

# 緊急避難論における社会連帯義務（二）

森 永 真 綱

〔目次〕

- 一 はじめに
- 二 ドイツの状況
- 1. 序論
- 2. 社会連帯義務を援用する大部分の文献について
  - a) 学説の状況
  - b) このような学説状況の問題点
- 3. 二つのモデル
- 4. 賢明な自己利益説
  - a) Reinhard Merkel の見解 ① (以上姫路法学第46号)
  - b) 本見解に対する批判
- 5. 公正 (Fairness) 説
  - a) 内容
  - b) 本見解に対する批判 (以上本号)
- 6. 準制度的甘受義務説

### 三 検討

#### 四 むすび

#### b) 本見解に対する批判

##### (1) 序論

以上のような Merkel の見解に対し本格的な検討を加えた Pawlik によれば、たしかに、エゴイズムが人間の顕著な特質であることは、行動生物学的の研究において確認されている」ところであり、「賢明な自己利益による論証は、堅固な人類学的基础に依拠している」とされる<sup>(2)</sup>。しかし規範的な観点からは、Merkel 説は、一方では「具体性に乏しく (zu wenig konkret)」、他方で「一般性に乏しい (zu wenig allgemein)」として、多方面からの批判を向けている<sup>(3)</sup>。以下、その批判内容について詳細に見ていくことにしたい。

##### (2) 手段的理性 (instrumentelle Vernunft) と個別事例における義務の根拠付け

###### aa) 概観

先述の通り、Merkel が想定する人間像は、手段的理性に従って行動する合理的なエゴイストである。そしてこのような合理的なエゴイストに規範の導入段階における共同立法者としての役割を担わせるに際して、中立的な態度をとらせるために、「無知のベール」という概念装置を用いるのである。しかし Pawlik は、このように想定された「合理的なエゴイスト」は規範が導入された後も、「合理的なエゴイスト」であり続ける限り、現実に緊急避難が問題となる具体的場面上において、実際に規範を遵守し、他者の避難行為のために自己の財が侵害されることを甘受するであろうかという疑問が生

ずるという<sup>(4)</sup>。すなわち「合理的なエゴイストは、一定の内容を持った法秩序の導入前のみならず、むしろその導入後も、この理論のプレーヤーであり続けるのである。つまり社会契約の締結によって、彼らのアイデンティティーは変更されない以上、締結前とは異なる動機的フアクターによって、合理的なエゴイストを納得させることは出来ない（筆者注—引用部分については、イタリック体で表記されている単語に傍点を付する。以下同じ）」<sup>(5)</sup>。のではないか。換言すると、「比喩的に言えば『無知のベール』が取り去られた際、すなわち二人の者が具体的な緊急避難状況に巻き込まれ、自ずから各々の役割を知る際にも、唯一の決定的な要素は手段的理性である」と言わざるを得ず、「具体的な個別行為の判断に際して、暗黙のうちに、厳格な法律遵守の承認に転じることはできない」<sup>(6)</sup>はずである。「まさに具体的ケースにおいて重要なのは、援助を頼まれた者に対し、彼が援助を望む者に対して連帯義務を負うことを根拠付けることである」<sup>(7)</sup>が、合理的なエゴイストというアイデンティティーを前提とする限り、「規範と動機の間には依然として内部的な関連性は存在しない」<sup>(8)</sup>。こととなり、「その結果、重大な根拠付けの問題が生ずるのである」<sup>(9)</sup>というのである。<sup>(6)</sup>以上のことを Rawls は、匿名的な大規模社会、自力による連帯要求の貫徹、小規模な集団という具体例を挙げて論証している。以下これらについて見ていくことにする。

#### bb) 匿名的な大規模社会

この観点からの批判は、そもそも合理的なエゴイストは未来志向的か過去志向的かという問題提起から出発する。言い換えれば、賢明、すなわち手段的理性にのみ基づいて行動する合理的なエゴイストが、他者の緊急状況において自己の財の犠牲の甘受について応じるか否かを決定するに際し、将来の見返りが期待できるかどうかという観点と、過去において恩恵を被ったかどうかという観点のいずれを基準とするであろうかということである。この点、社会学におけるゲーム理論的モデルの説明内容に関する議論によれば、「賢明に基づく論証のタイプに特有の未来志向性 (Zukunftstfixiertheit)」

は周知のことであるとされている<sup>(77)</sup>。社会学者のHollisは、合理的なエゴイストの行動の根拠は「回顧的特性を備えている (rückwartsgewand) わけでは決してな」く、むしろ「専ら展望的 (vorwärtsgewand)」であるとす<sup>(78)</sup>。このようなHollisの分析を踏まえ、Pawlikは、賢明モデルを前提とする限り、連帯義務の基礎となっている互恵思想についても「未来関係的 (im Modus der Zukunftsbezogenheit)」にのみ定式化されうるとする。つまり、「私の今の義務づけを根拠付けるために私に対して提示されるのは、従前の自分自身による義務づけ行為でもなければ、私が過去に、他者の連帯に対する期待から発している負担軽減作用から利益を得たという事情でもなく、あくまでも、もし私が今非連帯的な態度を示せば、私自身の将来の見通しを悪化させることになるであろうという事情に尽きる」とする。そして「詳述すれば、私が今連帯しなければ、私が緊急状況に陥ったときに、他人もまた私に連帯を示さないであろうことを覚悟しなければならぬ。正確に言えば、私の今の行動に対する直接的なサンクションとしてではなく、他者がこの態度を、遠い将来に再び遭遇し、私が再び救助者の役割を担うことになった際、おそらく再度、非連帯的な態度を示すであろうことの兆候となすことがその理由である」としている<sup>(79)</sup>。

しかしこのような未来志向的なモデルを採用した場合、連帯義務の根拠付けの限界に生ずるといえる。Pawlikは、『未来の影 (Shadow of the future)』<sup>(80)</sup>は「きわめて長」く「ことから、Baumannがいうように『不協和という短期的インセンティヴ (short-term incentive not to cooperate)』<sup>(81)</sup>を凌ぎ、他者に対する連帯の投資の見返りを受けるには、当該社会的関係が十分に継続的なものでならない」し、また、「成員の行動に関する豊富な情報について『十分な透明性が確保されて』いなければならない」という。なぜなら、「自分がある成員に対して非連帯的な行動をとれば、それが他の成員に知り渡るといふ前提の下でのみ、……現実に関連的に行為することについて (賢明の観点からの) 根拠を有する」からである<sup>(82)</sup>。しかし現代の「匿名的な大規模社会」においては、このようなことはほとんど考えられないことである。そしてむしろ自分が緊急状況に陥ったときに、自分の過去を知っている者と遭遇することは「きわめて稀なこと」である。そ

ここで、むしろ個々人にとって合理的なのは、「フリーライダー (Frittbrettfahrer)」となること、つまり自分は連带的に行為しないが、自分が困ったときは他人に連帯を要求することであるという帰結に至らざるを得ないというわけである<sup>(13)</sup>。

このような批判に対しては、「全員が適切に振る舞えばそのような憂慮は生じない」という反論があり得る。つまり、これは様々なパートナーとの膨大な社会的交流を超えて、援助の獲得と提供の平等性が達成されるとするいわゆる「一般化された互恵性 (Generalisierte Reziprozität/generalized reciprocity)」の思想である。しかしこのタイプの互恵性は、手段的理性だけで十分に担保され得るものではないとする<sup>(14)</sup>。

cc) 自力による連帯要求の貫徹？

したがって、「あらゆる者がフリーライダーになることを誘惑されうる以上は、現実に関連義務を負わされた者が他者の連帯要求を不当なものとして拒否するのは、賢明の観点からは、もつともな根拠 (gute Gründe) に基づくものである」とさえいう。なぜなら、自分が緊急状況に陥った際にその見返りを十分に期待できないにもかかわらず、先行投資を義務づけられるのは不当である (Zumutung) と考えることには十分な合理性があるからである<sup>(15)</sup>。

もつとも、いずれにせよ自分が緊急状況に陥った際には、無断で他人の財物を用いるなどして、自力で連帯要求を貫徹すれば済むのだから、見返りを受けることはでき、したがって上記のような憂慮は生じないのではないかとという反論が考えられ得る。しかし Parzik は、以下の二つの理由から、かかる反論も妥当でないという<sup>(16)</sup>。

まず第一に、(これはあくまでもドイツ法を前提とした話ではあるが<sup>(17)</sup>)、ドイツ刑法第三二三条 c) においては、連帯義務が単なる甘受ではなく、積極的な救助にまで及んでいるため、自力で連帯要求を貫徹できない場合がある。そして第二に、各人が緊急状況に陥ったときに連帯要求を自力でなしようかどうかは、避難行為に対抗する相手方の身体能力や、避難行為に対抗した場合における処罰の可能性を心中で留保しているかどうかといった偶然的事情に作用されるという側面

を持つ。こうした不確定要素に鑑みれば、賢明に基づく連帯義務の根拠付けは、恣意的な想定に依拠しているといわざるを得ないとする<sup>(18)</sup>。

#### dd) 小規模な集団

もつとも匿名的な大規模社会に限らず、全成員を把握できるほどの小規模グループを前提としても、手段的理性によつて連帯義務を根拠付けることはできないとする。このことを、以下のように、諸事例を挙げつつ論証する<sup>(19)</sup>。

まず、「もはや未来のない者には、他者に対して連帯を示すことを要求することも出来ない」という。例えば、「身寄りがない80歳の重病人に対してどのようにして賢明な自己利益の観点から、緊急避難に基づく侵害の甘受を義務づけることが出来るか」と。すなわち、この者は未来に対して何らの期待も有していない。しかし手段主義者の見地からは、おおよそ過去に他者から受けた恩恵をは一切考慮しえないことから、連帯義務を賢明の観点から説明することは困難であるといふのである<sup>(20)</sup>。

また、賢明モデルを一貫して適用すれば、二つの「極めて重要性の高い人的集団」が諸義務と諸権利を生み出す互恵のメカニズムから外れることになるという。まず一方の人的集団である「おおよそ他人の助けを要しない強者」の連帯義務を賢明に基づいて論証することが困難であるとする。例えば、ある裕福な銀行家が、ある村の郊外にある石造りの屋敷で生活していたという場合、この銀行家は、村人が木造家屋の火事を消すために、自分のため池の水を使うことを甘受する動機は存しないであろうし、仮にこの強者がある程度他人の助力を頼むことがありうることを認めた場合でも、彼が他人の助けを頼むことは比較的少ないであろうから、その連帯要求も比較的少ないはずである。つまり「賢明の観点に照らせば、特に援助の能力が高い者 (die besonders Hilfsfähigen) はおおよそ互恵関係に入らないか、限られた範囲で (しかし通常は弱者にとっては不十分な) 程度でのみ当該関係に『入るよう動機付けられる (hineinlocken)』であろう」と結論づけ

られることになるというわけである<sup>(21)</sup>。

また合理的なエゴイストを前提とする立場からは、身体的な障害あるいは社会的地位などを理由に「継続的に弱者であるため、効果的な連帯による援助が期待しえない者」を、互恵関係に受け入れる動機が存在しないことになるともいう。なぜなら、ある者が互恵関係に参加できるかどうかは、他者にとつて彼は有用かどうかということに依存するからである。このように「特に援助を必要とする者 (die besonders Hilfbedürftigen)」も賢明を基礎とするモデルから脱落するという帰結に至るといふわけである。そして、結局このモデルは、中程度のリスク階級 (Risikoklasse) を一方的に優遇し、いわば中階級的シナリオを展開しているに過ぎないと結論づけている<sup>(22)</sup>。

(3) 手段的理性が刑法理論全体に与える影響

aa) 概観

さらに Pawlik は、緊急避難論において展開された手段的理性構想は、それを「個々の法制度のレベルの上位にある刑法的な体系的諸要素 (strafrechtliche Systemelemente)」に適用したときに至る帰結に鑑みても、その不当性が明らかであると指摘する。つまり「価値論的統一性の要請」からは、賢明な自己利益論の根にある図式が、体系全体、特に、その基礎とされている人格性理解 (Personalitätsverständnis) において一般化可能でなければならないが、手段的理性モデルはこの要請を充足しえないとする<sup>(23)</sup>。

bb) 刑罰論との関係

手段的理性モデルが前提とする人格性理解の不当性が顕著に表れるのは刑罰根拠論であるという。手段的理性の観点を貫徹すれば、そこで想定される人格は「冷徹な打算家 (kühl kalkulierenden Rechner)」である。このような冷徹な打算家が、犯罪に出るのを思いとどまる契機は、「犯罪実行に伴うリスクがこれにより得られる利益をはるかに上回る」からである。

しかし、このような刑罰論は、Feuerbachの心理強制説に他ならないため、本見解が向けられている批判の全てを甘受せざるをえないというのである。例えば、Leschがいうように<sup>(24)</sup>、例えば数百マルクを得るために殺人を犯す者に対しては、数千マルクの罰金刑で十分威嚇効果を發揮するのに対し、人的関係の獲得や地位を高めるために名誉毀損を犯す者に対しては数年間の自由刑によって初めて威嚇効果が生ずることになるように、既に心理強制説の明らかな問題点を抱え込まざるをえないというわけである<sup>(25)</sup>。

### cc) 合法性の相対化

そしてこれまでの考察は、最終的には手段主義モデルに対する自由論的に中心的な批判に至るといふ。功利主義的なプレーヤーと同じように、手段主義的プレーヤーも、彼の同胞を「法的・人格 (Rechtsperson)」、つまり「独自の根源的な法的地位の主体 (Inhaber originärer eigener Rechtspositionen)」とみなすことはできないことになり、むしろ他者の地位は、もっぱら手段主義者自身が幸福に対して関心を抱いているか否かに委ねられることになるから、この地位は「原理的に (prinzipiell) きわめて不安定なもの」となるという。そうである以上、(ある侵害から生ずる社会的な不安定化に関して) あらゆる事情を評価した結果、「割に合わない取引」であるような場合にまで、他者に配慮する義務を手段主義者に納得のいく形で課することはできないことになってしまう。従って、結局、正当化的緊急避難の基礎付けを「賢明な自己利益」に求める説は、いわば産湯と一緒に子供まで流してしまうようなものであり、その根拠付けはあまりにも多くの事柄を正当化するものであるとする。つまり、「個別的な法制度を論じるのに、合法性 (Rechtllichkeit) を相対化するフリーパスを一般的に発行するものだ」というのである<sup>(26)</sup>。

(4) 賢明な自己利益説の原理的不当性？

但し、Pawlik は、賢明な自己利益の図式が、「原理的に不正統 (prinzipiell illegitim)」なわけではないという。なぜなら、Patzig がいうように<sup>(27)</sup>、そもそも共同体の規範設定者が規範の名宛人に、当該規範が「個々の幸福 (Wohl)」を促進する利益」をも念頭に置いておくことを明示しなければ、規範を実際に社会に適用することは困難だからである。そのため規範的観点からも、「正しく理解された幸福 (recht verstandenes Wohl)」を援用することは正当であるとする。というのも、幸福というカテゴリーは現実的法的自由不可欠の可能化の条件 (unverzichtbare Ermöglichungsbedingung realer rechtlicher Freiheit) だからである<sup>(28)</sup>。

したがって、賢明な自己利益の観点からのアプローチの問題性はあくまでも、政治哲学者の Kersting が言うように<sup>(29)</sup>、手段主義的な「評価一元論 (Bewertungsmonismus)」であるという。すなわち、手段主義的思考は、「規範の(完全に有意義な) 動機付けの根拠を規範の義務化の根拠と取り違えることにより、全体的には我々の刑罰秩序、各論的には正当化的緊急避難規定が基礎としている普遍的に設定された意味論との関係において、解消し得ない矛盾に陥っている」点こそが問題であるというわけである。そして、手段主義的评价一元論は、その頑なさゆえに、Kersting がいうように<sup>(30)</sup>、「現代の生粹の原理主義 (wachschechter Fundamentalismus der Moderne)」すなわち「精神の物理主義者の放逐の道德的ないし社会的悪魔払い主義的な片割れ (moral- und soziallexoristische Gegenstück der physikalistischen Austreibung des Geistes)」を体现するものであると結んでいる<sup>(31)</sup>。

#### (5) 反論

なお Pawlik のモノグラフィーの出版後に出された反論についても見ておくことにする。Frank Meyer によれば、「個々の具体的ケースにおいて、新たな (Neues) ものに基づいて義務づけが行われてはならない。この義務は法律、つまりこ

の場合には刑法第三四条及び民法九〇四条から導出されるところ、その内容と射程は『無知のペール』の中で、市民の事前のコンセンサスにより確定しているのである」と<sup>(32)</sup>。

むしろ「利益衝突、すなわち個別の具体的ケースにおいて自己の利益を放棄するのを望まないことは緊急避難の構造的メルクマールである」とさえいう。「仮に被侵害者が具体的場面で連帯的な態度を示せば、避難行為者の侵害は既に同意によって正当化される」からである<sup>(33)</sup>。

## 5. 公正 (Fairness) 説

### a) 内容

このモデルは、先の手段的理性モデルと異なり、刑法学者によって展開されているものではない。もともと Pawlik は Bayerz に倣って、手段的理性モデルと対置する形で、公正による連帯 (Solidarität aus Fairness) と名付け、正当化的緊急避難の根拠となりうるかにつき検討している。このモデルは、手段的理性モデルのように、将来自分がその見返りを受ける可能性があるか否かという点に焦点を当てるのではない。むしろ過去に、他者による連帯を享受したことを理由に、自分の側も他者に連帯しなければならぬと根拠付けるのである。そしてこのモデルに従う者は、フリーライダーとして振る舞うことを放棄することになり、「人格として、個人の欲望スキーム (Lust-Unlust-Schema) に抗することができる」という。そして「このようにして初めて、本来的意味での義務付け、すなわち具体的ケースでは負の損益計算であるにもかかわらず、拘束することの前提が与えられるのである」とする<sup>(34)</sup>。もともと本見解についても以下に掲げる問題点があるという。

b) 本見解に対する批判

(一) 無限の遡及の危険

まず本見解に対しては、あらゆる過去志向モデルに見られるように、この公正モデルによる連帯の根拠付けも、「無限の遡及の危険」という問題を抱えているという<sup>(35)</sup>。

そこでParsonsは、この危険を防ぐ唯一の方法は、受けた給付ともたらした給付の連鎖を、「ある一定の時点において」、要するに「実定法規範の導入により」断ち切る他はないとする。しかしながら、そうすると、「その規範の導入直後」、つまり「規範が意図する負担軽減作用 (Entlastungswirkung) の恩恵に未だあがりえない時点で」、「規範が要請する連帯要求に応える義務が生ずること」の理由を、いずれにせよ「この互恵性モデルからは根拠付けることができるかは疑わしい」という<sup>(36)</sup>。

もつともこのように論難しつつも、かかる批判はさほど手痛いものではないともいう。なぜなら、――緊急避難行為の甘受義務の場合もそうであるが――、(互恵性志向的な公正とは異なる) 動機に訴えかけることによる場合もあるが、「通常は規範遵守を十分に定着させることはうまくいく」からである<sup>(37)</sup>。というのは普通、国民には法規遵守の一般的な心構えが備わっており、しかも(あくまでも二次的なものに過ぎないが) 処罰を回避する賢明的な利益を有しているからである<sup>(38)</sup>。従って、規範導入がひとたび首尾よくなされれば、この事実によりその導入が可能であったことが証明されるため、上記問題は自ずと解消することになる。つまり、「義務規範は動機力 (motivatorische Kraft) を示した以上は、今やこのことを(も)理由に、引き続き規範を尊重するよう要求できる」ようになるというわけである<sup>(39)</sup>。このようにして、上記批判は、互恵性という交換的正義 (Austauschgerechtigkeit) 志向の下では、「新たな義務規範の導入が常に微妙かつ危険な企てである」ことを示すにとどまるといっているのである<sup>(40)</sup>。

## (2) 形式的互恵主義

むしろ本見解の重要な問題は、「刑法上の連帯義務の内容的・正統性に関する本来的には微妙な問い」が、解答されるところか、当初から除外されている点にあるという。というのは、過去関係的な互恵思想は、要するに「あなたは、あなたを助けてくれた人を助けるべきである」ということを意味しているのであるが、「匿名化された大規模社会において全ての者が担う義務を正統化する」ことを前提とする限り、この言明が意味するところは必ずしも一義的ではないからである<sup>(41)</sup>。例えば、現実には連帯を求められた者自身がかつて同様の緊急状況で助けてもらったとか、あるいは少なくとも彼の法仲間の連帯に対して信頼することで、心理的な利益を獲得したかどうかということや、現に緊急状況に陥っている者（あるいは少なくとも彼の家族のうちの誰か、あるいは彼と近い関係にある者）が、連帯の積極的な給付に寄与したことがあるかどうかといった具体的な事情を援用することはできないことになるからである<sup>(42)</sup>。

そこで、法的義務の一般化の諸設定を正しく捉えるためには、互恵性理解に際し、あらゆる内容的な考慮を放棄する意外に手はないとする。これを Pawlik は、「授權と義務づけの形式的互恵性 (formale Reziprozität von Berechtigung und Verpflichtung)」と呼ぶ。この考えによれば、「他者に対する連帯要求は、当該義務規範に書き記された諸前提が該当する全ての者が有することになるが、これは、連帯要求をなす権利を付与される者と連帯義務を負う者の範囲を同一のものとして定義 (definieren)」することである<sup>(43)</sup>。

しかし、平等な扱いを要求する権利は、成員 (Bürger) としての地位にとり構成的なもの (konstitutiv) であるから、以上の如き形式的互恵性という思想は、既に概念分析的には (begrifflich-analytisch)、義務を負担する者の成員としての地位と結びつくことになるという。そのため、形式的互恵性は、連帯を求める規範の内容的正統性の単なる必要条件を体现してはいるという。しかしながら、その十分条件は表現していないことがあらわになるという<sup>(44)</sup>。

そして、まさにこの点にこそ公正思想に基づく論証の限界が現れているという。なぜなら、この思想は、「複数の者に

よる企ての成果を享受しながら、この企てと必然的に結びついている負担や犠牲を自分以外の者に対してのみ負わせることは反倫理的 (unsittlich) である」と言明しているにすぎないからである。つまり、連帯の義務を負うべき者をこの共同の企てに参加させることが内容上正統か否かという問いとの関係では、互恵原理の適用を前提としているにすぎず、この原理によって説明され得ないからである。これはまさに「強制的な連帯 (Zwangs-Gemeinsamkeit)」であり、刑法的連帯義務に対する自由の観点からの憂慮 (liberale Bedenken) が生ずると論難する。結局、Pawlikによると、「このパリエーションの互恵原理は、完全な『誤り (falsch)』ではない。しかし、この原理は、当事者間において争いの余地がないもの (Unstreitige) を根拠付けることにとどまり、刑法上の連帯義務の問題のうち本来微妙な部分について何ら語られていないのである」というのである<sup>(45)(46)</sup>。

【注】

(1) 姫路法学第四六号二頁、一二頁において、Reinhartと記していたが、Reinhardの誤りである。

(2) Pawlik, Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten, 2002, S. 68. 但し同所のFn. 66によれば、もっぱら合理的なエゴイストという人間像については、比較的新しい研究においてかなり疑問視されているとする。

Pawlikの所説の検討を中心とした最近のドイツにおける緊急避難論、特に哲学的な基礎付けについて紹介したものとして、赤岩順二の一連の研究がある。赤岩順二「他人のための緊急避難と危難の『自招』について—パウリックの所説の検討を中心に—」明治大学大学院法学研究科法学研究論集第二五号六一頁以下(二〇〇六)、同『防衛的緊急避難』における評価的観点としての管轄と法益(一)—パウリックの所説を中心に—同第二六号二二頁以下(二〇〇七)、同「緊急避難への対抗と毀損受忍—ヘーゲル緊急権論の再解釈を手掛かりに—」明治大学社会科学研究所紀要第四五卷一九五頁以下、同「緊急避難論における木村亀一説の意義」

明治大学大学院法学研究科法学研究論集第二七号一頁以下(二〇〇七)。

- (3) Pawlik, Notstand, S. 68f (前掲注 (2)) .
- (4) Pawlik, Notstand, S. 69 (前掲注 (2)) .
- (5) Kaiser, Widerspruch und harte Behandlung. Zur Rechtfertigung von Strafe, 1999, S. 51で使われるこの表現である。
- (6) Pawlik, Notstand, S. 69f (前掲注 (2)) . Bernhard, Die Struktur des rechtfertigenden Notstands: Prinzipienorientierung versus Konsequentialismus, in: Moma/ Seelmann (Hrsg.) , Grenzen des rechtfertigenden Notstands, 2006, S. 36で「社会の成員が具体的な緊急避難状況においても合理的なヒューマンストのちゅうに振る舞いについて、連帯義務を意識するかどうかは疑わしい」といふ。
- (7) Pawlik, Notstand, S. 70 (前掲注 (2)) .
- (8) Hollis, Soziales Handeln. Eine Einführung in die Philosophie der Sozialwissenschaft, 1995, S. 182f.
- (9) Pawlik, Notstand, S. 70f (前掲注 (2)) .
- (10) 政治学者 Axelrod, The Evolution of Cooperation, 1984, S. 124, 126. からの引用である。
- (11) Axelrod, The Evolution of Cooperation, 1984, S. 124 (前掲注 (10)) からの引用である。
- (12) Baumann, Solidarität als soziale Norm und als Norm der Verfassung, in: Bayertz (Hrsg.) , Solidarität. Begriff und Problem, 1998, S. 359. *ゆるい* Bernhard, Notstand, S. 36 (前掲注 (6)) も「R. Merkelがいう連帯義務は『社会の成員の継続的かつ意識的な互恵関係を前提とするものである』と云う。
- (13) Pawlik, Notstand, S. 71 (前掲注 (2)) .
- (14) Pawlik, Notstand, S. 71f (前掲注 (2)) . Bernhard, Notstand, S. 36 (前掲注 (6)) も「まさに大規模社会においては、(緊急避難) 状況の関与者の関係には必ずしも透明性が確保されておらず、いわゆるフリーライダーとして振る舞うことの誘惑は大きい」

と指摘する。

- (15) Pawlik, Notstand, S. 72 (前掲注 (2)) .
- (16) Pawlik, Notstand, S. 72 (前掲注 (2)) .
- (17) 小嶋 社会连带義務論が不作為犯論にも通ずる思考であることとを考へれば、日本の議論においても無視すべきな問題である。
- (18) Pawlik, Notstand, S. 72 (前掲注 (2)) .
- (19) Pawlik, Notstand, S. 72f (前掲注 (2)) .
- (20) Pawlik, Notstand, S. 73 (前掲注 (2)) .
- (21) Pawlik, Notstand, S. 73 (前掲注 (2)) .
- (22) Pawlik, Notstand, S. 73f (前掲注 (2)) .
- (23) Pawlik, Notstand, S. 74 (前掲注 (2)) .
- (24) Lesch, Zur Einführung in das Strafrecht: Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens (1. Teil) , JA 1994, S. 517.
- (25) Pawlik, Notstand, S. 74 (前掲注 (2)) .
- (26) Pawlik, Notstand, S. 74f (前掲注 (2)) .
- (27) Patzig, Ökologische Ethik – innerhalb der Grenzen bloßer Vernunft, 1983, S. 11.
- (28) Pawlik, Notstand, S. 75 (前掲注 (2)) .
- (29) Kersting, Der Markt – das Ende der Geschichte? Zur sozialphilosophischen Kritik des liberal-ökonomischen Gesellschaftsmodells, in: Brieskorn/Wallacher (Hrsg.) , Homo oeconomicus: Der Mensch der Zukunft?, 1998, S. 101.
- (30) Kersting, Der Markt, S. 102 (前掲注 (29)) .
- (31) Pawlik, Notstand, S. 75 (前掲注 (2)) . なお、その他の批判として、Bernhard, Notstand, S. 36 (前掲注 (6)) に於ては、

Merkel が Rawls の構想を持ち出す限り、Cohlenらによって展開されている近時の平等主義批判に対しても、十分に抗しえないという。同所の Fn.102 で最近の平等主義批判に関する文献として、Krebs (Hrsg.), Gleichheit oder Gerechtigkeit, 2000 を挙げている(なお、その後、Neuauflage, 2008 が出版された)。その他、最近の平等主義批判については、例えば、G. A. Cohen, If You're an Egalitarian, How Come You're So Rich?, 2000 (渡辺雅男/佐山圭司訳『あなたが平等主義者なら、どうしてそんなにお金持ちなのですか』二〇〇六年) 参照。

(32) F. Meyer, Die Problematik des Nötigungsnotstands, GA 2004, S. 366, Fn. 81.

(33) F. Meyer, GA 2004, S. 366, Fn. 81 (前掲注 (32)) .

(34) Pawlik, Notstand, S. 76 (前掲注 (2)) .

(35) Pawlik, Notstand, S. 76, Fn. 93 (前掲注 (2)) によれば、この種の問題に関する周知の好例は Fichte の自意識に関する所論であるという。本問題に ついて Pawlik は既に、ders., Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 28f. において取り扱っているが、同所において Pawlik は、Fichte の見解につき、「この Kant を超える超越論的な演繹法という手法の拡張により、同一性概念の相関的構造に対する一般的視点を実践哲学の問題の地平への転用に、Fichte は初めて成功したのである」と評価しつつも、「しかし、Fichte は、実践的主体性が、実践的主体がお互いを『間人格的』レベルにおいて等しいものとして承認することにより初めて可能になることを証明したことで、彼の任務は終わったとみなしている」ことに問題性を見いだしている。そして「Fichte は、自意識を他者の自意識によって説明することを試みつつ、無限の遡及の危険について弁明しているが、Fichte は『聖書の参照を指し示しつつ—人類の最初の教育者として神を持ち出すことによりその危険を防ぐことを試みているのである。しかし、Fichte は、他者は有限であるという超越論的必然性を、実践的自意識の形成のために根拠付けることを放棄しているのである』と批判している。

(36) Pawlik, Notstand, S. 76 (前掲注 (2)) .

(37) Pawlik, Notstand, S. 76 (前掲注 (2)) .

- (38) Pawlik, Notstand, S. 76 Fn. 94 (前掲注 (2)).
  - (39) Pawlik, Notstand, S. 76 (前掲注 (2)).
  - (40) Pawlik, Notstand, S. 76 (前掲注 (2)).
  - (41) Pawlik, Notstand, S. 77 (前掲注 (2)).
  - (42) Pawlik, Notstand, S. 77 (前掲注 (2)).
  - (43) Pawlik, Notstand, S. 77 (前掲注 (2)).
  - (44) Pawlik, Notstand, S. 77f (前掲注 (2)).
  - (45) Pawlik, Notstand, S. 78 (前掲注 (2)).
  - (46) Pawlik, Notstand, S. 78f (前掲注 (2)).
- では、さらに続けて手段的理性モデルと公正モデルの折衷も考えられ得るが、これも不当であるという。すなわち（正統論的には問題がないが、内容が極めて空虚である普遍主義的な）公正モデルを、賢明な自己利益に焦点を当てた先述の手段的理性モデルと合体させることで、完全化する、すなわち、人格として定義された、つまり互惠原理の承認により根拠付けられた規範の名宛人に、緊急避難規範を「良い取引」であるとか、不測の事態に対する「保険」であるとして、これを受け入れることを要求するという企てである。たしかにこれは双方のモデルの良い部分を組み合わせることから、この解決は一見魅力的に見えるが、しかしよく見れば、「純粹な」賢明モデルと異ならず、動機付けの根拠と義務化の根拠を取り違えるという問題点を抱えているため、法的義務という概念の意味内容を正当に評価していないことが分かるという。つまり、一定の取引に関わることが賢明であるからといって、その締結が義務づけられることまで意味されているわけではない。と。利益を示すことで、義務を負うよう仕向けたり、「魅力的なもの」と思わせることはできても、これによって、厳密な意味でこの義務付けが根拠付けられるわけではないというわけである。