

論文の内容の要旨及び論文審査の結果の要旨の公表

学位規則第8条に基づき、論文の内容の要旨及び論文審査の結果の要旨を公表する。

○氏名	山本 和輝 (やまもと かずき)	
○学位の種類	博士 (法学)	
○授与番号	甲 第 1224 号	
○授与年月日	2018 年 3 月 31 日	
○学位授与の要件	本学学位規程第 18 条第 1 項 学位規則第 4 条第 1 項	
○学位論文の題名	正当防衛の基礎理論的考察	
○審査委員	(主査) 安達 光治	(立命館大学法学部教授)
	嘉門 優	(立命館大学法学部教授)
	倉田 原志	(立命館大学法学部教授)

<論文の内容の要旨>

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といった基礎理論について考察することで、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。本論文の大目次は以下のとおりである。

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

第一章 日独における議論状況

第二章 Berner における正当防衛の正当化根拠論

第三章 Berner 前後の立法の展開

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

第二章 ドイツにおける議論状況

第三章 正当防衛権と国家による実力独占の関係性

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？

終章 おわりに

本論文の概要は、以下のとおりである。

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。そこでの分析視角は、緊急避難との対比において、正当防衛の独自性が十分に説明されているかである。正当防衛は緊急避難と異なり、侵害退避義務や害の均衡の要件は課されないと一般に理解されている。この説明に成功しているかが試金石となる。第一章では、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ないしは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。①は、正当防衛状況に置かれた当事者の心理状態ないしは利益状況といった事実的な観点に着目するが、攻撃者ないしは被侵害者のそのような事実的事情が、何故「法的に」保護されなければならないかを説明していない。②は、法確証という超個人的な（国家的・社会的な）利益から正当防衛を正当化するが、この場合、正当防衛権は法治国家原理である比例原則（防衛対象と結果の均衡原則）に服するため、防衛に必要な反撃である限りで、攻撃者のより大きな法益の侵害も正当化されることが説明できない。それゆえ、③によるべきだが、これは、行為自由と結果責任の制度によって基礎づけられる。すべての市民が自由を安定的に行使できるためには、法的人格としての行為者が、他の法的人格から自己の権利領域を侵害されないことを信頼できる状態の確立が必要である。こうした相互の権利領域の不可侵性の尊重から、各人には、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）が向けられる。正当防衛では、攻撃者は、不正な攻撃を行った以上、それにより生じた危険を撤回する中和命令を履行しない場合、これに代えて防衛者による反撃を受忍する義務を負う。防衛者は、自己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法的地位も侵害されることから、自己の法的地位を取り戻す権限を得る。この権限は、攻撃に実力で対抗する強制権限を内包する。このような防衛者の法的地位に内在する強制権限こそが正当防衛権の実体である。この強制権限は、相手方である攻撃者もまた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。そのような義務は、自己の主観的権利の効果的な防衛を妨げ、攻撃者による介入の受忍を要求することで、防衛者の法的地位の承認を無に帰すものだからである。第二章では、正当防衛の正当化根拠につき、「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。19 世紀中葉以降に公刊された彼の一連の著作の検討を通じて、著名な上記の命題の捉え直しが行われる。この命題は、従来一般的な理解では、「法」は客観的な法秩序を意味し、正当防衛権は不正な侵害に対する法秩序の防衛の権限と解されてきた。これは、第一章で検討された②超個人的基礎づけに対応する。しかし、近時のドイツでは、「法（**das Recht**）」は、

防衛者の主観的権利であり、さらには権利一般と理解する見解が主張され、かかる理解は、③間人格的基礎づけを表すものと解される。防衛者は不正な攻撃に対し、自己の法的地位に基礎づけられた主観的権利を防衛するものだからである。こうした理解は、**Berner** の著作において、不法・法につき、**jedes Unrecht/Recht** と、複数を観念できる表現が用いられていることから正当と考えることができる。さらに、第三章ではプロイセンを中心に **Berner** の前後の時代の立法史が検討される。立法史的に見て **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防衛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 卷 4 号 747 頁が著名であるが、近時、最決平成 29・4・26 刑集 71 卷 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、上記刑法 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、正当防衛ばかりか過剰防衛も過剰に制限される危険を孕む。この決定の判示からは、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が、事前の公的救助要請義務を認めることは妥当か。このような問題意識の下、第一章では、この問題に関する我が国の判例・裁判例の傾向が検討される。まず、積極的加害意思の類型で、裁判例には、上記平成 29 年決定と同様の理解を示すものがある。次に、自招侵害の場合に防衛を否定した裁判例として、最決平成 20・5・20 刑集 62 卷 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。第二章では、ドイツの議論状況が検討される。連邦通常裁判所の 2 つの裁判例 (BGHSt 39, 133; BGH NStZ 1995, 177) をみると、判例も、正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務を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見解は、少数にとどまる。第三章では、理論的検討として、正当防衛権と国家の実力独占との関係性が論じられる。国家による実力独占は、市民の安全の保障という国家の設立目的から認められ、市民は、国家が保障義務を果たす限りで、相互に自らの実力を放棄し法の枠内で紛争を解決する平和・服従義務を負う。他方、緊急状況下では国家は市民の安全を保障し得ないため、この義務を課すことはできず、私人は防衛権を行使できる。この場合、正当防衛権は国家による実力独占の例外として理解される。第一部の考察から、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ない、濫りに自力救済をしてはならない。これを踏まえ、第四章では、公的救助要請義務の是非が論じられる。国家が一定の権利保護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には、市民は正当防衛権の行使を終了しなければならない(例として、単なる債務不履行)。逆に、そうした権利保護手続を国家が給付できない緊急状況下においては、市民に権利保護手続を尊重する義務を課すことはできず、自力救済は禁じられない。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。この場合、侵害を予期しているという理由で、攻撃者による「不正の」侵害が現実のものとならないように配慮し、自己の行動を変更しなければならないとするなら、本来は自己の権利領域内で自由に行動できるはずの防衛行為者の自由に制約を課すことになってしまう。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に対しては、否定的に解すべきである。

<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前掲・最決平成 29・4・26 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2日15時から17時15分まで、学而館第2研究会室で行われた。当日の議論では、①比例原則の理解（利益の均衡原則として理解される比例原則は過剰防衛の検討においても排除されるのか。比例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。

本論文第一部の基となった論文は、『立命館法学』において公表され、第二部に関連する論文についても掲載が決定している。また、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、上記の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する。