

翻 訳

## 刑事司法における修復的司法の運用

——中国における過剰防衛の処遇を中心に——

The Operation of Restorative Justice in Criminal Justice:  
Around the Treatment of Excessive Self-defence in China

蔡 孟 兼\*  
訳 鄭 翔\*\*

訳者はしがき

中国貴州民族大学蔡孟兼准教授は、2017年度に日本比較法研究所に第3群の研究者として、約半年にわたり日本と中国における比較法研究を行った。本翻訳は、原著者が日本比較法研究所で研究した成果を論文としてまとめたものである。その内容は、修復的司法の観点から過剰防衛の問題を論じたものであり、刑事立法のあり方に一石を投ずるとともに、近時の中国刑事法の動向を紹介した点でも価値あるものと思われる。

### 一 はじめに

刑罰規定の条文は、罪刑法定主義に基づき、文字を媒介とする犯罪の叙述および刑罰的制裁効果により構成される。法規範的観点から、犯罪の叙述と制裁効果にそれぞれ着目すれば、刑罰規定は行為規範と制裁規範に分けられる。前者は犯罪の叙述と評価を基礎にし、犯罪前の一般予防を重ん

---

\* 貴州民族大学准教授

\*\* 中央大学大学院法学研究科博士課程後期課程在学中

じる。これに対して、後者は犯罪が発生した後、如何なる制裁を科すかを決め、犯罪後の特別予防を強調する。法益保護の観点から、行為規範は具体的な犯罪の意味内容を明示することによって犯罪を予防し、法益保護機能を果たすが、犯罪がすでに発生した場合は、法益保護の機能を失うことになる。そのため、如何にして犯罪後の刑罰制裁を通して法益をよりよく保護するかは、刑法規範の最も重要な問題となる。

刑罰制裁理論における刑罰本質論について、基本的に応報刑論と目的刑論に区別することができる。前者は回顧的に行為者の責任を清算し、刑罰処遇を強調することで被害者への保護機能を果たす。後者は行為者を将来順調に社会復帰させるべく、展望的に二度と罪を犯させないように教育し、刑罰処遇の更生効果を強調する。すなわち、刑罰本質論における二つの観点は、それぞれ被害者と行為者を出発点として展開され、ある程度対立している。以上のことから、学説上修復的司法の概念が主張され、犯罪による行為者、被害者および行為者と被害者が所属する社会団体ないし社会環境への影響を考慮し、刑法における三者の均衡を探ろうとしている。

通常、刑事法における修復的司法の応用は、刑罰裁量、被害者の保護、麻薬依存に対する治療、犯罪少年の保護など、犯罪後の処遇にかかわる領域を主としているが、これは刑事立法の見地から考えられるべきである。ある種の行為が法益侵害を生じさせた場合に刑法をもって評価すべきか否かを判断するとき、犯罪として制裁を科す必要性が認められることは、それが刑法の基本価値と相反することを意味する。しかし、刑事制裁時のみならず、それ以外にも修復的司法における法の平和の維持および人々の法への信頼を考慮しなければならないと思う。

修復的司法は、行為者、被害者および行為者と被害者が所属する社会団体ないし社会環境の間の均衡関係を求めるため、立法時は被害者の保護、行為者の制裁だけでなく、社会団体ないし社会環境における法的信頼および法秩序の回復も考慮しなければならない。そうでなければ、司法の妥当性が疑われる。近時、中国ではある過剰防衛の事案が話題となった。本講演は、当該事案を素材に、修復的司法の観点から中国における過剰防衛の

運用について検討するものである。

## 二 行為規範および制裁規範における修復的司法

### 1 行為規範と修復的司法

刑法規範の目的と役割は、一般に「社会生活秩序の平穏と安定の維持」として理解され、刑法規範自体がそれを全うするための外的行動基準として定着している。そのため、自分の行為が社会秩序を害するものであるか否か、またはどのような行為が社会秩序を害するのかということを市民に知らせるために、刑罰法規によって犯罪の種類と内容を記述し、事前に何が犯罪であるか、また、如何なる罰を受けるかを示し、一般予防機能を実現する必要がある。同時に刑法規範は、一種の行動準則として刑法典を通じて犯罪と刑罰を事前に予告し、市民に彼らの諸行為が規範によって許容もしくは禁止されるか否かを知らせることにより、市民の予測可能性を保証する。そうすることで市民の行動をコントロールし、犯罪予防と社会制御を内容とする行為規制機能を果たす<sup>1)</sup>。

刑法の任務を市民の共同生活の保護、つまり、個人の生命・身体、自由、名誉等の法益の保護として理解するのであれば、刑法が如何なる法益を保護するか、刑法が刑罰を通して法益への保護を実現することに如何なる意義を有するか、という問題を考えなければならない。確かに、安定した社会共同生活の平穏な秩序にとって行為規範は必要不可欠であり、一般人がその行動内容と行動方向を予測可能にするという状態を創設する機能を有するが、しかしこの種の行動内容と行動方向への予測は、社会倫理秩序の維持を目的とするものではなく、自分自身の生命、身体、財産等を侵害させないための予測である。言い換えれば、行動予測は法益保護に基づいてなされねばならず、そのため行為内容を予測可能にするという状態の

---

1) 余振華「肇事逃逸罪之規範評價」, 月旦法學雜誌, 第193期, 2011年6月, 9頁。

創設は、法益保護を目的とする必要がある<sup>2)</sup>。したがって、行為規範が法益保護を目的とするということの意味は、行為規範を通して法益への保護を実現し、犯罪発生前に法益を保護するという一般予防機能にある。

行為規範の意義が法益保護目的によって決められる以上、所為が行為規範に違反するか否かを判断する際に、法益に関連する事項を判断しなければならない。刑法規範が予防的な法益保護の事前判断であるということは否定できないため、行為者の行為が一般的、抽象的な法益の危険を有するならば、一定の行為規範性を認める必要がある。一方で、行為規範は刑法上の法益保護を実現し、それを行為規範の目的とする。他方で、行為規範は行動準則を予告することで、市民にその行為が行為規範の期待に符合するか否かを予測可能にする。すなわち、行為規範が市民の行為を規制し、法益保護目的を実現することで、刑法における行為規制機能と法益保護機能を同時に実現しようとしている。

したがって、行為規範の保護目的について、如何なる利益ないし価値が刑法規範によって保護されるべきか、あるいは法益の内容を如何に理解すべきかは、まだ議論の余地がある。さらに、行為規範の目的は社会構成員の行動の自由をコントロールすることにあるため、保護客体としての法益は必然的に刑法規範によって認められる利益ないし価値である。刑法上の禁止・命令の正当性を保証するため、保護客体を市民個人のすべての利益、つまりすべての人の相対的利益として認識する必要がある。この意味で法益保護の正当性を規範目的として理解しなければ、目的の異なる諸行為規範自体が正当化されず、そのため、正当性のない行為規範の侵害に対する刑事制裁は、もはや正当化されない。

しかし、規範の目的としての保護法益が正当であっても、直ちに行為規範を正当化することはできない。ここでは、保護法益が正当であるとされるため、規範目的の見地から行為規範が如何なる場合において正当化されるか、規範の中身をどのように定めるか、といった問題について、さらな

---

2) 高橋則夫『規範論と刑法解釈論』, 成文堂, 2007年, 7頁。

る検討が必要である。そのため、前述の問題を考える際に、社会構成員の「行為の自由」を制御する国家行為の「目的合理性」および「価値合理性」の観点から、比例原則を考慮しなければならない<sup>3)</sup>。比例原則（あるいは過剰禁止原則）は、ドイツでは憲法原理に位置づけられ、市民の「行為の自由」を制御する国家行為に基本的に内在する法治国家原理として理解されており、民主国家において普遍性がある。比例原則は「適合性原則」、「必要性原則」および「相当性原則」に分けられる。まず、「適合性原則」は、制御の手段として使われる国家行為が、特定の目的に対して経験上の有効性を有しなければならないことを意味する。次に、「必要性原則」とは、手段として選択した行為が必要不可欠でなければならず、かつ侵害性をもっとも小さいものでなければならないという原則である。これは、「適合性原則」とともに「目的合理性」の要請でもある。最後に、「相当性原則」とは、前提としての目的ないし手段という意味での国家行為が単純に経験的に使われるのではなく、評価の観点から利益と不利益の間の妥当性、相当性を考慮しなければならない。これは「価値合理性」に対応し、目的と手段の間に「理性的正義」の存在が要求される。

比例原則を行為規範の判断根拠とするのであれば、市民の行動の自由を制御するとき、経験上有効である手段をもって法益保護の規範目的を実現し、かつこの手段は目的合理性に適合する必要性に基づき、最低限にする必要がある。さらに、相当性原則に従い、行為規範の内容が単に規範目的を実現するため有効性と必要性を具備するだけではならず、評価の観点から規範に基づく妥当性および相当性を有しなければならない。もっとも、相当性原則には内容上の標準が存在せず、単なる一般的な「価値衡量原理」に過ぎないという批判を受けている。確かに、相当性原則が正義に基づかない立場には絶対的な保証は存在しない。しかし、個別の問題に解決の指針を提供するとき、相当性の原理を具体化する必要のある場面では、それは必ずしも内容のない価値衡量基準にとどまることはない。したがっ

3) 増田豊『規範論による責任刑法の再構築』、勁草書房、2009年、170頁。

て、行為規範を制限するためには、刑法における価値論を前提に、実体法の内在的な法原理である規範の内容を制限することこそが、相当性原則の要請である。

## 2 制裁規範と修復的司法

刑法における条文内容の構造は、行為者が如何なる行為をするとき、如何なる刑罰を受けるかである。つまり、特定の行為が具体的な犯罪の成立要件を充足した場合に、行為者がその犯罪行為に責任を負い、法適用者がこれに基づき行為者に刑罰制裁を科す。すなわち、一方で、行為規範は法益保護の観点から犯罪行為の発生を抑制し、一般予防機能を果たす。他方で、制裁規範は制裁を科すことで適切に犯罪行為に反応し、合目的性の要請に答える。そのため、制裁規範は行為規範に違反することを前提にしなければならない。つまり、行為規範の犯罪に対する一般予防作用が挫折するとき、犯罪の事後評価の観点から、制裁規範が刑罰制裁の手段をもって市民の行為規範に対する信頼を回復することを意味する。

制裁規範の発動時期は、法益侵害ないし危険を惹起する行為、つまり法益侵害の結果あるいは発生した危険が行為者に帰属されるような行為を実行した時である。すなわち、犯罪の発生前すでに法益の危殆化を惹起しうると評価された行為を実行する時点で、制裁規範の射程にはいるわけである。そのため、法益の危殆化を惹起しうる行為の存在が、制裁規範のもっとも重要な要件である<sup>4)</sup>。言い換えれば、行為規範と制裁規範が作用する時点が異なり、前者は行為を指針にし、行為者の将来の作為もしくは不作為について記述し、規範化するものであり、後者は過去に発生した行為規範違反に対応し、実行した犯罪行為に対して行為者の責任を追及する。制裁規範は行為規範の妥当性の担保として行為規範への違反に刑罰制裁を科し、行為規範を補強する<sup>5)</sup>。したがって、制裁規範は行為者が行為規範に

---

4) 山中敬一「犯罪論の規範構造」産大法学、第34巻第2期、2000年、391頁。

5) 山中敬一「犯罪論体系論における行為規範と制裁規範」、鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集、成文堂、2007年、42頁。

違反したことに対する反動であり、刑罰的意義においては、刑罰の本質は応報と行為規範の回復にあるということの意味する。つまり、応報の意味を有する刑罰は、目的なしに犯罪に報復するものではなく、ある種の社会的目的の下で正当化されたものである。行為規範の回復という点については、刑罰制裁の本質に従い、威嚇か更生かの観点により、立場が異なれば意義も異なる<sup>6)</sup>。

制裁規範が何をもって刑罰を正当化するかは、昔から議論されており、今も解決されていない。行為規範は事前に一般人に命令・禁止を加える。行為者がこの命令・禁止に違反した場合に行為規範違反となり、刑罰を用いて違反した行為規範を回復する必要がある。ただし、行為規範に違反した場合に、その回復を考える際に、規範にかかわる各種の人物を考えなければならない。つまり、犯罪関係者について、加害者と被害者だけでなく、他の関係者並びにその関係者がいる地域、さらには社会全体および国家が考えられる。したがって、刑法上の行為規範を回復することは犯罪によって侵害された法的平和を回復することであり、その法的平和は加害者、被害者および市民社会三者の間の規範意義上の連結にあり、それは刑罰を回復の最終手段としている。

すでに述べたように、刑罰を一般人の法秩序に対する忠誠ないし信頼の強化として解釈することは、積極的一般予防論の観点に属する。もっとも、積極的一般予防論の場合、通常行為者に関係する紛争への処理に焦点を置き、もしくは規範の妥当性の変化の確保に焦点を置くため、積極的一般予防論の内容を確認する必要がある。しかし、積極的一般予防論の内容はどうか、いずれにせよここでいう「法的平和の回復」は、規範のレベルで被害者の修復、加害者の修復および社会の修復として把握することに他ならない。それに対して、修復的司法は事実のレベルで、刑法と修復関係の間の問題を提示する。

---

6) 高橋則夫「刑法における行為規範と制裁規範」、鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集、成文堂、2007年、91頁。

刑法の目的について、通常刑罰の核心を一般予防ないし特別予防におくことが多い。この種の展望の性質を有する刑罰観と反対に、応報刑論は回顧的な性質を有する。この根本的に異なる二つの種類の刑罰観を結合するのは簡単ではないが、回顧的に未来を展望し、かつ展望的に回顧するといった循環の方式を取るしかない。しかし、刑罰の目的にとって最も重要なのは、回顧的な観点を取るかもしくは展望的な観点を取るかということではなく、刑罰を通して犯罪の一般予防と特別予防の目的をいかにして実現するかにある。刑罰の犯罪予防効果について、刑罰自身が一般予防の効果を有するという事は完全に否定できないが、犯罪動機の抑制をすべて刑罰に求めることはできず、求めるべきではない。一方で、特別予防効果は刑罰内容の執行を通して再犯防止を実現する教育としての性質を有する。例えば、自由刑の場合、拘禁は行為者の再犯の防止を目的とするのではなく、拘禁を教育の手段として行為者の再犯の防止を実現する。もっとも、実際にこの方式での再犯防止効果について考察するとき、はたして行為者の社会復帰に効果があるかどうかはまだ疑問がある。

以上のことから、刑罰は破壊された規範を回復するという意味において、ただ象徴的な意味しか持っていないことが分かる。刑罰の中にある受刑者を更生させるということを目的とする方向性から、被害者が受けた「害」、および加害者自身が有する「害」の修復を目標とする修復的司法の軌跡が見出せる。したがって、刑罰と修復的司法の違いは、刑罰のもとにある「法益」の観点と、修復的司法のもとにある「害」の観点の違いといえる。

例えば、殺人罪の場合に、刑罰は人の生命が侵害された事実について、犯罪後の観点から加害者を処罰するという方法で人の生命に関する規範を保護し、この揺るぎのない保護観点を刑罰理念の中核とする<sup>7)</sup>。もちろん、一般予防機能が犯罪前の観点から処罰可能性を提示することと、犯罪後の観点から加害者の社会復帰を強調することと、被害者の復讐感情を考慮す

---

7) 高橋則夫『刑法総論』成文堂、2010年、11頁。



ることは、法益をめぐる諸要素として何の変わりもない。刑罰に対して、修復的司法は被害者が受けた「害」、社会が受けた「害」もしくは加害者本人が有する「害」を核にし、加害者の「害」に直面し、この「害」に対して責任をもって必要な措置をとらなければならない、ということの中核とする。

### 三 中国における過剰防衛に関する検討

#### 1 問題となる事案

YはXから高金利で金を借りたが、返済する手立てがないため、Xはその仲間十数人とともに複数回に渡りYが経営していた工場へ赴き、Yを罵り、殴るなど暴行を繰り返した。警察が現場へ事情聴取に行ったが、Xらの暴行を止めることなく、単に言葉で戒めるだけで現場から去っていた。Yの息子ZがYに対する侮辱を目のあたりにしたことから、Xらが気づかないうちに警察を追いかけて、助けを求めようとしたところ、Xの仲間であるAら四人に気づかれ、Zが逃げながら戦い、工場の接待室へとたどり着いた。Zは接待室のテーブルで果物ナイフを見つけ、身を守るため果物ナイフを振り回し、Aらを傷つけた。Aらはその後現場を去り病院へ行ったが、Aが病院で医療関係者ともめたため治療が間に合わず、失血死した。残りの三人のうち、二人が重傷、一人が軽傷となった。これに対して、一審は故意傷害罪で無期懲役を言い渡したが、二審は過剰防衛を認め、5年の懲役を言い渡した。

#### 2 中国における学説上の過剰防衛に関する見解

この事案はマスコミの報道により輿論の関心が集まり、正当防衛を主張する見解と過剰防衛を主張する見解が対立し、一致した結論には至らなかった。前者によれば、本件においてZが多勢に無勢の状況にあり、それ以外の不法侵害を止める手段を考えにくいこと、ZがAら四人を刺したあと積極的にAら4人に対して攻撃しなかったことに鑑みて、Zの行為を正

当防衛として認めることができる。後者は、中国刑法20条3項を根拠に、[訳者注＝「現に行われている暴行、殺人、強盗、強姦、身代金略取その他の身体の安全に著しい危害を及ぼす暴力犯罪に対して、防衛行為を行うことによって不法侵害者に死傷の結果を生じさせたときは、過剰防衛とはならず、刑事責任を負わない」] 本件が身体の安全に著しい危害を及ぼす暴力犯罪ではなく、その防衛手段がすでに必要な限度を超えかつ重大な損害を生じさせたことから過剰防衛であり、故意傷害罪<sup>8)</sup>として処罰すべきであると主張する。そして実際に裁判所は後者の立場に立ち判決を下した。ところで、中国刑法は、傷害罪について、普通の傷害の場合には3年以下の有期徒刑、拘役[訳者注＝拘役は、短期の自由刑である。刑期は1月以上6月以下であり、住居地または裁判地に近接する拘禁場所で執行される。受刑者は月に1日ないし2日帰宅することが許され、労働に参加した者には、一定の報酬が支給される] または管制[訳者注＝管制とは、受刑者の身体の自由を制限せずに、その政治的権利の行使などの自由に一定の制限を加える刑罰である]の刑に、重傷害の場合には3年以上10年以下の有期徒刑に、傷害致死もしくは特に残虐な方法により人に重傷害を負わせ重要な身体機能を喪失させた場合には10年以上の有期徒刑、無期徒刑または死刑に処すと規定する。このように処罰の幅は相当広く、過剰防衛を認めてなお刑罰の減軽または免除をしようとしても、その減免効果は必然的に薄くなる。そのため、過剰防衛の処罰減免効果を働かせるためには、立法を用いて新たに過剰防衛罪を設立し、過剰防衛の処罰範囲を制限することで、過剰防衛の刑の減免効果がうまく働かないことにより制度上の意味を失うことを回避しようとする見解が出現した。この見解は、私見では、中国刑法における四要件論の犯罪評価体系に深く関係している。

中国における犯罪評価の際に使われる四要件論は、ソ連刑法から継受した体系論であり、四要件はすなわち、主体、主観方面、客体、客観方面をいう。四要件論は構成要件該当性、違法性、有責性のいわゆる三段階論と

---

8) 黎宏『刑法学』法律出版社、2012年、141頁。

ほぼ同じく、主体、客体、行為、結果、因果関係、故意および過失を要求するが、三段階論と異なり、要件に基づく段階を分けてこれらの要素を考えない。たとえば、三段階論の場合に、構成要件要素が欠如するときあるいは構成要件に充足するが違法性が欠けるときや構成要件に充足し違法性もあるが責任要素が欠けるときには犯罪として評価することができないのに対し、強く犯罪を認定する傾向を有する四要件論の場合は、たとえある要件の要素内容が欠如したとしても、他の方法で積極的に犯罪として評価することができる。

四要件論の犯罪認定傾向によれば、正当防衛は法的に許され犯罪ではないが、過剰防衛は正当防衛の許容範囲を超過したため、本質的にはもはや正当防衛ではなく、犯罪である。すなわち、四要件論の論理は犯罪と非犯罪の区別にのみ着目し、過剰防衛が違法性と有責性の実質評価に属することに関心を持たない。私見によれば、行為規範と制裁規範の観点から、過剰防衛の評価は責任阻却もしくは量刑の問題にすべきである。

四要件論には三段階論の違法性概念が存在せず、さらに実務における犯罪認定傾向が根底にあるため、過剰防衛を一種の犯罪類型とすることは至極自然であるが、三段階論の観点から過剰防衛を考えるのであれば、その焦点は行為者の許容限度を超えた防衛行為をどのように評価すべきかという問題にある。つまり、過剰防衛自体が一種の犯罪類型ではなく、違法性評価ないし責任評価を検討する際に存在する特殊類型である。最終評価として実質的な違法性ないし責任を認めるか否かにかかわらず、いずれにせよその目的は過剰防衛自体が犯罪であるか否かの判断にあるわけではなく、以下の問題にある。すなわち、構成要件に該当する過剰防衛行為が行為規範に違反することによって実質的な違法性を有するかどうか、実質的な違法性が認められ行為規範に違反した後、制裁規範を発動する必要があるかどうか、どのように裁量して制裁を下すか、という問題である。以上述べたように、四要件論は過剰防衛を一種の犯罪評価後の問題として見なし、一方三段階論は過剰防衛を犯罪評価の一環として考え、犯罪評価の終局的な結果として考えない。

## 四 修復的司法における過剰防衛罪の新設についての検討

### 1 行為規範における過剰防衛

正当防衛とは、「現在の不法侵害に対し、自己または他人の権利を防衛するための行為は罰しない。ただし防衛行為が過剰になった場合に、刑罰を軽減もしくは免除することができる」をいう。つまり、正当防衛の目的は、現在の不正侵害を目のあたりにして法律による救済を得られない場合に、一般人に自力救済の権利を与えることにある。規範違反説の立場からも法益衡量説の立場からも、正当防衛が刑法の保護目的に適合することが認められる。

正当防衛自体が一種の違法阻却事由であり、正当防衛が犯罪評価において法が認めかつ期待する行為であるため、他人の法益を侵害しても刑法の目的に合致し合法であるが、過剰防衛の本質については、正当防衛であるとする見解とそうでない見解が並立する。過剰防衛を正当防衛として考える見解によれば、過剰防衛が防衛行為の実行において必要性に欠けるが、行為者の主観面で防衛意思に基づき行動することになり変わりがなく、正当防衛のように完全に違法性を阻却できなくとも、過剰の部分についての違法性が低く、法律効果が刑の軽減もしくは免除であることから、違法性減少の意味を見いだせる。これを「違法性減少説」という。

過剰防衛を正当防衛として認めない見解によれば、過剰防衛には防衛行為の必要性が欠けるため、正当防衛は成立しない。言い換えれば、過剰防衛自体が違法であり、責任の段階で議論する必要がある。そのため、責任の段階で、不法の意識の問題について、不法の意識はあるが、しかしその不法内容が非常に低く比較的軽い罪責を負わなければならないと主張する。当説によれば、刑法の条文上の刑の減輕もしくは免除は、罪責の減少を意味する。そのため当説は責任減少説とも呼ばれている。さらに、学説では、過剰防衛の発生が一般人の立場から見た回避可能性の有無に鑑み、回避できない場合は違法減少であり、回避できる場合は責任減少である、

といういわゆる違法・責任減少説が主張される。

私見によれば、行為規範には行為が犯罪であるかどうかを評価する効果があり、その射程は構成要件と違法性にまで及ぶ。過剰防衛の事例においては、行為者に回避可能性がない場合には、違法性が阻却され犯罪ではない。そうでない場合に、法の許容範囲を超えた部分について違法性が認められるため、有責性の評価に入るべきである。言い換えれば、刑法における違法性の評価内容には、違法の程度の評価が含まれず、違法性がある以上犯罪が成立し、違法の程度は量刑で考慮すれば足りる。

## 2 制裁規範における過剰防衛

制裁規範は行為者の規範違反行為に対して非難すべきかどうかという評価であり、どのように非難するかという問題を考えるものである。つまり、制裁規範が刑事制裁を発動させるには、二つの条件を充足しなければならない。すなわち、責任刑法の要請から、行為者は有責でなければならず、また、当罰性原則から、刑罰に必要性和妥当性が要求される。過剰防衛の事例において、基本的に責任減少説を支持し得る。つまり、行為者が過剰防衛行為に対して有責にであっても、非難の程度が低いから比較的低い刑罰を科す。この観点から、過剰防衛の制裁規範における体现は、刑罰裁量の量刑段階に集中するといえるため、一種の刑罰減輕事由として理解される。

理論上、刑法における過剰防衛の刑事制裁は、過剰防衛を犯罪とするのではなく、行為者が防衛行為を実行し、自分の不注意により必要な程度を越えた防衛手段を選び、法の許容を越えた法益侵害をした場合に、主観面では防衛の意思による過剰防衛ではあるが、法益保護の立場から、責任の評価において行為者を非難しなければならない。ただし、その非難の程度が著しく軽いに過ぎない。一方、修復的司法の法秩序の回復と法信頼を重視する要請から、過剰防衛の制裁は過剰防衛自体が犯罪であるという意味ではなく、正当防衛が法的に許されるが、なお許容範囲があり、無制限に拡張することはできない、ということの意味する。つまり、過剰防衛の制

裁を通じて正当防衛の法実効性を担保することである。これは正当防衛の限界づけにも有用であり、正当防衛の濫用を防止する効果がある。

### 3 検 討

正当防衛の本質および学説における過剰防衛の理解から、それらが刑罰の拡張を回避する立場にあることは容易に分かる。罪刑均衡の原則を満たすため、法律効果において「刑を軽減もしくは免除」という規定を用いて裁判官に比較的大きい裁量の余地を与える。それゆえ、過剰防衛を一種の犯罪として定めることは、正当防衛自体を犯罪へと導く恐れがある。いずれにせよ、過剰防衛の本質は犯罪の種類ではなく、違法性評価ないし有責性評価における一つの態様に過ぎないである。

修復的司法の観点から過剰防衛罪の新設を考えると、行為規範と制裁規範の二つの角度から観察できる。行為規範の場合、過剰防衛が侵害した法益は通常人身法益、つまり生命、身体、健康等の法益であり、過剰防衛罪を新設するのであれば、その保護法益を如何にして定義づけ、限界づけるのかという問題がある。次に、過剰防衛の判断はなお行為の必要性を前提にし、過剰防衛の行為類型を限定していない。そうであれば、過剰防衛罪を新設するとき、過剰防衛行為の判断基準は必要性の超過にあるが、その内容は明確でないため、罪刑法定主義に違反することになる。制裁規範の場合には、罪刑均衡原則の要請から、処罰の過剰もしくは処罰の不足を避けるため、実行した犯罪と刑罰の効果との間に均衡性がなければならない。しかし、過剰防衛の行為類型は特定しておらず、人身法益に限らないことと、罪刑均衡原則の観点や中国における重刑主義の背景から、過剰防衛罪を新設するのであれば、その法定刑の幅が相当広くなることが容易に想定できる。そうすると必然的に過剰処罰が問題となり、防衛行為者もより不利になる。

すでに述べたように、過剰防衛が成立するかどうかの判断は、行為者の判断を基準にするのではなく、裁判における裁判官の判断に基づき、判決という法的拘束力のある形で下すものである。しかし、裁判官が現場です

すべての事実経過を目撃しているわけではなく、事後的な情報をまとめて判断しなければならぬことから、過剰防衛を単独の罪名にすれば、防衛行為者の正当防衛の余地を削りかねない。そうすると、行為者が正当防衛ができる状況においても、過剰防衛を恐れるため、正当防衛ができなくなる。あるいは防衛行為者がその手段が必要であると認識するが、裁判官がそれを認めない状況が出てくる。この判断基準と認識の相違は、修復的司法が求めた法秩序の平和への妨げとなり、人の法への信頼を害することとなる。最後には正当防衛を不正に制限し、自己救済を果たせなくなる。以上のことから、過剰防衛罪を新設することは支持できない。

## 五 おわりに

四要件論と三段階論では、過剰防衛の位置づけ、本質並びに効果についての認識は大きく異なり、過剰防衛罪を新設すべきか否かについても、まだ議論の余地がある。しかし、刑事立法によって行為規範を通じて法益保護を実現することは考慮される唯一の要素ではなく、より重要なのは法秩序全体の維持に悪影響を及ぼしているかどうかである。行為者、被害者および行為者と被害者が所属する社会団体ないし社会環境の間の均衡を保つことを目的とする修復的司法は、確かに犯罪後の処遇という点で重要な役割を演じているが、これは修復的司法が犯罪後の処遇を介してのみ均衡を調節し得るという意味ではなく、刑事立法の段階でも刑法の諸機能を発揮することができる。

もちろん、犯罪がもたらした「害」を修復するという観点から、被害者の保護という立場から修復的司法を展開することに疑問はないが、被害者の保護に肩入れしすぎると、修復的司法が求めた均衡を崩す恐れがある。それは加害者の更生に良い影響を与えないだけでなく、法秩序の安定と信頼も害しかねない。とりわけ過剰防衛罪を新設すれば、防衛行為者の立場は被害者から加害者へ転換し、一方加害者が被害者へと転換する。このような転換は刑法の保護目的に曖昧さをもたらすのみならず、人の法感情を

も害するものであり、法への不信、法秩序の動揺を招く。これは修復的司法が求めた目標とは相反するものである。したがって、修復的司法の観点から、過剰防衛罪を新設することは過剰防衛を抑制する有効な手段とはいえず、その新設がもたらした益は害に遠く及ばない。