

過剰防衛の歴史的展開 (一)

村 井 敏 邦

一 はじめに

急迫、不正の侵害に対して自己又は他人の権利を守るためにとられた防衛行為がその防衛の程度を越えた場合を過剰防衛という。それはそうであるが、いったい防衛の程度を越えるとはどういうことかとなると、もはや争いの余地のないほど明瞭なものであるというわけにはいかない。結局は、防衛の必要性・相当性の問題に還元されてしまうのであろうが、過剰防衛独自の問題として考えておかなければならないものもある。たとえば、攻撃終了後の追撃行為は一般にはもはや過剰防衛の中にもはいってこないものとされているが、⁽¹⁾他方、当初は正当防衛行為であったが、侵害終了後もなおその行為を続けて

いた場合には全体として過剰防衛とするとの最高裁判所の判例⁽²⁾もある。この二つの間にどのような実質的差異があるというのか。また、防衛の程度についての錯誤は事実の錯誤か法律の錯誤か、そして、これに関連して誤想過剰防衛をどのように扱えばよいか新たな問題となってきた⁽³⁾。以上は一応解釈論上の問題であるが、しかも単なる解釈論だけでは片付かないものを含んでいる。ここに私が過剰防衛の歴史的展開という問題を取り上げた一つの理由がある。それは同時に過剰防衛の法的性格を明らかにしたいという欲求でもある。さらに、いずれば前のことと関連することではあるが、過剰防衛の取扱についても国によって一定しない。たとえば、わが刑法第三六条第二項はこれを裁量的な刑の免除または減輕事由と

しているのに対して、ドイツ刑法第五三条第三項では、恐怖、驚愕等の一定の事由がある場合に限ってこれを不可罰とする。フランス刑法第三二八条、第三二九条のように、殺人、傷害または暴行罪についてだけ正当防衛を規定し、過剰防衛の場合を特別に規定しないものもある。こうした取扱の相違がどのような歴史的根拠から出ているのかを探ることによって、いずれの取扱が妥当であるかを考えることもこの論文の目的とするところである。

このように理想は遠大であるが、現実に出ることといえは、すでに数多くの先人の行なった研究の表面を撫でるに過ぎないこととなる。しかも、過剰防衛の歴史的研究といっても、結局は正当防衛の歴史を跡づけるほがなく、独自のものが生まれてくる可能性は極めて薄い。そこで、私としては、できるだけ先人の業績にとらわれることなく、自分なりの考えで資料を整理し理解してゆくことに努める以外にない。したがって、その過程で資料の取扱やその解釈に関して数多くの誤りが生じるであろうことを私は恐れるのである。

(1) ドイツでも、この場合を「外延的過剰防衛」*extensiver Notwehrzueg* 又は「正当防衛の仮託」*Prätext der*

Notwehr と呼んでドイツ刑法第五三条第三項の適用のある「内包的過剰防衛」*intensiver Notwehrzueg* と區別しうることについては、*Schönke-Schröder, Kommentar, 13. Aufl., S. 408; Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl., S. 129, Anm. 40)*。

(2) 最判昭和三四年二月五日、刑集一三卷一号一ページ。
 (3) 最決昭和四一年七月七日、刑集二〇卷六号五五四ページは、これを過剰防衛として取り扱った。これに対しては、石原明氏の批評がある（法学論叢八一卷一号九七ページ以下）。

二 ローマ法⁽¹⁾

(一) 古代における正当防衛の思想はまず強窃盗の現行犯人を殺傷することを適法とすることから始まったといえる。紀元前四四九年ごろの成立といわれている十二表法第八表第一一条は、夜盗を殺害することが適法であること (*si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto*) を、同じく第一二条は、屋間の盗人についても、自己を防衛するためにこれを武器をもって殺害しても適法であるが、この場合には、大声を発して宣言しなければならぬこと (*Iuci, si se telo defendit, endoque plorato*) を規定していたと伝えられている⁽²⁾。古く建

〔45〕 過剰防衛の歴史的展開

国当初は、ローマにおいても自力救済や私的復讐が盛んであったであろうと思われるが、共和政が確立して国力も伸張しつつあった紀元前四、五世紀には、被害者は国家権力の介入を求めるべきことを原則とし、自力救済や復讐は制限される方向にあり、十二表法の第九表第六条は、正式の審判を経た者でなければ死刑に処せられることがない旨を規定していたのである。

こうした中で、ひとり現行盗犯の被害者にのみ加害者を殺害する権利を認めていたことの理由の一つは、現行犯の場合には、報復への心理的衝動が最も直接的に現われるために、この面での復讐思想を拭い去ることにはなお強い感情的な抵抗が残っていたこともあろう。しかし、単にそればかりではなく、ことに夜盗については一般的に生命に対する危険があるものとみなし、これに対する防衛行為として殺害行為を適法視するという思想もすでに芽ばえていたものと思う。したがって、後述のゲルマン法における現行犯人殺害の場合と規定の体裁は同じでも、その根柢にある思想は、いささか異なるものがあるのである。もっとも、この時代は、まだローマ帝国の形成途上であったから、防衛行為に限界を設けるだけの統

制力はなく、したがって、他の採るべき手段の有無は問題とされなかったであろうし、また、危険が去ったあとの追撃的行為を排除するまでには至らなかったのは勿論であろう。

(二) 十二表法の不法行為に関する規定を補充改正するために、紀元前二八六年頃に制定されたアクィリア法 (Lex Aquilia) によれば、防衛行為と復讐との区別はいっそう明確であり、また、防衛行為として免責される要件も厳格となる。まず、ガイウス (Gaius) の註解では次のように説明されている。

「街盗として私を待ち伏せているお前の奴隷 (男) を私が殺害したときは、私は責めを負う必要がない。なぜならば、危険に対して自己を防衛することは自然の理の認めるところであるからである。」

パウルス (Paulus) の註解は、もっと一般的な表現をとっている。

「他の方法で自分を護ることができなかった者が、「他人に」損害を与えても、責めを負わない。暴力には暴力をもって防衛することは、あらゆる法の認めるところである。……侵害をもたらす者のみを殺傷する

ことが許される。そしてこの場合、自己を防衛するた
めにのみ行なわれることを要し、復讐のために行なわ
れてはならない。」

そして、この二つを総合したような形で、Institut⁴,
3,2は、アクィリア法の責任を免れる場合を解説してい
る。⁽¹⁰⁾

「不法に殺害するというのは、なんらの権利なくして
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めを負わない。」

ついで紀元前八一年頃の制定といわれるコルネリア法
(Lex Cornelia)も同様に、「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、これについてのウルピアヌス
(Ulpianus)の註解は、「夜盗を殺害した者は、自らの危
険なくしてはこれを避けることができなかつた場合に限
り、不可罰となる。」と述べている。このようにして、
まず、アクィリア法によって、防衛のために他人の奴隸
を殺害した場合には賠償責任のないことが明らかとされ、
次に、コルネリア法において、その刑事責任もないこと

が明文化され、これに基づいて、ローマの法学者達は、
更にこれを一般化するとともに、他の回避手段の有無と
いうところに防衛行為の限界を求めていったことがわか
るのである。この点で、次のウルピアヌスの註解が注目
に値しよう。すなわち、いわく、「ある者が凶器をもつ
て攻撃する他人を殺害したときは、違法に殺害したもの
とは見られない。また、ある者が生命の危険に対する恐
怖から盗賊を殺害したときは、アクィリア法によって義
務を負わせられないことは疑いがない。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、むしろ違法にこれをしたものとみな
される。したがってまた、コルネリア法によって責めを
負わされる。」と。⁽¹³⁾

ここには、一つ新たな問題が論じられている。それは、
盗賊殺害については、客観的に生命に危険のあることが
必要なのではなく、主観的にその危険に対する恐怖さえ
あればよいということである。いわゆる誤想防衛でしか
も盗犯防止あるいは賊物奪還のための殺害という過剰防
衛的要素を含んだものも適法なのである。しかし、他方
においては、主観的にも生命の危険のない場合は勿論

(前半部で述べられている場合、すなわち、凶器をもつた者に攻撃された場合は、当然生命の危険あるものと考えられていたと思われる。) この要件がそなわっていても、逮捕可能である限り、たとえ盗犯防止・贓物奪還のための殺害であろうと違法である。したがって、被殺者が他人の奴隷であれば、アクィリア法によって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義務を免れ得ない(D. 9, 2, 2; Inst. 4, 3, 2)。これと同時に、コルネリア法による処罰も受けるわけである。

そこで、次の関心事は、右の場合の処罰が通常の殺人罪に対するのと同じであるか否かであるが、これについては、前記ウルピアヌスの註解の第二段部分が参考となる。

「しかしながら、我々はこの場合の侵害を以て人格権侵害訴訟⁽¹⁴⁾ (*iniuriarum actionis contumeliae*) に関する場合のように受け取ってはならない。法によってなされなかったこと、すなわち、法に反していること、換言すれば、ある者が「その」責任⁽¹⁵⁾ (*culpa*) によって殺害した場合として受け取るべきである。……要するに、我々は、害を加える意志のない者によってなされ

た過失からでも違法な損害を蒙るのである (*igitur iniuriam hic damnnum accipiemus culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit.*)」

ここでは、一見するところ、現行犯人を逮捕できなかったに殺害してしまったという場合が、故意のない殺害行為と同列に扱われているようである。しかし、前段では、それはコルネリア法によって処罰の対象にもなると述べられている。コルネリア法では、原則として故意行為のみが処罰され、その刑は死刑または流刑であった。⁽¹⁶⁾ 我々の問題としている事例が故意のない殺人行為と同等に扱われるならば、コルネリア法の適用はない。では、故意のない行為と等しいと考えることに誤りがあるのか。そうかも知れない。しかし、例外的にコルネリア法の適用があったと考えられている、いわゆる *culpa lata* ⁽¹⁷⁾ として扱われていたと考えることはできないであろうか。あるいは、格闘 (*Rixa*) 中の殺人は刑の減輕の対象となることが、*Marcianus*, D. 48, 8, 1, 3 には見えているが、⁽¹⁸⁾ 防衛行為が過剰にわたる場合も、格闘中において興奮のあまり相手方を殺害した場合と心理状態においては大差がないから、少なくとも減輕事由があるとは考えられて

いたのではなからうか。そうだとすれば、我々は、はやくもここに正当防衛とも通常の故意行為とも區別される過剰防衛の一形態を見ることになる。そして、これが全く単なる推察の域を出ないとしても、次のことだけは指摘することができよう。すなわち、それは、強窃盗現行犯人を逮捕しようとして格闘となって犯人を殺害してしまつた場合には、自己の生命に危険がなかつたときにも、減輕事由があるものと考えられていたであらうといふことである。

ところで、以上は主として盜賊の殺害についての議論であるが、ウルピアヌスが挙げたもう一つの場合、すなわち、凶器をもつてかかってくる攻撃者を殺害する場合はどうであらうか。ここで問題となるのは、攻撃が既に終了した場合の殺害行為も、同様に責任がないとされるか、といふことである。モムゼン (Momsen) は、ローマ法では急迫な侵害に対してのみ正当防衛が認められていたとして、右のような場合を正当防衛の範疇から排除している⁽¹⁹⁾。しかし、これに疑問がないとはいえない。というのは、Digesta, 43, 16, 3, 9 には、次のようなウルピアヌスの註解があるからである。

Eum igitur, qui cum armis venit, possumus armis repellere, sed hoc confestim, non ex intervallo, dummodo sciamus non solum resistere permissum, ne deiciatur, sed et si deiectus quis fuerit, eundem deicere non ex intervallo, sed ex continenti. [...] 単に攻撃されないために抵抗するばかりでなく、すでに攻撃を加えられた場合にも、直ちにかつその場で、時を貸すことなく打ち返すことも許される。』

これによれば、即座の報復行為は認められていたのではなからうか。もっとも、そうなると、これも一種の復讐であるから、前述のパウルの註解との間に矛盾が生じてくる。これについての可能な説明としては、次のようなものが考えられる。まず、パウルの註解は、①他人の物(奴隸)に損害を及ぼした場合の賠償責任に言及したものであって、自由人と自由人との争いにおける刑事責任を論じたわけではないとするか、あるいは、②いったん攻撃は完了しても、なお引き続いて攻撃の虞れがあるか、または少なくともその虞れがあると信じて反撃に転じた場合を適法として許容したに過ぎないとするか、③今まで問題としてきたのは、殺人の場合についてであ

(49) 過剰防衛の歴史的展開

るのに対して、右の記述は殺人に至らない程度の暴行に
関するものであると説明するか、④そもそもこの程度の
学者間の矛盾はディジュスタには付きものであるとして、
全くこの矛盾の説明を放棄するからである。私には、いず
れが正しいか断ずることはできないが、少なくともウル
ピアヌスは右の程度の追撃行為は許すという態度でもっ
て解答していたし、それが当時の実務を指導していたと
いうことはできよう。

(三) 以上を要約すると、法学隆盛時代までのローマ
の学説ならびに実務では、盗賊の殺害については、①そ
れが生命の危険に対する恐怖から行なわれたことおよび
②捕縛することができなかつたことを条件とするにとも
に、一般に攻撃者を殺害することについては、それが凶
器による攻撃である限りにおいて、これを許し、しかも
いったん攻撃が終了した後の反撃行為も、即座にその場
でなされる限り、許していたのである。そして、盗賊を
逮捕できるにもかかわらず、殺害した場合については、
通常の殺人罪の場合よりも軽く処断されていたであろう。
また、格闘中の殺害は、刑が減輕されていたのである。
ここで、一つ具体的事例を考えてみよう。その適例が

D. 9, 2, 52, 1 に示されている。事実上、ある飲食店主
が夜間路面の石の上に燈を置いておいたところ、通行人
の一人がこれを持ち去った。そこで、飲食店主はこれを
追跡して燈を奪還したうえ、逃亡しようとする犯人を速
捕抑留した。ところが、犯人は脱出せんがため、所携の
短刀入りの鞭で飲食店主を殴打し始め、このため格闘と
なり、その際飲食店主はその犯人の一眼をえぐってしま
ったというものである。これに対してアルフェヌス(Al-
fenus)の解答は次のようなものである。²⁰⁾

「故意に一眼をえぐったのではない限り、違法に損害を
加えたとは認められない。何故ならば、責任(Culpa)
は最初に鞭によって殴打した者にあるからである。し
かしながら、最初にその者に殴打されたのではないの
に、燈を奪還しようとして格闘したときは、飲食店主
に責任があると認められる。」

具体的な事件の解決としては、これは前記防衛の要件
との関係でも是認されるであろう。凶器をもって犯人が
打ちかかってくるのを排除するための行為であるから、
殺害することすら許される事例である。傍論的に述べら
れている後半部は、何ら生命の危険もなく、必要もない

の自ら格闘を挑み、相手を傷つけた場合には、単に贓物奪還のためというだけでは責任を免れえないことを明らかにしたものであろう。自力救済の制限の一事例と考えられる。いずれにしても格闘中の行為であるから、減輕対象となつたはずである。

(四) しかし、右のように防衛行為にも嚴重な制限を設けていたのは、恐らくせいぜい三世紀頃までであつて、東西両帝国の分裂をはらむ四、五世紀には、生命の危険の有無にかかわらず、現行犯人の殺害が認められるようになった。⁽²¹⁾ その一つの証左がテオドシウス帝の四〇三年勅令である。⁽²²⁾ それは、街路盜の故に捕縛された兵士又は一般人を直ちにその場で殺害することを一般的に認めていた。こうした要件緩和への傾向の原因は、なんといっても、帝国の国力の衰微に見出されようが、それと同時に、ゲルマン民族の侵透によるその慣習の影響であることも否めないであろう。そこで、次に、ゲルマン法におけるこの問題の取扱ひについて検討を加えよう。

(一) 主たる参考文献は Mommsen, Römisches Strafrecht, Leipzig, 1899; Binding, Deutsches Strafrecht, Allgem. Teil, 8. Aufl., S. 188 ff.; 船田幸二「ロー民法」

第一卷、昭和四三年である。

(2) Scholl, *Legis duodecim tabularum reliquiae*, 1866 では、本文のように第一一条と第二一条となつてゐるが、末松謙澄「ウルピアーヌス羅馬法範」、大正一三年、附録の「十二表法全文」では、これが第一二条と第一三条となつてゐる。

(3) 以上の部分に関するガイウス (Gaius) の *Digesta* (以下 D. として引用) における註解 (D. 9, 2, 4, 1) では次のようになつてゐる。

Lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur: interdum autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat, ut tamen aequè cum clamore testificetur.

「十二表法は、夜盜を逮捕した場合にはこれを殺害することを許していたが、叫び声をあげて殺害自体を宣言すべきであるとした。これに反して、昼間に逮捕した盜賊については、同人が凶器をもって自己を防衛した場合には、これを殺害することを許していたが、同様に叫び声をあげて宣言すべきこととした。」

モムゼンも、昼間の盜人を殺害する場合だけではなく、夜盜を殺害する場合にも救いを求める叫び声を挙げなければならぬものとしてゐる。末松の前掲訳では叫び声を挙げるという要件は全く削られてゐる。さらに、「この末松の

(51) 過剰防衛の歴史的展開

- 邦訳とガイウスの註解あるいはモムゼンの解釈との相違点は、*telum*を盗人にかけるか被害者にかけるかという点にも見られる。すなわち、前者は「持凶器現行盗」とするのに対して、後者は「凶器をもって防衛する」というように解釈するのである。意味上からいえば、夜盗に対する昼間の持凶器現行盗とする方がよいと思うが、ここでは一応ミエルのラテン語を信じて、本文のような解釈を採った。
- (4) ローマ初期における復讐思想の存在については、「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「刑罰と国家権力」三〇五—三〇六頁以下)の説明が詳しい。
- (5) Mommsen, a. a. O., S. 620. 昼間の盗人を殺害する場合については、自己を防衛するためにすることを要件としていることと比較しても、夜盗についても同様の要件の存在が少なくとも擬制されていたと考えるべきであろう。
- (6) 後述するように、古代ゲルマン法における現行犯人殺害を適法視する思想は、もっぱら民族的宗教観に由来するものであると考えられる。
- (7) アクイリア法については、春木一郎「Lex Aquiliaニ付テ」土方教授在職二十五周年纪念私法論集一三一—三二〇頁以下。
- (8) D. 9, 2, 4, qui si servum tuum latronem insidiantem mihi occiderit, securus ero: nam adversus pericu-

lum naturalis ratio permittit se defendere.

- (9) D. 9, 2, 45, 4. Qui cum alter tueri se non possent, damni culpam dederint, innoxii sunt: vim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt.……illam enim solum qui vim infert ferire conceditur, et hoc, si tuendi duntaxat, non etiam ulciscendi causa factum ist.
- (10) Iniuria autem occidere intellegitur, qui nullo iure occidit. itaque qui latronem occidit, non tenetur, utque si aliter periculum effugere non potest.
- (11) Cod. 9, 16, 2. is qui adgressorem vel quemcumque alium in dubio vitae discrimine constitutus occiderit, nullam ob id factum calumniam metuere debet.
- (12) D. 48, 8, 9,……dammum impune feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit.
- (13) D. 9, 2, 5. si quemcumque alium ferro se potentem quis occiderit, non videbitur iniuria occidisse: et si metu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin lege Aquilia non teneatur. Sin autem cum posset apprehendere, maluit occidere, magis est ut iniuria fecisse videatur: ergo et Cornelia tenebitur.
- (14) この訴訟については、Inst. 4, 4, 1にその説明がなされている。それによれば、この訴訟は、人の人格に対する悪意による侵害があった場合にその被害額を算定して、それを加害者に罰金として科する訴訟である。これは悪意的な

侵害に対して提起される罰金請求訴訟である点で、純然たる損害の賠償を請求する訴訟と異なる。

- (15) 船田訳では「過失」となっているが、Otto u. a., Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelahrter, Bd. 1, 1839, S. 789 では単に Schuld となっている。故意のなき場合が並列されているので、「過失」と訳すことも十分な根拠があると思うが、dolus と明確に区別された意味での culpa であるとするには、なお疑問が残る。なんの限定もなしに、「ロルネリ」法の適用がある」と述べられているために、「過失」と訳すことを躊躇するのじもある。

- (16) Inst. 4, 18, 5, c. 7
- (17) ヘルマンヌス帝の審判によって故意原則が確立された (D. 48, 8, 1, 3) が、後には過失の程度の高い行為は処罰せずとする *loßer* (Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts, Bd. I, 1895, S. 85 ff. u. S. 99 ff.)。
- (18) この減輕の理由は、格闘中には通常殺人という結果が意志によるものではなく、偶然によるものであるというところにある。
- (19) a. a. O., S. 621
- (20) *espondi, nisi data opera effodisset oculum, non videri damnatum iniuria fecisse, culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, resideere: sed si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei luocernam eripere*

vellet, rixatus esset, tabernarii culpa factum videri.

- (21) Mommsen, a. a. O., S. 621

(22) *Cod. 3, 27, 2. Opprimendorum desertorum facultatem provincialibus iure permitimus, qui si resistere ausi fuerint, in his velox ubicunque iubemus esse supplicium. cuncti etenim adversus latrones publicos desertoresque militiae ius sibi sciunt pro quiete communi exercendae publicae ultionis indultum.*

三 古代および中世ゲルマン法⁽¹⁾

(一) 古代ゲルマン法

原始社会の共通性として、古代ゲルマン社会においても、復讐がたんなる権利としてではなく、宗教的義務とされていたことは、法制史家のこぞ認めるところである。すでに古くタキトゥスの「ゲルマニア」のなかにも「父またはその他、血縁のものを含んでいた仇情は、その友情と同様に引き継がれなくてはならぬ。」と、復讐信仰の根強いことが表現されている。⁽²⁾この復讐信仰の担い手は、家族共同体としてのジッペ Sippe⁽³⁾であるが、その復讐の形態には二通りあって、一つはジッペ全体による組織的復讐 (Fehde) であり、他の一つは個人的復

讐 (Rache) である。ここで問題としなければならぬのは、後者の個人的復讐である。これはいわゆる現行犯人に対して行なわれるもので、主として窃盜の犯人を犯行中に発見し、または直ちに追跡してこれを殺害しても、何らの責任を負わせられないという前述の十二表法の規定内容と揆を一にするものであるが、ここで述べる現行犯人の殺害については、生命の危険の有無は全く問題とならず、専ら宗教的復讐思想に基づくものであることが特徴である。

ゲルマン社会においては、犯罪は、ジッペならびにこれを通じて各構成員に守護神デーモンが与えた平和を破壊するものであるから、犯罪行為を目撃し、被害者の「叫び声」Gerüfte を聞いた者は、何人といえどもこれを放置しておくことは許され⁽⁴⁾ない。何らかの方法で平和を回復しなければならぬのであるが、そのもっとも直接的的方法として是認されていたのが、犯人を殺害することであった。これを犯人の側から見れば、個人は平和を享受することによって一般に「人間としての神聖性」 Mannheiligkeit を有しているが、犯罪を行なうことによってこれを失い、⁽⁵⁾ unheiligt となる。したがって、こ

の者を殺害しても、何ら「人間としての神聖性」を侵害したことはないから、人はそれによって unheiligt となることはないのである。

このようにして、現行犯人殺害の根拠が与えられるわけであるが、本来それが防衛行為として認められていたのではない。むしろ、これを現代的にいうならば、ジッペの平和回復あるいは個人の「人間としての神聖性」回復のため(も)とも、それも結局はジッペの名誉のため⁽⁵⁾であったが)の自救行為として位置づけるべきである。

しかも、犯人は unheiligt となったことによって、何人のいかなる行為をも甘受すべきものと考えられていたから、そもそも犯人に加えられる行為の過剰性などは問題になり得ようは⁽⁶⁾がなかった。

古代ゲルマン社会における現行犯人の殺害の思想的根柢が以上のようなものとすれば、これを当時における正当防衛思想の現われとして位置づけることは多少躊躇される。それは、あまりに宗教的色彩が強すぎて、個人の権利の防護という要素を欠いていたのである。あえて防衛という面を見るならば、ジッペという一つの社会集団の名誉の防衛として、これを位置づけることができる

に過ぎないであろう。

(二) フランク時代における諸部族法

最古の部族法といわれるサリ力法典⁽⁷⁾⁽⁸⁾ (Lex Saxon) は、現行犯人殺害に関する直接的な規定は見られない。ただ現行盗に関しては三日間の「追跡 (Spurfolge)」を認める規定⁽⁹⁾ (第三章) があり、また、第四章の八には、「敵によって放棄されている手も足もなくなった人⁽¹⁰⁾」という表現があることから、当時なお復讐権が認められており⁽¹¹⁾、現行盗については、真実その者が犯人であった場合にはこれを殺害することは許されていたものと思われる。しかし、正式な手続を経ない復讐や自力救済には、贖罪金の支払義務を科して、これを制限する方向にもあった⁽¹²⁾。

リブアリア法典⁽¹³⁾ (Lex Ribuaria) になると、現行犯人の殺害を明文をもって認めると同時に、事後の手続を厳格にしてできるだけその濫用を防止しようとした。

第七七章「誰かが自分の物に關し、または妻に關し、または女子 (娘) に關し、またはこれと類似の理由によって他人を逮捕しようとしたが、逮捕できなくて、彼はその者の手をのがれ、そしてその者が彼を殺害し

た場合には、その者は十字路において証人の面前にて彼を棺台の上に乗せるべきであり、かようにして四十または十四夜の間看守すべきである。その後、その者は裁判官の面前の神聖なる場所において、その者は彼を罪のために生命を失うべき者であるが故に殺害した旨を共誓 (cohuro)⁽¹⁴⁾ すべきである。然るにその者がこれを遂行しなかった場合には、その者は殺人の責めがあるものと判決されるべきである。」

殺害行為自体には何ら制限はないが、殺害後、①一定の儀式的方法によって死者を看守する義務と②共誓という手続によって死者に対して釈明 (Verklarung) する義務とが生じ、これを履行しない場合には、通常の殺人罪同様贖罪金の支払義務を免れえなかったのである。(そして、ここには明示的に要件とされていないが、殺害の際、「叫び声」をあげて殺害を宣告することも、宣誓補助者と共にする共誓という手続が要求されていた以上、当然必要であつたろう。) しかし、これらの手続が実際上厳格に遵守されていたかは疑問とされている⁽¹⁵⁾。侵害を受けた者は当然激しい怒りにかられて犯人を殺害したであろうし、また、現行犯人に対する復讐は一つの義務で

あり、これを行使しないことは自己の属する集団の尊敬を失う原因にもなる虞れがあったから、冷静な判断のできる状態になかったであろうと考えられるからである。こうしたことは、殺害の必要性の有無やその手段の相当性の判断が問題とされなかったことの理由ともなるであろう。

ゾーム(Sohm)によると、フリーゼン法はフランク王国内においてフランク法による変革に反抗し、これがたゞめドイツ法史への参加から除外され、ゲルマン民族固有の習俗を純粹にとどめていた唯一の法であるとされているが、そのフリーゼン法典(Lex Frisionum)第五の一は、「贖罪金なくして殺害され得る者について」として、①決闘者(Campionem)②戦争で殺された者(eum, qui in praelio fuerit occisus)③他人の家へもぐり込み、うととして掘っていた穴の中で発見された窃盗犯人(furem si in fossa, qua domum alterius effodere conatur, fuerit repertus)④他人の家に火を放つ意図で、その家の中に火を持ち込み、家の屋根または壁に火をつけた者(eum, qui domum alterius incendere volens, faecem manu tenat, ita ut ignis tectum vel parietem domus tangat)

⑤寺院を破壊した者(qui fanum effregit)⑥母胎内から出た後に母親によって殺された嬰兒(infans ab utero sublatu et enecatus a matre)の六つの場合を列挙している。我々は、ここでは窃盗が寺院破壊という宗教的犯罪と並べられていることと、忍び込みうとしている段階で発見された場合にも殺害することが許されていたというこの二点に注意する必要がある。窃盗の窃盗たるゆえんは、まさに窃かに忍ぶ点にあるのであって、だからこそ古代人はこれを忌み嫌い、神を冒瀆する「恥行」(Mactia)⁽¹⁸⁾として殺人よりも重く処罰すると共に、他の復讐的行為が制限された後にも、また、生命や身体の侵害に対する防衛行為すら認められていなかった段階であるにもかかわらず、窃盗現行犯人の殺害はこれを是認していたのである。はからずも、我々はその証拠をフリーゼン法典の中に見出し得たというべきであろう。ゲルマン民族の宗教観からすれば、窃盗と殺人との間には価値の不均衡は全くなかったのである。

ゲルマン民族固有の伝統を維持していたもう一方の旗頭であるアングロ・サクソン法も、窃盗現行犯については厳しかったようである。⁽²⁰⁾ウィヒトレアド法典(Wiht-

edes domas Cantwara cyninges) 第二八章、イーネ王法典 (Institutiones Ine regis) 第二〇章では、その地方では見知らぬ者が正規の道を外れて藪の中を、叫声を挙げたり角笛を吹いたりせずに、忍んで進んで行くのを見付けた場合には、何人も彼を現行犯として殺害してよいとされている。フリーゼン法典同様、予防的自衛的な制度として認められていたことがわかる。⁽²¹⁾ そのほか、ヴィヒトレアド法典は、現行盗殺害については、人命金支払義務がない旨の規定(第五章)を置くとともに、これを逮捕した後に殺害した者には七〇シリングの支払を命じてもいる(第二章)。

以上の諸部族法典とは多少違った様相を呈しているのが、ランゴバルド部族法である。この部族法は、いち早くローマ法の影響を受けたせい、最古の**ロタリ王法典** (Edictus Rothari) においても身体傷害や殺人については明文をもって復讐を禁止し(第一九、四四、七四の各章)、また、王の領地と教会内で争い起こした場合には、王または教会に一定額の罰金を支払うとともに、その際相手方を殴打または傷害したときは、相手方に贖罪金を支払うべきことを命じている(第三五、三六章)。⁽²³⁾

例外的に贖罪金支払を免れた夜間あるいは奴隷の住居侵入現行犯の殺害についても、これまで検討を加えてきた各部族法とは違って一定の要件が定められている。

第三章「自由人について、もし彼が夜間他人の屋敷内で見つけられ、逮捕のために両手を差出すことをせずに、殺害されたときには、親族達によって「賠償金が」訴求されることはない。」

第三章「もし奴隷が他人の屋敷内で見つけられ、両手を差出すことをせずして殺害されたときには、「彼の」主人によって「賠償金が」訴求されることはない。」

抵抗することなく逮捕に応ずる犯人を殺害した場合には、もはや免責されることはない。私はここに「捕縛できるにもかかわらず、盗犯を殺害した者は違法とする」としたウルピアヌスの註解⁽²⁴⁾との近似性を見るのである。

さらに、農民達の暴動について規定した第二八〇章は、「自己を防衛するため」(se defensandum) 暴動農民を殺害した者は訴求されることがないことを明記している。⁽²⁵⁾ ところが、七二一年に出されたリュートブランド王の勅令 (Edict des Livprant Rex) 第二〇章は、一見これと

矛盾しているようである。

「もし誰か自由人が、自己を防衛するために、〔他の〕自由人を殺害した場合に、彼が自己を防衛するためにその人を殺害したことが証明されたときには、誇らしき追憶にもロタリ王の作成にかかることが周知の事実である以前の法典に記載されているように、彼は彼を賠償すべきである。

けれども、他人を襲い、こうして彼を何らかの原因にて殺害した者は、彼の全財産を喪失すべく、…〔以下略〕⁽²⁶⁾

ヒス(His)、コーラー⁽²⁷⁾(Kohler)、レヴィタ⁽²⁸⁾(Levita)等の通説的見解では、この勅令は、正当防衛の場合にも贖罪金の支払義務を認めたもので、ただ財産が没収されない点で通常の殺人罪と異なり、偶然または過失的犯罪と同視しているとし、したがって、当時は正当防衛は今日と同じ意味で法的に認められたものではなかった(Schmidt)⁽²⁹⁾、あるいは、これは過渡的な法律であって、ゲルマンの緊急防衛概念の構造に適合しない畸形である(Levita)等としていた。

これに対して、オゼンブルエッゲン(Osenbrüggen)

は特異な見解を表明している⁽³⁰⁾。彼によれば、リュートブランド勅令第二〇章は、一般的に正当防衛を不可罰としたロタリ王法典第二〇八章に矛盾するものではなく、一応は防衛行為であっても、それが不可罰的な正当防衛の程度にとどまらず、殺人すべからざるにこれを行使した場合を、故意殺人と同列に扱うわけではないが、偶然ないし過失による殺人と同様人命金支払の一般的な原理の中で扱ってゆくことを明示したものに過ぎない。すなわち、正当防衛として人命金支払義務を免れるためには、単に他人から攻撃を受けたというだけでは足りなくて、その攻撃から実質的損害が生じ、かつその中に特別な平和を乱す「争い(Sandalum)」⁽³²⁾が見られることを必要とする。したがって、攻撃によって何ら実質的損害が生じないか、あるいはその攻撃自体の中に「争い」が見られない場合には、たとえ自己を防衛するための殺人であっても、勅令第二〇章によって人命金支払は免れ得ないのである。

以上がオゼンブルエッゲンの見解であるが、これは、ロタリ王法典とリュートブランド勅令との矛盾を解き明かすばかりでなく、王の平和や教会の平和と正当防衛な

いし過剰防衛との関係を巧みに説明している。しかし、勅令第二〇章の文言からすれば、この見解はあまりに技巧的に過ぎる。ロタリ王が明文をもって復讐を禁じる必要があったほどであるから、ランゴバルドにおいても復讐が盛んに行なわれていたものと考えられる。そうした社会情勢の中で、まず、復讐的行為を切り離して純粹に正当防衛だけを不可罰とすること自体不可能であつたろうし、かりにそれが可能であつたとしても、次に、正当防衛によって殺された者の遺族は、正当防衛が不可罰となることに承服できずに、さらに復讐という手段に訴える虞れがあり、ここに果てしのない復讐のくり返しが生じたであろうことは容易に考えられる。したがって、防衛行為に名を借りた復讐行為を取り締まるうえにも、また、防衛行為によって殺された者の遺族を承服させて復讐行為のくり返しを防止するうえからも、正当・過剰の区別なく、そして即座の報復的行為をも含んだ一切の自己防衛のための殺人行為に人命金支払義務を科す現実的必要性があったものと思われる。そして、このように解する方が、リユートブランドが少なくとも文言上はロタリ王法典第二八〇条と矛盾するような形の規定をわざわざ

ざその勅令の中に盛り込んだ理由を説明するのに容易ではなからうか。

けっきょく、ランゴバルド部族法においても、少なくとも「自己を防衛するため」の行為の中に防衛行為の限界、過剰防衛の観念を見出すことはできず、むしろ、現行犯人殺害について非常に原初的な形ではあるが、その必要性について考慮が払われていたことを知り得るのである。

一般的に、この時代は復讐を制限・禁止する方向にあったが、現行犯人についてだけはこれを制限することができず、たんに事後の手続を厳格にしてその濫用を防止し得るに過ぎなかった。しかし、ローマ法の影響を受けつつあった部族にあっては、現行犯人の殺害にもその行使のための一定の要件を設けるとともに、これとは別に防衛行為を是認していたが、国家的な統制力がまだ十分でなかったため、正当防衛と過剰防衛との限界決定はおろか、復讐と正当防衛との区別さえ明確ではなかった。それどころか、復讐を制限するために、かえって純然たる正当防衛にさえ責任を認めるようになったのである。

以上の経過から考えると、本当の意味で正当防衛の限界が知られ、過剰防衛という觀念が生まれるためには、少なくとも二つの要因が必要であるといえる。すなわち、その一つはローマ法の影響であり、その二つは国家の統制力、ことにその刑罰体系の充実である。⁽³⁵⁾

(三) 中世の中・後期におけるゲルマン法

一一五二年に発布されたフリードリッヒ一世(バルバロッサ)の邦平和令(Landfriede)⁽³⁴⁾は、騎士の復讐を全く禁止し、ただ「自己の生命を守るために殺傷したことを証明することのできた場合」に限って、殺傷を許していたのである。しかし、これは、ドイツ帝国のいわゆるイタリア政策の一環としてとらえられるもので、当時のフランク王国の社会情勢とはいささか懸け離れていたうえに、帝国はこれを実効あらしめるだけの執行力をもっていなかったため、後の邦平和令ではたんにフェーデの事前告知義務を規定し、あるいは、まず裁判上の和解を試みることを要求しただけであった。なお、邦平和令については、教会法およびイタリア法学について論じる際に、再度触れることにして、ここでは、復讐と防衛行為との区別がつけられ始めたこと、防衛される法益として

は、生命だけが考えられていたことを指摘するにとどめる。

次に、中世後期に成立したザクセン・シュビーゲル(Sachsenspiegel)とシュヴァーベン・シュビーゲル(Schwabenspiegel)という二大法律書の検討にはいる。

a, 一二一五年から一二三五年までの間に成立したと考えられるザクセン・シュビーゲル⁽³⁵⁾は、当時の社会をおおっていた血醒い復讐をできるだけ法的手続に親しませることによって平和化することにその目的があった。⁽³⁶⁾ここでは、一方において、現行犯の場合を除いては、自力救済の随時随所における行使が禁止されたが、他方、民会dingの面前で定まった形式にしたがって行なわれる限りでは、復讐のための決闘も許されていたのである。しかし、もちろんそうした決闘手続について述べることは本稿の目的ではない。私がまずもって興味をひかれるのは、そこに散見される not, notwere, notwerunge, notwerende の意味である。問題となる条文を以下に掲げる。

II. Art. 14, § 1. Slet ein man den andern durch not zu töde, und en tar her nicht bi ime hilde, daz

her in vor gerichte bringe und uber in richte, vor
sines lîbes angeste: ...

III. Art. 78, § 6. Wendet ouch ein man sinen herren
oder slêt her in tôt an *notwere*, oder der herre den
man, her en tût wider sinen tûwen nicht, ab die
nôt tûf in mit rechte volbrâcht wirt.

III. Art. 84 § 3. Tôlet ouch ein mann sine vater
oder sinen brüder oder sinen mäg oder iemanne, das
eigenes oder lènes her wartende ist, alle sine wartu-
nge hat her verloren; her en tû ez in *notweringe*
sines lîbes, unde die nôt uff den tôten beredet
werde;.....so daz ez geschê ân sinen dank.

II. Art. 62, § 2. Slêt ein man einem hunt tôt oder
bêr oder ander tîr binnen des als ez ime schaden
wil, her blîbet es âne wandel, ab her daz bewisen
tar uffen heiligen, daz erz *notweringe* tete.

447a notwere, notweringe, notweringe の内容を考
えてみると、前記条文の後半の二つには、「自己の生命
に関する」notweringe、あるいは「それ（犬その他の
家畜）が彼に害を加えようとしてゐる間に」という条件

がつけられてゐること、また、II. Art. 62, § 2 と同様、
他人の飼犬に自分が噛みつかれそうになったとき、ある
いは、自分の家畜を噛まれたときに、「[そうする]」外
には防禦し得なかつた旨を聖物をかけて誓つたときには、
その犬を不具にしまはは殺害した者も罰金を支払わな
くつゝ旨の規定(III. Art. 48, § 4)があることからして、
この二つ notwere 等は、生命または財産への現在か
つ違法な侵害に対する防禦を意味するといふは推定でき
る。⁽³⁶⁾ もっとも、ここで「現在の侵害」といつても、それ
ほど厳格なものとして考えるべきではなからう。しかも、
前記条文は対物防禦を規定した II. Art. 62, § 1, III. A-
rt. 48, § 4 を除けば、いずれもどちからかといへば私法関
係を規律するものであつて、我々が問題とこつする正当
防禦(緊急防禦)の刑法上の取扱について直接答えるも
のではない。

このためには、むしろ II. Art. 14 が参照されなければ
ならぬ。その際、この二つ “not” がどのような
状態を指すかが問題となるが、ケラー(Keller)によれば、
この not は直ちに Notwehr と読みかえられるべき
ではなく、⁽³⁶⁾ 当時の用語法からすれば、“die Not des Ka-

„Eigenschutz“の意味、すなわち、「自己の利益を守るために、他人の利益領域を侵害することを主観的または客観的に人に強制する状況」と解すべきことになる。⁽⁴⁰⁾この定義において注意されるべきことは、主観的に侵害せざるを得なくなる状況がありさえすればよいということである。しかも、それは、現在というところの「急迫性の誤認」というほど厳格なものではなく、攻撃を受けたために、やむにやまれず打ち返したというような場合も含まれたであろう。したがって、そこには、とうぜん厳格な意味では侵害の急迫性⁽⁴¹⁾がもはやないような場合の反撃行為も含まれてくるのである。いわゆる外延的過剰防衛も内延的過剰防衛ともども第一四条の中で規定されている。このことは、第二卷第六九条との関係でこの規定を見ると、一層明確となる。すなわち、第六九条は、人が平和破壊者⁽⁴²⁾をその犯行時のみならず逃走時において殺傷した場合にも、それが証明されれば、その人は何らの不利益も蒙らないことを規定しているからである。

ところで、右のように“not”の意味を解するとして、第一四条の規定は、一方でそうした急迫による殺害行為には死刑を科さないことを明記してはいるが、他方にお

いて贖罪金の支払は免じていないように読める。⁽⁴³⁾この点の解釈についてドイツでは説がわかれています、従来の通説の見解では、この規定は緊急防衛についても、刑罰を科すことはしないが賠償責任まで免れさせるものではないとした趣旨であると解しているようであるが、⁽⁴⁴⁾ここでは、むしろ事後の手續に欠陥がある場合、すなわち、①死体の傍に付いているべきであったのに、それをしなかった場合、②死体を持って裁判所に出頭し、「死者に対する訴え」によって死者に対して釈明(Verklärung)すべきであったのに、死者を伴わずに出頭した場合に贖罪金支払義務があることを明らかにしたものであって、正当にこれらの手續を履んだうえに、緊急防衛(もちろん過剰防衛および即座の報復を含んだ意味における)であることの証明ができた場合にまで贖罪金支払義務があったわけではないとするケラーの見解⁽⁴⁵⁾にしたがって置く。

b、ザクセン・シュビーゲルを基礎として一七五五年頃に編纂されたシュヴァーベン・シュビーゲル⁽⁴⁶⁾は、緊急防衛について(Von der rechten nothwehr)一章を設けている。多少長いが全文引用する。

第六章「そしてある人(甲)が、夜であろうと昼で

あろうと他人(乙)の許に行き、甲が乙を襲い、そして、そこにたまたま誰も居合せず、また誰も見えないとき、乙は逃げ得るだけ後に逃げた。そして何とかして甲から免れようと欲した。甲が乙を打つ。乙は甲に対して已むを得ずして逆に打返して防衛する。乙は甲を緊急防衛で殺す。さて、我々はいかに乙が緊急防衛を誓約により立証すべきかを尋ねよう。

我々は次のように語る。乙は即座にできるだけ早く裁判官の許に行き、身をもって裁判官の支配に服すべきであり、しかも彼(裁判官)に自分の剣を法廷で渡すべきである。そして人々は死者を運ぶべきであり、かつ代理人を通じて彼(死者甲)を訴えるべきである。彼(甲)を殺した者(乙)は、自分が逃げられるだけ「逃げたが」、三歩ないしそれ以上乙が甲から逃げ得ないほど突然に甲から打たれたか、あるいは、そこが乙が「もはや」逃げ得ない場所であるかどうかということ、しかも最初乙がそこで身を防いだということ、そして乙がしたのは自分の身体の緊急防衛のためにしたのだということを聖物にかけて宣誓することが命ぜられるべきである。しかし、死者が父系の親族を持ち、

彼(親族)が乙と決闘することを欲すれば、乙はこれを拒否することはできない。ただし、彼がその同一身分者でないときはこの限りではない。そして、死者が誰も「親族を」有しないときは、乙は無罪である。」

まず、注目されるのは、これが攻撃を受けた際に誰も目撃者のいない場合の規定であるということである。目撃者がいる場合には、通常の現行犯人に対するように、彼等を宣誓補助者として自ら「死者に対する訴え」を起すことが前提とされていたと思われる。そして、その場合には恐らく死者の親族から決闘を挑まれたときに、これを拒否できた。第八章は現行犯について証人のない場合のみ決闘に應ずべきことを明記している。したがって、正規の手続を経た緊急防衛は、ザクセン・シュビーゲル同様、ここでも一切の責任を免れたのである。次に、そしてもっとも重要なことには、逃走が可能であった場合には緊急防衛をなし得ないことが明示されたことである。緊急防衛の実質的要件が定められるとともに、復讐との区別が一層意識されてきた。しかし、もちろんここにおいても即座の報復行為は禁じられていない。というより、それが原則とされていると思われる。まず打

ちかかられることが防禦の要件とされているのである。しかも、強窃盜の現行犯人を殺害する場合については、逃走不能さえ要件とされていないのである(第一九四章)。

シュヴァーベン・シュビーゲルに至って、かなり正当防衛の概念が明確となり、殺害の必要性がなかった場合は処罰の対象とする傾向がうかがわれるのであるが、しかもなお、追撃行為は除外されず、現行盜に対する防衛行為は広い。一体いつの時代に正当防衛と区別される過剰防衛という範疇ができあがるのであろうか。ケラーの一文を掲げて本項の結論としたい。

「緊急防衛に明確な限界を与えられるためには、とくに、危難の際には十分な安全を期待させるとともに、違法に緊急防衛(行為)を挑発した者の事後的な処罰に対しても、十分な保障を示すような国家権力の存在が必要である。それを欠いている限り、そして国家が国民の法意識に相応した責任者の処罰を保障し得る手段を持っていない限り、過剰防衛を処罰する権限が社会には認められないであろう。なぜならば、違法な攻撃を効果的には

ね返すことによっては、まだ、この攻撃自身は贖われていない。社会が報復するにはあまりに微力であることを知っているにもかかわらず、攻撃をはね返すことで事足りりとして、復讐をあきらめる者は、自己の人格を放棄する者であり、輕蔑に値するに過ぎないであろう。社会の力があまりに弱い場合には、復讐は権利であると同時に義務でもある。公的な処罰の体系が完備されたところではじめて、確執や復讐も終局を見、正当性を持たなくなるであろうし、この瞬間からはじめて、緊急防衛概念の正確な限界決定と正当防衛の一般的な刑法上の取扱が可能となるであろう⁽⁵⁰⁾。」

(1) ゲルマン法については、主として E. Schmidt, Geschichte der deutschen Strafrechtsplege, 3. Aufl.; His, Deutsches Strafrecht bis zur Karolina, 1928; Wilda, Strafrecht der Germanen, 1842; 世良晃志郎訳 H・ミンタイス「ドイツ法制史概説」等を参考とした。なお、時代区分についてはミッターリスにしたがう。

(2) 田中秀央・泉井久之助訳「タキトゥス・ゲルマーニア」第二章。

(3) His, a. a. O., S. 47 ff. His はこれを「非国家的結合体内部での刑法「すなわち」私刑法 Privatstrafrecht」で

あるとされている。これに対する反論は、莊子邦雄「近代刑法の原初形態」刑法雜誌五卷一六八ページ以下に詳しい。確かに「私刑法」と呼ぶことは概念矛盾であるが、それが一つの制裁機能を果たしていたことは間違いないからう。

(4) この場合、現行犯人が直ちに「平和喪失者 der Friedlose」となるのかは疑問とされるであろう。His, a. O., 51 は現行犯人も被害者およびそのミットに対する関係で平和喪失者となると説明するが、Felix Libermann, Die Friedlosigkeit bei den Angelsachsen, in Heinrich Brunner zum 70. Geburtstag von Schülern und Lehrern dargebrachten Festschrift, S. 23 f. は現行犯と平和喪失とを明確に区別すべきものとする。平和喪失は裁判所によってはじめて確認されるのに対して、現行犯は裁判所外の事実によって終了し得ること、現行犯として訴えられても、軽い罪の場合には必ずしも平和喪失を宣告されないことを理由とする。

(5) 明石三郎「ゲルマン法における自力救済——ドイツ民法の制定まで——」関西大学法学論集一〇巻五号九四ページ。

(6) His, Strafrecht der Friesen, 1902, S. 74

(7) Geföken, Lex Salica, 1898; 久保正幡訳「サリカ法典」(昭和二四年)を参考資料とする。

(8) この法典の成立年代については争いのあるところであるが、ハインリッヒ・ブルンナー以来の通説によれば、フ

ランク王クロードヴィッヒ一世の時代五〇八年から五二一年の間と推定されている(久保、前掲書中「レックス・サリカ序および跋文邦訳」一、二ページ)。なお、サリカ法典の影響力については、R. Schm, Fränkisches Recht und römisches Recht, Prolegomena zur deutschen Rechtsgeschichte (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd. 1, Germanistische Abteilung, S. 1—84) (世良・久保共訳「ゾーム・フランク法とローマ法——ドイツ法史への序論——」)に詳しい。ゾームによると「中世法史は本質においてサリカ系フランク法が他の諸部族法に及ぼした影響の歴史である。」(邦訳七ページ)。そして、その影響を免れてよくゲルマン法古来の伝統を維持したが、フリーゼン法とアングロ・サクソン法であり、すでに早くから成熟の域に達していたため、その影響を受けなかったのが、ランゴバルド法であるという。

(9) 規定の内容は、家畜を盗まれた者が、その犯人を追跡して三日以内に追い着いた場合に、現所持者が権利を主張したときは、係争物保管の受託者として保管することを誓約すべきであるとして、自力救済を制限したものである。

(10) *hominem in quadrivio invenit sine manus et sine pedes*

(11) Geföken, a. a. O., Erläuterungen zu Lex Salica, S. 163 f.

(12) ちなみに、「レックス・サリカ附屬勅令第一章の2では、

裁判官の許可なく凶人に暴力を振った者は三〇ソリドゥッスの支払義務があるとする。また、サリカ法典第九章には、他人の家畜が自己の穀物畑を荒らしているのを見付けた場合にも、これを害することはできない旨の規定も見られる。この面で対物防衛さえ制限されていたことがわかる。

(13) リプアリア法典の成立年代については、サリカ法典以上に活発な論争が展開されたが、ほぼ六世紀から八世紀までの間に全体が完成したと考えてよいようである(久保、前掲訳書中の解説三ページ以下)。この法典はサリカ法を母法としながらも、それ以上に広く他の諸部族法に影響を与えた。

(14) この *coniaro* という制度は、サリカ法典ではいまだ確立せず、リプアリア法典に至って完全な発達を遂げたと思われる (Sohn, *Über die Entstehung der Lex Ribuarica*, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, Bd. 5, (1866), S. 402 ff.)。この制度は宣誓補助者と共に行う宣誓の制度である。

(15) E. Schmidt, a. a. O., S. 24

(16) 前記註(8)参照。

(17) これは、古いヴァイスチューマーヤフリースラントに対して発布されたフランク王国の制定法を集録して作成されたフリーゼン法に関する記録であり、八〇二年の帝国議会の法案として作られたものである (ミッターイス、前掲書一二八ページ)。これをドイツ語で「Germanenrechte, Text

und Übersetzungen, Bd. 2, III, S. 62 ff.; *His, Strafrecht der Friesen*, 1901 を参考とした。

(18) 「ゲルマーニア」にすべし *flagrita* と *scelera* (犯行) とで処罰の仕方が違うことが報告されている (第二章)。

(19) たとえば、リプアリア法典では窃盗罪の贖罪金は人命金の三倍にもなっている。

(20) *Wilda*, a. a. O., S. 68 ff. はアングロ・サクソン法における窃盗罪の処罰が他の大陸法より遙かに厳格であると指摘している。

(21) 林深山「アングロ・サクソン窃盗防止法の発展に於ける国王と領主」(法制史学会編「刑罰と国家権力」)四一三ページ。

なお、ヴィヒトレド法典は、六九五年から六年の成立、イーネ王法典は六八八年から九五年ごろの成立とされている。ねんのため、前者の第二十八章の原文を *Libermann, Gesetze der Angelsachsen*, Bd. I, から書き出さう。Gif feorran cunnen oppe frænde buton wege gange 7 he ponne nawber ne hryme ne he horn ne blawe, for ðeof he bið to profianne: oppe to sleanne oppe to alyssenne.

(22) 掲浩訳「神戸法学雑誌七卷二号—八卷二号を参考とする。

(23) これは、いわゆる「王の平和 *Königsfriede*」あるいは「神の平和 *Gottesfriede*」の破壊に関する規定である。

(24) 四ノ一ニ参照。

(25) Et si aliquis ex ipsis rusticis occisus fuerit, non requiratur, quia ille qui eum occisit se defendendum et res suas vindicandum. 単に自己を防御するためのみならず、自己の財物の権利を主張するための殺害が許されたのである。後者は、正当防衛と自力救済との両者が含まれるのである。

(26) 邦訳は稿浩「ランコンバト部族法典附加勅令邦訳」神戸法學雜誌九卷四号以下を参考とした。原文を掲げると、Si quis liber homo, se defendendum, liberum hominem occiderit, etsi provatum fuerit, quod se defendendum ipsum hominem occisisset, sic eum componat, sicut in anteriore Edicto contenti, quod gloriose memoriae Rothari rex facere visus est. Nam qui super alium ambolaverit, et sic eum pro quacumque causa occiderit, omnem eubstantiam suam amittat.”

(27) Kohler, Der Strafrecht der Italienischen Statuten von 12.—16. Jahrhundert. (Studien II—IV), S. 211.

(28) Levita, Recht der Nothwehr, Giessen 1256, S. 94
殘念なるが、この直接参照は、Osenbrüggen, Strafrecht der Langobarden, S. 67 Anm. 43) の、この法を収めるのである。

(29) a. a. O., S. 36

(30) a. a. O., S. 66 f.

(31) ロタリ王法典第三八七章「彼は〔死者が〕評価されるが、彼を賠償すべきであるが、彼は故意なくしてしたのであるから、フェーデが求められることはない。」この規定および前記勅令第二〇章を受けて、勅令第六二章(七二四年)は各身分による人命金の高を定めている。

(32) 前記註(23)参照。Vgl. Osenbrüggen, a. a. O., S. 9 ff.

(33) この後者の点を強調するのが、Keller, Der Beweis der Nothwehr, Eine rechtshistorische Studie aus dem Sachsenspiegel, S. 7 f. である。後述する。

(34) 邦平和令のこの記述は、E. Schmidt, a. a. O., S. 51 ff. u. 74 f. 及び、マックス、前掲書を中心とした。次稿にこれを補充する予定である。

(35) Hildebrand, Der Sachsenspiegel(Landrecht), nach der ältesten Leipziger Handschrift, 6. Aufl. である。この「訳」は、金沢理康訳「チャップン・ハンドブック(ランタンブック)」早稲田法學別冊第八巻を参考にした。なお、条文の表示方法は、マックス II. Art. 14, § 2 第二巻一四条二項の意味である。

(36) 原著者 Eike von Repgow は民会に於いて参審員の一人として裁判実務に携わり、晩年伝承に依拠して本書を著わした。彼は深い宗教的教養を持ちながらも、宗教界と世俗界とを截然と分けており、このため本書はカノン法の影響を受けずに済んだ(ミッターリス、前掲書三一七ページ)。

(67) 過剰防衛の歴史的展開

- (37) „her blibbet es äne wandel, geweret erz uffen heiligen, ...”
- (38) Keller, a. a. O., S. 7, Anm. 1
- (39) Hildebrand は、前掲書の註釈におよび、この not 卄 Notwehr の意味であると述べている。
- (40) a. a. O., S. 6. サクセン・シュビーゲルには随所で not という言葉が使われている。ときには、暴力を指すと思われる規定 (たとえば、I. Art. 63, § 1) や Notzucht の意味のもの (III. Art. 1, § 1, Art. 46, § 1) もあり、また、「口さき得ゆる事由」に使用される場合 (II, Art. 7) もある。
- (41) Keller, a. a. O., S. 7. ケラーは、ここには緊急防衛のみならず、緊急防衛に対する緊急防衛、即座の報復 (Wiedervergeltung in continenti) 負けた攻撃者が慈悲を乞うた後の殺害が含まれているという。しかし、緊急防衛に対する防衛行為まで含まれているという点については賛同できない。
- (42) Swer só tötet oder wundet einen vredebrechere, her blibbet es sunder wandel, ab her daz selbe sibende gezügen mac, dez her in wundete in dar vlucht oder in der tät, dar her den vrid berêche.
- (43) この規定の第一条の必要部分の和訳 (金沢訳) は次の

- ようである。「ある人が急迫によって他人を死に致し、そして自分の生命が心配なために、彼を裁判所に連れて来て彼に対して裁判できるように、彼の傍にしていることを敢てせず、人々が彼を訴えないうちに、死者を伴わずに裁判所に出頭してそのことを自白し、しかもそれについて法律にしたがい〔義務を尽すべきことを〕申出たるときには、彼は斬首に宣告せられるべきではない。裁判官には：罰金を、又親族達には人命金を〔払えと〕、彼に対し宣告せらるべきである。その人達は、…その人命金を取得する為に召換せらるべきである。…その際その人達が出頭しなければ、その人達がそれを訴訟によって勝ち取るまでは、それによって彼が占有行為を続けるべきであり、そして彼には平和が及ぼされるべきである。」
- (44) たとえば、E. Schmidt, a. a. O., S. 75 などもそう解している。
- (45) ケラーの前掲論文は、この点に関して従来の通説を反駁することに主眼点がある。私が彼の見解を支持する一つの理由は、前述の如く、サクセン・シュビーゲルが教会法の影響を排除しているという点にある。
- (46) Gengler, Des Schwabenspiegels Landrechtsbuch, zum Gebrauche bei akademischen Vorträgen mit einem Wörterbuche, 1875 および田中周友外三名による邦訳、法と政治八巻二号以下。
- (47) 「甲が乙を打つ。…殺す。」の部分の原文 „er sleht uf

in; dirre slecht uf in hin wider und wert sieh, wan er ins
nicht erlat; er slehet ienen ze tode in rechter notwer:”

- (48) 街路盗に対する緊急防衛 (notwer des strazroubes)
を規定した第一九四章では、この趣旨は一層明瞭である。
そこには、街路で強窃盗に襲われた場合に、自己の生命ま
たは財物を守るために犯人を打ち殺しても、それが証明で
きかつ目撃者がいる場合には、遺族にも裁判官にも贖罪金
を支払う義務はないが、目撃者がいなかった場合には、遺
族からの決闘を拒絶することができないう旨定められている。

(49) (Von der hantgetat). Swen man mit der hantge-

tat begriffet, den sol man für gerichte bringen, und
ist daz er einen gewundet oder erslagen hat, oder
swaz ez ist âne diupheit und âne roup; daz sol man
selbe dritte erziugen. Gêt ez im an den lip, man sol
in mit sibben mannen überziugen; gêt ez im an die
hant, man sol in mit zwein zu im überziugen. Und
had man der geziuge nicht, so sol man kampfen, als
hie vor (cap. 81, § 1) gesprochen ist.

(50) a. a. O., S. 7 f.

(一橋大学助手)