慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	末道康之君学位請求論文審査報告
Sub Title	
Author	
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1998
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.71, No.7 (1998. 7) ,p.121- 126
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特別記事
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19980728-0121

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

特別記事

末道康之君学位請求論文審査報告

末道君の提出した論文は「フランス刑法における未遂犯・不能犯論についての研究」（以下、単に「本論文」という）であり、二〇〇字詰め原稿用紙一五〇〇枚にのぼる、大部の比較法研究である。

本論文の概要は、以下のとおりである。まず、序章において問題提起をし、フランス刑法学を研究する意味及び方法論について考察したうえ、第一章「フランス未遂概念の歴史的変遷」、第二章「フランス未遂論の構造」、第三章「フランス不能犯論の構造」、そして第四章「結語」へと至る。

一　末道君の論文のねらいとするところは、次の三つに要約することができる。まず、第一に、フランス刑法学を「わが国の刑法理論における思考方法に影響されることなく、あるがままに理解」（七頁）することをめざしたことである。フランス刑法は、わが国の刑法典成立にあたり、直接的あるいは間接的にきわめて大きい役割を果たしているにもかかわらず、わが国におけるフランス刑法の研究は、これまで必ずしも豊かな実りをもたらしたとはいえない。そこで、末道君は、従来とは質的に異なる高度の比較法研究を今後において可能にするため、避けて通ることのできない基礎作業として本論文を書いたというのである。そのため、本論文には、学説の背後にある歴史的・社会的・文化的諸事情、実定法上・裁判制度上の特殊性、大学の研究教育における刑法学の位置づけなどに関わる数多くの指摘が含まれている。次に、本研究は、わが刑法の未遂犯規定の成立に多大の影響を与えたフランス刑法の未遂犯理論（七頁以下参照。一例をあげれば、「実行の着手」はわが国における現行法上の概念であるが、これは近代的未遂概念を確立したフランス刑法に由来するものである）の歴史的形成と現在までの発展を明らかにしようとするものである。末道君は、豊富な資料を駆使して、フランス未遂犯理論の歴史的意義とその実像を解明するという課題に取り組んだのである。さらに、本研究は、未遂犯論及び不能犯論を直接のテーマとしているが、それはとりもなおさず、犯罪概念の本質にかかわる中心問題をテーマに据えたことを意味する。犯罪論の理論構成をするにあたり、もっとも決定的

な影響をもつ論争問題は、何がなぜ処罰の対象とされるかという犯罪の本質、言い換えれば犯罪の処罰根拠の問題である。それは未遂犯論・不能犯論において正面から（結論に直接影響する形で）議論されなければならない。フランス刑法における未遂犯論・不能犯論の研究はフランスの刑法理論の本質部分の構造を、その方法論を含めてトータルに解明することを目的とするものとならざるを得ない。

もとより、右の三つの課題は、そのそれぞれがきわめて大きなものであり、言うは易いが、実際の解決は、至難のわざであることも事実である。後に述べるように本論文にもいくつかの問題点が含まれてはいるものの、筆者がこれらの難題に果敢に取り組み、フランス刑法学に関するこれまでとは異なった、しかもかなり明確なイメージを提示したことは高く評価されるべきである。加えて、本研究には、基本的な方法論のレベルにおいて、わが国の未遂犯論及び不能犯論に深刻な反省を迫る重要な知見が含まれているものであることをまず指摘しておきたい。

二　次に、各章の内容について詳述する。まず、序章において、比較法研究の対象としてのフランス刑法の重要性及びとくに未遂理論を取り上げる理由が述べられた後、第一章「フランス未遂概念の歴史的変遷」では、ローマ法時代から現在に至るまでの未遂概念の成立・変化の過程がたどられる（一四頁～五二頁）。近代的未遂概念は、ローマ法を素材とするイタリア後期注釈法学派を端緒とし、フランス革命後の中間法の時代を経て、一八一〇年刑法典の未遂規定においてはじめて確立されたが、近代的未遂概念の成立と発展を考えるとき、革命以前の旧制度下における刑法思想との断絶がそこに無反省に想定されるのが一般的である。これに対し、著者は、フランスにおける最新の学説史研究に依拠しつつ、革命以前にすでに存在していた、古法時代の未遂概念と強固な連続性があることを論証しようとする。前後に共通するのは、「未遂概念にとって最も重要な要素は行為者の故意であり、その故意が客観的な行為によりどの程度明確に表明されるか」が問題であるとする思考形式である（とくに二五頁以下、三三頁、四五頁、七五頁など参照）。革命後導入された「実行の着手」という客観的な基準も、それが故意（という実質的要件）の確実な外部的表現である点に本質があり、フランスにおいて二〇世紀初頭以後、主観的未遂理論が支配的であり、一九九二年の新刑法典を経て現在に至っていることも、右のような思考形式がとられ続けていることを示すものにほかならない。一九世紀に客観的色彩の強い見解が大きな影響力をも

ったこともあるが（この点につき六八頁以下、一二一頁以下）、それは歴史的には一時的現象にすぎない（五四頁）。一八一〇年刑法典が未遂の処罰について既遂との同一刑主義をとったことからも（三六頁以下、六〇頁以下参照）、未遂規定を単に客観主義的に理解できないことは明らかである。著者の論証は周到かつ説得的であり、これまでのわが国における一般的な学説史理解に反省を迫るものといえよう。

第二章「フランス未遂論の構造」では、フランスにおいて未遂犯の積極的要件とされている「実行の着手」と、消極的要件（すなわち未遂犯を成立させない要件）とされている「任意の中止の不存在」に関する学説と判例の展開と現状が的確に分析され、詳細に検討されている（五四頁～一一七頁）。その結論を要約すれば、実行の着手については、故意がもはや取り消せない程度に客観化されることが重要であり、判例でも故意が明確に外部に現れたときには「即時性・近接性」を強く要求しない傾向にある。中止犯の成否に関しては、フランスではいわゆる政策説が通説であるが、ここでも、犯罪意思の自発的放棄を外部的に表明したかどうかが重要な基準とされている。その意味で、故意を取り消すことができたかどうかを問題とする見解（プロテ）が注目される。このようにして、フランス刑法における未遂犯の（積極的・消極的）要件の中心には、行為者の故意、すなわち犯罪意思があるといえるのである。この章は、前章における著者のテーゼを、未遂犯成立要件の理論構成という解釈論のレベルでさらに緻密に裏付けるものである。その論証には説得力があり、未遂犯論という犯罪論の中心問題に関するフランス刑法学の実像をかなり明確な形で読者に提示することに成功しているといえよう。

第三章「フランス不能犯論の構造」では、可罰未遂成立の限界に関連して、不能犯を正面から取り上げている（一二〇頁～一八七頁）。ここでは、ドイツからフランスに輸入された不能犯理論の歴史的変遷がフォローされ、それが不能犯の成立範囲をいちじるしく限定していくプロセスであったことが明らかにされている。一九世紀の学説・判例では客観説が主流であったが、二〇世紀初頭から今日に至るまで、故意を議論の中心におくことにより不能犯論はまったく不要であるとする主観的未遂理論が支配的となっている。また、死体に対する殺人未遂罪を肯定した一九八六年の破棄院判決以来、再び議論が再燃し、相変わらず主観説が通説であるが、一定の修正（法律の不能の概念の援用）を施そうとする見解もなお有力に主張されている。た

だ、いずれにせよ結果発生（ないし犯罪完成）の「危険性」を問題とする見解はもはや存在しない（その理由と背景については一七一頁以下が示唆に富む）。

この章は、著者がもっとも力を注いだ部分でもあり、最近までの学説及び判例の紹介・分析も詳細で、資料的価値も高いということができる。ここでは、フランスにおいては故意を重視する主観説が支配的であるが、学説は一枚岩ではなく、基本的に主観説でありながらも、未遂犯としては不可罰となる場合を一部認めようとする見解も有力であることがわかる（一五三頁以下参照）。主観的要件（故意）による限定を加える見解（とくにプロテ）や法律上の不能概念を援用する見解は、なお必ずしも成功したものとは言い難いが、わが国の理論状況を前提としたときに、それぞれに注目に値する箇所を含むものである。前者は、著者の評価するように、わが国の具体的危険説に近い結論になるし、後者は具体的危険説によってもなお未遂を肯定せざるを得ない場合に不可罰とする理論的可能性を開くものである。

第四章「結語」は、研究全体の簡単なまとめである。「フランス未遂論における最大の特色は主観的要件（すなわち故意）が何よりも重要な要件であるという事実である。……主観的要素と客観的要素の関係は前者が主で後者が従の関係にあるということができよう」（一八八頁）というのが著者自身による本研究の総括の言葉である。

三　以上のように興味深い内容をもつ本研究であるが、改善を要すると思われた点もないではない。まず、比較法研究をする場合に、だれもが注意をしなければならないところではあるが、わが国における従来のフランス刑法研究につき、注において文献の引用はあるものの、その研究の現状と到達点についての内容的分析が不十分である。これまでの研究が何を明らかにし、本論文がそれに何を加え、またいかなる点について認識の修正・変更を迫るものであるかをより詳細に明らかにすべきであった。また、おそらくは膨大な資料の内容分析とその紹介に労力をさかれたことによるものであろうが、理論の体系的構造の解明にいま一歩の感がある。とりわけ、なぜフランス刑法学説が主観的要件である故意を重視するのかという点についての理論的基礎の分析が、必ずしも十分でない（一七二頁以下に少し説明があるが）ように思われる。それは、行為者刑法を理論的背景とするのか、心情無価値論（またはいわゆる心情頽落論）を思想的根拠とするのか、それとも志向無価値的な行為無価値論によるものであるのかという点に関し疑問

が生ずる。フランス刑法学においては「違法論がその固有の地位を有していない」（四頁以下）し、そもそもドイツ刑法学流の「哲学的・抽象的理論」の組み立てが行われない（五頁）としても、比較法研究の立場からこの点に関する原理的分析（とりわけ刑罰論との関係の検討）を正面から行うことは有益であったように思われる。とりわけ、この点におけるフランス刑法が、ドイツ刑法の一般的な理解とも日本のそれとも異なるものであるだけに、その理論的背景ないしは理論的基礎に迫る努力が必要であり、本研究が比較法研究であることを割り引いて考えるとしても、わが国の解釈論により直接的なインパクトをもちうる知見の開陳という点でやや不十分さを感じさせる結果に終わっていることも否定できない。今後、末道君において、さらに研究を深め、補充されなければならない課題でもある。

もっとも、これらの指摘にもかかわらず、本論文は、何よりも豊富な文献を渉猟した上で書かれた労作であり、資料的価値も高く、著者の長期のフランス留学における研鑽なしには成し遂げることのできない貴重な研究成果である。とりわけ、故意を未遂犯の本質的要素として捉え、未遂行為を故意の発現として捉えるフランス未遂犯理論は、わが国の解釈論の現状との関係でも示唆に富むものである。わが国では、犯罪の客観面と主観面、すなわち客観的な行為態様と内心の故意とをまったく切り離して理解しようとする考え方がまだ支配的である。犯罪論の実質において、今なおベーリング的理解が捨てられていないと評することができよう。しかしながら、行為の客観面と主観面とを相即不離の全体として捉えるとき、重要な違法限定機能が発揮される。たとえば、殺人罪の構成要件該当性の判断においては、故意殺と過失致死とに共通の「死亡惹起行為」を客観面における要件と考えるというのではなく、最初から「故意による殺人行為」としての客観的態様を示しているかどうかを問題とすべきである。そのことによってはじめて殺人罪の構成要件該当事実は適切な範囲に限定されることになる。また、「実行行為」の観念の中核にも故意があり、それが実行行為概念のもつ処罰限定を理論的に可能としているのである。目的的行為論が明らかにしたように、相当性による因果関係の限定も、正犯性の要求による処罰の制約も、意思による事象支配と無関係に理解することはできない。著者が論ずるように、故意の理論的重要性は再認識されなければならないが、その際に、本研究に描かれているようなフランス刑法学説は大きな示唆を与えざるにはおかないと思われる。

四　右のように、本論文は、わが国におけるフランス刑法研究に新生面を開く基礎研究であると同時に、解釈論的にも、未遂犯の理論の視座転換を示唆するものである。以上を総合し、審査員一同は、末道康之君が法学博士（慶應義塾大学）の学位を授与されるに適格であると認定するに至った。

平成一〇年三月三日

主査　慶應義塾大学法学部教授　平良木登規男
副査　慶應義塾大学法学部教授　井田　良
副査　法学研究科委員法学博士（Dr. jur.）
慶應義塾大学名誉教授
法学博士　中央大学総合政策学部教授　宮澤浩一

翟新君学位請求論文審査報告

翟新君学位請求論文審査要旨

翟新君提出による学位請求論文『東亜同文会と中国――戦前期日本における非政府組織の対中活動の理念と実像――』の構成は次のようである。

第一章　序論
第一節　東亜同文会の対中活動の概説
第二節　研究の課題
第二章　東亜同文会の思想的源流
――荒尾精の中国観――
第一節　序言
第二節　中国観形成の舞台
第三節　対中論策の視角
第四節　「商権競争」構想
第五節　日清戦争善後策
第六節　結語
第三章　東亜同文会と中国の改革運動
――一八九八年～一八九九年――
第一節　序言