

## < 翻訳 > ミヒャエル・パヴリック「カントとヘーゲルの正当防衛論」(三・完)

著者	パヴリック ミヒャエル, 赤岩 順二, 森永 真綱
雑誌名	甲南法学
巻	53
号	4
ページ	149-165
発行年	2013-03-30
URL	<a href="http://doi.org/10.14990/00000758">http://doi.org/10.14990/00000758</a>

ミヒヤエル・パヴリツク

「カントとヘーゲルの正当防衛論」(三・完)

赤 岩 順 二  
森 永 真 綱 (訳)

目次

- I から II 2 b) まで (以上五十三卷一号)
- II 2 c) から III 1 b) まで (以上同卷三号)
- III 1 c) から IV まで (以上本号)

c) しかし、ヘーゲルにおいて、正当防衛は抽象法に根を置くという所見は、中間結論を示しているにすぎない。ヘーゲルによれば、あらゆる抽象法段階の法形象は、道徳性と人倫の段階でさらに「止揚」される必要がある。人倫国家においてはじめて、存在論的にふさわしい最終形態に到達するのである。このことは正当防衛にとって何を意味しているのだろうか？正当防衛は、あくまでも付加的な—人倫的な—観点によって形態変更されるにすぎず、その根拠が人格の法権利にあることにつき、問われることは要しないだろうか？それとも、正当防

衛は、刑罰と同じように、完全に脱人格化された「法権利」の貫徹としてはじめて、真理に到達するのであろうか、すなわち、この現象形態においてはじめて、法権利性を適切に表すことができるのであろうか？

後者の解釈の厳格主義にたいする批判として、正当防衛状況は刑罰におけるそれとおおきく異なるという事情が挙げられる。正当防衛によって阻止されるべきは、喫緊の不法である。国家的機関が事実的な理由からその克服を行えない場合に限った、個々の市民の積極的行動が想定されているに過ぎない。刑罰の場合には事情が異なる。刑罰はすでに発生した、つまりすでに終了した不法の懲罰を目的としている<sup>(135)</sup>。この状況では、正当防衛に典型的な「個々の市民の積極的行動か不法の甘受か」という選択肢には直面していない。それゆえ、この点において、「裁判」制度の優先が妥当するのである。加えて、正当防衛権の範囲は、攻撃（より正確には、攻撃防除の必要性）によって制限されている。復讐者は、彼の行動が「主観的な関心や形態、及び実力の偶然性によって」規定されているという悪評を払拭することはできない。これに対して、正当防衛の場合には、自己防衛や他者防衛は、「ある特定された法的な諸関係」となる<sup>(137)</sup>。これは、その不確定性ゆえに復讐を取消可能な法律行為にする「主観的利益」が、侵害者によって創出された状況の克服に固定されることによる<sup>(138)</sup>。このことを通じて、こうした主観的利益は、「相当な」不法回復の方法と範囲に関する判断をかかると利益にゆだねたばあいよりも、はるかに強く規律されるのである<sup>(139)</sup>。

したがって、人倫の観点によって正当防衛権に付加されるものは、国家の諸制度の権限の優先性を尊重する義務を防衛行為者に課すことに尽きる<sup>(140)</sup>。基礎づけは異なるものの、ヘーゲルもカントと同じように、個人の正当防衛は国家の司法と危険防除に対して補完的なものであるとしている<sup>(141)</sup>。しかしこのことは、正当防衛の「超個人主義的」基礎づけとはおよそ無関係である。むしろ、ヘーゲルにおいても、カントと同じように、正当防衛権の補

完性は、正当防衛の根拠が人格の法権利に求められていることに抵触しない。

2 ヘーゲルのアプローチの対応能力は、上記Ⅱ3においてカントの法概念とそこから導出される正当防衛論のアクセシブルであることが確認された問題、すなわち、軽微な攻撃やいちじるしい不均衡の場合に正当防衛権者の広範な侵害権は制限されなければならないかという問題との関係において卓越している。カントの法概念と正当防衛論は形式的な性質のものである。だから、法領域を越えることの意義も、まさにこの本性によってのみ決定される。すなわち、人格的に帰責可能な法領域の超越である。この法概念には、カントの哲学全体を形成するヌーメノンとフェノメノンとの厳密な分離があきらかにあらわれている。まさにヌーメノンの法則である自由の法則は、厳格な「脱実体化 (Entmaterialisierung)」によって特徴づけられている。これは定言命法においても、正統な強制を加える可能性の諸条件に関するバリエーションとしての普遍的な法原理においても同じである。

ヘーゲルは、カントの二元論にたいして、カントにおけるヌーメノンとフェノメノン、無限と有限との分離と決別する存在論的一元論を提示した<sup>10)</sup>。真の無限あるいは普遍が、特殊の多様性にたいしてみずからを限界づけることを余儀なくされ、しかも対象的なものの向こう側、すなわち「純粹意志」の中にのみ居場所を確保するような純粹に形式的な概念ではないことは、ヘーゲルの最も初期の確信のうちに数えられる。無限は、もし他のものとして有限と対峙するものであれば、まさにそのことによって無限の側で自らが有限であることを証明することになる。むしろ、ヘーゲルによれば、真の無限は、一貫した理性として有限をそれ自体のなかに統合することによって特徴づけられる<sup>11)</sup>。この立場にたつことで、ヘーゲルは、たんなる概念ではなく、理念として法を理解し、法を「自由なる意志の定在」と定義できるようにしたのである<sup>12)</sup>。

もつとも、抽象法においては、ひとまず、自由な意志のさまざまな定在要素——人格という「財」——は、自由の

具体的な意味を完全に度外視した、形式的な保護を享受する。つまり、概念展開のこの段階では、—たとえ（相對的に）軽微なものでも—およそ不法である限り、被攻撃者がこれを甘受する義務を負うべき根拠を示すことはできない。この所見は、抽象法が存在論的に下位の複合体（*Unterkomplexität*）であることの反映である。これにたいして、人倫国家のレベルでは、ヘーゲルによれば、前の体系段階の欠陥が止揚される。この段階においてはじめて、存在論的に適切な形態を正当防衛権にあたえることが可能になる。そのさいとくに、道徳性の体系段階で導入された利福（*Wohl*）のカテゴリーが顧慮されなければならない。<sup>(16)</sup> 利福とは、主体が生営みの中で獲得に努める諸目的の総体である。<sup>(16)</sup> それゆえ、ヘーゲルによれば、利福は特殊性のより純粋な表現であり、人間は、その特殊性にたいする権利を有するように、自己の利福を促進する権利ももつ。<sup>(18)</sup> 利福の法は、法理念の自立的モメントとして、法と不法との抽象法的な限界づけをただ単純に再現したものではない。むしろ、抽象法への固執が「一面的」であること、<sup>(19)</sup> そして「世界がほろぶとも正義は行われよ（*Fiat justitia peccat mundus*）」が「空虚な言葉」であることを示しているのである。たしかに、「私の利福の意図が……不法な行為を正当化しえない」とは自明のことである。<sup>(20)</sup> しかし、ある特定のコンフリクトの解決が、そのちにコンフリクト当事者が日常的な生活計画を遂行する能力にどのような作用をおよぼすかという問題には、ヘーゲルにおいては、法哲学的に独自の価値が認められている。それゆえ、抽象法段階の人格との関係では正統としえないことも、国家市民との関係では基礎づけが可能である。それは、自己の抽象法的な地位の若干の周辺領域を攻撃者のために犠牲にする義務である。<sup>(21)</sup> しかしながら、そこから、解釈論上直接的に使用可能な正当防衛の制限を導出することはできない。実定法上の詳細な問題に対する解決を哲学的考察から「演繹する」ことの僭越さに対して、ヘーゲルが強く反対していたことには十分な理由がある。<sup>(22)</sup> あくまでも重要なのは、ヘーゲルによれば、概して正当防衛権にはこうした

限界の存在が許容されている (dürfen) (義務 (müssen) ではない) ということであり、しかも、「それ自体としては」広範な権限を外側から囲い込むのではなく、この権限の存在論的なヘーゲルにおいては、自由論的ともいえる一性格から生じる帰結として許されているということである。こうしてヘーゲルは、カントがなお定言的に遮断していたオプシオンを、正当防衛思想に開いたのである。

要約すれば、ヘーゲルは、カントの正当防衛論の「個人主義的」と誤解されていた出発点を「超個人主義的」構想におきかえるなどといったことはおよそ考えていなかったということが出来る。実際には、二人の哲学者の哲学的諸規準から導出される正当防衛論はかなりの部分で軌を一にしている。この法制度が心理主義的に理解された自己保存の思想や法益保護思想ではなく、間人格的に確立され、コンフリクト当事者の市民的地位によって形成された法関係という概念ないし(ヘーゲルの場合)理念から展開されている点において、とくに一致が見られるのである。とはいえ二つの点でヘーゲルはカントの構想をさらに発展させている。第一に、ヘーゲルは法学に新しい存在論的な基礎をあたえた。そして第二に、このことにより、攻撃者と防衛者の法関係を、カントが行っていたのにくらべれば、より具体的に(より複雑にともいえよう)思考することを可能にしたのである。

3 ヘーゲル学徒は、不法の無効性という命題を出発点として正当防衛を基礎づけなければならないとする点では一致していた。<sup>(15)</sup> たしかに、このアプローチの展開の仕方においては、かなり相違が見られた。とはいえ、こんにちの意味での「超個人主義的」な正当防衛の基礎づけの主張者は少数であった。<sup>(16)</sup>

a) ベルナーは「超個人主義的」正当防衛論の代表的論者とみられている。しかし、実際には、彼は人格主義的な構想を主張していた。一八四八年のかれの主要論文によれば、正当防衛は「あらゆる不法にたいして無条件に防衛してかまわないというおのおのの権利」である。<sup>(16)</sup> だれも、わたしにわたしの権利を放棄するよう強制して

はならない<sup>(157)</sup>。そして、わたしは攻撃を前にして逃げるにはおよばない、「その理由は単純明快である、わたしはわたしがいる場所を、権利をもつて占めていいるからである」と。緊急救助者もまた、ベルナーによれば、普遍としての法権利のためではなく、「権利が攻撃されている」他者を守っている<sup>(158)</sup>。ベルナーが「権利が危殆化しているときそれぞれが防衛する権利をもっている」と続けているが、これはホップズやフォイエルバッハに起源をもつ心理主義との限界づけにすぎない。すなわち、正当防衛権限を支えているのは、自己保存にたいする個体の心理的な素質ではなく、普遍的拘束的基準に基づいて証明された、防衛行為者によって防衛される地位の法的な特性だということである<sup>(161)</sup>。ベルナーの名だかい教説、法〔正〕は不法〔不正〕に譲る必要はない<sup>(162)</sup>、は—ベルナーがあきらかにしているように、「おのおのの権利に」調和する基礎づけである—この表現の背景において、カント（そしてヘーゲル）の主観的権利と強制権限の結合という主張と、実質的には同じことを述べている<sup>(164)</sup>。とうぜん、カントは、この関係を、なおも肯定的に定式化したのにたいし、ベルナーはこれを否定的で、いわば防御的な形式で表したにすぎない。しかし変更はこの点にとどまっている。「超個人主義的」要素や、「究極的な価値の現実化の形而上学的表象への関連づけ」すら認めらない<sup>(165)</sup>。

ヘルシュナーは、刑法ヘーゲル学派の最後の、そしておそらく最も重要な主張者であるが、彼もまた、人格主義的立場に立つことにつき疑いの余地はない。私的人格の主観的権限の中には、同時に、権力的地位 (Machtposition) も含まれているとされる<sup>(166)</sup>。こうした地位の現れは、その保持者の目的設定に適った当該地位の使用に限らず、まさに不法からの当該地位の防衛に向けた活動も含まれるとする<sup>(167)</sup>。この理解のもとでヘルシュナーは、正当防衛を「人格性の本質をなす権利」<sup>(168)</sup>、すなわち「人格に根源的に通常そなわっている権利」<sup>(169)</sup>であると見た。国家内部においても、「私的人格 (Privatperson) の諸権利は、単に他者の意志への無力な主張として」設定され

ている「わけではない」<sup>(17)</sup>。むしろその内部でも「不法にたいする行動や主張」を含んでいると述べている<sup>(17)</sup>。

b) カントおよびヘーゲルの考察の中心には、本論文が関心を寄せるところについていえば、強制をもちいる権限をおよそ一般的に (iberrhand) どのように基礎づけるかという問いがある。この問いには、さらに二つの複合的問題が連なっている。それは、(1) 公的な強制権限と私的な強制権限はどのような関係にあるか、(2) 正当防衛による強制権限の対象となりうるものとして考慮されるものは何か、端的に言えば、正当防衛によって防衛されるものは何か、である。正当防衛の基礎をめぐるこんにちの議論の中心は、問題(2)である。問題(1)が提起する補完性という問題は、ふつう、既述の通り、「必要性」という一般的要件の部分的問題に格下げされている<sup>(17)</sup>。その正反対が、師の正当防衛構想から離反し始めたヘーゲリアナーたちである。こうした論者の代表格はケストリンである。問題(2)にたいするかれの回答は、完全に人格主義的伝統内部にとどまっていた。すなわち、正当防衛によって防衛されるのは人格の諸権利にほかならないとしていたのである<sup>(18)</sup>。もともと、ケストリンの関心の重点は問題(1)にあった。すでにそのことをよく示しているのが、『ドイツ刑法体系』において(なかんずく) 正当防衛について取り扱う「国家固有の領域における、国家の司法権の独占」という標題である<sup>(14)</sup>。自力救済の否定―この視点から、ケストリンは同箇所における正当防衛の考察を始めている―は、「国家が各人に権利をもたらずことに由来する」<sup>(15)</sup>。とはいえ、国家の実践的な現実性は、避けがたい制約のもとにおかれるとされる。「すなわち、個人が国家の保護を受けられない場合が存在せざるをえない」<sup>(16)</sup>。そのような場合に、権利喪失の危険にさらされている人格がそれを静かに受けいれなければならないとすると、ケストリンがヘーゲル的にうまく表現したように、「国家はその要求によって、不法を妥当なもの、すなわち、法として設定した」ことになってしまふ<sup>(17)</sup>。このことが正当防衛権によって阻止されるというのである<sup>(18)</sup>。



「ケストリンによれば、正当防衛権の正統化にあたり、二つの根拠づけモデルが考えられるとされる。一つは「主観的・観念論的 (subjektiv-idealistisch)」モデルであり、個人の私的権力を国家に条件つきで譲渡するという構成をとる。もう一つは「客観的・観念論的 (objektiv-idealistisch)」モデルであり、おのおのの人格は、超人格的に基礎づけられた強制権限の「担い手」にすぎないという構成をとる。<sup>(17)</sup> ケストリン自身は、二つめの解決策をとる。つまり、防衛行為者が強制措置にでる権限を「国家に由来する法権利の一つとして」把握する。<sup>(18)</sup> おのおのの市民は、国家が攻撃の防除ができないばあいには、国家の地位を代表するのである。<sup>(19)</sup> ケストリンによれば、このような解決を裏づける事情として、「より新しい国家概念」によれば「なんら価値をもたない」(社会契約による国家の基礎づけのような) 擬制にたよる必要はないことが挙げられるとされる。<sup>(20)</sup> 公的暴力と私的暴力の關係に關するケストリンの前提に鑑みれば、かれが採用した解決策の第二のメルクマールがさらに重みを増すことになる。すなわち、この解決策は、国家による暴力独占の例外ではなく、その一部として正当防衛を記述することを可能ならしめるのである。

しかしながら、この構想の代償は高かった。それは、カントとヘーゲルが解釈の中心に置いていた、主観的權利と強制権限との分析的関連性の分断である。ケストリンは、正当防衛の人格主義的基礎づけが、仮構の自然状態にさかのぼらなくても可能であることや、私的な暴力行使の公的なそれに対する厳格な補完關係を保障できることを見誤ったのである。ただし理解されたカントとヘーゲルの構想においては、あくまでも行使の管轄問題であったものを、その必要もないのに、ケストリンは、文字通り、法権利の保持者の問題に格上げしたのである。いわば赤子を産湯とともに捨てたのである。そして、ケストリンはその報いとして、フォイエルバッハの正当防衛構想がカントの見地を一貫して展開したと誤解するに至ったのである。<sup>(21)</sup> けつきよく、ケストリンの構想は、ま

さしく移行期の理論の好例である。<sup>(184)</sup> それゆえ、それが一貫しえないものであったことは、不思議なことではない。もつとも、ケストリンの構想は、「超個人主義な」ものとして、つまり、正当防衛によって防衛される利益の性質に関連づけるこんにちの意味で理解することはできない。

これに対し、「超個人主義的な」正当防衛の基礎づけを完全形で展開したのは、ヘーゲルに対する無理解と嘲りのみを抱いていたヤンカである。かれは、災いに満ちたヘーゲル哲学を根こそぎとり除かれなければならないとヘーゲルを激しく論駁しつつ、(一八七八年に公刊の)自身の正当防衛論を展開した。<sup>(185)</sup> たしかに、實際上、法〔正〕は不法〔不正〕に譲る必要はないが、「しかし、それは不法〔不正〕が無効だからではなく、法〔正〕が強い力をもつからである」。<sup>(186)</sup> 法〔正〕とは、「自己主張し」、「必要な場合には、その貫徹を強制することができる」ことを要するという。<sup>(187)</sup> これによって意味されているのは、客観法である。ヤンカによれば、正当防衛は、「主観的権利の前提から」は、「かんぜんに独立している」とされる。<sup>(188)</sup> 決定的なことは、防衛者が「法の意志と利益、すなわち全体 (Gesamtheit) の意志と利益を、現実に妥当するものとして体現」することであるとす。<sup>(189)</sup> 翌年に、フォン・ブリーも、違法な攻撃は「被攻撃者という人格に集約された公的利益に」向けられたものであるため、「正当防衛の問題」は、こうした公的利益が「同時に公的利益を体现する他者の法益にたいする侵害を」、いかなる範囲で「強制し、許容するのかという問題に過ぎない」と力説している。<sup>(190)</sup> ここにおいて、正当防衛の基礎づけは、実際にも「超個人主義」なものとなったのである——しかしながら、「法の」非反省的な擬人化という代償を伴うものであり、その形而上学的な前提は、ヘーゲルがそれまで受けたであろう全てのものと比べて、はるかに粗雑である。これよりあとは、最後に残ったヘーゲリアナーも、この方向に転換した。例えばラッソンは——しかしながら、ヘーゲルが死んで五〇年経過した一八八二年にはじめて——以下のように述べている。すべての人は、法秩

序自身に代行して、不法に対して、法を擁護すべきである。このばあい問題となっているのは、「各人の法益喪失の危殆化よりも、はるかに多くのもの」である。「むしろ重要なのは、法秩序自体の全体の存立である」と。<sup>(91)</sup>それからさらに半世紀後、ヘーゲル信奉者のヘルムート・マイヤーは、「不法に対する全体の闘争手段」であるとして正当防衛をほめたたえ、<sup>(92)</sup>かれのドクトラントであるザンダーは、この見解がヘーゲル法哲学によって基礎づけられると称している。<sup>(93)</sup>こうしたヘーゲルの実際のたちばを歪曲する描写は、なおも、こんにちの解釈論に致命的な影をおとしている。

IV

これまでに述べたことを手短かに要約する。以上の叙述は、正当防衛制度の歴史から学ぶ手間を省いてはならないという現在の正当防衛論に対するキュールの警告が、<sup>(94)</sup>いかに正当なものであるかということを示した。このことは以下の二つの観点において妥当する。まず第一に、正当防衛論の問題に関するカントとヘーゲルの立場は、一般にかねらの立場の特徴とされている構図とほとんど共通点がない。彼らの立場には体系的な潜在能力があるにもかかわらず、こうした能力を正当防衛論は、これまで大幅に誤認してきた。カントとヘーゲルの学説はこんにちの正当防衛論に対して、特段の貢献をもたらさないと主張について、<sup>(95)</sup>これから刑法学は、より慎重に扱うべきであろう。第二に、この二人の著者の刑法学における受容は、誤解の連鎖として記述することができるが示された。もちろん誤解は生産的になることもあるが、ここではその逆の場合である。これは、「学問的進歩」を語ることが、いかに根拠に乏しいものであるかということを示している。野心に極めて乏しい目標すなわち、すでに得られた洞察の喪失をあまりにも大きなものにしないうことが、十分に重要であることもしばし

ばである。本論文は、この目標へのさまざまな貢献にすぎない。

- (135) このことを *Bitzlekis* (前掲注 4), S. 38 は誤認している。彼は、ヘーゲルの諸規準に依拠するならばでは、正当防衛と刑罰との間に区別は存在しないという(類似の見解として *Ludwig* [前掲注 4], S. 52)。すでにヘーゲリアナーは、正当防衛が刑罰類似の法制度と捉えてはならないことを重大視していた。すなわち、ヘーゲリアナーは、一事実上はここでの区別と一致する——不法に対して自らを保全する(防衛する)法権利と不法を無効にする法権利との間に区別を設けていたのである。この点については *Berner Archiv des Criminalrechts* (N. F.) 1848, 557。類似の見解として *Halschner* (前掲注 15), S. 254f.; *Köstlin* (前掲注 17), S. 712; *ders.* (前掲注 105), S. 76f.; *Levita* (前掲注 24), S. 19; *Wassely* (前掲注 50), S. 38f.
- (136) *Grundlinien* (前掲注 9), § 103 (Werke, Bd. 7, S. 197) (上妻はか訳 [前掲注 46] 一七一頁)。
- (137) *Levita* (前掲注 24), S. 21.
- (138) *Köstlin* (前掲注 105), S. 88; *Wassely* (前掲注 105), S. 47 を参照。 *Sunder* (前掲注 4), S. 46f. は、この事情を誤認している。彼は、以下のことは「自明のことである」という。ヘーゲルの見解によれば、応報を目的とした個人による強制力の行使が復讐、すなわち新たな不法とみなされる以上、正当防衛を個人に認められた強制力の行使の発露と理解することはできない。ここでは、ザンダーは、構成上の問題を過大評価し、正当防衛と復讐の間に存在する事実上の相違を見過している。こうした事実上の相違が認められなければ、防衛行為者を名目上「共同体機能」の遂行機関へと昇格させても (*Sunder a.o.*)、この法制度を維持することはできないだろう。
- (139) 刑罰という法制度が制度化された、すなわち個人の意向とは切り離された特徴を備えていることの帰結は、法律上の諸要件が充足された場合に、当該の刑罰を科すことを管轄ある裁判官に義務づけることである。これに対して、正当防衛権限は人格の法権利に根ざし、そこにとどまっているという事情は、法律学的観点からみれば、この権限の行使は基本的に、権利主体の自由な判断に服するという結論に至る(ヘーゲルの場合、例外は自己の生命放棄であろう)。*Grundlinien* [前掲注 46], § 70 (Werke, Bd. 7, S. 151ff.) (上妻はか訳 [前掲注 46] 一三〇頁以下)。ヘーゲルの体系からは、正当防衛権の行使義務が導出されるという一括的な想定 (*Bitzlekis* (前掲注 4), S. 38; *Himmelreich* (前掲注 106), S. 73。ヘーゲリアナーの中に *—Abegg* [前掲注 12], S. 169; *Köstlin* [前掲注 17], S. 726; *Richter* [前掲注 17], S. 138 —) のような趣旨のことを述

べる論者がいる)は、それゆえ適切でない。たしかにヘーゲルの講義の中で、強制を加えられた者は、自らに強制を加えさせることを容認することによって不法を行っている、なぜなら、悪(Böse)に対しては悪となり、害悪(Ubel)に対しては害悪を用い、有害なもの(Schädliches)には害を与えるべきだからであるというコメントが見られる(Hegel, Die Philosophie des Rechts [Herausgegeben von Hting], 1983, S. 67 [Wannenmann], 236 [Homeyer]) (G・W・F・ヘーゲル『尼寺義弘訳』『自然法および国家学に関する講義—1817/18冬学期講義、ハイデルベルク 1818/19冬学期序説(付録)、ベルリン—法学部学生P.ヴァンネンマン手稿』、五五頁以下(二〇〇二年)、G・W・F・ヘーゲル『尼寺義弘訳』『自然法および国家法—法の哲学』第二回講義録1818/1819年 冬学期、ベルリン—C・G・ホーマイヤー手稿』六四頁(二〇〇三年)参照)。しかし、これによってヘーゲルは、たんに、性質上は自由な処分ではあるが、法権利性の維持をすべての市民に自分自身の問題としてとらえるよう教化すべきだと説いているに過ぎない。ヘーゲルは強制可能な法的義務の確立を問題にしているのではないのである。

(140) 正当防衛権は抽象法に完全に吸収されるというLesch(前掲注34)、S. 32のテーゼは、この点において補足を要する。

(141) これは、ヘーゲリアナーにおいて完全に支配的であった見解とも一致する。Abegg(前掲注12)、S. 169; Berner, Archiv des Criminalrechts (N.F.) 1848, 558; Höfler(前掲注52)、S. 41; Köstlin(前掲注127)、S. 735; ders.(前掲注105)、S. 74 Fn. 10; Wessely(前掲注105)、S. 37f.参照。反対説を主張するのは、Hälschner(前掲注51)、S. 255頁である。正当防衛権は国家から導出されるものではないので(このヘルシュナーの立場の詳細については後述3a)参照)、国家による助力の欠如は、正当防衛の法的要件や法的根拠を形成しえないという。しかし、ここでヘルシュナーは、正当防衛の法的根拠に関する問題と、それを前提とした特有の行使の諸条件に関する問題を混同している。

(142) これについて詳細は、Paulth, Der Staat 41 (2002), S. 197f.

(143) それゆえ、Bzilek(前掲注4)、S. 38が、「存在し実存するものとしての観念的なものと、その仮象的なものとしての客観的なものとの分離」だと包括的に断じたり(強調は筆者)、Knapits(前掲注3)、S. 25が「社会的現実性からの形而上学的懸隔」であると批判するのは、ヘーゲル観念論の誤解である。

(144) Grundlinien(前掲注46)、§ 29 (Werke, Bd. 7, S. 80) (上妻ほか訳(前掲注46)七二頁以下)。

(145) Grundlinien(前掲注46)、§§ 125ff. (Werke, Bd. 7, S. 236ff.) (上妻ほか訳(前掲注46)一五九頁以下)。

- (146) Hegel (前掲注131), S. 96 (中村ほか訳 (前掲注131) 五〇頁) 参照。
- (147) Hegel (前掲注131), S. 100 (中村ほか訳 (前掲注131) 五四頁)。
- (148) Hegel (前掲注131), S. 100 (中村ほか訳 (前掲注131) 五四頁)。
- (149) Grundlinien (前掲注46), § 126 N (Werke, Bd. 7, S. 239)。
- (150) Grundlinien (前掲注46), § 127 N (Werke, Bd. 7, S. 240)。
- (151) Grundlinien (前掲注46), § 126 (Werke, Bd. 7, S. 236f.) (上妻ほか訳 (前掲注46) 二〇一頁)。
- (152) ヘーゲリアナーは、ヘーゲル思想のこの帰結を認めていなかった。彼らは、極端に不均衡な侵害も正当防衛権によってカバーされるべき点では一致していた(Stöckel, Berner Archiv des Criminalrechts (N.F.) 1848, 570, 580ff.; ders. (前掲注9), S. 1 II; Hirschner (前掲注15), S. 265f.; ders., Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. 1, 1881, S. 481; Köstlin (前掲注127), S. 717; ders. (前掲注105), S. 92f.; Leutia (前掲注24), S. 160, 203, 216, 242ff.; Richter (前掲注127), S. 136f.; Messely (前掲注105), S. 66f., 77f. 「私は、少しの害も甘受する必要はな」)のようになっている。攻撃者を完全に殲滅するまで防衛行為を行うことができる。このままで強硬ではないが、事実上は同じくらい厳格な見解を提唱するのは、Hirschner (前掲注51), S. 265f.; であるが、彼は、正当防衛の本質からすると、その行使の程度は危険の大きさによって決定されるのであり、侵害を受けている財の価値によって決まるのではない。しかし、こうした峻厳さは、ヘーゲル的な正当防衛の「超個人主義的」基礎づけの厳格さ、無慈悲の証左ではなく(そのようにとるのは、Bitzilekts [前掲注4], S. 38, 42, 131ff.; Kargl, ZSW 110 [1998], S. 67f. 「寒波襲来 (Kälteeinbruch)」; Kühl, Festschrift für Trifteter, S. 160) ヘーゲリアナーの構想における無反省に存続するカント主義の象徴である。例えば、Berner (a.a.O. S. 561) は、法権利の不可侵性は、法権利が法権利であることに根拠をもつと主張し、また Leutia (a.a.O. S. 203) は、攻撃された法権利は全て、その実体的な内容がどのようなものであろうとも、侵害によって人格性そのものが同時に攻撃されているという点で、質的に等しいと述べているとき、そこには形式的な見方が垣間見えるが、こうした見方は、ヘーゲルが自由の定在として法を理解することを通じて「実体化する」べく努めたものである。
- (153) 同様に Grundlinien (前掲注46) 序言 (Werke, Bd. 7, S. 25f.) (上妻ほか訳 (前掲注46) 一頁以下) を参照。

- (154) 詳細は前掲注127参照。
- (155) この見解は、今日普及している理解と鋭く対立する。それによれば、ヘーゲリアーナは徹底した「超個人主義的」正当防衛論を提唱したとされている。そのように述べられている『*Haas* (前掲注②), S. 113ff.; *Kronpis* (前掲注③), S. 25; *Krause*, *Festschrift für Bruns*, S. 74f.; *Kühl*, *Festschrift für Triffterer*, S. 160; *Sander* (前掲注4), S. 38ff. 本質的には *Bitzilekis* (前掲注4), S. 39ff. ②③④⑤⑥⑦⑧⑨⑩⑪⑫⑬⑭⑮⑯⑰⑱⑲⑳㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿。
- (156) *Berner*, *Archiv des Criminalrechts* (N. F.) 1848, 554 (強調は原文)。
- (157) *Berner*, *Archiv des Criminalrechts* (N. F.) 1848, 581 (強調は原文)。
- (158) *Berner*, *Archiv des Criminalrechts* (N. F.) 1848, 578 (強調は原文)。
- (159) *Berner*, *Archiv des Criminalrechts* (N. F.) 1848, 562。
- (160) *Berner*, *Archiv des Criminalrechts* (N. F.) 1848, 562。
- (161) *Levita* (前掲注24), S. 270 ①「私的権力の法適合性が、被攻撃者としてのたんなる主観ではなく、客観的に正当な前提条件として存在する」と(強調は原文)に緊急救助の正統性を求めている。
- (162) 詳細については前掲注②を参照せよ。
- (163) *Berner* (前掲注②), S. 110 (強調は原文)。
- (164) 最近の文献では『*Neumann* (前掲注11), S. 225と*Sax*, *JZ* 1977, 329 Fn. 18が、法〔正〕は不法〔不正〕に譲る必要はな」という命題を、厳密に主観的法権利の意味で理解している。「攻撃を被る者の法〔正〕は攻撃者の不法〔不正〕に譲る必要はな」と(『*Neumann*, aa.O.)。このようにあって、かれらはスルナーの見解と合致しているのである。
- (165) 同註 *Lesch* (前掲注34), S. 23ff. 異なる見解として『*Bitzilekis* (前掲注4), S. 41; *Frister*, *GA* 1988, 296; *Haas* (前掲注②), S. 145ff. (引用S. 147); *Koch*, *ZStW* 104 (1992), S. 792; *Krause*, *Festschrift für Bruns*, S. 77f.; *Ludwig* (前掲注4), S. 50f.; *Lühmann* (前掲注4), S. 33f.; *Renzikowski* (前掲注③), S. 77; *Wagner* (前掲注4), S. 23.
- (166) *Hätschner* (前掲注15), S. 263.
- (167) *Hätschner* (前掲注15), S. 475.
- (168) *Hätschner* (前掲注15), S. 244. 実質的に同註⑤の①②③④⑤⑥⑦⑧⑨⑩⑪⑫⑬⑭⑮⑯⑰⑱⑲⑳㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿ *Binding*, *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 1, 1885, S. 734 mit

Fn. 10: von Wächter, Deutsches Strafrecht, 1881, S. 175; Messely (前掲注105), S. 38f.

- (169) Hälschner (前掲注51), S. 253.
- (170) Hälschner (前掲注51), S. 252.
- (171) Hälschner (前掲注51), S. 252; Hälschner (前掲注52), S. 458は、緊急救助の許容性をヘルナーと同じ手法で基礎づけている。正当防衛はたんなる自己防衛ではなく、不法「不正」に対して法「正」を防衛するものであり、それゆえ自分だけではなく他者の権利の保護のためにも行使しうるのである。この言明の衝突方向は、ベルナーと同じく、アンチ心理主義的なものである。人格的権限の正統性は、当該人格がその個性性を守ることからではなく、その人格が法的地位を守ることから生じているのである。
- (172) この点については、前掲注60参照。
- (173) Köstlin (前掲注127), S. 726, 733.
- (174) Köstlin (前掲注105), S. 73.
- (175) Köstlin (前掲注105), S. 75; ders. (前掲注127), S. 708も事実上一致している。
- (176) Köstlin (前掲注105), S. 75.
- (177) Köstlin (前掲注105), S. 75; ders. (前掲注127), S. 708.
- (178) Köstlin (前掲注105), S. 75; ders. (前掲注127), S. 708.
- (179) Köstlin (前掲注127), S. 710f.
- (180) Köstlin (前掲注105), S. 76.
- (181) Köstlin (前掲注127), S. 735; ders. (前掲注105), S. 74 Fn. 10. 同註 Sander, Archiv des Criminalrechts (N.F.) 1841, 80. 緊急救助が許されることに対するアンローチの土壤は、自明の道理である。Köstlin (前掲注127), S. 733ff.; ders. (前掲注105), S. 87参照。
- (182) Köstlin (前掲注105), S. 76 Fn. 1. この批判によって、ケストリンは、強固なヘーゲルの土壤の上に立っている。たとえば、Hegel, Grundlinien (前掲注49), § 75 A (Werke, Bd. 7, S. 157f.) (上巻ほか訳(前掲注46)一三六頁以下); ders. (前掲注49), Hamanns Schriften (Werke, Bd. 11), S. 334参照。



- (183) 詳細は前掲注107を参照せよ。
- (184) もっとも、ケストリンを一貫していないと非難することはできない。この点では、その他の多くのヘーゲリアナーたちと比べると、ケストリンには優位性が認められるのである。たとえば *Kühl, Festschrift für Trifflerer*, S. 161f. が極めて肯定的に評価しているレヴィタは、一方ではケストリンに同調し (*Lenia* [前掲注24], S. 20 Fn. 23)、さらに「防衛行為者の権限は「国家のための、国家の名における」行動に向けたものである」というサンダーの見解にも賛同している (aa.O., S. 18 Fn. 20)。他方で、レヴィタは、ベルナーやヘルシュナーと完全に同趣旨で以下のように述べている。正当防衛においては、個人は「根源的な防衛権」にもとづいて行動している (aa.O., S. 19)。正当防衛は、諸権利に差し迫った攻撃から自らを防衛する個人の権利であるが (aa.O., S. 177)、その基礎は「人格性の権利」である (aa.O., S. 203) と。アベックとリヒターの態度表明にも、二律背反性が全体に染み渡っている。アベック (Abegg) は「正当防衛の正当化根拠を」 *Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft*, 1830, S. 279 において、「より高次の理由」すなわち「法がその妥当性を一般的に要求し、不法〔不正〕による法〔正〕の圧迫が決して許されるはならぬ」ことに求めていたが (ここでは事実上「超個人主義的」アプローチが前提となっている)、『その六年後に公刊された *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, S. 169 では「正当防衛の法的根拠を、〔不法に対抗し、自らの利益を自己主張する〕と云う」『根源的で、直接に自然的な』権利に求めている。そして、このように立場を変遷させても、アベックは彼の「教科書 (*Lehrbuch*)」(aa.O.) において、「根源的正当防衛権」をなおも「自己保全の権利および義務である」と理解することは変わらなかった。しかし、個人は正当防衛権を行使する義務があるというテーゼは、個人の根源的正当防衛権に同時に根拠を求めると相容れない。同様の非整合性はリヒターにもみられる。かれは一方で、正当防衛は「私的な諸権利の行使にとって不可欠の手段」であると明言しながら (前掲注127, S. 137)、他方で被攻撃者に正当防衛権行使の義務を課している (aa.O., S. 138)。
- (185) *Janka* (前掲注108), S. 14.
- (186) *Janka* (前掲注108), S. 27.
- (187) *Janka* (前掲注108), S. 1.
- (188) *Janka* (前掲注108), S. 26.
- (189) *Janka* (前掲注108), S. 26.

- (190) *von Buri*, GS 30 (1879), S. 466.
- (191) *Lasson*, System der Rechtsphilosophie, 1882, S. 510.
- (192) *Helmut Mayer*, Das Strafrecht des Deutschen Volkes, 1936, S. 254.
- (193) *Sander* (通譯社 4), S. 48.
- (194) *Kühl*, Festschrift für Triffterer, S. 166.
- (195) *Bizilekis* (通譯社 4) S. 23; *Haas* (通譯社 2) S. 185; *Koch*, ZStW 104, S. 792 及參照註 4°.