

学位請求論文（要約）

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——

山田雄大

序論

第第部章正当防衛の判例の緊急状況その1——侵害の急迫性——

第1節 序

第2節 急迫性が否定された判例の類型

第3節 「急迫の侵害」が肯定された判例

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

第5節 判例の傾向のまとめ

第6節 事例③⑦最判平成9年以前の学説

第7節 事例③⑦最判平成9年以後の学説

第8節 これまでの議論の問題点

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

第2節 各領邦における立法——同時性から先行性へ——

第3節 本章のまとめ

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

第2節 オーストリアにおける議論

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

第2節 各判断事情の検討

第3節 侵害の始期と継続性

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2——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
- 第3節 現行刑法制定後の判例
- 第4節 現行刑法典制定後の学説
- 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19世紀ドイツの議論
  - 第2節 ライヒ刑法典制定後のドイツにおける議論
  - 第3節 19世紀オーストリアの議論
  - 第4節 20世紀以降のオーストリアにおける議論
  - 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
  - 第2節 実害性の判断要素
  - 第3節 条文上の処理・他の緊急行為の成否
  - 第4節 第2部のまとめ
- 第3部 盗犯等防止法1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」
    - 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
    - 第3節 刑法改正起草委員会における条文の起草作業
    - 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
    - 第2節 判例
    - 第3節 小括
  - 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 1ないし3号所定の状況
    - 第3節 第3部のまとめ

## 序論

序論では、問題意識と検討内容の提示を行った。

正当防衛における緊急状況については、〈いかなる場合に公的機関の保護を求めるべきで、逆に、いかなる場合に私人の即座の反撃が許容されるのか〉という問題と、〈いつから正当防衛として反撃ができるか〉という問題があるが、従来の議論ではこれらの2つの問題の関係が明確に意識されてこなかったこともあり、それぞれの判断基準が明確でなく、理論的根拠も示されていないという問題があった。そのため、個別の事件において判断の公平性に疑義が生じるおそれがあった。また、正当防衛が私人の権利を保護する実力行使であるという性質からして、いかなる場合に緊急状況を認めるかの判断を誤ると、一方で暴力主義的風潮が蔓延するおそれがあり、他方で私人の行動の自由が不当に害されるおそれもあるという状況にあった。本論文では、従来の議論において以上の問題が意識されてこなかったことを問題視し、〈いかなる場合に公的機関の保護を求めるべきで、逆に、いかなる場合に私人の即座の反撃が許容されるのか〉という問題と、〈いつから正当防衛として反撃ができるか〉という問題について、判断枠組みの明確化及び判断基準・要素の提示を行う必要があるとした。

加えて、刑法とは異なった規定ぶりで盗犯等防止法（盗犯等ノ防止及處分ニ關スル法律）に定められている正当防衛の特則について、緊急状況の判断を刑法 36 条と同様に行ってよいのかも、これまで立ち入って議論されてこなかった。しかし、盗犯等防止法において想定される主たる反撃対象である侵入盗の件数などからすれば、特則における緊急状況を検討する必要性は小さくないといえる。そのため、盗犯等防止法上の特則における緊急状況についても判断枠組みの明確化及び判断基準・要素の提示を行うこととした。

## 第1部

第1部では、〈いつから正当防衛として反撃ができるか〉という問題について検討した。条文上は侵害の「急迫性」の要件において議論されてきた問題であり、本論文では日本の判例・学説を再確認しつつ、ドイツ・オーストリアにおける議論を比較することで、判断枠組みの明確化及び判断基準・要素の提示を行った。

日本の判例上、生命・身体への攻撃については、攻撃意思の存否・程度と攻撃の可能性とが判断要素となっていることが確認された。また、判例を概観する限り、侵害の始期において時間的切迫性が厳格に要求されているとする理解は必ずしも正確ではないことも確

認された。他方、時間的切迫性を厳格に要求する根拠として学説が挙げているものも十分ではなく、単なる将来の攻撃のおそれと急迫の侵害とを区別する視点を示す必要があった。

このような問題点を解決するために、本論文では歴史的沿革とドイツ・オーストリアの議論を参照した。正当防衛の時間的範囲に関する沿革に関する議論からは、正当防衛と復讐の未分化の時代から、事前的防衛制度へと推移していったことが確認できた。正当防衛が事前的防衛制度であるという理解は現在のわが国においても共有されており、この理解に基づいて単なる将来のおそれと現在の攻撃の区別するための判断基準として、攻撃発生の可能性が不発生の可能性より大きいことを挙げた。加えて、事前的防衛制度という見方に基づくと、反撃が侵害の危険に対するものであるというだけでなく、侵害そのものに事前に対応したものと見えなければならぬと考えられることから、反撃が侵害そのものに対処したといえるために、攻撃者側の攻撃意思が反撃時点と攻撃発生が予想される時点とで連続していること（途中で攻撃意思が消失しないこと）が求められるとした。その上で、以上の判断基準にかかわる判断要素を日本の判例・学説やドイツ・オーストリアの議論から抽出し示した。特に時間的切迫性は、判断基準ではなく攻撃意思の連続を判断するための判断要素であるとした。

## 第2部

第2部では、〈いかなる場合に公的機関の保護を求めるべきで、逆に、いかなる場合に私人の即座の反撃が許容されるのか〉という問題について検討した。

まず、わが国の判例・学説における生命・身体以外（公共的法益、自由、財産、名誉等）への攻撃に関する議論を分析した。生命・身体以外の攻撃については、条文上「急迫不正の侵害」の要件で扱われているものと、「権利」の要件で扱われているものがあるが、いずれについても確認を行い。一定の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て、「急迫不正の侵害」が否定されているとした。ただし、正当防衛の成否の判断においては、公的な手段によって救済可能であったかどうかを重視されており、それ以外の事情への指摘は少なかった。

他方、ドイツ及びオーストリアの議論からは、正当防衛の権利性、すなわち事態を事後的に解決するデメリットと実力行使の弊害、すなわち事態を事前的に解決するデメリットとが、防衛可能な法益の範囲や反撃しうる「攻撃」の範囲に影響を与えており、事態を事後的に解決するデメリットが重視されれば、防衛対象となる法益や攻撃の範囲が広がり、

反対に、事前的に解決するデメリットが重視されれば、その範囲が狭まる傾向にあることが確認された。

その上で、従来の議論は、葛藤状況を解決する担い手が公的機関か、それとも私人であるかに着目していたが、侵害を事前的に防止する場合には、公的救済による解決と私人自身による解決との間に優劣関係は生じるべきではないから、このような見方は不十分だとした。そして、解決する担い手ではなく、解決方法に着目して考えるべきであり、事態に対する事前的な対応のデメリットと事後的な対応のデメリットを衡量して、当該事態に対して公的機関を通じた事後的な解決が求められるべきか、それとも事前的な反撃が許容されるかを判断する必要があるとした。本論文はこのような見方から、日本の判例において指摘されている事情をもとにして、事後的な対応のデメリットが事前的な対応のデメリットを上回り事前的な反撃が許容される場合を、事態に〈実害性〉がある場合と呼び、このような場合であることを示す判断要素を日本の判例・学説やドイツ・オーストリアの議論から抽出することを試みた。その結果として、(ア) 個人的利益への害が重大であること、(イ) 問題となっている権利が人格発展において重要であること、(ウ) 害の拡大可能性が大きいこと、(エ) 攻撃客体・被侵害者への作用の強さ・直接性が大きいことが判断要素となることを確認し、日本の判例に挙げられた事案をベースに、公共的法益への攻撃、不動産への攻撃、労働法上の権利への攻撃などについて、これらの要素が具体的事例においてどのように判断されるかを明確にした。

### 第3部

第3部では、盗犯等防止法1条1項の正当防衛の特則における①「現在の危険」要件及び、②1～3号所定の状況について、本法の起草過程を追った。そして、第3章では、本法制定後の判例・学説の議論を分析した上で、検討を加えた。

①については、本法起草時には、「現在の危険」要件は「急迫の侵害」よりも広く認められるものとされていたが、制定後の学説は、「現在の危険」要件は「急迫の侵害」と同様の範囲で肯定されるべきものとしていた。ただし、制定後の学説も、起草時に「現在の危険」要件が肯定される事例として挙げられていた〈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事例〉や〈暴漢がまだ凶器を使用しようとしていないが、所持して室内に故なく侵入してくる事例〉について、「現在の危険」要件を肯定していた。本論文では、上記事例において、その場で即座に生命等に攻撃する意思を有し

ていないため、生命・身体への「急迫の侵害」が必ず肯定されるとは限らないと考えた。したがって、この要件は「急迫の侵害」要件より広いものと解するほかなく、その根拠づけとしては、「現在の危険」の対象法益が、生命・身体・貞操という非常に重要な法益に限定されており、反撃の機会を逸してこれらの法益を失わせないために、反撃に対する再反撃がなされる前に、再反撃の危険に対して反撃を許容するものとしたことを挙げた。

また、②については、1号における「盗犯ヲ防止シ又ハ盗賊ヲ取還セントスルトキ」の「盗犯」には、予備行為は含まれないと学説では説明されており、「盗犯」という文言からは犯罪の成立、少なくとも未遂の成立が要求されるとした。そして、「現在の危険」要件が「急迫の侵害」要件より拡張されることに伴う実力行使の弊害に対処するため、少なくとも着手行為を要求されていると解した。

次に、2号及び3号については、(ア)住居権者と生命・身体等へ攻撃を加えられている者が同一でない場合の処理、(イ)現在の危険が消滅した後の2・3号該当性、(ウ)屋外へ排除する作用を持たないが、暴行を止めさせる作用を持つ反撃の処理、について問題があった。(ア)については、本法における特則は住居の外部者からの攻撃を対象としており、住居の内部者の攻撃は特則の範囲外であり、住居に関する利益への攻撃について、被攻撃者の排他性がもとめられること、(イ)については、現在の危険が終了した後においては、住居内部での生活を害する攻撃が終了したのであるから、2・3号該当性を認めるためには、新たに住居内部での生活を害する事態（不法な侵入、不法な滞留）が必要であり、そのような事態がない場合には、反撃が屋内外のいずれで行われても、2・3号該当性は否定されること、(ウ)については、盗犯等防止法が説教強盗事件の多発を契機として制定されたことからすれば、本法における特則は住居内部での生活を保護するためのものであり、住居内において加えられた攻撃を止める作用を持つ反撃には住居内部での生活を保護する性質があるといえるため、屋外へ排除する作用を持たないが、暴行などの攻撃を止める作用を持つ反撃も「防止セントスル」、「排斥セントスル」にあたりと解すべきことを指摘した。