

正当防衛の正当化根拠について（４・完）

——「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

第三節 Berner の正当防衛論からの帰結

第四節 小 括

(以上, 368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）

第一款 プロイセン一般法典草案（1786年）

* 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

- 第一項 起草過程
 - 第二項 内容の検討
 - 第二款 プロイセン一般ラント法 (1794年)
 - 第一項 成立過程
 - 第二項 内容の検討
 - 第二節 プロイセン刑法典 (1851年)
 - 第一款 1827年草案から1833年草案まで
 - 第一項 起草過程
 - 第二項 内容の検討
 - 第二款 1836年草案から1843年草案まで
 - 第一項 起草過程
 - 第二項 内容の検討
 - 第三款 1845年草案から1847年草案まで
 - 第一項 起草過程
 - 第二項 内容の検討
 - 第四款 1848年草案から1851年プロイセン刑法典まで
 - 第一項 成立過程
 - 第二項 内容の検討
 - 第三節 ライヒ刑法典 (1871年)
 - 第一款 成立過程
 - 第二款 内容の検討
 - 第四節 その後の RG 判例の傾向
 - 第五節 小 括
- 終 章 (以上, 本号)

第四章 Berner 前後の立法の展開

本章では, Berner 前後の立法の展開を検討するが, その目的は, Berner の正当防衛論が主張された時代的背景を明らかにすることによって, Berner の正当防衛論の意義をより明確にすることにある。次いで検討方法であるが, 重要な規定の変更が確認されるごとに各立法ないし草案の規定内容を検討することとした。これにより, Berner 前後の立法の変遷が概観できるものと思われる。さらに, 当該立法ないし草案が基礎とす

る考え方の分析を容易にするために、規定内容の検討に先立ち、あらかじめ立法過程ないし草案の起草過程を確認することとした。これによって、誰が、いつ、どのようにして規定の内容に影響を与えたのかを踏まえながら、各立法・草案の内容を分析することができるようになると思われる。

第一節 プロイセン一般ラント法（1794年）

第一款 プロイセン一般法典草案（1786年）

第一項 起草過程

プロイセン一般ラント法（以下、一般ラント法と略称する）成立以前のプロイセンは、慣習法を基礎としていたため、各州が中世以来の固有のラント法を有しており、それを超えた普通法はローマ法しかないという状況にあった⁶¹³⁾。また普通法であるローマ法では実情に合わない場合が多かったという事情もあり、当時のプロイセンにおいては、州の垣根を超えた統一的な法典を編纂する必要が生じていた⁶¹⁴⁾。そこで、プロイセン国王 Friedrich II 世は、1780年4月14日の内閣令によって、大法官 Johann Heinrich Casimir von Carmer に対し、統一的な法典編纂作業を委託した⁶¹⁵⁾。

この作業に先立ち、von Carmer は、新法典の起草作業の補佐役として、Carl Gottlieb Svarez, Ernst Fredinand Klein らを選び、法典編纂者グループを形成した⁶¹⁶⁾。その上で、法典編纂作業が開始され、はじめに

613) 成瀬治＝山田欣吾＝木村靖二編『世界歴史大系 ドイツ史2』（山川出版社・1996年）80頁〔阪口修平執筆部分〕。

614) 成瀬＝山田＝木村編・前掲（注613）80頁〔阪口執筆部分〕。

615) *Albrecht von Bitter*, Das Strafrecht des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794 vor dem ideengeschichtlichen Hintergrund seiner Zeit, 2013, S. 20.

616) *August Heinrich Simon*, Bericht über die szientivische Redaktion der Materialien der preußischen Gesetzgebung, Allgemeine Juristische Monatsschrift für die preußischen Staaten, Bd. 11, Heft. 3, 1811, S. 199. なお、本文中で挙げた Svarez, Klein のほか、Baumgarten, Goßler, Kircheisen, Pachaly, Volkmar が補佐役として選ばれたとされる（*Simon*, a. a. O., S. 199. さらに、石部雅亮『啓蒙的絶対主義の法構造』（有斐閣・ノ

複雑な現行法を整理する作業が行われた⁶¹⁷⁾。この整理作業の後、Klein が草案の起草作業を行い、その後、この草案は、von Carmer の監督の下、Svarez による修正を受けた⁶¹⁸⁾。これが、いわゆる第一草案である⁶¹⁹⁾。第一草案は、法律委員会の 5 名の委員⁶²⁰⁾、同委員会の金融部門の若干名の委員、マークデブルク県知事 Johann Wilhelm von Tevenar に送付された⁶²¹⁾。そして、これらの者から提出された意見書を受けた後、Svarez は報告書を作成し、von Carmer に提出した。また、その結論に従って、草案の内容が修正された⁶²²⁾。これが、プロイセン一般法典草案第 1 部人の法の起草過程である（以下では、一般法典草案と略称する⁶²³⁾。この一般法典草案第 1 部人の法は、第 1 編から第 3 編に分冊し、1784年から1786年にかけて公表された⁶²⁴⁾。刑法典は、このうちの第 3 編第 8 章に収録されている。

以上では、1786年の一般法典草案に至るまでの過程を概観した。その過程から明らかになるのは、第一に、同草案の起草に際しては、起草者である Klein および Svarez をはじめとした法律委員会の委員しか関与していないこと、第二に、同草案は、法律委員会の委員の中でも特に Klein および Svarez の影響を大幅に受けていると考えられることである。そこで次項においては、特に Klein および Svarez の見解を参考にしながら、一般法典草案における正当防衛規定の内容を分析することとする。

↘1969年) 98頁も参照。)

617) 成瀬 = 山田 = 木村編・前掲 (注613) 80頁 [阪口執筆部分]。この整理作業の詳細については、さしあたり石部・前掲 (注616) 185頁以下を参照。

618) *von Bitter*, a. a. O. (Fn. 615), S. 20.

619) *Simon*, a. a. O. (Fn. 616), S. 209.

620) この 5 名の委員は、具体的には、Scherer, Könen, Scholz, Heidenreich, Lamprecht のことを指すとされる (*Simon*, a. a. O. (Fn. 616), S. 209.)。

621) *Simon*, a. a. O. (Fn. 616), S. 209.

622) *Simon*, a. a. O. (Fn. 616), S. 209.

623) これに対して、第 2 部物の法の成立過程は若干異なるが、本稿の研究対象である正当防衛とは関係しないため、本稿では取り上げない。なお、第 2 部物の法の成立過程については、さしあたり石部・前掲 (注616) 186頁参照。

624) *Simon*, a. a. O. (Fn. 616), S. 207.

第二項 内容の検討

内容の検討に先立ち、一般法典草案において、どのような正当防衛規定が置かれていたかを確認する⁶²⁵⁾。正当防衛に関する規定は、同草案第3編第8章第8節「個人に対する犯罪（Privatverbrechen）一般に関して」の423条から427条にかけて定められている。その内容は、以下の通りである。

423条 いかなる者も、自己に差し迫っている不適法な侵害の危険を事案に相応した救助手段によって回避する権限を有する。

(§ 423. Jeder hat die Befugniß, die ihm drohende Gefahr einer unrechtmäßigen Beschädigung, durch der Sache angemessne Hilfsmittel abzuwenden.)

424条 ただし、かかる正当防衛は、攻撃を行う当事者が暴行を開始しており、かつ官憲による救助が損害の回避、もしくは損害の完全な補償には至りえない場合に限り、行われる。

(§ 424. Diese Nothwehr findet aber nur statt, wenn der angreifende Theil mit Thätlichkeiten den Anfang gemacht hat, und die obrigkeitliche Hilfe, zur Abwendung, oder völliger Vergütung des Schadens, nicht erlangt werden kann.)

425条 正当防衛の行使は、差し迫っている害悪を回避するために必要である以上に行われてはならない。

(§ 425. Die Ausübung der Nothwehr darf nicht weiter getrieben werden, als die Nothdurft, zur Abwendung des drohenden Uebels erfordert.)

426条 同様に損害を回避するために選択した手段は、正当防衛によって回避される損害それ自体と均衡していなければならない。

(§ 426. Auch muß das zur Abwendung des Schadens gewählte Mittel, mit dem Schaden selbst, welcher durch die Nothwehr abgewendet werden soll, in Verhältniß stehen.)

427条 いかなる者も、生命、健康、名誉及び自らの財産の全部分若しくは少

625) なお、条文の原文は、Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für Preußischen Staaten, Th. I Ab. 3, 1786, S. 287 f. に依った。

なからぬ部分の防衛のためにのみ、攻撃者の致命的な毀損に至るまでの正当防衛を行うことが許される。

(§ 427. Nur zur Vertheidigung des Lebens, der Gesundheit, der Ehre, und des ganzen, oder doch eines beträchtlichen Theils seines Vermögens, darf jemand die Nothwehr, bis zur lebensgefährlichen Beschädigung des Angreifenden, ausüben.)

一般法典草案の特徴として第一に正当防衛規定の総則化が図られている点を挙げることができる。すなわち、それ以前の刑法典では、正当防衛規定が生命・身体侵害犯との関連で規定されていたのに対して、一般法典草案では、個人に対する犯罪に関する節の中に正当防衛が規定されるに至ったのである⁶²⁶⁾。その結果、一般法典草案においては、防衛対象が拡大しただけでなく、とりうる防衛手段の範囲も拡張した。すなわち、正当防衛規定の総則化は、防衛手段が殺人および傷害以外の手段（例えば、逮捕・監禁のように行動の自由を制約する行為など）にも、正当防衛の成立可能性を認めるという意味も有するのである⁶²⁷⁾。

626) *von Bitter*, a. a. O. (Fn. 615), S. 178 f. なお、参考までに一般法典以前の立法の一例として、カロリーナ刑法典139、140条を挙げておく。その規定内容は以下の通りである（訳文は、上口裕「カール5世刑事裁判例（1532年）試訳（2）」南山法学37巻3・4号（2014年）317頁に依拠した。）。

第139条 同じく、自己の身体、生命を守るため正当防衛（recht notweer）を行い、侵害を加えた者を防衛に際し殺害した者は、何人に対してもこの点につき責めを負わない。

第140条 同じく、ある者が生命に危険のある武器をもって急襲、攻撃し、打撃を加え、被侵害者が、その身体、生命、名誉、良き世評を危険又は侵害に曝すことなく適切に回避することができないときは、罰せられることなく、正当な反撃により自己の身体、生命を防衛することができる。そして、被侵害者が侵害者を殺害するときは、この点につき何らの責めをも負わない。また、それが成文法及び慣習に反するか否かにかかわらず、被侵害者は打撃を受けるまで反撃を思いとどまるべき責めを負わない。

627) このことは、それ以前の刑法典、例えば、カロリーナ刑法典139条が「防衛に際し殺害した者」にしか言及しないのに対し、一般法典草案においてはより包括的な言明となっていることから想起されるだろう。

同草案に見られる正当防衛の総則的位置づけは、同草案の起草者である Klein および Svarez の見解とも合致するものであり⁶²⁸⁾、この意味で、同草案における正当防衛規定からは両起草者の影響を看取することができる。仮にそうだとすれば、同草案において正当防衛規定が総則化した理論的背景は、Klein および Svarez が依拠していた国家契約説に求めることができる。というのも、Klein にせよ、Svarez にせよ、国家契約説に依拠しながら正当防衛権を基礎づけているからである。

まず、Svarez は、国家契約説に基づいて臣民の正当防衛権を基礎づける。すなわち、国家契約に基づいて、臣民は、国家が自身を保護しうる限りにおいて自己防衛権を放棄する。しかしながら、国家が臣民を保護できない場合には自然状態へと還帰し、またそれに伴い、——実定法による制限の範囲内ではあるものの⁶²⁹⁾——臣民の自己防衛権が再び蘇るとするのである⁶³⁰⁾。また、Klein も、——Svarez とは説明方法が異なるにせよ——国家契約説に基づいて個人の正当防衛権を基礎づける。すなわち、国家契約によって、個人は自己防衛権および刑罰権を国家に委譲する代わりに国家による保護を受けることができるようになるとした上で、国家による保護が得られない場合には、被攻撃者ないし第三者が国家の代わりに刑罰権を行使することができる⁶³¹⁾。

628) *Ernst Fredinand Klein*, Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts, 1796, S. 30 ff.; *Carl Gottlieb Svarez*, Vorträge über Recht und Staat, Hermann Conrad/Gerd Kleinheyer (Hrsg.), Vorträge über Recht und Staat von Carl Gottlieb Svarez (1746-1798), 1960, S. 375.

629) なお補足すると、自己防衛権の復活は実定法の範囲内に限定されるとする Svarez の理解の背景には、実定法は自然法に優位するという彼の理解が存する。すなわち、立法権は、「自然的権利と義務を変更することができ、またこれらを異なる形で規定することができる」というのである (*ders.*, a. a. O. (Fn. 628), S. 216.)。同様の分析を行うものとして、*Milan Kuhli*, *Carl Gottlieb Svarez und das Verhältnis von Herrschaft und Recht im aufgeklärten Absolutismus*, 2012, S. 74.

630) *Svarez*, a. a. O. (Fn. 628), S. 217. なお、本稿と同様の理解を行うものとして、*Kuhli*, a. a. O. (Fn. 629), S. 74.

631) Vgl. *Klein*, a. a. O. (Fn. 628), S. 29 f. 本稿と同様の理解を行うものとして、*von Bitter*, ↗

このように両起草者の見解は、細部を異にするが、正当防衛の基礎づけの際に国家契約説を持ち出す点で共通している。この国家契約説からすれば、正当防衛権は、生命・身体侵害だけでなく、その他の権利侵害の場面においても認められるはずである。なぜならば、国家契約説的理解からすれば、生命・身体侵害の場面であるか、それともそれ以外の権利侵害の場面であるかにかかわらず、国家が臣民を保護できない場合には、自己防衛権の復活（ないし刑罰権の代行）が認められるはずだからである。

もっとも、仮にこのような理解が正しいとすれば、正当防衛権は、あらゆる権利侵害に対して認められることになるため、正当防衛規定は、個人に対する犯罪の節ではなく、総則に規定されなければならないはずである。それにもかかわらず、何故、一般法典草案は、総則ではなく、個人に対する犯罪一般の節、いわば各則の総則の節の中に正当防衛を規定したのであろうか。この点に関して、von Bitter は、次のような指摘を行っている。すなわち、Svarez は、公的権力に対する犯罪の場合には正当防衛の成立可能性が排除されるべきであるという理由から、Klein に対して、正当防衛を個人に対する犯罪の節に規定することを認めさせたというのである⁶³²⁾。仮に von Bitter の指摘が正しいとすれば、Svarez は、正当防衛の成立可能性が公的権力に対する犯罪の場合にまで拡張することを懸念したがために、正当防衛を総則に規定しなかったということになるだろう⁶³³⁾。

第二の特徴として、一般法典草案においては緊急救助条項が存在しないことを挙げることができる⁶³⁴⁾。この同草案の第二の特徴は、Klein の見解

↘ a. a. O. (Fn. 615), S. 182. なお付言すると、Klein と Svarez のこのような基礎づけの相違は、本文中でも後述するように緊急救助の脈絡で顕在化する。

632) von Bitter, a. a. O. (Fn. 615), S. 179.

633) 類似の分析を行うものとして、Gerd Kleinheyer, Staat und Bürger im Recht, 1959, S. 95 Fn. 123.

634) 同様の指摘を行うものとして、von Bitter, a. a. O. (Fn. 615), S. 182.

とは明らかに合致しない⁶³⁵⁾。というのも、Klein は、（おそらく国家刑罰権の代理行使という構成から⁶³⁶⁾）緊急救助権を認めるからである⁶³⁷⁾。これに対して、Svarez の見解とは符合しうる⁶³⁸⁾。というのも、Svarez は、自らの論稿において緊急救助に全く言及しておらず⁶³⁹⁾、また正当防衛の根拠を自然法上認められる自己防衛権に求めるからである⁶⁴⁰⁾。それゆえに、一般法典草案における緊急救助規定の不存在は、Svarez の見解の影響を受けたものと推察される。

第三の特徴として、同草案が正当防衛の成立範囲を限定する規定を設けていた点を挙げることができる。より具体的にいえば、まず424条において、官憲による救助が不可能である場合に限り正当防衛の成立可能性を認める規定が設けられた。これは、正当防衛の成立要件として官憲による救助が間に合わないことを挙げる両起草者の見解と整合するものである⁶⁴¹⁾。また424条は、両起草者が依拠する国家契約説的理解からしても正当化可能であろう。というのも、国家契約説的理解からは、国家による保護（官憲による救助）が得られない場合に限り正当防衛の成立が認められると説明されることになるからである⁶⁴²⁾。

次いで、正当防衛の成立要件として、防衛行為の必要性要件を課す規定（425条）が設けられた。これも、正当防衛の要件として必要性を挙げる両起草者の見解と整合する⁶⁴³⁾。また両起草者が依拠する国家契約説的理解からしても、同規定は説明可能である。なぜならば、国家契約説からすれ

635) 同旨の見解として、*von Bitter*, a. a. O. (Fn. 615), S. 183.

636) 同様の理解を示すものとして、*von Bitter*, a. a. O. (Fn. 615), S. 183.

637) *Klein*, a. a. O. (Fn. 628), S. 30.

638) 同様の理解を示すものとして、*von Bitter*, a. a. O. (Fn. 615), S. 183.

639) Vgl. *Carl Gottlieb Svarez*, *Die Kronprinzenvorlesungen*, in: Peter Krause (Hrsg.), *Die Kronprinzenvorlesungen 1791/1792*, 2. Bde., S. 77, 84, 86, 783.

640) *Svarez*, a. a. O. (Fn. 628), S. 22.

641) *Klein*, a. a. O. (Fn. 628), S. 30.; *Svarez*, a. a. O. (Fn. 628), S. 583, 621.

642) Vgl. *Klein*, a. a. O. (Fn. 628), S. 30.; *Svarez*, a. a. O. (Fn. 628), S. 217.

643) *Klein*, a. a. O. (Fn. 628), S. 30 f.; *Svarez*, a. a. O. (Fn. 628), S. 244, 621.

ば、自己防衛権の復活(ないし刑罰権の代行)は、損害の回避という目的を達するために必要な限りでのみ認められるからである。

さらに、均衡性要件を課す規定(426条)も設けられた。この規定は、少なくとも均衡性要件の存在を明確に肯定する Svarez の見解と符合する⁶⁴⁴⁾。ただし、Svarez は、この均衡性要件が「自然的衡平(naturliche Billigkeit)」に基づくものであるとしており、均衡性要件が、(国家契約説の論理からは導出されないという意味で)外在的制約であることを示唆している⁶⁴⁵⁾。とはいえ、実定法の範囲内でのみ自然権の行使を認める Svarez の見解からすれば、そのような外在的制約も正当化できるだろう。これに対して、Klein の見解とはおそらく符合しない。その理由としては、まず、Klein が均衡性要件に関する言及を全く行っていないことを挙げることができる⁶⁴⁶⁾。このことから、Klein が均衡性要件を正当防衛の成立要件と想定していなかった可能性が想起される。次いで、Klein が前提としている理解からは、均衡性要件を正当化することができないと考えられることが挙げられる。すなわち、Klein の見解は、先述したように刑罰権の代理行使構成に依拠するものであるため、正当防衛権の限界は刑罰論に類似した形で説明されることになると思われる。そしてその刑罰論の説明に際し、Klein は、予防論を採用し⁶⁴⁷⁾、刑罰の威嚇効を重視するがために⁶⁴⁸⁾、威嚇目的を達するために必要である範囲内でのみ刑罰を科すことができるという結論に至っている⁶⁴⁹⁾。それゆえ、Klein の見解からすれば

644) Svarez, a. a. O. (Fn. 628), S. 621.

645) Svarez, a. a. O. (Fn. 628), S. 621.

646) Vgl. Klein, a. a. O. (Fn. 628), S. 30 f.

647) Ernst Ferdinand Klein, Ueber die Natur und den Zweck der Strafe, Archiv des Criminalrechts, Bd. 2, St. 1, 1800, S. 112.

648) ただし、Klein は、刑罰を科す際には、威嚇目的だけでなく、犯罪者を道徳的に改善するという目的を達するために最も適した刑罰を選択するべきであるとしており (Vgl. ders., Ueber das Moralische, Archiv des Criminalrechts, Bd. 1, St. 3, 1799, S. 43.), 予防目的の中でも威嚇目的だけを重視しているわけではない。

649) 杉藤忠士「クラインの刑罰思想」青山法学論集13巻1号(1971年)113頁参照。

ば、防衛目的、つまり損害の回避という目的を達するために必要な範囲内でのみ正当防衛を行うことができるという帰結に至るはずである。したがって、Klein の見解からは、426条の規定内容を説明することはできないように思われる。仮にこれらの理解が正しいとすれば、426条は、Svarez の影響を受けて起草されたと解することができる。

最後に、427条において、生命、健康、名誉および財産の少なからぬ部分に対する攻撃があった場合に限り致命的な防衛を行いうるとする規定が設けられているが、この規定も、実定法の範囲内でのみ自然権の行使を認める Svarez の見解からは説明可能であろう。ただし、426条において、防衛手段が正当防衛によって回避されるであろう損害と均衡していなければならないとする規定がある以上、427条の存在は、實際上ほとんど意味を失っていたのではないかと推測される。なぜならば、致命的な防衛手段が、（当時の見地からしても）名誉、財産と均衡しているとは考えがたいからである。実際、427条は、後述するプロイセン一般法典（以下、一般法典と略称する。）ないし一般ラント法の段階では削除されている。

以上の検討を通じて明らかになることは、一般法典草案における正当防衛規定は、両起草者の中でも、特に Svarez の影響を強く受けていたと考えられるということである。換言すれば、Svarez の見解に依拠すれば、一般法典草案における正当防衛規定の内容をよりよく説明することができる。それゆえ、一般法典草案における正当防衛規定の背景には、国家契約説的理解を前提とする自己防衛権構成に基づく正当防衛理解が存したものと推察することができるだろう。

第二款 プロイセン一般ラント法（1794年）

第一項 成立過程

前款第一項において確認したように、一般法典草案は、1784年以降、順次公表されるに至った。この公表と同時に、大法官 von Carmer は、同草案に対する意見（とりわけ専門知識に関する意見）を広く求めるために以

下のようなことを行った⁶⁵⁰⁾。第一に、各編が公表されるたびに、法実務家、法学者、学識経験者、さらに専門知識が問題となる場合にはその専門知識を有する者らに送付し、同草案に対する評価を行うよう要請した⁶⁵¹⁾。この要請を受けて、52の意見書が提出された⁶⁵²⁾。第二に、同草案の内容の検討を求めるために、懸賞論文の募集も行った⁶⁵³⁾。その結果、62本の論文が提出されたが⁶⁵⁴⁾、このうち刑法に関する検討を行っているものは、11本であった⁶⁵⁵⁾。なお、Hugo Hälschnerによれば、この11本の懸賞論文の中でも、特に Theodor Gottlieb von Hippel⁶⁵⁶⁾の論文と Hans Ernst Globig⁶⁵⁷⁾の論文がその後の草案の改訂作業において参考にされたという⁶⁵⁸⁾。第三に、等族に対して一般法典草案に対する意見を求めるよう通達を行った⁶⁵⁹⁾。その結果、各州の等族からも意見書が提出された⁶⁶⁰⁾。1787年から1790年にかけて、その間に提出された意見書の抜粋作業が行われた⁶⁶¹⁾。Svarezは、意見書の抜粋を検討する作業を行うと同時に草案の改訂作業を行った⁶⁶²⁾。ただし、例外的に商人法などに関しては Christoph

650) *Simon*, a. a. O. (Fn. 616), S. 212.

651) *Simon*, a. a. O. (Fn. 616), S. 212.

652) 石部・前掲(注616) 187頁。

653) 石部・前掲(注616) 187頁。

654) 石部・前掲(注616) 188頁。

655) *Hugo Hälschner*, *Das preußische Strafrecht*, Bd. 1, 1855, S. 191.

656) von Hippel は、1780年までケーニヒスベルク刑事裁判所長官、後にケーニヒスベルク市長を務めた人物であるとされる (*von Bitter*, a. a. O. (Fn. 615), S. 53.)。

657) Globig は、ザクセン公国ドレスデン控訴裁判所の判事を務めたとされる。また Globig は、当該懸賞論文の執筆以前に、*Hans Ernst Globig/Johann Georg Huster*, *Abhandlung von der Criminal Gesetzgebung*, 1783 を執筆していたため、既に刑法の専門家として知られていたようである (*von Bitter*, a. a. O. (Fn. 615), S. 53.)。

658) *Hälschner*, a. a. O. (Fn. 655), S. 191.

659) *Simon*, a. a. O. (Fn. 616), S. 224 f.

660) 石部・前掲(注616) 193頁以下参照。

661) Vgl. *Simon*, a. a. O. (Fn. 616), S. 227. なお、この抜粋作業の詳細については、さしあたり石部・前掲(注616) 196頁以下参照。

662) *Simon*, a. a. O. (Fn. 616), S. 228. なお、*von Bitter*, a. a. O. (Fn. 615), S. 21 によれば、意見書の検討作業において優れていると評価された箇所は、草案の改正作業に取り入れら

Goßler, また犯罪と刑罰に関しては Klein が草案の改訂作業を担当した⁶⁶³⁾。この改訂作業の後、最後に法律委員会による審議が行われ、また一部の箇所については、Svarez による改訂が再度行われた⁶⁶⁴⁾。

1791年5月20日、以上のような改訂作業を経た草案は、プロイセン一般法典という名称で公表された。なお、一般法典における正当防衛規定は、後述する一般ラント法におけるものと同一である。一般法典の公表後、フランス革命の影響に伴うプロイセン国内の反動化とともに施行延期派による批判を受けたため、一般法典は、1792年5月5日の内閣令により施行延期されることとなった⁶⁶⁵⁾。その後、1793年1月に、プロイセンがポーランド第二次分割によりポーランド地方を領有したことを契機に、一般法典の一部採用の必要性が生じた⁶⁶⁶⁾。そのため、同法典は、国法条項の削除などの改訂がなされた後⁶⁶⁷⁾、1794年6月1日にプロイセン一般ラント法と名称を変えて施行されることとなった⁶⁶⁸⁾。

以上の成立過程から明らかになるのは、一般ラント法の起草に際しては、前款で検討を行った一般法典草案とは異なり、意見書や懸賞論文などを通じて、起草者をはじめとした法律委員会の委員以外の第三者の意見も参考にされているということである。それゆえに、正当防衛規定の内容が一般法典草案と一般ラント法で異なる場合、その変更は、起草者をはじめとした法律委員会委員ではなく、第三者の意見の影響を受けた可能性も考えられる。そのため、内容の検討にあたっては、この点に留意する必要がある。第二に、一般ラント法における正当防衛規定は、一般法典におけるも

ゝれたという。それゆえに、本文中でも言及した von Hippel および Globig らの意見書は、この段階で草案の改訂作業に影響を与えたと推測される。

663) *Simon*, a. a. O. (Fn. 616), S. 228.

664) *von Bitter*, a. a. O. (Fn. 615), S. 21.

665) 詳細には、石部・前掲（注616）218頁以下参照。

666) 詳細には、石部・前掲（注616）238頁以下参照。

667) 詳細には、石部・前掲（注616）249頁以下参照。

668) *von Bitter*, a. a. O. (Fn. 615), S. 21.

のと全く異なるため、一般法典から一般ラント法に至るまでの事情は、正当防衛規定の分析に際しては考慮する必要がない。以上を踏まえて、次項においては一般ラント法における正当防衛規定の内容の検討を行う。

第二項 内容の検討

内容の検討に先立ち、一般ラント法における正当防衛規定を確認する。一般ラント法は、第2編第20章第9節「個人に対する犯罪に関して」の517条から523条にかけて正当防衛規定を置いている。その内容は、以下の通りである⁶⁶⁹⁾。

517条 いかなる者も、自己、自己の家族 (Seinige) 若しくは同胞たる市民に差し迫っている不適法な侵害の危険を、事案に相応した救助手段によって回避する権限を有する。

(§ 517. Jeder hat die Befugniß, die ihm, oder den Seinigen, oder seinen Mitbürgern drohende Gefahr einer unrechtmäßigen Beschädigung, durch der Sache angemessene Hilfsmittel abzuwenden.)

518条 ただし、正当防衛は、自力による暴力 (eigenmächtig Gewalt) に対してのみ、しかも官憲による救助が侵害を回避することも、原状を回復することもできない場合に限り、これに対して行われる。

(§ 518. Die Nothwehr findet aber nur gegen eigenmächtige Gewalt, und auch gegen diese nur alsdann statt, wenn die obrigkeitliche Hülfe die Beleidigung weder abwenden, noch den vorigen Zustand wieder herstellen kann.)

519条 正当防衛の行使は、急迫している害悪を回避するために必要である以上に行われてはならない。

520条 同様に、損害の回避のために選択した手段は、正当防衛によって回避

669) 訳出にあたり、曾根・前掲(注56)37頁以下、村井・前掲(注495)417頁以下、足立昌勝監修、岡本洋一＝齊藤由紀＝永嶋久義訳「プロイセン一般ラント法第2編第20章(刑法)試訳(3)」関東学院法学23巻1号(2013年)160頁以下〔齊藤訳〕を参照した。なお、一般ラント法519条及び520条は、一般法典草案425条及び426条と同一の内容であることから、原文の記載を省略した。

される損害それ自体と均衡していなければならない。

521条 攻撃者の生命の危険にかかわる侵害は、他の方法によっては攻撃者の侵害から被攻撃者の人身（Person）を守ることができない場合に限り許される。（§ 521. Lebensgefährliche Beschädigungen des Angreifenden sind nur erlaubt, wenn gegen dessen Beleidigung die Person des Angegriffenen anders nicht geschützt werden kann.）

522条 このことは、さもなければ損害が代替不可能である場合には、占有（Besitz）の防衛のためであっても行われる。（§ 522. Dies findet auch zu Vertheidigung des Besitzes statt, wenn sonst der Schade unersetzlich seyn würde.）

523条 被攻撃者は、危険なく他人の攻撃を回避することができる限り、攻撃者の生命の危険にかかわる損傷を加える権利を持たない。（§ 523. So lange der Angegriffene sich ohne seine Gefahr dem Angriffe des Andern zu entziehen vermag, ist er zu dessen lebensgefährlicher Beschädigung nicht berechtigt.）

同法の特徴としては、第一に、一般法典草案と同じく、正当防衛規定が個人に対する犯罪一般に関する節に位置づけられている点を指摘することができる。この限りで、前款で示した理解が、一般ラント法の正当防衛規定に対しても同様に妥当する。すなわち、同法が正当防衛規定を個人に対する犯罪の節に置いた理由は、同法の起草者が、一方で国家契約説を背景に正当防衛規定の総則化を図りつつ、他方で公権力に対する抵抗権の存在を否定しようとした点に求められる。

第二の特徴として、一般ラント法が、一般法典草案と異なり、緊急救助規定（517条）を置いていることを指摘することができる⁶⁷⁰。それゆえに、この点は、一見すると、一般法典草案の場合とは逆に Svarez の見解とは合致しないが、Klein の見解とは一致するようにも見える。しかしなが

670) 同様の指摘を行うものとして、*von Bitter*, a. a. O. (Fn. 615), S. 182.

ら、この推論は、いずれも即断にすぎるといわざるをえない。

まず Svarez の見解に関していえば、確かに von Bitter が指摘するように、彼の見解は、自己防衛権構成を基礎としており、それゆえに517条と調和しないようにも見える⁶⁷¹⁾。しかしながら、注意しなければならないのは、517条は、「他者 (Anderen)」ではなく、「自己の家族、もしくは同胞たる市民」としか規定していないということである⁶⁷²⁾。仮に、自己に近しいというニュアンスを含めるために、あえて「他者」ではなく、「家族ないし同胞たる市民」という表現が用いられているとすれば⁶⁷³⁾、Svarez が依拠する自己防衛権構成からも、517条の規定内容は、自己防衛という概念を広く解し、自己に近しい家族もしくは同胞たる市民の防衛も自己防衛にあたるとしたものと説明することができるのである。

このように考えると、517条の規定内容は、むしろ Klein の見解と整合しない。なぜならば、Klein の見解からすれば、あらゆる「他者」のための正当防衛が認められることになるはずだからである。実際、Klein は、自らの見解を述べる場面と、517条の説明を行う場面とでは異なる説明を行っている。すなわち、Klein は、自らの教科書においては、「正当防衛は、自己の権限によって、あるいは他者の権限 (fremde Gewalt) によっても行うことができる。」と述べ⁶⁷⁴⁾、端的に緊急救助を肯定するのに対して、517条の説明に際しては、517条は「自己の家族と同胞たる市民の防衛しか考えていなかった」と述べ、517条が包括的な緊急救助規定ではなかったことを示唆していたのである⁶⁷⁵⁾。

671) von Bitter, a. a. O. (Fn.615), S. 183.

672) 本文中で後述するとおり、起草者である Klein も同様の理解を示す (Johann Christian Edler von Quistorp/Ernst Ferdinand Klein, Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, Bd. 1, Abt. 2, 6. Aufl., 1810, § 245 Anmerkung.)。

673) このような可能性を示唆するものとして、津田重憲『緊急救助の基本構造』(成文堂・1997年) 7頁。

674) Klein, a. a. O. (Fn. 628), S. 30.

675) Quistorp/Klein, a. a. O. (Fn. 672), § 245 Anmerkung. なお、圏点強調は引用者による。

以上に鑑みれば、一般ラント法における緊急救助規定に関しても、なお Svarez の影響力が大きかったのではないかと思われる。もっとも、このように考える場合、何故、一般法典草案から一般ラント法にかけて規定の変更が生じたのかがさらに問題となるが、この点は、明らかではない。一応の仮説を述べておくと、前項で示した成立過程を踏まえれば、規定の変更は、おそらく懸賞論文ないし意見書をはじめとした第三者の影響に起因するのではないかと思われる。いずれにせよ、重要なのは、一般ラント法における緊急救助規定は、Svarez の見解からもなお説明可能であったということである。

第三の特徴として、一般ラント法は、基本的には、一般法典草案の制限規定を継承しているものの、部分的には、同草案以上に正当防衛の成立範囲を制限していることを挙げることができる。まず、一般ラント法519、520条は、それぞれ防衛行為の必要性要件、均衡性要件を定めるものであるが、これらは、一般法典草案の規定（同草案425、426条）をそのまま継受したものである。それゆえに、これらの規定に関しては、本章第一款第二項で示した理解が同様にあてはまる。また、官憲による救助が間に合わないことを要件とする一般ラント法518条も、「自力による暴力」に対する防衛であるという要件が新設されたことを除けば、基本的には一般法典草案424条を継受したものである。そのため、この限りで、本章第一款第二項で示した理解が同様にあてはまる。問題となるのは、「自力による暴力」要件の新設が同法における制限規定の新設をも意味するかである。この点に関して、Svarez は、「自力による暴力」要件が公権力に対する抵抗権を排除する趣旨であることを明言している⁶⁷⁶⁾。それゆえ、同要件は、あくまで正当防衛規定が個人に対する犯罪の節に定められた趣旨を明確化するために設けられたものであり、一般ラント法において新設された制限要件ではない⁶⁷⁷⁾。

676) Svarez, a. a. O. (Fn. 628), S. 621.

677) ただし、後世の法学者は、「自力による暴力」要件の存在を理由に、単なる名誉侵害に対する正当防衛の成立可能性が否定されるとする解釈論を展開している（例えば、

これに対して、一般ラント法521、522条は防衛行為の補充性を、また同523条は侵害退避義務をそれぞれ規定するが、これらは、補充性要件および侵害退避義務を認める点で一般法典草案427条以上に正当防衛の成立範囲を制限するものであった。では、何故、これらが規定されるに至ったのであろうか。von Bitter の分析によれば、一般ラント法521条以下の規定内容は、Globig の懸賞論文の中で一般法典草案427条に対して加えていたコメントと符合するという⁶⁷⁸⁾。また、Svarez も、最終的に、一般ラント法521条以下の制限を肯定するに至っていたことを併せ考えれば、起草者である Svarez が、Globig の懸賞論文から影響を受けた結果、一般ラント法521条以下が規定されるに至ったという推論が成り立つように思われる⁶⁷⁹⁾。付言すると、実際に、Globig の懸賞論文が立法作業において特に参考にされたとする間接証拠も見られることに鑑みれば、かかる推論の説得性は高いものと思われる。これに対して、Klein は、一般ラント法521条以下に相当する正当防衛の制限に言及していないことから、これらの規定に関しても Klein はほとんど影響を与えていなかったものと思われる。

以上の検討に鑑みれば、一般ラント法における正当防衛規定は、一般法典草案と同様の基本思想に基づいていたと評価できるように思われる。もちろん、一般ラント法においては、おそらく第三者の影響を受けて、いくつかの点で重要な変更が加えられるに至った。しかしながら、これらの変更

↘August Geveer, Die Lehre von Nothwehr, 1857, S. 155.)。このような理解からすれば、一般ラント法の成立範囲は、一般法典草案のそれよりも縮小することになる。また、von Bitter, a. a. O. (Fn. 615), S. 180 Fn. 898 によれば、当時の普通法学者は、一般に、名誉を防衛するための正当防衛を認めることに対して否定的であったという。このことに鑑みれば、立法当時の段階において既に解釈論として同様の主張がなされていた可能性も十分に考えられる。

678) von Bitter, a. a. O. (Fn. 615), S. 180. なお、Globig が執筆した懸賞論文は、プロイセン文化財枢密文書館 (Gehemes Staatarchiv Preußischer Kulturbesitz) に収蔵されているようであるが、時間の制約上、内容を確認することができなかった。そのため、同論文の検討については他日を期さざるをえない。

679) 前項でも述べたとおり、実際に、Globig の懸賞論文は立法作業において参考にされていることも併せ考えれば、この推論の説得性は高い。

は、一般法典草案における基本思想を変容させるものではない。あくまで一般ラント法の正当防衛規定は、Svarez が依拠する国家契約説および自己防衛権構成から説明可能なものにとどまっているのである⁶⁸⁰⁾。

第二節 プロイセン刑法典（1851年）

第一款 1827年草案から1833年草案まで

第一項 起草過程

プロイセン一般ラント法は、施行後まもなく、その規定の不完全性から改正を要するものとみなされるに至った⁶⁸¹⁾。さらに、そのため、幾度かにわたり、法改正が試みられたが、その結果、同法の不明確さがかえって強まってしまった⁶⁸²⁾。さらにその後、ウィーン会議（1814～15年）によって、それ以前はフランス領であり、またフランス法の適用下でもあったライン左岸地方がプロイセン領に編入された結果⁶⁸³⁾、法の全面改正を通じてプロイセン領内全体の法を統一する必要性が生じた⁶⁸⁴⁾。

以上のような背景の下、プロイセン国王 Friedrich Wilhelm III世は、1823年2月5日に国務大臣 Karl Friedrich von Beyme に普通刑法草案の作成を委ねたが、その実現をみなかった⁶⁸⁵⁾。そのため、同王は、1825年

680) 村井・前掲（注495）418頁も、一般ラント法における正当防衛規定の背後には国家契約説的発想があったことを指摘する。

681) このことを指摘するものとして、Thomas Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 3. Aufl., 2013, S. 74. なお、Vormbaum は、同法の問題点として、その膨大な諸構成要件には、当時、裁判官の裁量の制限や刑罰威嚇効果の確保などの理由から要求されていた明確性が欠如していたことを指摘している（Vormbaum, a. a. O., S. 74）。

682) Vormbaum, a. a. O. (Fn. 681), S. 74.

683) Vormbaum, a. a. O. (Fn. 681), S. 69.

684) Vormbaum, a. a. O. (Fn. 681), S. 69, 74. なお、このような認識の背景には、プロイセン政府が、当初、プロイセン法の適用を同地方にも拡張しようとしたものの、同地方の市民層の抵抗により断念せざるをえなかったという事情がある（ders., a. a. O., S. 69 f.）。

685) Jürgen Regge, Chronologische Übersicht über Reformgeschichte des Straf- und Strafprozeßrechts in Preußen von 1780-1879, in: ders. (Hrsg.), Gesetzrevision (1825-1848), Abt. I, Bd. 1, 1981, S. XXXIV.

7月11日に再度司法大臣に草案の作成を委ねた⁶⁸⁶⁾。その後、1825年12月には、草案作成の職責を引き継いだ新しい司法大臣 Heinrich Graf von Danckelmann によって、刑法改正に向けた委員会が創設された⁶⁸⁷⁾。同委員会は、1826年1月に本改正の原則に関する協議を行い、検討すべき対象を16題目（このうちの第1題目が刑法）に分けることとした⁶⁸⁸⁾。そして各題目について起草委員とその補佐からなる立法委員会（Gesetzgebungs-Deputation）が組織され、刑法については、Bode が起草委員、Carl Albert Christoph Heinrich von Kamptz, Friedrich Wilhelm Sack および Bartholomäus Ludwig Fischenich が補佐を務めることとなった⁶⁸⁹⁾。

1827年11月、起草委員 Bode は、総則のみを内容とする1827年草案とその理由書を審議のための未定稿として提出した⁶⁹⁰⁾。1827年草案において、正当防衛は、第5章「可罰性を阻却または減輕する事由に関して」の120条から124条にかけて規定されている⁶⁹¹⁾。その後、各則部分をも含む1828年草案が審議のための未定稿として印刷された⁶⁹²⁾。この1828年草案の総則部分は、法律改正委員会による1827年草案の審議結果を踏まえたものであった⁶⁹³⁾。このように1828年草案の総則部分は、法律改正委員会の審議結果を踏まえた修正が加えられたが、正当防衛規定に関する修正はほとんど見られない⁶⁹⁴⁾。1828年草案は、法律改正委員会内部での審議および審議結果を踏まえた修正作業を経た後、1830年に内閣（Staatsministerium）

686) *Regge*, a. a. O. (Fn. 685), S. XXXIV.

687) *Regge*, a. a. O. (Fn. 685), S. XXXIV f. なお、同委員会の構成員は、Danckelmann, Kamptz, Stehe, Reibnitz, Köhler, Eichhorn, Sack, Müller, Savigny, Simmon, Fischenich, Scheffer, Schebler および Bötticher であった (*Regge*, a. a. O., S. XVI f.)。

688) *Regge*, a. a. O. (Fn. 685), S. XXXV.

689) *Regge*, a. a. O. (Fn. 685), S. XXXV.

690) *Regge*, a. a. O. (Fn. 685), S. XXXV.

691) 1827年草案における正当防衛規定については、次項参照。

692) *Regge*, a. a. O. (Fn. 685), S. XXXV.

693) *Regge*, a. a. O. (Fn. 685), S. XXXV.

694) 1828年草案における正当防衛規定については、Entwurf des Straf-Gesetz-Buches für die Preußischen Staaten, 1828, in: *Regge* (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 685), S. 285 f.

に提出された（以下、この内閣に提出された草案を1830年草案と呼称する。）⁶⁹⁵⁾。この1830年草案においても正当防衛規定に関する内容上の変更は確認されなかった⁶⁹⁶⁾。1830年末に von Danckelmann が死亡し、改正作業は一旦中断されるに至ったが、その後、1832年2月9日に von Kamptz が法律改正大臣（およびライン州の司法行政大臣）に就任したことに伴い、改正作業が再開されることとなった⁶⁹⁷⁾。そして1833年12月12日、von Kamptz は、Bode とともに、1830年草案をもとにした修正草案（以下、1833年草案とする。）およびその理由書を作成し、内閣に提出した⁶⁹⁸⁾。この1833年草案においても、正当防衛規定については、若干の文言上の修正が加えられるにとどまった⁶⁹⁹⁾。

以上、1827年草案から1833年草案にかけての起草過程を概観した。そこから明らかとなるのは、1827年草案の正当防衛規定は、若干の文言上の修正がみられるにせよ、1833年に至るまで内容的な変更を受けなかったということである。つまり、1833年草案に至るまでは、1827年草案における正当防衛規定が基礎とされていた。また、1827年草案が起草委員 Bode によって起草されていることに鑑みれば、この時期の正当防衛規定は、Bode の影響を大きく受けたものであったといえる。それゆえ、この特徴を踏まえ、次項においては、Bode の意図が最もよく反映されている1827年草案を素材に検討を行う。

695) *Regge*, a. a. O. (Fn. 685), S. XXXVI.

696) 1830年草案における正当防衛規定については、*Entwurf des Straf-Gesetz-Buches für die Preußischen Staaten, Erster Theil. Criminal-Straf-Gesetze, 1830*, in: Jürgen Regge (Hrsg.) *Gesetzrevision (1825-1848)*, Abt. I, Bd. 2, 1982, S. 486.

697) *Jürgen Regge*, *Vorbemerkung*, in: ders. (Hrsg.), *Gesetzrevision (1825-1848)*, Abt. I, Bd. 3, 1984, S. XIV. なお、それ以外の州の司法行政大臣については、Heinrich Gottlob von Mühler が務めることとなった。

698) *Regge*, a. a. O. (Fn. 685), S. XXXVII.

699) 1833年草案における正当防衛規定については、*Revidirter Entwurf des Strafgesetzbuchs für Königl. Preußischen Staaten, Erster Theil. Kriminal-Strafgesetze, 1833*, in: Regge (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 697), S. 13.

第二項 内容の検討

まず、この時期の草案の分析に先立って、検討素材として取り扱う1827年草案の規定内容を確認しておく⁷⁰⁰⁾。

120条 正当防衛 (gerechte Nothwehr) において行われた権利侵害は、罰しない。
(§ 120. Rechtsverletzungen, die in gerechter Nothwehr verübt wurden, sind straflos.)

121条 正当防衛は、ある者が違法な攻撃に対して、即座に必要な官憲の保護を確実に求めることができるわけではなく、かつ自らに差し迫っている害を回避するためには、暴力による自己防衛を除いて他により安全な手段をとりえない場合に存在する。

(§. 121. Nothwehr ist dann vorhanden, wenn Jemand gegen einen rechtswidrigen Angriff auf den, augenblicklich nöthigen, Schutz der Obrigkeit mit Gewißheit nicht rechnen kann, und ihm außer der gewaltsamen Selbstvertheidigung kein anderes sicheres Mittel zu Gebote steht, den ihm drohenden Schaden abzuwenden.)

122条 正当防衛は、官憲による救助の到達がここでも遅きに失するであろうということが十分考えられる場合には、明らかに差し迫っている攻撃の防止のためであっても、また既に行われた攻撃の防止のためであっても、さらには既に失われた占有物の取返しのためでさえも認められる。

(§ 122. Die Notwehr findet ebensowohl zur Abwendung eines unzweideutig angedrohten, als eines schon begonnenen Angriffs, und selbst zur Wiedererlangung des schon verlorenen Besitzes statt, wenn es wahrscheinlich ist, daß die Hülfe der Obrigkeit auch hier zu spät kommen würde.)

123条 被攻撃者自身だけでなく、被攻撃者を防衛する、または援助するいかなる者も正当防衛の権利を有する。

(§ 123. Nicht nur Angegriffene selbst, sondern auch ein Jeder, der denselben vertheidigt, oder ihm Beistand leistet, hat das Recht der Nothwehr)

700) なお、条文の原文は、Entwurf des Criminal-Gesetz-Buches für die Preußischen Staaten, Berlin 1827, in: Regge (Hrsg), a. a. O. (Fn. 685), S. 17 を参照した。

124条 ただし、正当防衛は、危険の回避、若しくは失われた占有（Besitz）の取戻しという事情の下で必要である（nothwendig）以上に行われておらず、かつその際、それ以上の暴力が行使されていない場合に限り正当である。

（§. 124. Die Nothwehr ist aber nur dann gerecht, wenn sie nicht weiter getrieben, und keine größere Gewalt dabei ausgeübt wird, als unter den Umständen zur Abwendung der Gefahr, oder zur Wiedererlangung des verlorenen Besitzes nothwendig ist.）

1827年草案の特徴として、第一に、正当防衛規定の総則化を徹底することによって、正当防衛の成立範囲の拡張を図っていることが挙げられる。このような意図は、起草者であるBodeによって執筆された1827年草案理由書からも窺うことができる⁷⁰¹⁾。理由書は、まず正当防衛の規定方法として、殺人および傷害に関する節の中に正当防衛規定を置くことが考えられるが⁷⁰²⁾、これは妥当でないとする。というのも、正当防衛状況下において行うことが正当化される手段として、殺人ないし傷害だけでなく、単

701) なお、1827年草案理由書とは、Motive zu dem, von dem Revisor vorgelegten, Ersten Entwürfe des Criminal-Gesetzbuches für Preußischen Staaten, Bd 1, 1827 のことを指す。同書は、Regge (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 685), S. 25 ff. に所収されている。

702) 理由書は、このような立法例としてカロリーナ刑法典139条、1803年オーストリア刑法典127条、1810年フランス刑法典（1810年）328条を挙げている（Regge (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 685), S. 194.）。各立法の内容は以下の通りである（ただし、カロリーナ刑法典139条の内容は、既に前掲（注626）で確認しているため割愛する。）。

まず、1803年オーストリア刑法典127条の内容は以下の通りである（訳出の際に、Gesetz über Verbrechen schwere polizey Uibertertungen, 1803, S. 68 f. を参照した。）。

127条 正当防衛（gerechte Nothwehr）を利用して人を殺した者は、犯罪を行っていない。ただし、行為者が、自己または自己の同胞（Nebenmenschen）の生命、財産もしくは自由を保護するために必要な防衛（nötige Vertheidigung）を行ったことが証明される、または人、時間、場所といった諸事情から根拠を有するものと推定されなければならない。

また、1810年フランス刑法典327条の内容は以下の通りである（なお、訳文は、中村義孝編訳『ナポレオン刑事法典史料集成』（法律文化社・2006年）272頁に依った。）。

328条 殺人、傷害および打撲傷が、自己または他人の正当防衛の現実の必要から起こったときは、重罪も軽罪も存在しない。

なる打撃や自由の制約（例えば、自己を防衛するために自宅に侵入してきた強盗犯を監禁すること）も考えられるからである⁷⁰³⁾。また同書は、一般ラント法のように個人に対する犯罪一般の節に正当防衛を規定することも不適切であるとする⁷⁰⁴⁾。同書によれば、そうではなく、(1827年当時から見て)最近の刑法典のいずれもがそうしているように、正当防衛規定は総則に定められなければならないとする⁷⁰⁵⁾。その理由として、同書は、前述した正当防衛状況下で用いることが正当化される手段に鑑みれば、正当防衛規定は名誉毀損や自由侵害の章においても規定可能であるから、総則に規定する方がより望ましいことを挙げる⁷⁰⁶⁾。

このように1827年草案理由書は、防衛対象には言及せず、防衛者の行為態様という観点から正当防衛の総則化を図るべきであることを主張するが、同書は、別の箇所では防衛対象についても制限を設けるべきでない旨を述べている。すなわち、「私見によれば、正当防衛および自己防衛の権利は、人間のあらゆる権利に対して妥当しなければならず、それゆえに、私は、……正当防衛が成立するとされる権利の個々の種類を……法律において列挙することは無用であり、かつ疑わしいものであるとみなしている。」というのである⁷⁰⁷⁾。ここでは、防衛対象があらゆる権利であることから、防衛対象を具体的に列挙することにより正当防衛の成立範囲を限定することは妥当でないとされている。1827年草案の正当防衛規定において防衛対象は何ら言及されていないが、これは、以上のような起草者である Bode の意図を反映したものであったのである。

703) Regge (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 685), S. 194.

704) Regge (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 685), S. 194. なお、一般ラント法における正当防衛規定に関しては、本章第一節第二項第二款参照。

705) なお、理由書は、このような最近の立法の例として、1813年バイエルン刑法典を挙げる。なお、1813年バイエルン刑法典は、第5章「可罰性を阻却する事由に関して」の中に正当防衛を規定している。

706) Regge (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 685), S. 194.

707) Regge (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 685), S. 201.

以上を踏まえれば、起草者である Bode は、防衛行為の態様および防衛対象のいずれの観点からしても正当防衛規定の総則化を図るべきであると考えていたがために、1827年草案において総則の中に正当防衛を規定するに至ったと考えられる。また、これに伴い、1827年草案は、少なくとも一般ラント法の起草者である Svarez 自身の見解とは符合しないことになる。それゆえに、1827年草案と一般ラント法が依拠する正当防衛観は異にすると理解することもできるかもしれない。しかしながら、国家契約説的理解および自己防衛権構成からすれば、むしろ1827年草案のようにあらゆる権利が防衛対象たりうると理解するのが通常であろう。というのも、このような理解からは、先にも述べたとおり、生命・身体侵害の場面であるか、それともそれ以外の権利侵害の場面であるかを問わず、国家が臣民を保護できない場合には、自己防衛権の復活が認められるからである。このことを踏まえれば、1827年草案と一般ラント法が前提とする正当防衛理解は連続性をもってしていると評価することもできよう。

第二の特徴として、1827年草案は、123条において、包括的な緊急救助規定を設けていることを挙げることができる。すなわち、一般ラント法517条は、「自己の家族、または同胞たる市民」という表現にとどまっていたのに対し、1827年草案123条は、「被攻撃者を防衛するあらゆる者」というより包括的な表現を用いているのである。それゆえに、1827年草案は、少なくとも文言レベルでは、一般ラント法において前提とされていたと思われる自己防衛権構成とは調和しないように見える。ただし、起草者は、1827年草案理由書において、123条の起草理由を次のように説明している。すなわち、「草案123条において、あらゆる者は、緊急状態 (Noth) においては他者（自己の家族、または同胞たる市民）をも防衛する権利を有するという〔引用者記す：プロイセン一般ラント法〕第20章517条というかつての規定が受容されている」とするのである⁷⁰⁸⁾。ここでは、1827年草案123

708) Regge (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 685), S. 202.

条が一般ラント法517条を継承する規定である旨が明言されており、また「他者」という表現が、「自己の家族、または同胞たる市民」と同義のものとして用いられている。それゆえに、「他者」が「自己の家族、また同胞たる市民」を意味すると解される限りにおいて、1827年草案は、なお自己防衛権構成からも説明可能なものとなっていた。

第三の特徴として、1827年草案において正当防衛の制限条項は、一般ラント法の規定を参照しつつ、(1827年草案の起草者から見て)不適切な規定に関しては適宜変更ないし削除している点を指摘することができる。またその結果、一般ラント法よりも正当防衛の成立範囲が拡張している点も併せて指摘することができる。

より具体的にいえば、まず1827年草案においては、官憲による救助を確実に求めることができるわけではないことが正当防衛の成立要件として挙げられている(121条)。この要件は、基本的には一般ラント法518条に対応するものであるが⁷⁰⁹⁾、官憲による救助を確実に求めることができたかを判断基準とするという変更がなされた。これにより、1827年草案は、一般ラント法518条よりも正当防衛の成立範囲を拡張することに成功した⁷¹⁰⁾。次いで、暴力を伴う自己防衛以外に他により安全な手段をとりえなかったことが要件として挙げられている(121条)。この要件は、理由書において、例えば、一般ラント法521条のような個別規定をより一般的な表現に改めたものとして位置づけられている⁷¹¹⁾。また同書によれば、このような表現に改めた理由は、第一に、他にとりうるより安全な手段を具体的に列挙することは不可能であること、第二に、例えば退避によっては明らかに回避することができない場合にまで、退避というより安全な手段があったと判断される恐れがあるなどの弊害を回避することにあるとい

709) Regge (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 685), S. 196.

710) 起草者である Bode 自身も、この意味で1827年草案121条は、一般ラント法518条の規定内容よりも優れていると考えていた (Regge (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 685), S. 197.)。

711) Vgl. Regge (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 685), S. 200.

う⁷¹²⁾。この記述に鑑みれば、退避がより安全な手段たりうるということが想定されているため、先の要件は、おそらく現在でいうところの補充性要件を意味していたものと思われる。最後に、1827年草案においては、侵害を回避するために必要である以上の暴力を行使してはならないという要件が課されている（124条）。この要件は、必要性要件を意味するものであり⁷¹³⁾、また一般ラント法519条と符合するものである⁷¹⁴⁾。

以上確認したように、1827年草案は、官憲による救助に関する要件、必要性要件、補充性要件に関しては、一部変更を伴いつつも、一般ラント法の規定を継承している。これに対して、一般ラント法において認められていたそれ以外の制限条項は、1827年草案において削除されるに至った。すなわち、まず一般ラント法においては、均衡性要件（520条）が認められていたが、1827年草案においては、均衡性要件に関する規定が設けられなかった。その理由として、起草者は、均衡性要件を課すことによって正当防衛の成立範囲があまりにも狭くなってしまうこと、均衡性の判断が被攻撃者にとっても裁判官にとっても困難であることなどを挙げている⁷¹⁵⁾。また、一般ラント法は、財物の代替不可能性に関する規定（523条）を設けているが、これもまた、1827年草案においては削除された。その理由としては、いかなる者も自らの権利に対する毀損を義務づけられないのだとすれば、権利侵害の大小、あるいは代替可能か代替不可能かは問題となりえないことが挙げられている⁷¹⁶⁾。

712) Vgl. Regge (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 685), S. 200.

713) 理由書の説明によれば、この要件は、緊急状況の態様・程度および危険の回避が必要とする以上に危険な防衛手段を行使することは許されないとする趣旨であるという（Regge (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 685), S. 202.)。

714) 1827年草案理由書が、124条の説明の際に一般ラント法519条に言及しており、かつ一般ラント法519条に対しては何らの反論を行うことはできないとしていることに鑑みれば（Regge (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 685), S. 202.）、同理由書も両規定が対応関係にあると理解しているものと考えられる。

715) Vgl. Regge (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 685), S. 203 f.

716) Vgl. Regge (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 685), S. 198 f.

これらを踏まえると、ここでも1827年草案は、Svarezの見解とは符合しないことになるが、1827年草案におけるこれらの制限要件は、国家契約説的理解および自己防衛権構成からも説明可能なものとなっている。すなわち、既述の通り、国家契約説は、国家が保護できない場合に自己防衛権の復活を認めるものであるが、官憲による救助に関する要件および補充性要件は、国家が保護できない場合を判断するためのメルクマールとして理解することができる。また国家契約説においては、自己防衛権の復活が損害の回避のために必要な限度で認められるとされることを踏まえれば、必要性要件も説明可能であろう。

ここまでの検討から、1827年草案は、一般ラント法の諸規定を参照しつつも、適宜、正当防衛の成立範囲を拡張する方向での変更を加えていたことが明らかとなった。これらの変更点については、——理由書を参照するだけでは、起草者であるBodeの見解が必ずしも明らかとならないことに起因するが——別様の理解が可能である。すなわち、一方で、文言上の変更点(とりわけ緊急救助規定)に着目し、1827年草案と一般ラント法は、前提とする正当防衛理解が異なると解することができる。他方で、理由書の説明を踏まえて、1827年草案においてもなお、国家契約説的理解および自己防衛権構成が前提とされていたと理解することもできる(ただし、一般ラント法の起草者であるSvarezの見解とは整合しない)。なお、本稿としては、——あくまで仮説にとどまるという留保を付さざるをえないが——後者の理解が妥当であると考えている。その理由としては、第一に、1827年草案は、多くの変更を伴っているにせよ、あくまで一般ラント法が基調とされているため、少なくともその基本思想が継承されていると理解する方が理に適っていることが挙げられる⁷¹⁷⁾。第二に、次項において後述する

717) それどころか、1827年草案は、一般ラント法が依拠する国家契約説的理解を(外在的制約を廃したという意味で)より純化したと評することすらできるかもしれない。このことは、同草案において、正当防衛の総則化が徹底されたという事情からも、正当防衛の制限条項に関する変更(例えば、一般ラント法において「自然的衡平」の見地から認められていた均衡性要件が削除された点)からも窺うことができる。

ように、1836年草案の審議過程において、同草案の正当防衛規定が国家契約説に基づくものとして理解されていたことを挙げることができる。すなわち、少なくとも正当防衛規定に関しては、1836年草案は、防衛対象が人身、名誉ないし財産に限定されている点を除けば1827年草案の規定を継承している。そのため、1836年草案が国家契約説的構成に基づくものだとすれば、1827年草案も同様に国家契約説的理解に依拠していたと理解する方が合理的であるように思われる。

第二款 1836年草案から1843年草案まで

第一項 起草過程

1833年草案を内閣に提出した後も、von Kamptz は、同草案を十分なものであるとは考えていなかったため、個人的に1833年草案の修正作業を継続した⁷¹⁸⁾。この修正作業を経て完成したのが1836年草案である（なお、同草案の理由書は作成されなかった）。Jürgen Regge によれば、1836年草案は、多数の実質的内容の変更を含むものであったとされるが⁷¹⁹⁾、このような評価は、正当防衛の脈絡においても妥当する。すなわち、1836年草案において、正当防衛規定は81条から84条にかけて規定されたが、そこでは1833年草案までの条文の配列が変更されただけでなく⁷²⁰⁾、防衛対象が人身、名誉ないし財産に限定される（81条）という内容上の重要な変更も含まれていたのである⁷²¹⁾。

1838年3月4日、1836年草案の審議を行うために、内閣および枢密院の構成員からなる枢密院直属委員会（Immediatkommission）が創設され

718) Regge, a. a. O. (Fn. 697), S. XVI.

719) Regge, a. a. O. (Fn. 697), S. XVI.

720) 同様の指摘を行うものとして、徳永元「過剰防衛の研究：適法行為の期待可能性論からの再検討」九州大学大学院博士学位論文（2015年）188頁。なお、同論文は、<http://catalog.lib.kyushu-u.ac.jp/handle/2324/1654634/law0126.pdf> で閲覧できる（最終閲覧：2017年3月29日）。

721) 1836年草案における正当防衛規定については、次項参照。

た⁷²²⁾。同委員会での審議は、1838年3月6日から1842年12月10日までの間に113回にわたり行われた⁷²³⁾。正当防衛規定に関する審議は、まず第14回会議(1838年11月3日)において行われた。1836年草案に関する直属委員会での審議結果を踏まえ、1836年草案第2稿が起草された。この第2稿において、正当防衛規定は98条から101条に定められているが⁷²⁴⁾、内容的には、1836年草案とさほど変わらないものであった。その後、直属委員会において、第2稿の審議が開始され、第32回会議(1840年2月22日)において、正当防衛規定に関する審議が行われた。そして、第2稿に関する審議の結果を踏まえ、1836年草案第3稿が起草された。第3稿は、84条から87条に正当防衛規定を設けているが⁷²⁵⁾、その規定内容は、第2稿の正当防衛規定とほとんど異なるものであった。

1842年2月28日、内閣令により、von Kamptz が解任された後、Friedrich Carl von Savigny が法律改正大臣の任を引き継いだ⁷²⁶⁾。von Savigny は、1842年12月28日に、先述した直属委員会の議論を踏まえた修正草案を国王に提出した⁷²⁷⁾。そして1843年1月9日の内閣令によって、国王は、一部の修正希望を除いて同草案を認可した⁷²⁸⁾。これが1843年草

722) *Waldemar Banke*, Der erste Entwurf eines Deutschen Einheitsstrafrechts. 2. Der Vorentwurf zum ersten Deutschen Einheitsstrafrecht, in: Werner Schubert/Jürgen Regge/Werner Schmid/Rainer Schröder (Hrsg.), *Entwürfe des Strafgesetzbuchs Preußen* 1848/49, 1991, S. 29.; *Werner Schubert*, Einleitung, in: ders. (Hrsg.), *Gesetzrevision* (1825-1848), Abt. I, Bd. 4, 1993, S. XIII. なお、枢密院直属委員会の構成員は、発足当初、Müffling, Kamptz, Mühler, Rochow, Sethe, Köhler, Eichhorn, Duesberg, Arnim, Jänigen の9名であった(各構成員の略歴に関しては、Vgl. *Schubert*, a. a. O., S. XIV ff.)。

723) *Schubert*, a. a. O. (Fn. 722), S. XIII.

724) 1836年草案第2稿における正当防衛規定については、2. Redaktion des Ersten Theils des Entwurfs des Strafgesetzbuchs, in: Schubert (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 722), S. 268.

725) 1836年草案第3稿における正当防衛規定については、3. Redaktion des Ersten Theils des Entwurfs des Strafgesetzbuchs, in: Schubert (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 722), S. 294.

726) *Regge*, a. a. O. (Fn. 685), S. XXXIX.

727) *Melchior Stenglein*, Einleitung, in: ders. (Hrsg.), *Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher*, Bd. 3, XI Preußischen Staaten, 1858, S. 5.

728) *Regge*, a. a. O. (Fn. 685), S. XXXIX.

案である。同草案における正当防衛規定は、84条から87条にかけて定められており、1836年草案第3稿の規定内容と同一のものである⁷²⁹⁾。

以上では、1836年草案から1843年草案に至るまでの起草過程を概観した。そこでは、1836年草案は、(1827年草案の起草者の意図に反して)防衛対象の限定を行い、かつそれが1843年草案に至るまで維持されたということが明らかとなった。また、1836年草案は von Kamptz の個人的な修正によるものであることに鑑みれば、先に述べた防衛対象の限定も von Kamptz の意向に基づくものである可能性が高い。そこで次項では、1836年草案を検討素材とする。ただし、1836年草案の検討にあたっては、同草案の理由書が作成されなかったこと、および von Kamptz も枢密院直属委員会の構成員であったという事情を踏まえ、1843年草案に至るまでの枢密院直属委員会の審議録を間接資料として参照することとした⁷³⁰⁾。

第二項 内容の検討

まず、この時期の草案の分析に先立って、検討素材として取り扱う1836年草案の規定内容を確認しておく⁷³¹⁾。

81条 同様に、正当防衛 (gerechte Nothwehr) において行われた行為は、罰

729) 1843年草案の内容については、Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, nach den Beschlüssen des Königlichen Staatsraths, 1843, in: Werner Schubert, (Hrsg), Gesetzrevision (1825-1848), Abt. I, Bd. 5, 1994, S. 16 f.

730) なお、Regge は、1836年草案理由書が作成されなかったという事実を von Kamptz が1833年草案理由書に変更を加えなかったものと評価する結果、「1833年草案の理由書は、実際上1836年草案の理由書でもある」とする (Regge, a. a. O. (Fn. 697), S. XVI)。確かに、このような Regge の理解は、von Kamptz が実際にそのように考えていたという意味では適切であるかもしれない。しかしながら、1833年草案の理由書を参照することによって、1836年草案において初めて生じた実質的な内容変更の理由を明らかにすることはできない。それゆえ、少なくともその限りにおいて、1833年草案理由書は1836年草案理由書でもあるとする理解は不適切であるように思われる。

731) 条文の原文は、Revidirter Entwurf des Strafgesetzbuchs für Königlich-Preußischen Staaten, 1836, in: Regge (Hrsg), a. a. O. (Fn. 697), S. 821 による。

しない。正当防衛は、ある者が違法な攻撃に対して、即座に必要な官憲な保護を確実に求めることができるわけではなく、かつ自らの人身、名誉もしくは財産に差し迫っている害を回避するためには、暴力による自己防衛を除いて他により安全な手段をとりえない場合に存在する。

(§. 81. Auch in die gerechter Nothwehr begangenen Handlungen sind straflos. Nothwehr ist vorhanden, wenn Jemand gegen einen rechtwidrigen Angriff auf den augenblicklich nöthigen Schutz der Obrigkeit mit Gewißheit nicht rechnen kann, und ihm, außer der gewaltsamen Selbstvertheidigung, kein anderes sicheres Mittel zu Gebote steht, den ihm drohenden Schaden an seiner Person, Ehre oder Vermögen abzuwenden.)

82条 被攻撃者または危険にさらされた者自身だけでなく、被攻撃者を防衛する、または援助するいかなる者も正当防衛の権利を有する。

(§ 82. Nicht nur Angegriffene oder Bedrohte selbst, sondern auch ein Jeder, der denselben vertheidigt, oder ihm Beistand leistet, hat das Recht der Nothwehr.)

83条 正当防衛は、明らかに差し迫っている攻撃を回避するためであっても、また既に行われた攻撃を回避するためであっても、さらには官憲による救助がここでも遅きに失するであろうことが十分考えられる場合には攻撃者によって既に失われた占有を取り返すためさえも存在する。

(§ 83. Die Notwehr findet eben sowohl zur Abwendung eines unzweideutig angedroheten, als eines schon begonnenen Angriffs und selbst zur Wiedererlangung des schon verlorenen Besitzes statt, wenn es wahrscheinlich ist, daß die Hülfe der Obrigkeit auch hier zu spät kommen werde.)

84条 ただし、正当防衛は、その目的が必要とする以上に行われない場合に限り正当である。同様に、権利者にとって、その関係に基づけば、取るに足らないと見なされる有価物（Vermögensstück）の占有の取返しのために、生命もしくは健康に危険のある暴力による手段を用いることは許されない。

(§. 84. Die Nothwehr ist aber nur dann gerecht, wenn sie nicht weiter geübt wird, als ihr Zweck es erfordert. Auch dürfen zur Wiedererlangung des Besitzes von Vermögensstücken, die für den Berechtigten, nach seinen Verhältnissen, als unerheblich anzusehen sind, gewaltsame, dem Leben oder

der Gesundheit gefährliche, Mittel nicht angewandt werden.)

1836年草案の特徴としては、第一に、正当防衛規定を総則に位置づけている点では1827年草案を継承しつつも、人身、名誉または財産に防衛対象を限定する点で1827年草案の内容を変更していることを挙げることができる。

まず、1836年草案においてもなお正当防衛が総則規定に位置づけられている理由であるが、これは、1836年草案も国家契約説に基づいて正当防衛概念を理解しているという事情によるものと思われる。1836年草案が国家契約説に依拠していることを示す間接証拠として、枢密院直属委員会第14回会議における議論を挙げることができる。同会議では、1836年草案83条が「既に失われた占有の取返し」のためであったとしても正当防衛の成立可能性を認めることに対する疑義が提起されたが⁷³²⁾、かかる疑義は、以下のような理由から退けられた。すなわち、「正当防衛理論が依拠する原則は、国家が、攻撃による不利益な帰結から違法な攻撃を受けた者を保護できない場合、その者は、自然状態におけるのと同様に自分自身を保護してもよいとするものであるが、かかる原則は、上で述べられた場合〔引用者記す：既に失われた占有の取返しの場合〕にも適用しなければならない。」とされたのである⁷³³⁾。この記述からは、1836年草案における正当防衛規定が、国家契約説構成に基づいて理解されていることを窺うことができる。仮にこのような理解が正しいとすれば、1836年草案においてもなお、正当防衛が総則に規定されている理由を説明することは容易なものとなる。というのも、既述の通り、国家契約説的構成からは、あえて防衛対象を限定する論理構成を採用する理由はないからである。

もちろん、このように理解されるとすれば、防衛対象を人身、名誉ないし財産に限定する必要はないという帰結に至るはずである。それにもかか

732) Schubert (Hrsg), a. a. O. (Fn. 722), S. 107.

733) Schubert (Hrsg), a. a. O. (Fn. 722), S. 107.

ならず、1836年草案は、何故、人身、名誉ないし財産に防衛対象を限定したのであろうか。この点で参考になるのが、枢密院直属委員会第14回会議において、「攻撃 (Angriff)」という表現は、その語用法上、人身に対する攻撃しか意味しないのではないかという疑義が提起されていたという事情である⁷³⁴⁾。このことが示唆するのは、1827年草案のように、防衛対象を具体的に示すことなく、「攻撃」という文言を用いてしまうと、人身に対する「攻撃」に対してしか正当防衛を行えないという誤解を生じさせる恐れがあったということである。この点を懸念して、von Kamptz は、——1827年草案の起草者である Bode の見解に反して——防衛対象をより詳細に特徴づける必要があると考えたのではないかと思われる⁷³⁵⁾。このような理解が正しいとすれば、少なくとも von Kamptz は、1827年草案の内容を変更する意図、つまり防衛対象を限定する意図を有していなかったのではないかと思われる⁷³⁶⁾。実際、1843年草案の立法関係資料においては、自由や貞操 (Keuschheit) といった利益も「人身」概念に含まれるとされている⁷³⁷⁾。つまり、「人身」概念を広く解することによって防衛対象を限定しないような解釈が試みられているのである。

なお、1836年草案の特徴としては、これ以外にも包括的な緊急救助規定(82条)が置かれていること、1827年草案と同様の制限規定が確認されることを挙げることができる。これらの特徴は、1827年草案と同様のものであるため、その限りで、前述した1827年草案と同様の評価をなしうると考えられる。

以上を踏まえれば、1836年草案における正当防衛規定は、まず、国家契約説的な理解に依拠していたといえる。加えて、1836年草案は、基本的に

734) Schubert (Hrsg), a. a. O. (Fn. 722), S. 107.

735) Vgl. *Theodor Herrmann Goldammer*, Materialien zum Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten, Bd. 1, 1851, S. 362 f.

736) Vgl. *Goldammer*, a. a. O. (Fn. 735), S. 362 f.

737) *Erinnerungen gegen das System und Eintheilungen des Entwurfs im Allgemeinen*, in: Schubert, (Hrsg), a. a. O. (Fn. 729), S. 431 f.

1827年草案を継承したものとして評価できるように思われる。すなわち、1836年草案は、まず緊急救助規定および正当防衛の制限規定に関しては1827年草案を継承しており、また1827年草案との相違点である防衛対象の問題に関しても、先述したとおり、1827年草案の内容を変更する意図は含まれていなかったものと思われる。

第三款 1845年草案から1847年草案まで

第一項 起草過程

1843年草案は、内閣の決議に基づいて各州議会に送付された⁷³⁸⁾。これを受けて、各州議会は、同草案の審議を行った後、建白書と審議資料を国王に送付した⁷³⁹⁾。その後、国王 Friedrich Wilhelm IV世は、1843年11月24日の内閣令において、von Savigny に対し、法律改正省による草案の再編纂を行うよう命じた⁷⁴⁰⁾。これを受けて、von Savigny の監督の下、Wilhelm August Bischoff⁷⁴¹⁾、Ludwig Eduard Heydemann⁷⁴²⁾ および Gustav Bernhard Victor Meyer の手によって、草案の修正作業が行われた⁷⁴³⁾。この作業により起草された新草案が1845年に提出された（以下、この新草案を1845年草案と呼称する。）⁷⁴⁴⁾。1845年草案では、正当防衛規定は、63条および66条において規定されており⁷⁴⁵⁾、また重要な変更を多数含むものであった。すなわち、1845年草案63条においては、まず、「人身、名誉もしくは財産に対する攻撃」という1843年草案の表現が、「人身または財産に対して向けられた違法な攻撃」という表現に変更された。また、

738) Werner Schubert, Einleitung. in: ders. (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 729), S. XIII.

739) Schubert, a. a. O. (Fn. 729), S. XIII.

740) Schubert, a. a. O. (Fn. 729), S. XIII.

741) Bischoff の経歴については、Schubert, a. a. O. (Fn. 722), S. XIV.

742) Heydemann の経歴については、Historischen Commission bei der Königlich Akademien der Wissenschaft (Hrsg.), Allgemeine deutsche Biographie, Bd. 12., 1880, S. 349 f.

743) Schubert, a. a. O. (Fn. 729), S. XIV.

744) Schubert, a. a. O. (Fn. 729), S. XIV.

745) 1845年草案における正当防衛規定については、次款参照。

「即座に必要な官憲による保護を確実に求めることができない」、「他により安全な手段をとりえない」といった表現が「防衛のために必要な」という表現に改められた。1845年草案に関する審議は、枢密院直属委員会において⁷⁴⁶⁾、1845年10月18日から1846年11月18日まで行われた(なお、正当防衛規定に関する審議は、1845年11月26日の第7回会議において行われた。)⁷⁴⁷⁾。この審議結果を踏まえ、1846年草案が新草案として発案された⁷⁴⁸⁾。1846年草案は、53条に正当防衛を規定している⁷⁴⁹⁾。この1846年草案における正当防衛規定は、基本的に1845年草案と同様のものであった。1846年草案は、とりわけライン州側からの異議を受けたため、新たに4人のライン州の法律家を迎えた上で枢密院直属委員会において再度の審議が行われるに至った⁷⁵⁰⁾。その審議の結果、起草されたのが1847年草案である⁷⁵¹⁾。1847年草案は、55条に正当防衛を規定しているが、内容的には、1846年草案とさほど異なるものであった⁷⁵²⁾。

以上、1845年草案から1847年草案に至るまでの起草過程を概観した。そ

746) *Albert Friedrich Berner*, Die Strafgesetzgebung in Deutschland vom Jahre 1751 bis zur Gegenwart, 1867, S. 235 によれば、この際、直属委員会の構成員として新たに Kleist と Jähnigen が加わったという。また、同会議においては、草案の起草者の一人である Bischoff が報告担当者を務めたとされる。なお、Kleist および Jähnigen の経歴については、*Schubert*, a. a. O. (Fn. 722), S. XV f.

747) *Schubert*, a. a. O. (Fn. 729), S. XIV.

748) *Banke*, a. a. O. (Fn. 722), S. 26.

749) 1846年草案における正当防衛規定については、*Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, von der Königlichen Immediat-Kommission dem Plenum des Staatraths vorgelegt*, 1846, in: *Werner Schubert/Jürgen Regge* (Hrsg.), *Gesetzrevision (1825-1848)*, Abt. I, Bd. 6, Teil 1, 1996, S. 365.

750) この4人のライン州の法律家とは、具体的には、*Simons, Madihn, von Ammon, Grimm* のことである (*Banke*, a. a. O. (Fn. 722), S. 30.)。

751) なお、1847年草案起草に至るまでの詳細な経緯に関しては、さしあたり野澤充『中止犯の理論構造』(成文堂・2011年)280頁以下参照。

752) *Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten. Zur Vorlegung an die vereinigten Ständischen Ausschüsse bestimmt*, 1847, in: *Werner Schubert/Jürgen Regge* (Hrsg.), *Gesetzrevision (1825-1848)*, Abt. I, Bd. 6, Teil 2, 1996, S. 748 f.

ここでは、1845年草案において、多数の重要な文言の変更が行われており、そしてその変更が1847年草案に至るまで概ね維持されたことが明らかとなった。つまり、この時期の諸草案における文言の変化の多くが、1843年草案の公表後に寄せられた意見書ないし批判書を受けて行われた1843年草案の修正作業に起因するものである。そこで次項において行う内容の検討にあたっては、1845年草案を検討素材とすることとしたい。

第二項 内容の検討

内容の検討に先立ち、あらかじめ検討素材である1845年草案における正当防衛規定を確認しておく⁷⁵³⁾。

63条 人身もしくは財産に対して向けられた違法な攻撃の回避のために被攻撃者自身または他人によって行われた、それ自体可罰的な行為は、その行為が防衛目的のために必要であった、つまり正当防衛（rechte Nothwehr）において行われた限りで罰しない。

同様のことは、犯行現場で犯罪者を逮捕するため、または力づくで他者の所有地に侵入する、もしくは所有者の意思に反してそこに居座る者を追い払うために行われた行為についても妥当する。

(§. 63. Eine an sich strafbare Handlung, welche zur Abwendung eines gegen die Person oder gegen das Vermögen gerichteten rechtswidrigen Angriffs von dem Angegriffenen selbst oder von einem Anderen begangen wird, soll, soweit sie für den Zweck der Vertheidigung erforderlich war, als in rechter Nothwehr begangen, straflos bleiben.

Dasselbe gilt von solchen Handlungen, welche vorgenommen werden, um einen auf der That ertappten Verbrecher festzunehmen, oder denjenigen zu vertreiben, welcher in eines Anderen Besitzthum mit Gewalt eindringt, oder darin wider den Willen des Besitzers vertreibt.)

753) Revidirter Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten. Vorgelegt von dem Ministerium der Gesetz-Revision, 1845, in: Schubert/Regge (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 749), S. 17.

1845年草案の特徴として、第一に、正当防衛規定が総則規定に位置づけられている一方で、防衛対象が人身もしくは財産に限定されていることを指摘することができる。では、何故、1845年草案は、防衛対象を人身もしくは財産に限定したのであろうか。換言すれば、何故、1845年草案においては、「名誉」という表現が削除されるに至ったのであろうか。この点に関する *Golddammer* の分析によれば、これは、自由と同様に名誉も「人身」概念に包摂されると理解されたことによるものであるという⁷⁵⁴⁾。この分析が正当なものであるとすれば、この限りで、1845年草案は、1836年草案の内容を変更する趣旨を含んでいなかったものと理解できる。それゆえ、ここでは1845年草案においても、1836年草案に対する評価がそのまま妥当する。

第二の特徴として、「自己または他人によって行われた……行為」という表現に改められたことにより、1843年草案までは独立の規定として定められていた緊急救助が正当防衛条項の中に取り込まれる形で規定されるようになったことを指摘することができる。*Golddammer* によれば、このような表現の変化は、1810年フランス刑法典328条の影響によるものだという⁷⁵⁵⁾。もっとも、ここでの脈絡において、何故、1845年草案の立法者が1810年フランス刑法典を参照したかは明らかではない。加えて言えば、「自己保存本能や、緊急時の危険の評価および防衛の程度の調整の不可能性」が論拠として援用されていたといわれる1810年フランス刑法典328条において⁷⁵⁶⁾、何故、(先の論拠からは説明が困難な)緊急救助が条文上認め

754) *Golddammer*, a. a. O. (Fn. 735), S. 363. なお、このような1845年草案の理解の背景には、攻撃は暴力を伴うものでなければならぬため、言葉による侮辱に対しては正当防衛をなしえないとする洞察が存在する (Vgl. *Golddammer*, a. a. O., S. 363.)。このような理解に対して、*Berner*, a. a. O. (Fn. 27), S. 575 は、言葉による侮辱に対する正当防衛の例として、侮辱的な示威行動を妨害する、あるいは誹謗文書を撤去するなどといった態様を挙げることによって、言葉による侮辱に対する正当防衛を否定する見解の不当性を論難している。つまり、*Berner* からすれば、攻撃は暴力を伴うものでなければならぬという前提がそもそも不当なのである。

755) *Golddammer*, a. a. O. (Fn. 735), S. 365 f.

756) 徳永・前掲 (注720) 328頁。

られていたかも明らかではない⁷⁵⁷⁾。そのため、断言することはできないが、正当防衛と緊急救助が同一の規定に置かれているという事実からは、緊急救助が正当防衛の枠組みで理解されていることを示唆する（少なくとも、そのような解釈をも許容する）点で重要な変更であったといえるように思われる。

第三の特徴として、正当防衛の制限要件が必要性要件のみになったことを指摘することができる。すなわち、前款でも指摘したとおり、それ以前の諸草案においては明文で認められていた正当防衛の制限要件（官憲による救助を求めることができないこと、補充性要件）が1845年草案において削除された。このことから、一見すると、官憲による救助に関する要件、および補充性要件が、正当防衛の成立要件ではなくなったようにも見える。しかしながら、Goltdammer の分析によれば、先に述べた1845年草案の変更点は、必ずしも官憲による救助に関する要件、および補充性要件を否定する趣旨のものではなかったという。すなわち、1845年草案の起草者は、一般論としてはこれらの要件を承認していたが、「防衛の目的のために必要であった限りで」という表現を用いる方がその趣旨をよりよく、より無難に表すことができると考えたというのである⁷⁵⁸⁾。このような Goltdammer の分析が正当であることは、その他の間接資料からも窺うことができる。例えば、1847年草案理由書は、1845年草案63条と概ね同様の規定を有する1847年草案55条について、「まず正当防衛の概念が、1843年草案の個別の諸規定に基づいてより厳密に要約された」規定であるという説明を行っている⁷⁵⁹⁾。このことから、1845年から1847年にかけての諸草案においても、1843年草案（および1843年草案の基礎をなす1836年草案）の趣旨を変更す

757) なお、自己保存本能などの論拠から緊急救助の説明が困難であることについては、第二章第一節第一款第一項参照。

758) Vgl. *Goltdammer*, a. a. O. (Fn. 735), S. 361 f.

759) *Motive zu dem Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten und den damit verbundenen Gesetzen vom Jahre 1847, 1847*, in: Schubert/Regge (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 752), S. 873.

る意図は含まれておらず、あくまでその内容を要約する意図が含まれていたにとどまることが明らかとなる。つまり、起草者は、官憲による救助に関する要件および補充性要件を含意した包括的な表現として、「防衛のために必要であった」という表現を選択したと理解することができるのである。仮にこのように理解できるとすれば、この点に関しても、1836年草案に対する評価がそのまま妥当するものと思われる。

以上を踏まえれば、1845年草案における正当防衛規定は、基本的に1836年草案と連続的に理解することができるように思われる。もちろん、1845年草案は、1836年草案と比較した際に多数の文言の変更を含むものではあったが、それは、1836年草案の内容を変更する趣旨ではなく、より一般的な表現に改める際に結果的に生じたものだったのである⁷⁶⁰⁾。

第四款 1848年草案から1851年プロイセン刑法典まで

第一項 成立過程

1847年6月24日、統合州議会 (Vereinigte Landtag) に対して出された国王の通達によって、1847年草案の審議は、1847年2月3日に創設された統合等族委員会 (Vereinigte Ständische Ausschuss) に委ねられることとなった⁷⁶¹⁾。この統合等族委員会においては、準備部会が開催された後、本会議による審議が、1848年1月17日から1848年3月6日まで行われた⁷⁶²⁾。統合等族委員会本会議終了後の1848年3月20日、司法大臣 von Savigny および司法行政大臣 Karl Albrecht Alexander Uhden が失職したが⁷⁶³⁾、同日に von Savigny によって提出された、今後の刑法の取り扱いについ

760) 1845年草案において見られる正当防衛規定の一般化ないし抽象化傾向は、1843年草案に対する当時の普通法学者の批判に起因するものと推測される。例えば、*Jodocus Donatus Hubertus Temme, Kritik des Entwurf des Strafgesetzbuchs für die preußischen Staaten, Teil 1, 1843, S. 154* は、1843年草案における正当防衛規定が詳細すぎることを批判している。

761) *Berner, a. a. O. (Fn. 746), S. 238.*

762) *Berner, a. a. O. (Fn. 746), S. 238.*

763) *Regge, a. a. O. (Fn. 685), S. XLII.*

ての概要を記した建白書により、司法省内部での草案の改正作業は引き続き行われることとなった⁷⁶⁴。なお、この改正作業においては、司法大臣、司法次官および法律顧問官 Bischoff ならびに Ludwig Benjamin Simons が草案の編纂者を務めることとなった⁷⁶⁵。以上のような司法省の改正作業によって起草されたのが1848年草案である。1848年草案において正当防衛規定は、33条に規定されているが⁷⁶⁶、その内容は、1847年草案から大きく変化し、後述する1851年プロイセン刑法典に近いものとなった⁷⁶⁷。特に重要な変更点としては、第一に、防衛対象を限定する文言がなくなり、「自己または他人」という表現になったこと、第二に、現在のドイツ刑法32条においても見られる「要請される」という表現が初めて登場することを指摘することができる。その後、立法作業は、大部分において1848年草案の内容と一致する1849年草案を経た後⁷⁶⁸、最終的に1850年12月10日に終了した⁷⁶⁹。この結果、起草された1850年草案は、審議のために、議会上院および下院に提出された⁷⁷⁰。両院において可決され、国王による裁可を受けたことにより成立した新刑法は、1851年7月1日に施行された⁷⁷¹。これが1851年プロイセン刑法典である。

以上の成立過程から明らかになるのは、1848年草案の段階になってようやく、1851年プロイセン刑法典の正当防衛規定に近い内容を獲得するに至ったということである。それゆえに、1851年プロイセン刑法典の正当防

764) *Banke*, a. a. O. (Fn. 722), S. 31.

765) *Banke*, a. a. O. (Fn. 722), S. 31.

766) 1848年草案における正当防衛規定については、*Banke*, a. a. O. (Fn. 722), S. 49 f.

767) 徳永・前掲（注720）192頁は、1848年草案においては、正当防衛が総則に規定されている点を除けば、「重罪も軽罪も存在しない」とする法効果の定め方などをはじめ、いくつかの点でフランスの正当防衛規定との類似性を確認することができるとする。

768) 1849年草案における正当防衛規定については、*Waldemar Banke*, *Der erste Entwurf eines Deutschen Einheitsstrafrechts*. 1. Die Verfasser des Entwurfs 1849, in: Schubert/Regge/Schmid/Schröder (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 722), S. 49.

769) *Vormbaum*, a. a. O. (Fn. 681), S. 76.

770) *Vormbaum*, a. a. O. (Fn. 681), S. 76.

771) *Vormbaum*, a. a. O. (Fn. 681), S. 76 f.

衛規定の内容は、基本的に統合等族委員会本会議における議論、ないしはその後の司法省内部の議論の影響を受けたものであることが推測される。以上を踏まえて、次項においてはプロイセン刑法典における正当防衛規定の内容の検討を行う。

第二項 内容の検討

最初に、プロイセン刑法典における正当防衛規定の内容を確認しておく⁷⁷²⁾。

41条 所為が正当防衛によって要請された場合、重罪または軽罪は存在しない。正当防衛とは、現在かつ違法な攻撃から自己または他人を回避させるために必要な防衛である。行為者が狼狽、恐怖、驚愕のみから防衛の限界を超過する場合、正当防衛と同様に扱われる。

(§ 41. Ein Verbrechen oder Vergehen ist nicht vorhanden, wenn die That durch die Nothwehr geboten war. Nothwehr ist diejenige Vertheidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich selbst oder Anderen abzuwenden. Nothwehr ist gleich zu achten, wenn der Thäter nur aus Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Vertheidigung hinausgegangen ist.)

プロイセン刑法典の特徴として、第一に、1847年草案までは防衛対象が人身または財産に限定されていたのに対して、プロイセン刑法典においては防衛対象を限定する表現が削除されたことを挙げることができる。

では、プロイセン刑法典においては、何故、防衛対象を限定する表現が削除されたのであろうか。この点を考察する上で参考となるのが、上院に設置された司法委員会の報告書である。すなわち、同報告書によれば、司法委員会の審議において、「現在かつ違法な攻撃」は、人身および財産に対して向けられうること、および先の文言の普遍性からすれば、かつての

772) 条文の原文は、*Stenglein*, a. a. O. (Fn. 727), XI Preußischen Staaten, S. 55 f. による。

草案のように防衛対象の種類を列举する必要はないことが承認されたという⁷⁷³⁾。このように司法委員会報告書は、「現在かつ違法な攻撃」という表現の普遍性から防衛対象の限定の不要性を帰結していることに鑑みれば、立法者がプロイセン刑法典において防衛対象を限定する文言を削除した理由は、まさしく立法者によって防衛対象を限定する必要がないと判断された点に求めることができよう⁷⁷⁴⁾。

第二の特徴として、1845年草案と同様に、正当防衛条項の中に緊急救助が規定されていることを指摘することができる。この点については、基本的には1845年草案と同様の評価をなしうるように思われる。また、プロイセン刑法典成立直後のコンメンタールの多くが、41条にいう「他人」を、近親者でも同胞たる市民でもなく第三者という意味で理解していることに鑑みれば⁷⁷⁵⁾、遅くともプロイセン刑法典成立までには、緊急救助が普遍的に、つまり誰が被救助者であるかを問わず認められるようになったということができる。

第三の特徴として、正当防衛の制限要件として必要性要件しか挙げられていないことを指摘することができる。まず、必要性要件であるが、従来の先行研究によれば、プロイセン刑法典の正当防衛規定は、官憲による救助の可否が問題となるわけでもなければ、危険から免れるために退避する必要もないとするものであったという⁷⁷⁶⁾。しかしながら、1845年草案と

773) Bericht der Kommission für Rechtspflege über die Berathung des Entwurfs des Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten, S. 9. なお、同報告書は、Sammlung sämtlicher Druckfachen der Ersten Kammer, Bd. 3, 1851 に所収されている。

774) Georg Carl Christoph Beseler, Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten. 1851. S. 188 も、プロイセン刑法典41条の解釈論として同様の見解を主張する。

775) Beseler, a. a. O. (Fn. 774), S. 189.; Goldammer, a. a. O. (Fn. 735), S. 361 f.; Jodocus Donatus Hubertus Temme, Glossen zum Strafgesetzbuche für Preußischen Staaten, 1853, S. 117.

776) そのように述べるものとして例えば、Jens Bülte, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im deutschen Notwehrrecht aus verfassungsrechtlicher und europäischer Perspektive, GA 2011, S. 152. また同様の理解を示すわが国の文献として、曾根・前掲（注56）45頁、➤

は表現を異にするにせよ、内容的には1845年草案を継承するものであったことに鑑みれば、少なくとも立法者は、官憲による救助に関する要件、および補充性要件を含意するものとして必要性要件を理解していたものと思われる⁷⁷⁷⁾。ただし、いずれにせよ必要性要件は均衡性の意味では理解されていない⁷⁷⁸⁾。

なお、プロイセン刑法典においては、「要請される」という表現が用いられていることから、プロイセン刑法典は、一見すると、正当防衛の制限要件として、(現在のドイツ刑法学が考えているような)被要請性要件を導入したものとみえるかもしれない。しかしながら、少なくともプロイセン刑法典の起草者は、現在のドイツ刑法学における一般的な理解のように正当防衛の制限を認めるための包括的な条項として被要請性要件を理解していなかったものと思われる。というのも、当時の立法関係資料および当時のコンメンタールをみる限り、被要請性が正当防衛の制限要件である旨の記述を確認できなかったからである。それどころか、「要請される」という表現に関して言及する立法関係資料ないしコンメンタールは皆無であったため、そもそも「要請される」という表現が何らかの正当防衛の成立要件を意味していたかさえ疑わしい。

以上に鑑みれば、プロイセン刑法典41条の立法者意思は、Krey が指摘するように、この規定の立法者意思は、以下の二点に求めることができる⁷⁷⁹⁾。すなわち、「第一に、あらゆる法益に正当防衛適格があること、そ

↘津田・前掲(注529)108頁。

777) 同様の理解を行うものとして、*Goldammer*, a. a. O. (Fn. 735), S. 419 f. また、同様の理解は、当時の学説によっても有力に主張されていた(例えば、*Abegg*, a. a. O. (Fn. 503), S. 170.; *August Wilhelm Heffter*, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts*, 1833, S. 56.)。もっとも、既に立法直後の段階から、プロイセン刑法典41条は、官憲による救助の可否、あるいは退避可能性の可否を問題としていないと解する見解も存在していた(例えば、*Beseler*, a. a. O. (Fn. 774), S. 189.; *Temme*, a. a. O. (Fn. 775), S. 117.)。

778) このような必要性理解は、1827年草案以降一貫しているものと思われる。

779) *Volker Krey*, *Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern*, JZ 1979, S. 707. (紹介として、振津隆行「財物の防衛の際における正当防

れゆえに財物にも正当防衛権限があることである。第二に、均衡性の観点による正当防衛に対するあらゆる制限が放棄されることである。すなわち、『取るに足らない、代替可能な財』の防衛のために、緊急の場合には、すなわち、必要である限り、『極端な手段』、つまり生命にとって危険な手段をも用いてもよい⁷⁸⁰⁾。これらの特徴は、第三章第三節で前述した Berner の見解と対応するものではある。しかしながら、プロイセン刑法典の立法者が、正当防衛の脈絡で Hegel 主義者の見解を直接的に参照したとする記述は確認できない⁷⁸¹⁾。そのため、Krey が述べるように、プロイセン刑法典41条は、「Hegel 主義者の法思想に基づく厳格な正当防衛原理、『法が不法に譲歩する必要はない』(Berner) が実現」されたものであると評価しうるかは明らかではない⁷⁸²⁾。

第三節 ライヒ刑法典（1871年）

第一款 成立過程

デンマーク戦争（1864年）およびプロイセン・オーストリア戦争（1866年）の勝利に伴い、プロイセン王国を中心とした北ドイツ連邦が形成された⁷⁸³⁾。これにより、北ドイツ連邦内部で刑法典を統一する必要性が生じた⁷⁸⁴⁾。このような背景の下、1868年6月17日、北ドイツ連邦首相 Otto Eduard Leopold von Bismarck は、プロイセン王国の司法大臣である

「衛権の制限について」商学討究32巻1号（1981年）105頁。ただし、適宜原文より訳出した。）。

780) Krey, a. a. O. (Fn 779), S. 707. (紹介として、振津・前掲（注779）105頁以下）。なお、圏点強調は、原著のイタリック体による。

781) むしろ、プロイセン刑法典の成立過程を参照する限り、少なくとも1843年草案までは国家契約説的な理解の影響力が大きかったものと思われる。

782) Krey, a. a. O. (Fn. 779), S. 707. (紹介として、振津・前掲（注779）106頁。なお、圏点強調は、原著のイタリック体による。）。

783) Vormbaum, a. a. O. (Fn. 681), S. 80.

784) 付言すると、1867年7月1日に発効した北ドイツ連邦憲法4条13号が連邦の専属立法事項の一つとして刑法を挙げていたことから明らかとなり、刑法典の統一は、北ドイツ連邦憲法の要請でもあった。

Adorf Leonhardt に対し、北ドイツ連邦刑法典草案を起草し、それを自らに送付するよう要請した⁷⁸⁵⁾。この要請を受けて、Leonhardt は、その作業を、司法省における当時の報告事務官である Heinrich von Friedberg に委託した⁷⁸⁶⁾。この von Friedberg が中心となって作成された草案は、プロイセン司法省内部での139回にわたる会議の終了後、1868年11月に連邦参議院 (Bundesrat) に提出され、1869年7月に公表された⁷⁸⁷⁾。これが、北ドイツ連邦刑法典草案である (Friedberg 草案とも呼ばれる。以下では、後述する北ドイツ連邦刑法典第1読会草案および第2読会草案と区別するため、Friedberg 草案と呼称する。)⁷⁸⁸⁾。Friedberg 草案は、48条1項および2項に正当防衛を規定しているが、その内容はプロイセン刑法典41条をそのまま継承したものであった⁷⁸⁹⁾。

Friedberg 草案が公表される前の1869年6月3日、連邦参議院は、7名の法律家からなる委員会に同草案の修正を行わせる旨の決議を行った⁷⁹⁰⁾。同委員会は、Friedberg 草案の修正作業を行うため、1869年10月1日から同年11月31日にかけて審議を行った⁷⁹¹⁾。これが連邦参議院委員会第1読会である。この第1読会での審議を踏まえて1869年11月に完成したのが、

785) Werner Schubert, Die Kommission zur Beratung des Entwurfes eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund (1. Oktober-31. Dezember 1869), in: ders./Thomas Vormbaum, Entstehung des Strafgesetzbuchs, Bd. 1, 2002, S. XV.

786) Schubert, a. a. O. (Fn. 785), S. XV.

787) Schubert, a. a. O. (Fn. 785), S. XV.

788) Friedberg 草案という呼称は、Schubert/Vormbaum (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 785), S. 1 にならった。

789) Friedberg 草案48条1項および2項については、Entwurf eines Strafgesetzbuches für Norddeutschen Bund, 1869, in: Schubert/Vormbaum (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 785), S. 10.

790) Schubert, a. a. O. (Fn. 785), S. XVIII. なお、連邦参議院第1読会の構成員の内訳は、プロイセン側の委員4名 (Leonhardt, Friedberg, Bürgers, Dorn)、ザクセン側の委員1名 (Schwarze)、メクレンブルク=シュヴェーリン側の委員1名 (Budde) およびブレーメン側の委員1名 (Donandt) となっている。なお、各構成員の略歴については、Schubert, a. a. O., S. XX ff.

791) Schubert/Vormbaum (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 785), S. 61.

北ドイツ連邦刑法典第 1 読会草案である（以下では、第 1 読会草案とする）。第 1 読会草案は、55 条 1 項および 2 項に正当防衛を規定している⁷⁹²⁾。第 1 読会草案において、法効果の記述が、「重罪も軽罪も存在しない」から、「可罰的な行為は存在しない」に改められている。

その後、連邦参議院委員会は、第 1 読会草案の審議を行うために、1869 年 12 月 2 日から同年 12 月 31 日にかけて同様の審議を行った（なお、正当防衛規定に関する審議は、1869 年 10 月 11 日開催の第 7 回会議において実施された⁷⁹³⁾）。これが連邦参議院員会第 2 読会である。そして第 2 読会での審議が終了した 1869 年 12 月 31 日に、北ドイツ連邦刑法典第 2 読会草案が完成した（以下、第 2 読会草案とする⁷⁹⁴⁾。第 2 読会草案は、51 条 1 項および 2 項に正当防衛を規定しており、その内容は第 1 読会草案と全く異なるものであった。

第 2 読会草案は、連邦参議院によって若干の修正が施された後⁷⁹⁵⁾、1870 年 2 月 14 日に理由書とともにライヒ議会（Reichstag）に提出された（以下では、便宜上、このライヒ議会に提出された草案を 1870 年 2 月 14 日草案と呼称する。）、⁷⁹⁶⁾。1870 年 2 月 14 日草案は、そこでの審議および審議結果を踏まえた修正が加えられた後⁷⁹⁷⁾、1870 年 5 月 25 日に可決された⁷⁹⁸⁾。これが北ドイツ連邦刑法典であり、同刑法典は 1871 年 1 月 1 日に施行された⁷⁹⁹⁾。

792) 第 1 読会草案 55 条 1 項および 2 項の規定内容については、Entwurf eines Strafgesetzbuches für Norddeutschen Bund, 1869, in: Schubert/Vormbaum (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 785), S. 252.

793) Schubert/Vormbaum (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 785), S. 303.

794) Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, 1971, S. 343.

795) Vgl. Werner Schubert, Das Reichsstrafgesetzbuch im Bundesrat und im Reichstag, Drs./Thomas Vormbaum (Hrsg.), Entstehung des Strafgesetzbuchs, Bd. 2, 2004, S. XVI ff.

796) Vormbaum, a. a. O. (Fn. 681), S. 81. なお、1870 年 2 月 14 日草案の正当防衛規定については、Entwurf eines Strafgesetzbuches für Norddeutschen Bund nebst Motiven und Anlagen, 1870, S. 5. 同草案における正当防衛規定は、条文番号も規定内容も第 2 読会草案と異なるものであった。

797) Hippel, a. a. O. (Fn. 794), S. 345.

798) Vormbaum, a. a. O. (Fn. 681), S. 81.

799) Hippel, a. a. O. (Fn. 794), S. 345.

その後、プロイセン・フランス戦争(1870年から1871年)の勝利に伴い、北ドイツ連邦がドイツ帝国へと変態したことから、1871年5月15日に北ドイツ連邦刑法典は、若干の変更を伴ってライヒ刑法典となった⁸⁰⁰⁾。

以上から明らかになるのは、ライヒ刑法典は、法効果の点を除けば、プロイセン刑法典の正当防衛規定と変わらないということである。そこで、次款では、何故、ライヒ刑法典において、プロイセン刑法典の規定内容が維持されたのかという点についての検討を行ったうえで、ライヒ刑法典53条1項および2項の規定内容の検討を行うこととする。

第二款 内容の検討

ライヒ刑法典は、53条1項および2項に正当防衛規定を置いている。その規定内容は、以下の通りである。

53条1項 行為が正当防衛によって要請された場合には、可罰的な行為は存しない。

(§ 53.(1). Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung durch Nothwehr geboten war.)

2項 正当防衛とは、現在かつ違法な攻撃から自己又は他人を回避させるために必要な防衛である。

(2). Nothwehr ist diejenige Vertheidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Anderen abzuwenden.)

以上で確認したライヒ刑法典53条1項および2項は、ほぼプロイセン刑法典41条の規定内容に対応するものである。では、ライヒ刑法典の起草者は、何故、プロイセン刑法典41条の規定内容を継承したのであろうか。この点を明らかにする上で参考となる記述を行っているのが、Friedberg 草案の理由書における説明である。すなわち、同理由書は、まず、「48条は、

800) *Hippel*, a. a. O. (Fn. 794), S. 345.; *Vormbaum*, a. a. O. (Fn. 681), S. 81.

正当防衛が権利であること、またこの権利の行使が可罰性を基礎づけることは決してありえないという争う余地のない原則を表現するものである。』とするが⁸⁰¹⁾、その脚注において、Bernier らの文献を明示的に引用している⁸⁰²⁾。このことから明らかのように、同草案の起草者が、Bernier をはじめとした Hegel 主義者にならって正当防衛の権利性を前提としている。また、Friedberg 草案の理由書は、プロイセン刑法典41条の規定内容が、ドイツ普通刑法が前提とする正当防衛の成立要件と対応していることからプロイセン刑法典41条を継承することとしたとも述べている⁸⁰³⁾。その際、同理由書は、Bernier の教科書を明示的に引用しているが、これは、おそらくドイツ普通刑法学者の代表的論者としてBernier の教科書を引用したものである。仮にこの理解が正しいとすれば、Friedberg 草案の起草者は、ドイツ普通刑法学者の代表的論者である Bernier の見解に対応させる形で正当防衛を規定するべきであると考えていたといえることができる。また、1870年2月14日草案の理由書においても、Friedberg 草案の理由書と全く同じ説明が行われていることから⁸⁰⁴⁾、ライヒ刑法典の原型をなす1870年2月14日草案の起草者である連邦参議院委員会の委員たち（あるいは、その多く）もまた、Bernier をはじめとした Hegel 主義者の見解に依拠しながら正当防衛規定を理解していたと考えられる⁸⁰⁵⁾。それゆえ、ライ

801) Motive zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, 1869, S. 102.

802) Bernier 以外には、Heffter, Köstlin, Hälschner の文献が挙げられている。

803) Motive zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, a. a. O. (Fn. 801), S. 102.

804) Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund nebst Motiven und Anlagen, a. a. O. (Fn. 796), S. 57. ただし、条文番号は第2読会草案のものに改められているほか、脚注は削除されている。

805) 付言すると、連邦参議院委員会の委員の一人であった Schwarze もまた、後年、自らが執筆したライヒ刑法典に関する注釈書において、Bernier の教科書の記述に依拠して、「法」対「不法」という正当防衛の本質を説明している (*Friedrich Oscar Schwarze, Commerntar zum Strafgesetzbuch für das deutsch Reich, 3, verbesserte und sehr vermehrte Band, 1873, S. 243.*)。

ヒ刑法典における正当防衛規定もまた、Hegel 主義者の見解に依拠したものとこの間というと思われる。

以上の点を踏まえて、次に、ライヒ刑法典の特徴を分析する。ライヒ刑法典の特徴としては、第一に、「自己または他人」という文言を用いることによって、防衛対象の限定を行わなかった点を挙げることができる。実際、立法者が防衛対象を限定する意図を有していなかったということは、ライヒ刑法典の前身にあたる北ドイツ連邦刑法典に至るまでの審議過程を確認することによっても明らかになる。例えば、1869年10月11日開催の第1読会第7回会議において、「人身(Person), 所有(Eigentum) もしくは占有(Besitz) に対する攻撃」という表現に改めるべきであるとする立法提案が行われたが、Friedberg 草案の文言が既に立法提案の内容を汲んだものになっていることを理由に5対2で否決された⁸⁰⁶⁾。また第2読会の議論においても、連邦参議院委員会の委員である Budde によって、「身体、生命、名誉、所有ないし住居の平穩(Hausfrieden) に対する攻撃」という表現に改めるべきであるとする立法提案が行われているが⁸⁰⁷⁾、これも5対2で否決された⁸⁰⁸⁾。以上のように防衛対象を限定する立法提案がいずれも否決されているが、その理由は、「現在かつ違法な攻撃」という表現の普遍性からすればあえて防衛対象を限定する必要はないという点に求められている⁸⁰⁹⁾。そして、北ドイツ連邦刑法典における正当防衛規定をそのまま継承したライヒ刑法典も、おそらく同様の理由から防衛対象を限定しないものと思われる⁸¹⁰⁾。仮にこのような理解が正しいとすれば、その限りで、ライヒ刑法典は、権利一般を防衛対象とする Berner らの見

806) Schubert/Vormbaum (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 785), S. 81.

807) Schubert/Vormbaum (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 785), S. 384

808) Schubert/Vormbaum (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 785), S. 314

809) Entwurf eines Strafgesetzbuches für Norddeutschen Bund nebst Motiven und Anlagen, a. a. O. (Fn. 796), S. 57.

810) Entwurf eines Strafgesetzbuches für Norddeutschen Bund nebst Motiven und Anlagen, a. a. O. (Fn. 796), S. 57.

解と符合するといえるだろう。

ライヒ刑法典の第二の特徴として、「自己または他人」という表現を用いており、緊急救助を一般的に認めていることを挙げることができる。この点について示唆的であるのは、Friedberg 草案の理由書が正当防衛の成立要件に言及する際に、「〔引用者記す：Friedberg 草案〕48条は、身体、生命、名誉もしくは財物（Vermögensgegenstände）に対する攻撃から自己又は他人を回避させるために必要な防衛を正当防衛と判断する。」として、「他人」という表現を強調している点である⁸¹¹⁾。同理由書はこれ以上の記述を行っていないため、何故、「他人」という表現を強調したのかは明らかではない。ただ、先にも述べたように、同理由書が明示的に Berner の見解に依拠していることからすれば、先の点は、次のように説明することができる。すなわち、Friedberg 草案の起草者は、Berner の教科書の記述にならって⁸¹²⁾、正当防衛は単なる自己防衛ではなく権利防衛なので、「他人」の（権利）防衛も当然に認められることを強調したと考えられる。なお、このような説明は、連邦参議院委員の一人であった Friedrich Oscar Schwarze のライヒ刑法典の注釈書における緊急救助の説明とも符合する⁸¹³⁾。

第三の特徴として、正当防衛の制限要件として必要性要件しか挙げられていないことを指摘することができる。この点について、起草者の一人である Schwarze は次のように説明している。すなわち、ライヒ刑法典の下では必要性要件しか規定されていないため、この要件の範囲内でしか官憲による救助の可否は考慮されず⁸¹⁴⁾、また同様の理由から、退避の可能性は正当防衛の成立を排除しないとされている⁸¹⁵⁾。このような説明から

811) Motive zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, a. a. O. (Fn. 801), S. 103. なお、圏点強調は、原著による。

812) Berner, a. a. O. (Fn. 512), S. 109.

813) Schwarze, a. a. O. (Fn. 805), S. 246.

814) Schwarze, a. a. O. (Fn. 805), S. 245. 例えば、官憲による救助が到達している場合には、防衛は必要ではないという。

815) Schwarze, a. a. O. (Fn. 805), S. 245.

すれば、ライヒ刑法典は、官憲に救助を求める義務および退避義務を否定したと理解できるように思われる。

なお、ライヒ刑法典も「要請される」という表現を用いているため、一見すると、正当防衛の制限要件として、さらに被要請性要件を導入したように見えるかもしれない。しかしながら、ライヒ刑法典の起草者は、現在のドイツ刑法学における一般的な理解のように正当防衛の制限を認めるための包括的規定として被要請性要件を理解していなかった。すなわち、Schwarze によれば、「要請される」とは、次項に規定されている「必要な」と同様の文言であるという⁸¹⁶⁾。つまり、ライヒ刑法典において、被要請性要件とは、仮に認められるとしても必要性要件以上の内容を持つものではなかったのである。

以上で確認してきたように、ライヒ刑法典は、少なくとも正当防衛の基本原理レベルでは、明示的に Berner をはじめとした Hegel 主義者の正当防衛理論に依拠している。また、ライヒ刑法典は、要件レベルにおいても Berner の見解に概ね対応するものであったといえるだろう⁸¹⁷⁾。それゆえ、遅くともライヒ刑法典の時点で、Berner の見解は受容されたといえることができる。

第四節 その後の RG 判例の傾向

もっとも、1871年ライヒ刑法典の成立後も、実務レベルにおいては、Berner の正当防衛論が受け入れられたとは言い難い状況にあった。このことは、例えば、ライヒ裁判所1892年5月5日判決 (RGSt 23, 116) から窺うことができる⁸¹⁸⁾。

同判決の事案の概要は、以下のとおりである。すなわち、被告人が経営

816) Schwarze, a. a. O. (Fn. 805), S. 244.

817) 曾根・前掲 (注56) 49頁も、「この規定の中に『正は不正に譲歩する必要がない』という根本原則が厳格に貫かれている」と評価しており、結論において本稿と同様の理解を行っている。

818) わが国において、この事案を紹介するものとして、山中・前掲 (注1) 215頁がある。

している飲食店に居合わせた鉄道労働者たちは、他の客達から彼らの身体の完全性が著しく疑われるような態様で攻撃された。鉄道労働者たちは、この攻撃に対する防衛のために、被告人のグラス及びジョッキを用いざるを得なかった。これに対して、被告人は、自らの所有権（グラス及びジョッキ）を守るために、鉄道労働者たちにむけて、拳銃を発砲したというものである。

この事案について、ライヒ裁判所は、以下のような判断を示した。

「もちろん、これによれば、鉄道労働者たちは、被告人の所有権に対する攻撃を行ったが、彼らの過責性（Verschuldung）が欠如することから、かかる攻撃は、ライヒ刑法典53条の意味における違法なものではなく、彼らと被告人の間には緊急避難の関係が存在した。それゆえに、緊急状態から逃れるために第三者の所有物に対してなされた攻撃が、どの程度まで、対抗（Gegenwehr）の権限を所有者に認めるのかが問題となるが、この問いは、以下の点についてのみ答えることができる。すなわち、所有者の対抗は、あらゆる事情の下で許容されるわけではなく、彼の所有権が、緊急避難権者（Notstandberechtigten）に差し迫っている危険と比較して、所有権を保護されないことが所有者に期待されえないほど著しい（beträchtlich）価値を有する場合にのみ許容されるように思われるということである。しかしながら、この事案ではそうではない。その上、彼の所有物の保護のためにした、鉄道労働者たちに対して身体傷害の結果を伴う被告人による拳銃の発砲は、被告人に差し迫っている喪失との均衡をあまりにも著しく欠くものであったので、仮に彼の所有物に対する鉄道労働者の攻撃が違法な攻撃であったとしても、拳銃の発砲は、既にこの不均衡があったという理由だけで免責すらされえなかったであろう」。

本判決は、傍論ではあるが⁸¹⁹⁾、守られた法益と防衛行為によって侵害された法益との間に著しい不均衡が存在する場合には、正当防衛状況に

819) これに対して、Koriath, a. a. O. (Fn. 334), S. 363. Fn. 11 は、傍論として理解することに反対する。

あったとしても、正当防衛を行うことは許されないと判示した。そして、この判示からは、Bernerの主張は、ライヒ刑法典施行後、ただちに実務において受け入れられたわけではなかったことが明らかとなる。

ところが、そのような状況は、ライヒ裁判所1920年9月20日判決(RGSt 55, 82)によって覆されることとなる。この判決の事案の概要は、以下のとおりである⁸²⁰⁾。

被告人は、夜中に、彼の果樹の近くにある山小屋で見張りを行った。被告人は、犬をつれており、弾の入った銃をもっていた。早朝に、被告人は、木から果実を盗んだ2人の男に気づいた。「動くな、撃つぞ」という被告人の脅しにもかかわらず、二人は、摘み取った果実を持って逃走した。その後、被告人は、逃走者の「方角に(in der Richtung)」銃を発砲し、彼らのうちの一人に命中させ、彼に重大な傷害を負わせた。被告人は、故意による危険な傷害罪のかどで起訴された。原審は、被告人が、二人の逃走者から果実を取り戻す権限を有しており、また被告人は、銃を発砲することによってのみ、彼らから果実を取り戻すことが出来たとして、被告人の正当防衛を理由に無罪とした。これに対して、検察は、まず第一に、果実の窃盗犯は、銃の発砲の時点において、既に逃げようとしていたから、もはや、攻撃は現在のものではなかった、第二に、攻撃が現在のものであるとしても、被告人は、わずかな価値の財の保持又は取戻しのために、逃走している人の身体及び生命を危殆化及び侵害し、それ故に最も高い価値の法益を犠牲にすることを決心したので、防衛の基準を遵守していなかったとして、被告人に正当防衛は認められないと主張した。

ライヒ裁判所は、以下のように述べて上告を棄却した。まず、検察官の第一の主張に対しては、窃盗犯の攻撃は、終了しておらず、被告人が窃盗犯と戦って、物を取り戻す可能性が残っている限り、なお継続中の現在の攻撃であるとしてこれを退けた。

820) 我が国において、この事案を紹介するものとして、山中・前掲(注1)215頁以下がある。

第二の主張に対しては、以下のように判示し、これを退けた。「ときおり主張されるにすぎないのは、防衛権限の範囲のための基準は、一方で攻撃の強度から、他方で防衛者が用いることのできる防衛手段からのみ決められるわけではなく、むしろ、正当防衛の行使における制限は、権利者にとって、わずかな財の保持のために、攻撃者のより価値の高い財が犠牲にされることは許されないということからも生じるという見解である。それによれば、正当防衛は、身体及び生命に対する攻撃によって行わざるを得なくなるやいなや、窃盗犯に対して、原則的に、総じて排除されることになってしまいただろう。しかしながら、財の均衡性に対するこのような配慮は、法が不法に対する闘争において保護されるべきである場合には、正当化されえない。この場合、以下のことを防衛者に期待することは許されない。すなわち、自らの権利の保持に際して、防衛者が、違法に攻撃してくる敵対者に対して、違法な攻撃から自らに差し迫っているもの以上に高く評価される損害を与えないように注意することである。もちろん、所有権および占有権の保護のために、場合によっては、きわめてわずかな価値の保護のために、攻撃者の生命又は身体の完全性を危殆化する必要性が明らかである場合に、比較的わずかな財のために闘争の開始を決心することは、しばしば、人命を危殆化すること及び自分自身に対しても危険が差し迫っている闘争よりも自らの権利喪失を優先させ、不法を甘受するであろう防衛者の道徳的な直観（Anschauung）、正義感覚（Billigkeitsempfinden）およびその他の考慮による。しかしながら、防衛者に対して、正当防衛を行使することを許容するための要件として、迅速な決断及び迅速な行為が要請される一瞬のうちに、そのような価値関係の検討及び衡量を期待することは要求されない。制定法も、防衛者が、一方で保護し、他方で危殆化するところの双方の法益の均衡性が防衛のための権限を条件づけるための契機を何ら与えていない。価値の衡量は、権利の衝突が問題になる場合（RGSt. Bd. 23 S. 116）、正当化されるかもしれないが、以下の場合には正当化されない。すなわち、価値の衡量が不法に対して保護をもたらし、また

特定の種類の財への攻撃に対する、あるいはそれどころかある種類の中で特定の価値に対する正当防衛の制限を意味し、そしてそれゆえに、防衛の許容性及びその基準さえもが、防衛からいかなる損害が違法な攻撃者に生じるかに依存する場合である」。

以上のように、ライヒ裁判所1920年9月20日判決は、正当防衛において、財の均衡は要求されないとするものであった。同判決は、その理由として、例えば、正当防衛に財の均衡性要件を要求してしまうと、防衛者が、窃盗犯に対する生命・身体の攻撃を行うことができなくなってしまうことや、一瞬のうちに価値の衡量を行うことを防衛者に期待することができないことなどを挙げている。それらの理由の中でも最も重要なのは、「財の均衡性に対する配慮は、法が不法に対する闘争において保護されるべきである場合には、正当化されえない」ということにあるだろう⁸²¹⁾。この理由づけは、明らかに、Bernerの「法は不法に譲歩する必要はない」というテーゼに影響を受けたものである⁸²²⁾。それゆえに、Bernerの主張は、本判決によってようやく実務においても受け入れられたと評価することができるだろう。

本判決以後、BGHは、いくつかの事案において、致命的な防衛行為が著しく均衡を失っていることから正当防衛による正当化を否定する判示を行っているもの⁸²³⁾、判例は、なお財物の保護のために重傷害および殺人を行う場合についても正当防衛の成立可能性を認めている⁸²⁴⁾。そのため、この意味で先の判例はなお先例的価値を有していると思われる。実際、現在においてもなお、本判決は、指導的な判例として評価されている

821) *Koriath*, a. a. O. (Fn. 334), S. 363. も、本判決の理由づけとしては、「おそらく最も強力な論拠」であると評価する。

822) Vgl. *Koriath*, a. a. O. (Fn. 334), S. 363.

823) 例えば、BGHSt 21, 51 f.; BGH NStZ 1981 22 f.

824) そのような分析を行うものとして、*Benedikt Stangl*, „Verhältnismäßige Notwehr“, 2013, S. 94. ただし、Stanglは、実際には、そのように判示した判例はレアケースである上に、きわめて古いものであることを強調する (*ders.*, a. a. O., S. 94.)。

のである⁸²⁵⁾。

もちろん、本判決のように、軽微な攻撃に対する著しく不均衡な防衛行為の場合についてまで正当防衛を認めることに対しては、「厳格主義」であると批判も存在する⁸²⁶⁾。しかしながら、本判決が示した「財の均衡性に対する配慮は、法が不法に対する闘争において保護されるべきである場合には正当化されえない」という基本的な考え方そのものは、通説的な見解の主張者によってもなお認められているのである⁸²⁷⁾。

第五節 小 括

本章では、プロイセン一般ラント法からライヒ刑法典に至るまでの過程、およびその後の RG 判例の展開を概観した。そこでは、Berner の正当防衛論が以下のような時代背景の下で展開されていたことを明らかにした。

まず、いわば前史にあたるプロイセン一般ラント法の時代においては、国家契約説的理解および自己防衛権構成を背景に、以下のような特徴を有した正当防衛規定が設けられた。すなわち、第一に、防衛対象は個人の権利一般と理解されたが、公的権力に対する正当防衛は否定された。第二に、緊急救助の対象は、「近親者および同胞たる市民」に限定された。第三に、正当防衛の制限要件としては、必要性要件、均衡性要件、官憲による救助に関する要件が規定されていただけでなく、多数の個別具体的な場面で認められる制限規定も設けられていた。

その後、プロイセン刑法典の成立過程にあたる各草案の段階においては、以下のような特徴を有した正当防衛規定が設けられた。すなわち、第

825) 例えば、そのように述べるものとして、*Roxin*, a. a. O. (Fn. 315), § 15 Rn. 89. (山中監訳・前掲 (注315) 131頁 [前嶋訳])。

826) このように批判するものとして、*Paul Bockelmann*, Menschenrechtskonvention und Notwehrrecht, in: Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag Festschrift, 1969, S. 457.

827) このような分析をおこなうものとして、*Bülte*, a. a. O. (Fn. 776), S. 148.

一に、防衛対象は、1827年草案当初はあらゆる権利であると理解されていたが、1836年草案以降（1847年草案まで）、人身、財産（ないし名誉）に限定されていた。第二に、緊急救助の対象は、「他人」という一般的な表現に改められた⁸²⁸⁾。第三に、正当防衛の制限要件としては、1827年草案当初から、均衡性要件は明確に否定されたが、これに対して、必要性要件および官憲による救助に関する要件、補充性要件は維持されていた。このような事情は、立法過程に鑑みれば、必要性要件に一本化された1845年草案以降も同様である。

以上のような状況下で、Berner の正当防衛論は主張されたのであり、その後、（プロイセン刑法典の段階で受容されたかは明らかではないが）遅くともライヒ刑法典の段階で受容された。ライヒ刑法典の特徴としては、第一にあらゆる権利を防衛対象としたこと、第二に正当防衛の枠組みで緊急救助を一般的に承認したこと、第三にまさしく必要性要件のみが正当防衛の制限要件とされたことを指摘することができるが、ライヒ刑法典の立法者は、Berner をはじめとした Hegel 主義者の正当防衛論に依拠して、これらの特徴を導いていたのである。もっとも、Berner の正当防衛論がライヒ刑法典において受容された後も、実務レベルではなお受容されたい言難い状況にあったが、その後、ライヒ裁判所1920年9月20日判決の段階でようやく受容されるに至った。

以上のような時代背景を踏まえていえば、Berner の正当防衛論の意義は、立法史上、少なくとも以下の二点に認めることができると思われる。すなわち、ライヒ刑法典において、第一に、あらゆる権利に防衛適格が認められること、第二に、必要性要件の判断の際に、官憲による救助の可否および補充性要件が問題とならないと理解されたことに寄与したことである。これに加えて、プロイセン一般ラント法との対比でいえば、Berner の正当防衛論は、ライヒ刑法典に対して、自己の権利防衛だけでなく、他

828) ただし、本文中でも述べたように、当初は、「近親者および同胞たる市民」を意味するものとして解釈されていた可能性がある。

人の権利防衛をも認めるための、および均衡性要件を否定するための理論的基礎を提供した点でも意義を認めることができる。

終 章

以上の検討を通じて、本稿が明らかにしたこと、およびそれを踏まえて本稿が主張しうることは、以下の通りである。

第一章および第二章においては、正当防衛の正当化根拠に関する日独の議論状況を検討した。そこでは、まず、ドイツで通説的地位を占めており、かつわが国においても多数説をなす二元主義的基礎づけにせよ、特にわが国において近時有力に主張されている利益衡量的な思考方法に基づく基礎づけにせよ正当防衛を適切に基礎づけることができないことを確認した。これらの見解はいずれも、正当防衛の峻厳さ、換言すれば正当防衛において補充性要件および均衡性要件が課されない理由を適切に説明することに成功していないのである。さらにいえば、これらの見解の一部は、緊急救助を説明できないなどといった別の問題点も孕んでいる。

次いで、特にドイツにおいて最近有力に主張されている個人主義的基礎づけを再評価する見解および間人格的基礎づけは、先の二つの見解と比してより適切に正当防衛を基礎づけることができることを明らかにした。すなわち、攻撃者の答責性ないし防衛者の権利性という観点から正当防衛の峻厳さを説明することに成功しているのである。ただし、攻撃者の答責性という観点に依拠する場合、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問題点を孕む。それゆえ、正当防衛の正当化根拠論は防衛者の権利性という観点から論じることが方法論的に望ましい。もっとも、防衛者の権利性から正当防衛の正当化根拠を基礎づけるためには、そもそも何故、防衛者が攻撃者に対して反撃を受忍させる権利を有するのかが明らかにされなければならない。そのためには、防衛者と攻撃者の法的関係性の考察に加えて、その法的関係性が法秩序との関係においていかなる意義

を有するのにかに関する考察を行う必要がある。

この考察を行うために参考になると思われるのが、防衛者および攻撃者の法的関係性だけでなく、それを超えた関係性からも考察を行う間人格の基礎づけであり、また第三章で検討を行った、間人格的基礎づけの思想的背景をなす Berner の見解である。これらの見解からは、正当防衛権は、以下に述べるような、攻撃者と被攻撃者との間の消極的自由の維持を目指す法的関係性から基礎づけられることになる。

すなわち、刑法の任務は、市民が自らの洞察に従って自らの生活を送ることを可能にすることにあるが、これを実現するためには、全ての市民が、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ことを信頼できなければならない。このことから、各人は、相互に権利領域の不可侵性を承認し合わなければならない、つまりは、各人は、他の人格の権利領域の不可侵性を尊重する義務を負う代わりに、他の人格に対して自らの権利領域の不可侵性を尊重するよう要求する権利を得る。それにもかかわらず、被攻撃者が攻撃者によって自らの権利領域を侵害されるとき（つまり、正当防衛状況にある場合）、被攻撃者は、自らの権利に対する侵害を通じて、その権利の承認の基盤となっている相互尊重の受け手という被攻撃者の法的地位をも侵害されている。それゆえに、被攻撃者は、このような攻撃者の侵害に対する自らの個別的な権利の防衛を行うことによって、自らの法的地位の保全ないし回復を行うことが許されるのである。このような被攻撃者の法的地位を保全ないし回復する権限こそが正当防衛権に他ならない。そして、かかる権限は、違法な攻撃に対して暴力をもって対抗する権限、つまりは強制権限を内包する。というのも、違法な攻撃に対して暴力をもって対抗することができないのであれば、あらゆる権利は何ら価値を有さないものになってしまうからである。第三章でも述べたとおり、1848年の論文で Berner が主張した「法は不法に譲歩する必要はない」という命題は、このような被攻撃者の法的地位に由来する防衛権限が強制権限を内包すること、つまり主観的権利と強制権限の結合を表したものだったの

である。

第三章第三節でも確認したとおり、主観的権利と強制権限の結合を意味する「法は不法に譲歩する必要はない」という命題が導く帰結は多岐にわたるが、その中でもとりわけ理論的に優れているのは、正当防衛権の峻厳さを説明しつつ、緊急救助を説明できる点である。また、このような理論的優位性は、第四章で明らかにしたように立法史上、既に Berner の見解がライヒ刑法典に対して同様の理論的基礎を提供していたことから窺うことができる。加えて言えば、Berner の見解は、ライヒ刑法典53条1項および2項の立法者意思とも合致するものであり、この意味でライヒ刑法典53条1項および2項の文言と整合する。それゆえ、Berner の見解、換言すれば間人格的基礎づけによる説明は、ライヒ刑法典53条2項とほぼ同様の規定内容を有するわが国の刑法典36条1項とも整合すると思われる。否、それどころか、刑法36条1項が「自己または他人の権利を防衛するため」という文言を用いることにより正当防衛の権利防衛の性格を強調していることに鑑みれば、間人格的基礎づけによる説明は、ドイツの刑法典以上にわが国の刑法典の規定内容と整合するとすらいいうように思われる⁸²⁹⁾。したがって、本稿は、わが国の刑法典における正当防衛規定の正当化根拠を、先のような間人格的基礎づけに求めるべきであると考え⁸³⁰⁾。

以上が本稿の結論であるが、これまで述べてきたことは、あくまで正当防衛権の基礎づけ論にすぎない。現在のわが国の議論状況を踏まえれば、

829) もっとも、本稿においては、現行刑法36条1項の立法過程、とりわけ、何故、刑法36条1項において「権利」という表現が用いられるに至ったかに関する解明作業を行っていないため、その限りで、かかる本稿の主張の説得力が減殺されていることは否めない。この点については、今後の検討課題とさせていただきたい。

830) わが国において本稿と同様の立場を主張するものとして、坂下・前掲（注202）70頁以下。さらに類似の立場を主張するものとして、松生光正「押しつけられた緊急救助」『続・例外状態と法に関する諸問題』（関西大学法学研究所・2016年）46頁以下。松生は、正当防衛および緊急救助の正当化根拠を規範主体としての地位の回復に求めている。

これに加えてさらに正当防衛権の制限論にも言及しておく必要があるだろう。そこで、最後に今後の研究の展望を示すという意味で、本稿が依拠する間人格的基礎づけからは、正当防衛の制限論(具体的には、自招防衛、責任なき攻撃、著しく不均衡な場合)がどのように論じられることになるのかを若干ながら考察することとしたい。

まず、間人格的基礎づけからは、自招侵害の問題は、上に述べたような相互尊重思想に基づいて考察されることになる。この相互尊重思想から自招侵害の問題を考察する際、二つの説明方法を考えることができる。

一つは、自招侵害の場合、防衛者は、自らが行った自招行為によって、既に攻撃者と防衛者との間の相互尊重関係を弛緩させており、そしてそれゆえに攻撃者による侵害を惹起したのであるから、防衛者と攻撃者は、正当防衛状況の作出につき共同答責を負うという説明方法である⁸³¹⁾。例えば、わが国では坂下陽輔が、このような説明方法を採用している。すなわち、「正当防衛状況を挑発者と攻撃者が(後者をいわば正犯として)共同して作出しているという事情から、衝突解消につき挑発者も一定の負担を負うべきである、という観点から認められると考えられる。」⁸³²⁾。そして、このような観点からは、「挑発者が自己の法領域内での行動の自由の枠内のもとは評価されえない行為により、攻撃者を挑発して正当防衛状況を共同で作出した場合、その衝突状況の解消のためには、挑発を撤回するという限りで挑発者は負担を負うべきであり、その際、退避と軽度の侵害を受忍することが求められ、にもかかわらず攻撃がやまない場合に初めて正当防衛が可能となるのである。」という⁸³³⁾。

831) このような見解を主張するものとして、*Pawlik, a. a. O. (Fn. 399), S. 243.* (翻訳として、飯島=川口監訳・前掲(注399)394頁〔山本訳〕)。わが国において同様の見解を主張するものとして、坂下・前掲(注202)83頁以下。なお、坂下によれば、このような立場からすれば、最高裁平成20年決定が示した自招侵害に関する判示は支持しうるものであるという(坂下・前掲84頁。)

832) 坂下・前掲(注202)83頁。

833) 坂下・前掲(注202)84頁。

しかしながら、このような説明方法には賛同できない。その理由は、以下の通りである。確かに、被攻撃者によって行われた先行する自招行為がそれ自体違法な行為である場合、被攻撃者は、自らの権利領域において認められている行動の自由の枠内を超えて、攻撃者の権利領域を侵害するに至っている。それゆえに、被攻撃者は、かかる自招行為を撤回するという侵害状況の中和義務を負うべきではある。しかしながら、この理由づけから帰結することができるのは、あくまで、被攻撃者は、挑発行為に対する「正当防衛」にとどまる限度での、自招行為に対する攻撃者の「反撃」を受忍する義務を負うことだけである。換言すれば、これを超えて、さらに被攻撃者の正当防衛権を制限するという帰結を導くことはできないのである。

このように考えると、結局のところ、自招防衛の問題を、正当防衛に関する一般理論に解消する説明方法が妥当であると思われる。すなわち、自招行為がそれ自体違法なものである場合には、自招行為を行った者は、自招行為に対する反撃行為が正当防衛の範囲内にとどまる限りにおいて反撃を受忍しなければならない。これに対して、自招行為がそれ自体違法なものでない場合には、自招行為を行った者は、何らの受忍義務を負わないことになる。というのも、この場合、被攻撃者によって行われた自招行為は、攻撃者の権利領域を侵害したとは評価されず、そしてそれゆえに正当防衛状況は、むしろ、自招行為を受けた攻撃者の側によって積極的に作出されたことになる。つまり、この意味で、攻撃者は、完全に自己答責的に正当防衛状況を作成しているのだから、被攻撃者による反撃を受忍する義務を負うことになるのである⁸³⁴。

次いで、以下では責任なき攻撃の場合、および著しく不均衡な場合について検討を行う。これらの点を考察するにあたっては、間人格的基礎づけにおいては、相互尊重思想から基礎づけられない正当防衛権の制限が、人

834) 本稿と同様の見解を主張するものとして、*Renzikowski*, a. a. O. (Fn. 283), S. 302. わが国において同様の見解を主張するものとして、安達・前掲（注176）213頁。

格的存在の基本的現実条件の保障という思想から基礎づけられることがあることに留意する必要がある⁸³⁵⁾。

まず、責任なき攻撃の場合についてであるが、この場合における正当防衛の制限が、何故、相互尊重思想からは基礎づけられないのかということから説明することとしたい。これまでも述べてきたように相互尊重思想とは、各人が自らの権利領域の不可侵性を尊重するよう要求できる反面、他者の権利領域の不可侵性を尊重する義務を負うとするものであった。このような思想からは、攻撃者が尊重義務に違反したがゆえに生じた正当防衛状況は、攻撃者の負担で解決すべきことが帰結する。以上のような説明は、攻撃者に答責能力があることを前提としていることはいうまでもない⁸³⁶⁾。というのも、「答責能力がなければ、不正な侵害者はみずからによって正当防衛状況を解消することができないからである。」⁸³⁷⁾。しかしながら、仮にこのように理解されるとすれば、相互尊重思想からして既に、責任なき攻撃に対する正当防衛は認められないという帰結に至るはずである。それにもかかわらず、相互尊重思想から責任なき攻撃に対する正当防衛の制限が否定される理由は、相互尊重思想において想定されている人物像が、答責能力を有していることが前提とされた「抽象的な法的人格」であるという事情にある⁸³⁸⁾。このような事情がゆえに、相互尊重思想からは、責任なき攻撃に対する正当防衛の制限を認めることができないのである。

これに対して、より具体的な法関係へと考察の対象を移行する、換言す

835) 人格的存在の基本的現実条件の保障という思想については、第二章第五節参照。

836) 間人格の基礎づけの主唱者である Pawlik も、明確にこのことを認めている (*ders.*, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, S. 131 f.)。さらに本稿と同様の指摘を行うものとして、玄守道「刑事法学の動き 坂下陽輔「正当防衛権の制限に関する批判的考察(一) — (五)・完」」法律時報88巻12号(2016年)146頁。

837) 玄・前掲(注836)146頁。

838) *Pawlik*, a. a. O. (Fn. 836), S. 131. 付言すれば、これによって、現実には責任無能力者である存在であったとしても、人格という法的地位、つまりは権利と義務の担い手という法的地位を得ることができるのである。

れば、人格的存在の基本的現実条件の保障という思想から考察するならば、責任なき攻撃の場合に正当防衛の制限を認めることは十分可能である。すなわち、侵害者による責任なき攻撃は法共同体に対する協働義務に対する無視としては現れていないことを理由に、防衛者は、公共の代表者として攻撃者に対する配慮義務を負うので防衛者の正当防衛権が制限されるのである⁸³⁹⁾。

次いで、著しく不均衡な場合についてであるが、まずこの場合についても、相互尊重思想からは正当防衛の制限を基礎づけることはできない。なぜならば、相互尊重思想からは、必要最小限度性要件、つまり防衛者は、自らが負担を負うことなく行いうる防衛手段の中で、最も穏当な防衛手段を選択しなければならぬとする要件しか導出されえないからである。換言すれば、攻撃者は、相互尊重義務に違反したがために防衛者による反撃行為を受忍する義務を負うものの、攻撃者はなお潜在的には人格として承認されるため、防衛のために必要である以上の負担を負う必要はないのである。

これに対して、第二章第五節で述べたように、Pawlik は、責任なき攻撃の場合と同様に、公共の代表者としての防衛者の配慮義務という構成から、著しく不均衡な場合における正当防衛の制限を肯定しようとする。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⁸⁴⁰⁾。

839) Pawlik, a. a. O. (Fn. 399), S. 245 f. (翻訳として、飯島＝川口監訳・前掲 (注399) 398頁 [山本訳])。なお、要件解釈論としては、「不正な侵害」において有責性を要求することで責任なき攻撃を完全に防衛的緊急避難の問題として扱う方法と、「不正な侵害」において有責性を要求することはしないものの、責任なき攻撃の場合には、「やむを得ずにした行為」の範囲が狭まるとする方法が考えられる。このいずれが妥当であるかについては、今後の検討課題としたい。

840) Pawlik, a. a. O. (Fn. 399), S. 246. (翻訳として、飯島＝川口監訳・前掲 (注399) 398頁 [山本訳] ただし、適宜原文より訳出した。)

しかしながら、このような理由づけは、正当防衛の制限を認めるための論拠として説得的であるとは思えない。というのも、国家（および、公共の代表者としての被攻撃者）が、今まさに答責的に他者の権利の権利領域に介入する攻撃者に対して、過去の法に対する忠誠、あるいは将来の法忠誠的な態度に関する前払いを持ち出してまで配慮する義務を負っているとは思えないからである。さらに言えば、そもそも答責的に他者の権利領域に介入する攻撃者であることには変わりがない、つまりは法共同体に対する協働義務違反であることには変わりがないにもかかわらず、何故、軽微な攻撃を行うにとどまった攻撃者だけが先のような配慮を得ることができるのか、結局のところ説明されていないように思われるのである。それゆえ、著しく不均衡な場合に正当防衛の制限を認める論拠は現在のところ存在しないものと思われる⁸⁴¹⁾。

以上、最後に試論的に正当防衛の制限論の検討を行った。もちろん、ここでの検討は、依然として不十分なものととどまっているが、この点については今後、改めて検討を行うこととしたい。

841) 結論において同旨の見解として、*van Rienen*, a. a. O. (Fn. 296), S. 232 ff. さらに、坂下・前掲（注202）79頁、高山・前掲（注176）69頁、松宮・前掲（注23）142頁以下。