

正当防衛の正当化根拠について（1）

——「法は不法に譲歩する必要はない」という
命題の再検討を中心に——

山 本 和 輝*

目 次

序 章

第一節 問題の所在

第二節 本稿の分析視角

第三節 本稿の検討の進め方

第一章 正当防衛の正当化根拠に関するわが国の議論状況

第一節 個人主義的基礎づけ

第一款 被侵害者の事情に着目する基礎づけ

第一項 自己保存本能説

第二項 自己保全の利益説

第二款 侵害者の事情に着目する基礎づけ

第一項 法益性の欠如説

第二項 法益性の減少説

第二節 超個人主義的基礎づけ

第一款 防衛対象

第一項 法が現に存在することを示すという意味での法確証

第二項 予防効という意味での法確証

第二款 正当化根拠

第一項 正当化根拠としての「法は不法に譲歩する必要はない」

第二項 正当化根拠としての予防効

第三項 正当化根拠としての優越的利益の原則

第三節 二元主義的基礎づけ

第一款 防衛対象——自己保全原理と法確証原理の関係性

第一項 重畳の関係

* やまもと・かずき 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

正当防衛の正当化根拠について（1）（山本）

第二項 択一的関係

第二款 正当化根拠

第一項 正当化根拠としての「法は不法に譲歩する必要はない」

第二項 正当化根拠としての予防効

第三項 正当化根拠としての優越的利益の原則

第四節 個人主義的基礎づけのさらなる展開

第一款 侵害者の事情に着目する基礎づけ

第二款 被侵害者の事情に着目する基礎づけ

第一項 防衛対象あるいは正当化根拠としての現場滞留利益？

第二項 権利行使としての正当防衛

第五節 一元主義的基礎づけ

第六節 小 括 (以上、本号)

第二章 正当防衛の正当化根拠に関するドイツの議論状況

第一節 個人主義的基礎づけ

第二節 超個人主義的基礎づけ

第三節 二元主義的基礎づけ

第四節 個人主義的基礎づけの再評価

第五節 間人格的基礎づけ

第六節 小 括

第三章 Berner における正当防衛の正当化根拠論

第一節 「法は不法に譲歩する必要はない」という命題の意味内容

第二節 Berner の正当防衛論

第三節 Berner の正当防衛論からの帰結

第四節 小 括

第四章 Berner 前後の立法の展開

第一節 プロイセン一般ラント法（1794年）

第二節 プロイセン刑法典（1851年）

第三節 ライヒ刑法典（1871年）

第四節 その後の RG 判例の傾向

第五節 小 括

終 章

序 章

第一節 問題の所在

正当防衛の正当化根拠は、既に多くの先行研究によって論じられてきたテーマである¹⁾。それにもかかわらず、本稿において、何故、このテーマを取り扱う必要があるのか。本稿は、まず、この点を論じることからはじめたい。

正当防衛は、刑法36条1項において、きわめて簡潔にしか規定されていないため、その規定を参照するだけでは具体的な帰結を導き出すことができない。それゆえに、同規定の解釈にあたっては、正当防衛の正当化根拠にまで遡り、解釈の指針を導き出す必要がある。すなわち、正当防衛の正当化根拠を論じる意義は、正当防衛の解釈論を展開するにあたり、その指針を示すことができる点にある²⁾。より具体的にいえば、第一に、正当防衛の各要件を基礎づけることができる点（特に、正当防衛と緊急避難の相違を説明できる点³⁾）、第二に、正当防衛を限界づけることができる点（例えば、自招侵害などの限界事例において、解釈の指針を示すことができる点）にある。

このうち、わが国の学説において重要視されてきたのは、第二の意義、つまり正当防衛の限界づけであった。すなわち、従来、わが国の学説において問題とされてきたのは、「正当防衛が制限される場合があることを自明の前提とした上での制限の基準と限界であ」り⁴⁾、この制限の基準と限

1) わが国の先行研究として、例えば、齊藤誠二『正当防衛権の根拠と展開』（多賀出版・1991年）、橋爪隆『正当防衛の基礎』（有斐閣・2007年）、山中敬一『正当防衛の限界』（成文堂・1985年）などを挙げることができる。

2) 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・2008年）95頁。また、橋爪・前掲（注1）5頁も参照。

3) 橋爪・前掲（注1）10頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣・2016年）115頁。

4) 葛原力三「正当防衛論」伊東研祐＝松宮孝明編『リーディングス刑法』（法律文化メ

界を明らかにするために論じられてきたのが、正当防衛の正当化根拠であった。このように、わが国の学説が正当防衛の正当化根拠から正当防衛の制限の基準と限界を画そうとしてきた背景には、当時の実務が、正当防衛の成立を認めることに対してきわめて抑制的であったという事情がある⁵⁾。すなわち、正当防衛の制限の議論が盛んに論じられるようになったのは1980年代以降のことであるが⁶⁾、当時の実務は、例えば、防衛行為の相当性の判断につき、「いわば、過剰防衛に逃避する傾向」があると評されるほど⁷⁾、正当防衛の成立に対して抑制的であったのである⁸⁾。そのため、わが国の学説は、正当防衛の制限の根拠を明らかにし、正当防衛の成立範囲を合理的に画することによって、実務の過剰な抑制傾向を制限しようとしたのであった⁹⁾。このような事情に鑑みれば、わが国において、正当防衛の正当化根拠の第二の意義、すなわち正当防衛の限界づけが重要視されてきたのは当然であったといえるかもしれない。

この意義の重要性は、現在においても、なお認められつづけているとあってよい。このことは、例えば、最近の自招侵害に関する議論からも窺うことができる。すなわち、自招侵害については、近時、重要な最高裁決

ㄨ社・2015年）198頁。

5) 葛原・前掲（注4）197頁以下。

6) この時期に発表された著書として、山中・前掲（注1）を挙げるができる。また、同時期に発表された論考として、大嶋一泰「正当防衛の制限について」法学47巻5号（1984年）612頁以下、齊藤誠二「正当防衛権の根拠と限界をめぐって」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第一巻』（有斐閣・1983年）290頁、同「正当防衛権をめぐって」成蹊法学21巻（1983年）1頁以下、山口厚「自ら招いた正当防衛状況」『法学協会百周年記念論文集第二巻』（有斐閣・1983年）721頁以下、山本輝之「自招侵害に対する正当防衛」上智法学27巻2号（1984年）137頁以下などを挙げるができる。

7) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣・1975年）239頁以下。

8) ただし、当時の実務においても、例えば、いわゆる「喧嘩と正当防衛」といった問題領域では、正当防衛の成立範囲が拡張する傾向にあったという指摘もなされている。この点については、川端博『正当防衛権の再生』（成文堂・1998年）10頁以下。

9) 川端博＝山中敬一「対談・正当防衛権の根拠と限界」現代刑事法5巻12号（2003年）10頁以下〔山中発言〕参照。

定が出されたが¹⁰⁾、学説の中には、そこで示された判断枠組みの当否を正当防衛の正当化根拠に立ち返りながら検証するものも見られるのである¹¹⁾。

以上で確認してきたように、わが国の議論状況は、正当防衛の正当化根拠論からみれば、いわば応用問題ともいえる正当防衛の限界づけに議論が集中している現状にある。しかしながら、わが国の正当防衛理論は、そのような応用問題を検討すれば足りるとすることができるほど万全なものであろうか。換言すれば、わが国の正当防衛の正当化根拠論は、正当防衛の各要件の基礎づけという基本問題をこれ以上論じる必要がないといえるほど盤石なものといえるのだろうか。この点については、疑問を禁じえない。というのも、近時、正当防衛においても、一定の場合には侵害退避義務が課せられるとする侵害退避義務論が有力化しているが¹²⁾、このような考え方は、ともすれば、正当防衛における侵害退避義務の原則的な不存在

10) 最決平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁は、被告人がAを殴って逃げたため、Aが被告人を追いかけ、後ろから殴打したところ、被告人が特殊警棒で殴り返して、Aに傷害を負わせたという事案につき、以下のように判示して正当防衛の成立を否定したものである。すなわち、「被告人は、Aから攻撃されるに先立ち、Aに対して暴行を加えているのであって、Aの攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の侵害により自ら侵害を招いたものといえるから、Aの攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでないなどの本件の実事関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえない」と判示した。

11) 例えば、山口厚「正当防衛論の新展開」法曹時報61巻2号(2009年)313頁以下。さらに、一方で、前掲(注10)の最高裁平成20年決定を視野に入れつつ、他方で正当防衛の正当化根拠論に立ち返りながら、自招侵害の場合に正当防衛の成立が制限される根拠、および正当防衛の制限が認められるための要件について検討を加えるものとして、橋田久「自招侵害」研修747号(2010年)3頁以下。

12) このような侵害退避義務論を展開するものとして、佐伯仁志「正当防衛と退避義務」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集上巻』(判例タイムズ社・2006年)101頁以下、佐藤文哉「正当防衛における退避可能性について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第1巻』(成文堂・1998年)237頁以下、橋爪・前掲(注1)77頁以下、山口・前掲(注11)328頁以下。ただし、山口は、正当防衛の権利行為性を強調する立場を主張することから、他の論者に比して、侵害退避義務を認めることに慎重である(山口・同327頁参照)。

という原則論を掘りくずしかねないように思われるからである¹³⁾。

本稿において正当防衛の正当化根拠を検討する必要性を明確にするために、この点について若干敷衍することとしたい。従来、正当防衛においては、緊急避難の場合と異なり、「補充性」が要件とならないことから、被害者は、原則的に侵害退避義務を負わないとされてきた。その理由として、従来の多数説は、正当防衛において、「法は不法に譲歩する必要はない」という意味での法確証原理が妥当することを挙げる¹⁴⁾。つまり、「法」の立場にある防衛者（あるいは緊急救助者）は、「不法」の立場にある侵害者に対して譲歩する必要がないので、防衛者は、急迫不正の侵害から退避する必要はないとされたのである。

ところが、近時、正当防衛においても、一定の場合には、侵害退避義務が課されうるとする見解が有力に主張されるに至っている¹⁵⁾。例えば、橋爪隆は、「事前の危険回避行為を要求したとしても、それが行為者にとって特段の負担を意味しないような場合には、その限りにおいて危険回避を義務づけることを正当化できる」と主張する¹⁶⁾。その理由として、橋爪は、そのような場合であれば、個人の自由な行動を大幅に制約することを意味しないこと、また、その危険回避行為によって侵害者の法益と被害者の法益のいずれも保全することができることを挙げる¹⁷⁾。さらに、佐伯仁志は、侵害者の生命法益の重要性を強調することによって、先に挙げた

13) 同様の指摘を行うものとして、生田勝義『行為原理と刑事違法論』（信人社・2002年）253頁、山口・前掲（注11）322頁。

14) 葛原力三＝塩見淳＝橋田久＝安田拓人『テキストブック刑法総論』（有斐閣・2009年）127頁〔橋田久執筆部分〕、中空壽雅「自招侵害と正当防衛論」現代刑事法5巻12号（2003年）32頁、宮川基「防衛行為と退避義務」東北学院法学65号（2006年）68頁、山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（成文堂・2015年）480頁。

15) 佐伯・前掲（注12）101頁以下、佐藤・前掲（注12）237頁以下、橋爪・前掲（注1）77頁以下、山口・前掲（注11）328頁以下。

16) 橋爪・前掲（注1）93頁。同様の見解を主張するものとして、佐藤・前掲（注12）240頁以下。

17) 橋爪・前掲（注1）93頁以下参照。

橋爪の見解と比しても、より広範に侵害退避義務を認める。すなわち、「生命に対する危険の高い防衛行為は、重大な法益を守るため、かつ、他に侵害を避ける方法がない場合に限って許容すべきである」というのである¹⁸⁾。

これらの見解の背景には、利益衡量的な枠組みに基づいて、正当防衛を把握しようとする思考方法が存在している。すなわち、この見解は、正当防衛状況においても、侵害者の法益の要保護性が否定されるわけではなく、複数の利益が衝突している状況にあるから、正当防衛も優越的利益の原則の下で把握されるとするのである¹⁹⁾。そして、このような理解から、この見解の主張者は、被侵害者が安全確実に退避でき、かつ退避行為によって、被侵害者と侵害者の法益がいずれも保全できる場合には、侵害退避義務を課すべきだという考え方に至っている²⁰⁾。

しかしながら、この近時の有力説に対しては、従来の多数説から、「被侵害者に何ら帰責性がないにもかかわらず、被侵害者に対して不正な侵害からの退避を許容すると、結論的には、不正が正に優先することになる」という批判がなされている²¹⁾。この批判の背景にあるのは、被侵害者が安全確実に退避でき、それによって被侵害者と侵害者の法益がいずれも保全できる場合であっても、侵害者は、正当な理由なく被侵害者の利益を侵害しようとしている以上、不正であることに変わりがないという洞察である²²⁾。この洞察は、正しいように思われる。なぜならば、先のような場合であっても、侵害者が不正な侵害を思いとどまれば、正当防衛状況は生じないからである。つまり、先の場合において、退避義務を負わなければな

18) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣・2013年）140頁。

19) 橋爪・前掲（注2）100頁。

20) 橋爪・前掲（注1）92頁以下は、「優越的利益の原則の外在的制約」から、このような帰結が導かれると述べる。

21) 宮川・前掲（注14）68頁。

22) 生田・前掲（注13）254頁が、「侵害が予期できても、悪いのは侵害する方である」とするものも基本的には同趣旨であると思われる。

らないのは、侵害を予期しているとしても、侵害を行おうとはしていない被侵害者ではなく、侵害を現に行おうとしている侵害者なのである。それにもかかわらず、侵害者ではなく、被侵害者に退避義務を課するのであれば、それは、「侵害者が被侵害者の権利を正当な理由なく侵害しようとする場合には、被侵害者は、自身の正当な権利の行使を断念し、その場から退避せよ！」と述べるようなものであろう²³⁾。そのような解決が妥当であるかは、きわめて疑わしい²⁴⁾。

とはいえ、利益衡量的な思考方法に基づいて、一定の場合に侵害退避義務を肯定する見解が有力化したことは、決して理由がないことではない。なぜならば、近時の有力説は、利益衡量的な思考に基づいて首尾一貫した帰結を導くことに成功しているのに対して、従来の多数説は、正当防衛を不十分にしか基礎づけることができていないからである。先にも述べたように、従来の多数説は、「法は不法に譲歩する必要はない」ということから正当防衛を基礎づけようとするが、これに対しては、近時の有力説の主張者によって、基礎づけの不十分性を厳しく論難されている。例えば、不正の侵害に急迫性がない場合などのように、正が不正に譲歩する必要がある場合があることからすれば、「正は不正に譲歩する必要はない」という標語を持ち出すだけでは侵害退避義務を一般的に否定する理由にはならないといったように、である²⁵⁾。

このように見ていくと、侵害退避義務が課されないという正当防衛独自の意義が掘りくずされかねない状況に陥った原因は、結局のところ、従来の議論が正当防衛を十分に基礎づけることができていなかった点に帰着す

23) 松宮孝明『刑法総論講義〔第4版〕』（成文堂・2008年）143頁参照。さらに、本質的には同趣旨の批判を行うものとして、坂下陽輔「正当防衛権の制限に対する批判的考察（一）」法学論叢177巻4号（2015年）42頁以下。坂下は、不作為犯における保障人的地位に関する議論との比較という観点からも、利益衡量的な思考方法に基づいて正当防衛を把握しようとする近時の有力説を批判している。この点については、坂下・同44頁以下を参照。

24) 同趣旨のものとして、高山佳奈子「正当防衛論（下）」法学教室268号（2003年）72頁注31。

25) 佐伯・前掲（注12）102頁以下。

るように思われる。このことに鑑みれば、正当防衛の正当化根拠論に立ち返り、正当防衛の各要件の解釈論を再検討することが今まさに必要であるように思われる。

では、正当防衛の正当化根拠は、どのように考えればよいのだろうか。結論から言えば、正当防衛の正当化根拠は、まずもって、防衛者と攻撃者の間に認められる「法(正)」対「不法(不正)」という法的関係性から明らかにされるべきであるように思われる。というのも、正当防衛の独自の意義は、緊急避難と異なり「正」対「不正」という関係性にある点に求められており、また正当防衛の正当化根拠を法確証原理に求める従来の多数説にせよ、優越的利益の原則に求める近時の有力説にせよ、この独自性をどのように説明するのかということが争われてきたからである²⁶⁾。そうであるとすれば、「法は不法に譲歩する必要はない」という命題が、本来、どのような意味を有していたのかという点を再検討する必要がある。

「法は不法に譲歩する必要はない」 („das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“) という命題は、1848年の論文において、Berner が主張したものであり²⁷⁾、従来、超個人主義的基礎づけである法確証原理の特徴を表すものとして理解されてきた²⁸⁾。そこでは、先の命題にいう「法」とは、法秩序のことを意味すると理解されたがために、この命題は、法秩序の防衛という意味での法確証原理をあらわすものだと理解されたのである。このような主張の背景には、Berner を含む Hegel 主義者が、超個人主義的基礎づけを主張してきたという理解が前提にある²⁹⁾。しかしながら、そもそも、このような理解は妥当なものなのだろうか。というのも、Berner

26) 今井猛嘉=小林憲太郎=島田聡一郎=橋爪隆「刑法総論〔第2版〕」(有斐閣・2012年) 197頁〔橋爪隆執筆部分〕。

27) *Albert Friedrich Berner*, Die Notwehrtheorie, Archiv des Criminalrechts. Neue Folge, 1848, S. 557, 562, 578.

28) そのように述べるものとして、例えば、*Friedrich-Wilhelm Krause*, Zur Problematik der Notwehr, in: Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1966, S. 74 f.

29) 例えば、*Krause*, a. a. O (Fn. 28), S. 74 f.

の主張は、19世紀の個人主義的・自由主義的な文脈から正当防衛を拡張する方向で展開されたものであるため、その主張が、超個人主義的基礎づけを支持するものであったとは考えがたいからである³⁰⁾。

近時、ドイツでは、通説である二元主義的基礎づけを批判して個人主義的基礎づけを再評価する脈絡から、従来の Berner 理解に反対する見解が現れている³¹⁾。この反対説によれば、「法は不法に譲歩する必要はない」という命題における「法」とは、法秩序ではなくて、被攻撃者の具体的な法的地位、すなわち、権利を意味するというのである。

問題はこのような主張が成り立つか否かであるが、この問いを検討するにあたっては、まず、近時のドイツにおける見解が、何故、先の命題にいう「法」とは、被攻撃者の具体的な法的地位、すなわち、権利を意味すると主張するのかを確認する必要がある。ここには、ドイツ語の Recht が、「客観的な意味と主観的な意味との二重の意味をあわせもっている」という事情がある³²⁾。すなわち、「ドイツ語でいえば、客観の意味での Recht（客観法 *das objektive Recht*）が、通常の法規範・法命題をさしているのに対し、主観の意味での Recht（主観法 *das subjektive Recht*）というときは、主体側から見られた権能・特権など、いわゆる権利をさし示している。」のである³³⁾。そのため、先の命題にいう「法」が、いずれを意味するのか

30) 現に、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（成文堂・2007年）21頁は、Berner を、Hegel の自由主義的側面を受け継いだ Hegel 左派に位置づけている。また、中義勝『正当防衛について』（関西大学出版会・1997年）47頁も、Berner を個人主義的・自由主義的立場から正当防衛を考えたものとして位置づけている。

31) このような主張を行うものとして、例えば、Armin Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 67 f., *Urs Kindhäuser*, zur Genese der Formel „das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“, in: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 495 f., Heiko Hartmut Lesch, Die Notwehr, in: Festschrift für Hans Dahs, 2005, S. 82 ff., Michael Pawlik, Die Notwehr nach Kant und Hegel, ZStW Bd. 114, 2002, S. 292 f.（翻訳として、赤岩順二＝森永真綱訳「ミヒャエル・パヴリック『カントとヘーゲルの正当防衛論』（三・完）甲南法学53巻4号（2013年）153頁以下）などが挙げられる。

32) 青井秀夫『法理学概説』（有斐閣・2007年）160頁。

33) 青井・前掲（注32）160頁。

を明らかにするには、実は、Berner が、この命題をどのような文脈で主張したのかを具体的に確認することを必要とする。ここに、「法は不法に譲歩する必要はない」という命題を、その主張者である Berner に遡って検討する必要性が存するのである。またその上で、Berner の主張が、当時、どのような意味を有していたのかを確認することによって、先の命題がいかなる帰結を導くものであったのかについても明確にしておく必要があるだろう。

本稿は、以上のような問題意識を出発点にして、正当防衛の正当化根拠の再検討を行おうと試みるものである。

第二節 本稿の分析視角

前節では、本稿が、正当防衛の正当化根拠を論じる意義を確認してきた。この点を踏まえた上で、本節では、正当防衛の正当化根拠を論じるにあたっての留意点を明確にすることによって、あらかじめ本稿の分析視角を示すこととしたい。

本稿は、正当防衛の正当化根拠を論じるにあたり、以下の二点に留意して論証されていなければならないと考えている。第一に、防衛対象の問題と正当化根拠の問題を区別して論じる必要があるという点である³⁴⁾。すなわち、防衛者ないし緊急救助者は、何を防衛するのかという問題（防衛対象の問題）と、防衛者ないし緊急救助者は、何故、侵害者に対して防衛することが許されるのかという問題（正当化根拠の問題）を意識的に区別して論じる必要があるという点である。本稿が防衛対象の問題と正当化根拠の問題に区別する理由は、以下の二つにある。一つは、防衛対象の問題に対する回答が、正当化根拠の問題に対する回答と混同されるのを回避するためである。従来の議論においては、両者の問題は混同されることが多く、例えば、「正当防衛の根拠は、被侵害者の法益だけでなく、法秩序をも防

34) この区別は、Engländer, a. a. O. (Fn. 31), S. 7 に依拠したものである。

衛している点にある」といった類の説明が散見される。しかしながら、被害者の法益や法秩序という防衛対象を持ち出すだけでは、何故、防衛行為が許されるのかを基礎づけることができない。なぜならば、ここで問題となっているのは、被害者の法益や法秩序が防衛対象であるとして、何故、それらを防衛することが正当化されるのかということだからである。この問いに、防衛対象が法秩序だからと回答しても、それはトートロジーでしかない。もう一つは、正当化根拠の問題は、積極的に回答されなければならないことを明確にするためである³⁵⁾。換言すれば、例えば、一方で、被害者の侵害退避義務が存在しないことを説明できるのは法確証原理であるという理由から、法確証原理が正当防衛の正当化根拠となるとし、他方で、法確証原理が正当防衛の正当化根拠であるから、被害者の侵害退避義務は存在しないという消極的な説明をしてはならないということである³⁶⁾。なぜならば、このような説明を行ってしまうと、解消しえない循環論法に陥ってしまうことになるからである³⁷⁾。

第二に、正当防衛の正当化根拠として挙げられた論拠から、正当防衛の各要件が合理的に説明できるかという点である。とりわけ、正当防衛と緊急避難の要件の相違、つまりは正当防衛においては、補充性要件、および害の均衡要件が課されないことを合理的に説明できるかに留意する必要がある³⁸⁾。前節でも述べたように、正当防衛において、侵害退避義務が課されないという原則が掘りくずされかねない状況に陥った原因は、従来の議論が、正当防衛を十分に基礎づけることができていなかった点にある。そのため、このような問題点を回避するためには、挙げられた論拠が、正当防衛の各要件を論理的に基礎づけるのかについて具体的に検討する必要がある。

35) Vgl. Engländer, a. a. O. (Fn. 31), S. 7.

36) Vgl. Engländer, a. a. O. (Fn. 31), S. 7.

37) Vgl. Engländer, a. a. O. (Fn. 31), S. 7.

38) 山口・前掲（注3）115頁、橋爪・前掲（注1）10頁。

第三節 本稿の検討の進め方

以上を踏まえ、本稿は、以下のような順序で検討を行う。まず、第一章および第二章において、日独における正当防衛の議論をそれぞれ確認することによって、従来の日独における議論の問題点を明らかにし、また近時のドイツにおける個人主義的基礎づけの再評価の流れを検討する。その上で、「法は不法に譲歩する必要はない」という命題の持つ意味を明らかにするために、第三章において、Bernerの正当防衛理論の検討を行う。第四章において、Berner前後の歴史的展開を確認し、Berner説の意義を明らかにする。最後に、終章において、これらの検討を通じて得られた結論と今後の課題を示す。

第一章 正当防衛の正当化根拠に関するわが国の議論状況

第一節 個人主義的基礎づけ

個人主義的基礎づけは、正当防衛状況におかれた当事者、つまり侵害者ないし被侵害者の事情に着目して、正当防衛の正当化根拠を基礎づけようとする。そこで、以下では、侵害者の事情に着目する基礎づけと、被侵害者の事情に着目する基礎づけに分けて検討を行うこととする。

第一款 被侵害者の事情に着目する基礎づけ

被侵害者の事情に着目する基礎づけは、正当防衛状況において、被侵害者の自己保存本能、あるいは被侵害者の自己保全の利益に正当防衛の正当化根拠を求めようとするものである。この基礎づけからすれば、防衛対象は、被侵害者の権利（あるいは法益）ということになる³⁹⁾。その結果、こ

39) このことを明言するものとして、吉田敏雄「正当防衛（1）」北海学園大学学園論集152号（2012年）4頁。ただし、吉田は、正当防衛の根拠を自己保全原理のほかに、法確証原理、自己答責性原理にも求めている。さらに、野村稔『刑法総論〔補訂版〕』（成文堂・ノ

の基礎づけからは、社会的法益や国家的法益のための正当防衛が認められないということになる⁴⁰⁾。このような防衛対象の理解は、刑法36条1項における「自己又は他人の権利を防衛するため」という文言とも調和するものである。

問題となるのは、この基礎づけに依拠する場合、正当防衛の正当化根拠を適切に基礎づけることができるのか、あるいは、正当防衛の要件を基礎づけることができるのか、とりわけ緊急避難との相違を適切に示すことができるのかである。この点を検討するにあたっては、従来、我が国においてあまり意識されてこなかったが、自己保存本能による基礎づけと自己保全の利益による基礎づけを分けて論じる必要がある⁴¹⁾。なぜならば、前者が被害者の心理状態に着目するのに対して、後者は、被害者の利益状況に着目している点で、両者は、明らかに異なる観点から正当防衛の基礎づけを行っているからである⁴²⁾。そこで、以下では、両者を区別して検討することとしたい。

第一項 自己保存本能説

自己保存本能説は、緊急状況下において、人間は、自己保存本能に基づいて、とっさに自らを防衛するものであるということから、正当防衛の許容性を導くことを試みる見解である⁴³⁾。この説は、被害者の自己保存本能

、1998年）219頁、堀内捷三『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣・2004年）152頁も参照。

40) そのように述べるものとして、例えば、吉田・前掲（注39）4頁。これに対して、堀内捷三は、自己保全の利益説に依拠するものの、社会的法益および国家的法益も他人の権利といえるとして、社会的法益、あるいは国家的法益のための正当防衛が成立しうることを認めている（堀内・前掲（注39）157頁）。

41) 同様の指摘を行うものとして、飯島暢『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』（成文堂・2016年）156頁、佐伯・前掲（注18）120頁、山中・前掲（注14）481頁以下。

42) 飯島・前掲（注41）156頁参照。

43) 香川達夫『刑法講義（総論）〔第3版〕』（成文堂・1995年）171頁注2、野村・前掲（注39）219頁、福田平『全訂刑法総論〔第5版〕』（有斐閣・2011年）153頁など。また、——後述する二元主義的基礎づけの枠組みにおいてであるが——同様の理解を示すものとして、大塚仁『刑法総論〔第4版〕』（有斐閣・2008年）380頁、大谷實『刑法講義総論』

に着目する点で、被侵害者の心理状態に着目する見解であると評価できる。

しかしながら、何故、被侵害者の心理状態が、法的に重要な意義を有するのだろうか。換言すれば、自己保存本能という純事実的な事情が、何故、防衛行為の違法性を阻却するという(それ自体規範的な)法効果を導くことができるのだろうか⁴⁴⁾。この点について、明確な説明がなされることはあまり多くないが、少なくとも、一部の論者は、社会契約説的な考え方に依拠して説明を行っている。例えば、野村稔は、緊急状況下において、自己本能に基づいて防衛行為をなすことが許容(正当化)される理由を次のような点に求めている。すなわち、「国民は生活利益の保護を刑法規範に委ねるに際して、それに委ねたのでは十分な保護が期待できないか、あるいは実現できない場合には、例外的に個人としての立場で自ら生活利益の保護を行うことを留保していたと考えられるからであり(個人保護留保条項)、刑法規範もこのような自己保存本能に基づく個人保護留保条項の適用・行使を消極的(追認的)に許容するからである。」とする⁴⁵⁾。

以上のような自己保存本能説による基礎づけからは⁴⁶⁾、正当防衛において、法益の均衡が要求されないこと、また侵害退避義務が課されないことを基礎づけることができるかもしれない⁴⁷⁾。なぜならば、正当防衛状況下

ㄨ [新版第4版] (成文堂・2012年) 273頁、齊藤(誠)・前掲(注1) 54頁など。

44) 飯島・前掲(注41) 156頁参照。

45) 野村・前掲(注39) 219頁。

46) なお、香川達夫は、自己保存本能説の帰結として、防衛の意思不要説が導かれると主張する(香川・前掲(注43) 171頁。さらに、同「防衛の意思は必要か」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第一巻』(有斐閣・1983年) 270頁以下も参照)。もっとも、自己保存本能説を支持する論者の中には、防衛の意思必要説を主張する論者もいるため(例えば、野村・前掲(注39) 225頁、福田・前掲(注43) 159頁以下)、本文中では取り上げなかった。

47) これに対して、齊藤(誠)は、自己保存本能説からは、退避義務や官憲に救助を求める義務が課されないことを説明できないとし、その理由として、これらの義務を課した方が個人の保護に資するはずであることを挙げる(齊藤(誠)・前掲(注1) 55頁)。しかしながら、個人の保護に資するか否かという観点では、被侵害者の利益状況に着目するものであって、自己保存本能説が着目している被侵害者の心理状態とは無関係なものである。それゆえに、かかる齊藤(誠)の批判は、自己保存本能説に対しては妥当しないように思われる。

において、被侵害者は、自己保存本能からとっさに自らを防衛してしまう以上、被侵害者には、保全法益と侵害法益との均衡に配慮を求めることも、侵害から退避することも求めえないように思われるからである。

まず、この見解に対しては、緊急救助を適切に説明できないという批判をなしうる⁴⁸⁾。なぜならば、緊急救助の場合、緊急救助者は、自らの権利ないし法益が攻撃されているわけではない、つまり緊急状況下に置かれているわけではないため、とっさに自らを防衛しようとする本能が働くとは考えがたいからである。

この批判に対しては、齊藤誠二が、次のような反論を行っている。すなわち、刑法は、緊急な場合には、人間は、しばしば、他人の助けを必要とし、他人の助けをもとめていくものであるという一種の自己保存の本能のあらわれにもとづいて、個人の保護を強めていこうと考えているというのである⁴⁹⁾。この反論は、他者の助けを求めようとするという被侵害者の自己保存本能から緊急救助を導くことができるとするものである。しかし、仮に被侵害者の自己保存本能がそのように理解できるとして、何故、そのような被侵害者の自己保存本能が、緊急救助者の救助権限を基礎づけることができるのだろうか。この点につき、齊藤は、おそらく個人の保護を強めることができるという理由から、緊急救助者の救助権限を法的に基礎づけようと考えているのであろう⁵⁰⁾。確かに、そのような個人の保護という観点を持ち出せば、緊急救助を基礎づけることはできるかもしれない。しかし、個人の保護を強めることができるという観点は、個人の利益状況に着目するものであって、決して自己保存本能という被侵害者の心理状態に

48) 同様の批判をなすものとして、例えば、川端博＝日高義博＝井田良「《鼎談》正当防衛の正当化の根拠と成立範囲」現代刑事法9号（2000年）6頁〔日高発言〕、山中・前掲（注14）482頁。

49) 齊藤（誠）・前掲（注1）58頁以下。

50) 齊藤（誠）は、別の脈絡でも、個人の保護という観点から自己保存本能説の帰結を説明しようとしている（齊藤（誠）・前掲（注1）55頁）。この点については、前掲（注47）を参照。

着目するものではない。そのため、結局のところ、齊藤の反論は、自己保存本能とは異なる観点から緊急救助を基礎づけると述べているにすぎないのである⁵¹⁾。

次に、この見解に対しては、正当防衛と緊急避難の相違を説明しえないという批判をなしうる⁵²⁾。なぜならば、自己保存本能は、正当防衛状況からだけでなく、緊急避難状況からも認められうるからである。つまり、とっさに自己を防衛する本能が働くかどうかは、危険が差し迫っているかどうかによって左右されるのであって、不正な侵害が差し迫っているか、それとも自然災害による危難が差し迫っているかによっては左右されないのである。例えば、ある者(回避者)が、火事に遭遇したため、とっさに第三者の家に逃げ込んだという典型的な緊急避難のケースにおいても、回避者は、火事という危難から自らを保護するという本能が作用しているからこそ、第三者の家に逃げ込んでいるのである。

以上に鑑みれば、自己保存本能説は、緊急救助を基礎づけることができない点、また緊急避難との相違を適切に説明することができない点から妥当でないといえる。

第二項 自己保全の利益説

自己保全の利益説は、緊急状況下において、自己保全の利益(ないし権利)を防衛するということから、正当防衛の根拠を導き出そうとする見解である⁵³⁾。この説は、被侵害者の自己保全の利益(ないし権利)に着目す

51) この意味で、齊藤(誠)の主張は、被侵害者の心理状態と被侵害者の利益状況という全く異なる観点を混同するものである。これらの観点を混同することの問題点については、飯島・前掲(注41)156頁参照。

52) Vgl. Engländer, a. a. O. (Fn. 31), S. 44.

53) 浅田・前掲(注30)218頁以下、佐伯・前掲(注18)121頁、中山研一『刑法総論』(成文堂・1982年)269頁、堀内・前掲(注39)152頁など。さらに、——後述する二元主義的基礎づけの枠組みにおいてではあるが——同様の理解を示すものとして、井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣・2008年)272頁以下、川端・前掲(注8)7頁以下、葛原=塩見=橋田=安田・前掲(注14)127頁〔橋田執筆部分〕、曾根威彦『刑法原論』(成文堂・

る点で、被侵害者の利益状況に着目する見解と評価できる。

しかし、何故、緊急状況下において、自己保全の利益（ないし権利）を防衛することから、正当防衛の根拠が導き出せるのだろうか。この点について、自己保全の利益説の主張者は、社会契約説的な説明を持ち出す⁵⁴⁾。すなわち、自己の法益を自らの力で守る権利は、人間が本来有している自然権であり、社会契約によって国家に委任されているが、委任された国家が個人を保護することができない場合には自己防衛権として現れるというのである⁵⁵⁾。この見解からは、緊急救助を合理的に説明することができるだろう。なぜならば、緊急救助を認めた方が、緊急救助を認めない場合よりもよりよく被侵害者の利益を保全することができるからである。この限りで、この説は、前項で検討した自己保存本能説と比して、理論的優位性を有するといえよう。

しかしながら、この説に対しては、まず、被侵害者が、侵害退避義務、および官憲に救助を求める義務を負わないことを説明できないという批判をなしうる⁵⁶⁾。なぜならば、多くの場合、侵害者の侵害から退避すること及び官憲に救助を求めることは、常にリスクを伴う防衛行為をなすよりも、よりよく被侵害者の利益を保全することができるからである⁵⁷⁾。

この批判に対しては、単なる利益衡量の対象としての自己保全の「利益」ではなく、不正の侵害の排除を内容とした自己保全の「権利」が認め

↘2016年）186頁、明照博章『正当防衛権の構造』（成文堂・2013年）9頁、山中・前掲（注14）480頁など。

54) 例えば、堀内・前掲（注39）152頁。

55) 佐伯・前掲（注18）121頁の説明に従った。また、同様の説明を行うものとして、堀内・前掲（注39）152頁。

56) 同様の批判をなすものとして、齊藤（誠）・前掲（注1）55頁、曾根威彦『刑法における正当化の理論』（成文堂・1980年）99頁。これに対して、吉田・前掲（注39）4頁は、自己保護原理から、侵害者は必要とされる防衛行為を忍受する義務を課せられること、侵害者と被侵害者の法益衡量も要しないことが導かれるとしている。しかしながら、その根拠は明らかではない。

57) 齊藤（誠）・前掲（注1）55頁参照。

られているため⁵⁸⁾、被害者は、侵害退避義務を負うこともなければ、官憲に救助を求める義務を負うこともないと反論することができるかもしれない。確かに、仮に正当防衛状況において、不正の侵害の排除を内容とした自己保全「権」が被害者に認められるのだとすれば、被害者は、不正の侵害から退避することなく防衛行為を行うことができることになる⁵⁹⁾。しかしながら、この見解からは、不正の侵害の排除を内容とした権利を導くことはできないように思われる。すなわち、この見解が依拠する社会契約説的説明によれば、自己保全「権」とは、国家成立以前に認められる、つまり法状態以前に認められる自然権である。そうであるとすれば、何故、法状態以前に認められる自己保全「権」は、法状態において「不正」と評価される侵害の排除を内容とすることができるのだろうか。この見解は、この点を説明できていないように思われる。さらにいえば、そもそも、この見解のように自己保全権という「前国家的な自然権」を持ち出すことは、実定法上の制度である正当防衛を説明するには不適切であるように思われる⁶⁰⁾。

次に、この見解に対しては、正当防衛と緊急避難の相違を説明しえないという批判をなす⁶¹⁾。なぜならば、自己保全の利益(あるいは権利)は、正当防衛状況だけでなく、緊急避難状況においても認められうるからである⁶²⁾。例えば、先ほど挙げた、ある者(回避者)が、火事に遭遇したため、とっさに第三者の家に逃げ込んだという典型的な緊急避難のケースにおい

58) そのように述べるものとして、佐伯・前掲(注18)121頁。——後述する二元主義的な基礎づけの枠内においてはであるが——類似の主張として、川端・前掲(注8)7頁以下、および明照・前掲(注53)9頁。

59) 例えば、明照・前掲(注53)23頁は、自然権としての正当防衛権から侵害退避義務が課されないことを説明できるとする。

60) 松宮・前掲(注23)135頁。また、この限りで、佐伯仁志も、社会契約説的な説明が適切でないことを認める(佐伯・前掲(注18)121頁)。

61) Vgl. *Engländer*, a. a. O. (Fn. 31), S. 44.

62) 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂・2005年)158, 160頁, 中空・前掲(注14)32頁参照。

でも、回避者は、自己を保全する利益（あるいは権利）を有しているのである。

以上からすれば、正当防衛を自己保全の利益のみによって基礎づける見解は、妥当ではないといえよう。

第二款 侵害者の事情に着目する基礎づけ

侵害者の事情に着目する基礎づけは、被侵害者の法益を防衛するために必要な限度で、侵害者の法益の要保護性が欠如する（以下では、法益性の欠如説とする）⁶³⁾、あるいは減少する（以下では、法益性の減少説とする）⁶⁴⁾という点に、正当防衛の正当化根拠を求めようとする。まず、防衛対象については、いずれの見解も、侵害者によって侵害された被侵害者の法益に求めることになるだろう。このような解釈は、「自己又は他人の権利を防衛するため」という文言とも調和するものである。問題は、正当防衛の正当化根拠を適切に基礎づけうるか、また正当防衛の各要件を適切に基礎づけうるか、とりわけ緊急避難との相違を適切に示すことができるかである。

第一項 法益性の欠如説

法益性の欠如説は、利益不存在の原則の下で正当防衛を理解する見解である⁶⁵⁾。この説の代表的な論者である平野龍一は、次のように述べて、正当防衛が利益不存在の原則の下で基礎づけられることを説明する。すなわち、「個人が自らその権利の侵害に対して戦うのは、権利であるだけでな

63) 平野・前掲（注7）228頁。

64) 林幹人『刑法総論〔第2版〕』（東京大学出版会・2008年）187頁、山本・前掲（注6）211頁。

65) これに対して、三上正隆は、この説の代表的な論者である平野龍一の見解を「優越的利益の原則の範疇に含めしめることが可能である」と述べている（曾根威彦＝松原芳博編『重点課題刑法総論』78頁注7〔三上正隆執筆部分〕）。もっとも、平野自身は、正当防衛を優越的利益の原則の下で理解することを批判し、利益不存在の原則の下で理解すべきであるとしていた（『刑法ゼミナール〔第3回〕——平野龍一先生を囲んで——』法学教室81号（1987年）19頁〔平野龍一発言〕参照）。それゆえに、本文中では、利益不存在の原則の下で正当防衛を理解する見解として、法益性の欠如説を位置づけることとした。

く義務でさえある、というのが個人主義の基本思想である。その結果、不正な侵害者の法益は、正当な被侵害法益の防衛に必要な限度では、その法益性が否定される」と説明する⁶⁶⁾。そして、この法益性の欠如説からは、正当防衛において、原則的に法益衡量が要求されないこと、また補充性が要件とならないことが導かれるとされる⁶⁷⁾。

この見解に対しては、不正な侵害者の法益性が欠如するわけではないという批判がなされている⁶⁸⁾。つまり、仮に不正な侵害者の法益性が欠如するのだとすれば、侵害者を刺そうが撃とうが自由であるということになってしまうというのである⁶⁹⁾。しかしながら、この批判はあたらない。なぜならば、法益性の欠如説にあっても、侵害者の法益の要保護性は、防衛に必要な限度で否定されるものの、なお残存するからである⁷⁰⁾。つまり、法益性の欠如説からしても、防衛行為者は、防衛に必要な限度で反撃が認められるのであって、決して、侵害者を刺そうが撃とうが自由であるわけではないのである⁷¹⁾。

むしろ、この説の問題点は、結論を述べているにすぎず、実質的な説明がなされていないという点にある⁷²⁾。すなわち、侵害者の法益性が否定されるという説明は、違法性が阻却されることの結果であって、その違法阻却の根拠とはなりえない⁷³⁾。なぜならば、何故、侵害者の法益性が防衛に

66) 平野・前掲(注7)228頁。

67) 平野・前掲(注7)228頁。さらに、橋爪・前掲(注1)20頁、山口厚『問題探究刑法総論』(有斐閣・1998年)52頁も参照。

68) このような批判をなすものとして、例えば、宿谷晃弘「正当防衛の基本原則と退避義務に関する一考察(1)」早稲田大学大学院法研論集第124号(2007年)97頁、照沼亮介「正当防衛の構造」岡山大学法学会雑誌56巻2号(2007年)150頁、林・前掲(注64)187頁などがある。

69) 照沼・前掲(注68)150頁。

70) このことを指摘するものとして、曾根=松原編・前掲(注65)78頁〔三上執筆部分〕。

71) このことは、平野自身によっても指摘されている(前掲(注65)19頁〔平野発言〕)。

72) 内藤謙『刑法講義総論(中)』(有斐閣・1986年)329頁。同様の批判をなすものとして、橋爪・前掲(注1)19頁、山口・前掲(注67)52頁などがある。

73) 内藤・前掲(注72)329頁。

必要な限度で否定されるのかが論証されなければ、侵害者を「不正」、被侵害者を「正」としたうえで、正は不正に優越するとしているに等しくなってしまうからである⁷⁴⁾。

したがって、法益性の欠如説は、正当防衛の正当化根拠を適切に基礎づけられていない点で妥当でないといわざるをえない。

第二項 法益性の減少説

法益性の減少説は、優越的利益の原則の下で正当防衛を理解する見解である⁷⁵⁾。優越的利益の原則は、法益が衝突する場合に、保全法益が、侵害法益に優越する場合には違法とならないとするものであるが、何故、優越的利益原理の下で正当防衛を理解することができるのだろうか。この点について、本説の主張者は、正当防衛状況においては、侵害者の法益性が減少するため、被侵害者の法益の要保護性が、侵害者のそれに優位すると説明する。例えば、林幹人は、「急迫不正の攻撃を行う者については、被攻撃者との関係で、その法益の価値が減少するというものである。すなわち、攻撃者の法益の不法なるが故の価値の減少が、相対的に、被攻撃者の法益の優越性を生ぜしめると考えるのである。」と説明する⁷⁶⁾。また、山本輝之も同様に、「通常の正当防衛状況においては違法に人を攻撃する者の法益の要保護性は法的に低く評価され、その分だけ被攻撃者の法益の要保護性が高く評価されることになる。」と説明する⁷⁷⁾。そして、本説からは、正当防衛において、均衡性および補充性要件が課されないこと、さら

74) 山中・前掲（注14）482頁。類似の批判を行うものとして、橋爪・前掲（注1）20頁。

75) 林（幹）・前掲（注64）187頁、山本・前掲（注6）211頁。本質的に同様の見解として、曾根＝松原編・前掲（注65）79頁〔三上執筆部分〕。

76) 林（幹）・前掲（注64）187頁（太字強調は、原著による）。なお、林の基礎づけによる場合、緊急救助をどのように基礎づけるのかという問題が残る。なぜならば、林が述べるように、侵害者の法益性が、被侵害者との関係でのみ減少するのだとすれば、侵害者の法益性は、緊急救助者との関係では減少しないはずだからである。同様の批判をなすものとして、宿谷・前掲（注68）96頁。

77) 山本・前掲（注6）211頁。

には、著しく法益の均衡を欠く場合に正当防衛が否定されることが帰結するとされる⁷⁸⁾。

本説に対しては、まず、法益性の欠如説と同じく、結論を述べているにすぎず、実質的な説明がなされていないという批判をなしうる⁷⁹⁾。換言すれば、何故、法益性が減少するのかという問いに答えなければ、正当防衛の根拠を説明したことにはならない⁸⁰⁾。

次に、本説は、正当防衛を優越的利益の原則の下で理解するが、その結果、緊急避難との相違を十分に示すことができないことになるという批判をなしうる。つまりこの見解によれば、正当防衛の構造は、より要保護性の高い保全法益を防衛するために、より要保護性の低い侵害法益を侵害する場合には違法でないとする緊急避難の構造と同じであるということになってしまう⁸¹⁾。その結果、本説は、実際上の帰結としても、——主張者の意図に反して——補充性要件が課されないこと、より具体的にいえば、被侵害者に侵害退避義務が課されないことを説明できない⁸²⁾。すなわち、本説の主張者は、侵害者の法益性が減少するため、被侵害者の法益性よりも相対的に価値が低くなることから補充性要件が課されないことを帰結しようとする。しかしながら、仮にこの論理が正しいとすれば、何故、緊急避難においては、相対的に価値が低い法益を侵害する場合であっても補充性要件が課されるのかを説明できないことになってしまうだろう⁸³⁾。そも

78) 林(幹)・前掲(注64)194頁、山本・前掲(注6)211頁。ただし、後述するように、実際には、法益性の減少説からは、補充性が要件とされないことを基礎づけえない。

79) 橋爪・前掲(注1)64頁。

80) 曽根=松原編・前掲(注65)79頁〔三上執筆部分〕は、法益性が減弱する根拠として、「侵害者が、自ら『違法』な侵害を惹起し、そのことにつき『帰責性』があることを挙げている。しかしながら、この説明は、侵害者の法益性が減弱する要件を示しただけであり、法益性が減弱する根拠を示していない。それゆえ、正当防衛の根拠を示したことにはならないという批判は、三上の見解に対しても、なお妥当する。

81) 橋爪・前掲(注1)64頁。

82) 同様の批判をなすものとして、斎藤信治「『法の確証』、正当防衛・過剰防衛の法的性格」刑法雑誌35巻2号(1996年)64頁、中空・前掲(注14)32頁、橋爪・前掲(注1)64頁。

83) 斎藤(信)・前掲(注82)64頁、橋爪・前掲(注1)64頁。さらに、中空・前掲(注1)

そも、優越的利益の原則に依拠する論者は、緊急避難において補充性が要求されてきた理由を、侵害法益も保護に値する以上、侵害法益を侵害せずに保全法益を守る方法があるならば、その方法を選択するべきである点に求めてきたはずである⁸⁴⁾。そうであるとすれば、本説の論理からは、むしろ、正当防衛においても補充性要件が課されるという帰結になるはずであろう。なぜならば、侵害者の法益の要保護性が減少しているとはいえ、なお残存するのだとすれば、被侵害者は、侵害者の法益を侵害しないに越したことはないからである⁸⁵⁾。

さらに、本説が前提とする優越的利益の原則の論理を徹底すれば、防衛が失敗して優越的利益が守れなかった場合に防衛行為の正当化を否定するという不当な結論に至る恐れがあるという批判をなしうる⁸⁶⁾。例えば、この見解の主張者である山本輝之は、優越的利益の原則の論理を徹底した結果、先に挙げた場合につき、防衛行為の正当化を否定するという帰結に至っている⁸⁷⁾。しかしながら、そのように解してしまうと、弱者には防衛が許されないということになってしまう⁸⁸⁾。

↘14) 33頁注20も参照。

84) 浅田・前掲（注30）177頁、浅田和茂＝井田良編『新基本法コンメンタール刑法』（日本評論社・2012年）83頁〔橋爪隆執筆部分〕、平野・前掲（注7）213頁参照。

85) 橋爪・前掲（注1）64頁。

86) 同様の批判をなすものとして、松宮・前掲（注23）135頁。さらに、中山研一＝浅田和茂＝松宮孝明『レヴィジオン刑法3』173頁以下も参照。

87) 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35巻2号。（1996年）52頁。これに対して、同じ法益性の減少説の論者である林（幹）は、正当防衛の根拠が優越的利益の保全にあるからといって、行為自体が防衛行為としての相当性を有するときには、事後的な防衛の失敗のみを理由として正当防衛を否定してならないとする（林（幹）・前掲（注64）194頁以下）。しかしながら、その結果、林の見解は、正当防衛の根拠を優越的利益の原則に求めながら、正当防衛において、同原則に還元できない場面があることを認めるという自己矛盾に陥るように思われる。

88) 松宮・前掲（注23）142頁。さらに、中山＝浅田＝松宮・前掲（注86）173頁〔松宮発言〕も参照。なお、山本自身も、自身の説からすれば、正当防衛は勝者の論理であることを認めている（「分科会——『正当防衛と過剰防衛』——質疑応答」刑法雑誌35巻1号108頁〔山本発言〕）。

以上で確認したように、法益性の欠如説、および法益性の減少説は、いずれも結論を述べているにすぎず、実質的な説明がなされていない点で問題がある。加えて、法益性の減少説は、補充性要件が課されないことを説明できない点、またこの説を徹底すると、防衛効果が得られない場合に正当防衛が認められなくなってしまう点でも問題があることが明らかとなった。したがって、これらの見解は、正当防衛の正当化根拠を適切に基礎づけることができず、妥当ではない。

第二節 超個人主義的基礎づけ

第一款 防衛対象

超個人主義的基礎づけは、法確証（あるいは、法の自己保全）という観点を持ち出すことによって、正当防衛を基礎づけようとする⁸⁹⁾。この立場からは、防衛対象を法秩序として理解することになるが、どのような意味で法秩序が防衛されるのかについては見解の一致を見ていない⁹⁰⁾。大別すれば、以下の二つに分類することができる。すなわち、第一に、法が現に存在することを示すという意味で法確証を理解する見解、第二に、予防効という意味で法確証を理解する見解に分類することができる。そこで、以下では、それぞれの見解について順に検討することとしたい。

第一項 法が現に存在することを示すという意味での法確証

この見解は、法確証の内容を、法が現に存在することを示すという意味で理解するものである⁹¹⁾。例えば、この見解の主張者である団藤重光は、

89) この見解を主張するものとして、板倉宏『刑法総論〔補訂版〕』（勁草書房・2007年）198、199頁、団藤重光『刑法綱要総論〔第三版〕』（創文社・1990年）232頁以下。

90) 橋爪・前掲（注1）37頁。

91) 板倉・前掲（注89）198頁以下、団藤・前掲（注89）232頁以下。——二元主義的基礎づけの枠内において——同様の理解を示すものとして、大塚・前掲（注43）380頁、川端・前掲（注8）7頁以下、葛原＝塩見＝橋田＝安田・前掲（注14）127頁〔橋田執筆部分〕、中空・前掲（注14）32頁、明照・前掲（注53）9頁。

以下のように説明する。すなわち、「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、補足的に私人にこれを行うことを許すものである。かようにして、これらは法の自己保全であり、その意味で違法阻却の原由と考えられるのである」と⁹²⁾。なお、団藤自身は、「法の自己保全」の内容を必ずしも明確にしていないが、ここでいう「法の自己保全」とは、「法自体が無視されてはならないことを明らかにするという趣旨」のものであると理解されている⁹³⁾。したがって、団藤の見解も、法が現に存在することを示すという意味で法の自己保全を理解しているものといえよう。

このような法確証理解からすれば、正当防衛の防衛対象は、法が現にあることという意味での法秩序ということになろう。この立場からは、第一に、難なく緊急救助を基礎づけることができるとされる。なぜならば、緊急救助者によって、正当な被侵害者の権利が不正な侵害から防衛されている場合であっても、法が現にそこに存在していることが示されることになるからである。第二に、社会的法益、あるいは国家的法益のための正当防衛が認められるということが帰結することになるとされる⁹⁴⁾。ただし、このような法確証理解に依拠する論者は、これらの法益が防衛対象となることを認めるものの、濫用の危険が多いという実際上の理由から国家的法益のための正当防衛の成立を限定しようとする⁹⁵⁾。

この見解に対しては、まず、法秩序を防衛対象とすることは、「自己又は他人の権利を防衛するため」という文言と調和しないのではないかという疑問を投げかけることができる。すなわち、この見解は、法秩序を防衛

92) 団藤・前掲（注89）232頁。

93) 川端＝山中・前掲（注9）8頁〔川端発言〕。

94) 板倉・前掲（注89）201頁、団藤・前掲（注89）239頁注17。

95) 板倉・前掲（注89）201頁以下、団藤・前掲（注89）239頁注17。また、最判昭和24年8月18日刑集3巻9号1465頁も、同様の理由づけを用いて正当防衛の成立を限定しようとしている。

対象とするために、公共的公益のための正当防衛はなしうるといふ帰結に至っているが、それでは防衛すべき具体的な「他人の権利」に対する侵害なしに正当防衛を認めることになってしまい、文言解釈上妥当でないように思われる⁹⁶⁾。さらにいえば、国家は、社会的公益・国家的公益等の公共的公益の保護を直接の目的とする諸制度機構を現に有している以上、それに加えて、一般の市民が警備警察の任務を引き受ける必要もないだろう⁹⁷⁾。それどころか、一般の市民が正当防衛を行おうとすると、正当防衛が政治的に濫用されかねない。もちろん、この見解の主張者も、この点を考慮しているからこそ、濫用の危険が多いという実際上の理由から国家的公益のための正当防衛の成立を限定しようとするのであろう。しかしながら、そのような限定は、濫用の危険という実際上の理由からなされる外在的なものでしかない点、換言すれば、正当防衛の成立を限定するための特段の制約原理を見出すことができない点で問題がある⁹⁸⁾。また、限定的にせよ、正当防衛の成立を認めるならば、濫用の危険性が残存することになってしまう点でも問題がある⁹⁹⁾。

次に、法確証は、そもそも、個人の公益を防衛することによって認められる反射的効果にすぎないという批判をなしうる¹⁰⁰⁾。このことは、刑法36条1項が「自己又は他人の権利を防衛するため」と規定していることから明らかであろう。すなわち、正当防衛(あるいは緊急救助)は、あくまでも被侵害者の権利ないし公益の保護を目的としているのであって、法秩序の防衛を目的としているわけではないのである¹⁰¹⁾。

96) 山口・前掲(注3)128頁参照。

97) 伊東研祐『刑法講義総論』(日本評論社・2010年)187頁以下、平野・前掲(注7)238頁、松宮・前掲(注23)141頁。

98) 中山・前掲(注53)275頁。

99) 伊東・前掲(注97)187頁。

100) 浅田・前掲(注30)219頁、葛原=塩見=橋田=安田・前掲(注14)127頁〔橋田執筆部分〕、橋爪・前掲(注1)44頁。

101) 橋爪・前掲(注1)44頁参照。

第二項 予防効という意味での法確証

この見解は、一般予防、あるいは特別予防の観点から法確証の内容を理解するものである¹⁰²⁾。すなわち、正当防衛による対抗がありうることを示すことによって、当該の侵害者に対しては、「二度と不正な侵害を行うな」という意味で特別予防効が期待でき¹⁰³⁾、また、将来の侵害者に対しては、「不正な侵害を行うと反撃されるぞ」という意味で消極的一般予防効が期待できる¹⁰⁴⁾。さらには、一般人の法的誠実性を安定化・強化することができるという意味での積極的一般予防効が期待できる¹⁰⁵⁾。それゆえに、正当防衛による対抗を認めることは、法秩序の防衛に資するというのである。

この法確証の理解からすれば、正当防衛の防衛対象は法秩序ということになり、また法秩序は、一般予防、あるいは特別予防を通じて防衛されるということになる。この理解からは、第一に、緊急救助を基礎づけることができる¹⁰⁶⁾。なぜならば、緊急救助者によって、正当な被侵害者の権利が不正な侵害から防衛されている場合であっても、一般予防効、あるいは特別予防効を認めることができるからである。第二に、防衛対象を法秩序に求めていることからすれば、社会的法益、あるいは国家的法益のための正当防衛が容易に認められることになろう。ただし、濫用の危険が多いという事情を重視する場合には、公共的利益の防衛は、制限的にしか認められないということになるだろう。

102) ——二元主義的基礎づけの枠内においてはあるが——このように法確証概念を理解するものとして、井田・前掲（注62）160頁、齋藤（信）・前掲（注82）60頁、齊藤（誠）・前掲（注1）92頁、曾根・前掲（注56）100頁、山中・前掲（注1）37頁以下、吉田・前掲（注39）5頁など。

103) 井田・前掲（注62）160頁、齋藤（信）・前掲（注82）60頁、齊藤（誠）・前掲（注1）92頁、山中・前掲（注1）36頁など。

104) 井田・前掲（注62）160頁、齋藤（信）・前掲（注82）60頁、齊藤（誠）・前掲（注1）92頁、曾根・前掲（注56）100頁、中空・前掲（注14）32頁、山中・前掲（注1）36頁、吉田・前掲（注39）5頁など。

105) 吉田・前掲（注39）5頁。

106) 齋藤（信）・前掲（注82）66頁、山中・前掲（注14）480頁、吉田・前掲（注39）5頁。

この理解に対しても、法秩序を防衛対象とすることは、「自己又は他人の権利を防衛するため」という文言と調和しないのではないかという疑問をなげかけることができる。また、法確証という観点は、個人の法益を防衛することによって認められる反射的效果にすぎないという批判も同様になしうるだろう¹⁰⁷⁾。

さらに、この法確証の理解に対しては、少なくとも、正当防衛において特別予防効、あるいは消極的一般予防効は認めえないのではないかという疑問を投げかけることができる¹⁰⁸⁾。すなわち、まず特別予防効についていえば、現実の侵害者は、刑罰による制裁という威嚇によっても、そして正当防衛によって対抗されるリスクによっても不正な侵害を断念しなかったにもかかわらず、何故、現実に行われた防衛行為によって将来の侵害を断念するようになるのが明らかにされていない¹⁰⁹⁾。また、消極的一般予防効についていえば、そもそも、正当防衛には、将来の侵害者に対して、「不正な侵害を行うと反撃されるぞ」と威嚇できるほどの確実性が認められない。なぜならば、侵害者は、正当防衛による対抗を行わないような相手を選ぶことができる上に、被侵害者も事前に防衛態勢を整えているわけではないため、被侵害者自身による正当防衛の可能性はさほど高くないはずだからである¹¹⁰⁾。つまり、仮に、将来の侵害者に対して威嚇効果が認められるとしても、それは、せいぜいのところ、反撃を受けたくないのであれば、反撃しそうにない者を侵害対象とするべきだというレベルにとどまることになってしまうだろう¹¹¹⁾。

107) 浅田・前掲(注30)219頁、葛原=塩見=橋田=安田・前掲(注14)127頁〔橋田執筆部分〕、橋爪・前掲(注1)44頁。

108) 橋爪・前掲(注1)49頁、明照・前掲(注53)11頁以下。

109) *Engländer*, a. a. O. (Fn. 31), S. 15 f.

110) 橋爪・前掲(注1)49頁。

111) 明照・前掲(注53)12頁参照。

第二款 正当化根拠

前款では、法確証原理がどのような意味で理解されているのかにつき、何が防衛対象とされているのかという観点から検討を行った。そこでは、正当防衛の正当化根拠を法確証原理に求めた場合、法秩序が防衛対象となるが、法秩序を防衛対象とすることは、刑法36条1項の文言と調和しないのではないかということ指摘した。

仮に法秩序を防衛対象とすることが刑法36条1項の文言と調和するとしても、そのことから直ちに法確証原理が、正当防衛の正当化根拠であると主張しうるわけではない。すなわち、法秩序を防衛対象とすることが妥当であるとしても、何故、法確証という観点をもち出すことが峻厳な防衛権限を基礎づけるのかの説明されなければならないのである。この点の回答として考えられるのは、基本的には、以下の三つである。すなわち、第一に、「法は不法に譲歩する必要はない」という命題に依拠する基礎づけ、第二に予防効という刑事政策的な論拠に依拠する基礎づけ、第三に、優越的利益の原則に依拠する基礎づけである。

第一項 正当化根拠としての「法は不法に譲歩する必要はない」

この基礎づけは、「法は不法に譲歩する必要はない」という標語から正当防衛を基礎づけようとするものである¹¹²⁾。この基礎づけによれば、正当防衛の峻厳さは、以下のように基礎づけられる。すなわち、被侵害者と侵害者は、「法（正）」対「不法（不正）」の関係にあり、「法は不法に譲歩する必要はない」という原理によって、被侵害者が、侵害者に質的に優位することから基礎づけられるとされる¹¹³⁾。このような基礎づけの帰結として、侵害退避義務が原則的に課されないことが導かれるとされる¹¹⁴⁾。

112) 葛原=塩見=橋田=安田・前掲（注14）127頁〔橋田執筆部分〕、中空・前掲（注14）32頁、宮川・前掲（注14）68頁。

113) 中空・前掲（注14）32頁参照。

114) 葛原=塩見=橋田=安田・前掲（注14）127頁〔橋田執筆部分〕、宮川・前掲（注14）68頁。

なぜならば、不正の侵害から退避すれば正が不正に屈することになってしまうからである¹¹⁵⁾。

この基礎づけに対しては、まず、「法が不法に譲歩する必要はない」という原理から正当防衛の範囲が決まっているわけではないという批判をなしうる¹¹⁶⁾。すなわち、正当防衛は、一定の要件の下でのみ許容されていることから明らかなように、そもそも、あらゆる不法に対抗するための制度ではないのである。例えば、不正な侵害であっても急迫性が認められない場合には、正当防衛は認められないのである¹¹⁷⁾。

また、この基礎づけからは、正当防衛の制限を認める契機を見出しえないにもかかわらず¹¹⁸⁾、この基礎づけの主張者の多くは、一定の場合に正当防衛の制限を肯定している点でも問題がある。この問題が特に顕在化するのが、保全法益と侵害法益との間に著しい不均衡が存する場合である。すなわち、この基礎づけの主張者は、この場合に正当防衛の制限を認めるが¹¹⁹⁾、それでは、著しく不均衡な防衛行為ではあるが、他にとりうる防衛手段が考えられないような場合には、法が不法に譲歩しなければならないことを認めることになってしまうだろう¹²⁰⁾。換言すれば、この基礎づけの主張者は、「法が不法に譲歩する必要はない」点に正当防衛の根拠を求めながら、法が不法に譲歩しなければならない場合があることを承認するという矛盾に陥ってしまっている¹²¹⁾。

115) 葛原=塩見=橋田=安田・前掲(注14)127頁〔橋田執筆部分〕、宮川・前掲(注14)68頁。

116) 佐伯・前掲(注12)102頁以下。

117) 佐伯・前掲(注12)102頁。

118) 橋爪・前掲(注2)95頁。

119) 例えば、この場合に正当防衛の制限を認めるものとして、葛原=塩見=橋田=安田・前掲(注14)135頁〔橋田執筆部分〕。

120) このような帰結の不当性を指摘するものとして、高山・前掲(注24)69頁、松宮・前掲(注23)143頁。ただし、ここで問題としているのは、結論の妥当性ではなく、「法は不法に譲歩する必要はない」という点に正当化根拠を求めることとの論理的整合性についてである。

121) 実際に、このような帰結を認めるものとして、葛原=塩見=橋田=安田・前掲(注14)ノ

第二項 正当化根拠としての予防効

この基礎づけは、法確証の内容を一般予防、あるいは特別予防という観点から把握した上で、正当防衛の正当化根拠を一般予防、あるいは特別予防といった刑事政策的な観点から説明しようとするものである。この基礎づけによれば、正当防衛権の峻厳さは、刑事政策的な考慮から説明されることになる。すなわち、正当防衛状況において、被侵害者は防衛せずに退避すべきであるとしてしまうと、（当該の、あるいは将来の）侵害者が不正な侵害を行うことを勇気づけることになってしまうという考慮から¹²²⁾、侵害退避義務もしくは官憲に救助を求める義務が課されないこと、または保全法益と侵害法益の均衡に配慮する義務が課されないことが導かれるとされるのである¹²³⁾。逆にいえば、このような刑事政策的な考慮を行う必要性が高くない、あるいは全くないような場合には、正当防衛の制限ないし否定が肯定されることになるとされる¹²⁴⁾。具体的には、① 侵害者に責任がない、あるいは著しく減弱している場合、② 被侵害者が侵害を違法に挑発した場合、③ 軽微な侵害の場合、④ 保障関係内部における侵害の

↘135頁〔橋田執筆部分〕。しかも、橋田久は、自身が主張する正当防衛の正当化根拠論からは、かかる帰結を導きえないことを認めている（同135頁）。それにもかかわらず、この場合に正当防衛の制限が認められる理由として、橋田は、行為の相当性という正当化の一般要件による外在的制約を挙げている（同135頁）。これは、おそらく行為が法秩序の立場から許されないこと（同122頁）、あるいは、この場合に正当防衛を許容することが法律全体を貫く公平の観念に反すること（橋田久「正当防衛における防衛行為の相当性」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『刑法の争点』（有斐閣・2007年）44頁）に正当化を否定する根拠を求める趣旨であろう。しかしながら、著しく不均衡な防衛行為ではあるが、他にとりうる手段が存在しなかった場合に、何故、防衛行為が、法秩序の立場から許されないのか、あるいは法律全体を貫く公平の観念に反するのかが明らかではない。むしろ、この場合に、法が不法に譲歩することを認める方が、不正な侵害者を優遇することになってしまうという意味で法秩序の立場から許されない、あるいは法律全体を貫く公平の観念に反することも評価できるのではなかろうか。

122) 山中・前掲（注1）36頁以下参照。

123) 齊藤（誠）・前掲（注1）100頁参照。

124) 井田・前掲（注62）160頁、斎藤（信）・前掲（注82）66頁以下、齊藤（誠）・前掲（注1）99頁、山中・前掲（注14）480頁。

場合には、一般予防の必要性が欠ける、あるいは低いため、正当防衛が制限されることになるとされる¹²⁵⁾。

この基礎づけに対しては、まず、——主張者の意図に反して——正当防衛において侵害退避義務が課されないことを基礎づけることができないという批判をなしうる¹²⁶⁾。すなわち、この基礎づけは、前述したとおり、正当防衛状況において、被侵害者は防衛せずに退避すべきであるとしてしまうと、(当該の、あるいは将来の)侵害者が不正な侵害を行うことを勇気づけることになってしまふという一般予防的な考慮が働く点に侵害退避義務が課されない根拠を求めている。しかしながら、このような一般予防効は、急迫不正の侵害者の事後的な処罰でも得られるはずである¹²⁷⁾。つまり、被害者が防衛せずに逃走すべきだとしても、事後的な処罰がなされるのであれば、平和の破壊者が勇気づけられることにはならない。それゆえに、この見解からは、この場合に、退避せずに正当防衛で対抗することができるという帰結を導きえないのである¹²⁸⁾。

次に、この基礎づけからは、正当防衛において、必要性要件および相当性要件が課されることを説明できないという批判をなしうる。すなわち、この見解からすれば、正当防衛の範囲は、一般予防目的、あるいは特別予防目的に応じて決定されることになるはずである。しかしながら、正当防衛の範囲は、一般予防目的、あるいは特別予防目的によって決定されるのではなく、当該の正当防衛状況において、いかなる防衛行為が、自己又は他人の権利を防衛するためにやむを得ずにした行為といえるかという観点

125) ただし、山中・前掲(注1)299頁は、④の場合に正当防衛の制限を認めることに否定的である。

126) 橋爪・前掲(注1)55頁。

127) 橋爪・前掲(注1)55頁、山口・前掲(注3)116頁参照。

128) もちろん、事後的な処罰は、構成要件該当性が欠ける場合、あるいは責任が認められない場合には科されないため、そのような場合には、平和の破壊者が勇気づけられることになるだろう。しかし、そのような場合に限り、侵害退避義務が課されないことが帰結するなどは、この見解の主張者も考えていないのである(山口・前掲(注3)116頁参照)。

から決定されているのである¹²⁹⁾。

さらに、この見解から導かれる帰結の当否をひとまず措いたとしても¹³⁰⁾、一般予防の必要性が欠ける、あるいは低いという抽象的・一般的な理由から、正当防衛の制限を認めることに対しては疑問がある¹³¹⁾。すなわち、この見解からは、一般予防の必要性が欠ける、あるいは低いという理由から、明らかに問題状況を異にする、上述の①～④のケースについて正当防衛の制限を認めることになるが、それは、かえって各ケースの問題状況の適切な把握を困難にしてしまうからである¹³²⁾。くわえて、一般予防の必要性がいかなる場合に、どの程度認めるのかを判断することは、現実的に極めて困難であるため、正当防衛の制限を認める方法論としても妥当でないように思われる¹³³⁾。

また、正当防衛の正当化根拠を法確証原理に求めることは、私人による国家行為の代行という構成を採用することを意味するため¹³⁴⁾、正当防衛は、必然的に法治国家原理である比例原則に服し、それゆえに厳格な制約のもとにおいて行われなければならないことになってしまう¹³⁵⁾。換言すれば、この見解からは、何故、正当防衛の場合には、ときに峻厳な防衛手

129) Vgl. *Lesch*, a. a. O. (Fn. 31), S. 86.

130) ただし、この点の当否を措くとしても、正当防衛の制限を認める場合には、必然的に罪刑法定主義に抵触する疑いが生じることが指摘できよう。すなわち、正当防衛の制限を認めることは、明らかに防衛者に不利な解釈を行っていることになるため、制限の根拠が明文上に示されていない場合には罪刑法定主義との関係が問題になるのである。なお、この正当防衛と罪刑法定主義の関係については、増田豊「法典化された正当化事由の超法規的縮小禁止」法律論叢57巻4号（1984年）113頁以下が詳しい。

131) 照沼・前掲（注68）146頁。

132) 橋爪・前掲（注2）97頁参照。保障関係内部における正当防衛の制限という脈絡で類似の批判をなすものとして、佐伯・前掲（注18）120頁。

133) 橋爪・前掲（注2）96頁。

134) 文脈は異なるが、同様の指摘をおこなうものとして、照沼・前掲（注68）147頁、西田典之『刑法総論〔第二版〕』（弘文堂・2010年）157頁。

135) そのように批判するものとして、例えば、増田豊「はしがき」『刑事法学におけるトボス論の実践』（成文堂・2014年）iii頁。

段をとりうるのかが説明できないように思われる¹³⁶⁾。

第三項 正当化根拠としての優越的利益の原則

この基礎づけは、法確証を、優越的利益の原則の下で、つまり、利益衡量の一要素として把握するものである¹³⁷⁾。この見解によれば、正当防衛の峻厳さは、法確証の利益が、侵害者の利益にいわば量的に優位するということから基礎づけられるとされる。

この基礎づけに対しては、まず、法確証の利益と侵害者の利益を比較衡量することは、カテゴリー的誤謬であるという批判が妥当する¹³⁸⁾。なぜならば、法確証の利益は、法秩序によって法的に保護されている侵害者の利益に対してメタレベルに位置するが、(例えば、1 + 1といったような)差引計算を行いうるのは論理的に同レベルの観点に限られるからである¹³⁹⁾。

また、仮に法確証の利益と侵害者の利益が相互に比較可能な関係に還元できたとしても、法確証の利益は、被侵害者の身体を守るために侵害者の生命を奪うことを正当化できないという批判が可能である¹⁴⁰⁾。すなわち、そもそも、法確証の利益がどの程度なものが不明である点を措くとしても¹⁴¹⁾、いずれにせよ、法秩序を防衛する利益が、ときに「至高」とも評される¹⁴²⁾個人の生命という利益を上回るようには思われないのである¹⁴³⁾。仮に上回ると想定しうるのだとしても、それは、「法秩序の維持」

136) 橋爪・前掲(注1)54頁以下参照。

137) ——二元主義的基礎づけの枠内においてはあるが——このような基礎づけを支持するものとして、例えば、鈴木茂嗣『刑法総論〔第2版〕』(成文堂・2011年)69頁、内藤・前掲(注72)329頁以下、曾根・前掲(注53)186頁以下など。

138) Vgl. *Joachim Renzikowski*, Intra- und extrasystematische Rechtfertigungsgründe, in: *Philosophia Practica Universalis Universalis: Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag*, 2005, S. 662.

139) Vgl. *Renzikowski*, a. a. O. (Fn. 138), S. 662.

140) 井田・前掲(注62)159頁。

141) この点を指摘するものとして、山口・前掲(注67)50頁以下。

142) 実際にこのように述べるものとして、生田・前掲(注22)269頁。

143) 井田・前掲(注62)159頁、佐伯・前掲(注18)103頁。

を比較不可能なほど大きな利益と評価することによって、実質的に「法益衡量」を不可能にし、結論を言い換えただけに過ぎないように思われる¹⁴⁴⁾。

さらに、この基礎づけは、優越的利益の原則に依拠して正当防衛を基礎づけているが、その場合、防衛が失敗して優越的利益を守れなかった場合（失敗した防衛）に防衛行為の正当化を否定するという不当な結論に至る恐れがある¹⁴⁵⁾。

第三節 二元主義的基礎づけ

第一款 防衛対象——自己保全原理と法確証原理の関係性

以上の検討においても確認してきたことであるが、一方で、自己保全原理によるだけでは、緊急救助を説明することができない、あるいは、侵害退避義務もしくは官憲に救助を求める義務が課されないことを説明できない。他方で、法確証原理によるだけでは、公共的法益のための正当防衛を認めてしまうことになり、また、第一次的には個人の法益の保護が問題になっていることを捉え損なうことになってしまう。以上のような形で、従来の多数説は、自己保全原理、あるいは法確証原理のみに依拠することの問題点を指摘した上で、その問題点の解決方法として、正当防衛の正当化根拠を双方の原理に求めることを主張してきた¹⁴⁶⁾。すなわち、正当防衛において、防衛者は、被侵害者の法益を防衛するだけでなく、法秩序をも防衛することから正当防衛が認められるとされるのである。

この見解においても、自己保全原理、あるいは法確証原理とは何を意味するのかが問題となるが、これらの点については、既に検討を加えたところであるため、ここではこれ以上立ち入らない。本節において問題とする

144) 松宮・前掲（注23）135頁。

145) 松宮・前掲（注23）135、142頁。

146) 川端・前掲（注8）7頁以下、齊藤（誠）・前掲（注1）54頁以下、曾根・前掲（注53）186頁以下、内藤・前掲（注72）329頁以下、山中・前掲（注14）480頁。

のは、正当防衛の正当化根拠を自己保全原理と法確証原理に求めるとして、両原理はどのような関係性にあるのかということである¹⁴⁷⁾。すなわち、この見解に依拠する場合、自己保全原理、かつ法確証原理が作用している場合に正当防衛が成立するのか、それとも、自己保全原理、あるいは法確証原理が作用している場合に正当防衛が成立するのかが明らかとされなければならないのである。

従来、この基礎づけの主張者の多くは、この両原理の関係性を明確にすることなしに、単に両原理を並列的に持ち出すことによって正当防衛の根拠を説明しようとしてきた¹⁴⁸⁾。しかしながら、両原理の関係性が明らかにされなければ、この基礎づけは、とりわけ、両原理が異なる帰結を導くような場合に具体的な帰結を説明できなくなってしまうだろう¹⁴⁹⁾。例えば、公共的法益のための正当防衛の場合、法確証原理からは、正当防衛が認められるのに対して、自己保全原理からは正当防衛が認められないことになるであろうが、では、両原理を併用する基礎づけからは、いかなる帰結が論理的に導かれることになるのだろうか。この問いに対する答えは、両原理の関係性を探究することなしには導き出えないように思われる。それにもかかわらず、両原理の関係性を探究することなしに帰結を導き出そうとすれば、それは、結局のところ、論者が妥当だと考える結論を導くために、その結論をより説明しやすい原理を恣意的に用いて基礎づけているにすぎないことになってしまうだろう¹⁵⁰⁾。

そのため、この見解による場合、両原理の関係性を明確にすることが、

147) この点を指摘するものとして、飯島・前掲(注41)154頁。

148) 両原理の関係性を明らかにしていないものとして、例えば、大塚・前掲(注43)380頁以下、大谷・前掲(注43)273頁など。

149) 類似の指摘を行うものとして、朴乗植「正当防衛権の法的根拠づけについて」明治大学大学院紀要第28集法学篇(1991年)261頁。

150) Vgl. Pawlik, a. a. O. (Fn. 31), S. 261. (翻訳として、赤岩順二=森永真綱訳「ミヒャエル・パヴリック『カントとヘーゲルの正当防衛論』(1)」甲南法学53巻1号(2012年)64頁)

少なくとも理論的には必要不可欠となるのである。そこで、以下では、両原理の関係性について検討を行うこととする。

第一項 重疊的關係

まず、自己保全原理と法確証原理の關係性を重疊的關係として理解することが考えられる¹⁵¹⁾。この理解からは、自己保全原理かつ法確証原理が認められる場合に正当防衛が成立するということになる。逆にいえば、両原理のいずれかが認められない場合には、正当防衛が成立しないということになる¹⁵²⁾。

このように両原理が重疊的關係に立つことを明確に認めている論者として、例えば、明照博章を挙げることができる。すなわち、明照によれば、正当防衛の正当化根拠は、「自然権の側面においては、個人の自己保全の原理が正当化の働きをし、緊急権の側面においては、法の自己保全の原理が正当化の働きをすることになり、両者が同時に作用する」点に求められる¹⁵³⁾。そして、明照は、正当防衛の正当化根拠をこのように理解する結果、以下のような帰結に至っている。すなわち、「個人の自己保全を考える必要がない場面では、基本的に『法益侵害行為』を正当化する理由がない」ため、正当防衛が認められないことになる。そして、仮に個人の自己保全の原理が認められるとしても、「正当防衛のもつ『法確証機能』を失わせる場合には、法秩序の見地から法益侵害行為を正当防衛行為として正当化できないことになる。」¹⁵⁴⁾

この理解によれば、自己保全原理と法確証原理が共に作用することで正当化が認められることになるため、防衛対象は、被侵害者の法益、および法秩序であるということになるだろう。この理解からは、第一に、社会的

151) 曾根・前掲（注53）186頁以下、明照・前掲（注53）2頁。

152) このことを明確に述べるものとして、明照・前掲（注53）22頁。

153) 明照・前掲（注53）2頁。

154) 明照・前掲（注53）22頁。

法益、あるいは国家的法益のための正当防衛は認められないという帰結を導くことができる¹⁵⁵⁾。なぜならば、この場合、明らかに自己保全原理が作用していないからである。すなわち、この場合、防衛行為を行う私人自身が緊急状況下に置かれているわけではないため、とっさに反撃を行う自己保存本能が働くとは考えがたいし、また、個人の法益が防衛されているわけではないため、自己保全の利益も認めがたいのである。第二に、不正の侵害が現実化していたとしても、法確証の必要性が存在しない場合には、そのことを理由として、正当防衛の否定ないし制限を導くことができるだろう¹⁵⁶⁾。なぜならば、この見解からは、法確証原理が作用しない場合、正当防衛が否定されることになるからである。

したがって、この見解は、正当防衛の根拠を法確証原理のみに求める見解に比べれば、いくらかの点で理論的優位性を主張しうる。すなわち、この見解からは、法確証原理に対して行った批判のうち、国家的法益のための正当防衛を認めることになってしまうという批判を回避することができる。また、この見解は、被侵害者の法益をも防衛対象と見なしている点で、法確証という観点は反射効にすぎないという批判に対しても応答できる。ただし、法確証説に対して行ったその他の批判はなお妥当しうるように思われる。

また、この見解に対しては、両原理が共に作用する場合に初めて正当防衛が認められるとする場合、自己保全原理説に対する批判がそのまま妥当することになり、その結果、この見解の長所とされてきたものが消失することになるという批判をなしうる¹⁵⁷⁾。より具体的にいえば、この見解は、一方で、自己保全原理を自己保存本能説的に理解する場合には、緊急救助

155) 齊藤(誠)・前掲(注1)96頁, 山中・前掲(注14)480頁。

156) 井田・前掲(注62)160頁, 齋藤(信)・前掲(注82)66頁以下, 齊藤(誠)・前掲(注1)99頁, 山中・前掲(注14)480頁。

157) Vgl. Engländer, a. a. O. (Fn. 31), S. 30. なお, Engländer は, 自己保全原理の内容を自己保全の利益説的に理解することから, 緊急救助を適切に説明できないという批判ではなく, 退避義務の不存在を適切に説明できないという批判を行っている。

を適切に基礎づけることができない。他方で、仮に自己保全原理を自己保全の利益説的に理解する場合には、侵害退避義務、および官憲に救助を求める義務が、被侵害者に課されないことを適切に説明することができない。そして、その意味で、従来この見解に認められてきた長所であるとされてきた、自己保全原理に依拠するだけでは説明できない結論を説明できるようになるというメリットが消失することになってしまうのである。

では、何故、自己保全原理説に対する批判がそのまま妥当することになってしまうのだろうか。以下では、この点について敷衍することとした。まず、自己保全原理を自己保存本能説的に理解する場合に、緊急救助を適切に基礎づけることができなくなる理由は、以下のとおりである。すなわち、自己保存本能説に対する批判の際にも述べたが、緊急救助者は、自らが緊急状況下に置かれているわけではないため、とっさに自らを防衛しようとする本能が働くとは考えがたい。つまり、自己保存本能という意味での自己保全原理は、緊急救助の場合に作用していないのである。そして、そうだとすれば、この見解の理屈からすれば、緊急救助は、自己保全原理が作用しないために認められないという帰結に至ってしまうのである。次に、自己保全原理を自己保全の利益説的に理解する場合に、侵害退避義務、および官憲に救助を求める義務が、被侵害者に課されないことを適切に説明することができなくなる理由は、以下のとおりである。すなわち、自己保全の利益説に対する批判の際にも述べたが、常にリスクを伴う防衛行為を行うよりも、侵害から退避するか、あるいは官憲に救助を求めた方がより安全に自己を保全することができることが多い。そのため、侵害からの退避、あるいは官憲に救助を求めた方が個人の法益保全に資する場合には、攻撃者の法益を侵害する防衛行為は不要となるため、自己保全原理が作用せず、したがって、正当防衛の成立が否定されることになってしまうのである。

第二項 択一的関係

前項で述べた問題点を回避する方法として、自己保全原理と法確証原理の関係性を択一的関係として理解することが考えられるかもしれない¹⁵⁸⁾。この理解からは、自己保全原理あるいは法確証原理が認められる場合に正当防衛が成立するということになる。逆にいえば、自己保全原理と法確証原理のいずれも認められない場合に初めて、正当防衛が成立しないということになる。

このような理解によれば、自己保全原理、あるいは法確証原理のいずれかが作用することで正当化が認められることになるため、防衛対象は、被侵害者の法益、あるいは法秩序であるということになるだろう。このような理解からは、第一に、緊急救助を難なく説明することができるだろう。なぜならば、この場合、少なくとも、法確証原理は作用しているはずだからである。第二に、社会的法益、あるいは国家的法益のための正当防衛が認められるという帰結に至るだろう。なぜならば、この場合、少なくとも、法確証原理は作用しているはずだからである。

この見解に対しては、正当防衛の根拠を法確証原理のみに求める見解と全く同様の批判が妥当することになるだろう¹⁵⁹⁾。すなわち、この見解からは、法確証原理が認められさえすれば、正当防衛が認められることになるため、結局のところ、法確証原理のみに正当化根拠を求めている場合とほとんど変わらないことになってしまうのである¹⁶⁰⁾。

158) わが国において、おそらく、このような見解が主張されたことはないが、自己保全原理と法確証原理の関係性を明らかにするために、ここで検討を行うこととしたい。

159) Vgl. *Engländer*, a. a. O. (Fn. 31), S. 30.

160) 法確証原理のみに依拠する見解との相違点を挙げるとすれば、この理解からは、法確証の必要性が欠如している、あるいは減少しているという理由だけでは正当防衛の制限を帰結することができなくなる点であろう。なぜならば、この見解からは、法確証の必要性が欠如ないし減少していたとしても、自己保全原理が作用してさえいれば、なお正当防衛は認められるからである。

第二款 正当化根拠

前款では、自己保全原理と法確証原理の関係性について検討を行ってきた。その結果、両原理の関係性を重疊的關係、あるいは択一的關係のいずれに理解したとしても、問題が存することが明らかとなった。仮に両原理の関係性を問題なく説明できたとしても、そのことは、あくまでも防衛対象の問題に回答することができるということではしかない。つまり、両原理を組み合わせることによって、何故、正当防衛において、広範囲にわたる防衛権限が認められることになるのかの説明されなければならない。二元主義的基礎づけにおいても、正当防衛の峻厳さを基礎づけるのは法確証原理であるとされていることに鑑みれば¹⁶¹⁾、その説明方法としては、前節と同様、以下の三つが考えられる。すなわち、第一に、「法は不法に譲歩する必要はない」という命題に依拠する方法、第二に、予防効という刑事政策的な基礎づけに依拠する方法、第三に、優越的利益の原則に依拠する方法である。以下、順に検討する。

第一項 正当化根拠としての「法は不法に譲歩する必要はない」

この基礎づけは、「法は不法に譲歩する必要はない」という標語から正当防衛の峻厳さを説明しようとするものである¹⁶²⁾。

この見解に対しては、まずこの標語から正当防衛の範囲が決まっているわけではないという批判が妥当する¹⁶³⁾。また、この基礎づけからは、正当防衛の制限を認める契機を見出しえないにもかかわらず、この基礎づけの主張者の多くは、一定の場合に正当防衛の制限を認めている点で問題がある。

161) このことを指摘するものとして、例えば、飯島・前掲（注41）154頁。

162) 葛原＝塩見＝橋田＝安田・前掲（注14）127頁〔橋田執筆部分〕、中空・前掲（注14）32頁。

163) 佐伯・前掲（注18）102頁以下。

第二項 正当化根拠としての予防効

この基礎づけは、一般予防、あるいは特別予防といった刑事政策的な観点から正当防衛権の峻厳さを説明しようとするものである¹⁶⁴⁾。逆にいえば、このような刑事政策的な考慮を行う必要性が高くない、あるいは全くないような場合には、正当防衛の制限ないし否定が認められることになる¹⁶⁵⁾。

この基礎づけに対しては、まず、正当防衛において侵害退避義務が課されないことを基礎づけることができないという批判をなしうる¹⁶⁶⁾。次に、この基礎づけからは、正当防衛において、必要性要件が課されることを説明できないという批判をなしうる¹⁶⁷⁾。さらに、一般予防の必要性が欠ける、あるいは低いという抽象的・一般的な理由から、正当防衛の制限を認めることは各ケースの問題状況の適切な把握を困難にってしまうという批判をなしうる¹⁶⁸⁾。また、正当防衛の正当化根拠を法確証原理に求めることは、私人による国家行為の代行という構成を採用することを意味するため¹⁶⁹⁾、正当防衛は、必然的に法治国家原理である比例原則に服し、それゆえに厳格な制約のもとにおいて行われなければならないことになってしまいう点でも問題がある¹⁷⁰⁾。

第三項 正当化根拠としての優越的利益の原則

この基礎づけは、違法性阻却の一般原理としての優越的利益原理の下

164) 齊藤(誠)・前掲(注1)100頁参照。

165) 井田・前掲(注62)160頁、斎藤(信)・前掲(注82)66頁以下、齊藤(誠)・前掲(注1)99頁、山中・前掲(注14)480頁。

166) 橋爪・前掲(注1)55頁。

167) Vgl. Lesch, a. a. O. (Fn. 31), S. 86.

168) 橋爪・前掲(注2)97頁参照。保障関係内部における正当防衛の制限という脈絡で類似的批判をなすものとして、佐伯・前掲(注18)120頁。

169) 文脈は異なるが、同様の指摘をおこなうものとして、照沼・前掲(注68)147頁、西田・前掲(注134)157頁。

170) そのように批判するものとして、例えば、増田・前掲(注135) iii頁。

で、自己保全と法確証を利益衡量の要素として把握するものである¹⁷¹⁾。この基礎づけによれば、正当防衛が認められる理由は、被侵害者には、自己保全の利益に加えて、法確証の利益が認められるがゆえに、侵害者の利益に優越する点に求められることになる。そして、この基礎づけからは、被侵害者の法益に加えて、法確証の利益が加算されることから、正当防衛の峻厳さが基礎づけられるとされる¹⁷²⁾。

この基礎づけに対しては、まず、法確証の利益と侵害者の利益を比較衡量することは、カテゴリー的誤謬であるという批判が妥当する¹⁷³⁾。また、仮に法確証の利益と侵害者の利益が相互に比較可能な関係に還元できたとしても、法確証の利益は、被侵害者の身体を守るために侵害者の生命を奪うことを正当化できないという批判が可能である¹⁷⁴⁾。さらに、防衛が失敗して優越的利益を守れなかった場合（失敗した防衛）に防衛行為の正当性を否定するという不当な結論に至る恐れがある点でも問題がある¹⁷⁵⁾。

第四節 個人主義的基礎づけのさらなる展開

従来の多数説である二元主義的基礎づけは、前節の検討からも明らかとなったように、多くの問題点を孕んでおり、それゆえに、多くの批判が向けられている。そして、その批判の多くが、法確証原理および両原理の関係性に対して向けられるものであった。そのため、近時、正当防衛の正当化根拠を個人主義的な基礎づけに求める見解が、再び有力に主張されるようになってきている。第一節においても前述したように、個人主義的基礎づけは、正当防衛状況におかれた当事者、つまり侵害者ないし被侵害者の事情に着目して、正当防衛の正当化根拠を基礎づけようとする。そこで、以下

171) この見解を支持するものとして、例えば、鈴木・前掲（注137）69頁、内藤・前掲（注72）329頁以下、曾根・前掲（注53）186頁以下。

172) 曾根・前掲（注56）99頁。

173) *Renzikowski*, a. a. O. (Fn. 138), S. 662.

174) 井田・前掲（注62）159頁。

175) 松宮・前掲（注23）135, 142頁。

では、侵害者の事情に着目する基礎づけと、被侵害者の事情に着目する基礎づけに分けて検討を行うこととする。

第一款 侵害者の事情に着目する基礎づけ

この見解は、正当防衛の正当化根拠を侵害者の答責性に求めるものである。より詳しく言えば、この見解は、正当防衛の実質的な根拠を、侵害者は、無用な対立状況を自らひきおこした以上、対立状況の解決に必要な限度で負担を負わなければならない点に求めている¹⁷⁶⁾。この見解によれば、防衛対象は、被侵害者の権利、あるいは法益であるということになるだろう¹⁷⁷⁾。したがって、この見解からは、社会的法益、あるいは国家的法益のための正当防衛は認められないことになる。このような理解は、刑法36条1項の文言とも調和する。

問題となるのは、侵害者の答責性が、何故、正当防衛の正当化根拠となりうるのか、なりうるとして、正当防衛の要件、とりわけ緊急避難との相違を説明しえるかである。

例えば、この見解の主張者である高山佳奈子は、以下のように述べて、

176) 安達光治「因果主義の限界と客観的帰属論の意義」刑法雑誌48巻2号(2009年)52頁、小林憲太郎「違法性とその阻却——いわゆる優越的利益原理を中心に」千葉大学法学論集23巻1号(2008年)395頁、高山佳奈子「正当防衛論(上)」法学教室267号(2002年)83頁、これらの見解は、その詳細を異にしているものの、正当防衛の根拠を侵害者が正当な理由なく侵害者の権利ないし法益を侵害した点に求める点で共通している。法確証説を敷衍する形で述べてはいるものの、本質的には同様の発想に基づいているものとして、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20巻3号(1997年)122頁以下。また、同方向の見解として、照沼・前掲(注68)153頁以下。照沼によれば、正当防衛の正当化根拠は、正当な理由なく保障規範に違反している限りで、侵害者は、自身の法益の要保護性を後退させており、その意味で、侵害者の法益の要保護性が減少している点に求められるという。さらに類似の見解として、大越義久『刑法総論(第5版)』(有斐閣・2012年)78頁。大越は、正当防衛の正当化根拠を侵害者の危険引き受けに求めている。もっとも、正当防衛の場合には、何故、侵害者が危険を引き受けていると評価しうるのかという点は、明らかにされていない。

177) 高山・前掲(注176)82頁。

正当防衛の根拠を説明しようとしている。すなわち、「不正の侵害は、余計な対立状況を自分から一方的に作り出していることになる。そこで、法秩序の見地からすれば、まずその侵害をやめさせることが最も望ましい。侵害をやめれば、誰の利益も失われずにすむのである。それにもかかわらずあえて不正の侵害に出る者は、何もしなければ保持される自己の利益をあえて対立状況に置いているのであって、防衛行為としての相手からの正当な権利行使や利益擁護を受けてしかるべきである。」というのである¹⁷⁸⁾。

そして、この基礎づけからは、正当防衛において、補充性、および害の均衡要件が課されないことを帰結することができるだろう。なぜならば、無用の対立状況は、その状況を作り出した不正の侵害者の負担において解決されるべきであるからである¹⁷⁹⁾。

この基礎づけは、無用な対立状況を作り出したという侵害者の答責性から、緊急避難との相違を基礎づけようとしている点で正当である。すなわち、この基礎づけは、侵害者の答責性に着目した結果、侵害者が当該対立状況を解決するのに必要な限度で負担を負わなければならないという帰結を導くことに成功している。

しかしながら、この見解に対して疑問がないわけではない。まず、この基礎づけに依拠するだけでは、何故、被侵害者、および緊急救助者が、侵害者に対して反撃行為をする権限を有するののかという問いに十分に答えることができないように思われる¹⁸⁰⁾。すなわち、この基礎づけは、先述したように、侵害者の答責性に着目して正当防衛の正当化根拠を展開するが、その侵害者の答責性が、何故、被侵害者の防衛権限を基礎づけるのかについて明確にしていないのである。この点が明確にされていないことの

178) 高山・前掲（注176）83頁。

179) 安達・前掲（注176）52頁。さらに、高山・前掲（注176）82頁以下参照。

180) 挑発防衛の脈絡ではあるが、同様の批判を行うものとして、橋爪・前掲（注1）259頁以下。

問題点は、特に緊急救助者の救助権限を基礎づける際に顕在化する¹⁸¹⁾。なぜならば、確かに、侵害者は、被侵害者との関係では、無用の対立状況を作出した点で答責性を有するといえるだろうが、緊急救助者との関係では、無用の対立状況を作出していない以上、答責性を有していないはずだからである¹⁸²⁾。とすれば、この基礎づけに依拠するとしても、緊急救助者の救助権限は、被侵害者と緊急救助者がいかなる関係にあるかという観点から、つまり被侵害者の事情にも着目して基礎づけるほかないのではなかろうか。もとより、この基礎づけも、「正」対「不正」という被侵害者と侵害者の法的関係性を侵害者側の事情から説明しているだけで被侵害者側の事情を等閑視するわけではない¹⁸³⁾。したがって、この基礎づけに依拠する場合であっても、被侵害者の権利性から緊急救助を基礎づけることは理論的には可能であろう¹⁸⁴⁾。しかしながら、そうであるとすれば、侵害者と被侵害者の法的関係性がどのようなものであるかを直截に問題とすべきではなかろうか。なぜならば、この基礎づけのように、一方当事者である侵害者の事情のみに着目してしまうと、一面的な物の見方であると誤解されかねないからである。

それゆえに、この基礎づけは、少なくとも、方法論的には妥当ではないように思われる。

181) Vgl. *Engländer*, a. a. O. (Fn. 31), S. 61.

182) Vgl. *Engländer*, a. a. O. (Fn. 31), S. 61.

183) 例えば、高山・前掲(注176)82頁は、被侵害者の権利性についても言及を行っている。

184) その意味で、この基礎づけからも、緊急救助を正当化することは十分に可能である。それゆえに、緊急救助を適切に基礎づけることができないという批判に対して (Vgl. *Engländer*, a. a. O. (Fn. 31), S. 61.), この基礎づけは、十分に応答可能であると評しうる。ただし、このような批判を招く契機は、この基礎づけが、正当防衛状況における一方当事者である侵害者の事情を強調する点に存するのであり、その意味でいえば、先の批判は全般的な外れというわけではない。

第二款 被侵害者の事情に着目する基礎づけ

第一項 防衛対象あるいは正当化根拠としての現場滞留利益？

近時、正当防衛の正当化根拠を、被侵害者の利益に「現場に滞留する利益」が加算されることから、優越的利益が実現される点に求める見解が有力に主張されている。この見解は、違法性阻却の一般原理であるとされる優越的利益原理に依拠する立場に依拠した上で、「現場に滞留する利益」が、被侵害者の保全利益に加算されることから優越的利益が実現されると主張するものである¹⁸⁵⁾。

この理解からは、防衛対象は、被侵害者の保全法益と「現場に滞留する利益」であるということになるだろう。では、何故、被侵害者（あるいは緊急救助者）は、自身の保全法益に加えて、「現場に滞留する利益」をも防衛しているといえるのだろうか。この見解の代表的な論者である橋爪隆は、以下のように述べて、「現場に滞留する利益」も防衛対象となることを説明しようとする。すなわち、「現場に滞留する利益」とは、「不正の侵害に屈することなく、個人が『いたいところにいる』、『したいことをする』利益である¹⁸⁶⁾。そして、この利益は、例えば、集会の自由や住居権のように具体的に権利として保護されている場合に限らず、一般的に認められるものである。「なぜなら、個人は、常に何らかの正当な権利の実現のために行動しなければいけないわけではなく、他人の権利・利益を侵害しない限り、好きなところに留まり、好きなことをする自由が認められ、何の理由もなく、そこから出て行け、逃げ帰れと強制されるべきではないからである。」¹⁸⁷⁾このように「現場に滞留する利益」は、一般的に認められるものであることから、正当防衛状況において防衛行為者は、自己の生命・身体などの法益を防衛する場合には、「現場に滞留する利益」をも防衛していることになるという。

185) 橋爪・前掲（注1）85頁以下。さらに、佐伯・前掲（注18）146頁参照。

186) 橋爪・前掲（注1）72頁。

187) 橋爪・前掲（注1）72頁。

この橋爪の主張に対しては、正当防衛において、「現場に滞留する利益」は、一般的に防衛対象となるわけではないという批判が妥当する。すなわち、「現場に滞留する利益」は、生命、身体あるいは自由が侵害されている場合には同時に危殆化されているといえるかもしれないが、財産、名誉が侵害されている場合には同時に危殆化されているとはいえないように思われるのである¹⁸⁸⁾。例えば、侵害者が被侵害者を公衆の面前で侮辱するような場合、侵害者の侮辱行為は、被侵害者の名誉の侵害ではあるが、被侵害者の「行きたいところに行く自由」の侵害とは評価できないのではないだろうか。そうだとすれば、「現場に滞留する利益」は、正当防衛において、一般的に防衛対象として認められるわけではないのであるから、少なくとも、そのような利益を一般的に防衛対象として持ち出すことは不適切であろう。

これに対しては、橋爪が述べるように、財産や名誉に対する侵害の場合であっても、「『財産や名誉などの利益を享受しつつ、その場に留まり続ける』という利益状態は侵害されているということが出来る」という反論が可能であるかもしれない¹⁸⁹⁾。しかしながら、その場合、橋爪自身が認めるように、「その侵害はいわば間接的なものであり、生命や身体に対する重大な侵害にさらされた場合とは質的に異なるといわざるを得ない」だろう¹⁹⁰⁾。その結果、橋爪の見解からは、生命、身体あるいは自由の侵害に対する防衛行為の場合か、財産あるいは名誉の侵害に対する防衛行為の場合かによって、正当防衛の成立要件が異なるという帰結に至ることになる¹⁹¹⁾。すなわち、前者の場合には、必要最小限度性要件の充足のみが問題となるのに対して、後者の防衛行為の場合には、必要最小限度性要件に加えて、(緩和された形での)利益の均衡性要件の充足も問題になるという

188) この点を指摘するものとして、宮川・前掲(注14)40頁。また、このことは、この見解の主張者である橋爪・前掲(注1)358頁も認めている。

189) 橋爪・前掲(注1)359頁。

190) 橋爪・前掲(注1)359頁。

191) 橋爪・前掲(注1)359頁。

のである。しかしながら、このような主張は、明らかに現行法に反しており、少なくとも解釈論としては展開しえないように思われる。なぜならば、現行法は、生命、身体あるいは自由を防衛しているか、それとも財産、名誉を防衛しているかによって取り扱いを変えていないからである。

仮に被侵害者の法益に加えて、「現場に滞留する利益」が防衛対象となるとしても、さらに何故、「現場に滞留する利益」を持ち出すことが正当防衛権の峻厳な性格を基礎づけうるのかが問題となる。換言すれば、「現場に滞留する利益」を持ち出すことが、何故、正当防衛の正当化根拠となるのかが問題となる。

この点について、橋爪は、生命・身体にも比肩するような重要な価値を有する「現場に滞留する利益」の加算によって、被侵害者の利益の原則的な優越性が認められることから、正当防衛権が正当化されると主張する¹⁹²⁾。そして、橋爪によれば、このような基礎づけからは、正当防衛と緊急避難との相違を適切に説明することができる¹⁹³⁾とされる。すなわち、第一に、この立場からは、正当防衛において、原則的に退避義務が課されていないことが導かれるとされる。「なぜなら、現場から退避する行為は、『現場に滞留する利益』の放棄を意味することにはほかならないからである。」¹⁹³⁾ 第二に、この立場からは、緊急避難の場合と異なり、利益衡量が原則的に不要であることも導かれるとされる¹⁹⁴⁾。なぜならば、生命・身体に比肩すべき利益とされる「現場に滞留する利益」が加算される限りで、被侵害者の利益が、侵害者の利益に常に優位するからである。また、逆に、「現場に滞留する行為」に要保護性が認められない場合には、違法性阻却が否定され、対抗行為の正当化の範囲は、緊急避難と同様の範囲に限定されることになる¹⁹⁵⁾。

192) 橋爪・前掲（注1）75頁。

193) 橋爪・前掲（注1）73頁。

194) 橋爪・前掲（注1）85頁以下。

195) 橋爪・前掲（注1）86頁。

この基礎づけに対しては、まず、「現場に滞留する利益」が制度的・一般的利益だとすれば、個別的・具体的な侵害者の利益と比較衡量することは、カテゴリー的誤謬であるという批判をなしうるだろう¹⁹⁶⁾。既に述べたように、相互に差引計算しうる対象は、論理的に同レベルの観点に限定される。それゆえに、制度的・一般的利益である「現場に滞留する利益」は、防衛行為によって侵害された、個別的・具体的な侵害者の利益と相互に比較衡量可能な関係にはないのである。したがって、制度的・一般的利益である「現場に滞留する利益」を持ち出すことは、法確証の利益を持ち出すのと同様、論理的に誤りであろう¹⁹⁷⁾。

また、仮に「現場に滞留する利益」と侵害者の利益が相互に差引計算を行いうる関係にあったとしても、「現場に滞留する利益」は、正当防衛において、被侵害者の身体を防衛するために侵害者の生命を奪うことすら許容されていることを基礎づけえないという批判が妥当する¹⁹⁸⁾。つまり、「現場に滞留する利益」が、ときに至高とも評される生命を優越するような価値を有しているようには思われないのである¹⁹⁹⁾。この批判に対して、橋爪は、『現場に滞留する利益』が、単にそこに留まる物理的・場所的な利益に尽きるわけではなく、ここでは不正の侵害に脅えることなく、個人が自由な活動を行うことを保障する一般的・制度的利益を問題にするからこそ、『現場に滞留する利益』には生命・身体に比肩すべき価値が認められるべきなのである」と反論する²⁰⁰⁾。この反論からすれば、「現場に滞留する利益」が生命・身体に比肩する理由は、個人が自由な活動を行うこと

196) 同趣旨の批判を行うものとして、例えば、山口・前掲(注11)321頁以下参照。

197) それにもかかわらず、なお、「現場に滞留する利益」と侵害者の利益を衡量しようとするのであれば、山口・前掲(注11)321頁が指摘するように、「現場に滞留する利益」を、侵害法益、あるいは保全法益と同列の個別的・具体的な利益に還元するほかないだろう。

198) 井田・前掲(注62)159頁参照。

199) 山口・前掲(注11)321頁。なお、このことは、「現場に滞留する利益」から正当防衛の限界を画そうとする佐伯仁志によっても認められている(佐伯・前掲(注18)146頁)。

200) 橋爪・前掲(注2)101頁。

を一般的・制度的に保障する点に求められていることになる。しかしながら、かかる反論は、「現場に滞留する利益」が、生命・身体に比肩するほどの価値を有していることを論証できていない。なぜならば、「現場に滞留する利益」が、個人が自由な活動を行うことを保障する一般的・制度的利益であるとしても、何故、その利益が、実体法上、生命・身体に匹敵するほどの価値を有するのかがさらに問題となるからである²⁰¹⁾。それゆえに、先の批判に対する反論としては不十分である。この点に鑑みれば、この見解に対しては、やはり先の批判が妥当するようと思われる。

さらに、そもそも、この基礎づけが前提としている優越的利益の原則に依拠する場合、被侵害者と侵害者の法的関係性が矮小化されることになってしまうという批判が妥当する²⁰²⁾。すなわち、この見解によれば、「正」対「不正」という被侵害者と侵害者の法的関係性は、「現場に滞留する利益」という形に還元されて把握されることになるが、それは、被侵害者の権利性が、利益衡量の一対象へと切り下げられてしまうことを意味する。その結果、橋爪の見解からは、「財物の財産的価値がきわめて高いとしても、それによって生命侵害や身体に対する重大な傷害行為が正当化されるわけでない」という結論が導き出されることになってしまう²⁰³⁾。例えば、防衛者は、彼の財産の大半を奪って逃走する窃盗犯に対して、生命侵害や身体に対する重大な傷害行為以外に防衛手段がない場合には、窃盗犯の逃走を阻止してはならないという帰結に至ることになってしまうのである²⁰⁴⁾。

201) 一般的・制度的利益としての「現場に滞留する利益」が、生命・身体に匹敵するほどの価値を有する実定法上の根拠が示されていないことを指摘するものとして、葛原・前掲（注4）211頁。

202) 山口・前掲（注11）321頁参照。さらに同様の批判を行うものとして、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178巻5号（2016年）70頁。

203) 橋爪・前掲（注1）359頁。したがって、橋爪からすれば、「財産や名誉に対する防衛行為一般については、致命的な防衛行為に出ることが認められない」ということになる。

204) あるいは、このような場合には、事後的な民事救済にゆだねられるべきだという立場を前提しているのかもしれない。しかしながら、そのような立場は、高山・前掲（注176）69頁が適切に指摘するように、現実的には、防衛しなければ犯人を特定できず、事後的な

したがって、「現場に滞留する利益」を持ち出す見解も、妥当とはいえない。

第二項 権利行使としての正当防衛

この見解は、正当防衛の正当化根拠を、被侵害者の権利行使に求める見解である²⁰⁵⁾。この見解からすれば、防衛対象は、個人の権利であるということになるだろう。それゆえに、国家的・社会的法益のための正当防衛は認められないことになる²⁰⁶⁾。このような解釈は、刑法36条1項の文言とも整合的である。

問題は、この見解から、何故、正当防衛の峻厳な性格を基礎づけることができるのかである。例えば、この見解の主張者である生田勝義は、正当防衛の峻厳な性格を、正当防衛の正当化根拠が「個人の権利保護にとどまらず、生命権等という権利そのもの、つまり権利一般の保全をなすこと」に存する点から基礎づけようとしている²⁰⁷⁾。すなわち、生田によれば、「権利に対する違法な侵害から権利を護ることは、自由や権利を保全するために社会に結合した人々が当然有する権利」である。その権利に対する不正な侵害者は、「社会結合の目的に反する行為」をなしている以上、侵害者は、緊急の利益衝突において被侵害者の権利を防衛するために必要な限りで、権利を制約ないし剥奪されるというのである²⁰⁸⁾。

以上のような説明からは、正当防衛において、害の均衡要件が原則的に課されないことを帰結することができるだろう²⁰⁹⁾。なぜならば、「権利保全のために必要な行為であれば、『正当防衛権の行使』といえるからであ

↘な民事救済も不可能になる場合があることを度外視しており、不当である。

205) 生田・前掲(注13)268頁、坂下・前掲(注202)70頁以下。西田・前掲(注134)155頁、松宮・前掲(注23)135頁など。

206) 生田・前掲(注13)269頁、松宮・前掲(注23)141頁以下。

207) 生田・前掲(注13)268頁。同様の見解として、西田・前掲(注134)155頁。

208) 生田・前掲(注13)267頁。

209) 生田・前掲(注13)263頁。

る。』²¹⁰⁾ また、この見解のように、権利行為性を強調する立場からすれば、補充性要件が原則的に課されないことも帰結することができるように思われる²¹¹⁾。

この生田の主張は、防衛者の「権利行使」という側面を強調している点で優れた見解である。それにもかかわらず、この生田の正当防衛の根拠に関する主張は、その価値を減じたものでしかない。その理由は、防衛者の「権利」が、なお、利益衡量の枠組みの中で理解されているという点にある²¹²⁾。つまり、生田の主張による場合、防衛者の「権利」は、あくまでも衡量の対象にすぎないことになってしまうのである。その結果、生田は、軽微な攻撃に対して、防衛のために必要最小限度であるが、著しく不均衡な防衛行為をなす場合、その防衛行為の危険性は、「保全利益と比べてあまりにも重大すぎるため」、防衛者は正当防衛をなしえないという結論を導き出すことになる。しかし、先の場合、防衛者の権利は、その防衛行為でしか保全することができないのである。その行為を、法が権利濫用であると評価するのだとすれば、その評価こそが、自由や権利を保全するという「社会結合の目的に反する」ことになってしまうだろう²¹³⁾。

したがって、防衛者の「権利性」を強調するのであれば、その「権利性」は、衡量の対象として捉えるべきではないように思われる。この点を適切に強調しているのが、松宮孝明である。松宮は、「法確証」を衡量の対象としてではなく、正当防衛の「権利＝法」防衛的性格のゆえに防衛に必要な限度で侵害者の利益保護を否定する原理として理解する²¹⁴⁾。ここで、松宮は、「法確証原理」という表現を用いているが、上記のように理

210) 生田・前掲（注13）263頁。同様の帰結を導くものとして、西田・前掲（注134）155頁。

211) 西田・前掲（注134）155頁。

212) 西田・前掲（注134）154頁以下のように、社会功利性の観点から正当防衛の社会化を認める見解も、同様の問題を孕むことになるように思われる。

213) また、照沼・前掲（注68）151頁注20が指摘するとおり、生田が主張するような枠組みでは、防衛者の「権利性」を必要以上に委縮させることになるだろう。

214) 松宮・前掲（注23）135頁。

解されるのであれば、この原理は、むしろ「権利防衛の原理」を意味するといえよう²¹⁵⁾。それゆえに、松宮の理解によれば、防衛者の「権利性」は、衡量の対象ではなく、防衛に必要な限度で侵害者の利益保護を否定する原理であると理解されることになるのである²¹⁶⁾。もっとも、ここでいう「権利」がどのような意味を有するのか、とりわけ、何故、防衛に必要な限度で侵害者の利益保護を否定することができるのかという点については明らかとされていない。そのため、この点については、さらに検討を要するだろう。また、松宮の理解によれば、この「権利」は、実定法秩序によって承認されているものとして位置づけられているが²¹⁷⁾、そうであるとするれば、「権利」と法秩序との関係性についても明らかとされなければならないように思われる。すなわち、法状態においては、法秩序が、刑法上の正当防衛の規定を通じて権利行使の範囲を規制している以上、正当防衛の成立範囲は、正当防衛権と法秩序の関係性を解明することなしには明らかにすることができないように思われるのである²¹⁸⁾。

第五節 一元主義的基礎づけ

近時、正当防衛の正当化根拠を被侵害者の主観的権利に求める見解を正当としつつも、そのような権利が法秩序との関係でどのような意義を有するのかをも検証しなければならないという問題意識から²¹⁹⁾、個人権的側

215) 中山＝浅田＝松宮・前掲（注86）176頁〔松宮執筆部分〕。

216) 類似の見解を主張するものとして、柏崎早陽子「正当防衛と法確性の利益について——アルミン・エングレンダーの考察を参考にして——」法学研究論集43号（2015年）124頁、坂下・前掲（注202）70頁以下。さらに、安田拓人も、「正当防衛は、他者の権利を不正な行為により侵害しようとする企てに対し、権利が権利として保護されるべきであることを示すために必要な限度で基礎づけられる権利である」と述べており、内容的には松宮と同様の見解を主張している（安田拓人＝島田聡一郎＝和田俊憲『ひとりで学ぶ刑法』（有斐閣・2015年）233頁以下〔安田拓人執筆部分〕。なお、太字強調は、原著による。）。

217) 松宮・前掲（注23）135頁。

218) 飯島・前掲（注41）158頁参照。

219) 飯島・前掲（注41）158頁以下。

面と社会権的側面の統合を試みる見解が主張されるに至っている²²⁰⁾。

この見解の主張者である飯島暢によれば、正当防衛は、法秩序の規範的効力を維持すると同時に、その保障を受ける具体的な自由の領域をも維持するために行使されるものであるという²²¹⁾。このことに鑑みれば、防衛対象は、被侵害者の具体的な自由の領域と法秩序の規範的効力ということになるだろう。法秩序の規範的効力が防衛対象とされているため、「自己又は他人の権利を防衛するため」という文言と調和する理解なのかが一応問題となる。しかし、「急迫不正の侵害によって具体的な被害者の自由の領域（法益）が侵害を受け、そして、同時にそれを保障している法秩序の規範的効力が動揺を受ける」とされていることから窺えるように、飯島は、あくまで具体的な被害者の自由の領域を防衛することが法秩序の規範的効力を防衛することを意味すると述べているにすぎない²²²⁾。したがって、この点については特に問題ないように思われる。

問題となるのは、飯島の見解からは、何故、正当防衛は、正当化されることになるのかということである。飯島は、法における自由の保障という観点からこの点を説明しようと試みている。すなわち、飯島によれば、法秩序において各人の自由の領域は保障を受けることになるため、各人は自由に対する権利を有しており²²³⁾、また、この各人の自由に対する権利は、自由に対する妨害を阻むために強制力を行使する権能（以下、強制権限とする）を含んでいるという²²⁴⁾。飯島は、次のようなカントの説明方法を持ち出すことによって、主観的権利と強制権限の概念的結合を説明しようとする。すなわち、飯島によれば、「カントは、自由の一定の使用が普遍的法則に基づく自由の保障を妨害する場合、つまり、不法な行為である場合には、当該の自由の使用に対する強制は、自由の妨害を

220) 飯島・前掲（注41）169頁。

221) 飯島・前掲（注41）169頁。

222) 飯島・前掲（注41）167頁

223) 飯島・前掲（注41）167頁。

224) 飯島・前掲（注41）167頁。

妨げるものとして、普遍的法則に基づいた自由の保障と調和する正当な権限の行使であると主張していた。』²²⁵⁾。つまり、普遍的法則に基づいた自由の保障を法の内容そのものとするカントにとって、法の概念は、必然的に上に述べたような強制権限を含むことになるというのである²²⁶⁾。このように各人の自由に対する権利は強制権限を含むことになるが、飯島によれば、この強制権限は、法秩序が形成されて以降は国家に譲渡されることになる²²⁷⁾。ただし、「国家がその任を果たせない場合には、強制権限は、例外的にその本来の持ち主である各人に返還され、これを行使して、自己の自由の領域に対する妨害を排除することが各人には可能となる。』²²⁸⁾そして、飯島によれば、「これこそが、正当防衛に他ならない。」という²²⁹⁾。

以上のように、飯島は、主観的権利と強制権限との概念的結合という観点から正当防衛権という権能を説明する。それゆえに、飯島は、正当防衛の正当化根拠を被侵害者の主観的権利に求める見解を基本的に正当であるとするのである。もっとも、飯島によれば、あくまでも正当防衛は、国家が現存する部分的な自然状態での出来事として法秩序との関係性を前提にして語られなければならないという²³⁰⁾。それゆえに、先のような見解が正当であるとしても、法秩序との関係性がさらに論じられなければならないのである。

では、飯島の見解からは、正当防衛権は、法秩序との関係でどのような意義を有することになるのであろうか。飯島は、この点を正当防衛と国家刑罰の類似性から説明しようとしている。すなわち、飯島によれば、「(刑)法の目的を自由の保障として理解する前提の下では、犯罪は、他者の自由の領域の侵害を通じた、他者との法的関係性の破壊であると同時に

225) 飯島・前掲(注41)205頁。

226) 飯島・前掲(注41)205頁。

227) 飯島・前掲(注41)167頁。

228) 飯島・前掲(注41)168頁。

229) 飯島・前掲(注41)168頁。

230) 飯島・前掲(注41)205頁。

に、そのような関係性を現実の国家的な法秩序において保障している規範の効力の侵害である。そして、刑罰は、具体的な被害者の自由の領域の侵害の程度と法秩序の規範的効力の侵害の程度に価値的に相応した自由の制限として、規範の効力を犯罪以前の状態に回復させ、それによって被害者の自由の領域そのものを回復させる役割を果たす。」という²³¹⁾。そして正当防衛は、このような国家刑罰と平行に理解することができるという²³²⁾。すなわち、急迫不正の侵害は、犯罪行為とは厳密には異なるが、それによって「具体的な被害者の自由の領域（法益）が侵害を受け、そして、同時にそれを保障している法秩序の規範的効力が動揺を受ける点是否定できない。」²³³⁾そして、正当防衛は、「国家権力による保護がかなわない状況下で、このような同様に晒された法秩序の規範的効力を維持し、同時に自己の自由の領域を維持するための強制力の行使」であり、「規範の効力に対する侵害の程度及び自由の領域に対する侵害の程度に見合った自由の制限を攻撃者に与えるものである。」というのである²³⁴⁾。

以上のような飯島の見解からすれば、「正当防衛は、刑罰と同様に、法秩序の規範的効力を維持すると同時に、その保障を受ける具体的な自由の領域をも維持するために行使されるから、正当防衛による法確証の意義も、単に法秩序の規範的効力の維持だけに限定されるものではなく、同時に具体的な自由の領域の維持という観点も含んでいる。」ことになる²³⁵⁾。この意味で、正当防衛の正当化根拠は、法・権利の確証に求められることになる²³⁶⁾。

この飯島の見解によれば、正当防衛は、刑罰と同様に、規範の効力とそ

231) 飯島・前掲（注41）168頁。なお、国家刑罰に対する飯島の理解については、同87頁以下を参照。

232) 飯島・前掲（注41）168頁以下。

233) 飯島・前掲（注41）169頁。

234) 飯島・前掲（注41）169頁。

235) 飯島・前掲（注41）169頁。

236) 飯島・前掲（注41）169頁。

れが保障する自由の領域を維持するための制度であるということから、「均衡性」も正当防衛の要件となるとされる²³⁷⁾。そして、この「均衡性」は、行為時を基準とした一般人の視点から²³⁸⁾、「(i) 具体的な法益の形で表される自由の領域に対する侵害の程度と (ii) 法秩序の規範的効力の侵害の程度に基づいて判断される」とされる²³⁹⁾。その結果、例えば、軽微な財産侵害に対する、攻撃者の殺害に至り得るような危険な防衛行為は、均衡性要件を充たさないために正当防衛が認められないことになるという²⁴⁰⁾。なお、飯島が述べるところの「均衡性」要件は、従来、理解されてきた法益の均衡性とは別個の要件であることに留意を要する。特に重要な相違点は、「均衡性」の判断にあたって、(ii) 法秩序の規範的効力の侵害の程度も考慮されるという点である。すなわち、飯島の述べるところの「均衡性」の判断は、法秩序の規範的効力の侵害の程度をも問題とするので、攻撃者の帰責性の有無・程度にも影響されることになるのである²⁴¹⁾。

以上のような飯島の見解は、一方で、主観的権利と強制権限の概念的結合から、正当防衛の正当化根拠が被侵害者の権利性に根ざしていることを指摘する点で、他方で、正当防衛が侵害者と被侵害者という二者間の関係性にとどまるものではなく、法秩序との関係性をも問題とされなければならないものであることを示唆する点できわめて重要なものである。

しかしながら、この飯島の見解も、なお、基礎づけとして不十分な点があるように思われる。すなわち、先にも述べたように飯島は、国家刑罰と正当防衛の類似性から正当防衛権と法秩序との関係性を説明しようとしているが、このような説明方法からは国家刑罰と正当防衛の相違を十分に説明できないように思われるのである。より具体的にいえば、飯島の見解か

237) 飯島・前掲(注41)169頁以下。

238) 飯島の見解からは、何故、一般人の視点が基準とされることになるのかについては、飯島・前掲(注41)211頁注120を参照。

239) 飯島・前掲(注41)170頁。

240) 飯島・前掲(注41)170頁注61。

241) 飯島・前掲(注41)170頁。

らは、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に、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という疑問を投げかけることができるように思われる²⁴²⁾。なぜならば、正当防衛によって法秩序の規範的効力が維持されるのであるとすれば、そもそも急迫不正の侵害を行った侵害者を処罰することによって、法秩序の規範的効力を事後的に回復する必要がなくなるはずだからである²⁴³⁾。

また、飯島は、正当防衛が規範の効力とそれが保障する自由の領域を維持するための制度であるということから、「均衡性」要件を導くに至っているが、そのような理由づけから「均衡性」要件を導きうるのかについては疑問がある。すなわち、飯島の見解によれば、軽微な財産侵害に対する、攻撃者の殺害に至り得るような防衛行為は、「均衡性」要件を充たさないため、正当防衛として認められないことになると思われる。しかしながら、そのような帰結を容認してしまうと、例えば、軽微な財産侵害を防ぐためには、攻撃者の殺害以外の防衛手段が存在しないような場合に、被侵害者は、規範の効力とそれが保障する自由の領域を維持することができなくなってしまうように思われる。換言すれば、その限りで、被侵害者は、侵害者による不法の格率の貫徹を防ぐ手段を講じえなくなるため、自身の自由の基盤である法益を侵害されるだけでなく、法秩序における自由の普遍的保障が否定されることになるように思われるのである。

第六節 小 括

わが国における従来の多数説は、二元主義的基礎づけであった。従来の多数説が二元主義的基礎づけを主張してきた背景には、自己保全原理、あ

242) 刑罰と正当防衛の類似性を強調する場合に、この種の問題が生じることは、——正当防衛を義務であると捉える見解を批判する脈絡ではあるが——既に Berner によって指摘されている。この点については、Vgl. Berner, a. a. O (Fn. 27), S. 557. なお、この問題については、第三章において、Berner の見解を検討するのに必要な限度で検討する。

243) Vgl. Berner, a. a. O (Fn. 27), S. 557.

るいは法確証原理によるだけでは、正当防衛を適切に基礎づけることができないという事情があった。すなわち、一方で、自己保全原理によるだけでは、緊急救助を説明することができない、あるいは、侵害退避義務もしくは官憲に救助を求める義務が課されないことを説明できない。他方で、法確証原理によるだけでは、第一次的には、個人の法益の保護が問題になっていることを捉え損なうことになってしまう。そこで、従来の多数説は、正当防衛の正当化根拠を自己保全原理と法確証原理の双方に求めることを主張してきた。しかしながら、この見解は、両原理を重疊的關係として理解する場合には、自己保全原理と同様の問題点を孕むことになり、両原理を択一的關係として理解する場合には、法確証原理と同様の問題点を孕むことになる。

このように二元主義的基礎づけが多くの問題点を孕んでいることから、近時、個人主義的基礎づけが再び有力に主張されるようになった。例えば、違法性阻却の一原理としての優越的利益原理に依拠した上で、「現場に滞留する利益」が、防衛者の保全利益に加算されるために、侵害者の利益に優越する見解も主張されるようになった。しかしながら、この見解も、被侵害者の身体を防衛するために、侵害者の生命を奪うことさえも許容されていることを説明できないなどの問題点を抱えている。

これに対して、正当防衛の根拠を侵害者が無用な利益衝突状況をひきおこしたことに求める見解は、侵害者の答責性に着目している点で、一定の説得力をもちうる。しかしながら、正当防衛という法制度は、何故、被侵害者が、侵害者に対して反撃行為をなしうるのかを問題とするものである以上、方法論的には、被侵害者の事情にも着目して論証されるべきであるように思われる。そして、被侵害者の事情に着目する場合、正当防衛の根拠は、「権利の行使」に求められることになるだろう。ただし、この「権利の行使」という観点は、優越的利益の原則の下で把握されるべきではない。なぜならば、「権利」が単なる衡量の対象として扱われることになってしまうからである。そうではなくて、正当防衛の脈絡に即していえば、

「権利」は、被侵害者と侵害者の法的関係性から把握されるべきであるように思われる。このような意味での「権利の行使」に正当防衛の根拠を求める場合、そこでいう権利がさらにどのような内容を持つのかを明らかにする必要があるだろう。また、正当防衛は、あくまでも法状態における問題である以上、法秩序との関係性も明らかにされなければならない。