

早稲田大学審査学位論文（博士）

正当防衛の限界

— 日中比較法を中心に —

早稲田大学大学院法学研究科

周芊妤

目次

序論.....	4
第1節 問題の所在	4
1 理論の現状	4
2 実務の現状	5
第2節 本稿のアプローチ	6
1 一つ目の分析軸：正当防衛本質論の再検討.....	6
2 二つ目の分析軸：正当防衛要件論の比較検討.....	7
第1章 正当防衛の基本原則.....	10
第1節 正当防衛の正当化原理と犯罪論体系論.....	10
1 実質的な犯罪性の欠如説.....	11
2 法益欠如説	15
3 優越的利益説.....	19
4 権利行為性説.....	24
5 私見	27
第2節 国家的及び社会的法益のための正当防衛.....	29
1 学説の議論状況	30
2 日中の判例比較	34
3 理論検討——個人的法益への還元.....	38
第3節 共犯と正当防衛の成立	41
1 問題の提起	41
2 中国の議論状況	43
3 理論検討——共犯の因果性というメルクマール	46
第4節 小括	49
第2章 挑発防衛をめぐる防衛行為の限界.....	52
第1節 闘争状況における挑発防衛.....	52
1 闘争状況に関する日本の議論	52
2 闘争状況に関する中国の議論	53
3 比較分析.....	53
第2節 日本における学説・判例動向.....	54
1 日本における学説の議論状況	54
2 日本における判例の検討.....	58

第3節 中国における学説・判例動向	61
1 中国における学説の議論状況	61
2 中国における判例の検討	63
第4節 小括	66
第3章 急迫性要件の意義	67
第1節 急迫性と時間条件	68
1 日本にいう「急迫不正の侵害」	68
2 中国にいう「現に行われている行為」	69
3 比較分析	70
第2節 日本における学説・判例	71
1 日本における学説の議論状況	71
2 日本における判例の検討	74
第3節 中国における学説・判例	78
1 中国における学説の議論状況	78
2 中国における判例の検討	80
第4節 小括	86
第4章 相当性要件の意義	88
第1節 相当性と限度要件	88
1 日本にいう「やむをえずにした行為」	88
2 中国にいう「必要な限度を超えて、重大な損害を生じさせない行為」	88
3 比較分析	89
第2節 日本における学説・判例検討	89
1 日本における学説の議論状況	89
2 日本における判例の検討	92
第3節 中国における学説・判例	100
1 中国における学説の議論状況	100
2 中国における判例の検討	101
第4節 小括	106
第5節 特別規定における相当性要件：日本の盗犯等防止法と中国の特殊正当防衛	106
1 特殊規定の立法の経緯	107
2 学説の議論状況	115
3 判例の比較検討	119

4 小括	125
第6節 2020年中国の正当防衛に関する司法解釈(補遺)	125
第5章 結論	131
第1節 一つ目の分析軸：本質論による正当防衛の限界の帰結	131
第2節 二つ目の分析軸：要件論による正当防衛の限界の帰結	135
既に発表の論文などの業績	139
参考文献一覧	140

序論

第1節 問題の所在

1 理論の現状

私人救済とは、従来、衝突を解決するための一つ的手段として、存在しているものであり、私人自身が、個人の利益を守ることによって、正義を実現するものであるともいえるが、国家や組織などが形成されるに従い、司法・裁判を手段となっている公的救済が私人救済の代わりに社会秩序を維持する、ということが一般化されてきた。しかし、緊急事態において、警察官等の公的機関による保護は時間的余裕のない場面も少なくないことに鑑みれば、私人救済は例外的に許されることになる。こうして、正当防衛制度は私人救済の一種であり、重要な正当化事由として諸法域において規定されている。

この正当防衛の限界は何か、という問題が、本稿の出発点である。この問題を解決するために、正当防衛の正当化根拠は何か、これに対していかなる理由によって正当防衛を制限・否定するのか、という問題を検討しなければならない。

日本において、従来、問題とされてきたのは、正当防衛が制限される場合があることを自明の前提とした上での制限の基準と限界である。このような制限の基準と限界を明らかにする前提として正当防衛の正当化根拠が論じられてきた。例えば、曾根威彦『刑法における正当化の理論』（成文堂・1980）、山中敬一『正当防衛の限界』（成文堂・1985）、斎藤誠二『正当防衛権の根拠と展開』（多賀出版・1991）、川端博『正当防衛権の再生』（成文堂・1998）などの著書を挙げることができ、これらの考察は、正当防衛の正当化原理との関係から、正当防衛の制限の根拠を明らかにし、正当防衛の成立範囲を合理的に画することによって、実務の過剰な抑制を改めようとする思考がみられる。また、近年の研究として、橋爪隆『正当防衛論の基礎』（有斐閣・2007）、照明博章『正当防衛権の構造』（成文堂・2013）、坂下陽輔「正当防衛権の制限に対する批判的考察（一）～（五）」法学論叢 177 巻 4-6 号、178 巻 3 号、5 号、山本和輝『正当防衛の基礎理論』（成文堂・2020）などを挙げることができる。近年の研究の特徴として、正当防衛の根拠論と基礎理論に関する検討をさらに深化させる一方で、闘争状況における正当防衛をめぐる議論に焦点を当て、闘争状況をめぐる事例に示されている正当防衛の判断枠組みを、正当防衛の正当化根拠論との関係で検証する点を挙げることができ、さらに、そうした例として、山口厚「正当防衛論の新展開」法曹時報 61 巻 2 号、橋爪隆「不正の侵害に先行する事情と正当防衛の限界--急迫性概念の検討を中心として」現代刑事法：その理論と実務 2、照沼亮介「侵害に先行する事情と正当防衛の限界」筑波ロー・ジャーナル 9 号などの文献を挙げるこ

ができる。

他方、中国においては、従来、正当防衛に関する議論は、正当防衛の成立要件の枠組み、特に正当防衛の急迫性と相当性を中心とする点に特徴がある。その例として、例えば、王政勳『正当行為論』（法律出版社・2000）、彭衛東『正当防衛論』（武漢大学出版社・2001）、陳興良『正当防衛論』（中国人民大学出版社・2017）などの研究を挙げることができる。また、近年は、正当防衛に関する事件が社会問題としても注目されたことに伴い、正当防衛の根拠論に関する研究も盛んになっている。その例として、勞東燕「過剰防衛の認定と結果無価値の欠点」中外法学 2015 年第 5 期、張明楷「正当防衛の原理及びその運用——二元論に対する批判的考察」環球法律評論 2018 年第 2 期、王鋼「正当防衛の正当性及びその限度」中外法学 2018 年第 6 期、梁根林「過剰防衛における不法判断の立場、標準と論理」法学 2019 年第 2 期、歐陽本祺「法確証原則の合理性及びその機能」環球法律評論 2019 年第 4 期、陳璇『正当防衛：理念、学説と制度の適用』（中国検察出版社・2020）などがある。

本稿では、以上のような先行研究を踏まえ、正当防衛制度の限界を明らかにするために、最近の両国の議論において提起された論点に注目しながら、本質論と要件論の両方から考察する。

2 実務の現状

周知の通り、近年、日本では、正当防衛に関する事件において、最高裁平成 20 年決定、最高裁平成 29 年決定などが注目され、自招侵害、喧嘩闘争に関する理論的な検討を喚起した。これに対して、中国においては、2016 年于歡事件、2018 年于海明事件など、いくつか正当防衛に関する事件が発生したことをきっかけに、民衆の正義感が高揚し、中国刑法 20 条 3 項の「特殊正当防衛」によって、被告人を無罪とすべきである世論が非常に高いという状況で、正当防衛の限界について、激しく議論された。このような日中両国の実務や社会の動向には違いがあるものの、両国の最近の議論において提起された論点に注目しながら、正当防衛の正当化根拠及び各成立要件を理論的見地からあらためて検討することには価値があると思われる。

また、中国には、「現に行われている暴行、殺人、強盗、強姦、身代金略取その他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正の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」という「特殊正当防衛」の規定（中国刑法第 20 条 3 項）がある。この規定は、防衛の限度（つまり、不正の侵害者を死亡させたとしても、正当防衛の成立が認められるということ）

からすると、それは、日本盗犯等の防止及び処分に関する法律第1条の「ノ各号ノ場合ニ於テ自己又ハ他人ノ生命、身体又ハ貞操ニ対スル現在ノ危険ヲ排除スル為犯人ヲ殺傷シタルトキハ刑法第三十六条第一項ノ防衛行為アリタルモノトス」という規定と、極めて類似性が高いように思われる。それゆえ、要件論においても、正当防衛の限界を検討する際に、日中比較法の視点から、特殊規定における正当防衛の限度を考察することが有益であろう。

第2節 本稿のアプローチ

1 一つ目の分析軸：正当防衛本質論の再検討

正当防衛の限界を明らかにする前提として、正当防衛制度がなぜ犯罪の成立を否定する性格を持つのかということ、及びそのような性格を持った正当防衛が成立するにはどのような要件が必要であるか、という問題を解決しなければならない。

この問題を解決するためには、正当防衛の正当化原理、つまり、正当防衛の本質論を検討する必要がある。それは正当防衛論の基礎であるから、本稿では正当防衛の限界に関する一つ目の分析軸（第1章、第2章）として位置付ける。詳しくは、一つ目の分析軸は、各事案において正当防衛の具体的な要件論の検討に入る前に、正当防衛の本質という視点に即して、正当防衛と正当防衛に当たらないものの境を明らかにするための議論である。

ところが、異なる国と地域によって、正当防衛の具体的な規定ぶりに相違があるのは当然のことではある。しかし、たとえ異なる国と地域だとしても、正当防衛の性格そのものについては類似の議論がなされていることから、それぞれの法域における正当防衛制度の本質を比較分析することによって、正当防衛制度の共通した一般原理を解明することができる。しかも、正当防衛の本質論を検討することによって、そこから具体的にどのような要件が導出されるべきであると考えられるかについて分析することができる。その意味で、後述する、日中両国の正当防衛の要件論による制限である二つ目の分析軸の説明に対しても、有益なものであるように思われる。

従って、本稿では、一つ目の分析軸として、正当防衛の本質論を、日中比較法の視点から検討する。まず、日中両国における学説を整理・分析する。その上で、正当防衛の違法阻却原理に関する本稿の基本的な立場を示す。

日中の犯罪論体系の理論構造は、大きな相違があるものの、学説の整理に際しては、異なる犯罪論体系における正当防衛の共通性、つまり、客観的行為（客観面）としての正当防衛の性格を取り上げ、日中両国の学説の類似性を整理するのが重要であると思われる。

また、正当防衛制度の適用範囲はあらゆる法益を包含するののかについても合わせて検討する必要がある。私人による救済である正当防衛がどの範囲で認められるのかについて、どのような利益・法益を守るために正当防衛制度はあるべきかといった問題は、正当防衛の本質論を検討するための重要な一環である。そこで、歴史的考察及び学説の整理・分析によって、私人による救済としての正当防衛制度と国家実力独占原則との関係を明らかにした上で、正当防衛制度の適用できる法益の内容・範囲を解明したいと考える。

さらに、不正の侵害が複数人に行われる場合、つまり、不正の侵害者が共犯である場合には、すべての共犯者に対して防衛行為に出ることが認められるのか、という問題についても要件論に入る前の総論に関係する問題として検討する必要がある。不正の侵害者である実行犯の共犯に対して正当防衛（又は過剰防衛）が成立するかどうかという判断は急迫性要件と相当性要件を具体的事実関係で検討するに先立ち、共犯の因果性を重点として、防衛行為に出るのが認められる範囲を決すべき問題である。

さらに、正当防衛の一部の事例において、そもそも正当防衛の正当化原理から否定されるものがある。その典型例として、挑発防衛がある。この問題についても、日中両国の学説・判例の比較分析を通じて、事例群の整理や解決指針を示すこととする。

2 二つ目の分析軸：正当防衛要件論の比較検討

上記した一つ目の分析軸によって、正当防衛の正当化原理、私人によって救済できる法益の内容・範囲、共犯と正当防衛、挑発防衛を検討し、正当防衛に明らかに当たらない事例の範囲を判断する道筋を描くことができるが、具体的な事例の多くにおいて、正当防衛の成立を肯定できるかどうかについて、正当防衛の急迫性要件と相当性要件によって判断される必要がある。例えば、ある法益が私人によって救済できる法益であるとしても、また、防衛行為の対象にできる共犯であることを確定できても、さらに具体的事実に従い、急迫性と相当性を充たすかどうかによって判断しなければならない。そこで、本稿では正当防衛成立のより具体的な判断基準として機能している急迫性（第3章）と相当性（第4章）の判断を二つ目の分析軸として位置付ける。

ここでは、日中の判例・学説がそれぞれの要件の下で具体的に検討している状況、防衛行為に関する検討課題を取り上げ、要件として具体化された正当防衛の正当化原理のさらなる分析を具体的事案に即して行う。とくに、急迫性要件については、侵害を予期した場合の急迫性の判断に焦点を当て、相当性要件については、正当防衛と過剰防衛の限界を解明することを期している。その中で、相当性の判断基準を、学説・判例の比較分析によって解明するほか、正当防衛の特別規定である日本の盗犯等防止法と中国の特殊正当防

衛規定を検討対象とする。正当防衛の要件立ての二つ目の分析軸は、要件論の下での正当防衛の限界に対する具体的検討であり、そこでは、日中の正当防衛の要件の立ての相違点と共通点を把握した上で、両国の判例理論の整理・比較分析が重要であると思われる。

なお、参照した判例に関する補記事項として、中国では、1997年現行刑法が施行されて以来、2013年までの間に、裁判の文書が公表されないという状況であり（2013年に、裁判の文書が原則としてインターネットで公表するべきであるという規定が設けられた）、それに加え、将来司法実務に影響する効果があるものは、最高人民法院と検察院による指導判例・典型的な判例のみであるという事情がある。したがって、日中における判例を比較分析することにあたっては、代表事例を対象とする。

以上のように、本稿では、正当防衛の本質論（一つ目の分析軸）と日中の各規定の下での具体化された要件論（二つ目の分析軸）を総合的に検討することによって、正当防衛の限界を全体的に明確にしようとするものである。

第1章 正当防衛の基本原則

第1節 正当防衛の正当化原理と犯罪論体系論

異なる国と地域において、その犯罪論体系は必ずしも同じではないし、正当防衛制度については、犯罪論における体系的地位も同様ではないということから、正当防衛の正当化原理を論じる際に、犯罪論のどの段階、あるいは刑法理論のどの箇所かで正当防衛の正当化原理が論じられるかということについては、各国間で相違があるのが当然のことであろう。日本においては、正当防衛制度は、違法阻却事由の一つであり、正当防衛の正当化原理は、防衛行為がどのような理由によって違法性を阻却するのかという問題の解決に位置付けられている。これに対して、中国においては、従来の犯罪論体系は、日本の「構成要件該当性→違法性→責任」のような段階的な構造ではなく、「客体+客観面+主体+主観面」という四つの要素からなっており、さらに、それらの要素は、パラレルな構造をとっている。従って、正当防衛制度はこの四つの要件の裏面の存在として位置付けられることから、正当防衛の正当化原理は、正当防衛がなぜ犯罪として認められないかということの説明にあると考えられている¹。

ところが、近年、中国において、従来の四つの要件の犯罪論を「不法→責任」という構造へ修正した上で、日本の学説と同様に正当防衛を「不法」の段階で検討する見解が有力化してきた²。これに関する一般的な発想は、犯罪論における体系的な地位は、正当防衛の具体的な当てはめに影響することになる（日本のような三段階の犯罪論によると、正当防衛行為は構成要件には該当すると考えられるのに対して、中国のような四つの要件によって構成される犯罪論によると、正当防衛行為自体は犯罪論の体系に位置付けられない）から、犯罪論を修正しなければならないというものである。

しかし、犯罪論体系は、正当防衛の正当化原理に対して影響がないと思われる。なぜなら、正当防衛の正当化原理自体は、犯罪の成否を段階的に判断する思考枠組みである犯罪論体系の構成に直接関係するものではないからである。もっとも、正当防衛制度の基本原則に対する思考になじむ犯罪論体系は「不法→責任」という犯罪論の構造を調整したほう

¹ 中国現行刑法第19条までの法条は順次に概ね「刑法の任務、基本原則、適用範囲、犯罪の定義、故意、過失、責任能力」と規定されている。正当防衛の規定は第20条であり、その後の第21条は緊急避難であるから、正当防衛と緊急避難が従来犯罪とならない事由として解されるのは一般的である。

² その見解の代表として、陳興良『教義刑法学』（中国人民大学出版社・2010）355頁以下、張明楷『刑法学（第六版）』（法律出版社・2021）197頁以下、周光權『刑法総論（第三版）』（中国人民大学出版社・2016）198頁以下等がある。

が良い、という説明であれば妥当であると思われる。

なお、上記のような説明を取らずに、伝統的な犯罪論体系に依拠する見解においても、正当防衛が成立する場合は犯罪とならないことを説明するために法益衡量的方法を採用する学説がある³。中国の伝統的な考え方において、正当防衛は犯罪ではないという実質的な理由に関する説明として、法益衡量的視点を取り入れる試みである。

従って、本節では、日中刑法における犯罪論体系の相違については立ち入ることなく、正当防衛の正当化原理に関する内容を整理しながら、検討を加えるという形で、議論を進めることにしたい。

1 実質的な犯罪性の欠如説

1) 社会的危害性の欠如説

まず、中国の議論に目を向ける。中国刑法によれば、犯罪となる行為は社会的危害性がなければならない。社会的危害性とは、行為が刑法に保護されている社会関係を損害する、あるいはそういう恐れがあるという特徴を示すものである⁴。中国現行刑法第 13 条は、「国家の主権及び領土の保全と安全に危害を与え、国家を分裂させ、人民主義独裁の政権を転覆し、社会主義制度を覆し、社会秩序と経済秩序を破壊し、国有財産または勤労大衆による集団所有の財産を侵害し、公民による私的所有の財産を侵害し、公民の人身の権利、民主的権利及びその他の権利を侵害し、さらにそのほか社会に危害を与える行為で、法律に従い刑罰による制裁を受けなければならないものは、すべて犯罪である。ただし、情状が著しく軽く危害の大きくないものは、犯罪と認めない。」と規定している。この 13 条から、犯罪概念の構成要素とされるのは、①の社会的危害行為、②の「法律に従」わない行為、すなわち刑法の規定に違反する行為、③の「刑罰による制裁を受け」る行為の三つである⁵。この三つの構成要素は、犯罪の三つの特徴と呼ばれており、社会的危害性は、その中の一つである。学説上、社会的危害行為性を排除するものとしては、正当防衛と緊急避難が想定されるのが一般的である。つまり、正当防衛と緊急避難は、社会的危害性がないものであるから、犯罪とならないと考えられている。

例えば、高銘暄によれば、正当防衛の正当化根拠は二つのアプローチから考えなければならないとされている。高銘暄は、まず、「階級的な分析方法からみて、階級統治と社会秩序の安定を固めるため、常に統治階級の利益及び統治の秩序を嚴重に危害する行為が

³ 黎宏『刑法学総論（第二版）』（法律出版社・2016）128 頁。

⁴ 高銘暄＝馬克昌編『刑法総論（第六版）』（高等教育出版社・2014）44 頁。

⁵ 小口彦太＝田中信行『現代中国法（第 2 版）』（成文堂・2012）114 頁。

犯罪として定められる。従って、社会的危害性は犯罪の本質といえる」ことを認め、「正当防衛は公共利益、本人又は他人の適法の利益を守るために不正の侵害者を反撃する行為であるから、社会的危害性がない」⁶として、正当防衛は犯罪ではないと述べている。続いて、高は、法的性格から見ると、「正当防衛と犯罪行為の両者とも加害性（結果を惹起した効果を指す）があり、外観上の類似性を持っている。ただし、よく鑑みれば、両者は根本的な区別がある。それは前者は社会に有益を与える行為であるのに対して、後者は社会に危害を加える行為であるからである。〔中略〕主観面で行為者は社会を危害するという犯罪故意又は過失がない一方で、客観面で正当防衛は犯罪行為と戦うものであり、社会を危害する行為ではなく、社会的危害性がない」⁷と説いている。このような見解の要点は、正当防衛は形式上は犯罪の客観要件を満たすと見られるが、実質上、社会的危害性を欠くから犯罪と認められない、ということにある⁸。

確かに、中国刑法第 13 条の法文の内容からすると、社会的危害性は、犯罪の本質的特徴といえる。それは、第 13 条以後の犯罪構成を分析する際に、必ず守らなければならないテーゼである。

しかし、単に社会的危害性がないため犯罪とならないと述べるだけでは、正当防衛の正当化原理を説明したことにはならないと思われる。具体的に見てみると、このような見解のロジックは、「正当防衛が処罰されないのはそれが犯罪ではないからであり、正当防衛が犯罪と認められないのは社会的危害性がないからである」ということである。それゆえ、仮に、なぜ正当防衛は社会的危害性がないのか、とさらに問いかけるならば、その答えは、結局、「犯罪ではないからである」ということになる。これは、犯罪構成の本質と、社会的危害性を含む犯罪の特徴を、混同してしまった結果である。犯罪が社会的危害性を持つ行為を指すということは、行為の属性に対する説明であって、これは、立法者が行為に与えた属性である。しかし、行為が有する社会に対する具体的危害とは、行為が、ある社会的状態を変化させるという客観的事実を指すものであり、これは、更なる客観的検証を要するものである⁹。つまり、ある行為が犯罪に当たるかどうかは、犯罪論の各要件あるいは体系において、実質的な判断を要するものなのである。その行為が犯罪として認定されると、形式上犯罪の特徴を充たすことになる。つまり、中国刑法第 13 条にいう犯罪の

⁶ 高銘暄『刑法專論（第 2 版）』（高等教育出版社・2006）414 頁。

⁷ 高銘暄・前掲注（6）415 頁。

⁸ 同趣旨のものとして、馮軍＝肖中華『刑法總論』（中国人民大学出版社・2011）258 頁、賈宇『刑法学』（中国政法大学出版社・2009）125-126 頁、蘇惠漁『刑法学（第四版）』（中国政法大学出版社・2009）124 頁などがある。

⁹ 林亜剛『刑法学教義（総論）（第二版）』（北京大学出版社・2017）59 頁。

特徴は、単に、犯罪概念に関する一般的な記述に過ぎない。その後の条文に犯罪の具体的内容が規定されている以上、犯罪にあたるかという実質判断を、中国刑法第 13 条に示されている犯罪の特徴一般にすべて任せてしまうのはおかしいであろう。

むしろ、正当防衛の正当化原理を検討するにあたっての思考のロジックは、以下のように考えるのが正しい。すなわち、正当防衛は一定の理由により実質的に社会的危害行為ではないと評価され¹⁰、従って、正当防衛は犯罪とは認められない。ただ、それだけでは何も論じたことにならないから、結局、問題の中核となるのは、ここでいう「一定の理由」とは何か、あるいは、なぜ正当防衛が実質的に社会的危害行為ということはできないのか、という問題である。

その意味で、中国でも、日本と同様に、まず客観的行為から正当防衛の基本原理を検討するのが適切と思われる。また、前述した、「正当防衛は犯罪にならないことを説明するため、法益衡量の方法を採る」という黎宏の見解も、ある程度筆者の思考のロジックに近いのではないかとと思われる。ただ、結局、黎宏は、「正当防衛は実際に犯罪の社会的危害性がないから、犯罪と認めない」¹¹と述べており、社会的危害性と犯罪成立の関係について、前述のような混同をしてしまっている。

なお、王政勳は、「正当防衛の本質は多元であり、犯罪と認めない理由も多様であるので、多方面から正当防衛の理論基礎を探究しなければならない」¹²として、哲学、法律、及び正義などの角度から、正当防衛は社会的危害性がないと説明している。王政勳によれば、まず、哲学上の根拠として、権利と権力の対置の下で、権力が事実上権利を守らない場合、自力救済によって権利を守ることが許されるべきである。次に、法律上の根拠として、正当防衛は刑罰ではないが、刑罰のような応報と予防の機能を持つものである。ここで、応報の機能とは、正当防衛の状況で、不正の侵害者は悪行を行い、他人の利益を害したから、彼の利益が害されるのは当然のことである、ということを示している。従って、応報により利益が害されるべきであるのは、不正の侵害者本人しかいない。また、予防の機能とは、正当防衛は不正の侵害者ないし社会一般人を威嚇する効果がある、ということを示している。しかも、正当防衛を行うことによって、公民が、すべての不正の侵害に対して立ち向かうことを奨励する効果がある。それを通じて、法益保護を有効に実現できる。

¹⁰ 本文は中国刑法第 13 条にいう犯罪の特徴だけで正当防衛の正当化原理を説明することに反対する一方で、13 条における「社会に危害を与える行為」という記述は正当防衛の正当化原理を考える際の一指標と捉える。

¹¹ 黎宏・前掲注 (3) 126 頁。

¹² 王政勳「正当防衛の本質」法律と科学第 6 期 (2000) 98 頁。

最後に、正義の根拠として、正義は法律の最終的に実現すべき価値であり、事後的救済は正義を実現できない場合、個人の自力の救済が許されるということが挙げられる。正当防衛は、そのような場合に、正義を有効に実現するものである¹³、と。

王政勲の見解に対しては、権利と権力の対置という発想が、正当防衛制度の形成の経緯を説明することについては、賛成できる。また、正義の根拠も、実際にどのような場面が正当防衛状況にあたるかということを検討するにあたり有益であると思われる。しかし、正当防衛が、刑罰のような応報と予防機能を持つかについては、疑問がある。そもそも、現代社会の形成により、私人対私人の復讐ないし応報ということは、認められなくなり、もっぱら国家が、刑罰などによって事後的な公的救済を図ることになったのは周知のことである。一方で、正当防衛制度は、事前（直前）の権利救済が公的に不可能な場合の代替措置であって、そもそも応報的な思考を含んでいないと切り分けるべきである。なぜなら、応報の機能を認めると、私闘を助長する恐れがないわけではないからである。また、刑罰については、威嚇効果が疑問視されている。そもそも事後の公的措置である刑罰制度と事前（緊急時）の権利救済のための制度である。正当防衛制度は性質が異なるというべきである。

2)形式的根拠と実質的根拠の結合説

形式的根拠と実質的根拠の結合説とは、形式上と実質上の両方から、正当防衛は犯罪にあたらぬ理由を考察する見解である。例えば、彭衛東は、「正当防衛が刑事責任を負わない形式的根拠は、刑法の規定があるからである。正当防衛には犯罪の本質的特徴と法的特徴がない。犯罪の本質的特徴は社会的危害性である。正当防衛は不正の侵害者の利益を損害したものの、不法行為を抑止し、個人または社会及び国家を守る手段であるから、社会危害性がないものである。……犯罪の法的特徴は刑事違法性である。正当防衛は刑法規定による適法な行為であるから、犯罪ではない。」と述べている。そして、さらに、「正当防衛が刑事責任を負わない実質的根拠は、国家が秩序を維持するのに正当防衛制度を要するということである。国家の利益、公共の利益を侵害する行為は常に起こる恐れがあるが、国家刑罰権は始終それらの利益を保護できるといえないということから、公民に正当防衛権を託す。そういう防衛権の行使によって、正常の秩序を維持する要求を満たすことが実現されうる。」¹⁴と主張している。

この見解は、形式と実質の両面から正当防衛の本質を説明しようとするものであるが、

¹³ 王政勲『正当行為論』（法律出版社・2000）109-116頁。

¹⁴ 彭衛東『正当防衛論』（武漢大学出版社・2001）12-15頁。

いずれにしても、正当防衛の正当化原理をはっきり説明できるわけではない。まず、形式的根拠については、すでに述べたように、単に社会的危害性のみで正当化原理を説明するのはそもそも不十分であり、刑事違法性によってそれを補充するのは、さらに問題がある。おそらく彭がここで正当防衛が刑事違法性を満たさないと述べている趣旨は、中国刑法第13条にいう犯罪が「②法律に従わない（つまり、刑事違法性）、及び③刑罰による制裁を受ける（つまり、可罰性）」特徴を説明しようとしたものであり、社会的危害性を加えて、正当防衛が、第13条に示されている犯罪の特徴について、すべてあたらない、と述べようとしているものと推測する。しかし、前述した説明と同じように、犯罪が刑事違法性と可罰性を持つ行為を指すということは、行為の属性に対する説明であって、これは、立法者が行為に与えた属性である。社会的危害性、刑事違法性と可罰性という三つの犯罪の特徴は犯罪の実質判断と関係ない。刑事違法性と可罰性がないから犯罪にあたらないというわけではなく、むしろ犯罪ではないから、刑法で規定されていないのであり、不可罰になる。したがって、社会的危害性に加えて、刑事違法性と可罰性がないという犯罪の特徴による説明をしたとしても、正当防衛の正当化原理を説明できない。

また、この見解にいう実質的根拠に対しても疑問がある。国家が正当防衛権を公民に委ねるのはもっぱら国家の利益と公共の利益を保護する目的にある、という点は、正当防衛制度の趣旨自体と背離してしまうことになると思われる。国家的利益・公共的利益のための正当防衛が許されるかどうか（本章第3節参照）という問題はあるものの、正当防衛は、そもそも、例外的状況の下での自力（又は第三者）救済であり、私人の領域がその主たる場面といえるから、国家の利益と公共の利益を守るということのみによって、正当防衛が実質上犯罪と認められないことは説明できない。もっとも、彭の述べている正当防衛の実質的根拠には、国家が秩序を維持できるという説明において、法秩序の保護、つまり法確証の原理について検討しているのだ、と見ることもできる¹⁵。しかし、仮にそうだとしても、形式的根拠によって正当防衛の正当化原理を説明できない以上、実質的根拠、すなわち、法秩序の保護のみで正当防衛の本質を説明できるか、という疑問は依然として残る。

2 法益欠如説

中国の学説は、前述したような社会危害性と犯罪の実質判断を混同してしまったという欠点があるだけでなく、正当防衛の正当化根拠について、正当防衛と緊急避難の相違

¹⁵ 王剣波『正当防衛の正当化根拠及びその展開』（対外経貿大学出版社・2010）96-97頁。

にも言及していない。それは、中国刑法の伝統的な考え方の背後に、正当防衛は人民政権を守るための正義に基づく行為であって、緊急避難と違うのは当然である、という暗黙の思考があるからであると思われる。ただ、緊急避難においても、小さい利益を犠牲することによって大きな利益を守ることが実現でき、社会全体として保全利益が増えるため、その側面では、国家・社会を守る行為であるということができし、伝統的な犯罪論体系を採っても、正当防衛と緊急避難は、いずれも犯罪の排除事由に位置付けられるから、両制度の異同を考えなければならない。それにより、緊急避難と異なる正当防衛の本質が明らかになるとと思われる。

そこで、まず、日中刑法の規定ぶりに目を向けると、日本刑法は、36条1項が「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」という正当防衛の規定であり、刑法37条1項が「自己又は他人の生命、身体、自由又は財産に対する現在の危難を避けるため、やむを得ずにした行為は、これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合に限り」という緊急避難の規定である。他方、中国刑法は、第20条が正当防衛として、「1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」、また「2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」と規定しており¹⁶、刑法第21条が緊急避難の規定として、「1項：現に発生している危険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、やむを得ずにした緊急避難の行為が損害を生じさせたときは、刑事責任を負わない」、また、「2項：避難行為が必要な限度を超えて、不当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」と規定している¹⁷。

このような両国の規定においては、以下の点において共通している。まず、①正当防衛規定における「急迫不正の侵害」（日本の規定）及び「現に行われている不法な侵害」（中国の規定）と、緊急避難規定における「現在の危難」（日本の規定）及び「現に発生している危険」（中国の規定）という文言から、両国ともに正当防衛と緊急避難の間には、時間的な切迫性を要求する程度に違いがあることを示している。次に、より重要な点は、②正当防衛規定における「やむを得ずにした行為」（日本の規定）及び「著しく必要な限度

¹⁶ 甲斐克則＝劉建利『中華人民共和国刑法』（成文堂・2011）78頁参照。

¹⁷ 甲斐克則＝劉建利・同注（16）78頁。

を超えて重大な損害を生じさせたことを認めない」(中国の規定)と、緊急避難規定における「これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった」(日本の規定)及び「必要な限度を超えて、不当な損害を生じさせたことを認めない」(中国の規定)という文言によって、両国ともに、正当防衛が、緊急避難のような「法益均衡性」、つまり、「補充性」を要しないことがわかる。そうすると、犯罪論体系(あるいは刑法体系)の同じ箇所位置付けられる正当防衛と緊急避難の要件について、なぜそのような相違を生じるのか、という疑問が生じるが、これについては、正当防衛の正当化原理を明らかにすることによって説明が可能であるという見解が日本においてみられる。

すなわち、平野龍一は、緊急避難と異なり、「正当防衛の場合、防衛のためにやむをえないものであれば、法益の均衡を問題にしないで侵害者に対する反撃が許されるのは、侵害者の法益の法益性がその限度で否定されるためだ」¹⁸という法益欠如説を主張している¹⁹。しかし、平野龍一の見解に対して、「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に要件よりも緩やかなことを説明できる点で優れてはいるが、結果無価値論の立場から、「急迫不正の侵害」者の法益性がなぜ失われるのか、その根拠が問題であり、肝心なその点についての説明が求められるといえよう²⁰、との評価がある²¹。²²しかも、かりに「法益性の欠如」を問題としても、それは正当防衛の要件がそなわるとき、すなわち、防衛のためにやむをえない限度で、違法性が阻却される結果であって、その違法阻却の根拠とはなりえない²³と批判されている²⁴。

ところで、違法性に対する理解の相違によって、結果無価値と行為無価値の対立がある。法益の欠如という発想はそもそも結果無価値の基本的な価値観に合うといえる。その理由で、行為無価値論の立場に立つ学者は、単なる法益欠如、あるいは利益考慮によって、正当防衛の正当化原理を説明しない。もっとも、井田良は、行為無価値論の立場から、侵

¹⁸ 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣・1975) 213頁。

¹⁹ 法益の欠如又は喪失説を支持する見解として、西田典之『刑法総論(第三版)[橋爪隆補訂]』(弘文堂・2019) 146頁、高山佳奈子「正当防衛論(上)」法学教室 267号(2002) 82頁以下がある。

²⁰ 山口厚『刑法総論(第3版)』(有斐閣・2016) 117頁。

²¹ 同趣旨の批判として、山口厚『問題探究刑法総論』(有斐閣・1998) 52頁、橋爪隆『正当防衛論の基礎』(有斐閣・2007) 19頁がある。

²² もっとも、西田典之は、正当防衛の権利性によって、侵害者の法益の要保護性が欠如することを説明している。つまり、要保護性の欠如を媒介とし他法益性の欠如の原理と権利行為の法理の組み合わせにより正当防衛は行為の違法性を阻却する、としての(西田典之・前掲注(19) 155頁参照)。しかし、なぜ侵害者側から正当防衛の正当化原理を説明することになるのか、正当防衛の権利性を強調すれば、むしろ被侵害者側から違法性阻却原理を説明するのが妥当であろう。

²³ 内藤謙『刑法講義総論(中)』(有斐閣・1986) 329頁。

²⁴ 同趣旨の批判として、齋藤誠二『正当防衛の根拠と展開』(多賀出版・1991) 5頁以下がある。

害者の法益性がなぜ失われるのかという問題の説明を試みた²⁵。井田良は、正当防衛の正当化根拠は、保全法益の保護の必要性があり、被侵害法益（攻撃者の法益）の要保護性が（保全法益との関係において）減弱・否定されると捉えつつ、もう一步踏み込んで、なぜ被侵害法益の要保護性が否定されるか、また、なぜ攻撃者に立ち向かわずに逃げる（退避すること）により侵害を回避できるときであっても、それでも反撃を加えることが許されるか、という問題について、「それが私人であるとしても正当権利者である者の反撃を認めることにより、正当な権利の不可侵性が公に示され、そこから（当該のそして将来の）不正の侵害者（帰責性を有する者）に対する、侵害抑止の効果の発生が期待できることから、それが法秩序の安定に資すると考えるのである」²⁶と主張している。

井田良によれば、正当防衛における被侵害法益の要保護性を喪失させるものは攻撃者の帰責性を理由とする法確証の利益である。従って、法確証の利益の一般原理から不正の侵害者が帰責性を有する者とするのは当然の帰結となるはずである²⁷が、この点については、問題があると思われる。実際に、有責性という意味での「帰責性」を急迫不正の「侵害」に要求することになると、一般の理解とは異なり、責任能力のない者による「急迫不正の侵害」に対して正当防衛ができないことになり、妥当でないという山口厚の批判²⁸がある。

責任無能力者に対する正当防衛の点に関連して、近年中国の正当防衛に関する司法解釈『正当防衛制度の適用に関する指導意見（法発〔2020〕31号）²⁹』において、言及がある。同司法解釈の第7条は、不正の侵害者が責任無能力者であることを認識した場合、他の手段で侵害を回避・制止すべきであり、他の手段を尽くしたとしても侵害を回避・制止できない場合、反撃行為に出ることが許される、としている。従って、責任がない者に対する正当防衛は制限されることになる。確かに、そのような考え方はありえないわけではない。しかし、このような場合に、正当防衛の成立が制限されるがどうかの判断は、攻撃者の帰責性の有無による違法性の減弱の観点から説明すべきものではなく、相手が責任

²⁵ なお、井田良は、正当防衛の正当化根拠を、自己保全の利益と法確証の利益に求めるとし、法確証の利益の意義を、正当防衛行為により帰責性（故意又は過失）を有する不正侵害者にたいする侵害抑止効果の発生が期待できることから法秩序の安定に資することに求めるが、逆に言えば、被侵害者に帰責性のない不正の侵害による侵害の甘受ないし回避を要求する、としている。

²⁶ 井田良『講義刑法学・総論（第2版）』（有斐閣・2018）294頁。

²⁷ 法確証原理は防衛行為の一般予防の効果を重視しつつ、責任無能力者による攻撃が制限・否定されるとする。

²⁸ 山口厚・前掲注（20）117頁。

²⁹ 同『指導意見』の内容について、北川佳世子＝周芋好「『中国の特殊正当防衛規定』について」比較法学第55巻第2号（2021）102頁以下参照。

無能力者であることを認識した上での攻撃の危険性、あるいは急迫性の有無を判断する事情として扱うべきであると思われる。違法と責任判断を混同してはならないからである。責任無能力者に対しても、正当防衛状況が客観的に生じている以上、正当防衛は認められるべきであろう。責任無能力者に対する正当防衛の制限について、攻撃者側の攻撃手段・態様に応じて、かつ防衛行為の手段の相当性を具体的に判断すべきである。

さらに、中国において、法益欠如によって、正当防衛の正当化根拠を検討する学説がある³⁰。陳璇は、以下のような二つの理由から、なぜ、被侵害法益の要保護性が低下ないし喪失するかを説明する。その一は、被侵害者はそもそも回避できるが自ら危険な境遇に陥っているからである。その二は、被侵害者は他人の権利を侵害しないという義務を違反したからである。陳璇によれば、そもそも、憲法は公民の積極的な自由と消極的な自由を守るものである。消極的な自由とは、公民が他人に干渉されない、自由な意思で動くことを指し、正当防衛権は、その消極的な自由の一つであり、従って、公民の生命・身体・財産などの利益が侵害されるとき、受忍の必要がない防衛を行う権利、いわゆる防衛権があるというのである³¹。

しかしながら、上記した二つの理由によっても、被侵害者の法益喪失の根拠は、必ずしも明らかではない。正当防衛権が消極的な自由であるという点については、防衛行為の権利性を考えるのは良い方向性だとしても、公民には他人の領域に干渉しない義務があり、一旦干渉されれば、干渉された者には防衛の権利がある、という説明は、まさに不正の侵害に直面する防衛行為者側がその権利を持つということという理解に他ならない。それなのに、なぜ、被侵害者側の法益要保護性を低下ないし喪失するという説明に転じなければならないのか。正当防衛の権利性を強調するならば、被侵害者の視点ではなく、防衛行為者の視点から検討すべきであろう。

要するに、正当防衛の正当化原理を説明するには、不正の侵害者側の法益が欠如するという説明ではなく防衛行為者側の視点からの説明するのが適切であろう。不正侵害者の法益性・法益の要保護性が全くなくなるわけでないからである。次に、そこで、防衛行為者側の説明の代表格である、優越的利益説を検討することにしたい。

3 優越的利益説

³⁰ 梁根林「過剰防衛における不法判断の立場、標準と論理」法学 2019 年第 2 期 3-25 頁、陳璇『正当防衛：理念、学説と制度の適用』（中国検察出版社・2020）21 頁以下、陳璇「侵害者の視角での正当防衛論」法学研究 2015 年第 3 期 120-138 頁参照。

³¹ 陳璇・前掲注（30）『正当防衛：理念、学説と制度の適用』25-29 頁参照。

いわゆる優越的利益説とは、利益衝突状態において、大きな利益を保全するために小さい利益を犠牲しても、社会全体の利益を減少させない以上、その行為は適法である、という説である。さらに、優越的利益説（利益衡量説）の理解としては、法益の抽象的比較衡量ではなく、「実際には、保全法益の要保護性と侵害法益の要保護性を具体状況において比較衡量することを意味する」³²、とするのが一般的である³³。

正当防衛において、不正侵害者と防衛行為者の利益を衡量するにあたっては、利益衡量の天秤の両端に置かれるのは不正侵害者の生命、身体、財産などの利益と、防衛行為者の利益である。しかし、その際に、なぜ、防衛行為者側は、緊急避難のような「害の均衡性」を厳格に守らなくても、その行為が正当化されるか、あるいは防衛行為者の利益はどのような理由で常に不正の侵害者の利益を上回るか。その理由を説明するため、利益衡量の天秤にかけられる防衛行為者側のプラスアルファの利益とは何かの説明を要することになる。以下では、そのプラスアルファの説明の相違に注目しながら、いくつかの優越的利益説の内容を説明・検討することにした。

1)法確証利益

曾根威彦は、「正当防衛は、一面では、緊急性を背景とする個人主義的自己保全の原理によって支えられているが、それだけでは、正当防衛権のもつ峻厳性、果断性や、緊急避難（厳格的な法益均衡性・補充性が要請される）との概念的相違を説明することはできない」ことを認め、「正当防衛権は、法秩序が現存することを確証する利益をも包含するものとして、社会的な正当性の観点からもこれを理解する必要がある」とされ、「違法な攻撃が存在しても、正の確証の原理が機能しえず、優越的利益が防衛者の側に存在しない場合は、正当防衛権の行使が要請されないのである」と主張している³⁴。

また、内藤謙は、「『法は不法に譲歩する必要はない』という原則に表現されるように、この法確証の客観的利益が正当防衛に存在するという点で、正当防衛は、緊急避難と原理的に異なるのである」とし、「正当防衛における原則に対する例外として、保全法益と侵害法益が著しく不均衡である場合に正当防衛の成立が制限されるのは、保全法益の軽微

³² 内藤謙・前掲注（23）312-313頁。

³³ 同趣旨の見解として、曾根威彦『刑法総論（第四版）』（弘文堂・2008）313頁がある。また、橋爪隆は、法益衡量説と利益衡量説の相違はほとんど名前の問題に過ぎないと捉える（橋爪隆・前掲注（21）31頁参照）。さらに、平野龍一は、法益衡量説という名称を採るが、法益の具体的な価値の比較を主張している（平野龍一・前掲注（18）215頁以下）。山口厚も、法益衡量説を主張しながら、法益の具体的な要保護性を衡量する（山口厚・前掲注（21）97頁以下）。

³⁴ 曾根威彦『刑法における正当化理論』（成文堂・1980）99-100頁。

性だけによるのではなく、法は保全法益と著しく不均衡な代償を払ってまで確認されることを必要としないので、法を確認する利益も減少するからである……法は子供や責任無能力者の侵害に対して無制限の正当防衛という強烈な手段で確認されることを必要としないので、法を確認する利益も減少するからである」としている³⁵。

曾根と内藤の見解は、優越的利益説の立場を採ることを前提としつつ、「法確認の利益」をプラスアルファの要素として、防衛行為の利益に加算するものである。そして、相手が責任のない攻撃者である等の場合には、法確認の利益が減少するため、正当防衛が制限されることを支持している³⁶。

なお、ドイツの学説の影響で、二つの原理に依拠して正当防衛の正当化根拠を説明する見解（いわゆる二元論）も有力である。例えば、日本において、高橋則夫は、「正当防衛『権』は、市民が国家に対して保持する権利から生じるのであり、個人が国家に対して有する保護への道徳的な権利ということになる」とされ、「正当防衛権の違法阻却根拠は、自己保存本能から派生する「自己保護の原則」と法秩序保護から派生する「正の確認」という二つの原理に基づくものと解するのが妥当だろう」と述べられている³⁷。中国においても、欧陽本祺が、「正当防衛の正当化原理は個人保護原理と法確認原理からなっている二元論である…個人保護原理は正当防衛の各要件に影響を与えるのに対して、法確認原理は正当防衛を社会的倫理制限によって制限する」と主張している³⁸。ただ、ここで、二元論の主張に言及するのは、そのような主張を優越的利益説と全く同じ理解であると決して考えるわけではなく、むしろ、その主張の中法確認原理による正当防衛の社会的倫理制限という点が、曾根説・内藤説と共通点がある点を指摘したかったからである。

つまり、法確認利益およびその原理から導かれた正当防衛の制限は妥当であるのか、という疑問を解決するためには、そもそも、これらの見解における法確認原理の実態とは何か、という問題を検討しなければならない。

実際には、法秩序のどのような側面を強調するかどうかということについて、さまざま

³⁵ 内藤謙・前掲注(23) 330-331頁。

³⁶ 同趣旨の見解として、斎藤誠二・前掲注(24) 90頁以下、山中敬一『正当防衛の限界』(成文堂・1985) 35頁以下、吉田宣之『違法性の本質と行為無価値』(成文堂・1992) 80頁以下などがある。

³⁷ 高橋則夫『刑法総論(第4版)』(成文堂・2018) 274-275頁参照。同じ「自己保護の原則」と法秩序保護から派生する「正の確認」という二つの原理を主張するのは、明照博章『正当防衛権の構造』(成文堂・2013) 8頁以下参照。

³⁸ 欧陽本祺「法確認原則の合理性及びその機能」環球法律評論 2019年第4期 89-94頁参照。同じような二元論の立場を採る見解として、勞東燕「過剰防衛の認定と結果無価値の欠点」中外法学 2015年第5期 1324頁以下、王鋼「正当防衛の正当性及びその限度」中外法学 2018年第6期 1603頁以下などがある。

な見解があり、それに応じ、法確証原理の理解について、大きな違いが生じることになる。例えば、ロクシンを代表論者とする社会的倫理制限を導く法確証原理は、法秩序の防衛という観点を強調するものではなく、違法行為の予防的効果を重視するものである。ロクシンは、正当防衛における個人保護原理と法確証原理が刑事政策的に特別予防と一般予防の効果を有するとし、法確証利益、すなわち一般予防利益が減少する場合に、正当防衛権の社会的倫理制限を導こうとする。そして、正当防衛権は、①責任がない、あるいは著しく減弱している攻撃、②被攻撃者によって違法に挑発された攻撃、③些細な攻撃、④保障的内部関係における攻撃に対する場面で制限されるとする³⁹。

そのような法確証原理について、既に「そもそも、不正侵害者がその者について、正当防衛による威嚇が有効であるとは思われない。また、不正の侵害者が、正当防衛・緊急救助による対抗に遭遇する可能性は、刑罰権が執行される可能性に比べて、はるかに低いものである。消極的一般予防によって正当防衛の独自性を説明することは妥当ではない…正当防衛という『サンクション』を科す者は、冷静な判断を欠いた一般人であり、事件の当事者でもある。また、そもそも侵害者を殺傷した行為が正当防衛か否かもその時点では明らかにならず、刑事訴訟において事後的に確定されるにすぎない。したがって、正当防衛行為が市民の規範意識の強化に寄与しているというのは、フィクションにすぎない。したがって、積極的一般予防論によって正当防衛の独自性を説明することも妥当ではない。」という批判がある⁴⁰。

さらに、前述したように、①責任のない者に対する正当防衛の成立が制限・否定されるのは妥当ではない。そもそも違法判断と責任判断を混同する点で妥当でない上、例えば、13歳の者の攻撃に直面しているとき、「防衛せず我慢してください」と要求する理由がないであろう。また、②被攻撃者によって違法に挑発された攻撃、つまり自招侵害について、その場合に正当防衛の成立がすべて制限されることに対しては、疑問がある。それは、自招とはいえ、先行行為が軽微な違法であるのに対して、相手方の攻撃が極めて重大な法益を害するものである、という上記②場合には、正当防衛の成立を完全には否定しえないからである。さらに、③保障的内部関係、例えば、夫婦関係、親子関係などにおいて生じた攻撃に対して、正当防衛の成立が必ずしも制限されるわけではない。例えば、DVの場合、日常的継続的な暴力を被っている多くのDV被害者は、DV加害者に逆えない状況に陥っており、DVの加害者が自分に暴力を振るっている時点で正面から反撃すること（「対峙型」）は相当に困難であるから、DV加害者が酩酊中・睡眠中であるなど、DV加害者と対

³⁹ ロクシンの正当防衛論に関する説明として、橋爪隆・前掲（21）45頁以下参照。

⁴⁰ 橋爪隆・前掲注（21）49-53頁参照。

時しなくて済む時点で、今後も継続するであろう DV を回避するために DV 加害者を攻撃することが多い（「非対峙型」）。非対峙型はともかく⁴¹、対峙型の場合まで、正当防衛の成立を制限するのは、DV の被害者の実情に鑑みても、明らかに不当であり、妥当ではないと思われる。

2)現場に滞留する利益

橋爪隆は、「正当防衛状況の特殊性は、『現場に滞留する利益』それ自体が防衛利益に加算されている点に求められる」と主張している⁴²。このような「現場に滞留する利益」を支持する見解として、佐伯仁志の見解がある。

佐伯仁志は、「『現場に滞留する利益』は、『生命の最大限の尊重を要請している現行憲法』やそれに基づく刑法の規定・解釈を前提とすれば、生命の価値に優先するものとはいえない」とし、「防衛行為が攻撃者に致命的なものである場合には、一律に防衛者に退避義務を課し、また、退避不可能な場合でも、攻撃されている法益が致命的なものでない場合には、甘受を要求している」と主張している⁴³。しかし、これに対して、橋爪隆は、佐伯仁志によれば、自宅やオフィスなど、現場に滞留すること自体に重要な生活上の利益が認められる場合についても、致命的手段の利用が不可避の場合には退避義務を課すものであるが、正当防衛と緊急避難の相違をあまりに相対化してしまう⁴⁴、と反論している。

橋爪隆によれば、正当防衛が「正」対「不正」の利益対立、緊急避難が「正」対「正」の利益対立であるのに対して、「現場に滞留する利益」が認められない場合の利益対立は、いわば「不正」対「不正」の関係であり、緊急避難状況のような両者の対等性が認められるのである。また、「現場に滞留する利益」の要保護性が否定された場合には、防衛行為者には、緊急避難と同様、補充性の要件によって退避義務が課され、さらに侵害利益と保全利益との「害の衡量」も要求されることになる。これらの制約を逸脱した防衛行為は、

⁴¹ 非対峙型の事例の解決について、深町晋也は、DV 反撃殺人事例は、継続的危険（現在性）があり、継続的保護を受け難い（補充性）、免責的緊急避難が成立すれば、被告人は責任が阻却されて不可罰となる、としている（深町晋也『家族と刑法』（有斐閣・2021）14 頁以下）。しかし、私見では、DV 反撃殺人事件において、DV 被害者が相手を殺害せざるをえないほど追い込まれている状況を客観的にも把握できると考え、DV 被害者と加害者は継続的な「正」対「不正」との関係にあるとして、正当防衛原理を援用するのがより妥当である。正当防衛原理から逸脱する場合は、期待可能性の原理によって DV 被害者の責任を減輕することも可能であると思われる。

⁴² 橋爪隆・前掲（21）71 頁以下。

⁴³ 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣・2013）117 頁。

⁴⁴ 橋爪隆・前掲（21）85 頁参照。

過剰防衛として処理されることになる⁴⁵。

橋爪の見解は、正当防衛と緊急避難の類似点を理由として、正当防衛を緊急避難と同一の原理、すなわち優越的利益原理の下で根拠づけること、及び、正当防衛と緊急避難の相違点を説明するため、プラスアルファの要素を抽象的な法秩序ではなく、いわゆる「現場に滞留する利益」という個人法益に関連付ける考え方であるが、それは、妥当的な方向性であると思われる。

もっとも、橋爪隆は、「正当防衛が問題となる典型的な場面、すなわち被害者の生命、身体、意思決定の自由などが直接的に侵害されている場面においては、『現場に滞留する利益』も同時に危殆化されているということは説明が容易である」とされ、それに対して、「財産や名誉に対する侵害の場合それによって『現場に滞留する利益』が直接的に危殆化されているわけではない」ことを理由として、「『財産や名誉などの利益を享受しつつ、その場に留まり続ける』という利益状態は侵害されているということが出来るが、その侵害はいわば間接的なものであり、生命や身体に対する重大な侵害にさらされた場合とは質的に異なるといわざるを得ない」と述べられている⁴⁶。

しかし、そもそも正当防衛において、生命・身体・意思自由に対する侵害行為と、財産・名誉に対する侵害行為を二類型に区別する必要があるのか、やや疑問である。このような2類型の分類を採ると、財産・名誉などの利益と、生命・身体などの利益との質的な区別を説明しなければならない。また、例えば、財布を盗んでからその場から逃げようとする窃盗犯人を発見し、相手から財布を取り戻すために追いかけて若干の暴力を使い、相手に軽傷を負わせたという事例を考えると、正当防衛の成立を認めるのは必ずしも不当ではないと思われるのに対して、橋爪説によれば、このような場合には、防衛者は、「現場に滞留する利益」がないため、緊急避難と同じような補充性の要件が要求され、受忍義務が課されることになる。したがって、この場合には、正当防衛ではなく、過剰防衛が成立することになる。それは、財産・名誉が侵害されても、甘受したほうがよいという帰結となる考え方であって、賛成しえない部分である。

4 権利行為性説

近時、日本において、ドイツの刑法学の影響を受けながら、自由の保障をベースにして正当防衛のあり方を考察する方法論（自由モデル）が有力となってきている⁴⁷。これによ

⁴⁵ 橋爪隆・前掲（21）76-77頁。

⁴⁶ 橋爪隆・前掲注（21）358頁。

⁴⁷ 飯島暢「共同研究の趣旨」刑法雑誌59号（2020）1巻1頁。

れば、正当防衛の正当化根拠について、正当防衛の権利行為性を強調することになる⁴⁸。

その代表論者として、坂下陽輔によれば、「法の目的を、社会の利益の最大化ではなく、各人の自由の最大化に求める自由主義モデルを前提に、法は個々人に法領域を配分してその中では自由に行動することを許す反面、他者の法領域への干渉を禁ずるがゆえに、不正の侵害によって他者の法領域にもたらされた危険は侵害者の負担において除去されねばならず、正当防衛は侵害者の危険除去義務を被侵害者等が代行したものであって、侵害者の法領域への干渉を含まないので当然に適法である」⁴⁹とする。また、山本和輝は、「刑法の任務は、市民が自らの洞察に従って自らの生活を送ることを可能にすることにあるが、これを実現するためには、全ての市民が、自らの権利領域の不可侵性が他の人格によって尊重されることを信頼できなければならない」ことを前提とし、「このことから、各人は、相互に権利領域の不可侵性を承認し合わなければならない、つまりは、各人は、他の人格の権利領域の不可侵性を尊重する義務を負う代わりに、他の人格に対して自らの権利領域の不可侵性を尊重するよう要求する権利を得る。それにもかかわらず、被攻撃者が攻撃者によって自らの権利領域を侵害されるとき（つまり、正当防衛状況にある場合）、被攻撃者は、自らの権利に対する侵害を通じて、その権利の承認の基盤となっている相互尊重の受け手という被攻撃者の法的地位をも侵害されている。それゆえに、被攻撃者は、このような攻撃者の侵害に対する自らの個別的な権利の防衛を行うことによって、自らの法的地位の保全ないし回復を行うことが許されるのである」と主張している⁵⁰。

このような自由論モデルは、実力を独占する国家的法秩序の権利性の根源を自由な人格の存在に求める法秩序観を前提としており、国家的法秩序と自由な人格との間での権

⁴⁸ 正当防衛の権利行為性を強調するものとして、松宮孝明は、「正当防衛の『権利＝法』防衛的性格のゆえに防衛に必要な限度で侵害者の利益保護を否定する」としている（松宮孝明『刑法総論講義（第5版）』（成文堂・2017）137頁参照）。また、高山佳奈子は、「侵害を排除することはその権利の内容そのものである。侵害されることを命じるとしたら、それはそれらを権利として認めないことになるといえる。したがって、防衛行為に出てよいということは、法秩序が、ある利益を利益として是認していることの帰結に他ならない。」と主張している（高山佳奈子・前掲注（19）82頁）。さらに、照沼亮介は、「国民ひとりひとりが、尊厳を有した主体として平等に取り扱われ、自由にその人格の発展を試みていくためには、その大前提である生命や身体、行動の環境としての自由、その手段としての財産などをはじめとした重要な利益が法的に確かな保護を受けられる必要がある。そこで、憲法を頂点とする法秩序は、これらの利益が不当な侵害によって脅かされたり、いわれのない不平等な負担を強いられりすることのないよう、その安全性を保障する役割を担う」とし、「他人の利益を急迫不正の侵害によって脅かす者は、自己の利益についての法規による保護の必要性を後退させており、その限度で保障規範違反性が『減少する』」と主張している（照沼亮介「正当防衛の構造」岡山大学法学会雑誌56巻2号（2007）152頁以下参照）。

⁴⁹ 坂下陽輔「正当防衛の再検討」刑法58巻2号（2019）5頁以下。

⁵⁰ 山本和輝『正当防衛の基礎理論』（成文堂・2020）156頁。

限分配の観点から、実力独占の例外として私人（自由な人格）による正当防衛権の行使を特徴付けている⁵¹。

その上で、正当防衛の制限について、坂下陽輔によれば、①攻撃者に責任がない場合に正当防衛行為が制限されることは、ドイツにおいて不救助罪と同じ価値判断が働くがゆえに肯定されるのであって、かかる価値判断がなされていない日本刑法における正当防衛においては、現行法下では考えられないといわざるを得ない。よって、「急迫不正の侵害」の不正性に有責性が不要であるのは勿論、有責的でない者の攻撃に対して防衛行為の相当性が厳格に判断されることもない。②挑発防衛における正当防衛の制限は、正当防衛状況を挑発者と攻撃者が（後者をいわば正犯として）共同で作出しているという事情から、衝突解消につき挑発者も一定の負担を負うべきである、という観点から認められる⁵²。①の責任のない者に対して、正当防衛の成立を制限することは認められないという点については、前述したように、そもそも違法判断と責任判断を混同する点で妥当でない上、13歳の者の攻撃に直面しているとき、「防衛せず我慢してください」と要求するのは理由がないと考えることから、坂下陽輔の①の指摘について、本稿も賛成しうる。しかし、②の挑発防衛における正当防衛の制限については、必ずしも賛成するわけではない。挑発防衛の場合については、本稿は、優越的利益原理の立場から、利益衝突状況を自ら作出したという理由で、優越的利益原理の前提要件を充たさないという理由で、正当防衛の成立が否定されると捉える。この点については、第2章で詳しく検討する。

そもそも、自由論モデル自体については、山口厚が、このような正当防衛の権利性を強調しつつ、侵害者の利益に対する被侵害者の利益の「質的優越」を認めるという形で、その権利性を優越的利益説の枠組みの中に位置づける、と主張している⁵³。また、松原芳博は、「もっとも、これらの見解は、正当防衛の正当化はその権利性自体から導かれるとして、正当防衛を優越的利益説の枠組みに組み込むことを拒否するが、侵害者もなお市民としての地位にとどまっているとすれば、被侵害者側と侵害者側の双方を視野に入れうる場を用意する必要性は否定しえないように思われる」と主張しており、本稿も同感である⁵⁴。権利行為性説は、正しい方向性を示しており、上記一定限度で賛成しうるが、優越的利益説の基本コンセプトと大きな隔たりはないように思われる⁵⁵。

⁵¹ 飯島暢・同注（48）1頁参照。

⁵² 坂下陽輔「正当防衛権の制限に対する批判的考察（五）・完」法学論叢 178 巻第 5 号（2016）79 頁以下。

⁵³ 山口厚「正当防衛論の新展開」法曹時報 61 巻 2 号（2019）1 頁以下参照。

⁵⁴ 松原芳博『刑法総論（第 3 版）』（日本評論社・2022）161 頁。

⁵⁵ 松原芳博の指摘について、筆者は防衛権利性もその利益衡量との枠組みで捉えることが可能であると

5 私見

以上、学説の整理と検討を通じて、優越的利益原理によって正当防衛の正当化根拠を説明するのが正しい方向性であると結論付けた。すなわち、優越的利益説は、正当防衛を緊急避難と比較した場合の正当防衛の特殊性から、正当防衛の本質を説明する見解であり、防衛者側の法益の優越性を、プラスアルファの要素を防衛者側に加算することによって説明するものであるが、こうした思考は、法秩序ではなく、個人法益に関わる利益を、その要素とする点で妥当であると思われる。その上で、防衛者側に加算される利益は何か、という問題については、橋爪説のような「現場に滞留する利益」という概念のみで足りないと思われる。なぜなら、上記したように、財産・名誉に対する侵害行為であっても、それに対する防衛行為が制限されるのは妥当ではないからである。そこで、この欠点を克服するためには、近時の権利行為性説（自由モデル論）の発想を参照しながら、「現場に滞留する利益」の概念に修正を加えるのがよいと考えた。

刑法は、現行憲法の理念に基づき、国民の自由を保障しなければならない。それゆえに、刑法における根本規範は、各市民が相互に権利領域の不可侵性を尊重し合わなければならないこと（相互尊重義務）を内容とするものでなければならない⁵⁶。その意味で、国民は現行法規範において、現在の（自由な）状態を維持する権利がある。緊急状態（公的救助が間に合わない場合）においては、その権利が一旦侵害される危機に直面すれば、国民が自らその侵害を除去し、元の（自由な）状態に戻ることが許される。つまり、国民は法規範の下で、「（自由な）現状を維持する利益」がある。そのような利益は生命・身体・自由にせよ、財産・名誉にせよ、同様の保護を要請する。例えば、上述した、財布を盗んでまさにその場から逃げようとする窃盗犯人から財布を取り戻すために追いかけて若干の暴力を使い、相手に軽傷を負わせる事例について、防衛行為によって、いまだ失われてはいない（自由な）現状を維持することが可能であるから、財産権を理由として、財産権を維持する権利を放棄させるのは妥当でなく、財産権の維持に必要最小限度の暴行の範囲での防衛行為は、国家救済が間に合わないときの代替措置として肯定し、正当防衛の制限を認めるべきではないと思われる。

いう点については賛成しうる。もっとも、本稿は、正当防衛を保障規範の指示する価値秩序に適った、要保護性の高い利益をもつて捉えるので、法秩序自体の価値を強調する、という松原の立場を採らない。

⁵⁶ 山本和輝「正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務の是非」刑法雑誌 59号（2020）53頁参照。

また、実際には、多くの事例において、必ずしも被害者自身の手で救済できるとは限らない（例えば、自分の力で不正の侵害に対抗できない、そもそも本人は不正の侵害を気付いていないなどの場合もありうる）。そのため、私人による救済の範囲は自分のためだけでなく、他人のために緊急行為に出ることも含むべきである。従って、（国家救済が間に合わない）緊急状況において、他人（第三者）の（自由な）現状を維持する利益を守るため、侵害を除去し、元の（自由な）状態を戻させることも同様に許されると解される。

以上のような私見の下で、正当防衛の制限について、あわせて以下のような4点を示したい。

(1) 優越的利益衡量の前提として、利益衝突状況の存在が必要である。したがって、そのような利益衝突を自ら作出した場合（例えば、自招侵害、挑発防衛）は、そもそも正当防衛状況として認められないため、正当防衛の成立が否定されるべきである。防衛者側の利益の優越性を認める前提状況が欠けるからである。

(2) 責任のない者の攻撃に対しても、防衛行為を行うこと自体は許される。責任のない者の攻撃にせよ、行為者の「（自由な）現状を維持する利益」が認められれば、攻撃された者の利益の優越性が肯定でき、正当防衛自体を制限する理由はないと思われる。仮に正当防衛が制限されるとすれば、攻撃者側の攻撃手段・態様に対応して、防衛行為の手段の相当性の具体的判断に帰するようと思われる。

(3) 「（自由な）現状を維持する利益」は個人利益を中核とするものであるから、個人法益に還元できないような利益、例えば内容空虚な法秩序の確証を理由とする正当防衛は、否定されるべきであると思われる。

(4) 「（自由な）現状を維持する利益」の発想は、そもそも自力救済が孕む錯誤リスク及び暴力的風潮蔓延・社会平和秩序の危殆化に鑑みる権利行為性⁵⁷に関連するものである。

⁵⁷ この見解を主張する学者は坂下陽輔を代表とする。坂下陽輔は、「侵害の急迫性の要件は、自力救済が孕む錯誤リスク及び暴力的風潮蔓延・社会平和秩序の危殆化の可及的阻止の観点から正当防衛を制約しつつ、侵害の存否に関する錯誤リスクが比較的 low、かつすでに侵害が切迫して一定の重大な反価値性の表出により社会平和秩序の部分的否定があることから正当防衛を認めても更なる社会平和秩序の危殆化の虞が低く、むしろそれを認めない方が、法への信頼を揺るがせにし、社会平和秩序を危殆化する虞があるといえる場合に、正当防衛を認めるものといえる」、「正当防衛の権利行為性を強調する立場も、侵害行為と対抗行為との間の比例性に過度の不均衡がある場合には正当防衛が認められず、事後的な民事上の救済に委ねられるべきであるとし、私人による自力救済の弊害と正当防衛の権利行為性との調整を防衛行為の相当性も段階でも行っている」と主張している（坂下陽輔「対抗行為に先行する事情と正当防衛・過剰防衛の成否」佐伯仁志＝高橋則夫＝只木誠＝松宮孝明編『刑事法の理論と実務①』（成文堂・2019）136-139頁参照）。「法への信頼を揺るがせる」という点については賛成しえないが、救済が孕む錯誤リスク及び暴力的風潮蔓延・社会平和秩序の危殆化を考えることについては賛成しうる。

このような発想によれば、自力救済を制限し得るかどうかについては、侵害の印象力・激烈さという反価値の強度が重要な役割を果たしているによって判断すべきである⁵⁸。ところが、本稿は正当防衛の権利行為性を重視した上で、その権利が無制限に許される状態になると、結局国民の生活を乱し、各国民の利益を損害することになる点も考える。また、自力救済自体は決して常に想定された程度で行うことではないので、急迫性のみの制限はまだ足りず、なお侵害行為と対抗行為との間の比例性に過度の不均衡がある場合には、正当防衛が認められない⁵⁹。そのため、防衛行為の相当性要件が要求されることになる。

もっとも、その検討に入る前に、日中比較法の視野から両国の正当防衛規定における異なる要件を相互に比較考察することを行う必要がある。中国現行刑法第 20 条第 1 項（本稿 15 頁参照）の法文の内容によれば、正当防衛には、原因要件（不正の侵害）、時間要件（現に行われている）、対象要件（不正侵害者の本人に対する防衛）、主観要件（国家及び公共の利益又は本人もしくは他人の権利のための防衛）、限度要件（著しく必要な限度を超えてない）、という五つの要件が包含されている。日本の正当防衛に関する議論と比較すると、共通点、つまり、ほぼ同様な議論がある要件として、原因条件は、日本にいう「不正の侵害」であり、時間要件は日本にいう「急迫性」（中国において、「緊迫性」という用語も使う）であり、主観要件は日本にいう「防衛意思」であり、限度条件は日本にいう「必要性・相当性」である。それに対して、若干議論の相違がある点として、①「『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」という客観的な文言がある。②対象条件（不正侵害者の本人に対する防衛）に関する問題は、日本ではほぼ議論されてない。この検討によって、正当防衛の基礎理論に係る諸問題についての考察をさらに充実させることにしたい。

第 2 節 国家的及び社会的法益のための正当防衛

防衛者である国民の利益を守るための正当防衛という視点との関係で、「国家・社会法益のための正当防衛の是非」が問題となり、この論点に関しては、日中の中でその位置付けが異なりうるため、先に検討を加え、議論の整理をしておくことにしたい。

中国刑法第 20 条の正当防衛は、「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

⁵⁸ 坂下陽輔・前掲注（58）137 頁参照。

⁵⁹ 松宮孝明「正当防衛における『急迫性』について」立命館法学 377 号（2018）111-112 頁参照。

わない」⁶⁰と規定している。「国家及び公共の利益を守るため」という法文の記述の有無については、日中の規定は確かに相違がある。

もっとも、日本刑法 36 条においては、「自己又は他人の権利を防衛するため」ということが規定されている。「他人の権利」という文言において、その「他人」には、国家及び社会的法益が含まれるか否かという疑問が生じることになる。したがって、日中どちらの国においても、国家及び社会的法益を守るための正当防衛が認められるのか、また、国家及び社会的法益も包含されるとした場合その範囲はどこまでであるか、という問題は、検討に値する。

1 学説の議論状況

1) 否定説

いわゆる否定説とは、国家及び社会的法益のための正当防衛をすべて否定する見解である。日本において、原田保は、「超個人的法益に対する犯罪であるとされているものの多くは、実は個人法益に対する犯罪、少なくとも個人法益を内包する犯罪として理解することが可能であり、従って、これらの犯罪の成立に際しては、超個人的法益を論ずる以前に具体的な個人法益に対する侵害を見出すことができるのであって、また、そう解した方が妥当であるというべきであるから、そのよう犯罪に対する防衛行為はこれらの個人法益のための防衛行為として構成すべく……超個人的法益のための緊急行為を否認することは、決してこれらの犯罪を看過すべき刑法上の義務を課すことにはならないのである」とし、「個人法益への還元ができないような超個人的法益のための防衛行為は、これを禁止することも決して不当であるとは考えられず、むしろ禁止すべきである」と主張している⁶¹。また、野村稔によれば、「正当防衛は、刑法規範が自己保存本能に基づく個人保護留保条項の適用、行使を消極的に許容し、国民個人が自ら自己の法益を保護するために実力を行使することを認めるものである…国家の法益または社会的法益は含まれない」⁶²。これらの見解は、正当防衛などの緊急行為における保護対象が、個人法益のみであると理解するものである。

これに対して、中国では、上記したように、刑法 20 条の法文の中に、「国家及び公共の利益」という内容が示されているため、国家及び社会的法益のための正当防衛を正面から否定する立場を採る学者はほぼ見られないのである。

⁶⁰ 甲斐克則＝劉建利・前掲注(16) 78 頁。

⁶¹ 原田保『刑法における超個人的法益の保護』(成文堂・1991) 135 頁。

⁶² 野村稔『刑法総論(補訂版)』(成文堂・1998) 223 頁。

2) 全面肯定説

肯定説を支持する見解の代表として、日本において、小暮得雄の見解がある。小暮得雄によれば、「違法阻却という観点からは、防衛能力を賦与されるとしからざる法益との異別があるべきいわれはない。価値観の推移、権利意識の伸長にともなって、防衛能力を有する利益の範囲については法益一般の及んだとしても、そのこと自体、決して不当な成り行きではない。むしろ、法益全般にわたって刑法の保護機能を重視する限り、優れて合理的な帰結と目すべきである」⁶³。小暮得雄の見解は、正当防衛の保護対象の拡大→法益全般への防衛能力の賦与という観点から、国家正当防衛（国家緊急救助）を承認し、ここから社会正当防衛（社会緊急救助）も是認することになる、という評価がある⁶⁴。

中国において、肯定説は通説的な地位にあるといえる⁶⁵。例えば、高銘暄は、「我が国の正当防衛制度は、刑法の目的を実現するためのものである。この制度の確立によって、社会主義に対するあらゆる侵害行為を戦うことを、有効的に行うことができる」と主張している⁶⁶。また、陳興良は、以下のように主張されている。すなわち、国家的法益に関する正当防衛について、人民の利益は国家の利益と密接不可分である。国家安全に関する罪に対する正当防衛は多くの場合には、必要な限度を超えていないものであり、過剰防衛とならない⁶⁷。その一方で、公共的法益に関する正当防衛について、公共安全に対する侵害は緊迫性を充たすとき、それに対する正当防衛が許される⁶⁸、と。ここで、陳興良が、公共安全に対する侵害について、「緊迫性」に言及しているのは、単なる正当防衛要件とする時間要件、つまり急迫性について述べているのであり、特別な意味がない、ということである。したがって、肯定説の範疇に入れるべきであると思われる。

3) 限定肯定説

(1) 極めて急迫性を要する場合に限定する見解

⁶³ 小暮得雄「正当防衛」団藤重光編『刑法講座2 行為・違法』（有斐閣・1963年）138頁。

⁶⁴ 津田重憲『正当防衛と緊急救助の基本問題』（成文堂・2012）280頁参照。

⁶⁵ 実際には、中国では、国家及び社会的法益のための正当防衛の成立範囲について、詳しく論じた文献は少ない。ただ、正当防衛の各要件を検討するにあたっては、国家及び公共の利益、本人又は他人の利益を守るため、防衛行為を出ることは正当性がある、という書き方をしている文献は多い。例えば、曲新久等編『刑法学（第五版）』（中国政法大学・2011）45頁、劉憲権＝楊興培『刑法学專論』（北京大学出版社・2007）198頁等参照。

⁶⁶ 高銘暄・前掲注（6）415頁。

⁶⁷ 陳興良『正当防衛論（第三版）』（中国人民大学出版社・2017）197頁参照。

⁶⁸ 野村稔・前掲注（62）200頁参照。

日本において、団藤重光は、以下のように述べる。すなわち、「自己又は他人の」権利とあるが、必ずしも個人的法益にかぎらず、国家的ないし社会的法益を含むものと解すべきである。公益のための正当防衛は濫用の危険が多いから、判旨⁶⁹がこれを制限的にのみみとめようとしているのは正当というべきである、と。その上で、団藤重光は、公然わいせつ行為に対する正当防衛、及び公務執行妨害行為や国家秘密漏洩行為に対する正当防衛などを是認している⁷⁰。また、高橋則夫は、「国家的法益を防衛することは国家の任務であるから、これを私人が行うことは、かえって法秩序を乱す場合もあろう。しかし、これをまったく否定することは、政治的な抵抗権などを一切認めないこととなり妥当でないだろう。したがって、国家正当防衛は、一般に肯定されるべきではないが、国家公共団体の有効な防衛活動を期待し得ない緊迫した場合に例外的に許容されると解するべきであらう。」⁷¹と主張している⁷²。

中国において、以上と同じような趣旨を主張する見解として、黎宏の見解がある。黎宏は、「犯罪行為であれば正当防衛が認められることではなく、攻撃的・破壊的及び緊迫性を持つ不正の侵害のみに対して、防衛行為を行うことは適合である。例えば、汚職等行為に対する防衛行為を行うことは適合ではない。それは正当防衛が例外的なものとして、極めて緊迫な場合のみ認められる。国家機関の救助を期待し得る場合には、他の手段を使うべきである。」⁷³と主張している⁷⁴。

これらの見解は、法秩序のための防衛を認めることを前提としつつも、あらゆる法秩序、つまり国家及び社会的法益に関する正当防衛の成立を認めるわけではなく、国家機関の救助を期待しえない、極めて急迫な場合のみを肯定する、というものである。

(2) 同時に個人利益を害する場合に限定する見解

日本において、平野龍一は、国家及び社会的法益のための正当防衛を説明する際に、「社会秩序のための正当防衛を否定する一方で、国家的法益は、それ自体としての価値よりも、むしろ、個人の生活の保護向上のための手段としての価値だとすると、これに対する侵害

⁶⁹ かかる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（後出最判昭和24・8・18刑集3巻9号）。

⁷⁰ 団藤重光『刑法綱要総論（第三版）』（創文社・2000年）237-239頁参照。

⁷¹ 高橋則夫・前掲注（37）284頁。

⁷² 同趣旨の見解として、佐久間修『刑法講義総論』（成文堂・2000）202頁参照。

⁷³ 黎宏・前掲注（3）128頁。

⁷⁴ 同趣旨の見解として、張明楷・前掲注（2）200頁参照。

・危難の急迫性も、個人に及ぼす影響の点で考えるべきではなかろうか⁷⁵と述べている。ここで、平野龍一は、個人に及ぼす影響を考える点は、侵害行為が同時に個人利益を害する場合に限り、それに対する正当防衛を認める見解である、と理解することが可能である。平野の発想に近い見解として、山中敬一の見解がある。山中敬一は、国家的法益でも社会的法益でも、個人的・法益的な側面があればもちろん正当防衛ができるが、国家的法益や社会的法益に対する正当防衛それ自体も認めるとしている⁷⁶。

また、山口厚は、「公共的法益に対する侵害であっても、具体的な個人(国家法人等の法益全体を含む)の法益に対する『急迫不正の侵害』を肯定しうる場合には、当然、正当防衛はその見地から許容されるべきであるが、単に違法行為が行われるおそれがある(たとえば、密室で文書を偽造しようとしている場合)というだけでは、防衛をすべき具体的な「他人の権利」に対する脅威がないため、正当防衛は認められないと解すべきであろう⁷⁷と主張している。

中国においては、周光権が、「正当防衛は私権であり、個人的法益の保護に適用すべきである…国家的及び社会的法益を侵害する際に個人の利益を同時に害する場合には、防衛行為を行うことが認められる⁷⁸と主張している。

これらの見解は、法秩序のための防衛を否定する一方で、国家及び社会的法益に対する不正侵害が、同時に個人の利益に影響を及ぼす場合に限り、正当防衛の成立を認める、という特徴がある。

4)検討

以上の学説の整理に基づき、各学説について、若干の分析を加える。

まず、否定説は個人法益を中心にして、正当防衛などの緊急行為を説明するものであって、このような見解は妥当な方向性だと思われる。本章の第1節で検討したように、正当防衛は優越的利益原理の下で、個人利益の間の衡量によって、正当化されるものであり、法秩序のみによって、あるいは法確証の利益の加算によって説明できないものである。したがって、同説の立場を採るべきであると思われる。

次に、肯定説については、たしかに、刑法の保護機能、及び刑法目的の実現を強調することからすれば、刑法による保護が法益全般を及ぶのは当然なことになる、という発想に

⁷⁵ 平野龍一・前掲注(18) 238頁。

⁷⁶ 山中敬一＝川端博対談「正当防衛論の各論的検討」現代刑事法第5巻12号(2003)9頁。

⁷⁷ 山口厚・前掲注(20) 112頁。

⁷⁸ 周光権・前掲注(2) 202頁。

は違和感がないかもしれない。しかし、正当防衛とは、国家機関の手続きによる救済が不十分である際に、例外的に許容される私人救済であり、そもそも、緊急状態での利益保護手段である。現代社会において、あらゆる法益について私人救済を認めることは、暴力風潮の蔓延という事態を招くのではないか、という疑問が生じる。逆に言えば、その事態は国家それ自体の存在を脅かすことになるであろう。しかも、この点は、中国のような人民民主専政の国に対しても、同様な結論になるとと思われる。国家・公共的法益のために私人による正当防衛(緊急救助)を容易に認めると、政治的な濫用を招く虞れがあるという指摘もある⁷⁹。

さらに、部分的肯定説における「極めて急迫性を要する見解」について、その見解にいう「極めて急迫」という概念は曖昧であり、十分な説明がないと思われる。詳しく述べると、前述したように、そもそも正当防衛制度の趣旨を論じるとき、国家が個人の利益を守り得ない状況においては、正当防衛という例外的に実力行使を許容する、という考えは一般的であるといえる。そのような前提から、正当防衛の成立要件として、「急迫性」が要求されることになると考えられている。この見解において、国家及び公共的法益に関する正当防衛が成立するや否やという判断は、「国家機関の救助を期待しえない、極めて急迫」の場合にあたるかどうかによるが、そのような場合と、正当防衛の一般論にいう「公的救助を期待しえない緊急状態での急迫」との間には、どのような違いがあるのであろうか。国家及び公共的法益のための正当防衛の成立範囲を確定するため、この違いを説明しなければならない。仮にそもそもこの両者には質的な区別がないというのであれば、この見解は、結局、肯定説と同じようなものになるであろう。

最後に、部分的肯定説における「同時に個人利益を害する見解」は、形式上国家及び公共的法益のための正当防衛を肯定するが、実質的には、同時に個人利益に及ぼす影響を考えているのであって、国家及び公共的法益のための正当防衛を、個人法益に還元する見解である。その点は、上記した「社会秩序のための正当防衛を否定する」という平野の見解からも看取することができる。そうすると、この見解は結局否定説と同種の立場であり、同じような結論を導くことになると思われる。

2 日中の判例比較

1)日本の判例

①2・1ゼネスト事件(最判昭和24・8・18刑集3巻9号)

⁷⁹ 津田重憲・前掲注(64)286頁注(88)参照。

本件は、昭和 22 年 1 月 18 日全官公共闘争委員会が 2 月 1 日を期して官公廳職員各労働組合総罷業を執行すべき旨のいわゆる 2・1 ゼネスト突入宣言を発表し、翌 19 日朝の東京都下各新聞がその報道をなすや、被告人外一名は罷業の中止を勧告するため産別会議議長聴濤克己を訪れたが不在で面会を得ず、さらに翌 20 日同人を訪れ押問答の末両人が予め携えていった肉切庖丁や刺身庖丁を揮って聴濤克己に傷害を加えた、という事件である。

この事件に対して、最高裁は「…公共の福祉を最高の指導原理とする新憲法の理念から言っても、公共の福祉をも含めてすべての法益は、防衛せらるべき場合が存することを認むべきである」という点を肯定しつつ、「…本来国家的・公共的法益を保全防衛することは国家また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、これをた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せしむる危険を伴う虞がある」ことを理由として、「かかる公共のための正当防衛等は、国家公共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のを、相当とする」としている。

最高裁は、国家的及び公共的法益のため正当防衛を認めるものの、私人救済を一般化することの社会への弊害を鑑み、それが公的救助を期待し得ない極めて緊迫の場合に限り、成立する、ということを示したのである。

②全学連 6・15 国会突入事件（東京地判昭和 40 年 8 月 9 日下刑集 7 卷 8 号）

本件は国会構内突入事件である。事案は、以下のようなものである。昭和 32 年 2 月から 6 月 15 日に全学連学生が国会に突入する事件に至るまで、旧安保改正抗議するため、学生の暴動デモが何回か起きたが、阻止された。第十八次統一行動は、政治休戦、アイゼンハワー大統領の訪日により、いよいよ最終段階にきたものと情勢判断をした全学連は、新安保批准を阻止するためには、国会に対するより強力な、より大規模なデモを動員する以外には具体的に適切な方策がなく、場合によっては、国会突入をも辞さないという方針を立て、6 月 15 日のデモに参加するよう学生に呼びかけた。6 月 15 日、被告人らは、全学連所属の東京大学教養学部、中央大学、武蔵野美術学校等の各大学で「ビラ」を配ったり、自治会委員会を開いたりなどの方法をもちいて、第十八次統一行動当日における国会デモをさらに全学連主流派、労働者、一般市民のデモ隊の群衆がむらがり集まり、激しい行進を繰り返すなどをしながら行進した。被告人らは建造物侵入罪、威力業務妨害罪、公務執行妨害罪により、起訴された。

裁判において、被告人側は、「このようにひっ迫した議会主義民主主義の危機において、被告人らは、やむにやまれずして、本件 6・15 事件を行ったものであるから…正当防衛も

しくは、緊急避難行為、正当行為として免責され、または、実質的な違法性を阻却するものであるから無罪である」と主張した。

それに対して、東京地裁は、「被告人らが警察官に闘争的な抵抗を示すことによって、被告人らの政治的権力機構への反抗ないしは抗議意思を表明し、自己の主張の正当性と強固さを表明する主観的意図のもとになされ、あるいは、国会構内にむりやり侵入し、そこで抗議集会を開くことによって、新安保改定の阻止強行採決の抗議意思を表明しようとする主観的意図のもとになされたものであつても、被告人らがその終局の目的を達成する手段、方法としては、まことに過激な行動であり、法律秩序無視もはなはだしい行動であるから、被告人らの意図する目的を達成するうえに必要な、もしくは緊急やむを得ない手段方法とは到底認め難いところである」とした。

この判決においては、緊急やむを得ない手段ではない、つまり極めて急迫の場合ではないということを理由として、正当防衛などの違法性阻却が否定されたのである。その理論構造は、上記した2・1ゼネスト事件の延長線上にあると思われる。

2)中国の判例

③ (2016) 粵刑申 320 号

2015年3月から事件当日までの間、A社は、B市B村の工場区間で高压熱溶融PEパイプを使用して輸送パイプラインを敷設しようとしたが、B村の村民に阻止され、何度も争いが起きた。同年7月16日、B市公共事業サービスセンターはA社に対して『工事停止通知書』を発行して通告したが、A社は依然として工事を続けていた。2015年7月18日11時頃、被告人Xらは、鎌やショートノコギリなどの工具を携行し、A社がB村の村道沿いに敷設していた高压熱溶融PEパイプを壊した。集計の結果、壊れたパイプは78本であり、その価値は85800元(約180万円)であった。

この事件について、中国広東省中級人民法院は、「国家・公共利益を守るために、不正の侵害を制止する行為は、不正侵害者に損害を生じさせたことになっても、正当防衛となる」ことを認め、「しかし、本件被告人らがパイプを破壊した行為は、明らかに報復の目的で行うものであり、…正当防衛として認められない」と説示している。

この判旨からすると、裁判所は国家的及び公共的法益のための防衛行為が許される、という点を肯定したことは明らかである。その一方で、正当防衛の「防衛意思」の要件を充たさないという理由によって、正当防衛の成立が否定された事例である。

④ (2020) 陝 0830 刑初 22 号

2014年10月、A村の委員会が村民大会の同意を得ずに、被害者の採石場と請負契約を締結したため、A村の村民である被告人Xらは、採石場の建設を阻止する目的で、工事中のショベルのリアタイヤ、コンデンサー、左テールライトを破壊し、採石場の発電機を破損して、採石場の工事を妨害した。司法鑑定により、その損害額は7772元（約15万円）であったと判明した。

被告人側は、「被告人の行為は、集団（村）の経済利益を他人に略奪されないように守る行為であって、正当防衛である」と主張した。これに対して、陝西省初級人民法院は、「被告人の行為は、故意に他人の財物を損害するものであり、正当防衛制度の要件を充たさない」として、「器物損害罪と認める」とした。

本件において、国家及び社会的法益のために正当防衛を行うのは許されるかどうか、という点については、判旨には言及がなかったが、裁判所が正当防衛の要件に言及したということは、その前提として、「集団（村）の経済利益」のような利益を守る場合については正当防衛を成立する余地がある、という考え方を言外に匂わせたものと思われる。この理論構造は、③（2016）粵刑申320号の事例と同様と整理してよいであろう。

3)検討

以上の判例をみると、国家及び社会的法益のための正当防衛の成否について、日本において、判例は、正当防衛行為による保護法益に、国家及び社会的法益を含めるとしているが、それらの法益に対する侵害に対しては、極めて急迫の場合においてのみ、正当防衛を認めている。日本の判例の理論構造は、前述した部分的な肯定説の(1)と同じものであると考えられる。

中国においては、判例は、国家及び社会の利益に関する正当防衛が存在することを前提にしつつ、正当防衛の成立要件を欠くことを理由に、正当防衛の成立を否定する判断をとっている。

両国の判例理論を比較すると、共通点として、「国家及び社会的法益を形式的に認める→正当防衛の成立要件のいずれかが欠如→正当防衛不成立」という判断構造をとっていることができる。しかし、個人の利益を守るために正当防衛を行うことが、当然認められるのである以上、「個人の利益を認める→正当防衛の成立要件のいずれかが欠如→正当防衛不成立」という判断構造に還元することによって正当防衛を肯定することができるかと解すべきである。判例のような国家及び社会的法益のための正当防衛の成立範囲を極めて急迫な場合に限定する立場に立つならば、これらの法益に対する侵害の急迫性（あるいは他の要件）は、個人法益に対する侵害の急迫性（あるいは他の要件）判断とい

かに区別されるのかを説明しなければならない。さもないと、結局肯定説に至ることになると思われる。

しかしながら、①判例は、「国家公共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」と述べているが、前述したように、これは、正当防衛における「急迫性」の一般的趣旨と重なることから、このような制限は、結局、不明確というべきであろう。例えば、上記した中国の③事案において、「公共事業サービスセンターは既に A 社に対して『工事停止通知書』を発行して通告したが、A 社は依然として工事を続けていた」といった公的救済の効果がない場合において、日本の判例理論を適用して考えてみよう。このような事例は、国家公共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」にあたるであろうか。仮に、③事案を「極めて緊迫した場合」にあたらないと回答すれば、その理由は必ずしも明らかではないので、「極めて緊迫した場合」とは、どのような場合を言うのかについて急迫性とは異なる別の規範的観点からの説明を要することになる。他方、もし、③事案を「極めて緊迫した場合」にあたると回答するのであれば、この事案は正当防衛が成立することになり、違和感が生じることになる。これが、実際の中国の事案③判決要旨において、「急迫性（正当防衛の時間要件）」に言及しない理由ではないかと推測される。つまり、国家及び社会的法益に関する正当防衛を制限・否定するのであれば、判例のような要件論の相違ではなく、正当防衛の本質論において、検討すべきであるように思われる。

3 理論検討——個人的法益への還元

以上のように、日中両国の学説・判例に対する考察によって、国家及び社会的法益に対する正当防衛については、形式上肯定する学説・裁判例が多い、ということが明らかになった。しかし、たとえ、国家及び社会的法益に対する正当防衛を形式上肯定したとしても、「極めて急迫」といった具体的な内容が曖昧な基準を採用すれば、結局は、正当防衛の成立範囲は確定し難い。私見によれば、明確な限定基準を用いるべき国家及び社会的法益に対する正当防衛においては、個人的法益に還元される場合のみ、正当防衛の成立が認められると解すべきように思われる。それは、正当防衛制度がそもそも個人の利益（個人的法益）を保護対象とするものであり、法秩序のための防衛は正当化できないからである。

1) 正当防衛制度の形成に関する考察

正当防衛という私人救済と国家による公的救済（国家による実力独占原則）との関係については、そもそも①正当防衛状況において、国家による実力独占原則は妥当しないとす

る見解と、②国家による実力独占原則の例外として正当防衛を位置付ける見解との対立がある。①の見解をとるシュミットホイザーは、「国家による実力独占原則は法侵害が終了した後に行われる法の確証が問題となる領域(仮逮捕、自救行為)には妥当するが、予防的な法の防衛が問題となる領域(正当防衛)には妥当しない」と主張している。②の見解については、ピツェレキによる、違法な攻撃に対する防衛権限は本来には国家が有する権限であるが、正当防衛状況においては例外的にかかる権限が国家から私人に委譲されるという見解と、ワーグナーによる、正当防衛権を防衛者の固有権として理解した上で、かかる権利が認められる限り、国家による実力独占は後退しなければならないという見解がある⁸⁰。

ここで、正当防衛の歴史変遷を見てみると、生産力が低い時代には、個体の自衛能力の不足を補うため、血縁関係に基づく団体・氏族が形成されてきた。それに伴い、正当防衛という形式は、団体・氏族の復讐である一方で、あらゆる氏族に対する侵害に復讐するのは、氏族における全員の義務とさえいえるようになった⁸¹。さらに、私有制への変遷と共に、血縁関係の結びが徐々に弱くなってくると、氏族という団体が崩れてきて、復讐する主体と対象も、個人へ変更されるようになり、血縁関係による復讐から、私人の復讐へと変遷していくようになった。そして、その後、国家の形成に基づき、国家の刑罰権が現れることになった⁸²。

古代においては、国家刑罰権と同時に、私刑を使うことも許されていた⁸³。当時は、私刑は国家刑罰権の補充であるといえるものであった。しかし、現代社会においては、社会制度の整備、公的機関による公共の事務の管理能力の進歩に伴い、私人の復讐による弊害に鑑み、刑罰権は公的機関のみが行使できることになり、国家による実力独占原則が確定されることとなった。もっとも、今のところ、公的機関は、いかに整備できたものとしても、救助不能の場合がある。このような場合には、私人による救済が許される。

以上の正当防衛権の形成過程を理論に反映させるならば、正当防衛権を防衛者の固有権として理解した上で、かかる権利が認められる限りにおいて、国家による実力独占は後退しなければならないという見解が基本的に妥当であると思われる。正当防衛制度の形成の経緯を見るとわかるように、復讐という形から正当防衛制度に至るまで、正当防衛は、

⁸⁰ 以上のドイツの学説の整理は、山本和輝・前掲(56)51-52頁を参照。

⁸¹ 陳興良・前掲(67)2頁を参照。

⁸² 『マルクス・エンゲルス選集(第三版)』(人民出版社・2012)85頁以下を参照。

⁸³ 例えば、中国の『春秋公羊伝』においては、「父不受誅，子復仇可也。父受誅，子復仇，推刃之道也」という記載がある。つまり、親は殺された場合、子供が復讐することが許されるが、親が刑罰によって殺された場合には、復讐が許されない。

個人の利益を対象とすることに終始していることがわかる。そもそも、正当防衛は個人法益を中核とする制度なのである。つまり、国家及び社会的法益のための正当防衛には、そもそも歴史的な根拠を持たないのである。

2)法秩序に関する批判的考察

法秩序それ自体を絶対視する代表は、ヘーゲル学派である。ヘーゲルは、国家は犯罪を(絶対的存在としての)法の否定、すなわち絶対的に無効な不正として把握し、それに対する刑罰を「否定に対する否定」、すなわち「法の回復」として把握したのである⁸⁴。その後、その学派のベルナーは、正当防衛において、いかなる権利も不正な侵害に対して無制限に防衛されなければならないとした。権利はまさしく権利であり、「正は不正に対して譲歩する必要はない」からである⁸⁵。しかし、この見解の前提としていた絶対的国家観が支持を失ったのに伴い、法の絶対性・不正の無効性を確認するためだけの制度としての正当防衛という発想も衰退した。

それ以外にも、法秩序によって、正当防衛の正当化根拠を説明することにすれば、防衛対象を無実な第三者に拡大する恐れが生じることになる⁸⁶。法秩序自体の保護を強調すると、防衛行為が若干でも他人の自由な領域を侵害すれば、法秩序を守る効果を理由として、正当化可能になってしまうからである。例えば、不正の攻撃に対して、防衛行為に出ることによって、偶然その場で通っている第三者に軽傷を負わせる場合には、仮に法秩序を強調すれば、軽傷という程度の損害であるから、法秩序を保護するため、多少犠牲してもよい、と考える恐れがあるが、明らかに不当であろう。むしろ、法秩序のための防衛を認めずに、無関係の第三者に損害を及ぼす場合には、誤想防衛を問題とすべきである。したがって、法秩序それ自体は、正当防衛の保護対象とすべきではない。

3)還元できる法益

最後に、国家及び社会的法益の中には、個人法益へ還元できるものがあるということについて、具体例を示したい。

①放火、出水、往来妨害などの行為については、それらの行為は、常に不特定又は多数人の生命、身体を侵害する危険性のある行為であれば、これらの行為に対する対抗行為を

⁸⁴ 重松博之「ヘーゲル承認における犯罪・刑罰の機能と位置」九大法学 68号(1994)232頁以下、橋爪隆・同注(21)35頁注(90)参照。

⁸⁵ 曾根威彦・前掲注(34)72-73頁参照。

⁸⁶ 陳璇・前掲注(30)『正当防衛：理念、学説と制度の適用』20頁参照。

個人の集合体に対する防衛行為として、許容されるべきであると思われる。なお、これらの行為は抽象的危険犯であるため、危険の現実の発生は要求されないとするのが通説である⁸⁷。この点について、正当防衛の場合に、「人の生命、身体に対する侵害が切迫している」という条件を満たさなければならない。この点について、本稿序論の一つ目の分析軸で述べたように、ここでの検討は、正当防衛による救済できる法益の範囲を描くためである。具体的な事例において、正当防衛の成立を肯定できるかどうかについて、正当防衛の急迫性要件と相当性要件によって判断される必要がある。②公務執行妨害、職権乱用、賄賂などの行為については、それらが人の生命、身体、自由、財産などの具体的な個人法益に脅威を及ぼす場合に限度で、正当防衛が許容されるべきであると思われる。③文書・印鑑を偽造しようとしている行為、囚人等の単純逃走行為などについては、防衛をすべき具体的個人的法益がない以上、防衛行為を認めるべきではない。

もっとも、文書・印鑑を偽造する行為を見て、その文書を破る、あるいはその印鑑を破壊する行為に出たような場合は、正当防衛ではなく、実質的違法性がないことを理由として、違法性を阻却することにしても不当ではないであろう。また、囚人等の単純逃走を阻む行為についても、正当防衛ではなく、私人逮捕等の正当行為として違法性を阻却すべきであると整理できる。

第3節 共犯と正当防衛の成立

1 問題の提起

1)問題となる事例

以上のように、正当防衛制度の正当防衛原理、及びその保護法益の範囲は解明したが、それは、不正侵害者がまずは単独正犯であることを前提とした議論展開が基本であった。ところが、さらに不正侵害者が複数人いる、つまり、共犯である場合において、すべての共犯に対して、防衛行為に出るのが認められるのかという問題をめぐって、中国では議論がある。例えば、以下のような判例（(2016)琼02刑終28号）の事案を例に考えてみよう。

2014年3月12日夜、被告人Xとその妻のYは、工事現場でコンクリートの攪拌や運送などの残業をしていた。A、B、C、Dは、飲酒后、Yが一人でコンクリートを降ろすのを見て、言葉のみを用いて、Yをからった。Yは、からかわれた状況を、Xに伝えた。Xは怒ってAらに対してYから離れるように言ったが、無視された。更にその後、AはY

⁸⁷ 嘉門優『法益論—刑法における意義と役割—』（成文堂・2019）121頁参照。

の太ももを触り、XとAらとの喧嘩が起きた。AはXを殴ろうとし、Xも反撃の準備をしたが、Yは、AとX二人の間に立って喧嘩を止めようとした。Aは、工事現場からスコップ（長さ約2メートル、木製ハンドル）を持ちXに殴りかかろうとしたが、Yに止められた。そこで、Aはスコップを捨て、素手でXに殴りかかろうとした。Yは、その際、Aに押し倒された。Xは、Yを助けに行こうとしたが、A、C、Dが、Xに殴りかかり、Xは、引き下がりしながら拳で反撃した。C、Dは、パイプ（長さ約1メートル、中空、直径は約4センチ）を拾って、Xを殴ろうとしたが、Y、Bに止められた。その後、Dはパイプを拾ってXの頭を殴った。Xがヘルメットを被っていたため、パイプは勢いよく滑ってXの左腕に当たった。この同時に、Xは左手でYをかばい、右手で身につけてる折り畳み式のナイフ（開けて長さ約15センチ、刃の長さは約6センチ）を持ち出し、激しく突き刺した。その結果、Cは出血ショックで死亡した。A、Dは、軽傷を負った。

中国海南省中級人民法院は、「正当防衛は不正の侵害者本人に対する行為でなければならない…数人が共同して不正の侵害を行う場合、直接に不正の侵害をしているものだけでなく、現場における共同して不正の侵害をするものに対しても、防衛行為を行うことが認められる」とし、「本件において、たとえ被告人Xの頭部を殴打していたものがDであったとしても、当時、Cも鉄棒を持って現場において被告人Xを取り囲んで殴打するつもりがあったのであるから、Cは不正の侵害者と解され、防衛対象となる」と説示している。その「現場における共同して不正の侵害をするものに対しても、防衛行為を行うことが認められる」ことについてどう理解すべきであるのか、という問題が生じた。

2)問題の所在

日本では、防衛行為の結果、第三者を侵害した場合には、「第三者と不正の侵害者との間に共犯関係が成立するとすれば、どうなるのか」といった議論は行われてこなかった。その理由を想像すると、共犯は一つのグループとしてとらえるなら、特に、不正の侵害者が共謀共同正犯又は共同正犯である場合には、共犯者全員が「不正の侵害」を行っているものと認められるのである。そうだとすれば、不正の侵害全体に対する防衛行為を検討すれば足りる。しかし、共犯全員が、「不正の侵害」として評価される場合でも、狭義の共犯である場合は、実行犯でない教唆犯・幫助犯をも直ちに正当防衛（過剰防衛）の対象とすることに違和感が生じる。

これに対して、共犯の違法性を個別にとらえる立場を採ると、共犯者ごとに、それぞれ正当防衛要件を満たすかどうかについて検討すればよい、という発想がないわけではないのであろう。ここで、共犯独立性説といった少数説にしておくこととしても、日本の通

説的見解である因果的共犯論を出発点とすれば、共犯ごとに「因果性」の影響を考慮することになるため、共犯が不正の侵害を行う場合には、すべての共犯者に対する防衛行為の正当性が認められるか、という問題を「共犯の因果性」という視点から検討する価値があると思われる。

なお、実際には、中国の共犯理論においては、正犯、共犯という概念がなく、共同犯罪の関与者は、役割に応じて、主犯と従犯に分かれる。しかも、前述したように、中国では、伝統的な犯罪論体系において、構成要件該当性という概念がないため、構成要件に該当する行為、すなわち実行行為を共同して実現したかどうかという基準により、主犯と従犯を区別することができない。そのため、共同犯罪の関与者ごとにそれに対する防衛行為を検討することになる。この点も日本ではこのような不正の侵害者の共犯に対する正当防衛の問題が議論されてなかったのに対して、中国では議論が盛んである理由の一つである。

2 中国の議論状況

1) 具体的な規定

中国刑法第 20 条により、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。「不法侵害者に損害を生じさせた」ということは、正当防衛の対象要件としてとらえるのが一般的である。つまり、正当防衛の対象は、不法侵害者の本人のみである。

また、『正当防衛制度の適用に関する指導意見』（法発〔2020〕31号）第7条は、「数人が共同して不正の侵害を行う場合、不正の侵害を直接にしているものだけでなく、現場における共同して侵害するものに対しても、防衛行為を行うことが認められる」と規定されている。この規定について、司法解釈を起草する委員会は、刑法の規定により、防衛行為は不正の侵害者の本人に対するものであり、不正の侵害者以外の第三者に対する防衛行為が認められないが、不正の侵害者とは、侵害の実行行為をするものだけでなく、現場における組織者（主犯：メンバーを集める者）、教唆犯、幫助犯も含むと解すべきである⁸⁸、とする。

なお、中国では、すべての共犯者に対する防衛行為が認められるのかという問題は、対象要件として捉える（本稿 28 頁参照）からとって、必ずしもこの問題を正当防衛の要件とする必要はないと思われる。むしろ、この問題解決は、共犯者に対して、どのような

⁸⁸ 『人民司法』2020 年第 28 期 3 頁。

理由によって単独正犯に対するのと同じように、防衛行為に出るのが認められるのか、ということにあるからである。従って、本稿においても、正当防衛の具体的要件に入る前提として、この問題を位置づける。

2)学説の議論状況

①全面肯定説

肯定説は、中国で通説である。例えば、高銘暄は、「共犯の場合には、犯罪を参加している者らは各々犯罪を行うことになるから、すべての共犯者に対して、防衛行為を行うことが認められる」と主張している⁸⁹。これはほぼ法文の規定をそのまま述べた見解であり、共犯に対する正当防衛を最も広く認める見解である。しかし、この見解は、共犯独立性説を当然の前提とするものである点において既に疑問がある。

②部分的肯定説

A.馬克昌によれば、「構成要件行為を行う実行犯に対して、防衛行為を行うことが認められる。しかし、直接に構成要件行為を行わない、教唆犯と幫助犯に対して、防衛行為を行うことは認められない」⁹⁰。この見解は、共犯に対する正当防衛の成立範囲を最も狭く捉える見解であり、実行犯以外の共同正犯の場合の処理がどのようなになっているか、という疑問が生じる。この見解によれば、構成要件的行為＝侵害行為という解釈になると思われるが、しかし、幫助行為であっても、現場で正犯行為に因果性を及ぼしている場合には、正当防衛を認めてもよいのではないかという防衛行為による因果性の阻止の観点からの疑問もある。

B.王政勳は、「教唆犯に対して、防衛行為を行うことは認められない。これは教唆犯に対する防衛が被教唆者の不正の侵害を抑制できないからである」とし、これに対して、「幫助犯については、現場にいない幫助犯に対する防衛行為が認められない一方で、現場にいて、かつ幫助行為を行われている幫助犯に対して、防衛行為を行うことが認められる」と主張している⁹¹。

⁸⁹ 高銘暄主編『刑法学原理（第2巻）』（中国人民大学出版社・2005）212頁。

⁹⁰ 馬克昌主編『犯罪通論』（武漢大学出版社・2010）737頁。同じ趣旨の主張として、陳興良・前掲注（67）90-92頁。

⁹¹ 陳興良主編『刑法総論精積（第2版）』（人民法院出版社・2011）263頁（正当防衛の章は王政勳より執筆された）。

確かに、教唆犯に対して正当防衛ができない理由は、すでに教唆行為が終わって、因果的影響力を与えてしまった後、いくらこれに介入しても、その介入から因果性を除去することはできないから、という発想と思われ、その点は妥当である。また、幫助犯について、正犯に因果性を及ぼしつつある者に対しては、防衛行為を行うことで因果性を遮断し、正犯の攻撃をやめさせる・弱めることがなおできる場合は、因果的共犯論の見地から納得できる。

しかし、その場合に幫助の正犯に対する因果性が物理的原因力にとどまるか、その定義は明白とは言えない。また、いわゆる「応援を提供する」ことは必ず現場にいなければならないか、という点についても言及がない。

C.胡鷹によれば、構成要件行為を行う正犯（主犯、従犯）に対して、防衛行為を行うことが認められる。詳しくは、教唆犯について、教唆行為自体は侵害の急迫性を充たさないから、原則として教唆犯は防衛の対象にならない。しかし、(1)教唆犯が直接に構成要件行為を行う場合、(2)責任無能力者を教唆する場合、(3)教唆犯が正犯と共に犯罪の現場にいる、或いは無線電波によって直接に正犯と連絡を取っているとき、正犯に対して、防衛行為が及ばない場合に、防衛行為を行うことが認められる。幫助犯について、精神的幫助にとどまる幫助犯に対しては、原則として防衛行為を行うことが認められないが、現場において実行犯を著しく精神的に幫助して、侵害の急迫性を充たすならば、防衛行為を行うことが認められる。物理的幫助に対しては、事前に物品等を提供する場合に、それにより法益に対する侵害が急迫したと言えないから、防衛行為を行うことが認められない。他方、正犯が不正の侵害を行われている際に幫助を提供する場合に、防衛行為を行うことが認められる⁹²。

この見解は、実行の着手の前の共犯行為か否かに着目し、侵害の急迫性の観点から、着手前の関与行為に対する防衛行為は認められないと理論構成しており、基本的なコンセプトにおいて、正当防衛の要件に適った、妥当な方向性である。

しかし、具体的検討すると、まず、教唆犯において、(1)について、教唆犯が直接構成要件の行為を行う場合があるのか。(2)については、間接正犯ではないという点で問題がある。また、概念的におかしいと思われる。(3)について、因果性が及びつつある場合に正当防衛を認める趣旨であると思われるが、精神的幫助の場合と区別ができていないのではないか、という疑問がある。次に、幫助犯について、著しい精神的幫助とそうでない幫助の違

⁹² 胡鷹「共同犯罪に対する正当防衛について」法学評論 1991 年第 2 期 64 頁以下参照。

いが何か、という点が明らかでないものの、不正の侵害の急迫性を充たす限度で、防衛を認める点については、防衛の対象を緊急時の必要性の観点及び正当防衛の制度趣旨から限定する考え方であり、理にかなっていると評価できると思われる。

D. 魏東＝周海浪によれば、間接正犯と教唆犯を区別し、間接正犯の類型⁹³は本問題の射程外であるとしている。詳しくは、教唆犯について、『第三者の介入型』及び『当事者型』に分けて検討する必要がある。教唆犯に対する防衛行為により急迫不正の法益侵害を切断でき、優越的法益を守れるのであれば、正当防衛として認められる。物理的幫助犯も同様に、これに対する防衛行為により急迫不正の法益侵害を切断できれば、正当防衛として認められる。他方、精神的幫助に対して、防衛行為を行うことが認められない⁹⁴。

この見解は、因果的共犯論からは一つの帰結であるが、侵害の急迫性に関連付けていない点に問題がある。侵害の急迫性（法益侵害の切迫性）がない場合に正当防衛を認めるのは、正当防衛の制度趣旨や要件に合わないと思われる。また、幫助犯について、精神的幫助については正当防衛を行うことはできないとする根拠はどこにあるのか、という疑問がある。

3 理論検討——共犯の因果性というメルクマール

1) 出発点

共犯者の行為であっても、それが被侵害者に対する急迫不正の侵害に直ちに影響するならば、その行為に対する正当防衛を否定する理由はない。

まず、正当防衛が許されるのは、侵害者の行為が、被侵害者に対する「急迫不正の侵害」が現存していると評価される場合に限られる。つまり、共犯行為に対する正当防衛が許される状況は、正犯行為が、「急迫不正の侵害」と評価される場合に限られることになる。この点で、上記②の C 説は、出発点において妥当な考え方であると思われる。一般的に言って、共犯行為は、正犯行為に時間的に先行して、すなわち、正犯行為が「急迫不正の侵害」の段階に至る前に行われることが多い。そうすると、正犯行為が「急迫不正の侵害」の段階に至っているかどうか、共犯行為について正当防衛が許されるかどうかを判断する 1つのポイントとなるであろう。

⁹³ (1)他人を脅迫して犯罪をさせること、(2)他人の錯誤を利用して犯罪をさせること、(3)権力又は影響力による他人に犯罪をさせること、(4)無責任者、又は制限責任者を利用して犯罪をさせること。

⁹⁴ 魏東＝周海浪「共犯に対する正当防衛：法理の基礎と解釈のアプローチ」刑法論叢 2017 年第 3 巻 72 頁以下。

正犯行為に対する正当防衛が許される段階、つまり、急迫不正の侵害の開始時期については、いくつかの見解⁹⁵が示されている。藤木英雄によれば、急迫というためには、加害行為が犯罪を構成する場合にその実行の着手があったと認められることないし侵害の現在性は必要でない。未遂に極めて接着した予備行為、例えば侵害者が凶器を取り出そうとする段階に至ったときは、必要な制止のための行動が許される（予備の最終段階説）⁹⁶。また、シュミットホイザーによれば、攻撃者が、攻撃をより後の防衛ではもはや可能ではないほど準備している場合、攻撃はすでに現在している（効率説）⁹⁷。学説は、基本的に「犯罪の実行の着手の前の段階で防衛行為が許される」という同じ趣旨のことを述べていると考えられ、その結論は妥当であると思われる。

このことを前提とすると、共犯者に対しては、防衛効果の観点から、正犯者による犯罪の実行の着手が行われる少し前の段階になれば、共犯行為に対する正当防衛が可能である、という帰結が導かれる。その上で、さらに正当防衛が可能な共犯行為とはどのような行為を画定するにあたり、正当防衛の要件である「急迫不正の侵害」という観点から考察が必要であると思われる。

「急迫性」について、第一に、共犯行為は、基本的に（共同正犯の場合を除いて）、正犯行為とは異なり、被害者に対する直接的な侵害行為ではない、ということ、第二に、既に検討したように、正当防衛が許されるには、当該侵害が、急迫性を有していること、すなわち、現に差し迫っていることが必要であることを考慮しなければならない。共犯行為は、性質上、基本的に（共同正犯の場合を除いて）、そのような急迫性をもたらすような行為ではない。そのため、共犯行為に対する正当防衛が許されるような状況というのは、一般的には、正犯行為が行われているか、その直前の段階に至っており、その正犯行為に対して、正当防衛が可能な状況にある、という状況である。

「不正」について、正当防衛が可能である行為というのは、不正な侵害でなければならぬから、共犯行為も違法であり、正犯行為を通じて、法益に対して侵害または脅威を与えるような行為である必要がある（因果的共犯論・共犯の違法の連帯）。そうすると、直接の不正の侵害となる正犯行為に対して、その時点で、因果的に影響力を与えている共犯行為が、正当防衛の対象となる、ということになる。つまり、正犯者により、急迫不正の侵害が行われた場合、すなわち、正犯者の実行行為が行われている（実行の着手がある）か、あるいは、その直前行為が行われているときに、それに因果性を及ぼしつつある共犯行為

⁹⁵ ヤーコブスを代表として、未遂説との主張もあったが、極めて少数説にとどまるので、省略する。

⁹⁶ 藤木英雄「正当防衛」団藤重光編『注釈刑法（2）のI総則（2）』（1986）225-226頁参照。

⁹⁷ 明照博章・前掲注（37）32頁参照。

に対しては、正当防衛が可能、という結論である⁹⁸。

2) 共犯の因果性による判断

以上のように、どの範囲の共犯に対して正当防衛が認められるのか、という問題解決は、正犯(不正侵害を実行しているもの)に対する因果性の有無にある。基本的な思考として、因果性と急迫性が充足すれば、防衛行為に出ることが許されるのである。しかも、因果性とは、物理的因果性だけでなく、正当防衛状況の現場における強い心理的因果性も含めて判断するのが妥当である。

前述したように、中国では、共犯の規定において、正犯と共犯という概念がなく、共同犯罪の関与者は、役割に応じて、主犯と従犯に分かれ、「統一的正犯体系」⁹⁹をとるものといえる。従って、共犯者の類型ごとに検討する必要がなく、因果性の観点から役割に応じて主犯と従犯が区別されると考えれば、因果性と急迫性要件を充たす関与者に対する正当防衛が認められる余地があると解すべきである。

これに対して、日本では、因果的共犯論が前提となるが、共犯の規定において、実行共同正犯、教唆犯、幫助犯が分類されている以上、共犯の類型ごとに、不正の侵害に対する因果性の強さと急迫性を示した上で、防衛行為に出るのが許されるか否かを検討する。

(1) 実行共同正犯に対して、正当防衛が許されるべきである。共同正犯者は、一部行為を実行することによって、全部の行為について因果性を及ぼしているから、一部行為しか担当していない者に対しても不正の侵害者自体といえ、その者に対する正当防衛が可能である。

(2) 共謀共同正犯に対して、正当防衛が可能であるのは、上記と同様の理由に基づく。他方、急迫性の観点から、事前共謀しか行われていない早い段階には、正当防衛はできないことになる。

(3) 狭義の共犯の場合には、まず、教唆犯に対して、正当防衛を行うことは許されないとされる。教唆犯は、基本的に時間系列的に見て、正犯行為が行われる以前に行われるものであるからである。そのため、侵害が急迫であると認められる時点、すなわち、正犯に

⁹⁸ なお、ここにいう「急迫不正の侵害が行われた場合」という判断は規範的な判断である。これは、実行着手の少し前の段階で「急迫性」を充たすということと同様な理屈で、共犯者に対する正当防衛は可能である、ということを示すためのものであり、すべての共犯者に対して、防衛行為に出ることが認められるかどうかは、共犯者は実行行為者に対する因果性の有無によって判断すべきであると思われる。

⁹⁹ 統一的正犯体系とは、狭義の共犯と正犯を区別しない立法例である。統一的正犯体系の概念について、松澤伸「共犯と正犯の区別について-裁判官の思考と共犯理論-」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀論文集(上巻)』(成文堂・2014) 822頁参照。

よる実行行為が行われている（実行の着手がある）か、あるいは、その直前行為が行われている時点では、教唆行為は既に終了していると判断される場合が多いであろう。

また、幫助犯について、急迫不正の侵害の現場において、正犯を幫助する場合には、正当防衛を行うことは許されると思われる。幫助行為を通じて、正犯の急迫不正の侵害に因果性を及ぼしつつある場合には、幫助行為者に対して正当防衛を行うことで、因果性を遮断し、防衛効果を生じさせることができるから、正当防衛が可能であるというべきである。この場合、心理的・物理的幫助を問わず、両者を区別する理論的理由はない。精神的幫助の例として、例えば、機関銃で発砲を続ける正犯者の隣で狙う標的を指示する場合がある。物理的幫助として、例えば、機関銃で発砲を続ける正犯者の隣で弾丸を次々と渡す場合がある。このような場合において、幫助犯に防衛行為に出ることは問題ないのであろう。防衛行為事前の幫助、事後の幫助に関しては、急迫不正の侵害時に同時的に因果性を与えていないため、その幫助行為に窮迫性が欠け、正当防衛ができないのである。

(4)なお、間接正犯に対しては、正当防衛が許されないと解すべきであろう。間接正犯の行為とは、つまり、招致行為であるが、招致行為の時点では、被侵害者に対する急迫不正の侵害をいまだ生じさせていないからである。例えば、毒入りウィスキーを発送した時点（離隔犯のケース）とか、責任無能力者に窃盗を指示した時点では、急迫不正の侵害は生じていないのである。正当防衛が可能となるのは、被害者領域に到達した時点、または、被誘致者の行為が侵害の急迫性が認められる時点であるが、その段階では、間接正犯者の行為は終了しており、従って、正当防衛はできないことになる。この点は、教唆犯の場合と同じ理由で正当防衛を否定されるのである。

もっとも、そうであったとしても、招致行為に対しては、仮にそれが自己を将来的に侵害するものであると分かった場合には、緊急避難を成立することは可能であると思われる。このような場合は、山小屋事例（深夜強盗を計画している客たちの話を盗み聞きした山小屋の主人が客たちに睡眠薬を飲ませた事例）における、山小屋の主人の例と同じような理由で緊急避難が成立する¹⁰⁰ことになる。

第4節 小括

本章では、まず、学説の整理と分析によって、正当防衛の正当化原理について検討した。また、国家及び社会的法益のための正当防衛の成否を考察したが、正当防衛は本来的に個

¹⁰⁰ 「不正の侵害」であっても、急迫性が認められない場合において、違法性阻却を認めるために緊急避難による解決が必要となるという見解として、斎藤誠二・前掲注(23) 261頁以下、山口厚・前掲注(20) 157頁参照。

人の利益を中核とする制度であるとする私見を示した。さらに、不正侵害者が共犯である場合には、すべての共犯者に対して、防衛行為に出るのが認められるのか、という問題にも検討を加えた。それぞれの具体的な帰結は、以下の通りである。

正当防衛の正当化根拠は、優越的利益原理によって説明するべきである。その上で、利益を衡量するにあたっては、防衛行為者側の利益を重視し、「個人の利益」対「個人の利益」の衡量という構造を採る。なぜなら、正当防衛の特殊性、つまり、緊急避難のような厳格的な構造を不要とする理由は、「(自由な) 現状を維持する利益」を加算することによって、防衛行為者側の利益は不正侵害者の利益と比べて、優越性がある、ということにあると考えるからである。そして、「(自由な) 現状を維持する利益」は、生命・身体・自由にせよ、財産・名誉にせよ、同様の保護を要請すると解すべきである。しかも、自ら侵害を除去するとはいえ、実際には、多くの事例において、必ずしも自分の手で救済できるとは限らない場合(例えば、自分の力で不正の侵害に対抗できない、そもそも本人は不正の侵害を気付いていないなどの場合がありうる)があることから、私人による救済の範囲は、自分のためだけでなく、他人のために緊急行為に出ることも含まれる。従って、(国家救済が間に合わない) 緊急状況において、他人(第三者)の(自由な) 現状を維持する利益を守るため、侵害を除去し、元の(自由な) 状態に戻させることが許される。

また、防衛者の利益を加算する優越的利益原理の下では、(1)利益衝突を自ら作出した場合には、そもそも正当防衛状況として認められないため、正当防衛の成立が否定されると解される。また、(2)正当防衛は違法阻却事由であり、攻撃者の責任の有無によって制限されることはない。責任のない者の攻撃にせよ、行為者の「(自由な) 現状を維持する利益」が認められれば、攻撃された者の利益の優越性が肯定できるため、正当防衛を制限する理由はない。従って、責任のない者の攻撃に対しても、防衛行為を行うのが許されるべきである。

さらに、正当防衛制度の形成の経緯を見るとわかるように、復讐という形から正当防衛制度に至るまで、正当防衛は、個人の利益を対象とすることに終始しており、本稿が支持する「(自由な) 現状を維持する利益」も個人利益を中核とするものである。国家及び社会的法益のための正当防衛には、そもそも歴史的な根拠がない。従って、個人法益に還元できないような利益、単なる国家及び社会的法益のための正当防衛は、否定されるべきであり、個人法益に還元できる場合に限り、防衛行為を許容すべきである。

なお、不正侵害者の共犯に対する正当防衛が許される範囲というについて、中国では議論が盛んであるが、日本ではほぼ議論されなかった論点も取り上げた。結論として、共犯の「因果性」と「急迫性」の限定によって、正当防衛の成否を検討すべきであることを示

した。

以上のように、正当防衛の正当化原理、その制度による救済の法益の範囲及び共犯に対する防衛行為の正当性を明確になった。しかし、一つ目の分析軸として、正当防衛の正当化原理から直接検討すべき論点として、さらに利益衝突を自ら作出した場合を次に取り上げて検討を加えることにする。

第2章 挑発防衛をめぐる防衛行為の限界

第1節 闘争状況における挑発防衛

闘争状況における挑発防衛という問題の設定は、第1章で述べたように、正当防衛の本質論から導かれる正当防衛の成立に関して、一つ目の分析軸において検討すべき課題であると思われる。すなわち、いわゆる挑発防衛は正当防衛の正当化原理の視点から防衛者に権利行使としての防衛行為が許される状況にあたらぬ場合であり、本章では、具体的な要件論に入る前に、正当防衛が許される状況ではない場合を分析することとし、その典型例として議論される挑発防衛、すなわち、利益衝突を自ら作出した場合を取り上げる。

ところで、(広義的)挑発防衛とは、一般に、侮辱、暴行などの侵害者に対する積極的な働きかけとして理解されている¹⁰¹。もっとも、(広義的)挑発防衛とされる行為をさらに整理すると、さらに次の二類型に分けられる。(1) (意図的、又は意図的でなくても) 違法な先行行為がある類型、いわゆる侵害を自招した場合 (自招侵害) と、(2) (意図的に) 口・態度だけで挑発した場合 (口実防衛) である。

1 闘争状況に関する日本の議論

日本においては、「違法な先行行為がある場合」と「相手の侵害を予期した場合」とを截然と区別した上で検討されている。このような区別は判例の流れから、明白である。

日本の最高裁判例の流れは、「違法な先行行為型とそれ以外」を区別するものである。ところで、上記類型(1)の違法な先行行為型については、正当防衛の制限・否定に関する議論は活発である¹⁰²。そして、この場合において、正当防衛の前提状況が欠けることを理由として、正当防衛の成立を否定することが多い。これに対して、類型(2)の(意図的に)口・態度だけで挑発した場合(口実防衛)については、それだけでは直ちに正当防衛を許されないと解されず、「侵害の予期プラスアルファの事情としての積極的加害意思の考慮の下で「急迫性」要件において検討されることが多い。

類型(2)の他、さらに、侵害を予期したが、あえて現場に赴く場合(いわゆる、出向き型)、あるいは現場で相手の来襲を待って闘争状況に陥る場合(いわゆる、待ち受け型)も急迫性要件判断において検討されている。このような違法先行行為を伴わない事例群につい

¹⁰¹ 橋爪隆・前掲注(21) 253頁参照。

¹⁰² 例えば、斎藤誠二・前掲注(23) 197頁以下、山中敬一・前掲注(36) 96頁以下、川端博『正当防衛権の再生』(成文堂・1998) 73頁以下、岡本昌子「自招侵害について」同志社法学 50巻3号(1999) 285頁以下。

ては、侵害の予期と積極的加害意思の有無（積極的加害意思論）、侵害退避義務論などにより、急迫性が否定されるかどうかを検討される問題であるので、別に次の第3章の「急迫性」の要件において検討する。

2 闘争状況に関する中国の議論

他方、中国においては、「正当防衛状況」と「正当防衛ではない状況」を分類する上で、「正当防衛ではない状況」に挑発防衛と喧嘩闘争という二つの類型を含める、という考え方が一般的である。

まず、挑発防衛とは、相手を侵害するため、意図的に相手の攻撃を惹起し、正当防衛を口実として相手の侵害を生じさせるものであると説明されており¹⁰³、正当防衛の前提状況を否定する事例として位置付けられている。従って、中国において、正当防衛を否定する挑発防衛は（広義的）挑発防衛であり、上記の二つの類型とも含まれる。

また、喧嘩闘争はそもそも闘争の双方とも単なる加害意思で相手を攻撃するという場合を指し、喧嘩両成敗を理由に正当防衛として認められないため、当該事案が喧嘩闘争に当たるかという問題の解決を中心として、防衛行為の急迫性、防衛意思の有無によって、具体的な事例が検討される傾向にある。

3 比較分析

日本と中国の議論の一般的な状況を見ると、日本では、闘争状況に陥った理由を問い、客観的な先行事情を考慮して、正当防衛が許される状況かどうかを判断する傾向があるのに対して、中国では、闘争の双方とも単なる闘争の意思で相手を攻撃する場合は、正当防衛が認められないと端的に判断する傾向がある。もっとも、その前提として、喧嘩闘争の具体的な事情経過を考慮に入れながら、防衛の意思を判断しているように解される学説・裁判例もあることは、第3章に取り上げる判例の検討において指摘することにした。

広義的挑発防衛について、上記したように、日本では、一切正当防衛を否定するわけではなく、類型(2)（意図的に）口・態度だけで挑発した場合（口実防衛）は、急迫性要件の下で検討することが多い。これに対して、中国では、口実防衛だとしても、正当防衛の前提条件がないことを理由として、概念的には広義的挑発防衛を一切正当防衛から否定する傾向がある。もっとも、実際には、上述したように、口喧嘩闘争に当たるかどうかは具体的な事情経過を踏まえて判断されることになるので、以下でみるように正当防衛が許

¹⁰³ 張明楷・前掲注（2）205頁。

されない、口実防衛に当たるか否かは、個別具体的な事実関係を踏まえて判断されるべきものである。

第2節 日本における学説・判例動向

1 日本における学説の議論状況

1) 正当防衛要件の欠如説

次に、正当防衛の成立要件のうちのいずれかが否定されるとする立場として、以下のようない見解がある。

① 急迫性の欠如説

平野龍一によれば、「相手を挑発する行為あるいは攻撃を予想しながら相手に近づく行為が、相手の攻撃を利用してこれを傷つけようとしたとみられうる場合には、侵害の急迫性を否定する」¹⁰⁴としている。また、中義勝は、「相手方の攻撃を挑発し、または攻撃を予想してその機会に迎撃するといった場合には、急迫性が否定される」¹⁰⁵としている。

② 「不正の侵害」の欠如説

高山佳奈子は、「正当な利益がないにもかかわらず重大な挑発行為を行い、侵害を自ら招致した場合、侵害者と被侵害者の関係はいわば『どっちもどっち』の関係であり、『不正』対『不正』の構造にある」とされ、「このように両者の間に対等性が観念される場合には緊急避難の限度での対抗を正当化すべきであるとの観点から、侵害の「不正」性を否定されている」と主張している¹⁰⁶。

③ 相当性の欠如説

中山研一によれば、自ら侵害を挑発し利用したような場合には、防衛行為の相当性が制限され、正当防衛それ自体が否定される¹⁰⁷。また、山本輝之によれば、正当防衛の場合には侵害者の法益の要保護性が法的に低く評価され、その分だけ被侵害者の利益が高く評価されるため、緊急避難と異なり手段の補充性が厳格に要求されず、その防衛行為が相当なものであれば足りることになる。しかし、被侵害者が侵害を有責に招致した場合には、被侵害者の法益の要保護性は通常の正当防衛の場合より低く評価されるため、その利益対立状況は緊急避難のそれに接近し、その結果、防衛行為の相当性の範囲に制約が課され

¹⁰⁴ 平野龍一「刑法ゼミナール〔第3回〕——平野龍一先生を囲んで」法学教室 81号（1987）17頁以下参照。

¹⁰⁵ 中義勝『講述犯罪総論』（有斐閣・1980）133頁。

¹⁰⁶ 高山佳奈子「正当防衛論（下）」法学教室 268号（2003）70頁。

¹⁰⁷ 中山研一『刑法総論』（成文堂・1982）277頁参照。

ることになる。そして、相当性の範囲を逸脱した場合には優越的利益原理を充足していないため正当防衛は否定されるが、なお被侵害者の法益の要保護性が侵害者のそれよりも優越しているといえる限りにおいては、過剰防衛が認められる。しかし意図的挑発の場合で、しかも挑発と攻撃の時間的密着性が強いような状況では、被侵害者の法益の要保護性は侵害者のそれを下回ることになり、過剰防衛すら成立しない¹⁰⁸。

以上の見解は、挑発防衛の問題を、正当防衛の要件論に解消するものであると評価できる。しかし、挑発防衛のうち類型(2)はさておき、類型(1)の自ら利益衝突を作出した場合には、正当防衛の正当化原理における防衛行為の権利行為性が欠如することから、そもそも正当防衛状況として認められないため、正当防衛の具体的要件該当性の判断に入る以前の問題であるというべきである。

2)正当防衛の基本原則援用説

正当防衛の基本原則援用説とは、正当防衛を口実にして相手を侵害した場合には、正当防衛権の濫用であり、正当防衛の成立を許さないという見解である。それゆえ、基本思想援用説¹⁰⁹とも称することができる。その代表論者として、曾根威彦は、正当防衛の正当化原理は個人保護の利益と法確証利益の加算して捉えた上で、「このように、正の確証の原理が後退することによって正当防衛権の基礎がもっぱら自己保全の原理に置かれるときは、攻撃者の法益を犠牲にすることなく攻撃を回避することが可能な限り、正当防衛を行使することが許されないのである」とし、「行為者の意図的な挑発による場合も同様に考えられる…これらの場合、攻撃者に常に反撃回避義務が妥当し、正当防衛権の行使が否認されるとみるべきではあるまい」と主張している¹¹⁰。このような見解は、法確証の利益の減少によって、正当防衛権の制限を導くことを特徴とするものである。

挑発防衛と法確証の利益との関係については、違法ないし社会倫理違法にあたる挑発防衛の場合には、防衛行為者はもはや法秩序の代表者として法確証をなしえないこと、また意図的・故意的挑発の場合には個人的保護の必要性をかける¹¹¹、という主張もある。

¹⁰⁸ 山本輝之「自招侵害に対する正当防衛」上智法学論集 27 卷 2 号 (1984) 211 頁、同「優越的利益原理からの根拠づけと正当防衛の限界」刑法 35 卷 2 号 (1996) 51 頁以下参照。

¹⁰⁹ 橋爪隆・前掲注 (21) 274 頁参照。

¹¹⁰ 曾根威彦・前掲注 (34) 100-101 頁。これと同趣旨の見解として、内藤謙によれば、意図的な挑発の場合は法確証の客観的利益が存在しないため、防衛行為は権利濫用となるから正当防衛は否定され、それ以外の有責な挑発の場合は、法確証の利益が減少するため、防衛行為の必要性の程度が制限されることになると主張する見解がある (内藤謙・前掲注 (23) 336 頁参照)。

¹¹¹ 吉田宣之「挑発防衛と行為無価値」LawSchool53 号 (1983) 36 頁以下参照。

また、斎藤誠二によれば、正当防衛を制限する挑発行為の客観的性質については、それ自体が違法行為である必要がある。法的に禁止されていない行為が契機となって侵害が起きた場合であっても、なお法秩序を防衛する必要があるからである。また、意図的挑発の場合は挑発行為者を保護する必要性がなく、挑発行為が過失か条件付き故意でなされた場合には、なお防衛権の行使は制限を受ける¹¹²。このような斎藤の見解は、法秩序のための防衛という基本原理から、挑発防衛を制限することを導く、という思考方法は、正当防衛の基本原理援用によって挑発防衛を否定する説であるといえる。

以上の見解は、正当防衛の正当化原理によって、挑発防衛は正当防衛ではない、という思考の方向性は正しいが、本稿は、第1章で述べたように、そもそも優越的利益原理を説明する際に、法確証利益の加算が妥当ではないとしているため、挑発防衛が正当防衛ではない理由としても法確証原理を援用すべきではないと考える。正当防衛の基本原理援用説には、そもそも前提として法確証利益自体について、疑問がある。

3)社会的相当性説

違法性の実質に関する規範違反説を前提にすると、違法阻却の一般原理として、社会的相当性が欠けるという原理があるから、正当防衛の正当化原理について、正当防衛は歴史的に形成された社会秩序の枠内にある限度で、正当化されるとするという見解がある。

例えば、福田平は、「たとえば、防衛者が、故意に相手方の侵害を挑発し、そのために誘発された侵害に対する反撃において相手方を侵害する目的で、相手方に反撃を加えたばあいはたとえ正当防衛の形式的要件を具備した場合であっても、社会的相当性が欠けるため、違法性が阻却されない」¹¹³としている。

しかし、社会的相当性説に対しては、正当防衛は適法であるという「結論」を述べているだけで、「理由」を示すものとは言い難い、という批判がある¹¹⁴。この批判に対して、岡本昌子は、社会的相当性説の立場から、自己保全の必要性、法確証の必要性を提示しつつ、自招行為の主観面・客観面にに基づき、相当性判断の具体的基準を示そうとする¹¹⁵。しかし、岡本の主張する自己保全と法確証という原理に依拠する挑発防衛の制限の論拠は、

¹¹² 斎藤誠二・前掲注(24) 208頁以下。

¹¹³ 福田平『全訂刑法総論(第5版)』(有斐閣・2004) 18頁。

¹¹⁴ 松原芳博・前掲注(54) 158頁参照。また、平野龍一は、どういう場合が相当であるという場合は相当ではないのか、その基準を提供するのが刑法学なのであって、ただ社会的相当性という言葉を使っただけでは解決にならないと批判した(平野龍一・前掲注(104) 18頁参照)。

¹¹⁵ 岡本昌子「我が国における自招侵害の議論の展開について」同志社法学 53巻3号(2001) 338頁以下。

上記2)の基本原理援用説の発想と同じである。

しかも、社会相当性説は行為無価値論を前提としており、社会的相当の内容は空虚であり、あまりに抽象的・包括的であるため、判断指標として役に立たず、実際の判断過程を事後的に検証するのも困難である。¹¹⁶

4)原因において違法な行為説

原因において違法な行為説とは、対抗行為について正当防衛の成立を認めつつも、正当防衛状況を招致した挑発行為それ自体を違法な問責対象行為として捉える見解である。

大嶋一泰は「惹起された利益衝突が後に適法に解消されることと、かような利益衝突状況を惹起することとは、法的評価を異にする問題である」とし、「原因において違法な行為の理論的妥当性を認め、処罰可能な挑発行為の客観的性質については権利濫用行為、違法行為に限定されている」と主張している¹¹⁷。

また、山口厚は、「法益侵害を惹起する行為はその行為について違法性阻却事由が認められない限り、その行為の違法性を阻却されず、このことは、因果経過に、それ自体としては適法という評価を受ける行為が介入しても、そのことによって直ちに変わるものではない」ことを前提とし、「それゆえ防衛行為が正当化された場合であっても、挑発行為それ自体について（防衛結果の）法益侵害をカバーする違法性阻却事由が認められない限り、なお挑発行為を違法と評価することができる……そして、挑発行為と最終的法益侵害結果との間に相当因果関係が認められる限りで、挑発行為を問責行為とする処罰が可能となるのである」と主張している¹¹⁸。

以上の見解は、防衛行為に先行する相手方の攻撃を招いた行為の客観的な違法行為性に遡って、類型(1)の挑発防衛の正当化を否定ないし制限するものである。このような見解の方向性は基本的に妥当なものと思われる。なお、山口は、現在では、当初の侵害を招致する行為の段階で、不正の相合闘争行為が始まったと評価し、反撃行為自体の緊急行為性を否定すること、それによって正当防衛の成立を否定すると説明しているが¹¹⁹、なお、原因行為の違法性に注目している点では従来と軌を一にする見解であると思われる。

さらに、近時、小林憲太郎は、無用な法益侵害を生み出したことがその後の対抗行為の正当化を制限ないし排除する根拠であり、侵害回避義務違反という法構成も無用な法益

¹¹⁶ 松原芳博・前掲注(54)122頁。

¹¹⁷ 大嶋一泰「挑発防衛と正当防衛(1)」福岡大学法学論叢17巻4号(1973)547頁。

¹¹⁸ 山口厚「自ら招いた正当防衛状況」『法学協会百周年記念論文集第2巻』(有斐閣・1983)753頁。

¹¹⁹ 山口厚・前掲注(20)127-128頁参照、同・前掲注(53)法曹時報61巻2号(2009)21頁参照。

侵害を生み出したがゆえに侵害の回避を求められる事例類型の一つを理論化したものと主張する¹²⁰。その上で、小林は、「正当化事由の自招に課される制裁であるから、制裁の一般理論の場合には、(侵害のリスクを高めるという意味での)危険創出に基づく作為義務の認定に従い、①罪刑法定主義の観点からは、正当化が制限ないし排除されう旨、明定されることが望ましい、②あらかじめ侵害を回避しないという(不真正)不作為による自招の認定が必要である、③自招に正当な理由があれば正当化は制限ないし排除されえない、④自招が責任を欠けば正当化は制限ないし排除されえない、ということになる」と主張している¹²¹。小林自身は、このような見解は、責任及び正犯性を備わることを前提とする「原因において違法な行為」の理論構造は、異なる位置にあると述べている¹²²。

小林の見解は自招侵害に関する正当防衛の制限原理を説明するものである。この見解において、防衛行為を考察する際に、責任(帰責性)を考える点は「原因において違法な行為」に対する修正であると評価できる。そうすると、挑発防衛は、正当な理由がないのに、無用な法益侵害を生み出した、という理由によって、否定されることになる。

しかし、本稿で繰り返した述べてきたように、防衛状況にあたるかどうかは、責任の有無と関係がない。責任がないことを挑発防衛の定義の条件として機能する、という論理の方向性は妥当ではないと思われる。

2 日本における判例の検討

日本の判例実務では、現在、相互闘争状況において、喧嘩両成敗を理由にただちに正当防衛を否定するのではなく¹²³、急迫性を失うかどうかを慎重に判断する一方で、自らの行為によって侵害を招致した場合には、正当防衛の成立を否定するものの、法的構成にはばらつきがある。

例えば、東京地判昭和 63・4・5 判タ 668・223¹²⁴は、「被害者の被告人に対するこれら

¹²⁰ 小林憲太郎『刑法理論の理論と実務』(判例時報社・2018) 220 頁。

¹²¹ 小林憲太郎「平成 20 年決定以後の自招侵害論について」判例時報 2234 号(2014) 3 頁以下参照。

¹²² 小林憲太郎・前掲注(120) 221 頁。

¹²³ もっとも、戦前の判例は「喧嘩両成敗」という法理の下、正当防衛を全面的に排除してきたものの、現在その法理は適用するわけではない。

¹²⁴ 本件の事実関係は以下の通りである。被告人は、本件の前に被害者に借金をした事実関係があった。事案当日、被害者は、「今日来ると言っていたのに、何で会社の方に電話なんかしたんだ。日経の方にごちやごちや言われ、俺は辞めろと言われてる。足を引張られたうえで、どうして一五万円なんか払えるんだ」などと怒鳴りつけ、被告人の上着の襟元を利き手である左手で掴み、肘で被告人の首を押し上げるようにしたうえで、怒鳴りながら同人を突き飛ばして転倒させたところ、同人が傍らにあつた置物の石塊大小二個を続けざまに投げつけてきてこれらが被告人の頭部に当たつたことに激高し、同日午前 0

の侵害行為は、被害者に対し被告人が判示のと通りの脅迫や暴行を加えたことに対して、直接惹起された反撃行為であることは明らかである……また、その態様や程度も、被告人の受傷状況や被告人自身被害者が自分をやっつけるとか殺すとかいう感じは受けなかった旨供述していることからみても、被告人がそれまで加えていた暴行脅迫の程度と比較して過剰なものではなく、投石という手段によるかどうかはともかく、被告人の先行行為に対して通常予想される範囲内のものであるにとどまる」ことを認めつつ、「したがって、被害者の侵害は、違法な先行行為をした被告人との関係においては、刑法 36 条における『不正』の要件を欠き、これに対して正当防衛はもとより過剰防衛も成立する余地はないと解するのが相当である」と判示している。これは「不正」の欠如を理由に正当防衛を否定したものである。

これに対して、東京高判平 8・2・7 判時 1568・145¹²⁵は、「被告人が S に新たな暴行を加える行為は、防衛のためやむを得ずにした行為とは認められないばかりでなく、S による反撃は、自ら違法に招いたもので通常予想される範囲内にとどまるから、急迫性にも欠けると解するのが相当である」としている。これは「急迫性」の欠如を理由に正当防衛を否定したものである。

以上のように、従来、下級審において、「正」対「不正」との構造から解決する方法、

時 30 分ころから午前 1 時 30 分ころまでの間、右石塊のうち大きい方の一個を左手に掴み、被害者の首を右腕でねじるようにして抱え込んでその頭部を四、五回思い切り殴りつけ、同人の頭部から出血したのを見るや、「こうなった以上、殺してやれ」と決意し、悲鳴を上げ逃げようとする同人に馬乗りになるなどしてその頭部及び顔面部を右石塊や同所にあつたラジオカセットをあわせて約 20 回にわたり殴打し、さらにとどめをさすべく、同人に馬乗りになったまま、同人の頭部を左手で握りつぶすようにしたうえ体重を預けるようにして締めつけ、よつて、即時同所において、同人をして、頭部、顔面打撲による失血に伴う急性循環不全により死亡させて殺害した。

¹²⁵ 本件の事実関係は以下の通りである。被告人は、平成六年九月一九日午前八時二〇分ころ、J R 秋葉原駅の五番線ホームから三・四番線ホームへと通ずる階段の左側部分を下りの表示に従って下って行ったところ、同部分を逆行してきた S と衝突した。(2) 被告人は、S が謝罪しないで立ち去ろうとしたことから、階段を駆け上がって行く同人に途中の踊り場で追いつき、左手で S の右上腕を強くつかんだ上、「ちょっと待て、謝れ。」などと言って謝罪を求め、S がこれに応じないとみるや、「駅長室に行こう。」などと言って同行を求めた。(3) S は、急に腕を強くつかまれたことに対する反発心に加え、出勤途上で先を急いでいたことや、この程度のことで駅長室へ行く必要はないと感じたことなどから、同行を拒み、「放せ、放せ。」などと言いながら、力を込めて右腕を前後に振り、被告人の手を振りほどこうとした。しかし、被告人は、あくまでも S を駅長室へ連行しようとして、同人の右上腕をつかんでいた左手に更に力を加えて引っ張るなどし、放そうとしなかった。(4) S は、被告人がどうしても手を放さないの、これを振りほどくため、平手で被告人の左右顔面を押しように数回たたいたが、その際、被告人の眼鏡が飛び、被告人は全治五日間程度を要する顔面打撲の傷害を負った。5) これに対し、被告人は、S が着用していたポロシャツの右袖口付近をつかんで引っ張り、このため同人はその場に転倒し、その際、ポロシャツの襟の後ろ付け根部分が長さ約八センチメートルにわたって破れた。

急迫性を否定する方法など法的構成にばらつきがあった。ところが、最決平 20・5・20 刑集 62・6・1786 が登場し、そのあとの刑事実務や学説に大きな影響を及ぼした。この事案の事実関係は以下のとおりである。

(1)本件の被害者である A（当時 51 歳）は、本件当日午後 7 時 30 分ころ、自転車にまたがったまま、歩道上に設置されたごみ集積所にごみを捨てていたところ、帰宅途中に徒歩で通り掛かった被告人（当時 41 歳）が、その姿を不審と感じて声を掛けるなどしたことから、両名は言い争いとなった。

(2)被告人は、いきなり A の左ほおを手拳で 1 回殴打し、直後に走って立ち去った。

(3)A は、「待て。」などと言いながら、自転車で被告人を追い掛け、上記殴打現場から約 26.5m 先を左折して約 60m 進んだ歩道上で被告人に追い付き、自転車に乗ったまま、水平に伸ばした右腕で、後方から被告人の背中の上部又は首付近を強く殴打した。

(4)被告人は、上記 A の攻撃によって前方に倒れたが、起き上がり、護身用に携帯していた特殊警棒を衣服から取出し、A に対し、その顔面や防御しようとした左手を数回殴打する暴行を加え、よって、同人に加療約 3 週間を要する顔面挫創、左手小指中節骨骨折の傷害を負わせた。

最高裁は「前記の事実関係によれば、被告人は、A から攻撃されるに先立ち、A に対して暴行を加えているのであって、A の攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、A の攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでないなどの本件の事実関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないというべきである。そうすると、正当防衛の成立を否定した原判断は、結論において正当である。」と判示している。

本件においては、(1)不正な暴行によって侵害を招致したこと、(2)侵害は暴行の直後に近接した場所で行われた一連、一体の事態であること、(3)侵害がそれを招致した暴行の程度を大きく超えないという場合に、正当防衛ができる状況ではないとして、正当防衛の成立が否定されている点に特徴がある¹²⁶。

本件とは異なり、侵害の招致行為が暴行ではない場合、又は侵害がそれを招致した暴行の程度を超えた場合には、正当防衛の成立を必ずしも否定するわけではない。関連する裁判例として、例えば、横浜地裁令和 3・3・19 判決がある。

¹²⁶ 山口厚・前掲注 (53) 6 頁。

この事例は「被告人（60歳、身長約165cm、体重約61.5kg）は、令和2年2月5日午後6時頃、仕事を終えて帰宅するため、歩道を歩いていたところ、本件の少し前飲酒をした後、ゆっくりと小さい歩幅で、やや左右に揺れるように前方から歩いてきたA（70歳、身長約155cm、体重約50.5kg）と互いの身体前面が接触しそうなほどの距離にまで近づいた。被告人は、無言で通過したが、Aから「何だてめえ、このやろう。」と言われたため、「何。」と言いつ返した。すると、その約1秒後、被告人は、Aから右手拳で右頬上部付近を1回殴られた。これに対し、被告人は、すぐさまAの顔を狙って左手拳を下から振り上げて、これをAの顔に当て、Aが転倒を始めるや、間髪を入れずに右手拳を突き出し、同じく顔に当てた（本件暴行）。Aは、路上に転倒し、全治不詳の外傷性くも膜下出血等の傷害を負った。被告人も、Aの殴打により鼻血が出た。被告人は、傷害罪で起訴された。」という事件である。

横浜地裁は、「被告人は、Aによる殴打行為を自ら招いたといわれるほどの事情はない中で、Aから予期せずして殴打されるという、被告人のBに対する対応を大きく超える不正の侵害を受けたものであり、これら一連の事情を総合考慮すると、被告人が本件暴行に及んだ際、反撃行為に出ることがおよそ許容されない状況であったとは認められず、被告人は防衛の意思をも併有した状態で本件暴行に及び、かつ、本件暴行の態様は防衛行為として相当な範囲を超えたとも認められないから、被告人の言動に多少攻撃的な面があったとしても、正当防衛の要件が欠けるとまではいえず、本件暴行には正当防衛が成立する」と判示している。

判旨においては、上記平成20年決定の判断基準を用い、(1)被告人の言動は不正な行為ではないこと、(3)被告人の対応を大きく上回る侵害を受けたことなどを理由に、被告人の反撃行為が正当とされない状況ではなかったとした。したがって、自ら侵害を招致したという上記類型(1)の挑発防衛において、上記した(1)、(2)、(3)による客観的な状況の有無が重要であり、その三つの要件を充す場合は、正当防衛状況自体が否定されることになるという点で、上記類型(2)のような急迫性等の要件論へのあてはめが問題となる事例とは区別されることになる。

第3節 中国における学説・判例動向

1 中国における学説の議論状況

1) 主観面における防衛意思の欠如説

従来、中国においては、挑発防衛という概念は正当防衛の主観要件、つまり防衛意思を検討する際に、言及されていたものである。したがって、数多くの学者は防衛意思必要説

の立場から、挑発防衛は意図的であり、防衛意思がないため、正当防衛として認められないという見解を支持している。例えば、高格は、「挑発防衛における行為者は、主観面において、もっぱら侵害の目的であり、防衛を行う意思がない」¹²⁷と主張している。また、馬克昌によれば、正当防衛の成立において、防衛者が侵害に対する防衛の認識があることは必須の主観要件である¹²⁸。

さらに、陳興良は、主観面における防衛意思の欠如について、詳細な分析を行っている。陳興良によれば、正当防衛の客観面からみると、行為者の挑発行為が相手の侵害行為を生じさせて、それに対して行為者が「防衛」し、相手を侵害しても、防衛時点の状況は、外観上正当防衛と同様である。しかし、相手が侵害行為をした理由は行為者の故意的な挑発があったからであり、かつ行為者が防衛する目的はそもそも相手を侵害しようとする目的であるから、主観面からみると、正当防衛の要件を充たさないとしている¹²⁹。

しかし、主観面による正当防衛の否定を、本稿は賛成し難い。正当防衛は客観的な違法性阻却事由であるため、そもそも正当防衛の成立要件として、防衛意思は不要であると考ええる。また、かりに防衛意思を正当防衛の要件として要求したとしても、意図的挑発事例において防衛意思を否定することは困難であろう。防衛意思はあくまでも対抗行為時点における防衛行為者の主観面について問題となるところ、侵害を招致した防衛行為者は、当然に正当防衛状況を認識した上で、それに対応して防衛行為に出ているため、侵害に対応するという意味での防衛意思は認められるからである。かりに防衛の意思として防衛の動機目的を要求するとしても、生命・身体に対する重大な侵害にさらされた防衛行為者が、それを避けようとする動機・目的を全く有さずに防衛行為に出ることはおよそ考えられないであろう。結局のところ、防衛意思欠如とする見解は妥当でない。さらに、この見解は、意図的挑発事例のみを想定した見解であり、平成20年判例のような類型(1)を想定していない点でも不十分である。

2)客観面と主観面の総合説

近年、防衛意思不要説が主張されることに伴い、一部の学者は、主観面の防衛意思だけではなく、客観面における正当防衛の要件から挑発防衛の制限・否定の根拠の説明を試みる。

¹²⁷ 高格『正当防衛と緊急避難』（福建人民出版社・1985）39頁。

¹²⁸ 馬克昌・前掲注（90）742頁。同じような趣旨の見解として、彭衛東は、挑発防衛の事例において、行為者は正当防衛の動機と目的がないから、正当防衛の成立を認めない（彭衛東・前掲注（14）137頁参照）。

¹²⁹ 陳興良・前掲注（67）49-50頁。

例えば、陳璇は、「司法実務で、被告人が、防衛の意思の欠如のみで、行為者が正当防衛権を失うというやり方は妥当ではない」¹³⁰と述べている。

また、張明楷は、「挑発防衛が故意犯として認められる理由は、行為者が主観面において、侵害を行う故意があるということのみならず、侵害を行う過程において、被挑発者の攻撃を挑発してから自分に対する侵害を客観的に形成したため、挑発行為自体がそもそも不正であり、犯罪行為といえる面もある」と主張している¹³¹。

確かに、主観面と客観面の総合説は、挑発防衛の範囲を確定するために客観面に注目する点で良い思考方向であると思われる。しかし、なお主観面を考慮する点で、上記1) 説に対する評価と同様、本稿は賛成し難い。

ところで、黎宏は、「たとえ主観面の防衛意思を欠く挑発防衛だとしても、その行為の社会的危害性の有無、正当防衛の成否を判断するには、まず衝突の客観的効果を考慮すべきであり、防衛意思を欠くため正当防衛を否定するのではなく、客観的な防衛効果を考えるべきである」と主張している¹³²。本稿は、黎宏が示した客観的な効果を考える思考方法は、正しいと考えるものの、どのような場合が客観的な防衛効果があるのか、明白ではない。さらに、挑発行為の客観的状況・効果に基づき正当防衛を否定する場合の論拠も明らかにしなければならない。その際に、日本の学説の検討で述べた「原因において違法な行為」という理論の修正が参照する価値がある。つまり、直接的な結果惹起行為に先行する行為が、正犯行為としての要件を充足し、法益侵害結果との間に相当因果関係を有するのであれば、それを根拠として正当防衛が許される状況が否定されるという説明するのが適切であると考えられる。

2 中国における判例の検討

中国の司法実務は、自ら侵害を招致した事件について、正当防衛の成立を一切否定する立場であると言える。例えば、以下の黄某峰故意伤害事件・(2019)桂03刑終477号がある。この事案は、「事件当日、被告人Xは自分の乗用車を事件当時の庭に駐車した直後に、自分の乗用車のフロントガラスが割られているのを発見し、AとBの犯行を疑って、警察に通報したが、警察が来る前に、Bの運転する車を自分の車で塞いだ。Bは車から降りて、Xにどいてくれと言ったが、Xは譲らなかった。Aは車から降りてレンガを持ってX車に近づき、X車の助手席のドアを開こうとした。Xは果物ナイフを持って降り、ナイ

¹³⁰ 陳璇『正当防衛判断における道徳性の克服』清華大学2016年第2期53-73頁参照。

¹³¹ 張明楷・前掲注(2)207頁。

¹³² 黎宏「正当防衛の主観要件について」法商研究2007年第2期67頁。

フを持って A、B を攻撃した。B が背後から X に抱きついて X と果物ナイフを奪い合い、二人は倒れ、地面で X が寝返りを打って B を押さえつけた。それを見た A は素手で X を背後から抱きかかえ、拳で殴り、3 人は数分間地面でこう着した。その間に、X は A に重傷を負わせた。」という事件である。

裁判所は、「事件の当日、X はフロントガラスを壊したのは A、B の仕業だと疑い、A、B の車を故意に塞いだ上で、A、B が X にどいてほしいと言ったのに X は聞き入れず相手の過激な行動を誘発した。X が故意に他人の車両を塞いで他人の過激な行為を誘発することは挑発防衛に該当するため、X のその後の行為は、正当防衛にはならない。」と判示している。この判旨によれば、実務上、挑発防衛を認定する際に、客観的状況のうち、「意図的」に侵害を招致した点を重視していることが伺える。上記した日本の平成 20 年判決と違い、不正な暴行によって侵害を招致したこと、及び侵害がそれを招致した暴行の程度を大きく超えないことに注目していない。

この点に関連して、さらに、毛運會故意傷害事件・(2017) 鄂 0582 刑初 252 号をみてもみる。本事案は、「被告人 X の野菜畑は A の漁場と隣接していて、双方は土地の境界についてもめていた。事件発生当日、A は係争地に塀を建設し、X は村長にこの状況を報告した。その後、X は、村長と都市建設の法執行員が工事現場に到着する前に、先に工事現場に駆けつけて A を制止しようとした。A は X を問い詰め、その過程で X を殴った。X は大声で罵声を浴びせながら A に突進し、もみ合いになり、X はレンガを拾って A の左の額を殴った。」という事件である。

裁判所は、「A に建設違反行為があったとして当局に通報した X が、工事現場に駆けつけて阻止したことによって、A には対立激化に落ち度があったが、X が言葉で A を怒らせて不法行為をさせたことにより、双方が口論となり、X も A に傷を負わせた。X の行為は挑発防衛であり、正当防衛ではない。」と判示している。この判旨は、X の先行した行為が暴行ではなく、言葉にとどまったとしても、挑発防衛として認められるものである。

また、黄毅起故意傷害事件・(2020) 桂 1481 刑初 59 号がある。この事案は「事件当日、A は作業員を連れて工事をしていて。被告人 X は A 一家との土地争議に不満を持ち、工事現場で A と言い争いになり、他人に止められた。X は一旦自宅に戻ったが、約 10 分後に戻ってきて、A との喧嘩を再開し、A が X を殴打しようとしたが周りの人に止められた。その際に、X はレーキを拾い、A を殴った結果、A が地面に転んで、軽傷になった。」という事件である。

裁判所は、「被告人は争いの過程で、双方とも武器を持ち、挑発的な発言をし、故意に相手を怒らせ、刺激して、喧嘩を引き起こしているため、被告人 X の行為は挑発防衛に

該当し、正当防衛に該当しない」と判示している。本件について、最後の段階においては、Xの挑発は言語での挑発のみである。AはXを殴打しようとしたが、阻止されたということから、Aの行為（口喧嘩）はXの先行行為（口喧嘩）を超えていない。平成20年のような判断構造を適用できないと思われる。そうだとした場合、裁判所が、Xが故意的に相手を挑発した点を強調し、Xに正当防衛は成立しないと判決を下したのは、挑発防衛の認定について、「故意に相手に怒らせた」という主観面を重視することが伺える。

しかしながら、前述したように、防衛状況にあたるかどうかは、行為者の主観面と関係がない。重要なのは、挑発行為自体の危険性、つまり法益侵害の程度・態様である。そして、直接的な結果惹起行為に先行する行為が、法益侵害結果との間に相当因果関係を有するのであれば、それを根拠として行為者を処罰することができる。

そうすると、黄某峰故意傷害事件においては、(1)「被告人Xは、AとBの運転する自分の車で塞いで、さらに果物ナイフを持ってA、Bを攻撃した」違法な先行行為を行ったこと、また、(2)Xの違法な先行行為と、その後のA、Bの反撃行為、かつA、Bの反撃に対する再反撃行為は時間的及び場所的な連続性が認められるため、侵害は暴行の直後に近接した場所で行われた一連、一体の事態であること、さらに、(3)A、Bからの侵害がそれを招致したXの先行行為の程度を大きく超えないことに考えた上で、Xが自ら利益衝突状況を作成したこと、その違法な先行行為は、法益侵害結果との間に相当因果関係を有することから、Xにとって、正当防衛の成立を否定すべきである。

そして、毛運會故意傷害事件においては、Xの挑発は「村長と都市建設の法執行員が工事現場に到着する前に、先にAを制止しようとした」口実による挑発にとどまるため、それによって直ちに正当防衛を否定することが認められない。その場合には、正当防衛の急迫性や相当性要件によって正当防衛の成立を判断すべきである¹³³。また、同じような理屈で、黄毅起故意傷害事件においては、Xの挑発行為はAとの口喧嘩であるため、急迫性要件によって正当防衛の成立を判断すべきである¹³⁴。

¹³³ 本稿は、侵害を予期した場合において、行為の全般状況に照らして、急迫性を検討することとする（この点については第3章で検討する）。本件において、Xが先に口でAの侵害を挑発したものの、Aの侵害はXの挑発の程度を超えた。かつ、XはAと口論していた途中で、Aにいきなり殴られた。従って、正当防衛の急迫性が認められる。しかし、防衛行為の態様と結果からして（この点については第4章で検討する）、Xの行為は相当性の範囲を超えているから、過剰防衛が成立することになるとと思われる。

¹³⁴ 本件において、AがXの口喧嘩に対して、Xを殴打しようとしたが止められた状況の下で、Xがレーキを拾い、Aを殴った行為は、正当防衛の急迫性が認められない。

第4節 小括

第1章で明らかにしたとおり、正当防衛は、利益衝突状況において優越的原理によって正当化されるものであるから、その利益衝突状況が、そもそも防衛行為者自身によって創出されたことであれば、正当化根拠がなくなってしまう。

本章では、日中両国の学説を整理・分析することによって、挑発行為といわれる事例を二つ類型に分けて、そのうちの類型(1)については、直接的な結果惹起行為に先行する行為が、正犯行為としての要件を充足し、法益侵害結果との間に相当因果関係を有するのであれば、それを根拠として行為者を処罰することができる、という見解に依拠して正当防衛状況を否定する考え方が妥当であるという結論を示した。

また、日中両国の判例を分析した結果、日本では、挑発防衛の判断は、行為の客観面を重視し、特に平成20年決定において、(1)不正な暴行によって侵害を招致したこと、(2)侵害は暴行の直後に近接した場所で行われた一連、一体の事態であること、(3)侵害がそれを招致した暴行の程度を大きく超えないこと、という三つの客観的要件が呈示されたことが重要である。闘争状況を自ら招いたことにより、正当防衛という権利行為を行う状況が否定される場合を主観に偏重することなく示しているからである。さらに、日本の判例は、中国とは異なり、類型(1)と類型(2)を区別している点にも特徴が見られる。これに対して、中国では、挑発防衛が正当防衛として否定されるにあたっては、行為者の主観面を重視し、わざと侵害を招致した点で、防衛意思を欠くことを理由にすることが一般的である。

しかし、意図的に侵害を招致したとしても、その場合には、正当防衛の成立を一切否定するのは不当であると思われる。それは、「意図的」からといって、軽微な侵害のみを挑発したものの、重大な法益侵害が発生する可能性がある相手の侵害を招致した場合には、正当防衛の成立を肯定する余地が十分あるからである。したがって、行為者の主観面を強調することより、むしろ客観的挑発の状況を重視するのが適切である。

以上の第1章と第2章の検討では、本稿の一つ目の分析軸、すなわち、正当防衛の本質論及び総論との関係で、取り扱われている論点を取り上げた。しかし、一つ目の分析軸の下では、既に述べたように、正当防衛の範囲の外延を描くことができるが、実際には、より多くの事例が、正当防衛の成立を肯定できるかどうかについて、急迫性や相当性といった要件を充たすか否かの判断の下で行われているため、さらに急迫性、相当性要件の下で議論されている個別具体的な事項の検討を行う必要がある。とくに日中の間では、正当防衛、過剰防衛の規定ぶりや要件の立て方に相違があることに関係して、各々の要件の下で議論されている問題についても、日中それぞれに特徴が見られることも第3章と第4章の検討を通じて明らかにしたい。

なお、本章で言及した侵害を予期したが、あえて現場に赴く場合(いわゆる、出向き型)、あるいは現場で相手の来襲を待つ闘争状況に陥る場合(いわゆる、待ち受け型)について、「急迫性」要件において、検討する必要がある。従って、次の第3章では、このような場合を重点として、正当防衛の「急迫性」要件に検討を加えることにする。

第3章 急迫性要件の意義

第1節 急迫性と時間条件

本章からは日中の正当防衛規定のうち、とくに重要で議論も盛んな「急迫性」要件（本章）及び「相当性」要件（次章第4章）に焦点を当てて検討を行う。

正当防衛の要件論とその内容は、本来第1章で検討した正当防衛論の本質論から導出されるものであるが、日中の議論をみると、必ずしも本質論と要件論の関係が明らかでない場合もあり、また、判例においても、要件に応じて正当防衛の成否を論じていることから、個別の検討を要する事項である。そこで、本稿では、序論で述べたように、正当防衛の限界・制限をより具体的に判断する要件と、その基準について、以下で検討することにし、要件論を正当防衛の限界の二つ目の分析軸として取り上げることにした。

また、前章で未だ解決できていない類型(2)(意図的に)口だけ挑発した場合(口実防衛)、かつ、侵害を予期したが、あえて現場に赴く場合(いわゆる、出向き型)、あるいは現場で相手の来襲を待つ闘争状況に陥る場合(いわゆる、待ち受け型)に関する具体例を、急迫性の要件において検討する必要がある。

従って、以下では、日中における正当防衛の「急迫性」要件を検討する。

1 日本にいう「急迫不正の侵害」

正当防衛は、急迫不正の侵害に対する防衛行為であり、急迫性を要しなければならないことは、条文上要求されている。「急迫」という文言から解釈すれば、間近に押し迫っていることを意味している。問題は、「間近に押し迫っている」という「侵害の開始時期」とはどの段階かである。

侵害の開始時期については、まず、①攻撃と防衛の間には緊密な時間的関連が存在しなければならないとする立場として、「未遂説」がある¹³⁵。また、②急迫というためには、加害行為が犯罪を構成する場合にその実行の着手があったと認められることないし侵害の現在性は必要でなく、未遂に極めて接着した予備行為、例えば侵害者が凶器を取り出そうとする段階に至ったときは、必要な制止のための行動が許されるという「予備の最終段階説」がある¹³⁶。さらに、③攻撃者が、攻撃をより後の防衛ではもはや可能ではないほど準備している場合、攻撃はすでに現在しているという「効率説」がある¹³⁷。

¹³⁵ 明照博章・前掲注(37)27頁によれば、ヤーコプスの見解がこれにあたる。

¹³⁶ 藤木英雄・前掲注(96)225-226頁。

¹³⁷ 明照博章・前掲注(37)32頁参照。

ところが、日本においては、急迫性は単に（客観的に）侵害が「間近に押し迫っている」か否かのみを検討するものではないと解するのが一般的である。つまり、急迫性が単なる時間的要件ではないということである。これについて、より具体化すれば、侵害の急迫性の判断については、侵害を予期していた場合であってもそれが認められるか、つまり、第2章に述べた類型(2)の（意図的に）口・態度だけで挑発した場合（口実防衛）や、相手の侵害を予期したが、あえて現場に赴く、あるいは現場で相手の来襲を待つ闘争状況に陥る場合における防衛行為が正当防衛として認められるか、ということが問題となる。仮に、侵害を予期した場合だけで直ちに急迫性が失われ、正当防衛による反撃できないことになれば、無抵抗で被害を甘受するか、反撃して処罰されるかのいずれかになってしまう¹³⁸。したがって、侵害を既に予期した場合において、直ちに急迫性が失われるのではなく、プラスアルファの事情が考慮されるべきことになるが、どのようなプラスアルファの事情がどのような根拠が必要であるか、あるいはどのような場合に、防衛行為者に被害を甘受させ、急迫性を否定するのか、という問題を解決しなければならない。この意味で、急迫性は単なる事実的な概念ではなく規範的な概念と解される。

2 中国にいう「現に行われている行為」

中国刑法 20 条によれば、現に行われている不法の侵害に対して、防衛行為を行うことが許される。「現に行われている」という文言は、一般に、正当防衛の時間要件として捉えられており、不法の侵害が現に行われていることは、法益が緊迫の危険におけることを示す緊迫性と称されることもある¹³⁹。正当防衛の時間要件を充たさない場合には、正当防衛の成立が否定される。事前的防衛と事後的防衛がこれにあたる。

事前的防衛とは、不正の侵害がまだ開始していない場合である。そして、侵害の開始時期について、①現場に侵入したことを基準として判断するという現場侵入説、②不正侵害者が侵害行為に着手するがどうかによって判断するという着手説、③原則として侵害行為の着手を標準とするが、例外として直接的に侵害に遭う場合も侵害が開始したことが認められるという総合説などがある¹⁴⁰。

事後的防衛とは、不正の侵害が既に終了している場合である。不正の侵害が終了した後の防衛行為については、一切の正当防衛の成立を否定することによって、従来、中国では量的過剰防衛という概念を認めないことが一般的である。そして、不正の侵害が終了した

¹³⁸ 山口厚・前掲注(2) 124 頁。

¹³⁹ 張明楷・前掲注(2) 201 頁参照。

¹⁴⁰ 趙秉志『刑法爭議問題研究(上)』(河南人民出版社・1996) 525 頁以下参照。

こと、つまり侵害の終了時期について、①統一的な判断基準がなく、具体例によって判断を下すという具体的判断説¹⁴¹、②結果を形成したとしたら侵害が終了したという結果説¹⁴²、③不正の侵害の危険が客観的に排除された場合に侵害が終了したという客観的危険説¹⁴³、④不正の侵害が制止された場合に侵害が終了したという侵害制止説¹⁴⁴などがある。

もっとも、中国の侵害の開始時期と終了時期をめぐる議論を概観すると、その内実は、不正の侵害が緊迫しているかどうかによって判断されると解することができる。そのため、時間要件のかわりに、「緊迫性」という要件が最近ではよく言われている¹⁴⁵。

3 比較分析

以上のように、急迫性と時間要件の概念を検討してみると、中国にいう正当防衛の時間要件は、日本にいう「侵害の開始時期」と「侵害の終了時期」との二つの概念に近いと解することができる。結局、中国の正当防衛規定における「現に行われている」行為であるかどうかは、防衛者側に対する侵害が緊迫しているかどうかという問題へ転換することができるのである。

より詳しく見ると、中国における事前的防衛で問題となる状況、つまり、侵害の開始時期に関する検討は、法益に対する侵害が差し迫っているかどうかということを中心とするから、それが、日本における侵害に先行する状況を考慮しながら検討される急迫性の検討と共通する検討が行われるべきであろう。

他方、事後的防衛で問題となる状況、つまり、侵害の終了時期に関する検討は、日本においては、急迫性が終了した後の量的過剰という問題の下で解決されてきたということになる。既に述べたように、中国においては、量的過剰という概念が、そもそも認められない。概念的には事後的防衛として認められると、正当防衛の成立が否定されることになる。ただ、上記した中国の侵害終了時期に関する議論からすると、不正の侵害の危険性がまだ排除されないと認められる限度において、侵害が終了したことが認められないため、

¹⁴¹ 姜偉『正当防衛』（法律出版社・1988）71頁。

¹⁴² 陳興良・前掲注（67）158頁以下参照。

¹⁴³ 高格・前掲注（127）29頁参照。

¹⁴⁴ 周国均＝劉根菊『正当防衛の理論と実践』（中国政法大学出版社・1988）62頁。

¹⁴⁵ 例えば、張明楷は、「不正の侵害が終了したこととは、法益が緊迫あるいは現実的な侵害されていない又は侵害される可能性がない場合である」と述べている。現に行われている行為は正当防衛の緊迫性要件として捉える（張明楷・前掲注（2）199－200頁参照）。もっとも、陳璇は、「公的救済と正当防衛の間のバランスを維持することは、緊迫性要件ではなく、国民が防衛権を行使する条件であるべきである」とし、緊迫性要件が要らないと主張している（陳璇・前掲注（30）『正当防衛：理念、学説と制度の適用』82－90頁参照）。

正当防衛を肯定する余地はある。一方、日本においても、量的過剰防衛が認められるかについて、侵害が継続しているかどうかを基準として判断されることが多い。侵害の継続性と防衛行為の一体性を問題とする量的過剰防衛の判断は、多くの場合、事実上、重なり合うことは否定しがたい¹⁴⁶。すなわち、不正の侵害の継続性がある中で開始された防衛行為が継続する以上、防衛行為の一連性・一体性が認められ、量的過剰防衛とされる。その意味で、量的過剰防衛という概念を使わなくても¹⁴⁷、侵害の急迫性（継続して一連・一体なもの）を中心に過剰防衛が成立するかどうかを判断すればよいといえる。

従って、中国の時間要件についても、「緊迫性」という要件へ転換し、緊迫性要件を充たした後の防衛行為の一体性を検討すれば、日本と共通の議論が可能になる。以上を前提に、以下では、概念を統一するため、「緊迫性」という用語を用いず、「急迫性」要件という用語を用いることにする。

なお、中国では、そもそも、闘争の双方とも単なる加害意思で相手を攻撃する行為は正当防衛ではないとされているが、「急迫性」要件と加害意思の関係を考えるにあたって、具体的事例における闘争者双方の具体的な行動を分析すると、相手の侵害を予期したがあえて現場に赴く、あるいは現場で相手の来襲を待つ闘争状況に陥る場合と、同様な構造になっていると考えられる。日本において、このような場合は、「急迫性」の議論に入れるのが一般的であるため、本稿でも、急迫性要件の下で、侵害に先行する事情として防衛者の（積極的）加害意思の問題を日本の議論に沿って検討することにしたい。

第2節 日本における学説・判例

1 日本における学説の議論状況

日本では、上記のように、急迫性要件は、純粋な時間的要件ではなく、規範的な概念であると解されることが多い。その代表として、以下の見解がある。

1) 積極的加害意思論

日本では、防衛行為者の積極的加害意思を理由として急迫性を否定する見解が通説である。この見解の先駆的な論者として、莊子邦雄である。莊子邦雄によれば、侵害の急迫性とは単なる事実的要素ではなく行為者の法益保護の必要性を意味する規範的要素であ

¹⁴⁶ 松尾昭一「防衛行為における量的過剰についての覚書」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀（上巻）』（判例タイムズ・2006）138-139頁参照。

¹⁴⁷ この点について、小林憲太郎は、「量的過剰防衛の議論の出発点は、複数行為の一体的把握という、本質においては過剰防衛と無関係なところに存在するものであった。過剰防衛の本質に対してより直接的にアクセスするためには、むしろ、質的過剰防衛のほうを取り上げるべきである。」と主張している（小林憲太郎・前掲注（120）258頁）。

り、その判断は防衛行為者の「法益侵害を忍受したくない意思」の存否を考慮してなされなくてはならない。そして積極的加害意思が認められる場合とは、相手からの不正の侵害を自己の積極的な攻撃の「手段として利用する意思」のもと対抗する場合であり、「法益侵害を忍受したくない意思」が欠けるため、もはや行為者の法益保護の必要性は認められず、それゆえ侵害の急迫性も否定されることになるのである¹⁴⁸。

また、最高裁調査官であった香城敏磨は、侵害の急迫性を否定する根拠として、侵害を確実に予期しただけで急迫性が失われるとすれば、権利侵害を受けている状況を斟酌せずに防衛者の回避義務の不履行を責めることになり不当であるが、これに対して、「積極的加害意思をもって侵害に臨んだ場合には、その侵害は行為者が敢えてこれを受け入れた結果であるから、行為者にその結果を甘受させるべきであり」¹⁴⁹、「相手の侵害との関係で特に法的保護を受けるべき立場にはなかった」¹⁵⁰と解説している。

なお、積極的加害意思論の位置付けをめぐることは、急迫性否定説と、防衛意思欠如説との対立があった。例えば、大塚仁は、「防衛の意思とは、急迫不正の侵害を意識しつつ、これを避けようとする単純な心理状態で足りる」とされ、積極的加害意思をもって反撃する場合は、「明らかな犯罪的意図をもって反撃する場合」であり、防衛意思が欠けるとしていた¹⁵¹。これに対して、積極的加害意思を急迫性要件の下で検討する日本の通説は、侵害に先行する防衛者の事前の意思である積極的加害意思と防衛行為時の、不正の侵害に対応する際の防衛の意思は異なる内容と機能を持つと批判する。

もっとも、積極的加害意思に着目する見解の内部においては、その対立は、それほど大きなものではない。防衛意思が認められない場合には正当防衛、さらに過剰防衛の成立可能性が排除されることになるから、結局、その結論は全く一致することになる。両説の相違は、実質的考慮をどの要件論に当てはめるかの相違にすぎないのである¹⁵²。

しかし、既に述べたように、そもそも、正当防衛は違法性阻却事由であるから、その成否は、行為の客観的状况によって判断されるべきである。行為者の主観面とは、関係がないと思われる。積極的加害意思をもって、急迫性を否定することは賛成し難い。

さらに、積極的加害意思という心情要素を考慮するのは、実務の運用にとって立証上の困難があると考えられる。積極的加害意思のような心情要素によって違法性を判断する

¹⁴⁸ 莊子邦雄「正当防衛における急迫性と防衛意思」司法研修所論集 62 卷（1979）44 頁以下。

¹⁴⁹ 香城敏磨「正当防衛における急迫性」香城敏磨＝小林充『刑事事実認定（上）』（立花書房・1992）263 頁。

¹⁵⁰ 香城敏磨『刑法と行政刑法』（信山社・2005）31 頁。

¹⁵¹ 福田平＝大塚仁『対談刑法総論（中）』（有斐閣・1986）23 頁。

¹⁵² 橋爪隆・前掲注（21）243 頁。

のは、極めて不安定な判断をもたらすものであるといえよう。もし積極的加害意思を立証するために客観的事情を考慮するというのであれば、むしろ客観的事情から急迫性の存否を判断すればよいと思われる。正当防衛を違法性阻却事由として理解する以上、積極的加害意思という心情要素は、正当防衛の成否とは無関係と考えるべきである¹⁵³。

2) 侵害退避義務論

侵害退避義務論とは、被侵害者には、一定の状況においては、侵害を事前に回避すべき義務が課されていると考えることによって、その状況で侵害を回避しなかった場合に、急迫性、あるいは正当防衛状況を否定する、ということである。この見解は、近年の有力な見解である。

まず、橋爪隆は、「正当防衛状況においても、不正の侵害者の法益の要保護性が完全に否定されるわけではないから、侵害者・被侵害者の要保護性のある利益が衝突していることになる」ことを前提としつつ、「このような『利益衝突の合理的解消』という観点を強調すれば、そもそも侵害が現実化する以前の段階において、利益衝突を回避する行為を要求する余地が生まれることになる。事前の回避行為を義務づければ、それによって対立利益の両者がともに擁護できるわけであるから、社会全体の利益状態は一層向上することになり、まさしく「合理的」な解決ということができるからである。」と主張している¹⁵⁴。つまり、被侵害者が正当な利益を犠牲することなく、事前に不正の侵害を回避できる状況であれば、被侵害者には事前の侵害回避が義務つけられることになる。このような見解¹⁵⁵によれば、「正」対「不正」の対立構造というものは、不正の侵害が切迫した段階で初めて現実化するわけであり、それ以前の段階において、侵害の不正という属性が確定されているわけではない。この意味で、同説において、まず侵害を回避する可能性を考慮する。その後、侵害切迫・現実化後の退避可能性をさらに考える。このような橋爪説の方向性は、基本的に賛成できる。その上で、利益衝突状況を客観的に判断すべきであると考えられる。

また、佐伯仁志は、侵害の回避義務や退避義務が一般的に課されてしまうと、侵害が予期されると行きたい場所にも行けなくなるし、侵害を受けるといつも逃げ回っていなければならないことになり、そのような社会が自由で望ましい社会と言い得

¹⁵³ 佐伯仁志「正当防衛論(1)」法学教室(2004)291号86頁。

¹⁵⁴ 橋爪隆・前掲注(21)305頁。

¹⁵⁵ 同趣旨の見解として、佐藤文哉「正当防衛における退避可能性について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集(第1巻)』(成文堂・1998)240頁、小林憲太郎・前掲注(121)などがある。

ないことを根拠に、一般的・制度的利益としての「現場に滞留する利益」を重要視しつつ、対抗行為が致命的有形力の行使となる場合には、「現場に滞留する利益」は侵害者の生命保護に優先しないとして、退避義務・侵害回避義務を肯定する¹⁵⁶。侵害を回避する可能性を考慮してから侵害切迫・現実化後の退避可能性を考慮する橋爪説と違い、佐伯説は、「現場に滞留する利益」の有無によって、退避可能性と侵害回避可能性を同時に判断するものである。しかし、第1章の第1節で述べたように、優越的利益説の前提として、利益衝突状況の現存が必要である。仮に、このような利益衝突状況がそもそも回避できれば、防衛者に回避義務を課されることになる。それは、退避可能性と分断して検討すべきであると思われる。

2 日本における判例の検討

「急迫性」要件の判断基準を示した最高裁判例として、昭和46・11・16刑集25巻8号996頁¹⁵⁷がある。本件について、最高裁は、「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……被害者の侵害行為が被告人にとってある程度予期されていたものであったとしても、そのことからただちに右侵害が急迫性を失うものと解すべきでない」と判示し、「侵害を予期したとしても、直ちに急迫性を否定する」という点で、侵害の予期と急迫性要件との関係を示した。

その後、侵害を予期した場合の急迫性の判断基準を示した重要判例として、最決昭和52・7・21刑集31巻4号747頁、最決平成29・4・26刑集71巻4号275頁がある。もっとも、侵害の予期したことだけで直ちに急迫性が失われるわけではない。以下では、この二つの典型例をめぐって、日本の判例実務に検討を加える。

1)最決昭和52・7・21刑集31巻4号747頁をめぐる事例群

①事案の概要と判決要旨

本件は、いわゆる中核派に属する者であるが学生ら約10数名が、集会を開こうとして

¹⁵⁶ 佐伯仁志・前掲注(43)145頁以下参照。

¹⁵⁷ 本件の事実関係は以下である。被告人は、以前から畏怖の念を抱いていた被害者と口論になったため、生活していた旅館を出ていこうとしたが、居酒屋で飲酒した後、被害者に謝ろうと思って旅館に戻ったところ、旅館の帳場で同人からいきなり強く殴打された。さらに被害者が立ち向かってきたため、被告人は後退して隣室に入り、被害者に押されて背中を同室の障子にぶつけた際、かねてその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、とっさに右小刀を取り出し、同人を刺殺した。

会場を設営中、対立抗争関係にあるいわゆる革マル派の学生らの攻撃を予期して鉄パイプなどを準備し、1回目の同派学生の攻撃を実力で撃退した後、再度の攻撃のあることを予期してバリケードを築いているうちに、はたして攻撃してきた革マル派の学生に対し鉄パイプなどで共同暴行をした、という事案である。

最高裁は、「刑法第36条にいう急迫とは、法益の侵害が現に存在しているか又は、間近に押し迫っていることを意味し、その侵害が予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ではないと解されている（最高裁判所昭和46年11月16日の判例）」とした上で、「刑法36条が正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことからただちに侵害の急迫性が失われるわけではないと解するのが相当であり、これと異なる原判断は、その限度において違法というほかはない。しかし、同条が侵害の急迫性を要件としている趣旨から考えて、単に予期された侵害を避けなかつたというにとどまらず、その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を充たさないものと解するのが相当である。」と判示している。

②検討

本決定は、侵害を予期したとしても、直ちに急迫性を失わないが、その上で、積極的加害意思がある場合には、侵害の急迫性が失われると解すべきであるとしている。上記した、本件に関する香城敏磨の調査官解説も、このような趣旨を示している。つまり「侵害の予期+積極的加害意思」によって、急迫性が否定されることになる。本決定は、侵害が切迫していても、なお急迫性が否定される場合を一般的なかたちではじめて判示した点で、重要な意義を有するものと評価することができよう¹⁵⁸。このような判断構造を採った下級審の判例もいくつかある。

例えば、京都地裁平成12・1・20判例時報1702号170頁¹⁵⁹は、被告人は、指定暴力団甲組傘下の暴力団乙会丙組組長として、抗争中の相手暴力団員によるけん銃等を使用した乙会会長の生命・身体を狙った襲撃があり得ることを予期し、襲撃を受けた場合にはそ

¹⁵⁸ 曾根威彦『刑法判例百選I総論（第5版）』（有斐閣・2003）46頁。

¹⁵⁹ 本件は、広域暴力団の幹部である被告人が、氏名不詳者数名と共謀の上、暴力団の会長に対して銃器等を用いた襲撃があることを予期し、襲撃を受けた場合には、けん銃を用いて襲撃者らに積極的な攻撃を加えて殺害することを企て、予期どおりに会長を襲撃してきた者に対しけん銃を発射して2名をそれぞれ殺害した事件である。

の機会を利用して襲撃者に対し積極的な加害行為に出ることを数人と共謀していたものであり、乙会会長が発砲される襲撃を受けるや、共謀に基づいて襲撃者を殺害したという行為について、正当防衛を主張したものであるが、反撃者が、侵害を予期した上、侵害の機会を利用して積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、正当防衛の成立要件である侵害の急迫性は失われ、そのような場合に於ける本件では、正当防衛はもとより過剰防衛も成立しないと判示している。

また、予期したとしても、積極的加害意思が認められない場合には、急迫性が否定しえないということを示した判例もある。例えば、大阪高裁平成 14・7・9 判例時報 1979 号 159 頁の事件において、職場の上司にいきなり自動車の運転席から引きずり降ろされ、同人との間でもみ合いとなったあと、その胸倉をつかみ、そのまま馬乗りになるように倒れこみ、全治約 180 日間の傷害を負わせた行為について、たとえ、上司の行為が一面において予期された侵害であったとしても、積極的加害意思まで認めることはできないから、侵害の急迫性は否定されず、反撃行為は自己の身体を防衛するため、やむを得ずにした行為であり、また、その程度も、防衛手段としての相当性の範囲を超えていないとして正当防衛を認め、無罪とした。

以上のように、昭和 52 年以降の日本の判例では、「積極的加害意思」という表現が現れている。もっとも、積極的加害意思の存在自体が重要なのではなく、防衛状況における双方の利益状況を表す用語として積極的加害意思と表現されている理解することは不可能ではない。例えば、上記の京都地裁平成 12 年の裁判例において、「積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだ」というとき、重要なのは侵害に臨んだ時の状況である。つまり、双方の利益対立状況から、客観的にどのような状況で侵害に臨んだことに重点があると解することができるように思われる。

2) 最決平成 29・4・26 刑集 71 卷 4 号 275 頁

① 事案の概要と判決要旨

(1) 被告人は、知人である A（当時 40 歳）から、平成 26 年 6 月 2 日午後 4 時 30 分頃、不在中の自宅（マンション 6 階）の玄関扉を消火器で何度もたたかれ、その頃から同月 3 日午前 3 時頃までの間、十数回にわたり電話で、「今から行ったるから待っとけ。けじめとったるから。」と怒鳴られたり、仲間と共に攻撃を加えろと言われたりするなど、身に覚えのない因縁を付けられ、立腹していた。

(2) 被告人は、自宅にいたところ、同日午前 4 時 2 分頃、A から、マンションの前に来てから降りて来るようにと電話で呼び出されて、自宅にあった包丁（刃体の長さ約

13.8cm) にタオルを巻き、それをズボンの腰部右後ろに差し挟んで、自宅マンション前の路上に赴いた。

(3)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、歩いてAに近づき、ハンマーで殴りかかって来たAの攻撃を、腕を出し腰を引くなどして防ぎながら、包丁を取り出すと、殺意をもって、Aの左側胸部を包丁で1回強く突き刺して殺害した。

本件について、最高裁は、以下のような判旨を示した。

「刑法36条は、急迫不正の侵害という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、侵害を排除するための私人による対抗行為を例外的に許容したものである。したがって、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は、侵害を予期していたことから、直ちにこれが失われると解すべきではなく、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る。具体的には、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況(特に、凶器の準備の有無や準備した凶器の性状等)、実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の意味内容等を考慮し、行為者がその機会を利用し積極的に相手方に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときなど、前記のような刑法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。

前記の事実関係によれば、被告人は、Aの呼出しに応じて現場に赴けば、Aから凶器を用いるなどした暴行を加えられることを十分予期していながら、Aの呼出しに応じる必要がなく、自宅にとどまって警察の援助を受けることが容易であったにもかかわらず、包丁を準備した上、Aの待つ場所に出向き、Aがハンマーで攻撃してくるや、包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることもしないままAに近づき、Aの左側胸部を強く刺突したものと認められる。このような先行事情を含めた本件行為全般の状況に照らすと、被告人の本件行為は、刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとは認められず、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。」

②検討

本決定は、まず、侵害の予期プラスアルファの事情によって急迫性を否定するという、

昭和 52 年決定以来の判断枠組みを維持している。¹⁶⁰本決定が掲げる具体的な事情は、積極的加害意思の認定の際に重視されてきた事情とほぼ重なっており、それゆえ、これまでの裁判例において、積極的加害意思が認められる場合は、「行為全般の状況」の考慮によって急迫性が否定される事例の一例にすぎないという評価¹⁶¹もみられる。

しかし、本決定における「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」などの判断要素こそが重要であり、本決定は、急迫性を否定する前提として正当防衛の趣旨に遡って説明している。すなわち、「刑法 36 条は、急迫不正の侵害という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、侵害を排除するための私人による対抗行為を例外的に許容したものである。したがって、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は、侵害を予期していたことから、直ちにこれが失われると解すべきではなく、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る。」と。その上で具体的な客観的事情と列挙しており、積極的加害意思は列挙された一つの事情に過ぎないののである。したがって、平成 29 年決定によって、日本の判例はむしろ行為の客観的状況を重視する方向性を示したと評価すべきであろう。

第 3 節 中国における学説・判例

1 中国における学説の議論状況

1) 行為時の判断説

防衛行為の緊迫性の判断について、中国において、周光権は行為時判断説、つまり、一般人の標準という判断基準を提示した。周光権によれば、緊迫性の判断は、行為者を行為時の「情景」に置くことに基づき、行為時の一般人の視野から、総合的に判断すべきである¹⁶²。つまり、行為者が社会一般人だとすれば、不正の侵害を臨んだ時、どのような反応が出るかということによって判断される。仮に、社会一般人は当時の具体的な状況で、行為者と同じような防衛行為を行うと、防衛行為の緊迫性が肯定されるべきである。

行為時の判断説は、まさに行為無価値的違法性判断であると評価することができる。既に述べたように、違法性判断は客観的なものであり、事後的に判断すべきである。さらに、不正の侵害の程度は、一般人を標準とするのではなく、当時被害者自身の状況、例えば、体

¹⁶⁰ 小林憲太郎・前掲注(120) 234 頁参照。

¹⁶¹ 橋爪隆「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) 231 頁以下参照。

¹⁶² 周光権「正当防衛の成立条件の『情景』判断」法学 2006 年 12 月 99 頁以下。

力、年齢、性別などによって変化することになるため、当時の双方の客観的対立状況によって判断すべきである。

もともと、李世陽は、「防衛権の行使を排除する根拠（つまり、急迫性を否定するかどうかに関する判断）は、被侵害者の立場に鑑みた上で、侵害者と被侵害者の双方の動態関係および当時現場の状況を素材として、事前的に判断すべきである。」¹⁶³と主張している。確かに、侵害者と被侵害者の双方の動態関係および当時現場の状況を素材とする点は、どの要素によって急迫性を判断することを具体的に説明しているといえる。しかし、双方の動態関係および当時現場の状況は、まさに客観的な状況によって、正当防衛の急迫性の存否を判断する方法であり、行為時の一般人または行為者の立場に立つ事前的判断ではなく、事後的判断であると解される。

2)客観と主観との結合説

この見解については、さらに、客観面と主観面の総合考慮説、及び客観面と主観面の区別説を分けることができる。

客観面と主観面の総合考慮説は、不正の侵害の緊迫性を判断する際に、客観的な事案を考慮した上で、一般人の標準によって、総合的に判断すべきである¹⁶⁴、という見解である。この見解は、まさに行為時の判断説と事後的判断の混合であると思われる。しかし、上述したように、一般人という標準によって、正当防衛の急迫性を判断するのは不当である。そのような一般人の標準の上で、事後的判断を考えることにしたとしても、そもそも根底とする一般人の標準の欠点を克服することができない。このように、混合的思考方法は問題を解決できないと思われる。

また、客観面と主観面の区別説は、不正の侵害の有無と不正侵害の程度を分けて、客観面と主観面から検討する見解である。例えば、謝望原は、「侵害行為が終了した後の客観的な状況によって、不正の侵害の有無を判断すべきであり、侵害行為時の一般人の標準によって、不正の侵害の大小・程度を判断すべきである。」¹⁶⁵と主張している。しかし、侵害行為が終了した後と侵害行為時という二つの段階に分けて、判断する理由が必ずしも明らかではない。

3)事後の結果判断説

¹⁶³ 李世陽「正当防衛における法益侵害急迫性存否の根拠と司法認定」中外法学（2021）第1期 241頁。

¹⁶⁴ 黄伯清「正当防衛の中核とする緊迫性の有無」人民法院報 2009年3月 41頁。

¹⁶⁵ 謝望原＝卢建平『中国刑事政策研究』（中国人民大学出版社・2006）69頁。

事後の結果判断説は、不正の侵害の緊迫性を判断するにあたっては、単なる防衛者の主観的な認識、あるいは一般人の認識を標準とすることは不当であり、侵害行為が終了してから、調査による判明した証拠と具体的な結果を通じて、事後的に緊迫性を判断すべきである、という見解である¹⁶⁶。

この見解は現在中国において最も有力なものであるといえる。この立場を採る代表論者の張明楷によれば、(1)行為者のある法益はすでに侵害されたとき、他の法益も侵害される危険性がある場合には、緊迫性を認めるべきである。(2)不正の侵害が連続している場合には、侵害をしばらく停止したとしても、全体として不正の侵害の緊迫性を認めるべきである。(3)防衛者が侵害を予期して、反撃の道具を用意したことは、緊迫性を直ちに否定するわけではない。それは、不正の侵害の緊迫性は客観的な事実であり、それらの事情と無関係であるからである¹⁶⁷。

このような見解において、急迫性を事後的に判断する方向性は、賛成できる。さらに、張明楷の指摘する(3)侵害を予期した時の道具の準備状況だけでは緊迫性を直ちに否定するわけではないという点は、利益対立状況を、防衛行為に至るまでの先行する他の全ての客観的事実に照らして、事後的に判断すべきことをあらかず指摘の一つであると思われる。

2 中国における判例の検討

1) 楊建偉、楊建平正当防衛事件・正当防衛に関する典型事案第6号をめぐる事例群

① 事案の概要と判決要旨

2016年2月28日午後1時頃、XとYは、Y宅の前に座って談笑していたところ、犬の飼い主であるAから、通りかかった狼犬に触ったと訴えられたことから、口喧嘩をとなった。Aが復讐すると脅したところ、Xは「じゃ、来い」と答えて、Aが立ち去った。Xは、住居に戻り、ナイフを隠し持っていた。約10分後、Aはツルハシを持っていたB、C、Dを連れて、現場に戻ってきた。Aは、X宅の玄関に向かって歩き、Xの顔を殴り、その際に、Xは、Aの胸と腹部を片刃のナイフで突き刺した。この状況を見たB、C、DはXを取り囲んで殴り、AもBからツルハシを奪ってXを殴ったので、Xは頭から血を流して倒れた。AがXを殴ったところ、ツルハシの柄が折れてAがバランスを崩して地面に倒れ、それを見たYが家からナイフを持ち出し、地面から立ち上がったばかりのA

¹⁶⁶ 房清侠「正当防衛拡張の評価——自救行為について」河南省政法幹部管理学院学报 2004年3期33頁。

¹⁶⁷ 張明楷・前掲注(2)203頁参照。

に向かって突進して胸を突き刺した。Aが負傷して逃げたとき、Yは追いかけて、ナイフをAに投げつけたが外れ、地面に落とした。B、C、DはYを追いかけて、Yはナイフを拾って刺しながら後退し、Xも携帯していた折りたたみナイフでB、C、Dに反撃した。その後、B、C、Dも現場から逃走した。結局、Aは出血死し、B、Cは軽傷を受けた。

裁判所は、「防衛行為と闘争は外観上の類似性があるが、両者を区別する方法の中核は、行為者の主観面が防衛目的であるか、あるいは闘争の目的であるか、ということ来判断することである……本件において、XはAと口論になり、Aの「復讐する」という話に対して、さらに「じゃ、来い」と答えたとはいえ、二人の従前の知り合いでないという関係からみて、直ちにその答えは闘争の約束と認定することが認められない。〔中略〕しかも、行為者は、将来発生可能である不正の侵害に対して、道具を用意したとしても、直ちに正当防衛の成立を否定することが認められない。本件において、Xが事前にナイフを持つ行為は発生可能であるAの不正の侵害に対して防衛行為だと認められる。」と判示している。

②検討

前述したように、中国では、正当防衛状況を判断するにあたっては、「闘争」と評価できる行為が正当防衛状況の反面として否定されるため、闘争と防衛行為の区別は重要とされている。本判決は、闘争と防衛行為を区別する標準を示した重要な判例である。

ここで、まず、闘争であるか、防衛行為であるかについては、防衛目的の有無の判断が重要な意義をもっている。もっとも、中国においては、防衛目的の有無は正当防衛の緊迫性の要件における要素ではなく、主観要件であると解するのが一般的である。しかし、前述したように、緊迫性はそもそも総合的な概念であり、単なる時間条件ではないから、正当防衛状況を判断する際に、防衛目的の有無、逆に言えば、闘争目的の有無を緊迫性の要件で検討することもあり得る考え方の一つである。そうだとすれば、本判決の判断は、実際には、日本の積極的加害意思論と親和性があると思われる。つまり、このような外観上が闘争である事例において、侵害の予期が当然あるとしても、防衛目的がないという理由で、正当防衛状況を否定することは、まさに「侵害予期+アルファ」という日本の判例・学説の判断構造に類似するものであると思われる。しかし、学説の検討で既に繰り返した述べたように、積極的加害意思のような心情要素によって違法性を判断するのは極めて不安定である。また、正当防衛を結果無価値に基づき客観的違法性阻却事由として理解する以上、積極的加害意思という主観的要素は考慮すべきでない。防衛行為に先行する客観的状況に基づいて、公的救助を求めるいとまがないといえる緊迫性、急迫性があったかを判断すべきである。

本判決で、行為者が道具を用意する状況についても言及された。従来、中国の判例実務では、一旦行為者が事前に凶器を用意したと認定されると、常に正当防衛の成立が否定される傾向があったが、本判決から、単なる道具の用意だけでは、直ちに闘争とはいえないという点が確定された。もっとも、急迫性判断の一つの考慮要素であること自体は否定できない。日本の平成 29 年決定においても、凶器の準備の有無や準備した凶器の性状は、急迫性判断の際の具体的な考慮事情の一つに挙げられている。

なお、闘争と正当防衛状況の区別に関する判例として、余某正当防衛事件・(2017)粵 0604 刑初 94 号がある。本件は、「A は友人 B、C とそれぞれの車を運転して遊びに出かけたが、途中、B が正常に走行していた X の車を強引に追い越した際に、B の車が路肩の防護ブロックと軽く擦れた。A は、B の車を駆って損傷したのは X が道を譲らなかったせいだと怒って、B に車を止めて自分の車に乗り換えさせた上で、A は X の車を追いかけて止めさせ、しょうがない状況で車から降りてトランクから鉄のバットを出して X は、車のドアに向かっていった。X はそれを見て折り畳み式果物ナイフを持って、護身した。A が前に出て左手で X の首を絞めて後ろに押し、右手でバットを持って X を殴り、X は後退して身をおかわす途中、果物ナイフを持って刺し、A の顔に傷をつけ、A のバットを奪って近くの芝生に投げた。A はバットを拾って X に向かって振り続けた。見物人が双方に止めるように言ったが、A は X を地面に押し倒し、殴り続け、現場に駆けつけた警察官に捕まったが、X の暴行により、A は軽傷を負った。」という事件である。

裁判所は、「この事件では、X が正常に走行していたのに、不正侵害者 A が X のせいでと怒りをエスカレートさせ、先に凶器を取り出して X を攻撃した。これに対して、X は防衛の意図があり、かつ防衛行為が比較的自制的であり、A に軽傷を負わせてはいるものの、闘争とは認められず、正当防衛が成立する。」としている。

本判決が、防衛意図があるということを明示した点は、闘争と正当防衛状況を区別するのに、防衛意思、つまり、防衛者の主観面を重視したことを示している。しかし、この判例は、X と A が殴り合いに至るまでの行為全般の状況を詳述しているので、X と A が対立状況に至るまでの客観的状況から闘争であるか、あるいは正当防衛であるかを判断したものであると解することも可能である。つまり、判旨において、「X が正常に走行している」ということに言及した点は、行為者と相手方との過去の因縁がないということを示している。しかも、X の防衛行為が比較的自制的であるという点にも言及している。これはまさに客観的な防衛状況を記述したものである。つまり、この事件は、日本の平成 29 年決定の判断と同様の思考により、X の行為を正当防衛であると判断したとみる。本件において、X が侵害を予期し、X が車内で果物ナイフを用意したとしても、X の防衛行為は

比較的自制的であった。このような X の行為全般の状況に照らして、急迫性を否定しえず、かつナイフを用いた防衛行為も相当の範囲であると解すべきである。

他の重要な判例として、雷某正当防衛事件・(2018)津01刑終326号がある。本件は「被告人 X は Y が経営するマッサージ店の従業員である。事件の当日、足湯店のオーナー A は、Y が A の買春を警察に通報したと疑って、恨んだため、B ら 4 人を集めて、バットや短刀を持って Y のマッサージ店に押しかけた。A は先行して店内に入り、ロビーの鉢植えをひっくり返して挑発し、Y らとつかみ合いになった。その後 B、C らも、バットや短刀を持って同店内に突入し、店内の人を殴り、そのうち B が短刀を持って X の太ももを 2 回刺した。その間、C が持っていたバットを落としたため、X がバットを拾って振り、B の頭部に当たって B は重度の脳損傷により死亡した。」という事件である。

裁判所は、「世の中では、双方が些細な事で口論、衝突、けんかを起こし、人の死傷を招くと言った事件が多発しているが、故意の傷害行為なのか正当防衛行為なのか、行為者が殴り合いの意図を持っているのか、防衛の意図を持っているのかを正確に判断することは、司法実務が直面する難題である。本件において、X が勤務するマッサージ店と相手方の足湯店とは、競合関係にあるが、本件の殴り合いの発端は A らが起こしたものであり、殴り合いの場所が Y の店（被告人の働く店）であることから、攻撃側である A らと防衛の側 Y、X らの関係は明らかである。A が B らを伴って殴り込んできたのは不法侵害であり、殴り合いの意欲がない X は正当防衛が可能である。」と判示している。

この裁判所も、行為者の防衛意思、つまり、「行為者が殴り合いの意図を持っているのか、防衛の意図を持っているのかを正確に判断する」と述べている点において、正当防衛状況と単なる闘争状況を区別する際に、闘争意思を重視する態度は従来の判例と同様である。もともと、裁判所は、「件の殴り合いの発端は A らが起こしたものであり、殴り合いの場所が Y の店（被告人の働く店）であることから、攻撃側である A らと防衛の側 Y、X らの関係は明らかである」という客観的な防衛状況にも言及している。これは、中国の司法実務においても、闘争状況であるか、正当防衛であるかに関する認定が、客観的な行為状況に注目していることを示したものともいえる。そうであれば、X が殴り合いの意欲がないということを説明しなくても、「X は従業員として、そもそも A らと因縁がないものであり、自ら働く店内において、B からの激しい攻撃を受けてそれに臨んだ」という客観的な状況をもって、急迫性が肯定し、正当防衛が成立する、ということ判断すれば十分であると思われる。

2) 盛春平正当防衛事件・正当防衛に関する典型事案第 2 号をめぐる事例群

①事案の概要と判決要旨

2018年7月30日、Xはマルチ商法にだまされた上、A、B、Cなどのねずみ講関係者からそのアジトないで度重なる恐喝、体罰、殴打などの措置でねずみ講組織に加入するよう迫られたが、Xは異変に気づいて拒否した。Xは、何度もアジトからの退去を求めたが拒否され、Aらが迫ってきたため、Xは持っていた果物ナイフを出して警告するとともに、持っていた金を渡して退去を求めたが拒否された。その後、事前に隠れていた他の3人のマルチ商法関係者らも次々と同所にあらわれた。Aらは次々とXに迫り、Xは後退りして、AがXから刀を奪おうとすると、Xは刀を振って、Aの右手首及び左首、左胸部を傷つけ、A心臓破裂に至り、死亡した。

裁判所は、「正当防衛は現に行われている不法侵害に対する行為でなければならない。不法侵害がすでに差し迫った危険を形成している場合には、正当防衛の緊迫性があると解される。本件において、マルチ商法組織はXがマルチ商法のアジトを訪れた際に体罰、殴打、長期拘禁などの措置でXをマルチ商法組織に加入させ、組織的な侵害行為を行っている。Xはアジトに入った後、多くの人に迫られ拘禁されると、彼は持っていた果物ナイフを取り出し、マルチ商法関係者に退去するよう警告したが、マルチ商法関係者は逆に人手を増やしてさらに迫り、侵害の手口はエスカレートしていった。こうした事実関係の下で、本件における不法侵害はすでに開始・進行中であり、かつ危険度がエスカレートしており、正当防衛の時間的条件を満たしている。」と判示している。

②検討

本判決は、防衛行為の時間的な適合性の判断に関する重要判例である。侵害が「現に行われている」という点について、裁判所は、Xが不法拘禁された状態で、すでに正当防衛の時間要件を認め、不正の侵害がすでに差し迫った危険を形成しているとした。かつて、中国の従来司法実務においては、非暴力的な侵害、特に、不法監禁に対して反撃する行為については、正当防衛の成立が否定されることが非常に多かったが、本件以降、不法監禁などの侵害に対しても、監禁されている間に、防衛行為に出ることを認めることになった。

もっとも、本件は必ずしも不法監禁に対して直ちに防衛行為に出ることが許されることとしたわけではないことに注意を要する。なぜなら、本件では、Xは、先にAらから度重なる恐喝、体罰、殴打などがなされたという先行事情があるからであり、その上Xは監禁から脱出する際に、Aら4人から迫られたという事情もある。つまり、本判決は、防衛行為時も含めて先行する全事情を考慮した上で時間条件を判断しているといえるのである。

正当防衛の時間要件に関する判例は、さらに、毛某正当防衛事件・(2019)湘52刑終82号がある。本件は、「XとAは夫婦である。Aは、Xが、Aに殴られた上、夜帰宅後にAがXの足を切断すると言ったことを友人に話しことを知った。Xはナイフを購入し、寝室のクローゼット内に隠した。その夜、Aは帰宅後リビングで酒を飲みながらXを殴った。子供が泣いたので、Xが寝室に戻って子供をあやした。Aは酒を飲んで寝室に入り、Xの足を包丁で切ると言って殴り続けてから、寝室を出て行った。Xがクローゼットからナイフを取り出して寝室を出てAの体を切りつけ、Aは重傷になった。」という事件である。

裁判所は、「Xが現実的で切迫した身の危険に直面してナイフを取って反撃することは正当防衛であり、事前に刃物を準備していたが、防衛性には影響しないと判断した。」としている。本件において、AはXの足を包丁で切ると言って殴り続けてから寝室を一旦出て行ったことからみると、不正の侵害の継続性が認められないようにも思われる。しかし、本件の事実関係において、AはXを殴る途中に一旦中止して部屋を出たが、同じマンションに居ること、Xの足を包丁で切っていたことから、Aの攻撃が継続する可能性が極めて高いことを考慮すれば、侵害を予期して事前にナイフを準備していたとしても、Aの侵害の急迫性が肯定されるべきである。

さらに、張某故意傷害事件・(2018)最高法刑申454号判例がある。本件は、「被告人Xは村長としての被害者Aの父の汚職行為を数回告発したので、被害者Aとお互いに長い間不仲であった。2009年7月19日21時頃、Aが知り合いのB、Cと共にX宅の北側の交差点まで車を走らせた時、Aは一人でX宅へ歩いて行って、罵しながら正門を何度も叩いた。被告人XとYはその騒音を聞いて、中庭のランプを消し、棒を持ち部屋から中庭にやってきた。Aは中庭に入ったばかりのところでXらに棒で殴られた。その後、ナイフを持っていたXがAに激しく刺すと同時に、鎌を持っていたYがAの上半身を叩き切った。その騒ぎに気付いたBは鉈を持ってCと共にX宅に立ち入り、Yと切り合いになった。以上の結果、Aは大量の出血から出血性ショックで死亡し、Bは軽傷を負った。被告人XとYも軽傷を負った。」という事件である。

中国の最高人民法院は、「Aは中庭に立ち入った時点で、その立ち入りの目的がまだ不明確であり、被告人らに対する不法侵害も存在しないから、XとYはAがドアを叩く騒ぎを聞いたばかりで棒を持って中庭で待機し、Aが中庭に入る瞬間に殴打を加えた行為は正当防衛の時間要件を満たさない。XがナイフでAを刺した行為及びYが鎌でAを叩き切った行為の意思は端的な攻撃・報復意図であり、防衛意思ではない。よって、正当防衛の成立を否定する。」と判示している。

本件において、正当防衛が否定される理由は、時間要件を充たさないことと防衛意思がないことである。本件はXらがAの侵害を予期した事情があり、両者は昔から仲が悪く、Aの罵声を聞いて凶器をもって中庭まで出て来てAと対峙するやAを殴りつけ、凶器で刺しているの、日本の判例における「侵害予期+アルファ」の構造と平成29年決定の示した具体的な考慮事情による判断と類似していると評価することができる。

第4節 小括

日中両国の学説・判例の整理・比較を踏まえて、「急迫性」要件に関する考察については、以下のような結論が導かれる。

まず、日本にいう正当防衛の急迫性と中国にいう正当防衛の時間要件は違いがあるが、中国においても、正当防衛規定における「現に行われている」行為であるかどうかは、必ずしも時間要件的な事情のみで判断されるわけではなく、日本と同様、侵害に先行する状況（侵害の予期も含めて）考慮しながら検討されている。また、侵害の終了時期に関する検討は、日本では、量的過剰という問題の下で解決することになるのに対して、中国では、量的過剰自体は認められていないものの、中国の侵害終了時期に関する判断基準からみると、不正の侵害の危険性がまだ排除されない段階では、侵害が終了したことが認められないため、正当防衛を肯定する余地があった。さらに、日本の議論の中で、量的過剰防衛が認められるかについて、侵害の継続する段階から開始された防衛行為が継続する以上、過剰防衛とはいえ、防衛行為性は否定されない。すると、中国においても、たとえ量的過剰防衛という概念を使わなくても、侵害の急迫性と防衛行為の（一連・一体性の観点から）過剰防衛が成立するかどうかを判断すれば良い。

つまり、中国では、時間要件の検討、つまりどのような時点で侵害が開始又は終了したかという問題は、防衛者側に対する侵害が緊迫しているか（「緊迫性」要件）という問題へ転換することができる。その緊迫性の内実は日本にいう急迫性と同一のものである。

次に、日本にいう「積極的加害意思論」と、中国にいう「行為時の判断説」及び「客観客観と主観との結合説」は行為者の主観面、少なくとも行為者の心情要素を重視するものであるが、心情要素によって客観的判断であるべき違法性を判断するのは妥当でなく、実務上も心情要素の立証は困難である。それゆえ、急迫性を事後的に行為当時の客観的状况に照らして判断すべきである。

さらに、判例の検討から比較すると、日本においては、「侵害の予期+アルファ」によって、正当防衛の急迫性を否定することは基本的に確定されたといえる。これに対して、中国においては、闘争と正当防衛状況を区別した上で、防衛目的がない場合には、正当防

衛ではなく、闘争であるということを認めることになる。もっとも、実際には、多くの闘争の事例において、侵害を予期したことがほぼ認められる上、さらに闘争に至るまでの先行事情が急迫性判断において実際には考慮されているということが可能な事例が多く見られた。まさに「侵害予期+アルファ」という構造に類似するものである。

以上により、正当防衛の「急迫性」を充たさない事例について、特に第2章で分類した類型(2) (意図的に)口・態度だけで挑発した場合(口実防衛)と、侵害を予期したが、あえて現場に赴く場合(いわゆる、出向き型)、あるいは現場で相手の来襲を待つ闘争状況に陥る場合(いわゆる、待ち受け型)といった「侵害の予期プラスアルファの事情のある場合における「急迫性」の判断については、日本の平成29年判例のように、侵害に至るまでの行為全般に照らして判断するのが適切であると結論付けた。さらに、次章においては、正当防衛が許される状況の下で行われる「防衛行為の限界」について、すなわち、防衛行為の「相当性」要件に焦点を当てて、日中の学説・判例をみながら検討を加えることにする。

第4章 相当性要件の意義

第1節 相当性と限度要件

本章では、正当防衛が相当性の要件を検討することになる。ここで、まず、日中両国の正当防衛規定における相当性について概説する。

1 日本にいう「やむをえずにした行為」

日本刑法 36 条の正当防衛の規定(本稿 15 頁参照)において、「やむをえずにした行為」という文言がある。もっとも、刑法 37 条における緊急避難の規定においても、「やむをえずにした行為」という表現を用いている。しかし、正当防衛において、防衛行為者の利益は不正の侵害者と比べて、常に優越性的な地位に立つということから、厳格な補充性・害の均衡性が必要ではない、と解されている。正当防衛は、不正な侵害に対しては退避義務を認めないで、反撃の権利を認めるのであり、他に採るべき手段があってもよいのである。それは、正当防衛規定における「やむをえずにした行為」を理解するための前提である。

もっとも、「やむをえずにした」という言葉は、「仕方がなく」という意味なのであるから、侵害を阻止ないし排除するのに必要な反撃は許されるけれども、その反撃はあくまでも防衛手段として、社会通念上、最も危険でない行為でなければならないとする趣旨と解されている¹⁶⁸。しかも、防衛のためであればいかなる行為でも正当化されるわけではないことは、過剰防衛の規定(刑法 36 条 2 項)が存在することから明らかである¹⁶⁹。つまり、最も危険でない行為を超えた場合には、相当な防衛挙動であるといえないため、過剰防衛の可能性が残ることから、正当化される防衛行為は、必要最小限度の「相当性」がある行為ということになる。

2 中国にいう「必要な限度を超えて、重大な損害を生じさせない行為」

中国刑法 20 条 2 項(本稿 15 頁参照)は、「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」という過剰防衛の規定である。この規定により、正当化される防衛行為は、「必要な限度を超えて、重大な損害を生じさせない」行為でなければならず、正当防衛の限度要件と称される要件である。

これに対して、中国刑法 21 条 2 項は、「避難行為が必要な限度を超えて、不当な損害

¹⁶⁸ 大塚仁『刑法総論(第5版)』(成文堂・2018) 161 頁。

¹⁶⁹ 山口厚・前掲注(20) 134 頁。

を生じさせたときは、刑事責任を負わなければならない」という過剰避難の規定であり、緊急避難の限度は「必要な限度を超えて、不当な損害を生じさせない」範囲と規定されている。文言だけからみても、正当防衛の限度条件は、緊急避難の限度条件と違いがあり、より緩やかなものであることがわかる規定ぶりとなっている。

3 比較分析

正当防衛と緊急避難との区別からして、日本にせよ、中国にせよ、正当防衛の限度が緊急避難より緩やかであるが、中国においては、条文から正当防衛規定における「やむをえずにした行為」が「必要な限度を超えて、重大な損害を生じさせない行為」に当たり、相当性の範囲が規定される点が日本と異なる。

また、日本において、過剰防衛の類型として、質的過剰防衛と量的過剰防衛がある。相当性要件から逸脱した防衛行為は質的過剰というものであり、急迫不正の侵害が終了したのに反撃を続けた場合（侵害終了類型）を量的過剰という¹⁷⁰。他方、既に第3章で述べたように、中国において、量的過剰という概念を認めないのは一般的であるが、量的過剰防衛が成立するかどうかという問題については、侵害行為の継続性、または防衛行為の一連性・一体性によって解決すべきであるからである。そこで、残されているのは質的過剰をどのような判断基準によって判断するのか、という問題である。以下では、まず相当性をめぐる日中の学説・判例を整理・分析した上で、質的過剰防衛の判断基準について検討することにする。

第2節 日本における学説・判例検討

1 日本における学説の議論状況

1) 必要性説

日本において、「やむをえずにした行為」に対する理解として、必要であれば足りるとする見解がある。例えば、防衛行為は、逃避しうるか、官憲の保護を求めるか、侵害を予見しえたかを問わず、急迫不正の侵害を排除するのに必要な程度において可能であるとし、また、侵害行為から生じた害と、防衛行為から発生した害とは、均衡することを要しない、という見解がある¹⁷¹。

近時、山口厚は、正当防衛では緊急避難とは違い、「補充性の要件」は必要としないから、そこでいう「必要性」は「必ず要る」という意味ではなく、「防衛に役立つ」という

¹⁷⁰ 成瀬幸典「量的過剰に関する一考察（一）」法学74巻1号（2010）2頁。

¹⁷¹ 泉二新熊『刑法大要』（有斐閣・1926）383-384頁参照。

意味で捉える一方で、「相当性」については、その内容が直ちに明らかではないため、許される防衛行為の範囲を画定する基準としての有用性に問題があると指摘した。さらに、正当防衛の重要な意義は、不正な侵害を回避退避する義務が基本的にないということである。ここから、被侵害者は、急迫不正の侵害に対して、退避せず反撃することにより、それを排除することが許されるので、侵害排除のために必要不可欠な反撃行為、すなわち、防衛するために必要限度の法益侵害行為であれば、いかなる法益侵害行為であっても許されるという考え方を展開した¹⁷²。

2) 行為態様の衡量説

しかし、必要最小限度という観点を強調した場合、現実の防衛行為よりも軽微な防衛方法が1つでもあれば正当防衛の成立が否定されることになりかねない¹⁷³。高橋則夫は、「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れば充足されるとして、ほとんど限定機能を持たず、もっぱら、相当性要件によって限定されている。さらに、相当性の判断対象は、防衛行為の結果ではなく、その行為態様に求められている」¹⁷⁴と指摘している。

つまり、必要性ではなく、相当性判断こそが重要であるという指摘であり、防衛行為の相当性の判断においては、結果の比較衡量ではなく、行為態様の危険性の衡量が重要であるとする理解¹⁷⁵である。このような行為態様の危険性を比較衡量する発想は、「武器対等原則」、「行為対等原則」などと呼ばれる¹⁷⁶。

行為態様の衡量説に対して、橋爪隆は以下の指摘を示した。この指摘は、かなり参考に値すると思われる。すなわち、必要最小限度という表現が正当防衛の成立範囲を過度に限定するような印象を与える。もっとも、必要最小限度性の判断と、(実質的)武器対等原則に基づく判断は、本来、異なる観点からの判断であり、例外的な局面においては、武器対等とはいえなくても、被告人にとっては必要最小限度の防衛手段と評価できる場合があり得ることを否定することはできない。その上で、防衛行為の相当性を認め、正当防衛

¹⁷² 山口厚・前掲注(20) 134-137頁。同趣旨のものとして、緩やかな法益均衡の意味での相当性を正当防衛の要件とすると、防衛のために必要な防衛手段により著しく過大な法益侵害が生ずるという場合には、被侵害者は侵害からの退避ないし侵害の受忍を余儀なくされることになる。正当防衛の権利性を強調する立場からは、このような正が不正に譲歩する結果は認め難いとして、この意味での相当性を要件とすることに反対する、という見解がある(山本和輝・前掲注(50) 162頁)。

¹⁷³ 橋爪隆「正当防衛(2)——防衛行為の相当性判断」警察学論集第69巻第5号(2016) 140頁。

¹⁷⁴ 高橋則夫・前掲注(37) 289-290頁参照。

¹⁷⁵ 西原春夫「批判」判タ248号(1970) 80頁。

¹⁷⁶ 大越義久『刑法解釈の展開』(信山社・1992) 80頁。

の成立を肯定する場合には、必要最小限度性に代えて、実質的な武器対等原則を充たしていることを認定しても差し支えないことになるが、相当性を否定する場合には、武器対等原則に反していることだけでは十分ではなく、より軽微な防衛手段を採る余地があったことを指摘することが必要とされることになる¹⁷⁷。

3) 必要性と相当性説

日本の学説では、正当防衛の相当性（広義の相当性）の判断について、必要と相当性の双方を要するとする見解が有力説である。正当防衛の相当性を有するのは防衛手段として必要最小限度のものであり、また、防衛行為は必要であれば全て許されるのではなく、相当な範囲に限定されるという見解である¹⁷⁸。

例えば、大塚仁は、「違法性阻却事由は、国家・社会的倫理規範にもとづいて是認されるものであるから、正当防衛行為の要件としても、その行為の必要性とともに相当性が要求されるべきことはもちろんである」とされ、その上で、「正当防衛が緊急避難と性格を異にするものであり、刑法 36 条 1 項が正当防衛の要件としているところにも、三七条一項本文の緊急避難の要件に比して、明らかに緩和された表現が用いられている以上、正当防衛の成立範囲が、緊急避難の成立範囲よりも、ある程度広く理解されるべきことは当然である」と説示している¹⁷⁹。

また、違法性が国家・社会的倫理規範違反ではないとする立場においても、防衛行為は、必要最小限度性と行為の相当性の両方が必要となる、という見解がある。例えば、松原芳博は、「必要性は、(1)いかなる代替手段が可能であるかを想定したうえで、(2)その代替手段と現実に被告人の採った手段との間で侵害性の程度を比較することによって判断される」とし、「防衛行為の『相当性』として、防衛行為による侵害法益の価値が保全法益の価値を著しく上回るものではないという『緩やかな均衡性』を要求すべきである……この相当性は、緊急避難における法益均衡要件を緩和したものであって、相手方からの侵害との比較を問題とする点で、自ら採りうる代替手段との比較を問題とする必要性とは視点

¹⁷⁷ 橋爪隆・前掲注（173）141 頁。

¹⁷⁸ この見解を支持するものとして、牧野英一『刑法総論〈上巻〉』（有斐閣・1958）458 頁、藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂・2004）167 頁以下、佐伯千切『刑法講義総論』（有斐閣・1984）202 頁、木村光江『刑法（第 4 版）』（東京大学出版会・2018）262 頁、前田雅英『刑法の基礎総論』（有斐閣・1993）177 - 182 頁などがあり、その趣旨は、防衛行為には必要性が認められるべきであるとともに、それが公序良俗に反しない方法で行われ、かつ、軽微な権利を防衛するために侵害者の重大な法益に反撃を加えることは許されない、という意味で、相当性が考慮されるべきものである。

¹⁷⁹ 大塚仁『刑法概説（総論）』（有斐閣・2005）373 - 374 頁。

を異にする」と主張している¹⁸⁰。

このような見解の方向性は基本的に賛成できると思われる。その上で、本稿は、正当防衛は緊急避難のような厳格な補充性を不要としても、双方の行為態様は均衡であれば、結果の考慮が不要とするのは、行き過ぎであろうと考える。具体的な事例において、結果の考慮を一切考えないのはかなり違和感がある。むしろ、行為の態様と結果の相当を両方とも考えた上で、予想外の結果が生じた場合について、過剰防衛が肯定する一方で、行為者の責任がないことによって刑を免除する方法、つまり、免責的過剰による処理をする方向で検討するのが妥当である。

2 日本における判例の検討

日本の判例では、正当防衛の相当性の判断について、大審院時代において、大判昭和2・12・20 評論17 卷刑法18 頁の事件が、「正当防衛として許容されるためには、他に執るべき方法があったかは問わないが、客観的に適正・妥当なものであることが必要である」とし、大判昭和3・6・19 法律新聞2891 号14 頁の事件が、「豆腐数丁を守るために人命を奪うのは許されない」と判示していた。最高裁の重要な判例として、最判昭和44・12・4 刑集23 卷2 号1573 頁、平成元年・11・13 刑集43 卷10 号823 頁、平成9・6・16 刑集51 卷5 号435 頁が登場した。

1) 最判昭和44・12・4 刑集23 卷2 号1573 頁をめぐる事例群

① 事案の概要と判決要旨

本件は、被告人 X は、自己の勤務する運送店の事務所の入口付近で、貨物自動車の買戻しの交渉のため、訪ねて来た被害者 A と押し問答を続けているうち、同人が突然被告人 X の左手の中指および薬指をつかんで逆にねじあげたので、痛さのあまりこれをふりほどこうとして右手で同人の胸の辺を一回強く突き飛ばし、同人を仰向けに倒してその後頭部をたまたま付近に駐車していた同人の自動車の車体（後部バンパー）に打ちつけさせ、よつて、同人に対し治療四五日間を要する頭部打撲症の傷害を負わせた事件である。

この事件について、最高裁は「刑法三六条一項にいう『已ムコトヲ得サルニ出テタル行為』とは、急迫不正の侵害に対する反撃行為が、自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のものであること、すなわち反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有するものであることを意味するのであって、反撃行為が右の限度を超えず、し

¹⁸⁰ 松原芳博・前掲注（54）175-177 頁。

たがって侵害に対する防衛手段として相当性を有する以上、その反撃行為により生じた結果がたまたま侵害されようとした法益より大であっても、その反撃行為が正当防衛行為でなくなるものではないと解すべきである」とし、傷害の結果の大きさにかんがみ防衛の程度を超えたいわゆる過剰防衛であるとした原判決を破棄した。

②検討

まず、本判決は「自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のものであること、すなわち反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有するものであること」を説示しており、これにより、判例は正当防衛の相当性を手段の必要最小限度性と解することが示された。ここでは、防衛行為の必要（最小限度）性と相当性が同一の要件として理解されていることが重要である¹⁸¹。

また、防衛行為から生じた結果ではなく、防衛手段自体の相当性を重視する点も示された。学説2)の行為態様の衡量説と同じ発想である。この点は、下級審の裁判にも大きな影響を及ぼした。

例えば、千葉地判昭和62・9・17判時1256号3頁が有名である。本件の公訴事実は、被告人は、鉄道のホーム上において、Aと口論の末憤激し、被告人から離れて同ホーム端に向け歩き始めた右Aに対し、その右肩付近を両手で強く突く暴行を加え、同人を同ホーム下の電車軌道敷内に転落させて、折柄同駅に進入して来た電車の車体右側と同ホームとの間にはさんで圧迫し、よって即時同所において、同人をして胸腹部圧迫による大動脈離断により死亡するに至らしめたものである。しかし、千葉地裁は、上記事実関係を認定せず、「右にみられるような差し迫った状況に置かれた被告人にとって、執拗に絡んでくるAから自らの力で逃れようとして同人を突いたことにやむを得ざるものがあつたうえ、その方法も相当なものであつたことにつき、前叙したところを左右し得るような事情は見出せない」としている。

千葉地裁は、被告人はAの死亡結果を生じさせたとしても、執拗に絡んでくる男性から女性が逃れる行為として、「両手で強く突く暴行を加えた」という防衛手段自体は不均衡とはいえないとしている。行為態様の衡量によって相当性を判断すると理解することができる。

また、千葉地判平成9・12・2判例時報1636号160頁がある。本件は、被告人は、アパートの騒音トラブルで被害者と口論になった際に、被害者が突然殴りかかってきたた

¹⁸¹ 橋爪隆・前掲注(173)135頁。

め、これを引き離そうと相手方の顔面を殴打したところ、相手方が後頭部をアスファルト舗装の路面に打ち付けて死亡したという事件である。千葉地裁は、「急迫性ならびに防衛の意思が認められ、さらに、たまたま相手方の生命を失しめるという重大な結果を惹起したとしても、防衛手段としての相当性を逸脱したものではない」としている。本件も、被告人は相手を死亡させたとしても、「相手方の顔面を殴打した」という防衛手段は相当であるから、防衛行為の相当性を逸脱したものではないとされた事案である。

さらに、近年、埼玉地裁平成 29・1・11 判例時報 2340 号 120 頁がある。本件は、被告人が、路上において、被害者に対し、その顔面を右手拳骨で 1 回殴る暴行を加え、同人をその場に転倒させて路面に頭部を強打させ、同人に約 6 か月間の加療を要する急性硬膜下血腫、脳挫傷、びまん性軸索損傷の傷害を負わせた事件である。この事件における防衛行為の相当性について、埼玉地裁は、「被害者は約 6 か月間の加療を要する急性硬膜下血腫、脳挫傷、びまん性軸索損傷という重傷を負っているが、行為の態様としては、被害者が手拳で執ように殴打してくるのに対して同じ手拳による殴打で応戦したものであり、たまたま負傷の程度が重くなったといえるから、防衛行為としての相当性の限度を超えるものではない」として、やはり防衛行為の態様から相当性を判断している。

これらの判例は、いずれも防衛行為による侵害の結果が重大であっても、防衛手段として必要であれば、正当防衛の相当性を認める、という立場を示している。千葉地裁における「執拗に絡んでくる A から自らの力でのがれようとして被害者を突いたこと」、及び埼玉地裁における「被害者が手拳で執ように殴打してくるのに対して同じ手拳による殴打で応戦したもの」という判旨は、行為対等・武器対等原則を採用したものであると理解することが可能である。

もっとも、以上のような事例では、おそらく被告人が、他の手段をとる余地がないという特殊な状況があったのではないか。それゆえ、重大な結果が生じて、正当防衛として認められたのではないか。そのような状況もないのに、結果を考慮しないのは、不当な結論が生じる可能性が高いと思われる。結果を考慮する裁判例として、例えば、以下のような東京地裁八王子支判昭和 62・9・18 判時 1652 号 120 頁がある。

本件は、被告人は路上でいきなり因縁をつけ、執拗な挑発を行い、靴を持った右手を振上げて殴りかかって来た被害者に対し、その胸部付近を右手拳で力一杯突飛ばして橋の上から転落死させた事件である。正当防衛における防衛行為の相当性の有無の判断について、裁判所は、「刑法 36 条 1 項にいう『行為』とは、それについて正当防衛という違法性阻却事由の存否が判断される対象を指称する概念であって、すなわち構成要件に該当すべき所為を意味するから、狭義の行為すなわち動作だけではなく、故意犯における結果

と同様に結果的加重犯における結果を含むものと解しなければならず、いわゆる『相当性』の有無も、狭義の反撃行為だけではなく、その結果をも包めた全体について判断されるべきものである」と判示している。本件における「被害者の胸部付近を右手拳で力一杯突飛ばす」という被告人の行為は、千葉地判昭和 62 年判決における「両手で強く突く暴行を加えた」という行為と、反撃態様として、同じような程度であると解することができるが、千葉地裁とは異なり、なぜ裁判所は相当性から逸脱したという判断を下したのか。その理由を推測してみると、おそらく、本件では、被害者を橋から転落させるような方向に突きとばす以外の手段がとりにえたのではなかろうか。そのため、重大な結果を考慮せざるをえなかったか、それともいずれにせよ結果の重大性は無視できないと考えたかのどちらかであろう。

本稿は上述のように、結果の重大性を考慮すべきであるという立場をとるため、千葉地判例昭和 62 年判決、千葉地判平成 9 年判決、埼玉地裁平成 29 年判決について、被告人の行為は生じた結果の重大性によって、相当性から逸脱し、過剰防衛が成立すると解すべきであると考え。もっとも、被告人が被害者に死亡又は重傷させた結果は予想外であるため、責任を欠き、免責的過剰が成立することになると思われる。

2)平成元年・11・13 刑集 43 卷 10 号 823 頁をめぐる事例群

①事案の概要と判決要旨

被告人は、運転してきた軽貨物自動車を前記空地前の道路に駐車して商談のため近くの薬局に赴いたが、まもなく貨物自動車を運転して同所に来た A が、車を空地に入れようとして被告人車が邪魔になり、数回警笛を吹鳴したので、商談を中断し、薬局を出て被告人車を数メートル前方に移動させたうえ、再び薬局に戻った。ところが、それでも思うように自車を空地に入れることができなかった A は、車内から薬局内の被告人に対し「邪魔になるから、どかんか。」などと怒号したので、再び薬局を出て被告人車を空地内に移動させたが、A の粗暴な言動が腹に据えかねたため、同人に対し「言葉遣いに気をつける。」と言ったところ、A は、空地内に自車を駐車して被告人と相前後して降車して来たのち、空地前の道路上において、薬局に向かおうとしていた被告人に対し、「お前、殴られたいのか。」と言って手拳を前に突き出し、足を蹴り上げる動作をしながら近づいて来た。そのため、被告人は、年齢も若く体格にも優れた A から本当に殴られるかも知れないと思って恐くなり、空地に停めていた被告人車の方へ後ずさりしたところ、A がさらに目前まで追ってくるので、後に向きを変えて被告人車の傍らを走って逃げようとしたが、その際ふと被告人車運転席前のコンソールボックス上に平素果物の皮むきなどに用いて

いる菜切包丁を置いていることを思い出し、とっさに、これで A を脅してその接近を防ぎ、同人からの危害を免れようと考え、被告人車のまわりをほぼ一周して運転席付近に至るや、開けていたドアの窓から手を入れて本件菜切包丁を取り出し、右手で腰のあたりに構えたうえ、約三メートル離れて対峙している A に対し「殴れるのなら殴ってみい。」と言ひ、これに動じないで「刺すんやったら刺してみい。」と言ひながら二、三步近づいてきた同人に対し、さらに「切られたいんか。」と脅迫した。

本件について、最高裁は、「原判決が、素手で殴打しあるいは足蹴りの動作を示していたにすぎない神谷に対し、被告人が殺傷能力のある菜切包丁を構えて脅迫したのは、防衛手段としての相当性の範囲を逸脱したものであると判断したのは、刑法三六条一項の「已ムコトヲ得サルニ出テタル行為」の解釈適用を誤ったものといわざるを得ない」とし、「被告人は、年齢も若く体力にも優れた A から、「お前、殴られたいのか。」と言って手拳を前に突き出し、足を蹴り上げる動作を示されながら近づかれ、さらに後ずさりするのを追いかけて目前に迫られたため、その接近を防ぎ、同人からの危害を免れるため、やむなく本件菜切包丁を手にとったうえ腰のあたりに構え、「切られたいんか。」などと言ったというものであって、A からの危害を避けるための防御的な行動に終始していたものであるから、その行為をもって防衛手段としての相当性の範囲を超えたものということはない」としている。

②検討

本件については、被告人が A からの危害を避けるための防御的な行動に終始していた、という全般的状況に鑑み、防衛行為の相当性を判断することであり、実質的には武器対等原則に反するものではないと解する見解¹⁸²がある。確かに、行為態様の具体的考慮要素を示したのは、武器対等・行為対等原則の実質的な運用だといえる。しかし、判例における相当性の判断要素からみて、あえて「武器対等原則」という名称を維持する必要はないのであろう。

実際には、本件は、行為の態様の均衡と結果が発生してない両方によって、説明できないわけではないと思われる。このような行為態様の具体的考慮要素は、防衛行為と侵害行為の間の均衡性であると解することが可能である。被告人は、被害者から、手拳を前に突き出し、足を蹴り上げる動作を示されながら近づかれ、さらに後ずさりするのを追いかけて目前に迫られたため、その接近を防ぎ、同人からの危害を免れるため、「やむなく

¹⁸² 川口宰護「判解」『最高裁判所判例解説刑事編平成元年度』348頁以下。

本件菜切包丁を手を取った」状況にいた。このような状況で、被告人は唯一思い出した包丁で、被害者を威嚇することは、行為の態様として均衡であり、生じる可能性としての危険がない点を考慮しても相当であるといえる。

この点に関連する判例として、東京高裁平成6・3・15判例タイムズ860号292頁がある。本件は、被告人は、スナック店内において、被害者と口論となって、その腹部、顔面、頸部等を手拳で殴打する暴行を加え、よって、同人に加療約7日間を要する口唇挫創等の傷害を負わせた事案である。東京高裁は、「本件喧嘩の経緯としては、両名が激昂して立ち上がったのち、被告人は体力の勝る被害者から胸グラを掴まれ、トイレのドア付近に押しつけられ、顔面に三回頭突きされ、眼鏡が飛ぶと同時に相当出血したが、なおも被告人の頭髪を掴むなどして攻撃を続けようとする同人と揉み合いとなり、その際同人の顔、喉等を突くように押した」を認定した上で、「右認定によれば、被告人が被害者の顔、喉等を突くようにして押した行為は、その前段階において被告人が被害者に対し特段の攻撃を加えていない以上、自己の身体を防衛するためのやむをえない防衛行為であるというべきである」としている。この事件についても、被告人と被害者の体力の差と、防衛行為に出た際の不正の侵害の状態に言及されであり、「被告人が被害者に対し特段の攻撃を加えていない以上」ということも考慮されている。被告人の手段は被害者の侵害行為に比して不均衡ではなく、しかも、「被害者に加療約7日間を要する口唇挫創等の傷害を負わせた」結果は重大であるとはいえない。

3)最決平成9・6・16刑集51巻5号435頁をめぐる事例群

①事案の概要と判決要旨

被告人は、文化住宅誠和荘二階の一室に居住していたものであり、同荘二階の別室に居住する被害者と日ごろから折り合いが悪かったところ、事件当日、同荘二階の北側奥にある共同便所で小用を足していた際、突然背後から被害者に長さ約八一センチメートル、重さ約二キログラムの鉄パイプ（以下「鉄パイプ」という）で頭部を一回殴打された。続けて鉄パイプを振りかぶった被害者に対し、被告人は、それを取り上げようとしてつかみ掛かり、同人ともみ合いになったまま、同荘二階の通路に移動し、その間二回にわたり大声で助けを求めたが、だれも現れなかった。その直後に、被告人は、被害者から鉄パイプを取り上げたが、同人が両手を前に出して向かってきたため、その頭部を鉄パイプで一回殴打した。そして、再度もみ合いになって、被害者が、被告人から鉄パイプを取り戻し、それを振り上げて被告人を殴打しようとしたため、被告人は、同通路の南側にある一階に通じる階段の方へ向かって逃げ出した。被告人は、階段上の踊り場まで至った際、背後で風

を切る気配がしたので振り返ったところ、被害者は、通路南端に設置されていた転落防止用の手すりの外側に勢い余って上半身を前のめりに乗り出した姿勢になっていた。しかし、被害者がなおも鉄パイプを手握っているのを見て、被告人は、同人に近づいてその左足を持ち上げ、同人を手すりの外側に追い落とし、その結果、同人は、一階のひさしに当たった後、手すりの上端から約四メートル下のコンクリート道路上に転落した。被害者は、被告人の右一連の暴行により、入院加療約三箇月間を要する前頭、頭頂部打撲挫創、第二及び第四腰椎圧迫骨折等の傷害を負った。

最高裁は、「被告人を鉄パイプで殴打した上逃げ出した後を追い掛けて殴り掛かろうとしていた相手方を、被告人が2階通路から外側の道路上に転落させる行為に及んだ当時、相手方において、勢い余って2階手すりの外側に上半身を前のめりに乗り出した姿勢となったものの、なおも鉄パイプを握り続けるなどその加害の意欲がおう盛かつ強固であり、間もなく態勢を立て直して再度の攻撃に及ぶことが可能であったと認められるなど判示の事実関係の下においては、相手方の被告人に対する急迫不正の侵害は終了しておらず、なお継続していたといえることができる」とし、また、「相手方の不正の侵害は、鉄パイプで被告人の頭部を1回殴打した上、引き続きそれで殴り掛かろうとしたものであり、他方、被告人の暴行は、もみ合いの最中にいったん取り上げた鉄パイプで相手方の頭部を1回殴打したほか、2階手すりの外側に上半身を乗り出した相手方の片足を持ち上げて約4メートル下のコンクリート道路上に転落させたという死亡の結果すら発生しかねない危険なものであったことに照らすと、被告人の一連の暴行は、全体として防衛のためにやむを得ない程度を超えたものであったと認められる」ことを示している。

②検討

本判決は、「被告人は、被害者から鉄パイプを取り上げ、同人の頭部を鉄パイプで一回殴打した」という第1暴行と「被告人は、被害者に近づいてその左足を持ち上げ、同人を手すりの外側に追い落とした」第2暴行を一体として「一連の暴行」について防衛行為の相当性を判断しているが、第1暴行それ自体はそれほど重大な暴行とはいえないから、実際には、第2暴行に関する評価が決定的な要因となり、防衛行為の相当性が否定されたと解すべきである。そして、第2暴行の評価においては、被告人の攻撃力が減弱していたのに対して、被告人の反撃行為がきわめて危険なものであることが重視されているといえる¹⁸³。防衛行為と不正の侵害との危険性の対比という意味で、行為対等原則によって、

¹⁸³ 飯田喜信「判解」『最高裁判所判例解説刑事編平成9年度』98頁。

正当防衛の相当性を判断することになると解することができる。

もつとも、本件防衛行為が、必要でない行為であると理解することも可能であろう。つまり、より軽微な防衛方法があったことを前提とするものとも理解できる¹⁸⁴。しかし、本稿の立場によれば、必要最小限度でない行為かどうかより、行為態様と結果の相当を充たさないと解するのが適切である。つまり、本件では、行為態様が不均衡であり、重大な結果も生じたから、過剰防衛となると解すべきである。

例えば、名古屋地裁平成7・7・11の判例については、防衛行為が、必要最小限度でない行為であるから、相当性から逸脱したと解することができる。本件は、被告人は、内縁の夫Aからゴルフクラブで殴打される等の激しい暴行を加えられたため、このままでは殺されるかもしれないと考え、目を閉じて仰向けに横たわっていた同人の頸部前面をペテナイフで突き刺し、頸動脈切断により失血死させた事件である。裁判所は、「確かに、侵害者に対するペテナイフの使用自体が防衛行為として是認される場合もあり得ようが、本件では、被告人の防衛行為は、Aの侵害行為を一時的にでもやめさせれば足り、そのため生命侵害の危険を避けるため、ペテナイフは身体の枢要部を避けて使用することを考えるべきであり、その後のAの反撃行為に対しては、被告人においてペテナイフやゴルフクラブを手にして、Aを脅かすなどして逃走し、あとは警察の手に委ねることも十分期待できたと考えられ、したがって、今回被告人によって選択された、人体の枢要部たる頸動脈に対するペテナイフによる刺突・殺害という手段は、社会通念に照らし客観的に適正妥当として容認される程度を逸脱したものであり、『已むことを得ざるに出でたる行為』の程度を超えていると言わざるを得ない」と判示している。

本件では、Aの侵害行為を「一時的にでもやめさせれば足りる」のにそれを超えて「人体の枢要部たる頸動脈に対するペテナイフによる刺突・殺害という手段」に出た点が問題とされているので、必要最小限度でない行為に出た点を捉えて過剰防衛とされた。ところが、本稿の立場によれば、「人体の枢要部たる頸動脈に対するペテナイフによる刺突・殺害という手段」が行為態様として不均衡である。この意味で、相当性を判断する際に、行為態様をまず考える必要がある。仮に行為態様はそもそも不均衡であれば、相当性を満たさないとして、過剰防衛が成立することになる。結果の相当は、行為態様が均衡である場合に機能しているものであると解すべきである。

¹⁸⁴ 山口厚・前掲注(20)137頁参照。

第3節 中国における学説・判例

1 中国における学説の議論状況

1) 基本的適合説

中国の学説において、「不正の侵害の程度（行為の性質、方法手段、凶器、攻撃の態様及び不正侵害者の体格などを含める）に鑑み、防衛行為は、不正の侵害の程度を超えない範囲に制約される解すべきである」¹⁸⁵という見解がある。この見解は、「基本的適合説」と呼ばれている。「基本的適合」にあたるかどうかについては、侵害行為の性質と防衛利益の性質などによって判断される。もっとも、防衛行為と不正の侵害との適合は、両者が全く同等であることを要するのではなく、防衛行為から生じる損害の程度が、不正の侵害と大体相当であればよいと解するものである¹⁸⁶。

中国にいう基本的適合説は不正の侵害と反撃行為の性質、態様などを重要視しており、日本にいう行為態様の衡量説で主張される「武器対等原則」、「行為対等原則」と類似していると評価することができる。しかし、既に述べたように、行為態様のみを考えると、具体例において、特に被害者が死亡したという重大な結果が生じた場合であるにもかかわらず、その点を考慮せずに、相当性を認めるのは違和感がある。

2) 必要説

基本的適合説に対しては、「必要な限度を超えて、重大な損害を生じさせた」行為が過剰防衛であるという規定からみると、防衛行為は、必要な限度という条件を充たさない場合において、過剰防衛となる、という見解がある¹⁸⁷。この見解は、「必要説」と呼ばれている。なお、この見解は、過剰防衛を故意犯ではなく、過失犯であると主張する。そのため、当時の必要説は主観要素を含めた必要性の判断を行う立場と解することができる。

中国にいう必要説は、主観面の判断を除けば、日本にいう必要性説と類似していると評価することができる。しかし、必要である行為を強調すれば、現実の防衛行為よりも軽微な防衛方法が1つでもあれば正当防衛の成立が否定されることになってしまう。正当防衛の成立範囲はあまりにも縮減しすぎると思われる。

¹⁸⁵ 金凱「正当防衛と過剰防衛の限界について」法学研究 1981 年第 1 期 15-19 頁。

¹⁸⁶ 楊春洗『刑法総論』（北京大学出版社・1981）174 頁。

¹⁸⁷ 鄭徳豹「正当防衛と過剰防衛の限界に関する再考——金凱の見解に対する反論」法学研究 1981 年第 6 期 6 頁。

3)折衷説

折衷説とは、基本的適合説と必要説の両者を総合し、防衛行為の限度を総合的に判断すべきであるという見解であり、中国では通説であるとされている。

1997年刑法が制定される前に、数多くの学者は、過剰防衛の判断は、基本的適合説を基礎として、主観要素を含める必要性も考慮すべきであると主張されていた¹⁸⁸。しかし、1997年現行刑法を制定する際に、正当防衛、特に過剰防衛の規定を客観化することが明示された。そのため、過剰防衛の判断において、主観要素を含める必要性から客観的な必要性への変化が現れた。ただ、基本的適合と必要性との折衷説は相変わらず通説の地位にあるといえる¹⁸⁹。なお、1997年中国現行刑法第20条第2項（本稿15頁参照）は、「必要な限度を超えた」と「重大な損害を生じさせない」という二つの要件を規定しているため、実務において、防衛行為によって、重大な結果が生じた場合には、常に過剰防衛とする傾向がみられる。

もっとも、近時、実務における正当防衛の限度の判断は厳格すぎるという思考の下で、折衷説にたいする反論が見られた。例えば、張明楷は、「過剰防衛の認定については、『行為と結果』という要件によって判断することではない。」と主張している¹⁹⁰。また、勞東燕は、「実務上常に過剰防衛は故意犯として処罰される傾向がある。それは、結果のみを重視するやり方のせいで、『結果→行為』という思考進路を採った結果である。」と主張している¹⁹¹。

そのような批判に対して、折衷説とはいえ、必ず結果のみを重視するわけではなく、むしろ、「行為態様の比較衡量→結果の相当」という思考進路をとるものであって、不当ではない。行為態様が不均衡であれば、相当性を充たさないと解される。結果の相当は、行為態様が均衡である場合に機能しているものである。

2 中国における判例の検討

中国では、正当防衛の相当性判断に関する代表事例は、以下の通りである。

1)于歡正当防衛事件・(2017)魯刑終151号をめぐる事例群

¹⁸⁸ 例えば、馬克昌＝江任天編『刑法』(法律出版社・1985)53頁、何秉松編『刑法総論』(中国政法大学出版社・1988)121頁、高銘喧編『中国刑法学』(中国人民大学出版社・1989)153頁、利子平「過剰防衛に関する検討」法学評論1984年第2期63-65頁参照。

¹⁸⁹ 例えば、趙秉志編『刑法総論』(中国人民大学出版社・2007)392頁、陳興良『規範刑法学(上)』(中国人民大学出版社・147頁)、張明楷・前掲注(2)210頁。

¹⁹⁰ 張明楷「過剰防衛：判断標準と過剰類型」法学2019年第1期3頁以下。

¹⁹¹ 勞東燕・前掲注(38)1324頁以下。

①事案の概要と判決要旨

2016年4月14日、被告人と甲会社を経営する母は借金を返済しない理由で被害者Aらの数十人に甲会社の応接室に軟禁されていた間に、被害者は卑猥な言語と行動で被告人と被告人の母を侮辱していた。その後、甲会社の従業員が警察に通報して、警察官の3人が応接室に来たが、深く調査するために会社の工場に赴いた。その直後、応接室にいた被害者は、被告人を強制的に座らせたので、被告人側と被害者側は、また紛争が起きた。被害者らの2名は被告人の首にナイフを突き刺し、被告人を応接室の東南隅に押しついたり引いたりした。その際に、被告人は、刃渡り15.3cmの片刃のナイフを拾い、被害者Aと他の被害者2名に近づかないように警告したが、被害者らが相変わらず近づいていたので、ナイフを用いて被害者ら刺した。その結果、被害者Aが出血死になり、他の2名被害者が重傷になった。

中国山東省高級人民法院は、「被告人の行為は過剰防衛であるかどうかについて、本件では、被害者側の人数が多いとはいえ、被害者らの行為は被告人から借金返済をもらうという目的で行ったものである。その間にいかなる凶器も携帯したり使用したりしなかった……しかも、当時、応接室から警察官のパトカーが見えるから、被告人は警察官がまだ近くにいる事を知るはずである……被害者らが被告人に近づいていた段階で、激しい攻撃などの行為も行わなかったが、被告人は、刃渡り15.3cmの片刃のナイフを使って、被害者の1人に死亡させ、2人に重傷させた、ということは『著しく必要な限度を超えて、重大な損害を生じさせた』と評価すべきであって、被告人の行為は過剰防衛を認める」と判示している。

②検討

判決は、正当防衛の相当を判断するにあたって、防衛行為は必要である行為か、及び損害の結果の程度が重大ではないか、という総合的な判断構造を示したものと思われる。つまり、防衛行為の必要性を判断する際に、不正侵害者の人数、凶器の携帯の有無などを考慮している。しかも、「被告人は警察官がまだ近くにいることを知っている」ことに言及する点は、他の採りうる手段があれば、正当防衛においても、より実害性が少ない行為を選ぶべきであることを示すものである。被告人は、警察官を呼ぶという手段を選ばなかったから、その段階で、すでに防衛行為の相当性から逸脱したと解すべきである。また、本判決は被告人の行為による損害の結果にも明確的に言及した。つまり、相当性判断において損害の結果に対する考慮も必要であることを示している。

本件と同じような判断構造を採るものとして、例えば、朱鳳山故意傷害事案・最高人民

検察院指導判例第 46 号がある。本件は、「被告人の娘 Y は被害者と夫婦であるが、離婚調停中のため、被害者と別居し、娘を連れて被告人と同居するようになった。被害者は、離婚の件を同意しえないため、しばしば被告人の家に行っては口論をしていた。事件当日、被害者は、飲酒後被告人宅に向かい、正門から庭に入ろうとし、それができなかったため、外で大声を出して罵倒した。被告人は Y が家にいないことを被害者に伝えたが、被害者はあきらめようとしなかったため、被告人は隣人と被害者の弟を別々に呼び、被害者を説得して出て行くようにと頼んだ。隣人に説得された被害者が、現場から一旦離れたが、その後、戻ってきて、庭の塀に登って無理やり入ってきたので、被告人は、鉄のフォークで止め、警察に通報した。被害者は庭の塀に登り、塀の上の被告に石を投げつけた。被告人は身を守るため、家の中から羊の屠殺用ナイフを取り出した。その後、被害者は、中庭に飛び込み、被告人との揉み合いをしていた際に、ナイフに胸を 1 回刺されて出血死した。」という事件である。

検察院の理由書において、「被害者は瓦を投げつけ、引き裂くという行為を行ったが、全体からみて、被告人に対する攻撃は軽微であり、被告人の身体・生命を脅かす危険性はない。しかも、被告人はすでに警察に通報しており、警察の救助を待つ余地があったが、その代わりにナイフを使い、被害者の体の急所を直接に刺し、被害者に死亡させた……これらの要素を総合的に考えると、被告の防衛行為は、防衛手段の程度として必要性がなく、防衛の結果と保護される利益との対比として格差があり、『著しく必要な限度を超えて、重大な損害を生じさせた』行為であり、過剰防衛となる」という判断を示している。

本件では、被告人の防衛行為は、「他に取りうる防衛手段があるため、必要性がない点と、防衛の結果と保護される利益との対比として格差がある点」を理由に過剰性が肯定されているが、限度を超えた。

また、汪天佑正当防衛案・(2018)冀 0322 刑初 239 号という判例も参考に値する。本件は、被害者 A らが、因縁をつけるため、身元を示さない状況で、無理矢理に被告人の家の扉を蹴飛ばし家の中に侵入してきた際に、被告人が被害者 A にオートバイダンパで殴打して軽傷を負わせた事件である。裁判所は、「A らが被告人の住宅に侵入する行為は、被告人の人身・財産に対する威嚇を招き、被告人に強い心理的圧迫をも引き起こしていたものである……これに対して、被害者に軽傷を負わせた被告人の防衛行為は正当防衛であり、刑事責任を負わない」としている。

本件では、裁判所は、不正の侵害の程度と被告人の防衛行為による損害結果との両方に言及し、正当防衛の相当性を総合的に判断している。本件において、被害者の「家の中に侵入していた」行為に対して、被告人が「オートバイダンパで被害者を殴打した」行為に

出るのは必要でない行為と解することもできる。もっとも、仮に本件の被害者 A が死亡した結果になったら、中国の司法実務で過剰防衛と認定する可能性が極めて高い。

以上のような事例は、防衛行為がそもそも必要ではなかった事案であると評価することが可能である。これに対して、仮に、防衛行為が必要であると評価される場合には、どのような検討、評価がなされるのか。このような場合の例として、以下のような事例がある。

2)莫新堅正当防衛事件・(2018)粵12刑終60号をめぐる事例群

①事案の概要と判決要旨

2016年10月26日午前3時頃、Aは、X宅に侵入し、窃盗を企て、売店で寝ていたXに発見された。Xはひしゃくに石灰粉を詰めてAにぶっかけた後、村民3人を呼び、Aは台所から逃げようとしたが、Xが屋外から木の棒で台所の扉を止めた。台所に閉じ込められたAは台所にあった酒の空き瓶などを手に取りXらに向かって投げ、Xは再び石灰粉を手に入れて、Aに浴びせ、両目にけがを負わせた。

裁判所は、「XがAに2度も石灰粉をかけた行為は、現に行われている不法侵害を制止するための防衛行為である」ことを肯定しつつ、「防衛行為は、Aに必要限度を著しく超える重傷を負わせた……本件において、XがAに2回目に石灰粉をぶっかけた時、台所の外にはXら4人がいたが、Aは一人であり、双方の力に差があり、XにはAが投げた薪が腕に当たっただけで致傷はなく、Aが取った手段及び暴力の強さはXらの身の安全に重大な危害を及ぼすほどではなかったにもかかわらず、Xは再びAに石灰粉をかけ、石灰粉を2度浴びせる行為によってAは重傷を負ったため、防衛手段は、その強さ、及び不法侵害者に重傷を負わせて、重大な結果をもたらす可能性と、不法侵害者の手段、及び不法侵害者の攻撃による侵害と比較して、両者は桁違いの差がある」を判示している。

②検討

本件では、裁判所が被告人と被害者の手段の具体的程度を比較した点から、防衛行為の相当性が行為態様によって判断されたという理解もありうる。しかし、本稿は、本件における被告人Xの取った手段が、被害者の攻撃と比べて強いといえるのか、という疑問を持っている。Xの2回目の石灰粉をAにぶっかけた行為は、上記日本の最決平成9・6・16の事例における第2行為と違いがあり、その強さの防衛行為は明らかに不当な防衛行為と言えないのであろう。裁判所は、不法侵害の程度と防衛手段による結果の対比にも言及しており、むしろ重傷の結果を配慮したから過剰防衛という結論に至ったものであ

ると思われる。

結果を考慮した点に関連する判例として、翁某正当防衛事件・（2018）粵 52 刑終 399 号がある。本件は、「被告人 X と被害者 A は夫婦関係にあったが、A は B と長期間にわたって不適切な関係を維持し、かつ長期にわたって X に対して DV を行っていた。事件当日の夜、A は B を連れて自宅に戻り、X と口論になった。A はモップを取り出して X を追いかけたので、X はガラスのワイン棚の上にあった果物ナイフを投げつけた。二人の打ち合いで、X は右手に持っていた果物ナイフが A を刺し、A が死亡した。」という事件である。この事件について、裁判所は、「X が他人の体を傷つけ、人を死に至らしめる行為は傷害罪に該当する……X は、自分が不法侵害を受けた時に刃物を持って防衛し、その過程で他人を傷つけて死亡させた行為は、過剰防衛である」としている。

本件において、X が果物ナイフを投げつけた行為は必要ではないと言い難い。しかし、死亡結果が生じたため、過剰防衛とされた。このように、重大の損害が発生した以上、過剰防衛を認めるのが判例の一般的な態度であると解することができる。

また、次の事例陳某正当防衛事件・最高人民検察院指導判例第 45 号も、同様である。本件は、「A は X が自分のガールフレンドと関係が深いことに不満を持っている。事件の当日、A は他の人を集めて、家に帰ろうとした X を止めて、二人の以前の対立を解決すると申し出て、X にビンタを加えた。B は X の臀部に膝を突きつけた。X が殴り返した時、A らは X を取り囲んで殴り、頭や体を殴った。X は持っていた果物ナイフを取り出して A と B を突き刺した。A らは X の手にナイフがあることに気づいて、レンガを拾って X に投げたが、X がその場から逃げたので当たらなかった。A は重傷で、B は出血が多く、病院に搬送されが救急の効果もなく死亡した。」という事件である。本件について、裁判所は、「被告人は相手が大勢であることを見て、身を引くために自分の持っていた果物ナイフを取り出して被害者らを刺し、被害者の一人に死亡させ、一人に重傷を負わせた。その行為は防衛行為に当たるが、その措置が不当であるため、明らかに必要限度を超えた場合、その行為は過剰防衛に属し、刑事責任を負わなければならない」と判示している。

本件において、数人から攻撃を受定におけるナイフを用いた被告人の行為は、必要ではある行為であるが、過剰防衛とされた。「被害者の一人を死亡させ、一人を軽傷させた」という結果を生じさせたことが、過剰防衛の認定に対して、大きな影響を及ぼしたといえる。従って、中国の司法実務において、行為態様の比較衡量と結果の相当を両方とも考慮しているのを見るのが一般的である。

第4節 小括

日中両国の学説・判例の整理・分析した結果、以下のような結論に至った。

まず、日本の正当防衛規定における「やむをえずにした行為」と、中国の正当防衛規「必要な限度を超えて、重大な損害を生じさせない行為」は、文言として違いがあるが、両方とも「相当性」要件と解されている。

相当性の判断基準について、日中両国の学説を比較すると、日本にいう「必要性説」と中国にいう「必要説」は類似し、「行為態様の衡量説」と「基本的適合説」が類似し、「必要説と相当性説」の内実は「折衷説」とほぼ同じであると解することができる。その上で、必要説は正当防衛の成立範囲を不当に縮減する見解であると評価した。また、行為態様のみで相当性を判断するのは、重大な結果が生じた場合に違和感がある。従って、相当性を判断する際に、行為態様の比較衡量と結果の相当の両方とも考慮する必要があると思われる。

さらに、日中両国の判例をみると、中国の正当防衛規定は、「著しく必要な限度を超えない」と「重大な損害を生じさせない」との二つの条件を要求していることから、中国では、判例においても「行為と生じた結果」の両方とも考慮して相当性を判断している。もっとも、他方、日本の判例は、昭和44年判例を代表として、行為態様の衡量に重点を置いて結果を必ずしも重視せず、例えば、千葉地判昭和62・9・17、千葉地判平成9・12・2では、死亡という重大な結果が生じているのに、過剰防衛にならないという点で疑問が生じた。このような場合の処理については、被告人が被害者に死亡又は重傷させた結果が予想外のものであるならば、責任を欠くことを理由に、免責的過剰防衛とすべきである。

第5節 特別規定における相当性要件：日本の盗犯等防止法と中国の特殊正当防衛

以上、正当防衛の一般規定における防衛行為の相当性の判断について検討してきたが、さらに、日中ともに正当防衛の特別規定が存在し、特別規定の相当性はどうか、一般規定との関係は何か、という問題が残されている。特別規定とは、詳しくは以下の通りである。

盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律（以下、「盗犯等防止法」と略称する）の第1条第1項によると、「盗犯ヲ防止シ又ハ盜賊ヲ取還セントスルトキ」、「兇器ヲ携帯シテ又ハ門戸牆壁等ヲ踰越損壊シ若ハ鎖鑰ヲ開キテ人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅、建造物若ハ船舶ニ侵入スル者ヲ防止セントスルトキ」、「故ナク人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅、建造物若ハ船舶ニ侵入シタル者又ハ要求ヲ受ケテ此等ノ場所ヨリ退去セザル者ヲ排斥セントスルトキ」に、「自己又ハ他人ノ生命、身体又ハ貞操ニ対スル現在ノ危険アルニ非ズト雖モ行

為者恐怖、驚愕、興奮又ハ狼狽ニ因リ現場ニ於テ犯人ヲ殺傷スルニ至リタルトキハ之ヲ罰セズ」とする。文言からすると、この規定に「やむを得ずにした行為」という要件が明文で書かれておらず、犯人を殺傷する場合に常に防衛行為を認めるというふうに解釈可能な点において、刑法36条の一般的な正当防衛規定と異なる側面・性質があるといえよう。

他方、中国の正当防衛規定においても、類似の条文がある。すなわち、中国刑法第20条第3項においては、「現に行われている暴行、殺人、強盗、強姦、身代金略取その他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。」¹⁹²という規定がある。これらの規定における防衛行為の性格がどう捉えるか、あるいは相当性の要件をいかに解すべきか、ということが問題となる。

1 特殊規定の立法の経緯

1) 盗犯等防止法第1条1項に関する立法の経緯

① 立法背景

盗犯等防止法は昭和五（1930）年に制定された特別刑法である。昭和初期には、第一次世界大戦後の世界的な経済不況の波及、外国資本主義の圧迫等による産業の不振と金融恐慌による多数失業者の発生等のため、窃盗・強盗事犯が多発したが、中でも、旧東京市内およびその周辺地区には、俗に「説教強盗」または「講談強盗」とよばれる大胆不敵な兇悪侵入強盗の類が出没し、世人に著しい不安と恐怖の念を与えたのであった¹⁹³。その状況に鑑みて、政府は正当防衛権の行使を安固するという趣旨の下で、立法の必要があると提案した。

当時の立法理由は、「近時強窃盗犯又ハ家宅侵入者等ニシテ、生命、身體又ハ貞操等ニ對シ危害ヲ加ヘントスル者多キニ鑑ミ刑法正當防衛ノ規定ノ適用範圍を明ナラシメテ被害者ヲシテ自衛ヲ全ウスルコトヲ得シメ盜賊又ハ侵入者ニ遭遇シテ恐怖、驚愕等ニ因リ殆ト無意識的ニ爲シタル舉措ヲモ責任ナキモノトシ又短期刑ヲ以テシテハ改善不能ナル常習的盜犯ニ對シ比較的長期ノ刑ヲ料シ以テ社會防衛ヲ全ウスルノ必要アリ是レ本案ヲ提出スル所以ナリ¹⁹⁴」とされた。

¹⁹² 甲斐克則＝劉建利前掲注（16）78頁。

¹⁹³ 川端博「盗犯等の防止及処分に関する法律における正当防衛の性格」『西原春夫先生古稀祝賀論文集（第1巻）』（成文堂・1998）284頁。

¹⁹⁴ 川端・前掲注（193）284頁に引用されている『法律案理由書』参照。

②立法中の争点

盗犯等防止法第1条第1項の立法過程において、焦点となしたのは同項の性格を注意規定と捉えるかという問題である。当時の司法大臣渡邊千冬と法省刑事局長泉二新熊は、貴族院及び衆議院の本会議に出席し、下記のように答弁した。

渡邊千冬は、「刑法ノ正當防衛ノ規定ハ其措辭ガ抽象的デアリマス爲ニ、其適用ノ範圍ニ付テ解釋上ノ疑義ガアリマシテ、被害者ニ於テ機宜ノ慮置ニ依リ自衛ヲ全ウスルニ躊躇セザルヲ得ザル場合ノアル憾ガアルノデアリマス、此ヲ以テ法律上具體的ノ條件ヲ明示シテ是等ノ場合ニ於ケル防衛權ノ發動ヲ安固ニスル必要ガアルノデアリマス¹⁹⁵」と説明した。また、泉二新熊は、「正當防衛は自己又は他人の一切の権利に對する急迫不正の侵害に對して行はるべきは勿論であり、又防衛行爲は獨り殺傷に止まらず必要の程度を超えざる一切の加害行爲を包括するもので無ければ爲らぬのである。然らば之を佛國刑法や舊刑法の如く単に殺傷に關する不諭罪として各本條中に規定するのは適當でない。之を廣くして總則の中に規定するのが適當であると云ふので現行刑法第三十六條が出來たのである。此沿革から觀ても舊刑法第三百十四條や第三百十五條が現行刑法第三十六條より廣い規定とは認むべきでない。従つて舊刑法の規定に略ぼ匹敵すべき本法第一條第一項の規定が現行刑法の規定より廣いせらる理由も無いのである。要するに本條第一項は特殊の場合に於ける防衛者をして安んじて防衛を爲すことを得しむる爲に本項の行爲が現行刑法第三十六條に包含せらることを指示した注意規定に外ならない。¹⁹⁶」という説明をした。渡邊司法大臣と泉二刑事局長の解釈からすると、盗犯等防止法第1条第1項は刑法における正当防衛の具体化として、正当防衛の性格と同様に扱ふものであり、単なる注意規定とされるべきという理解に至る。

しかし、盗犯等防止法における防衛行爲に「己ムコトヲ得サルニ出テタル」ことが必要か否かという点に対しては、泉二新熊は、「本項の冒頭に『左の各号の場合に於て』と定めたる第一號乃至第三號に記載する急迫不正の侵害が現存し、之に對して防衛上己むを得ざる行爲の行はれたる場合を意味することは文理上及刑法第三十六條の一部解釋規定たる精神から觀て明白である。本項は前述の如く盗犯又は侵入を實質とする急迫不正の侵害に對して防衛上己むを得ざるに出で犯人を殺傷したることが同時に自己又は他人の生命身體又は貞操に對する現在の危險をも排除するの必要に基きたることを條件とするのである。斯かる必要に基づくことを要するは正當防衛の法理上當然のことであつて、此

¹⁹⁵ 官報號外昭和五年四月二七日「第五十八回帝國議會貴族院議事速記録第三號」13頁。宮川基「盗犯等防止法の成立史」東北学院法学64号(2006)注(11)5頁に引用されている。

¹⁹⁶ 泉二新熊「盗犯等の防止及處分に關する法律理由」法律時報2卷7号(1930)30頁。

文字が法文に現はれて居ないことの理由で之を拒否することは出来ぬのである。¹⁹⁷」と答弁していた。

もっとも、盗犯等防止法第1条第1項の「現在」は刑法36条の「急迫」よりも侵害される法益に対する危険が低い場合も含むことになると、盗犯等防止法第1条第1項は、刑法36条の成立範囲を拡張した規定になるはずである。そうすると、泉二刑事局長の盗犯等防止法第1条第1項が注意規定であるという主張と矛盾する。また、仮に盗犯等防止法第1条第1項は刑法36条の拡張と解するならば、「己ムコトヲ得サルニ出テタル」という要件は不可欠ではないであろう。

2)中国刑法第20条第3項に関する立法の経緯

①立法背景

1979年の『中華人民共和国刑法』には、第十七条に正当防衛規定が初めて設けられた。その第1項が「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。」という正当防衛の一般規定であり、第2項は「防衛行為が必要な限度を超えてあるべきではない危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。」という過剰防衛の規定であった。

ところが、1983年から嚴打（嚴打とは、刑事犯罪に嚴格な打撃を与えるという言葉の略称であり、1980年代の治安状況の悪化と犯罪率の上昇を抑制するための刑事活動である）という刑事政策の影響で、司法実務において犯罪に対して嚴しい処分が実施された結果、罪刑法定主義の原則を破ることさえあった¹⁹⁸。正当防衛の認定も極めて制限されるようになり、具体的な事例において、防衛行為は正当防衛か過剰防衛かとの限界が不明確な場合には、過剰防衛として処するという傾向と、過剰防衛か普通の犯罪かとの限界が認定しがたい場合には、普通の犯罪として処するという傾向が生じた。そうした状況の反省の下、1997年の『中華人民共和国刑法』に追加された規定が特殊正当防衛という条文である。

当時の刑法改正に対する意見では、「従来の司法実務において、法条の明確な規定がないので、防衛行為によって侵害者の死傷の結果を生じさせた場合には、過剰防衛として処罰することが多かった。しかし、このような事態は、国民の正当防衛権の行使を束縛し、

¹⁹⁷ 泉二新熊・前掲注（196）30頁以下。

¹⁹⁸ 張穹『「嚴打」政策の理論と実務』（中国檢察出版社・2002）46頁。

国民が正当防衛を行使して犯罪を抑制することに不良な影響を与える¹⁹⁹。」という点が指摘されている。

②立法中の争点

1997年中国刑法の制定を行う際に、正当防衛の条文について、立法によって解決しようとする主たる問題は、1979年中国刑法第十七条第二項の正当防衛規定における「あるべきでない危害」との概念が不明確と思われているため、過剰防衛と正当防衛の関係をより明らかにすることにより、国民に防衛行為の行使を進める、ということにある。

1996年5月、中国最高人民法院と最高人民検察院は、以下のような刑法に対する改正意見を示した。中国最高人民法院により、「防衛行為は不法侵害の程度と相当で、必要な限度を超えないという刑法の規定は、実務上で運用しがたいから、公民の合法権利を守る効果を抑え、公民の犯罪と戦う正義行為の行使に不良な影響を与える。しかしながら、一定の防衛限度を要求しなければ、犯罪者に利用され、防衛状況を作る手段を通じて犯罪の目的を達成することになるかもしれない。この問題の解決は、実務で運用しやすい防衛限度を規定することにある。〔中略〕緊急状況の下で、人身と財産の安全に対する重大な侵害及び威嚇の行為、或いは現に行われている公共利益、他人の人身と他の権利に関する嚴重な侵害及び威嚇の行為、これらに対して、公民が防衛行為を行った場合、たとえその防衛行為が必要な限度を超えたとしても、刑事責任を負わない。²⁰⁰」という意見が示された。また、中国最高人民検察院により、「民主と法治は進歩しているものの、社会治安の建設は完備したとはいえないという状況の下で、正当防衛権の保護を強化することは特に重要である。国民の正当防衛権を強化することは必ずしも防衛権の濫用をもたらすというわけではない。防衛権の濫用は、正当防衛制度における明確的な制限の条件があるかどうかにかかわらず、正当防衛の範囲や過剰防衛の判断基準とは関係がない。〔中略〕刑法改正の基本方針として、正当防衛が対抗する侵害者の手段を増加すべきである。²⁰¹」

最高人民法院と最高人民検察院の立法意見を考慮した上で、さらに既に述べたような立法背景の下で、立法機関は、1979年刑法第十七条の正当防衛規定の補充として、第18条「夜間に解錠、暴力を用いて又は密かな方法により、他人の住宅、銀行、倉庫等重要な場所を不法に侵入するとき、他の侵害行為を行うかどうかにかかわらず、必要な防衛行為を行うことができる。」、及び第19条「暴力、威嚇等の方法により、殺人、強盗、強姦、

¹⁹⁹ 高西江主編『中華人民共和国刑法の修訂と適用』（中国方正出版社・1997）105頁。

²⁰⁰ 最高人民法院刑法改正組「刑法改正に対する十個の意見」1995年5月30日。

²⁰¹ 最高人民検察院刑法改正研究組「刑法改正に関する10個の研究意見」1996年5月。

身代金略取等本人又は他人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、刑事責任を負わない。」という二つの条文を草案として作成した。

しかし、上記の草案に対して、学界からは「草案の第 18 条と第 19 条における『密かな方法により、住宅に侵入する』行為、及び『本人又は他人の身体の安全に著しい危害を及ぼす暴力犯罪』という規定の範囲は広すぎて、実務上運用しがたいため、削除すべきである。²⁰²」という批判が提起された。これに対して、当時の全国人民代表大会副委員長王漢斌は、「1979 年刑法 17 条は、『必要な限度』という措辞が不明確であり、司法実務で恣意的に運用される傾向をもたらす。例えば、行為者が不法侵害に遭うとき侵害者に身体の傷害を生じさせた場合には、常に過剰防衛として処罰されることになってしまう。正当防衛行為者の利益を保護すること、及び義を見てせざるは勇なきなりとの行為を進めることのため、新たな第 3 項規定を付け加える。²⁰³」と説明した。このような経緯を辿って、最終の 1997 年刑法は、草案における第 18 条と第 19 条の規定を削除した上で、1979 年の第 17 条の正当防衛規定は第 20 条に改正して、その中の第 3 項において、特殊正当防衛との規定を設けた。

③中国現行刑法における「特殊正当防衛」

以下では、中国現行刑法 20 条 3 項の特殊正当防衛の各要件に対する一般的な理解を若干整理して紹介する。特殊正当防衛規定を適用する前提として、防衛行為者が「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」に臨んでいるという条件が必要である。

条文の形式からみると、「暴行」、「殺人」、「強盗」、「強姦」、「身代金略取」等の犯罪類型を列挙しており、かつ「暴行」とこの後の 4 つの犯罪類型は並列関係にある。「暴行」は「殺人」との 4 つの犯罪類型と類似な特徴を持っている一方で、それ自体の独自性もある、すなわち、この 4 つの犯罪類型のほか、「暴行」を手段する他の犯罪に対しても、特殊正当防衛を適用する余地があるということを含意する。また、「その他の身体の安全に著しい危害を及ぼす暴力犯罪」とは、「生命・身体法益を対象とする」、「著しい危害の惹起」及び「暴行という手段」といった特徴を含むことを示している。

まず、「暴行」の解釈について、日常用語としての「暴行」という言葉は「暴力をふる

²⁰² 高銘喧等編『新中国刑法立法文献資料総覧』（中国人民公安大学出版社・1998）2153 頁。

²⁰³ 「『中華人民共和国刑法（改正草案）に対する説明』1997 年 3 月 6 日第八届全国人民代表大会第五次会議。

う」という意味で、暴行を当たる範囲は広いものである。例えば、日本刑法第 208 条の暴行罪は傷害罪の未遂を含み、暴行を加えた者が人を傷害するに至らなかった時に成立すると解されている²⁰⁴。これに対して、中国特殊正当防衛規定における「暴行」という概念は、既に述べたように、「殺人」、「強盗」、「強姦」、「身代金略取」との四つの犯罪類型と並列関係であるから、日本の暴行罪における暴行と異なり、縮小解釈しなければならない。中国の学説上では、「暴行」に対する解釈は四つの見解に分けられている。(1)「暴行とは、故意致傷であり、つまり、故意の下で他人に傷害または死亡させる行為である²⁰⁵」という故意による傷害説と、(2)「暴行」を単に「故意による傷害の行為」と解すべきではなく、傷害の故意が現れる行為態様は暴力、あるいは非暴力など多様であるから、「暴行」を認められるというものである、という暴力侵害説²⁰⁶と、(3)特殊正当防衛規定の適用は、人の身体に対する重大な暴力犯罪に限られるという重傷・死亡説²⁰⁷と、(4)凶器の使用説は、「暴行」の判断基準を凶器の使用の有無という凶器の使用説²⁰⁸がある。

また、「殺人、強盗、強姦、身代金略取」の解釈について、中国の通説によれば、これは行為手段と罪名を結合させた立法型式であり、殺人、強盗、強姦、身代金略取以外の他の犯罪に該当するか否かにかかわらず、殺人、強盗、強姦、身代金略取等の行為態様が認められる限り、特殊正当防衛の規定の適用ができるとする。例えば、中国刑法第 240 条²⁰⁹の婦女児童誘拐売買罪に規定されている暴力手段を使って、婦女又は児童を拉致する行為者に対する防衛行為は、特殊正当防衛規定を適用する余地がある。

一方で、「殺人、強盗、強姦、身代金略取」としても、特殊正当防衛を成立するのは、著しく暴力性が現れる場合のみに限られている。「殺人、強盗、強姦、身代金略取」と「そ

²⁰⁴ ただし、傷害の危険に限らず、それとは「身体の不可侵性」を含むとスル見解が通説であり、判例でもある。

²⁰⁵ 杜宝慶「無過剰防衛の法律適用」中国刑事法雑誌 1999 年第 3 期 21 頁。

²⁰⁶ 劉艶紅「刑法第 20 条第 3 項における暴行という用語の理論考察」法学評論 2000 年第 6 期 60 頁。

²⁰⁷ 張明楷・前掲注 (2) 215-216 頁。

²⁰⁸ 陳興良「無過剰な防衛について」法学 2009 年第 8 期 13 頁。

²⁰⁹ 婦女又は児童を誘拐して売った者は、五年以上十年以下の有期懲役に処し、罰金を併科する。次の各号に掲げる事情の一つがある場合は、十年以上の有期懲役又は無期懲役に処し、罰金又は財産の没収を併科する。その情状が特に重い場合は、死刑に処し、財産の没収を併科する。(1) 婦女又は児童を誘拐して売る集団の首謀者である場合。(2) 三人以上の婦女又は児童を誘拐して売った場合。(3) 誘拐されて売られた婦女を姦淫した場合。(4) 誘拐されて売られた婦女に売春を勧誘し、強制させ、又はその婦女を他人に売り渡して売春を強制させた場合。(5) 売る目的で、暴力、脅迫若しくは麻酔の手段により、婦女若しくは児童を略取した場合。(6) 売る目的で、児童又は嬰兒を窃取した場合。(7) 誘拐されて売られた婦女、児童若しくはその近親者に重い傷害を負わせ死亡させ、又はその他の重い結果を生じさせた場合。(8) 婦女又は児童を境外に売り渡した場合。

の他の身体の安全に著しい危害を及ぼす暴力犯罪」と並列的に記述されていることから、この4つの手段は「著しい危害を及ぼす」という特徴がなければならないと解すべきであり、従って、著しい危害を及ぼさない侵害、つまり非暴力な手段による殺人、強姦、身代金略取などの侵害の場合は、特殊正当防衛規定を適用できない。その場合は刑法第20条第1項の正当防衛の一般規定が適用される。

なお、強姦については、性的自由に対する侵害は人の生命・身体に対する侵害とほぼ同等な保護に値するから、いかなる手段を用いた場合でも、それに対して、特殊正当防衛規定を適用できるという理解がある。確かに、人の身体安全に対する著しい危害を及ぼす手段を用いた場合は、事後的な救済では損害を回復できず、国民の基本権利の保護に対して有効とは言えないことから、緩やかな範囲で相当性を認められる、つまり特殊正当防衛規定を適用すべきである。しかし、その外的手段、例えば、女性の睡眠状態、酔っ払い状態を利用して、強姦行為をする場合は、第20条1項の規定を適用すべきであり、強姦の場合も、「著しい危害を及ぼす」暴力手段によるか否かにより、特殊正当防衛規定の適用の可否が決定される。

さらに、その他の暴力犯罪の範囲については、前述したように、「著しい危害を及ぼす」が要点となる。暴力犯罪の手段について、中国の学説上は「人の身体に対する襲撃、あるいは乱暴な手段²¹⁰」と「人の身体に対する打撃、あるいは強制²¹¹」という2つの説明があるが、いずれにせよ、人の身体に対する危害の程度の判断が重要である。その人の身体に対する危害の程度については、通説によると、以下の3つの観点から判断することができると思われる。

(1)具体的な罪名によって判断する。常に著しい暴力性を認め得る罪については、ほぼ特殊正当防衛規定を適用できる。例えば、多くのテロ犯罪、不特定多数人の身体の安全に対害する公共安全犯罪は、この類型に属する。

(2)暴力を行う具体的な状況から判断する。同じ罪でも、手段の暴力性の程度に差がある場合、例えば、強盗罪において、一口に暴行・脅迫と言っても、人の重傷又は死亡の結果を生じさせる可能性がある暴行と、人の軽傷の結果をさせるにとどまる暴行・脅迫の両方が存在している。このような犯罪類型の場合は、「人の身体に対して著しい危害を及ぼす」か否かにより判断すべきである。

²¹⁰ 林準『中国刑法教程（第4版）』（人民法院出版社・1989）22頁。

²¹¹ 蘇惠漁・前掲注（8）183頁。

(3)法定刑の幅により判断する。例えば、第 246 条の侮辱罪²¹²、第 256 条選挙妨害罪²¹³、第 277 条の公務妨害罪²¹⁴等の罪について、これらの犯罪は暴力手段を要件としているが、3 年以下の懲役という法定刑の下で、軽微な暴力犯罪に属するとされている。従って、これらの犯罪行為に対する反撃行為については、刑法第 20 条 1 項の限度で正当防衛が成立し、第 20 条 3 項の特殊正当防衛規定の適用を否定するのは一般的である。

3)比較分析

上記した立法史の考察からすると、盗犯等防止法第 1 条第 1 項と中国刑法第 20 条第 3 項の規定は、以下のような共通点を挙げられる。まず、立法背景の側面において、国民の正当防衛権を国家が正面から認め、強く保障する点は共通しているのである。具体的に言えば、盗犯等防止法第 1 条における「犯人を殺傷したときは刑法 36 条第 1 項の防衛行為ありたるとする」との規定、及び中国刑法第 20 条第 3 項の規定における「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」との規定を通じて、これらの特定侵害に対して、防衛行為を行うことができることを強調する。これにより、重い不法の侵害に遭う国民が重大な結果が生じさせる可能性がある防衛行為に出ても、適法であることを国民に安心させた一方で、この条文の新設によって一般予防の効果も求める。これらの規定はそもそも正当防衛権を拡大するためではない。

また、立法の過程からみると、盗犯等防止法第 1 条と中国刑法第 20 条第 3 項は正当防衛の具体化又は明確化を図るということ強調されていた点も共通している。盗犯等防止法について、最初には立法者の解釈は単なる注意規定と捉られていたのである。中国刑法第 20 条第 3 項については、そもそも第 1 項の正当防衛と第 2 項の過剰防衛との境が不明確であることから、相当性を充たすために過剰防衛とならない具体的事情を列挙し、実務

²¹² 暴行又はその他の方法により、公然と人を侮辱し、又は事実を捏造して人を誹謗した者は、情状が重いときは、3 年以下の有期徒刑、拘役、管制又は政治的権利の剥奪に処する。

²¹³ 各級の人民代表大会の代表及び国家機関の指導者を選挙するに当たり、暴行、脅迫、詐欺、賄賂、選挙文書の偽造、投票数の虚偽の報告その他の方法により、選挙を妨害し、又は選挙人及び代表の選挙権並びにその被選挙権の自由な行使を妨害した者は、情状が重いときは、3 年以下の有期徒刑、拘役又は政治的権利の剥奪に処する。

²¹⁴ ①暴行又は脅迫を用いて、国家機関公務員の適法な職務執行を妨害した者は、3 年以下の有期徒刑、拘役、管制又は罰金に処する。②暴行又は脅迫を用いて、全国人民代表大会及び地方各級人民代表大会の代表の適法な職務執行を妨害した者についても、前項と同様とする。③自然災害又は突発的な事件の際に、暴行又は脅迫を用いて、赤十字の職員の適法な職務執行を妨害した者についても、第 1 項と同様とする。④国家安全機関又は公安機関の国家の安全に関する適法な職務執行を故意に妨害した者が、暴行又は脅迫を用いなくても、重い結果を生じさせたときも、第 1 項と同様とする。

上より運用しやすい立法を意図して制定されたのである。この二つの共通点に鑑みると、日中両国の特別規定における正当防衛は、正当防衛の一般規定と同様な性格を保持し、同じような正当化原理の下で捉えるべきである。従って、盗犯等防止法第1条1項、及び中国刑法第20条第3項における正当防衛は相当性要件を要しないという理解は正しくないといえよう。

一方で、両国の特別規定における正当防衛の立法経緯は相違点もある。盗犯等防止法は治安の悪化、つまり窃盗・強盗事案が頻繁に発生する状況で、もっぱらそのような犯罪行為に対して正当防衛が可能であり、国家が宣言して国民に保障し、正当防衛制度の法運用の安定化を図るために制定された条文である。これに対して、中国刑法第20条第3項は、社会の治安状況が徐々に改善してきた上で、司法実務において正当防衛の認定が厳しすぎて、死傷結果を生じる場合に常に過剰防衛とされていたという法運用の不合理な傾向を是正するために、制定されたものである。この違いからすると、中国刑法第20条第3項に比して、日本の盗犯等防止法の新設は犯罪に対する予防・抑止という側面により重視していた。特別な侵害行為の予防・抑制を鑑みて、正当防衛の相当性要件を緩やかに認定する余地が十分あると思われる。

2 学説の議論状況

1) 盗犯等防止法第1条第1項をめぐる日本の学説

盗犯等防止法第1条第1項と刑法36条の正当防衛規定との関係性、すなわち、「やむを得ずにした行為」との相当性要件を要するかどうかという問題について、概ね①「やむを得ずにした行為」を要する見解と、②刑法36条と同じ程度の相当性要件を要しない見解に分けられている。

①前者は、盗犯等防止法第1条第1項に規定された行為が刑法36条1項に含まれることを示した注意的な解釈規定に過ぎず、刑法の正当防衛を拡張した規定ではない²¹⁵、という見解である。また、野村稔は、「同条各号に規定する場合において、正当防衛の成立要件の内で、『やむを得ずにした』という要件は当然備わっている。」²¹⁶と主張している。しかし、「やむを得ずにした行為」という要件が明文に示されていないため、完全に刑法36条における防衛行為の相当性と同じような扱いはやや不合理であろう。

²¹⁵ 泉二新熊・前掲注(196)165頁以下。谷口正孝「盗犯防止法の運用について——施行二十年判例の回顧」法律時報23巻10号31頁。木藤繁夫「刑事判例研究〔132〕——盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律1条1項の正当防衛の要件」警学論集34巻7号(1982)154頁以下。

²¹⁶ 野村稔・前掲注(62)230頁。

②後者は、(a)盗犯等防止法第1条第1項に規定された行為が相当性要件を不要とするものであるという主張²¹⁷、と(b)刑法36条の正当防衛より緩和された相当性要件を要するという主張²¹⁸がある。このうち、(a)の滝川幸辰は、「本法は、一定の条件を満たした場合に、止むことを得ざると否とに拘わらず、正当防衛としての殺傷を是認するという趣旨でなければならない。」²¹⁹としている。しかし、確かに、このような解釈は条文の文言を文字通り理解したものかもしれないが、前述する同法の立法目的から外れるものである。さらに、盗犯等防止法一条一項も正当防衛に関する規定ということは否定できない以上、正当防衛の正当化原理に制限されると言わねばならない²²⁰。

(b)について、例えば、前田雅英により、「侵入した盗犯などを無条件で殺傷することを許すわけではなく、生命・身体・貞操への現在の危険が必要で、また危険の排除に不要な行為は『排除するため』という要件に該当せず許されない。」²²¹。また、曾根威彦は、「本条によれば、〔中略〕自己又は他人の生命、身体又は貞操に対する現在の危険を排除するため犯人を殺傷したときは、刑法36条1項の防衛行為があったものとして、同条正当防衛の要件を緩和し、その成立範囲を拡張している。」²²²と主張している。これらの見解が基本的に支持し得ると思われる。

問題となるのは、「緩和」の内容をいかに解するか。山中敬一は、「防衛行為は、正当防衛に内在する個人保全・法確証原理から『著しく不均衡』であってはならず合理的に制限される。この制限が『緩やか』であるのは、盗犯等防止法の規範が、具体的状況を考慮してこれらの原理の機能を勘案し、緩和を要請したからである。」²²³と説いている。この山中の主張は、既に述べたように、正当防衛の正当化原理から同法第1条第1項を考察するという方法は妥当である。しかし、法確証原理の法秩序の妥当性・有効性、かつ将来の違法行為の予防・抑止という二つの側面を正当防衛の要件解釈に反映させることは容易でなく、そもそも正当防衛権の根拠は法確証原理によって説明し難い。むしろ、盗犯等防止法第1条の各号に該当する場合には、常に生命・重大な身体法益が侵害されているの

²¹⁷ 滝川幸辰「盗犯防止法における正当防衛の拡大化」法学論叢24巻2号(1973)174頁参照。また、藤木英雄・前掲注(178)175頁参照。

²¹⁸ 平野龍一・前掲注(18)241頁。大塚仁『特別刑法』(有斐閣・1959)93頁。曾根威彦「盗犯等防止法1条1項と防衛行為の相当性」研修第561号(1995)6頁。川端博・前掲注(193)305頁。山中敬一「盗犯等防止法一条一項の正当防衛の要件」法学教室第170号(1994)77頁。

²¹⁹ 滝川幸辰・前掲注(217)218頁。

²²⁰ 同趣旨の批判として、内藤謙・前掲注(23)395頁。

²²¹ 前田雅英『刑法総論講義(第7版)』(東京大学出版会・2019)310頁。

²²² 曾根威彦『刑法原論』(成文堂・2016)220頁。

²²³ 山中敬一・前掲注(218)77頁。

ではないからといって、「緩和」の内容として、結果からみての利益の均衡性が要しない
と解することができる。同法における防衛行為の相当性は、(合理的手段による必要性の
判断における)客観的状況を総合的に考慮することによって判断する方がより適切であ
ろう。

2)中国刑法第 20 条第 3 項をめぐる中国の学説

中国には、刑法第 20 条第 3 項における特殊な正当防衛規定と第 20 条第 1 項の一般的
な正当防衛との関係については、従来から、特則説と注意規定説という対立がある。

特則説は、刑法第 20 条第 3 項を第 1 項の正当防衛規定と区別し、第 3 項における要件
を形式的に充足すれば直ちに、正当防衛の成立が肯定できるとしている。例えば、陳興良
は、「1997 年『刑法』第 20 条の規定からみると、我が国の正当防衛は以下のような二つ
のバージョンが含まれる：第 20 条第 2 項は過剰防衛である。第 3 項は過剰とされない防
衛である。論理上からいうと、第 3 項は第 2 項の例外とされるべきである。」²²⁴また、第
3 項について、阮齐林は、「人の身体の安全を及ぼす重大な暴力犯罪に対する防衛行為は、
結果の適度性を要求しない。」²²⁵と解している。さらに、黎宏は、「本規定（第 20 条第 3
項）は、防衛行為の限界に関する特殊規定であり、正当防衛の他の条件を変更するもの
ではない。従って、本規定を適用する際に、防衛限度以外に他の要件は正当防衛の一般規定
に当たるべきである。」²²⁶とする。要するに、特則説によれば、第 20 条第 3 項の特殊正当
防衛は相当性要件を要しないということになる。

しかしながら、特則説が刑法第 20 条第 3 項と第一項の関係性を補充関係ないし対立関
係と捉える点については、やや不合理であるということだけでなく、特殊正当防衛の正当
化原理が正当防衛の根拠論に外れるからうまく説明できないと思われる。具体的に、陳興
良と阮齐林のような刑法第 20 条第 1 項と第 3 項を対立関係で考察する観点というから
は、本来であれば、刑法第 20 条第 3 項は過剰防衛となるべきであるものの、第 3 項の存
在によって過剰とされずに、完全に正当化される、という結論が導かれる。しかし、例え
ば、命を守るために、殺人の現行犯を殺傷する防衛行為はやはり過剰といい難い。この結
論は正確といえないであろう。また、黎宏は、第 20 条第 3 項は第 1 項の内容を補足した
ものであり、両者の関係を補充関係と捉えるものといえる。しかし、基本規定は補充性の
規定より優先的に適用すべきであることから、論理上、第 1 項が第 3 項に優先して適用

²²⁴ 陳興良・前掲注(67) 256 頁。

²²⁵ 阮齐林『刑法学(第三版)』(中国政法大学出版社・2011) 139 頁。

²²⁶ 黎宏・前掲注(3) 143 頁。

されるということになってしまうが²²⁷、このような結論は不当であろう。しかも、対立関係であれ、補充関係であれ、正当化根拠について、一般的な正当防衛と特殊正当防衛をそれぞれ違う説明するということができない。以上から、第3項は特則として完全に第1項の正当防衛と分離して把握することは賛成し難い。

他方、注意規定説によると、第20条第1項は正当防衛の一般規定であり、第3項はどのような防衛行為が過剰ではないということを例示ものであるとされている。例えば、張明楷により、「刑法第20条第3項の特殊防衛はそもそも過剰防衛ではない。」²²⁸また、曲新久は「特殊正当防衛とはいえ、実際に『特殊』ではない。特殊正当防衛は刑法第20条第一項の例外ではなく、第一項の正当防衛の防衛限度に対する説明である。」²²⁹と述べているが、このような観点を支持し得ると思われる。刑法第20条第3項に規定されている暴行、殺人、強盗、強姦、身代金略取等の不正な侵害は、客観的状況を総合的に考慮し、そもそも重大な危険があり、これに対する防衛行為は、不正侵害者に死傷の結果を生じさせたとしても、常に相当性の要件を充たすという趣旨を汲み取ることができ、このような場合は過剰防衛ではなく、正当防衛が成立すると解することができるのである。

3)比較分析

特殊規定に関する両国学説を比べて、日本の盗犯等防止法が「やむをえずにした行為」との相当性要件を要する見解は、中国の注意規定説に類似する。また、相当性要件を不要とする見解は、盗犯等防止法の形式的要件を充たしてあれば、正当防衛の成立が肯定できるという主張の下で、同法は刑法36条の正当防衛と別の性格があることに導き、中国の特則説における対立関係説と類似する。さらに、緩和された相当性を要する見解は、中国の特則説における補充関係との類似性があるといえる。

上記した両法に関する立法の経緯を鑑みて、盗犯等防止法の立法趣旨が予防効果を重視するという点は、そもそも正当防衛の一般規定の要件を明確化したい中国の特殊防衛において、重視されていなかった。そのため、本稿は盗犯等防止法について、緩和された相当性を要すると捉えるのに対して、中国の特殊防衛について、注意規定説で解すべきであると解する。

日本の盗犯等防止法第1項の各号に規定されている行為は必ずしも生命・重大な身体法益を侵害する行為ではないことからすると、相当性の要件における「緩和」の内容とし

²²⁷ 同趣旨の批判として、張明楷・前掲注(190)6頁参照。

²²⁸ 張明楷・前掲注(2)216頁。

²²⁹ 曲新久・前掲注(65)128頁。

て、結果としての相当性を不要と理解されるため、日本の正当防衛の相当性判断においても行為の比較衡量と結果の両方を考慮すべきであると解した本稿の立場によれば、盗犯等防止法における正当防衛が刑法 36 条の正当防衛の注意規定ではないと解する理由である。

これに対して、中国刑法第 20 条第 3 項で規定している攻撃側の行為は「人の身体の安全に著しい危害を及ぼす」という性質があることを要件としているから、結果が相当である場合に限っている。このような行為態様の衡量と結果がそもそも相当であるという思考ロジックは、刑法 20 条第 1 項の正当防衛の相当性の判断構造と同じなので注意規定であると解すべきである。

なお、特殊規定の相当性判断において、重要なのは合理的手段による必要性の判断である。すなわち、不正の侵害の性質、武器の対等性、双方の力の差などの客観的状況を事後的に判断するということである。

3 判例の比較検討

1) 日本の判例検討

①判例の状況

盗犯等防止法第 1 条第 1 項に関する判例研究は、「LEX/DB」の検索を使用した。網羅的に判決を収集するために、キーワードとして「盗犯等防止法第 1 条」を採用し、122 件の検索結果を検出した。上の内容を精査したところ、盗犯法第 1 条第 1 項の適用に関する事件は 29 件があった。また、そのうち、同一事案であるが、審級により複数回検出された事件をまとめると、総計 27 件となるの事案が抽出できた。

この 27 件の事案のうち、防衛行為の相当性を充たすために、無罪となる判決は 7 件があった（約 25.9%）。さらに、時間的に考察すれば、盗犯法第 1 条第 1 項における防衛行為の相当性の認定については、徐々に緩和された形で判断されるという傾向がみられる。

②具体例に対する分析（最決平成 6・6・30 刑集 48・4・21）

本件被害者 A を含む中学 3 年生 7 名は、高校三年生である X 申立人から金員を奪い取るあるいは脅し取る目的をもって、難癖をつけて X に同行を要求し、人通りの少ないビル玄関前の通路へ連行した。7 名は、こもごも X に対し一方的に暴行を加え始め、うち 1 名は強く殴るための道具である、いわゆるメリケンサックを右手に装着して、他の者は素手で背中を殴ったり、足を蹴ったりするなどした。X は、2 度ほど逃げ出そうとしたものの、大声で助けを求めたり抵抗したりせず、専ら防御の姿勢に終始するうち、暴行が数分

間に及んだため、やむなく所携のナイフを取り出し、前にいた中学生の足を目掛けてナイフを突き出したが、かすめた程度に終わったので、すぐに体を半回転させたところ、目前にいた今にも素手で殴りかかろうとしている A を見て、未必の故意をもって、その左胸部をナイフで突き刺し、心臓刺創により失血死させた。

最高裁は、「右のような状況の下における申立人の行為は、強盗に着手した相手方の暴行が、メリケンサック以外の凶器等を用いておらず、申立人の生命にまで危険を及ぼすようなものではなかったのに、ナイフを示して威嚇することもなく、いきなり被害者の左胸部をナイフで突き刺し死亡させたものであり、申立人 1 人に対し相手方の数が七名と多く、本件現場が昼間とはいえ人通りが少ない場所であることなどの事情を考慮しても、申立人の本件行為は身体に対する現在の危険を排除する手段としては、過剰なものであって、前記の相当性を欠くものであるといわざるを得ない。したがって、法 1 条 1 項の正当防衛の成立を否定し、過剰防衛の成立を認めた原判断は、正当である。」とし、また「同条項の正当防衛が成立するについては、当該行為が形式的に規定上の要件を満たすだけでなく、現在の危険を排除する手段として相当性を有するものであることが必要である。そして、ここにいる相当性とは、同条項が刑法 36 条 1 項と異なり、防衛の目的を生命、身体、貞操に対する危険の排除に限定し、また、現在の危険を排除するための殺傷を法 1 条 1 項各号に規定する場合にされたものに限定するとともに、それが『已ムコトヲ得サルニ出テタル行為』であることを要件としていないことにかんがみると、刑法 36 条 1 項における侵害に対する防衛手段としての相当性よりも緩やかなものを意味すると解するのが相当である。」と説示している。

本決定は、盗犯等防止法第 1 条第 1 項の「相当性」要件による制限が必要であるものの、その要件は「緩和」されると判示したはじめての最高裁判例である。同条項の正当防衛の成立には、「当該行為が形式的に規定上の要件を満たすだけでなく、現在の危険を排除する手段として相当性を有するものであることが必要である」とする点から、盗犯等防止法第 1 条における正当防衛の成立に相当性要件を要しないという見解を否定している。

しかしながら、判決理由中、現在の危険を排除するための殺傷を法 1 条 1 項各号に規定する場合にされたものに限定するとともに、それが「已ムコトヲ得サルニ出テタル行為」であることを要件としていないということに言及し、理論的には「已ムコトヲ得サルニ出テタル行為」の要件を不要としたのに、なぜ相当性が必要であるか、また、なぜ「緩やか」で良いとするのかという実質的根拠について何らの説明もなされていない²³⁰。もっとも、

²³⁰ 山中敬一・前掲注 (218) 77 頁。

それ以前の高等裁判所の中に、「已ムコトヲ得サルニ出テタル」ことまでを要しないで殺傷の程度に至ることを許容する範囲での正当防衛を認めたものと解しながら、法秩序全体に照らしてみても許容されるものと認められる場合、すなわち相当性のある場合にのみ防衛行為は是認されると判示する²³¹裁判例もある。しかし、既に述べたように、そもそも法秩序という観点から正当防衛の正当化原理を説明し難く、法秩序全体に照らす、つまり社会通念によって「緩やか」の範囲を説明するのは、不明確であろう。換言に言えば、法律の専門家による防衛行為が相当である場合、仮に社会通念によって過剰になると、「緩やか」といえないではないか。

むしろ、本件「強盗に着手した相手方の暴行が、メリケンサック以外の凶器等を用いておらず」という判旨は、被害者らの不正の侵害は重大な程度までと言えない（不正の侵害が重大ではない）。しかも、被害者が武器を用いてなかったのにたして、被告人がナイフを取り出し、被害者の心臓を突き刺さた行為は著しく武器の対等性を超えた（武器の対等性を充たさない）などの客観的状況を総合的に判断した上で、申立人の防衛行為は防衛行為の相当性を充たさない以上、過剰防衛となると解すべきである。

2)中国の判例検討

①判例の状況

中国刑法第 20 条第 3 項に関する判例の研究は、「中国裁判文書網²³²」というデータベースを使用した。第 20 条第 3 項は判決書においては、常に「特殊防衛」、或いは「特殊正当防衛」と表示される。キーワードとして、「特殊防衛」によって検索できる範囲は「特殊正当防衛」のより広いということから、「特殊防衛」というワードで判例を検索した。

この検索結果として、総計 146 件の裁判例を検出された。その中から、重複のあった判決は 6 を除いて、総計 143 件の判決が抽出できたが、そのうち、再審請求に対する通知書、刑事訴訟法の不公開事案を理由として不公開等の事例は 7 件があった。さらに、31 件について、弁護人からの「被告人の行為は特殊正当防衛の規定を適用できる」という意見に対応しないまま、「被告人の行為は完全に犯罪とされる」等の結論のみが示された判決であり、2020 年中国の正当防衛に関する新しい司法解釈²³³の第 20 条により、「各方面

²³¹ 東京高判昭和 56 年 1 月 13 日高刑集 34 卷 2 号 265 頁。

²³² このデータベースを選択した理由として、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』は、最高裁はインターネットで「中国裁判文書網」を創設し、判決書を公開すべきであると規定されている。現在のところ、「中国裁判文書網」は 1 億件を超える判決を収録され、最も豊富なデータベースと思われる。

²³³ 司法解釈とは、最高人民法院又は最高人民検察院が制定するものであり、立法機関（全人大）の制定

の意見を十分的に聞き、犯罪容疑者、被告人と弁護人の申出を高度的に重視すべきである。」²³⁴弁護人の意見に対応しない判決は、今後には参照の価値が高くないことから、本稿の判例研究から除外した。従って、残っている 105 件の判決は本稿の研究対象となる。

この 105 件の判決を分析した結果をまとめれば、概ね以下の表通りである。

判決結果	判決理由	数量（件）
無罪	特殊正当防衛における「暴行」に対する防衛行為を認められる	4
有罪（過剰防衛）	防衛行為を認められるが、特殊正当防衛の成立要件を充たさない	49
有罪	現に行われている不法な侵害が存在しない	19
	防衛行為の時間条件を充たさない	13
	防衛意思を欠く	14
	闘争の行為となる	6

表

表により、中国刑法の特殊正当防衛規定が適用されて無罪となった判決は、105 件中僅か 4 件 (3.8%) にとどまり、中国の特殊正当防衛の適用は非常に厳格といえよう。また、正当防衛の成立を否定する有罪判決においては、刑法第 20 条第 1 項の正当防衛の要件を充たさないということを理由としており、詳しく説明をしないまま、「そして、特殊正当防衛を適用できないのは当然である」として、第 3 項の適用も排除するものがほとんどである。

②具体例に対する分析（于海明正当防衛事件・最高人民検察院指導判例²³⁵第 47 号）

2018 年 8 月 27 日 21 時頃、被告人于海明は自転車で路上を正常に走っていた。被害者 A は酔って自動車を運転して（検査の結果により、血液中のアルコールの含有量は 87mg / 10ml）右側の非自動車道に押し入り、被告人にぶつかりそうになった。A の同乗者である B が降りて被告人と争い、同乗者の C に引き止められたものの、A は突然車から降

する法律や国务院の制定する行政法規等狭義の法令と同じ法的拘束力を有し、裁判所が判決や決定に法的根拠として引用することができる法源、法規範の一つである。

²³⁴ 『正当防衛正当防衛制度の適用に関する指導意見』（法発〔2020〕31号）第 20 条。

²³⁵ 指導判例は、実質的には判例としての性格を有するものであり、司法実務に対して事実上の拘束力があるものと思われている。

り、被告人を押して蹴り上げていた後、車内から刀を取り出し、刀の峰側で被告人の首、腰、足を連続して打撃を与えた。被告人は刀を争奪しようとしていたうちに、Aの腹と尻を刺して、その右の胸、左の肩、左の肘を切りつけた。Aはけがをして自分の車に向かって走り、被告人はさらに追いかけて2回切りつけようと思ったが当たっていなかった。Aが脱出した後、近くの緑地に倒れて、後に病院に運んで救急治療を受けていたが、腹の大静脈などの破裂による出血性ショックで当日死亡した。

江蘇省昆山市の警察署は、捜査で明らかになった事実によって、中華人民共和国刑法の第20条第3項の規定に基づき、被告人の行為が正当防衛であり、刑事責任を負わないとされており、以下の理由に基づいて于海明の故意傷害事件を撤回することにした。

「第一に、Aの侵害行為が『現に行われている』要件に該当するかどうかという問題である。侵害終了の判断は、侵害者が現場から実質的に離脱したかどうか、そして攻撃を継続したり、再び攻撃したりする可能性があるかどうかによって判断する。被告人于海明が刀を取ると、Aはすぐに争奪したから、侵害行為は終了しなかった。Aはけがをした後すぐに刀を放置していた自動車に駆け寄った。この時、被告人が引き続き追撃をするのも防衛目的に合った。被告人は二回切りそうと思ったが当たらなかったほか、Aが自動車のそばから走り出した後、被告人はそれ以上追跡しなかった。したがって、被告人が刀を奪って反撃を始めた時、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することもないから、侵害行為が終了したとは認められない。

第二に、被告人の行為が過剰防衛であるかどうかという問題である。事案を審査する際に、『被告人本人が受けた損傷は小さいが、防衛行為は被告人の死亡に繋がり、両者の対比は適切ではなく、被告人の行為は過剰防衛である』という意見があった。しかし、不正の侵害行為には実害と危険の両方が含まれており、危険性がある行為に対しても防衛行為を行うことができる。『被告人と被害者Aの傷害結果を対比して相当ではない』という意見は、行為の実害性だけに注目して行為の危険性を無視していた。〔中略〕この事件では、Aの侵害が危険性のあることを前提として、被告人は防衛行為を行ってAの死亡をさせても、過剰防衛ではなく、刑事責任を負わない。』

本件について、問題となるのは中国刑法第20条第3項の適用の可否である。その中で、被害者Aの侵害行為が、刑法第20条第3項における「暴行²³⁶」に該当するのかが問題の核心である。「暴行」の判断基準については、従来、凶器の使用説と重傷又は死亡説の対立がある。凶器の使用説により、「暴行」の判断基準は凶器の使用の有無、つまり、防衛

²³⁶ 中国刑法第20条第3項に規定している「暴行」は、暴行罪における「暴行」と異なり、人の身体の安全に著しく危害を及ぼす行為に限る。

対象となった人が凶器を使うかどうかである²³⁷。重傷又は死亡説は、「暴行」というのは、重傷又は死亡の結果をもたらす場合に成立する²³⁸、という見解である。凶器の使用説によれば、「暴行」の成立範囲が実際に不当に縮減されてしまうから、重傷又は死亡説の方が有力になっており、本稿もこの説に賛成する。本件の被害者Aが刀を持って被告人を連続して攻撃した行為が、刑法第20条第3項「暴行」に当たる理由は、刀を用いたからではなく、刀で連続して攻撃した行為が重傷又は死亡の結果をもたらす蓋然性が極めて高いからということである。

また、Aが負傷して自分の車に戻っていたところ、さらに追いかけて2回切りつけた本件被告人の行為（第2行為）はその前の反撃行為（第1行為）と一連の防衛行為を把握することができる。詳しくは、本件被告人は侵害終了を未必的に認識しつつ、Aがひよっとしたら攻撃が再開するのではないかと不安になり、追撃行為に出たことを鑑みて、防衛意思の連続性が認められ、本件被告人の第1行為と第2行為は時間的・場所的連続性も認められる。

なお、本件を契機として、相当性の判断について、行為の相当と結果の相当という両方を考慮しなければならない²³⁹、という主張がなされた。そのような見解に対しては、既に述べたように（本章第3節参照）、「行為の相当と結果の相当」は、「結果→行為」との思考進路で、結果のみを重視するという労東燕の批判がある。しかし、本稿によれば、行為態様と結果の両方を考慮するのは「結果→行為」という思考進路によるのではなく、「行為態様の比較衡量→結果の相当」という思考進路で相当性を判断すべきである。

本件については、刑法第20条第3項を適用できるから、結果の相当を別途検討する必要がない。むしろ、本件の事実関係によって、刀で（武器の対等性を充たす）被告人の首、腰、足を連続して打撃を与え（不正の侵害が重大である）、かつ他の2人の仲間がいる（双方の力の差がある）Aに対して、被告人が刀を争奪しようとしていたうちに被害者を怪我させた行為は、行為態様の比較衡量として均衡であるため、相当性を充たしており、正当防衛の成立が認められる。

²³⁷ 陳興良・前掲注（201）参照。

²³⁸ 趙秉志＝劉志偉「正当防衛理論における若干の争議点について」法律科学2007年第15期83頁参照。

²³⁹ 例えば、周光権「正当防衛の司法異化と是正のアプローチ」法学評論2017年第5期16頁。梁根林前掲注（30）18頁がある。

4 小括

特別規定における正当防衛の相当性は正当防衛の一般規定における相当性との関係を検討することを通じて、特別規定とはいえ、「やむをえずにした行為」という相当性要件は必要であることを示した。もっとも、特別規定における相当性の判断基準は、日本と中国は相違があると思われる。

前述したように、相当性を判断する際に、行為態様の比較衡量と結果の相当の両方とも必要である。それを前提として、日中両国の特別規定に関する立法経緯、学説状況の比較、分析を行った。その結果、中国刑法第 20 条第 3 項の特殊正当防衛は注意規定と解された。この規定は、「著しい危害を及ぼす」暴力犯罪に対する防衛行為に限定しているため、結局、結果が相当である場合に限定した規定であると解することができる。そのため、行為の比較だけで済み、生じた結果に対する考慮を不要とするものと思われる。

これに対して、日本の盗犯等防止法第 1 条第 1 項は「著しい危害を及ぼす暴力犯罪」にたいする防衛行為に限られないため、正当防衛の一般規定における相当性要件を、緩和したものを捉えるべきであると思われる。この「緩和」の内容として、盗犯等防止法における防衛行為は必ずしも結果として相当を要しないとするものである。

第 6 節 2020 年中国の正当防衛に関する司法解釈(補遺)

本文の序論で論じたように、于歡事件や于海明事件などが起きて注目を浴び、正当防衛制度の適用を一層明確化すべきであり、しかも正当防衛の成立を今より拡大すべきだという世論が広がった。このような世論に応じるため、2018 年 7 月に、中国最高人民法院は、『司法解釈で社会主義の核心価値観を徹底的に実行する計画』²⁴⁰の下、「正当防衛と過剰防衛の判断基準を明確し、正当防衛権の行使を奨励するために、正当防衛により適用される司法解釈を公布すべきである。」という指摘を行った。そこで、司法解釈の起草の委員会が設置され、『正当防衛制度の適用に関する指導意見(以下、「指導意見」を略称する)』という草案が作成された。その後、2 年間の審議を経て、2020 年 9 月に中国最高人民法院、最高人民検察院、公安部が、共同で指導意見を公布した。そこで、本稿では、その内容を以下、紹介することにする。

指導意見には総計 22 条の条文がある。そのうち、「第 1 条から第 4 条」²⁴¹は、正当防衛

²⁴⁰ 法発〔2018〕14 号。

²⁴¹ 第 1 条：立法の精神を把握し、厳正かつ公正的に事案を処理すべきである。正当防衛は法律による公民の権利である。正当防衛に関する法規と立法の精神を正確に理解し把握すべきであり、正当防衛の成立条件を充たす場合、法律に基づいて断固として認定すべきである。「騒げば理にかなない」、「死傷すれ

の適用に関する趣旨・方向性を示している。「第5条から第10条」²⁴²は、正当防衛の「原

ば理にかなう」という誤ったやり方を適切に防ぐ必要があり、「法は不法に譲歩する必要はない」という法治の精神を断固として守るべきである。

第2条：具体的な事案の内容に立脚し、法律に基づいて正しく解釈すべきである。当時の防衛者の具体的な境地に立脚し、事案の全般的な経過を総合的に考慮し、このような状況での一般人の反応に鑑み、法律に基づいて、防衛の時間・限度等の条件を正確に把握すべきである。不法な侵害に直面する際に、防衛者の緊迫の状態と緊張の心理を十分に考慮し、事後の正常な状況における冷静かつ客観的な標準によって防衛者を評価することを避けるべきである。

第3条：「法、理、情」を守り、公平と正義を維持すべきである。正当防衛の成否、過剰防衛の成否及び過剰防衛の量刑を判断する際には、一部始終を調査し、是非曲直を弁明し、事案の処理について、法律に基づいており、理にかなっており、情に相容れており、人民群衆の公平かつ正義の観念に符合し、法的効果と社会的効果の有機的な統一を達成する、ということを保証する必要がある。

第4条：(正当防衛の) 限界を正確に把握し、不当な認定を避ける。防衛の名のもとに行われた不法な侵害の実行が、正当防衛又は過剰防衛として認められることを、断固として防ぐ必要がある。防衛の性質があるものの、著しく必要な限度を超えて重大な損害を生じさせた行為は、法律に基づいて過剰防衛と認めるべきである。

²⁴² 第5条：正当防衛の起因条件を正しく解釈すべきである。正当防衛の前提は不法な侵害の現存である。不法な侵害は生命・身体に対する侵害だけでなく、人身自由・公私の財産に対する侵害も含むということであり、犯罪行為のみならず、違法行為をも包摂しているのである。他人の人身の自由を違法に制限する、または他人の住宅に侵入するような不法な侵害に対して、防衛行為を行うことが許される。不法な侵害は本人に対する侵害のほか、国家・公共利益・他人に対する侵害も含意する。自動車等のハンドルを引っ張るといった安全運転妨害・公共安全危害行為に対して、防衛行為を行うことが許される。成年者は、現に行われている未成年者の他の未成年者に対する不法な侵害に対して、諫止・制止を行うべきであり、諫止・制止が無効となる場合、防衛行為を行うことができる。

第6条：正当防衛の時間条件を正しく解釈すべきである。正当防衛の対象とする不法な侵害は現に行われているものでなければならない。不法な侵害が現実的・急迫的な危険をもたらす場合、侵害の開始を認めるべきであり、侵害が一旦中断又は制止されたものの侵害を継続的に行う可能性がなお残っている場合、侵害の現存を認めるべきであり、また財産を侵害する事案において、不法侵害者は財物を取ったにもかかわらず、追跡等を通じて財物を取り返すことができる場合、侵害の現存が認められる。これに対して、不法侵害者が侵害能力を失った場合、或いは侵害を確実に放棄した場合は、不法な侵害の終了を認めるべきである。侵害の開始と終了については、当時の防衛者の立場に立脚し、一般人の認識により、合理的な判断を下さなければならない。防衛行為者に過酷な要求をすることは許されない。防衛行為者は、恐慌・緊張等の心理的圧迫のため、侵害の開始と終了について、認識の錯誤が発生する場合、主観・客観面を統一的に把握する原則に従い、法律に基づいて、適切に処理されるべきである。

第7条：正当防衛の対象条件を正しく解釈すべきである。正当防衛の対象は不法侵害者に限る。数人が共同して不法な侵害を行う場合、不法侵害者本人のみならず、現場における他の共同不法侵害者に対しても防衛行為を行うことも許される。また、不法侵害者が責任無能力者・制限行為能力者であることを認識している場合、他の手段で侵害を回避・制止すべきであり、他の手段を尽くしたとしても侵害を回避・制止できない場合、或いは不法な侵害が人身安全に対して極めて危害をもたらす場合、反撃行為に出ることが許される。

第8条：正当防衛の意図条件を正しく解釈すべきである。正当防衛は、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の行為でなければいけない。言語・行為による相手の侵害行為を意図的に挑発する「挑発防衛」は、正当防衛とは認められない。

因要件」、「時間要件」、「対象要件」、「主観要件」、「防衛行為と喧嘩闘争の相違」について、それぞれ詳しく解釈している。「第 11 条から第 14 条」²⁴³は、中国刑法第 20 条第 2 項の過剰防衛の適用を示している。「第 15 条から第 18 条」(後述する)は、特殊正当防衛における「暴行」、「殺人、強姦、強盗、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」、「特殊正当防衛と一般的な正当防衛との間の関係」について、それぞれ

第 9 条：防衛行為と喧嘩闘争との間の限界を正しく解釈すべきである。防衛行為と喧嘩闘争は外観上の類似性を持っているが、両者を正しく区別するため、主観面と客観面を統一的に把握する原則に基づき、事案の起因、衝突の拡大に対する落ち度の存否、凶器の準備・使用の有無、著しくて不当な暴力を行うかどうか、他人を組織して闘争に参加させるかどうか等の客観面を、総合的に考慮した上で、行為者の主観面と行為の性質を判断する。日常生活上の紛争において、双方とも自制せずに殴り合いが起こった場合、落ち度がある者が先に手を出し、かつその手段が著しく相当な限度を超える場合、或いは先に手を出す者は相手側が衝突をなるべく回避する下で、持続的に侵害を行うと、それに対する反撃行為は正当防衛を認められる。日常生活上の紛争が終了した後の不法な侵害に対して、反撃行為、又は道具を使う反撃行為を行うことは、正当防衛を認められるべきである。行為者が事前的に道具を用意しているからといって、防衛意思を否定するわけにはいかない。

第 10 条：防衛権を濫用する行為を防衛行為として肯定することは避けなければならない。著しく軽微な侵害に対して、行為者はこれを認識できる状況で、直接に他人に重傷又は死亡の結果を負わせる場合、この行為は正当防衛と認められない。不法な侵害が行為者の重大な過失により生じるものと認めれば、行為者が他の手段によって侵害を回避できるにもかかわらず、あえて故意的に人の重傷又は死亡の結果を導く手段で反撃することは、防衛行為と認められない。

²⁴³ 第 11 条：過剰防衛の要件を正しく解釈すべきである。刑法第 20 条第 2 項の規定により、過剰防衛の認定については、「著しく必要な限度を超える」と「重大な損害を生じさせた」との二つの要件を同時に要求し、一つも欠かすことはできない。

第 12 条：「著しく必要な限度を超える」という要件を正しく解釈すべきである。防衛行為は「著しく必要な限度を超える」かどうかについては、侵害の性質・手段・強度・危害程度、及び防衛の時点・手段・強度・損害結果等の事情を総合的に考慮すべきであり、双方の力の差を考慮し、防衛者の当時の立場に立脚し、一般人の認識を加えて判断すべきである。侵害の危害程度を判断する際に、すでに生じさせた損害を考慮することだけでなく、より損害を生じさせる可能性を考慮しなければならない。防衛者が不法な侵害と同じレベルの反撃行為に出られなければならない、ということを過酷に要求するわけにはいかない。

第 13 条：「重大な損害を生じさせた」という要件を正しく解釈すべきである。「重大な損害を生じさせた」というのは不法侵害者を重傷させ、或いは死亡させたことである。軽傷及びそれ以下の損害を生じさせたことは、重大な損害ではない。防衛行為は「著しく必要な限度を超え」たとしても、「重大な損害を生じさせない」と、過剰防衛とは認められない。

第 14 条：過剰防衛の量刑を正しく解釈すべきである。過剰防衛の場合には、刑事責任を負わなければならないが、その刑をその刑を減輕し、又は免除しなければならない。事案の状況、特に不法侵害者の落ち度、侵害の程度、及び防衛者の驚愕・緊張等の心理面を総合的に考慮し、量刑の妥当と公平を確保しなければならない。他人の人格尊厳を極めて損害する行為、倫理道徳に嚴重に反する行為、又は数回にわたる、長期的に不法な侵害に対して、過剰な防衛行為を行う場合、刑罰を裁量する際には、このような情状を十分に考慮すべきである。事案の処理は法律の検証に耐えられるだけでなく、社会の公平と正義にも合致する必要がある。

に説明している。なお、「第 18 条から第 22 条」²⁴⁴は、刑事訴訟法上の適用である。本稿は、特殊正当防衛の適用に関連する第 15 条、16 条、17 条、及び 18 条を紹介したい。

指導意見の第 15 条は、「暴行」ということを正しく解釈すべきである。刑法第 20 条第 3 項の規定により、下記の行為は「暴行」と認められるべきである。(1)致命的な凶器を使うことにより、他人の身体の安全に重大な危害を与える行為、(2) 致命的な凶器、或いは凶器を使わない場合であっても、不法侵害者の人数、打撃の部位・程度等の状況により、他人の身体安全に確実に重大な危害を与える行為。現実的な損害を生じさせなかったものの、身体安全に嚴重的・急迫的な危害をもたらすと、『暴行』として認められる」とする規定である。ここで、致命的な凶器とは、通常、刃物、けん銃であると解されている。致命的な凶器、或いは凶器を使わない場合に、問題の核心となるのは、「他人の身体の安全に確実に重大な危害を与える」という要件の解釈である。例えば、心臓・頭部・頸部に対する侵害、或いは数人の長時間の殴打行為は、「暴行」と評価でき、従って、この第 15 条は、致命的な凶器を用いることの有無のみによって、特殊防衛が適用できるかどうかを判断するという方法に限界があることを示している。また、第 15 条における(1)と(2)の説明は例示と解されており、例示と同じ程度の侵害行為は「暴行」とされる余地もある。

指導意見の第 16 条は、「刑法第 20 条第 3 項における『殺人、強盗、強姦、身代金略取』は、具体的な罪名ではなく、犯罪行為である。不法な侵害を行う際に、殺人、強盗、強姦、身代金略取等の行為がある場合、例えば、暴力的な手段によってけん銃・爆発物を強取する、或いは身代金を奪う目的で女性・幼児を誘拐・略取する行為があれば、特殊防衛に適

²⁴⁴ 第 15 条：「暴行」ということを正しく解釈すべきである。刑法第 20 条第 3 項の規定により、下記の行為は「暴行」と認められるべきである。(1)致命的な凶器を使うことにより、他人の身体安全を嚴重的に危害する行為、(2)凶器、或いは致命的な凶器を使わないからといって、不法侵害者の人数、打撃の部位・程度等の状況により、他人の身体安全に確実に重大な危害を与える行為。現実的な損害を生じさせなかったものの、身体安全に嚴重的・急迫的な危害をもたらすと、「暴行」として認められる。

第 16 条：「殺人、強盗、強姦、身代金略取」ということを正しく解釈すべきである。刑法第 20 条第 3 項における「殺人、強盗、強姦、身代金略取」は、具体的な罪名ではなく、犯罪行為である。不法な侵害を行う際に、殺人強盗、強姦、身代金略取等の行為がある場合、例えば、暴力的な手段によってけん銃・爆発物を強盗する、或いは身代金略取という手段によって女性・幼児を誘拐する行為があれば、特殊防衛を適用できる。

第 17 条：「その他の身体の安全に著しい危害を及ぼす暴力犯罪」ということを正しく解釈すべきである。刑法第 20 条第 3 項における「その他の身体の安全に著しい危害を及ぼす暴力犯罪」は、殺人、強盗、強姦、身代金略取と同等な行為であり、かつ人に重傷・死亡の結果を生じさせる可能性・急迫性がある犯罪行為である。

第 18 条：一般的な正当防衛と特殊防衛の関係を正しく解釈すべきである。特殊防衛の起因条件を充たさない防衛行為は、不法侵害者の死傷を生じさせ、著しく必要な限度を超えなければ、正当防衛の成立が認められ、刑事責任を負わない。

用できる」としている。かつて、「殺人、強盗、強姦、身代金略取」との規定について、具体的な罪名であるか、実行行為であるかを巡って論争があったが、指導意見第16条により、実行行為を意味することは明確になった。従って、事後強盗、死傷結果を生じる可能性がある不法拘禁などの不法な侵害に対する防衛行為も、特殊正当防衛の規定を適用できると解すべきである。

指導意見の第17条は、「刑法第20条第3項における『その他の身体の安全に著しい危害を及ぼす暴力犯罪』とは、殺人、強盗、強姦、身代金略取と同等な行為であり、かつ人に重傷・死亡の結果を生じさせる可能性・急迫性がある犯罪行為である」とする規定である。ここで、「同等」というのは、不法な侵害の暴力性、身体の安全に対する重大な危害の有無、犯罪の程度を達するかどうか等の要素を総合的に考慮しなければならない。また、指導意見の起草委員会の意見によると、人が集まっている場所において危険運転をして公共の安全を脅す行為は、「その他の身体の安全に著しい危害を及ぼす暴力犯罪」に該当する。

指導意見の第18条は、「特殊正当防衛の起因要件を充たさない防衛行為により、不法侵害者を死傷させても、著しく必要な限度を超えなければ、正当防衛の成立が認められ、刑事責任を負わない」とする規定である。既に述べたように、刑法第20条第3項と第1項、すなわち特殊正当防衛と一般的な正当防衛との関係について、特則説と注意規定説の対立があった。指導意見の起草委員会の意見によれば、第20条第3項における侵害に対する防衛行為は、いずれにしても、正当防衛とされ、過剰防衛にならないことから、両説は理論上の相違があるものの、実務上の運用上、いずれも採用可能である。

なお、指導意見第16条における「不法な侵害は重大な身体安全を危害しなければ、一般的な正当防衛を適用する」という規定、及び第18条の規定により、やはり特殊防衛の適用の問題解決については、重大な身体安全に対する危害の有無を判断する必要がある。指導意見第13条の過剰防衛の司法解釈において、「重大な損害」が「重傷・死亡」と解することにより、第16条の「重大な身体安全を危害する」行為が他人の「重傷・死亡」を生じさせる行為と解することは可能であろう。そうすると、「重傷・死亡」を生じさせる不法な侵害に対して、不法侵害者の死傷を生じさせたことは常に防衛行為の相当性要件を充たすといえるから、特殊防衛は注意規定と解すべきであろう。

第5章 結論

第1節 一つ目の分析軸：本質論による正当防衛の限界の帰結

正当防衛の限界を明らかにする前提として、本稿は、第1章で正当防衛制度がなぜ犯罪の成立を否定する性格を持つのかという問題を取り上げた。この問題を解決する出発点として、本稿は、日中両国の正当防衛の正当化原理に関する学説を検討した。その上で、第2章で利益衝突状況を自ら作出した、いわゆる挑発防衛を類型化して考察した。これらの検討・考察は、本質論による正当防衛の制限ないし否定の検討であり、本稿一つ目の分析軸として位置付けた。

1. 正当防衛の正当化原理に関する各学説の検討に入る前に、本稿は正当防衛の正当化原理と犯罪論体系（日中で異なる）との関係を説明した（第1章第1節）。結論として、犯罪論体系は、正当防衛の正当化原理に対して影響ない。なぜなら、正当防衛の正当化原理自体は、犯罪の成否を段階的に判断する思考枠組みである犯罪論体系の構成に直接関係するものではないからである。

2. 次に、本稿は、伝統的な犯罪論体系を踏まえ、正当防衛は犯罪ではないという実質的な理由に関する説明として、法益衡量の視点を取り入れることを試みた（第1章第1節1～3）。正当防衛の正当化原理について、まず、中国では、実質的な犯罪性の欠如説によって説明してきたが、この説明のロジックは、犯罪構成の本質と、社会的危害性を含む犯罪の特徴を、混同しており、また、法益欠如説は、正当防衛状況が緊急避難状況と異なる理由を、法益欠如によって説明するが、なぜ不正の侵害者の法益の要保護性が減少又は喪失するのかについての説明は、不十分であった。これに対して、日本では有力な優越的利益原理によって正当防衛の正当化根拠を説明するのは、正しい方向性を示していると考えた。

優越的利益説は、正当防衛を緊急避難と比較した場合の正当防衛の特殊性から、正当防衛の本質を説明する見解であり、防衛者の法益の優越性を、プラスアルファの要素利益によって説明するものである。本説は、法秩序ではなく、個人法益に関わる利益を、その要素とする点で妥当である。もっとも、そのプラスアルファの利益は何か、という問題については、橋爪隆のような「現場に滞留する利益」という概念のみでは不十分である。なぜなら、財産・名誉に対する侵害の場合は考慮できないからである。この欠点を克服するため、日本の近時の権利行為性説（自由モデル論）の発想を参照しながら、「現場に滞留す

る利益」の概念に次のような修正を加えた（第1章第1節4～5）。

正当防衛の正当化原理を検討する出発点として、刑法は、現行憲法の理念に基づき、国民の自由を保障しなければならない。それゆえに、刑法における根本規範は、各市民が相互に権利領域の不可侵性を尊重し合わなければならないこと（相互尊重義務）を内容とするものでなければならない。その意味で、国民は現行法規範において、現在の（自由な）状態を維持する権利がある。緊急状態（公的救助が間に合わない場合）においては、その権利が一旦侵害される危機に直面すれば、国民が自らその侵害を除去し、元の（自由な）状態に戻ることが許される。つまり、国民は法規範の下で、「（自由な）現状を維持する利益」がある。そのような利益は生命・身体・自由にせよ、財産・名誉にせよ、同様の保護を要請する。例えば、財布を盗んでまさにその場から逃げようとする窃盗犯人から、相手から財布を取り戻すために追いかけて若干の暴力を使い、相手に軽傷を負わせる事例について、防衛行為によって、いまだ失われてはいない（自由な）現状を維持することが可能であり、財産権だからということを経由して、財産権の維持をあきらめさせるのは妥当でない。財産権の維持に必要最小限度の暴行の範囲での防衛行為は、国家救済が間に合わないときの代替措置として認めるべきであり、正当防衛の制限を認めるべきではない。

また、侵害を必ずしも自分の手で救済できるとは限らない（例えば、自分の力で不正の侵害に対抗できない、そもそも本人は不正の侵害を気付いていないなどの場合がある）。そのため、私人による救済の範囲は自分のためだけでなく、他人のために緊急行為に出ることも含むべきである。このように、（国家救済が間に合わない）緊急状況において、他人（第三者）の（自由な）現状を維持する利益を守るため、侵害を除去し、元の（自由な）状態に戻させることが許される。

以上のように、正当防衛を正当化することが可能となる。このような原理の下で、正当防衛の正当化原理を説明した上で、さらに以下のような4点を示した。

①優越的利益衡量の下では、利益衝突を自ら作出した場合は、そもそも正当防衛状況が認められない。防衛者側の利益の優越性及び防衛行為の権利行為性を認める前提状況が欠けるからである。

以上を前提にして、本稿は、挑発防衛による正当防衛の制限・否定を検討した（第2章）。日中両国の学説を整理・分析することによって、いわゆる挑発行為といわれる事例を「(1)（意図的、又は意図的でなくても）違法な先行行為がある類型、いわゆる侵害を自招した場合（自招侵害）と、(2)（意図的に）口・態度だけで挑発した場合（口実防衛）」という二類型に分けて、そのうちの類型(1)については、直接的な結果惹起行為に先行する行為が、

正犯行為としての要件を充足し、法益侵害結果との間に相当因果関係を有するのであれば、それを根拠として行為者を処罰することができる、という見解に依拠して正当防衛状況を否定する考え方が妥当であるという結論を示した(第2章第2節1の4)、第4節)。

また、日中両国の判例を分析した(第2章第2節2、第2章第3節2)。日本では、類型(1)の挑発防衛(自招侵害)の判断は、行為の客観面を重視し、特に平成20年決定において、(1)不正な暴行によって侵害を招致したこと、(2)侵害は暴行の直後に近接した場所で行われた一連、一体の事態であること、(3)侵害がそれを招致した暴行の程度を大きく超えないこと、という三つの客観的要件が呈示されたことが重要である。闘争状況を自ら招いたことにより、正当防衛という権利行為を行う状況が否定される場合を主観に偏重することなく示しているからである。さらに、日本の判例は、中国とは異なり、類型(1)と類型(2)を区別している点にも特徴が見られる。これに対して、中国ではそのような区別はなく、挑発防衛が正当防衛として否定されるにあたっては、行為者の主観面を重視し、わざと侵害を招致した点で、防衛意思を欠くことを理由にすることが一般的である。

しかし、意図的に侵害を招致したとしても、その場合には、正当防衛の成立を一切否定するのは不当であると思われる。それは、「意図的」であるからといって、軽微な侵害のみを挑発したものの、重大な法益侵害が発生する可能性がある相手の侵害を招致した場合には、正当防衛の成立を肯定する余地が十分あるからである。したがって、行為者の主観面を強調することより、むしろ客観的な先行事情を重視するのが適切である(第2章第4節)。

②責任のない者の攻撃に対しても、防衛行為を行うこと自体は許される(第1章第1節2)。それは、正当防衛状況は客観的に判断されるものであって、攻撃者側の責任の有無と関係がないからである。責任のない者の攻撃にせよ、行為者の「(自由な)現状を維持する利益」が認められれば、攻撃された者の利益の優越性が肯定でき、正当防衛自体を制限する理由はない。このような場合に、正当防衛の成立が制限されるがどうかの判断は、攻撃者の帰責性の有無による違法性の減弱の観点から説明すべきものではなく、責任無能力者に対しても、正当防衛状況が客観的に生じている以上、基本的に正当防衛は認められるべきであろう。責任無能力者に対する正当防衛の制限について、攻撃者側の攻撃手段・態様に応じて、かつ防衛行為の手段の相当性を具体的に判断すべきである。

③「(自由な)現状を維持する利益」は個人利益を中核とするものであるから、個人法益に還元できないような利益、例えば内容空虚な法秩序のための正当防衛は、否定される

べきである。

なぜなら、正当防衛制度の形成の経緯により、復讐という形から正当防衛制度に至るまで、正当防衛は、個人の利益を対象とすることに終始しているため、そもそも、正当防衛は個人法益を中核とする制度であると解されるからである。つまり、国家及び社会的法益のための正当防衛は、そもそも歴史的な根拠を持たないのである。法秩序自体の保護を過度に強調すると、防衛行為が若干でも他人の自由な領域を侵害すれば、法秩序を守る効果を理由として、正当化可能になってしまう。従って、法秩序それ自体は、正当防衛の保護対象とすべきではない。

本稿は、このような発想の下で、国家的及び社会的法益の中に個人法益に還元できる具体例を示した（第1章第2節）。放火、出水、往来妨害などの行為については、不特定又は多数人の生命、身体を侵害する危険性のある行為であれば、これらの行為に対する対抗行為を個人の集合体に対する防衛行為として、許容されるべきであり、また、公務執行妨害、職権乱用、賄賂などの行為については、それらが人の生命、身体、自由、財産などの具体的な個人法益に脅威を及ぼす場合に限度で、正当防衛が許容されるべきであるが、文書・印鑑の偽造行為、囚人等の単純逃走行為などについては、防衛をすべき具体的個人的法益に還元できなければ、正当防衛としての対抗行為を認めるべきではないとした。

④「(自由な)現状を維持する利益」の発想は権利行為性に関連するものである。正当防衛の権利行為性を強調した上で、その権利が無制限に許される状態になると、結局国民の生活を乱し、各国民の利益を損害することになる点も考える。また、自力救済自体は決して常に想定された程度で行うことではないから、急迫性のみの制限はまだ足りず、なお侵害行為と対抗行為との間の比例性に過度の不均衡がある場合には、正当防衛が認められない。このような発想の下で、相当性要件が要求されることになる。本稿は、第4章において、相当性要件を詳細に検討する。

3.中国では²⁴⁵、不正の侵害者側が共犯である場合において、すべての共犯に対して、防衛

²⁴⁵ これに対して、日本では、共犯と正当防衛について、複数人が正当防衛に関与した場合、日本では、最決平成4・6・5刑集46巻4号245頁のフィリピンバブ事件をめぐる、共犯が成立する場合における正当防衛の成否は、共犯の各人につきそれぞれの要件を満たすかどうか、という問題が検討された。例えば、小川正持「判解」最判解刑事篇平成4年度45頁以下、山中敬一「批判」法学セミナー452号(1992)135頁以下、橋本正博「批判」平成4年度重要判例解説(ジュリ1024号)(1993)167頁以下、前田雅英「正当防衛と共同正犯」内藤謙先生古稀祝賀『刑事法学の現代的状況』(有斐閣・1994)175頁以下、福田平＝大塚仁「〔対談〕最近の重要判例に見る刑法理論上の諸問題(1)」現代刑事法26号(2001)11

行為に出ることが許されるかについての議論があるので検討を加えた（第1章第3節）。

この問題は、日本とは異なる共犯理解に基づく中国特有の議論のように思われるかもしれないが、とくに現場において不正侵害者に関与した者に対しても、どのような場合であれば防衛行為が許されるのかという問題は起こり得ると考えられる。

本稿は、不正の侵害者である実行犯の共犯に対して正当防衛（又は過剰防衛）が成立するかどうかという判断は、急迫不正の侵害行為に対する共犯の因果性すべき問題である、ということを示した。結論として、防衛対象としての共犯者の範囲の確定は、共犯行為が急迫不正の侵害に影響を与え続けていることに対して、急迫不正の侵害に対するのと同様に防衛行為に出ることが許されるのである。なお、因果性とは、物理的因果性だけでなく、正当防衛状況の現場における強い心理的因果性も含めて判断するのが妥当である。

第2節 二つ目の分析軸：要件論による正当防衛の限界の帰結

以上の一つ目の分析軸、つまり、本質論の検討によって、正当防衛の正当化原理、私人によって救済できる法益の内容・範囲、共犯と正当防衛、挑発防衛の類型(1)については、正当防衛に明らかに当たらない事例の範囲を判断する道筋及び大枠を画定することができるが、日中両国の判例・学説においては、具体的な事例を下に、正当防衛の成立を肯定できるかどうかについて、正当防衛の急迫性要件と相当性要件等の個別の要件の下でさらに詳細に判断されている。そこで、本稿は、正当防衛の急迫性や相当性要件の下で議論されている個別の問題を取り上げし、検討した（第3章、第4章）。

1.第3章では、正当防衛の急迫性要件について検討した。まず、日本にいう「急迫不正の侵害」による急迫性と、中国にいう「現に行われている行為」による時間要件を比較・分析した上で、日本で現在議論されている急迫性と比較した場合、中国にいう時間要件の内実は、それより複雑であるという点を示した。

ところで、中国では、正当防衛規定における「現に行われている」行為であるかどうかは、日本のように「侵害の開始時期」と「侵害の終了時期」によって判断されるわけではなく、事前的防衛及び事後的防衛で問題となる状況として検討されるが、いずれにせよ、どのような防衛者側に対する侵害が緊迫しているかどうかという問題へ転換することができる（第3章第1節）。そのため、本稿は、日中両国の共通である「急迫性（緊迫性）」について、その判断における考慮事情について検討した。

頁以下、明照博章「共同正犯と正当防衛」松山大学論集25巻6号（2014）110頁以下、橋爪隆「正当防衛状況における複数人の関与」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集』（成文堂・2006）635頁以下等がある。

日中両国の学説の整理によって、日本にいう「積極的加害意思論」と、中国にいう「行為時の判断説」及び「客観客観と主観との結合説」は行為者の主観面、少なくとも行為者の心情要素を重視するものであることが明らかにした上で、これらの見解を批判的に検討した（第3章第2節、第3節）。主観面又は心情要素によって違法性を判断するのは極めて不安定である。正当防衛を違法性阻却事由として理解する以上、主観面、又は心情要素は、正当防衛の成否とは無関係と考えるべきである。従って、その方向性として、急迫性を事後的に判断すべきである。しかも、事後的判断の具体的基準として、防衛における双方の利益対立状況を中心として、急迫性を判断するのが妥当である（第3章第4節）。

また、日中両国の判例の検討から比較すると、日本においては、「侵害の予期+アルファの事情（闘争と認められる状況の存在）」によって、正当防衛の急迫性を否定することは、基本的に確定されているといえる。これに対して、中国においては、闘争と正当防衛状況を区別した上で、防衛目的がない場合には、正当防衛ではなく、闘争であるということをもとに認めることになる。もっとも、闘争の事例では両当事者は侵害を予期しているといえることから、防衛目的がないという理由で正当防衛状況を否定することは、まさに「侵害予期+アルファの事情（闘争と認められる状況の存在）」という構造に類似するものであると分析した（第3章第3節）。そのプラスアルファの事情は、その上で、行為者と侵害者の対立の客観的状況を重視するのが合理的であると結論付けた（第3章第4節）。

2. 次に、第4章において、正当防衛の相当性要件の検討を行った。日本にいう「やむをえずにした行為」による相当性と、中国にいう「必要な限度を超えて、重大な損害を生じさせない行為」による限度要件を比較すると、その範囲と内実はほぼ同様であると解することができる。もっとも、日本においては、過剰防衛の類型として、質的過剰防衛と量的過剰防衛がある。これに対して、中国において、量的過剰という概念を認めないのが一般的である。しかし、量的過剰防衛が成立するかどうかという問題については、侵害行為の継続性、または一連性・一体性によって解決すべきであるから、相当性要件を超えた防衛行為は質的過剰しか存在しないと整理することができる。このように日中の相当性・限度要件が共通の理解の下で議論できるという前提を示した（第4章第1節）。本稿は、このような前提の下で、正当防衛の相当性をめぐる議論を検討した。

その結果、日中両国の学説を比較すると、日本にいう「必要性説」は中国にいう「必要説」と類似し、「行為態様の比較衡量」は「基本的適合説」と類似し、「必要説と相当性説」の内実は「折衷説」と同じであると整理することができる。その上で、本稿は、必要でない行為と行為態様の衡量のいずれか一つのみで相当性を判断するのは不十分であると考

えるから、日本の松原説の基本的な方向性に賛成する。その上で、中国における必要説は正当防衛の成立範囲を不当に縮減すること、また、基本的適合説が行為態様のみを考え、防衛行為が生じた結果を考慮しない点を問題視し、相当性を判断する際に、行為態様の比較衡量だけでなく、結果の相当性も必要があるという結論を採った（第4章第2節）。

また、日中両国の関連する判例を検討した。「必要な限度を超えて」と「重大な損害を生じさせない」との二つの条件を要求している。その方が中国刑法第20条の規定に整合的な解釈である。中国の判例においては中国刑法第20条の規定に基づいて「行為と結果」の両方を考慮する上で、相当性を判断しているのに対して、結果を重視しない日本の判例・学説においては、行為態様は相当であるのに生じた結果の重大性によって過剰防衛になる、というのは防衛権の行使を萎縮させるという考慮があるのかもしれないが、そのような場合は、被告人が被害者に死亡又は重傷させた結果は予想外のものであるため、責任を欠くとして、免責的過剰防衛とすればよいとした（第4章第4節）。

3.さらに、第4章第5節において、特別規定における正当防衛の相当性要件に関する特別規定として、日本の盗犯等の防止及び処分にに関する法律第1条と、中国刑法第20条3項の「特殊正当防衛」の規定を取り上げ、特別規定の相当性はどうか、一般規定との関係は何か、という問題を検討した。

日中両国の特別規定に関する立法経緯、学説状況を分析した結果、まず、中国刑法第20条第3項の特殊正当防衛は注意規定と解するができ、正当防衛の一般規定と同様に扱うべきであることを示した。中国刑法第20条第3項で規定している行為は「人の身体の安全に著しい危害を及ぼす」という性質があるから、そもそもこの規定の適用は、結果が相当である場合にほぼ限られるからである。これに対して、日本の盗犯等防止法第1条第1項の正当防衛の相当性要件は、一般の正当防衛の要件を緩和された形で捉えられた。同法第1項の各号に規定されている行為は必ずしも生命・重大な身体法益を侵害する行為ではないことからの帰結である。

4.そして、最後に、補遺として、正当防衛に関する2020年の司法解釈の紹介、分析を行った（第4章第6節）。同司法解釈は、正当防衛に関する「原因要件」、「時間要件」、「対象要件」、「主観要件」、「防衛行為と喧嘩闘争の相違」、「過剰防衛」、「特殊正当防衛」、「刑事訴訟法での適用」について、それぞれ詳しく解釈していることを示した。

既に発表の論文などの業績

1. 周芊妤「特別規定における正当防衛の相当性-日中比較法を中心に-」早稲田大学大学院法研論集第 179 号 (2021) 19-41 頁。
2. 北川佳世子=周芊妤「『中国の特殊正当防衛規定』について」比較法学第 55 巻第 2 号 (2021) 77-109。
3. 周芊妤「国家的及び社会的法益のための正当防衛について-日中比較法を中心に-」早稲田大学大学院法研論集第 184 号 (2022) [提出済み]。

参考文献一覧

日本語文献：

- 飯島暢「共同研究の趣旨」刑法雑誌 59 号（2020）1 巻。
- 飯田喜信「判解」『最高裁判所判例解説刑事編平成 9 年度』。
- 井田良『講義刑法学・総論（第 2 版）』（有斐閣・2018）。
- 大越義久『刑法解釈の展開』（信山社・1992）。
- 大嶋一泰「挑発防衛と正当防衛(1)」福岡大学法学論叢 17 巻 4 号（1973）。
- 大塚仁『特別刑法』（有斐閣・1959）。
- 大塚仁『刑法総論（第 5 版）』（成文堂・2018）。
- 大塚仁『刑法概説（総論）』（有斐閣・2005）。
- 岡本昌子「自招侵害について」同志社法学 50 巻 3 号（1999）。
- 岡本昌子「我が国における自招侵害の議論の展開について」同志社法学 53 巻 3 号（2001）。
- 小川正持「判解」『最判解刑事篇平成 4 年度』。
- 甲斐克則＝劉建利『中華人民共和国刑法』（成文堂・2011）。
- 嘉門優『法益論—刑法における意義と役割—』（成文堂・2019）。
- 川口宰護「判解」『最高裁判所判例解説刑事編平成元年度』。
- 川端博『正当防衛権の再生』（成文堂・1998）。
- 川端博「盗犯等の防止及処分に関する法律における正当防衛の性格」『西原春夫先生古稀祝賀論文集（第 1 巻）』（成文堂・1998）。
- 官報號外昭和五年四月二七日「第五十八回帝国議會貴族院議事速記録第三號」。
- 小暮得雄「正当防衛」団藤重光編『刑法講座 2 行為・違法』（有斐閣・1963 年）。
- 小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』（判例時報社・2018）。
- 小林憲太郎「平成 20 年決定以後の自招侵害論について」判例時報 2234 号（2014）。
- 北川佳世子＝周芊妤「『中国の特殊正当防衛規定』について」比較法学第 55 巻第 2 号（2021）。
- 木藤繁夫「刑事判例研究〔132〕——盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律 1 条 1 項の正当防衛の要件」警学論集 34 巻 7 号（1982）。
- 木村光江『刑法（第 4 版）』（東京大学出版会・2018）。
- 香城敏磨「正当防衛における急迫性」香城敏磨＝小林充『刑事事実認定（上）』（立花書房・1992）。
- 香城敏磨『刑法と行政刑法』（信山社・2005）31 頁。

小口彦太＝田中信行『現代中国法（第2版）』（成文堂・2012）。

斎藤誠二『正当防衛の根拠と展開』（多賀出版・1991）。

佐伯千仞『刑法講義総論』（有斐閣・1984）。

佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣・2013）。

佐伯仁志「正当防衛論(1)」法学教室（2004）291号86頁。

坂下陽輔「正当防衛の再検討」刑法58巻2号（2019）。

坂下陽輔「正当防衛権の制限に対する批判的考察（一）」法学論叢177巻第4号（2015）。

坂下陽輔「正当防衛権の制限に対する批判的考察（二）」法学論叢177巻第6号（2015）。

坂下陽輔「正当防衛権の制限に対する批判的考察（四）」法学論叢178巻第3号（2015）。

坂下陽輔「正当防衛権の制限に対する批判的考察(五)・完」法学論叢178巻第5号(2016)。

坂下陽輔「対抗行為に先行する事情と正当防衛・過剰防衛の成否」佐伯仁志＝高橋則夫＝只木誠＝松宮孝明編『刑事法の理論と実務①』（成文堂・2019）。

佐久間修『刑法講義総論』（成文堂・2000）。

佐藤文哉「正当防衛における退避可能性について」『西原春夫先生古稀祝 39.賀論文集（第1巻）』（成文堂・1998）。

重松博之「ヘーゲル承認における犯罪・刑罰の機能と位置」九大法学68号（1994）。

曾根威彦『刑法における正当化理論』（成文堂・1980）。

曾根威彦「盗犯等防止法1条1項と防衛行為の相当性」研修第561号（1995）。

曾根威彦『刑法判例百選Ⅰ総論（第5版）』（有斐閣・2003）。

曾根威彦『刑法総論（第四版）』（弘文堂・2008）。

曾根威彦『刑法原論』（成文堂・2016）。

荘子邦雄「正当防衛における急迫性と防衛意思」司法研修所論集62巻（1979）。

高橋則夫『刑法総論（第4版）』（成文堂・2018）。

高山佳奈子「正当防衛論（上）」法学教室267号（2002）。

高山佳奈子「正当防衛論（下）」法学教室268号（2003）。

滝川幸辰「盗犯防止法における正当防衛の拡大化」法学論叢24巻2号（1973）。

谷口正孝「盗犯防止法の運用について——施行二十年判例の回顧」法律時報23巻10号（1951）。

団藤重光『刑法綱要総論（第三版）』（創文社・2000年）。

津田重憲『正当防衛と緊急救助の基本問題』（成文堂・2012）280頁参照。

照沼亮介「正当防衛の構造」岡山大学法学会雑誌56巻2号（2007）。

内藤謙『刑法講義総論（中）』（有斐閣・1986）。

中義勝『講述犯罪総論』（有斐閣・1980）。

中山研一『刑法総論』（成文堂・1982）。

成瀬幸典「量的過剰に関する一考察（一）」法学74巻1号（2010）。

野村稔『刑法総論（補訂版）』（成文堂・1998）。

西田典之『刑法総論（第三版）〔橋爪隆補訂〕』（弘文堂・2019）。

西原春夫「批判」判タ248号（1970）。

橋爪隆「正当防衛状況における複数人の関与」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集』（成文堂・2006）。

橋爪隆『正当防衛論の基礎』（有斐閣・2007）。

橋爪隆「正当防衛(2) ——防衛行為の相当性判断」警察学論集第69巻第5号（2016）。

橋爪隆「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）。

橋本正博「批判」平成4年度重要判例解説（ジュリ1024号）（1993）。

原田保『刑法における超個人的法益の保護』（成文堂・1991）。

平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣・1975）。

平野龍一「刑法ゼミナール〔第3回〕——平野龍一先生を囲んで」法学教室81号（1987）17頁以下参照。

深町晋也『家族と刑法』（有斐閣・2021）。

福田平＝大塚仁『対談刑法総論（中）』（有斐閣・1986）23頁。

福田平＝大塚仁「〔対談〕最近の重要判例に見る刑法理論上の諸問題（1）」現代刑事法26号（2001）。

福田平『全訂刑法総論（第5版）』（有斐閣・2004）。

藤木英雄「正当防衛」団藤重光編『注釈刑法（2）のⅠ総則（2）』（有斐閣・1986）。

藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂・2004）。

前田雅英『刑法の基礎総論』（有斐閣・1993）。

前田雅英「正当防衛と共同正犯」内藤謙先生古稀祝賀『刑事法学の現代的状況』（有斐閣・1994）。

前田雅英『刑法総論講義（第7版）』（東京大学出版会・2019）。

牧野英一『刑法総論〈上巻〉』（有斐閣・1958）。

松尾昭一「防衛行為における量的過剰についての覚書」『小林充先生・佐81.藤文哉先生古稀祝賀（上巻）』（判例タイムズ・2006）。

松澤伸「共犯と正犯の区別について—裁判官の思考と共犯理論—」『曾根8威彦先生・田口

守一先生古稀論文集（上巻）』（成文堂・2014）。

松宮孝明『刑法総論講義（第5版）』（成文堂・2017）。

松宮孝明「正当防衛における『急迫性』について」立命館法学 377号（2018）。

松原芳博『刑法総論（第3版）』（日本評論社・2022）。

明照博章『正当防衛権の構造』（成文堂・2013）。

明照博章「共同正犯と正当防衛」松山大学論集 25巻6号（2014）。

宮川基「盗犯等防止法の成立史」東北学院法学 64号（2006）。

泉二新熊『刑法大要』（有斐閣・1926）。

泉二新熊「盗犯等の防止及處分に關する法律理由」法律時報 2巻7号（1930）。

山口厚「自ら招いた正当防衛状況」『法学協会百周年記念論文集第2巻』（有斐閣・1983）。

山口厚『問題探究刑法総論』（有斐閣・1998）。

山口厚『刑法総論（第3版）』（有斐閣・2016）。

山口厚「正当防衛論の新展開」法曹時報 61巻2号（2019）。

山中敬一『正当防衛の限界』（成文堂・1985）。

山中敬一「批判」法学セミナー 452号（1992）。

山中敬一「盗犯等防止法一条一項の正当防衛の要件」法学教室第 170号（1994）。

山中敬一＝川端博対談「正当防衛論の各論的検討」現代刑事法第 5巻 12号（2003）。

山本和輝『正当防衛の基礎理論』（成文堂・2020）。

山本和輝「正当防衛状況の前段階における公的救助要請義務の是非」刑法雑誌 59号（2020）。

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（1984）。

山本輝之「優越的利益原理からの根拠づけと正当防衛の限界」刑法 35巻2号（1996）。

吉田宣之「挑発防衛と行為無価値」LawSchool53号（1983）。

吉田宣之『違法性の本質と行為無価値』（成文堂・1992）。

中国語文献：

魏東＝周海浪「共犯に対する正当防衛：法理の基礎と解釈のアプローチ」刑法論叢 2017年第3巻。

阮齐林『刑法学（第三版）』（中国政法大学出版社・2011）。

王劍波『正当防衛の正当化根拠及びその展開』。

王鋼「正当防衛の正当性及びその限度」中外法学 2018年第6期。

王政勳「正当防衛の本質」法律と科学 2000年第6期。

王政勳『正当行為論』（法律出版社・2000）。

欧陽本祺「法確証原則の合理性及びその機能」環球法律評論 2019 年第 4 期。

賈宇『刑法学』（中国政法大学出版社・2009）。

何秉松編『刑法総論』（中国政法大学出版社・1988）。

金凱「正当防衛と過剰防衛の限界について」法学研究 1981 年第 1 期。

曲新久等編『刑法学（第五版）』（中国政法大学・2011）。

姜偉『正当防衛』（法律出版社・1988）。

胡鷹「共同犯罪に対する正当防衛につい」法学評論 1991 年第 2 期。

高格『正当防衛と緊急避難』（福建人民出版社・1985）。

高西江主編『中華人民共和国刑法の修訂と適用』（中国方正出版社・1997）。

高銘暄編『中国刑法学』（中国人民大学出版社・1989）。

高銘暄等編『新中国刑法立法文献資料総覧』（中国人民公安大学出版社・1998）。

高銘暄主編『刑法学原理（第 2 卷）』（中国人民大学出版社・2005）。

高銘暄『刑法專論（第 2 版）』（高等教育出版社・2006）。

高銘暄＝馬克昌編『刑法総論（第六版）』（高等教育出版社・2014）。

『人民司法』2020 年第 28 期 3 頁。

黄伯清「正当防衛の中核とする緊迫性の有無」人民法院報 2009 年 3 月。

最高人民法院刑法改正組「刑法改正に対する十個の意見」。

最高人民検察院刑法改正研究組「刑法改正に関する 10 個の研究意見」。

周光権「正当防衛の成立条件の『情景』判断」法学 2006 年 12 月。

周光権『刑法総論（第三版）』（中国人民大学出版社・2016）。

周光権「正当防衛の司法異化と是正のアプローチ」法学評論 2017 年第 5 期。

周国均＝劉根菊『正当防衛の理論と実践』（中国政法大学出版社・1988）。

謝望原＝卢建平『中国刑事政策研究』（中国人民大学出版社・2006）。

蘇惠漁『刑法学（第四版）』（中国政法大学出版社・2009）。

『中華人民共和国刑法（改正草案）に対する説明』1997 年 3 月 6 日第八届全国人民代表大会第五次會議。

張穹『「嚴打」政策の理論と実務』（中国檢察出版社・2002）。

張明楷「過剰防衛：判断標準と過剰類型」法学 2019 年第 1 期。

張明楷『刑法学（第六版）』（法律出版社・2021）。

趙秉志『刑法爭議問題研究（上）』（河南人民出版社・1996）。

趙秉志編『刑法総論』（中国人民大学出版社・2007）。

趙秉志＝劉志偉「正当防衛理論における若干の爭議点について」法律科学 2007 年第 15

期。

陳興良「無過剰な防衛について」法学 2009 年第 8 期 13 頁。

陳興良『教義刑法学』（中国人民大学出版社・2010）。

陳興良主編『刑法総論精積（第 2 版）』（人民法院出版社・2011）。

陳興良『正当防衛論（第三版）』（中国人民大学出版社・2017）。

陳興良『規範刑法学（第四版）〔上〕』（中国人民大学出版社・2017）。

陳璇「侵害者の視角での正当防衛論」法学研究 2015 年第 3 期。

陳璇『正当防衛判断における道德性の克服』清華法学 2016 年第 2 期。

陳璇『正当防衛：理念、学説と制度の適用』（中国檢察出版社・2020）。

鄭德豹「正当防衛と過剰防衛の限界に関する再考——金凱の見解に対する 47.反論」法学研究 1981 年第 6 期。

杜宝慶「無過剰防衛の法律適用」中国刑事法雜誌 1999 年第 3 期。

馮軍＝肖中華『刑法総論』（中国人民大学出版社・2011）。

馮軍「『于海明案』に対する冷思考、無視されたところの再検討」法律と生活 2018 年第 17 期。

房清侠「正当防衛拡張の評価——自救行為について」河南省政法幹部管理学院学报 2004 年 3 期。

彭衛東『正当防衛論』（武漢大学出版社・2001）。

馬克昌＝江任天編『刑法』（法律出版社・1985）。

馬克昌主編『犯罪通論』（武漢大学出版社・2010）。

『マルクス・エンゲルス選集（第三版）』（人民出版社・2012）。

黎宏「正当防衛の主観要件について」法商研究 2007 年第 2 期。

黎宏『刑法学総論（第二版）』（法律出版社・2016）。

利子平「過剰防衛に関する検討」法学評論 1984 年第 2 期。

李世陽「正当防衛における法益侵害急迫性存否の根拠と司法認定」中外法学 2021 年第 1 期。

劉艷紅「刑法第 20 条第 3 項における暴行という用語の理論考察」法学評論 2000 年第 6 期。

劉憲權＝楊興培『刑法学專論』（北京大学出版社・2007）。

梁根林「過剰防衛における不法判断の立場、標準と論理」法学 2019 年第 2 期。

林亜剛『刑法学教義（総論）（第二版）』（北京大学出版社・2017）。

林準『中国刑法教程（第 4 版）』（人民法院出版社・1989）。

勞東燕「過剰防衛の認定と結果無価値の欠点」中外法学 2015 年第 5 期。
楊春洗『刑法總論』（北京大学出版社・1981）。