

フオイエルバッハの正当防衛論

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2022-03-25 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: FURITSU, Takayuki メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.24517/00065578

This work is licensed under a Creative Commons
Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0
International License.



フョイエルバッハの正当防衛論

振 津 隆 行^{*}

目次

第1節 はじめに

第2節 アンシャン・レジーム（旧体制）下の刑法と啓蒙主義刑法思想との相違

第3節 フョイエルバッハの略歴と正当防衛論

第1款 フョイエルバッハの略歴（『陪審制度論』を含めて）

第2款 フョイエルバッハの正当防衛論

第4節 むすび

第1節 はじめに

夙に、中 義勝『正当防衛について』で、「三、啓蒙期における正当防衛観とP・J・A von フョイエルバッハの見解⁽¹⁾」を採り上げ、これを検討されたが、再度、当時の状況等に鑑みて、果たしてオリジナルなフョイエルバッハの「正当防衛」観とはいかなるものかということを再検討してみようというのが本稿の問題提起であり、これこそが本稿の目的である。

第2節 アンシャン・レジーム（旧体制）下の刑法と啓蒙主義刑法思想との相違

では、アンシャン・レジーム（旧体制）下の刑法の一例として、多大な影響をもった刑事法典として、正式名称「カール5世及び神聖ローマ帝国刑事裁判令」、ラテン語名「カロリーナ刑事法典」、通称「カロリーナ」略して

※ 筆者は、金沢大学名誉教授・博（法）である。

(1) 中 義勝『正当防衛について』（関西大学出版部 1987年）26～46頁参照。

(CCC) と呼ばれる「刑事法典」は、1532年に制定されたものであり、その特徴はいかなるものであったであろうか⁽²⁾。すなわち、本法典は、16世紀に成立し、18世紀の半ばまで適用されたものである。

このカロリーナ刑事法典の特色を簡単に要約することは非常に困難である。すなわち、「現代の法文化・法制度から大きく隔たるほぼ500年前の近代初頭ドイツの法令であり、今日においてその内容と意義を正確に理解することは必ずしも容易ではない」⁽³⁾ からである。

傾向的には、公的イニシアティブに基づく犯罪訴追の必要性は、農業生産力の頭打ちに伴う経済停滞・廃村、14世紀初頭の大飢饉、14世紀中葉の黒死病等によってもたらされた。「中世の危機」と呼ばれる社会的混乱と不安を背景とした徘徊・流浪する犯罪者群は、「ラント有害者」と呼ばれた。以上のような旧来の犯罪訴追手続は、これらの犯罪者群に対し無力であり、犯罪闘争のための新たな断罪手続が登場したのである⁽⁴⁾。

その一例として、「拷問による自白強要を許容する拷問手続」が現れた⁽⁵⁾。そのほか、ここで問題とすべき、「実体法規定」の部分では、構成要件を不明確にし、罪刑法定主義を否定する①類推処罰の許容、すなわち、明文を欠く犯罪については、法有識者の鑑定を経て行う類推処罰が許容されている（第105条）⁽⁶⁾、②刑罰の点では、死刑は、焚刑、斬首刑・引裂刑・車輪刑・絞首刑・溺死刑・生埋め刑が規定され、身体刑として、舌の切断・指の切断・耳の切断・笞打ちが定められている（第192条、198条）。身体刑には

(2) カロリーナの全訳として、従来、塙 浩「カルル五世刑事裁判令（カロリナ）」（神戸法学雑誌18巻2号 1968年）210頁～299頁があった。その後、近時、上口 裕『カロリーナ刑事法典の研究』（成文堂 2019年）が出版され、訳文・注釈が全面的に一新・充実された。なお、本稿では、以後上口訳に依拠する。

(3) 上口・注(2)・3頁。

(4) 上口・注(2)・8頁参照。

(5) 上口・注(2)・8頁。

(6) 上口・注(2)・36頁。

追放刑が併科されうる（第198条）⁽⁷⁾。最後に、③ここで、最も重要で、本テーマにかかわる免責事由について考察しておこう。(i) 正当防衛の要件が明確に定められ、その証明認定に関し詳細な規定がある（第139条～145条）。(ii) 防衛行為時の錯誤は免責される（第145条）。(iii) 正当防衛以外の免責事由として、姦通者の殺害、第三者のための正当防衛としての殺人（＝緊急救助）、責任無能力者による殺人、逮捕に抵抗する者の殺害、夜間の住居侵入者の殺害等が列挙され、類似事例については求鑑定が命じられている（第150条）」⁽⁸⁾。

では、カロリーナでは、典型的な正当防衛はどのように規定されているであろうか。その第139条に、以下のような規定がある「第139条 同じく、自己の身体、生命を守るために正当防衛（*rechte notweer*）を行い、侵害を加える者を防衛に際し殺害する者は、何びとに対してもこの点について責めを負わざるものとする。」⁽⁹⁾と規定している。さらに、正当防衛の要件として、その「第140条 同じく、ある者が生命に危険のある武器を以て急襲、攻撃し、打撃を加え、被侵害者が、自己の身体、生命、名誉、及び良き世評を危険又は侵害に曝すことなく適切に侵害を回避しえざるときは、罰せられることなく、正当なる反撃により自己の身体、生命を防衛しうるものとする。ゆえに、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負うことなく、また、それが成文法及び慣習の命ずるところに反するか否かを問わず、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ざるものとする。」⁽¹⁰⁾との規定などがあり、趣旨明白とはいえない、やや奇異な規定などがある。その他、第142条の正当防衛の場合の举证責任規定など様々な規

(7) 上口・注(2)・38頁。

(8) 上口・注(2)・37頁、なお、347～379頁も参照。

(9) 上口・注(2)・347頁。

(10) 上口・注(2)・349頁。

定が混在している（第143条～第144条）⁽¹¹⁾ ののである。

これに対して、啓蒙主義刑法思想、すなわち、18世紀後半以降のヨーロッパになって、背景は自然科学の長足の発展、すなわち、不可知なことを何も神を引っ張り出さなくても、科学的に説明可能となってきた。そのスローガンこそは、「あらゆるものを、理性の法廷に引っ張り出す」ということ、つまり、人間理性（功利主義）の強調であった。これらを推進したのは、イタリアではベッカリーア、フランスではヴォルテール、ドイツではホンメルなどであった。彼らは、合理主義、社会契約説、個人主義、功利主義などを基礎とし、まず①法とモラルの分離、つまり宗教犯罪の廃止により、「行為刑法の原則」への転換、②身分刑法の廃止、③罪刑法定主義（この反対語が、罪刑専断主義）、④罪刑の均衡（犯罪と刑罰がある程度、納得のゆくものでなければならない）などであった。

これらの啓蒙主義刑法思想を体現したものとして、以下のような刑法典が挙げられる。すなわち、

1791年フランス革命刑法典（啓蒙期の刑法思想を最初に体現したものとされている）。

1810年フランスのナポレオン刑法典。そして、本稿で取り扱われるはずの、1813年バイエルン王国刑法典⁽¹²⁾（フォイエルバッハが立案したが、当時の司法大臣フォン・ツェントナーによりまったく改訂されてしまったが）。

では、そこで元来フォイエルバッハとはいかなる人物で、その略歴を概観することも、今や意義深いものと思料される。

(11) 上口・注(2)・361－366頁。

(12) これには邦訳がある。中川祐夫「龍谷法学」第二巻二・三・四合併号、同第三巻一号、二号、三・四合併号、四巻一号。

第3節 フォイエルバッハの略歴と正当防衛論

第1款 フォイエルバッハの略歴（『陪審制度論』を含めて）

さて、パウル・ヨハン・アンゼルム・フォイエルバッハ（Paul Johann Anselm Feuerbach, 1775～1833）の生涯については、ラートブルフ著『一法律家の生涯』⁽¹³⁾にかなり詳しく描かれているので、本書に依拠しつつも、フォイエルバッハ本人の著作等も参看しつつ、検討を加えることにしたい。彼は、1775年11月14日に生まれた。彼は、父親からの横暴から逃れるために、祖父と叔母の住んでいたイエーナに逃亡し、イエーナ大学で熱心なカント哲学が彼の思想形成の出発点となった（「哲学博士」の学位を取得した）。フォイエルバッハは、愛すべき哲学から、「パンのための学問」たる法学に転科して、1798年1月15日に「法学博士」論文を提出し、受理された。本論文は、時代にそぐわなくなったカロリーナ刑事法典の刑罰の残酷さを普通刑法の実務が回避しようと努力した超実定法的軽減事由に対して、法律の犯すべからざる効力のゆえに、そのような適用にたいして反論したものであり、この立場は、行刑とは単に一般的な刑罰威嚇の厳格さを強めるものであって、個々の事件、個々の人格の基準によって行為者に作用することには定められていないのであるとする刑法理論に基づいているのである。それは、フォイエルバッハが以前、まず「反ホブス論」で指摘し撒いた理論である。哲学が実定法の管轄内に干渉するのを防御することが、再びライトモチーフとして鳴りひびいているのである⁽¹⁴⁾。

この博士論文が受理された1799年に、フォイエルバッハは、イエーナ大学で私講師となり、同年に、いわゆる『省察』Ⅰ部・Ⅱ部2巻⁽¹⁵⁾を刊行した。

(13) ラートブルフ著・菊池榮一＝宮澤浩一訳『一法律家の生涯』（東京大学出版会 1963年）1頁以下。

(14) ラートブルフ・注(13)・61頁。

(15) Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts. 1. Teil, 1799, 2. Teil, 1800.

1800年には、員外教授となり、1801年にはイエーナの参審員席の員外陪席に任命される。その直後、彼は、参審員に足を踏み入れた。同年に、フォイエルバッハは『刑法教科書』⁽¹⁶⁾ (1801年) を出版した。1802年には、キール大学からの招聘に応じ (2年間)、その間に『クール・プファルツ・バイエルン国刑法典のためのクラインシュロート草案批判』 (1804年) を出版した。その直後 (1804年) に、再度招聘されて、夏学期からランズフートで教職に就く。彼は、1週24時間にもわたる講義を担当していた。この年の8月19日、バイエルン刑法典改定の委嘱を受けることになった。

1805年12月16日、ミュンヘンの大臣官房、司法・警察部の員外枢密顧問官補に任命され、同年、フォイエルバッハは、ミュンヘン・アカデミーの名誉会員となり、大学の教壇から永遠に訣別することになった。

1805年から1814年までの8年半、フォイエルバッハはバイエルン司法省勤めであった。ほかに例をみないほど歴史の中味が充実していたこの数年の時期、フォイエルバッハは、再建後間もないバイエルン王国の生成に参加して、枢機にあずかることになった⁽¹⁷⁾。

そして、バイエルンでは、選帝侯マックス・ヨーゼフに、フォイエルバッハは、1806年に、「拷問禁止」を認めさせ、また、同年に彼が起草した「密猟禁止に関する法令」を公布させた。ただし、この「密猟禁止」法法令に対しては、バイエルンの法曹家たちから不興を買うことになった。しかし、フォイエルバッハの「密猟禁止」法令は、現行犯の場合にのみ規制するという点で、のちに好評価を受けることになった⁽¹⁸⁾。

その後、フォイエルバッハは1808年1月末から2月末まで、憲法草案を作成したが、廃案となった。しかし、同年 (1808年) 5月1日に公布された、バイエルン憲法の生みの親は、フォイエルバッハであった。

(16) Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, 1801.

(17) ラートブルフ・注(13)・119頁。

(18) ラートブルフ・注(13)・123頁。

立法委員会で、かなりの修正・改訂が加えられつつも、フォイエルバッハの起草になる1813年に「バイエルン王国刑法典」が発行する（なお、1812年に作成されたが、同年1813年にランズフートから出版された、『陪審制度論』が、2019年に邦訳されている。これについては、のちに、検討する）。

その後、1815年フォイエルバッハは、バイエルンの官職をやめさせられることになった。

その後、1817年3月18日、フォイエルバッハは、アンスバッハのレザート地区控訴院第一長官に任命された。かくして、もっとも不愉快だった彼の生涯の時期が終った。すなわち、アンスバッハは、フォイエルバッハの最後の故郷となった⁽¹⁹⁾。

1818年3月12日事態收拾のための国王の勅令が発せられ、ついで1818年7月22日にコンコルダートの発表と同時に、憲法と関連して宗教勅令が公にされたことは、フォイエルバッハの少なからず誇りとするのであった⁽²⁰⁾。そして、彼は、バイエルンのプロテスタント教会の上級宗教局長官となった。

そして、バイエルンは立憲国家となった。1819年2月5日にドイツ史上最初の国会が、ミュンヘンにもたらされたことは、全ドイツ的な事件であった。フォイエルバッハは、この国会に熱狂的なメッセージを送った⁽²¹⁾。

1819年5月17日のフォイエルバッハの書簡や論文等の影響で、①公開主義、②口頭主義、③陪審裁判所に関する重大な司法上の論議を導き、全ドイツの自由主義的司法綱領が発出した⁽²²⁾。

その後、フォイエルバッハは、1821年1月1日に、『正義の司法の公開主義と口頭主義に関する諸考察』の序文の下に署名した。この著書は、フォイエルバッハの最も重要な作品となった。この作品は、「公開主義」と「口頭

(19) ラートブルフ・注(13)・207頁。

(20) ラートブルフ・注(13)・214頁。

(21) ラートブルフ・注(13)・218頁。

(22) ラートブルフ・注(13)・219頁。

主義」を原則するもので、他のいかなる著作にも見られなかった法史的に重要な、司法制度の導入を行なった。ただし、フォイエルバッハは、フランス流の陪審裁判所には懐疑的であった⁽²³⁾。

そこで、フォイエルバッハは、1816年に「陪審裁判所」とはいかなるものかを体験するために、フランスへと「見学旅行」へと旅立った。彼は、2ヶ月にわたってフランスに滞在して、現実の「陪審裁判」とはいかなるものかを具体的に研究した。この成果をもとにして、1825年に『フランス裁判所構成法、裁判手続について』という著作を発表したが、「フランスを模倣したその形態の上にすでに自由主義がくいこんでおり、その結果ひとびとは彼の努力を、批判や懐疑と受け取るよりは、危険なものとして受け取るほどであった」のである⁽²⁴⁾。

フォイエルバッハは、1824年頃から、刑法典の改訂版を書き出し、1825年に彼は、刑法改正版を司法大臣に提出したが、全く拒絶された。

1825年、国王マックス・ヨーゼフが死去し、皇太子であったルートヴィヒが国王になり、それに伴ない、「国家的な立場とともに意識的にカトリックの立場をもっていることが次第に明らかになると」⁽²⁵⁾、フォイエルバッハに對する立場も悪い方向へと変っていった。

1824年には、フォイエルバッハは50歳となった。

その後、1828年から29年にかけて、フォイエルバッハは畢生の著作、すなわち、『著名犯罪の記録による叙述』など2巻を出版した⁽²⁶⁾。

しかしながら、フォイエルバッハの肉体的な老化現象は著しく、1829年4月3日、フォイエルバッハは開廷中に突然長官の椅子からくずれ落ち、4時

(23) ラートブルフ・注(13)・235頁以下参照。

(24) ラートブルフ・注(13)・243頁。

(25) ラートブルフ・注(13)・260頁。

(26) ラートブルフ・注(13)・271頁以下参照。

間もの間失神状態に陥った。これが、最初の卒中の発作であった⁽²⁷⁾。

そこで、フォイエルバッハは、保養旅行へと旅立つことになり、50歳を迎えて、たった1年後の51歳で、フォイエルバッハは、政治的保守主義へと変貌してしまったロマン主義に対して、彼は啓蒙主義的な理性的信仰によって対抗してきた。自由主義者の彼は、新たに確立された警察国家を嫌悪の眼で眺めていた⁽²⁸⁾。

その後、フォイエルバッハは、法学者として法治国家に関する最後のこれに賛同する論文を発表した⁽²⁹⁾。これ以後は、かなり以前に書き溜めていた未定稿の「世界法史」、とりわけアジアに関する法律史や、「自然法」等様々にわたり、結局は未完に終わった論文の整理に傾注した。その他、「カスパー・ハウゼン」についても非常に興味を抱き、かなりの資料・検討を行なったが、しかし、新任の警察官メルケルによって、詐欺師説に変更された⁽³⁰⁾。しかし、これはその後否定され、謎のままである⁽³¹⁾。

フォイエルバッハは、1832年7月25日に、2度目の卒中の発作に見舞われた。彼は、死が間近いことに十分気づいていた⁽³²⁾。

そして、翌年の1833年5月29日午前2時に、死去した⁽³³⁾。57歳で没したことになる。

(『陪審制度論』を含めて)

フォイエルバッハは、1812年には作成されたが、翌年(1813年)にランズ

(27) ラートブルフ・注(13)・276頁以下。

(28) ラートブルフ・注(13)・283頁。

(29) ラートブルフ・注(13)・284頁。

(30) ラートブルフ・注(13)・297頁。

(31) ラートブルフ・注(13)・304頁。

(32) ラートブルフ・注(13)・319頁。

(33) ラートブルフ・注(13)・321頁。

フートで出版された『陪審制度論』⁽³⁴⁾が、近年、邦訳されているので、これについても言及しておこう。フォイエルバッハは、本書により、裁判の①「公開主義」、②「口頭主義」を原則とする司法制度の導入を行なったが、③「陪審制」には懐疑的であったとか、反対論者であったとされているので、本書の近年の邦訳者である福井厚氏の〔解題〕に依拠して、この点を検討しておこう。すなわち、フォイエルバッハは、陪審制を「二重の性質」のものとして理解し、一方で「政治制度としての陪審制」と他方で「刑事法上の制度としての陪審制」とに分折し、後者の陪審制を否定するものではない。なぜなら、無実の者に決して刑罰を科さず、罪ある者を正義から決して免れさせない、という「刑罰権の目的」という観点から主張されたものである⁽³⁵⁾。したがって、フォイエルバッハは、「陪審裁判所に無条件で賛同するものでもないし、それに無条件で反対するわけでもない」。しかも、両者の分折を総合するにあたって、フォイエルバッハ自身は、「私は陪審制を法学的制度としてのみ非難するにすぎず、政治的＝立憲的制度としては陪審制を非難するものではない。」と考えているように、前者の観点を後者の観点に優越させているのである⁽³⁶⁾。

フォイエルバッハは、真に立憲主義的な、権力分立の原則に基づく国家においてのみ、陪審制も市民的自由の神聖な保護手段足りうる、というものであった。共和主義国や立憲君主制の下にあっては、「陪審制は体制の一構成部分」であり、「国民全体の一般的な政治的自由、および個人の人格的自由の維持の手段として、したがって体制の補充部分として（政治制度として）占めうる地位」は、「全体制の要石、またはむしろその礎石であり、それと

(34) P. J. A. Feuerbach, *Betrachtungen über das Geschwornen = Gericht*, 1813. パウル・ヨハン・アンゼラム・フォイエルバッハ著 福井 厚訳『陪審制度論』（日本評論社、2019年）。

(35) フォイエルバッハ＝福井・注(34)・218頁。

(36) フォイエルバッハ＝福井・注(34)・219頁。

ともに陪審制それ自体が浮沈」するものである⁽³⁷⁾。

次いで、刑事法上の制度としての陪審制が検討されている。すなわち、フランスの実情と異なり、フォイエルバッハの陪審制批判は、「ナポレオン形式の陪審裁判所」に対する批判という側面をもっていた⁽³⁸⁾。フォイエルバッハによれば、陪審員の「裸ないし生の事実認定」能力と「法令適用能力」は「本質」的な欠陥なので、1808年の治罪法の欠陥のように立法によって対応できず治癒不可能であるという。

当時、陪審制の主張は自由心証主義に結びつき、これに反対する主張は法定証拠主義に結びつくといった、固定的な図式があったが、このような図式に一石を投じたのが、フォイエルバッハの消極的法定証拠理論の主張であった。フォイエルバッハによれば、カロリーナ刑事法典が「二人の証人のみが完全な証明を根拠づけるべきである」(同法第22条参照)⁽³⁹⁾というとき、その立法者がそれによって主張しようとしているのは、二人の証人がいれば常に証明され、裁判所はその二人の人物の証言を、彼らの個人的性格、被告人の人物または事情に対する彼らの関係、彼らの説明の内容、内的蓋然性および相互の合致によって評価すること……これら全ては裁判官の判断に委ねられているからである⁽⁴⁰⁾。

もっとも、フォイエルバッハの消極的法定証拠理論の主張は、当時の二頂対立の図式にとらわれていた当時の学説からは「余計なもの」「有害なものである」として受け入れられず、三月革命(1848年)に向って陪審制とセットになって自由心証主義が優勢になっていくのである⁽⁴¹⁾。

また、陪審員の法令適用能力についても、フォイエルバッハは、フランス

(37) フォイエルバッハ=福井・注(34)・221頁。

(38) フォイエルバッハ=福井・注(34)・221頁。

(39) 上口・注(2)・121頁以下参照。

(40) フォイエルバッハ=福井・注(34)・223頁。

(41) フォイエルバッハ=福井・注(34)・223頁。

の実際の例を挙げて厳しい批判を展開した。しかし、陪審員に「有罪・無罪」の判断を与えることはその法令適用の権限が当然の前提となっており、この点はドイツでは今日に至るまで一貫しているのである⁽⁴²⁾。

フォイエルバッハの見解は、立憲主義国家においては、政治的な長所が法学的な疑念を凌駕するだろうというものであった。かくして、フォイエルバッハは、陪審裁判所の導入の時代は未だなお到来していないと見做したのである⁽⁴³⁾。以上で、フォイエルバッハの『陪審制度論』をも加えた、彼の略歴を提示した。

では、次款で、フォイエルバッハの正当防衛論を検討していこう。

第2款 フォイエルバッハの正当防衛論

本稿第1節で述べた如く、中『正当防衛について』の、26頁以下に「三、啓蒙期における正当防衛観とP・J・A von フォイエルバッハの見解」というのは、中論文が指摘するように、フォイエルバッハは、最後の啓蒙思想的刑法学者であり、同時に熱心なカント学者であったのも事実である。すなわち、彼は、「愛すべき学問」たる哲学（1795年に『哲学博士』の学位取得）から、厭うべき法学、すなわち、「パンのための学問」に転科し、1799年に『法学博士』の学位を取得した後、イエーナ大学で、夏学期から私講師となり、同年にいわゆる『省察』2巻を出版したことも上記した。1800年に員外教授となり、翌年の1801年『刑法教科書』⁽⁴⁴⁾を出版した。

さて、中論文によれば、啓蒙時代における正当防衛観は彼の著書（ここでは、フォイエルバッハの死後、ミッターマイヤーが大巾に手を加えた〔注だらけの〕1847年発刊の第14版に基づいて）フォイエルバッハの見解の全貌をうかがい知ることができるであろう、として書かれているが、彼の「正当防

(42) フォイエルバッハ＝福井・注(34)・224頁。

(43) フォイエルバッハ＝福井・注(34)・225頁。

(44) Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, 1801.

衛観」は、啓蒙思想における国家観に由来して、どの程度に正当防衛を認めてよいかを考察するものであり、当時の思想や諸国の立法にも多大の影響を与えたものと思われる、として啓蒙時代の国家観から始められている⁽⁴⁵⁾。

しかし、元来、啓蒙とは何かということをカントにしたがって、彼の著作『啓蒙とは何か』について考察してみよう。カントによれば、「啓蒙とは、人間が自分の未成年状態から抜け得ることである、ところでこの状態は、人間がみずから招いたものであるから、彼自身にその責めがある。未成年とは、他人の指導がなければ、自分自身の悟性を使用し得ない状態である。ところでかかる未成年状態にとどまっているのは彼自身に責めがある、……他人の指導がなくても自分自身の悟性を敢えて使用しようとする決意と勇気とを欠くところにあるからである。それだから『敢えて賢こかれ！ (Sapere aude)』、『自分自身の悟性を使用する勇気をもて！』——これがすなわち啓蒙の標語である。」⁽⁴⁶⁾、とか、「ところで——個人でなく——民衆が自分自身を啓蒙するということになると、そのほうが却って可能なのである、それどころか彼等に自由を与えさえすれば、このことは必ず実現すると言ってよい。こういう場合には、大衆の後見人に任ぜられている人達のなかにも、自主的に考える人が何にんかいるからである。この人達は、未成年状態という軛^{くびき}から自分で脱出すると、やがて各人に独自の価値と、自分で考えるという各人の使命と理性に従って正しく評価するところの精神を、諸人に広く宣伝するだろう。」⁽⁴⁷⁾、「ところでこのような啓蒙を成就するに必要なものは、実に自由——すなわち自分の理性をあらゆる点で公的に使用する自由である。」⁽⁴⁸⁾ところが、この自由は、様々に制約されて、これを批判すれば、公民として

(45) 中・『正当防衛について』25頁以下参照。

(46) カント著篠田英雄訳『啓蒙とは何か』（岩波文庫 1974年）1頁。

(47) カント・注(46)・9頁。

(48) カント・注(46)・10頁。

の義務を果たさない不屈き者として処罰の対象になりかねないのである。そのようなことは、全面にわたって制約をうけることになる（たとえば、宗教。カントの見解の骨子⁽⁴⁹⁾）。なお、傍点は、訳者によるもの）。

さて、中論文が指摘するように、フォイエルバッハは最後の啓蒙思想的刑法学者であると同時に、カント学者でもあった。しかし、カントは「人格の自律性」を強調し、「絶対的応報刑論」を主張したのに対し、フォイエルバッハは、「自由」というものが適中するのはあくまで道德律（*Moralität*）の世界においてのみであり、合法性（*Legalität*）の世界ではないとする点でも彼はカントに倣っているように思われる。かえって、「合法性の世界にとっては、自由は不必要なのみならず、又不合理である。法規は外的刺戟から独立な服従を要求するのでなく、如何なる動機からにせよ、その命令が充実される事を以て満足する。それは自由を予想せず、必要に応じてその履行を強制する国家権力を予想するのである。道德義務の履行と異なり、法的義務違反は行為者が自由に行爲した事を前提としない。刑法的帰責は自由を前提としない」（佐伯千仞「フォイエルバッハの責任能力論」417頁）。しかしながら、もし人が自由な原因であることを根拠として刑罰が科せられるものであるとすれば、その刑罰はまったく不合理であり、その目的の一部をも達することができないであろう。「なぜなら、主体が自由な原因であるかぎり、これに影響を及ぼすことはできないからである」とする⁽⁵⁰⁾。

そして、ここからフォイエルバッハの有名な「心理強制説」が出現するのであるが、これらの諸点はひとまず措いて、啓蒙主義国家思想家・立法家としてのフォイエルバッハに立ち戻らなければならない。

しかしながら、フォイエルバッハの啓蒙思想に基づく国家観は、先の中論文でいかに描かれているので⁽⁵¹⁾、その元々のオリジナルな、1801年に

(49) カント・注(46)・10頁以下。

(50) 中 義勝『刑法における人間』（一粒社 1984年）107頁参照。

(51) 中・『正当防衛について』26頁以下参照。

版された彼の『刑法教科書』⁽⁵²⁾において、「正当防衛」はどのように記述されていたであろうかが問題関心の大きな一助となるであろう。この点を明らかにすることは、のちに、1813年「バイエルン王国刑法典」の起草者として、重要な影響を与えたフォイエルバッハの「正当防衛」論の原点を探究するうえで、重大な意義をもちうるものと思料するからである。

では、フォイエルバッハは、1801年に公刊した『刑法教科書』では、「正当防衛」はどのように論じられていたであろうか。その第4節「違反自体の行為を顧慮した場合の犯罪の必要条件について」というタイトルのもとで（S. 35）、§. 46（第46款）では、「違反として考察されるはずの一切の行為は、以下のような、必要な条件として前提とする、すなわち、I. 外部的な、すなわち、それが外部的に認識可能な行為（Handlung）であるということである。人間の内心の行為は、決して権利侵害ではなく、かくして、また犯罪でもない、II. 他人を侵害する外部的行為が侵害するのであり、理由のある権利の行使それ自体であってはならない。私権の行使の単なる結果とは異なる侵害は、本来の権利侵害ではなく、単なるdamnum in consequentiam veniensであり、そして、かくして、また犯罪ではない」（傍点原文イタリック）と書かれている。この点は、もっともなことで、法律、ことに刑法が内心に立ち入らないということは、当然のことであろう。すなわち、刑法は内心に立ち入らないのであって、外部的行為に関係するということが述べられているのである。

次に、§. 47（第47款）では、おおよそ以下のようなことが書かれている。すなわち、「他人の違法な攻撃それ自体を守護するための侵害は、自己防衛（Selbstvertheidigung = necessariae defensionis）の権利の結果である。そこで、個々人は、許された自己防衛の権利を国家の中にのみもつのだとすれば、すなわち、被攻撃者の権利を守護するために、公的権力は不可能であったであ

(52) Feuerbach, Lehrbuch, 1801.

ろうということを：前提にしている。この事例では、私権の脱表面化が、国家には及びえなかったであろう。国家の保護が不可能なところで、それを前提として、攻撃された侵害に対する彼の権利の保護のために、自らの力の行使は、正当防衛（Nothwehr）と称するのである。正当防衛からする他人の侵害は、それゆえに、犯罪ではない（§.46Ⅱ）」（傍点原文ゴシック）と、大略そのようなことが書かれているのである（S.36）。

ここでは、国家によって守られなかった、他人からの、違法な攻撃的な「侵害」に対して、自己防衛としての「正当防衛権」を認め、これに反撃しても犯罪ではない旨を明示したところである。

さらに、§.48（第48款）では、「正当防衛の制限」される場合について、書かれているのである。すなわち、「正当防衛からする他人の侵害は、それが許された固有の権利の行使であるがゆえに、そして、そのかぎりでのみ、正当である。Ⅰ. その中に他人を侵害するであろうところの防衛は、適法な防衛のすべての要件を、およそもっていなければならないというところから、生ずるものである、Ⅱ. 被攻撃者自身は、責任無しに、ある状態の中にあらねばならない、すなわち、そこでは、彼の権利の維持が国家権力によっては不可能であった、というところから生ずるのである。すべてのこれらの条件が取り除かれなかった防衛は有責な正当防衛（schuldhafte Nothwehr）である」と書かれている（S.37）。いやしくも、正当防衛として、権利行使として正当化されるためには、厳格な要件を必要とするということをここでは提示している。「有責な正当防衛」（schuldhafte Nothwehr）とは、もはや違法であって、責任ある行為であり、正当防衛とはいえない。ただし、責任が減少することによって、減免の可能性は残ると考えることも可能であろう。この当時（1801年）に、正当防衛に、違法性と責任とを明確に区別していたと考えることもできるのは、極めて重要であろう。

最後に、§.49（第49、S.S.37-39）では、「正当防衛」につき、以下のよう¹⁾に総括されている。すなわち、「それゆえに、1) 防御された攻撃は、不当

であり、2) 現在の、3) 予期しえない、そして、4) 財の侵害に向けられ、それは、それ自体代替しえないか、あるいはまた、現在の攻撃の個々の諸事情のもとで（蓋然性の諸事情によれば）反抗不能的に失われるであろうかどうかどちらかに向けられていることが、必要とされる。けれど、相対する事例において、後発の国家の救済によって、総体の状態は再び元通りにされるからである。それゆえに、単なる名誉棄損は、決して基礎づけない；そして、財に対する攻撃は、正当防衛権は、それ自体の侵害でもって、代替不能な損失の危険と結びつくときにのみ生ずる。人格権に対する攻撃は、常に攻撃が許容される。5) たまたま生じた侵害に対して、自らの権利の保持のために、他人に対して、a) 可能でないか、あるいは、他人のあるいは、被攻撃者の反撃によって、あるいは逃走を通じて、取り去らないかである；b) 生じた、同等の安全性より小さな侵害は、ほとんど何の侵害も引き起こしえないであろう」（傍点原文イタリック）といったことが、大略書かれている（§.49, S.S.37-39）⁽⁵³⁾。

以上のごとく、フォイエルバッハは、1801年の25歳前後に出版した『刑法教科書』の第4節（§.§.46-49）が示すように、すでに彼の「正当防衛」論はかなり高度なものであったといえよう。すなわち、そこでは、正当防衛は違法性阻却事由として位置づけられ、責任減免事由から区別され、「違法と責任」を区別しようとする見解が十分に読み取れる。また、「正当防衛」に当たるべき諸条件も、様々の類型毎に区別して提示されており、正当防衛に当たるか（その場合、犯罪ではない）、たんに有責な（責任ある）行為にすぎないのかが、かなり具体的に提示されている。そういった諸点をも総括すると、フォイエルバッハは、『教科書』の初版（1801年）以来から、相当高度の「正当防衛」論をもっていたことがわかるであろう。

以上のような刑法観、とりわけ、「正当防衛」論をもっていたフォイエル

(53) Feuerbach, Lehrbuch, 1801, SS.37-39.

バッハは、その3年後(1804年)に、バイエルン刑法典改定の委嘱を受け、翌年(1805年)に、ミュンヘンの大臣官房、司法・警察部の員外枢密顧問官補に任命され、大学の教壇から永遠に訣別することになった。そして、彼は、1805年から1814年の8年間、バイエルン司法省勤務であったということも、前述したところである。ほかに例をみないほど歴史の中味が充実していたこの数年の時期、フォイエルバッハは、再建後まもないバイエルン国の生成に参加し、その当時の選帝侯マックス・ヨーゼフに、1806年に「拷問禁止」・「密猟禁止」に関する法令を公布させた。さらに、フォイエルバッハは、1808年1月から2月にかけて、「憲法草案」を作成して提出したが、廃案となった。しかし、1808年5月1日にバイエルン憲法が公布されたが、その生みの親はフォイエルバッハであったということも、すでに述べた。ここから、かの有名な「1813年バイエルン王国刑法典」が挙げられる。正当防衛に関する諸規定は、その第5章 可罰性を消滅させる事由についての、IV 許された私的防御または正当防衛について と標題のもとで、(1) 一般〔規定〕 第125条、第126条、(2) 正当防衛権の限界について 第127条では、それらの要件を超えるときは、「許されない」と規定され、何故に処罰されるのかが明確ではない、すなわち、違法性が残存するのか、責任が残存するためかが明確ではないのである。そのことは、次の、第128条、第129条にもいえることである。しかし、第130条は、過剰防衛を規定し、被攻撃者の責に帰せられるときには、処罰されないという規定であろう。第131条も同様に理解することが可能である。第132条は、適法な防衛の限界の逸脱が過失または故意の場合には、事情に照らして責任が残るかどうかを判断すべしという規定である。第133条は、いわゆる今でいう「量的過剰防衛」として、許されない「復讐」として通常の犯罪として処断する旨を規定したものである⁽⁵⁴⁾。1813年バイエルン王国刑法典は、一般に言われているごとく、フォイエルバッハ草案

(54) 中川祐夫訳「一八一三年バイエルン刑法典(Ⅰ)」(龍谷法学第二巻 第二・三・四合併号 1970年) 255-256頁を参考にした。

が基本となっていると考えられるが、立法委員会で、かなりの修正（場合によれば、削除、改悪など）が加えられ、当時の司法大臣フォン・ツェントナーが自らの業績にすべく相当程度の修正が加えられたものである。したがって、本来のフォイエルバッハの1813年草案の条文がいかなるものであったかは、今や不明といわざるをえない（ただし、1807年から8年にかけて、フォイエルバッハに招聘されて、彼の近代諸語への深い造詣をもって、フランス及びイタリアの法律の抜粋を作って、刑法草案の準備を助けたミッターマイヤーなら、あるいは1813年フォイエルバッハ刑法草案の条文を知りえたかもしれない。しかし、それも今や不明のままである）⁽⁵⁵⁾。

しかし、幸いにしてその後、ゲルノート・シューベルト著＝山中敬一訳『1824年バイエルン王国刑法典フォイエルバッハ草案』の訳書が出版されているので⁽⁵⁶⁾、本書に依拠しつつ、その後のフォイエルバッハ草案を考察しておこう。

1813年バイエルン刑法典は、「当時のバイエルン司法大臣フォン・ツェントナーから、自らの業績たるその法律に、あらゆる点にわたって批判的改訂を施し、新たな草案を起草するよう」フォイエルバッハに委嘱された⁽⁵⁷⁾。しかし、フォイエルバッハは、その後も自ら「1824年草案」を作成し、「刑事立法には直接には何らの影響をも及ぼさなかった。にもかかわらず、それを研究することは、極めて種々の観点から、有意義であると思われる。最終的にはフォイエルバッハはその時代の最も有名な刑法学者となったし、一八一三年刑法は刑法の発展のあらゆる法治国家的——自由主義的時代の基礎となっており、今日もなお本質的な領域において影響し続けている。それゆえ、フォイエルバッハ自身が、彼の法律作品に関し、十年余り後に、何を

(55) 振津隆行『刑事不法論の再構成』（成文堂 2015年）43頁注(13)などを参照せよ。

(56) ゲルノート・シューベルト著山中敬一訳『1824年バイエルン王国刑法典フォイエルバッハ草案』（関西大学出版部 1980年）。

(57) シューベルト注(56)・1頁。

述べようとしたのかは、興味をそそらずにはおかないことである。しかし、わけでも、哲学的基礎にもとづいて起草された一八一三年の刑法の、実際の裁判上の活動によって円熟した作者による改訂は、刑事立法における理論と経験の関係の一般的様相を表わしている⁽⁵⁸⁾と表されている。

フォイエルバッハの1824年草案を概観してみると、種々様々なことが記述されているが、とりあえず、われわれの問題関心である「正当防衛」については、以下のように述べられている。

それは、総則と関係して、「犯罪の成立」要件として、違法性と責任とが区別されていることである。そして、フォイエルバッハの極めて画期的なことは、既述のごとく、「正当防衛」は「違法性阻却事由」であるということとを明確に打ち出したところである。19世紀初頭の法学、ローマ法やカロリーナ刑事法典（CCC）では、正当防衛に当たるような事情が存在する場合に、それが違法性阻却なのか責任阻却なのか、それともたんに可罰性のみが除去されるのかが不明であった。これに対して、フォイエルバッハは、彼の理論的論策において、三分類の犯罪構成における犯罪要素としての客観的違法性と主観的責任を区別しており、フォイエルバッハは、その草案では以下のように改訂した。すなわち、『法典』は、帰責問題（第119条 — 第122条）のあとで、第123条から第133条において個々の正当化事由として、同意、権利の行使および正当防衛を取り扱っている。しかし、フォイエルバッハは、「草案」では、正当防衛を総則からはずし、各則において、殺人罪において取り扱われ、同意と権利の行使はもはや考慮されていない⁽⁵⁹⁾。

すなわち、フォイエルバッハは、『法典』の一二条に及ぶ諸規定を八条にまとめ、その際、小さな内容的訂正も行った。

削除されたのは、正当防衛権の限界と攻撃と防衛の比例性に関する『法典』第二章第一二八条第二項の決議論的な規定である。攻撃が終了したのち

(58) シューベルト著・注(56)・5頁。

(59) シューベルト著・注(56)・150-151頁。

には、侵害を「不法な復讐」であると、まさに繁雑なほどに規定する法典第一三三条を、フォイエルバッハは、各則第三部第一四条において有効な正当防衛たるには「現在の危険」を必要とすることによって、余分であるとしている。草案において目立つのは、正当防衛適格のある権利に関するフォイエルバッハの自制である。法典第一二九条においては、正当防衛は「(1) 人自身に対するあらゆる暴力的な、健康、生命、自由または純潔に対する危険と結びつけられた攻撃に対して、(2) 窃盗の際に現行犯逮捕される者に対して、(3) 動産または不動産の毀損または毀棄に向けられた犯罪的暴行に対して、(4) 他人の不動産を暴力によって襲い、侵入し、または不法な仕方でも襲撃しようとする者に対して」認められた。このようなカズイステークを、草案は、正当にも放棄した。各則第三部第一四条によれば、「殺され、身体を損傷され、自由を奪われ、または、行為のために利用され、その財産におそらく回復しえない損失を被むるような現在の危険に身をさらされた」者は、正当防衛権をもつ。しかし、それと同時に、フォイエルバッハは、原則として名誉——性的名誉の例外はあるが——の正当防衛適格に対して反対し、財産の正当防衛適格に局限することに賛成する。この問題は、当時激しく争われていた。名誉損傷に対してフォイエルバッハは、もちろん、言葉による侮辱的行為の場合には、通例、正当防衛にとっては、依然継続中の攻撃を欠いているとする通説を引証することはできる。財産への攻撃に対する自制は、もともとすでにカルプツォフ以来克服されてきた。その自制は、元来は、正当防衛行為と攻撃された法益の比例の思想に依拠するものであるが、また、普通法において、正当防衛が殺人罪において取り扱われ、それ故、問題提起が、財産の保護のために人間の生命を抹消することは許されるかということ を明らかにするとき、その意味が理解しうるようになるであろう。フォイエルバッハも、正当防衛を、草案においては再び殺人罪において取り扱っているのであるから、この思想が、あるいは依然影響を残していたのかも知れな

い、といってよい⁽⁶⁰⁾。

フォイエルバッハは、この『1824年改正草案』を、1825年に司法大臣に提出したが、全く拒絶された。

その後、フォイエルバッハは彼の死の1年前（1832年）に出版した『教科書』（第11版）では、「正当防衛」はどのように記述されているであろうか（なお、すでに、1801年の初版の『教科書』、および『1824年フォイエルバッハ草案』については、検討済み）。

フォイエルバッハの『教科書』（第11版）は、「正当防衛」に関わる記述は、初版と比較して、総論部分では極めて簡潔な記述しか書かれていない。すなわち、その第3節 犯罪の必要条件について というタイトル（28頁以下）のもとで書かれている。その§. 32（第32款）では、「犯罪は、刑法典の中に含まれている侵害（§. 21）だから；一切の行為（Handlung）は、それが犯罪として判断されるはずであるということを前提としている、I）外部的認識可能性；けだし、外部的行為のみが、権利を侵害しうる；II）法的根拠の欠缺をそれが同一のものが規定しうる；けだし、法的根拠によって規定される行為は、適法である。III）特定の人のその本質上、犯罪が権利侵害の対象として必要であるとすれば、b）、その犯行は、ある人にのみ可能であり、それは、各国の保護にあり、その刑法典は委譲されているからである。けだし、国家の保護の外にある者もまた、外れているのである。」⁽⁶¹⁾（S. 28）と書かれている。

続く、§. 33（第33款）では、「II. §. 32. の前提によって、犯罪の概念づけ、あるいは排除づけは、I）一般的に、特別の法律 a）、あるいは、法妥当的な処置、b）法義務の履行の効果 c）において、犯罪の概念が、排除される；II）対象の侵害がもつところの権利は、特別の法的根拠の止揚されたときに、

(60) シューベルト著・注(56)・152-153頁。

(61) Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Auflage 1832, S.28.

権利の履行の能力があろう。』⁽⁶²⁾と書かれている。

そして、次の§.34（第34款）では、「特 別 の 法 義 務」とは、権利の侵害を止揚するものとして、「国 家 の 公 式 な 判 決」（権 利 の 喪 失。名 誉 喪 失）が挙げられているのである。そして、それだけのことである⁽⁶³⁾。

続く、§.35（第35款）では、「欲する者には、侵害はない（volenti non fit in juris）」という、いわゆる「被害者の同意」を論じている。すなわち、ある人が、明確な権利の意思力を放棄しうるかぎり、犯罪の概念を侵害の側面から行為への許容が止揚される場合だ、と説明されている。ここで、「被害者の同意」が正当化事由になること、および、その同意の要件も記されている⁽⁶⁴⁾。

次に、§.36（第36款）が前提となって、正当防衛の要件に入ってゆくので、ここから重要な指摘が出てくる。すなわち、第36款では、ほぼ、以下のよう⁽⁶⁵⁾に記述されている。「c）被侵害者の違法な行為が、そのように同一のものが前提のもとで分けてきた、つまり、そこで、国家の保護が同一のものに対して、可能でないのかということ、この法的根拠に属する。ただし、防衛権を根拠づける違法行為および、直接的に、一切の権利の攻撃の中で止揚され、その侵害が、被攻撃者の自己の権利の保持のための必要な条件であるからである。しかし、それゆえに、国民は私権に対する自己の権利は、必然的に、国家に委譲したのだから、国家における自己防衛の条件は、防衛のおよそ外にあり、私権をあきらめることは、いかなる条件」⁽⁶⁵⁾であろうかが問題となる（傍点原文ゴチック）。以上を前提として、フォイエルバッハの「正当防衛」観が出現する。

すなわち、次の§.37（第37款）以下がそうである。「彼の権利の保護のため

(62) Feuerbach, Lb., 11. Aufl., §.33, S.28f.

(63) Feuerbach, Lb., 11. Aufl., S.29.

(64) Feuerbach, Lb., 11. Aufl., S.30.

(65) Feuerbach, Lb., 11. Aufl., S.30f.

めの市民の私権の使用もしくは、他人の権利が、攻撃された侵害に対して、公権力が不可能なところであることを前提として、正当防衛（Nothwehr）と称される（*moderamen inculpatae tutelae, tutela inculpata*）a）。かくして、正当防衛からする権利侵害は、犯罪ではない（§. 32）b）。』と定義されている⁽⁶⁶⁾（傍点原文隔字体）。

次いで、「正当防衛」の要件が提示されている。§. 38（第38款）では、以下のように述べられている。「正当防衛の適法性の一般的根拠から（§. 36）、それ自体の特別の要件として以下のようなことが生じる：Ⅰ）防衛された攻撃は、不正なものであってはならないa）、Ⅱ）現在の（*laesio inchoata*）、Ⅲ）、自らの責任によって、被攻撃者に引き起こされたことではないということ、b）そして、Ⅳ）財の侵害に向けられており、それは、それ自体掛け替えのないものか、あるいは、現在の攻撃の特別の事情のもとで（蓋然性の諸事情によれば）取り戻しできないくらいに失われてしまうであろうc）といった要件が生じる。Ⅴ）使用されない私権は、権利の保持の唯一の条件であらねばならない；それは、かくして、1）被攻撃が、他の力によって、確かに、利益なしに、他の権利あるいは財を、攻撃者の侵害に対抗しえたd）、2）それは、防衛手段が、危険のために防衛された小さくはなかった、そして、必要とされる者に可能であったe）ところの、別のものでなければならないだろう。Ⅰ－Ⅳの要件は正当防衛一般の権利の条件である；Ⅴの要件は、法的実行の限界を制約する。」⁽⁶⁷⁾と、書かれており、以上がフョエルバッハの行き着いた「正当防衛」論である。

なお、参考までに、フョエルバッハが「正当防衛」に当たらない事例群についても、第39款以下で提示しているので、参考までに挙げておこう。

すなわち、§. 39（第39款）では、「正当防衛を根拠づける権利は、a）その行使を法律上限界づけるとすれば、正当防衛の行使の法律上の行使、つま

(66) Feuerbach, Lb., 11. Aufl., S.31.

(67) Feuerbach, Lb., 11. Aufl., S.31-32.

り、正当防衛の不正と正当防衛の過剰が存在するのである。その人の法律上の限界を超えた実行 a) という、正当防衛を根拠づける権利にあっては、それが超えられている場合には、不正な正当防衛、正当防衛の過剰が存在するのである。かくして、この法律上の制限の不顧慮は、その人に故意あるいは過失に帰責されうるし、その者はこの区別から生ずる侵害から可罰的である（有責な正当防衛、*moder. deculpatae tutelae*）。——しかし、正当防衛の権利の実行の正当性のデータを集めようとするならば、その実行の正当性は推定され、そりがきりで、その推定が特別の反対事由によって止揚されないかぎり、くずれない。」と書かれており、そして、最後の §. 40（第40款）では、刑罰権の適用範囲に関する記述であって、国家の臣民と外国人の場合の刑罰権の適用に関するもので、直接「正当防衛」に関するものではないので、省略することにする（S.S. 33-34）⁽⁶⁸⁾（傍点原文ゴシック）。

さて、フォイエルバッハは、「1824年バイエルン草案」では、総則では「正当防衛」規定を制限的に規定し、各則で殺人罪、窃盗罪等で正当防衛を取り扱おうとしているので、かなり自制的な規定になっているように思われる。その後の、単独で最後に書き上げた『教科書』（11版）では、フォイエルバッハは、総論で、「被害者の同意」、違法性を阻却する「正当防衛」、そして「正当防衛権の制限・限界」、すなわち、被攻撃者に故意・過失があってはならない（有責な防衛・それぞれに応じて故意・過失犯が成立）、つぎに、過剰防衛も故意・過失に応じて犯罪が成立して可罰的である（責任の問題として）、と捉え、あとは各則において、特に殺人罪、窃盗罪等で個々の、正当防衛が考慮されているのである。

さて、中論文の「フォイエルバッハの見解」として、引用された底本を読んでみると、改訂者はカール・ヨーゼフ・アントン・ミッターマイヤー（Carl Josepf Anton Mittermaier, 1787-1867）であり、彼とフォイエルバッハとの関

(68) Feuerbach, Lb., 11. Aufl., S.33-34.

係については、以下のラートブルフの記述が簡潔に活写されているように思われる。すなわち、1809年以来、ランズフートは二人の若い法学の私講師ウターホルツナーとミッターマイヤーを擁していた。ザヴィニーが1813年11月19日付けのハイゼあての手紙のなかで「ミッテルマイヤーはものにならないかもしれない」と予言していたのは、ひどい間違いであった。ミッターマイヤーは大学教育終了後、ミュンヘンで実務についていたが、1807年から8年にかけて、彼の近代諸語への深い造詣をもってフランスおよびイタリアの法律の抜粋を作って刑法草案の準備を助けたのであった。結局は、ボンとハイデルベルグ大学の講壇にのぼり、当時のドイツの全法律家のなかでも国際的に最も有名になった人であったが、こうして彼の生涯の発端をフォイエルバッハに負うたのであり、そのあとも彼と生涯親交を結んだ。これこそ、まさに、火と水との結びつきであった。フォイエルバッハの死後、ミッターマイヤーは、フォイエルバッハの刑法教科書の改訂版をだした。この改訂版には沢山の材料が注意深く集められ広範囲に注のためにフォイエルバッハの原文の簡潔な形式美が葬られ、窒息させられている。このことは二人の人柄の相違をあざやかに描きだすものである⁽⁶⁹⁾、などと書かれている。また、ミッターマイヤーはたんに国際的に有名となった法律学者であるというのみならず、彼は、バーデン刑法典草案の立法者のひとりとして審議に加わっており、立法者としての側面ももち合わせていたのである。すなわち、ミッターマイヤーも、偉大な法学者であると同時に立法者でもあったという側面をも持ち合わせていたのである。したがって、フォイエルバッハが単独で最後に残した第11版は、ミッターマイヤーによる改訂版（第12、13、14版）とは異なり、原文の簡潔な形式美が残されたものである。

さて、中論文の「フォイエルバッハの見解」の底本とされた、ミッターマイヤーによる『改訂版』（第14版、1847年）には、フォイエルバッハ死後

(69) ラートブルフ『一法律家の生涯』141頁以下参照。

の、ミッターマイヤーによる注（ノート）が余りに多いのは、確かである。もっとも、フョイエルバッハの心理強制説や、罪刑法定主義の主張など根幹になる部分については、中論文で十分に反映されているものと思料される。そして、肝心の「正当防衛」論については、第11版で示された「正当防衛」論が変わらずに提示されているように思われる。「正当防衛」及びその「限界」などは、変わっていない。また、中論文で、若干の例を挙げれば、「バイエルンの法典一二九条は性的名誉に対する攻撃に正当防衛を許している〔これでは、概念的に名誉一般も防衛しうる利益としているとまではいえない〕。」⁽⁷⁰⁾と書かれている。この評価は、正当であろう。すなわち、性的名誉に対してのみ、正当防衛可能としているからである。その他、中論文で、「たとえ正当防衛を基礎づける権利があるとしても、その行使の法律的限界が越えられるところでは不当な正当防衛、つまり過剰防衛が存する。このような法律的限界の不顧慮が本人の故意または過失に帰せられるかぎり、この者はこの超過から生じる侵害のかどで可罰的である（§. 39, S. 69）。」⁽⁷¹⁾とか、「人の殺害は犯罪と考えられるべき法違反を含まねばならぬ。したがって、罰せられない自己防衛（正当防衛、必要な殺人 *homicidium necessarium*）からする殺害、法律上許されている自力による復讐（許されている殺人 *homicidium permissum*）からする殺人は、責任能力という条件のない殺害と同様に犯罪ではない〔これは、責任無能力者による攻撃も犯罪と考えられず、正当防衛の要件の一つである攻撃の違法性と犯罪となるものにかぎるとすれば、今日認められているように、責任無能力者の攻撃に対しても正当防衛が不可能とされているようにもみられるが、つぎのパラグラフに示されているごとく、おそらくそうではあるまい。ここでは、殺人が犯罪として成立する要件として違法性と有責性をあげているだけのことであろう〕」（§. 212, S.

(70) 中・『正当防衛について』42頁。

(71) 中・『正当防衛について』44頁。

368)。」⁽⁷²⁾ この点も、中論文は正当と云えよう。第11版の『教科書』も責任無能力者に対しても、正当防衛可能としているのである。次に、「所有者にとっては、これを窃盗しにくる者に対して正当防衛する権利が与えられている。しかし、これは、ローマ法によれば、Ⅰ 日中捕えられた泥棒（furtum diurnum）に対しては、泥棒が武器をもって身を護ろうとし、Ⅱ 夜間家で捕えられたときには（furtum nocturnum）一切の前提なしに存するものと認められる。尤も、これは、法的な正当防衛の一般的要件があるという前提下においてのみである」⁽⁷³⁾と書かれており、そして総括的に、中論文によれば「フオイエルバッハによって思い描かれていた正当防衛権は、かなり大幅にこれを許容するもので、近時における『社会倫理的理由』による制限ともなじまず、責任無能力者の攻撃に対してもまた僅かな価値しかない財物を救助するためにも、かならずしも均衡性を配慮することなくこれを認めていた模様である」とされつつも、挑発にもとづく防衛は正当防衛とはされず、国家のための正当防衛は否定され、フオイエルバッハはあくまで個人主義的に「正当防衛」を把えようとしていたからだ、と総括されている⁽⁷⁴⁾。

では、フオイエルバッハが最後に単独で書いた『教科書』（第11版）ではどうであろうか。すでに、上述したように、総論ではその第3節 犯罪の必要条件について（特に§. 36－§. 39）で示した。なお、各論部分で、殺人罪（§. 212 [第212款]）⁽⁷⁵⁾、および窃盗罪に関しても、中論文が指摘するのと同様の正当防衛に関する記述があり（§. 322 [第322款]）⁽⁷⁶⁾、同様に論じられている。また、中論文が指摘するように、責任無能力者に対しても正当防衛可能とする、フオイエルバッハの思考は、「客観的違法性が先行し、主観的

(72) 中・『正当防衛について』47頁。

(73) 中・『正当防衛について』45-46頁。

(74) 中・『正当防衛について』44頁。

(75) Feuerbach, Lb., 11. Aufl., §. 212, S.147.

(76) Feuerbach, Lb., 11. Aufl., §. 322, S.211f.

責任は後行する」という命題のもとで、主張されたものであるからである。

しかしながら、今まで概観してきたように1801年の初版の『教科書』では、かなり広く「正当防衛」が認められていたものが、1813年バイエルン刑法草案で示したフォイエルバッハ草案は、当時の司法大臣フォン・ツェントナーの業績とされ、反映されなかった。その後、フォイエルバッハは『1824年バイエルン王国刑法典フォイエルバッハ草案』をとりまとめ、司法大臣に提出したが、全く拒絶された。その草案では、正当防衛は、総則では制限的に、各則では殺人罪などしか規定されていなかったのである。その後、フォイエルバッハは死の1年前に単独で1832年『教科書』（第11版）を出版したが、総論部分と各論部分に区別して「正当防衛」を論じたが、中論文が指摘するほどにはフォイエルバッハの「正当防衛」論は総括的なものではなく、あくまで自制的なものであったと思料される。いわば、フォイエルバッハの「正当防衛」論は、広狭の歴史をたどりつつ、57歳の死を迎えるに至ったといったところが実体に即したものといえよう。

第4節 むすび

以上の考察から、フォイエルバッハの「正当防衛」論は広狭様々の様相を提示しつつ、最後の段階で『刑法教科書』（第11版 1832年）で、総論部分でおおまかな「正当防衛」論を示し、各論部分で、殺人罪、窃盗罪などに関して、「正当防衛」を規定するという構成をとっており、かなり自制的にしか認められなかった模様である。したがって、中論文の見解のように、「フォイエルバッハによって思い描かれていた正当防衛権は、かなり大幅にこれを許容するもので、近時における『社会倫理的な理由』による制限ともなじまないものだとしている⁽⁷⁷⁾。しかしながら、今まで詳述してきたように、決してそのように総括しえないものだと言えよう。すなわち、近時の「社会倫理

(77) 中・『正当防衛について』46頁。

的制限」なるものは、フォイエルバッハの時代には、頭の片隅にもなかったものではなかろうか。さもなくば、次の時代に出現してくるヘーゲリアナーのベルナーのように「正は不正に譲歩する必要がない」として、大幅に正当防衛を認める方向に向って行ったことであろう。フォイエルバッハは、あくまでも、中論文自身が指摘するように、最後の啓蒙思想的刑法学者で、同時に熱心なカント学者であったからであろう。

(2021年10月18日稿)

〔付記〕

拙稿「金沢法学」64巻1号78頁の上から20行目の「侮辱者」を、「侵害者」に変更する。おわびして、訂正する。