

正当防衛の正当化根拠について（3）

——「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 (以上, 367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

第一款 Berner の正当防衛論の出発点——正当防衛と緊急避難の区別

第二款 Berner 説における正当防衛の正当化根拠

第三款 Bernerの正当防衛論の意義——同時代の他説との比較検討を
通じて

第一項 社会契約説的構成を採用する見解との相違

* 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 正当防衛を「不法の否定」のための防衛義務として構成する見解との相違

第三節 Berner の正当防衛論からの帰結

第四節 小 括 (以上、本号)

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

本章では、Berner の正当防衛の正当化根拠論の検討を行う。その際、まずもって検討されなければならないのが、「法は不法に譲歩する必要はない」という Berner の命題の意味内容、とりわけこの命題における「法」の意味内容である⁴⁸⁵⁾。というのも、ここでいう「法」が客観法、つまり法秩序そのものを意味するのだとすれば、Berner は、(現在でいうところの) 超個人主義的基礎づけの主張者であったことになるが、これに対して、ここでいう「法」が主観法、つまり被攻撃者の権利を意味するのであれば、Berner は、(現在でいうところの) 個人主義的基礎づけ、あるいは間人格的基礎づけの主張者であったことになるからである。そこで以下では、まずこの点について検討することとしたい⁴⁸⁶⁾。

485) もちろん、この命題でいうところの「不法」、あるいは「譲歩する必要はない」の意味内容も検討する必要はある。しかしながら、これらの点については、Berner の正当防衛の正当化根拠論を明らかにした上で検討を行う方が Berner 説の含意を明確に示すことができる。そのため、これらの意味内容は、本節ではなく、第三章第三節において検討することとした。

486) ただし、この検討によって、Berner が超個人主義的基礎づけ、あるいは個人主義的

周知のとおり、「法は不法に譲歩する必要はない」という Berner の命題は、正当防衛の正当化根拠と関係させる形で、ドイツおよびわが国において頻繁に引用されてきた。そして従来理解によれば、この命題における「法」とは、客観法、つまり法秩序全体を意味し、それゆえにこの命題は、正当防衛の正当化根拠として、超個人主義的基礎づけを擁護するものとして理解されてきた⁴⁸⁷⁾。例えば、Volker Haas によれば、「この法格言〔引用者記す：「法は不法に譲歩する必要はない」〕は、まさしく文字通り、法 („das“ Recht) と不法 („das“ Unrecht) が問題となっているのであって、具体的に脅かされた正当な個人の利益が問題となっているわけではないというように理解される。」という⁴⁸⁸⁾。これに対して、近時、ドイツで有力に主張されているのが、先の Berner の命題にいう「法」とは、主観法、つまり権利ないしは具体的な法的地位を意味するという理解である⁴⁸⁹⁾。この理解によれば、先の命題は、正当防衛の正当化根拠として、——前述した従来理解とは異なり——個人主義的基礎づけ、あるいは間人格的基礎づけを擁護するものとして理解されることになる。

では、いずれの理解が正当であろうか。この点を明らかにするために

↘基礎づけもしくは間人格的基礎づけのいずれを主張していたかは明らかになるが、Berner が正当防衛の正当化根拠をどのように考えていたかは明らかとならないことに留意を要する。というのも、超個人主義的基礎づけか個人主義的基礎づけ（あるいは、間人格的基礎づけ）かという区分は防衛対象に応じて判断されるのに対して、正当防衛の正当化根拠は、何故、防衛行為者（ないし緊急救助者）が侵害者に対して防衛することが許されるのかの検討をも要するからである。なお、このような防衛対象と正当防衛の正当化根拠の区別に関しては、序章第二節を参照。

487) このような理解を示すものとして、例えば、*Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Fn. 339), § 32 Rn. 1. (同書の翻訳として西原編訳・前掲 (注339) があるが、該当箇所翻訳は省略されている。)。さらに、わが国において同様の理解を示すものとして、例えば、橋爪・前掲 (注1) 35頁以下、山中・前掲 (注1) 26頁など。

488) *Haas*, a. a. O. (Fn. 329), S. 145.

489) このような主張を行うものとして、例えば、*Engländer*, a. a. O. (Fn. 31), S. 67 f.; *Kindhäuser*, a. a. O. (Fn. 31), S. 495 f., *Pawlik*, a. a. O. (Fn. 31), S. 292 f. (赤岩=森永訳・前掲 (注31) 154頁)、*Lesch*, a. a. O. (Fn. 31), S. 82 ff.

は、序章でも述べたとおり、Berner が、「法は不法に譲歩する必要はない」と述べた文脈を具体的に確認する必要がある。この点につき、Berner は、以下のように述べている。すなわち、「正当防衛権の根拠が、法が不法に譲歩する必要はない点に存在するのだとすれば、そのことから明らかに、単に自分自身のためだけでなく、権利が攻撃されている全ての他者のためであっても、正当防衛権が生じる。」⁴⁹⁰⁾ この記述からは、緊急救助の場合、緊急救助者には、「権利が攻撃されている」他者を救助する権限が認められるということを知ることができるが、法秩序の防衛が問題となっていると読み取ることは難しい⁴⁹¹⁾。また Berner は、先の記述の数行後に、「私の権利を攻撃するあらゆる者に対して、私は、私の拳によって反撃する権利を有する。」と述べているが⁴⁹²⁾、この記述からも、被攻撃者が、自身の権利を攻撃されている場合には防衛権限が認められるということ以上のことを読み取ることはできない。以上に鑑みれば、Berner は、明らかに普遍的な法、つまり法秩序全体の防衛を問題としているのではなく、実際に攻撃されている個別的・具体的な権利、つまり具体的な法的地位の保護を問題としている⁴⁹³⁾。このことは、Berner の別の記述に着目したとしても同様である。Berner は、別の箇所ですべて述べている。すなわち、「緊急避難においては、対立しているより小さな権利の犠牲によって維持されてもよいという、より広く、より大きな権利が存在する。正当防衛においては、あらゆる不法 (jedes Unrecht) に対して、無条件に防衛してもよいというあらゆる権利 (jedes Recht) が存在する。」⁴⁹⁴⁾ このあらゆる権利 (jedes Recht) という記述からも明らかのように、Berner は、(単一の存在として想定される) 普遍的なものとしての法ではなく、(複

490) Berner, a. a. O. (Fn. 27), S. 562. なお、圏点強調は、原著の隔字体による。

491) 同様の指摘を行うものとして、Pawlik, a. a. O. (Fn. 31), S. 292. (赤岩 = 森永訳・前掲(注31) 154頁)。

492) Berner, a. a. O. (Fn. 27), S. 562.

493) Kindhäuser, a. a. O. (Fn. 31), S. 496.

494) Berner, a. a. O. (Fn. 27), S. 554. なお、圏点強調は、原著の隔字体による。

数の存在を観念することができる）個別のかつ具体的な権利を問題としているのである⁴⁹⁵⁾。

以上に鑑みれば、Berner は、「法は不法に譲歩する必要はない」という命題にいう「法」とは主観法、つまり権利ないしは具体的な法的地位を意味すると理解していたと考えられる。換言すれば、先の命題は、「(被攻撃者の)主観的法(権利)は、(攻撃者の)不法に譲歩する必要はない」という意味で理解されるのである。したがって、Berner の見解からすれば、防衛対象は、被攻撃者の主観的権利ということになる。またこの意味で、Berner の見解は、正当防衛の正当化根拠として、現在でいうところの超個人主義的基礎づけを主張するものではなく、個人主義的基礎づけ、あるいは間人格的基礎づけを主張するものであったといえよう。

もっとも、以上の検討からは、Berner がこの命題を持ち出すことによって何を論証しようとしたのかが明らかとなるわけでもなければ、Berner が正当防衛の正当化根拠をどのように理解していたのかが明らかとなるわけでもない。そこで、次節以降ではこれらの点について検討することとしたい。

第二節 Berner の正当防衛論

第一款 Berner の正当防衛論の出発点——正当防衛と緊急避難の区別

Berner は、「法(権利)は不法に譲歩する必要はない」という命題を持ち出すことによって何を述べようとしていたのか。この点を検討する上で注目に値するのは、Berner が、緊急避難との区別から正当防衛概念を明らかにしようとして試みている点である。そこで、以下では、まず、Berner

495) *Engländer*, a. a. O. (Fn. 31), S. 68.; *Lesch*, a. a. O. (Fn. 31), S. 83 f.; *Pawlik*, a. a. O. (Fn. 31), S. 292 f. (赤岩 = 森永訳・前掲(注31) 153頁)。わが国の文献において同様の理解を示すものとして、朴秉植「正当防衛の本質について——自己保全原理と法確証原理の法哲学的考察」明治大学大学院紀要第27集法学篇(1990年) 260頁、村井敏邦「正当防衛の限界とその過剰：歴史的考察」一橋大学研究年報・法学研究 8号(1972年) 445頁以下。なお、村井は、この限りで Berner の自由主義者としての側面を高く評価している。

が正当防衛と緊急避難をどのように区別しているかについて確認することとしたい。

Berner によれば、「対置であるところの法的緊急 (Rechtsnoth) と自然的緊急 (Naturnoth) が、正当防衛と緊急避難の区別メルクマールに含まれている。」という⁴⁹⁶⁾。すなわち、何かしらの権利が自然の暴威 (Naturgewalt) によって危殆化される場合、換言すれば、権利が法的にではなく、事実に危殆化されるにすぎない場合には、緊急避難の成否が問題となる。これに対して、何かしらの権利が、(法(権利)を侵害することができる) 思考している存在 (denkenden Wesen) によって危殆化される場合、換言すれば権利が法的に侵害されている場合には、正当防衛の成否が問題となるというのである⁴⁹⁷⁾。Berner によれば、この理解からすれば、対物防衛の場合には、正当防衛ではなく、緊急避難が成立することになるという。「というのは、襲いかかってくる動物は、自然の暴威のカテゴリーに属して」いるからである⁴⁹⁸⁾。ただし、Berner によれば、緊急避難は自然の暴威によって危殆化される場合に限って認められるわけではない。Berner は、その具体例として強要緊急避難を挙げる⁴⁹⁹⁾。すなわち、「例えば、ある人間の脅迫によって、他人の権利を攻撃するか、あるいはより高い自らの権利、場合によっては自らの生命すらも放棄しなければならない状況に置かれる場合」⁵⁰⁰⁾、被脅迫者は、自由意思がなかったという理由では不可罰とならない。なぜならば、「その脅迫が、死ぬかその他の可罰的な行為を行うかの選択を被脅迫者に委ねる場合、被脅迫者は、なお死ぬことを選択できる」からである⁵⁰¹⁾。それにもかかわらず、この場合に、被攻撃者の不可罰を導こうとするならば、緊急避難によって不可罰とする

496) Berner, a. a. O. (Fn. 27), S. 552. なお、圏点強調は、原著の隔字体による。

497) Berner, a. a. O. (Fn. 27), S. 552 f.

498) Berner, a. a. O. (Fn. 27), S. 553. なお、圏点強調は、原著の隔字体による。

499) Berner, a. a. O. (Fn. 27), S. 553 f.

500) Berner, a. a. O. (Fn. 27), S. 553.

501) Berner, a. a. O. (Fn. 27), S. 554. なお、圏点強調は、原著の隔字体による。

ほかないというのである⁵⁰²⁾。したがって、Berner は、緊急避難と正当防衛の関係性を自然的緊急と法的緊急の対置として捉えるが、思考している存在の攻撃によって惹起された緊急避難をも肯定するのである。

このように法的緊急と自然的緊急という対比は完全なものではないため、Berner は、Julius Friedrich Heinrich Abegg にならって⁵⁰³⁾、緊急避難の場合には権利と別の権利が対立するのに対して、正当防衛の場合には権利と不法が対立するという区別をも承認する⁵⁰⁴⁾。Berner によれば、この区別は、以下のことを意味するという。すなわち、「緊急避難においては、対立しているより小さな権利の犠牲によって維持されてもよいという、より広く、より大きな権利が存在する。正当防衛においては、あらゆる不法に対して、無条件に防衛してもよいというあらゆる権利が存在する。」⁵⁰⁵⁾。Berner によれば、この区別からしても、対物防衛の場合には緊急避難が成立しうるにすぎないことになるという⁵⁰⁶⁾。なぜならば、「動物は、私を侵害することができるが、その侵害によって不法が私に差し迫るわけではない」からである⁵⁰⁷⁾。「この場合、動物は、他人の所有物として、つまり、他人の権利として問題になるにすぎない。」⁵⁰⁸⁾。

以上で確認してきたように、Berner は、緊急避難と正当防衛の区別について、二つの異なる区別を承認していた。第一の区別は、緊急避難が自然的緊急であるのに対して、正当防衛は法的緊急であるとするものである。これに対して、第二の区別は、緊急避難の場合には、ある権利と別の権利が対立しているのに対して、正当防衛の場合には、権利と不法が対立

502) Berner, a. a. O. (Fn. 27), S. 554.

503) Julius Friedrich Heinrich Abegg, Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft, 1836, § 107 ff. の記述を参照。

504) Berner, a. a. O. (Fn. 27), S. 554.

505) Berner, a. a. O. (Fn. 27), S. 554. なお、圏点強調は、原著の隔字体による。

506) Berner, a. a. O. (Fn. 27), S. 554.

507) Berner, a. a. O. (Fn. 27), S. 554.

508) Berner, a. a. O. (Fn. 27), S. 554. なお、圏点強調は、原著の隔字体による。

しているとするものである。

では、Berner は、これらの区別を持ち出すことによって、正当防衛概念をどのようなものとして理解したのであろうか。この点についての Urs Kindhäuser の分析によれば、Berner は、これらの区別から、正当防衛の構造が（例えば、自己保存本能のような心理学的要素を持ち出す場合のように事実にではなく）純粋に法的に把握されることを示そうとしたという⁵⁰⁹⁾。このような Kindhäuser の理解が適切であることは、先の二つの区別を確認することによって明らかになる。先にも述べたとおり、第一の区別は、何かしらの権利が、（自然災害などによって）事実に危殆化されただけでなく、（思考している存在の攻撃によって）法的に危殆化された場合にはじめて、正当防衛の成否が問題となるとするものであった。つまり、この第一の区別は、明らかに正当防衛状況が自然的、事実的なコンフリクトではなく、法的なコンフリクトであるという理解を前提としているのである。また緊急避難の構造を権利と別の権利の対立と捉え、正当防衛の構造を権利と不法の対立と捉える点で、第二の区別も、正当防衛状況は、権利と不法が衝突する法的コンフリクトであることを前提としている。このように、Berner は、正当防衛を権利と不法が対立する法的コンフリクトと理解することによって、正当防衛の構造が純粋に法的に把握されることを示したのであった。

では、このような法的コンフリクトは、どのように解決されるべきなのだろうか。この問いに対する Berner の答えは、次のようなものである。すなわち、「緊急避難においては、対立しているより小さな権利の犠牲によって維持されてもよいという、より広く、より大きな権利が存在する。正当防衛においては、あらゆる不法（jedes Unrecht）に対して無条件に防衛してもよいというあらゆる権利（jedes Recht）が存在する」⁵¹⁰⁾。つまり、Berner は、緊急避難の場合、いわば利益衡量的に解決されるべきである

509) Kindhäuser, a. a. O. (Fn. 31), S. 496.

510) Berner, a. a. O. (Fn. 27), S. 554. なお、圏点強調は、原著の隔字体による。

とするのに対して、正当防衛の場合には、権利の側が、不法の側に対して無条件に防衛を行いうるという解決を示すのである。この Berner の説明は、緊急避難と正当防衛の場合ではコンフリクトの構造に相違があるので、異なる法的ルールによって解決されるべきであるということを示している⁵¹¹⁾。そして、正当防衛の場合に妥当するルールこそが、あらゆる権利は、「あらゆる不法に対して無条件に防衛してもよい」というものであり、また「法（権利）は不法に譲歩する必要はない」という命題なのである。

以上の検討からは、第一に、Berner は、正当防衛と緊急避難を対比した上で、正当防衛の構造を（例えば、自己保全本能という観点を持ち出す場合のように）心理学的・事実にではなく、純粹に法的に把握すべきであることを示そうとしていたことが明らかとなった⁵¹²⁾。第二に、Berner は、権利と不法が対立する法的コンフリクトの解決のために妥当する法的ルールとして「法（権利）は不法に譲歩する必要はない」という命題を持ち出していたことが明らかとなった。もっとも、何故、正当防衛の場合には、「あらゆる不法に対して無条件に防衛してもよいというあらゆる権利が存在する」、あるいは「法（権利）は不法に譲歩する必要はない」という法的ルールが妥当するのかがいまだ明らかとなっていない⁵¹³⁾。そこで、次款では、Berner がどのような正当防衛の正当化根拠を展開しているのかを確認することとしたい。

第二款 Berner 説における正当防衛の正当化根拠

Berner は、正当防衛の基礎づけに際して、次のような論述を行っている。すなわち、「正当防衛は、不法が無（Nichtig）であるのに対して、法

511) 同趣旨の分析を行うものとして、*Kindhäuser*, a. a. O. (Fn. 31), S. 496.

512) このように理解するからこそ、Berner は、「正当防衛は、自己防衛（Selbstverteidigung）ではなく、権利防衛（Rechtsverteidigung）である。」と述べた上で、自己の防衛だけでなく、他人の防衛（救助）のためであっても正当防衛が成立すると述べるのである（*ders.*, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes*, 18. Aufl., 1898, S. 109.）。

513) *Berner*, a. a. O. (Fn. 27), S. 554. なお、圏点強調は、原著の隔字体による。

——というのも、私の生命に対する不正な攻撃者に、私とその者の生命を奪うことによって防衛すること（正当防衛権（*ius inculpatae tutelae*））、つまり節度をわきまえる（*moderamen*）よう忠告することが、法ではなく、もっぱら倫理に属する場合が問題となるのではなく、私に対して何も行っていない者に対する暴力が許されるということが問題となるからである。』⁵¹⁷⁾。Kant は、この記述によって、緊急避難に権利性を認めてしまうと、法論が自己矛盾を孕むことになってしまうことを論証しており、またその理由づけの際に、不正な攻撃者に対する防衛である正当防衛が問題になっているわけではないことを強調している。逆からいえば、Kant の見解からすれば、正当防衛に権利性を認めることは、法論に自己矛盾をひきおこさないのである。つまり、Kant は、緊急避難との対比という形で間接的にはあるが、自身の法論、つまり自身の法概念から正当防衛を（自己矛盾をひきおこすことなく）説明できることを示していたのである。

では、Kant の法概念からは、正当防衛はどのように説明されることになるのだろうか。Kant によれば、「法とは、そのもとで一方の選択意志が他方の選択意志と自由の普遍的法則に従って統合されることを可能にする諸条件の総体である。』⁵¹⁸⁾。この定式化によって、Kant が示そうとしているのは、法とは、すべての人々に対して平等に外的自由（他者の強制的な選択意志に左右されないこと）を認めることができるような条件の総体であるということである⁵¹⁹⁾。つまり、Kant の法概念は、他者から干渉されない権利、いわゆる「消極的」自由に関する問題を取り扱うものである。

517) Kant, a. a. O. (Fn. 466), S. 343. (樽井=池尾訳・前掲（注466）54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。)

518) Kant, a. a. O. (Fn. 466), S. 337. (樽井=池尾訳・前掲（注466）48頁以下〔樽井訳〕。)

519) 同様の理解を示すものとして例えば、Otfried Höffe, Immanuel Kant, 1983, S. 212 f. (薮木英夫訳『イマヌエル・カント』（法政大学出版局・1991年）226頁。); Wolfgang Kersting, Wohlgeordnete Freiheit, 3. Aufl., 2007, S. 81. (舟場保之=寺田俊郎監訳『自由の秩序』（ミネルヴァ書房, 2013年）60頁〔桐原隆弘訳〕。)

Kantによれば、このような法概念は強制権限と結びつくと思われるが、Kantは、このことを「外的自由をもった共同生活を矛盾なく可能にするという法の課題から直接に、どんな補助的な仮定もなしに」帰結する⁵²⁰⁾。すなわち、「ある行為が、あるいはある行為の格率から見てその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⁵²¹⁾。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。」⁵²²⁾。このようにKantは、二重否定という思考方法を用いて⁵²³⁾、自由の妨害を阻むような強制を正当化する。つまり、Kantの見解からすれば、正当防衛はこのような正当化された強制の行使の一態様に他ならない⁵²⁴⁾。そして、このような理解からは、「強制は、それが不正を退ける限りにおいて正当であり、それを越える強制はすべて不当である。」という帰結が導かれることになる⁵²⁵⁾。それゆえに、Kantの見解からは、正当防衛権の行使の範囲も、不法の侵害を退けるために必要な限度

520) Höffe, a. a. O. (Fn. 519), S. 217. (藪木訳・前掲(注519) 231頁。)

521) Kant, a. a. O. (Fn. 466), S. 337. (樽井=池尾訳・前掲(注466) 49頁〔樽井訳〕。ただし、適宜原著より訳出した。なお、圏点強調は、原文の隔字体による。)

522) 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、原文の隔字体による。)

523) この点については、第二章第五節も参照。

524) 同様の理解を示すものとして、例えば、Kindhäuser, a. a. O. (Fn. 31), S. 500 f.; Pawlik, a. a. O. (Fn. 31), S. 267 f. (赤岩=森永訳・前掲(注150) 68頁以下)。さらに、わが国の文献において同様の理解を示すものとして、飯島・前掲(注41) 205頁、朴・前掲(注495) 253頁以下、村井・前掲(注495) 429頁以下。これに対して、「自己(ないし個人)保存の原則」の支持者としてKantを理解するのは、Krause, a. a. O. (Fn. 28), S. 74 ff. さらに、わが国において同様の理解を示すものとして、津田重憲『緊急救助の研究』(成文堂・1994年) 258頁、山中・前掲(注1) 24頁。この理解によれば、Kantは、Thomas Hobbesをはじめとした社会契約説的な構成と全く異ならない理解を行っていたことになる。しかしながら、それでは、本文中で述べたような法概念と強制権限の結合というKantの正当防衛論で最も核心をなすポイントを看過することになってしまうだろう。

525) Höffe, a. a. O. (Fn. 519), S. 217. (藪木訳・前掲(注519) 232頁。)

で認められることになる⁵²⁶⁾。また、一般に、侵害退避義務が課されないことも帰結する⁵²⁷⁾。なぜならば、退避は、自らの権利領域の防衛ではなく、その放棄を意味するからである⁵²⁸⁾。

一応のところ、正当防衛に言及を行っている Kant と異なり、Hegel は、既に多くの論者によって指摘されているように直接的には正当防衛に言及していない⁵²⁹⁾。それにもかかわらず、多くの論者が指摘しているように、Hegel の考え方からすれば、法（権利）の現実性と不法の非現実性という対置が正当防衛の出発点をなすことになる⁵³⁰⁾。では、この対置から、正当防衛権はいかにして基礎づけられるのであろうか。以下では、この点を検討するが、それに先立ち、Hegel が述べる「法（権利）の現実性」とは何を意味するのかを確認しておくこととする。Hegel によれば、「法（権利）」とは、「自由な意志の定在（Dasein）」を意味する⁵³¹⁾。ただし、この「自由な意志の定在」は、抽象法（権利）、道徳、人倫（つまり、家族、

526) Pawlik, a. a. O. (Fn. 31), S. 273. (赤岩＝森永訳・前掲（注150）73頁。)

527) Pawlik, a. a. O. (Fn. 31), S. 273. (赤岩＝森永訳・前掲（注150）73頁。)

528) Pawlik, a. a. O. (Fn. 31), S. 273. (赤岩＝森永訳・前掲（注150）73頁。)

529) このような指摘を行うものとして、Bitzilekis, a. a. O. (Fn. 252), S. 38. さらに、わが国の文献において同様の指摘を行うものとして、例えば、津田重憲『正当防衛の研究』（時潮社・1985年）110頁注20、朴・前掲（注495）258頁、橋爪・前掲（注1）35頁、村井・前掲（注495）439頁。

530) このような理解を示すものとして、例えば、Bernier, a. a. O. (Fn. 27), S. 557.; Hugo Hälschner, Das preußische Strafrecht, Bd. 2, 1858, S. 253.; August Wilhelm Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechtes, 6. Aufl., 1857, S. 41.; Christian Reinhold Köstlin, System des deutschen Strafrechts, Abt. I, AT, 1855, S. 75 f.; Karl Ludwig Michelet, System der philosophischen Moral, 1828, S. 161.; Heinrich Ferdinand Richter, Das philosophische Strafrecht, 1829, S. 136. さらに近時の文献において同様の理解を示すものとして、例えば、Bitzilekis, a. a. O. (Fn. 252), S. 37.; Haas, a. a. O. (Fn. 329), S. 111 ff.; Krause, a. a. O. (Fn. 28), S. 74 f.; Pawlik, a. a. O. (Fn. 31), S. 285. (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（二）」甲南法学53巻3号56頁。)

531) Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, in: Werke in zwanzig Bänden (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft 607), Bd. 7, 1986, § 29. (翻訳として、藤野渉＝赤沢正敏訳『法の哲学 I』（中公クラシックス・2001年）122頁。)

市民社会、国家)の各段階で内容を異にすることに留意を要する⁵³²⁾。ここでは、Hegelが、止揚——保存しつつ、廃棄する——という思考方法を採用しているという事情が重要である。すなわち、抽象法(権利)において認められた法(権利)は、原則的には保存されつつも、より上位の段階である道徳、人倫——家族、市民社会、国家——の規範的重要性によって廃棄される、つまり限定されるのである⁵³³⁾。次に「現実性」とは、Hegelの定義によれば、「本質と現実存在(Existenz)との統一、あるいは内的なものとの外的なものとの統一が直接的になったもの」⁵³⁴⁾、換言すれば、「内的なものとしての本質が外的なものとして現れ出たもの」⁵³⁵⁾を意味する⁵³⁶⁾。これらを踏まえると、Hegelの理解によれば、「法(権利)の現実性」とは、内的なものである法(権利)という概念が、外的なもの、つまり現実存在するものとしても現れている状態を意味することになる。

では、法(権利)の概念は、どのようにして現実存在するものとして現れることになるのだろうか。Hegelは、『法哲学要綱』第97節においてこの点の説明を行っている。すなわち、「法(権利)としての法(権利)の侵害が生じた場合、この侵害は、確かに現実の(positive)、外的な現実存

532) Vgl. Pawlik, a. a. O. (Fn. 31), S. 283. (赤岩=森永訳・前掲(注530)54頁以下。)

533) Vgl. Pawlik, a. a. O. (Fn. 31), S. 283f. (赤岩=森永訳・前掲(注530)55頁。)

534) Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften I, in: Werke in zwanzig Bänden (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft 608), Bd. 8, 1986, § 142. (翻訳として、真下信一=宮本十蔵訳『改訳小論理学(哲学体系I)』(岩波書店・1996年)366頁。ただし、適宜原著から訳出した。)

535) 加藤尚武=久保陽一=幸津國生=高山守=滝口清栄=山口誠一編『縮刷版ヘーゲル辞典』(弘文堂・2014年)145頁以下〔奥谷浩一執筆部分〕。

536) それゆえ、Hegelが述べるところの「現実性(Wirklichkeit)」は、形容詞 wirklich の一つ目の意味である「現実の、実際の、実在している」よりも、二つ目の意味である「本物の、真の、まことの、本物の」というニュアンスを強調するものである点に留意を要する(加藤=久保=幸津=高山=滝口=山口編・前掲(注535)145頁〔奥谷執筆部分〕)。このことは、Hegelが、「偶然的な現実存在(Existenz)は現実的なものといった力のもった名称にはあたいしない」と述べていることから窺うことができる(Hegel, a. a. O. (Fn. 534), S. 48. (真下=宮本訳・前掲(注534)67頁。))。

在であるが、しかしそれ自体においては無効である。この現実存在が無効であることの顕現（Manifestation）は、同じく現実存在に表れてくる先の侵害の否定である。——それが法（権利）の現実性、すなわち、法（権利）がその侵害の止揚によって自らを自らと媒介する必然性である。⁵³⁷⁾この記述が述べようとしていることは、次のようなことである。まず、この記述における「法（権利）」の意味内容から確認しておくこと、ここでの記述は、抽象法（権利）の章においてなされているため、その内容は、抽象法の段階に即したものとなる。抽象法（権利）は、「一個の人格であれ、そして他者を人格として尊重せよ」という規範を内容とするものである⁵³⁸⁾。そして、この規範の後半部分は、相互尊重義務、つまり他者を人格として尊重する義務を述べたものである。この義務は、他者の権利領域、つまり「消極的」自由を侵害してはならないことを内容とする⁵³⁹⁾。したがって、ここで問題となる法（権利）とは、「消極的」自由、つまり他者によって干渉されない権利であり、これは、先に述べた Kant の法概念に対応するものである⁵⁴⁰⁾。次に、「法（権利）としての法（権利）の侵害」とは、個別的な他者の権利領域の侵害を通じて、普遍的な法（権利）、つまり相互尊重関係そのものを侵害することを意味する⁵⁴¹⁾。その結果、

537) Hegel, a. a. O. (Fn. 531), § 97 (藤野 = 赤沢訳・前掲 (注531) 270頁。圏点強調は、原著のイタリック体による。ただし、訳語は適宜原著から訳出した。)

538) Hegel, a. a. O. (Fn. 531), § 36 (藤野 = 赤沢訳・前掲 (注531) 145頁。圏点強調は、原著のイタリック体による。ただし、訳語は適宜原著から訳出した。)

539) 本稿と同様の理解を示すものとして、例えば、Pawlik, a. a. O. (Fn. 31), S. 285. (赤岩 = 森永訳・前掲 (注530) 56頁)。さらにわが国の文献において同様の理解を示すものとして、例えば、山下裕樹「特別なものとしての不作為犯？」『法の理論33』(成文堂・2015年) 114頁。

540) Pawlik, a. a. O. (Fn. 31), S. 285. (赤岩 = 森永訳・前掲 (注530) 56頁)。

541) 「法としての法の侵害」が、個別的な法（権利）の侵害だけではなく、普遍的な法（権利）そのものをも侵害すること (Hegel の用語法では、犯罪) を意味することについては、Kurt Seelmann, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion*, 1995, S. 18 ff. (飯島暢 = 川口浩一監訳「ヘーゲル『法哲学要綱』における刑罰論」関西大学法学論集61巻3号97頁以下〔中村悠人訳〕を参照。

侵害者は、自身の「法としての法の侵害」によって相互尊重関係そのものを侵害することを通じて、相互尊重によって承認される自らの人格としての地位をも侵害するという矛盾を犯してしまっている。この意味で、侵害者による「法としての法の侵害」は、「それ自体においては無効である」⁵⁴²⁾。しかしながら、先の侵害は、外的な領域において実際に存在するものであることには変わりがない。そのため、このような不法の無効性を外部に向けて明示（Hegelの用語法では、「顕現（Manifestation）」）する必要がある。この「顕現」の意義は、それによって、法（権利）の概念という内的なものと現実存在という外的なものとの一致をもたらすこと、つまり、内的なものである法（権利）の概念が外的な現実存在としても現れることを示すことにある⁵⁴³⁾。換言すれば、相互尊重関係が、外的にも、つまり実際上も妥当していることを示すことにある。

そして、このような不法の無効性の「顕現」は、強制を通じて行われる。すなわち、不適法な強制（Hegelの表現では、第一の強制）である犯罪、つまり不法の侵害がなされた場合には、その強制は、それを廃棄するような強制（Hegelの表現では、第二の強制）によって止揚される⁵⁴⁴⁾。そして、この法的強制（第二の強制）の一つが、周知のとおり刑罰であるが⁵⁴⁵⁾、これと並んで、正当防衛もまたそのような法的強制に該当する。このことは、Hegelの法哲学の講義録の一つにおける記述からも明らかである。すなわち、「人格は、たとえば所有をもつという権利をもっている。そのことによって意志の自由は外的な定在を獲得する。この定在が攻撃されると

542) 「それ自体においては無効である」という表現が、このような「矛盾」という意味で理解されることについては、*Seelmann*, a. a. O. (Fn. 541), S. 20 f. (飯島＝川口監訳・前掲〔注541〕98頁以下〔中村訳〕)を参照。

543) *Pawlik*, a. a. O. (Fn. 31), S. 284. (赤岩＝森永訳・前掲〔注530〕55頁)。

544) *Hegel*, a. a. O. (Fn. 531), § 93 (藤野＝赤沢訳・前掲〔注531〕263頁)。

545) 本稿は考察対象を正当防衛に限定しているため、国家刑罰権の基礎づけそのものについて詳細に立ち入ることはしない。なお、Hegelの刑罰論の詳細については、さしあたり中村悠人「刑罰の正当化根拠に関する一考察（3）」立命館法学343号（2012年）169頁以下を参照。

すれば、私の意志がそこで攻撃される。それは暴力、強制である。ここには直接に第二の強制のための権限がある」⁵⁴⁶⁾。この記述は、所有権が不法に攻撃される場合には、それは強制であるため、それに対抗するための強制権限が認められるということを示すものであり、明らかに正当防衛にもあてはまる⁵⁴⁷⁾。以上で確認したように、Hegel もまた、Kant と同様に、他者の権利領域に対する侵害を阻害するような強制を正当化している。また、このような抽象法段階における Hegel の見解からも、Kant の見解と同様に、不法の侵害を退けるために必要な限度で正当防衛権の行使が認められることになり、また侵害が不法なものである限り、被攻撃者は、侵害退避義務を負わないことになる。

以上のように、Kant と（抽象法段階での）Hegel の見解は共に主観的権利と強制権限の概念的結合という観点から正当防衛の正当化根拠を基礎づけるものであった。この基礎づけにおいて、最も重要なのは、攻撃者と被攻撃者との間の「消極的」自由の維持をめざす法的関係性から正当防衛権限が帰結するという事情である。すなわち、前述した Kant の理解からすれば、正当防衛権限は、被攻撃者の権利（より正確には、人格という法的地位）と同時にその権利の承認の基盤となっている普遍的法則が侵害されることによって作動するのである。また Hegel の理解からも同様に、正当防衛権限は、被攻撃者の権利（より正確には、人格）と同時に、その権利の承認の基盤となっている人格間の相互尊重関係が侵害されることを理由に認められるのである。そして、これらの基礎づけからは、被攻撃者は、不法の侵害を退けるために必要な限度で強制権限が認められることになるため、その限りで、被攻撃者は侵害退避義務を負わないことになるのである。

546) *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831: Philosophie des Rechts nach der Vorlesungsnachschrift von H. G. Hotho 1822/23*, in: *Edition und Kommentar in sechs Bänden von Karl-Heinz Ilting*, Bd. 3, 1974, S. 296 f. (翻訳として、尼寺義弘訳『ヘーゲル教授殿の講義による法の哲学 I』（見洋書房・2005年）164頁。)

547) *Pawlik*, a. a. O. (Fn. 31), S. 286. (赤岩 = 森永訳・前掲（注530）57頁。)

先にも述べたとおり、Berner の見解は、法（権利）の現実性と不法の非現実性の対置という Hegel の構想に従って、正当防衛を基礎づけるものである。それゆえに、Berner もまた、上に述べたような Hegel の論理構成にならうことによって、内容的には、Kant および（抽象法段階での）Hegel の見解と同様の観点から正当防衛の正当化根拠を基礎づけている。すなわち、「法（権利）が不法に譲歩しなければならないとすれば、それは不法であろう」という Berner の記述は、いわば裏側からの記述となっているにせよ、まさしく主観的権利と強制権限の概念的結合のことを表しているのである。そして、このように主観的権利には不法の侵害を排除するための強制権限が認められることからこそ、「正当防衛においては、あらゆる不法に対して、無条件に防衛してもよいというあらゆる権利が存在する」ことになるのである⁵⁴⁸⁾。

本款において示したことは、Berner は、正当防衛の正当化根拠を、主観的権利と強制権限の概念的結合から基礎づけようとしていたということである。また、このような主観的権利と強制権限の概念的結合という理解は、Pawlik が指摘しているように、従来議論されてきたような個人主義的基礎づけか、それとも超個人主義的基礎づけかという対立を超えるものである⁵⁴⁹⁾。すなわち、正当防衛権の基礎づけが、(Kant にせよ、Hegel にせよ、そして Hegel に依拠する Berner にせよ) 攻撃者と被攻撃者との間の「消極的」自由の維持をめざす法的関係性から行われている点で、このような

548) ただし、Berner の見解は、不法の侵害を排除するためには何をしてもよい、つまり無制限に防衛してもよいとするものではない。すなわち、第一に、Berner の見解においても、本文中で述べた Kant および Hegel の見解と同様に、正当防衛権の行使は、不法の克服のために必要な限度で認められる（この点については、第三章第三節においても言及する）。第二に、Berner の見解からは、不法の侵害に対する権利の防衛は、単に事実に財を保護する行為であるだけでは足りず、不法を規範的に否定する性質を含む行為でなければならない。なぜならば、その防衛行為が不法を規範的に否定する性質を有するものでないのであれば、その行為は、不法を否定するだけの法（権利）の現実性を有していないことになるからである。同様の理解を示すものとして、*Kindhäuser*, a. a. O. (Fn. 31), S. 499.

549) *Pawlik*, a. a. O. (Fn. 31), S. 287. (赤岩 = 森永訳・前掲 (注530) 57頁)。

理解は、むしろ間人格的（interpersonal）と名づけることができる基礎づけなのである⁵⁵⁰。

第三款 Berner の正当防衛論の意義——同時代の他説との比較検討を通じて

前款までで確認してきたように、Berner の正当防衛論は、正当防衛を権利対不法の法的コンフリクトとして捉えた上で、その法的コンフリクトに妥当する法的ルールを用いて解決を図るものであった。そして、このような理解は、主観的権利と強制権限の概念的結合から基礎づけられるものであった。では、以上のような Berner の正当防衛論は、どのような意義を有しているといえるのであろうか。この問題について、本款では、Berner と同時代の論者によって主張されていた二つの見解との比較を通じてこの点を明らかにすることとしたい。一つは、いわゆる社会契約論に依拠して、正当防衛を根拠づける見解であり、もう一つは、（Berner からすれば、誤った）Hegel 理解に依拠して、正当防衛を不法の否定のための防衛義務と理解する見解である。

第一項 社会契約説的構成を採用する見解との相違

まず、社会契約説的構成を採用する見解との相違を検討する。Berner の同時代の論者の中で、社会契約説的構成を採用する論者としては、例えば、Maximilian Karl Friedrich Wilhelm Grävell を挙げることができる。すなわち、「人間（Mensch）は、国家権力の保護下に入ることによって、自然法に基づいて自身に帰属する自分の裁判官（eigen Richteramt）に対する欲望を抑え、また自らが国家から保護されうる限りで、国家のあらゆる保護を期待する。しかしながら、国家の保護が維持されない限りにおいて、国家の完全な法関係は、事実上、そしておのずから発生したのと同様におのずから中断する。……保護の喪失は自然状態へと後退するのであ

550) Pawlik, a. a. O. (Fn. 31), S. 287. (赤岩 = 森永訳・前掲（注530）57頁）。

り、また国家が再び保護を行うことができるようになるまで、自らの力 (Kraft) と暴力 (Gewalt) によって自分自身を防衛することが完全に正当化される。そして、自然法によれば、あらゆる者は、周知のように、暴力によって自らの法状態に対するあらゆる侵害を排除する権限を与えられるのであり、またあらゆる者は、どの程度、またどのような態様で自らの法状態がなされるのかに関して、自分自身の唯一の裁判官である。しかし、あらゆる者は、他者に対して害の回避のために必要である以上に大きな暴力を必要としないという制限の下にある。そして、このような制限の範囲内で、自らの目的のためのあらゆる手段が許容される」⁵⁵¹⁾。

上で見た Grävell の見解に見られるような社会契約説的構成を、Bernier は、以下のような基礎づけによるものとして理解している。すなわち、「市民、すなわち、法的に秩序づけられた公的団体の構成員は、国家契約によって、一般に、あらゆる権能 (jedes Gewalt) を放棄する。——国家がその者の保護を引き受けることによって、その者の権利を保護することについてさえも放棄する。」⁵⁵²⁾。しかしながら、国家がもはや市民を保護することができない場合には、市民が自力による権利保護を放棄した理由が消失する⁵⁵³⁾。「それゆえに、国家が保護しない状態にあるところではどこでも、自力による権利保護に対する自然権が再び復活する。」⁵⁵⁴⁾。Bernier は、論文中において社会契約説的構成をこのように理解するが、その後、特に明確な理由を示すことなく、この見解の受け入れを拒絶する⁵⁵⁵⁾。

551) *Maximilian Karl Friedrich Wilhelm Grävell*, *Abhandlungen über die Theorie, Schwähschriften, und der Notwehr*, *Neues Archiv des Criminalrechts*, Bd. 3, 1819, 280 f. 本質的には同様の理解を示すものとして、*Carl Theodor Welcker*, *Großherzogthum Baden. Das Recht der Notwehr*, *Annalen der deutschen und ausländischen Criminal-Rechtspflege*, Bd. 14, 1841, S. 52. なお、Bernier は、社会契約説的な構成に言及した後に、Welcker の見解に言及している (*ders.*, a. a. O. (Fn. 27), S. 556.)。

552) *Berner*, a. a. O. (Fn. 27), S. 555. なお、圏点強調は、原著の隔字体による。

553) *Berner*, a. a. O. (Fn. 27), S. 555.

554) *Berner*, a. a. O. (Fn. 27), S. 556. なお、圏点強調は、原著の隔字体による。

555) 同様の指摘を行うものとして、*Koriath*, a. a. O. (Fn. 334), S. 364.

そのため、Berner 自身が何故このような構成を妥当ではないと考えたのかは明らかではないが、Berner の見解は、少なくとも社会契約説的構成に対して次のような理論的優位性を主張することができる。すなわち、社会契約説的構成に依拠する場合、正当防衛権は、国家が市民を保護することが出来ない場合に市民に対して再び認められる、自らの権利を自力で防衛するという自然法上の権利として理解されることになる。つまり、正当防衛権は、法状態が成立する以前の自然状態の下における権利として理解されることになる。しかしながら、自然状態では、すべての者がすべての者に対する権利を持つことになるため⁵⁵⁶⁾、現実には何も権利を有していないのと同じような状態になってしまう⁵⁵⁷⁾。その結果、Christian Reinhold Köstlin が適切に指摘するとおり、「この考察は、不正な攻撃者がより高い身体能力を有している場合には、その者にあまりにも有利」な帰結をひきおこしてしまうのである⁵⁵⁸⁾。

これに対して、権利対不法という法的コンフリクトとして正当防衛を捉える Berner の見解は、あくまで法状態が存在する状況下で行われる権利行使として正当防衛権を理解している。すなわち、Kindhäuser が指摘するように、「Berner にとっては、正当防衛状況においても、法状態が依拠している共存 (Koexistenz) の可能性は廃棄されてはならないのであり、それどころかむしろ正当防衛は権利の行使であるということは疑う余地のないことなのである。」⁵⁵⁹⁾。そして Berner は、このように自然状態ではなく、あくまでも法状態における権利行使として正当防衛を理解する結果、先に述べたような自然状態への還帰という構成に内在する問題点を孕まずに済むのである。

556) 例えば、トマス・ホッブズ（水田洋訳）『リヴァイアサン（一）』（岩波書店・1954年）217頁は、このような自然状態においては、「各人は、あらゆるものに、相互の身体に対してさえ、権利をもつのである」としている。

557) Pawlik, a. a. O. (Fn. 31), S. 279. (赤岩＝森永訳・前掲（注530）52頁）。

558) Köstlin, a. a. O. (Fn. 530), S. 76.

559) Kindhäuser, a. a. O. (Fn. 31), S. 498 f.

本款で示したことは、以下の通りである。すなわち、社会契約説的な構成が正当防衛を自然状態における権利行使と捉える結果、そこから生じる多くの問題を孕むことになるのに対して、Berner の見解は、法状態における権利行使と捉えるために、社会契約説的な構成が抱える問題点とは無関係でいることができる。

第二項 正当防衛を「不法の否定」のための防衛義務として構成する見解との相違

次いで、(Berner からすれば、誤った) Hegel 理解に依拠して、正当防衛を不法の否定のための防衛義務と理解する見解について検討する。Berner は、1848年の論文において、この見解の主張者として Heinrich Richter⁵⁶⁰⁾と Karl Ludwig Michelet⁵⁶¹⁾を挙げた上で、彼らの見解に対して批判を行っている。そこで、以下では、Richter と Michelet の見解を確認した上で、彼らの見解に対する Berner の批判を確認することによって両者の見解の相違を明らかにすることとしたい。

まず、Richter の見解の内容から確認する。正当防衛を基礎づけるにあたり、Richter の出発点をなすのは、理性に反すること (Unvernünftige)、理性を欠くもの (Vernunftlose) は絶対的ではなく、そしてそれゆえに理性によって否定されるべきであり、また理性のために支配されるべきである

560) Richter は、ドイツの哲学者であり、ライプツィヒ大学で1822年に博士学位を取得し、1824年に教授資格を得、1827年には哲学員外教授となり、またライプツィヒのトマス校でも教鞭をとったとされている (Vgl. *Historischen Commission bei der Königlichen Akademie der Wissenschaften* (Hrsg.), *Allgemeine deutsche Biographie*, Bd. 28, 1889, S. 464f.)。

561) Michelet は、Hegel 中央派に位置づけられるドイツの哲学者であり、1824年に Hegel の指導の下で教授資格を得、1829年にはベルリン大学で哲学員外教授となり、また1825年以來フランス系ギムナジウムの教師であったとされている (加藤 = 久保 = 幸津 = 高山 = 滝口 = 山口編・前掲 (注535) 478頁 [杉山吉弘執筆部分])。なお、本文中で後述するが、Michelet の見解が、「不法の否定」のための防衛義務として正当防衛を構成する見解と位置づけるかは疑わしい。しかしながら、Berner は、Michelet の見解をそのような見解として理解しているため、本項において取り上げることとした。

という理解である⁵⁶²⁾。Richter によれば、このような理解からすれば、あらゆる犯罪的な攻撃は絶対的に理性に違反しているがゆえに、そのような攻撃に対して防衛を行うことは必然的である (nothwendig) ことになることとされる⁵⁶³⁾。それゆえに、Richter の見解からは、「攻撃をしかけてくる犯罪者に対する侵害は、法（権利）の侵害ではなく、つまり重罪でも軽罪でもなく、その侵害は、違法な理性に反するものに対抗する理性の完全な、そして良き法（権利）である。」と理解されることになる⁵⁶⁴⁾。

次に、Michelet の見解の内容を確認する。Michelet によれば、正当防衛の場合、（例えば、生命対生命といったような）権利衝突は存在しない⁵⁶⁵⁾。「というのも、自らの邪魔はされなかったが、自らは他者の生命をためらうことなく侵害するであろうという形で他者の生命を攻撃する者は、自らの生命が不可侵ではないとする法則をみずから与えていたからである」⁵⁶⁶⁾。つまり、Michelet によれば、他者の権利を不法に攻撃する者は、「自分自身の行為 (Tat) によって自らの権利を放棄した」ことになり、そしてそれゆえに、被攻撃者による防衛行為は、攻撃によってまさに侵害されようとしている権利の保全を意味することになるのである。この意味で、正当防衛は、法（権利）の侵害ではなく、むしろ攻撃によってまさに侵害されようとしている法（権利）の回復である⁵⁶⁷⁾。以上のような記述は、一見すると、Michelet が、現代的にいえば、攻撃者の答責性から正当防衛の正当化根拠を基礎づけているようにみえるが、Michelet は、上で述べたような内容の基礎づけを応報理論と結びつけて理解している。す

562) Richter, a. a. O. (Fn. 530), S. 136.

563) Richter, a. a. O. (Fn. 530), S. 136.

564) Richter, a. a. O. (Fn. 530), S. 136.

565) Michelet, a. a. O. (Fn. 530), S. 161. 付言すると、Michelet は、このように述べることによって、正当防衛が Hegel の『法哲学要綱』第127節における緊急権のカテゴリーに含まれないことを論証しようとしている。

566) Michelet, a. a. O. (Fn. 530), S. 161.

567) Michelet, a. a. O. (Fn. 530), S. 161.

なわち、「正当防衛は、応報理論から導かれるのであって、予防理論から導かれるのではない」というのである⁵⁶⁸⁾。

以上では Richter と Michelet の見解の内容を確認してきたが、Bernier は、彼らの見解を次のように評価している。すなわち、彼らの見解は、「理性に反すること (Unvernünftige)、すなわち不法は、絶対的ではなく、それゆえに、理性 (Vernunft) によって否定され、あるいは、理性の働きによって制圧されるべきであるということから、正当防衛を導く」ものである⁵⁶⁹⁾。すなわち、「あらゆる犯罪的な攻撃は、絶対的に理性に反している」ので、「正当防衛は、必要不可欠 (notwendig) である」⁵⁷⁰⁾。つまり、この見解によれば、正当防衛は、市民の権利であるばかりでなく、市民の義務である。

そして、このような評価を踏まえて、Bernier は、次のような三つの批判を加えている。第一の批判は、「このような理論は、あまりにも多くを論証しており、それゆえに、何も論証していない。」とするものである⁵⁷¹⁾。なぜならば、「私が、ある財を道徳的態様で贈与することができる⁵⁷²⁾とき、私は、それを奪わせてやることもできる」ので⁵⁷²⁾、正当防衛は、「市民の義務ではなく、市民の権利であるにすぎない」からである⁵⁷³⁾。第二の批判は、この見解からは、盗品を置き去りにして逃げ去る盗人も、逃がしてしまえば、彼が不処罰になる場合には、追跡されなければならないことになってしまうというものである⁵⁷⁴⁾。なぜならば、追跡しなければ、不法が否定されないことになるからである。第三の批判は、第二の批判の場合とは反対に、正当防衛において、既に理性的に反することの否定が行

568) Michelet, a. a. O. (Fn. 530), S. 161.

569) Bernier, a. a. O. (Fn. 27), S. 556.

570) Bernier, a. a. O. (Fn. 27), S. 557. なお、圏点強調は、原著の隔字体による。

571) Bernier, a. a. O. (Fn. 27), S. 557. なお、圏点強調は、原著の隔字体による。

572) Bernier, a. a. O. (Fn. 27), S. 557.

573) Bernier, a. a. O. (Fn. 27), S. 557. なお、圏点強調は、原著の隔字体による。

574) Bernier, a. a. O. (Fn. 27), S. 557.

われた場合には、正当防衛によって侵害された攻撃者は、もはや処罰されてはならないことになってしまうというものである⁵⁷⁵⁾。なぜならば、既に、正当防衛によって、攻撃者の不法は否定されたので、さらに、刑罰によって、不法を否定することはなしえないからである。

以上のような Berner の評価は、明らかに Richter の見解を念頭に置いたものであり、また批判の内容も先のような評価を踏まえて行ったものであるから、Richter の見解に対しては妥当するように思われる。これに対して、先の Berner の評価は、Michelet の見解に対しては必ずしも妥当しえないように思われる。というのも、上で見た限り、Michelet の見解は、他人の権利を攻撃する者は自分自身の行為によって自らの権利を放棄したことになるので、被攻撃者による防衛行為は権利の保全として許容されると述べるにとどまっているからである。つまり、Michelet の見解は、正当防衛を義務と捉える見解ではないと理解することができ、この意味で、Berner の第一の批判は、Michelet の見解に対してはあたらない。それにもかかわらず、Berner が Michelet の見解を Richter と同様の見解と位置づけた上で批判を行う理由は、Michelet が自らの正当防衛理論を刑罰論と結びつけている点にある。つまり、Berner は、Richter および Michelet の見解においては、「不法に対して維持する（防衛する）法（権利）と不法を無効にする法（権利）」⁵⁷⁶⁾を区別することができていないと批判しようとしていたのである⁵⁷⁷⁾。このような意図は、Berner の第二、第三の批判がいずれも刑罰と正当防衛の関係性を念頭に置いたものであることから窺うことができる。

このように、Berner は国家刑罰と正当防衛との相違を強調するが、それにもかかわらず、両者がどのように区別されるかについては、あまり明確な言明を行っていない。そのため、Berner の見解に対しては、Berner

575) Berner, a. a. O. (Fn. 27), S. 557.

576) Berner, a. a. O. (Fn. 27), S. 557.

577) 本稿と同様の理解を示すものとして、Kindhäuser, a. a. O. (Fn. 31), S. 499.

の見解からしても刑罰と正当防衛の相違は説明しえないという批判を行うことができるかもしれない⁵⁷⁸⁾。例えば、村井敏邦は、「ヘーゲリアナーのように、『不法の否定』というところに正当防衛の本質があるとすれば、この点では正当防衛と刑罰の区別はな」と批判している⁵⁷⁹⁾。この批判は、Hegelの『法哲学要綱』97節の記述に依拠して正当防衛を基礎づける場合、97節の記述は刑罰にも正当防衛にもあてはまることになり、その結果、両者を概念上区別することができなくなってしまうということを指摘するものである。仮に、このような批判が正しいのだとすれば、Bernerの見解は、先に挙げたRichterやMicheletのような見解に対して理論的優位性を主張しえないことになってしまうだろう。

しかしながら、このような批判に対しては、Bernerが依拠するHegelの見解からして既に反論が可能である。ここで重要となるのは、Pawlikが指摘するように、Hegelの見解からすれば、正当防衛が抽象法(権利)に根ざすという所見は中間結論にすぎないという事情である⁵⁸⁰⁾。すなわち、前款でも指摘したように、Hegelの見解によれば、抽象法(権利)において認められた法形象は、道徳および人倫の段階で「止揚」されなければならないのである。そして、人倫の段階で初めて、その法形象は、最も具体的な形態を獲得することに成功するのである。それゆえ、たとえ刑罰と正当防衛が抽象法の段階で同じ根拠に根ざしていたとしても、人倫の段階まで考察すれば、両者は、異なる法形象であることが明らかとなる。Hegelの見解によれば、刑罰は、人倫の段階においては完全に脱人格化された法(権利)

578) 実際に、このような疑問を投げかけるものとして、村井・前掲(注495)441頁及び443頁以下。また、類似の疑問を提起するものとして、Koriath, a. a. O. (Fn. 334), S. 365.

579) 村井・前掲(注495)443頁以下。

580) Pawlik, a. a. O. (Fn. 31), S. 292. (赤岩=森永訳・前掲(注31)149頁)。それにもかかわらず、本稿が、前款において、抽象法の段階に限定してHegelの見解を紹介したのは、正当防衛権の起源の説明としてはそれで十分であるという事情による。以下の本文中の考察でも示す通り、Hegelの見解からすれば、正当防衛の根拠は、あくまで抽象法における人格の法(権利)にあり、人倫の段階では、その法(権利)の行使範囲が限定されるにすぎない。

として立ち現れる。このことは、Hegel 自身の記述からも窺うことができる。すなわち、「侵害された当事者の代わりに侵害された普遍者が立ち現われ、そして裁判において固有の現実性をもつこの普遍者が、犯罪の訴追と処罰を引き受けるのである。これによって犯罪の訴追と処罰は、復讐によるたんに主観的で偶然的な報復であることをやめ、権利のおのれ自身との真実の宥和、すなわち刑罰に転じる。」⁵⁸¹⁾つまり、刑罰は、人倫の段階では被侵害者の権利行使としてではなく、普遍者による法の回復として理解されるのである。この意味で、被侵害者の権利は、脱人格化されている。これに対して、Pawlik によれば、Hegel の見解からは、正当防衛権をそのような脱人格化された法（権利）として理解することはできないという。というのも、正当防衛においては、急迫する不法の克服が問題になっているのに対して、刑罰においては、既に生じた不法の処罰が問題になっているという点で、正当防衛状況と刑罰における状況は大きく異なるからである⁵⁸²⁾。すなわち、刑罰は、正当防衛状況に典型的にみられるような「個々の市民の積極的行動に基づく不法の排除か、不法の断念」という二者択一の状況にないために、人倫の段階で認められる「裁判」制度（裁判において、普遍者が犯罪の訴追と処罰を引き受けること）の優先が妥当する。これに対して、正当防衛は、先に述べたような二者択一の状況にあるために、「裁判」制度を優先することができない状況にあるのである⁵⁸³⁾。それゆえに、

581) Hegel, a. a. O. (Fn. 525), § 220 (藤野渉 = 赤沢正敏訳『法の哲学Ⅱ』（中公クラシックス・2001年）165頁以下。ただし、適宜原著より訳出した。なお、圏点強調は、原著のイタリック体による。)

582) 同趣旨の理解を示すものとして、Pawlik, a. a. O. (Fn. 31), S. 287. (赤岩 = 森永訳・前掲(注31) 150頁)。これに対して、Hegel の見解からは国家刑罰と正当防衛を区別できないと批判するものとして、Bitzilekis, a. a. O. (Fn. 252), S. 38. さらに、わが国の文献において同様の批判を行うものとして、津田・前掲(注524) 268頁、朴・前掲(注495) 259頁。しかしながら、かかる批判は、Pawlik も指摘しているように、本文中で述べたような正当防衛状況と刑罰における状況の相違を見誤っている点で妥当でない (Pawlik, a. a. O., S. 287. Fn. 135. (赤岩 = 森永訳・前掲159頁注135))。

583) Pawlik, a. a. O. (Fn. 31), S. 287 f. (赤岩 = 森永訳・前掲(注31) 150頁)。

正当防衛権の行使は、刑罰のように脱人格化された法（権利）の回復と構成されるのではなく、あくまで各人格に認められる主観的権利の行使として理解されることになる⁵⁸⁴⁾。もちろん、このことは、正当防衛権が人倫の観点による修正を全く受けないということを意味しない。そうではなく、Pawlik が述べるように、「人倫の観点によって正当防衛権に付加されるものは、国家の諸制度の優先性を尊重する義務を防衛行為者に課すことに尽きる。」ことを意味する⁵⁸⁵⁾。つまり、正当防衛行為者は、「裁判」制度を優先することができない正当防衛状況の終了後については、「裁判」制度を優先する義務を負うのである。そして、上のように Hegel の見解が理解される限りで、Hegel の見解に依拠する Berner の見解からも、刑罰と正当防衛の相違を説明することが可能となるように思われる⁵⁸⁶⁾。

本項で示したことは、Richter や Michelet の見解と Berner の見解の相違点が次のような点に求められるということであった。すなわち、Richter や Michelet の見解が刑罰と正当防衛の相違を説明できないのに対して、Berner の見解は、刑罰と正当防衛の相違を説明できるという点である（なお、Richter の見解と Berner の見解の相違に限っていえば、正当防衛を義務として捉えるか、権利として捉えるかという相違も指摘できる）。

第三節 Berner の正当防衛論からの帰結

第二節第一款で確認したように、Berner は、正当防衛と緊急避難との区別を説明するにあたり、二つの区別を承認している。第一の区別は、正当防衛を法的緊急と捉えるに対して、緊急避難を自然的緊急と捉えるものである。第二の区別は、正当防衛を「不法」対「権利」のコンフリクトとして捉えるのに対して、緊急避難を「権利」対「権利」のコンフリクトと

584) Pawlik, a. a. O. (Fn. 31), S. 287 f. (赤岩 = 森永訳・前掲 (注31) 150頁)。

585) Pawlik, a. a. O. (Fn. 31), S. 289. (赤岩 = 森永訳・前掲 (注31) 150頁)。

586) もちろん、これは、Berner 自身がそのように述べていたと主張する趣旨ではなく、あくまで本文中のように解すれば、Berner の見解を整合的に説明できると述べるものにすぎない。

して捉えるものである。そして、第三章第二節第二款においても示したように、このような区別から導かれたルールが、「あらゆる不法に対して無条件に防衛してもよいというあらゆる権利が存在する」、あるいは「法（権利）は不法に譲歩する必要はない」であり、そして、これらの法的ルールを基礎づけるのが、主観的権利と強制権限の結合という理解であった。本節では、上記のような Berner の正当防衛理論からは、いかなる帰結が導き出されるのかについて検討を行う。

上に述べた「法（権利）は不法に譲歩する必要はない」というテーゼに即していえば、まず、Berner の見解からは、先のテーゼに言う「法（権利）」は、以下に述べる二つの帰結を含意する。第一に、あらゆる権利が正当防衛適格を有することになる⁵⁸⁷⁾。というのも、第三章第一節で指摘したように、Berner の見解における防衛対象は主観的権利と理解されるからである。

第二に、緊急救助が正当防衛の枠組みで理解されることになる⁵⁸⁸⁾。なぜならば、Berner の見解からは、正当防衛権は、例えば、自己保存本能のような個体の心理学的な素質ではなく、各人格に認められる権利（つまり、人格という法的地位⁵⁸⁹⁾）から基礎づけられるからである。つまり、緊急救助も、（他者の）権利防衛として正当化されるのである。

次いで、Berner の見解からすれば、「不法」とは、以下のような三つの帰結を含意することになる。第一に、Berner の見解は、第三章第二節第

587) Berner, a. a. O (Fn. 27), S. 562f. *ders.*, a. a. O. (Fn. 512), S. 110. なお、Berner 自身は、自身の1848年の論文においてこの帰結を最も強調している。その背景には、当時の立法の多くが生命、身体、財、名誉に対する正当防衛しか認めていなかったこと、および（Berner によれば）少なからぬ論者が生命、身体に対する正当防衛しか認めようとしなかったという事情がある。なお、Kindhäuser, a. a. O. (Fn. 31), S. 500 も、Berner がこの帰結を強調していたことを指摘している。

588) Berner 自身も、「正当防衛権は、単に自分自身のためにだけ生じるのではなく、権利が攻撃されている全ての他者のためであっても生じる。」と述べており、このような帰結を承認している (*ders.*, a. a. O (Fn. 27), S. 562.)。

589) この点については、第三章第二節第二款の記述も参照。

二款でも述べたとおり正当防衛の構造を法的に把握するものであるため、不法の侵害の有無も事実的な意味で財が侵害されたかどうかではなく、被攻撃者の法的地位が侵害されたか否かで判断される⁵⁹⁰⁾。このことは、Berner が「攻撃者は、彼らに制定法によって示された限界の内側にとどまる限り、子どもは、その両親に対して、弟子 (Lehrlinge) は、その師 (Meister) に対して、臣民 (Unterthanen) は、官憲 (Obrigkeit) に対して、また裁判官や警察官に対して正当防衛できない。」と述べていることから明らかである⁵⁹¹⁾。つまり、Berner によれば、たとえ財の侵害があったとしても、法的に許される限界内の行為であるために、被攻撃者の法的地位を侵害するに至らない場合には、不法な攻撃と評価されないのである。なお、Kindhäuser は、このような Berner の理解からすれば、「その限りで、法的限界を練引きする際に、いわゆる正当防衛の社会倫理的制限の一部を考慮することが可能であるように思われる。」と述べる⁵⁹²⁾。すなわち、「例えば、最小連帯 (Mindestsolidarität) という法的原理は、とるに足らない侵害や社会的慣習の軽度の超過による迷惑行為につき、攻撃者の財に対して、容赦なく害を加える侵害によって防衛する権限を廃棄しうだろう。」というのである⁵⁹³⁾。この Kindhäuser の主張は、最小連帯原理を読み込んだ上で、法的に許される範囲を画定しようとするものである。仮に最小連帯原理を読む込むことができるのであれば、この主張は、明らかに Berner 自身の主張ではないもの⁵⁹⁴⁾、この帰結から導かれうるものと評価できることになるだろう。ただし、ここに最小連帯原理が読み込まれるべきか否かは、なお、検討の余地がある。確かに、Kindhäuser が述べるように、「連帯に対する配慮は、今日の法的要求の自明の構成要素と

590) Kindhäuser, a. a. O. (Fn. 31), S. 505 f.

591) Berner, a. a. O. (Fn. 27), S. 558.

592) Kindhäuser, a. a. O. (Fn. 31), S. 506.

593) Kindhäuser, a. a. O. (Fn. 31), S. 506.

594) Berner 自身は、取るに足らない財物の侵害に対して不均衡な結果をもたらす防衛行為を制限することに対して否定的である。Vgl. Berner, a. a. O. (Fn. 27), S. 579 ff.

いってよい」のかもしれない⁵⁹⁵⁾。しかしながら、そのことは、最小連帯原理の射程が取るに足らない侵害や社会的慣習の軽度の超過による迷惑行為を受忍することにまで及ぶことを必ずしも意味しない。

第二に、先ほど述べた第一の帰結と同様の理由から、不法の侵害は思考している存在による攻撃でなければならないこと（そして、それゆえに対物防衛の場合は正当防衛とならないこと）が導かれる⁵⁹⁶⁾。Kindhäuser が述べるように、これは、不法の侵害と評価するためには、攻撃者の答責性が存することを要する、つまり攻撃者に帰責可能であることを要するとするものであり⁵⁹⁷⁾、またこのような帰結は、権利と不法の衝突を問題とするだけでなく、管轄（Zuständigkeit）の分配をも問題にするものである⁵⁹⁸⁾。Kindhäuser は、Berner の見解において、このような管轄分配の観点が考慮されている点を高く評価している⁵⁹⁹⁾。Kindhäuser がこのような観点を重要視する背景には、防御的緊急避難および攻撃的緊急避難と比較して、より大きな権限（例えば、退避義務の欠如など）が正当防衛に認められる根拠は、攻撃者の答責性に求められるという洞察である⁶⁰⁰⁾。このような洞察に鑑みれば、Berner の見解のように正当防衛を認めるにあたり攻撃者

595) Kindhäuser, a. a. O. (Fn. 31), S. 506 Fn. 70.

596) Berner 自身は、正当防衛と緊急避難の構造比較からこのような帰結を承認するに至っている。この点については、第三章第二節第一款を参照。

597) Kindhäuser, a. a. O. (Fn. 31), S. 506.

598) Kindhäuser, a. a. O. (Fn. 31), S. 506 f.

599) このことは、今日的な見地に基づいて、コンフリクトに対する攻撃者の管轄の要件によって正当防衛を制限する Berner のアプローチを再構成することは困難ではないと述べるところからも窺うことができる (Kindhäuser, a. a. O. (Fn. 31), S. 509.)

600) Vgl. Kindhäuser, a. a. O. (Fn. 31), S. 509. なお、Kindhäuser 自身は、Berner の見解の再構成をした結果、(責任能力ある)人間による攻撃と動物による攻撃の決定的な相違を「意図的な回避可能性」(つまり、責任能力ある人間は、意図的にナイフで突き刺すことをやめることができるのに対して、動物は、意図的にかみつくことをやめることができない点)に求めるに至っている。しかしながら、回避可能性という事実的な要素は、攻撃者の答責性を基礎づける上で決定的な要素となりえない。この点については、第二章第四節第一款第一項を参照。

の答責性を要求する発想は、侵害退避義務が課されないという原則が掘りくずされない状況を生み出してしまったわが国の従来的な議論にとっても示唆的であるように思われる⁶⁰¹⁾。

第三に、不法の侵害は、現在の危険でなければならない。この帰結は、Hegel に依拠する Berner の見解からは、防衛行為者は国家機関の諸制度の優先性を尊重する義務を負うという事情から基礎づけられる。すなわち、正当防衛権限は、国家機関が事実的な理由から被攻撃者に対する不法な侵害を克服できない場合、つまり被攻撃者に対する現在の危険である場合に限り認められるのである。

最後に、「譲歩する必要はない」とは、次のような帰結を含意する。第一に、正当防衛の場合には、財衡量が要求されないという帰結を含意する⁶⁰²⁾。というのも、Hegel の基礎づけに依拠する Berner の見解からすれば、不法の攻撃者は、被攻撃者の権利を侵害し、そして同時に相互尊重関係を侵害したがゆえに、法の側からの強制権限の行使を甘受しなければならないことになるからである。つまり、ここでは、均衡性の考慮が問題とならないのである⁶⁰³⁾。この意味で、Berner は、「正当防衛においては、あらゆる不法に対して、無条件に防衛してもよいというあらゆる権利が存在する。」⁶⁰⁴⁾とも述べているが、この記述は、権利の防衛のためであれば不法に対して何をしてよいという趣旨のものではないことに留意を要する。このことは、例えば、Berner の過剰防衛に対する記述に照らしても

601) 侵害退避義務が課されないという原則が掘りくずされない状況を生み出してしまった背景については、序章第一節を参照。

602) Berner, a. a. O (Fn. 27), S. 570, 579.

603) ただし、Pawlik, a. a. O (Fn. 31), S. 290 f. (赤岩 = 森永訳・前掲(注31)151頁以下)によれば、このような帰結は、Hegel の見解としては、抽象法(権利)段階での中間的結論にすぎず、人倫の段階では異なる結論に至ることになるという。すなわち、Hegel は、道徳段階で福祉(Wohl)というカテゴリーを導入しているため、防衛者が抽象法(権利)で認められた自己の法的地位の周辺領域を攻撃者のために犠牲にする義務を負うことを基礎づけることができるとされる。

604) Berner, a. a. O (Fn. 27), S. 554. なお、圏点強調は、原著の隔字体による。

明らかである。すなわち、「彼〔引用者記す：被攻撃者〕が防衛のために必要（erforderlich）である以上に暴力的に（gewaltsam）振る舞う場合、彼は正当防衛を超過している。」⁶⁰⁵⁾。「例えば、私が、盗人をきわめて十分に、取り押さえることができるが、それにもかかわらず、彼を権利の闘争（Rechtskampf）において、殺害する場合である。」⁶⁰⁶⁾。つまり、ここでは、明らかに、正当防衛の場合にも、権利の防衛のために必要であることという制限がかかることが述べられているのである⁶⁰⁷⁾。

第二に、防衛者に対して、侵害退避義務は課されないことになる。なぜならば、このような義務を認めてしまうと、被攻撃者は、文字通り不法に譲歩しなければならないことになってしまうからである。このような帰結が、Berner の構想にとって受け入れがたいものであることは言うまでもない。実際、Berner は、1898年の教科書において、「法（権利）は不法に譲歩する必要はない」というテーゼから、このことを結論づけている。すなわち、「カロリーナ刑法典は、危険がなく、不名誉ではない退避（Flucht）によって避難することができる場合に、正当防衛を排除する（140条）。しかしながら、これは、法は不法に譲歩する必要はないという正当防衛の根本命題と合わない。真の正当防衛の概念によれば、退避の可能性は、防衛権を廃棄しない。」⁶⁰⁸⁾。ただし、Berner は、1848年の段階では、限られた場合ではあるが、人身に対する攻撃から退避する義務が課されうることを認めていた⁶⁰⁹⁾。すなわち、「普通法上の法律は、その適用可

605) Berner, a. a. O. (Fn. 512), S. 112. なお、圏点強調は、原著の隔字体による。ders., a. a. O. (Fn. 27), S. 554. も、同様のことを述べている。

606) Berner, a. a. O. (Fn. 27), S. 554.

607) このことに鑑みれば、Berner の見解は、例えば、August Geyer, Begriff und allgemeiner Tatbestand des Verbrechens, in: Franz von Holtzendorff (Hrsg.), Handbuch des deutschen Strafrechts, 4. Aufl. 1877, S. 94 が「人殺しの道徳（Totsschlagmoral）」と批判するほど、果断な正当防衛権の行使を容認するものではないように思われる。

608) Berner, a. a. O. (Fn. 512), S. 108. なお、Berner の退避義務に対する見解に関しては、宮川・前掲（注14）76頁以下注102も参照。

609) もちろん、以下の本文での記述からも明らかのように、Berner は、一般的に退避義務

能性が正当防衛を排除する手段として、退避を挙げる。それにもかかわらず、退避は、明らかに、それが人身の完全な安全を伴っており、かつ良い評判を危険にさらすことなしに可能である場合に限り要求される。しかしながら、退避は、人身に対する攻撃の場合にのみ役立つ。というのも、私の所有権が攻撃される場合には、私は、退避によって、正当防衛によって防衛することができる私の権利を放棄することになるだろうからである。しかしながら、人身への攻撃の場合であっても、退避は、それが可能である場合でさえ、きわめてしばしば全く許されない。というのは、それによって、確かに、名誉が侵害されているからである。つまり、退避には、それ自体、既に、カロリーナ刑法典が規定する良い評判に対する危殆化が存在するのである。」⁶¹⁰⁾ Bitzilekis が指摘するように、この記述において、「この公式〔引用者記す：「法は不法に譲歩する必要はない」という公式〕を展開し、正当防衛ルールの根拠について説明した Berner は、被攻撃者が、危険がなく、不名誉でない退避によってわが身を救うことができる場合、正当防衛は認められないという結論に至っている。」⁶¹¹⁾。このように、Berner は、1848年の段階では限定的ではあるにせよ、侵害退避義務が認められることを肯定していたが、その後、前述のとおり1898年の段階までには侵害退避義務を完全に否定するに至っている⁶¹²⁾。

ここで問題となるのは、何故、1848年の論文の段階で、「退避は、人身に対する攻撃の場合にのみ役立つ。」と述べたかである。この点を考

ゝ務を認めることに対しては否定的である。

610) Berner, a. a. O (Fn. 27), S. 576.

611) Bitzilekis, a. a. O. (Fn. 252), S. 79.

612) 宮川・前掲(注14)78頁注102も、同様のことを述べる。なお、付言すると、Berner は、教科書の初版の段階で既に退避が危険を伴わず、かつ不名誉なものでない場合に退避義務を認めることに対しては、懐疑的な理解を示していた。「カロリーナ刑法典は、危険がなく、不名誉でない退避によって我が身を救うことができる場合には正当防衛を認めていなかった(140条)。しかし、このことは、法は不法に譲歩する必要はないという根本命題とどのように調和するのか?」(ders., Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, 1. Aufl., 1857, S. 131 Fn. 4. なお、圏点強調は、原著の隔字体による。)

える上で重要なのは、Bernier 自身が、「私の所有権が攻撃される場合には、私は、退避によって、正当防衛によって防衛することができる私の権利を放棄することになる。」と述べている点である。つまり、Bernier がここで問題としているのは、被攻撃者の権利を放棄することになるか否かであるということである。このような観点に即して考えてみると、1848年段階での記述は、次のように説明することができる。すなわち、被攻撃者が、人身に対する攻撃から危険にさらされることなく、かつ名誉を損なうことなく退避できる場合、被攻撃者は、人身に対する権利も名誉に対する権利も放棄せずに済むことになり、それゆえに被攻撃者は退避によっていかなる権利も放棄しないで済むことになる。したがって、このような場合に退避義務を課すことは、「法（権利）は不法に譲歩する必要はない」というテーゼに抵触しないことになるのである。ただし、そのように理解できるとすれば、では、何故、Bernier は、1898年の段階で退避義務を否定する見解へと転じたのが問題となるだろう。この点について、Bernier 自身は何も語っていないため、必ずしも明らかではないが、一つの説明としては、次のようなものが考えられる。すなわち、被攻撃者が、人身に対する攻撃から危険にさらされることなく、かつ名誉を損なうことなく退避できる場合、被攻撃者は、退避によって人身に対する権利も名誉に対する権利も放棄しないで済む。しかしだからといって、被攻撃者が、退避によって何の権利も放棄していないと評価することはできない。例えば、退避は、その場にとどまって何かをなすという意味での行動の自由を放棄することを意味すると理解すれば、たとえ人身に対する権利も名誉に対する権利も放棄しないで済むとしても、やはり退避は、被攻撃者に対して何かしらの権利の放棄を強いるものであるということになる。もちろん、1898年段階で Bernier 自身が、この場合に、被攻撃者が退避によってどのような権利を放棄することになると想定していたかは定かではない。しかしながら、Bernier の見解からすれば被攻撃者が退避によって何かしらの権利の放棄を強いられていると評価できる限りにおいて、退避は、「法（権利）

は不法に譲歩する必要がない」というテーゼに抵触することになるのである。

第四節 小 括

以上で確認したように、Bernier の正当防衛理論は、防衛対象を被攻撃者の具体的な法的地位、つまり権利と捉えるものであり、また正当防衛の構造を「権利」対「不法」という法的コンフリクトとして理解し、「法（権利）は不法に譲歩する必要はない」という、その法的コンフリクトに対して妥当する法的ルールによって解決を図るものである。そして、Bernier は、このような法的ルールの正当化根拠を主観的権利と強制権限の結合という観点に求めていた。このような主観的権利と強制権限の概念的結合が攻撃者と被攻撃者との間の「消極的」自由の維持をめざす法的関係性に根ざすものであることからすれば、Bernier の見解は、従来の理解のように法秩序の防衛という超個人主義的基礎づけとして理解されるのではなく、各人格間の法的関係性に根ざす間人格的な基礎づけとして理解されることになる。

このような Bernier の正当防衛理論の意義は、同時代の他説と比較したとき、以下の二点に認められることになる。一つ目の意義は、正当防衛権を法状態における権利行使と捉える結果、自然状態における権利行使と捉える社会契約説的な構成が孕む難点を負わないということである。二つ目の意義は、正当防衛権を義務、あるいは完全に脱人格化された法（権利）として捉えず、あくまで各人格に認められる権利と捉える結果、刑罰と正当防衛の相違を適切に説明できるという点にある。

また、Bernier の正当防衛理論は、次のような帰結を導くものであった。まず防衛対象は、あらゆる権利であり、自己の権利であるか、他人の権利であるかを問わない。次に、不法の侵害は、第一に、事実的な財の侵害では足りず、被攻撃者の法的地位を侵害するものであること、第二に、思考している存在による攻撃であること、第三に、現在の危険であることを要

するということが帰結する。最後に、防衛行為についていえば、財の衡量の余地が排斥されること、および退避が防衛手段に含まれないことが帰結する。

もっとも、以上のような Berner の正当防衛論が、従前の理論に対してどのような意味を持っていたのか、あるいはいかなる問題を解決できるようになったのかについては、なお十分な検討ができていない。そこで次章では、Berner 前後の立法の変遷を追うことによって、この点についての検討を行うこととしたい。