

令和 2 年 4 月 2 0 日現在

機関番号：11301

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2017～2019

課題番号：17K13631

研究課題名（和文）自招防衛論の再検討 要件・制限内容の具体化を目指して

研究課題名（英文）Rethinking the theory of self-defense against provoked assault

研究代表者

坂下 陽輔（Sakashita, Yosuke）

東北大学・法学研究科・准教授

研究者番号：10735400

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 4,600,000 円

研究成果の概要（和文）：本研究は、わが国で近時議論が生じている、自招侵害における正当防衛の制限について検討したものである。

一方で、ドイツ法を参照し、被侵害者が事前に侵害を誘発する先行行為を行っている場合には、衝突状況を解消するために、被侵害者は退避及び軽微な侵害の甘受すべきであるとの帰結を導いた。他方で、アメリカ法を参照し、事前に違法な先行行為がなくとも、事前に侵害を十分に予期しており、かつ自らの対抗行為が生命侵害を伴うなどの重大なものになることをも予期している場合には、被侵害者に事前の侵害回避が要請され、その侵害回避を行わずに、予定された対抗行為を実現した場合も、正当防衛としては認められない、との帰結を導いた。

研究成果の学術的意義や社会的意義

広義の自招侵害における正当防衛制限の要件及び効果の問題は、最決平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁及び最決平成29年4月26日刑集71巻4号275頁を契機に、わが国において近時、非常に重要性を有している。本研究においては、ドイツを主とする大陸法およびアメリカ法を参照することにより、わが国では必ずしも明らかとされてこなかった、広義の自招侵害の類型化（自招侵害類型と侵害予期類型への類型化）、正当防衛制限の要件及び効果を明らかにされた。これらの成果により、広義の自招侵害類型の処理について、裁判実務に、より具体的な指針を提供することが可能となると考えられる。

研究成果の概要（英文）：This study examines the restriction of self-defense against provoked assault, which has recently been discussed in Japan.

On the one hand, referring to German law, this study led to the conclusion that where a assailed person previously committed a prior act that induced the assault of aggressor, he or she should retreat and be subjected to minor infringement in order to resolve the situation of collision. On the other hand, referring to US law, this study led to the conclusion that, even if there was no illegal prior act, a assailed person should avoid the assault of aggressor in advance when he or she fully anticipated the assault in advance and anticipated that his or her countervailing act would be deadly force, and therefore if he or she realizes the intended countervailing act without avoiding the assault, the act should not be recognized as self-defense.

研究分野：刑事法

キーワード：正当防衛 侵害回避義務 退避義務 自招侵害

様式 C - 19、F - 19 - 1、Z - 19（共通）

1．研究開始当初の背景

（１）正当防衛は、条文上明示されていないものの、挑発行為等の自らの行為によって招致した侵害に対する防衛行為については、正当防衛の成立が否定あるいは制限されるとの理解が定着している。しかし、いかなる場合に、いかなる形で否定・制限されるのかについては、議論の一致がなく、昏迷状態と言わざるを得なかった。そのような中、最決平成 20 年 5 月 20 日刑集 62 巻 6 号 1786 頁の登場により、実践的にも自招侵害における正当防衛制限の要件・効果の具体化が強く要請されるようになっていた。さらに、研究開始後に、最決平成 29 年 4 月 26 日刑集 71 巻 4 号 275 頁も登場し、その要請はより強まっていた。

（２）特に重要となっていたのは、従来のわが国の議論においては、自招侵害における正当防衛制限の問題を一元的な枠組みで解決する傾向がみられたが、上記二つの最高裁判例からも窺えるように、自招侵害とされる問題状況は多様であり、正当防衛を制限する観点にも複数の問題があり得るのではないかと、という問題意識であった。

2．研究の目的

（１）それゆえ、本研究の目的は、広く自招侵害と呼ばれている状況の中で、いかなる場合に、いかなる形で正当防衛の成立が否定あるいは制限されるのか、すなわち自招侵害における正当防衛制限の要件及び効果を具体化し、ひいては裁判実務への指針を示すことを目的とした。

（２）その際には、正当防衛を制限する観点は一元的に把握される必要はない（むしろ把握されるべきではない）という問題意識の下、自招侵害と呼ばれる問題状況を類型化し、それぞれの類型において正当防衛制限を正当化する理論的根拠を明らかにし、それに基づいて制限の要件及び効果を導くことを目的とした。

3．研究の方法

以上のような、研究開始当初の背景及び研究の目的から、本研究では、自招侵害状況における正当防衛制限を正当化するための多様な観点を検討する必要があった。従来のわが国の研究に、自招侵害における正当防衛制限の問題を一元的な枠組みで解決する傾向がみられたのは、大陸法あるいはアメリカ法のいずれかのみを取り扱うものが多数であったためであると思われる。そのため、本研究では、まずわが国の議論状況の整理と行った後に、ドイツを主とする大陸法及びアメリカ法との比較法研究を行った。そして、その比較法的研究から得られた示唆に基づいて、わが国における解釈論を発展させることとした。

4．研究成果

（１）一方で、ドイツ法を参照点とすることで、被侵害者が事前に侵害を誘発する先行行為を行っている場合には、一定の負担を負いつつ衝突状況を解消することが被侵害者に要求され得るという観点を見出し、その類型を狭義の自招侵害類型とし、（原則として違法な）先行行為とそれと法的因果関係のある侵害の存在を要件に、被侵害者は退避及び軽微な侵害を甘受すべきという法的効果が生じ、その負担を負わずに行った対抗行為は正当防衛と認められないとの帰結を導いた。この場合には、（後述の侵害予期類型とは異なり）事前に侵害を必ずしも予期しておらずとも、みずからの先行行為に基づいて侵害者の侵害が誘発されているということから、正当防衛の制限が正当化されるのである。

（２）他方で、アメリカ法を参照点とすることで、必ずしも事前に違法な先行行為がなくとも、事前に侵害を十分に予期しており、かつそれに対する自らの対抗行為が生命侵害を伴うなどの重大なものになることをも予期している場合には、例外的に事前の侵害回避が要請され、その侵害回避を行うことなく侵害現場に赴くあるいは留まり、予定された対抗行為を実現した場合も、正当防衛としては認められない、との帰結を導いた（侵害予期類型）。これは、たしかに（前述の狭義の自招侵害類型と異なり）侵害を誘発する先行行為は見られないものの、広義の自招侵害類型ではない通常の正当防衛状況において、自らの対抗行為が致命的なものになる場合には、（たとえ被侵害者に何らの落ち度がないとしても）例外的に被侵害者には退避が要請され得るのであるとすれば、その前倒しとして、事前の侵害回避も要請されうる、という理解に基づく。通常の正当防衛状況における退避要請については、ドイツ法及びそれを参照するわが国の従来の議論において懐疑的な見方が強かったが、たとえ正当防衛を権利行為と捉え、侵害を排除するために必要最小限度の行為が許されることが原則であると理解を前提としても、被侵害法益と対抗行為により侵害者に生じるであろう不利益との間に著しい不均衡がある場合には正当防衛の成立が制限されるという一般的な議論に鑑みれば、その延長線上に、被侵害者への退避要請を位置付けることが可能であり、そしてそうであるとすればさらにその前倒しとして、被侵害者への侵害回避要請を位置付けることも可能である、との帰結に至った。

（３）そして、これらは、事前の先行行為により自ら侵害状況を作出したという観点と、侵害状況及び致命的対抗行為となることを十分に予期していたという観点という、別個独立の相互に両立可能な観点であることは明らかであり、いずれかの要件を充足する場合には、正当防衛

が制限・否定されることになる、との帰結を導いた。

(4) 本研究は、従来のわが国の議論において、自招侵害における正当防衛制限の問題を一元的な枠組みで解決する傾向がみられたことに一石を投じ、ドイツ法及びアメリカ法を参照することで、少なくとも狭義の自招侵害類型と侵害予期類型という、二つの別個独立の正当防衛制限法理が存在することを明らかにし、それに基づく正当防衛制限の要件・効果を可能な限り具体化したものである。これらの成果は論文および学会における報告により、広く公表された。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計7件（うち査読付論文 0件／うち国際共著 0件／うちオープンアクセス 0件）

| | |
|---|-----------------------|
| 1. 著者名 坂下陽輔 | 4. 巻 82巻3号 |
| 2. 論文標題 防衛行為の相当性及び退避義務・侵害回避義務に関する考察（一） | 5. 発行年 2018年 |
| 3. 雑誌名 法学 | 6. 最初と最後の頁 217-254 |
| 掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし | 査読の有無 無 |
| オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難 | 国際共著 - |

| | |
|---|-----------------------|
| 1. 著者名 坂下陽輔 | 4. 巻 82巻5号 |
| 2. 論文標題 防衛行為の相当性及び退避義務・侵害回避義務に関する考察（二） | 5. 発行年 2018年 |
| 3. 雑誌名 法学 | 6. 最初と最後の頁 501-537 |
| 掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし | 査読の有無 無 |
| オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難 | 国際共著 - |

| | |
|--|-----------------------|
| 1. 著者名 坂下陽輔 | 4. 巻 2362号 |
| 2. 論文標題 侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合における刑法三六条の急迫性の判断方法 | 5. 発行年 2018年 |
| 3. 雑誌名 判例時報 | 6. 最初と最後の頁 169-175 |
| 掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし | 査読の有無 無 |
| オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難 | 国際共著 - |

| | |
|---|-----------------------|
| 1. 著者名 坂下陽輔 | 4. 巻 56号 |
| 2. 論文標題 被告人が、自転車に跨って前方に立ち塞がった相手方をどかせるために自転車前輪を蹴ったことを契機として、相手方が被告人に対して暴行に及んだことから、相手方を殴打し傷害を負わせた行為について、けんか闘争、自招侵害等の観点から検討した上で、正当防衛の成立を認めて無罪とした事例 | 5. 発行年 2018年 |
| 3. 雑誌名 刑事法ジャーナル | 6. 最初と最後の頁 102-108 |
| 掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし | 査読の有無 無 |
| オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難 | 国際共著 - |

| | |
|--|------------------|
| 1．著者名 坂下陽輔 | 4．巻 58巻2号 |
| 2．論文標題 正当防衛論の再検討 | 5．発行年 2019年 |
| 3．雑誌名 刑法雑誌 | 6．最初と最後の頁 印刷中 |
| 掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし | 査読の有無 無 |
| オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難 | 国際共著 - |

| | |
|--|-------------------|
| 1．著者名 坂下陽輔 | 4．巻 83巻2号 |
| 2．論文標題 防衛行為の相当性及び退避義務・侵害回避義務に関する考察（三） | 5．発行年 2019年 |
| 3．雑誌名 法学 | 6．最初と最後の頁 1-42 |
| 掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし | 査読の有無 無 |
| オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難 | 国際共著 - |

| | |
|--|--------------------|
| 1．著者名 坂下陽輔 | 4．巻 62号 |
| 2．論文標題 広義の自招侵害に関する考察：自招侵害への対抗行為を中心に | 5．発行年 2019年 |
| 3．雑誌名 刑事法ジャーナル | 6．最初と最後の頁 10-22 |
| 掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし | 査読の有無 無 |
| オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難 | 国際共著 - |

〔学会発表〕 計4件（うち招待講演 0件／うち国際学会 0件）

| |
|---|
| 1．発表者名 坂下陽輔 |
| 2．発表標題 事前の公的救助要請可能性が正当防衛・過剰防衛の成否に与える影響について |
| 3．学会等名 日本刑法学会関西部会 |
| 4．発表年 2018年～2019年 |

| |
|-----------------------|
| 1．発表者名 坂下陽輔 |
| 2．発表標題 自招侵害に関する一考察 |
| 3．学会等名 日本刑法学会仙台部会 |
| 4．発表年 2018年～2019年 |

| |
|----------------------|
| 1．発表者名 坂下陽輔 |
| 2．発表標題 正当防衛論の再検討 |
| 3．学会等名 日本刑法学会 |
| 4．発表年 2018年～2019年 |

| |
|--|
| 1．発表者名 坂下陽輔 |
| 2．発表標題 広義の自招侵害に関する考察：自招侵害への対抗行為を中心に |
| 3．学会等名 日本刑法学会（ワークショップ） |
| 4．発表年 2019年～2020年 |

〔図書〕 計1件

| | |
|---------------------------------|----------------|
| 1．著者名 佐伯 仁志、高橋 則夫、只木 誠、松宮 孝明 | 4．発行年 2019年 |
| 2．出版社 成文堂 | 5．総ページ数 312 |
| 3．書名 刑事法の理論と実務 | |

〔産業財産権〕

〔その他〕

6 . 研究組織

| | 氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号) | 所属研究機関・部局・職 (機関番号) | 備考 |
|--|---------------------------|-----------------------|----|
|--|---------------------------|-----------------------|----|