

# 論文の要旨

氏名 明照 博章

論文題目 正当防衛権の構造

## 論文の要旨

### 目的

正当防衛とは、「急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為」とされ、上記の要件をみたせば、「罰しない」という効果が生じる(刑法 36 条 1 項)。この「罰しない」という文言は、正当防衛の違法性が阻却されることを意味すると解されている。なぜならば、「不正な侵害行為に対する反撃としての正当防衛は、『正は不正に屈するに及ばず（正は不正に譲歩する必要はない）』（Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen）という基本的思想によって、早くから違法性阻却事由とされてきた」からである。

そこで、本研究では、上記の「正は不正に屈するに及ばず（正は不正に譲歩する必要はない）」という命題の具体的内容とこの命題と正当防衛の成立要件との関係を究明することを目的とする。

### 特徴

本研究の特徴は、刑法解釈学においては極めてオーソドックスなスタイルを採用している。すなわち、日本の刑法学の理論的／思想的背景となっているドイツ刑法学と比較しつつ、日本の刑法学において参照可能な形でその成果を引き出すことにある。

### 構成

#### 序章

第 1 章 正当防衛権の根拠と「急迫の開始時期」および「対物防衛」における具体的適用

第 2 章 ドイツの正当防衛における「侵害の開始時期」

第 3 章 ドイツにおける「侵害の終了時期」

第 4 章 ドイツにおける対物防衛の取扱い

第 5 章 防衛意思のように関する議論の検討

第 6 章 防衛意思に関するシュペンデルの所説の検討

第 7 章 ドイツにおける「防衛意思」の内容

第 8 章 ドイツにおける「偶然防衛」の処理

### 概要

一 正当防衛権における「個人の自己保存」と「法の自己保存」との関係

正当防衛の正当化根拠に関して、本書では、「正当防衛権には、『自然権』としての側面と『緊急権』としての側面があり、その正当化もこれらの二つの面から考察しなければならない。そこで、自然権の側面においては、個人の自己保全の原理が正当化

の働きをし、緊急権の側面においては、法の自己保全の原理が正当化の働きをすることになり、両者が同時に作用する」という見解を前提とした上ですが、第1章では、「個人の自己保存」と「法の自己保存」(法の確証)との関係を明確にした上で、正当防衛権の根拠と正当防衛の要件である「侵害の急迫性」および「侵害の不正性」の関係について検討を加える。

## 二 正当防衛の客観的要件

### 1 侵害の急迫性

正当防衛が成立するためには、正当防衛状況が存在している必要がある。言い換えると、防衛者は、「急迫不正の侵害」(刑法 36 条 1 項)に対して、防衛行為を行わなければならない。

ここで、急迫とは、「侵害が過去または未来に属せず現在し、または侵害の危険が間近に緊迫しており、これを排除するために反撃的に防衛行為に出る外はない緊急状態にあること」をいい、「侵害(攻撃)の『急迫』性は、正当防衛が許されるのは何時から何時までか、という時間的問題を決定する」概念である。では、具体的に、侵害(攻撃)の急迫性は、何時の時点から始まり(侵害の開始時期)、何時の時点で終わる(侵害の終了時期)のだろうか。この点に関して、本書では、第2章において、「侵害の開始時期」について、第3章において、「侵害の終了時期」について、ドイツの判例および学説を中心に検討を加える。

### 2 侵害の不正性

次に、正当防衛状況が存在するためには、侵害が「不正」である必要がある。この「不正」の侵害が「違法な」侵害を意味することに争いはない。問題となるのは、違法の「内容」である。そして、この「不正」に関して、最も争われているのは、対物防衛の肯否である。それゆえ、本書では、第4章において、「対物防衛」について、ドイツの判例および学説を中心に検討を加える。

## 三 正当防衛の主観的要件

### 1 防衛意思

正当防衛は、急迫不正の侵害から自己または他人の権利を「防衛するため」になされた行為をいうが(刑法 36 条 1 項)、ここにいる「防衛するため」とは、客観的にみて防衛効果をもつものであれば足りるのか(防衛意思不要説)、それとも主観的に「防衛意思」をもって行われる必要があるのか(防衛意思必要説)が争われている。そして、この論点は、日本では、物的不法論(結果無価値論)と人的不法論(行為無価値論)の対立を反映するものとなっている。言い換えると、防衛意思の要否に関する対立は、「違法性を客観的に考えるか、主観的に考えるか、という考え方の違いの、いわば試金石である」として特徴づけられている。そこで、本書では、第5章において、日本における「防衛意思の要否およびその内容」について検討を加える。

これに対して、ドイツでは、防衛意思必要説が圧倒的な通説となっており、防衛意思不要説の「現在、唯一の著名な支持者」は、シュペンデルであるとされている。そこで、本書では、第6章において、「シュペンデルの所説」に対して批判的に検討を行い、第7章において、「防衛意思の内容」に関して、ドイツの判例および学説に検討を加える。

### 2 偶然防衛

偶然防衛とは、急迫不正の侵害が現実存在しているにもかかわらず、これを認識しないで侵害行為に出て、結果的に正当防衛と同じ事態を生じさせた場合をいうが、

この場合、行為者には如何なる法的効果が及ぶのか、が問題となる。すなわち、行為者の行為は正当防衛として正当化され、無罪となるのか、それとも、正当防衛は成立せず、処罰されるのか（無罪説）、処罰されるとした場合、行為者は既遂犯として処罰されるのか（既遂説）、それとも、単なる未遂犯として処罰されるのか（未遂説）が偶然防衛の処理の問題である。

この点に関して、ドイツの判例は、上記の学説に対応して、参考となる実例が存在しているため、何れの見解を採ったとしても事例を処理する上で不都合はないといえる。それゆえ、本書では、第8章において、何れの学説が理論的に最も妥当であるのかという観点から「偶然防衛の処理」に関して検討を加える。

## 成果

### 一 正当防衛権における「個人の自己保存」と「法の自己保存」との関係

「正当防衛権には、『自然権』としての側面と『緊急権』としての側面があり、その正当化もこれらの二つの面から考察しなければならない。そこで、自然権の側面においては、個人の自己保全の原理が正当化の働きをし、緊急権の側面においては、法の自己保全の原理が正当化の働きをすることになり、両者が同時に作用する」という見解の具体的内容を、ドイツの議論を踏まえて、明確にすることができ、それを前提として、「急迫の開始時期」（予備の最終段階説と同一の結論となった）および「対物防衛」（ドイツの議論とは異なり、正当防衛の成立を肯定する結論となった）の場面において具体的適用することができた。

### 二 正当防衛の客観的要件

#### 1 侵害の急迫性

ドイツの正当防衛における①「侵害の開始時期」および②「侵害の終了時期」について、検討を加えた結果、①については、予備の最終段階説（ドイツの判例）に与することになり、②については、こちらも、ドイツの判例に与することになった。

#### 2 侵害の不正性

対物防衛に関して検討を加えた結果、この点に関しては、ドイツの議論とは異なり、正当防衛を正面から肯定する見解に至った。

### 三 正当防衛の主観的要件

#### 1 防衛意思

まず、日本の議論を整理した上で、ドイツの議論を検討した。日本の議論を前提として、防衛意思必要説に与することになり、この妥当性に関して、ドイツの議論を参照する形で検証することができた。

#### 2 偶然防衛

対物防衛に関して検討した結果、ドイツの通説とは異なり、既遂説を採用することになった。

備考 要旨は、4,000字以内とする。