

論文の内容の要旨

論文題目 正当防衛の相当性要件に関する研究

氏 名 金 駿 昊

日本刑法第36条第1項は、正当防衛に関し、「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は、罰しない。」と規定しており、次いで同条第2項は、過剰防衛に関し、「防衛の程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる。」と規定している。これは、正当防衛を全面的に許容することでも、また全面的に禁止することでもないのであって、侵害者の保護法益と被侵害者の保護法益を調和させ折衷するための正当防衛の制限である。このような制限の様相は、防衛状況に関連しては自招侵害の類型と侵害予期の類型に、防衛行為に関連しては加害行為の類型と過剰防衛の類型に区分されている。防衛状況について意図的な加害行為から防衛行為を峻別し、さらに防衛行為の中でも過剰防衛と正当防衛を区別することは、刑法第36条を個別事例に適用するための当然の論理の流れである。

このように防衛行為の許否を判断しそれに次ぎ防衛手段の程度を判断する制限の順序において、「やむを得ずにした行為」は、原則として最後の段階で専ら過剰防衛類型を規律するための要件である。同要件が、自招侵害類型や侵害予期類型、そして加害行為類型についてまで規律を試みることは、第36条の沿革と構造、そして体系を蚕食する虞を免れない。そしてこのような同要件の地位は「やむを得ず」の内容を如何に解釈しようとも別段変わるところがないのが原則である。そもそも現行刑法の立法者が意図した「やむを得ず」の文意は必要性であった。一方、それ以前に旧刑法上で解釈されていた「やむを得ず」の文意は補充性であった。このように、従来「やむを得ず」の解釈は、防衛行為それ自体を許容すべきか否かという許否の判断をめぐって補充性と必要性という極端と極端を行き来していた。しかしその後、「やむを得ず」の内容にどの程度の防衛手段を許容すべきかという程度の判断が追加されてからは、解釈において変化の余地が生じ始めた。判例や学説はいわば相当性という観念をもって防衛手段に関する程度の判断を規律しているが、これもやはりその外延が曖昧な抽象概念であるため、解釈によっては要件の転用を

もたらしかねない。例えば、専ら攻撃の意思でした行為をもって相当な行為とは到底言えないし、また、自招した侵害に対する行為や予期した侵害に対する行為もやはり相当な行為には包摂され得ないため、この場合には相当性の要件が、加害行為類型にも、そして自招侵害類型や侵害予期類型にも当てはまる側面があり得る。そしてこれは即ち、「やむを得ずに」の要件が、正当防衛性に関する要件でなく防衛行為性に関する要件、ひいては防衛状況性に関する要件にまで転用され得ることを意味する。ただ、日本刑法における相当性の要件はそもそも「やむを得ずに」の解釈から出発した解釈論の観念であり、「やむを得ずに」の文言はかつて補充性と解釈されたほど制限的な概念であったため、実際にそういった転用が発生することはなかった。

しかしそれと異なり、相当性の要件が立法論として原点を設定する場合には、状況が全く変わってくる。韓国刑法第21条第1項は、正当防衛に関し「自己又は他人の法益に対する現在の不当な侵害を防衛するための行為は、相当な理由があるときは、罰しない。」と規定しており、同条第2項は、過剰防衛に関し「防衛行為がその程度を超過したときは、状況によって、その刑を減輕又は免除することができる。」と規定している。これは、初めから日本の改正刑法仮案を少なからず参考にして作成されたものであるため、そして元より改正刑法仮案は日本刑法を改正するために設けられたものであるため、仮案を媒介にして韓国刑法第21条は日本刑法第36条と綿密な関係を形成している。そして仮案の影響を受けて新設された相当性の要件は、その抽象性によって正当防衛性の枠を逃れ、防衛行為性さらには防衛状況性にまで広く転用されている。その結果、韓国においては防衛の意思と侵害の急迫性に関してさしたる理論が形成されておらず、これらの類型に関する規範的な制限は専ら「相当な理由」という抽象的な要件に任されている。しかも、正当防衛の「相当な理由」は正当行為の「社会常規」とも直接的に連係しているため、「相当な理由がある行為」に関する判断は、実質上「社会常規に違背しない行為」に関する判断に帰結しているのである。

このように、正当防衛の相当性要件は立法例によってその地位に格段の差異を示しているが、仮に同一の地位を前提としてもその要件の内容はさらに日韓の間で一定の格差を形成する。「やむを得ずに」及び「相当な理由」に代表される相当性の内容を各々比較するためには、その前提としてまず当該侵害に対する防衛行為が許容されるか否かを確定する必要がある。まず補充性から検討を始めると、日本と韓国のどちらにおいても古典的な意味における補充性の原則は明示的に否定されている。単に退避手段が存在し又は存在しないという理由だけで、直ちに正当防衛の成立が否定され又は肯定され得るという思考を、判例及び学説は明らかに退けている。しかし、従前より日本の判例は、相当性の判断において一つの資料としては退避手段の存否を反映してきたため、かかる考慮の様相を併せて補充性の変容という観念で包摂することも十分に可能であると考えられる。例えば、侵害手段と反撃手段が互いに危険の均衡を成し、あるいは既に危険の不均衡を成す状況で退避

手段が可能であったとすれば、この場合は危険不均衡が創出あるいは加重され、これは相当性の認定を没却する事由となり得る。ただ、韓国の判例はこれらの類型を区分することなく、実質的に退避手段が存在しさえすればほとんど正当防衛の成立を否定することによって、厳格さを一層増している。

さらに、退避手段が皆無であるとしても、それだけで常に被侵害者に反撃手段が許容されるわけではない。単純不作為による債権侵害、著しく軽微な程度の物権侵害、公的救済を予定する私権侵害および公共的法益に対する侵害などにおいては、ひとまずは即刻的な反撃を忌避した上で、事後救済によって法益を回復することが要請され、また実際にも上の各類型に対応する判例が存在していることを確認することができる。もちろん従前より学説は「正は不正に譲歩する必要がない」という命題を取り上げながら、退避手段が皆無である状況では防衛行為が必ず許容されるべきだと主張してきたが、そのような空虚な内容の命題に対し例外を認めることによって、上記の諸類型においては防衛行為の必要性を否定することが妥当であり、これは必要性の変容と観念し得る。

以上の判断を経て防衛行為に出ることが一応許容されるとすれば、その次に検討すべきは、その防衛手段の程度が相当であるかという判断である。相当性を判断する方法としては、防衛手段が必要最小でありながらも防衛結果が著しい法益不均衡でないことを要求する思考、又は、防衛手段が必要最小であり或は防衛結果が法益均衡でありさえすれば良いとする思考なども理論上は想定し得るが、かかる類型は判例には実在しない教壇例に過ぎないため、相当性の内容としては専ら必要最小性の判断のみが意義があると考えられる。必要最小の防衛手段から法益不均衡の防衛結果が発生したといういわゆる過失の過剰反撃については、日本及び韓国のどちらにおいても正当防衛の成立を妨げられないとするのが判例の立場である。したがって、必要最小性の判断方法をさらに「軽微危険手段の存否」及び「防衛目的実現の可否」という二つの審査に要約をした上で、必要最小性の判断資料としては危険衡量という手法を導入し、日韓各国の判例を比較すると、次のような典型的な分析が可能である。

第一類型として、人身の法益を守護するための非致命的反撃行為は、概ね危険の均衡を成すに余りあるので、これは必要最小手段として相当性が認められており、第二類型として、人身以外の法益を保護するための致命的反撃行為は、著しく危険の不均衡を形成するため、これは過剰超過手段として相当性が否定されている。これら二つの領域においては、日本であろうと韓国であろうと、危険の衡量結果によって相当性の認否にかかる結論を同じくしているが、特に韓国では上の必要最小手段について消極的防御行為という概念を導入し、これを正当防衛でなく正当行為として扱っているのが注目される。しかし、これらの領域から逃れて危険衡量の曖昧な中間領域に入ると、日本の判例は危険を極めて厳格に衡量することによって相当性を滅多に認めまいとする傾向を示し、さらにそれよりも厳格に、韓国の判例は結果の軽重までも考慮に入れることによって相当性を殆ど否定する。例

えば、日本の判例では、第三類型たる、人身の法益を防衛するための致命的反撃行為は、危険の均衡を成すときに限って必要最小手段として相当性が認められており、同様に第四類型たる、人身以外の法益を防衛するための非致命的反撃行為も、危険の均衡を成すときに限って必要最小手段として相当性が認められている。しかしこれに加えて日本の判例は、第一反撃の時点で危険の均衡が認められるとしても、その後相手方の攻撃力が少しでも減弱したような事情が存すれば、これを理由にして被侵害者の第二反撃が量的過剰を形成するとし、危険不均衡を認めることによって正当防衛の成立を制限する。これに対し韓国の判例は、上の第三及び第四の類型で危険の均衡が認められても重大な結果が発生した場合には、これを理由に相当性を否定することによって日本の判例よりも正当防衛の成立をなお制限しているのである。