

《個人研究（2003年度～2004年度）》

正当防衛と緊急救助に関する一考察

津田重憲☆

Eine Betrachtung zur Notwehr und Nothilfe

Shigenori Tuda

目次

- 1 緒論
- 2 「正当防衛」と「緊急救助」の歴史的考察
- 3 プロイセン刑法典から現行ドイツ刑法典まで
- 4 緊急救助の正当化根拠

1 緒論

わが刑法36条1項は「急迫不正の侵害に対し、自己または他人の権利を防衛するためにやむを得ずにした行為は、罰しない」と規定し、ドイツ刑法32条2項は「正当防衛は、自己または他人を現在の違法な攻撃から回避させるための必要な防衛である」（§32(2) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden¹⁾）と規定する。これらの規定によれば、正当防衛(Notwehr)は、急迫(現在の)・不正(違法な)の侵害(攻撃)に対しては、自己のみならず他人をも防衛行為に出ることができることを明文で規定していることになる。すなわち、正当防衛(自己防衛)という緊急状態(法状態)は、「自己防衛」とともに「他人防衛」をも同時に違法性が阻却され、犯罪不成立となるということの意味する。このように、自己防衛とともに他人防衛をも同時に刑法典で規定しているのは、わが国やドイツだけではなく、スイス刑法典²⁾、オーストリア刑法典³⁾、ギリシア刑法典⁴⁾など、多数の国で認められている。確かに、自己(正当)

☆法科大学院教授

¹⁾ Vgl. Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., 2001, § 32, S. 600ff.

²⁾ Vgl. N.-C. Courakis, Zur sozialetischen Begründung der Notwehr, 1976, S. 121.

³⁾ Vgl. Suppert, Studien zur Notwehr und "notwehrähnlichen Lage", 1971, S. 38.

⁴⁾ Griechisches Recht. in Art. 22 gr StGB: 2. Notwehr ist diejenige Verletzung des Angreifers, die notwendig ist, um einen rechtswidrigen und gegenwärtigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwehren. (in: Courakis, a. a. O., S. 121.)

防衛は、自己（個人）が、急迫不正の侵害を受けた場合に、自己の生命・身体・自由・財産などの法益を防衛するために、反撃行為（防衛行為）にでることは、自然の摂理として理解できる。これは「自己保存の原則」（本能）として、古今東西、その歴史を持たないほど法的確信として承認されてきたものであろう⁵。しかし、何故に、他人のためにも正当防衛が許容されるのであろうか、ということに関しては、これまで十分にその根拠づけがなされてきたということとはできない。そこには、何等かの法的根拠が存在しなければなるまい⁶。ただ、刑法典において、「正当（自己）防衛」と「他人のための正当防衛」を同時に規定しているということは、その正当化根拠は同一であるということになるが、「自己防衛」と「他人防衛」とは、主観的および客観的にみて、その態様が異なっているため、果たして、両者は同等であるといつてことが済むのであろうか。すなわち、防衛行為の成立要件は、「正当（自己）防衛」と「他人防衛」とは異なるものであろうかということが問題になってこよう⁷。

通常、「他人のための正当防衛」のことを、ドイツでは「緊急救助」（Nothilfe）と称しており、大概の刑法教科書や刑法体系書においてその文言は掲載されているが⁸、わが国では、従来、正当防衛概念の中に埋没され、これまでほとんど議論されることはなかった⁹。しかし、ここへきて、「緊急救助」という文言そのものが認知されるようになり、ようやく、その法的根拠や成立要件が議論の土台に上げられてきたものといえよう¹⁰。以下、本稿では「正当（自己）防衛」と「緊急救助」を比較法的に考察することによって、その法的根拠について探求してみることにする。

2 「正当防衛」と「緊急救助」の歴史的考察

自己にふりかかる急迫不正の侵害に対して、自己が直接の反撃行為に出ることは「正当（自己）防衛」であり、他人にふりかかる急迫不正の侵害に対して、それとはまったく関係のない第三者が、被侵害者を守るために侵害者を攻撃すること（救助行為）を「緊急救助」と称しているが、この「緊急救助」という法現象は「正当（自己）防衛」と同様に古くから承認されていたのであろうか。これを法制史的に概観してみる。

〔1〕 古代ギリシア

古代ギリシア人の法意識は、「友には良いことをなし、敵には悪しきことをするのが正義である」とす

⁵ Vgl. Suppert, a. a. O., S. 43.

⁶ わが国やドイツの通説によれば、正当防衛権の正当化根拠は、「自己保存の原則」と「法確証の原則」が唱えられているが、そうすると、「緊急救助」もこの両原則から根拠づけられることになる。しかし、私見によれば、両原則止揚説から根拠づける考え方を採る。この点につき、津田重憲『緊急救助の研究』（1994年）253頁以下を見られたい。

⁷ この点を鋭く指摘するものとして、斉藤誠二『正当防衛権の根拠と展開』（1991年）294頁。

⁸ Vgl. Roxin, Strafrecht A. T. Bd I. 3. Aufl., 1997, S. 599.

⁹ 現在でも、わが国の代表的な刑法教科書や体系書において、「緊急救助」という文言が掲載されていないものとして、林幹人『刑法総論』（2003年）、松宮孝明『刑法総論講義〔3版〕』（2004年）、団藤重光『刑法綱要総論第三版』（1990年）など。

¹⁰ 因みに、わが国において、早くから刑法体系書のなかで「緊急救助」という文言を掲載しているのは、山岡萬之助『刑法原理 訂正増補15版・全』（1923年）197頁、岡田庄作『刑法原論・総論 第20版』（1927年）269頁。もっとも、岡田（庄）博士は、「急迫救助」と称している。

る同害報復の思想が根底に存在していた¹¹。特に殺人に関しては、被害者の親族による犯人への復讐の習俗が市民の意識を支配していた。そして、殺人(謀殺・殺人予備・同教唆・故殺・過失致死など)に対しては、“穢れ”と“清め”が必要であり、その“清め”は、動物の血によることを要した¹²。ただ、同じ殺人でも、“穢れ”を生じず、“清め”を必要としない場合があり、それは、戦場における殺人であり、武器を備え戦争に出陣し敵を殺害することは、ポリス市民の当然の義務であったとされている。こうした古代ギリシア人における殺人に関する法意識の下に、“穢れ”がなく、“清め”を必要としないものとして、古代ギリシアにおけるポリスの国政を改革する者に対する殺人、あるいは姦夫を殺す場合が挙げられる。「ソロンの法」およびプラトンの「法律」篇によれば、「僭主ペイシストラストの子ヒッパルコスを暗殺したハルモディオスとアリストゲイトンは、民主制を通じて英雄視され、こと民主制という国政を改革する者を暗殺して穢れることはなく無罪である」とし、「民主制を仆す者、またその新政体下の役に就くものは、アラナイ人の敵であり、これを殺すも無罪、暗殺者とその協力者は瀆神を免れ穢れなし」としていた¹³。またプラトンの「法律」篇によれば、「自由身分の女性または子供を強姦するものを、当人または夫・父・兄弟・息子が殺しても、かれは無罪である」とし、さらに、「当人の妻・姉妹や嫡子を得るための妾と通じている姦夫を現場で殺したとき」には、穢れはなく無罪であるとしている¹⁴。このように、古代ギリシアにおける“殺人”でも、他人のための法益防衛は、民主制変革者に対するものと、姦夫の殺害ということに限定されたとはいえ、「緊急救助」という法概念を承認していたものといえ、しかも、その行使は近親者のみに許容されていたものである。もっとも、古代社会に共通した奴隷制度を堅持していたため、少なくとも、奴隷にはこの権限は認められておらず、階級刑法(身分刑法)の定義から一歩も出ることはなかったという評価を下しうる¹⁵。

〔2〕ローマ法

ローマ法では、「緊急救助」(他人のための正当防衛)の概念を是認していたか否かについては、学説上争いがある。①T. Mommsenによれば、緊急救助は広く認められていたとし¹⁶、②ラインによれば、それは近親者による場合だけに認められていたとし¹⁷、③ハースによれば、それは、一定の地位にある者には限るものの、一般的に認める方向にあったとしている¹⁸。ただ、ローマ法上は、「自己防衛」は許容されてはいたが、実定法上は「緊急救助」そのものの規定は存在しない。しかし、ローマ法学上は、自然法論の立場から、キケロが「不法から身を守ることは義務に違反せず、不正の中にそれを積極的にそれをしかける場合はもとより、他人が不法に身をさらされているときには、自己にその力があるのに、あえて

¹¹ L. Pearson. Popular ethics in ancient Greece, p. 16. この点につき、村川堅太郎「古代ギリシア市民——殺人についての意識をめぐって」岩波講座『世界歴史2. 古代2』(1969年)57頁。

¹² Vgl. M. P. Nilsson, Geschichte der griechischen Religion, I. S. 83ff.

¹³ 村川・前掲注(11)68頁注(3)、津田重憲『正当防衛の研究』(1985年)13頁注(7)。

¹⁴ 津田・前掲注(13)12頁。

¹⁵ 津田重憲『緊急救助の研究』(1994年)4~5頁。

¹⁶ Vgl. T. Mommsen, Römisches Strafrecht, 1899, S. 612.

¹⁷ Vgl. Wilhelm Rein, Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus, 1844, S. 143. (in : Robert Haas, Notwehr und Nothilfe, 1977. S. 38 Anm18. : Suppert, a. a. O., S. 44 Anm7.)

¹⁸ Haas, a. a. O., S. 38.

それを防いでやらない場合は義務に違反することになり、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表われであったといえ、不法の防御は、社会共同体の利益を積極的に守る行為であり、それは、『自然の法理』の認めるところとなる¹⁹⁾という。

いずれにしても、ここで分明になったことは、「自己(正当)防衛」の規定は、ローマ法の実定法上(十二銅表法・アクィリア法・コルネリア法など)では許容されていたが、「緊急救助」の規定は見出すことができず、それは、ローマ法学上、自然法論の立場からそれを許容していたものとみるべきであろう²⁰⁾。

〔3〕 中世教会法

中世教会法における「自己(正当)防衛」は、ローマ法学の影響を受けて、自然法論から理論づけられた²¹⁾。この期を代表するトマス・アクィナスは、法を神の命令であると理解し、自然法を実践理性の基礎原理として、人間性が包蔵する自明の法則であるとし、自然法の中でも人間の本性に従って分類され、その中の一つとして、自己維持本能に関わるものとして「自己防衛」を論じる²²⁾。その一方で、「他人のための正当防衛」にも論及し、「自己・両親または家族を防衛するために、他人を殺害したものは、罪とはならない。このような強いられた状態で(殺人)を行ったものが、断食することを欲すならば、これを選ぶことができる²³⁾」としている。また、中世教会法における「贖罪規定書」は「自己・両親または家族を守るためにある人を殺したものは罪がない」と規定し、少なくとも自己防衛または両親・家族防衛のみに防衛権を認めていた²⁴⁾。そこでは、「緊急救助」とみられる状況は両親・家族のみに法益の対象が限定されているため、果たして現在、われわれの言う「他人のための正当防衛」という法概念とは若干趣きを異にすると考えられるが、たとい両親・家族のための防衛行為といえども「緊急救助の類似状態」の一つとして把握することができる。また、「隣人愛」と「共通善」という思想を背景に、「他人のための正当防衛」は、むしろ宗教上の思想からみると、義務として捉えられていたことになる²⁵⁾。ただし、聖職者については「他人のための正当防衛」によって加害者を殺傷したときは聖職につくことができなかつたとされており、こと聖職者にとっては厳格な制限が付されていたものの、通常人による「緊急救助」はかなり広い範囲で是認されていたとされている。その背景には、教会法特有の「共通善」の擁護と「隣人愛」の思想が存在していたからである²⁶⁾。

¹⁹⁾ なお、キケロは、社会共同体としての義務を強調するため、自己防衛——不正に対する——は当然「義務」として許容されるとする(Vgl. Suppert, a. a. O., S. 43 Anm3, S. 44 Anm8.)。

²⁰⁾ ハースによれば、「少なくとも、ローマ法では、他人のための正当防衛は社会的には必要である」(Vgl. Haas, a. a. O., S. 40.)としているが、「必要である」ということと実定法上認められていたということは異なるといわねばならない。

²¹⁾ 津田・前掲注(13)29頁。

²²⁾ 津田・前掲注(13)9~10頁。

²³⁾ Thomas von Aquinas, Summa Theologica, IaIIae. p. 90~95. 高坂直之『トマス・アクィナスの自然法研究』(1971年)341頁。

²⁴⁾ Poenitentialia Pseudo—C, XXXIX

²⁵⁾ Vgl. München, Das kanonische Gerichtsverfahren, und Strafrecht, 2. Bd. 1866. S. 69. :Schreiber, Die Beurteilung der Notwehr in der christlichen Literatur zwischen den 4. und 12. Jahrhundert, 1966. S. 30.

²⁶⁾ Haas, a. a. O., S. 45.

〔4〕 古代ゲルマン時代

歴史的には前後するが、ドイツにおける法制史的な点をみると、古代ゲルマン社会では、法秩序や平和秩序の侵害に対しては、原始本能としての「復讐」(Rache)の思想が支配したものの、中世中・後期のゲルマン法に至り、「復讐」と「防衛行為」との区別が生じてきた²⁷。これは、ローマ法や教会法の影響を強く受けたことに由来するが、「他人のための正当防衛」に関しては、ジッペ(Sippe)と称される部族社会共同体の利益に対する侵害に関して、特異な法意識が看取される。すなわち、ジッペ内の個人が他のジッペから侵害されたとき——生命・財産・名誉——は、そのジッペは被害者のために復讐を行い、生存者のためには復讐を行うために援助する義務を負った²⁸。このジッペによる組織的な復讐を「フェーデ」(Fehde=敵対関係)と称するが、これはジッペ対ジッペ間の対外的復讐である。これに対して、ジッペ内における犯罪をアハト事件(Achtfälle)と称し、アハト事件では加害者はジッペの絆を絶たれ、「平和喪失」(Friedlosigkeit)に処され、その共同体から追放された。なお、ジッペ内の犯罪は現行犯に対して復讐という形態をとるが、この際、被害者は現行犯を現認した時、あるいは被害に遭遇しているときは「叫び声」(Gerüfte)をあげ、この叫び声を聞いた者(Schreimannen)はすべてこれに応じる義務があったとされている。これは、いわゆる「ジッペのための緊急救助」と称することができるが、この当時の習俗・慣習として是認されていたものとして理解される²⁹。

ところで、この時代の法典としては、サリカ法典(Lex Salica)、リブアリア法典(Lex Ribuarica)、フリーゼン法典(Lex Frisionum)、ヴィヒトレアド法典(Wihtrades domas Cantwara cyninges)、イーネ王法典(Institutiones Ine regis)、ロタリ王法典(König Rotharis Edikt)などが挙げられる。この中で「リブアリア法典」第77条によると、「誰か(甲)が自分の物に関し、または妻に関し、または女子(娘)に関し、またはこれと類似の理由により、他人(乙)を捕らえ、彼を縛らんと欲したるに…」と規定し、親族に対する侵害を防衛するための防衛行為を認めている³⁰。また、「フリーゼン法典」第5の1は、贖罪金なくして殺害されうるものについての規定の一つとして、①他人の家へもぐり込もうとして掘っていた穴の中で発見された窃盗犯人、②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、③寺院を破壊したもの——を列挙し、これらの犯罪が行われようとしているか、または行われたときには、他人といえども、その犯罪を防止するために殺害しても、贖罪金の支払い義務はなく、違法性が阻却される旨を規定する³¹。また、「イーネ王法典」第20章は、「その地方では見知らぬ者が正規の道を外れて、藪の中を、叫び声をあげたり角笛を吹いたりせずに忍んで進んで行くのを見つけた場合には、何人も彼を現行犯として殺害してもよい」と規定する³²。これは、「他人のための正当防衛」というよりは、予防的防衛の一種として理解されるものの、広い意味では「ジッペのため

²⁷ Haas, a. a. O., S. 19. :Mitteis/Lieberich, Deutsches Rechtsgeschichte, 14. Aufl., S. 5. f.

²⁸ Vgl. R. His, Geschichte des Deutschen Strafrecht, bis zur Karolina, 1928, S. 47ff. :E. Schmidt, Einführung in die Strafrechtspflege, 1951. S. 22ff.

²⁹ 津田・前掲注(13)42頁。

³⁰ Germanenrechte, Bd. II. Die Gesetze des Kalolingerreiches 714—911, Salische und ribuarische Franken, herausgegeben von K. A. Eckhardt, 1934, [久保正幡『リブアリア法典』(1935年)の邦訳による]

³¹ 津田・前掲注(13)47頁。

³² 林深山「アングロサクソン窃盗防止法の発展に於る国王と領主」法制史学会編『刑罰と国家権力』(1960年)403頁。

の正当防衛」として捉えられる。いずれにしても、古代ゲルマン社会における「緊急救助」は、血統的な共同体を防衛するためにのみ認められ、しかも個人の利益侵害に対する他人（隣人・親族・同胞）も、すべてはジッペのための防衛に還元されていたものといえよう³³。

〔5〕 中世ドイツ法

1215年から1235年までの間に成立したとされるザクセンシュピーゲル(Sachsenspiegel)の第2巻69条は、「人が平和破壊者を、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」と規定する³⁴。この規定によると、「人」が「平和破壊者を」という文言になっているため、「それが単なる個人の生活・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に対する制裁という意味を有していた³⁵」と指摘され、これは一種の「社会緊急救助」あるいは「国家緊急救助」の一類型として捉えることもできる。もっとも、ザクセンシュピーゲルの条文中には、「他人」の権利を防衛するためという文言は見当たらないため、「他人のための正当防衛」そのものではないことに注意する必要がある³⁶。

〔6〕 18世紀までのドイツ刑法典

①1507年に成立したバンベルク刑事判令(Bambergische Halsgerichtsordnung)第175条においては、「別人のための正当防衛」という文言が突如として表われる。すなわち、被害者の免責される場合の一つとして、「ある者がある別人の身体・生命または財産を救済するために、何人かを打ち殺す場合においては、法に精通する人びとに鑑定を依頼すべき旨を宣言し、かかる場合には、一定の手続きを経れば責任が阻却される³⁷」と。この「別人」という文言は、明らかに「他人」と言う意味であり、別人の生命・身体・財産を救済するために、攻撃者を侵害（殺害）しても免責されるとする。いわゆる責任阻却事由としての「緊急救助」の確立である。もっとも、その保護される対象は「別人」の「身体・生命・財産」に限定されているとはいえ、法律の条文で明確に規定されたことは特筆に値する³⁸。

②1532年に成立したカロリナ刑事法典はその第139～144条において「正当防衛」に関する規定を持ち、その第150条2項では「緊急救助」の規定が設けられることになった。すなわち、第139条は、「自己の身体および生命を救助するために正当防衛を行い、この正当防衛によって侵害者（自己にかく強いる者）

³³ 津田・前掲注(13)277頁。

³⁴ Vgl. S. Keller, Der Beweis der Notwehr, Eine rechtshistorische Studie aus dem Sachsenspiegel, 1904, S. 6.

³⁵ 因みに、レヴィタは「現行犯殺害権が法的社会的状態によって制裁を受ける過程のうちに緊急防衛概念が形成された」(Vgl. Levita, Das Recht der Notwehr, 1856, S. 70.)という。

³⁶ すなわち、「自己防衛」のみの規定に終始するザクセンシュピーゲルではあるが、その第2巻69条は、「人が平和破壊者を、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、その人は何等の不利益も蒙らない」(Sachsenspiegel, II. Art. 69. : Swer sô todet oder wundet einen verdebrechêrer, her blibet es sunder wandel, ab her dez selbe sibende gezügen mac. dez her in wundete in dar vlucht oder in der tât, dar her den vird berêche. (in: Keller, a. a. O., S. 9.))と規定するため、これは、いわゆる他人(社会的法益)のための正当防衛として把握されるのではないか？

³⁷ この規定によって、明確に法文で「他人のための正当防衛」が是認されることになった(Vgl. Hippel, Deutsches Strafrecht. Bd. 1. 1925, S. 158ff. : E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965, S. 131.)

³⁸ 津田・前掲注(13)278頁。

を殺害しても何人に対しても責を負うことなし³⁹」とし、同第 140 条は「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、侵害をされた者(強いられたる人)が自己の身体・生命・名誉および良い評判(guten leumuts)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、正当な攻撃によりその身体および生命を救うことができ、いかなる刑罰を蒙ることはない。…」と規定する。これは自己防衛の正当性を明確に宣言したものであるが、第 150 条 2 項は、「他人の身体・生命または財産を救済するために殺人を犯した場合には免責事由がある。…但し、訴訟記録による鑑定を求むべし。…⁴⁰」と規定している。これは、他人の身体・生命・財産の救済は、いわゆる「他人のための正当防衛」(緊急救助)概念として把握できる。ここにおいて、初めて、「他人」という文言が登場することになった。バンベルク刑事裁判令では「別人」であり、カリナ刑事法典では「他人」という文言ではあるが、これは同様のことをいっているにすぎない。もっとも、バンベルク刑事裁判令第 175 条とカリナ刑事法典第 150 条 2 項とも、「かかる場合には法に精通する人々の助言に従って」とか、あるいは「鑑定を依頼すべき旨を宣言し」と言う要件を必要としていることから、「緊急救助」の許容性に疑問を提示する考え方が⁴¹。しかし、当時の刑法学徒であるカルプツォフによれば、「緊急救助」は、神と共同社会に対する義務として、また「隣人愛」の思想によって、是認されていたとし、これは、自己のみならず、「他人」に対しても認められていたことになり⁴²、ここにおいて、「他人のための正当防衛」が確立したものと考えられる。

③プロイセン一般ラント法 (Allgemeine Landrecht für preussischen Staaten, 1794.) の第 517 条によれば、「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の急迫な危険を事実上相当な救助手段によって避止する権能を有する」(pr. ALR. § 517. Jeder Bürger die Befugnis habe, die ihm oder den Seinigen oder seinen Mitbürgern drohende Gefahr einer unsechtmässigen Beschädigung durch der Sache angemessene Hilfsmittel abzuwenden.⁴³) と規定し、ここにおいては「自己の家族または同胞のための正当防衛」が宣言されているが、第 782 条は、明確に「他人」(Anderen) という文言が出てくる。すなわち、第 782 条は、「自己にとって重大な危険がなくて他人を強盗や殺人の手から救うことができた者が、そうしなかったため、他人が生命を失った場合には、14 日の軽懲役に処する」とし、第 783 条は、「他人に対する思いやりがなく恥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このことを公表する」としたうえで、逆に第 784 条は、「同胞の生命を救助した場合には、そのことを公表し、ときに報償を与える」と述べ、「他人のための正当防衛」について、それを怠れば処罰・公表し、それを実行すれば、報償・公表するという、いわばアメとムチの関係にまで規定している⁴⁴。このことは一体何を意味するのかといえ、それは、当時の国家優先主義からくる国家権限の発露であると同時に、

³⁹ ここにおいて、正当防衛による殺人は不処罰であると同時に、損害賠償の責任もないことを明らかにしたのである(津田・前掲注(13)76頁)。

⁴⁰ 津田重憲『緊急救助の研究』(1994年)22頁、参照。

⁴¹ この点につき疑問を提示するのは、Vgl. Volker Krey, Einschränkung des Notwehrrechts bei Verteidigung von Sachgütern, in: JZ. 1979, S. 702ff.

⁴² Vgl. Haas, a. a. O., S. 66.

⁴³ Haas, a. a. O. S. 92.

⁴⁴ Haas, a. a. O. S. 92.

当時の正当防衛論が純粹に個人の権利防衛を許容しているというよりは、むしろ侵害者側が、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、緊急やむをえない場合に限り、私人の手に委ねるという思想が根底にある⁴⁵。換言すれば、プロイセン国家の国家的権力独占の固執とあらゆる私的な自救行為を疑問視する絶対主義的思想の顕われとして理解される。こうした観点に立てば、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あつて、初めて権利が生じることになる。従つて、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、その義務に違反するものとして処罰されたのである（第 782 条⁴⁶）。この考え方の一部は、現在のドイツ刑法にも継承され、その第 323 条 c として規定されている⁴⁷。

〔7〕 19 世紀以降のドイツ刑法

①バイエルン王国刑法典草案⁴⁸は、1810 年のフォイエルバッハの刑法草案に基づいて作成されたものであるが⁴⁹、第 130 条および 131 条において、「正当防衛」と「緊急救助」（他人のための正当防衛）を同じ条文内に同等の権能をする形式で規定する。すなわち、第 130 条は、「だれでも、自己自身および他人を個人の暴力を用いて違法な暴力行為や犯罪的な侵害から守ることができる⁵⁰」とし、正当防衛と緊急救助が正当な権利であることを宣言する。そして、第 131 条は「だれでも、正当防衛の状態にある他人を実際に救助することができるし、自分自身とその他の他人のために侵害を受けている者と同様に、すべての正当防衛の権利と、その際に守らねばならない義務を有している⁵¹」とする。同刑法典草案の起草に重要な役割を果たしたフォイエルバッハは、その著『現行ドイツ普通刑法教科書』（1801 年）において、「正当防衛」を権限に基づく正当行為として、初めて刑法総論の中に位置づけたものであるが、彼は、自己または他人の権利に対する違法な攻撃は「防衛権」を基礎づけ、直接にその侵害が被攻撃者の固有の権利を保持するために必然の前提となるときは、攻撃者のいかなる権利をも排除すると論じた⁵²。

②バイエルン王国刑法典（Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern.）は 1843 年に制定されたが、これはフォイエルバッハの刑法草案を基にしたものである。同法典の第 125～136 条までの 9 箇条にわたつて、正当防衛の規定を有し、その第 126 条はフォイエルバッハ草案第 131 条とまったく同文の規定となっている。本法典における「正当防衛」の成立要件をみると、「公権力の保護が不可能であること」と

⁴⁵ 津田・前掲注(13)32 頁。

⁴⁶ 津田・前掲注(13)282～283 頁。

⁴⁷ ドイツ刑法第 323 条 c は次のように規定する。§ 323c. Unterlassene Hilfeleistung, Wer bei Ungrücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not nicht Hilfe leistet, obwohl dies erforderlich und ihm den Umständen nach zuzumuten, insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. (in: Strafgesetzbuch, H. -H. Jescheck, 37. Aufl., 2002, S. 144. : Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Bd. 2. 2. Aufl., 2005, S. 5583).

⁴⁸ 1813 年制定のバイエルン刑法典 (Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern) の第 125 条と 126 条において、「正当防衛」と「緊急救助」の規定を持つ (Vgl. Suppert, a. a. O., S. 51. Anm. 43.)。

⁴⁹ 1810 年にフォイエルバッハは、「バイエルン刑法典草案」(Entwurf des Gsetzbuchs über Verbrechen für das Königreich Baiern) を起草し、その 130 条と 131 条において「正当防衛」と「緊急救助」の規定を設けた (in: Haas, a. a. O., S. 93. Anm. 105.)。

⁵⁰ Suppert, a. a. O., S. 51. Anm. 43.

⁵¹ Suppert, a. a. O., S. 51. Anm. 44.

⁵² A. v. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Dejnlichen Rechts. 1801, S. 100.

いう一般的な根拠を前提とし⁵³、ここから正当防衛の権利の条件とその違法な限界の条件が導き出され、防衛行為以外に他に執るべき手段が存在したときはその成立が否定され、「たとい私的防衛の必要性が存在するとしても危険の回避に必要以上で過度な防衛行為、必要以上に危険な防衛手段は執れない⁵⁴」ということになる。このため、「他人のための正当防衛」も「自己防衛」が許容される範囲、すなわち、正当防衛の成立要件やその限界について、防衛行為の必要性、補充性の原則、手段の相性を厳格に要求し、権利の濫用を違法と解し、私権の行使を公権の及びえない範囲に限定していたことになる。ただ、「自己」のみならず、「他人」の権利防衛を明確に規定していることは注目に値するものといえよう⁵⁵。

3 プロイセン刑法典から現行ドイツ刑法典まで

〔1〕 1851年に制定されたプロイセン刑法典(*Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten*, 1851.)は、バイエルン刑法典とは異なり、「正当防衛」と「緊急救助」それに「過剰防衛」に関する規定をその第41条の1箇条のみに統一して設けられた⁵⁶。その第41条は、「所為が正当防衛によって必要とされるなら、重罪ないし軽罪は存在しない。正当防衛とは、現在の違法な攻撃から、自己自身または他人を防衛するために必要とされる防御である。行為者が単に狼狽・恐怖ないしは驚愕のあまり防衛の限界を超越した場合にも、同じく正当防衛と看做されるべきである」(§ 41 pr. STGB. lautet: Ein Verbrechen oder Vergehen ist nicht vorhanden, wenn die Tat durch Notwehr geboten war. Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder Anderen abzuwenden. Der Notwehr ist gleichzuachten, wenn der Täter aus Bestürzung, Frucht oder Schrecken über die Grenzen der Verteidigung hinausgegangen ist.⁵⁷)と。この法典の「正当防衛」の規定によって、①あらゆる法益(権利)に対する正当防衛(緊急救助)が可能になったこと、②比例性の観点による正当防衛(緊急救助)の一切の制限の放棄——が実現されたのである⁵⁸。しかし、「緊急救助」については、バイエルン刑法典は、「自己自身および他人のために」という文言であったが、同刑法典は「自己自身または他人を…」という文言になっている。この違いは一体何であろうか。それは、バイエルン刑法典における正当防衛(緊急救助)は「人身ないし財産に対する違法な暴力行為および犯罪的行為」と規定しているため、その保護法益は、身体(生命)・財産のみに限定されているため、「および」という文言になっているものであろう。しかし、プロイセン刑法典はあらゆる法益防衛がその保護対象

⁵³ “Rechtswidrige Gewalttaten und verbrecherische Angriffe…darf ein jeder von sich selbst und anderen durch Privatgewalt abzuwenden versuchen…(in: Haas, a. a. O., S. 94 Anm106.).

⁵⁴ “Jeder ist befugt, einem Andern, welcher in rechter Notwehr sich befindet, mit thätlicher Hilfe beizustehen und hat als dann für sich selbst und diesen Andern alle Rechte der Notwehr mit den dahei zu beobachtenden Pflichten, wie der Angegriffene selbst”. (in: Haas, a. a. O., S. 94 Anm106.).

⁵⁵ 津田・前掲注(13)277頁。

⁵⁶ 因みに、当時のヘーグリアナーの代表者であるケストリンは、「正当防衛は不法な攻撃との比較衡量は必要とされず、攻撃が切迫しており、具体的な場合に国家によって回避不可能な不法に対し、個人に自己自身または第三者の保護のために許容された防衛権である」(Vgl. Köstlin, System des deutschen Strafrechts, 1885. S. 75.)とする。

⁵⁷ Suppert, a. a. O., S. 51. Anm 446.

⁵⁸ Berner, Die Notwehrtheorie, in: Arch. Crim. N. F., 1848, S. 562. derselbe, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1863. S. 139.

になっているため、「または」という文言になっているものとみられる⁵⁹。

〔2〕 こうした思想の裏づけに影響を与えたのが、いわゆるヘーゲリアナー(Hegelianer)と称される、当時の刑法学徒たちによる刑法理論に負っていることはよく知られている⁶⁰。すなわち、ヘーゲルの「法は不法の否定である」という考え方を敷衍し、ケストリンは「緊急防衛権は、不法の絶対的否定という原則に支えられ、それは国家に由来するものであり、それゆえにこそ一定の条件と限界に結びつけられた権利である⁶¹」とし、ヘフターは、「不法はそれ自体無であり、いかなる条件下でも耐える必要はなく、それゆえに緊急防衛権が生じる⁶²」とする。また、レヴィタは、「国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もつ⁶³」とし、ここから、ベルナーは、「正(法)は不正(不法)に譲歩する必要はない」(Das Recht baucht dem Unrecht nicht zu weichen⁶⁴)というテーゼが主張され、このテーゼに基づいて、ベルナーは、「緊急防衛権が防御者個人の権利であるばかりでなく、法の防御、従って、他人の権利のためにも緊急防衛権が許容される⁶⁵」という結論に至る。そして、その権利というものが許容されている最大の根拠は、「不法」(Unrecht)ということに対する断固たる拒否反応に求めることができ、アベックもそのことを強力に主張し⁶⁶、この考え方が、ヘーゲリアナーたちの共通の認識になっていたといえる。そして、この思想は、“Rechtsbewahrung”(法の確証、法の顕現)という表現で示され、現在の刑法学において、「正当防衛」と「緊急救助」権の根拠づけの一つとして承認されるにいたっているのである⁶⁷。

〔3〕 1871年のドイツ帝国刑法典第53条は、上述のプロイセン刑法典第41条の文言を変更することなくそのまま継承され、1975年にドイツ刑法典の施行まで効力を有することになった。すなわち、ドイツ帝国刑法典(旧刑法典)第53条2項は、「正当防衛とは現在の違法な攻撃を自己または他人に対して避ける(排除する)ために必要な防衛である」(§53(2) Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.)と規定した。この第53条2項によれば、従来から争いのあった他に執るべき手段の有無を問題とする、いわゆる「補充性の原則」や法益間の均衡を要求するか否かという「法益権衡性」の問題については一切言及することなく、防衛行為の「必要性」(Erforderlichkeit)のみを規定した⁶⁸。また「他人のための正当防衛」(緊急救助)についても「自己防衛」とまったく同等の権限であることも明記されることになった。

⁵⁹ すなわち、プロイセン刑法典において、防衛されるべき法益(権利)が大幅に容認されることになったといえる。

⁶⁰ Vgl. Haas, a. a. O., S. 113.

⁶¹ Köstlin, Die Notwehrtheorie, S. 562.

⁶² A. W. Heftner, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, 5. Aufl., 1854, § 41.

⁶³ Vgl. Levita, Das Recht der Notwehr, 1856, S. 18. 20.

⁶⁴ Berner, Die Notwehrtheorie, 1848, S. 557.

⁶⁵ Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1. Aufl., T. I. 1857. S. 129. 131.

⁶⁶ Abegg, Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft, 1863, : S. 169. : Haas, a. a. o., S. 114.

⁶⁷ Vgl. Courakis, a. a. O., S. 43. : Haas, a. a. O., S. 113.

⁶⁸ 津田重憲『正当防衛の研究』(1984年)115頁。

ところで、いわゆる防衛行為の「必要性」を判断する基準が問題となるが、それは、「攻撃の強度」(Intensität der Angriff)であり、「正当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⁶⁹。そして、それはまた、「正当防衛においては、個人の権利を防衛することが問題なのではなく、共通利益の保護である『法の貫徹』(Durchsetzung des Rechtes)が問題である」とし、果敢な正当防衛・緊急救助論が唱えられることになった⁷⁰。しかし、こうした峻厳な正当防衛(緊急救助)論は、国家権力が前面に出てくることになり、個人保護の観点に欠ける憾みが出てきたことから、それを制限する方向へと転じ、①侵害の程度に応じて正当防衛権や緊急救助権に一定の制限を施す考え方、②正当防衛権や緊急救助権においても、「優越的利益の原則」や「法益権衡性の原則」あるいは「相当性」や「補充性の原則」さらには、「権利濫用の思想」の導入などが唱えられるなど、正当防衛権や緊急救助権について、一般にかつ普遍的な制限を施し、その行使に歯止めをかける考え方が現在の学界の趨勢となっている⁷¹。

〔4〕 ドイツでは、1975年に新刑法典が成立したが、その第32条1～2項において、ほぼ旧刑法第53条の条文をそのまま継受した形で「正当防衛・緊急救助」規定が施行された。すなわち、その第32条2項は「正当防衛とは、現在の違法な攻撃を自己または他人から回避するための必要な防御をいう」(§ 32(2). Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.)と規定する。イエシエック＝ヴァイゲントによれば、この規定は、何人も、侵害された第三者のためにも正当防衛をすることができるのであって、この第三者は、ドイツ刑法35条にいう免責的緊急避難におけるように親族その他の密接な関係にある者である必要はないのである。また、緊急救助の要件と許容範囲は、自己防衛の場合と異なるところはない。さらに、緊急救助の場合には、「救助される第三者の状況によって判断されねばならず、とくに緊急救助者の防衛の意思(緊急救助の意思)に加えて、被侵害者の防衛の意思も問題になる」とし、それは「何人も、他人が自己防衛をしたくないか、第三者の助けなしに済ませたいと思っている場合に、その者に援助を押しつけることはできないからである⁷²」とする。しかし、この点については、疑義が存するが⁷³、いずれにしても、「他人のための正当防衛」(緊急救助)は自己防衛とまったく同等の法的効力を有しており、その成立要件も同等であるということになる⁷⁴。

〔5〕 一方、わが国においては、明治維新以降、1880(明治31)年に全文430箇条から成る旧刑法典が制定され⁷⁵、その第314条は「身体生命ヲ正当ニ防衛シムコト得サルニ出テ暴行人ヲ殺傷シタル者ハ自

⁶⁹ Vgl. Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1. 1885, S. 733.

⁷⁰ Vgl. Yanka, Der strafrechtliche Notstand, 1878, S. 19ff.

⁷¹ 津田・前掲注(13)121頁。

⁷² Vgl. Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Allgemeiner Teil. 5. Aufl., 1996, (西原春夫監訳『イエシエック＝ヴァイゲント・ドイツ刑法総論・第5版』1999年、265頁～266頁〔吉田宣之執筆〕)。

⁷³ この点に関する詳細なことについては、津田重憲「被侵害者の意思と緊急救助」法律論叢第77巻4・5合併号(2005年)211頁以下を参照されたい。ここにおいて私は、被侵害者の意思にまったく関係なく、緊急救助権の行使が可能であることを論じている。なお、津田・前掲注(13)161頁以下をも参照。

⁷⁴ 津田・前掲注(13)77頁以下。

⁷⁵ 1868(明治元)年に仮刑律が、1871(明治3)年には新律綱領、1874(明治6)年には改定律令が定められ、武家法が捨てられたものの、律令刑法という復古調のものであったため、欧米諸国との不平等条約の改正要求と相俟って、西欧法の継受が必要となり、近代刑法の体裁を超えた旧刑法の制定となったのである。

己ノ為メニシ他人ノ為メニスルを分タス其罪ヲ論セス但不正ノ所為ニ因リ自ラ暴行ヲ招キル者ハ是限ニ在ラス」と規定し、「自己防衛」と「他人防衛」を同じ条文内に同時に設けることになった⁷⁶。この旧刑法典は、フランス刑法典に倣って制定されたものであるため、正当防衛ならびにそれに関する規定は、当然に、この法典の実質的な起草者であるボアソナードの見解を反映したものであるといえる⁷⁷。先にドイツのバイエルン刑法典やプロイセン刑法典の中の、「正当防衛」規定を一瞥したが、これは、フランスのナポレオン刑法典に倣って制定された経緯があるため⁷⁸、それを模倣したわが旧刑法典にも、必然的に、「正当防衛」や「緊急救助」の規定が設けられたことは、けだし、当然のことといえよう⁷⁹。

しかし、こうした旧刑法典は、当時のわが国の国情に適合しない点に鑑み、1907(明治40)年に、現行刑法典が制定されることになった。すなわち、現行刑法第36条1項は、「急迫不正ノ侵害ニ対シ、自己又ハ他人ノ権利ヲ防衛スルタメ已ムコトヲ得サルニシタ行為ハ之ヲ罰セス」と規定した。これがそのまま現代においても改正されることなく適用され、ただ、1995(平成7)年に刑法条文の平易化に伴い、現在のように文言が現代的な表現に改められたのである⁸⁰

4 緊急救助の正当化根拠

「他人のための正当防衛」(緊急救助)は、各国の刑法典において自己(正当)防衛と同列にかつ明確に規定されているため、それは正当(自己)防衛そのものとして理解されねばなるまい。もっとも、「自己防衛」と「他人防衛」とは、主観的・客観的にその態様が異なるため、「自己(正当)防衛」の正当化根拠をそのまま「緊急救助」に敷衍させることには疑問を呈する見解もある⁸¹。しかし、もしそうであるならば、この両者を別々の条文に規定しておかねばなるまい。しかし、法文は、同一の条文内に並立して規定しているため、それは、同じ概念として理解されねばならず、また、そうでなければならぬことになる⁸²。

そこで、「正当防衛」と「緊急救助」が同一の概念であるということになれば、その正当化根拠が求められることになる。正当防衛の正当化根拠としては、「自己保存の原則」と「法確証の原則」⁸³というこ

⁷⁶ この点については、津田・前掲注(13)59頁以下を参照。

⁷⁷ この1880(明治13)年に制定された旧刑法は、パリ大学教授、ボアソナード(Gustave Emile Boissonade, 1825-1910.)を法律顧問として招聘し、刑法典の編纂に当たさせたものである。

⁷⁸ 大谷實『新版刑法講義総論〔追補版〕』(2004年)16頁。

⁷⁹ 因みに、明治13年旧刑法312条、314条、315条は、自己防衛のみならず、他人のための正当防衛が規定されていた。もっとも、その罪は、「宥恕」と「不論罪」という刑の種類であり、責任阻却と違法阻却の両方に跨ったものであった。この点については、津田・前掲注(6)59頁参照。

⁸⁰ 旧刑法典と現行刑法典における「正当防衛」と「緊急救助」の規定が異なる。それは、旧刑法では殺傷罪に関する各則編に置かれていたが、現行刑法では総則編に移され、あらゆる法益に対する防衛行為が可能となったのである(津田・前掲注(13)63頁)。

⁸¹ この点を鋭く指摘するものとして、齊藤誠二『正当防衛権の根拠と展開』(1991年)294頁。ドイツにおいてこのことを指摘するのは、Vgl. Mitsch, Nothilfe gegen provozierte Angriffe, GA. 1986. 533. :Seier, Umfang und Grenzen der Nothilfe im Strafrecht, NJW. 1987, S. 2476.

⁸² この考え方を強力に主張するものとして、津田重憲『正当防衛の研究』(1984年)74頁、津田重憲『緊急救助の基本構造』(1998年)20~21頁。

⁸³ ドイツでは、Suppernt, a. a. O., S. 43ff. : Stratenwerth, Strafrecht, A. T. 3. Aufl., 1981, S. 300. : Krause, Zur Problematik der Notwehr. in: Bruns-Festschrift, 1978, S. 7bf. など多数に上り、わが国では、大谷・前掲注(78)293~294頁、曾根威彦『刑法総論・新版補正版』(1996年)103頁、齊藤(誠)・前掲注(7)1頁以下など有力である。

の二つの原理から説明することが一般的である⁸⁴。それは、近代刑法学が樹立されて以来、19世紀から20世紀にかけて、二つの大きな流れに沿って唱えられ、その流れの一つは、カントの正当防衛論に論を發した、いわゆるカンティアナーたちによる「自己防衛権」であり⁸⁵、もう一つの流れは、ヘーゲルから出發した、いわゆるヘーゲリアナーたちによる「法は不法に譲歩する必要なし」という命題から「法の確証」という考え方である⁸⁶。カンティアナーの唱える「自己保存の原則」は「個人保全」という絶対的な命題から、「侵害に脅かされる個人の権利の防衛、すなわち、自己保存を中核とした個人保全」が前面に出てくる⁸⁷。これは、通常、「自然権」としての正当防衛論である⁸⁸。ロクシンも、「個人保護は正当防衛の基礎である」として「ドイツ刑法32条は、防衛者に『自己または他人』に対する攻撃の防衛を許容しているため、その出発点は個人保護の中にあるということが明らかになる⁸⁹」とする。もっとも、「自己保存の原則」という「個人保全」の考え方からすると、「他人のための正当防衛」の正当化根拠の説明に苦慮することになるが⁹⁰、いずれにしても、「自己保存の原則」は、正当防衛の法的根拠の一つとして、現在でも有力に唱えられているのである⁹¹。

一方、「法確証の原則」は、ヘーゲルの『法の哲学』によって展開された「法と不法」との弁証法を命題化し、不法の無意味性をさらに否定し、それは通常、国家がなすものであることを、正当防衛の場合には、それが不法な侵害を受けた者に与えられると考える⁹²。ここから、「正は不正に譲歩する必要なし」という命題が出發し、緊急の場合には、法秩序は揺るぎもなく存在していることを示すものであり、不正な侵害を行うものは、法によってその制裁を受けることになるとする⁹³。この考え方によると、他人のためにも正当防衛が認められる根拠づけが容易となる。このため、現在の支配的な見解によると、正当防衛権は、自己保存のためばかりではなく、それと同時に緊急の場合には、法秩序は揺るぎもなく存在していることを示すためにも認められているとする。いわゆる、「両原則併存説」である⁹⁴。しかし、この両原則も、単なる併存というだけでは、その意味するところがいま一つ分明でない。そこで、この場合には、正当(自己)防衛は、自己の法益の保護によって、法秩序を保護し、緊急救助は他人の法益の保護によって法秩序を保護するという、いわゆる「両原則止揚説」という考え方を提唱する⁹⁵。確かに正当防衛の本来の出発点は、自己保存のために、法が例外的に個人に対して認めたものであることは肯定でき

⁸⁴ 山中敬一『正当防衛の限界』(1985年)23頁以下。

⁸⁵ カンティアナーとしては、フォイエエルバッハ、グラテナオウアー、ティットマン、ヘンケ、パウアー、マレツォル、ビンテック、イエーガー、オェトカー、クラーベ、ロググシュなどが挙げられている(Vgl. Haas, a. a. O., S. 100~106.)。

⁸⁶ ヘーゲリアナーとしては、ケストリン、アベック、ヴェセリ、ガイヤー、ベルナー、ロエフラーなど(in: Haas, a. a. O. S. 113.)が入る。

⁸⁷ Vgl. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1801, S. 36-38.

⁸⁸ 「自然権」としての正当防衛論を指摘するものとして、川端博『正当防衛権の再生』(1998年)2項。

⁸⁹ Vgl. Roxin, Die "sozialethischen Einschränkungen" des Notwehrrechts-Versuch einer Bilanz-. in: ZStW. Bd. 93. 1981. S. 75-76. : ders. Strafrecht, A. T. Bd. 1. 3. Aufl., 1997, S. 550-551.

⁹⁰ 津田・前掲注(13)260頁。

⁹¹ わが国でも、この考え方に立つものとして、大場茂馬、泉二新熊、滝川幸辰、岡田庄作、草野豹一郎、斉藤金作、山中敬一、福田平、香川達夫、吉川経夫、野村稔などが挙げられる。

⁹² Vgl. Bitzilekis, a. a. O. S., 38.

⁹³ ただし、ガイヤーによれば、「もしも不法が絶対的に空虚であるならば、もはやそれを廃棄する必要もなく、それが実存するのを阻止する必要もなくなってくる」(Vgl. Geyer, Die Lehre von der Notwehr, 1857, S. 20.)。

⁹⁴ ドイツの多数説である(Vgl. Bertel, Notwehr gegen verschuldete Angriffe, in: ZStW. Bd. 84. 1972, S. 1ff. :Blei, Strafrecht, A. T. 16. Aufl., 1975, S. 127. :ews.)。

⁹⁵ Bitzilekis, a. a. O., S. 61. 津田・前掲注(6)274頁。

る。しかし、そうであるならば、刑法は、「自己」とだけ規定すればよい。正当防衛も緊急救助も法的な権利として認められている以上、しかも法そのものが、社会的、国家的なものである以上、「個人保存の原則」と「法秩序保護の原則」の両者を併存し、それを止揚したものとして理解すべきである⁹⁶。これが、正当防衛と緊急救助を同一の条文内に規定した意味であり、その正当化根拠は、正当防衛権の正当化根拠と同一であるということになる⁹⁷。なお、緊急救助が正当防衛と同格であるとすれば、その成立要件も同じでなければならない、それはまた、別の検証が必要となる⁹⁸。

(つだ しげのり)

⁹⁶津田・前掲注(6)273頁。

⁹⁷すなわち、「自己保存の原則」のみでは、他人のための正当防衛の根拠づけはもとより、社会的法益や国家的法益に対する正当防衛の根拠づけの説明も困難になってくるのである。さらに、「法確証の原則」のみでは、国家権力が前面に押し出されることになることになり、「個人保全」の基本的な考え方が犠牲される危惧感が生じるからである。この点につき、津田・前掲注(6)268頁を参照されたい。

⁹⁸すなわち、正当防衛・緊急救助の成立要件である、「急迫性」(現在性)、「不正性」、「侵害」という現象と、防衛行為における「必要性」と「相当性」そして「防衛の意思」と「緊急救助の意思」という成立要件の慎重な考察が必要となるのである。これらの点については、津田・前掲注(6)1頁以下を参照されたい。