HOKKAIDO UNIVERSITY

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, 京太朗
Degree Grantor	北海道大学
Degree Name	博士(法学)
Dissertation Number	乙第7195号
Issue Date	2024-03-25
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/92008
Rights(URL)	https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/
Type	doctoral thesis
File Information	Kyotaro_Takimoto_abstract.pdf, 論文内容の要旨

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

学 位 論 文 内 容 の 要 旨

博士の専攻分野の名称： 博 士（法学）　　氏名　瀧本 京太朗

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。

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を加えた。

旧刑法から現行刑法への改正過程を分析した結果、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 2 つの方向が見られる。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。この見解の論者は、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。

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。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。

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、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ることとなった。しかし、同決定以降の下級審裁判例は、従来の予期に基づく判断枠組みを用い続け、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ことで、平成 20 年決定は、その後の下級審の実態に鑑み軌道修正を余儀なくされたと考えられる。本研究では、判例の経時変化について検討し、平成 20 年決定と、同 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ことを指摘した。

第 3 章では、ドイツとオーストリアの議論を検討した。日本の議論でいう外部的解決は、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。自招防衛は主観面と客観面の双方から分析され、主観面としては意図的挑発、故意的挑発、および過失的挑発が問題となり、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た。また、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、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実益がない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。

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。

以上