

講演

# 中国刑法における正当防衛の法益衡量について

The Objective Imputation Solution of the Problem  
of Legal Interest Weighting in Self Defence

熊鈴 木 彰 琦<sup>\*</sup>  
監訳 蔡 雄<sup>\*\*</sup>  
訳 蔡 玥<sup>\*\*\*</sup>

訳者はしがき

本稿は、日本比較法研究所2018年度外国人訪問研究者 熊琦先生（武漢大学法学院副教授）が、2019年1月31日に中央大学市ヶ谷キャンパスで行った講演の翻訳である。

## 1. 正当防衛における法益衡量についての三つの立場

大陸法系の伝統的な考え方によると、正当防衛においては元々、法益の衡量をする必要がない。防衛行為によって侵害される法益と回復される法益が相互に均衡する必要がないのである。ドイツ刑法によれば、防衛の限度についての唯一の要求は「必要性」である。防衛手段が限られているときには、必要な手段は法益の重大な不均衡をもたらす可能性をもつ。例えば、他の手段による効果がない場合には、家主は庭で何粒かの桜桃を盗もうとする泥棒を撃つ方法しかないのである。回復される利益は極めて小さ

---

\* 武漢大学法学院副教授

\*\* 所員・中央大学法学部教授

\*\*\* 中央大学大学院法学研究科博士課程後期課程在学中

いのであるが、犠牲となる利益は生命である。ドイツ刑法は原則的にこのような防衛方法の必要性を認め、正当防衛の「鋭さ」（Schneidigkeit）を表している<sup>1)</sup>。したがって、正当防衛は一律に法益衡量を否定するという考え方に至る<sup>2)</sup>。本論文はこの立場を「第一の立場」とする。

逆に、我が国の司法実務においては、正当防衛の成立条件は常に形式的、狭義的に解釈されることによって、正当防衛の認定率が非常に低くなり、それは立法の本旨に背くのみならず<sup>3)</sup>、関連条文が「事実上の死法」に至るおそれがある<sup>4)</sup>。このような背景から、微小な法益を保全するために重大な法益を犠牲にする防衛行為は、司法上認めがたいのである<sup>5)</sup>。したがって、正当防衛において「法益の種類、大きさを比較する」というやり方は、全面的・客観的に防衛の限度として評価されており、指導的な意味を持つ<sup>6)</sup>。これは、正当防衛の法益衡量を全面的に肯定する立場であり、第一の立場と対立する。本論文はこれを第二の立場とする。

しかしながら、ドイツでも、第一の立場の「基本原理」（Fundament）の鋭さが法感情と明らかに衝突し<sup>7)</sup>、社会的にも承認しにくいのである。

- 
- 1) Kristian Kühl, *Strafrecht AT*, 8. Aufl. 2017, Rn. 7/4.
  - 2) Cf. George Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 871. アメリカのある州の「正当防衛法」（Stand Your Ground）はドイツの「鋭さ」のような性質を表し、法律の基本原則の例外を構成する。Vgl. Thomas Meyer/Martin Ulbrich, „Das schneidige Notwehrrecht nur in Florida?“, *JA* 2006, 775, 779.
  - 3) 張峰「正当防衛の司法実践判断」『中国検察官』2018年第2期，67-69頁。
  - 4) 陳興良「正当防衛はいかなる方法でゾンビ条文になることを防ぐのか—于故意傷害事件一審判決を例にして刑法解釈学の分析」『法学家』2017年第5期，98頁。
  - 5) 高長見「于飲事件からみた我が国の刑法論理と実務の若干の問題」『理論視野』2017年第8期，47頁。
  - 6) 高銘暄「于飲事件審理から正当防衛条文への指導的な意味」『人民法院報』2017年6月24日第2版。
  - 7) Diethelm Kleczewski, „Ein zweischneidiges Recht“, in: Zaczyk (Hrg.) *Festschrift für Wolf*, 1998, S. 225 f.

よって、法益が著しく不均衡な場合、挑発防衛の場合、攻撃者に責任が認められない場合や攻撃者と防衛者が親密な関係にある場合において、司法部は大幅に防衛権を制限し、ひいては否定しており、学界もこれを認め、それを「社会倫理的」制限という<sup>8)</sup>。このようにして、一律に法益衡量を否定する立場が不安定になる。したがって、現代のドイツの通説は、実際には出発点は第一の立場にあるが、結論的には第二の立場に配慮する折衷的立場を支持している。前者を原則とし、後者を例外とする。本論文はこれを「第三の立場」とする。

第一の立場は、「必要」という二文字をロジックの起点とするが、その推測演繹の結果として、防衛者に数個の桜桃を盗む者を殺すことを認めるため、「常軌を逸する」結果に至ることをコントロールすることができない<sup>9)</sup>。我が国の刑法第20条の規定は、(文面上は)ドイツより緩いため、「必要な限度を著しく超えて重大な損害を生じさせた」行為も許される限度にある<sup>10)</sup>。こうして、法益が重大な不均衡となる場合にも、その行為はドイツ刑法の防衛限度内にあり、我が国の刑法でも許される。ロジックとしては、我が国の刑法も第一の立場を支持していると考えられるが、実際の司法実務とは大きな差があり、論理的にも認められていない。

法律は一種の価値に関連する文化システムであるから、まったく価値にかかわりがない事実によって論理的推断が困難になるので、価値を妨げることや価値を実現することに配慮する必要がある<sup>11)</sup>。すなわち、人々は第一の立場の理論の整合性というメリットに熱中すべきではなく、その結果の妥当性と社会的感情におけるデメリットも考慮すべきである<sup>12)</sup>。哲学者

---

8) Kühl (Fn. 1), Rn. 7/157 ff.

9) 林鈺雄『新刑法総則』(2016) 中国人民大学出版社 192頁。

10) 李晓明『刑法学総論』(2016) 北京大学出版社 287頁。

11) 徐江順『当代実証主義と非実証主義の争いのロードブルフ』(2017) 清華大学出版社 42-43頁。

12) Vgl. Claus Roxin, „Die sozioethischen Einschränkungen des Notwehrrechts“, ZStW 93 (1981), 68, 73 f.

ヘーゲル（Hegel）は人々に「正義を行うべし、たとえ世界が滅ぶとも」が空論であるという訓戒を与えた<sup>13)</sup>。これによれば、概念の抽象性や論理の正確性だけが重要ではなく、具体的事実も同様に重要である。この点については、ドイツも我が国も同じように考える。第二の立場はより実務に受け入れやすく、我が国の司法実務の防衛限度に対する厳格な要求と一致する。周知のように、この厳しさは実務が正当防衛の条文に関して不当な理解をしていることを体現している<sup>14)</sup>。これと比べると、第三の立場はより総合的なメリットを有する。

我が国において、いかなる方法で正当防衛に対する厳格な要求を正す（したがって第二の立場を排除する）かという問題は、防衛の出発点にある、文面上はドイツ刑法より緩い刑法第20条に戻る必要があるが<sup>15)</sup>、第一の立場には猛進主義の危険がある。我が国でより合理的な第三の立場を徹底するならば、以下の問題に答える必要がある。すなわち、この立場をとるドイツの理論と実務経験を我が国も備えているか、という問題である。もし、備えていないのならば、我が国はいかなる方法で適切な第三の立場の論理を実現することができるのであろうか。

## 2. 我が国の学説がこの三つの立場にどのように関係するか

防衛限度に関する我が国の学説において、第二の立場を支持する有力説は「基本適応説」である。この説は、防衛行為の性質、手段、強度、結果と侵害行為に大まかな程度の均衡を要求し<sup>16)</sup>、全面的な法益衡量を主張する。しかしながら、刑法第20条の「必要な限度」の説明はこの考え方を支

---

13) Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1989, S. 240.

14) 周光権「正当防衛の司法異化と偏向改善の思路」『法学評論』2017年第5期, 8頁；陳興良『正当防衛論』（2017）中国人民大学出版社 342頁。

15) 陳 前掲注14) 339頁。

16) 馬克昌主編『犯罪通論』（1999）武漢大学出版社 756頁。

持するのが難しい。なぜなら、基本適応説は明らかに必要性以外の基準であるからである。しかし、これを比例原則を通して簡単に説明することができる。すなわち、必要性は比例原則の判断の第三段階の判断であるが、狭義の比例原則は第四段階の判断である<sup>17)</sup>。「基本適応」の要求と比例原則の第四段階の判断は本質的に区別しにくいのであり、第三段階の「必要性」よりさらに厳格である。文面上の齟齬以外に、基本適応説も目的論的解釈に一致しない。1979年刑法典も、この理論は防衛行為を制限しすぎるので、正当防衛の立法の趣旨に反するという問題がある<sup>18)</sup>。

「必要説」は防衛の程度を主観的もしくは客観的な要求に制限するが、防衛の程度は侵害の程度を上回ることができると主張する<sup>19)</sup>。これは明らかに第一の立場を支持するものである。この説は刑法の条文と合致するが、「主観的もしくは客観的な要求」は不明確な概念であり、合理的に定義づけることができないのである。我が国の学界には、ドイツのようないわゆる「無限防衛権」（すなわちドイツ刑法の防衛の元の趣旨の鋭さ）に導かれる可能性に対する不安がある<sup>20)</sup>。ある学者は、防衛権に対する度を超えた放任が、「私人復讐の幫助」に異化する可能性がある<sup>21)</sup>と考える。前述のように、第一の立場は実務から離脱し、社会的に認められる猛進の危険を有するので、我が国においても主流になりにくいのである。

「折衷説」は防衛行為が丁度良い程度で不法侵害を阻止することを要求する（すなわち「必要性」）だけでなく、防衛行為が必要とされない危険を生じさせないことも要求する（すなわち「基本適応」）。この説は、基

---

17) Andreas Voßkuhle, „Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“, *JuS* 2007, 429, 430.

18) 楊春洗、郭敦先主編『中国刑法論』（2014）北京大学出版社 121頁。

19) 陳建国「女性をからかうならず者は防衛者に刺傷されたから」光明日報1983年5月21日第3版；趙秉志主編『刑法爭議問題研究』（1996）（上）河南人民出版社 531頁。

20) 陳 前掲注14) 119頁。

21) 田宏杰『刑法の正当化行為』（2004）中国檢察出版社 243頁。

本適応説と必要説のメリットを有すると思われる<sup>22)</sup>。しかしながら、実際には、この折衷説は基本適応説と必要説の共通部分をとった説である。よって、折衷説の帰結はその二つの説より厳しいものとなり、結果的に第二の立場を支持していると思われる。これは真の折衷ではない。

現在、主流となっている我が国の学説は、「必要性」という概念に基づき、不法侵害を阻止し法益を保護するため、必要とされる行為の程度が防衛の限度となるが、事件を全面的に分析し、法益衡量も考慮した上で必要か否かを判断することができる<sup>23)</sup>。すなわち、必要性を判断するには、事件を全面的に分析する必要があるが、法益衡量もその一つである<sup>24)</sup>。したがって、法益衡量の問題と「必要性」との論理内容が関連することになる。

我が国の必要説はドイツの伝統的理論の論理のスタートラインと一致する以上、原則的に、防衛の限度は必要性しか考慮しないという考え方は第一の立場に属するが、重大な法益不均衡の場合にも必要性を含めて考慮すべきであるという考察は、結論的に第三の立場に属することになる。しかしながら、ドイツにおいて、第三の立場は「社会倫理制限」により実現され、通説は、このような妥協は「必要性」と何の関連性もないと考える<sup>25)</sup>。そこで、第三の立場の支持はいかなる方法で証明されるかを主に検討すべきである。ある見解によれば、正当防衛にとって、法益衡量は単なる補助的な判断基準であり、決定的な基準は防衛行為が明らかに必要限度を超えたか否かによるものであると考える<sup>26)</sup>。しかしながら、我が国の「必要説」にとって、必要な限度は元々法益衡量に関係するため、補助的な判断基準と決定的な基準とを区別する意味はない。

---

22) 田 前掲注21) 242頁。

23) 張明楷『刑法学』(2016)法律出版社 221頁。

24) 黎宏『刑法学』(2012)法律出版社 141頁。

25) Günther Jakobs, *Strafrecht AT*, 2. Aufl. 1993, Rn. 12/46.

26) 周光権「正当防衛の司法異化と偏向改善の思路」『法学評論』2017年第5期 8頁。

### 3. 「個人視角」の立場の選択

我が国の「必要説」は（少なくとも重大な法益不均衡の場合には）必要限度と法益衡量に関係し、ドイツとは真逆である。両者の相違は「必要な」条件関係の理解に遡る。行為  $x$  が条件  $t$ （前条件  $p$ ）を満たすことが偽である場合に、かつ、後条件  $q$  も必ず偽である時のみ、 $t$  が  $x$  の必要条件である<sup>27)</sup>。しかしながら、 $q$  に対する理解の違いにより、 $t$  の意味も変わっていくのである。少なくとも、我が国の刑法第20条第1項において、防衛行為は単に個人の利益保護に制限されていないため、我が国の「必要性」の理解に論理上の欠点があるとは簡単にはいえない。

#### (1) 「個人視角」における第一の立場の理論的証明

後条件  $q$  を防衛者の法益を有効に保護することと理解すれば、刑法の一般的原理に一致する。法益保護は正当防衛の自然法的根源の一つであり、現代国家が暴力を独占する理由は公民の権利と自由を守るためであるから、緊急事態において国家が守れないときに、個人が法益保護を実現するのは当然である<sup>28)</sup>。これは、正当防衛の「個人的視角」である。

有効な防衛を前提に、例えば、防衛手段  $m$  が法益保護にとって十分であって、これに対して、 $m$  より侵害性の高い行為が同様に法益保護にとって十分であれば、それは法益保護の意味においては無駄である。したがって、防衛効果において侵害者に対する影響が最小限となる手段だけが、必要条件を満たす防衛行為である<sup>29)</sup>。 $m$  を有効な法益保護の最低限数値（例えばナイフで防衛する）と設定し、法益均衡に至る防衛強度  $t$  が  $m$  よ

27) 金岳霖『形式論理』（1979）人民出版社 192頁。

28) Winfried Hassemer, „Die provozierte Provokation“, in: Kaufmann (Hrg.), *Festschrift für Bockelmann*, 1979, S. 239.

29) Thomas Fischer, *StGB-Kommentar*, 65. Aufl. 2018, § 32 Rn. 30; Uwe Murmann, *Grundkurs Strafrecht*, 3. Aufl. 2015, Rn. 25/88.

り低い（例えば杖で防衛する）と仮定すると、防衛行為  $x$  の強度は  $t$  に至り、なおかつ  $q$  の必要条件であるが、法益保護に足りないため、前提に反し矛盾することになる。帰謬法によると、第一の立場が証明されることになる。

## （2）「敵視角」の危険傾向

個人視角が第一の立場を支持するとすれば、第三の立場を支持することは難しい。この文脈において、一方で、防衛限度について必要性しか考慮しないと主張し、他方で、必要性が法益衡量に関係すると主張することは、論理的に妥当ではなく、法益衡量の相当性と防衛手段の必要性を同列に論じることができない<sup>30)</sup>。もし第三の立場を放棄すると、必要説の理論だけで説明することができるので、何粒かの桜桃を守るために直ちに泥棒を殺すことが許される。なぜ必要説の多数の見解（我が国の必要説もドイツの通説も含む）がこのような「筋道から外れた」結果を是正しないのだろうか？

實際上、第三の立場は、上述した法感情と司法実務の素因以外に、それ自身で説得力のある理論を有するので、個人視角を主張しても、この第三の立場は侵害者に対する考慮を度外視することができない<sup>31)</sup>。

もし何粒かの桜桃のために泥棒を殺すことが許されるとすると、泥棒を桜桃の持ち主や平等な法共同体の仲間ではなく、「因果の働きかけ要素」とみなし、特殊条件（必要な防衛手段は最低限の法益均衡を保つことができない）を満足した以上、侵害者が法律の保護対象外（*rechtlos*）に置かれることになる<sup>32)</sup>。すなわち、侵害者はゲルマン法の追放（*vogelfrei*）として罰せられ、正当防衛において「敵」という概念に当たることになる。この場合には、侵害者は単なる危険の「媒介者」にすぎないため、侵害者

---

30) 林钰雄『新刑法総論』（2009）中国人民大学出版社 192頁。

31) Vgl. Heribert Schumann, „Notwehr gegen Unterlassen?“, in: Degener (Hrg.) *Festschrift für Dencker*, 2012, S. 302 f.

32) Hegel (Fn. 13), S. 241.

の人格が尊重されなくなるのである<sup>33)</sup>。第一の立場を支える、本来の趣旨の鋭さのある防衛行為の本質は、敵に対する戦争である<sup>34)</sup>。

正当防衛において敵対的モードを用いると、侵害者の法的地位を否定することになり<sup>35)</sup>、明らかに妥当ではない。これは刑法と法治国家の基本原則から背離するのみならず<sup>36)</sup>、正当防衛においては、重大な法益不均衡が生じるか否かについて侵害者が予想もしくはコントロールしえないものになると考えられる。このような場合に、必要な防衛手段として侵害者の重大な法益（生命を含む）を任意に処分することが許されるとすると、だれがどのような状況において法秩序の「敵」となるかについて、偶然性が存することになる。すなわち、たしかに、不法侵害は侵害者により生じ始めたが、最終的に「必要な防衛手段がなお最低限の法益均衡を保つことができないう局面に至るか否かが、しばしばランダムに決まることが多くなるのである。例えば、桜桃の持ち主が、桜桃を盗もうとする者を銃撃するという手段によってしか桜桃を守る方法がない場合においては、このような局面に至ることについて偶然的素因が介在することになる（例えば、持ち主が住む所が高層であり有効な阻止手段がない場合や、持ち主の身体に障害があって階段を降りることができない、もしくは持ち主が聾啞であり、声を出して威嚇することができないが、丁度傍に銃がある場合など）。このような結果は窃盗犯人の完全な自由な選択ではないのである。したがって、泥棒は窃盗行為をやめることにより、徹底的に「敵」として見なされる危険から抜け出せるが<sup>37)</sup>、彼の窃盗行為の遂行により彼自身が「敵」という役を受け入れたと考えるのは妥当ではない。その時には恐らく、彼自身も自分が法秩序の「敵」となるか否かについて知らず、もしくは

---

33) Günther Jakobs, „Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht“, *HRRS* 2004, S. 89.

34) Heiko Lesch, *Notwehrrecht und Beratungsschutz*, 2000, S. 37.

35) Michael Pawlik, „Die Notwehr nach Kant und Hegel“, *ZStW* 114 (2002), 259, 267.

36) Murmann (Fn. 29), Rn. 10/2.

37) 黄荣坚『基礎刑法学』(上) (2009) 中国人民大学出版社 156頁。

は知ろうとする方法もないのである。自己答責原則によれば、自由人は自由の権利を有する代わりにそのリスクを引き受けるが、侵害者が「敵」になったのは、彼の完全な「自由」選択ではないため、「敵」という身分として生命の代価を負わせるのは妥当ではない。それに、もし防衛が敵に対する「戦争」の手段であるとすれば、なぜそれが必要限度などの検証を受けなければならないのが理解しがたいのであり、それは「自分自身の戦力」を制限することになってしまうからである<sup>38)</sup>。

したがって、違法行為によって侵害者のすべての個人的権利が奪われない限り<sup>39)</sup>、侵害者を法秩序の「敵」とすべきではないのである。第一の立場は自身の理論について一貫性を有し、その面でのメリットはあるが、侵害者を「敵」とみなすという危険な傾向を有する。個人視角が簡明かつ有効な方法で第一の立場を証明しようとするほど、ますますこのような危険に近づいていくのである。

### (3) 「個人視角」がもつ侵害者の法益に対する考慮および欠点

「個人視角」から「敵視角」への危険な傾向から抜け出す方法は、「個人視角」も抽象的かつ純形式的な方法を通して侵害者の法益を考慮することである。これによって、法秩序は防衛者と侵害者の人格を平等に扱うことができる。よって後者を「敵」とみなすこともなくなる。

このような考慮は、法益に対する非(純)実体の理解において可能となる。法益は「その機能として存在する」という意味で存在する。刑法にとって、法益の侵害は単純な実在物(例えば、生命、財産)の減少や滅失ではなく、刑法が保護する世界は任意に処分できない大切なものを保管する場所であり、法益侵害は、このような実在物の社会に関連する中での効果(Wirkung)の侵害である<sup>40)</sup>。したがって、刑法は生命の滅失のすべて(例

---

38) Lesch (Fn. 34), S. 37.

39) Andrew Ashworth, "Self-Defence and the Right to Life", 34 *Cambridge Law Journal* (1975), p. 288.

40) Hans Welzel, „Studien zum System des Strafrechts“, *ZStW* 58 (1939), 491, 515 f.

えば病死)に関与するわけではなく、このような滅失が規範的効力を破るという方法で行われる(例えば殺人)のであれば、それは法益侵害であり、刑法の介入を引き起こす<sup>41)</sup>。このような理解において、侵害者も保護に値する生命権を有し、人格上は防衛者と平等である<sup>42)</sup>から、特定の事実状態(例えば侵害者が防衛者に殺されること)があっても、法秩序はその承認自体を取り消すことはない。なぜなら、法律が生命権を保障する方法は、直接的に結果を阻止することではなく、規範の意味においてある行為を禁止することであるからである。ヘーゲルが述べたように、殺人者が殺されたことは、自己自身が定めた法則の実現であり<sup>43)</sup>、防衛者が(何粒かの桜桃を盗まれただけで)やむをえずに侵害者を殺した場合においても、その行為は侵害者の人格や尊厳に対する軽視ではない<sup>44)</sup>。防衛制度は侵害者の生命法益に対する考慮を否定することはできない。この意味において、侵害者が直面する厳格な防衛の出来事は、すでに法秩序がその法益に対して考慮した結果となっている。すなわち、侵害者が必要とされる防衛行為によって殺害されることは、重大な法益不均衡が生じるか否かについて考慮せずとも、刑法の意味での法益侵害にはならない<sup>45)</sup>。

このような見解も正当防衛の「結果論」に対する批判の有力な武器である。侵害者の法益を保護すべきかという問題とその法益の実態いかにについては本質的な違いがあり、法秩序が侵害者の法益を顧慮するのは、その

---

41) Vgl. Jakobs (Fn. 25), Rn. 2/5-6.

42) Ashworth, *supra* note 39, p. 287 ff.; Werner Wolbert, *Du sollst nicht töten*, 2009, S. 58.

43) Igor Primoratz, *Banquos Geist*, 1986, S. 61; Kurt Seelmann, „Hegels Strafreorie“, *JuS* 1979, 687, 689.

44) Roland Kipke/Eray Gündüz, „Philosophische Dimensionen der Menschenwürde“, *Jura* 2017, 9, 15.

45) 似たような理由に基づいて、一部のドイツ学者は被害者の承諾(同意)が違法性ではなく、構成要件該当性を阻却すると主張している。したがって、ここでは、刑法上の意味での法益侵害が存在しない。Vgl. Thomas Rönnau, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, S. 92.

行為が単純に表している事実上のことではなく、その行為が表している法益機能関係上の検討に基づくべきである。この点を見落としたため、ある司法実務者は相互的に負傷させた事実状況を一律に喧嘩と見なした<sup>46)</sup>。

以上のような分析は「個人視角」と「敵視角」を有効に区別するが、このような区別は第一の立場を支持するにすぎない。すなわち、このような理解は、第一の立場の実践的結果(例えば桜桃を盗んだ者を殺すこと)により法秩序が侵害者の法益を考慮していることを表している。しかし、このような「考慮」は規範的な意味に止まり、やはり現実離れしていることは明らかである。たとえ侵害者が哲学的意味において、その法益(生命を含む)の放棄に承諾を与えたとしても<sup>47)</sup>、現実においては、侵害者は恐らく自分の生命をそのように取扱わないし、そのような承諾を社会は認めておらず、逆に、規範的な視角の純粹さと独断さを表しているものである<sup>48)</sup>。さらに、前述したように、このような放棄は侵害者の完全な自由選択ではないと考える。ある見解は次のように述べている。侵害者が法秩序の義務を守ろうとしない場合において、もしこの義務により一方的に防衛者を制限するとすれば、前者を優遇し、後者を差別することになる<sup>49)</sup>。しかしながら、法律は、侵害行為が生じたことについて、侵害者に対する要求を緩めないし、これこそ故意犯が完全に不作為犯の先行行為の理由になり得る<sup>50)</sup>。防衛行為が「常軌を逸するのを避けること」は<sup>51)</sup>侵害者に対する法律を守る要求を緩和するのではなく、両者間で対等な関係は存在しないため、侵害者を優遇する恐れはない<sup>52)</sup>。

---

46) 周 前掲注14) 5頁。

47) Vgl. Lesch (Fn. 34), S. 38 f.

48) Cf. Sanford Kadish, "Respect for Life and Regard for Rights in the Criminal Law", 64 *California Law Review* (1976), p. 883.

49) Vgl. Joachim Hruschka, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1983, S. 137.

50) Georg Freund, „Verdeckungsmord durch Unterlassen?“, *NSiZ* 2004, 123, 124.

51) 林 前掲注9) 192-193頁。

52) Helmut Frister, „Die Notwehr im System der Notrechte“, *GA* 1988, 291, 300.

したがって、「個人視角」を用いることにより、論理的かつ有効に第一の立場を支持することができるが、第一の立場の実務上の不当性は解消されない。第三の立場に対する関係は未解決である。

#### 4. 「超個人的視角」の立場選択

後件 q を社会的利益の総合的な保護として理解すると、「超個人的視角」を用いることになる。これにも理論的な根拠がある。ドイツの学者は、防衛者は基本的な社会団結義務を負うと考える<sup>53)</sup>。すなわち、ドイツ刑法第 323 条 c (不救助) の非保障人の救助義務である<sup>54)</sup>。したがって、「必要性」と第三の立場は理論的に共存の契機を与える。すなわち、この「必要」は(侵害者法益も含む)社会的利益の保護の必要性である。この意味において、超個人的な視角選択は社会的利益を正当防衛の議論の焦点とする。これは、法益衡量の問題にとっては諸刃の剣であるが、ある場合においては、法益衡量の肯定にとって有利となる<sup>55)</sup>。

不救助の規定のない国家(例えば我が国)において、正当防衛は人と人の間の(interpersonalen)衝突であるとするならば<sup>56)</sup>、法秩序は防衛者と侵害者の両方の法益は共に保護すべきである。すなわち、侵害者も生きる権利をもち<sup>57)</sup>、社会的団結の範囲内にあるにすぎない。もし、侵害者の法益について一種の団結性が示されていると考えるならば、それも防衛者個人からの議論ではなく、法秩序等の公共の利益に基づく議論である<sup>58)</sup>。こ

---

53) Hans-Ludwig Günther, in: *SK-StGB B. 1*, 7. Aufl. 1999, § 32 Rn. 107.

54) Vgl. Anette Grünwald, „Notwehreinschränkung“, *ZStW* 122 (2010), 51, 63 f.

55) 張明楷「正当防衛の原理およびその適用」,『環球法律評論』2018年第2期, 55頁; Vgl. Burkhard Koch, „Überlegungen zur Rechtmäßigkeit der Verteidigung in Notwehr“, *ZStW* 122 (2010), 804, 809.

56) Pawlik (Fn. 35), 264.

57) Vgl. Volker Erb, „Notwehr als Menschenrecht“, *NSiZ* 2005, 593.

58) 類似する理由に基づき、いわゆる「法確証」の説明はドイツ語の文法上において成立し難いのだが、防衛者が法を確証したのではなく、法が自分自身を確

の意味において、超個人的視角は我が国の刑法第20条第1項に合致している。文面から見ると、「団結義務」の説明は我が国においては先取されている<sup>59)</sup>が、その本質は侵害者を法律上存在しない人（*nullum*）<sup>60)</sup>もしくは「敵」と見なすことを避けるための手段にすぎない。これは、行為刑法の前提でもあり、刑法の犯罪者（正当防衛の場合においては侵害者も含む）の権利保障の基底でもある<sup>61)</sup>。

### （1）「超個人的視角」の功利主義理解

法秩序が侵害者の利益を考慮すべきであるとしても、功利主義、特に結果主義（*consequentialism*）を認めると、軽微な法益を守るために重大な法益を犠牲にする行為は正義ではない。なぜなら、それは社会的効用を最大化せず、したがって社会的利益の黒字が得られないからである<sup>62)</sup>。重大な法益を犠牲にすることによって軽微な法益を守る行為は、社会的利益最大化を求める功利的計算にとって明らかに必要条件となり難いのである。このような理解は、第二の立場に友好的であり、「法確証」（*Rechtsbewährung*）の原則にとってもチャレンジングな考え方である。いわゆる法確証の原則によれば、正当防衛はすべての法秩序の擁護を意味し、防衛者が国家の代わりに不正義と戦うのである<sup>63)</sup>。法確証の原則が社会的利益の保護に着目することは明らかである。功利主義者の計算が正しいとすれば、重大な法益不均衡となる防衛行為は社会的利益の最大化から離れることによ

---

証したのである。人々はただ慣習により、この説を援用したのである。Vgl. Joachim Renzikowski, *Notstand und Notwehr*, 1994, S. 79.

59) 陳璇「正当防衛と比例原則—刑法条文の合憲性解釈の試み」『環球法律評論』2016年第6期、50-51頁。

60) Vgl. Urs Kindhäuser, in: *NK-StGB*, 5. Aufl. 2017, § 32 Rn. 16.

61) Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 1996, S. 33.

62) Cf. Philippa Foot, "Utilitarianism and the Virtues", 94 *Mind* (1985), p. 196 ff.

63) Thomas Rönnau, „Sozialethische Einschränkungen der Notwehr“, *JuS* 2012, 404, 405.

り正義を失い、よって防衛者の法確証も適用し難いのである。

### 法確証の利益を認めて功利的「計算」をすることの疑問

功利的計算に防衛行為の「法確証の利益」という変量を用いると、計算結果が法益衡量の意義を大きく引き上げることにはならないことを簡単に証明できるので、第二の立場への批判を維持することができる。すなわち、防衛行為は法秩序の保護それ自身にとって「巨大な」社会的利益になりうる。その防衛行為が軽微な法益を守るためであっても、両者を足した後に侵害者の重大な法益を引いても永遠にマイナスが出ることがないのである<sup>64)</sup>。しかしながら、この計算方法については問題がある。

第一に、法確証の利益と守られた利益を簡単にテーゼに代入して計算すること自体が問題である。防衛行為は侵害行為を否定することにより法秩序を回復し、潜在的に被害者を助けて社会的利益をもたらすが、その利益と侵害者に基づく防衛行為によって犠牲にされた法益とは、その質において差異がある。すなわち、前者は間接的、第二次的であり<sup>65)</sup>、抽象的でもある。後者は直接的であり、第一次的であり、具体的でもある。間接性が利益の重要性の並び替えを弱める<sup>66)</sup>。前者が間接的であるのは、防衛行為においては潜在的な被害者の利益は防衛者の自救行為の過程に付随するものであるからである。防衛行為の主な目的と主な意味は具体的個人利益を守ることである。この意味で、法確証は必ず個人の法益の保全の媒体 (Medium) であり<sup>67)</sup>、このような媒体を通して解釈されうる利益は抽象的なものであることが明らかであり、実証的意義においては、個別事例には出現していないのである。この意味において、法確証の法益と個人の法益の性質は同じではなく<sup>68)</sup>、前者は「全体的な」法益と見なしうるが、後

---

64) 松宮孝明『刑法総論講義』、成文堂、2012年、134頁。

65) Hans-Joachim Hirsch, *Strafrechtliche Probleme*, 1999, S. 297.

66) Vgl. Jens Bülte, „Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im deutschen Notwehrrecht“, *GA* 2011, 145, 157.

67) Jescheck/Weigend (Fn. 61), S. 33.

68) Renzikowski (Fn. 58), S. 82.

者は「個別的な」法益であるから、性質の違う量を足すことが妥当か否かについて検討しなければならない<sup>69)</sup>。

第二に、法確証の利益を上記のテーゼに代入しても、その結果は本当に計算された結果ではない。なぜなら、ここでは法確証の利益はすでに「巨大」であり、他方の利益はより小さな数値として設定されており<sup>70)</sup>、この前提だけですでにプラスの結果が得られることになる。すなわち、防衛者が軽微な法益を守ろうとしても、本質的に侵害者の利益より優先されるので、その結論は事後的に比較した結果ではなく、比較する前にすでに確定されていた結果である<sup>71)</sup>。これには循環論証の疑いが生じる。

第三に、このような「計算」の答えは常に正数になり、「枠から外れた事例のコントロール」が不可能になる。桜桃がいくら軽微な法益であろうとも、法確証の利益を加えた後に窃盗犯人の生命を引いても正数になる。よって第一の立場の根拠づけしか残らないのである。

#### 優越的利益説の難点

優越的利益説は、侵害者の利益と防衛者の利益を衡量すべきだと主張し、本質的に後者の利益が前者に優越すると確認する<sup>72)</sup>。しかし、一方で、このような衡量に事前に設定された法確証の利益の考慮も含めると、前述したように、真正の比較ではなく循環論証となる。ある見解は、侵害者の利益が縮小されるため、防衛者がより高い評価を受けるので、真正の利益の比較が存在し、比較した結果は妥当であると考え<sup>73)</sup>。しかし、侵害者の利益の評価を下げることにより防衛者の利益の評価を上げることは、事前に設定した結論(防衛行為がより大きな利益を示している)を別

---

69) 側面が異なるものを混同するのは「ラッセルのパラドックス」に導かれる原因の一つである。陳嘉映『簡明言語哲学』(2013) 中国人民大学出版社 31頁。

70) 勞東燕「過剰防衛の認定と結果無価値論の不足」『中外法学』2015年第5期、1338頁。

71) Vgl. Frister (Fn. 52), 297 f.

72) 張 前掲注55) 71頁。

73) 黎 前掲注24) 127頁 または張 前掲注23) 198頁。

の論述方法で示していることになる。すなわち、「巨大な法確証の利益」の述べ方を変えたものにすぎず、さらにこのような上げる・下げるの基準は曖昧である<sup>74)</sup>。

他方で、このような衡量は、事前に優越的利益を設定せずに真正の意味で比較すると、法益衡量と必要性判断を「全面的に」連結することになり、法益衡量の適用範囲が「常軌を逸するのを避ける」ことから正当防衛のすべての場合にまで広がる。実際には、このような見解も第二の立場を支持し、根本的に必要性の概念を骨抜きにし、基本的適応説に戻そうとする。

したがって、優越的利益説が論理的に直面している困難は、結果先行の偽論証になるか、それとも全面的法益均衡の「基本適応説」に戻ることになるという点にある。前述したように、このような見解は文面の意味的解釈と一致しない。前者の場合は第一の立場を支持し、後者の場合は第二の立場を支持し、両者は第三の立場を有効に支持することができない。

上述した困難のほかに、正当防衛の根拠を利益衡量に求めると、正当防衛の根拠を緊急避難（防衛性）に縮小することになる<sup>75)</sup>、という問題がある。優越的利益説の支持者もこれに対して批判的である。一方で、正当防衛を緊急避難と区別する「正対不正」という関係を無視し<sup>76)</sup>、防衛権を縮小することになり、正当防衛の初志に反する<sup>77)</sup>。利益の衡量に基づき、逃走が必要な避難行為は、いかなる場合においても必要性のある防衛行為とはならないのである<sup>78)</sup>。他方で、緊急避難においては、抽象的に類型化された法益衡量、すなわち法益に対して異なる「種類価値」を与え、優先順位（例えば生命、健康が財産に優先する）を確定し、各々の事案における

---

74) 勞 前掲注70) 1338頁。

75) Vgl. Georg Freund, *Strafrecht AT*, 2. Aufl. 2009, Rn. 3/92.

76) 張 前掲注23) 217頁。

77) Vgl. Walter Perron, in: *SS-Kommentar*, 29. Aufl. 2014, § 32 Rn. 1a.

78) Johannes Petersen, „Die Erforderlichkeit bei § 32 und § 34 StGB“, *JA* 2017, 502, 506.

具体的な衡量をする<sup>79)</sup>。正当防衛が縮小されて緊急避難になると、問題がより一層明らかになる。なぜなら、前者が主に考慮するのは法益が細部に現われている「要保護性」であり、それは本質的には防衛の必要性と同義語であり<sup>80)</sup>、比較した結果ではないからである。したがって、緊急避難の利益衡量は、同じような性質をもつ正当防衛とは異なる性質をもつ。すなわち、後者にとって利益衡量は体系外存在である<sup>81)</sup>。上述したことに鑑みて、ある学者は、正当防衛における利益衡量の唯一の使い方は侵害行為の違法性を確認することであり、それ自体が利益より優越すると不法を排除することができなくなる<sup>82)</sup>、という。他方で、このような場合に防衛することを認めないと、当該行為は緊急避難であるため、優位的利益は緊急避難成立の必要条件でなくなる。よって、利益衡量が決定的な効果をもたらすとはいえない。

## (2) 「超個人的視角」の非功利主義の理解

超個人的視角のもう一つの見解は、功利計算を放棄し、焦点を権利の正当性に置く。功利計算の前提として、個体の好み合計して社会全体の効果になりうる、すなわち、結果の最大値を求め、個体の利益の衝突の場合において、部分的に好みを犠牲にすることができる。しかし、犠牲にされたのが個人の権利であれば、合法性が欠けることになる。なぜなら、理論的に個人の権利は加算結果より優先するからである<sup>83)</sup>。功利主義の構造においても、結果の最大化のために個人の権利と自由を犠牲にすることに対して批判すべきだと考える。すなわち、侵害されない安全の利益（つまり

---

79) Theodor Lenckner, „Der Grundsatz der Güterabwägung“, *GA* 1985, 295, 296 f.

80) Lenckner (Fn. 79), 299 f.

81) Jan Joerden, „Selbsthilfe im Strafrecht“, *JuS* 1992, 23, 25.

82) Vgl. Georg Küpper, „Fahrlässige Brandstiftung mit tödlichem Ausgang“, *JuS* 1990, 184, 187; Renzikowski (Fn. 58), S. 82.

83) Ernest Weinrib, „Utilitarianism, Economics and Legal Theory“, 30 *University of Toronto Law Journal* (1980), p. 318.

消極的な自由)は社会の一員の必要品であり、権利と自由を保障するだけで、その他の物質的な好みが保証されうる、功利の意義においても、権利はすべての物質的利益の前提となる<sup>84)</sup>。すなわち、権利を侵害する行為が不正で社会に対しても福利を与えないのであれば<sup>85)</sup>、このような行為に対する反撃は具体的な利益計算によらずとも当然に正当である。

この意味において、軽微な財のために人を殺すことは「権利濫用」を構成する見解に似て、結果を原因と見なしている疑いがあり、先に「ある特殊な状況において例外的に侵害者は『制限される』ことがある」と確認した場合に限って<sup>86)</sup>、「制限」は「濫用」ではないことになる。しかし、この見解は、防衛行為が権利行使の行為としてなぜ制限されるのか、という問いに対して答えていない。加えて、権利の濫用は違法な方法で行う必要がある<sup>87)</sup>が、正当防衛は元々違法性を評価するものであり、もし先にある防衛行為が違法だとすれば、正当防衛論を持ち出すことすら必要でない。

#### 「個人的視角」における法確証原則の読み込み

法確証は常に功利計算の一変量とみられるが、法確証の原則は非功利主義の理解とより合致している。なぜなら、この見解が強調していることは利益衡量ではなく、防衛行為の本質的な正当性である<sup>88)</sup>。ヘーゲルにおいては、法秩序にとって不法侵害の本質には実存性がなく、その理論的な存在は一種の仮想にすぎないため、処罰もしくは防衛により否定すべきであり、侵害行為は権利の意義においては実体 (Substanz) が常にゼロであり、どのような防衛行為もこれを避ける必要はない<sup>89)</sup>。侵害された財産がいくら軽微であっても、防衛行為は権利を表している。侵害者の重大な法益に

84) ジョン・スチュアート・ミル『功利主義』徐大建訳 上海人民出版社、2008年 55頁。

85) Foot, supra note 62, p. 205.

86) 林 前掲注9) 193頁。

87) 王艷玲「民法において禁止権利濫用原則の思考の確立について」『河北法学』2006年第7期、55頁。

88) 松宮 前掲注64) 135頁。

89) Kindhäuser (Fn. 60), § 32 Rn. 12.

直面しても、権利を保護する者は譲る必要はない。ここでの権利をすべての法秩序にまで拡張すれば、通説の法確証の原則を得ることができる。すなわち、これは超個人的視角に立ちつつ、法益衡量否定説（第一の立場）も支持する<sup>90)</sup>。

上述のように理解すれば、法確証が第一の立場を支持することは、ある程度「個人」の権利の尊重に基づくものであり、これを「超個人的視角」の論理工具とみるのは妥当ではないと考える。あるドイツの学者は以下のことを考証した。すなわち、法確証の理論的根拠を個人の傾向ではなく、社会の傾向と見なすことは間違えた解釈である<sup>91)</sup>、個人の権利の尊重だけから法確証に付帯する社会的意味を導き出すことができる<sup>92)</sup>。法確証は個人的視角以外の新たな内容を提供することができないだけでなく、個人的視角の傾向に帰還することを潜在的に示し、超個人的視角が個人的視角に無限大に貫入する可能性を提供する。個人的視角の見解も、（名義上の）超個人的視角の見解も、第二の立場を支持することができない<sup>93)</sup>。

#### 伝統的見解における法確証の原則の解釈力

伝統的見解は法確証の原則から第一の立場の理由を説明する。法確証は防衛者に一種の国家による行使の代わりに（相対的に個人の権利保護にとって）限度以上の反撃の権限を与える。このような権限は個人の権利保護にとって、限度以上のものであるため、個人の権利保障が必要とされる制限を受けない<sup>94)</sup>。個人的視角からは法益衡量は必要とされない。このような権限が社会的利益によって防衛者に与えられるため、超個人的視角を採用していることが明らかである。しかしながら、このような論証には以下

---

90) Rönnau (Fn. 63), 405.

91) Urs Kindhäuser, „Zur Genese der Formel das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“, in Freund (Hrg.), *Festschrift für Frisch*, 2013, S. 500

92) Perron (Fn. 77), § 32 Rn. 1a; 張 前掲注55) 56頁。

93) Walter Kargl, „Die intersubjektive Begründung und Begrenzung der Notwehr“, *ZStW* 110 (1998), 38, 43.

94) Kristian Kühl, „Notwehr und Nothilfe“, *JuS* 1993, 177, 181.

のような疑問がある。

第一に、前述のように、個人の権利保護が必要とされる防衛の限度は法益の衡量を要求しない<sup>95)</sup>。個人の権利保護と法益衡量否定説について食い違いが存在しない以上、なぜ前者以外に後者のために「限度以外」の理由を探す必要があるのだろうか？ 社会的利益以上の「限度以外」の防衛権限の中身はどのようなものかについて、検討すべきだと考える。

第二に、法確証は個人の権利の「媒介」によるものである以上、理論的に前者と後者の範囲だけが一致すると考える。後者の範囲を超えた場合に、限度以上の幅広い反撃権限が得られるとすると、媒介関係を否定することになる。よって、法確証の利益が根拠のないものになる。つまり、防衛行為は生存法則の力勝負ではなく、権利の行使である<sup>96)</sup>。

第三に、法確証の利益の主な意義を国家的秩序の回復に置ければ、社会的視角が維持されるが、防衛に対する比例原則による制限が生じることになる。前述のように、比例原則は全面的な利益衡量を要求している。したがって、法確証の原則が法益衡量の必要性を否定する初志とは逆になっている。また、防衛者が国家の権利の代行者であれば、国家自身が公権力を行使する範囲に制限されるべきである。しかしながら、比例原則は元々国家にだけ有効であり、一般公民に対する拘束力はない<sup>97)</sup>。権利を代行する関係が成立する以上、比例原則の制限も一般公民の防衛行為まで広がることになる。

たしかに、ある学者によれば、正当防衛においては国家と一般公民を平等にみることができ、防衛行為が刑法により許されるため、国家もそれに参加することができるので、公民の防衛は本質的に国家の行為でもあり、国家に適用される比例原則に従うべきである<sup>98)</sup>。しかし、立法者による正当防衛の承認は「公的容認」であるが、国家による公的容認の制定は必ず

---

95) Kühl (Fn. 94), 181.

96) Vgl. Christian Köstlin, *System des deutschen Strafrechts AT*, 1855, S. 72.

97) Bülte (Fn. 66), 159.

98) Vgl. Jürgen Schwabe, „Grenzen des Notwehrrechts“, *NJW* 1974, 670, 671 ff.

しも当該権利の行使にも関与しているという意味ではなく、逆に、公的容認は公民の自由を創設し、自由とは国家によって干渉されないことである<sup>99)</sup>。こうしたグレーゾーンを減少させるために、現代国家は私的領域においても数多くの許容規範を制定する傾向にあるが、権利の拡張、権利の収縮として解説することは明らかに妥当ではないと考える。さもなければ、公的容認による個人のいかなる行為も国家に帰責されることになるからである<sup>100)</sup>。民事制度はそれによって崩壊する。そのほかに、一般的な防衛者が侵害される時には、しばしば権利行為者のもつ各種の優越的条件を有していない<sup>101)</sup>。比例原則を一般の防衛者に適用することには、公平性の問題も存在する。

したがって、個人的視角に総括しうる部分以外には<sup>102)</sup>、法確証の原則の解釈力はほとんど残されていない。これを基調にするのは社会向きではなく、個人向きである。しかし、個人と超個人との壁を取り除くと、法確証の原則は個人法益保護の原則と「本体が同一であり、お互いに分けられない二つの側面をもつ」ものとなる。よって、第一の立場だけを支持することができる。これは伝統的な見解に認められる意義である(法確証の原則は社会的視角に基づき、法益衡量否定説に対する有力な支持となる)。すなわち、法確証の原則は、個人法益保護説と同様に第三の立場を解釈することが困難になるのである。

## 5. 個人的視角の優越性と法益衡量問題の「帰責転向」

第三の立場の解釈は、同時に個人的視角と超個人的視角の欠点でもあるが、両理論の説得力に強弱の差がないことを意味しない。第三の立場の構

---

99) 雷磊「権利の地位：ある論理的—規範的分析」『浙江社会科学』2016年第10期、50-57頁。

100) Vgl. Armin Engländer, *Grund und Grenze der Nothilfe*, 2008, S. 180 f.

101) 陳 前掲注59) 56頁。

102) Kindhäuser (Fn. 60), § 32 Rn. 11.

造を合理的に解釈するには、総体的に優れた理論を出発点として選択することが必要となる。

#### (1) 「オッカムの剃刀」原則対視角の考察

哲学者オッカム (Ockham) は以下のようにいう。すなわち、より少数の仮定で問題の説明に足りる以上、より多数の仮定は不要である<sup>103)</sup>。この原則に従って、個人的視角による正当防衛の説得力が少なくとも超個人的視角のそれと同様である場合には、前者がより簡潔であるため、後者の説得力は一定の程度で前者の「媒体」を借りることによって実現され、したがって「オッカムの剃刀」を使って後者を除いて体系の簡潔性を維持することができる<sup>104)</sup>。

#### 個人的視角の批判に対する反駁

個人的視角は、事実上、正当防衛の法理解釈に適合する。この見解に対する批判はいくつかの場合に認めにくいのである。

第一に、個人的視角は必ず防衛者の逃避義務に至ると考える人が多い<sup>105)</sup>。逃避によって常に法益がより保護されると考え、個人的視角が防衛者の法益保護に着目する以上、逃避を選択すべきであり、抵抗を放棄すべきである<sup>106)</sup>。

しかしながら、この批判には根本的に二箇所の間違ひがある。一つ目は、「しうる」と「すべき」を混淆していること、二つ目は行為と結果を混淆していることである。正当防衛は授權的規範である。防衛者に自分が思う有効な防衛を選択することを認めるが、強制的に最も良い方法を選ば

---

103) ヒュー G ガウチ『科学方法実践』(2005) 王義豹訳 清華大学出版社 216頁。

104) ガウチ 前掲注103) 216-217頁。

105) Kristian Kühl, „Die Notwehr: Ein Kampf ums Recht oder Streit, der missfällt?“, in: Kurt Schmoller (Hrg.), *Festschrift für Triffterer*, 1996, S. 150; Perron (Fn. 77), § 32 Rn. 1a.

106) Kühl (Fn. 105), S. 150.

せることはない。いかなる方法で法益を処分するかが自由であるため、当然に防衛制度はこのような自由を保護すべきである。よって、逃避という方法で法益を保護することも、自然にそのものが保護されるべきである自由な選択権の中に置かれる<sup>107)</sup>。防衛者がリスクを負って行うことも、自分の法益を処分する自由を実践したとみなすべきである。結果が思うようにならなかったとしても、その行為が法益を保護する目的から外れたとはいえないのである。さらに、根本的にみると、逃避は防衛ではないため、元々正当防衛の範疇に入れるべきではない。

第二に、第三者のための防衛は元々超個人的視角の弱点である。防衛行為が社会正義を守る以上、被侵害者の同意は不要であり、したがって被侵害者が強制的に他人からの防衛を受けることになる<sup>108)</sup>が、個人的視角にはこのような問題が発生しないことが明らかである。しかしながら、ある見解によれば、このような場合においては個人的視角だけが解釈しうるのではなく、被侵害者が反抗しない態度を表している時に有効な被害者の承諾を侵害者に与えることによって、侵害の違法性が失われ、防衛の前提も失われることになるので<sup>109)</sup>、個人的視角の利点はさほど大きくないのである。

しかし、この論調は「反抗しない」ことイコール「侵害を認める」ことではないということを見逃している。被侵害者は恐怖または危険なことに巻き込まれないために、他人からの防衛を受けないことは、必ずしもその侵害に対して有効な承諾を与えたといえないのである<sup>110)</sup>。このような場合においては、正義を守るという社会的視角からものはや被害者の抵抗しないという選択を尊重することはできず、個人的視角からのみ解釈可能とな

---

107) Freund (Fn. 75), Rn. 3/93.

108) Günther (Fn. 53), § 32 Rn. 12.

109) Murmann (Fn. 29), Rn. 25/69.

110) Sternberg-Lieben, „Zur Strafbarkeit der aufgedrängten Nothilfe“, *JuS* 1999, 444, 448.

る——被侵害者の選択の自由の保護である<sup>111)</sup>。

第三に、ある見解によれば、個人的視角は国家暴力独占の原則に反するおそれがある<sup>112)</sup>。国家の授権以外に、個人が暴力を使うことはできない<sup>113)</sup>。しかし、国家が暴力を使えない、もしくは使いたくない場合に、公民はやむをえずに「自然状態」に戻される<sup>114)</sup>。また、正当防衛は強制的許可の規範であり、個人的視角は政府なしの個人的暴力を主張しているのではなく、個人の法益保護は国家の授権に帰着するので、暴力独占の原則に矛盾しない。

第四に、我が国の刑法が成文をもって国家、公共の利益を守るための防衛を認めていることが、個人的視角にとって最大の障害となっている<sup>115)</sup>。しかしながら、両者の矛盾は調和しえないものではない。

その一、国家、公共、個人の利益を並列する規定を公布することの意義は大きいと考え、「集団利益は個人利益より優先する」、「国家利益は最も高い利益である」という価値観<sup>116)</sup>を表しているが、具体的な事案において、このような公布は必ずしも常に貫徹することができないのである<sup>117)</sup>。

その二、人々が当該規定を適用する際に実際に使う思考方法は、個人的視角と矛盾しない。法確証の原則が表す社会価値は個人的法益の保護から抽象化された社会的利益である<sup>118)</sup>が、刑法の規定は直接的に、より具体

---

111) Cf. Kadish, *supra* note 48, p. 885.

112) Koch (Fn. 55), 816.

113) Otto Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, S. 263.

114) Joachim Hruschka, „Die Notwehr im Zusammenhang von Kants Rechtslehre“, *ZStW* 115 (2003), 201, 219.

115) 張 前掲注55) 53頁。

116) 蔡宏偉「正当防衛における国家と個人」『法制と社会発展』2017年第6期 2017年第6期166頁；田宏傑「中国大陸と香港特区における正当防衛概念の比較研究」『法商研究』2001年第5期，106頁。

117) 張宝「類型思考下における公共利益を侵害する行為の可防衛性の研究」『河南科術大学学报（社科版）』2016年第6期，100頁。

118) Pawlik (Fn. 35), 259.

的な公の法益を防衛することを表しており、両者は視角において明らかに区別される。例えば、通りすがりの人が壁を越えて脱獄しようとする犯罪者を監獄から脱出できないように押し戻した結果として犯罪者を負傷させた場合や、ひそかに犯罪者を逃がそうとする行為を監獄の管理者が阻止するような場合も、公の法益のための防衛である<sup>119)</sup>。しかし、この二つの場合において、社会的利益は（具体的な）監獄を管理する利益であり、総体としての国家司法秩序まで考慮しなくとも解釈しうるのである。したがって、いわゆる社会的利益は完全に「第三者」の利益として理解することができる。この二つの例の第三者は、ある監獄であり、それに関連する防衛行為の「必要性」も脱獄やひそかに犯罪者を逃がすことを有効に阻止することに制限される。このような思考方法には、実質的には個人的視角と何らの差異も存在しないのである。

一番問題となるのは、個人的視角の本質について防衛側の法益を出発点とする思考方法であり、「必要性」の考察において功利計算の方法を侵害側に取り入れることを認めないことである<sup>120)</sup>。一般的には、いわゆる防衛側の法益は当然にその当の本人の個人の法益であり、「個人的」視角もこれにより名付けられたものである。しかし、事実上、防衛側の法益は第三者の法益を完全に包含することができる。ただしドイツにおいては、第三者の法益は個人的法益に限られている。我が国において、法律はそれを超個人的法益として認める。したがって、「個人」的視角という名称は不適切であるが、我が国の特殊な規定においても、その思考方法は成立しうるものである。

その三、ドイツにおいては、公の法益保護は必ず個人法益の防衛として現れるべきである。この範囲を超えた「国家防衛」というのは、基本的に認められない。しかし、ある見解によれば、「実際に国家的利益が直接的に脅威にさらされ、それを主に管理する組織がこのような国家的利益を保

---

119) 張 前掲注55) 54頁。

120) Vgl. Pawlik (Fn. 35), 276.

護しえない場合」にも正当防衛を行うことができるのであり、これはいわゆるドイツの通説である<sup>121)</sup>。すなわち、ドイツにおいても、個人的視角でもすべての場合を解釈することができない。しかしながら、これは翻訳による誤解である。この文の原文は、「現実的」ではなく、「生命に関わる」国家利益が直接的に脅威にさらされると訳すべきであり<sup>122)</sup>、したがって、このような防衛は実際には個人的利益の防衛に転化し得る。なぜなら、国家の存立に関わる時に社会全体は不穏状態になり、個人的利益が直接的に侵害されることになるからである<sup>123)</sup>。

### 二元論の要否

二元論者は以下のことを主張する。すなわち、個人法益保護の原則は必ず(社会的視角の)法確証の原則と連合すべきであり<sup>124)</sup>、前者と後者を離れて単独で有効に法益衡量の放棄を解釈することはできないのである<sup>125)</sup>。しかし、このような考え方には疑問がある。法確証の原則は必ずしも防衛権を拡張する傾向をもたない。前文で述べたように、個人的視角は形式的理論において、単独で完全かつ有効に防衛の限度に関する法益衡量は不要であることを解釈することができる。実際に、権利関係を取り除いた社会的利益は存在しない概念であり、個人の権利なしでは法共同体は形成しえないし、法共同体なしでいわゆる社会的利益は元々想像しえないのである<sup>126)</sup>。個人の権利の侵害が否定されれば法そのものへの侵害も否定されることになり、「個人の権利の主張と保護は法の主張と保護である」<sup>127)</sup>。したがって、二元論の根本の独立の意義を標榜することはできず、

---

121) 張 前掲注55) 53頁。

122) Urs Kindhäuser, *Strafrecht AT*, 7. Aufl. 2015, Rn. 16/16. 蔡桂生訳『刑法総論教科書』(2015) 北京大学出版社 162頁。extenziellを「現実的」と訳すことを検討すべきだと考える。

123) Perron (Fn. 77), § 32 Rn. 6-7.

124) Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht AT*, 2004, Rn. 8/17.

125) Lenckner (Fn. 79), 300.

126) Renzikowski (Fn. 58), S. 97.

127) ルドルフ・フォン イェーリング『権利のための闘争』(2004) 胡宝海訳 中

それは単に個人的視角の強化版にすぎないのである。よって、両次元を結びつける必要性は失われる。なぜなら、独立に存在する側は必ずしも非独立的に存在する側と結びつく必要がないからである。社会の元がある種の実践価値の実現であるとすれば、社会的観点から正当防衛判断の妥当性の結果を修正することになるが、そこには結果先行の循環論証の危険性が隠れている<sup>128)</sup>。

## (2) ドイツ刑法の「話題移転」

「オッカムの剃刀」によって選び出したのは「個人的視角」である。前述のように、この視角は第一の立場だけを支持しうるのであり、理論的に「必要性」の概念とは矛盾しないが、人々に社会の全体的な利益と価値を代価にして、手段を選ばずに、リスクを負って私的利益を保護する行為を行うよう奨励する傾向がある<sup>129)</sup>。これは、ドイツの通説が原則的に法益衡量は必要ないと公言しながら、社会倫理的制限の余地を残す原因である。しかし、第三の立場は単に結果的に共同の認識が生まれたにすぎないのであり、理論体系の完全性からみると矛盾している。すなわち、原則的に法益衡量を否定するが、法益の差の大きな場合には否定しない。

社会倫理的制限は正当防衛の体系に内在する原則ではない。ドイツ刑法においては、正当防衛は要求される行為だけが違法性を阻却し、「要求される」(geboten)という単語が倫理的制限の文面上の意義の基礎を形成する。すなわち、社会倫理の観点から、「筋道からはずれた」場合には、基本原理の鋭い防衛行為はすでに「要求された」行為ではないのである。しかし、これは刑事政策に基づく外部的な制限であり<sup>130)</sup>、正当防衛論につ

---

国法制出版社 57-58頁。

128) Vgl. Pawlik (Fn. 35), 261.

129) Vgl. Claus Roxin, „Notwehr und Rechtsbewahrung“, in: Heger (Hrg.) *Festschrift für Kühl*, 2014, S. 394.

130) 「要求」という単語が有効的にこのような外来的な制限の意味を表すか、それともただ「必要限度」の同じ意味での繰り返しかについて、検討すべきだと

いての刑法の解釈論にこのような制限を課することはできないのである<sup>131)</sup>。法益衡量は正当防衛にとって未だに「異質体」である。

したがって、第三の立場のドイツ式解釈方法は一種の二分法である。正当防衛においては、一般的判断としては法益衡量は不要であるが、法益が著しく不均衡になる場合には刑事政策的必要性から当該判断を修正すべきだと考える<sup>132)</sup>。刑法解釈学の側から見ると、このような妥協は二元論の結果として先行する循環論証を刑事政策学側面に移すことになるが、今なお反体系的であり、自己矛盾である<sup>133)</sup>。しかし、法益衡量問題の「話題の移転」が文面上の意義に合致するという点については完成されたことになる。

しかしながら、我が国にはこのような規定が存在しないため、刑事政策に基づく文面上の意義の修正ができず、話題の移転の可能性も排除される。もし刑法解釈論によって法益衡量否定論（第一の立場）を得ることができれば、司法実務もこのような結論に従うべきである。さもないと（行為者に不利な）類推解釈に当たることになる。ある見解によれば、正当防衛の規範は構成要件ではないので、このような授権的規範の文面上の意義の範囲を超えたとしても罪刑法定主義に反しない。しかし、行為の可罰性を決定するのは構成要件だけではなく、犯罪事由の排除も同じように作用する<sup>134)</sup>。したがって、我が国の立法条件に限っていえば、刑法解釈学の内部でこのような問題を解決すべきだと考える。

---

考える。Vgl. Dietrich Kratzsch, „Das (Rechts-) Gebot zu sozialer Rücksichtnahme“, *JuS* 1975, 435, 436.

131) Vgl. Arndt Sinn, „Die Notwehr als Lotteriespiel“, in: Fahl (Hrg.) *Festschrift für Beulke*, 2015, S. 279.

132) Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmuth Satzger, *Strafrecht AT*, 2016, Rn. 512.

133) Kargl (Fn. 93), 67.

134) Helmuth Satzger, „Gesetzlichkeitsprinzip und Rechtfertigungsgründe“, *Jura* 2016, 154, 156.

### (3) 法益衡量問題の「帰責転向」

ドイツ式の「話題の移転」をすることは、すなわち、正当防衛をめぐる学説内の理論が法益の重大な不均衡の問題に対して今なお解決策を示していないことを認めることになる。しかし、刑法解釈学の内部の資源は使い果たしておらず、帰責という思考方法がこの問題に関連している。正当防衛の帰責という思考は古い時代から存在し、古代インドの「マヌ法典」に「怒った神様が怒った神様に殺される」という条文が存在する。すなわち、暗殺する者を殺しても防衛者に帰責されず、自分(の「怒りの神様」)に帰責される<sup>135)</sup>。ドイツの現行刑法の理論により、帰責は侵害行為とそれに相応した結果が自己責任領域に属することを簡潔に説明することができるため、これを正当防衛理論の補充とみなすことができる<sup>136)</sup>。

しかし、もし帰責原則が単に拡大されて、防衛結果を被害者が引受けることに対して簡明な解釈を提供するにすぎないのであれば、防衛行為が引き起こした何らかの結果はすべて侵害者に帰責されることを言い方をかえて強調したにすぎないのである。これは合理的な説明ではなく、第三の立場にとって何らの意味もない。

このような思考は、単に帰責原則を正当防衛論の付属品と見なすだけでなく、中世期の「結果不法」(versari in re illicita)まで遡る<sup>137)</sup>。最初の行為に関係する何らかの結果は、その関係が直接的であろうと間接的であろうと、規範意味上の帰属評価に対して影響があるか否かを問わず、最初の行為者に帰責されることになる<sup>138)</sup>。これを正当防衛論に代入すると、侵害行為は不法(res illicita)であり、いかなる防衛の結果(侵害者の殺害も含む)はすべて侵害者自身が引き起こしたものとみなされる<sup>139)</sup>。規

---

135) 蔣忠新訳『マヌ法論』(2007)中国社会科学出版社 170頁。

136) Kühl (Fn. 1), Rn. 7/19.

137) Kindhäuser (Fn. 60), § 32 Rn. 16.

138) Hinrich Rüping/Günther Jerouschek, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 2002, Rn. 33. 馬克昌主編『近代西方刑学説史』(2016) 42頁。

139) Kindhäuser (Fn. 60), § 32 Rn. 16.

範保護の範囲が極めて広い場合には、この原則はある合理性を有する<sup>140)</sup>が、正当防衛（特に重大な法益不均衡の場合）はこれに当たらない。前述のように、正当防衛という制度は防衛者の利益を保護すると同時に侵害者の法益をも実質的に考慮しなければならない。一方、硬化した帰責判断は中世期の原則であり、そこには侵害者は「敵」であるという思考傾向が隠れている。

ある学者によれば、「被害者の自己答責が防衛限度の判断に優先する」という思考を基礎にして、防衛限度の側面から帰責結果を制限し、「有効かつ安全に不法侵害を阻止する範囲内で、原則的に侵害者の法益が消滅すること」と「侵害者の法益を保護すべき程度の減少は状況判断の原則である」という具体的な基準を徹底すべきである<sup>141)</sup>。一方で、この二つの基準の間には一定の矛盾があり、前者によると侵害者の法益はすでに消滅しているが、後者の状況による侵害者の法益保護性の減少の程度は論理上問題にならない。他方で、もし防衛限度が有効かつ安全に不法侵害を阻止しうるのならば、基本原理の鋭い防衛行為が許されることを意味する。すなわち、このような防衛限度内において、侵害者の法益保護性は「原則的に」ではなく「完全に」消滅する。重大な法益不均衡が生じた場合には、当該基準は帰責に対する制限とならない。したがって、この論者も重大な法益不均衡が生じた場合には「例外」を認めるが、法益衡量否定説は依然として「原則」であることを認める<sup>142)</sup>。このような「原則－例外」という二分法は上述の文が示すドイツ式「話題移転」である。立法条件に制限されるため、我が国においては適用しにくいのである。

正当防衛の帰責の考え方は、予め答えを設定した工具ではなく、いかなる正当防衛理論の付属品でもなく、侵害者と防衛者との間での防衛結果の配分の問題を改めて考慮すべきだと考えるのであり、「配分」という単語

---

140) Vgl. Heinz Bindokat, „versari in re illicita und Erfolgzurechnung“, *JZ* 1977, 549, 551.

141) 陳璇「侵害者の視角下の正当防衛論」『法学研究』2015年第3期, 127-130頁。

142) 陳 前掲注141) 134頁。

はその両者を平等の権利として考慮することを意味する<sup>143)</sup>。しかし、正当防衛のパラダイムから独立している帰責原則は必ず違法性判断の問題をもたらす。行為者に帰責すると、防衛者の行為については、帰責原則によっても正当防衛パラダイムによっても、犯罪の成立が阻却されうる。両者に競合関係は存在するのであろうか？ 防衛者に帰責すると、防衛行為は正当防衛パラダイムにおいてどのように評価されるべきか？

## 6. 帰責論を用いて正当防衛の法益衡量の問題を 解決する具体的なルート

行為者と防衛者の双方の行為は単純な客観的帰責の問題に還元されうる。客観的帰責理論にはおのずと熟成した結果帰属の判断方法がある。ここでは違法性評価の制約を受ける必要がない。したがって、この方法によれば、正当防衛理論の付属的地位を離脱することができ、独立の価値を表すことができる。しかし、そもそも客観的帰責理論の適用によって新たな結論が出るのであろうか。これによって正当防衛の重大な法益不均衡の問題を解決するには、正確な帰責ルートの選択と合理的な帰責判断の配置と正当防衛判断の関係が肝心である。

### (1) 単層帰責ルートの問題

客観的帰責の方法は、「許されない危険の創出」と「構成要件の結果への危険の実現」という二つの要件によって構成される<sup>144)</sup>。したがって、防衛行為と防衛結果との間の単層帰責の関係だけを考慮すれば、二つの問題を検討すべきだと考える。一つ目は、防衛行為が法律上許されない危険を創出するか否かという問題である。二つ目は、もし防衛行為が危険を創出した場合に、この危険が構成要件結果において実現されたか否かという

---

143) Vgl. Pawlik (Fn. 35), 264.

144) Kühl (Fn. 1), Rn. 4/43.

問題である。

防衛結果は防衛行為に帰責されえないという見解は、上に述べた二つの問題に対して否と答える<sup>145)</sup>。この思考は、防衛行為の判断を構成要件の段階で行おうとしているが、以下のような問題点がある。

この見解が一つ目の問題を否定する理由は、防衛行為が危険を創出したとは一概にいえないとすることにある。しかし、防衛行為は構成要件面において危険を創出する可能性をもち、この危険が違法性において許されることは第二階層の問題であり、両判断を同列に論じることは体系の混乱に至る可能性がある<sup>146)</sup>。ある見解によれば、正当化事由を法秩序により禁止された危険への否定と解する<sup>147)</sup>が、「例外」を認めるのはまさに危険性の判断と行為の正当化は別の問題であることを表している。したがって、一つ目の問題を否定する理由となる帰責は結果帰責ではなく、「不法帰責」である<sup>148)</sup>。

この見解が二つ目の問題を否定する理由は、侵害行為が危険の引受けによって行われたため、防衛行為が結果において実現されていないとすることにある<sup>149)</sup>。しかし、このような推論は、以下のことを考慮していない。すなわち、ある側の行為が危険の引受けによって行われることは必ずしもその結果がほかの側に帰責されないことを意味するわけではない、ということである。ある学者によれば、危険の引受けの側が独立に、もしくは共同正犯の意味で行為結果を左右した場合にだけに、ほかの側の帰責を排除する<sup>150)</sup>。前者について指摘するつもりはないが、後者の場合において、自己危殆化する者と相手方が両方とも結果に対して、正犯的な寄与を与え

145) Joachim Kretschmer, „Die Rechtfertigungsgründe als Topos der objektiven Zurechnung“, *NStZ* 2012, 177, 177 f.

146) Jörg Eisele, in *SS-Kommentar*, 29. Aufl. 2014, vor §§ 13 ff. Rn. 92a.

147) Wolfgang Frisch, „Objektive Zurechnung des Erfolgs“, *JuS* 2011, 116, 116.

148) Harro Otto, „Die objektive Zurechnung eines Erfolges im Strafrecht“, *Jura* 1992, 90, 91.

149) Kretschmer (Fn. 145), 178 f.

150) Kindhäuser (Fn. 122), Rn. 11/25; Otto (Fn. 124), Rn. 6/62.

たにもかかわらず、相手方だけに帰責しない<sup>151)</sup>のは、「不公平な取り扱い」ではないか？ 常識的にみれば、危険の引受けがあっても、ほかの側の責任を直接的に排除するのではなく、両者は共に帰責を実現したとすべきである<sup>152)</sup>。これは一層ルートの最も重要な問題である。

したがって、自己答責にとって必要とされる相手方の行為の確認だけで、行為者側が危険を実現しないとはいえないのである<sup>153)</sup>。すなわち（以下に述べる）例外の場合を除いて、防衛行為は常に防衛者の意思の支配下で行われた自由行為である。相手（侵害者）の行為が自己答責の行為であるか否かを知らない場合には、簡単には防衛行為の帰責を排除することができないのである。一つ目の問題の否定が三重説を維持した場合にのみ問題となると二重説の支持者から思われるかもしれない。しかし、二つ目の問題に対する否定は二重説の支持者にしても、三重説の支持者にしても問題が存在する。

重大な法益不均衡の場合において、この見解は第三の立場を取るが、その理由は以下のとおりである。すなわち、防衛行為は法確証の利益を欠くことにより、侵害者は危険を引受けないことになり、責任領域が防衛者側に移転する<sup>154)</sup>。しかし、このような客観的帰責と（社会的視角での）法確証の原則を混合する思考では、自説を説明しきれないのである。この場合に、たとえ防衛行為に法確証の利益が欠けたとしても、なぜ相手の行為が危険の引受けになるのか？ 二つ目の問題に対する否定の理由は、防衛行為に法確証の利益が欠けるか否かではなく、まさに相手の行為が危険の引受けである点にある。この見解は第三の立場を支持するために努力しているが、問題は解決していないのである。

一方、防衛結果と防衛行為との間の帰責関連の思考は、容易に客観的帰責と違法性判断の競合に至る。これは通説と一致せず、実際にはそう解す

---

151) 周 前掲注14) 16頁。

152) Ingeborg Puppe, *Strafrecht AT*, 2002, Rn. 6/5.

153) 黄 前掲注37) 210頁。

154) Kretschmer (Fn. 145), 179.

る必要はない。他方、このような思考は本質的に、防衛行為の犯罪化の排除にもう一つの理由を（侵害者側から）見つけ出すにすぎないのである。未だに帰責原則を正当防衛理論の付属品と見なしている。正当防衛の各学説から生み出される理論が第三の立場を解釈しえないのであれば、この見解も同様に解釈できないのである。

## （2）二層帰責ルートと正当防衛判断の相互補充

防衛行為以外に、侵害行為と防衛結果との帰責ルートも考察範囲に入れることにより、帰責原則を正当防衛の単一の補充工具とみなすことが避けられる。「防衛結果が侵害者に属すると解することは、防衛結果が防衛者に属しないことを意味する」という思考<sup>155)</sup>も同様である。このような二層ルートは以下のように修正される。これにより、この二つの論理工具によって、単独で評価した結論を相互に補充することができる。

### 防衛結果、防衛行為、侵害行為の間の三種類の帰責関係

総じていえば、正当防衛の帰責関係には三つの類型がある。この三つの類型において、重大な法益不均衡の現象は「真正」と「不真正」という二つの形態で現れる。

類型一「通常」の場合には、一方では、防衛結果が侵害行為に属することを確認できる。なぜなら、侵害行為に反撃の危険が含まれるだけでなく、危険が防衛結果に実現することは侵害者の予想範囲内のものである<sup>156)</sup>からである。ここには典型性と相当性が認められるので、防衛結果を完全に侵害者の「作品」とみなすことができる<sup>157)</sup>。しかし他方において、上述の分析によると、防衛結果が侵害行為に帰属することは、防衛結果を防衛行為に帰属させることを排斥しないのである。防衛結果は構成要件面において、同時に防衛行為と侵害行為に属しうするため、両者の平行関

---

155) 周 前掲注14) 16頁。

156) Vgl. Frister (Fn. 52), 303.

157) Kretschmer (Fn. 145), 178.

係が成立する<sup>158)</sup>。防衛行為は次の段階で、正当化事由によって違法性を排除する。二層評価は相互的に代替する必要はなく、構成要件面で性急に防衛行為の帰責を否定する必要はないのである。

類型二 防衛結果は防衛行為ではなく、侵害行為だけに帰責される。この場合には、侵害行為が極端に深刻でなければ、ある特殊性を有しなければならないのであり、防衛行為が強制される（aufgezwungen）ことになる<sup>159)</sup>。したがって、侵害行為が独自に事態の進行を左右することによって、防衛行為を非自己責任領域に帰属させることができる<sup>160)</sup>。類型二の場合において、防衛行為は帰属されず、違法性も有しないのである。この類型二には二つの次類型が存在する。

次類型その一 不法侵害が暴行、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的な犯罪行為の場合には、防衛行為は人類天性の生きようとする自己保護の行為であり、人間の本能である。すなわち、上述の場合において、そもそも防衛者に過激な防衛をしないことを期待しえず、防衛行為は侵害行為から「強制的」に生まれたものであるから、その責任が阻却される<sup>161)</sup>。すなわち、我が国の刑法第20条第3項の特殊防衛がこれである。このような場合には、侵害者が殺害されても、その責任は独立に侵害者自身に帰属することになるので、解釈学的に侵害行為の人身に対する危険性の程度は高く要求される<sup>162)</sup>。したがって、特殊防衛は単なる防衛限度の注意規定<sup>163)</sup>ではなく、客観的帰属の注意規定でもある。人身の安全は明らかに重要であるため、次類型その二は一般的に、重大な法益不均衡の問題には及ばないのである。

---

158) Puppe (Fn. 152), Rn. 5/27 f., 6/5 f.

159) Kretschmer (Fn. 145), 178.

160) Harro Otto, „Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich“, in Seebode (Hrg.), *Festschrift für Spendel*, 1992, S. 278.

161) Kretschmer (Fn. 145), 178.

162) 林亞剛 『刑法学教義』（総論）（2017年第二版）北京大学出版社 284頁。

163) 張 前掲注55) 74頁。

次類型その二 人身の安全は重大な侵害を受けていない（よって特殊防衛ではない）が、防衛結果は不法侵害の強制範囲内にある。その結果は防衛者の選択、コントロールを受けないため、防衛行為に帰属しえないのである。このような場合には、侵害者が防衛者（もしくは親族）の人格の尊厳に対し、極端もしくは卑劣な手段を使って蔑視する（「于欢事件」は卑劣の程度について鮮明な例を提供している）ことによって、後者が怒りの余り過激な防衛手段を選ぶことになる。我が国において、このような場合は法益の格段の違いにより過剰防衛と認めることになりがちである。人格と名誉が健康、生命の法益より低いかどうかを議論せずに<sup>164)</sup>、たとえ低いとしても、単に侮辱が傷害致死より軽いだけで、侮辱の侵害行為の重大性を否定することは妥当ではないのである。しかし、我が国の司法実務では、正当防衛への厳格な要求が不適切な慣例となっている。こうした背景から、裁判官に「工夫して、法理と常識、歴史と現実、文化と法律を総合的に考える方法」で正当防衛を判断することを要求しているが、その可能性はほとんどないのがある<sup>165)</sup>。このことは逆に、「帰属転向」の必要があることを裏づけている。

人格を極端に蔑視する行為が防衛行為の帰責を中断する理由は、主にこのような侵害が直接的に防衛者の人格を否認し、その主体性を否定しようと試みているため、「人」を任意に操る「物」に転化させているからである<sup>166)</sup>。これは財産侵害ないし一般の人身傷害とは本質的に異なる。ある学者は、すべての不法侵害は人格侵害により構成され、正当防衛は本質的に人格を守る戦いであるという。これは元々なぜ正当防衛が防衛者の逃避

---

164) 実際には人格尊厳の地位は必ずしも生命、健康法益より低いとはいえない。Vgl. Heinrich Götz, „Das Urteil gegen Daschner im Lichte der Werteordnung des GG“, *NJW* 2005, 953, 954.

165) 梁治平「母親を侮辱する難問：中国社会の転換時期の情と法の関係」『中国法律評論』2017年第4期，79頁。

166) Cheyney Ryan, “Self-Defense, Pacifism and the Possibility of Killing”, 93 *Ethics* (1983), p. 522 ff.

を要求しないかの理由である<sup>167)</sup>。前文ですでに述べたように、極端な侮辱の事案において、防衛行為は確実に人格を守る戦いとしての特質を示している。極端な侮辱行為の本質は、社会的意味において人格の抹殺である。侮辱者が相手の人格を承認しない以上、侮辱者自身の法益の処分権を認めることはできず、防衛行為がどれほど過激な行為であっても、それは侵害行為が「独立」に引き起こした結果と考えるべきである<sup>168)</sup>。

他方、このような場合にも、防衛者は意識明瞭の成人である以上、他人からの蔑視により直ちに責任のある自由な状態ではなくなったと考えるべきではない。しかし、帰属の前提となる行為者の自由の有無は、生理的・心理的な基準によって判断されるのではないので、規範的な意味での不自由が認められれば、同様に責任を阻却しようとする。ドイツの通説は、自己危殆化の動機が当然視される場合（例えば生命の危険があるにもかかわらず火災現場の子供を救おうとする場合）には、完全に自由な状態とはいえず、その結果（火災現場での死亡）は原因行為（放火）に帰属されるべきだと考える<sup>169)</sup>。同様に、極端な侮辱行為により、防衛者も本来の自由ではない状態に陥る。もちろん、このような極端な侮辱行為の合理的基準は、司法実務で確定される必要があるが、一つだけ肯定できることがある。すなわち、基本的国情<sup>170)</sup>、社会情理、および一般文化準則<sup>171)</sup>に基づ

---

167) Vgl. Ulfried Neumann, „Individuelle und überindividuelle Begründung des Notwehrrechts“, in Lüderssen (Hrg.), *Modernes Strafrecht und Ultima-Ratio-Prinzip*, 1990, S. 225.

168) Vgl. Kleszczewski (Fn. 7), S. 233. 注意すべきなのは、于歆事件の「母親を侮辱する」と「刀で突きさす」との間が比較的に長いため、その間に警察の出動もあり、大勢の人の喧嘩行為などの事情も存在する。この時の「刀で突きさす」行為が侮辱を受けたための「人格保衛」として考えるかについて検討すべきだと考える。（参考：陳興良 前掲注14）330頁）ここでの分析はこのような極端な侮辱行為の結果であり、本件の評価ではない。

169) BGHSt 39, 223=NJW 1994, 205.

170) 相手の人格を侮辱する程度は明らかに確実に「極端」に至ることが必要とされる。我が国の現段階の社会文明の程度では、言葉上の侮辱も暴力的侮辱もこのような疑問を明らかにすることができない。しかし、于歆事件の「母親を侮

き、ある行為が人格的な意味で他人の社会存在性を抹殺すると一般的に認められるならば、相手方が反抗しないと社会で生きていけない場合には、反抗の結果を行為者に独占的に帰属させることができると考える。

すなわち、「次類型その一」と「次類型その二」の二つの次類型に内在する構造をみると、前者の侵害行為は、「肉体」的に防衛者を消滅させ、後者は「社会」的に防衛者を消滅させることになる。後者は、表面上は重大な法益不均衡の場合であるが、社会の視点から見るとそうではなく、「不真正の重大な法益不均衡」といえるだろう。

類型三「防衛結果」は「防衛行為」のみに帰属し、侵害行為には帰属しない。すなわち、「不真正の重大な法益不均衡」の場合である。つまり、必要とされる防衛行為が完全に最低限度の法益均衡に反する場合である。ここでの「防衛結果」は、侵害行為（何粒かの桜桃を盗む行為）にかかわらず、その結果は独立に「防衛行為」により引き起こされたものであり、侵害行為は単なる条件関係上の原因であって、帰責の源ではないのである。

その場合の結果が侵害者に帰属されない理由は、その結果が社会において、一般人が当時の具体的な状況のもとで予期しうる範囲内の結果ではなく、一般的な社会経験に含まれない結果だからである<sup>172)</sup>。つまり典型性が認められない。防衛結果を侵害者の「作品」として考えるべきではなく、結果について侵害者は自己危殆化したとはいえないと考える。重大な法益不均衡は、一般人が予期しうる範囲内の「防衛」行為を超えた外在的な表徴である。予期範囲を超えるか否かについては、社会的経験により判

---

辱する」に似たような行為の極端性は、中華文化においては疑う余地がない。古代においても、「道理に背く」者も父親を殺害するより母親を殺害することが最も許されないことである。(参考【唐】房玄齡等著『晋書・阮籍伝』(1974)中華書局 1360頁)

171) 梁 前掲注165) 68-71頁。

172) 林山田『刑法通論』台大法学院図書部, 2005年, 313頁。

断すべきだと考える<sup>173)</sup>。予期範囲を超えた結果は、侵害行為が引き起こしたリスクの実現ではなく、他のリスクもしくは一般生活上のリスクとして考えるべきである<sup>174)</sup>。このことは逆に以下のことを説明している。基本原理の鋭い防衛権は正当防衛パラダイムにだけ有用であり、帰属領域にとっては無効である。なぜなら、一般的生活上の経験において、何らかの軽微な窃盗行為が盗む者の殺害に至るとすることには賛成できないからである。法益衡量問題の意義については、法感情は帰責の範囲内だけで考慮される。

これに対して、類型三において結果が防衛者に帰属されるとすると、本来存在しない「受忍義務」を加えることになる。なぜなら、安価な物であっても、持主が手をこまねている必要はないからである。すなわち、侵害者の生命を害することにより防衛者の法益を保護する、侵害者の生命を考慮すると同時に防衛者の法益も保護する、侵害者の生命を考慮するために防衛者の法益を放棄する、という三つの選択肢において、第二の選択肢は実際には不可能であり、存在しない受忍義務が第三の選択肢を排除し、よって第一の選択肢しか残されないと考える。しかし、「防衛者には受忍義務がない」ことから「防衛者は第三の選択肢を選ぶ義務がない」ことを推定することはできない。「防衛者」（すなわち法益を保護しようとする者）の身分から配慮する必要のないこと（侵害者の生命の保全）は、他の身分（普通の法共同体成員）も配慮する必要がないという意味ではない。例えば、交通上の義務を尽くしていたとしても故意により他人に衝突した場合には免責されない理由は、交通法規は事件に関わる法規範中の一つの根拠に過ぎないのであり、その事件では一般公民の間の義務を考慮すべきだからである<sup>175)</sup>。これは前文に述べた「敵視角」を回避する論理と同様である。この意味で、第3の選択肢は正当防衛規範が防衛者に強制的な受

---

173) Vgl. Kühl (Fn. 1), Rn. 13/41.

174) Frisch (Fn. 147), 117.

175) Vgl. Georg Freund, „Äußerlich verkehrsgerechtes Verhalten als Straftat?“, *JuS* 2000, 754, 758 f.

忍義務を課していると考えべきではなく、防衛者が普通の人として他人の生命への基本的尊重義務を果たすと考えるべきである。逆に、「類型一」もしくは「類型三」においては、防衛結果が侵害者本人に帰属されるため、侵害者が殺害されても防衛者はこのような尊重義務を果たしていないと考えるべきではない。

### 防衛行為が侵害行為に対する返答と「エンドレスループ」の解決策

「類型三」の防衛行為と構成要件結果との間に帰責関連が成立する以上、階層の順番に従って、行為の違法性の問題を検討すべきだと考える<sup>176)</sup>。しかし、正当防衛の各学説内の理論が法益衡量問題を解決しえないため、「帰責転向」に助けを求めることが必要とされる。もしこの問題が正当防衛パラダイムに立ち戻ると、エンドレスループになるのだろうか？

しかしながら、通常の社会人の経験に基づいて判断すると、「類型三」の結果と侵害行為の間に帰責関係は存在せず、その結果は侵害者自身によるものではない<sup>177)</sup>。それは「防衛行為」により引き起こされたものすぎない。すなわち、このような「防衛」は、客観的に「侵害行為を防止するため」の行為と考えるべきではない。そうであれば、刑法第20条第1項の「国家及び公共の利益又は本人若しくは他人の身体、財産その他の権利を守るために、不法な侵害を制止する行為」という要件が満たされない。なぜならば、「……のために」が示しているのは純粋な主観的意思ではなく、客観的な目的の関連性だからである<sup>178)</sup>。これは、客観的帰責理論の「客観的な有目的性」(objective Zweckhaftigkeit) という概念<sup>179)</sup>に合致する。むろん、正当防衛は侵害に対する法益の保護であるが、いかなる保護行為もこれに当たるのではなく、防衛行為は必ず侵害行為に対する「応

176) 陳 前掲注141) 127頁。

177) Vgl. Kretschmer (Fn. 145), 178.

178) Thomas Rönau, „Subjektive Rechtfertigungselemente“, *JuS* 2009, 594, 595.

179) Vgl. Friedrich Schaffstein, „Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip“, in Barth (Hrsg.) *Festschrift für Honig*, 1970, S. 170.

答」（Antwort）として考えるべきである<sup>180)</sup>。

もちろん、「類型三」においても、侵害行為（何粒かの桜桃を盗む行為）は存在する。では、盗む者を殺害することを一種の過剰応答として理解することができるであろうか？ たしかに、この過剰応答も応答の一種である。しかし、客観（主観ではない）的にこのような目的関連性のある行為こそが「不法侵害に対する」応答である。「類型三」はこれを欠く。正当防衛の類型的な帰責を分析することは、「類型三」のこの特殊な点を明らかにするためである。この類型においてのみ、防衛の結果と侵害者との客観的な帰責関連が存在しないのであり、何粒かの桜桃を盗んだ者が殺害された結果は、第三者の経験法則によれば窃盗行為に帰責しえないのである<sup>181)</sup>。したがって、結果も「窃盗行為にする」客観的な応答として考えるべきではない。もしくは、「類型三」の「正当防衛」は必要とされる（「類型三」の前提）以上に有効であり、有効であれば当然に「……から不法侵害を免れる」ことになる。しかし、刑法第20条の規定は「……のため」であり、これと「……をさせる」と混同してはならない。前者が検討するのは、「不法侵害に対する」防衛行為は根本的に存在するかという問題であり、後者（有効性）は必要性を判断する際の一要素にすぎないのである。前者は後者の事前的判断であり、侵害行為の応答は客観的には存在しないのである。該当行為は「有効」であっても、この問題を説明することはできない。これは「類型三」の「正当防衛」に括弧をつける必要があることの原因である。何粒かの桜桃を盗んだ者を殺害することは、一般社会でこのような窃盗に対抗する「ため」にとる防衛行為ではないのである。「類型三」の桜桃を盗んだ者を殺害するという行為は刑法第20条第1項に該当しない以上、少なくとも主観と客観の一致を基本とする正当防衛の判断範囲に入り込むことはないのである。さらに、正当防衛パラダイムによって違法性を排除することもできないのである。このようにして「エ

---

180) Heiner Alwart, „Zum Begriff der Notwehr“, *JuS* 1996, 953, 957.

181) 林 前掲注172) 313頁。

ンドレスループ」の問題が解決される。

### 重大な法益不均衡の「防衛行為」の処理原則

「類型三」においては、「必要性」に一致し、同時に応答関連を満たす防衛手段は実際には存在しないのである。形式的に「必要性」に一致する反撃手段（例えば拳銃で桜桃を盗む者を殺害すること）は、客観的に侵害行為の応答になりえないのである。つまり、刑法第20条第1項が示している「……のために、…行為を行う」ではないのである。この判断は、客観的帰責の理論によるものであるから、「防衛者」の主観的影響を受けず、その防衛意思は問題にならないのである。これは、以下のことを意味する。すなわち、「防衛者」は主観的には適切な防衛手段が存在すると考えるが、客観的には存在しないのである。つまり、論理的には誤想防衛（防衛手段の認識錯誤に基づく防衛行為）の場合に一致することになる。例えば、防衛者はある種の防衛措置Aは必要だと考えるが、実際にそうではなく（より軽い、かつ有効な防衛手段Bが存在するため）、この錯誤が事前に予見可能（erkennbar）である場合には、通説によれば、手段Aを使った行為は誤想防衛になる<sup>182)</sup>。「類型三」の「防衛者」は理論的に同様の錯誤に陥っていた。客観的にある種の実際に適切ではない手段を使ったこと（拳銃で桜桃を盗んだ者を殺害すること）であり、主観においても確実に防衛の意思をもって行われた行為である。したがって、「類型三」の「防衛行為」はある種の特殊な誤想防衛として考え、現在有力である「法律効果制限責任説」に基づき、責任故意（構成要件故意ではなく）を排除することにより、故意犯の成立を阻却する<sup>183)</sup>。もちろん、どのような場合が「類型三」に属するかについては、厳格に事前の客観的基準で判断する。もし重大な法益不均衡が防衛者にとって明らかではない場合には、「類型三」による解決は不可能である。この意味で、正当防衛に対する司法実務の厳格な態度には注意する必要がある<sup>184)</sup>。

182) Kühl (Fn. 1), Rn. 7/108.

183) Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 132), Rn. 704–705.

184) 張 前掲注23) 211頁。

このような考え方によって、第三の立場が確実に維持される。一方で、「正当防衛は一般的に法益を衡量する必要がない」し、その必要もないのである。なぜなら、「真正な重大な法益不均衡」の場合は、主に正当防衛パラダイムで解決されないからである。その他の場合には、正当防衛は法益衡量の一般原則を除いて解決するため、矛盾は生じないのである。他方で、この原則がもたらす「敵化」した侵害者に関する問題は、正当防衛パラダイムの前に阻止され、構成要件段階で解決される。このようにして、第一の立場と正当防衛理論との直接的な合致を認めることができる。これによって、正当防衛理論の構造内で明確に第二の立場を否定することもできる。社会が、第一の立場の「基本原理」の鋭さや、実践的妥当性を欠く、法感情に受け入れにくい結果を引き受けることにもならないのである。このような考え方だけが、第三の立場の「折衷」という二文字の意味を十分に示している。この折衷は、第一の立場と第二の立場の無原則な妥協ではなく、正当防衛の理論構造内で十分に前者の根拠を承知したうえで客観的帰責の思考ルートを引き入れると同時に、技術と手法においてこの理論道具と正当防衛パラダイムが互いに補充し合うことを保証することによって、原則と例外の学理的意義（刑事政策的意義ではなく）における共存を実現させるのである。