

ミヒヤエル・パヴリック

「カントとヘーゲルの正当防衛論」(一)

赤 岩 順 二  
森 永 真 綱 (訳)

【解題】

以下の翻訳は、Michael Pawlik, Die Notwehr nach Kant und Hegel, ZStW 114 (2002), S. 259-299 の全訳である(全文について赤岩が訳したうえで、両名で検討し修正した)。

パヴリック教授は、一九六六年デュッセルドルフ生まれ。ボン大学でギュンター・ヤコブス教授の指導のもとで博士号(一九九二年)、さらに教授資格(一九九八年)を取得。ロストック大学で教授職(刑法、刑事訴訟法及び法哲学)に就任し(二〇〇〇年)、現在レーゲンスブルグ大学教授職をつとめている(著作・論文も含めてより詳細には下記「テロリストとその法(権利)」(1)の【解題】を参照)。本論文は、ロストック時代に執筆されたものである。

パヴリック教授の論文の日本語訳、紹介として以下のものがある。

・岡上雅美（訳）「予防理論による刑罰正当化への批判」比較法雑誌四〇巻四号六三頁以下（二〇〇七年）  
 ・川口浩一（監訳）・小島秀夫（訳）・赤岩順二（訳）・森永真綱（訳）「テロリストとその法（権利）（一）」  
 （四・完）関西大学法学論集五九巻一号八七頁以下、五号一六一頁以下、六号八六頁、六〇巻一号二二八頁以  
 下（二〇〇九～二〇一〇年）

・振津隆行「最近二世代（30年）の最も重要なドグマ・ティツシュな前進？——刑法における不法と責任との間の区別についての論評」金沢法学五二巻二号一五九頁以下（二〇一〇年）

日本の正当防衛論は、違法論の中核として、判例の展開に触発されつつ、ドイツにおける理論的發展も参照することで深められてきた。そして、ドイツにおける議論の参照に際しては、カント（学派）とヘーゲル（学派）の正当防衛論も、理論史的前提として紹介されてきている。

本論文「カントとヘーゲルの正当防衛論」は、カント（学派）とヘーゲル（学派）を二元的に対立させる理解に甘んじることなく、両者のテキストの読解にさかのぼり両者の根底に迫ることで、正当防衛論の現在の議論枠組に新たな視点をもたらすものであり、正当防衛を論ずる指針を得るうえで全訳に値するものであると考える。

全訳を快諾されたバヴリック教授に感謝し、解題をおきたい。

I

1 当時テュービンゲン大講師で、のちに教授となった、ヘルマン・ゼーガーは、一八五八年に、正当防衛論においては、法哲学が主要な地位を占めると述べていた<sup>[1]</sup>。とはいえ、すでにその当時の正当防衛論において、法哲学の古典、とくにカントとヘーゲルは、「大幅に薄められまた変容させられており、ほとんど標語」にすぎない

ものとなっていた。<sup>(2)</sup> この状況はいまもほとんど変わらない。

正当防衛の「基本思想」に関するこんにちの通説は二元論をとり、「個人主義的な」根拠づけの契機と「超個人主義的な」根拠づけの契機の双方から、正当防衛を基礎づけている。「個人主義的」諸要素の観点からは、正当防衛は被侵害法益の保護に資するとされ、「超個人的」諸要素の観点から、法秩序自体の防衛という任務をはたすとされる。<sup>(3)</sup> そのさい、カントが「個人主義的な」正当防衛の根拠づけ論の主張者として、ヘーゲルが、いわゆる「超個人主義的な」正当防衛の根拠づけ論の始祖として位置づけられている。<sup>(4)</sup> しかしながら、この命題が執拗に繰り返し用いられているのは反対に、かれらの哲学的体系に照らしてこの命題を詳細に確証する努力はほとんどみられないのである。正当防衛の根拠論としてカントとヘーゲルの位置づけが詳細にしらべられることはあまりなく、<sup>(5)</sup> 内容として説得力をもつのはさらにその一部にすぎない。とくにヘーゲルについては、かれ自身のテキストよりも、ヘーゲル学派のテキストに依拠した概括的な関連づけをすることどまるものが大部分である。最も周知のものは、正は不正に屈服する必要はないというベルナーの標語である。<sup>(6)</sup> カントとヘーゲルの継受としては表層的ともいえるこの説は、せいぜいのところ、健康で力強い子供の年老いた両親にたいする、よくある恩知らず以上のものを見いださないのである。たしかに、こうした恩知らずは敬虔さに欠けるが、子供じしんが繁栄ある人生を営むことの妨げとなるものではない。しかし現代の正当防衛論の根拠づけの土台は、本当に、そのような姿勢をとりうるほどに盤石なのであるか。これについては疑問を禁じ得ない。

二元的な正当防衛理解をとる現在の通説の主唱者の理由づけを精査すると、その防衛的で、いわば消極的な性格が目を引く。結合された二つのアプローチは、いずれも各々に内在する長所ではなく、むしろ他方のアプローチの短所をその根拠としているのである。純粋な「個人主義的」解釈では、およそ説明に窮するか、どのみち説

明が大変難しい事柄があるとされる。それは、法律の文言として与えられている正当防衛の最大限の部分——退避義務がないこと、救助をもとめる義務がないこと、財の均衡への配慮義務がないこと、<sup>⑦</sup>包括的な緊急救助権があること——であるが、さらに、いわゆる正当防衛権の「社会倫理的」制約——とくに責任無能力者であることが認識可能な場合の攻撃に対する正当防衛権の制限<sup>⑧</sup>——も挙げられている。純粹な「個人主義的」説明は、「超個人主義的」な説明による補完を必要とするとされ、<sup>⑨</sup>厳格な「超個人主義的」見解は、法秩序にとって一次的に重要なのは法共同体の構成員の個人的法益の保護であるという事情を捉えていないとされている。<sup>⑩</sup>

二元主義的アプローチを採ることで、通説はたいへん高い代償を払わなければならなかった。通説は、その論法全体が終結させえない循環におちいつている。解消しえない二元主義にとどまろうとする者は、彼の探究対象を一つの概念に定式化することはできない。すなわち、こうした二元主義者は、彼が承認した二つの要素が対立する関係を、体系的に十分に統制された方式で——つまり、共通の上位概念にもとづいて——規定することはできないのである。<sup>⑪</sup>カールが適切に指摘するように、二元主義的な諸原理の組み合わせは、それらが衝突したばあいに関する評価を含むものではない。<sup>⑫</sup>二元主義者は、——支配的な正当防衛学説がじつさいにそうなっているように——彼が承認した個々の要素のその都度の適用領域を、たんに、その度ごとにえられる結論によって示しているに過ぎない。つまり、諸結論は諸原理の参照により正統化され、諸原理の側はあらかじめ正しいとみなされた諸結論をえる必要性の指摘により正統化されているということである。<sup>⑬</sup>そのような手順も、一般に一致している結論に関して、実務的に無害かもしれない。しかし、結論が争われる領域にはいると——この領域は数十年來、かなり拡大してきている——、この循環論法は通常の法解釈としても重大な欠陥があることが表面化する。各々の論証がことごとく自己関係的なものとどまっていることによって、共通認識の進歩が大幅に閉ざされる。不十分な

理論的背景のもとで、「この勇猛果敢な権利の裂け目」<sup>(15)</sup>が生じ、議論の最前線の硬直化も、さして驚くべき結果とはいえない。こうして、正当防衛の理論が「主要な諸問題についてですら、安定化された理論というにはほど遠い状態にある」<sup>(18)</sup>という一八四一年の評価はいまなお妥当しているのである。

2 伝統的な二元主義の正当防衛論から導かれた一連の重大な諸問題によって、その出発点における主張を改めて批判的に検討することへと誘われる。純粹な「個人主義的」アプローチには一連の除去しえない欠陥が備わっているという命題は何に由来するのであろうか。正当防衛に固有な峻厳さを「個人主義的」アプローチでは満足に説明できないというとき、通常はこの想定と結びつけて、一つの法益保護法として刑法を理解することに依拠している。<sup>(19)</sup>これは第一に退避義務に当てはまる。法益保護を図るためには(つねにリスクをとまなう)防衛よりも退避することが効果的であることが多い。<sup>(20)</sup>退避がより効果的である場合、防衛行為は法益保護の見地からは「機能不全」に陥っており、しかも「無目的に法益を侵害することになる」ことから、「有害」にすらみえる。<sup>(21)</sup>正当防衛行為者が均衡性(Verhältnismäßigkeit)の限界を越え、自分の財を救うために不釣り合いに大きな他者の財を侵害することが許されることも、法益保護思想のもとでは違和感を感じさせるものである。<sup>(22)</sup>というのも、被攻撃者が法益侵害を排除する利益は、その他の防衛的な手段と比べて正当防衛の場合により大きいとはいえないからである。<sup>(23)</sup>逆に、このような正当防衛の理解からは、責任なき攻撃者に対する防衛権限を制限すべき理由を見いだすことができない。というのも、責任なき攻撃者が財を攻撃したからといって、財の価値が低減するわけではないからである。<sup>(24)</sup>「個人主義的」アプローチが緊急救助を納得のいく形で説明できないという命題には、異なる背景事情がある。<sup>(25)</sup>「個人主義的」アプローチの底流には、法益保護思想よりもさらに古い系譜にたつる特別な心理主義がある。これは古典的な「個人主義的」正当防衛構想にあたるものであるが、この構想において正当防衛

訳 翻  
権は、社会契約にもとづき私的な強制力 (Zwangsgewalt) を国家に委譲したことの例外として把握され、近代自然法において人類学的定数とみなされた個人の自己保存利益により裏づけられている<sup>(26)</sup>。こうした論証を念頭に置けば、実際のところ、緊急救助を万人の権利として承認することはうまくいかない<sup>(27)</sup>。

心理主義と法益保護主義は、それぞれ独立した構想である。とはいえ、たいていのばあい正当防衛の「個人主義的」構成部分の定式化はあまりに不確定であるため、双方の根拠論に居場所を与えている。それに加えて、消極的な観点において、注目すべき共通点がある。それは、これら二つの構想が、攻撃者と被攻撃者との対立を間人格的なコンフリクトとしては主題化していない、つまりどちらの見解も、攻撃を被る者の防衛権限を、攻撃を被る者とその対向者のあいだの管轄分配 (Zuständigkeitsverteilung) の問題として分析していない点で一致が見られるということである<sup>(28)</sup>。そのため、特定の財や一定の心理的傾向が具体的に保護に値する範囲を明らかにするための(管轄性)条件をじゅうぶんに併せて反映させていない。一言でいえば、コンフリクトの法的構造について認識不足である。このような事情が、通説の主張者が法権利性 (Rechlichkeit) という契機をいわば外から出発点となる構想に継ぎ足さざるをえないと考えることの原因である。このように「確証」されるべき「法秩序」へと実体化することは、もはやほぼ避けることはできないのである<sup>(29)</sup>。

カントとヘーゲルの立場をより正確に見定めることは、行き詰り状態にある議論にあたらしい生命を吹きこむことに大きな寄与をもたらすことができる。二人の哲学者は、正当防衛の「個人主義的」基礎づけと「超個人主義的」基礎づけという現在とられている区別の先を行っている。彼らは、こうした区別を凌駕する、間人格的な正統性を正当防衛に付与している。すなわち、攻撃を被る者は、財の減少の危険にたいしてその現在高を防衛しているのではなく、自己の法的空間 (Rechtsraum) をその不顧慮にたいして防衛しているのである<sup>(30)</sup>。攻撃者と被

攻撃者は、法的人格として、普遍性、すなわち法の法則 (Rechtsgesetz) の支配のもとにある。被攻撃者が自分の法的空間を防衛するとき、その標準となるもの (Maßgeblichkeit) もあわせて防衛している。<sup>(31)</sup> 「わが権利は法一般であり」<sup>(32)</sup>、「私の権利が侵害・否認されれば、法一般が侵害・否認され、私の権利が防衛・主張・回復されれば、法一般が防衛・主張・回復される」<sup>(33)</sup>。法権利性は、正当防衛行為者がじぶんの人格的地位 (personaler Status) の維持に加えて関心を払うべき付加的な要素ではなく、むしろ、この人格的地位の総体 (Inbegriff) である。<sup>(34)</sup> 正当防衛の根拠はただ一つなのである。

## II

1 カントは、「人倫の形而上学」の準備草稿である「リフレクシオン」において、正当防衛権を人間の「聖なる権利」としている。<sup>(35)</sup> それにたいして、公刊されたかれの法哲学の主要テキストでは、緊急避難侵害の法権利性を否定する部分の欄外注で、それとの対比として正当防衛の権利に触れるだけである。自分じしんの緊急という単なる事実、それ自体としては不法な侵害を適法にできるものではないが、これにたいして、「私の生命に不当な攻撃を加える者に対して……この者の生命を奪うことにより」身を守ることは許されると述べる部分である。<sup>(36)</sup> なぜカントは、極めてひろい範囲にわたるこの問題について、ここでかくも軽く触れるのみで、いわば「ついでに」(en passant) 言及するにとどまるのか。その理由は、非常に強力な正当防衛権限が、カントの法概念にとつてあまりにも自明だからである。

カントの言葉によれば、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」<sup>(37)</sup>。カントは、普遍性の性質として一般的な道德基準を想定してい

る。そのかぎりでは、法概念は、普遍的倫理についてのカントのプログラムに組み入れられている。<sup>(38)</sup> もちろん、カントによれば、人間を道徳的にするという任務を法はもたない。カントの法概念は目的論的傾向から解放されている。法は、競合する選択意志の自由を両立させるための諸条件を定式化することにみずからの任務を限定する。しかし、選択意志は、事実的な行動能力の意識と結びつかざるをえず、その限りにおいてある意味で前道徳的な「任意に行動する能力」である。<sup>(39)</sup> 選択意志は純粹に個別的なものであり、それが法的承認にふさわしいのは、選択意志の行使が法の法則の普遍的基準に適用からにすぎず、かつそのような場合に限られる。

選択意志は、要請される自己規律について内在的な保証を提供できないことから、主観的権利の概念は、カントの場合、「矛盾率に従い」、つまり分析的に「主観的権利を侵害する者に強制を加える」権限と結びつけられている。<sup>(40)</sup> 法の領域における他者にたいする適法な強制は、道徳領域における自己強制と機能的に同等である。強制措置へと訴える権限が保証するのは、普遍化可能性のテストに合格しない選択意志にたいして法の法則にかなう選択意志の行使を貫きうることである。<sup>(41)</sup> 「誰の法領域であろうとも、彼の所為により他者の法領域を侵害してもかまわない、というところまで拡大されない」<sup>(42)</sup> 攻撃する者は法的人格であり、法的人格であり続けるのである。そこで、自身に属する法的自由の領域を越えて他者の法的空間に侵入しようとする以上は、強制的な方法によって拒絶されることはやむをえないのである。——カント自身がこの「説得力があり、かつ簡明な」思考過程を定式化しているように——「ある自由を行使すること自体が普遍的法則に従う自由を妨害する（つまり不正〔不法〕である）なら、この行使に對置される強制は、自由・対する妨害を阻止するものであり、普遍的法則に従う自由と調和する、すなわち正しい〔法に適っている〕」<sup>(44)</sup> ここでカントは思考方法として「二重否定」をもちいているが、<sup>(45)</sup> これはヘーゲルが類似の形式で刑罰理論において採用したものである。<sup>(46)</sup> カントによれば、ある法的地位の否定を

自分の側から否認する者は、その地位を奪回しているのである。不法は止揚され法が再び承認される<sup>(47)</sup>。こうした点において、正当防衛は、まさに強制権限のプロトタイプであるように思われる<sup>(48)</sup>。

こうして、カントの構想によれば、正当防衛行為者の強制権限は、法的自由が攻撃者によって侵害されそうになっている者の法的地位に根源をもつ<sup>(49)</sup>。正当防衛権は、「二階の権限」なのである<sup>(50)</sup>。すなわち、「正当防衛権は、人格が備える他の多くの権利と併存する特殊な権利ではなく、攻撃を受けるうる特殊な権利が行使される形式であるにすぎず<sup>(51)</sup>」、それが放棄されれば「人格の自立的な権利は今後はおよそ存続しない<sup>(52)</sup>」ことになる。もともと、こうした強制権限の起源の確認と、それを行使すること (Wahrnehmung) に関する管轄の問題とは区別されなければならぬ。のちの刑法学者のおおくは、この区分に注意を払わなかったため、正当防衛問題をあつかう際に道を間違えたのである。それとは対照的に、上記引用部分に受動態表現を用いていることにおいて、カントの体系的な慧眼と用語法の卓越さが示されている。このことによって彼は、正当防衛権行使の管轄問題をここでは留保できている。カントはこの叙述を法概念に組み入れることを考慮しているのである。この叙述は「法論への序論」の部分に位置し、それにつづく私法の部分と公法の部分との関係で、いわば、かすがいとなる位置におかれている<sup>(53)</sup>。したがって、正当防衛の正統性条件の全体を「序論」だけから推論することはできない。「人倫の形而上学」のさらなる諸部分、とくに純粹な私法状態から市民状態への移行に関する叙述の箇所においてはじめて、法概念や強制的侵害の実行権限について、必要かつ詳細な結論が得られるのである。

これらの部分を含めて考えれば、カントが、私的な正当防衛を、国家の強制手段の権限との関係で厳格な補完的關係にしているということが直ちに明らかになる<sup>(54)</sup>。たしかに、カントによれば、法は国家がない状態ですでに存在するため、相互的な強制の権限もまたそうした状態下でも存在するのであり、カントはこれを自然法的伝

続にしたがい「自然状態」ともよんでいる。しかし、カントがいうような「だれもが自分にとって正しくかつ善いと思われることを行い、この点で他の人の意見に左右される」<sup>(55)</sup>ことなく権利を用いるこの純粹に私法的な状態には欠陥がある。なぜなら、こうした状態は、根本的な不確実性という特徴を帯びるからである。善良で正義を愛する人間達も、何が各人に自分のものとして認められるのかという問題については、さまざまな結論に達する。<sup>(56)</sup>そうした結論の不一致から生ずるコンフリクトは、拘束力をもって決定する裁判官がいなければ、克服しえない。だから、自然状態におかれた者たちは、カントが市民状態とよんだ「自分のものと認められるべきものが、法則によって規定され、十分な力（それは自分ではなく外的な力である）によって配分される状態」に進むよう義務づけられる。<sup>(57)</sup>自然状態における暫定的な（provisorischen）法的地位は、市民状態・国家においてはじめて永続的な（peremptorischen）地位へと強められる。もともと、このことは、市民の側において、自己の（想定された）権利を私的に主張するのをひかえる義務を前提としている。そのため、カントの『永遠平和のために』で示されている見解によれば、私が市民的＝法律的状态において敵対的に振る舞うのが許されるのは、すでに私に「積極的な加害」をおこなった者に限られる。このような状態下では、支配機関が予防的保障を与えるからである。<sup>(58)</sup>

こうした解釈を背景として、国家が事実上の理由から例外的に永続的な自由保障の要求をすることが妨げられるような緊急状態に限り、正当防衛権の余地が認められる。そのような場合にまで個々の市民に自立的な強制力の行使を認めないとすると、争いが生じているが、法が原理的には承認されている無法状態にとどまらず、当事者が暴力のみを基準に相手方に応対するという不正義の状態にまで、後退してしまう危険が生じるとされる。<sup>(59)</sup>こうして、カントの前提のもとでは、正当防衛の補完的性格を導くのは、国家機関による判断と執行の原理的な優

先であり、この優先性がまさに市民状態の本質をなすのである。この補完的性質は、こんにち的な意味合いの——国家機関の方が危険にさらされている法益の保護をよりよく果たす（ことが推定される）といった——必要性の考量へと還元することはできない<sup>(60)</sup>。カントの問いは、どのようにしたら諸個人が彼らの法益を典型的にもっとも効率的に保護しうるかではなく、法権利性へと義務づけられる人格の地位の本質をなすのは何か、なのである<sup>(61)</sup>。

2 a) このような区分からすでに明らかであるように、カントにおける正当防衛の基礎づけは、「個人主義的」と現在ふつう称されているものと根本的に異なっている。「個体 (Individuum)」はその根底的語義において「不可分なもの」であり、いわば自足的な対自存在の最後の砦である。これにたいしてカントは、コンフリクトの当事者に共通な (gleichsam) ものの分析から出発する。それは、理性に適合する自己動機づけ能力である<sup>(63)</sup>。この能力によって、各人は、法領域において、選択意志の行使に普遍化可能な形式を与える「普遍的法則」に従うことにより、同じ権限を付与された他者との共存を考慮することができるようになる。この要求に対する不服従 (Bestehen)、その機能不全 (Ver sagen) もまた、彼の所為として帰属される主体 (Subjekt) を、カントは、長きにわたる法学的・哲学的伝統をふまえて人格 (Person) と名づけた<sup>(66)</sup>。こんにち支配的な法益保護ドクマとは異なり、カントによれば、もっとも重要なのは、被攻撃者に差し迫った法益喪失ではなく、攻撃者という人格に帰属可能な、攻撃者と被攻撃者の法関係の攪乱であり、これが被攻撃者の正当防衛の権限を基礎づけるのである。正当防衛による侵害を許すことは、法律に違反する攻撃者の選択意志に対する被攻撃者の法律に適った自由の防衛を可能ならしめるのである。

こうしたことは、被攻撃者自身の代わりに、第三者も緊急救助者として行うことができる<sup>(66)</sup>。緊急救助者が用いる基準は「普遍的法則」の基準であり、これは、部外者たる緊急救助者にも、直接的に攻撃を受けている者じし

んと同じように適用される。たしかに、この法則は、自己の法領域内部でみずから考えるところにしたがい彼らのものを処分することが許されている限りでは、それぞれの人格に対して選択意志の活動領域を認めている。しかし、このことが、いま論じている問題との関係で結論に影響を与えるのは、(客観的に認識可能な)他者の攻撃を甘受するという被攻撃者の意志 (Willie) が将来の緊急救助者をも拘束するという点にとどまる。<sup>(67)</sup> そのほかの点については、緊急救助者も被攻撃者と同等の権限が付与されている。このように、カント法哲学によって、自己保存が重要である個体から、法的地位―代替できない普遍的なもの―を防衛する人格へと観点が拡大されることにより、心理主義的説明のもとでは常にくいぶん取り扱いが困難な緊急救助をなんなく基礎づけることができるようになるのである。<sup>(68)</sup>

b) カントの間人格的に――コンフリクト当事者間の法関係から――アプローチする正当防衛論は、正当防衛の「通常状況」で攻撃を被る者が退避義務を負わないのはなぜかという問いにも回答できる。本論文の冒頭ですでに触れたように、法益保護思想がみちびく正当防衛の「個人主義的な」基礎づけは、この点でとくに難しい課題に直面していた。それは、多くのばあい、危険にさらされている法益を救出することにかけては、つねにリスク含みの防衛行為よりも逃避行為の方が同じか、より豊かな成果をもたらしうることである。カントの諸前提を基礎にすれば、こうした事態は異なった形で現れる。それによれば、正当防衛権を作動させるのは、攻撃者という一方の人格に帰責可能な、攻撃者と被攻撃者との間の法関係の攪乱である。被攻撃者の地位の法権利性、すなわち、被攻撃者の地位と同時に、この地位の承認の基礎となつている普遍的法則が挑戦を受けているという状況―要するに、いわば被攻撃者の個人的利益を含むとともにそれを超えるこの普遍性こそが、攻撃を被った者(またはこの者のために行動する第三者)に対して、必要な場合には暴力をもちいてでも、直面している法領域

の侵害を防除する権限を付与しているのである。

正当防衛権者は、この目的からみて不必要に厳格な措置をとってはならないことは確かである。すなわち、カントにおいても、複数の同効果の手段が利用可能な場合、もっとも穏当な手段を選ばなければならない。この範囲においてのみ、強制は「言葉どおりに」必要不可欠 (notwendig) なのである。<sup>(69)</sup> とはいえ、危険に瀕する者に一般的な回避義務を課すのは、その者のもつ防衛権限の内在的制約を超えることになる。なぜなら、逃避は、防衛のための手段ではなく、防衛の放棄にすぎないからである。<sup>(70)</sup> こうした義務を課せば、組織化自由の一部―適法に占有している場所を堅持する自己の権利―を放棄し、そのかぎりでは、攻撃を被っている者に対して不正な侵害に屈伏せよという不当な要求をすることになる。<sup>(71)</sup> このような要求は、攻撃者が踏み越えた法領域の限界線を堅持する点に正当防衛権の意義を見いだす構想と相容れない。

(1) *Seeger, Abhandlungen aus dem Strafrechte*, 1858, S. 359.

(2) *Haas, Notwehr und Nothilfe*, 1978, S. 99 f. Fn. 21.

(3) BGHSt. 24, 356, 359; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 32 I 2; *Kühl, in: Lackner/Kühl*, 24. Aufl. 2001, § 32 Rdn. 1; *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2000, § 7 Rdn. 6 ff.; *Kühl, Jus 1993*, 181ff.; *Leuchner/Perron*, in *Stönke/Schröder*, 26. Aufl. 2001, § 32 Rdn. 1a; *Maurach/Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil 1, 8. Aufl. 1992, § 26, Rdn. 4; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 6. Aufl. 2000, § 8 Rdn. 17; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil 1, 3. Aufl. 1997, § 15 Rdn. 1ff.; *ders.*, ZStW 93 (1981), S. 70ff. しかしながら、「法秩序」は、「正当防衛規定を自己自身を包含する」のではなく、むしろ「超個人主義的な」基礎づけの構成要素は、「救いがたに自己関係性 (Selbstbezüglichkeit) に限定されるべき」。*Fechner*, Grenzen polizeilicher Notwehr, 1991, S. 162; *Kionpits*, Notwehr und Einwilligung, 1991, S. 35; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994, S. 82; *Seel-*

- mann*, ZStW 89 (1977), S. 45; *Stiller*, Grenzen des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachwerten, 1999, S. 45 参照。
- (4) カンニゴロイビチ<sup>4</sup> *Bitzilekis*: Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, 1984, S. 28 ff. 45; *Fletcher*, Notwehr als Verbrechen, 1993, S. 57; *Haas* (前掲注 3), S. 95 ff.; *Kioupis* (前掲注 3), S. 17; *Lührmann*, Tötungsrecht zur Eigentumsverteidigung?, 1999, S. 27; *Sander*, Die Begründung der Notwehr in der Philosophie von Kant und Hegel, Diss. Rostock 1939, S. 14 ff. クーネルロイビチ<sup>4</sup> *Bitzilekis*, a.a.O. S. 38 ff.; *Haas*, a.a.O. S. 109 ff.; *Kioupis*, a.a.O. S. 17, 36; *Krause*, Festschrift für Bruns, 1987, S. 74 f. (mit Fn. 19); *Lutwig*, „Gegenwärtiger Angriff“, „drohende“ und „gegenwärtige Gefahr“ im Notwehr- und Notstandsrecht, 1991, S. 50 f., 62 Fn. 2; *Lührmann*, a.a.O. S. 29ff.; *Renzikowski* (前掲注 3), S. 80; *Sander*, a.a.O. S. 37 ff.; *Wagner*, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, 1984, S. 15, 23. 異なる見解として *Comrakis*, Zur sozialistischen Begründung der Notwehr, 1987, S. 58 f. Fn. 123 があり、ヘーゲルの見解及びヘーゲル学派の立場を「個人主義的な正当防衛原理」に位置づける。
- (5) 基本的に以下の文献が参照されるべきである。*Bitzilekis* (前掲注 4), S. 28ff., *Haas* (前掲注 4), S. 95 ff., *Sander* (前掲注 4) の各所。
- (6) *Berner*, Archiv des des Criminalrechts (N.F.) 1848, 557, 562, 578; *ders.*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl. 1898 (ND 1986), S. 107. 以下の主張は以下の本論文の III 3. の部分の詳細に披す。
- (7) *Roxin*, ZStW 93 (1981), S. 77.
- (8) *Roxin* (前掲注 7).
- (9) 緊要として *Kühl*, Jus 1993, S. 181 ff.
- (10) 例として *Kühl*, Jus 1998, S. 182.
- (11) この点はず、われわれは通説的見解の課題として、しばしば指摘されるべきである。*Bitzilekis* (前掲注 4) S. 48; *Fuchs*, Grundfragen der Notwehr, 1986, S. 39ff.; *Haas* (前掲注 3) S. 143; *Kioupis* (前掲注 3) S. 19; *Neumann* in: *Lüderssen* u. a. (Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, 1990, S. 217; *Pfisonis*, Die Notwehr als Gegenstand der Rechtsvergleitung, ebda. S. 258; *Renzikowski* (前掲注 3) S. 117; *Kantle*, Die Veränderung von Rechtfertigungsgründen durch Rechtsprechung und Lehre, S. 149; *Wagner* (前掲注 4) S. 9; 通説的見解の主張者の構想がその限りでは(なる)未確定状態である。

- 87 ff.) *Kühl*, Jus 1993, S. 180, 182; *Stiller* (前掲注②) S. 72)「すなわち「板挟み状態」に陥つてしまふ(Seer, NJW 1987, 2479) 危険をいふ」。  
 (12) ZSW110 (1998), S. 44.  
 (13) 法確証の原理と退避義務の欠如との間の基礎づけの関連性については *Fuchs* (前掲注11) S. 29, 131 参照のよう。  
 (14) 典型的な場合として *Spendel*, in: LK, 11. Aufl. 1992, § 32 Rdn. 21; *Maunach/Zipf*, Allg. Teil 1 § 26 Rdn. 2 ff.  
 (15) *Montenbruck*, Thesen zur Notwehr, 1983, S. 2.  
 (16) 以下の諸家も、現在の正当防衛論の立場を批判的にいふ。 *Hassener*, Festschrift für Bockelmann, 1978, S. 227; *Marxen*, Die „sozialethischen“ Grenzen der Notwehr, 1979, S. 19; *Pisounis* (前掲注11), S. 227; *Runte* (前掲注11), S. 143 ff.; *Seebode*, Festschrift für Krause, 1990, S. 377.  
 (17) *Seier*, NJW 1987, 2480 の主張を承けていふ。  
 (18) *Sander*, Archiv des Criminalrechts (N.F.) 1841, 68.  
 (19) *Montenbruck* (前掲注15), S. 10 を参照せよ。  
 (20) *Kühl*, Allg. Teil, § 7 Rdn. 12; *ders.*, Jus 1993, 181 f.; *ders.*, Festschrift für Triffterer, 1996, S. 150.  
 (21) *Roxin*, ZStW 93 (1981), S. 77. 「個人主義的」な正当防衛の基礎づけが退避義務の欠如を十分には説明しえないという見解は以下の文献にも見られる。 *Bitzilekis* (前掲注4), S. 46; *Bockelmann*, Festschrift für Honig, 1970, S. 30; *Haas* (Ann. 2), S. 354; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S. 23 f.; *ders.*, GA 1961, 309; *Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder*, § 32 Rdn. 1a; *Perron*, in: *Eser/Perron* (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Bd. III, 1991, S. 87; *Stiller* (前掲注②), S. 63 ff.  
 (22) *Bertel*, ZStW 84 (1972), S. 8; *Bitzilekis* (前掲注4), S. 46 f.; *Gallas*, Festschrift für Bockelmann, 1979, S. 177; *Kühl*, Allg. Teil, § 7 Rdn. 13; *ders.*, Jus 1993, 182; *ders.*, Festschrift für Triffterer, S. 150; *Lenckner* (前掲注12), S. 24; *Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder*, § 32 Rdn. 1a; *Schmidhäuser*, Festschrift für Honig, 1970, S. 193; *Stiller* (前掲注②), S. 68 ff.; *Supbert*, Studien zur Notwehr und „notwehrähnlichen Lage“, 1973, S. 374 を参照せよ。  
 (23) *Frister*, GA 1988, 300. 上の見解に倣う *Haas* (前掲注②), S. 354 は「民法二二八条の規定が「個人主義的」基準に従つ

- て許容される侵害権限の限界を示していることを主張する。
- (24) *Rotin*, ZStW 93 (1981), S. 76を参照せよ。この論証の初期のバリエーションとして *Levina*, Das Recht der Nothwehr, 1856, S. 185; *Sommerlad*, GA 34 (1886), S. 361があげられる。
  - (25) この点については *Bitzilekis* (前掲注 4), S. 46; *Fechner* (前掲注 3), S. 168; *Kargl*, ZStW 110 (1998), S. 55, 63, 66; *Schmidhäuser*, GA 1991, 111.
  - (26) この見解の詳細については、後述の II 4 — 被攻撃者が置かれている特別な圧迫状況も考慮に入れる — 正当防衛権の心理主義的説明は比較的新しい文献にもみられる。例えば *Hoffmann-Riem*, ZRP 1977, 28ff.; *Kratzsch*, StV 1987, 228; *Wagner* (前掲注 4), S. 32, 45, 88. これに反対するものとして *Schmidhäuser*, GA 1991, 105; *Seier*, NJW 1987, 2477以下。比較的古い文献における正当防衛の同様の特徴づけを紹介するものとして *Haas* (前掲注 2), S. 192 以下がある。
  - (27) *Haas* (前掲注 2), S. 120, 354; *Seelmann*, ZStW 89 (1977), S. 57f. も参照せよ。
  - (28) *Kühl*, Allg. Teil, § 7 Rdn. 19; *ders.*, Jus 1993, 182f. は「答責性原理」を正当防衛の基礎づけの付加的モメントとして用いようとする。しかしながら、伝統的な二元主義を補完するために、体系的な観点からみてそれとは異質な第三の要素を用いても、その出発点に内在する欠陥を取り除くことはできない。むしろその矛盾をさらに拡大するであろう。
  - (29) 実際上の問題の解決にとって、このような手法が適切でないことは、正当防衛者に均衡性への配慮を大幅に免除していることに対して通説が与える根拠に現れている。通説によれば、正当防衛に特有の「果敢さ (Schneidigkeit)」は、一次的には法確証思想にその理由が求められるとされる。例えば *Kühl*, Allg. Teil, § 7 Rdn. 13; *Lencker/Perron*, in: *Schönke/Schröder*, § 32 Rdn. 1a など。正当防衛以外の場面では、実力行使について厳格な均衡性の留保を設定している法秩序が、まさにこの原則を顧みることなく「防衛」することが「許される」のは、刑法三三三条のメタ規則的な性質（これについては前掲注 3 末尾部分参照）に鑑みれば、たしかに論理的に可能ではあるが、価値論的には説得力に乏しいアプローチである。 *Bernsman*, ZStW 104 (1992), S. 310; *Schneider*, Festschrift für Maurach, 1972, S. 139; *Witemann*, Grundlinien und Grenzen der Nothwehr in Europa, 1997, S. 265 を参照。また *Kargl*, ZStW 110 (1998), S. 45f.; *Klompis* (前掲注 3), S. 32f.; *Pitsounis* (前掲注 1), S. 261 以下; *Renzikowski* (前掲注 3), S. 108; *Sillier* (前掲注 3), S. 48 以下; *Wagner* (前掲注 4), S. 27; 比較的古い文献として *von Buri*, GS 30 (1879), S. 463 があげられる。

- (30) この立場は、ノイマンの正当防衛構想に近い。Neumann, Zurechnung und „Vorverschulden“, 1985, S. 166; ders. (前掲注 11), S. 225 によれば、被攻撃者は、正当防衛状況において、彼の諸権利「そして、これらとともに、法的に保障された領域が他者によって尊重されるべき人格としての承認」を防衛しているとされる(前掲注 11, S. 225)。実質上、広範に一致するものとして *Kionpis* (前掲注 30), S. 139 がある。類似の見解として *Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, S. 262 があり、正当防衛権は「法関係における現実の自己主張」を可能ならしめるものであるとされる。
- (31) *Matz*, NSZ 1993, 272 は適切である。
- (32) *von Jhering, Der Kampf ums Recht*, 22. Aufl. 1929, S. 56 (イェーリング著(村上淳一訳)『権利のための闘争』九二頁(一九八二年))。
- (33) *von Jhering, Der Kampf ums Recht*, 22. Aufl. 1929, S. 53 (強調は原文)(村上訳(前掲注 32) 八七頁)。
- (34) このことは、「法秩序」を実体化して固有の保護法益とすることを否定することも含意している。この点に関して同じく否定的なものとして *Kionpis* (前掲注 30), S. 42, 58 ff., 139; *Lesch, Norwehrrecht und Beratungsschutz*, 2000, S. 26; *Neumann* (前掲注 30), S. 168; ders. (前掲注 11), S. 219, 222; *Renzikowski* (前掲注 30), S. 233 がある。もともと、法秩序には分配規則 (Distributionsregel) の機能が備わっている。この機能のもつ特性によって、法秩序は、法と不法とを拘束力をもって切り分け、それを通じて、事実的な諸利益の総量を法的地位それぞれに割り当てるのである。本質的に同様の指摘をなすものとして *Fuchs* (前掲注 11), S. 64, 68; *Kargl, ZStW* 110 (1998), S. 56; *Kionpis, a.a.O.* S. 61, 139; *Neumann* (前掲注 30), S. 166; ders. (前掲注 11), S. 219, 222 がある。「超個人主義的」な立場を主張する者の中にも、実質的にこうしたことを認める論者もいる。*Bitzileks* (前掲注 4), S. 80 はこのことを明確に述べており、法秩序は保護に値する法益が法的に整序された状態に他ならず、法益がその存立を違法に攻撃されるときは常に、法秩序が侵害されるという。*Haas* (前掲注 2) S. 220 によれば、正当防衛者は法秩序の利益のために振る舞っていることの理由は、違法な攻撃者に生ずる損害をこの者に帰属しうることに求められるとされる。ハースにとって、「超個人主義的観点」の意義は、この観点のみが帰属判断を基礎づけることができる点にある (*Haas* (前掲注 2) S. 355)。コンフリクトのコストを当事者に帰属させる諸基準は、個々人の評価を超越したものでなければならぬという見解は、自明かつ正当である。このような方式によってのみ、こうした諸基準の法的性格を考慮に入れることができる。法権利性は、超個人主義的な基礎づけの可能性を含意しているのである。

- (35) Reflexion Nr. 7195. *Küper*, Festschrift für E. A. Wolff, 1998, S. 289 Fn. 12 より引用。
- (36) *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, in: Werke (herausgegeben von Weischedel, 5. Aufl. 1983), Bd. 7, S. 343 (「トマス・エルクマンツ著〔樽井正義・池尾恭一訳〕『人倫の形而上学』五四頁(二〇〇二年)〔樽井正義〕」)。
- (37) Metaphysik der Sitten (前掲注 36), S. 337 (樽井訳 (前掲注 36) 四八頁以下)。
- (38) *Höffe*, Kategorische Rechtsprinzipien, 1994, S. 136.
- (39) Metaphysik der Sitten (前掲注 36), S. 317 (樽井訳 (前掲注 36) 二五頁)。
- (40) Metaphysik der Sitten (前掲注 36), S. 339 (樽井訳 (前掲注 36) 五〇頁)。
- (41) *Kerling*, Wohlgeordnete Freiheit, 1993, S. 105 ff. を参照せよ。
- (42) *Seeger* (前掲注 一), S. 451.
- (43) *Höffe* (前掲注 8), S. 143.
- (44) Metaphysik der Sitten (前掲注 36) S. 338 ff. (樽井訳 (前掲注 36) 五〇頁)。カント学派のハイデンライヒ (*Heidenreich*, System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien, 1974, S. 115) は「他者は私を強制してはならない。それゆえ私を強制してはならない」(「トマス・エルクマンツ」)とばかりやすく定式化する。クレシェヴスキーの正当防衛構想の出発点 (*Kleszczewski*, Festschrift für E. A. Wolff, 1998, S. 240) は「カント説に近接している。しかし、正当防衛としての侵害が攻撃者に対して正当化されるのは、それが侵害格率 (Verletzungsmaxime) の普遍化から導出されるからであるとする彼の命題 (a.a.O. S. 240) は憂慮すべき点がある。Abegg, Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft, 1830, S. 112 がすでに主張したように、正当防衛行為者が「間違った原理を自分の保護のために再び適用する」という事情から、その行為の正当化を導くことは困難である。驚くべきは、正当防衛が「法の貫徹の最終手段 (ultima ratio)」としてのみ許されると主張する際、クレシェヴスキーが、いずれにせよ正当防衛行為者はかれ自身の自己決定を防衛するために、攻撃者の自己決定を破っている (a.a.O. S. 233) ことを理由としている点である。この箇所において、クレシェヴスキーは、適法な自由 (自己決定) と不適法な自由 (自己決定) というカントにとって決定的に重要な区別をなおざりにしているのである。
- (45) *Höffe* (前掲注 8), S. 145.

- (46) *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 97 Z, in: *Werke* (herausgegeben von Moldenhauer und Michel, 1986), Bd. 7, S. 186 (G・W・F・ヘーゲル著(上妻精・佐藤康邦・山田忠彰訳)『法の哲学』一六一頁(二〇〇一年))を参照せよ。
- (47) *Höffe* (前掲注88) S. 144.
- (48) *Haas* (前掲注2), S. 96 ff.; *Küper*, *Festschrift für E. A. Wolff*, S. 289, 292 f.; *Sander* (前掲注4), S. 33 f.を同旨である。
- (49) *Haas* (前掲注2), S. 97, 184 f.; *Sander* (前掲注4), S. 16を参照せよ。*Bitzilekis* (前掲注4), S. 30fは「この権限行使についてカントが権利ではなく義務を基礎づけたとするが、その想定は適切でない。すでに述べたように、カントによれば、権利は各人に選択意志の領野を開くものであり、選択意志には自己の法的地位を放棄する可能性も含まれる。カントは、法的地位の放棄を誰も義務づけられず、むしろその者は強制によってその存在を防衛してかまわないことを示そうとしただけである。
- (50) *Höffe* (前掲注88) S. 139.
- (51) *Häusler*, *Das preussische Strafrecht*, Bd. 2, 1858 (ND 1975), S. 252. 比較的新しい文献では、*Adomiet*, *JZ* 1970, 497; *Fuchs* (前掲注11), S. 62; *Köhler*, *Allg. Teil*, S. 262が同旨である。
- (52) *Heffter*, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechtes*, 6. Aufl. 1857, S. 41.
- (53) *Höffe* (前掲注88) S. 136.
- (54) 適切なものは、*Haas* (前掲注2), S. 98; *Kargl*, *ZStW* 110 (1998), S. 53の主張とは異なり、正当防衛の補完的性格という命題は、国家の代行者として防衛行為者を解釈する正当防衛構想を常に参照指示しているわけではない。
- (55) *Metaphysik der Sitten* (前掲注36), S. 430 (樽井訳(前掲注36) 一五三頁)。
- (56) *Metaphysik der Sitten* (前掲注36), S. 430 (樽井訳(前掲注36) 一五三頁)。
- (57) *Metaphysik der Sitten* (前掲注36), S. 430 (樽井訳(前掲注36) 一五三頁)。
- (58) *Kant*, *Zum Ewigen Frieden*, in: *Werke* (前掲注9), Bd. 9, S. 203 (イブヌエル・カント著(宇都宮芳明訳)『永遠平和のため』二六頁以下(一九八五年))。 *Schmidhäuser*, *GA* 1991, 122 ff.; *Kargl*, *ZStW* 110 (1998), S. 47f.は「法効果を貫く」という意味での法確証ではなく、現在の法違反に目的達成させないことに正当防衛の主眼があるとして「正当防衛は国家の暴

- 力独占の管轄領域からもとより外されているという。しかし、警察機関や公安機関が存在が、予防的な (präventiv) 強制力の適用も基本的に国家機関の管轄事項であることを十分に証明していないだろうか？
- (59) Metaphysik der Sitten (前掲注 36), S. 430 (樽井訳 (前掲注 36) 一五四頁)。
- (60) *von Kuhl*, in: Klippel (Hrsg.), *Naturrecht im 19. Jahrhundert*, 1997, S. 338 はこのように云う。(補完性を必要性の下位概念として捉える) 今日 of 支配的見解にこの *von Günther*, in: SK StGB, § 32 Rdn. 99ff.; *Kühl*, Allg. Teil, § 7 Rdn. 119ff.; *Lencker/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 32 Rdn. 41 を参照せよ。これに対して、補完性に独立した意義を認める *von Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 12/45; *Lagodny*, GA 1991, 309; *Lesch* (前掲注 24), S. 55 ff.; *Kunz*, ZSW 95 (1983), S. 976 を参照。Arzt, *Festschrift für Schafstein*, 1975, S. 80 を参照せよ。
- (61) もっとも、カントの前提のもっとも、被攻撃者は、あらかじめコンフリクトが予測される前段階において、公的機関の援助を求めることは義務づけられていない。そのような義務を課してしまうと、被攻撃者は自己の行動の自由の行使について (将来の) 攻撃者に主導権を与えることになってしまうだろう。こうした不当な要求は、正当防衛を、全面的に (抑制を法的に義務づけることなく) 法的に保障された行動の自由を確保する手段と解するカントの構想を背景としては、正統化しなかったらならぬ。
- (62) *Schickhoff*, *Philosophisches Wörterbuch*, 22. Aufl. 1991, S. 332 (Art. „Individuum“).
- (63) *Sander* (前掲注 4), S. 16, 34 も、カントの場合、法の根拠は、個人の選好である選択意志ではなく、普遍性の要請と結びついた理性に求められているので、カントの法哲学を、通常の語義における個人主義的学説と特徴づけることはできないと強調している。
- (64) *Metaphysik der Sitten* (前掲注 36), S. 345 (樽井訳 (前掲注 36) 四九頁) を参照せよ。
- (65) *Metaphysik der Sitten* (前掲注 36), S. 329 (樽井訳 (前掲注 36) 三九頁)。
- (66) 結論におおむね一致するものとして *Haas* (前掲注 2), S. 97。
- (67) この *von* は、今日の正当防衛論におおむね、基本的に一致して認められつつある。このあたり、BGHSt. 5, 245, 248; *Lencker/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 32 Rdn. 25/26; *Jakobs*, Allg. Teil, 12/59; *Köhler*, Allg. Teil, S. 276; *Kühl*, Allg. Teil, § 7 Rdn. 143; *Kargl*, ZSW 110 (1998), S. 64; *Kioupis* (前掲注 20), S. 46, 140, 202 参照。最近 *von Sternberg-Lieben*,

- Jus 1999, 444 mit umfangreichen Nachweisen in Fn. 1 und 2. 参照。
- (68) 国家内部では、緊急救助は準則 (Regel) で与えられる。カントが主題としている強制権限は、不正な暴力に晒された者の法的地位に根ざしている。このことは、純粹な私法状態から市民状態への移行によって、およそ変わらない。それゆえ、国家公務員が彼の執行権限 (Wahrnehmungskompetenz) の枠内で被攻撃者を助けることは、ことからの本質からみて緊急救助の一場合なのである。同旨のものとして *Fuchs* (前掲注11), S. 52; *Seemann*, ZStW 89 (1977), S. 56.
- (69) 同旨のものとして *Sander* (前掲注4), S. 33; *Jøerden*, Jus, 1997, S. 726; *Kühl* (前掲注8) S. 338.
- (70) このほうに述べるものとして、たとえば *Bizilekis* (前掲注4), S. 78.
- (71) このほうに述べるものとして、たとえば *Berner*, Archiv des Criminalrechts (N.F.) 1848, 578. より新しい文献としては、*Fuchs* (前掲注11), S. 51; *Koch*, ZStW 104 (1992), S. 796; *Lesch* (前掲注4), S. 31 Fn. 41; *Neumann* (前掲注8), S. 166; *Renzikowski* (前掲注8), S. 299; *Wagner* (前掲注4), S. 32, 57.