

刑法における超個人的法益の保護

原田保著

成文堂

刑法における超個人的法益の保護

原田 保 著

成 文 堂

恩師西原春夫先生に捧げる

は し が き

本書は、私が過去に発表した論文のうち超個人的法益保護の問題に関わるものを収録し、これに未発表の論文を追加したものである。研究の趣旨・方法は「序言」に記したが、ここで要約するならば、「具体的個人法益の保護」をどこまで貫徹することができるか、という観点から超個人的法益保護のあり方を論じようとするものである。

尚、既発表の論文の中には連載途中のものもあるが、諸般の事情から計画を変更し、連載を打ち切って本書で完結させることとした。この点の不手際を予めお許し頂きたい。そして、過去の論文には、今日書き改め、あるいは書き加えるべき点が多々あるが、これを十分に実行することはできなかったし、本書において当然に参照すべき多数の貴重な文献についても、少なからざる見落としの失礼があることを恐れている。これもまた、予め御容赦頂きたいところである。もとより、私の研究自体も未熟なものであり、多数の欠点を有するものであることは自覚している。しかし、私の研究を先へ進めるために、また、私自身の一つの区切りとして、ここで各方面からの御教示・御批判を仰ぎたく、これらの欠点を承知の上で敢えて公刊することとした次第である。

本書がかような形で公刊されるまでには、多くの方々への御教示・御支援を賜った。とりわけ、早稲田大学法学部教授・前総長・西原春夫先生の御学恩には言葉では到底表現し尽くせないものがある。そもそも私が刑法学の勉強を始めたのは、早稲田大学第一法学部二年生であった昭和四五年に、西原先生が会長を務められる学生サークル・刑事法研究会の一員となつてからであった。同会の活動の中で西原先生の御指導を受けつつ、更に刑法学の勉強を続けたいと考えた私は、大学院法学研究科・西原研究室の門を叩いた。西原先生は、決して優秀な学生とはいえなかった私を

一門の末席に加えて下さり、当時既に法学部長の要職にあらながら、御多忙の中を縫うようにして御指導下さった。研究者としての姿勢や研究の方法は勿論、文章表現や論文タイトルの付け方、校正の方法にいたるまで、私が西原先生から御教示頂いたものは枚挙に暇がない。加えて、私の個人的生活面でも常に何かと御気遣を頂いた。今日の私の存在はその大部分を西原先生に負うものであるといっても、決して過言ではない。それにもかかわらず、そのような量り知れない御学恩に少しもお応えすることのできなかった不肖の弟子である私をお見捨てにならず、直接・間接に、時には厳しく時には温かく、いつも見守って下さり、本書の公刊に際しても変わらぬ御指導を頂くことができた。もはや感謝の言葉も思いつかないところである。本書が西原先生の無限大の御学恩に応えるには到底不十分であることは承知しているが、ともかくも現在の私の到達点を示すものとして、何を措いても本書をまず西原先生に捧げさせて頂く次第である。

また、大学院において非常勤講師として御指導を頂いた先生方、とりわけ、中野次雄先生、佐々木史朗先生、鈴木義男先生には、西原先生とは別の側面から、多くの貴重な御指導を賜った。この機会に改めて御礼を申し上げさせて頂きたい。同時に、西原先生の下にある同門の方々にも多くの有形無形の御支援を頂いた。とりわけ、早稲田大学法学部教授・曾根威彦、同・野村稔の両先生には、私が学部生であったときに刑事法研究会の講師として刑法学の入門指導を頂いて以来、多くの時間を割いて御指導頂いたことに、深く感謝申し上げます。更に、ここで早稲田大学法学部教授・田山輝明先生のお名前を挙げさせて頂きたい。法学部四年生の当時、私は田山先生の独書研究ゼミの一員であったが、卒業直前の頃、大学院西原研究室への進学が決まっていた私に、田山先生はワイマール共和国における国家正当防衛論争のことを御教示下さった。正直なところ、その時点では特に興味もなかったのであるが、田山先生から御指示頂いた文献を読んでいるうちに、途中で止めることができなくなってしまった。その結果が本書であるとい

ってもよい。研究の契機を与えて頂いたことにつき、ここで田山先生に深く感謝申し上げます。また、ドイツでの在外研究に際しては、レーゲンスブルク大学法学部教授・フリードリヒクリスティアン・シュレーダー先生に、研究面でも生活面でも、多大な御気遣を頂いた。記して感謝申し上げます。

加えて、愛知学院大学における先輩・同僚の各位には、未熟な私を刑法担当教員として御採用頂き、研究・教育の場およびドイツへの在外研究の機会を与えて下さったことに改めて感謝申し上げます。中でも、法学部教授・田口守一先生には、大学院在学中から今日に至るまで、常に傍から御指導・御助言を頂き、同・湯浅道男先生は、ともすれば挫折そうになる私に対して常に暖かい激励を与えて下さった。両先生の御助力がなければ本書の公刊はあり得なかったであろう。ここで改めて御礼を申し上げます。そして、このような私に対して指導教員としての信頼と期待とを寄せて頂いた、学生サークル・判例研究倶楽部および原田ゼミの学生・卒業生の諸君は、私にとって掛け替えのない大きな支えであった。また、判例研究倶楽部機関誌 SENSE OF JUSTICE の発行に際しては倶楽部顧問として私の論文を投稿させて頂いたが、これも自分自身の研究を進める上で極めて有益であった。同誌掲載論文の中には愛知学院大学法学会機関誌・愛知学院大学論叢法学研究に転載した後に本書に収録したものがあるが、直接に本書に収録したものもある。後者については別頁の掲載誌一覧にその旨を明らかにした。

最後に、本書の出版を御快諾頂いた成文堂の阿部耕一社長以下本郷三好氏はじめ編集部の方々には、筆舌に尽くせぬ御世話になった。私が本書の出版準備に際して怠惰の限りを尽くし、大変な御迷惑を掛けてしまったにもかかわらず、幾度となく激励を頂き、辛抱強く私の立ち直りを待って下さったことについては、幾重にもお詫びと感謝とを申し上げますなければならない。

3 は し が き
他にも感謝申し上げるべき方々は多数おられるが、ここで全ての御名前を掲げることが到底不可能である。御礼か

4
たがた、割愛の失礼をお詫び申し上げる。尚、私を長年支えてくれた私の家族にここでささやかな感謝を捧げること
をお許し頂きたい。

はしがき

平成三年一月二五日

原田 保

目次

はしがき

序言.....一

第一部 超個人的緊急行為権論

第一章 ドイツにおける理論変遷の歴史的考察.....七

一 序.....七

二 生成期.....八

三 発展期.....一七

(一) ワイマール共和国の政治状況 (一七)

(二) カップ一揆 (一七)

(三) フェーメ殺人 (一七)

四 終焉期.....二五

第二章 緊急行為による秩序の保護——戦後ドイツの議論.....二九

一 序.....二九

- 二 道徳秩序……………三〇
- (一) 反道徳的行為に対する正当防衛の事例(三〇)
- (二) 個人的利益への置き換え(三一)
- 三 交通秩序……………三七
- (一) 交通違反に対する正当防衛の事例(三一)
- (二) 交通秩序の内容(三二)
- 四 結び……………三九
- 第三章 日本における問題状況……………四〇
- 一 序……………四七
- 二 戦後の下級審判例……………六二
- (一) 一九五〇年代(六三)
- (二) 「六〇年安保」前後(六七)
- (三) 「七〇年安保」前後(七〇)
- 三 まとめ……………七二
- 第四章 緊急行為の主体と対象……………七三
- 一 国家機関の緊急行為……………七三
- (一) 犯罪制止権(七五)
- (二) 武器使用権(七七)
- (三) 私人としての行為(七八)

- 二 緊急行為の保護対象……………七三
- (一) 国有財産のための緊急行為(七三)
- (二) 個人に「還元」できない法益の保護(七四)
- 第二部 個人法益への還元……………七五
- 第一章 内乱罪・騒擾罪における個人法益……………七五
- 一 序……………七五
- 二 判例・学説の状況……………七六
- 三 検討と私見……………七九
- (一) 目的による吸収範囲の設定(七九)
- (二) 法益侵害の実体(八〇)
- 四 結び……………八二
- 第二章 公務執行妨害罪の保護法益……………八二
- 一 暴行罪・脅迫罪との関係……………八二
- (一) 通説の理解(八二)
- (二) 検討と私見(八三)
- 二 業務妨害罪との関係……………八四
- (一) 判例の変遷(八五)

- (一) 公務と業務との概念規定 (一五)
- (三) 検討と私見 (一六)

三 鉄道業務妨害罪の位置付け……………一六

- (一) 沿革 (一六)
- (二) 判例の変遷 (一七)
- (三) 検討と私見 (一八)

第三章 職権濫用罪の諸問題……………二七

- 一 序……………二七
- 二 公務員職権濫用罪と強要罪との関係……………二九
- 三 特別公務員暴行陵虐罪・同致死傷罪の成立範囲……………二八
 - (一) 殺意ある場合の法適用 (三〇)
 - (二) 同時傷害規定の適用可能性 (三五)

四 結び……………二六

第四章 社会法益の実体について……………三一

- 一 序……………三一
- 二 各類型の検討……………三三
 - (一) 公共危険罪 (三三)
 - (二) 健康危険罪 (三六)
 - (三) 偽造罪 (四〇)

(四) 風俗犯罪 (四六)

三 まとめ……………二四

結語……………二七

第一部

第一章……………早稲田大学大学院法研論集一五号(昭五二)

第二章……………愛知学院大学論叢法学研究三三卷一一二号(平元)

第三章……………愛知学院大学論叢法学研究二四卷三二四号(昭五六)

 (一)……………愛知学院大学論叢法学研究二五卷二二号(昭五七)

 (二)……………愛知学院大学論叢法学研究二五卷三二号(昭五七)

 (三)……………愛知学院大学論叢法学研究二五卷三三二号(昭五七)

 (新稿)

第四章……………愛知学院大学 SENSE OF JUSTICE 三三号(昭五九)

 一……………愛知学院大学 SENSE OF JUSTICE 六号(昭六一)

第二部

第一章……………刑法雑誌二八卷一号(昭六一) 一〇一頁

 一以下……………愛知学院大学 SENSE OF JUSTICE 五号(昭六一)

第二章……………刑法雑誌二八卷一号(昭六一) 一〇一頁

 一……………早稲田大学大学院法研論集一八号(昭五三)

 二……………愛知学院大学論叢法学研究三三卷二二号(昭五四)

 三……………愛知学院大学 SENSE OF JUSTICE 九号(平二)

第三章……………愛知学院大学論叢法学研究二六卷三二四号(昭五八)

 (一)以下……………(新稿)

第四章……………愛知学院大学論叢法学研究二九卷三二四号(昭六一)

序 言

本書で用いる「超個人的法益」という言葉は、所謂「国家法益」と「社会法益」との双方を総称する趣旨のものであるが、これは専ら「個人法益」と「個人法益以外のもの」とを対置する意図による。各犯罪類型における保護法益の分類については、その主体の如何という観点から、これを「国家法益」「社会法益」「個人法益」の三種類に區別するのが現在の通説的理解であるが、私見としても、このこと自体に特段の異論を唱えるつもりはない。即ち、「国家」と「社会」とが、異なる概念として相互に區別されるは今日あまりにも当然のことであると思われるが、しかし、これらがいずれも(複数の)個人を要素として構成されているものであり、個人(の集合)の存在を前提としてのみ存在し得るものであることもまた、異論の余地がないであらう。更にいえば、両者の區別は、個人の集合に対する意味付けの相違でしかないのである。かようにして、個人が国家および社会の存在の前提であり、そして、刑法の任務が第一義的に、そして究極的に、個人の保護にあるとすれば、保護法益の主体としてはまず「個人」が掲げられるべきであり、「個人」と「個人でないもの」との區別は、保護対象分類の第一段階として承認されなければならない。従って、「国家」と「社会」との區別は、「個人でないもの」を更に區別する、第二段階のものとしての位置付けを与えられるべきである。標題の表現はかかる趣旨のものであって、決して、国家法益あるいは社会法益という概念が不要であると主張するわけではなく、また、国家法益と社会法益との區別を否定しようとするものでもない。

尤も、保護法益分類の方法として従来から「公益」「私益」の二分があり、右の分類は一見これと同趣旨であるかのように思われるかもしれない。しかし、「公」という言葉によって意味されるものは決して「私」の補集合ではなく、それ自体の独自性を主張する概念であるし、加えて、「公」「私」という対比は、「公」が優先されるべきであるという価値序列を内包するものであると思われる（「公私混同」「滅私奉公」等の用語法から明らかのように）。それ故、この言葉は、「個人から出発する」という立場を表現する手段としては不適切であるというべく、古い言葉に新しい意味を持たせることは、誤解を避けるためにも、妥当でない。かような理由から、本書では、必ずしも一般的ではないことを承知の上で、「超個人的法益」という言葉を選んだ次第である。

さて、本書は、右のように定義された超個人的法益の内容を分析し、これが刑法上どのように保護されるべきかを検討しようとするものであるが、前述の通り、刑法がまず個人を保護対象とすべきものであるとすれば、超個人的法益は補充的地位のみに留まらなければならない。即ち、「個人から出発する」という命題を前提とするならば、法益保護を論ずるに際し、個人法益を以て説明可能なものは全て個人法益の保護として説明して超個人的法益概念の使用を回避し、個人法益では絶対に説明不可能なもののみを超個人的法益によって説明するという、概念使用の優先順位決定が要求されるはずである。かようにして、従来「個人法益」と独立・対等（あるいは優先的）なものとして扱われてきたと思われる「国家法益」「社会法益」を「超個人的法益」として一括して「個人法益」に対して劣位のものとして位置付け、「国家法益」「社会法益」の保護として論ぜられてきた事柄をできる限り「個人法益」の保護として説明しようとするのが、本書の基本的な方法である。

ところで、一般的に、刑法における法益保護とは、抽象的に法益侵害行為を制裁の対象として法令に規定することによって一般予防による保護を図ることを指称するが、これと並んで、具体的に法益侵害の危険が生じた場合に、そ

の侵害を事実的に防止する行為を法的に承認し、同行為に犯罪構成要件該当性が認められてもこれを適法行為として免責するという方法も、法益の法的保護の一態様である。従って、法益保護を論ずるに際しては、これらのいずれか一方のみを扱うのでは不十分であるというべく、二つの方法のそれぞれについて議論を行わなければならない。刑法学の体系に則して言えば、前者は各論における保護法益の内容の検討であり、後者は総論における違法性阻却、とりわけ緊急行為の問題である。そこで、本書は、「総論・各論」という、刑法学の一般的叙述の順序に従い、第一部において超個人的法益のための緊急行為について検討し、第二部において超個人的法益に対する犯罪の分析を行うこととする。

第一部 超個人的緊急行為權論

第一章 ドイツにおける理論変遷の歴史的考察

一 序

本稿で用いる「超個人的緊急行為」という語は、超個人的法益、即ち、国家・社会・秩序等、いかなる表現であれ、「個人」ではあり得ないものの利益のために緊急行為として他の利益を侵害する一切の行為を総称するものとする。そして、いかなる理論構成をとるものであれ、このような行為の緊急行為としての免責の可能性を肯定する見解を「超個人的緊急行為権論」と呼ぶこととする。⁽¹⁾ このような語を用いるのは、通常、国家正当防衛(Selbstwehr)、国家緊急救助(Notschutz)、国家緊急避難(Schutznotstand)等と呼ばれているものを総称する趣旨からである。⁽²⁾「国家緊急行為(権)」としなかったのは、所謂「国家緊急権」との混同の危険を避けるためであり、また、序言に述べたところから明らかなように、ここでその成否が論ぜらるべき緊急行為の保護対象は純粋な国家的法益に限定する必要はなく、公共的・社会的法益をも、それが個人的法益でないとの意味で包括的に扱う方がむしろ妥当と考えられるからで

ある。

さて、解釈論上超個人的緊急行為権を認めるべきか否かは一つの論点であり、明文でこれを認める立法例もあるが、本稿は解釈論・立法論ではなく、第二ライヒから第三ライヒへと至るドイツの政治史とそこで主張された超個人的緊急行為権論との関連を考察するものである。⁽⁴⁾ かような考察は、論理から生ずる結果の検証として、解釈論・立法論に対しても重要な資料を提供するものと考えられる。不当な結果へと至る議論は論理に欠陥があるか、さもなければその出発点において既に不当なのである。そしてその不当さを放置することは将来また同様の不当な結果が発生する可能性を許すことにはほかならない。

- (1) 尤も、今日の学説の多くは理論上当然のこととしてこれを肯定し、何等自覚的に特別の議論を展開しているわけではない。
- (2) 通常、国家緊急救助の定義に際しては国際法上の侵害が除外されるが、本稿ではこの点には特に触れない。木村亀二「国家の為にする緊急救助——正当防衛論の一考察」刑法解釈の諸問題一卷(昭一四)二八八頁参照。Vgl. Joachim Schubert, Staatshilfe, Strafrechtliche Abhandlungen H. 311 (1933), S. 2.
- また、行為主体を「私人」に限定する定義が多いが、これが妥当でないことは後述する。
- (3) 木村・前掲論文二七七頁以下、木暮得雄「正当防衛」日本刑法学会編・刑法講座二卷(昭三八)一三八頁、内藤謙・刑法改正と犯罪論(上)(昭四九)三二六頁以下参照。
- (4) Fritz Heiliger, Der Staatsnotstand als Beispiel politischer Strafrechtswissenschaft, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien H. 96 (1935), S. 4 ff. は、古代の僭主教書に国家緊急避難の濫觴を見出しているが、本稿ではこれは扱わない。

二 生成期

一九世紀に入って正当防衛が刑法総論の中に位置付けられ、その保護対象が全ての利益にまで拡張されたとき、⁽⁵⁾ 正当防衛による国家保護が論ぜられることはもはや論理の必然であった。既に一八四八年にベルナーは、「何故に、例えば、内乱罪を犯しつつ押し寄せる群集に対して国家の保護のために武器を執る市民達が処罰され得るといえるのか?」と、正当防衛の保護対象の制限への不満を表明し、「正対不正」という正当防衛の基本構造を論拠としてあらゆる他者のため (für jeden Fremden) の正当防衛を肯定し、「更に、国家の侵害されている権利をも防衛によって救うことができる」と結論している。⁽⁷⁾ ベルナーはまた同時に権利防衛の一般性から政治的権利の保護の主張を導き出し、「政府が国民に対して憲法を侵犯しようとしているときには、その国民は正当防衛という法的根拠によって革命権・抵抗権を持つ」とも述べている。⁽⁸⁾ すなわち、所謂私人による国家正当防衛に、⁽⁹⁾ 国家(権力)のためにする場合と、国家(権力)に対抗する場合との二つが存在することが、おそらくは当時の緊迫した政治状況を背景として、⁽¹⁰⁾ ここでは一応認識されているわけである。

ところが、一八八五年のビンディングの所説においては、「侵害が犯罪となるものであれば、正当防衛権は同時に犯罪防止権 (Recht der Verhinderung) でもある。あらゆる違法な行為は法律に対する反抗であり、従って国家意思に対する侵害であるから、正当防衛権から一般的犯罪防止権 (ein allgemeines Recht der Verhinderung) を導き出す危険は少なくはない。しかしながら、かような任務は国家自身が留保しなければならないのであって、仮に侵害が成功した場合に立法者意思の担い手としての国家と一致しない『被害者』が存するときにのみ、正当防衛権は基礎づけられ得る」と述べられ、例として、敵国スパイおよび国家機密漏示者に対する私人による正当防衛ならびに自己墮胎を行なわんとする婦女に対する正当防衛が肯定され、内乱教唆に対する正当防衛が否定されている。⁽¹²⁾ 前述のベルナーの見解との相違を指摘すれば、第一に、国民が国家を保護することが原則的に否認され、⁽¹³⁾ 第二に、革命権・抵抗権に関する考察が完全に欠落している、⁽¹³⁾ という一点を挙げることができる。そして、このような思考の背後には、

第一に、国家自身の自衛機構の完備、第二に、国家権力と国民との利害の一致、という事実の基盤の存在を看取することができよう。実際、ドイツは一八七一年にプロイセンを中心に第二ライヒとして再統一され、その軍事力を背景として過去数百年間の外圧を排除し、近代的統一国家としての資本主義的發展を実現しつつあった。かような情況に照らしてみれば、国民による国家権力保護は無用であるばかりか国家権力の権限に対する侵犯ですらあるし、また、国家権力と国民との対立ないし衝突を想定した議論は提起の余地がない。

しかし、超個人的緊急行為の最初の実例たる事件は、国家機関と国民との衝突であり、かつ私人ではなく国家機関による、緊急行為であるという点において、このような学説の予想と国家権力への信頼を二重に裏切るものであった。第一次世界大戦直前の一九一三年秋に独仏対立の象徴とも云うべきエルザス・ロートリンゲン（アルザス・ロレーヌ）⁽¹⁴⁾の小都市ツァーベルン（Zabern）⁽¹⁵⁾で起こったこの事件は、その地名をとってツァーベルン事件と呼ばれている。その事実経過は次の通りである。

一九一三年一〇月二八日、ツァーベルンに駐屯していた陸軍第九九歩兵連隊に所属するフォン・フォルストナー少尉は、エルザス人新兵の訓練の際に住民と兵士との間の衝突事件に言及して、「新兵は、いつか服務中に“Wackes”から攻撃されるようなことがあったら、奴等に切りかかって、きちんとした態度を執らねばならぬ。その際に新兵が“Wackes”を一人やっつけたら、三ヶ月の禁錮は科さず、それどころか、一〇マルクの個人的な報賞をやる」と言い、彼の部下のヘフリック伍長も“Wackes”を一人刺し殺した兵士にはもう三マルクやろう」と付け加えた。⁽¹⁶⁾ “Wackes”という言葉は、「役立たず」とか「与太者」とかいった意味を持ち、エルザス人の蔑称として用いられる。それも、エルザス人同志の間では親しみをこめて用いられるが、他所者、とりわけドイツ本国人によって用いられると大変な侮辱になるという特殊な語である。それ故、第九九歩兵連隊においても、この地方全体を統轄する第一

五軍団においても、この言葉の使用は厳禁されていた。⁽¹⁷⁾ 東プロイセンのユンカーの出身であったフォルストナーのかような発言が軍規に違反するものであり、エルザス人に対する重大な侮辱であることは明らかであった。⁽¹⁸⁾

フォルストナーのかかる発言の事実はすぐに新聞で報道されて住民の憤激を惹起した。そしてその結果、一月七日から四日間にわたって多数の住民が連日フォルストナーにつきまとい、罵声や嘲笑を浴びせる、という事態が発生したのである。治安当局はこれを全く放置していたわけではないが、強制力を用いた処置はほとんど執ることがなかった。⁽¹⁹⁾

このときの住民の行動は、一部には投石等の不穏な動きもあったが、大部分は冗談の要素の強いものであり、また行動参加者の多くは年少者であった。⁽²⁰⁾ それ故、治安当局がさして強力な処置を執らなかつたのは、当地の文官においても住民の側につこうとする意向が有ったかもしれないが、軍人が現実には傷害を受けるといった事態にまでは至っていないようであるという点から見ても、概ね妥当な態度であったといつて良いであろう。⁽²¹⁾

しかし、軍の態度はきわめて高圧的なものであった。フォルストナー自身、自己の言動について反省することなく、かえって住民を刺激するような行動を執って敵対関係を深化させ、国防大臣フォン・ファルケンハイン將軍も連隊長フォン・ロイター大佐も一貫してフォルストナーを支持し続けた。⁽²²⁾ その間にそれまでのフォルストナーの様々な侮辱的言動が兵士達の暴露に基づいて新聞に報道され、軍に対する住民の反感を一層燃え上がらせた。⁽²³⁾

そして一月二八日夕刻、数名の同僚とともに外出していたフォルストナーは早速群集に取り囲まれ、罵声・嘲笑を浴びせられ始めた。これを知ったロイターは、約八〇名の兵士を着剣装弾した銃で武装させ、これを率いて現場に赴いた。そして一〇〇名近くいた群集を蹴散らし、手当たり次第の逮捕を行なって二九名を兵營の営倉に翌朝まで監禁し、町全体を一時的に軍事占領下に置いたのであった。⁽²⁴⁾

以上が事件の大略であるが、プロイセン憲法三六条は次のように規定していた。

武装兵力は、法律の定められた場合および方式においてのみ、かつ、軍に属しない官庁 (Zivilbehörden) の要求に応じ
てのみ、これを内乱の抑圧および法律の執行のために用いることができる。軍に属しない官庁の要求の点につい
ては、法律は例外を定めなければならない。⁽²⁵⁾

そして、本条後段の例外を定める法律は何等制定されていなかった。従って、軍の治安出動に際しては例外なく文官
の要求が必要であったことになり、⁽²⁶⁾ それ故ロイターの行為が職権濫用に該することは明らかであった。⁽²⁷⁾

ここにおいて超個人的緊急行為権論は、軍部をその担い手として、ロイターの弁護という形で、はじめてその具体
的主張をみることとなる。その先峰として、事件直後の二月四日の国会 (Reichstag) 一八二回会議の席上、保守派
のフォン・ビーバーシュタイン議員は、「指揮官は、警察が助力を拒絶した際に適時に郡長に対して警告を行ない、
国家権力の權威の確保のために (zur Wahrung der Autorität der Staatsgewalt) 軍による自救行為 (militärische Selbsthilfe)
を意図したものである」と述べて、⁽²⁸⁾ 正当防衛論を展開している。⁽²⁹⁾ 更に、本件についての第三〇師団軍法会議のロイ
ターに対する一九一四年一月五日の判決は、このような緊急行為権論を一層明確な形で展開して徹底的に軍人を擁護
するものであった。

判旨はまず「この事実の評価のためには、国家権力と国家高権との担い手 (die Träger der Staatsgewalt und der
Staatshoheit) を保護することに対するきわめて重大な国家的利益が存するということが強調されなければならない。
将校は国家高権のかかる担い手である。彼等は、国王の軍服を着用しており、常に国家の存立と名譽とを擁護する覚
悟を持っていなければならないわが軍隊の上級官なのである」と述べて利益の要保護性を確認し、このような軍人
に対する侮辱等が行なわれたことについては、「文官官庁 (bürgerliche Behörde) は、駐屯軍司令官がその状態を耐え

難いと考えており、最強の措置が必要であったということを知っていなければならなかった。当裁判所は、当時警
察が事実上機能しなかったという見解を拒絶することができない」と、治安当局の手ぬるさを非難し、かような状
態の中で「フォン・ロイター大佐は部下将校の名譽に対する絶え間ない侵害に対して一種の緊急状態 (Notstand) に
あった」と認定している。更に、この点に疑問があるとしても、ロイターは「自分はその行為手段を執る権限があ
るという意識に貫徹されて行為した」ものであり、「大佐は服務規定により、自ら警察の代りとなり、今や警察と同
じ権限を有していた。職務権力の濫用による違法な脅迫もしくは故意の無権限の監禁は存しなかった。何故ならば、
行為者がほとんど全員現行犯として逮捕されたが故に既に刑事訴訟法一二七条により逮捕の権限があったからである」
と述べ、結論として無罪を宣告した。⁽³⁰⁾

これらの議論については、国家と軍 (ないしは将校) とを同一視していることが指摘できる。国家のために軍が「自
ら」救助行為をなしたという主張はまさにそれであり、将校が国家高権の担い手であるという主張は軍人を国家の主
権者と視るものに他ならない。いい換えれば、ここで主張されている超個人的緊急行為権論は、国家の名の下に、個
々の国民の利益に敵対するか、少くともそれらとは無縁の所で、軍ないしは軍人の利益を保護しようとするものでし
かなかつた。超個人的な利益を標榜することの危険の一つの現れがここにある。すなわち、「国家」などという超個
人的な観念を掲げても、その抽象性の故に、何人も直ちに明確にその実体を把握することはできない。従って、何を
概念内包とする議論であってもその当否を客観的に判断することは困難であり、議論の担い手の主張がそのまま通用
することを阻止できないのである。このようにして、ここで主張された超個人的緊急行為権論は、「軍隊を持つ国家
ではなく、国家を持つ軍隊である」とまでいわれたプロイセンにおける軍の地位の高さを反映する議論となった。

更に、今一つ指摘しておかなければならないのは、ここで主張された超個人的緊急行為権論は軍という国家機関の

権限逸脱行為を緊急行為として正当化するものであった、という点である。既に述べたように、本件における軍の治安出動は確固たる法令の根拠を有するものではなく、それ故、適法な職務行為とはいえないものであった。職務行為として適法でないものを、何人にも可能な緊急行為として適法化することは、暴力機構たる国家機関の實力行使による権利侵害という実態を、一般人の行為というヴェールで隠蔽することを意味し、結局は、権利侵害における手続主義の保障を死文化するものであるといわなければならない。勿論、およそ緊急行為は法定手続によらない権利侵害を是認するものであるが、そうであるが故にこそ緊急行為としての厳密な成立要件が要求されるのである。利益の超個人性、従って抽象性はかような要件の充足の有無を吟味することをも困難にする。してみれば、超個人的緊急行為権論は、法治主義の形式を維持しつつ国家機関の活動に対する法の枠づけを取り払うものであったといわざるを得ない。

このようにして、超個人的緊急行為権論は、保護対象の抽象性に起因する問題性を孕みつつ、私人の行為を念頭に置いた当初の学説とは全く異なった場面で展開されたのであった。

- (5) 正当防衛に関する近代ドイツの立法史・学説史については、曾根威彦「正当防衛の歴史的考察——違法阻却論研究——その一」——早稲田法学会誌二二卷(昭四六)一一〇頁以下参照。
- (6) Albert Friedrich Berner, Die Nothwehrtheorie, Archiv des Criminalrechts, N. F., 1848, 4. St., S. 551.
- (7) Berner, a. a. O., S. 562.
- (8) Berner, a. a. O., S. 562 f.
- (9) 尤も、国家正当防衛(Sistenotwehr)ないしはこれに類する語はまだここでは用いられていない。
- (10) ヘルナーのこの論稿が発表された一八四八年には、ドイツ三月革命をはじめとして、プロレタリアートの反乱の雷雨がヨーロッパ全土を吹き荒れていた。この間の経緯については、メーリンク「高村洋一訳」・独逸社会民主党史(二)(昭八)四頁以下参照。
- (11) Karl Binding, Handbuch des Strafrechts, I. (1885), S. 786 f.
- (12) Binding, a. a. O., S. 737, Anm. 22.
- (13) これは単にビンディング個人あるいは刑法学だけに見られる現象ではなく、この時期には抵抗権の法思想はドイツにおいてはほとんど消滅している。橋本公巨「抵抗権の理論」和田英夫編・法と国家(昭四七)二九三頁参照。
- (14) エルザス・ロートリンゲンがその経済的・軍事的重要性の故に独仏両国の争奪の対象となった事は周知の通りであるが、事件当時は普仏戦争の結果としてドイツ領であった。ところがドイツ軍将校達は国境安全第一主義の故に一貫してこの地方の自治権拡大に反対し続け、いつまでも占領地扱いしようとした。しかも彼等は自分達は一般国民よりも高級であるというエリート意識に毒されていた。フランス革命をフランス人として体験し、またドイツ本国と異なつて軍部への信頼の伝統を持たないこの地方の住民がこのような将校達に対して敵意・反感しか抱かなかつたことは蓋し当然であろう。両者のこのような対立は、ここで述べる事件以前にも既に幾度かの衝突事件を発生させていた。村瀬興雄「第2帝政期の独仏関係——ツァーベルン事件を中心として——」村瀬編・現代独仏関係の展開(昭四五)一五一頁、一五三頁、一五九頁以下参照。
- (15) ツァーベルンはフランス名をサヴェルヌ(Saverne)と言ひ、シュトラスブルク(ストラスブル)の西北西約三〇キロメートルの所に在る小都市である。マルヌ・ライン運河に臨む交通の要地で、当時の人口は約九〇〇〇人であった。この都市は、エルザス・ロートリンゲンの他の地域とは異なつて、ドイツ・ライヒや軍部に対する反抗がほとんど無い、この地方には特異なドイツ的な都市であった。村瀬・前掲論文一五八頁、A. ローゼンベルク「足利末男訳」・ヴァイマル共和国成立史1871—1918(昭四四)一六〇頁参照。
- (16) 村瀬・前掲論文一六三頁参照。Vgl. Sozialdemokratische Partei-Correspondenz (以下、SPC. 略記) 8. Jg. (1913) Nr. 26, S. 481. Cf. Charles Downer Hagen, Alsace-Lorraine under German rule (1917), pp. 189—190.
- (17) 村瀬・前掲論文一六四頁参照。Vgl. Verhandlungen des Reichstags (以下、VerhRT. 略記) Bd. 291 (1913), S. 6140. Cf. James W. Gerard, My four years in Germany (1917), p. 81.
- (18) Vgl. VerhRT. Bd. 291, S. 6041.
- (19) 村瀬・前掲論文一六四頁以下参照。

- (20) 村瀬・前掲論文一六六頁参照。Vgl. SPC. 9. Jg. (1914) Nr. 2, S. 19. Cf. Hazen, *ibid.*, pp. 190—191.
- (21) ハン・ドゥーヴ Hamn, Zibern, *Deutsche Juristen-Zeitung* (以下 DJZ. ヲ略記) 19. Jg. (1914) Nr. 2, S. 121 f. 住民の行動を行き過ぎと評価し、治安問題の手なるを非難して云々。
- (22) 村瀬・前掲論文一六四頁以下参照。Vgl. VerhRT. Bd. 291, S. 604f. Cf. Hazen, *ibid.*, pp. 191—192.
- (23) 村瀬・前掲論文一六七頁以下参照。Cf. Hazen, *ibid.*, pp. 190—191.
- (24) Vgl. Kurt Stenkewitz, *Gegen Bajonett und Derride, Die politische Krise in Deutschland am Vorabend des ersten Weltkrieges* (1960), S. 125 f.; VerhRT. Bd. 291, S. 6126; *Drucksachen des Reichstags* 13. Legislatur-Periode, Nr. 1211; SPC. 9. Jg. Nr. 2, S. 17 f. Cf. Hazen, *ibid.*, p. 193.
- (25) Vgl. Gerhard Anschütz, *Die Verfassungs-Urkunde für den Preussischen Staat vom 31. Jan. 1850* (1912), S. 563, 635. 訳文は、山田辰「プロイセン憲法」宮本八尺・末延三次・宮沢俊義編・人権宣言集(昭三)一九四頁に従った。
- (26) Vgl. Anschütz, a. a. O., S. 568; Derselbe, *Zabern I.*, DJZ. 18. Jg. (1913) Nr. 24, S. 1459.
- (27) ローターの行為については、武器使用規定等いくつかの服務規定に関する問題も生じているが、本稿の論題から離れて議論を無益に煩雑なものにすることを避けるため、ここでは論じないこととする。
- (28) VerhRT. Bd. 291, S. 6179.
- (29) 自救行為 (Selbsthilfe) は通常、正当防衛または緊急避難の要件を充足しない場合になお違法性が超法規的に阻却されるか否か、という形で問題とされるわけであるが、ここでは群衆の行為が違法な侵害と理解されているのであるから、直ちに正当防衛が問題とならざるを得ない。「自救行為」という表現は「自己のための正当防衛」との趣旨にすぎないと考えるべきであらう。v. Campe, *Rechtsgedanken über "Staatsnotwehr"*, DJZ. 25. Jg. (1920) II. 11/12, S. 486; Schubert, a. a. O., S. 34; *Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung* (以下 VerhNV. ヲ略記) Bd. 383 (1920), S. 5103, 5144. その主張を正しく防衛論と理解して云々。
- (30) SPC. 9. Jg. Nr. 2, S. 23.
- (31) プロイセン憲法五條・六條。

三 発展期

(一) ワイマール共和国の政治状況

超個人的緊急行為をめぐって最も活発な議論が行なわれたのは、第一次世界大戦直後の所謂ワイマール共和国の時代においてである。諸家の学説もこの時期にほぼ出揃っている。⁽³²⁾これは、この時期に超個人的緊急行為を主張する事件が頻発したためであり、それはまた、ワイマール共和国初期の混乱した情況を示すものである。それ故、この時期における超個人的緊急行為権論を検討するにあたっては、ワイマール共和国の政治状況を無視することはできない。ここでは、この問題についてとりわけ大きな比重を占める「義勇軍 (Freikorps)」の出現に至る過程を述べておく。

一九一八年のドイツ十一月革命に大きな役割を果たした各地の労兵協議会 (Räte) の幾つかは、一九一九年に労兵協議会中央委員会がワイマール国民議会 (Weimarer Nationalversammlung) にその権限を引き渡して解散した後にも、地方諸都市に依然として存続しており、なお相当の勢力を有していた。このような情況の下で、政府の労働政策に対する不満にみちた労働者は、中央での権力闘争に敗れた左翼に支援されてストライキを頻発し、しばしばそれは拡大して時には反乱に近い様相を現出し、地方政治の実権が労兵協議会に奪われることすらあった。また、東西の国境ではポーランドやフランスとの間に紛争が絶えず、このようにして社会民主党政府は内外で燻り続ける火に悩まされていた。⁽³³⁾

こうした中でドイツ各地に出現した数多くの武装集団が義勇軍と称せられている。これらの義勇軍の将兵はその大部分が旧軍人、失業者、熱狂的愛国者、といった人々であり、たいていは左翼や諸外国への反感と共和制への無関心