

〈紹介〉

正当で合理的な根拠のある 実体刑法体系のために： S. ケーディッシュ教授記念 シンポジウムの紹介（1）

—Kimberly Kessler Ferzan 「正当防衛と国家
(Self-Defense and the State)」の概要紹介⁽¹⁾—

坂 本 学 史

本紹介連載は、2008年の「*Ohio State Journal of Criminal Law*」におけるケーディッシュ教授の記念シンポジウム（*Toward a Just and Rational body of Substantive Criminal Law: A Symposium in Honor of Sanford H. Kadish*）に掲載された論文を順次紹介するものである。⁽²⁾ところで、本シンポジウムは、これに先立つこと約10年前の1999年に行われた「刑法の道徳性：ケーディッシュ教授記念シンポジウム（*The Morality of the Criminal Law: A Symposium in Honor of Professor Sanford Kadish*）」⁽³⁾の言わば、焼きなおしバージョンであるとも言えなくもない。実際、本シンポジウムのゲストエディターである Stephen J. Schulhofer 教授の言葉を借りると、「今回の *Ohio State Journal of Criminal Law* の課題は、再び、

(1) 5 Ohio St. J. Crim. L. 449 (2008).

(2) 本シンポジウムではあわせて7本の論文が掲載されており、今後それぞれの論文を順次紹介していく予定である。

(3) *California Law Review* (2000)

ケーディッシュ教授の業績の衝撃をたたえ、証言すること」にあるとす⁽⁴⁾る。もっとも、本シンポジウムでは、その執筆メンバーに99年当時のメンバーだけではなく、アメリカの刑法研究者の中でも新進気鋭の有望株と評価されている Kimberly Kessler Ferzan などを新たに加えることで、Kadish の業績を新たな視点から再評価しつつ⁽⁵⁾、各メンバーがアメリカ刑法理論の主要な論点を取り上げ検討していることから、単なる焼き直しとしての意味だけではなく、現代のアメリカ刑法理論の一応の到達点を示唆するものであると言っても過言ではないように思われる。本稿では、その紹介連載の第一弾として、Kimberly Kessler Ferzan の「正当防衛と国家 (Self-Defense and the State)」の概要を紹介することにする。

そこで、Ferzan 論文の紹介に入る前に、あらかじめ、執筆者の紹介、および、執筆者の言葉を借りつつ Ferzan 論文の骨子を簡単に示すことにする。Kimberly Kessler Ferzan は、現在、ラトガーズ大学ロースクールの教授であり、そして、ラトガーズ大学ロースクールにある法哲学研究所の設立メンバーでもある。もちろん、彼女には刑法理論に関する多数の著作があることは言うまでもない。

ところで、Ferzan 論文は、正当防衛権についての理解が国家と市民の関係に依拠するかどうか、あるいは、どの程度で依拠するのかを、Kadish 論文 (*Respect for life and Regard for Rights in the Criminal Law*) を通じて、探求しようとするものである。はじめに、Ferzan は、Kadish が解こうとした問題、すなわち「正当防衛は、何を正当化するのか？」に焦点を当てる。そこでは、Kadish の解答（正当防衛権は侵害に抵抗

(4) Stephen J. Schulhofer, *Toward a Just and Rational Body of Substantive Criminal Law*, 5 Ohio St. J. Crim. L. 367 (2008) at 369.

(5) *Id.* at 369-370.: なお、Kimberly Kessler Ferzan の他にも、ミシガン大学の Peter Westen とオックスフォード大学の Andrew Ashworth が新たに加わった。

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

する権利である)を示した後、正当防衛の政治的権利 (political right) は正当防衛の説明ではないとする Kadish の結論に部分的に従いつつも、彼女は、本論文の目的は正当防衛の代替理論を提示することではなく、国家の正当防衛との関わりについての外延部およびその要因を解明することにあるとする。

次に、彼女は、正当防衛が社会契約構造にあるかどうかを考慮することで、正当防衛が道徳的権利 (moral right) か政治的権利かどうかを問ひ、さらに、正当防衛が、前国家的な道徳的権利として構築されるとした後、国家論とのこの道徳的権利との共通部分を分析する。そして、憲法上の権利および刑法の役割というレベルで、国家と正当防衛の関係性を議論する。

このことから、彼女は、以下のような結論を示す。まず、道徳から正当防衛を考察することは、擁護可能な企図のみならず、(防衛者が正当に殺す場合)なぜ防衛者は、有責または無辜の侵害者を正当に殺しうるのかについての答えをもたらしうるアプローチでもあるとする。次に、どんな(正当防衛の)道徳的な権利が与えられるとしても、必然的に国家論へと浸透するのであるから、刑法の正当防衛権は、国家および道徳の産物として理解される必要があるし、正当防衛の構造は、立法の構造およびその現実にも譲歩するべきであるとする。そして最後に、(したがって)正当防衛を純粋な道徳的な次元から理解しようとする企図は全面的に擁護されうるが、ある特定の正当防衛原理の採用を理解しようとする企図は、道徳、国家、あるいは学説という多様な階層を理解する必要があるとする。⁽⁶⁾

以下、Ferzan 論文の概要を紹介する。

—Kimberly Kessler Ferzan 「正当防衛と国家 (Self-Defense and the State)」—

(6) Ferzan, *supra* note 1, at 449-451.

Ⅰ. はじめに

防衛行為は正当化 (justification) されるとの直感があるにもかかわらず、なぜ正当化されるのかを説明するのに苦心する。実際、学問上のコンセンサスはない。権利 (right) を根拠とする者もいれば、軽減された悪意 (lesser-evils) に依拠する者もいる。

所説において、国家 (state) の役割は基本的なものから実在しないものへと移行する。Fletcher が刑法における政治哲学 (political philosophy) の中心的な役割に言及するにもかかわらず、多くは国家に目を向けない。例外の一つは Kadish の業績である。「刑法における生命の尊重と権利の重要性 (*Respect for life and Regard for Rights in the Criminal Law*)」で、Kadish は、国家を中心に置いた。正当防衛権 (right to self-defense) は侵害に抵抗する権利に他ならない。正当防衛は、国家に対し防衛者が保持する権利である。

刑法の説明は法律の説明であるがゆえに、国家が何らかの役割を演じる必要がある。しかし、どのように演じるのか？ 国家が中心的なプレイヤーなのか？ 国家の関与は最小限なのか？ 国家は正当防衛にとってどの程度重要なのであろうか？

Ⅱ. 正当防衛と国家：第1の見解

A. Kadish の侵害者に抵抗する権利

論文「生命の尊重」での Kadish の目的は、既存の刑法理論を基礎づける原理を明らかにすることで、どのようにして自己あるいは他者の生命を尊重するのかについての確立された判断を暴くことにある。その関心の1つは正当防衛である。正当防衛は、他者を殺すことを許容する理論であり、Kadish はその理由を解明しようとする。まず、Kadish は、理論領域という地図を描写することから始める。死または重大な身体障害という差し迫った脅威を防ぐために必要であると合理的に信じれば、

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

不法な侵害者に対して致命的威力 (deadly force) を用いることを許容されている。可能であれば、逃げることを要求する州もあれば、そうでない州もある。

Kadish は正当防衛の限界にも言及する。無辜の攻撃者を殺すことが正当化されるかどうかについては確立されていないとする一方で、この事例は免責 (excuse) されうるというよりも、むしろ正当化されそうであり、そして暗に、第三者が防衛者を援助するために介入しうるとも推測する。そこで、Kadish は、正当防衛が免責としてではなく、正当化として理解されるとする。そして、正当化として正当防衛を理解することは、正当防衛についての我々の直感や第三者が防衛者を援助するために介入するとの理解と合致するとする。そこでの問題は、何が正当防衛を正当化しうるのかということである。

その一方で、Kadish は、正当防衛が、単純に、軽減された悪意の計算 (lesser-evils calculus) 事例であることを否定する。問題は、他者を助けるために人を殺すことが、どのように軽減された悪意となるのかを説明することにある。より言えば、致命的威力が、死以外の危害 (重大な身体的危害、幼児誘拐、強姦) に対する防衛のために利用されると認識する場合や、被害者を助けるために様々な程度の有責性のある侵害者を殺すことの許容性を説明しようとする場合、あるいは、無辜の侵害者の殺害を説明しようとする場合、殺すことは軽減された悪意として正当化しがたいものとなる。

Kadish は功利主義ルールへの移行も否定する。抑止効果により正当化されるルールは、防御的威力だけでなく報復的威力にも拡張されうる。逆に、Kadish は、殺害行為が結局十分な抑止に至らなければ、無辜の被害者が有責な侵害者を殺すことは許容されないであろうとすることは幾分誤りであるとする。

次に、Kadish は、権利を根拠とした説明に取り掛かる。ここでも Kadish は理論的な困難さを指摘する。侵害者が生きる権利 (right to

life) をどのように「喪失する」と言われうるのか。この問題は、特に、無辜の侵害者事例で生じる。無辜の侵害者はその侵害につき答責的ではない。この侵害が権利喪失をどのように構成するのか？ Kadish は、侵害者が生きる権利を喪失するがゆえに、このことは、被害者には生きる権利を行使する権利があるということを内包しないとす。最後に、Kadish は、この理論が、殺害行為に関する所与の刑法上の許容性を除き、一般的な生きる権利を仮定するということに悩み、そのような権利を持ちえないと信じる。Kadish によると、「権利アプローチ」は「国家に対する権利から自由を獲得するもの」である。換言すれば、権利としての正当防衛は、国家に対して保持する権利から生じる。なぜ侵害者を殺すのかを理解するために、個人が国家に対して有する保護 (protection) という道徳的権利を分析する。

Kadish によると、正当防衛の「侵害に抵抗する権利」にはいくつかの長所がある。市民は侵害に抵抗する権利を保持するがゆえに、市民が侵害者に抵抗することは「自明なもの」となる。加えて、これによれば、侵害者の生きる権利がどのように喪失されたのかは要求されない。その理論は、一般的な生きる権利ではなく、他者の侵害に抵抗する権利を想定する。より言えば、市民は侵害者を撃退する権利を保持するがゆえに、市民は無辜の脅威を与える人をも殺害しうる。Kadish は、この理論が、侵害者が防衛者に脅威を与えている場合に、なぜ正当防衛権のみが存在するのかを説明するとす。侵害が終了すれば、その権利も終了する。最後に、第三者の介入は、防衛者の権利から派生する。というのも、国家による保護という防衛者の権利は、国家が第三者の援助を禁止した場合に害されるからである。

B. Kadish 理論の評価

Kadish は法原則における矛盾を探求するけれども、「侵害に抵抗する権利」は基礎原理として役立ちえない。問題は、Kadish が正当防衛権

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

の内実の問題を解決しないことである。彼は単純に争点を移行するだけである。

ホーフエルドによると、「権利」という言葉は4つの能力をカバーする。請求権 (claim-right), 自由 (liberties), 免除 (immunities) そして権力 (powers) である。これらの内、正当防衛に関連しそうなのは、請求権と自由である。正当防衛の請求権と相関性のあるものは、他者の側にある義務、たとえば、作為義務や妨害しない義務である。一方で、自由は他者への不干渉という義務を課さない。むしろ、Xのaに対する自由は、XはaではないとするXへの請求権を誰も持たないことを意味する。

ホーフエルドの請求権として、または、単なる自由として正当防衛を考慮するかどうか、いずれにせよ、(請求権における) 他の行為者や(自由における) 世界の側に相関性がある。これは、まさに、侵害者と防衛者との関係性である。正当防衛を説明するためには、なぜ防衛者には侵害者を殺す権利があるのかを説明する必要がある。

防衛者に他者を殺す権利がどのように与えられるのかを示さない Kadish は、当事者らの内の1つを代替することで、別の関係を作り出す。彼は、正当防衛権が防衛者と国家との関係であるとする。もっとも、「防衛者と侵害者」から「防衛者と国家」への移行は、以下の3点を満足しない。

第1に、侵害者と防衛者の関係から防衛者と国家の関係への移行は、正当防衛権の内実につき示さないし、当事者らの内の1つを代替することは、その関係性の基礎となる内実を示さない。すなわち、正当防衛が、侵害者に対するものではなく、国家に対する請求権であるとするのは、なぜ防衛者が自己の生命を守るために殺しうるのかにつき何ら語っていないのである。

第2に、場合によって、たとえ当事者を区別することが権利の本質につき別の視点に目を向けることになるとしても、ここではそうならない。

Kadish は「侵害者に抵抗する権利」を定義しないままである。Kadish が述べることのほとんどは、国家はこの殺害行為につき我々を処罰しえないということであるが、それは、Kadish が答えるべき問題のいずれにも答えてはいない。侵害行為として無辜の侵害者の行為を理解するのはなぜか？ 国家は、拳銃を向けてくるよちよち歩きの子供を殺す権利を保障するのか？

第3に、正当防衛には市民と国家との関係として理解されるべき側面があることを肯定したとしても、単純に、侵害者が無関係な者にはなりえない。たとえ国家が有責な侵害者に抵抗することを許容するとしても、被害者は殺すことによって侵害者を不当に扱うのか？ 国家は、軽減された悪意を引き受けることの正当性を我々に保障する場合もあるが、国家はなお、(我々の行為の) 被害者に賠償することを要求する。ところが、防衛者は有責な侵害者に賠償する必要はないとの結論へと導くことになる防衛者と侵害者との関係性には違いがある。しかし、Kadish 説に基づき侵害者が単純に無関係な者となるならば、被害者と侵害者とのこの関係性をどのように理解するべきなのか？

これらの理由からすれば、Kadish は正当防衛権やなぜ一定の状況で生命を奪うことが許されうるのかにつき十分に説明していないことになる。

Ⅲ. 正当防衛：道德上のまたは市民の権利か？

Kadish は、国家との社会契約に目を向けることで正当防衛権を理解しようとする。これによると、正当防衛は社会契約により保持される権利であるがゆえに、社会契約というプリズムは、正当防衛を理解するのに有用である。誰も正当防衛権を放棄しないであろうし、放棄しえない。

しかし、私見によれば、Kadish が探求すべき正当防衛の複雑さは、このプリズムを通して答えられえない。契約論は正当防衛の道德性を理解するのに役立つ一方で、国家の政治的な側面は最良の道德的な主

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

張の代わりにはなりえない。

A. 伝統的な社会契約論：ホッブズとロック

正当防衛は、伝統的な社会契約論の中心にある。Jeremy Waldron によると、「ホッブズは、自己保全 (self-preservation) は社会契約の核心にあるとし、ロックは、正当防衛は変革の中核に位置づけられる」とする。正当防衛と社会契約の関連性を前提とした正当防衛論における道徳哲学者による国家軽視は、ますます事を複雑にしているように思える。実際、その説明責任は、国家が正当防衛論において重要ではないとする者の役目であるように思える。

そもそも、正当防衛は、前政治的な道徳的な（または超道徳的な）権利である。国家の構造がどのようにそのような道徳的な権利と交錯するのかとの問題に関心はあるが、ここでのポイントは、ホッブズ的またはロック的な立場であっても、正当防衛は国家に抵抗する権利ではないし、むしろ、正当防衛は、社会契約により保持される自然状態に内在する関係であるということである。

ホッブズによると、自然状態において万人は互いに闘争状態にあり、万人には互いの身体を含む全てにつき権利がある。そして、「万人にはすべてのことに権利があるがゆえに、どの行為も不正になりえない」。社会契約を結ぶ際、人は正当防衛権を譲渡しえず、死刑執行人を含む誰に対しても致死的威力を用いる権利を保持しうる。

とりわけ、この立場においてさえ、正当防衛は前政治的なものである。自己保全の名の下、誰にでも何をしてよい権利である。その権利は自然権であり、逃げない（逃げなくてよい）という自然権である。自己保全のために何と契約するのかを理解するために、正当防衛を（あるいは人間の本質を）理解する必要がある。反事的に権利の内実につき知ることになるが、契約それ自体は権利を明らかにしない（認めるだけである）。

国家に対し市民が保持する権利として正当防衛を創出したと社会契約

をみなすホップズにつき別の解釈もあるが、この立場は、なぜまたはどの条件であれば、市民が侵害者を殺してよいのかについては答えない。どの人も権利を手放すことで優位になると理性的に考慮しえないがゆえに正当防衛権は譲渡されえないとのホップズの立場につき、Claire Finkelstein は、結局「正当防衛権の第一義的な目的は、強大な君主に抵抗するための防衛である」と結論付ける。すなわち、君主の保護と引き換えに、他の市民に対する正当防衛権を譲渡することは賢明であるが、君主が社会契約を破棄する状況で、君主に抵抗する権利を手放す根拠はない。しかしながら、防衛者が有責な侵害者により攻撃される場合、正当防衛権とは何であろうか？ Finkelstein によれば、「攻撃的に行為する私的市民は契約の合意 (terms) に反する。したがって、おそらく、正当防衛権は、彼らに対するものとして必要とされない。というもの、彼らは、彼ら自身を市民社会の残りの部分と敵対状態に置くからである。彼らは、権利侵害の先導者としてというよりはむしろ、契約違反者として非難されうる。たとえば、契約違反に対する適切な制裁は、死というよりもむしろ、市民社会からの排除である」ということになる。

Finkelstein は、正当防衛に関するホップズ的な立場を、国家に対する政治的権利 (political rights) として構成するが、それは、国家が市民を防御しえない場合に、国家に対して威力を用いる権利としてのみである。その説明は、この権利の当事者 (市民と国家) だけでなく、権利の内実についても十分に示す。ところが、正当防衛権を行使される者に抵抗する個人は、社会契約によっても完全にはカバーされない。その際、さもなければ、あなたを殺すことになる無辜の侵害者に対し、何をしょうのか？ Finkelstein はホップズについてのこの解釈を分析するが、問題は解明されないままである。なお、妥当な道徳的な見解を必要とする。

ロック的な立場もまた、正当防衛権は、前国家的な道徳的権利であるとする。ロックは、自然状態において正当防衛を理解した。「ある人が、

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

言葉や行為あるいは、激情や軽率さではなく冷静な確固たる意図によって他者の生命との戦いを挑む場合、そのような意図を明らかにする者に対し、自分自身を戦争状態に置く。そして、自己の生命を、自己または防衛において共同する誰かが奪い取ることになる他者の力にさらし、自分の口実を支持する。それが合理的で公正であるならば、破壊すると私を脅すどんなものに対しても私には破壊する権利があるべきである。というのも、基本的な自然法により、人ができるだけ多く保存されるのであれば、あらゆることが保存されえない場合に、無垢という安全性が好まれることになるからである」。

ロックが「自然法により」、「自分を破滅させる恐れがあるものを破壊する合理性あるいは正当性がある」とすることに注意しなさい。ここでもまた、市民に他者を殺す権利を与えることは、国家との社会契約によっては生み出されない。むしろ、公平または正義という原理が正当防衛権の基礎となるのである。

要するに、ホップズやロックも、有責な侵害者を殺す権利は社会契約によって生み出されるとするものではない。むしろ、正当防衛権は自然状態に存在したとする。それゆえ、他の市民に対する正当防衛を正当化するために、社会契約に依拠してはならないのである。

B. 近代の見解

社会契約と正当防衛権の関連は、ホップズやロックに留まらない。むしろ、近年の正当防衛事例の分析において、これらの行為が市民と国家の間の政治的な権力争いとして最良に理解される（それは正当防衛原則を通じて企図された争いである）とする者もいる。

国家は正当防衛の限界を統制する。「適法な正当防衛に早いとか遅いとかはないのである」。市民が遅かれ早かれ威力を用いるとすれば、市民は君主の一部となる。

正当防衛の境界は、先制攻撃と防衛的威力という適法な行為との違い

にある。市民は攻撃が差し迫るまで行為してはならない。市民は将来において危害を与えようと確知する者を先制攻撃的に殺してはならない。

市民とは対照的に、国家は攻撃が差し迫る前に行為しうるし、行為すべきである。国家は犯罪の発生を予防するために財をささげる。国家は、どの態様の典型が禁止されるのかに関し、市民に情報を公開し、かつ、妥当な社会規範を教化する制定法を立法する。警察は犯罪捜査をする。警察は犯罪予防を強制しうる。そして、限定的に、警察は予防的に危険な行為者を勾留できる。もちろん、国家が採りうるあるいは採るべき行為に限界はあるが、国家は犯罪予防において重要な役割を担う。

犯罪発生後の処罰は市民の役割ではない。国家が処罰する。より言えば、国家がまさに処罰の正義だけでなく公平性をも確証するために、必要な手続的な保障を提供する。公平性に関する我々の関心は、国家の及ぶ範囲を制限することかもしれないが、我々のシステムは、意図的に、無辜の者に対する有罪につき、有罪から開放するために企図されている。

正当防衛は、国家権力により両サイドを閉ざされているがゆえに、正当防衛原則はその権力を仲裁するものと考えられるかもしれない。たとえば、George Fletcher は、急迫性が市民と国家との間の権限を分配することになるとする。「私人に対する攻撃が差し迫っていれば、警察にはもはや介入するあるいは公共の安全を保障する国家の機能を実現する立場がない。緊急的な行為が必要であるがゆえに、個人の正当防衛権は確実に始まる。個人は、威力の独占を国家には譲らない。個人は、危険が差し迫り、そうでなければ侵害に抵抗して自身の安全を保障するためにやむを得ない場合に、権利を行使する」。

正当防衛を理解するためのこの方法は、市民と国家との間で、威力行使の権利を配分するための方策として理解する。したがって、正当防衛の限界はきわどいものとなる。というのも、その限界は市民の役割と国家の役割を限定するからである。その限界は、致命的威力の使用を許容する場合を示す。

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

では、国家が保護しそこなうことは、正当防衛の適法上の限界を変えるのか？ 別の言い方をすると、正当防衛の制限された範囲内であることを除き、社会契約の範囲内で威力を用いる可能性を放棄すると仮定すると、国家が役立たない場合に、正当防衛はその隙間を満たすために浸透すると予測しうる。正当防衛にそれ自体の規範的あるいは概念的な限界がないならば、正当防衛は何も内包しないことになる。

ゲッツ事件 (People v. Goetz, 497 N. E. 2d 41 (1986)) やノーマン事件 (State v. Norman, 378 S. E. 2d 8 (1989)) の分析により、正当防衛は、国家の失敗という隙間を埋めないということが明らかとなる。たとえば、威力行使につき正当であると信じて、それは正当防衛ではない。

ゲッツは「地下鉄の自警団員」であった。4人の青年の内の1人がゲッツに5ドルを要求した際に、強取される前に、ゲッツは青年らに向けて発砲した。ゲッツの強取との関係性は、国家が事前にゲッツを守りそこない、したがって、ゲッツは自分自身を守る必要があったとして理解される。

ジュディ・ノーマンは、彼女が15才のとき妊娠したために、夫の J. T と結婚した。5年後、夫はジュディを虐待し始めた。夫の行為は、犬のえさを食べるように強制することや、売春のみで収入を稼ぐよう強制することで品位を貶めることから、残虐に殴打することまでに及んだ。ジュディが夫から離れようとする夫は彼女を見つけ家に連れ戻し、そして彼女を殴打した。自殺に失敗した後、ジュディは拳銃を手に入れ、夫が寝ている間に、夫の頭に向けて3回発砲した。

国家がジュディのような女性を保護しそこなうことは、社会契約違反となるとする者もいる。実際、被殴打女性 (battered woman) は自警として行為しているがゆえに、虐待者を殺すことにつき正当化されるとする者もいる。しかし、「社会契約違反」としての主張はどこにもなく、したがって、両事件は正当防衛領域に無理やり押し込められることになる。問題はゲッツが殺人未遂を遂行したのか、正当防衛行為を遂行した

のかどうかということである。

そのような正当防衛を嘆く者もいる。彼らは、正当防衛論は同情的な被告人を支持するに不適切であるとするのである。Fletcher は「悲劇的なジュディの主張は無視されることになったけれども、彼女は裁判官や死刑執行人にはなりえない」とした。そして、Whitman は「我々は復讐の適法性を否定するがゆえに、威力行為を遂行した行為者を『正当防衛』という言葉でそれらの行為を正当化または免責するようにさせる」とする。Whitman はこれを「正当防衛の偽善行為 (self-defense hypocrisy)」と呼ぶ。

にもかかわらず、何が「偽善行為」を凌駕する意味となるのかと問うてみよう。国家は役立たなかったとの主張は何を意味することになるのか？ そして、特に、何が正当防衛の前提となるのか？ 正当防衛が単純に威力行使の権利であるとするならば、国家が役立たない場合にその隙間を埋めることになるだろう。

なので、正当防衛と罰の限界には隙間があると仮定してみよう。国家がゲッツ事件とノーマン事件の両方で役立たなかったとする。これは、正当防衛に対する理解を変えるのか？ 私はそうは思わない。

たとえ、国家が前もってゲッツにとって役立たないものであったとしても、このことは、どのようにして、ゲッツの行為を違法から適法な正当防衛へと移行させるのか？ むしろ、ゲッツが適法に行為したかどうかは、4人の青年が本当に強盗または殺人をしようとしていたのかどうかについてのゲッツの確知しだいであるように思える。青年らが「報いをうけた」との程度で、実際に（どんな犯罪計画であれ）4人の青年が致命的威力によって撃たれるに値するかどうかを問う必要がある。

実際、正当防衛と罰との間になお明確な区別があると理解する一つの方法は、比例性 (proportionality) での違いを分析することである。近年の法によると、威力は、処罰のために用いられるよりも、危害を予防するために用いられる。致命的威力は、致命的な攻撃に対してだけでなく、

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

児童誘拐や強姦あるいは強盗に対してもそれを防御するために許容されうる。致命的威力は強姦のような犯罪を予防するために利用しうるとなぜ信じるのかにつき、正確に説明することは難しいかもしれないが、その直感が深層的なものであるということに疑いはない。

反対に、誰かを処罰する場合、犯罪者が峻厳に報いを受ける必要があると信じる。死刑反対の立場は、正当防衛での致命的威力の利用についての直感的な許容とは対照的な立場となる。より言えば、強姦で誰かを死刑にすることは違憲であり、強盗や児童誘拐で誰かを死刑にすると考えることは限界を越える。なので、ゲッツが青年らに「報いをうけさせた」と言うように誘惑されるかもしれないが、この種の自警的な正義は、決して応報的な正義にはならない。したがって、ゲッツの行為は、正当防衛論と合致する場合あるいはその場合にのみ道徳的に許容されうるし、国家が存在しない状態においてさえ、その説明を必要とするのである。

これはノーマン事件にも当てはまる。彼女の威力の利用が、将来の攻撃に防御するためのものであったか、過去の攻撃を罰するためのものであったかどうかを確かめることが重要である。ノーマンは正当に正当防衛で行為したと確知すれば、彼女の致命的威力の利用は正当化される。彼女は先の攻撃で夫を罰したと確知すれば、たとえ彼女が、国家の後釜に座ることで正当化されるとしても、彼女の威力行使は相当ではなかったと非難されうる。死刑が、ひどい殴打に対し不釣り合いな刑罰であると考えれば、被殴打女性を夫を殺すことによって正当化されない行為をしたとすべきである。

ゲッツ事件やノーマン事件の評釈は、両事件が正当防衛として刑罰を覆い隠すべきであるとするけれども、国家が役立たなかったことが他の限界（先制攻撃と正当防衛の限界）を変えたのかどうかも問う。ジュディが（たとえ攻撃が差し迫っていなかったとしても）夫が寝ている間に夫を殺すことは必要であったとする者もいる。というもの、彼女は国家の保護には頼ることができないからである。そこでは、国家の先制攻撃

権限と正当防衛の利用との限界は、国家がその法執行という役割を果たしえない場合に移行するとする。

ところが、ここでも、国家がない状況でも、先制攻撃と刑罰との間に限界がある。これは、イラクとの戦争を検討する場合に明らかとなる。イラクに対するアメリカの攻撃が「先制攻撃」であったか、「正当防衛という合法的行為」であったかどうかを問う場合、単純に先制的であるがゆえに、どの行為も正当防衛的なものではないと理解している。実際、アメリカは正当防衛として侵害を覆い隠したとの批判でさえ、正当防衛と理解するための適切な方法（あるいは不適切な方法）があるということをも前提とする。逆に、急迫性は適切な規範的な入口ではないとの立場には、入口は存在するべきであるとの暗黙の認容がある。

ノーマン事件は先制攻撃と正当防衛のプリズムを通じても検討されうる。ノーマンに対する批判的な問いは、脅威が差し迫るまで彼女は待つべきであったかどうかというものである。政治的な主張は、侵害に対し国家がほぼ完全に独占する市民の威力行使権限を、急迫性要件が制限するというものである。この立場には2つ問題がある。1つは、国家が差し迫りつつある攻撃よりも早く利用できない場合を無視するというものであり、もう1つ重要なものは、急迫性が演じる別の役割を無視することである。急迫性は、正当防衛権のきっかけとなる侵害を構成する攻撃の典型を示唆する。この点で、急迫性は侵害のアクタス・レウスとして有用である。そうすると、急迫性は、侵害者と防御者の間のリスクを仲裁するのに有用となる。防御者が待つ必要があればあるほど、自分自身を防御しうる可能性はなくなる。とりわけ、急迫性が正確なバランスをとるかどうかは、防御者と国家との政治的な問いではなく、侵害者と防御者の間のリスクをどのように分配するのかとの道徳的な問いである。

要するに、正当防衛原則が、単純に、国家と市民の間の威力行使を仕切るのに有用ではないということを証明しようとしてきた。正当防衛が

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

政治上の権限の争いの限界にあるとする者もいる。ところが、これらの限界が容易に移行させられえないと示そうとしてきたし、したがって、正当防衛にはそれ自体の輪郭があると示す。たとえ、国家から市民へ威力行使権限を移行させようとしても、正当防衛の規範的な根拠付けや概念的な限界は不変のものであるように思える。したがって、防衛者がなぜ有責な侵害者を殺害してもよいのかを、政治権限区分というプリズムを通じて正当防衛を分析することで、僅かながらに前進することになるう。

C. ロールズの理由付け

ホプズやロックは、正当防衛の議論において著名な社会契約論者であるけれども、Kadish は、John Rawls の社会契約論と合致するものとしても理解される。

「公正としての正義において、平等という原初状態は、伝統的な社会契約論における自然状態と合致する。もちろん、この原初状態は現実の史的事態として考慮されないし、文化の初期状態としても、もちろんである。原初状態は、一定の正義概念により導かれるように特徴付けられた純仮説的な状況として理解される。この状態において、誰も社会における自分の立場や身分または社会的な地位を知らないし、生まれつきの長所や能力、知性あるいは体力などの分配における運命を知らない。当事者が自己の有徳概念または特殊な心理的な傾向を知らないときとさえ仮定するであろう。正義原理は、無知のベール (veil of ignorance) の背後で選択される。これは、誰も、自然な選択の結果、または、社会状況の偶発性により、原理の選択において有利不利はないということを保証する。すべての人は同じ状態にあり、誰も特定の条件を支持する原理を考慮することはできないのであるから、正義原理は公平な合意または契約 (bargain) の結果である」。

無知のベールの背後で正当防衛行為をする場合、他者に対しどのよう

な権利を保持することが望まれるのか。Stephen Morse は、差し迫った攻撃を待ち受けることが不合理である場合に、先制攻撃が正当化されるべきかどうかを問う。「無知のベールの背後で、すべての人の安全のための、制限ある人道的な先制攻撃には賛同しないのであろうか？」。

私見によると、実体的な刑法理論の範囲内で、この種の動きは、しばしば、市民と国家の理解よりも、契約論的な道徳的理由付けにより似かよる。無知のベールは、どのように互いを扱うべきかについての思考方法を与えるがゆえに、有用な説明手段となる。しかし、これらの問いに対する答えは、国家にではなく、道徳的な問いへの理解にある。おそらく、有責な侵害者を殺すことは国家が我々に委ねた行為であるとする一方で、無辜の攻撃者を殺すことは免責されたいと思う行為でもある。実際、自分にとって大切な人を助ける必要があるならば、社会契約により、より重大な悪事を行いうる権利を持ちたいはずである。我々がこれらの「権利」すべてを保持したいとの事実は、第三者が介入する場合や威力が相当である必要がある場合などに、どのように正当化されるのか、どのように免責されるのかを明らかにしない。

しかし、ロールズの理由付けは、道徳的な分析により覆い隠されうる分配上の問いを明らかにするには役立つ。例えば、Ben Zipursky は、男と女の間での権利の不均衡は、無知のベールの背後で、急迫性要件を保障するかどうかに作用することになるとする。すなわち、女性が差し迫った攻撃を待つ、あるいは、男であれ女であれ平等にその可能性がある場合に、女性が自分自身を守りえない社会において、急迫性要件を排除するのであろうか？ Zipursky は、ロールズというレンズを通して、今日のシステムは、無知のベールの背後で選択することを理にかなったものとしなないとする。そして、もちろん、性別の不均衡は、唯一の潜在的な配分的な不公正さではない。

要するに、「無知のベール」に与える同意は、単純に、契約論的なレンズを通じて道徳的問いを探求する方法でしかない。しかし、ロールズ

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

の枠組みは、人がこれらの配分的な不公正さに焦点を当てることを必要とする点で、それ自体重要なものである。したがって、ロールズの枠組みは、外観上の公正な道徳的原理が、当事者らが平等にリスクを共有する場合にのみ、正当であり公正であるということを明らかにする。

IV. 道徳上の権利と政治論との交錯

正当防衛は単なる政治上の権利ではなく、道徳上の権利である。道徳的な理論化は、防衛者が攻撃者を侵害することにつき正当化される場合に必要である。

しかし、正当防衛が道徳哲学の範囲内でしか存在しないとするべきではない。すなわち、どのようにして「美」という概念が、唯美主義の範囲内に残りうるのかとは対照的に、正当防衛は国家により認められた抗弁である。それゆえに、たとえ正当防衛が道徳的に正当化されるとしても、どのようにして、あるいは、なぜ国家が正当防衛を認めるのかとの問いが残されている。

A. 国家論と正当防衛論

近年、Fletcher は、道徳ではなく、政治哲学のレンズを通じて刑法を考察するよう、駆り立て続ける。Fletcher によると、完全主義的な国家論に基づく法的ルールの中身は、自由主義または自由意志主義的な国家論に基づく法的ルールとは異なるとする。Stephen Schulhofer は、「国家論を比較することは、分離した比較不能な規定を生み出す」として、これを否定する。

これらの比較を調整することは困難である。というのも、Fletcher が言うように、政治哲学が実体刑法にどのように影響するのかについての議論がほとんどないからである。いわゆる、完全主義論とは反対に、自由主義というプリズムを通じて正当防衛を検討するいかなる試みも、その細部がどのようにうまくいくのかにつき、かなりの量の推測を必要と

する。

無辜の脅威に対する正当防衛権の問題がある。自由主義国家は、弾が入っている拳銃を向ける5才の子供を殺した人をどのように扱うべきなのか？ 少なくとも、自由主義国家は無辜の攻撃者を殺すことを免責するように思える。というのも、この防衛者は合理的に予測しうる行動をしたからである。

完全主義的な国家を描く際、我々は、国家がどのような徳を植えつけることを望んでいるのかと問うかもしれない。完全主義的な国家は、特に、生命に対する脅威が無辜の人による場合、自己犠牲を評価する。その場合、完全主義的な国家が無辜の人を殺すことを権利とする、または、そうすることを許容するとは思えない。加えて、そのような防衛的な殺害行為が、免責されるかどうかにつき疑問さえあるかもしれない。そのような国家において、人間の弱さを容認することになる困難な選択という理由は利用しえない。したがって、完全主義的な国家において、無辜の攻撃者に対する正当防衛のどんな抗弁もありえないように思える。

これらの潜在的に異なる結果から、どのような結論を引き出しうるのか？ はじめに、いくつかの事例で、異なる政治論があれば、刑法の中身が変わるように思われる。正当防衛についての自由主義国家の立場は、実質的に、完全主義的な国家の立場から乖離する。しかしながら、そのような結論は、我々がこれらの異なる政治的アプローチを必要に研究すべきということを暗示するとは思わない。自由主義者は、しばしば、政策を批判する根拠として、政策は人格に完全性を求めるとの事実を用いてきた。それゆえに、刑法学者が、自由主義国家という現に機能する背景的な仮定以上のことを必要とするのかどうかは不明確である。異なった政治プリズムを通して見ようとする者は、それをはじめに擁護しなければならない。

次に、早急すぎて、ここでのあらゆる作用が道徳ではなく、政治論によりなされると結論付けえないと考える。結局、我々は、何が徳

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

(virtuous)であるのか、あるいは、我々が完全主義的な国家を構築しようる以前に、我々はどうのようにして人格を完全にすべきかについての理論を必要とする。したがって、完全主義者の政治論はもう一度、刑法の根本的な中身を決定するために、道徳哲学に取り掛かる必要がある。

最後に、そして最も重要なことであるが、人は正当防衛権を、国家論に助けを求めることなく、有徳論 (virtue theory) の観点から理解しようとする。正当防衛に関する今日の議論においてさえ、研究者は、結果主義的または義務論的な理由付けのいずれが、現に権利を正当化することになるのかどうかを理解しようとしてきた。我々は、確かに、研究対象の候補として有徳論を加えうる。いったん我々が正当防衛についてのその理解を持てば、我々は国家についての政治的なプリズムを通じてその理解をろ過しうる。それゆえに、特定の実践は徳を助長することを狙ったものであるが、それは国家の領域外であると我々が信じれば、これは、国家がその実践を採用すべきではないとの主張の根拠となる。我々に相応しくない道徳論や政治論があるとすれば、再考する必要があるろう。

要するに、正当防衛についての刑法理論的な理解は、根本的に、正当防衛についての我々の最良の道徳説明と我々の最良の政治論との釣合いに依拠することになると思われる。Fletcher は確かに、刑法学者は二番目の問いよりもはじめの問いにより興味があるとする (そして、おそらく政治論を無視する) けれども、正当防衛についての最良の説明が、国家についての最良の説明に依拠しているということにはならない。我々は、道徳論の題目の範囲内で、正当防衛権を単独で理解しうる。もちろん、刑法がこの道徳論を満たそうとする場合、正当防衛の道徳的な説明は我々の国家論と一致させる必要があるろう。ところが、この問いは刑法全てに妥当する。この点で正当防衛や国家に関して特別なものは何もない。

B. 正当防衛と国家の適法性

Kadish の正当防衛権は根本的に不満足であるとしてきたが、Kadish の正当防衛や社会契約の分析において本来的な洞察がある。Kadish が実際に主張する点は正当防衛に関するものではなく、国家に関するものである。我々が、社会契約のプリズムを通じて、正当防衛の道徳性を理解しようということではない。むしろ、我々が、正当防衛というプリズムを通じて、国家の適法性を評価しようということである。

我々の最良の正当防衛概念に依拠する国家は、権利をその市民に拡張する道徳上の義務を負うかもしれなし、負わないかもしれない。国家が介入しない義務を負う場合に、正当防衛が請求権であるならば、刑罰という脅しは介入となるであろうし、したがって、国家には防衛を保障する義務があることになろう。一方で、正当防衛が単なる許容（または自由）である程度で、国家には介入しない相関的な義務がないし、その場合の刑罰は道徳的に許容されうであろう。この分析によると、国家は権利や義務の当事者としてではなく、むしろ傍観者として行為する。

その傍観者の地位にもかかわらず、我々には、国家が我々に正当防衛権を保障しない場合に、国家を批判する理由がある。国家が有責な侵害者に対して致命的な威力を用いることを市民に許容しなかったとする。そのような国家が永続するとは信じがたい。市民には守りそこなった体制に従う理由はない。市民には自然状態を離れる理由がない。Claire Finkelstein がホッブズの立場を説明するように、「正当防衛は個人が進んで自然状態から離れるに十分な条件を与え、主権者の義務の範囲はその目的を満たす能力により制限される」。したがって、Kadish は「個人は、侵害に対し自己保存する基本的な自由を放棄しない。この自由は国家の正当性により必要とされ、そしてそれは、個人の特権の放棄につき、ホッブズ的であれ、ロック的であれ、ロールズ的であれ、従前よりも軽減されないより大きな侵害に対する保護という代償をもたらす」とする。

ところが、この主張の要点は、正当防衛を国家というプリズムを通じ

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

て理解するのではなく、むしろ、正当防衛というプリズムを通じて、国家の正当性を理解するということである。

実際、まさに国家の正当性の枠組みという範囲内で、我々は「自分人身の手で法を執行」しようとする都市の少数派の主張を理解しよう。この点で、国家は正当防衛権を拡張しないということではなく、国家は都市の住民を守りそこなうのである。国家が保護義務に応えそこなう場合、我々はこれらの住民に対する国家の正当性を問いうる。なお、この脈略で、国家は正当防衛の限界を変えていない。むしろ、その主張は、国家の失敗が法に従うべき個人の義務を軽減するというものである。ところが、ゲッツ事件やノーマン事件の議論で検討してきたように、我々は、どんな威力の利用も道徳的に許容されるかどうかを問う必要がある。

正当性の問題は、個人の事例でも生じる。その主張は、個人を守りそこなうことが、国家に対する準禁反言的な主張を導くということを生じさせるであろう。この点につき、被虐待女性症候群の脈略における Arthur Ripstein の「同等の保護」がある。たとえば、12才のとき集団で強姦され虐待関係に支配されたのち、性的な口説きに過剰に反応して人を刺殺した E につき、Ripstein は、E の行動を正当化しようとも免責しようともしない。「実際、彼女はまったくその帰責性を軽減されない。代わりに、彼女を守りそこなった国家には彼女を罰する筋合いはない。」

このアプローチは、E の行動が先制攻撃か罰のいずれかの形式を採るとするものではない。むしろ、Ripstein は、正当防衛と国家に関する代替的な立場を示す。国家がその市民に対する義務に応じない場合、処罰をする資格を失う。もちろん、問題は、その主張はどこに行き着くのか、あるいは、Ripstein は、E の行動と、墮落した社会的背景があったとする犯罪者の行動との理にかなった区別を与えるかどうかということである。私はここでそれらの問題を探求しえないが、この点で、市民に関してさえ、国家は、市民を守ること、または、市民が自己保全することを許容することのいずれも義務付けられうるとするには不十分である（と

ころが、威力行使はなお道徳的に正当化されうる)。

V. 道徳的権利と法の交錯

この点で、正当防衛が道徳的なものであって、政治的なものではないとしてきた。ここまで、この道徳的な権利と国家との交差点を検討してきた。そこでは、国家論と道徳論の両方は、いかにして国家が正当防衛権を認めうるのかとの理解に必要であり、そして、国家が正当防衛権を認めそこなうこと（市民を守りそこなうこと）は、国家の正当性を侵食するのである。

正当防衛権や国家を考察する最後の方法は、法それ自体のプリズムを通じて行うものである。国家が正当防衛権を認めようとするならば、どのようにして「法的」な考慮は正当防衛権の理解を形成するのか？

この問いに答える前に、正しいが、取るに足りない答えを無視すべきである。国家は正当防衛という抗弁を保障するし、国家がどう言おうとも、正当防衛はそんなものである。より言えば、国家は人々を訴追し、審理し、刑務所に送るがゆえに、国家には正当防衛を主張する者とわずかにではあるが相関関係がある。

ところが、この種の分析は、刑法のどの側面でも妥当する。たとえば、国家は、この意味で、自発的な行為要件を認めるかどうかを判断する。しかし、もちろん、自発的な人間の行為を最良に理解することは、国家が言うほど単純ではない。はじめに、何が自発的な行為となるのか、なぜ自発的な行為が必要なのかを問い、さらに、適切な法的な問いは、憲法がそのような要件を要求するかどうか、法はいかにして起草されるのかということになる。

A. 正当防衛の憲法上の権利？

憲法の問題として正当防衛に関する以下の点を考察する。はじめに、正当防衛における行為の憲法上の権利はないと想像できないと思われる。

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

次に、それをどこで見つけうるかにつき、明確な答えがないように思われる。修正第2条の権利が武器の所持を基礎付けるのか？ 修正第9条の列挙されない権利に含まれるのか？ または、正当防衛は実体的デュー・プロセスの中にその根拠を見つかるのか？

最後に、権利が基礎付けられる部分に依拠して、その権利の中身につき重要な含意がある。正当防衛権の含意は、その権利の本質に依拠する。簡潔に2つの例を検討する。1つは、Eugene Volokh が、正当防衛権は臓器への支払い権に拡張するとするものである。もう1つは、拳銃規制に関する問いが、どのように修正第2条を解釈するかとの問いと密接に絡み合う。

はじめに、Volokh は正当防衛の例として、以下4つの行為を同視しようとする。

- (1) そうでなければ母親を死亡させることになる胎児を殺すこと。
- (2) 死や重大な傷害、強姦、幼児誘拐の予防のために（おそらく心神喪失の）侵害者を殺すこと。
- (3) 病気になるおそれのある人を治療するために治験薬を使用すること。
- (4) 人の命を救うために腎臓の対価としてお金を支払うこと。

Volokh によると、これらは、そのように行為しなければ、死という結果が発生することになったであろうとする。したがって、行為者は正当防衛権に取り組み、それゆえに、行為の介入は正当防衛権の介入となる。「自分の命を守るために人や動物を殺すならば、なぜ臓器移植や治験薬の使用のような、殺すことを包摂しない医療行為を利用して自己の命を守る自由がないのか？ 致命的な正当防衛の権利と強く感じる人々は、医療的正当防衛という道徳的な事例が、少なくとも、致命的な正当防衛の事例と同じくらい有力なものであるということに賛同するであろう」。

ここでは、Volokh には与しないが、この見解の幅を知ることが重要

である。はじめに、防衛者に侵害者を殺す権利が与えられるだけでなく、侵害者を殺すことにおいて防衛者を援助することにも権利が与えられる。反対に、有責な侵害者を殺すことは正当防衛権の中に包含されるけれども、自己保全を必要とする事は、必要性（または軽減された悪意）という抗弁によって正当化されると考えるかもしれない。重要なことは、必要性抗弁は弱い立場に立っているということである。次に、Volokh は、憲法が広範な正当防衛権を包含するとする。つまり、有責な侵害者を殺すためだけでなく、（胎児のような）無辜の侵害者や腫瘍も殺すためにも正当防衛権が用いられる。しかしながら、このことは、正当防衛の本質が、理由のある他殺であるということを見捨てるように思える。

修正第2条も同じように、正当防衛では検討されていない仮定に基づく。本稿では、正当防衛は政治的なものではなく、道徳的な権利であるとしてきた。ところが、修正第2条の範囲内で具体化される正当防衛権も、道徳的な権利であるかどうかまだ分からない。例えば、修正第2条の範囲内で可能な正当防衛権は、威力が国家に対して用いられるような政治的な暴動を防ぐために存在する。そうであるならば、修正第2条は、有責な侵害者から自分自身を守るために拳銃を持つ権利があるかどうかにつき何も語らないし、拳銃を持つ3才の子供を殺しうるかどうかについてもそうである。

驚くべきことは、このレベルで、正当防衛の限界を探求する刑法学者がいないということである。この沈黙を、最高裁が実体刑法の問題に取り組みたくなかったとの事実や、最高裁が実体刑法の問題に取り組む際に、ほとんどの者が裁判所は誤った結論に達すると信じているとの苦言のせいにする者さえもいる。しかし、Kadish が正当防衛権について示すいくつかの結論は、このレベルで興味深いものとなる。例えば、防衛者に国家の予防という権利を与えることは、第三者が防衛者を援助することを国家が禁止することで侵食されるがゆえに、介入する第三者の能力は防衛者の権利から派生することになる。ところが、同じことは銃規

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

制でも言われる。そして、正当防衛がまさに国家に対する権利であるならば、あるいは同じことが憲法上の権利にも妥当するならば、あらゆる機能は社会契約論から派生することになろう。しかしながら、この分析は、有責あるいは無辜の侵害者を殺す場合、どんな答え（どんな憲法上の要件）ももたらさないであろう。

B. 道徳上の権利から法律上のルールへ

憲法上の正当防衛権であってもなくても、すべての州は防衛者に、一定の状況で、自分自身を防衛するための権利を保障する。道徳ルールという法執行レベルで、なぜ国家が基礎となる道徳性から離れる必要があるのかにつき根拠がある。また、より正確に、国家は、正当防衛を規定する方法を決定する際、正当防衛それ自体の道徳性の外側で、道徳的な考えを考慮に入れる必要がある。この問題の例として、急迫性に関する最近の議論がある。

防衛者が正当防衛行為する前に、侵害者の攻撃が差し迫っているとの要件の軽視がある。急迫性についての基本的な批判は、必要性の代用として役立つというものである。したがって、攻撃が差し迫る前に、防衛的威力が必要であるならば、防衛者はなお、防衛的威力を使用する権利を与えられるべきである。急迫性に関する議論は、典型的に、被虐待女性が、虐待者が寝ている場合のような、対立がない状況で虐待者を殺す場合に集中する。学問的なコンセンサスは、防衛的威力は「直ちに必要である」との模範刑法典の要件が、防衛者と侵害者とのバランスを正確に計算するということである。「直ちに必要」は、危害は差し迫ってはいないが、防衛的な対応が必要である場合を包含するはずである。

たとえ、急迫性が代用的な機能として役立つだけであるとしても、これは、急迫性がどの機能にも役立たないということを意味しない。急迫性が必要性の代用として演じる役割を理解することは、なぜ、基準 (standards) の代わりに、ルールを用いて刑法典を起草するのかを理解

することを必要とする。急迫性はルールであり、必要性は基準である。急迫性は必要性基準を裏付けるよう企図されるがゆえに、我々は、必要性という広範な基準の代わりに、急迫性という明確なルールを持つ価値があるのかどうかを問う必要がある。

一般的に、基準に対立するものとして、ルールを持つことには価値がある。ルールの発布者には、市民よりも、かなり多くの道徳的または事実に関する知識がある。複雑な判断がなされる場合に、(多くの要因を分析する)基準によって判断する必要がある行為者は、単純に、予測を悪いものにする。より言えば、ルールを持つことで意思決定のコストが減少する。Larry Alexander や Emily Sherwin が説明したように、「ルールと基準を同一視するあるいは区別する性質は、判断の性質である。ルールは、仮定された規範の機能を満たす、すなわち、何がなされるべきかの問いを確定する仮定された規範である」。

急迫性は、ルールが役立つこれらの機能にとって有用である。それは、防衛者がいつ行為しうるのかにつき、防衛者に明確なガイダンスを与える。それは、防衛者が判断されることになるルールにつき、事後の判定者に明確なガイダンスを与える。そして、それは、複雑な予測が単純に可能ではない状況で、明確なガイダンスを与える。Whitley Kaufman が主張するように、「暴力的な自助の事例における明確な区別ルールの理論的根拠は、自分自身を守るために他者に危害を与える場合やその方法につき、人間による判断の機会を最小限することにある」。

ところが、急迫性ルールの価値は重要なコストにもなる。あらゆるルールのように、急迫性ルールは非常に包括的である。すなわち、ルールの基礎となる正当性は適用されないが、ルールが適用される場合がある。これは急迫性にかかわる問題である(攻撃は差し迫っていないが、行為は必要である場合である)。それゆえ、「急迫性」または「必要性」を用いるとの判断は、両方に内在する問題の場合に、ルールまたは基準のいずれがより適切となるのかについての問いとなる。

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

ここでは、このなぞを解くことはできない。この問題は刑法に広がっている。明確なルールの利益を得るために、我々は進んで、道徳的に無辜の者の処罰を許容する必要がある。というのも、包摂的なルールはまさに、道徳的に無辜の者を処罰するということになるからである。応報主義者がそのような交換を正当化するかどうかにつき確信はないが、ここで重要なことは、道徳的基準を法的ルールに修正する方法につき、より一般的な法学上の問題を明らかにするということである。

VI. 結 論

有責な侵害者が私に拳銃を向ける。私が彼を撃ちうるということは明らかであるが、なぜそうして良いかは不明確である。本稿で、私は、その答えは道徳哲学から生じるのであって、国家哲学からではないと主張してきた。戦いは侵害者と私の間にある。国家についてではない。国家が私を守りそこなう場合でさえ、私はなお、なぜ私の行為が道徳的に許容されるのかについての説明を示す必要がある。

ところが、市民や国家と正当防衛との関係性はとても複雑である。国家の目的に依拠するこれらの目的は、最良の道徳論と一致するかもしれないし、矛盾するかもしれない。正当防衛というルールは国家を批判する根拠として役立ちうるし、また、国家論は正当防衛というルールを批判する根拠として役立ちうる。いずれにしても、我々は、特定の法的ルールの妥当性を分析するために両理論を必要とする。それに加えて、社会契約論のプリズムを通じて、我々は、国家の我々を守る能力がどのようにして、国家の全般的な適法性や守られなかった集団に関する国家の適法性、そして、国家が適法に個人を処罰する能力の実質となるのかを理解する。最後に、正当防衛についての最良な道徳的な根拠でさえ、憲法により部分的に扱われるだけであるし、また、行為をガイドする法的ルールを精巧に作るために歪められる必要がある。正当防衛は、たとえ国家により構築されないとしても、国家により形作られるであろう。