

【資料】(講演)

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—

(パッサウ大学法学部教授)

アルミン・エングレンダー\*

訳：増田 豊

目次

I 緒言

II 個人的法益保護と法確証との関係

III 二元的モデルにおける正当防衛権限の根拠づけ可能性

IV 受け入れ可能な選択肢としての個人主義的正当防衛モデル

## I 緒言

正当防衛についてドイツ法は、国際的に比較してみても、防衛者に対して非常に広範囲に及ぶ防衛権限を与えております。攻撃者に対するいかなる反撃も、その攻撃者から発

する現在の違法な攻撃を回避するために必要であるならば、ドイツ刑法三二条により、原理的に正当化されるものとみなされているのです。この必要性というものは、次のような場合にのみなくなります。つまり、攻撃を同様に確実に回避できるが、攻撃者に与える危害がより少なくなるであろうと思われる、防衛行為以外の行為の選択肢を、防衛者が依然としてもち合わせている場合があります。これに対して、比例性（あるいは均衡性）の観点によってこれを超える制限を設けるようなことは、正当防衛を規制するドイツ法にとつては、原則的に認められておりません。それゆえ、関連する法益の衡量は、通常の場合には行われません。そこで、例えば高価な装飾品の所有者が自己の財物の所有権を防衛するために盗品を所持して逃走しようとする窃盗犯人に向けて発砲することも、それが犯人をなんとか引き

とめる唯一の可能性であるならば、許容されます<sup>(1)</sup>。例外となるのは、次のような場合だけであります<sup>(2)</sup>。すなわち、本来必要な手段の投入が「極端に不均衡である」というような場合、つまりいま示された用例の場合に盗品が高価な装飾品ではなく、安価な流行の装飾品のような価値の低い対象であったような場合であります。

ドイツ刑法学において争われているのは、以上のような広範囲に及ぶ正当防衛権限をいかにして正統化し得るか、という点についてであります。圧倒的な多数説によれば、脅かされている自己の個人的法益の保全に対する被攻撃者の利益といったものでは、正統化根拠として十分ではない、ということになります。つまり、このような被攻撃者の利益だけでは、法益の安全に関する攻撃者の利益が原則的に劣後することを基礎づけるためには、その重大さにおいて十分である、ということになるのです。それゆえ、通説は、いわばコンビネーション・アプローチを主張します<sup>(3)</sup>。この見解によれば、正当防衛というものは、単に被攻撃者の個人的法益の保護だけではなく、法秩序の防衛（法の確証）をも目的としている、ということになります。そして、この目的は、攻撃に対する防衛を通じて攻撃者によって侵害さ

れた行動規範の経験的妥当を強化し、したがって法の事実上の制御能力を維持するという仕方でも実現されることになるのです。このような二つの要素、つまり個人的法益の保護と法の確認とが共に作用することを通じてはじめて、比較した場合に攻撃者の利益が常に後退せざるを得ないものになってしまう、という優劣関係が帰結されることになるのであります。したがって、コンピネーション・アプローチによれば、正当防衛としての正当化の要件は、攻撃を受ける個人的法益の防衛に関する利益（個人的法益保護利益）と法秩序の防衛に関する利益（法確認利益）とが（重畳的に）存在しているということになります。

このような二元的正当防衛モデルについて、わたくしは、以下において批判的分析を行ってみたいと思います。その際、第一に、二つの要素の相互関係が解明されるべきであります。その次に、被攻撃者の個人的法益保護という利益だけでは十分ではないということを、通説とともに試しに仮定した場合に、コンピネーション・アプローチがドイツ刑法三二条の正当防衛権限を実際に正統化できるのかという点について、検討を加えようと思います。

## II 個人的法益保護と法確認との関係

ただいま述べましたとおり、コンピネーション・アプローチの支持者は、ドイツ刑法三二条による正当化にとつて、個人的法益保護という利益ならびに法確認の利益が存在しなければならぬ、ということを確認しています。したがって、正当防衛は、こうした構想によると、二つの要素の一つだけでも欠ける場合には、それだけで正当防衛は認められないことになってしまいます。このことは、さまざまの問題をもたらします。つまり、まず、純粹な個人主義的構想と比較した場合に、二元的正当防衛モデルがもっているといわれている長所の一つが、消失してしまいます。コンピネーション・アプローチの論者によれば、二元的なコンピネーションという根拠に基づいてのみ次の点が説明可能となります。つまり、それは、被攻撃者が退避すれば自己の個人的法益の保全がよりよい仕方でも保障されるような場合に、個人的法益保護という観点の下では攻撃者の法益を侵害するような防衛行為は不要になります。そのような場合であっても、依然として正当防衛が許容されるという

点であります<sup>(4)</sup>。さてそれでは、問題を検討するために、個人的法益保護の利益が存在しないという想定が、このような場合には実際に正しいものであるということを前提にした場合に、そこには法確証の利益だけが存在することになります。しかし、二つの要素が（重畳的に）存在していなければならぬということを要求するならば、このことは、正当防衛権限を基礎づけるためには、コンピネーション・アプローチの支持者とは異なり、まさに十分ではないことになります。

もつとも、このような問題点からの逃げ道として、二つの要素がともに作用するという主張を放棄し、ドイツ刑法三二条による正当化にとって、攻撃者に対する反撃が、個人的法益保護または法秩序の防衛のいずれか一方に（択一的な仕方でも）役に立てばそれで十分である、というように考えることもできるかもしれません。しかしながら、そのような解決案は、ドイツ刑法三二条の規定と両立しないことになるでしょう。というのも、法の確証という目的だけで正当防衛権限の根拠づけにとって十分であるというならば、正当防衛は、公共の法益を防衛するためにも許容されなければならぬことになってしまふからであります。

最後にもう一つつけ加えておきましょう。法秩序の経験的妥当というものは、個人的法益の保護に役立つ行動規範に対する違反を通じて動揺させられるのと同じくらい、公共の法益を保護している行動規範に対する違反を通じても動揺させられることになるかもしれません。ところが、ドイツ刑法三二条は、「自己または他者を」攻撃から回避させることだけを許容しているのです。これに対して、公共の法益は、この規定によれば、正当防衛可能な法益とはなりません。したがって、単に法確証の利益が存在するだけでは、正当防衛にとって十分なものではありません。

とはいえ、さらに重畳的關係を前提とする場合にも、ドイツ刑法三二条の文言との関連で次のような問題が生じてしまうのです。それは、個人的法益保護の利益だけが存在するけれども、法確証の利益が存在しないような場合であります。つまり、通説によれば、被攻撃者による攻撃の意図的な（目的ある）挑発のような場合に、正当防衛が否定されるようなことになってしまふでしょう。しかしながら、ドイツ刑法三二条二項は、防衛は自己または他者を現在の違法な攻撃から回避させるために必要でなければならぬ、ということだけを要求しているのです<sup>(5)</sup>。そこで二元的見解

の論者は、ドイツ刑法三二条二項の文言をあまりにも広すぎるものと感じて、一定の事例群に関して制限を設けることを可能にするために、正当防衛の目的に依拠してこの文言を目的論的に縮小することができるという点に、まさに利点を見出すのであります。しかし、いかなる根拠に基づきそうした正当防衛の制限が場合によっては正当化されるのか、という問題があるにもかかわらず、こうした論証にあたって、法確証が実際にはドイツ刑法三二条の規制目標となっているということがすでに「前提とされてしまっている」のであります。ところが、このことはまさに疑わしいものであるように思われます。というのも、論者のいう二つの基本原理のうち、ドイツ刑法三二条二項の本来厳密な正当防衛および正当緊急救助の定義の中に個人的法益の保護という目的だけが反映されているからであります。<sup>6)</sup>

もっとも、ロクシンは、コンピネーション・アプローチを根拠づけるために、立法者の意思を引き合いに出しています。まず、一九六九年のドイツ刑法典総則の包括的改正の基礎となった刑法改正特別委員会の報告は、二元的正当防衛モデルのための手掛かりとなるようなものを含んでいないということが、確認されます。<sup>7)</sup> かくうじて制定される

に至らなかった一九六二年草案の理由づけの中に、正当防衛というものは、不法なことを遂行する者を威嚇して思いとどまらせ、これによって法秩序「全体」をも保護するものである、とする見解が認められるにすぎません。<sup>8)</sup> それにもかかわらず、ロクシンは、その点に十分な基礎があると考えてしまうのです。というのも、この草案の正当防衛規定が現行法において基本的を実現されているからであります。<sup>9)</sup> ところで、ドイツ刑法三二条二項の定義は、もちろん新たな規定というわけではありません。その定義は、最小限度の文体上の修正は別として、それ以前に効力を有していたドイツ刑法五三条二項に対応しております。この五三条二項は、すでにライヒ刑法典が一八七一年に公布されて以来、この形式で変更されずに存在していたものであり、さらには一八五一年のプロイセン刑法典の四一条二文とも文言が同様で、一致しております。しかしながら、これらの規範の場合に、その立法資料からコンピネーション・アプローチの手掛かりといったものを取り出すようなことは全くできません。<sup>10)</sup> それゆえ、成立史にかかわる考察も、個人的法益保護に加えて、さらに法秩序の防衛を目的とするといったことを証明することはできません。

コンピネーション・アプローチの別な支持者たちは、法規の体系的整合性を論拠にしています。彼らの論証の出発点となるのは、ドイツ刑法三四条に規定されている緊急避難権限との対比であります。正当化的緊急避難が、利益衡量を前提としており、保全法益が侵害法益をはるかに優越していることを要求しているのに対して、ドイツ刑法三二条は、前述のとおり、関連法益の衡量を要求しておりません。そこで、このようなコンピネーション・アプローチの支持者たちは、このことは、法確証という追加された要素によってだけ根拠づけられる、と考えるのであります。仮に正当防衛が個人的法益の保護だけに役立つとしたならば、例えばレンクナーは、次のようなことになる、と主張しております。すなわち、「なぜそれが部分的にせよ正当化的緊急避難とは別な規則に従うことになるのかということを、説明できないことになってしまふであろう。つまり、たとえば言えば、なぜ関連法益の序列関係が、そちらと同様の意味をこちらではもたないのかということが理解不能なものとなってしまうであろう。」と主張しております。<sup>(11)</sup>

しかしながら、これには反論が可能であります。正当防衛の規定を正当化的緊急避難の規定と比較することからは、

二元的正当防衛構想に賛同するような体系的論拠を獲得することなどできません。個人的法益の保護という目的は、法益の総量が最大限の状態にとどまること、そのためには紛争状況においては、より高度な価値をもつ法益の保全だけが重要であるということを功利主義的に保障するようなものとして誤解されてはなりません。法秩序というものは、想定し得るすべての侵害に対し個人の法益を同等に保護すべきではなく、他者の答責領域に属するような危険に対してだけ優先的に保護すべきであります。こうした目標設定を考慮に入れるならば、関連する個人的法益の価値に関するさまざまな評価は、緊急状態成立に関する関係者の答責性に応じてとにかく首尾一貫したものとなっているのです。そのような評価は、例えばドイツ民法九〇四条の攻撃的緊急避難とドイツ民法二二八条の防衛的緊急避難との相互に異なる基準の中にも表現されています。それゆえ、そのような評価を根拠づけるために、何らかの公共的利益を改めて引き合いに出すことなど全く不要であります。同様のことは、防衛的緊急避難と正当防衛との異なる評価基準にもあてはまります。そこにおいても、攻撃者の増大した答責性によってその違いを根拠づけることが原理的に可能であ

ります。

さてそれではここで、われわれは次のように中間的な総括をしておきます。すなわち、正当防衛は、個人的法益の保護並びに法秩序の防衛に役立つという想定は、二つの要素の関係を規定してみると、深刻な問題にさらされてしまふ、ということになります。択一的な関係の想定も重畳的な関係の想定も、齟齬や違反もなくドイツ刑法三二条の文言と両立させるようなことはできません。しかも、成立史的論拠も体系的論拠も、二元的正当防衛モデルに賛同するようなものとはなりません。

### Ⅲ 二元的モデルにおける正当防衛権限の根拠づけ可能性

ところで、いま指摘したような難点があるにもかかわらず、二元的な正当防衛モデルが何らかの仕方では整合的に展開され、ドイツ刑法三二条の規定と両立し得るということ、われわれは今一度試しに仮定してみたいと思います。そうすると次に、以下のような問題が提起されます。すなわち、被攻撃者の個人的法益保護の利益だけでは十分では

ないということを試しに仮定した場合に、個人的法益の保護と法秩序の防衛という二つの目標が、攻撃者自身の法益の安全に関する利益が常に後退してしまうという事実をなぜ正当化するのか、という問題が提起されることになりました。そのような場合に、コンピネーション・アプローチの論者は、基本的に二つの論拠に依拠します。それは、以下で取り上げますが、「不法論拠」と「重要性論拠」と称されるものであります。

#### 1 不法論拠

不法論拠とは、その最も有名なヴァージョン、すなわち「法は不法に讓歩する必要はない」とするヴァージョンの中に表現されているものであります。<sup>(12)</sup> こうした定式は、ペルナーに由来するものですが、<sup>(13)</sup> 広くゆきわたった理解によれば、もともとヘーゲルによってその着想が与えられた超個人主義的正当防衛の根拠づけに、結局は帰着するものであります。しかし、なぜ法は、すなわち法秩序は、不法に讓歩する必要がないのでしょうか。

不法論拠の基礎を構成しているのは、法と不法との関係

についてのヘーゲルの考え方であります。ヘーゲルにとって、不法というものは「即目的」法に対する「特殊意志」の反抗であります。それゆえ、そこでは単なる「仮象」が問題になっているのです。仮象というものを、ヘーゲルは、事物の本質すなわち法の本質にふさわしくない「定在」として理解しています。それゆえ、仮象というものは、本質なるものと対比すれば、空疎なものとなるのです。<sup>(14)</sup>ヘーゲルによれば、この不法の空疎性というものは、なによりも次のような仕方で外へ向かつてはつきりと示されなければなりません。すなわち、法の侵害は、強制によって止揚つまり排除されるといふ仕方では示されなければならないのです。<sup>(15)</sup>このように法の否定を否定することを通じて、法というものは再び回復するのであり、「現実的なものであり、妥当しているものとして」自らを規定することになるのです。<sup>(16)</sup>まさにこの明示されるべき不法の空疎性というテーゼによって、ヘーゲル学派の人たちは、彼らの正当防衛の根拠づけ理論に裏づけを与えるのであります。すなわち、正当防衛においては、法は本来空疎な不法に対抗して妥当を取り戻すのであります。<sup>(17)</sup>

このような正当防衛の根拠づけについては、さしあたり、

それがヘーゲルの思弁的な形而上学に固定されてしまっているという点に、問題があるように思われます。法を現実的なものとして、不法を空疎な仮象として捉える見解は、現実を「絶対的精神」の自己創出物とみなす想定にその理由が認められます。ところが、このような思弁的な形而上学は、支持し得ないものである、ということが判明しております。したがって、不法論拠は、それが元来の根拠づけの文脈とは無関係に再構成することが可能であるとすれば、その場合にだけ説得力をもつことにもなるでしょう。再構成の試みは、次のようなものになるでしょう。すなわち、違法な攻撃を遂行することによって、攻撃者は法秩序を構成する行動規範に違反するので、要するに、攻撃者は、自己の行為の代わりに行動規範を「否定する」のです。こうした行動の中に表現されている、攻撃者の主観的な格率は、法的に見れば当然のことながら妥当を保持しないものであります。つまり、法秩序の立場からは、そうした格率は「空疎なもの」であります。もつとも、不法な格率は、法秩序の要請を「事実上」排除してしまうことを迫っているのです。つまり、法が不法に譲歩せざるを得ないような危険が存在しているのです。この危険を、有効な防衛行為を通じ



て阻止するようなことも可能です。そしてそうなれば、このことが、法秩序を否定する不法を他面では否定することになるのです。こうして攻撃者の不法な格率ではなく、法秩序の行動規範が規範的に重要なものであるということが、確認されます。つまり、法は「妥当しているもの」として確定されることになるのです。

しかし、以上のような再構成を通じて、二元的正当防衛モデルに賛同し得る論拠を獲得するようなことはできません。このような「脱ヘーゲル主義化された形態」においては、不法論拠は次のことだけを意味しているにすぎないのです。すなわち、正当防衛を通じて法秩序の経験的妥当が防衛される、ということだけです。しかし、これでは防衛の対象が単に示されているだけなのです。客観的精神の現象形態としての法の必然性というヘーゲル的な見解の文脈から解放たれてしまうと、何といつても不法論拠は、なぜ法秩序の防衛という目的が場合によっては攻撃者に対する重大な反撃を正当化することになるのかという点について、もはやいかなる根拠づけをも内容として含まないものとなってしまいます。それゆえ、「法は不法に譲歩する必要はない」とする公式は、ドイツ刑法三二条の広範囲

に及ぶ正当防衛権限をそれ自体では正当化することなどできず、別な仕方による正統化の可能性をすでに前提としているのであります。

## 2 重大性論拠

そのような別の仕方による根拠づけは、もしかすると重大性論拠が成し遂げるかもしれない。この論拠によると、確かに被攻撃者の個人的法益保護の利益というものは、個別事案において法益衡量が不要であることを正統化したり、それとともにドイツ刑法三二条の広範囲に及ぶ防衛権限を正統化したりするためには、それだけでは不十分である、ということになります。しかしながら、法秩序の経験的妥当という価値と相まって、被攻撃者の法益保護に比べて攻撃者の法益保護が原理的に劣後するということから、そうした優位が生じることになる、とされるのです。レンクナーは、次のように述べています。すなわち、「攻撃を受ける保全法益と全体としての法の主張とが一体となつて、〈優越的利益〉を生み出すのである。そしてこの優越的利益こそが、正当防衛の場合に、相対的に最も弱い反作用という原則に

従いつつ、必要とされる、攻撃者の法的領域へのすべての反撃を補填するのである。」と主張するのです。<sup>(18)</sup>

いま一度試しに、被攻撃者の個人的法益に関する利益が正当防衛権限を根拠づけるためには十分ではないということとを想定してみましよう。そうだとすると、コンビネーション・アプローチの支持者たちが考えているように、法秩序の経験的妥当という価値と結びつけることが、主張された優位を實際に導き出すのでしょうか。このことは、次のような理由で当を得たものではありません。つまり、違法な攻撃を通じて全体としての法秩序の経験的妥当が危うくなるのではなく、せいぜい一定の行動規範の事実上の制御能力が危うくなるにすぎないのです。そこで、例えばある人を監禁するような行為は、場合によってはドイツ刑法二二九条（自由剥奪罪）に含まれている自由剥奪の禁止の作用を、あるいは最悪の場合でも自由保護に関する諸規定の複合体の作用を弱めることになるかもしれません。しかしだからといって、全体としての法秩序を不安定なものにしてしまいうわけではないのです。したがって、違法な攻撃に対して法秩序を防衛する場合でも、具体的な関連規定の安定化だけが常に問題になり得るのです。ところで、法秩序の規範

それ自体には、いかなる固有の価値も帰属しません。むしろ規範の価値は、規範が保護する法益の価値に応じて算定されるのです。なるほどこのことは、問題となつてくる規範の妥当が、「一定の客体」の属性としてとらえられる、防衛される個人的法益の価値とともに、何らかの付加的な価値すらもち得ない、というようなことまで意味しているわけではありません。というのも、規範が安定化すれば、それに伴つて一つの客体だけでなく、複数の客体が帰属する「類」一般も保護されることになるからであります。例えば、自由剥奪の禁止は、法律の妥当領域において（すべての人の）移動の自由を保護しています。したがって、この禁止の安定化は、これらすべての人に役に立つものなのです。しかし、このことを考慮に入れる場合でさえも、そこから、仮定される一般的な優先関係が導き出されるわけではありません。コンビネーション・アプローチの主張者のように、自由剥奪罪の場合に、被攻撃者自身の（個人的な）移動の自由にかかわる利益だけでは、攻撃者に対する重大な反撃を正当化することなどできないということを前提とする場合に、関連する法益の序列関係の考慮にあたり、たとえ（すべての人にかかわるといふ意味において一般的な）移動の

自由の価値を引き合いに出しても、通常、これとは異なる結論を根拠づけるようなことはできないでしょう。そうだとすると、複数の客体が帰属する類一般を保護するからといって、規範の安定化に、そのような高度の価値を原理的に帰属させるといような仮定は、ドイツ法によれば妥当している法益の序列というものと両立し得ないものとなってしまうでしょう。

以上のことは、次のことを意味しています。すなわち、重大性論拠も、二元的モデルの文脈において、ドイツ刑法三二条の正当防衛権限を根拠づけるようなことはできません。それゆえ、コンビネーション・アプローチは、受け入れ可能な正当防衛モデルを探し求めようとする、袋小路になっている、ということが判明してしまふのです。通説に反して、法秩序の防衛は、正当防衛の目標とはなりません。

#### IV 受け入れ可能な選択肢としての個人主義的正当防衛モデル

ドイツ法では、関連法益の衡量を断念して、非常に広範囲に及ぶ正当防衛を認めることになりましたが、それでは一

体、このことはいかにして正統化されるのでしょうか。近時、再び好評を博しているのは、個人主義的アプローチであります。このアプローチによれば、正当防衛は攻撃を通じて脅かされている個人的法益の防衛だけに役立つものであるということになります。したがって、このアプローチは、コンビネーション・アプローチの中心的な前提を争うものであります。その中心的テーゼというのは、自己の脅かされている個人的法益の保全に関する被攻撃者の利益だけでは、自己の法益の完全性に関する攻撃者の利益が原則的に劣後することを根拠づけるためには、その重大性において不十分である、とするものであります。法益衡量が不要であるということを整統化するためには、その際、全くさまざまな観点が引き合いに出されています。それは、次のような観点であります。第一は、個人の自己保全利益という観点であります。<sup>(19)</sup>第二は、被攻撃者の苦境と防衛行為に関して被攻撃者が不慣れであるという意味における未熟さの観点であります。<sup>(20)</sup>第三は、攻撃を受けることに常に伴う一般的な行為の自由もしくは人格の自由な展開という、<sup>(21)</sup>無視し得ない高度な価値が付け加わるといふ観点であります。第四は、攻撃者には保護の適格性がないという観点であり

ます<sup>(22)</sup>。というのも、攻撃者であれば不作為もしくは攻撃自体の中断を通じて被害を防ぐことができるからです。第五は、攻撃者によって惹き起された、自然状態に類似する状況への逆戻りという事実に基づいて被攻撃者の連帯義務が解除されてしまうという観点であります<sup>(23)</sup>。

いまここで、こうした根拠づけのアプローチのすべてについてまで一々批判的な評価をするには及ばないでしょう。そこで、わたくしは、わたくし自身が正しいと考える構想について、以下では簡潔に素描するだけにとどめておきます。わたくしの確信するところによりますと、正当防衛権限は、被攻撃者の「個人的な権利」から生じるものであります<sup>(24)</sup>。個人的な権利というのは、他者による侵害に対して、例えば生命、身体あるいは移動の自由のような一定の法益の特段厳格な仕方による保護を、その保有者に保障する機能を有することになるのです。この個人的な権利は、権利の保有者に、権利の名宛人に対する個人的な請求権を与えるものであります。つまり、権利の名宛人は、権利の保有者に危害を加えないことを、この権利の保有者に対して一身的に義務づけられているのです。それが無視された場合に貫徹可能性がないとするならば、そもそも個人的な権利

というものは、ほとんど効果のないものにとどまっています。それゆえ、個人的な権利は、急迫の脅威があっても権利の保有者が自己の自由を保全することができる強制権限と結びつけられるのです。こうして、実際にだれもが、第一に、そうした個人的な権利を保有し、第二に、紛争状況においてもこの権利を貫徹し得ることに關して利益をもっているということが、根拠づけられるのであります。そのためには、理性的に熟慮してみれば、だれもが、すべての他者に対しても同等の権利を与えることを認める、ということになるでしょう。自己の法益を最善の仕方では保全するために、各人は、他者に対してもまた同様の保護を与えなければならぬ、ということを受け入れるのであります。ところで、個人的な権利と結びつく強制権限を法益の衡量という要件を通じて制限してしまうならば、権利の保有者となる被攻撃者は、何と云っても、そうした相互的な権利と義務のシステムなき状態と比べると（よりよい）立場ではなく、（より悪しき）立場に置かれることになってしまいうでしょう。そして権利の保有者は、場合によっては、義務違反行動による自己の法益の侵害を、これに抵抗することを許容されることなく、甘受しなければならぬようなこと

になってしまおう。これでは、個人的な権利を承認する目的は、正反対のものに変わってしまいます。だとすると、自己の保護利益を合理的に追求する者はだれも、対応する義務づけを受け入れるべき理由をもたないことになってしまおうでしょう。もつとも、以上のことは、防衛の緊急避難の規定と矛盾するようなことはありません。この防衛の緊急避難では、個人的法益保護の利益が存在しているにもかかわらず、被害が回避される危険に対して均衡を失うる場合には、危険源を保有する者の負担に帰するような危険防衛は認められないことになります。このような制度の場合には、危険責任が問題になっており、これは、個人的権利の無視を前提としているのではなく、したがってそこではそのために別な基準が妥当することになるのです。

最後に、結論を次のようにまとめたいと思います。すなわち、ドイツ法における広範囲に及ぶ正当防衛は、純粋に個人主義的な基礎に依拠することによって納得のゆく仕方根拠づけることが可能であります。法秩序の防衛にかかわる公共的な利益を改めて取り上げるようなことは、不要です。それゆえ、法確証という思想は、ドイツにおける正当防衛をめぐる議論の場から退去してもらったほうがよい

でしょう。

注

- (1) 通説によると、物的法益の防衛のために攻撃者を殺害することの禁止は、ヨーロッパ人権条約二条からも帰結されるものではない。この問題点については *Engländer*, in: *Matt/Renzkowski*, StGB Kommentar, 2013, § 32 Rn. 56.
- (2) この点については *Engländer*, in: *Matt/Renzkowski* [Fn. 1] § 32 Rn. 44. を参照。
- (3) BGHSt 24, 356 (359); 48, 207 (212); *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 7 Rn. 6ff.; *Perron*, in: *Schönke/Schröder*, StGB Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 32 Rn. 1f.; *Rozin*, Strafrecht Allgemeiner Teil 1, 4. Aufl. 2006, § 15 Rn. 1 ff. 詳細については *Kasper*, Rechtswissenschaft 2013, 40ff.; *van Rienen*, Die „sozialethischen“ Einschränkungen des Notwehrrechts, 2009, S. 138ff.
- (4) *Kühl* [Fn. 3], § 7 Rn. 11; *Perron*, in: *Schönke/Schröder* [Fn. 3], § 32 Rn. 1a; *Rozin* [Fn. 3], § 15 Rn. 2.
- (5) この点を明確にしてゐるのは、例をば *Rozin* [Fn. 3], § 15 Rn. 2. によらぬ。
- (6) 多数の論者が、ドイツ刑法三二条一項の「要請されている」というメルクマールを、正当防衛の制限に関する根拠づけに賛同するための法規上の関連点とみなしている。だ

- が、このメルクマールが正当防衛の目的にどうして何を言明していったかため、そこから別々の見解を出したものは、*ゆがべた*である。
- (7) Bundestags-Drucksache V/4095, 14. を参照。ただ特別委員会における審議にどうして、正当防衛は予防的機能をも有するとする、連邦司法省の代表者であったホルスロッテナ氏の所見が述べられていた。この点にどうして、Sonderausschluss für die Strafrechtsreform, 90. Sitzung der 5. Wahlperiode, S. 1807. を参照。
- (8) Entwurf eines Strafgesetzbuches(StGB) E 1962 (mit Begründung), S.157.
- (9) *Rozin*, [Fn. 3], §15 Rn. 2.
- (10) Zu § 41 S. 2 prStGB vgl. *Goldammer*, Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die preussischen Staaten, Theil I, Berlin 1851, S.360ff.
- (11) *Lenckner*, Goldammer's Archiv für Strafrecht 1968, 1(3).
- (12) Vgl. z. B. *Fischer*, StGB Kommentar, 60. Aufl. 2013, §32 Rn. 2; *Perron*, in: Schönke/Schröder [Fn. 3] §32 Rn. 1; *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 41. Aufl. 2012, Rn. 339.
- (13) *Berner*, Archiv des Criminalrechts 1848, 547(562).
- (14) *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1820, § 82.
- (15) *Hegel*, [Fn. 14], §§ 94, 97.
- (16) *Hegel*, [Fn. 14], § 82.
- (17) *Abegg*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1859, 346 [364ff.]; *Köstlin*, System des deutschen Strafrechts, 1855, S.75; *Levita*, Das Recht der Nothwehr, 1856, S.17f.
- (18) *Lenckner*, Goldammer's Archiv für Strafrecht 1968, 1(3).
- (19) *Klose*, Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaft 89 [1977], 61[86].
- (20) *Wagner*, Individualistische oder überindividualistische Nothwehrgründung, 1984, S.32.
- (21) *Kroß*, Nothwehr gegen Schweigegelderpressung, 2004, S.56f.; *Wagner* [Fn. 20], S.31.
- (22) *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 17 Rn. 1; *Prüster*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2011, 16/3f.
- (23) *Erb*, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2005, 593 (595); *Hruszka*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 115 (2003), 201 (219); *von der Pfordten*, in: Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber, 2003, S.359 (S.372).
- (24) *ハズキツノ* 著『*Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, S.67 ff. を参照。*ホウ*、*クニ* 参照。 *Merkel*, in: Festschrift für Günther Jakobs, 2007, S.375 (S.389 f.); *Neumann*, in: Lüderssen u.a. (Hrsg.), Modernes Strafrecht und Ultima-ratio-Prinzip, S.215

(S.225); *Paulke*, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, S.237  
ff.; *Renzkowsky*, *Notstand und Notwehr*, 1994, S.231 f.

\*本稿は、二〇一二年二月一日に、明治大学大学院法学研究科特別講義として実施された講演を翻訳したものである。

なおエングレンダー教授（パッサウ大学法学部）の学問的方向性などについては、拙訳・アルミン・エングレンダー「道徳的正当性を法的妥当の条件として捉えることは可能か—認識論的批判—」法律論叢八三卷一号（二〇一〇年）三三五頁以下（訳者あとがき）において、詳細に紹介しておいたので、それを参照されたい。