

国家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——

周 芊 好

- 一、はじめに
- 二、日中学説の議論状況
 - (一) 否定説
 - (二) 肯定説
 - (三) 限定肯定説
 - (四) 検討
- 三、日中判例の比較分析
 - (一) 日本の判例
 - (二) 中国の判例
 - (三) 検討
- 四、理論検討——個人的法益への還元
 - (一) 正当防衛制度の形成に関する考察
 - (二) 法秩序のための正当防衛に関する批判的考察
- 五、おわりに

一、はじめに

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、刑事責任を負わない⁽¹⁾」と規定している。第20条の法文の内容によれば、正当防衛には、原因要件（不法の侵害）、時間要件（現に行われている）、対象要件（不法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、同様の議論が見られる要件と

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のは、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」ということである。②対象条件（不法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。

「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。

二、日中学説の議論状況

（一）否定説

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、原田保博士は、「超個人的法益に対す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、そのような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」とされ、「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」と主張されている⁽²⁾。また、野村稔博士によれば、「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⁽³⁾」。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ための正当防衛を否定する立場を採る学者は極めて少ないのである。

（二）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、小暮得雄博士の見解がある。小暮博士によれば、「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ついには法益一般に及んだとしても、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⁽⁴⁾」。小暮博士の見解は、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⁽⁵⁾、というものである。

中国において、肯定説は通説的な地位にあるといえる⁽⁶⁾。例えば、高銘喧博士は、「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⁽⁷⁾」と主張されている。また、陳興良教授は、

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ないものであり、過剰防衛とならない⁽⁸⁾。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⁽⁹⁾、と。ここで、陳教授が、公共安全に対する侵害について、「緊迫性」に言及されているのは、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。

(三) 限定肯定説

1. 「極めて急迫」という要件を要する場合に限定する見解

日本において、団藤重光博士は、以下のように述べられる。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、団藤博士は、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される⁽¹⁰⁾。また、高橋則夫博士は、「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。」と主張⁽¹¹⁾されている⁽¹²⁾。

中国において、これと同じような趣旨を主張する見解として、黎宏教授の見解がある。黎宏教授は、「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法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。」⁽¹⁴⁾と主張されている。⁽¹⁵⁾

これらの見解は、そもそも法秩序のための防衛を認めるのであるが、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、極めて急迫の場合のみ、それを肯定する、というものである。

2. 同時に個人的利益を害する場合に限定する見解

日本において、平野龍一博士は、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・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」⁽¹⁶⁾と述べられている。ここで、平野博士は、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ということを示された、と理解することが可能である。平野博士の発想に近い見解として、山中敬一博士の見解がある。山中博士は、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されている。⁽¹⁷⁾

また、山口厚教授は、「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」⁽¹⁸⁾と主張されている。

中国において、周光権教授は、「正当防衛は私権であり、個人的法益の保護に適用するべきである…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、⁽¹⁹⁾防衛行為を行うことが認められる」と主張されている。

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を形式的に肯定しつつ、これ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。

(四) 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である、という発想に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。⁽²⁰⁾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⁽²¹⁾という指摘もある⁽²²⁾。

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のであれば、この見解は、結局、肯定説と同じなものになるのであろう。

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、実際には、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、個人的法益に還元する見解である。その点は、上記の「社会秩序のための正当防衛を否定する」平野博士の見解からも看取することができる。そうすると、この見解は否定説と同じような結論を導くことになると思われる。

三、日中判例の比較分析

（一）日本の判例

1. 2・1ゼネスト事件（最判昭和24・8・18刑集3巻9号）

本件は、昭和22年1月18日全官公共同闘争委員会が二月一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、翌一九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、さらに翌二〇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」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た上で、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巻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・15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、激しい行進をく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。

（二）中国の判例

1. （2016）粵刑申320号

2015年3月の間、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圧熱溶解 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、不法な侵害を制止する行為は、不法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、正当防衛に要件、つまり「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。

2. (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しに行くつもりであった。事件当日、被告人 X は、工事中のショベルの右リアタイヤ、ショベルのコンデンサー、ショベルの左テールライトを破壊し、採石場の発電機を破損させるという手段によって、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」を理由として、「正当防衛が認められない…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、裁判所がそのまま正当防衛の要件に言及したということは、「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、上記した1の(2016) 粵刑申320号の事例と同様であるといえる。

（三）検討

以上の典型的な判例のように、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、正当防衛によって保護されうる利益に、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、正当防衛を認める、と解するものである。日本の判例の理論構造は、前述した限定肯定説の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として、正当防衛の成立要件、特に防衛意思がないことによって、正当防衛の成立を否定するものが多い。

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」という理論構造をとっているといえることができる。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と解すべきである。そうすると、国家及び社会的法益のための正当防衛の成立範囲が制限され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）と区別されることを説明しなければならない。さもないと、肯定説に至ることになるとと思われる。

しかしながら、昭和24年の判例は、「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」の趣旨と同じであるから、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(二)1の(2016)粵刑申320号の中国の事案において、「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」という事実によって、公的救済を一旦行ったが、これは十分ではないといえよう。この場合において、日本の判例理論を適用して考えてみよう。このような事実は、「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。もし、あたらないと回答すれば、その理由は明らかではないのであり、「極めて緊迫した場合」を、さらに解釈する必要がある。一方で、もし、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、結論として、違和感が生じることになる。これは、このような場合において、国家公共機関による判断・救助を待つべきである、という考えは普通であるからである。これが、中国の事案の判決要旨において、「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のである。

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、要件論の相違ではなく、正当防衛の本質論において、検討すべきであろう。

四、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、形式上肯定する見解・実務が多い。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、それはただの空虚な概念であるといえよう。単なる国家及び社会的法益侵害のための防衛行為については、裁判の結論として、正当防衛の成立は認め難い。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。

（一）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、そもそもドイツでは、活発的に議論されている。近年、日本においても、ドイツの影響で、この問題が注目されている。この問題について、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の見解により、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。②の見解については、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、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ぬ⁽²³⁾という見解がある。

ここで、正当防衛の歴史変遷を見てみよう。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。⁽²⁴⁾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⁽²⁵⁾の刑罰権が現れることになった。

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⁽²⁶⁾。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することとなった。もっとも、今のところ、公的機関は、いかに整備できたものだとしても、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は、妥当であると思われる。このような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ことによって、正当防衛は、個人の利益を対象することに終始することとなったのである。そもそも、正当防衛は個人法益を中核とする制度である。したがって、国家及び社会的法益のための正当防衛には、そもそも歴史的な経緯からすれば含まれていなかったということである。

(二) 法秩序のための正当防衛に関する批判的考察

法秩序それ自体を絶対視する代表としては、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法として把握し、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⁽²⁸⁾。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なければならないとした。それは、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⁽²⁹⁾。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・不法の無効性を確証するためだけの制度としての正当防衛という発想は一般的な支持を失ったのである。

また、正当防衛の正当化根拠について、曾根威彦博士は、「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⁽³⁰⁾のである」と主張されている。

さらに、内藤謙教授は、「『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」とされ、「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証されることを必要としないので、法を確証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証されることをとしないので、法を確証する利益も減少するからである」とされ⁽³¹⁾ている。

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、「法確証の利益」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、法確証の利益が減少するため、正当防衛の制限がされることを支持している⁽³²⁾。

なお、ドイツの学説の影響で、二元論の構造によって正当防衛の正当化根拠を説明する見解も有力である。例えば、日本において、高橋則夫博士は、「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「正の確証」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。⁽³³⁾ 中国においても、欧陽本祺教授は、「正当防衛の正当化原理は個人保護原理と法確証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、法確証原理は正当防衛を社会的倫理制限によって制限する」と主張されている。⁽³⁴⁾ ただ、ここで、二元論の主張に言及するのは、決してそのような主張を優越的利益説だと考えるわけではなく、むしろ、その中の法確証原理による正当防衛の社会的倫理制限という点が、前述した曾根説・内藤説と共通点があるからである。

このような法確証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、という疑問については、そもそも、これらの見解における法確証原理とは何か、という問題を検討しなければならない。

実際には、法秩序のどの側面を強調するかどうかということについて、さまざまな見解があり、それによって、法確証原理の理解について、違いが生じることになるが、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^{(35) (36)}に対して、行使することができない。

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。⁽³⁷⁾

さらに、①責任のない者に対して、正当防衛の成立が制限・否定されるのは妥当ではない。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」と要求するは理由がないであろう。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教授の批判がある。⁽³⁸⁾なお、その点については、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）』⁽³⁹⁾において、言及がある。同司法解釈の第7条によれば、不法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、とされている。第7条の条文内容は、責任無能力者に対する正当防衛が許されることを肯定している。もっとも、この条文は、同時に、不法侵害者が、責任がない者であることを認識した場合、他の手段で侵害を回避・制止すべきであると規定している。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かどうかの判断は、相手の責任の有無によるものではなく、相手が責任ない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によるべきであると思われる。責任のない者に対しても、仮に正当防衛状況を客観的に形成したのであれば、正当防衛は認められるべきであろう。

また、被攻撃者によって違法に挑発された攻撃、つまり挑発防衛すべてについて、その場合に正当防衛の成立が制限されることに対しては、疑問があ

る。それは、挑発防衛とはいえ、挑発行為が軽微な違法であるのに対して、挑発行為に対する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⁽⁴⁰⁾②場合には、正当防衛の成立を否定しえないと考えられるからである。

それ以外でも、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なれば、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。それは、法秩序自体の保護価値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、それには法秩序を守る効果という理由で、正当なものになってしまうからである。⁽⁴¹⁾それは、明らかに不当であろう。したがって、法秩序それ自体は、正当防衛の保護対象とならないべきである。

五、おわりに

以上の検討により、国家及び社会的法益のための正当防衛について、個人的法益に還元される場合に限り、正当防衛の成立が認められる。また、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、往来などを妨害する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、身体を侵害することであるから、防衛行為が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。⁽⁴³⁾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。②公務執行妨害、職権乱用、賄賂などの行為においては、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り、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ため、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としても、それは許容される

べきだという発想は、あり得ないわけではない。しかし、このような場合は、必ずしも正当防衛ではなく、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。

- (1) 甲斐克則、劉建利『中華人民共和国刑法』（成文堂・2011）78頁。
- (2) 原田保『刑法における超個人的法益の保護』（成文堂・1991）135頁。
- (3) 野村稔『刑法総論補訂版』（成文堂・1998）223頁。
- (4) 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。
- (5) 津田重憲『正当防衛と緊急救助の基本問題』（成文堂・2012）280頁。
- (6) 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、劉憲權＝楊興培『刑法学専論』（北京大学出版社・2007）198頁等参照。
- (7) 高銘暄『刑法専論（第2版）』（高等教育出版社・2006）415頁。
- (8) 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。
- (9) 高・前掲注（7）200頁参照。
- (10) 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（最判昭和24・8・18刑集3巻9号）。
- (11) 団藤重光『刑法綱要総論（第三版）』（2000年）237-239頁参照。
- (12) 高橋則夫『刑法総論（第5版）』（成文堂・2022）298頁。
- (13) 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。
- (14) 黎宏『刑法学総論（第二版）』（法律出版社・2016）128頁。
- (15) 同趣旨の見解として、張明楷『刑法学（第六版）』（法律出版社・2021）200頁参照。
- (16) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣・1975）238頁。

- (17) 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。
- (18) 山口厚『刑法総論 (第 3 版)』(有斐閣・2016) 112頁。
- (19) 周光權『刑法総論 (第三版)』(中国人民大学出版社・2016) 202頁。
- (20) この点を鑑み、正当防衛は「急迫性」要件を要求することになる。国家及び社会的法益が害され場合において、公的救助を一旦間に合わない、常に個人ののための正当防衛と同じなような「急迫性」を認めることは、違和感があるといえよう。
- (21) 津田重憲『正当防衛と緊急救助の基本問題』(成文堂・2012) 286頁注(88) 参照。
- (22) 例えば、大嶋一泰教授は、「全体主義的政治目的のために乱用され、正当防衛の名の下に個人を犠牲にする違法行為が正当化されてまかり通ったという苦い歴史的経験をもっている」と主張されている(大嶋一泰『刑法総論講義案 (第 2 分冊)』(信山社・2004) 183頁)。
- (23) 以上のドイツの学説の整理は、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) 51-52頁参照。
- (24) 陳興良・前掲注 (8) 2 頁参照。
- (25) 『マルクス・エンゲルス選集 (第三版)』(人民出版社・2012) 85頁以下参照。
- (26) 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。
- (27) 橋爪隆『正当防衛論の基礎』(有斐閣・2007) 35頁注参照。
- (28) 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頁以下参照。
- (29) 曾根威彦『刑法における正当化理論』(成文堂・1980) 72-73頁参照。
- (30) 曾根威彦・前掲注 (26) 99-100頁。
- (31) 内藤謙『刑法講義総論 (中)』(有斐閣・1986) 330-331頁。
- (32) 同趣旨の見解として、斎藤誠二・同注 (23) 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。
- (33) 高橋則夫『刑法総論 (第 5 版)』(成文堂・2022) 287-288頁参照。同じ「自己保護の原則」と法秩序保護から派生する「正の確証」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。

- (34) 欧陽本祺「法確証原則の合理性及び機能」環球法律評論2019年第4期89-94頁参照。同じようお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。
- (35) ロクシンの正当防衛論に関する説明として、橋爪隆・前掲注（24）45頁以下参照。
- (36) なお、本文の検討で触れない内容として、法確証の原理によって、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に制限されるとする。
- (37) 橋爪・前掲注（27）49-53頁参照。
- (38) 山口・前掲注（18）117頁。
- (39) 同『指導意見』の内容について、北川佳世子、周芊妤「『中国の特殊正当防衛規定』について」102頁以下参照。
- (40) この点について、例えば、周知の最決平成20・5・20刑集62・6・1786の自招侵害の事例のように、(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は、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。これに対して、侵害の招致行為は暴行ではない、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。
- (41) 陳璇『正当防衛：理念、学説と制度の適用』（中国檢察出版社・2020）20頁参照。
- (42) ここにいう、無実な第三者に拡大するのは、防衛行為を行うとき、第三者に及んだ場合を指すものではなく（この場合には、誤想防衛が成立する余地があると思われる）、法秩序自体の独立な価値を過度に強調すれば、他の価値（利益）を多少犠牲しても認める恐れがある、ということを示したい。
- (43) 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。