

いわゆる他人のための正当防衛 (緊急救助)をめぐって(1)

齊藤 誠 二

目次

- 一 はじめに——問題の所在
- 二 他人のための正当防衛(緊急救助)の歴史的な展開のスケッチ
- 三 他人のための正当防衛(緊急救助)の根拠(以上本号)
- 四 他人のための正当防衛(緊急救助)をめぐるいくつかの問題

一 はじめに——問題の所在

よく知られているように、正当防衛についてのわが刑法三六条一項の規定は、一八七一年五月一五日のいまのドイツ刑法の旧五三条の規定(一九七五年一月一日から施行されているいまの刑法総則の三二条の規定もほぼ同じものである)をモデルにしたものであるが(滝川(幸)、大塚、福田)¹⁾ドイツ刑法の旧五三条二項(いまの三二条二項)は、「正当防衛

いわゆる他人のための正当防衛(緊急救助)をめぐって(1)

というのは、現在の(急迫の)不法な侵害に対して、自己または他人をまもるために必要な防衛のことである」とし、わが刑法三六条一項は、「急迫不正ノ侵害ニ対シ自己又ハ他人の権利ヲ防衛スル為メ已ムコトヲ得サルニ出テタル行為ハ之ヲ罰セス」として、「他人のための正当防衛」(Fremdverteidigung)をみとめている(これもよく知られているように、「他人のための正当防衛」は、「緊急救助」(Nothilfe)とか「正当防衛の救助」(Notwehrhilfe)とかともいわれている)。⁽¹⁾

ところが、この「他人のための正当防衛」(緊急救助)については、ドイツでは、ときに、「緊急救助」という正当化事由は、刑法の文献のなかで「影のような存在」(なくてもよいような存在)である、といわれている(たとえば、ミツチユ。⁽⁴⁾それは、刑法の規定のうえでは、「自分のための正当防衛」(Selbstverteidigung)と「他人のための正当防衛」とは、防衛行為の二つの種類とし、同じように規定されているのに、多くの文献では、「自分のための正当防衛」について展開されているひろい範囲にわたる論述をただ「他人のための正当防衛」に包括的に援用するということだけで満足しているからである(ミツチユ、ザイアー)。⁽⁵⁾ことは、わが国でも、まったく同じである。⁽⁶⁾

しかし、はたして、「他人のための正当防衛」には、「自分のための正当防衛」についての論議がそのまま包括的に援用される、とだけいってことがたりののであろうか。そうとはおもわれぬ。それは、そもそも、「他人のための正当防衛」はどうしてみとめられるのであろうかという「他人のための正当防衛」の根拠は、はたして、「自分のための正当防衛」の根拠とまったく同じように説明することができるのか、という疑問があるが、この点はしばらくおくとしても、たとえば、つぎのような疑問があるからである。

(i) (あとでもふれることになるが)一九五三年一〇月二日に、ドイツ(そのころの西ドイツ)の連邦裁判所第三刑事部は、そのころの感覚からいうとスキヤングラスな「ジュンデリン」(„Sunderin“)という映画の上映を一五分ほどと

めさせた、といういわゆる「ジュンデリン事件」(Sunderin-Fall)で、急迫不正の侵害をうけている者の意思に反して、緊急救助をすることはできない(別の言葉でいえば、急迫不正の侵害をうけている者に緊急救助を押しつけることはできない)という考えをしめしたが、この「急迫不正の侵害をうけている者が正当防衛をしたくないとおもっている場合も、ほかの者はその者のために正当防衛(緊急救助)をすることができるのか」という問題は、そもそも「自分のための正当防衛」については起きてこない問題なので、これには、「自分のための正当防衛」についての法理を援用しようとしても援用しようがないのではないのか、という疑問がある。

(ii) 緊急救助をしようとする者が、自分が防衛をすることになるような侵害を挑発してひき起こした、という場合には、挑発をした者は緊急救助をすることができるのであろうか、という問題がある(ミッチュ)⁽⁹⁾。これは、挑発をする者と(挑発にもとづく)侵害の被害者と同じ人ではないのだから、そもそも「自分のための正当防衛」においては、こういう問題は起きてこない。それで、これにも、「自分のための正当防衛」についての法理を援用しようとしても、援用しようがないのではないか、という疑問がでてくる。

そうであるとすれば、わたくしたちは、「自分のための正当防衛」の問題とは別に、(刑法における)「他人のための正当防衛」の範囲と限界の問題を論じなければならぬということになってくる。そこで、ここで、わたくしは、この「他人のための正当防衛」(緊急救助)の問題を取り上げ、ここでは、(差しあたって)「他人のための正当防衛」(緊急救助)をめぐる問題のうち、(i) 他人のための正当防衛はどうしてみとめられるのであろうか、という問題(「緊急救助の根拠」の問題)や、(ii) 急迫不正の侵害をうけている者が正当防衛をしたくないとおもっている場合にも、ほかの者はその者のために正当防衛をすること(緊急救助)はできるのか(別の言葉でいえば、急迫不正の侵害をうけて

いる者の意思に反して、緊急救助はできるのか、という問題(いわゆる「侵害をうけた者の緊急救助をうける意思」(der Nothilfewillen des Angegriffenen)の問題)や、(iii)他人のための正当防衛(緊急援助)をする者(個人)にはいわゆる「相当性の原則」(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)(法治国家では、法にしたがわれない者にも、国がその目的を達するためには必要で適切な手段をとらなければならない、という原則「ゆき過ぎの禁止」といつてもよい)が適用されるのか、という問題^(iv)(「いわゆる『相当性の原則』と緊急救助の問題」)や、(iv)「挑発された侵害に対する緊急救助」(Nothilfe gegen provozierte Angriffe)の問題などを中心としてながら、この「他人のための正当防衛」(緊急救助)の問題にアプローチしていきたいとおもった。

ここでは、まず、「他人のための正当防衛」(「緊急救助」)は、いつごろからみとめられるようになったのか、というところをみるために、「他人のための正当防衛」(「緊急救助」)の歴史的な展開をごく簡単にみることから始めること^(v)とする。

(1) たとえば、滝川(幸)・犯罪論序説(一九四七年)八九頁、福田・全訂刑法総論(一九八四年)一四二頁、大塚・刑法概説(総論)[改訂版](一九八六年)三三〇頁など。

(2) Vgl. Spendel, LK, 10. Aufl., 30. Lieferung, 1982, Entstehungsgeschichte zu § 32.

(3) Vgl. Seier, Umfang und Grenzen der Nothilfe im Strafrecht, NJW 1987, S. 2476.

(4) Misch, Nothilfe gegen provozierte Angriffe, GA, 1986, S. 533.

(5) Misch, GA, 1986, S. 533; Seier, NJW 1987, S. 2476.

たまたま Dreher-Tröndle, StGB, 45. Aufl., 1991, Rder. 7 zu § 32; Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 4. Aufl., 1988, S. 312f.; Lackner, StGB, 18. Aufl., 1989, Anm. 2h); Lenkner, in: Schönke-Schröder, StGB, 23. Aufl., 1988,

Rdnr. 25 zu § 32; Samson, SK, Bd. 1, 5. Aufl., 1988, Rdnr. 33 zu § 32; Stratenwerth, Strafrecht, Allg. Teil, 3. Aufl., 1981, Rdnr. 445 (S. 140); Wessels, Strafrecht, Allg. Teil, 20. Aufl., 1990, S. 93 以下; 基本的には「自分のための正当防衛」についての論述を「他人のための正当防衛」に包括的に援用してはならない (vgl. Mitsch, GA 1986, S. 533 FuBn. 2, 3; Seier, NJW 1987, S. 2467 FuBn. 1)。

このうち、たとえは、Samson, SK, Bd. 1, 5. Aufl., Rdnr. 33 zu § 32 は、(一) 緊急救助がみとめられるためには、①侵害者をうける者が正当防衛をすることができるといえる状況にあり、②防衛をすることがその侵害をうけている者の意思に反しない(侵害をうけている者の防衛をうけるという実際のあるいは推定的な)「それがあると構成要件に該当することがなくなる」同意 (tatsächliches oder mutmaßliches Einverständnis) がある」といふことが必要であるが、(ii) そのほかには、正当防衛と同じ要件がそなわらなければならぬ」といふことが必要である (vgl. Mitsch, GA 1986, S. 533 FuBn. 3)。

(6) 「緊急救助」(「他人のための正当防衛」) については、たとえば、野村・刑法総論 (一九九〇年) 二二四頁注 (1) は、津田「いわゆる『緊急救助』について」正当防衛の研究 (一九八五年) 二六四頁以下を参考文献として挙げている。

これは、「他人のための正当防衛」(「緊急救助」というテーマで、わが国において本格的に追究したものとしては、わずかに齊藤誠二『正当防衛権をめぐる』成蹊法学第二一号 (昭五八年) があるのみで、不幸にして他のモノグラフィーを知らない。本稿は、齊藤 (誠) 教授のこの研究論文によって示唆を受けたものである」というのである (津田・正当防衛の研究三〇〇頁注 (27))。

しかし、この津田・正当防衛の研究二六三頁以下は、かなり問題のあるものである。それは、つぎのような理由にもとづくものである。

(i) これは、「他人のための正当防衛」(「緊急救助」) についてのプロパーの問題を取り上げるといふよりは、「緊急救助」の歴史的な展開にウエイトをおいたものである。しかし、ここでは、タイトルこそ「緊急救助の歴史的展開」とはさかれてはいるものの、「緊急救助」そのものの、「歴史的な展開」というよりは、むしろ「正当防衛」についての歴史的な展開にウエイトがおかれており、しかも、(あとでもいうが)「緊急救助」プロパーの歴史的な展開という点からいうと、

いわゆる他人のための正当防衛 (緊急救助) をめぐって (1)

かなり問題な点が多い（これが発表された時点で容易にみることもできた、Haas, *Notwehr und Nothilfe. Zum Prinzip der Abwehr rechtswidriger Angriffe. Geschichtliche Entwicklung und heutige Problematik*, Diss. Kiel, 1978, S.37 ff., 49 ff., 86 ff. など）をみればたやすくわかる「緊急救助」の歴史的な展開にはふれられていない）。

(ii) ここでは、「緊急救助」についてのプロパーの問題としては、わたくしが、わたくしの「正当防衛権をめぐる」でふれた、①緊急救助はどうしてみとめられるのであろうか、という問題（緊急救助の根拠の問題）と、②急迫不正の侵害をうけている者の意思に反して、緊急救助はできるのか、という問題（いわゆる「侵害をうけた者の緊急救助をうける意思」の問題）と、③緊急救助をする者にはいわゆる「相当性の原則」が適用されるのか、という問題が簡単に取り上げられているだけであり、（わたくしの「正当防衛権をめぐる」成蹊法学二二号（一九八三年）二九—三二、四三—四四頁と津田・正当防衛の研究三〇—三三〇四頁を参照）、それ以外は、「自分のための正当防衛」の法理を包括的に「他人のための正当防衛」に援用しようとしている（津田・正当防衛の研究三一〇頁を参照）。しかし、「緊急救助」をめぐる問題は、わたくしが、かつて、ふれた、①「緊急救助の根拠」の問題と、②「侵害をうけた者の緊急救助をうける意思」の問題と、③「緊急救助」といわゆる「相当性の原則」の問題だけではない。ここでは、かつて、わたくしがした以上には、「緊急救助」プロパーの問題は掘り下げられていない。

(iii) ここでは、①いわば前提とされていることと結論とされていることとのあいだに統一がなかったり、②基本的な概念についてふつうの理解とちがう点があったりする。たとえば、①（あとでもふれるが）ふつう、ドイツでは、侵害をうけている者の意思に反しても、緊急救助をすることができ、とする考えは、多くは、緊急救助（ひいては、正当防衛）は法秩序の防衛にあるとする考えから主張されているが（z. B. Haas, *Notwehr und Nothilfe*, S.126 ff., 177 ff.; Bitzlekis, *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts unter besonderer Berücksichtigung der Notwehrprovokation*, 1984, S.57 ff., 72）。ここでは、こういう視点からの検討はまったくみられないし、また、②ふつう、ドイツでは、正当防衛権を制限するプリンシプルとしてのいわゆる「相当性の原則」（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz）と（一九二二年のいわゆるラートブルフ草案二一条や一九二五年のドイツ刑法草案二一条やスイス刑法三三条やわが国でしばしばいわれ

る)いわゆる「相当性」(「相当性のプリンシプル」(Angemessenheitsprinzip))とが同じものとして取り扱われている(津田・正当防衛の研究三〇三—三〇四頁参照)(ついでにいえば、改めていうまでもないことであるが、一九二二年のいわゆるラートブルフ草案二一条や一九二五年のドイツ刑法草案二一条やスイス刑法三三条やわが国でしばしばいわれているいわゆる「相当性」というのは、防衛は「その状況に相当な方法」(in einer Umständen angemessenen Weise)などなわれなければならない」ということである(vgl. Choi, Notwehr und „gesellschaftliche Sitten.“ Ein deutsch-koreanischer Vergleich zu sozialen Implikationen von Rechtfertigungsgründen, 1988, S.65)。「これに対し」、いわゆる「相当性の原則」というのは、ある手段が、たとえ目的を実現するのに適したものであり、しかも、ほかのより緩やかな方法がないので、必要なものであったとしても、それによつて実現しようとする目的とバランスがとれないものであってはならぬ」ということである(vgl. Choi, a.a.O., S.715)。たとえば、一九二七年のドイツ刑法草案二四条は、「防衛によつて生じる損害が侵害される危険のある損害とバランスがとれていないものではない」と必要である(„der von der Verteidigung zu erwartenden Schaden nicht außer Verhältnis zu dem durch den Angriff drohenden Schaden“ (stehen dürfte))とつづいたが、これなどが、その例である(vgl. Choi, a.a.O., S.70)。

(7) かつて、わたくしは、多少、この問題を論じておいた。わたくしの「正当防衛権をめぐる」二四、二六—二七、二九—三二頁や「正当防衛権の根拠と限界をめぐる」(団藤重光博士古稀祝賀論文集第一巻(一九八三年)二九九—三〇〇、三〇一—三〇二、三〇四—三〇五頁などが、それである。

(8) BGHSt, Bd.5, S.245 ff.= NJW 1954, S.438. 戸田孝、Roxin, FSJ Strafrecht, Allg. Teil, 2. Aufl., 1984, Fall 16, S.37 ff. などによる。

(9) Misch, GA 1986, S.534.

(10) ついでに、いわゆる「相当性の原則」については、vgl. Choi, Notwehr und „gesellschaftliche Sitten“, S.70-74.

(11) まえに、わたくしは、「他人のための正当防衛」(緊急救助)についての差しあつたドイツの文献として、Haas, Notwehr und Nothilfe, Diss. Kiel, 1978, S.13 ff.; Himmelfreich, Nothilfe und Notwehr, insbes. zur sog. Inte-

いわゆる他人のための正当防衛(緊急救助)をめぐる(一)

ressenabwägung, MDR 1967, S.361 ff.; Hoffmann-Riem, Übergang der Polizeigewalt auf Private?, ZRP 1977, S.282 ff.; Klose, Notrecht des Staates aus staatlicher Rechtsnot, ZStW, Bd.89, 1977, S.61 ff.; Seelmann, Grenzen privater Nothilfe, ZStW, Bd.89, 1977, S.36 ff.など。津田・正当防衛の研究二六六頁注(8)は、この点でも、まったくわたくしの「正当防衛権をめぐって」に依拠され、格別あたらしいことはじめしていない。

しかし、「他人のための正当防衛」(緊急救助)については、わたくしものほかに、すでに古く「たゞすは North, Die Nothilfepflicht im deutschen Strafrecht, Diss. Tübingen, 1906, S.1 ff.; Pedotti, Die Unterlassung der Nothilfe mit besonderer Berücksichtigung des geltenden und künftigen schweizerischen Rechtes, Diss. Zürich, 1911, S.1 ff.などあり、また、比較的あたらしいものとして、たゞすは Kinmen, Notwehr und Nothilfe als Grundlagen hoheitlicher Gewaltanwendung, MDR 1974, S.631 ff.; Kirchof, Notwehr und Nothilfe des Polizeibeamten aus öffentlich-rechtlicher Sicht, in: Aktuelle Probleme des Polizeirechts, hrsg. von Merten, 1977, S.67 ff.; Schmidhäuser, Notwehr und Nothilfe des Polizeibeamten aus strafrechtlicher Sicht, in: Aktuelle Probleme des Polizeirechts, hrsg. von Merten, 1977, S.53 ff.などがある。

3本の書名は、和田つひららのように、たゞすは Amelung, Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten, JuS 1986, S.329 ff.; Kunz, Die organisierte Nothilfe, ZStW, Bd.95, 1983, S.973 ff.; Mitsch, Nothilfe gegen provozierte Angriffe, GA 1986, S.533 ff.; Seier, Umfang und Grenzen der Nothilfe im Strafrecht, NJW 1987, S.2476 ff.などがある。

二 「他人のための正当防衛」(緊急救助)の歴史的なスケッチ

「正当防衛は歴史をもたないし、もつことができない」といわれ(ガイプ)⁽¹⁾、正当防衛はいつの時代にもどこの国でもみとめられてきているといわれ(シユルツェンシュタイン、フォン・バルル、リスト||シユミット、クラールベ、エンギツシユ、ズツパート)⁽²⁾、⁽²⁾ているが、他人のための正当防衛(緊急救助)は、歴史的にはどういうように発展してきたのであろうか。

(1) ローマ法からイタリーの後期注釈学派まで

ローマ法では、すでに、他人のための正当防衛(緊急救助)はみとめられていたのであろうか、ということについては考えがわかれている。これについては、(i) ローマ法でも、すでに、他人のための正当防衛(緊急救助)は一般的にひろくみとめられていた、とする考え(ケストリン、レヴィタ、ゼーガー、モムゼン、レミイ、ペドツテイ、シュティーングラー、クラールベなど)⁽³⁾や、(ii) ローマ法では、緊急救助(他人のための正当防衛)は近親者のためのものだけにかぎられていた、とする考え(ライン、ヴェッセレイなど)⁽⁴⁾や、(iii) ローマ法では、緊急救助は、第一次的には、(いまの言葉でいえば、一定の「保障人」的な地位にもとづく)とくべつな義務という形で考えられていたが、一般的な緊急救助をみとめないというようなことはなかった、とする考え(ハース)⁽⁵⁾などという考えがある。しかし、すくなくとも、ローマ法では、他人のための正当防衛(緊急救助)は社会的には必要である、ということは、みとめられていた、というよう

いわゆる他人のための正当防衛(緊急救助)をめぐって(1)

にいうことはできる（ゼーガー、シュテューグラ、ヨゼフ・ザンダー、ハース）⁽⁶⁾。

カノン法（教会法）では、キリスト教、とくに、ニュー・テストメントのいう「隣人愛」の思想から、はたして自分のための正当防衛はみとめられるのであろうか、ということが争われていたが（シエープフ、シュライバー）⁽⁷⁾、そこでは、他人のための正当防衛（緊急救助）には、自分のための正当防衛とはちがって、それほど疑問はだされてはいなかった（クラーベ、シュライバー、ハース）⁽⁸⁾。カノン法では、はじめのころは、（ふつうの人による）他人のための正当防衛（緊急救助）は、ただ自分の家族のためだけみとめられていたが、あとでは、ひろく一般的にみとめられるようになり、（ヒンシウス、ダーム、シュライバー）⁽⁹⁾、さらに、ときに、義務ともされていた（カノン法では、緊急救助は権利というばかりではなくて義務でもあったのか、ということについては、考えがわかれている。これには、①カノン法では、（ふつうの人の）緊急救助は権利というばかりではなくて義務でもあった、という考え（レヴィタ、ミュンヘン、コーラー、テイッツェ、イエーガー、ペドッティ、シュテューグラなど）⁽¹⁰⁾と、②そこでは、（ふつうの人の）緊急救助は、いつでも義務とされていたわけではなく、義務とされているものもあった、という考え（ヒンシウス、プリンダォアーなど）⁽¹¹⁾がある。もつとも、これは、ふつうの人による緊急救助についてであり、聖職者による緊急救助はひじょうに制約されていた。すなわち、カノン法では、聖職者には、自分のためか自分と関係のある人のための正当防衛はみとめられたが、自分ととくべつ（関係のない同胞（Mithing））のための正当防衛はみとめられなかった（ミュンヘン、ハース）⁽¹²⁾。たとえば、（聖職者が他人のために侵害をしている者を殺した場合には、刑罰をうけるといふことはなかったが、不法行為として聖職につくことはできないことになる、とされていた）⁽¹³⁾。

イタリーの後期注釈学派でも、他人のための正当防衛（緊急救助）はみとめられた。ただ、そこでは、①犯罪行為は、

直接の被害者に対する侵害であるというばかりではなくて、共同社会に対する侵害でもあるとして、緊急救助をひろくみとめようとする考え(たとえば、バルドゥス(Baldus)¹⁶⁾もあつたが、②むしろ、緊急救助は、ただ近親者(たとえば、三親等の者〔ヴィテルボ(Viterbo)¹⁶⁾〕や近隣の者やそのほかの仲間のためにするものだけがみとめられる、とする考え(たとえば、ガンディウス(Gandius)¹⁷⁾)が有力であつた。

(2) クラークシュビーゲルからプロイセンのラントレヒトまで

(カロリーナ法典よりもまえにローマ法を継受したものとしてみてもっとも重要なものであろうといわれている)¹⁸⁾一四二五年頃にだされた「クラークシュビーゲル」(Klagspiegel)では、キリスト教思想の影響をうけてひろく緊急救助がみとめられ、それはすくなくとも道徳的な義務とされ、また、(多くの法典のモデルとされたといわれている)¹⁹⁾一四九八年の「ヴォルムザー・レフォルマティオン」(die Wormser Reformation)では、「クラークシュビーゲル」とはちがつて、原則として、近い関係にある者のためにだけ緊急救助はみとめられ、ただ、共同社会に属さない異邦人から同胞が攻撃をうけている場合には、それを救わなければならない、とされていた。²⁰⁾

そうして、一五三二年の「カロリーナ」(Carolina)法典は、緊急救助について、その一五〇条で、よく知られているように、「他人の身体や生命や財産をまもるためにだれかを殴り殺した(Irem so einer zu Rettung eines andern leip, leben oder gutt jemanndt erschlecht)場合には、処罰されない」と規定する²¹⁾ことになつた。

この規定に関連して、(i) 緊急救助は、一般的な権利であるというばかりではなくて、義務でもある、とする考え(ダムホウダー(Damhouder)、『ベールリッヒ(Berlich)』、ハープレヒト(Harprecht)など)と、(ii) 緊急救助は近親者な

いわゆる他人のための正当防衛(緊急救助)をめぐる(一)

どのためだけについてみとめられるとする考え(ラオホドレン〔Rauchdorn〕、ペルネダー〔Pernerder〕、オブレヒト〔Obrecht〕など)があつたが、やがて、カルプツォフ(Carpzov)は、(隣人愛の思想から)緊急救助は義務である、とした。⁽²²⁾ そうして、カロリーナ法典のコメントイター(注釈者)(クラゼン〔Clasen〕、クレス〔Kress〕、フリーリッヒ・フォン・フリーリッヒスブルク〔Froelich von Froelichsburg〕など)も、ひろく緊急救助は処罰されない、という考えをしめしていた。⁽²³⁾ しかし、一六二〇年と一七二一年のプロイセンのラントレヒトでは、緊急救助は近親者などのためだけにみとめられていた。⁽²⁴⁾

(3) 啓蒙主義の自然法の思想から一八七一年のドイツ刑法典まで

啓蒙主義の自然法の思想にもとづいて他人のための正当防衛(緊急救助)をみとめたのは、グロティウス(Grotius)やホッブス(Hobbes)やロック(Loche)やプーフェンドルフ(Pufendorf)などであつた。⁽²⁵⁾ たとえば、(i) いわば「すべてのそれにつづく自然法の体系の採石場」(„Steinbruch aller späteren Naturrechtsgebäude“)といえるような働きをしたといわれている(ヴェルツェツの言葉)⁽²⁶⁾ グロティウスは、自然法によれば、だれでも自分の権利ばかりではなくて、他人の権利をも主張することができる、として、ひろく他人のための正当防衛(緊急救助)をみとめたが、同時に、グロティウスは、社会における人と人とのむすびつきということから、——法的というよりは道德的なものではあるが、——わたくしたちは他人を助ける義務がある、とした。⁽²⁷⁾ また、(ii) ロックは、不正の侵害をする者は、直接の被害者を侵害するといふばかりではなくて、共同社会の基礎をも侵害するものである、それで、自分をまもることと他人をまもることとのあいだにはちがいが無い、として、ひろく緊急救助をみとめた。⁽²⁸⁾ さらに、(iii) 「実定法の全体に見過す

ことはほとんどできないほどの影響をあたえた」(ein „kaum übersehbarer“ Einfluss auf das gesamte positive Recht.) (シャフスタインの言葉)⁽²⁹⁾といわれているプーフェンドルフは、(正当防衛や緊急救助についてはグロティウスの影響をうけたが)不正の侵害をうけている者を助けることは、たとえそれによって自分の目的を追求しないとしても、いつでもわたくしたちの義務である、として、ひろく緊急救助をみとめた。⁽³⁰⁾

こういう考えは、それにつづく時代の法律学や立法に影響をあたえた。たとえば、(i) ベーマー(Böhmer)は、(プーフェンドルフの影響をつよくうけて)、不正の侵害をする者は、社会の安全(securitas publica)を侵害するものなので、緊急救助は、近親者などのためばかりではなくて、ひろく一般の人のためにもみとめられる、とし、⁽³¹⁾ ヴィーラント(Wieland)は、わたくしたちは、社会を維持するという究極的な目的にできるかぎり協力していかなければならぬ、という義務がある、ということなどを、その理由として、わたくしたちは、場合によれば、ほかの人やその財産をまもることができると、そうしなければならぬ、とした。⁽³²⁾ また、(iii) (クライトマイアー [Kreitmayr])の手になる一七五一年の「ババリア刑事法典」[Codex Juris Bavarici Criminalis]や一七六六年の「テレスィアナ」[Theresiana]法典は、プーフェンドルフよりもまえの時代の考えをとっていたが、⁽³³⁾ (正当防衛についてはいわば啓蒙時代の思想のレジュメといえるといわれている)⁽³⁴⁾ 一七九四年の「プロイセン普通法」[Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten]は、まず、その第二部の二〇章の五一七条で、「だれでも、自分がその家族かその同胞に対する不法な侵害の急迫の危険をその状況に相当な救助の方法で避けることができず」(Jeder hat die Befugnis, die ihm, oder den Seinigen, oder seinen Mitbürgern drohende Gefahr einer unrechtmäßigen Beschädigung, durch der Sache angemessene Hilfsmittel abzuwenden.)と、⁽³⁵⁾ したがって、⁽³⁶⁾ ほとんどの場合における緊急救助の義務について、①「自分にとっての

いわゆる他人のための正当防衛(緊急救助)をめぐる(一)

重大な危険がなくて他人を強盗や殺人者の手から…救うことができた者が、そうしなかったので、他人が生命を失った場合には、「一四日の軽懲役に処する」(„Wer ohne eigene erhebliche Gefahr, einen Menschen aus der Hand der Räuber oder Mörder…retten konnte; und es unterläßt; soll, wenn der andere wirklich das Leben einbüßt, vierzehntätige Gefängnisstrafe leiden.“) (七八二条)とし、②他人に対する思い遣りがなく恥ずかしいことに処罰された場合には、世間に対する警告として、そのことを公表する(七八三条)として、③逆に、同胞の生命を助けた場合には、そのことを公表し、ときに、報奨をあたえる(七八三条)、とした⁽³⁵⁾。もっとも、このプロイセン普通法の刑法の部分は基本的にはクライン〔Klein〕が起草したものであるが、クラインによると、この五一七条は包括的な緊急救助をみとめたものではなかった、といわれている⁽³⁶⁾。すなわち、「ここでいう「同胞」〔„Mitbürger“〕というのは、「すべての人」〔„jedermann“〕ということではなく、この規定は、ただ、その家族か同じ国の人のためをまもることだけをみとめたものである」というのである⁽³⁷⁾。この規定は、外国の人やそのほかの市民権をもっていない人のための正当防衛まで、みとめたものではない、ということである⁽³⁷⁾。

一八一〇年になって、他人のための正当防衛(緊急救助)の規定についての立法は、決定的な転換点をむかえることになった⁽³⁸⁾。(ハース)。⁽³⁸⁾ すなわち、(i) 一八一〇年に、フォイエルバッハは、いわゆる「バイエルン刑法典草案」〔Entwurf des Gesetzbuchs über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Baiern〕を発表したが、そこには、①その一三〇条で、「だれでも、自分じしんか他人を個人の暴力をつかって違法な暴力行為や犯罪的な侵害…からまもるようになす⁽³⁹⁾ことがあつて」(„Rechtswidrige Gewalttaten und verbrecherische Angriffe…darf ein jeder von sich selbst und anderen durch Privatgewalt abzuwenden versuchen…“)とされ、②その一三二条で、「だれでも、正当防衛

の状態にある他人を實際に助けることができると、自分じしんとその他人のために、侵害をうけている者と同じように、すべての正当防衛の権利と、その際にまもらなければならない義務とをもっている」(„Jeder ist befugt, einem Andern, welcher in rechter Nothwehr sich befindet, mit thätlicher Hilfe beizustehen und hat alsdann für sich selbst und diesen Andern alle Rechte der Nothwehr mit den dabei zu beobachtenden Pflichten, wie der Angegriffene selbst.“)とされて、緊急救助について、近親者などとそのほかの第三者とのあいだにどんな区別をもしない規定をつくることが提案され、(ii) その提案が、そのまま、一八一三年の「バイエルン刑法典」(Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern)の二二五条と二二六条とに受け継がれ、(iii) さらに、それは、ほとんどそのままの形で、ほとんどのランクトの刑法典に引き継がれていた(たとえば、一八一四年九月一〇日の「オルデンブルク公国刑法典」(Strafgesetzbuch für die herzoglich-oldenburgischen Lande)一三〇—一三二条や、一八三八年三月三〇日の「ザクセン王国刑法典」(Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen)七〇条や、一八四〇年八月八日の「ハノーファー王国普通刑法典」(Allgemeines Criminal-Gesetzbuch für das Königreich Hannover)八〇条などは、基本的には、こういう方向のものであった)。

こういふようにして、どういう範囲の人のために防衛をすることができるのか、といういく世紀にもわたって論じられてきた問題には、ほぼ、ピリオドが打たれることになった(ここで、「ほぼ」といういい方をしたのは、フォイエルバッハよりもあとの時期になっても、侵害をするものに反撃をするのは、ただ直接に侵害をうけている者だけができることであるとして、だれかが、自分が侵害をうけているのでなければ、不正の侵害をうけている他人をまもっても、それは正当防衛とはいえない、とする緊急救助をみとめないとするような考え(「カンティアーナのルーデンの考え」もだされたからである)。

いわゆる他人のための正当防衛(緊急救助)をめぐる(一)

もつとも、正当防衛についてのわが刑法三六条一項の規定のモデルとなつたといわれている一八七一年五月一五日の現行のドイツ刑法の(いまの三三二条二項の規定とはほぼ同じ)(旧)五三二条二項の規定は、「正当防衛というのは、急迫不正の侵害から自分か他人をまもるために必要な防衛のことである」(Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden)となつてしたが、*von sich oder einem anderen* (von sich oder einem anderen)とらう文言は、フョイエルバッハから直接に受け継いだものではなくて、おそろへ、一八一〇年二月一二日の現行のフランス刑法三二八条の規定のいう「*contre-défense de soi-même ou d'autrui*」とらう文言を受け継いだものでもさう、とらわれてゐる(ハース)。⁽²⁾

(1) Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd.2, 1862, S.228.

(2) Schulzenstein, Nothandlungen im Verwaltungsrechte, Verw. Arch., Bd.16, 1908, S.137; v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd.3: Die Befreiung von Schuld und Strafe durch das Strafgesetz, 1909, S. 140 f.; Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd.1, 26. Aufl., 1932, S.144; Klabe, Geschichtliche Entwicklung der Ehrennotwehr, Diss. Göttingen, 1936, S.43; Englisch, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie, 1971, S.275; Suppet, Studien zur Notwehr und „notwehrähnlichen Lage,“ 1973, S.43 f.

他人のたゞの正当防衛(緊急救助)は、*かく中国ではさうなつてゐなかつた* (このことについては) vgl. Kohler, Das chinesische Strafrecht. Ein Beitrag zur Universalgeschichte des Strafrechts, 1886, S.15; Münzel, Strafrecht im alten China nach den Strafrechtsskapiteln in den Ming-Annalen, 1968, S.20)。また、クエーカー(Quaker)教徒やメソニー派の人たち(Mennoniten)も基本的には緊急救助をさうなかつた (このことについては) vgl. Alberti, Das

Notwehrrecht, 1901, S. 65 f.; Remy, Die Entwicklung des moderamen inculpatae tutelae zum Recht der Notwehr des Bürgerlichen Gesetzbuches, Diss. Rostock, 1904, S.98 Fußg.1)°

このようにして、その國では「韓」の民法では、刑法は、その國の法律に依るべきである(このようにして)と云ふ。vgl. Kohler, Studien aus dem japanischen Recht, ZVR, Bd.10, 1892, S.391; 滝川(寛)・日本法雑誌(一九二三年)一五七—一五八頁)。(南アフリカのこの種族は、そのAmanora)をカメルーン(Kamerun)の黒色人種とせ、刑法は、その國の法律に依るべきである(このようにして)と云ふ。vgl. Rehme, Über das Recht der Amanora, ZVR, Bd.10, 1892, S.55; Schultz-Ewerth/Adam, Das Eingeborenrecht, Bd.2, 1930, S.201)°

(c) Köstlin, System des deutschen Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1855, S.87; Levita, Das Recht der Notwehr, 1856, S. 51 f.; Seeger, Abhandlungen aus dem Strafrechte, 1858, S.316; Mommsen, Römisches Strafrecht, 1899, S.621; Remy, Entwicklung, S.17; Pedotti, Die Unterlassung der Nothilfe, S.11; Stiegler, Die geschichtliche Entwicklung der Notwehr, Diss. Erlangen, 1925, S.31; Klabe, Geschichtliche Entwicklung, S.30; wohl auch Hartkamp, Der Zwang im römischen Privatrecht, 1971, S.42 Fußn.3.

(*) Rein, Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus, 1844, S.143; Wessely, Die Befugnisse des Notstandes und der Notwehr, 1862, S.85. Vgl. auch Pernice, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, Bd.2, 1, 2. Aufl., 1895, S.73 Fußn.1.

(e) Haas, Notwehr und Nothilfe, S.40.

(e) Seeger, Abhandlungen, S.317 f.; Stiegler, Geschichtliche Entwicklung, S.31; Joset Sander, Die Begründung der Notwehr in der Philosophie von Kant und Hegel, Diss. Rostock, 1939, S.10; Haas, Notwehr und Nothilfe, S.40.

(*) Schöph, Das Tötungsrecht bei den frühchristlichen Schriftstellern bis zur Zeit Konstantins, 1958, S.77 ff.; Schreiber, Die Beurteilung der Notwehr in der christlichen Literatur zwischen dem 4. und 12. Jahrhundert, Diss. Erlangen-Nürnberg, 1966, S.157. Vgl. auch Kuttner, Kanonistische Schuldlehre von Gritian bis auf die Dekretalen

- Gregors IX, 1935, S.336, 349 ff.; H. Mayer, Darf der Christ sein eigenes Recht suchen?, Zeitwende 1936, S.354 f..
- (∞) Klabe, Geschichtliche Entwicklung, S.35; Schreiber, Beurteilung der Notwehr, S.108; Haas, Notwehr und Nothilfe, S.45.
- (∞) Vgl. Wassersleben, Die Bußordnungen der abendländischen Kirche, 1851, S.275, 373; Schreiber, Beurteilung der Notwehr S.106 ff.; Haas, Notwehr und Nothilfe, S.45.
- (10) Hinschius, System des katholischen Kirchenrechts, Bd.5, 1893, S.940; Dahm, Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, 1931, S.120; Schreiber, Beurteilung der Notwehr, S.102 ff..
- (11) Levita, Notwehrrecht, S.59; München, Das Kanonische Gerichtsverfahren und Strafrecht, 2.Bd., 1866, S.69; Kohler, Das Streifrecht der Italienischen Statuten vom 12.-16. Jahrhundert, 1895, S.212; Titze, Die Notstandsrechte im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche und ihre geschichtliche Entwicklung, 1897, S.58; Jaeger, Das Anwendungsgebiet der Notwehr (§ 227 und § 859 BGB), Diss. Heidelberg, 1906 S.34; Pedotti, Unterlassung, S.165; Stiegler, Geschichtliche Entwicklung, S.43.
- (12) Hinschius, System, S.939 Fußn. 3; Blindauer, Die folgenschwere unterlassene Hilfeleistung (§ 330c StGB), Diss. Saarbrücken, 1961, S.2 f..
- (13) München, Das kanonische Gerichtsverfahren, S.397 ff.; Haas, Notwehr und Nothilfe, S.46 f..
- (14) Phillips, Kirchenrecht, 1. Bd., 1855, S.595; Hollweck, Die kirchlichen Strafgesetze, 1899, S.248 Fußn.6.
- (15) Vgl. Dahm, Das Strafrecht Italiens, S.120.
- (16) Vgl. Kohler, Das Strafrecht der Italienischen Statuten, S.213.
- (17) Haas, Notwehr und Nothilfe, S.50 f.. Vgl. auch Seeger, Abhandlungen, S.416; Wessely, Die Befugnisse des Notstandes, S.85; Kohler, Das Strafrecht der Italienischen Statuten, S.213. この点については、共同社会に対する侵害行為の 釈学派では、犯罪行為は、直接の被害者に対する侵害行為のみならず、共同社会に対する侵害行為もあると

して、緊急救助をひろくみとめようとする考えが、多数説であった、と述べていた(Dahn, Das Strafrecht Italiens, S.120. Vgl. auch Seeger, a.a.O.,S.415 f.)。

(81) Vgl. hierzu Stintzing, Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland am Ende des fünfzehnten und im Anfang des sechzehnten Jahrhunderts, 1867, S.337 ff.; Brunnenmeister, Die Quellen der Bambergensis, 1879, S.142 ff.; Stintzing-Landsberg, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, Abteilung I, 1880, S.142 ff.; Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des Gemeinen Strafrechts, 1930, S.5.

とあるが、一四九八年の「ヴァルムザー・レノルマテ・オン」で、はじめは、イタリーの考えがドイツの刑法典に採り入れられることになった、と述べているが(z.B. E.Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965, S.109)、「われは誤解ひきなす(vgl. Haas, Notwehr und Nothilfe, S.53 Fußn. 2)。「ヤナダ」一四二五冊の「カンローン・マテ・ユータ」なるは、この事柄にたかひくはぬ。

(61) Schreiber, Die Beurteilung der Notwehr, S.29; Haas, Notwehr und Nothilfe, S.52 ff. .

(82) Vgl. Stintzing-Landsberg, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, Abteilung I, S.575, 613, 618 f.; Haas, Notwehr und Nothilfe, S.56 f. .

(11) Vgl. Haas, Notwehr und Nothilfe, S.56.

(22) カロリーナ法典の緊急救助についての「一五〇条に関連して、(生命や身体や財産をまもるために緊急救助をすることができると一五〇条はしてゐたので、)自分のための正当防衛でも、財産をまもるためのものができるのか、とどういふことが争われつつだ(Knetsch, Der Begriff der Notwehr nach der Penitlichen Gerichtsordnung Karls V und dem Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Diss. Jena, 1906, S.18 ff.; Schaffstein, Allgemeine Lehren, S.68 ff.)。

ヤムホマター(Jodocus Damhouder) は「一五〇七年から一五八一年まで生存し、一五六五年に『Praxis Rerum Criminalium. Gründliche und rechte Underweysund in hoch Teutsche Sprach verwandelt durch Michael Beuther

いわゆる他人のための正当防衛(緊急救助)をめぐる(一)

von Carlstatt《をだした》。マシューリッヒ(Mathias Berlich)は、一五八六年から一六三八年まで生存し、一六二八年に《Conclusionum Practicabilium》(Quarta Pars)をだした。また、ノーブローエ(Johannes Harprecht)は、一五六〇年から一六三九年まで生存し、一六〇三年に《Tractatus Criminalis》をだした(vgl. Haas, Notwehr und Nothilfe, S. 56 f.)。

ハインリッヒ(Heinrich Rauchdorn)は、一五八三年に《Practica und Proces peinlicher Halsgerichtsordnung》をだし、ペルネダー(Andreas Peneder)は、一五九四年に《Halsgerichtsordnung》をだし、また、ゲオルト(Georg Obrecht)は、一五九七年から一六二二年まで生存したが、一六〇四年に《Tractatus de necessaria defensione》をだした(vgl. Haas, Notwehr und Nothilfe, S.60 ff.)。

カズシモン(Benedikt Carpsov)は、一五九五年から一六六六年まで生存し、一六四六年に《Practica Nova Rerum Criminalium》をだしたが、カズシモンの正防衛などは緊急救助にすぎずの考えをめぐり、vgl. Haas, Notwehr und Nothilfe, S.64 ff..

(23) Haas, Notwehr und Nothilfe, S.66. Vgl. auch Clasen, Commentarius in Constitutiones Criminalis Caroli V Imperatoris, 1718, ad. Art.150; Kress, Commentatio succincta in Constitutionem Criminalem Caroli V. Imperatoris, 1721, ad. Art.150 § 1 (S.334); Freilich von Freilichsberg, Commentarius in Kayser Karl des Fuenfften/und des H. Röm. Reichs Peinliche Hals-Gerichtsordnung, 1709, II. II. 4 (S.153).

「*divina positiva*」は「一般的緊急救助は処置をなす」という考えがもたれたが、それは「*lex divina*」(S.23; E. Schmidt, Einführung, 3. Aufl., S.146 f. 154; Haas, Notwehr und Nothilfe, S.66)。

(24) Vgl. Haas, Notwehr und Nothilfe, S.675.

(25) Haas, Notwehr und Nothilfe, S.71 ff..

(26) Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., 1962, S.129.

- (27) Vgl. Haas, *Notwehr und Nothilfe*, S.72 ff.
- (28) Vgl. Haas, *Notwehr und Nothilfe*, S.79 ff.
- (29) Schaffstein, *Allgemeine Lehren*, S.14. Vgl. auch Stinzling/Landsberg, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, Abteilung III, 1, 1898, S.11 ff.; E. Schmidt, *Einführung*, 3. Aufl., S.164.
- (30) Vgl. Haas, *Notwehr und Nothilfe*, S.86 ff..
- (31) Boldt, *Johann Samuel von Böhmner und die gemeine Strafrechtswissenschaft*, 1936, S.565 ff.; Haas, *Notwehr und Nothilfe*, S.90. 一七五一年の「ハンブルグ刑事法典」の起草者のクライトマイヤーは「合理的な自然法の論者ではあつたけれども、ある程度宗教的な動機から論議を展開するところもあつた」と言われている(Peisich, *Kriminalpolitik in Bayern unter der Geltung des Codex Juris Criminalis Bavarici von 1751*, 1868, S.23 ff.)。クライトマイヤーは「この中で問題としてゐる緊急救助について、近親者など以外の第三者のための緊急救助を「キリスト教の愛」のことから説明しようとした(Haas, *Notwehr und Nothilfe*, S.90 Fußn.86)。
- (32) Haas, *Notwehr und Nothilfe*, S.92.
- (33) Vgl. Hattenhauer, *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten von 1794*, Textausgabe mit einer Einleitung, 1907, S.107. 一七五一年の「ハンブルグ刑事法典」は「クライトマイヤーの手になるものであるが、その起草者のクライトマイヤーは合理的な自然法の論者ではあつたけれども、ある程度宗教的な動機から論議を展開するところもあつた」と言われている(Peisich, *Kriminalpolitik in Bayern unter der Geltung des Codex Juris Criminalis Bavarici von 1751*, 1868, S.23 ff.)。クライトマイヤーは「この中で問題としてゐる緊急救助について、近親者など以外の第三者のための緊急救助を「キリスト教の愛」のことから説明しようとした(Haas, *Notwehr und Nothilfe*, S.90 Fußn.86)。
- (34) Haas, *Notwehr und Nothilfe*, S.92.
- (35) Vgl. Hattenhauer, *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten von 1794*, Textausgabe mit einer Einleitung, 1907, S.107. 一七五一年の「ハンブルグ刑事法典」は「クライトマイヤーの手になるものであるが、その起草者のクライトマイヤーは合理的な自然法の論者ではあつたけれども、ある程度宗教的な動機から論議を展開するところもあつた」と言われている(Peisich, *Kriminalpolitik in Bayern unter der Geltung des Codex Juris Criminalis Bavarici von 1751*, 1868, S.23 ff.)。クライトマイヤーは「この中で問題としてゐる緊急救助について、近親者など以外の第三者のための緊急救助を「キリスト教の愛」のことから説明しようとした(Haas, *Notwehr und Nothilfe*, S.90 Fußn.86)。

- Einführung von Hans Hattenhauer, 1970, § 517-524, 782-784. Vgl. auch Haas, Notwehr und Nothilfe, S.92.
- (96) Quistrop-Klein, Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, Bd.1, 2.Abtteilung, 6. Aufl., 1810, § 245 Anmerkung. Vgl. auch Klein, Grundsätze des gemeinen Deutschen und Preussischen Rechts, 1796, § 35; Schroeder, Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen, Festschrift für Maurach, 1972, S.129.
- (97) Vgl. Haas, Notwehr und Nothilfe, S.92 Fußn. 102.
- (98) Haas, Notwehr und Nothilfe, S.93.
- (99) Feuerbach, Entwurf des Gesetzbuchs über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Baiern, 1810, Art. 130, 131.
- (40) 一八一〇年の「メーヘルン刑法典草案」は「すべし」一八〇七年よりおぼつた(vgl. Binding, Die gemeinen Deutschen Strafgesetzbücher vom 26. Februar 1871 und vom 20. Juni 1872, I. Einleitung, 2. Aufl., 1877, S. 5)° メーヘルン刑法典草案 (メーヘルンCode pénal Napoleons)° メーヘルン刑法典草案°
- (41) Vgl. Haas, Notwehr und Nothilfe, S.93 f..
- (42) Vgl. Haas, Notwehr und Nothilfe, S.94 Fußn. 108.
- (43) Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrechte, Bd.2, 1840, S.491 ff.. Vgl. Luden, Handbuch des deutschen gemeinen und particularen Strafrechte, I. Bd., 1840, S.292. Vgl. auch Gratenauer, Über die Notwehr, 1806, S.129 ff.; Geyer, Die Lehre von der Nothwehr, 1857, S.445.
- メーヘルン刑法典草案の考へは、専かのカンティアーナーによつて賛成せられた(vgl. Haas, Notwehr und Nothilfe, S.109. ルーテンの時代は、ルーテンのちひな考へに批評をしたのは、たゞ「Zachariae, Bemerkungen zur Lehre von der Notwehr, Archiv des Criminalrechts. Neue Folge, 1841, S.434 ff.」(メーヘルン)°
- メーヘルン「カンティアーナーからは、」防衛行為は、防衛をする人じしんのためになされるので、ほかの人のためになされる

のでも、全く同じである」とらわれていた(チイトマンの言葉)(Titmann, Handbuch der deutschen Strafrechtswissenschaft, Bd.1, 1806, S.407)。

(47) Haas, Notwehr und Nothilfe, S.94. Vgl. Goldammer, Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preussischen Staaten, Teil 1, 1851, S.419.

一八一〇年のフランス刑法典の正当防衛の規定については、Levita, Das Recht der Notwehr, 1856, S.167 ff. がくわいていし、また、フランス刑法が一八五一年のプロイセン刑法に影響をあたえたことについては、vgl. Halschner, Das Preussische Strafrecht, 1. Teil: Geschichte des Brandenburgisch-Preussischen Strafrechts, 1855, S.275 ff..

三 他人のための正当防衛(緊急救助)の根拠

一 どうして他人のための正当防衛(緊急救助)はみとめられるのであろうか。——この他人のための正当防衛(緊急救助)の根拠については、わが国では、(格別に論じるまでもないことだと考えられたためでもあろうか)ふつう、かならずしも明確に説明されていない。

それでは、他人のための正当防衛(緊急救助)の根拠は、どういうように考えたらよいのであろうか。

かつて、ドイツには、一部に、(i) 他人のための正当防衛(緊急救助)は、急迫不正の侵害をうけた者の委任をうけてその自己防衛権をそれにかわっておこなうのであり、これは、それをおこなう者のプロパーの権限にもとづくものではない、とする考えとか、(ii) 他人のための正当防衛(緊急救助)は、急迫不正の侵害をうけた者のための事務管理

いわゆる他人のための正当防衛(緊急救助)をめぐって(一)

(negotiorum gestor) という性格のものである、とする考えがあった。たとえば、① 他人のための正当防衛(緊急救助)は、その他人の権限にもついでて行為をすることがみとめられたものであり、市民の緊急救助は、いつでも、他人が保護されていることからみとめられる正当防衛の一つの場合として、基礎づけられるものである、とするリッターの考えが、まえの考えの例であり、また、② 他人のための正当防衛(緊急救助)は、それをおこなう第三者が、急迫不正の侵害をうけた者のために事務管理をおこなっているという性格をもっている、とするフォン・トゥアーの考えが、あとの考えの例である。

しかし、ドイツでは、ふつう、こういう、他人のための正当防衛(緊急救助)は、急迫不正の侵害をうけた者の委任をうけてその自己防衛権をそれにかわっておこなうものであり、これは、それをおこなう者のプロパーの権限にもとづくものではない、とする考えなどは、みとめられていない。それは、たとえば、つぎのような理由にもとづくものである。すなわち、たとえば、① かりに他人のための正当防衛(緊急救助)についての格別な規定がなくても、急迫不正の侵害をうけた者からその権限を委ねられて、それにかわって正当防衛をすることはできる(「自救行為」)についてのドイツ民法二二八条「や(奪われた占有を取り戻すことができる) いわゆる「占有奪還権」(Wiederbeschaffungsgrecht)についてのドイツ民法八五九条」には、他人のための正当防衛(緊急救助)にあたる、第三者が本人のために自救行為をかわっておこなうことができるという規定はないが、この場合に、ふつう、第三者が本人からその権限を委ねられて本人のために自救行為をかわってすることはみとめられる、とされている。それで、正当防衛についても、格別な規定はなくても、急迫不正の侵害をうけた者からその権限を委ねられて、それにかわって正当防衛をすることはできる、ということになるのだ、といわれているわけである)、② そこで、もし、この他人のための正当防衛(緊急救助)の性格を、急迫不正の侵害をうけた者からそ

の自己防衛権を委ねられそれをかわつておこなうことである、というように理解するとすれば、この規定は格別なくともよいものであり、余計なものである、ということになってしまう、③ そうであるとすれば、この他人のための正当防衛(緊急救助)の性格は、急迫不正の侵害をうけた者からその自己防衛権を委ねられ、それをおこなうものである、とするのは、妥当ではないであろうなどというのである。

二 では、他人のための正当防衛(緊急救助)の根拠については、どういう考えがあるのであろうか。

よく知られているように、正当防衛権の根拠については、大きく分けると、三つの考えがある。すなわち、(別の機会にくわしくいったように、)⁽⁷⁾ (i) 正当防衛権は、緊急の場合には、人間は、自己主張をし、自己防衛をするというつよい自己保存の本能をもっている、ということからみとめられたものである、とする考え(「正当防衛の個人主義的な見方」〔der individualistische Aspekt der Notwehr〕)と、(ii) 正当防衛権は、自己保存のためばかりではなくて、同時に、緊急の場合には、法秩序はゆるぎなく存在しているということをしめすため(レヒツペヴェールング〔Rechtswahrung〕〔法秩序の防衛〕のため)にもみとめられているものである、とする考え(「正当防衛の二元的な見方」〔die dualistische Ansicht der Notwehr〕)と、(iii) 正当防衛権は、もっぱら、緊急の場合にも、法秩序はゆるぎなく存在しているということをしめすため(レヒツペヴェールング〔法秩序の防衛〕のため)にみとめられるものである、とする考え(「正当防衛の超個人主義的な見方」〔der überindividualistische Aspekt der Notwehr〕)が、それである。⁽⁸⁾

他人のための正当防衛(緊急救助)の根拠をどういうように考えるのかという問題については、ドイツでは、この正当防衛権の根拠をどう考えるのかということに対応して、大きく分けると、つぎの三つの考えがだされてきている。

いわゆる他人のための正当防衛(緊急救助)をめぐる(一)

すなわち、

〔i〕 正当防衛権の根拠を個人の自己保存の本能にもとめながら、緊急救助の根拠の問題にアプローチしようとする立場（ドイツのかつての考え〔たとえば、ツアハリエ、フォン・アルベルティ、フォッケなど〕⁹⁾）は、これであったが、いまでも、この立場はある〔たとえば、ヴァグナー、ミツチュ〕¹⁰⁾と、

〔ii〕 正当防衛権の根拠を個人の自己保存と法秩序の防衛にもとめながら、緊急救助の根拠の問題にアプローチしていこうとする立場（ドイツのいまの有力な考え〔たとえば、フェルバー、ゼールマン、ロクシン、シュペンデルなど〕¹¹⁾）である）と、

〔iii〕 正当防衛権の根拠を法秩序の防衛にもとめながら、緊急救助の根拠の問題にアプローチしようとする立場（いまのドイツの一部の考え〔たとえば、シュミットホイザー、ハース、ビツイレキスなど〕¹²⁾）である）が、それである。

そうして、このうち、第一の、正当防衛の根拠を個人の自己防衛にもとめながら、緊急救助の根拠の問題にアプローチしよとする立場は、これも大きくわけると、さらに、つぎの三つの考えにわけることができる、といわれている（ハース）¹⁴⁾。すなわち、

（i） 緊急救助と正当防衛とを別のものとみて、正当防衛は個人の自己保存のためのものであるが、緊急救助は個人の自己保存のためのものではない、とする立場（ツアハリエ、フォン・アルベルティ〔この立場は、不正の侵害をする者と緊急救助をする者とのあいだには直接の関係はないので、緊急救助は、個人の自己防衛では説明できない、とす

(15)と、

(ii) 自己防衛という概念をひろく理解して、不正の侵害をうけている者と一定の生活関係にある者(たとえば、それを扶養している者とかその配偶者といった者)は、やはりその侵害をうけているといえるので、こういう者が侵害を直接にうけている者のために正当防衛をするのは、個人の自己防衛といえる、とする立場(たとえば、クヴィストルップ・クライン⁽¹⁶⁾)と、

(iii) 社会を構成する人たちは、おたがいにむすびついているので、不正の侵害があると、その侵害は、それが直接にむけられている人ばかりではなくて、社会を構成するほかの人たちにもむけられているものであって、緊急救助は、個人の自己防衛のためのものといえる、とする立場(たとえば、フォッケ⁽¹⁷⁾)

が、それである。

ここで注目しておいてよいのは、一九八四年に、正当防衛権の根拠を純粹に個人主義的な考えにもとめながら、緊急救助の根拠にアプローチしようという立場をしめしたヴァグナーの考えである。ヴァグナーの考えは、つぎのようなものである。

(i) 正当防衛は、急迫不正の侵害をうけた者は、①緊急の状態におかれているので、これを避ける必要があるし、また、②それを避けるのに慣れていないし、③その行動の自由(Handlungsfreiheit)をまもる必要があるので、みとめられている。
(ii) とくで、①(シュミットホイザーなどによっていわれている)、正当防衛権の根拠についての超個人主義的な見方からは、緊急救助は法秩序を防衛するものである、それで、それは、正当防衛と同じように、正当なものだとされる、と説明されている。また、② 正当防衛権の根拠をもつ(個人の保護と法秩序の防衛という二つの側面から)二次的に説明する見方からも、緊急救助は、超個人主義的な見方と同じように、説明されている。ようするに、正当防衛権の根拠についての超個人主義的な見方からも、それについての二元的な見方からも、緊急救助と正当防衛とを本質的に同じものだとみている

いわゆる他人のための正当防衛(緊急救助)をめぐる(1)

わけである。

(iii) しかし、正当防衛の根拠についての個人主義的な見方になつて、緊急救助は、個人の利益に対する違法な侵害を防ぐための手助けとしてみとめられるものである、と理解するのがよい。こういうように理解することは、超個人主義的な見方をするよりは、より法文の文言に合うことである。超個人主義的な見方からは、緊急救助と正当防衛とは本質的には同じものだとされているが、そうであるとすれば、正当防衛の規定でいう「自分か他人を」(von sich oder einen anderen)という文言は余計なことであり、正当防衛についてのドイツ刑法三二条二項の規定は、「正当防衛」というのは、急迫不正の侵害を避けるために必要な防衛のことである」(Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff abzuwenden.)⁽²¹⁾とすればよいことになつてしまふからである。

三 では、わたくしたちは、いったい、他人のための正当防衛(緊急救助)の根拠をどういふように考えたらよいのであるうか。

(1) 他人のための正当防衛(緊急救助)の根拠をめぐる考えのうち、緊急救助は、急迫不正の侵害をうけている者の委任をうけてそのかわりにその自己防衛権をおこなうものである、とする考えは、すでに古く、バルトルス(Bartolus)⁽²⁰⁾やグロティウス(Grotius)やプーフENDORF(Pufendorf)などもこれを主張していたといわれているものである(ハース)⁽²¹⁾。

しかし、こういう考えは妥当ではなく、かつて、フォン・アルベルティがいったように、急迫不正の侵害をうけている者の委任をうけてそのかわりにその正当防衛権をおこなうという場合は、緊急救助とはいえず、緊急救助というのは、こういう場合以外の第三者が他人のために正当防衛をする場合をいうと理解するのがよいであろう。⁽²²⁾もし不正の侵害をうけた者の委任をうけてその正当防衛権をかわつておこなうことを緊急救助というものとすれば、① 緊急救助というのは、正当防衛権をほか

の人にかわつておこなつてもらつてもよいのか、また、それはどの程度みとめられるのか、という問題になつてしまひ、とくべつに問題とはならないことになつてしまふし、② 刑法の「…他人ノ権利ヲ防衛スル為メ」という緊急救助の規定は必要のないものになつてしまふとおもわれるからである。⁽²³⁾

(2) (すでに別の機会にくわしくいつたように)⁽²⁴⁾ 正当防衛権は、人間の自己保存の本能ということと、いわゆるレヒツベヴェールング(法秩序の防衛)ということとから、みとめられるものである。

(1) このうち、まえの人間の自己保存の本能ということについていえば、くわしくいうと、人間の自己保存の本能ということには、(i) 一方には、人間は、緊急の場合には、自己主張をし、自己防衛をしていこうとするつよい自己保存の本能をもっている、という側面があり、(ii) 他方には、人間は、しばしば、自分に迫つた危険を自分の力では防ぐことができず、他人の助けを必要とし、自分で自分を助けようとするのと同じように、他人の助けをもとめていくものである、という側面があるものである。ドイツには、ドイツの詩人シラー(Schiller)のいつた「どこにその命を全力をあげてまもろうとしないようなおとなしい人間がいるだろうか」(„Wo lebt denn das friedsame Geschöpf, das seines Lebens sich nicht mit allen Lebenskräften wehrt?“) (『ヴァルンマン・タインの死』[„Wallensteins Tod“] 第一幕第七場)と、「運任せでやってみよ。隣同志は助けあわなければならぬ。みんな同じ目にあわないうわけでもないから」(„Greif an mit Gott! Dem Nächsten muß man helfen, es kann uns allen Gleiches ja begegnen“) (『フェルヘルム・テル』[„Wilhelm Tell,“] 第一幕第一場)という言葉をつかつて、このことを説明しようという立場(シュスマンデル)もあるが、⁽²⁵⁾ こういつてもよいであらう。この人間の自己保存の本能のうち、人間は、緊急の場合には、しばしば、自分に迫つた危険を自分の力では防ぐことができず、他人の助けを必要とし、他人の助けをもとめていくものである、

いわゆる他人のための正当防衛(緊急救助)をめぐつて(1)

ということが、他人のための正当防衛（緊急救助）がみとめられている、基本的な理由である。

(2) しかし、正当防衛権は、人間の自己保存の本能ということばかりではなくて、同時に、いわゆるレヒツベヴェールンク（*Rechtshewahrung*）〔法秩序の防衛〕のためにもみとめられているものである。もし、このレヒツベヴェールンクということを考えにいれないと、正当防衛の規定では、(i) 急迫不正の侵害をうけた者に、① そういうことができる場合にも、その侵害を避けるようにしなければならぬ（いわゆる「退避義務」をみとめる）とか、② 国の助け（たとえば、警察官の助け）をもとめるようにしなければならぬ（「公的な援助をもとめる義務」をみとめる）とかとはされていないし、また、(ii) 緊急避難の場合とはちがつて、急迫不正の侵害からまもうとする法益と正当防衛によつて侵害する法益とのあいだにバランスがとれていることはかならずしも必要とはされていないが、こういうことを説明することができないからである。他人のための正当防衛（緊急救助）も、とうぜん、それが、これをおこなう者には個人的な保護をする必要はないけれども、それが法秩序をまもるために役にたつものである、ということからもみとめられているものである。

(3) こういうようにして、わたくしたちは、他人のための正当防衛（緊急救助）については、刑法がこれを見とめているのは、刑法が、(i) 一方で、緊急な場合は、人間は、しばしば、他人の助けを必要とし、自分で自分を助けようとするのと同じように、他人の助けをもとめていくものである、という考えにもとづいて、個人の保護をつよめていこうと考えるとともに、(ii) 他方で、他人のための正当防衛は、これをおこなう者には個人的な保護をする必要はないけれども、それが法秩序をまもるために役にたつものである、と考えたためである、と理解している*。

- (1) ドイツでは、比較的最近になって、ヒツイレキスは、個人の保護を目標とする（正当防衛についての）個人法的な見方からは、緊急救助を説明するとはべきない」としたが(Bitzilekis, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts unter besonderer Berücksichtigung der Notwehrprovokation, 1984, S.46)「わが国でも」ときた。他人のための正当防衛(緊急救助)は、自己保存の本能といふことでは説明できない」といわれている(たとえば、大谷・刑法講義総論第二版(一九九〇年)二二三頁)。しかし、別の機会にもいっただとえば、わたくしの「正当防衛権をめぐる」成蹊法学二二号(一九八三年)二四一―二七頁)「また、あつてもいふように(わたくしたちはそうしてはいないが)、他人のための正当防衛(緊急救助)の根拠は自己保存の本能といふことからただけでも説明できないわけではない。
- (2) Ritter, Der Volksgenosse als Helfer in Volksnot, GS, Bd.115, 1941, S.260.
- (3) Ritter, GS, Bd.115, S.247. Ebenso Schubert, Staatsnothilfe, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 311, 1933, S.33.
- (4) v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1918, Nachdruck 1957, S.587.
- (5) Emneccerus-Nipperday, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, 15. Aufl., 1960, S.1462. Ähnlich Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd.1, 1896, S.356; Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1908, S.671; Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 1913, Anm. 5 zu § 229; Straudinger-Coing, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl., 1956, Anm. 3 zu § 229; Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, hrsg. von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, 12. Aufl., 1974, Rdnr. 11 zu § 229.
- (6) Haas, Notwehr und Nothilfe, S.129 ff.
- (7) わたくしの「正当防衛権をめぐる」一四一―三三頁と「正当防衛権の根拠と限界をめぐる」岡藤重光博士古稀祝賀論文集第一卷(一九八四年)二九六―三二二頁などを参照。
- (8) Vgl. Bitzilekis, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, S.45 ff.; Wagner, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, 1984, S.13 ff.; Fuchs, Grundfragen der Notwehr, 1986, S.37 ff.; Ou-Chan

いわゆる他人のための正当防衛(緊急救助)をめぐる(一)

Choi, Notwehr und „gesellschaftliche Sitten.“ Ein deutsch-koreanischer Vergleich zu sozialethischen Implikationen von Rechtfertigungsgründen, 1988, S.9 ff..

- (9) Zachariae, Bemerkungen zur Lehre von der Notwehr, Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1841, S.434; v. Alberti, Das Notwehrrecht, 1901, S.61; Focke, Notwehr in Lehre und Rechtsprechung. Zum Strafgesetz in Deutschland und Italien, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 403, 1932, S.16.
- (10) Wagner, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, S.34 ff.; Mitsch, Strafbare Provokation strafbarer Taten, 1986, S.116 f.; ders., GA 1986, S.533 ff..
- (11) Felber, Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen—Zugleich ein Beitrag zur ratio des Notwehrrechts—, 1979, S.133; Seelmann, Grenzen privater Nothilfe, ZStW, Bd.89, 1977, S.56 ff.; Roxin, Die „sozialethischen“ Einschränkungen des Notwehrrechtes,- Versuch einer Bilanz-ZStW, Bd.93, 1981, S.71; Spandel, LK. 30. Lief., 10. Aufl., 1982, Rdnr. 11 ff. zu § 32.
- (12) Schmidhäuser, Über die Wertstruktur der Notwehr, Festschrift für Honig, 1970, S.193 ff.; ders., Strafrecht, Allg. Teil, Lehrbuch, 2. Aufl., 1975, S.340 ff.; ders., Notwehr und Nothilfe des Polizeibeamten aus strafrechtlicher Sicht, Aktuelle Probleme des Polizeirechts, hrsg. von Merten, 1977, S.55 ff.; ders., Strafrecht, Allg. Teil, Studienbuch, 2. Aufl., 1984, S.148 ff.; Haas, Notwehr und Nothilfe, S.150 f., 215 f., 220 ff.; Bitzilekis, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, S.57 ff..
- (13) かいつて、ノホリキョクは、正防衛権といふことは、個人主義的な見方から説明し、緊急救助といふことは、超個人主義的な見方から説明しようとした(Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, S.247. Vgl. Wagner, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, S.34 f.)°
- (14) Vgl. Haas, Notwehr und Nothilfe, S. 177 ff.
- (15) Zachariae, Archiv des Criminalrechts, 1841, Neue Folge, S.434; v. Alberti, Notwehrrecht, S.61.

わが国でも、この点をめぐっては、ふつう、たとえば、まもろうとする法益と侵害する法益とのあいだにかならずしもバランスがとれていることは必要ではない、といわれている（たとえば、堀籠「正当防衛・過剰防衛」大コンメンタール刑法第二巻（一九八九年）三五九頁など）ものの、この点については、それ以上にふれられることはすくない。しかし、（別の機会にもいったように）たとえば、わたくしの「正当防衛権をめぐって」三三三頁注（6）を参照し、ときに、この点について、多少のコメントがされていないわけではない。すなわち、① 法文のうえで、まもろうとする法益と侵害する法益とのあいだにバランスがとれていることを必要としない（香川・刑法講義（総論）第二版（一九八七年）一六三頁。同じ趣旨のもの——吉川・三訂刑法総論（一九八九年）一四二頁）とか、② 正当防衛では、「不正な侵害者の法益は、正当な被害者の法益の防衛に必要な限度では、その法益性が否定される」（平野・刑法総論（一九七五年）二二九頁）ので、まもろうとする法益と侵害する法益とのあいだにバランスがとれている必要はないが、まもろうとする法益と侵害する法益とのあいだにひじょうに大きなアンバランスがある場合には、正当防衛はみとめられない（中山・刑法総論（一九八二年）二七〇頁注（1））。中山・概説刑法Ⅰ（一九八九年）九九頁も同じ趣旨のものであろう」といった説明が、それである。

この点については、わたくしたちは、つぎのように説明している。すなわち、「刑法は、緊急避難の場合とはちがつて、正当防衛の規定では、急迫不正の侵害からまもろうとする法益と正当防衛によって侵害する法益とのあいだにバランスがとれていることをかならずしも必要とはしていない。すなわち、刑法は、そういうことが自分か他人の権利をまもるためにやむをえないものであれば、別の言葉でいえば、そういうやり方でしか急迫不正の侵害を防ぐ方法がなければ、たとえ、侵害者の方により大きな損害が生ずる場合であっても、正当防衛をすることができるとしている。それは、一つには、刑法ができるかぎりひろく個人の自己防衛を保障しようとしているからであるが、そればかりではなく、刑法が、（正当防衛は、個人の利益をまもるためのものであるとともに、法秩序をまもるためのものであるという考えを前提として、そうすることによって、同時に、法秩序がまもられる場合には、小さな利益をまもるために、より大きな利益を犠牲にすることをみとめたのであろう」とするのである（わたくしの「正当防衛権をめぐって」二五—二六頁と「正当防衛権の根拠と

限界をめぐって」三〇一頁)。この点についても、わたくしたちは、すくなくとも、実質的な説明をしようとしてきているわけである。

* 「他人のための正当防衛」(「緊急救助」)については、わたしの『正当防衛権の根拠と展開』(一九九一年)二九三―三四八頁で多少くわしく論じておいた。