



Title	自招防衛論の再構成 [論文内容及び審査の要旨]
Author(s)	瀧本, 京太郎
Citation	北海道大学. 博士(法学) 乙第7195号
Issue Date	2024-03-25
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/92008
Rights(URL)	https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/
Type	theses (doctoral - abstract and summary of review)
Additional Information	There are other files related to this item in HUSCAP. Check the above URL.
File Information	Kyotaro_Takimoto_review.pdf (審査の要旨)



[Instructions for use](#)

学位論文審査の要旨

博士の専攻分野の名称：博士（法学）

氏名：瀧本 京太郎

審査担当者	主査 教授	小名木 明宏
	副査 教授	城下 裕二
	副査 教授	松尾 誠紀

学位論文題名

自招防衛論の再構成

本論文は、自らの挑発行為により不正な侵害を招き、これに対して防衛行為を行った者が、正当防衛（刑法 36 条 1 項）により正当化されるかという、「自招防衛」の問題について検討するものである。自ら招いた侵害に対する正当防衛は、多くの国で、その成立が否定ないし制限されているが、その法律上の根拠については予め争われ続け、統一的な見解を得るに至っていない。このような問題意識のもとで、わが国と、主にドイツの学説および判例を検討することで、わが国における自招防衛の解決のあり方を提唱することを試みている。

本論文は、第 1 章わが国の学説、第 2 章わが国の判例、第 3 章ドイツの判例および学説、および第 4 章必要性要件の再検討で構成されている。

第 1 章では、自招防衛に関するわが国の学説に対して検討が加えられている。旧刑法から現行刑法への改正過程を分析すると、起草者は、自招防衛を急迫性の問題として扱っていた。しかし、日本の学説は刑法 36 条 1 項の各要件の解釈により自招防衛を解決しようとするもの（内部的解決）と、形式的に 36 条 1 項の要件は満たしていると理解しつつ、正当防衛の正当化根拠論に遡り、自招防衛の場合は正当化根拠が失われるため、規範的観点から正当防衛が否定される、とするもの（外部的解決）という 2 つの方向性が認められる。日本では前者の内部的解決が通説となり、特に有力に主張されたのが、自招防衛の場合は「やむを得ずにした」という要件（相当性）が厳しく判断され、過剰防衛が成立しやすくなるという見解であった。この見解は、いわゆる積極的加害意思論を否定しつつも、いわゆる「意図的挑発」の場合には正当防衛を否定すると解釈するものであるが、本論文では、急迫性の判断の際には被侵害者の主観面を考慮して、これを否定する（積極的加害意思）ことを批判する一方で、相当性判断の際には正面から主観面を考慮して正当防衛を否定することを許容することは矛盾であると批判している。

第 2 章では、日本の判例理論の変遷について検討が加えられている。日本では「昭和 52 年決定」と呼ばれる判例が長期にわたり急迫性判断のリーディングケースとされ、自招防衛の処理も、「急迫性要件は規範的に判断してよい」という昭和 52 年決定の命題に依拠し、専ら急迫性要件の問題とされ、「侵害の予期+挑発行為」が存するケースでは主に急迫性が否定されることとなり、ドイツの判例理論との大きな相違点が形成された。その後、「平成 20 年決定」によって修正され、侵害の予期や急迫性要件に基づかない、裁判員裁判を踏まえた新たな判断枠組みの構築が目指され、さらに「平成 29 年決定」が、侵害の予期を前提とした判断枠組みを示した。本論文では、判例の経時変化について検討し、平成 20 年決定と平成 29 年決定が、自招防衛のケースにおいてどのように使い分けられることとなるかを分析した上で、昭和 52 年決定を源流とし、急迫性要件に大き

く依存した判例法理は、挑発を受け、自由意思に基づき侵害行為に及んだ被侵害者の行為もまた違法であるという事実を十分に考慮することができず、妥当な解決とはいえないとしている。

第3章では、ドイツとオーストリアの議論を検討している。まずドイツの判例を分析し、判例が重視しているのは主観面よりも客観面であり、故意的挑発という類型は、日本でいう積極的加害意思に相当するものであるから、日本で意図的挑発と故意的挑発を区別する実益はないことを指摘し、過失的挑発については、これを正当防衛権の制限根拠とした場合の萎縮効果が懸念されることから、過失的挑発の場合は正当防衛権を完全に保持させるべきであり、日本では、積極的加害意思がある場合を除いては、主観面の検討をする実益がないとする。客観面については、ドイツでは、適法な行為が侵害を招致した場合には主観面にかかわらず正当化されるとするのが通説であるが、積極的加害意思論の影響が強い日本にそのまま妥当することは現実的でないとする。暴行に代表されるような違法な先行行為は正当防衛権の制約を導くことに異論はないが、日本と異なり、完全に正当防衛権を制限することはなく、また、社会倫理的に非難すべき行為については、判例（制限肯定）と学説（制限否定）が対立しており、この類型も、権利制限の対象としたときの萎縮効果が懸念されるため、本論文では、制限すべきでないと指摘している。

また、自招防衛の場合でも完全な正当防衛権を認めるべきとする見解は、ドイツの中では少数説であるものの、日本とオーストリアではこのような考えの論者が見られる。特にオーストリアでは、このような考え方は有力であり、近時の研究でも同旨の主張がなされる。このような立場は、日本の現状よりも広く正当防衛権を認めるべきという本論文の主張と合致する限度で妥当であるとして、検討を行っている。

第4章では、第3章までの分析から、急迫性要件で自招防衛を処理し、正当防衛権の過剰な制約をすべきでないという立場のもとで、刑法36条1項の「やむを得ずにした」の解釈に依拠して自招防衛を処理することが適切であり、具体的には、同要件の解釈から導かれる「必要性」要件を根拠とすべきことを指摘し、これを以って自招防衛の解決策として論稿を閉じている。

このように本論文は、自招防衛の解釈論的分析を行うことにより、これまで法的な取り扱いが多岐にわたって議論されてきた自招防衛論の法的論理構成を再検討するものである。この問題については、すでに我が国においても様々な議論がなされているが、従来の研究は、とくに最高裁決定が揺れ動いたこともあり、いまだ定着点を見つけていない。本論文は、我が国での議論、ドイツでの議論を比較しながら、その相違を踏まえて、刑法36条1項の「やむを得ない」という要件の枠組みにおいて最終的な解決を求めるものであり、活発な議論の渦中であって一つの立場を明確にする意欲的な論文であると評価できる。

他方で、本論文に対しては、正当防衛権の位置づけが日本とドイツでは異なるのではないかと、従来の解決策との区別が明確ではない、最終的な解決策の論証がやや控えめであり、アピール力に欠けるといった問題点も指摘された。確かに本論文中には、これらの点についてさらに詳細な説明が必要と思われる箇所もあるものの、口述試験では瀧本氏が一定の回答を用意していることが確認できたことから、公表時の加筆により対応すべきものと判断された。

自招防衛は刑法解釈学において長く取り扱われてきたが、いまだに最良の解決策が見つけ出されていない。このような現状において、本論文は、自招防衛論を歴史的かつ比較法的な見地から展開する網羅性、最近の最高裁判例でも問題になるという意味での現代的な意義、このようなことから高く評価することができるものであり、博士（法学）の学位を授与するにふさわしいものとして、合格と判断した。