

◇ 学位論文審査要旨 ◇

朴 普 錫

フランツ・フォン・リストの学問観

審査委員 主査 高 橋 直 人  
副査 本 田 稔  
副査 須 藤 陽 子

〔論文内容の要旨〕

1 本論文の概要

本論文は、近代のドイツを代表する刑法学者の一人であるフランツ・フォン・リスト (Franz von Liszt, 1851-1919) の「学問観」を、すなわちリストが自身の刑法理論の根底において刑事法学のあるべき姿や社会的な役割についていかなる基本見解を有しているのかを、彼の作品を網羅的に検証しつつ明らかにすることを通じて、近代刑法史上におけるリストの位置づけをいっそう正確に試みることを課題とするものである。

序章では、先行研究の動向を整理しつつ、上記のリストの「学問観」に光を当てることが本研究の背景にあるドイツ近代刑法史の批判的再検討というより大きなテーマにとってどのような重要性を有するのかが提示される。これに続き、第一章では、まずリスト自身の「学問観」の基礎をなしている同時代の実証主義哲学、イェーリングを中心とする「目的思想」およびダーウインとの影響関係からみた「進化論的發展思想」が概観される。以上の前提的な考察を経たうえで、第二章では、リストが自身の刑事法学の基本的方向性を掲げたいわゆる「マルブルク綱領」に関し、同「綱領」を支える二つの軸となる「目的思想」および「發展思想」の役割に注目しつつ分析が行われる。両者のうち特に「發展思想」に焦点を合わせた第三章では、この「發展思想」が社会や立法のあり方に関するリストの見解において果たしている重要な役割が論じられる。第四章では、リストの「刑事法学」観が、「楽観的な發展思想」のもと、その時々々の社会状況に応じて刑法の柔軟で可変的な「目的」設定とその達成のために効果的に機能する「時代相応的な刑事法学」

として特徴づけられるということ、ヴォルフガング・ナウケらの先行研究をふまえつつ、リストの作品に具体的に即しながら検証する。第五章では、上記の「時代相応的な刑事法学」という方向性のもとでリストの展開した法益概念も、国家の恣意的な立法から個人の自由を保障する内在的制約原理としては機能し難いものであることが明らかにされる。終章では、本論文による検討結果を改めて整理した上で、近代世界と排除・差別のメカニズムというより大きな図式のもとでリストおよび彼を取り巻く同時代の法的諸環境に対する歴史的な理解をさらに深化させていくべきことが、今後の課題として示される。

その時々的情勢下での生活利益をおびやかす者の「淘汰」を当該の時代に見合った「目的」として効率的に達成できる刑事法学を、社会の「発展」の名の下で追求するリストの「刑事法学」観が、国家権力にとって「使いやすい」刑法の創出を容易にするという危うさを本論文は描き出す。ただし同時に、リスト自身は特定の政治的立場や特定の権力者におもねる意図でそのような「時代相応的な刑事法学」を刑事法学のあるべき方向性として掲げているわけではない、ということにも本論文は注意を促している。その上でむしろ、刑法が支配のための便利な「道具」になりかねないことに危機感の薄い、国家刑罰権力に対するリストの「楽観的」な姿勢を、プロイセン、ドイツ帝国における権威的な刑法のあり方や、後のナチス刑法による不法な人権侵害を意識しつつ、本論文は最大の問題点として指摘する。

## 2 本論文の構成

### 序 章

#### 第一章. 方法論的基礎——「学問観(Wissenschaftsanschauung)」

##### 第一節. リストの学問的基礎付け

##### 第二節. 犯罪原因論における実証主義的アプローチとその科学性

##### 第三節. 刑法学の学問としてのあり方

#### 第二章. 「マールブルク綱領」における進化論的發展思想

##### 第一節. 出 発 点——進化主義理論としての統合論

##### 第二節. 目的刑の歴史的発展——衝動行為から目的意識的な行為へ

##### 第三節. 刑罰の客観化と発展の帰結

##### 第四節. 量刑決定原理

##### 第五節. 目的意識的な法益保護としての刑罰

##### 第六節. 帰 着 点

第三章. 刑法における「発展思想」

第一節. フランツ・フォン・リストにおける科学 (Wissenschaft)

第二節. 社会病理的現象としての犯罪

第三節. 刑事立法における「正法」

第四節. 刑法における「発展思想」

第四章. 刑事立法における「目的開放性」および「時代適合性」

第一節. 国家の理解に関する変化——全生活領域の政策問題化

第二節. 刑事立法における「目的的内容的開放性」

第三節. 目的刑の制限原理としての「マグナ・カルタ思想」

第五章. フランツ・フォン・リストにおける法益概念の刑事政策的含意

第一節. 法益概念の形成過程

第二節. リストにおける「抽象化する法律的論理の限界概念 (der Grenzbe-  
griff der abstrahierenden juristischen Logik)」としての「法益」

終 章

第一節. リストの「学問観」——「時代相応的な刑事法学」の理論的基礎付け

第二節. むすびにかえて

なお本論文は、「フランツ・フォン・リストにおける学問観——『ドイツ近代刑  
法史』の再考のために——」立命館法学2015年4号〔通巻362号〕(2015年12月)  
33-97頁, 「刑法における発展思想(1)(2・完)」立命館法学2017年3号〔通巻  
373号〕(2017年12月)83-148頁, 立命館法学2017年4号〔通巻374号〕(2018年2  
月)43-104頁, 「フランツ・フォン・リストにおける法益概念の刑事政策的含意」  
立命館法学2018年1号〔通巻377号〕(2018年6月)31-66頁として公開されている。

### 3 本論文の内容

まず序章では、ドイツ近代刑法(学)史の再検討という問題意識のもとでフラン  
ツ・フォン・リストの「学問観」を検討することの意義が述べられる。日本におけ  
るドイツ刑法史の先行研究は、特に「近代刑法」の特徴を歴史的に理解するため  
に、その「原点」である啓蒙期の刑法に注目してきた。このような取り組みを行っ  
てきた先行研究には、わが国の刑事司法の現状を批判的にとらえ、原点に立ち返っ  
て近代刑法の基本原則を確認するという、いわば「権力批判・現状批判としての方  
向性が明白」であり、そこには「現代の国家刑罰権力に対して警鐘を鳴らし、濫用

を防止するための歯止めとしての役割を学問的に果たそうとする意図」があると著者の朴氏は受け止めている。

その上で、刑事司法の現状を意識しつつ歴史的な考察を進めるためには、立ち返るべき「近代刑法の原点」としての啓蒙期刑法をより良く理解することに加え、続く19世紀から現在までの刑法の展開、すなわち「啓蒙期から今日に至る広義の『近代刑法』が辿ってきた一連の歴史的経緯をふまえ、その理解の延長線上に現在の刑法をめぐる問題状況をとらえて批判的に向き合うことが必要なのである」と朴氏は主張する。ドイツのW・ナウケをはじめ近年の日独の諸研究にみられるように、「近代刑法学の父」フォイエルバッハの理論に特徴的に現れた「有効に機能する手段としての刑法」の構築を意図する傾向が、後の時代にリストのもとで「刑法における目的思想」という形でいっそう本格的に定式化され、「目的に供する『刑法の手段としての高機能性』という考え方が、それ以降現在に至るまで大きな流れとして、ドイツだけでなく日本においても大きな影響を及ぼし続けていると考えられる」。つまり、ドイツ近代刑法（学）の成立・展開の歴史的プロセスを以上のように一連の流れとして批判的にとらえた場合、19世紀から20世紀への転換期にかけてのリストの影響は看過し得ないのである。

勿論、リストに関する研究そのものについては日独両国においてすでに多数の蓄積がある。しかしながら、それらの先行研究においては、リストの主導したいわゆる「刑法の学派の争い」とのかかわりに引きつけて彼の理論を考察するものが多く、「したがってそのような特定の文脈にとらわれずリストの全体像を多面的に把握しようとする観点からみれば、必ずしも満足な成果が達成されてきたとは言えない」と朴氏は述べる。そこで本論文では、リストに関する歴史的評価をより幅広い角度から行っていくために、「『国家観をも含む刑法（学）の学問としての役割・使命』について刑法家であるリストがどのように考えていたのか」、すなわちリストの唱えた個々の理論の背景にある彼の「学問観」がいかなるものであったのかという観点から、リストの著した多数の作品を改めて実証的に吟味することが試みられる。

続く第一章では、リストの学問観の基礎にある同時代の哲学・思想や法理論の概観が行われる。ドイツ観念論の完成形ともいわれるヘーゲルの哲学以降、実証主義的傾向、批判主義的傾向、非合理主義的傾向の流れが哲学において生じてくる。とりわけコントに代表される実証主義的傾向は、19世紀後半以降のドイツでも広まり、さらにその唯物論的基礎の上に立ちながらもマルクス及びエンゲルスによって弁証法的唯物論が打ち立てられる。弁証法的唯物論にも「発展・進化の思想」があ

るけれども、これに対し、スペンサーの社会有機体説のように、ダーウィンによって基礎づけられた生物学的な進化論思想を基礎とする哲学も注目すべき流れとしてあげることができる。こうした思想界の実証主義的傾向は法学にも多大な影響を与え、法価値の考察を非科学的であるとし、法の経験的な探求に意識的に専念するような潮流が現れてくる。この実証主義が刑法の分野において明確に現れるのが、リストなのである。

リストの実証主義の原型は、彼のオーストリア時代に植え付けられることとなった。すなわち、イエーリング(Rudolf von Jhering)からは目的思想を、メルケル(Adolf Merkel)からは実証主義的一般法理論の法哲学を、そして「ウィーン刑法学派」のヴァールベルク(Emil Wilhelm Wahlberg)からは刑法における個別化と類型化の原理に基づく機会犯人と常習犯人の区別を、さらにヴァールベルクが依拠したヘルバルト(Johann Friedrich Herbart)の心理学から「優越的な動機の決定論」を、自身の刑法学に取り入れたのである。

リストの実証主義の基本的性格を理解するうえで、朴氏は重要な指摘を行っている。それは、リストが因果的決定論を採っているとはいえ、その一方で「目的思想」とその基本的な枠組みである「心理的な因果律」に依拠することにより、厳密な機械的因果論には依拠していないということである。リストが刑法の領域に持ち込み、彼の理論を特徴付けるその「目的思想」については、イエーリングの影響によるところが非常に大きい。そこで同時代の実証主義哲学に続き、同じくリストの理論の基礎をなすものとしてイエーリングの目的思想が取り上げられ、リストの思想とのかかわりが概観される。機械的因果律において原因のない結果が考えられないように、心理的因果律すなわち目的律は、目的なければ行為なしということを意味する。イエーリングは、目的律が、自然界における因果関係にかわって人間の意思を支配するとする。リストは、機械的自然主義の因果法則に代わってこの目的律に立脚することで、人間の意思に対する動機による決定可能性を認め、社会的な事象において因果の過程に影響を及ぼし介入することが可能であるとされるような考え方を打ち立てている。

イエーリングの影響による目的思想とならんで、リストの学問的構想のもうひとつの指導理念となっているのが、進化論的發展思想である。リストの「刑法における目的思想」とイエーリングの考え方はほぼ一致しているけれども、両者の違いは出発点にある。つまり、リストが、ダーウィンのモデルに従って自己保存ないし種の保存を人間の決定的な衝動とみなし、これによる盲目的衝動行為を刑罰の原型とみているのに対して、イエーリングは純衝動行為を否定し、自己保存ないし種の保

存という理念もまた拒否しているのである。リストの進化論的アプローチは、「自然必然的發展」と「淘汰」を基本に据えており、「自然必然的發展」から、存在しているものと生成中のものは存在当為的なものとしてそのまま正当化されることになる一方、現状に「適応」しないものが「淘汰」によって除去されるということになる。このようにして、發展・進化という「目的」のもとで「不適者」に対して「人為的な淘汰」が行われてよいとする淘汰のメカニズムが形作られる。リストが犯罪を社会現象として把握し、犯罪の社会的原因を強調し、科学的実証主義の観点から検証を進めようとしながらも、結局のところ犯罪の社会的原因の除去のためには具体的な考察を行わないまま、社会の現状への不適応者に対して淘汰の姿勢をもって臨んでいることを、朴氏は指摘する。

リストがそのような姿勢を取ったことの背景には、社会を生物学的有機体とみて、生物学的有機体にとっての病気のように社会にとって犯罪という現象は避けられないものであるとする考え方がみられる。この考え方のもとでは、犯罪は社会の矛盾のあらわれとしては把握されず、社会の進化・發展に伴う必然的な付随現象とされる。そして、不可避の病への対処と同様に、必然的に生まれる常習犯に対してリストは進化論に基づく「人為的淘汰」のメカニズムで対応しようとするのである。その際、リストは、明確な論理的根拠を欠くまま、階級としてのプロレタリアートを犯罪の温床あるいは犯罪の最も重大かつ危険な要素であるとみている。リストをそのような反動的な結論に導いたものは、彼自身の政治的保守性であると朴氏は述べる。リストは「実証主義」的アプローチをとりながらも結局はその非科学性を露呈したと朴氏は評価し、リストの「犯罪原因論における実証主義的アプローチの科学性」に疑問を投げかける。

また、リストのいう責任能力とは「動機による正常な決定可能性」であるところ、この責任能力の有無を決めるのは「我々支配階級」であるとリストが明言していることを、朴氏は史料に即して指摘する。要するに、責任能力をめぐるリストの上記の見解は、「支配階級の意思に背くものがあるとすれば、支配階級はそのようなものを責任無能力者として決定できるという意味合いも含んでいる」のである。

結局、リストの犯罪原因論や責任論には、「支配階級およびこれに類似するもの」の意に沿わない者たちを社会の危険要因として淘汰することや、そのような人為的淘汰を社会の發展・進化というア・プリオリな「目的」を引き合いに出して正当化することにつながる危険性がみられること、そして、これに対してリストの目的思想や進化論的発展思想がどのように関係しているのかを、朴氏は第一章においてまず俯瞰する。そのうえで、以上のような方向性を有するリストの刑法学が（仮に、

その意図がリスト自身にはなかったとしても)結果的に国家刑罰権力にとって都合のよい刑法をもたらしかねないものであり、この意味において、刑法学の「刑罰権力に対する『制限の学・批判の学』としての役割は形骸化されているといわざるを得ない」とし、リストの「刑法学」観にみられる重大な問題点を指摘する。この指摘は、次章以下でのいっそう具体的な検討を貫いて本論文全体に流れる、朴氏の基本的な主張のひとつであるといえよう。

前章の考察を前提に、第二章では、1882年にマールブルク大学で行われたリストの講演「刑法における目的思想」、いわゆる「マールブルク綱領」の内容に関し、同「綱領」を支える二つの軸となる「目的思想」および「発展思想」の役割に注目しつつ分析が行われる。リストは「マールブルク綱領」をきっかけに伝統的な刑法理論に立ち向かい、当時のドイツの学界を二分しヨーロッパや日本の学界をも巻き込んだ「学派の争い」を引き起こすこととなった。だが、近代刑法史上に大きな足跡を残したリストの歴史的な評価・位置づけについては、未だ明確であるとは言い難いところがある。一方でリストについて「偉大な刑事政策家」、「20世紀における社会的刑法発展への道を開いた」、「自由主義者」であるという肯定的評価があり、他方では「マールブルク綱領」の「反動性」や、後のナチズムとのつながりといった負の側面を指摘する見解もある。こうした先行諸研究を前にして朴氏は、リストに対する従来の評価が「リストのもっているさまざまな側面を部分的にしかとらえていない」とする。そして「リストという人物を『ドイツ近代刑法史』という文脈のなかで見つめ直そうとする際に」、「学問観」すなわち「彼の考える刑法学の学問としてのあり方」および「彼の思考の枠組みを規定している時代精神、つまり『近代精神』という観点からのアプローチ」が有効であるとして、とりわけリストの刑法理論の基礎をなす「学問観」（「刑法学」観）を探るべく、刑法に対するリストの基本的な考え方が掲げられた「マールブルク綱領」を本章で改めて読み解いていく。

リストによれば、刑罰の歴史は、衝動行為としての原始的刑罰から目的を意識した意思行為としての刑罰への発展の過程である。原始的な刑罰は、「生活条件に対する外部的な妨害」に対する「盲目的で合本能的で衝動的な反動、つまり衝動行為である」と定式化される。この原始的刑罰が、「血鬻」、「平和喪失の状態」、「国家的刑罰」への移行という三つの段階を経て「客観化」され、刑罰が法秩序を保護するための手段であるとの認識のもと、合目的な意思行為に発展していくというのである。リストのいう刑罰とは「目的」による人為的操作が可能かつ「進化論的發展」というメカニズムに方向付けられており、「形而上学的な世界ではない量的に還元できる世界に属する」ものであり、「その都度の『目的』にしたがって、必要

に応じて調節できるものになる」。すなわちリストにとって刑罰の本質的な課題は合目的決定にあり、このことがそのまま量刑の決定原理となる。結局、リストにおける刑罰とは目的のための手段にすぎず、彼自身の言葉を借りれば「正しい刑罰、すなわち正義にかなった刑罰が必要な刑罰」であり、「必要な刑罰だけが正しい刑罰なのである」。

リストが「マールブルク綱領」において、以上のごとく歴史的観点にたつて刑罰の基礎づけを形而上学の世界から解放し、刑罰をその都度の目的と必要に応じて量的に制御可能なものとして理論化したことの根底には、前出の通り、折々の現状に適した目的の追求は社会の発展の過程に沿うという非常に「楽観的」な発展思想が存在しつつ、その発展にそぐわないもの的人為的淘汰を「目的」の名の下で正当化する「排除」の原理もまた内在している、という点を朴氏はここでも強調する。

リストの「発展思想」は、1909年にアムステルダム大学で行われた講演にて宣言された「刑法における発展思想」のように、「マールブルク綱領」以降いっそう深められていく。この点について考察するのが第三章である。リストは犯罪を社会現象としてとらえるにあたって、社会を生物学的に擬制し、生物学上の一個の有機体として把握する。これによれば、犯罪は有機体（社会）の構成部分であると同時に、有機体を危うくする病原体と同様に解される。社会有機体論が用いられることを介して、ここでも「目的思想」と「発展思想」による「排除と差別のメカニズム」を理論的に裏付けることが行われているのである。

リストの「発展思想」は、彼が客観的な正当性を備えた法のあり方を探り、刑法分野における「正法」の定式化を試みる際にも決定的な役割を果たしている。あるべき法の姿を求めるとき、リストは、形而上学的な思弁は経験では把握できない信念の世界に属する事柄であるとしてこれを排除し、また当時有力であった新カント学派の理性主義的な考え方を実証主義の立場から批判する。リストからすれば、人間社会の最終的な目的というものとは決められず、ただ合目的に発展傾向を発見し定めることで次なる段階へと発展していくのであり、その発展傾向を現在の存在（者）および生成中のものから「存在当為的なもの」を（実質的な方法論の点からいえば、歴史的考察および法の比較によって）認識し、これに見合った合目的な法のあり方を明らかにすることが、「正法」の定式化に至る筋道なのである。

以上の第三章の通り、実証主義および目的思想と結びついたリストの発展思想は、「可変的な時代状況に即して社会の安定に寄与できる」刑事法の確立を意図するものであった。そのような刑事法を理論化し正当化することが、リストにとっての刑法学の役割・使命であり、本論文の中心的テーマとの関連でいえば——リスト

の構想する「刑法学」観の核心であるということが、第四章においてさらに論証されていく。リストの刑法理論における「目的」というのは、一定の普遍性のある明確な内容でもって予め定義されているのではなく、当該の社会の状況に応じて中身がその都度決まってくるような——ナウケの表現によれば「内容的開放性」を有する——可変的・流動的なものであることが確認される。リスト自身は「目的概念による刑罰権力の完全な拘束が刑罰的正義の理想である」としているけれども、実際のところ彼の目的思想は、刑法に対する制約原理として機能するというよりは、むしろ社会状況とその変化に応じて刑法を柔軟に適用することを正当化するものである。以上のような恣意性をはらんだ「目的」の捉え方は、刑法の法治国家性の形骸化につながるものである。反面、リスト自身は、その都度の社会情勢に見合った「目的」の追求は、その状況の中では「反動的」にみえることがあっても、結果的には社会のより高い発展段階に至るための一過程に過ぎないという、楽観的な発展思想に立っている。

以上の議論を補強するものとして、第五章では、リストの展開した法益概念を具体例にとり、彼の法益概念が国家の恣意的な立法から個人の自由を保障する内在的制約原理としては機能し難いものであることが明らかにされる。なるほど、「学派の争い」においてリストと論争したベンディングに対し、リストは、ベンディングの法益概念が「まさに白紙の委任状」というべき不明瞭で空虚なものであり、犯罪概念の実質的な確定を可能にするのでもなければ立法者の恣意に対する制約原理としても適切でないとして批判を行う。ところがリスト自身の法益概念も、彼のいう目的思想のもとで法的に守られるべき生活条件・生活利益が何であるのかが、ベンディングの場合と同様にきわめて不明瞭であり、結局はその時々立法者に委ねられている。そして、このような特性を有するリストの変幻自在な法益概念は、まさに前出の「目的開放的な」刑法の実現に寄与するものなのである。

ここまでの議論をふまえ、終章では、リストの目指した「刑法学」観、とりわけ刑法学の基本的な役割やそれを果たすべき方法論的なあり方とはいかなるものかという点につき、朴氏は次のように結論づけている。リストは、実証主義的アプローチのもとで形而上学的な思弁を徹底して退け、「目的思想と発展思想を指導原理とする目的開放的な刑事司法の基礎付け」を自らの刑法学の基本的な使命とするものである。それは、当該の時代の社会情勢に合わせて、その都度立てられる目的を効果的に達成しうる刑法学である。こうした刑法学は、時々権力者の恣意によって刑法の法治国家性が形骸化することを結果的に容認するような、「反動的な」側面をはらむけれども、リストの「目的思想」と「発展思想」からみれば、それは反動

的なものでは決してなく、より高次の社会的発展に至るための一過程にすぎないのであった。ここにはまさに、本論文においてしばしば強調された、権力に対するリストの警戒心の乏しさ、彼の「発展思想の原動力である『楽観主義』」が現れている。そして、実証主義の観点から「科学」としての刑事法学の実現を試みたリストであるにもかかわらず、彼の学問構想を根底で支えていたのは、客観的根拠に乏しい「楽観主義」という「まさに信念以外の何ものでもない」ものであったという、リストの刑法学の限界が明らかにされる。

そして最後に、今後の課題につながることで、リストの主張する「刑法学」観において、楽観的な「発展思想」のもとで正当化された「差別と排除のメカニズム」を、単にリスト個人の理論的特徴という視野のみでとらえるのではなく、近代世界と排除・差別のメカニズムというより大きな図式のもとで——さしあたりは今村仁司のいう「近代性の構造」を手がかりとしながら——リストおよび彼を取り巻く同時代の法的諸環境に対する歴史的な理解をさらに深化させていくべきことを挙げている。

### 【論文審査の結果の要旨】

啓蒙期から19世紀、さらにナチズムの時代を経て現代に至るドイツ近代刑法史の一連の流れを批判的に再検討するという作業に取り組む上で、本論文が取り上げているフランツ・フォン・リストは、「近代刑法学の父」ことフォイエルバッハ（Paul Johann Anselm von Feuerbach, 1775-1833）と並んで最も重要な研究対象であるといっても過言ではない。近代日本へのドイツ刑法学の継受の過程で、いわゆる「学派の争い（Schulenstreit）」という文脈のもと、リストの理論はわが国の学界にも多大なインパクトを与えている。少なくとも、犯罪を法解釈論的な観点からとらえるだけではなく、社会的要因と個人的要因を背景にもった現象として実証的に分析すべきことを主張し、現在の犯罪学・刑事政策につながる分野と刑法学との統合や社会学・自然科学等の隣接諸学との学際的な連携を強調する「全刑法学（die gesamte Strafrechtswissenschaft）」の構想を掲げ、刑事法学一般の視野や方法論を大きく広げたことについては、リストの役割は概ね高く評価されている。だがその上で、リストの刑法理論の内容面に実質的に踏み込み、その歴史的意義が問われる場合、先行研究による評価には相当に幅があるといえよう。たとえば一方で、リストの刑法理論の中に国家刑罰権の拡大傾向や悪しき治安刑法につながる危険性を指摘する見解もあれば、他方で、よく知られたリストの「マグナ・カルタ定式」にみられるように、彼の理論の中に自由主義的な立場、法治国家的な要請に向

き合う姿勢を見いだす見解もある。このように、時に相矛盾するような方向性を含み込む多面的なリストの刑法理論を近代刑法学の歴史的展開の中にどのように位置づけるかについては、リスト本人の有した影響力の大きさにもかかわらず、学界において支配的な見方がまだ確立されていないと思われる。

これに対して本論文は、そもそもリストの立場は特定の政治的方向性で首尾一貫しているわけではなく、むしろ時代状況に応じて相当の振れ幅があり、彼の構想した「刑事法学」が、「発展思想」と「目的思想」のもと、その時々異なる情勢において生活利益の保護に柔軟に対応することを目指すものであることを指摘する。リストの目指した刑事法学のあり方に注目することにより、従来リストの刑法史上の位置づけを困難にしてきた彼の理論の多面性に対して一定の説得力をもつ理解を提示したことは、本論文の基本的特徴であり、重要な成果でもある。

以上のように、リストの目指した「刑事法学」のあり方に注目することにより、これまでリストに対する歴史的評価を困難にさせていた彼の理論の多面性というものに適切に説明しうる見方を本論文が提示したことは、今後、リストの刑法史上の位置づけをより正確に行うことに資するという意味で高く評価できる。なお、審査委員会や公聴会の中で、本論文の掲げる「学問観」の概念がやや多義的で、その意図するところが場合によっては分かりにくいことがあるという点も指摘されたにせよ、このことは、用語上や方法論上の課題として、朴氏による今後のいっそうの精緻化が十分期待されるところである。

本論文において強調されている、国家刑罰権の濫用の危険性に対するリストの「楽観的」姿勢というものは、ドイツ近代刑法史全般を批判的に再検討していく際に、ひとつの鍵となる可能性をもっている。権力に対するそうした楽観性のもと、道具としての刑法の効率性・合目的性を肅々と追求する姿勢（さらに、近代ドイツの刑法家の間にしばしば見られる「楽観的」な姿勢が、たとえば後世のナチズムのもとにおける刑事司法のような事態を容認する知的環境の形成とも、無縁でないこと）は、すでに19世紀初頭における前出の「近代刑法学の父」フォイエルバッハにも彼の優れた功績と並んで明確に見いだされるのではないかという指摘や、そのような楽観主義的傾向を、啓蒙期以降のドイツにおける近代刑法とこれを支える近代刑法学が歴史的に抱えてきた負の側面としてとらえることはできないかという見方が、近年の日独における関連作品で提起されてきている。この文脈をふまえていえば、朴氏の指摘は、フォイエルバッハからリストに至るドイツ近代刑法(学)の展開を一連の大きな流れとして批判的な視点からも見つめ直そうとする場合に、非常に示唆的であると評価できる。

また本論文は、たとえばリストの特別予防論や責任論のような特定の理論に重点を置いた考察ではなく、その背景にある彼の「刑事法学」観に光を当てた作品であり、これまでに主として刑法学の研究者の取り組みによって蓄積されてきた個々の理論史研究の成果を、リストの学問上の基本姿勢をふまえてより実質的に理解し活用していくことにつながるものである。この点で本論文は、西洋法史のみならず、刑法学との学際的なつながりという面でも意義のある作品となり得る。

最後に、論証の進め方の面からみて、リストの多数の作品（史料）を原典に即して丁寧に読み込み、かつ、具体的に参照・引用して読み手に示しながら進められていく本論文は、法史学研究としての基本を押さえた堅実なスタイルであり、当該分野での高度な研究活動を遂行できる力量を朴氏が有していることを示している。

以上の評価と、2018年2月6日に開催された公聴会（詳細については次項参照）における評価により、審査委員会は一致して、本論文が博士学位を授与するに相応しいものと判断した。

#### 〔試験または学力確認の結果の要旨〕

本論文の公聴会は、2018年2月6日10時から12時45分まで、学而館第2研究室で行われた。朴氏による報告と、これに引き続いて審査委員全員を含む出席者との間で活発な質疑応答が交わされた。その際に取り上げられたのは、たとえば、本論文の研究を進めるうえでの方法論、「学問観」という概念、19世紀後半から20世紀のヨーロッパの思想状況やプロイセン王国・ドイツ帝国の政治的状況とのかかわり、応報刑に対するリストの見解、リストにみられる権力に対する「楽観的」な姿勢の意味、日本の現行刑法制定時の議論とリストの理論との対比、リスト以前の刑法家にみられる合目的性の追求の傾向や実証主義的な姿勢とリストのそれとの対比、啓蒙期からリストの時代に至る特別予防論の変遷等である。以上に対して朴氏は適切に応答し、かつ、今後の課題や研究上の方向性についても十分な理解を示した。また、本論文が豊富なドイツ語文献を資料として書かれており、中でもリストの作品を中心に19世紀から20世紀初頭にかけての原典史料を精緻に読み込む手法で完成された作品であること、さらに公聴会での質疑応答もそれらの独語文献の適切な理解をふまえて行われていたことから、朴氏が高度なドイツ語能力を有することも確認された。

朴氏は、本学学位規程第18条第1項該当者であり、本論文の内容、公聴会における以上の質疑応答を通じて、博士（法学 立命館大学）の授与に相応しい学識を有することが確認できた。

山 本 和 輝

## 正当防衛の基礎理論的考察

審査委員 主査 安 達 光 治  
副査 嘉 門 優  
副査 倉 田 原 志

### 〔論文内容の要旨〕

#### 1 本論文の概要

本論文は、正当防衛の正当化根拠ないしは正当防衛を規律する諸原理を考察し、正当防衛の成否に関する個別問題を解決するための視座を得ようとするものである。

第一部では、正当防衛の正当化根拠に関する議論が検討される。そこでは、正当防衛の正当化に関する理論的アプローチにつき、① 個人主義的基礎づけ、② 超個人主義的基礎づけ・二元主義的基礎づけ、③ 間人格的基礎づけに分類して、日独の学説が検討される。本論文では、③ 間人格的基礎づけに依拠し、行為自由と結果責任の制度による法的人格相互の権利領域の不可侵性の尊重から、他者の権利領域への介入禁止と、自己の権利領域から生じた危険の除去命令（中和命令）に基づき実力行使としての正当防衛権が基礎づけられる。この場合、侵害行為者も潜在的には法的人格であることから、最も穏当な手段を選択しなければならないが、侵害退避義務や法益均衡への配慮義務は原則的に課されない。このような間人格的基礎づけに関し、「法は不法に譲歩する必要はない」という Berner の命題の意味が検討される。彼は、不法・法につき、jedes Unrecht/Recht と、複数を観念できる表現も用いていることから、「法」（das Recht）の概念を、客観的法秩序と個人の主観的権利の両者を意味内容としてきたことが窺える。Berner の正当防衛論は、あらゆる権利に防衛適格が認められること、防衛行為の必要性判断の際に、官憲に救助を求めることができたことや侵害から退避できたことを考慮する必要はないという帰結につき、立法への基礎理論を提供するものであった。

第二部では正当防衛の限界が論じられるが、防衛行為者が侵害を予期し、積極的

加害意思をもって侵害状況に臨む場合が特に検討される。これに関する判例として、最決昭和52・7・21刑集31巻4号747頁が著名であるが、近時、最決平成29・4・26刑集71巻4号275頁は、刑法36条の趣旨につき、急迫不正の侵害という緊急状況下で公的機関による法的保護を求めることができない場合に侵害排除のための私人の対抗行為を例外的に許容したものとし、行為者が、侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合、侵害の急迫性は、刑法36条の趣旨に照らし許容されない場合には否定されると判示した。これは、「刑法36条の趣旨に照らし許容されるか」という抽象的基準に基づいて急迫性の有無を判断するため、正当防衛、過剰防衛の過剰な制限の危険を孕む。判示からは、不正の侵害が予期される場合、事前に警察等の公的機関に救助を求めなければ、侵害に臨んだ場合に防衛行為ができないことにもなる。正当防衛の制限に関する判例として、最決平成20・5・20刑集62巻6号1786頁が知られるが、これは、不正な先行行為により防衛状況を自ら招いた者は、その作出につき一定の責任を負わねばならないとするもので、理論的基礎を異にする。ドイツの判例は、正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務を一般的には否定しているといえる。通説も同様であり、事前に公的救助を要請しなかったという事情から正当防衛権の制限を認めることには消極的である。本論文では、これを国家の権力独占と正当防衛権の関係性から考察する。第一部の考察によると、正当防衛権は、行為自由と結果責任の制度によって基礎づけられる私人の固有権であるが、国家との関係では、市民は、人格的存在の基本条件を保障する背景的制度としての国家を維持する義務を負うので、国家が権利保護手続を現実に給付している限度でそれを尊重しなければならず、濫りに自力救済をしてはならない。これに対し、権利保護手続を国家が給付できない緊急状況下では、市民に権利保護手続を尊重する義務を課すことはできないので、自力救済は禁じられず、国家は市民の正当防衛権の行使を容認しなければならない。他方、侵害を予期しているという理由で、攻撃者による「不正の」侵害が現実化しないよう配慮し、自己の行動を変更せねばならないとするなら、防衛行為者の自由に制約を課すことになる。したがって、正当防衛状況の前段階で公的機関に救助を要請する義務が、不正の侵害に対する防衛を認めないという形で課されることは、否定的に解すべきである。

## 2 本論文の構成

本論文の構成は以下のとおりである（「節」より下位の細目次は省略）。

はじめに

第一部 正当防衛の正当化根拠について——「法は不法に譲歩する必要はない」という命題の再検討を中心に

序 章

第一節 問題の所在

第二節 分析視角

第三節 検討順序

第一章 日独における議論状況

第一節 個人主義的基礎づけ

第二節 超個人主義的基礎づけ

第三節 二元主義的基礎づけ

第四節 個人主義的基礎づけのさらなる展開

第五節 一元主義的基礎づけ

第六節 間人格的基礎づけ

第七節 小 括

第二章 Berner における正当防衛の正当化根拠論

第一節 「法は不法に譲歩する必要はない」という命題の意味内容

第二節 Berner の正当防衛論

第三節 Berner 説からの帰結

第四節 小 括

第三章 Berner 前後の立法の展開

第一節 プロイセン一般ラント法(1794年)

第二節 プロイセン刑法典(1851年)

第三節 ライヒ刑法典(1871年)

第四節 その後の RG 判例の傾向

第五節 小 括

終 章

第二部 正当防衛の限界について——正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務の是非をめぐって

序 章

第一章 わが国における判例・裁判例の傾向

第一節 喧嘩闘争と正当防衛

第二節 積極的加害意思類型

第三節 自招侵害類型

第四節 積極的加害意思類型と自招侵害類型の重量適用？

第五節 最高裁平成29年4月26日決定

第六節 小 括

第二章 ドイツにおける議論状況

第一節 判例の立場

第二節 学説の状況

第三節 小 括

第三章 正当防衛権と国家による実力独占の関係性

第一節 国家による実力独占の基礎

第二節 正当防衛状況における国家による実力独占原則の不妥当？

第三節 国家による実力独占の例外としての正当防衛

第四節 小 括

第四章 正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務？

第一節 事前の公的救助要請義務と国家による実力独占

第二節 事前に公的救助を要請しなかったことを理由とする正当防衛権の  
否定もしくは制限？

第三節 小 括

終 章

おわりに

なお、本論文の第一部の基となった論文は、「正当防衛の正当化根拠について——『法は不法に譲歩する必要はない』という命題の再検討を中心に——（１）（２）（３）（４・完）」立命館法学365号198～259頁、367号91～144頁、368号129～165頁（以上2016年）、371号73～138頁（2017年）として、第二部の基となった論文は、「正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務は認められるか？——最高裁平成29年4月26日決定を契機として——（１）」として、立命館法学374号196～238頁（2018年）に掲載されている（（２・完）を本号に掲載）。

### 3 本論文の内容

はじめに

本論文では、正当防衛の基礎理論に関する考察から、正当防衛の成否をめぐる問

題解決への手掛かりを得ようとする。一般的な理解によると、不正な侵害に対し防衛する者は、緊急避難の場合と異なり、侵害退避義務や法益均衡への配慮義務を負わないのが原則とされる。しかしながら、わが国の判例・学説では、例外的に、防衛者には侵害退避義務ないしは公的救助要請義務が課されるとの見解が有力である。かかる見解は、防衛行為者が「不正」の侵害行為者に事実上譲歩しなければならない場合があることを認めることになるため、侵害退避義務の不存在という正当防衛の原則論に抵触しかねない。そのような理解が生じた背景には、従来の議論が正当防衛の制限論に集中するあまり、正当防衛の基礎づけが十分に論じられてこなかったことがある。

そこで本論文では、正当防衛の正当化根拠論が改めて検討される。第一部では、正当防衛の正当化根拠に関する理論的基礎につき、被侵害者と侵害行為者の関係性に着目した考察が行われる。その成果を踏まえ、第二部では、正当防衛の制限論につき、いわゆる公的救助要請義務に焦点を当てて検討が行われる。そこでは、公的救助要請義務に関し注目すべき判示をした最決平成29・4・26刑集71巻4号275頁の問題点が指摘される。

## 第一部 正当防衛の正当化根拠について

### 第一章 日独における議論状況

#### 1. 個人主義的基礎づけ

正当防衛の基礎づけとして、まず、防衛者ないしは攻撃者の事情に着目する個人主義的基礎づけが検討される。これには、心理主義アプローチと法益保護主義アプローチがある。

心理主義アプローチは、緊急状況下の防衛行為者の心理状態から正当防衛権を基礎づけようとする。被侵害者は自己保存本能からとっさに防衛措置を講じてしまう以上、侵害退避義務も、法益均衡配慮義務を要求できないと説明される。しかしながら、このアプローチでは、正当防衛と緊急避難の相違を説明できない。緊急避難状況に陥った者も、自己保存本能に基づいてとっさに避難行為を行うと想定されるからである。法益保護主義アプローチは、防衛行為者ないしは侵害行為者の利益状況から正当防衛を基礎づけようとする。防衛行為者側の利益状況による基礎づけは、保全法益として、現場滞留の制度的・一般的利益などの利益を加算することで、防衛行為者の利益の優越性を説明する。しかし、正当防衛では、致命的な防衛手段すら許容される場合があるが、加算される利益として生命権を超えるものを措定することは、實際上困難である。侵害行為者側の利益状況に着目する見解は、不

正な侵害行為者の法益の要保護性が、正当な防衛行為者の法益を守るのに必要な限度で否定され、ないしは減少するという理由から、防衛行為者は原則として侵害回避義務も法益均衡配慮義務も負わないことを基礎づけようとする。しかし、不正な侵害行為者の法益の要保護性がなぜ否定され、または減少するのかを説明しなければ、単に侵害行為者を「不正」、防衛行為者を「正」とし、正は不正に優越するといっているだけで、トートロジーである。

いずれのアプローチも、当事者の心理状態ないしは利益といった「事實的な」観点に着目するだけで、一定の心理傾向ないし利益が、なぜ「法的に」保護されなければならないのかを示せておらず、「法的な」基礎づけとして不十分である。

## 2. 超個人主義的基礎づけ・二元主義的基礎づけ

上記の問題点から、わが国の多数説は、法確証という「法的な」観点を持ち出す。そこでは、法確証という集団主義的利益に依拠する一元的な超個人主義的基礎づけと、これと個人主義的基礎づけとの二元主義的な基礎づけが主張される。両者は、法確証原理から侵害回避義務と法益均衡配慮義務の原則的な不存在を説明しようとする点で共通する。「正」たる被侵害者は、「不正」の侵害に屈することなく、防衛行為を通じて、法の現存を確証するとの理由づけから、2つの義務の不存在を説明する。この立場にとって、「法は不法に譲歩する必要はない」の命題は、このような法確証を含意する。

法確証は本来的には国家の任務に属するため、それを私人が担いうるかが問題となる。その説明として、私人への例外的な権限委任の理論構成が援用される。しかし、その場合、正当防衛権を行使できる範囲は、法治国家原理たる比例性原則の制約に服する。ここでの比例性原則は、目指す結果との均衡を失してはならないというものだが、これは法益均衡配慮義務の不存在と抵触するので、超個人的な法確証から正当防衛権を基礎づけることは、困難である。

## 3. 間人格的基礎づけ

近時のドイツでは、防衛行為者と攻撃者の人格間の法的関係性から正当防衛を基礎づける見解が有力に主張される。刑法の主要な任務は、市民が自らの洞察に従って生活を送ることを可能にするという自由の保障にあると理解される。この理解から、間人格的基礎づけに依拠する論者は、行為自由と結果責任の制度の構築を主張する。法的人格としての行為者は、他の法的人格により自己の権利領域が侵害されないことを信頼してよい。これにより、市民は自分の人生を自由に営めるが、その代償として、正当な理由なく他者の権利領域に介入した場合、その結果について責任を負わねばならない。その意味で、法的人格は、他者の権利領域の不可侵に対す

る相互尊重義務を負う。この義務は、自らの権利領域内から帰属可能な危険を他者にもたらした場合、それを除去せねばならないという中和命令をも内容とする。

この考察から、正当防衛権の発生根拠が説明される。攻撃者は、自らの不正な侵害行為により他人の権利領域に介入した以上、それにより生じた危険を撤回する中和義務を負う。この義務を履行しない場合、侵害行為者は、防衛行為者が代わりにこれを履行することを受忍せねばならない。つまり、反撃を受忍する義務を負う。

他方、正当防衛権は、もとより防衛行為者に認められるものなので、正当防衛権の発生根拠は、防衛行為者側からの説明も要する。侵害行為者が正当な理由なく他者の権利領域に介入する場合、被侵害者は、自らの権利領域に対する侵害を通じて、相互尊重の受け手という自己の法的地位も侵害されている。それゆえ、被侵害者には、相互尊重の受け手という法的地位を保全ないし回復する権限が認められる。この権限は、必要な場合に実力をもって侵害を排除する強制権限を内包する。他者を不正に侵害する者に対し実力で対抗できないなら、被侵害者の権利は、貫徹の許されない無価値なものとなってしまう。この基礎づけでは、「法は不法に譲歩する必要はない」の命題は、被侵害者のこのような法的地位に内在する強制権限を含意する。ただし、この強制権限は、防衛に必要な限度で認められる。侵害行為者も、潜在的にはなお、相互尊重の受け手として承認される法的地位を有するからである。しかし、ここでの必要性は、防衛者に侵害退避義務および法益均衡配慮義務まで課すものではない。これらの義務が課されるなら、防衛行為者に対し、自己に認められている権利領域の一部を放棄し、不正な侵害行為者に譲り渡せという不当な要求を行うことになってしまう。

もっとも、こうした説明は、防衛行為者と侵害行為者という二者間の法的関係性の考察によるものにすぎない。それを超える、国家と市民の法的関係性を考慮に入れていない点で完全ではない。この点は、第二部でより詳細に考察される。

## 第二章 Berner における正当防衛の正当化根拠論

「法は不法に譲歩する必要はない」という命題につき、従来の理解と間人格的基礎づけの理解の最大の相違点は、法 (das Recht) の理解にある。いずれの基礎づけも、その理論的淵源へと遡れば、上記の命題を提唱した Berner の見解にたどり着く。それゆえ、Berner が、そもそもどのような意味で das Recht という語を用いていたかを確認する必要がある。Berner には、緊急避難と正当防衛の区別をどのように説明するかという問題意識があった。緊急避難と正当防衛の相違につき、Berner は、「緊急避難においては、対立しているより小さな権利を犠牲にして維持することが許される、より広く、より大きな権利が存在する。正当防衛において

は、あらゆる不法（jedes Unrecht）に対して無条件に防衛することが許されるといふあらゆる権利（jedes Recht）が存在する。」という。ここで重要なのは、jedes Recht という表現を用いていることである。この表現からは、Berner が、das Recht について、単一の存在としての法秩序ではなく、複数を観念できる個別・具体的な主観的権利を想定していることが窺える。このことから明らかなように、Berner の見解は、超個人主義的基礎づけではなく、間人格的基礎づけの意味で「法は不法に譲歩する必要はない」の命題を提唱していたといえる。

### 第三章 Berner 前後の立法の展開

本章では、Berner 前後のドイツの立法の展開が検討される。時代的背景を明らかにすることで、間人格的基礎づけの理論的淵源をなす彼の正当防衛論の意義をより明確にするためである。Berner 前後の立法の展開からいえるのは、Berner の正当防衛論の意義は、第1に、あらゆる権利に防衛適格を認めた点である。Berner の正当防衛に関する論文が1848年に公表される以前には、防衛対象を生命、身体、財産、名誉に限定する草案や立法が散見された。これに対し Berner は、権利防衛の観点を持ち出すことにより、このような草案・立法を批判し、その主張は1871年のライヒ刑法典に受け入れられた。第2の意義は、必要性要件の判断の際に、官憲に救助を求めることができたかという点や、侵害から退避することができたかという点を考慮する必要はないとの解釈に理論的基礎を提供したことにある。そのような理解は、ライヒ刑法典制定時に定着したが、その際に理論的支柱をなしたのは、Berner の「法は不法に譲歩する必要はない」という命題だったのである。

## 第二部 正当防衛の限界について

第二部では、被侵害者が、不正の侵害が切迫する前の段階で侵害を予期し、事前に国家機関に保護を求めることができる場合に、被侵害者に保護を義務づけることができるか、換言すると、官憲に保護を求めずに侵害状況に赴いた場合に、正当防衛権は制限を受けるかという問題が検討される。

わが国の判例・裁判例は、最決昭和52・7・21刑集31巻4号747頁（以下、昭和52年決定）以降、単に予期された侵害を避けなかっただけでなく、積極的加害意思をもって侵害に臨んだ場合には、侵害の急迫性を否定するという判断枠組みを採用してきた。さらに、前掲最決平成29・4・26（以下、平成29年決定）の枠組みでは、防衛が「刑法36条の趣旨に照らし許容されるか」という抽象的な基準に基づいて判断されるため、正当防衛・過剰防衛の成立範囲が過剰に制限される危険を孕む。特に重要なのは、平成29年決定では、刑法36条の趣旨につき、公的機関の法的保護を

求めることができない場合に、侵害を排除するための対抗行為を例外的に許容するものとしていることである。この理解からは、通常状況において、市民は公的機関の法的保護を求めることができる場合、事前に公的機関による法的保護を求めた上でなければ、被侵害者が防衛行為を行うことは許されないことになる。被侵害者は公的救助を求める義務を負っていることが、判示の前提となっている。このような平成29年決定の基底にある考え方を批判的に考察し、正当防衛の前提として、市民に公的機関による法的保護を求める義務を課すことが妥当であるか検討される。

### 第一章 わが国における判例・裁判例の傾向

わが国の判例・裁判例は、防衛者が侵害を予期していただけでなく、積極的加害意思をもって侵害に臨んだ場合には急迫性要件の充足は認められないとして、正当防衛権を否定する。この点、昭和52年決定は、「急迫性要件の趣旨から」、そのような帰結が導かれることを示唆する。急迫性要件の趣旨とは、最近の下級審裁判例を参照する限り、私人は公的機関による法的保護を受けることができない場合に限り、例外的に実力行使に及ぶことが許容されるということを意味すると理解される。

この点を踏まえれば、積極的加害意思類型の基底にある考え方は、次のように整理できる。確実に相手方の侵害を予期し、かつ警察などの国家機関に救助を求める十分な余裕があるか、もしくは侵害を回避できたにもかかわらず、積極的加害意思をもって反撃に及んだ場合、かかる反撃行為は、法治国家において許容されない私闘で、法の保護に値しない。これを正当防衛権の行使と評価することは、不意の攻撃で国家機関に助けを求める余裕がない場合に例外的に実力行使を認めるという刑法36条の趣旨に整合しないため、侵害の急迫性が否定されて正当防衛が認められなくなる。

周知のとおり、わが国の判例・裁判例は、積極的加害意思類型と自招侵害類型(最決平成20・5・20刑集62巻6号1786頁)という2つの異なる場合につき正当防衛権を否定するが、平成29年決定は、積極的加害意思類型と同様の理論的基礎を有する。平成29年決定は、不意の攻撃のため国家機関に助けを求める余裕がないので、例外的に実力行使を認めるという正当防衛の趣旨から、救助を要請せずに侵害状況に赴いた被告人につき急迫性を否定する。

### 第二章 ドイツにおける議論状況

ドイツでは、この問題を正当防衛の補充性という枠組みで議論しており、わが国よりも議論の蓄積を有する。

判例について、BGHSt 39, 133 では、正当化緊急避難(ドイツ刑法34条)は、他

の方法では危険を回避できないことを要件しており、それは、官憲による救助を適時に要請できる場合には認められないとした上で、被告人らの営む売春宿に対する侵害の危険は、警察に通報することによって回避できたとする。また、被告人の1人が、被害者に対して発砲して死亡させた行為につき、適時に警察が到達できたにもかかわらず、これを排除して、自ら闘争状況へと突入する場合、その結果行われた防衛行為は、正当防衛状況の発生前に把握された強壯性情動に基づくものであるため、刑法33条による刑の免除は問題とならないとした。BGH NStZ 1995, 17 では、原審が BGHSt 39, 133 を持ち出して刑法33条の適用を排除した点について、傍論ながら、判決の射程を見誤っているとする。刑法33条の適用可能性は、被攻撃者が侵害から退避するか、もしくは警察に事前に通報していれば攻撃から身を守ることができたからといって排除されるわけではないとする。本決定で着目すべきは、警察に事前に通報せず闘争状況に突入したという事情が、攻撃の現在性要件の判断にも、防衛の必要性要件の判断にも影響を与えていないことである。また、本決定では、BGHSt 39, 123 に依拠して、刑法33条による免責を否定した原審の判断に対し、判決の射程を見誤ったとした点も特筆に値する。これらのことを踏まえれば、本決定は、少なくとも一般原則的には、正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務を容認しなかったものと評価できる。

通説も判例と同様に、正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務を認めていない。国家による実力独占の原則は、国家による救助が適時に到達しない、もしくはは適時に到達しえない例外状況には妥当しない。そのため、かかる例外状況では、被攻撃者が、官憲による救助が適時に到達するよう配慮しなかったという理由から、被攻撃者の防衛行為の正当化を否定することはできないとされる。これに対し、少数説は、国家による実力独占原則を肯定しつつ、私人が正当防衛状況の前段階において公的救助を要請しえたにもかかわらず、これを行わずに闘争状況に突入した場合、正当防衛権は制限されるとする。その場合、防衛行為者は警察の任務を篡奪しているため、警察の任務で行いうる範囲（比例性の範囲）でしか反撃を行うことが許されない。ドイツの議論が示唆するのは、正当防衛状況の前段階で公的救助を要請しなかったことから正当防衛を制限しうるか否かは、国家の実力独占や、正当防衛権と国家の実力独占の関係性をどのように理解するかによるということである。

### 第三章 正当防衛権と国家による実力独占の関係性

#### 1. 国家による実力独占の基礎

国家の実力独占の意義について、ドイツでは社会契約説的な説明が一般的であ

る。それによれば、国家の実力独占は、市民の安全を保障するという国家の設立目的のために認められる。国家が市民の安全を保障する義務を果たす限りで、市民は、相互に自らの実力を放棄し、法の枠内で紛争を解決するという平和・服従義務を負う。これに対し、国家が市民の安全を保障する義務を果たせない緊急状況下では、市民は、平和・服従義務を負わない。そこでは国家の実力独占が後退し、その裏面として、私人は、必要に応じて、実力を伴う防衛措置を講じることが許される。問題は、正当防衛権と国家の実力独占のこのような関係性をどのように説明するかである。

## 2. 正当防衛状況における国家による実力独占原則の不妥当か？

まず考えられるのは、国家による実力独占は、そもそも正当防衛状況には妥当しないという説明である。それによれば、国家による実力独占は、法の侵害が終了した後の法確証が問題となる領域で妥当するが、予防的な法の防衛が問題となる正当防衛においては妥当しないとされる。しかし、この説明は明らかに不当である。この説明では、予防的な法の防衛は国家の任務でないことになるが、警察法2条の規定などから明らかのように、犯罪の予防は国家の任務に含まれるからである。

## 3. 国家による実力独占の例外としての正当防衛

### (1) 国家から委譲された強制権限としての正当防衛権？

次に考えられるのは、正当防衛権は、国家の実力独占の例外として認められる権利であるとする構成である。この構成では、法確証説のように、違法な攻撃に対する防衛権限は本来的に国家が有するが、正当防衛状況では例外的に私人に委譲されるとされる。しかし、これでは、正当防衛権が、法治国家原理である比例性原則に服さない理由を説明できない。

### (2) 私人の固有権としての正当防衛権

残された選択肢は、ドイツの多数説のように、正当防衛権は防衛行為者の固有権であり、かかる権利が認められる限りで、国家の実力独占は後退しなければならないとの説明である。間人格的基礎づけによれば、それは、相互尊重思想から基礎づけられる。この立場からすると、正当防衛権は防衛行為者の法的地位に内在する強制権限であり、この意味で私人の固有権である。

このような私人の固有権としての正当防衛権と国家の実力独占は、どのような関係に立つかが問題となる。そこでは、「国家」制度の体系的な位置づけを確認する必要がある。そのための有益な観点は、第一部で述べた人格的存在の基本的条件の保障である。行為自由と結果責任の制度だけでは、市民に自由を保障するという法の目的を達成することはできないため、法的人格が現実存続するために必要な基本

的条件を保障する制度も確立しておく必要がある。市民が自らの人生を営む上で必要な基本財を維持するための、代替不可能で、必要不可欠な背景的制度を整備しなければならない。市民は、当該背景的制度から基本財の給付を受ける権利を得る代わりに、これを尊重する義務を負う。

少なくとも「国家」が代替不可能な背景的制度にあたることは、明らかであろう。「国家」の主要な任務は、市民に内的安全保障の給付を行うことであるが、今日の社会において、この任務を十分に代替できる社会的制度は事実上存在しない。したがって、市民に対して内的安全を現実給付する限りで、国家は市民に対し、「国家」制度を維持する義務の履行を要求できる。それは、正当防衛論との関係では、裁判制度・警察制度などによる権利保護手続を尊重する義務である。国家は、市民のためにこれらの権利保護手続を整備しているという理由から、その限度において、市民に国家の権利保護手続を尊重する義務の履行を要求できる。つまり、自力救済を禁止することができる。国家が事実上の理由からこのような権利保護手続を給付できない緊急状況下では、国家は、市民に対し権利保護手続を尊重する義務を課し、自力救済を禁止することは許されない。このような状況下では、国家は、市民に対して正当防衛権の行使を容認しなければならない。

国家が現実一定の裁判的ないしは警察的手続の下でコンフリクト解決のための道筋をつけている場合、市民は、正当防衛権の行使を控えなければならない。その典型例は、単なる債務不履行の場合である。この場合、原則的に正当防衛権を行使することは許されない。国家が、権利保護の手続として、国家権力を背景とした強制手続である民事訴訟手続を給付しているからである。ただし、民事手続によるのでは遅きに失する場合には、この根拠は妥当しえない。その場合、例外的に正当防衛の成立可能性を認めるべきである。

これに対して、国家の権利保護手続を尊重する義務に関する理解から、防衛者が攻撃者による侵害を予期している場合に、防衛者が警察による救助を求める義務を負うという帰結を導くことは許されない。このような義務を認めてしまうと、自らは他者の権利領域への介入を行っていないため、本来的には自己の権利領域内で自由に行動できるはずの被侵害者が、事前に侵害を予期しているという理由から、攻撃者による「不正」の侵害が現実のものとならないように配慮し、自らの行動を変更しなければならないということ意味で、自由の制約を受けることになるからである。

以上に鑑みれば、通常状況において、市民は公的救助要請義務を負うことを前提とするような一般論を展開する平成29年決定を理論的に正当化することは、困難と

いえる。そのような前提に立つことは、他者の権利領域には介入しておらず、本来的には自由に行動できるはずの防衛行為者の行為自由を不当に制限することになってしまう。

おわりに

本論文では、その他の場合の正当防衛の制限や、正当防衛と緊急避難など他の緊急行為の関係等の考察が残された課題とされる。

### 〔論文審査の結果の要旨〕

正当防衛の正当化根拠は、従来の学説では、緊急状況における行為者の心理状態、不正な侵害による防衛行為者の利益の優越、法秩序の防衛などから説明されてきた。しかし、いずれも論証過程に問題があることは、本論文が指摘するとおりである。正当化において抽象的な命題に依拠することは、直観的な理由づけによる安易な制限につながる。もとより日本の判例は、正当防衛権を狭い範囲でしか認めておらず、この傾向は、「刑法36条の趣旨」から、防衛の前提となる急迫性の要件を極端に限定する、本論文でも検討された最決平成29・4・26刑集71巻4号275頁によってさらに進むことも予想される。正当防衛論をめぐるこのような学説・実務の状況において、本論文は、正当防衛の理論的基礎につき、侵害者と防衛者の両当事者の側から掘り下げた独自の検討がなされている点で、学術的価値が高いだけでなく、現在の判例実務の在り方に対して警鐘を鳴らす点で、実定法解釈学の役割に照らし高い評価に値する。第二部で取り扱われた正当防衛の制限に関しては、本論文で取り扱われた問題以外にも、責任無能力者の侵害に対する防衛、極端に均衡を失した防衛などの論点が残されており、本論文による基礎理論からの解決も俟たれる。しかしながら、正当防衛状況の前段階で官憲に救助を求めているなければ、侵害に際して防衛行為ができないかという論点は、前掲最決平成29・4・26を契機に提起されたものであり、ドイツの判例、学説をも踏まえた検討をしている点で、本論文は高い参照価値を有する。第二部では、第一部で検討された正当防衛権の理論的基礎づけを国家との関係に敷衍する形で立論され、理論から実践への展開として興味深いものであり、一貫性もある。

以上の理由から、公聴会での口頭試問の結果を踏まえ、本論文は博士学位を授与するに相応しいものと判断された。

〔試験または学力確認の結果の要旨〕

本論文の公聴会は、2018年2月2日に立命館大学衣笠キャンパス学而館の研究会室で行われた。当日の議論では、① 比例性原則の理解（利益の均衡原則として理解される比例性原則は過剰防衛の検討においても排除されるのか。比例性原則の多義性についてどのように考えるか）、② 正当防衛権行使の前提（正当防衛権が自己の権利領域への不正な介入に対する排除の権利であれば、急迫性の要件は不要とはならないか）、③ 「背景的制度」の具体的内容（充実を求めればそれだけ警察力等の実力の拡充につながるが、それは妥当な方向といえるか。無実の者を手続的な瑕疵なく逮捕しようとする場合に、正当防衛で対抗できるか）、④ 公的救助要請義務を認めないことの是非（侵害を予期しつつあえて侵害状況に赴いた者に防衛行為を許容するのは、結論として適切といえないのではないか）、⑤ 正当防衛権の実定性（市民の固有権として構成する場合、自然権として理解されるのか、刑法36条によってはじめて承認される権利なのか）等に関する質問が出されたが、いずれに対しても、本論文の趣旨を踏まえた的確な回答がなされた。

本論文の基となった論文は、前記のとおり『立命館法学』において公表されている。また、申請者は2018年1月28日に京都大学で開催された日本刑法学会関西部会冬期例会において、本論文の概要を口頭報告している。これらの実績に加え、主査及び副査は、公聴会での質疑応答を通じて申請者が博士学位に相応しい能力を有することを確認した。

したがって、本学学位規程第18条第1項に基づいて、博士（法学 立命館大学）の学位を授与することが適当であると判断される。