HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「強制による行為」に関する中日米刑法の比較検討
Author(s)	呉, 治濠
Citation	北大法政ジャーナル, 26, 65-94
Issue Date	2019-12-05
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/76266
Type	departmental bulletin paper
File Information	HokudaiHouseiJournal_26_03_Go.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

「強制による行為」に関する中日米刑法の比較検討

呉　治濠（ご　ち　ごう）

目　次

序章 …… 67
第１節　強制の定義と諸外国の立法例 …… 67
第２節　中国の強制による行為に関する問題 …… 67

第１章　アメリカ法における強制による行為 …… 68
第１節　強制に関する一般原理 …… 68
第２節　強制の抗弁の諸要件 …… 68
第３節　免責と正当化 …… 70
第１款　強制と緊急避難 …… 70
第２款　折衷説の検討 …… 70

第２章　日本法における強制による行為 …… 71
第１節　強制による行為をめぐる判例法の展開 …… 71
第２節　強制による行為をめぐる学説の動向 …… 74
第１款　違法阻却否定説からの批判 …… 74
第２款　違法阻却説の再検討 …… 76
第３節　強要緊急避難の再構築――結論に代えて …… 78
第１款　「強要緊急避難」の独自性 …… 79
第２款　違法阻却否定説からの批判 …… 79

第３章　中国法における強制による行為 …… 79
第１節　脅従犯に関する規定 …… 79
第２節　「脅従犯」をめぐる論争 …… 80
第１款　「脅従犯」の語義 …… 80
第２款　刑法第28条の法的性質に関する議論 …… 80

第３節　強制による行為をめぐる議論 …… 81
第１款　強制による行為に関する学説 …… 81
第２款　緊急避難（過剰避難）と脅従犯の関係 …… 82
第４節　判例における強制による行為 …… 83

終章　中国法への示唆 …… 86
第１節　アメリカ法からの示唆 …… 86
第２節　日本法からの示唆 …… 87
第３節　残された問題 …… 88

序章

第１節　強制の定義と諸外国の立法例

「強制」とは、抗拒不能の力によって被強制者が違法な行為の実行を強いられた場合をいう。広義の強制は、①自然力による、被強制者の身体に作用する物理的強制、②自然力による、被強制者の内面に作用する心理的強制、③他人よる、被強制者の身体に作用する物理的強制、④他人による、被強制者の内面に作用する心理的強制、の4つである。そして、狭義の強制は④の場合を指している。

①は不可抗力として処理されている。②をめぐっては英米法に「状況による強制」に関する議論があるが、一般的には緊急避難として処理しうる。③は刑法上の行為でないとされる。強制による行為に関する議論は人による心理的強制について展開されている。以下では、「強制による行為」とは狭義の強制に限定されている。

各国の強制による行為に関する立法は、5つに分かれている。

（１）独立の責任阻却事由又は免責抗弁としての強制による行為（例えば、韓国刑法第12条）。

（２）免責的緊急避難としての強制による行為（例えば、ドイツ刑法第35条の免責的緊急避難）。

（３）正当化緊急避難としての強制による行為（例えば、ロシア刑法40条）。

（４）日本では強制による行為に関する明確な規定がないが、改正刑法草案理由書によれば、「強制に基づく行為については、起訴便宜主義の運用、本条（緊急避難）の解釈、期待可能性に関する一般理論の適用等によって、妥当な結果が得られる」[1]としている。

（５）共犯としての強制による行為（例えば、スウェーデン刑法典第23章第5条）。

以上の諸国の立法例では、強制による行為に関する規定が異なっている。本論文は強制に関する共犯の規定が存在する中国と、緊急避難と超法規的責任阻却事由として処理しうる日本、強制の免責抗弁を明文上に定められるアメリカ（特に模範刑法典）の3国を比較して強制による行為の性質と実務上の適用策を検討して、特に中国への示唆を得ようとするものである。

第２節　中国の強制による行為に関する問題

まず、脅従犯という共犯の規定が存在する以上、強制の場合に緊急避難を適用できるか？すなわち、脅従犯の規定は全ての強制による行為を含めるか？

次に、もし一部の強制による行為は緊急避難として処理されうるなら、脅従犯と緊急避難はどのような関係であろうか？

そして、脅従犯は共同犯罪として扱われるべきであろうか？又は単なる量刑事由であろうか？脅従犯の規定は削除されるべきであろうか？

さらに、脅従犯の範囲について、僅かな脅迫でも適用されうるか？脅迫が存在する以上、脅従犯への適用制限がないであろうか？

中国での強制による行為を明確にするために、アメリカと日本の規定を比較して検討を行う。

アメリカの強制の抗弁から、免責事由の根拠を探り、免責としての強制と正当化としての緊急避難の区別と関係を明確にする。そして、中国の脅従犯は責任減軽事由の意義を持っていれば、同様に責任に関するアメリカの理論から示唆を得られるように思われる。

日本の強制に関する議論は責任阻却事由とする見解と違法阻却事由とする見解に分かれている。特に実務上は原則的に緊急避難として扱われており、例外として超法規的責任阻却事由とされる。本論文は違法阻却説を前提として、強要緊急避難の成立可能性を検討している。中国でも、強要緊急避難を成立させるために、強制による行為が正当化される理由が示さなければならない。そして、強要緊急避難と一般的緊急避難との区別があるか否かを検討して、超法規的責任阻却事由の適用条件も明らかにしなければならない。責任阻却事由がない中国で、この極端な場合にどの方式で無罪にするかも検討すべきである。

第１章　アメリカ法における強制による行為

第１節　強制に関する一般原理

ブラック法律辞典は強制を「いかなる不法な脅迫又は強制により、他人が行動を取る（または取らない）ように誘導している。強制は他人が普通に行わない行為を強要することである。民法の不当威圧と区別されなければならない。刑法では、強制と緊急避難とは異なる抗弁である」[2]に定義付けられる。

コモン・ローにおいて、強制の抗弁は謀殺（または一部の外患罪）を除いた一切の犯罪を無罪とする。強制の抗弁が成立する前提条件は「①犯罪を犯さなければ殺すまたは重傷を負わせる旨を、ある者が、行為者または第三者、特に親しい親戚に対して脅迫し、②行為者が、その脅迫が本物であると相等な理由をもって確信し、③その脅迫が、犯罪行為時において、『現在し、切迫し、そして今にも行われそう』であり、④強制する者の要求に従う以外に、脅迫から合理的に逃れる方法が全くなく、そして⑤行為者に、自らが脅迫を受けるに至ったことに落ち度がない場合」である[3]。

模範刑法典はコモン・ローと比べて成立条件についていくつかの異なることが存在している[4]。まず、コモン・ローは死亡又は重傷の脅迫に限られるが、一方、模範刑法典は身体に対する不法な威力だけが要求される。自由への侵害にも成立できるか否かについても議論が残っている[5]。

次に、コモン・ローによれば、謀殺又は一部の外患罪に対して強制の抗弁を援用できない。模範刑法典は全ての犯罪に強制の抗弁が適用できるが、実際に多くの州が謀殺罪への適用も排除されるとしている。

さらに、模範刑法典の強制の範囲はコモン・ローより拡大して、特定の条件の下で「洗脳」又は「耐え難い刑務所の状況からの逃走」等状況による強制まで広く認められる。

そして、コモン・ローにおいて、脅迫は、一般的には、被告人または被告人の家族に向けられていなければならないが、模範刑法典によれば、他人ないし一般人にも含まれるべきであるとされる。

その後、脅迫の程度又は被強制者の抵抗力に対する判断については、模範刑法典は主観説ではなく、事後的な客観説に立っている。

最後に、緊急避難と強制の関係について、コモン・ローは危険源によりこの2つの抗弁をはっきり区別している。これに対して、模範刑法典は行為者の行為が緊急避難により違法性を阻却されるときは、緊急避難の抗弁は、強制の抗弁によって排除されないと規定している。

第２節　強制の抗弁の諸要件

１　脅迫の程度

模範刑法典によると、「自己又は他の者の身体に対する不法な威力の使用又はこれを使用する旨の脅迫」に臨む場合に、強制される犯罪行為は強制の抗弁による免責にすることが認められる。すなわち、財産又は名誉に対する危害は抗弁の理由として成立できない。

裁判所は生命に対する脅迫を認めているが、どの程度の身体傷害が強制の抗弁として認められるかについては議論が残っている。

２　脅迫の現在性

免責抗弁としての強制は緊急避難のように現在性に関する明確な法律規定がないが、模範刑法典により、「通常の抵抗力をもった者が同じ状況におかれてもその不法な威力に抵抗できなかった」ことを要求されるから、現在の危険と現在性も「通常の抵抗力」と「同じ状況」の判断に含まれる。

現在性について、裁判所は「現在し、切迫し、そして今にも行われそう」でなければならないとする。そして、将来の害悪の脅迫では不十分であり、その害悪が直ちに発生する可能性が非常に高く、行為者がその状況から逃れる現実的方法が全くないほどでなければないならい。例えば、State v. Rosillo[6]では、被強制者と家族の命に対する脅迫は、「切迫した危害を恐れていたわけではない」ので、強制の抗弁を適用できないとされた[7]。

People v. McKinney[8]では、Xは将来にYを武器で襲う計画をYに知らせた。Yは先に行動を採ることを決意して、Xの頭をたたいた。将来の侵害を信じる理由があるにもかかわらず、その脅迫は現実性と現在性が欠けるから、強制の抗弁を援用できない。

他の適法行為を選択する可能性がない限り、現在性が認められる。脅迫される人は警察又は他人に救いを求めて、危険を避けることができるなら、強制の抗弁として扱われない。

例えば、Brewer v. State[9]では、YはXから脅迫を受けて、Xと一緒にZを殺すことを要求された。しかし、Yの家とZの家の間の距離がかなり遠かった。途中で、YはXのコントロールから逃げること（例えば、警察に通報すること）が不可能とは言えないから、強迫の抗弁を認められない。

3　脅迫の対象

多くの州では「本人」に限られており、強制は免責抗弁として自分の法益に向けられていなければならない。しかし、模範刑法典によれば、脅迫の対象は他人に拡張されている。これでは緊急避難の規定との区別が存在していない。

模範刑法典だけではなく、コモン・ローにおいても脅迫される人が他人に拡張されている。特にイギリスでは、脅迫される人が無関係の第三者の場合にも、強制の抗弁が認められる。例えば、銀行強盗の場合に、客の命が脅迫の内容として、銀行員はお金を出すことを強制される。銀行員と客に特殊な関係がないにもかかわらず、銀行員は強制の抗弁の援用により、免責される[10]。

4　危険源の制限

コモン・ローは状況による強制を認めている。最初は道路交通法に違反する場合によく使われていた[11]。その後、耐え難い刑務所からの逃走事件等にも、強制の抗弁により責任を免除することになる。状況による強制は「被告人は恐怖感により犯罪として処罰されるべきである行為を実行したが、これは他人からの強制又は要求によるものではない。被告人がその行為を実行する理由は、彼の命が脅迫を受けており、その行為を行わなければ、自分を殺されることを信じている」ことである[12]。強制される人は当時に強い恐怖感があり、一般人にもその場合に自分を助けるために、ある特殊の状況から逃げなければならない。

5　強制の抗弁への制限

（1）自招強制

自招強制の場合における強制の抗弁の適用を完全に否定する否定説が通説といえる。例えば、R v Sharp[13]では、「特に犯罪を強いられる圧力を受ける可能性があることを知っていれば、犯罪組織に自発的に参加している人は、強制の抗弁が利用できない」とした。

限定的肯定説は特殊の場合に限られる。例えば、R v Shepherd[14]では、「窃盗団は準軍事組織や武装強盗団と異なっている。強制の抗弁の適用は陪審員により決めるべきである。陪審員は、少なくとも暴力的ではないギャングに参加するだけで、暴力の危険を冒したと言えるかどうかを検討するべき」である。

（2）　除外される罪

模範刑法典は強制の抗弁について犯罪種類の制限を設けていないが、コモン・ローでは謀殺罪と一部の外患罪が強制の抗弁から排除される。アメリカの各州では、一部の州が外患罪を排除しており、多くの州が謀殺罪を除外している[15]。そして、若干の州では、不完全強制の抗弁が認められ、強制された行為者による犯罪を謀殺から故殺へと減軽する[16]。ペンシルベニア州裁判所によれば、強制された殺人は、恐怖と激憤のような激情犯罪と同じ、心理状態の不安定により謀殺罪は成立し難いとする。

謀殺罪については議論が残っている。アラバマ州裁判所により、「強制は殺人の言い訳ではない。コモン・ローでは、無実の第三者の命を犠牲することを通して、強制された人を容赦することは認められない」[17]。しかし、死亡の危険に臨む場

合、将来に死刑判決を受けても現在の危険を避けられることにより、被強制者は現在の利益を得られる。

謀殺罪の議論より、外患罪は強制の抗弁を援用できると支持する学者が多いといえる。外患罪は継続犯なので、脱出する可能性がない限り、強制の抗弁を適用できる。しかし、一旦殺人が実施されると、命は修復不可能である。「強制の抗弁は単なる法定犯の場合に適用できる。しかし、人類の裁判官は神罰の実行者であり、神の意志により定められた自然犯を許されるべきではい。」と主張する宗教法学者もいる[18]。

第３節　免責と正当化

第１款　強制と緊急避難

模範刑法典の規定、状況による強制の肯定、無関係の第三者の利益の保護、危険の現在性の要求等により、強制の抗弁は緊急避難と同じ正当化抗弁として扱われ、又は緊急避難と区別しないで、犯罪の状況により緊急避難と強制の抗弁を選択するべきであると主張する学者もいる。

正当化緊急避難として処理されうるとする学説において、他人の強制による行為は、法益の権衡を衡量するだけではなく、行為の特殊背景による道徳的な評価も含まれるべきである。

「（正当化）強制の抗弁が成立する理由は、脅迫を受けることだけではなく、社会の公共政策を促進することにも基づくべきである。行為者は衝突している利益の中においてより小さい害悪を選択する。強制される行為を正当化できるのは、主に脅迫による主観上の相対的意思自由ではなく、強制される行為が法益の侵害を増加させていないことに求めるべきである」[19]。強制の場合にも、法益の権衡を満たす場合には、緊急避難であるとして提唱されて、違法行為として認められないべきである[20]。

もう1つの考え方は模範刑法典の規定を根拠にする。緊急避難により違法性が阻却されるときは、緊急避難による抗弁は、強制によって排除されないと規定される模範刑法典は、強制を独立な抗弁事由として規定するが、強制による行為を緊急避難として処理されうることを排除していない。「被強制者は十分な理由のもとで脅迫に従わないで自分又は密接な関係にある者に死亡又は重傷の危害をもたらすことを信じて、急迫かつ必要な強制による行為が法益の権衡を満たす場合に、正当行為とみなすべきである」[21]。

第２款　折衷説の検討

正当化強制と認められる必要がなくて、強制は依然として免責事由にする。しかし、緊急避難と強制の対立を強調する伝統的な理論を突破して、緊急避難と脅迫は互いに排斥し合わないと主張している。強制による行為も緊急避難も人と自然からの危険を認められて、両方とも心理的な圧力の下で危険を第三者に転嫁する。

伝統的な理論においては、免責抗弁としての強制はより小さい害悪を選択する場合にのみ適用され、謀殺罪にも適用されないと主張する学者もいる。この観点を持っている学者によれば、強制の抗弁の適用範囲が極めて制限され、緊急避難と比べて強制の抗弁は現実的な意義をあまり有していない。

しかし、免責事由としての強制は法益同価値の場合を除外するべきではない。行為者は法益の権衡の場合に強制される行為があっても一般の侵害行為と同視されるべきではなくて、強制される行為の有罪性が減少させられ又は容赦される。Gorrによると、「行為者は十分に深刻な脅迫から大きな心理圧力により、脅迫に従う行為が強制の抗弁として認められる。行為者の行為には殺人行為が含まれるかは、より小さい害悪を選択するのかと直接な関係がない。強制の抗弁に注目すべき根拠は、行為が社会から期待されないが、行為者の動機により容赦される。強制の抗弁は緊急避難を適用し難い場合に限られる」[22]。

強制と緊急避難との間に明確な限界がない。強制による行為はほとんどの場合、正当化事由として認められる。正当化されない場合に限り、一般理性人から判断して、免責事由としての抗弁を適

用し始める。

第２章　日本法における強制による行為

日本では「強制による行為」の法的性質について、非行為説、責任阻却説[23]、違法阻却説が対立しており、今でも期待可能性理論に基づく責任阻却説が通説の地位を占めている[24]。しかし、判例では、東京地裁平成8年6月26日判決、いわゆる「オウム真理教集団リンチ殺人事件」第1審判決（東京地判平8・6・26判時1578・39）において、強制による行為に緊急避難の成立可能性が認められている。さらに学説においても、違法阻却肯定説が台頭しつつある。日本では違法阻却否定説と違法阻却肯定説との対立を中心に展開されるに至っている。

第１節　強制による行為をめぐる判例法の展開

１　東京地裁平成8年6月26日判決（判時1578号39頁）（いわゆる「オウム真理教集団リンチ殺人事件」）

（１）事実の概要

被告人は、前手錠をされたまま、密室内でオウム真理教教祖であったGほか約10名の教団幹部に取り囲まれた状態で、教団施設内に侵入した元信者一名（被害者D）を捕らえて殺害したという事案で、被告人も、被害者D同様教団の原信者であり、被害者Dと行動をともにして施設に入り込んだ際に、信者らに発見捕捉され、監禁状況にある中、教祖から、Dを殺さなければお前をここで殺すと脅されて、これに従ったというものである。

（２）判旨

本判決では、緊急避難（過剰避難）の成否及び適法行為の期待可能性の存否について比較的詳細に検討されている。

まず、現在の危難の要件については、①「被告人は、Gらに不法に監禁された状態下で、Dの殺害を決意し、その殺害行為に及んだものであるから、右時点において、少なくとも、被告人の身体の自由に対する現在の危難が存在したことは明らか」である。

②「本件のように、生命対生命という緊急避難の場合には、その成立要件について、より厳格な解釈をする必要があるというべき」である。「被告人は、Gから口頭でDを殺害するように説得されていたに過ぎず、被告人の生命に対する差し迫った危険があったとは認められないし、また、この時点で、仮に被告人がD殺害を拒否しても、ただちに被告人が殺害されるという具体的な危険性も高かったとは認められないのであるから、被告人の生命に対する現在の危難は存在しなかったというべき」である。

次に、補充性の判断基準は「被告人が避難行為に出る以前にどれだけの行為をしたかということが重要なのではなく、客観的にみて、現在の危難を避け得る現実的な可能性をもった方法が当該避難行為以外にも存在したか否かという点が重要なのであ」るとした。本事件について、「被告人が自力でこの拘束状態から脱出することや、外部に連絡して官憲の救助を求めることは不可能な状態にあったといってよい」。また、「被告人にGの翻意を促す説得行為を要求してみたところで、被告人の身体の拘束が解かれる現実的な可能性はほとんどないといわざるを得ない」ことによって、「被告人が身体拘束状態から解放されるためには、Dを殺害するという方法しかとり得る方法がなかったものと認めざるを得ない」。

さらに、相当性要件については、本件では「法益の権衡を著しく失しているともいえ、自己の身体の拘束状態を脱するために他人の生命を奪う行為に出るということは、条理上これを肯定することができないというべきであるから、その点からすると、避難行為の相当性を欠く」ことが認められている。一方、「被告人の身体の自由に対する侵害であったとしても」、「危難現在性はないとはいえ、被告人の生命に対する侵害の可能性もなお存在したといい得るのであるから、このような状態下で、被告人の身体の自由に対する侵害を免れるためにDの殺害行為に出たとしても、このような行為に出ることが条理上肯定できないとまで

はいえない。従って、被告人のD殺害行為について、避難行為の相当性も認められるというべきである」と判示した。

よって、「被告人のD殺害行為は、被告人の身体の自由に対する現在の危難を避けるために、已むことを得ざるに出でたる行為とは認められるが、他方、被告人は、自己の身体の自由に対する危難から逃れるために、Dを殺害したのであって、法益の権衡を失していることも明らかであるから、結局、被告人の行為には、過剰避難が成立するといわなければならない」と結論づけられている。

最後に、本判決では、適法行為の期待可能性の存否についても検討されている。東京地裁は「行為者に、当該違法行為を行わず他の適法行為を行うことが全く期待できない場合には、超法規的責任が阻却され得る」と解される。しかし、「当該行為を避難し得ないという事態は極めて例外的な場合に限られると考えられることに加え、期待可能性の理論の安易な適用は、弁護人も論じているように刑法の規範力を無力化してしまうことを考慮すると、期待可能性の理論による責任の阻却は、厳格な要件の下に認められるべきであり、客観的にみて当該行為が心理的に抵抗できない強制下において行われた場合など、極限的な事態において始めて責任が阻却されるにとどまるというべきであろう」という一般的判断基準を示している。

本事案について、「たとえDの殺害が被告人の身体の拘束を解く条件であったとしても、被告人としては、これを拒否するなどしてO殺害を回避しようとすること、あるいは、Gに対してDの助命を嘆願し、翻意を促すなど、その場でDを殺害しないでも済むような努力をすることができたと考えられ、被告人に対し、D殺害行為に出ないことを期待することは可能であったと認められるし、被告人の立場を一般通常人に置き換えても、本件の具体的状況下では、D殺害行為に出ないことを期待することは可能であったと認められるのである」と判示した。

（3）検討

①強制による行為と一般的緊急避難と区別すべきであるかについては本判決で言及しなかったことにより、強制による行為も一般的緊急避難として扱っているといえよう[25]。

②適法行為の期待可能性要件の判断基準が明確に言われていることは本判決の特徴といえる。

しかし、本判例について期待可能性の有無は、「Dの殺害が被告人の身体の拘束を解く条件であったとしても、被告人としては、これを拒否するなどしてD殺害を回避しようとする」等を要求することにより、「法益権衡」を期待可能性の判断事由にすることは、東京高裁昭和23・10・16判決（高刑集1巻追録18頁）の「期待可能性の有無を判断するには行為当時の諸般の事情を検討すべきであるが法益の比較評量においても必ずしも刑法第三十七條の如き制限に服すべきではない、小なる法益を護るため大なる法益を害する場合でも付随事情の重圧のため適法行為をなす事を期待し得ない場合もあり得る」という判断に矛盾するかもしれない。もし、本事例において「付随事情の重圧」を考えれば、適法行為を要求する期待可能性も存在しないかもしれない[26]。

③期待可能性と過剰避難・緊急避難の補充性との関係について、本判例は、過剰避難の補充性判断には、「被告人にGの翻意を促す説得行為を要求してみたところで、被告人の身体の拘束が解かれる現実的な可能性はほとんどない」として過剰避難の補充性を肯定している。一方、期待可能性判断には、「被告人としては、これを拒否するなどしてD殺害を回避しようとすること、あるいは、Gに対してDの助命を嘆願し、翻意を促すなど、その場でDを殺害しないでも済むような努力をすることができたと考えられ」るとして期待可能性の不存在を否認している。

この二つの内容は矛盾しているが、期待可能性の判断基準は補充性の判断基準により厳格に判断されるべきであろう。結局、「本判決の基準は、第一点目で指摘したとおりあらゆる面で利益衡量に影響されており、これに従う限り、利益衡量の

要件が充足されない場合には期待不可能性も否定されるということになる恐れがある」[27]。期待可能性不存在を理由として超法規的責任阻却を認める場合には、そもそも緊急避難の成立条件にも当たるかもしれない。期待可能性理論自体の意味も失われたと思われる。

④過剰避難と超法規的な責任阻却事由としての期待可能性理論の関係についても検討すべきである。適法行為の期待可能性理論の適用は「当該行為が構成要件に該当し、違法であって、かつ、故意・過失、責任能力が認められ、しかも、法の認める責任阻却事由が認められない場合には、当該行為を非難し得ることがほとんどであって、にもかかわらず当該行為を非難し得ないという事態は極めて例外的な場合」[28]に限られる。

しかし、「法の認める責任阻却事由」は責任無能力者しか規定されていないと思われる。前記の「故意・過失、責任能力が認められ」ることにより、「法の認める責任阻却事由」は一体どのような規定のことをいうのであろうか。近時の強制による行為についての責任阻却説は後述のように、過剰避難の刑の免除の規定を責任阻却事由と見なす議論があるから、判旨の「法の認める責任阻却事由」も刑を免除する過剰避難を指している可能性を否定できないであろう。

もっとも、過剰避難について刑を免除することができるか否かは裁判官の自由裁量権に属するが、刑の免除に至っても犯罪として処理すべきであろうか。少なくとも刑を免除する過剰避難＝期待可能性不存在という関係は成立し難いが、③の判断基準による非常に限られる超法規的免責事由よりも積極的に責任を判断する道を示していると思われる[29]。

④弁護人の主張のように、「殺害行為に及んだ時点では、被告人の身体の自由に対する現在の危難だけでなく、被告人の生命に対する現在の危難が存在した」と考える余地もある。裁判所は「できなければお前も殺す」という言葉が、殺害を決意させるための「脅し文句」の一種と理解しており、そのような事実認定が正しければ生命に対する緊急避難を否定したこともあながち不当とはいえないであろう。

⑤生命対生命の場合には、緊急避難違法阻却一元説から一般的緊急避難が成立する可能性が認められる。本件について、「生命対生命という緊急避難の場合には、その成立要件について、より厳格な解釈をする必要があるというべきである」ことから、「生命対生命の緊急避難の成立を肯定すべきである」[30]。しかし、強制による行為の場合も生命対生命の緊急避難が成立し得るか、強制状態は緊急避難にどのような影響を与えるか、疑問を留めておいて、後記の「強制による緊急避難」の議論にて検討している。

⑥そして、期待可能性理論の適用は、「極めて例外的な場合」に限られるが、どのような場合は「極限的事態」に当たるか、判決によっても明らかでない。学説には、期待可能性不存在による超法規的な責任阻却が可能な「極めて例外的な場合」とは、「当該『行為者』の特異な体験などが、……あえて適法な行為を選択させなかった場合」であるとする見解がある[31]。しかし、「行為者の特異な体験」が期待可能性に影響を与えるか否かは別の問題になるが、この場合には「特異な体験」を持つ人は強制によって常に精神状態が重大な影響を受けやすいことから、「内面に対する物理的強制」または責任能力の問題と混同しやすいと思われる。

後記の「強制による緊急避難」の議論では、法益同価値の場合には緊急避難の成立を否定している。法益同価値の場合には、もし緊急避難の「補充性」、「現在の危難」と「正当性」等の要件を満たすことにより、過剰避難に当たることは被告人に対して厳しいと思われるから、期待可能性不存在を理由として無罪にすることが提案されている。よって、この「極めて例外的な場合」は生命対生命など法益同価値の場合に限られるかもしれない。

2　東京高裁平成24年12月18日判決（判時2212号123頁）

覚せい剤密売人から拳銃を頭部に突きつけられて覚せい剤の使用を強要されたため、やむなく注射した。被告人の供述の信用性を前提として、緊急避難の成立を肯定している。

「現在の危難」について、「本件けん銃が人を殺傷する機能を備えた状態にあったことを否定する事情もなく、被告人の供述する状況下では、被告人の生命及び身体に対する危険が切迫していたこと、すなわち、現在の危難が存在したことは明らかというべきである」。

「やむを得ずにした行為」について、「覚せい剤の影響下にあった捜査対象者が、けん銃を被告人の頭部に突き付けて、目の前で覚せい剤を使用することを要求したというのであるから、被告人の生命及び身体に対する危険の切迫度は大きく、深夜、相手の所属する暴力団事務所の室内に2人しかいないという状況にあったことも考慮すると、被告人が生命や身体に危害を加えられることなくその場を離れるためには、覚せい剤を使用する以外に他に取り得る現実的な方法はなかったと考えざるを得ない。」また、「本件において危難にさらされていた法益の重大性、危難の切迫度の大きさ、避難行為は覚せい剤を自己の身体に注射するというものであることのほか、本件において被告人が捜査対象者に接触した経緯、動機、捜査対象者による本件強要行為が被告人に予測可能であったとはいえないこと等に照らすと、本件において被告人が覚せい剤を使用した行為が、条理上肯定できないものとはいえない。」

よって、「被告人の覚せい剤使用行為により生じた害が、避けようとした被告人の生命及び身体に対する害の程度を超えないことも明らかであるから、被告人の本件覚せい剤使用行為は、結局、刑法37条1項本文の緊急避難に該当し、罪とならない場合に当たる。」

この判例も、「37条1項本文の要件の通常通りの解釈による検討がなされ、強要緊急避難であることはその判断に影響していない」。筆者は優越的な法益を保護する場合にも、この見解を認める。しかし、本事案は、侵害される法益が個人的法益でないことにより、「個人的法益以外の法益を救助するための正当防衛を認めることに消極的な一般の理解を前提とすれば、この論拠はほとんど意義を持ち得ない」[32]とすることも注意すべきであろう。

3　まとめ

もし、「現在の危難」がないとか、「法益権衡」、あるいは「補充性」の要件を具備していないとして緊急避難としての違法阻却が認められなかった行為について、さらに期待可能性がないとして責任阻却が認められる余地が残されているであろうか[33]。

しかし、まだ疑問が残っている。例えば、強制による行為を責任阻却事由ではなく、違法阻却事由にする理由は何であろうか？強制による行為と一般的な緊急避難と同一視されるべきでろうか？強制による行為の場合には、生命対生命の状況にも緊急避難が成立するか？期待可能性理論の適用は、一体どのような「極めて例外的な場合」に限られるか？「超法規的な責任阻却事由とされる期待可能性不存在を理由として、責任阻却を問題にする必要もなかったということになろう」か？

以上の問題を持って、日本の学説から強制による行為について検討を展開してみよう。

第2節　強制による行為をめぐる学説の動向

第1款　違法阻却否定説からの批判

違法阻却否定説（責任阻却説ともいえる）からは、前記のように二つのルートから違法性阻却説に対し批判が加えられている。井上教授も「免責規定の欠缺を補うべく、緊急状態における責任要件の精確化を図る」が、現行法上免責規定がないうちは強要による緊急避難の解決は「不可罰的違法阻却」の「折衷説」に求められる。以下、特に橋田教授と松宮教授の観点から違法性阻却否定説の理由を検討してみよう。

1　橋田教授を代表とする期待不可能性に基づく責任阻却説[34]

（1）「強制による行為」の特殊構造

まず、一般的緊急避難の「背後者」は避難行為者に対する攻撃のみ罪責を負うに対し、強制による行為の背後者は被強制者に対する強要罪と被害者に対する犯罪の罪責にも負うべきである。

次に、一般的緊急避難の被害者は事前に明確でないのに対し、強制による行為の被害者は事前に明確でありかつ背後者によって恣意的に指定される。

最後に、強要者の意思に屈伏する場合に、被強制者は「不法に加担して」おり、背後者と「不可分の一体」であるとされる。

（2）背後者の罪責

強制された行為は「自手犯あるいは身分犯の場合」には、背後者が「間接正犯にはなりえない」。この場合には、背後者を教唆犯として処罰もできる。しかし、違法阻却説を採れば、通説の制限従属性説から緊急避難としての被強制行為は適法である以上、違法の連帯性から背後者も教唆犯として処罰できなくなる。よって、強制による行為については違法阻却を否定すべきであろう。

（3）緊急避難の社会連帯義務

強制による行為の場合には、被強制者は「不法に加担」することから、被害者の社会連帯義務が否定される。強制による行為は法益権衡を満たしても、緊急避難に当たらないであろう[35]。

（4）被害者の正当防衛権

被強制者が背後者の犯罪行為に加担する道具として、「不可分の一体」であることから、被害者にとって背後者が直接に被害者を攻撃する場合と被強制者を利用して攻撃する場合と異なるところはないといえる。同じ犯罪行為に対し、被害者の正当防衛権を肯定される。

そして、もし被害者の正当防衛権を否認すれば、背後者は被害者の正当防衛を排除するために、強制による行為を濫用する可能性も否定できない。法秩序を維持するために、被害者の正当防衛権が認められるべきである。

2　松宮教授を代表とする免責的緊急避難論[36]

被強制者の行為を正当化できないことを説得するために、松宮教授は二つの例を挙げている。

【事例1】Xは、Aに自分の未成年の娘Bを人質に取られて、銀行強盗を強制された。警察に通報したりAに抵抗したりしてBを無事に救出することは不可能な状況であり、XとしてはBの命を助けるためには命令に従うしかなかった。しかし、Xが襲った銀行のガードマンYは、Xがそのような状況にあることを承知しながらも、隙をみてXを強盗（未遂）の現行犯として逮捕したため、BはAに殺害された。

【事例2】Xは、Aに自分の未成年の娘Bを人質に取られて、女性のハンドバッグをひったくるよう強制された。警察に通報したりAに抵抗したりしてBを無事に救出することは不可能な状況であり、XとしてはBの命を助けるためには命令に従うしかなかった。しかし、Xが襲った女性Yは、Xがに抵抗してハンドバッグの奪取を防ぎ、かつ、Xが事情を話して哀願したにもかかわらず彼を現行犯逮捕して警察に引き渡した。そのため、BはAに殺害された。

（1）もしXの行為は正当化できれば、Yの逮捕行為は違法な逮捕とする。また、Yは「B殺害の共犯ないし同時犯あるいは、考え方によっては、『正犯の背後の正犯』となってしまう」。

（2）Yの抵抗は、自分の財産に対する侵害を避けるためにBの生命を侵害する結果をもたらす。Yの抵抗は「法益権衡」を超えて緊急避難として成立できない。もしXの行為は正当化になると、Yは緊急避難をする可能性もなくなるであろう。よって、Yは危難を甘受しなければならないことは不都合であろう。

（3）銀行強盗の場合、強盗行為によって身体に対する危難も存在するが、強制の事情を知る以上おとなしくXの要求に従って金を引き渡せば危

険はないのであるから、財産だけを侵害するとする。

緊急避難の「違法性阻却一元説」は、「無関係な個人が犠牲を強いられる根拠を、個人の自律を基本原則とする自由主義および個人の尊重の考え方から離れたところに求めている」ことから、緊急避難は違法性阻却事由ではなく、可罰的違法性阻却事由あるいは責任阻却事由とみなされるべきである。

第２款　違法阻却説の再検討

違法阻却説の論者はほぼ強制による行為を一般的緊急避難と区別しないで、緊急避難の要件を充たす場合に、強制による行為も緊急避難として認めている。以下、責任阻却説に対する批判と違法阻却否定説に対する対応を検討している。

１　期待可能性理論の適用可能性

日本の判例上、期待可能性不存在は超法規的責任阻却事由と認められているが、期待不可能性による責任阻却をほとんど認めない[37]ため、実務上の意味は失われているかもしれない[38]。

戦後の下級審判例は、期待可能性理論を承認しており、明確に期待可能性がなかったことを理由に無罪を言い渡した例も少なくないが、ほぼ経済統制法規違反事件、労働・公安事件である。安楽死について、違法性は阻却されないし、期待可能性もなかったとはいえないとしたものがある（高知地裁平2・9・17判タ742号224頁）。

最高裁判例は、期待可能性の不存在から無罪とした原審を支持したものがあるとはいえ（例えば、三友炭坑事件）、期待可能性という理由で無罪を言い渡した例も見当たらない。むしろ、期待可能性の欠如から無罪とした控訴審判決を破棄する最高裁判決が少なくない[39]。最高裁の態度は、「原審の無罪判決を維持するか否かを問わず、期待可能性をめぐる主張に答えていない点で、極めて消極的なものであって、極力その判断を回避してきたといっても過言でない」[40]。

２　過剰避難の適用と責任阻却

強制による行為に対する明文上の責任規定の欠如を補うため、刑法37条但書過剰避難の規定の『刑の免除』を責任阻却事由とみなすことを主張する見解[41]もある。

しかし、通説によると、過剰避難は本来から責任減少の性質も持つが、責任阻却までには至らないであろう。刑の免除が認められても、有罪判決として法的不利益を完全に解消できない以上、過剰避難と責任阻却は区別されるべきである。

３　橋田教授の批判に対する対応

（１）「強制による行為」の特殊構造

強制による行為と一般的な緊急避難の区別は認められなければならないと思われる。しかし、背後者が被強制者を利用して恣意的に犯罪を行うことは、すべて背後者が自身の意思による犯罪目的の実現にほかならない。被強制者は背後者の「道具」として認められるが、「不法に加担」するという自律的要素と両立できない[42]。間接正犯の行為が道具に帰属されることは不合理であろう。

通常の緊急避難においても、避難行為者は危難招致者の「不法に屈して不法に加担した」ことになる。例えば、「強盗犯人Xから身を守るため、Yがやむを得ず第三者Zの法益を侵害した」という緊急避難の典型的な事例においても、Xがひそかに Z に生ずる法益の侵害を意図していたとすると、Yは不法に加担し法秩序の侵害を引き起こしたことになるが、だからといって緊急避難の成立を制限することは妥当ではない[43]。

もし補充性が認められれば、強制の場合には被強制者が強要された行為を行うことは危難を避けるための唯一の手段であろう。背後者は二つの犯罪行為をする以上、被強制者も背後者の第一犯行の犯罪意思から逃れ、犯罪者のにより脅かされる危害を避けるよう努力している。強要罪による被強制者の唯一の保護手段として「強制による行為」も緊急避難に当たるとするのであろう[44]。

被強制者も背後者の行為の被害者であるという側面を看過できない。「背後者による犯罪の抑止

は犯罪者の処罰によって達成されるべきもので、『背後者の被害者』である被強要者の罪責にとっては無関係であるはずのこうした考慮を被強要者の可罰性判断にストレートに、しかもその不利益に取り込むとこは問題である」[45]。

（2）背後者の罪責

普通の場合には、強制による行為の背後者は適法行為を利用する間接正犯として処罰できるが、自手犯、身分犯の場合には確かに問題がないとはいえない。

しかし、自手犯、身分犯の場合にも、背後者の恣意性と行為支配性は通常の場合と同じであろう。この場合だけ間接正犯として処罰できないのであれば、やはり適法行為を利用する間接正犯と共犯理論の問題であろう。

そして、もし最小限従属性説[46]（または限縮的正犯説[47]）を採れば[48]、共犯は正犯の構成要件該当行為のみに従属し、正当行為を利用した教唆犯が成立することができる。

（3）緊急避難の社会連帯義務

違法阻却一元説の論拠が社会功利主義に求められるので、社会連帯原理は緊急避難の根拠と扱われ得ないと思われる。特に橋田教授によると、「被害者の社会連帯義務を認めるべきではない場合」として「高価な着物を濡らさぬため、粗末な服を着た人の傘を奪う」場合を例として挙げている。しかし、この場合にも、緊急避難の違法阻却一元説からみても相当性を失うことにより、緊急避難に当たらないと思われる。「社会連帯義務」は「相当性」を充たす場合には認められるといえるのであろうか[49]。

そして、もし社会連帯義務が肯定されれば、強制による行為は被強制者と被害者の保護のバランスをとるべきである。被強制者と被害者とも背後者から恣意的に扱われる者として、被害者の保護により被強制者の保護を奪うことも法秩序を混乱に陥れるであろう。

（4）被害者の正当防衛権

被害者の正当防衛権を確保しなければならないが、被害者の正当防衛により被強制者の要保護性も失われたことになる。

まず、「法共同体においては自らに切迫した危難は自ら引き受けるべきであることを要求し、これを無関係の第三者に転嫁する権限を一切否定することになりかねず、緊急避難の成立一般を否定することにつながるおそれがあろう」[50]。

次に、被害者から見れば、脅迫を原因とする危難でも別の危難でも特段の違いはなく、被害者を特殊に保護する必要はない。「強制による行為に対して緊急避難を肯定することに抵抗感があるとすれば、それは緊急避難論自体に内包する問題が強制事例を通して顕在化したにすぎない」であろう[51]。

そして、背後者は強制による行為を濫用するのに対し、被害者の正当防衛権があるか否かは犯罪を行う背後者に対して意味はないであろう。自分が防衛行為または逮捕の直接対象になりたくない背後者にとっては、正当防衛を甘受しなければならない被強制者を打倒することと犯罪の実現両方が共倒れになることを期待しているかもしれない。被害者の正当防衛権には、背後者にとって威嚇的作用はなく、かつ強制行為を濫用することを防止できない[52]と思われる。

最後に、被強制者にとって、もし、被強制者が背後者に対して正当防衛ができれば、それは「強制による行為」に当たらないのであろう。「強制による行為」の被強制者はもっぱら背後者の支配に置かれているはずであろう。よって、正当化できる「強制による行為」の場合、被強制者の防衛手段は被害者に対する攻撃的緊急避難しか存在しないのに対し、被害者には被強制者に対する防禦的緊急避難も第三者に対する攻撃的緊急避難も認められる。被害者の保護は被強制者の保護より不十分ではないといえる。

違法阻却説から被害者に対し防禦的緊急避難が認められる他にも、被強制者の事情を知らなかった限り、錯誤として処理し得ると思われる。その

時被害者は被強制者が自分の犯罪行為を実行していると誤想して、反撃行為は誤想防衛として扱われるべきである。被害者にとって緊急避難と誤想防衛による無罪にする可能性は極めて多いと言えるが、すべての場合には正当防衛を完全に否定するのは合理的であろうか[53]。この問題について、後述の「強制による緊急避難」に検討している。

（5）幇助犯の可罰性

背後者に間接正犯が認められる場合に、犯罪行為を幇助する者は、被強制者ではなく背後者に対する幇助犯が成立し得るといえる。この場合、違法阻却説からも責任阻却説からも幇助犯として処罰できる。

しかし、もし背後者の犯罪行為ではなく被強制者の強要される行為を幇助する者にについてはどのように処理すべきであろうか。例えば、「銀行強盗と娘の命」の事例において、被強制者の友達Aは事情を知る上に、被強制者の娘を救うために被強制者の強盗行為を幇助していた。責任阻却説からAは違法な行為を幇助すること以上、犯罪になることに対し、違法阻却説からAは緊急避難行為を幇助することから、幇助犯になりえない。この場合に、Aは犯罪に関与したくないことを前提にして、Aを幇助犯として処罰することは不合理であろう。

4　松宮教授の見解に対する検討

2つ事例において、Yは構成要件該当する行為を逮捕し、あるいはXの緊急避難行為に対する緊急避難としての逮捕を行うことにより、Yの行為は違法な逮捕とはいえない。特に「Yの抵抗は、自分の財産に対する侵害を避けるためにBの生命を侵害する結果をもたらす」とする論拠に対し、Yの緊急避難としての逮捕行為はBの生命を侵害することではなく、Xの自由を侵害するだけである。YはXとBに対する救助義務を負わない以上、Bの死亡に対する罪責を取らないのであろう。もし松宮教授の論拠に従って、緊急避難者が自己の生命を保護するために、第三者の財産、自由または身体に侵害をもたらす緊急避難行為は、第三者の保護法益が命より価値低いので、第三者が攻撃的緊急避難を行うことが禁止されている。さもないと、第三者は緊急避難者の命に対する罪責を負うべきこととなり、このような不都合な事情を生じるのであろう。よって、事例1と事例2のYはXの緊急避難行為に対する緊急避難と認められるから、誤想防衛を適用しなくても、攻撃的緊急避難が成立し得ると思われる。

そして、客観的に見れば、銀行強盗を実行するXは一般的には危険を感じるはずであり、凶器を持っている以上、他人の生命と身体に対する危険性を否定できないと思われる。そして、Xの自由を制限する緊急避難は相当性、補充性と法益権衡等要件を充たすと思われる。事例2について、警察に引き渡した後に、警察はBとXの保護義務がある以上、Bの救出に対する作為義務を負うべきである。しかし、これは別の問題であろう。

5　まとめ

強制による行為の独自性を否定する立場から、「強制」による行為を「適法行為利用の違法行為」として論じる見解が主張されている。よって、強制による行為は、基本的には刑法37条規定の緊急避難として、その成立要件をみたすかぎりで、違法阻却され不可罰とされるが、緊急避難の成立要件がみたされないために違法性が阻却されない場合にも、極めて例外的に、さらに期待可能性不存在を理由とする超法規的な責任阻却が可能となる。

背後者は原則として適法行為を利用する間接正犯と認められる。しかし、強制による行為の独自性を否定することに疑問が残っていると思われる。

第３節　強要緊急避難の再構築――結論に代えて

「強要緊急避難」は、正当化できる「強制による行為」を指している。前述の通り、「強要緊急避難」は一般的緊急避難と区別すべきである。以下「強要緊急避難」の独自性と適用を検討してみよう。

第１款　「強要緊急避難」の独自性[54]

まず、背後者が自分を利用して犯罪目的を実現することは承知している。犯罪行為に対する認識を認められなければならない。よって、被強制者の非難可能性は完全にゼロとはいえないと思われる。

次に、一般的緊急避難の場合には、避難行為に関する事前準備がなくて、避難行為者と被害者双方とも緊急かつ突然な状態に置かれている。しかし、「強要緊急避難」の場合には、背後者により犯罪手段、方法ないし犯罪工具等の準備がなされているので、完全に無準備の被害者と比べて被強制者は優越的な位置を取得している。

第２款　「強要緊急避難」の適用

前の論述からみて、「強要緊急避難」の適用問題は、被強制者保護と被害者保護とのバランスに求められるべきである[55]。

違法性阻却一元説から、一般的緊急避難において、法益同価値の場合には社会全体に対する有用な行動でないが、「積極的なマイナスがない」以上「中間行為」として扱われるべきであろう。しかし、「強要緊急避難」において、被強制者が保護する法益と被害者が侵害される法益が同じ価値の場合には、被強制者は被害者に対する侵害法益のみならず、背後者の犯罪を実現することによる社会にとっての「積極的なマイナス」を併せ考えるべきであろう。勿論個人主義と自由主義からみて個人の法益保護と比べてこの社会秩序の損害は僅かな侵害といえる。保護法益が優越する場合には、この僅かな侵害を看過できないわけではない。しかし、法益同価値の場合には、この僅かな侵害はバランスを崩すキーポイントとなる役割を果たすかもしれない。そして、同じ保護法益の場合には、「準備万全」の被強制者に対する無準備の被害者の正当防衛権を剥奪できるわけではないのであろう。

従って、背後者の犯罪を実現することにより、保護法益同価値の場合には、「法益の権衡」という要件を満たさず、被強制者の避難行為は正当化の緊急避難とはいえないと思われる。

「オウム真理教事件」については、東京高裁の判旨と同じように、通常の場合には強制による行為は「強要緊急避難」として正当化できる。そして、強制による行為において保護法益同価値の場合には「極限的な事態」に当たり「始めて責任が阻却される」べきである。従って、緊急避難と超法規的責任阻却の適用を一応区別できるかもしれない。

第３章　中国法における強制による行為

第１節　脅従犯[56]に関する規定

中国刑法では、一応明文として強制による行為の規定が存在しているが、脅従犯の規定は共同犯罪の1つとして扱われている。

「第28条　脅迫されて犯罪に参加した者は、その犯罪の情状に応じて、その刑を減軽し、又は免除しなければならない」。

脅従犯が成立する以上、犯罪として処理されなければならない。しかし、全ての強制による行為を犯罪として扱うことは不合理であろう。そして、前述の通り、強要緊急避難の場合には、共同犯罪の成立に要求される共同の故意がない以上、共犯としては処罰できない。従って、「強要緊急避難」の場合には、脅従犯に当たらない。脅従犯は過剰避難のような性質を持っていると思われる。

そして、現在の侵害、補充性又は法益の権衡等のうち1つの要件でも欠けていれば、または脅迫された後に「不法に加担」する場合にも、脅従犯として処理し得る。脅従犯が成立可能な範囲は過剰避難より大きいと思われる。過剰避難として犯罪が成立する以上、背後者の犯罪に対する未必の故意を持っているから、共犯に要求される共同故意の要件も充足される。

以上の論述からみて、中国における「強要緊急避難」は緊急避難として、他の「強制による行為」は脅従犯として処理し得る。以下では中国の緊急避難と脅従犯をめぐる議論を検討している。

第２節　「脅従犯」にめぐる論争

第１款　「脅従犯」の語義

「脅従犯」は、旧刑法の「従犯と対比して処罰する」ことに由来しているが、現行刑法の修正により「脅従犯」は法律上の根拠を失うかもしれない。従って、「脅従犯」という言葉が今後も使われ続けるか否かは不明確である。

「従」という文字は「主従」の他に、「従順」、「服従」の意味も持っている。「脅従犯」とは「脅迫に従う犯罪を犯す者」とも言える。脅従犯が独立の共犯の一種と認められる理由は、客観上の小さな役割ではなく、犯罪の非自主性または被脅迫性に求められるべきである。

「脅従犯」という言葉を廃除し、第27条を「被脅迫犯」[57]と新たに名付けることを提唱する学者も多いが、脅従犯の概念を新たに解釈することで用語の不一致を避けることができると思われる。

第２款　刑法第28条の法的性質に関する議論

１　共犯の一種類としての伝統的脅従犯説

「脅従犯の独立の共犯種類としての法的性質は中国刑法理論の独創的なもの」である[58]。伝統的脅従犯説によれば、脅従犯が成立する条件は、主観的に脅迫を受けることと、客観的に犯罪に対する作用が従犯より小さい（又は同じ作用）ことの両方が必要となる。

共同犯罪の役割分類法により、共同犯罪者の役割に応じて主犯・従犯・脅従犯に分けられる。主犯と従犯と比べて、脅従犯の役割が一番小さい。この3つの共犯種類は犯罪の役割により統一でき、ロジックに適っている[59]。主観上の脅迫されることを認められる以上、犯罪の役割は絶対に重要とはいえない。

２　法定量刑事情説

最近、脅従犯という概念を廃除し、単なる法定量刑事情にする学者も少なくない[60]。

まず、刑法は主犯と従犯の定義を明確に定めているが、脅従犯の定義がないことから、刑法第28条と刑法26条、刑法27条とは分離して扱われるべきである。

次に、主犯と従犯は全ての共犯の種類を含むべきである。「脅従犯は『余計な』共犯種類として、廃除すべきである」[61]。

さらに、「脅従犯」の役割は絶対に従犯より小さいとはいえないから、「脅従犯」の量刑が問題になる。実務における強制による行為の役割は従犯と区別する基準がない。「脅従犯」が従犯ないし主犯になる可能性も否認できない[62]。

刑法28条は中国刑法の量刑制度に含まれ、累犯・自首・罪数等と並んでいる。「時間からみて、刑罰の裁量は犯罪前、犯罪後、裁判中と執行中に犯罪人の表現に応じて、犯罪者の量刑と刑罰の執行に影響できる諸事由である。脅迫は『犯罪中』に影響を及ぼす事実として、量刑の体系において時間上の一貫性を維持できる」[63]。そして、「社会的危害性の見方から、累犯はもっと多くの主観悪意と人身危険性を理由として重く処罰することに対して、脅迫による犯罪はもっと小さな主観悪意と人身危険性を理由として軽く処罰すべきである。即ち、脅迫による犯罪と累犯は相互に対称的である。よって、中国の量刑体系に人情を加味して、完備な体系構造を実現できる」[64]。

３　共犯の一種類としての新脅従犯説

伝統的共犯分類が脅従犯を役割分類法の一種類として主犯と従犯と並んで規定されているとすることには疑問が残っているが、刑法の体系解釈により、もし26条、27条、29条は主犯、従犯、脅従犯の3つの共犯種類を規定しているとすれば、28条は共犯から分離する可能性がなくなると思われる。従って、刑法28条は共犯の一類型として扱われなければならない。伝統的共犯の分類には、役割分類法と分業分類法がある。新脅従犯説はもう1つの主観意思分類法を加えている[65]。

「脅従」の従犯と「脅従」の主犯両方とも存在している。主観面だけで主犯を成立する可能性を廃除することは独断に過ぎるのではないであろうか。脅従犯は主犯・従犯から離れる以上、まずは客観から「犯罪の情状」を判断した後に、脅迫を

理由にその刑を減免する。

よって、28条は依然として独立の共犯種類であり、客観面と主観面を区別して、脅迫による主犯と脅迫による従犯に分けている。

第３節　強制による行為をめぐる議論

第１款　強制による行為に関する学説

１　脅従犯説

「中国刑法典においては、脅迫の程度を区分して犯罪阻却事由を成立させる規定がない。むしろ、強制による行為と脅従犯とはイコールである。実務上でも、脅迫という状況がある以上、脅迫の強度にかかわらず、脅従犯を成立させるべきであり、そして刑を減軽・免除する」。[66]

しかし、重度な脅迫による自分の法益の侵害を甘受することは一般人にとっても受け入れ難い。よって、強制による行為は単に脅従犯として処罰することにより、脅迫の程度・内容等に応じて脅従犯と緊急避難を区別するべきである。

２　意思喪失説

高度な強制による行為の場合に、行為者は自分の行動を選択する能力を失い、刑事無責任者と同様に扱われるべきである。被脅迫者には犯罪意図がないから、主観の過失がないとはいえないが、犯罪に要求される罪過に達しない。そして、被脅迫者には人身危険性もないから、刑罰を科す必要性がない[67]。

意思喪失説は日本の「非行為説」に似ている。背後者の脅迫は心理的な圧力である以上、少なくとも自分が危険を甘受する選択肢が残っている。よって、完全に責任能力を喪失したとはいえない。

３　緊急避難と脅従犯説[68]

緊急避難の規定は自然からの危険と他人からの危険両方を含むから、強制による行為も緊急避難に当たる可能性がある。「行為者が自己または自己と密接な関係にある者の身体または生命の危険を回避するために、優越的な利益を保護する場合には、緊急避難として処理されうる。もし法益の権衡を失ったら、過剰避難として刑を減免する」[69]。

現行刑法の下では、強制による行為については条件を充たす限り緊急避難が成立し得る。しかし、強制による行為を緊急避難と過剰避難にすることは、刑法28条を不当に制限する。緊急避難の成立条件が充たされない場合には、過剰避難ではなく、脅従犯にするべきである。

４　期待可能性論

中国刑法は期待可能性論を導入していなかったが、学説だけではなく[70]、実務にも大きな影響を与えている[71]。「強制による行為は緊急避難と違って、理論根拠が法益の権衡ではなく、行為期待不可能性に求めるべきである」[72]。しかし、期待可能性論を主張する学説は刑を減免する程度までは認められるが、犯罪を排除できないとする[73]。

近年、激情犯の理論を支持する論説は社会から大きな批判を受けていた。犯罪者の主観事情による犯罪を容赦することは中国社会の「人殺しは命をもって償う」こと、すなわち重刑主義に反する。

５　まとめ

単純の脅従犯説は無罪にする可能性がなく、全ての強制による行為を犯罪とすることは不合理であろう。意志喪失説は日本の非行為説と類似している。強制による行為は主観から強力な制限を受けるといえるが、もし完全な意志喪失になれば、これは内面的物理的強制になり、不可抗力または心神喪失により処理し得ると思われる。そして、期待可能性論は責任論が中国において導入されていない以上、単純に主観的側面から無罪にすることは現在の中国刑法にとって不可能であろう。期待可能性論を採用して、免責より量刑事情として刑の減免に求める可能性の方が大きいと言える。よって、脅従犯と緊急避難を統合することが強制による行為の適切な処理方法であろう。強制による行為は、共同行為→構成要件→共同犯罪→緊急避難（違法性阻却）→脅従犯（責任減少）→処罰を減軽し又は免除するというルートを取られている。これも「入罪→免罪→減刑」という順番に当

たると思われる。

第２款　緊急避難（過剰避難）と脅従犯の関係

１　緊急避難と脅従犯

処罰を減軽または免除する脅従犯と適法行為としての緊急避難は寛大な刑事政策を体現する。しかし、適法行為として処理されうる強制による行為と犯罪として扱われることは原則的な区別が存在している。緊急避難と脅従犯は互いに無関係であると主張する学者は少なくない。

日本の緊急避難と類似する中国刑法の規定においても、強要緊急避難が成立し得る。そして、脅従犯は「強要による犯罪行為」としての責任減軽事由である。同じく責任減軽事由としての過剰避難は脅従犯と性質が一致しているから、緊急避難と脅従犯の関係は、やはり過剰避難と脅従犯との関係に求めるべきである。

２　過剰避難と脅従犯

刑法21条2款過剰避難の処罰規定は「その刑を減軽し、又は免除しなければならない」とする。28条脅従犯の処罰規定も「その刑を減軽し、又は免除しなければならない」とする。よって、「強要による過剰避難の時に、脅従犯が成立する。被強制者は避難の限度を超えて、過剰避難の限度で犯罪の故意を認められる。この過剰避難の故意の限度で、背後者と一緒に共同の故意犯を成立させる」[74]。従って、脅従犯は過剰避難のような性質を持っていると思われる。

しかし、脅従犯が成立可能な範囲は過剰避難より大きいと思われる[75]。脅従犯の場合には、他人の脅迫は現在の危険に限らず、将来の危険でも成立し得る。従って、脅従犯の規定は２つの意味を持っている。

①脅従犯は強要による過剰避難の特殊規定として、即ち保護法益が優越するとは言えない又は補充性が充たされない場合には、過剰避難の規定より脅従犯の規定が優先的に適用されるべきである。

②現在性が充たされない場合、強制された行為に積極的に「加担」する場合又は軽微な脅迫等の場合には、脅従犯の規定を適用し社会的危害性の減少により刑を減軽し又は免除することができる。

３　まとめ

他人の脅迫がある場合に、まず強要緊急避難の適用を検討して、もし緊急避難の成立要件を満たさない場合には、脅従犯の規定が過剰避難の規定より優先的に適用される。

そして、中国刑法では、法益同価値の場合には緊急避難が成立し難いから、例えば生命対生命の場合には、脅従犯にする可能性が高い。しかし、実務から見れば、起訴便宜主義を利用して不起訴にする事例もあるから、日本と同様に緊急避難と起訴便宜主義の活用により、強制による行為を無罪にすることができる。そして、中国は刑の減免事由の範囲をもっと拡大している。

差異＼分類	脅従犯	強要緊急避難
危険の現在性	現在の危難または将来の悪害	現在の危難
主観的側面	意思は（一般的に又は厳しく）強制された	意思は厳しく制限された
法的性質	共犯の一種類	違法阻却事由（正当化事由）
刑事責任	刑を減軽し又は免除する	刑事責任を負わない
補充性	必要な要件ではない	やむを得ずにした行為

第４節　判例における強制による行為

１　被強制者を不処理にする強要殺人事件

（１）判例

［１］2015年富豪略取強要殺人事件[76]

【事実の概要】2015年11月10日、社長であるYはXらに略取されて、ピストルを頭に突きつけられたため、1億元の身代金支払いに同意した。お金と警察に通報しないことを確保するために、Xらはもう一人の被監禁者Aを殺害することをYに強要した。Yは釈放された翌日に警察に自首した。

【検察の意見】Xらは略取罪、殺人罪と銃器不法所持罪で起訴したが、Yは共犯ではなく、別件で処理するべきである。

【裁判所の対処】Yは別件で処理するが、実際に被害者として刑事責任を追及されなかった。

（２）小括

この事案で、被強制者は生命に対する現在の危険を受けたが、自分を犠牲にする選択が残っていたから、絶対的な強制とはいえない[77]。しかし、緊急避難も自分を犠牲する選択が残るから、強制による行為は緊急避難より不当に制限されるべきではない。

そして、犯人は身代金を要求するから、実際にはYを殺害することが不可能であると主張する学者もいる。しかし、これは事後からの推断であり、犯罪者と渡り合うことを要求するのは一般人より厳しいであろう。

この事案が大きな議論になる理由は、被強制者が裕福であるからであり、「特権階級は特権を理由する」ことから、社会の公正を破壊するかもしれない。

２　被強制者を不起訴にする強要殺人事件

（１）判例

［２］ホステス略取強要殺人事件[78]

【事実の概要】XらはホステスのA、B、C三人を監禁した。金をもうけるために、XらはAらに売春を強制した。2017年3月20日、Xらは「三人のうち一人を殺さなければならない」と言った。くじを引いたことにより、Cを殺されることになった。XらはAとBの手を捕まえて、一緒にCを殺害した。

【検察の決定】「二人は手を捕まえられて、殺人を強制された。これは自分を保護するために行ったことであった。二人は脅従犯であり、自首という功績があることを併せて考え」て、昆明市中級人民検察院はAとBを不起訴にした。

（２）小括

被強制者の主観悪意が低いが、軽微な犯罪または社会危害性が低いとはいえないから、不起訴にすることは検察官の職権を越えており、無罪にするか否かは裁判所の判決に求めるべきである[79]。

事案2を担当した検察官によると、強要された二人は「犯罪情状程度が低く、そして、犯罪が軽微か否かの犯罪基準は犯罪の結果だけではなく、犯罪の手段・対象・危害性・動機・目的等状況と容疑者の年齢、表現等総合的に評価するべきである。本案の被強制者は犯罪の情状が軽微と認められる」とする。そして、刑事訴訟法により、「刑法による刑罰を言い渡す必要がない時、または刑罰を免除できる時」に、不起訴とすることは合理的である。

不起訴にする理由の1つとして法益の権衡を含むべきであると思われる。法益同価値の場合には緊急避難として正当化できず、そして生命は量的に加算できない。しかし、少数人の生命を犠牲して多数人の命を守ることは実際に社会に対する有利なことと認められるべきである。本事件は、二人の命を守るために、一人の命を放棄したことから、法益の権衡を満たす可能性も否認できない。

３　脅従犯になる強要殺人事件

（１）判例

［３］性奴隷強要殺人事件[80]

【事実の概要】2009年から2011年9月まで、洛陽市技術監督局の勤め人であったXは女性をコントロールして猥褻なビデオを作った。6人の女性が地下室に監禁されて長期の性的暴行を受けて性奴隷になった。Xから「もし殺人を行わなければ、ご飯を与えない」という脅迫を受けて、Yら3人が他

の2名の女性を殺した。

【判旨】洛陽市中級人民法院により、「被告人Yら3人は故意殺人罪を成立した。三人がXの監禁または脅迫を受けて犯罪を実行したから、脅従犯として刑を減軽する」。結果として、2名の女性を殺した者には三年の有期懲役を言い渡した。1名の女性を殺した者は執行猶予三年を言い渡した。

（2）小括

判例3は、事案2と同じく、多数人を保護するために少数人を犠牲した。異なる点は、脅迫されて殺人した時に、物理的な強力がない点であると思われる。しかし、長期間の監禁と虐待を受けた被強制者たちは、非常なストレスを受けて、一般人として認められない。物理的な強力がなくても、高度な強制といえる。そして、被強制者たちはストックホルム症候群による刑事責任能力を否定できるという議論もある。

しかし、「ご飯を与えない」ことは現在性を満たすか否かについての議論が活発的であった。中国人民大学の馮軍教授を代表として、この判決を支持して、「中国の実務に重要な意味を持っている」とされる。そして、心理的なストレスは責任阻却事由がない中国で量刑事由として扱われるべきであることから、本判例を支持する学者が多いと言える。

4　緊急避難（過剰避難）と脅従犯の関係に関する事案

（1）判例

［4］緊急避難を否定する事案[81]

【事実の概要】Xらは文物を密輸するために、建築材料の運送を詐称して知り合いのYに頼んでいた。Yは文物を発見した後に、拒否したかった。しかし、Xらはナイフを持って、「もし貨物を運搬しなければ、君を殺す」と言った。Yは強制により文物を密輸した。

【判旨】Yは死亡の重度な脅迫による犯罪を行って、犯罪中に副次的な役割を果たしたから、脅従犯として刑を免除する。

［5］「法益の権衡」の欠如により過剰避難とする事案[82]

【事実の概要】2017年5月25日、AはXらからの追い打ちにより、川に飛び込んだ。Aは船の縄を掴んでいたが、船主YはAはを救助しようとした。しかし、XらはスパナをYの頭に突きつけた。Xらは「早く縄を解け。そうしないと、きみの頭を叩き壊すぞ」とYに脅迫した。Yは縄を解いたため、Aが溺死した。

【判旨】Yは縄を解いたことにより、Aの救助手段を失わせ、Aの死亡の結果をもたらした。よって、Yは故意で殺人した。YはXらの暴力により脅迫され、犯罪を実行することが自分の命を保護する手段であった。その殺人行為は避難行為の性質があったが、命を助けるために人を犠牲することが緊急避難の限度を超えて、過剰避難になった。Yは過剰避難として刑を免除する。

（2）小括

判例4では、陳興良教授によると、「①重度脅迫は、本人または親族を殺害することによる脅迫である。中国刑法において、殺害の脅迫による犯罪は刑事責任を阻却できないが、常に刑を免除できる。②中度脅迫は、重傷または軽傷の脅迫である。この場合に、被強制者は犯罪の役割に応じて、刑を減軽または免除する。③軽度な脅迫は、財産の損害またはプライバシーの暴露による脅迫である。刑を減軽するべきである」[83]。よって、脅従犯は全ての強制による行為を含めて、緊急避難の適用を排除する。

しかし、刑を免除することは無罪と同視できない。重度な脅迫でも犯罪として処罰することは一般の人に厳しすぎる。よって、現在の刑法理論と実務には、強要緊急避難を認められる。

判例5は強要緊急避難の適用を考慮したが、法益の権衡を失ったから、過剰避難になった。しかし、2つの論点がある。①生命の脅迫による殺人については、緊急避難は成立しないが、前の判例のように不起訴にする可能性も存在している。もし、本案が不起訴にすることも不可能であるなら、これは生命の量的な権衡に求めるべきであ

る。すなわち、不起訴にする場合には、多数人の命が保護することが要求される。

②過剰避難と脅従犯の関係についてはまだ議論がある。前記のように、脅従犯は過剰避難の特殊規定として、過剰避難の規定より脅従犯の規定が優先的に適用されるべきであると思われる。

5　言語上の脅迫

（1）判例

［6］学園騒動挑発事件[84]

【事実の概要】2011年3月29日、XらはXの彼氏が高校生Yに奪われたため、Yを殴打していじめた。4月1日、Xらは高校生Aが自分の悪事を告発したため、Aをいじめた。XらはAをいじめることをYに要求した。Yは口頭での脅迫によりいじめを行った。

【判旨】Yがいじめを行った際、単に言語上の脅迫をうけたにすぎず、高度な脅迫を受けたとはいえない。よって、口頭の脅迫は脅従犯になる程度の脅迫までには至らない。Yは騒動挑発罪の脅従犯になるわけではないが、客観上の小さい役割による従犯として刑を減軽できる。

［7］（2014）石刑初字第347号：未成年集団強盗事件

【事実の概要】YはXらと一緒に三回強盗を行った。Yは第一回目には自主参加したが、第二、三回目についてはXらの口頭脅迫により、強盗の参加を強要された。

【判旨】全ての被告人は未成年であるから、刑を減軽する。そして、Yは脅迫による第二、三回目の強盗に参加したことにより、脅従犯として刑を減軽するべきである。

（2）小括

判例10と11は言語上の脅迫により犯罪を行っており、二人の被強制者とも未成年であった。よって、実務上単なる言語上の脅迫が脅従犯を成立させるか否かに対して、異なる判断が存在していた。特に判例12において、Yは最初に自発的に犯罪集団に参加したから、自分の脅迫状態に対する責任が存在していた。そして、判例11の被強制者が同じのいじめの被害者として、もしAをいじめなければ、自分がいじめられる可能性が高いといえる。危険の程度と現在性は判例12の場合によりかなり高いと思われる。よって、判例11の場合にも、被強制者は脅従犯として処理されうる。

6　まとめ

以上の判例によると、強制による行為における脅従犯と緊急避難との関係が明らかになる。すなわち、筆者の意見と同じく、緊急避難を満たさない場合には、過剰避難ではなく、脅従犯として扱われるべきである。

しかし、強要殺人事件の被強要者に対して、①被害者として不処理とすること、②脅従犯として軽微な犯罪であるから、不起訴にすること、③脅従犯として刑を減軽または免除すること、の3つに分かれている。

脅迫の程度に対する要求も一致していない。例えば同様に口頭脅迫の場合に、脅従犯の適用の有無が分かれている。

その中でも強要殺人事件について矛盾する処理結果は社会に大きな影響を与える。生命に関する法益の権衡は、常に量的に検討するべきであるが、実際に適用する時に、一致性を保持し難い。同様に一人の生命を保護するために一人を犠牲する場合に、この判例は脅従犯として刑を免除することに対して、判例1は被害者として不処理とした。同様に多数人の生命を守るために、少数人を犠牲する場合には、判例2が不起訴にするが、判例3は脅従犯として処罰する。しかし、判例3には危険の現在性が欠けるから、不合理とは言えない。

要するに、衝突している生命法益が量的に相等する場合に、強要殺人に対する結論が問題になる。日本の場合、超法規的責任阻却事由が成立し得るから、不起訴と併せて実際に無罪または不処罰にする可能性がある。アメリカの場合、強制は免責的な抗弁として厳格な法益の権衡を要求しない。

中国では単に不起訴とすることに求めている

が、無罪にする理論根拠は実際にない。責任阻却事由が認められないことと、法益同価値の場合に緊急避難が成立し得ないことと併せて考えて、強制殺人事件は脅従犯として扱われなければならない。

結論としては、①多数人の生命を保護するために少数人の命を犠牲する場合、緊急避難が成立し得ると思われる。②同じの数の命が衝突する場合には、緊急避難が成立し得ないから脅従犯として処理されうる。情状により、高度な強制を受けて、主観悪意と犯罪情状程度が低いなら、「軽微な犯罪」と認められて不起訴とし得る。その他の場合には、脅従犯として刑を減軽又は免除する。

終章　中国法への示唆

第一節　アメリカ法からの示唆

一　強制の抗弁と緊急避難

近年ではコモン・ローにより状況による強制が承認されているので、危険源による強制と緊急避難を区別する根拠もなくなるかもしれない。コモン・ローと模範刑法典は他人のために強制される行為も免責にするので、緊急避難の適用条件と同じであろう。すなわち、緊急避難と強制の抗弁は一層類似していく。

そして、動機等により行為を容赦することは、免責事由の理論根拠である。適法な正当行為と単に容赦される違法な免責行為は区別するべきであるので、強制の抗弁と緊急避難の抗弁が同一視されるべきではないが、強制による行為は緊急避難として扱われることを排除する意義を持っていないと思われる。

さらに、強要の抗弁の成立条件について、現在の危険と現在性が要求されることにより緊急避難と類似している。特に緊急避難の適用範囲は強制の抗弁より広いが、一方、強制の抗弁は明確な法益の権衡を要求していない。緊急避難の規定は自然の危険に限られない限り、人による強制も緊急避難として扱われる可能性が残っている。

もし単に強制による行為が免責抗弁として扱われると、無罪にする可能性が低いと言えよう。強制の抗弁については、「われわれの社会は、その抗弁に対して愛憎関係にある。『古式ゆかしいもの』であるにもかかわらず、この抗弁は、私生子であるとしばしば非難され、コモン・ローでは狭く定義され、刑事訴訟で援用されることは比較的稀であり、その申立てに成功することも多くはなかった」[85]という実務上の苦境が示されている。やはり免責事由より、正当化抗弁を援用しやすいので、緊急避難を適用できない限り、はじめて免責抗弁としての強制を適用し、免責抗弁は補充的な位置に置かれるべきである。

中国においては免責事由又は責任阻却事由が存在しない以上、緊急避難を適用できない場合に、判例のような起訴便宜主義が積極的な意義を持つと思われる。

二　強制の抗弁と脅従犯

中国の脅従犯はアメリカの強制と類似しており、行為者の主観面、特に動機に注視し、責任を減少させ又は免除する。しかし、脅従犯は犯罪として扱われるので、刑罰を免除できるが、免責事由までには至らない。

脅従犯と強制の抗弁の区別は3つに分けられている。まず、両方とも刑罰を免除する結果が認められるが、法律上の性質について異なっている。刑罰だけを免除する脅従犯は共同犯罪の一種類として扱われるので、法律上又は道徳的に容赦されるべきではない。強制の抗弁は単に刑罰を免除するだけではなく、被強制者の有責性まで否定して無罪とする。

さらに、脅迫の程度が異なる。強制の抗弁は厳格な現在性が不要とされるが、判例によれば、現在の危険と適法行為を選択する可能性がないことが要求される。しかし、脅従犯の場合には、将来の害悪でも適法行為の可能性が残っても脅従犯の理由として認められる。

そして、法益の内容も異なる。強制の抗弁は少なくとも身体に対する脅迫が存在することを要求して、謀殺罪への適用も禁止される。脅従犯は責

任減軽事由として、財産ないし名誉の脅迫も認められる。法益への制限も規定されていないので、判例によれば、殺人罪にも適用できる。これは謀殺罪から故殺罪への減軽事由が認められる規定と類似している。特に、保護される利益が適法利益ではない場合にも、脅従犯として扱われる可能性が存在している判例がある。

よって、責任減軽事由としての脅従犯が免責事由としての強制より適用範囲が広いのは当然のことである。しかし、現在のような全ての脅迫に脅従犯が成立し得るということは脅従犯の濫用をもたらすかもしれない。脅従犯を適用する際には、もっと厳格な制限が付されると思われる。

1　脅迫される利益

まず、脅迫される利益として国家法益又は社会法益は認められない。正当行為としての正当防衛と緊急避難は権利行為であり、客観的に社会全体の利益を守るために、積極的に行わなければならない。特に社会主義国の中国では国家法益と社会法益は個人法益より重要である。しかし、脅従犯は責任減軽事由であり、自分と無関係の国家法益のために犯罪を行うことが単なる第三者の利益を侵害するだけではなく、犯罪行為自体も国家秩序を侵害するから、国家法益のために国家秩序という国家法益を侵害することが矛盾と思われる。従って、国家法益と社会法益は脅迫される利益に含まれない。

そして、判例から見れば、不法利益を保護する場合にも、強制という事実が存在しているので、脅従犯として処理されうる。しかし、不法利益の保護は他人を同情させることができないから、行為者の責任を減軽できない。すなわち、不法利益の保護は脅従犯に含まれないと解する。

2　脅迫の現実性

脅従犯については、現在の危険を前提条件として扱われる必要がなく、将来の危険でも成立し得る。しかし、抽象的でありはっきりしない脅迫で一般人から見れば恐怖感を感じられない場合には、脅従犯として扱われる必要もない。例えば、「もし犯罪を行わないで、待ってろ！」、「覚悟しとけよ」等内容不明の脅迫は犯罪を行わなければならない程度に至らないので、脅従犯にすることができない。そして、先行の暴力行為又は物理的な脅迫がない限り、単に口頭脅迫も脅従犯になり得ない。

3　自招危難

責任減軽事由としての脅従犯も行為者の主観の動機等に着目するべきである。脅迫に対する落ち度がある以上、一定の脅迫を事前的に予想できるので、普通の人間より甘受義務の要求が高くなる。行為者は積極的に犯罪集団に入る時に、脅迫又は暴力を受ける可能性を受け入れるはずので、一般人からの同情心も弱くすると思われる。

第二節　日本法からの示唆

1　強要緊急避難と脅従犯

まず、中国の緊急避難の規定は日本の緊急避難と類似しているので、日本では強要緊急避難が認められる以上、中国でも強制による行為が緊急避難として処理されうる。強要緊急避難と一般的緊急避難の区別は行為者の意識の下で行った犯罪行為により、社会秩序を侵害することに求められるべきである。この社会秩序への配慮は、自由主義に反するという議論が残っているが、ドイツの社会連帯義務によれば自由主義への侵害は少ないと思われる。現在の社会国家理論と法社会学は法律と社会の関係を重視するので、犯罪行為は単に個人法益を侵害することだけではなく、社会の秩序も少なくとも乱すと思われる。社会主義国家の中国では、社会に対する影響は法政策の基盤の１つとして扱われるので、このような社会秩序への侵害を理由に強要緊急避難が制限されるという理論は受け入れられやすいかもしれない。

そして、日本では法益同価値の場合に、一般的緊急避難が認められるが、強要緊急避難は成立し得ない。この区別が法益の均衡の要素に社会秩序という衡量を入れるので、強要緊急避難の場合には行為者が自分の意識の下で犯罪を実行することにより、社会秩序にも不利益をもたらし、法益同価値の時にはこの社会秩序への不利益が法益の均

衡を失わせるかもしれない。しかし、中国の通説も有力説も法益同価値の場合には緊急避難の成立を認めていないので、一般的緊急避難と強要緊急避難の間に明確な区別が存在していないと思われる。現在の議論では、緊急避難を権利行為として扱う教科書と学説が少ないので、特に日本の影響により、法益同価値の場合に緊急避難を認める見解が多い。現行刑法には法益の権衡が単に「必要な限度」で定められるので、解釈により法益同価値の場合にも緊急避難にする可能性が高いといえる。よって、強要緊急避難と一般的緊急避難の区別も認めなければならない。

さらに、脅従犯の規定が存在する以上、全ての強制による行為の場合に適用されうるか。前記のように、脅従犯は単なる責任減軽事由であり無罪にすることは認めていないので、一部の強制による行為を無罪にするためには、緊急避難の規定にその道を求めるべきであろう。しかし、中国の判例は脅従犯と緊急避難との間に明確な境界線を引いていないので、脅従犯と緊急避難の関係を明らかにしなければならない。中国裁判上の流れでは、四要件の判例から有罪にして、犯罪排除事由が存在しない限り、刑を減軽することを考えて刑罰を言い渡すことになる。責任減軽事由としての脅従犯は刑を減免する理由として最後に考慮に入れられるべきであろう。従って、犯罪排除事由としての緊急避難は脅従犯より先に判断される。強制による行為は先に強要緊急避難の成否を判断して、緊急避難の条件を満たさない限り、脅従犯が適用されうる。脅従犯も過剰避難も同じの必要的減免と定められているので、脅従犯と過剰避難を一定の条件のもとで同一視されても構わないであろう。脅従犯は強制される行為だけに限られるので、過剰避難の特殊な規定として認められるべきであろう。すなわち、脅従犯は強要過剰避難の意味を持っていると思われる。

脅従犯の規定は強要過剰避難を含めるので、日本の強要過剰避難により、中国の脅従犯の範囲はもっと広く認められる。例えば、最高裁平成13年10月25日決定（判タ1077号176頁）では、「本件当時A（12歳10ヶ月）には是非弁別の能力があり、被告人（母親）の指示命令はAの意思を抑圧するに足る程度のものではなく、Aは自らの意思により本件強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して本件強盗を完遂したことなどが明らかである」。「Aが奪ってきた金品をすべて自ら領得したことなどからすると、被告人については本件強盗の教唆犯ではなく共同正犯が成立する」とされた。従って、Aは責任能力があれば、日本では強盗の共同正犯が成立するが、中国では脅従犯として刑の減免が認められるかもしれない。

2　超法規的責任阻却事由と脅従犯

法益同価値の場合には、一般的緊急避難も強要緊急避難も認められないので、責任阻却事由がないにもかかわらず、中国でも日本のような超法規的責任阻却事由と類似して、極端な場合に行為者を無罪にする理由を求めるべきである。

日本の改正刑法草案理由書がいうように、「強制に基づく行為については、起訴便宜主義の運用、本条（緊急避難）の解釈、期待可能性に関する一般理論の適用等によって、妥当な結果が得られる」ことから見れば、緊急避難と超法規的責任阻却事由を除いて、起訴便宜主義が残っている。中国の判例にも、特に強要殺人事件について不処理又は不起訴にする事例も少なくないといえる。責任阻却という概念がない中国で、行為者の主観の動機に着目して容赦することは、司法機関の判断に任せ、極端な場合に特例として処理されうるであろう。

要するに、法益同価値の場合には、原則として脅従犯と認められるが、行為者の主観悪意と行為の動機等主観方面と他の事情（例えば自首等）と併せて考えて、不起訴にする可能性が残っている。

第三節　残された問題

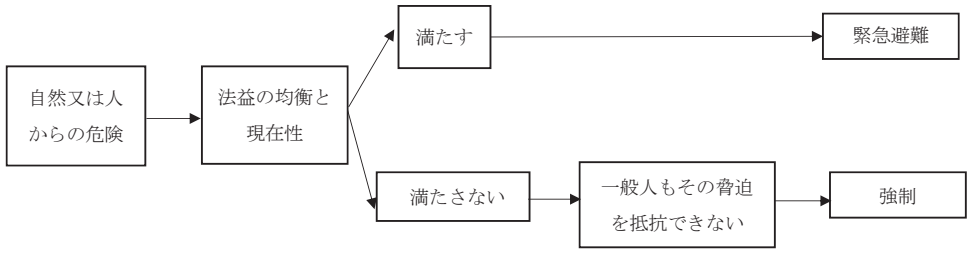
まず、テロ犯罪において、人質の身代金と仲間の釈放を要求される場合に、国家は確かに人質を救助する義務を負うが、一方、一般民衆をテロ犯罪の危険に晒す危険が増加することも考えなけれ

ばならない。このような強制による行為の義務の衝突は、個人主義の立場から解決し難いが、社会国家の理念の下で、多数の人の利益を保護するために、少数人を犠牲することが可能になる。しかし、この国家行為は正当行為にするか、又は単なる免責事由にするか、議論が残っている

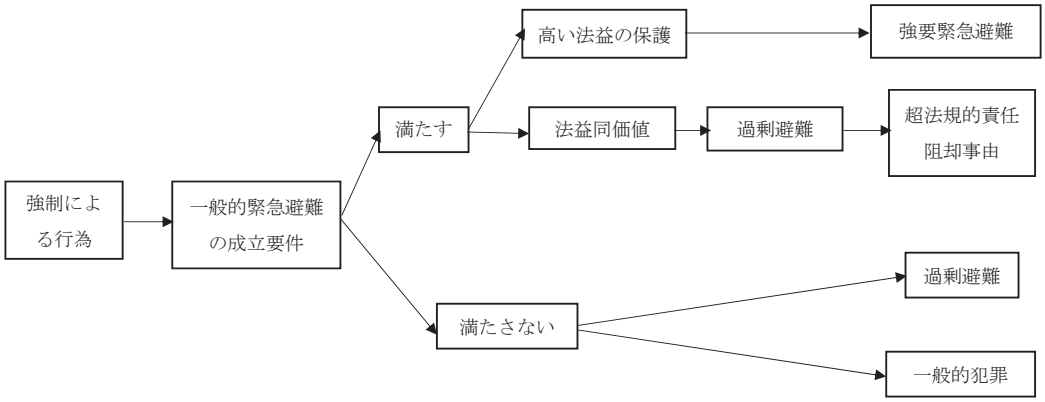
そして、被虐待女性が虐待を加える夫（又は同居人）を殺害した場合、自己防衛を根拠として無罪にする可能性がある。この問題は正当防衛として認められるか、又は防禦的緊急避難として認められるか、議論が残っている。

さらに、長期にわたり物理的かつ心理的に威圧的な施術をなされたこと、すなわち洗脳されたということについては免責が認められるべきでろうか。中国の性奴隷強要殺人事件については、ストックホルム症候群により行為者の責任能力を否定する理論もあるので、被監禁者については洗脳により不起訴にする可能性が残るか。

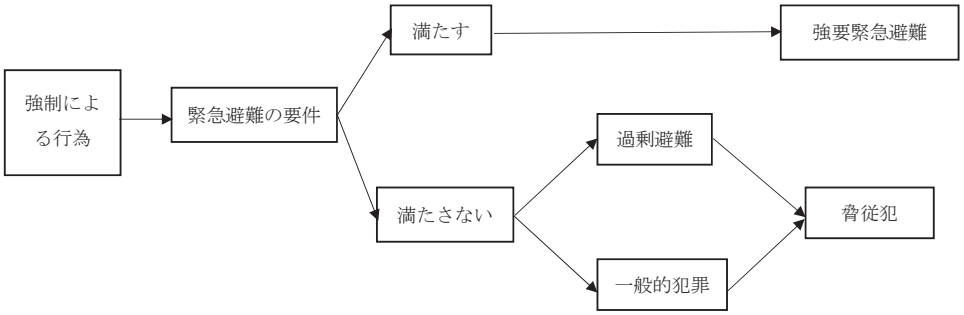
アメリカにおける強制による行為の取扱い



日本における強制による行為の取扱い



中国における強制による行為の取扱い



注：法益同価値の場合は過剰避難とされる

[1] 法務省「法制審議会改正刑法草案附同説明書（刑法改正資料（六））」（1974）111頁。

[2] Bryan.A.Garner, Black's Law Dictionary (West, 2009),p.458.

[3] ヨシュア・ドレスラー＝星周一郎（訳）、『アメリカ刑法』（レクシスネクシス・ジャパン、2008）447-448頁。

[4] Joshua Dressler, Exegesis of the Law of Duress: Justifying the Excuse and Searching for its Proper Limits,(Law Review Press,1989),p.1345.

[5] 香港刑法はコモン・ローより強制の抗弁の範囲を拡大して、自由への脅迫にも認められる。羅徳立＝趙秉志『香港刑法綱要（英漢対照）』（北京大学出版社、1996）25－28頁参照。

[6] 282 N.W.2d 872 (Minn. 1979).

[7] ドレスラー＝星・前掲注（２）448-449頁。

[8] People v. McKinney, (1986) 187 Cal.App.3d 583, 585.

[9] Brewer v. State, 72 Ark. 143, 78 S. W. 773.

[10] Jonathan Herring, Criminal Law,(Law Press, 2003),p.385.

[11] イギリスのR v Pommell([1995] 2 Cr App R 607)では、状況による強制と普通の強制が同じの範囲と原則を適用されうる。
REGINA V WILLER([1986] 83 Cr App R 225)では、被告人は他人の暴力を避けたいので、人口歩道で車を運転した。一審では緊急避難を適用したが、上訴審では強制の抗弁にした。

[12] J.C.スミス，B.ホーガン＝李貴方（訳）『イギリス刑法』（法律出版社、1999）264頁。

[13] R v Sharp [1987] 1 QB 353.

[14] R v Shepherd (1987) 86 Cr App R 47.

[15] 儲槐植＝江溯『アメリカ刑法』（北京大学出版社、第4版、2012）73頁。

[16] Wentworth v. State, 349 A.2d 421, (Md. Ct. Spec. App. 1975),p.427-28; Minn. Stat. 609.20(3) (2004); contra, People v. Anderson, 50 P.3d, p.376-79.

[17] Brewer v. State, 72 Ark. 145, 78 S. W.

[18] William Blackstone British,Commentaries on the Laws of England(Prentice Hall,1991),p.184.

[19] LaFave & Scott, Criminal Law, Second Edition, (West, 1986),p.432-433.

[20] Westen Peter, Mangiafico James. The Criminal Defense of Duress: A Justification, Not an Excuse And Why It Matters,BUFFCRIMLREV, 2003(6).

[21] ジョージE. フレッチャー＝王世洲（訳）『刑法の基本概念』（中国政法大学出版社、2004）184頁。

[22] 孫立紅『刑法被脅迫行為研究』（中国人民公安大学出版社、2011）116頁。

[23] 責任阻却説から違法阻却説に対する批判は違法阻却否定説と称する。「一九九二年、ドイツの議論を参照した上で、心理的強制による行為の違法阻却を否定する見解が主張されるに至った（橋田久論文）。これを契機として、ドイツ同様、我が国でも違法阻却否定説と違法阻却肯定説との間で論争が展開されることになる」。井上宜裕「強制と緊急避難（2）」大阪市立大學法學雑誌50巻1号（2003）68－69頁参照。

[24] しかし、「37条1項は、危難の原因を限定していない、そこで、犯罪行為を、自己等に対する害悪の告知等を手段として強要され、その要求に屈して他者に危難を転嫁する行為についても、緊急避難の成立可能性を特段の制限なく肯定するのが判例及び多数説の立場である」という論説も散見できる。大塚仁・河上和雄・中山善房・古田佑紀編『大コンメンタール刑法　第2巻』（青林書院、第3版、2016）701頁参照。

[25] 日本の判例によれば、「緊急避難の要件が充足されるときには、強要による場合もその行為は緊急避難として正当化されることになる」と述べている。大山弘＝松宮孝明「もぎたて判例紹介」法ゼミ504号（1996）79頁参照。

[26] 井上宜裕「強制と緊急避難」刑法雑誌46巻2号（2007）188頁、注24により、「緊急避難行為者本人が危難にさらされている場合、原則として、唯一残された二者選択一の自由を根拠に行為者に責任非難が向けられるべきではないと解

するため、本件では、期待不可能性による不処罰が肯定されることになる」。

大山＝松宮・前掲注（24）79頁は、「判決は、自由になるためには客観的にはOを殺害するしかない状況で、なおXに殺害回避の努力を期待するという理論構造をとっているようにみえる。しかし、努力をすれば殺害をしないで済んだはずだといえなければ、適法行為が期待可能であったとはいえない」として、本件ではXの適法行為の期待可能性がなかったと解する余地があるとする。大嶋一泰「強要に基づく殺人と緊急避難の成否（平成8年度重要判例解説）」ジュリスト臨時増刊1113号（1997）146頁も、被告人の直面した状況では、適法行為の期待不可能性を肯定できる。

[27] 大沼邦弘「強制による行為について」内田文昭先生古稀祝賀論文集編集委員会編『内田文昭先生古稀祝賀論文集』（青林書院、2003）126頁は、「あえて、超法規的な責任阻却事由とされる期待可能性不存在を理由として、責任阻却を問題にする必要もなかったということになろう。」

[28] 井上・前掲注（22）85－86頁参照。

[29] 「本来、期待不可能性によって不処罰とされるべきところ、刑の減免を実質的に責任阻却事由と解する見解もあり、現在の一般的期待不可能性論の閉塞状況を打破するための一方策として完全に否定することもできないといわざるをえない」。井上・前掲注（22）88頁参照。

[30] 本判決は、端的に生命対生命の緊急避難として処断すべきであったとする評釈も見られる。大嶋・前掲注（25）145－146頁、大山＝松宮・前掲注（24）79頁参照。

[31] 内田文昭『改訂刑法Ⅰ（総論）』（青林書院、補正版、1997）252頁。

[32] 大塚・前掲注（23）702頁。

[33] 大沼・前掲注（26）113－114頁参照。

[34] 橋田久「強制による行為の法的性質（1）」法学論叢131巻1号（1992）90頁以下、同「強制による行為の法的性質（2）」法学論叢131巻4号（1992）91頁以下。

[35] 強制による行為の場合には、例外的に緊急避難を成立する可能性もある。即ち、保全法益と侵害法益の主体が同一人（例えば「テルの射的」の例）、被強要者の行為は被害者の自立性を（新たに）侵害するものではない場合には正当化できる。

[36] 松宮孝明「強制と緊急避難について」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 上巻』（成文堂、2007）299頁以下。

[37] 期待可能性理論による無罪とする判例もあるが、それは違法性の意識の可能性がないから期待可能性がないとするものである。例えば、高知地裁昭和43年4月3日判決（判例時報517号89頁）。

[38] 前田雅英「緊急避難と期待可能性」『最新重要判例250刑法』（弘文堂、1998）41頁は、「期待可能性論による責任阻却は、法規範が弛緩してしまう危険があり、その適用は慎重でなければならない」。

[39] 大塚仁・河上和雄・中山善房・古田佑紀編『大コンメンタール刑法　第3巻』（青林書院、第3版、2015）47-65頁。

[40] 大塚・前掲注（38）239頁。

[41] 例えば、福本美奈子「強制による行為と緊急避難に関する一考察」立命館法政論集第1号（2003）133頁は、「被強制者に過度の心理的圧迫が認められ、適法行為の期待可能性がないため、刑法37条1項但書の要件を満たしかつ処罰するには忍びないとして刑が免除される場合として、責任阻却としての緊急避難が認められる」とする。

[42] 井上・前掲注（22）70頁。

[43] 大塚裕史『刑法総論の思考方法』（早稲田経営出版、第4版、2012）255頁参照。井田良「緊急避難の理論」現代刑事法第2巻4号（2000）108頁参照。しかし、通常の緊急避難は常に危難惹起者の目的を外れて、元の不法行為を実現できくなる。よって、通常の緊急避難と強要による緊急避難は区別されるべきである。

[44] 島田聡一郎「適法行為を利用する違法行為」立教法学55号（2000年）30－32頁は、「被強要者が

『不法に屈したか』否かを基準としても、客観的・形式的に『不法の一翼を担っている』だけで足りるとしたのでは、同様に、『急迫不正の侵害』が存在する場合における緊急避難の成立を一般的に否定することになりかねない」として、「理論的にみていずれの場合にも被利用者が背後者の犯罪実現の『手段』として利用されていることには変わりはなく、いずれも『不法に加担』していることになる」。よって、強制による行為と一般的緊急避難を区別する理由として困難であろう。

[45] 山口厚『問題探究刑法総論』（有斐閣、1998）110頁。

[46] 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975）358頁。

[47] 中山研一『刑法総論』（成文堂、1982）443頁。

[48] 「ドイツのような制限従属性の明文をもたない日本では従属性を緩和することが可能である」とする。井上・前掲注（22）72頁参照。

[49] 奥村教授は違法阻却としての緊急避難の成否の判断基準は、「実質的に見てもその侵害回避行為が社会的相当性を有する」ことを必要である。山口教授は「補充性」に要件に求められる。

[50] 山口・前掲注（44）111頁。

[51] 米田泰邦『緊急避難における相当性の研究』法律時報41巻8号（1969）24、36頁は、「緊急避難による違法阻却を広く認める見解は必然的に第三者の正当防衛権を制限することになるため、第三者保護の要請を緊急避難による抵抗によって図ろうとする。しかし、適法行為に対して対抗手段が存在するということ自体論理矛盾のように思われる」。

[52] もし「道具としての被強制者」を正当防衛による犯罪を阻止されたことにより、背後者は他の無関係の第三者を新しい「道具」として犯罪を続けよう可能性も否定できない。

[53] 橋田（1）・前掲注（33）99頁は、錯誤論による救済は、被害者の保護という観点からは満足のいく解決できないとされる。確かに、過失犯として処罰される可能性が残るから、被害者の保護に十分ではないといえよう。

[54] もちろん、前述の通りに「強要緊急避難」の独自性を否定する学説が多いと言える。

[55] 井上宜裕「強制と緊急避難（6）」大阪市立大學法學雜誌51巻1号（2004）201頁は、「緊急避難規定の枠内で緊急避難行為者の不処罰と第三者保護とを両立させる解釈が必要とされるというべきである」。しかし、井上教授の処理方法は「可罰的違法性阻却説」に求めている。

[56] 被脅迫犯など訳語があり、以下脅従犯に関する語義の論争があるから、脅従犯という訳語を採る。

[57] 和訳の中国刑法も27条に「被脅迫犯」を使っている。

[58] 馬克昌『犯罪通論』（武漢大学出版社、1999）575頁。

[59] 魏漢濤教授は脅従犯の規定が共同犯罪の体系の科学性を損害しない。中国は主犯、従犯と脅従犯の他に、教唆犯を加えることにより、役割分類法の後に1つの種類の分業分類法を加える。よって、ロジックに反するのは脅従犯ではなく、教唆犯である。魏漢濤「被脅迫行為的性質及其体系性地位――一個批判性分析」海南大学学報第1期（2012）88頁参照。

[60] 法定量刑事情説は若い学者の通説と言えるが、この考え方を持っている学者はほとんど刑法28条を修正するべきことを主張する。

[61] 藍小林「脅従犯質疑」遠程教育雜誌第5期（2001）45－46頁。

[62] 林亜剛「論共同犯罪的若干問題――以共犯為中心」馬克昌＝莫洪憲（編）『中日共同犯罪比較研究』（武漢大学出版社、2003）26頁。

[63] 鞠建栄＝叶巍「共同犯罪問題新視界」南京理工大学学報第2期（2004）37頁。

[64] 宮倩冉「脅従犯研究」安徽財経大学修士論文（2016）31頁。

[65] 鄧定永「論脅従犯在共犯人分類中的帰属」江西公安専科学校学法第3期（2010）30頁は、「中国刑法理論において、『三段階』という方法で共同犯罪を区分しなければないならい。すなわち、分業、役割と主動参加の程度により共同犯罪を

分ける」とする。

[66] 姜偉『犯罪形態通論』（法律出版社、1994）267頁。

[67] 杜三軍「脅従犯的不合理性」河南公安高等専科学校学報第95期（2007）47頁。

[68] 通説によれば、強制による行為の処理ルートがいくつか存在している。①緊急避難にする。②被脅迫者は共同犯罪の中で主要な役割を果たす時に、主犯となる。③被脅迫者は共同犯罪の中で二次的な役割を果たす時に、従犯となる。④被脅迫者は共同犯罪の中で二次的より小さい役割を果たす時に、脅従犯となる。⑤背後者は責任無能力者の時に、被脅迫者が単独正犯となる。

[69] 張明楷『刑法学』（法律出版社、2007）193頁、田宏傑『刑法中的正当行為』（中国検察出版社、2004）296頁。

[70] 陳興良『本体刑法学』（商務印書館、2001）158頁は、「期待可能性は違法性意識の有無の判断基準とする」。姜偉『犯罪行為与犯罪過失』（群衆出版社、1992）80頁は、「Xは他人の子供Yと一緒に魚釣りした時に、Yが勝手に川に水泳をした。溺れたYが発見したXは、自分が泳がないので、助けることできなかった。刑法の規定により、XはYに対する救助義務を負うべきである。しかし、Xは救助に行く能力が欠けるから、救助義務を負わせる期待可能性が存在しない」。

[71] 最高人民裁判所、最高人民検察院、公安部「人口誘拐事件に関する法律の具体運用の若干問題の解答」（1984年3月31日）、最高人民検察院「人民検察院直接的に受理する法律紀律検察事件に関する立案の標準規定（試行）中の問題説明」（1986年3月14日）により、「脅迫又は父母から勝手に取り決められて結婚した女性は虐待されて逃げる時に、重婚した場合、これは客観の現実に脅迫されたので、重婚しないことが期待されない。よって、重婚罪として処罰されない」。最高人民裁判所、最高人民検察院「邪教組織を組織又は利用して犯罪を行う事件に関する具体的な法律適用の若干問題の解釈」第9条第2款により、「騙され又は脅迫されて邪教組織に参加した者は、その組織から退出する後に、犯罪として扱われない」。

[72] 陳明華＝呉文志「我国刑法中的緊急避難与被迫行為関係之多維検視」法律科学（西北政法学院学報）第5期（2006）85－90頁。

[73] 何承顔「被脅迫行為的刑法定性――兼論脅従犯与緊急避難的区分」湖北警官学院学報175期（2016）64頁は、「強制される者は、一定の自由意志が残っているので、違法行為を行わないことが期待されうる。そして、中国の伝統的な文化において、他人の法益を犠牲して自分を守ることは『将来を考えず一時の安逸をむさぼる』であり、社会に認められないことである。もし強制される者は期待可能性がないので、刑事責任を免除すれば、社会大衆の感情を傷つける」。

[74] 陳興良『共同犯罪論』（中国社会科学出版社、1992）244頁。

[75] これに対して、趙秉志教授は、「脅従犯と緊急避難の区別は法益の均衡の結果に求めるべきである」。すなわち、脅従犯は過剰避難だけの性質を持っている。趙秉志『中国刑法案例与学理研究第一巻』（法律出版社、2004）357－358。

[76] http://legal.people.com.cn/n/2015/1119/c42510-27830695.html。本事件の評説は曹冉「被迫殺人行為的定性分析」西南政法大学法学院修士論文（2017）、ホウ妙サン「脅迫行為刑法意義研究」河北師範大学法学院修士論文（2017）、李世宇＝王斐「被脅迫強姦殺人行為的法理弁析」中国検察官第106期（2010）21頁以下、張宝文「是否存在別外一条道路――宜賓富豪案中章某的刑事責任承担」法制博覧第12（下）期（2016）227頁参照。以上全ての学者は緊急避難、期待可能性、不可抗力の適用可能性を排除して、Yが脅従犯にするべきである。

[77] 曹・前掲注（75）27頁は、「背後者は単なる言語脅迫をしたので、直接に物理的な脅迫がない限り、現実の危険とはいえない」。

[78] http://news.sina.com.cn/s/l/2008-04-14/081715350393.shtml。

[79] 朱素明弁護士により、「本事件の2つ女性はいか

なる場合にも殺人行為を行う以上、殺人罪にするべきである。これは非常に重く犯罪ので、起訴されるべきである。検察官の不起訴決定は職権を越える」。張建華弁護士により、「本事件は重い刑事事件であり、情状が軽微とはいえないから、不起訴にすることが不合理である」。

[80] http://news.jcrb.com/jxsw/201110/t20111013_734024.html。

[81] 陳興良（編）『刑法案例教程』（中国法制出版社、2003）139－141頁参照。

[82] 国家統一法律職業資格試験案例分析指導用書編集委員会（編）『2018年国家統一法律職業資格試験案例分析指導用書』（法律出版社、2018）6－8頁参照。

[83] 陳興良『刑法適用総論上巻』（法律出版社、1999）554頁。

[84] 康麗「対共同犯罪中従犯与脅従犯的弁析」西南財経大学法学院修士論文（2012）2頁以下参照。

[85] ドレスラー＝星・前掲注（2）447頁

（ご　ちごう　北海道大学大学院法学研究科修士課程修了）