

カール・ビンディングの義務衝突論と  
その系譜に関する考察（二）  
——義務の衝突に関する刑法学説の整序に向けて——

勝 亦 藤 彦

〈目次〉

- I 問題の所在
- II ビンディングの義務衝突論の概観
  - 1 拡張的な Notstand 概念の構成
    - (1) 拡張的な Notstand 概念とその定義
    - (2) 「Notstand の定義規定の次元」と「衝突解決の次元」との相違
  - 2 Notstand における衝突解決のための一般的な法原理
  - 3 拡張的な Notstand 概念に包摂される三類型の内実
    - (1) 義務の衝突 (Pflichtenkollision)
      - (a) 義務衝突の解決規準としての第一命題
      - (b) 義務衝突の解決規準としての第二命題
    - (2) 法益と法益の衝突
      - (a) 緊急権に基づく権利行為としての緊急避難
        - 1) 緊急権に基づく権利行為の法効果 1
        - 2) 緊急権に基づく権利行為の法効果 2
        - 3) 緊急権の範囲の限定 1
        - 4) 緊急権の範囲の限定 2
      - (b) 禁じられない行為としての緊急避難
        - 1) 禁じられない行為の意義と根拠
        - 2) 禁じられない行為の限定
        - 3) 禁じられない行為の法効果 1
        - 4) 禁じられない行為の法効果 2

(3) 法益と法的義務の衝突／法的義務と法益の衝突

Ⅲ ビンディングの義務衝突論に関する検討

1 義務の衝突に関する Binding の第一命題および第二命題に関する考察

(1) impossibilium nulla obligatio est の原則に基づく義務衝突論の先駆け

(2) Binding の第一命題および第二命題の実質的根拠の精査

(a) 第一命題および第二命題の実質的根拠に関する従来の評価

1) 一元的優劣評価説

2) 二元的併合評価説

a) 小損害選択の原則（広義）に基づく二元的併合評価説

b) 小損害選択の原則（狭義）に基づく二元的併合評価説

(b) Binding の見解と超過的差別説との乖離

(3) 義務衝突の類型と義務緊急避難の概念

(a) 衝突義務の類別と義務衝突の類型

(b) 義務緊急避難の概念

1) 実質的な義務緊急避難の概念

2) 形式的な義務緊急避難の概念

(4) 第一命題および第二命題による法効果

(a) 第一命題による法効果

(b) 第二命題による法効果

1) 不定評価論

2) 免責評価論

3) 適法評価論

2 Binding の拡張的な Notstand 概念に属する他の二類型と義務衝突との対比

(1) 「法益と法益の衝突」と「法的義務と法的義務の衝突」との対比

(a) 「法益衝突における権利行為」と「義務衝突行為」との対比

- 1) 基本的法定性の要請の要否——義務衝突の実質的  
独自性A
    - a) 義務の衝突に関する法律上の規制の困難性
    - b) 基本的法定性の要請の根拠とその妥当範囲
  - 2) 正当化の基幹原理の相違——義務衝突の実質的  
独自性B
  - 3) 小括
  - (b) 「法益衝突における禁じられない行為」と「義務衝突  
行為」との対比
    - 1) 不可罰性に関する基幹原理の相違——義務衝突の  
実質的独自性C
    - 2) 法効果の相違1——義務衝突の実質的独自性D
    - 3) 法効果の相違2——義務衝突の実質的独自性E
    - 4) 法効果の相違3——義務衝突の実質的独自性F
    - 5) 法効果の相違4——義務衝突の実質的独自性G
    - 6) 小括
  - (2) 「法益と法的義務の衝突」等と「法的義務と法的義務の  
衝突」との対比
    - (a) 緊急権に基づく権利行為とされる場合
    - (b) 禁じられない行為とされる場合
  - (3) 緊急状況を有責に招致した場合における処理の相違
    - (a) 真正の義務衝突および「法益と法的義務の衝突」の  
場合
    - (b) 法益衝突および「法的義務と法益の衝突」の場合
- 3 Binding の義務衝突論における思考構造と Binding の見解の  
位置づけ
- (1) Binding の義務衝突論における思考構造
    - (a) 上位概念の形成と義務の衝突の包摂
    - (b) 下位概念の形成による緊急行為の三類型の区別
    - (c) 緊急行為における違法性阻却の実質的原理の個別的  
理解
  - (2) Binding の見解の評価と位置づけ(以上、本誌86号)

IV ビンディングの義務衝突論の影響——学説の分岐過程の断面——

- 1 Binding 以前における Notstand に関する類似の定義
- 2 Binding 以降における Notstand の概念・定義と類型的概念の機能の変遷
  - (1) Binding の Notstand 概念・定義および類型的概念の継承
    - (a) Binding の Notstand 概念・定義の従順な継承
    - (b) 三類型の概念的区別の継受
  - (2) Notstand の定義と類型的概念の機能の変遷
    - (a) Binding の Notstand の定義の修正 + 類型的概念の機能の変質
      - 1) Julius Würzburger の見解
      - 2) Sigismund von Czarnecki の見解
      - 3) Rudolf Schultz の見解
    - (b) Binding の Notstand の定義の修正 + 類型的概念の機能の形骸化
      - 1) Heinrich Titze の見解
      - 2) Moritz Liepmann の見解
      - 3) Wilhelm Sauer の見解 (以上、本誌本号)
- 3 Binding 以降における義務衝突の実質的独自性の探究
  - (1) 義務衝突の実質的独自性の包括的理解
    - (a) 義務衝突の実質的独自性の包括的肯定 + 拡張的 Notstand 概念の維持
      - 1) Georg M. Gareis の見解
      - 2) Heinrich Henkel の見解
    - (b) 義務衝突の実質的独自性の包括的肯定 + 拡張的 Notstand 概念の消極化
      - 1) Hellmuth von Weber の見解
      - 2) Max Jansen の見解
  - (2) 義務衝突の実質的独自性の限定的理解——衝突形態などとの関係——
    - (a) 義務衝突の実質的独自性の限定的肯定 + 拡張的 Notstand 概念の維持
      - 1) Karl Siegert の見解

2) Ernst Traeger の見解

(b) 義務衝突の実質的独自性の限定的肯定 + 拡張的  
Notstand 概念の否認

1) Heinrich Kroner の見解

2) 小括

V 結びにかえて

(1) Binding の義務衝突論に関する評価のまとめ

(a) Binding の義務衝突論に関する評価の確認

(b) Binding の義務衝突論の問題点

(2) Binding の義務衝突論を基点とした定点観測

(a) Binding の義務衝突論における基本思考（定点観測の  
基点）

(b) 定点観測の有用性とその射程

1) Binding 以降の義務衝突論における学説の系譜の  
整序

2) 義務の衝突に関するライヒ裁判所の判例の動向の  
理解

3) 緊急避難と義務衝突を区別するテーゼの検証

4) 問題意識と今後の取組み

## IV ビンディングの義務衝突論の影響

### ——学説の分岐過程の断面——

i 考察の対象と目標 冒頭に示したように、Binding の義務衝突論、とりわけ、義務衝突の解決規準としての Binding の第一命題と第二命題は、その後のドイツの刑法学説に多大な影響を与えたといえよう。それゆえ、本節では、Binding 以降におけるドイツの学説が Binding の見解をいかに継受し、またはいかにこれを修正していったのかを考究しながら、義務衝突論における理論的な進展と分岐の過程（学説の歩み）を辿ってみたい。

もっとも、こうした過程を今日の新たな諸学説に至るまで系統的に完全に網羅して詳論を尽くすことは、決して容易な研究作業ではない。そこで、本稿では、Binding の著書 *Handbuch des Strafrechts, Bd. 1* が公刊された 1885 年を基点（定点）として、1900 年代初頭に至るまでのドイツの義務衝突論の展開に特に焦点を当て、上記の理論的過程の中核について素描することにしたい。

このように本稿の考察対象を限定した理由は、特に次の点にある。まず、①この時代には、Binding の義務衝突論がまさに脚光を浴び、ドイツの刑法学説に対して直接的な刺激を特に強く与え、これを契機としてドイツ刑法学の義務衝突論がようやく開眼したともいえる。この時期は、いわば「刑法における義務衝突論の黎明期」ともいえ、この時期における諸学説には、Binding の見解の受容と修正の思考過程の様相（系譜）が最も明瞭に現れているからである。また、②その後のナチ刑法理論の潮流の下で展開された義務衝突論といった隔離し、ドイツ刑法学における義務衝突論の学説史に関して、できるだけ客観的に冷静な理論的考察を行いたいと考えたからである。<sup>(142)</sup>

したがって、本節における考察の目標は、こうした義務衝突論の黎明期における議論の進展過程に現れた諸学説を比較して検討し、また、これにより、改めて Binding の見解の特徴とその問題点をよりいっそう明確に理解することにある。

ii 対比の主要ポイント 上述したように、Binding の義務衝突論は、理論的に三つの思考（思考  $\alpha \sim \gamma$ ）を基柱として構築されている。<sup>(143)</sup>そこで、義務衝突論における Binding 以降の学説を比較検討するための考察の視点（Blickpunkt）として、特に次の点が措定されよう。

第一に、Binding の見解における上記の思考  $\alpha$ （上位概念のレベルにおける形式的・概念的思考）を重視して、拡張的な Notstand 概念そのもの

を維持する立場からは、Notstandの定義規定のあり方として、Bindingの定義をそのまま維持して継承すべきか、それともこれを修正して規定すべきかが問題となる(視点1: 拡張的なNotstand概念の定義規定のあり方)。

第二に、Bindingの見解における上記の思考 $\beta$ (下位概念のレベルにおける形式的・概念的な義務論的思考)を基本的に継受して、緊急行為の三類型の区別を継承する立場からは、思考 $\beta$ に基づく類型的区別の概念に上述したような「ハードな実効的機能」(義務の衝突に特有の実質的思考を有意的に誘導する前提的機能)が常に認められるか否かが問題となる。特に、思考 $\beta$ に基づく概念的な類型的区別を肯定しながらも、通例の緊急避難に対する義務衝突の実質的独自性を否定する立場(義務衝突の法的性質(本質)に関する緊急避難本質説)からは、思考上、こうした類型的概念の機能を暗黙裡に変質させているのではないのか、という点が問題となる(視点2: 緊急行為の類型的区別概念の機能の異同)。

第三に、Bindingの見解における上記の思考 $\gamma$ (違法性阻却の実質的原理と法効果の個別化の思考)を重視して、通例の緊急避難に対する義務衝突の実質的独自性を認める立場からは、そもそも、上記の思考 $\alpha$ に基づく「拡張的なNotstand概念」が上位概念(概念的な容器)としてなお必要とされるのか否かが問題となる(視点3: 拡張的なNotstand概念の要否)。

第四に、Bindingの見解における上記の思考 $\gamma$ を重視して、通例の緊急避難に対する義務衝突の実質的独自性を認める立場に立つとしても、刑法上、義務衝突の実質的独自性をいかなる範囲で認めるべきかが問題となる(視点4: 通例の緊急避難に対する義務衝突の実質的独自性の範囲)。この点に関しては、以下にみるように、既に義務衝突論の黎明期に、一部の学説から明確な問題提起がなされているのである。また、刑法における義

務衝突の実質的独自性を認める範囲を限定的に理解する見解（実質的・限定的独自性肯定説）においては、上記の思考 $\alpha$ または思考 $\beta$ がいかに理解されるのか、という点も問題となろう。

以下では、できるだけこれらのポイントに留意しつつ、ドイツの義務衝突論の黎明期における主要な諸学説の系譜について整序してゆくことにする。なお、Binding の見解（1885年）以前においても、Binding による Notstand の定義と類似すると評価されるものがみられる。これに関しては、とりわけ、Binding の見解との関係性が従来より特に注目されてきた Rudolf Stammler による Notstand の定義について、ここで併せて紹介しておきたい。

## 1 Binding 以前における Notstand に関する類似の定義

Binding の見解の公表（1885年）以前において、Rudolf Stammler は、1878年に公刊した緊急避難論に関する有名な著書 *Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes unter Berücksichtigung der Quellen des früheren gemeinen Rechts und der modernen Gesetzgebungen, namentlich des Strafgesetzbuches für das deutsche Reich* の中で、Notstand とは、「個人が禁じられた行為を行うことによってしか、法益を保全しえないという個人の状態」(diejenige Lage eines Individuums, in welcher dasselbe die Erhaltung rechtlicher Güter nur durch Begehung einer verbotenen Handlung ermöglichen kann)<sup>(144)</sup> であると定義していた。こうした Stammler による Notstand の定義と、上述した Binding による Notstand の定義を比べると、率直にみて、両者の定義は近似（類似）しているといえよう。<sup>(145)</sup>

こうした両者の定義の近似性との関係で特に注目されるのは、Binding

本人のコメントである。これによれば、Stammler がこうした定義規定を行った背景には、当時、Stammler が Binding の講義を聴講していた（meine Vorlesung gehört haben）という事情があり、その講義内容を Stammler が自身の著作のために利用したこと（für seine Schrift benutzt haben）から、両者の定義の近似性（nahestehen）が生じたものと指摘されている。<sup>(146)</sup>

それゆえ、Stammler による定義は、Binding による定義と基本的に同義の内容であると解して、前者の定義についても、緊急行為に関する上記の三つの類型をすべて包摂して評価しうるものと理解する論者もいる。<sup>(147)</sup>

しかし、厳密にみると、Stammler による Notstand の定義の中には、Binding による Notstand の定義とは異なり、「法的義務の履行」（die Erfüllung einer Rechtspflicht）という文言はみられず、したがって、「法的義務を履行するために禁じられた行為を行った場合」（義務の衝突の場合）については明示されていない。<sup>(148)(149)</sup> それゆえ、Binding が上記の思考  $\alpha$  に基づいて拡張的な Notstand の概念を形成し、この定義の中で義務の衝突の類型をも明瞭に示した点（緊急避難概念の拡大の明晰）に、Binding の見解の重要な特徴の一つが認められるといえよう。<sup>(150)</sup>

## 2 Binding 以降における Notstand の概念・定義と類型的概念の機能の変遷

### （1）Binding の Notstand 概念・定義および類型的概念の継承

Binding の見解（1885年）以降の義務衝突論の黎明期においては、一方で、Binding 流の拡張的な Notstand 概念に基づいて、Notstand の定義とそれに包摂される三類型の概念的区別を端的に継受し、または、さらにこ

れらを精製 (Verfeinerung) して理解を進展させようとする学説の流れが顕著にみられる。

#### (a) Binding の Notstand 概念・定義の従順な継承

例えば、Joseph Heimberger は、「義務の衝突についても緊急避難の一種とされるが、それは、刑法54条の狭い意味ではなく、将来の刑法において緊急避難の問題を規制する際におそらく基礎とされる広い意味での緊急避難である」(Auch bei der Pflichtenkollision handelt es sich um einen Notstand – nicht in dem engen Sinn des § 54 StrGB, aber in dem weitem, der wohl im künftigen StrGB bei der Regelung der Notstandsfrage zugrunde gelegt wird) と解している<sup>(151)</sup>。こうした理解の基礎には、ドイツ刑法旧規定52条・54条を超えた「超法規的緊急避難」の中に義務の衝突をも包摂する Binding の拡張的な Notstand 概念を率直に踏襲する考え方があるといえよう。

また、Georg M. Gareis は、Binding による Notstand の定義について、Notstand に関する個々の現象形式を考察して、これらを完全に網羅するように (in völlig erschöpfender Weise) 包括的に Notstand 概念を規定した<sup>(152)</sup>ものとして高く評価し、また、Binding の Notstand の定義は一般に承認されているとして、彼自身の論述の基礎として利用する旨を明言している<sup>(153)</sup>た。

さらに、August Finger は、Binding による Notstand の定義の文言にきわめて微細な表現上の修正を加えるにとどめ、Notstand とは、 „die Lage eines Menschen, in welcher er nur durch eine verbotene Handlung ein gefährdetes Rechtsgut retten oder eine Rechtspflicht erfüllen kann“ であると定義している<sup>(154)</sup>。ここでは、Binding による定義の中で示されていた worin という文言、erretten という文言および die Erfüllung einer Rechtspflicht ermöglichen という文言が、Finger による定義の中では、

それぞれ、in welcher という文言、retten という文言および eine Rechtspflicht erfüllen という文言へと変更され、より平易な表現に修正されているにすぎない。それゆえ、Finger による定義においても、明らかに、Binding 流の拡張的な Notstand 概念が採用されているといえよう。<sup>(155)</sup>

### (b) 三類型の概念的区別の継受

また、とりわけ、Hans Tobler および Rudolf Merkel は、既に1890年代に、Binding の思考 $\beta$ を継受して、三つの類型の緊急行為を概念的に区別する理解を示していた。<sup>(156)</sup>その後、1900年代初期においても、Binding の見解における三類型の概念的区別を継受する見解は、きわめて有力であったといえよう。<sup>(157)</sup>その中には、こうした概念的区別をさらにブラッシュ・アップさせようとする試みもみられる。

例えば、Julius Würzburger は、ドイツ刑法旧規定52条・54条を超えた超法規的緊急避難の中で、「法益衝突」、「義務の履行と他人の法益の保持との衝突」(der Konflikt zwischen der Erfüllung einer Pflicht und der Erhaltung eines fremden Rechtsgutes) および「二つの義務の履行の衝突」(der Konflikt zwischen der Erfüllung zweier Pflichten) という三つの類型を区別した上で、<sup>(158)</sup>さらに、これらの三類型の下位分類として、次の六つの生活状況 (Lebenslage) を提示している。すなわち、①生命と他のより低次の法益との衝突 (Kollision von Leben und einem anderen, niederen Rechtsgut)、②生命と生命の衝突 (Kollision von Leben und Leben)、③生命以外の二つの法益の衝突 (Kollision von zwei anderen Rechtsgütern als Leben)、④法益の保全と禁じられた行為の不遂行との衝突 (Kollision zwischen der Erhaltung eines Rechtsgutes und dem Nichtbegehen einer verbotenen Handlung)、⑤法的義務の履行と法益の保持との衝突 (Kollision zwischen der Erfüllung einer Rechtspflicht und der Erhaltung eines Rechtsgutes)、および、⑥二つの法的義務の衝突 (Kollision von

zwei Rechtspflichten) であり、これらの状況をいずれも緊急避難の場合 (Notstandsfälle) として認めているのである<sup>(159)</sup>。

また、Georg M. Gareis は、Binding 流の緊急行為の三類型に関しては、さらに、個々の法益または法的義務の種類、重大さおよび性質 (Art, Größe und Beschaffenheit der einzelnen Rechtsgüter und Rechtspflichten) に応じて、(I) 下位類型 (Unterarten) および (II) 特殊事例 (spezielle Fällen) が考えられるとした上で、(I) 下位類型については、衝突する法益または法的義務の種類および価値の異同によって区別・分類し<sup>(160)</sup>、(II) 特殊事例については、いわゆる危難共同体 (危険共同体 (Gefahrengemeinschaft)) の場合を挙げているのである<sup>(161)</sup>。

このように、Binding の思考 $\beta$ に基づく三類型の概念的区別は、広く注目を浴び、承継されていった。しかし、その概念的機能は必ずしも同一ではない。以下にみるように、このように Binding による三類型の概念的区別を積極的に承継した Würzburger の見解と Gareis の見解との間においても、この点に関しては根本的な理解の相違がみられる。

## (2) Notstand の定義と類型的概念の機能の変遷

### (a) Binding の Notstand の定義の修正 + 類型的概念の機能の変質

Binding 流の拡張的な Notstand 概念を継承しつつも、Notstand の定義については単なる表現上の変更 (用語の平易化) を超えた修正を施す見解として、とりわけ、次のものが挙げられる。そこでは、緊急行為の三つの類型を区別する下位概念 (類型的概念) の機能の変質もみられる。

#### 1) Julius Würzburger の見解

Julius Würzburger は、1903年に公刊された緊急避難論に関する著書 Das Recht des strafrechtlichen Notstandes vor und nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches の中で、次のように論じている。

i まず、Würzburger は、拡張的な Notstand 概念を上位概念として採用して（上記思考  $\alpha$ ）、Notstand 概念の中に義務の衝突をも包摂しながらも、Binding による Notstand の定義を行為主体の観点から見つめ直し、次のように定義を修正した。すなわち、Notstand とは、「禁じられた行為によってしか、危険にさらされた法益が保全されず、または一方の法的義務が履行されないという人間の状態」(die Lage eines Menschen, worin nur durch eine verbotene Handlung ein gefährdetes Rechtsgut gerettet oder die Erfüllung einer Rechtspflicht ermöglicht werden kann) であると定義した。<sup>(163)</sup> Würzburger は、このように当該状況 (die Lage) の中 (worin) におかれた者を非人称で表現すること (unpersönlich fassen) により、危険にさらされた者 (Gefährdeter) と緊急避難行為者 (Notstandstäter) が同一ではない場合もありうることを示そうとした。<sup>(164)</sup>

もともと、Würzburger による Notstand の定義は、その中で義務の衝突の場合とその他の場合を別記して区別している点では、Binding による Notstand の定義と同様である。

ii また、Würzburger は、上述したように、Binding による三類型の概念的区別 (類型的概念) を継承し (上記思考  $\beta$ )、これを六つの生活状況に細分化して、分類概念についてはさらにブラッシュ・アップさせようとしていた。<sup>(165)</sup>

さらに、Würzburger は、これらの緊急行為の類型のうち、特に、義務衝突 (Pflichtenkollision) と通例の緊急避難 (gewöhnlichen Notstand) とを比較し、両者の相違点について次のように論じていた。すなわち、義務衝突の場合には、当該衝突の解決は、ふつう禁じられている行為を行うことによってしかなしえない (bei der Pflichtenkollision eine Lösung des Konfliktes nur durch Vornahme einer sonst verbotenen Handlung möglich ist) のに對して、通例の緊急避難の場合には、自己の法益を滅失させて当該衝突を

解決することが常に許されるとして、当該状況において構成要件該当行為に出ずに衝突に決着をつける余地があるか否か（衝突の決着余地の有無）という点に、両者の類型の概念的相違を認めていた。<sup>(166)</sup>そこには、下位概念のレベルにおいて、緊急避難に対する義務衝突の概念的独立性（形式的独自性）を認める考え方がみられる。

iii しかしながら、Würzburger は、義務衝突の場合には、緊急避難の場合と同一の原則（dasselbe Prinzip wie beim Notstand）が妥当するとし、刑法上、義務衝突については緊急避難と同様の取扱い（die gleiche Behandlung）がなされることから、上記の概念的相違は重視されないとしている。<sup>(167)</sup>それゆえ、義務衝突が緊急避難の一場合（ein Fall des Notstandes）とされることに問題はない（unbedenklich）と論じている。<sup>(168)</sup>

このように、Würzburger の見解によれば、緊急避難と義務衝突に妥当する原則は実質的に同一とされ、刑法上、両者の取扱いも同一とされることから、義務衝突の法的性質（本質）を緊急避難の一場合と解しているのである（緊急避難本質説）。

iv このような Würzburger の見解においては、緊急避難と義務衝突の概念的区別（思考 $\beta$ ）を示す類型的概念は、Binding の見解におけるような「義務の衝突に関して独自の実質的規準を志向する前提的な概念的基盤」とはされず、義務の衝突に特有の実質的思考を有意的に誘導する機能（ハードな実効的機能）は認められない。<sup>(169)</sup>Würzburger の見解では、思考 $\beta$ に基づく類型的概念は、あくまで形式的に緊急行為の概念的区別を単なる分類指標として示す弱い柔軟な機能（ソフトな実効的機能）を有するにすぎず、緊急避難に対する義務衝突の独自性は単に形式的に認められるにすぎない（義務衝突の形式的独自性）。Binding の見解においては、思考 $\beta$ は上記の思考 $\gamma$ と密接な有機的関連性を有しているのに対し、Würzburger の見解においては、むしろ思考 $\beta$ は上記の思考 $\gamma$ と乖離して

おり、そこでは、思考βに基づく類型的概念の実効的機能は相対的に軟弱化しているといえよう。

v Würzburger の見解においても、Binding の見解と同様に、義務の衝突における衝突義務の現象形式については、区別されることなく、包括的に捉えられている。

vi したがって、Würzburger の見解は、緊急避難に対する義務衝突の形式的独自性を包括的に肯定する立場（形式的・包括的独自性肯定説）に立ちながらも、義務衝突の法的性質（本質）に関しては緊急避難の一場合と解して、緊急避難に対する義務衝突の実質的独自性を包括的に否定する見解（緊急避難本質説）として評価されよう。

こうした Würzburger の見解については、Binding の見解のような「実質的・包括的独自性肯定説かつ緊急避難概念説」<sup>(170)(171)</sup>と対比して、「形式的・包括的独自性肯定説かつ緊急避難本質説」と称することができよう。このような見解は、わが国の義務衝突論における従来の学説の一部にも大きな影響を及ぼしているように思われる。

## 2) Sigismund von Czarnecki の見解

Sigismund von Czarnecki は、1909年に公刊された著作 *Das Prinzip der Proportionalität beim Notstande und bei der Notwehr*, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der juristischen Fakultät der Universität zu Breslau の中で、次のように論じている。

i v. Czarnecki も、Binding と同様の拡張的な Notstand 概念を上位概念として採用した上で、Notstand の定義については、Würzburger と同様の定義を提示している<sup>(172)</sup>。

ii また、その Notstand 概念の中で、下位概念として、①「複数の法益の衝突」(Kollision von Rechtsgütern)、②広義の「法益と法的義務の衝突」(Kollision von Rechtsgütern und Rechtspflichten)、すなわち、「法益

の保全と法的義務の違反との衝突」(Kollision zwischen der Erhaltung eines Rechtsgutes und der Verletzung einer Rechtspflicht) の場合(類型②-1)、および、その逆の場合(der umgekehrte Fall)である「法的義務の履行と他人の法益の侵害との衝突」(Kollision zwischen der Erfüllung einer Rechtspflicht und der Verletzung fremder Rechtsgüter)、つまり、「義務を履行するために他人の法益の侵害が必要とされる」(Die Erfüllung einer Pflicht kann die Verletzung fremder Rechtsgüter erheischen) という場合(類型②-2)、さらには、③「義務の衝突」(Pflichtenkollision) という類型が区別されることを明らかにしている。<sup>(173)</sup>

iii その上で、v. Czarnecki は、義務の衝突(上記類型③)において衝突する義務は、作為義務(Pflichten ad faciendum)の場合も、不作為義務(Pflichten ad omittendum)の場合もありうると論じている。<sup>(174)</sup>しかし、そこでは、衝突義務の現象形式により義務衝突の内部で法的扱いを異にする思考はみられない。それゆえ、v. Czarnecki も、義務の衝突における衝突義務の現象形式については、包括的に理解しているといえよう。

iv さらに、v. Czarnecki の見解において注目されるのは、一方で、「義務の衝突」(上記類型③)および「法的義務を履行するために他人の法益を侵害した場合」(上記類型②-2)と、他方で、「複数の法益の衝突」(上記類型①)および「法益を保全するために法的義務に違反した場合」(上記類型②-1)との間で、次のような概念的相違を認めていた点である。すなわち、前二者(上記類型③・②-2)の場合には、当該衝突の解決は、一方の義務を履行しないことまたは他人の法益を侵害すること、したがって、ふつう禁じられる行為(eine sonst verbotene Handlung)を行うことによってしかなしえないのに対して、後二者(上記類型①・②-1)の場合には、当該衝突の解決は自己の法益の犠牲を甘受することによって可能であり、それは常に許される(die Lösung des Konfliktes ist durch

Opferung seines eigenen Gutes möglich, was ja jederzeit gestattet ist) としている<sup>(175)</sup>。そこでは、義務衝突（上記類型③）と通例の緊急避難（上記類型①）の間だけではなく、前二者（上記類型③・②-2）と後二者（上記類型①・②-1）との間において「衝突の決着余地の有無」につき概念的相違を認めている点で、Würzburger の考え方を修正し、さらにこれを徹底しようとしている。

v しかし、v. Czarnecki は、このような看過できない相違があったとしても（trotz dieses Unterschiedes, der nicht übersehen werden darf）、前二者（上記類型③・②-2）も、後二者（上記類型①・②-1）と同様に、「緊急避難の一場合」（ein Fall des Notstandes）とされると論じている<sup>(176)</sup>。その理由は、いずれの場合においても、ふつう禁じられる行為が行われたときは、そのような行為の不処罰性（Straflosigkeit）または適法性（Rechtmäßigkeit）にとって、法益の保全に関する法秩序の利益と規範の遵守に関する法秩序の利益との対立（das Interesse der Rechtsordnung an der Erhaltung des einen Rechtsgutes gegenüber ihrem Interesse an der Nichtverletzung der Norm）が決定的（maßgebend）とされることにあるとし、義務の衝突においても、同様の利益の対立が決定的となると解している<sup>(177)</sup>のである。

vi 以上にみたように、v. Czarnecki の見解においても、緊急行為の三類型の概念的区別や「衝突の決着余地の有無」による概念的相違によって、義務の衝突に概念的な独自性が包括的に認められている。しかし、それはあくまで形式的な分類上の論定にすぎず、義務衝突の法的性質（本質）は実質的に「緊急避難の一場合」と解されている。したがって、v. Czarnecki の見解も、「形式的・包括的独自性肯定説かつ緊急避難本質説」の一つとして評価されよう。

## 3) Rudolf Schultz の見解

さらに、Würzburger や v. Czarnecki よりも早く、「形式的・包括的独自性肯定説かつ緊急避難本質説」の立場を表明していた論者として、Rudolf Schultz が挙げられよう。Schultz は、1902年に公刊された著作 *Notwehr und Notstand im heutigen Recht* (StGB §§ 52-53. BGB §§ 227, 228, 904), *Inaugural-Dissertation zur Erlangung der juristischen Doctorwürde, vorgelegt der hohen juristische Facultät der Albert-Ludwiges-Universität zu Freiburg i. Br.* において、次のように論じている。

i Schultz も、Binding 流の拡張的な Notstand 概念を上位概念として採用していた<sup>(178)</sup>。

しかし、Notstand の定義に関しては、次のように修正を加えている。すなわち、Notstand とは、「法的義務に違反しまたは法益を侵害することによってしか、危険にさらされた法益が保全されず、または一方の法的義務が履行されないという緊急状態」(diejenige Notlage, in der nur durch Verletzung einer Rechtspflicht oder eines Rechtsgutes ein gefährdetes Rechtsgut gerettet oder die Erfüllung einer Rechtspflicht ermöglicht werden kann)<sup>(179)</sup> であると定義している。Schultz によれば、内容的に、こうした定義は Binding の定義と完全に一致する (Diese Definition deckt sich mit der Binding'schen vollständig) とし、Binding と同様に、この中で Notstand の現象の全範囲を捕捉しようとした<sup>(180)</sup>。

しかし、Binding の定義においては、緊急行為の実行行為性 (侵害性) の側面に関して、「禁じられた行為」(eine verbotene Handlung) という用語が用いられていた (この点については、Würzburger および v. Czarnecki の定義においても同様である)。これに対して、Schultz の定義では、こうした用語に代えて、「法的義務に違反しまたは法益を侵害すること」(Verletzung einer Rechtspflicht oder eines Rechtsgutes) という文

言を用い、緊急行為における侵害行為の形態の区別がより具体的に説明されている。

ii また、これにより、Notstand の定義自体において、保全内容と侵害内容の相関関係の理解をより容易にし、その中に、①「法益と法益の衝突」、②「法益と法的義務の衝突」およびその逆の「法的義務と法益の衝突」、③「法的義務と法的義務の衝突」の三類型が包摂され、これらが概念的に厳密に区別されること（類型的概念）が、よりいっそう明確にされている<sup>(181)</sup>。したがって、Schultz の見解においても、義務の衝突の類型的独自性（形式的独自性）が包括的に認められているといえよう。

iii しかし、Schultz は、上記の三類型の場合には、いずれも同様に考慮されるとし、立法論として、いずれの場合についても緊急避難の法律上の規制（die gesetzliche Regelung des Notstandes）を適用すべきものと解しており<sup>(182)</sup>、義務衝突の法的性質（本質）を実質的に緊急避難の一場合と解しているのである。

iv したがって、Schultz の見解も、「形式的・包括的独自性肯定説かつ緊急避難本質説」の本流に位置しており、その上流に表れた早期の見解として評価されよう。

#### （b）Binding の Notstand の定義の修正 + 類型的概念の機能の形骸化

Binding 以降のドイツの学説の中には、以下にみるように、さらに一歩押し進めて、Notstand の定義を修正するだけでなく、義務衝突の法的性質（本質）を緊急避難の一場合（利益衝突）として捉えた上で、Notstand 概念内部における類型的概念の機能をも実質的に形骸化ないし消失させ、通例の緊急避難に対する義務衝突の独自性をおよそ厳格に包括的に否定する見解（全面的・包括的独自性否定説かつ緊急避難本質説）もみられる。こうした見解は、端的に、いわば「厳格な緊急避難本質説」と略称することもできよう。

上記に示した「形式的・包括的独自性肯定説かつ緊急避難本質説」は、このような「厳格な緊急避難本質説」と Binding 流の「実質的・包括的独自性肯定説かつ緊急避難概念説」とのいわば中間に位置づけられる。それゆえ、Binding の見解を基点（定点）としてみると、「形式的・包括的独自性肯定説かつ緊急避難本質説」は、いわば「穏健な緊急避難本質説」と略称することもできよう。

### 1) Heinrich Titze の見解

Heinrich Titze は、1897年に公刊された民法上の緊急避難論を主たるテーマとする著書 *Die Notstandsrechte im deutschen bürgerlichen Gesetzbuche und ihre geschichtliche Entwicklung* において、刑法における緊急避難<sup>(183)</sup> に関しても詳細に論及し、その中で、Binding の見解をはじめとする刑法学説をも考察しながら、刑法における義務の衝突に関して次のように論じている。

i まず、Titze も、義務の衝突をも包摂する Binding 流の拡張的な Notstand 概念（超法規的緊急避難）を基本的に正当なものとして認めている<sup>(184)</sup>。

ii しかし、Titze は、強制的状況（Zwangslage）という強制のモメント（Zwangsmoment）が Notstand 概念の本質的な構成要素（ein dem Notstands begriffe wesentlicher Bestandteil）であるとし、この点で、Binding による定義をも含めた従来の Notstand の定義は広すぎる（zu weit）と指摘している<sup>(186)</sup>。それゆえ、Titze は、拡張的な Notstand 概念を次のように定義している。すなわち、Notstand とは、「当事者が差し迫った損害を甘受するか（もしくは第三者の緊急救助によるときは、これを放置するか）、それとも、それ自体として違法な行為を行うか、そのいずれかを強いられた人間の状態」（diejenige Lage eines Menschen, in der er **gezwungen** ist, entweder ein drohendes Übel auf sich zu nehmen (resp.

wenn es sich um die Nothilfe eines Dritten handelt, geschehen zu lassen), oder eine an sich rechtswidrige Handlung zu begehen) であると定義<sup>(187)</sup>した。

iii Titzeによれば、衝突する法的義務が積極的義務（positive Pflicht）であっても消極的義務（negative Pflicht）であっても、義務の衝突はこうしたNotstand概念に含まれるとする<sup>(188)</sup>。すなわち、そこには、義務の衝突における衝突義務の現象形式を区別せず包括的に捉える見解があり、こうした理解の下で、義務の衝突の全体を拡張的なNotstand概念に包摂させているのである。

iv その上で、Titzeは、義務衝突の法的性質（本質）について、次のように論じている。すなわち、法秩序においては、義務の衝突は、Notstand概念に含まれるその他の場合と同一の観点により（nach denselben Gesichtspunkten）、つまり、その基礎にある利益の相対関係により（nach der Relativität der ihnen zu Grunde liegenden Interessen）取り扱われるとして、拡張的なNotstand概念の内部において、義務の衝突には実質的に何ら特殊性（Besonderheiten）は認められないと論じている<sup>(189)</sup>。

それゆえに、Titzeは、こうした理解を簡明に示すため、上記のNotstandの定義（Definition）の中に義務衝突の要素を明示的に挿入する考慮をあえてしなかったと説明している<sup>(190)</sup>のである。

また、Titzeの見解によれば、義務衝突の場合だけでなく、「法益と法的義務の衝突」およびその逆の「法的義務と法益の衝突」の場合も、同様に、法益衝突（利益衝突）に対する特殊性が本質的に否定されることから、Notstandの定義の中に個別的な類型が明示されることなく埋没している。それゆえ、TitzeによるNotstandの定義においては、Binding流の緊急行為の三類型の概念的な区別（類型的概念）に関する文言（die Erfüllung einer Rechtspflicht / die Verletzung einer Rechtspflicht）が消去されている（類型的概念の消失）。その点で、Titzeによる定義は、特に、上述し

た Schultz による定義と対照的な関係にあるといえよう。

v こうした Titze の見解には、上記の他の見解と比べると、次の点に特徴がみられる。「実質的・包括的独自性肯定説かつ緊急避難概念説」の立場に立つ Binding の見解においては、上述したように、Notstand の「概念構成ないし定義規定に関する形式的問題」と「衝突状況における緊急行為の法的解決に関する実質的問題」は明確に区別され、両者を別次元の問題として捉える二元論 (Dualismus) を基礎としていた。<sup>(191)</sup> こうした二元的思考においては、「Notstand の定義規定に関する問題」と「緊急行為の法的解決の問題」との理論的な連動性は否定されている。また、このような二元論の思考は、上記の「形式的・包括的独自性肯定説かつ緊急避難本質説」(穏健な緊急避難本質説) の立場に立つ論者にも、同様に継承されて<sup>(192)</sup>いる。

これに対して、Titze は、拡張的な Notstand 概念に属する緊急行為は、すべて実質的に同一の観点から統一的に解決されると解し、この点を重視して、その下位概念の類型的区別を消去した一律的な Notstand の定義を構成している。その点で、Titze の見解においては、「Notstand の定義規定に関する問題」と「緊急行為の法的解決の問題」との理論的な連動性が肯定されており、両者を同次元の問題として捉える一元論 (Monismus) の思考を基礎としていると評価されよう。

vi また、義務の衝突に即してみると、Titze の見解の内容は、次のように整理されよう。すなわち、①まず、Titze の見解の根柢には、衝突義務の現象形式の種類を問わず、義務衝突を利益衝突 (対立利益の相対関係) に還元しようとする思考 (利益衝突還元論) がある。また、②こうした思考に基づいて、直ちに、通例の緊急避難に対する義務衝突の実質的独自性 (特殊性) を包括的に否定している (利益衝突還元論と「義務衝突の実質的・包括的独自性否定説」の直結性)<sup>(193)</sup>。そこでは、衝突義務の同時履

行の不可能性を考慮した *impossibilium nulla obligatio est* の原則は、義務の衝突に特有とされる違法性阻却の個別原理（構成原理）としておよそ認められないことになる。さらに、Titze は、③こうした法的性質（本質）論を重視して、概念形成に及ぶ立論構成を一元的に統合しようとしている（一元的な立論構成）。それゆえまた、④そこでは、法益衝突などに対する義務衝突の種類の概念的区別（類型的概念）の意義はきわめて消極的なものにとどまり、その類型的概念の機能はもはや形骸化している（義務衝突の形式的・包括的独自性の消失）。それゆえ、Titze の見解においては、通例の緊急避難に対する義務衝突の包括的独自性は、実質的にも形式的にもおよそ認められない（義務衝突の独自性の全面的・包括的否定）。

したがって、こうした Titze の見解については、上述した「形式的・包括的独自性肯定説かつ緊急避難本質説」（穏健な緊急避難本質説）と対比して、「全面的・包括的独自性否定説かつ緊急避難本質説」（厳格な緊急避難本質説）と称することができよう。

## 2) Moritz Liepmann の見解

Moritz Liepmann も、1900 年に公刊した著書 *Einleitung in das Strafrecht, Eine Kritik der kriminalistischen Grundbegriffe* の中で、Binding の義務衝突論に対して率直な批判を提起し、次のように端的に論じている。<sup>(194)</sup>

i すなわち、そもそも、①利益の保護のために課されない法的義務は存在しない（*es giebt keine Rechtspflichten, die nicht zum Schutz von Interessen erlassen sind*）のであり、法的義務はすべて、一定の法的利益を保護するために課される（目的論的思考）。それゆえ、②法において問題となる義務の衝突（*die für das Recht in Betracht kommenden Pflichtenkonflikte*）は、法的に保護される利益の衝突の観点の下で考察される。すなわち、二つの法的義務が相互に具体的に衝突して、一方の法的

義務しか遵守しえず、そのため他方の法的義務に違反せざるをえない場合 (Widerstreiten also zwei Rechtspflichten in concreto einander in dem Sinne, daß nur die eine befolgt werden kann und damit die andere verletzt werden muß) には、それに相応した法的に保護される利益の衝突 (ein entsprechender Konflikt zwischen rechtlich geschützten Interessen) が必然的に結びついている。<sup>(195)</sup> ③したがって、例えば、Binding が Notstand に関する論述の中で行っていたように、こうした義務の衝突を法益の衝突と特に区別する理由は認められない (Es liegt daher kein Grund vor, diese Pflichtenkonflikte von den Konflikten zwischen Rechtsgütern besonders zu scheiden, wie dies z. B. Binding in seinen Ausführungen über den Notstand thut) と言明し、Notstand 概念の中で両者の類型を区別する Binding の見解をストレートに批判している<sup>(196)</sup>のである。

ii このように、Liepmann は、義務衝突を利益衝突に還元する見解 (利益衝突還元論) に立脚して、たとえ「法的義務と法的義務の衝突」が認められる場合であったとしても、それは実質的に利益衝突として捉えられる以上、義務の衝突それ自体に特段の法的意義はおよそ認められないと解している。

こうした Liepmann の見解においては、利益衝突還元論の根拠として、法的義務に関する目的論的思考を重視している。また、Liepmann の見解は、後述の Wilhelm Sauer の見解とは異なり、必ずしも法的義務と法的義務の「衝突」の存在それ自体を否定しているわけではなく、むしろ、「衝突」の概念 (der Begriff der Konflikt / Kollision / Widerstreit) を広く捉え (非制限的な衝突概念)、義務の「衝突」の概念そのものをも肯定する思考 (義務の「衝突」概念・肯定論) を前提としているといえよう。

iii しかし、Liepmann の見解も、Titze の見解と同様の一元的思考を基礎として、こうした利益衝突還元論の立場から、Notstand 概念の内部

において義務衝突と法益衝突（利益衝突）を区別する意義を形式的（類型的）にも実質的にも包括的に否定的に解している点で、「全面的・包括的独自性否定説かつ緊急避難本質説」（厳格な緊急避難本質説）の一つとして評価されよう。

### 3) Wilhelm Sauer の見解

さらに、Wilhelm Sauer も、1921年に公刊した著書 *Grundlagen des Strafrechts nebst Umriß einer Rechts- und Sozialphilosophie* の中で、刑法における義務の衝突の問題を特に法哲学的なアプローチに基づいて検討し、「全面的・包括的独自性否定説かつ緊急避難本質説」（厳格な緊急避難本質説）を主張しており、その根拠を次の点に求めている。

i すなわち、①利益はまさに権利または義務の客体であるから（weil Interessen ja die Objekte für Rechte und Pflichten sind）、義務緊急避難（Pflichtennotstand）はいずれも利益緊急避難（Interessennotstand）に解消（sich auflösen）される。また、②衝突は、客体の間にのみ認められ、法的評価の間には存在しえない（Kollisionen kann es nur zwischen Objekten, nicht zwischen rechtlichen Wertungen geben）。③そのため、義務の衝突といわれる場合には、一つの義務、すなわち、法秩序においてより重要と評価される義務のみ（nur eine Pflicht, nämlich die von der Rechtsordnung als wichtiger bewertete）しか存在しないと論じているのである。<sup>(197)</sup>

ii Sauer も、Binding らと同様に、衝突義務の現象形式を問わず、「作為義務と不作為義務の衝突」の場合だけでなく、「作為義務と作為義務の衝突」の場合をも含めて、「義務緊急避難」という用語を用いている（形式的な義務緊急避難の概念）<sup>(198)</sup>。その上で、Sauer も、義務緊急避難（義務衝突）を利益緊急避難（利益衝突）に還元（解消）する見解（利益衝突還元論）<sup>(199)</sup> に立っているが、その主たる根拠には、上記の Liepmann の見解と

は異なり、「衝突」概念を限定的に捉え（制限的な衝突概念）、そもそも義務の「衝突」を否定する思考がある（義務の「衝突」概念・否定論）。この点で、「全面的・包括的独自性否定説かつ緊急避難本質説」（厳格な緊急避難本質説）の内部において、法哲学的な見解の相違がみられるといえよう。

iii このように制限的な衝突概念を認める Sauer の法思考の根底には、法秩序の本質を「平和秩序」（Friedensordnung）として捉える理念がある。すなわち、「法秩序は、闘争を永続させようとするのではなく、平和秩序となろうとする。それゆえ、利益の衝突が認められるにすぎず、権利の衝突または義務の衝突は認められない」（Die Rechtsordnung will nicht den Kampf verewigen, sondern eine Friedensordnung sein. Daher gibt es einen Streit nur von Interessen, nicht von Rechten und Pflichten）と論じているのである。<sup>(200)(201)</sup>

また、Sauer の見解の法理論的根拠には、法的評価の対象としての事実的な客体と、法的評価（規範的評価）そのものを厳格に区別する思考（存在（客体）と価値（当為）の二元論）<sup>(202)</sup>があり、これに基づいて両者の特質の相違を重視し、その表れの一つとして、法的評価の間における「衝突」を否認している。したがって、Sauer の見解によれば、権利または義務は法的評価（規範的評価）の一種と解されることから、権利と権利の間、義務と義務の間および権利と義務の間には「衝突」は認められず、「衝突」はもっぱら客体としての利益と利益の間にのみ認められることになる。<sup>(203)</sup>

しかし、法的評価の間における衝突、とりわけ、「権利と権利の衝突」または「義務と義務の衝突」の肯否・範囲・次元については、法哲学・道徳哲学・刑法学の領域における根本的な問題の一つとされており、この点に関しては、法秩序の本質を「平和秩序」として理解する立場の内部においても、重要な見解の相違がみられる。<sup>(204)(205)</sup> また、義務の「衝突」を認めるべ

きか否か（義務の「衝突」概念の肯否）は、そもそも、「義務」概念の内実およびその内部的な区別をいかに解すべきか（「義務」概念の内容と分類）という基底的な問題とも密接に関連しているといえよう。<sup>(206)</sup>義務の「衝突」を上記のように端的に否定する Sauer の見解においては、これらの理論的な問題が必ずしも十分に究明されていないように思われる。<sup>(207)</sup>

#### 注

- (1) ～ (141) の注の内容については、本誌（山梨学院大学法学論集）86号（2020年）53頁以下を参照していただきたい。また、Karl Binding の著書 *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 1, 1885 については、その約3分の1を翻訳したものととして、齊藤金作『「ビンディング」刑法論 BINDING'S HANDBOOK OF CRIMINAL LAW I』早稲田法学・別冊第7巻（1936年）をも参照されたい。
- (142) 第二次世界大戦前のナチ政権の成立前後の時期に公開された義務衝突論のモノグラフィーとして、*Bartholomé*, a. a. O. (Anm. 94), 1930; *Jansen*, a. a. O. (Anm. 5), 1930; *Friedrich Welger*, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, 1934 が注目される。
- なお、Binding の見解（1885年）以降におけるドイツの義務衝突論の展開過程（学説史）のターニング・ポイントに関しては、勝亦藤彦「違法阻却事由としての義務衝突とその類型に関する考察（一）」早大法研論集74号（1995年）85頁以下、特に86頁以下参照。
- (143) この点については、特に、本誌86号（前号）49頁以下における前記本文のⅢ節3（1）（2）を参照されたい。
- (144) *Stammler*, a. a. O. (Anm. 48), 1878, S. 39.
- (145) Notstand に関する Stammler による定義と Binding による定義の類似性を指摘するものとして、とりわけ、*Binding*, a. a. O. (Anm. 1), Bd. 1, 1885, S. 759 Fn. 18; *Jansen*, a. a. O. (Anm. 5), 1930, S. 14 Fn. 18; 森下・前掲論文（注3）岡山大学法経学会雑誌32号22頁。また、Notstand に関する Binding の定義に関しては、本誌86号（前号）12頁（本文Ⅱ節1（1））を参照されたい。
- (146) *Binding*, a. a. O. (Anm. 1), Bd. 1, 1885, S. 759 Fn. 18.
- (147) *Würzburger*, a. a. O. (Anm. 15), 1903, S. 12; *Sigismund von Czarnecki*, *Das Prinzip der Proportionalität beim Notstande und bei der Notwehr*, 1909, S. 7. このように、Notstand に関する Stammler の定義が、義務の衝突をも明示した Binding の定義と同義であると解する見解によると、Stammler も、既に彼の著

作の公刊(1878年)以前に、刑法における義務の衝突に関して学識を有していたものと推察されることになろう。

- (148) さらに、Notstand の概念の中に義務の衝突が包摂されるか否かという点で、Stammler による Notstand の定義と Binding による Notstand の定義との間には明確な相違があると指摘するものとして、森下・前掲論文(注3) 岡山大学法経学会雑誌32号22頁。
- (149) また、Stammler の緊急避難論については、遠藤・前掲論文(注29) 法学協会雑誌132巻7号92頁以下をも参照。そもそも、緊急避難論に関して、Stammler の見解と Binding の見解との間には重要な相違がみられる。この点に関しては、例えば、*Jansen, a. a. O. (Anm. 5), 1930, S. 20 Fn. 33* をも参照。
- (150) この点については、森下・前掲論文(注3) 岡山大学法経学会雑誌32号22頁。  
Stammler 以前に提示されていた Notstand の定義については、特に、*v. Chmielewski, a. a. O. (Anm. 71), 1911, S. 2; Schultz, a. a. O. (Anm. 20), 1902, S. 40 f.* 参照。また、Karl Janka による Notstand 規定の提案(1878年)および Maximilian von Buri による Notstand 規定の提案(1887年)に関しては、*Otto von Alberti, Gefährdung durch überlegene Gewalt (Notstand), 1903, S. 2*; 遠藤・前掲論文(注29) 法学協会雑誌132巻7号98頁、103頁以下参照。これらの Notstand 規定の提案においては、義務の衝突に関する言明は含まれていない。また、Binding の見解(1885年)以前の Notstand の定義における対象の限定性に関しては、*Würzburger, a. a. O. (Anm. 15), 1903, S. 12* をも参照されたい。
- (151) *Heimberger, a. a. O. (Anm. 107), VDA 4 (1908), S. 3*。もっとも、Heimberger は、同所において、Notstand の定義そのものは明示していない。  
また、義務の衝突(Konflikt der Pflichten)や法益の衝突(Kollision von Rechtsgütern)はまさに緊急避難の本質(das Wesen des Notstandes)であると解するものとして、*Adolf Lobe, Ueber den Einfluß des bürgerlichen Gesetzbuches auf das Strafrecht, 1898, S. 40*。さらに、Binding 流の拡張的な Notstand 概念を採用するその他の論者については、*Jansen, a. a. O. (Anm. 5), 1930, S. 18 Fn. 29* をも参照。
- (152) *Gareis, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 3*。同旨の評価として、*Schultz, a. a. O. (Anm. 20), 1902, S. 47*。
- (153) *Gareis, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 3*。
- (154) *Finger, a. a. O. (Anm. 48), Lehrbuch, Bd. 1, 1904, S. 419*。
- (155) この点については、*Finger, a. a. O. (Anm. 48), Lehrbuch, Bd. 1, 1904, S. 418, S. 419* をも参照されたい。
- (156) 既に1890年代に Binding による三類型の概念的区別を継承していたものとし

て、とりわけ、*Hans Tobler*, Die Grenzgebiete zwischen Notstand und Notwehr, Eine kriminalistische Studie, 1894, S. 13 Fn. 1; *R. Merkel*, a. a. O. (Anm. 38), 1895, S. 69 ff., S. 84 ff.; *Ernst Beling*, Rechtsprechung des Reichsgerichts vom 1. Oktober 1891 bis zum 31. März 1894 (Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. XXII–XXV), I. Materielles Strafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 18 (1898), S. 267 ff., insbes. S. 276.

(157) 1900年代初期に Binding による三類型の概念的区別を継承していたものとして、とりわけ、*Schultz*, a. a. O. (Anm. 20), 1902, S. 45, S. 46 f.; *Würzburger*, a. a. O. (Anm. 15), 1903, S. 10, S. 12; *Finger*, a. a. O. (Anm. 48), Lehrbuch, Bd. 1, 1904, S. 418 f.; *Kühn*, a. a. O. (Anm. 2), 1908, S. 5, S. 7 f., S. 8 f.; v. *Czarnecki*, a. a. O. (Anm. 147), 1909, S. 6 f.; *Böhm*, a. a. O. (Anm. 37), 1911, S. 49 f.; v. *Chmielewski*, a. a. O. (Anm. 71), 1911, S. 2 f.; *Gareis*, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 3 ff.; *Jansen*, a. a. O. (Anm. 5), 1930, S. 4; *Traeger*, a. a. O. (Anm. 5), 1932, S. 29 f., S. 31 ff., S. 38 ff., S. 43 ff. さらに、この三類型の概念的区別を確認するものとして、*Klingmann*, a. a. O. (Anm. 71), 1915, S. 49 参照。

(158) *Würzburger*, a. a. O. (Anm. 15), 1903, S. 10.

(159) *Würzburger*, a. a. O. (Anm. 15), 1903, S. 12.

(160) *Gareis*, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 3.

(161) *Gareis*, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 4.

(162) *Gareis*, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 4 f., S. 7 f., S. 16 f. また、*Gareis* は、避難行為者の損害賠償義務 (Schadensersatzpflicht) の点に関しても、通例の法益衝突の場合と危難共同体の場合との間で相違を認め、しかも、危難共同体の内部においても、いわゆる「真正の危難共同体」の場合と「不真正の危難共同体」の場合とを区別して、避難行為者の損害賠償義務の有無・範囲について相違を認めている (*Gareis*, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 16 f.)。

(163) *Würzburger*, a. a. O. (Anm. 15), 1903, S. 13. こうした「拡張的な Notstand 概念の定義」の問題 (形式的問題) と「当該衝突状況における緊急行為の法的解決」の問題 (実質的問題) とを区別する *Würzburger* の二元的思考に関しては、前掲注 23 を参照されたい。

(164) *Würzburger*, a. a. O. (Anm. 15), 1903, S. 12. また、この点に関しては、*Jansen*, a. a. O. (Anm. 5), 1930, S. 16 Fn. 18 をも参照されたい。

なお、Binding 自身も、危険にさらされた者 (der Gefährdete) と侵害行為者 (der Verletzende) が必ずしも一致しない場合があり、その趣旨を Notstand の定義の中に明記する余地があることをも認めていた (*Binding*, a. a. O. (Anm. 1), Bd. 1, 1885, S. 759 Fn. 19)。また、この点については、*Würzburger*, a. a. O.

- (Anm. 15), 1903, S. 12 Fn. 3 をも参照。
- (165) この点については、本誌本号における上記本文のⅣ節 2 (1) (b) を参照されたい。
- (166) *Würzburger*, a. a. O. (Anm. 15), 1903, S. 11.
- (167) *Würzburger*, a. a. O. (Anm. 15), 1903, S. 12.
- (168) *Würzburger*, a. a. O. (Anm. 15), 1903, S. 12. また、*Würzburger*, a. a. O. (Anm. 15), 1903, S. 113 f. をも参照。さらに、*Würzburger* の見解については、本誌86号(前号) 8頁以下における前記本文のⅠ節をも参照されたい。
- (169) この点については、本誌86号(前号) 52頁以下における前記本文のⅢ節 3 (2) を参照されたい。
- (170) 「Binding の見解の評価と位置づけ」に関する私見の結論については、本誌86号(前号) 52頁以下における前記本文のⅢ節 3 (2) を参照されたい。
- (171) また、*Würzburger* の見解は、義務の衝突を除く他の類型の緊急行為の一部について適法でも違法でもない「禁じられない行為」(unverbotene Handlung) を認める Binding の見解とは異なっている。*Würzburger*, a. a. O. (Anm. 15), 1903, S. 11, S. 13, S. 37 f. 参照。
- (172) *v. Czarnecki*, a. a. O. (Anm. 147), 1909, S. 7. また、そこでは、Notstand の定義 (die Definition) は衝突の解決 (die Lösung des Konfliktes) を決定するものではなく、Notstand における行為が不処罰ないし適法とされるか否か、また、どのような場合に当該行為が不処罰ないし適法とされるかは、実定法の問題 (eine Frage des positiven Rechts) であると指摘している。ここにも、上述した *Würzburger* と同様の二元的思考があると解されよう (前掲注23および注163参照)。
- (173) *v. Czarnecki*, a. a. O. (Anm. 147), 1909, S. 6.  
*v. Czarnecki* は、同所において、Notstand 概念の拡張論の学説史におけるキー・ポイントとして、「法益と法的義務の衝突」の一部(生命を保全するために法的義務に違反した場合)を Notstand 概念に包摂する考え(限定的な拡張的 Notstand 概念)を1840年代に示していた *Luden* の見解についても言及している。また、*Luden* の見解に関しては、とりわけ、*Binding*, a. a. O. (Anm. 1), Bd. 1, 1885, S. 757 f.; *Schultz*, a. a. O. (Anm. 20), 1902, S. 44 f.; *Würzburger*, a. a. O. (Anm. 15), 1903, S. 7, S. 8 f. および同所引用の文献参照。さらに、Notstand 概念の中に「法益と法的義務の衝突」を包摂するその他の見解については、特に、*Schultz*, a. a. O. (Anm. 20), 1902, S. 45 を参照されたい。
- (174) *v. Czarnecki*, a. a. O. (Anm. 147), 1909, S. 6.
- (175) *v. Czarnecki*, a. a. O. (Anm. 147), 1909, S. 6.

- (176) *v. Czarnecki*, a. a. O. (Anm. 147), 1909, S. 6.
- (177) *v. Czarnecki*, a. a. O. (Anm. 147), 1909, S. 6 f.
- (178) *Schultz*, a. a. O. (Anm. 20), 1902, S. 47.
- (179) *Schultz*, a. a. O. (Anm. 20), 1902, S. 47.
- (180) *Schultz*, a. a. O. (Anm. 20), 1902, S. 47.
- (181) *Schultz*, a. a. O. (Anm. 20), 1902, S. 46 f.
- (182) *Schultz*, a. a. O. (Anm. 20), 1902, S. 47. こうした *Schultz* の見解の基礎にも、*Würzburger* の見解および *v. Czarnecki* の見解と同様に、「拡張的な Notstand 概念の定義」の問題（形式的問題）と「当該衝突状況における緊急行為の法的解決」の問題（実質的問題）とを区別する二元的思考があると解されよう。
- (183) *Heinrich Titze*, *Die Notstandsrechte im deutschen bürgerlichen Gesetzbuche und ihre geschichtliche Entwicklung*, 1897, S. 13 ff.
- (184) *Titze*, a. a. O. (Anm. 183), 1897, S. 13 f. u. Fn. 41, insbes. S. 19 Fn. 58. また、民法学者による Notstand 概念の拡張に関して、*Titze*, a. a. O. (Anm. 183), 1897, S. 14 参照。
- (185) *Titze*, a. a. O. (Anm. 183), 1897, S. 15 u. Fn. 50. さらに、Notstand 概念の本質的な構成要素としての *Zwangslage / Zwangsmoment* の意義、*Not / Gefahr* の概念との関係、自己保全の緊急行為と他人保全の緊急行為における強制のモメントの相違などに関して、詳細には、*Titze*, a. a. O. (Anm. 183), 1897, S. 15 f. u. Fn. 50, S. 19 f. u. Fn. 59 参照。
- また、*Titze* は、正当防衛状況 (*Notwehrlage*) をも Notstand の特別な場合 (*ein besonderer Fall des Notstandes*) と解している (*Titze*, a. a. O. (Anm. 183), 1897, S. 16 f. u. Fn. 52, S. 20)。ちなみに、正当防衛に特有の強制のモメントを考慮して、いわゆる対物防衛に関して正当防衛の成立を否定する *Titze* の考察(特に、先祖返り的な思念 (*etwas Atavistisches*) に対する疑問など) も、とても興味深い。この点については、*Titze*, a. a. O. (Anm. 183), 1897, S. 16 f. u. Fn. 53 参照。
- さらに、*Titze* は、狭義の自救行為 (*die Selbsthilfe im engeren Sinne*) についても、緊急避難の観点の下で考察されなければならない (*unter dem Gesichtspunkte des Notstandes betrachtet werden müssen*) と論じ、広義の緊急避難行為の一つ (*eine Notstandshandlung im weiteren Sinne*) として捉えている (*Titze*, a. a. O. (Anm. 183), 1897, S. 20, S. 21)。また、この点に関しては、特に、*Binding*, a. a. O. (Anm. 1), Bd. 1, 1885, S. 790 Fn. 7 をも参照されたい。
- (186) *Titze*, a. a. O. (Anm. 183), 1897, S. 15 Fn. 50.
- (187) *Titze*, a. a. O. (Anm. 183), 1897, S. 19. なお、*Titze* による Notstand の定義内

の *gezwungen* という文言については、既に原文において強調して表記されている。

ここで、Titze は、*die Nothilfe* という用語を他人のための緊急避難 (*Notstandshilfe*) の意味で用いているが、これとは異なる用語法として、*Liepmann*, a. a. O. (Anm. 99), 1900, S. 182 u. Fn. 1, 3 参照。Liepmann は、同所において、ドイツ民法904条の攻撃的緊急避難 (危難を回避するために無関係な第三者の財物を侵害した場合) を *die Nothilfe* と称し、これに対して、ドイツ民法228条の防衛的緊急避難 (危難を回避するためにその危険源となっていた財物を侵害した場合) を *der eigentliche Notstand* と称している。

- (188) *Titze*, a. a. O. (Anm. 183), 1897, S. 19 Fn. 58.
- (189) *Titze*, a. a. O. (Anm. 183), 1897, S. 19 Fn. 58.
- (190) *Titze*, a. a. O. (Anm. 183), 1897, S. 19 Fn. 58.
- (191) この点については、本誌86号 (前号) 12頁以下、51頁以下における前記本文のⅡ節1 (2) およびⅢ節3 (1) (c) を参照されたい。なお、Binding の見解の評価に関しては、こうした二元論の内容とは異なる観点から二元論の一種として評価する見方 (Baumgarten の見解) もある。この点については、前掲注139 参照。
- (192) とりわけ、「形式的・包括的独自性肯定説かつ緊急避難本質説」(穏健な緊急避難本質説) の代表的論者である Würzburger の見解におけるこうした二元的思考については、前掲注23 および注163 を参照されたい。また、同説に立つ v. Czarnecki の見解および Schultz の見解におけるこうした二元的思考については、前掲注172 および注182 を参照されたい。
- (193) もし仮に義務衝突を利益衝突に還元する見解 (利益衝突還元論) に立つとしても、①そこから直ちに、通例の緊急避難に対する義務衝突の実質的独自性を包括的に否定する見解 (実質的・包括的独自性否定説 = 緊急避難本質説) に結びつくのか否か (「利益衝突還元論」と「実質的・包括的独自性否定説」との直結性の肯否)、また、②正当防衛、防衛的緊急避難 (防御的緊急避難) および自救行為の場合を除外してみたとき、Binding 流の緊急行為の三類型における利益衝突の構造、衝突利益の法的性格または利益保全と利益侵害の様相 (相関関係) は常に一律に評価されるのか (利益衝突の構造/衝突利益の法的性格/利益保全・利益侵害の様相の一律性の肯否)、という点がさらに問題となる。

このうち、前者①の問題に関しては、後掲注199 をも参照されたい。

また、後者②の問題のうち、特に「衝突利益の法的性格」に関する近時の重要な議論として、とりわけ、*Ulfrid Neumann*, *Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen — Rechte, Pflichten und Interessen als*

Elemente der rechtfertigenden „Pflichtenkollision“ —, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 421 ff., insbes. S. 433 ff. [本論文の紹介として、井上宜裕「ウルフリット・ノイマン『救助利益の衝突という正当化事由——正当化的「義務衝突」の要素としての権利、義務及び利益』』立命館法学307号（2006年）312頁以下、大嶋一泰「ウルフリット・ノイマンの義務衝突論」関東学園大学法学紀要14巻2号・15巻1号合併号（2005年）189頁以下]; *Ulfrid Neumann*, Zur Struktur des strafrechtlichen Instituts der „Pflichtenkollision“, in: Festschrift für Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag, 2017, S. 171 ff., insbes. S. 182 ff. [本論文の邦訳として、ウルフリット・ノイマン／松尾誠紀訳「『義務衝突』という刑法的制度の構造について」『山中敬一先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（成文堂、2017年）221頁以下、特に233頁以下]; *Ulfrid Neumann*, in: Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch (NK-StGB), Band 1, 5. Aufl. 2017, § 34 Rd.125 u. Rd. 127; *Wilfried Küper*, Probleme der „defizitären“ rechtfertigenden Pflichtenkollision, Juristische Schulung (JuS) 2016, S. 1070 ff.; *Wilfried Küper*, Die Kollision von Garantspflichten und die Rechtfertigung pflichtwidrigen Unterlassens, in: Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 931 ff., insbes. S. 934 f.; *Claus Roxin/Luís Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Aufl. 2020, § 16 Rd. 123, S. 890 [defizitäre Pflichtenkollision]; *Horst Schlehofer*, in: Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch (MK-StGB), Band 1, 4. Aufl. 2020, Vor § 32 Rd. 262-273 [defizitäre Pflichtenkollision]; *Detlev Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar (StGB-K), 30. Aufl. 2019, Vor § 32 Rd. 74 a [defizitäre Pflichtenkollision] 参照。

さらに、後者②の問題のうち、特に、通例の攻撃的緊急避難とは異なった単なる**危険退避行為**（Ducking Harm/Wegducken/Beiseitespringen/Ausweichen vor der Gefahr）における「利益衝突の構造」および「利益保全と利益侵害の様相」に関しては、とりわけ、*Christopher Boorse/Roy A. Sorensen*, Ducking Harm, The Journal of Philosophy, Vol. 85, No. 3 (1988), S. 115 ff. [本論文は、John Martin Fischer/Mark Ravizza (eds.), Ethics: Problems and Principles, 1992, S. 77 ff. に再収録されている]; *D. W. Haslett*, Boulders and Trolleys, Utilitas, Vol. 23, No. 3 (2011), S. 268 ff.; *Patrick Lin*, Why Ethics Matters for Autonomous Cars, in: Markus Maurer/J. Christian Gerdes/Barbara Lenz/Hermann Winner (Hrsg.), Autonomes Fahren: Technische, rechtliche und gesellschaftliche Aspekte, 2015, S. 69 ff., insbes. S. 77 f.; *Suzanne Uniacke*, Permissible Killing, The Self-Defence Justification of Homicide, 1994, S. 146 f.; *Baumgarten*, a. a. O. (Amm.

71), 1911, S. 91 ff., S. 95; *Klaus Bernsmann*, Forum: Schwangerschaftsabbruch zwischen „Toten“ und „Sterbenlassen“ — Überlegungen zum „Geiger-Fall“, Juristische Schulung (JuS) 1994, S. 9 ff., insbes. S. 11; *Ivó Coca Vila*, Die Kollision von Verpflichtungsgründen im Strafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 130 (2018), S. 959 ff., insbes. S. 975 f., S. 987 ff.; *Volker Erb*, in: Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch (MK-StGB), Band 1, 3. Aufl. 2017, § 34 Rd. 160; 4. Aufl. 2020, § 34 Rd. 214; *Reinhard Merkel*, Die Abgrenzung von Handlungs- und Unterlassungsdelikt, Altes, Neues, Ungelöstes, in: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag, 2008, S. 193 ff.; *Wolfgang Mitsch*, Die Weigerung ein menschlicher Schutzschild zu sein, in: Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, Teilband 1, 2020, S. 827 ff., insbes. S. 840 ff.; *Claus Roxin*, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, in: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 1985, Erster Halbband, S. 457 ff., insbes. S. 470 ff.; *Till Zimmermann*, Rettungstötungen, Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand, 2009, S. 182 ff.; 小林憲太郎「違法性とその阻却——いわゆる優越利益原理を中心に——」千葉大学法学論集23巻1号(2008年)1頁以下、特に45頁以下、和田俊憲「演習刑法」法学教室388号(2013年)156頁以下、特に157頁および同所引用の文献を参照されたい。

(194) *Liepmann*, a. a. O. (Anm. 99), 1900, S. 184 f.

(195) *Liepmann*, a. a. O. (Anm. 99), 1900, S. 185.

Liepmann は、刑法における緊急状況 (Notlage) を「法的に保護される二つの利益の衝突」(eine Kollision zwischen zwei rechtlich geschützten Interessen) と解しているが (*Liepmann*, a. a. O. (Anm. 99), 1900, S. 184)、しかし、その範囲を次のように限定的に理解している。すなわち、①法的義務と倫理的に要請される義務の衝突 (die Konflikte zwischen einer rechtlichen und einer als sittlich geboten aufgefaßten Pflicht) の場合、例えば、医師が意識的に法的義務 (守秘義務) に違反して自己に打ち明けられた他人の秘密を漏示 (offenbaren) し、これによって、より大きな害悪 (größeres Unheil) を防止すべき倫理的義務を履行したという場合 (倫理的義務と守秘義務の衝突) には、本来の法的衝突 (ein eigentlicher Rechtskonflikt) は認められず、刑の減軽が認められるにすぎないと論じている (*Liepmann*, a. a. O. (Anm. 99), 1900, S. 185)。また、②業務権 (Berufsrecht) などの法的に承認された権限 (eine rechtlich anerkannte Befugnis) が認められる場合には、法的意味における緊急状況 (eine Notlage im Rechtssinn) は認められないと解している (*Liepmann*, a. a. O. (Anm. 99),

1900, S. 185)。

こうした Liepmann の見解によると、倫理的義務を履行して法的義務に違反した場合（倫理的義務と法的義務の衝突）には、刑法上、およそ Notstand としての利益衝突（法的に保護される二つの利益の衝突）は認められないことになろう。そこでは、倫理的義務の保護の対象から「法的に保護される利益」をおよそ除外する思考（倫理的義務の保護対象と法的義務の保護対象の「重なり合い」の余地を否認する考え）が暗黙の前提とされているように思われる。しかし、こうした思考が妥当とされるのか否かという点については、Liepmann 自身が挙げる上記の医師の事例（倫理的義務と守秘義務の衝突）を含めて、さらに検討を要するといえよう。

- (196) *Liepmann*, a. a. O. (Anm. 99), 1900, S. 185. 同所の注において、Liepmann は、Binding の見解に関して、„Handbuch, S. 758 ff.“ と引用しており、Notstand 概念の内部における Binding の三類型の概念的区別をも含めて批判の対象としている (*Liepmann*, a. a. O. (Anm. 99), 1900, S. 185 Fn. 2)。

また、同所の本文において、Liepmann は、義務の衝突 (Pflichtenkonflikt) の具体例として、哨兵 (Wachtposten) が交代時まで哨所にとどまり歩哨任務を遂行すべき法的義務 (軍人の義務 (Soldatenpflicht)) と犯罪通報義務 (ドイツ刑法旧規定139条) の衝突のケースを挙げている。また、この事例については、既に、*Binding*, a. a. O. (Anm. 1), Bd. 1, 1885, S. 758 でも注目されている。さらに、同様の事例を挙げるものとして、特に、*R. Merkel*, a. a. O. (Anm. 38), 1895, S. 85 f.; *Würzburger*, a. a. O. (Anm. 15), 1903, S. 11 f.; *Finger*, a. a. O. (Anm. 48), Lehrbuch, Bd. 1, 1904, S. 419; *Köhler*, a. a. O. (Anm. 49), 1917, S. 372; *Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1932, S. 95.

この事例について、「作為義務と作為義務の衝突」として捉えることを明らかにするものとして、*R. Merkel*, a. a. O. (Anm. 38), 1895, S. 85 f. [Kollisionen zweier positiver Pflichten]; *Kroner*, a. a. O. (Anm. 72), 1897, S. 53, S. 55 [Kollision zweier Pflichten auf ein Thun] 参照。「全面的・包括的独自性否定説かつ緊急避難本質説」(厳格な緊急避難本質説) および「形式的・包括的独自性肯定説かつ緊急避難本質説」(穏健な緊急避難本質説) によれば、「作為義務と作為義務の衝突」の場合についても、実質的に「緊急避難の一場合」とされることになる。

また、当該事例に関して、平時 (im Frieden) と戦時 (im Kriege) において、衝突義務の優劣関係 (義務衡量の評価) の相違を認めるものとして、*Würzburger*, a. a. O. (Anm. 15), 1903, S. 12.

- (197) *Wilhelm Sauer*, Grundlagen des Strafrechts nebst Umriß einer Rechts- und

Sozialphilosophie, 1921, S. 326 f. Fn. 3.

Sauer も、Binding らと同様に、義務の衝突の問題の射程を緊急行為の領域に限定し（義務衝突論の射程の限定）、公務上の義務または職務上の義務（Amts- und Dienstpflichten）を履行する行為や、上官の命令に基づく行為に関しては、義務の衝突の問題とは別個に論じている（Sauer, a. a. O. (Anm. 197), 1921, S. 320, S. 322 f.）。

また、Sauer は、緊急避難の法的性格に関して、正当化事由（緊急権）とされる場合と免責事由とされる場合とを区別する二分説の立場に立っている（Sauer, a. a. O. (Anm. 197), 1921, S. 324 f. u. Fn. 1, S. 330 f.）。それゆえ、義務衝突の法的性質（本質）に関して「全面的・包括的独自性否定説かつ緊急避難本質説」（厳格な緊急避難本質説）に立つ Sauer の見解からは、同価値の義務の衝突の場合について、法創設者が「規範のわな」（Normenfalle）を容認するいわゆる「法的に解決不可能な義務衝突」（rechtlich unlösbare Pflichtenkollision）が認められることになろう（義務衝突は利益衝突に還元されると解する Sauer の見解から、もし仮に「法的に解決不可能な義務衝突」は利益衝突に還元され解消されると主張するとしても、少なくとも義務衝突の一部において「規範のわな」の問題などは実質的に残ることになろう）。しかし、こうした考え方には疑問がある。いわゆる「規範のわな」の問題性に関しては、とりわけ、Neumann, a. a. O. (Anm. 193), in: FS für Yamanaka, 2017, S. 178; Ulfrid Neumann, Rechtspositionen, Rechtsgüter und Rettungsinteressen in der aktuellen Diskussion zu Problemen des rechtfertigenden Notstands (§ 34 StGB), in: Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, Teilband 1, 2020, S. 791 ff. insbes. S. 801, S. 806 f.; 勝亦・前掲論文（注103）『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』444頁および同所引用の文献を参照されたい。

ちなみに、Normenfalle という用語につき「規範の欠如」と訳すものとして、ノイマン／松尾訳・前掲（注193）『山中敬一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』228頁。

- (198) いわゆる「義務緊急避難」（Pflichtennotstand）の概念に関しては、本誌86号（前号）32頁以下における前記本文のⅢ節1（3）（b）を参照されたい。
- (199) また、近時、義務衝突を利益衝突に還元する見解（利益衝突還元論）を主張するものとして、Schlehofer, a. a. O. (Anm. 193), in: MK-StGB, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, Vor § 32 Rd. 237 u. Rd. 246; 4. Aufl. 2020, Vor § 32 Rd. 251 u. Rd. 260をも参照されたい。

Schlehofer は、「利益衝突還元論」と「義務衝突の独自性の肯否」との関係に関して、次のように論じている。すなわち、①「義務の衝突」といわれるもの

は、仮定的な義務衝突 (eine hypothetische Pflichtenkollision) であり、そこでは、むしろ、義務を基礎づける規範が制限されて一つの義務しか発生せず (die pflichtbegründenden Normen werden vielmehr so begrenzt, dass nur eine Pflicht entsteht)、義務の現実的な衝突 (eine wirkliche Kollision) は認められない (義務の「現実的衝突」の否定)。<sup>②</sup>その場合に、「現実には衝突するのは、利益である」(Was wirklich kollidiert, sind Interessen) とし (Schlehofer, a. a. O. (Anm. 193), in: MK-StGB, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, Vor § 32 Rd. 237; 4. Aufl. 2020, Vor § 32 Rd. 251)、義務の衝突は現実には利益の衝突に還元されると解する見解 (利益衝突還元論) に立っている。しかし、Schlehofer は、<sup>③</sup>「同価値の作為義務と作為義務の衝突」および「同価値の不作為義務と不作為義務の衝突」の場合に、一方の義務を履行したときは、他方の義務を履行しない行為は正当化されるとし、この場合に、優越的利益の原則に基づく正当化的緊急避難とは明確に区別して、「憲法上の過剰禁止」(das verfassungsrechtliche Übermaßverbot) を根拠とした「独自の正当化事由」を認めているのである (Schlehofer, a. a. O. (Anm. 193), in: MK-StGB, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, Vor § 32 Rd. 237, insbes. Rd. 246; 4. Aufl. 2020, Vor § 32 Rd. 251, insbes. Rd. 260)。

したがって、Schlehofer の見解によれば、義務衝突を利益衝突に還元する立場 (利益衝突還元論) に立つとしても、そこから直ちに、義務衝突の法的性質を「緊急避難の一種」とする見解 (義務衝突の実質的・包括的独自性否定説) に至るわけではない (「利益衝突還元論」と「義務衝突の実質的・包括的独自性否定説」の非直結性)。

なお、Schlehofer の見解に対して別の観点から批判するものとして、Küper, a. a. O. (Anm. 85), in: FS für Rengier, 2018, S. 73, S. 75, S. 76 をも参照されたい。

- (200) Sauer, a. a. O. (Anm. 197), 1921, S. 326. 「平和秩序としての (刑) 法秩序の機能」(die Funktion der (Straf-) Rechtsordnung als Friedensordnung) に関しては、とりわけ、Walter Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2015, § 5 Rd. 300 (S. 229) をも参照されたい (そこでは、特に、規範・義務の種類 (禁止・不作為義務 (Verbote/Unterlassungspflichten) と命令・作為義務 (Gebote/Handlungspflichten) と「平和秩序としての (刑) 法秩序の機能」との関係が論じられている)。さらに、Petra Velten, Aporien beim Lebensschutz, Über Möglichkeit und Rechtfertigung eines rigorosen und formalisierten Schutzes, in: Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag, 2018, S. 373 ff., insbes. S. 388 f. 参照 (そこでは、特に、「作為義務と不作為義務の衝突」における現状 (status quo) の維持の考慮と「平和秩序としての法秩序の機能」との関係が論じられている)。

また、「客観的な生活秩序」(eine objektive Lebensordnung) または「有益な社会的な生活秩序」(eine wertvolle soziale Lebensordnung) としての法秩序と不法の判断との関係に関しては、*Werner Maihofer*, Der Unrechtsvorwurf, Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre, in: Festschrift für Theodor Rittler zum seinem achtzigsten Geburtstag, 1957, S. 141 ff., insbes. S. 143; *Hans Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung, 11. Aufl. 1969, S. 51 参照。

さらに、「法規範秩序」(Rechtsnormenordnung) および「法益秩序」(Rechtsgüterordnung) としての法秩序については、*Maihofer*, a. a. O. (Anm. 200), in: FS für Rittler, 1957, S. 149 参照。

- (201) また、Sauer は、法秩序の無矛盾性の思考をも重視している (*Sauer*, a. a. O. (Anm. 197), 1921, S. 327)。

**法秩序の無矛盾性の原則** (das Prinzip der Widerspruchsfreiheit/Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung) に関しては、とりわけ、*Karl Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935; *Hans-Georg Meister*, Die Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung, Monatsschrift für deutsches Recht (MDR) 1947, S. 47 ff.; *Hans-Ludwig Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983, S. 94 ff.; *Ewald Wiederin*, Was ist und welche Konsequenzen hat ein Normenkonflikt, Rechtstheorie 21 (1990), S. 311 ff., insbes. S. 328 f. Fn. 62, 63; *Dagmar Felix*, Einheit der Rechtsordnung, Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, 1998, S. 142 ff.; *Helge Sodan*, Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, Juristenzeitung (JZ) 1999, S. 864 ff.; *Hans D. Jarass*, Die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als verfassungsrechtliche Vorgabe, Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Sachgesetzgeber und Abgabengesetzgeber, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 126 (2001), S. 588 ff.; *Alexander Hanebeck*, Die Einheit der Rechtsordnung als Anforderung an den Gesetzgeber, Zu verfassungsrechtlichen Anforderungen wie „Systemgerechtigkeit“ und „Widerspruchsfreiheit“ der Rechtsetzung als Maßstab verfassungsgerichtlicher Kontrolle, Der Staat 41 (2002), S. 429 ff.; *Gunnar Dutte*, Der Arzt als Unterlassungstäter, in: Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag, 2010, S. 599 ff., insbes. S. 616; *Urs Kindhäuser*, Zur „Drittwirkung“ strafrechtlicher Verhaltensnormen, in: Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 917 ff., insbes. S. 920, S. 924; *Christian Andorfer/Florian Rimpf*, Die Einziehung und die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung — Zur Bestimmung der verbotenen

Vermögensmehrung, *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht* (NZWiSt) 2019, S. 54 ff. および同所引用の文献参照。

また、「法の内的道徳」（法の内在道徳〔the inner Morality of Law〕）としての法の無矛盾性の原則に関しては、*Lon Luvois Fuller, The Morality of Law*, 1964〔本書の邦訳として、L. L. フラー／稲垣良典訳『法と道徳』（有斐閣、1968年）42頁以下、特に81頁以下〕；*Klaus Günther, Extreme Notstandssituation und die Selbstaufhebung des Rechts*, in: *Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, 2017, S. 825 ff., insbes. S. 828 f.; 瀧川裕英＝宇佐美誠＝大屋雄裕『法哲学』（有斐閣、2014年）236頁以下〔宇佐美誠〕、平野仁彦＝亀本洋＝服部高宏『法哲学』（有斐閣、2002年）38頁以下〔服部高宏〕参照。

- (202) こうした二元的思考に関して詳細には、さらに、*Sauer*, a. a. O. (Anm. 197), 1921, § 2 I, § 11 III 1, § 12 I 3-5, § 13 II 2 b) β) などをも参照されたい。
- (203) この点に関しては、森下・前掲論文（注3）岡山大学法経学会雑誌32号7頁をも参照。また、義務の衝突（Pflichtenkollision）と権利の衝突（Kollision von Rechten）とをパラレルに理解した上で、現実的な義務衝突（eine reale Pflichtenkollision）は考えられない（undenkbar）と解するものとして、*Arnold Gysin, Die Theorie des Notstands und dessen Behandlung im Entwurf eines schweizer. Strafgesetzbuches* (1918), *Zeitschrift für schweizerisches Recht* (ZSR) 45 (1926), S. 44 ff., insbes. S. 71.
- (204) *Sauer* の見解とは別の観点から義務の「衝突」を消極的に解する近時の刑法学説として、とりわけ、*Walter Gropp, Die „Pflichtenkollision“ : weder eine Kollision von Pflichten noch Pflichten in Kollision*, in: *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, 1999, S. 207 ff.〔本論文の紹介として、井上宜裕「ヴァルター・グロップ『「義務衝突」：義務の衝突もなければ、衝突状態にある義務もない』立命館法学273号（2000年）581頁以下〕；*Gropp*, a. a. O. (Anm. 200), AT, 4. Aufl. 2015, § 5 Rd. 290 ff. (S. 227 ff.), insbes. Rd. 303 (S. 229 f.), Rd. 305 ff. (S. 230 f.), Rd. 323 ff. (S. 233 f.).

また、*Gropp* の見解に対する批判的検討として、大嶋・前掲論文（注14）関東学園大学紀要19号61頁以下、特に63頁以下、勝亦藤彦「義務の『衝突』に関する一考察——ドイツの義務衝突論における近時の動向をめぐって——」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第二巻 刑法理論の現代的展開』（成文堂、2000年）295頁以下、特に304頁以下参照。さらに、義務の「衝突」（Konflikt/Kollision）を消極的に解する近時の見解における「用語の遊び」（terminologische Spielereien）の問題性に対して、的確に批判するものとして、とりわけ、*Roxin/Greco*, a. a. O. (Anm. 193), AT, Bd. I, 5. Aufl. 2020, § 16 Rd. 125 (S. 891)

を参照されたい。また、義務の「衝突」概念の内実および衝突解決の思考過程 (der gedankliche Konfliktlösungsprozeß) の段階性について、特に、*Küper*, a. O. (Anm. 32), 1979, S. 37 をも参照されたい。

- (205) また、特に、権利と義務の対応関係を重視する立場を徹底すると、義務の「衝突」の概念の肯否を論究するために、権利の「衝突」の概念に関する考察も求められることになる。

「権利と権利の衝突」に関しては、特に、*Oersted*, a. a. O. (Anm. 11), NA 5 (1822), S. 366 f.; *Kühn*, a. a. O. (Anm. 2), 1908, S. 5; *Sauer*, a. a. O. (Anm. 197), 1921, S. 326 f.; *Jansen*, a. a. O. (Anm. 5), 1930, S. 16, S. 17; *Ulrich Vosgerau*, Zur Kollision von Grundrechtsfunktionen, Ein zentrales Problem der Grundrechtsdogmatik, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 133 (2008), S. 346 ff. 参照。また、「権利と権利の衝突」に関する英語圏の文献として、*Claire Oakes Finkelstein*, Introduction to the Symposium on Conflicts of Rights, Legal Theory 7 (2001), S. 235 ff.; *F. M. Kamm*, Conflicts of Rights: Typology, Methodology, and Nonconsequentialism, Legal Theory 7 (2001), S. 239 ff.; *Leo Katz*, Conflicting Rights and the Outbreak of the First World War, Legal Theory 7 (2001), S. 341 ff.; *Phillip Montague*, When Rights Conflict, Legal Theory 7 (2001), S. 257 ff.; *Adina Preda*, Are There Any Conflicts of Rights?, Ethic Theory Moral Practice 18 (2015), S. 677 ff.; *Jeremy Waldron*, Rights in Conflict, Ethics 99 (1989), S. 503 ff. 参照。さらに、「権利」の概念とその本性については、特に、*Phillip Montague*, Two Concepts of Rights, Philosophy & Public Affairs 9, no. 3 (1980), S. 372 ff.; 瀧川 = 宇佐美 = 大屋『法哲学』前掲 (注201) 123頁以下 [宇佐美誠] 参照。

さらに、「二つの権利の衝突」(Kollision zwischen zwei Rechte) に関する理論と Binding の義務衝突論との関係について、*Kühn*, a. a. O. (Anm. 2), 1908, S. 12 f.; *Jansen*, a. a. O. (Anm. 5), 1930, S. 16 f. をも参照されたい。

- (206) 「義務」または「規範」の概念の内容・分類と義務の「衝突」の肯否・次元との関係については、とりわけ、次の議論が注目されよう。

I 形式的義務 (formale Pflichten) と実質的義務 (materielle Pflichten) の区別と義務の「衝突」の肯否との関係については、とりわけ、*Gropp*, a. a. O. (Anm. 200), AT, 4. Aufl. 2015, § 5 Rd. 303 f. (S. 229 f.), Rd. 310 (S. 231), Rd. 323 (S. 233), Rd. 327 (S. 234), Rd. 329 (S. 234), Rd. 334 (S. 235), Rd. 336 (S. 235) 参照。そこでは、一定の場合において、後者の義務の「衝突」が否定されるとしても、そこから直ちに前者の義務の「衝突」が否定されるわけではなく、前者の義務の「衝突」はなお概念的に認められている。

II 抽象的規範・抽象的義務 (abstrakte Normen oder Pflichten) と具体的規範・具体的義務 (konkrete Normen oder Pflichten) の区別と義務の「衝突」(規範の「衝突」)の肯否との関係については、特に、*Eberhard Struensee*, *Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten*, 1971, S. 41 Fn. 17; *Bernd Schünemann*, *Kritische Anmerkungen zum tragischen Dilemma im Strafrecht*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)* 2020, S. 1 ff., insbes. S. 5 および同所引用の文献参照。

i また、*Armin Kaufmann* は、一方で、「作為義務と作為義務の衝突」の場合には、二つの命令が同時に同一人に対して具体化して義務づける (zwei Gebote konkretisieren sich gleichzeitig auf dieselbe Person zur Verpflichtung) としている (*Armin Kaufmann*, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1954, S. 136; 2. unveränderte Auflage 1988, S. 136)。しかし、他方で、正当化事由 (許容) が認められる場合には、規範が義務へと具体化 (die Konkretisierung der Norm zur Pflicht) されず、具体的な法的義務の発生 (die Entstehung einer konkreten Rechtspflicht) が否定されると論じており (*Armin Kaufmann*, a. a. O. (Anm. 99), 1954, S. 250, S. 256; *Armin Kaufmann*, a. a. O. (Anm. 206), 2. Aufl. 1988, S. 9)、その意味で、許容の存在 (das Vorliegen der Erlaubnis) を「純粋な消極的義務要素」(ein negatives reines Pflichtmerkmal) と解している (*Armin Kaufmann*, a. a. O. (Anm. 99), 1954, S. 256)。

ii さらに、*Hans Welzel* も、規範に対して許容命題 (Erlaubnissätze) としての正当化事由が認められる場合には、抽象的 (一般的) な規範 (die abstrakte (generelle) Norm) が具体的な法的義務 (konkrete Rechtspflicht) になるのを妨げる (verhindern) と解している (*Hans Welzel*, *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 4. Aufl., 1961, S. 17, S. 23 [本書の邦訳として、ハンス・ヴェルツェル／福田平＝大塚仁訳『目的的行為論序説——刑法体系の新様相——』(有斐閣、1962年) 23頁、35頁参照]; *Welzel*, a. a. O. (Anm. 200), *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. 1969, S. 50, S. 80)。また、*Welzel* は、保障人的地位 (正犯性を基礎づける構成要件要素 (ein täterschaftliches Tatbestandsmerkmal)) と保障人的義務とを区別した上で、構成要件が充足され、かつ、正当化事由が存在しない場合に、保障人的義務が明確に肯定される (Die Garantspflicht ist konkludent bejaht) と解している (*Welzel*, a. a. O. (Anm. 200), *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. 1969, S. 219)。もっとも、*Welzel* は、1961年の著作では、不作為犯における法的義務は違法性の要素であると解していたが (*Welzel*, a. a. O. (Anm. 206), *Das neue Bild des Strafrechtssystem*, 4. Aufl. 1961, S. 69 [ヴェルツェル／福田＝大塚訳・前掲書 (注206) 99頁])、その後の1969年の著作では、作為義務 (die Pflicht zum

Handeln) は構成要件要素 (ein Tatbestandsmerkmal) でも特殊な違法要素 (ein spezielles Rechtswidrigkeitselement) でもなく、作為義務は犯罪構造のどこにも現れないもの (sie tritt an keiner Stelle des Deliktsaufbaus in Erscheinung) と解している (Welzel, a. a. O. (Anm. 200), Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 205)。

なお、「義務」の概念および「規範と義務の関係」については、特に、*Armin Kaufmann*, a. a. O. (Anm. 206), 2. Aufl. 1988, S. 8 ff. 参照。

iii また、行為者の立場および状況におかれた合理的な一般人 (社会人 (Sozialperson)) を基準とした社会的 (一般的) 可能性 (das soziale (generelle) Können) を重視し、これを前提とした具体的な義務違反 (Pflichtverletzung) が認められる場合にのみ、不法非難 (Unrechtsvorwurf) を肯定する見解として、*Maihofer*, a. a. O. (Anm. 200), in: FS für Rittler, 1957, S. 156 ff. 参照。義務の衝突については、*Maihofer*, a. a. O. (Anm. 200), in: FS für Rittler, 1957, S. 152 f., S. 157 Fn. 49, S. 158 参照。

Ⅲ 可能的 (潜在的)・抽象的義務 (mögliche (potentielle) und abstracte Pflichten) と実在的 (現実的)・具体的義務 (reale (wirkliche) und concrete Pflichten) の区別と義務の「衝突」の肯否との関係については、とりわけ、*Gustav Schulze*, Ueber den Widerstreit der Pflichten, 1878, S. 77 ff. および同所引用の文献を参照されたい。

- (207) 義務の「衝突」を否定する Sauer の見解に対して正面から批判するものとして、とりわけ、*Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1932, S. 95; 阿部・前掲論文 (注5) 法学22巻2号180頁以下、森下・前掲論文 (注3) 岡山大学法経学会雑誌32号8頁参照。

また、義務の「衝突」を否定する Sauer の見解を徹底すると、利益衝突還元論によるとしても、違法性阻却および免責の判断に際して、衝突義務の同時履行の不可能性は顧慮されないことから、そうした重疊の義務履行の不可能性の見地から *impossibilium nulla obligatio est* の原則を援用する余地 (契機) が、およそ理論的に否定されることになる。とすると、義務の「衝突」を肯定する立場から「作為義務と作為義務の衝突」とされる場合において、行為者が当該状況で傍観して両者の作為義務をともに履行しなかったとき (複数の作為義務の全面的不履行の事例)、Sauer の見解からどのように処理されるのかという点も問題となろう。これらの点に関しては、特に、*Struensee*, a. a. O. (Anm. 206), 1971, S. 42 u. Fn. 20 をも参照。

さらに、Sauer の利益衝突還元論 (義務衝突 ⇒ 利益衝突) に基づく「厳格な緊急避難本質説」の基礎にある Sauer の緊急避難論および違法論に対して、詳

細な批判的検討を行うものとして、とりわけ、*Jansen*, a. a. O. (Anm. 5), 1930, S. 21 f., S. 46 ff. 参照。また、上述した「規範のわな」に関する Sauer の見解の問題性（前掲注197）をも参照されたい。

〔未完〕

（山梨学院大学法学部教授 かつまた 勝亦 ふじひこ 藤彦）