

正当防衛の急迫性要件をめぐる日中比較法的考察

蔡 珮*

要 旨

正当防衛の急迫性についての判断基準の問題は、刑法において、重要な研究課題とされている。中国も2016年の「辱母殺人案」が発生して以来、急迫性という要件に対する判断について激しく議論されている。現在中国において、多くの研究者が関心を寄せているのは、侵害の始期及び侵害の終了に対する判断である。すなわち、どのような状況が急迫性のある状況といえるかとの問題である。したがって、学説及び判例を深く研究することは急迫性の判断基準を明確にすることに重要な役割を果たすと思われる。本論文は正当防衛の急迫性をめぐる、その時間的要件についての日中両国刑法の判例及び学説における比較研究を展開するものである。比較法研究の手法に基づき、急迫性という時間的要件の判断基準を明らかにしていきたい。

目 次

- I はじめに
- II 判例の検討
 - 1. 日本の判例検討
 - 2. 中国の判例検討
- III 学説の検討
 - 1. 日本の学説における侵害の始期に関する議論
 - 2. 中国の学説における侵害の始期に関する議論
 - 3. 日本の学説における侵害の終了に関する議論
 - 4. 中国の学説における侵害の終了に関する議論
 - 5. 検 討
- IV おわりに

I はじめに

中国において、2016年の「辱母殺人案」が発生

して以来、正当防衛の問題はより激しく議論されている。主に「急迫性」の判断基準について争われている。中国刑法では、正当防衛が成立する構成要件の一つが「現に行われている不法な侵害」である。中国の学会においては、このような法益が危険である状態は「緊迫性」とも呼ばれている¹⁾。正当防衛が成立するには、緊迫性が重要な構成要件であり、直接的に正当防衛の判断に影響を及ぼす。

しかしながら、緊迫性に対する判断基準は、論理上、様々な見解に分かれ、見解によって判断基準が異なる可能性があるといえる。論理上の不明確な判断基準と実務上の混用によって、類似の事件に異なる判断が下された。2018年12月18日に、最高人民検察院は「正当防衛」の問題に関する第十二回の指導性がある判例²⁾を発表し、その中で「昆山反殺案」が「緊迫性」に対する判断基準の不一致の問題を指摘している。そのため、論理上の不明確な判断基準と実務上の混用によって、引き起こされる問題、すなわち、緊迫性の判断基準が

* サイ ゲツ 法学研究科刑事法専攻博士課程
後期課程

2023年9月29日 推薦査読審査終了

第1推薦査読者 曲田 統

第2推薦査読者 只木 誠

異なることによって、似たような状況においても異なる結果が生じることを避けるには、緊迫性の具体的な判断基準を明らかにする必要があると考えることができる。

本論文では、日本の正当防衛に関する判断基準を参考にし、中国の国情に合う、すなわち、国の現状に相応しい判断基準を検討することで、中国の現状に適切な正当防衛の「緊迫性」の具体的な判断基準を明確に示すことを試みる。中国においては、日本の影響により、急迫性と呼ぶこともあるが、区別するため、日本の議論を扱う際には「急迫性」の語を用い、中国の議論を扱う際には「緊迫性」と記述する。

すべての刑事事件の中で、「正当防衛」事件は世論メディアの神経を最も揺さぶるキーワードの一つであるかもしれない。国民が「現に行われている不法な侵害」に遭ったとき、どのように自分の合法的権利を保護し、どのように自力救済で不法な侵害を阻止するかという問題により、人々は正当防衛事件に直面したとき、被告人に「共感」し、弱者への同情を抱いているように見える³⁾。すなわち、被害に会う際に、一般人が被害者の立場で物事を考える傾向がみられ、容易に同情の感情を生じやすいものであると考えられる。そのため、人々の素朴な正義感ではなく、明確な緊迫性の判断基準が求められる。近代の法治国家は個人と個人間の紛争の解決において自力救済を原則として禁止している。しかしながら、これは被侵害者が公的救助を求めるのに十分間に合うことを前提としており、「現に行われている不法な侵害」は国家が例外的に被害者に自救行為で自分の法益を守ることを許す条件である⁴⁾。正当防衛が成立するには、「現に行われている不法な侵害」が必要である。そのため、「現に行われている不法な侵害」への着手があったこと、現実的危険が生じたことが必要である。このような場合に限り、正当防衛が成立する可能性が認められると考えられる。私人の実力行使を広く認めると暴力主義風潮が蔓延

するため、「現に行われている不法な侵害」の判断は厳格に要求されなければならない。しかし実際、現に行われている不法な侵害が存在していないという理由で、正当防衛を否定する判例も少なくなっているのである⁵⁾。そこで、「現に行われている不法な侵害」、すなわち、急迫性（緊迫性）がどのような時間的要件であるかについて、検討する必要がある、本論文ではその判断基準を明らかにしたい。

II 判例の検討

1. 日本の判例検討

(1) 名古屋高判昭和46年12月8日

(a) 事実の概要

被告人は、暴力団の組員Gから強いて情交関係を結ばされ、同人から、同人の情婦であるかのごとく振る舞われ、同人を避ける態度をとっていた折、飲食店源でアルバイトをしているDと親密な関係になり、遂に同人と情交関係を結ぶに至り、将来結婚することを約束するまでの間柄となった。ある日の午前零時ごろ、右D及び前源の酒客Hとともに、飲食店司にいたところ、被告人とDとの関係を聞いた、右Gが、同司に来合わずに及び、同人に、右Dと同席していることを目撃され嫉妬された末、拳で頭部を殴打されたうえ、直ちに源に帰れと指示された。やむなく、右源における住み込みの居室に戻った直後、その後を追い、右居室内に来合わせた右Gと、同居室内において、前記Dとの関係につき口論し、これに激昂した右Gから、同日午前零時30分ごろ、包丁を見せつけられると同時に、「これからDを殺してきて、お前も殺す」旨を告げられた。同人が居室を出て、出口に通ずる階段を上りかけたとき、前記Dの身体、生命に対する危険を感じたため、すぐに危険を回避しようと思い立ち、右Gの右斜め後方から、同人に組みつき、同人ともみ合いになり、同人から右包丁を奪い取った。さらに、同人が最早や何らの凶器を所持していなかったのにもかかわらず、同人の前記態度に憤怒していたため、右包丁で同

人の胸部を突き刺せば、同人を死に至らしめるかもしれないと認識しながら、前記Dの生命、身体を防衛するため、その必要な程度を超え、敢えて同柳刃包丁をもって、右Gの右胸部付近を1回突き刺したことにより、同人に対して同人の右肺、心臓、胃および脾を刺し、右胸部後壁に達する右胸部刺切創を負わせた結果、即時、同所において、同人をして右心臓刺切に基づく失血により死亡させて、殺害したものである⁶⁾。

(b) 原判決

「被告人の本件所為は、Dの生命身体に対する急迫の侵害に対し、これを防衛するためやむを得ずなした相当の行為であって、刑法第36条第1項の正当防衛に該当し、罪とならない」旨を判示している⁷⁾。

検察官側は事実の誤認と法令の解釈通用の誤りを元に、以下のことを主張する。すなわち、「本件証拠上、被告人の本件犯行時及びその直前に、Dは飲食店司に居らず、同人のその当時における下宿先に帰っていたこと、飲食店間の距離が約120メートルあり、飲食店源からDの下宿先までの距離が430メートルあること、Gが病弱で、本件当時飲酒酩酊して運動能力などが減退しており、しかも小柄な体躯であったのに対し、被告人は飲酒もしておらず、体格もかなりよいこと、また被告人の本件犯行当時、GにはDを真実殺害する意思はなかったことが、それぞれ認められ、これらの事情からみて、本件に際してのGの所為は未だDの生命身体に対する急迫不正の侵害ということにはならないことにより、被告人の本件行為が、刑法第36条第1項に該当するものとは到底認められない⁸⁾」。すなわち、事実上、GはDとの間には一定の距離が存在し、飲酒し酩酊していたため、運動能力が減少した状態である。つまり、殺害しようとしてもできない状況である。(ここでは「急迫性」を中心に検討するため、急迫性以外の問題を省略する。)

(c) 判旨

高裁は上述の検察官の主張に対し、Gの本件の行動がいわゆる急迫不正の侵害に当たるかについて、以下のような判断を下した。すなわち、被告人と、D及びGとの関係につき、被告人とD、及びHの3名が飲食店司で、たまたま同所にGが来合わせ、いきなり、被告人の頭部を拳で殴打したうえ、被告人に対し、「帰れ」と怒鳴ったので、被告人としては飲食店源2階の居室に戻ったところ、Gが直ちに被告人を追いかけ、飲食店源2階の居室に侵入して、同所に居合わせた被告人と二、三問答の末、包丁を取り出し、被告人に対し、「これからDを殺してきてお前も殺す」旨を告げられた。右居室を出て、その出口の上り階段を上って外へ出ようとした前後における詳細な状況に関してはさきに認定したとおりである。右Gは、かねて暴力団に所属し、常日頃粗暴な振る舞いが多く、とくに、被告人と肉体関係を結んで以降、被告人を自己の情婦であるように振る舞い、被告人や前記源に來合わせた同源の酒客などに対しても乱暴な所業に及んでいたことが認められた。これに加え、右Gは、被告人の本件犯行当時、相当飲酒し酩酊していたことが明白であり、以上の各認定事実を考え併せると、前記認定のごとく柳刃包丁を手にして、前同階段を上り、外へ出ようとした際及びその直前における右Gの言動について、これを客観的にみて、何人といえども、右Gが激昂のあまり、本当にDを殺しようとの意図のもとに、当該行動に及んだものと判断せざるをえないものと思料される⁹⁾。右Dの司法警察員に対する供述調書謄本中、同人の供述記載によれば、右のDとGの両名が、原判示源の2階において飲酒した際、右Gが前同Dに対し、被告人とつき合うなどという趣旨を注告したけれども、その当時右Gが前同Dに対し、別段危害を加えるような態度を示していなかった事実を認めることができるが、当該事実が存するからといって、これだけに依拠して、被告人の本件犯行当時における前認定のごとき、右

Gの前同Dに対する殺害の意図の存在を、たやすく否定する理由はなく、却って、さきに認定したごとき経過から、右Gが酒の酔いにかられ、次第に激昂し、遂に前同Dを殺害しようとの意図を抱くに至った顛末は必ずしも所論の如く不合理でなく、ただ単に、殺すと公言する者に真実の殺害の意思が存しないと、右Gが死亡の際「わかった」といったということ捉え、同人に殺意が存しなかった証左だとの所論は、いずれも、確たる証拠に基づかない推測にとどまり、首肯するに値しないものであり、採用の限りでない¹⁰⁾。

そして、当審証人の供述によれば、前記の距離が約120メートルであることが認められ、また、右Gが包丁を持ち、被告人ともみあっていた当時、右Gにおいても、被告人においても、前同Dがなお右司にいるものと考えていたことは、本件各証拠上、推認するに足り、原判決が右の距離を約70メートルと認定したことは必ずしも正確でなく、右Gと被告人が前認定のようにもみ合っていた当時、前同Dは、すでに、前記司を立ち去り、同人の下宿先に向かっていたことが認められることは所論のとおりであるけれども、これらの事実は、ここにいわゆる急迫性の有無を判断するに際し、当該判断を左右するほど重要な意義を有するものとまで解する理由に乏しく、この点に関する所論も当たらないというほかない¹¹⁾。

そこで、以上において認定説示した各事情を総合考察すると、右Gの当該行動により、被告人において、前同Dの生命、身体に対する侵害が急迫していると判断したことは、これを客観的に観察して、相当と認めることができる¹²⁾。

なお、被告人は、さきに認定したごとく、右Gが前記包丁を持って、階段を上ろうとした際、同人の右斜め後方から、同人ともみ合い、同人から右包丁を奪い取ったのであるが、その直後の状況に関し、原判決が、その理由において、「Gとしては右包丁を奪い返すべく全力をあげ、次の瞬間には再びGが優位な立場にたつこと云々」の旨を説

示している部分は、本件各証拠に照らして、妥当を欠く譏りを免れ難いけれども、被告人が右Gから前記包丁を取り上げようとしたとき、同Gは、右包丁をはなすまいとし、さきに認定したごとく被告人が前同包丁で右Gの右胸部を突き刺すところにおいてさえも、前同包丁から未だ完全に手をはなしていなかった事情が認められ、この状況からすれば、右Gにおいて、前同包丁を被告人に取られまいとし、さらに、これを被告人に奪われた後も、なお、これを被告人から取り返えそうとする意図を有していたものと認められる。これに、被告人が右Gから前同包丁を取り上げたうえ、同包丁をもって、同人の右胸部を突き刺すまでの間、瞬時に過ぎないと推認されることを併せ考察すれば、被告人が右Gから前同包丁を取り上げた瞬間に右Gの前述のような侵害行為の急迫性が消滅してしまったものとは、認めることができない¹³⁾。

上記説明のごとくであるので、右Gの前叙のような侵害行為は、前記Dの生命、身体に対する急迫不正の侵害にあたるということが出来る。しかしながら、右Gの前同侵害行為は、その当時同Gが居合わせた箇所から約120メートル隔てた地点にいた前記Dに対し危害を加えようとしたものであり、右Gが、前認定のごとく被告人に対し、「これから右Dを殺してきてお前も殺す」旨を告げたとはいえ、本件証拠上、右Gは、前同包丁を取り出して、前記階段を上りかけた後に、被告人自身に対し危害を加えるような意図に基づく行動に出た形跡が全くないこと、前認定のごとく被告人が右Gから、同人が持ち合せていた前同包丁を奪い取っていること、前掲の鑑定人作成の鑑定書2通の記載に明らかなように、右Gは、体躯が比較的小柄で、被告人の本件犯行当時、相当程度飲酒していて、運動能力もかなり減弱していたこと、などを考慮すれば、右Gの前同侵害行為につき、前記Dに対する侵害の急迫性の程度は、それほど高度のものでなかったと認めることができる。

(d) 検討

上述したように、高裁は侵害の急迫性を認めたが、その急迫性の程度はそれほど高度のものではないと認定し、原判決を破棄し、過剰防衛と認定した。高裁は過剰防衛としたが、明確に質的過剰であるか量的過剰であるかははっきり示していない。高裁の判決理由からみると、侵害の急迫性を総合的に判断したことが明らかである。この判例によると、緩やかな時間的切迫性を認めたことが明白である。Gが殺害しようとしたDとは、一定の距離が存在するため、すぐに被害が起こるとはいえないのである。高裁は、GとDの間に一定の距離があることをもって、直ちに侵害の急迫性を否定せず、明白に示していないが、上述したように、総合的な判断に従った判決である。この判決によると、侵害の急迫性の判断基準について、距離の要素及び時間的要素はそれほど重要な要素ではないように考えられる。一方、距離的要素及び時間的要素を重要視した判例も存在する。例えば、名古屋高等裁判所昭和35年6月6日判決である。なぜそのような差が存在するかについて、急迫性という要件の概念が不透明であるところに原因があると考えられる。そのため、急迫性の定義及び意義を検討する必要がある。以下では、「急迫」の意義について検討した判例を紹介する。

(2) 最決昭和46年11月16日

(a) 事実の概要

被告人は、安宿「富士本旅館」に宿泊していたが、ある日、同宿人のDから、同旅館の家族部屋でテレビを見ていたことを指摘されたり、扇風機を持ってくるように言いつけられたりなどしたことで、右Dと言いつ争いとなり、以前同人から足蹴にされたことなどもあって同人に対し畏怖の念を抱いていたため、一旦同旅館を出て行こうと考えたものの、同日午後10時10分ごろ、一度同人に謝ってみようという気を起こし、同人の姿を見かけて同旅館帳場に入ったところ、立ち上った同人からいきなり拳で2回くらい強く殴打され、同人

が立ち向ってきたので後退りして同帳場南隣りの八畳間に入り、同人から押されて背中を同八畳間西側の障子にぶつけた際、かねてから同障子の鴨居の上にくり小刀を隠してあったことを思い出して、とっさに小刀を取り出し、同人の理由のない暴行に憤慨して同人を死に至らしめるかもしれないがやむをえないとして、自己の身体を防衛するためその必要な程度を超え、小刀を右手に持って、右八畳間において、殴りかかってきた同人の左胸部を突き刺し、よって同人に心臓右心室大動脈貫通の刺創を負わせ、同日午後10時25分ごろ、その場で右刺創に基づく心嚢タンポナーゼのため同人を死亡させて殺害したものである¹⁴⁾。

(b) 訴訟の経緯

a) 第一審

第一審は上述した事実との過剰防衛による殺人に事実を認定し、被告人に対し懲役3年執行猶予5年の刑を言い渡した¹⁵⁾。

b) 第二審

第二審は、本件におけるDの行為が被告人の身体に対する不正な侵害であることを認めつつ、Dの侵害行為の急迫性を否定し、被告人の防衛意思がなかったことや防衛上やむをえない行為ではなかったことを認定し、本件における過剰防衛の成立を否定した上で、被告人に対して、5年の刑を言い渡した¹⁶⁾。すなわち、第一審においては、被告人が脱出できる状況にあり、近くの者に救いを求める状況であることによって急迫性を否定したことに対し、被告人が脱出できる状況にあったとか、近くの者に救いを求めることもできたとの部分は、いずれにも首肯しがたいが、かりにそのような事実関係であったとしても、法益に対する侵害を避けるためほかに取るべき方法があるかどうかは、防衛行為としてやむをえないものであるかどうかの問題であり、侵害が「急迫」であるかどうかの問題ではないとの理由で急迫性を否定した。

c) 決定要旨

本決定は、第二審が判断した侵害行為の急迫性

の否定について、以下の理由をもって、否定した。すなわち、刑法36条にいう「急迫」とは、法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫っていることを意味し、その侵害があらかじめ予期されていたものであるとしても、そのことからただちに急迫性を失うものと解すべきではない。これを本件についてみると、被告人は後Dと口論の末いったん止宿先の旅館を立ち退いたが、同人にあやまって仲直りをしようと思い、旅館に戻ってきたところ、Dは被告人に対し、「小泉（被告人のこと）、われはまたきたのか。」などとからみ、立ち上がりざま拳で2回ぐらい被告人の顔面を殴打し、後退する被告人に更に立ち向かったことは原判決も認めているところであり、その際Dは被告人に対し、加療10日間を要する顔面挫傷及び右結膜下出血の傷害を負わせたうえ、更に殴りかかったものであることが記録上うかがわれるから、もしそうであるとすれば、このDの加害行為が被告人の身体にとって「急迫不正の侵害」にあたることはいうまでもない¹⁷⁾。

(c) 検討

ここでは「急迫性」を中心に検討するため、防衛行為の相当性問題については省略する。被告人はDに殴打されたことから、急迫不正な侵害に当たることについて議論はないようにも思われるところ、その前に、予期された侵害があったことから、それにもかかわらず急迫性は失われないかが問われる。つまり、予期された侵害があった場合に、急迫性はどのようなタイミングで生じるかが問題となり、侵害の急迫性はいつ終了するのかについても問題となりうる。明確な判断基準がなければ、防衛者がどのようなタイミングで防衛行為を行使できるかという疑問も生じる。この判例は、予期された侵害があった場合に直ちに急迫性は失わないとしたが、その理由を示していないため、予期されていた侵害行為がどのような程度のものであれば、急迫性は直ちに失われないかが問題であり、一方、その侵害行為がどのような程度のもの

であれば、急迫性は直ちに失うかという疑問にもつながる。ここでの「どのような程度」というのは、予期の程度、侵害行為が行われる可能性の程度をいうのである。そのほか、もし予期された侵害があった場合に、急迫性は失われないのであれば、どのような時点で急迫性が失われるか、もしくは、どのような時点まで防衛行為を行使することが許されるかが問題となろう。

(3) 最決平成29年4月26日

(a) 事実の概要

「被告人は、犯行前日の午後4時30分頃、知人のAに自宅の玄関扉を消火器で何度も叩かれ、その頃から翌日の午前3時頃までの間、繰り返し電話で怒鳴られるなど、身に覚えのない因縁を付けられ、立腹していた。同日午前4時2分頃、自宅にいた被告人は、Aから、マンションの前に来ているから降りてくるようにと電話で呼び出されて、自宅にあった包丁にタオルを巻き、それをズボンの腰部右後ろに刺し挟んで、自宅のマンション前の路上に赴いた。被告人を見つけたAがハンマーを持って被告人の方に駆け寄ってきたが、被告人はAに包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることなく、Aに近づき、ハンマーで殴りかかってきたAの攻撃を防ぎながら、包丁を取り出し、殺意をもってAの胸部を包丁で1回強く突き刺して殺害した」¹⁸⁾。

(b) 訴訟の経緯

a) 第一審

第一審は以下のように判断した。すなわち、現場に赴く際、単なる怒りや攻撃的な感情にとどまらず、Aが武器等で攻撃してきたら、その機会を積極的に利用し、Aを包丁で刺すなどしてやろうという攻撃意思があり、被告人の本件攻撃は、その攻撃意思を現実にするための加害行為であったと認められることによって、被告人は攻撃に出ることが正当化される状況にはなかったといえるから、被告人には、正当防衛も過剰防衛も成立しない¹⁹⁾との判断を下した。

弁護士側は、被告人に殺意はないため、ほかに明らかな事案の錯誤があり、原判決は妥当ではないと主張した²⁰⁾。

b) 第二審

第二審は以下のように判断を下した。つまり、被告人が殺意をもって包丁を被害者に突き刺したと認定し、本件当時、このような被告人の攻撃が正当化される状況にはなく、正当防衛や過剰防衛は成立しないとした原判決の判断は正当であり、原判決が争点に対する判断として説示する内容も相当であるから、原判決に事実誤認はない²¹⁾と判断を下した。

弁護人側は以下のことによって、上告した。すなわち、判例違反及び重大な事実誤認があり、原判決を破棄しなければ著しく正義に反する²²⁾。これは防衛意思に関係する問題である。本論文は急迫性を中心に検討するため、この問題に対する検討は省略する。

c) 決定要旨

最高裁は以下のように判断を下した。「行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合、侵害の急迫性の要件について、対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討すべきであり、事案に応じ、行為者と相手方との従前の関係、予期された侵害の内容、侵害の予期の程度、侵害回避の容易性、侵害場所に出向く必要性、侵害場所にとどまる相当性、対抗行為の準備の状態(特に凶器の準備の有無や準備した凶器の性状等)、実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の意味内容等を考慮し、緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに私人による対抗行為を許容した刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきである」²³⁾。

(c) 検討

上述したように、本件は予期された上で対抗行為に及んだ場合の侵害の急迫性の成立に関する重

要な判例であるが、一定の急迫性の判断基準を示している。最高裁の判断からみると、行為者に対して多数の考慮を要求しているか、被害者に対する考慮は具体的に示さなかった。もちろん、本件は特定の場合の正当防衛の急迫性に対する判断である。しかしながら、このような要求は行為者にとってやや厳しいのではないかと考える。

2. 中国の判例検討

(1) 辱母殺人事件²⁴⁾

(a) 事実の概要

2014年7月、被告人于氏と甲会社の責任者である蘇氏(于氏の母)は趙氏に100万元の借金をし、双方は口頭で利息10%の約束をした。2016年4月14日16時ごろ、于氏は借金を返済していないことを理由に趙氏の借金取りの郭氏、程氏、嚴氏などの十数人に甲会社の受付室に軟禁され、蘇氏は杜氏から侮辱行為を受けた。22時10分ごろ、交番の警察官が受付室に到着し、事情を聞いてから会社内でさらに状況を把握した。被告人である于氏は受付室から出ようとしたが止められた。そして、杜氏、郭氏、程氏、嚴氏らとの間に争いが起き、被告人である于氏はナイフで杜氏、程氏、嚴氏、郭氏を刺して受付室に戻った。その事実を知り、警察官は受付室に戻り、于氏に鋭いナイフの引渡しを要求し、于氏の行動を制した。杜氏、嚴氏、郭氏、程氏は病院に運ばれ救急治療を受けた。杜氏は出血性ショックのため翌日2時に死亡し、嚴氏、郭氏は重傷を負い、程氏は軽傷を負った。

(b) 一審判決

裁判所は以下の理由により、正当防衛を否定した。すなわち、被告人である于氏は鋭いナイフで複数の被害者の腹部及び背部を刺した。そのときに、于氏と蘇氏は身体の自由が制限された上で、被害者等に悪罵を浴び、侮辱を受けた。しかしながら、同時に被害者は道具を使っていなかった。交番からすでに警察官が出勤している状況で、被告人とその母親の生命または身体が侵害される危

険は低いと考えられる。防衛の緊迫性が存在しないため、被告人が鋭いナイフで被害者等を刺したことについて、正当防衛上の前提である不法な侵害が存在しない。以上の理由から、一審は、被告人に対して正当防衛の成立を認めず、無期懲役を言い渡した。

被告人は第一審の判決に対し、不服申し立てをした。その主張は以下となる。まず、第一審が認定した事実が不正確なものであるとした。次に、第一審に法律適用の誤りがあり、量刑は不適當なものであるとした。

(c) 二審判決

被告人がナイフで杜氏など4人を刺した行為は、現に行われている不法な侵害を阻止するための行為であり、防衛的性質を持っている。その防衛行為が、一人死亡、二人重傷、一人軽傷という明らかに必要な限度を超えて重大な損害をもたらしたことにより、故意の傷害罪となり、刑事的責任を負わなければならない。被告人の行為は防衛上の過失であるため、被告人が逮捕後に、自ら主な犯罪の事実を供述し、かつ被害者側に悪質な手段で被告人の母を侮辱した重大な過失があるなどの情状を考慮して、被告人に対する刑は軽減しなければならない。

このように、二審判決は被告人の行為に防衛的性質があると認定しつつも、この防衛行為は正当防衛の必要限度を超えており、防衛過剰であるとされた。被告人は故意による傷害罪で懲役5年を言い渡された。

(d) 第一審判決に対する批判

前述のとおり、一審判決では緊迫性が否定されたが、二審判決は緊迫性の存在を肯定する見方を前提としている。このうち、とくに一審判決に対しては、以下のとおり、強い批判が投げかけられている。

ここで問題となるのが、果たして不法な侵害が存在したといえるか否かである。第一審は、上述のように、不法な侵害が存在することを認めたも

の、現に侵害される可能性が低いとして緊迫性を否定した。

借金取りの過程で、借金取りは被告人母子に対して極めて下品な悪罵をした。さらに常軌を逸しているのは、死者の杜氏がズボンを脱いで、近くで下半身を被告人母子に向けたことである。この行為は明らかに侮辱行為であり、性質が極めて悪質である。もちろん、杜氏がこのような侮辱的な言動を実施したとき、被告人はその場で防衛しなかった。したがって、侮辱的な言動は本件の防衛行為を引き起こした原因ではなく、その後の防衛の心理的動因を提供しただけと考えられる。本件で最も明らかな不法な侵害はやはり不法監禁行為である。

注目すべきは、裁判所の判決は借金取りによる差し押さえ行為を不法拘禁として認定せず、人身の自由権利を制限する行為と定義したことである。中国刑法における不法監禁罪に対する理解の問題があると考えられる²⁵⁾。中国刑法第238条の規定によると、不法監禁罪とは、不法に人を監禁する又はそのほかの方法により、人の身体の自由を剥奪したりする行為である²⁶⁾。したがって、不法監禁罪の本質的な特徴は他人の人身の自由を不法に奪うことであり、どのような方法をとるかについては限定されていない。明らかに、人身の自由を不法に奪うことと、人身の自由を不法に制限することとは性質が異なる。すなわち、人身の自由を完全に剥奪しないと監禁にはならないのである。中国刑法第241条第3項によると、誘拐され売買された女子若しくは児童を買い受け、その身体の自由を不法に剥奪若しくは制限したりする行為は不法監禁罪となる²⁷⁾。これは、特別な規定であり、通常、人身の自由を完全に剥奪することが不法監禁罪となり、人身の自由を制限したに過ぎない場合には不法監禁罪とはならない²⁸⁾。

陳興良は以下の問題を指摘し、以下のような見解を述べた²⁹⁾。すなわち、問題は、本件の借金取りの行為が被告人母子の人身の自由に対する制限

になるか、それとも剝奪するのかということである。本件の借金取りは事件当日の午後4時から午後10時まで続いており、また証言から以下のことが分かる。すなわち、被告人母子を特定の場所に拘束し、外出を許さず、食事にも人（見張り役）が付いているということである。とくに午後8時に杜氏が現場に来た後、被告人母子は受付室で2時間にわたって拘禁された。この間、杜氏らは被告人母子に対して悪罵と殴打を行った。中国刑法第238条第3項は専ら債務を弁済させる不法監禁罪を規定しており、債務を弁済させるために、不法に他人の身体を拘束し、又は監禁したときも、前2項と同様とする。本件の借金取りの行為と照らし合わせると、債務者に対して差し押さえと拘禁行為を実施したといえるのではないか³⁰⁾。最高人民検察院の2006年7月26日の「背任侵害犯罪事件の立件基準に関する規定」によると、他人の人身の自由を不法に剝奪し、殴打、侮辱行為を実施した場合、不法監禁罪となる。したがって、本件借金取りの行為はすでに不法監禁罪となっており、これは明らかな不法な侵害である。

その上で、この不法監禁行為に対し、防衛行為は可能かが問題となる。これに対し、否定する見解が存在する。すなわち、不法監禁という危害行為が現実的に存在しても、緊迫性が有しないのである。中国において、監禁行為に対し、緊迫性が有しないという見解が一般的に支持されている。すなわち、監禁行為の結果は既に生じており、その不法な侵害の状態は依然として存在するが、即時性、切迫性がないというのである。なぜならば、被害者は始め、被告人に軽い蹴り行為をただけで、その後も言葉の脅しをただけで、その程度の傷害しかないからである³¹⁾。すなわち、監禁行為の結果はすでに発生しており、現に行われている不法侵害が存在していないため、緊迫性のある侵害行為は存在していないというのである。

また、当該侵害行為は一定の強度に達しておらず、強い脅威性を持っていないとする。被害者は

主観的には被告人を脅迫して被告人が借りた金を手に入れようとしていた。このことからすると、被害者は主観的に傷害や殺人の故意を持っていなかったというべきであるというのである。現実の不法な侵害はまだ終わっていないが、被告人の人身の権利は現実的で差し迫った脅威の中にはなく、その過程で正当防衛を行うことは適切ではないとする³²⁾。この考え方による限り、不法監禁行為は即時性と急迫性がないため、防衛することができないと考えられることになる。

陳興良は、この問題に対し、以下のような見解を示している³³⁾。すなわち、彼は、このような問題が生じた原因は、正当防衛の性質に対する誤った理解によるものだと説く。実際、客観的で現実的な不法な侵害が存在する限り、このような侵害を避けるために、国民は侵害者に対して防衛行為を行うことができ、不法侵害に耐える義務はないのである。侵害結果がすでに発生し、防衛によって阻止することはできない場合は例外であるが、不法監禁は人身の自由に対する侵害性が現にあることから、この例外にはならないとする。不法監禁罪は継続犯であり、他人を拘束した後、他人の人身の自由が奪われている期間は犯罪が継続していることから、被害者は防衛によって不法監禁を完全に解除することができる³⁴⁾。過剰であるか否かについては、別問題である。本件では、不法拘禁が6時間以上続いており、その間、侵害者は被告人母子に対して絶えず罵倒、殴打、精神的拷問を行い、被告人は極度の心理的緊張状態にある。警察が現場に来た後、被告人は外出を求めた。ここでの外出は、不法監禁状態を解消することと理解すべきである。しかし、借金取りは依然としてこれを阻止し、暴力で殴打している。このような状況で、被告人はデスクから拾った果物ナイフを使って杜氏などの借金取りを刺す行為に侵害の切迫性を否定することはできない。したがって、不法監禁事件では、自己に対する不法監禁を解除し、監禁者に対して適切な対抗措置をとることに、防

衛の性質があると考えなければならないと主張するのである³⁵⁾。

(e) 検討

上述したように、緊迫性に対する判断基準は明確に規定されていないとみられる。上で述べた辱母殺人事件を客観的にみると、確かに監禁されている状態であるが、身体が侵害される可能性が低いことも事実である。しかしながら、なぜ監禁状態において、侵害される可能性が低いといえるのであろう。監禁状態においても、被害者に身体的・心理的な侵害を与えることは十分にありえることである。単に、監禁状態をもって、緊迫性を否定することには、やはりその論理的根拠に合理性が欠けているといえるであろう。その監禁状態において、いかなる基準で緊迫性を判断するかが問題だといえる。そして、監禁状態において、自由という権利の侵害は発生しており、すなわち、侵害はすでに開始したといえる。しかしながら、監禁という状況を理由に、緊迫性を否定することはやはり問題があるといえるであろう。なぜならば、監禁状態の場合に、監禁されている者はいつでも侵害を受けることも十分に考えられうるからである。

そのほか、一時的に侵害が止まっている状況において、「緊迫性」が、まだ存在しているかが議論されるべき判例が存在する。それは昆山反殺事件³⁶⁾である。この判例について、「緊迫性」がいつ終わるかについて争いがある。この判例は、侵害がすでに生じ、侵害が継続するか否かという問題である。後の部分で具体的に検討する。上述の諸判例において、急迫性（緊迫性）に関して、一貫性のある判断基準は明確に示されていない。例えば、名古屋高判の場合に、確実に両者間に距離も存在し、被害者が飲酒し酩酊の状況であり、かつ運動能力が低下したため、急迫性がないと考えるのが一般的であるが、高裁はそれらの状況を重要ではないと判断し、急迫性を認めた。しかしながら、なぜ重要ではないかその理由は必ずしもはっきり

示されていない。辱母殺人事件と昆山反殺事件においても、同じく緊迫性を認めた事件ではあるが、被告人に対し、下した結論が異なる。恐らく緊迫性の判断基準があいまいであり、はっきりしていないからであろう。では、学説のほうはどのような基準で正当防衛の成否、特に急迫性（緊迫性）を判断するかについて、以下、検討する。

Ⅲ 学説の検討

日本において、正当防衛における侵害の急迫性とは、上述したように「法益の侵害が現に存在しているか、また間近に押し迫っていること」³⁷⁾を意味し、時間的に切迫した侵害については原則として急迫性が認められる³⁸⁾。したがって、法益の侵害は現在に存在するか、もしくは、侵害が開始されたことが必要である。すなわち、侵害がすでに開始し、結果が生じていない間に侵害が時間的に切迫していることが認められる。そのため、侵害の始期、侵害の終了と時間的に切迫性と関係が重要となる。私人の実力行使を広く認めると暴力主義風潮が蔓延する可能性があるため、容易に實力行使である正当防衛を認めることはできない³⁹⁾。よって、急迫性は慎重に判断すべきだと考える。では、時間的に切迫していることをどのように判断するか、以下で検討する。

1. 日本の学説における侵害の始期に関する議論 (1) 公的保護不可能性

この見解は公的保護の可能性がない状態を急迫不正の侵害の要件とするのである⁴⁰⁾。代表的な例は最判昭和24年8月18日の二・一ゼネスト事件⁴¹⁾である。この判例は主に国家的・国民的公共の法益に対する防衛行為は許容されるかが問題である。最高裁は以下のように見解を示している。すなわち、公共の福祉を最高の指導原理とする新憲法の理念からいっても、公共の福祉も含めて、全ての法益は防衛させるべきであるとする刑法の理念からいっても認めるべきであるが、本来国家的、公

共的公益を保全防衛することは、国家又は公共団体の公的機関の本来の任務に属する事柄であって、これを容易く自由に私人又は私的団体の行動に委すことは却って秩序を乱し事態を悪化させる危険を伴う可能性があるため、公益のための正当防衛等は、国家公共の機関の有効な公的活動を期待しえない極めて緊迫した場合においてのみ例外的に許容されるべきものと解するに相当とする⁴²⁾。

この見解に対し、以下のような批判がある。すなわち、公的保護不可能性が急迫性に要求されると即断するのは、やや早計であるように考えられる⁴³⁾、とする批判である。

その理由づけは以下となる。つまり、特殊な公益に対する侵害に限って公的保護不可能性に言及されていると考える余地があり、理論的にも公的保護不可能性を急迫性要件に読み込むことには疑問がある⁴⁴⁾。公的保護不可能性が急迫性に要求されるのは、少なくとも国家的・公的公益等の特殊な公益侵害の場合に限られると考える見解⁴⁵⁾もある。筆者もこの見解は必ずしも合理的ではないと考える。公的保護という概念は、抽象的で基準として耐えられないのではないかと思う。一般的に考えると、一定の予期された侵害がある限りにおいて、公的保護を求めることができるが、実際に侵害に直面する場合は、公的保護を求めることができない状況もあり、そういう状況でも、少しでも公的保護を求められる可能性があるということであれば、直面した侵害に対する有効な反撃行為ができないことになりかねない。公的保護の可能性を急迫性の判断基準とするのが、やはり合理性が欠けているといわざるをえないのではないか。

(2) 平穏阻害状況

この見解は、社会の平穏が客観的に害された段階として、時間的侵害が切迫した段階において正当防衛が許容されるとしている⁴⁶⁾。この見解に従うと、侵害により平穏が害された後、時間が経ち再び平穏な状況が訪れた場面での被侵害者の対抗はむしろ平穏を害するものであるから、正当防衛

は認められずほかの緊急行為として、正当化の余地が残されるだけとするのである⁴⁷⁾。

この見解に対する批判もある。そもそも社会の平穏な状況とはどのような状況であるか。どのように判断すべきかが問題である、とする批判である。不明確な概念である平穏は時間的切迫性の基準として機能させるのが困難なものであると思われる⁴⁸⁾。確かに社会の平穏で正当防衛の判断には、もっと具体的かつ明確な判断基準を示したほうがよいのではないか。

(3) 侵害の確実性説

侵害の確実性説によると、侵害が実際に意図されていたとしても、時間的余裕のある状況では翻意する可能性が一定程度存在するため、侵害が生じるのが確実だといえないと考えられる。すなわち、侵害の確実性が大きければ大きいほど侵害が切迫している。そのため、侵害の意図がどの程度のものであるかが問題であり、侵害意図を侵害確実性の判断する一つのファクターとして考える見解⁴⁹⁾がある。

しかしながら、この侵害意図というものは非常に不安定な要素だと考えることもできる。なぜならば、侵害意図は個人の主観的な意思であり、個人差が生じる可能性があるからである。そして、人の性格だけではなく、周囲の環境、人間関係及び時間とともに、変わっていくものであるため、判断基準としては適当ではないといえるのではないか。そもそも人の感情は一瞬で変わるものでもあり、長い間変わらないものでもある。このような不安定な要素で侵害の確実性を判断するのが適切ではないため、行為者と被害者両者に不利益を与える可能性も十分に考えられる。

(4) 判例の立場

侵害の始期に関して、最高裁判例は以下のような見解を示している。すなわち、「刑法36条にいわゆる急迫の侵害における『急迫』とは、公益の侵害が間近に押し迫ったことすなわち公益侵害の危険が緊迫したことを意味するのであって、被害の

現在性を意味するものではない⁵⁰⁾。被害の現在性を意味していないことは、その侵害はすでに生じたことを要求せずに、侵害が発生する可能性があればたりるという意味である。確かに、「急迫」の定義について、一定の内容は示しているが、実際の事件に合わせてみると、急迫の判断は決して簡単とはいえないだろう。もちろん、細かく定めると一定の範囲に限定されるため、正当防衛の成立にある程度の制限が加わることになる可能性がある。しかしながら、現在の判断基準で判断すると、似たような判例の間に異なった判決は生じる。厳格な時間的切迫性を要求する判例⁵¹⁾があり、緩やかな時間的切迫性を要求する判例⁵²⁾も存在する。したがって、一定の判断基準を示しているが、実際に判断するときには、どのように「急迫」性を判断すべきかとの問題に対して明確な基準を示していないため、ケースバイケースともいえるであろう。

2. 中国の学説における侵害の始期に関する議論

中国の正当防衛における侵害の始期は、不法な侵害の開始であり、始期については主に4つの学説があり、以下ではこれら4つの学説について紹介し、検討する。

(1) 現場入り説

現場入り説は、侵害者が現場に入ってから離れるまでの間は不法な侵害が現に行われているという見解である⁵³⁾。すなわち、侵害者が現場にいる限り、防衛者に危険があり、侵害される可能性が高いといえるため、防衛者には防衛することができる。侵害者が現場を離れると、防衛者が直面している現実的危険が消え、どのようなことがあっても、これ以上防衛行為を実施してはならない。侵害者が現場に入ってから離れるまでは、防衛者に侵害を与える可能性は十分に考えられる。例えば人身の安全や自由という権利である。

現場入り説には多くのデメリットがあるといえる。まず、犯罪現場の予測可能性が限られる。犯罪行為が行われた場所が犯罪現場であり、防衛者

はどこかが犯罪現場になることを事前に予測することができず、そのため、防衛行為を実施することもできなくなる。これは現実的に到底妥当といえないであろう。次に、侵害者が犯罪現場に残っている場合、不法な侵害が現に行われていると必ずいえるのであろうか。侵害者は犯罪現場にいるが、防衛者に直面している現実的な危険は完全に消えてしまう状況も存在する。例えば、侵害者が侵害能力を失った場合や、侵害者が侵害行為の継続を断念した場合などである。そして、一部の犯罪には複数の犯罪現場が存在するため、どの現場が犯罪現場に当てはまるかについても疑問が生じる。犯罪行為が実施され、第一現場から第二現場に移ると、現実的な危険は依然として存在し、防衛行為の行使も可能であるといえよう。また、インターネット技術の発展に伴い、金融犯罪、情報犯罪が頻発し、犯罪現場は仮想化に変えており、現場入り説は不法な侵害の始期を定めることができなくなる。したがって、現場入り説という見解には限界があると考えられる。

(2) 着手説

着手説によると、正当防衛は犯罪行為への着手があったときに始まる⁵⁴⁾。不法な侵害行為への着手がある、利益が現実の危険の中にある場合、正当防衛を実施することが可能であるとする。例えば、故意による殺人の場合、侵害者が刀を使用し、防衛者を刺そうとしたとき不法な侵害が始まったとされ、ここから防衛行為を実施できる時間となる。不法な行為に着手すると、合法的権利が現実の差し迫った危険に直面するからこそ、着手説は不法な行為の着手を防衛行為の始まりとする。これは正当防衛制度の立法目的に合致している見解といえよう。

しかしながら、問題も存在する。まず、着手説においての不法な行為を犯罪行為と同等にすることは中国刑法の立法精神に合致せず、中国の正当防衛制度における「不法な侵害」は犯罪行為だけでなく、違法行為も含まれており、防衛者は犯罪

行為だけでなく、一般的な違法行為に対しても正当防衛を行うことができる。犯罪行為しか防衛の対象にならないということには法的根拠が見当たらないと考える。次に、着手説によれば、正当防衛を実行段階に限定することによって、正当防衛権の乱用を有効的に避けることができるが、最終的に犯罪行為に着手したことを法益に直接危険にさらす不法な侵害をまだ始まっていない不法な侵害とみなすことには、合理性が欠けているということができる。例えば、故意の殺人、強制性交等罪、強盗など、いくつかの深刻な暴力的性質を持つ犯罪に対して、不法行為は着手していない段階においても、すでに防衛者の利益に重大な脅威をもたらしているとみることができる。そして、このような重大な暴力行為は、一度手をつけてしまえば、取り返しのつかない危害をもたらす、防衛者がどれほど防衛しようとしても完全に元に戻すことができず、自分の利益を効果的に守ることができなくなる。そのため、着手説によって、侵害の開始を判断することには、時に手遅れとなる場合もあり、防衛者に不利益を与える可能性も高く、明らかに刑法の目的である法益を保護することに合致せず、適切ではないといえるのではなからうか。

さらに、刑法における「着手」の判断には様々な見解があり、司法実務においても判断困難の案件が少なくないといえる。実務では、行為実施の具体的に確定しているか否かによって判断する。学説においては、様々な見解が展開される。形式的客観説、実質的客観説（実質的行為説、結果説）、折衷説（主観的折衷説、客観的折衷説）などの見解に分けられている。実質的客観説が通説となっているが、この問題をめぐっては議論が盛んである。学者さえも判断し難い問題において、一般市民にとって、危険な状況では緊急状態を正しく判断をすることがさらに困難であると思われる。また、故意に行われた不法な行為のほかに、過失行為による不法な侵害や、責任無能力者による不

法な侵害もあり、これらについては着手の存在について議論があり、更なる問題が生じる。

したがって、着手説は司法実務において、適切な指導⁵⁵⁾になれず、正当防衛の範囲を不当に縮小する可能性があり、防衛者の利益を保護することに不利益を与える可能性があり、正当防衛の立法上の目的に反するため、妥当ではないといえることができるであろう。

(3) 直接直面説

直接直面説によれば、正当防衛の始期の判断基準は合法的権利が不法な侵害に直接に危険にさらされているか否かによって判断すべきという見解であり、具体的に以下のような2つの場合が存在する⁵⁶⁾。すなわち、不法な侵害行為にすでに着手し、合法的権利が不法な侵害に直面している場合と、不法な侵害行為が差し迫っており、合法的権利を侵害しようとしている場合である。

この説は、合法的権利が直接の危険に直面していることを正当防衛の始期の判断基準としており、立法上の目的に合致する。正当防衛の本質は、国民が危険に遭うときに公的保護が介入できず、国民の私力で救済する権利を与え、それによって社会秩序の安定を実現することであり、現実的に差し迫っている危険に対し防衛行為を実施するための前提条件とすることが適切であるといえるが、合法的権利が不法に侵害されたことと不法に侵害される可能性のある危険とを混同する可能性もあり、直接の危険に直面するか否かによって侵害の始期を判断することはやはり不適切であると思われる⁵⁷⁾。

(4) 折衷説

折衷説によれば、通常、不法な侵害の始期は、侵害者が刑法各論に定められた行為に着手したことが物差しと考えられるが、場合によっては、不法な行為はまだ着手していないが、利益に重大な危険をもたらす、防衛しなければ重大な損害が生じる場合には、正当防衛を行うことができるという見解である⁵⁸⁾。

この説によれば、侵害開始についての判断は、具体的な状況を具体的に分析すべきであり、始期を判断するには統一的な基準はないため、以下のようにいくつかの具体的な状況において明確に防衛行為の実行が可能であるタイミングを挙げている⁵⁹⁾。まず、殺人、強姦、放火などの一部の重大な暴行に対して、このような犯罪が実施されると回復不能な危害が生じ、強い攻撃性を持つ行為であるため、侵害者が犯罪の実施に着手しようとするとき、合法的権利は現実的に差し迫っている危険に直面し、防衛行為を実施することが可能であるという。次に、強盗、恐喝などの犯罪行為に対しては、着手したことこそ合法的権利に現実的な危険が生じることになるため、そのような行為は実際に不法な行為を展開してからこそ防衛行為を行うことができると思われる。そして、過失による不法な侵害に対しては、ほかの手段で侵害を阻止することができるため、一般的には正当防衛を行うことは認められず、過失行為が積極的に行われ、現に行われている場合にのみ正当防衛を実施することができると考えられる。

折衷説は具体的な状況を具体的に分析する斬新な考え方であり、柔軟性もあり、実際に発生した問題の一部を解決することができるが、状況に応じて具体的に分析し、物事の個性を強調することを主張することになるため、実際の事案になると、一貫性のある基準に基づくこととならず、案件ごとに考慮する要素も変わっていき、ケースバイケースの判断に陥ることになるであろう。

3. 日本の学説における侵害の終了に関する議論
日本においては、侵害の終了についてはさほどの議論がなく、大きく2つの見解に分けられる。

(1) 攻撃意思の喪失による判断

この見解は、攻撃者の主観的意思に基づくものであり、攻撃者が自ら侵害行為をやめようとした場合に、侵害が終了とする⁶⁰⁾。

確かに、攻撃者の主観的侵害の意欲がなくなっ

たため、侵害が終了とすることができるが、攻撃者の主観的意思であるため、その意思は客観的に容易に判断するものといえず、攻撃者のみ把握できるものでもある。そのため、攻撃意思によって侵害の終了を判断するには、やはり妥当性が欠けていると考える。また、攻撃という意思是、瞬時に変わるものであり、予測することが困難であるため、攻撃意思によって侵害の終了を判断基準とすると、防衛者に不利益を与える可能性も十分にいえるのではないだろうか。

(2) 物理的な攻撃の不可能性による判断

この見解によれば、攻撃者が気絶した状態や、ロープで縛られる状態等により身動きできなくなった場合に侵害が終了とする⁶¹⁾。確かに身動きができない状態であれば、他人に侵害することができなくなるというが、一時的に身動きができない場合には、どのように判断すべきかが問題である。上述したように、気絶した状態とは、思考もできない状況であるため、完全に侵害する可能性がなくなる。しかしながら、一時的に転んだ場合はどのように判断すべきかが問題になる。すなわち、転んだ場合には、一時的に身動きできないが、攻撃する意思があれば、すぐに立ち直り、攻撃する可能性も十分に考えられる。このような場合には侵害が終了とみなすべきか否かについて疑問が生じる。したがって、この判断基準は一定の基準を示しているが、問題もあるため、侵害の終了の判断基準とするのは適切ではないと考えることもできる。

4. 中国の学説における侵害の終了に関する議論

(1) 危険排除説

危険排除説は、危険な状態の排除することを不法な侵害の終了の判断基準とする⁶²⁾。すなわち、不法な侵害による危険な状態を排除すれば不法な侵害は終わり、これ以上の防衛行為は認められないという見解である。侵害行為を一時停止し、侵害行為が継続するかどうかは確定できない場合に

は、防衛者が直面している危険な状態が解消されていないかどうかによって判断し、この場合においても、防衛行為を行うことが認められる。

この見解は妥当であるが、多少の問題もあると思われる。すなわち、まず、危険排除説は正当防衛の本質に合致する点が妥当である。正当防衛は国民が緊急状態において、公的救済に求める余裕がないことにより、自力救済を行う権利が与えられる。緊急状態が解消された後、または防衛行為によって損失を回復できない場合、防衛権もなくなる。例えば甲は放火後に逃げた後に、火が猛烈に燃えて、国家、社会、そのほかの合法的権利も損害する危険があるが、この場合、甲に追いついて防衛行為を実施することはできないといいうる。なぜならば、このような状況では、甲にどれほど防衛行為を行っても損失を減らすことができないからである。この点においては、危険排除説が妥当だといえることができる。しかしながら、危険な状態が排除された状況において結果の状態が存続し続ける場合を十分に説明することは困難だと考えられる⁶³⁾。例えば、強盗行為の実施が終わって、財物は奪われた結果がすでに発生していた場合に、強盗行為は終了したとみることができ、侵害が終了したといえるのかが問題である。

(2) 現場離れ説

現場離れ説は、侵害者が現場から離れたときに、侵害が終了とし、侵害行為の状況にかかわらず、侵害者が現場を離れる限り、これ以上防衛行為を実施してはならないという見解である⁶⁴⁾。

しかし、侵害者が現場から一時的に離れる場合というが、誘拐事件のような場合に、不法な侵害が終了したといえるのであろうか。また、複数の犯罪現場が存在している場合において、侵害者がどの現場から離れば、不法な侵害が終了とすることができるといえるのであろうか。

(3) 無統一基準説

無統一基準説⁶⁵⁾は、不法な侵害の終了に関する判断に統一した判断基準は存在しないと考え、侵

害行為が終了したか否かを判断するときは、実情により判断する。この見解を主張する者は、4つの場合を挙げて、その1つを満たせば、不法な侵害は終了したとする。すなわち、侵害者が自ら侵害行為を中止した場合、侵害行為がすでに既遂になった場合、侵害者の身体が押さえつけられた場合、侵害者が現場から離れた場合である。

確かに、様々な状況を類型し、侵害終了の判断問題を解決しようとしたが、一貫性のある判断基準が明確ではないため、裁判官に過度な自由裁量権を与えることになる。裁判官にプレッシャーを与える面もあるであろう。

5. 検 討

上述したように、侵害の始期及び侵害の終了に関しては、様々な判断基準が挙げられているが、どれも明確な判断基準とはいえず、適切な判断基準が見当たらないと考える。侵害の開始及び終了の判断については、正当防衛制度の本質から把握したほうが良いのではないかと考える。正当防衛権とは、国家が国民の緊迫な危険に直面して公的救助の要請が間に合わない場合に与えた自己救済の権利である。現実の緊急状態が存在することは正当防衛を行う前提であり、正当防衛の始期でもありと考えることができる。この緊急状態が続く限り、防衛者は継続的に防衛行為を行うことができるといえる。防衛者が直面している緊急状態が解消されると、防衛行為を実施してはならないとする。したがって、正当防衛の終了は緊急状態が解消されたか否かによって判断することで、より適切な結論が出るといえる。

そこで、緊急状態の解消をいかなる基準で判断すべきかが問題であると考え。緊急状態の解消とは、侵害者が実施した侵害行為が刑法により保護された利益をさらす危険の消滅である。実際に侵害が生じた場合において、これ以上に新たな侵害を与えないことをいうのである。不法な侵害行為による侵害結果が防衛行為によって回復できな

い場合も、不法な侵害は終了したと考え、これ以上正当防衛を行うことはできないとする⁶⁶⁾。もちろん、防衛行為によって損害を回復することができれば、不法な侵害行為は終了せず、正当防衛を継続することができると考えられる。

そこで、筆者は最高裁、最高検、公安部、国家安全部、司法部が発表した「人民警察が公務執行中の正当防衛行使に関する具体的規定」第3条⁶⁷⁾の内容を元に以下のような判断基準を試みる。

緊迫状態の解消に対する判断は、不法な侵害を客観的に観察し、解消されたか否かの判断に際しては、当時の客観的な状況だけではなく、防衛者の認識も併せて判断する必要があると考える。なぜならば、緊急状態が解消されたかどうかを客観的事実から判断するだけで、防衛者の当時の主観的認識を考慮しなければ、防衛者の利益の保護において不利益が生じる可能性が考えられるからである。当時の複雑な状況の中で緊急状態が存在するかどうかは、防衛者自身が最もよく認識していることから、防衛者の主観的な受け止めに無視することはできないであろう。

緊急状態の解消の原因は、主に2つの場合に分かれる。1つ目は、緊急状態の自主的な解消である。2つ目は、緊急状態の受動的解消である。緊急状態の自主的解消とは、侵害者自身で不法な侵害行為によって生じた緊急状態が解消される場合である。緊急状態の受動的解消とは、侵害者の意思以外の原因（例えば、防衛者の反撃行為）により、不法な侵害行為によって生じた緊急状態が解消される場合である。以下で2つの状況を具体的に検討する。

緊急状態の受動的解消には、主に侵害者が気絶したり、押さえつけられたりすることが含まれる。すなわち、「人民警察が公務執行中の正当防衛行使に関する具体的規定」第3条第三が想定するケースが当て嵌まる。すなわち、侵害者が気絶したような場合であり、この場合、侵害者が侵害能力を喪失したといえるため、侵害者の主観的意思を考え

る必要さえもないといえよう。また、侵害者が押さえつけられる場合においては、防衛者は直面している緊急状況が解消されたことを知っており、侵害は終了したとみるのが当然であろう。防衛者が反撃行為を続けた場合、その行為は加害行為であり、正当防衛としては認められないのである。

緊急状態の自主的な解消には、主に、侵害者が自ら侵害行為を放棄した場合、侵害者が侵害能力を失った場合がある。すなわち「人民警察が公務執行中の正当防衛行使に関する具体的規定」第3条の第二が想定するケースが当て嵌まる。

まず、侵害者が侵害行為を自ら放棄した場合を検討する。この場合、侵害者自身が一方的に放棄したものであり、侵害行為を継続的に行うか否かについては防衛者からみると予測不可能であるため、この場合は防衛者の主観的認識も併せて考慮する必要があるといえる。なぜならば、侵害者が侵害行為を放棄という意思是侵害者しか把握できず、そのため、防衛者の主観的認識を考慮せずに判断すると、防衛者に不利益を与える可能性も十分にありうるからである。侵害者が防衛者に対する侵害を確実に放棄し、かつ、その意図を自分の外的行為を通じて示し、緊急状態が確実に解消されたことを防衛者に実感させた場合のみ、侵害が終了したと判断することができるといえる。そうでなければ、侵害者が侵害行為を放棄したとしても、防衛者が依然として脅威を感じているなら、緊急状態が解消されたと考えべきではなく、防衛者は依然として正当防衛を行うことができるとすべきであろう。

次に、侵害者が自分の原因で侵害能力を失い、緊急状態が解消された場合においては、侵害が客観的にみると、不可能であり、侵害が終了とするのが当然であろう。

したがって、現実の緊急状態が存在するときは正当防衛の始期であり、緊急状態が解消したときは侵害の終了となると考える。

上記で少し紹介した判例である昆山反殺事件を

この基準で検討してみよう。

昆山反殺事件では、正当防衛の始期についてはすでに明らかになっているが、本件の論争の焦点は主に防衛者が最後に侵害者を追いかけて2回ナイフを振ったことが防衛行為にあたるかどうか、緊急状態が終了したかの問題である。

本件では、侵害者が運転している車の同乗者と防衛者との争いがほぼ落ち着いた中で、侵害者が車から降りてトラブルを引き起こした。侵害者はまず、防衛者を殴りつけ、次に車に戻ってナイフを取り出し、防衛者に対してナイフの峰側で防衛者の肩、腰、脚等の部位を連打した。侵害者は連打しているうちにナイフを落とし、防衛者がナイフを拾った。侵害者がそのナイフを奪い返そうとしたが、その最中に防衛者に切りつけられた。侵害者が負傷し、自分の車に向かって逃走し、防衛者はこれを追いかけて2回切りつけたが当たらなかった。その後、侵害者は近くの路上に倒れ、病院に搬送されたが、腹部大静脈などの破裂による出血性ショックで同日に死亡した。

本件は侵害者がナイフを手に入れた瞬間に防衛者が差し迫った現実的危険に直面し、正当防衛が始まった。防衛者が刀を奪い取って侵害者を数回刺し切りつけたが、これは問題なく正当防衛が成立された。ここで、防衛者が最後に侵害者を追いかけて、2回ナイフを振ったことは、正当防衛が成立するかとの問題である。その2回ナイフを振った行為を故意の傷害とみなす見解がある。その理由付けは、侵害者は手にナイフを持たず、負傷していて、再び防衛者の生命の安全を脅かすことができなくなったからである。

しかし、これは一面的な見方にすぎない。なぜならば、侵害者は負傷しているにもかかわらず、依然として自由に動いていた。手に武器はないが、侵害者はすぐに元のナイフを置いていた車に走っていった。これからすると、侵害者は車の中からさらに強い武器を取り出す可能性があったと十分に考えられるからである。例えば、ピストルを持

ち出し、防衛者を撃つ可能性もあり、もしくは防衛者を車でひく可能性も考えられるため、防衛者の身の安全は依然として差し迫った現実的危険の中にあるともいえよう。上記のような見解を持つ学者は、完全に合理的かつ理性的な第三者の立場で事件を考慮していると考えられる。すなわち、防衛者の立場に立つのではなく、完全に理性を持つ第三者の立場で考慮するのであろう。つまり、当時の現場の状況の複雑さや防衛者の当時の緊張やパニックという気持ちに配慮していないのであろう。

防衛者が最後に侵害者を追いかけてナイフを2回振ったことは依然として正当防衛を成立させると考える。緊急状態が解消されたかどうかを判断しなければならないが、本件については、侵害者が実際に現場を離れたかどうかと、攻撃を続けたり、再び攻撃を開始したりする可能性があるか否かを考慮する必要がある。ナイフが落ち、2人が同時に取り合う時点では侵害行為はまだ続いており、そうした状況下で侵害者は負傷したにもかかわらずすぐに走ってナイフが置いてあった車に戻った。防衛者は当時、侵害者が車から他の武器を取り出す可能性を排除できなかった。侵害者の手元にナイフはなかったが、危険は消滅したということもいえないはずである。防衛者の身の安全は依然として現実の差し迫った危険に直面しているため、防衛者のその後の反撃も防衛行為にあたると思えることが自然であろう。

IV おわりに

正当防衛における急迫性の判断について、様々な判断基準が展開されている。本論文は、主に日中の判例及び学説を検討し、急迫性（緊迫性）はどのような時間的要件であるかを明らかにしようとしたものである。その結果、正当防衛における急迫性という時間的要件を検討し、以下のように主張した。急迫性に対する判断は、侵害の始期及び侵害の終了に対する判断であると思えることが

できる。判例の立場は主に総合的な判断基準で、急迫性を判断している中、厳格な時間的切迫性を要求する判例もあり、緩やかな時間的切迫性を要求する判例もある。そのため、一貫性のある基準が構築されておらず、明確な基準が見当たらないといえる。学説の各見解においても弱点が存在し、実際の事案に当てはめると、新たな問題が生じる可能性も充分にありうる。そのため、筆者は緊急状況の存否により急迫性（侵害の始期・侵害の終了）を判断することを主張する。前述したように、侵害の始期について各説及び判例を検討した上、どの見解にもデメリットがあり、合理性のある客観的判断基準が見当たらないといえる。緊急状況の生じることによって判断すべきであると主張するが、その明確な判断基準は今後の課題だと考える。一方、侵害の終了は如上した緊急状況の自主的解消と受動的解消によって判断すべきであると思う。なぜならば、この判断基準によれば、より明確かつ客観的に判断を行うことができ、より公平かつ正確な判断を行うことができるからである。

注

- 1) 張明楷『刑法学』（法律出版社、2021）第263頁。
- 2) 指導性判例とは、最高司法機関が発表する強制性のある指導性かつ拘束性のある判例である。
- 3) 謝澍「正当防衛の証明難題及びその解決—正当防衛制度の適用をアクティベーションのルーティン視角」『政治と法律』（2020）第2期第13頁。
- 4) 李世陽（正当防衛の法益侵害の急迫性の存立根拠及び司法認定）（2021）中外法学 第33期 第223頁。
- 5) 陳家林＝汪雪城『正当防衛司法認定偏差研究』（中国人民公安大学出版社、2021）第28頁。
- 6) 名古屋高判昭和46年12月8日刑事裁判月報3巻12号1602-1603頁。
- 7) 前掲注6）第1593-1594頁。
- 8) 前掲注6）第1594頁。
- 9) 前掲注6）第1595頁。
- 10) 前掲注6）第1596頁。
- 11) 前掲注6）第1596頁。
- 12) 前掲注6）第1596頁。
- 13) 前掲注6）第1598頁。
- 14) 最決昭和46年11月16日最高裁判所刑事判例集25巻8号第997頁。
- 15) 前掲注14）第998頁。
- 16) 前掲注14）第1002頁。
- 17) 前掲注14）第1002頁。
- 18) 最決平成29年4月26日刑法判例百選Ⅰ総論〔第8版〕第48頁。
- 19) 最決平成29年4月26日刑集71巻4号 第310頁。
- 20) 前掲注19）第311頁。
- 21) 前掲注19）第312頁。
- 22) 前掲注19）第279頁。
- 23) 前掲注19）第275頁。
- 24) 山東省高級人民法院2017年6月24日判決（2017）魯刑終151号。
- 25) 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免れる—于歡故意傷害事件を例にした教義学的分析」法学家 2017年第5期第94頁。
- 26) 甲斐克則＝劉建利編訳『中華人民共和国刑法』（成文堂、2011）第144頁。
- 27) 甲斐克則＝劉建利編訳・前掲注29）第146頁。
- 28) 陳・前掲注25）第94頁。
- 29) 陳・前掲注25）第94頁。
- 30) 陳山『不法監禁罪研究』（中国社会科学出版社、2009）第84頁。
- 31) 黄佐青「急迫性があるか否かは正当防衛の成立の重要な要素」『人民法院報』2009年11月11日。
- 32) 陳・前掲注30）。
- 33) 陳・前掲注25）第95頁。
- 34) 陳・前掲注25）第95頁。
- 35) 陳・前掲注25）第95頁。
- 36) 2018年8月27日夜、江蘇省昆山市内の市道上で起きた。飲酒運転していた劉容疑者の乗用車が自転車専用レーンに侵入し、自転車に乗っていた于海明氏にぶつかった。その後、2人は言い争いからつかみ合いのケンカとなり、劉容疑者は于氏に殴る蹴るの暴行を加えた。さらに取り出したナイフで、何度も于氏を殴打したが、劉容疑者が刃物を落としたので、于氏はそれを拾い、逆に劉容疑者の腹や胸、尻、腕などを刺し切りつけた。さらに于氏は、車の方に逃げ去る劉容疑者を追い掛けたが、劉容疑者は付近の植樹帯に倒れ込んだ。その後、救急車で病院に運ばれた劉容疑者は同日、出血性ショックで死亡した事

- 件である。
- 37) 前掲注14) 第996頁。
 - 38) 橋爪隆「侵害の急迫性」『刑法判例百選 I 総論』(第8版) 第48頁。
 - 39) 藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂、1975) 第160頁。
 - 40) 山田雄大「刑法三六条における侵害の始期と時間的急迫性について」法学政治学論究 第103号(2014年、12月) 第202頁。
 - 41) 最判昭和24年8月18日刑集第3巻9号1465頁。
 - 42) 前掲注41) 第1465頁。
 - 43) 山田・前掲注40) 第203頁。
 - 44) 山田・前掲注40) 第203頁。
 - 45) 山田・前掲注40) 第204頁。
 - 46) 山田・前掲注40) 第204頁。
 - 47) 山田・前掲注40) 第204頁。佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣・2013) 第132頁。
 - 48) 山田・前掲注40) 第205頁。
 - 49) 山田・前掲注40) 第212頁。
 - 50) 前掲注41) 第1465頁。
 - 51) 名古屋高判昭和35年6月6日高刑集13巻4号354頁以下を参照。
 - 52) 名古屋高判昭和46年12月8日刑事裁判月報3巻12号1593頁以下を参照。
 - 53) 田宏傑『刑法における正当化行為』(中国檢察出版社、2004) 第229頁。
 - 54) 馮殿美「実行行為の着手とその認定は西原春夫の犯罪の着手説」『法学論壇』2008年第4期第62頁。
 - 55) 中国においては、学説は司法実務に対して、一定の指導的な機能を發揮する。
 - 56) 姜偉『正当防衛』(法律出版社、1988) 第70頁。
 - 57) 田・前掲注53) 第229頁。
 - 58) 馬克昌等主編『刑法学全書』(上海科技文献出版社、1993) 第116頁。
 - 59) 馬克昌主編『犯罪通論(第3版)』(武漢大学出版社、2005) 第730-731頁。
 - 60) 小野寺一浩「正当防衛における『急迫不正の侵害』の終了」『福岡大学法学論叢』58巻4号第632頁。
 - 61) 小野寺・同第632頁。
 - 62) 陳興良『正当防衛論』(2017、中国人民大学出版社) 第106頁。
 - 63) 馬駿=鄧樂黎「防衛時間的要件の理性的考察—正当防衛の本質の理解を兼ねて」『甘肅政法成人教育学院報』2003年第2期第35頁。
 - 64) 陳興良『刑法適用総論』(中国政法大学出版社、1999) 第334頁。
 - 65) 田・前掲注53) 第231頁。
 - 66) 馬・前掲注59) 第733頁。
 - 67) 「人民警察が公務執行中の正当防衛行使に関する具体的規定」第3条の内容は以下となる。すなわち、以下のような場合において、防衛行為を中止すべきである。つまり、不法行為は終了した場合、侵害者は自主的に不法侵害行為を中止した場合、不法侵害者が制圧されたもしくは侵害能力を失った場合である。以下のサイトを参照。<https://www.163.com/dy/article/HS4K3T0Q05455BAL.html> (2023年9月1日最終閲覧)

