

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（三）
——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87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 (以上、本誌本号)
 - (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

3 Binding 以降における義務衝突の実質的独自性の探究

Binding は、上述したように、義務の衝突を上位概念としての拡張的な Notstand 概念に包摂する概念構成（思考 α ）を認める見解（緊急避難概念説 = 上位概念レベルの形式的・包括的独自性否定説）を提示していたが、その中では、下位概念として、義務の衝突と他の二つの緊急行為の類型とを形式的・概念的に区別していた（思考 β ）。その上で、「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」を区別する二元論（Dualismus）の立場に立脚し、

理論的には後者の問題をより重視していた。⁽²⁰⁸⁾それゆえに、Binding は、拡張的な Notstand 概念に包摂される緊急行為に関して三つの類型を段階的に検討し、それらの緊急行為に関する違法性阻却の実質的原理およびそれに基づく法効果を個別的に考えていた（違法性阻却の実質的原理と法効果の個別化の思考 = 思考 γ ）。このようにして、Binding は、上記の上位概念の構成（思考 α ）を認めながらも、上記の思考 β および思考 γ に基づいて、緊急避難に対する義務衝突の実質的な独自性を包括的に肯定していたのである（実質的・包括的独自性肯定説かつ緊急避難概念説⁽²⁰⁹⁾）。

Binding 以降のドイツの学説には、一方の系譜として、上述したように、Binding の拡張的な Notstand 概念による思考 α の理解（緊急避難概念説）に注目して、これを理論的にさらに推し進め、義務衝突の法的性質を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立場（緊急避難本質説）が主張されてきた。この立場の基本的特徴は、上記の思考 α を肯定し、かつ、思考 γ を消極的に解する点にあるが、その内部では、上記の思考 β の肯否について見解の相違がみられる。すなわち、概念的な定義規定における類型的レベルで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「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、さらに、緊急避難本質説をより厳格に徹底して、このような類型的レベルでも緊急避難に対する義務衝突の形式的独自性を否認する「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）が主張されてきた。

しかし、他方で、Binding 以降、既に、ドイツにおける義務衝突論の黎明期に、Binding による上記の二元論の真意を正当に評価し、上記の思考 γ および思考 β を積極的に重視して、緊急避難に対する義務衝突の実質的独自性を肯定する立場（実質的独自性肯定説）も、きわめて有力に主張されていたのである。以下では、こうした実質的独自性肯定説に属する他方

の学説の系譜について整序してゆくことにする。

(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

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肯定する立場(実質的・包括的独自性肯定説)においては、そもそも、Binding 流の拡張的な Notstand 概念を上位概念として維持すべきか否か(上記の思考 α の肯否)が問題となりうる。この問いに肯定的に答えて、義務衝突を Notstand 概念の下で捉える理解(緊急避難概念説)を採用した上で、さらに、上記の思考 γ を重視して違法性阻却の実質的原理を個別化し、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肯定する理解(実質的・包括的独自性肯定説)を結合する見解(実質的・包括的独自性肯定説かつ緊急避難概念説)を主張した論者として、とりわけ、以下のものが挙げられる。

こうした見解の論者は、Binding の義務衝突論に直系するいわば「正統な後継者」と位置づけられるが、しかし、こうした「正統な後継者」の間においても、その内部では理論的内容の相違があり、また、厳密にみると、Binding の見解との差異もみられる。

1) Georg M. Gareis の見解

そのような「正統な後継者」の代表的な論者の一人が、Georg M. Gareis であり、1913年に公刊された著作 *Notstand nach dem bestehenden Recht und nach dem Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Inaugural-Dissertation verfaßt und der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Kgl. Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg zur Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Dok-*

torwürde において、次のように論じている。

i まず、Gareis は、上述したように、Binding による Notstand の定義は、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包括的に規定したものであると評価して、この定義を上位概念として端的に採用している（上記の思考 α の肯定⁽²¹⁰⁾）。また、Binding が提示した緊急行為の三類型の概念的区別（下位概念）をも率直に採用し、さらにこれをブラッシュ・アップさせようとしていた⁽²¹¹⁾。

ii しかし、Gareis は、きわめて多様な Notstand の事例や現象の不可罰性を認めるために、共通根拠（einen gemeinsamen Grund）を探求して、あらゆる実践的事例を扱う根拠となりうるような一般原理（ein allgemeines Prinzip, auf Grund dessen jeder praktische Fall hätte behandelt werden können）を定立しようとすることは、緊急避難論における誤り（der Fehler der Notstandslehre）であり、また、そのような統一的観点（solch einen einheitlichen Gesichtspunkt）は存在しないと論じている⁽²¹²⁾。その点で、Gareis の見解は、拡張的な Notstand 概念に包摂される緊急行為の三類型のすべてに共通して妥当する損害の最小化の原理を一般原理として定立していた Binding の見解とは、異なっているように思われる⁽²¹³⁾。

そこで、Gareis は、緊急状態を取り扱うための諸原理（die Prinzipien für die Behandlung des Notstandes）として、⁽²¹⁴⁾① impossibilium nulla obligatio est の原則、②人格的法益（persönliches Rechtsgut）を保全しようとする自己保存の衝動（der Trieb der Selbsterhaltung）を考慮する自己保全の原理（自己保存衝動の承認の原理）、さらに、③小損害選択（小損害優先）の原理を区別し、これらの原理を緊急状態の現象形式と種類に応じて（je nach den Erscheinungsformen und Arten des Notstandes）個別⁽²¹⁵⁾⁽²¹⁶⁾的に援用している。したがって、Gareis の見解は、Binding の思考 γ を徹底して違法性阻却の実質的な個別原理を重視する考え方をより強く志向す

るものと評価されよう。

iii Gareis は、たしかに、Notstand のすべてを統一的に扱う一般原理は否認するが、しかし、「法秩序を指導する理性それ自体」(die die Rechtsordnung leitende Vernunft als solche) は尊重している。法秩序は合理的 (vernunftgemäß) でなければならず、それゆえ、法秩序は、不可能なことまたは非論理的なことを要求することはできない (die Rechtsordnung kann nicht etwas verlangen, was unmöglich oder unlogisch ist) と解している⁽²¹⁷⁾。また、理性に基づく法秩序は、確実に生ずる二つの損害のうち、より小さな損害を回避してより大きな損害を甘受しようとすることはできないとする。「それゆえ、理性は、法の指導的思考である」(So ist die Vernunft der leitende Gedanke des Rechts)⁽²¹⁸⁾ と論じている。このように、Gareis は、impossibilia nulla obligatio est の原則および小損害選択の原理の根源的な根拠を、法の指導的思考としての理性に求めているのである。

iv そして、Gareis は、二つの義務のうち、一方の義務を履行するためには、他方の義務に違反せざるをえないという「義務の衝突」の場合を包括的に「義務緊急避難」(広義の義務緊急避難) と解した上で、義務の衝突においては、理性による法 (das vernünftige Recht) は、相互に排斥する二つの行為を同時に行うよう要求することはできないとする。それゆえ、一方の義務を履行して他方の義務に違反した行為 (義務衝突行為) は、「法的に承認される不可能性」(die rechtlich anerkannte Unmöglichkeit) を根拠とする impossibilia nulla obligatio est の原則に基づいて不処罰とされる⁽²²⁰⁾としている。

このように、Gareis は、impossibilia nulla obligatio est の原則を、義務の衝突 (広義の義務緊急避難) において援用して、義務衝突の実質的独自性を包括的に肯定している (実質的・包括的独自性肯定説)。また、ここでは、衝突義務の同時履行の不可能性を「法的に承認される不可能性」

として認めて、義務衝突行為を法的に承認している点で、Binding の見解と同様の理解を示している。それゆえ、Gareis も、Binding の第一命題および第二命題に基づいて、義務衝突行為を適法と解しているものと考えられる。⁽²²¹⁾

これに対し、「法益と法益の衝突」および「法益と法的義務の衝突」（またはその逆の「法的義務と法益の衝突」）の場合には、自己保存衝動の承認の原理および小損害優先の原理（die Prinzipien der Anerkennung des Selbsterhaltungstriebes und des Vorzugs des kleineren Übels）により、適切に解決されるとしているのである。⁽²²²⁾

v また、Gareis は、個々の義務の価値関係を抽象的に相互に確定することは困難であり、これを克服することはできない（die Schwierigkeit, das Wertverhältnis der einzelnen Pflichten abstrakt gegeneinander abzugrenzen, nicht überwindbar ist）として、実定法の規定により義務の衝突（広義の義務緊急避難）の規制を試みても、わずかな価値（geringen Wert）しか認められないとして、義務の衝突に関しては基本的法定性の要請を不要と解している。それゆえ、「この場合には、法律の文言ではなく、生活関係の合理的秩序としての法の精神により、決定規範が与えられる」（„nicht das Gesetzeswort, sondern der Geist des Rechts als der vernunftgemäßen Ordnung der Lebensbeziehungen hier die Norm der Entscheidung giebt“）⁽²²³⁾として、義務の衝突における impossibilium nulla obligatio est の原則は、理性による法そのものをまさに直証するものとされよう。⁽²²⁴⁾

これに対し、Gareis は、法益緊急避難（Gutsnotstand）の効果に関して⁽²²⁵⁾は、危難共同体（危険共同体（Gefahrgemeinschaft））の場合を除いて、⁽²²⁶⁾法律の規定（gesetzliche Vorschriften）により規制されなければならない、ここでは、法令の直接適用または類推適用（direkte oder analoge Anwen-

dung der Satzung) により、十分な帰結が認められるにすぎないとしてい⁽²²⁷⁾る。それゆえ、Gareis の見解においては、義務衝突および危難共同体を除いた緊急行為の類型においては、自己保全の原理および小損害選択の原理は、それ自体として直ちに実効的機能を有するわけではなく、こうした基本的法定性の要請を充足する場合にはじめて、違法性阻却の個別原理として機能することになる。この点で、Binding の見解に比べて、基本的法定性の要請の機能的範囲がより拡充されているように思われる。⁽²²⁸⁾

vi このようにみると、Gareis の見解においては、impossibilium nulla obligatio est の原則は、法の本質（理性による法）そのものを直証する法哲学的思考に基づいており、それは、緊急時における人間の自然的衝動（人間の本性）の考慮または功利性の観点（der Nützlichkeitsstandpunkt）に基づく法益の事前救済の問題に収斂するわけではないといえよ⁽²³⁰⁾う。

2) Heinrich Henkel の見解

2-1) Heinrich Henkel は、1927年に公刊された著作 Die Rechtsnatur des Notstandes. Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Frankfurt am Main の中で、次のように論じている。

i まず、法益緊急避難（Güternotstand）の法的性質については、①「緊急権に基づく正当化事由」と、②「免責事由」とを区別する二分説を主張している。⁽²³¹⁾このうち、「緊急権に基づく正当化事由」としての緊急避難に関しては、侵害利益よりも著しく大きな利益（ein unverhältnismäßig größeres Interessen）を保全する場合に認められるとし、また、立法論として、緊急権の場合に関する統一的な規制（eine einheitliche Regelung der Notrechtsfälle）を求めている（緊急権に基づく正当化的緊急避難の法定性の要請）。⁽²³³⁾

ii また、Henkel は、義務緊急避難 (Pflichtennotstand) を緊急避難の特別な場合 (besondere Fälle des Notstandes) の一つとして捉えた上で、次のように論じている。⁽²³⁴⁾

Henkel によれば、義務緊急避難とは、同時に履行すべき二つの義務のうち、他方の義務に違反して一方の義務しか履行しえない場合 (wenn von zwei Pflichten, die gleichzeitig zu erfüllen sind, nur die eine unter Verletzung der anderen erfüllt werden kann) とされ、その概念の中には、「作為義務と不作為義務の衝突」の場合 (例えば、医師の作為義務と守秘義務の衝突) だけでなく、「作為義務と作為義務の衝突」の場合 (例えば、同一の日時に異なる二つの裁判所から召喚され、いずれも公判期日の変更ができないというケース) も包摂される (広義の義務緊急避難)⁽²³⁵⁾。それゆえ、Henkel は、義務の衝突を包括的に義務緊急避難 (広義) として解した上で、これを緊急避難の特別な場合として捉えて、広義の Notstand 概念の中に包摂している。その点で、Henkel の見解においては、Binding の概念的な思考 α がなお維持されており、義務衝突を Notstand 概念の下で捉える見解 (緊急避難概念説) として評価されよう。

iii しかし、Henkel は、義務の衝突 (Widerstreit von Pflichten) においては、impossibilia nulla obligatio est の原則が妥当することから、義務者に対して両者の義務を履行しなかったことを否認 (Vorwurf) できないとする。⁽²³⁶⁾

それゆえ、㊸両者の義務の重要性の相違が顕著とされる (der Unterschied in der Wichtigkeit beider Pflichten sich als ein bedeutender darstellt) 場合に、より重要な義務を履行して他方の義務を履行しなかったときは、許容され適法とみなされる (als rechtmäßig in Sinne von erlaubt ansehen)⁽²³⁷⁾ とする。これに対し、㊹同種の義務あるいは重要性に非本質的な相違しかない義務 (Pflichten, die gleichartig oder doch nur unwesent-

lich in ihrer Bedeutung verschieden sind) が衝突する場合には、行為者は両者の義務の一方の履行を自由に選択することができ (der Täter kann die Erfüllung der einen von beiden frei wählen)、行為者の行為は「禁じられない」(unverboten) 行為とされると解している⁽²³⁸⁾。しかし、㉔行為者がより重要性の低い義務 (die minder wichtige Pflicht) を優先して履行した場合には、より小損害を選択したとはいえないことから (da er nicht das kleinere Uebel gewählt hat)、その行為は違法 (rechtswidrig) とされると主張している⁽²³⁹⁾のである。

iv なお、Henkel は、次の点に関しては、「義務緊急避難においては、法益緊急避難の場合と同一の原則が妥当する」(bei dem Pflichtenotstand dieselben Grundsätze Geltung beanspruchen wie bei dem Güternotstand)⁽²⁴⁰⁾としている。すなわち、㉑衝突する義務の衡量に基づいて、注目すべきより価値の高い義務を履行するために、より価値の低い義務に違反した行為 (die Verletzung der geringeren Pflicht zur Erfüllung einer beachtenswert höheren Pflicht) は、適法とされる (上記 i ㉑、iii ㉑ 参照)。また、㉒特別の事情 (besondere Umstände) の下で、より価値の高い義務に違反して、より価値は低いが行為者にはより自然な義務を履行した (unter Verletzung der höheren eine geringere, aber ihm näherliegende Pflicht erfüllen) 場合には、行為者に対して克服するよう期待することのできない動機理由の強制的な力の下で行ったか否か (ob er unter der zwingenden Macht solcher Beweggründe handelt, deren Ueberwindung man ihm nicht zumuten kann)⁽²⁴¹⁾ が問題となり、したがって、その場合には、免責の肯否が問題となると解している (上記 i ㉒、iii ㉒ 参照)⁽²⁴²⁾。

v しかし、Henkel の見解においては、「義務緊急避難 (広義) としての義務の衝突」と「法益緊急避難」との間に、あくまで次の㉑～㉓の点で実質的な相違がみられる。

① Henkel は、上記 iii のように、法益緊急避難の場合とは異なり、義務の衝突の場合には、これに特有の違法性阻却の個別的根拠として、*impossibilia nulla obligatio est* の原則の妥当性を認めている（違法性阻却の個別的根拠の独自性）。そこには、Binding の見解と同様に、違法性阻却を実質的に基礎づける特有の根拠（原理）を個別的に捉える思考（上記思考 γ）がみられる。

② また、Henkel は、法益緊急避難の法効果とは異なり、義務の衝突（広義の義務緊急避難）においては、上記 iii ⑤ の場合に、違法でも適法でもない「禁じられない」行為をも認めている。こうした法効果の点でも、法益緊急避難に対する義務衝突の実質的独自性が肯定される。

③ さらに、上述したように、Henkel は、立法論として、緊急権に基づく正当化事由としての緊急避難に関しては、法律による統一的な規制を要請していた（法定性の要請の肯定）。

これに対し、義務の衝突（広義の義務緊急避難）においては、個々の事例における義務の衡量はきわめて困難（*ganz besondere Schwierigkeiten*）であり、それは法律上の決定（*eine gesetzliche Entscheidung*）によって除去（*beheben*）することはできないことから、「比較的稀な義務緊急避難の場合は、法律の外で判断される」（*Die verhältnismäßig seltenen Fälle des Pflichtenotstandes lassen sich außerhalb des Gesetzes entscheiden*）として、義務の衝突に関しては、立法論として法律上の規制を不要としているのである（法定性の要請の否定⁽²⁴³⁾）。

vi したがって、Henkel の見解も、「実質的・包括的独自性肯定説かつ緊急避難概念説」の一つとして位置づけられよう。

もっとも、「実質的・包括的独自性肯定説かつ緊急避難概念説」の内部において、Binding の見解と Henkel の見解の間には、とりわけ、通例の緊急避難（法益緊急避難）の法効果の点にも、義務の衝突（広義の義務緊

急避難) の法効果の点にも、相違がみられる。ここでは、特に、後者の点について整理しておきたい。

Binding は、義務の衝突に関して上記の第一命題および第二命題を提示し、害の均衡の要件を充たすかぎり、一方の義務を履行して他方の義務に違反した行為 (義務衝突行為) を適法と解していた。⁽²⁴⁴⁾

これに対し、Henkel は、義務の衝突において、適法とされる義務衝突行為の範囲を上記 iii ①の場合に限定し、上記 iii ②の場合における義務衝突行為は、「禁じられない行為」と解しているのである。それゆえ、Henkel の見解においては、*impossibilia nulla obligatio est* の原則の違法性阻却の実質的機能が変質しているといえよう。

2-2) さらに、Henkel は、1932年に公刊された著作 *Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht* においても、一方で、法益緊急避難 (Güternotstand) の法的性質に関して、「緊急権に基づく正当化事由」と「免責事由」とを区別する二分説に立脚しながらも、⁽²⁴⁵⁾他方で、義務の衝突に関して、「実質的・包括的独自性肯定説かつ緊急避難概念説」の立場を以下のように鮮明に示している。⁽²⁴⁶⁾

i ここでも、Henkel は、義務緊急避難 (広義) を緊急避難の特別な場合の一つとして捉えた上で、⁽²⁴⁷⁾義務緊急避難 (広義) とは、ある者に同時に履行すべき二つの義務が課されているが、その一方の義務を履行するために他方の義務に違反せざるをえない場合 (義務の衝突) であるとする。⁽²⁴⁸⁾

また、Henkel は、義務緊急避難 (広義) の例として、上述した二つの事例 (上記 2-1) ii 参照) と並べて、前哨 (Vorposten) として敵前にいた兵士が、公共に危険な重罪の計画が間もなく実行される情報を得たというケースを挙げている。そこでは、当該兵士にとって、歩哨任務を遂行すべき軍人の義務 (Soldatenpflicht) と国民の義務 (Staatsbürgerpflicht) としての犯罪通報義務 (刑法旧規定138条1項) の衝突が問題となる。⁽²⁴⁹⁾

このように、Henkel は、衝突義務の現象形式の区別を問わずに、義務の衝突を包括的に拡張的な Notstand 概念の中に包摂しているといえよう (Binding の思考 α の維持 → 緊急避難概念説)。

ii その上で、Henkel は、緊急避難に対する義務衝突 (広義の義務緊急避難) の実質的独自性を否定する見解と対峙し、とりわけ、義務衝突としての義務緊急避難 (広義) をすべて利益衝突としての利益緊急避難 (Interessennotstand) に還元 (解消) して、義務衝突の独自性を概念的にも実質的にもおよそ否定する「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) を主張する Wilhelm Sauer の見解に⁽²⁵¹⁾ 対して、次のように批判している。

すなわち、「こうした見解は説得力がなく、また、緊急状態におかれているのは、衝突義務の履行に関する利益の主体 (die Träger der Interessen an der Erfüllung der widerstreitenden Pflichten) ではなく、もっぱら義務者自身 (nur der Verpflichtete selbst) であることを看過している。しかし、義務者にとっては、いずれの義務を履行すべきかが問題となるのであり、それゆえ、義務の衝突を論ずることには正当な理由 (einen berechtigten Grund, von einem Widerstreit der Pflichten zu reden) が認められるといえよう。このような場合に、一方の義務の履行のみが要求されるとしても、義務緊急避難の独自の意義 (die selbständige Bedeutung des Pflichtennotstandes) がおよそ否定されるわけではない。たしかに、ここでは、義務衝突の解決 (die Lösung des Pflichtenwiderstreites) の帰結が示されているが、しかし、これにより、義務緊急避難の意義が抹消されるわけではない。けだし、一方の義務の履行が、それに対立する他方の義務の不存在に、はじめから依拠しているわけではないからである (denn es ist keineswegs so, daß von vornherein die Erfüllung einer Pflicht von dem Nichtbestande einer ihr entgegenstehenden anderen Pflicht abhängig

wäre)。義務の衝突は自然に解決するというわけではなく、その衝突は問題となる (Der Widerstreit löst sich nicht von selbst, sondern wird zum Problem)」と論じているのである。⁽²⁵³⁾

iii また、Henkel は、義務の衝突に特有の違法性阻却の個別的根拠として、impossibilium nulla obligatio est の原則の妥当性を認めている。⁽²⁵⁴⁾ それゆえ、重要性の同じ二つの義務 (zwei gleich bedeutsame Pflichten) が衝突する場合には、いずれの義務を履行するかという点につき、義務者に選択が委ねられるとする。⁽²⁵⁵⁾

また、重要性の異なる義務が衝突する場合には、より重要な義務を履行しなければならない。Henkel は、この場合においても、違法性阻却の基幹的根拠とされる個別的原理は、impossibilium nulla obligatio est の原則であると解した上で、ここでは、impossibilium nulla obligatio est の原則が小損害選択の原則により補充される (Der Grundsatz „impossibilium nulla obligatio“ wird hier ergänzt durch den Grundsatz von der Wahl des kleineren Übels) と論じており、⁽²⁵⁶⁾ 後者の原則に補充的機能を認めているにすぎない。

このように、Henkel も、Binding の見解と同様に、違法性阻却を実質的に基礎づける特有の根拠 (原理) を個別的に捉える思考 (上記思考 γ) を重視しているのである。

iv さらに、Henkel は、立法論として、義務の価値の評価に関して法律上の一般的基準を示すことは、実務として期待されず、また、impossibilium nulla obligatio est の原則と並んで義務緊急避難を支配する基本思考 (小損害の選択、強制状況の考慮) については、既に、利益緊急避難の場合に関する法律により規制されることから、後者の基本思考に基づく基準に関しては、義務緊急避難の場合にこれを準用 (entsprechende Anwendung) すれば足りると解している。⁽²⁵⁷⁾ それゆえ、利益緊急避難とは異なり、

義務緊急避難（広義）としての義務衝突に関しては、法律による規制（eine gesetzliche Regelung）を不要とし、法定性の要請を否認している⁽²⁵⁸⁾のである。

v したがって、こうした1932年の著作における Henkel の見解も、拡張的な Notstand 概念の中に義務衝突（広義の義務緊急避難）を包摂しながらも、通例の緊急避難（利益衝突）に対する義務衝突の実質的独自性を包括的に肯定する見解（実質的・包括的独自性肯定説かつ緊急避難概念説）の一つとして位置づけることができよう。

（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

Binding 以降のドイツの学説においては、さらにまた一步押し進め、Binding 流の拡張的な Notstand 概念（上位概念）の意義を消極的に解して、概念構成の次元においても緊急避難の概念から義務衝突の概念を分離して規範論理的に両者を区別することを志向した上で、義務衝突の実質的独自性を包括的に肯定する見解（実質的・包括的独自性肯定説かつ非緊急避難概念説）もみられる。

こうした見解は、Binding 流の上位概念の構成（上記思考 a）からの脱却をも求めた上で、義務衝突の実質的独自性をより強く主張する立場である。すなわち、そこでは、緊急避難に対する義務衝突の包括的独自性を形式的・概念的にも実質的にも強く追求しようとしている。それゆえ、こうした立場は、より簡明に、「ハードな実質的・包括的独自性肯定説」とも称されよう。

これに対して、上述した Gareis の見解や Henkel の見解のように、Binding 流の拡張的な Notstand 概念（上記思考 a）を柔軟に維持した上で、緊急避難に対する義務衝突の実質的独自性を包括的に認める「実質的・包括的独自性肯定説かつ緊急避難概念説」は、いわば「ソフトな実質

的・包括的独自性肯定説」とも称されよう。

また、これらの「実質的・包括的独自性肯定説かつ緊急避難概念説」（ソフトな実質的・包括的独自性肯定説）および「実質的・包括的独自性肯定説かつ非緊急避難概念説」（ハードな実質的・包括的独自性肯定説）は、緊急避難に対する義務衝突の実質的独自性を否認する上記の「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）および「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）とは、義務衝突の実質的な法的性質に関して理解をおよそ異にしており、私見では、義務衝突論の学説史における位置づけを明確に区別しなければならないと考える。

ドイツの義務衝突論の黎明期においては、既に、「実質的・包括的独自性肯定説かつ非緊急避難概念説」（ハードな実質的・包括的独自性肯定説）の立場も、重要な学説の一派として形成されていたのであり、また、こうした立場は、わが国の従来 of 学説の一部にも重大な影響を及ぼしている。そこで、以下では、その代表的論者の見解について概観してみたい。

1) Hellmuth von Weber の見解

Hellmuth von Weber は、1925年に公開された著書 *Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925* の中で、次のように論じている。

i まず、v. Weber は、Binding の見解に関して、次のように評価している。すなわち、Binding は、上位概念として *Notstand* の概念を拡張（*erweitern*）し、その中で、下位概念として、①「法益と法益の衝突」、②「法益と法的義務の間における衝突」（つまり、「法益と法的義務の衝突」またはその逆の「法的義務と法益の衝突」）、および、③「法的義務と法的義務の衝突」（真正の義務の衝突＝広義の義務緊急避難）という三類型を認めていた。⁽²⁵⁹⁾ たしかに、これにより、緊急避難と義務衝突の結びつき

が生じたが (die Verbindung, die damit zwischen Notstand und Pflichten-kollision hergestellt wurde)、しかし、それは決して密接なものではない (nie sehr innig) と解している。なぜなら、既に、Binding 自身が、義務の衝突について特別な法命題 (besondere Rechtssätze) を定立する必要があると解していたからであり、また、それは、独自の内在的な根拠に基づいている (innerlich begründet ist) と評価している⁽²⁶⁰⁾のである。

こうした評価には、Binding の拡張的な Notstand 概念の理論的意義を消極的に解する理解が端的にうかがえよう。Binding は、義務の衝突に特有の違法性阻却の実質的根拠 (個別原理) として impossibilium nulla obligatio est の原則を重視し、これに基づいて、義務の衝突の解決に関する二つの命題を提示していた⁽²⁶¹⁾が、v. Weber は、Binding による二つの命題に内在するこうした違法性阻却の実質的根拠 (個別原理) の意義を洞察するとともに、これらの命題を、義務の衝突を包摂する拡張的な Notstand 概念に連関させることなく、むしろ、こうした概念と基本的に切り離して、当該命題の実質的根拠を直視する理論構成 (非緊急避難概念説) が可能であることを率直に示唆しているように思われる。

ii また、v. Weber は、たしかに、義務衝突においても、広い意味での法益衝突 (eine Rechtsgüterkollision in weiterem Sinne) が認められるが、しかし、義務衝突に対する実定法の態度 (die Stellung des positiven Rechtes) は、通例の法益衝突とはまったく異なる (eine ganz andere) と解している⁽²⁶²⁾。

すなわち、通例の法益衝突の場合には、一方の法益を保全するために他方の法益を侵害せざるをえないが、そのような行為に出ずに前者の法益が滅失しても、法規範により禁じられない (von keiner Rechtsnorm verboten sein)⁽²⁶³⁾。それゆえ、法益衝突の場合には、通例、法規範の衝突は認められない (Der Rechtsgüterkollision entspricht daher in der Regel keine

Rechtsnormenkollision)。これに対して、義務衝突の場合には、衝突義務の少なくとも一方が利益保護の命令（Gebot zugunsten eines Interesses）に基づくときは、法規範の衝突が考えられる⁽²⁶⁴⁾。この場合にはじめて、法服従者は、法秩序による複数の要求に従うことが論理的に不可能となる（Erst bei ihr steht der Rechtsunterworfenen vor der logischen Unmöglichkeit, den Anforderungen der Rechtsordnung gerecht zu werden）と論じているのである⁽²⁶⁵⁾⁽²⁶⁶⁾。

iii このようにみると、v. Weber の見解の特徴は、次のように整序されよう。

iii-1 まず第一に、v. Weber は、法益衝突とは異なり、義務衝突に関しては、内在的な固有の個別的根拠として impossibilium nulla obligatio est の原則を重視して、これに基づく二つの法命題により解決されるとする Binding の見解を同様に前提としている（Binding の上記思考 γ の受容）。その点で、法益衝突に対する義務衝突の実質的な独自性を包括的に肯定する理解（実質的・包括的独自性肯定説）を基礎としている。

もっとも、v. Weber は、二つの禁止が衝突することはありえない（Zwei Verbote können nicht kollidieren）と解しており、その理由を、「単なる不作為の行為をすれば、それ自体として矛盾に陥ることはありえない」（das bloße Nichthandeln nicht mit sich selbst in Widerspruch treten kann）とする規範論理に求めている⁽²⁶⁷⁾。それゆえ、v. Weber の見解によると、「禁止と禁止の衝突」（不作為義務と不作為義務の衝突）の存在余地が否定されることになる。その点で、v. Weber の見解においては、義務衝突の解決のための上記の法命題の射程範囲が、「不作為義務と不作為義務の衝突」の存在余地をも肯定する Binding の見解よりも限定されているといえよう⁽²⁶⁸⁾。

iii-2 第二に、v. Weber は、上述したように、Binding 流の拡張的な

Notstand 概念の理論的意義を消極的に解する思考を重視しており、義務の衝突に特有の違法性阻却の実質的な個別原理 (impossibilium nulla obligatio est の原則) に基づく Binding の命題を、拡張的な Notstand 概念と基本的に切り離して提示する見解 (非緊急避難概念説) が可能であることを明らかにした (Binding の上記思考 α の排斥)。

iii-3 第三に、v. Weber は、さらに、法益衝突と義務衝突の規範論理的相違 (義務論理的相違) を重視している。

すなわち、(A) 法益衝突の場合には、危難にさらされた一方の法益を保全するために他方の法益を侵害するという行為に出ずに、前者の法益が危難により滅失したとしても、法規範によって禁じられず、それゆえ、「法規範の衝突」は認められないとする。換言すれば、前者の法益に対する当該危難を甘受することによって、法規範に違反することなく当該衝突に法的に決着をつける余地が認められる。したがって、この場合には、「法規範の違反の必然性」は否定されることになる。

これに対し、(B) 義務衝突の場合には、衝突義務の少なくとも一方が命令に基づくときは、複数の規範要求に同時に従うことが不可能となり、「法規範の衝突」が肯定される。それゆえ、いずれか一方の法規範に基づく義務に違反せざるをえないことから、「法規範の違反の必然性」(義務違反の必然性) が肯定され、法規範に違反せずに当該衝突に法的に決着をつける余地が否認されることになる。

v. Weber は、このように、「法規範の衝突」の有無 (= 「法規範違反の必然性」の可否 = 「当該衝突の法的決着」の可否) という規範論理 (義務論理) 的観点から、実定法それ自体が単なる法益衝突と義務衝突との相違を重視していると解して、法益衝突に対する義務衝突の独自性を概念的にも包括的に肯定しているといえよう。

iii-3-1 このような規範論理 (義務論理) 的観点に基づく法益衝突と

義務衝突の概念的区別の思考基盤は、Binding の上記思考 β にあると考えられる。

上述したように、Binding は、上位概念として拡張的な Notstand 概念を形成し（上記思考 α ）、その中で、下位概念として、衝突関係において保全法益・侵害法益に関する法的義務の存否を分類し、①「法益と法益の衝突」、②「法益と法的義務の衝突」または「法的義務と法益の衝突」、および、③「法的義務と法的義務の衝突」（広義の義務緊急避難）という三類型を区別していた（上記思考 β ）。こうした下位概念のレベルにおける形式的・概念的な思考（義務論理的思考）によると、他の二類型の緊急行為（上記①②）に対して義務衝突（上記③）に独立の形式的地位が包括的に与えられることになる（下位概念レベルの形式的・包括的独自性肯定説）。このような Binding の見解の基礎には、既に、義務の衝突における義務違反の必然性（不可避性）または法規範違反の必然性のモメントを重視する考え方が潜在しているように思われる。⁽²⁶⁹⁾

iii-3-2 v. Weber の見解は、法益衝突と義務衝突の区別との関係で、こうした Binding の上記思考 β の基礎にある考え方を規範論理（義務論理的観点からより明確に顕在化させたものと評価されよう（上記思考 β の規範論理的顕在化））。

また、v. Weber の見解のように、Binding の上記思考 γ を重視して、法益衝突に対する義務衝突の実質的・包括的独自性を肯定する見解（実質的・包括的独自性肯定説）に立つときは、このように上記思考 β に積極的な意義を認めて、概念的にも義務衝突の形式的・包括的独自性を肯定する見解（形式的・包括的独自性肯定説）に至ること（思考 $\gamma \rightarrow$ 思考 β ）は、基本的には、自然な思考の流れ（理路）であるように思われる。

これに対して、その逆の思考の流れ（思考 $\beta \rightarrow$ 思考 γ ）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）

にみられるように、必ずしも必然的なものとはいえないといえよう。

iii-3-3 もっとも、厳密にみると、v. Weber の見解については、次の点が問題となりうる。すなわち、v. Weber は、上述したように、「法益衝突」の場合について、「通例」(in der Regel)、法規範の衝突は認められないと論じている。これを論理的に解釈すると、通例とはいえない法益衝突の場合には、法規範の衝突が肯定されることになり、それゆえ、規範論理(義務論理)的観点からは、このような法益衝突の一部について、義務衝突と同様に、通例の法益衝突に対する形式的・概念的な独自性が肯定されうることになる。それゆえ、v. Weber の見解においては、「思考 γ に基づく義務衝突の実質的独自性の範囲」と「思考 β に基づく義務衝突の形式的・概念的独自性の範囲」との合致が認められるのか否か(思考 γ →思考 β の結合の様相・程度)が、思考 β の実体の精査という観点から問題となりうるといえよう。

iv 以上に考察したように、v. Weber は、法益衝突に対する義務衝突の実質的独自性を包括的に肯定した上で、規範論理(義務論理)的観点から義務衝突の形式的・概念的独自性をも包括的に肯定しているが(思考 γ →思考 β)、Binding 流の拡張的な Notstand 概念の理論的意義を消極的に解する構想を重視している(思考 α の排斥)。したがって、このような v. Weber の見解については、上記 iii-3-3 の点につきなお説明を要するとしても、「実質的・包括的独自性肯定説かつ非緊急避難概念説」(ハードな実質的・包括的独自性肯定説)の一種として位置づけられると考える。

2) Max Jansen の見解

Max Jansen は、1930年に公刊された刑法における義務衝突論の本格的なモノグラフィー Pflichtenkollisionen im Strafrecht の中で、次のように論じている。

i Jansen は、Binding が Notstand に関する研究の成果 (Resultat)

として定立した二つのテーゼ（第一命題および第二命題）は、正当（richtig）であると解している⁽²⁷⁰⁾。それゆえ、Jansen も、Binding と同様に、通例の法益衝突に対する義務衝突の実質的独自性を包括的に認めている（実質的・包括的独自性肯定説）。

ii しかし、Jansen は、Binding の見解に対する批判の理論的な出発点（der theoretische Ausgangspunkt）として、Binding が義務衝突の解決（die Lösung der Pflichtenkollision）を Notstand 概念を拡張（Erweiterung）することにより行おうとした点には問題があると、正面から論じているのである⁽²⁷¹⁾。したがって、こうした Jansen の理解には、v. Weber の見解と同様に、Binding 流の拡張的な Notstand 概念の理論的意義を消極的に解する上記の「非緊急避難概念説」の思考が明白に表れているといえよう。

iii また、Jansen によれば、たしかに、法益衝突の場合および義務衝突の場合には、法的に保護された利益の侵害との関係で、類似の本質的特徴（verwandte Wesenszüge）がみられる。法益衝突の場合には、法益侵害の禁止に反し、また、義務衝突の場合には、法的義務の履行の命令に反する点で、いずれも法規範に違反する⁽²⁷²⁾。

しかし、Jansen は、法益衝突と義務衝突との間には、次の点で根本的な相違（ein tiefgreifender Unterschied）がみられるとする。すなわち、法益衝突の場合には、危険にさらされた者には、「他人の法領域を侵害せずに自己の法益を犠牲にして、当該衝突に決着をつける余地」（die Möglichkeit, sich des Einbruchs in die fremde Rechtssphäre zu enthalten und durch Aufopferung eigener Rechtsgüter den Konflikt zum Austrag zu bringen）が認められる⁽²⁷³⁾。これに対し、義務衝突の場合には、このような余地は存在しない。

それゆえ、法益衝突の場合には、義務衝突とは異なり、「通例」（regel-

mäßig)、法規範の衝突 (Kollision von Rechtsnormen) とはされない。ただし、「避難しうる自己の法益を犠牲にする消極的態度を禁止する法規範」 (eine Rechtsnorm, die die zur Aufopferung des eigenen notstandsfähigen Rechtsgutes führende Passivität verbietet) は、例外的な場合 (Ausnahmefall) にしか考えられないからであるとする⁽²⁷⁴⁾。

そして、Jansen は、こうした法益衝突と義務衝突の区別 (Differenzierung) は、単に用語的 (bloß terminologisch) なものではなく、本質的 (innerlich) にも正当と認められると論じているのである⁽²⁷⁵⁾。

iv このように、Jansen の見解も、v. Weber の見解と同様に、impossibilium nulla obligatio est の原則に基づく Binding の第一命題および第二命題を義務衝突の正当な解決規準として包括的に認めながらも (Binding の上記思考 γ の受容)、Binding 流の拡張的な Notstand 概念の理論的意義を消極的に解する思考を重視している (Binding の上記思考 α の排斥)。また、Jansen も、緊急避難に対する義務衝突の実質的な包括的独自性の承認にあたかも呼応して、「法規範の衝突」の有無 (= 「法規範違反の必然性」の肯否 = 「当該衝突の法的決着」の可否) という規範論理 (義務論理) 的観点を重視し、法益衝突に対する義務衝突の概念的な形式的独自性を包括的に肯定している (Binding の上記思考 β の規範論理的顕在化)。

したがって、Jansen の見解も、「実質的・包括的独自性肯定説かつ非緊急避難概念説」(ハードな実質的・包括的独自性肯定説) の一つとして位置づけることができよう⁽²⁷⁶⁾。

v もっとも、厳密にみると、Jansen の見解についても、特に次の点が問題となりうる。

すなわち、上述したように、Jansen は、法益衝突の場合について、「避難しうる自己の法益を犠牲にする消極的態度を禁止する法規範」は、例外的な場合にしか認められないことを理由として、法益衝突の場合には、

「通例」、法規範の衝突は認められないとしている。

とすると、危難にさらされた自己の避難法益に関して、「自己の法益を犠牲にする消極的態度を禁止する法規範」が認められる例外的な場合には、法規範の衝突が肯定されることになり、Jansen は、これをあくまで法益衝突のカテゴリーの中で捉えている。その点で、上記の v. Weber の見解と同様に、⁽²⁷⁷⁾「思考 γ に基づく義務衝突の実質的独自性の範囲」と「思考 β に基づく義務衝突の形式的・概念的独自性の範囲」との合致が認められるのか否か（思考 γ →思考 β の結合の様相・程度）が、思考 β の実体の精査という観点から問題となりうるといえよう。

また、「避難しうる自己の法益」について「自己の法益を犠牲にする消極的態度を禁止する法規範」が認められる場合には、自己の法益を保護すべき義務（自分自身に対する義務）が認められることになろう。それゆえ、このような法規範が保全法益に関して認められる法益衝突の場合には、冒頭で示した Christian Wolff の見解と同様に、⁽²⁷⁸⁾「自分自身に対する義務と他人に対する義務の衝突」が認められることになり、それは、「他人に対する義務と他人に対する義務の衝突」とは区別されることになると解される。

しかし、このような「自分自身に対する義務」が、道徳的義務（倫理的義務）の性質を超えて、法的義務としてどこまで認められるのかという点は、⁽²⁷⁹⁾一つの問題とされよう。

注

(1) ~ (141) の注の内容については、山梨学院大学法学論集86号（2020年）53頁以下を参照されたい。

(142) ~ (207) の注の内容については、山梨学院大学法学論集87号（2021年）281頁以下を参照されたい。

(208) この点については、前記本文のⅢ節3（1）（a）（b）（c）を参照されたい。

(209) この点については、前記本文のⅢ節3（2）を参照されたい。

- (210) *Gareis*, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 3. また、この点については、前記本文のⅣ節 2 (1) (a) を参照されたい。
- (211) *Gareis*, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 3. また、この点については、前記本文のⅣ節 2 (1) (b) を参照されたい。
- (212) *Gareis*, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 5 f.
- (213) この点に関する Binding の見解については、前記本文のⅡ節 2 を参照されたい。
- (214) *Gareis*, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 5 における § 3 の見出し „Prinzipien für die Behandlung des Notstandes“ 参照。
- (215) *Gareis*, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 6 f., S. 8, S. 10, S. 11.
- (216) また、同様に、広義の Notstand の規制原理として、自己保存本能の原則 (das Prinzip des Selbsterhaltungstriebes)、利益衡量の原則 (das Prinzip der Interessenabwägung) または小損害選択の原則 (das Prinzip der Wahl des kleineren Übels)、および、*impossibilium nulla obligatio est* の原則を認めるものとして、とりわけ、*Baumgarten*, a. a. O. (Anm. 71), 1911, S. 18; *Klingmann*, a. a. O. (Anm. 71), 1915, S. 59.
- (217) *Gareis*, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 6. また、*Gareis* は、法の合理性の要請に基づいて、緊急避難の法的性質に関する処罰阻却事由説 (刑罰阻却説) に対して、その法的な要求内容の矛盾につき批判している (*Gareis*, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 14)。また、この点に関しては、前掲注38をも参照されたい。
- (218) *Gareis*, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 6.
- (219) *Gareis* は、義務の衝突に関する衝突義務の現象形式を問わず、義務の衝突のすべてを包括的に広く義務緊急避難 (Pflichtennotstand) と称している。このような「広義の義務緊急避難」の用語法は、「形式的な義務緊急避難の概念」に基づいている。義務緊急避難 (Pflichtennotstand) の概念の分類に関しては、前記本文のⅢ節 1 (3) (b) 1) 2) を参照されたい。
- (220) *Gareis*, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 6 f.
- (221) この点に関する Binding の見解については、前記本文のⅡ節 3 (1) (a) (b)、Ⅲ節 1 (1)、Ⅲ節 1 (2) (a) 2) b) およびⅢ節 1 (4) (a) (b) 3) を参照されたい。
- (222) *Gareis*, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 7 ff., insbes. S. 11.
- (223) *Gareis*, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 7.
- (224) *Gareis*, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 7. この指摘は、Friedrich Oetker の1908年の論文 (*Oetker*, a. a. O. (Anm. 71), VDA 2 (1908), S. 392) からの引用である。また、義務の衝突に関する Oetker の見解の詳細に関しては、*Oetker*, a. a. O.

(Anm. 71), VDA 2 (1908), S. 355 ff. をも参照されたい。

(225) Gareis は、二つの法益の衝突 (die Kollision zweier Rechtsgüter) を Gutsnotstand または interessierter Notstand と称するのに対して (Gareis, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 3)、義務の衝突を包括的に Pflichtennotstand と称している (Gareis, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 4)。また、同様の用語法として、Oetker, a. a. O. (Anm. 71), VDA 2 (1908), S. 330. なお、Pflichtennotstand の概念に関しては、前掲注219をも参照。

(226) Gareis は、「危難共同体の場合には、緊急状態の重大性が自ずと理解され、それゆえ、法律による規制がなくても、同一の帰結に至る」(Bei den Fällen der Gefahrengemeinschaft versteht sich die Erheblichkeit des Notstandes von selbst, man würde also auch ohne gesetzliche Regelung zum gleichen Resultate kommen) としている (Gareis, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 7)。その上で、生命対生命の危難共同体の場合に、一方の者が自己の生命を保全するために他方の生命を犠牲にした行為を不処罰とするために、小損害選択の原則を援用している (Gareis, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 7 f.)。

同様の見解として、特に、Oetker, a. a. O. (Anm. 71), VDA 2 (1908), S. 330 f. 同所において、Oetker は、「その点で、当該緊急避難の効果は自ずと理解される」(Insofern versteht sich die Wirksamkeit des Notstandes von selbst) としている (Oetker, a. a. O. (Anm. 71), VDA 2 (1908), S. 331)。また、「いずれかの小損害にとどまり、両者の法益が滅失しないことは、保存衝動により認められよう」(Daß es bei jedem kleineren Übel bleibt, nicht beide Güter zugrunde gehen, wird durch den Erhaltungstrieb gewährleistet) と論じている (Oetker, a. a. O. (Anm. 71), VDA 2 (1908), S. 331)。したがって、Oetker は、生命対生命の危難共同体の場合に、小損害選択の原則だけでなく、自己保全の原理をも援用している。

(227) Gareis, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 7. 同旨の見解として、Oetker, a. a. O. (Anm. 71), VDA 2 (1908), S. 330.

(228) Binding は、拡張的な Notstand 概念の中で、「緊急権に基づく権利行為」に関しては、基本的法定性の要請を充足することを必要とするが、「禁じられない行為」および「義務の衝突」に関しては、これを不要としている。また、Binding は、より価値の高い法益を保全する場合だけでなく、同価値の法益を保全する場合にも、「緊急権に基づく権利行為」としての緊急避難を認めている。これらの点については、前記本文のⅡ節3(2)(a)4)、Ⅲ節2(1)(a)1)2)、Ⅲ節2(1)(b)参照。

これに対し、Gareis は、一方で、Binding の見解とは異なり、「緊急権に基づ

く権利行為」を認める範囲を、より価値の高い法益を保全する場合に限定し、同価値の法益を保全する場合には、緊急権を否定している (*Gareis*, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 12 f. 15)。他方で、Binding の見解と同様に、「禁じられない行為」としての緊急避難をも認めており (*Gareis*, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 14 f.)、また、これに対する正当防衛による対抗を肯定している (*Gareis*, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 15)。その上で、拡張的な Notstand 概念の下にある法益衝突に関しては、もっぱら危難共同体の場合のみを除いて、基本的法定性の要請を充足することを要求している (*Gareis*, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 7)。それゆえ、*Gareis* の見解においては、基本的法定性の要請は、必ずしも「緊急権に基づく権利行為」の場合に限定されず、「禁じられない行為」の場合にも及ぶように思われる。

(229) *impossibilium nulla obligatio est* の原則と法の理性 (die Vernunft im Rechte) との関係については、また、*Oetker*, a. a. O. (Anm. 71), VDA 2 (1908), S. 356 をも参照されたい。

(230) 人格的法益が危険にさらされた場合において自己保全の原理 (自己保存衝動の承認の原理) が考慮される範囲については、*Gareis*, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 8 ff., S. 11.

また、*Gareis* は、小損害の優先 (der Vorzug des kleineren Übels) を功利性の観点 (der Nützlichkeitsstandpunkt) に基づくものと解して (*Gareis*, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 10)、これを優越的利益の原則 (das Prinzip des überwiegenden Interesses) と同義に解している (*Gareis*, a. a. O. (Anm. 20), 1913, S. 11)。

(231) *Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1927, S. 75, 77, 82.

(232) *Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1927, S. 79, 80.

(233) *Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1927, S. 80 f. また、緊急権に基づく正当化的緊急避難により侵害された被害者の民法上の損害賠償請求権に関しては、*Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1927, S. 81 f. 参照。

(234) *Henkel* は、緊急避難の特別な場合 (besondere Fälle des Notstandes) として、いわゆる危難共同体の場合 (Fälle der Gefahrgemeinschaft) と義務緊急避難 (Pflichtennotstand) の場合を認め、その両者を区別してまったく分離して論じている (*Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1927, S. 82, 83 ff., 85 ff.)。

なお、*Henkel* は、危難共同体 (行為者が一方の法益を保全するために他方の法益を犠牲にする行為に出なければ、共同の危難にさらされたすべての法益が滅失する場合) の内部で、(a) いずれの法益についても他の法益を犠牲にして保全する可能性のある場合 (真正の危難共同体) と、(b) 一方の法益には保全

可能性があるが、他方の法益はいずれにしても滅失してしまう場合（不真正の危難共同体）とを区別しつつ、次のように論じている（*Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1927, S. 83 ff.）。

I 真正の危難共同体について

i 真正の危難共同体の場合（上記（a））には、より価値の低い法益を保全するために、より価値の高い法益を犠牲にした場合でも、法益の全滅という全損害（*der ganze Schaden*）が一部の損害（*einen Teilschaden*）により阻止されることになり、法秩序にとってより小損害（*das kleinere Uebel*）とされることから、法秩序はこれを禁止することはできない（*nicht verbieten kann*）とする（*Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1927, S. 83 f.）。この点の制約に関しては、*Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1932, S. 93 f. を参照。

ii また、真正の危難共同体において、一方の法益を保全するために他方の法益を侵害する行為については、許容（*Erlaubnis*）は認められず、緊急権（*Notrecht*）は否定される。それゆえ、こうした行為は、違法とはされないが、適法ともされず、「禁じられない」（*unverboten*）行為とされるにすぎないとする（*Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1927, S. 84）。なお、「禁じられない」行為の場合における「許容」（*erlaubt*）と「適法」（*rechtmäßig*）の関係については、*Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1932, S. 92 をも参照。

ちなみに、緊急避難との関係で、許容の種別として、「正当化を基礎づける許容」と区別して、「片面的に作用する許容」（*einseitig wirkende Erlaubnis*）をも認める見解として、*Köhler*, a. a. O. (Anm. 49), 1917, S. 363 f. 参照。また、*Köhler* の見解の位置づけに関しては、*v. Weber*, a. a. O. (Anm. 20), 1925, S. 3 Fn. 1 をも参照されたい。

iii *Henkel* の見解においては、①小損害選択の原則は、保全法益と侵害法益の間における「害の均衡」を要求するものではなく、法益の全滅を回避していずれか一方の法益の保全を要求するものであり、真正の危難共同体の場合との関係では、小損害選択の原則は、利益衡量の思考（*der Gedanke einer Interessenabwägung*）とは区別される（*Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1932, S. 92 をも参照）。また、②その場合における法効果として、「禁じられない」行為が認められるにすぎない。さらに、③ *Binding* および *Gareis* は、「禁じられない」行為に対して正当防衛による対抗を肯定していたのに対し（前記本文のⅡ節3（2）（b）3）および前掲注228参照）、*Henkel* は、「禁じられない」行為に対する正当防衛による対抗を否定し、「禁じられない」行為に対しては緊急避難による対抗が認められるにすぎないと解している（*Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1927, S. 84）。

II 不真正の危難共同体について

不真正の危難共同体の場合（上記（b）：登山者によるザイル切断の事例など）には、Henkel は、いずれにしても滅失する法益を犠牲にする緊急避難行為は、緊急権に基づく適法な行為とされると解している（*Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1927, S. 84）。もっとも、*Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1932, S. 93 では、上記（b）の場合に、被害者の忍受義務（*Duldungspflicht*）を否認している。

III 危難共同体に関する立法論について

立法論としては、上記（a）と（b）に関するこうした精緻な相違（*diesen feinen Unterschied*）を法律に明記する必要はなく、危難共同体の場合の全体（*sämtliche Fälle der Gefahrengemeinschaft*）に関して、一方の法益を保全するために行われた緊急避難行為は違法ではない、と規定すれば足りるとしている（*Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1927, S. 84 f.）。危難共同体に関する Henkel の立法論に関しては、さらに、*Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1932, S. 94 f. をも参照。

(235) *Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1927, S. 85. 義務緊急避難（*Pflichtennotstand*）の概念に関しては、前掲注219参照。

なお、Henkel は、異なる裁判所への出頭義務と出頭義務の衝突に関して、価値の異なる作為義務と作為義務の衝突とされる事例も挙げている（*Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1927, S. 85）。

(236) *Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1927, S. 85.

(237) *Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1927, S. 85 f., insbes. S. 86.

(238) *Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1927, S. 86.

また、義務の衝突に関する法効果を「適法行為」と「禁じられない行為」に二分する見解として、*Oetker*, a. a. O. (Anm. 71), VDA 2 (1908), S. 356. もっとも、*Oetker* の見解と Henkel の見解には、次の点で相違がある。

I *Oetker* は、価値の異なる義務の衝突の場合に、より価値の高い義務を履行して他方の義務に違反したときは、当該行為を適法な行為とするが、同価値の義務の衝突の場合に、一方の義務を履行して他方の義務に違反したときは、当該行為は「禁じられない」（*unverboden*）行為とされると解している。

II これに対して、Henkel は、価値の異なる義務の衝突のうち、両者の義務の重要性の相違が顕著とされる場合に、より重要な義務を履行して他方の義務に違反したときは、当該行為を適法な行為とするが、義務の重要性に非本質的な相違しかない場合には、同種の義務の衝突の場合と同様に、「禁じられない」行為とされると解している。

なお、Henkel は、本文で示したように、義務の衝突における「禁じられない」行為について、同種の義務の衝突の場合だけでなく、義務の重要性に非本

質的な相違しかない場合にも、「行為者は両者の義務の一方を履行することを自由に選択することができる」(der Täter kann die Erfüllung der einen von beiden frei wählen)と説明している。しかし、後者の場合にも行為者に自由な選択を認めると、より重要性の低い義務を履行するためにより重要性の高い義務に違反する場合にも、「禁じられない」行為とされることになる。とすると、ここでは、本文における Henkel の後続の主張(本文 iii ©)との整合性が問題となろう。

- (239) *Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1927, S. 86. また、義務衡量における「より小損害」(das kleinere Uebel)の選択と「禁じられない」行為の肯否との関係については、*Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1927, S. 85 をも参照。

なお、ここでは、履行義務(保全利益)と侵害義務(侵害利益)の間でより小損害の選択がなされたか否かを問題としている。それゆえ、Henkel の見解においては、この場合における小損害の選択の評価対象は、危難共同体の場合における小損害の選択の評価対象(全滅回避か一部損害か)とは異なっている。危難共同体に関する Henkel の見解については、前掲注234参照。

- (240) *Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1927, S. 86.
- (241) *Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1927, S. 86 f.
- (242) 免責事由としての緊急避難において考慮される動機理由の程度(die Stärke der Beweggründe)の点については、*Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1927, S. 77 参照。また、Henkel は、義務の衝突における免責の肯否について、Karl Kühn が提示したいわゆる「線路巡回員の事例」(Bahnwärter-Fall)に基づいて検討している(*Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1927, S. 86; *ders.*, a. a. O. (Anm. 71), 1932, S. 96 f.)。本事例に関しては、*Kühn*, a. a. O. (Anm. 2), 1908, S. 24 ff. また、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〕』435頁以下、450頁をも参照されたい。
- (243) *Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1927, S. 87. また、*Oetker*, a. a. O. (Anm. 71), VDA 2 (1908), S. 357 をも参照されたい。
- (244) この点については、前記本文のⅡ節3(1)(a)(b)、Ⅲ節1(4)(a)(b)を参照されたい。
- (245) *Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1932, S. 70 ff., 77 ff., 89. また、正当化事由としての緊急避難に関する法定性の要請については、*Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1932, S. 70 および同所引用の文献をも参照。
- (246) *Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1932, S. 89, 95-98.
- (247) *Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1932, S. 89. また、Henkel の1927年の上記著作と比べて、1932年の著作では、もう一つの「緊急避難の特別な場合」とされる危難

共同体 (Gefahrenengemeinschaft) に関しても、さらにより詳細に論述している (Henkel, a. a. O. (Anm. 71), 1932, S. 89 ff.)。また、とりわけ、第一次的危難共同体 (primäre Gefahrenengemeinschaft) および第二次的危難共同体 (sekundäre Gefahrenengemeinschaft) を危難共同体に包摂する見解の問題性につき、Henkel, a. a. O. (Anm. 71), 1932, S. 90 参照。そこでは、カルネアデスの板の事例 (後着者による先着者の突落とし行為など) が危難共同体として捉えられるか否かという点についても検討されている。

(248) Henkel, a. a. O. (Anm. 71), 1932, S. 95.

(249) Henkel, a. a. O. (Anm. 71), 1932, S. 95. 本事例については、前掲注196をも参照されたい。

(250) Henkel, a. a. O. (Anm. 71), 1932, S. 95.

(251) Sauer の見解については、前記本文のIV節2 (2) (b) 3 参照。

(252) Sauer は、「権利と権利の衝突」に関しても、「実質的に、法的評価の結論としては、一つの権利しか認められない」(Materiell und im Ergebnis der rechtlichen Würdigung kann es nur ein Recht geben) として、「権利と権利の衝突」をも否定している (Sauer, a. a. O. (Anm. 197), 1921, S. 326)。

(253) Henkel, a. a. O. (Anm. 71), 1932, S. 95. また、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8頁をも参照。さらに、Sauer の見解に対する批判として、前掲注197をも参照。

とりわけ、同価値の作為義務と作為義務の衝突の場合には、行為者の選択によってはじめて履行すべき義務が決定され、それに基づく行為者の義務衝突行為が行われることにより、義務の衝突が解決される。それゆえ、それ以前の義務衝突状況において、一方の特定の義務の履行が他方の特定の義務の不存在に依拠して解決されるわけではないといえよう。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. a. O. (Anm. 32), 1979, S. 37; 勝亦・前掲論文 (注204) 『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第二巻』295頁以下をも参照されたい。

これに対して、近時、作為義務と作為義務の衝突において、「義務衝突状況それ自体」に正当化の根拠が認められると解して、行為者が一方の義務を履行して他方の義務を履行しない場合に、当該義務衝突行為について構成要件該当性を阻却する見解 (構成要件該当性阻却説) が主張されている。しかし、Henkel が指摘した上記の観点からみて、こうした見解には疑問がある。さらに、こうした構成要件該当性阻却説に対する批判として、とりわけ、勝亦・前掲論文 (注85) 『西原春夫先生古稀祝賀論文集第一巻』345頁以下を参照されたい。

(254) Henkel, a. a. O. (Anm. 71), 1932, S. 95, 96, 98.

(255) *Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1932, S. 96.

(256) *Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1932, S. 96. この点については、前記本文のⅢ節 1 (2) (a) 2) b) をも参照。

なお、*Henkel* は、この点との関係では、小損害選択の原則 (der Grundsatz von der Wahl des kleineren Übels) を利益衡量の原則 (der Grundsatz der Interessenabwägung) と同義に解している (*Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1932, S. 96)。*Henkel* の見解における小損害選択の原則の意義・内容に関しては、前掲注234、注239をも参照。

また、*Henkel* は、より高次の義務の履行の要求との関係で、義務の衝突に関するライヒ裁判所の判例についても検討している (*Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1932, S. 96)。

さらに、より重要性の低い義務を履行した場合における免責の余地に関しては、*Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1932, S. 96 ff. 参照。ここでは、「義務の評価に関する錯誤」、「倫理的義務と法的義務の衝突」の問題などについても検討している。さらに、前掲注242をも参照。

(257) *Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1932, S. 98.

(258) *Henkel*, a. a. O. (Anm. 71), 1932, S. 98. 同所において、*Henkel* は、一方で、義務の価値の評価に関して、法律上の一般的基準を示すことは困難であることを認めながらも、他方で、「さらに、義務緊急避難の場合に正当な判断を下すよう、実務に安心して委ねることができよう」(Man wird es also weiterhin getrost der Praxis überlassen können, in Fällen des Pflichtennotstandes eine gerechte Entscheidung zu fällen) と論じており、そこでは、義務の衝突 (広義の義務緊急避難) の超法規的判断に関するライヒ裁判所の裁判実務にも積極的な信頼を寄せている。これに対し、こうした裁判実務に対するフリー・ハンドな信頼性を消極的に解する論者として、とりわけ、*Kühn*, a. a. O. (Anm. 2), 1908, S. 9; *Köhler*, a. a. O. (Anm. 113), 1926, S. 45 参照。

(259) この点に関しては、前記本文のⅡ節 1 (1)、Ⅱ節 3 (1) (2) (3)、Ⅲ節 2 (1) (2) (3)、Ⅲ節 3 (1) (a) (b) (c) をも参照されたい。

(260) *v. Weber*, a. a. O. (Anm. 20), 1925, S. 3.

(261) この点に関しては、前記本文のⅡ節 3 (1) (a) (b)、Ⅲ節 1 (1) (2) (4) を参照されたい。

(262) *v. Weber*, a. a. O. (Anm. 20), 1925, S. 3.

(263) この点との関係で、*v. Weber* は、「禁止と禁止の衝突」の存在余地を否認する見解をも主張している (*v. Weber*, a. a. O. (Anm. 20), 1925, S. 3)。また、この点に関しては、後述の本文 iii-1 をも参照。

- (264) *v. Weber*, a. a. O. (Anm. 20), 1925, S. 3.
- (265) *v. Weber*, a. a. O. (Anm. 20), 1925, S. 3.
- (266) なお、*v. Weber* は、第二次世界大戦後の1947年に公表した論文において、論理的義務衝突 (die logische Pflichtenkollision) の場合には、法的に解決可能な義務衝突として違法性阻却を肯定するのに対して、実質的義務衝突 (die materielle Pflichtenkollision) の場合には、法的に解決不可能な義務衝突として違法性阻却を否定し、免責事由と解している (*Hellmuth von Weber*, Die Pflichtenkollision im Strafrecht, in: Festschrift für Wilhelm Kiesselbach zu seinem 80. Geburtstag, 1947, S. 233 ff., insbes. S. 234 ff., S. 242 ff., S. 245 ff.)。 *v. Weber* が1925年の著書 (*v. Weber*, a. a. O. (Anm. 20), 1925, S. 3) の中で、本文のように、„die logische Unmöglichkeit, den Anforderungen der Rechtsordnung gerecht zu werden“ と論じていたが、これが論理的義務衝突における衝突義務の同時履行の論理的不可能性といかなる関係にあるのか、という点については、慎重な考察を要し、安易な即断をしてはならないように思われる。
- (267) *v. Weber*, a. a. O. (Anm. 20), 1925, S. 3. この点に関しては、前掲注263をも参照されたい。
- (268) 「不作為義務と不作為義務の衝突」の存在余地をも肯定する *Binding* の見解については、前記本文のⅢ節1(3)(a)を参照されたい。
- (269) この点に関しては、前記本文のⅢ節3(1)(b)参照。
- (270) *Jansen*, a. a. O. (Anm. 5), 1930, S. 17. なお、義務の衝突に関する *Binding* の二つのテーゼ (第一命題および第二命題) に関しては、前記本文のⅡ節3(1)(a)(b)、Ⅲ節1(1)(2)(4)参照。
- (271) *Jansen*, a. a. O. (Anm. 5), 1930, S. 17. また、*Jansen* は、上記のモノグラフィーが公刊された1930年当時、*Binding* の拡張的な *Notstand* 概念は、支配的な見解 (die herrschende Meinung) により拒否されてきたと指摘している (*Jansen*, a. a. O. (Anm. 5), 1930, S. 3)。
- (272) *Jansen*, a. a. O. (Anm. 5), 1930, S. 18.
- (273) *Jansen*, a. a. O. (Anm. 5), 1930, S. 18.
- (274) *Jansen*, a. a. O. (Anm. 5), 1930, S. 18.
- (275) *Jansen*, a. a. O. (Anm. 5), 1930, S. 18.
- (276) *Jansen* の見解の評価については、*Karl Siegert*, *Notstand und Putativnotstand*, 1931, S. 29 Fn. 2をも参照されたい。
- (277) この点に関する *v. Weber* の見解については、上記本文のⅣ節3(1)(b)1) iii-3-3を参照されたい。
- (278) この点に関する *Christian Wolff* の見解については、前記本文のⅠ節iを参照

されたい。

- (279) 「自分自身に対する義務」(duties to oneself) に関しては、とりわけ、*F. H. Bradley*, *Collision of Duties*, in: Christopher W. Gowans (ed.), *Moral Dilemmas*, 1987, S. 62 ff., insbes. S. 73 ff., S. 82 Fn. 19; *Ruth F. Chadwick*, *The Market for Bodily Parts: Kant and Duties to Oneself*, *Journal of Applied Philosophy* 6 (1989), S. 129 ff.; *Marcus G. Singer*, *On Duties to Oneself*, *Ethics* 69 (1959), S. 202 ff.; *ders.*, *Duties and Duties to Oneself*, *Ethics* 73 (1963), S. 133 ff. 参照。

[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)