

令和 6 年 6 月 18 日現在

機関番号：14501
研究種目：基盤研究(C)（一般）
研究期間：2019～2023
課題番号：19K01344
研究課題名（和文）「社会内での実力行使の限界」に関する予備的考察

研究課題名（英文）Objective criteria for resorting to force

研究代表者

嶋矢 貴之（SHIMAYA, Takayuki）

神戸大学・法学研究科・教授

研究者番号：80359869

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 2,400,000円

研究成果の概要（和文）：実力行使の典型例である正当防衛については、平成29年判例以降の裁判例を包括的に調査・研究することで、その傾向性、考慮要素、その重みづけなどについて8回の雑誌連載論文を通じて明らかにできた。そのほか、一定の侵害的行為の社会内での許容範囲を探るという観点から、性犯罪、暴行、死体損壊等罪に関して、その処罰規定や解釈をめぐる歴史的経緯や最新の問題への知見を提示した。

研究成果の学術的意義や社会的意義

正当防衛に関する成果は、変動期にある正当防衛判断について、裁判例の客観的な分析を法理横断的に包括的に行うことによって、今後の研究の実務理解の1つのベースとなりうるとともに、実際の実務的判断の際の参考資料となりうると思われる。性犯罪や死体損壊等罪に関する歴史的経緯に関する研究は、今後の研究の共通財産となりうると思われる。性犯罪については、それらを踏まえて法改正作業に参加し、改正がなされた。全体として、今後に向けて、それらの各成果を横断し、社会内で許容される行為の限界を検討する際の考慮要素としての共通性、重みづけを引き続き考察するための予備的研究としての意義もあると思われる。

研究成果の概要（英文）：With regard to self-defense, a typical example of the use of force, I believe that I have been able to clarify its tendency, factors to be considered, and their weighting through eight serial articles in a magazine by comprehensively investigating and studying court cases since 2017. In addition, from the perspective of exploring the range of tolerance within society for certain invasive acts, I have been able to present insights into the historical background and latest issues surrounding the punishment provisions and interpretations for crimes such as sexual crimes, assault, and abandonment of a corpse.

研究分野：刑法

キーワード：正当防衛

1. 研究開始当初の背景

正当防衛を始め、違法性阻却については、理論的研究・判例評釈を含め多数の研究が行われている。しかしながら、研究の基軸に据える正当防衛については、判例理論による統制の度合いが非常に大きいという特徴がある。具体的には、昭和52年に積極的加害意思論（最決昭52・7・21）による制限を導入し、さらに裁判員裁判に備え、平成20年代から自招侵害（最決平20・5・20）、量的過剰（最決平20・6・25等）について判断を行い、さらに最近も積極的加害意思論を包摂するより包括的かつ多元的な急迫性制限法理に基づく判断を示している（最決平29・4・26）。そのような経過を経た「現在の」裁判例の判断の実態を明らかにすることは今後の研究のための基礎として必要に迫られている状況にある。

また、そのように積極的な正当化規定がある場合のほか、社会の習俗・慣習・価値観等を含めた多様な事情が処罰判断に影響する場合がある。特に、社会の法化やネットワーク化に伴い、社会内での許容性を判断する基礎となるそれらの考慮も大幅に変動しつつある。そのような中、我が国の処罰規定の立法、解釈の歴史的展開を探り、現在の問題状況を再定位することは、必要な作業であると考えられる。

以上のような状況において、社会内での実力行使について、その許容性の限界、考慮要素、それらの重みづけを探ることは、刑法学において重要な試みであると考えられる。

2. 研究の目的

本研究の最終目的は、「社会内で実力行使が許されるのはどのような場合か、どの程度まで許されるか」という点を明らかにするため、各論的な予備的考察を積み上げ、比較照応する点にある。

本来、法治国家においては、私人の実力行使は極力制限され、国家が「実力行使」を独占することが原則となっており、そのことはわが国においても同様に妥当している（＝自力救済禁止の原則）。しかし、その例外として刑法においては35条（法令正当行為）、36条（正当防衛）、37条（緊急避難）の違法性阻却を定め、実力行使を許容している。日本社会及び日本の法制度の下、刑事的規制に服することなく（＝処罰されることなく）、社会内で実力行使が許されるのはどのような場合か、どの程度まで許されるかについて、明らかにしようとするものである。本研究課題においては、その最終目標に向けた予備的考察として、実力行使の典型例である正当防衛をメインテーマとして据えつつ、その他の違法性阻却にまたがる共通する一般ルールや考慮要素はないか析出を試みる。そのために、（ ）正当防衛を基軸に据えつつ、わが国での違法性阻却をめぐる立法・判例・解釈論の歴史的経緯を丹念に洗いなおし、議論の流れへの影響が大きかったファクターを特定すること、（ ）個別の犯罪における処罰のための考慮要素から、例外的に処罰排除される場合に考慮すべきファクターを仮設すること等である。

3. 研究の方法

1つは、対象となる犯罪や正当化の規定・理論につき、その沿革を探り、立法、判例、解釈論の展開を明らかにすることで、現在の議論を相対化しつつ、経路依存に過ぎず必然性の乏しい点、理論的必然性がある点を切り分け、改めて現在の議論を見直しつつ、今後に向けて新たな解釈論的提言を行うという方法である。性犯罪や死体損壊等罪に関しては、そのような研究を行った。その際には資料の収集と整理分析が必要となる。

もう1つは、裁判例を包括的に収集し、その整理と分析を通じて、その中で通定している判断とそうでない面を切り分けつつ、コア部分を示し、考慮すべき要素と、その重みづけを明らかにする研究手法である。正当防衛を基軸とし、性犯罪、財産犯、（戦前までの）死体損壊等罪においてそのような手法で研究を行った。裁判実務家との意見交換が特に必要となる。

4. 研究成果

(1) 正当防衛関連

法律雑誌「法学セミナー」において、裁判実務と対話する刑法理論として、「急迫性等の正当防衛前提状況について（その1）～（その8）」（後掲雑誌論文）の論文連載を行い、正当防衛に関する判例研究の成果を以下の通り明らかにした。

同連載では、平成29年最高裁判例以降の下級審裁判例を収集し、分析を行い、研究者・実務家との複数の研究会において報告を行いつつ、相互闘争状況における正当防衛の制限に関する実質的考慮とその方法に検討を加えた。

同連載の（その1）においては、正当防衛をめぐる判例法理の展開を整理し、特に近時の裁判員裁判の導入と実践をめぐる急激な動きを客観的に示しつつ、下級審裁判例では、用語や判断方法には混乱が見られることなどを指摘した。次に、（その1）（その2）においては、平成29年判例以降の裁判例の中で、従来あまり活用されてこなかった「不正」判断が相当数なされていることを明らかにし、伝統的な公務の適法性判断のほか、私人の業務や逮捕行為の正当性、被害者

の正当防衛該当性や社会的相当性に着目する特徴的な判示がなされていることを示した。現象面に着目すれば、侵害行為者とされる対抗行為の被害者の行為につき、法的正当化根拠にやや曖昧さのある私人の行為であっても、その経緯や動機に着目しながらその正当性を判断しているといえる。法理面に着目すれば、被害者の行為にそれ自体から完結して正当化を判断できる場合と、さらに先行する行為者自身の行為を遡及判断する必要がある場合があり、違法性阻却判断の性質の違いが見られた。(その3)(その4)においては、いわゆる自招侵害に関する平成20年判例に基づく裁判例の分析を行った。ここでは、平成29年判例以降も、独立の判断として機能していること、平成29年判例で挙げられた3つの考慮要素が要件的に運用されていること、そのうち特に均衡性の判断が重視されていることが明らかとなった。(その5)(その6)(その7)においては、平成29年判例およびその他の枠組みによる判断を行った裁判例を分析した。そこでは、まず侵害の予期について検討を加え、多くの裁判例で前提として判断されている一方、一部裁判例では、その判断を抜きに急迫性が否定されている場合があることや、その判断時期につき、多くは侵害が現在する前の段階のものを取り上げているが、一部裁判例では直近・現在時点の予期を取り上げている場合があることが明らかとなった。また、予期やそれに基づく回避可能性のみで急迫性を否定することは行われていないことも明らかとなった。次に、積極的加害意思判断について検討を加え、それに認め急迫性を認める判断が数としてかなり少なくなっている反面、それを否定した上で、急迫性を肯定する判断が比較的多くみられることや、積極的加害意思判断においては、もっぱら行為者の意思・動機に着目して判断される場合と、総合考慮的に各種事情を積み上げて判断される場合があることが明らかとなった。もっとも、平成29年判例の枠組みに基づく総合考慮的な判断に際して、加害への積極姿勢は相当に重視され、否定判断の最も強い決め手となっていることも1つの傾向として見受けられた。

全体として(その8)この15年ほどの間の枠組み変動により、用語や判断内容そのものにブレがある程度あるように思われた反面、対抗行為の行為者に正当防衛を認めるか否かの判断に際して、その動機や経緯を踏まえ、侵害行為者に対する正当性をどの程度認めることができるかが重視され、その際には、事前の加害意思や加害姿勢が強い場合には否定に強く傾く反面、そうでない場合には、より総合的に行為者と被害者を比較するという視点から運用されているように思われた。

(2) 性犯罪関連

性的行為に際し、一定の適切とはいえない難しい手段が用いられる場合には、それをどこまで重い性犯罪(不同意性交等、不同意わいせつ)として評価できるかという点も、許容される実力とそうでないものを区別するという観点からは重要となる。その点につき、有形力行使や加害告知の限界に関し、性犯罪について、過去に公表していた業績「旧刑法期における性犯罪規定の立法・判例・解釈論」「現行刑法下戦前期における性犯罪規定の立法・判例・解釈論」を、微修正の上、書籍に掲載した。そこでは、性行為をめぐる実力行使について、どこからが性犯罪となりうるかについて、明治期から昭和戦前期にかけての立法・判例・解釈論を検討し、強制わいせつ罪を重い罪と評価していく立法姿勢、被害者の抵抗は問題視しない学説の姿勢、暴行・脅迫にあたらぬ事案でも(旧)準強姦や準強制わいせつで処罰を新たに試みる判例の姿勢などを明らかにした。また、書籍化に対応して、以上の概要を示した解題を書下ろし(日本の沿革及びアジア法解題)した。

さらに性犯罪については、法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会において幹事に就任し、社会的に許容される性的行為とそうでない行為(さらにその周辺行為)を立法化する作業に参画した。参画した議論を経て、性犯罪における、暴行・脅迫要件の在り方や、準強制性交等罪の抗拒不能要件の在り方に関し、従来の規定ぶりを大きく変更する立法が2023年度になされた。

そして、その立法に関して検討を行う論文の執筆などを行い(後掲「不同意わいせつ・不同意性交等罪」)法益とされる性的自己決定を害し、性犯罪を成立させうる手段はどのようなものがあたるかについて検討を行い、近時の蓄積していた裁判例と列挙事由との相互対応関係、新たな立法での列挙事由の解釈の在り方が事由ごとに相当に異なりうることを示した。

(3) 暴行・脅迫関連

犯罪にあたる最下限を構成し、かつ手段としても規定されることが多い暴行・脅迫という刑法上の各犯罪の要件につき、その犯罪ごとの関係を検討するとともに、それぞれの意義、社会生活上の観点からの成立限界について検討し、後掲「暴行又は脅迫」の雑誌論文を執筆した。日常的に行われうる有形力の行使を「暴行」と評価するためには、「不法」との評価を基礎づける考慮事情を総合的に検討する必要があると考えられた。その際には、身体の安全や意思決定という、各犯罪の保護法益として従来想定されてきた利益に直接かかわる事情に限らず、侮蔑的作用の有無・程度や性的自己決定への作用の有無・程度なども勘案して許容される範囲を検討する必要があることを指摘した。

(4) その他(財産犯、死体損壊等)

以上のほか、財産犯に関し、「2項犯罪」「詐欺罪」「強盗罪」についてそれぞれ検討を行った。2項犯罪、詐欺罪については、事例演習の形式で連載執筆を行う過程で取り上げた。2項犯罪については、「財産上の利益」が財産犯となりうる場合を、その得た利益を事案に応じて確定した

上で、その程度を処罰価値の観点から確認する必要があることを確認した。強盗罪のほか、詐欺罪、恐喝罪にも妥当しうる議論であると思われる。また、欺罔による財産加害の処罰の限界について、近時の最高裁判例を踏まえつつ、どのような構成で、何を考慮して成否を検討すべきかという点の選択肢の比較対照を行った。判例・学説の一致を見ない問題であるが、処罰限界設定の着目点の相違について、指摘をできたものと考えている。それらは、さらに書籍（後掲『刑事事例の歩き方』）として加筆修正を行ったものを公表している。強盗罪については、裁判例を網羅的に検討し、後掲注釈書『注釈刑法 第4巻』（77頁以下）において、財産上の利益の限界、違法性阻却等の正当な実力行使の限界に関する検討を行った。

次に、社会習俗・風俗と処罰の基礎付けと、その処罰立法と解釈の歴史を探るという観点から、死体損壊等罪について研究を行った。具体的には、第99回日本刑法学会ワークショップ（2021年5月30日オンライン開催）において、死体の取扱いをめぐり、葬送という社会慣習と、それに対応した社会内での取り扱いの問題について、議論の歴史的経緯の検討を行い、法益や処罰限界の具体化に関するオンライン報告を行った。そこでの議論を踏まえつつ、後掲論文「死体損壊等罪の立法・判例・解釈論」を執筆し、日本の刑法において、同罪が処罰されるようになった経緯を明らかにすると同時に、最新の解釈問題について、後掲論文「死体遺棄罪」の執筆も行った。

以上に加え、学習用の共著の事例演習書（後掲「徹底チェック刑法」）において、共犯と正当防衛、性的自由に対する罪、強盗関連項目など、本研究課題に関連する項目の執筆を行い、上記の研究成果を学習用に還元することも行った。

（5）小括

本研究課題は予備的考察を目指したものであることから、以上の研究手法を各犯罪・規定・法理について満遍なくいきわたらせて、それを総合し、横断的な知見を得ることはさらに今後の課題である。現段階において、一貫して見受けられるのは、実際の裁判例では、行為の動機や目的というやや見えにくい部分について重視され、それが行為が許容されるか否かの限界を決するに際し、強い決め手となっている点である。処罰の客観化や、保護法益を狭く客観的に解する学説的理解からは批判がありうるところであるが、そのような思考方法を所与の前提と考えるのではなく、動機や目的を処罰判断の中に取り込みつつ、社会習俗や習慣、価値観の変化を選別しつつ、判断を安定させ、理論を深化・融合させることが、予備的考察の結果として得られた大きな方向性であるといえる。

以上

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計18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 嶋矢貴之	4. 巻 823
2. 論文標題 急迫性等の正当防衛前提状況について（その1）	5. 発行年 2023年
3. 雑誌名 法学セミナー	6. 最初と最後の頁 92-102
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 嶋矢貴之	4. 巻 824
2. 論文標題 急迫性等の正当防衛前提状況について（その2）	5. 発行年 2023年
3. 雑誌名 法学セミナー	6. 最初と最後の頁 97-103
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 嶋矢貴之	4. 巻 825
2. 論文標題 急迫性等の正当防衛前提状況について（その3）	5. 発行年 2023年
3. 雑誌名 法学セミナー	6. 最初と最後の頁 90-99
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 嶋矢貴之	4. 巻 826
2. 論文標題 急迫性等の正当防衛前提状況について（その4）	5. 発行年 2023年
3. 雑誌名 法学セミナー	6. 最初と最後の頁 98-104
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 嶋矢貴之	4. 巻 827
2. 論文標題 急迫性等の正当防衛前提状況について（その5）	5. 発行年 2023年
3. 雑誌名 法学セミナー	6. 最初と最後の頁 79-87
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 嶋矢貴之	4. 巻 828
2. 論文標題 急迫性等の正当防衛前提状況について（その6）	5. 発行年 2024年
3. 雑誌名 法学セミナー	6. 最初と最後の頁 104-110
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 嶋矢貴之	4. 巻 830
2. 論文標題 急迫性等の正当防衛前提状況について（その7）	5. 発行年 2024年
3. 雑誌名 法学セミナー	6. 最初と最後の頁 87-101
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 嶋矢貴之	4. 巻 831
2. 論文標題 急迫性等の正当防衛前提状況について（その8）	5. 発行年 2024年
3. 雑誌名 法学セミナー	6. 最初と最後の頁 119-127
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 嶋矢貴之	4. 巻 78
2. 論文標題 不同意わいせつ・不同意性交等罪	5. 発行年 2023年
3. 雑誌名 刑事法ジャーナル	6. 最初と最後の頁 21-32
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 嶋矢貴之	4. 巻 なし
2. 論文標題 死体損壊等罪の立法・判例・解釈論	5. 発行年 2023年
3. 雑誌名 山口厚先生古稀祝賀論文集	6. 最初と最後の頁 513-531
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 嶋矢貴之	4. 巻 514
2. 論文標題 死体遺棄罪	5. 発行年 2023年
3. 雑誌名 法学教室	6. 最初と最後の頁 36-40
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 嶋矢貴之	4. 巻 489
2. 論文標題 暴行又は脅迫	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 法学教室	6. 最初と最後の頁 20-25
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 嶋矢貴之（仲道祐樹・深町晋也と分担共著）	4. 巻 書籍内
2. 論文標題 日本の沿革及びアジア法解題（「日本法旧規定」745-752担当）	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 樋口亮介＝深町晋也編著「性犯罪規定の比較法研究」	6. 最初と最後の頁 745-767
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 嶋矢貴之	4. 巻 書籍内
2. 論文標題 日本法 旧刑法期における性犯罪規定の立法・判例・解釈論（旧論文を微修正の上再掲）	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 樋口亮介＝深町晋也編著「性犯罪規定の比較法研究」	6. 最初と最後の頁 768-801
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 嶋矢貴之	4. 巻 書籍内
2. 論文標題 日本法 現行刑法下戦前期における性犯罪規定の立法・判例・解釈論（旧論文を微修正の上再掲）	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 樋口亮介＝深町晋也編著「性犯罪規定の比較法研究」	6. 最初と最後の頁 802-825
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 嶋矢貴之	4. 巻 479号
2. 論文標題 2項犯罪	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 法学教室	6. 最初と最後の頁 103-110
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 嶋矢貴之	4. 巻 475号
2. 論文標題 共謀の射程と財産犯序(上)	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 法学教室	6. 最初と最後の頁 93 - 101
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3件(うち招待講演 0件/うち国際学会 0件)

1. 発表者名 嶋矢貴之
2. 発表標題 平成29年判例以降の「急迫性等の正当防衛前提状況」に関する裁判例の研究
3. 学会等名 神戸大学判例刑事法研究会
4. 発表年 2023年

1. 発表者名 嶋矢貴之
2. 発表標題 死体遺棄罪の系譜・保護法益理解の形成過程について—死体遺棄罪の立法・判例・解釈論の経緯
3. 学会等名 第99回日本刑法学会 ワークショップ3 死体遺棄罪 (オーガナイザー松尾誠紀)
4. 発表年 2021年

〔図書〕 計3件

1. 著者名 嶋矢 貴之、小池 信太郎、鎮目 征樹、佐藤 拓磨(共著)	4. 発行年 2023年
2. 出版社 有斐閣	5. 総ページ数 554
3. 書名 刑事事例の歩き方 法学教室ライブラリィ	

1. 著者名 嶋矢 貴之、小池 信太郎、品田 智史、遠藤 聡太（共著）	4. 発行年 2022年
2. 出版社 有斐閣	5. 総ページ数 310
3. 書名 徹底チェック刑法	

1. 著者名 西田 典之ほか編著（分担執筆）	4. 発行年 2021年
2. 出版社 有斐閣	5. 総ページ数 696
3. 書名 注釈刑法 第4巻 各論（3）235条～264条	

〔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
---------------------------	-----------------------	----

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8. 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関
---------	---------