



Title	自招防衛論の再構成 [全文の要約]
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/2115/92009
Type	theses (doctoral - abstract of entire text)
Note	この博士論文全文の閲覧方法については、以下のサイトをご参照ください。
Note(URL)	https://www.lib.hokudai.ac.jp/dissertations/copy-guides/
File Information	Kyotaro_Takimoto_summary.pdf



[Instructions for use](#)

博士論文の要約

博士の専攻分野の名称： 博士（法学）

氏名 瀧本 京太郎

学位論文題名

自招防衛論の再構成

本研究は、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てから争われ続け、統一的な見解を得るに至っていない。そこで本研究では、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た。

本研究は、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。

1. 第 1 章 日本の学説について

第 1 章では、自招防衛に関する日本の学説に対して検討を加えた。

現行刑法には、自招防衛に関する法律条文は存在していないが、旧刑法の時代にあつては、自招防衛を正当化の対象外とする旨の規定が、旧 314 条但書に置かれていた。そこでは、「但不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラス」と書かれ、当時の学説は「不正ノ所爲」の解釈について多様な見解が提起されていた。特に、当時は姦通罪が規定されており、かかる行為を目撃されて侵害を受けた場合にも旧 314 条但書の要件に該当したことから、この点の解釈をめぐる議論がなされた。当然に正当防衛権が制限されるとする見解も見られたが、多くの学説は制限的な運用を目指し、解釈によって、挑発行為の重大性という観点や、主観面での限定を行うべきとする見解が見られた。このように、「不正」とは、形式的に違法であるのみでは足りず、正当防衛権を制限すべき実質を備えた不正行為でなければならないとの解釈が多数である。このような解釈が行われていたことは、自招防衛の規定が削除された現行刑法の時代における条文解釈のあり方に示唆を与えるものである。

旧刑法 314 条但書は、現行刑法へと改正される際、複数の改正案の吟味を経て、最終的には削除されることとなった。初期の改正案では、自招防衛の場合は情状による任意的減免

の規定があったが、正当防衛に関する旧刑法の条文は、防衛行為が許容される場合がどのような場合なのか不明確であり、「自招防衛の場合は許容しない」という例外が定められているにすぎなかったことから、この点を明確化するために「急迫不正の侵害」という要件を正当防衛規定に置くこととし、自招防衛の場合はこれに該当しないといえるから、自招防衛の場合だけを明文で規定する必要はないという理由で、旧 314 条但書は、現行刑法 36 条 1 項へと改正される際に削除された。このような経緯にかんがみると、立法者意思という観点からは、自招防衛という現象は、現行刑法 36 条 1 項における「急迫性」の問題として議論すべきであり、自招防衛に対する正当化を、少なくとも無制限には許容しない姿勢は、旧刑法の時代から何ら変わっていないことが明らかとなった。この点で、自招防衛に対する正当防衛を無制限に認めるべきとする学説には、法解釈学上の根拠が存しないことが判明した。

現行刑法 36 条 1 項へと改正された後の学説は、上述の点に鑑みれば、急迫性要件の解釈問題という前提のもとで、制限の具体的な要件を検討すべきこととなるが、日本の学説は、急迫性要件のみならず、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）が多い。さらには、ドイツの比較法的知見を参照しながら、形式的には 36 条 1 項の要件は満たしていると理解しつつ、正当防衛がなぜ正当化されるのかという、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）という見解も見られる。

これらのうち、外部的解決はドイツの通説的な考え方である権利濫用説を援用するなどして自説を根拠づけようとする。しかし、ドイツ刑法 32 条 1 項には、正当防衛の規範的判断を許容する“*geboten*”（要請された）という要件が、正当防衛の基本的な成立要件（同 2 項）とは別に置かれており、このような規定を持たない日本とは法状況が異なり、要件を満たすのに、条文外の要素を考慮して正当防衛の成立を否定するのは罪刑法定主義に抵触する恐れがある。こうして日本では内部的解決が通説となり、特に有力に主張されていたのが、自招防衛の場合は「やむを得ずにした」の要件（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。

このような考え方自体は、本研究の最終的な見解が依拠するものであり、参照価値が高い。しかし、日本におけるこの見解の先駆的な論者は、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、本研究では、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を加えた。

2. 日本の判例法理の検討

第 2 章では、日本の判例理論の変遷について検討を加えた。

自招防衛に関する判例理論を分析するに際しては、昭和 52 年決定、平成 20 年決定、お

よび平成 29 年決定という、3 件の判例を時系列的なポイントとして考察することが有益であると思料し、各判例の前後に出された下級審裁判例の判断枠組みを中心に検討を加えた。

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てきた。本件は自招防衛が問題となったケースではないものの、相手方の侵害を待ち受けて積極的に対抗行為を行ったときは、刑法 36 条 1 項の「急迫不正の侵害」を規範的に解釈し、これを否定することを許容した、重要な判例である。

昭和 52 年決定が出されるまでは、自招防衛がいずれの要件の問題であるのかが不明確な状態が続いていたが、同決定以降は、「急迫性要件は規範的に判断してよい」という法命題を下級審が読み取ったことで、自招防衛のケースは急迫性要件の問題とされるようになった。すなわち、「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、過剰防衛が成立する余地も排除されることとなった。この点で、ドイツの判例理論との大きな相違点が形成された。

自招防衛に関するこの流れは、暴行により招いた侵害に対する正当防衛が問題となった「平成 20 年決定」によって修正されることとなった。同決定は、これまでの裁判例が判断対象としてきた「侵害の予期」に基づかずに正当防衛の成否を判断し、その際の要件については、「急迫性」という文言を用いず、「被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえない」と判示し、「正当防衛状況」が否定されることとなった。

平成 20 年決定は事例判断だとされているものの、従来 of 判断枠組みに基づき正当防衛の判断を行った原審を「結論において相当」と判示したこともあり、同決定は従来の枠組みを放棄し、自招防衛に関する新たな枠組みを提示したのではないかと考えられるようになった。特に本件当時は、裁判員裁判制度を翌年に控え、評議の際に法律概念が難解だと、その妨げになることが懸念されていたため、裁判員裁判を踏まえ、正当防衛に関する思考方法を整理したと分析する見解が多くみられた。

しかし、同決定以降の下級審裁判例を検討したところ、下級審は、従来の判断枠組みが用いてきた「侵害の予期」や、その可能性に基づいて正当防衛の判断を行い、さらに、正当防衛の成立を否定する際には、急迫性と正当防衛状況を別個に判断したり、正当防衛状況を急迫性要件と同義のものと解したりするなど、平成 20 年決定が発したメッセージが、特に裁判員裁判を担う下級審に対して十分に伝わっていないのではないかとという疑問が提起され、同決定の意義について再考の余地が生じた。

このような状況の中、最高裁は平成 29 年に、被侵害者に侵害の予期があったことを前提とした、急迫性の判断基準を示した（平成 29 年決定）ことで、学説では、平成 20 年決定をどのような判例として位置付けるべきかに関する議論が盛んにおこなわれた。本研究の分析を含めて、学説は、判例は「侵害の予期」を前提として自招防衛を判断する枠組みと、暴行により侵害を招いた場合は「予期」の有無を問わず正当防衛状況（急迫性）を否定するという枠組みの、2 つの系統を有していると分析する見解が大勢である。これによれば、平

成 20 年決定は、平成 29 年決定が出されて後も独自の意義を有するものと把握されることとなるが、本研究では、平成 29 年決定は平成 20 年決定が目指した判断枠組みの構築という方針を事実上転換し、平成 20 年決定のようなケースの射程を限定することで、今後は予期に基づき、侵害に先行する事情の総合考慮という枠組みの中で自招防衛が検討されることとなると分析を行った。そのうえで、自招防衛を急迫性要件の問題とすることは、立法者意思には沿うかもしれないものの、挑発の程度を上回るような侵害がなされない限り急迫性は否定され、過剰防衛の成立する余地もないという結論となり、自由意思により侵害を加える「侵害者」の側の違法性を十分に考慮した判断枠組みを形成できないと指摘し、日本の判例法理に対して批判的検討を加えた。

3. ドイツおよびオーストリアの議論について

第 3 章では、ドイツとオーストリアの議論を検討した。

前述のとおり、ドイツ刑法 32 条 1 項には、正当防衛権は「被要請性」(Gebotenheit) という社会倫理的制限に服するということが通説となっている。日本の議論でいう「外部的解決」という解釈論は、ドイツ刑法 32 条の視点からは「内部的解決」であり、条文上の根拠を解き明かす必要が存せず、正当防衛権が制限されるための要件に関する議論が深化している。

ドイツでは、自招防衛は主観面と客観面の双方から分析される。このうち主観面としては意図的挑発 (Absichtprovokation)、故意的挑発 (Vorsatzprovokation)、および過失的挑発 (fahrlässige Provokation) が問題となり、客観面としては、違法な行為、適法な行為、および、社会倫理的に非難すべき行為という分類がなされている。本研究では、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による限定であることを明確にした。

学説上、意図的挑発と故意的挑発の区別につき、前者は正当防衛の名の下で相手を害する意図を有する場合であり、正当防衛権は原則的に否定される。これに対し後者は、未必の故意に基づき侵害を招致する心理状態を指すと理解され、正当防衛権は制限されるが完全には否定されず、侵害からの退避が不可能である場合には、制限的な正当防衛権が認められるとされる。

しかし、意図的挑発は現実的に認定することが困難であるとされ、判例上も、意図的挑発という理由で正当防衛権を否定したケースはない。また、判例において故意的挑発が認定されたケースでは、被告人の心理状態は「ほとんど意図的挑発に近い」とされ、事実上、意図的挑発という類型が観念される実益は極めて低いことが明らかとなった。

また、主観面に関しては、日本でも自招防衛を分析する際の指標として援用されているが、日本では積極的加害意思論が浸透しており、意図的挑発という主観面の認定は必ずしも不可能ではない。また、未必の故意で侵害を招致する場合も、日本では積極的加害意思の守備範囲内で捕捉可能であることから、日本において両者を区別する実益は存しない。

さらに本研究は、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ると指摘した。そうすると、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必要性が、実は乏しいということが明らかとなった。

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。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がないが、日本と異なり、完全に正当防衛権を制限することはない。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）が対立しているが、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、本研究では、制限すべきでないとは指摘した。

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が、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研究の主張と合致する限度で妥当であると考え、本章内で検討を行った。

4. 必要性要件の再検討

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た。

5. おわりに

日本の学説は、主にドイツに比較法的知見を求め、議論を深めてきたにもかかわらず、積極的加害意思論に代表されるような、急迫性を規範的に解釈するという手法が浸透していたことが原因となり、自招防衛の問題となった際には、被侵害者の事情が関心の中心的対象とされ、挑発を受けた相手方当事者の事情に対しては、大きな関心を払ってこなかった。これは、急迫性要件に大きく依存する日本の判断枠組みが抱える問題点である。

本研究は、この点を明らかにすることを試み、旧刑法の時代から現在に至るまでの議論を踏まえ、現在の日本の判例法理にとらわれず、自招防衛のケースであっても、制限的な正当防衛権を被侵害者に付与すべきことを提言したものである。