

正当防衛の限界とその過剰

——歴史的考察——

村井敏邦

序

正当防衛が刑法上違法阻却事由の典型であることは、今日異論なく認められているところである。しかし、それがなぜ違法阻却なのかという問題になると、必ずしも明らかでない。それは、正当防衛の本質の問題であるとともに、一般的に違法阻却事由の本質の問題でもある。そして、こうした問題は、当然のことながら違法性の実質にかかわる問題である。正当防衛が違法阻却事由であることの理由を探究することは、このように違法論の奥深くへ進むことであり、それは、結局は国家という問題に突きあたる。どのような国家観をいだくかということが、正当防衛の違法阻却事由としての性格を決定し、防衛行為の許される範囲を定めると言っても過言ではないであろう。とくに、違法侵害の排除でもある正当防衛は、国家の刑罰権あるいは犯罪防止権とも微妙な関係があり、その意味でも、国家の問題

はないがしろにできない。

これを具体的に考えてみると、たとえば、暴漢に襲われたが、近くに警察署があり、大声をあげれば救助を得ることができるともかわらず、警察の手をわずらわすのも面倒とばかり、自ら暴漢と立ち向い、殺傷したという場合、正当防衛と言えるか、という問題などでは、官憲の救助——国家の犯罪防止機能と私人による正当防衛との関係をどう見るかによって、解決の仕方が違ってくるはずである。「切迫した不法な侵害行為に当面して、権利を防衛するために、官憲の保護を求めるいとまのない場合に、私人が実力行動で侵害を排除する行為につき、それが通常の事情の下においては犯罪を構成するものであっても罪とならないことをあきらかにした」⁽¹⁾のが、正当防衛に関する刑法第三六条の規定の趣旨であるとすれば、右のような場合には、正当防衛が否定されることになるうか。しかし、なぜ官憲の保護を求めるいとまのない場合に限られなければならないか——これは、まさに、正当防衛における私人と国家との関係の問題なのである。

同様のことは、逃避義務や法益権衡が正当防衛の消長に関係あるかという問題を説明する際に生じる。要するに、一般的に防衛行為の程度を確定するためには、正当防衛の本質、違法阻却事由の本質、違法性の実質、ひいては国家権力との関係を説明する必要があるということである。これは、まったく容易なことではない。単に、行為の「相当性」を解釈することによって済まされない。

さしあたり、本稿では、ローマ法——教会法——ドイツ法という正当防衛の思想的承譜をたどることによって、こゝうした問題説明への第一歩を踏み出したい。⁽²⁾

(1) 注釈刑法(2)の1、総則(2)(一九六八年)二二五頁(藤本英雄註釈)。

(2) なお、拙稿「過剰防衛の歴史的展開」(一)、一橋論叢第六一卷第六号では、ローマ法と古代・中世ゲルマン法について、若干の歴史的考察を行なったが、本稿では、ローマ法に関しては、若干の修正を加える必要と観点を変えた考察の必要上から、重複をいとわず再検討した。ただし、古代・中世ゲルマン法に関しては、本稿ではあまり触れていない。

一 ローマ法

(一) 復讐と防衛との未分化な時代

古代社会の例にもれず、ローマでも古くは氏族(*gens*)内での私的・宗教的制裁と氏族間での血讐制度によって、氏族の組織維持がなされていた。⁽¹⁾しかし、一方、ローマでは比較的古くから血讐を制限しようとしたことが、犯罪人引渡制度(*noxae datio*)の発達によって知ることができよう。⁽²⁾そして、この犯罪人引渡制度の発達というところに、防衛行為が他の犯罪行為から区別される契機を見出すことも可能である。「相手方に、まったく疑なき権利がある場合には、その権利の実行には、あらゆる力が、しかも、たんに権利者の力のみならず、彼の親族友人の力までもが、総動員されるであろうこと、これに反し、自分の側では、親族や友人の支持が、かような場合には、あてにできないことを、覚悟しなければならなかったのである」⁽³⁾とイエリンク(*v. Jhering*)が自力救済について述べるところは、犯罪人引渡についても妥当したであろう。

殺人に関するヌム Numa 王法の規定 (Si qui hominem liberum dolo mortui dunt, parricidas esto) は、それが血讐を禁止したのか、逆にこれを強制したのかについて議論されているが、⁽⁴⁾ 少なくとも「故意」殺人 (dolus mors) であるか否かを王権の制定に委ねたものであることは間違いない。⁽⁵⁾ 「故意」殺人と認定されなければ、いずれにしても血讐の対象から除外されたのであるから、あるいは防衛行為も血讐を免れ得たとみることでもできる。⁽⁶⁾

しかし、王権がせいぜい犯罪の認定権を持つぐらいでは、氏族間の血讐が十分に制限されるはずがなく、したがって、防衛が復讐から分化すべくもない。共和制にはいり、重大犯罪については、刑罰執行権が氏族の手から国家に移されるようになると、国家は秩序維持のために、できる限り血讐、復讐を禁じようとする。十二表法は、死刑にあたる重大事件については、重大事件審判官 (quaestores parricidii) が家族の中にまで介入することによって捜査・逮捕・訴追する権限を認め (第九表四)、正当な手続が踏まれた後でなければ、死刑に処せられることがない旨を定めていた (同表六)。⁽⁷⁾ しかし、当時の寡頭制支配のもとにあって、国家権力がすべての社会生活を規律し、あらゆる場合に、これを侵害する行為から保護するまでには至らなかったのは当然である。回復不能な傷害を受けた場合にタリオが認められていたこと (第八表二) や、夜間または武器をもって抵抗してきた昼間の現行盗人を殺害することを許していた (第八表二、一二) ⁽⁸⁾ のは、被害者の復讐心を利用して、国家権力の微弱さをカヴァーするものであったと言える。現行盗人の殺害が許されていたことに正当防衛の原初的形態を見出す場合にも、⁽⁹⁾ それがいまだに復讐と十分に区別されたものではなく、犯人制裁の意味を強く持っていたことを忘れてはならない。⁽¹⁰⁾

(二) アクイリア法とコルネリア法

十二表法制定後は、これを補完修正する形で、各種の法律が制定された。不法な財産侵害に対して根本的な規定を設けた紀元前二八六年頃のアクイリア法 (*Lex Aquilia*) もその一つである。このころになると、共和制もほぼ完成の域に達し、ローマは対外的に領域拡大をはかって、征服戦争をイタリア半島全域に広げていた。この征服戦争はローマに多くの奴隸をもたらし、これを所有する富裕者階級の擡頭が著しくなった。これに伴ない、奴隸を含む財産に対する侵害から貴族、富裕者階級を保護する法律が必要とされたのは、当然のなり行きであろう。アクイリア法は、このような上層階級の経済的必要上設けられた不法な財産侵害に関する民事損害賠償法である。⁽¹¹⁾

このような性格をもつアクイリア法は、奴隸をまったく一個の財産として扱った。すなわち、他人の奴隸を「不法に」(*iniuria*) 殺害した者は、その所有者に殺害前一年内の最高価額に相当する額を支払うべきことを命じていた⁽¹²⁾ (第一章) のである。この規定について、『法学提要』(*Institut* 4, 3, 2) は、「不法に殺害するというのは、なんらの權利なくして殺害することをいう。したがって、他に危険を避ける手段のないような場合において、強窃盗犯人を路上で殺害してもなんらの責を負わない。」としていた。これは、よほど後の解説ではあるが、右の規定が不法な殺害に限ったことによって、自己防衛を正当化する一つの根拠となったのである。そのうち、紀元前八一年、いわゆるスラの改革の一環として制定されたコルネリア法 (*Lex Cornelia de veneficiis sicariis parricidis*) は、「生命の危険に際して攻撃者または第三者を殺害した者は、それについて訴追されることはない。」と規定した。⁽¹³⁾

これら二つの法規の解釈を通じて、古代ローマの法学者たちは、自己防衛の適法性を認め、その要件を具体的事例に即して定めていった。それとともに、共和制末期になると、大土地・大資本を有し、上級の政務官職を独占する貴族階級に対する反発から、有産市民が自然と公平とを強調するギリシャ思想を摂取し、広めたこと⁽¹⁴⁾に伴い、自己防衛は自然法によって根拠づけられることになる。

(三) 自然法による根拠づけの時代

〈1〉 キケロ (Cicero BC 106-43) は、政敵クロディウスを刺殺した親友のミロを弁護して、次のように論じ、ミロの自己防衛権を理由づけている。「書かれた法ではなく、自然の法 (non scripta, sed nata lex) がある。それは、われわれが教育され、伝え知り、読書から得るものではなく、自然みずからの胸において理解し、吸収し、表現してきたものである。教育によるのではなく、事実により、訓練によらずに、直観によって得るものである。すなわち、それはかくの如くである。われわれの生命がわなにおとし入れられ、盗人や敵の暴力と武器にさらされたとき、身の安全を守るあらゆる方法が、正当化されると。防衛手段がとられるときには、法は沈黙する。法を待っていたのでは、正当な反撃を行なう前に不当な罰を受けてしまう場合、法は待つことを命じはしない。かくして、法はみずから、賢明にも暗黙のうちに自己防衛の権利を与える。」⁽¹⁵⁾

このように、キケロは自己防衛権が自然法によって認められるとする。そこで、彼の自然法論を紹介することによって、この点をいまし明らかにしよう。

キケロによると、「眞の法は、『自然』と調和している正しい理法 (recta ratio) である。それは普遍的に適用し、恒久不変なものである。それは、その命令によって義務に従わせ、その禁令によって悪行を避けしめる。……ただ一つ永久不変の法があらゆる国民、あらゆる時代を通じて有効であり、そして、われらすべての上にただ一人の主人、一人の支配者、すなわち、『神』があるであろう。けだし『神』はこの法の創造者、公布者、そしてそれを実施する裁判官であるからである。」⁽¹⁶⁾かくして、自然の法は、神の法でもある。しかも、これは、人間の理性の中にもある。これによって、人間は単なる動物から区別される。⁽¹⁷⁾

人間の理性の中にある「自然の法」は、人間を結合させるきずなであり、生活の共同体ともいえるものを支える理法である。この理法は、正義 (iustitia) と親切 (beneficentia) との二つの部分をもつ。正義には二つの原則があり、その第一は、不法をもって傷つけられない限り、だれにも害を加えないことである。第二は、公有物を公共のために、私物をその私有者のために、使用させることである。⁽¹⁸⁾これらの原則は、自然法の内容として、次のように表現することも可能であろう。第一のものは、共同体の秩序を乱すことを禁じるものであり、第二のものは、共同体生活への積極的参加を規定するものである。⁽¹⁹⁾これらを守ることが、人間の最高の義務である。⁽²⁰⁾

このように見てくると、不法から身を守ることが、右に述べた義務に違反しないとされることは明らかである。それどころか、キケロが、不正の中に、それを積極的にしかける場合のみならず、他人が不法を蒙っているときに、自分にその力があるのに、あえてそれを防いでやらない場合をも含めるとき、不法の防禦は義務とされる。「自分にその力があるのに不法を防ぎ、抵抗してやらないものは、両親、友人、祖国をあえて遺棄するにひとしい悪をおかすも

のといつて、さしつかえがない」からである。⁽²¹⁾ 不法から自己または他人を防衛することは、まさに、社会的義務のあらわれであったのである。⁽²²⁾ 不法の防禦は、社会的共同体の利益を積極的に守る行為であるからこそ、それは「自然の理法」の認めるところとなるのである。⁽²³⁾

〈2〉 スラ、カエサルの独裁を経て、共和政は、次第に崩壊してゆき、個人的支配の組織が形成された。そして、紀元前二七年、アウグストゥスが自らプリンケプス (Princeps) を称することによって、ローマの政治形態は共和政から元首政へと移行した。この後、二世紀の間は、ローマの最盛期であるとともに、ローマ法史上では、法学が国家的統制と保護のもとで組織的発達を遂げた古典時代を形成する。⁽²⁴⁾

この時代の法学者たちは、ギリシャ思想の影響を受け、自己防衛 (se defendere) を自然法によって、根拠づけようとした。たとえば、フロレンティヌス (Florentinus) は、「暴力または不法に対して防衛することは、(万民法である)。なんとなれば、この法は、人が自己の身体の防衛のためにした (ob tutelam corporis sui) あらゆることを、正当に行なわれたと認めるからである。そして、自然が、われわれの間に共通の血縁関係 (cognatio) を作り上げたのだから、人が人をつけねらうことが不正 (nefas) であることは当然である。」⁽²⁵⁾ とした。ここには、社会的結合を自然法の基底とし、自然法すなわち万民法と解するキケロの影響の歴然たるものがある。そのほか、「危険に対して自己を防衛すること (se defendere) は、自然の理法 (naturalis ratio) の認めるところである」⁽²⁶⁾、「暴力に暴力をもって防衛することは、あらゆる法と法律の認めるところである」⁽²⁷⁾ など、自己防衛が自然法によって認められるとすることは、当時の定説であった。

では、このように自然法思想によって裏打ちされた自己防衛権とはどのようなものであったか。とくに、その限界はどのように設定されていたか。

①まず、それは、違法な攻撃に対して行なわれなければならない。*„vim atque injuriam propulsensus“* とか、*„contra bonas mores“* とかの表現によってこれを知ることができる。⁽²⁸⁾したがって、適法な公権力の行使に対して抵抗することは許されなかった。⁽²⁹⁾逆に、公権力の行使が違法にわたる場合には、これに対して抵抗することを認めた勅令が多く見られる。⁽³⁰⁾

②「自己を防衛するためにのみ行なわれることを要し、復讐のために (*ulciscendi causa*) 行なわれてはならない」。⁽³¹⁾ただし、ウルピアヌスの註解 (*Ulpianus, Digesta* 43, 16, 39) によると、武器を帯びた盗賊に襲われて財物を奪われた場合には、攻撃終了後であっても、これをとり返すために武器を使って反撃することは、「直ちにその場で (*non ex intervallo, sed ex contumacia*)」行なわれる限り、許されていた。

③「自己の危険なくしては (*sine periculo suo*)、避けることができない場合」でなければならない。⁽³²⁾生命、身体の危険がある場合に、攻撃者を殺害することが許されていたことはもちろんである。

問題は、純粹に財物に対する危険しかない場合に、財物奪取を防ぐために、盗賊を殺害することが許されていたかである。前記ウルピアヌスの註解を根拠として、これを肯定する見解もある。⁽³³⁾しかし、この註解は、武器をもって攻撃されることが前提となっており、生命、身体に対する危険なくしては、財物奪還が不可能な場合について述べられたものである。しかも、同じウルピアヌスの別の註解では、「ある者が凶器をもって攻撃してくる他人を殺害したと

きは、不法に殺害したものと見られない。また、ある者が生命の危険に対するおそれから (metu mortis) 盗賊を殺害したときは、アクイリア法による責を負わせられないことは疑いがない。」とある。⁽³⁴⁾ これからすると、財物奪還の際、生命に危険が生じた場合でなければ、侵害者を殺害することは許されなかったのではなからうか。⁽³⁵⁾ この限りでのいわゆる法益均衡は否定されていなかったと思われる。もちろん、この時代、支配階級たる有産階級は、自己の私有財産を守ることに格別の関心を持っていたことは事実であろう。したがって、殺害以外の手段によって財物を防衛することは禁じられていたわけではない。また、生命の危険もかならずしも厳格なものではなく、主観的判断によったであろうことは推測にかたくない。⁽³⁶⁾⁽³⁷⁾

④ 「他の方法で (alter) 自己を守ることができないこと」を要し、したがって、盗賊を逮捕することができる場合には、殺害手段を選ぶことはできない。⁽³⁸⁾

⑤ 他の手段によって回避できるのに、あえて殺害行為を選んだとか、生命、身体に対する危険がまったくないにもかかわらず、ただ財物奪還のためでのみ、盗人を武器をもって傷つけたというような、いわゆる過剰防衛については、通常の殺人罪と同様にコルネリア法によって処罰された。しかし、興奮状態における行為として刑が減輕される可能性が多かったと考えられる。⁽³⁹⁾

最盛期のローマ法学にあっては、右に見てきたように、自己防衛 (権) についてかなり精緻な理論が展開されていた。防衛行為は復讐行為と区別され、一方で適法行為として認められながらも、他方、その行使については、一定程度の補充性と今日にいわゆる法益均衡が要求されていたことは興味深い。ここには、自然法思想の浸透とともに、元

首を中核とした国家体制の確立、これにともなう刑罰体系の整備という要因が、大きく作用している。しかし、キケロが社会的義務を強調したのに対して、古典時代の法学者たちの見解は、一面で有産支配階級の秩序を維持するという機能を果たしつつも、一層個人主義的な自己防衛論であったと考えてよいであろう。⁽⁴⁰⁾ それだけに制限が加えられていたと考えることもできる。

〈3〉このような、古典時代の法学者の精緻な自己防衛論も、軍部の横暴と国境からの異民族の侵入が活発となる二世紀末以降は、国力の衰退とともに崩れはじめてくる。ことに、国家における支配者は専主のみであり、他のすべての者は奴隷の立場に立つという理念に基礎づけられた専主政時代には、法学の創造的、理論的發展があり得るはずがない。国力の衰微と法学の衰退は、一方で、刑罰の厳格化という形をとりながら、他方、個人の自力救済に対する規制の緩和として現われている。防衛行為との関連で言えば、再び復讐との区別が曖昧になり、社会の平穩を維持するという名目で、盗人を殺害することが、公然と承認されるようになった。⁽⁴¹⁾

ローマ帝国の分裂、西ローマ帝国の滅亡後も、ローマ法は各種の地方慣習を通じて生き続けたが、ゲルマン民族の文化・慣習との相互影響を経験せざるを得なかったのは当然である。これを正当防衛に関してみれば、自己防衛の思想は、ローマ人の中に脈々と生き続け、各種のローマ人法はこれを適法なものとしていたが、⁽⁴²⁾ 即座の報復をも自己防衛として許し、⁽⁴³⁾ ゲルマン民族古来の現行犯人殺害権の影響を受けていたのである。⁽⁴⁴⁾

ローマ法の継承という点では、むしろ、われわれは教会法に目を転じなければならない。

(1) 片岡輝夫「ローマ初期における刑法と国家権力——とくに刑罰権の所在と国家・社会の構造との具体的対応関係につい

て——」(法制史学会編「刑罰と国家權力」三〇五頁以下)、『なお、古代ローマにおける血讐と古代ゲルマンにおける血讐との相違については、寺沢一「血讐論」(法学協会雑誌七〇卷一、二号)がある。

(2) 十二表法第八表。このタリオに関する規定から、この制度が慣習法的にあったことを推認させる。その解説については、佐藤篤士「LEX XII TABULARUM——12表法原文・邦訳および解説——」一四六頁以下参照。

(3) Jhering, Geist des römischen Rechts, Th. I, 3 Aufl. 1873, § 11, S. 122

(4) 片岡前掲論文、三二二頁、注(3)に論点の簡単な紹介がある。

(5) 片岡前掲論文、三一〇頁および三二七頁注(32)

(6) 当時の „dolus“ 概念は、必ずしも今日にいわゆる「故意」を意味していたわけではない。多分に倫理的色彩を持つものであり、おそろくは「悪しきことをなす意思」というような意味ではなかったかと思われる。Vgl. Löffler, Die Schuldfornen des Strafrechts, Bd. I, 1895, S. 74 ff.

(7) 十二表法は、エトルリア人をローマから追放したのち、権力を独占した貴族階級に対して平民階級が平等化を要求して立ち上り、両者の妥協によって紀元前四四九年に制定されたと伝えられている。(船田亨二『ローマ法』第一卷一一二、三頁、佐藤前掲書、三頁以下。)

(8) 拙稿「過剰防衛の歴史的展開」(一橋論叢六一卷第六号二頁は、Luci, si se telo defendit, の訳に誤まりがあった。ここに訂正する。

(9) Mommsen, Römisches Strafrecht, 1899, S. 620

(10) Jhering, a. a. O. S. 125. なお、小野清一郎「盗犯等の防止及処分に關する法律」刑事法論集第一卷『刑の執行猶予と有罪判決の宣告猶予』二二〇頁は、これを自救権に關する規定と見る。

(11) アクィリア法については、春木一郎「Lex Aquiliaニ付テ」土方教授在職二十五年記念私法論集、一九一七年、一三一頁以下。

(12) D. 9, 2, 13 によれば、のちに、この規定が自由人の傷害の場合にまでその適用範囲を拡張したことがわかる。しかし、自由人の殺害の場合にまで適用されたかについては論争があり、春木、前掲論文、一七四頁は、これを否定している。

(13) Codex 9, 16, 2

(14) 船田、前掲書、一五〇頁および二〇九、二一〇頁。

(15) Cicero, Pro T. Annio Milone Oratio, B. C. 52, IVc. 10, 11, with translation by N. H. Watts, The Speeches of Cicero

(16) De Republica, III c. 22

(17) キケロ「義務について」、泉井久之助訳（岩波文庫）、一四、五頁（De officiis, I c. 4）

(18) De officiis, I c. 7

(19) Verdross, Abendländische Rechtsphilosophie, 1958, S. 47

(20) De officiis, I c. 43 以下、キケロは、正義を社会的協同の原理と呼ぶ。

(21) 「義務について」一九、二〇頁。

(22) キケロによれば（De officiis, I c. 7）、人は自分自身のために生まれたのではなく、社会共同体に奉仕するために生まれた。社会的義務の根拠は、ここにある。

(23) シロの弁護において、シロの行為がいかに公共の利益（*re publica*）に反しないかを強調するところにも、この考えが現われている。（pro Milo c. 14）Vgl. Verdross, a. a. O., S. 49

- (24) 船田、前掲書、二八八頁以下。
- (25) D. 1, 1, 3
- (26) Gaius D. 9, 2, 4
- (27) Paulus D. 9, 2, 45, 4
- (28) D. 4, 2, 3, 1
- (29) 前註に示した D. 4, 3, 2, 1 は、善良な風俗に反する暴力に対して、暴力をもって対抗することは許されるが、適法な公権力の行使に対しては許されないとしていた。
- (30) 収税官の行為が権限を逸脱する場合について Cod. 10, 1, 5 検査官の行為について Cod. 10, 30, 4 など。
- (31) D. 9, 2, 45, 4
- (32) D. 48, 8, 9
- (33) Levita, Das Recht der Nothwehr, 1856, S. 43 ff. 滝川幸辰「盗犯防止法における正当防衛の拡大化」法学論叢第二四卷第二号一七八頁も、「歴史的にいえば、私有財産制度の擁護に力をつくしたローマの法律は、財産防衛の正当性を是認した。」とする。
- (34) D. 9, 2, 5
- (35) Geyer, Die Lehre von der Nothwehr, 1857, S. 62
- (36) 前記ウルピアヌスの註解が「„metu mortis” としていたことは、その根拠となろう。
- (37) ローマ法学者たちが、「厳密な手段の均衡を要求していないというレヴィタ (d. a. O. S. 41) の主張は、この限りにおいては是認される。

(38) D. 9. 2. 5 後半部分「しかしながら、これを逮捕することができたにもかかわらず、殺害の方を選んだときには、むしろ不法にこれを行なったものとみなされる。したがってまた、コルネリア法によって責を負わされる。」しかし、逃避義務まであったとするには、決め手を欠く。

(39) *Levita*, a. a. O. S. 43, 前掲拙稿、五、六頁。

(40) 奴隷は、主人が第三者の攻撃によって生命の危険にさらされた場合、自己の一命を犠牲にしても、主人を守る義務があり (D. 29. 5. 1. 28) 、「この義務をはたさなかったときには、処罰された (Paulus 3. 57) のなどは、有産階級の奴隷に対する絶対的支配を確立するものであった。しかし、一般的に防衛義務ありとしたものは見あたらない。

(41) Mommsen, a. a. O., S. 621 Anm. 7; Cod. 3. 27, 2 「何人といえども、公然たる街路盜……に対し、社会の平穩を維持するために、公的な復讐を行なうことができる。」

(42) *Lex Romana Burgund* II 2: *si vero homicidium casu vel vitande mortis causa forte dicatur admissum, ad Principis notitiam per relationem iudicis referendum et ejus sententia expectanda. Lex Curensis IX 11 (2): si ipsi homines suas causas aut se ipsos defendendos, illum, qui eum adalierit, occiserint, nulla mala exinde habeant et illum, qui ivi occisus est, pro rei latronis mortem habeantur.*

(43) Köhler, *Der Strafrecht der Italienischen Statuten vom 12—16. Jahrhundert*, 1895, *Studien aus dem Strafrechts* II S. 19

(44) これについては、前掲拙稿、一〇、一一頁参照。

二 中世教会法

(一) 贖罪規定書・教会法典にみる自己防衛論

三世紀におけるローマ帝国の混乱と衰退の時代に、キリスト教は下層階級に広く伝播し、人々の生活を律する勢いをもってきた。テオドシウス一世がキリスト教を国教と定めてからは、国家と教会はキリスト教世界の統一という目的の下に結合した。教会の裁判権は、国家の裁判権に優先し、教会が不可罰とした行為は、もはや国家によって処罰されることがないというまでに至った。⁽¹⁾かくして、ローマ法がそれ自体としては統一的法源としての意味を失ってからは、ローマ法の伝統を内包した教会法は大きな意味をもってきたのである。

教会法では、刑罰は改善の手段であり、人間の自由と神の意志との和解をもたらし救済手段であるとされた。したがって、神に反する意志のない場合には、刑罰によるまでもなく救済されるのである。⁽²⁾自己または自己の家族を守るための行為は、まさにその一つの場合であるとされていた。

このことは、各種の贖罪規定書 (Eussordnung) の中にも示されている。Poenitentiale Pseudo-Bedae C. XXXIX には、「自己」両親または家族を守るために或る人を殺した者は罪がない」とあるだけであるが、Corrector Burchardi C. XXVI には、「憎しみの心なくして (sine odii meditatione) 汝または汝のものを解放するために悪魔の肉体を殺したならば、神の御心に従って慈悲が下される」とある。

このほか、正当防衛を緊急避難と同様、緊急によって強いられた行為としている贖罪規定書もある。⁽³⁾ その一つ、Pontificale Civitatis C. XLVII は、①緊急により、または他に避ける手段がなく、かつ、②なんらの過失もなく、聖職者が殺人を犯した場合には、叙階障害⁽⁴⁾ (irregularis) にもならないと定めていた。さらに、同規定書の C. LVII には、逮捕できるにもかかわらず、盗人を殺害した場合には、「四〇日間教会に立ち入ることができず……第四および第六休日には断食しなければならない。聖職者は、教会のものを守るためにこれを行なったのでなければ、聖職から追放され、しかもなお生涯贖罪しなければならない。」とあった。一種の過剰防衛に関する規定である。この後段部分の反対解釈からすると、聖職者が教会のものを守るために盗人を殺害した場合には、たとえ逮捕することができたとしても、すなわち、過剰防衛であっても、聖職から追放されることはなく、ただ生涯の贖罪義務だけは免れ得なかったものと考えられる。⁽⁵⁾

教会法典は、これらの贖罪規定書を受けながらも、一層ローマ法的色彩を濃くしている。まず、自己防衛権は自然法によるものとされる。「自然法は、あらゆる民族に共通のものであり、自然の本能によって得られるものであって、何らかの人為的规定から与えられるものではない。それは、……暴力に対して力をもって応じるが如くである。§ 1、なんとすれば、こうしたものは、決して不正からではなく、自然と衡平から得られるからである。」⁽⁶⁾ ローマ法上の表現をほとんどそのまま踏襲している。

防衛の程度については、C. 18 X de homicid. が、かなり詳しくこれを定めている。「……暴力に対して暴力をもって抵抗することは、あらゆる法律とあらゆる法によって許される。しかし、それは正当な防衛の限界をもって

(cum moderamine inculpatæ tutelæ) 行なわれなければならない、侵害者に復讐するためではなく、不法に抵抗するために行なわれなければならない。」とし、重大な損傷をもたらすような防禦手段を用いた場合、あるいは、軽微な侵害に対して致命的な傷害を与えた場合には、もはや、殺人罪の刑罰をまったく免れることにはならないとしている。⁽⁷⁾このようにして、ローマ法上の用語である moderamine inculpatæ tutelæ に、手段と結果両面にわたって限界を定めるものとしての意味を与えた。爾来、近代に至るまで、moderamine inculpatæ tutelæ は、侵害と防衛とを比較衡量する最大のメルクマールとして用いられたのであるから、この規定の持つ意味は無視できない。⁽⁹⁾

なお、他人のための防衛が義務とされ、これを怠ると、侵害の共犯者として処罰されたことは、⁽¹⁰⁾教会法の特徴を示している。万人は、すべて神のしもべとして、罪なき者を救い保護するという気高い職務を負っている——この宗教的倫理観が法義務にまで高められたのであった。⁽¹¹⁾

(二) トマス・アクィナスの正当防衛論

中世教会法における正当防衛を自然法との関連で理論づけたのは、トマス・アクィナス (Thomas von Aquinas 1225-74) である。⁽¹²⁾彼は、法を神の命令であるとし、これを「永久法」「自然法」「人定法」の三段階に分ける。このうち、「自然法」は、神の永久の理性すなわち「永久法」を人間に知らせる規準である。これによって、「彼らは永久の理性そのものの分けまえにあずかり、それにより、適当な行為や目的に向かう自然の傾向を得ることになる。」こうした自然法は、人間の本性に従って三つの領域に分けられるが、その第一に属するのが自己維持本能にかかわるも

(13)のである。自己の生命を防衛するため、侵害者を殺害する行為は、一方で自己の生命を維持するという効果を持ち、他方で、侵害者を殺害するという効果を持つ。しかし、自己の生命を維持する意図から出た行為は、右のように人間自然の本性に従うものとして自然法に合致する。そして、殺人という結果は、自己維持の意図の故に、その行為には帰属せしめられない。トマスは、このように、自己維持本能による行為には、結果の帰属性が否定されると考えていたのであるが、それは、そのためにとられた手段がその目的と均衡を保っている限りにおいてである。自己の生命を防衛するためであっても、自己に加えられた暴力より大なる暴力的手段を用いることは許されない⁽¹⁴⁾。トマスの理論からすれば、この場合には、おそらく、自己の生命を維持する意図より殺害意図の方が優位に立ち、その結果、侵害者の殺害という効果がその行為への帰属性を回復するということになるうか。

(1) *Levita*, a. a. O. S. 53

(2) *Geyer*, a. a. O. S. 67 f.

(3) *Poenit. Pseudo-Romanum*, Anhang §2 「……自己あるいは自己の両親または家族を防衛するために、他人を殺害した者は、罪とならない。このような強いられた状態で (*coactus hoc*) 「殺人を」行なったものが、断食することを欲するならば、これを選ぶことができる。」 *Confess. Pseudo-Egberti* c. XXIV 「公の戦争において、または自己の主人の財産を守る際に緊急から (*ex necessitate*) 他人を殺害した場合、……」など。

(4) 教会法上の叙階を永久に不法とする事由を *irregularitas* と呼ぶ。通常の場合、殺人はこの事由にあたる。森下忠『緊急避難の研究』(一九六〇年)二二頁註(五)、富山房刊・カトリック大辞典(一九六八年)I、二〇五頁。

(5) *Geyer*, a. a. O. S. 70

- (9) *Decretum Gratiani* dist. 1 c. 7
- (7)vin vi repellere omnes leges et omnia jura permittant; quia tamen id debet fieri cum moderamine inculpatae tutelae, non ad sumendam vindictam, sed ad injuriam propulsandam; non videtur idem sacerdos a poena homicidii penitus excusari, tum ratione instrumenti, cum quo ipse repersus sit, quod cum grave sit, non solet levem plagam inferre; tum ratione partis, in qua fuit ille percussus, in qua de modico ictu quis lethaliter solet laedi.
- (8) *Cod.* 8, 4, 1 2 《inculpatae tutelae moderatione》云々。これは、必ずしもその内容が明らかでない。Vgl. *Levita*, a. a. O. S. 34; *Geyer*, a. a. O. S. 59
- (6) 後述するカントの「善悪の法」の中にはカント独自の概念から出発している。
- (10) *Geyer*, a. a. O. S. 74; *Levita*, a. a. O. S. 59. c. 6 de sent. excomm. in 6^{to} 「……そして、自己の隣人または近親者に、それらの者に対する不法なことを排除するため、救助の手を差し伸べることは、何人にも許される。それが可能であるにもかかわらず、これを怠った場合には、不法を擁護し、その責任に関与するものとみなされる……」c. 6 § 2 X de homicid. の同様である。
- (11) *Geyer*, a. a. O. S. 75
- (12) 彼の『正義の論』第1巻に「Verdross, a. a. O. S. 8 ff.; *Welzel*, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 1962, S. 57 ff.
- (13) *Summa theologica*, II, 1, qu. 91. Art. 1~3
- (14) *Summa*, II, 1, qu. 94, Art. 2

三 近世ドイツ法

(一) 現行犯人殺害権と緊急防衛権

ゲルマン社会に古くから認められ、緊急防衛の本源とも見られている現行犯人殺害権が、宗教的制裁権としての色彩を強く持っていたことは、別稿において指摘したところである。⁽¹⁾ザクセン・シュピーゲル(Sachsenspiegel)は、ヴァーン都市法と並んで、現存するものの中では「緊急防衛」(not, notwere, notwerunge, notwerende)という表現の見られる最古の資料であるが、その二巻十四条の緊急防衛に関する規定は、ゲルマン諸部族法に見られる現行犯人殺害手続を経た行為でなければ、死刑は免れても贖罪金支払義務を免れないものとしていた。⁽²⁾このように、ドイツ法上の緊急防衛思想を見るうえでは、それが、単なる個人の生命、身体の防衛という意味以上に、平和喪失者、すなわち全体的な秩序の破壊者の制裁という意味あいをも持っていたことは看過し得ない。⁽⁴⁾

このような性格を持つ緊急防衛は、中世都市法や諸法律書において、一定の実体的要件および手続的要件を具備した場合に、「正当(な緊急)防衛」(die rechte Notwehr)として刑罰が科されなかった。そのうち、実体的要件については、①シュヴァーベン・シュピーゲルをはじめとして、被攻撃者に逃避義務を要求するものが多かったこと、⁽⁵⁾②攻撃者により先に打ちかかれること、とくにバムベルク都市法などは、防衛者はまず攻撃によって傷を負ったのちに反撃に移るべしとしていたこと、⁽⁶⁾③南ドイツ地方では、攻撃が武器によるものであることを要件とし、武器の対等

を明記するものもあったこと⁽⁷⁾、などの点は注意するに値する。

(二) カロリナ法典

中世末のドイツは、領邦国家の進出の前に皇帝権が後退し、これに伴い帝国内の法律は收拾のつかない分裂状態に陥っていた。こうした中であって、イタリア法学を身につけたドイツの法学識者が各宮廷裁判所へ進出し、ローマ法を普及させていった。ここに、一五世紀末以来のいわゆる「ローマ法の継受」⁽⁸⁾がはじまるのである。当時、バムベルクの Hofmeister であり、宮廷裁判所の裁判長であったシュヴァルツェンベルク (Johann v. Schwarzenberg) は、ローマ法に関する各種の通俗的法律書から得た知識をもとにして、ローマ法とゲルマン法とを総合する刑事立法を制定し、分裂状態にあった刑事法の改革を目指した。その結果できあがったのが、一五〇七年のバムベルク刑事裁判令 (die Bambergische Halsgerichtsordnung=Constitutio Criminalis Bambergensis) ⁽⁹⁾である。これが、統一的な皇帝法の制定によって、帝国の精神的統一を果たすというドイツ皇帝に科せられた期待に合致し、ほとんどそのままの形で一五三二年のカロリナ刑事法典 (Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.=Constitutio Criminalis Carolina) に受け継がれた⁽¹⁰⁾。

ところで、かくして成立したカロリナ法典は、第一三九条以下に「正当防衛」(rechte nothweer) に関する詳細な規定を持っていた。まず、第一三九条は、「自己の身体および生命を救うために正当防衛を行ない、この正当防衛により侵害者を殺す者は、何人に対しても責を負うことなし。」とし、正当防衛による殺人の不可罰性を明らかにした。

自己の身体、生命の防衛に限られているが、この点は、次の第一四〇条も同様である。

「さらに、ある者がある殺人の武器または武具をもって襲い、攻撃し、または打ちかかり、侵害された者が、自己の身体、生命、名誉および良い評判 (guten Iannits) を危険におくことも毀損することもなしに巧妙に回避することのできないときは、彼は、正当な反撃によりその身体および生命を救うことができ、いかなる刑罰も蒙ることはない。そして、彼が侵害者を殺害する場合、彼はこれに関し何らの責任もなく、また、その反撃をするにつき、彼が打たれるまで待つ義務もない。これは、成文諸法または諸慣習に反すると否とにかかわりがない。」

これを正当防衛の要件として整理すると、①殺人の武器によって攻撃等の行なわれること、②自己の身体、生命、名誉および良い評判を損うことなく逃避することができないこと、③自己の身体および生命を救うためであること、④「正当な反撃」によって行なわれることを要し、ただし、⑤防衛者は現実に打たれるまで反撃を待つ義務はないのである。

逃避義務が名誉を害する危険のある場合に否定されたことや、攻撃を現実を受けるまで待つ義務がないとされたことは、中世の各都市法といささか趣きを異にしている。⁽¹¹⁾そこにイタリア刑法学の強い影響が見られる。⁽¹²⁾もともと、一四九八年のウォルムスの改革都市法 (Wormser Reformation) は、私法の部ではあるが、Beh. 3, Th. 1, Tit. 28において、「人が殺人の武器をもって攻撃され、強いられた場合には、その者は、打たれるまで待つ義務がない」としていた。あるいは、シュヴァルツェンベルクはこれを参考として、カロリナ法典第一四〇条の基礎であるバムベルゲンシス第一六五条を作成したとも推察される。⁽¹³⁾

逆に、武器をもって攻撃されることを要件としていたことや、身体、生命の防衛に限っていたことは、当時のイタリア刑法学の動向に反し⁽¹⁴⁾、むしろ、ドイツ法の伝統に従ったと言えよう。第一五〇条は、他人の身体、生命または財産を防衛するために殺人を犯した場合には免責事由あるものとしていた。これを根拠に財産侵害に対しても緊急防衛が認められていたとする見解もあるが、第一五〇条の場合は鑑定を求めるべきことを必要とされており、「正当防衛」の手続とは異なる。おそらくは、イタリア刑法学においても、財産防衛につき必ずしも意見が一致しなかったところから、その決着を学者の判断に委ねたものと思われる⁽¹⁷⁾。そのほか、イタリア刑法学では、武器の対等性が要件とされていたが、シュヴァルツェンベルクはこれを採用しなかった。ただし、後述するように、防衛者が攻撃者に比して著しく体力があるため、攻撃者を殺害するまでの必要がなかった場合には、緊急防衛の正当性が否定されていたことからすると、「正当な反撃」であるためには、防衛のために必要な程度を越えないことは要求されていたのであろう。

なお、防衛の程度に関連して、第一四四条は、婦女を殺害したことにつき緊急防衛が主張される場合には、鑑定に付したのちに判決がなされるべきであるとしている。当時のドイツ法にもイタリア法にも見られない特異な規定である⁽¹⁹⁾。カロリナ法典は、いまだ、過剰防衛概念については明確でない。第一四二条において、攻撃者を殺害しても正当な緊急防衛とはならない場合を例示しているが、そこには、

① 攻撃者よりも防衛者のはるかに力があって、殺害する必要がなかった場合

② 攻撃が終了したのち、その必要もないのに追跡して殺害した場合⁽²⁰⁾

③ 生命、身体、名誉または良い評判を害することなく逃避して、攻撃を避けることができたのに、逃避しなかった

場合

さらに、

④ 攻撃者が適法事由を具備していた場合

も含まれている。これらは、いずれも「故殺者」(Totschläger)として処罰されるものとされていたから、「謀殺者」(Morder)よりも軽い刑が科せられたのである。⁽²¹⁾ どのような刑を科すかは、鑑定に従って決定されるのであるが、その理由は、「この諸事件にはきわめて微妙なる差異ありて、このために、それぞれにつきて一層重くまたは一層軽くに判決が行なわるべき」であるからとされていた。

(三) カルプツォフからボエマーへ

〈1〉 普通法時代を通じて帝国立法としてのカロリナ法典は、各地の制定法の基礎となっていた。⁽²²⁾ ことに、緊急防衛に関しては、カロリナ法典の焼直しがほとんどであって、制定法上は、見るべきものがない。むしろ、学説史的にこの時代を見ると、カルプツォフ (Benedikt Carpzov 1595-1666) からボエマー (J. S. Friedrich von Bömer 1704-1772) への動きは興味深⁽²³⁾。特に、後者は啓蒙期自然法論の影響を受けて、緊急防衛の適法性の根拠を明らかにしながらも、絶対主義、身分制社会という当時の時代的背景を反映した正当防衛論を展開しているところが、前者の宗教的色彩を残した見解に対して大きな特徴を示している。

〈2〉 ルター派の宗教改革者として、カルプツォフの刑法論は、神政主義の見解に貫かれている。すなわち、国

家・官憲は、神の命令と意思によるものであり、犯罪は、国家の規範に違反するという法的意味を持つだけではなく、常に神に対するすみでもある。刑罰の目的は、犯罪者の負担と犠牲による神の贖罪にある。刑罰は神がそれを欲するが故に必要とされ、「神の法」(Jus Divino)の諸々の宣言によって認証されるものである。これが、彼の犯罪論、刑罰論であるが、まさに宗教的応報刑論と称すべきものである。⁽²⁴⁾正当防衛論もこの基本的思想の影響外にあるはずがない。

カルプツォフは、「生命、身体、名誉または財産を防衛するため、故意なく(non dolo)」、強いられて犯された緊急の殺人には刑罰が宥恕される。⁽²⁵⁾と言い、このような防衛行為は、市民法のみならず、自然法および教会法によっても許されると述べる。⁽²⁶⁾その根拠づけは、トマス・アクィナスの見解に似る。すなわち、正当に防衛を行なう者の意図は、主として直接には自己の安全に向けられており、第二義的に「不可避免的緊急のために」(ob necessitatem inevitabilem)他人の殺害に向けられているにすぎない。そこに、正当な防衛が神の法によっても許される理由がある。⁽²⁷⁾それだけに、攻撃に対して自己を防衛しない者は、自分自身に反するばかりでなく、神の意思に反し、社会に対する義務に反する。⁽²⁸⁾かくして、カルプツォフによれば、自己防衛は、単に法によって許される行為にとどまらず、宗教的・社会的義務の履行でもあった。このように、カルプツォフの見解は、その宗教的倫理観の法的表現とも言ふべきものである。そのことからすれば、右に掲げた一節に、〈non dolo〉とあるところから、直ちに、カルプツォフが正当防衛を近代刑法学にいわゆる故意阻却的なものと考えていたと結論することは、いささか早計である。⁽²⁹⁾彼は、〈dolus〉の意義について何も述べておらず、前記のような彼の思想からすれば、〈dolus〉とは、贖罪規定書などに

見られた「憎しみの心」⁽³⁰⁾という程度の意味しか持っていなかったと考えるべきではないか。まさに、「罪の意識」(conscientia)のないことが、防衛行為の正当性の根拠とされていたのである。⁽³¹⁾

ところで、カルプツォフは、右のような防衛行為が「正当 justa & legitima」である限り刑罰が科されないとし、その正当防衛の要件をイタリア刑法学にならない *moderamen inculpatae tutelae* (「正当防衛の限界」とでも呼んでおこう) という概念から導き出す。⁽³²⁾そして、これを「原因」(Causa)、「程度」(Modus)、「時」(Tempus)の要件に分けて論じる。⁽³³⁾その方法は、きわめて経験的であって、体系的ではない。いささか、繁雑になるとは思うが、以下、右の三要件に沿って、カルプツォフの見解を検討してみよう。

① 「原因」の要件において、不正の侵害が先行することが必要とされる。⁽³⁴⁾そこで、第一に、防衛者が自ら闘争を惹起した場合、⁽³⁵⁾次に、攻撃者以外の第三者を故意に殺害した場合、⁽³⁶⁾最後に、単に言葉の上で脅迫するに過ぎない者を殺害した場合には、⁽³⁷⁾この要件を欠くものとされる。この第一の要件は、防衛の前提的要件とされ、これを欠くときは、通常刑を免れ得ない。その場合を、カルプツォフは、「防衛の過剰」(*excessus defensionis*)と呼んだ。⁽³⁸⁾これに対して、②以下の要件を欠くときは、原則として、通常刑は科されないが、特別刑が科される。カルプツォフは、これを「正当防衛の限界の過剰」(*excessus moderaminis inculpatae tutelae*)と呼んで、⁽³⁹⁾「防衛の過剰」と区別した。しかし、両者の区別は必ずしも明瞭でなく、用語法についても、後にボエマーの批判するところとなるのである。⁽⁴⁰⁾両者の区別がいまいであったことの一例は、決闘の挑戦に応じて相手方を殺害した場合をも「限界の過剰」に含ませていたこと⁽⁴¹⁾で示されよう。決闘の場合には、不正な侵害が先行しないことを、カルプツォフ自身認めているのであるか

ら⁽⁴²⁾、むしろ、彼の言う「防衛の過剰」に属すべきものであった。

② 攻撃と防禦との均衡は、第二の「程度」の要件において問題とされる⁽⁴³⁾。まず、武器の対等が一応の原則とされるが、他に自己を守る手段がない場合には、素手による攻撃に対して武器をもって防禦することも認められていた⁽⁴⁴⁾。外形的均衡から必要性の程度による内的強度の比較衡量へと移る過渡的狀態を示している。次に、「攻撃者を殺害する以外には危険を避けることができないこと」を要するとされる⁽⁴⁵⁾。これに関連して、カルプツォフは、逃避することが生命の危険をもたらし場合を除いて、可能な限り逃避せよと命じ、家の戸を閉じれば攻撃を避けることができる場合に、それをしないであえて抵抗して攻撃者を殺害することは許されないとする⁽⁴⁶⁾。しかし、軍人や貴族など一定の特権階級にある者には、不名誉な逃避義務がないとする見解には反対している⁽⁴⁷⁾。カルプツォフは、その根拠をマタイ伝第二章一四やヨハネ伝第八章五九に求める⁽⁴⁸⁾。イエス・キリストでさえ、逃避することによって難を逃がれた、平民はもちろん、軍人、貴族においても、この例にならわなくてよい法はない、というのである。宗教的功利主義的見解とも言うべきであろうか。いずれにしても、逃避義務について、とくに厳格な立場をとっているのが、カルプツォフの見解の大きな特色であり、また不可罰的殺人行為をできるだけ制限するという当時の平和思想の現われでもある⁽⁴⁹⁾。

以上の要件を欠く場合には、「限界の過剰」今日にいわゆる過剰防衛となるのであるが、カルプツォフは、ほかに、単なる名誉侵害に対する殺害行為⁽⁵⁰⁾、攻撃終了後の追跡的殺害行為⁽⁵¹⁾をここに含めている。前者は、名誉侵害に対する生命侵害の不均衡となる点で、「程度」の問題と言えようが、後者は、むしろ、第三の「時」の要件の問題であ

ろう。

なお、不均衡という点から言うと、名誉侵害ばかりでなく、財産侵害についても、同様のことが言えそうであるが、カルプツォフは、財産侵害については、侵害者を殺害することを許している⁽⁵²⁾。アレティヌス (Angelus Aretinus) に従って、「金銭・財産は人の命に匹敵する」ということを理由とする⁽⁵³⁾。但し、僅少価値の財物を守るために殺人を行なう事を許していない⁽⁵⁴⁾ところからすれば、なお、均衡性が追求されていたと言える。

③ 「即座に、すなわち、その場で直ちに論駁または反撃すること」が「時」の要件の問題である⁽⁵⁵⁾。したがって、防衛は、「攻撃の継続中、あるいは、攻撃によって生じた格闘の継続中」に行なわれなければならない⁽⁵⁶⁾。攻撃終了後の「反撃行為は、この点でも過剰行為となるのである。しかし、ここでは、カルプツォフは、「限界の過剰」と「防衛の過剰」との区別を明確に示しえず、最終的には裁判官の裁量に委ねざるを得ないとする⁽⁵⁷⁾。しかも、なお、カルプツォフは両者の区別を試み、攻撃終了後短時間であることとならんで、攻撃によって惹き起こされた憤怒の情が継続していることを、「限界の過剰」の要件とする⁽⁵⁸⁾。しかし、これによって、客観的であるべき基準が、主観的なものに転化してしまった。これは、彼が、攻撃によって誘発された憤怒の情の抑えがたいことを、「限界の過剰」における減輕理由としていることに帰因する⁽⁵⁹⁾。決闘が「限界の過剰」とされたのも、このためである。そこには、復讐感情をまったく否定し去ることのできない当時の社会的事情があったのである⁽⁶⁰⁾。なお、ここでは、しばしば、「原因」または「程度」の要件との混同が見られる⁽⁶¹⁾。右の三要件への分類の不合理性を示している。

カルプツォフの見解は、ほぼ以上のようなものである。「原因」「程度」「時」という三要件の区別は、必ずしも貫

徹されていない。また、「防衛の過剰」と「限界の過剰」という分類も、細かく検討すると明確さを欠くことが多い。これらは、カルプツォフが経験的方法によっていることに由来する欠点と言えよう。さらに、その神政主義的見解は、逃避義務につき、一方で身分による差別をしないという長所を持っていたが、他方、宗教的義務と法義務とを混同し、防衛行為に必要な以上の制限を加えるものであった。

しかし、カルプツォフの見解は、当時の社会風潮にも合致し、ほぼ一世紀の間実務を支配した。このカルプツォフに挑戦したのが、ボエマーである。

〈3〉グロティウス (Hugo Grotius) をはじめとする啓蒙期自然法論者は、神政主義的思想に対して、法と宗教との分離、刑罰論の世俗化を主張した。宗教的な基盤から刑法理論を解放しようとしたのである。⁽⁶²⁾ 本来、その思想は、現状を批判し、打破するものとして提唱されたのであるが、ドイツでは、ローマカトリック教会に対抗する国家権力と結びつき、これを正当化する理論となってしまった。⁽⁶³⁾ たとえば、プーフエンドルフ (Samuel Pufendorf 1632-1694) の自然法論⁽⁶⁴⁾は、次のように要約できよう。人は、自然状態において、自己維持本能とともに社会本能を有している。これら二つの本能を満足させるために、人は社会契約と統治契約とを結び、国家を形成する。かくして形成された国家は、個人そのものから離れて、独自の意思を持ち、独自の行為を行なう。個人はその道具に過ぎない。このようにして、国家の絶対的権力と国民の服従義務とが正当化される。国家の意思の実現こそが至上命令となり、国家にとって有用なことのみによるとされるのである。このような見地から、国家の刑罰権が正当化され、同様に、個人の自己防衛権も適法とされた。

ブーフエンドルフによれば、自己防衛は自己維持本能によって命じられた行為である⁽⁶⁵⁾。しかし、彼が、人間は社会的動物であり、社会のために奉仕する義務を有すると述べる⁽⁶⁶⁾とき、自己を防衛する行為は、人間の社会性によって義務づけられるものとしての意味をも持ってくるのである⁽⁶⁷⁾。このため、自然状態においては、各人には無制限の自己防衛権が認められるが、社会状態においては、国家の刑罰権を侵害しない限度において、すなわち、国家・官憲の救済が得られない場合に限り、認められる⁽⁶⁸⁾。国家優先主義は、このような形で自己防衛権に制限を加えたのである。

ボエーマーが、こうした思想の影響下にあったことは、明らかである。「自己防衛本能」(instinctus naturalis se defendendi)を正当防衛の基盤に置き、その最終目的を「安全性の維持」(dispendium securitatis)に求めたことや、とくに財産防衛については、官憲の救済が得られないことを要件としたことに、それが現れている⁽⁶⁹⁾。ただ、彼の場合には、できるだけカズイステークな方法を排して、正当防衛の要件について体系的整序を試みるとともに、正当防衛および過剰防衛を犯罪論体系中に位置づけようとした努力がうかがわれる点が、これまでの見解と異なるところである。以下、ボエーマーの見解の特徴と思われる点を検討する。

ボエーマーは、故意を自己の犯罪論の中核に置き、一定の行為結果に故意が帰責されるためには、単なる心理的な犯罪意思(propositum)のほか、二つの規範的要素、すなわち、「有害感情」(affectus nocivus)と殺人の場合には「殺害意図」(animus occidendi)が必要であると考えた⁽⁷⁰⁾。自己防衛本能による行為は、心理的な殺害の意思があっても、「有害感情」が認められない。したがって、必要な要件をみたした防衛行為には、故意責任を帰しえない——「正当な理由のない場合でなければ、単なる殺害の意思は、故意殺人を構成しない⁽⁷¹⁾。」このようにして、ボエーマー

は、防衛のための殺人は故意行為ではないとしたうえで、さらに、不正な行為の結果が行為者に帰属するという *Vorsatz in re illicita* の原則から、正当な防衛の限度を守った行為の結果を行為者に帰属させない、すなわち、正当防衛行為には、過失責任も問わないという結論を導いたのである。⁽⁷²⁾

以上のボエーマーの見解に対しては、今日の刑法体系論からすれば、違法性と責任との区別を知らないもの、あるいは、故意と目的とを混同するものとの批判が可能であろう。しかし、その結論の当否はともあれ、正当防衛を体系的に位置づけようとした努力は評価されるべきであろう。

このように不可罰性が根拠づけられた正当防衛の要件について、ボエーマーは、①不正、危険かつ不意の攻撃があること、②生命、身体、貞操、名誉、財産に対する急迫、現在の危険があること、③他の救済手段のないことの三つを挙げる。⁽⁷³⁾ カルプツォフと同様の三要件分類法をとったが、①と②は、攻撃に関する要件、③が防衛に関する要件として二つにすることもできる。前者の分類よりも、ずっと合理性がある。

①の要件から、自ら侵害を招いた者および決闘に応じた者は、そもそも防衛を行なう者ではないとされた。⁽⁷⁴⁾ ボエーマーは、防衛の程度を越える場合のみが「過剰」という名に値するとして、カルプツォフの「防衛の過剰」と「限界の過剰」との区別にかえて、「口実防衛」(*praetextus defensionis*)と「過剰防衛」(*excessus defensionis*)をもってすべきであると主張したが、決闘に応じた場合を前者の範疇に含ませたのである。⁽⁷⁵⁾ ②の要件については、名誉防衛を「古い強者の権の名残り」(*reliquia iuris manuarii*)であり、現在の裁判制度には合致しないとしながらも、軍人、貴族など一部特権階級の者には例外的に名誉を防衛するための殺人も許されるとしていた点でカルプツォフと異なる。⁽⁷⁷⁾

当時の身分制社会の特質を反映している見解である。財産防衛に関しては、僅かな価値の財物を守るために殺害することまでは許さないとした点⁽⁷⁸⁾では、カルプツォフと同様である。さらに、賠償可能性の観点から、不動産侵害に対する正当防衛を認めないが、この点は、次の③の要件に関連する。

③は、カルプツォフが「程度」の要件としたものに該当する。カルプツォフにおいて緩和されたとはいえ、なお維持されていた武器対等の原則は、ボエーマーにおいては、実体法の部面から証拠法の部面に移された⁽⁷⁹⁾。もちろん、それは完全ではない。生命、身体に対する攻撃が問題となる場合には、いまだ武器による攻撃に若干の価値を認め、素手による攻撃に対して、剣をもつて防衛するのは、程度を越えた行為であるとしていた⁽⁸⁰⁾。

逃避義務の問題では、一定の身分者に名替防衛を認めたと同様の論理により、これらの者に限り、逃避義務を否定した⁽⁸¹⁾。

他の救済手段の一つとして、官憲の救助を求めることを挙げるのが、絶対主義国家観から生じる重大な特色であることは、前述したところである。ボエーマーも、もちろん、例外ではない。官憲の救済を求め得るのに、単に財物を守るただけに、盗人を殺害することや、法的救済手段のある不動産を守るために、殺人を行なうことは、第③の要件を欠くものとされた⁽⁸²⁾。

これら防衛の程度を越える行為を称して、「過剰防衛」としたのは、ボエーマー以来のことである。そして、彼の先の見解からすれば、「過剰防衛」は、「法によって認められた限界からの過失による逸脱」を理由として処罰されるべきであり、それ故にこそ特別刑が科されるという結論になるのは、至極当然のことであろう⁽⁸³⁾。

以上の如く、ポエーマーが、防衛行為の正当性、過剰性を体系的に理論化しようとした功績は小さくない。しかし、なお、殺人罪についてのみ問題とし、したがって、また、均衡性の原則より、一定の法益防衛に限らざるを得ないという制約を受けていた。また、個別問題の解決には、それほど理論的進歩が見られない。むしろ、当時の身分制や絶対主義的国家観が反映した見解は、一部特権階級には、正当防衛を容易にしたが、一般平民階級には、逆に防衛の限界を厳格にし、その行使を困難にしたであろうと推察される。

(四) 啓蒙末期の立法

理論的な面において、ポエーマーがカルプツォフの權威を打ち破るとともに、立法活動においては、一八世紀後半に至り、啓蒙専制君主のもとにあったオーストリアとプロイセンの二大強国に、ようやくカロリナ法典から脱皮する動きが見られた。当時、対立関係にあった二つの強大な軍事・官僚国家は、対外的には、自らの絶対主義支配を誇示するため、対内的には、上からの啓蒙活動の一環として、それぞれ法典編纂に力を注いだ。

オーストリアでは、一七六八年に制定されたテレジアナ刑法典 (Constitutio Criminalis Theresiana) は、正当防衛 (die rechte Nothwehr)⁽⁸⁴⁾、口実防衛 (die vorgeschützte Nothwehr)、過剰防衛 (die überschrittene Nothwehr) という区別を知っていたが、全体としては、カロリナ法典を踏襲し、カズイステークな規定方法を脱していなかった。また、ガイヤーによって「幕を開きはじめて新時代の所産」として称揚された一七八七年のジョセフィン法典 (Josephinische Gesetzbuch von 1787) は、正当防衛および過剰防衛をできるだけ一般的に規定し、自己の生命、身体

ただけではなく、自己または他人の財産、自由のためにも正当防衛を許している点で、確かにカロリナ法典の束縛を脱して、近代的立法へ一歩踏み出したものと言える⁽⁸⁶⁾。しかし、依然として、正当防衛は不可罰的な殺人の域を出なかった。

プロイセンでは、啓蒙専制君主フリードリッヒ大王のもとで、一七九四年プロイセン一般ラント法典 (Allgemeine Landrecht für preussischen Staaten) が制定された⁽⁸⁷⁾。この法典によって、正当防衛は、はじめて総論的地位を与えられた。すなわち、個人に対する犯罪 (Privatverbrechen) の総則部分に、以下の規定を持っていたことが示す。

第五一七条「何人といえども、自己または自己の家族または同胞に対する不法な侵害 (unrechtmässige Beschädigung) の急迫する危険を事案に相当な救助手段 (der Sache angemessene Hilfsmittel) によって避止する権能を有する。」

第五一八条「しかし、緊急防衛は、擅断的暴力 (eigenmächtige Gewalt) に対してのみ、かつ、官憲の救助が侵害を避止することも、現状に回復することもできない場合にのみ、行なわれる。」

第五二〇条「損害を避けるために選ばれた手段が、緊急防衛によって避けられるべき損害と比例していなければならない。」

第五二一条「攻撃者に致命的な傷害を与えることは、その者の侵害に対して、被攻撃者の人格が他の方法では保護され得ない場合にのみ許される。」

第五二三条「被攻撃者は、自らの危険なく他人の攻撃から免れることができる限り、致命的な傷害を与える権利を
持たない。」

これらが、個人に対する犯罪の総則規定であることは、あらゆる個人的法益の保護のために緊急防衛が正当とされ
たことを意味する⁽⁸⁸⁾。しかし、その一方で、攻撃と防禦との均衡性を要求し、官憲による救済手段が望み得ない場合に
限るなど、厳格な制限を設けていたのは、当時の国家優先主義よりする自救権制限思想の現われである。と同時に、
それは、当時の正当防衛論が、純粹に権利の防衛を許すというところから発しているというより、むしろ、侵害者の
側が社会契約上の義務に違反している点に着眼して、本来国家の任務であることを、緊急やむを得ない場合に限り、
私人の手に委ねるという思想から発していることを示している。義務、それもとくに強調されるのは、国家・社会の
ためにする義務が先にあって、はじめて権利が生じるのである。したがって、正当防衛もまた、単なる権利である以
上に、社会契約上の義務であり、他人を強盗や殺人者の手から救済し得るにもかかわらず、それを怠り、その結果、
その者が実際に殺された場合には、この義務に違反する者として処罰された(第七八二条)。啓蒙期自然法思想が、こ
の中に集約されていると言っても過言ではない。

なお、過剰防衛は、過剰の程度に応じて処罰された(第五二四条)。

(1) 前掲拙稿、一〇頁以下。中世ゲルマン諸部族法に関しては、その一二頁以下を参照せられたい。

(2) Hs. Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, 1920, Teil I, S. 197 Anm. 3 一二二二年のヴィーン都市法には、
次のような規定があった。§ 1 Keuten No. 164: defensio proprii corporis, id est notwér.

(3) 前掲拙稿、一九頁。

(4) レヴィタは、現行犯人殺害権が法的、社会的状態によって制限を受ける過程のうちに緊急防衛概念が形成されたと見る(a. a. O. S. 64 ff. besonders S. 70)°。これに対し、ガイヤーは、平和喪失概念を基礎とする殺害権と私的復讐観を基礎とする緊急防衛との相異を強調する(a. a. O. S. 75 ff.)°。しかし、現行犯人殺害権が平和喪失概念を基礎とするというガイヤーの指摘は正しいが、緊急防衛概念が私的復讐観によって形成されたとするのは疑問である。

(5) シェヴァーベン・シナボーゲル第六三章は、攻撃を受けた場合には三步以上逃げたか、逃避不可能な場所で反撃したときに、緊急防衛が成立するとし、これを受けてメミンゲンの都市法書(Rechtsbuch der Stadt Memmingen von 1396)も、逃避義務を課す。Landrechtsbuch des Ruprecht von Freysing von 1473 c. 55 も、同様であるが、その第II巻第七章では、若干異なっている。そこでは、逃避することが恥辱的でない場合に限りていたようである。原文は „cuer stet still vnd schaupt sich das er weichn sol. diser zuekt sein swert vnd will in slagen.“°。となっていた(Geyer, a. a. O. S. 110)°。

(6) His, a. a. O. S. 198. Bamberger Stadtrecht § 158 : Ist aber daz er dez morderz nicht laugent. vnd seines leibs notwer behaben wil.....Vnd schol ein offen wunten weysen in den leip nit in daz gewant. 現実に攻撃され、打ちかかるることを前提としていたのは、シナヴァーベン・シナボーゲルであり、前註で示した Ruprecht c. 7 なども、「剣を抜るて打ちかかる」(diser zuekt sein swert vnd wil in slagen.) の必要となっていた°。

(7) His, a. a. O. S. 199. Ruprecht にも見えないが、武器による攻撃を原則とするのは、一般的現象であったと考えられ°。Geyer, a. a. O. S. 110

(8) 勝田有恒「Rezeption の素描——ドイツ近世(私)法史研究の起点として——」法学研究4(一九六二年)一四〇頁、

ミッタイス『ドイツ法制史』世良晃志郎訳（一九六六年）三三六頁以下参照。

(6) Johann v. Schwarzenberg (1463? 1465?—1528) の生涯と業績については E. Wolf, *Große Rechtsdenker*, 1939, S. 73 ff.; E. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3 Aufl. 1965, S. 109 ff. 参照。これらによると、シュヴァルツェンベルクは、ラテン語そのものには精通していなかったもので、当時の大衆的法律書を通じてイタリア刑法学に接した。一四二五年に作られたクラークシュビゲル (*Klaspiegel*) は、ローマ法に関するドイツ語で書かれた最古の解説書であるが、これなども、シュヴァルツェンベルクにイタリア刑法学の知識を提供したものと思われる。

(10) バムベルゲンシスからカロリナ法典に至る経過については E. Schmidt, a. a. O. S. 131 参照。バムベルゲンシスは、すでに、一五二一年、ウォルムス帝国議会に提案された刑法草案の基礎となった。一五二二年以来シュヴァルツェンベルクもその一員となっていた帝国統治院 (*Reichsregiment*) は、一五二四年にニールンベルク帝国議会に草案を提出した。この草案が、バムベルゲンシスの決定的影響下にあったことは、けだし当然である。そして、一五二九年シュバイヤー帝国議会に第三草案が提出されたのち、一五三〇年、カロリナ法典が原則として帝国法と決定されたのである。

(11) 前記四〇三頁参照。ただし、註 (c) に触れたように、*Landrechtsbuch d. Ruprecht v. Freysing*. II c. 7 は、すでに、逃避が恥辱的でない場合と限っていた。

(12) Brunnenmeister, *Quellen der Baubergensis*, 1879, S. 177 たとえば、ヘルシュナーがバムベルゲンシスに最大の影響を与えたというアレーティヌス (*Angelus Aretinus*) は、生命、身体、名誉さらには財産に対する危険なくして回避できないことを要件としていた。Vgl. Hälscher, *Geschichte des Brandenburg-Preussischen Strafrechts*, 1855, S. 81 Note 5

(13) Brunnenmeister, a. a. O. S. 121

(14) Hippel, *Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, 1925, S. 202 ただし、武器の対等が必要とされ、素手の攻撃に対しては、

るべし。』訳掲浩「カルル五世刑事裁判令（カロリナ）」神戸法学雑誌第一八巻第二号二六五頁。正当防衛の要件を欠く行為は、「短気と激怒から」(auss. geschlecht vmd zorn)の行為であるとされ、それが減刑の理由であったことがわかる。

(22) Geyer, a. a. O. S. 142

(23) カロリナ法典がドイツ語で書かれていたように、まだ、一六世紀前半は統一的文化と国民性を要求する声が強かった。しかし、これも領邦国家の発展の前には、もろくも崩れ去った。これとともに、それまではかすかながらも残っていた「共通人 gemeinsames Mann」の協同という概念も消え去り、かわって、少数の騎士・軍人階級の政治的指導権が絶対的に国民の全生活を支配するに至った。かくして、刑法は階級刑法の性格を公然と示して、騎士・軍人階級に特権を認め、その規定は単に支配の客体たるに過ぎなくなった平民階級に向けられるものとなったのである (E. Schmidt, a. a. O. S. 140 f.)。こうした傾向は、正当防衛に関する見解の変化にも現われているのであって、カルプツォフとボヘーヤーとを対比させて検討することは、その点においても意味がある。

- (24) Württenberger, Benedikt Carpoz. Zu seinem 300. Todestag, Juristische Schulung, 1966, Heft 9, S. 347 f.
- (25) Carpoz, Practica nova Imperialis Saxonica rerum f. criminalium, 1635, qu. 28 n. 1
- (26) Practica, qu. 28 n. 3
- (27) Practica, qu. 28 n. 10
- (28) qu. 28 n. 11 カルプツォフのこうした見解は、ベリッヒ 1638, cond. XII n. 13 に採り上げられている (Vgl. Lobe, Die allgemeinen strafrechtlichen Begriffe bei Carpoz, Jur. Diss. 1894, S. 40 Anm. 3)。
- (29) Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, 1930, S. 71 ff. カルプツォフが故意阻却説に立っていることを。

- (30) 前記三九八頁参照。
- (31) qu. 28 n. 10 の註に於ては、次の一節を參照。 „Idq; non solum in foro politico, sed etiam in foro poli & scientiæ verum ist.”
- (32) qu. 28 n. 15
- (33) qu. 28 n. 20 ff.
- (34) qu. 28 n. 21: CAUSA moderaminis in culpata tutela est injusta offensio, si nimirum quis ab alio fuerit insultatus seu invasus.
- (35) qu. 29 n. 41
- (36) qu. 29 n. 50
- (37) qu. 29 n. 56
- (38) qu. 28 n. 16; qu. 29 n. 31
- (39) qu. 28 n. 15, 16
- (40) Böhmer, *Observationes selectae ad Bened. Carpzovii Practicam Novam Rerum Criminalium*, 1759, 1 q. 31 p. 1 S. 73 カルプツォフは、過剰の概念に關する誤った觀念から出發していると、防衛の程度を超える行為を「過剰」というに應じしべし。他は「口実防衛」(praeextus defensionis)と呼ぶべきであるとした。後記四一四頁参照。
- (41) qu. 29 n. 70
- (42) 決闘を挑まれた場合は、*「侵害が隠されてゐるが、現在するのでも、暴力的でもなく」*(quando offensio quidem subest, sed non praesens & violenta)° (qu. 29 n. 70)

(43) qu. 29 n. 23 「正当防衛の程度は、急迫する侵害または死の危険と防禦との均衡から成り立つ。」(MODUS inculpatae tutelae consistit in propulsatione ad offensionem seu periculum mortis imminens proportionata.)

(44) qu. 28 n. 24; n. 281. Lobe, a. a. O. S. 42 は「カルプツォフがまったく武器の対等を要件としてつづなぐと解してゐる。qu. 28 n. 27 が「武器の対等性は、あまり厳格かつ正確に要求されなく」、*Paritas armorum tam stricte et precise non exigitur.*」とつづなぐを根拠とするが、これは「必ずしも武器対等原則を否定してゐない」。Vgl. Boldt, Johann Samuel Friedrich von Böhmert und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft, 1936, S. 584 Anm. 127

(45) qu. 30 n. 56 カルプツォフは「カロリナ法典第一四〇条および一四二条が、名誉等を害する場合も逃避義務を否定していたのに対して、これは、奴隸などのように主人を救助する義務があり、それを怠ることが不名誉であるものに関する規定であると解していた。しかし、いささかこじつけ的解釈である。正当防衛と緊急救助とを混同するものであるというボエーマーの反論 (obs. 3 q. 30 p. I S. 71 Sp. 2) は、この限りにおいて妥当である。」

(47) qu. 30 n. 59 ホーヤー反対 (後記四一五頁参照。)

(48) マタイ伝第二章一四は「ヘロデ王が幼いイエスを殺そうと企んでいるのを知らされたヨセフが、イエスを連れてエジプトへ逃がれたことを伝えている。また、ヨハネ伝第八章五九は、ユダヤ人たちによって石を投げられそうになったイエスが、身を隠したと伝えている。」

(49) Lobe, a. a. O. S. 42

(50) qu. 30 n. 68 しかし、名誉侵害が軽微であるのに、侵害者を殺害した場合には、もはや通常刑を免れえないとした (qu. 30 n. 76)。ここにも「正当防衛の限界の過剰」と「防衛の過剰」との区別の不明確な点が見られる。

(51) qu. 30 n. 43. Vgl. qu. 31 n. 27

- (52) qu. 32 n. 14
- (53) qu. 32 n. 15. ホムテマスの見解については、前註(12)(14)(19)(20)参照。
- (54) qu. 32 n. 36. Vgl. Boldt, a. a. O. S. 582 Anm. 111
- (55) qu. 28 n. 28: Ratione Temporis defensio debet fieri in continenti, hoc est, illico in ipsa concertatione & congressi;.....
- (56) qu. 31 n. 17
- (57) qu. 31 n. 14
- (58) qu. 31 n. 27
- (59) qu. 29 n. 30; qu. 30 n. 24 etc.
- (60) 以下をホムテマス「刑事政策的理由」であると呼べる。Vgl. Boldt, a. a. O. S. 569 Anm. 44
- (61) 攻撃終了後の反撃行為が「程度」の要件の問題とされたためその一つであるが、その他「時」の要件に関して他の手段の有無を問題とする (qu. 30 n. 4) なる。Vgl. Boldt, a. a. O. S. 565 Anm. 20
- (62) E. Schmidt, a. a. O. S. 164
- (63) 千葉正士『法思想史要説』一九六四年、一八〇頁。
- (64) ブーフエントルフの自然法論については、H. Weizel, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, 1958, besonders S. 51 ff. に詳しい。以下の叙述は、これに負うところが大きい。
- (65) Pufendorf, De Jure Naturae et Gentium Libri Octo, 1672, Book II, c. V, 1, translated by C. H. Oldfather & W. A. Oldfather, Classics of international law, Vol. II, 1934

- (68) a. a. O. II, c. IV, 1. Vgl. Welzel, a. a. O. S. 47 f.
- (69) Welzel, a. a. O. S. 88
- (70) II, c. V, 4. については、賠償不可能な財の防衛であるという、逃避不可能であるという (II, c. V, 9) をまた要求する。
- (71) ホーラーの正当防衛論については Boldt, a. a. O. S. 563 ff. が参考となる。
- (72) Bohmer, Elementa jurisprudenti criminalis, S. I C. II 43. Vgl. Boldt, a. a. O. S. 163
- (73) obs. 2 qu. 29 P. I S. 68 Sp. 1: Solus animus occidendi homicidium dolosum non constituit, nisi fuerit nudus et iusta causa destitutus.
- (74) この点が明確に示されているのが、正当防衛の際に第三者を殺害した場合についてのホーラーの説明である。カロリナ法典第一四五条は、この場合を不可罰としていたが、ホーラーは、これを „versari in re licita” として説明した (med. art. 145, 1, S. 693)。ちなみに、正当防衛で行為する者は、「正しい事を為す」 „versatur in re licita” のであるから、その行為遂行の際に打撃の錯誤があったとしても、その結果には責任がないというのである。(Vgl. Boldt, a. a. O. S. 433)。
- (75) med. art. 140 § 1, S. 668
- (76) 攻撃が「咄嗟のものの」(subitanea) であることを要するところから、決闘に応じることの防衛行為性が否定された (med. art. 140, 1, S. 669)。
- (77) med. art. 142, § 1, S. 680 f. 前註 (40) 参照。
- (78) med. art. 142 § 2, S. 682 f. ただし、「正当なる憤激」(iustus dolor) の観点から、ときに刑が軽減されることは認められる。med. art. 140 § 1, S. 669
- (79) med. art. 140 § 2, S. 669/670

(78) obs. 1 qu. 34 P. I S. 74 Sp. 1. 2 これに關して、ボルトは、ホーマーにおいては、攻撃と防禦との均衡の原則からこれが出たものではなく、不法に対する法の対決という観点から発しているものとする。僅かな価値の財物に対する侵害は、そもそも法の安全性を害しないと考えられたことから、こうした侵害を排除するために殺害することまでは許さなかったと推論する。しかし、法の安全性の観点から判断されたとしても、どのような場合にそれが害されるかを決するにつき、均衡性がある程度考慮されるを得なかったであらう。それが、この結論となっているのであって、その限りでは、均衡の原則は全面的に否定されているわけではない。

(79) obs. 5 qu. 33 P. I. S. 77 Sp. 2. Vgl. Boldt, a. a. O. S. 585, besonders Ann. 135

(80) med. art. 142 § 3, S. 684

(18) obs. 3 qu. 30 P. I. S. 71 Sp. 1~S. 72 Sp. 1 當時、タヌ (J. P. Kren) などは「ゆるぎなき逃避」(dicessus) と「突然の逃避」(fuga) をを區別し、被害者には、前者が期待されることとした (Commentatio succincta in const. crim.

Caroli V. 1721, art. 140 n. 2 S. 464)。しかし、ホーマーは、こうした區別には反対しつつも (obs. 3 qu. 30 P. I S. 70 Sp. 2, S. 71 Sp. 1) ° Vgl. Boldt, a. a. O. S. 586

(28) med. art. 140 § 3, S. 672

(28) med. art. 142 § 1, S. 681

(84) テレジマナ刑法典は、一六五六年の領邦裁判所法 (Landgerichtordnung) を基礎としている。その第八三条 (L. G. O. Art. 62 § 8) は、処罰されない故殺を「正当防衛」と呼び、第八四条 (L. G. O. Art. 63) において要件を定めていた。しかし、武器による攻撃に限るなど、カロリナ法典と規定の体裁も内容もほとんど変わらない。もっとも、貴族や騎士階級の者については、逃避によって侵害を避け得たか否かにかかわらず、その身分そのものが減輕事由とされていた (Theres. Art. 84

§§ 10 u. 11 = L. G. O Art 63 §§ 11 u. 12)。なお、口実防衛に関しては、第八四条第四項（第六三条第四項）が、過剰防衛に関しては、同条第五項が規定している。

(88) Ceyer, a. a. O. S. 150

(86) その第九六条は、1、自ら招いたのでない攻撃によって、自己の生命または身体に対する危険が生じたことが証明または推認される場合、2、自己または他人の財産または自由を不正な攻撃者から守るための防衛行為で、自己が殺傷される危険なしには、攻撃者を逮捕することができなかったことが証明される場合を正当防衛であると規定していた。財産や自由の防衛も、結局は、生命、身体、身体防衛に還元されたのである。防衛法益を限定し、名譽を防衛法益から除く点は、オーストリア現行刑法第二條でも踏襲されている。正当防衛をなしうる法益は、それ自体において明確であり、また、目に見えるものでなければならぬというのが、その理由とされている。この点については、内藤謙「立法問題としての正当防衛（六完）——日本・ドイツ・オーストリアの刑法改正事業における展開を中心として——」第三の二のII(1)本文および注(2)(3)(判例時報五〇三号五、六頁)参照。

(87) 一般ラント法典の制定過程およびフリードリッヒ大王のかかわり方については、R. v. Hippel, a. a. O. S. 271 ff. 佐伯千挺「フリードリッヒ大王と刑法」法学論叢第一四卷第四号一頁以下、第五号六三頁以下に詳しく。

(88) Ceyer, a. a. O. S. 155 は、「擅断的暴力」に対する防衛に限られていたことをもって、名譽侵害に対しては許されなかったとする。

四 近代ドイツ法

(一) 社会契約説と正当防衛論

へ1> 八世紀のドイツは、国家功利主義の立場から、正当防衛を制限する方向にあった。とくに、財産防衛に関しては、できるだけ国家権力の管理に服させるように立法され、また学説が展開された。官憲の救助の可能性と結びついて、賠償可能性が問題とされたのも、その一例である。この傾向は、一九世紀にはいっても、絶対主義的国家体制のもとで、当分は続いた。しかし、近代市民社会の息吹きは、近代的ブルジョアジーの形成が遅れたドイツにも、徐々に浸透していった。そして、権利思想の高まりは、正当防衛を近代市民社会の基本的要素である自由と私有財産の擁護のための有効な手段として意識しはじめることになる。もちろん、絶対主義的国家観との妥協においてであるが。

カント (Immanuel Kant 1724-1804) の社会契約説は、絶対主義擁護の学となった功利主義哲学に対する批判哲学を基礎とするものだけに、右の動きの思想的支柱となった。もっとも、正当防衛に関しては、カント自身は、緊急権 (Nothrecht) について説明する中で簡単に触れているに過ぎない。カントによれば、厳格な意味における法とは、普遍的立法に従って他の人の自由と調和し得る自由を、妨害することを阻止する「強制の可能性」である。⁽¹⁾したがって、生命対生命の緊急権は、この狭義の法ではなく、強制権能と結びつかない広義の法に属することになる。「なぜ

ならば、ここでは、私の生命に対する不正な侵害者に向って、私がその者の生命を奪うことによって對抗する場合 (ius inculpatæ tute) すなわち、適度を守ること (moderamen) の推奨が、決して法に属するのではなく、倫理に属するような場合が問題であるのではなく、私に向って何らの暴行をも加えたことのない者に対する暴行の許容性が問題であるのだからである。⁽²⁾このように、緊急避難との対比において、正当防衛は、強制権能と結びついた狭義の法であり、倫理上の制約はともかく、法的には無制約な権利であるとされたのである。しかし、社会契約上の制約はどうか。カントは、これについては何も答えない。この点に関しては、フィヒテ、フォイエルバッハなどカントの思想的後継者達の見解を検討する必要がある。

〈2〉 フィヒテ (Johann Gottlieb Fichte 1762-1814) は、その著『自然法の基礎』(Grundlage des Naturrechts) において、「何人といえども、暴力によってなにも奪われず、あらゆる手段によってこれを阻止する絶対的権利を持っている。」と述べるが、同時に、「国家が私を防衛することができないときのみ、私はこの権利を有する。」とも言⁽³⁾う。「絶対的」であるが、国家による防衛が不可能な場合にのみ存在する権利——これをフィヒテは、「自己防衛権」(das Recht der Selbstverteidigung) と呼ぶ——とは、なにか矛盾する表現のようである。しかし、フィヒテにあっては、これは決して矛盾であるとは考えられていなかったのである。国家による制約は、自己防衛権が「絶対的権利」であることに何らの障碍ともなり得ないのである。この点を明らかにするには、フィヒテの自然法論における法と国家と権利の関係を検討しなければならない。⁽⁴⁾

フィヒテは、人間の理性活動の原理を自由活動による「自我の自己定立」(Selbstsetzung des Ichs) にと⁽⁵⁾あると見る。

自我が自己を定立するということは、自己以外のものから自己を区別することでもある。したがって、自我は当然に自我の客体——「非我」(non-Ich)を前提とする。「自我の自己定立」とは、非我による制限でもあるのである。しかし、その客体としての非我は、単に自我に対しその活動に強制を加えるものであってはならない。もし、非我がそのようなものであるならば、自我がその自由な活動によって自己を定立することは望み得ない。自我の自由な活動を外から要請し、その自己定立を可能にし得る特殊な客体が、自我の対立者として存在するのではない。そのようなものは、自我と同様、自由意志をもち、自由な活動を行なう理性的存在以外にはない。ここに、自我に対する「他者」(der Andere)の概念が登場する。フィヒテの命題によれば、「有限な理性的存在は、感覚界において自由活動を他者にも帰することなくしては、すなわち、自己の外に他の有限な理性的存在をも認めることなくしては、自己自身に自由活動を帰することを得ない」⁽⁶⁾ということになるのである。結局、自我の自由活動の根柢は、他の理性的存在の自由活動を認めるところにある。

他者の自由活動を認め、自己の自由活動を他者に認めさせることは、自我と他者との間に一定の関係を成立させる。フィヒテは、これを「法関係」と呼んだ。⁽⁷⁾すなわち、「各人は、他者もその自由を自己の自由の可能性によって制限する」という条件つきで、自己の自由を他者の自由の可能性によって制限する関係⁽⁸⁾が法関係であり、他者の存在を認めることによって、自我は必然的にこの関係に立つのである。かくして、フィヒテにあっては、法概念は、ある者である者との自由を相互に制約する関係概念であり、法は、自我が他者と共存するための条件である。⁽⁹⁾しかも、それは自我概念から演繹される概念として、自我が自我であるために、換言すれば、人間が人間であるために絶対的に必要

なものであると観念されたのである。

この法関係の存立を保障することは、すなわち、各人の「原権」(Urechte)——身体・財産および生存の権利——を保護することを意味する。このために、各人は、国家公民契約 (Staatsbürgervertrag) を締結する。それは、まず、個々人相互の間で他人の権利を認め、侵害しないこと (「所有権契約」 Eigentumsvertrag) を内容とし、次に、自己の認めた権利を相互に保護すること (「保護契約」 Schutzvertrag) を内容とする。そして、最後に、各個人が強制力によってこれらの内容を実現すべく、国家という一つの意志を持つ全体に結合すること (「結合契約」 Vereinungsvertrag) を内容とする。このようにして、結局、個人は、自己の権利の保護を国家において、国家を通してのみ実現するのである。このために、個人は、国家の強制権を第一義として考え、それに服従しなければならない。⁽¹⁰⁾

「自我」概念から出発して、「法」概念を導き出し、その応用として「国家」の概念に到達した。これが、フィヒテの自然法体系である。国家の絶対的強制権能の承認は、「自我の自己定立」を理性活動の基本原理としたときに、すでに予定されていた当然の結果である。そうであるならば、自己防衛権が絶対的権利でありながら、国家による保護が不可能な場合にのみ、個人はそれを有することに、フィヒテとして矛盾を感じるはずがない。国家の強制力による個人の防衛こそ、「絶対的」自己防衛権の行使であると観念されたのである。国家公民契約上の制約は、自己防衛権の絶対性を保障するものにほかならない。それに、そもそも、自己防衛権が「絶対的権利」である理由は、侵害者が国家公民契約に反して、他者の権利を承認しないところにある。他人の権利を承認し、これを侵害しないというのが、この契約の第一の内容であったが、侵害者はこれに違反し、したがって、国家によって保障されるべき他者との共存

の可能性——法關係を自ら否定する。この結果、彼は、公民としての、また、人間としてのあらゆる権利を失い、まったく「無権利状態 (rechthlo)」となる。ここに、第一義的には、国家の刑罰権の根拠が求められるのであるが、同時に、それは、自己防衛権の根拠、その絶対的権利性の根拠もここにあることを意味している。なぜならば、フィヒテによれば、刑罰は、万人の権利を保全する手段であるから。⁽¹¹⁾

かくして、自己防衛権は、国家の救助が得られず、したがって、また、侵害が後に回復可能でないことという国家公民契約上の制約を受けるが、この制約内である限り、あらゆる侵害に対して、すなわち、財産に対する侵害であっても、その侵害者を殺害することを許す絶対的権利なのである。⁽¹²⁾ 権利侵害に対する防衛であるということがすべてであって、防衛によって侵害者がどのような損害を蒙るかは、まったく問題とされない。侵害者には権利が否定されるのであるから、権利の衝突などなく、侵害と防衛との比較衡量が問題となり得ようはずがない。

しかし、国家公民契約上の制約は厳格である。国家の救助を可能にするために、攻撃を受けた者は、叫び声をあげなければならぬ。しかも、この叫び声を聞いた者は、保護契約に従って救助のために駆けつけなければならない。「絶対的な公民の義務」を負う。ただし、あい争う者のどちらが自己防衛であるかを判定するのは国家であるから、救助に駆けつけた者は、両者を分ける以上のことをしてはならない。⁽¹³⁾ 緊急救助にも、国家公民契約上の制約があるのである。

以上概観したフィヒテの自己防衛論は、個人の権利とくに所有権の保護から出発し、これを個人の絶対的権利として構成する点では、啓蒙期自然法論者のそれと一線を画される。しかし、国家公民契約との関係では、俄然前近代的

な側面を見せ、まるで、古代ゲルマンの平和喪失思想を社会契約によって理論化したような見解を展開したのである。そのためであろうか、彼の自己防衛論自体は、後に影響を与えることが少なく、後述の如く、むしろ、共存の可能性を軸としたその緊急避難論の影響を受けて、正当防衛論を展開する者が現われた。

フォイエルバッハ (Anselm Ritter v. Feuerbach 1775-1833) も、違法な侵害によって侵害者はあらゆる権利を失うとし、そこに防衛権の根拠を見出した。そして、やはり、国家契約によって国家に移譲された「私力の権利」(Recht auf Privatgewalt) の名残りとして自己防衛を取扱っていた。したがって、国家において自己防衛が適法であるためには、公権力が個人の権利を保護し得ないことが前提となる。⁽¹⁴⁾そこで、フォイエルバッハは、緊急防衛に次のような定義を与えた。いわく、「開始された侵害に対する自己または他人の権利を保護するための公民の私力の行使であって、公権力の保護が不可能であることを前提とするもの」と。⁽¹⁵⁾

もっとも、彼は、「公権力の保護が不可能であること」を緊急防衛の具体的な要件とするのではなく、それを緊急防衛の適法性の一般的根拠として、そこから具体的要件を導き出すという方法をとる。彼によれば、緊急防衛の要件は、緊急防衛の権利の条件と、その適法な行使の限界を条件づけるものとがある。前者は、侵害が不正かつ現在のものであり、被侵害者自らの責任によって惹起されたものでないことのほか、「それ自体賠償不能であるか、侵害が現在するという特別事情にあって、(蓋然性のある根拠に基づき) 失うと回復不能である財の侵害に向けられている」ことを必要とする。この要件がみたされれば、行使の適法性は推定されるのであるが、賠償や原状回復が可能な利益を防衛する行為は、過剰防衛にもならなかった。フォイエルバッハは、ここから、単なる名誉侵害に対しては緊急防

衛権を否定した。次に、適法な行使の限界を条件づける要件とは、用いられた私力が「権利保持の唯一の条件」であることであり、具体的には、それによる以外には、他に安全かつ、他の権利または財を損うことなく、侵害に対抗する手段のないこと、および、危険を避止するためにより軽微な手段があり、それが被侵害者にも可能であるということのないこと、すなわち、当該手段が危険を回避するために被侵害者に可能な最も軽微な手段であることの二要件がそこに含まれる⁽¹⁶⁾。これによれば、逃避することによって、いかなる権利も侵害しないならば、逃避義務があり、仮に積極的防衛行為による場合にも、可能な限り必要最少限の手段がとられねば、適法な行使の限界を守ったことにはならず、過剰防衛となる。しかし、フォイエルバッハにあっても、必ずしも侵害される権利と防衛される権利との均衡性は要求されていなかった⁽¹⁷⁾。

ティットマン (Tittmann) は、緊急防衛を強制権能の一種と考える立場から、この強制は侵害の大きさと一致しなければならぬとした。しかし、その理由を強制は侵害の排除にとって必要な程度を越えてはならないという点に求めたことや、結局は損害の賠償可能性あるいは回復可能性の問題に換えていることなど、理論的には十分なものはなかった。

これに対し、グロス (Karl Heinrich v. Gros) は、当初侵害利益と防衛結果との均衡性を必要としたが、後に改説して、これを不要とした。改説後の彼の見解を見てみよう。彼も、正当防衛を権利あるいは人格の完全性を守るための強制権能の一つであるとする⁽²⁰⁾。彼によれば、この強制権能の限界を画すのは、その強制が侵害された権利の保護のために必要であるということだけであって、保護されるべき利益の大きさと侵害者に加えられる害悪の大きさと

間の均衡は、問題とならない。「なぜならば、強制権能は権利として自己の権利を守るために被侵害者に与えられるからである。したがって、加えられる強制の程度は、権利の実体に左右されることがない。この意味において、被侵害者の権利は無⁽²¹⁾限である。」権利を保護するための強制権は、保護されるべき権利とは別個のものである。したがって、侵害結果と防衛結果との間の均衡は必要でないというのである。これは、カントやフィヒテなどの所説とは、若干ニュアンスを異にする。フィヒテは、自己防衛権の行使を権利の実行そのものと解していたと思われる⁽²²⁾。カントも、強制はすなわち権利の実行であると解していたのである⁽²³⁾。彼らは、自己防衛権を防衛されるべき権利の行使そのものであるとしたうえで、侵害者は無権利状態に陥ることを理由として、権利間の均衡を否定した。これに対して、グロスは、強制権すなわち防衛権が別個の権利であるところに、均衡性の否定される根拠を見出した。しかし、グロス自身、「権利は、その概念上常に強制権能と結びついている⁽²⁴⁾」と述べているところからすると、「法と強制する権能とは同一物を意味する」というカントの説を否定しているとも思われない。そうなると、自己防衛権をこうした強制権能の一種であるとするのは、それを権利に内在する権能であると認めているに等しく、むしろ、防衛される権利の実体に即して行使されるべきであるとの結論にこそ到達すべきである。また、仮に、防衛権を独立の権利であると認めたとしても、そのことが、直ちに均衡性を否定する根拠になり得るかは疑問であろう。権利の実体を離れた強制権能であるならば、その行使には一層厳格な制限が加えられて然るべきところである⁽²⁵⁾。

結局、カントの理論に基づいて、防衛権を強制権能の一種と考える限り、権利防衛Ⅱ正当防衛は、防衛される権利の行使そのものであるとする方が、論理に一貫性があることがわかる。しかし、その反面、正当防衛を刑罰の執行と

區別する理論には欠けるくらいがあつた。フィヒテの自己防衛論が古代の平和喪失思想の名残りを留めていたことや、フィヒテやフォイエルバッハが、侵害者は違法な侵害によって直ちにあらゆる權利を失うとしていたことは、正当防衛に私的制裁的要素を見ていたと言えよう。また、侵害者の權利を否定することによって、防衛行為の權利侵害的側面がまったく無視されたことも問題であらう。

〈3〉 これらといささか異なり、フィヒテの緊急避難論から緊急防衛權を根拠づけようとしたのは、グロールマン (V. Grolman) や、少し時代は後になるが、ツェップフル (Zoepfl) である。フィヒテは、すでに述べたように、法を自我と他者との共存の条件であるとした。緊急避難の場合には、共存の可能性が否定され、したがって、避難する者とされる者の両者について法關係が脱落する。かくして、それは法の問題ではなくなり、物理的強さと恣意の問題となる。⁽²⁶⁾ このようなフィヒテの見解を基礎として、グロールマンやツェップフルは、緊急防衛も同様に共存の可能性が否定されるような緊急状態を前提とすると主張した。⁽²⁷⁾ この見解は、防衛行為の權利侵害的側面を重視したものと言えるが、フィヒテの緊急避難論が強者の權を是認するものであるという欠点に加えて、防衛行為者にまで法關係を否定する論拠に乏しい。侵害によって、そして、国家が保護の手を差し出し得ないことによって、人は自然状態に戻るといふのが、グロールマンの見解であるが、⁽²⁸⁾ 社会状態に一旦はいった者が、違法な侵害によって再び實力の世界である自然状態に戻るといふことは、カントやフィヒテでさえ認めていない。グロールマンの見解は、カントの言う自然状態についての誤解から発していると思われる。しかし、そもそもは、自然状態と社会状態とを對置させる社会契約説自体の持つ觀念性に問題の根があつたのである。あくまでもフィクションに過ぎない社会契約が、現実にあるかの

ように、この契約に違反した者はあらゆる権利を失うとか、自然状態に陥り強者の権に服するとかの理屈を生み出したのであった。われわれは、社会状態における正当防衛だけを問題とするだけで十分であり、また、それだけが問題であるに過ぎない。自然状態は、社会状態を導き出すための観念的操作の道具にしか過ぎなかったはずである。これを現実の社会現象にまで適用したのでは、實際的にも理論的にも混乱を生み出しこそすれ、何らの解決も提供しえないのである。

もちろん、われわれは、社会契約説が当時においてもっていた意味を全面的に否定してはならない。とくに、個人の権利を国家の権能に先んじて主張しようとした意味は大きい。また、正当防衛論に関して言えば、それを個人の権利を防衛するための本来の権利であり、国家から特別に与えられるものではないとしたことは、今日においてもなおその意味を失わないであろう。しかし、国家の保護的機能を強調するあまり、国家の救済が不可能なことを要件として、あるいは、それが本来の権利であることを強調し過ぎて、自然状態による説明を試みるなどは、社会契約説の正当防衛論に関して持っていた問題点として指摘しておく必要がある。それとともに、正当防衛権を強制権能として理解すると、刑罰との類似性のみが強調されてくるきらいがある。権利一般、法一般、法秩序へと正当防衛の個人の権利防衛としての意味を自ら失わしめる可能性をこの理論自体が内包していたと言わなければならない。このことは、また、防衛を行なう者の立場だけを重視し、相手方の人格をまったく無視する方向へ、したがつて、目的のためには手段を選ばない極端な無制約的理論の方向へと正当防衛論を導く危険性を持っていたことをも意味するのである。

(二) ヘーゲリアーナの見解

〈1〉 ナポレオンの侵略に対する抵抗は、フランス革命によって触発された民主主義運動を抑圧する反革命勢力の利用するところとなった。一八一四年のウィーン会議以後、ヨーロッパは、オーストリア外相メッテルニヒのひきいるウィーン反動体制へと突入したのである。そうした中で、ヘーゲル (G. W. F. Hegel 1770-1831) は、一八一八年、フィヒテの後任としてベルリン大学に招かれ、一八二二年、『法の哲学』(„Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundriss.“) を著わした。

〈2〉 ヘーゲル自身は、正当防衛に関して何も述べなかった。しかし、ヘーゲリアーナたちは、ヘーゲル自身の意図とは無関係に、『法の哲学』に展開された法と不法との弁証法を命題化し、それに、国家は理性的なものであるというヘーゲルの国家観をきわめて形式的に結びつけて、自己の正当(緊急)防衛論を展開した。

彼らの見解において、まず、共通している点は、緊急防衛を個人の本来の権利ではなく、国家によって与えられた権利であるとするところにある。アベック (Johann Friedrich Abegg) は、緊急防衛権が単なる個人の権利や自己維持本能を理由として与えられるものではなく、より高度な理由、すなわち、「権利一般がその妥当性を要求し、不法によってそれが抑圧されることが許されるべきではない」ことを理由として、国家から個人に移譲された権限であるとした。⁽²⁸⁾ ザンダー (Sander) は、さらに明確である。彼はフォイエルバッハの理論に反対して、「緊急防衛は、国家的自然権ではなく、理性的、法的な社会への人間の結合としての国家から出て、国家が法の支配以外のなにものを

も欲しないことによって、また、それ故に、個人がその権利を攻撃されたときには、国家のために、国家の名において、攻撃された権利を主張する権限を国家が与えることによって、根拠づけられる」と主張した。⁽³⁰⁾「国家は即而对自的に理性的なものである。」とヘーゲルが述べたことが、ザンダーの見解に採り入れられた段階では、右のように国家中心主義的なものになったのである。個人の緊急防衛権は国家に与えられたものであり、したがって、また、国家のために行使されなければならないものであった。ケストリン (Reinhold Köstlin) は、「法は不法の否定である」というヘーゲルの理論を基礎として、同様の見解を示した。緊急防衛権は、「不法の絶対的否定という原則に支えられ、国家に由来するものであり、それ故にこそ一定の条件と限界に結びつけられた権利」であるというのである。⁽³³⁾

このように、緊急防衛権が国家によって与えられた権利であるというのは、ヘーゲリアーナたちの共通の理解であった。⁽³⁴⁾そして、ほとんど、ケストリンのように、ヘーゲルの「犯罪は仮象であり、それ自体無である。法はこの否定の否定である。」という点にその根拠を見出していた。たとえば、ヘフター (Heffter) は、「不法はそれ自体無であり、いかなる条件のもとでも耐える必要がない」ということから、緊急防衛権が生じるとした。⁽³⁵⁾レヴィタ (Carl Levita) も、同様に、国家の刑罰権と個人の緊急防衛権とは、不法の否定にその基礎を持つとした。⁽³⁶⁾

しかし、同じヘーゲル学派にあっても、「不法の否定」という点に緊急防衛権の根拠を求めることに批判的な見解もあった。アベックもその一人である。彼は、前記ヘフターの見解に対して、これでは、被攻撃者が不法の否定を自己の力によって表明することを正当化することはできず、また、あらゆる自力救済を許すことになると反論した。そして、彼自身は、緊急防衛を緊急避難と同様、緊急状態によって正当化される擅断的暴力であり、衝突状態の惹起者

に對する防衛であるとした。⁽³⁷⁾「正は不正を回避する必要なし」という原則を示したベルナー (Bernier) も、右の理論から防衛義務まで導き出されるに至つて、⁽³⁸⁾この理論はあまりに多くのことを証明し過ぎて、そのためかえて何も証明していないと主張した。そして、もし、緊急防衛が法の否定であるならば、緊急防衛された者に対して、もはや刑罰が科されるべきではないだろうと批判した。⁽³⁹⁾

ただし、これら両者の批判も徹底されたものではなかった。アベックの緊急状態論は、国家の救助を現実に求めることが不可能なことを要件とするために建てられたようなものである。というのは、彼が「衝突」という場合、侵害者の権利と防衛者の権利との衝突という形でとらえられていたわけではなく、法と不法との衝突として考えられていたからである。⁽⁴⁰⁾法による不法の否定ということを、「衝突」という言葉で表わしたに過ぎない。また、ベルナーの批判も、「正は不正を回避する必要なし」という原則が、法による不法の克服という觀念を前提としなければ導き出され得ないことを考えると、緊急防衛の権利性を強調した点は高く評価し得るとしても、「不法の否定」による根拠づけと、それほど差があるとは思われない。

ところで、以上のようなヘーゲリアーナの見解からすれば、国家の救済が不可能なことが、緊急防衛の重要な要件とされたことは、格別の説明を要しないであらう。しかも、防衛権拡張の方向で考えられたから、この要件からフオイエルバッハのように賠償不可能な権利の防衛に限るといような制限は導き出されない。あらゆる権利の防衛を認めたのである。⁽⁴¹⁾この要件と他の手段の可能性との關係についても、微妙な変遷を見せている。ヘフターは、他の手段のないことを緊急防衛の前提的要件とし、恥辱的でない逃避の可能性と官憲の保護の可能性とをこの要件にかかわら

しめていた。⁽⁴²⁾ アベックも、国家の救助を求め得ないことを要するとしたほか、損害と危険を蒙ることなく逃避が可能である場合には、「緊急」防衛たるの要件に欠けるとした。⁽⁴³⁾ これに対して、ケストリンは、国家の時宜にかなった救済の得られないことと、他の手段によって攻撃を回避することができないことを分け、前者を侵害の急迫性、不正性と並ぶ「緊急性」に関する要件、後者を過剰性の要件とした。その理由をケストリンは次のように言う。すなわち、カロリナ法典が逃避等他の手段のないことを防衛の要件にしていたのは、当時においては、国家の保護に対する信頼感が薄かったためであり、国家の救済が不可能であることを要件とすることができなかったことに對する代償的措施に過ぎない。これに反し、近代国家の見地からすれば、国家の救済の不可能性を要件とするだけで十分であり、それ以上の限定は不要である、と。⁽⁴⁴⁾

この理由からすると、過剰性の要件であれ、他の手段の不可能なことを要件とすることは、近代国家の理念に反することになる。レヴィタは、まさにこの方向に沿ってケストリンの見解を徹底させた。彼によれば、国家の救済の不可能なことが「緊急防衛」概念から演繹される以外には、いかなる意味においても、他の手段の可能性は緊急防衛権を制限するものとはなり得ない。「違法に他人を攻撃する者は、自らの危険においてこれを行なうのであり、興奮状態にあって他の手段が可能であるか否かを判断できるような精神的余裕のない被攻撃者により、自らを救うために暴力しかも極度な暴力をもって反撃されることを覚悟しなければならぬ。」他の手段の不可能性を要件とすることは、行為者の活動の自由を無視すると同時に、攻撃者に誤った同情を寄せ、かえって不正を助長するものである。⁽⁴⁵⁾

次に、プロイセン一般ラント法典以来、手段の相当性や侵害利益と防衛結果との均衡性を要求するのが、当時の各

ラント法の一般的傾向であつたが、ヘーゲリアーナたちは、これにも強く反対し、必要性だけを要件とする現行ドイツ刑法典への道を開いた。手段の相当性については、これを要求することによって、結果のいかんにかかわらず、防衛のために用いられた道具に依じて刑罰が決定されることになりかねないこと、生命に危険を及ぼす手段が唯一の防衛手段である場合には、防衛者にとって過酷な結果をもたらすこと、あるいは、緊急防衛権という絶対的権利の承認を裁判官の裁量に委ねてしまうこと、などを反対の理由とする。また、いわゆる法益均衡に対しては、タリオ的均衡を要求することは、緊急防衛の本質に反し、緊急防衛と刑罰とを混同するものである、「被攻撃者は犯罪者を処罰するのではなく、敵を克服するのである」と批判した。⁽⁴⁶⁾かくして、小なる利益を守るために侵害者に大なる損害を与えることも許されるとし、防衛の程度の問題として考慮されるべきは、ただ一点、当該行為が防衛の目的のために行なわれること、換言すれば、「それが、侵害されつつある利益の価値とではなく、権利を安全に保持できなくなる危険性、すなわち、その可能性と比例しなければならぬこと」だけであるとしたのである。⁽⁴⁷⁾

しかし、法益均衡を否定する論理は、必ずしも説得的ではない。法益均衡を要求することが、刑罰と正当防衛とを混同するものである、というためには、法益均衡が刑罰だけに結びつくものであることが前提とされなければならないが、この前提自体何の証明も与えられていないのである。刑罰と犯罪との均衡が必要であるということから、法益均衡を要求すれば、正当防衛を刑罰と同視することになるという結論が、直ちに導き出されないことは明らかである。しかも、ヘーゲリアーナのように、「不法の否定」というところに正当防衛の本質があるとすれば、この点では正当防衛と刑罰との区別なく、むしろ、彼らの論理からは、正当防衛にも均衡原則の適用を認めることになって然るべき

である。正当防衛と刑罰とは、本質において区別できないが、均衡原則の適用においては区別されるというのでは、そもそも、なぜ正当防衛には法益均衡が要求されないのかという疑問には、何も答えていないに等しいのである。

さらに、「不法は絶対的に無である」、無であるものとの均衡はあり得ないというとすれば、どうであろうか。彼らは、この理屈によって正当防衛については法益衝突があり得ないとするのであるが、法益均衡を否定する真の理由もそこにある。しかし、もしそうであるならば、同様のことは刑罰の執行に関しても言われなければならない。刑罰の根拠も、「不法は無であり、法はこれの否定である」というところ求められたのであるから。あるいは、刑罰は事後的処罰であるが、正当防衛は事前の防衛である点が相異していると言うかも知れない。これを認めるとしても、そもそも法あるいは正、不法あるいは不正がそのまま存在するのだろうか。法と不法とは衝突があり得ないというのは、積極的価値と消極的価値との間の問題である。現実には、侵害者と防衛者との衝突があることは否定し得ないであろう。そして、そこになんらかの価値判断が加わるとしても、侵害者の権利と防衛者の権利との衝突をどうするかという問題はやはり残らざるを得ない。したがって、単に観念的に「不法は無である」と言っただけでは、現実にある両者の衝突の問題が解決つかないのであって、法益均衡の適用の有無を決したことにはならないのである。

〈3〉ヘーゲリアーナがドイツ刑法学界に君臨した一九世紀前半は、正当防衛権拡張の時代であった。しかし、それは、必ずしも、個人主義的見地から発したものではなかった。法秩序に違反する行為を取り締り、処罰するという国家の目的に合致するが故に、正当防衛権は拡大を許されたのである。「不法の否定」を根拠とする限り、刑罰と正当防衛との相違は、単に行使の主体が国家か個人かという点に求められるに過ぎない。個人は、国家の一道具として

正当防衛権を行使するにほかならないことになる。しかも、「不法は無である」から、国家権力に抵触しない限り、その行使には、いかなる制限も加えられない。重点は、不法の克服にあったのであり、個人の権利の防衛にあったのではないのである。

もちろん、ドイツにおける資本主義経済の発展は、当初の官僚主義的国家観からの脱皮をもたらし、ことに一八五〇年代後半以降は、正当防衛論にも自由主義的見解が見られるようになった。レヴィタが個人の行動の自由、選択の自由を強調して、他手段の不可能性を要件とすることに反対したのも、その一つの現われと見ることができよう。しかし、より端的には、ベルナーや、ヘルシュナー(Härschner)⁵¹⁾にその傾向がうかがわれる。ベルナーは、革命権を緊急防衛権によって正当化しようとした⁵¹⁾。防衛義務を否定したのもベルナーの自由主義者としての側面であろう。また、ヘルシュナーは、国家の救済の不可能なことは、生得の権利としての緊急防衛権の要件とはなり得ないとし、以後、この要件を、警察国家的制限として排除する傾向に道を開いた。⁵²⁾そして、彼らは、国家的観点にかえて法秩序の観点から緊急防衛の権利性とその無制約性とを根拠づけようとしたのである。ベルナー以来の「正は不正を回避する必要なし」という原則の自由主義的側面は、この限りにおいて承認できよう。しかし、緊急防衛における法秩序維持機能を過度に強調することは、侵害者の立場をまったく無視するとともに、防衛者に国家にかわって犯罪を防止するという必要以上の任務を与えることにも通じたのである。まさに、これが現行ドイツ刑法制定後の学説の傾向を決定し、いまや、ドイツ刑法学界の悩みの種ともなっているのである。

(三) 法の理念と応報の理念

——ガイヤーの見解

ヘーゲリアーナは、正当防衛の適法性をヘーゲルの法概念から根拠づけるとともに、正当防衛権を大幅に拡張した。ガイヤーは、こうした方向に反対して、正当防衛を彼の言う「応報の理念」によって説明し、補充性と法益均衡とをこれに要求した。

まず、ガイヤーは、ヘーゲリアーナがよった「不法の否定」という命題に批判の眼を向けた。不法が絶対的に無であるならば、それ以上これを否定する必要はない。この命題によれば、不法は絶対的に無であるが、否定の対象として存在するという矛盾に陥る。しかも、緊急防衛を否定の否定であると解することは、それが消極的なものに過ぎないならば妥当であろうが、正当防衛は、これを拒絶する者の権利領域への侵害という積極的なものである。⁽⁵³⁾こうした批判をヘーゲリアーナの見解に浴びせた後、彼自身は、後にイエリンクの反論に会うことになったヘルバルト(Herbart⁽⁵⁴⁾)の法学に依って、「法の理念」(Idee des Rechtes)と「応報の理念」(Idee der Vergeltung)とを分け、正当防衛は後者によって説明されるものであるとした。

彼によれば、法は多数の意欲する者の関係を前提とし、意欲相互の間に闘争が生じた場合にこれを除去するための規範である。「法の不侵害性は、闘争は不快であるという論理的判断によって根拠づけられる。」この不快な闘争を除去するためには、その闘争の原因をつくった意欲へ介入することによって行なわれなければならない。この介入は応

報の理念に従って、最初の紛争をもたらした善行あるいは悪行の程度と同等なものでなければならぬ。この応報の理念に合致する限り、その介入行為は刑罰を科されることはないが、だからと言って直ちにそれが法の理念に合致するわけではない。法の理念に合致するためには、強制的に介入することに対する承認が必要である。個人が法社会にある限り、国家の刑罰による強制的介入については、あらかじめ承認が与えられているが、個人による強制についてはこの点が欠けている。緊急防衛は、まさに個人による強制であるから、これに従うという承認が欠けているものであり、法の理念には合致しないものである。従って、それが、同等性を守る限りにおいて応報の理念に合致し、刑罰を科されないに過ぎない。⁽⁵⁵⁾

このように、緊急防衛は「法侵害による法侵害の応報」であるとされるのであるが、元来、この応報は、国家の権能に属することであるから、国家の救済が不可能な場合に限って緊急防衛は不可罰となる。しかも、そのみならず、それ自体法侵害でもある緊急防衛による以外に、法侵害を避ける手段があるならば、当然それによるべきである。国家の救済が不可能なことで、暴力的な緊急防衛以外の手段がないことは、「緊急」防衛の前提条件であって、それなくしては過剰防衛ともなり得ない要件である。⁽⁵⁶⁾

過剰防衛は、違法な攻撃に対する唯一の手段である防衛行為がその程度を越えたときに成立する。それは、応報の理念に要求される同等の程度を越えたことによって、それ自体紛争を惹起する悪行として応報の対象となる。したがって、これに対しては、刑罰はもちろん緊急防衛も可能となるのである。⁽⁵⁷⁾ところで、同等性の基準としてガイヤーが考えていたものは、客観的な法益の権衡や危険の大きさではなく、極めて主観的な「威嚇の量 Quantum der Drohung」

である。一応は、攻撃の種類と方法が基準となるとは述べられているが、その程度については防衛者がどう思ったかが基準とされている。たとえば、攻撃の本来の目標はあまり価値のない財物を得ることにあったとしても、被攻撃者においてそれを生命の危険あるものと思えば、攻撃者を殺害することも緊急防衛の程度を越えるものとはされない。被攻撃者にとっても、攻撃がその存在を脅かすものとは思われないのに、生命の危険をもたらすような防衛手段をとった場合に、はじめて、その防衛は過剰なものとなるのである。⁽⁵⁸⁾主観的な法益権衡論と言えようか。

しかし、彼の理論によっても、何故緊急防衛が法の理念から説き明かせられないのか、法侵害を除去しようとする行為になぜ「承認」が与えられないのかについての説明は十分ではない。また、同等性を強調する立場からは、むしろ客観的な法益均衡が主張されて然るべきであるにもかかわらず、きわめて恣意的に主観的基準が持ち込まれている。さらに、過剰防衛の取り扱いについても、彼は、これを特別の犯罪として刑の減軽を認める立場を排して、故意、過失の一般原則によって処すべきであるとする。基礎となっている緊急防衛でさえ法を侵害するものであるから、その限界を越えた場合を特別扱いする必要は毛頭ない、むしろそうすることは、古い復讐感情を満足させるものに過ぎない、というのがガイヤーの意見である。⁽⁵⁹⁾しかし、法侵害と同等の応報がなされるべきであるとすれば、過剰防衛はその程度を越えた部分に限って応報刑が科されるべきで、全体として通常の犯罪の刑をもって処することは、むしろ応報の理念に反するものではなかったか。かくして、過剰防衛に対するガイヤーの見解も、そのいうところの応報の理念と必ずしも合致するものではなかった。

(四) 現行ドイツ刑法典制定とその後の動き

① 以上、われわれは、現行ドイツ刑法制定以前の学説の動きを追ってきた。ガイヤーのような意見があったものの、大勢は緊急防衛権拡大の方向に動いていた。その背景には、自由主義思想の発展とともに、民族を敵から防衛するという民族主義からの要請があったことを看過し得ない。現行刑法制定直後の一八七二年、イエリンクの名著『権利のための闘争』が公けにされているが、そのなかで、権利の防衛が権利者自身に対する義務に止まらないで、社会公共に対する義務でもあることを説明するために、イエリンクは次のように述べている。「もし権利者は自分の権利において同時に法規を、且つ法規において同時に社会公共の欠くべからざる秩序を防衛するのだという私の所論にして真ならば、何人かあってこの防衛が社会公共に対する義務として自分に課されているということを否定する者があるだろうか。社会公共が身体生命を賭さねばならない外敵に対する闘争へ彼を召集することができるとしたら、すなわち、各人が外部に向って共同の利益を固守する義務をもっているとしたら、このことは内部においてもまた当て嵌まりはしないか。前の場合では外部の敵に対すると同様に後者の場合にも内部の敵に対してすべて心正しき者と勇氣ある者とがごとく糾合し且つ固く団結すべきではないか。そうしてもし前者の闘争において卑怯な逃亡が裏切になるとしたら、われわれは後者の場合にも同じ非難をしないでおられようか。——要するに——各人は社会の利益における権利のための生きながらの闘士である。」「それは大いなる国民的使命への協力なのであって、私の見解は個人がこのために任務をもつことを認めるのである。」⁽⁸⁰⁾ここには、個人の権利主張の重要性を強調するという個人主

義的発想と、内外の敵から社会公共を防衛するという民族主義的発想との併存が見られる。これが、当時の一般的傾向であったと考えてよいであろう。

〈2〉ともあれ、こうした情勢の中で、一八七一年には、統一ドイツ刑法典が制定された。その第五三条は、一八五一年プロイセン刑法第四一條⁽⁶¹⁾をほとんどそのまま踏襲して、補充性や法益均衡には一切触れず、いわゆる必要性のみを規定した。

第五三条「緊急防衛によって命ぜられた所為は、可罰的行為ではない。

緊急防衛とは、現在の違法な攻撃を自己又は他人から排除するため必要な防衛である。

行為者が狼狽、恐怖または驚愕して、防衛の限界を超えたときは、緊急防衛の過剰はこれを罰しない。」

その後のドイツにおける緊急防衛論は、この規定の解釈をめぐる展開されることになり、防衛の必要性はもっぱら侵害の強度によって決定されるという見解が通説となった。⁽⁶²⁾もちろん、この規定に対して、立法直後から「人殺しの道徳」を認めるものであるとのガイヤーやフォン・ブリ^(v. Buri)の批判が出されていた。⁽⁶³⁾しかし、ヤンカ^(Janka)、ベンディンク^(Binding)などの法実証主義者たちが、緊急防衛においては、個人の権利を防衛することが問題ではなく、共通利益の保護である「法の貫徹」^(Durchsetzung des Rechtes)が問題となると述べ、⁽⁶⁴⁾あるいは、緊急防衛は法維持の手段であり、法の防衛すなわち国家の防衛であると述べる⁽⁶⁵⁾ことによって、「正は不正を回避する必要なし」を緊急防衛の基本原則とする見解の通説的地位は一層堅固なものとなった。法秩序を維持するという大義名分を持つ防衛者は、法に敵対し、ひいては国家に敵対する侵害者を必要な限りのあらゆる手段を用いて排撃するこ

とを得たのである。個人の權利から權利一般へ法、そして國家の防衛へと拡張されて觀念された結果、防衛の対象も單なる個人的法益のみならず、法益一般へと拡張されることは、けだし當然である。すでに、ビンディングにおいてあらゆる法主体と法益の保護のために緊急防衛が認められ、後年の國家・公共のためにする緊急防衛論への基礎が提供されていた。かくして、緊急防衛は個人の權利防衛たることをまったくやめ、一個の「犯罪防止權」(Recht der Verbrechenshinderung)と化したのである。⁽⁶⁶⁾

〈3〉 しかしながら、こうした無制約的な緊急防衛論は、二〇世紀初頭以來、二つの方向から批判が加えられるようになった。第一は質的制限の方向であり、第二は量的制限の方向である。前者はロエフラー (Löfller) やオエトカ (Oetker) によって主張されたもので、侵害の種類によって緊急防衛權に制限を加えるべきであるとの主張である。これは、客觀的違法論が主觀的違法論との対決において生み出したと言ふべきものであつて、責任無能力者などの侵害に対しては、「正は不正を回避する必要なし」という原則の後退を認める。すでにビンディングは、あいまいな形であるが、この問題を意識して、責任無能力者の侵害に対しては、「それが他の手段によって回避し得ないときに限り、緊急防衛が行なわれることを法秩序は希望しなければならないが、これを規定することはできない。」と述べていた。⁽⁶⁷⁾ロエフラーは、主觀的違法論に反対して、責任なき違法侵害に対しても緊急防衛が可能であるとしながらも、故意行為に対する防衛と過失行為や責任無能力者などの行為に対する防衛とを區別して取り扱った。彼は、前者の防衛を平和破壊的攻撃に対する反撃防衛 (Tritzwehr) であるとし、これには、「正は不正を回避する必要なし」という法秩序の原理が全面的に適用されたとした。しかし、後者——これを彼は「狹義の緊急防衛」と呼んだ——には、「社会体

他の生活要求の表現」でもある他の原理が妥当するとした。ロエフラーによれば、後者では、侵害者は法秩序の敵対者ではなく、法生活者として扱われる。したがって、この場合には、もはやそれ以外には手段がないときに限り、侵害者を傷つけることが許され、また、僅かな価値のものを守るために侵害者を殺害することは許され⁽⁶⁸⁾ない。しかし、これは、一つの社会感情の活動として法がこれを命じ、規定している場合にのみ、正当な例外となるものである⁽⁶⁹⁾。

オエトカーも、一般的には緊急防衛に補充性や法益権衡を否定した。しかし、他方、子供の乱暴な行為や行列への割り込みなど形式的には違法ではあるが、社会生活上とるにたらない行為に対する防衛を「迷惑防衛」(Unfangabwehr)と呼び、本来の緊急防衛と違う特別の考慮をすべきであると主張した。さらに、倫理的観点から、善意の侵害者に対する緊急防衛には、防衛者が侵害者の状態を知る限り、補充性と法益均衡を必要とすべきであると述べた⁽⁷⁰⁾。

こうした第一の方向に対して、第二の方向は一般的に制限を加えようというものである。まず、R・メルケル(R. Merkel)は、緊急防衛にも優越利益の原則の適用を認むべきであるとした。彼に言わすれば、現行刑法が防衛の必要性だけを緊急防衛の限界としているのは、「被侵害者は、緊急防衛権の行使において同時に共通利益と法とを防衛する」という特殊事情を過大評価するものであった⁽⁷¹⁾。リープマン(Liepmann)も、緊急防衛の場合にも、緊急避難と同様に、緊急状態すなわち法益間の衝突が問題となり、したがって、利益衡量が必要とされると説いた⁽⁷²⁾。アースバース(Ahsbals)も、やはり、緊急防衛にも法益権衡原則の適用ありとした。しかし、彼は、これを権利の濫用の原理から説明している点が、前二者とは異なる。僅かな価値のものを守るために、侵害者に重大な傷害を与えることは、

權利濫用として違法であるというのである。また、彼は、緊急防衛論へ補充性の原理を導入することも、權利濫用の観点でのみ正当化され得ると主張した。⁽⁷³⁾

しかし、いずれにしても、これらは立法論の域を出なかった。解釈論として、責任無能力者などの侵害や僅少価値の財物に対する侵害の場合には、緊急防衛に一定程度の法益均衡と補充性を要求する説が主張されてきたのは、第二次大戦後のことである。とくに、最近では、この問題をめぐって罪刑法定主義に反するとの議論も出、ドイツ緊急防衛論を支えてきた「正は不正を回避する必要なし」という原則の再検討さえ叫ばれている。⁽⁷⁵⁾

〈4〉 現行刑法定後の議論の動きを概観した。現在における論争の詳細とその検討は次稿に譲る。さしあたり、ここで確定しておかなければならないことは、次のことである。すなわち、第一に、ヘーゲリアーナ以来、法秩序維持の手段として認識され、それがため無制約的に拡大されてきた緊急防衛権が、とくに侵害者に対する配慮という観点から、再び制約を受ける傾向にあるということであり、そして、第二に、それは必然的に法秩序維持の原理そのものの再検討にまで進まざるを得ないということである。

- (1) Kant, Die Metaphysik der Sitten. I. Theil. Einleitung in die Rechtslehre. § B.
- (2) a. a. O. Anhang zur Einleitung in die Rechtslehre. II
- (3) Fichte, Grundlage des Naturrechts, II Th. S. 82.
- (4) この点に関しては、南原繁『フィヒテの政治哲学』（昭和四五年版）、東日出男「フィヒテ法概念の吟味」（哲学研究三二巻九号一頁以下）をとくに参考にした。

- (5) 「有限な理性的存在は、自由な活動を自己に帰することなくして、自己自らを定立するを得ない」というのが、『自然法の基礎』の第一命題である。(a. a. O. I Th. S. 1)
- (6) a. a. O. I. S. 19
- (7) 第三命題「有限な理性的存在は、他の有限な理性的存在と法関係と呼ばれる一定の關係に立つものとして自己を定立することなくして、なお、他の有限な理性的存在を自己の外に認めることを得ない。」(a. a. O. I, S. 34)
- (8) a. a. O. I, S. 49
- (9) a. a. O. I, S. 53
- (10) a. a. O. II, S. 1~26
- (11) a. a. O. II, S. 95 ff.
- (12) a. a. O. II, S. 82. 「この場合、貨幣に対する生命とはどうしたことか、などと尋ねるべきではない。貨幣は、いかなる場合にも、財の評価であって、権利のそれではない。」
- (13) a. a. O. II, S. 83~85
- (14) Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, § 36
- (15) a. a. O. § 37
- (16) a. a. O. § 38
- (17) 反対、滝川幸辰『刑法の諸問題』(一九五一年)七六、七七頁。ここでは、フォイエルバッハが、大利益のためか、少なくとも同等の利益のためにのみ反撃を加えうるとしていたとある。しかし、フォイエルバッハがそこまで主張していたとは認められない。せいぜい、最少損害を与える防禦手段によるべきであると言うに過ぎない。

- (18) Titlmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, 1806, § 136, III
- (19) Gros, Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts, II Aufl. 1805, § 101. Vgl. J. Sander, Die Begründung der Nothwehr in der Philosophie von Kant und Hegel, 1939, S. 33 Anm. 122
- (20) Gros, a. a. O. 6 Aufl. (unveränderte, nach dem Tode des Verfassers), 1841, § 98
- (21) a. a. O. § 96
- (22) 自己防衛権を「絶対的權利」とするところから、それがうかがわれる。
- (23) Kant, a. a. O. Einleitung § E 「法に強制する權能とは同一物を要求する」, „Recht und Befugnis zu zwingen bedeuten also einleiten.“
- (24) Gros, a. a. O. § 29
- (25) たとえば、二〇世紀初頭には、正当防衛を權利の行使とは別のものとするとする立場から、法益均衡原則が主張され (Abshals, Die Grundlinien des Nothwehrrechts, 1903, S. 55) 逆ひ、權利行使そのものであるとする立場から、これが否定された (v. Bar, Gesetz und Schuld in Strafrecht, S. 141 Anm. 234 a); S. 193 f.)。
- (26) Fichte, a. a. O.
- (27) Grohman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 1805, § 24; Zoepfl, Beiträge zur Revision der Lehre von der Nothwehr, im Archiv des Criminalrechts, N. F. 1843, S. 42 ff. Vgl. Levita, a. a. O. S. 26
- (28) Grohman, a. a. O. § 23 「個人は、たしかに、国家において自己の固有の裁判と強制の權利を揚棄しなければならず、したがって、一般には、不法に行爲する者に対抗する私力さえ形式的な犯罪であると思われる。しかし、裁判と固有の強制の權利を國家に譲渡することは、これに対して國家によって權利が保護されるという条件のらとでのみ生じ得るのだから、その

結果、国家が保護を保証し得ないところでは、權利を譲渡することも、この前提に従つてのみ判断され、したがって、人間に自然状態に戻るような状態では、その權利もまた、同様に判断される。」

(6) Abegg, Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft, II. Abhandlung: Revision der Lehre von den angeblich straflosen Tötungen, 1830, S. 279

(30) Sander, Beiträge zur Lehre von der Nothwehr, im Archiv des Criminalrechts, N. F. 1841, S. 80

(31) Hegel, Grundlinien, § 258

(32) Hegel, a. a. O. § 83 「法とその本質的具現たる特殊意志とが、直接に、すなわち偶然に一致する法のこの現象は、不法においては仮象とされる。——すなわち法そのものと、これを特殊法たらしめるものとしての特殊意志との対立となるのである。けれどもこの仮象が真実に示すところは、仮象が無であること、また法がこの法の否定をさらに否定することによって自己をふたたび回復し、自己の否定から自己へと帰り来る自己媒介という過程を通じて、法が自己を現実的なもの、かつ妥当するものとして規定するということである。ただし法はまず最初は単に潜在的にのみ存し、かつ何らか直接的なものであったからである。」高峯一愚訳『法の哲学——自然法と国家学——』(上)(一九六一)一四一頁。

(33) Köstlin, System des deutschen Strafrechts, 1855, S. 75

(34) ただし、ヘルムホルツ(Hälschner)に至ると、国家から離れた説明が見られる。Das gemeine deutsche Strafrecht, I, 1881, S. 477 「生得のもの、人間の原権について語るとすれば、ことに緊急防衛権がそうしたものとして特徴づけられるのである。」

(35) Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, 6 Anf. 1857, § 41

(36) Levita, a. a. O. S. 18

- (37) Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, 1836, § 109
- (38) ヴーヤハ学派として防衛義務を認むところのゼー Richter, Philosophisches Strafrecht, 1829, S. 135 ff.; Michelet, System der philosophischen Moral, S. 61 ff. をもつた。一八五四年のバイエル草案理由書も、正当防衛を義務としていた。Vgl. Levita, a. a. O. S. 28 Anm. 36
- (39) Berner, Die Notwehrtheorien, im Archiv des Kriminalrechts, Neue Folge 1848, S. 556 f.
- (40) Abegg, a. a. O.
- (41) Abegg, Lehrbuch, S. 170 「緊急防衛は、まず第一に、人格の防衛として、自己であれ第三者であれ、種類や範囲の区別なく、あらゆる権利に関して行なわれる。ことに、それは、いわゆる賠償不可能または回復不可能に失われる権利に制限されなう。」

- (42) Heffter, a. a. O. S. 43 n. 11
- (43) Abegg, Lehrbuch, S. 170
- (44) Köstlin, System, S. 89 f.
- (45) Levita, a. a. O. S. 237 f.
- (46) 財産防衛に関して、生命に危険を及ぼす防衛手段は、侵害されるべき財産の価値と相当性を持たなければならないとするもの——ヘンセン刑法第四九条第二項、結果の相当性を要求するもの——バーデン刑法第八七条、一般的に防衛の程度と侵害の危険との間に相当性を要求するもの——ハノーヴァー刑法第七九条、ザクセン刑法第九一条
- (47) Levita, a. a. O. S. 221
- (48) Köstlin, Lehrbuch, S. 92 f.

- (49) Levita, a. a. O. S. 227
- (50) Levita, a. a. O. S. 243 以下『侵害の主観的危险性』で足るとする。同頁 Abegg, Lehrbuch, S. 169
- (51) Berner, a. a. O. S. 561, 563
- (52) Hülschner, System des preussischen Strafrechts, 1858, S. 256
- (53) Geyer, a. a. O. S. 20
- (54) Johann Friedrich Herbart (1776-1841) 彼は、フィヒテのもとで学び、矛盾を淘汰することに哲学の任務があるとした。イエリンクは、これを評して、『審美主義的立場であるとした。後掲イエリンク『権利のための闘争』一一四、五頁。
- (55) Geyer, a. a. O. S. 8-16
- (56) Geyer, a. a. O. S. 33 f.
- (57) Geyer, a. a. O. S. 31
- (58) Geyer, a. a. O. S. 21 f.
- (59) Geyer, a. a. O. S. 47
- (60) 以上、イエリンク『権利のための闘争』日高憲郎訳（一九六九年）七三、七四頁。
- (61) プロイセン刑法第四一条「緊急防衛によって命ぜられた所為は、重罪または軽罪ではない。緊急防衛とは、現在の違法侵害を自己または他人から排除するため必要な防衛である。行為者がただ狼狽、恐怖または驚愕から防衛の限界を超えたときには、緊急防衛とみなされる。」現行ドイツ刑法との実質的な相違は、過剰防衛に関する規定だけである。
- (62) しかも、それは主観的基準によっていた。Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, S. 749 なお、滝川、前掲書、八〇頁。

- (63) Geyer, Holzendorfs Handbuch des Strafrechts, S. 94; v. Buri, Notstand und Notwehr, GS 1878, S. 461 ff. Vgl. Dietrich Kratzsch, Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht, 1968, S. 3
- (64) Janka, a. a. O. S. 19 ff.
- (65) Binding, a. a. O. S. 733
- (66) Binding, a. a. O. S. 737 ただし、ミンチーントは、緊急防衛から一般的犯罪防止権を導き出すことには反対している。これは、「国家自身に留保されなければならない。したがって、侵害が達成されたのちに、被害者がまだあり、それが立法者意思の担い手としての国家と一致しなかったときにはのみ、緊急防衛権は根拠づけられ得る。」
- (67) Binding, a. a. O. S. 749
- (68) Löffler, Unrecht und Notwehr, 1901, § 2
- (69) Löffler, a. a. O. § 4, S. 33
- (70) Oetker, Notwehr und Notstand, in Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, II, 1908, S. 261, S. 287 ff. 294 ff.; Festgabe für Frank, Bd. I, S. 360 ff.
- (71) R. Merkel, Die Kollision rechtsmäßiger Interessen und die Schadenersatzpflicht, 1895, S. 66 f. 彼は、刑法第五三条によれば、庭園所有者が庭園内のリンゴの樹に登ってこれを盗もうとしている若者を見付け、これを射殺する以外には自己のリンゴを守るということができなかったときには、緊急防衛が成立することになるが、これは常識に反すると批判した。
- (72) Luepmann Einleitung in das Strafrecht, 1900, S. 185
- (73) Absahs, a. a. O. S. 62 ff.
- (74) Kratzsch, a. a. O. S. 30 ff. は、刑法第五三条の解釈として、必要性以外の制約原理を適用することは、それがいか

に正当であったとしても、緊急防衛権の範囲を狭め、したがって、行為者の可罰性を広げるものであるから、罪刑法定主義に違反すると言う。

(75) 「正は不正を回避する必要なし」という基本原則との関係で、この問題を論じている最近の論稿は、Schmidhäuser, Über die Wertstruktur der Notwehr, in Festschrift für Richard M. Honig, 1970, S. 185 ff.

むすびにかえて

国家権力が微弱な時代には、正当防衛と復讐・自力救済との区別がつかない。国家が刑罰権をもち、強大な強制力を独占するようになると、復讐や自力救済は禁止あるいは制限され、正当防衛はこれから区別されて国家的承認を得るようになる。国家がいまだ個人の集合体であることを抜けきらず、せいぜい共同体的なものとして観念されている段階では、正当防衛に対する制約もあまり厳しいものとはなり得ない。ローマ最盛期は、この段階にあったものと思われる。したがって、ここでは、他の方法のないとき、すなわち、とくに逮捕することによって侵害から身を守り得ないときであることを要求されるぐらいのものであった。ところが、国家がまったく個人から離れ、個人を支配する絶対的機構であると観念されると、自己防衛から発する行為は、国家権力による制限を受ける。特に、国家的救済の不可能なことが重要な要件となり、これに伴い、賠償または回復不可能性が問題とされる。逃避義務も厳格に科される。

これは、個人がその権利を守るために契約を結んで国家を形成したという観念の広まった時期においても、現実が

絶対主義社会である限り、正当防衛による以前に、国家の援助を求むべき必要があった。もっとも、侵害者と防衛者との関係では、後者に絶対的権利が賦与された。これが、さらに、正当防衛が国家に由来する権利であり、国家にかわって不法を克服するための手段であるということになると、正当防衛の目的と国家の目的は合致し、目的に必要な手段である限り、国家は、これに制限を加える必要を見出し得なくなる。国家にかわってではなく、国家を防衛する権利と義務は、私人も国家自身とは独立してこれを保有したとすれば、国家の救済を求めることも要件ではなくなってくる。

このようにして、正当防衛の無制約性が導き出された。しかし、この場合の正当防衛は、もはや、個人の権利ではなく、法秩序あるいは国家を防衛するという公的義務の履行であった。このような正当防衛の見方は、侵害者を犯罪者とまったく同視する危険性をもっている。しかし、侵害者は必ずしも犯罪者ではない。この点に着眼して、責任無能力者等の侵害に対しては、逃避義務と法益均衡を要求する理論が生まれた。これが、実は、法の防衛であり国家の防衛であるとの理解に対する批判ともなるべきものであった。かくして、従来、正当防衛の無制約性を支えていた法秩序維持の理論は、反省を迫られることになった。

以上が、一応のまとめである。本稿が取り扱ったのは、もっぱらドイツ法であり、したがって、そこにおける問題の特殊ドイツ的要素を捨象して、直ちにこれをわが国に移し変えて論じるわけにはいかない。ドイツにおける緊急防衛論には、いまだに平和喪失思想の名残りをとどめるようなものの見られることや、ドイツ刑法第五三条は、明確に必要なみを規定しているが、わが国の刑法第三六条第一項は、「已ムコトヲ得サルニ出テ」というきわめて弾力

性に富む規定の仕方をとっていること、したがって、わが国では、比較的早くから「相当性」による防衛行為の制約が一般的に認められ、その限りで、法益権衡と補充性も考慮されてきたことなど、両国を一律に論じることのできない要素は多い。しかし、立法当初は、少なくとも、「已ムコトヲ得サルニ出テ」という要件は、ドイツ型の必要性を意味するものととられていたし、⁽¹⁾現在でも、これを必要性と解し、相当性は実質的違法性の観点から導き出されるとする説も多数ある。⁽²⁾また、相当性概念自体あまり明確なものではなく、あくまでも一般条項的なものである。正当防衛の限界を定める具体的基準となると、また別にそれを求める必要がある。結局、一体どのような理由で法益権衡や補充性が否定あるいは肯定され、具体的にどの程度それが問題となるかは、正当防衛の本質、違法阻却事由の本質にまで遡ってこれを説明しなければならない。しかも、相当性概念によって、侵害者の態様がどの程度考慮し得るかも一つの問題である。

さらに、わが国でも正当防衛の本質に関しては、「法の自己保全」であるとする見解が多数であると思われるが、⁽³⁾端的に「法秩序を維持する」と述べる者もある。⁽⁴⁾いずれも、正当防衛を法秩序維持の手段と見ていたのであって、この法秩序維持の観点と相当性との関係は問い直す必要があろう。ことに、防衛義務を認める見解では、⁽⁵⁾なおさら問題となるはずである。

本稿では、問題点を指摘するにとどめ、その検討は次稿において行なう。ただし、本稿をその検討の出発点とする意味において、次のことだけは述べておきたい。すなわち、わが国においても、正当防衛の公共的性格を強調するむきが強いと思われる。また、それ自体は、個人が正当防衛を行使用することを積極的に承認することになっても、

なんらこれを妨げることはならない。しかし、この点をあまり強調し過ぎると、正当防衛権と犯罪防止権あるいは制裁権との区別をあいまいにし、ひいては、国家功利主義的見解に逆戻りする危険性がある。われわれは、やはり、個人の権利の防衛にこそ、正当防衛の眼目があると考えなくてはなからうか。平和喪失思想との連がりを持つ緊急防衛という観念に対して、いま一度、自己防衛的観点を見直してはどうであらうか。そのうえで、正当防衛論・過剰防衛論を展開することこそ必要であると思われる。

(1) 明治五年の一六回帝國議會貴族院特別委員会では、現行刑法第三六条と同文の改正案第四六条につき、「已ムコトヲ得サルニ出テタル」という要件が問題となった。委員の中には、法益均衡をも考慮して判断されるという意見を出す者もあった。しかし、政府委員の説明は、「已ムコトヲ得サル」とは防衛のために必要である限り、あらゆる手段を許すものであり、害の大小とは明らかに区別される。したがって着物一枚を防衛するために必要な場合には、侵害者を殺傷することも許される、というものであった。(刑法沿革総覧、八七九頁以下。)

(2) 滝川幸辰『犯罪学序説』(一九五七年)一二七、八頁、佐伯千仞『刑法総論』(一九四四年)一九一頁など。

(3) 牧野英一『日本刑法』(一九三八年)三四八頁、団藤重光『刑法綱要・総論』(一九六四年)一六〇、一六二頁など。

(4) 木村亀二『刑法総論』(一九五九年)二五五頁。

(5) 木村、前掲書。

(昭和四十六年一月四日 受理)