

## 緊急避難のカント主義的な基礎づけの可能性

飯島, 暢  
関西大学法学部 : 教授

<https://doi.org/10.15017/2231006>

---

出版情報 : 法政研究. 85 (3/4), pp.401-424, 2019-03-08. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 緊急避難のカント主義的な基礎づけの可能性

飯 島 暢

- 1 はじめに
- 2 「法論」におけるカルネアデスの板の事例
- 3 緊急避難のカント主義的な基礎づけの試み
- 4 結びにかえて

## 1 はじめに

ドイツ刑法学の最新の知見を常に意識し、わが国の通説的な常識に囚われることなく思考し続ける刑法学者、それが松生光正先生である。私は、特に関西大学法学部に赴任して以来、定期的開催されるドイツ語文献輪読会において松生先生の警咳に接することができ、多くのことを学ばせていただいた。数多のご業績の中でも、特に大きなインパクトを私に与えたのが緊急権に関する一連の著作である。<sup>1)</sup>これらは、単純な刑法解釈学のレベルを超えて国家的法秩序の意義に遡り、その例外という観点から緊急権の限界を法哲学的な背景との関係の下で論じるものであり、極めて重要な研究と言える。本稿は、カント法哲学に基づく緊急避難の基礎づけの可能性という特殊な論点を扱うものであるが、これを松生先生のご退職記念号に寄稿させていただくのも、右のような経緯の下で松生先生から受けた学恩に報いるためである。<sup>2)</sup>

緊急避難は既に解決の済んだテーマでは決してなく、常に新たな論争を生み出す現在のな問題である。<sup>3)</sup>だが、当然にその根底にある正当化(或いは免責)にかかる理論的基礎づけを等閑視することはできない。これまで私は、法(刑法)の目的を(カント主義的な)自由の普遍的保障に求める立場を前提にして一連の研究を行い、正当防衛については一定の見解を既に提示した。<sup>4)</sup>次は緊急避難の番であり、自由の普遍的保障という観点に基づいて緊急避難を基礎づけなければならぬ。自由の普遍的保障、すなわちいわゆる自由論モデルに依拠して理論的な構成を行うということは、法の主体である自律的な人格とは切り離された客観的な財(利益)の保護を一面的に重視しない立場を前提とする。言い換えれば、単純な功利主義的な見解との差異を明確に意識した基礎づけが緊急避難において必須となる。

しかし、ここで一つの難点が生じる。緊急避難の規定(刑法三七条一項)にある「害の均衡性」の要件が、緊急避難の中心にはまさに功利主義的な色彩を帯びた利益衡量原理があるとの理解を想起させるからである。しかし、功利主義

的な利益衡量原理そのものからは、個人の基本的価値も一般的な価値計算の対象にされてしまい、個人の存在にかかる利益がゼロと評価されることもあり得るため、同原理は個人の自由の保障という観点と即座に調和するものではない。<sup>5)</sup>これは、仮に他の要件の比重を大きくして、「害の均衡性」(法益均衡性)の要件の意義を相対的に低下させたとしても、それだけで完全に回避できる事柄ではない。やはり、「害の均衡性」の要件も自由の主体との関係でその自律性と矛盾しない形で、つまり自由論的に (freiheitstheoretisch) 一つの規範的な要件として説明できなければならぬであろう。<sup>6)</sup>さもないと、緊急避難は自由の保障のための刑法という規範システム内部で異質の要素を内包した法制度として捉えざるを得なくなってしまうかねないのである。<sup>7)</sup>

求められるのは、自由論的な立場からの「害の均衡性」の要件をも射程に収めた緊急避難の理論的な基礎づけである。本稿は、自律的な人格の存在を出発点にして、自由の普遍的保障の観点から法(法秩序)の在り方を構想したカントの立場を念頭に置いて、そのような基礎づけの可能性を探るものである。

## 2 「法論」におけるカルネアデスの板の事例

カント主義的に緊急避難を基礎づけようとする際には実は大きな障壁が立ちはだかることになる。何故なら、カント自身の著作においては、緊急避難を権利、換言すれば他者に対する侵害権限として捉える点については否定的に解していたと思われる叙述が見受けられるからである。カントは、『人倫の形而上学』のいわゆる「法論」において、緊急権について次のように述べている。<sup>8)</sup>

ここで権利と思ひ込まれているものは、私自身の生命が失われるという場合に、私に何の危害も加えていない他

の人の生命を奪う権能だとされている。これが権利だとすれば、そこに法論の自己矛盾が含まれざるを得ないのは明白である。——というのも、ここでは、私の生命に対する不正の侵害者に対して、彼の生命を奪うことによってその侵害を防ぐこと「正当防衛のことである」(訳者記す)〔*ius incupatae tutelae*〕が問題となっているのではなく、私に何らの暴力も加えなかった者に対する暴力行為が許されるかどうかの問題となっているからである。

この主張が、客観的に、すなわち法律が定めているところに従って理解され得るべきものではなく、専ら主観的に、すなわちどのように法廷で判決が下されるのであろうかという観点から理解されるべきものであることは明白である。つまり、船が難破して他人と同じような生命の危険に瀕している者が、自分を救うために、他人が身を支えている板切れからその他人を突き落としたりとしても、その者を死刑に処すべしとする刑罰法則「原語は *Stralsesetz*」であり、法学的に表現すれば、刑罰法規、刑法のことをさす「訳者記す」は存在し得ない。何故ならば、法律による刑罰の威嚇は、当人の生命喪失の脅威よりも大きいということとはあり得ないであろうからである。そのような刑罰法則は、意図した効果を全く有し得ない。というのも、いまだ不確定でしかない害悪(裁判官による判決に基づく死)の威嚇は、確定である害悪(つまりは溺死)からの恐怖を凌駕し得ないからである。従って、暴力による自己保存の所為は、罪を問えない。「原語は *unstrafbar*」である「訳者記す」〔*impunibile*〕ではなく、処罰し得ない。「原語は *unstrafbar*」である「訳者記す」〔*impunibile*〕だけであると判断されるべきであり、このような主観的な不処罰を、法律学者が客観的な不処罰(合法性「法律に基づく不処罰の意味である」(訳者記す))であると見なしていることは、奇妙な混同によるものである。

緊急権の格言は次のように云う。「緊急の際に法はなし」(*necessitas non habet legem*)」と。しかしながら、不法であるものを合法的にするいかなる緊急事態もあり得ないのである。

このように、カントは自己に危害を加えていない他者の生命を奪って自己の生命を維持するための緊急権、すなわち緊急避難の権限を否定する。正当防衛との対比がなされているが、カントにおいて法が相互的な強制の可能性として捉えられ、不法な行為に対する法的強制の権能が法の内在的な要素として規定されることから、正当防衛は当然の法制度であるとされるのに対し、緊急権においては、偶然的な事象が危険の原因であるにすぎず、違法な行為者の存在は想定されないため、直截に法的強制の権能を認めることには困難さが付きまとうからであろう。そして、具体例として挙げられているのがいわゆるカルネアデスの板の事例である。カントは緊急権の否定を通じて、緊急避難による正当化を否定しているが、避難行為者を処罰しない旨の結論を認めている。但し、カントがその際の論拠として挙げるのは、刑罰法則が威嚇の効果を持ち得ないとする予防論的なものであり、彼が本来的に主張していた応報刑論との整合性が問題とならざるを得ない<sup>10</sup>。確かに、害の大きさに基づく威嚇の効果を前面に出すことについては疑問を提起せざるを得ないが、しかしながら、カントにおいても理性的な人格を対象にした、公的な法則に基づく行為規範的な行動のコントロールを想定することは可能ならずであり、ここでのカントの論拠については、規範的なものであるとの評価を下すことも不可能ではないと解される<sup>11</sup>。

また、カントが「罪を問えない」（*unstraflich*）と「処罰し得ない」（*unstrafbar*）を区別して、カルネアデスの板の事例で正当化を否定しながら不処罰の帰結を導き出した点に、現代におけるいわゆる二分説の萌芽を認める見解もドイツでは有力に主張されている<sup>12</sup>。いずれにせよ、カントが想定した事態は、あくまでも生命と生命が衝突する場合であり、保全法益が侵害法益に優越する状況についてはカントが何も言及していない点には注意を要する<sup>13</sup>。やはり、『人倫の形而上学』での緊急権に関するカントの叙述それ自体に目を向けるだけでは、問題を解明するのに十分とは言えない。

カントの著作全体の文脈から緊急権に関する叙述を捉え直し、カントの見解について一定の解釈を示そうとするのがキューパーである。彼は、『人倫の形而上学』（一七九七年）の公刊よりも以前のカントの講義録の内容に注目する。講義録というものは、一七九三／九四年冬学期における「ヴィギランティウス人倫の形而上学」のことである。『人倫の形

而上学』では、カルネアデスの板の事例として想定されていたのは、(a)他者が既に板切れにしがみついている、その板切れを自己の占有下に置いている場合に、危難に陥った者が自分の生命を維持するために当該の他者を板切れから引きずり下ろすという状況であった。「ヴィギランティウス人倫の形而上学」でもこの(a)の状況が検討されており、『人倫の形而上学』と同様に緊急権は否定されていた<sup>15)</sup>。しかし、この(a)の状況に加え、「ヴィギランティウス人倫の形而上学」では、更に(b)二人の遭難者の内、まだどちらも板切れにしがみついておらず、板切れの占有が誰にも確立していない状況が取り扱われており、この場合については、カントは緊急避難の権限を肯定していたのである<sup>16)</sup>。

ここで、カントがその理由として挙げるのが「自然的な許容法則」の存在である。通常の場合、実力 (Gewalt) の行使を基礎づけるのは法であり、その逆ではない。つまり、実力行使が法に先行することはない。しかし、カントは実力の行使がなくては法が確立され得ない条件下では、実力行使が先行して法を基礎づけることを認める。具体例として挙げられるのは、自然状態から市民状態 (国家体制) に移行し、法秩序を確立させるための実力行使であり、そのように法を基礎づけるために例外的に実力行使を許容するのが「自然的な許容法則」である<sup>17)</sup>。カントによれば、(b)の状況についてもこの許容法則が当てはまる。何故ならば、当該の状況では、両者ともに板切れに関する占有を確立していないため、どちらも他方に対して強制を行使する権限を有していないのだが、ここで実力の行使を許容しない場合、双方の生命が失われてしまうからである。カントによれば、少なくとも一人の生命だけでも一般的な法則に基づいて維持されなければならないのであり、生命の維持に関する権利を確立させるために実力行使が許容される必要があることとなる<sup>18)</sup>。

この「自然的な許容法則」に基づく正当化の論拠は、『人倫の形而上学』では採用されなかった (そもそも(a)の状況のみが取り扱われている)。その理由であるが、キューパーは次のように推測する。つまり、「自然的な許容法則」において本来想定されているのは、自然状態から離れて市民的な法状態 (国家的法秩序) へと共に入るための実力行使であり、そ

れによって法(秩序)を確立することが目指されている。しかし、カルネアデスの板の事例では、自然を原因とする個別の緊急状態を避けるために、他者を侵害するという個人的な活動があくまでも問題となっており、その際には他者と共に法状態に入るのではなく、反対に弱者である他者を殺害することにより、その者を法状態から排除してしまっている。つまり、ここでは生命を維持するための権利(及びそれを相互的に保障する法秩序)が実力行使によって確立されることになるとは言えず、危難に陥った者に緊急避難の権限を認めることは、国家的な法状態において、強者の権利を認める自然状態を偽装的に継続させるものに他ならないのであって、「自然的な許容法則」の適用対象としては適さないのである<sup>19)</sup>。

では、正当化が否定され、単に不処罰となるにすぎないように思われる緊急避難が「権利」として認められることはないのかと言うと、キューパーはそのようには解していない。まず彼は、カントがカルネアデスの板の事例について「処罰し得ない」ことである「主観的不処罰」と「客観的不処罰(合法性)」を対比させていた点を重視する。このように、カントは不処罰であることを「主観的不処罰」として特徴づけていたが、キューパーからすれば、これは現代における責任阻却のようなものを意味するわけではない。何故なら、避難行為者が不処罰である理由は、刑罰法則が単純な心理学的理由から効果を有し得ないという点にのみ求められており、当該の行為者が内面的に強制された状況下で避難行為に出たというその動機づけの面に対する規範的な評価のようなものは、カントにおいては考慮されていないからである。つまり、「主観的」という表現が用いられているが、「主観的不処罰」は、緊急状況下における行為者の内面の状態に関わり合うものではなく、あくまでも「法律が定めているところ」に基づく「客観的不処罰(合法性)」との対比で、客観的には刑罰法則に違反し、罪を問える(straflich)はずの可罰的な行為を裁判所が不処罰にするという意味で、その判断を「主観的」と表現しているにすぎないのである<sup>20)</sup>。

次に、キューパーは、カントが『人倫の形而上学』での緊急権に関する叙述の末尾において、緊急権における「法的判断の二義性(aequivocatio)は、(理性の前での或いは法廷における)法執行の客観的根拠と主観的根拠との混同に起

「因する」<sup>(21)</sup>と述べている点に着目して、カントは緊急権の文脈では法を二つの異なる次元で捉えていたとする。「主観的不処罰」が「主観的根拠」に、「客観的不処罰」が「客観的根拠」に対応するが、前者は法廷における法執行に対する法的判断であるのに対して、後者は理性の前での法執行に対する法的判断として特徴づけられる。キューパーによれば、理性の前での法執行の客観的根拠とは、理性的な根拠に他ならず、ここでの法的判断はいわゆる理性法に属し、定言命法に基づく「普遍的な法的法則」に則ってなされることになる。この観点においては、緊急避難行為は明白に不法となる。しかし、法廷における主観的根拠は、現実的な法の経験的实践に関わるものであり、その際の法的判断では異なる結論が下される。つまり、刑罰法則の威嚇が心理学的に効果を有し得ないという経験的実践的側面が基準となつて、緊急避難行為も適法であることが承認されるのである。<sup>(22)</sup>

そもそも、『人倫の形而上学』でのカントによる緊急権に関する叙述は、「法論への序論に対する付論」の一部としてなされたものであり、その冒頭では、「二義的な法 (ius aequivocum [曖昧な法]) について」という表題の下、狭義の法と広義の法が区別されていた。<sup>(23)</sup>前者は全て強制の権能と結合するのに対し、後者では強制の権能がいかなる法則によつても規定され得ないとし、これに属するのが、強制のない法である衡平 (Billigkeit) と法のない強制である緊急権であるとされていた。そして、これらの曖昧な法に関わる法的紛争については、いかなる裁判官も決定を行うことができないとされていた。しかし、キューパーによれば、裁判官が決定し得ないというのは、狭義の法の文脈で、つまりは理性法の観点からそれを行うことができなだけであり、法廷における現実の法実践においては緊急避難の権限も緊急権という権利として妥当し得るのである。<sup>(24)</sup>

キューパーの見解は、法を理性法と現実的な法という二つの次元に分けることにより、『人倫の形而上学』における緊急避難的な強制権限を有効な一つの権利として捉える試みと評し得るものであり、カント主義的な立場に基づく緊急避難の基礎づけの可能性を提示した意義を有している。カントは、緊急権を強制の権限がいかなる法則によつても規定

されることがない広義の法に位置づけ、緊急権は法なき強制であると主張していた。ここでの「法則」とは、法的法則 (Rechtsgesetz) のことであるが、本来的には他者の不法な行為に対して相互的に強制権限を行使し得る可能性と結合していると想定されるものである。このような法的法則に規定されない強制の行使である緊急避難が、現実の法において「権利」として扱われるということは、他者の不法な行為に対する反作用ではない法的強制の権限を認める結論に他ならない。しかしながら、このような結論の可能性を提示するキューパーの見解には、次のような問題点があるように思われる。

キューパーの見解の要諦は、カントによる緊急権の議論では理性法と現実的な法が分離していたと解釈する点にある。しかし、そうなると、現実的な法 (広義の法) に属する緊急権は、自由の保障にかかる理性的な法原理にその基準を見いだすことなく、刑罰法則が (威嚇的な) 効果を心理学的に有するか否かという事実的な観点からの判断に服することになってしまう。刑罰法則が効果を有し得ないとされるのも、危難に陥った者が、保全法益を失う不利益と侵害法益を侵害することにより生じる刑罰という不利益を比較して、当該の刑罰を法定刑として設定して威嚇する刑罰法規に従わないからである。確かにここでも、保全法益と侵害法益の一応の衡量はなされいていると言える。何故なら、喪失の不利益という形で保全法益の意義がまず考慮されており、更には、刑罰の不利益というものも、それを法定刑として規定する刑罰法則は侵害法益を保護するために存在しており、原則的に侵害法益に価値的に相応した刑罰量であることが想定されるからである。しかし、その際の消極的な衡量の主体は、危難に陥った者自身であり、その者の緊急状態下での内心の状態、精確に言えば、財の維持に関する欲求そのものが衡量の基準になってしまふ。各人のなまの欲求がそのまま法・権利性 (Rechtlichkeit) の基準になるのは当然に不適切であろう。広義の法だからと言って、「権利」である緊急避難の権限がその例外であるとするには、更なる根拠づけが必要になるはずである。しかし、キューパーの見解からそのための端緒を見いだすのは困難である。

また、ここでの衡量の主体として理性的な人格を想定すれば、個別の欲求とは異なる客観的な基準が得られるのかもれない。しかし、そうになると、刑法法規も理性的な人格に対する公的な法的法則となるのであるから、威嚇の要素を前面に出すべきではないことになるし、更には、理性的な人格を念頭に置き、普遍的な立場を前提にした、衡量という利益（財）状況の比較のための客観的な基準を導き出すのであるから、ここでは、種々の財も理性的な人格の存在から切り離されることなく、その自由の実現手段として扱われなければならない。つまりは、自由の普遍的保障にかかると理性法の次元で衡量の基準を捉え直し、緊急避難の権限を基礎づける必要があるのである。キューパーは、理性法と現実の法を峻別し、緊急権を後者にのみ属するとしていたが、緊急権（緊急避難の権限）が一つの法的強制として強制を行使する「権利」とされる限りでは、やはり理性法の次元からの乖離は不可能であると言えよう。求められるのは、自由の普遍的保障を目指すカント的な理性法の体系の中に緊急権を組み込んで、正当防衛のような本来のものとは異なる独自の法的強制の権限として基礎づけることである。果たしてそれは可能であるのか。

### 3 緊急避難のカント主義的な基礎づけの試み

最近のドイツにおいて、まさにカントの理性法の体系に組み込む形で緊急避難の基礎づけを試みるのがヘルマースである。<sup>26)</sup> 彼の見解は、カント的な意味での自由の普遍的保障の観点から、現実世界において自由を行使するための素材として種々の財を捉え（生命・身体も財とされる）、その諸財の各人格への帰属が保障された関係性として法秩序を規定することを前提にする。<sup>27)</sup> このような関係性は、完全に固定化されるものではなく、生命・身体といった人格性を構成する重要な財を維持するために必要である場合には、一定の状況の下で再定位され得るものとされており、その発動条件として想定されるのが、まさに法制度としての緊急避難である。ヘルマースの見解は、財秩序を人格が主体となる規範

的な法秩序の中に統合し、いわば単なる財の保護それ自体を重視するのではなく、自由な人格の存在との関係を常に意識して、その法的な意義を問い直すものであり、このような捉え方の下では、緊急避難を特徴づける重要な要件であるいわゆる「利益衡量」の要件も、功利主義的な性質を付与されずに、自由の保障という自由論的な文脈の中で再構成されることになる。それでは、以下ではヘルマースの見解をより詳細に検討してみよう。

ヘルマースによれば、緊急避難の問題の要諦は、緊急避難行為者にその権限を認めることと表裏一体の関係にある、(危難の発生について責を負っていない) 侵害法益の担い手側における受忍義務を法的に根拠づける点にある。しかも、このような法的な受忍義務は、緊急状態という外的な状況の変化に基づくため、何故に存在が当為へと移行することになるのかを明らかにする形で基礎づけられなければならない。これは、法秩序全体の基礎及び法そのものに関する態度表明を前提とした問いに他ならないのである。<sup>(28)</sup>そこで、ヘルマースは、拘束力を伴う行為規則としての(法的)義務を構成する方法論として、経験的な一定の目的を直接的に人間の行動の目標とする「直接的に素材(物質)に関わるアプローチ(unmittelbarer-materieller Ansatz)」と、道徳的(法的)な定言命法における無条件的な形式に基づいて行動を規制するという「非直接的に素材(物質)に関わるアプローチ(Nicht-unmittelbarer-materieller Ansatz)」を二者択一的なものとして想定し、<sup>(29)</sup>前者についてはその代表的論者であるホップズとミルの立場を、<sup>(30)</sup>更に後者についてはカントの見解を挙げて、<sup>(31)</sup>詳細な比較検討を行う。結論的には、ヘルマースは、ホップズにおける経験的な「自己保存」<sup>(32)</sup>或いはミルが挙げる欲求の対象たる「幸福」では、普遍的な効力を有する当為を基礎づけることはできないとして、後者であるカントの立場に軍配を挙げる。<sup>(33)</sup>やはり、法的な義務づけでは、個別的な感性的な欲求に対抗してでも義務に合った行動を一般的に、換言すれば万人に受容可能な形で求めざるを得ないのであるから、欲求の対象という内容面ではなく、形式面に基づいた普遍的な義務の基礎づけが、しかもその義務づけが自己強制となり得るような根拠づけが必須となるのである。

こうして、ヘルマースは、緊急避難を論じる際の前提としてカント的な立場に依拠する法的な義務の基礎づけを措定する。つまり、基底に置かれるのは、自由の理念を出発点にして各人においてその実現を図るため、普遍的な法的法則を通じて形成された自律的な人格同士の相互的な尊重関係としての法的な関係性を想定し、この点から法（法秩序）全般を基礎づける立場である。ここでの法的な関係性は、外的なものとして、現実はこの地球上に存在する人格同士の関係であるため、相互的な関係性（に基づく当為・義務づけ）を通じて自由の法的な保障の際には、自由を実現するための手段である種々の素材（財）もいわば義務の内容として取り込まれる必要がでてくる。<sup>(34)</sup>

カント自身、『人倫の形而上学』の「法論」において法（法秩序）の基礎づけを論じる際には、生得的な権利と取得される権利の相違を意識しながら、種々の財が人格に帰属する関係性を法の内容として捉えていた。つまり、生得的なものである「内的な私のもの・汝のもの」と取得されなければならない「外的な私のもの・汝のもの」である。<sup>(35)</sup> ヘルマースは、カントが「法論」の第一部をなす「私法」において展開したその占有論（所有論）を再構成して次のように述べている。<sup>(36)</sup> カントによれば、生得的な権利とは全ての法的な活動とは関係なしに生まれながらに認められるものであり、それは他者の自由と普遍的な法則に基づいて調和することを条件とした、他者の強要的な選択意志からの独立である。<sup>(37)</sup> このような生得的な権利に対応するのが、現実世界におけるその実現のために必然的となる素材（財）であり、「内的な私のもの・汝のもの」として当該の人格に生得的に帰属する。その具体的な内容は、第一に（生命を伴う）身体（肉体）であり、単なる内心の活動である思考、更には、外的な行為そのものもここに含まれる。例えば、生命や身体の不可侵性に対して配慮する義務が人格同士の間で生じるのも、それらが「内的な私のもの・汝のもの」として生得的に各人に帰属しているからに他ならないのである。このような「内的な私のもの・汝のもの」に対する侵害が許容される、つまりその前提として生得的な財の帰属関係が解消されるのは、原則的に、違法な攻撃を通じて当該の人格がそのような帰結を招いた点につき責を負う正当防衛の場合、或いは侵害について自発的に同意を行っている場合に限られる。人格が、

現実世界において自己の自由を展開していくためには、「内的な私のもの・汝のもの」だけでなく、外的な対象を自分のものとして使用する法的な可能性が認められなければならない。この外的な対象が「外的な私のもの・汝のもの」であり、その使用を可能にする一般的条件が占有である。

この占有は、物理的な経験的占有を超えて、つまりは空間的・時間的に別のところにある対象についても妥当する、所持を伴わない叡智的(可想的)占有として基礎づけられなければならない。<sup>(38)</sup> 各人が外的な対象を私的に占有するためには、対象を取得する行為が必要となるが、その根源的な取得は(既に他者のものになっているものから導き出されるものではないという意味で根源的とされる)、他者との関係で時間的に先行することを条件とした一方的な行為である先占であるとされる。<sup>(39)</sup> このような先占という根源的取得に基づいて外的な対象がある人格に帰属することが全ての他者との関係で法的に保障される、換言すれば、その全ての他者にその尊重を義務づけることができるようになるためには、外的な対象(土地、動産)は全ての者にとり取得可能なものとされて、先占して取得した者の占有は相互的に尊重されるという関係が前提として想定されなければならない。カントは、これを理念的に要請される根源的総体占有(urprünglicher Gesamtheitz)と呼んでおり、いわば全ての物件は各人の法的な活動に先立ち、まずは共同占有下に置かれていることが理性概念として求められるのである。<sup>(40)</sup>

ヘルマースによれば、「内的な私のもの・汝のもの」(生得的な財)と「外的な私のもの・汝のもの」(取得された財)は厳密に区別されるものの、共に現実世界における自由の実現のための素材(財)として、その人格への帰属は相互的に尊重されることが法秩序において保障を受けるのである。ここでの帰属に関する相互的な尊重とその法的な保障は、当該の財が感性的な欲求の対象となるか否か、或いは何らかの目的に資するか否かという観点とは関係なく、言い換えれば、経験的な根拠とは無関係に妥当しなければならぬ。<sup>(41)</sup> このような、諸財が人格に法的に帰属する関係性が法秩序の実体をなし、これにより人格相互間の権利義務関係が規定されることになるが、このことは、基本的には国家設立以前の自然状

態（カント的な意味での私法関係）の下において既に基礎づけられている。法における自由の保障が普遍的に達成されるためには、国家的法秩序の設立が必然的となるが、ヘルマースによれば、その際には自然状態の下で基礎づけられた人格同士の権利義務関係に何か変更が付け加わるわけではない。国家の役割も基本的にはその貫徹を保障することだけに限定されるのである。<sup>12)</sup>

以上のような、自由の実現手段である財の帰属が諸人格に規範的に保障された状態として法（法秩序）を捉える思考が、カント的に緊急避難を基礎づける際の出発点になるが、カント自身は『人倫の形而上学』においてカルネアデスの板の事例を取り扱う際に緊急避難の権限を否定的に解していたことが基礎づけの障壁となりそうである。しかし、そこでのカントの否定的な見解の前提にあったのは、生得的な財である生命と生命が衝突する場合であり、取得された財が侵害法益として取り扱われる状況ではなかった。つまり、カントが緊急避難の権限を全般的に否定していたと解釈するのは早計である。そこでヘルマースは、カントの『永遠平和のために』における第三確定条項での次のような叙述<sup>13)</sup>に注目する。

ここで・**歓待**（よいもてなし）というのは、外国人が他国の土地に足を踏み入れたという理由だけで、その国の者から敵としての扱いを受けない権利を意味する。その国の者は、当該の外国人に破滅が生じない限りでのみ、その外国人を退去させることができる。しかし、その外国人が彼の土地で友好的に振舞う限りでは、敵として扱ってはならない。その外国人が要求できるのは、……**訪問の権利**であり、これは地球の表面を共同で占有する権利に基づいて、友好な関係に結び付き合う全ての人間に認められる権利である。

ここでは、外国からの訪問者は、強制的な退去がその者の破滅（人格性・生命の毀損或いは身体性の重大な侵害）をも

たらず場合には、退去させられずに留まる権利を有している。ヘルマースは、先の叙述により、カントは土地という（根源的な共同占有に基づいて）取得された財に対する緊急避難を（同様に根源的な共同占有に基づいて）認めているとする<sup>(14)</sup>。つまり、現代的な表現を用いれば、外国人（避難行為者）の人格性を構成する重要な要素（例えば、生命）の維持が他者の土地に依存する限りでは、その土地に対する侵害（不法侵入や不法滞在）は緊急避難として正当化され得るのである。

こうして、カント自身は明確には述べていなかったが、財の法的な帰属関係を中核とするカント的な法秩序観からも緊急避難を一定の範囲で基礎づけることは可能であるとした上で、ヘルマースは、生得的な財と取得された財は緊急避難の文脈において異なる意義を有すると主張する。まず生得的な財（例えば、生命、身体、意思形成及びその活動）に對しては、たとえ緊急状態であったとしても、他者による一方的な侵害は法的には許容されない<sup>(15)</sup>。何故ならば、現実的な人格を構成する根本的な要素である生得的な財は、外的な諸状況（危険もここに含まれる）とは関係なく無条件的に当該人格の叡智的側面に帰属するのであり、緊急状況が理由となつて一方的に帰属が他者に移転することはなく、他者との関係ではその侵害は禁止されたままだからである。カントが緊急権を否定していたのも、このような生得的な財に対する侵害が想定されていたからである。勿論、生得的な財に対する侵害権限が法的におよそ排除されるわけではない。正当防衛や同意のように侵害の根拠が外的な状況ではなく、当該人格の主体性そのものに存する場合には、（限界はあるが）許容され得る。このような内的な根拠が存在しない緊急避難について侵害権限が否定されるのは、そうでなければ、当該人格を目的それ自体或いは尊厳ある主体として取り扱うことにはならないからである。

これに對して、取得された財（「外的な私のもの・汝のもの」）については事情は異なる。人格が現実世界において自由を実現していくためには、外的な諸財を取得して利用していく必要があるが、既に述べたように、根源的な取得が可能にし、取得されたものについて相互的に他者の利用権限を尊重するように義務づける根拠となるのが、理念として想定される根源的総体占有である。誰かの生得的な財には属していない物件が、この共同的な占有の対象となる。ヘル

マースによれば、こうした根源的な共同占有が理由となつて、取得された財についてはそれに対する緊急避難行為が場合によっては可能となる。<sup>(46)</sup> 何故なら、ある外的な財がある人格によつて取得されたとき、他の人格にはそれを尊重し、使用を控える義務が課せられるが、その差し控へは絶対的に確定したものではなく、他の人格から見て、自己の生得的な財（生命或いは身体）の維持がその外的な財の使用に依存している場合には、取得された財につき、根源的な共同占有者であつた他の人格にその帰属が移転し得るからである。まさに先に挙げた『永遠平和のために』からの引用でカントが述べていた「訪問権」も、共同占有の対象である土地の帰属が外国人の自己維持のために移転することから認められる緊急避難の権限だったのである。但し、先に取得を行つていた人格の生得的な財が当該の取得された財に依存する場合には、やはり先行的に取得した人格の権利の方が（先占という根源的取得に基づいて）優先されるため、他の人格による緊急避難の権限は、たとえその者の生得的財の維持が当該の取得された財に依存していたとしても否定されることになる。<sup>(47)</sup>

こうして、ヘルマースからすれば、財の帰属関係の保障を中核とするカント的な法秩序では、人格の存在性に関わる（偶然的な）緊急状態を条件として帰属関係を改変し、自己の生得的な財の維持のために必要な他者の財（既に先行的に取得された財）の取得を避難行為者に可能にすることは、最初から織り込み済みの事柄となる。このような緊急避難的な取得が成立するためには、そのための意思が他者に認識可能な形で表明される必要があるが、更にもう一つ条件が付け加わる。ヘルマースからすれば、意思活動は生得的な財であるため緊急避難による強制の対象にはならない。つまり、緊急状態の際、他者は避難行為者を積極的に救助することを義務づけられておらず、<sup>(48)</sup> 危険の回避のために必要となる外的な財の使用を控えなければいだけとなる。そこで、避難行為者は、自らの力で危険回避のために必要な財（他者が取得済みの財）に到達できなければならぬ。このようなフィジカルな到達可能性も緊急避難が成立するための必要條件とされる。<sup>(49)</sup>

ヘルマースは、自己の見解を更に明確化するために、次のような事例を検討し、いくつかの重要な帰結を導き出している (i ~ iv)。

〔事例〕 Aは、海に浮かんだ自分のボートのデッキ上で日光浴を楽しんでいた。彼女は溺れているSを見かけ、助けを求める彼の声を聞いた。Sが最後の力を振り絞ってAのボートまで泳ぎついて助かることは可能であった。しかし、それを阻止するためにAはボートを移動させ、その結果Sは溺死した。

ここでAにおける殺人罪の成立の有無は、Aがボートを移動させたときにSが既に緊急避難的にそのボートを取得していたか否かにかかると思われる。Sはボートの取得意思を表明し、フィジカルな到達可能性も現実にも認められるのであるから、ヘルマースは、先行してボートを取得していたAの使用権限を制限するにはそれで十分とする。つまり、Sがボートに実際にはまだしがみついている時点で、Aはボートの使用を控えなければならない (i)。これに対し、例えば事例を修正して、避難行為者が二名 (S1とS2) おり、ボートにAの他には一名しか乗ることができない場合には、ここでのS1とS2同士の関係では、どちらが先に実際にボートに到達したかが決定的となり、先にボートを取得した方が後から泳いで来る者に対して正当防衛を行い得るとする (ii)。但し、ボートに到達するまでの間は、互いに相手に対して攻撃を加えることは許されない。何故なら、身体及び意思に基づく活動 (泳ぐこと) は生得的な財として各々に帰属したままであり、強制的に剥奪できないからである (iii)。Aは救助を行う義務を課せられないが、自発的にそれを行い、S1とS2のどちらを救助するかを選択できるとする。但し、例えばS2を助けたいAが先にしがみついたS1に対して暴力を用いて彼をボートから引き離すことは、許されない。ここでの緊急避難に基づくS1の行為は、Aに対して不法なものではないからである。Aが行い得るのは、S1がしがみつく前にボートをS2の方に接近させることだけである (iv)。

以上の結論を包含する形で、ヘルマースは緊急避難権の基本概念を次のように定式化する。「自己の生命又は身体の不可侵性に対する偶然的な危険がある場合において、他者に帰属すべき諸財への侵害を通じてのみ、現実世界における独自のな（自己）維持を達成し得る者は、外的な（つまり、何人かの内的な私には属さない）諸財を避難に必要な範囲で侵害することが許される（違法な行為にはならない）。但し、これまでの持ち主（先行的取得者）が同様に自己の身体的不可侵性又は行為自由全般の維持のためにこれらの諸財を必要とするときにはこの限りではない。第三者も、危難に陥った者の現実的又は推定的同意の下で行動する限りにおいて、同様の権限を有する。」<sup>(51)</sup>

#### 4 結びにかえて

これまで私は、法秩序においては各人格の独自の自由の領域が相互に普遍的に保障されるとのカント主義的な立場を出発点にして、刑法のあり方を思考してきた。ヘルマースの見解は、同様にカントの法思想に依拠しながらも、法秩序における自由と財の関係性を再定位して、法における自由の保障を財の帰属関係の保障と捉え直すものであり、法秩序における自由の普遍的保障を内容的により精緻化させるものである。このような前提の下、更に生得的な財と取得された財を区別して展開される緊急避難権の基礎づけは、明らかにキューパーとは異なり、緊急避難の権限を自由の保障に関わる一つの法的強制としてカントの理性法体系の中に組み込もうとする重要な試みであり、その際には、いわゆる「害の均衡性」・「利益衡量」の要件の内容も、単なるむき出しの財状況の比較ではなく、生命・身体に代表される自律的な人格性の維持に関わる生得的な財の保障に収斂する形で財状況の比較として解釈されることになる。これはまさに「害の均衡性」・「利益衡量」の要件の自由論的な再構成であり、本稿の冒頭で提示した問題を解決できる理論構成として評価し得るものである。但し、いくつか疑問もある。まず、先行して取得した者が優先的に取り扱われる点である。つまり、避難行為者の生

得的な財の維持が先行的に取得していた者の取得された財に依存していた場合でも、同時にその先行者の生得的な財の維持が当該の取得された財に依存しているときには、緊急避難は認められなくなる。これをカルネアデスの板の事例で説明すれば、先に（一人しか支えられない）板切れにしがみついた者の生命の維持の方が優先され、後から泳ぎ着いた者の生命は劣後することになる（更に、先に挙げた事例で言えば、(ii)のように正当防衛の対象となる）。これは、カントが生得的権利と結び付けていた根源的総体占有を前提とした先占という根源的取得に由来する法的な基準であった、別段事実的な時間的優先性が単に考慮されているだけではないのかもしれないが、先占が決定的な基準になることに対しては、結局のところ早い者勝ちになると変わらず、ここでは単なる取得された財の帰属関係の確立ではなく、片方の生得的な財（生命）の毀滅が帰結されるのであるから、若干の疑問が残る。

次に、先に挙げた事例の(iv)の点である。何故Aは任意にS1とS2のどちらか一方にボートを近づけることによって、択一的な救助を行うことができ、結果として片方が溺死してもよいのであろうか。ヘルマースによれば、危険に陥った者が避難行為を開始して、他者の外的な財に到達する可能性があるだけで、その他者は避難の妨げにならないように当該の財の使用権限を既に制限されるはずである。つまり、Aのボートの使用権限は、S1とS2の双方との関係で同様に制限されるはずであり、例えば、S2にボートを近づける行為がS1の避難の妨げになる場合には、やはりそれは許されないのではなからうか。

こうした疑問点があるものの、ヘルマースが明らかにした緊急避難権の基本概念そのものに対する評価は変わらない。自由の保障に関する法的な強制権限としての緊急避難の基礎づけがカント的な立場に基づいても可能である点を示した功績は非常に大きいと思量される。

(1) 特に、①松生光正「例外状態と正当化」ノモス（関西大学法学研究所）三〇号（二〇一二年）一五頁以下、②同「例外状態と

国家的行為の正当化」刑法雑誌五三卷一号（二〇一三年）八八頁以下、③同「緊急状態による正当化」『例外状態と法に関する諸問題』（関西大学法学研究所研究叢書第五〇冊、二〇一四年）五七頁以下、④同「押しつけられた緊急救助」『統・例外状態と法に関する諸問題』（関西大学法学研究所研究叢書第五四冊、二〇一六年）一五頁以下、⑤同「国家と緊急救助」竹下賢他編『法理論35』（二〇一七年）三五頁以下。

(2) 最近においても、注(1)で挙げた⑤論文について私からコメントを提示し（飯島暢「緊急救助（正当防衛）の主体となる国家とその構成員達」長谷川晃他編『法の理論36』（二〇一八年）一七九頁以下）、更に松生先生から①回答を得る（松生光正「飯島コメントへのリプライ」同二一九頁以下）という形でご教示を賜ることができた。

(3) 最新の研究として、特に深町晋也『緊急避難の理論とアクチュアリティ』（二〇一八年）一八一頁以下を参照。

(4) 飯島暢『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』（二〇一六年）一五三頁以下参照。

(5) 松生「例外状態と正当化」（前掲注(1)の①論文）二三頁参照。利益衡量原理は一般的な法原理として耐え得るものではないとされる。そもそも法における衡量原理が単純な利益の衡量に終始するものではなく、より規範的な性質を有する点について<sup>24</sup> Jan-Reinard Sieckmann, Rechtsphilosophie 2018, S. 123 ff.が示唆に富む。更に<sup>25</sup> Juan Antonio García Amado, Abwägung versus normative Auslegung?, Rechtsstheorie 40, 2009, S. 1 ff.; Joachim Rückert, Abwägung - die juristische Karriere eines unjuristischen Charakters oder: Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel, JZ 2011, S. 913 ff.; Gustavo A. Beade, Der deontologische Charakter der Abwägung, Rechtsstheorie 44, 2013, S. 371 ff.; Florian Windisch, „Abwägung“: Total, formal oder strukturiert?, Rechtsstheorie 44, 2013, S. 61 ff.を参照。

(6) そもそも、衡量に限定を課す二分説が有力に主張されているように、純粹に功利主義的立場を貫徹させることには一般的に躊躇がなされているはずである。ドイツ刑法三四条における「著しい優越」の要件も同様の限定として解せよう。だが、問題は、そのような限定を便宜的なものとしてではなく、どのようにすれば自由論的に説得的に基礎づけることができるかにあり、そのためには、法秩序における自由と財（利益）との関係性を改めて見つめ直す所作が必要となる。なお、市民社会との関係を念頭に置いて緊急避難における利益衡量を客観的に限定する立場として<sup>26</sup> Günther Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 48 ff.を挙げておく。但し、ギュンター・ヤコブス（＝川口浩一訳）『管轄の段階』（川口浩一・飯島暢訳）『法的強制と人格性』（二〇一二年）所収）九二頁は、緊急避難においては、純粋な法・権利性による基礎づけだけでなく、更に「功利主義的な悟性」の観点が付加されるとしている。

(7) 注(1)で挙げた①論文は、二〇一一年六月一七日に関西大学法学研究所で開催された講演（第九四回特別研究会）の内容を基にしている。今でも鮮明に覚えているのだが、講演会での質疑応答の際に、私が「利益衡量の要件を持たない緊急避難の規定

は理論上あり得ますか。」と質問したところ、松生先生は「あり得るでしょうね」とお答えになられたのだった。

- (8) Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, AB 41, 42. なお、引用文を翻訳する際には、加藤新平・三島淑臣訳「人倫の形而上学〔法論〕」「世界の名著39カント」(一九七九年)三六〇頁以下、樽井正義・池尾恭一訳「人倫の形而上学」(岩波書店版カント全集11、二〇〇二年)五四頁以下を参考にした。カントの著作については、本稿では基本的にヴァイシユエーデル版(*Werke*, in 12 Bänden, Hrsg. von Wilhelm Weischedel, 1968)に依拠するが、講義録のようにアカデミー版から引用する際には、AAと表記し、その後にローマ数字で巻号を記載した。

- (9) カントにおける法的強制については、飯島「自由の普遍的保障と哲学的刑法理論」(前掲注(4))二〇五頁以下を参照。カントは、不法な行為に対する法的強制の概念の原型を作用と反作用の同等の法則に基づくフィジカルな身体同士の相互作用関係の中に求めており、その際には一定の均衡性が前提とされていた(Kant, *MDS*, AB 37, 38)。同様の記述は、Immanuel Kant, *Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft wird auftreten können*, § 58 Anm., A 176f. も見受けられる。また、カントからも影響を受けているMichael Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, S. 21は、正当にも、不法の帰結である法的強制の権能を不法行為を行った者との関係では均衡性の範囲内で認められるものであるとしている。そもそも、均衡性はカントの法概念全般で前提とされている重要な観点であると評価し得るのである(この点については、特にRalf Buttermann, *Die Fiktion eines Faktums: Kants Suche nach einer Rechtswissenschaft*, 2011, S. 262 f.を参照)。従って、この法的強制が国家的法秩序において(すわばストレートに)制度化されたものである正当防衛においても一定の均衡性が原理上前提とされるを得ないはずである。これに対して、山本和輝「正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務は認められるか?」(『立命館法学三七七号(二〇一八年)一八七頁注二〇〇)は「Kantの見解に依拠するならば、少なくとも正当防衛の脈絡において、主観的権利と強制権限の概念的結合から『均衡性』という観点を導出することはできない。」と主張するが、カント法哲学全体の文脈から判断する限り理解しがたい見解である。確かに、カント自身、正当防衛に関する叙述において「節度をわきまえることは法ではなく、倫理に属することである。」と述べているが(Kant, *MDS*, AB 41, 42)、その際には、自「の」生命に対して不法攻撃をしかけてきた者の生命を正当防衛によって奪うという均衡性が一応のところ既に満たされている状況が問題とされており、「節度(Mäßigung)」というのは、その場合に殺害を防衛行為としてあえて控えることを意味している。つまり、均衡した防衛行為を行うこと自体が狭義の倫理に属するのだとカントが主張しているわけでは決してない。

- (10) カントにおけるカルネアデスの板の事例については、特にJoachim Hruschka, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Carneades bei Getitz und bei Kant*, GA 1991, S. 1 ff.; Jan C. Joerden, *Wahlaklausur - Rechtsphilosophie: Das Notrecht*, Jus 1997, S. 725 ff.; Wilfried Küper, *Immanuel Kant und das Brett des Carneades*, 1999; Alexander Archele, *Was ist*

und wozu taugt das Brett des Carneades?, Jahrbuch für Recht und Ethik, Bd. II, 2003, S. 245 ff.を参照。なお、カントとの対比から、本問題に関するニュウチの見解を明らかにするものとして、Jean-Christophe Merle, Notrecht und Eigentumstheorie im Naturrecht, bei Kant und bei Fichte, in: Wolfgang H. Schrader (Hrsg.), Materiale Disziplinen der Wissenschaftslehre. Zur Theorie der Gefühle, 1997, S. 41 ff.を添えて記す。

- (11) Küper, Immanuel Kant und das Brett des Carneades (前掲注 (10)) S. 29 Fn. 64は、カントの緊急権の文脈における威嚇の側面は、応報としての正義の側面と必然的に矛盾するわけではなからざる。
- (12) 飯島『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』(前掲注 (4)) 七四頁以下参照。
- (13) 例えは、Joerden, Wahlfachklausur – Rechtsphilosophie: Das Notrecht (前掲注 (10)) S. 727を参照。
- (14) 上の点については、Kristian Kühl, Freiheitliche Rechtsphilosophie, 2008, S. 350が、優越的利益を保護する場合であったとしても、カントは緊急避難言論に正当化の作用を認めなからざるべしとす。
- (15) Metaphysik der Sitten Vigilantius, AA, XXVII, S. 599 f. 同時に、刑罰法則が効果的に許容されない行為を禁止できなからんとかゝる不処置は、その行為が認められしより。
- (16) Metaphysik der Sitten Vigilantius, AA, XXVII, S. 513 ff.参照。
- (17) Metaphysik der Sitten Vigilantius, AA, XXVII, S. 515参照。なお、カント法哲学における許容法則の意義については、特に Matthias Kaufmann, Was erlaubt das Erlaubnisgesetz - und wozu braucht es Kant?, in: B. Sharon Byrd u. a. (Hrsg.), Philosophia Practica Universalis, Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag, 2005, S. 195 ff.を参照。
- (18) Metaphysik der Sitten Vigilantius, AA, XXVII, S. 516参照。
- (19) Küper, Immanuel Kant und das Brett des Carneades (前掲注 (10)) S. 42 f.参照。
- (20) Küper, Immanuel Kant und das Brett des Carneades (前掲注 (10)) S. 49参照。
- (21) Kant, M&S, AB 41, 42, AB 43, 44.
- (22) Küper, Immanuel Kant und das Brett des Carneades (前掲注 (10)) S. 49 ff.参照。
- (23) Kant, M&S, AB 39.
- (24) Küper, Immanuel Kant und das Brett des Carneades (前掲注 (10)) S. 54 f.参照。
- (25) Gunnar Helmers, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, 2016. 本書は、総頁数が五〇七にも及ぶ大著であり、二〇一四年にハンブルク大学法学部において博士論文として受理されている。指導教授は、シビヤエル・ケラーである。
- (26) 但し、ヘルマースは、自由という文言が一般的に刑法における論拠づけの際に濫用されがちであり、誤解を招きやすい

- ものであることから、極力その使用を避けようとしている。この点を明言するのは、ders. Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts (前掲注 (25)) S. 190である。しかし、彼は同時に「カントに依拠するのであるから当然なのであるが」多くの箇所ですべての保障にかかる自由法則的な (Freiheitsgesetzlich) 論拠づけを行っている。
- (27) Helmers. Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts (前掲注 (25)) S. 42によれば、法は間人格的な外的帰属関係の総体であり、当該の関係は、各人 (非物質的な主体性が念頭に置かれる) に対する物 (素材) の配分に関する一般的な規則に従って、欲求に依存せずに構成されるとしている。付言しておくこと、欲求に依存するのでは、自由の保障は法的に担保され得ないという立場がここでの前提にある。
- (28) Helmers. Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts (前掲注 (25)) S. 21 f. 参照。
- (29) 特に Helmers. Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts (前掲注 (25)) S. 20 f. を参照。この付言すると、「素材 (物質)」というのは、いわば欲求の対象となるものであり、この欲求の対象を直接的に念頭に置いて義務を基礎づけるのか、或いは、それとは無関係に法的な拘束性を伴う義務をまず根拠づけて、その後で初めて欲求の対象を法的に秩序づけるのかの相違であると言えよう。
- (30) Helmers. Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts (前掲注 (25)) S. 28 f. 参照。
- (31) Helmers. Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts (前掲注 (25)) S. 60 f. 参照。
- (32) 詳細については Helmers. Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts (前掲注 (25)) S. 58 f., 166 f. 等を参照。
- (33) Helmers. Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts (前掲注 (25)) S. 178 f., カント的なアプローチこそが義務の生成に關し唯一有用 (可能) な出発点であることが断言される。
- (34) 特に Helmers. Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts (前掲注 (25)) S. 199 f. を参照。付言しておくこと、当為の普遍的な効力は定言命法としてのその形式性に依拠しているため、素材 (財) の義務の内容への受容は、自由の保障にかかる普遍的な効力が基礎づけられていることを前提にして、それと矛盾しないようになさなければならない。つまり、素材 (財) そのものが効力性の根拠とされるはならない。
- (35) Kant. M.D.S. AB 45. 特に「外的な私のもの・汝のもの」にこそ、Rainer Friedrich. Äußeres Mein und Dein und allgemeiner Wille in Kants *Rechtslehre*. in: Dieter Hüning u. a. (Hrsg.). *Festschrift für Manfred Baum zum 65. Geburtstag*. 2004, S. 321 f. を参照。
- (36) エーニヒャーは Helmers. Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts (前掲注 (25)) S. 114 ff. 207 ff. を参照。
- (37) Kant. M.D.S. AB 45 参照。
- (38) Kant. M.D.S. AB 55. 56. A 62/B 61. 62 参照。

- (39) Kant, *MDS*, AB 78, 79 参照。
- (40) Kant, *MDS*, AB 84, 85 参照。
- (41) Helmers, *Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts* (前掲注 (25)) S. 208 f., 215 参照。それ故に、帰属主体についても専ら経験的な存在を想定するのではなく、その背後にある理性的な人格性(本人 *Homo nomenon*) に着目する必要がある。
- (42) Helmers, *Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts* (前掲注 (25)) S. 126 参照。
- (43) Immanuel Kant, *Zum ewigen Frieden*, BA 40/BA 39, BA 41, 42 引文を翻訳する際には、遠山義孝訳「永遠平和のために」(岩波書店版カント全集 14、二〇〇〇年) 二七四頁を参考にした。
- (44) Helmers, *Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts* (前掲注 (25)) S. 143 参照。ヘルマースによれば、*MDS*, A 95/B 95, 96 における人間が海浜に漂着した場合についての叙述でも、他人の土地への侵入に関する緊急避難の権利がカントにおいては暗黙裡に想定されていた。
- (45) Helmers, *Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts* (前掲注 (25)) S. 219 参照。
- (46) Helmers, *Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts* (前掲注 (25)) S. 253 参照。
- (47) 以下の依存関係については、取得された財の喪失が直接的に生得的な財の喪失につながるような緊密な関係性が必要である。決定的で排他的で代替性のない関係性である。
- (48) 従って、ヘルマースからすれば、一般的救助義務を定めたドイツ刑法三三二条 c の存在自体が不当なものとなる (S. 261 Fn. 374 等を見よ)。
- (49) Helmers, *Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts* (前掲注 (25)) S. 260 参照。
- (50) Helmers, *Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts* (前掲注 (25)) S. 261 参照。
- (51) Helmers, *Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts* (前掲注 (25)) S. 267 f. 同様の定式化は S. 293, S. 479 f. でも見受けられ、特に後者では、緊急避難権に基づく物取得構成要件 (*Sacherverstattbestand*) の要素が列挙されている。また、この定式化によれば保全法益は原則的には生命や身体のような生得的な財に限定されるはずなのであるが、財産を加える点については、立法者の裁量の範囲内であるとして許容されている (例えば、S. 329)。紙幅の関係で紹介できないが、本文で挙げた基本概念に基づき、ヘルマースは、ドイツにおける緊急避難に関する実定法上の諸規定、判例、学説を批判的に検討しており、更には防衛的緊急避難や強要的緊急避難に應用して一定の帰結を導き出している (前者については S. 404 頁を、後者については S. 447 頁を参照)。

※本稿は、JSPS 科研費 18K01324 の助成を受けたものである。