当防衛権の行使の可否に関する問題、②法秩序の統一性に関する問題、③国家に属する者の法的地位の評価問題という

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）184頁以下があり、これに対する松生の応答として、松生光正「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）225頁以下がある。

44) Vgl. Engländer, a.a.O. (Fn. 33), S. 176.

3つの問いが関連することから、各理論構成がこれらの問いにどのように答えているのか？、またその理由づけはどのようなものを挙げているのか？ という点を意識しながら検討を行い、その当否を検証することとしたい。

最後に、第2章・第3章から得られた知見を踏まえた上で、本稿の結論を示すこととしたい（第4章）。

なお、先述したとおり、防衛権限の射程をめぐる問題にせよ、正当防衛権の行使主体に関する問題にせよ、わが国においてはこれまであまり議論がなされてこなかった。これに対して、ドイツにおいてはこれらの問題が相対的に論じられてきたという事情がある。このような議論の蓄積の相違に鑑み、本稿での検討は、基本的にドイツ法における議論状況を参照しながら検討を行うこととする。もともと、言うまでもないことだが、日本とドイツにおける法状況は必ずしも同一ではない。そのため、ドイツ法の議論状況を紹介する際は、適宜、当該議論が日本法においても適用可能であるか否かについての確認を行うこととする。

[付記] 本研究は、JSPS 科研費 JP21K13209 の助成を受けた研究成果である。