

博士論文

正当防衛制度に関する日中比較について

令和6年3月

中央大学大学院法学研究科

刑事法専攻博士課程後期課程

蔡玥

目次

第1章 中国における正当防衛の正当化根拠の現状	3
第1節 判例の紹介	3
第1項 他人のための防衛	4
第2項 自己を守るための武器の準備	5
第3項 突然な不法侵害に対する防衛	7
第4項 DVに対する防衛	10
第5項 自分のための防衛	12
第2節 小括	13
第2章 正当防衛の正当化根拠の各学説の紹介と分析	14
第1節 優越的利益説	14
第1項 内容及び基本的主張	14
第2項 優越的利益説に対する批判	17
第2節 社会的相当性説	23
第1項 内容及び基本的主張	23
第2項 社会相当性説に対する批判	24
第3節 自己保全の原理	25
第1項 内容及び基本的主張	25
第2項 自己保全の原理に対する批判	26
第4節 法確証の原理	28
第1項 内容及び基本的主張	28
第2項 法確証原理に対する批判	29
第5節 二元論	33
第1項 内容及び基本的主張	33
第2項 二元論に対する批判	37
第3項 検討	38
第6節 筆者の立場（まとめ）	38
第3章 急迫性に対する判断	40
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	40
第2節 判例の検討	41
第1項 日本の判例検討	41
第2項 中国の判例検討	48
第3節 学説の検討	52
第1項 日本の学説における侵害の始期に関する議論	52
第2項 中国の学説における侵害の始期に関する議論	54
第3項 日本の学説における侵害の終了に関する議論	57
第4項 中国の学説における侵害の終了に関する議論	58
第5項 緊急状態の定義に関する見解	62
第6項 現在の緊急状態の存否についての判断基準	65
第7項 筆者の立場（まとめ）	71
第4章 防衛の対象	72

第1節 責任無能力者の侵害行為に対する正当防衛.....	72
第1項 判例の紹介	72
第2項 論理的見解	74
第3項 筆者の立場（まとめ）	79
第2節 対物防衛	80
第1項 問題提起.....	80
第2項 飼い主のいる動物の自発的侵害が正当防衛の対象となるかについての見解	80
第3項 筆者の立場（まとめ）	83
第3節 無関係の第三者に関わる防衛	84
第1項 問題提起.....	84
第2項 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する場 合.....	84
第3項 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する場 合.....	87
第4項 不法侵害者に向けた防衛行為の結果が無関係の第三者に及んだ場合	89
第4節 正当防衛の対象の問題についての筆者の見解	96
第5章 防衛の限度	98
第1節 防衛の限度	98
第1項 日本においての一般的正当防衛の場合	98
第2項 中国においての一般的正当防衛の場合	100
第3項 中国における防衛行為と結果の関係性についての議論.....	106
第2節 中国刑法第20条第3項について	110
おわりに	113
参考文献	116

第一章 中国における正当防衛の正当化根拠の現状

正当防衛の正当化根拠について、日中それぞれにおける議論を比較していきたいと考えるが、問題の所在を明確にするため、まず正当防衛の立法状況を紹介する。

中国の正当防衛制度に関する条文は以下のとおりである。すなわち、中国刑法第20条「第一項、現に行われている不法な侵害から、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を行って、不法侵害者に損害を生じさせたときは、正当防衛であり、刑事責任を負わない。第二項、防衛行為が著しく必要な限度を超えて重大な損害を生じさせたときは、刑事責任を負わなければならない。ただし、その刑を減輕し、又は免除しなければならない。第三項、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」と規定する。第一項は、いわゆる一般防衛であり、第二項は過剰防衛、そして第三項は特殊防衛に関する規定である。

一方、日本の刑法典では、正当防衛について以下のように規定する。すなわち、日本刑法第36条「第一項、急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為は、罰しない。第二項、防衛の程度を超えた場合は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる。」と規定する。

一見すると、中国刑法の条文のほうがより具体的に規定されている。日本の正当防衛は自己又は他人の権利のみが対象とされているが、中国の正当防衛は自己又は他人だけでなく、国家および社会の法益も、条文上保護の対象となっている。また、「やむを得ず」に相当する文言が中国の正当防衛にはないため、中国の正当防衛の成立範囲が日本のそれより広く見える。このような具体的な相違があるにもかかわらず、なぜ、中国において、正当防衛は適用し難い現状であるといわれることから、その理由が問われる。この点について、以下の事案を紹介²によって明らかにしたい。

第1節 判例の紹介

正当防衛に関して中国の事案がどのような判断を下しているか、その判断構造を把握するためには、自己のための防衛以外のケースを確認することが有効であると思われるので、ここからは、そうした諸判例を紹介することとする。

その前、一つ重要な事実を予め紹介する。すなわち、現在の中国においては、自己のための防衛した事案が多数存在する。しかしながら、正当防衛を肯定した判例の数が少ないのである。判例のデータ分析によると、正当防衛に関わる判例の中、正当防衛を否

¹ 甲斐克則＝劉建利編訳『中華人民共和国刑法』（成文堂、2011）78頁。

² 中国は2014年に『最高人民法院の裁判文書がインターネット上の公開に関する規定』により、最高裁は「中国裁判文書」サイトを創立し、判決書を公開している。<https://wenshu.court.gov.cn/>で検索可能である。今後紹介する判例は中国の判例の出典である「裁判番号」を使用する。

定した判例の数は、およそ9割を占めている³。その正当防衛を否定した判例の中に、単に防衛行為によって死傷結果が発生すれば正当防衛が不成立する判例もある。例えば、周巧瑜故意傷害事件⁴（（2013）高刑終字第578号）や肖昌勇過失致死事件⁵（（2010）陝刑一終字第158号）が存在する。この2つの判例は防衛行為に引き起こされた結果を重視するため、死亡という結果が出た以上、正当防衛を肯定することができないという傾向が判決からみられる。

そのため、ほかの場合において、どのように判断しているかを以下のケースの紹介及び検討することによって明らかにしていきたいと考える。

第1項 他人のための防衛

（一）判例一（渭城検刑不訴「2021」40号⁶）

（1）事実の概要

2020年8月27日15時ごろ、夫のXが飲酒後、妻の仕事場に行き暴行を加えたところ、妻の同僚である被告人Yが止めに入り、揉みあう最中にXが被告人Yの顔に噛み付き、妻は保温瓶でXを殴った。その後、被告人Yは警備員やほかのスタッフとともに、Xを制止し、押えたところに通報した。警察が現場に到着した際にXはすでに死亡するに至っていた。

（2）不起訴理由

検察側は、以下のことに基づいて公訴を提起しなかった。鑑定によれば、Xが生前に重篤な高血圧性心疾患と冠状動脈性心疾患を患っており、頭部と身体の傷は軽微で、死亡時のアルコール濃度は170.05mg/100mlと確認された。Xの死因は高血圧性心疾患と冠状動脈性心疾患による急性心原性循環不全であり、YがX「制止する」行為は急性心原性循環不全の引き金となった主な要因であると認定したが、「制止」という行為が死の5-10%に影響を与えたと推測されている。Xは生前に重篤な高血圧性心臓疾患と冠状動脈性心臓疾患を有していることを知りながら、酩酊状態で公共の場に行き、トラブルを起こしたが、Yは、Xが重大な心臓疾患を有していることを知らず、予見することはできな

³ 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）26頁。

⁴ 2012年12月24日21時頃、周某と夫の張某が村入口の信号を通過中、被害者の朱某の友人の段某が朱某、劉某らを載せて運転していて張某と周某に接触しそうになり殴り合いをしました。その過程で周某は拾ったコンクリートスラブで朱某を殴った。その結果、被害者は同年12月30日、頭蓋損傷により死亡した。

⁵ 2009年7月上旬、被告肖某と同級生の薛某は、以前のアルバイト先で知り合った趙某から電話を受け、広告デザインの仕事をするために西安に行くよう騙された。同年7月30日、肖某と薛某は電車で西安に到着し、趙某に連れられて劉某宅に行き、マルチ商法に参加するように言われたが、拒否した。19時頃、被害者、劉某、趙某マルチ商法のメンバーは、「洗脳」のため、肖某と薛某を1階のリビングルームに閉じ込めた。孫某、劉某らマルチ商法のメンバーは外で見張っていた。休憩中、ドアを開けた際に、肖某はあわてて部屋から飛び出し、孫某、劉某らに引っ張られ、劉某らも追いついた。5、6人で肖某を北側の男子寮に強制連行し、劉某らが肖某の頭を押して制圧し、他の者は蹴ったり殴ったりした。肖某は殴りから逃げるため、ズボンのポケットから持っていた片刃のスプリングナイフを取り出して振りまわった。劉某は怪我をして地面に倒れ、孫某は腹部を負傷した。その後、ナイフは周囲に奪われて肖某は制圧された。肖某は劉某が地面に倒れて出血しているのを見たので、病院に搬送させ、劉某は救急治療を受けたが無効で死亡した。

⁶ https://www.12309.gov.cn/12309/gj/sxb/xys/xyswcq/zjxflws/202202/t20220228_11654488.shtml を参照する。

ったため、その行為は正当であると判断し、不起訴とした。

(3) 検討

これに対しては、なぜ正当防衛を肯定することができるのか、疑問が生じる。従来、中国では、司法実務側において、正当防衛に関わる場合に、防衛結果を重視する傾向がある。つまり、裁判官は防衛者が大なる利益を侵害した場合に正当防衛を否定する傾向にある。特に防衛行為によって死傷という結果を引き起こした場合には、正当防衛はもちろん過剰防衛の主張すらほとんど受け入れないというのが実情である⁷。

本事案において、Yは防衛行為によりXの死亡という結果を引き起こした。明らかに両者の利益が失調という状態である。単に結果からみると、Xの損害は防衛者の被害より深刻である。以前の判例と比較すると明らかに異例の結論と云う。というのも、例えば、いわゆる、周巧瑜故意傷害事件（（2013）高刑終字第578号）や肖昌勇過失致死事件（（2010）陝刑一終字第158号）においては、同じく防衛行為によって死亡という結果を引き起こしたことを理由に正当防衛が否定されているからである。このような先例に照らすと本件Yの行為は正当化が困難であるはずと思われる。

しかしながら、検察はYの行為を防衛行為として正当であるとした。その理由は、結果について行為者が予見できないというものであり、それ以上に具体的な判断理由を示していないことから、そのような結論に至ったことに疑念も抱きうるが、周巧瑜故意傷害事件、肖昌勇過失致死事件のような判例の流れに徴すると、司法実務が防衛結果を重視する立場から離れようとしているのではないかと考えることができる。

本事案によって、少なくとも、司法実務の判断基準に変化が生じてきていると評することが可能と思われるわけであるが、しかしそうであるならば、防衛者が相手方を死傷させた場合について、そもそも、いかなる基準で判断すべきかが新たな問題として浮上することになる。現在の中国においては、こうした点で正当防衛を巡って問題となっているのである。

第2項 自己を守るための武器の準備

(一) 判例二（「2021」遼0124刑初240号）

(1) 事実の概要

午前3時ごろ、被告人のXは友人とラーメン屋で食事をしていたところ、Yらから暴言を吐かれ、AとBが被告人Xの頭を拳で殴り、その後両者が争った後、被告人Xが車で移動し、県病院の家族棟に行った際にBから電話がかかってきた。そのとき、被告人Xは包丁を服に隠してタクシーでその場から離れた。午前4時ごろ、被告人XがAとBに見つかり、追いかけて、Aが被告人Xの首を絞め、AとBが被告人Xを拳で殴ったところ、被告人Xが包丁を取り出し、AとBを切りつけた。

⁷ 周光権「正当防衛の司法異化と是正構想」『法学評論』2017年第5期2頁。

(2) 判旨

被告人 X は、故意に他人の健康を害し、一人に軽傷を負わせ、ほかの者に軽微な傷害を負わせたと認められ、その行為は故意傷害罪に該当し、刑事責任を負うとされた。正当防衛が成立するかどうかについて、被害者との二次的トラブルの被告人 X は、事前に包丁を準備したため、その行為は正当防衛に該当しないと判断した。

(3) 検討

この判例において、被告人の弁護士は、以下のように主張した。すなわち、被告人の行為は防衛の性質をもつ行為であり、刑の減輕を要求したが、裁判所は被告人が事前に包丁を用意したことを理由に正当防衛を否定した。しかしながら、事前に防護具を用意しておくことが直ちに正当防衛を否定するという結果に導くかが問題となる。この判例の立場は、明らかに、いわゆる、楊建平正当防衛案（(2018)顎01刑終698号）の判例の立場とは異なっている。同じく身を守るために事前に防護具を用意した判例であるが、裁判所は被告人がその侵害から身を守るため、道具を準備することは、必ずしも正当防衛の判断に影響を与えないとしている。

この判例⁸（楊建偉が故意による傷害、楊建平正当防衛事件）では、楊建偉は事前に武器を用意して身を守り、他人から拳で殴られた後、直接ナイフを持って刺すことは、依然として防衛行為と考えられている。この判例は、事前に武器を用意していた事案のりとして理解されたにも関わらず、本件では、被告人はずっと追われて殴打され、武器の準備も最初の暴行を受けてから次の暴行を受けるまでの短い時間の間に行ったにも関わらず、つまり、用意周到では全くなかった。

第一回争った後に二次的トラブル前という短い間で用意したものにも関わらず、その行為は正当防衛にはならないと判断された。

前記リーディングケースからすれば、単に事前に防護具を用意したという点は、正当防衛判断基準の1つの要素にしか過ぎないという結論を導くことができるはずである。そうではならなかったのであるが、その背景には裁判所が示している判断基準が必ずしも一貫ではないと事実があるように思われる。他人のための防衛において紹介した不起訴事案からみると、正当防衛判断において、防衛行為がいかなる結果を導くことも重要ではあるが、それは必ずしも正当防衛の成否判断にとって決定的ではないはずである。一方、社会の発展とともに、事件が複雑化しているため、ケースバイケースという解決法により、より明瞭な判断根拠で、簡潔化する必要があると考える。事件が複雑化しているため、考慮する要素が増えている中、どの要素が重要視する必要があるかが問題になる。この問題を解決するには、より明瞭かつ簡潔な判断根拠を構築する必要があると考えられる。

⁸ 中国最高人民法院は公布した正当防衛に関わる典型的判例の一つである。防衛のための道具の準備と、喧嘩のための道具の準備の境界線について有意義な判例である。

しかしながら、現在様々な論理根拠が展開されている。例えば、優越的利益説という論理根拠があり、利益に対する理解の差によって、結果が異なる可能性を常に秘めている。したがって、上述したように似たような事案の場合であっても異なる結果が生じ得る。

さらに、従来の多くの判例からみると防衛結果を重要視することから、不正な侵害を受けた防衛者の防衛行為によって生じた結果が重大である場合は、防衛行為として認められず、行為としての正当性を希薄化してしまうことになる。元々防衛行為は不正な侵害を阻止するための正当な行為であるが、単に結果が重大という理由を防衛行為の正当性を否定し、侵害行為として認めることは、妥当ではないと考えることができる。なぜならば、正当であるはずの防衛行為が、最終的に不正な侵害行為になり、明らかに正当という概念を希薄化する傾向がみられる。

したがって、最高司法機関が正当防衛関連の判例に関する指導意見を毎年公布し続ける理由が説明できるかもしれないが、地方裁判所は依然として容易に正当防衛を認めることができない。なぜならば、明確な根拠が示されていないからである。地方裁判所は基本的に上級裁判所の判断を参考にする。上級裁判所の判断根拠が様々であるため、参考にならない可能性がある。そのため、正当防衛の判断が困難な場合に、喧嘩闘争とするのがより簡単である。過去の判例において、本件類似の判例においても異なった判決があるため、正当防衛に関わる事件に対する判断が困難となる。すなわち、楊建偉が故意による傷害、楊建平正当防衛事件の場合において、事前に身を守るために防護具を用意したという行為は考慮要素の一つしかすぎず、本件は決定的な判断根拠としたことは明らかに問題があるとみられる。そのため、一貫性のある判断根拠を求めることが現状ではないかと考える。

第3項 突然な不法侵害に対する防衛

(一) 判例三(2021)甘0982刑初254号

(1) 事実の概要

被告人のXは酒を飲んだ後、交差点で酒に酔ったYと出会った。双方が身体接触した後、Xは引き続き東方向に歩いた。Yは路上からレンガを拾ってXの後を尾行し、交番の入り口付近まで歩いた。その後、Yはレンガを捨ててXの後を付けて東方面に歩き、双方が村の入り口の付近まで歩いた。Yは石を持ってXの頭部を負傷させ、XはYを突き落とし、両者は路上からその隣の空き地まで転んだ。Yは空き地の北の方の手すりから離れようとした際、Xをその空き地の中心まで引きずった。

(2) 判旨

被告人XはYに石で頭を傷つけられた後、被害者を突き落とし、両者は隣の空き地まで転んだ。その後、Yは空き地の北のほうの手すりから現場を離れようとした時、XはYを空き地の中央まで引きずって、Yの肋骨を三本骨折させ、軽傷二級と認定され、故意

傷害罪に該当する。正当防衛に当たるかどうかについて、YはXの頭を石で打ったところ、不法な侵害が終了した。Yが空き地の北側の手すりから離れた時、XはYを空き地の中央に引きずったが、それは傷害の故意に基づく行為であり、Yに軽傷二級を負わせ、正当防衛の必要限度を超えたと判断された。

(3) 検討

上で述べた判例二のように、事前に防護具を用意したことと被害者に負傷させたことを理由に正当防衛を否定し、その防衛行為を引き起こす原因及び行為の性質を考慮しなかった。すなわち、裁判所は、行為者Xより被害者Yの損害が大きかったため、Xに正当防衛を認めなかったと考えられるところ、しかしそれは、結果偏重の判断であり、正の限度を狭めすぎることになる。防衛者が他人に怪我を負わせ、自分自身はけがをしていないため、処罰すべきだという考えがあらかじめ設定されている中で、防衛者の行為が防衛行為になるかどうかを判断することを難しくしているのは、次のようになる。

まず、Xが殴られた後、反撃行為を実施することは、防衛時間の問題があると考えられる。すなわち、正当防衛は現に行われている不法な侵害に対する反撃行為である。そこから、この判例は、Xが殴られた瞬間にしか反撃できないという論理を示しているが、侵害が終了していたため、反撃することはすでにできないとした。こうして、Xが殴られた後の反撃行為は防衛行為と見られなかった。しかしこれは、明らかに防衛者に不利益である。また、防衛者側として、不法侵害者が攻撃まで継続するかが予測できないため、そのような場合において、どのように判断すべきかが問題となる。

行為の判断と結果の判断との関係性を、どのように理解するかが問題となりうるが、この点、防衛行為の判断は行為時にいかなる結果を引き起こすことかという判断であるべきである。結果から遡って防衛行為の正当性を判断するのは妥当ではない。なぜならば、防衛行為を行う時点で、その行為に引き起こした結果は予測した結果と異なる可能性もある。例えば、重い心臓疾患をもつ人に殴られてきて、ただこの人を制止する行為だけで心臓病の発作が起きて病院に運ばれて死亡したという結果を引き起こした場合に、行為した時点で死亡という結果が予測できず、結果の判断を優先すると、従来判例の見解により、結果が重大であれば、防衛者に不利益を与える可能性がある。

この判例の場合に、被害者の骨折は道路から突き落とされたのか、それとも引きずられたのか、明確にする必要がある。防衛行為を行う時点で、通常であれば、他人を引きずることは肋骨を骨折させることが予測できない。この傷は突き落とされたことによるものだと考えるのが一般的である。したがって、肋骨骨折は道路から突き落とされたことによるものであると考える以上、Xは石で頭を殴られた後、防衛行為（突き落とす）を実施し、その防衛行為（手段）は適切であり、正当防衛を否定することができないと考える。なぜならば、行為者が石で殴られた時点で侵害が終了とすれば、明らかに防衛者に不利益である。侵害という行為の意図は、主観的なものであるため、防衛者がいく

ら予測しても、至らない部分もある。そのため、侵害の終了をより客観的な判断基準で判断しなければならない。物理的に攻撃者が侵害不能もしくは両者にはある程度で距離ができたときに、侵害の終了としてみるができると考える。

まだ、その時点で侵害される可能性があるため、侵害が終了だと判断することが妥当ではないと考える。したがって、そのとき、侵害が終了していないため、行為者の防衛行為が正当である。石で殴る頭を攻撃するという侵害行為に対し、突き落とすという防衛行為は、行為時点で考えると、相当だと考える。

(二) 判例四 (2021) 晋0802刑初517号

(1) 事実の概要

午前2時、被告人のXはタクシーで焼肉屋台を通り、A、B二人と代行運転であるCが道端で口論になり、押し合いを起こしているのを見て、Xは双方を止めてCに電話で通報させた。Cが電話で警察に通報しようとした時、AはCの携帯を地面に落とした。A、BはXと口論になり、Aと一緒に食事をしに来ていたE、Fら呼んだ。AはE、F、Gと組んでXに暴行を加え、双方とも別れてから電話で通報した。BはXの尻を蹴り、DはBの首を手でつかんで白い乗用車の後部に引っ張り、BはXの下半身と太ももの内側を手でつかみ、XはBを地面に蹴り倒し、Bが倒れた後、Xはまた足でBの顔に蹴り、Bの鼻梁を骨折させた。Bが二級軽傷に該当すると判断された。

(2) 判旨

裁判所は以下のように判断を下した。すなわち、被告人Xは故意により、他人の身体に軽傷を負わせ、その行為はすでに故意傷害罪に該当し、処罰すべきである。しかしながら、被害者にも、明らかな過ちがあり、衝突の激化に直接的な責任がある。被告人のXの行為が正当防衛になるかどうかについて、証拠によると、両方がすでに通報し、警察が現場に到着している場合にもかかわらず、被告人Xと被害者双方は自分のことをコントロールできず、けんかを起こしという理由で、正当防衛の要件である不法侵害が現実に存在することを満たさず、被告人のXの行為は正当防衛とはならないと判断した。

(3) 検討

この判例においては、Bが共謀して3人でXに暴行を加え、別れた後、双方がともに警察に通報したにもかかわらず、BがまたXに尻を蹴るという明らかな挑発行為を行ったため、Xが反撃行為を実行した。これに対して裁判所は、両方が自分のことをコントロールことができず、けんかを引き起こし、正当防衛の不法な侵害が現実に存在しなければならぬという要件を満たさないと判断した。

この判例の行為者は、自分に対する侵害ではなく、他人が喧嘩になりそうな状況に入り、双方のけんかを止めようとした際に、他人からの暴行を受けて、警察に通報した。そのときは、侵害が終了したとみなすことができるが、その後、Bが再びXの尻を蹴るという侵害行為を行った。行為者が向こうからまだ侵害される可能性があるとし

分に考えられる。したがって、現在の侵害を終了だと判断することができないため、行為者が反撃した。この行為は明らかに不正な侵害に対する反撃行為であり、正当な行為だと考える。この判例において防衛意思の存在を確認せずに単に実施した行為と結果を判断したものである。

しかしながら、裁判所はそのときの双方の行為が自分自身をコントロールできないという理由で正当防衛を否定した。裁判所の見解に従うと、行為者がその場で B からの侵害を受けても我慢しかできないということになる。この考えは防衛者に不利益を与える可能性がある。実際、「正は不正に譲歩する必要はない」という原則を無視していると考えられる。正当防衛の根本的原則から離れることになると、人々は自分の権利を守るより、けんかに巻き込まれないように、何があったとしても、何もしないを選択することになる。

中国の刑法典の第 20 条第 1 項に、明確に他人の身体、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を行って、不法侵害者に損害を生じさせたときは、正当防衛であり、刑事責任を負わないと規定しているにもかかわらず、このような判例の存在は、中国で広く認められる見義勇為という不正な事を発見したら、勇敢に阻止するという総合共助の理念に反する。

また、このような判例から、人々が見義勇為のような行為をしなくなり、刑法典の立法目的と一致しない。なぜならば、中国刑法典の条文上の他人のための防衛という規定を無意味にする可能性がある。

第 4 項 DV に対する防衛

(一) 判例五 (2021) 魯 0724 刑初 92 号

(1) 事実の概要

被告人の X と被害者の Y とは夫婦であり、共同生活の中で、被告人の X は被害者の家庭内暴力をよく受けている。3 月 2 日 2 時 40 分ごろ、被告人の家で、被害者は些細なことで被告人を罵倒し、拳で殴ったり、首を絞めたりして被告人を殴った。性行為を求めた後に、被告人に料理を要求し、被告人が料理を作る間に、再び衝突が生じ、被害者は被告人の首を絞め、被告人 X は抵抗しながら、包丁を使って被害者 Y を刺したが、その後も被害者 Y は被告人 X を殴打し続けた。被告人は包丁を使って被害者の頭、肩、腰、腕などの部位に切りつけて侵害者は拳で反撃しながら、床に倒れたまでも攻撃を止めなかった。その後、被害者 Y は治療を受けたが奏功せず死亡した。

(2) 判旨

被告人が不法な侵害に直面して、包丁を持って被害者を刺すことは、「現に行われている」不法な侵害を阻止することであり、その行為は防衛的性質を持つと考える。被告人が受けた不法な侵害は家庭内紛争による暴力行為であり、その際に重大な暴行に直面していたことを証明する証拠はない。包丁で刺すという防衛行為は明らかに必要限度を超

えて重大な損害をもたらしたため、過剰防衛とするのが相当である。

(3) 検討

上記の家庭内暴力・逆に相手を殺害する類型の防衛事件は結果だけを重視する見解の影響で、過剰防衛だと捉えられる傾向があり、ひいては、長期的に被害を受けた防衛者に不当な注意義務を課すことになっていると思われる。

まず、本件において、侵害者は防衛者が料理を作るとき、(料理を作るという日常行為でさえ不法侵害者が要求するものであった)、侵害者が自ら防衛者を攻撃し、防衛者は包丁を持って対抗せざるを得なかった。男女は元々性別により体力や力の差が存在し、その上、この日にすでに一回の侵害を受けており、料理を作っているうちに、首を絞められ、上半身が不自由であり、息も苦しい状態にあった。その時点で、より緩やかな手段で反撃することを防衛者に求めることはあまりに厳格にすぎる。包丁で身を守ったことは相当な範囲内と考える。

次に、侵害者が包丁で反抗した後も、拳を振り続けて防衛者に攻撃を与えることができた。このような状況に加えて、防衛者は長期にわたって家庭内暴力を受けてきた経験があったことからすると、限定合理性の心理的根拠⁹の観点から、反撃を続けることしかできなかったということである。侵害者が包丁で反抗された後も、防衛者に拳で攻撃することができることから、侵害者の攻撃意思が強く、怒りの余りに防衛者の首を絞めることによって重傷に至らせることもありうる状態であった。そのような状況において、防衛者が包丁を使って対抗することが妥当だと考える。もし、このような状況で侵害者を死なせてはならないという規範を差し向けるならば、それは、防衛者にある意味での「手加減」を要求することになり、防衛者に対する善意の強制につながることとなろう。

一方、裁判所では「被害者は酒に酔っており、攻撃や防備の能力が通常より弱いことを常識的に認識していたにもかかわらず、被害者に殴られたとき、凶器を持って反撃し続けた……正当防衛にはならない」とした。しかし、これに対しては、第一に、なぜ酔っ払っている男性の攻撃能力が通常より弱いのか、その根拠は示されておらず、妥当な評価ではないと批判できる。第二に、不法侵害者が酒に酔った状態は、防衛者の注意義務を高める要因にはならないはずと考えられる。

そして、本件において、裁判所は「事件当時、重大な暴行に直面していたことを証明する証拠はない」としているが、不法侵害者が拳で殴ったり、首を絞めたり、さらには防衛者に多部位を刺されて床に倒れたまでも殴り続けた。このような侵害が重大な暴行ではないという判断が妥当ではないと考える。

中国刑法第20条第3項において、「暴行」という記述がある。条文の形式からみると、

⁹ いわゆる限定合理性の心理的根拠は、「不確実な状況下での人々の意思決定行動は、しばしば『合理的なモデル』に従わず、それまでの実践的な探求に基づく様々な『経験的な推定』に基づくものである」というものである原則 周学光『組織社会学十講』(社会科学文献出版社、2003)164頁。

「暴行」、「殺人」、「強盗」、「強姦」、「身代金略取」等の犯罪類型を列挙している。よって、「暴行」とほかの4つの犯罪類型は並列関係にある。つまり、裁判所が言及した「重大な暴行」は殺人、強盗などの程度に相当する犯罪行為である。この判例の状況において、首を絞る行為は人を殺すことが十分に可能な行為である。裁判所による首を絞る行為は重大な暴行ではないとの判断は妥当ではなかった。

第5項 自分のための防衛

(一) 判例六（于海明正当防衛事件）（最高人法院指導判例93号）

(1) 事実の概要

2018年8月27日21時30分頃、被告人Aは自転車で路上を走っていた。被害者Bは酔っている状態で運転して、右側の非自動車道に入り、Aにぶつかりそうになった。その時、Bの車に同乗しているCが車から降り、Aと争い、Bの車に同乗しているDに引き留められた。その後、Bが突然車から降りて、Aを押して足で蹴った。Cが止めに入ったが、BはAを殴り続けた。さらに、Bは車内から刀を取り出し、刀の峰側でAの肩、腰、脚等の部位を連打した。Bは連打しているうちに刀を落とし、Aが刀を拾った。Bがその刀を奪い返そうとしたが、その最中にAに切り付けられた。Bが負傷し、自分の車に向かって逃走し、A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、B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。

(2) 送検されなかった理由

捜査当局は、検察機関の意見を聞き取った上で、以下の理由により、検察に送致しなかった。すなわち、被告人の行為を中国刑法第20条第3項に該当する。その理由付け以下となる。

まず、本件においては、Bの侵害行為が「現に行われている」か否かという問題である。つまり、侵害終了の問題である。検察機関は以下のように意見を述べた。すなわち、Aが刀を取った後、Bの侵害はすでに終了し、「現に行われている」に該当しないという意見があった。しかし他方で、侵害終了の判断は、不法侵害者が実質的に現場を離れたか否か、攻撃を継続する可能性があるか否か、再度攻撃を仕掛ける可能性があるか否かを基準に判断すべきであるとの意見もあった。本件の場合において、Aが刀を取った後、Bはすぐに奪い返そうとし、攻撃行為を放棄しなかった。そして、Bは負傷した後、車に走っても実質的に現場から離脱していなかったため、侵害が終了したとは考えられないという意見である。つまり、Aから刀を奪って反撃を始めた時点ではAは攻撃行為を放棄することもなく現場から実質的に離脱していないことから、侵害が終了したとは考えられない。

次に、被告人の行為は過剰防衛であるか否かの問題も検察で検討された。被告人の負傷の程度が小さいのに対して、防衛行為により被害者が死亡という結果を引き起こした

ため、被告人の行為は過剰防衛ではないかという意見もあったが、しかし、不法侵害の評価には実害と想定される危険の双方が含まれており、想定される危険に対する正当防衛も可能である。被害者と被告人との両方の被害が対比して相当ではないという意見は、実害のみを重要視し、行為の危険性を無視していた。そして、防衛行為者が暴力により、一定の侵害結果が生じてから防衛の開始を要することになるため、犯罪をできるだけ早めに阻止し、その侵害の結果が発生しないようにとした防衛の目的に合致しない。また、正当防衛の成立範囲を不当に縮小する可能性があるため、妥当でないという意見が強かった。すなわち、本件において、B の行為は人を死傷させる危険性のある侵害であることを前提とすれば、被告人の防衛行為により B を死亡させたとしても、過剰防衛ではなく、刑事責任を負わないと考えられたのである。

(3) 検討

本件の場合には、主に侵害終了の判断と防衛の限度が問題である。この事件は、正当防衛の成否判断に対し、里程標のような事件である。従来、前述したように、司法実務側において、正当防衛に関わる場合に、防衛結果を重視する傾向があるため、正当防衛要件に関する判断が過度に厳格になりがちで、防衛行為が過剰防衛とされたり、あるいは通常の故意傷害、故意殺人とされたり、客観的にはまだその現象が存在している¹⁰。

しかしながら、本件は従来の判例の事案と異なり、防衛行為により、死亡という結果を引き起こしたというものであったが正当防衛を肯定した。これは新たな判断基準を提供しているのではないか。では、防衛行為によって死亡という結果を生じさせた場合に、いかなる基準で判断すべきかが問題となる。本件において、不法侵害の評価には実害と想定される危険の双方により判断すべきだという見解を示している。その想定される危険について、どのように判断すべきかが問題である。

また、不法侵害が「現に行われている」か否かに対する判断についても問題がある。すなわち、侵害終了に対する判断である。本件は、不法侵害者が実質的に現場を離脱したか否か、攻撃を継続する可能性があるか否か、再度攻撃を仕掛ける可能性があるか否かを基準に判断すべきだという見解を示している。実際に実質的に現場を離脱したか否かという判断基準について疑問に思う。現場という概念があまりにも曖昧な概念だと考える。現場を離脱とはいえ、どこまで離れたら現場を離脱したといえるのだろうか。それが問題である。したがって、より明確かつ客観的な判断基準が必要だと考える。

第2節 小括

以上、中国の諸事案において、正当防衛の成否をめぐりどのような判断が下されてきたか、そしてそれをいかに評価すべきについて述べた。実務の取り扱いが変わってきている。しかしながら、現段階において、判断基準が明確ではないため、正当防衛の成立

¹⁰ 「最高裁判所：辱母殺人事件に対する評価-正当防衛制度の適用について http://news.youth.cn/gn/201706/t20170625_10163148.htm (2023年2月25日最終閲覧)。

がなかなか認められない現状がみられる。

それらの判断根拠は必ずしも明確ではない。類似した事案においても、異なる判断が下された場合もある。例えば、上述したように、同じく身を守るため、事前に防護具を用意した状況において、その事前に防護具を用意する行為に対し、防衛性質を肯定した判例と否定した判例が存在する。そのほか、以前は防衛行為により死亡という結果を引き起こしたことを理由に正当防衛を否定した判例がある。確かに、単に侵害者と防衛者が侵害された利益を加算する傾向も存在していた。しかしながら、現在において、防衛行為により死亡という結果を引き起こしたとしても、正当防衛を肯定した判例も出ている。前述したように、正当防衛を適応することをできれば避けているような傾向があると述べた最高裁判所の裁判官がいる。

一方、現在の司法実務において、従来の厳格な判断基準が緩和する傾向がみられる。その中、問題も生じる。それは、正当防衛に対する判断基準の不明確である。適切な判断をするためには、より明確な判断基準を明確にする必要があると考える。その前、まず、根本的な問題を解決する必要がある、それは正当防衛がなぜ正当化されるという論理的な根拠を明確にすることであると考える。

したがって、正当防衛の正当化根拠を明らかにする必要がある。そこで、中国と日本の正当防衛の正当化根拠に対する各見解を検討していきたいと考える。

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1項 内容及び基本的主張

法益衡量によると、法の任務は法益保護であり、目的は人々の社会生活の共通利益を守ることであり、違法性の発生は行為が法益に侵害または危険をもたらしたためであるが、法益の間には価値の高低があり、価値の高低が異なるいくつかの法益の間に衝突が生じた場合、2つの法益が侵害される場合においてはその低価値を犠牲にすることになるが、同時に価値の高い法益を維持した場合、法益を侵害する行為は法の任務と目的に合致するため、違法性を阻却する。

優越的利益の原理とは、ある法益を損なうことと別の法益を保護することの双方が存在し、かつ、法益を損なうことが保護法益にとって必要である場合には、法益保護と法益損害を衡量する必要がある、法益保護と法益損害が等しいか、または法益損害より大きい場合には、行為の違法性を阻却することである¹¹。この原理は、結果無価値論の見地から違法阻却事由を論証するための基本原理であり、その任務は互いに衝突する法益の間で、より高い要保護性を有する側を保護したこと¹²をもって違法阻却の正当性を根拠づけるようにすることにある。

¹¹ 張明楷『刑法学』（法律出版社、2021）180頁。

¹² 松原芳博 法学セミナー 55(2) 2010-02 日本評論社 106頁。

ほかには、防衛者の質的優越性の見解から優越的利益説を説明する立場がある。

(一) 日本における見解

山本輝之は、正当防衛の正当化の根拠は緊急避難と同様に、優越的利益の原理に基づくと考えられる。すなわち、正当防衛の場合では、不法侵害者の法益の要保護性が法律的に低く評価され、それによって防衛者の利益が高く評価されるため、防衛者の利益の要保護性は不法侵害者の利益の要保護性より優れている。したがって、正当防衛は緊急避難のように補充的である必要はなく、厳格な法益衡量を行う必要もない¹³。

山口厚も以下のような見解を述べている¹⁴。正当防衛の成立条件が「補充性」という要件を要求すべきではない以上、これは防衛者が「急迫不法の侵害」に対して退避の義務がないことを意味し、もし防衛者に退避の義務があることを肯定すれば、被侵害者は自らの正当な利益を侵害する行為を容認しなければならず、「不正な侵害」者に被侵害者よりも優越した地位を認めることになり、これは侵害行為を「不正」と評価するのと矛盾する。「正は不正に対して譲歩する必要はない」のであり、不法侵害に対する正当な利益の「質的優位性」が認められなければならない。言い換えれば、侵害者自身が「法益衝突」の状態を引き起こし、その法益保護価値は防衛の必要限度内で否定されなければならない。「急迫不正の侵害」という前提要件によって、防衛者の利益の絶対的優位性が肯定され、それが緊急避難との差異となっている。

前田雅英は、以下のような主張を示している¹⁵。日本においては、侵害者の利益は「不正」であるが故に縮小して評価されるが、「消滅」するものではないとする。すなわち、急迫不正の侵害が認められる状況においても、侵害者の利益を完全に否定することができず、攻撃者・防衛者の「法的保護に値する利益」との調整・調和が必要とする。

(二) 中国における見解

この学説は、中国において多数の支持を受けている。

黎宏は以下のように主張する。正当防衛が社会的危害性を持たないのは、加害者の利益よりも防衛者の利益の方が高く評価されているからだと考えべきである¹⁶。

張明楷は、防衛行為が正当防衛として認められ、違法阻却事由となるとならば、正当防衛を判断する過程で利益衡量を行う必要があるとする。違法阻却事由の判断基準は、高評価を受けた利益が低評価を受けた利益より優先されるという、法によって保護された利益の衡量である。同時に、張明楷は優越的利益保護原理を正当防衛の正当化根拠とするため、以下のルールを提案した¹⁷。すなわち、第一に、わずかな利益を保護するために重大な法益を損なうことはできず、この場合は正当防衛が成立する可能性は低い

¹³ 山本輝之「自招侵害に対する正当防衛」上智法学論集27巻2号211頁以下。

¹⁴ 山口厚『刑法総論（第3版）』（成文堂、2016）114頁。

¹⁵ 前田雅英『刑法総論講義（第5版）』（東京大学出版社、2011）358頁。

¹⁶ 黎宏『刑法学』（法律出版社、2012）126頁。

¹⁷ 張明楷「正当防衛の原理とその運用—二元論に対する批判的考察」『環球法律評論』2018年第2期74-75頁。

である。第二に、利益衡量を行う過程で、正当防衛による実際の損害と侵害行為による可能性のある損害とを比較しなければならず、侵害行為によってすでに発生した実際の損害と比較してはならない。なぜなら、防衛行為はすでに発生した侵害に対するものではないからである。第三に、防衛限度を判断する際には、侵害者がすでに引き起こした侵害と発生した新たな危険についても考慮する必要がある。第四に、利益を衡量する際には、防衛者の本質的に優越的な地位を重要視する必要がある。

陳璇は、正当防衛の本質は法益保護だけでなく、侵害者が他人の法益を侵害してはならない義務に違反して、自ら法益衝突の危険に陥り、それによって侵害者自身の法益の保護価値が低下することにあると考える¹⁸。すなわち、以下のように説いている。

正当防衛の根源は公民の平等な権利・地位である。人と人との平等関係は、公民が不法侵害者を自分の管轄する権利空間から強制に追放することによって、他人が自分に対して優越的な地位と支配特権を享受していないことを宣することができることを前提とする¹⁹。

こうした前提からすると、侵害者が自ら危険に陥ったのであり、これは、侵害者が自分の法益の保護を怠って、自分の法益と他人の法益とを衝突させたと捉えることができ、そうすると、両者を比較して、前者は後者よりも要保護性の程度が低くなると考えられる。そこから、法益の衝突を解消するために必要な代償は侵害者自身が負うべきことになる²⁰。

魏超は、正当防衛の根拠は、行為者が他人の法益を侵害したことによる自身の法益の一部が一時的に棚上げにすることにあると考える²¹。以下が彼の主張となる²²。

正当防衛制度とは、国家が他人の法益を侵害し、国家が効果的に介入できない状況下で防衛者に与える権利であり、国家がこのような状況下で侵害者に規定する義務でもある。したがって、正当防衛権が侵害者の法益の一部を棚上げにする状態にあり、防衛者に必要な限度で侵害者を傷つけることができる権限を与えたのだとする。つまり、不正侵害が発生したとき、侵害者が他人の法益を不正に侵害し、法規範に従う義務に違反し、ほかの救済手段がない場合、もし侵害者が不正行為で防衛者を侵害することを認めるならば、法秩序において防衛者の法益が守られない状況に陥ることになる。一方、防衛者に他人を侵害してはならない義務を履行し続けることを要求するのは、防衛者にとって明らかに不公平かつ不合理である。この義務は社会契約に基づいているため、一方が契約を破って「他人の合法的な自由と権利を損なわない」という義務を履行しないとき、他方は当然のことながら相応の義務を履行する必要はなく、侵害者が本来法律で保護されている法益の一部を棚上げにする状態にあり、防衛者がある程度反撃行為を実施でき

¹⁸ 陳璇「侵害者の視点での正当防衛論」『法学研究』2015年第3期120頁。

¹⁹ 陳璇『緊急権一体系構築と基本原理』（北京大学出版社、2021）92頁。

²⁰ 陳・前掲注18）123頁-126頁。

²¹ 魏超「法確証利益説の否定と法益懸濁説の提唱——正当防衛正当化根拠の再画定」『比較法研究』2018年第3期188頁。

²² 魏・前掲注21）193-195頁。

るようにすることができる。したがって、侵害者の法益は永久に「消滅」するのではなく、不法な侵害を実施したときに一時的に「欠ける」だけであるため、これを「法益欠如説」と呼ぶ。したがって、法益が棚上げ状態にしたのは侵害者であるため、常に防衛者の法益が優越的である。

しかしながら、侵害者の法益が一時的に棚上げ状態にあっても侵害者の法益を考慮すべきとする。そのため、比例原則を従うべきとする。比例の原則は、正当防衛の中で「権利濫用禁止」の原則とも呼ばれ、ある防衛行為の結果とそれによって引き起こされ得る傷害が著しく不均衡であれば、権利の濫用であり、禁止されるべきである。

侵害行為を阻止するために必要な法益の一部を除き、その他の利益は依然として法秩序によって保護されており、また侵害者の法益の棚上げ状態は刑法によって法益侵害の程度を決定されるため、憲法に規定される比例原則に従わなければならないとする。明らかに、緩やかな手段によって極めて価値の低い財産を侵害する行為者に関して、その行為者の生命法益を法秩序によって保護しなくなることは決して許されない。したがって、軽微な法益侵害に直面したとき、侵害者に重大な損害を与えたり死亡させたりするような手段で防衛することは許されない。言い換えれば、ある防衛行為が有効であるに違いないが非常に危険である場合において、それらの比較的緩和されているが、それほど有効ではない可能性のある手段を使用しなければならない。

第2項 優越的利益説に対する批判

(一) 中国において優越的利益説に対する批判

(1) 中国においては、法益衡量説は功利主義の思考に基づくものであるとされ、批判されている

李雪健は以下のように説く²³。

まず、功利主義は異なる階級の利益をもって一致する判断基準をとると考える。功利主義は「重効用、軽動機」であり、行為の正当性は行為による経験上の効果に依存すると主張する。功利最大化の原則は優越利益説が正当防衛の成立条件を決める基本原則である。法益は計算可能な「分銅」に変換され、法益の間の価値の階級が解消された。正当防衛の正当性の根拠を功利主義の上に構築することには次のような問題がある。すなわち、「正は不正に譲歩する必要はない」というのが虚言になる。なぜならば、多くの場合、防衛者はすぐに逃げ、妥協し、放棄するのが功利原則に最も合致するからである。例えば、夜中に路上に歩いている女性が強盗に遭った場合、金品を捨てて命がけで抵抗するのではなく逃げるのが功利の原則に一致する。

次に、優越的利益説は中国の刑法第20条第3項に規定されている（いわゆる）無限防衛権を説明することが困難であるという。学界の通説によると、生命権は最高の権利で

²³ 李雪健「正当防衛権の正当化の根拠の反省と再構築」『河南財經政法大学学报』2021年第5期88頁。

あり、衡量して比較することはできないため、他人の生命を奪うような手段で正当防衛することはできない。通説が生命という法益に最高の価値を与えている以上、無限の防衛権がある中で、防衛者が重大な身体、生命の危険から守るために他人の生命を奪う行為は功利主義の下で優越的利益説を適用して正当化することは困難である。司法実践では、「人命は天にかかわる」と利益衡量の考え方が根深いため、不正侵害者が死亡すると、裁判官は被害者が保護している利益と不法侵害者の生命権が明らかに極大な差があると判断し、過剰防衛もしくは犯罪とすることが多いのである。

王鋼は、以上のような見解を支持する。以下のように説く²⁴。功利主義の優越的利益説を正当防衛の正当性の根拠とするのは妥当ではなく、功利主義が社会的利益と公共的利益を強調することは、多数の利益のために少数の合法的権利と法益を侵害することにつながりやすいと考える。正当防衛では、優越的利益説の利益衡量基準が明確ではなく、侵害者の自己危殆化のリスク要因の導入は、侵害者の法益保護の必要性がどのように低下したかを合理的に説明できず、利益衡量の基準が曖昧になり、司法実務における正当防衛の判断が厳しく制限される。そして、功利主義に基づく優越的利益説は、不法な侵害行為が個人の生命の安全を著しく脅かす場合に、防衛者が侵害者の生命権という最高の法益を犠牲にして不法な侵害を阻止することを許す理由を説明することができないとする。

(2) 正当防衛の正当化根拠に関して、法確証の原理を完全に排除することは不可能であるとし、優越的利益原理のみからこれを説明する立場を批判する見解

まず、形式的かつ閉鎖的な循環論証に陥るとの主張がある。欧陽本祺は、法確証の原理は防衛者の本質的優越的地位に由来し、その優越的地位は優越的地位に基づいているとしか説明することができないとする²⁵。同じように法益欠如説にもこのような問題があるとし、次のように同説を批判する。すなわち、論理的に事実判断と規範判断の関係が混淆することになるという。

抵抗が正当化されるか否かの規範的判断は、不正行為という事実的判断から推論することはできないはずであるところ、法益欠如説論者は、不法な侵害行為は「形式的」には国家の行為規範に違反し、「実質的」には社会契約を締結する前にすでに存在していた人々間の協和関係を侵害すると考えている。すなわち、国家の行為規範に違反することは刑罰の基礎であり、人々間の協和関係を侵害することこそ正当防衛の根拠であるというのである²⁶。しかし、人間間の協和関係は国家の承認を得て初めて権利義務関係を生むことができるのであり、法確証の原理から離れると、不正侵害という攻撃行為は抵抗行為と復讐行為を招くだけで、法的に正当化される地位を持たなってしまうと欧陽

²⁴ 王鋼「正当防衛の正当性根拠とその限度」『中外法学』2018年第6期1591頁。

²⁵ 欧陽本祺「論法確証原則の合理性とその機能」、『環球法律評論』2019年第4期84-85頁。

²⁶ 許恒達「個人保護原則から正当防衛を再構築する」『台大法学論叢』2016年第1期355頁。

本祺はいうのである。このような抵抗と復讐は法律上の正当防衛ではなく、その正当性を考慮する必要はない。

彼は以下のような説明を加えた²⁷。つまり、彼は、不正侵害の事実から判断すると、抵抗行為の正当性を推定する規範的判断はできないと考えている。不法侵害は「形式的に」人間的協和関係を侵害し、「実質的に」国家規範に違反しており、逆ではない。法益欠如説が事実判断と規範判断の関係を混淆しているからこそ、「独特」な結論に至るのである。法益欠如説によれば、不正侵害行為によって侵害者の法益が法秩序の外の「自然状態」にある。そして、侵害の程度が激しいほど、欠如の法益が多くなるが、不正侵害が終了すると、侵害者の法益は自動的に法秩序に戻ることになる。このロジックはあまりにも不合理である。侵害者の法益は、自動的に「自然状態」と「法秩序状態」の間を自由に行き来することができることになる。そして、この2つの状態を開始・停止する「ボタン」は不正侵害という事実判断である。この主張は正当防衛に対する理解の助けにはならない。そこで、法確証の原理から離れて、結局正当防衛の正当性を合理的に説明することは難しいのである。

(3) 優越的利益説よると、防衛限界の基準における結果要因が過度に重視されることになるとも批判されている

芳東燕は、優越的利益説によると、防衛の限界の基準に対する理解と把握は、完全に結果を中心に展開され、過剰防衛と認定されやすいと考える。彼女は以下のように理由を述べている²⁸。

防衛限度の問題について、刑法論理において、必要説、基本相応説、適応説の争いが存在し、基本適応説が通説となっているが、その説の本質は適応説に傾けている、すなわち、利益保護と侵害される利益を考慮することに強調する。基本適応説と適応説は、防衛限度の問題について、結果を重要視する傾向がみられる。

実際の現状からみると、上述した説をとるのではなく、中国の司法実務のやり方はさらに極端であり、それは唯結果論の立場をとっている。傷害や死亡の結果が出た限り、防衛行為の性質は肯定されても、基本的には防衛過剰とみなされ、結果の厳格さによって過剰と判断されることが多いのである。

梁根林は、優越的利益保護の原理は、防衛行為による侵害の結果と不正侵害意図による侵害の結果との間で法益衡量のロジックを最初に設定しており、そのため、司法実務が純粋に防衛行為による侵害の結果が不正侵害の意図による侵害の結果と相当するかどうかを根拠に防衛行為が過剰であるかどうかを判断することにつながる²⁹。すなわち、侵害を阻止する防衛行為ではなく、防衛行為により引き起こされた結果と不正侵害の意図による侵害の結果を比較することを法益衡量の基準とする。それは、明らか

²⁷ 欧陽・前掲注25) 85頁。

²⁸ 芳東燕「正当防衛の異化と刑法システムの機能」『法学者』2018年第5期82-83頁。

²⁹ 梁根林「不法判断の立場、基準と論理を防衛したことがある」『法学』2019年第2期第11頁。

に防衛者に不利益を与える可能性がある。なぜならば、その防衛行為によって引き起こされうる結果と実際に生じた結果とは必ずしも一致しないからである。

徐啓明、孔祥参は、前述した辱母案³⁰の判決が不当であると考える。なぜなら、客観的な法益の衡量からみると、侵害者の死亡、重傷に相当する防衛者が受けた侵害が相当しない可能性は確かにあるが、辱母案のように、主観的からみると、繰り返す侵害の中、脱出見込みのない不安、緊張、激憤の気持ちの下で、危険はいつでもエスカレートすると思えることは完全に合理的であり、すなわち客観的な法益衡量は可能であるが、主観的には不可能であるからである³¹。

周光権は、以下のような見解を述べる³²。彼は正当防衛の司法異常は実務的に優越的利益の原理を単純化し、規範評価理念に欠けていると考える。正当防衛の重要な意義は正義が不正に屈服する必要がないことというところに、場合によっては利益衡量が必要であってもそれは補助的な判断基準、すなわち論理的判断の第二位にある。過剰な防衛行為であっても、必ずしも重大な結果を惹起するとは限らないため、防衛行為に引き起こされた侵害結果は重要であるが、それだけを重視することは妥当ではない。

(4) 利益衡量の困難性

勞東燕は、以下のように見解を示す³³。利益衡量の利益は広い概念であり、具体的な法益ではなく、普遍的な原則で反映されると考える。これを法益にすると、第一に、衝突した法益の客観的価値だけに着目しても、正当防衛の正当化根拠を説明することができず、正当防衛の成立要件を合理的に説明することができないという問題がある。第二に、衝突した法益が同一の法益主体にかかわる場合、単純に法益の客観的価値を比較するだけでは合理的な結論を導くことができない。例えば、腎臓病患者が明確に治療を拒否した場合、行為者はその命を救うために監禁し、強制的にその体に透析装置を接続して血液透析を行う。第三に、法益の客体的客観的価値は法益そのものと同じではなく、法益主体の自由な処分を除いて法益の内容を定義することは、法益概念を硬直化した存在にし、不合理な結論を導き出しやすいと考える。例えば、AがBの要求に応じてBの財産を破壊した場合、利益を財産そのものの客観的価値と解すると、必然的にAがBの利益を侵害したとの結論に至ることになる。これは明らかに合理ではないのである。

(5) 法益衡量の原理だけでは法益保護価値の大きさをどのように判断するかを解決す

³⁰ 被告人于歆と甲会社を経営する母Yは借金を返済しないことを理由に被害者A、B、C、Dなどの十数人に甲会社の応接室に軟禁され、YがAらから侮辱行為や暴行を受けた。その後、通報を受けて現場にかけつけた警察官らが、応接室で被告人と被害者Aらの両方から事情を尋ねた後、事情を詳しく調べるために甲会社の工場に向かったが、被告人が応接室を出ることをAらが止めたことをきっかけに両者間に喧嘩が起き、被告人が身近に置かれていたフルーツナイフを取って立ち向い、最初は「近付くな」と威嚇した。しかしながら、Dらは依然として、暴言で挑発し、被告人を囲んで迫った。そこで、被告人は、A、B、C、Dの4人を刺した。その後、4名は病院に搬送されたが、Aは翌日の2時に出血性ショックで死亡し、BとCは重傷二級、Dは軽傷二級の傷害を負った。裁判所は被告人の行為は1人の死亡、2人の重傷、1人の軽傷という結果を生じさせ、必要な限度を著しく超えたものを認められ、過剰防衛と判断した。

³¹ 孔祥参＝徐啓明「責任阻却事由としての特殊防衛について」、『東北大学学報』2020年第4期95頁。

³² 周・前掲注7) 8-9頁。

³³ 勞東燕「法益衡量原理の教義学的検討」『中外法学』2016年第2期359頁。

ることはできず、他の実質的根拠を援用しなければならない

勞東燕は、ほかの論者が法益衡量の理論が正当防衛の唯一の根拠であると主張するが、実際に適用する際には他の原理を応用していると考える（例えば、正は不正に譲歩する必要はない）³⁴。

梁根林は、法益衡量は正当防衛の「正」と不法侵害の「不正」の本質を根本的に明確にしていまいと考える。彼は以下の説明を説く³⁵。すなわち、正当防衛制度が「正は不正に譲歩する必要がない」という規範的目的を明らかにせず、正当防衛の法益保護と法秩序の正当性と合法性を強調せず、正当防衛に必要な限度内で侵害者の法益の要保護性を全般的に否定せず、また、個人権利の保全と法秩序の確証よりも具体的かつ説得力のある論証により防衛行為によって保護される法益が侵害者の法益に対してなぜ優越であるかという理由も示さなかった。

魏超は、法益衡量二元論者（防衛者自身の法益と法秩序の法益は侵害者の法益より大きいと主張する）に対して、防衛者が無限防衛権を実施して行為者の生命を奪う際に重大な問題があると考え。生命の法益は測定できないからである³⁶。つまり、生命という法益は測ることのできないものであり、法秩序も同様にいかなる基準で判断すべきかに疑問がある。

徐恒達は、法秩序の法益と防衛者個人の法益は侵害者個人の法益より大きいという単純な比較に欠陥があると考え。法秩序の効力と規範作用は抽象的で不明確な価値であるため、この抽象的価値自体の重要性は極めて定量化しにくいものであり、法益の衡量を適切に行うことが困難であると考え³⁷。

（6）過失の不法な侵害と故意の不法な侵害が正当防衛の成否判断において区別されることを説明できない

勞東燕は、法益衡量の原理に依拠すると、故意の不正侵害と過失の不正侵害が、正当防衛の成否判断において区別されることについて説明することができなくなると指摘する。彼女は以下のように説明する³⁸。

故意と過失は行為の違法性に影響しないと考えられるため、結果無価値論の立場では、故意による不正侵害と過失による不正侵害に対して同等の防衛が可能であるとの結論が得られる。それだけでなく、結果無価値論では、法益に危害を及ぼしたり、侵害したりして、客観的に義務に違反しない行為であれば、「不正侵害」を構成することもできると考えられる。したがって、論理的には、義務違反に成り立たない「侵害」に対して、防衛者が故意の不正侵害のように、回避することなく、侵害の程度を超える反撃措置をと

³⁴ 勞・前掲注33) 361-362頁。

³⁵ 梁・前掲注29) 8頁。

³⁶ 魏・前掲注21) 188頁。

³⁷ 許・前掲注26) 343頁。

³⁸ 勞・前掲注33) 361-363頁。

ることも許される。例えば、A は凍結した道路に車を運転していて、道路交通法に違反していないが、路面の滑りでブレーキが効かずにBに衝突しかけると、Bは簡単に避けることができる状態で手に持っていた長柄の傘でAに致命的な一撃を与え、Aを死亡させた。本件からみると、もしBが正当防衛を成立させたと認めるならば、防衛権を濫用する疑いが生じる。逆に、Bが正当防衛を成立させないと主張すると、なぜ義務違反ではないが法益に対して同等の危険をもたらす「不正侵害」に対して、正当防衛を成立させる条件がより厳しくなければならないのか、説明できないのである。

(7) 法益衡量は利益の階調を無視し、基準と根拠があいまいである

労東燕は以下のように見解を述べる³⁹。彼女によれば、利益を個人の利益、制度の利益と法治国家の利益に分類する。第一に、法益衡量論者は法益衡量を行う際に、制度の利益と法治国家の利益を考慮範囲に入れないことが多く、それに得られた結論は、根本的に利益の最大化には寄与しない。法益衡量論者の多くの主張には、偶然防衛は違法ではないと考えることや、防衛限度に厳しい基準を設定すること、多くの人の命を救うために他人を犠牲にする危険回避行為は違法性を阻却すると認めることなどが含まれる。誘拐された女性が自発的な同意があれば女性誘拐罪の成立が否定されるなどと主張するのは、法益衡量時に制度の利益や法治国家の利益を考慮しない結果である。当事者それぞれの主体の法益を考えるだけで、当然のことながら前述の結論が得られる。しかしながら、制度の利益と法治国家の利益を持ち出すとすれば、このような結論には偏りがあり、結果無価値論の「最も効果的に法益を守る」という主張にも反する。

第二に、制度の利益と法治国家の利益を考慮しても、法益衡量説の支持者は法益に階調のある事実を無視して、各種類の法益を簡単に加減算処理することが多くみられる。主体の角度から考察すると、利益は個人利益、社会利益と国家利益に分けることができる。価値の地位の順番からみると、利益は階層構造上、当事者の利益、制度の利益、法治国家の基礎的利益に分けることができる。つまり、利益衡量で考慮すべき利益は、様々な類型があり、利益によって異なる性質を持つことが多いのである。性質の異なる利益を1つのレベルに置き、単純な加減関係で処理することは、利益衝突の本質に誤解を招く可能性があり、利益衡量の方向性を誤らせることになる。

第三に、法益を唯一の考慮要素とする利益衡量という考えは、統一的な違法性阻却の理論を構築することに集中し、具体的な正当化事由の内在構造の違いを無視する傾向がみられる。同時に労東燕は、「優越利益説は異なる価値間の衝突の暗流をカメレオンのような法益の概念の下に隠し、対外的には統一の概念である『法益』で人を示そうとしている」と指摘した⁴⁰。

(8) そのほか

³⁹ 労・前掲注33) 367-373頁。

⁴⁰ 労・前掲注33) 361頁。

利益衡量は結論によってその理論の妥当性を証明しようという疑問がある。

馬平川、趙樹坤は利益衡量から結論を導き出すのではなく、結論の説得力を検証し、説得力を増加させるための道具としてしか使われていないと考える⁴¹。すなわち、法益衡量説が逆である主な原因は、法律が不明確な状況下で利益（権利）が衝突する複雑さへの考慮であり、このとき、法律条文だけで正しい結論が得られると考えられるという見解は、不合理である。そして本当に機能するのは実質的な判断である。最初に結論を出した後、どのような理由、すなわち条文を結合し、どのように理論的にその結論を正当化または合理化するに利益衡量を持ち出したのである。

確かに、利益衡量の基準、優越的利益説のみで正当防衛の正当化根拠を説明することが困難であることや優越的利益説によると、結果要因が過度に重視されることなどの批判を受けているが、筆者はこの見解を支持する。その理由について、ほかの学説の紹介の後で述べる。

（二）日本において優越的利益説に対する批判

日本において、優越利益説は、以下のように批判される。

まず、山口厚は以下のように批判する。すなわち、補充性の要件が不要であることを含め、正当防衛の要件が緊急避難の要件よりも緩やかなことを説明できる点で優れているが、「急迫不正の侵害」者の法益性がなぜ失われるかが問題である⁴²。つまり、なぜそのような場合において侵害者の法益が失うかが主な問題である。侵害者は急迫不正の侵害を行ったことで、侵害者の法益が失う根拠は明確でない。

次に、山中敬一は以下の批判を示す。つまり、不正に他人の権利を侵害しようとした者が、「法益」性を剥奪された、まるで中世の追放刑に処せられた者ともいえるべき存在になるわけでもないため、妥当ではないと思われる⁴³。つまり、侵害者は不正の侵害行為を行っても人としての法益を剥奪するまですることはあまりにも妥当ではない。そして、この見解は、優越的利益の原則に無理やり引き込むことによって説明しようとするものであるが、正当防衛の正当化根拠を説明するものではないと批判した⁴⁴。

第2節 社会的相当性説

第1項 内容及び基本的主張

社会的相当説では、歴史的に形成された社会倫理秩序の範囲内で、その秩序によって許される行為（社会的相当な行為）を、正当とする。この考え方は社会の倫理規範を評価基準としている⁴⁵。

社会生活は不変ではなく絶えず変化していくものである。社会共同生活においては、

⁴¹ 馬平川＝趙樹坤「利益衡量の主導的方向性と方法論の特徴」『法律方法』2015年第17巻第82頁。

⁴² 山口・前掲注14）117頁。

⁴³ 山中敬一『刑法総論（第3版）』（成文堂、2015）482頁。

⁴⁴ 山中・前掲注43）482頁。

⁴⁵ 三井誠・曾根威彦・瀬川晃『入門刑事法』（有斐閣、2013）39頁。

個人の行動の自由に一定の制限を課す必要があるが、法律によって、法益侵害を惹起した客観的行為のすべてが禁止されるというのは妥当ではない。歴史的に形成された国民共同生活の秩序内で機能的な役割を持つ行為は社会相当性のある行為として、不法概念から除外されるべきである。つまり、行為が歴史によって形成された社会倫理秩序に合致すれば、その行為は社会的相当性を持ち、違法ではないのである⁴⁶。

陳興良は社会相当性説がより一体性を持っていると考え、目的の正当性、手段の正当性、法益の均衡性の3つの面から社会相当性を判断することを提案し、判断基準が具体化され、その理論の曖昧性が回避されたと考える⁴⁷。

第2項 社会相当性説に対する批判

日本においては、社会的相当性の概念が抽象的であり、その内容が具体的ではないため、正当防衛の正当化根拠としては、妥当ではないとよく批判される。

張明楷も、社会的相当説の概念と判断基準が明確ではなく、正当防衛などの違法性阻却事由の正当化根拠にはならないと考える。以下のような理由を示す⁴⁸。まず、社会的相当性の判断には具体的に定められた基準が欠けており、特に歴史性を重視すべきか現実性を重視すべきかの問題において、歴史性を重視すれば、今日の社会で発生している多くの実質的に犯罪とならない行為が社会的に相当ではないとの評価を受け、犯罪として処理されることとなってしまい、刑法の規制範囲が拡大されることになる。現実性を重視すれば、歴史的に形成された複雑な社会と多様性の観念は、社会的相当性の判断をより困難にする。今の社会は変化的であり、新たな超法規的違法阻却事由を認めることは避けられず、「歴史的に形成された社会生活の秩序の範囲内の行為」だけが違法性を阻却するわけではない。いわゆる社会的相当性のある様々な行為は、実際には2種類に分類することができる。第1種類は、鉄道運送、航空運送、スポーツ競技への参加など、法律上重要ではない行為または許される危険な場合である。この場合、帰責原理に基づいて構成要件該当性を判断すればよく、社会的相当性が乏しいことを理由に抵抗しても構成要件に該当するという結論を出す必要はない。もう一つは、郵便配達に新年の贈り物を贈ったり、家庭内で他人の名誉を傷つける発言をひそかにしたりするなど、軽微で社会一般の人が許容できる行為である。この場合は、社会的に相当であるからといって違法性が阻却されるのではなく、刑法で保護された法益を侵害していないのである。

黎宏も、社会相当性はかなり抽象的な概念であり、その具体的な内容を把握することは難しいと考える。彼は以下のように見解を述べた⁴⁹。刑法は正当防衛、緊急避難など違法性を阻却することを正当化事由と規定しており、明らかに「社会生活秩序」に適合

⁴⁶ 黄丁全「社会相当性理論研究」『刑事法評論』第5巻（中国政法大学出版社、1999）321頁。

⁴⁷ 陳興良「正当化事由研究」『法商研究』2000年第3期25-26頁。

⁴⁸ 張・前掲注11）251頁。

⁴⁹ 黎宏『刑法総論問題思考』（中国人民大学出版社、2007）23-25頁。

することが認められている。したがって、社会的相当性説の任務は、正当防衛行為がいかに「社会生活秩序」に適合しているかを具体的に述べることであり、単に秩序に適合しているという結論を出して正当防衛の正当化の根拠とすることはできないと考える。

田宏傑は、社会的相当性を、正当防衛の正当化の根拠を判断する唯一の基準とすると、この基準が道徳的要素を多分に考慮するものであることから、道徳主義に傾向することになり得ると指摘する。社会的相当性という判断基準自体が不完全なものであり、その内容を合理的に明らかにする必要があるとする。社会的相当性説の観点によると、防衛行為によって生じた損害が保護された利益以下であることは社会相当性があるが、防衛行為による損害が保護された利益よりも著しく高く、その防衛によって生じた結果が重大な損害結果に至らなかった場合、社会的相当性説は辻褃合わないとする⁵⁰。

第3項 まとめ

総じて、社会相当性は依然として具体的な判断が難しい曖昧な概念であり、道徳的要素を過度に考慮することにもなり道徳主義の傾向を引き起こしやすいだけでなく、判断基準をより複雑にし、実際の適用性が低いと考える。

第3節 自己保全の原理

第1項 内容及び基本的主張

自己保全の原理とは、法律が個人の緊急状態に必要な手段を講じて外来の侵害に抵抗し、合法的権利を保護することを許すことである。言い換えれば、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、不正侵害を受けた個人は必要な手段を講じて自分の権利を守ることができるとする思想である。自己保全の原理は、防衛者の基本的立場から、個人主義の色彩が強く、正当防衛は個人が急迫不正な侵害に対応する際に当然の権利であると考えられる。自己保全の原理は古くから形成されており、初期のイギリスの哲学者、古典自然法学派の代表的人物ロックは防衛権が個人の自然権であり、私有財産は神聖で不可侵であり、私有財産を盗む行為者に対しては、財産価値の高低にかかわらず、財産所有者は自然法に基づいてそれを抹殺する権利があると主張した⁵¹。

瀧川幸辰もこの説を支持する。すなわち、正当防衛の本質は私的な暴力行為であるが、他人が行った不法な侵害に対して反撃することは人の自衛本能であり、侵害者に対して反射的な攻撃を行って侵害を避けることは正当な行為であり、法律が消極的に国民に緊急状態に防衛行為を通じて自らの利益を守ることを許すことは正当防衛行為の基本原則であるとする⁵²。

中国では、多くの学者が自己保全の原理を支持する。陳璇は以下のように見解を述べ

⁵⁰ 田宏傑『刑法における正当化行為』（中国検察出版社、2004）111頁。

⁵¹ 馬克昌『近代西洋刑法学説史』（中国人民公安大学出版社、2016）66頁。

⁵² 瀧川幸辰『刑法講義（改訂版）』（弘文堂書房、1931）88頁。

た⁵³。正当防衛は典型的な権利付与事由であると考え。権利付与事由と免責事由の区別とは、ある状況下で法律が行為者に他人の法益を侵害する権利を付与し、行為自体とその結果が法の肯定的評価を得ることができることであり、中国刑法は正当防衛を「公民の合法的権利」と考えており、その法的効果は行為者に対する罪の成立を否定するだけでなく、行為者に法秩序の肯定をもたらすものでもある。

陳興良は、以下のように説く⁵⁴。彼は、正当防衛を国民が憲法及び刑法に依拠し、保障される権利だと考える。そして、法学理論上において利益発生の因果関連により、元の権利と派生権に分けられて、派生権は救済権とも呼ぶとする。彼は張友漁が紹介した見解⁵⁵に基づいて、主張を述べた。すなわち、正当防衛を行う権利は、派生権であり、その権利の発生は一定の不正侵害を前提とする。本人または他人の人身もしくはほかの法益は元の権利であり、これらの権利は現に行われている不正侵害に遭うときに、正当防衛をするという権利を生じさせる。この意味において、正当防衛も救済権と捉えることもできるとする。

第2項 自己保全の原理に対する批判

(一) 日本における自己保全の原理に対する批判

佐伯仁志は以下のように自己保全の原理を批判する⁵⁶。国家が保護することができない場合に国家に代わって法益の保護を行うことができるというのであれば、国家のできることが正当防衛権の限界になるはずであり、刑罰の科されていない違法行為に対しては、国家がその場で実力を行使できないことが多いのである。

山中敬一は、自己保全の原理からは、「他人のための緊急救助を行うことがなぜ正当化されるのかが説明できない」と考える⁵⁷。

(二) 中国における自己保全の原理に対する批判

張明楷は第三者の正当防衛と過剰防衛などの視点から自己保全の原理に対する疑問を提起した。その内容は以下となる⁵⁸。世界各国の刑法は第三者の利益を保護するための正当防衛を認めており、自己保全の原理は、被侵害者が侵害者に対して防衛行為を実施する正当性の根源を説明するだけで、第三者が侵害者に対して行う防衛行為の正当性を合理的に説明することはできない。これは、国家の利益と公共の利益を防衛することができる」と規定している中国刑法第20条の内容にも矛盾している。現行の刑法規定を無

⁵³ 陳璇『正当防衛における「誤判定特権」とその境界』『中国法学』2019年第2期53-54頁。

⁵⁴ 陳興良『正当防衛論』(中国人民大学出版社、2017)25頁。

⁵⁵ 張友漁主編『中国百科大全・法学』(中国百科大全出版社、1984)485頁。その内容は以下である。元の権利は法律により確認されるものであり、他人の侵害に関係なく存在するものであるため、第一権利とも呼び、例えば所有権である。派生権は、他人によって元の権利を侵害してから生じる法律権利であり、第二権利とも呼び、例えば物権の侵害によって生じる損害賠償請求権である。

⁵⁶ 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013)120-121頁。

⁵⁷ 山中・前掲注43)428頁。

⁵⁸ 張明楷『外国刑法綱要』(法律出版社、2020)121頁。

視することになる。解釈や立法論を実質とする解釈は賢明ではなく、自己保全の原理をもって正当防衛の正当化根拠としないことが適切である。

黎宏は、自己保全の原理は、やむをえない状況で本能的な反応に基づいて行われるものが正当防衛であると理解されることとなり、実際には防衛者の主観的責任を阻却する事由になってしまうと指摘する。そして、そうなると、正当防衛行為に対しても正当防衛を実施することができる事になり妥当ではないと結論している⁵⁹。

(三) 検討

筆者も自己保全の原理を正当防衛の正当性の根拠とする見解は妥当ではないと考える。自己保全の原則は、ホッブズの社会契約論に基づき、主に被侵害者の立場から、不法な侵害から自己を防衛し、自己の人格と財産を保護することは個人の基本的かつ自然な権利であり、防衛行為は一定の程度に正当化されると主張するが、複数の観点から妥当ではないと考える。

例えば、多くの国では、不正な侵害に対して、第三者の利益または国家、公共の利益などの超個人的な法益も、正当防衛として防衛可能である。現に、中国刑法第20条も、現に行われている不法な侵害から国家、公共の利益、自分や他人の人格、財産などの権利を守るために不法な侵害を阻止するために行った行為で、不法な行為者に損害を与えた場合は正当防衛となり刑事責任を負わないとしている。日本刑法第36条も急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為は、罰しないと規定している。自己保全の原理は、法律が個人の緊急状態に必要な手段を講じて外来の侵害に抵抗し、合法的権利を保護することを許すことであるため、なぜ超個人的な法益に対して正当防衛できるのかについても合理的な説明ができないであろう。

また、自己保全の原理は、防衛の限界の問題を軽視することにつながる。すなわち、個人が受けた軽微な財産や人的損害を守るためであっても、防衛者は自己保全を理由にたとえ致命的行為を行ったとしても、その反撃が許容されかねない。その意味で、この見解は防衛権の乱用を導く傾向があると評価することができ、現在の刑法理論に適用できないものといえよう。

そのほか、自己保全の原則では、自己の正当な権利・利益を保護するためになされる緊急避難も、自己の正当な権利・利益を保護するための正当防衛と同列に扱われるべきこととなり（どちらも自己保全の原理から正当性が根拠づけられる）、現行法上、緊急避難のみ利益衡量が必要とされ、正当防衛には必要とされていないことを合理的に説明することができないであろう。

最後に、中国の社会的利益に偏る傾向の背景の下で、公民自身が公的利益のために奉仕することを重視する人として決め付けられる可能性が高く、公的利益のための防衛行為を排除すれば、そのような公民は疑惑の中で処罰されることになるのである。すなわち、

⁵⁹ 黎宏『刑法学』（法律出版社、2012）127頁。

反撃行為は防衛行為にならず、犯罪行為として判断されることになるのである。

第4節 法確証の原理

第1項 内容及び基本的主張

「法確証原理とは、一般に、『法秩序は、その侵害を受けても、たじろぐことなく、厳然として、そこに存在していることを示すという形で、法秩序をまもること』として理解されている」⁶⁰。その原理の下で理解される内容は論者によって異なる。法確証の原理の内容は、正当防衛は個人の利益の保全だけでなく、同時に法秩序そのもの維持でもあるものである。法確証の利益は、不正な攻撃を認めることで、正当な権利の不可侵性が公に示される、という利益を意味し、ヘーゲル流の「法の否定の否定」として理念的な意味で理解することもできるし、より現実的に、法規範の妥当性に対する信頼の維持や、違法行為に対する抑止的效果として理解することもできる⁶¹。

「法秩序の維持」とは何かについて、学者によって理解が異なり、ある学者は、法秩序の有効性とは「規範的有効性」であり、正当防衛行為の正当化根拠は法秩序の規範的効力を維持していることにあると考える⁶²。法哲学上において、「規範的有効性」とは、実は特定の法規範が規範体系の中で他の規範と論理的に結びついていることに由来し、「有効」な規範とは、特定の規範がより上位の規範によって確立された基準に適合することであり、それが実際に国民の認可や遵守とは関連がないとする⁶³。

正当防衛行為は法秩序の規範的有効性を維持するのではなく、「経験的有効性」を維持するとする見解もある⁶⁴。ドイツ学界でもこのような理解が一般的に行われている。経験的有効性について、王鋼は経験的有効性を以下のように説く⁶⁵。法秩序の経験的有効性とは、法秩序の「実的效果」を指す。法規範および法秩序が経験的有効性または実効性を有するかどうかを判断する基準は、該当する法規範または法秩序が事実上ほとんどの規範を引受ける者に認められ、従われているかどうかである。正当防衛の場合では、侵害者が行為規範に違反して他人の合法的権利を危険にさらし、法秩序への賛同・参加に拒否する姿勢を社会共同体に示し、行為規範の有効性に対する国民の信頼を揺るがし、法秩序が国民の行為を規制する現実的効力を損なう。正当防衛は不正な侵害に対して反撃し、侵害者に権利の境界を示し、侵害者に法秩序への準拠を強要するとともに、法秩序の有効性に対する国民の信頼を強化し、法秩序の経験的有効性を維持する。したがって、法秩序の経験的有効性を保障する次元から法秩序の維持を理解することが合理的な見解であるとする。

⁶⁰ 橋爪隆『正当防衛論の基礎』（有斐閣、2007）37頁。

⁶¹ 佐伯・前掲注56）117頁。

⁶² Vgl. Bitzilekis, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, 1984, S. 53 ff. 訳王鋼「法秩序維持論の反省-正当防衛の正当化についても」『比較法研究』『比較法研究』2018年第6期102頁。

⁶³ 王旭「法の規則有効性理論研究」『比較法研究』2007年第3期43頁。

⁶⁴ 王鋼「法秩序維持説の思慮—正当防衛の正当性の根拠を兼ねている」『比較法研究』2018年第6期102頁。

⁶⁵ 王・前掲注64）102頁。

西田典之は、法確証の利益の理論は同じく優越利益保護の原理によって正当防衛の正当化原理を説明するものであると説く⁶⁶。

団藤重光は、正当防衛とは、国家機関が法秩序に対する不当な侵害を予防できない、または回復しにくいときに、私的な予防と回復を補完的に許す状況であり、これに基づいて、法確証の原理が正当防衛の正当化を基礎づけるとする⁶⁷。すなわち、国家が不法な侵害による法秩序への損害を適時に回復することができない場合、または回復することが困難な場合にのみ、個人は私力で不法な侵害に反撃し、法秩序を守り、最終的に法秩序そのものの保全と完備を図ることができるとする考え方である。

王鋼は、法確証の原理によると、正当防衛は現在の不正な侵害を阻止するだけでなく、潜在的な侵害者に恐怖心を持たせ、法秩序に対する国民の信頼を高めることができ、これらの消極的予防と積極的予防の効果によって法秩序の経験的有効性を維持すると考える⁶⁸。

馬克昌は、正当防衛の基礎は法秩序を守ることにあると考える⁶⁹。法秩序を守るために、自分のためにも他人のためにも正当防衛を実施できるからである。一方、防衛行為も一定の条件を守らなければならない、法秩序を壊さないようにしなければならない。この見解は、中国の教科書より紹介され、知られている。

また、法確証原理の理解の必然的帰結ではないが、法確証原理の理解において、法秩序の理解において、法秩序の防衛という観点より、むしろ違法行為の予防的効果を重視する立場が有力となっている⁷⁰。

第2項 法確証原理に対する批判

(一) 日本における法確証原理に対する批判

西田典之は以下のように批判する⁷¹。法確証の原理は公民が国家刑罰権の代理行使するするリスクを潜んでおり、また、法確証の利益は規範の意味を理解できるグループの中にしか存在しないと考えられているため、法確証の原理は対物防衛と責任無能力者に対する防衛の権利を否定することになってしまうと批判する。

山中敬一は、以下のように法確証の原理を批判する⁷²。彼は、この原理は、利益衡量説に立って、正当防衛には、緊急状況において自己または他人の法益を保全するという個人保全の利益だけではなく、法確証の利益が存在するものとし、優越的利益の原理を維持する見解だと理解する。彼によれば、この見解は、正当化事由の一般原理を利益衡

⁶⁶ 西田典之『日本刑法総論』（弘文堂、2019）164頁。

⁶⁷ 団藤重光『刑法綱要総論（第3版）』（創文社、1990）234頁。

⁶⁸ 王・前掲注64）103頁。

⁶⁹ 馬克昌『比較刑法—外国刑法学総論』（武漢大学出版社、2002）335頁。

⁷⁰ 橋爪・前掲注61）45頁。

⁷¹ 西田・前掲注66）165頁。

⁷² 山中・前掲注43）483頁。

量説に求めておいて、その原理に無理やり法確証の利益を詰め込もうとするものであって、正当防衛の基本思想には適切とはいえないとする。

(二) 中国における法確証原理に対する批判

(1) 「正は不正に対して譲歩する必要はない」の意味が不明確であるため、誤用する可能性があり、正当防衛に実質的な根拠を提供することができないといえる。

張明楷は、法確証の原理に対し、主に「正は不正に譲歩する必要はない」ことについて、以下のように批判を述べた⁷³。すでに法確証の原理の内容で紹介したように、法確証原理は、一般的に、法秩序は、その侵害を受けても、たじろぐことなく、厳然として、そこに存在していることを示すという形で、法秩序をまもることとして理解されている。言い換えれば、法確証は、「法秩序の防衛」、「法秩序の擁護」、「法秩序の存在」を宣言し、「正は不正に譲歩する必要はない」ことを宣言することである。なぜならば、不法な行為は個人の法益だけでなく、法の理念を侵害し、基本的な法秩序を侵害し、防衛行為は個人の法益だけでなく、法秩序を防衛したからである。そのため、正当防衛に利益考慮の必要性はないし、防衛者にも退避義務はないとする。また、法秩序はあくまで個人の利益を守るためのものであるため、誰もが防衛行為によって不法な侵害に対抗することができ、他人の利益を守るために正当防衛を行うこともできる。

「正は不正に譲歩する必要はない」という命題は成立するが、その内容は不明確であり、正当防衛に実質的な根拠を提供することは難しいのであろう。「正は不正に対して譲歩する必要はない」ということを超個人的な視点から理解すると、法の確証利益は実際に公的法益であると考えられる。もし法確証の利益と被害者の利益が侵害者の利益より優先的である場合、法確証の利益がどのような程度の利益なのかを説明しなければならない。もし法秩序を維持することとは、個人の法益が侵害されない法秩序を維持ことであるとすれば、個人の保全原理の別の言葉の表現にすぎないのである。

(2) 法確証の利益という概念は広いのであり、その内容は論者の主観的嗜好（好み）により論者の望む結論に導くことができる

陳川は、法確証の原理の内容は極めて抽象的かつ適用しにくく、個人の具体的利益と比較しにくいため、最終的にこの原理は様々な意味を与えられ、解釈者の評価が必要となる万能原理となってしまうと批判する⁷⁴。

(3) 法確証の原理は一般予防を導くが、一般予防の原理は正当防衛の根拠として明らかに不適切である

前述したように、法確証の原理は法秩序の防衛より、違法行為の予防的効果を重視する見解が存在する。その違法行為の予防的効果について、以下のように批判がなされる。

I 正当防衛の威嚇効果に疑問がある。

⁷³ 張明楷「正当防衛の原理とその運用——二元論に対する批判的考察」『環球法律評論』2018年第2期55頁。

⁷⁴ 陳川「正当防衛の法権根拠」『河南財經政法大學學報』2021年第2期141頁。

張明楷は、威嚇効果に対し、以下のような批判を述べた⁷⁵。よく知られているように、刑罰論において、威嚇効果は消極的一般予防の内容である。一般人は通常、刑罰による威嚇の影響を受けるが、職業犯や衝動的な機会犯にとってはそうではない。多くの犯罪は、意図的な計算ではなく、(少なくとも)気づかれないという僥倖という心理で行う行為である。そのため、これらの犯罪者には威嚇効果を期待することはできないのであろう。国家機関が様々な手段で刑罰権を行使していても、その威嚇効果は極めて限られるため、正当防衛の威嚇効果が疑われることも当然のことと思われる。

II 正当防衛の積極的・一般予防の効果に疑問が生じる。

魏超は正当防衛の予防効果について、以下のような批判を述べた⁷⁶。すなわち、正当防衛については、専門の学者であっても、正当防衛の実施が可能な期間、限度などに対する理解が異なるであるから、一般市民を、曖昧な法律概念で引導する事になると考える。行動規範に対する人々の判断が曖昧になりやすく、最終的に積極的一般予防の目的を達成することが困難になるというのである。

(4) 法確証の利益とは、個人の利益を保護することによって間接的に生じる付随的な効果にすぎず、独立して正当防衛の根拠にはならない

張明楷は、法秩序を保護する効果は、すべての国家機関活動に共通する側面にある効果にすぎず、独立した正当防衛の根拠としてそれを持ち出すのは必然性がないと考える⁷⁷。不法な侵害が犯罪である場合、正当防衛によって法秩序が確証されたのに、なぜ事後的に再び司法機関によって法秩序が確証されるのかが問題である。侵害者が処罰や防衛を受けていないために規範の妥当性が失われないのであれば、防衛行為が法秩序の妥当性を守るという考え方は一般化された表現にすぎない⁷⁸。

陳璇は、以下のように批判を示す⁷⁹。

まず、彼は、法秩序の維持は市民個人の法益保護を絶対的に超える独立価値を持たないと主張する。法秩序の維持に極めて優れた価値と意義があることを論証するには、主に2つのルートがある。1つ目は絶対的な国家の視点を出発点とすること、2つ目は刑罰の一般予防機能を根拠とすることである。1つ目について、絶対的な国家の視点は国家の利益を守るという名のもとに恣意的に公民個人の権利を犠牲にし、制限する危険があり、国家の法秩序が侵害されることを防止することを公民にとって避けられない責任と義務とするため、不当だと思われる。2つ目について、一般予防機能は抽象的な法秩序を守るのではなく、具体的な法規範の効力を守ることであり、同時に、具体的な法規範は常にある特定の法益を保護することを目的としている。したがって、法律上の一般

⁷⁵ 張・前掲注73) 58頁。

⁷⁶ 魏・前掲注21) 190頁。

⁷⁷ 張・前掲注73) 56頁。

⁷⁸ 張・前掲注73) 56頁。

⁷⁹ 陳・前掲注18) 124-125頁。

予防は、厳格に行為者が対象としている法益の価値と法益の侵害程度を基礎と枠組みにする必要があると思われる。個別の事件の中で、一般予防が具現した利益は常に保護された具体的な法益の価値を決定し、束縛する。つまり、一般予防の実現は、防衛行為が必然的に侵害者側に対して圧倒的な優位性を得ることを保証するものではない。

そして、正当防衛が違法犯罪を予防する本質を持っているかどうかは、正当防衛が付随的に違法犯罪を予防する効果を発揮できるかどうかとは別の問題である。

また、裁判所が侵害者に被害者の損害賠償を命じることは潜在的な違法行為に対して一定の予防効果を発揮するかもしれないが、これについて不法行為による損害賠償責任の意義が違反を予防することにあるとは言い切れないのである。したがって、「法律に違反する者に良い末路はない」という信念がより深く人々の心に根付いているのであって、それはおおくとも正当防衛の本質とは比較にならない付随的效果に過ぎないのである。

魏超は以下のように批判する⁸⁰。彼はすべての正当行為には法確証の利益があり、それだけでは正当防衛の根拠として正当防衛の基本的な特徴を導くことができず、正当防衛をほかの正当化事由と区別することも困難であると考え。法秩序は無形かつ抽象的な価値であり、ある行為によって直ちに保護されることはなく、具体的客体または制度の完全性を通じてのみ法秩序の持続的効力が現れることが可能となり、法秩序は、具体的客体が他人によって侵害されることによって初めて侵害されるものであり、具体的客体と法秩序は連帯関係である。

陳川は、法秩序の保護は行為者が正当防衛を行った後の反射的な効果であり、法秩序の保護をもって正当防衛の正当化を論証するのでは、論理的に本末転倒の疑いがあると考える⁸¹。

沙濤も、犯罪予防は正当防衛の付随的な結果であり、正当性の源ではないと考えており、伝統的な法秩序の保護の原理では犯罪予防を正当防衛の根拠とすることには論証上の因果倒置があると主張する⁸²。

鄒建兵は、法確証の利益は事実経験レベルの（犯罪学的意味での）威嚇効果を規範レベルの（刑法学的意味での）一般予防効果であると考え⁸³。この威嚇効果は追求すべき価値目標ではなく付随的な効果としてしか機能しないと考える。

（5）責任無能力者の侵害に対する正当防衛の制限を説明できない

魏超は、正当防衛が一般予防機能を持っていることは、防衛者が正当防衛を実施するのに不利であると考え。例えば、防衛者が責任無能力の行為者や一般市民が過失なく実施した不法な侵害に直面した場合、逃避または緊急避難を実施するのみという考え方は、通説における「不法な侵害」の概念と一致しないだけでなく、防衛者の利益保護に

⁸⁰ 魏・前掲注21) 187頁。

⁸¹ 陳・前掲注74) 141頁。

⁸² 沙濤『機能主義刑法解釈論』（吉林大学出版社、2021）111頁。

⁸³ 鄒建兵「正当防衛における『明らかに必要限度を超える』法教義学研究」『法学』2018年第1期143頁。

も不利である⁸⁴。

(6) 軽微な攻撃に対する正当防衛の制限を説明できない

張明楷は軽微な攻撃に対して正当防衛を行ったような場合、正当防衛を否定するためには、被侵害者（不法な侵害者）の利益の価値を考慮するとともに、被侵害者（不法な侵害者）の置かれている利益の状況が通常の正当防衛の状況と異なることを指摘すれば十分であり、法確証の利益と被侵害者の利益を考慮することが重複考慮になると考える⁸⁵。

(三) 検討

法確証の原理はヘーゲルの法権利説と国家主義思想に基づいており、防衛行為の正当化根拠は個人が利益を維持したからではなく、法秩序が不法な侵害行為に挑まれたときに法秩序の有効性を維持し、法秩序の存在を確証したから正当行為であると考えられており、多くの学者は法確証の原理の内容を「正は不正に対して譲歩する必要はない」と要約している。法確証の原理は、別の角度から、なぜ防衛行為による損害が侵害より大きくてもよいのかという問題を説明しているが、この原理自体にもいくつかの問題がある。

まず、法確証の原理は法秩序の維持という観点から、防衛者の権利を軽視しており、国家主義の傾向がひそかに含まれており、個人の権利と自由保障という現代社会の要求とは合致せず、国家の法秩序の維持を最高の追求とすれば、国家の利益を守るという名で個人の権利を侵害する行為の発生は避けられない。すなわち、国家の法秩序と個人の利益が同時に侵害される時（中国では）、国家の法秩序の維持が最高の追求となりうるため、個人の利益より、国家の法秩序の維持のほうが遥かに重要とされることにもなり、そうすると、国家の法秩序を維持するには、やむを得ずに個人の利益を犠牲にするしかないのである。

次に、張明楷が批判したように、法がどのような利益を確証しているかは明確ではなく、法が個人の利益を確証していると考えれば、その原理は自己保全の原理と本質的に変わらないと考える。法確証が公的法益であるとするならば、法確証の原則は防衛行為が法秩序の妥当性を維持するという主張はあまりにも広くて無意味であろう。

第5節 二元論

第1項 内容及び基本的主張

国家主権至上が個人権利至上に乗り越えられ、正当防衛の根拠も法秩序一元論から「自己保全」と「法確証」の二元論に変わった。二元論では、自己保全の原理と法確証の原理は互いに補い合い、ともに作用し、法確証の原則は自己保全の原則の下で防衛者の権利を拡張すると同時に、正当防衛の社会的権利を一定の制限を受けることになる

⁸⁴ 魏・前掲注21) 191頁。

⁸⁵ 張・前掲注73) 68頁。

考える。

日本においても多数の支持を有する。大谷實がこの見解を支持する。「個人の利益ないし法秩序は、元来国家機関による法定の手續によって保護されるべきところ、それが不可能な緊急状態のもとでは、その侵害を避ける義務を課さないで、むしろ反撃する権利を認め、人間の自己保存の本能を保護するとともに、法秩序の侵害の予防または回復という観点から法の自己保全を図り、法秩序の存在を確証するために違法性を阻却すると考えるべきであり、その意味で⁸⁶⁾ 二元論が妥当である。

川端博は、正当防衛には「自然権」と「緊急権」という2つの権利面があると考え⁸⁷⁾。「自然権」の面では個人保全の原則が正当化の役割を果たし、「緊急権」の面では法の自己保全（法確証の原則）が正当化の役割を果たす。

中国において多く支持される。中国の台湾の学者である林鈺雄によれば、緊急防衛の正当化は、第一に（個人）保護の原則、第二に法秩序維持の原則の二つに基づいているという⁸⁸⁾。

王剣波は、正当防衛権は個人が自然に享受し、国家より先に存在する固有の権利であり、それは国家の認可の結果によって生まれたのではなく、人類社会の自然な発展、進歩によって形成された結果であり、国家は法律の形で正当防衛権の存在を確認しただけであり、これによって正当防衛権は「自己保全」と「法秩序の維持」の両方の機能を持ち、「二元論」は、正当防衛を正当化する個別の根拠に対する最も優れた解釈である⁸⁹⁾。

労東燕は行為無価値論の立場に立ちつつ、ドイツの正当防衛原理の導入を是とし、以下のように述べた⁹⁰⁾。すなわち、正当防衛の正当化根拠「個人権利向の保全の原則と社会権利向きの法確証の原則」の双方から基礎づけられるべきである。自己保全の原則の核心内容は市民が自ら防衛を実施することにあり、国家が特定の状況下で公民の保護に適時介入できない場合、市民はその不法な侵害に対して自ら防衛することができる。法確証の原則の核心内容は「正は不正に対して譲歩する必要はない」というものであり、防衛者の正当な防衛権利は個人の利益を保護するだけでなく、同時に法の統一かつ効果的な実施を示し、法秩序を維持し、両者は互いに補う合い、共同で作用する。実践的に見れば、自己保全の原則と法確証の原則を組み合わせた二元論的観点は公的法益に対する防衛、防衛者退避義務、防衛意識および責任無能力者または制限責任能力者に対する退避義務などの問題を合理的に説明することができる。

欧陽本祺もこの観点を支持する。彼は、以下のように見解を説く⁹¹⁾。彼は自己保全の原則が基本であり、法確証の原則はその補いであり、自己保全の原則と法確証の原則と

⁸⁶⁾ 大谷實『刑法講義総論（第4版）』（成文堂、2012）156-157頁。

⁸⁷⁾ 川端博『刑法総論講義』（成文堂、1997）329頁。

⁸⁸⁾ 林鈺雄『新刑法総則』（中国人民大学出版社、2009）184-185頁。

⁸⁹⁾ 王剣波『正当防衛の正当化の根拠とその展開』（对外経済貿易大学出版社、2010）97頁。

⁹⁰⁾ 労東燕「防衛過剰の認定と結果無価値論の不足」『中外法学』2015年第5期1334頁。

⁹¹⁾ 欧陽・前掲注25）87頁。

の関係を正しい視角から理解すべきである。彼は、現在、多くの法確証の原則を批判する見解は、法確証の原則に対する誤解に基づいている。例えば、正当防衛を引き起こす原因の問題において、法確証の原理を批判する者は、個人の権利が無関係の場合に、公民は法確証の原則に基づいて単に国家、公共の利益を保護するために防衛することはできないと考える。しかし、実際、この考え方は自己保全の原則と法確証の原則を対立させることである。正当防衛の引き起こす原因は本来自己保全の原則から根拠を探すべきであり、法確証の原則を考慮に入れるべきではない。正当防衛の成立は自己保全の原則と法確証の原則を全体的に考慮しなければならないが、成立要件ごとにこの2つの原則の制限を満たすことを意味するわけではない。正当防衛の防衛対象問題において、ある論者は法確証の原則が動物と責任無能力者に対する正当防衛を否定していると考え。実際、法確証の原則は正当防衛を行う際に、まず自己保全の必要性を考慮し、次に法確証の原則に基づいて制限するかどうかを考慮して、動物と責任無能力者の侵害に直面した場合にも正当防衛を行うことができると主張する。防衛時間について、法確証の原則は事前・事後防衛も正当防衛が成立することになるという問題が生じる。しかしながら、この考え方は明らかに不当であり、正当防衛を成立させるには法確証の原則に合致するだけでなく、自己保全の原則にも合致しなければならず、事前・事後防衛の場合ですでに自己保全の原則に合致していないため、正当防衛も成立しない。

また、欧陽本祺は自己保全の原則と法確証の原則は事案の類型によって多種の解決案を出すことができ、刑事政策においても合理性があると考え⁹²。例えば、責任無能力者に対する防衛において、無責任能力者の侵害行為は法秩序の効力を損なうものではないため、その正当防衛による一般予防は認められず、「自己保全」の観点からは、責任無能力者に対する反撃は最後の手段として、防御的防衛を実施してから攻撃的防衛を実施するしかないと考える。

王鋼はこの見解を支持するが、少し異なった意見を展開する。その主張は以下となる⁹³。彼は、自己保全の原則と法確証の原則を組み合わせた二元論が正当防衛の正当化根拠であることに賛同するが、前述の自己保全の原則を基本とし、法確証の原則を補う見解は対立的な二元論であり、さらに正当防衛における自己保全の原理と法確証の原則が同等の地位と役割を持つ全体的二元論であり、両者は共通の目的と理論的基礎を持っていると異なる見方を示す。全体的二元論では、正当防衛の第一の目的は公民個人の利益を守ることであると考えられるが、国家、社会などの公的法益も同様に正当防衛の保護対象である。防衛限度を判断する際には、「正は不正に対して譲歩する必要はない」という法確証の原則を貫徹しなければならず、功利主義の優越的利益説で正当防衛の成立範囲を制限してはならない。正当防衛行為が必要限度を超えているかどうかを判断するに

⁹² 欧陽本祺「正当防衛認定基準の苦境と出口」『法商研究』2013年第5期124-125頁。

⁹³ 王・前掲注24)1603-1606頁。

は不法な侵害を阻止する手段の客観的必要性を基準とすべきであり、防衛行為による損害と保護の利益が明らかに比例しない場合には合理的に防衛権を制限しなければならない。

また、自己保全の原理と法確証の原理を組み合わせた二元論を優越的利益の観点から解釈している学者も多い。

この考え方は通常、個人保全と法確証を利益として理解しており、このことから、法確証の原則の内容は正当防衛が生命、身体という個別の法益を保全すると同時に、公示した法秩序の実現に役立つ現実的存在という意味での「法確証」となり、これによると、個々の法益と法によって立証された利益とを加算することにより、個々の法益の大小にかかわらず、防衛者側の利益は侵害者側の利益より優越的である⁹⁴。正当防衛行為は、被侵害者個人の法益を守るだけでなく、法秩序を守り、法確証の公的法益を守り、個人の法益と法秩序の利益を合わせた結果が、侵害者側が防衛行為を受けたことによる損害よりも高いのである。利益の見解からの二元論と優越的利益保説は衝突しないし、逆に両者は高度に類似しており、いずれも防衛者が優越的利益を持つという観点から、利益衡量を行う。違いは二元論が公的法益を防衛者に帰属することである。

日本において、内藤謙もこの見解を支持する。以下がその見解となる⁹⁵。彼は自己保全の法益に法確証の利益を加えた後、正当防衛の正当化根拠は優越的利益説の中で探すことができると考え、正当防衛はどのように違法性を阻却するかについて以下のような説明を述べた。

第一に、正当防衛とは、法益衝突した緊急状態において、個人が不法な侵害に対して実施した自己または他人の法益を保全する行為であり、個人の権利としての性格を有する。正当防衛には、緊急状態に自分または他人の法益を保全するという個人主義的な自己保全の利益が存在する。

第二に、正当防衛には、急迫不法な侵害に対し、個人の法益を守るための客観的な生活秩序という法の現実が存在するという客観的利益が確認された。「正は不正に対して譲歩する必要はない」という原則が示すように、法確証の客観的利益は正当防衛に存在し、この点で正当防衛と緊急避難には原理的な違いがある。正当防衛の正当化の根拠は、正当防衛行為が個人の利益を保全する法益を有する一方で、現在行われている急迫不法な侵害に対して、正当防衛行為は同時に法の客観的存在を保護するという確証的利益を維持していることにある。

曾根威彦も二元論に賛成し、以下のような見解を述べた⁹⁶。正当防衛行為は急迫不法な侵害に対して、個人の法益を守るための客観的な生活秩序としての権利の現実的存在を確証しており、この法確証の利益は正当防衛固有の正当化根拠である。したがって、

⁹⁴ 松原芳博『刑法総論（第2版）』（日本評論社、2017）143頁。

⁹⁵ 内藤謙『刑法講義総論（中）』（有斐閣、1986）329頁、331頁。

⁹⁶ 曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016）186頁-187頁。

防衛者に退避義務はなく、現場で侵害者に反撃する権利がある。正当防衛も急迫不法な侵害に対してのみ可能であり、法律上、可能であれば不法侵害者の法益を保護しなければならない。しかし、不法侵害者の法益と防衛者の法益との間に両立できない場合、防衛者が正当防衛権を行使した結果、不法侵害者の法益保護が後回し、法確証の利益は不法侵害者の法益を奪うことを目的としていない。正当防衛行為は個人の利益だけでなく、客観的な生活秩序である法確証の利益も保護する。したがって、緊急状態での不法な侵害に直面したとき、防衛者が正当防衛を行うことに譲歩する必要はなく、正当防衛であっても侵害者の法益を可能な限り保護しなければならない。防衛者と行為者の法益との間の矛盾が調整できない場合、侵害者の法益が後回し、防衛者の法益がより優越的であると判断しなければならない。

第2項 二元論に対する批判

山口厚は以下のように批判する⁹⁷。正当防衛の違法性阻却事由が「自己保全の利益」と「法確証の利益」に基づく「利益の加算」であるとの主張を否定した。この利益加算の方法には多くの問題があり、「法確証の利益」が具体的にどの程度「自己保全の利益」に加算できるのかははっきりとは判断できず、防衛限度の認定についても多くの疑問があると考えられる。また、この原理は正当防衛に求められる「補充性の要件」を合理的に説明することができない。つまり、「急迫不法な侵害」を引き起こした行為者に対して事後的に正当防衛を認定できるという判断は妥当ではない。

西田典之もこの見解を批判し、以下のように見解を述べた⁹⁸。その一は、なぜ正当防衛に補充性が必要でないのかを説明しておらず、防衛者に回避義務がないことを説明し切れていないのである。その二、法確証の利益によって示された特別予防と一般予防の効果の根源は規範防衛論にあり、国家の刑罰権を代行する意識が潜んでいる。その三、この見解は責任無能力者ともものに対して防衛が成立しないことを主張し、その結論は妥当ではない。

王綱は、基本的に二元論を支持するが、以下のように疑問を持つ⁹⁹。彼は現在の二元論の見解の最も問題となるのは、自己保全の原理と法確証原理との間の内部関係を正しく理解できていないことにあると考え、法秩序の維持を正当防衛の正当化の根拠の一つとするのかという問題が合理的に説明されてないし、対立的な関係であると考えられる。二元論体系の内部では、支持する学者の多くは自己保全の原理が基礎的地位を持ち、法確証の原理は名目上自己保全の原理と同等の体系的地位を持つと主張しているが、実際には2つの原理の考慮視点と立場に本質的な違いがあり、ほとんどの二元論の見解を持つ学者は自己保全の原則を非常に重視しており、法確証の原理は正当防衛を判断する過程

⁹⁷ 山口・前掲注14) 113頁。

⁹⁸ 西田・前掲注66) 119頁。

⁹⁹ 王・前掲注24) 1601頁-1602頁。

で自己保全の原理よりはるかに劣っているため、自己保全の原理と法確証の原理は同等の体系的地位を持つわけではなく、法確証の原理が自己保全の原理の補充となることは避けられない。彼は、超個人法益と責任無能力者の攻撃に直面して防衛する問題について、二元論では通常、これらの場合は法秩序の維持の問題を引き起こさないと考えられているため、被害者は退避できない場合にのみ自己保全の原理に基づいて防衛することができるが、二元論の見解からは、このような場合は法秩序の有効性を維持する必要がない以上、正当防衛の存在する余地を否定すべきであり、理論上矛盾すると考える¹⁰⁰。

第3項 検討

確かに、二元論には合理性がある。その理由は、以下となる。すなわち、二元論が特別予防と一般予防の総合的な効果を実現できるからである。自己保全の原理は不法な侵害行為に反撃することで、犯罪を継続して実施することで発生する可能性のある代償を理解させ、侵害者が犯罪を継続して実施する意図を抑制することができる。一方、法確証の原理は防衛行為を通じて潜在的な犯罪者に警告し、犯罪行為を実施すると、他人の強い反撃を招く可能性があり、その負担する不利な結果は犯罪を実施することによる利益よりも大きくなる可能性があり、これによって犯罪の発生を減らし、消極的な一般予防効果を実現する。自己保全の原理と法確証の原理を組み合わせ、2つの学説の独立作用による消極的影響を減らし、予防の実際効果を高めるのに更に有利である。

しかしながら、以下のような問題も存在する。

自己保全の原則からだけでは、国家、公共の利益を防衛することを論証することは困難である。筆者は自己保全の原則から、正当防衛は自己または他人を防衛することであり、単に国家、公共の利益を防衛することではないと考える。また、中国刑法は正当防衛が「国家、公共の利益」を保護することを明確に規定しており、解釈論に基づいて正当防衛の保護の範囲を縮小することは、実際には犯罪の範囲を拡大することであり、罪刑法定主義に反する恐れがある。

第6節 筆者の立場（まとめ）

筆者は優越的利益説の観点により明確な判断方法と判断基準を提供することができると思う。優越的利益説の主な内容は侵害者の法益と防衛者の法益の双方の利益を衡量することで、保全法益と侵害法益が等しい場合、また保全法益は侵害法益より大きい場合、行為の違法性を阻却する。

利益衡量の過程で、多くの学者は各面から法益衡量の方法を論述し、例えば、侵害者の法益から、侵害者の法益は評価の過程で侵害行為を実施したため、自身の法益は低く評価されるべきであると考えて、法益欠如説を形成した。ほかに、防衛者の立場から、

¹⁰⁰ 王・前掲注64) 113頁-114頁。

不法な侵害に対して防衛者が反撃する行為自体に質的優位性があり、より高く評価されるべきである、あるいは、防衛行為がそれによる侵害よりも多くの利益を守るべきであり、個人の法益と公的法益を加算すると侵害者の法益よりも必然的に高くなることによって、正当防衛の正当性を説明する。

他方、利益衡量は、主張する厳格な利益衡量が正確に実現できず、判断基準を定量化することが困難であり、場合によっては防衛行為がより大きな損失をもたらしても正当性があるという問題を説明することができず、公的法益を考慮に入れる考え方は多くの人の利益のために少数の人の合法的権利を侵害しやすいと批判されている¹⁰¹。

これに対して筆者は、以下のように反論する。

第一に、法益衡量は正確な利益衡量ではなく、事実上、危機な状況下でも防衛者に様々な条件要因と結び付けて利益衡量を要求することは不可能であると考えられる。なぜならば、正当防衛になるような状況において、防衛者に防衛手段の適切性・防衛行為の相当性などを要求することは、あまりにも厳酷であるからである。正当防衛になるような場合において、防衛者は精神的に不安定な状況にあり、冷静な判断を求めることは可能とは言えないであろう。したがって、防衛者には、防衛行為を行うとき、その防衛行為がより大きな利益を維持していることを大まかに評価し、可能な限り損害の少ない防衛手段を講じるように要求すればよいのではないだろうか。その防衛行為は行為時に、一般人から見ても相当な防衛手段であれば、良いのではないだろうか。なぜ大まかに評価する必要があるかというのは、防衛行為を行うときに、防衛結果まで計算することを要求することは防衛者に不利益を与える可能性があるからである。例えば、侵害者が心臓疾患を患っている場合に、防衛者の防衛行為は単にその侵害を阻止する行為を行ったが、侵害者の心臓疾患の発作を引き起こし、侵害者を死亡させた結果に至った。そのような状況において、外形もしくは客観的から見ても個人の健康の状況は、防衛者にとって予想できないものである。そのため、防衛者に、その予想できない事実までなどを考慮することを求めることは合理ではないだろう。

第二に、利益衡量の過程では比例原則に従わなければならない。侵害者と防衛者双方の地位が過度に大きくてはならず、軽微な利益を守るために重大な法益を損なうことができず、そうでなければ防衛行為にも正当化されない。軽微な利益を守るために、重大な法益を損なう防衛行為自体が、防衛行為を行うときに、一般人から見ても相当な防衛手段ではないといえるのであろう。そのような場合に、ほかの手段を取るべきではないのであろう。

第三に、正当防衛による実際の損害と侵害行為による可能性のある損害とを比較すべきであり、侵害行為によってすでに生じた実際の損害と比較することは防衛者に不利益

¹⁰¹ 芳東燕「法益衡量原理の教義学的検討」『中外法学』2016年第2期361頁以下、魏超「法確証利益説の否定と法益懸濁説の提唱——正当防衛正当化根拠の再画定」『比較法研究』2018年第3期188頁以下、沙濤『機能主義刑法解釈論』（吉林大学出版社、2021）114頁を参照に。

を与える可能性があり、防衛者によって公平ではないといえるのであろう。なぜならば、防衛の過程で他人が引き起こしたのは具体的急迫な危険であり、多くの場合、実際の侵害結果は生じていないか、または深刻ではないからである。また、実際の損害を比較するよう防衛者に要求すると正当防衛の成立範囲が不当に縮小され、被害者の権利保障に不利になる可能性がないとは言えないのであろう。以上のことから、優越的利益説には判断基準が不明確であるという問題もあるが、他の解釈手段によって可能な限り適応性のある基準を定めることができ、他の理論説に比べて優越的利益説の判断基準は相対的に明確であり、最も適用の可能性があると考えることもできる。

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

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¹⁰²。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、論理上に、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う。論理上の判断基準の不明確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¹⁰³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、緊迫性の判断基準は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。

本章では、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、どのような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

¹⁰² 張・前掲注10) 263頁。

¹⁰³ 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。

るかという問題により、社会公衆は正当防衛事件に直面したとき、「共感」し、被告人に弱者への同情を抱いているように見える¹⁰⁴。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見られ、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の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力救済で自分の法益を守ることを許す発動条件である¹⁰⁵。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が必要である。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いのである¹⁰⁶。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。

第2節 判例の検討

第1項 日本の判例検討

(一) 名古屋高判昭和46年12月8日

(1) 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柄、右源氏方にアルバイトをしているDと親密の度を加え、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および前源の酒客Hとともに、飲食店司に被告人とDとの関係を聞知し、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、直ちに源に帰れと申し向けられ、やむなく、右源における住み込み中の居室に戻った直後、その後を追ひ、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がりかけたとき、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ひ立ち、右Gの右斜め後方から、同人に組みつき、

¹⁰⁴ 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13頁。

¹⁰⁵ 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。

¹⁰⁶ 陳・汪・前掲注3)28頁。

同人ともみ合いになり、同人から包丁を奪い取った。同人が最早や何らの凶器を所持していなかったにもかかわらず、同人の前記態度に憤怒していたため、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、同人の右肺、心臓、胃脾を刺し、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¹⁰⁷。

(2) 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¹⁰⁸。

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」¹⁰⁹。すなわち、事実上、GはDとの間には一定の距離が存在し、飲酒酩酊ため、運動能力が減少し、病弱な状態である。つまり、殺害しようとしてもできない状況である。

(3) 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および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」と怒鳴つたので、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を殺して来てお前も殺す」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

¹⁰⁷ 名古屋高判昭和46年12月8日刑事裁判月報3巻12号1602頁-1603頁。

¹⁰⁸ 前掲注107) 1593頁-1594頁。

¹⁰⁹ 前掲注107) 1594頁。

が多く、とくに、被告人と肉体関係結んだ以後、被告人を自己の情婦であるように仕做して、被告人や前記源氏方に来合わせた同源氏方の酒客などに対しても屢々乱暴な所業に及んでいたことが認められ、これに加え、右Gは、被告人の本件犯行当時、相当飲酒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およ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、本当に原判示Dを殺害しようとの意図のもとに、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¹¹⁰。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、たやすく否定するに理由はなく、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か、右Gが死亡の際「わかつた」といったということをつまみ、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¹¹¹。

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¹¹²。

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¹¹³。

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

¹¹⁰ 前掲注107) 1595頁。

¹¹¹ 前掲注107) 1596頁。

¹¹² 前掲注107) 1596頁。

¹¹³ 前掲注107) 1596頁。

した際、同人の右斜め後方から、同人ともみ合い、同人から右庖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、右庖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庖丁で右Gの右胸部を突き刺すところにおいてさえも、前刃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、前同包丁を被告人から取られまいとし、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、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が、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から前同包丁を取上げた瞬間に右Gの前叙のような侵害行為の急迫性が消滅してしまっただけのものとは、認めることができない¹¹⁴。

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庖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つたと認めることができる。

(4) 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、距離的要素及び時間的要素はそれほど重要な要素ではない

¹¹⁴ 前掲注107) 1598頁。

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分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。

(二) 最決昭和46年11月16日

(1) 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、扇風機をもって来るようにいいつけられたりなどしたことで、右Dと言い争いとなり、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、小刀を右手にもって、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囊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¹¹⁵。

(2) 訴訟の経緯

I 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¹¹⁶。

II 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¹¹⁷。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

¹¹⁵ 最決昭和46年11月16日最高裁判所刑事判例集25巻8号997頁。

¹¹⁶ 前掲注115)998頁。

¹¹⁷ 前掲注115)1002頁。

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。

III 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、同人に謝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。」などからみ、立ち上がりぎま拳で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およ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¹¹⁸。

V 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なものであれば、急迫性は直ちに失わ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。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。

(三) 最決平成29年4月26日

(1) 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

¹¹⁸ 前掲注115) 1002頁。

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来たが、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¹¹⁹。

(2) 訴訟の経緯

I 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¹²⁰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¹²¹。

II 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¹²²と判断を下した。

弁護士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¹²³。これは防衛意思に関する問題である。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。

III 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

¹¹⁹ 最決平成29年4月26日刑法判例百選I総論〔第8版〕48頁。

¹²⁰ 最決平成29年4月26日刑集71巻4号310頁。

¹²¹ 前掲注120)311頁。

¹²² 前掲注120)312頁。

¹²³ 前掲注120)279頁。

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」¹²⁴。

V 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。

第2項 中国の判例検討

(一) 辱母殺人事件¹²⁵

(1) 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100万円の借金を借り、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。

(2) 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動している状況で、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をもって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

¹²⁴ 前掲注120) 275頁。

¹²⁵ 山東省高級人民法院2017年6月24日判決(2017)魯刑終151号。

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。

(3) 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、防衛的性質をもっている。その防衛行為が、一人死亡、二人重傷、一人軽傷の重大な結果をもたらし、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、防衛過剰であるとした。被告人は故意による傷害罪で懲役 5 年を言い渡された。

(4) 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、特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¹²⁶。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

¹²⁶ 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—干渉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94頁。

奪したりする行為である¹²⁷。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¹²⁸。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、人身の自由を制限すると不法監禁罪とはならない¹²⁹。

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¹³⁰。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、それとも剥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¹³¹。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剥奪し、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。監禁行為の結果はすでに生じており、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、被害者は始めたところに、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、それ程度の傷害しかないからである¹³²。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、強い脅威性をもっていないとする。

¹²⁷ 甲斐克則＝劉建利編訳・前掲注1) 144頁。

¹²⁸ 甲斐克則＝劉建利編訳・前掲注1) 146頁。

¹²⁹ 陳・前掲注126) 94頁。

¹³⁰ 陳・前掲注126) 94頁。

¹³¹ 陳山『不法監禁罪研究』(中国社会科学出版社、2009) 84頁。

¹³² 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。

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も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¹³³。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¹³⁴。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¹³⁵。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¹³⁶。

(5) 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得ることである。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のであろう。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

¹³³ 陳・前掲注131) 84頁。

¹³⁴ 陳・前掲注126) 95頁。

¹³⁵ 陳・前掲注126) 95頁。

¹³⁶ 陳・前掲注126) 95頁。

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¹³⁷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。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、被告人の結論が異なる。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。

第3節 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」¹³⁸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¹³⁹。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¹⁴⁰。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。

第1項 日本の学説における侵害の始期に関する議論

(一) 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¹⁴¹。代表的な例は最判昭和24年8月28日の二・一ゼネスト事件¹⁴²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

¹³⁷ 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。

¹³⁸ 前掲注115) 996頁。

¹³⁹ 橋爪隆「侵害の急迫性」『刑法判例百選 I 総論』(第8版) 48頁。

¹⁴⁰ 藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂、1975) 160頁。

¹⁴¹ 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) 202頁。

¹⁴² 最判昭和24年8月18日刑集第3巻9号1465頁。

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、公共的法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得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¹⁴³。

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¹⁴⁴、とする批判である。

その理由づけは以下となる。つまり、特殊な法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¹⁴⁵。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・公共的法益等の特殊な法益侵害の場合に限られると考える見解¹⁴⁶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。

(二) 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¹⁴⁷。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¹⁴⁸。

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¹⁴⁹。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。

¹⁴³ 前掲注142) 1465頁。

¹⁴⁴ 山田・前掲注141) 203頁。

¹⁴⁵ 山田・前掲注141) 203頁。

¹⁴⁶ 山田・前掲注141) 204頁。

¹⁴⁷ 山田・前掲注141) 204頁。

¹⁴⁸ 山田・前掲注141) 204頁。佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013) 132頁を参照。

¹⁴⁹ 山田・前掲注141) 205頁。

(三) 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¹⁵⁰。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1つのファクターとして考える見解¹⁵¹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、人に性格だけではなく、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と。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。

(四) 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、法益の侵害が間近に押し迫ったことすなわち法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」¹⁵²。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足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¹⁵³があり、緩やかな時間的切迫性を要求する判例¹⁵⁴も存在する。したがって、一定な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。

第2項 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。

(一) 現場入り説

¹⁵⁰ 山田・前掲注141) 207頁。

¹⁵¹ 山田・前掲注141) 212頁。

¹⁵² 前掲注142) 1465頁。

¹⁵³ 名古屋高判昭和35年6月6日高刑集13巻4号354頁以下を参照に。

¹⁵⁴ 名古屋高判昭和46年12月8日刑事裁判月報3巻12号1593頁以下を参照に。

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¹⁵⁵。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。

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に限られる。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。

(二) 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¹⁵⁶。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、

¹⁵⁵ 田・前掲注55) 229頁。

¹⁵⁶ 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62頁。

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出来る。例えば、故意の殺人、強姦、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出来る。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、着手説で侵害の開始を判断することは、ときに手遅れるとなる場合もあり、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ろうか。

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われる。危険な状況に一般市民にとって、どのように緊急状態を正しく判断することが困難であると思われる。また、故意に行われた不法行為のほかに、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¹⁵⁷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。

(三) 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¹⁵⁸。すなわち、不法な侵害行為がすでに着手し、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われるが、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¹⁵⁹。

(四) 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

¹⁵⁷ 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発揮する。

¹⁵⁸ 姜偉『正当防衛』（法律出版社、1988）70頁。

¹⁵⁹ 田・前掲注155）229頁。

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¹⁶⁰。

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¹⁶¹。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、強い攻撃性をもつ行為であるため、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える。次に、強盗、恐喝などの犯罪行為に対しては、着手したところこそ合法的権利に現実的な危険が生じることになる、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、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ため、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。

第3項 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さほどの議論がなく、大きく2つの見解に分けられる。

(一) 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¹⁶²。

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、攻撃という意思は、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。

¹⁶⁰ 馬克昌等主編『刑法学全書』（上海科技文献出版社、1993）116頁。

¹⁶¹ 馬克昌主編『犯罪通論（第3版）』（武漢大学出版社、2005）730頁-731頁。

¹⁶² 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632頁。

(二) 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¹⁶³。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、一時的に身動きができないが、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。

第4項 中国の学説における侵害の終了に関する議論

(一) 危険排除説

危険排除説は、危険な状態を排除することを不法な侵害の終了の判断基準とする¹⁶⁴。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が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う。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¹⁶⁵。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るが、侵害が終了したというものが問題である。

(二) 現場離れ説

¹⁶³ 小野寺・前掲注162) 632頁。

¹⁶⁴ 陳・前掲注54) 106頁。

¹⁶⁵ 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35頁。

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¹⁶⁶。

しかし、侵害者が現場から一時的に離れる場合というのが、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。

(三) 無統一基準説

無統一基準説¹⁶⁷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つを満させば、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。

(五) 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。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る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考えることがいえよう。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。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ず危険の消滅である。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。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

¹⁶⁶ 陳興良『刑法適用総論』（中国政法大学出版社、1999）334頁。

¹⁶⁷ 田・前掲注155）231頁。

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¹⁶⁸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すれば、防衛者の利益を保護において不利益が生じる可能性が考えられうるからである。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を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、主に二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、侵害者自身の原因で不法な侵害行為によって生じた緊急状態の解消である。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の解消である。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、防衛者が現場から離脱し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条の第三想定するケースが嵌まる。つまり、侵害者が気絶した場合に、侵害者が侵害能力を喪失したため、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と、防衛者が現場から離脱している場合においては、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。また、防衛者が現場から離れた場合は、直ちに緊急状態が解消されたとみなされ、防衛者が再び多くの人に助けを求めて現場に戻ってきたとしても、防衛者が現場を離れた瞬間に正当防衛の時間が終わったため、侵害者に対して反撃行為を実施してはならないと考える。

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、または侵害者が現場から逃げた場合がある。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条の第二想定するケースに当て嵌まる。

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

¹⁶⁸ 「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が失った場合である。以下のサイトを参照に。<https://www.163.com/dy/article/HS4K3T0Q05455BAL.html> (2023年9月1日最終閲覧)

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るべきではなく、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。

そして、侵害者が犯罪の現場から逃げた場合については、侵害行為を行う主体がいなくなり、防衛者も侵害の危険にさらされなくなったとして、侵害も終了したとみるべきことはいうまでもないことであろう。侵害者が現場を離れても、防衛者が不法侵害者を追いかけている限りは、侵害が中断されることはなく、この間において侵害は終了せず、防衛行為を行うことができるともいえる。

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。

如上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。侵害者がその刀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。防衛者がナイフ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、侵害者の手にナイフを持た

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、ピストルをもち出し、防衛者を撃つ可能性もあり、もしくは防衛者に車でひく可能性も考えられうるため、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。また、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ることができる。すなわち、防衛者の立場に立つのではなく、完全に理性をも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うことが自然であろう。

本論文は現在の緊急状態を正当防衛の成立には必要不可欠な要件だと考える。日本においても、刑法条文上に「急迫不正な侵害」と表現しており、重要な要件だと考えられる。しかしながら、中国においては異なる見解も存在する。以下では、日本と中国の見解を紹介し、考察した上で、自説を提出する。

第5項 緊急状態の定義に関する見解

(一) 日本における見解

日本の刑法条文上は、すでに「急迫」という表現があるため、緊急状態は、必要不可欠な要件である。正当防衛の要件の中で、実務的にもっとも重要な要件であると言われる¹⁶⁹。ほかに、不正の侵害は急迫したものでなければならないという見解¹⁷⁰もある。判例も急迫に関し、以下のような定義をする。すなわち、法益侵害の危険が緊迫したこ

¹⁶⁹ 西田・前掲注66) 169頁。

¹⁷⁰ 山口・前掲注14) 123頁。

と¹⁷¹、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¹⁷²である。上述したように、不可欠な要件である。一方、中国においては、異なる方向性の議論がある。

(二) 中国における見解

中国刑法の正当防衛の条文は、「現に行われている」と表現する。通説はこれを緊急性の要件と考えている。中国刑法の正当防衛の規定の「現に行われている不法な侵害」の理解について、高銘暄は、不正侵害の始期は、合法的な利益が不法な侵害の危険に直接さらされたことを意味するはずであると述べた¹⁷³。つまり、不正行為がすでに行われ、合法的な利益が不当に侵害されている場合と、不正行為が差し迫っており、合法的な利益が不当に侵害されようとしている場合の二つの具体的な状況が含まれるとし、「現に行われている」を「緊迫性」として理解し、その「緊迫性」の内容を以下のように解釈する。すなわち、「緊迫性」という要件には二つの意味があり¹⁷⁴、その第一は、不正侵害が緊迫で、阻止しなければ直ちに正当な権利に損害を与えることを意味し、その第二に、不法な侵害が破壊的で、反撃しなければ正当な利益に回復不能な著しい損害を与えることを意味すると説くのである¹⁷⁵。周光権も正当防衛の成立要件である、不正侵害が「現に行われている」ことについては、不法な侵害に現実的緊迫性があることを意味すると説かれる¹⁷⁶。また、正当防衛を成立させるには「現在の不法の侵害」がなければならない、急迫不正の侵害でなければならないことを強調する見解もある¹⁷⁷。

以上のように、多くの学者は、この「現に行われている」という表現を「緊迫性」として理解し、支持する。一方、異なる見解もある。つまり、陳璇の見解である。その主張は以下となる¹⁷⁸。

まず、単に条文の字面上の意味をみると、中国刑法第20条は正当防衛を規定する際、「現に行われている不法な侵害から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を行って、不法侵害者に損害を生じさせたときは、正当防衛であり、刑事責任を負わない」と述べている。条文の字面上では不法は侵害が差し迫ったレベルに達しなければならないことを明確に要求していないようにも読めようである。しかし、陳璇は、そのように解すべきでないとし、日本刑法の場合と異なり、中国刑法では通常、不法な侵害が現に生じていることが求められ、不法な侵害が差し迫っていることは特に明確に要求されていないと説く。さらに、陳璇は実質的にも不法な侵害の切迫性を正当防衛の成立要件の一つとすることは根拠に

¹⁷¹ 刑集3巻9号1465頁。

¹⁷² 前掲注115)996頁。

¹⁷³ 高銘暄『刑法学原理(第2巻)』(人民出版社、1993)210頁。

¹⁷⁴ 高銘暄『刑法專論(上篇)』(高等教育出版社、2002)433頁。

¹⁷⁵ 高・前掲注174)433頁。

¹⁷⁶ 周光権『刑法総論(第三版)』(中国人民大学出版社、2007)199頁。

¹⁷⁷ 陳子平『刑法総論』(中国人民大学出版社、2009)174頁。

¹⁷⁸ 陳璇「正当防衛判断の道德潔癖の克服」『清華法学』2016年10巻第2期53頁-73頁。

欠けると述べている。緊迫感を感じるのは、被害者が事前に不法な侵害の発生を予見できず、不法な侵害が発生したときにどのようにすれば良いのであるかを知らないからこそである。したがって、被害者が発生する可能性のある不法な侵害を事前に予想し準備していれば、緊迫感を感じていないため、一転、被害者は正当防衛ができないこととなり、被害者の正当防衛権が制限されたり奪われたりすることになる。そうなれば、被害者に不利益を与える可能性が生じ、挑発防衛の場合に、事前に不法な侵害を予想しているということから、直ちに防衛の権利が失われることになってしまうと指摘する。

(三) 検討

確かに、条文をそのままに理解すると、「現に行われている」という表現は、「緊迫性」として読めないこともないのであろう。しかしながら、「現に行われている」ことは、すでに侵害が開始し、防衛者側が緊迫感を感じている状態だとも言えよう。そして、不法な侵害が「現に行われている」場合に達すると、すでに侵害の結果が発生する可能性もあり、防衛はすでに手遅れになる可能性が十分に考えうる。例えば、甲はナイフをポケットに隠して、乙を殺害しようとしている場合に、甲がナイフをポケットから持ち出そうとする段階は、すでにナイフを持ち出した場合により、はるかに大きな防衛効果が生みうる段階であるということができよう。この点、上述したような理解（侵害が「現に行われている」ことを要求する立場）によると、不法な侵害が「現に行われている」（進行中）でなければ、防衛行為が許されないことになり、明らかに防衛者に不利益を与える傾向を生じる。正対不正の立場において、防衛者に不利益を与えることは正当防衛制度の立法目的に反するので、妥当ではないといえる。この問題は、元々は条文の文言の問題だと考えられうる。「現に行われている」という文言の意義はある種多義的でありうる。確かに、正当防衛を合理的に認めることでこそ、法益の保護が達成され、それによって法秩序の保護が合理的に達成されるのであろう。しかしながら、元々社会は人々によって構成され、人々が法秩序及び社会の安定に協力しているので、自分の利益が侵害される可能性がある場合において、侵害が「現に行われている」でなければ、防衛行為が実施してはならないというのは、理不尽であるといえる。あるとき、防衛行為により、生じた結果が過剰になる場合もある。しかしながら、その防衛行為時の防衛者に行為及び結果まで計算しないといけないという義務を付けをすることは合理的ではないといえよう。何故ならば、緊急時に結果まで明確に計算することは困難であり、そのまま侵害を受けたほうが容易であると考えるのが一般的であろう。例えば、公務員の場合において、職業を失う大きなリスクを抱えながら、反撃するより、その侵害を甘受し、侵害が終了後に法律という武器を持って自分の権利を主張する選択をすることになる傾向が生じかねない。公務員の場合、現に侵害を受けている状況においてであっても、強い反撃行為に出ることは、自らのキャリアにとってのリスクとなり、回避の意識に繋がるのである（つまり、防衛行為を萎縮させることになる）。

ここまで、この緊急状態の開始時点と終了時点に関する判断基準及び中国の異なる見解を紹介し、検討した。では、この緊急状態をどのような立場及びどのような時間点で判断すべきかを検討する。

第6項 現在の緊急状態の存否についての判断基準

(一) 問題の提出

「日本刑法は、実質的な判断、例外の排除などの方式を通じて、目に見えない形で防衛時間選択のシステムを構築されている。このシステムでは、法益侵害の急迫性を前提とした実質的な判断が第一段階であり、実質的な判断であるため、裁判官は大きな裁量権を持ち、形式的な判断基準に手足を縛られることなく、様々な司法実践に直面したときに能動性を身につけることができる。しかし、実質的な判断には制限がある。この制限は、「急迫性」を厳密に説明する一方で、「開始時期」の判断をより慎重にすることが求められる。また、自招侵害、予想された侵害、将来の侵害、過去の侵害は原則として正当防衛から除外され、これがいわゆる第一層例外の排除である。しかし、このいくつかの状況の中で、また特殊な状況を区別して、考量し、いわゆる第二層例外の排除である。注目すべきは、第二層例外の排除は、原則として正当防衛が認められない範囲から一部を再度ピックアップして正当防衛と認定する逆排除である」¹⁷⁹。

日本刑法は、このような絶え間ない往復の中で不確定な状況の存在をできるだけ小さくし、原則と例外の調和を保つことを目標としている。

中国は日本とは異なる。上述したように、中国は理論的に防衛のタイミングの選択に対して始期と終了の時点についての判断を明確に強調し、判断の基準では客観的かつ合理的な選択を核心としていることが分かる。しかし、正当防衛になるような事件が発生したとき、防衛者は理性的にものごとを考慮することは困難である一方、裁判官は事件が全て終了してから判断に入るため、防衛者当時の心情を十分に配慮せず、過度な理性的思考により判断することにならざるをえないと考えられうる。この角度からみると、中国の正当防衛の適用は防衛者にとって厳格になりすぎる可能性をはらむといえる。また、正当防衛制度は規範的な存在であり、防衛者が実施した防衛行為は事実的な存在である。規範的な視点で事実の状況を考察するとき、必然的に合理的な目で防衛者の行動をみることになる。正当防衛制度の構成は裁判官の規範的判断を容易にすることをより強調しているが、防衛者が当時に不安という状況下で理解した事実に対する配慮が欠け、法規範に対する評価作用の追求はその行為指導作用の発揮を無視しているように考えられうる。そのため、正当防衛制度の条件を設定する際には、規範的な理性だけでなく、事実上の感性も必要であることを常に考量しなければならない。防衛者に対して感性的な配慮する必要があると考える。そのため、現在の緊急状態の存否についての判断

¹⁷⁹ 荆佳傑「正当防衛の緊迫性判断について」『刑事法判解』2019年第1期39頁。

基準を見直す必要があると考える。以下では、判断基準を検討して行きたいと思う。

(二) 検討

現在、中国においては、緊迫性の判断基準に関し、主に四つの見解に分けられる。すなわち、行為時判断説、客観的主観説、区分説と事後判断説である。

行為時判断説とは、不法な侵害発生時の緊迫性の危険を判断することであり、事件当時の時間空間条件で、防衛行為当時に不法な侵害を阻止しようとしていた行為を評価しなければならないという見解である¹⁸⁰。この説は、不法な侵害は行為時に遭う危険または侵害であるべきであり、不正侵害における緊迫性の判断も行為時であるべきであると主張する¹⁸¹。つまり、事後的に危険がないことがわかったとしても、事件当時、行為者は不安定の状況にいるため、不法な侵害は実際に起こっているかどうかを完全に冷静に判断するよう防衛者に求めることは困難であり、そこで、正当防衛の正当性を判断には、裁判時ではなく、行為時にその行為の正当性を判断するほうが妥当であるという見解である。

客観的主観説とは、不法侵害の有無を判断するには防衛者の主観的認識を基準とすべきであるが、防衛者の主観的認識の合理性は一般人の認識の検証を受けなければならないという見解である。夏菲菲、黄威は、正当防衛における不正侵害が存在するかどうかの認識について、一定の客観的基礎を持った客観性のある主観説を採用しなければならないと考える。その主張は以下となる¹⁸²。具体的には、不法侵害の有無を判断する際には、基本的に行為者の主観的認識を基準とする。すなわち、行為者がその時点で自分または他人の利益が不正侵害に直面していると主観的に認める限り、客観的に不正侵害が存在しなくても正当防衛の前提条件を備えていると考えるべきである。しかし、主観説とは異なり、行為者の主観的認識は一般人の認識の検証を受ける必要があり、一般人が防衛者の状況下に置かれて当該不正侵害が存在すると認識する可能性がある場合、防衛者は当時の状況下で不正侵害が存在すると認識し、これに対して防衛を実施した場合、正当防衛が成立する。一般人が防衛者の状況下に置かれて当該不正侵害が存在すると認識しない場合、防衛者が当時の状況下で不法侵害が存在すると認識してこれを防衛したとしても、正当防衛は成立しない。一般人の認識基準とは、防衛者の主観的な認識が正しいかどうかを判断する基準である。

上述したことから、正当防衛が成立するかどうかは、防衛者の状況下に一般人の認識を基準としていると述べている。全体的にみると、この説は主観的判断基準を明確に提出しているが、この主観的判断には社会一般人の認識を基準としている。しかしながら、一見、この説は防衛者視点の主観的認識で判断されているが、実際には、防衛者に対して、社会一般の認識を持たなければならないという制限条件が加えており、この制限条

¹⁸⁰ 張寶「防衛の緊迫性判断基準の刑法教義学的解釈」『中州学刊』2018年第5期61頁。

¹⁸¹ 張・前掲注180) 61頁。

¹⁸² 夏菲菲＝黄威「正当防衛の主客観の問題研究」『新学術』2007年第2期192頁。

件による直接的な結果は、防衛者にとって、そもそも防衛者の立場なのか、それとも一般人の立場なのか、自己は緊急状況下でどうやって一般人のように冷静になるのかという論理の錯乱を招き、防衛者が自分を守ることを恐れてしまうことになる可能性があると考えられうる。実際には、不法な侵害の判断基準について、あくまで世間一般の認識を基準とするのであれば、主観的判断説とは言えないのであろう。

区分説とは、正当防衛のリスク分担原則を論証の基礎とし、防衛行為者が不法な侵害の有無について誤認をしたときは、事後判断説を採用すべきであるという見解である。陳璇はこの説を支持する。その支持する理由は以下となる¹⁸³。防衛者が不正侵害の有無について誤認をした場合、侵害者は実際には何の不正行為も実施していない無実の公民であるため、より多くの保護を受ける必要があり、一方防衛者はその誤認によって多くのリスクを負う必要があるため、事後的に明らかになった客観的事実に基づいて防衛行為の正当性を否定し、被防衛者に自己利益の損失に耐える義務が生じないようにする必要がある。防衛者が不法侵害の程度に対し重大な誤認をした場合、不正侵害の程度を確定する際には行為時の一般人の認識を基準とし、正常な理解力を有する第三者がその場の状況で防衛者と同じ判断を下す限り、防衛者の不正侵害の程度に対する判断を認め、それによって重大な結果が生じるリスクは侵害者が負うものとする。なぜならば、不正侵害の程度に対する防衛者の誤認は、多くは、侵害者が偽の殺傷道具を使って不正侵害を行い、真実を知らない防衛者がそれに対して激しい反撃を行い、侵害者に重大な損害結果を導き出す場合であり、この場合、不正侵害はすでに現実に存在し、軽微な侵害行為には該当しないからである。また、偽の武器を使って侵害を行う侵害者も、偽物を本物に見せかけ、防衛者の防衛行為を期待しているため、重大な損害結果を導き出すリスクを負うことも侵害者が自らに最初に認識していたといえる。全体的にみると、防衛行為者の侵害事実に対する誤認を上記の二つに分けることには一定の合理性があり、柔軟な判断が可能であるが、具体的に事件ごとに両者を明確に区別することは困難である。

事後判断説は、事件に実際に生じた結果を重要視し、防衛者の主観的誤認はそれほど重要ではないとする見解である¹⁸⁴。不正侵害の有無、危険の程度に対する判断の根拠は最後に生じた結果に由来し、主観的誤認によって侵害者が損害を受けた結果の場合、依然として誤想防衛または防衛過剰が成立する。防衛者がそのために刑事責任を負うべきであるかは、事実の錯誤の原則に従って判断しなければならない。この説からみると、防衛者の主観判断は、それほど重要なものではなく、事件が終了した後に、事件の全ての事実をもとに正当防衛を判断することになる。しかしながら、侵害が発生するときに、防衛者は不安定の状況下で誤る判断をする可能性は十分に考えられうることであり、事件当事者の判断を十分に配慮せず、正当防衛を判断することは、明らかに防衛者にとつ

¹⁸³ 陳璇「正当防衛における危険性分担原則の提唱」『法学評論』2019(1)105頁。

¹⁸⁴ 高・前掲注173)230頁。

て不公平であるといいうる。正当防衛の侵害された者の利益を保護するという立法目的に合致しないのであろう。

客観的主観説、区分説はますます通説になっていく傾向があるが、事後判断説がこれまで中国の刑法理論界の主流の観点である。事後判断説は、理論と実務においては一定の合理性があるが、その弊害も明らかであるといえよう。以下のように指摘できる。

まず、事後判断は理想的な判断である。判明した事実と結果をもとに侵害の緊迫性を推測するという判断基準は、防衛者に侵害の存否について予め判断することを求めるものであると考えられる。事件の結果をもとに、防衛行為の性質を判断するのは、事件全体のすべての客観的事実を把握した上で判断することには合理的ではないと言えよう。なぜならば、防衛者にとっては、防衛行為を行う際に次に何が起るかを事前に予測することができず、そのときにすべての具体的な状況を完全に把握することもできないものであるからである。防衛者は法律に詳しくないため、裁判官のように冷静かつ合理的に考えることを過度に期待してはならない。

次に、事後判断から事件の事実を完全に復元することは困難であるといいうる。刑法には「事実を根拠とし、法律を基準とする」という原則があり、客観的事実は事件の考察に非常に重要であるが、事件の事実は客観的事実と主観的意図の両面から構成されており、客観的事実だけでは反撃行為の性質を正確に評価することができず、同時に行為者の主観的意図を合理的に判断しなければ事件事実を全面的に復元することが非常に困難であると考えられる。また、事後判断は、事件の結果をもとに逆算することによって、防衛者の当時の緊張、パニックなどの感情を十分に配慮できず、これらの感情は当時の状況にいる人にとっては実在し、避けられないものであるため、事件の経過全体を完全に復元しようとする、行為者の主観的感情は完全に無視することはと考えるににくいのであろう。

そして、行為者の防衛が困難になる。事後判断は、正当防衛は侵害が実施された瞬間にしか存在しないというイメージを人々に与える可能性が十分に考えられる。例えば、刀を振り上げて斬った瞬間のみに不法な侵害が存在するという理解は正しくないといいうる。なぜならば、現に行われている侵害を文字通りに読むと、侵害が存在する時間内にしか防衛することができないといいうるからである。このような誤る理解に陥ると、防衛権を行使するとき、防衛のタイミングを正確に判断できずに犯罪になる可能性があると考えられる。

上述したように、筆者は行為時判断説を支持するが、単に行為時に判断することだけでなく、ほかにも考慮すべき部分があると考え。以下では、判断の時点、判断の立場と判断の対象という三つの角度から考察し、合理的な判断基準を提出したいと考える。

まずは、判断時点から検討する。正当防衛の「現に行われている」ことに対する判断としては、行為時の判断であるべきと主張する。行為時の客観的事実を離れて侵害の有

無を判断することは難しいため、その事後ではなく、その行為と同時に正当かどうかを判断しなければならないと考える。しかし、事後判断説は司法実践を指導する基本的基準である¹⁸⁵ため、多くの事案は事後判断に基づいて行われており、事後判断はすでに発生した事実に遡る判断基準であり、行為時の時間ではなく結果発生の時間を基準とし、常に事後的に評価され、評価時には当時の客観的状況を配慮せず結果だけが重視するという傾向があるといわれる。正当防衛の立法目的は、人々に権利を与えて合法的利益を侵害から守ることにあるため、「緊迫性」を判断するポイントは、防衛者がどのようにして自分や他人の利益を効果的に守ることができるかのである。事件当時の状況を考慮し、行為時を基準とすることが立法目的に合致すると言えよう。不法侵害による危険は結果的なものだけでなく、行為当時のものでもある。不法侵害の危険に対する判断は主に行為時の利益が直面する危険または侵害にあり、緊迫性の判断も行為時に行わなければならないという見解もある¹⁸⁶。事後的に危険がないことが判明したとしても、防衛者の防衛行為が正当であることを認めるべきであると考えられる。

例えば、甲はリュックを背負って銀行に来て、リュックを銀行のロッカーに入れて、銀行の職員乙に、私のリュックに爆弾がある、急いで50万の現金を持ってこい、そうしなければ、直ちに爆弾を爆破すると大声で叫んだ。乙は甲に対処しながら、こっそり警察に通報した。警察は来て甲に対して警告したが無効だったため、甲を撃ち殺した。その後、甲は社会生活に飽きて刑務所に逃げ込んで時間を潰そうとしていたという目的が判明した。甲が持っていたリュックには爆弾ではなく、その形をしたただの衣類が入っていたことが判明した。刑務所に行きたいという目的を達成するための「強盗」行為をしただけである。本件では甲が持っているものは本物の爆弾ではないが、当時のような緊急状態において、甲のリュックに入っている爆弾が真実であると推定する理由が十分ある。何故ならば、真偽の分からない防衛者は、万一爆弾ではなかった場合、不法侵害者に危害を及ぼす可能性のある責任を負う義務がないからである。これは、本来、常識がある侵害者本人が負うべきことである。本件は事後的には警察や銀行員乙に現実的な危険はないと判明できたが、当時のような緊急状態では、当事者に冷静になって本当に危険な状況であるかどうかを分析するよう求めることができなかつたと考える。したがって、行為時での判断は非常に重要であるといわれる。

次に、判断の立場を考察する。一般人が突然の危険に直面した場合、体と心理全体が防御体勢になることも当然であるといわれる。このような防御状態は、多くの場合、人の心理状態が不安定であり、緊張を高め、認知能力を低下させ、判断力や対応能力を低下させることにつながるため、防衛者が非常に緊張状況に陥っている中で、彼らに一般の傍観者のように冷静に分析し、判断し、正確な反撃行為を要求することは非常に困難

¹⁸⁵ 張・前掲注180) 59頁。

¹⁸⁶ 張・前掲注180) 61頁。

な求めとなるためであろう。これらは合理的な要求とは言えない。緊迫性があるかどうかを判断するには、一般的な理解力と行動力を持つ「社会一般人」をその場に身を置かれて考察する必要がある、防衛者と同じ立場にいる第三者が、その場の状況でどのように反応するのであるかが重要であり、その第三者が当時の状況で緊迫性があると判断し、不法侵害が現に行われていると判断し、侵害者を防衛するのであれば、理性をもつ第三者または社会一般の人の緊急性に対する判断は合理的であり、防衛者の当時の行動は妥当だといえるであろう¹⁸⁷。

そして、判断対象についての考慮となる。不法侵害に緊迫性があるかどうかの判断対象は、行為時にすべて存在する客観的事実であるべきであり、事後に判明した総合的な事実ではないと考えられうる。行為時のすべての客観的事実に基づいて緊迫性の有無を判断するのは、防衛行為を行う場合はほぼ複雑な状況であり、そのときの客観的状況は防衛行為の選択に重大な影響を及ぼすからであり、これらの客観的状況の要因から逸脱すれば、不法侵害の緊迫性には明確に判断することが困難であると考えられうる。例えば、甲と乙の間に深い恨みがあった。ある日、甲は酒に酔って家に帰って途中で乙と乙の親友丙に出会った。そこで、甲が身につけていたピストルを取り出して乙を狙った。丙はすぐに地面からレンガを拾い、甲を狙って投げ、甲の頭部を命中し、甲に重傷を負い、甲はすぐに倒れた。その後、以下の事実が判明した。すなわち、甲のピストルに弾丸は事前に取り出しており、酒に酔ってそのことを忘れたため、弾丸のないピストルで乙を狙っていたことである。本件では、事後的見地からみると、甲が弾丸のないピストルを持っているため、乙が差し迫った現実に直面する危険がなければ、丙の行為は故意の傷害としか認められないと言えよう。しかし、当時の状況で甲が本物の銃を持っているとみると、甲と乙の間に深い恨みがあるなど、一連の客観的事実によれば、乙が生命の危険にさらされていることを否定するような事実はないといえる。したがって、行為時に防衛者が認識できるすべての客観的事実を考慮すると、本件は緊迫性があるとしか認められず、丙の行為も正当防衛が成立することになる。行為当時の客観的事実を考慮すると、本件は差し迫った危険があったとしか認められず、丙の行為は正当防衛として成立することになる。そうすれば、差し迫った危険に直面したとき、助けるか傍観するか、国民にとって難しい選択ではなく、正当防衛の制度がより規範的な指導として機能するようになるのであろう。

ここで、防衛者が客観的事実の存在を心の中で確信しているかどうか、また、その客観的事実の判断が司法によって経験的に意識できるか、あるいは、どこまで司法によって認められうるかがポイントとなる¹⁸⁸

¹⁸⁷ 周光権「正当防衛成立条件の『状況』に対する判断」『法学』2006年第12期103頁、張寶「防衛の緊迫性判断基準の刑法教義学的解釈」『中州学刊』2018年第5期61頁を参照に。

¹⁸⁸ 江耀煒「正当防衛の不法な侵害に対する司法認定-客観条件の主観標準」『刑法論叢』2018年第1期187頁。

第7項 筆者の立場（まとめ）

上述したように、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。筆者は、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する。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う。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う。そのため、筆者は、侵害の始期を判断の時間、判断の立場と判断の対象との三つの角度から判断すべきだと主張する。現在、中国刑法の正当防衛に関する条文の表現に問題があるという。確かに、「現に行われている」不法な侵害という表現は現在の侵害が存在を明白にすることによって、「正は不正に対して譲歩する必要がない」という原則により、正当防衛権の濫用を防ぐことができると言えよう。

しかしながら、場合によっては、防衛者側に不利益を与える可能性が十分に考えられ、侵害がすでに開始し、若しくは侵害の結果が発生したときは、防衛行為は手遅れる可能性がなくも無いと考えることもできる。そして、「現に行われている」不法侵害という表現の定義が不明確であるため、裁判官の判断が困難になると考える。なぜならば、現に行われている侵害は差し迫った危険として理解することもでき、現にすでに侵害が発生し、終了していないという状態として理解することも考えられうるからである。

上述した判例の紹介および考察により、裁判官は正当防衛の事件に関する判断が非常に慎重になっている。その理由の一つはこの「現に行われている」不法な侵害という状態の定義が不明確である点にある。もともと条文を文字上に読めば、多くの場合は正当防衛にならず、喧嘩闘争になりがちである。なぜならば、結果からみると、両方が手を出した時点で喧嘩闘争も成立するからである。

その中、中国の膨大な人口の中で、毎日、数え切れない事件が発生している中、数多くの事件を決めた時間内に解決することが如何なる方法で効率的に解決できるかが問題である。実際に正当防衛になるような状況も十分に喧嘩闘争として成立しうる。そこで、判断基準が不明確である正当防衛より、判断基準が明確である喧嘩闘争として判断するのが容易だという。しかしながら、正当防衛を明確な基準で判断しないと、人々は法律が自分の合法的権利を守ろうとしなかったため、法律に対する信頼感が段々と低下し、ますます法律に頼りたくなくなり、問題があったとしても、自力で解決しようとする傾向になる恐れがある。その結果、逆に社会の安定性や法秩序の安定を壊してしまう可能性もある。上述したように、この「現に行われている」不法な状態を緊迫状態との

意義に解し、その始期及び終了の判断基準を構成し、その上で、不法侵害が現に行われているか、または差し迫っているかどうかを判断するには、行為時のすべての客観的事実に基づいた一般人の判断に基づいて判断すべきだと考える。つまり、理性と判断能力を持つ社会一般人を行為時の状況に身を置かせ、緊迫性があるとの結論が得られるかどうかを基準に、防衛者の反撃行為が正当防衛を成立させるかどうかを判断する。もし社会一般人が行為時の状況に身を置かれ、緊迫性があるとの結論が得られた場合は緊急状況が生じたと判断することが明確であるといえる。そのような緊急状況において防衛者は防衛行為を行うことができると考えられる。一方、侵害の終了についても、緊急状況が解消したときに、侵害が終了したとみなすことができるといえよう。確かに、社会一般人が行為時の状況に身を置かせて判断することも可能である。しかしながら、より明確かつ客観的な判断するには、やはり、緊急状況の自主的解消と消極的解消を判断基準としたほうが防衛者にとっても、侵害者にとってもよい結果になると考えることができる。なぜならば、緊急状況の解消に対して、両者の判断が異なる可能性があり、そのため、主観的な判断より、客観的な判断のほうが公平であると言えよう。したがって、筆者は緊急状況を急迫性（緊迫性）の判断基準とすることがより明確かつ公平な判断をすることができると思う。

第4章 防衛の対象

記述においてすでに述べたように、正当防衛の正当化根拠及び急迫性の判断について検討してきた。ここから、防衛の対象について論じたい。特殊な場合に、防衛の対象が理由で、正当防衛の判断が困難となるときに、防衛の対象を明らかにすることによって、より明確かつ正確に正当防衛の判断を図ることができると思うことができる。防衛の対象について、主に三つの場合が議論になっている。すなわち、責任無能力者の侵害行為に対する正当防衛、対物防衛と、無関係の第三者に関わる防衛である。まずは責任無能力者の侵害行為に対する正当防衛について検討していきたい。

第1節 責任無能力者の侵害行為に対する正当防衛

第1項 判例の紹介

(一) 范尚秀故意傷害事件¹⁸⁹

被告人のXは被害者のYと同胞の兄弟で、Yは精神病にかかって10年近くになり、自分の行為を正確に認識し、コントロールすることができないため、よく理由もなく他人を殴った。2003年9月5日午前8時ごろ、Yはまず姪のZを追いかけ、その後、木の棒やレンガを持って道路でXを追いかけた。Xは走ることができなくなった後、振り向いてYの髪をつかんで地面に押し付けて倒れ、Yが起きようとしたとき、木の棒を奪って頭を打って倒れた。約1時間後、XはYが家に帰っていないことを気づき、現場に戻って板

¹⁸⁹ 『刑事審判参考』（第45集）（2006）法律出版社10頁-14頁。

車でYを引き戻され、午前11時ごろ、Yが死亡し、被告人のXは村の管理保護主任に自首した。

上級審では、被告人が自分の人身の権利を現に行われている不法から守るために、道具を使用し、他人の体を傷つけ、他人を死亡させた結果は、明らかに必要以上に他人に損害を与えたものであり、その行為は故意傷害罪となる。被告人は犯罪を犯した後、自首したため、法に基づき軽い処罰を受けなければならない。木の棒で被害者を殺害したことは故意ではなく、最後の手段としての正当防衛ということができ、裁判で認定された事実と一致し、法律に従って減刑されるべきである。被告人の悔悟の情に鑑み、執行猶予付きの判決が適用されうる。中華人民共和国刑法第234条第2項（故意傷害致死）、第20条第2項（過剰防衛）、第72条（執行猶予）の規定に基づき、被告人范尚秀は、2003年12月27日、故意傷害罪により懲役3年、執行猶予3年の判決を言い渡した。

（二）李連祥故意殺人事件¹⁹⁰

被告人のXは被害者のY（精神疾患を患っている）と親子関係にあり、被害者が被告人を罵倒・殴打し、殺すと宣言しているため、被告人は被害者に恨みを抱き、Yを殺してから自殺するという考えを持っていた。2020年3月20日22時ごろ、被害者のYは被告人のXとダイニングルームで一緒に食事をした後、Xと一緒に外に出るように要求したが、Xに拒絶され、Yは果物ナイフを持ってXの首を刺した。Xは果物ナイフを首から抜いた後、Yがほかの侵害行為を続けていないうちに、奥の部屋にある包丁を見つけ、包丁を持ってダイニングルームに戻ってYの頭を切った。YはXから包丁を奪い、二人はダイニングルームから奥の部屋まで争った。奥の部屋でXは再び包丁を使ってYの頭に数回ナイフを投げつけ、Yが死亡するまで続けた。その後、Xは果物ナイフを使って自殺しようとしたが失敗した。

裁判所では主に行行為者の防衛行為が不適切であることによって、正当防衛にならないと判断し、防衛対象についての議論には触れていなかった。裁判所は、Yが精神疾患を発症し、果物ナイフでXの首を刺した後、Xへの攻撃を止めたと判断しました。被告人は、Yが発作を起こしていることを知りながら、攻撃を継続せず、可能性のある攻撃を回避するもしくは阻止するためにほかのより適切な方法を取らず、包丁を使ってYの頭を数回切りつけ、Yを殺害するまで至った。被告人の行為は、現に行われている不法な侵害を阻止・回避するための正当防衛の要件を満たしておらず、正当防衛とはいえず、刑事責任を負わなければならない。被告人が不法に他人の生命を奪い、一人を死亡させた場合、その行為は故意殺人罪となり、懲役12年の判決が言い渡された。

（三）李宏昌故意殺人事件¹⁹¹

¹⁹⁰ （2020）津0115刑初444号。

¹⁹¹ （2013）上刑初字第59号。

被告人のXは被害者のY（精神病を患っている）と親子関係にあり、Yは精神病を患っており、家族に病院に連れて治療しようとしたが治らなかった。Yは普段発病時に村人やXなどの家族に暴行を振ることが多かった。2013年1月21日11時ごろ、Xが家の前で洗濯をしていたとき、Yに理由もなく非難され、殴打された。Xはすぐに長さ約1メートルの棒を手にし、Yの頭を叩いて殴り返し、頭を殴られたYは地面に倒れ、間もなく死亡した。鑑定によると、Yは鈍器で頭の顔面を殴られたり、地面にぶついたりして脳損傷を起こして死亡した。その夜、X被告はほかの二人の息子を呼んで車で被害者の死体を山に運んで埋葬した。同月24日、被告は村干の説得を経て、自ら警察に通報して警察に自首した。

本件において、審理の結果、被告が故意に他人の健康を不法に害し、一人を死亡させ、故意傷害罪に該当すると判断した。被告人は、その行為は正当防衛であり、故意に危害を与えたのではなく過失行為であると主張したが、弁護人は被告人が過剰防衛をしたとの弁護意見を提出した。裁判所は、精神疾患患者は責任無能力者であり、自分の行動を正確に認識し、コントロールすることができず、侵害を行っている人が精神疾患患者であることを知っていれば、一般的に正当防衛を行うことができず、可能の限りにほかの方法によって避けるべきであると指摘した。本件では、被告人は被害者が精神疾患患者であることを知っていたが、本件以前にも被害者に何度も殴打されたことがあり、重大な結果を招くことはなかった。事件当時の状況では、被害者の侵害行為も被害者の身体に実質的な損害を与える危険はなく、逃げるなどのほかの方法で避けることができるが、被告人は道具を使って被害者の急所に何度も打撃を与えることで被害を止め、最終的に被害者を死亡させた。その行為は確かに故意殺人罪となり、3年の有期懲役、4年の執行猶予が言い渡した。

これらの判例を考察すると、中国の司法実務で精神疾患患者のような責任無能力者が実施した侵害行為に対する防衛事件が関連する場合に、裁判所は一般的に行為者の行為を正当防衛または防衛過剰として判断することは少なく、行為者は可能な限り退避措置を講じるべきだと見解を支持することがわかった。言い換えれば、司法実務は責任無能力者が実施した侵害行為にかかわる場合、一般的に正当防衛成立の判断に慎重な態度をとっているように見られうる。

第2項 論理的見解

（一）日本における見解

違法性の本質に関する問題には、かつて主観的違法論と客観的違法論の対立があった。責任無能力者の侵害行為に対して正当防衛ができるかどうかという問題には否定説と肯定説の二つの見解に分かれていた。以下、学説の歴史を振り返る意味で、両説を整理しておきたい。

（1）否定説

主観的な違法論の立場に基づく学者は、この問題について一般的に否定的な見解を示していた。つまり、責任無能力者は正当防衛の適切な対象ではないと主張していた。主観的違法論は一般に命令説に内在しており、法規範は命令であると考えられているため、理解でき、その命令に従って行為を実施できる者だけが法規範の制限の対象であり、その前提の下で、行為者は法規範の命令または禁止に従って行為を実施することができるが、その命令または禁止に違反して、何らかの要求に反する行為を実施した場合、行為者の行為は違法性を有する。そのため、精神疾患患者や未成年者のように法規範の内容を理解できない責任無能力者が実施した行為は、刑法のいわゆる不正侵害ではなく、正当防衛であってはならないと主張された¹⁹²。

主観的違法論に基づく否定説では、正当防衛成立の前提条件を満たす不法侵害者の範囲は、責任能力のある者が故意または過失で実施した侵害行為に限られると考えられ、責任無能力者は正当防衛の対象にはなり得ないのである。しかし、否定説の大前提である主観的違法論自体に問題があり、主観的違法論が違法と責任を同じレベルに置いて考えることは両者の混同を招き、違法と責任を効果的に区別することができないため、主観的違法論を前提とした否定説は本質的に合理的ではないと考えられるようになった。

(2) 肯定説

今日においては、一般に、侵害は客観的に違法であれば十分であり、侵害行為者に責任があるかどうかは問わず、責任能力のない精神障害者や子どもの行為に対しても正当防衛が可能であると解されている¹⁹³。責任無能力者に対しても正当防衛が可能だとする点でほぼ争いのない現状である。その相手が精神障害者であることが明らかな場合には、許される防衛行為に、一定の限定が生じるという見解もある¹⁹⁴。すなわち、その侵害者が精神障害者であることが明確である場合に、可能である限り、回避もしくはその侵害者に最小限の損害を与える方法で防衛すべきであるとするのである。客観的違法論では、法規範は評価機能を持つ評価規範と決定機能を持つ決定規範に分けられると考えられ、評価規範が客観的に違法であれば、その行為は違法性を持つことになる。主観的に違法であるかどうかについては、違法性とは関係なく、責任の有無に影響するだけである。

肯定説は否定説よりも合理性があると考えるが、完全に肯定説を徹底すると、自然災害や動物による侵害も客観的に違法性があるとみなされ、それに対して正当防衛ができるように考えられうるため、問題も生じ、妥当とは言えないのであろう。

(二) 中国における見解

(1) 否定説

否定的な態度をとる学者は、責任無能力者には法規範の意味を理解する能力もなく、ある意味での意志を疎通する能力ない状況で法規範の効力を否定する能力もないとする。

¹⁹² 大場茂馬『刑法総論（下）』（中央大学出版、1917年）558頁。

¹⁹³ 高橋則夫『刑法総論（第3版）』（成文堂、2016）277頁-278頁。

¹⁹⁴ 前田・前掲注15）373頁。

彼らの攻撃行為は病的な反応か、幼い無知の表れであり、法律から否定的な評価を受けることはできず、不法侵害に該当しないため、正当防衛を適用することはできず、緊急避難しかできないとする。馮軍はこの見解に支持する。以下がその根拠づけである¹⁹⁵。すなわち、法定年齢に達しておらず、責任能力を持っていない人の加害行為は不法な侵害ではなく、彼らは法規範の意味を理解する能力もなく、ある意味での意志の疎通する能力ない状況で法規範の効力を否定する能力もないからである。法定年齢に達しておらず、責任能力を持たない人の行為に対する法的評価に真剣に対応する一般人はいないはずであろう。したがって、法定年齢に達しておらず、責任能力を持たない人の行為が他人を傷つけたとしても、彼らは常に同情に値する者であるため、刑法も彼らを守るべきである。

劉明祥もこの見解を主張する¹⁹⁶。彼によれば、人の不正侵害行為は、その人に罪や過失がある行為でなければならず、そのような行為でなければ法の否定的評価の対象とはなり得ないということである。一方、責任無能力者の侵害は、病的反応か幼い無知の表れであり、法の否定的評価の対象とはならず、正当防衛の対象とはなり得ない。しかしながら、責任無能力者の侵害から身を守ることができないからといって、攻撃を甘受するしかないわけではなく、必要に応じて攻撃者に反撃するということも可能であり、これは緊急避難になるとするのである。

また、中国台湾の学者の中には、正当防衛は不法かつ有責の侵害行為に対してのみ行使され、不法かつ無責の侵害行為に対しては、緊急避難という方法で救済されるべきだとする。また、学説上においては、いわゆる不正侵害行為には故意または過失がなければならず、そうでない場合は、被害者は緊急避難を主張できるのみで、正当防衛はできないとされている¹⁹⁷。

筆者は、責任無能力者が正当防衛の防衛対象であることを完全に否定することは合理ではないと考える。しかし、自分の行為に対する理解とコントロール能力を持たないので、自分の能力の範囲を超え、本意ではないために実施した行為に対して彼らが責任を負わせることも責任無能力者にとっては妥当ではないといえる。一方、これの侵害を受けた防衛者に、その侵害をそのままに引き受けるとすると、防衛者にとって、大きな犠牲になるともいえるのであろう。したがって、責任無能力者が正当防衛の防衛対象であることを完全に否定することは到底できないといえる。また、正当防衛と緊急避難の正当化の根拠においては、根本的な差異があり、刑法が責任無能力者への適法行為要求を限定しても、無実の防衛者と地位が同等であることを意味するのではなく、緊急避難の「正対正」の関係にまでなるとは考えにくいのであろう。

(2) 肯定説

¹⁹⁵ 馮軍「刑法教義学の立場と方法」『中外法学』2014年第1期187頁。

¹⁹⁶ 劉明祥「正当防衛と緊急避難の区別に関するいくつかの特別な問題」『法律評論』1998年1号53頁。

¹⁹⁷ 黄榮賢『刑罰の限界』（元照出版株式会社、1999）98-99頁。

肯定説は、責任無能力者の行為に対して正当防衛を実施することができ、「やむを得ず避けられない」ことを必須条件としないという説である。行為者が責任能力を有しているかどうかにかかわらず、その行為は客観的に現実的な危害性を有しており、この場合、防衛者の防衛行為が法律によって定められた正当防衛のほかの諸条件を満たしていれば、依然として正当防衛と認められうる。何秉松はこの説を主張する。彼は精神疾患患者または法定の刑事責任未満の者が行われた不法侵害は、ほかの不法侵害と同様に、防衛行為が中国刑法第20条の要件を完全に満たし、かつ過剰防衛ではない場合に限り、正当防衛を行うことができ、ほかのいかなる理由で行為者の刑事責任を追及してはならないと考える¹⁹⁸。

中国台湾の学者は、正当防衛における侵害行為は、違法で責任のある行為に限らず、違法な行為であればよいと考え、また、責任のない行為、例えば精神疾患患者、十四歳未満の行為についても防衛することができる¹⁹⁹。

張明楷もこの説を支持する。その根拠付けは以下となる。すなわち、彼は、正当防衛の対象となる不法侵害に対して同時に責任を有することは求められず、特殊な侵害者に対して正当防衛を行うことができると考え、故意、過失のない法益侵害行為であっても不法侵害であり、それに対して正当に防衛することができ、法定年齢に達しておらず、責任能力を持っていない人に対する法益侵害も正当に防衛できると考える²⁰⁰。

筆者は、責任無能力者が正当防衛の対象になることを認めているだけでなく、その成立条件は一般的な正当防衛と変わらないという見解には問題がある²⁰¹と考える。このような絶対的見解にも問題がある²⁰²という。犯罪者は自分の意思に基づいて行動し、自分の行為をコントロールできる一方、自分の行為に対する理解及びコントロールすらできない責任無能力者を同等の地位に置いて扱うことは明らかに不適切といえるのであろう。一般人の立場からみると、精神的に未成熟な未成年者と精神疾患患者は、社会の包容度が高く見られうる。なぜならば、彼らの行動は自分自身の意思で行おうとしたものではなく、その行為自体が不法な行為であることも認識できず、一般の犯罪者とする²⁰³ことは適切ではない²⁰⁴というからである。彼らのその不足の部分はやはり社会的配慮が必要である²⁰⁵と考える。

(3) 折衷説

折衷説は、責任無能力者に対しては、正当防衛を行うことができると考え、肯定説とは異なり、このような責任無能力者に対する防衛行為は、「やむを得ず避けられない」ことを必須条件としなければならないという見解である。折衷説の観点を支持する学者は、一般的に責任能力のない未成年者として、生理的、心理的に成熟していないため、自分の行動を正確に認識し、自制することが困難であるとする。精神疾患患者の行動も自分

¹⁹⁸ 何秉松『刑法教科書』(中国法制出版社、1997)335頁。

¹⁹⁹ 蔡墩銘『刑法精義』(翰林図書出版株式会社、2005)200頁。

²⁰⁰ 張・前掲注11)261頁。

の思想に支配されておらず、ほぼ病的な反応であり、彼らはこの社会で不利な立場にある。したがって、人道主義の原則からして、回避などのほかの方法で侵害を避けることができる場合には、正当防衛を実行してはならない。ほかの方法で侵害を避けることができない場合にのみ、正当防衛を実行することができる。高銘暄と馬克昌は、この説を主張する。その理由づけは以下となる²⁰¹。彼らによると、責任無能力者の侵害行為は、客観的にも社会に危害を及ぼす行為であり、広義には不法侵害であるため、正当防衛の対象から完全に排除することはできないと考える。しかしながら、責任無能力者の侵害行為に対して正当防衛を行うには、一定の制限を加える必要があり、刑法の立法精神から言えば、責任無能力者の侵害行為は明らかに責任能力のある人の故意の侵害と同等ではないといっている。社会的道義から言えば、精神疾患患者、未成年者に身体的または精神的損害を与えないように全力を尽くしなければならない。したがって、無責任能力者の侵害に遭遇したとき、侵害者が無責任能力者であることを知っていれば、逃げるなどのほかの方法で侵害を避ける条件がある場合、正当防衛を実行してはならないとする。

陳興良もこの説を支持する。その支持する根拠は以下となる²⁰²。彼は、責任無能力者はもちろん防衛の客体になり、相手が責任無能力者であることを知っていながらも正当防衛を行うことができると考える。有責な行為者の責任の欠如は、偶然事故の行為者の主観的な罪の意識の欠如と同様に、責任を負わないことの根拠にしかならず、その者に対して正当防衛を行使しないことの理由づけにはなり得ないのである。ただし、責任能力のない行為者に対して正当防衛を行うときは、二つの注意すべき点がある。1つ目は、責任無能力者に対して正当防衛を行うにはやむをえないことであり、彼らを犯罪者のように扱うのではなく、彼らを損なうのではなく、できるだけ避けるべきである。2つ目は、責任無能力者に対して正当防衛を実行する際に、防衛の強度を抑制すべきである。

筆者は、肯定説と否定説の見解と比較して、折衷説は明らかな優位性と合理性を持つと考える。つまり、防衛者に過度な要求や不公平な要求をせず、客観的に考慮するとき、責任無能力者は一般人より比較的弱い立場にいるということにも配慮し、可能な限り衝突した法益の調和を図っているため、より合理性があるといえる。

現在、中国の刑法理論界では、折衷説は理論上の通説であり、司法実務で支持する立場である。最高裁は、本章の冒頭で述べた范尚秀事件を評価する際にも、自分の行動を認識できない、または制御できない精神疾患患者が実施した不法な侵害行為に対して正当防衛を実施できることを明らかにした。しかし、責任無能力者の侵害行為は明らかに責任能力のある人の故意の侵害と同等に評価すべきではないため、正当防衛を実施する際には、精神疾患患者に身体的または精神的日損害をできる限り与えないように注意しなければならない²⁰³。すなわち、精神疾患患者の侵害をできる限り精神疾患患者に傷を付

²⁰¹ 高銘暄＝馬克昌主編『刑法学』（北京大学出版社、2006）134頁。

²⁰² 陳・前掲注54）81頁-84頁。

²⁰³ 前掲注189）13頁-14頁。

けないような方法によって、その侵害を阻止することである。

第3項 筆者の立場（まとめ）

以上のように、責任無能力者が防衛の対象になるかどうかについては、否定説と肯定説のいずれにも一定の問題があり、折衷説がより合理的である。つまり、責任無能力者が正当防衛の防衛対象になることを肯定した上で、責任能力のない人に対して実施される防衛行為には一定の制限条件が加わる必要があると考える。

まず、責任無能力者は正当防衛の防衛対象になることができると考える。責任無能力者行為の責任を負うことはないという意味で、その行為は規範の面では犯罪行為と評価されないが、事実の面からみると、責任無能力者の侵害行為は他人、社会、さらには場合によって国に対しても一般の犯罪者に劣らない重大な危害をもたらすことから、それが防衛対象であることを否定するならば、それはその危害を放任することを意味し、また通常な防衛方法（すなわち、責任のある者の侵害に対する防衛）ではその侵害行為を阻止することが困難な場合には、他人、社会、さらには国の利益を犠牲にして、責任無能力者を許したり庇護したりすることとなり、妥当ではないといえる。個人、社会、国が有する正当な利益と引き換えに、責任無能力者に利益を与えることは受け入れ難いといえるであろう。こうした点から、責任無能力者が正当防衛の防衛対象になることは認めなければならない。つまり、責任無能力者の侵害に直面したときに人々が手足を縛られることがなく、他人、社会、国の合法的権利がタイムリーかつ効果的に保護される。また、これは防衛者が相手を責任無能力者と知っているかどうかに影響されるべきではない。

もっとも、責任無能力者に対して正当な防衛を実施するには一定の制限条件を加える必要がある²⁰⁴。責任無能力者が正当防衛の防衛対象になることを認めるのは、このときの正当防衛の成立条件が一般人に対する防衛と全く同じであることを意味するものではなく、このとき、防衛対象自体が持つ特殊性のため、法律によって制裁や処罰を受ける程度や必要性もないのであるため、責任無能力者を対象に正当防衛を成立させるときには、一定の制限条件を加えるべきであると考えられる。

第一に、ほかのより合理的で緩和的な方法でその行為を止めることができれば、過激な手段を使う必要もなく、できるだけ彼らを傷つけるのではなく避けるべきである。なぜならば、前文で述べた通りに、客観的からみると、侵害は実の侵害であるが、精神疾患患者は自分の行為を完全に理解もしくはコントロールする能力が欠けているので、彼らの行為は故意または過失な行為ではないため、主観的に犯罪を行う意志も欠け、一般的な犯罪者と同等にできず、防衛者は精神疾患患者より、その状況において、理性的かつ迅速にその衝突を阻止することができるからである。

²⁰⁴ 陳・前掲注54) 81頁-84頁。

第二に、それを防衛する限度の要求も普通の正当防衛より厳格でなければならない。軽傷を負わせれば十分であり、重傷を負わせてはならない。重傷で侵害を阻止できるものは、死亡させてはならない。なぜならば、そのような状況において、防衛者は比較的に理性的な思考ができ、手早くその利益衝突を阻止することができる者であり、軽傷程度で衝突を阻止することができるのであれば、そのような方法を取ることによって、防衛者の防衛意思を部分的に表すことになり、一方、軽傷で済むにも関わらず、重傷を負わせた場合には一定の侵害意思の表れであり、防衛者は単に防衛するのではなく、侵害行為にもなる可能性も存在するからである。

第2節 対物防衛

第1項 問題提起

一般的に、正当防衛は不法侵害を実施した人に対して実行されるが、個別の状況では、物も正当防衛の防衛対象となる可能性があると言われる。物というのは、広義的に動物と非動物に分けることができ、非動物が自発的に侵害行為を行うことは不可能であるため、理論界では非動物が人間の意志に支配されて犯罪の道具として使われて防衛されている場合についてどのように認定すべきかについて議論がないが、一般的には非動物の背後にいる者による不法侵害行為とみなされており、防衛行為もその非動物の背後にいる者に対する防衛とみなされており、当然に正当防衛が成立する。議論のある問題は一般的に動物による侵害の場合にみられる。

動物が人に侵害行為を行う場合、具体的にはいくつかの場合に分けることができる。野生動物の自発的な侵害であり、その野生動物が国の法律で保護された珍獣、またはその他の野生動物資源ではない場合、その野生動物に対する反撃は正当防衛とも緊急避難とも言えない。犯罪者は意図的に動物により人に侵害を加えても、つまり人が動物を不法侵害の実施する道具として、その動物を殺して負傷させる行為であれば当然に正当防衛が成立する。同様に、人間の過失行為によって動物が他人を侵害した場合も、当然その動物に対して正当防衛を実施することができる。これは多くの学者が支持する通説の見解である。議論があるのは、飼い主がいる非野生動物が自発的に他人を侵害し、飼い主などがそれに対して過失さえない場合、その動物に対して正当防衛ができるかどうかということである。これが理論的にいわゆる狭義的対物防衛問題であり、議論すべきポイントとも言われる。司法実務では、飼い主のいる動物が自発的に他人を侵害し、飼い主に落ち度がない事件については、基本的に民事事件として直接に問題を解決し、刑事事件として扱うこと少ない。ここでは、飼い主のいる動物が自発的に他人を侵害し、飼い主に落ち度がない事件について、正当防衛は可能であるかを検討する。

第2項 飼い主のいる動物の自発的な侵害が正当防衛の対象となるかについての見解

(一) 日本における見解

(1) 肯定説

肯定的な見解を持つ学者は、被侵害者の立場にとって、侵害が人によるか、それとも物によるかで、正当防衛として許される範囲が変わり、後者の方が前者よりも許容の範囲が狭まるのは均衡上妥当ではないと主張する²⁰⁵。

(2) 否定説

この説は、物に対する正当防衛を否定する。法規範は人の行為にのみ向けられ、動物の侵害は違法と言えず、また、物、動物および行為性のない人の挙動による侵害は侵害行為とはいえないため、正当防衛にならず、危難として緊急避難の成否の問題として考慮すべきだと考える²⁰⁶。

客観的違法論の立場に立っても、違法なものは人の行為に限るべきであり、動物の侵害は危難であり、正当防衛の対象ではなく緊急避難の対象であるべきであり、動物やその他の物が飼い主、管理者などの故意または過失に基づく犯罪行為の道具として利用されている場合に限り、その侵害は飼い主または管理者自身の侵害にほかならず、この場合にのみ正当防衛を行うことができる²⁰⁷。

しかしながら、筆者は、心神喪失状態にある人に対しても正当防衛が可能であると考え、動物による侵害にはより厳しい条件の緊急避難しか実施できないという見解については、人への保護力と重視度が動物に及ばないという推論を生じさせるように見え、明らかに妥当ではないと思う。

(3) 修正された肯定説

山中敬一は法確証の原理に基づいて、対物防衛を肯定する一方で、物に対する防衛は依然として「人」に対する防衛であると考え。すなわち、彼の見解によると、物の所有者、管理者に過失がなくても、その所有者、管理者の地位(保証人の地位)のために正当防衛の反撃に耐えなければならないと考える²⁰⁸。

この見解に対して、以下のような批判がある。すなわち、管理・支配の反射効として認められるのは受忍義務であって、法確証の利益ではないという批判がそれである²⁰⁹。

(4) 準正当防衛説

この説によると、正当防衛ではないがそれに準じて違法性阻却事由とすべきである²¹⁰。日本の民法は「他人の物により生じた急迫の危難を避けるためその物を損傷した場合」には、緊急避難ではなく正当防衛と同じ扱いをしているところから(第720条2項)、統一的意味において正当防衛に準じた扱いをするのが妥当だと考える²¹¹。

²⁰⁵ 山口・前掲注14) 120頁。

²⁰⁶ 高橋・前掲注193) 278-279頁。

²⁰⁷ 大塚仁『刑法概説(総論)』(有斐閣、2008) 384頁。

²⁰⁸ 山中・前掲注43) 490-491頁。

²⁰⁹ 佐伯・前掲注56) 126頁。

²¹⁰ 大谷・前掲注86) 159頁。

²¹¹ 大谷・前掲注86) 159頁。

この説に対して、まず、なぜ統一する必要があるかについて説明がないとの批判ができる。そして、民法720条2項は、他人の物を毀損した場合についての規定であって、無主物の毀損には適用されないので、対物防衛の問題の解決策としては不十分である²¹²。

(二) 中国における見解

(1) 緊急避難説

中国の一部の学者は、動物の自発的な侵害に対して実施された反撃行為は、緊急避難を成立させると考える。例えば、陳興良は、国の法律で保護されている珍鳥、珍獣、またはそのほかの野生動物の資源である場合、またはその動物が国や個人の所有物である場合、その動物に対する反撃行為は緊急避難に属すると考える²¹³。したがって、家畜の自発的な侵害に遭遇した場合、緊急避難を実行することができるとする。ほかにこの説を主張する学者もいる。彼によると、侵害物が自発的に法益を侵害し、所有者またはその管理者の行為によるものではない場合、物が法律で保護されているときは緊急避難を実施でき、物が法律で保護されていないときに正防衛問題は生じないと考える²¹⁴。周光権も正当防衛の成立を否定し、緊急避難しか成立しないと考える。その理由づけは以下となる²¹⁵。正当防衛の対象となる不法侵害には、侵害者が侵害行為の「不法」という性質の部分を理解できることが含まれており、侵害者は規範意識を持っていないと指摘した。この意味によると、動物の侵害は正当防衛の前提となる不法侵害ではないので、正当防衛を成立させることはできない。動物が自発的に実施した侵害行為に反撃してその死傷を招いた場合、緊急避難と解釈され、動物の死傷の結果は動物の飼育者または管理者に移されて負担されることになる。

緊急避難は「正対正」の衝突であり、緊急避難によって他人の財物を損害した場合、動物の飼育者または管理者に相応の損失を賠償しなければならない。しかしながら、中国民法典に規定されている飼育動物が他人に損害を与えた場合、負うべき責任は無過失責任である。『中華人民共和國民法典』第1245条には、「飼育された動物が他人に損害を与えた場合、動物飼育者または管理者は権利侵害責任を負わなければならない。ただし、損害時に被害者の故意または重大な過失によるものであることを証明できる場合、責任を負わない、または軽減することができる。」言い換えれば、動物飼い主に何の過失もなく、飼育または管理されている動物が自発的に他人を侵害した場合、動物の飼い主が被害者に損害賠償をしなければならない。これは緊急避難としての処理とは平仄が取れず、物に対する防衛が緊急避難に属すると考える見解には明らかに問題があるといえるのであろう。

(2) 正当防衛説

²¹² 佐伯・前掲注56) 128頁。

²¹³ 陳・前掲注54) 92頁-94頁。

²¹⁴ 彭衛東『正当防衛論』(武漢大学出版社、2001) 89頁。

²¹⁵ 周・前掲注176) 142頁。

物に対する防衛は正当防衛であるとする学者もいる。張明楷は、以下のように見解を述べた²¹⁶。彼は、対物防衛を緊急避難として考えることは、以下のような不均衡な局面を形成することになる。すなわち、人の侵害行為に対して条件の緩和された正当防衛を実施できる一方、動物の侵害に対して、より厳しい条件の緊急避難しか実施できないという非常に不均衡な局面である。動物の侵害に対して、より厳しい条件の緊急避難しか実施できないというのは、人々の常識と基本的な感情に反するのである。そして、中国刑法の規定によると、正当防衛は「不法侵害者」に対してのみ可能であるが、客観的違法論の立場によると、動物が自発的に他人を侵害したとき、管理者（例えば飼い主など）に主観的に何の過失もなく、その客観的不注意行為によるものではなくても、管理者には客観的な侵害行為（不作為）が存在し、その動物を打ち殺す行為は管理者に対する正当防衛であると考えべきである。

一部の学者は動物に対する法確証が無意味であるため、動物に対する正当防衛ができず、緊急避難しかできないと考える。しかしながら、歐陽本祺は、このような物に対する防衛を否定する観点は明らかに合理的ではないと考える。その根拠づけは以下となる²¹⁷。人が噛めば正当防衛が成立し、犬が噛めば緊急避難しか成立しないのは明らかに不均衡である。動物が人の命、体を侵害するとき、人は我慢するしかないと法律では考えられない。彼は、反撃行為が正当防衛を成立させるかどうかを判断する際には、まず個人保護の必要性を考慮し、それを前提に法確証の原則に基づいて正当防衛を制限する必要があるかどうかを考える。したがって、彼は、動物の攻撃に直面したとき、もちろん正当な防衛を行うことができ、動物は人間社会のメンバーではないため、特別な制限を加えることも考慮する必要はないと考える。

第3項 筆者の立場（まとめ）

物に対する防衛は正当防衛であるとする。筆者は肯定説の立場を支持する。対物防衛は緊急避難ではなく正当防衛であると考え。厳密には、動物は刑法の規範の対象ではないが、野生動物と比較して、飼い主がいたり、人が管理していたりする動物が人に対する侵害は、本質的にはその飼い主や管理者によるものと考えられる²¹⁸。飼い主または管理者自身に何の落ち度がなくても、動物を飼育または管理する行為自体に、飼育または管理している動物が他人に一定の被害を与える危険性があるからである。その上、中国の民法典で飼育動物が他人に侵害を与えた場合に侵害の責任を無過失責任と規定しているため、このような理解は妥当だといえる。客観的違法論の立場からみると、飼い主のいる動物は自発的に侵害を行うとき、管理者もしくは飼い主が主観的な過失はないが、客観的な不注意により導き出す侵害であり、管理者もしくは飼い主は客観的な侵害

²¹⁶ 張・前掲注11) 261頁-263頁。

²¹⁷ 歐陽・前掲注25) 91頁。

²¹⁸ 張・前掲注11) 261頁-263頁。

があるとみることができ（不作為）、その動物に対する反撃行為は管理者もしくは飼い主に対する正当防衛となるといえるのであろう。上述のように、対物防衛の場合、衝突双方も明らかに緊急避難に求められる「正対正」の衝突ではなく、動物に襲われた側の防衛行為の方は明らかに正当性があると考えられる。なぜならば、防衛者は明らかに侵害を受ける側であり、その不正な侵害行為に対する反撃行為は、正であるからである。物に対する防衛が正当防衛であることを認めることは、中国民法典における動物の飼育によって他人に損害を与えた飼い主、または管理者が過失のない民事侵害責任を負わなければならないという規定とも調和し、法体系内部の衝突と混乱を避けることができると考える。

第3節 無関係の第三者に関わる防衛

第1項 問題提起

一般的な正当防衛は、基本的に防衛者と侵害行為を実施する側の二つの主体にしか関係しておらず、しかも防衛者の視点からみると「正対不正」の関係である。しかしながら、ある特殊な事情があり、不法侵害とは関係のない第三者に防衛者の防衛行為が作用し、一定の法益侵害結果が生じた場合、不法侵害行為を実施していない第三者が防衛行為の対象となる。この状況はまた以下の類型に分けることができる。1つ目は不法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することである。2つ目は、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することである。3つ目は不法侵害者への防衛行為の結果、第三者を傷つけることである。以下では、3つの類型の状況に基づいて、それぞれの研究現状について検討する。

第2項 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する場合

いわゆる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行う場合である。例えば、甲と乙が友人丙の家で麻雀をしていたときに口論になり、甲が丙の家に飾られている貴重な花瓶を手当たり次第につかんで乙にぶつけ、乙がそばにあった椅子を持ち上げて止め、花瓶が割れてしまった場合である。あるいはAが突然Bを押し、Cに衝突させてCに怪我をさせようとし、Xがやむを得ずBを押し、Bに怪我をさせた場合である。このような状況下で乙とCが実施する行為をどのように評価し、判断すべきかについて、刑法理論界で見解が分かれる。

(一) 日本における見解

(1) 緊急避難説

この説は、正当防衛として認められる法益侵害は、侵害者に対するものに限られるから、第三者に属する法益の侵害は正当防衛として違法性を阻却することはできないということ根拠とする²¹⁹。その内容は以下となる。「すなわち、正当防衛において違法性が

²¹⁹ 山口厚『新判例からみた刑法（第3版）』（有斐閣、2015）47頁-48頁。

阻却される根拠を被侵害者の法益に対する絶対的優位性に求めるのならもちろんのこと、それを、例えば、侵害者の法益についてその法益性が失われること、又は、被侵害者の保護に加えて『法確証の利益』が認められることに求める場合でも、法益性が失われるのは侵害者の法益であり、法確証の利益が認められるのは、違法な侵害を行う侵害者に対する防衛であるから、正当防衛として許容させる法益侵害は侵害者に対するものに限られるとし、侵害者以外の第三者の法益は正当防衛としては許容されず、緊急避難の要件が備わっている場合、違法性が阻却されるにすぎないと解するのである²²⁰。

この説について、以下のような批判が示されている。まず、防衛者の反撃行為が侵害者に対して損害を与えたと同時に第三者のものを損害した場合に、結論として、侵害者に対しては防衛であるが、第三者の物が用いられた点については緊急避難となり、防衛の意思と緊急避難の意思が区別しにくくなる²²¹。そして、緊急避難であるとすれば法益の均衡と補充性の要求によって正当化要件が厳しくなりすぎる²²²。

(2) 正当防衛説

この説によると、第三者の物は不正な侵害行為の一部をなしているのであるから、これに向けて防衛行為がなされている以上は正当防衛である²²³。高橋則夫もこの説を支持する。彼によれば、第三者の物は侵害手段の一部を構成するものであり、これに対して補充性を必要とする緊急避難でしか対抗できないというのはバランスを欠き、防衛行為は侵害自体に対する反撃と解することができるのであるから、侵害者に対しても正当防衛の成立を認めることができると考える²²⁴。

この説に対し、以下のような批判がある。山中敬一は以下のように批判を示す²²⁵。すなわち、例えば、Aが、Bの日本刀を使用してXに対して攻撃してきたので、Xが、この日本刀を鉄棒でたたき折って防衛した場合において、第三者Bの所有物を毀損することは、Aの攻撃に対する反撃とみることができるが、Xの防衛行為によって侵害された法益はBの所有権という法益であり、Aの法益は侵害されていない。正当化されるべきは、XのBの所有物に対する器物損害罪であり、Aの攻撃行為自体に対して正当防衛を認めても何の意味もないとい批判である。

(二) 中国における見解

(1) 緊急避難説

緊急避難説では、防衛行為が不法侵害に対する反撃行為である以上、その対象は侵害者の法益に限定されるべきであると考えられる。第三者は不法侵害行為を実施していないた

²²⁰ 山口・前掲注219) 48頁。

²²¹ 香川達夫『刑法解釈学の諸問題』(第一法規、1981) 132頁。

²²² 山中・前掲注43) 512頁。

²²³ 大谷實『刑法総論(第5版)』(成文堂、2018) 161頁。

²²⁴ 高橋・前掲注193) 290頁。

²²⁵ 山中・前掲注43) 511頁～521頁。

め、その法益も「正」であり、防衛者と第三者との関係は「正対正」の関係であり、緊急避難しか成立しない。正当防衛の違法性阻却根拠は、侵害者の法益に対する被侵害者の法益の絶対的優位性にあることから、侵害者以外の第三者の法益に対しては正当防衛は認められず、緊急避難要件を満たす場合に限り、例外的に違法性が阻却されるとする²²⁶。

緊急避難説は、防衛行為の対象を侵害者の法益に限定し、防衛行為と侵害行為の基本の形の区別を重視することは、形式論理的に分かりやすく、多くの学者の支持を得ているが、以下のような批判もある²²⁷。この説には、第一に緊急避難説に従うならば、補充性の原則が求められる。したがって、防衛者が不法侵害者に侵害を与えたと同時に第三者の所有物を毀損するような場合にも、同原則から、第三者の所有物を傷つけずに侵害者だけに反撃することを防衛者に要求することになるが、これは明らかに厳しすぎる。第二に、第三者の身体を利用して不法侵害を実施した場合でも、第三者の保護のために緊急避難しか成立しないと考えるのは適切ではないといいうる。このような場合、第三者はすでに侵害者の侵害道具となっており、侵害者は間接正犯である。間接正犯においても同様に構成要件を実現する危険を伴う実行行為であり、被利用者の行動はこの危険性の具体的な現れである。

(2) 正当防衛説

この説は、第三者のものはすでに侵害者が実施した急迫不法な侵害の一部になっているので、防衛者の行為は侵害者の「侵害」に対する反撃であり、当然に正当防衛が成立すると考える。錢葉六はこの説を主張し、彼は以下のような見解を述べた²²⁸。

この説は、第三者のものが不法侵害者のために利用または操作されて侵害性を有し、侵害行為の構成要件となっているため、侵害者が権利を保護し、その花瓶（上述した例）を毀損するための行為は、本質的に不法侵害者に対する防衛であり、正当防衛が成立すると十分に考えられる。もちろん、このような状況で正当防衛が成立することを認めることには、第三者のすべての財産が法律による保護を失ったことを意味するのではなく、「正は不正に対して譲歩する必要がない」というだけ原則によって、不法侵害の前では、防衛者の法益は絶対的な優位性にあり、防衛のために必要であれば、侵害行為に用いられる財産の保護を考慮せずに後回しにすることによって、まず目の前に侵害を阻止することが重要であるとの観点に基づく。防衛行為によって第三者の財産の利益が損なわれた結果については、因果関係と結果の帰属の原理に基づき、第三者の財産を危険な位置に置き、かつ損傷させた不法侵害者に直接帰属すると考えなければならない。同様に、侵害者が突然第三者を被害者に強く押し付け、被害者が自分を危険から守るために第三者を押し、転倒させてけがをした場合も、同様に、第三者が「侵害道具」として被害者

²²⁶ 李齊広「第三者の防衛行為の探究と分析について」『政治と法律』2011年第5期114頁。

²²⁷ 陳家林「防衛行為と第三者の法益侵害」『甘肅政法學部學報』2008年第2期16頁-17頁。

²²⁸ 錢葉六「防衛行為の結果が第三者に及んだ場合の教義学的分析」『法律科学』2019年第2期77頁-78頁。

を攻撃する手段の一部になると考えられ、被害者がその手段行為に対して反撃することを認めるべきであり、第三者は防衛行為に対して甘受義務があり、侵害とは関係なく被害者に回避を求めるべきではないと考える。

(三) 筆者の立場

不法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、本質的には不法侵害者が実施した不法侵害であり、侵害の形が一般の状況と異なるだけである。緊急避難説は防衛者に厳しすぎる要求をしているが、防衛者は不法侵害が重大で場合に遭遇したとき、不法侵害者が侵害行為を実施したときに使用した物が本人の所有物であるかどうかを判別し、肯定的な結論が得られたときにはできるだけその物品を損害しないように退避措置をとることに努力を尽くすべきであろうか。このような見解に問題がないとは言い難いのである。したがって、侵害者が第三者の物を利用して侵害行為を実施したとき、防衛者の反撃行為も正当防衛行為として認めなければならない。緊急避難であってはならない。また、防衛者の行為を正当防衛とした判断した後、防衛者が免責され、無実の第三者が理由もなく損失した部分を自分で負担する必要が生じる事態を心配する必要もなく、防衛者の防衛行為によって当該物品が破損または破損した場合、不法侵害者が相応の責任を負わなければならない。不法侵害者が無実の第三者の身体を利用して不法な侵害を行う場合にも、第三者の物を利用する場合と同様に、正当防衛が成立する。この場合、第三者は不法侵害者によって侵害行為を行う道具として用いられ、間接正犯の構造と同様に、第三者に対しても防衛行為を行うことができるのは当然である。しかしながら、人と物にはやはり差があり、同等に扱うことはできないので、不法侵害者が第三者の身体を利用して侵害行為を実施して第三者に対して防衛する場合、緊急避難のようにやむを得ず実施することを要求する必要はないが、その限度、必要性和相当性を厳格に把握し、第三者に不当な損害を与えないようにすべきであると考えられる。

第3項 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する場合

(一) 日本における見解

日本において、緊急避難説が通説となっている。この説において、防衛者は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する場合に、緊急避難になるとする²²⁹。大谷實もこの説を支持する。彼によると、反撃行為は正当防衛であり、その行為の手段として物の損壊したのであるから、反撃者と第三者は正対正の関係にあり、緊急避難になると解すべきだと考える²³⁰。高橋則夫もこの説を主張する。彼によれば、第三者の物は、侵害に対する防衛の手段であり、防衛行為の構成要素であるから、第三者への法益侵害は防衛者側の事情であり、このような場合は純粋に「正対正」の関係が問題となる

²²⁹ 前田・前掲注15) 374頁。

²³⁰ 大谷・前掲注86) 160頁。

ため、緊急避難の成立可能性だけが問題となると考えられる²³¹。

(二) 中国における見解

防衛者が第三者のものを利用して防衛を実施する場合、例えば、乙が木の棒で甲を攻撃し、甲が手元にある丙の貴重な花瓶を手にとって乙に投げ、隙を見て脱出し、花瓶が破損した。このような場合、緊急避難説が通説となっている。銭葉六は緊急避難説を支持する。以下がその主張である。彼は、不法な侵害も危険源の一つであるため、実際には危険回避の過程で防衛者が危険源とは関係のない第三者の利益を犠牲にしたり侵害したりする状況であり、防衛者が侵害者の侵害から逃れるために、やむを得ずに関係のない第三者を自分の前に押しつけ、侵害者の侵害に抵抗し、自分を脱出させた典型的な緊急避難事例と本質的に異なっていないため、緊急避難の「法益の均衡性」、「補充性」などの要件を満たしたとき、緊急避難を成立させ、違法性を阻却すると考える²³²。

緊急避難説が通説の地位を占めているが、このような場合は単純に緊急避難とは考えられず、防衛者がその物を第三者が所有していると認識しているかどうかで状況を分けて判断すべきだという見解を提出する学者もいる。いわゆる区分説である。その主張は以下となる²³³。

防衛者が防衛に使うものが第三者の所有物であると認識した場合、緊急避難の意思があると考えて緊急避難を成立させることができる。なぜならば、この行為は、防衛者が侵害される法益を保護するために実施した反撃であり、防衛意思に基づいた行為であるからである。しかし、ここでいう防衛意思は、侵害者に対するものであり、防衛の意思は第三者の法益侵害部分まで及んでいないのである。自分もしくは他人の利益を保護するために、第三者の法益を損害することを犠牲になった第三者の法益の側面から見れば、避難の意思に基づいて行為として考えることも十分に可能である。行為者の一つの行為に防衛意思と避難意思が同時に存在し、第三者の法益侵害が防衛手段になり、よって、第三者にとって、防衛者の行為は緊急避難が成立されることになる。

防衛者が防衛に用いるものが第三者の所有物であることを認識していない場合、防衛者は第三者の法益に対する侵害の意思がなく、緊急避難の意思もなく、緊急避難を成立させるべきではない。逆に、防衛者の行為は不法侵害者に対する反撃行為であり、防衛の意思があり、正当防衛のほかの要件を満たしていれば、正当防衛と考えるべきである、とするのである。

(三) 検討

区分説には一定の合理性があるとはいえ、使用する物が第三者の所有物であることを防衛者が認識しているかどうかによって区別することは特に意味がないように思われる。

²³¹ 高橋・前掲注193) 291頁。

²³² 銭・前掲注228) 78頁。

²³³ 陳・前掲注227) 19頁。

なぜならば、防衛者が防衛する際に、その物が第三者の所有物であることを認識しているかどうかにかかわらず、防衛行為によって第三者の物が破損または破損した場合、不法侵害者が相応の賠償責任を負うことになり、防衛者の行為が正当防衛と認定されたことによっても緊急避難と認定されたことによっても相応の責任が移ることにはならないからである。また、実際には、ある物が自分の所有物であるかどうかは一般的に明確に認識されており、防衛者が第三者の物を使って防衛する際に自分の所有物であると誤認することも少ないと考えられる。第三者の物を使って防衛する際に自己の物である誤認した場合においても、その法益侵害は第三者によって引き起こしたものではなく、侵害者によって引き起こしたものであるため、第三者と防衛者の関係は「正対正」であり、わざわざその防衛意思と避難意思を区別せず判断することが十分に可能だと考えられる。防衛意思と避難意思は主観的判断要素であるため、判断するときどのような基準によって判断すべきであるかという問題があるといえる。したがって、筆者も防衛者が第三者の物を利用して防衛を実施する場合に、緊急避難に解するべきだと考える。

第4項 不法侵害者に向けた防衛行為の結果が無関係の第三者に及んだ場合

(一) 理論的見解と考察

(1) 正当防衛説

この説によると、防衛行為は権利行為であり、法秩序を保護する必要不可欠な行為である。その行為は社会にとって有益な行為であるため、防衛者が第三者の権利侵害を避けるために十分な配慮をしていれば、最終的に防衛行為の結果が第三者に及んだとしても違法行為ではないとする²³⁴。また、行為無価値論の観点によると、防衛者の反撃行為は不法侵害者にとって防衛行為であるため、それが正当防衛として正当化される限り、発生した結果についても全体的な評価を行うべきであり、第三者に違法な結果が生じたとしても、正当性を失うわけではない²³⁵。

この説に対して、中山敬一は批判する。彼は、第三者に対する関係では、防衛効果を期待する可能性が低く、防衛行為としての適合性にも欠けると考える²³⁶。次に、第三者は侵害者とは異なる法益主体であり、正当防衛が成立すれば、無関係の第三者は防衛者の防衛行為に耐えなければならず、合理性に欠けると批判される²³⁷。そして、筆者は、このような場合において、防衛者の防衛行為と第三者の法益は本質的に「正対正」の関係であり、緊急避難の範疇に属し、正当防衛とは関係なく、また、防衛者が実施した防衛行為が不法侵害者の立場から見て正当であっても、必ずしも第三者にとっても一定の正当性を意味するわけではないと考える。

²³⁴ 中野次雄『刑法総論概要』（成文堂、1992）193頁。

²³⁵ 川端・前掲注87）348頁-349頁。

²³⁶ 中山・前掲注43）507頁。

²³⁷ 林・前掲注88）250頁。

(2) 誤想防衛説

これは、防衛行為の結果が第三者に損害を与えることが誤想防衛の問題であるとする。その中に、防衛行為の結果が第三者に損害を与えたような場合、実際には急迫の不法侵害があり、行為も防衛の相当範囲内であり、誤ってほかの対象に損害を与えただけであるとする学者もいる。これは誤想防衛の一種である。その中には、対象の錯誤もあれば、方法の錯誤もある。行為者の主観に過失があるかもしれないし、過失がなく緊急避難の問題になるかもしれない²³⁸。一方、ある学者は、この行為は誤想防衛に属するため、防衛者の故意の責任を排除すると考える²³⁹。日本において、この見解を認めた判例も存在する²⁴⁰。

しかしながら、防衛者は第三者が不法な侵害を実施していることを誤って認識することは考えられずことであり、この見解は誤想防衛の構造に合わず、誤想防衛の概念が不当に拡大することにつながりやすいのである²⁴¹。

(3) 過剰防衛説

この説は、第三者に結果が及んだ点で、正当防衛の範囲を超えている構造であるため、違法であるとしても、過剰防衛における刑の減免の規定を準用すべきであるという見解である²⁴²。

中国においても、この説を主張する学者がいる。以下がその主張となる²⁴³。彼の見解によると、このような防衛行為の結果が第三者に損害を与えた場合は、典型的な過剰防衛と行為の防衛性、違法性の減少、責任の減少および予防の必要性の低下などの面で実質的に類似しているため、これを過剰防衛に分類し、中国刑法第20条第2項を適用することができると思う。彼は、防衛行為の結果が第三者に侵害を与えることを過剰防衛と評価し、防衛行為が第三者に与える侵害を事実上の過剰という意味で理解することができ、防衛者の事実上の過失に対する形式的責任を確定した後、中国刑法第20条第2項を適用することで、行為者の期待可能性の低下の程度をより全面的に評価し、行為者に法定減刑もしくは免除することが可能であると思う。

中山敬一はこの説を批判する。彼によると、過剰防衛は、防衛行為の対象者によって惹起された正当防衛状況が存在する場合を前提とするのであるため、明らかに過剰防衛の事例とは構造が異なる²⁴⁴。筆者もこの見解は妥当ではないと思う。なぜならば、その行為自身は第三者にとって、正当防衛の構造とは合わないからである。

(4) 緊急避難説

²³⁸ 団藤・前掲注67) 242頁。

²³⁹ 前田・前掲注15) 375頁。

²⁴⁰ 大阪高判平成14・9・4判タ1114号293頁。

²⁴¹ 内藤謙『刑法講義総論(上)』(有斐閣、1983)386頁。

²⁴² 中野・前掲注234) 193頁。

²⁴³ 尹子文「防衛行為が第三者を傷害した教義学的認定——防衛過失条項を導入しようとする試み」『蘇州大学新聞(法学)』2018年第1期90頁。

²⁴⁴ 中山・前掲注43) 507頁。

この説は、不法侵害者に向けた防衛行為の結果が無関係の第三者に及んだ場合において、一般的に正当化されないが、「補充性」等の要件が充たされる例外的な場合において、緊急避難が成立しうるにすぎないとする²⁴⁵。ほかに、防衛行為、防衛意思は危険回避行為、危険回避意思と重なるという見解もある。すなわち、行為者は、侵害者に反撃しつつ、第三者に傷害を与えることによって「現在の危難」を回避したものであり、また、反撃行為における防衛の意思は、同時に避難の意思をも含みと解すべきという見解である²⁴⁶。

この説に対して、以下のように批判される。すなわち、第三者を侵害することが法益保全の保護に役立たず、危難を受忍するか転嫁するかという二者択一の関係にはないため、緊急避難の成立が困難だと考える²⁴⁷。黎宏も上述した批判を賛同し、以下のような見解を述べた²⁴⁸。まず、避難意思は緊急避難の成立条件の一つであり、単にコントロールできないという理由により第三者に利益を損害しただけで、第三者の利益を損害することによって、現実の危険を避ける意思も認識も存在しないため、そのような状況において緊急避難を認めることは困難があるといえる。そして、緊急避難成立するには、当時、避難行為者の状況は、現に行われている危険を耐えている状況、もしくは第三者の利益を犠牲にし、自分または他人の利益を保護する状況という二つの状況の中、二択一を選ばなければならないという場合である。よって、当時、行為者は第三者の利益を損害し、目の前の状況から脱出したいという意味を持つ必要があり、実際その行為を実施することも最も良い方法でなければならない。しかしながら、ここで検討している状況は、明らかに上述した条件を満たされないため、緊急避難が成立することができないといえる。

(5) 犯罪成立説（違法行為説）

この説は、正当防衛でも緊急避難でもなく、法益保護の役割を果たしておらず、危険回避効果をもたらしておらず、違法性があるとする²⁴⁹。ほかに、防衛行為の方向性の錯誤を正当防衛状況あるいは防衛行為の相当性の誤認と位置付けることに無理があり、正当防衛、緊急避難、誤想防衛のいずれ認められず、違法行為となるべきだと考える²⁵⁰。しかし、期待可能性理論によると、防衛者の行為は違法であるが、責任を阻止できると主張するのが一般的である。

陳家林はこの説を批判する。その主張は以下となる²⁵¹。彼は犯罪成立説の考察は単純にすぎると考える。すなわち、一概に防衛者の行為を犯罪と認定するのは、明らかに防

²⁴⁵ 山口・前掲注14) 129頁。

²⁴⁶ 大谷・前掲注86) 160頁。

²⁴⁷ 前掲注240) 291頁。

²⁴⁸ 黎宏『刑法総論の問題思考(第2版)』(中国人民大学出版社、2007) 379頁。

²⁴⁹ 奥村正雄「防衛行為と第三者の法益侵害」現代刑事法5巻12号44頁。

²⁵⁰ 高橋・前掲注193) 292頁。

²⁵¹ 陳・前掲注227) 15頁。

衛者に厳しすぎる要求をしており、事実状況を全面的に把握しておらず、一面的であり、人々の法感情とも合致していないし、行為者の緊急状態に実施された行為が緊急行為ではないと判断することは、避難行為を事後的に考察することになり、妥当ではないとする。事実上、防衛者は一つの防衛行為しか実施していないため、その行為を侵害者に対する防衛行為と第三者に対する法益侵害行為に分解することはできず、さらに後者を避難行為でもないと考えるのは独自の評価にすぎるとする。そのほか、避難効果を要求することは過剰な要求であるという批判もある²⁵²。筆者は、これは明らかに事後から防衛者に対する判断であり、行為者に不利益を与える可能性があると考えます。

(6) 誤想避難説

黎宏はこの観点の提出者である。以下がその主張である²⁵³。防衛行為の結果が第三者に発生した場合、防衛者の立場からみると、これは侵害者に反撃する正当防衛意思で実施された行為であり、正当防衛行為であるべきであると考えますが、防衛行為の結果は侵害者とは無関係の第三者に発生し、言い換えれば、事実上緊急避難の形式的要件を満たしている。この状況については、危険回避を想定した視点から分析することができる。誤想避難とは、客観的に緊急避難の条件が存在しないにもかかわらず、行為者が存在すると勘違いして緊急避難行為を実施したことをいう。防衛者の行為は形式的に緊急避難の要件を満たしているにもかかわらず、緊急避難を必ず実施しなければならないという実質的な要件は存在しない。すなわち、当時、第三者に侵害を与えることが目の前の危険を避ける唯一の選択肢であった。したがって、防衛者の上記行為は形式的に緊急避難要件を満たす行為であり、緊急避難の実質的な内容を有しておらず、誤想避難とみなすことができる。また、防衛者の反撃の意図には、実際には現実の発生の危険を避けようという意思も含まれており、防衛者は緊急避難の意思を持っているともいえる。すなわち、主客観の両面から防衛者の上記の行為は誤想的危険回避とみなすことができる。つまり、このときの防衛者の行為は客観的に緊急避難に合致しており、持っている防衛意図の中には実際に危険回避意図も含まれているため、主観の危険回避意図と客観の行為の二つの面を一体的に考慮し、それを誤想危険回避と評価することができる。

しかしながら、筆者は、誤想防衛説と同様に、この考え方には、実際には誤想避難という概念の範囲を不当に拡大する疑いがあると考えます。いわゆる誤想避難の場合、現実には相応の危険は存在しないが、行為者は存在すると誤解した場合を指す。ここで検討する状況においては、不法侵害者からの現実的な侵害が確かに存在し、防衛者もその侵害(危険)を明確に認識しており、それをあえて誤想避難に属していると解釈するのは無理があるといえるのであろう。また、防衛者が防衛意思を持っているからといって、必然的に危険回避意識を含めたものと評価できるかも疑問があるといえる。このような

²⁵² 山中・前掲注43) 510頁。

²⁵³ 黎・前掲注275) 380頁。

論理に従えば、誤想危険回避も誤想防衛に含められたものと評価できるようになりそうであろう。

(7) 総合的分析説

この説は、防衛の効果や第三者の状況については、具体的な分類検討が必要であると考える。陳家林はこの説を主張する。その主張は以下となる²⁵⁴。彼は、一般的に緊急避難説は妥当であると考えている。現に行われている不法からより大きな利益を守るために、やむをえない状況で、第三者の権利に小さな損害を与えた場合は緊急避難が成立する。しかしながら、必要な限度を超えた場合は、過剰避難に該当する。また、防衛の過程で、防衛者は精神的に過度に緊張し、第三者を不法侵害者と間違えて、実際にいわゆる正当防衛を行ったことが多く、これは緊急避難の問題ではなく、誤想防衛であるとする。なお、防衛または避難の意図に基づく行為でなければ、故意に第三者を加害することになり、正当防衛でも緊急避難でもなく、一般的に故意に犯罪を犯すことになる。

この説について、李齊広は批判する。その内容は以下となる。この説で述べられているのは、本質的には前述の緊急避難説の範疇内であり、両者に根本的な違いはなく、後者の二つの状況は本来この問題についての議論の範囲外であり、その中で、第三者を不法侵害者と間違えて扱うという状況は典型的な誤想防衛であり、ここで議論する防衛行為の結果が第三者に及んだ状況ではないし、第三者に故意に危害を加える場合は根本的に故意犯であり、防衛の結果が第三者に及ぶ場合ではない²⁵⁵。

(8) 形式的区分説

中国の郭沢強、張芸嬌は、防衛行為が第三者に侵害を与えた場合、一概には言えず、防衛者の異なる主観的な心理状態に基づいて別々に処理すべきであると考えている。その主張は以下となる²⁵⁶。

まず、第三者に対する防衛は緊急避難の条件を満たした場合、緊急避難となり、責任を負わせない。例えば、悪党の甲が乙を殺そうとしたとき、乙はやむを得ず甲の幼子丙の首に刃物を置き、甲に自分を見逃してほしいと願った場合は緊急避難である。緊急避難が必要限度を超えず、損害をもたらした場合、責任を負わない。

次に防衛は危険回避の意思ではなく、故意に第三者を加害した場合、当然正当防衛または緊急避難は成立せず、故意犯となる。例えば、甲は乙を切りつけ、乙は甲に反撃して逃げ、乙は追いつくことができず、甲に見捨てられた息子丙を襲い、重傷を負わせた場合に、乙は主観的に丙に傷害の故意があるため、客観的に丙に傷害した行為を実施した場合、故意の傷害罪で処罰しなければならない。

そして、防衛者が意図的に第三者に損害を与えたのではなく、認識の錯誤または方法の錯誤により、誤って第三者に損害を与えた場合、正当防衛または緊急避難に該当せず、

²⁵⁴ 陳・前掲注227) 16頁。

²⁵⁵ 李・前掲注226) 119頁。

²⁵⁶ 郭沢強、張芸嬌「正当防衛の第三者効果」『中国刑事法雑誌』2011年第7期36頁。

刑法上の錯誤の問題であり、事実の錯誤で判断しなければならない。防衛者は主観的に過失がある場合、過失犯になり、もちろん、法律により過失犯を処罰する規定がある場合に限り、防衛者が主観的に故意も過失もない場合、偶然事件となり、防衛者は責任を負わないことになる。

このような主張をしている学者は、このような見解を「区分説」と呼ぶが、実際に区分された三つの場合は、ここで検討している防衛行為の結果が第三者に侵害を与えた場合だけに該当する。1つ目の場合は典型的な攻撃型緊急避難であり、緊急避難に必要な各条件を満たす。2つ目の場合はいわゆる故意の犯罪であり、このような状況での行為者の性質に対する判断にも疑問はないといえる。したがって、実質に場合を区別して異なる取り扱いをする区分説ではなく、形式的な区分ともいえるのであろう。要約すると、この考え方は、防衛行為の結果が第三者に侵害を与えた場合、刑法の方法の錯誤の問題として扱えばよいという見解である。しかし、問題が生じ、防衛という性質を持つ防衛行為を一般的な法益侵害行為と同等に扱うことは、防衛者側にとっても公平ではないと考えられうる。

そのほか、防衛行為が第三者に侵害を与える場合、行為者が実施する前提的事実は侵害行為ではなく、防衛行為であるため、通常の意味での「方法の錯誤」に関わる行為者は、特定の対象を侵害する犯罪に基づいて故意に侵害を実施するという前提と異なり、厳密に言えば、本来の意味での方法の錯誤の問題ではない²⁵⁷。

また、実際に、防衛行為の結果が第三者の利益を侵害する具体的な原因は複雑で多様であり、一概に違法と認定することは、ただ単に事実の側面から全体を説明して誤った結論を導き出す恐れがある。すなわち、いくつかの個別の場合に違法性を阻却する余地を排除する可能性があると考え²⁵⁸。

(9) 実質的区分説

いわゆる表面的区分説を検討した上で、錢葉六は、防衛行為の結果が第三者の利益を侵害する場合には、状況に応じて異なる処理をすべきだという実質的区分説を提出した。その主張は以下となる²⁵⁹。具体的には、防衛行為の結果が第三者に侵害を与えたり、第三者に傷害を与えたり、死亡させたりした場合、その行為は原則として違法性があり、犯罪が成立するかどうか、およびどの罪が成立するかについては、さらに方法の錯誤で防衛者の責任を考察する必要がある。一方、個別の特殊な状況で緊急避難を成立させる余地があることを排除しない。

原則として違法性があり、責任問題は方法の錯誤で解決する。第三者は不法侵害者ではなく、不法侵害に耐える義務がないため、防衛行為の結果、第三者に発生した場合、その法益が侵害された場合、一般的に違法性を肯定すべきであるといえる。構造から

²⁵⁷ 錢・前掲注228) 82頁。

²⁵⁸ 錢・前掲注228) 82頁。

²⁵⁹ 錢・前掲注228) 82頁-86頁。

みると、防衛行為の結果、第三者を傷つけるのは、いわゆる「方法の錯誤」よりも形式的にいうと、その主な違いは、方法の錯誤の結果を招く本来の行為が防衛行為であり、故意の侵害行為ではないことである。しかしながら、第三者にとっては、「本来はある具体的な対象 (a) を「攻撃」していたが、行為の誤差により、結果的に別の具体的な対象 (b) を侵害した」場合であり、厳密には、本来の意味での「方法の錯誤」ではないが、第三者の法益を侵害した結果に対する主観的責任の問題議論においては、方法の錯誤で十分に対処できるといいうるとする。

不法侵害者に対する防衛行為の結果が第三者に侵害を与えた場合に、一般的に違法性があり、その責任の判断は方法の錯誤の問題として具体的方法で解決することができ、具体的符合説をとることがより適切である。一般的には多くの場合の防衛者が過失犯と判断されるが、防衛者が第三者に侵害を与えた結果について予見可能性を欠く場合は、偶然事故となるという。

例外的には、保護された法益と犠牲になった第三者の法益が、「防衛すれば第三者に侵害を与えることは避けられないが、反撃するだけで法益を守ることができる」という「二者択一」の衝突状態にある場合で、防衛者はやむを得ず防衛を実施し、したがって第三者の利益を侵害した場合、「法益の均衡性」の要求に反しない限り、緊急避難を成立させ、違法性を阻却する。保全すべき法益の要保護性と犠牲の第三者の法益の要保護性が生命に対する緊急避難のように同等の価値を有する場合には、責任を阻却し、緊急避難を成立させることになる。例えば、Xが女性Yを盾として拉致し、ビルを爆破しようとしたとき、Zはやむをえない状況でXを撃ち殺したが、同時にYにも重傷を負わせた。このような場合、Xの重大な不法行為を阻止するには、Xを射殺しなければならない。しかし、XがYを盾にしているため、Xを撃とうとすれば、Yを傷つけることは避けられない。本件では、保全された公共安全法益（不特定多数の人の生命、健康または財産法益）と不法行為を一切実施していない第三者Yの利益との衝突がその一つである。その二は、Zが公共安全法の利益を守るために不法侵害者に対して実施した防衛行為であり、第三者Yにとっては、危険回避の意思を含む（Xに対する防衛の意思との競合）の危険回避行為である。その三、ZがXを撃って同時にYを傷つける行為は緊急避難の「補充性」要件を満たしている。つまり、Yを傷つける可能性が高いXへの発砲行為を実施する以外に、より小さな利益を犠牲にする危険回避方法はない。その四、当該危険回避行為は法益を損なう均衡要求がなく、「両害相権はその軽さを取る」という原則に合致する。上記の分析に基づき、Zの銃を撃つ行為は、Yとの関係において、違法性を阻却し緊急避難を成立させることになる。

(10) 検討

以上のように、筆者は以下の理由をもって、各学説の不足を示した上で実質的区分説を支持する。不法侵害者に向けた防衛行為の結果が無関係の第三者に及んだ場合、前文

のようにさまざまな見解が展開されている。正当防衛説を採る場合において、正当防衛は一般的に侵害者に救助義務を負わないとするが、もし防衛の結果が無関係の第三者に及んだ場合においても正当防衛が成立するのであれば、同じく防衛者が第三者に対する救助義務を否定することになり、事後の第三者に不利益を与える可能性は十分に考えられうる。誤想防衛説を採る場合において、防衛者を、誤って第三者を侵害者として考えたものとして扱うこと自体が妥当ではないといえる。事実上、完全に無関係な第三者を侵害者として位置づけることは、第三者の利益保護にとって公平ではないといえるのであろう。過剰防衛説を採る場合、特殊な状況において、防衛者は第三者の法益を侵害する方法だけが関連する法益を保護することが可能であるとすると、緊急避難として考えることも十分にあり得ることである。しかしこのような状況における過剰防衛説の理論の合理性を説明することが困難であろう。犯罪成立説を採る場合において、明らかに防衛者にとって公平とは言えないのであろう。なぜならば、このような判断は確実に事後的判断に該当し、防衛者に不利益を与えることが考えられうるからである。誤想避難説を採る場合において、前文で批判したように、いわゆる誤想防衛の場合は、現実には危険が存在しないが、行為者は存在すると誤解した場合を指す。しかしここで検討する状況は、不法侵害者からの現実的侵害が確かに存在し、防衛者もその侵害を明確に認識しており、この状況をあえて誤想避難として考えることはやはり無理があるといえる。その展開されている見解の中、実質的区分説はより合理的であり、比較的公平な判断が下されうると考える。

この学説は防衛行為が第三者に侵害を与える一般的な状況と緊急避難を成立させる可能性のある特殊な状況を考慮し、状況を全般的に考慮した。防衛者の責任を判断する際、錯誤の中に具体的な方法で検討することは、客観的事実に合致するだけでなく、防衛者と第三者との間の利益を衡量した上での比較的公平な判断でもあると考える。そこで、注意すべき点は、行為者の行為に対して方法の錯誤で問題を解決しようとするときに行為者の責任を判断する場合、防衛者と一般的に方法の錯誤による法益侵害の主体とを同一の地位に置くことはできないということである。なぜならば、防衛者は防衛目的のためであって法益侵害の目的ではないからであり、また、当時不法な侵害の瀬戸際にあっても、適切かつ正確な防衛行為を期待する可能性は低く、その責任を負うことも一般的な「方法の錯誤」における行為者より少ないからである。

第4節 正当防衛の対象の問題についての筆者の見解

まず、責任無能力者は正当防衛の防衛対象となるかという問題に対し、肯定説、否定説、折衷説が展開されている中、折衷案を主張する。否定説によると、正当防衛になるような状況において、侵害を受けた防衛者は反撃することすらできず、明らかに防衛者にとって不公平であると十分にいうるので、全般的に否定することもやはり合理性が欠けると考えられうる。一方、肯定説も問題があり、もし肯定説を徹底すると、自然災

害や動物による侵害も客観的違法性があるとみなされ、それに対して正当防衛ができることとなり、妥当とは言えないのであろう。そこで筆者は折衷説がより合理的であると考える。つまり、責任無能力者に対して正当防衛が可能であるが、防衛を実施する際には一定の制限条件を加わる必要がある。すなわち、ほかのより合理的かつ緩和的な方法でその行為を阻止することができれば、過激な手段を使う必要もなく、防衛の限度も一般的な正当防衛より厳しくなければならない。

次に、対物防衛は可能であるかという問題に対し、筆者は肯定的な見解を持つ。すなわち、対物防衛は正当防衛であり、緊急避難ではない。この問題にもさまざまな見解がある。否定説は、法規範は人の行為にのみ向けられ、動物の侵害は違法とはいえず、物に対する防衛は否定する見解である。しかし、責任無能力者には正当防衛が可能であり、動物による侵害にはより厳しい条件の緊急避難しか成立できないという見解は、人への保護力と重視程度が動物に及ばないという推論を生じさせ、明らかに妥当ではないといえるのであろう。ほかに準正当防衛説という見解もある。この説は、民法上の規定をもって正当防衛に準じた扱いをするのが妥当であると考えている。やはり問題が生じる。なぜ民法と刑法と統一な扱いをする必要があるのかについて、その説明は不十分である。その中、やはり、肯定説が比較的妥当であり、合理性を有する。野生動物と比較して、飼い主や管理人がいる動物による人に対する侵害は、本質的にはその飼い主や管理人によるものと考えられる。また、他人に損害を与えた動物の飼い主または管理者が無過失責任を負うと定めた中国民法の規定とも合致しており、法制度上の衝突や混乱を回避することができる。対物防衛の成立に特別な制限条件は何もなく、一般的正当防衛の要件を満たせばよいと考える。

そして、防衛行為が第三者にかかわる状況は比較的複雑であるため、状況に応じて検討した。1つ目、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行する場合である。この問題に対して、緊急避難説、正当防衛説に分けて2つの見解がある。緊急避難説は、正当防衛として認められる法益侵害は侵害者に対するものに限られるため、第三者に属する法益の侵害は正当防衛として違法性を阻却することができず、緊急避難の要件が備わっている場合、違法性が阻却されるとする見解である。しかしながら、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行した不法侵害であり、侵害の形が一般的状況は異なるだけである。急迫な状況においての防衛者の反撃は、防衛行為時に、侵害者が侵害を実施したときに使用したものは侵害者の所有物であるか否かを判別してから反撃行為をするという要求は、やはり防衛者にとって厳しい要求であると十分にいう。したがって、防衛者の反撃行為は、正当防衛行為であると認められなければならない。緊急避難であってはならない。第三者の物を利用して行為と第三者の身体を利用して行為と同等に扱うことはできず、その限度、

必要性、相当性を厳格に把握し、第三者に不当な損害を与えないようにしなければならない。

2つ目、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である。筆者は緊急避難だと考える。つまり、これは典型的な緊急避難とは、本質的な違いがないと考える。すなわち、すべて「正対正」の関係であり、危険回避の性質を持っている 緊急避難の「法益の均衡」、「補充性」などの要件を満たしたとき、緊急避難を成立させ、違法性を阻却することになる。

3つ目、不法侵害者に対する防衛行為の結果が第三者に侵害を与えた場合である。前文で述べたように、法侵害者に対する防衛行為の結果が第三者に侵害を与えた場合において、原則として当該行為は違法性があると考えられ、防衛者の責任については方法の錯誤における具体的符合説を適用して解決すべきである。この場合、防衛者は故意に犯罪を犯したわけではなく、過失犯であり、予見可能性などに欠ける場合は偶然事故となる。ただし、保護された法益と犠牲になった第三者の法益とが二者択一の特殊な状況が生じたとき、やむを得ず防衛を実施したとき、そのほかの要件を満たしたとき、緊急避難を成立させる。ここで、このような状況での防衛者の責任は、その期待可能性の低下に伴い、一般的な責任主体より低くなければならないことに注意すべきであると考ええる。

防衛の対象を確認した上、最後に防衛の限度について考察していきたいと思う。

第5章 防衛の限度

上述したように、防衛の対象を明確にした。ここからは、防衛の限度について検討していきたいと思う。不正な侵害に対する防衛行為は可能であるが、その防衛行為には限度も制限されなければならないと考える。防衛権は人々の権利であるが、無限に行使することが許されないのである。そのため、正当防衛の場合に、防衛行為の限度を明確にする必要があると考える。

第1節 防衛の限度

第1項 日本においての一般的正当防衛の場合

日本においては、刑法第36上に「やむを得ずにした行為」として規定される。この「やむを得ずにした行為」についての理解が異なる。すなわち、防衛行為の必要性和相当性の両方を必要とする見解と必要性のみを必要とする見解と相当性だけで判断する見解に分ける。

(一) 必要性和相当性を必要とする見解

この説によると、正当防衛の成立には、必要性要件も相当性要件も満たされなければならない。必要性は、防衛者の反撃が侵害行為を排除するために必要な合理的な手段の一

つであることや防衛に不要でない行為と解されることが多かったし、ほかに、反撃行為が権利を防衛する手段として、必要最小限度の行為でなければならない趣旨であるという理解も有力である²⁶⁰。相当性は、法益の相対的な権衡と防衛手段の相当性として理解される²⁶¹。すなわち、保全しようとする権利ないし利益と、防衛行為によって害される侵害者側との比較衡量、並びに防衛行為自体の態様の相当性を総合して判断する必要があるという見解である²⁶²。

この説に対して、以下のような批判がある。「必要性要件は、防衛に不要でない行為、すなわち、侵害を防ぐために必要である行為であるであれば充足されるとして、ほとんど限定機能をもたず、もっぱら相当性要件によって限定される」²⁶³。

そのほか、行為の相当性について用いられた防衛手段の危険性が侵害の対して相当なものでなければならないという実質的判断と防衛手段の必要最小限度性の判断と重ねるため、わざわざ必要性を考慮する必要はないと説かれる²⁶⁴。

また、筆者は、相当性に関しては、その理解によって、判断基準が異なるため、妥当ではないと考える。例えば、相当性について、「法益の相対的な権衡」が必要とされる見解があるため、防衛行為は無制限ではなく、一定の法益のバランスを保つ必要があり、結果を重視することになり、行為者側に不利益を与える可能性が十分にいえるのであろう。なぜならば、過失により重大な侵害結果を生じた場合に、法益の差が大きいため、正当防衛を否定する可能性があるからである。

(二) 必要性を必要とする見解

山中敬一はこの説を主張する。彼は、「やむを得ずにした行為」とは、「必要性」のみを意味すると解すべきだと考える²⁶⁵。その理由づけは以下となる²⁶⁶。第一に、徳日刑法の立法沿革からみると、相当性は正当防衛の要件ではない。第二に、「相当性」要件に基づいて正当防衛を制限し、主に法益保全と侵害法益のゆるやかな均衡を欠く場合を適用する。これ以外の挑発防衛や無責任な攻撃など、防衛行為を制限する必要がある場合について、「相当性」で説明しようとする、相当性要件の内容があまり曖昧であり不明確である。第三に、とくに正当化事由の一般的根拠に関して目的説や社会相当説を採る学者は、相当性が正当防衛の要件であると考えようがわかりやすい。しかしながら、法益衡量の原理などの他の原理を採ると、どのような根拠で相当性要件に「行動様態の相当性」が含まれていると考えているかを説明することは困難である。言い換えれば、相当性を正当防衛の要件とすることは利益衡量の原理と矛盾する。

²⁶⁰ 前田・前掲注15) 386頁。

²⁶¹ 前田・前掲注15) 387頁。

²⁶² 前田・前掲注15) 387頁。

²⁶³ 高橋・前掲注183) 285頁。

²⁶⁴ 前田・前掲注15) 391頁。

²⁶⁵ 山中・前掲注43) 481頁。

²⁶⁶ 山中・前掲注43) 481頁-482頁。

この説に対し、以下のような批判がある。まず、法益や攻撃手段の著しい不均衡の場合に正当防衛を限定することが不可能となり、それは結論的に妥当ではないと考える²⁶⁷。そして、必要性要件の中にも限定機能があり、それは正当防衛の第1の違法阻却根拠である「自己保護の原則」から生じるものであり、相当性要件により限定は、正当防衛の第2の違法阻却根拠である「正の確証（法秩序保護の原則）」から生じることになるため、異なる根拠であり、別々の機能を発揮することによって防衛行為を限定し必要であると考える²⁶⁸。

（三）判例の立場

判例・通説によると、「やむを得ずにした行為」とは、急迫不正の侵害に対する反撃行為が、自己また他人の権利を防衛する手段として、必要であり、かつ相当性を有する行為をいうと解すべきであるとする²⁶⁹。そのゆえ、「やむを得ずにした行為」は防衛の行為である必要があり、手段も相当である必要があると考える²⁷⁰。すなわち、正当防衛の成立の存否は、防衛に不要でない行為と防衛の手段という2つの基準で相当性を判断する。

確かに、相当性を必要とする見解がより妥当だと考える。手段の相当性の考慮により、侵害者と防衛者の両者間の利益を衡量した上、より多くの法益を保護することができるという。しかしながら、相当性の判断時期について疑問がある。行為時に相当性が妥当であるとき、相当な防衛行為及び防衛手段による結果が相当でない場合に、直ちに過剰防衛となるという判断は妥当ではないと考える。そのため、より、詳細な判断基準が必要だと考える。つまり、単に必要性及び相当性によって判断するのではなく、細かい判断基準を構築する必要があると考える。

第2項 中国においての一般的正当防衛の場合

第3章第二節に紹介した辱母殺人事件のように、裁判所の判決は過剰防衛を判断するときに重大な損害の結果を重要視し、保護された法益と損害を受けた法益価値の衡量を過剰防衛に対する判断の核心的根拠としている。しかしながら、行為の視角からすれば、于氏の防衛行為は明らかに必要限度を超えているのであろうか。辱母殺人事件では、侵害者側は道具を使わなかったが、参加者は10人余りに達したが、防衛者側は于氏とその母の二人だけだった。このような人数の差がある中で、于氏は直ちに拘束された状況から抜け出すためには、素手で相手と戦うだけでは成功の可能性はほとんどない。彼は一定の殺傷力を持つ道具を用いてこそ、自分の人数と体力の面での劣勢を相殺することができる。ナイフを持って刺すことは被告人の当時の条件で侵害を排除し、自身の安全を保障するために不可欠な手段であり、必要性の要求に違反していないと考える。行為

²⁶⁷ 高橋・前掲注183) 288頁。

²⁶⁸ 高橋・前掲注183) 289頁。

²⁶⁹ 刑集23巻12号1573頁。

²⁷⁰ 大谷・前掲注86) 161頁。

者が行った防衛手段が必要限度を明らかに超えていない以上、たとえその結果が非常に深刻であっても、過剰防衛を成立させる可能性はないと考える。

上述したように、正当防衛の必要限度は、過剰防衛と区別する重要な法的境界であるが、個別事例の判断の過程では、その限度を正確に把握することは困難である。したがって、「著しく必要な限度を超える」ことと「重大な損害を生じさせた」ことの関係を明らかにした上で、さらに課題となるのは、防衛行為が「著しく必要な限度を超える」ものかどうかを判断する基準である。防衛行為が「著しく必要な限度を超える」行為であるかどうかは、どのような基準で判断されるべきかという問題である。正当防衛の必要限度をどう理解するかについては、中国の刑法理論上、次のような見解が存在する。

(一) 必要説

必要説は、防衛行為が不法侵害を阻止するために必要である限り、防衛行為が強度、結果などの面で不法な侵害による損害を超えても、必要な限度を超えているとはならないという見解である。勞東燕の主張によると、「必要」とは、当該行為がなければ不法侵害を効果的に阻止することができないこと、または不法侵害の継続的な実施を阻止することはできるが、防衛者の身体または財産の安全が不当なリスクに陥る可能性があることを意味し、したがって、防衛行為が不法侵害を阻止するために必要かつ合理的な手段として構成されている限り、「著しく必要な限度を超えている」という結論は得られないはずである²⁷¹。

童偉華、王献英もこの説を主張する。その理論的根拠は以下となる²⁷²。まず、社会一般の人が侵害発生当時の防衛者の立場に立って、その行為が法益保護のために必要な行為である限り、過剰防衛と判断すべきではないであろう。これは、明らかに、被侵害者を十分に理性のある傍観者としてみることができず、思考を変えることによって被侵害者が直面していた境遇に自分自身を置き換えるべきである。そして、法益欠如説によると、不法侵害者が自己決定のもとで人と人との間の相互尊重の義務に違反したため、その法益の要保護性が著しく低下した場合、法律は不法侵害者により多くのリスクを負うことを求める。このとき、防衛行為の強度と不法な侵害の強度が適切であることを要求するのは不法侵害者に不当な保護を提供することであり、むしろ防衛者が直面する危険を急激に増やすことになり、明らかに合理ではない。

王鋼もこの説が妥当だと考える。彼は、正当防衛と自由権利との間の内在的なつながりに基づいて、防衛行為の必要限度を判断する際には、必要説を基準としなければならないと考える。以下がその理由づけである²⁷³。なぜならば、利己の本性から、原初状態の合理的な人は、自分が共通の権利分配規則に基づいて有する自由権利を簡単に放棄することができず、必然的に自分の権利領域に侵入した不法な侵害に対して必要な反撃

²⁷¹ 勞・前掲注90) 1342頁。

²⁷² 童偉華＝王献英「正当防衛限度判断の経路修正と視角度転換」『広西社会科学』2020年第6期106頁。

²⁷³ 王・前掲注24) 1607頁-1609頁。

を求められるからである。この反撃が不法侵害者にどのような損失をもたらしたかについては、利己的理性な人が関心を持つ重点ではない。このような自由権利の不可侵性により、正当防衛の必要な限度は不法な侵害を阻止する客観的必要性のみに依存し、不法侵害者への損害を考慮したり、利益衡量のために制限したりする必要はない。

また、必要説はより立法の目的に合致する。1997年に中国刑法第20条の正当防衛条を改正し、わざわざ第3項の防衛の規定を追加した。立法者の意図は正当防衛の基準を緩和することであり、必要説の観点も立法上のこのような変化を正確に反映しているが、基本適合説と相当説はこのような立法上の変化については反映しておらず、その合理性は疑わしいとする²⁷⁴。

この説について、以下のように批判される。必要説の内容が抽象的すぎて、防衛者の認識要素の影響を受けすぎて、実務の段階で適用が困難である²⁷⁵。魏漢濤、張如もこの見解を否定する。その論理的根拠は以下にある²⁷⁶。まず、必要説は個人の自主性の至高性と絶対性を強調し、被害者には個人の利益を守る絶対的権利があり、自主性論の影響が明らかであると考えられるが、いかなる権利も相対的で限界があり、防衛権も例外ではない。そして、必要説によれば、防衛者が行う行為が不法な侵害を阻止に必要であり、防衛行為によって重大な利益損害が生じても正当防衛であり、軽微な不法な侵害に対して不法侵害者を死亡させることが防衛者の侵害回避の唯一の方法の場合において、必要説によると殺すことができ、その行為の結果が正当化されるが、そのような結論が受け入れがたいことは明らかである。また、結果を完全に捨てる、必要性の判断ができなくなる可能性がある。防衛の必要性の判断は、防衛結果、社会観念、倫理道徳など多くの要素を含んだ価値判断であり、事件によっては防衛結果が諸要素の中で最も顕著に作用し、防衛結果を無視すると、防衛の必要性の結論を合理的に導き出すことができなくなる。

(二) 基本適応説

基本適応説では、防衛行為が必要限度を超えているかどうかを判断するには、防衛行為と不法な侵害行為を方式、強度、結果および法益などの面で比較し、互いに適応しているかどうかを分析する必要があると考えられる²⁷⁷。その理由づけは以下となる²⁷⁸。

まず、必要説や折衷説より、実際の適用の可能性が高いといえる。具体的には、刑法では、正当防衛の限度要件は行為の限度という要求以外に、結果の限度という要求も規制される。行為の限度において、防衛行為は性質、手段、強度、保護の利益及び結果に

²⁷⁴ 王帥『著しく必要な限度を超えた』という規範評価-李明の故意傷害事件を視野に入れる』『法律適用』2019年第18期38頁-39頁。

²⁷⁵ 許海波「新刑法の正当防衛限度の緩和について語る」『政法論叢』1998年第2期40頁-43頁。

²⁷⁶ 魏漢濤＝張如「正当防衛条文の活性化経路の再検討」『中国高校社会科学』2020年第1期99頁-109頁、159頁。

²⁷⁷ 馬・前掲注161) 756頁。

²⁷⁸ 郭沢強『正当防衛制度研究の新視界』(2010)中国社会科学出版社 107頁。

より侵害行為の性質、手段、強度、侵害の法益と起こりうる結果との差が均衡であることを強調しなければならない。結果の限度において、防衛行為による結果が重大であるかどうかを考察しなければならない。これは確かに把握しやすく、一定の適用価値がある。

そして、基本適合説に基づいて行為限度を判断する基準にしても、防衛者にとっても公平であることがいえる。なぜならば、防衛行為の限度を判断した後、防衛結果の妥当性も判断した上で、重大な損害を与えた防衛行為のみが最終的に防衛過剰とされるからである。本来の刑法機能である人権保障と社会保障のバランスを両立させることができるといえるのであろう。

この説に対して、主に以下のように批判される。まず、基本適応説は不法侵害に対する人々の防衛権の能動性をある程度束縛しているため、妥当ではない。すなわち、中国刑法は、緊迫性のある不法侵害に直面した場合、人々が自らの防衛権を積極的に行使することを促すが、基本適応説は、防衛者が発生している緊迫性のある不法な侵害に直面した場合、防衛行為が相手の侵害行為と相当性があるかどうかを慎重に考慮する必要があると述べ、これは明らかに防衛者に対する苛酷な制限であり、正当防衛が緊急権として持つ「正対不正」の性質と矛盾していると考え²⁷⁹。つまり、緊迫性のある不法侵害を直面しているとき、防衛者が反撃する前に、防衛行為と防衛結果の相当性をよく考慮した上で反撃行為を行わなければならない。そのため、そのような要求は一定程度に防衛者に負担を掛けることになり、結果までその反撃する瞬間で考慮しなければならないという要求はやはり防衛者に対して不利益を与えるといえるのであろう。

次に、防衛行為の限度が不法な侵害の強度を超え、かつ、防衛者がこのような防衛手段をとる以外に侵害に反撃する方法がないとき、基本適合説を徹底すると、防衛者は法律上の窮地に立たされることになり、明らかに妥当ではないと考えられる²⁸⁰。

そして、基本適合説には明らかな欠陥があり、この理論は実際の防衛状況と矛盾している。その矛盾の内容は以下となる²⁸¹。すなわち、基本適応説の理論によると、中国の多くの防衛者が防衛に成功した事件は、一部が防衛過剰だと判断することができる。なぜならば、防衛者は防衛に成功するには、多くの場合、侵害者よりも強い武器を使用する必要があり、侵害者に大きな被害を与えなければ防衛に成功しないからである。正当防衛が成立することができる場合も過剰防衛になるので、これは明らかに適切ではないと十分にいえる。

また、基本適合説は、防衛行為に相当性を求めるだけでなく、防衛行為による結果が不法侵害によって発生可能のある侵害結果と大まかに同等であることを求めることによ

²⁷⁹ 李森「正当防衛における限度条件について—王某故意傷害事件を視野に入れる」『刑事法判解』2019年第19巻第01期 第76頁。

²⁸⁰ 李・前掲注279) 第76頁。

²⁸¹ 閻二鵬＝陸傑「司法判断の論理的反省と防衛の匡正—2014—2020年489件の判決書をもとに」『新疆社会科学』2021年第3期 第107頁。

り、防衛行為の相当性判断を間接的に結果の相当性判断に変換し、行為の相当性判断の意味を無くすことになるといえる²⁸²。

(三) 折衷説

折衷説は、必要な限度は原則として不法な侵害を阻止するために必要なものを基準とすべきであると考え、同時に防衛行為と不法な侵害は手段、強度、結果などの面で、あまり大きな差がないことを要求する。陳興良はこの説を主張する。以下が彼の具体的な見解である²⁸³。彼は、正当防衛の必要限度が正当防衛の必要限度の基本原則と正当防衛の必要限度の具体的な基準の統一であると考え。この意味で、中国の刑法における正当防衛の必要限度は客観的必要説と基本適合説を統一にし、総合的に考慮すべきだと考える。正確には、正当防衛の必要限度は、現に行われている不法な侵害を効果的に阻止するために必要な限度である。実務において正当防衛の必要限度をどのように決定するかについては、正当防衛の必要限度の基本原則の指導の下、不法侵害の強度、緩急、正当防衛によって保護される利益などの要素に基づいて、事件全体と結び付けて、正当防衛の必要限度の具体的な基準により問題を正確に解決すべきである。

この説に対して、以下のような批判がある。まず、折衷説は、基本適合説と必要説を結びつけると主張するが、実は基本適合説と本質的な違いはなく、両者のうち、基本適合説こそが防衛の限度を超えるかどうかを判断する決定的な基準であり、最終的な決定的地位を持つため、基本適合説に固有の欠点を取り除くことはできない²⁸⁴。

次に、必要説と基本適合説には根本的な矛盾があり、この2つの学説は統一できない。必要説の着目は不法な侵害を阻止する必要にあり、不法な侵害を効果的に阻止するためには、防衛行為の手段、性質、強度と結果が不法侵害の手段、性質、強度と結果を上回ることができることを主張するが、基本適合説の着目は、防衛行為と侵害行為の双方の手段、性質、強度と結果などの要素を客観的に比較し、不法な侵害を阻止する実際の必要性を重視せずに、両者をほぼ適合させることであるため、このように2つの真っ向から対立する学説はどのように統一されるのが問題である²⁸⁵。

そして、折衷説の理論的枠組みの中で、同一の客観的結果的要素は行為限度内で考察するだけでなく、結果限度内でも同様に考慮しなければならない、このような重複評価の結果は当然に客観的損害結果の影響を不当に増幅させることになり、必要な限度の規範的意味に対する不当な認識が、事実上、防衛限度・司法認定の困難の規範的誘因になっているとさえいえる²⁸⁶。

²⁸² 勞東燕「結果無価値論の実務的透視-過剰防衛を視野に入れた展開」『政治と法律』2015年第1期 第13-24頁。

²⁸³ 陳・前掲注54) 120頁-121頁。

²⁸⁴ 勞・前掲注90) 1325頁-1326頁。

²⁸⁵ 李金明「防衛限度論」『国家検察官学院学報』2003年第11卷第3期11頁。

²⁸⁶ 張寶「防衛限度司法認定の苦境と出口」『法学雑誌』2016年第37巻第10期98頁。

(四) 必要説を基本的原則とした上での社会相当性の例外説

趙秉志、劉志偉がこの説を主張する。以下がその主張する内容である²⁸⁷。正当防衛において、防衛行為が必要な限度を超えているかどうかは社会的相当性と密接に関連する問題である。正当防衛の目的から考えると、必要な限度とは、防衛行為が不法な侵害を阻止し、合法的権利を効果的に保護することを基準とすることはいうまでもない。これは原則であるべきである。しかしながら、例外もある。すなわち、軽微な合法的権利を保護するために防衛行為を行うことは不法侵害者の権利に重大な損害をもたらし、不法な侵害行為を阻止するために必要であるにもかかわらず、社会的相当性、あるいは社会に許容され、理解されてはならないという例外もある。必要な限度を判断するとき、事件の具体的な状況から逸脱することはできない。具体的な事件における双方の行為の性質、手段、強度、人数と強弱、現場に置かれている客観的な環境と状況に基づいて全面的に分析しなければならない。

しかし。この説は、社会相当性という曖昧な概念を用いて必要な限度を判断することから、明らかに妥当ではないと考える。確かに、社会相当性によって、一定の制限を加えることができる。しかしながら、社会相当性という概念自体が疑わしい。明確な定義がないため、社会相当性に対する理解が異なり、その社会相当性に対する判断もその理解とともに変化していくことになる。

(五) 筆者の立場（まとめ）

筆者は基本的に必要説を主張する。防衛行為の必要性を判断する際には、関連する法益の価値を衡量する必要は原則としてないと思う。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。必要か否かについては、一般人を基準に行為時に立って総合的に判断しなければならない。一方、不法な侵害行為の危険性、侵害者の行動計画、そして双方の手段、強度、人員の数と強弱、現場に置かれている客観的な環境と状況などを分析しなければならない。また、防衛行為が保護する法益の性質と防衛行為による侵害の結果を比較し検討する必要がある。すなわち、保護された法益と損害された利益との間には、大きな差があってはならないと思う。

論理的根拠は以下となる。

まず、刑事政策の観点からは、必要説は基本適応説や折衷説よりも合理的であると思う。正当防衛の成立条件を説明する際には、予防の効果を考慮すべきである。必要な限度の問題で、基本適応説や折衷説を取ることは、不法侵害者にお守りを提供したことに等しいと思う。これにより、不法侵害者の法益を保護する任務は防衛者に置かれ、防衛者は不法侵害者に対して防衛行為を行うときに防衛行為による侵害の結果

²⁸⁷ 趙秉志＝劉志偉「正当防衛理論若干争議問題研究」『法律科学』2001年第2期70頁。

まで考慮することが必要となり、防衛者に過大な負担を与えるように見える。このような防衛者に過剰なリスクを負わせる判断基準は、明らかに合理性が欠ける。

そして、必要説を主張することは、完全に防衛者の立場に立ち、侵害者の法益保護を無視することを意味するものではなく、必要の判断は厳格に制限されており、客観的に一般人の視点で行為時に判断しなければならず、事件を全面的に分析して結論を出すことで、防衛者が一方的に防衛権を濫用することは決して許されない。

第3項 中国における防衛行為と結果の関係性についての議論

正当防衛の限度条件、あるいは過剰防衛が成立したかどうかを判断するとき、防衛結果から出発する見解と防衛行為から出発する見解とでは異なる結論が導き出すことができるが、「著しくに必要な限度を超える」と「重大な損害を生じさせる」ことのそれぞれの中身と、それらの間の論理的関係をどのように理解するかが特に重要である。正当防衛の防衛限度が「著しく必要な限度を超えて重大な損害を生じさせる」ことが統一的な要件なのか、それとも独立した要件なのか、この問題に対する見解は、1つの事件に対する正当防衛の成立の可否を判断する考え方の方向性を示すものだけでなく、防衛行為の必要な限度を判断する際に防衛者が結果を考慮すべきかどうかにも関係する。これに対して中国刑法には理論的に2つの異なる見解がある。

(一) 一体説

一体説によると、防衛行為の強度が必要な限度を超えて初めて重大な損害結果を生じさせるが、防衛行為による重大な損害結果は、防衛行為が必要以上の強度を超えていることによるものであり、両者は相補的で不可欠であり、「防衛行為は過剰であるが結果は過剰ではない」、「結果は過剰であるが防衛行為は過剰ではない」という状況はありえない²⁸⁸。彭文華もこの説を主張する。その見解は以下となる。すなわち、防衛行為が必要な限度を超えているかどうかを判断するには、損害結果が不法な侵害を効果的に阻止するために必要かどうか、およびその損害結果が著しいにあってはならない重大な損害であるかどうかを正確に定義することが重要であり、防衛過剰については、著しく必要な限度を超えていれば一般的に重大な損害を生じさせ、これにより、必要限度を超えなければ、必然的に重大な損害を生じさせないこととなり、逆に、重大な損害が発生していない場合は、防衛行為が必要以上に行われていないことになる²⁸⁹。

この説に対する批判が以下となる。司偉攀がこの説を批判する。その主張は以下となる²⁹⁰。立法沿革としては、1979年中国刑法における正当防衛の規定は、当時の立法機関が実際に正当防衛の成立に対して厳しい態度をとっており、国民が不法行為に対す

²⁸⁸ 馬克昌主編・前掲注161) 759頁-760頁。

²⁸⁹ 彭文華「正当防衛限度についての重大な損害の基準」『江漢論壇』2015年第7期140頁。

²⁹⁰ 司偉攀「正当防衛認定に関する問題の探求-最高検『第十二回指導判例』を例に」『法律の適用』2019年第10期63頁。

る戦う意志を抑制していたことを示しており、したがって1997年中国刑法では「著しく必要な限度を超える」「重大な損害を生じさせる」が加わった。そこで、1997年の中国刑法では、「著しく必要な限度を超える」「重大な損害を生じさせる」という要件を加え、過剰防衛をした防衛者に、減刑または免除することを規定した。このように施行された刑法の規定は、正当防衛の認定が厳しすぎた1979年の中国刑法の欠点を修正し、正当防衛の範囲を拡げることになった。そのため、この2つの要件は同一でも下位でもなく、並列と理解すべきである。また、一体説は事実に基づいて、いわゆる「防衛行為が過剰であるが結果が過剰ではない」と「結果が過剰であるが防衛行為が過剰ではない」ということはあり得ないと考えるが、実務ではこれらのような状況は珍しいことではない。例えば、陳某正当防衛事件²⁹¹がある。この事件は防衛者の防衛行為が過剰ではないが重大な損害結果を生じさせた状況である。このような状況においてどのように判断すべきかが問題となる。また、中国刑法第20条第2項は「著しく必要な限度を超えて重大な損害を生じさせる」と規定して初めて防衛過剰となるが、防衛の結果が決定的な基準であるならば、中国刑法が「著しく必要な限度を超える」という規定は余計であり、防衛の行為が重大な損害を生じさせた場合に過剰防衛であると規定すればよいのではないだろう²⁹²。

(二) 二分説

この説によると、正当防衛の限度条件は行為限度と結果限度の2つの要件に分けられ、2つの要件は独立かつ順次評価すべきである。行為限度と結果限度の要件を同時に満たしてこそ、過剰防衛が成立する。過剰防衛の判断では、行為が明らかに著しく必要な限度を超えるかどうかを考察してから、重大な損害結果を生じさせたかどうかを考察しなければならない。つまり、行為過剰の判断は結果過剰判断の前提と基礎である。したがって、防衛手段が著しく必要な限度を超えておらず、重大な損害を生じさせていない場合、防衛過剰は成立しない。防衛行為が必要な限度を著しく超えていないが、重大な損害をもたらした場合、防衛過剰にはならない。防衛行為は著しく必要な限度を超えているが、重大な損害を生じさせていない場合、防衛過剰にはならない。防衛行為が著しく必要な限度を超え、かつ重大な損害をも生じさせた場合、過剰防衛が成立することになる。

郭沢強、胡陸生もこの説を主張する。彼らの主張は以下となる²⁹³。正当防衛の限度の要件は互いに独立した2つの要件から構成される。すなわち、行為限度と結果限度であり、この2つの要件が同時に備えられている場合にのみ防衛過剰の成立が認められる。しかしながら、行為限度と結果限度という2つの要件の間には並列関係ではな

²⁹¹ 「最高人民法院による第十二部指導的案例・検例第45号」(https://www.spp.gov.cn/spp/jczdal/201812/t20181219_402920.shtml、2022年12月8日最終閲覧)。

²⁹² 周光権・前掲注7) 9頁。

²⁹³ 郭沢強＝胡陸生「再論正当防衛の限度条件」『法学』2002年第10期29頁。

く、内在的な論理的優先順位があり、過剰防衛を認定するときに、まず防衛行為を考察し、次に防衛結果を考察しなければならず、行為が著しく必要な限度を超えていると認定した上で、防衛行為が過剰な防衛結果を引き起こしたかどうかをさらに考慮すべきである。

労東燕もこの説を支持する。彼女は以下のように見解を述べた。すなわち、彼女は正当防衛の限度要件には行為限度要件と結果限度要件が含まれており、両者が備えている場合にのみ過剰防衛が成立する可能性があると考え²⁹⁴。また、労東燕は、権利の濫用を禁止する観点から考えると、過剰防衛の判断において、著しく必要な限度を超えるという要件の重みは、重大な損害を生じさせるという要件の重みよりも大きくなければならないと考える²⁹⁵。すなわち、権利の濫用を構成するかどうかは、まず防衛の行為自体が著しく必要な限度を超えているかどうかで示され、次に結果の段階での重大な損害を生じさせるかで示される。

陳家林と汪雪城もこの説を支持し、以下のように見解を述べた²⁹⁶。まず、言語論理と思考論理では、「著しく必要な限度を超えて重大な損害を生じさせる」を「著しく必要な限度を超える」と「重大な損害を生じさせる」に分解することは、一体的な理解方法よりも論理的に有利である。次に、事件発生の実態からみると、著しく必要な限度を超えることと重大な損害を生じさせることは分離できる。そして、立法沿革の観点から、著しく必要な限度を超えることと重大な損害を生じさせることを並べて考えることは立法本来の目的に合致する。また、著しく必要な限度を超えることと重大な損害を生じさせることを並べて考えるには、制度の趣旨に基づく分析が不可欠な根拠となる。不正な犯罪とは対照的に、正当防衛は「正」の性質を持ち、その違法性は欠けか、極めて軽微である。もちろん、正当防衛には行為と結果の2つの側面があることはいまでもありません。したがって、正当防衛の限度の境界を設定する場合、刑法は、行為の限度に加えて、結果の限度についても優先的に評価を与えるべきである。このように、行為の限度と結果の限度という二元的な基準によって、立法において防衛者を二重に優遇することができるので、一般的な正義の観念に反せず、侵害の正当な権利を過度に制限することもなくなる。

儲陳城がこの説を批判し、以下のように見解を述べた²⁹⁷。二分説の二重検証メカニズムは表面的には実質的な結果だけが重要という立場に陥ることを避けることができるように見えるが、このパラダイムが実務において適用性できるかという疑問が残る。つまり、正当防衛の中に結果判断の要件がある限り、純粹に重大な損害の結果を考慮せずに、防衛行為が著しく必要な限度を超えるかどうかを単独で判断するのは、非現

²⁹⁴ 労・前掲注28) 82頁。

²⁹⁵ 労・前掲注90) 1340頁。

²⁹⁶ 陳家林=汪雪城・前掲注3) 212頁-214頁。

²⁹⁷ 儲陳城「過剰防衛判断における『行為限度単独基準』の立証——刑法と刑事訴訟法に基づく交差的論証」『法律科学』2020年第38巻第4期127頁。

実的である。何故ならば、過剰防衛を判断するとき、結果の過剰と行為の過剰について効果的に同一性があり、結果の判断は通常行為の判断よりも容易であるため、結果を判断するときには、結果要件は防衛行為が過剰であるかどうかの判断過程に制御されずに浸透するからである。

確かに、過剰防衛を判断するとき、防衛行為だけを基準することが不可能である。しかしながら、行為限度と結果限度を分けて判断ことが十分に考えられる。結果を判断するときには、結果要件は防衛行為が過剰であるかどうかの判断過程に制御されずに浸透するという見解はすべての事情を把握したうえで、すでに結果が生じた時点での判断である。筆者は前述したように、防衛行為は行為時に判断すべきだと考える。

(三) 筆者の立場 (まとめ)

筆者は二分説を支持し、行為限度と結果限度は分けて評価すべきだと考える。過剰防衛を成立させるためには、著しく必要な限度を超えて重大な損害を生じさせる必要がある²⁹⁸。その中で行為限度の判断は優先的、独立的に判断する地位にある²⁹⁹。防衛行為が著しく必要な限度を超えていなければ、結果が深刻かどうかを考慮する必要はなく、結果が過度であるかどうかの評価も必要としない。防衛行為が著しく必要な限度を超えた場合にのみ、前述した優越的利益説の判断を行い、それに基づいて結果が過度であるかどうかを評価すべきだと考える。主張する根拠づけは以下となる。

まず、論理的に分析すると、一体説では、「防衛行為が著しく必要な限度を超えていれば重大な損害を生じさせることになり、防衛行為が著しく必要な限度を超えていなければ重大な損害を生じさせないことになる」という結論は、著しく必要な限度を超えることと重大な損害を生じさせることが外延的に完全に一致していることを前提とする。しかしながら、殺人行為が必ずしも死亡の結果を招くとは限らず、傷害行為が必ずしも傷害の結果を招くとは限らないように、防衛行為と重大な損害を生じさせることとの関係は、完全に一体的なものではないのである。理論的にも現実的にも、一体説が主張するような、「防衛行為が過剰であるが結果が過剰ではない場合」と「防衛行為が過剰ではないが結果が過剰である場合」があり得るのである。

次に、特に注意しなければならないのは、防衛行為が重大な損害を生じさせるのは、それが著しく必要な限度を超えたからであり、両者は相補的關係であるという一体説の論者の主張である³⁰⁰。実務上、防衛事件は多数あり、死亡や重傷という重大な結果だからこそ、防衛行為が著しく必要な限度を超えたかどうかという判断が必要となる。一体説の最大の欠点は、どうしても結果を出発点にしてしまい、結果から行為に至る思考経路をとることで、行為の限度の判断を補助的、二次的な位置に置いてしまうこ

²⁹⁸ 労・前掲注28) 82頁。

²⁹⁹ 陳璇「正当防衛、安定維持と結果方向づけ—干渉故意傷害事件を契機に法理思考の展開」『法律科学』2018年第3期83頁。

³⁰⁰ 馬克昌主編・前掲注161) 759頁-760頁。

とである。最も重要なことは、防衛者が攻撃を効果的に阻止する手段・方法を原点に据えることである。このような考え方は、結果だけを重視するという泥沼に陥りやすいのである。

そして、正当防衛の規範的保護の目的から、不法な侵害に直面した場合、人々は回避したり、退避したりする必要はない。侵害を排除するために必要不可欠な反撃行為は、いかなる法益侵害行為であっても許されるべきである。そうでなければ、不法な侵害に忍容、譲歩することを人々に求め、「正は不正に対して譲歩する必要はない」という原則に反することになる。この防衛行為が最終的に重大な損害を生じさせたとしても、防衛行為が必要である限り、過剰防衛とならない。二分説では、行為限度と結果限度を分けて評価するというポイントは、行為限度の評価が優先的かつ独立して判断する地位にあることであり、行為の過剰に対する評価は結果の過剰を判断する前提と基礎である³⁰¹。結果限度の評価は、優先的に評価したり、行為限度を無視して直接単独で評価したりする地位を有しない。防衛行為が著しく必要な限度を超えていない限り、結果を評価しない。防衛行為が著しく必要な限度を超えている場合にのみ、結果を判断する必要がある。つまり、優越的法益の判断を行う。二分説を採ってこそ、司法実務において、結果の過剰より行為が過剰であるという結論を導きこと、もしくは、防衛行為に対する評価の必要性を直接無視することという誤った考え方を根本的に改善、確実に防衛者の合法的権利の一般的行使を保護することができる。

よって、筆者は二分説が最も適切な見解であると考えます。

第2節 中国刑法第20条第3項について

日本と違って、中国刑法第20条第3項に、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と規定する。刑法理論上、この条項の解釈と適用には依然として多くの論争がある。整理すると、中国刑法第20条第3項と同条の最初の2つの規定との関係に対する理解は、同項がどのように適用されるかという問題になる。現在、理論的には主に次の2つの異なる見解が存在する

(一) 擬制規定説

擬制規定説によると、中国刑法第3項は過剰防衛に対する例外規定であり、第2項の例外である。すなわち、刑法に規定されている特殊防衛には必要限度がないわけではなく、特殊防衛はもともと過剰であったが過剰とみなす防衛行為ではなく、そもそも防衛限度を超えていない正当防衛行為である³⁰²。陳興良がこの説を主張する。彼はこれを「無過剰の防衛」と呼び、この条項の特殊性は防衛対象の特殊性と防衛結果の特殊性の

³⁰¹ 陳・前掲注299) 84頁。

³⁰² 張明楷「過剰防衛についての判断基準と過剰類型」『法学』2019年第1期8頁。

両方に現れていると考える³⁰³。すなわち、一般的な正当防衛には限度要件があり、限度を超えると防衛過剰となるが、特殊防衛には限度上の要求がなく、不法侵害者に重傷を負わせたり死亡させたりしても防衛過剰とはならない。第3項を無限正当防衛とも呼ぶ。

孔祥参、徐啓明もこの説を支持し、以下のように見解を述べた³⁰⁴。正当防衛制度の目的に基づいて、中国刑法第20条第3項と最初の2種類との関係を整理しなければならない。擬製規定説によると、正当防衛制度の目的は防衛権を制限することにあるため、刑法が防衛権に対して制限的であることを示す条項こそが正当防衛制度の基本条項である。中国刑法第20条第1項と第3項はいずれも「刑事責任を負わない」と規定されているのに対し、第2項は「刑事責任を負うべき」と規定されており、これにより第2項が正当防衛制度の基本条項であると考えられる。すなわち、第2項こそが正当防衛制度の目的に一致する条文であり、正当防衛の基本的条項である。第2項を正当防衛制度の基本条項と位置づけることは、正当防衛制度の核心が限度条件であることを意味し、司法実務が従来から重要視してきたポイントに一致する。基本条項である第2項に対して、第3項は第2項の特別規定であり、特殊な過剰防衛である。

周光権もこの説を主張する。その見解は以下となる³⁰⁵。彼は、中国刑法第20条第2項の防衛限度に関する規定によると、防衛行為の相当性と利益均衡性の両方に違反しなければ過剰防衛にならないが、中国刑法第20条第3項は基本的に防衛の必要性のみを重視し、利益衡量については特に考慮する必要はないと考える。つまり、防衛行為が利益衡量を行わなくても、中国刑法第20条第3項により、防衛行為は相当であれば「著しく必要な限度を超えていない」と認められる。中国刑法第20条第3項は防衛行為が防衛の相当性を有していれば正当防衛となり、第2項に比べて1つの制限条件が欠けているため、中国刑法第20条第3項は注意規定ではなく擬制規定であると考えられる。

(二) 注意規定説

注意規定説によると、中国刑法第20条第3項は注意規定であり、ヒントとなる規定で防衛が過剰ではない場合規定すると考える³⁰⁶。つまり、第3項は第1項、第2項に対する更なる啓示的な解明である。

内容に基づく実質的な考察からみると、中国刑法第20条第3項に規定されている正当防衛は、必要な限度がないわけではなく、必要な限度内の防衛行為であり、第3項に規定されているのも、もともと過剰であったが過剰に擬制された防衛行為ではなく、もともと防衛限度を超えていない正当防衛行為である³⁰⁷。

劉艶紅、程紅もこの見解を支持する。以下のように見解を述べた³⁰⁸。防衛者が重大な

³⁰³ 陳興良『規範刑法学』（中国人民大学出版社、2017）150頁。

³⁰⁴ 孔祥参＝徐啓明「責任阻却事由としての特殊防衛について」『東北大学学报』2020年第22巻第4期92頁。

³⁰⁵ 周光権「持続的侵害と正当防衛の関係について」『法学』2017年第4期4頁。

³⁰⁶ 張・前掲注302）8頁。

³⁰⁷ 張・前掲注302）6頁。

³⁰⁸ 劉艶紅＝程紅「『無限防衛権』の提唱は不当—新刑法第20条第3項の立法意義に付いて」『法商研究』1999年

人身の安全を脅かす暴力犯罪に直面したとき、不法侵害者の侵害行為はすでに防衛者に重傷または死亡をもたらす程度に達しており、あるいはその程度を超えており、防衛者の命は一刻を争うものである。したがって、防衛者が防衛効果を最大限に引き出すために必要な防衛行為は、不法侵害者の人身の安全を嚴重に脅かす暴力行為と強度的に同等でなければならない。そのため、過剰な状況は存在しない。不法な侵害の緩急の程度からみると、第3項の規定の状況は明らかに非常に重大な侵害が切迫していて、防衛者が重大な人身の安全を脅かす暴力犯罪に直面した場合、人間の本能的な反応に基づいて対等な手段を講じて防衛することによって不法侵害を阻止する。

彭文華は実践的効果の衡量に基づいて以下のような見解を述べた³⁰⁹。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を特別性の提示として規定するのは、このタイプの犯罪の法益侵害性が極めて深刻であり、あらゆる手段で防衛を可能にする必要がある。しかし、司法関係者は「人の命がかかっている」という伝統的観念に束縛され、影響を受けているため、生命の安全を脅かす不法な侵害に直面したとき、防衛者が致死的な防衛行為を行うことができるかどうか不安を示しており、防衛致死の場合に対して過剰防衛となることが多いため、現実的に犯罪との闘いに不利な立場になる。したがって、啓示的な規定を設けるという立法は人々の懸念を払拭すると同時に、司法関係者の恣意的な判決を防ぐことができる。

(三) 筆者の立場 (まとめ)

筆者は、中国刑法第20条第3項の規定は注意規定であり、過剰防衛の判断に対する啓示的な規定であり、その本質は正当防衛の範疇であり、その判断は依然として正当防衛の一般的な判断基準に従わなければならない。限度条件の制限を含め、無限防衛権ではないと考える。根拠づけは以下となる。

無限防衛権の自体の概念は、第3項の規定の趣旨と一致しない。すなわち、無限防衛権は、防衛者が防衛行為を実施することによって保護される法益と、損害を受けた不法侵害者の権利との間に差が大きいため、法益均衡性に欠けることになる。第3項の規定の趣旨とは異なる。第3項によると、第3項を適用することに、不法侵害者は人身の安全に重大な危害を及ぼす暴力犯罪を実施することを要求する。したがって、防衛者が防衛行為を実施することによって保護される法益は生命、健康といった重大な人身の法益であることが多い。これに伴い、第3項は防衛者が不法侵害者を死傷させる重大な損害結果を許容する。すなわち、防衛者が損害を与える不法侵害者の権利も生命や健康である可能性があるとする。明らかに、第3項に許される防衛者の防衛行為が実施することによって保護される法益と、損害を受けた不法侵害者の権利との間に相当するものであり、差はさほど大きくないと考える。一方、第3項の規定は防衛行為の限度を無制限に

第4期68頁。

³⁰⁹ 彭文華「無限防衛権の適用—『暴力』に対する教義学的解釈を起点として」『政治と法律』2005年第9期4頁。

要求するものではなく、第3項に規定された防衛行為には限度が必要である。中国刑法典の各条文の間は相互に関連しており、中国刑法第20条の各項の関係から、第2項は過剰防衛であるため、刑事責任を負うことになり、第3項の規定に合致した場合は過剰防衛ではなく、刑事責任を負わないことになり、正当防衛が成立する。

おわりに

以上の検討により本論文全体の結論と課題は、以下の通りである。

1 正当防衛の正当化根拠

優越的利益説の観点はより明確な判断方法と判断基準を提示すると考える。以下のように判断すれば良いと考える。まず、事実上に、危機な状況下でも防衛者に様々な条件要因と結び付けて利益衡量を要求することは不可能であるため、行為者には、その防衛行為がより大きな利益を維持していることを大まかに評価し、可能な限り損害の少ない防衛手段を講じるように要求すればよい。次に利益衡量の過程では比例原則に従わなければならない。防衛者と侵害者両方の地位が過度に大きくてはならず、わずかな利益を守るために重大な法益を損なうことができず、そうでなければ防衛行為にも正当性がない。そして、正当防衛による実際の損害と侵害行為による可能性のある損害とを比較すべきであり、侵害行為によってすでに生じた実際の損害と比較することはできない。なぜなら、防衛の過程で他人が引き起こしたのは具体的急迫な危険であり、多くの場合、実際の侵害結果は生じていないか、または深刻ではないからである。以上のことから、優越的利益説には判断基準が不明確であるという問題もあるが、ほかの解釈手段によって可能な限り適応性のある基準を定めることができ、ほかの理論説に比べて優越的利益説の判断基準は相対的に明確であり、最も実践性と適用性があると考えられる。

2 急迫性に対する判断

前文に述べたように、中国刑法の正当防衛に関する条文の表現に問題があると考えられる。「現に行われている」不法な侵害という表現は現在の侵害が存在を明白にすることによって、正当防衛権の濫用を防ぐことができるが、場合によっては、防衛者側に不利益を与える可能性があり、侵害がすでに開始し、若しくは侵害の結果が発生したときは、防衛行為は手遅れる可能性がある。そして、「現に行われている」不法な侵害という表現の定義が曖昧であるため、裁判官の判断が困難になり、上述した判例の紹介および考察により、裁判官は正当防衛の事件に関する判断が非常に慎重になっている。その理由の一つはこの「現に行われている」不法な侵害という状態の定義が不明確である。元々条文からのそのままに理解すれば、多くの場合は正当防衛にならず、喧嘩闘争になりがちである。しかしながら、正当防衛の成立をきちんと判断しないと、人々は法律が自分の合法的権利を守ろうとしなかったため、法律に対する信頼感が段々と低下し、ますます法律に頼りたくなくなり、問題があったとしても、自力で解決しようとする傾向になる。その結果、逆に社会の安定性や法秩序の安定を壊してしまう可能性もある。したがって、

前文に述べたように、この「現に行われている」不法な状態を緊迫状態として意義し、その始期及び終了の判断基準を構成し、その上に行為時に一般人の立場から、事件の全ての客観的事実をもって正当防衛の成立を判断すべきだと考える。

3 防衛の対象

まず、責任無能力者は原則的に正当防衛の防衛対象とりうるが、防衛を実施するには一定の制限条件を加わる必要があり、すなわち、ほかのより合理的かつ緩和的な方法でその行為を阻止することができれば、過激な手段を使う必要もなく、防衛の限度も一般的な正当防衛より厳しくなければならない。

次に、対物防衛は正当防衛であり、緊急避難ではない。野生動物と比較して、飼い主や管理人がいる動物が人に対する侵害は、本質的にはその飼い主や管理人によるものと考えられる。

そして、防衛行為が第三者にかかわる状況は比較的複雑であるため、状況に応じて判断すべきである。1つ目、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行う場合に、防衛者の反撃行為は、正当防衛行為であると認められなければならない、緊急避難であってはならない。第三者の物を利用する行為と第三者の身体を利用する行為と同等に扱うことはできず、その限度、必要性、相当性を厳格に把握し、第三者に不当な損害を与えないようにしなければならない。2つ目、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、緊急避難である。これは典型的な緊急避難とは、本質的な違いがないと考える。3つ目、不法侵害者に対する防衛行為の結果が第三者に侵害を与えた場合、原則として当該行為は違法性があると考えられ、防衛者の責任については方法の錯誤における具体的符合説を適用して解決すべきである。

4 防衛の限度

一般的正当防衛の場合において、原則的に行為者が行った行為が侵害を阻止するため、必要である限り、法益の価値を衡量する必要はないと考える。必要か否かについては、一般人を基準に行為時に立ってすべての状況を総合的に判断しなければならない。

過剰防衛の場合において、行為限度と結果限度は分けて評価すべきだと考える。過剰防衛を成立させるためには、著しく必要な限度を超えて重大な損害を生じさせる必要がある。その中で行為限度の判断は優先的、独立的に判断する地位にあり、防衛行為が著しく必要な限度を超えていなければ、結果が深刻かどうかを考慮する必要はなく、結果が過度であるかどうかの評価も必要としない。

中国刑法第20条第3項の規定は注意規定であり、過当防衛の判断に対する提示的な規定であり、その本質は正当防衛の範疇であり、その判断は依然として正当防衛の一般的な判断基準に従わなければならない、限度条件の制限を含め、無限防衛権ではないと考える。

5 今後の課題

はじめにでも述べたが、本論文は日中の刑法の理論における正当防衛の正当化根拠、正当防衛を判断するときにも最も重要である急迫性という要件、防衛の対象及び防衛の限度を扱ったものである。それゆえ、自招侵害、喧嘩闘争や防衛意思などの問題について十分な検討を行うことができていない。また、中国刑法第20条第3項の適用要件や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する理解などの問題についての検討も今後の課題として残られているといえよう。

これらの諸課題についても、引き続き真摯に取り込んでいきたいと考える。

参考文献

日本語文献（アイウエオ順）

- 大塚 仁『刑法概説（総論）』（有斐閣、2008）
- 大場茂馬『刑法総論（下）』（中央大学出版、1917年）
- 大谷 實『刑法総論（第5版）』（成文堂、2018）
- 『刑法講義総論（第4版）』（成文堂、2012）
- 奥村正雄「防衛行為と第三者の法益侵害」現代刑事法5巻12号
- 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
- 甲斐克則＝劉建利編訳『中華人民共和国刑法』（成文堂、2011）
- 香川達夫『刑法解釈学の諸問題』（第一法規、1981）
- 川端 博『刑法総論講義』（成文堂、1997）
- 高等裁判所刑事判例集13巻4号
- 刑事判例集3巻9号
- 刑事判例集23巻12号
- 刑事判例集71巻4号
- 刑事裁判月報3巻12号
- 最高裁判所刑事判例集25巻8号
- 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013）
- 曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016）
- 高橋則夫『刑法総論（第3版）』（成文堂、2016）
- 瀧川幸辰『刑法講義（改訂版）』（弘文堂書房、1931）
- 団藤重光『刑法綱要総論（第3版）』（創文社、1990）
- 中野次雄『刑法総論概要』（成文堂、1992）
- 西田典之『日本刑法総論』（弘文堂、2019）
- 橋爪 隆『正当防衛論の基礎』（有斐閣、2007）
- 「侵害の急迫性」『刑法判例百選Ⅰ総論』（第8版）
- 「侵害の急迫性の判断について」『日高義博先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂・2018）。
- 判例タイムズ1114号
- 藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975）
- 前田雅英『刑法総論講義（第5版）』（東京大学出版社、2011）
- 松原芳博『刑法総論（第2版）』（日本評論社、2017）
- 法学セミナー 55（2）2010-02 日本評論社
- 三井 誠・曾根威彦・瀨川晃編著『入門刑事法』（有斐閣、2013）
- 山口 厚『刑法総論（第3版）』（成文堂、2016）

——『新判例からみた刑法』（第3版、有斐閣、2015）

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）

山中敬一『刑法総論（第3版）』（成文堂、2015）

山本輝之「自招侵害に対する正当防衛」上智法学論集27巻2号

中国語文献

陳川「正当防衛の法権根拠」『河南財經政法大学学报』2021年第2期

蔡墩銘『刑法精義』（翰林図書出版株式会社、2005）

陳家林「防衛行為と第三者の法益侵害」『甘肅政法学部学报』2008年第2期

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）

陳山『不法監禁罪研究』（中国社会科学出版社、2009）

陳璇『緊急権一体系構築と基本原理』（北京大学出版社、2021）

—「侵害者の視点での正当防衛論」『法学研究』2015年第3期

—『正当防衛における「誤判定特権」とその境界』『中国法学』2019年第2期

—「正当防衛判断の道德潔癖の克服」『清華法学』2016年10巻第2期

—「正当防衛における危険性分担原則の提唱」『法学評論』2019年第1期

—「正当防衛、安定維持と結果方向づけ—于歡故意傷害事件を契機に法理思考の展開」『法律科学』2018年第3期

陳興良「正当化事由研究」『法商研究』2000年第3期

—『正当防衛論』（中国人民大学出版社、2017）

—「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

—『刑法適用総論』（中国政法大学出版社、1999）

—『規範刑法学』（中国人民大学出版社、2017）

陳子平『刑法総論』（中国人民大学出版社、2009）

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

馮軍「刑法教義学の立場と方法」『中外法学』2014年第1期

高銘暄『刑法学原理（第2巻）』（人民出版社、1993）

—『刑法專論（上篇）』（高等教育出版社、2002）

高銘暄＝馬克昌主編『刑法学』（北京大学出版社、2006）

郭沢強、張芸嬌「正当防衛の第三者効果」『中国刑事法雑誌』2011年第7期268刑集23巻12号

郭沢強＝胡陸生「再論正当防衛の限度条件」『法学』2002年第10期

- 何秉松『刑法教科書』(中国法制出版社、1997)
- 黄丁全「社会相当性理論研究」『刑事法評論』第5卷(中国政法大学出版社、1999)
- 黄荣賢『刑罰の限界』(元照出版株式会社、1999)
- 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。
- 荊佳傑「正当防衛の緊迫性判断について」『刑事法判解』2019年第1期
- 姜偉『正当防衛』(法律出版社、1988)
- 江耀煒「正当防衛の不法な侵害に対する司法認定-客観条件の主観標準」『刑法論叢』2018年第1期
- 孔祥参=徐啓明「責任阻却事由としての特殊防衛について」、『東北大学学報』2020年第4期
- 勞東燕「正当防衛の異化と刑法システムの機能」『法学者』2018年第5期
- 「防衛過剰の認定と結果無価値論の不足」『中外法学』2015年第5期
- 「法益衡量原理の教義学的検討」『中外法学』2016年第2期
- 「結果無価値論の実務的透視-過剰防衛を視野に入れた展開」『政治と法律』2015年第1期
- 梁根林「不法判断の立場、基準と論理を防衛したことがある」『法学』2019年第2期
- 黎宏『刑法学』(法律出版社、2012)
- 『刑法総論問題思考』(中国人民大学出版社、2007)
- 『刑法総論の問題思考(第2版)』(中国人民大学出版社、2007)
- 『刑法学』(法律出版社、2012)
- 李金明「防衛限度論」『国家検察官学院学報』2003年第11卷第3期
- 李森「正当防衛における限度条件について-王某故意伤害事件を視野に入れる」『刑事法判解』2019年第19卷第01期
- 劉明祥「正当防衛と緊急避難の区別の関するいくつかの特別な問題」『法律評論』1998年1号
- 李齊広「第三者の防衛行為の探究と分析について」『政治と法律』2011年第5期
- 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
- 李雪健「正当防衛権の正当化の根拠の反省と再構築」『河南財經政法大学学報』2021年第5期
- 劉艷紅=程紅「『無限防衛権』の提唱は不当-新刑法第20条第3項の立法意義に付いて」『法商研究』1999年第4期
- 林鈺雄『新刑法総則』(中国人民大学出版社、2009)
- 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
- 馬克昌主編『犯罪通論（第3版）』（武漢大学出版社、2005）
- 『刑法学全書』（上海科技文献出版社、1993）
- 馬克昌『近代西洋刑法学説史』（中国人民公安大学出版社、2016）
- 『比較刑法—外国刑法学総論』（武漢大学出版社、2002）
- 馬平川＝趙樹坤「利益衡量の主導的方向性と方法論の特徴」『法律方法』2015年第17卷
- 歐陽本祺「論法確証原則の合理性とその機能」、『環球法律評論』2019年第4期
- 「正当防衛認定基準の苦境と出口」『法商研究』2013年第5期
- 彭衛東『正当防衛論』（武漢大学出版社、2001）
- 彭文華「正当防衛限度についての重大な損害の基準」『江漢論壇』2015年第7期
- 「無限防衛権の適用—『暴力』に対する教義学的解釈を起点として」『政治と法律』2005年第9期
- 「無限防衛権の適用—『暴力』に対する教義学的解釈を起点として」『政治と法律』2005年第9期
- 沙濤『機能主義刑法解釈論』（吉林大学出版社、2021）
- 司偉攀「正当防衛認定に関する問題の探求-最高検『第十二回指導判例』を例に」『法律の適用』2019年第10期
- 田宏傑『刑法における正当化行為』（中国檢察出版社、2004）
- 童偉華＝王獻英「正当防衛限度判断の経路修正と視野角轉換」『広西社会科学』2020年第6期
- 魏超「法確証利益説の否定と法益懸濁説の提唱——正当防衛正当化根拠の再画定」『比較法研究』2018年第3期
- 王鋼「正当防衛の正当性根拠とその限度」『中外法学』2018年第6期
- 「法秩序維持論の反省-正当防衛の正当化についても」『比較法研究』『比較法研究』2018年第6期
- 「法秩序維持説の思議——正当防衛の正当性の根拠を兼ねている」『比較法研究』2018年第6期
- 魏漢濤＝張如「正当防衛条文の活性化経路の再検討」『中国高校社会科学』2020年第1期
- 王劍波『正当防衛の正当化の根拠とその展開』（對外經濟貿易大学出版社、2010）
- 王帥「『著しく必要な限度を超えた』という規範評価-李明の故意傷害事件を視野に入れる」『法律適用』2019年第18期
- 王旭「法の規則有効性理論研究」『比較法研究』2007年第3期
- 夏菲菲＝黃威「正当防衛の主客観の問題研究」『新學術』2007年第2期

- 許海波「新刑法の正当防衛限度の緩和について語る」『政法論叢』1998年第2期
- 許恒達「個人保護原則から正当防衛を再構築する」『台大法学論叢』2016年第1期
- 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
- 『刑事審判参考』(第45集)(2006)法律出版社
- 閻二鵬＝陸傑「司法判断の論理的反省と防衛の匡正—2014—2020年489件の判決書をもとに」『新疆社会科学』2021年第3期
- 尹子文「防衛行為が第三者を傷害した教義学的認定——防衛過失条項を導入しようとする試み」『蘇州大学新聞(法学)』2018年第1期
- 張寶「防衛の緊迫性判断基準の刑法教義学的解釈」『中州学刊』2018年第5期
- 「防衛限度司法認定の苦境と出口」『法学雑誌』2016年第37巻第10期
- 趙秉志＝劉志偉「正当防衛理論若干争議問題研究」『法律科学』2001年第2期
- 儲陳城「過剰防衛判断における『行為限度単独基準』の立証——刑法と刑事訴訟法に基づく交差的論証」『法律科学』2020年第38巻第4期
- 周光權「正当防衛の司法異化と是正構想」『法学評論』2017年第5期
- 『刑法総論(第三版)』(中国人民大学出版社、2007)
- 「正当防衛成立条件の『状況』に対する判断」『法学』2006年第12期
- 「持続的侵害と正当防衛の関係について」『法学』2017年第4期
- 鄒建兵「正当防衛における『明らかに必要限度を超える』法教義学研究」『法学』2018年第1期
- 張明楷『刑法学』(法律出版社、2021)
- 「正当防衛の原理とその運用——二元論に対する批判的考察」『環球法律評論』2018年第2期
- 『外国刑法綱要』(法律出版社、2020)
- 「正当防衛の原理とその運用——二元論に対する批判的考察」『環球法律評論』2018年第2期
- 「過剰防衛についての判断基準と過剰類型」『法学』2019年第1期
- 張友漁主編『中国百科大全・法学』(中国百科大全出版社、1984)