

氏名（生年月日）	サイ 蔡	ゲツ 玥	(1992年12月1日)
学位の種類	博士（法学）		
学位記番号	法博甲第156号		
学位授与の日付	2024年3月14日		
学位授与の要件	中央大学学位規則第4条第1項		
学位論文題目	正当防衛制度に関する日中比較について		
論文審査委員	主査 曲田 統 副査 只木 誠・安井 哲章		

内容の要旨及び審査の結果の要旨

I. 本論文の主題と構成

蔡玥氏より提出された博士学位請求論文（甲）『正当防衛制度に関する日中比較について』の構成は以下の通りである。

第1章 中国における正当防衛の正当化根拠の現状

第1節 判例の紹介

第2節 小括

第2章 正当防衛の正当化根拠の各学説の紹介と分析

第1節 優越的利益説

第2節 社会的相当性説

第3節 自己保全の原理

第4節 法確証の原理

第5節 二元論

第6節 筆者の立場（まとめ）

第3章 急迫性に対する判断

第1節 中国において正当防衛に関する急迫性の判断現状の紹介

第2節 判例の検討

第3節 学説の検討

第4章 防衛の対象

第1節 責任無能力者の侵害行為に対する正当防衛

第2節 対物防衛

第3節 無関係の第三者に関わる防衛

第4節 正当防衛の対象の問題についての筆者の見解

第5章 防衛の限度

第1節 防衛の限度

第2節 中国刑法第20条第3項について

おわりに

参考文献

II. 本論文の概要

1. 本論文の目的・構成

本論文は、刑法上の正当防衛に関するわが国における諸理論および判例を整理・検討し、正当防衛の成否判断基準がどうあるべきかを論じるとともに、日中両国における正当防衛論の比較検討をとおして、近時変容しつつある中国の正当防衛論および実務に対して一定の示唆を提供せんとして執筆されたものである。

中国においては、最近の辱母殺人事案や昆山反殺事案などを契機に、正当防衛の問題への関心が高まっており、司法の態度に重要な変化(揺らぎ)も見られるようである。そうした中、正当防衛の成立要件を過度に厳格なものにすべきではないとの基本的視座のもと、中国において展開されるべき適切な正当防衛の成否判断基準について検討が加えられている。

前半〔第1章および第2章〕は、正当防衛の基礎理論として、正当防衛の正当化根拠が扱われ、後半〔第3章以下〕は、急迫性(緊迫性)要件の意義、防衛対象の問題、防衛の限界、それぞれについて扱われている。

各章の概要を、以下に記述する。

2. 本論文の各章の概要

第1章 中国における正当防衛の正当化根拠の現状

如上のとおり、本論文は中国正当防衛論のあるべき方向性を示そうとするものであるところから、本章においては、現在の中国の正当防衛規定の特徴および実務の判断の動向といった基本的な状況分析が展開される。

第一に、中国刑法典における正当防衛関係の規定の特徴、すなわち一般防衛、過剰防衛に加え特殊防衛が項別に規定されていること、わが国の規定と大きく相違する文言があることなどが示される。そして、従来の中国実務の動向を確認するために、他人のための防衛の事案や自己を防衛するために武器を準備した事案などが具体的に上げられ、特に正当防衛の成立が肯定され難い傾向にあったことが示されている。また、類似の事案にもかかわらず対照的な結論が導かれていることがあること、すなわち中国の実務判断においていわば一貫しない判断が下されるようになってきているという実情が明らかにされている。

筆者は、こうした中国の実務判断における正当防衛消極判断傾向、判断の非一貫性の問題の根本

には、正当防衛の正当化根拠について十分な洞察が及んでいないという点があると見る。正当防衛の正当化根拠に関する議論が、正当防衛の成立要件に関する議論の下支えになりうるものが指摘され、次章への橋渡しがなされる。

第2章 正当防衛の正当化根拠の各学説の紹介と分析

本章では、正当防衛の正当化根拠に関し、中国および日本で展開されている諸見解が取り上げられ、検討が加えられている。この議論の充実と的確な方向性が、中国の実務における正当防衛成否にかかる判断の適切性・安定性に資するとの視座にもとづき、詳しい検討がなされている。

正当防衛の正当化根拠をめぐっては、ドイツ刑法学の影響のもと、優越的利益説、社会相当説、自己保全原理説、法確証原理説、二元論など諸説が展開されている。これら諸説について分析・検討がなされ、大要、次のような見方が展開されている。まず、社会的相当性説は、社会倫理秩序の範囲内にある社会的相当な行為であるゆえ正当化されると説くところ、社会的相当性概念には不明確性がつきまとうため採用できない。自己保全原理説は、国家権力が直ちに介入して個人の合法的権利を守ることができない場合、不法な侵害を受けた者は必要な手段を講じて自己の権利を守ることが正当性を根拠づけると説くところ、立法上認められている他人の利益を守る正当防衛の説明がつかないため妥当でない。法確証原理説は、正当防衛は法秩序そのものを維持するための行為であり、それゆえに正当化されると主張するものであるが、物に対する防衛や責任無能力者に対する防衛が否定されかねないところに問題がある。二元論は、自己保全原理説・法確証原理説は互いに補い合い、ともに作用すると説くが、中国の独特な国情(この意味するところについては総合試問において質疑応答がなされ、「相互互助を重んじる基本的価値観」であることが確認された。)に相応しくない部分があり採用が難しいとされる。本論文によれば、最も妥当な立場は優越的利益説である。同説の判断方法は他説に比し明確であり、判断基準として最も的確に機能するというのが、その主たる理由である。利益衡量は行為時における比例原則に従うべきであり、かつ防衛行為によって実際に生じた害と、侵害行為によって発生しうる害を衡量し、可能な限り害の少ない防衛手段を講じるように要求する原理として展開されるべきだとの考えが展開されている。

第3章 急迫性に対する判断

本章以降は、正当防衛の成立要件に関する各論的考察である。

本章においては、主に侵害の急迫性(緊迫性)の判断基準が検討されている。判例における急迫性判断の基準については、距離的要素と時間的要素とがどのように考慮されているかという観点のもと、日中それぞれについて分析がなされ、わが国の判例においてはそれら等を総合的に考慮する総合的判断が中心となっている旨述べられている。他方、中国においては、主に侵害の現在性を重視した判断が重ねられてきたという。この点、筆者は、侵害の現在性判断にはばらつきがあり、その基準も多様な様相を呈しているに至っていることから、近時の学説を参照し安定的な基準をもって判断がなされるべきである旨主張する。

考察は、侵害の開始と終了に分けて、さらに具体的に進められているが、まず、侵害の開始については、わが国では、公的保護の不可能性を重視する考え方、平穏阻害状況を重視する考え方、侵害の確実性を重視する考え方などがあると述べられ、学説の様相が示されている。中国においては、現場入り説、着手説、直接直面説などが存在することが解説され、それぞれへの疑問が指摘されている。筆者は、こうした諸説を前提に、緊迫状態の存在という概念で、侵害の開始時期を確定できると説く。一方、侵害の終了について、日本では、攻撃意識の喪失を重視する考え方、物理的な攻撃の不可能性を重視する考え方という二つの方向性が存在するとされる。中国では、危険排除説、危険結果形成説、現場離れ説などの見解が主張されているとされる。筆者によれば、緊迫状態の解消をもって、侵害の終了時期が適切に判断される。もっとも、筆者の説く緊迫状態の内実が問われるところ、これについては、行為時・一般人基準を基本に、判断時間、判断対象、判断立場という三つの角度で考察すべきだとの私見が展開されるに至っている。

第4章 防衛の対象

本章は、防衛の対象についての検討である。責任無能力者の侵害行為に対する正当防衛の成否、対物防衛、無関係の第三者に関わる防衛といった諸問題が取り上げられる。

責任無能力者に対する防衛に関して、まず中国の裁判所はこれを認めるのに慎重な態度を取っていることが確認される。学説についての考察もなされ、否定説、肯定説、折衷説のうち、責任無能力者に対する防衛行為が「やむを得ず避けられない」場合にのみ正当防衛になりうるとする折衷説が基本的に妥当性である旨説かれる。

対物防衛に関しては、正当防衛説、緊急避難説、準正当防衛説などが検討され、正当防衛説が妥当と結論されている。他人の飼育・管理下にある動物の侵害は、同人に過失がなくとも、本質的には飼主・管理人に帰責されるべき事実として見るべきであり、防衛行為は同人に対する正当防衛と位置づけるのが相当であると主張される。

無関係の第三者に関わる防衛については、三つに場合分けされ論じられる。すなわち、第一に、侵害者が第三者の物または第三者の身体を利用して侵害行為を実施した場合、第二に、防衛者が第三者の物または第三者の身体を利用して防衛行為を実施した場合、そして第三に、侵害者への防衛行為の結果が第三者に及んだ場合、である。

第一の場合については、正当防衛を肯定すべきとする。侵害者が第三者の物を利用して、第三者の身体を利用して、本質的には侵害者が実施した不法な侵害であり、侵害の形が一般の状況と異なるだけだからであるとする。第二の場合については、緊急避難を肯定すべきとする。正対正の関係性がある点を捉えれば、典型的な緊急避難の構造にあるというべきだとする。第三の場合については、正当防衛説、緊急避難説、誤想防衛説等、主要な見解への疑問が示され、次のように判断すべきとされる。すなわち、防衛行為の結果として第三者に侵害結果が及んだ以上、原則としてその行為は違法であり、責任について方法の錯誤における具体的符合説にもとづいて判断すべきであるとする。

第5章 防衛の限度

本章は、正当防衛はどこまで許容されるのか、すなわち正当防衛と過剰防衛の境界について論じた章である。不正な侵害に対する防衛行為であっても当然限界がある。これは、防衛の必要性・相当性要件として整理されることが多いが、これについて、日中においていかなる議論があるかを示し、その判断のあり方について考察がなされている。

必要性、相当性の双方を要件とし、両面から防衛の限度を判断する方法がある一方、わが国の判例通説は相当性による判断を軸としているとされ、その妥当性について検討が加えられている。筆者は、中国におけるいわゆる必要(性)説を参考に、当該防衛行為が侵害を阻止するために、行為時・一般人基準において必要と認められる範囲であれば、仮に重大な結果が出ても正当防衛の範囲内であるとする考え方を展開する。そのうえで、必要性判断に際しては、行為限度と結果限度を分けて評価し、著しく必要な限度を超えて重大な害を生じさせたといえるかを、行為限度を優先して判断する手法が妥当であると主張される。

なお、中国刑法第20条第3項と同条第1・2項との関係性に関しても言及されている。前者は、現に行われている暴行、殺人、強盗、強姦、身代金略取その他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旨規定する。この規定の性格について、中国刑法第20条第1・2項の例外規定ではなく、あくまで注意規定として読むべきだとする。すなわち、無制限な正当防衛を許容する規定でなく、あくまで正当防衛の一般的な判断基準の範囲にあることを依然として求める規定であると解する。

以上が、各章の概要である。

Ⅲ. 本論文の評価

1. 刑法上の正当防衛をめぐるのは、その権利性の本質、正当化根拠、各成立要件の内容、成立の限界等、様々な点について研究が蓄積されてきているが、それでもなお議論が尽くされている状況には至っていない。わが国においても判例が動いており、学説も反応を重ねている。筆者は、こうしたわが国の正当防衛論の動向に強い関心を寄せ、特に正当防衛の正当化根拠論およびその主要要件について考察を進めてきたわけであるが、それは、中国の正当防衛に関する司法実務の問題性を浮き彫りにし、適切な正当防衛判断に資する理論的土台を提供せんとする動機にもとづく。
2. こうした動機にもとづき、筆者はまず、中国の司法実務の実際を示すところから始める。そこでは、わが国において馴染みの少ない辱母殺人事案や昆山反殺事案などが取り上げられ、中国実務判断の特性・問題性が明らかにされているが、これは、わが国の刑法学の視点から見ても興味深い問題提起となっている。また、同種の事案に異なる判断が下されている判例実務の矛盾についても解説がなされ、一貫した判断を可能にする理論的土台の重要性が説かれており、そのアプローチには一定の説得性がある。こうして、本論文においては、基礎理論として、正当防衛の正当

化根拠について論じられ、要件論として、急迫性の意義等、主要な論点について論究がなされる
ところであるが、以下において、それぞれの内容を振り返りつつ、評価を記すこととする。

3. 第2章で扱われている正当防衛の正当化根拠に関しては、旧くは、自然法論的立場から人の自己
保存の本能に重きを置いて説かれることが少なくなかった。しかし、本論文でも意識されている
ように、現行の正当防衛規定の趣旨を過不足なくカバーする正当化根拠論が求められるべきとの
理解から諸説が提示されるようになった。その中でも、ドイツで詳細に展開された法確証
Rechtsbewährungの視点は、正当防衛の正当化論を飛躍的に深化させ、わが国にも大きな影響を
与えた。本論文では、このような法確証の視点の有効性についても検討が加えられ、しかし、物
に対する防衛や責任無能力者に対する防衛の処理に問題が生じるとし、優越的利益説を支持す
るに至っている。判断の明確性にアドバンテージがあるという考えがその根幹にあり、これは社
会的相当説への批判の土台にもなっている。

このように、筆者は、各論的問題に対する妥当な結論を、可能な限り明確な基準をもって導き
うる正当化根拠論を模索しており、その点に本章の特徴がある。

4. 第3章は、正当防衛における「侵害の急迫性」要件を論ずる。同要件をめぐるのは、わが国にお
いても近時重要な判例が出たこともあり、議論がいつそう深化しているところ、中国においても
様々な見解の対立があり、両国の議論を対比して検討することの意義は小さくない。そうした状
況において、まず条文上の文言が日中で異なり、そこから必然的に中国での急迫性(緊迫性)概念
はわが国のそれより狭く解釈されてきた経緯があることが示されるとともに、今日においては解
釈の余地が広がるなかで学説対立が先鋭化しつつあることが提示されている。そして、各学説の
内容の特徴、とりわけわが国の学説との相違が浮き彫りにされており興味深い。特筆すべきは、
急迫性の始期についての議論が比較的活発であることが本論文によって明らかとされている点
であり、わが国の正当防衛論にとっても大きな刺激となる可能性がある。本論文における比較法
研究のアプローチの有意性をここに見て取ることもできよう。

筆者は、最終的には、すべての客観的事実を基底にし、行為時における一般人の立場から、緊
迫状態の存在と解消を判断するのが妥当であると主張するが、それは、急迫性の始期・終期いず
れについても、いかなる場合に防衛行為で出ることが許容されるのかを国民に明確に示せる基準
をもって判断されるべきとの考えに基づいている。こうした基準によってこそ、特に中国実務に
おける一貫しない判断が抑制され、法律に対する信頼の確保につながることにすると説かれてお
り、そこには、中国社会の紛争状況の現実を俯瞰的に見ようとする視座があり、筆者の研究者と
しての基本的な力量を確認することができる。

5. 第4章の中では、まず責任無能力者に対する正当防衛の問題が取り上げられ、中国の実務では正
当防衛が否定される傾向があることが示される。わが国における今日の一般的な理解とは対照的

であることが明らかにされている点で、学問的関心を喚起する内容となっているほか、諸説検討の上、無制限に正当防衛を認めるのではなく、「やむを得ず避けられない」場合にのみ正当防衛になりうるとし、制限をかける方向性を指向している点は、責任無能力者に対する保護を重視する意味で、一定の合理性をもつと評価できる。

対物防衛に関しては、わが国においても、違法性の本質をめぐる立場の相違から、学説が激しく対立してきた。本論文ではその点を踏まえつつ、他人の飼育・管理下にある動物の侵害は、同人に過失がなくとも、本質的には飼主・管理人に帰責されるべき事実として見るべきであるという見解が示されている。これはかなり特異な見解であり、どの程度論証に成功しているか疑問も生じるころではあるが、従前の一般的な議論に一石を投じうる意見表明として一定の評価をすることもできよう。

見解の独自性という意味では、侵害者への防衛行為の結果が第三者に及んだ場面に関し、原則としてその行為は違法であるとしつつ、さらに方法の錯誤における具体的符合説を用いて故意を阻却すべきとする筆者の主張も特徴的である。この主張に刑法理論上の妥当性が担保されるかは疑問なしとはしないものの、違法説を起点に、防衛者の免責のための理論を追究しようとした点に、懸命な考察の跡が表れているといえる。

6. 防衛の限度に関する考察を中心とする第5章は、特に中国で展開されている諸学説について詳細な検討を加えている点で、一定の評価に結びつきえよう。筆者の主張は、防衛行為の必要性に重きを置きつつ、行為時の一般人基準にもとづき、防衛者が行った行為が侵害を阻止するために必要であれば、重大な結果が出ても正当防衛の範囲内であるとするものである。これは、その実、正当防衛成立に高いハードルを設けてきた中国実務に対する批判ともなっており、実務への架橋を成すことが期待される。

また、防衛の限度の判断基底を行為限度と結果限度とに分ける視点は、両者が混在することで生じる判断のブレを回避することを可能にする点で、そしてあくまで結果限度は必要な限度を著しく超えて重大な害を生じさせたかどうかを補足的に考慮するための基準であることを明確にできる点で、評価できるといえよう。

一貫して、防衛「行為」の程度判断が優先されるべきと説かれており、結果の事後観察から過剰性が決せられてはならないという整合的な主張が展開できている。

7. 以上のように、本論文は、正当防衛の正当化根拠および主要成立要件について、日中両国の判例学説をにらみつつ、そのあるべき方向性について探究した、示唆的な内容を多く含む研究成果に仕上がっているが、他方で、改善の期待される部分もある。正当化根拠論においては、学説に多大な影響を与えた法確証原理について、より立ち入った分析・検討をし、正当防衛論におけるその意義をより明らかにできたはずであったこと、緊急避難・正当行為を含め違法論全体を俯瞰的に見て検討ことがあまりできていないこと、急迫性論においては、日本の判例の変遷に関する考

察が不足していること、筆者の主張内容が判断の明確性をどれだけ担保しうるかについて十分に示し切れていないこと、などである。また、防衛の限度論においては、「著しく必要な限度を超えて重大な損害を生じさせた場合」についてより具体的な例を挙げつつ説明してほしいところであった。

もとより、こうした諸点は、今後の研究活動の継続、そしてその進展によって改善・補足されるものと思われ、本論文の評価を大きく損なうものではない。

IV. 結論

本論文は、比較法的手法に依拠しつつ、日中における正当防衛論のあるべき方向性を検討したものである。上述のように、日中それぞれにおける理論・実務について詳しい分析・考察が加えられていること、私見が論理的にかつ一定の説得力をもって展開できていることなどから、今後の正当防衛論の進展に資する論文と評価することができる。また、とりわけ、中国実務における従来型の正当防衛判断手法への批判的考察という側面があることから、今後筆者においてはさらに考察を深め、中国の学会において積極的に研究成果を発表することで、実務判断の進展に寄与していくことも期待される。

以上より、審査委員全員一致して、蔡珮氏より提出された本論文は博士(法学)の学位を授与するに値するものであると判断するに至った。