

# 正当防衛の正当化根拠について（2）

——「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さらなる展開

##### 第五節 一元主義的基礎づけ

##### 第六節 小 括

(以上、365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

##### 第一款 被攻撃者の心理状態に着目する基礎づけ

##### 第一項 被攻撃者の自己保存本能に着目する見解

##### 第二項 被攻撃者の苦境ないし未熟さに着目する見解

##### 第二款 被攻撃者の利益状況に着目する基礎づけ

##### 第一項 被攻撃者の自己保全の利益に着目する見解

##### 第二項 被攻撃者の行為自由に着目する見解

##### 第二節 超個人主義的基礎づけ

##### 第一款 防衛対象

##### 第一項 法秩序の経験的防衛という意味での法確証

##### 第二項 法秩序の規範的防衛という意味での法確証

##### 第三項 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」

---

\* 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

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 重疊的關係

第二項 択一的關係

第三項 両原理の動的相互作用？

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再評価

第一款 攻撃者の事情に着目する基礎づけ

第一項 攻撃者の回避可能性に着目する見解

第二項 攻撃者の義務に着目する見解

第二款 被攻撃者の事情に着目する基礎づけ

第五節 間人格的基礎づけ

第六節 小 括

(以上、本号)

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

## 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

従来、ドイツにおける個人主義的基礎づけは、被攻撃者の事情に着目して正当防衛を基礎づけようとしてきた。そして、個人主義的基礎づけを行う見解の内部では、被攻撃者の心理状態に着目する見解と、被攻撃者の利益に着目する見解が主張されている<sup>244)</sup>。そこで、本節では、被攻撃者の心理状態に着目する見解と、被攻撃者の利益に着目する見解に分けて検討を行う。

#### 第一款 被攻撃者の心理状態に着目する基礎づけ

##### 第一項 被攻撃者の自己保存本能に着目する見解

被攻撃者の心理状態に着目する基礎づけとして、まず被攻撃者の自己保存本能から正当防衛を基礎づけようとする見解を挙げることができる<sup>245)</sup>。例えば、Karl Engischによれば、「個人にも、公的団体にも認められており、またときには正当防衛、ときには緊急避難、ときには正当化事由、そして、ときには——より弱い現れ方においては、——免責事由として現れる……自己保全のための権利も、原始的な人間の本能および欲求と密接に結びついており、またそのために、あらゆる時代で正しいものとして承認されている。」<sup>246)</sup>とされる。この基礎づけからすれば、防衛対象は被攻撃

---

244) 同様の分析を行うものとして、例えば、Pawlik, a. a. O. (Fn. 31), S. 263 f. (赤岩 = 森永訳・前掲 (注150) 25頁以下)。

245) このような見解を主張するものとして、例えば、Karl Engisch, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthema der Rechtsphilosophie, 1971, S. 275.; Peter Klose, Notrecht des Staates aus staatlicher Rechtsnot, ZStW Bd. 89., 1977, S. 86 f. 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——同様の見解を主張するものとして、Günter Spendel, in: Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 1992, § 32 Rn. 11.

246) Engisch, a. a. O. (Fn. 245), S. 275. なお、圏点強調は、原著のイタリック体による。

者の法益あるいは権利ということになる。

問題は、この見解から、正当防衛を適切に基礎づけることができるかである。とりわけ、何故、自己保存本能という純事実的な事情から、(それ自体規範的な)法効果をもたらす正当防衛という法制度を基礎づけることができるのかが問題となる。この点を明確に論じている論者はドイツにおいてもあまりみられないが、一つの説明方法として、社会契約説的な説明が考えられる。すなわち、国家が個人に必要な保護を与えることができ、また実際に保護を与える限りで、個人は、国家に自己防衛権を委ねている。それゆえ、国家が個人を保護できない場合には、自己防衛権が再びよみがえり、その結果、個人は正当防衛を行うことができるという説明である。

この見解の主張者によれば、この見解からは、正当防衛において、ときに致死的な防衛すらも許容されることを説明しうるとされる<sup>247)</sup>。すなわち、致死的な防衛は特別な正当化を要するが、これは、生得的な自己保全権、つまりは攻撃者による身体および生命への攻撃に対して、致死的な防衛を行う権利によって基礎づけられるというのである<sup>248)</sup>。

この見解に対しては、まず正当防衛と緊急避難の相違を説明しえないという批判が妥当する<sup>249)</sup>。なぜならば、自己保存本能は、攻撃者による侵害だけでなく、第三者による危難によっても働きうるからである<sup>250)</sup>。実際、この見解の主張者である Engisch によっても、既述のとおり、自己保全権が正当防衛としても緊急避難としても現れうるということが認められている<sup>251)</sup>。また付言すれば、この見解は、正当防衛と緊急避難の相違を説明できない結果、——主張者の意図に反して——正当防衛において退避義務が課されないこと、および財の均衡が要件とされないことも説明できない

247) そのように述べるものとして、Klose, a. a. O. (Fn. 245), S. 86.

248) Klose, a. a. O. (Fn. 245), S. 86.

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

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

251) この点に鑑みれば、実は Engisch は、正当防衛の正当化根拠として自己保全権だけを想定していたわけではないといえるかもしれない。

こととなる。なぜならば、緊急避難にも妥当する論拠から、正当防衛の場合にだけ退避義務が課されない、あるいは財の均衡が要件とならないことを帰結することはできないはずだからである。

この見解に対しては、次に、緊急救助を適切に説明できないという批判が妥当する<sup>252)</sup>。なぜならば、緊急救助者は、自らの存在の保全のために行為しているわけではないため、自己保存本能が働いているとは考えがたいからである<sup>253)</sup>。

以上に鑑みれば、自己保存本能から正当防衛を基礎づける見解は妥当でない。

## 第二項 被攻撃者の苦境ないし未熟さに着目する見解

被攻撃者の心理状態に着目する基礎づけとして、次に被攻撃者の苦境ないし未熟さから正当防衛を基礎づけようとする見解を挙げることができる<sup>254)</sup>。この基礎づけからすれば、防衛対象は、被攻撃者の法益ということになろう<sup>255)</sup>。

問題は、この基礎づけから、正当防衛を適切に基礎づけることができる

---

252) このような批判を行うものとして、例えば、*Nikolaos Bitzilekis*, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, 1984, S. 46.; *Engländer*, a. a. O. (Fn. 31), S. 44.; *Paulik*, a. a. O. (Fn. 31), S. 263 f. (赤岩 = 森永訳・前掲 (注150) 65頁以下)。

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

254) この見解を主張する論者として、*Heinz Wagner*, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, 1984, S. 32. 緊急状況における防衛者の未熟さを考慮する点で同様であるのは、*Friedrich-Cristian Schroeder*, Die Notwehr als Indikator Politischer Grundanschauungen, in: Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 139. これに対し、緊急状況下における被攻撃者の苦境を考慮する点で同様であるのは、*Kurt Seelmann*, Grenzen privater Nothilfe, ZStW Bd. 89., 1977, S. 55.

255) ただし、Wagner は、被攻撃者の苦境及び未熟さに加えて、個人の行為自由も正当防衛の正当化根拠として挙げている。そのため、Wagner の見解からは、防衛対象は、攻撃された法益及び被攻撃者の行為自由ということになる (Vgl. *ders.*, a. a. O. (Fn. 254), S. 31.)。なお、個人の行為自由を正当防衛の正当化根拠とする見解については、第二章第一節第二款第二項で検討する。

かである。例えば、この見解の主張者である Wagner は、以下のように述べることによって、正当防衛において原則的に法益の均衡が要件とされないことを説明しようとする。すなわち、「違法に攻撃された者の苦しい状況 (Bedrängnissituation) および違法な攻撃の防衛における彼の未熟さがために、立法者は、正当化の要件として財衡量を要求していない。なぜならば、被攻撃者は通常、財衡量を行いうる状況にないからである。」<sup>256)</sup>

この見解に対しては、まず、被攻撃者の苦境及び未熟さは緊急状況一般に認められるため、正当防衛と緊急避難の相違を説明できないという批判がなされている<sup>257)</sup>。これに対して、Wagner は、次のように述べることによって、この批判を免れようとしている。すなわち、「いまや確かに、緊急状況が双方の規定〔引用者記す：StGB32条および34条（正当化緊急避難）〕に共通であることは疑う余地のないことである。しかしながら、34条はその他の無関係な法益への介入を許容するのに対して、32条における財衝突は違法な攻撃に基づくものである。攻撃者の受忍義務が第三者以上に広範であることは、個人権的な正当防衛理論にとっても自明なことである。」<sup>258)</sup> この Wagner の反論は、攻撃者の違法性に着目することによって、つまりは攻撃者の答責性という観点から正当防衛と（正当化）緊急避難の区別を説明しようとするものである。しかし、攻撃者の答責性という観点は、被攻撃者の苦境及び未熟さという事情からは導きえないはずである。したがって、先の Wagner の反論は、結局のところ、被攻撃者の苦境及び未熟さとは異なる観点から正当防衛と緊急避難の相違を説明できると述べるにすぎず、説得的ではない<sup>259)</sup>。その結果、この見解も、——主

256) Wagner, a. a. O. (Fn. 254), S. 30.

257) このような批判を行うものとして、例えば、Engländer, a. a. O. (Fn. 31), S. 45 f.; Antje Kroß, Notwehr gegen Schweigegelderpressung, 2004, S. 52.; Carl-Friedrich von Scherenberg, Die Sozialethischen Einschränkungen der Notwehr, 2009, S. 42, 44.; Rouven Seeberg, Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess, 2005, S. 56 f.

258) Wagner, a. a. O. (Fn. 254), S. 33 f.

259) Engländer, a. a. O. (Fn. 31), S. 46.

張者の意図に反して——正当防衛において退避義務が課されないこと、および財の均衡が要件とされないことを説明できないこととなる<sup>260</sup>。なぜならば、緊急避難にも妥当する論拠から、正当防衛の場合に限り、被攻撃者には退避義務が課されないこと、あるいは財の均衡が要件とならないことを帰結することはできないからである<sup>261</sup>。

この見解に対しては、さらに、緊急救助を十分に説明することができないという批判が妥当する<sup>262</sup>。なぜならば、緊急救助者は、被攻撃者とは異なり、攻撃者による違法な攻撃にさらされているわけではないため、多くの場合、自らは苦境に陥っていないはずだからである<sup>263</sup>。もちろん、この批判は、正当防衛と緊急救助の成立範囲が異なると解する場合には回避可能であるといえるかもしれない<sup>264</sup>。しかしながら、そのように解してしまうと、何故、StGB32条が、正当防衛と緊急救助を同様に扱っているのかを説明できないという困難な問題に直面することになってしまう<sup>265</sup>。

以上に鑑みれば、被攻撃者の苦境ないし未熟さから正当防衛を基礎づける見解は妥当でない。

## 第二款 被攻撃者の利益状況に着目する基礎づけ

### 第一項 被攻撃者の自己保全の利益に着目する見解

被攻撃者の利益に着目する基礎づけとして、まず自己保全の利益（あるいは、被攻撃者の法益）に着目する見解を挙げることができる<sup>266</sup>。この見

---

260) *von Scherenberg*, a. a. O. (Fn. 257), S. 41 f., 44.

261) Vgl. *von Scherenberg*, a. a. O. (Fn. 257), S. 42, 44.

262) このような批判を行うものとして, *Engländer*, a. a. O. (Fn. 31), S. 47.

263) ただし、緊急救助者であっても、典型的に苦境に陥っていると評価できる場合は観念しうる (*Engländer*, a. a. O. (Fn. 31), S. 47, Fn. 180)。例えば、緊急救助者の近親者に対して攻撃がなされている場合がそれにあたる。しかし、この見解の主張者も、そのような場合に限り緊急救助が認められるとは考えていない (Vgl. *Wagner*, a. a. O. (Fn. 254), S. 35.)。

264) 実際に、この結論を認めるものとして, *Seelmann*, a. a. O. (Fn. 254), S. 58.

265) このことを指摘するものとして, *Engländer*, a. a. O. (Fn. 31), S. 48.

266) このような主張を行うものとして, *Wagner*, a. a. O. (Fn. 254), S. 35. (ただし、後述す)

解は、被攻撃者の利益の保全、あるいは法益保護という観点から正当防衛の正当化根拠を基礎づけようとする<sup>267)</sup>。すなわち、いかなる者も、違法な攻撃から、自己または他人の法的に承認された利益を保護することが許されるというのである<sup>268)</sup>。したがって、この見解からすれば、防衛対象は、被攻撃者の法益ということになるであろう。もっとも、この見解に依拠するとしても、何故、そのような利益(あるいは法益)の保全を持ち出すことが正当防衛を基礎づけうるのかがさらに問題となる。この点について、この見解の主張者は、上述した自己保存本能説と同様に、社会契約説的な説明によって基礎づけようとしている<sup>269)</sup>。そして、この見解からの帰結としては、緊急救助を合理的に説明することが挙げられている<sup>270)</sup>。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被攻撃者の利益(あるいは法益)をより保全することができるからである<sup>271)</sup>。

この見解に対しては、まず、正当防衛では、被攻撃者が、原則的に侵害

ゝるように、Wagner は、防衛者は自身の利益に加えて、行為自由をも防衛しているとす(る)。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——同様の主張を行うものとして、例えば、*Fritiof Haft*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Aufl. 2004, D. III. 4. c); *Kristian Kühl*, *Notwehr und Nothilfe*, *JuS* 1993, S. 179.; *Claus Roxin*, Die „sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts —Versuch einer Bilanz—, *ZStW* Bd. 83, 1981, S. 70. (紹介として、振津隆行「クラウス・ロクシン「正当防衛権の『社会倫理的制限』——ある決算の試み——」」*商学討究*32巻3号(1982年)116頁); *Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 45. Aufl., 2015, Rn. 481 など。

267) *Haft*, a. a. O. (Fn. 266), D. III. 4. c); *Kühl*, a. a. O. (Fn. 266), S. 179. さらに、法益保護という観点をより明確に強調するものとして、例えば、*Wessels/Beulke/Satzger*, a. a. O. (Fn. 266), Rn. 481.

268) *Haft*, a. a. O. (Fn. 266), D. III. 4. c); *Kühl*, a. a. O. (Fn. 266), S. 179.

269) 例えば、*Kühl*, a. a. O. (Fn. 266), S. 179. なお、社会契約説的な説明の内容については、第二章第一節第一款第一項を参照。

270) このような主張を行うものとして、例えば、——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——*Kühl*, a. a. O. (Fn. 266), S. 179.; *Roxin*, a. a. O. (Fn. 266), S. 71. (紹介として、振津・前掲(注266)117頁)。さらに、同様の指摘を行うものとして、*von Scherenberg*, a. a. O. (Fn. 257), S. 39 f.; *Wagner*, a. a. O. (Fn. 254), S. 35.

271) *von Scherenberg*, a. a. O. (Fn. 257), S. 39 f.

退避義務を負わないこと、及び官憲の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が妥当する<sup>272)</sup>。なぜならば、「法益保護を図るためには（常にリスクをとまなう）防衛よりも退避することが効果的であることが多い」からである<sup>273)</sup>。

また、正当防衛において、財の均衡が原則的に要求されていないことを説明できないという批判も妥当する<sup>274)</sup>。すなわち、この見解からは、攻撃者と防衛者の法益だけが相互に比較されることになるが<sup>275)</sup>、そのような価値関係の下では、防衛者が、自身の財を守るために、不釣り合いに大きな他者の財を侵害することが許容されるとは考えがたいのである<sup>276)</sup>。

さらに、正当防衛と緊急避難の相違を説明しえないという批判も妥当する<sup>277)</sup>。なぜならば、自己保全の利益は、攻撃者による侵害だけでなく、第三者による危難によっても認められうるからである<sup>278)</sup>。

したがって、自己保全の利益に着目する見解もまた妥当でない。

## 第二項 被攻撃者の行為自由に着目する見解

被攻撃者の利益状況に着目する基礎づけとして、次に被攻撃者の行為自由に着目する見解を挙げることができる<sup>279)</sup>。この見解を主張する Wagner によれば、被攻撃者は、物質的な財だけでなく、常に自らの個人の行

---

272) このような批判を行うものとして、例えば、Kühl, a. a. O. (Fn. 266), S. 181.; Pawlik, a. a. O. (Fn. 31), S. 262 f. (赤岩 = 森永訳・前掲 (注150) 65頁); Roxin, a. a. O. (Fn. 266), S. 70 f. (紹介として、振津・前掲 (注266) 116頁以下); von Scherenberg, a. a. O. (Fn. 257), S. 40.

273) Pawlik, a. a. O. (Fn. 31), S. 262. (赤岩 = 森永訳・前掲 (注150) 65頁)。

274) このような批判を行うものとして、例えば、Pawlik, a. a. O. (Fn. 31), S. 262 f. (赤岩 = 森永訳・前掲 (注150) 65頁); von Scherenberg, a. a. O. (Fn. 257), S. 43 f.

275) von Scherenberg, a. a. O. (Fn. 257), S. 44.

276) Pawlik, a. a. O. (Fn. 31), S. 263. (赤岩 = 森永訳・前掲 (注150) 65頁)。同様のことを述べるものとして、von Scherenberg, a. a. O. (Fn. 257), S. 44.

277) Engländer, a. a. O. (Fn. 31), S. 44.

278) Engländer, a. a. O. (Fn. 31), S. 44.

279) Wagner, a. a. O. (Fn. 254), S. 30 f.

為自由、つまり人格の自由な発展のための権利（ドイツ基本法2条1項）をも防衛しているという<sup>280)</sup>。したがって、この見解からすれば、防衛対象は、被攻撃者の実際に攻撃された法益、および行為自由ということになる。

では、この Wagner の見解からは、何故、正当防衛においては、時に峻厳な防衛手段を行うことが許容されることになるのであろうか。この点について、Wagner は、防衛者側の利益の価値的な優位性から説明しようとしている。すなわち、法秩序は、人格の自由な発展という共に攻撃されている財にきわめて高い地位 (Rang) を認めていることから、正当防衛において原則的に財衡量が必要でないことが帰結するとされる<sup>281)</sup>。また、Wagner によれば、自身の見解からは、正当防衛において、侵害退避義務が原則的に課されない理由も説明されるという。なぜならば、攻撃者からの退避は、被攻撃者の行為自由を守ることができないどころか、むしろ攻撃者の圧力に屈することになってしまうからである<sup>282)</sup>。

この見解に対しては、まず、実際に攻撃された法益と同時に行為自由（あるいは人格の自由な発展）をも防衛しているという構成では、正当防衛と緊急避難の相違を説明できないという批判がなされている<sup>283)</sup>。なぜならば、行為自由（あるいは人格の自由な発展）は、BGB228条（防御的緊急避難）、904条（攻撃的緊急避難）および StGB34条の場合であっても侵害されているが、しかしこれらの場合には、均衡性の検討が必要とされているからである<sup>284)</sup>。この批判に対しては、既に述べたとおり、Wagner は、攻撃者の答責性という観点から正当防衛と（攻撃的）緊急避難の区別を説明

---

280) Wagner, a. a. O. (Fn. 254), S. 31. 類似の見解として, Kroß, a. a. O. (Fn. 257), S. 56 ff.

281) Wagner, a. a. O. (Fn. 254), S. 32.

282) Wagner, a. a. O. (Fn. 254), S. 32.

283) このような批判を行うものとして, Kroß, a. a. O. (Fn. 257), S. 56.; Joachim Renzinski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 119.; von Scherenberg, a. a. O. (Fn. 257), S. 43.

284) Kroß, a. a. O. (Fn. 257), S. 56. 同様の批判を行うものとして, von Scherenberg, a. a. O. (Fn. 257), S. 43.

できるという旨の反論を行っている<sup>285)</sup>。しかし、この反論は成功しない。なぜならば、攻撃者の答責性という観点からは、被攻撃者の行為自由からは導きえないからである。

次に、個人の行為自由（あるいは人格の自由な発展）が、実際に、被攻撃者側の利益の原則的な優位を導きうるほど高い価値を有しているかは疑わしいという批判がなされている<sup>286)</sup>。その理由としては、第一に、この見解からは、攻撃者の側でも、防衛による一般的行為自由に対する侵害が考慮されるため、防衛者側の利益の優位は存在しないはずであることが挙げられる<sup>287)</sup>。また第二に、個人の行為自由は、確かに重要な財ではあるが、最も重要な財ではないため<sup>288)</sup>、特に防衛行為によって、攻撃者の生命が侵害される場合には、被攻撃者側の利益の原則的な優位性は帰結できるかが疑わしいことも挙げられる<sup>289)</sup>。

これらの批判を踏まえて、Antje Kroß は、Wagner の見解の修正を試みている<sup>290)</sup>。この際、Kroß は、「法システムにおいて、人格の自由な発展は、二つの異なる態様、すなわち一方で一般的行為自由、他方で一般的人格権によって保障される」ことを出発点とする<sup>291)</sup>。そして、Kroß によれば、「前者は、行動の保護、すなわち自己の作為および不作為についての自由な決定であり、後者は、完全性の保護、すなわち、行動の自由を通じて創出された構成要件に基づく介入からの保護である。」という<sup>292)</sup>。

---

285) Wagner, a. a. O. (Fn. 254), S. 33 f.

286) このような批判を行うものとして, Engländer, a. a. O. (Fn. 31), S. 49.; Kroß, a. a. O. (Fn. 257), S. 56.

287) Kroß, a. a. O. (Fn. 257), S. 56.

288) Engländer, a. a. O. (Fn. 31), S. 49. なお, Engländer は, 行為自由の制限を認めるための憲法上の要件と, 生命および身体の完全性に対する権利への介入を正当化するための要件(基本法 2 条 2 項 1 文参照)との対比から, このことを論証しようとしている。

289) Vgl. Engländer, a. a. O. (Fn. 31), S. 49.

290) Kroß, a. a. O. (Fn. 257), S. 57 ff.

291) Kroß, a. a. O. (Fn. 257), S. 57.

292) Kroß, a. a. O. (Fn. 257), S. 57.

その上で、Kroß は、正当防衛の場面において、防衛者は、実際に攻撃されている法益と共に一般的人格権を防衛すると構成することによって、先に述べた批判を回避することができるとする。すなわち、まず、BGB228条、904条および StGB34条の場合であっても、行為自由が侵害されているという批判は、一般的人格権に対してはあたらぬという<sup>293)</sup>。なぜならば、一般的人格権は、定義上、必然的に他の人間による介入を前提とするからである<sup>294)</sup>。また、攻撃者の側でも、防衛による一般的行為自由に対する侵害が考慮されることになるのではないかという批判も、一般的人格権に対しては妥当しないという。なぜならば、違法な攻撃の遂行は、一般的人格権に含まれないからである<sup>295)</sup>。

しかしながら、以上のような Kroß の試みも、結局のところ、成功しない。なぜならば、この見解も、一般的人格権が、実際に、被攻撃者側の利益の原則的な優位を導きうるほど高い価値を有すること（特に、一般的人格権が、攻撃者の生命に優位しうる理由）を説明できていないからである<sup>296)</sup>。

## 第二節 超個人主義的基礎づけ

### 第一款 防衛対象

以上で検討してきた個人主義的基礎づけとは異なり、法の確証、つまり法秩序の防衛という超個人主義的な観点だけで正当防衛を根拠づけようとする見解も有力に主張されている<sup>297)</sup>。もっとも、この見解の内部では、さらに、ここでいう法確証とは何を意味するのかが争われている。そこ

---

293) Kroß, a. a. O. (Fn. 257), S. 58.

294) Kroß, a. a. O. (Fn. 257), S. 58.

295) Kroß, a. a. O. (Fn. 257), S. 59.

296) このような批判を行うものとして、例えば、Engländer, a. a. O. (Fn. 31), S. 49 f.; Rafael van Rienen, Die „sozialethischen“ Einschränkungen des Notwehrrechts, 2009, S. 85 f.

297) このような主張を行うものとして、例えば、Bitzilekis, a. a. O. (Fn. 252), S. 53 ff.; Eberhard Schmidhäuser, Über die Wertstruktur der Notwehr, in: Festschrift für Richard M. Honig, 1970, S. 185 ff. (本論文の紹介および検討を行うものとして、中・前掲(注30) 125頁以下)。

で、以下ではこの点を検討していくこととする。

### 第一項 法秩序の経験的防衛という意味での法確証

まず、法秩序の経験的防衛という意味で法確証を理解する見解が、Schmidhäuser によって主張されている<sup>298)</sup>。Schmidhäuser によれば、「国家によって定められたもの（国家機関の行為の基礎にあるもの）としてではなく、社会に息づいていると考えられる法秩序は、各個人が社会的な共同生活の基本秩序に属する価値を精神的に共有することによってのみ存在する」<sup>299)</sup>。つまり、法秩序は、規範的妥当ではなく、「法仲間の意識内容における」妥当（経験的妥当）に依拠するという<sup>300)</sup>。このような理解からは、正当防衛の防衛対象は、法秩序の経験的妥当という意味での法秩序であることになる。その結果、この見解からは、被攻撃者の法益は防衛対象ではなく、法の自己主張の反射として理解されることとなる。

以上のような Schmidhäuser の見解からは、容易に緊急救助を基礎づけることとされる。すなわち、「いわゆる緊急救助（すなわち、正当防衛の援助（Notwehrhilfe）も、他者の財に対する攻撃から法秩序の妥当性を防衛しており、そしてそれゆえに防衛者自身の財への攻撃に対する正当防衛と同様に適法である」とされる<sup>301)</sup>。また、「緊急救助があらゆる第三者に許されるとすれば、それは公共体、特に国家的秩序（いわゆる国家的緊急救助）のためであっても許される」ことになるという<sup>302)</sup>。

また、このような理解からは、「違法な攻撃」の解釈についても、次のような重要な帰結が導かれることとなるとされる。すなわち、正当防衛状況は、単に法秩序の規範的妥当を揺るがすにとどまる「違法な攻撃」ではなく、法秩序の経験的妥当をも揺るがす「違法な妥当性攻撃（Geltungsan-

---

298) Schmidhäuser, a. a. O. (Fn. 297), S. 185 ff.

299) Schmidhäuser, a. a. O. (Fn. 297), S. 194.

300) Schmidhäuser, a. a. O. (Fn. 297), S. 194.

301) Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch., 1970, 9/83.

302) Schmidhäuser, a. a. O. (Fn. 301), 9/84.

griff)」によってはじめて基礎づけられるとされる<sup>303)</sup>。そして、このような「違法な妥当性攻撃」は、それによって法秩序が公然 (offen) かつ強度に (nachdrücklich) 疑問視される場合に認められるとされる<sup>304)</sup>。具体的には、第一に、例えば、児童 (Kinder)、未熟な少年 (Jugendliche)、精神病患者、重度の酩酊者といった責任無能力者の攻撃に対して、正当防衛を行うことができないという帰結が導かれるという<sup>305)</sup>。なぜならば、責任無能力者は、社会的な共同生活の基本秩序に属する価値を精神的に共有していないため、法秩序の経験的妥当を侵害することができないからである<sup>306)</sup>。第二に、たとえ、違法行為であっても、社会において、積極的に反撃されずに甘受されている行為 (例えば、バイクの暴走行為) に対しては、正当防衛を行うことができないとされる<sup>307)</sup>。なぜならば、ここでは、法秩序の要請が法仲間の意識の中で真摯に受け止められておらず、社会的な共同生活の価値を公然かつ強度に否定したとは評価できないからである。

この見解に対しては、まず、この見解が防衛対象を法秩序のみに求めている点が批判されている。より具体的にいえば、第一に、防衛対象を法秩序のみに求めることは、StGB32条の文言と調和しないという批判がなされている<sup>308)</sup>。すなわち、この見解からは、StGB32条が、抽象的なカテゴリーである法秩序への攻撃ではなく、「自己又は他人」への攻撃を要件としていることを説明できないというのである<sup>309)</sup>。これに対して、

303) Vgl. Schmidhäuser, a. a. O. (Fn. 297), S. 196.

304) Schmidhäuser, a. a. O. (Fn. 297), S. 199.

305) Vgl. Schmidhäuser, a. a. O. (Fn. 297), S. 194, 196.

306) Vgl. Schmidhäuser, a. a. O. (Fn. 297), S. 194, 196.

307) Vgl. Schmidhäuser, a. a. O. (Fn. 297), S. 197 f.

308) このような批判を行うものとして, Engländer, a. a. O. (Fn. 31), S. 19.; Helmut Fuchs, Grundfragen der Notwehr, 1986, S. 43.; Kroß, a. a. O. (Fn. 257), S. 31.; Roxin, a. a. O. (Fn. 266), S. 75. (紹介として, 振津・前掲 (注266) 118頁以下); von Scherenberg, a. a. O. (Fn. 257), S. 33.; Seeberg, a. a. O. (Fn. 257), S. 25 f.; René Sengbusch, Die Subsidiarität der Notwehr, 2007, S. 137.

309) Engländer, a. a. O. (Fn. 31), S. 19.; Kroß, a. a. O. (Fn. 257), S. 31.; Roxin, a. a. O. (Fn. 266), S. 75. (紹介として, 振津・前掲 (注266) 118頁以下); Sengbusch, a. a. O. (Fn. 308). ↗

Schmidhäuser は、StGB32条と StPO127条 1 項 1 文（仮逮捕）との対比によって、かかる批判を免れようとしている。すなわち、万人に認められる介入権限である StPO127条 1 項 1 文は、切迫した行為の必要性（dringlich Handlungsbedarf）を基礎づける事情（例えば、「ある者が現行犯の最中に発見され、または追跡されるとき」など）と結びつけられている。これと同様に、正当防衛も、切迫した行為の必要性を基礎づける事情（「自己又は他人」に対する「現在かつ違法な攻撃」）に結びつけられている<sup>310)</sup>。しかしながら、このような行為の必要性が、實際上ほとんど、個人に対する攻撃から生じるという事実的な事情から、正当防衛の場合に、「個人保全」が問題となるということが帰結できるわけではないというのである<sup>311)</sup>。しかし、この反論は説得的でない<sup>312)</sup>。なぜならば、この見解からは、何故、切迫した行為の必要性（つまり、法秩序の防衛を行う必要性）が、「自己又は他人」に対する攻撃に限定され、その他の犯罪行為の場合には認められないのかが明らかとされていないからである<sup>313)</sup>。換言すれば、この見解のように法秩序だけを防衛対象とするのであれば、切迫した行為の必要性は、StPO127条 1 項 1 文のように、どのような犯罪行為に対しても認められるはずであって、StGB32条のように、「自己又は他人」に対する攻撃の場合に限定されるはずがないのである<sup>314)</sup>。

第二に、この見解からは、実際上の帰結として、公共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がなされている<sup>315)</sup>。すな

↘S. 137.

310) *Eberhard Schmidhäuser*, Die Begründung der Notwehr, GA 1991, S. 113.

311) *Schmidhäuser*, a. a. O. (Fn. 310), S. 113 f.

312) そのように述べるものとして、*Engländer*, a. a. O. (Fn. 31), S. 20.; *Renzikowski*, a. a. O. (Fn. 283), S. 95 f. (ただし、*Renzikowski* は、二元主義的基礎づけの批判の脈絡でかかる批判を行っている)。

313) *Engländer*, a. a. O. (Fn. 31), S. 20.

314) Vgl. *Renzikowski*, a. a. O. (Fn. 283), S. 95 f.

315) このような批判を行うものとして、*Claus Roxin*, Strafrecht AT, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, § 15 Rn. 1. (翻訳として、山中敬一監訳『刑法総論第 1 巻〔第 4 版〕〔翻訳第 2 分冊〕』)

わち, Schmidhäuser は, 既に述べたとおり, 公共的法益のための正当防衛を容認する。しかし, そのように解してしまうと, 全ての国民が補助警察官となり, 国家の権力独占の効力を失ってしまうことになりかねないのである<sup>316)</sup>。

この見解に対しては, さらに法秩序概念を法秩序の経験的妥当性という意味で理解している点についても批判がなされている。すなわち, この見解の主張者は, 例えば, 攻撃者が児童や精神病者である場合に, 法秩序の経験的妥当性に対する攻撃が欠如するとして正当防衛状況を否定し, その結果, 実質的に攻撃者の有責的な態度を要求する。しかしながら, それは, 「違法な攻撃」を要件とするにとどまる現行法の立場に明らかに反しているとされる<sup>317)</sup>。もっとも, この批判は, 実際上の帰結という意味では, さほど大きな意義を有さないように思われる。なぜならば, ドイツの通説も, 責任無能力者に対する正当防衛の場合について, 結論的には正当防衛の成立を制限するからである。

いずれにせよ, その他の批判に鑑みれば, この見解も妥当でないといえるだろう。

---

↘ (信山社・2009年) 75頁〔前嶋匠訳〕; *von Scherenberg*, a. a. O. (Fn. 257), S. 32 f.

316) *Roxin*, a. a. O. (Fn. 315), § 15 Rn. 1. (山中監訳・前掲〔注315〕75頁〔前嶋匠訳〕); *von Scherenberg*, a. a. O. (Fn. 257), S. 32 f. なお念のため付言しておくが, この批判は, その理論構造上ドイツ刑法だけでなく, 日本刑法においても妥当するものである。すなわち, この批判の要点は, 公共的法益のための正当防衛を認めてしまうと, 国家の権力独占が掘りくずされてしまうことを指摘する点にあるが, このような指摘は, わが国においても同様にあてはまるのである。実際, 類似の指摘は, 既にわが国においてもなされている(この点については, 第一章第二節第一款第一項参照)。

317) このような批判を行うものとして, *Bitsilekis*, a. a. O. (Fn. 252), S. 53.; *Hans Joachim Hirsch*, Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, in: Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, 1977, S. 221 f. (紹介として, 振津隆行「ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ『攻撃の違法性という正当防衛の前提』」甲南法学2=3=4号(1979年)110頁); *Sengbusch*, a. a. O. (Fn. 308), S. 141.

## 第二項 法秩序の規範的防衛という意味での法確証

前項の見解とは異なり、法秩序の規範的防衛という意味で法確証を理解する見解を主張する論者として、例えば、Bitzilekis を挙げるができる。Bitzilekis によれば、「法秩序は、保護に値する諸法益が法的に整序された状態に他ならず、またある法益がその存立について違法に攻撃される場合、常に侵害される」という<sup>318)</sup>。それゆえ、ある法益が現在の違法な攻撃から防衛される場合、法秩序も同時に防衛されることとなる。というのも、「個別的なもの (Besondere) [引用者記す：法益] の保全は、普遍的なもの (Allgemeine) [引用者記す：法秩序] の保全の構成要素である」からである<sup>319)</sup>。このような Bitzilekis の見解からは、防衛対象は、法秩序の規範的妥当性という意味での法秩序であることになるだろう<sup>320)</sup>。

以上のような Bitzilekis の見解からは、緊急救助を容易に基礎づける。なぜならば、緊急救助の場合、緊急救助者は、他人の法益を防衛することによって、同時に法秩序を防衛するからである<sup>321)</sup>。また同様の理由から、公共的法益のための正当防衛も、基本的に認められることとなる<sup>322)</sup>。ただし、Bitzilekis によれば、国家高権のための正当防衛は認められないという<sup>323)</sup>。その理由として、Bitzilekis は、国家だけが国家の存立および権能を防衛し、貫徹する権限を有することを挙げている<sup>324)</sup>。また、この Bitzilekis の見解は、前項で挙げた批判のうち、法秩序の経験的妥当性に対する批判を免れることができるであろう。

これに対して、防衛対象を法秩序のみに求める点に対する批判は、基本的には、この見解にも妥当することになるだろう。第一に、防衛対象を法

318) *Bitzilekis*, a. a. O. (Fn. 252), S. 60. なお、圏点強調は、原著のイタリック体による。

319) *Bitzilekis*, a. a. O. (Fn. 252), S. 61.

320) *Bitzilekis*, a. a. O. (Fn. 252), S. 58.

321) *Bitzilekis*, a. a. O. (Fn. 252), S. 61.

322) *Bitzilekis*, a. a. O. (Fn. 252), S. 61 f.

323) *Bitzilekis*, a. a. O. (Fn. 252), S. 69.

324) *Bitzilekis*, a. a. O. (Fn. 252), S. 69.

秩序のみに求めることは、StGB32条の文言と調和しないという批判が妥当する<sup>325)</sup>。第二に、この見解からは、実際上の帰結として、公共的公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も、基本的に同様に妥当する<sup>326)</sup>。ただし、Bitzilekisは、既に述べたように、国家的公益のための正当防衛の場合には正当防衛の成立を認めていないため、その限りではこの批判を免れているとも評しうるかもしれない。もっとも、それは、あくまでもBitzilekisの見解からすれば外在的な理由づけから正当防衛の成立を排除するにすぎないため、原理的にはなお、かかる批判が妥当するように思われる。

### 第三項 予防効という意味での法確証

前二項で検討した見解とは異なり、(積極的、もしくは消極的)一般予防、あるいは特別予防から法確証の内容を理解する見解も存在する。この見解は、積極的一般予防、消極的一般予防、あるいは特別予防のうちのいずれを法確証概念と結びつけるかによって、さらに細分化して理解することができる。まず、法確証の内容を特別予防的に理解する場合、法確証は、違法な攻撃に対する防衛行為によって、当該の攻撃者を威嚇し、その結果、当該の攻撃者による将来の規範遵守の蓋然性を高めるという意味で理解されることになる<sup>327)</sup>。次に、法確証の内容を消極的一般予防的に理解する場合、法確証は、違法な攻撃に対する防衛によって、他の潜在的な法侵害

---

325) このような批判を行うものとして、*Engländer*, a. a. O. (Fn. 31), S. 19.; *Helmut Fuchs*, Grundfragen der Notwehr, 1986, S. 43.; *Kroß*, a. a. O. (Fn. 257), S. 37.; *Roxin*, a. a. O. (Fn. 266), S. 75. (紹介として、振津・前掲(注266) 118頁以下); *von Scherenberg*, a. a. O. (Fn. 257), S. 33. なお、この批判の詳細については、第二章第二節第一款第一項を参照。

326) このような批判を行うものとして、*Roxin*, a. a. O. (Fn. 315), § 15 Rn. 1. (山中・前掲(注315) 75頁〔前嶋訳〕); *von Scherenberg*, a. a. O. (Fn. 257), S. 32 f.

327) 二元主義的基礎づけの枠組みにおいてはであるが、このような見解を支持するものとして、例えば、*van Rienen*, a. a. O. (Fn. 296), S. 116. 類似の見解として、*Roxin*, a. a. O. (Fn. 266), S. 73. (紹介として、振津・前掲(注266) 118頁)。ただし、*Roxin*は、特別予防効を個人保全原理に結びつけて理解している。

者を威嚇し、その結果、それらの者による規範遵守の蓋然性を高めるという意味で理解されることになる<sup>328)</sup>。さらに、法確証の内容を積極的一般予防的に理解する場合には、違法な攻撃に対する防衛が、国民の法に対する忠誠 (Rechtstreue) を安定させる、あるいは強化するという意味で理解されることになる<sup>329)</sup>。

これらのいずれに理解するとしても、防衛対象は、法秩序そのものということになるだろう<sup>330)</sup>。また、防衛対象を法秩序そのものと理解する点は、前二項でみた見解と異なるため、この見解にあっても、緊急救助を基礎づけうることになるだろう<sup>331)</sup>。また公共的の利益のための正当防衛も認められることとなるだろう。

もっとも、正当防衛において、予防効という意味で法秩序の防衛がなされているといえるかは疑わしい。まず特別予防効という意味で法確証を理解する見解に対しては、正当防衛に特別予防効を認めうるかは疑わしいと

328) 二元主義的基礎づけの枠組みにおいてではあるが、このような見解を支持するものとして、Roxin, a. a. O. (Fn. 315), § 15 Rn. 2. (山中・前掲 (注315) 75頁以下〔前嶋訳〕)。

329) 例えば、Volker Haas, Notwehr und Nothilfe, 1978, S. 354. 二元主義的基礎づけの枠組みにおいてではあるが、このような見解を支持するものとして、Roxin, a. a. O. (Fn. 315), § 15 Rn. 2. (山中・前掲 (注315) 75頁以下〔前嶋訳〕)。

330) なお、ここでいう法秩序がいかなる意味で理解されるのかが問題となる。少なくとも、特別予防および消極的一般予防的に法確証原理を理解する場合には、法規範の実際上の妥当性が問題とされているため、法確証は、法秩序の経験的妥当性という意味で把握されているように思われる (基本的に、本稿と同様の理解を示すものとして、Engländer, a. a. O. (Fn. 31), S. 15 ff.)。これに対して、積極的一般予防的に法確証原理を理解する場合には、必ずしもそのようには言えないように思われる。というのも、規範確証を事実的・心理学的に理解する場合には、法秩序の経験的妥当性が問題とされていると言ってもよいであろうが、規範確証の意味を規範的に理解する場合には、むしろ法秩序の規範的妥当性が問題とされているように思われるからである。これは「積極的」一般予防とは何かという問いとも密接に関連するが、この点については、さしあたり中村悠人「刑罰の正当化根拠に関する一考察 (2)」立命館法学342号 (2012年) 219頁以下を参照。

331) このような帰結を認めるものとして、例えば、Haas, a. a. O. (Fn. 329), S. 356. さらに、二元主義的基礎づけの枠組みにおいて同様のことを述べるものとして、Claus Roxin, Notwehr und Rechtsbewahrung, in: Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, 2014, S. 394 f.

いう批判をなすことができる。すなわち、刑罰による制裁という威嚇によっても、正当防衛によって反撃されるというリスクによっても違法な攻撃を断念しなかった攻撃者が、将来、違法な攻撃を断念するとは考えがたいのである<sup>332)</sup>。

次に、消極的一般予防効という意味で法確証を理解する見解に対して、正当防衛に消極的予防効を認めうるかは疑わしいという批判をなすことができる。まず、正当防衛に消極的一般予防効が認められるためには、潜在的な攻撃者が、StGB32条が広範囲にわたる防衛権限を認めていることを認識している必要があるが、しかし通常、このことは認識されていない<sup>333)</sup>。それゆえ、正当防衛において、消極的一般予防効は期待できないという批判をなしうる<sup>334)</sup>。また、この点を措くとしても、正当防衛には、潜在的な攻撃者に対して「違法な攻撃を行えば、防衛者によって反撃されるぞ」と威嚇できるほどの確実性が認められない<sup>335)</sup>。なぜならば、潜在的な攻撃者は、正当防衛を行わないような相手を選ぶことができるからである<sup>336)</sup>。

さらに、積極的一般予防効という意味で法確証を理解する見解に対して、少なくとも規範確証の意味を心理学的・事実に理解する場合、正当防衛に積極的予防効を認めうるかは疑わしいという批判をなすことができ

---

332) このような批判を行うものとして、*Engländer*, a. a. O. (Fn. 31), S. 15 f. さらに、正当防衛に特別予防効を認めることに対して批判的なものとして、*Bitzilekis*, a. a. O. (Fn. 252), S. 66.; *Roland Felber*, Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen, 1979, S. 100. Fn. 25.

333) この点については、*Knut Amelung/Ines Kilian*, Zur Akzeptanz des deutschen Notwehrrechts in der Bevölkerung, in: Festschrift für Hand-Ludwig Schreiber, 2003, S. 3 ff. さらに、Vgl. *Ines Kilian*, Die Dresdener Notwehrstudie, 2011.

334) このような批判を行うものとして、*Engländer*, a. a. O. (Fn. 31), S. 16. 同様の批判を行うものとして、*Heinz Koriath*, Einige Gedanken zur Notwehr, in: Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 373.; *Lesch*, a. a. O. (Fn. 31), S. 87.

335) *Renzikowski*, a. a. O. (Fn. 283), S. 90. この批判に対して懐疑的なものとして、*van Rienen*, a. a. O. (Fn. 296), S. 118 f.

336) Vgl. *Renzikowski*, a. a. O. (Fn. 283), S. 90.

る。すなわち、正当防衛に積極的一般予防効が認められるためには、国民が、StGB32条が広範囲にわたる防衛権限を認めていることを認識している必要があるが、しかし通常、このことは認識されていない<sup>337)</sup>。それゆえ、正当防衛において、積極的一般予防効は期待できないという批判をなしうる<sup>338)</sup>。これに対して、規範確証の意味を規範的に理解する場合には、正当防衛に積極的予防効を認めうるかもしれない。

また、いずれの理解によるにせよ、この見解も防衛対象を法秩序のみに求める以上、StGB32条の文言と調和しないという批判が妥当することになるであろう。加えて、実際上の帰結として、公共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も妥当するように思われる。

## 第二款 正当化根拠

前款では、法秩序の防衛がどのような意味で理解されているかにつき、防衛対象という観点から検討を行った。そこでは、防衛対象を法秩序のみに求めた場合、StGB32条の文言と調和しないことになるのではないかという指摘を行った。

仮に法秩序を防衛対象とすることが、StGB32条の文言と調和するとしても、何故、そのような防衛対象を持ち出すことが、正当防衛の正当化根拠たりうるのか、とりわけ峻厳な防衛権限を基礎づける根拠となりうるのかの説明されなければならない。そこで、以下では、この点について検討を行うこととする。

### 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」という命題から正当防衛を基礎づけようとするものである<sup>339)</sup>。この命題は、Bernerによつ

---

337) この点については、*Amelung/Kilian*, a. a. O. (Fn. 333), S. 3 ff.

338) このような批判を行うものとして、*Lesch*, a. a. O. (Fn. 31), S. 87.

339) ——二元主義的基礎づけの枠組みにおいてはあるが——このような基礎づけを行う

て定式化されたものであり<sup>340)</sup>、また従来のな理解によれば、超個人主義的基礎づけを端的に表すものであるとされている<sup>341)</sup>。すなわち、法秩序という抽象的なカテゴリーとしての「法」は、法秩序に違反した態度としての「不法」に屈する必要はないというのである。そして、この基礎づけからは、正当防衛において、財の衡量が原則的に要求されないことが帰結するとされる<sup>342)</sup>。

この見解に対しては、正当防衛を適切に基礎づけることができていないという批判をなすことができる<sup>343)</sup>。なぜならば、この命題を述べるだけでは、防衛対象が法秩序であるということ以上のことを述べていないからである<sup>344)</sup>。それゆえ、この基礎づけは、さらに別の論拠を持ち出すことによって、何故、「法は不法に譲歩する必要はない」のかを裏づける必要がある。

## 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、正当防衛の峻厳さを基礎づけようとするものである<sup>345)</sup>。二元主義的基礎づけの枠組みにおいては、この基礎づけを支持するもの

↘ものとして、例えば、*Walter Gropp*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., 2015, § 5 Rn. 149.; *Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, *Strafrecht AT*, 5. Aufl., 1996, § 32 Rn. 1. (西原春夫編訳『刑法総論〔第5版〕』(成文堂・1999年)253頁〔吉田宣之訳〕); *Wessels/Beulke/Satzger*, a. a. O. (Fn. 266), Rn. 506.

340) *Berner*, a. a. O. (Fn. 27), S. 557, 562, 578.

341) そのように述べるものとして、例えば、*Krause*, a. a. O. (Fn. 28), S. 74 f. もっとも、実際には、*Berner* は、法秩序の防衛という超個人主義的基礎づけを説明する脈絡で、この命題を主張したわけではなかった。この点については、第3章において詳述する。

342) *Wessels/Beulke/Satzger*, a. a. O. (Fn. 266), Rn. 507.

343) *Bitzilekis*, a. a. O. (Fn. 252), S. 43.; *Engländer*, a. a. O. (Fn. 31), S. 24.

344) *Engländer*, a. a. O. (Fn. 31), S. 24.

345) このような見解を主張するものとして、例えば、*Haas*, a. a. O. (Fn. 329), S. 86, ——二元主義的基礎づけの枠組みにおいては、同様の見解を主張するものとして、例えば、*Roxin*, a. a. O. (Fn. 315), § 15 Rn. 2. (山中・前掲(注315)75頁以下〔前嶋訳〕)。

として、例えば、Claus Roxin を挙げることができる。すなわち、Roxinによれば、一般的退避義務の存在は、警察官が駆けつけることができない場合に、暴力的な人間（例えば、フーリガン、過激主義者）に、平和的な住民を退避へと追いやることを許容することになってしまうという一般予防的考慮から、ドイツ法において退避義務が原則的に課せられない理由は説明されるという<sup>346)</sup>。

この基礎づけに対しては、まず、第二章第二節第一款第三項においても述べたように、正当防衛に予防効果を認めうるのかが疑わしいことから、正当防衛の峻厳さを基礎づけうるほどの説得性を有しうるのかは疑わしいという批判をなすことができる。

この点を措くとしても、この見解に対しては、さらに、自己または他人を防衛するために必要な限度で、正当防衛の成立が認められることを説明できないという批判をなすことができる。すなわち、仮に正当防衛の正当化根拠が一般予防効という意味での法確証原理に求められるのだとすれば、正当防衛の成立範囲は、潜在的攻撃者を威嚇する、あるいは国民の法に対する忠誠を安定化させるために必要な限度となるはずである。つまり、この基礎づけは、具体的な正当防衛状況を考慮すれば、何が防衛のために必要であるかという基準を導きえないのである<sup>347)</sup>。

また、この基礎づけからは、——主張者の意図に反して——正当防衛の峻厳さを説明することができないという批判をなしうる。なぜならば、正当防衛の正当化根拠を法確証に求めることは、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<sup>348)</sup>、正当防衛は、必然的に法治国家原理から導かれる比例原則に服し、その結果、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からである。

---

346) *Roxin*, a. a. O. (Fn. 331), S. 394.

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

348) *Renzikowski*, a. a. O. (Fn. 283), S. 79.

### 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、優越的利益の原則に依拠することによって、正当防衛を基礎づけようとするものである。例えば、Schmidhäuser は、優越的利益の原則に依拠した上で<sup>349)</sup>、正当防衛状況においては、きわめて高い価値が付与される法確証の利益が防衛者の側に加算されることから、防衛者側の利益が、攻撃者側のそれに原則的に優位するという帰結を導こうとしている。すなわち、Schmidhäuser によれば、防衛によって危殆化された利益に対して優位しうるのは、法秩序の経験的妥当性それ自体である。そして、この法秩序の経験的妥当性だけが、ここで問題になっている状況における法秩序の見地から、その他の状況では法秩序内部において最高の価値を有する財すらも相対化することができるというのである<sup>350)</sup>。そして、このような論証から、Schmidhäuser は、法秩序の妥当性を防衛する方法が他に可能でないのであれば、防衛者は、攻撃者の身体、生命、所有権およびその他の法益を侵害してもよいという帰結に至るのである<sup>351)</sup>。

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<sup>352)</sup>。すなわち、「法秩序の確証は、法秩序によって法的に保護された利益に対して、メタレベルに位置づけられる。しかしながら、論理的に同列な衡量の諸観点だけが、相互に差引されうる。」<sup>353)</sup>それゆえ、法確証の利益と侵害者の利益を比較衡量することは、カテゴリー的にみて誤りなのである。

次に、この基礎づけからは、——主張者の意図に反して——正当防衛の峻厳さを説明することができないという批判をなしうる<sup>354)</sup>。なぜならば、

349) Schmidhäuser, a. a. O. (Fn. 310), S. 102.

350) Schmidhäuser, a. a. O. (Fn. 297), S. 193.

351) Schmidhäuser, a. a. O. (Fn. 297), S. 193.

352) Renzikowski, a. a. O. (Fn. 138), S. 662. ただし、Renzikowski は、この批判を二元主義的基礎づけの批判という脈絡で行っている。

353) Renzikowski, a. a. O. (Fn. 138), S. 662.

354) このような批判をなすものとして、例えば、Kroß, a. a. O. (Fn. 257), S. 34.; Seeberg, ↗

この見解からは、私人による国家行為の代行という構成を採用することになるため<sup>355)</sup>、正当防衛は比例原則に服し、その結果、厳格な制約のもとにおいて行われなければならないはずだからである<sup>356)</sup>。

### 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

以上で確認してきたように、個人主義的基礎づけも、超個人主義的基礎づけも、それだけでは正当防衛の正当化根拠を適切に説明することはできない。そこで、ドイツにおける通説の主張者は、双方の基礎づけを組み合わせることによって正当防衛の正当化根拠を説明することを試みている<sup>357)</sup>。では、この見解からは、何が防衛対象とされるのか、またその防衛対象を防衛することは、何故、正当化されるのだろうか。以下では、まず前者の問いについて検討を行うこととする。先にも述べたように、ドイツにおける通説は、自己保全原理と法確証原理を組み合わせる見解であるため、そもそも両原理の意味内容を明らかにする必要がある。しかし、この点は、既に本章第一節および第二節において検討を行ったため、ここでは検討しない。以下では、両原理がどのような関係にあるかについて検討を加える<sup>358)</sup>。

---

↘ a. a. O. (Fn. 257), S. 27 f.; *Sengbusch*, a. a. O. (Fn. 308), S. 139 f.

355) *Renzikowski*, a. a. O. (Fn. 283), S. 79.

356) Vgl. *Kroß*, a. a. O. (Fn. 257), S. 34.

357) この見解を支持するものとして、例えば、*Gropp*, a. a. O. (Fn. 339), § 5 Rn. 149.; *Haft*, a. a. O. (Fn. 266), D. III. 4. c); *Felix Herzog*, in: *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch Bd. 1*, 3. Aufl., 2010, § 32 Rn. 100.; *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Fn. 339), 1996, § 32 Rn. 2. (西原編訳・前掲(注339)253頁〔吉田訳〕); *Theodor Lenckner*, »Gebotensein« und »Erforderlichkeit« der Notwehr, GA 1968, S. 3.; *van Rienen*, a. a. O. (Fn. 296), S. 140.; *Roxin*, a. a. O. (Fn. 315), § 15 Rn. 1 ff. (山中監訳・前掲(注315)75頁〔前嶋訳〕); *Wessels/Beulke/Satzger*, a. a. O. (Fn. 266), Rn. 481., *von Scherenberg*, a. a. O. (Fn. 257), S. 46 ff. 基本的に同様の見解として、*Kühl*, a. a. O. (Fn. 266), S. 182 f. ただし、*Kühl*は、(補充的ではあるが) 答責性原理も正当防衛の正当化根拠であるとする。

358) 二元主義的基礎づけの検討にあたり、何故、両原理の関係性を明らかにする必要があるか

## 第一項 重疊的關係

まず、個人(あるいは自己)保全原理と法確証原理を重疊的關係として理解することが考えられる<sup>359)</sup>。この理解からは、個人(あるいは自己)保全原理と法確証原理が認められる場合に正当防衛が成立することとなる。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ことになる。このような見解を主張する論者として、例えば、Roxinを挙げるができる。Roxinによれば、「現行の正当防衛法は、二つの原理に依拠する。すなわち、個人保全と法確証である」<sup>360)</sup>。そして、「正当防衛によるあらゆる正当化に際して、個人保全および法確証の原理はともに作用しなければならない」という<sup>361)</sup>。

以上のような理解からすれば、防衛対象は、個人の法益、および法秩序ということになる。この理解からは、第一に、(個人の法益が同時に侵害されていない限り)公共的法益のための正当防衛は認められないという帰結に至るだろう<sup>362)</sup>。なぜならば、この場合、個人(自己)保全原理が作用していないからである<sup>363)</sup>。第二に、法秩序の防衛が問題とならない場面では、正当防衛も問題とならないという帰結に至ることとなる<sup>364)</sup>。つまり、

ゝるのかについては、第一章第三節第一款参照。なお、本稿と同様の観点から両原理の關係性を分析するものとして、*Engländer*, a. a. O. (Fn. 31), S. 29 ff.

359) このような見解を主張するものとして、*Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Fn. 339), § 32 Rn. 2. (西原編訳・前掲(注339) 253頁〔吉田訳〕); *Roxin*, a. a. O. (Fn. 315), § 15 Rn. 3. (山中監訳・前掲(注315) 77頁〔前嶋訳〕)。

360) *Roxin*, a. a. O. (Fn. 315), § 15 Rn. 1. (山中監訳・前掲(注315) 75頁〔前嶋訳〕)。ただし、適宜原文より訳出した。なお、太字強調は、原著による。

361) *Roxin*, a. a. O. (Fn. 315), § 15 Rn. 3. (山中監訳・前掲(注315) 77頁〔前嶋訳〕)。ただし、適宜原文より訳出した。

362) このような帰結を導くものとして、例えば、*Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Fn. 339), § 32 Rn. 2. (西原編訳・前掲(注339) 253頁〔吉田訳〕); *Roxin*, a. a. O. (Fn. 315), § 15 Rn. 1. (山中監訳・前掲(注315) 75頁〔前嶋訳〕)。

363) *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Fn. 339), § 32 Rn. 2. (西原編訳・前掲(注339) 253頁〔吉田訳〕); *Roxin*, a. a. O. (Fn. 315), § 15 Rn. 1. (山中監訳・前掲(注315) 75頁〔前嶋訳〕)。

364) 実際にこのように述べるものとして、*Roxin*, a. a. O. (Fn. 315), § 15 Rn. 2. (山中監訳・前掲(注315) 76頁以下〔前嶋訳〕)。同様の見解として、*Jescheck/Weigend*, a. a. O. ↗

法確証の必要性が存在しない、あるいは乏しい場合には、そのことを理由として、正当防衛の成立が否定あるいは制限されることを導くことができるだろう<sup>365)</sup>。なぜならば、この場合、法確証原理が作用していないといえるからである。

この理解に対しては、個人（あるいは自己）保全原理のみによって正当防衛を基礎づける見解と同様の問題を孕むことになってしまうという批判がなされている<sup>366)</sup>。すなわち、Engländerによれば、例えば、被攻撃者に退避可能性が存在する場合、一般に個人保全原理が欠落するとされるが<sup>367)</sup>、そうであるとすれば、両原理の関係性を重疊的關係と理解する見解もこの場合を説明することができないことになるという<sup>368)</sup>。なぜならば、この場合、個人保全原理が作用していないはずだからである<sup>369)</sup>。その結果、従来、この見解の長所とされてきた、個人（あるいは自己）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<sup>370)</sup>。そして、このことは、この見解からは正当防衛を適切に基礎づけることができないことを意味する。

なお、この批判に対しては、被攻撃者に退避可能性が存在する場合であっても、個人保全原理が欠落しないと構成することによって、批判を免れることが考えられるかもしれない。この点で注目には値するのだが、Roxin

↘(Fn. 339), § 32 Rn. 2. (西原編訳・前掲 (注339) 253頁 [吉田訳])。

365) *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Fn. 339), § 32 Rn. 2. (西原編訳・前掲 (注339) 253頁 [吉田訳])；*Roxin*, a. a. O. (Fn. 315), § 15 Rn. 2. (山中監訳・前掲 (注315) 76頁以下 [前嶋訳])。

366) この批判については、第一章第三節第一款第一項も参照。

367) 実際に、このような認識を示すものとして、例えば、*Bitzilekis*, a. a. O. (Fn. 252), S. 46.

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

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

370) アルミン・エンゲレンダー（増田豊訳）「正当防衛を法秩序の防衛として捉えることは可能か——ドイツ刑法解釈学における二元的正当防衛モデルに対する批判——」法律論叢 86巻1号（2013年）309頁。

が、近時、個人保全原理だけであっても、正当防衛の峻厳さを説明しうるとして<sup>371)</sup>、個人保全原理に対する認識を事実上改めた点である<sup>372)</sup>。すなわち、Roxin によれば、「正当にも法確証原理の例として持ち出される退避義務の不存在さえも、なお保全原理によって説明される。というのは、退避できたにもかかわらず、攻撃に対して抵抗する被攻撃者は、少なくとも自身の行為自由を防衛するからである。」というのである<sup>373)</sup>。しかしながら、このような論証は、結局のところ、成功しない。なぜならば、Roxin 自身が認めているように、例えば、強盗による攻撃に対して、鍵がかけられた玄関の内側へと逃げ込んだ方が、あからさまに抵抗するよりもよりよく生命および財産を防衛できる場合に、反撃を許容する根拠として保全原理が作用するかは疑わしいからである<sup>374)</sup>。このような場合に、Roxin は、保全原理ではなく、法確証原理から退避義務の不存在を導こう

371) Roxin, a. a. O. (Fn. 331), S. 398 ff.

372) 坂下陽輔「正当防衛権の制限に対する批判的考察(二)」法学論叢177巻6号(2015年)60頁注96も、Roxin の見解が事実上変更されていることを指摘している。ただし、Roxin の見解が、坂下が述べるところの「利益衡量モデル」から「自由論モデル」へと事実上転換したとまではいえない。というのは、Roxin は、従来の説明を完全に放棄して、「正である被攻撃者の防衛行為の適法性を当然視し、例外的に、正当防衛の正当化根拠から見れば外在的な理由に基づいて、正当防衛の制限を説明する」立場に至ったわけではないからである。このことは、Roxin が、なお、「たとえあらゆる防衛行為が被攻撃者の保護欲求に立ち返られうるとしても、それと並んで、正当防衛行為は、やはり『法確証』にも資する」と述べていることから窺える (ders., a. a. O. (Fn. 331), S. 393.)。つまり、Roxin は、あくまで二元主義的基礎づけを支持しており、その意味で正当防衛の正当化根拠からみて外在的な理由として法確証原理を位置づけているわけではないのである。

むしろ、本文中でも述べたとおり、Roxin の見解の変更点は、個人保全原理に対する認識が改められたという点、つまりは個人保全原理だけでも正当防衛の「峻厳さ」を基礎づけようとした点にとどまっている (ders., a. a. O. (Fn. 331), S. 398 ff.)。そしてこの見解の変更によって、法確証原理は、正当防衛の「峻厳さ」を基礎づける点では独自の意義を失ったため、Roxin は、結論部分において、「社会倫理的制限が法確証の利益の減少から説明されることによって、法確証原理は、個人保全原理に対して独自の意義を獲得する」と述べるに至ったのである (ders., a. a. O. (Fn. 331), S. 405.)。

373) Roxin, a. a. O. (Fn. 331), S. 393.

374) Roxin, a. a. O. (Fn. 331), S. 394.

とするが<sup>375)</sup>、そのように解してしまうとその限りで、保全原理によるだけでは説明できないことがあることを認めることとなり、結果としてなお、先の批判が妥当することになるのである。

## 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。このような見解を主張する論者としては、例えば、Felix Herzog を挙げることができる<sup>376)</sup>。Herzog によれば、正当防衛権は、「少なくとも正当防衛の諸利益（Notwehrgüter）〔訳者記す：個人保全の利益及び法確証の利益〕の一つが著しく侵害されている」場合に認められるという<sup>377)</sup>。

以上のような理解からすれば、防衛対象は、個人の法益、あるいは法秩序であるということになる。したがって、この理解からは、個人の法益、あるいは法秩序のいずれかが防衛対象とされていれば、正当防衛が成立することになる。その結果、この理解からは、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。さらに同様の理由から、公共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はずである<sup>378)</sup>。

この理解に対しては、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という批判がなされている<sup>379)</sup>。すなわち、Engländer が指摘するように、この見解に依拠する場合、もっぱら公共的

---

375) *Roxin*, a. a. O. (Fn. 331), S. 394.

376) *Herzog*, a. a. O. (Fn. 357), § 32 Rn. 100.

377) *Herzog*, a. a. O. (Fn. 357), § 32 Rn. 100.

378) それにもかかわらず、Herzog は、「個人の財と並んで国家の法益も、一般に32条の意味における防衛適格を有するものと見なされるかどうかは疑わしい。」として (*ders.*, a. a. O. (Fn. 357), § 32 Rn. 22.)、国家的法益のための正当防衛を認めることに対して慎重な姿勢を見せている (Vgl. *ders.*, a. a. O. (Fn. 357), § 32 Rn. 22 ff.)。しかしながら、彼の正当防衛の正当化根拠論から、何故、そのような帰結を導きうるのかは明らかではない。

379) この批判については、第一章第三節第一款第二項も参照。

法益を防衛するためだけであっても正当防衛が肯定されなければならないことになるが<sup>380)</sup>、それでは、StGB32条の文言と調和しないことになってしまうのである<sup>381)</sup>。

### 第三項 両原理の動的相互作用？

前二項で検討した見解に加えて、さらに、そもそも個人保全原理と法確証原理の関係性を硬直的に分類して理解する必要がないとする見解も主張されている<sup>382)</sup>。この見解の主張者である Rafael van Rienen によれば、両原理の関係性は、「自己保全と法確証との相互作用という意味での動的原理」として把握されるべきであり、「さらに、この意味で正当防衛は通常、『個人保全プラス法確証』とみなされる」という<sup>383)</sup>。その上で、van Rienen は、個人保全原理と法確証原理の共働の合計値が正当防衛を認めるために必要な値に達していれば足り、その合計値がどのように算出されるかは重要ではないとする<sup>384)</sup>。例えば、合計値が100に達していれば足りるのだとすれば、個人保全原理と法確証原理のそれぞれの数値が40+60, 30+70,あるいは1+99なのかは重要ではないという<sup>385)</sup>。ただし、

---

380) *Engländer*, a. a. O. (Fn. 31), S. 30. さらにいえば、そのような帰結は、前掲(注378)でも指摘したように、この見解の主張者である Herzog すら容認していない (Vgl. *ders.*, a. a. O. (Fn. 357), § 32 Rn. 22 ff.)。

381) *Engländer*, a. a. O. (Fn. 31), S. 30. この点については、さらに第二章第二節第一款第一項も参照。

382) *van Rienen*, a. a. O. (Fn. 296), S. 140 f. さらに、van Rienen の見解を詳細かつ批判的に検討するものとして、柏崎早陽子「『単なるスローガンとしての法確証』の批判的考察——リーネンの探究を参考にして——」法学研究論集44号(2016年)73頁以下。なお、この van Rienen の見解は、後述するように、結局のところ、両原理の関係性を重疊の関係であると捉える理解に他ならない。しかしながら、この見解は、本章第三節第一款第一項で説明した重疊の関係とは内容を異にしていることから、本文中では項を分けて検討することとした。

383) *van Rienen*, a. a. O. (Fn. 296), S. 140.

384) Vgl. *van Rienen*, a. a. O. (Fn. 296), S. 140.

385) Vgl. *van Rienen*, a. a. O. (Fn. 296), S. 140.

van Rienen によれば、個人保全原理と法確証原理のいずれかだけから、合計値が100に至ることはないという<sup>386)</sup>。さもなければ、一元主義的基礎づけを構想することになってしまうからである<sup>387)</sup>。

以上のような van Rienen の見解からすれば、防衛対象は、個人の法益および法秩序ということになるだろう<sup>388)</sup>。そして、この見解からは、緊急救助が認められることになる<sup>389)</sup>。van Rienen によれば、緊急救助は、法確証原理によるだけでは説明できないという<sup>390)</sup>。というのも、それでは、緊急救助に、正当防衛に劣らないほどの峻厳さが認められていることを説明できないからである<sup>391)</sup>。それゆえ、van Rienen の見解によれば、緊急救助は、個人保全原理をも用いることによってはじめて正当化されるのである<sup>392)</sup>。これに対して、（個人の法益が同時に侵害されていない限り）公共的法益のための正当防衛は認められないとされる<sup>393)</sup>。なぜならば、この場合、個人保全原理が作用していないからである<sup>394)</sup>。

しかしながら、この見解は、既に柏崎早陽子が正当に指摘しているように、結局のところ両原理の関係性を重疊的關係と捉える見解に他ならない<sup>395)</sup>。なぜならば、この見解においても、両原理が共に作用することが前提条件とされているからである。それゆえ、この見解に対しては、ま

---

386) *van Rienen*, a. a. O. (Fn. 296), S. 140.

387) *van Rienen*, a. a. O. (Fn. 296), S. 140.

388) ただし、van Rienen は、正当防衛において防衛される法秩序を、具体的事案において攻撃にさらされる個別の諸規範と理解している（Vgl. *ders.*, a. a. O. (Fn. 296), S. 142.）。それゆえ、上で挙げている防衛対象としての法秩序も、この意味で理解されることとなる。なお、van Rienen の法確証理解について、詳細には柏崎・前掲（注382）81頁以下も参照。

389) Vgl. *van Rienen*, a. a. O. (Fn. 296), S. 140 f.

390) *van Rienen*, a. a. O. (Fn. 296), S. 149.

391) *van Rienen*, a. a. O. (Fn. 296), S. 149.

392) *van Rienen*, a. a. O. (Fn. 296), S. 149.

393) *van Rienen*, a. a. O. (Fn. 296), S. 141.

394) *van Rienen*, a. a. O. (Fn. 296), S. 141.

395) 柏崎・前掲（注382）84頁。

ず、両原理の関係性を重畳的關係と捉える見解と全く同様の批判が妥当することになるという批判をなしうる<sup>396)</sup>。すなわち、例えば、被攻撃者に回避可能性が存在する場合、一般に個人保全原理が欠落するとされるが、そうであるとすれば、この見解からもこの場合を説明することができないはずなのである。もっとも、この批判に対しては、van Rienen の立場からは、一応の反論が可能である。すなわち、被攻撃者に回避可能性が存在する場合、個人保全の利益が確かに減少するが、欠落するわけではなく、またそれに加えて法確証の利益が認められる。それゆえ、双方の利益の合計値としては、正当防衛による正当化が認められる値に達しているという反論が考えられる<sup>397)</sup>。この反論に対しては、柏崎が指摘するように、この場合に、正当防衛による正当化が認められる値に達するためには、個人保全の利益が減少した分だけ、法確証の利益が増大しなければならないが、何故、法確証の利益が増大するのかが明らかでない。それにもかかわらず、法確証の利益が増大するのだと主張するのであれば、それは、法確証の利益を恣意的に増大させて問題の解決を図ることを意味し、結局のところ、結論の先取りにすぎないのである<sup>398)</sup>。

さらに、この見解に対しては、Michael Pawlik が指摘するように、「聞こえは良いが、大部分の問題が未解決にされてしまっている」という批判をなしうるであろう<sup>399)</sup>。すなわち、正当防衛の正当化根拠によって解明されるべき問題は、實際上、van Rienen の表現に即していえば、「合計値が100に達する」ための基準は何であるか、あるいは、その基準がある程度客観化可能な形で判断できるかということであるが、それにもかかわらず、van Rienen の見解では、この点が全く明らかにされていないのであ

396) 柏崎・前掲(注382)84頁以下。

397) 同様の指摘を行うものとして、柏崎・前掲(注382)85頁。

398) 柏崎・前掲(注382)85頁。

399) *Michael Pawlik*, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, S. 240. Fn. 519 (翻訳として、飯島暢 = 川口浩一監訳「ミヒャエル・パヴリック『市民の不法』(10) 関西大学法学論集65巻5号(2016年)390頁注519〔山本和輝訳〕)。

る<sup>400)</sup>。

これらの点に鑑みれば、この見解もまた妥当ではない。

## 第二款 正当化根拠

以上の検討では、自己保全原理と法確証原理の関係性を重疊的關係、拮据的關係、あるいは動的相互作用のいずれに理解しようとも問題が存在することが明らかとなった。ま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したにすぎない。つまり、何故、両原理を組み合わせることによって、正当防衛の峻厳さが説明されうるのかが、さらに問題となる。二元主義的基礎づけの論者の多くは、この点を法確証原理から説明しようとしているため、以下では、法確証原理から正当防衛の峻厳さを基礎づけるかについての検討を行う<sup>401)</sup>。

### 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」という命題から正当防衛の峻厳さを基礎づけようとするものである<sup>402)</sup>。

しかしながら、この基礎づけは、上述したとおり、防衛対象が法秩序で

---

400) *Pawlik*, a. a. O. (Fn. 399), S. 240. Fn. 519. (飯島 = 川口監訳・前掲 (注399) 390頁注519 [山本訳])。

401) これに対して、近時、Roxin は、第二章第三節第一款第一項でも指摘したとおり、個人保全原理からだけでも正当防衛の峻厳さを基礎づけようと述べるに至っている (*ders.*, a. a. O. (Fn. 331), S. 399 ff.)。その際、Roxin は、退避義務の不存在を説明する場面では、被攻撃者が行為自由を防衛していることを持ち出すのに対して (*ders.*, a. a. O. (Fn. 331), S. 393), 財の均衡性要件が課されないことを説明する場面では、攻撃者の答責性という観点を持ち出している (*ders.*, a. a. O. (Fn. 331), S. 399 ff.)。しかしながら、このような説明方法は、正当防衛の基礎づけの際に、自身の結論を導き出すために都合のよい要素をカズイステックに持ち出していることを意味するため、少なくとも、基礎づけ論的には説得的ではない。

402) このような基礎づけを支持するものとして、例えば、*Gropp*, a. a. O. (Fn. 339), § 5 Rn. 149.; *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Fn. 339), § 32 Rn. 1. (西原編訳・前掲 (注339) 253頁 [吉田訳])；*Wessels/Beulke/Satzger*, a. a. O. (Fn. 266), Rn. 506.

あることを述べるにすぎない<sup>403)</sup>。それゆえ、この基礎づけは、さらに別の論拠を持ち出すことによって、何故、「法は不法に譲歩する必要はない」のかを裏づける必要がある。

## 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、正当防衛の峻厳さを基礎づけようとするものである<sup>404)</sup>。

この基礎づけに対しては、まず、第二章第二節第一款第三項においても述べたように、正当防衛に予防効果を認めうるのかが疑わしく、その結果、正当防衛の峻厳さを説明できるほどの基礎づけ力を有しうるのかも疑わしいという批判をなすことができる。

さらに、自己または他人を防衛するために必要な限度で、正当防衛の成立が認められることを説明できないという批判をなすことができる。なぜならば、仮に正当防衛の成立範囲は、予防目的に応じてではなく、具体的な正当防衛状況を考慮すれば、何が防衛のために必要であるかに応じて判断されるからである<sup>405)</sup>。

## 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、優越的利益の原則に依拠することによって、正当防衛の峻厳さを基礎づけようとするものである<sup>406)</sup>。この基礎づけによれば、防衛者側には、攻撃された法益に加えて、法確証の利益が加算されるため、防衛者側の利益が、攻撃者側の利益に原則的に優位するという<sup>407)</sup>。

---

403) *Engländer*, a. a. O. (Fn. 31), S. 24.

404) このような基礎づけを支持するものとして、例えば、*Roxin*, a. a. O. (Fn. 315), § 15 Rn. 2. (山中・前掲(注315)75頁以下〔前嶋訳〕)。

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

406) このような基礎づけを支持するものとして、*Gropp*, a. a. O. (Fn. 339), § 5 Rn. 125, 149.; *Herzog*, a. a. O. (Fn. 357), § 32 Rn. 100.; *Lenckner*, a. a. O. (Fn. 357), S. 3.

407) *Gropp*, a. a. O. (Fn. 339), § 5 Rn. 149.; *Lenckner*, a. a. O. (Fn. 357), S. 3.

そして、このことから、正当防衛において、退避義務が原則的に課されないこと、および財の均衡が原則的に要件とならないことが帰結するとされる<sup>408)</sup>。

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<sup>409)</sup>。すなわち、「法秩序の確証は、法秩序によって法的に保護された利益に対して、メタレベルに位置づけられる。しかしながら、論理的に同列な衡量の諸観点だけが、相互に差引されうる。」<sup>410)</sup>。それゆえ、法確証の利益と侵害者の利益を比較衡量することは、カテゴリー的誤謬を犯すことになる点で妥当でない。

#### 第四節 個人主義的基礎づけの再評価

以上のような通説の問題点から、近時、個人主義的な基礎づけのみによって正当防衛を根拠づける見解が、再び有力となっている。しかしながら、そこで主張されている内容は、もはや、被攻撃者の困難な状況に着目する心理主義的な基礎づけでもなければ、被攻撃者の利益状況に着目する法益保護主義的な基礎づけでもない。そこでは、それらとは異なる基礎づけが主張されている。とはいえ、第二章第一節でも述べたとおり、個人主義的基礎づけは、両当事者のいずれに着目するかによって見解を異にする。そこで以下では、攻撃者の事情に着目する見解と、被攻撃者の事情に着目する見解に分けて検討する。

---

408) *Lenckner*, a. a. O. (Fn. 357), S. 3.

409) *Renzikowski*, a. a. O. (Fn. 138), S. 662. さらに、同様の批判を行うものとして、*Pawlik*, a. a. O. (Fn. 399), S. 240. Fn. 519. (飯島 = 川口監訳・前掲 (注399) 390頁注519 [山本訳])。

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

## 第一款 攻撃者の事情に着目する基礎づけ

### 第一項 攻撃者の回避可能性に着目する見解

攻撃者の事情に着目する基礎づけとしては、まず、攻撃者の回避可能性に着目する見解が主張されている<sup>411)</sup>。この見解は、正当防衛状況においては、攻撃者の利益の要保護性が認められないという理由から正当防衛の峻厳さを基礎づけようとするものである<sup>412)</sup>。例えば、この見解の主張者である Helmut Frister は、次のような論証から正当防衛の峻厳さを基礎づけようとしている。すなわち、「攻撃者が、防衛行為の時点に至るまでに、防衛によって生じる自らの法益に対する侵害を自力で回避できたということは事実である。そのため、攻撃者は、いずれにせよ自らが義務づけられていること、つまり攻撃の継続を断念することだけを行う必要がある。」<sup>413)</sup>。このことからすれば、攻撃者は、自らの財の保全に関して、防衛者に対して何らかの配慮義務を課すことが正当化できるような緊急状況に陥っているわけではない。それゆえ、攻撃者は、被攻撃者に対して、連帯に基づく犠牲を要求しえないというのである<sup>414)</sup>。

この見解からは、防衛対象は、おそらく防衛者の法益ということになる。また、先のような説明からすれば、正当防衛の場合には、財の均衡性要件が課されないことが帰結することになるだろう。また、この見解からは、攻撃者の利益の要保護性が認められないという帰結に至ることからすれば、防衛者の側に退避義務が原則として課されないことも説明可能とな

---

411) このような見解を主張するものとして、例えば、*Helmut Frister*, *Strafrecht AT*, 6. Aufl., 2013, 16. Kap. Rn. 3f.; *Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch*, *Strafrecht AT*, 11. Aufl., 2003, § 17 Rn. 1.

412) *Frister*, a. a. O. (Fn. 411), 16. Kap. Rn. 3.

413) *Helmut Frister*, *Die Notwehr im system der Notrechte*, GA 1988, S. 301 f. (なお、圏点強調は、原著のイタリック体による)。同様のことを述べるものとして、*Baumann/Weber/Mitsch*, a. a. O. (Fn. 411), § 17 Rn. 1.

414) *Frister*, a. a. O. (Fn. 413), S. 302. なお、この Frister の説明は、防衛的緊急避難において課される均衡性要件が人間相互の連帯という思想から導かれることを前提にしている。この点については、さしあたり *ders.*, a. a. O. (Fn. 411), 13. Kap. Rn. 14.

るように思われる。

この見解は、攻撃者の答責性に着目することによって、正当防衛の峻厳さを基礎づけようとしている点で優れた見解であるように思われる。しかしながら、この見解が、攻撃者の回避可能性という事実的な事情から、攻撃者の答責性を基礎づけようとしている点については疑問がある<sup>415)</sup>。なぜならば、攻撃者の回避可能性という事情は、常に攻撃者の要保護性を否定できるわけでもなく、したがって、常に正当防衛の峻厳さを基礎づけることができるわけでもないからである<sup>416)</sup>。このことは、例えば、次のような攻撃的緊急避難の例を考えれば明らかとなる<sup>417)</sup>。すなわち、Tが自らの財布を無くした。Oは、Tの財布の在りかを知っているが、財布の在りかをTに教えることを拒絶した<sup>418)</sup>。そこで、Tは、それでもOに財布の在りかを教えるよう促すために、Oの小指を折ったとする。このとき、Oは、財布の在りかを教えて小指を折られないようにすることもできたので、Oの回避可能性が存在していたことは明らかである。それにもかかわらず、この場合、Tの傷害が正当化されるかは、StGB34条1項のルールに基づき保全利益と侵害利益の衡量によって判断されることになるはずである。つまり、Oの回避可能性が認められることは、Oの要保護性が否定されるという帰結を導かないのである。

したがって、この見解もまた、妥当でない。

## 第二項 攻撃者の義務に着目する見解

攻撃者に着目する基礎づけとして、次に、攻撃者の回避可能性に着目する見解とは異なり、攻撃者の義務に着目する見解を挙げることができる。

415) Pawlik, a. a. O. (Fn. 399), S. 237, Fn. 498. (飯島＝川口監訳・前掲〔注399〕386頁注498〔山本訳〕)

416) Renzikowski, a. a. O. (Fn. 283), S. 122. 同様の批判を行うものとして, Engländer, a. a. O. (Fn. 31), S. 56.

417) 以下で述べる具体例は, Engländer, a. a. O. (Fn. 31), S. 56 に依拠した。

418) ただし、Oは、Tに対して保障人的地位を有していないこととする。

このような見解を主張するものとして、例えば、Joachim Hruschka および Joachim Renzikowski を挙げることができる。Hruschka と Renzikowski は、正当防衛の正当化根拠を検討するにあたり、まず、以下のような義務者と権利者との義務関係に関する考察から出発する。すなわち、「義務者は、権利者に対して、対等 (Koordination) の関係で義務を負うか、あるいは従属 (Subordination) の関係で義務を負うかのいずれかである。」<sup>419)</sup>このうち、従属関係とは、AがBに対して規範遵守義務を負っているが、BはAに対して規範遵守義務を負わない場合のことを指す。これに対して、対等関係とは、AとBが相互に規範遵守義務を負っている場合のことを指すとされる<sup>420)</sup>。そして、正当防衛の場合には、攻撃者は、自らの攻撃によって相互関係にある義務に違反し、それによって、攻撃者と被攻撃者の対等関係を攪乱しているという。そして、このような「攻撃者の対等関係の拒絶 (Koordinationsverweigerung) に対して、防衛者は、自らの側で、暫定的な対等関係の中断 (Koordinationsabbruch) で反応する。」<sup>421)</sup>。換言すれば、攻撃者は、対等関係に由来する自らの義務に違反する限りで、被攻撃者に対して自身に対する義務を履行するよう請求することはできないことになり、逆から言えば、その限りで、被攻撃者は、先のような反応権限が付与されることになるのである<sup>422)</sup>。なぜならば、さもなければ、対等関係が、結果的に従属関係に成り下がってしまうからである<sup>423)</sup>。ただし、攻撃者による攻撃によって、被攻撃者の規範遵守義務が完全に消失するわけではない。すなわち、被攻撃者の規範遵守義務の中断は、対等

419) Joachim Hruschka, Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, in: Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, S. 199. (本論文の紹介として、恒光徹「ヨアヒム・ルシユカ『超体系的正当化事由』」甲南法学23巻1号(1983年)67頁。ただし、適宜原著から訳出した。)

420) Hruschka, a. a. O. (Fn. 419), S. 199. (紹介として、恒光・前掲(注419)67頁。)

421) Renzikowski, a. a. O. (Fn. 283), S. 275.

422) Hruschka, a. a. O. (Fn. 419), S. 200. (紹介として、恒光・前掲(注419)68頁。); Renzikowski, a. a. O. (Fn. 283), S. 230.

423) Hruschka, a. a. O. (Fn. 419), S. 199. (紹介として、恒光・前掲(注419)67頁。)

関係の攪乱の防衛のために必要な限度で認められるにすぎない。というのも、攻撃者と被攻撃者との間の対等関係を再び回復することが目的だからである<sup>424)</sup>。

この見解からすれば、まず防衛対象は、被攻撃者の法益あるいは権利ということになるだろう。また、上のような説明から、防衛行為の成立範囲は、防衛のために必要な限度に限定される<sup>425)</sup>。そのため、財の均衡性要件は課されないことになるだろう。また、正当防衛において、退避義務が課されないことも帰結する<sup>426)</sup>。さもないければ、対等関係の義務が、事実上、従属関係の義務に成り下がってしまうからである<sup>427)</sup>。さらに、この見解からは、攻撃者による攻撃は、攻撃者に対して帰属可能なものである、つまり有責的なものでなければならないことが帰結するとされる<sup>428)</sup>。

この見解は、攻撃者の義務違反性からその答責性を基礎づけ、そしてそれによって正当防衛の峻厳さを基礎づけようとしている点で優れている。しかしながら、この見解のような義務論的な説明方法からだけでは、緊急救助を適切に説明することができない<sup>429)</sup>。すなわち、Hruschka および Renzikowski の説明方法からすれば、緊急救助者は、攻撃の被害者ではないため、緊急救助者と攻撃者との間の対等関係が攪乱されるわけではないということになり、その結果、緊急救助者は、自身の対等関係に基づく規範遵守義務をなお守らなければならないはずである<sup>430)</sup>。これに対して、Hruschka と Renzikowski は、それぞれ異なる説明方法に基づいて、自身の立場から緊急救助が説明可能なことを論証しようとしている。すなわ

424) *Renzikowski*, a. a. O (Fn. 283), S. 270.

425) *Renzikowski*, a. a. O (Fn. 283), S. 299.

426) *Renzikowski*, a. a. O (Fn. 283), S. 299.

427) *Renzikowski*, a. a. O (Fn. 283), S. 299.

428) *Hruschka*, a. a. O. (Fn. 419), S. 200. (紹介として、恒光・前掲(注419) 68頁。)；*Renzikowski*, a. a. O (Fn. 283), S. 283 f.

429) *Engländer*, a. a. O. (Fn. 31), S. 61.；*Sengbusch*, a. a. O. (Fn. 308), S. 133.

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

ち、Hruschka は、緊急救助者が被攻撃者の権利を援用していると構成することによって緊急救助を説明できるとしている<sup>431)</sup>。また、Renzikowski は、緊急救助制度に一般的利益が認められることから、緊急救助を基礎づけるかと主張する。すなわち、あらゆる個人は、違法な攻撃に際して、自らの防衛のために他者による救助を利用できることについて利益関心を有していることから、緊急救助制度には、一般的利益が認められるというのである<sup>432)</sup>。これらの反論に対しては、そのような体系外的な理由づけからは、何故、緊急救助者は、攻撃者から対等関係に基づく義務を侵害されているわけではないにもかかわらず、自らの規範遵守義務から解放されることになるのかを示すことができないという再批判が妥当するだろう<sup>433)</sup>。

類似の見解として、さらに、Günther Jakobs の見解を挙げるができる。Jakobs の見解は、あらゆる緊急権について、社会的コンフリクトの解決のための負担の分配が問題となるという理解を前提とした上で、正当防衛の場合には、攻撃者が違法に攻撃したことから、攻撃者はその解決のために必要な限度で負担を負わなければならないとするものである<sup>434)</sup>。

では、何故、攻撃者が被攻撃者に対して違法な攻撃を行った場合に、攻撃者は、必要な限度で負担を負わなければならないのだろうか。Jakobs は、このことを以下のように説明する。「すなわち、攻撃者は、自らその責めを負わなければならない被攻撃者に対する攻撃によって、その防衛を惹き起こしたのである。答責的な行動によって、自分自身に対する法的強制の必要性を生じた者は、人格としてはコレクトでないこの行動によって、自己の非人格化の契機を与えている。完全な人格性は、強制、すなわち他人による管理の必要性がなくなって初めて再び回復される。」<sup>435)</sup>。こ

431) Hruschka, a. a. O. (Fn. 419), S. 207. (紹介として、恒光・前掲(注419)72頁。)

432) Renzikowski, a. a. O. (Fn. 283), S. 296.

433) Engländer, a. a. O. (Fn. 31), S. 61.; Sengbusch, a. a. O. (Fn. 308), S. 133.

434) Vgl. Günther Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 12/16.

435) Günther Jakobs, Rechtszwang und Personalität, 2008, S. 16. (翻訳として、川口浩一=)

のように Jakobs は、攻撃者の自己非人格化（Selbst-Depersolisierung）という概念を用いることによって、被攻撃者の法的強制権限を基礎づけようとしている。それゆえ、ここでいう自己非人格化とは何を意味するのかが、さらに問題となる。そして、このことは、Jakobs の人格概念から明らかになるように思われる。Jakobs の理解によれば、人格とは、権利と——そこから逆に必然的に——義務の担い手のことを指すが、この義務は、他人の人格性から基礎づけられるものである<sup>436</sup>。すなわち、私の権利が、他人に対して、私の権利を侵害しない義務をもたらし、反対に、他人の権利が、私に対して、他人の権利を侵害しない義務をもたらすのである<sup>437</sup>。このことを正当防衛に即していえば、攻撃者と被攻撃者は、人格として、相互に他人の権利を侵害してはならないという義務を負うのである。それにもかかわらず、攻撃者が、自らその責めを負わなければならない被攻撃者に対する攻撃によって、つまり、人格としてコレクトではない行動によって、被攻撃者の権利を侵害するとき、攻撃者は、この義務に違反している。それゆえに、「理性的なものとして、法的に論証するものとして攻撃者は、必要な反撃に対しては何も異論を唱えることはできない」のである<sup>438</sup>。つまり、自己非人格化とは、本来人格として尊重される法的立場にあるにもかかわらず、人格としてコレクトでない行動をとることによって、自身を人格として尊重するよう要求できない立場に貶めることを言うのである。ただし、この自己非人格化は、人格としてコレクトでない行動によって生じたコンフリクトという脈絡でのみ認められるという点に留意

---

↳ 飯島暢訳『法的強制と人格性』（関西大学出版部・2012年）16頁以下（川口浩一訳）。

436) ヤコブス（川口＝飯島訳）・前掲（注435）78頁〔川口訳〕。

437) ヤコブス（川口＝飯島訳）・前掲（注435）78頁〔川口訳〕。

438) *Jakobs, a. a. O. (Fn. 435), S. 15.*（川口＝飯島訳・前掲（注435）15頁〔川口訳〕）。この意味で、Jakobs は、法的に見れば、間接正犯による自己侵害として正当防衛を捉えることもできると述べている。すなわち、攻撃者は、確かに現象類型学的に見れば、自らの手で自らを侵害しているわけではないが、法的には、攻撃者による攻撃が、必要な防衛行為を自らにもたらしたことになるのである（*Günther Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 45.*）。

を要する。すなわち、攻撃者は、たとえ、人格としてコレクトでない行動をとったとしても、当該コンフリクトの脈絡を除けば、なお概念上、人格として尊重され続けているのである<sup>439)</sup>。それゆえ、攻撃者は、当該コンフリクトを解決するために、つまりは被攻撃者の権利を防衛するために必要な限度で、人格として尊重するよう主張しえないにすぎないのである<sup>440)</sup>。逆から言えば、防衛者(あるいは緊急救助者)は、攻撃された権利を防衛するために必要な限度で、攻撃者に対して強制権限が認められることになるのである。Jakobs からすれば、正当防衛とは、そのような強制権限の行使に他ならないのである。

この見解からすれば、まず防衛対象は、被攻撃者の権利ということになるだろう。また、Jakobs の見解からすれば、何故、攻撃者は、正当防衛状況を回避する義務を負うのかを適切に説明することができるように思われる。すなわち、攻撃者が、人格として、他人の権利を侵害しない義務を負っているから、攻撃者は、正当防衛状況を回避しなければならないのである。また、何故、攻撃者の義務違反が、被攻撃者の防衛権限を基礎づけるのかという点についても、説明をなしうるように思われる。すなわち、「理性的なものとして、法的に論証するものとして攻撃者は、必要な反撃に対しては何も異論を唱えることはできない」からである。さらに、Jakobs の見解からは、攻撃者による攻撃が答責的であること、つまり従来の用語法でいえば、有責的である必要があることが帰結する<sup>441)</sup>。

このような Jakobs の見解は、基本的に適切なものであるように思われる。しかしながら、この見解に対しても、Hruschka および Renzikowski の見解と同様に、義務論的な説明方法からだけでは、緊急救助を適切に説明することができ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。この点、Jakobs が、「正当防衛(とその救助)は、攻撃された権利の

439) *Jakobs*, a. a. O. (Fn. 435), S. 15. (川口=飯島訳・前掲(注435)15頁〔川口訳〕)。

440) *Jakobs*, a. a. O. (Fn. 435), S. 15 f. (川口=飯島訳・前掲(注435)15頁以下〔川口訳〕)。

441) *Jakobs*, a. a. O. (Fn. 434), 12/17.

一形式であ」ると述べていることに鑑みれば<sup>442)</sup>、Jakobs は、おそらく緊急救助権限についても、攻撃された被攻撃者の権利から基礎づけようとするのであろう。確かに、Jakobs の見解からは、自己非人格化によって認められる強制権限の行使は、被攻撃者にのみ認められるとする必然性はない。そのため、緊急救助者が強制権限を行使しようという帰結を導くこと自体は、Jakobs の見解からも論理的には不可能ではない。しかしながら、そのような帰結を導くためには、いずれにせよ、攻撃者の非人格化という事情だけではなく、被攻撃者（あるいは緊急救助者）の強制権限にも着目した説明が不可避なものとなるように思われる。しかしながら、Jakobs の見解では、この点の説明がなお不十分であるように思われる。

つまり、正当防衛という法制度は、何故、被攻撃者が、攻撃者に対して反撃行為をなしようのかを問題とするものである以上、方法論的には、被攻撃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のである。それゆえ、これらの見解は、少なくとも方法論的には適切ではない。

## 第二款 被攻撃者の事情に着目する基礎づけ

次に、被攻撃者の事情に着目する基礎づけとして、被攻撃者の権利性から正当防衛を基礎づけようとする見解を挙げることができる<sup>443)</sup>。この見解は、被攻撃者の権利性から正当防衛を基礎づけようとしていることから明らかなおとおり、被攻撃者の権利を防衛対象とする考え方である。では、この権利性を持ち出すことによって、何故、正当防衛権を帰結することができるのであろうか。この見解の主張者である Armin Engländer

442) *Jakobs*, a. a. O. (Fn. 434), 12/7. なお付言すると、*Jakobs* は、別の箇所、法秩序の妥当性の確保は必要でないと言明しているため (*ders.*, a. a. O. (Fn. 434), 12/20.), 「法の主張」ではなく、「権利の主張」と訳出することとした。

443) この見解を主張するものとして、例えば、*Engländer*, a. a. O. (Fn. 31), S. 67 ff.; *Lesch*, a. a. O. (Fn. 31), S. 31 f.; *Ulfried Neumann*, Individuelle und überindividuelle Begründung des Notwehrrechts, in: Klaus Lüderssen u. a. (Hrsg.), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, 1991, S. 225.

は、主観的権利と強制権限の結合からこの点を説明しようとする。すなわち、主観的権利は、権利主体が例えば、生命、身体あるいは移動の自由のような特定の財を他者による侵害から保護することを保障する機能を有しており<sup>444)</sup>、また、権利主体に、権利の名宛人に対する個別的な請求権を与えするという<sup>445)</sup>。それゆえ、この権利は、権利の名宛人に対して、権利主体を侵害しないよう義務づけるが、この際、かかる義務が無視された場合に貫徹可能性がないとしてしまうと、主観的権利を認めた意義がほとんどなくなってしまう<sup>446)</sup>。それゆえ、この主観的権利は、差し迫っている危険から自身の自由を防衛することができる立場に被攻撃者を置く強制権限と結びつく<sup>447)</sup>。そしてこのことから、正当防衛権限が帰結するとされる。

以上のように Engländer は、主観的権利と強制権限の結合という観点から正当防衛権を帰結した上で、さらに Engländer は、人間の利益関心という観点から、このような帰結が正当であることを説明しようとする。Engländer によれば、規範は、人間の利益関心や欲求をより良い状態に向けて実現可能なものにするという目的を追求する人間の共同生活の手段として理解されるため、当該規範があらゆる関係者の利益になる場合、その規範は、——原理的には主観的な基礎に基づいて——間主観的に正当なものとして理解されるという<sup>448)</sup>。それゆえ、主観的権利も、それが妥当することについての利益関心が存することが示されうる場合に正当化されるという<sup>449)</sup>。そして、先に述べたような主観的権利（およびその貫徹可能性）は、あらゆる者が実際に、第一にそのような主観的権利を有すること、第

444) Armin Engländer, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch Kommentar, 2013, § 32 Rn.

4. 同様のことをより詳細に述べるものとして, ders., a. a. O. (Fn. 31), S. 71 f.

445) Engländer, a. a. O. (Fn. 444), § 32 Rn. 4. 同様のことをより詳細に述べるものとして, ders., a. a. O. (Fn. 31), S. 68 ff.

446) Engländer, a. a. O. (Fn. 444), § 32 Rn. 4.

447) Engländer, a. a. O. (Fn. 444), § 32 Rn. 4. さらに, Vgl. ders., a. a. O. (Fn. 31), S. 84 ff.

448) Engländer, a. a. O. (Fn. 31), S. 73 ff.

449) Engländer, a. a. O. (Fn. 31), S. 73 ff.

二にこの権利がコンフリクトにおいても貫徹することができることについて利益関心を有することによって基礎づけられるという<sup>450)</sup>。ただし、そのように基礎づけるためには、このような主観的権利が相互的に認められている必要があるという。すなわち、自身の財について最善の保護を得るためには、いかなる者も、自身と同等の保護が他者にも認められることを受け入れられなければならないとされる<sup>451)</sup>。

以上のような Engländer の見解からは、法益均衡性要件が不要であるという結論を導くことができるとされる<sup>452)</sup>。なぜならば、主観的権利と結びつけられた強制権限が法益の均衡性要件によって制約される場合、攻撃された権利主体は、相互的な権利と義務が存在しない状態（相手方から義務づけられないが、しかし自由に財を処分できることを保障されているわけではない状態）と比べてよりよい状態ではなく、より悪い状態に置かれてしまうからである<sup>453)</sup>。すなわち、先の場合、権利主体である被攻撃者は、場合によっては、攻撃者の義務違反による法益侵害を甘受するよう義務づけられることになる。しかし、それでは、主観的権利を承認する目的（他者の侵害から自身の正当な利益を保護し、自由に処分できるようにするという利益関心が実現されること）が達成されるどころか、むしろそれとは正反対の状態に置かれることになってしまうというのである<sup>454)</sup>。また、この見解からは、退避義務の原則的な不存在も帰結することができる<sup>455)</sup>。さらに、Engländer によれば、緊急救助は、被攻撃者の権利の援用という構成によって説明することができるという<sup>456)</sup>。すなわち、被攻撃者は自身の財の保護をより確実なものにするために他者による援助を受けることに

---

450) Engländer, a. a. O. (Fn. 444), § 32 Rn. 4.

451) Engländer, a. a. O. (Fn. 444), § 32 Rn. 4.

452) Engländer, a. a. O. (Fn. 444), § 32 Rn. 4.

453) Engländer, a. a. O. (Fn. 444), § 32 Rn. 4. さらに, Vgl. ders., a. a. O. (Fn. 31), S. 89.

454) Engländer, a. a. O. (Fn. 444), § 32 Rn. 4. さらに, Vgl. ders., a. a. O. (Fn. 31), S. 89.

455) Engländer, a. a. O. (Fn. 444), § 32 Rn. 22.

456) Engländer, a. a. O. (Fn. 31), S. 90 f.

ついて利益関心を有していることから、被攻撃者は、自身の防衛権限を他者に委託する主観的権利を有するというのである<sup>457)</sup>。

この Engländer の見解は、権利を衡量の対象として理解すべきではなく、人格の自由の領域を保障するための相互的な権利義務関係、および主観的権利と強制権限との結合という観点から理解すべきであることを示している点で重要である<sup>458)</sup>。しかしながら、この見解に対しては、以下のような二つの疑問を投げかけることができる。まず、Engländer は、人間の利益関心という観点から正当防衛権の成立範囲を帰結しようとしているが、そのような観点からだけでは、正当防衛権の成立範囲を一義的に画定することはでき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。例えば、Engländer は、個人の利益関心という観点から法益の均衡性要件が不要であることを帰結することができるとしているが、Engländer とは若干異なる想定を行えば、全く逆の帰結を導くことができるように思われる。すなわち、例えば、あらゆる者が自身の生命が保全されることについて最も強い利益関心を有していると想定すれば、あらゆる者は、正当防衛状況において、防衛者あるいは攻撃者のいずれの立場に置かれたとしても、より自身の生命が保全される状態をよりよいと考えるはずである。そしてこのような理解を前提とすれば、法益の均衡性要件を課すことによって、防衛者あるいは攻撃者のいずれの立場に置かれたとしてもより自身の生命が保全されやすい状態に置くことの方が、法益の均衡性要件を課さないことによって、財産を守るために必要であれば攻撃者の殺害すら許容するような状態になるよりもよりよい状態に置かれることになるはずである。このように、あらゆる者にとってどのような状態がよりよいかは、どのような人間の利益関心を想定するかによって判断が異なることになるように思われる。次に、飯島が既に指摘しているとおり、こうした法的強制権限を通じた権利の貫徹は、法秩序の存在とは無関係に論じることはでき

---

457) Engländer, a. a. O. (Fn. 31), S. 90.

458) 同様の認識を示すものとして、飯島・前掲(注41)158頁。

ないのではないかという疑問も投げかけることができる<sup>459)</sup>。なぜならば、あらゆる者が利益関心を有しているという主観的事情からだけでは、そのような利益関心を法的権利として保障すべき理由がただちに導かれないようには思われないからである。換言すれば、攻撃者と防衛者との間での自由の保障にかかわる権利義務関係が、法秩序との関係でどのような意義を有するのかという考察をも行ってはじめて、そのような利益関心が法的権利として保障するに値するのかが判断できるように思われるのである。

この意味で、この見解は、なお不十分なものととどまっているように思われる。

### 第五節 間人格的基礎づけ

間人格的な基礎づけは、人格間の法的関係性に着目することによって、正当防衛を基礎づけようとするものである。このような見解を主張する論者としては、Pawlik を挙げることができる。すなわち、Pawlik によれば、「被攻撃者は、自らの法的空間をその不尊重に対して防衛して」おり、また「被攻撃者は、自らの法的空間を防衛することによって、必然的に、その標準となるものを防衛している」という<sup>460)</sup>。このような Pawlik の説明からは、防衛対象は、被攻撃者の法的空間とその標準となるものということになるであろう。

では、何故、被攻撃者の法的空間を防衛する場合には、正当防衛が基礎づけられることになるのだろうか。この基礎づけにあたり、Pawlik は、「他の人格を尊重する義務」（尊重義務）の存在を出発点としている。それゆえ、まずもって何故、各人格は、尊重義務を負うのか、また尊重義務とはいかなる内容の義務なのかを明らかにする必要がある。そこで、以下では、Pawlik の正当防衛の基礎づけの検討に先立ち、この点を確認する。Pawlik によれば、「法、特に刑法の主な任務は、自らの洞察に従って自ら

---

459) 飯島・前掲（注41）158頁以下。

460) Pawlik, a. a. O. (Fn. 31), S. 265. (赤岩=森永訳・前掲（注150）66頁以下。)

の生活を送ることを市民に可能にすることにある。<sup>461)</sup>そして、そのことを可能にするためには、市民が、「自らの権利領域の不可侵性が他の人格によって尊重されるということを信頼できなければならない。」という<sup>462)</sup>。このことから、市民は、自らの権利領域の不可侵性を他の人格に尊重するよう要求できる反面、自らも他の人格に対する尊重義務を負うことになる。この尊重義務は、他の人格の権利領域への介入を行わない義務(介入禁止)だけでなく<sup>463)</sup>、自身の権利領域から帰属可能な態様で生じた他の人格に対する危険を積極的に中和する義務(中和義務)も内容としてされる<sup>464)</sup>。そして、Pawlikによれば、正当防衛の場合には、攻撃者は、被攻撃者の権利領域への受忍義務なき介入によって、被攻撃者の財を危険にさらしているにもかかわらず、その危険を中和する義務を履行していない。それゆえ、被攻撃者は、防衛するために必要な手段を講じることによって、本来、攻撃者がなすべき中和義務を代わりに行うことが許されるというのである<sup>465)</sup>。

Pawlikは、以上のように攻撃者の義務に着目した基礎づけを行っているが、さらに被攻撃者の防御権にも着目した基礎づけを行っている。その際、Pawlikは、Immanuel Kantの見解に依拠して、主観的権利と強制権限の概念的な結合から正当防衛権限を説明しようとする。すなわち、Kantによれば、「ある行為が、あるいは、ある行為の格率から見てその

461) Pawlik, a. a. O. (Fn. 399), S. 174. (翻訳として、飯島暢=川口浩一監訳「ミヒャエル・バヴリック『市民の不法』(7)」関西大学法学論集第65巻1号(2015年)176頁〔山下裕樹訳〕)。

462) Pawlik, a. a. O. (Fn. 399), S. 174. (飯島=川口監訳・前掲(注461)176頁〔山下訳〕。ただし、適宜原著から訳出した)。

463) Pawlik, a. a. O. (Fn. 399), S. 180. (飯島=川口監訳・前掲(注461)183頁〔山下訳〕)。

464) Pawlik, a. a. O. (Fn. 399), S. 180 ff. (飯島=川口監訳・前掲(注461)183頁以下〔山下訳〕)。

465) Pawlik, a. a. O. (Fn. 399), S. 237. (飯島=川口監訳・前掲(注399)386頁〔山本訳〕)。この際、攻撃者の中和義務は受忍義務へと変容することになるが、その本質は何ら変更されていない(*der.*, a. a. O. (Fn. 399), S. 237. (飯島=川口監訳・前掲(注399)386頁〔山本訳〕))。

者の選択意志の自由が、いかなる者の自由とも普遍的法則に従って両立できる」場合、その行為は正しい<sup>466)</sup>。そして、「自由の一定の行使自体が普遍的法則に従う自由の妨害（すなわち、不正）である場合、この行使に対置される強制は、自由の妨害を阻むものであり、普遍的法則に従う自由と調和する、すなわち、正しい。」<sup>467)</sup> Pawlik によれば、この Kant の説明は、二重否定、正当防衛に即していえば、被攻撃者は、自身の法的地位に対する否定を否定することによって自身の法的地位を取り戻すという構成を採用するものである<sup>468)</sup>。したがって、正当防衛行為者の強制権限は、被攻撃者の法的地位にその源泉を有することになり、この意味で、正当防衛権限は、「第二段階」の権限、つまり一定の場合に攻撃された個別な権利が行使される形式にすぎない<sup>469)</sup>。つまり、正当防衛権限は、被攻撃者の法的地位に内在する権限なのである。また、こうした権限が内在していなければ、違法な攻撃に対して暴力によって対抗することができないことになるが、それでは、あらゆる財は何ら価値を有さないことになってしまうというのである<sup>470)</sup>。以上のようにして、Pawlik は、主観的権利と強制権限の結合を説明し、また、その帰結として、「攻撃者は、自らに属する法的自由の領域をこえ、そして他者の法的空間へと侵入しようとしているのであるから、強制的な態様で排斥されてもよい」ことを導いている<sup>471)</sup>。

466) *Immanuel Kant, Die Metaphysik der Sitten*, in: Immanuel Kant Werkausgabe in zwölf Bänden (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft 190). Bd. 8, 1977, S. 337. (翻訳として、樽井正義＝池尾恭一訳『人倫の形而上学』（岩波書店・2002年）49頁〔樽井正義訳〕。ただし、適宜原著より訳出した。)

467) *Kant*, a. a. O. (Fn. 466), S. 338 f. (樽井＝池尾訳・前掲（注466）50頁〔樽井訳〕。ただし、適宜原著より訳出した。なお、圏点強調は、原著の隔字体による。)

468) *Pawlik*, a. a. O. (Fn. 399), S. 239. (飯島＝川口監訳・前掲（注399）389頁〔山本訳〕。)

469) *Pawlik*, a. a. O. (Fn. 399), S. 239. (飯島＝川口監訳・前掲（注399）389頁〔山本訳〕。付言すると、このように理解されるからこそ、Pawlik の見解からは、防衛対象が、法的地位、すなわち被攻撃者の法的空間とその標準となるものということになるのである。)

470) *Pawlik*, a. a. O. (Fn. 399), S. 240 f. (飯島＝川口監訳・前掲（注399）389頁以下〔山本訳〕。)

471) *Pawlik*, a. a. O. (Fn. 399), S. 238. (飯島＝川口監訳・前掲（注399）388頁〔山本訳〕。)

ただし、「攻撃者は法的人格であり、また法的人格であり続ける」ので<sup>472)</sup>、攻撃者による攻撃は、攻撃者と被攻撃者を自然状態に連れ戻すのではなく、あくまでも法状態における事象として論じられることになるのである<sup>473)</sup>。

以上のような理解からは、正当防衛の成立範囲が必要性要件に基づいて判断されることが帰結する<sup>474)</sup>。すなわち、正当防衛行為者は、同程度の効果を有する複数の手段を用いることができる場合には、その中から最小限度の手段を選択しなければならない<sup>475)</sup>。なぜならば、正当防衛行為者は、攻撃者と防衛者との間の継続した法関係（つまり、当該コンフリクト以外の場面では、なお相互に法的人格として尊重しあう関係にあること）に基づいて、不必要に峻厳な手段を講じてはならないからである<sup>476)</sup>。また、こうした理解からは、法益の均衡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。なぜならば、法益の均衡性要件を課すことは、被攻撃者の正当防衛権限を後退させることを意味するが、それでは、被攻撃者の主観的権利を効果的に防衛することを不可能にしてしまうからである<sup>477)</sup>。また、Pawlik は、緊急救助について自身の見解を明言してはいない。しかし、Pawlik の正当防衛構想が、先に述べたような Kant の説明に依拠していることに鑑みれば、おそらく、この点も Kant 的に理解されることになるであろう。すなわち、緊急救助者は、法的地位——代替できない普遍的なもの（Kant の表現に即していえば、普遍的法則）——を防衛していることから、被攻撃者と同等の権限を有することになると解するのである<sup>478)</sup>。

以上のような Pawlik の基礎づけは、尊重思想に基づく相互的な権利義

472) Pawlik, a. a. O. (Fn. 399), S. 238. (飯島=川口監訳・前掲(注399) 388頁〔山本訳〕)。

473) Pawlik, a. a. O. (Fn. 399), S. 238 f. (飯島=川口監訳・前掲(注399) 388頁〔山本訳〕)。

474) Pawlik, a. a. O. (Fn. 399), S. 242. (飯島=川口監訳・前掲(注399) 393頁〔山本訳〕)。

475) Pawlik, a. a. O. (Fn. 399), S. 242 f. (飯島=川口監訳・前掲(注399) 393頁〔山本訳〕)。

476) Pawlik, a. a. O. (Fn. 399), S. 242. (飯島=川口監訳・前掲(注399) 393頁〔山本訳〕)。

477) Pawlik, a. a. O. (Fn. 399), S. 245. (飯島=川口監訳・前掲(注399) 396頁〔山本訳〕)。

478) Vgl. Pawlik, a. a. O. (Fn. 31), S. 272. (赤岩=森永訳・前掲(注150) 71頁以下)。

務関係を、攻撃者の義務と被攻撃者の権利の両面から描き出すものであり、また、この意味で個人主義を超えた間人格的な基礎づけを展開している点で優れたものとなっている。これによって、Pawlik は、正当防衛の峻厳さや、緊急救助が正当防衛の枠組みにおいて正当化されることを説明することに成功するのである。もっとも、以上までの基礎づけは、なお当該コンフリクトにおける攻撃者と被攻撃者の二者間の関係性を描き出したものにとどまる。それゆえ、Pawlik は、正当防衛の基礎づけではなく、正当防衛の制限という段階では、先のような二者間の関係性だけでなく、それを超えた関係性からも考察されなければならないとする。

この点を考察するにあたって重要となるのは、「自らの洞察に従って自らの生活を送ることを市民に可能にする」ことは、尊重思想からだけでなく、「人格的存在の基本的現実条件の保証」という思想からも基礎づけられなければならないという事情である。すなわち、Pawlik によれば、「自ら決定して生活を送ることは、非常に多くの前提を必要とするプロジェクトであり、「他者の尊重」によって実現される安定した外部的関係だけではなく、そのような生活を送ることを可能にする条件をなすインフラ的な枠組み条件を整備しなければならない<sup>479)</sup>。それゆえ、市民は、具体的に現実的に自由であることの状態を維持するコストを自身の負担を負うことを義務づけられることになるというのである。

Pawlik によれば、このような義務の第一義的な現れは、国家的に組織化された法の貫徹の優位を尊重しなければならないとする点にあるが、このことは、正当防衛の脈絡においても、正当防衛の「補充的性格」を基礎づけるといえる。すなわち、国家が裁判的、あるいは警察的手続きにおいて、コンフリクトを解決するための道筋をつけている場合には、緊急権を終わらせるのである<sup>480)</sup>。さらにかかる義務は、一方の市民が、公共の代

479) Pawlik, a. a. O. (Fn. 399), S. 186 f. (飯島 = 川口監訳・前掲 (注461) 190頁以下 [山下訳])。

480) Pawlik, a. a. O. (Fn. 399), S. 244. (飯島 = 川口監訳・前掲 (注399) 395頁以下 [山本訳])。

表者として他方の市民に配慮しなければならないという形でも現れるという<sup>481)</sup>。この公共の代表者としての配慮義務という構成からは、攻撃者の態度が、法共同体に対する攻撃者の協働義務の無視として現れない場合（攻撃者が責任なく攻撃した場合、あるいは社会的に相当な範囲を非本質的にしか逸脱していない場合）には、正当防衛の成立が制限されることが帰結するといふ<sup>482)</sup>。また、同様の構成から、著しい不均衡がある場合にも正当防衛の成立が制限されることが帰結するといふ<sup>483)</sup>。なぜならば、「攻撃者は、この場合、過去における推定された自らの法への忠誠(Rechtstreue)に対する一種の報奨およびいわばその者に将来期待される法忠誠的な態度に関する前払いを受け取る」からである<sup>484)</sup>。

以上のような Pawlik の構想は、当該コンフリクト状況における攻撃者と被攻撃者の関係性に正当防衛の基礎づけを求めつつ、正当防衛の成立範囲を画定するにあたっては、それを超えた関係性、すなわち、攻撃者と防衛者の継続した法関係や法秩序との関係性までを考慮に入れなければならないことを説得的に示しているといえる。

## 第六節 小 括

ドイツにおいて従来、通説とされてきたのは、二元主義的基礎づけであった。その背景には、個人主義的基礎づけ、あるいは超個人主義的基礎づけによるだけでは、正当防衛の正当化根拠を適切に基礎づけえないという事情があった。すなわち、一方で個人主義的基礎づけによるだけでは、緊急救助を説明することができない、あるいは被攻撃者が原則的に侵害退

481) かかる義務の基礎づけに関して詳細には、Pawlik, a. a. O. (Fn. 399), S. 190 ff. (飯島＝川口監訳・前掲(注461) 195頁以下〔山下訳〕)。

482) Pawlik, a. a. O. (Fn. 399), S. 245 f. (飯島＝川口監訳・前掲(注399) 397頁以下〔山本訳〕)。

483) Pawlik, a. a. O. (Fn. 399), S. 246 f. (飯島＝川口監訳・前掲(注399) 398頁〔山本訳〕)。

484) Pawlik, a. a. O. (Fn. 399), S. 246. (飯島＝川口監訳・前掲(注399) 398頁〔山本訳〕ただし、適宜原著より訳出した。)

避義務又は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。他方で、超個人主義的基礎づけによるだけでは、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ってしまう。そこで、ドイツの通説は、双方の基礎づけを組み合わせることによって問題の解決を図ろうとした。しかしながら、その試みは、基礎づけとしては成功していない。なぜならば、双方の基礎づけを重畳的關係として理解する場合には、個人主義的基礎づけのみによる場合と同様の問題を抱えることになり、また択一的關係として理解する場合には、超個人主義的基礎づけによる場合と同様の問題を抱えることになるからである。

以上のような従来の見解に対して、近時の個人主義的な基礎づけが再評価されるに至った。そこでは大別して、攻撃者の答責性に着目する基礎づけと、被攻撃者の権利性に着目する基礎づけが主張されるに至った。これらの見解はいずれも、従来の見解とは異なり、正当防衛において財の均衡性要件が原則的に課されないこと、また侵害退避義務が原則的に課されないことを示すことができる点で優れている。もっとも、攻撃者の答責性に着目する基礎づけ、より正確には、攻撃者の義務に着目する見解は、その論理内在的には、緊急救助を説明することができないという難点を孕んでおり、また被攻撃者の権利性に着目する基礎づけは、法秩序との関係性を十分に明らかにすることができていない点で不十分なものであった。これに対して、間人格的な基礎づけは、攻撃者と被攻撃者の法的関係性に着目し、攻撃者の義務と被攻撃者の権利性の両面から正当防衛を基礎づけることによって、正当防衛の峻厳さも緊急救助も適切に説明することができる。また、この基礎づけは、当該コンフリクトにおける攻撃者と被攻撃者の法的関係性のみに着目するだけでなく、それを超えた法的関係性にも着目することによって、法秩序との関係性をも明らかにしようとしている。この点で、先に挙げた被攻撃者の権利性に着目する基礎づけよりも優れている。以上のような近時のドイツの議論状況は、わが国の議論にとって示唆的である。というのも、わが国における議論は、第一章第六節において

も述べたとおり、正当防衛権の内容をなお十分に明確にできておらず、また法秩序との関係性の検討も不十分なものとどまっているからである。

とはいえ、このような近時のドイツの議論状況を正確に理解した上で、わが国に示唆を得ようとするためには、その理論的背景まで探究する必要があるだろう。この背景を探究する上で参考となり得るのが、個人主義的基礎づけを再評価する見解、あるいは間人格的基礎づけの論者が、理論史的観点からしても、正当防衛の根拠を個人主義的あるいは間人格的に基礎づけるべきであると主張している点である。すなわち、この見解の主張者によれば、「法は不法に譲歩する必要はない」という Berner のテーゼは、個人主義的基礎づけ、あるいは間人格的基礎づけを表すものであると主張するのである。ところが、従来、Berner の見解は、超個人主義的基礎づけを基礎づけるものとして位置づけられてきた。そのため、果たして、Berner の見解が、個人主義的基礎づけあるいは間人格的基礎づけを支持するものとして評価できるのかが問題となる。そこで、次章では、Berner の正当防衛理論を確認していくこととしたい。