

Title	山田雄大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	2020
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.93, No.3 (2020. 3) ,p.147- 162
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=AN00224504-20200328-0147

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

山田雄大君学位請求論文審査報告

一 山田雄大君が提出した学位請求論文は、本塾大学院法学研究科後期博士課程での五年間にわたる研究の集大成として書かれた「正当防衛における緊急状況——正当防衛を通じて阻止されるものは何か——」である（以下、「本論文」という）。本論文は、法学政治学論誌上に発表された五編の論文（「刑法三六条における侵害の始期と時間的切迫性について」法学政治学論究一〇三号〔二〇一四年〕一九九—二三二頁、「正当防衛の時間的制約とドイツにおける歴史的沿革」法学政治学論究一〇七号〔二〇一五年〕一三七—一六七頁、「ドイツにおける正当防衛の開始時期をめぐる議論について」法学政治学論究一〇九号〔二〇一六年〕二六七—二九八頁、「刑法三六条における不正の侵害に関する一試論」法学政治学論究一一二号〔二〇一七年〕一三五—一六七頁、「ドイツ及びオーストリアにお

る正当防衛の防衛対象となる権利の侵害」法学政治学論究一一五号〔二〇一七年〕三九—七一頁）を基礎としつつ、これらを大きく発展させたもので、四〇万字を超える大作である。

本論文の構成の概要は、以下のとおりである。

序論

1 はじめに——問題意識の提示——

(1) 正当防衛（刑法三六条）における緊急状況の二つの側面

(2) 盗犯等防止法の特則における緊急状況

2 本論文の構造

(1) 分析の視角

(2) 検討の順序

第1部 正当防衛における緊急状況その一——侵害の急

迫性——

第1章 わが国の判例・学説

第1節 序

第2節 急迫性が否定された判例の類型

1 他の手段の可能性にふれたもの

(1) その場での他の手段の可能性に関して指摘する事例

(2) 公的機関による救済の可能性を挙げる事例

2 攻撃の意思がない、または消失したと判断するもの

3 反撃者と攻撃者の体格差・年齢差や、攻撃能力・防衛能力を考慮するもの

(1) 体格差・年齢差・能力差から急迫の侵害が否定された事例

(2) 攻撃者が完全に制圧された事例・無抵抗になった事例

4 侵害行為に移る前に(中間項)が存在していたことを挙げるもの

5 侵害行為・攻撃的態勢がなかったこと言及するもの

6 その他

第3節 「急迫の侵害」が肯定された判例

1 侵害の始期

(1) 攻撃行為が行われる前の段階において、急迫の侵害を肯定したもの

(2) 攻撃意思がない場合に急迫の侵害を肯定したものを

2 侵害の継続性

(1) 最判平成九年六月一六日

(2) 攻撃・危険の継続性が認められた事例

(3) 攻撃に使用された武器を失った・取り上げられた事例

(4) 攻撃者が完全に制圧されていない場合

第4節 誤想(過剰)防衛での行為者の主観面における「急迫の侵害」に関する判例

1 「急迫の侵害」の誤想を認めたもの

(1) 既に存在する具体的事実に関する誤信

(2) 相手方の行動について誤った予測をした事例

2 「急迫の侵害」の誤想を認めなかったもの(かつ客観的に「急迫の侵害」が存在しなかったと判断されたもの)

第5節 判例の傾向のまとめ

1 二つの判断パターン

(1) パターンA

(2) パターンB

2 攻撃意思と時間的切迫性

第6節 事例③⑦最判平成九年以前の学説

1 事例①最判昭和二四年以前

2 事例①最判昭和二四年以後

第7節 事例③⑦最判平成九年以後の学説

1 公的保護不可能性

(1) 公的保護と急迫性

(2) 旧刑法下の説明

(3) 現行刑法制定後の議論

2 時間的切迫性の基礎づけ

(1) 正当防衛濫用の危険

(2) 平穏・安全

3 侵害の始期と継続性における差異

(1) 侵害の継続性も新たな侵害の切迫性の

問題と理解する見解

(2) 侵害の継続性を、時間的広がりを持つ

た概念として理解するもの

第8節 これまでの議論の問題点

1 公的保護不可能性

2 時間的切迫性

(1) 濫用の危険

(2) 平穏・安全

3 攻撃の可能性・蓋然性

第2章 正当防衛の時間的範囲に関する歴史的沿革

第1節 ローマ法の継受と攻撃と反撃の同時性

1 前史

(1) ローマ法

(2) 古代ゲルマン法

(3) 中世ゲルマン法

2 ローマ法の継受——カローリーナ刑事法典——

3 普通法時代の学説——同時性概念の確立——

第2節 各領邦における立法——同時性から先行性

へ——

1 ヴュルテンベルク

2 バーデン

3 ヘッセン

4 ザクセン

5 バイエレン

6 プロイセン

第3節 本章のまとめ

1 正当防衛の時間的範囲

2 官憲の救助と正当防衛状況・行為

第 3 章 正当防衛の開始時期に関するドイツ・オース

トリアの議論

第 1 節 ドイツにおける正当防衛の開始時期に関する判例と学説

1 総説

2 戦前の判例・学説

(1) 判例

(2) 学説

3 戦後の判例・学説の動向

(1) 判例

(2) 学説

4 小括

(1) 攻撃の現在性の判断要素

(2) 正当防衛の開始時期に関する学説のまとめ

第 2 節 オーストリアにおける議論

1 総説

2 現行オーストリア刑法典以前の議論

(1) 判例

(2) 学説

3 現行刑法典下における議論

(1) 現行刑法典立案時の理解

(2) 侵害の始期——「対抗が実質的に許容

されること」の低位基準——

(3) オーストリアの議論のまとめ

第 3 節 比較法的検討のまとめ

第 4 章 私見の展開

第 1 節 事前的防衛制度としての正当防衛における

急迫性

1 攻撃の発生可能性∨攻撃の不発生可能性

2 攻撃意思の連続

第 2 節 各判断事情の検討

1 攻撃意思

2 攻撃の可能性

3 他の手段の可能性

(1) 退避可能性

(2) 公的保護不可能性

4 攻撃発生までの障害・中間項

5 防衛効果の減退

6 侵害行為・攻撃的態勢

7 時間的切迫性について

第 3 節 侵害の始期と継続性

- 1 急迫の侵害のイメージ
- 2 バターンBにおける侵害の急迫性の判断
- 3 具体的帰結
- 第4節 第1部のまとめ

第2部 正当防衛における緊急状況その二——権利と侵害——

第1章 生命・身体以外への攻撃に関するわが国の議論

- 第1節 序
- 第2節 現行刑法制定までの議論
 - 1 旧刑法三一五条をめぐる議論
 - (1) 三一五条制定時の議論
 - (2) 旧刑法制定後の議論
 - 2 現行刑法起草時の議論
- 第3節 現行刑法制定後の判例
 - 1 公共的法益
 - 2 個人的法益
 - (1) 自由
 - (2) 名誉
 - (3) 財産

- (4) 不法侵入、不退去による攻撃
- (5) その他

第4節 現行刑法典制定後の学説

- 1 公共的法益
 - (1) 戦前の学説
 - (2) 戦後の学説
- 2 個人的法益

- (1) 個別の法益ごとの説明
- (2) 総論的な説明

第5節 問題点の整理

第2章 比較法的検討

- 第1節 ライヒ刑法典制定前の一九世紀ドイツの議論
 - 1 暴力的な攻撃
 - (1) プロイセン王国刑法典
 - (2) その他の各領邦における立法
 - 2 補償不可能な利益
 - (1) 抽象的な補償不可能性
 - (2) 具体的な補償不可能性
 - (3) 過剰防衛における補償不可能性
 - 3 ヘーゲル主義者たちによる説明

- (1) 一八五〇年代までの議論
- (2) 一八五〇年代以降の議論
- 4 小括
- 第2節 ライヒ刑法典制定後のドイツにおける議論
 - 1 公共的法益
 - (1) 国家的法益
 - (2) 社会的法益
 - 2 個人的法益
 - (1) 生命・身体
 - (2) 自由
 - (3) 名誉
 - (4) 財産
 - (5) その他
 - 3 攻撃の終了時期に関して
 - (1) 攻撃の終期一般について
 - (2) 意思決定の自由について
- 第3節 一九世紀オーストリアの議論
 - 1 一八〇三年オーストリア刑法典
 - 2 一八五二年以降の議論
 - 3 小括
- 第4節 二〇世紀以降のオーストリアにおける議論
 - 1 一九七四年オーストリア刑法典
 - 2 公共的法益
 - 3 個人的法益
 - (1) 条文に列挙された法益
 - (2) 事実的状态の変更
 - (3) 小括
 - 第5節 比較法的検討のまとめ
 - 第3章 私見の展開
 - 第1節 実害性
 - 1 問題構造
 - (1) 本章での検討の大枠
 - (2) 生命・身体以外への攻撃の中でどのような場合に正当防衛が可能であるのか
 - (3) 正当防衛の例外性と権利性・実行行使の弊害
 - 2 判断基準について
 - (1) それぞれのデメリットの具体的内容
 - (2) 判断基準としての実害性
 - 第2節 実害性の判断要素
 - 1 個人的利益への害の存在
 - (1) 個人的利益の存在

(2) 個人的利益への害の抽象性と公共的
益

2 実害性をめぐる三つの判断要素と「侵害」
の範囲

(1) 権利の人格発展における重要性

(2) 害の拡大可能性

(3) 攻撃客体・被害者への作用の強さ・
直接性

3 複数の要素が同時に問題となる場合

4 具体例の検討

(1) 公共的法益

(2) 個人的法益

第3節 条文上の処理・他の緊急行為の成否

1 条文上の処理

2 他の緊急行為の成立可能性

第4節 第2部のまとめ

第3部 盗犯等防止法一条における緊急状況について

第1章 序

第2章 立法時の議論

第1節 「盗犯等防止及處分に關する法律説明」

1 現在の危険

2 一ないし三号所定の状況

第2節 衆議院委員会・貴族院特別委員会における

泉二新熊の説明

1 現在の危険

2 一ないし三号所定の状況

第3節 刑法改正起草委員会における条文の起草作
業

1 泉二委員の私案に関する議論

2 司法省案に関する議論

第4節 制定時の考え方

第3章 制定後の議論

第1節 制定後の学説

1 現在の危険

2 一ないし三号所定の状況

(1) 一号

(2) 二号

(3) 三号

第2節 判例

1 現在の危険

(1) 危険の有無(攻撃の始期)

(2) 危険の消滅（攻撃の終期）

2 一ないし三号所定の状況

(1) 一号に関するもの

(2) 二号及び三号に関するもの

第3節 小括

1 現在の危険について

2 一ないし三号所定の状況について

第4章 検討

第1節 生命、身体又ハ貞操ニ対スル現在ノ危険

第2節 一ないし三号所定の状況

1 一号

2 二・三号

第3節 第3部のまとめ

二 本論文は、問題意識を提示する「序論」、不正の侵害に対していつから反撃が可能かを検討する「第1部」、公的機関による保護と私人による反撃との関係を分析する「第2部」、そして、正当防衛の特則を定めた盗犯等防止法における緊急状況の要件を解釈する「第3部」からなっている。各部の内容の概要は、以下のとおりである。

1 「序論」では、刑法三六条が定める正当防衛の緊急

状況の要件について、〈公的機関による保護と私人による反撃とはいかなる関係に立つか〉という問題領域と、〈不正の侵害に対していつから正当防衛として反撃可能か〉という問題領域があると分析される。

このうち〈公的機関による保護と私人による反撃との関係〉について示される問題意識は、次のようなものである。すなわち、正当防衛は国家が私人の権利・利益を保護することができないときに例外的に許容される法的制度であるという一般的理解を、「急迫不正の侵害」という具体的な要件に落とし込む際には、いかなる場合に公的機関の保護による解決が私人の即座の反撃による解決に優先するのかが示されなければならないはずであるが、従来議論ではその判断基準が明確にされておらず、また、判断の根拠も明らかではないというのである。

次に、〈いつから正当防衛として反撃可能か〉については、たとえば時間的切迫性を用いて判断すると説明されるときに、何が時間的に切迫することを判断するのかという、時間的切迫性の対象が明らかにされていないなどの根本的な問題があり、従来議論ではここでも判断の基準や判断の根拠が明確に示されていないことが指摘される。

さらに、盗犯等防止法には正当防衛の特則があり、そこでは、緊急状況について、「自己又ハ他人ノ生命、身体又ハ貞操ニ対スル現在ノ危険」という柱書の要件に加えて、類型化された前提状況の要件が各号に規定されており、つまり、緊急状況の要件が柱書と各号に分割されて、刑法の正当防衛規定とは異なる規定ぶりになっている。これについても、刑法の規定と同様に判断してよいのかが明らかにされておらず、いかなる場合に特則における緊急状況が存在するのかについてもこれまで立ち上った議論はなされなかつた。

正当防衛の急迫性の要件については、判例・学説の蓄積が多く、近年も新たな議論がなされているところであるが、事前に侵害を予期したうえで積極的加害意思をもって侵害に臨んだ事例のような、例外的な場合を対象とした議論が主である。これに対して、そもそも基本となる物理的な緊急状況性について、検討されるべき点が実は多く残されているというのが本論文の問題意識であり、この問題に解決を与えることが本論文の目的であることが宣言される。

2 「第一部 正当防衛における緊急状況その一——侵害の急迫性——」は、〈不正の侵害に対していつから正当

防衛として反撃可能か〉という問題を検討するものである。

「第1章 わが国の判例・学説」では、従来、急迫性の判断基準として挙げられてきた公的保護不可能性、時間的切迫性、そして、攻撃の可能性・蓋然性のいずれについても問題があることが指摘され、それを解決するため、「第2章 正当防衛の時間的範囲に関する歴史的沿革」では、そもそも正当防衛が時間的に制限されるという議論が歴史的にどのように生成されたかが探られる。歴史的沿革の検討から確認されるのは、時代の流れとともに正当防衛の権利性が重視されることにより、正当防衛が事後的復讐と未分化であった時代から、正当防衛は攻撃と同時になされるものであるという理解を経て、攻撃に先行してなされるものであるという理解に至ったことである。〈どこまで先行して正当防衛による反撃が可能になるか〉という問題が生じたのは、上のような流れで、正当防衛は攻撃に先行してなされるものであるという理解がとられるようになったからであるということになる。

この〈どこまで先行して正当防衛による反撃が可能か〉という問題については、「第3章 正当防衛の開始時期に関するドイツ・オーストリアの議論」において、ドイツおよびオーストリアの議論が参照され、〈正当防衛の権利性〉

と〈実力行使の弊害〉とのバランスをどのようにとるかが、正当防衛を認める時間的範囲とかかわっていることが指摘される。

以上の検討に基づいて、「第 4 章 私見の展開」では、(いつから正当防衛として反撃可能か) についての私見が示される。その判断基準は、従来の学説で提起されていた、公的保護不可能性、時間的切迫性、侵害の蓋然性という基準に代えて、①攻撃発生の可能性が攻撃不発生の可能性よりも大きいこと、および、②攻撃意思の連続性が認められることから構成される。このうち①については、比較法的検討によって得られた〈正当防衛の権利性〉と〈実力行使の弊害〉とのバランスという観点からみたとき、〈攻撃発生の可能性〉が〈攻撃不発生の可能性〉よりも大きいのであれば、〈正当防衛の権利性〉が〈実力行使の弊害〉を上回ると判断できることが指摘される。また、事後的復讐に始まり、正当防衛が攻撃に先行してなされるものであるという理解に移行してきたという歴史から、攻撃発生の可能性が高いというその時点で事態に対応するための正当防衛を認めるべきではなく、あくまで将来の攻撃に対する反撃であることを担保するために、将来なされうる攻撃が反撃時点まで現実的な強いつながりをもっていることを要求

すべきであるという理解をとって、上記②のように、侵害者による攻撃意思が攻撃の発生まで連続して認められなければならないとの主張がなされている。

3 「第 1 部」ですでに、正当防衛がいつから可能かについて検討する中で、公的保護が可能であるということだけでは急迫の侵害は否定されることが指摘されているが、「第 2 部 正当防衛における緊急状況その二——権利と侵害——」では、いかなる場合に公的機関の保護による解決が私人の即座の反撃による解決に優先し、逆に、いかなる場合に私人による即座の反撃が許容されるのかについて、正面から検討がなされる。

公的機関による保護に関しては、実務上、生命・身体以外への攻撃について、公的救済が可能であることを挙げて急迫の侵害を否定する事例があることから、「第 1 章 生命・身体以外への攻撃に関するわが国の議論」では、わが国の判例・学説における生命・身体以外への攻撃に関する議論が確認される。そこでも、従来の見解では、判断基準・判断指針が具体的に示されていない点に問題があることが指摘される。

これを踏まえて、「第 2 章 比較法的検討」では、わが

国における判断基準・判断指針の具体化のために参考にできる知見を求めて、ドイツおよびオーストリアの議論が検討される。その結果として、(こ)でも(イ)正当防衛の権利性)と(実力行使の弊害)とが、正当防衛により防衛できる法益の範囲や反撃しうる攻撃の範囲に影響を与えることが指摘される。すなわち、正当防衛の権利性が重視されれば、防衛対象となる「法益」や「現在の攻撃」の範囲が広がり、逆に、実力行使の弊害が重視されれば、防衛対象となる「法益」や「現在の攻撃」の範囲が狭まるといえるのである。

「第3章 私見の展開」では、以上の検討を前提にして、(イ)いかなる場合に公的機関の保護による解決が私人の即座の反撃による解決に優先し、また、いかなる場合に私人による即座の反撃が許容されるのか)について、私見が示される。そこでは、ある事態に対する解決方法として、事前的に当該事態が生じないようにして解決する方法と、一度当該事態を発生させたうえで事後的に解決する方法との対比に基づいて、判断基準が示される。すなわち、ある事態を事前的に解決する場合には、公的保護と私人の反撃に優劣関係はないのに対して、事後的な解決による場合には、公的保護が私人の実力行使に優先するという前提的理解が

とられ、そこから、事前的な解決と事後的な解決との区別基準こそが、いかなる場合に公的機関の保護による解決が私人の即座の反撃による解決に優先し、また、いかなる場合に私人による即座の反撃が許容されるのかの判断基準となる、というのである。そのうえで、比較法的検討から示されていた(正当防衛の権利性)と(実力行使の弊害)とが、事前的な解決と事後的な解決との区別基準にかかわるものとされ、(正当防衛の権利性)が(実力行使の弊害)を上回れば、事前的な解決が許容され、私人の即座の反撃が認められるとの見解が示される。そして、(正当防衛の権利性)が(実力行使の弊害)を上回る場合にあたるのは、事態に(有害性)がある場合であると説明され、事態の(有害性)の有無の判断要素として、①個人的利益への害、②権利の人格発展における重要性、③害の拡大可能性、そして、④攻撃客体・被侵害者への作用の強さ・直接性があると主張される。

4 「第3部 盗犯等防止法一条における緊急状況について」では、盗犯等防止法一条一項における「現在の危険」の要件、および、各号所定の前提状況の要件について、検討が加えられる。

「第 1 章 序」で、盗犯等防止法が規定する正当防衛の特則を概観したうえで、「第 2 章 立法時の議論」では、同法の起草過程が確認され、そして、「第 3 章 制定後の議論」では、同法制定後の判例・学説における議論が整理されている。

以上の検討を前提に、「第 4 章 検討」では、「現在の危険」の要件および各号所定の状況について、解釈論が展開される。

このうち「現在の危険」の要件については、起草時から「現在の危険」が存在すると考えられてきた事例が重要な題材として用いられる。それは、〈既に財物を得た強盗が夜の明けるのを待つために、数時間室内に悠々と滞留している〉という事例等であるが、ここで「現在の危険」を肯定するためには、この要件を正当防衛の本則における「急迫の侵害」よりも広いものと解するほかに、しかしその解釈は、〈正当防衛の権利性〉と〈実力行使の弊害〉の観点から基礎づけうると主張される。

また、同条同項の 1-3 号所定の、①盗犯の防止・盗賊の取遣、②住居等に侵入する者の防止、そして、③侵入した者・退去しない者の排斥という類型化された前提状況についても、同特則の趣旨に基づきつつ、これまでの判例・

学説の議論を参照しながら、第 2 部までで得られた知見をも生かした検討が行われ、たとえば、各号所定の状況の始期は急迫の侵害よりも厳格に解されうるとするなど、新たな見解が示されている。

以上が、本論文の概要である。

三 以下では、本論文に対する評価を示していきたい。

1 本論文は、刑法の領域において最も基本的な分野の一つである正当防衛を対象にして、しかも、その中核的要件である緊急状況に焦点をあて、判断基準の明確化を図るとともに、正当防衛の本質を探ろうとする意欲作である。

急迫性の要件については、被侵害者が侵害に先立って不法な意思を持ったたり不法な行動をしていた場合に、正当防衛の前提条件の充足を認めてよいかという例外的な議論に学界の興味が集積してきたところであり、そもそも物理的にどのような状況が認められるときに緊急状況を肯定すべきかについては、踏み込んだ検討がなされてこなかった。その意味で、本論文の問題設定は、学位論文に相応しいものであるということができる。

研究方法としても、ドイツおよびオーストリアを対象に

した比較法的研究、内外の歴史的沿革研究、そしてわが国の学説研究と判例研究という手法を駆使して議論を進めるのは、刑法の解釈論としてオーソドックスであり、適切である。

その結果として、いかなる状況が認められるときに正当防衛の前提となるべき緊急状況が肯定されるかについて、従来の議論よりも判断要素を明確化した基準が示され、また、それが高度に体系化されているために、これまでの議論よりも深いところまで正当防衛の本質に迫ることに成功している。その内容は、学位論文としての水準を十分に満たしているといえることができる。

2 本論文の学問的価値を支えている重要な柱は、次の二つの主張である。

一つは、〈不正の侵害に対していつから正当防衛として反撃可能か〉についての見解である。提示された判断基準は、①侵害者による攻撃発生の可能性が攻撃不発生の可能性よりも大きいこと、および、②侵害者による攻撃意思が攻撃の発生まで連続して認められる（と見込まれる）こと、の両方を充足することである。これ自体は比較的シンプルな基準であるが、比較法研究やわが国の学説・判例研究で

得られたその他のありうる考慮事情（攻撃意思、攻撃の可能性、退避・公的保護という他の手段の可能性、攻撃発生までの障害・中間項、防衛効果の減退、法益侵害に先立つ侵害行為・攻撃的態勢、そして時間的切迫性）にどのような意味があるかが、上記の判断枠組みに照らして詳しく説明されており、それによって、提示された判断枠組みの現実が一層明確化されている。すなわち、本論文では、〈正当防衛の権利性〉と〈実力行使の弊害〉とのバランスという観点のみから、〈攻撃発生の可能性〉が〈攻撃不発生の可能性〉よりも大きいことという基準が導かれているのではない。その他のありうる考慮事情を排除する過程で、具体的帰結の妥当性が強く意識されているのであり、本論文は大きな命題から単に演繹的に導かれた判断基準を提示しているわけではないことを指摘しておきたい。

もう一つの柱は、〈いかなる場合に公的機関の保護による解決が私人の即座の反撃による解決に優先し、また、いかなる場合に私人による即座の反撃が許容されるのか〉についての見解である。それを導く過程では、問題の対立構造の転換が見事に図られている点が、注目される。すなわち、一般に、一定の望ましくない事態に対する解決方法としては、事前的に当該事態が生じないようにして解決する

方法と、いったんは当該事態が発生することは受け入れたうえで事後的に解決する方法とがある。そして、事後的解決では公的保護が私人の実力行使に優先するのに対して、事前的解決においては公的保護と私人による反撃に優劣関係はないという目新しい指摘が、本論文ではなされている。そこから、(いかなる場合に公的機関の保護による解決が私人の即座の反撃による解決に優先し、また、いかなる場合に私人による即座の反撃が許容されるのか)の判断基準は、結局、事前的な解決と事後的な解決との区別基準を意味することになる、というのである。探究すべきは、どのような場合に公的保護を優先させるべきかではなく、どのような場合に事後的解決を優先させるべきかなのだという。この問題の転換は、慧眼ありというべきであろう。

そして、事後的解決に委ねずに事前的解決が許容されるのは、〈正当防衛の権利性〉が〈実力行使の弊害〉を上回る場合であり、それは、事態に〈実害性〉がある場合であると定義づけられている。事態の〈実害性〉の有無の判断要素として、①個人的利益への害、②権利の人格発展における重要性、③害の拡大可能性、そして、④攻撃客体・被害者への作用の強さ・直接性が挙げられ、これら四個の要素を変数とする関数の値が〈実害性〉と呼ばれる。この

〈実害性〉は、単に説明のために登場する概念ではあるが、最終的に、本論文のサブタイトルへの解答になっている。本論文によれば、正当防衛を認めることによって阻止されるべきものは、〈実害性〉のある事態なのである。たしかに、〈実害性〉の有無の判断は、変数が多いこともあって、帰結が必ずしも明確ではないところが残る。しかし、むしろ正当防衛の本質は、そのように多くの要素に基づいて判断すべきである点にあるということである。そのことを示したところに、そして、判断対象とすべき要素自体を明確にしたところに、本論文の重要な学問的価値があるといえよう。

3 高い学問的価値の認められる本論文にも、以下のような問題点ないし物足りない点が見られないではない。

第一に、正当防衛の歴史については、先行業績をほぼなぞるだけに終わっていることである。もともと、本論文の主眼は歴史研究にはないから、この点は大きな問題ではないであろう。むしろ、正当防衛が攻撃に先行してなされるものであるという理解が歴史的には自明ではないことさえ確認されれば、緊急状況を前倒して認めることにはそれなりに慎重になるべきであることが導けるのであり、本論文

はそれに成功している。また、沿革の調査は、盗犯等防止法のそれについて詳細に実施されており、そこでは、起草時の議論・見解にいまは縛られる必要のないことが示されており、沿革研究の手法が具体的に効果を發揮している。

第二の問題は、比較法研究が十二分に機能しているかどうか、疑問を挟む余地がなくはないことである。本論文では、ドイツおよびオーストリアが比較法の研究対象とされ、相当程度詳細な調査・分析が行われており、それ自体に学問的価値が認められる。しかし、そこで得られた、「正当防衛の権利性」と「実力行使の弊害」とのバランスという観点は、要素の抽象度が高いために、それに基づいてわが国における具体的な事案を判断することができる道具であるというよりは、別の何らかの根拠から導かれた帰結を、事後的に意味づける枠組みにすぎないともいえる。

とはいえ、このことは、本論文の価値が、正当防衛についての具体的判断基準を提示すること（だけ）ではなく、正当防衛に対する新しい見方を提供するものである点に（も）認められることを示しているといえよう。後付けの説明ではあれ、「正当防衛の権利性」と「実力行使の弊害」とのバランスという観点から体系化された正当防衛の判断枠組みを提示する本論文は、少々大げさにいえば、正当防

衛における緊急状況に対する新しい世界観を提供するものである。

しかし、そうすると、第三に、本論文でわが国における正当防衛の異なる局面に関して主張される見解どうしが有機的に関連づけられていない点は、物足りなさを感じさせるところである。具体的には、第2部で、公的機関による保護を差し置いて私人が即座の反撃をすることが許されるのは、事態に「実害性」が認められる場合であるとしているが、その判断要素の中に時間的な前倒しにかかわるものは含まれていない。どこまでの前倒しが認められるかは、もっぱら第1部で議論されて、攻撃発生の可能性が攻撃不発生の可能性よりも大きいことと攻撃意思の連続という要素で判断すべきことが主張されていたのだった。しかし、この二つの問題がいずれも「正当防衛の権利性」と「実力行使の弊害」という観点から基礎づけられることができるように思われる。特に、前倒しの議論における攻撃意思の連続という要素は、事態の「実害性」の判断要素の一つとして位置づけるのが自然であるとも考えられる。つまり、第1部の主張と第2部の主張は、事態の「実害性」の判断として統合できる可能性があるのである。現に、第2部では、

生命・身体に対する危険はそれ自体が（実害性）を基礎づける」とされたり、第3部では、盗犯等防止法について、生命に対する高い危険が認められるときは前倒しの基準が緩和されるべきことが主張されたりしている。

もっとも、この点も、本論文には、さらにその先への合理的な発展可能性が認められるということを示すにすぎず、本論文自体の学問的価値を減殺するものであるとはいえないであろう。

四 以上のように、本論文は、刑法の正当防衛における緊急状況の要件を新たな観点から分析・体系化し、正当防衛制度に対する見方を深化させた大作であり、わが国の刑法解釈学の歴史に貴重な一ページを加えるものである。よって、審査員全員一致で、山田雄大君に博士（法学）（慶應義塾大学）の学位を授与することが適当であるとの結論に達した。

令和元（二〇一九）年七月一日

主査

慶應義塾大学法学部教授
法学研究科委員・博士（法学）

亀井源太郎

副査

慶應義塾大学法学部教授
法学研究科委員・博士（法学）

佐藤 拓磨

副査

慶應義塾大学大学院法務研究科教授

和田 俊憲