慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	正当防衛の時間的制約とドイツにおける歴史的沿革
Sub Title	Die historische Entwicklung der zeitlichen Beschränkung der Notwehr im deutschen Strafrecht
Author	山田, 雄大(Yamada, Yudai)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2015
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・ 政治・ 社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.107, (2015. 12) ,p.137- 167
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20151215-0137

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

正当防衛の時間的制約とドイツにおける歴史的沿革

山田雄大

一　はじめに
二　ローマ法の継受と攻撃と反撃の同時性
(一)　前史
(二)　ローマ法の継受――カロリーナ刑事法典
(三)　普通法時代の学説――同時性概念の確立
三　各ラントにおける立法――同時性から先行性へ
(一)　ヴュルテンベルク
(二)　バーデン
(三)　バイエルン
(四)　プロイセン
(五)　小括
四　本稿のまとめ

一　はじめに

本稿では、正当防衛の時間的範囲の制約に関する議論がどのような経緯で生成されてきたのかについて検討する。わが国の刑法三六条は「急迫不正の侵害」に対して防衛が可能だとしており、「刑法三六条にいわゆる急迫の侵害における『急迫』とは、法益の侵害が間近に押し迫ったことすなわち法益侵害の危険が緊迫したことを意味する」とされている。(1) もっとも、いかにしてこのような正当防衛の時間的制約について議論されるようになったのかについては、これまでのところ立ち入った検討がなされているわけではない。侵害の急迫性は、これに欠ければ過剰防衛の成立可能性も否定されるため重要な要件だといえるため、正当防衛の時間的範囲に関する議論の成り立ちを考察していくことは、正当防衛の成立範囲を考えるにあたって意味を持つものであるように思われる。本稿は、「現在の違法な攻撃」に対する反撃を許容する正当防衛規定を刑法典(2)にもつドイツにおける議論を参照し、このような時間的制約に関する文言が付加されることになった背景について、その歴史的展開を順に見ていく。なお、現行ドイツ法の「現在の攻撃」という文言はライヒ刑法典から変更されていないため、本稿では主としてライヒ刑法典までの議論を扱うこととしたい。(3)

本稿において歴史的展開を考察することで得られる知見を予め述べれば、ドイツにおいてはローマ法の継受により、正当防衛の時間的成立範囲は「反撃と攻撃の同時性」という概念に収束することとなる。またその後、一九世紀における各ラントの立法をめぐる議論からは、「反撃と攻撃の同時性」から「反撃の攻撃に対する先行性」へ概念の性質が移行することが明らかになる。

二　ローマ法の継受と攻撃と反撃の同時性

本章では、ローマ法の継受によりなされた議論までを概観する。まず継受の前提となったローマ法における議論（一）1）、継受に至るまでの古代ゲルマン法（一）2）、中世ゲルマン法における議論（一）3）を以下で見分することとする。

（一）前史

1　ローマ法

ローマ法[4]においては共和制が確立しつつあった紀元前五世紀頃から自力救済、復讐（血讐）は制限される方向にあったとされている。正当防衛については、二八六年頃制定されたとされるアクィリア法（Lex Aquilia）に関するパウルス（Paulus）の註解に、防衛行為と復讐を分化する記述が見られる。そこでは防衛が第三者に及んだ場合にアクィリア法の適用がないことの理由として、「というのも暴力行為を行う者に対してのみ対抗して暴力を行使することが許され、そしてまたその暴力が自己の保護のためであり、復讐を理由として行われたものでない場合にのみ許容される。」と述べられている[5]。そして、既にローマ法においては、一定の時間的範囲に正当防衛を限定する試みがなされていた。この試みは、正当防衛の要件論においては、正当防衛の終期を操作することによって、できる限り復讐を許容しないという手法で行われている。例えば、学説彙纂（Digesta）におけるウルピアヌス（Ulpianus）の註解には、「武器を持って来る者がいる場合、その者に対し武器をもって反撃することができる、しかしそれは即座にその場所でなされなければならず、時をおいてから初めてではできない。その際、ただ単に攻撃されないために反抗を果

たすことが許容されているというだけではなく、既に攻撃されてしまったときにも、攻撃者に対して即座にその場所で再び反撃することも許されるが、時をおいてからはできないということに注意されなければならない。」という記述がある。[6] キケロ以降のローマ法学者は、正当防衛を自然権の発露であるとしていた。[7] ここでの自然権は、自己保存の利益とも捉えられ、[8] そこから自己保存の必要のある正当防衛と、その必要のない復讐を分離するという立場に繋がったと理解できる。

もっとも、復讐との峻別が当時完全になされていたとまで言い切ることもできないように思われる。[9] 右のウルピアヌスの註解は「時をおいて」反撃に出ることができないと述べており、攻撃と反撃の同時性までは要求されていなかった。一定の時間的限定が存在したことは確かであるが、復讐を完全に排斥するには至っていなかったと考えられる。またローマ法において正当防衛の性質は、必ずしも自己保存という側面のみから説明されているわけではない。社会情勢が乱れるにつれて、正当防衛の成立範囲は拡大した。[10] 例えば、三九一年の勅法では、自己の土地に夜間不法に侵入してきた強盗や、辻強盗を殺害することが許容されている。[11] そこでは、引き起こされた殺害結果は強盗自身によって招かれたものであり、後に裁判を通じて罰されるよりも、その時点において防止される方が好ましいとされている。また、四〇三年の勅法では、脱走兵の殺害が許容されている。[12] そこでは、公共の場所での辻強盗と脱走兵を等置し、どちらの場合も公共の平穏の維持のために、実力行使することが可能だとされた。以上の諸勅法に鑑みれば、ローマ帝国時代末期には、正当防衛は自己保存という側面だけでなく、平穏の維持という側面も有するものとして考えられており、国家権力の脆弱性から私人にその場での殺害による平穏の維持が可能であり、ローマ法における正当防衛は、侵害終了後も平穏維持のために一定程度認められていたと思われる。

2　古代ゲルマン法

一方でゲルマン法においても復讐の制限の一形態として、正当防衛の明確な概念はなかったものの、自力救済の時間的な制約が設けられていたとされている。[13] ゲルマン法においては、自力救済は主に現行犯人に対して行使されるものとして想定されており、時間的制約がかけられる類型は、①自己の物（動物）の取戻しと、②現行犯逮捕・殺害権とに大きく分けられる。古代ゲルマン社会においては、復讐思想に根ざした自力救済が行われていた。復讐はジッペ（Sippe）と呼ばれる家族共同体を中心としてなされ、ジッペに対するジッペの組織的な復讐であるフェーデ（Fehde）は、犯行が一夜を超えて発見されたときに行われるものとして広く容認されていた。これに対して、ジッペ内の犯行により破壊されたジッペの平和と被害者の名誉を回復するために、現行犯人の殺害も許容されていた。現行犯の被害者は叫び声を上げ、シュライマンネン（schreimannen）と呼ばれるこの叫び声を聞いた者たちはこれに応じなければならず、現行犯人の殺害後には裁判における宣誓補助者も担った。被害者は、現行犯人の殺害後、さらなる復讐を防止するために緊急裁判所において復讐の正当性を明らかにする必要があった。[14] また平和破壊は、贖罪（Sühne）によって平和喪失[15]（Friedlosigkeit）などの制裁をなしに済ますこともでき、現行犯人も殺害行為の態様によっては、贖罪金や人命金（Wergeld）の支払いが必要であったとされている。[16]

部族法時代になると、贖罪金支払いの金額をめぐるフェーデを間接的に制限するために、紛争に関して支払われるべき金額が王法で設定され、支払いのための手続が示されることとなった。[17] その中に①自己の物（動物）の取戻しに関する定めもあり、フランク時代最古の部族法典として知られるサリカ法典（Lex Salica）では、第三七章の追跡（Spurfolge）に関する規定において動物を盗まれた者が追跡して目的物を発見した場合に、裁判までの目的物の保管者の選別について、三夜の経過を基準にして、その内であれば発見者、外であれば被発見者とされていた。[18] また、サリカ法典の影響を受けて作られたとされるリブアリア法典（Lex Ribuaria）では、第四七章の追跡に関する規定におい

て自己の動物を三日以内に発見した場合には手続を踏むことなく回収可能だとされていた。[19] サリカ法典、リブアリア法典はフランク人によりローマ法の影響を受けずに作成されたとされており、ゲルマン法も自力救済を時間的に制約しようとしていたことが看取される。

またリブアリア法典には、②現行犯殺害権も定められていた。[20] 現行犯殺害権も部族法時代には制限されるようになっており、リブアリア法典においても、現行犯殺害権は逮捕ができなかった場合に許容されうるものだとされている。もっとも対象となる現行犯人は自己の物、妻、娘に対して攻撃を行った者であり、自己の生命・身体に対して攻撃を行う者への正当防衛とはなお距離がある。そしてこの規定には、現行犯人の逮捕・殺害に時間的制約はかけられていない。以上の実体面における補充性という制限とは別に、リブアリア法典では手続面での制限に比重がかけられている。リブアリア法典第七七章において現行犯殺害者にもとめられているのは、一定の儀式的方法による死者の看守と、共誓による死者への釈明という手続の履践である。このような現行犯人殺害の場面の制限ではなく、殺害後の手続の制限が具体的に規定されているのも、現行犯殺害後の新たな復讐を防止することに眼目があると考えられ、現行犯殺害自体は制限できなかったというゲルマン社会の意識を見出だしうる。

一方で、ローマ法の影響を受けたとされる六四三年のロタリ王法典（König Rotharis Edikt）第三二章、第三三章の現行犯逮捕・殺害権規定は、逮捕・殺害が可能な状況を屋敷内で発見されたときに限定していたが、殺害後の手続に関する定めが見られない。[21] この規定が現行犯殺害を緩和して認めているという評価[22]もこのような意味で理解できる。加えて、バユワリオールム法典（Lex Baiuuariorum）の第九章六条では、「もし盗人が、夜間窃盗の現場にて盗品を携へてゐる間に、逮捕せられ、殺害せられたるときは、殺人に基く訴訟は發生せざるべし。」と規定されていた。[23] この規定は対象が窃盗に限定され、状況も現場で盗品を携えている間に限定されているが、殺害後の手続に関する定めがない点は、ロタリ王法典と共通している。その上、ロタリ王法典とも異なり、殺害の逮捕に対する補充性が明記されて

いない。また第八章一条には、姦通の際の現行犯殺害権が定められていた。[24] ここでも殺害の補充性が規定されておらず、広い殺害権が容認されている。加えて、手続上も死者について「何らの救済をも受くることなく自己の犯行のまま〔殺されて〕横はるべし」と、通常の現行犯人殺害後の手続とは異なり、殺害者側で一定の手続の履践が要求されていなかった点でも例外的な規定だったと考えられる。[25] 現行犯殺害権が制限される部族法の時代にこのような緩和された内容の規定が存在していた理由は、対象の現行犯が限定されていたことにあるのではないかと推測される。すなわち、ロタリ王法典やバユワリオールム法典において対象とされた夜間の窃盗や強姦の犯行は、平和の破壊の程度が大きく、[26] それ故にそこで破壊された平和の回復のために殺害すらも通常より広く許容されていたのではないだろうか。その意味では、平和破壊の程度を楔として、害の均衡性が問題視されていたといいうるだろう。

なお、ロタリ王法典には、①②の類型とは別に、動物の攻撃に対する防衛の規定が存在した。[27] この規定では、動物の後を追って殺害した場合にはその動物と同様の物を返却すべきだとされており、このような実体面での制限は他の法典には見られないことから、ローマ法の影響により現行犯殺害権が実体的な制限を受ける上で、自己の防衛権へ発展していったと考えられる。[28]

3　中世ゲルマン法

中世になっても、復讐（フェーデ）の制限は継続してなされた。[29] 一一五二年のフリードリッヒ一世によるラント平和令（Landfriede）では、正当防衛の場合を除いて復讐は全面的に禁止されるとされ、多くのラント平和令により復讐の制限が試みられた。[30] もっとも、その実効性は大きくなく、実際上は中世の終末までフェーデは行われていたとされている。[31] 中世ゲルマン法においては、復讐の制限が行われるうちに、正当防衛の観念も固定化されるようになった。例えば、正当防衛（not, notwere）という語が使用された最古の例の一つとして知られているザクセンシュピーゲル

(Sachsenspiegel) では、第二巻一四条一項に正当防衛に関する規定が存在していた。[32] そこでは、「緊急」である場合に自己の生命を防衛することができるとされていた。また、この規定とは別に第二巻六九条は、「誰しも平和破壊者を殺しまたは傷つけた者は、彼（平和破壊者）の逃走中または彼が平和を破った行為の際に彼を傷つけた旨、自分とも七人で立証しうるならば、それについて償なしで済む。」と平和破壊者に対する反撃を定めていた。[33]

両規定の関係性については、第二巻六九条の平和破壊者殺害規定が、正当防衛も含めたザクセンシュピーゲルの自力救済規定の根幹をなすものであり、第二巻六九条の場合とは別に正当防衛により刑を免れるときがあるというわけではないと考えられている。[34] このような理解によれば、第二巻一四条一項の正当防衛規定における「緊急」である場合も、第二巻六九条に定められたところの、平和破壊者が「逃走中または彼が平和を破った行為の際」に肯定されるということになるだろう。このうち特に、平和破壊者の「逃走中」においても反撃が可能だとされていた点については、正当防衛の観念の中に復讐の領域が依然として含まれていたことが示されているといえる。加えて、逃走中という制限は、事実上意味をなさなかったという指摘もある。[35] 当時も行為者の所属する共同体ないしは行為者自身による事後の贖罪は必要とされており、[36] それがあって初めて正当防衛と認められていたとされているのである。[37] このような理解が正しいとすれば、実力行使は事実上贖罪の時点までが可能であったということになり、正当防衛の成立範囲は非常に広いものであったと考えられる。

ザクセンシュピーゲルにおけるこのような広い正当防衛の時間的成立範囲は、平和破壊の側面から説明することができる。[38][39] すなわち、平和破壊者の逃走中も反撃が許容されるのは、平和破壊者により引き起こされた平和の侵害を回復するためであるからである。また、事後の贖罪という手続も反撃により壊された平和の修復の手段という意味で理解できる。ここでは、攻撃者ではなく反撃者側の平和破壊とその回復が問題とされることになる。攻撃者側の平和破壊と反撃者側の平和破壊がそれぞれ考慮されることで、正当防衛の時間的範囲も決せられたと考えられる。

攻撃者側の平和破壊がいつ生じるかについては、中世ゲルマン法においては厳格に判断されている。攻撃が既に開始されていることが要求され[40]、例えば、シュバーベンシュピーゲル（Schwabenspiegel）第六三章の正当防衛規定においても、「剣を抜いて打ち掛かられ、攻撃を受けた後三歩以上逃げたこと」が要件とされていた[41]。シュバーベンシュピーゲルでは反撃者が逃げられない状況にあったことが要求され、補充性が要件とされていたことが明らかになるが、反撃者が「そこで身を防いだということ」ももとめられていたことなどからすると、攻撃が厳密に開始されることで平和が破壊されると理解されていたと考えられる。さらにバンベルク都市法では、行為者が「負傷」したことが要件とされていたとされている[42]。以上のように、中世ゲルマン法においては、厳格に正当防衛の始期についての基準が定められ、正当防衛の終期は広く解されていた。中世ゲルマン法では、ローマ法において復讐との区別において防衛の終期について議論されたのとは異なり、平和喪失の観念から防衛の始期についての議論が行われた。そのような意味では、事実上復讐が広く行われていた時代にあって、正当防衛においても一定範囲で復讐が積極的に許容されていたといえるだろう[43]。

(二) ローマ法の継受——カロリーナ刑事法典

平和破壊を拠り所に形成された正当防衛の時間的範囲は、ローマ法の継受の影響を受け修正されていく。まず正当防衛の始期について、例えば、ローマ法の影響を大きく受けたとされる一四九九年のヴォルムス都市改革法（Wormser Reformation）[44]では、私法の部においてであるが、武器を持って攻撃された場合、打ち掛かられるまで待つ必要はないとされている[45]。刑法においても、打ち掛かられるまで待つ必要はないという表現は、正当防衛について規定された一五〇七年のバンベルク刑事裁判令[46]一六五条にも継承されている[47]。さらに、これをモデルにして制定された一五三二年のカロリーナ刑事法典一四〇条もバンベルク刑事裁判令とほぼ同様の規定となっており、その内容は以下の

とおりである。[48]

さらに、ある者がある殺害の武器または武具をもって襲い、攻撃し、または打ちかけ、強いられたる人が、その者の身体、生命、名誉および良き風聞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をえざるときは、彼は、適法なる自衛により彼の身体および生命は救うをえて、このさいいかなる刑罰をも蒙ることはなし。しかして、彼が、強いたる者を殺害する場合は、彼はこれに関し何らの責なく、また、彼には、彼の自衛をなすを、彼が打たるるまで待ち設くべき責務もなし。かくは、成分諸法または諸慣習に反すると否とにかかわりなし。

ここでも、「打ち掛かられるまで待つ必要はない」点が継承されているが、ヒッペルによれば、この規定はおそらく以前のバンベルク都市法に向けられたものであり、打ち掛かられるまで待つ必要はないという理解は当時の通説であったとされている。[49] このようにローマ法の継受の時代に正当防衛の始期が緩和されてきた根底には、ローマ法由来の自然権思想、自己保存の観念が浸透し、平和破壊の側面よりも重視されたことがあるのではないかと推測される。

また正当防衛の終期については、正当防衛の証拠に関するカロリーナ刑事法典一四二条（バンベルク刑事裁判令一六七条）では正当防衛とならない場合が示され、被殺害者が「最初の必要事をなし終えたるのち逃げたるにもかかわらず、この者を故殺者が、自由なる意思より、かつ、不要なることにも追跡し」打ち殺したことが原告人から述べられ立証された場合には、正当防衛を援用できないとされている。[50]

(三)　普通法時代の学説——同時性概念の確立

さらにカロリーナ刑事法典制定後、普通法の時代には正当防衛の時間的範囲は、攻撃と反撃の同時性という概念に

結実することになる。カルプツォフ（Carpzov）を中心とした普通法時代の学説は、ローマ法・イタリア刑法学の影響を受けて、正当防衛の要件を原因（causa）、程度（modus）、時（tempus）に分けて論じていた。[51] 原因では侵害の不正性が、程度では防衛行為が問題とされ、時の要件において時間的制約に関して議論がなされた。[52] そこでは、攻撃は存在していなければならない、継続中でなければ正当防衛はできないとされ、終了した後には単なる復讐であると述べられている。これは復讐を制限し、正当防衛と復讐を厳格に区分しようと試みてきた、ローマ法の立場を継承するものである。一方で、カロリーナ刑事法典に現れた「打ち掛かられるまで待つ必要はない」という理解もそのまま受け継がれ、厳密に攻撃の開始する以前に正当防衛は可能だとされている。また、単なる威嚇であっても、攻撃者が剣を握るなどして、真剣に即座の攻撃を実行しようとしていることが示されていれば、正当防衛となると解されていた。[53] 攻撃の開始の判断については事前的であり行為者の認識した事情を判断対象としていたことがうかがえる。

以上のような学説の理解をまとめれば、ローマ・イタリア法由来の攻撃と反撃の同時性と攻撃の開始まで待機する必要がないという理解が結びつき、緩やかな同時性という捉え方がここにおいて定着したものと考えることができる。特に、攻撃は反撃時に「現に存在」していなければならないとされ、ローマ法時代の「時をおいての反撃」も正当防衛と認められることはなくなり、事後の反撃が一切排除された。すなわち、正当防衛と復讐との完全な分化が普通法時代になされることとなったのである。[54] もっとも、攻撃の開始にあまりにも先行する事案の処理についてはまだ不分明である。また、復讐と正当防衛の区別についても、違法性の概念から導き出されることはなかったと思われる。緩やかな同時性の理解は違法性の概念が生まれる前に既に存在しており、当時、正当防衛は故意（dolus）を阻却するものとされていた。おそらく、復讐については故意を阻却しないと考えられていたものと推測される。

三　各ラントにおける立法――同時性から先行性へ

以上の経緯で生成された攻撃と反撃の「同時性」の理解は、その後も維持されている。啓蒙期には、主に正当防衛の根拠について議論されたが、一九世紀には各ラントの立法活動が盛んになった。正当防衛規定についても時間的制約に関する文言が含まれることになり、それをめぐって議論がなされることとなった。この議論の中で、正当防衛の時間的範囲の性質は同時的な反撃から先行的な防衛へと移行していく。以下では、いくつかのラントを題材に立法過程とそこで現れた議論について概観する。[55]

㈠　ヴュルテンベルク

ヴュルテンベルクでは一九世紀までカロリーナ刑事法典が効力を有していたが、普通法の補塡の必要性から、刑法の起草作業が行われることとなった。[56] 一八二三年の草案から一貫して、正当防衛の時間的範囲については「違法な差し迫った攻撃（ein rechtswidriger und dringender Angriff）」を要件としていた。一八三九年ヴュルテンベルク王国刑法典一〇二条は次のとおり規定している。

自己防衛は次の場合に、違法な、そして差し迫った攻撃を官憲の救助を通じて避けられえない場合には許容される。

1) すべての暴力的な、危険ある、生命、健康、自由、もしくは名誉に関連した人への攻撃自体に対して。

2) 不動産もしくは動産の所有の毀損、奪取、処分に向けられた暴力行為に対して、盗まれた物を持って逃げる盗犯に該当する場合にも。

3）他人の所有地へ侵入、押し入りをしようとする者、またはその他の許されざる方法で入り込もうとする者に対して。その防衛によって生じた攻撃者の暴行や殺害は、法律上の限界を超えない限り、不可罰とする。

「盗まれた物を持って逃げる盗犯に該当する場合」という文言は、一八三五年の草案には書かれていなかった。この草案の理由書によれば、「奪取」に向けられた暴力の場合に、盗まれた物を持って逃げる盗犯に該当する場合も含まれると解されていたが[57]、一八三七年の代表者委員会において、「暴力行為」（Gewaltthätigen）に窃盗の場合は含まれないとされ、新たに付け加えられたものである。

この「差し迫った」攻撃についてフフナーゲルによれば、攻撃が現在（gegenwärtig）していることだと理解され、攻撃と防衛が同時に存在する必要はなく、攻撃が推測されるが逃れられない状況にある場合にも正当防衛が可能だとされていた[58]。ここで問題とされているのは、時間的概念ではなく補充性についてであるが、その背景には後述するフォイエルバッハの議論の影響がある。フォイエルバッハは、正当防衛に補充性を要求していたのに対して、その後ヘーゲル学派の影響により、補充性は要求されなくなることとなる[59]。

㈡　バーデン

バーデンにおいても同様に普通法の変容により、新たな統一的刑法の必要性が叫ばれることとなった[60]。一八四五年バーデン大公国刑法典八四条は正当防衛について以下のように規定していた。

開始された、もしくはまさに切迫した違法な攻撃に対して自己防衛のために私力から回避することは、迫った危険をその私力以外に危険にさらされた者に知りえた他の手段によって安全に、利益を損することなしには避けられえないという要件の下で、

以下の場合に許容される。

1) すべての暴力的な、危険ある、生命、健康、自由、もしくは名誉に関連した人への攻撃に対して。

2) 財産状態の毀損、奪取、阻害に向けられた暴力に対して。

3) 他人の所有地へ侵入、押し入りをしようとする者、またはその他の許されざる方法で入り込もうとする者に対して。

ヴュルテンベルク王国刑法典に見られた法律上の限界を超えない限り不可罰とするという文言は、八五条に分けて規定されている。ヴュルテンベルク王国刑法典における差し迫った攻撃が、避ける手段がないという意味で理解されていたのに対して、バーデン大公国刑法典では、一八三六年及び一八三九年の草案から一貫して、「危険にさらされた者に知りえた他の手段によって安全に、利益を損することなしには避けられえない」と補充性要件が別個に規定された上で、「開始された、もしくはまさに切迫した違法な攻撃（begonnene oder eben bevorstehende rechtswidrige Angriff）」という表現が用いられている。なお、一八三八年の草案までは、「官憲の救助を待むことによっても、危険にさらされた者に知りえた他の手段によっても、安全に、利益を損することなしには避けられえない」と官憲による救助についての文言が存在した。この文言は、草案が提出された議会の審議の中で削除されたと考えられるが、その理由としては、裁判官が官憲の救助について厳格に適用しすぎることで、正当防衛が不当に制限される恐れがあり、官憲による救助も危険にさらされた者の一つの手段であるとして、補充性概念へ吸収されたとされている。(61)

(三) バイエルン

バーデン、ヴュルテンベルクにおける正当防衛規定は非常に似通っているが、その根底には一八一三年バイエルン王国刑法典があった。一八三八年ヴュルテンベルク王国刑法典のもととなった一八三五年草案の理由書では、正当防

衛規定の大部分は一八一三年バイエルン王国刑法典を基礎としているとされている。[62] 一八一三年バイエルン王国刑法典一二五条は正当防衛について以下のように規定している。[63]

> 回避するために官憲の救助の要請が不可能であるか、または現在の官憲の救助が不十分である違法な暴力行為、および人または物に対する犯罪的攻撃に対して、何びとも、自己自身および他人から、私力（Privatgewalt）による回避を試みることが許され、且つ、かような適法な防禦において生じた強制、損害、または攻撃者の殺人は、その際、法律による限界から逸脱しない限り、罰せられない。

また、一三三条において攻撃が終了した後の反撃に関する規定が設けられ、そこでは、「攻撃が終了し、かつ、完全に危険が遠ざけられたのちに初めて生じた違法な攻撃者の侵害または死亡は、他の理由がその行為を許さない限り、許されない復讐として、故意による犯罪と同様に処罰される。」と規定されていた。

バイエルン王国刑法典一二五条は、「回避するために官憲の救助の要請が不可能であるか、または現在の官憲の救助が不十分」な場合に正当防衛を肯定している。この規定は、ヴュルテンベルク王国刑法典やバーデンの刑法草案にも類似して見られたが、これはバイエルン刑法典の起草者であるパウル・ヨハン・アンゼルム・フォン・フォイエルバッハ（Paul Johann Anselm von Feuerbach）の正当防衛論を表したものである。[64] フォイエルバッハは、「いかなる権利であれ、それが強制的権利を基礎づける、その権利の、それが権利としてはなくてはならない核心はこのことにある。」として、正当防衛を強制状況における権利として理解する。[65] 彼の述べるところでは、ある権利が認められれば、その行使も認められなければならない。そして、権利の行使が妨げられるとき、それを防ぐことができ、「違法の攻撃は、防衛権を基礎づけ、そして攻撃者において直接に、その権利の侵害が被攻撃者自身の権利の維持のために必要

不可欠である範囲で、攻撃者の権利を否定する。」ということになる。[66] もっとも、フォイエルバッハは、社会契約論の立場から、この権利を市民は国家へ委譲しており、国家が人を保護できない状態においてのみ、正当防衛が許容されるとした。そして、このような正当防衛の原理から、個別の要件として、フォイエルバッハは、①攻撃の違法性、②攻撃の現在性、③行為者自らの責任で攻撃のきっかけを与えていないこと、④攻撃の対象となる権利、⑤防衛の必要性、⑥補充性を挙げていた。[67]

またフォイエルバッハは、クラインシュロートの手による一八〇二年の草案に対して批判を加える中で、正当防衛の時間的制約に関する議論についても言及している。クラインシュロート草案一八六条は、「切迫した大きな危険（eine bevorstehende große Gefahr）」を要件として挙げているが、[68] この切迫性についてフォイエルバッハは、侵害が現在（gegenwärtig）していること、すなわち侵害の実行が観念される状態でなければならないとしている。[69] そして、「切迫」した段階で正当防衛を認める草案では、侵害の実行に至るまで時間的余裕のあるような、正当防衛が認められない場合まで正当防衛が認められてしまうため、この草案を誤りであるとするのである。

一八一三年バイエルン王国刑法典制定後、さらなる刑法改正作業が行われることとなった中で、フォイエルバッハ自身が改訂を手掛けた一八二四年の草案では、一八一三年刑法典の復讐と攻撃の終了に関する一三三条を削除し、「現在の危険」という文言が用いられている。[70] ここで、この一八二四年草案の「現在の危険」という表現とクラインシュロート草案における「切迫した大きな危険」という文言を比較すると、フォイエルバッハの立場がより明確になる。「現在」の危険という表現からは、侵害が実際に行われている状況が想定されていると考えられ、これに対して「切迫」した危険とは、より前倒しされた、攻撃が開始される前段階を中心に据えているものと捉えられる。すなわち、クラインシュロート草案は、反撃は攻撃に先行するものと解していたのに対して、フォイエルバッハはおそらく、そのような理解では、時間的に広がりすぎるのを限定する機序に欠けていることを理由として、あくまでも攻撃と反

撃の同時性を固持したのだと思われる。

フォイエルバッハの関与していない一八二二年の草案やそれを踏襲した一八二七年、一八三一年の草案では、時間的制約に関する文言は削除されている。一八二二年草案七七条の正当防衛規定は以下のとおりである。[71]

違法な攻撃と暴力行為に対する私力による自己の防衛は、官憲の救助によって避けられえないときに、以下の場合に許容される。

1) すべての暴力的な、危険ある、生命、健康、自由、もしくは貞潔に関連したその者への暴力行為に対して。
2) 不動産もしくは動産の所有の毀損、奪取、処分に向けられた暴力行為に対して。
3) 窃盗の際に、その不正を気付かれた者に対して。
4) 他人の所有地へ侵入、押し入りをしようとする者、またはその他の許されざる方法で入り込もうとする者に対して。

攻撃の対象ごとに場合分けして規定するという法文の構造はヴュルテンベルクやバーデンの立法にも採り入れられている。その後、一八五四年のバイエルン王国における重罪と軽罪に関する法典草案の六三条では、「既に開始された、または急迫した違法の、そして暴力行為による攻撃に対して（gegen einen bereits begonnenen oder unmittelbar drohenden rechtswidrigen und gewaltthätigen Angriff）」許容されると規定された。[72] 草案理由書では、新たに付与された時間的制約については何ら述べられていないが、[73] この文言はその後の一八六〇年バイエルン王国刑法典においても維持されている。[74] 攻撃の開始された状況と急迫した状況が区別されているところからは、結局フォイエルバッハの見解と異なり、より広い時間的範囲で正当防衛が肯定されることとなったと考えられる。この急迫の攻撃をどう判断するかについては、事前判断によるべきとの見解が存在した。ヴァイスは、裁判官は純粋に客観的にだけではなく、行為者の

置かれた状況などから、行為者が攻撃が急迫していると想定しえたかを判断すべきだとしている。[75]

㈣　プロイセン

現行刑法の「現在の違法な攻撃」という文言は、一八五一年プロイセン刑法典に見られるものである。[76] 四一条では正当防衛について以下のように規定されている。

> その所為が正当防衛により許容されたとき、重罪または軽罪は存在しない。正当防衛とは、現在の違法な攻撃から自己または他の者を回避させるのに必要な防衛である。不意打ち、恐怖、または驚愕からのみにより行為者が防衛の限界を超えたとき、同様に正当防衛と見做されるべきである。

この規定の「現在の違法な攻撃から自己または他の者を回避させるのに必要な防衛」という文言は、一八七〇年の北ドイツ連邦刑法典に引き継がれ、一八七一年のライヒ刑法典にも同様の文言が採用されることとなった。もっとも、プロイセン刑法典の立法過程の中で常に「現在の違法な攻撃」という文言が採られていたわけではない。一八二七年の草案から一八四三年の草案までは、「明白な脅威となった攻撃および既に開始された攻撃をまさに回避するために（ebensowohl zur Abwendung eines unzweideutig angedrohten, als eines schon begonnen Angriffs）」認められると規定していたが、[77] この文言は一八四五年の修正草案では削除されている。[78] その理由としては、一八四三年草案に対するプロイセン領内の反応が挙げられる。[79] 司法省大臣が新たにサヴィニーに代わり、国王に提出された一八四三年草案は、公表され、修正を必要とするいくつかの点につき地方ラント議会へ検討がもとめられた。これにより多くの批判が草案に寄せられ、見直された結果提案されたのが一八四五年修正草案である。各ラント議会の意見がまとめられたものによれば、正当

防衛の時間的制約に関する文言については、「既に正当防衛という概念が、それ自体急迫した危険に対する保護ということを含意しており、その概念の中に既に織り込まれている」として、削除すべきだとされている。[80] このような意見を受け、一八四五年草案から一八四八年の草案まで、時間的制約に関する文言は削除されたままであった。しかし、一八四九年の草案、一八五一年の草案、そしてそれをもとに公布された一八五一年のプロイセン刑法典においても、「現在の違法な攻撃」という文言が使用されるようになった。この文言は、一八七一年のライヒ刑法典まで承継された。

なぜ再び時間的範囲に関する文言が採り入れられるようになったのかについては定かではないが、一八五一年の草案理由書では、「違法な攻撃が急迫（unmittelbar drohende）していなければならない」とされている。[81] 当時の先行的に正当防衛を認める他のラントの議論を受けて、先行性を表す意味で「現在」という文言を採用したということが考えられるだろう。また、プロイセン刑法制定後の学説も、攻撃の現在性を将来に関連した脅威を除くという意味で理解しており、即座に発生する危険による脅威の場合には攻撃は現在しているとしている。[82] 以上のことからすれば、プロイセン刑法における「現在の攻撃」は、フォイエルバッハのような同時性を強調した理解ではなく、先行性を強調した理解であったと考えられる。

また、攻撃の現在性の判断は、「正当防衛をしなければ、侵害が生じるということが、危険にさらされた者の合理的な確信であれば十分である」として、事前判断によると指摘されている。[83]

㈤ 小　括

以上の各ラントにおける議論を踏まえると、当時正当防衛の時間的範囲に関しては、大要、次のような傾向があったということができるだろう。第一に、各ラントの立法で採用された文言は「切迫」など攻撃に先行する状況を規定

していた。ここでは、ローマ法の継受により同時性というかたちで正当防衛の終期が固定されたことを前提に、正当防衛は攻撃に先行して行われるものという理解が浸透していたと見られる。このような理解の前提には、自己保存、権利保護の思想から攻撃に先んじて防衛が行われるという発想があると考えられる。この点、一八五一年プロイセン刑法典は「現在」という表現を用いているが、草案理由書においても、学説においても先行性を表すものとして解されていた。また当時、多くの学説は正当防衛の前提状況を事前的に、行為者の主観も含めて判断していた。歴史的には、一九世紀までは正当防衛状況の判断は行為者の認識した事情も含めてなされるというのが広く認められていたということができる。

四　本稿のまとめ

最後にここまでの検討から得られた知見をもとに、正当防衛の時間的成立範囲について若干ながら考察を行う。まず、正当防衛の時間的範囲は被攻撃者の自己保存という側面から固定化されてきたといいうる。自己保存の思想から復讐と正当防衛を区別するというローマ法の議論が継受により、反撃と攻撃の同時性の概念を作り出し、その後さらに先行性へと発展していった。一方でこれに対しては、ローマ法時代や中世ゲルマン法においては、平穏や平和の維持・回復という側面が強調されることで、正当防衛の時間的範囲が変動したことにも触れた。特に、中世ゲルマン法において攻撃者側の平和破壊と被攻撃者側の平和破壊が問題とされ、正当防衛の時間的範囲が定められた点は、自己保存型の時間的範囲と対極をなすものとして注目に値すると思われる。正当防衛の時間的成立範囲に関する議論は、歴史的にはいわば「自己保存」対「平穏・平和侵害」という構図で形成されたということができるだろう。また、ここでの自己保存の思想の内容は、「咄嗟のこと」という意味で理解できる。一九世紀まで行為者の主観も含めて正当

防衛の前提状況を判断していた点がこれを裏付ける証左となりえよう。[84] これを要するに、一面において自己保存本能という観点から正当防衛の時間的範囲の判断の基礎となる「攻撃」の有無が議論されてきたと評価できる。[85]

もっとも、自己保存という側面から正当防衛の時間的範囲を定めたとしても、正当防衛の終期は復讐との区別から明らかになるものの、正当防衛の始期については必ずしも明らかにはならないだろう。この点は、一九世紀各ラントにおける立法において、防衛の攻撃に対する先行性を表す文言が採用される一方で、どのような限定が可能か議論されていなかったところからも看取できる。フォイエルバッハはクラインシュロート草案に対して「攻撃は開始されていなければならない」と批判していたが、これは右の問題点を意識したものだと考えることもできる。フォイエルバッハが目指したのは構成要件の明確化であり、そのような観点から正当防衛についても「行為」に引き付けて時間的成立範囲を確定しようとしたと考えられるが、正当防衛の始期をどのような根拠からどのような範囲で限定するのかについては、ライヒ刑法典施行後の議論を参照することとして、今後の検討課題としたい。

〈付記〉本稿は平成二七年度「慶應義塾大学大学院博士課程学生研究支援プログラム」の助成による研究成果である。

（1）最判昭和二四年八月一八日刑集三巻九号一四六五頁。

（2）ドイツ刑法典三二条二項は「正当防衛とは、現在の違法な攻撃から自己又は他の者を回避させるのに必要な防衛である。」と規定している。訳は、法務資料四六一号（法務省大臣官房司法法制部・二〇〇七）二七頁による。

（3）正当防衛の歴史的検討としてはこれまでに、村井敏邦「正当防衛とその過剰：歴史的考察」一橋大学研究年報法学研究八巻（一九七二）三八三頁以下、曽根威彦「正当防衛と正当化の原理」同『刑法における正当化の理論』（成文堂・一九八〇）所収三頁以下、津田重憲『正当防衛の研究』（時潮社・一九八五）一頁以下などがある。

（4）ローマ法における正当防衛については、Wilhelm Rein, Das Criminalrecht der Römer, 1844, S. 138 ff.; Theodor Mommsen, Römisches Strafrecht, 1899, S. 621 ff.

（5）Paul. D. 9. 2. 45. 4. 加えて、生命に対する恐怖から盗犯を殺害した場合にも正当防衛となるとされていた。ドイツ語翻訳として、Karl Eduard Otto/ Bruno Schilling/ Karl Friedrich Ferdinand Sintenis（Hrsg.）, Das Corpus Iuris Cicilis（Romani）, 2. Aufl., 1. Bd., 1984, S. 811.

（6）Ulp. D. 43. 16. 9.

（7）津田・前掲注（3）二〇頁以下。

（8）曽根・前掲注（3）六頁以下。

（9）この点については、村井敏邦「過剰防衛の歴史的展開（一）」一橋論叢六一巻六号（一九六九）四八頁以下参照。

（10）モムゼンによれば、ローマ法においては当初、生命・身体に対する防衛のみが許容されていたところ、治安の悪化から強盗に対する防衛も許容されることとなったとされている。Mommsen（前掲注（4））, S. 621.

（11）C. 3. 27. 1.

（12）C. 3. 27. 2.

（13）部族法時代の議論については、Otto von Alberti, Notwehr: heute und in den Volksrechten, 1898, S. 16 f.

（14）以上の説明については、ハインリッヒ・ミッタイス＝ハインツ・リーベリッヒ著・世良晃志郎訳『ドイツ法制史概説〔改訂版〕』（創文社・一九七一）五六頁以下参照。

（15）平和喪失に処された者は、ジッペの保護から排除され、追放されることとなるとともに、共同体構成員により殺害可能となり、殺害されなければならなくなった。ミッタイス＝リーベリッヒ著・世良訳・前掲注（14）五八頁以下。

（16）Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965, S. 36（§24）.

（17）明石三郎『自力救済の研究〔増補版〕』（有斐閣・一九七八）九三頁。

（18）法文の訳は久保正幡『サリカ法典』（創文社・一九七七）一〇六頁による。

「誰かが牛もしくは馬または何らかの動物を盗みによりて失ひ、しかしてそれを追跡して三夜以内に追い著きたるときは、追跡者は自己の物を第三の手〔係争物補完の受託者〕のごとくに保管することを誓約すべし（per tercia manu agranire debet）。しかるに、自己の物を捜索する者が、既に三夜経過の後に、それを發見したる場合、それが自分の許にて發見せられたる者〔現所持者〕が、それをば買得もしくは換得せる旨主張したるときは、彼〔現所持者〕自身誓約すしたるときは、追跡者は自己の物を第三の手〔係争物補完の受託者〕のごとくに保管することを誓約すべし（per tercia manu agranire debet）。しかるに、自己の物を捜索する者が、既に三夜経過の後に、それを發見したる場合、それが自分の許にて發見せられたる者〔現所持者〕が、それをば買得もしくは換得せる旨主張したるときは、彼〔現所持者〕が〔それをば〕買得もしくは換得せる旨主張しまたは抗辯（consequutus fuerit）場合、それを引き連れたる者〔現所持者〕が〔それをば〕買得もしくは換得せる旨主張しまたは抗辯

ることを得べし。しかるに若しもかの追跡者がその他方〔相手方〕抗辯者に對し、自己の見出したりと主張するもの〔目的物〕を第三の手〔係争物補完者〕のごとくに保管することを申出づること（offere per tertia manum）をも欲せず、また法律に従つて日没までの期限を置くことをもなさずして（nec solem colocaverit）、〔目的物を〕奪取せしこと立證せられたる（tulisse convincitur）ときは、彼は千二百デナリウスすなはち三〇ソリヅス責あるものと判決せらるべし。」

(19) 久保正幡『リブアリア法典』（創文社・一九七七）一三九頁以下によると、法文は以下のとおり（法文に付された注の引用は省略、以下同）。

「一　何人かが自分の動物を追跡して三日以内に誰かの家又は何處かの場所にてそれを發見したる場合には、彼はアネファンク（Anefang）なしにそれを回収すること（absque intaerciato revocare）を得べし。

二　然るにそれ（動物）が家の内にありて、その家の所有者が彼（追跡者）に家宅捜索を拒絶したる場合には、彼（家の所有者）は盗人と看做さるべし。

三　然し彼（追跡者）がそこに暴力を以て侵入したる場合には、彼は三倍の五ソリヅス罰せらるべく、又は六人と共に宣誓すべし。」

(20) リブアリア法典第七七章、訳は久保・前掲注（19）一九八頁以下による。

「誰か（甲）が自分の物に關し、又は妻に關し、又は女子（娘）に關し、又はこれと類似の理由により、他人（乙）を捕へ、彼を縛らむと欲したるに、彼を縛ること能はずして、彼は彼（甲）の手より脱し、而して彼（甲）が彼（乙）を殺害したる場合には、彼（甲）は十字路において證人の面前にて彼（乙）を棺臺の上に戴すべく、かくして四十又は十四夜の間看守すべし。而して然る後彼（甲）は裁判官の面前神聖なる場所において（in harao）、彼は彼（乙）をば罪のため生命を失へる者なるが故に（de vita forfactum）殺害したる旨を、共誓すべし。然るに彼（甲）がこれを遂行せざりし場合には、彼は殺人の責あるものと判決せらるべし。又若し彼が否認する場合には、彼は法定數（の宣誓補助者）と共に、彼はこれをなさざりし旨を、宣誓すべし。」

(21) 塙浩「ロタリ王法典邦訳」同『ランゴバルド部族法典』（信山社・一九九三）所収四七頁。第三二章は自由人の現行犯に関する規定であり、第三三章は奴隷の場合の規定である。法文は以下のとおり（法文に付された注は省略、以下同）。

第三二章

「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、しかして両手を縛られむがために差出すことなしに殺害せ

られたるときは、親族達によりて〔賠償金は〕訴求せられざるべし。されどもし彼が自らを縛らむがために両手を差出しそして縛られたるときは、彼は自らのために八〇ソリドゥスを支払ふべし。何故ならば人が夜間他人の屋敷内へ黙りて又は密かに侵入する如きは理に合はずして、もし何であれ所用あるときは、彼は入るに先立ちて〔家人を〕呼び立つべきなればなり。」

第三三章

「もし奴隷が他人の屋敷内で見付けられ、しかして両手を差出すことをせずして殺害されたるときは、〔彼の〕主人によりて〔賠償金は〕訴求されざるべし。されどもし彼が両手を差出して縛られたるときは、彼は四〇ソリドゥスを以て自らを解き放つべし。」

(22) 塙・前掲注（21）四八頁（註（1）a）。

(23) 世良晃志郎『バイエルン部族法典〔復刊〕』（創文社・一九七七）二五八頁。

(24) 規定は以下のとおり。訳は世良・前掲注（23）二四三頁以下による。

「もし誰かが他人の自由人たる妻と同衾したるときは、彼女の夫に對し、自己の人命金すなはち百六十ソリドゥスをもつて賠償すべし。

しかしてもし彼が寝臺の上で彼女と共に殺害せられたるときは、彼女の夫に支拂ふべかりし人命金の故に、彼は何らの救濟をも受くることなく自己の犯行のまま〔殺されて〕横はるべし（in suo scelere iaceat sine vindica）。

しかしてもし彼が寝臺に一歩踏み入れたるに、女により妨げられそれ以上何事をもなさざりしときは、十二ソリドゥスをもつて賠償すべし。けだし彼は不正に他人夫婦の寝臺（thorus）に踏み入りしが故なり。」

(25) 世良・前掲注（23）二五〇頁以下（註四）。

(26) ロタリ王法典第三二章の「人が夜間他人の屋敷内へ黙りて又は密かに侵入する如きは理に合はずして」という文言も、この平和破壊の程度という意味で理解できる。ミッタイス＝リーベリッヒ著・世良訳・前掲注（14）五八頁以下では、夜間の重窃盗や強姦はは不名誉な心情の発露たる行為として平和喪失に科せられるとされている。

(27) 第三三〇章である。訳は塙・前掲注（21）二四一頁以下による。

「もし誰かが、自己を防衛するために、他人の犬を殺害したる、即ち剣又は細棒（uirga）又は〔其他〕何であれ武器を手にもちて〔殺害したる〕ときは、その細棒自体が中位の大きさの（mediocris）剣程のものたることが明かなる限り、〔賠償

は〕彼に求められざるべし。されどもし彼がそれ自体の後を追ひてそれを殺害したるときは、同様〔のもの〕を以て（ferquido）（即ち同じき〔もの〕を（similem））返却すべし。」

（28）津田・前掲注（3）五〇頁。

（29）当時の復讐の制限が行われた要因としては、カロリング朝の崩壊により無政府状態が続き、自力救済が広く行われることとなったことが挙げられている。明石・前掲注（17）一〇三頁以下。

（30）E. Schmidt（前掲注（16））S. 51 ff.

（31）ミッタイス＝リーベリッヒ著・世良訳・前掲注（14）四二三頁。

（32）法文は以下のとおり。訳は久保正幡＝石川武＝直居淳『ザクセンシュピーゲル・ラント法』（創文社・一九七七）一五四頁以下による（法文に付された注は省略、以下同）。

「或る人が緊急やむをえない事由により（正当防衛のために）（dorch not）他人を打って死に致らしめた場合、彼が彼（自身）の生命を危惧するところから、彼（他人）を裁判所の前に連れ出して彼（他人）を裁判にかけるために彼（他人）のそばにとどまることを敢えてすることなく、その死者（他人）を伴わずに裁判所の前に出頭し、人から訴えられる以前に、それ（正当防衛による殺人）を告白し、そしてそれにつき彼が法に従い（彼の法的義務の履行を）申し出るならば、人は【〈それゆえに〉】判決によって彼から彼の首を奪うべきではない。彼に対し、裁判官には彼（裁判官）に通常支払われる罰金の最高額のそれを、そして（死者の）親族には彼等の（取得すべき）人命金をそれぞれ支払うよう、判決するべきである。彼等（親族）は、彼等の人命金を受領するよう、最近の裁判集会に、そして第二、第三の（それ）に召喚されるべきである。彼等がそのとき出頭しないならば、彼はそれを、彼等が訴をもってそれを彼から取得するまで〈の期間〉、占有（dar mede besitten）すべきであり、そして彼に平和が付与されるべきである。この者については〈そのように〉、いかなる人も彼から彼の首を要求することができない。けだし彼は、訴えられる以前に、それにつきみずから法に従い（彼の法的義務の履行を）申し出たのであるから。」

（33）訳は久保＝石川＝直居・前掲注（32）二二三頁以下による。

（34）Otto Posse, Die Notwehr im Sachsenspiegel, 1937, S. 10（Fn. 3）.

（35）Posse（前掲注（34））, S. 13.

（36）E. Schmidt（前掲注（16））, S. 75（§62）; Rudolf His, Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina, 1928, S. 37.

ヒスによれば、中央権力と個人のどちらに贖罪されるべきかについては地域により異なっていたが、ザクセン地方においては一七世紀までこの慣習は続いていたとされている。

(37) これに対して、贖罪金の支払い義務がなかったとする見解として、Siegmund Keller, Der Beweis der Notwehr, 1904, S. 6 f.

(38) ロタリ王法典のように部族法においてローマ法の影響を受けて反撃の時間的範囲を制限しようとされていたのに対して、ザクセンシュピーゲルにおいて平和破壊の観点から非常に広い時間的範囲で反撃が可能とされた要因としては、ザクセンシュピーゲルの起草者であるアイケ・フォン・レプゴウ（Eike von Repgow）が教会法の継受を拒否したことが挙げられると思われる。ミッタイス＝リーベリッヒ著・世良訳・前掲注（14）四一六頁参照。

(39) 村井・前掲注（3）四〇三頁、曽根・前掲注（3）二三頁も参照。

(40) Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, 1. Bd., 1925, S. 146 f.

(41) 村井・前掲注（3）四一九頁（註五、六）。法文は以下のとおり。訳は田中周友＝上山安敏＝岩田健二＝石部雅亮「Schwabenspiegel 邦訳（三）」法と政治九巻二号（一九五八）二二一頁以下による。

「そしてある人が、夜であろうと昼であろうと他人の許へ行き、一方が他方を襲い、そしてそこにたまたま誰も居合せず、また誰も見ないとき、他方は逃げ得るだけ、後に逃げた。そして何とかして彼から逃れんと欲した。彼（一方）が彼を打つ。彼は彼に対して已むを得ずして、彼を逆に打返して、防衛する。彼は彼を正当防衛で殺す。さて我々は以下に彼が正当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。彼は即座に出来るだけ早く裁判官の許に行き、身を以て裁判官の支配に服すべきであり、しかも彼に彼の剣を法廷で渡すべきである。そして裁判官は法廷の弁明を彼に許すべきである。誰かが彼を訴えると裁判官は法廷に彼を召喚すべきである。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を訴えるべきである。彼を殺した者は、彼が逃げられるだけ、三歩乃至それ以上彼が彼から後づさつたということ、すなわち、彼が彼から逃げ得ない程突然に彼を打つたか、或はそれが彼が逃げ得ない場所であるかどうかということ、しかも最初彼がそこで身を防いだということ、そして彼がなしたのは彼が彼の体の正当防衛でなしたのだということを聖物にかけて宣誓することを命ずべきである。しかし死者が彼の父系の新属を持ち、彼が彼と決闘することを欲すれば、そのことを彼は彼に対して拒否することは出来ない。但し彼がその同一身分者でないときはこの限りでない。そして死者が誰も有しないときは、彼は免れた人である。」

(42) Rudolf His, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, 1. Teil, 1920, S. 198. ヒスによれば、当時のゲルマン法の多くは、攻

撃が開始されたことないしは負傷したことが要求されていたとされている。Vgl., His（前掲注（36）), S. 36.

（43）Posse（前掲注（34）), S. 14.

（44）ミッタイス＝リーベリッヒ著・世良訳・前掲注（14）四五〇頁。

（45）Hippel（前掲注（40）), S. 201（Fn. 6).

（46）バンベルク刑事裁判令はバンベルクにおける司教区裁判所の首席裁判官であったヨハン・フォン・フライヘル・シュバルツェンベルクの手により作成されたものであり、ローマ法とドイツ法の統合が実現された。ミッタイス＝リーベリッヒ著・世良訳・前掲注（14）四五一頁。

（47）塙浩「バンベルク刑事裁判令（バンベルゲンシス）」同『フランス・ドイツ刑事法史』（信山社・一九九三）所収二九二頁以下参照。

（48）訳は、塙浩「カルル五世刑事裁判令（カロリナ）」同『フランス・ドイツ刑事法史』（信山社・一九九三）所収二〇三頁による。傍線は筆者。

（49）Hippel（前掲注（40）), S. 202 f.

（50）塙・前掲注（48）二〇四頁、前掲注（47）二九三頁。

（51）普通法時代の議論については、Friedrich Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die wissenschaft des gemeinen strafrechts, 1930, S. 73.

（52）Schaffstein（前掲注（51）), S. 73. 村井・前掲注（3）四一四頁も参照。

（53）Schaffstein（前掲注（51）), S. 73.

（54）このようにローマ法時代に不完全であった正当防衛と復讐との分化が可能となったのは、中央権力が強化されたことが原因の一つではないかと考えられる。明石・前掲注（17）一〇四頁参照。

（55）本文に掲げた各ラントの正当防衛規定の原文については、Melcher Stenglein, Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher, 1857-1858. を参照した。また、傍線は筆者。

（56）立法過程については、Stenglein（前掲注（55）), 1. Bd., IV. Württemberg., Einleitung, S. 3 f.

（57）Motive zu dem Entwurfe eines Straf-gesetz-Buches fur das Königreich Württemberg 1835, 1836, S. 56.

（58）Carl Friedrich von Hufnagel, Commentar über dau Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg, 1. Band, 1840, S. 219.

(59) 曽根・前掲注（3）四〇頁以下。

(60) バーデンにおける立法過程については、Stenglein（前掲注（55））, 2. Bd., VIII. Baden., Einleitung, S. 3 f.

(61) Wilhelm Thilo, Strafgesetzbuch für das Grossherzogthum Baden mit den Motiven der regierung und den Resultaten der Standerverhandlungen im Zusammenhange dargestellt, 1845, S. 121.

(62) Entwurf des Straf-Gesetz-Buches für das Königreich Württemberg mit Motiven, II. Motive zu dem Entwurfe des Straf-Gesetz-Buches für das Königreich Württemberg, 1836, S. 95.

(63) 訳については、中川祐夫「一八一三年のバイエルン刑法典（I）」龍谷法学二巻二・三・四号（一九七〇）二五五頁以下参照。

(64) フォイエルバッハの正当防衛論については、Robert Haas, Notwehr und Nothilfe, 1978, S. 105 ff.; Michael Pawlik, Die Aufhebung der Strafbarkeit, in; Arnd Koch/ Michael Kubiciel/ Martin Löhnig/ Michael Pawlik（Hrsg.）, Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch, 2014, S. 304 ff.

(65) Paul Johann Anselm von Feuerbach, Kritik des natürlichen Rechts, 1796, S. 52.

(66) Paul Johann Anselm von Feuerbach, Lehrbuch es gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 14. Aufl., 1847, §36 (S. 62 f).

(67) Feuerbach（前掲注（66））, §38（S. 65 f.）.

(68) 一八六条の規定は以下のとおりである。

「適法な正当防衛を想定することができるためには、以下の要請が同時に存在しなければならない。1不適法な攻撃、2切迫した大きな危険、そして3他者の損害以外には避けられえないこと」

また、切迫した危険の内容について、一九一条に規定されている。

「人に彼の生命もしくは自由が回復不可能な方法で失われる、または身体を負傷する、現今の明白な危険（augenblickliche offenbare Gefahr）が切迫しているとき、または、女性に貞潔を失う危険が迫ってくるときにのみ正当防衛は許容される。」

(69) Paul Johann Anselm von Feuerbach, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die churpfalz-Bayerischen Staaten, 1804, in; Werner Schmid（neu Hrsg.）, 1988, S. 257.

(70) ゲルノート・シューベルト著・山中敬一訳「付録一八二四年フォイエルバッハ刑法草案正文」同『一八二四年バイエルン王国刑法典フォイエルバッハ草案』所収（関西大学出版部・一九八〇）四三頁によると、各則第三部第一四条の正当防衛の要件規定は以下のとおりである。

「それを回避するには官憲の救護を要請することが不可能であり、または既存の官憲の救護では不十分であるような他人の犯罪的攻撃によって、殺され、身体を損傷され、その自由を奪われ、もしくは姦淫のために利用され、またはその財産に、おそらく回復しえない損失を被むるような、現在の危険に身をさらされた者は、そのような攻撃を私的暴力によって防衛する権利を有し、またその者がそのような正当防衛によって攻撃者を殺し、またはその他その者を傷つけたとき、あらゆる刑の責を免れる。但し、その者が許された限界を越えなかった場合に限る。」

(71) Entwurf des Strafgesetzbuch, 1822, Neu herausgegeben von Werner Schmid, 1988, S. 40 f.

(72) Entwurf des Gesetzbuch über verbrechen und Vergehen für Königreich Bayern mit Motiven 1854, S. 30.

(73) Entwurf des Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen für das Künigreich Bayern mit Motiven, Motive zu dem Entwurfe des Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen, 1854, S. 255 ff.

(74) Eines Strafgesetzbuches fur das Königreich Bayern, 1860, Neu herausgegeben von Werner Schmid, 1989 S. 42 f. 七四条に規定された正当防衛規定は、以下のとおりである。

「自己または他人を、人、占有もしくは所有権への既に開始された、または急迫した違法の、そして暴力行為による攻撃に対して、または住居もしくは所有地への不法な侵入に対して、保護するために、攻撃者もしくは侵入者を殺害、もしくは傷害した、またはそもそも刑罰をもって威嚇された行為を行った者は、その際に防衛の限界を有責に越えなかった限りで、刑罰を免れる。

同様のことは、不法に侵入した者をその場で追い返す者、または行為の現場で、もしくは逃避中の強盗、窃盗、もしくはその他の攻撃者から不法に侵奪された動産の占有を再び得ようとする者に妥当する。

防衛の限界の過剰は、行為者が狼狽、動転、恐怖または驚愕のみから、過剰を開始したときには、有責だと見做されえない。」

(75) Ludwig Weis, Das Strafgesetzbuch für dan Königreich Bayern sammt Gesetz vom 10. November 1861, 1. Band, 1863, S. 206 f.

(76) 既に、一七九四年のプロイセン一般ラント法の第二編第二〇章第九節五一七条では正当防衛について、「何人も自己、自己の家族、または同胞に対する不法な損害の恐れのある危険（drohende Gefahr）を事案に相当する救済手段によって回避する権能を有する。」とされていた。

(77) 一八四八年までのプロイセン立法資料については、Werner Schubert/ Jürgen Regge (Hrsg.), Gesetzrevision (1825-1848), I. Abteilung Straf-und Strafprozessrecht, Bd. 1-6, 1981-1996（以下では、「Gesetzrevision」と引用）. 例えば、一八二七年草案一二二条は以下のように規定していた（Gesetzrevision, 1. Bd., S. 17. 参照）。

「正当防衛は明白な脅威となった攻撃および既に開始された攻撃をまさに回避するために、そして既に失った占有を自ら再び獲得するために、本条においても官憲の救助が遅延してしまう蓋然性があるときに、行われる。」

(78) Gesetzrevision（前掲注（77）), 6. Bd., 1. Teil, S. 12. 六三条の正当防衛規定は以下のとおり。

「それ自体刑罰が科されうる行為が、人体もしくは財産に対して向けられた攻撃から被攻撃者自身または他の者を回避するために行われたものであるならば、その行為が正当な緊急防衛として行われ、防衛の目的のために必要であった限りで、不可罰なものにとどまるべきである。

同様のことは、その所為の場で現認された犯罪者を逮捕するために、または他人の土地に暴力をもって入り来る者、もしくはその土地の所有者の意思に反してとどまる者を追い払うために行われた行為にも妥当する。」

(79) プロイセンにおける立法過程については、岡本勝『ドイツ近代刑法史―特に19世紀前葉の刑法理論及び刑事立法の現代的意義―』（一九九六）一〇頁以下参照。

(80) Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuchs von 1843, erster Band, Zum ersten Theil des Entwurfs, in; Gesetzrevision（前掲注（77）), S. 200.

(81) Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuchs für die preußischen Staaten, 1851, S. 18.

(82) Friedlich Christian Oppenhof, Das Strafgesetzbuch für die preißischen Staaten, 5. Aufl., 1867, S. 108.

(83) Georg Beseler, Kommentar über das Strafgesetzbuchs für die preußischen Staaten, 1851, S. 188.

(84) 津田・前掲注（3）一〇七頁以下では、前掲注（83）のベーゼラーの言明はヘーゲル主義による正当防衛権拡大の例の一つとして挙げられているが、むしろ全体としては伝統的な固定された判断手法だったと考えられる。

(85) 行為者の主観も含めた正当防衛状況の判断と自己保存本能については、曽根・前掲注（3）七頁も参照。

山田　雄大（やまだ　ゆうだい）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程
所属学会　日本刑法学会
専攻領域　刑法
主要著作　「刑法三六条における侵害の始期と時間的切迫性について」『法学政治学論究』第一〇三号（二〇一四年）