

# 現行犯逮捕をめぐる刑法解釈論の諸問題

鈴木 彰 雄

はじめに

わが国の刑法二二二条は現行犯人（準現行犯人を含む―以下同じ）の意義を明らかにし、二二三条は「現行犯人は、何人でも、逮捕状なくしてこれを逮捕することができる。」と規定する。憲法三三三条が現行犯逮捕を令状主義の例外とする理由は、犯罪と犯人の結びつきが明白で誤認逮捕のおそれがなく、また、その場で逮捕する必要性と緊急性が高いことにある。<sup>(1)</sup>

現行犯逮捕は法令行為でないし社会的相当行為であるから、刑法によって適法とされる逮捕は、刑罰法規に触れる行為であつても正当行為（刑法三五条）となる。すなわち、犯罪と犯人の明白性が認められ、逮捕の必要性と緊急性が高い場合には、官憲のみならず私人も現行犯人を逮捕することができるのであり、その行為が暴行罪・逮捕罪等の構成要件に該当しても、逮捕時の状況からみて社会通念上必要かつ相当と認められる限度内の実力行使であれば、違法性が阻却されることになる。<sup>(2)</sup> その場合には、被逮捕者は適法な逮捕行為に対して正当防衛（刑法三六条）を理由に反撃することはできず、また、適法な逮捕によって危殆化される法益は保護に値しないので、被逮捕者の反撃は緊急避難（刑法三七条一項）によつても正当化されない。さらに、被逮捕者には通常、自己の行為によつて生じた自由に対する危険を甘受することが求められるので、期待可能性の不存在による責任阻却も認められな

いであらう。

もつとも、現行犯人の逮捕という緊迫した状況に直面した逮捕者にとって、逮捕の是非を正確に判断するのは困難である。とりわけ私人による現行犯逮捕（以下「私人逮捕」という）においては、逮捕について専門的な教育を受け、警察比例の原則に従う義務を負っている警察官とは異なり、逮捕要件の判断に過誤が生じやすい状況があるので、警察官と同様の判断を求めるのは過大な要求といふべきである。<sup>3)</sup> こうした事情により、とりわけ私人逮捕の場面において逮捕者と被逮捕者の対抗関係が先鋭化することから、両者の罪責をめぐっていくつかの問題が生ずることになる。

たとえば、窃盗の被害者Xが、犯行現場から立ち去ったAを犯人と思つて追跡し、Aを殴打して逮捕したが、その際に、Aもこれに反撃してXを殴打した。ところが、その後の警察の捜査により、Aが無実であったことが判明したとしよう（いわゆる「誤認逮捕」の事例）。ここでは、Aは刑法にいう「現行犯人」であるか、Aが現行犯人でなければXの逮捕は違法となるか、Aが現行犯人であったとしてもXの逮捕行為を必要かつ相当と認めることができるか、それが認められないとすればXとAの罪責はどうか、等の多様な問題が生ずる。このように、いかなる条件の下で現行犯逮捕を認めることができるかが、逮捕者のみならず、被逮捕者に生じうる罪責にとつても重要な意味をもつ。また、事案によっては、逮捕者に現行犯逮捕と正当防衛（ないし過剰防衛）が競合して成立する場合が考えられるので、両者の関係も問題となる。

そこで本稿は、現行犯逮捕をめぐる刑法解釈論の問題のいくつかを、ドイツ法の状況を参照しつつ考えてみたい。本論においては、まず、「現行犯人」の意義を明らかにし（一）、次に、逮捕者に生じうる問題として、現行犯人でない者を逮捕した場合と、逮捕の手段が社会通念上必要かつ相当と認められる限度を超えた場合の罪責を論じ（二（一））、続いて、被逮捕者に生じうる問題として、違法な逮捕に対して反撃したことについて正当防衛を認めることができるか否かを検討し（二（二））、最後に、現行犯逮捕と正当防衛の競合について簡単に言及したいと思う（二（三））。これによって刑法と民法が交錯する複雑な問題領域を整理することができる幸いである。

## 一 「現行犯人」の意義

わが国では一般に、刑法二二二条にいう「罪」は特定されたものでなければならぬが、いかなる刑罰法規に該当するかという厳格な擬律まで必要とするものではなく、また、違法性阻却事由・責任阻却事由の存在が疑われる事情がない限り、構成要件に該当する行為があれば違法性と責任が事実上推定されるので、その行為を現行犯として取り扱うことができる<sup>(4)</sup>。さらに、その認定については、逮捕当時の状況に基づいて客観的、合理的に判断すれば足り、のちに犯罪の嫌疑が十分でないことが判明しても、逮捕自体が違法であったとの評価を受けるものではないと理解されている<sup>(5)</sup>。

他方、ドイツ刑法は、わが国の現行犯逮捕に当たる「仮逮捕」(vorläufige Festnahme)の制度を定めるが、現行犯人の意義を定めた条文をもたず、一二七条一項において、何びとも「現行犯に当たるとされ、または現行犯として追跡されている者」を仮逮捕することができる旨を規定するにとどまる<sup>(6)</sup>。そのため、「現行犯」の意義について、わが国とは異なり多様な学説が主張されており、判例の立場も一律ではない。

この問題をめぐる学説を概観すると、次の四説にまとめることができる。第一説が支配的学説、第四説が有力説とされている<sup>(7)</sup>。

第一説によれば、「現行犯」とは、事後的な (ex post) 判断により、実体法上の犯罪成立要件を充足した者をいう(本稿ではこれを「厳格な実体法説」という)。したがって、仮逮捕は、構成要件に該当し、違法かつ有責な行為を行った真犯人に対してのみ許される。この説は、無実の被逮捕者の自由を手厚く保護すべきであるから、被逮捕者は誤認逮捕に対して正当防衛をもって対抗できる<sup>(8)</sup>とする。その理由は次のとおりである。

① 刑法一二七条は、一項で「現行犯」を規定し、これとは別に二項で、「濃厚な嫌疑がある」(dringend verdächtig) ために

勾留が認められる被疑者（一一二条）について、検事局または警察の職務を行う公務員による仮逮捕を規定している。後述の嫌疑説を前提にすれば、二項の適用を官憲による仮逮捕に限定したことの意味が失われ、同項は空文に帰することになる。たとえば、窃盗の現場で窃盗犯人ではなくその被害者を逮捕してしまった場合に、これを「現行犯」逮捕とするのは許される文言解釈の限界を超えている。

③ 仮逮捕の規定は、本来は国家が担うべき機能を例外的に私人に委ねたものであるから、その解釈は厳格でなければならない。仮逮捕においては、他人が実際に犯罪行為を行ったことを確信しえない者は、その者の自由を侵害することはできず、必要な措置を官憲に委ねるべきである。

④ 嫌疑の有無の判断に不慣れた私人にその判断を求めるのは適切でない。

⑤ 私人には仮逮捕の権限が認められるにすぎないが、官憲にはその義務が課せられている（刑訴法一六〇条一項、一六三条）ので、誤認逮捕のリスクを、前者においては逮捕者が負担し、後者においては被逮捕者が負担するのが妥当である。

⑥ 市民は原則として官憲による誤認逮捕のリスクを甘受しなければならないが、私人逮捕においては、無実の被逮捕者は国家の権威に反抗していないので、その逮捕に従う義務はない。

第二説は、基本的に第一説を妥当とするが、仮逮捕が適法とされるためには、被逮捕者の行為が構成要件に該当して違法であれば足り、有責であること（たとえば責任能力があること）は必要でないとする（これを「制限された実体法説」という<sup>9</sup>）。その理由は次のとおりである。

① 刑訴法一二七条が適用されるためには犯行が実際に行われたことを必要とするが、同条は被逮捕者の一身的事情については特段の区別をしていないので、責任なき者を逮捕することも許される。

② 責任無能力者に対して、たとえば精神病院への収容（刑法六三条以下）や保安手続（刑訴法四一三条以下）のように、一

定の手続が進行することがあり、そのための捜査を尽くす必要があるので、責任無能力者に対する仮逮捕を認めることには意味がある。

③ 被逮捕者の責任能力等を逮捕の時点で正確に判断するのは困難であるから、有責性の要件を除外するべきである。

第三説は、仮逮捕が適法とされるためには、被逮捕者の行為が、実体法的には客観的構成要件に該当することのみを必要とし、その他のすべてのメルクマールについては、逮捕時において客観的に（すなわち逮捕者の立場にある一般人からみて）「濃厚な嫌疑（dringender Verdacht）」があると認められれば足りるとする（これを「実体法説・嫌疑説の折衷説」という<sup>(10)</sup>）。その理由は次のとおりである。

① 一二七条一項の適用を真犯人に限定するのは原則的には正しいが、その認定においては、同項の適用の基礎となる具体的な状況を考慮する必要がある。

② ある者が刑罰法規の客観的構成要件を実現したことは、客観的な諸事情から比較的容易に判断することができる、あるいは認識された諸事情から推認することができる。しかし、主観的構成要件・違法性・責任については、仮逮捕の客観的状况から判断することができない場合が多いので、それらについては「濃厚な嫌疑」があれば足りる。

第四説によれば、「現行犯」とは、事前的な（ex ante）判断により、罪を犯したと疑われる「濃厚な嫌疑」が認められる者をいう。この説によれば、逮捕時において客観的に濃厚な嫌疑が認められた場合、換言すれば、逮捕者が義務に適った検討をして犯人であると確信した場合には、被逮捕者が実際には真犯人でなかったとしても、その逮捕は正当化される（これを「嫌疑説」という<sup>(11)</sup>）。その理由は次のとおりである。

① 刑法一二七条は刑事手続上の規範であるから、訴訟法的観点から解釈されなければならない。すなわち、その後の刑事手

統の端緒となる仮逮捕の際に、手続の最終段階で認定されるべき客観的な犯人性を前提とすることはできず、したがって、客観的に定式化された同条の要件を手続面に反映させ、「嫌疑」のカテゴリーの中でこれを具体化するべきである。

② 私人逮捕は、犯人を特定・確保し、適正かつ迅速な刑事訴追を可能にするという公的な機能を担うので、誤認逮捕のリスクを逮捕者に負担させるのは適切でない。

③ とりわけ私人は、被逮捕者の反撃によって死傷の危険にさらされることが多いので、濃厚な嫌疑のある被逮捕者は短時間の拘束を甘受しなければならない。

④ 厳格な実体法説によれば、真犯人であると確実に認識できなければ逮捕権を行使することができない。そのため、仮逮捕のみならず、道徳的に推奨されるべき緊急救助（他人のための正当防衛）をも委縮させることになる。

右の四説を具体例によって敷衍すれば次のようになる。<sup>(12)</sup>

〔事例Ⅰ〕

Aは、森の中で、密猟者が人目につかない所に仕掛けたわなを見つけたところ、散歩中のXがその場を通りかかったので、Xを密猟者だと思い、その場から立ち去ろうとした。その様子を見たXは、密猟者を発見したものと誤信し、Aに暴行を加えてその場から立ち去るのを阻止した。

この事例では、厳格な実体法説、制限された実体法説、および実体法説・嫌疑説の折衷説によれば、Aは密猟罪（刑法二九二条）の客観的構成要件に該当する行為を行っていないので、Xの暴行を仮逮捕として正当化することはできず、その可罰性は錯誤論によって判断されることになる。しかし、嫌疑説によれば、Aが人目につかないわなの近くにいて、Xを見てその場から立ち去ろうとしたことから、Aには密猟者と推認される濃厚な嫌疑があるので、Xの暴行は仮逮捕として正当化される。

〔事例2〕 Aが人通りの少ない道路上で、Bの顔面を手拳で殴打して傷害を負わせたので、Bが叫び声をあげてその場から走り去った。たまたまその場を通りかかったXは、その様子を目撃し、Aを傷害の犯人と思い、警察に通報するとともに、暴行を加えてAの身体を拘束した。しかし、警察の事情聴取の結果、AはBから財物を奪われそうになったので、防衛のため行為としてBを殴打したことが明らかになった。

ここでは、厳格な実体法説および制限された実体法説によれば、Aの行為は傷害罪（刑法二三三条）の構成要件に該当するが、正当防衛が成立するので、Xの仮逮捕は正当化されない。これに対して、実体法説・嫌疑説の折衷説によれば、Aの行為は傷害罪の客観的構成要件に該当し、また、逮捕時において客観的にみれば（すなわちBが強盗犯人であったことを知らないXの立場にある一般人からみれば）、Aの正当防衛を推認させる事情はないので、その違法性について濃厚な嫌疑があると認められる。したがってXの仮逮捕は正当化される。嫌疑説からも、Aの仮逮捕は正当化される。

ドイツの判例には、厳格な実体法説に立ったものと嫌疑説に従ったものがみられる。<sup>(13)</sup>

前者に属する裁判例として、たとえばOLG Hamm NJW 1972, 1826 (Urt. v. 1. 8. 1972-3 Ss 224/72) は、仮逮捕のための措置は「それが実際の犯人に対して向けられた場合に限って正当化される」として、OLG Hamm NJW 1977, 590 (Urt. v. 24. 11. 1976-4 Ss 263/76) は、仮逮捕が認められるためには被逮捕者の行為が「少なくともその客観的な前提条件に照らして実際に行われ、あるいは未遂に至ったことが必要である」としたものである。<sup>(14)</sup>

これに対して、嫌疑説に従った裁判例として、たとえばBGH NJW 1981, 745 (Urt. v. 18. 11. 1980-WZR 151/78 民事判例) は、刑法一二七条に基づく逮捕ないし追跡は、被逮捕者が犯罪構成要件を完全に充足したことを必要とせず、「認識しうる客観的事情により濃厚な犯罪の嫌疑があると思われる場合には正当化される」として、OLG Hamm NStZ 1998, 370 (Beschl. v. 8. 1. 1998-2 Ss

1530/97) は、「行為時において認識しうるすべての客観的事情を総合的にみて、生活経験により、逮捕者の判断において「被逮捕者の」違法な行為を合理的な疑いなく認めることができれば足りる」とした。<sup>(15)</sup>

では、いずれの説をもって妥当とすべきか。対極的な立場にある厳格な実体法説と嫌疑説について、その実質的な理由を検討してみよう。

言うまでもなく、刑事手続における強制処分は、一般に対象者の基本権を侵害する性質をもつことから、近代国家においては、原則として権限ある訴追機関が裁判所のコントロールのもとで独占的に行使すべきものとされている。しかし、緊急やむをえない場合には（国家は常在しない）、その権限が補充的な緊急権として私人に委ねられる。現行犯逮捕（仮逮捕）もその一つであり、その権限を行使する私人は、権限ある当局に代わって（*pro magistratu*）公共の利益に奉仕する役割を担うことになる。したがって、私人逮捕は、本来的には逮捕者の利益を保全することを目的とするものではなく、適正かつ迅速な刑事訴追を可能にするという公共の利益に奉仕するものである（私人逮捕の公的性質<sup>(16)</sup>）。

このような規範目的をみれば、厳格な実体法説がある理由のうち、現行犯逮捕の要件を厳格に解釈するべきであるという指摘はもつともであるが、被逮捕者の犯罪性を確信しえない者は必要な措置を官憲に委ねるべきであるとはいえず、無実の被逮捕者は私人逮捕に従う義務はないという主張も当を得たものとはいえないであろう。

また、両説が重視する逮捕者と被逮捕者のリスク分配の問題についても、厳格な実体法説に従うことはできないと考える。同説によれば、私人が誤認逮捕したことについて無過失であったとしても、錯誤論による救済の余地があるとはいえず、誤認逮捕に伴う処罰のリスクが原則的に逮捕者に帰属されることになる。このような場合に正当化を認めないとすれば、被逮捕者の利益が一面的に保護され、右の規範目的に反することは明らかである。他方で、被逮捕者が逮捕者に対してその誤認を指摘し、誤解を解くための説明を尽くすことは比較的容易である。その時間的余裕があるならば、濃厚な嫌疑のある被逮捕者にそうした軽度の負担を課し

ても、市民社会における公平の理念に反するとはいえないであろう。逮捕者が被逮捕者の反撃による死傷の危険にさらされることも考慮すれば、逮捕時において客観的に濃厚な嫌疑があると認められれば、やはり現行犯逮捕として正当化されるべきである（リスク分配の公平性）<sup>(17)</sup>。

加えて、嫌疑の存在を考慮せずに刑事手続を進行させることはできないという嫌疑説の指摘にも意味がある<sup>(18)</sup>。厳格な実体法説によるならば、犯罪成立要件が合理的な疑いを超える程度に立証されるまでは、現行犯逮捕による正当化の判断を留保せざるをえず、不安定な法律状態が続くことが避けられない<sup>(19)</sup>。さらに、緊急救助を委縮させる効果が生じるといふ指摘も無視できないであろう。

このようにみえてくると、嫌疑説がもつとも合理的で説得力のある理由を提示しているように思われる。この説は、現行犯性を逮捕当時の状況に基づいて客観的、合理的に判断すれば足りるとするわが国の通説的な理解と軌を一にするものといえよう<sup>(20)</sup>。

## 二 逮捕者と被逮捕者の対抗関係

### (1) 逮捕者の罪責

逮捕者は、行為時において客観的に現行犯逮捕をなしうる状況があれば、社会通念上必要かつ相当な限度で逮捕行為に出ることができ<sup>(21)</sup>。

では、客観的には現行犯逮捕をなしえないにもかかわらず、行為者（逮捕者）がなしうるものと誤信して逮捕した場合をどのように取り扱うべきであろうか。嫌疑説によれば、逮捕時において客観的には犯罪と犯人の明白性（濃厚な嫌疑）が認められないにもかかわらず、行為者が逮捕しうるものと誤信して逮捕した場合が問題になる。これについては、行為者が、その明白性を基礎づける事実が存在するものと誤信した場合、すなわち違法性阻却事由の前提となる事実を誤認した場合には、事実の錯誤として故意を阻却するが、そうした事実が存在しないことを認識しながら、それでもなお逮捕しうると誤信した場合、すなわち違法性阻却事

由の範囲ないし限界を誤認した場合には、違法性の錯誤として故意を阻却しないと解すべきである。その理由は次のとおりである。

周知のように、わが国では、誤想防衛を典型とする「違法性阻却事由の錯誤」ないし「正当化事情の錯誤」について、故意説と責任説の根本的な対立があるが、違法性の意識ないしその可能性は、それがあがるゆえに行為者を非難することができる責任要素として位置づけられるので、基本的に後説を妥当とするべきである。もつとも、厳格責任説がその論拠とする「構成要件の故意の提訴機能」の理解には疑問がある。なぜならば、違法性阻却事由の前提となる事実を誤認した行為者は、その者の認識によれば許される行為を行っているのであり、そこには自己の認識の前提となった事実を確認すべき契機は与えられていないからである。厳格責任説は故意と過失の質的差異を看過するものであるという周知の批判には、もつともな理由があると思われる。<sup>(22)</sup>むしろ、違法性阻却事由の前提となる事実を誤認した行為者には法敵的な意思がなく、不注意により誤認した点に心情無価値が認められるにすぎないので、故意不法（故意犯の違法性）が阻却され、その錯誤は価値的にみて構成要件的錯誤（事実の錯誤）と同視されるべきである（いわゆる「故意不法を否定する制限責任説」）。<sup>(23)</sup>

このように考えるならば、先にあげた「誤認逮捕」の事例において、Xの立場にある一般人からみてAが窃盗犯人であると明白に認められる状況はなかったにもかかわらず、Xがそのような状況があるものと誤信して逮捕したとすれば、違法性阻却事由の前提となる事実の錯誤として暴行罪ないし逮捕罪の故意不法を阻却する。したがって、Aはこれに対して正当防衛をもって反撃することはできず、暴行罪の責を問われることになる。<sup>(24)</sup>これに対して、Xが、そのような状況がないことを認識しながら、それでもなおAを逮捕しようものと誤信して逮捕した場合には、違法性の錯誤として同罪の故意不法を阻却しない。この場合には、Aはこれに対して正当防衛をもって反撃することができるので、その他の要件を充たせば不可罰とされることになる。

次に、逮捕の手段が社会通念上必要かつ相当と認められる限度を超えた場合を考えてみよう。すでに述べたように、現行犯逮捕においては、必ずしも厳密な相当性は要求されず、とりわけ私人逮捕においては、その限度を多少超えたとしても直ちに違法とは

いえないとする説が多い。<sup>(25)</sup> その判断においては、被逮捕者の抵抗の程度・態様と逮捕者の実力行使の程度・態様が判断の中心となるが、それ以外にも、被逮捕者の犯した犯罪の軽重・態様、被逮捕者の凶器等の所持の有無、被逮捕者と逮捕者の体格差、被逮捕者と逮捕者の人数、さらには逮捕者が被害者の立場にあるか第三者的立場にあるか等の諸事情が総合的に考慮されることになる。<sup>(26)</sup><sup>(27)</sup> では、現行犯逮捕の手段がその許される限度を超えて違法となった場合に、逮捕者と被逮捕者の対抗関係をどのように理解するべきか。

〔事例3〕 窃盗の被害者Xは、犯行現場から盗品を持たずに逃走したAを、警察に引き渡すために追跡して逮捕したが、その際に興奮のあまり、許される限度を超える程度の傷害をAに負わせた。<sup>(28)</sup>

ここでは、Aは盗品を持たずに逃走しているので、Xの所有権に対する侵害の現行性が認められず、正当防衛も過剰防衛も成立しない。また、逮捕の手段が許される限度を超えているので、現行犯逮捕による正当化も認められない。しかし、興奮のあまり過剰な逮捕行為に出たことについて過剰防衛と類似の状況があることから、「過剰逮捕」すなわち「過剰正当行為」ともいうべき類型を認めることができるのではないか、という疑問が生ずる。<sup>(29)</sup>

思うに、正当行為は本来、侵害法益と保全法益が二者択一の衝突状況にある「緊急行為」ではないが、現行犯逮捕の場面においては、現行犯人を逮捕するという公共の利益と被逮捕者の身体の安全ないし自由という利益が衝突していることから、緊急行為に類似する状況がある。また、相当性の限度内の逮捕行為であれば正当化されるので、これを超えても違法性の減少を認めることができる。そうであれば、〔事例3〕については、Xの傷害行為に違法減少も責任減少も認められるので、刑法三六条二項の準用を認めるべきであると考ええる。<sup>(30)</sup>

## (2) 被逮捕者の罪責

続いて、被逮捕者に生じうる問題として、違法な現行犯逮捕に対して反撃した被逮捕者に正当防衛が成立するかどうかを考えてみたい。この問題について、興味深いドイツの裁判例が二件ある。<sup>(31)</sup>

〔裁判例1〕 OLG Celle (Urt. v. 26. 11. 2014-32 Ss 176/14) [刑事判例]

〔事実の概要〕

被告人Xは、ある晩、スーパーマーケットの入口ドアの外側に数分間とどまって行ったり来たりしていたが、その際に同人が何らかの可罰的な行為を行ったことは認められなかった。その同じ時刻に、スーパーマーケットの中で、氏名不詳の窃盗犯人がテレビ二台を盗み、Xが立っていた入口ドアを通過して逃走した。そのドアは外側からのみ開けることのできるものであり、窃盗犯人が通ったときには開いていたことから、Xが窃盗犯人の逃走を助けるためにそのドアを開けていた疑いが生じた。そこで、レジ係の女性がこれに気づき、Xを指さして「あの男も仲間だ」と叫んだので、レジにいた買い物客のA女が、その場から立ち去ろうとしていたXを追いかけて、同人の上着のうしろを掴もうとした。Xはこれを免れ、A女やその場に駆けつけたレジ係の女性二人と数人の買物客に対して大声をあげ、駐輪場の方へ行きかけたところ、A女がXの左腕をつかんだ。これに対してXは、A女を後方へ押し返したが、同女がさらにつかんだため、「放せ、おれは関係ない。」と言ってから、拳を振り回して同女を二、三回殴打した。これによってA女の上腕に青あざができた。

AG (区裁判所) は、故意の傷害と強要未遂の所為単一によりXに四月の自由刑を言渡したが、LG (ラント裁判所) はこれを破棄し、Xを無罪とした。これに対して検察官が上告したが、OLG (上級ラント裁判所) はその上告を棄却した。OLGの判決は次のとおりである。

〔判決要旨〕

法の文言と、無実の者の自由を制限する私人の侵害に対して正当防衛を認めるべきであるという法政策的考慮からは、仮逮捕が認められるためには被逮捕者が実際に犯罪行為を行ったことが必要であるとする説が支持される。これによれば、Xには正当防衛権が認められ、A女の傷害について正当化されることになる。しかし、嫌疑説に立ったとしても、Xの窃盗幫助について濃厚な嫌疑があったとは認められないので、Xの正当防衛権は否定されない。Xに対する嫌疑は、Xを窃盗の共犯者だと思つたレジ係の女性の叫び声によってはじめて生じたのであり、A女自身がXの行動を見ていたわけではないからである。したがって、刑法の一七条一項の「現行犯」の解釈いかんは問題にならない。いずれの見解に立つても、Xを仮逮捕するA女の権限は認められない。原判決の認定によれば、Xは、最初は大声をあげてA女から離れようとし、次に同女を後方へ押し返して離れようとし、それが奏功しなかつたので同女を殴打したのであった。彼が自由になるために、それ以外にもっと穏やかな手段を選択することができたとは認められない。

侵害される法益と侵害行為との耐えがたい不均衡があれば、例外的に、正当防衛が要請された (Geboten) 行為とはいえず、Xにその逮捕を甘受することが期待されることになるが、Xはその行為の際に、段階をつけてきわめて穏健に、傷害を負うことになる相手方の客観的に違法な態度に対して身を守つたのであるから、そのような不均衡も特に認められない。

〔裁判例2〕 OLG Hamm (Beschl. v. 8. 5. 2015-9 U 103/14) 〔民事判例〕

〔事実の概要〕

警備会社の従業員であつた被告A (三一歳) は、午後一時ころ、あるホームセンターの敷地内で警備中に、同センターの近くで、原告X (五四歳) とその同伴者を見かけたが、Xが液体用の缶を持っていたことから、同人がホームセンターの物資を盗んだのではないかという疑念をもつた。Aは、Xの車の中に同じような缶が数個あるのを見たが、物資を盗んだことの確認はできなかった。

そこでAが警察に通報したところ、Xがその場から離れるために車に乗り込もうとしたので、Aが車のドアを開けてこれを阻止した。これに対して、XがAの顔面を手拳で殴打したので、今度はAがXの顔面を手拳で殴打し、これによってXに顔面骨折の傷害を負わせた。のちに明らかになった事情によれば、Xはその時に有効な運転免許証を携帯しておらず、その車には保険が付されておらず、虚偽のナンバープレートが取り付けられていたが、Aはそれらの事情を知らなかった。Xは、Aの不当な逮捕行為によって傷害を負ったとして、慰謝料を含む四〇〇〇ユーロの損害賠償（民法八二三条二項）を請求した。これに対してAは、正当防衛を理由にその支払いを拒否した。

これについて、LGもOLGもXの請求を棄却した。OLGの決定は次のとおりである。

〔決定要旨〕

被告Aは、原告Xとの殴り合いが始まる前に、Xがホームセンターの物資を盗んでいないことを認識したのであるから、Aに刑法一二七条に基づく仮逮捕の権利は認められない。Xの道路交通法上の犯罪行為についても、Aはこれを知らなかったのであるから、その逮捕は正当化されない。

しかし、警察の到着を待つ間に行われた、Xの違法な殴打に対するAの殴打は、正当防衛である。Aに逮捕権が認められるか否かにかかわらず、いずれにせよAは、本件の諸事情からみて、Xが財産犯の現行犯に当たると思ったことについて責任はない。Xは、警察に連絡したので警察がすぐに到着することをAから告げられた時点で、自分に財産犯の疑いがかけられていることを認識していた。このような状況において、Xはその事実関係について疑いを晴らすことができた。それゆえXは、Aの権限のない逮捕に対して、その顔を殴打することによって防衛することは許されず、その行為は必要な防衛行為ではなかった。Xは、誤解を解くために警察の到着を待つことができた。彼がそうしなかったのは、警察の事情聴取によって、のちに有罪となる（道路交通法の）犯罪行為が露見することを恐れたからであろうと推測される。Xの違法な殴打に対してAがその顔を殴打して防衛することは許されており、それゆえAは正当防衛として行為したのである。したがってXの請求は認められない。

右の二つの裁判例は、いずれも違法な仮逮捕に対する被逮捕者の反撃が正当防衛に当たるか否かが争われたものであるが、その結論は異なっている。「裁判例1」は、「現行犯人」の意義についていかなる立場に立ったものかは明らかでないが、Xには濃厚な嫌疑が認められないことから、A女にはXを仮逮捕する権限がなかったとして、これに反撃したXに正当防衛を認めた。そこでは、Xが「段階をつけてきわめて穏健に」防衛行為を行い、「それ以外にもっと穏やかな手段を選択できたとは認められない」という事情が指摘されている。「裁判例2」は、Aは濃厚な嫌疑を基礎づける事実がないことを知っていたのであるから、仮逮捕の権限があったとはいえないとしたが、それにもかかわらず、Xの殴打は必要な防衛行為ではなく、したがってそれに対するAの殴打は正当防衛として適法であるとした。Xの殴打が防衛行為の必要性を欠くとした理由として、Xは誤解を解くために警察の到着を待つことができたことを指摘している。このような状況においては、違法な仮逮捕に対する被逮捕者の正当防衛が否定ないし制限されうることを認めた点で注目されるものである。

こうした裁判所の指摘は、わが国の解釈論にも有益な示唆を与えているように思われる。私人逮捕において逮捕者が逮捕状況で誤認した事例では、逮捕者の判断に落ち度があったとしても、被逮捕者がその錯誤について共同の責を負っていることが多い。逮捕者が嫌疑ありと誤信したのは、逮捕者からみてしかるべき嫌疑があったからであり、通常はその嫌疑の発生に被逮捕者が関与しているからである。たしかに、何らかの嫌疑だけで逮捕権を認めることはできず、「無実の」被逮捕者の正当防衛権を否定することはできないが、このような事情があれば、被逮捕者は反撃に際して抑制的な態度をとるべきであり、そうした事情のない正当防衛と同程度の反撃を認めることはできないというべきである。相手方（逮捕者）が錯誤により自分を現行犯人とすることを被逮捕者が知っており、しかもその時間的余裕があるならば、被逮捕者はまずもって、逮捕者に対してその誤認を指摘することによって誤解を解消するよう努めなければならぬ。それが奏功すれば両者の対抗関係は容易に解消されるからである。被逮捕者が誤解を解くための努力を尽くしたにもかかわらず、なお逮捕者がその説明に留意することなく逮捕行為に出た場合にはじめて、被逮捕

者は必要な防衛行為に出ることが許されると解すべきである。「裁判例1」のXには、不十分であってもA女の誤解を解くための言動があったことと、その反撃が「段階をつけて」行われたことを重視したものとと思われる。これに対して、「裁判例2」のXは、Aの誤解を解く努力をすることなく、ただちに殴打によって反撃したのであった。このような場合には、防衛行為の必要性ないし相当性を欠くものとして、正当防衛が否定されることになる<sup>(32)</sup>と考える。

### (3) 現行犯逮捕と正当防衛の競合

最後に、現行犯逮捕と正当防衛（ないし過剰防衛）が競合する場合の取り扱いについて簡単にまとめておきたい。こうした正当化事由の競合は、たとえば、窃盜の被害者が、現場から逃走した犯人を追跡して逮捕する場合に生じうる。

両者の正当化要件を対比して要約すれば、現行犯逮捕においては、①被逮捕者が「現行犯人」であること、②行為者が逮捕の意思をもっていること、③逮捕行為について必要性と相当性が認められることが必要であり、正当防衛においては、①「急迫不正の侵害」があること、②行為者が防衛の意思をもっていること、③防衛行為について必要性と相当性が認められることを要する<sup>(33)</sup>。

そこでまず、①現行犯逮捕の要件も正当防衛の要件もすべて充たされていれば、両者が重疊的に成立するので、いずれの正当化も可能である。たとえば、窃盜の被害者が、犯行現場から盗品を持って逃走した犯人を、盗品を取り戻して犯人を警察に引き渡すために追跡して逮捕した場合がこれである。

次に、両者の要件をそれぞれ検討して一方のみが成立するならば、成立した事由により正当化される。すなわち、②現行犯逮捕は認められないが、正当防衛が成立する類型として、たとえば右の例で、逮捕の手段が現行犯逮捕の相当性を超えていたが、なお防衛行為の相当性の範囲内であったと認められる場合（ただしその他の要件はすべて充たされているものとする―以下同じ）と、③現行犯逮捕は認められるが、正当防衛が成立しない類型として、先の「事例3」のように、現行犯逮捕をなしうる状況はあるが、侵害の現在性が失われた場合や、被逮捕者について犯罪と犯人の明白性が認められるが、その者が真犯人でなかった場合がこれで

ある。

さらに、④現行犯逮捕も正当防衛も認められない類型がある。このうち、現行犯逮捕は認められないが過剰防衛が成立する場合には、当然に後者による刑の減免が可能となる。その例として、東京高判平成二五年三月二七日判タ一四一五号一八〇頁は、私人が防衛行為とともに現行犯逮捕を行ったところ、その途中から手段の相当性を欠くに至り、相手方を死亡させたという傷害致死の事案について、一連の行為を全体的に評価して、現行犯逮捕として許される実力行使の程度を超えたものであるから法令行為に当たらないとし、過剰防衛の成立を認めた。そこでは、一連の行為の全体を対象として、現行犯逮捕の相当性と防衛行為の相当性をそれぞれの基準に即して判断しており、妥当な判断方法であつたと思われる。<sup>34)</sup>なお、私見は「過剰逮捕」に刑法三六条二項の準用を認めるので、「過剰逮捕」のみが認められる場合にも刑の減免をなしうることは、すでに述べたとおりである。

## むすび

本稿では、刑法と民法が交錯する問題の一つとして議論の多い現行犯逮捕をとりあげ、刑法解釈上の諸問題を考えてみようと思つた。とはいえ、論ずべき問題が多岐にわたることから、逮捕者と被逮捕者の対抗関係が先鋭化しやすい私人逮捕を中心に、両者に生じうる正当防衛（ないし過剰防衛）の成否を中心に検討した。その要旨は次のとおりである。

まず、「現行犯人」の意義については、私人逮捕の公的性質とリスク分配の公平性を考慮して、逮捕時において客観的に濃厚な嫌疑が認められれば足り、被逮捕者が真犯人でなかつたとしてもその逮捕の効力を否定するものではないとするドイツの「嫌疑説」を支持する。この説は、わが国の通説・判例の立場とはば重なるものである。

次に、逮捕者に生じうる問題について、客観的には現行犯逮捕をなしえないにもかかわらず、逮捕者がなしうるものと誤信して逮捕した場合については、逮捕者が犯罪と犯人の明白性を基礎づける事実を誤認したときは、事実の錯誤として故意不法を阻却す

る（したがって被逮捕者はこれに対して正当防衛をもって對抗することができない）が、逮捕者がそのような事実を認識しつつ、それでもなお逮捕しようと誤信したときは、違法性の錯誤として故意不法を阻却しない（したがって被逮捕者はこれに対して正当防衛をもって對抗することができる）。また、逮捕の手段が社会通念上必要かつ相当と認められる限度を超えた場合については、「過剰逮捕」すなわち「過剰正当行為」ともいうべき類型を考えて、刑法三六条二項の準用を認めるべきである。

さらに、被逮捕者に生じうる問題として、違法な現行犯逮捕に対して反撃した被逮捕者に正当防衛が成立しうることを認めるが、被逮捕者が逮捕者の錯誤について共同の責を負っている場合、すなわち逮捕者の錯誤について被逮捕者にも落ち度があると認められる場合には、被逮捕者はその反撃に際して抑制的な態度をとるべきであり、逮捕者の誤解を解消するための努力を尽くさなかつた場合には、防衛行為の相当性が否定され、過剰防衛として取り扱うべきであると考ええる。

なお、現行犯逮捕と正当防衛（ないし過剰防衛）の競合については、想定される類型を示し、その取り扱いの梗概を述べるにとどめた。これについてはさらに立ち入った検討が必要であり、今後の課題としたいと思う。

- (1) 椎橋隆幸編『プライマリー刑事訴訟法（第五版）』（不磨書房、二〇一六年）六五頁以下（柳川重規）参照。
- (2) 最判昭和五〇年四月三日刑集二九卷四号一三三頁参照。なお、現行犯逮捕には、通常逮捕における「明らかに逮捕の必要がない」ときの規定（刑訴法一九九条二項ただし書、刑訴規則一四三条の三）がないことから、逮捕の必要性が要件となるか否かについて議論があるが、任意捜査を原則とする刑事手続の趣旨に照らして、明らかに必要性を欠く現行犯逮捕は許されないというべきである。ただし、現行犯においては通常、逮捕の必要性が強く推認されるので、原則として個々の必要性を逐一検討する必要はないとされている（通説）。これについて詳しくは、三浦正充「現行犯逮捕と逮捕の必要性（東京高裁昭和四一年一月二七日判決）」河上和雄ほか編『警察実務判例解説（任意同行・逮捕篇）』別冊判例タイムズ一〇号（一九九〇年）一〇八頁以下、滝沢誠「現行犯逮捕（二）」必要性（大阪高裁昭和六〇年二月一八日判決）、井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選（第九版）』（有斐閣、二〇一一年）三〇頁以下参照。
- (3) 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法（第二版）第四卷』（青林書院、二〇一二年）五一―八頁（渡辺咲子）は、このような理由から、私人逮捕における有形力の行使について、警察官に対すると同様の判断基準によるのは相当でない」と指摘する。東京高判昭和三七年二月二〇日下刑集四卷一―二号三一頁も、現行犯人を逮捕する際の實力行使について、一般人には、司法警察職員等逮捕の職責を有する者に要求され

る節度の期待できないことは当然であるとする。なお、犯罪捜査規範（昭和三十三年七月一日国家公安委員会規則第二号）一二六条一項、逮捕術教範（昭和四三年三月二一日警察庁訓令第三号）一条参照。

- (4) 京都地判平成二四年六月七日LEX/DB5482152は、警察官による現行犯逮捕の事案について、現行犯逮捕においては「違法性阻却事由の有無を正確に判断することは困難であり、…特定の犯罪構成要件に該当する行為があれば、基本的に犯罪の明白性は認められるべきであるが、違法性を欠くことが明らかな場合や違法性阻却事由の存在する疑いが認められる積極的な事情がある場合は、犯罪の明白性を欠き、現行犯逮捕は許されない」とし、現行犯逮捕の要件の有無については、「逮捕当時の具体的状況に基づいて客観的に判断すべきであり、その具体的状況とは、犯罪行為自体及び犯行に接する時点における諸状況も含めて、逮捕者が「逮捕当時」認識し又は認識しえたものを基準とすべきである」と判示した。なお、河上和雄ほか編・前掲書(注)(3)(四八六頁以下〔渡辺咲子〕参照)。

- (5) 最決昭和四一年四月一四日判時四四九号六四頁は、現行犯逮捕の理由となった銃刀法違反事件が事後的に無罪となった場合においても、現行犯逮捕を行った時点において、客観的にみて被告人が同法違反の現行犯人と認められる十分な理由があるときは、警察官の逮捕は適法であり、これを免れるための暴行は公務執行妨害罪を構成する、とする原判決を維持した。

(6) ドイツ刑法一二七条（仮逮捕）

① 現行犯 (auf frischer Tat) に当たるとされ、または現行犯として追跡されている者がいる場合には、その者が逃亡するおそれがあり、またはその者の身許が直ちに特定できないときは、何びとも、裁判官の命令がなくとも、その者を仮逮捕する権限を有する。検事局または警察の職務を行う公務員による人の身許の特定は、第一六三b条第一項によって定める。

② 検事局または警察の職務を行う公務員は、危険が迫っているときは、勾留命令または收容命令の要件が存する場合であっても、仮逮捕する権限を有する。

（以下略）

ドイツでは一般に、仮逮捕が適法とされるためには、「①被逮捕者が「現行犯に当たるとされ、または現行犯として追跡されている」こと、②逃亡のおそれがあり、またはただちにその者の身許を確認することができない状況があること、③逮捕者が被逮捕者を逮捕して訴追する目的をもってしていること（主観的正当化要素）、④逮捕のために用いられた手段が相当である (verhältnismäßig) ことが必要であるとされている。」

- (7) 学説・判例の状況に①5b HK-StPO/Posthoff (2012), §127 Rn. 7ff.; LKStGB/Römann, 12. Aufl. (2006), Vor § 32 Rn. 265ff.; Meyer-Göbner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 127 Rn. 4ff.; MK-StPO/Böhm/Werner, 1. Aufl. (2014), § 127 Rn. 4ff.; Satzger/Schucklenbier/Widmaier, StPO, 1. Aufl. (2014), § 127 Rn. 19ff.; SK StPO/Paeffgen, 4. Aufl., § 127 Rn. 7ff. 参照。

- (8) この説の主張者として（文献の筆者名のみ記載する。その詳細については注(7)の注釈書を参照（以下同））Baumann/Weber/Mitsch; Jescheck/Weigend; Kühl; Lackner/Kühl; Maurach/Zipf; Meyer-Göbner/Schmitt [注(7)]（ただし、認識しえない正当化事由なくし責任阻却

事由があつても逮捕権に影響しないからである。Otto, Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben, Schlüchter, Welzel, Wessels/Beulke.

- (9) 上記の主張者によつて Jakobs, Joecks, Kindhäuser, Kleinkecht, Krey.
- (10) 上記の主張者によつて Gropp, HK-SPO/Posthoff [注(〜)].
- (11) 上記の主張者によつて MK-SPO/Böhm/Werner [注(〜)], Freund, Gössel, Heinrich, Satzger/Schluckenhier/Widmaier [注(〜)], Herrmann, Jäger, Köhler, Kühne, SK-SPO/Paeffgen [注(〜)], Pfeifer, Putzke/Scheinfeld, Rengier, LK-StGB/Rönnau [注(〜)], Roxin, たなし, 嫌疑の程度については見解の相違があり、「濃厚な嫌疑」のほか、「嫌疑の存在にこつて」確信があるもの、「合理的な疑いがなからず」、「高い蓋然性があるもの」、「義務に適った検討をこつてなからず」、「過失がなからず」等の基準があげられる。
- (12) 「事例一」と「事例二」は Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht, 14, Aufl. (2012), 8. Problem に掲げられた設例を筆者が改変したものである。
- (13) たなし OLG Jena JW 1929, 3324 (Urt. v. 31. 5. 1929) は「実体法説・嫌疑説の折衷説に従つたものと想われる」。
- (14) 厳格な実体法説に従つた裁判例によつて、なかろ RGS 12, 194, 195 (Urt. v. 11. 5. 1885-1 STR 943/85); RG 19, 101, 103 (Urt. v. 5. 4. 1889-2 STR 661/89); OLG Düsseldorf NJW 1991, 2716 (Beschl. v. 24. 7. 1991-2 Ss 223/91) 等々である。
- (15) 嫌疑説に従つた裁判例によつて、なかろ OLG Zweibrücken NJW 1981, 2016 (Beschl. v. 13. 3. 1981-1 Ss 35/80); BayObLG JR 1987, 344 (Urt. v. 30. 5. 1986-5 St 43/86); AG Grevenbroich NJW 2002, 1060 (Urt. v. 26. 9. 2000-5 Ds 6 Js 136/00) 等々である。
- (16) SK-SPO/Paeffgen [注(〜)] § 127, Rn. 2, Krey/Esser, Deutsches Strafrecht, AT, 6, Aufl. (2016), Rn.640, 現行犯逮捕の歴史と規範目的について詳しくは Biltje, § 127 Abs. 1 Satz 1 SPO als Eingriffsbezug für den Bürger und als Rechtfertigungsgrund, ZStW 121 (2009), S. 375ff 参照。
- (17) MK-SPO/Böhm/Werner [注(〜)] § 127 Rn. 10, LK-StGB/Rönnau [注(〜)], Vor § 32 Rn. 268.
- (18) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要(七訂版)』(創文社、一九六七年)一四二頁、一九四頁は「刑事手続における実体形成は嫌疑とともに発展的に推移する性質をもつてを指摘する(訴訟状態説)」。
- (19) LK-StGB/Rönnau [注(〜)], Vor § 32 Rn. 268.
- (20) 嫌疑説によれば、「ドイツ刑法二二七条一項にいう『現行犯に当たるとされ』とは、濃厚な嫌疑の対象となつた者が、可罰的な未遂に至つた時点で犯行の現場またはその直近の場所にいることをいひ、『現行犯として追跡されている』とは、その者がすでに犯行の現場から離れたが、なお継続的に追跡されている状況をさす」。
- (21) 逮捕者の適法な現行犯逮捕に対しては被逮捕者が抵抗し、さらには激しい攻撃を加えることが往々にしてあるが、その際に逮捕者は、被逮捕者に対して一定の限度で逮捕を容易にするための実力を行使することができる。ただし、いったん現行犯逮捕が完了したのちに、被逮捕者が

逮捕を免れようとして加えた暴行等に対しては、逮捕者は正当防衛をもって対抗することができるであろう。その場面での正当化は現行犯逮捕ではなく、新たな暴行等に対する正当防衛によるべきである。したがって、その際に逮捕者が興奮・狼狽等により防衛行為の相当性を超えたならば、過剰防衛（刑法三六条一項）を認めることができると考ええる。

(22) 「正当化事情の錯誤」をめぐるわが国とドイツの学説について、拙稿「誤想防衛について―ドイツの理論状況をみて―」比較法雑誌四六卷三号（二〇一二年）一頁以下参照。

(23) これについて、拙稿「正当化事情の錯誤と共犯の成否」日本法学八二卷二号（二〇一六年）一八九頁以下参照。

(24) なお付言すれば、制限責任説によれば、違法性阻却事由の前提となる事実を誤認したことについて行為者に過失があれば―処罰規定が存在することを前提として―過失犯が成立しうる。したがって、先の「誤認逮捕」の事例において、Xが逮捕の際にAに傷害を負わせ、Xに過失傷害罪が成立するならば、AにはXの過失行為に対する正当防衛を認めることができる。

(25) 仲屋暢彦「私人による現行犯逮捕の際の実力行使の限度（東京高裁昭和三七年二月二〇日）」河上和雄ほか編『警察実務判例解説（任意同行・逮捕篇）』別冊判例タイムズ二二号（一九九〇年）一〇七頁は、私人は、逮捕に関する専門的な知識・経験がなく、逮捕のための訓練を受けているわけでもないので、現行犯逮捕の場に直面して興奮・狼狽し、状況判断や対応策に過誤を生じがちであり、また、現行犯人に対する報復感情や懲罰感情が混入することもある程度避けられないのであるから、法が私人に現行犯人を逮捕する権限を付与する以上、逮捕のための実力行使に多少の行き過ぎが出てくることを容認していると解することができる、と指摘する。

(26) 裁判例も一般に、逮捕者が警察官等であるか私人であるかによって、許容される実力行使の限度に差異があることを認めている。その限度について、大野市太郎「現行犯逮捕のための実力行使と刑法三五条（最高裁昭和五〇年四月三日第一小法廷判決）」河上和雄ほか編『警察実務判例解説（任意同行・逮捕篇）』別冊判例タイムズ二二号（一九九〇年）九六頁以下、人見信男「現行犯逮捕のための実力行使（最高裁昭和五〇年四月三日第一小法廷判決）」佐々木史朗ほか編『警察関係基本判例解説』別冊判例タイムズ九号（一九八五年）一四九頁以下参照。

(27) ドイツ法では、許される私人逮捕の範囲と手段はきわめて限定されている。すなわち、適法な仮逮捕は、被逮捕者の自由の制限、したがって自由はく奪の罪（二三九条）と強要罪（二四〇条）を正当化するが、その他の法益の侵害を正当化しない。とりわけ傷害罪（二三三条以下）、器物損壊罪（二三三条）、またはや殺人（二二一条以下）は、原則として仮逮捕によって正当化されない。被逮捕者に重い傷害を加えることも許されない。その他の危険物を使用することも許されない。警察官に対する教育や医師の臨場を必要とする危険な技術を私人が用いることも許されない。例外が認められるのは、逮捕に必然的に伴う比較的程度の身体の傷害と器物（たとえば被逮捕者の着衣）の損壊である。これらは、逮捕のためには自由はく奪と同様に仮逮捕によって正当化される。その際に、被逮捕者の逃走を阻止しうる物（手錠、縛縄等）を用いることができる。しかし、逮捕者がその限度を超える手段を用いたならば、その逮捕は違法となる。これについてはHK-StPO/Posthoff [注(一)], § 127 Rn. 16ff.; Meyer-Göbner/Schnitt [注(一)], § 127 Rn. 14ff.; MK-StPO/Böhm/Werner [注(一)], § 127 Rn. 16f.; Satzger/Schubert/Widmaier [注(一)],

- § 127 Rn. 34ff.; SK-StPO/Paeffgen [注(～)], § 127 Rn. 20ff. 参照。
- (28) 「事例㉔」<sup>45</sup> Sicker. Das Festnahmerecht nach § 127 I 1 StPO im System der Rechtfertigungsgründe. Jus 2012, S. 1074ff. S. 1078. ⑤ 設例を筆者が改変したものをいふ。
- (29) Mitsch. Vorläufige Festnahme und Notwehr. JA 2016, S. 161ff. 164f. は、「過剰逮捕」には「過剰防衛に倣って」逮捕行為がその当初から相当性の限度を超えつづいた「質的過剰逮捕」(intensiver Festnahmeexzess) という類型と、逮捕している状況がなくなったにもかかわらずなお逮捕行為を継続した「量的過剰逮捕」(extensiver Festnahmeexzess) という類型があるとするが、本稿ではこの二つを併せて「過剰逮捕」として論ずる。
- (30) 西田典之『刑法総論』第二版(弘文堂、二〇一〇年)一三九頁は、「二者択一の利益衝突がない」「通常行為」についても刑の減免の余地があり、立法論として三五条二項(過剰正当行為)を新設するよりも十分考慮に値するという。ドイツにおいても、「過剰逮捕」に刑法三三三条「過剰防衛による免責」を準用するものについて肯定説と否定説がある。肯定説は Jakobs, Strafrecht, AT, 2. Aufl. (1991), 16/17; Otto, Grenzen der straflosen Überschreitung der Notwehr, § 33-BGH NSZ 1987, 20-, Jura 1987, S. 607. 否定説は MK-StGB/Erb, 2. Aufl. (2011), § 33 Rn. 17; Sicker [注(28)], S. 1079.
- (31) 「裁判例一」<sup>46</sup> BeckRS 2015, 0003=https://www.jurion.de/Urteile/OLG-Celle/20141126/32-Ss-176\_14Jahn. Jus 2015, 565 以下(「裁判例㉔」)<sup>47</sup> https://www.justiz.nrw.de/JM/Presse/presse\_weitere/PresseOLG/archiv/2015\_02\_Archiv/03\_07\_2015\_/index.php=http://rsw.beckde/cms/main.docid=370347 にある。「事実の概要」と「判決要旨」「決定要旨」は筆者が要約したものである。
- (32) 私見は、防衛行為の相当性が認められないので過剰防衛として扱うべきであると考ええる。ドイツでは、この場合に、「正当防衛の」「相当性」を否定するか、それとも「正当防衛の社会的倫理的制限」の一つとして刑法三三一条一項の「要請された」(geboten) 防衛行為とはいえないとするのか議論があり、後者が通説となっているようである。
- (33) Sicker [注(28)], S. 1075 は、両者を比較して、「たとえば盗品を持たずに逃走した犯人を追跡して逮捕する場合のように」、正当防衛状況が失われてもなお現行犯逮捕が認められる状況があること、また、「たとえば現行犯逮捕の相当性(比例原則)が否定されてもなお正当防衛の相当性が認められる余地があることから」、一般論として、①の正当化の客観的状況については現行犯逮捕がより広く、③の行為の必要性・相当性については正当防衛がより緩やかであると指摘する。
- (34) なお、本田稔「最新判例演習室刑法」法学セミナー七三三二号(二〇一六年一月号)一一五頁参照。

本稿は、「法学新報 椎橋隆幸先生退職記念号」に掲載させていただくために執筆したものです。あらためて申し上げますまでもなく、椎橋先生は、わが国の刑事法学の進展にご尽力されたのみならず、本学においても要職を歴任され、その発展にも多大の貢献をされました。さらに、長年にわたり「中央大学刑事判例研究会」を主宰され、私たち後進の研究者に貴重な勉強の機会を提供してくださいました。心から御礼申し上げます。

本稿が相変わらずの拙稿にとどまったことには内心忸怩たる思いがありますが、先生のますますのご健勝を祈念しつつ献呈させていただきます。

(二〇一六年九月五日脱稿)

(本学法学部教授)