

## 【別紙 2】

### 審査の結果の要旨

氏 名 金 駿 昊

本論文「正当防衛の相当性要件に関する研究」は、日本刑法 36 条 1 項における「やむを得ずにした行為」の意義を明らかにすることによって、正当防衛の成立要件を明確化しようとするものである。「やむを得ずにした行為」の意義について、通説的見解は、防衛行為が必要であり、かつ、防衛行為として相当な行為であることを要するとして、防衛行為の必要性と相当性を要求しているが、両者の関係は、必ずしも十分に明らかにされていない。本論文は、裁判例・学説を網羅的に分析することによって、両者の判断構造を検証しようとするものであり、比較分析の対象として、韓国刑法における正当防衛の解釈が詳細に検討されている。

本論文は、序章、第 1 章ないし第 3 章、および終章から構成されている。序章における問題提起を受けて、第 1 章「正当防衛論の日韓比較」においては、わが国の現行刑法の正当防衛規定の制定過程、さらに、その後の改正に向けた議論が明らかにされている（第 1 節）。そこでは、相当性要件を導入する方向が立法論として強く主張されたものの、「やむを得ずにした行為」の内容として必要性に加えて、相当性を読み込む理解が有力になるにつれ、このような立法論が影響力を失う過程が示されている。他方、1953 年に施行された韓国刑法の正当防衛規定（21 条）は、わが国の改正刑法仮案 18 条の規定を基本的に踏襲したものであるが、防衛行為に「相当の理由」を要求していることが特徴的である。さらに、同 20 条が「社会条規に違背しない行為」の正当化を規定しているところ、「消極的防衛行為」（防御防衛）の類型については、20 条による正当化が広く認められている（第 2 節）。

第 2 章「やむを得ずにした行為」においては、わが国の正当防衛規定において、正当防衛行為性を規律する要件である「やむを得ずにした行為」の意義について、多角的な検討が加えられる（第 1 節）。まず、正当防衛においては現場から退避することが可能であっても、退避行為までが義務づけられるわけではないが、現場から容易に退避できたという事実は、侵害行為の危険性を減殺する事情であり、防衛行為の相当性判断に事実上、影響をもちうる要素である（第 2 節）。また、防衛行為の必要性の要件は、相当性要件と区別して、独立の意義を有するべきであり、「補充性の解除ないし反撃開始の許容性」として理解される。すなわち、必要性要件が欠ける場合とは、債務不履行など権利回復の手続的保障が十分に認められるため、そもそも防衛行為に出ることが許容されない場合である（第 3 節）。これに対して、防衛行為の相当性要件においては、防衛行為者にとって他の有効な防衛手段を採ることが期待できなかったという意味における必要最小限度性が重要である。この必要最小限度性の判断は、現実の防衛手段以外にいかなる手段があり得たかという仮定的判断であるため、その認定においては、現実の侵害行為と防衛行為との危険性の衡量

が重要な判断資料とされることになる。必要最小性の判断においては、現実の防衛行為以外におよそ選択肢がなかった場合（絶対的必要最小手段）、他の手段によっても防衛できた可能性があったが、それが確実とはいいがたい場合（相対的必要手段性）、明らかに他の代替手段が存在した場合（過剰超過手段）の類型化が可能である。日本の判例においては、絶対的必要最小手段の場合には当然に正当防衛の成立が認められているが、相対的必要最小手段の類型においては、とりわけ致命的な防衛行為が選択された場合に必要最小性がきわめて厳格に判断され、効果が不確実な代替手段の利用が要求される結果、相当性が否定される傾向がある。しかし、これは正当防衛の過剰な制限であり、妥当ではない。また、相当性の判断においては法益均衡の観点には不要であるから、危険性の乏しい行為態様から偶発的に重大な結果が生じた場合は、行為態様が必要最小限のものであれば、正当防衛の成立を肯定すべきである（第4節）。

第3章「相当な理由がある行為」においては、韓国刑法21条の正当防衛解釈について、詳細な分析が加えられる。同条1項は「相当な理由」がある場合に限り正当防衛を肯定するが、これは社会的相当性や社会条規適合性によって判断されるのが一般的な理解である。同項の構造からは、「相当な理由」を欠く場合にも過剰防衛の成立は排除されないように思われるが、韓国の判例・通説は、「相当な理由」を欠く類型の中には、そもそも防衛行為と評価することができず、過剰防衛も成立しない類型が含まれることを認めている（第1節）。また、退避義務の観点については、日本の通説同様、防衛行為者は退避義務を負わないという理解が一般的であるが、判例においては厳格な退避義務を課し、防衛行為の「相当な理由」を否定するものも散見され、正当防衛の成立範囲が過度に限定されている（第2節）。防衛行為の必要性要件については必ずしも十分な議論がないが、判例においては、他の有効な救済方法が整備されていることを考慮して正当防衛の成立を排除したものが散見され、筆者の主張に沿うものとして、注目される（第3節）。また、必要最小手段性という判断基準についても、「相当な理由」の判断において、一定の考慮がなされているといえるが、その判断は日本の判例・学説に比べて、きわめて制限的である。すなわち、現実には他に有効な選択肢が期待できない場合であっても、侵害結果が重大であれば正当防衛の成立が否定される傾向がある。さらに、代替手段の存在が明白であり、重大な侵害結果が生じている場合には、そもそも防衛行為にも当たらないとして、過剰防衛の成立可能性までが排除されている。このように韓国の判例における正当防衛の適用は、日本の裁判実務と比較しても、きわめて限定的なものになっている（第4節）。

以上の検討を踏まえて、終章においては筆者の分析の帰結が示される。まず、正当防衛の判断においては、①行為者が正当防衛状況にあり、当該行為を防衛行為として評価することができるかという判断と、②防衛行為が正当防衛として正当化できるかという判断（過剰防衛との限界の判断）を明確に区別する必要がある。そして、日本刑法の「やむを得ずにした行為」、韓国刑法の「相当な理由」はともに後者に関する要件であるべきである。そして、この要件の判断においては、既に述べたように、防衛行為が行為者にとって選択可能な必要最小限の防衛手段といえるかという観点が重要である。したがって、防衛行為による侵害結果の重大性は、それ自体、正当防衛の判断に影響を及ぼさなければならず、これを過剰に重視する（とりわけ韓国の）判例の態度は厳しく批判されるべきである。

このように日韓の正当防衛の解釈は、規定内容それ自体には大きな相違がないものの、

正当防衛が認められる範囲は、韓国法の方がきわめて狭いものになっている。筆者はその点について、戦後、韓国刑法に「相当な理由」が明文で規定されたことによって、日本刑法が適用された戦前期の「やむを得ずにした」行為をめぐる解釈論との断絶が意識され、まったく別の観点からの自由な議論が可能になった背景があるという推測を示している。

本論文は、以下の3点において、高い評価に値する。

第一に、防衛行為の相当性の内容については、従来の判例・学説においても、十分に明確な判断基準が示されていなかったところ、本論文は、退避可能性、最小手段性、危険衡量、利益衡量などの具体的な観点を明示することによって、問題状況をきわめて明晰に分析している。これは、今後の議論に大きなインパクトをもたらさうのものであろう。

第二に、本論文においては、防衛行為の相当性をめぐる日韓の判例について、その具体的事実関係に即した詳細な分析が加えられている。筆者は、正当防衛に関するきわめて多数の判例について、その事実関係を丹念に分析することによって、正当防衛の判断で重要視されている事情を明確に抽出することに成功している。これは、きわめて堅実な判例分析の成果として、高く評価すべきであろう。

第三に、本論文では、韓国刑法の正当防衛をめぐる議論を詳細に分析し、具体的な成立要件に即して、日本の議論との対比がなされている点も高く評価すべきである。これは、韓国法の紹介として高い価値を有することはもちろんであるが、本論文では、同様の事実関係について、両国の判例で結論を異にする事例を詳細に分析することによって、日本刑法の議論の傾向を外在的観点から明らかにすることにも成功しており、これも本論文の重要な成果の一つというべきであろう。

もっとも、本論文にも不十分な点がないわけではない。

第一に、正当防衛をめぐる解釈論は、喧嘩闘争における正当防衛、自招侵害の成否、防衛の意思の要否など、多岐にわたって展開されているが、本論文の検討対象は防衛行為の相当性の要件に限定されている。このようにテーマを限定的に設定することは、論文の趣旨を明確にする意図として十分に理解できるところではあるが、やや広がり欠ける点があることは否定できない。少なくとも、関連する問題を視野に入れた検討が望まれたところである。

第二に、本論文は70万字に及ぶ大作であるが、同様の内容の分析・主張が反復されているところも散見される。論文の構成についてもっと工夫し、推敲を重ねれば、さらに論旨が明快なものになったであろう。

もっとも、これらは本論文の学術的価値を大きく損なうものではなく、むしろ、筆者の今後の課題を示すものであるといえよう。

以上から、本論文の筆者が自立した研究者あるいはその他の高度に専門的な業務に従事するのに必要な高度な研究能力およびその基礎となる豊かな学識を備えていることは明らかであり、本論文は博士（法学）の学位を授与するにふさわしいと判定する。