Kobe University Repository : Kernel

PDF issue: 2025-07-11

正当防衛の基礎理論と先行事情論の再検討ー正対不正の視点からー

劉，道賢

(Degree)
博士（法学）
(Date of Degree)
2023-03-25
(Date of Publication)
2024-03-01
(Resource Type)
doctoral thesis
(Report Number)
甲第8552号
(URL)
https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100482300

※ 当コンテンツは神戸大学の学術成果です。無断複製・不正使用等を禁じます。著作権法で認められている範囲内で、適切にご利用ください。

博　士　学　位　論　文

正当防衛の基礎理論と先行事情論の再検討
―正対不正の視点から―

神戸大学大学院法学研究科

専　　攻：法学政治学専攻

指導教員：小田　直樹

学籍番号：188J022J

氏　　名：劉　道賢

提出時間：2023 年 1 月 10 日

要旨

中国において、正当防衛は法律上の課題を超えて社会問題となっている。その解決を図るため、本論文では日本の状況を参照しながら、中国における正当防衛の基礎理論と先行事情論を再検討する。

中国において、正当防衛の条文は緩やかに規定されているが、従来の下級実務はその成立要件を厳格に解し、なかなか正当防衛を認めてこなかった。最高法と最高検は、指導性案例・指導意見などを発布し、一方で、急迫性を要件とせず、かつほとんどの要件の判断基準を緩和したが、他方で、防衛意思だけは依然として厳格に要求している。同時に、見義勇為による正当防衛の拡張、および民間矛盾による正当防衛の制限が再度確認され、責任要素も正当防衛に影響を与える要素として示された。かかる実務の状況は、特徴的といえ、一般的な正当防衛の論理から乖離しているのではないかと疑う余地がある。これを検証するためには、正当防衛の制度趣旨と正当化根拠から成る基礎理論にさかのぼる必要がある。ところが、実務に親和的な従来の中国固有理論は、制度趣旨を明らかにするのみで、正当化根拠の検討が不足していた。近年、正当化根拠に関して、優越的利益説や個人保全・法確証説が提唱されており有力説となっているが、実務の示した制度趣旨との親和性に欠ける。そこで、本論文では、中国の実務に適う法確証・個人保全説を探究し、次の結論に達した。①中国における法確証原理は、徹底した法確証原理である。その内実は、経験的法秩序を保護した上で、侵害者への対抗を以て積極的一般予防を遂げることである。②中国における個人保全原理は、謙抑的な個人保全原理である。その内実は、個人が特別な状況に限って自己を保護する権利であり、責任阻却の機能を有する。③両原理は択一的関係にあり、いずれかが認められれば正当防衛が成立する。上記理論に依拠すれば、中国の正当防衛制度独自の諸特徴は論理的に理解でき、また、先行事情の取扱いについても、解決できる。正当防衛における先行事情の扱いについて、日本では、正当防衛の緊急行為性を重視するため、防衛現場のみならず先行事情までさかのぼって検討する。その際、実務は類型化の判断構造を採用し、学説上も多様な理論を提唱している。一方、中国では、正当防衛の正対不正の性質を重視するため、先行事情にさかのぼって検討するが、実務上、先行事情を理由として正当防衛が過度に制限されており、学説上はそもそも理論的検討が不足している。そこで、正当防衛の基礎理論からアプローチすれば、中国正当防衛論における先行事情は次のように理解すべきである。まず、先行行為は防衛現場との因果性を有する限り、先行要素はその効力の範囲内に限り、正当防衛に影響しうる。さらに、防衛者の正当性および侵害者の不正性に関する限度で、正当防衛の成否に一定の影響を及ぼしうる。防衛者の正当性判断が特に重要で、主観上の不正意図のみならず、客観上の法律・社会倫理違反行為も考慮すべきである。前者があれば、防衛意思の欠如となる。後者が、重大であれば防衛起因の欠如となり、軽微であれば防衛限度の制約にとどまる。

結局、経験的法確証を基盤としつつ、併せて個人保全の角度からも正当防衛を理解し扱うというのが、現在の中国正当防衛制度の到達点である。なお、「経験的法秩序」の重視による主観化・曖昧化、正当防衛と他の正当化事由との関係、制度の細部における不整合などの問題も検討を要するが、今後の課題とすることにしたい。

目次

序論.....1

第一部　中国の実務における正当防衛制度の動向.....4

導入.....4
一　基本的構造.....4
（一）　犯罪論体系における正当防衛の位置付け
（二）　制定法
（三）　司法解釈と指導性案例
（四）　正当防衛の成立要件
（五）　小括
二　急迫性について.....10
（一）　日本における急迫性要件
（二）　中国における急迫性要件の不在
1　日中裁判例対比（事案①）
2　急迫性不要の典型裁判例（事案②、事案③）
3　急迫性を必要とする下級実務（事案④）
4　検討
三　成立要件の認定基準の変容.....20
（一）　防衛起因
1　従来の下級実務における厳格な「不法性」の要求（事案⑤）
2　指導性案例における対応
（二）　防衛時間
1　従来の下級実務における厳格な「侵害の始期と終期」の判断（事案⑥、事案⑦）
2　指導性案例における対応（事案⑧）
（三）　防衛意思（事案⑨、事案⑩）
（四）　防衛限度
1　従来の下級実務における防衛行為の限界についての厳格な要求（事案⑪）
2　指導性案例・指導意見における対応（事案⑫、事案⑬抜粋）
（五）　特殊防衛
1　従来の下級実務における厳格な要求（事案⑭）
2　指導性案例における対応（事案⑧抜粋、事案⑮）
（六）　小括
四　特別の影響要素.....36
（一）　見義勇為（事案⑯）
（二）　民間矛盾（事案⑬）

（三）　責任要素（事案⑰、指導意見）
五　総括 48

第二部　正当防衛の基礎理論 50

導入 50
一　概念の説明 50
二　中国の固有理論 52
（一）　具体的内容
（二）　欠陥
（三）　実務に対する影響
1　社会的視点
2　正対不正の重視
3　正当防衛の奨励
（四）　現状
三　現在の諸説 58
（一）　優越的利益説
1　学説の内容
2　実務への影響
（1）　急迫性の過度な要求
（2）　防衛限度の判断における法益衡量の誤用（事案⑱）
3　優越的利益説に対する批判
（二）　個人保全・法確証説
1　学説の内容
2　実務との親和性
3　個人保全・法確証説に対する批判
（三）　固有理論の新動向
（四）　諸説評価
1　整合性について
（1）　優越的利益説について
（2）　個人保全・法確証説
（3）　王高説
2　王高説の合理性と不足
四　法確証・個人保全説の提唱 66
（一）　法確証原理の内実
1　「法秩序」の内実
2　「確証」の内実
3　徹底した法確証原理
（二）　個人保全原理の内実

（三）　法確証原理と個人保全原理との択一的関係
五　総括と展望……71
（一）　現在の実務に対する法解釈
（二）　先行事情の処理の根拠

第三部　正対不正を貫徹する先行事情理論……73

導入……73
一　日本の実務と学説……73
（一）　実務の変遷
1　喧嘩闘争類型
2　積極的加害意思類型と自招侵害類型
3　最決平成 29・4・26（新類型か総合判断か）
（二）　学説上の検討
1　内部的解決と外部的解決
2　権利濫用説
3　原因において違法な行為説
4　正当防衛の基礎理論からアプローチする学説
（1）侵害回避義務論（橋爪説）
（2）内在的制限論（山中説）
（3）検討
（三）　小括
二　中国の実務と学説……87
（一）　実務の状況
1　事案①の再検討
2　問題の所在（事案⑲、事案⑳、事案㉑）
（二）　学説上の検討
1　具体的事実認定
2　要件論修正
3　特別的先行事情理論
（1）　陳説
（2）　魏説
（三）　小括
三　先行事情考慮の範囲と効果……96
（一）　前提条件
1　先行要素
2　先行行為
（1）　因果性の必要性
（2）　因果性の判断方法

㋐　折衷的因果関係説に基づく判断
㋑　具体的状況における判断
3　小括
（二）　正当性と不正性からの判断
1　侵害者の不正性
2　防衛者の正当性
（1）　主観と客観の両方の考慮
（2）　客観的先行事情
（3）　主観的先行事情
㋐　故意的・過失的場合（事案㉒）
㋑　意図的場合（事案㉓）
（三）　具体的効果
1　先行事情による制限を表す諸概念
2　先行事情による具体的制限と要件への反映
（1）　正対不正の関係が成立しえない場合
（2）　正対不正の関係が一定程度揺り動かされる場合
（3）　先行事情によって正当性が強くなる場合
（4）　個人保全原理による正当防衛の余地
3　正対不正の回復
4　小括
（四）　諸判例の再評価
1　下級実務における裁判例の再評価
2　指導性案例の評価
四　総括 120

結論 122

一　中国における正当防衛制度の到達点 122
二　正当防衛の基礎理論と先行事情論への示唆 122
三　将来の課題 123

序論[1]

中国において、正当防衛制度に類似する法規範は、少なくとも約3000年の歴史を有する。『周礼・秋官・朝士』によれば、周王朝時代（紀元前1046年頃-紀元前256年）の中国にはすでに、「軍に属する町・家族を窃盗、強盗している者を、殺しても無罪である」[2]などの法規範があった。そして歴史と共に、正当防衛の具体的規定は変遷してきた。例えば、「夜無故入人家（夜に正当な理由なく他人の家に侵入すること）」について、『唐律疏議・賊盗』（653年）、『宋刑統』（963年）においては「主人が侵入してきた人を殺したことは、罪に問わない…既に制止された侵入者を殺傷[3]することは、殺傷罪で処理する」と規定されていたが、『大明律』（1397 年）においては「既に静止された侵入者を殺傷することは、殺傷罪の刑罰より二等減刑して処理する」と変更され、『大清律例』（1740年）においてはさらに「特殊な場合においては、助けにきた隣人が侵入者を殺すことも、罪に問わない」という条文が追加された[4]。中国における正当防衛の法規範は、このように変容しながら、自身の存在を維持してきた。現代に至っても、中国の正当防衛制度は変容を続けており、特に近年では、再検討、再構築の時期を迎えている。その背景には、正当防衛がもはや法律上の問題を超えた社会問題となっているという事情がある。

中華人民共和国は1949年に成立しているが、その初期にあたる「前三十年（1949-1978）」という時期には、整った刑法典すら存在せず、法治国家の建設が遅れていた[5]。「改革開放（1978年12月-現在）」の実施と共に『中華人民共和国刑法』が発布された際、ついに正当防衛制度も明文化されるに至ったが、国家の法治水準[6]の低かったために、実際には正

---

[1] 本論文の注釈では中国語文献の出典について、作者名・文章題目・書名・雑誌名・書類名などを原典の中国語のとおりに示す。ただし、本文中では、読みやすくするために翻訳して日本漢字で表示する

[2] 本文で引用した漢文は筆者が現代文に翻訳したものである。また、中国最古の正当防衛制度は『書経・舜』に記載された「眚災肆赦」である、という見解が多く存在しているが、「眚災肆赦」の意味するところは「過失犯は赦免できる」ということであり、正当防衛には関係がないと思われる。辺土名朝邦「鄭玄の『周礼』調人職注にことよせて」『中国哲学論集』10巻（1984年）108-125頁を参照。

[3] 「殺傷」の意味は時代によって若干異なるが、殺人と傷害を同時に表す文言である。

[4] 闵冬芳「唐律“夜无故入人家”条源流考」法学研究6期（2010年）183-189頁。

[5] この時期は、中国が半封建社会から離脱したばかりであったので、法治国家の建設はゼロから始められた。また、政治運動による混乱も阻害の要因となった。とはいっても、法治国家の建設と法学の研究は少しずつ進められていた。刑法典は存在しなかったが、『妨害国家貨币治罪暫行条例』（1951年）、『中华人民共和国懲治贪污条例』（1951年）、『管制反革命分子暫行办法』（1952年）などの単行刑法が多く存在していた。刑法典の起草は1954年から始まり、1963年までに33稿を重ねた。

[6] 「中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定」（2014年）により、「現在、中国特色の社会主義法律体系が既に形成され、法治政府の建設が安定的に進捗しており、司法体制が引き続き改善しており、全社会の法治観念も顕著に増強した。同時に…法治建設にまだ問題が存在していることはきちんと認識しなければならない。主要な表現としては、一部の法律や法規は客観の法則または人民の願望を反映できず、的を射ず、操作性もない。立法の過程中、部門化の傾向や権利の争い及び責任の擦り合いという現象が見られる。法を遵守しないこと、厳格に法を施行しないこと、違法行為を追及しないことの現象が特に深刻である。執法（法を執行すること）の体制において、権利と責任が相応せず、管轄不明、選択的に執法するという現象が依然として存在しており、執法と司法が規範に従わず、厳格でなく、透明

当防衛制度の条文は殆ど機能せず、「ただのゾンビ条文」[7]と評価されていた。特に下級実務[8]において、正当防衛が認められることは極めて稀であった。このことが広く問題として認知されたきっかけは「鄧玉嬌案[9]」[10]である。鄧玉嬌案は、風俗店で働いていた女性（鄧玉嬌氏・被告人）が顧客に性的なサービスを強要された際、反抗して相手を死に至らせた事件である。当該事件が公にされたとき、法曹界だけではなく、大衆の耳目も集め、極めて反響が大きかった。被告人の鄧氏を支持する意見が多く、正当防衛の判決を求める社会運動も行なわれたが、結果的に、裁判所は正当防衛を認めず、過剰防衛[11]と判決した。この判決に対する法曹界や世論からの批判は絶えない。本事案以降、正当防衛の判断基準を緩和せよという呼びかけが強くなっている。2011 年の**「鉈隊対包丁隊案」**[12]において、全国の著名な弁護士達がすぐに弁護団を結成したのも、先の鄧玉嬌案の影響があると考えられる。その後、2016 年の**「于歓故意傷害案」**において、一審判決が過剰防衛すら認めなかったことで、この問題は再度波紋を広げ、法曹界と世論からの批判を受けた。二審判決では、「過剰防衛」と判決され、裁判理由も詳しく説明されたが、なお納得は得られなかった。2018 年 6 月に、最高人民法院（中国の最高裁判機関であり、日本における最高裁判所に相当する。以下、「最高法」とする）が于歓故意傷害案を**「指導性案例」**として発布し、正当防衛の成立要件を解説したが、依然として懐疑の声が上がっていた。やがて、2018 年 8 月に**「于海明正当防衛案」**が発生した際には、世論は実務機関（裁判所・検察庁）が判断を下す前から、今回もまた正当防衛が認められないだろうと考え、先に不満や皮肉を

性がなく、丁寧でないという現象が比較的に突出しており、大衆の執法と司法の不公平や腐敗問題に対するクレームが強烈である。一部の社会成員の法治意識が欠けており、一部の公的機関の職員、特にリーダー、幹部たちが法に依拠して業務を行うことの意識を持たず、能力も不足しており、敢えて法を犯すことや、権力を振るって法を破るなどの現象が依然として存在している」。

[7] 形式的に存在はしていても、実際には活かされておらず運用されたことのない法律条文を指す。陳興良「正当防卫如何才能避免沦为僵尸条款」法学家 5 期（2017 年）89 頁。

[8] 中国では四級制の裁判・検察組織が設置されており、最高人民法院・検察院、高級人民法院・検察院、中級人民法院・検察院、基層人民法院・検察院からなる。本論文における「下級実務」とは、その中級、基層レベルにおける実務を指し、「上級実務」とは、最高、高級レベルにおける実務を指す。

[9] 中国において「〇〇案」は「〇〇事件・判例」の意味である。例えば、後掲「于歓故意傷害案（侮母案）」の場合、公文書においては基本的に「于歓（当事者の姓名）/故意傷害（訴因）/案」の形で表記されていたが、マスコミにおいては「被告人の母が侮辱された」という事件の経緯から「侮母案」と名付けられた。本論文で事案を示すときは、主に前者の名称を用い、特に著名な事案の場合は両者を併記することとする。また、公文書においては当事者の姓名を一部伏せて「〇某」としている場合がある（具体的規則は「最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定」法释〔2016〕19 号を参照）。本論文で引用する際の表記は、全て原典に従う。

[10] （2009）巴刑初字第 82 号。本論文において、中国の判例の出典は「判決番号」を用いる。その読み方は、「2009（判例が出された年）/巴（判決する裁判所）/刑（裁判類型）/初（審判段階）/字第 82 号（番号）」である。これらのデータから、「中国裁判文書ウェブサイト」（政府公式Ｗｅｂサイト）http://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181029CR4M5A62CH/index.html、または「北大法宝」（中国における常用のデータベース）http://www.pkulaw.cn/で検索できる。

[11] 中国における呼び方は「防衛過当」であるが、本文は統一して「過剰防衛」にした。

[12] 序論において太字で示したものは、後文で検討する。

言い始めた。しかし、意外にも僅か数日後、検察機関は当該事案を正当防衛と認め、不起訴と決定した。そのあまりにも迅速な処理に、かえって「容易く正当防衛を認めたことは、法治の精神と原則に違反しているのではないだろうか」との憂慮されたほどであった。しかし幸いなことに、この憂慮は杞憂に終わる。2018 年 12 月に、最高人民検察院（中国の最高検察機関であり、日本における最高検察庁に相当する。以下、「最高検」とする）が**指導性案例**を発布し、于海明正当防衛案を含む四つの事案の具体的な判決理由を詳細に解説し、正当防衛の一般原則や各成立要件の認定基準も明瞭に示した。要するに、「正当防衛を保護、奨励する」というスローガンの下で、従来の下級実務における正当防衛判断の諸問題を指摘し、これを是正せよと要求した。これを契機として、実務の状況は一転したといっても過言ではない。さらに、2020 年に発布された**「正当防衛制度の運用についての指導意見」**という**司法解釈**は、新たな動向を示した。つまり、近年中国の正当防衛の実務状況は、大いに変容している最中にある。

一方、実務の変遷に伴い、学説上の検討も盛んに行われてきた。特に、実務が防衛者の主観的態様の正当性を厳格に要求したことに対して、学説上は事実認定や成立要件論の角度から絶えずに批判してきた。しかし、これらの検討自体は活発であり非常に有意義であるものの、激しい論争が続いており、いまだ通説が形成されていない。なお、諸説の間に、あるいは各説の中には混乱や不整合が見られる。また、外国とりわけ日独の法理論を直接援用する学説が多く、中国の状況に馴染むとは言い難い。もっとも、日独における長年の研究を経て積み上げられた豊富な理論成果と比較して、中国における正当防衛の学説は今なお「未熟」と言わざるを得ず、外国法理論を参照することは、必然の流れである。しかしそれでも、外国法理論を持ち込むには国情と合わせなければならない。すなわち、参照する理論の本来の趣旨を明らかにした上で、中国の背景に応じて再検討すべきである。現状ではそのような再検討が行われておらず、正当防衛という課題において、学説が実務に追いついていないのである。

そこで、日本の状況を参照しようとすれば、従来の学説や判例は当然ながらも、画期的な最決平成 29・4・26 刑集 71 巻 4 号 275 頁が出て、特に参照に値する。当該判例は、従来論争されてきた先行事情問題について、正当防衛の制度趣旨に基づき事案全般の状況を総合的に考慮し、急迫性の存否から正当防衛を判断するよう要求した。それを参照すれば、まず、中国において先行事情の問題意識は不足ではないかと疑いうる。例えば、鉈隊対包丁隊案において、闘争の起因となる「賭博の債務」、挑発行為および武器準備行為などは、防衛現場と時間的・空間的に離れたものの、当然のように正当防衛の判断において考慮されており、特別に扱われたことがなかった。なお、中国における正当防衛の議論は、主に事実認定や成立要件論を巡って展開してきたが、改めて制度趣旨などの基礎理論から行われるべきであろう。指針たる基礎理論さえ整えずに具体的判断基準を検討していたことは、不整合を来し通説を形成しなかった一因であったと考えられる。一方、そもそも最決平成 29・4・26 が日本においても、批判を受けている。とりわけ、最決平成 29・4・26 の示した正当防衛の制度趣旨は、緊急行為性を強調する一方であり、権利行為性や学説上広範に認められた法確証などの積極的意義に言及しなかったがゆえに、激しく批判されたことがある。その当否はともかく、中国の場合では、指導性案例・指導意見が「正当防衛を奨励

する」とまで宣言した以上、日本と異なる基礎理論を捉えていることは明らかである。したがって、基礎理論に依拠する先行事情の処理方法も、決して日本と同様ではないであろう。日本を参照して中国の正当防衛論を検討する際に、このことは常に留意しなければならない。

かかる現状をふまえて、本論文では、日本と中国を比較しながら、中国に相応しい正当防衛の基礎理論と先行事情理論を探究することにしたい。具体的には、中国の実務における正当防衛制度の動向を考察し、特徴と問題点を整理した（第一部）上で、それらを解釈でき、整合できる基礎理論を構築する（第二部）。したがって、構築した基礎理論を以て、先行事情の問題を指摘し、処理方法を検討する（第三部）。

中国の正当防衛制度の動向

導入

本論文の検討対象となる中国の正当防衛制度は、日本において充分に紹介、認識されていないので、本論文の第一部では、まずその全体像を描き出しておきたい。中国における正当防衛制度の基本的構造を紹介し（第一章)、日中の正当防衛制度を対比して最も相違していると思われる「急迫性」要件の捉え方を説明した（第二章）上で、従来の案例と最近の指導性案例・指導意見を対比しながら、各成立要件の判断基準の変容を分析し（第三章)、特別の影響要素を整理する（第四章)。そして最後に、中国の実務における正当防衛制度の特徴を総括し、問題を指摘する（第五章)。

一　基本的構造

（一）　犯罪論体系における正当防衛の位置付け

中国刑法における犯罪論体系は、現在激しい論争の対象とされている。ソ連から継受した「四要件説」は旧通説としてなお実務において大きな影響を持っている一方、学説上には日本およびドイツに起源をもつ「三階層（三分法）説」や、各学者による諸説が提唱されており、通説といえるものは存在しない[13]。本稿では、各説の折衷としての「二階層体系」を紹介する。そして、二階層体系における正当防衛の位置づけは、次の図にまとめることができる[14]。

[13] 中国の犯罪論体系に関する日本語文献として、井小胖「中国刑法における犯罪論体系について ： 日本犯罪論体系との比較を素材として」高橋則夫ほか編『野村稔先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2015 年）739 頁以下、于改之（張小寧訳）「中国の犯罪論体系」立命館法学 347 号（2013 年）613 頁以下、孫文『中国の犯罪体系』（成文堂、2019 年）は参照に値する。

[14] 柏浪涛『刑法攻略』（中国法制出版社、第九版、2016 年）15 頁。

客観・違法階層

	― 行為主体			
	― 危害行為			― 正当防衛
①客観要件：	― 行為対象	→→→	②客観・違法阻却事由：	― 緊急避難
	― 危害結果			― 被害者承諾など
	― 因果関係			

↓

主観・責任階層

	― 犯罪故意			― 責任年齢
	― 犯罪過失			― 責任能力
③主観要件：	― 無罪過事件	→→→	④主観・責任阻却事由：	― 違法認識可能性
	― 事実認識錯誤			― 期待可能性

上図のように、二階層体系によると、犯罪論は客観・違法階層と主観・責任階層で構成される。前者は行為の法益侵害性（違法性に相当）であり、後者は行為者の主観非難性（有責性に相当）である。犯罪が成立するか否かを判断する際に、まずは①客観要件（故意と過失を除く犯罪構成要件に相当）が満たされたかを判断し、その上で②客観・違法阻却事由の有無を確認し、なければ③主観要件（故意、過失、認識錯誤）が満たされたかを判断し、最後は④主観・責任阻却事由の有無を確認する。ここで、正当防衛は②の「客観・違法阻却事由」に位置づけられており、それが主観・責任阻却の性質を持つとは一般的に考えられていなかった。特に従来の下級実務において、正当防衛の成否について、責任阻却の要素が考慮されたことはほとんどなかった（そもそも下級実務において、責任能力以外に、違法意識可能性や期待可能性などの主観・責任阻却事由は承認されておらず、量刑の要素として機能するにとどまっていたと見られる）。つまり、一般的に、正当防衛は違法阻却事由とされてきたのである。

（二）　制定法

中国の刑法典第二十条は、次のように定めている。

『中華人民共和国刑法（2021）』[15]

第二十条　進行している不法侵害から、国家および公共の利益また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、不法侵害を制止し、不法侵害者に損害を与えた行為は、正当防衛にあたり、刑事責任を負わない。

正当防衛が必要な限度を顕著に超え、重大な損害をもたらしたときは、刑事責任を負うべきである。ただし、その処罰は減軽し、または免除すべきである。

進行している行凶、殺人、強盗、強姦、略取その他の人身の安全を厳しく脅かす暴力犯罪に対して、防衛行為を行い、不法侵害者の死傷をもたらしたことは、過剰防衛ではなく、刑事責任を負わない。

この条文には三つの款[16]があり、第一款は「一般防衛」、第二款は「過剰防衛」、第三款は「特殊防衛」を規定している。日本の正当防衛の条文（刑法第三十六条）[17]と三つの点で異なっている。第一に、中国の条文は日本の条文より、具体的かつ詳細である。例えば防衛の権利について、両国とも団体の利益や公共的利益の防衛を承認する[18]が、日本の場合は「自己または他人の権利」とのみ規定しているのに対して、中国の場合は「国家および公共の利益または本人若しくは他人の身体、財産その他の権利」と詳しく規定している。

---

[15] 筆者による公文や書類等の翻訳は、誤解や主観性を避けるために、原文の文法構造、意味ないし筆致をできる限りに保留し、いわゆる「直訳」した。そのため、違和感を抱かせ、晦渋さを感じさせる表現となることは避けられない。一方、理解の容易さを重視する「意訳」として、甲斐克則＝劉建利編訳『中華人民共和国刑法』(成文堂、2011 年)78 頁は、「①現に行われている不法な侵害から、国家および公共の利益また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。②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、その刑を減軽し、または免除しなければならない。③現に行われている暴行、殺人、強盗、強姦、身代金略取その他の身体の安全に著しい危害を及ぼす暴力犯罪に対して、防衛行為を行うことによって不法侵害者に死傷の結果を生じさせたときは、過剰防衛とはならず、刑事責任を負わない」と翻訳している。そこでは、条文の第二款の原文は「正当防衛」を主語としているが、翻訳者に立法のミスとされ、「防衛行為」に変更された。確かに、条文の原文は第一款で「正当防衛は刑事責任を負わない」と規定しているから、その後、「ただし」などの接続詞も加えず第二款で、正当防衛は刑事責任を負うときがある、と規定したことは、矛盾にみえるかもしれない。しかしながら、過剰防衛も防衛性質を有するため一種の（広義の）正当防衛にあたる、というような理解を採れば、条文の原文はなお維持可能である。実際にそのような理解を採るべきかどうかはさておき、翻訳によってそのような理解の余地を失わせてしまうことは望ましくないであろう。また、当該条文は、1997 年に発布された現行刑法に規定されて以来、2022 年まで 11 回の刑法改正を経ても修正されていないことから、真に「立法のミス」であるとは考え難い。このような考慮に基づき、本論文では敢えて直訳の翻訳方法を採る。

[16] 中国の習慣により、一つの法条の中に改行がある場合、第一段落を「第一款」と呼ぶ。そして「款」の中の条項は「第〇〇項」と呼び、「項」の中の条目は「第〇〇目」と呼ぶ。つまり、「第〇〇条第〇〇款第〇〇項第〇〇目」の形式で表現する。

[17] 『日本国刑法』第三十六条　急迫不正の侵害に対して、自己または他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為は、罰しない。2　防衛の程度を超えた行為は、情状により、その刑を減軽し、または免除することができる。

[18] 最判昭和 24・8・18 刑集 3 巻 9 号 1465 頁。

第二に、中国の条文上、正当防衛に対する制限は明らかに緩やかである。例えば、「やむを得ず」という言葉がない。さらに、「防衛の程度を超えた」場合でも過剰防衛にならず、「必要な限度を顕著に超え（た）」上で「重大な損害をもたらした」場合にのみ、過剰防衛になる。第三に、中国の条文には厳しい侵害に臨む防衛状況を特別に扱う「特殊防衛」の規定がある。

（三）　司法解釈と指導性案例

中国には、制定法以外にも高い効力を持つ法規範が存在する。いわゆる「司法解釈」と「指導性案例」がそれである[19]。司法解釈とは、最高法および最高検が法律の意義を詳細に解説し[20]、実務における法律の適用を指導するものであり、「法律としての効力を有する」と定められている[21]。中国は、四級制の裁判組織を持ちながら二審制を採っているので、最高法に至る事案は少なく、かつ、最高法判例が日本におけるのと同様に重視されているわけではない。そのため、司法解釈は、実質的に、日本における最高裁判例のような役割を果たしてきた。指導性案例とは、最高法および最高検が典型的で模範になる裁判例を選んで、当該事案の事実および判決の要旨のほか、その意義の説明を加えて発布するものである。指導性案例も、「下級の法律機関[22]は参照すべきである」と定められている。ただし、「指導性案例は、判決の理由（の説明）として引用されるべきであるが、判決の根拠条文とされるべきではない」とされており、司法解釈と比べると、指導性案例の「格」は相対的に低い[23]。

規定により、最高法は裁判所の実務における法の運用に限って、最高検は検察の実務における法の運用に限って、司法解釈と指導性案例を発布でき、裁判と検察の実務に共通する司法解釈と指導性案例は双方の協議によって連名で発布される。その意味で、最高検の司法解釈と指導性案例は、必ずしも判決に影響しない。しかしながら、中国の検察庁は、起訴便宜主義に従い、被疑者を起訴するか否かを判断する権限を持つ。よって、検察庁は自ら、事案を正当防衛と認め不起訴とすることができる。そのため、検察庁の犯罪認定を規制する最高検の司法解釈と指導性案例は、たとえ裁判所の判決に影響を与えることができないとしても、起訴判断の範囲で犯罪の成否に一定の影響を与えることができる。実際にも、検察庁によって正当防衛と判断され、刑事責任が追求されない例は近年少なくない。

---

[19] 中国における「司法解釈」と「指導性案例」について、粟津光世「中国における『司法解釈』と『案例指導制度』の展開」産大法学 40 巻 3・4 号（2007 年）124 頁以下は参照に値する。

[20] 中国の憲法により、立法権（中国憲法第五十八条）および法の解釈権（同法第六十七条）は全国人民代表大会という中国の議院に委ねられているが、「全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议」（1981 年）によって、最高法と最高検にも法の解釈権が認められた。

[21] 「最高人民法院关于司法解释工作的规定」法发〔2007〕12 号、「最高人民检察院关于司法解释工作的规定」高检法办（2019）55 号。

[22] 中国において法律機関とは、法の運用に関わる一切の公的機関を指す概念であり、司法機関である裁判所以外に、検察機関である検察庁および執法機関（捜査・逮捕・行政処罰などの「法の執行」を行う機関）である警察機関も含む。

[23] 「最高人民法院关于司法解释工作的规定」法发〔2021〕20 号、「最高人民检察院司法解释工作规定」高检发办〔2019〕55 号。

そのため、中国の実務における正当防衛制度を探究する際は、裁判だけではなく検察の動向についても考察しなければならない[24]。

そして、現在（2022 年 12 月）までで、正当防衛に関する最も重要な司法解釈は「正当防衛制度の運用についての指導意見」[25]（以下、「指導意見」とする）である。また、正当防衛に関する重要な指導性案例としては、最高法による「于歓故意傷害案」[26]と、最高検による「陳某正当防衛案」、「朱鳳山故意傷害（過剰防衛）案」、「于海明正当防衛案」、「侯雨秋正当防衛案」[27]などがある。第二章以下では，これらを資料として、実務における正当防衛の理解を確認することにしたい[28]。

（四）　正当防衛の成立要件

従来、正当防衛の成立要件の整理は学説に委ねられており、その内容は論者ごとに異なっていたが、指導性案例・指導意見が出されたことによって、成立要件は以下のように確定された[29]。

①防衛起因：不法侵害が存在すること
②防衛時間：不法侵害が進行していること
③防衛対象：不法侵害者に対して行うこと
④防衛意図（防衛意思）[30]：不法侵害から権利を守るためであること
⑤防衛限度：必要な限度を顕著に超えてかつ重大な損害をもたらしたことがないこと

---

[24] なお、中国における検察機関と警察機関には、通常の「起訴・不起訴書」のような公文書以外、「○○についての通報」などの公文書によって事案の情報を一般公開する制度がある。特に、社会において反響が大きな事件について、検察は必ず関連情報を公開する。それを資料として、検察実務における法理論を考察することができる。「人民检察院案件信息公开工作规定(试行)」高检发办字〔2014〕68 号、「公安机关执法公开规定」公通字〔2018〕26 号）を参照。

[25] 「最高人民法院最高人民检察院公安部关于依法适用正当防卫制度的指导意见」法发〔2020〕31 号。また、本指導意見に添付する形で、7 つの事案が発布された（以下、指導意見添付案例と称す)。その他、ここにおいて公安部（警察庁に相当）も発布機関とされている理由は、中国の司法解釈には、法律の解釈権を有する最高裁と最高検以外に、当該解釈の具体的内容に関係する各公的機関も「連名発布機関」とされるからである。例えば、「关于建立侵害未成年人案件强制报告制度的意见(试行)」高检发〔2020〕9 号という司法解釈の発布機関には、最高検のみならず、教育部（文科省に相当)、国家衛生健康委員会（厚労省に相当)、民政部（総務省に相当）も含まれる。公安部は、捜査・逮捕・行政処罰などの「法の執行」を行う警察機関の統轄組織であるので、常に司法解釈の連名発布機関となる。

[26] 指导案例 93 号「最高人民法院第 18 批指导性案例」法〔2018〕164 号。

[27] 检例第 45 号、检例第 46 号、检例第 47 号、检例第 48 号「最高人民检察院第十二批指导性案例」。

[28] 本論文において指導性案例・指導意見を紹介するときは、できる限り原典の形を維持するが、必要に応じて一部の書式を調整し内容を抜粋する。

[29] 厳密には、下記の五要件の雛形は従来存在していたが、その具体的な内容と判断基準等については見解が多岐に分かれ、様々に争われてきた。

[30] 指導性案例の発布以前、防衛意図は学界において日本と同様に「防衛意思」と呼ばれていた。その具体的な内容については諸説あるが、一般的に防衛者の主観的態様を指す。以下では、統一して「防衛意思」と呼ぶ。

指導性案例・指導意見の説明によれば、「①②③は客観要件であり、④は主観要件であり、⑤は限度要件である。客観要件と主観要件は定性要件であり、正当防衛の『正』の性質と前提条件を確定する。これらの要件に合致しないと、そもそも正当防衛にならない。限度要件は定量要件であり、正当防衛の『当』の要求と合理的な限度を確定する。この要件に合致しない行為は防衛性質を有するが、正当防衛ではなく、過剰防衛になる」。

これを踏まえて日本と比較すると、以下の図のように理解できる[31]。

<table>
<tr><td rowspan="3">中国における
成立要件</td><td>防衛起因</td><td>防衛時間</td><td>防衛対象</td><td>防衛意思</td><td>防衛限度</td></tr>
<tr><td colspan="3">客観要件</td><td>主観要件</td><td>限度要件</td></tr>
<tr><td colspan="4">防衛性質
（定性要件）</td><td>防衛限度
（定量要件）</td></tr>
<tr><td rowspan="2">日本における
成立要件[32]</td><td>不正な侵害</td><td>急迫性</td><td>反撃行為性</td><td>防衛意思</td><td>相当性</td></tr>
<tr><td colspan="2">防衛状況</td><td colspan="3">防衛行為</td></tr>
</table>

（五）　小括

以上のように、日中の正当防衛制度には形式（条文表現、要件分類）に多少の相違があるが、考慮する要素はおおよそ一致しているように見える。ところが、実際の具体的な議論状況を見てみると、日本において正当防衛の「中心的要件」[33]または「関門的要件」[34]とされている急迫性要件について、中国ではそこまで論じられていない。急迫性に対する扱いは、日中の正当防衛制度の最大の相違点であるといっても過言ではなく、特に留意すべきである。そのため、急迫性要件については、以下に章を改めて詳細に検討することにする。

二　急迫性について

（一）　日本における急迫性要件

中国の正当防衛制度においては、急迫性要件が存在しない。このことを理解するために、ひとまず、日本における急迫性要件の意義と機能を確認する必要がある。現在の日本における急迫性の意義は、法益侵害の危険が切迫しており、かつそれを避けるために、自ら実力を行使して反撃すること以外、他の方法が期待できない状態であると考えられる。つまり、「時間と空間上の切迫性」と「緊急行為性」の二つの意味に分かれている。時間と空

[31] 各説の相違により、全て完全に対応しているわけではない。

[32] 対応させるため、諸要件の記載の順序を調整している。

[33] 前田雅英『刑法総論講義』（東京大学出版会、第 7 版、2019 年）255 頁。

[34] 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第 2 巻』（青林書院、第 3 版、2016 年）588 頁（堀籠幸男＝中山隆夫）。

間上の切迫を要求することは当然であり理解しやすいが、なぜ重ねて緊急行為性を要求するのか。それは、「自力救済（自救行為）の禁止」に基づく「緊急行為の例外性」という原則の投影のためである。すなわち、法治社会において、利益の不法侵害に対する予防や回復は公的機関の任務に属し、私人による実力行使は原則として禁止されている。ただし、緊急の状況、すなわち公的機関にタイムリーな救済を求めることが不可能ないし著しく困難である場合にだけは、私人による実力行使が例外的に許される。正当防衛状況も、このような「緊急の状況」にあたるがゆえに、急迫性を成立要件とする。

ところが、このような急迫性に対する理解は、これまでに大きく変遷してきた結果である。すなわち、現状では急迫性の意義に緊急行為性が含まれるが、従来からそうであったわけではない。具体的には、最判昭和 24・8・18 刑集 3 巻 9 号 1465 頁[35]ではまだ急迫性を客観上の「時間と空間上の切迫」と解していたものの、以後の最判昭和 24・11・17 刑集第 3 巻 11 号 1801 頁と最判昭和 30・10・25 刑集第 9 巻 11 号 2295 頁では、急迫性が侵害の予期と関係付けられており、急迫性が「時間と空間上の切迫」以外の意義を内包し始めた。続いて、最判昭和 46・11・16 刑集第 25 巻 8 号 996 頁は「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」と示し[36]、その上で最決昭和 52・7・21 刑集 31 巻 4 号 747 頁は「予期された侵害を避けなかっ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」と明示し、急迫性を客観的状況のみならず防衛者の主観的態様とも直接結び付けた。これによって、急迫性は実質的に、純粋な客観的事実を表す概念から規範的評価となった[37]。その後、急迫性はますます重視され、特に先行事情が問題となる事案において検討されてきた（ただ、最決平成 20・5・20 刑集 62 巻 6 号 1786 頁によって、その役割が一部分担された[38]）。その到達点として、最決平成 29・4・26 は「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。…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」と示し、急迫性が緊急行為性の意味を有することを明らかにした[39]。こ

---

[35] 「刑法三六条にいわゆる急迫の侵害における『急迫』とは、法益の侵害が間近に押し迫ったことすなわち法益侵害の危険が緊迫したことを意味するのであって、被害の現在性を意味するものではない」という。

[36] 当該判旨について、それ自体だけをみると、予期に基づく急迫性否定を認めなかったように考えられる一方、判例の変遷を踏まえれば、実際は「侵害の予期は急迫性を否定するための重要条件ないし必要条件であるが、十分条件ではない」と示したのであると考えられる。すくなくとも、「予期＋α」で急迫性を否定する余地を残したのであろう。

[37] 三代川邦夫「判批」学習院法務研究 13 号（2019 年）182 頁などを参照。

[38] 本件事案はいわゆる自招侵害の事実関係に基づき、急迫性ではなく「正当とされる状況」を否定して正当防衛を認めなかった。第三部第一章を参照。

[39] 佐伯仁志「正当防衛の新判例について」判例時報 2357・2358 合併号（2018 年）23 頁、大塚裕史「判批」判例時報 2357・2358 合併号（2018 年）15 頁、橋田久「判批」ジュリスト臨時増刊 1518 号（2018 年）154 頁など。一方、最決平成 29・4・26 のいう「刑法 36 条の趣旨」は、必ずしも急迫性に投影され

れについて、学説上は、正当防衛において緊急行為性を強調することの当否、および緊急行為性を急迫性の内容に入れ込むことの当否が、今なお激しく争われているが、実務上、急迫性は緊急行為性の意味を有するとの前提で、確実に正当防衛の中心となっている。

実務における急迫性の意義・機能の変遷は、実は防衛意思の意義・機能の変遷と関わると考えられる[40]。大審院時代では、実務は防衛意思必要説を採用し、しかも防衛意思を厳格に判断していた。例えば、大判昭和 11・12・7 刑集 15 巻 1561 頁は「憤激シテ判示暴行二出テタルコト」を「防衛意思二出テタルモノに非ス」と判断した。しかし、その後、最判昭和 46・11・16 は「憤激または逆上して反撃を加えたからといって、ただちに防衛の意思を欠くものと解すべきではない」と示し、最判昭和 50・11・28 刑集 29 巻 10 号 983 頁は「防衛の意思と攻撃の意思とが併存している場合の行為は、防衛の意思を欠くものではない」と示し、防衛意思の判断基準を次第に緩和した。その結果として、防衛意思の正当防衛を制限する機能が低下し、最決昭和 52・7・21 のような事案において、防衛意思から正当防衛を否定することは不可能となった。したがって、急迫性で問題を解決することになったわけである。つまり、本来防衛意思の機能の一部（いわば先行事情を処理する機能）を、急迫性が担うことになったのである。それ以降も、最判昭和 60・9・12 刑集 39 巻 6 号 275 頁は「専ら攻撃の意思に出たもの」でなければ防衛意思を認めうると示し[41]、防衛意思による正当防衛の制限を更に緩和し、最決平成 29・4・26 は積極的加害意思のみならず「先行する事情を含めた行為全般の状況」を急迫性の判断要素とし、急迫性の意義と機能を再度拡張したと考えられる。

以上のように、日本の実務における急迫性は、長い変遷を経て緊急行為性の意味を有することになり、かつその意義と機能の拡大は防衛意思の緩和に関わっている。これを踏まえて中国の状況をみれば、急迫性が重視されていないことが分かる。

（二）　中国における急迫性要件の不在

中国における「急迫性要件の不在」とは、より正確にいうと、次のとおりである。まず、欠けているのは急迫性の中の緊急行為性のみであり、時間および空間上の切迫性は条文上の「進行している」という言葉で、防衛時間要件として設置されている。そして、判決書や論文の中では「急迫」、「緊迫」などの言葉が使用されているが、特別な解釈がない限り、それは単に字面とおりの意味であり、特定の規範的評価を表すわけではない（本論文における急迫性は日本の使い方に従い、緊急行為性の意味を含む）。また、「急迫性」を必要と

るわけではなく、より広く、「正当防衛状況」に投影されるとの理解もありうる。もっとも、「正当防衛状況」は一般的に正当防衛の成立要件とはされていないため、「趣旨」を正当防衛の成立要件に反映させるには、急迫性に反映させるほかない。すくなくとも、「趣旨」を示した平成 29 年判例自体は急迫性を否定した判例であることに鑑みれば、「趣旨」と急迫性との緊密な関係は否定できないと思われる。

[40] 今井猛嘉「侵害の急迫性」山口厚・佐伯仁志編『刑法判例百選 I 総論』第 7 版（2015）49 頁、山本輝之「防衛の意思」平野龍一・松尾浩也・芝原邦爾編『刑法判例百選 I 総論』第 3 版(1991) 53 頁、安廣文夫「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和 60 年度』（1989 年）142 頁などを参照。

[41] ただし、前提として、「暴行を加えられることを防ぐためのものでもあったことは明らかである」ことが必要である。

する学説も存在し[42]、「急迫性」によって正当防衛を否定したことも指導意見以前の下級実務においては見られるが、そこにいう急迫性は実は日本における急迫性と相違している。

そこで、「急迫性要件の不在」と評価できる具体的な根拠は、まず、急迫性要件の法源は存在しないことである。正当防衛に関する刑法の条文と司法解釈には、「急迫」や「緊急」あるいは「やむを得ず」など、急迫性の要求を引き出せる言葉が存在しない。そして、実務においても、急迫性が要件とされてはいないことである。このことは、以下の日中の裁判例を対比すれば明らかにすることができる。

1　日中裁判例対比

東京高判平成 27・6・5[43]

事案の概要　被告人甲は、暴力団員であった A に金銭を貸していた。甲は A に金銭の返還を求めて暴力団事務所に電話したが、暴力団員の B および E は甲が正月早々電話してきたことに立腹し、電話で甲を怒鳴りつけた。甲は B および E に対し、両名の所属する暴力団を軽んずるような発言や「今から来い」という趣旨の発言をし、これに憤激した B および C は、A を呼び出して甲方へ行った。到着後、B らは甲方敷地内にいた甲の弟乙（他の暴力団に所属し、甲に呼ばれてきた）に激しい暴行を加え、その物音を聞いてやってきた甲に対しても、同様の暴行を加えた。そして甲は家に予め準備していたシースナイフを持ち出し、B の右腹部を突き刺して殺害した。

判決要旨　「被告人は、被害者らを挑発して、被告人に暴力を加えるために被害者らが被告人方に来る事態を招き、被害者らが被告人方に来て暴行を加えてくる可能性が余程高いと認識していながら、そのような事態を招いた自らの発言について被害者らに謝罪の意向を伝えて、そのような事態を解消するよう努めたり、そのような事態になっていることを警察に告げて救助を求めたりなどすることが可能であったのに、そのような対応をとることなく、被害者らが暴行を加えてきた場合には反撃するつもりで…被害者らによるEおよび被告人に対する暴行が被告人らの予期していた暴行の内容、程度を超えるものでないことをも踏まえると、本件刺突行為については、正当防衛・過剰防衛の成立に必要な急迫性を欠くものといえる」。

①何強など聚衆闘殴[44]案（鉈隊対包丁隊案）[45]

事案の概要　事件当日の 4 ヶ月前、X 会社の代表取締役 Y はマカオで賭博をし、A に巨額の債務を負った。事件当日午前、被告人甲らは Y の指図を受けて、債務の償還について

---

[42] 张明楷『刑法学（第五版）（上）』（法律出版社、2016 年）200 頁。

[43] 東高刑時報 66 巻 1-12 号 58 頁 LEX/DB25540577。

[44] 「聚衆闘殴罪（『中华人民共和国刑法（2021）』第二百九十二条）」は、おおむね日本における集団的暴行罪（『暴力行為等処罰二関スル法律』第一条）に相当する犯罪である。

[45] （2011）熟刑初字第 0785 号、（2012）苏中刑终字第 0091 号。姚一鸣、黄晓梦「主动挑起斗殴后被动方的行为性质」人民司法・案例 18 期（2013）72 頁以下も参照。本論文において、便宜上、事案に番号を付け、最初の出所以外においては「事案○」の形式で示すとする。

A の手下 B らと交渉したが、合意に達しなかった。交渉失敗後、甲らは X 社に帰って一旦解散したが、昼頃、B から甲に電話があり、双方は口論になって互いに挑発し合った。そして、甲は仲間乙らを集め（共に 5 人）包丁などの武器を準備した後、再度 B らに電話して挑発し、対立を激化させた。その挑発に乗せられ、B ら（23 人）は鉈数本を持ち X 社に乗り込んだ。双方が鉈や包丁ないし椅子などを用いて闘争していた結果、数人の負傷者が出て、B らは撤退した。

判決要旨　「関係証拠によると、甲らは X 社の従業員ではない。…本事件は、賭博債務を巡る紛争によって引き起こされたものである。不法利益のために行われた闘争行為にあたり、正当性を有せず法律による保護を得られない。紛争を解決する際、甲らは相手を挑発し、対立を激化させた。相手が来て闘争になることを明確に予期できたにもかかわらず、わざわざ人を集めたり武器を揃えたり迎撃の準備を行い、かつ再度 B らに電話して挑発した。これらの事実に基づいて判断すれば、甲らの主観的態様は防衛の目的ではなく、他人との闘争の故意であった。なお、武器を準備してから B らが来るまでの 30 分の間に、甲らは相応な措置を取って闘争を避けることもせず、ドアを開け包丁を持ち構えていた。これも、甲らの闘争に対する積極的な態度を充分に表わしている。以上を踏まえ、正当防衛という弁護側の意見は採用できず、「聚衆闘殴罪」が成立する」。

両事案は、借金をきっかけに互いの挑発を経て集団闘争に至ることの経緯が類似し、それに対する裁判所の判断も、挑発や武器準備、待受けなどの先行事情によって正当防衛を否定し過剰防衛も認めなかった点で共通する。しかし、判決の理由付けは相違している。日本の場合は、侵害の自招と予期に注目し侵害回避義務に言及した上で、急迫性の欠如によって正当防衛を否定したが、中国の場合は、衝突の起因となる賭博債務の不正性および被告人の主観的態様に注目し、防衛意思の欠如によって正当防衛を否定した。ここに、中国の二つの特徴が現れている。一つ目は、急迫性要件の不在である。東京高判平成 27・6・5 において急迫性が欠如するのであれば、類似する事実を有する事案①においても急迫性が欠如すると考えられる。また、もし中国において急迫性が正当防衛の成立に重大な意義を持つのであれば、事案①では「急迫でない」という判断が現れるはずである。にもかかわらず、中国の裁判所は急迫性の欠如を正当防衛の否定理由としなかった。なぜなら、そもそも中国において急迫性は正当防衛の要件とされておらず、正当防衛の成立には必ずしも影響しないからである。二つ目は、主観的態様・防衛意思の重視である。前述したように、日本における急迫性というのは、客観的状況と主観的態様との両方を含む規範的評価である。東京高判平成 27・6・5 も、挑発、回避可能性、待受けなどの客観的状況と侵害の予期とを合わせて考慮し、正当防衛を否定した。そこに、主観と客観のどちらかへの偏りは見られない[46]。それに対して事案①は、賭博債務という先行する客観的な事情を独自に扱いその特別な意義を指摘しつつも、主として、被告人の主観的態様を判断するため客観的状況を資料として参照し、果ては防衛意思の欠如で正当防衛を否定した。つまり、

[46] 防衛意思要件の稀薄化は、客観化の趨勢を示すとも考えられるかもしれない。しかしながら、防衛意思要件が稀薄化したとはいえなお放棄されておらず、同時に、急迫性要件が主観的態様に関わることになった。だから、主観と客観のどちらかへの偏りがあるとはいえない。

主観を重視していることは明らかである。事案①のような判断構造は、その当否はともかく、中国の実務において一貫して採用されてきたものである。

一方、両事案は、結果として同様の判断に帰結したので、実質的にはさほど異ならず、あくまでも要件論における解釈が相違するにすぎない、という理解はありえないのか。すなわち、実は緊急行為性は日中を問わず要求されており、ただ中国においては急迫性でなく防衛意思要件に置かれているのだ、と考えられるであろうか。この問題について、次の裁判例は参照に値する。

2　急迫性不要の典型裁判例

②李英俊正当防衛案[47]

事案の概要　被告人甲は家で就寝していたところ、庭先の飼い犬が吠えていたから確認に行くと、ナイフを持って強盗しようとする A を発見した。甲は庭に戻って鉄パイプを取ってきたが、A はいなくなっていた。同時に、甲の妻である乙は治安幹部（当地の治安の管理者）丙らを家に呼んで来た。その後、乙は家の後で A を見かけ、自家の窓が A に割られたと発見し、これを甲に告げた。甲は A を探しに行き、後庭のトウモロコシ畑において A と遭遇した。A はナイフで甲を刺そうとしたところ、甲は鉄パイプで反撃し、A の頭に直撃し気絶させた。病院に送られたが、A は翌日に死亡した。本事案は一審判決で正当防衛と判決され、検察庁は控訴したが、二審でも、原審判決が是認され、正当防衛と認められた。

検察側の主張　一審検察官は、甲の行為は「故意傷害行為」にあたり正当防衛ではないと主張し、以下の理由を示した。①甲が A を探しに行き、A と闘争した時、A は甲および甲の家族に対して何の不法侵害も行っていなかったので、正当防衛の前提条件は存在しなかった。②甲が鉄パイプを持ち積極的に A を探しに行ったことは、甲の主観的態様おける積極的な加害意思を表す。いわば、甲は防衛の目的で行動していたわけではない。

二審検察官は過剰防衛を主張し、以下の理由を示した。①治安幹部である丙らがすでに到着していたので、現場の安全は確保されていた。②A は畑に隠れていたので、人身の安全を厳しく脅かす状況は持続しておらず、防衛の緊迫性はなかった。よって、甲の行為は特殊防衛[48]に該当せず一般防衛にあたり、かつ、防衛行為が明らかに過剰であった。

判決要旨　二審裁判所は一審の正当防衛を認めた判決を維持し、次の理由を述べた。①治安幹部である丙らがすでに到着していたが、ナイフを持っていた A が再度現れ、甲宅の窓を割ったという状況もあったので、安全がすでに確保されていたとはいえない。現実的で緊迫した危険状況は持続していた。②甲の主観的態様について、武器を用いて自宅の庭で犯罪者を探すことは、公民の合法的な自己保護行為であるため、それに基づいて加害の故意を認定することはできない。③A が甲宅の庭に隠れており、ナイフを用いて甲を襲ったことは、人身の安全を厳しく脅かす侵害である。当該行為は、当時においてまだ甲を負

---

[47] （2012）抚刑一初字第 34 号、（2012）辽刑四抗字第 11 号。

[48] 特殊防衛とは、人身の安全を厳しく脅やかす侵害に対して正当防衛を行う場合、仮に侵害者の死傷をもたらしたとしても、過剰防衛にならない、という制度である。後掲三（五）を参照。

傷させていなかったが、いつでも重大な死傷結果をもたらしうる。つまり、甲の防衛行為は、積極的な加害故意によるものではなく、特殊防衛として正当防衛が成立する。

治安幹部丙らがすでに到着していたことを考えれば、本事案において公的機関による保護を求めるのは極めて容易であり、すでに保護されていたともいえるであろう。よって、緊急行為性・急迫性は欠如していたと考えられる。それにもかかわらず、甲は侵害に対する十分な予期を持ちながら、武器を持って積極的に侵害者を探しに行き、侵害者と闘争することになった。日本に置き換えれば、「積極的加害意思がある」とまではいかずとも、「公的保護を求めるべき」とされ、急迫性が否定されてしまう可能性がある。しかし、中国では被告人の正当防衛を肯定した[49]。このことから、中国における緊急行為性・急迫性要件の不在は確実であり、急迫性の要求の位置づけの問題ではない。

また、文言上、緊迫性という言葉が検察官の主張と裁判所の判旨で言及されたが、あくまでも「危険状況が持続していた」かどうかという防衛時間の問題として検討されていたにすぎない。積極的な加害意思という言葉も同様に、言及されていたとはいえ、あくまでも「防衛の目的」という防衛意思の問題として検討されていたにすぎないと考えるのが素直な理解である。それに対して、本事案の「積極的な加害意思」と「緊迫性」の意義を日本における「積極的加害意思」と「急迫性」の意義に解せば、裁判所の判旨は「公的機関による保護が到着していた場合でも、急迫性がありうる」ということになる。強引ながらも、このような理解を採る余地もあるかもしれない。しかし、以下の指導性案例を踏まえると、やはりそのような理解は合理的とは言い難い。

③于歓故意傷害案（侮母案）

事案の概要　被告人甲の母である乙は、高利貸しの返済について A らと数回にわたり衝突していた。事件当日、A は部下 B ら（9 人）を集め、乙の会社に行って騒ぎ立てていた。A らは甲と乙を部屋に拘禁して監視し、侮辱行為や暴行を加えていた。その後、警察 E ら（3 人）が到着し、受付室で当事者双方に状況を聞いて、両方に「喧嘩するな」と警告してから、受付室を出て通報人を探し、電話で状況を報告しに行った。甲および乙は警察と一緒にその場を離れようとしたが、B に阻止された。B は甲の首を絞めつけ受付室の東南角まで押し込み、甲がナイフをとって「近付くな」と警告しても、B らは依然として罵詈雑言で甲を挑発し、囲んで迫った。そこで、甲は B の腹を一回刺し、他の三人も一回ずつ刺した。警察が声を聞いて受付室に戻り、甲に命じてナイフを捨てさせた。結果として、B は死亡し、他の三人は重傷二級（二人）、軽傷二級（一人）であった。

判決要旨　まず、甲の刺突行為は防衛性質を有する。事件当時、B らが甲、乙に対して、

---

[49] 一方、このような事案は、日本では、正当防衛ではなく現行犯逮捕の当否として論じうる。現行犯逮捕と正当防衛との成立要件が異なるので、急迫性がなく正当防衛は認められずとも、なお現行犯逮捕に伴う実力行使として正当化を検討する可能性がある。中国においても、一般公民が現行犯・準現行犯を捕まえる行為はいわゆる「扭送」として正当と認められている（中国刑事訴訟法第八十四条を参照）から、A を追う行為はいわゆる「扭送（ニューソン）」として扱う可能性がある。そこで、「正当化事由の競合」の問題が生じるが、それに関する検討は今後の研究に預けたい。

人身自由を制限する違法拘禁行為を実施しており、人格侮辱、殴打などの行為もしていた。警察が現場に到着した後、甲および乙が警察とともに受付室を離れようとした際に、B らは甲および乙を阻止し、押したり囲んで迫ったりして、甲にナイフで警告されても依然として罵詈雑言で挑発し、続けて迫った。正当防衛が要求する不法侵害は客観的に存在し、進行していた。それに、甲の刺した対象は警告されても依然として迫ってきた者であるので、その行為は進行していた不法侵害から本人と母の人身権利を守るためだと認定できる。その行為は正当防衛の客観と主観の条件を備え、防衛性質を有する。

…結局、甲の刺突行為は過剰防衛にあたる。防衛が必要な限度を顕著に超えるか否かを認定することは、不法侵害の性質、手段、強度、危害程度、および防衛行為の性質、時機、手段、強度、環境、損害結果などの要素を総合して分析すべきである。本事件中、B ら一方の人数が多いが、その不法侵害の意図は乙に圧力を加え、債務の履行を催促することである。催促していた間にも、一切の武器を持っておらず…行われた不法侵害は人身自由の制限、侮辱行為および一般的な暴行にとどまった。…警察が受付室を出て通報人を探しに行った際、甲と B ら双方とも受付室のガラスを通して庭内のパトロールカーをはっきり確認でき、警察が離れていなかったことは分かるはずであった。…それゆえ、甲の臨んでいた不法侵害は緊迫ではなく、重大でもなかった。それにもかかわらず、甲はナイフを用いて四人を刺し、一人死亡、二人重傷、一人軽傷の結果をもたらした。以上から、甲の防衛行為は必要な限度を顕著に超え、重大な損害をもたらし、過剰防衛にあたると認定すべきである。

この指導性案例は、「甲と B ら双方とも受付室のガラスを通して庭内のパトロールカーをはっきり確認でき、警察が離れていなかったことは分かるはずであった」という事実に基づき、「A の臨んでいた不法侵害は緊迫ではな(い)」と認定した上で、「その行為が正当防衛の客観と主観の条件を備え、防衛性質を有することは認定できる」と判断した。言い換えれば、公的機関に救助を求めるのが容易であっても、侵害が緊迫でなくても、防衛性質[50]には影響しない、と指導性案例が示したことになる。これにより、前述した「中国における緊迫性と日本における急迫性とを同様なものと解す」るのは不可能になった。

一方、「警察が離れていなかった」ことは、防衛限度の検討において言及された。これを踏まえると、公的機関による保護を求めるべきかどうかという急迫性の要素は中国の正当防衛において、完全に機能しないともいえず、少なくとも防衛限度に対しては影響があると考えられる。ただし、指導性案例の示した防衛限度の判断要素（不法侵害の性質、手段、強度、危害程度、および防衛行為の性質、時機、手段、強度、環境、損害結果）を参照して考えれば、公的機関による保護を求めるか否かは諸要素の一つにすぎず（考慮要素のうちの環境または手段に含まれると考えられる)、その影響は限定的なものにとどまる。そして、前節の日中裁判例対比で述べたように、侵害の予期という日本における急迫性の判断要素は、中国では防衛意思に影響を及ぼす。すなわち、「中国において急迫性要件は不在」といっても、急迫性の要素が完全に考慮されていないわけではない。ただ、急迫性

[50] 前掲一（四）の図を参照。

の諸要素は、それぞれの要件において考慮要素として検討されており、独立した「要件」として扱われていない。よって、中国における急迫性の機能と存在感は薄く、日本における地位には到底及ばない。

3　急迫性を必要とする下級実務

以上のように、典型裁判例や指導性案例において急迫性要件の不在は明らかである。しかしながら、従来（とりわけ指導意見以前）の下級実務においては、急迫性を実質的に要求した裁判例も存在する。例として、以下のものが挙げられる。

④楊勝冬故意殺人案[51]

事案の概要　被告人甲の友達乙が被害者 A らに殴られていたところ、とおりかかった甲はそれを見て、制止に行き、A と殴り合って負傷させた。翌日、A が仲間 4 人を呼び出し、ネットカフェで甲を見つけ、甲に「治療代」を要求した。甲はお金がないから賠償できないといって、顔面を A に殴られても反撃せず、ネットカフェに戻ろうとしたが、A らは甲を行かせず、甲を囲んで殴った。そこで、甲は携帯していたナイフを使って反撃し、A の胸を刺した。刺された A がたじろいで後退し、煉瓦を拾って甲に投げつけ、A の仲間も甲を隅に追い込んで暴行を仕掛け、甲を倒した。他人に阻止されて A が攻撃をやめたところ、A は胸の傷によって倒れて死亡した。

判決要旨　当該事件は、甲が前日に A を負傷させたゆえに引き起こされた事件であり、A らの目的は治療代の要求であることも甲は知っていた。なお、事件当時甲のいた場所は昼のネットカフェの前であり、簡単に救助を求められる場所であった。甲がナイフを使って反撃する前に、A らは素手で甲を殴っており、その侵害が軽微であった。それにもかかわらず、甲は、警告もせず隣の人に助けを求めることもせず、ナイフを使って直ちに反撃した。このような状況は、正当防衛が要求する不法侵害の暴力性と急迫性に及ばない。甲の行為も、主観面からみて喧嘩闘争の意思や他人の死傷を容認する意思を有し、客観面からみて他人を死亡させた。それゆえ、甲の行為は正当防衛ではない。

この裁判例は、急迫性の欠如を理由として正当防衛を否定した。その具体的な判断要素には、先行する事情（A を負傷させたこと）や侵害の予期（甲が A の目的を知っていたこと）、凶器の準備（ナイフを買って携帯していたこと）、救助を求めなかったことなどがあり、日本における急迫性の判断構造と共通するところがある。しかし、この裁判例は、甲が「殴られても反撃せず、ネットカフェに戻ろうとした」という一定程度の退避・受忍行為を行ったにもかかわらず、急迫性を否定した。かつ、「公的機関」ではなく、単なる「他人」に救助を求めなかったことも、急迫性の否定理由とした。このような要求は、急迫性の意味から乖離したものではないだろうか。なぜなら、急迫性が意味するのは、「公的機関」に救助を求める必要がなく私人の実力を行使しうることであり、公的機関でない「他人」に救助を求めるべきかどうかとは関係がないからである。防衛者自身による防衛であ

[51] （2014）浙杭刑初字第 222 号。

れ、他人による防衛であれ、自力救済にあたることは変わらない[52]。「他人」に救助を求めるべきかどうかは、どちらかといえば防衛手段の問題にあたり、緊急行為性の問題ではない。

また、そもそも「急迫」などの言葉が中国刑法二十条に書かれていないので、急迫性を正当防衛の成立要件とすることには、条文上の依拠がない。下級実務は正当防衛の成立に急迫性を要求するために、「方法」を講じる。例えば、急迫性の要求を防衛起因要件あるいは防衛時間要件に入れることがある。しかし、それによって、急迫性という概念は時々、防衛起因における「侵害の不法性（不正性）」や防衛時間要件における「侵害の進行性」と混同される。そして、「急迫性の欠如」という理由だけで正当防衛の成立を否定することをせず、代わりに、「急迫性の欠如」と「防衛意思の欠如」（または別の成立要件の欠如）を同時に認定した上で正当防衛の成立を否定する、という方法もよく採られている。本事案は、このような方法の典型例である。すなわち、「当該状況は、正当防衛（の成立）が要求する不法侵害の暴力性と急迫性に及ばず」といって不法侵害の不法性（不正性）の中で急迫性の欠如を認定しながら、「喧嘩闘争の意思や他人の死傷を容認する意思を有し」といって防衛意思の欠如も認定し、それらを合わせて正当防衛を否定した。

もっとも、このような急迫性の要求は、一部の下級実務では採られていても、厳しすぎる、条文と整合し難い、などの問題があるため、最高法・最高検には認められていない。学説上も、急迫性を必要とする見解は少なくないが、日本における急迫性の理解と同じ理解を採っているわけではない。すなわち、「急迫性は狭隘に把握すべきではない。進行している不法侵害がありさえすれば、一般的には防衛の急迫性があると認定すべきである。ただし、知的財産権侵害や重婚などの不法侵害に対して、加害性のある防衛行為を執ることが常情常理に悖り、警察に通報するなどの方法で解決すべき場合は、防衛行為に出る急迫性と必要性を認めないほうがいいであろう」といい[53]、急迫性の欠如する状況を限定的に捉えている。まとめると、前掲の日中裁判例対比で示したように、日本において急迫性で処理されている事案は、中国においては急迫性で処理されておらず、むしろ、急迫性では処理されえないのである。

4　検討

急迫性が正当防衛の成立要件とされていないことは、日本ではありえない話であり、一種の正当防衛制度の欠陥であると考えられるかもしれない。。確かに、正当防衛は私人による実力行使として制限されるべきである、という前提からは、急迫性（緊急行為性）が正当防衛の本質であり、急迫性要件のない正当防衛は濫用される虞がある。しかし、正当防衛は緊急行為性以外にも権利行為性ないしそれ以上の積極的な意義を有すると認める場合には、緊急行為性を強調して正当防衛を制限することも必然ではないと思われる。む

---

[52] 強いていえば、不特定多数の社会成員としての「他人」が、防衛者個人との関係で、一定の「公的」・「社会的」な性質を有するといえるかもしれない。だとしても、他人に救助を求める義務をも課することは、根拠がなく、過酷である。

[53] 指导意见起草小组「《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》的理解与适用」人民司法・应用 28 期（2020 年）25 頁以下。

しろ、正当防衛の諸性質を合わせて考慮し、正当防衛を「制限」ではなく、「規範化」すべきである。中国の場合は、まさにこのように正当防衛を捉えており、緊急行為性を重視していないのである。だとすれば、必ず急迫性要件を設置しなければならないともいえないであろう。無論、だからといって急迫性を無視すべきではないが、一要素として考慮すれば充分である。実際に、中国における正当防衛は急迫性を要件としていないが、濫用されていない（それどころか、過度に制限されていた。次章を参照）。加えて、日本のように防衛意思要件が稀薄化したこともないので、先行事情が問題となる事案は、防衛意思を始めとする諸要件に基づいて処理しうる。そのため、現状では、あえて急迫性要件を設置する必要はないと思われる。

三　成立要件の認定基準の変容

一般的に考えれば、急迫性要件が不在であるなら、正当防衛は成立しやすいはずである。しかし、実際にはそうではない。序論で述べたように、従来の下級実務において、正当防衛の主張が認められる例は稀であった。なぜなら、急迫性要件がなくても、他の要件の要求が過度に厳格だったからである。もっとも、指導性案例の発布により、この状況の改善が期待できるようになった。以下では、従来の下級実務と指導性案例とを対比し分析することで、成立要件の具体的な変容を検討する（ただし、防衛対象要件は、実務において問題となる場合が相対的に少なく、指導性案例においてもあまり検討されなかったので、次章において指導意見と合わせて検討する）。

（一）　防衛起因

防衛起因というのは「不法侵害が存在すること」、すなわち侵害の「現実性（侵害が確実に存在すること）」と「不法性（侵害の性質、程度）」であるとされる。日本では大審院時代から「不正」を「違法」と解し[54]、ひいては構成要件該当行為でなくても要保護性を備えた利益に対する侵害であれば、不正にあたり正当防衛で対抗しうると判示したが[55]、中国の下級実務では「不法性」を「高い危害性」と理解し、防衛起因を限定的に捉えていた。例として、次の裁判例が挙げられる。

1　従来の下級実務における厳格な「不法性」の要求

⑤湯某某故意傷害案[56]

事案の概要　被告人甲は、軽トラックを運転し工事中の道路を通行していたところ、対面から飲酒運転をしていた A の違法な運転により、衝突寸前であった。両車が停止した後、A が甲車まで行ってドアを開け、甲を罵り、口論を始めた。そして甲は車を降りたと

[54] 大判昭和 8・9・27 刑集 12 巻 1654 頁。

[55] 福岡高判昭和 55・7・24 判時 999 号 129 頁。

[56] (2018)鄂 1087 刑初 39 号。

ころ、A に殴られたため、反撃し A と殴り合いになった。他者に宥められて、甲は殴り合いを止めて現場から離れようとしたが、A は自分が喧嘩に負け、損をしたと思い、地面に落ちている煉瓦を拾って甲に投げ、甲の頭部に傷害を負わせた。事後の鑑定により、甲の被害は軽微傷害であり、A は軽傷二級であった。

判決要旨　裁判所は、甲の「酩酊した A が騒ぎ立てて来て、私は殴られてから反撃したのだから、行ったことは過剰防衛にあたる。（私は侵害の）故意を有しない」との主張を退け、「A は、情動のままに喧嘩を売り、先に甲を殴ったことについて、明らかに責任を負うべきである。　…しかしながら、日常生活において、防衛行為の対象なる侵害行為はその性質および侵害程度が比較的重大で、危害性が比較的大きく、積極的な攻撃性を有し、かつ被侵害者に対してすでに緊急な危害となった不法侵害行為である。公民が日常生活に発生する軽微な違法の権利侵害に対して防衛行為を行うことは支持を得るべきではない。双方の互譲によって、合理的、合法的に紛争と衝突を解決するように提唱すべきである」と示し、正当防衛を認めなかった。

学説上、この判旨に近い意見があり、「正当防衛は、全ての違法犯罪行為に対して行えるのではなく、進攻性、破壊性、緊迫性、持続性を有する不法侵害に対して、防衛すれば法益侵害が抑制または回避できる状況に限り、行える」[57]と提唱していた。このような、一定程度の危険な侵害に対してのみ正当防衛を行えるという理解は、従来の下級実務と学説において有力であったが、次節で述べたように、指導性案例によって完全に否定された。

２　指導性案例における対応

指導性案例（事案③）によれば、「不法侵害とは、法律に違反する侵撃と損害である。犯罪行為は含まれ、一般違法行為も含まれる。身体権を侵害する行為は含まれ、財産その他の権利を侵害する行為も含まれる」。つまり、不法侵害の性質や程度は限定されない。なおかつ、事案③の具体的な事実に関して、最高法は「その不法侵害は軽微な暴力侵害にすぎず、生命権に対する不法侵害ではなく、A 母子の身体健康権を厳しく侵害する状況でもない」、「その目的は B に返金を強いることである」と認定したものの、「正当防衛が要求する不法侵害は客観的に存在し(ていた)」と認めた。すなわち、重大でなくとも、違法な侵害でありさえすれば、それに対して正当防衛を行える。この指導性案例により、従来の防衛起因に対する厳格な要求は緩和された。

（二）　防衛時間

防衛時間要件は、条文上「進行している不法侵害」という言葉で表現されている。ここで問題となるのは、いわゆる「侵害の始期と終期」の判断であり、下級実務においては厳しく判断されていた。典型的な裁判例として次のようなものがある。

１　従来の下級実務における厳格な「侵害の始期と終期」の判断

[57] 张・前掲注（42）200 頁。

⑥許某某故意傷害案[58]

事案の概要　事件当日 20 時頃、被告人甲の家人乙がバイクで A 宅の灌漑用パイプを轢いたため、A は甲宅へ文句を言いに行き、甲の家族の一部と揉めていた。甲の他の家族が警察に通報し、喧嘩を止めて、A も一旦自分の娘に連れられて自宅に帰らされたが、包丁を手に入れて再度甲宅へ赴き、「止めるなら殺すぞ」などと叫びながら甲宅に侵入した。A に対して、甲一家が農具を持って迎撃し、A に軽傷二級の傷害を負わせた。

判決要旨　A は包丁を持って甲宅に赴いたが、まだ誰に対しても傷害行為を行っていなかった。そのとき甲が農具で A を刺突し、頭を殴打したことは、正当防衛の成立要件に合致しない。

裁判所が「傷害行為を行っていなかった」ことを理由として正当防衛の成立を認めなかったのは、A が傷害行為にまだ着手していなかったので、侵害が進行しているとはいえず、防衛時間要件が満たされない、と考えたからである。すなわち、裁判所が捉える防衛時間とは、侵害行為の着手から始まるのである。しかしよく考えると、A が傷害行為にまだ着手していなかったとしても、甲にとって、少し前に喧嘩したばかりの相手方が夜に包丁を持って自宅に侵入してきたことは、すでに十分に危険な状況であり、それでも防衛が許されないというのは、如何にも厳しすぎるであろう。

⑦張建波故意傷害案[59]

事案の概要　被告人甲は、昔乙と恋愛関係にあった。1999 年 4 月頃には、乙は A と恋愛関係にあって、一時 A の家に同棲していたが、すでに関係を解消していた。2000 年 7 月 10 日午後 2 時、なお乙に執着していた A が乙の飲料水に睡眠薬を投与したが、すぐ後悔して乙に白状した。これを受けて乙は甲に電話し「A が怖い」と伝えた。同月 11 日 0 時頃、A は、乙の住所地に押し掛けてきて、乙を殴打し強制的に某ホテルの部屋に連れ込んだ。移動中、A はなお数回乙を殴打し、乙は途中で他人に救助を求めたが、助けてもらえなかった。1 時頃、乙のおじである丙が状況を聞いて甲にも伝え、二人はホテルに赴き、丙が先に到着し部屋の外から「ドアを開けろ」と叫んだ。当時部屋の中では、A が乙をベッドに押し付けて性交を要求したが、乙は拒絶して抵抗し、丙の叫び声を聞くと、A に抗ってその手を抜け出しドアを開けた。丙が部屋に入り A を一回押しのけ、A が水瓶を丙に投げつけ、両者は殴り合いになった。部屋の外の廊下についた甲は殴り合いの音を聞いて、消火器を手に取って部屋に入り、消火器で A を打ち丙と共に A に対抗した。甲と丙が A を抑え込んだ後警察に通報し、警察が到着してから A を解放したが、A はすでに鈍器の打撃によって死亡していた。

判決要旨　一審裁判所は過剰防衛すら認めずに「故意傷害罪」と判決し、検察庁は「過剰防衛」で控訴し減刑を求めたが、二審裁判所は「A が乙を殴打した事実は確実である」

---

[58] （2017）黒 0623 刑初 107 号 （2018)黒 06 刑終 73 号。

[59] （2001）青羊刑初字第 81 号、(2001）成刑終字第 206 号。

と認めた一方、「ホテルの部屋において、その不法侵害行為は継続していなかった」と考え、「丙と A の殴り合いは喧嘩であり、違法行為に属する」と認定した。したがって、「丙、A が殴り合いになった後、甲は正当防衛の条件を失い、過剰防衛にはならない」と判決した。

本事件の争点は防衛時間、つまり侵害がまだ継続していたか否かである。判旨によれば、A は乙を繰り返し殴打したが、ホテルの部屋においてはそのような行為を続けていなかったので、防衛時間も継続していなかった。この時点で介入してきた丙、甲の行為は防衛性質を有せず、正当防衛が成立しないのである。しかしよく考えると、部屋における行為は前の殴打行為と分断して単独でみれば厳しい侵害行為と言い難いが[60]、前後行為の対象（乙）、目的（性交）、手段（自由制限）が同じであり、時間的にも緊密に繋がり、乙も継続的にその脅威にさらされており、危機を脱したことがなかった（途中で救助を求めても得られず、最後は抗って抜け出してドアを開けたに過ぎない）ので、前後の行為は中断しておらず、一連一体であると考えられる。したがって、部屋における A の行為を前の暴行の続きとしてみれば、不法侵害はなお「進行している」といえる。この時に A を攻撃した丙の行為、および丙に助力した甲の行為は、防衛時間に行われたと考えられる。にもかかわらず、裁判所は A の侵害行為の一体性を考えず、正当防衛を認めなかった。

他方で、本事案の判旨に述べられていないが、従来の下級実務には、「『ドアを開けた』ため、乙がすでに A の侵害から逃れたといえ、侵害は終了した。特に丙が介入してきた時点で、乙に対する侵害は完全になくなっていた」というような理由で、侵害の終了を軽率に認定する傾向があるが、まず、「ドアを開けた」という事実はただ逃走の可能性を意味するにすぎず、実質的に離脱したとまではいえない。そして、条文の「進行している不法侵害」という文言を考えれば、侵害が止まらない限り、それに対抗する防衛時間は続くのである。丙が部屋に入った後、A はすぐ襲いかかってきて、甲、丙に抑え込まれるまで攻撃し続け、その侵害は止まっていなかったので、それに対抗する防衛時間も続いていたと考えるべきである。このような考え方は、次の指導性案例にも親和的である。

2　指導性案例における対応

⑧于海明正当防衛案（昆山反殺案）

事案の概要　2018 年 8 月 27 日 21 時 30 分頃、被告人甲が自転車を運転していたところ、A が車を飲酒運転してきて、両車は衝突寸前であった。A は、車を降り甲に罵詈雑言や暴行を行い、A の同行者に宥められても、なお止めず甲を追いかけて殴り、かつ車内から鉈を取り出し、何度も鉈の片面で甲の身体を叩いた。その際、A の鉈が落とされ甲に奪われた。A が奪い返そうとしたところ、甲は何度か A の身体を刺突し、切りつけた。負傷した後、A が車に向かって走り、甲は追いかけて二回切ろうとしたが、全て外れた。A は

[60] 監禁してベッドに押し付けて性交を求めることは正当防衛が要求する不法侵害の程度に及ばない、と本事案の判旨は捉えていたと考えられるが、指導性案例の基準によれば、それは正当防衛に値する不法侵害に当たる。

逃走した後、近くの路側帯に倒れ、病院に搬送されたが、翌日に死亡した。

警察機関が検察機関の意見を聞き取った上で、甲の行為は正当防衛にあたり刑事責任を負わないと認定した。本件における防衛時間に関して、最高検は次のように説明している。

検察機関の意見と理由　A の侵害行為が「進行している」にあたるか否かについて、(検察内部の）議論において、「甲が鉈を取った後、A の侵害行為はすでに終わり、『進行している』にあたらない」、との意見が提出された。しかし、侵害行為が終了しているか否かの判断は、侵害者が実質的に現場から離脱したか、続いて攻撃するかおよび再度の攻撃の可能性があるかに基づくべきである。甲が鉈を取った後、A はすぐさま奪い返そうとし、攻撃行為を放棄しておらず、負傷して鉈を蔵匿していた車に走っても実質的に現場から離脱していなかった。ゆえに、侵害行為が終了していたとは認定できない。甲が鉈をとって反撃し、車まで追撃したことは防衛行為として必要である。それに、A が車から逃走した後、甲は再度の追撃をしなかったため、防衛時間を超えたことがない。

指導意義[61]　正当防衛は不法行為が進行していることを前提とし、「進行している」とは、不法侵害がすでに開始し、未だ終了していないことである。不法侵害行為は多種多様であり、性質にも相違がある。それが進行しているか否かについての判断は、具体的行為と現場の状況に応じて具体的に分析すべきである。判断の基準を機械的に刑法上の着手と既遂で理解すべきではない。なぜならば、着手と既遂の判断が重視するのは侵害者の可罰性を分ける行為の段階問題であるのに対し、「侵害行為が進行しているのか」という判断が重視するのは防衛者の利益保護(の要否を分ける段階の)問題であるからである。それゆえ、不法行為がまだ被害者の身に具体的危害を与えていなくとも、不法侵害の現実的危険が迫っていれば（始期)、または、既遂状態になったが、侵害行為が終了していなければ（終期)、「進行している」と認定すべきである。

本事案において問題となるのは侵害の終期であるが、指導意義は侵害の始期も合わせて解説し、「侵害の進行性（切迫性)」の判断基準を示して、着手・既遂説を明確に否定し、危険説を採用した。犯罪の着手・既遂の基準で防衛時間を判断することはかねてより批判されており（「着手説」と提唱する学説は存在していたが、それも「犯罪の着手と（正当防衛状況における）不法侵害の着手は別物である」と強調していた)、「不法侵害の危険に晒されているのか」を重視する危険説が有力である[62]。指導性案例も危険説を採用し、かつその論理を説明した。すなわち、防衛時間の判断は、防衛者の利益保護の需要に基づくべきである。防衛者がまだ侵害されていなくても、即座に防衛行為を行わなければ防衛者の利益が侵害される危険性があれば、防衛者の利益を保護するために、防衛行為を行える。同様に、侵害の態様が変化し、または中断したようにみえるとしても、防衛者の利益がまだ侵害される危険に晒されていれば、防衛行為を行える。これにより、正当防衛の時空的範囲は顕著に拡大した。なお、侵害の終期について、指導性案例の示した「実質的に現場から離脱したか否か」という具体的、客観的な判断基準は、危険説の実務における運用を

---

[61] 最高検の指導性案例では指導意義が明示される。最高検が、当事案の判断を同種事案の処理に際して参照すべき理由を解説したものである。

[62] 张・前掲注（42）202 頁。

促進できるものであると思われる。

（三）　防衛意思

防衛意思を極めて重視することは中国の正当防衛制度の最大の特徴ともいえる。指導性案例によれば、防衛意思要件を満たすには、防衛状況に対する認識（いわゆる防衛認識）があるだけでは足りず、不法侵害を制止しようとする意図・意志（いわゆる防衛意志）もなければならない。それに、防衛行為当時の主観的態様を指す日本における防衛意思[63]と異なり、中国の防衛意思は事前の主観的態様も含む。すなわち、行為前、行為中に終始防衛意思を持たなければならないのである。なおかつ、日本では「専ら攻撃の意思[64]」でなければ許されるのに対して、中国では「専ら防衛の意思」でなければならないといえる。このように厳格な防衛意思要件は、学説からは批判されている一方、実務において一貫して採用されてきて、指導性案例においても堅持された。典型例として、以下の裁判例がある。

⑨陳〇漢故意傷害案[65]

事案の概要　被告人甲は自分が村の土地分配において土地をもらえなかったため、元村長であるＡを恨んでいた。ある日、乙とＡが殴り合っており、乙がＡに押し倒されていた。通りかかった甲はそれを見て、鋤を用いてＡの頸を打ち、Ａが倒れても続いてＡの頭部、太腿を打ち、Ａを負傷させた。

判決要旨　裁判所は、甲の、自己の行為は見義勇為[66]にあたって過剰防衛であり、主観的な動機はＡの不法行為を阻止したかっただけであるとの弁解を退け、「甲は土地をもらえなかったため、元村長であるＡを恨んでおり、Ａの侵害行為を見て、腹いせのために鋤を用いてＡを攻撃した。特に、Ａが倒れたにもかかわらず甲は続けてＡを攻撃していたことに鑑みれば、甲の目的は明らかに腹いせである。そのため、甲の行為は正当防衛に関する規定に合致しない」と示し、有罪判決を下した。

本件において、単に衝突場面の事実を考えれば、Ａが乙を侵害していたことは確実であり、甲の攻撃がＡの侵害を阻止したことも確かなので、防衛性質・防衛状況を認めることは可能であろう。「鋤を持って攻撃する」という手段の重さや、「倒れても続けて攻撃する」という行為および「軽傷二級」という結果の程度に過剰さがあるとしても、単純な過剰防衛なのか、加害意思の実現（故意・意図的過剰）であるかを、事案の具体的な状況に応じて更に検討すべきであったと考える。しかし、裁判所は事件当時の事実だけではなく、事前の恨みも考慮した上で、甲の目的が「腹いせ」であると認定し、防衛意思を否定した。この考察範囲は広いと言わざるを得ないと思われる。中国の場合、事前の主観的事情を防

---

[63] 佐久間修「防衛の意思」山口厚・佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ総論』・前掲注（40）50 頁以下。

[64] 最判昭和 50・11・28 刑集 29 巻 10 号 983 頁。

[65] (2014)揭普法刑初字第 311 号。

[66] 本部第四章を参照。

衛意思の認定で考慮するが、その考察範囲を過度に拡大すべきではない。さもないと、事前に防衛者と侵害者の間に争いが存在すれば、防衛意思の認定に影響を及ぼし、正当防衛の成立は極めて困難になる。

また、甲の行為は個人的な恨みや報復感情が混じっていたとしても、「専ら攻撃の意思」ではなく、一定の防衛意思を持っていたのではないか。それでも防衛意思が認められないということは、日本の裁判例が述べるような攻撃の意思と防衛の意思の併存は認めない趣旨であると考えられる。これは次の裁判例にも表明されている。

⑩徐美紅故意傷害案[67]

事案の概要　2018 年 9 月 22 日夜 19 時頃、ダム管理人たる被告人甲が同僚乙と共にダムを見回っていたところ、禁止に反して釣りをしていた A を発見し、阻止に行き釣り竿を没収しようとしたが、A が反抗したため、両者は岸辺で殴り合い、A が硬い物を使って甲の頭部を打ち、流血させた。甲は自分の血を見て腹を立て、手近な水中に没していた鋭利な物（事後の調査により、鋏である）を掴んで、A を刺した。そして甲が乙に警察に通報させ、A を病院に搬送した。鑑定により、甲は軽微傷であり、A は重傷二級であった。

判決要旨　甲が自分の血を見て、腹を立てた状態で鋭利な物を A に刺したことは、顕著な報復の故意による行為である。甲は、A と岸辺で殴り合ったところからすでに、相手を侵害する意図を持っていたので、A が甲を攻撃し続けていたとしても、（甲の行為には）正当防衛が成立しない。

本事件は憤激による反撃という典型的な事件類型であり、裁判所も従来通りに防衛意思を否定して正当防衛を認めなかった。日本では、「憤激シテ判示暴行二出テタルコト」が「防衛意思二出テタルモノに非ス」と考えられた時期も存在していたが[68]、現在は「憤激または逆上して反撃を加えたからといって、ただちに防衛の意思を欠くものと解すべきではない」[69]、「防衛の意思と攻撃の意思とが併存している場合の行為は、防衛の意思を欠くものではない」[70]と考えられている。中国の学説においても、防衛意思要件の緩和を提唱するのが基本的な趨勢であり、「防衛認識さえあれば防衛意思があり…これで憤激による反撃も正当防衛になりうる」[71]という見解が有力である。この見解を採れば、甲が業務行為を行う際に、A に抵抗されて傷つけられたため憤激してした行為は、一定の攻撃意思を持ちながらも、なお防衛意思（少なくとも防衛認識）に基づくものである（判決書に「侵害する意図であり」でなく「侵害する意図を持ち」と示されていることは、完全な侵害の意思ではないと察した表現であると考えられる）。したがって、防衛意思がないとはいえず、正当防衛が成立しうる。しかしながら、従来の下級実務は「防衛者の意思内容に対する『唯一性』の要求が時々『潔癖症』の程度に至り」[72]、防衛者の主観面が専ら防衛の認

---

[67] (2019)浙 0522 刑初 108 号。

[68] 大判昭和 11・12・7 刑集 15 巻 1561 頁。

[69] 最判昭和 46・11・16 刑集第 25 巻 8 号 996 頁。

[70] 最判昭和 50･11･28 刑集 29 巻 10 号 983 頁。

[71] 张・前掲注（42）204 頁。

[72] 储陈城「正当防卫回归公众认同的路径」政治与法律 9 号（2015 年）27 頁以下。

識と目的でなければ、防衛意思がないと判断してきた[73]。近年発布された正当防衛に関する指導性案例も、下級実務における厳格な判断基準を緩和する方向を示しているようにみえるが、防衛意思についてだけは、依然として厳格な姿勢を採っている。防衛意思は今後も、中国の正当防衛の主たる制限要件となるであろう。

（四）　防衛限度

防衛限度とは、正当防衛として許される防衛行為の限界である。その判断基準について、条文自体は「必要な限度」と定めており、防衛のために必要な限度を基準とする見解（必要説）に親和的であると考えられるが、学説上、以前は侵害と防衛との相応しさを重視する見解（適応説）が有力であり、最近は必要説と適応説を合わせて考えるべきであると提唱する見解や[74]、日本の理論を応用し「手段の相当性」で防衛限度を判断する見解が示されている[75]。加えて、条文が「『顕著に』超えた」ことを求めているから、各学説はそれを重視している。それに対して、従来の下級実務における防衛限度の制限は常に過度に及び[76]、とりわけ防衛行為が重大な損害をもたらした場合、正当防衛が認められることは極めて少なかった。例として、以下の裁判例を見てみよう。

1　従来の下級実務における防衛行為の限界についての厳格な要求

⑪雷応偉故意傷害案[77]

事案の概要　被害者 A がリーダーとして、B、C、D、E らと共に違法なネズミ講[78]を運営していた。事件当日晩、B、C が A の指令を受け、被告人甲を騙し、ネズミ講の拠点に行かせた。A らが甲をネズミ講に参加させようとしたが、甲は自分が騙されたと察して離れようとし、A らに阻止されたため、持っていたトランクから鋏一本を取り出して防衛した。A らは包丁を用いて甲を威嚇し、翌日の朝まで脅迫し続けた。そして A が甲の首を絞めたところ、甲は鋏を使って A の頸を一回刺し、逃走して警察署に自首した。その後、A は失血により死亡した。

判決要旨　甲が、騙されてネズミ講の拠点に連れられた後、離れようとしたが阻止され、A らに包丁で脅迫されていたので、その鋏を使って A を刺した行為は不法侵害を受けていた際におこなった正当防衛行為にあたる。しかし甲は、鋏で頸を刺したら死傷の可能性があることを知りながら、不法侵害を免れるために当該傷害行為を行い、A の死亡をもた

---

[73] 一方、ごく稀な異例として、「防衛者が一定の『報復』の意思を持っていたことは否定できない」と認定した上で、その防衛意思を認めた「蒋小权故意伤害案」（2006）灌刑初字第 83 号、（2007）桂市刑终字第 42 号も存在する。

[74] 张・前掲注（42）211 頁。

[75] 陈兴良「正当防卫如何才能避免沦为僵尸条款」法学家 5 号（2017 年）89 頁以下。

[76] 张明楷「防卫过当：判断标准与过当类型」法学 1 号（2019 年）3 頁以下。

[77] (2015)廊刑初字第 9 号。

[78] 「ネズミ講」の原文は「伝銷組織」である。中国における「伝銷組織」は、暴力を以て成員を拘禁し、洗脳を行う組織である。

らした。その正当防衛が必要な限度を超え、重大な損害をもたらしたので、過剰防衛にあたる。

適応説から考えれば、本事案は「包丁を持つ多人数の拘禁・脅迫・首絞め」対「鋏を持つ一人の刺突」であり、明らかに相応しくないとまではいえないであろう。少なくとも、侵害者の脅迫の内容や鋏の使い方（わざと頸を狙って刺したのか、無闇に刺したのか、頸を避けようとしたが刺してしまったのかなど）を明らかにした上で検討すべきであろう。必要説から考えても、孤立無援（侵害者らの手中に陥っていた）の防衛者が（徹夜しても脱出できず）万策尽きた状況で、多人数の侵害者らに対抗するために、道具を使って自分の力を増強することは当然必要である。それにもかかわらず、裁判所は侵害者の死亡という結果を理由に安易に過剰防衛と認定した。このような判断は、甚だしく批判されながらも、下級実務において定式となっていた。そこで、このような状況の是正を狙いとして、指導性案例・指導意見は以下のように示した。

２　指導性案例・指導意見における対応

⑫陳某正当防衛案

事案の概要　未成年の中学生である被告人甲は、被害者 A と B らに殴られたことがあった。事件当日、A、B など 6 人（共に未成年である）が甲を遮って、「お前、先生に告げ口をしたのか」と詰問し、甲が「していない」と弁解したにもかかわらず、A、B らは甲を取り囲んで殴打した。通り掛かった B の友達（３人の未成年者）も殴打に参加した。殴打に加え、A らは石や鉄パイプで甲を殴打し、甲の首を絞めた。それに対抗して、甲は携帯していた折りたたみ式の果物ナイフを無暗に振り回したり刺突したりして、逃走したが、A らは追いかけながら、甲に石を投げ付けていた。最後、甲は学校に逃げ込み、追いかけてきた A らは警備員に阻止された。鑑定により、甲は幾つかの軟組織損傷を受けていたが、A、B、C の三人は重傷二級であった。

逮捕却下の理由　検察庁は甲の防衛行為は必要な限度を超えなかったので過剰防衛にあたらず、犯罪にならないと考えた。理由は以下である。

甲の防衛行為は、不法侵害行為を行った三人に重傷を負わせ、客観的に重大な損害をもたらしたが、その防衛手段は必要な限度を顕著に超えたとはいえない。甲が９人の人に囲まれて殴られ、その中には鋼パイプ、石などの道具を用いていた者もおり、両方の実力は大きくかけ離れていた。ゆえに、甲は果物ナイフを用いたが、防衛手段の強度は、なお合理的な範囲内にあった。なおかつ、甲が逃走したにもかかわらず、A らは追撃し、共同侵害行為をやめなかった。A らの続いていた不法侵害を制止するため、ナイフを振る甲の行為は必要であり適正である。総合的にみれば、甲の防衛行為は、A らの重傷という客観的な結果をもたらしたが、その防衛手段が必要な限度を顕著に超えたとはいえないので、過剰防衛にあたらない。

指導意義　防衛限度については、行為者の防衛手段が必要な限度を顕著に超えたが、防衛結果が客観的に重大な損害をもたらさなかった場合、または防衛結果が客観的に重大な

損害をもたらしたが、防衛手段が必要な限度を顕著に超えなかった場合、いずれも過剰防衛と認定できない。本事件中、甲は自己の人身の安全を保護するためにナイフを用いて反撃したが、その保護しようとする権利の性質および侵害者の手段をみると、防衛手段が必要な限度を顕著に超えたとは考えられない。そのため、甲の行為は、防衛結果として客観的に重大な損害をもたらしたが、過剰防衛にはあたらない。

⑬朱鳳山故意傷害（過剰防衛）案[79]抜粋

指導意義　「刑法」第二十条第二款は「正当防衛が必要な限度を顕著に超え、重大な損害をもたらしたときは、刑事責任を負うべきである。ただし、その処罰を減軽し、または免除する」と規定している。実務では、一般的に本款の規定する情況を「過剰防衛」と呼ぶ。過剰防衛において、「重大な損害」とは不法侵害者の死亡または重傷という結果であり、軽傷およびそれ以下の損傷は重大な損害ではない。「必要な限度を顕著に超えた」とは、保護しようとする権利の性質、不法侵害の強度および急迫程度などに基づいて総合的に衡量して、防衛の措置が必要性を欠き、防衛の強度と侵害の程度を対比しても大きくかけ離れていることである。実務上、「重大な損害」の認定は容易であるが、「必要な限度を顕著に超えた」の認定は複雑である。不法侵害の性質、手段、強度および危害程度、並びに、防衛行為の性質、手段、強度、時機および環境などの要素に基づき、総合判断を行うべきである。

指導性案例による防衛限度の判断構造を一言でまとめると、「防衛行為は、手段が必要な限度を顕著に超え、かつ結果が重大な損害をもたらした場合にのみ、過剰と認められる」、ということになる。これを整理すれば、以下の表になる。これによって、前述した「単に重大な損害をもたらしたがゆえに正当防衛を認めない」という従来の実務によく見られた判断は、完全に否定されることとなった。なおかつ、防衛手段が必要な限度を顕著に超えたとしてもなお正当防衛の成立する余地を認めることは、防衛手段の相当性を重視する日本の実務や多数の学説よりも寛大な態度であり、防衛限度に対する制限を大幅に緩めたといえる。ただし、指導性案例は「必要な限度を顕著に超えた」の判断について、「措置の必要性」[80]と「強度の対比」という二つの基準を示した一方、両基準の関係[81]などを説明せず、結局は「総合判断」に頼ってしまい、不明確なところも残している。

---

[79] 本指導性案例を抜粋の提示にとどめたのは、本件事案を過剰防衛と判断した判決の理由づけにおいて、防衛限度判断の一般原則のみならず、「民間矛盾」という特別の要素も考慮しており、やや特殊な事案であると考えられるためである。

[80] 「措置の必需性」という表現もある。指导意见起草小组・前掲注（53）。

[81] 両基準を同時に満たさなければならない（重畳的関係）のか、それとも一方の基準を満たせばよいの（択一的関係）か、ということは示されていない。

過剰防衛		
必要な限度を顕著に超える		重大な損害
措置が必要性を欠く	防衛と侵害の強度が大きくかけ離れる	

（五）　特殊防衛

中国の刑法第二十条第三款は「進行している行凶、殺人、強盗、強姦、略取その他の人身の安全を厳しく脅かす暴力犯罪に対して、防衛行為を行い、不法侵害者の死傷をもたらしたことは、過剰防衛でなく、刑事責任を負わない」という「特殊防衛」を規定している。しかし、刑法に特別に規定されているにもかかわらず、当該条文の意義と効力については従来論争があり、実務における適用も躊躇されていた。例として、以下の裁判例を見よう。

1　従来の下級実務における厳格な要求

⑭王靖故意傷害案[82]

事案の概要　A は被告人甲の妻である乙の前夫である。2010 年 2 月 14 日午前 1 時頃、A が乙宅に息子を見舞いにいったとき、寝室で甲と遭遇し、口論して殴り合いになった。A がナイフを持って甲をベッドに押し付けて殴打していたところ[83]、乙は宥めようとしたが、ナイフで腕を負傷し、外に出て救助を呼びかけ、警察に通報した。その間、甲は A のナイフを奪ったが、なお A に殴打されていたため、ナイフで A の左胸を二回刺し、左腕を一回切った。甲は A を傷つけた後、A に対して救急処置を行い、人工呼吸などをし、乙に救急電話をかけさせたが、A は死亡した。

判決要旨　人身の安全を厳しく脅かす暴力犯罪に対して、防衛者が正当防衛を行って不法侵害者に与える最も厳しい損害結果は、死亡に至りうる。しかし、これは致命的な防衛行為を制限しないという意味ではない。暴力的な侵害の現実の危険性が低下し、人の重傷や死亡をもたらしえない程度になった場合、防衛者は致命的な防衛手段を執って不法侵害者を傷害して死亡させるべきではない。死亡させたときは、過剰防衛と認定し、刑事責任を追及すべきである。

評釈[84]　A は甲との殴り合いでナイフを持ち出したが、甲を押し付けて拳で殴打してい

---

[82] （2011）一中刑初字第 1790 号、重（2012）一中刑初字第 4866 号、（2012）高刑終字第 99 号、重（2013）高刑終字第 274 号。高翼飞「王靖故意伤害案—特殊防卫权应有防卫限度」人民司法・案例 4 期（2014 年）41 頁。本判例の判決書原本は見当たらなかったので、上記資料を参照した。そのため、「判決要旨」が裁判所の判決書原文であるか、資料の作者が総括し、あるいは理解したものであるかは、確定できない。とはいえ、中国の最高裁が発行するある程度信頼できる雑誌の判例批評であり、また、そこに示される理論も非常に典型的なものであるから、評釈と共に紹介する。

[83] ナイフの具体的な使い方については示されていない。

[84] 本件事案の出典の作者である高翼飞によるものである。高・前掲注（82）を参照。

たにとどまり、凶器を使って甲を傷害したことはない（と認定できる）。何故ならば、殴り合った際に甲が刀傷を受けておらず、単にナイフを奪おうとした時に手掌をナイフで負傷したにすぎないからだ。A が凶器を持っていた目的は、相手を威嚇し優勢を占めることである。乙の左前臂の傷も、A の故意によってつけられたものではなく、乙が宥めようとした時意外に傷つけられたものである。なおかつ、甲と乙のナイフ傷は同様に軽微傷である。…ナイフが甲に奪われた後、A はすでに甲の命を脅かす武器を持っていなかった。A が甲を殴打し続け、不法侵害は依然として継続していたが、更なる厳しい侵害は与えられなくなった。致命的な侵害はすでに解消されたので、特殊防衛の前提条件は満たされなかった。そのため、甲が繰り返しナイフで A を刺し、A を死亡させたことに、刑法第二十条第三款の規定は適用できず、過剰防衛と認定されるべきである。

このような、「侵害者が武器を持って襲ってきたが、逆に防衛者に武器を奪われて殺された」という類型の事件は中国において、「反殺案」[85]と呼ばれる。本件事案の判旨と同様に、「侵害者は武器を持っていたが、必ずしも殺人などの重大侵害の故意を持っていない」、「当時はまだ防衛者に厳しい傷害を与えていない」、「侵害者は武器が奪われたので人身の安全を厳しく脅かす危険がなくなった」などの理由で、反殺案を過剰防衛と判断する裁判例は少なくない（一部の裁判例は防衛時間あるいは防衛意思の欠如として、過剰防衛すら認めなかった[86]）。中国において、裁判所の正当防衛認定は常に批判されていたが、なかでも反殺案は特に注目され、批判を浴びていた。そして、事案⑧に至ってついに、従来の事案と異なり、以下の通りに正当防衛が成立すると判断された。

２　指導性案例における対応

事案⑧抜粋

検察機関の意見と理由　A の行為は「行凶」にあたるか否かについて、事案を検討する際、「A はただ鉈の片面で甲を打っていたので、その犯罪故意の具体的な内容は明らかでなく、行凶とは認定し難い」という意見が出た。しかし、行凶についての認定は、刑法第二十条第三款の規定に依拠し、「人身の安全を厳しく脅かす暴力犯罪」を基準として把握すべきである。最初の段階において、A の甲を押したり殴ったりした行為は行凶にあたらないが、鉈を持って攻撃し始めたときから、その行為の性質はすでに暴力犯罪へと悪化した。A の攻撃行為は凶暴であり、持っていた凶器も致死的であり、事態が続いたらどのような損害結果が惹起されるかは予想し難い。そのため、甲の人身の安全は急迫で厳しい現実の危険の下にあったといえる。当時の A の意思が殺人の故意か傷害の故意かは明確でないが、これこそ行凶行為の特徴であり、認定の支障にはならない。以上から、A の行為は行凶の認定基準に合致し、行凶と認定されるべきである。

甲の行為が正当防衛にあたるか否かについて、事案を検討する際、「甲の受けた傷害は

[85] 明確に定義された法律用語ではなく、社会における慣用的な表現である。

[86] 例えば、「王浪故意伤害案（酒吧反杀案）」（2018）陝 04 刑初 28 号がある。

比較的小さいのに対して、その防衛行為はAの死亡をもたらした。(結果を)比較すれば、不均衡である。そのため、甲の行為は過剰防衛にあたる」という意見が出た。しかし、不法侵害行為には実害行為のほか、危険行為も含まれる。危険行為に対しても、同様に正当防衛を行える。「結果は不均衡である」と考える意見は、実害行為のみを意識し、危険行為を無視している。当該意見は、実質上「暴力犯罪がすでに一定の傷害結果をもたらした場合にのみ、防衛者は防衛行為を行える」と要求することになってしまう。それは、犯罪をタイムリーに制止し犯罪を達成させないという防衛（制度）の趣旨に合わず、法に規定される正当防衛の成立範囲を狭めてしまい、不当である。本件では、Aの行為が危険性を有し行凶にあたるので、甲が防衛行為を行ってAを死なせたことは、過剰防衛にあたらず刑事責任を負わない。甲本人が傷害を受けたか否か、どの程度の傷害であったかは、正当防衛の認定に影響しない。「甲の行為を正当防衛と認定し、事案を取り消す（無罪と判断する)」という意見は完全に正確である。

指導意義　刑法が特殊防衛制度を設ける目的は、「法は不法に譲歩する必要はない」という秩序理念をさらに実現すること、かつ、防衛者が過剰防衛とされるのを恐れないようにすることである。実務において、たとえ不法侵害者の侵害行為の性質が行凶であっても依然として防衛者に過重な制限を課すると、立法の本意に反してしまい、犯罪を制止し公民の人身権利を守ることは果たせない。

本規定の適用において、行凶の認定には困難がある。それについて、以下の二点は注意すべきである。一、(行凶は）必ず（刑法上の）暴力犯罪でなければならない。非暴力犯罪あるいは一般的な暴力行為を行凶と認定すべきではない。二、(行凶は）必ず人身の安全を厳しく脅かさなければならない。すなわち、人の生命、健康に対して厳しい危険となる行為である。具体的な事件においては、一部の暴力犯罪は、その故意の内容がまだ客観的な行為に明らかに表現されておらず、あるいはもともと概括的な故意で行われ、故意の内容が明確でない場合もある。それでも、人の重傷と死亡を現実的にもたらす可能性があれば、全て行凶と認定すべきである。

本件事案は事案⑭と共に反殺案にあたり、特殊防衛の成立に反対する理由として表明された見解もほぼ同じであるが、受けた裁定は一転し、反対理由に逐一反駁した上で、特殊防衛の成立を認めた。まず、「侵害者が武器を持っていたが、必ずしも殺人などの重大侵害の故意を持っていなかった」という理屈について、指導性案例は「故意の内容が明確でないが、他人の重傷と死亡を現実的にもたらす可能性があれば、全て行凶と認定すべきである」と示した。すなわち、従来は明確な故意を持つ行為しか行凶と認めなかったが、指導性案例によると、故意の具体的な内容にかかわらず、客観的に重大損害をもたらす可能性がありさえすれば、行凶と認定すべきである。行為者の故意よりも、行為の危険性に注目すべきである。だとすれば、事案⑭における「ナイフを用いて殴打する」行為も、事案⑧における「鉈の片面で打つ」行為と同様に、行凶と認定されるべきであろう。そして、指導性案例が「不法侵害行為は実害行為のほか、危険行為も含む」、「不法侵害がすでに実

際の傷害結果をもたらしたか否かは特殊防衛の成立に影響しない」[87]と強調したので、「まだ防衛者に厳しい傷害を与えていない」という理屈も特殊防衛の否定理由にならなくなった。また、特殊防衛の状況が一旦緩和されたにみえるのであれば、緩和された時点からは一般防衛しか行えない、という従来の判断に対して、事案⑧は「攻撃行為を放棄しておらず、実質的に現場から離脱することもしなかったので、侵害行為が終了したとは認定できない」と示した。すなわち、武器が奪われたとしても、侵害者が「攻撃を放棄する」または「実質的に現場から離脱する」を遂げない限り、防衛者はまだ特殊防衛を行える。そもそも、一体性のある侵害行為を段階ごとに分けて防衛者に異なる防衛手段をとるように要求することは、合理性がなく、客観的可能性も考えられないのである。さもないと、お互いに武器を奪い合う場合は、特殊防衛と一般防衛の状況が繰り返して替わるという滑稽な結論に至る。だから、指導性案例以前にも、それに反対する裁判例があった[88]。

特殊防衛の構造的な問題に関する検討は以上であるが、特殊防衛の具体的な認定基準、つまり「人身の安全を厳しく脅かす暴力犯罪」の判断基準について、指導性案例は以下の事案に基づいて説明した。

⑮侯雨秋正当防衛案抜粋

事案の概要　被告人甲は乙の店の職員である。事件当日 22 時 40 分頃、他店の株主 A は、自分の店が乙に「売春行為」で告発されたことを疑い、B、C、D、E を呼び集め、野球バットとナイフを携帯して乙店へ赴いた。A はまず乙店に入り、盆栽を押し倒して挑発し、乙らと殴り合いになった。続いて B、C らも店に入って店内の人を殴り、B はナイフを甲に二回刺した。その際、C の持っていた野球バットが落とされ、甲はそれを拾って振り回し、B の頭に命中し B を倒した。乙店職員の通報により、警察が来て A らを捕まえ、甲と B を病院に送ったが、B は死亡した。一方、甲らの受けた傷害は軽微傷にとどまった。

不起訴理由　侵害者らの行為は「その他の人身安全を厳しく脅かす暴力犯罪」にあたる。「その他の人身安全を厳しく脅かす暴力犯罪」にあたるか否かを判断する際は、本款の列挙した殺人、強盗、強姦、略取を参照して、（侵害行為の）暴力程度、危険程度、刑法が与える処罰の重さなどを比較し、総合的に判断すべきである。本事案の侵害者らは武器を使って聚衆闘殴行為（多数の人を集めて喧嘩すること）をし、犯した罪の法定刑の下限は重くなく、一般の傷害罪と同じである。しかし、刑法第二百九十二条は、「聚衆闘殴行為が人に重傷を負わせ、または死亡させた場合は、人に重傷を負わせた故意傷害行為または故意殺人行為の刑法における規定に従って罪名を認定し、処罰する」と規定しており、「聚衆闘殴行為が他人の重傷または死亡をもたらしうる」と表明した。すなわち、事件の具体的な情況によっては、聚衆闘殴行為の暴力程度、危険程度が故意傷害行為、故意殺人行為の暴力程度、危険程度と同等である場合が存在する。本件において、侵害者らは集まって、野球バットとナイフなどの殺傷力の高い武器を用いて暴力を振るい、短時間で三人を傷つ

[87] 後掲「侯雨秋正当防衛案」を参照。

[88] 路诚「张某拉故意伤害案——在自己住处制止严重暴力犯罪为特殊防卫」人民司法・案例 32 期（2019 年）8 頁以下。

けたのだから、「その他の人身安全を厳しく脅かす暴力犯罪」と認定されるべきである。

指導意義　刑法第二十条第三款が規定する「その他の人身の安全を厳しく脅かす暴力犯罪」は、本款が列挙した四つの犯罪の暴力程度、危険程度および刑法が与える処罰の重さを参照して判断すべきであるほか、以下のことにも注意して、理解すべきである。一、不法行為の侵害対象は人身の安全であること。すなわち、（侵害対象は）被害者の生命権、健康権、自由権および性的権利である。人身の安全以外の財産権利、民主権利その他の合法権利は含まれない。これは特殊防衛が一般防衛と異なる重要な特徴である。二、不法侵害は暴力性を有し、かつ犯罪の程度に及ぶこと。本款の列挙する殺人、強盗、強姦、略取については広義に理解すべきであり、すなわち、この四つの具体的な犯罪行為だけではなく、このような暴力行為を手段として、他の罪名を犯す犯罪行為も含まれる。例えば、銃・弾薬・爆発物を強盗する行為や、略取を手段として婦人・児童を誘拐し売買する行為や、人の生命と健康を害するための放火・爆発・放水行為などである。三、不法侵害は一定の程度に至っていること。すなわち、（不法侵害は）人の重傷または死亡をもたらしうることである。強調しなければならないのは、不法侵害がすでに実際の傷害結果をもたらしたか否かは特殊防衛の成立に影響しないことである。そのほか、第三者の人身の安全に厳しい危険をもたらす不法侵害に対しても、特殊防衛を行える。

共同不法侵害の事件において、「行凶」と「その他の人身の安全を厳しく脅かす暴力犯罪」の認定には一定の重畳がある。具体的には、事件全般の特徴と各侵害者の具体的な行為の特徴を踏まえ、総合して判定すべきである。また、説明しなければならないのは、侵害行為が最終的にどの罪名にあたるかは防衛者の正当防衛の認定に影響しない、ということである。

以上をみて、「行凶」と「その他の人身の安全を厳しく脅かす暴力犯罪」は別個に検討されているが、両者は「一定の重畳がある」、法的効果も同じであるので、特殊防衛の成否を検討する際に、両者を強いて区別する必要はないと考えられる。そして、指導性案例の詳細な論述を総括すると、①人の重傷または死亡をもたらしうる暴力犯罪に対して特殊防衛を行える、②人の重傷または死亡をもたらしうるか否かを判断する際には、当該行為の刑法における規定も参照に値するが、行為の具体的な態様こそが判断の基底である、の二点となる。これでは、再度「総合」の判定に頼ることになってしまうが、「刑法が与える処罰の重さ」という具体的な基準を示したという点で、相対的に把握しやすくなったといえ、評価されるべきであろう。指導性案例が「不法侵害がすでに実際の傷害結果をもたらしたか否かは特殊防衛の成立に影響しない」を再度強調したことは、侵害の結果に固執する実務を批判する指摘であると考えられる。侵害の危険性こそ、特殊防衛ないし正当防衛の判断において重視されるべきものである、と実務に推し進めているのである。

他方、日本においても、特殊な場合に限り、防衛行為をより寛容的に認める『盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律』があるが、それはあくまでも「盗犯等」の具体的な侵害態様に限定して適用する特別法にすぎず、かつ、その１条２項は「前項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」と規定してい

るところ、期待可能性などの責任阻却事由に帰結されるため[89]、日本における正当防衛の本来の論理からは、やや離れている。それに対して特殊防衛は、特殊と名付けられつつも、正当防衛の条文自体に含まれており、かつ、中国における正当防衛本来の論理（法は不法に譲歩する必要はないこと）に基づくものである。両者は質的に異なるものであるといえる。

（六）　小括

以上のように、従来の下級実務は正当防衛の成立要件を厳格に解していたが、指導性案例は典型事例に基づいて各要件を詳しく解説し、比較的に緩やかな判断基準を設けた。要約すれば、以下の図のようにまとめられる。

[89] 松原芳博「責任論総説」法学セミナー通号 665 号（2010 年）108 頁、伊東研祐「違法性阻却の原理と事由―その４：正当防衛Ⅱ（過剰防衛・誤想防衛等）」法学セミナー通号 617 号（2006 年）112 頁、同「責任阻却の原理と事由―その４：『違法性の意識の可能性』と違法性の錯誤（続）、期待可能性」法学セミナー通号 622 号（2006 年）106 頁などを参照。

	従来の実務	指導性案例	日本の実務
防衛起因 （特に不法性[90]）	厳しい侵害	違法行為	要保護性を備えた利益に対する侵害
防衛時間 （侵害の始期と終期）	始期：着手説 終期：傷害行為が行われていない	始期：危険説 終期：現場から離脱・再度の攻撃可能性がない	始期：危険説 終期：再度の攻撃可能性がない
防衛対象			
防衛意思	範囲：防衛状況前後の全ての意思内容 要求：①防衛認識と防衛意志 ②攻撃の意思との併存は認めない	範囲：明示なし 要求：①防衛認識と防衛意志 ②攻撃の意思との併存については明示なし	範囲：防衛行為当時の意思内容 要求：①防衛認識と（希薄化した）防衛意志 ②攻撃の意思との併存は認める
防衛限度	重大な損害をもたらすと正当防衛が成立し難い	手段と結果のどちらも相当でない限り、過剰防衛となる	手段の相当性
特殊防衛	認められ難い	重傷または死亡をもたらしうる暴力犯罪対して、特殊防衛は行える	「盗犯等」に限る

明らかに指導性案例が扱っていない防衛対象を除き、防衛意思要件のみが維持され、他の要件は全て緩和されたといえる。

また、上図の具体的な判断基準の他、指導性案例は正当防衛の趣旨や原則を指摘し、立法の目的などにも言及した。正当防衛という複雑な課題についてまだ数多くの疑問が残されているが、研究を進める際には、これらの指導性案例が参照に値するであろう。

四　特別の影響要素

罪刑法定主義の要請により、正当防衛の成否は結果的に条文上の成立要件が満たされるか否かに帰結しなければならない。もっとも、成立要件が何かという問題のみを検討すれ

[90] 日本でいう「不正性」に当たる。

ばよいというわけではない。なぜなら、事案に特定の要素がある場合、成立要件の判断基準が変わり、正当防衛の成否を左右するときがあるからである。むしろ、実務においては、そのような要素が正当防衛の成否のカギとなっている。具体的には、「見義勇為」、「民間矛盾」および最近認められた「責任要素」があり、以下で検討する。

（一）　見義勇為

中国の正当防衛制度と理論に関して、見義勇為という重要な概念が存在する。見義勇為は字面から解すれば、「勇敢に義挙を為す」または「不正な事を発見したら、勇敢に阻止する」という意味である。『論語・為政篇』の「見義不為、無勇也（義を見てせざるは勇無きなり）」がその語源であるとされるが、当該行為に関する最古の記載は、『易経・蒙上九』の「撃蒙、不利為痞、利禦寇（無知な人を攻撃するのは盗賊行為にあたり、処罰されるべきである。そのような盗賊行為を制止する人は支持され保護されるべきである）」である[91]。古来、見義勇為の言葉それ自体が法律の条文に明確に載せられたことはなくとも、見義勇為は確かに、美徳とされるにとどまらず、法的な保護と奨励を受けてきた（さらには義務とされたことがある）[92]。しかし現代では、見義勇為は、「優秀な伝統美徳」とは認められていても、長きにわたって、一種の漠然たる社会観念として存在し、厳密な法的概念とはされず、法理論に位置づけられてもおらず、法的機能を持つとは考えられていなかった。だが、見義勇為に関するいくつの事案が契機となり、見義勇為を改めて重視し、法的に認めるよう求める世論が盛り上がった。例えば、教育部（文科省に相当）が「中学生日常行為規範」[93]から見義勇為の条目を削除しようとした時、「見義勇為はもう奨励されないのか」と、社会で議論が交わされた[94]。「張徳軍故意傷害案」（強盗して逃げようとした者を車で追いかけている途中、相手と追突し、相手が橋から転落し死亡した事案）[95]についても、世論は被告人を支持し、無罪判決を呼びかけ、社会活動を行った。そのほか、「小悦悦事件」（車に轢かれた女児に対して、何人もとおりすがったが、助けてあげたのは一人にすぎないという事案）が発生した後、「我が民族の見義勇為の精神は失われてしまったか」という嘆息が絶えず、「見義勇為は明文化して義務付けるべきか」という論争が盛り上がった。そうして、見義勇為に関する学術的検討が展開し、立法も推進され、見義勇為はいまや、一種の経験的社会観念から、整然とした規範的法制度に進化している[96]。現

---

[91] 郑显文「中国古代关于见义勇为的立法」中外法学 6 期（1999 年）62 頁以下。

[92] 郑显文・前掲注（91）62 頁以下。

[93] 教基（2004）6 号。

[94] しかし、「中小学生守則（2015）」（教基一［2015］5 号）からも見義勇為が削除された。

[95] 一審：（2005）成华刑初字第 615 号、二審：（2006）成刑终字第 89 号。

[96] 行政法において、見義勇為は相当前から（少なくとも 1992 年から）明文化された。ただし、見義勇為の明文化は各地方の行政条例に任せており、統一していない。公安部（警察庁相当）の発布する『见义勇为人员奖励和保障条例（草案）（2017）』によれば、見義勇為者とは、「法定の職責と義務あるいは約定の義務によらず、国家、社会、公共の利益または他人の人身、財産の安全を保護するため、立ち向かい、行われている違法犯罪行為と闘争し、または災害、事ゆえにおいて人を救援し、事績の優れた公民」である。そして、見義勇為の法的効果について、一般的には「責任の免除」、「損害の補填」、「褒賞」という三種類の効果がある。「責任の免除」とは、見義勇為者の見義勇為行為によって課された行政責任を免除す

状では、刑法において見義勇為の特別法はまだ設置されておらず、その成立要件および法的効果もまだ確定、統一されていないが、見義勇為に言及する司法解釈が存在し、見義勇為を認めた裁判例も散見される。それらを考察し、民法や行政法上の見義勇為を参照すると、刑法上の見義勇為に関しては次のように説明しうる。すなわち、義務によらず不法侵害に対抗して他人の利益を保護する行為は、見義勇為または正当防衛と認められやすく、しかも見義勇為または正当防衛と認められると、一般の正当防衛より違法性阻却の効果が強いのである。言い換えれば、見義勇為は中国バージョンの緊急救助（他人のための正当防衛）として特別な機能を有するのである。典型例として、以下の「趙宇正当防衛案」が挙げられる。

⑯趙宇正当防衛案[97]

事案の概要　2018 年 12 月 26 日 23 時頃、被害者 A は知り合いの女性乙と一緒に飲酒し、乙を伴って乙の住所に行った。その後両者は揉めて、A が乙に家から追い出されたが、強引にドアを蹴り開け、乙を罵ったり殴打したりしていた。それによって隣人達が集まってきたが、誰も阻止をしなかった。同マンションに住んでいた趙宇（以下甲とする）は声を聞いて確認しにきて、A が乙を壁に押し付けて殴打していたのを見て、すぐ制止に行き、後ろから A を引っ張って倒した。そして A が起きて甲を殴ろうとし、「お前らを殺す」と

ることである。「損害の補填」とは、見義勇為行為によって見義勇為者に生じた損害を補填し、生じうる損害を免れさせることである。金銭面の支援はもちろん、法律援助や人身安全の保護（侵害者と対抗した場合の報復防止など）も提供し、ひいては見義勇為者の勤務先との交渉を行う（不利益に取扱わないよう調整を図ること）。「褒賞」とは、見義勇為者の功労を認定して称賛し、賞金や社会福祉などの特別な権益を与えることである。

民法においては、司法解釈のレベル（「民事案件案由規定」法〔2020〕347 号など）で明記されているにすぎないが、旧『民法通則（1986、2009）』第百九条、旧『民法通則（2017）』第百八十三条、旧『不法行为法（2009）』第二十三条、旧「最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问 题的解释（2003）」第十五条などの条文は、従来見義勇為に関する規定だと理解され、見義勇為事案において適用されてきた。最新の『民法典（2020）』に関しては、第百八十三条、第百八十四条の規定は一般的に「見義勇為条文」と評価されており、第百八十一条、第百八十二条の正当防衛、緊急避難条文も見義勇為に関係すると思われる。民法における見義勇為の定義と法的効果は、「褒賞」の効果を有しない点で異なるものの、行政法におけるそれに類似している。なお、見義勇為を扱う指導性案例がある：「张庆福、张殿凯诉朱振彪生命权纠纷案」指导案例 98 号「最高人民法院第十九部指导性案例」法〔2018〕338 号。本件事案では、ひき逃げの現場を見かけた被告人が、自分の利益に関係がないにもかかわらず、ひき逃げした犯人を捕まえようとし、長距離にわたって追いかけていた。そして、犯人がますます過激な行動をとり、やがて線路に立入って列車に轢死された。これについて、犯人の家族が被告人に賠償を求め訴えを提起したが、裁判所は被告人の行為の「違法性」および「犯罪者の死亡結果との因果性」を否定したほか、「被告人が普通の公民として、勇敢に立ち向かい、進行している違法犯罪行為を制止しようとしたことは、見義勇為にあたり、支持、奨励されるべきである」と示し、訴えを退けた。

[97] 第一回の「不起訴決定書」：公開されていない。第二回の「不起訴決定書」：晋检诉刑不诉（2019）9 号。事案に関して、以下も参照した。：①福州公安「案情通报」2019 年 2 月 21 日「警方通报」2019 年 3 月 1 日、②「最高人民检察院就“赵宇正当防卫案”作出回应」2019 年 3 月 1 日 https://www.spp.gov.cn/spp/gxcxjxfdhmjcgzzwn/201903/t20190301_580117.shtml （最終アクセス日 2023 年 1 月 8 日）。

威嚇したところ、甲は再度 A を押し倒し、一回踏みつけた。甲は続いて椅子を使って A を叩こうとしたが、乙になだめられて阻止された。事後の鑑定により、A は重傷二級であり、甲は軽微傷である。

裁定経緯　警察機関が 2018 年 12 月 27 日に本事案を立件して捜査し始め、2019 年 1 月 4 日に「故意傷害罪容疑」で晋安区人民検察庁に逮捕を申請し、2019 年 2 月 20 日に「過失致人重傷罪容疑」で福州市晋安区人民検察庁に本事案を移送したが、晋安区人民検察庁が 2019 年 2 月 21 日に甲の行為を過剰防衛と認定しながらも、「その行為は見義勇為にあたる」がゆえに、「相対不起訴決定」を下し、世論に注目された。そして最高検の指導により、福建省人民検察庁が福州市人民検察庁に指令して本事案を審査させ、福州市人民検察庁が審査した後、「元の不起訴決定は法律適用の錯誤がある」と考え、晋安区人民検察庁に指令して元の不起訴決定を撤回させ、2019 年 3 月 1 日に「正当防衛」で甲に無罪の不起訴決定を下した。2019 年 3 月 18 日、甲は福州市警察署に、彼に授与する見義勇為証明書ができたと通知され、2019 年 12 月 18 日、甲は「見義勇為先進者」に選ばれて褒賞された。

最高検による解釈　まず、なぜ第一回の不起訴決定に法律適用の錯誤があるのか。中国の刑事訴訟法第一百七十七条第二款は「犯罪の情状が軽微であり、刑法の規定によって刑罰を与える必要がなくまたは刑罰を免除すべきである者に対して、人民検察庁は不起訴決定を下せる」と規定しており、このような不起訴は通常「相対不起訴」と称され、結果として刑事責任を追及しないが、犯罪の事実は存在すると認定するものである。晋安区人民検察庁による第一回の不起訴決定はこれに依拠して下されたもので、「犯罪の情状が軽微だ」と「過剰防衛」の事情に鑑みて刑事責任を追及しなかったにすぎない。しかし検察機関が改めて本事案の事実を厳密に審査し、研究した後、甲の行為は正当防衛にあたり、必要な限度を顕著に超えたことがないと認定した。そのため、刑事訴訟法の第一百七十七条第一款の規定により、「犯罪の事実がない」として不起訴決定を下した。今回の不起訴決定は「無罪」の不起訴決定であり、いわば「法定不起訴」である。

甲の行為を正当防衛と認定した理由には、以下の三つがある。第一に、A が乙宅に侵入し乙を殴ったことは「他人の人身に対する進行している不法侵害」にあたる。甲がこの状況で A を制止したのは、A の殴打行為を阻止し乙を保護するためである。その行為は正当性、防衛性を有し、「進行している不法侵害を免れるため」のものである。第二に、防衛行為からみると、A を制止していた際に甲は終始素手であり、行った行為も、阻止し、引っ張って倒し、慌てて踏みつけたことにとどまり、A に重傷二級の結果をもたらしたものの、甲の防衛の手段、打撃の部位、A に威嚇されてから一回踏みつけたなどの事実に鑑みれば、「必要な限度を顕著に超えた」と認めるべきではない。第三に、行為の目的からみると、甲と A の殴り合いは一連一体の行動であり、その中で甲は終始「不法侵害を制止する」目的で行動していた。また、当時 A は倒されながらも依然として言葉で威嚇していたので、乙はまだ現実の危険に臨んでいた。甲がこの状況で A を踏みつけた行為は、「必要な限度」内にあると認めるべきである。

当該事案について、正当防衛の成否を巡る検討それ自体は、それほど別ではない。すな

わち、A が倒れてもなお甲が A を踏みつけたことが焦点となり、そのような、「侵害が一旦停止しても防衛者が依然として攻撃する」ことは、一般的にいえば、正当防衛の認定には不利である。防衛限度を超えたものと認定されやすく、ないし防衛時間、防衛意思の認定に影響を及ぼしかねない[98]。ただし、防衛行為全体が、客観上の一体性（時空的連続性）[99]を有するのに加えて、当該事案のように、「不法侵害を制止する」目的に終始するいわば主観上の一体性（防衛意思の連続性）を有すれば、なお一個の行為として評価可能であり、過剰防衛ないし正当防衛と認められうる。ということは、量的過剰の概念に言及していないながらも、実は日本の実務の論理と同様である。無論、これだけでも重要な指摘であり、正当防衛・過剰防衛の判断方法をより明らかにした。ただし、当該事案において最も特徴的といえる点は、次のとおりである。まずは、第一回の決定が、甲の防衛行為が過剰であると判断しつつも、「見義勇為にあたる」がゆえに、不起訴としたことである。これに鑑みれば、見義勇為は強い違法阻却の効果を持つと考えられる。次は、過剰防衛として不起訴決定を下しても、正当防衛として不起訴決定を下しても、刑事責任を追及しないという結果は同様であるにもかかわらず、第二回の決定があえて第一回の過剰防衛の認定を正当防衛に糾正したことである。これはやはり、見義勇為を「正当」とするかどうかは、刑事責任の有無を超えて、さらなる意義を有するためであろう。最後に、甲が、刑事責任を負わなかったにとどまらず、見義勇為者として褒賞されたことである。これは、もはや刑法の領域から離れた事情とはいえ、見義勇為が中国において重視され、奨励されていることを体現している[100]。総じて、要するに、見義勇為という要素・性質は正当防衛の成立に有利であり、言い換えれば、見義勇為類型の防衛行為は正当防衛と認められやすいのである。

（二）　民間矛盾

民間矛盾という概念は、その定義こそ未だ明らかにされていないものの、正当防衛を含める刑法領域の問題において機能しているのは確かである[101]。具体的にいえば、婚姻恋愛、家庭事情、隣人紛争、学校内暴力などの、一般公民の日常生活によくある紛争から引き起

---

[98] 事案⑭と事案⑧、事案⑨を参照。

[99] 事案⑧を参照。

[100] また、成立要件の判断も見義勇為に影響されたのではないかと考えられる。すなわち、A が倒れても甲が攻撃し続けたことは、防衛の目的に基づくものであるとはいえ、一定の憤激の感情をも含んでいたとも考えられる。この場合、従来の下級実務では、防衛意思が認められない可能性も否定できない（事案⑩を参照）。もし本件事案が見義勇為に当たらなければ、正当防衛どころか過剰防衛すら成立し難いと思われる。本件事案は見義勇為に当たるので、見義勇為を奨励する趣旨に則って、防衛意思その他の要件を緩和して、正当防衛の成立を認めたのだ、という評価も、あり得なくはない。

[101] 民間矛盾が正当防衛以外の刑法領域の問題において機能する例として、次の規定が挙げられる：「合法債務の催促或いは婚姻恋愛、家庭、隣人紛争等の民間矛盾のために（犯罪者を）雇用し指示したが、重大な結果を惹起しなかったときは、一般的に犯罪としない」（「关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见」法发〔2018〕1 号）。「民間矛盾によって引き起こされた犯罪について、犯罪容疑者、被告人が自ら罪を認め、誠に罪を反省して、諒解をもらい和解に達し、まだ人民大衆の安全感に重大な影響を与えていなかったときは、『積極的認罪認罰』（積極的に罪を認め、捜査に協力すること）にあたり、寛大処理制度を適用すべきである」（「关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见」〈2019 年〉）。

こされた刑事事案に対して、実務は、犯罪の成立を認めなかったり刑罰を減軽したりして、刑法の運用を抑えている。正当防衛に関する場合においては、侵害者と防衛者の衝突が民間矛盾により引き起こされたと認定されれば、正当防衛の成立は認められ難い。しかしその際、民間矛盾の定義が明らかでないため、下級実務では、事案が僅かでも「婚姻恋愛、家庭事情、近隣関係、学校内暴力など」の要素を含むと、民間矛盾と認定されて正当防衛ないし過剰防衛の成立が否定されかねない。当該問題に関して、指導性案例が以下のように示した。

事案⑬

事件の概要　被告人朱鳳山（以下甲とする）の娘である朱某（以下乙とする）は、斉某（以下 A とする）とは夫婦であるが、乙は 2016 年 1 月に離婚訴訟を提起して A と別居し、娘を連れて実家に帰っていた。A は離婚に同意せず、時折甲宅へ来て騒ぎ立てていた。4 月 4 日、A がまた騒ぎ立てに来て、甲宅の門や窓、車を破損させた。甲は A の侵入を防止するため、門に錠をかけて鉄窓を溶接した。5 月 8 日 22 時頃、飲酒した A が再度甲宅に来て、小門から庭に入ろうとしたができず、門外において大声で罵っていた。当時、乙は在宅しておらず、家にいたのは甲および甲の妻、孫娘だけである。甲は乙の不在を A に伝えたが、A が納得せず騒ぎ立て続けていたため、甲は隣人や A の兄に電話をかけ、「A を宥めて止めてください」と頼んだ。隣人の宥めにより、A は一時甲宅を離れたものの、再び甲宅へ行き、車の上に登って大門を揺らし、強引に侵入しようとした。甲は、鉄叉[102]を持って A の侵入を阻止しつつ警察に通報したが、庭の壁に登った A に瓦を投げつけられたため、部屋から屠殺用のナイフを取って防備していた。A が遂に庭に侵入し素手で甲を引っ張り[103]、それに対して甲はナイフで A の胸を一度刺突した。甲は A の傷を見て、大門を開けて警察を待っていた。A は大量出血で死亡した。

一審裁判所は、甲と A との関係および事案の具体的事実を考慮し、甲の行為は防衛性質を有せず過剰防衛にもあたらないとし、甲に故意傷害罪で有期懲役 15 年および政治的権利剥奪[104]5 年を言い渡した。甲は「過剰防衛」を主張して上訴し、二審の検察側も、「判明した事実に基づき、甲の行為は過剰防衛にあたり…上訴理由は有効である」と認めた。二審裁判所はこの意見を支持し、一審判決を破棄し、改めて甲に有期懲役 7 年を言い渡した。

二審の検察側の見解　第一、A の行為は「進行している不法侵害」にあたる。A と乙が既に別居していたこと、および A の行為の時間、方法を考えると、A の行為は明らかに子女に対する振舞いではない。甲に立ち入りを拒絶された後、A が甲宅の大門を揺らして登

---

[102] フォークのような形状をした大きな農具である。

[103] 原文は「撕扯」であり、一般的には「あまり害意を持たず、相手に軽微な暴力を振るうこと」を指す。押し合い、互いに服を引っ張り合う等の行動である。言い換えれば、殴り合いに至らない程度の喧嘩・小競り合いである。

[104] 「政治権利剥奪」は中国における刑罰の一種である。中国刑法第三十四条を参照。具体的には、1 年以上 5 年以下の期間で次の権利を剥奪する：選挙権・被選挙権、言論・出版・集会・結社・デモ行進の自由、国家機関の職務を担当する権利、国有会社・企業・事業機関および人民団体の指導的職務を担当する権利。なお、死刑、無期懲役に処された者は、政治的権利が終身で剥奪される。

り、庭に飛び込んだことは、違法な住宅侵入行為である。A が甲に瓦を投げつけ甲を引っ張ったことは、人身の権利に対する侵害行為である。第二、（A の侵害行為に対して）甲は、他人に救助を求めたり通報したりして、終始 A と闘争する意図を持っていなかった。武器を準備したことも、防衛の目的に基づく行為である。その反撃行為は、防衛の正当性を有する。第三、甲の防衛行為は顕著に必要な限度を超え、重大な損害を惹起し、過剰防衛にあたる。A が甲宅に来て騒ぎ立てたのは、乙と離婚するのが嫌で、仲直りして共同生活を続けたいからである。それは離婚後の報復行為とは大いに異なる。A は甲に瓦を投げつけ甲を引っ張ったが、総合的に見てまだ騒ぎ立ての範囲内にとどまっており、甲またはその家族の身体、生命を脅かす侵害ではない。甲は、A を宥めつつ警察を待つ余地があったにもかかわらず、ナイフを用いて A の枢要部を刺突し、A の死亡という重大な損害を惹起した。これに鑑みれば、甲の防衛行為は、手段が必要な強度を超え、結果も保護しようとする権利とかけ離れていたといえ、「顕著に必要な限度を超え、重大な損害を惹起した」と認定されるべきである。

指導意義　民間矛盾によって引き起こされる事件は極めて複雑である。防衛性質について争いがある場合は、「法に依拠」、「慎重」の原則を堅持し、判断を正確に下すべきである。その際、理性的、穏やかに紛争を解決し、必要のない武力を使用しないよう公民を導くべきである。実務においては、次のことに注意すべきである。第一に、総合的判断を行うべきである。すなわち、原因結果と是非曲直を明らかにすべきである。判明した事実に基づき当事者の行為が防衛性質を有するのであれば、それを承認すべきである。単純な結果論は許されないし、（民間）矛盾が暫く解決されていないなどを理由に、わざと防衛性質を承認しないあるいは承認する勇気を持たないことも、同様に許されない。第二に、近親間で発生する不法侵害において、防衛強度は、具体的事件状況によって、より厳格な制限を受けるべきである。第三に、被害者が（衝突の創出について）責任を有するかどうか、不法侵害を行っていたかどうかは、些細な事柄まで調査した上で認定すべきである。

本事件は、深夜に発生した暴力的な住宅侵入であり、十分悪質であろう。もし侵入者 A が甲一家と全く関係ない赤の他人であれば、中国の裁判所といえども、甲の行為を正当防衛と認める可能性が高い。しかし、本事案の一審判決は「甲と A との関係」、つまり「岳父と女婿」という要素を考慮した上で、過剰防衛すら認めなかった。二審においても、A の行為が歴然とした不法侵害にあたり、甲が防衛のための行動に終始する以上、甲の行為の防衛性質を認めるべきである、ということが承認されながらも、なお防衛行為は過剰であると判断された。これは、民間矛盾による正当防衛の制限の典型例である。これについて、指導意義は、「原因結果と是非曲直を明らかにしなければならない。判明した事実に基づき当事者の行為が防衛性質を有するのであれば、承認すべきである。…承認しないあるいは承認する勇気を持たないことも、同様に許されない」という厳しい言葉で、民間矛盾から直ちに防衛性質を否定することを是正しようとする一方、「理性的、穏やかに紛争を解決し、必要のない武力を使用しないよう公民を導くべきである」とも示し、民間矛盾の特別処理を認めている。ただし、それを「防衛強度」いわば防衛限度の制限に導いた。このことから、民間矛盾は中国の実務において、確かに正当防衛を制限する機能を有する

と分かる。

もっとも、前述したように、民間矛盾という概念は定義されておらず、その内実は明らかでない。さらに言えば、民間矛盾の典型例から考察するに、民間矛盾はそもそも規範的な法概念ではなく、一種の経験的な社会観念にすぎないといえる。そのような漠然たるものによって防衛者の正当防衛権を一部制限するのは、合理性があるとしても、一定の規則に従わなければならないと思われる。これについては、後文で詳細に検討するにしたい。

（三） 責任要素

正当防衛の判断基準を大幅に緩和した指導性案例が発布されて以降、それが実際にどこまで下級実務に受け容れられるのか、という懸念があった。しかし、最高法と最高検が「工作報告（2020）」[105]において典型として挙げた幾つかの重要事案からみると、指導性案例の示した正当防衛制度は的確に運用されている。例えば、検察機関は、事案⑪と同種事案である「杭州盛春平案」[106]において、防衛限度について「双方の力は大きくかけ離れ、甲が防衛武器を使用しないと防衛の目的を実現できない」として、正当防衛を認めた。「夜にナイフを持って家に侵入してきた侵害者に対して武器で迎撃し、倒された侵害者が二度起き上がろうとしても、防衛者は侵害者が動かなくなるまで侵害者を殴打し続けていた」という「涞源反殺案」[107]においても、「侵害者を倒した前後の行為は緊密に連接し、一体である」から、防衛行為は防衛時間内で行われたと判断した上で、特殊防衛を適用し正当防衛を認めた。裁判機関においても、「医患紛糾（医者と患者の喧嘩）」は従来正当防衛の防衛起因として扱われていなかったが、これに正当防衛を認めた裁判例が出されていて[108]、最高法は「『和稀泥（無原則に折り合いをつけること）』を断固拒絶する」と述べ、この判断を評価し、防衛起因の範囲を再度強調した。その後も、中国の正当防衛制度の改革はなお進んでおり、新しい事案と司法解釈が続いて出、新たな動向を示している。特に、正当防衛の判断において責任に関わる要素の考慮が現れていることは、最大の変化といえ、以下で検討する。

⑰唐雪正当防衛案（麗江反殺案）[109]

事案の概要 被告人甲と被害者Aは同村の者である。2019年2月8日23時頃、Aが路上で騒ぎ立て、甲とトラブルを起こしたことにより、両方は殴り合いも話し合いもした

---

[105] 中国の最高検、最高法が議院に対して一年間の活動を報告するものである。

[106] 杭检刑不诉（2019）1号、史兆琨「对盛春平作出不起诉决定是公正的」检察日报2019年4月2日。

[107] 保定市人民检察院「关于对“涞源反杀案”决定不起诉有关情况的通报」2019年3月3日、「检察机关就“涞源反杀案”答记者问」http://www.chinanews.com/sh/2019/03-03/8770177.shtml（最終アクセス日2019年3月3日）。

[108] 「王某、叶某1故意伤害案」：（2017）豫1725刑初613号、（2018）豫17刑终89号、（2018）豫1725刑初254号、（2019）豫17刑终12号。

[109] 「（退役）女兵反殺案」ともいわれる。云南省人民检察院「关于“唐雪正当防卫一案”的情况通报」2019年12月30日、新华网「云南省人民检察院有关负责人就唐雪案答记者问」http://www.xinhuanet.com/legal/2019-12/30/c_1125405866.htm（最終アクセス日2019年12月30日）。

が、解決がつかなかった。2 月 9 日午前 1 時頃、A が包丁を持ち甲宅正門前へ赴き、甲宅の門を包丁で打ったり足で蹴ったりしていたが、A の友人らがその包丁を奪って捨て、宥めて帰そうとした。家にいた甲が音を聞いて起床し、恐怖を感じ、防衛のため台所からフルーツナイフを二本取って、小門を出て確認しに行ったところ、A は甲を見かけ、友人らの制止を振り解き、甲の腹を蹴った。甲がフルーツナイフを振り、（A を）刺突して反抗したにもかかわらず、A はなお甲の左顔面を拳で数回殴打し、友人らに阻止されても殴打を止めなかった。その後、両者が引き離され、甲は家に戻り、A は「ナイフを持って来い」と叫びながら路地外へ走ったが、途中で倒れて病院に搬送され、刀傷による失血で死亡した。

検察機関の判断　防衛が必要な限度を顕著に超えたか否かは具体的な事実とあわせて（考える）べきある。防衛者に対して「客観的で冷静に」という厳しい基準を採り、高度に緊張する場合でも「正確な」判断を下すよう要求すべきではない。本件において、甲は怖がって動揺し、A による暴力加害の重大さを判断できなかった。事件は午前 1 時ごろに発生し、周囲には街灯もなく、甲がドアを開けた後直ちに A が襲って来ており、このとき防衛手段を正確に把握するように甲に要求するのは不可能であり、現実的でもない。甲がフルーツナイフを振り回し、刺突したことは、殴られた後の恐怖、憤激による防衛行為にあたるので、防衛の時点において高度の理性を有し、刺そうとした部位をきちんと判断するよう要求することはできない。

本件の発生した場所は、いわゆる「熟人社会」[110]である農村である。平和な農村を作るには、皆の協力がなければならない。無論、誰でも防衛の権利を有するが、相手が同村の隣近所である場合には、原因と理由があり正当防衛を行う法律上の根拠があるといえども、本件のような惨劇が発生することは望ましくない。

当該事案において、防衛者は他の数人と共に素手の侵害者一人に対抗していたので、本来、防衛手段としてナイフのような武器を使う必要はなく、過剰であるとも考えうる。なおかつ、「熟人社会」や「同村の隣近所」などの民間矛盾の要素もあるので、正当防衛の成立はさらに制限されるはずである。しかし、実際には防衛者の精神的動揺を理由として、防衛限度の判断基準が緩やかとなり、正当防衛の成立が認められた。すなわち、検察機関は、防衛者は恐怖と憤激に陥っており、客観事実を知悉し相応の防衛手段を選択するのは極めて困難ないし不可能であることを考慮して、「法は不能を強いない」という法諺に従い、客観的に過剰な防衛手段をも許容した。このような、期待可能性に類似する論理は、杭州盛春平案[111]、涞源反殺案[112]においても示された。しかし、そもそも精神的動揺というのは責任要素であり、それを正当防衛という違法阻却事由において考慮することは、適切なのか。一般的に考えれば、事案⑰のような事案はいわゆる誤想防衛の一類型である「防衛行為の誤想」にあたり、事実の錯誤として処理しうるはずであろう。もっとも、正当防

---

[110] 皆が顔なじみであり、ないし多少の親族関係を持つ社会を指す。人情や義理を重んじるのが特徴である。

[111] 前掲注（106）。

[112] 前掲注（107）。

衛は（単なる）違法阻却事由ではなく、そこにおいて精神的動揺などの責任要素を考慮することもなんら不当ではなく、むしろ考慮すべきである、ともいわれる。特に、過去中国の犯罪論体系の通説であった「四要件説」の立場からは、正当防衛は「犯罪性排除事由」とされるため、責任要素を考えるのはむしろ当然である[113]。加えて、以下の指導意見においても、責任要素の考慮が認められ、むしろ強調されている。

指導意見[114]

一　総論的な要請

防衛の時間、限度などの条件を正確に把握すること。防衛者の不法侵害に臨むときの緊迫状態と緊張心理を充分に考慮し、事後的に正常な状況における冷静、理性的、客観的、精確な基準で防衛者を判断するのは避けるべきである。

防衛を口実として不法侵害を行う違法犯罪行為を、正当防衛あるいは過剰防衛と認定するのは断固避けるべきである。

二　正当防衛の具体的な適用

防衛起因　違法に他人の人身自由を制限し、または他人の住宅に侵入する不法侵害に対しては、防衛を行える。不法侵害には国家、公共の利益および他人の利益に危害を加えることを含む。

防衛時間　財産犯罪につき、不法侵害者がすでに財物を取得した場合であっても、追いかけたり、遮って止めたりして財物を取り戻せば、不法侵害が進行していると見なすべきである。不法侵害者が確実に侵害能力を失い、あるいは確実に侵害を放棄した場合に、不法侵害がすでに終了したと認定されるべきである。不法侵害の始期と終期の認定については、防衛行為当時の状況に基づき、社会公衆の一般認識に依拠して、情理に合致する判断を下すべきであり、防衛者を厳しく制限すべきではない。防衛者が恐怖、緊張などの心理によって、不法侵害の始期と終期に関して認識の錯誤が生じた場合は、「主観と客観の統一」の原則にしたがって妥当に処理すべきである。

防衛対象　多人数が共同で不法侵害を行う場合、防衛行為は、不法侵害を直接に行う人に対して行え、現場において不法侵害を共同で行う人に対しても行える。防衛者は、侵害者が刑事責任無能力者または刑事限定責任能力者であることを認識した場合、なるべく他の方法で侵害を避けるあるいは制止すべきである。侵害を避け、制止するために他の方法がない場合、または不法侵害が人身の安全を厳しく脅かす場合は、反撃を行える。

防衛意思　正当防衛は、進行している不法侵害から、国家および公共の利益また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行われるのでなければならない。これに対して、意図的に言葉または行為で相手を挑発し、侵害を自招してから反撃する挑発防衛は、防衛行為と認定すべきではない。

防衛行為と喧嘩　防衛行為と喧嘩は、外観が相似し、両者を正確に区別するために、「主観と客観の統一」の原則を堅持すべきである。事件の起因、衝突激化の責任、武器の使用

---

113 第二部第一章を参照。

114 指導性案例と重複する部分は省略した。

と準備、明らかに不相当な暴力の存否および糾合して殴り合ったか否かなどの客観的要素を、総合的に考量した上で、行為者の主観的意思と行為の性質を判断すべきである。

「些細な事で争い、双方とも冷静さを失って殴り合いになる」という類型の事件において、衝突の原因に対して責任を有する一方が先に手を出しかつその手段が明らかに過激である場合、または、一方が先に手を出し、他方が衝突の回避に努めたにもかかわらず侵害を続ける場合、一般的に、反撃する他方の行為を防衛行為と認定すべきである。

些細な事で衝突した後、一方が（戻ってきて）再度不法侵害を行い、それに対して他方が反撃することは、武器を使う場合を含み、一般的に防衛行為と認定すべきである。行為者が事前に防衛の準備をしたことだけでは、防衛意思の認定に影響を及ぼすわけがない。

防衛権濫用の防止　顕著に軽微な不法侵害に対して、行為者が（その軽微さを）弁識できるにもかかわらず、直ちに重傷あるいは死亡をもたらしうる方法で制止することは、防衛行為と認定すべきではない。行為者が不法侵害の発生に重大な責任を有し、かつ他の手段で侵害を避けられるにもかかわらず、あえて重傷あるいは死亡をもたらしうる方法で反撃することは、防衛行為と認定すべきではない。

三　過剰防衛の具体的な適用

防衛が「顕著に必要な限度を超えた」か否かは、防衛者の防衛時の状況に基づき、社会公衆の一般的な認識と合わせて判断すべきである。防衛者に対して、不法侵害と同等の方法・強度で反撃するように要求すべきではない。

四　特殊防衛の具体的な適用

以下の行為は行凶と認定すべきである。①致命的な凶器を使用し、他人の人身の安全を厳しく脅かす行為。②凶器または致命的な凶器が使われないが、不法侵害の人数、打撃の部位および打撃の強さなどの要素によって、確実に他人の人身の安全を厳しく脅かす行為。

刑法第二十条第三款で規定している「殺人、強盗、強姦、略取」は、その具体的な犯罪行為を指すものであり、当該罪名での犯罪の成立を必要とするわけではない。(それらと)関連する行為が人身の安全を厳しく脅かさない限り、一般防衛の規定を適用すべきである。

まず、前述の精神的動揺の扱いについて、指導意見が明示したように、確かに正当防衛において精神的動揺が考慮されており、かつ防衛限度のみならず防衛時間にも影響を及ぼし、それによって防衛者の「認識の錯誤」が許容されうる。このことから、中国において正当防衛は違法阻却と責任阻却の二重の機能を有するということが分かる。

そして、指導意見は、精神的動揺の場合は「主観と客観の統一」という原則で「妥当に処理すべきである」と述べた。「主観と客観の統一」とは、犯罪が成立するためには相応する主観的側面と客観的側面を備えなければならないということである。従来から中国刑法の重要原則とされてきて、正当防衛においては、主に防衛意思の検討において唱えられていた。具体的には、犯罪の成立と同様に、正当防衛の成立には相応する主観的側面と客観的側面を備えなければならないので、防衛意思はその主観的側面として必要である[115]、ということである。このような、行為者の主観的意思（防衛意思）で防衛行為と喧嘩を区

[115] 正当防衛において「主観と客観の統一」は適用できないという意見として、张・前掲注（42）205 頁。

別できる、という考え方が従来の通説であり、これが指導意見においても採用されたことになる。なお、なぜ主観的側面が不可欠であるかというと、一般的には責任主義に基づいて説明されるので、「主観と客観の統一」に言及し主観的側面の不可欠さを強調する場合は、責任の不可欠さを指摘する意味がある。ゆえに、指導意見が防衛意思の判断における精神的動揺について「主観と客観の統一」を強調したことにも、防衛者の精神的動揺は責任阻却の効果を有すると指摘する含意があると考えられる。ただし、精神的動揺のある場合はあくまでも「妥当に処理すべきである」にすぎず、責任が必ず阻却されるわけではない。

一方、精神的動揺の考慮（による正当防衛の成立範囲の拡張）を貫徹しようとすれば、「恐怖、憤激による攻撃的意思が存在すると防衛意思が否定されることになる」という従来の実務における慣例も、再考すべきであろう。さもなければ、同様な「恐怖、憤激」が、防衛時間と防衛限度の判断においては正当防衛の拡張をもたらす一方、防衛意思の判断においては正当防衛の否定をもたらす、というのは矛盾になるからである[116]。たとえ同一の要素が異なる要件の判断において異なる効果を有しうるといっても、真逆の効果を有するのは整合的ではない。ところが、指導意見は従来どおりに防衛意思を厳格に要求し[117]、恐怖、憤激による攻撃的意思を許容する傾向を呈していない。ただ微妙な言葉遣いとして、防衛時間において正当防衛の拡張をもたらす精神的動揺を論述するときは「激情、憤激」[118]と表現し、防衛意思において正当防衛の否定をもたらす精神的動揺を論述するときは「泄憤（腹いせ）」と表現している。これは、同じように精神的動揺に属していても「憤激」と「泄憤」の性質が異なる、と最高法が考えているのではないだろうか。だとすれば、「憤激」と「泄憤」はどのように区別されるか、なぜ異なる効果を有するか、ということは重要な問題となるが、未だ最高法に説明されていない。

続いて、防衛者の精神・責任能力以外に、侵害者の精神・責任能力も正当防衛の成否に関わる、と指導意見は示した。すなわち、一般的に、責任能力の欠如する侵害者は防衛対象から除外され、そのような侵害者に対して直ちに反撃する行為は防衛性質を有さず、過剰防衛が認められる余地もない。ただし、代替手段がない（いわば補充性要件を満たし）、または侵害が重大である場合には、防衛行為を行える。これは従来重視されていなかった「防衛対象要件」についての要求である[119]。

その他、指導意見は従来検討されてきた幾つかの問題も解明した。第一に、財産に対する侵害における防衛時間について、指導意見は、財物が取られた後も防衛時間が続くという学説上の通説を確認しつつも、犯罪既遂を基準として防衛の終期を判断することは再度

---

[116] 同じ理由で、精神的動揺が防衛起因要件、防衛対象要件の判断における効果（例えば、精神的動揺によって誤想防衛の処理方法は変わるのか）も検討すべきであるが、指導意見がこれらについて何も示していない。

[117] 前掲三（三）を参照。

[118] 指导意见起草小组・前掲注（53）。

[119] これまでにも、指導性案例において防衛対象について言及されたことがある（事案⑫）。ただし、そこでは「限定責任能力者・責任無能力者」とまでは言及せず、「未成年者」に対する正当防衛を制限したに過ぎなかった。

否定した。第二に、防衛行為と相互喧嘩の区別について、指導意見は、「行為者の主観的意思」と「行為の性質」を指摘した。前者は防衛意思で区別する従来の方法を肯定する態度を示すであり、後者は防衛意思以外の防衛性質に影響する要件（防衛起因、防衛時間、防衛対象）でも防衛行為と相互喧嘩を区別する余地を残したものだと考えられる。その際、指導意見は二つの典型的な事件類型の例を挙げて、一見喧嘩に見える殴り合いの状況においても、細かい事実を見れば正当防衛が成立する場合があることを示した。実は、この結論は学説においても共通認識となっていたものの、その理論的な根拠と具体的な扱い方に関しては極めて複雑な論争があり、今回の指導意見で一定程度解説されたが、更なる検討が必要である。第三に、防衛権濫用の防止について、指導意見は、いわゆる「意図的過剰」と「自招侵害」について述べ、両者とも防衛行為でないと示した。その理由については説明しなかったが、「弁識できるにもかかわらず」および「あえて」という文言が用いられていることをふまえれば、防衛意思の欠如によって防衛性質が否定されると考えているであろうことは読み取れる。第四に、過剰防衛と特殊防衛に関する従来の議論について、指導意見は結論を下した。まず、過剰防衛の判断につき、実務においてよく用いられていた侵害と防衛行為の対等性の要求は明確に否定された。そして、特殊防衛の判断に関しては、従来検討されていた「武器の使用」と「殺人、強盗、強姦、略取」の意義について、「殺人、強盗、強姦、略取」はあくまで参照にすぎず、真に重要なのは侵害が人身の安全を厳しく脅やかすか否かであると示した。

五　総括

ここまでで多くの内容を検討したが、整理すれば、その文脈は複雑ではない。すなわち、正当防衛の条文自体は緩やかに規定されているが、従来の下級実務は正当防衛の成立要件を厳格に解し、正当防衛を認めてこなかった。それを糾正するため、最高法と最高検は指導性案例・指導意見などを発布して正当防衛を解説した。そこでは、一方で、急迫性を要件とせず、ほとんどの要件の判断基準を緩和したが、他方で、防衛意思だけは依然として厳格に要求している。同時に、見義勇為という要素による正当防衛の拡張、および民間矛盾という要素による正当防衛の制限が再度確認され、ひいては、責任要素も正当防衛の影響要素として追加された。これらは、日本の場合と比較して特徴的と言え、独特な正当防衛制度を描いている。

しかしながら、以上のような特徴は、確かに実務の現状ではあるが、そもそも合理的なのか。例えば、成立要件の設定において、急迫性を要件としないことは、正当防衛を緊急行為と見なさず寛容的に認めるという傾向を呈している一方、防衛意思を厳格に要求することは、正当防衛を過度に制限する虞がある。特別の影響要素においても、民間矛盾は正当防衛の制限をもたらす一方、見義勇為は正当防衛の奨励を表している。これらの特徴は、真逆の方向性を示しているのではないだろうか。また、民間矛盾であれ見義勇為であれ、本来は規範的概念でなく経験的な社会観念にすぎず、そのようなものが正当防衛に影響する法的効果を持つのは、いかなる理由に基づくのか。それに対して責任要素は、もともと

刑法規範にあるもので、法的効果を有し、犯罪の成否の判断において考慮されるのは当然である。ただし、正当防衛という違法阻却事由の範疇で考慮されるのは、必ずしも適切ではないであろう。なおかつ、前文で検討したように、主観上の精神的動揺などの責任要素によって正当防衛を寛容的に認めることは、防衛意思に対する厳格な要求とは矛盾するようにみえる。かかる問題に鑑みれば、これまで変遷してきた中国の正当防衛制度は、もはや不整合にみえ、正当防衛の論理から乖離しつつあるのではないかと疑う余地がある。

もっとも、そもそも正当防衛の論理というのはいかなるものであるのか。正当防衛が緊急行為であり違法阻却事由にあたることなどは、日本において一般的な理解であり中国においても学説上の通説であるといえるが、中国の実務では必ずしも通用しないと思われる。前述した諸特徴は、既有の正当防衛の論理に適わないため問題があるようにみえるが、論理性を失ったとまでは断定できない。これについては、正当防衛の基礎理論を探究する必要がある。すなわち、もし前述した諸特徴が、整合的な理論で解釈できないのであれば、是正されるべきである。一方、整合的な理論で解釈でき、むしろ、ある原理から要請されるのであれば、合理的と認められる。本論文第二部では、これを確認することにしたい。

正当防衛の基礎理論

導入

序論で述べたように、中国における正当防衛の問題は深刻と言わざるを得ない。学界内部で論争があることや、世論と実務と学界の見解が相違することは理解しやすいが、実務内部ですら認識が統一されていないというのは通常ではない。実証主義が流行している中国では、従来は正当防衛の具体的限界論に重点が置かれ、正当防衛の成立要件の認定基準を巡って検討が行われてきたが、結果的には水掛け論となり、更なる混乱を招いたにすぎなかった。このような結果に終わったのは、正当防衛の基礎理論を整えていないからであると考える。基礎理論すら整えていない状態では、要件論の検討は根拠なく恣意的になり、単なる空中楼閣となる。また、第一部で検討したように、これまでに変容してきた中国の正当防衛制度は、もはや不整合にみえ一般的な正当防衛の論理から乖離しているのではないかと疑う余地がある。これを確認するためにも、中国における正当防衛の基礎理論を見直す必要がある。したがって、第二部では、まず正当防衛の基礎理論である「制度趣旨」および「正当化根拠」という概念を説明し（第一章)、それを用いて中国の「固有理論」（第二章）とその他の諸説（第三章）を整理し、各説を評価した上で、中国の実務の捉えている正当防衛の基礎理論を解明することにする（第四章)。

一　概念の説明

正当防衛の基礎理論について、中国の従来の固有理論は正当防衛の「本質」、「目的」又は「意義」などについて言及していたが、現在では「正当化根拠」という概念が近年よく検討されている。また、本論文では、「制度趣旨」という概念も重視する。しかし、「制度趣旨」と「正当化根拠」と言っても、その定義および両概念の関係が充分に検討されているとはいえない。そのため、以下ではまず「制度趣旨」と「正当化根拠」の定義および両概念の関係を明らかにする。

日本における正当防衛の基礎理論には、実務において言及される「制度趣旨」[120]と学説においてよく検討される「正当化根拠」がある。両者とも正当防衛の性質に関するものであるが、制度趣旨とは、実務が「正当防衛の本質に対する理解」および「正当防衛の運用方針」であり、正当化根拠とは、学説が正当防衛の特性と仕組みを詳しく分析し、正当防衛の正当化をもたらす理由（あるいは正当防衛の正当性の内実）を論理的、規範的に説明するものである。例えば、制度趣旨については、最決平成 29・4・26 決定が、「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

[120] 例えば、最決平成 29・4・26 刑集 71 巻 4 号 275 頁、東京地判平成 14・1·11LEX/DB28075343、高知地判昭和 51・3・31 判例時報 813 号 106 頁 LEX/DB27916849 などがある。

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」とし、正当防衛の本質は「緊急行為」であるとの認識を示し、「例外的に許容する」という運用方針を定めた。一方、正当化根拠については、優越的利益原理から説明しようとする場合、「防衛者の利益が侵害者の利益より大きいから正当防衛を行える」という説明だけでは足りず、なぜ防衛者の利益がより大きいのか（法確証によって防衛者の利益が増加するためか、あるいは侵害行為によって侵害者の利益が減少するためか）を詳しく分析しなければならない。つまり、制度趣旨は総合的な綱領であり、正当化根拠は具体的な解釈論であるといえる。

そして、制度趣旨と正当化根拠は、互いに相応していなければならない。つまり、整合性が求められる。例えば、正当防衛を「例外的に許される緊急行為」としてその適用範囲を「制限」する制度趣旨には、優越的利益説が相応しい。なぜなら、優越的利益説は、防衛者の利益が侵害者の利益より優越するとしつつも、どちらの利益も要保護性を備えると考え、両利益をできる限り共存させ、やむを得ない場合にのみ一方を犠牲にするとするためである。すなわち、優越的利益説は正当防衛の例外性と緊急性を強調し、正当防衛の成立範囲を制限的に画定する傾向がある。また、個人保全原理[121]の立場に立てば、攻撃を受けて反撃するのは当然の権利であるので、反撃の正当化根拠を説明するどころか、むしろ反撃を制限するための正当化根拠を説明する必要がある。このような正当化根拠は、正当防衛を「当然の権利」として「保護」する制度趣旨に相応しい。そのため、正当化根拠を検討する（特に実務に基づいて検討する）ときは、理論自体の合理性（セルフコンシステント）のみならず、既存の制度趣旨との整合性も顧慮しなければならない。むしろ、議論の前提として、既存の制度趣旨との整合性を先に考慮しなければ、いかなる合理性のある正当化根拠でも、現実的意義に欠ける。本論文では、この既存の制度趣旨との整合性に着目する。

なお、これまで、異なる制度趣旨の区別について充分に認識・重視されてこなかったため、従来の議論は主に正当化根拠についてのみ検討し、制度趣旨について検討することは少なかった。正当防衛には、緊急行為として制限されるべき側面と権利行為として保護されるべき側面とがあり[122]、各理論の正当防衛に対する理解と運用方針が異なっていても、それは根本的に制度趣旨が異なるからではなく、単に正当防衛のどちらの側面を強調しているかの違いにすぎない、と一般的には捉えられている。このような「包容的な」捉え方が、実際には異なっている制度趣旨の区別を曖昧にしてしまった。さらに言えば、正当防衛の性質は緊急行為と権利行為に限られたものではない。例えば、中国では、正当防衛は

---

[121] 一般的には、「自己保全の原理（原則）」といわれる。ただ、「自己」という言葉には、防衛しようとする目標を防衛行為者自身に限定するニュアンスが若干なりとも含まれるので、本論文ではそれを避けるため、代わりに「個人」という言葉を用いる。この原理を以て緊急救助（いわば他人の利益を防衛すること）を基礎づけるには、個人保全における個人が意味するのは、他人に対する自己でなく、社会・法秩序に対する個人だと理解されなければならないからである。同様に「個人保全」の表現を用いる文献として、山中敬一『刑法総論』（成文堂、第 3 版、2015 年）480 頁以下などがある。

[122] 大塚裕史ほか『基本刑法 I 総論第 2 版』（日本評論社、2016 年）168 頁。同旨、明照博章『正当防衛権の構造』（成文堂、2013 年）2 頁などを参照。

有益行為として奨励されており、緊急行為の側面を持つとは言い難い[123]。つまり、異なる制度趣旨には相容れない内実があり、これらは区別して検討されるべきである。そのほか、概括的であり正当防衛の具体的限界論を導出し難い、ということも制度趣旨がこれまで検討されてきていない原因である。しかし、制度趣旨は確かに直ちに限界論に結び付けられないという一面を持つものの、それぞれの正当防衛制度の方向性と特徴を簡潔明瞭に示すものであるから、異なる正当防衛制度の趣旨を比較することで、その相違点を端的に明らかにすることができる。それゆえ、制度趣旨は実は重要な意義を有し、無視されるべきではない。

以上の理解を土台として、次章から中国における諸理論を紹介する。

二　中国の固有理論[124]

現代中国（1949―）固有の法理論は、主にソ連から継受した「社会主義法系」に属し、日本やドイツに代表される典型的な「大陸法系」とは異なっていた。その正当防衛論においては、正当化根拠や制度趣旨の概念は存在せず、検討されるのは正当防衛の「本質」、「目的」又は「意義」などであるが、どれも正当防衛の基礎理論を指す概念であり、正当化根拠や制度趣旨に置き換えて検討することができると考える。以下では、正当化根拠と制度趣旨の概念を用いて中国の固有理論による正当防衛の基礎理論を整理・検討する[125]。

（一）　具体的内容

固有理論による正当防衛の基礎理論について議論を進めるには、まず犯罪論体系から語る必要がある。日本やドイツにおける三階層（三分法）説の犯罪論体系と異なり、中国固有の犯罪論体系はいわゆる四要件説である。ある行為が犯罪に当たるか否かを判断するとき、三階層説は、犯罪の成立要件を「構成要件該当性・違法性・有責性」という三つの階層に分けて、行為の構成要件該当性・違法性阻却事由・責任阻却事由の順で検討する。そこにおいて、正当防衛は一般的には違法性阻却事由と位置づけられる。それに対して四要件説は、犯罪の成立要件を「客体・客観的側面・主体・主観的側面」という四つの「犯罪構成」に分け、ある行為がそれぞれの犯罪構成を持つか（いわゆる「犯罪構成符合性（該当性）」の有無）を、任意の順序で検討する。そこにおいて、正当防衛や緊急避難は、どれか一つの犯罪構成の阻却事由ではなく、行為全体の犯罪構成符合性を否定する「犯罪性排

---

[123] 仮に緊急行為の側面があるとしても、その存在感は極めて薄いと言わざるを得ない。第一部第二章、本部第二章を参照。

[124] 「固有」といっても、実際はソ連から継受したものである。ただ、近時の日独から輸入した法理論と区別するため、「固有理論」と称する。また、古代中国より発展していた伝統的な「中華法理論」があったが、現在では衰微している。

[125] もともと固有理論は、「法律は統治階級の利益を維持するための道具である」という政治学上の「階級（闘争）論」の影響を強く受けたものである。しかし、階級論自体の当否はともかく、現在の法学においては、実質的意義を有さない定形句となってしまっているため、本論文では紹介を割愛する。

除行為」とされる。犯罪性排除行為は、外見上は犯罪構成に符合（該当）する様相を呈していても、実質上は犯罪構成に符合（該当）せず、犯罪ではないとされる[126]。なぜなら、「一定程度の社会危害性」を有しないからである。この意味で、「犯罪性排除行為」は「社会危害性排除行為」とも呼ばれる[127]。つまり、正当防衛行為は社会危害性を有しないので、犯罪とされるべきではないということである。

ところで、社会危害性とはどういう意味か。正当防衛はなぜ社会危害性を有しないのか。まず、社会危害性について、細かい部分については争いもあるが、最大公約数的な理解は以下のとおりである。人々の生産と共同生活の過程において生じる、いわゆる「社会関係」に対する侵害または侵害の可能性が、社会危害性である。社会危害性は、犯罪の本質を成すものであり、大陸（日独）法系における規範違反性または法益侵害性に相当する概念である。そして、正当防衛の社会危害性の有無について、固有理論は次のように述べた。正当防衛は、客観面からみて、人民群衆の「違法犯罪との積極的な闘争」[128]であり、違法犯罪を制止・予防し、国家、社会または個人の利益を保護し、社会の秩序と発展を保障するものである[129]。主観面からみても、正当防衛者の意思は違法犯罪から合法な利益を保護しようとするものであり、社会に危害となる（犯罪の）故意あるいは（犯罪としての）過失がない[130]。そのため、正当防衛は社会危害性を有するどころか、かえって社会に有益である[131]、と。これは、固有理論による正当防衛の正当化根拠に相当するものであるといえる。

もっとも、実際のところは、固有理論が以上のような正当防衛の「正当性」（犯罪とされるべきでない理由）について論証することは少ない。そのかわり、正当防衛の社会的機能、すなわち「有益性」（前述した「違法犯罪を制止し予防し、国家、社会または個人の利

---

[126] このような理解は、犯罪構成符合性の判断の一環として、犯罪性排除行為に当たるか否かの判断を行う。马克昌编『犯罪通论』（武汉大学出版社、第 3 版修订本、1997 年）55 頁、68-69 頁（執筆担当者：简明）を参照。他方、固有理論は実は、犯罪性排除行為に当たるか否かの判断を、犯罪構成符合性の判断の後で別に行っている、という理解もある。その理解に従えば、行為がすべての犯罪構成に符合しても、なお犯罪性排除行為にあたって犯罪にならない可能性がある。陈兴良「四要件犯罪构成的结构性缺失及其颠覆——从正当行为切入的学术史考察」现代法学 6 期（2009 年）57 頁、王充「论正当行为的体系定位——以刑法学问题的类型划分为视角」法学评论 6 期（2019 年）61 頁。これは、犯罪性排除事由の位置づけの問題である。実務は概ね前者に親和的である。

[127] むしろ「社会危害性排除行為」の方が通称である。しかし、社会危害性を有しないことは当該行為の性質であり、当該行為の効果は犯罪にならないことであるから、本稿はその効果を強調するため、「犯罪性排除行為」の表現を用いる。他方、他の理由から「犯罪性排除行為」の表現を用いる説もある。马・前掲注（126）55 頁、68-69 頁（執筆担当者：简明）。

[128] 「違法犯罪との闘争」か、「犯罪との闘争」か、表現は場合によって異なる。刑法典（後掲注〈137〉）においては「犯罪と闘争する」、司法解釈などの公文書においては「違法犯罪との闘争」が用いられるのが一般的である。学説においては特に一致はない。

[129] 高铭暄＝马克昌编『刑法学（第三版）』（北京大学出版社・高等教育出版社、2017 年）129 頁以下。他方、固有理論の正当防衛の制度趣旨には社会道徳の促進も含まれていると指摘する説もある。蔡仙「防卫动机不必要论之提唱」甘肃政法学院学报 5 期（2016 年）57 頁以下。

[130] 马・前掲注（126）710 頁（王志军）。

[131] 马・前掲注（126）710 頁（王志军）。高铭暄＝王红「我国正当防卫制度理论根据的自主选择」学习与实践 5 期（2020 年）60 頁以下。

益を保護し、社会の秩序と発展を保障する」ことなど）を正当防衛の意義として強調した上で、正当防衛の本質、目的などについて述べるだけのことが多い。いわば、中国における正当防衛は、刑法の目的と任務（犯罪と闘争すること）を実現するために、法が公民に与えた権利であり、法に保護、奨励されるものである。これは、固有理論による正当防衛の制度趣旨に相当するものであるといえる。

以上では固有理論による正当防衛の制度趣旨と正当化根拠を総括した。次節では、その特徴と問題について検討する。

（二）　欠陥

結論から言えば、固有理論によって、正当防衛の制度趣旨は明らかにされたものの，正当防衛の正当化根拠はいまだ充分に検討されているとは言えない。固有理論は正当防衛の正当化根拠について、概ね社会危害性および違法犯罪との闘争を巡って大同小異な言葉を語るのみで、具体的な論証をなしていない。日独の多様で成熟した理論と比較しても、量的に乏しく質的にも低いと言わざるを得ない。例えば、正当防衛の「利益を保護し、社会の秩序を維持する」という面は、確かに「危害」ではなくむしろ「有益」ともいえるが、「侵害者の利益を毀損する」という面は、「危害」ではないのか。かかる問題こそが正当化根拠の中核であるにもかかわらず、固有理論はそれについて充分に説明せず、「違法犯罪との闘争」とのみ示している。しかし、「違法犯罪との闘争」は、あくまでも正当防衛の正対不正の性質を述べたにすぎず、問題への応答にはならない。「違法犯罪者の利益は法による保護を得られず、それを毀損することは（法益の）危害ではない」という法益欠如説によるアプローチがありうるし、「侵害者の利益を毀損することは確かに危害にあたるが、より優越する利益を保護するため、許容されうる」という優越的利益説からのアプローチもありうる。あるいは、「侵害者個人の危害ではあるが、社会の危害ではない」という社会主義法理論的なアプローチから論じる余地も十分にありうると思われる。それにもかかわらず、固有理論は、この問題が自明であるかのように、結論のみを用いている。このことから、固有理論は実は正当防衛の正当化根拠を明らかにしていないといえる[132]。

では、これはなぜなのか。実務に関わる具体的な要件論を重視するあまり、基礎理論に

---

[132] 一方、そもそも正当防衛の正当化根拠を説明しなければならないのは三階層体系に依拠する場合であり、四要件体系の場合ではそのような必要すらない、という主張も考えられるかもしれない。すなわち、構成要件・違法・責任という三階層の犯罪論体系において、構成要件に該当する行為は違法性があると先に推定されるので、その中の一部の防衛行為を取り上げて正当と認めるには、必ず理由を説明しなければならない。それに対し四要件説においては、構成要件該当性と違法性との区別が存在せず、「違法性があると先に推定される」という前提も存在しないので、防衛行為は、「犯罪構成」に符合しない限り正当と認めるべきであり、特別の正当化根拠は不要である。もっとも、正当防衛の正当化根拠を明らかにしていないがゆえに、正当防衛に関する検討は恣意的となり、よって本論文冒頭で述べたような弊害をもたらしていることも確かである。そのことを踏まえれば、犯罪論体系にかかわらず、正当防衛の正当化根拠を検討する意義はあると思われる。この点は、最近の固有理論の論者にも認識されており、高＝王・前掲注（131）は「現在、我が国の刑法界における正当防衛の成立要件に関する検討は、的を射ていない…それを是正するには、正当防衛の本質または正当化根拠という基礎的課題に戻るべきである」とする。

力を入れていない、という大きな原因があるのに加えて、「社会危害性」および「違法犯罪との闘争」の枠に囚われたこともひとつの原因であると考えられる。すなわち、社会危害性が社会主義法理論の核心的概念とされてきたので、自説の社会主義への帰属を強く自認する固有理論からは、社会危害性を離れて別の角度から正当防衛を論じることは到底できない。しかし、社会主義法は果たして全く社会危害性から離れられないのか、社会主義への帰属意識は強く主張される必要があるのか、また、「違法犯罪との闘争」が刑法の任務・目的とされているといっても、それが正当防衛にどの程度で投影されるのか、どれも検討する余地があるだろう。さらに言えば、そもそも「社会危害性」および「違法犯罪との闘争」という概念自体に、疑わしいところがある。これはもはや、固有理論の正当防衛論における問題ではなく、固有理論全体の問題である。

そして、固有理論のもう一つの欠陥は、正当防衛の限界論が欠けていることである。「自力救済の一般的禁止」という原理に基づく防衛状況の制限や、法益衡量あるいは社会連帯義務に基づく防衛行為の制限などの、正当防衛の限界を画するのに資する議論に関しては、固有理論において殆ど言及されていない[133]。もっとも、これは固有理論が正当防衛を制限しないというわけではない。実質的な正当防衛に対する制限は、各成立要件において設定されており、固有理論に立脚しながら、成立要件を厳しく設定して制限を試みる学説も存在する。ただ、そのような各要件における正当防衛の制限は、綱領的な理論的根拠を欠くため、結果として恣意的なものとなっている。特に下級実務では、序論で述べたように、正当防衛が不当に制限され、「社会問題」にまで発展している。

（三）　実務に対する影響

固有理論は、前述した欠陥以外にも様々な問題を有するが、長期にわたって中国の「公式学説」の地位を占め、現刑法の基礎にもなっている。また、現在に至っても、なお実務において強い影響力を持っている。最近の指導性案例・指導意見においても、その一部である下記の三つの理念について、堅持する姿勢が反映されている。

1　社会的視点

まずは、個人的視点よりも社会的視点に立脚して正当防衛を理解し、いわば超個人主義を採ることである。すなわち、当事者たる防衛者・侵害者という個人の観点から正当防衛の性質と意義以上に、正当防衛の、社会の秩序や気風に対する影響を重視することである。固有理論が社会危害性の欠如によって正当防衛の正当性を説明し、「社会の秩序と発展を保障する」ことが正当防衛の機能であると説明することは、その理念の現れである。無論、固有理論も、正当防衛が個人利益保障の側面を有することは認めるが、究極的には社会秩

[133] ただし、「主観面からみても、防衛者の意思は違法犯罪から合法的利益を保護しようとすることにあるので、社会に危害とならない」という固有理論の内容を、正当防衛者の主観的意思に対する要求と見れば、防衛意思要件の限界を画する理論的根拠になる。

序維持[134]こそが正当防衛の主たる機能であるとして、社会的視点に帰着する[135]。固有理論のこの理念が実務に与えた影響は極めて根深く、現在の実務においても、社会危害性や社会秩序という概念は依然として頻繁に用いられている。なおかつ、指導性案例・指導意見の発布に際して、最高法・最高検は「正当防衛は、有効に不法侵害者を威嚇でき、人民群衆が勇んで違法犯罪と闘争することを鼓舞でき、正は不正に譲るべきでないという価値観を体現している。我々が典型案例を発布し正当防衛権を保護する目的は、社会主義の核心にある価値観を発揚し、勧善懲悪を図り、正義の気風を発揚し、見義勇為を保護し、社会にプラスエネルギーを注入するためである」[136]などと説明し、正当防衛の「価値観の発揚」などといった社会的な意義を強調している。これに鑑みれば、中国の実務では、依然として社会的視点が基本として正当防衛を見ていると評価できる。

２　正対不正の重視

次に、「違法犯罪との闘争」つまり「正対不正」という正当防衛の性質を、非常に重視することである。正対不正は、日独の正当防衛理論においても言及されるが、中国の固有理論においては特に強調される。例えば、日本において、正対不正は、正当防衛の本質であるとはいいつつも、主に当事者双方の立場の性質が異なることを意味し、緊急避難より正当防衛の適法評価が緩和されてよいということの理由づけになっているにすぎない。それに対し、中国の固有理論においては、「違法犯罪との闘争」「正対不正」は正当防衛の正当性の基礎および基本的態様とされ、正当防衛の検討における一切の出発点となる[137]。こ

---

[134] 社会秩序という概念はよく固有理論の論者に用いられるが、その内実は必ずしも明らかにされていない。だが、中国実務的には、社会秩序とはいわゆる経験的法秩序であると考えられる。後掲四（一）１。

[135] 马・前掲注（126）711-712 頁（執筆担当者：王志军）。また、同書は個人の利益と公共の利益との関係について、次のように述べている。「社会主義国家において、公共の利益と個人の利益とは一致するのである。公共の利益が失われると、個人の利益も損なわれる。個人の利益が保障されなければ、公共の利益も保障されえない…この一致性によって、如何なる不法侵害も、個人の利益と公共の利益を同時に侵害している。そのため、社会主義刑法は正当防衛の規定において、個人の人身権利や財産権利のみならず、特に公共の利益、社会主義法制の安定を重視し、保障しようとする」。

[136] 「正确理解和适用正当防卫的法律规定——最高检副检察长孙谦就第十二批指导性案例答记者问」2018 年 12 月 19 日 https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/201812/t20181219_402919.shtml#3（最終アクセス日 2021 年 6 月 1 日）。「《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于依法适用正当防卫制度的指导意见》新闻发布会」2020 年 9 月 3 日 https://www.chinacourt.org/article/subjectdetail/id/MzAwNMg1N4ABAA.shtml（最終アクセス日 2021 年 6 月 1 日）。これらは指導性案例の発布に併せて示された、問答の形式（Q＆A 方式）で指導性案例の目的、内容、意義について解説する文書である。以下、「指導性案例発布会」・「指導意見発布会」と表示する。

[137] 違法犯罪との闘争は中国刑事法全体の趣旨であり、これが正当防衛においては正対不正の形で現れているということである。中国の刑法典は、第一条で「犯罪を懲罰し、人民を保護するため、憲法に基づいて、我が国の犯罪と闘争してきた具体的な経験および実際の情勢を踏まえて、本法を制定する」とし、第二条で「中華人民共和国刑法の任務は、刑罰を用い、一切の犯罪行為と闘争することを以て、国家の安全を保護し、人民民主専政の政権と社会主義制度を保護し、国有財産と労働群衆の集団財産を保護し、公民の私人財産を保護し、公民の人身権利、民主権利と他の権利を保護し、社会の秩序、経済の

れが実務にも浸透しており、最高法・最高検は次のように示した。「正当防衛は、法律が公民に与える基本的権利であり、不法行為と闘争する重要な手段である。…正当防衛は暴力で暴力を制止するのでなく、正対不正である」[138]、「正当防衛制度の適用にあたっては、法は不法に譲るべきでないという法治精神を断然護持すべきである」[139]。また、特殊防衛の規定を設けるのも、「法は不法に譲歩する必要はないという秩序理念を更に実現するためである」。これらの説示は、「不法行為と闘争」、「法は不法に譲るべきでない」、という表現ぶりは異なるが、いずれも正当防衛の正対不正の性質を強調している。

3　正当防衛の奨励

最後は、正当防衛を有益なものとして、（単に防衛者を保護するにとどまらず）奨励することである。前述したように、固有理論は正当防衛が「利益保護、秩序維持、道徳促進」などの有益性を有すると考え、正当防衛を保護するのみではなく、奨励している。したがって、正当防衛は法に期待されるものであり、個人の権利を超えて、一種の非強制的で漠然とした義務であるともいえる[140]。この理念は、固有理論の最も独特かつ、他の学説と区別される根本的特徴である。学説においては、外国法理論の強い影響を受けたことで、理念の論理性が疑われるに至り、従来の下級実務においても、理念が実践されたとはいえないが、上級実務においては現在まで堅持されてきた。例えば、事案⑰について、雲南高検が「正当防衛は法律が励まし、保護する正当な合法行為である。法治社会において、公民の適切に正当防衛の権利を行使し犯罪と闘争する行為は、肯定され奨励されるべきである」との声明を出したことは、その一例である。指導性案例・指導意見が「正当防衛は、法律が奨励し保護する正当な合法行為である」[141]、「正確に正当防衛制度を運用し、公民の正当防衛権利を保護し、見義勇為を励まし、社会の正義の気風を発揚するため、指導意見を制定する」[142]と述べたことで、この理念が再度確認された。

（四）　現状

固有理論の一部の理念が実務において堅持されているとはいっても、固有理論それ自体は、様々な欠陥と問題を抱えており、かつ発展した社会には適応し難いため、すでに衰微したといえる。特に学説上、純粋な固有理論は消滅しつつあり、代わりに外国（主に日独）から輸入した法理論が流行しており、または、固有理論を修正しようとする学説が現れて

秩序を護持し、社会主義の建設事業の順調な進行を保障することである」としており、「犯罪と闘争する」ことを刑法の目的・任務として宣言している。刑事訴訟法も、第二条で「中華人民共和国刑事訴訟法の任務は…自発的に法律を遵守すること、積極的に犯罪行為と闘争することを公民に教育し…」と規定している。「違法犯罪と闘争する」意識は、中国刑事法の出発点であるといっても過言ではない。

[138] 指導性案例発布会・前掲注（136）。

[139] 指導意見・前掲注（25）。

[140] 马・前掲注（126）712 頁。また、马光远＝马荣春「正当防卫合法化根据重构：基于公权本质的展开」河南财经政法大学学报 2 期（2020 年）74 頁以下。马光远＝马荣春は、正当防衛の「公益属性」を強調し、正当防衛を「私権利」のみならず「公権力」と考える見解である。

[141] 指導意見発布会・前掲注（136）。

[142] 指導意見・前掲注（25）。

いる。それらの学説については、章を改めて検討する。

三　現在の諸説

中国の刑法学は従来、日独刑法、特に日本の影響を受けてきた。固有理論も、抽象的法理論においては社会危害性などの社会主義法理論を堅持していたが、具体的な結論の判断においては日独の観点をよく参考にしてきた。正当防衛の基礎理論についても、日本の有力説として優越的利益説が[143]、ドイツの通説として「個人保全・法確証説」が輸入され、中国の学界において非常に有力となり、実務にも一定の影響を及ぼしている。それを受けて、固有理論の論者も外国法理論を部分的に吸収し、固有理論の修正を試みている[144]。以下、中国における具体的な学説を見ていく。

（一）　優越的利益説

1　学説の内容

中国において優越的利益説を提唱する代表者は、張明楷氏である。氏は、「正当防衛は、不法侵害者の利益に侵害を与えるため犯罪の構成要件に該当するが、比較的優越する（少なくとも同等の）法益を保護するため、実質的違法性を有しない」、「正当防衛は緊急状況下で行われた行為である…不法侵害者の法益は、完全に否定されたわけではない（法益の欠如ではない）が、正対不正の衝突において、不法侵害者の利益に危害を与えることによってしか衝突を解決できないので、不法侵害者の利益の保護価値は防衛に必要な限度内で否定される（法益性の減少あるいは要保護性の低下）。よって、防衛者の法益が不法侵害者の利益に優越する」と述べ、法益の衡量に基づいて正当防衛の正当化根拠を説明してい

---

143 中国においてはこのように認識されているが、日本においては、正当防衛の正当化根拠に関する理論は多種多様であり、必ずしも優越的利益説が通説であるとはいえない。

144 以上の学説以外にも、多様な学説が提唱されている。例えば、不法侵害者は社会契約を破ったため、その法益が暫く法に保護されない自然状態に置かれる。したがって、不法侵害者に侵害を与えた行為は法の処罰を免れる、とする法益欠如説を基礎として発展した「法益懸置説」や（魏超「法确证利益说之否定与法益悬置说之提倡——正当防卫正当化依据的重新划定」比较法研究 3 期〈2018 年〉187 頁以下を参照）、Immanuel Kant の哲学を援用して論ずる「法権説」がある（陈川「正当防卫的法权根据」河南财经政法大学学报 2 期〈2021 年〉139 頁以下、李雪健「正当防卫权正当化依据的反思与重构」河南财经政法大学学报 5 期〈2021 年〉86 頁以下を参照）。最新の学説として、「権利空間（法領域）」および「社会団結（社会連帯）」という概念を用いて、緊急行為理論の全体的な体系を構築し、すべての緊急行為（自力救済）の正当化根拠を説明する説が現れている（陈璇「紧急权：体系建构、竞合适用与层级划分」中外法学 1 期〈2021 年〉5-39 頁を参照。この説は、ドイツの学説に由来するものであると考えられる。日本においても紹介、検討されている。坂下陽輔「正当防衛権の制限に関する批判的考察（一）～（五）・完」法学論業（2015-2016 年）177 巻 4 号 33 頁、177 巻 6 号 38 頁、178 巻 2 号 79 頁〈当該学説の紹介は主にここにある〉、178 巻 3 号 25 頁、178 巻 5 号 94 頁以下）。これらは今後発展の余地のある学説であり、実務に応用されたこともないため、具体的な紹介は割愛させていただく。全体的には、実務の正当防衛に対する不当な制限を批判し、正当防衛（権）を保護すべきものとする学説が多い。

る[145]。このような（法益性の減少を根拠とする）優越的利益説はいわゆる法益欠如説と同一視しうるという見解もあるが[146]、張説自体はそれを認めていない。また、張説は「法確証の利益」という概念を強く否定する点で、日本の有力説とは異なる。そして、優越的利益説が日本の学説として輸入されてきた背景から、それを採る論者は日本の理論を多く参照し、「自力救済の一般的な禁止」の原理も受け入れ、急迫性（本論文における「急迫性」には「緊急行為性」を含む）や正当防衛状況などの概念を提唱している[147]。したがって、この理解を採る論者は正当防衛を緊急行為と捉え、正当防衛の成立範囲を制限的に画する制度趣旨に傾いている。

しかし、正当防衛を緊急行為として制限する優越的利益説は、正当防衛を有益行為として奨励している中国には、あまりにも馴染み難い。特に、優越的利益説は実定法との整合性に欠ける。例えば、優越的利益説は急迫性を成立要件とするが、中国刑法の条文には、「急迫」や「やむを得ず」などの急迫性要件を導く文言がない。他にも、優越的利益説の論者は正当防衛の保護する対象から純粋な社会的・国家的利益を排除しようとするが[148]、条文は「国家、公共の利益」を保護対象として明記している。また、次節で詳細に検討するが、結果的に優越的利益説は下級実務に誤用されてしまい、正当防衛の成立範囲が不当に制限されることとなった。

2　実務への影響

（1）　急迫性の過度な要求

中国において、急迫性は正当防衛の成立要件ではないものの、一部の下級実務において要求されていたことは、すでに第一部で検討したとおりである。そのような下級実務には、同様に急迫性を要求する優越的利益説が親和的である。むしろ、優越的利益説によって、下級実務における急迫性の要求が裏付けられる傾向にあり、急迫性要件で正当防衛を制限する下級実務の判断が多く見られ始めた。しかしながら、事案④のように、下級実務における急迫性の要求は過度に厳しく、ひいては、防衛手段で検討すべき内容が取り込まれて、急迫性本来の意義から変質した。それは、優越的利益説の本来意図したことではないが、一定の役割を果たしたものと考えられる。

（2）　防衛限度の判断における法益衡量の誤用

---

[145] 张・前掲注（42）197-198 頁。

[146] 臼木豊「正当防衛について（1）」駒澤法曹 15 号（2019 年）150-151 頁、曽根威彦＝松原芳博編『重点課題刑法総論』（成文堂、2008 年）78 頁注（7）（三上正隆執筆）。一方、法益欠如説の代表的な論者である平野龍一氏自身は両説の区別を強調し、あえて法益衡量（原文：考量）を避けたいと述べている。「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 年）（平野龍一発言）。

[147] 張説以外の学説の例として、李勇「结果无价值论视野下的正当防卫――以“常熟聚众斗殴案”为例」刑事法判解 15 巻 1 号（2014）43 頁以下、李世阳「正当防卫中法益侵害急迫性的存立根据与司法认定」中外法学 1 期（2021 年）223 頁以下。

[148] 张・前掲注（42）200 頁。

優越的利益説の基礎たる法益衡量という方法は、防衛限度（いわゆる防衛行為の相当性）の判断において運用（誤用）されてきた。具体的には、下級実務が防衛限度を判断するときは、「防衛行為のもたらした法益の侵害」と「不法侵害のもたらした法益の侵害（実際の侵害）」の衡量を要求していた。しかし、優越的利益説は確かに、法益を衡量した上で「優越的な」ものを保護しようとする学説であるが、比較するのは「防衛行為のもたらした法益の侵害」と「避けようとした法益の侵害（侵害の可能性）」であり、下級実務の判断枠組みとは異なっている。むしろ、「防衛行為のもたらした法益の侵害」は「避けようとした法益の侵害」より大きくても構わない（害の均衡の不要）、ということこそが、共通の認識であり、優越的利益説にも承認されているはずである[149]。したがって、防衛限度（防衛行為の相当性）を判断するときは、防衛結果よりも防衛手段を重視するべきであるし、この結論は広く受け入れられている。それに対して、下級実務は、実際に発生した害の均衡を非常に強調し、防衛結果のみで防衛限度を判断していたため、侵害者の重傷や死亡などの防衛結果さえあれば、一律に過剰防衛と判断する傾向が生じた[150]。つまり、下級実務は、優越的利益説に則って運用していたようにみえて、実は優越的利益説を正しく理解せず、誤用していたにすぎないのである。そのような誤用の典型例としては、以下のものがある。

⑱劉红峰など故意傷害案[151]

事案の概要　事件当時午前 4 時頃、被害者 A および被害者 B が銃を持ち、熟睡していた被告人甲の部屋に侵入した。甲は目覚めて起き上がろうとしたところ、A に布団で押さえつけられて銃で一発打たれた。A、B が甲の部屋を去ろうとした際、隣の部屋に住んでいた被告人乙が声を聞いて確認しに来た際、当該状況を目撃し、包丁を取り A、B を追いかけた。同時に甲も、体を覆っていた布団と衣服のため幸運にも傷害を負わなかったため、包丁を取り A、B を追いかけた。そして、A が階段口で転び甲、乙に追いつかれ、甲、乙に対抗しながら逃走しようとしていた。B が甲、乙に向けて発砲したが命中せず、慌てて弾薬を再装填しようとしたが失敗し、現場から逃走した。結局、A は甲、乙の攻撃によって負傷し、病院へ搬送されたが、死亡した。

判決要旨　「甲、乙が、進行している不法侵害から自己または他人の権利を守るために、不法侵害を制止した行為は、防衛行為にあたる。しかしながら、その行為は必要な限度を超え、他人を死亡させ、あるべきでない侵害をもたらしたので、故意傷害罪（致死）にあたり、刑事責任を負うべきである」。

---

[149] 優越的利益説の一部の論者は、「法益の不均衡の状況はあくまでも偶々である」、「防衛行為のもたらした法益の侵害が避けようとした法益の侵害より大きいというのは、単なる表面的現象であり、実質はそうではない」として、「均衡」には拘りつつも、「均衡」の内容を緩やかに判断する。张明楷「正当防卫的原理及其运用——对二元论的批判性考察」环法律评论 2 期（2018 年）51-76 頁、张・前掲注（42）198 頁。

[150] 類似する現象は、日本の実務においても存在していたと考えられる。平野・前掲注（146）。

[151] 一審：(1997) 绍刑初字第 45 号、二審：(1997) 绍中刑终字第 53 号。

本事件において、防衛の手段から考えれば、侵害者である A、B は銃を用い、それに対して甲、乙は包丁しか用いていないから、防衛行為としては過剰といえないであろう。それでも裁判所が過剰と認定したのは、「他人を死亡させたこと」という「あるべきでない侵害」のためである。すなわち、「A の死亡」という「防衛行為のもたらした法益の侵害」は、「甲、乙の軽微な損傷」という「不法侵害のもたらした法益の侵害」との均衡を欠くため、「あるべきでない侵害」にあたる。よって、甲、乙の行為は正当防衛ではない、と。しかしよく考えると、「甲、乙の無事」はあくまでも「幸運にも傷害を負わなかった」という偶然による結果にすぎないのではないだろうか。このような偶然による結果を衡量して正当防衛の成立を否定することは、合理的とは言い難い。なお、すでに述べたように、「防衛行為のもたらした法益の侵害」と衡量すべきものは、「不法侵害のもたらした法益の侵害（実際の侵害）」ではなく、「避けようとした法益の侵害（侵害の可能性）」である。本件 A、B は銃を用いて侵害してきたので、「甲、乙の死亡」をもたらす可能性が十分にあり、「A の死亡」という「防衛行為のもたらした法益の侵害」と衡量しても、不均衡とまではいえない。この点を誤った下級実務の「衡量」は、もはや本来の法益衡量から乖離しており、誤用というべきである。そのため、他の学説からは当然[152]、優越的利益説の論者からも「常識レベルの間違いだ」と批判されている[153]。

3　優越的利益説に対する批判

以上のように、下級実務の実務は優越的利益説に親和的である。このような「親和」は、必ずしも下級実務が優越的利益説を意識して運用した結果ではなく、一種の偶然あるいは誤用にすぎないかもしれないが、とはいえ一定程度優越的利益説の影響を受けたものといえる。したがって、下級実務における過度な正当防衛の制限に批判が向けられるのと同時に、それと親和的な優越的利益説も批判されている[154]。そして、個人保全・法確証説を援用して批判する学説が徐々に有力となり、この反対説が上級実務にも一定の影響を及ぼした。次節では、これについて検討する。

（二）　個人保全・法確証説

1　学説の内容

中国における個人保全・法確証説の代表的な論者としては、劳東燕氏[155]、欧阳本祺氏[156]、王鋼氏[157]などが挙げられる。多数の個人保全・法確証説の論者は、ドイツ由来の個人保全・

---

[152] 劳东燕「防卫过当的认定与结果无价值论的不足」中外法学 5 期（2015 年）1324-1348 頁を参照。

[153] 张・前掲注（149）。

[154] 前述した法条整合性や実務運用に関する批判以外に、論理上の難点を指摘する批判もある。例えば、法益と利益の混用に対する批判など。劳东燕「法益衡量原理的教义学检讨」中外法学 2 期（2016 年）355 頁以下を参照。

[155] 劳・前掲注（152）、劳・前掲注（154）などを参照。

[156] 欧阳本祺「论法确证原则的合理性及其功能」环球法律评论 4 期（2019 年）83-98 頁、「正当防卫认定标准的困境与出路」法商研究 5 期（2013 年）119-127 頁などを参照。

[157] 王钢「正当防卫的正当性依据及其限度」中外法学 6 期（2018）1589 頁以下などを参照。

法確証説を忠実に取り入れ[158]、個人利益の保全（個人的視点）および法秩序の確証（社会的視点）という「二元論」から、正当防衛の正当化根拠を説明している。しかし、そもそも個人保全・法確証説の内実についてはドイツにおいても争われており、中国の論者においても、必ずしも内実は明らかでなく、統一的な理解もない。正当防衛は、個人が不法侵害から自身の利益を保護する当然の普遍的権利であり、社会の法秩序を確証する行為でもあるので、犯罪とされるべきではない、という認識が共有されているものの、細部において、個人保全という「当然の権利」は「自然権」であるか「法定の権利」であるか、「法秩序確証」というのは「法秩序の防衛」であるか「法秩序の存在の宣言」であるか、多くの論点が存在している。もっとも、正当防衛は当然の普遍的権利である以上、正当防衛（権）の行使は保護されるべきであり、正当防衛に対する制限は例外視されるべきである、ということについては一致しており、個人保全・法確証説の捉える正当防衛の制度趣旨であるといえる。

2　実務との親和性

従来の実務は、社会危害性を犯罪の本質としていたことにも表れているように、固有理論にしたがって超個人主義を貫徹し、個人の利益と権利をも法の保護対象とする一方、社会の利益を根本的な保護対象として最優先に考慮していた。しかし、近年の上級実務は、「自覚的に法律を武器として運用して自身の合法権益を保護することを奨励する」[159]、「公民が自身の合法権利を保護することを奨励する」[160]として、正当防衛の個人保全の側面を強調することが増えてきている。具体的な正当防衛の判断基準についても、「防衛者の防衛時の具体的な状況に立脚し、事案全体の経緯を総合的に考慮し、類似する状況における一般人に可能な反応を参考にすべきである。防衛者の不法侵害に臨むときの緊迫状態と緊張心理を充分に考慮すべきであり、客観的な、精確な基準で防衛者を判断するのは避けるべきである」という新たな指示を出し、防衛者個人の具体的な事情に注目し、個人的視点から正当防衛を考えるべきであると要求している。また、事案⑰において、検察機関は「本件の発生する場所は、いわゆる『熟人社会』 である農村である。平和な農村を作るには、皆の協力がなければならない。無論、誰でも防衛の権利を有するが、相手が同村の隣近所である場合では、原因と理由があり正当防衛を行う法律の根拠があるといえども、本件のような惨劇が発生することは望ましくない」といい、社会秩序の安定の観点から隣近所の間の闘争は望ましくないと示した一方、「自分と家族の人身の安全を保護するために、侵害者に必要的な反抗をなすことは、法律、道理、人情に適う」、「人民の正当防衛権は保障すべきである」と示し、結果的に、被告人の行為は個人保全行為として正当防衛が成立すると判断した。つまり、社会秩序を維持するために個人保全行為を抑圧することは到底で

---

[158]「そっくりそのまま取り入れた」と評価されたことがある。高＝王・前掲注（131）。一方、王鋼など、個人保全・法確証説を一定程度修正し中国に適合させて取り入れようとする者も存在する。王・前掲注（157）。

[159] 指導性案例発布会・前掲注（136）。

[160] 新华网「云南省人民检察院有关负责人就唐雪案答记者问」http://www.xinhuanet.com/legal/2019-12/30/c_1125405866.htm（最終アクセス日 2019 年 12 月 30 日）。

きず、少なくとも、当該事件のような場合において社会秩序は個人保全に譲歩すべきである、ということである。このような実務の動向は、超個人主義から個人主義への転向とまではいえないが、過去と比べてより個人的視点を重視するようになったといえ、二元論の個人保全・法確証説と親和的になりつつある。

3　個人保全・法確証説に対する批判

もっとも、個人的視点が興起したことは、社会的視点が衰微したことを意味するわけではない。社会的視点は、依然として堅持されている。事案⑰のような社会秩序が個人保全に譲歩した事案は、通例というわけではない。多くの場合は、個人保全が社会秩序に譲歩する。例えば、事案⑬において、被告人の行為は、個人保全行為として「防衛の正当性」こそ認められたものの、「民間の平和」を理由として防衛限度が制限され、正当防衛が成立しないとされた。そこで、個人保全と社会秩序の関係をどのように説明するか、という問題が提起された。この問題は、個人保全・法確証説の論者からも明らかにされておらず、個人保全・法確証説の欠陥であるとして批判されている[161]。一方、近時の固有理論の論者が、この問題を認識し検討している。次節では、それについて検討する。

（三）　固有理論の新動向

近年中国の実務は正当防衛について、固有理論の理念を堅持しつつも、個人的視点などの外国法理論を取り入れている。この趨勢は、指導性案例と指導意見を経て、不可逆的なものとなった。このような背景から、固有理論を修正しようする学説（本論文においては王高説と称する）が現れた。

王高説[162]によると、正当防衛は違法犯罪との闘争であり、法に保護され奨励される、という中国における正当防衛の制度趣旨は重視されるべきである。ただし、正当防衛の正当化根拠について、固有理論が社会危害性で正当防衛の正当化根拠を説明していたことには「歴史的合理性」がある一方、それのみをもって現在の正当防衛の説明を尽くしたとは言えないという。なぜなら、現在の正当防衛は個人権利保護の側面も強いからである。そして、優越的利益説と個人保全・法確証説の両説は、自由主義の意識形態（独: Ideologie, 英: Ideology）を含むので中国には適応し難いが、個人保全・法確証説の、個人と社会の二つの視点から正当防衛の正当化根拠を説明する構造は、参照に値する。このように述べて、王＝高は「社会秩序・個人権利説」を提唱する。同説は、二元論の構造を採用し、社会秩序と個人権利の二つの視点から正当防衛の正当化根拠を説明しつつ、社会秩序の優位性を強調する。すなわち、社会秩序の保護は正当防衛の正当性の根本的な、第一の根拠であり、個人権利の保護は補充的な、第二の根拠である。この「社会秩序の優先性」こそ「社会秩序・個人権利説」の特徴であり、「個人保全・法確証説」とは区別される理由である。

この学説は、最近登場したもので、まだ実務に反映されたり、学界においてレビューされたりはしていない。

---

[161] 张・前掲注（149）など。

[162] 主に高铭暄＝王红による学説である。高＝王・前掲注（131）。

（四）　諸説評価

第一章で検討したように、実務に基づいて正当防衛の正当化根拠を検討するとき、考慮すべきものは理論自体の「合理性」のみならず、既存の制度趣旨との「整合性」でもある。むしろ、既存の制度趣旨との整合性を前提として先に考慮しなければ、いかなる合理性のある正当化根拠でも、実証的意義に欠ける。したがって、第二章でまとめた固有理論による正当防衛の制度趣旨の理念が依然として現刑法及び上級実務に堅持されている以上、現在の諸説はそれと整合しなければ、中国の実務に適応できるとは考え難い。なお、諸説が具体的な事案において運用された結果も、実践的検証として検討する必要がある。そのため、以下では、諸説が中国の制度趣旨との理論上及び実践上の整合性を検討する。

1　整合性について

中国の正当防衛の制度趣旨は、正当防衛は「違法犯罪との闘争（正対不正）」であり社会に有益であるので、法に保護され奨励される、ということである。分解すれば、A：超個人主義、つまり社会的視点から正当防衛を考えること、B：正対不正重視、つまり防衛者と侵害者の立場の根本的相違を強調すること、C：正当防衛奨励、つまり正当防衛を有益行為として奨励すること、という三つの理念となる。その内、理念 C は最も重要である。中国の制度趣旨に整合できる学説は、この三つの理念に合致する必要があり、少なくとも、相容れないほどでない必要がある。

（1）　優越的利益説について

優越的利益説は、法確証の利益を認める限り、超個人主義を一定程度受け入れたといえ、理念 A には明らかに不整合ではない。しかし、中国において優越的利益説を提唱する代表者である張明楷氏は、正当防衛の正当性を基礎づける際に当事者個人の利益状況のみに注目し、法確証や社会秩序などの超個人主義の概念に対しては抵抗している。よって、（中国における）優越的利益説は現状では理念に整合できない。一方、張説は、法確証の利益の加算を認めないため、侵害行為による侵害者の利益の減弱を正当防衛の正当性の唯一の基礎づけとしており、侵害者と防衛者の立場の相違を強調している。これは、理念 B（正対不正重視）には整合できる。次に、優越的利益説によれば、侵害者に対する利益毀損も避けるべき害悪にあたり、防衛行為も「有害性」を持つ行為である。防衛行為のもたらした利益毀損が保護しようとした利益にカバーされない限り、防衛行為の正当性は認められない。このように正当防衛の成立範囲を制限的に画定する学説は、理念 C（正当防衛奨励）とは真逆である。総じて、理論上、優越的利益説は中国の正当防衛の制度趣旨には整合できない。

そして、前掲三（一）で述べたように、下級実務の実務によくみられる「急迫性の要求」や「結果の衡量に基づく防衛限度の判断」などの現象が、優越的利益説に一定程度親和的

でありながら、実は実定法に背反し、正当防衛の過度制限をもたらした[163]。それはあくまでも優越的利益説が誤用されたわけにすぎず、優越的利益説自体が悪いわけではない、と優越的利益説の論者が弁解しても、実務に誤用されやすいことは、まさに一つの欠陥ではないだろうか。

（２）　個人保全・法確証説

個人保全・法確証説の法確証原理の部分は、個人の利益を超える法秩序の存在を認めるから、理念 A には整合できる。かつ、防衛者の法秩序を確証する「正の立場」と侵害者の法秩序を破壊する「不正の立場」を明確に分けるから、理念 B にも整合できる。なお、後掲四（一）２でまた詳しく検討するが、法確証の意義を犯罪予防（特に、積極的一般予防）の角度から解せば、法確証原理は実は、正当防衛の有益性を認め、正当防衛を奨励する傾向がある[164]。よって、個人保全・法確証説は理念 C にも整合できる。しかし、個人保全・法確証説で正当防衛の正当化根拠を説明するとき、もし個人保全原理を正当防衛の正当性の基礎とし、法確証原理をただの補充的な原理として使えば（例えば、緊急救助類型の正当防衛を基礎づけるために使うにすぎない場合)、正当防衛の性質は、主として一種の保護されるべき権利行為にとどまり、奨励されるべき有益行為とまではいえない。実際に、歴史からみて、法確証原理は確かに個人保全原理の補充として発展してきた[165]。現在でも、日独における多数の個人保全・法確証説は、実務や通説の固定観念と調和するため、正当防衛を権利行為として保護するにとどまり、理念 C には及ばない。

そして、前掲三（二）で述べたように、実務は正当防衛の個人保全の側面をますます重視し、法確証の側面と並立させている。具体的論述では、「個人保全」と「法確証」の言葉を直接引用せず、代わりに「自己の生命と財産の安全を守る」や「社会秩序を維持する」などの中国固有の言葉遣いをしているが、その内実、つまり「自己の利益の保全」と「法秩序の確証」という二つの側面から正当防衛の正当性を説明することは、個人保全・法確証説と一致している。これは、個人保全・法確証説の影響を受けたわけではなくても、事実として、個人保全・法確証説に親和的である。ただし、同様に二元論の構造を用いていても、中国の実務は特に法確証の側面を強調し、一般の個人保全・法確証説とは異なっている。両者は明らかに不整合とまではいえないが、やはり区別がある。

（３）　王高説

王高説は、社会の変遷を意識しつつ、個人的視点を受け入れて固有理論の基底に加え、社会・個人の二元論の構造で整理した理論である。その「固有理論の基底」によって、理念 ABC には当然整合している。なお、王高説はもともと、指導性案例・指導意見及びそれ以後の実務を参照して作り上げられたため、実務との整合性も良いと考えられる。そのほか、中国固有の概念と論理を用いており、外国法理論の晦渋さがないことも、中国に馴

---

[163] 前掲三（一）を参照。

[164] それゆえ、法確証原理に対しては、正当防衛という私人による実力行使を過度に許容してしまう、との批判がある。陈川・前掲注（144）139 頁以下などを参照。

[165] 高＝王・前掲注（131)。

染みやすい。

2　王高説の合理性と不足

以上より、整合性の観点からいえば、優越的利益説は悪く、個人保全・法確証説は比較的良く、王高説は最も良いと考えられる。しかし、だからといって直ちに王高説を採るべきではない。なぜなら、王高説は固有理論の本来の欠陥を補っていないからだ。つまり、理論の内実は依然として明らかにされていない。例えば、個人権利は理解しやすいが、社会秩序はどういう意味であるのか。この概念は、中国において通常に用いられてきたが、その具体的内実と明確な定義は必ずしも明らかにされていない。また、王高説によれば、社会秩序は個人権利に優先するが、「優先する」というのは、具体的にどういう意味であるのか。実務の状況をみると、事案⑰のような、社会秩序が個人権利に譲歩した場合も存在し、社会秩序が個人権利に一律に優先するわけでもない。「社会秩序が個人権利に優先する」ということのみをもっては、両原理の関係を説明し難い。これらの問題を検討しなかった王高説は、現状では、方向性のみがあり完成されていない理論であるといえよう。

四　法確証・個人保全説の提唱

社会・個人の二元論の構造で正当防衛の正当化根拠を説明することが、中国の正当防衛の制度趣旨と整合し実務にも適応する、ということは前文で判明した。以下では、中国の実務における二元論の具体的内実を試論する。

（一）　法確証原理の内実

従来、個人保全に関する論争は少なくないが、個人利益の存在を認め、個人利益を保護しようとする結論は共有されている。それに対して、法確証に関する論争は非常に激しく、法秩序の存在をさえ認めない見解も存在する。そのため、二元論を構築するとき、法確証の意義を説明するのは最も肝心なところである。なおかつ、中国の実務においても、法確証は個人保全より強調されており、重点的に検討しなければならない。

1　「法秩序」の内実

従来、法秩序に対する理解はそれぞれ異なっているが、概ね「規範的法秩序（法秩序の規範的妥当性）」と「経験的法秩序（法秩序の経験的妥当性）」に分類できる。例えば、「法秩序は、保護に値する諸法益が法的に整序された状態に他ならない」といい、規範的法秩序を提唱する見解があり、「社会に息づいていると考えられる法秩序は、国家によって定められたものではなく、各個人が社会的な共同生活の基本秩序に属する価値を精神的に共有すること（法仲間の意識内容）によってのみ存在する」といい、経験的法秩序を提唱する見解もある[166]。本論文によると、規範と経験については一言でいい尽く

[166] 山本和輝『正当防衛の基礎理論』（成文堂、2019 年）38-41 頁、柏﨑早陽子「『権利』としての正当

せないが、形式の角度から考えれば、次のように定義できる。規範的法秩序とは、効力のある法律条文で規定され、公的機関の強制力で維持される、社会成員の行動範囲の総和である。それに対して、経験的法秩序とは、人々に共有されている意識や思想を基礎として、慣習や日常生活の形で実現される、人々の相互関係の総的状態である。両者は要するに、成文法と社会意識のどちらに依拠するかによって異なる。この分類の方法に従って中国の実務を考察すると、経験的法秩序のほうが規範的法秩序より重視されていることが歴然である。例えば、事案⑰において述べられたように、実務が守ろうとするものは「皆が互いに顔なじみである里」の「平和」であり、「平和な里を作るために」は、法規範の強制力のみならず、「皆の協力が必要」である。なお、「隣近所に刃向かうことのような悲劇は、理由があって、正当防衛として行われる法律根拠があっても、望ましくはない」。つまり、成文法の規範に則る行為であっても、人々の生活環境の安定状態という経験的法秩序を破壊するのであれば、実務には望まれない。また、「個別の正当防衛事案の処理は、法律に則ったようにみえるものの、結局社会に認められなかった。その重要な一因は、道理と人情を充分に考慮しなかったことである」[167]、「事案の処理は、法律に依拠し、道理と人情に適い、人民の正義観念に合致し、法律効果と社会効果の有機的統一を実現すべきである」[168]と最高法が指示し、経験的法秩序の重要性を強調した。そのほか、「防衛者は、侵害者が刑事責任無能力者又は刑事限定責任能力者であることを認識した場合、なるべく他の方法で侵害を避けるあるいは制止すべきである」[169]という規定も、経験的法秩序の重視に基づくものであると考えられる。すなわち、責任無能力者は、社会的な共同生活の基本秩序に属する価値を精神的に共有しておらず、経験的法秩序を公然かつ強度に侵害することができないから、正当防衛の対抗する相手にはなりえない、というのはこの規定の趣旨である[170]。中国では、かかるように経験的法秩序を重視するからこそ、「法秩序」ではなく「社会秩序」の概念を用いていると考えられる（中国における「法」は専ら成文法を指す）[171]。

防衛―正当防衛権の基礎づけと制限―」明治大学博士学位論文（2021 年）28 頁以下、Johannes Kaspar（陈璇訳）「德国正当防卫权的“法维护”原则」人民检察 10 期（2016 年）30 頁以下、张・前掲注（149）51-76 頁などの紹介を参照。

[167] 指導意見発布会・前掲注（136）。

[168] 指導意見・前掲注（25）。

[169] 指導意見・前掲注（25）。

[170] それに対して、規範的法秩序を重視する立場から考えれば、責任無力者であっても、その侵害行為が実定的法規範を破って違法性を有する以上、当然正当防衛の対抗する相手になりえる。もっとも、責任無力者は、社会に共存する精神を共有していないと同時に、社会の実定的法規範をも理解できない。彼らに対して防衛行為を行っても、将来の法秩序侵害を断念させることはできない。そのため、実は、特別予防を法確証の意義とする限り（後掲四（一）２を参照）、規範的法秩序と経験的法秩序のどちらを重視するかどうかにかかわらず、「責任無力者は正当防衛の対抗する相手になりえない」という結論は導き出せる。

[171] 法秩序という概念も中国において使われているが、主に学術用語として外国法理論の概念を指す。その具体的な定義は見解ごとにそれぞれ異なるので、社会秩序と同一視される（言葉遣いの違いにすぎないと考えられる）場合も存在する。

2　「確証」の内実

法確証は、もともと法秩序の「確証」（社会全体における抽象的法秩序の存在を宣言すること）ではなく、単なる法秩序の「防衛」（現場における実在的法秩序を保護すること）であり、それだけですでに正当性をもたらせる、という理解はありうる[172]。他方、「防衛」以上の意義を持つからこそ「確証」というのだ、とも考えられる。そこで、「確証」の意義を犯罪予防の角度から解することが多い。具体的には、法確証は、防衛現場において侵害されようとする実在的法秩序を保護するほか、侵害者への対抗を以て、当該侵害者および他の潜在的侵害者を威嚇し将来の侵害を断念させ（特別予防・消極的一般予防）、遵法精神や正義の観念を人々に伝え（積極的一般予防）、社会全体の抽象的法秩序を安定させる、ということである。中国の実務は、まさにこのように捉えている。「正確に正当防衛制度を運用し、公民の正当防衛権利を保護し、見義勇為を奨励し、社会の正義の気風を発揚するため、本（指導）意見を制定する」[173]、「正当防衛は、不法侵害者を有効に威嚇でき、人民群衆が勇んで違法犯罪と闘争することを鼓舞でき、正は不正に譲れないという価値観の体現である。我々が典型案例を発布する…目的は、社会主義の核心にある価値観を発揚し、勧善懲悪を図り、正義の気風を発揚し、見義勇為を保護し、社会にプラスエネルギーを注入するためである」[174]という論述からみれば、中国の実務は、正当防衛の「不法侵害者を有効に威嚇できる」という特別予防・消極的一般予防の機能を期待しつつも、正当防衛の「価値観を発揚し、勧善懲悪を図り、正義の気風を発揚する」という積極的一般予防の機能をより重視している。このような積極的一般予防に対する重視は、正当防衛の成立要件論にも影響し、厳格な防衛意思要件をもたらした。

従来、正当防衛の予防効果を疑う学説は少なくなく、正当防衛の予防効果を単なる「反射的効果」とする見解もある。しかし、たとえ正当防衛の奨励を以て「違法犯罪と闘争する」ことや「正義の気風を発揚する」ことの予防効果をどこまで達成できるかは検証し難くとも、中国において正当防衛が過度制限され認められ難かったがゆえに、人々の憤懣が買われ社会問題さえ引き起こされたことの現実に鑑みて、正当防衛行為およびそれに対する法的処理は、確かに人々の規範意識に影響を与えている。この効果は、反射的であるかどうかにかかわらず、実在する以上、正当防衛の一性質と認めざるを得ない。つまり、すくなくとも中国において正当防衛の積極的一般予防の効果は、推論ではなく、一定程度実証されたものである（したがって、正当防衛が個人の具体的利益を保護する機能を有するほか、社会的機能を有することも明らかになった。これはまた、純粋な個人主義から正当防衛を理解するのが妥当しえない理由である）。

加えて、このような積極的一般予防の思想は、実は「法の教育機能」という中国法理論の体現であると考えられる。法の教育機能とは、法がその実施によって、人々の思想

---

[172] 松宮孝明「正当防衛の正当性」法学セミナー通号 763 号（2018 年）92 頁を参照。

[173] 指導意見・前掲注（25）。

[174] 指導性案例発布会・前掲注（136）。

に影響し、規範意識を向上させ、適法な行動に導く機能である。「普遍的に存在し、各方面において多様な形式で実現する」[175]。そのため、正当防衛制度が一種の法規範として、教育機能または積極的一般予防の機能を果たすのも当然である。中国において法秩序の「確証」の意義は、まさにここにある。

3　徹底した法確証原理

法確証原理の内実は、単なる「法秩序の防衛」に限らず、犯罪予防（特に、積極的一般予防）の機能も含む、というような理解を採れば、正当防衛は社会に有益であり、奨励されるべきである。しかし、多数の二元論は、ただ法確証原理を個人保全原理の補充として用いており、正当防衛の奨励には言及していない。言い換えれば、法確証原理を徹底していない。それに対して、中国の実務は、堂々と正当防衛の有益性を認め正当防衛を奨励しているので、法確証原理を徹底したといえる。

（二）　個人保全原理の内実

中国社会の発展によって、法確証（社会的視点）のみならず、個人保全（個人的視点）から正当防衛の正当化根拠を考えることは、もはや不可逆的趨勢であり、中国の実務もそれに従っている。ところが、中国の実務における個人保全原理は、通常の個人保全原理と異なり、少なくとも二つの特徴を有すると思われる。

第一に、中国の実務における個人保全原理は、「精神的動揺による責任阻却」の内容を含むと思われる。まず、「精神的動揺による責任阻却」について、「防衛者の不法侵害に臨む時の緊迫状態と緊張心理を充分に考慮し、事後的に正常な状況における冷静、理性的、客観的、精確な基準で防衛者を判断するのは避けるべきである」という指導意見の規定が示したように、精神的動揺という責任阻却の要素があれば、正当防衛の判断は寛容的に為すべきである。具体例を挙げると、事案⑰と事案⑬を比較して、住宅や身体の安全を保護するために夜中に侵害してきた暴漢を殺した事実が同様であり、法確証の角度から考えれば正当防衛と評価され難いことも同様であるものの、結果として、前者が正当防衛と認められ、後者は過剰防衛と認定された。その原因は、まさに防衛者の精神的動揺を考慮したか否かにある。しかし、過剰防衛の場合はともかく、違法阻却事由の代表である正当防衛において責任阻却を論じるのは、一見して論外な話であろう。もっとも、少なくとも中国の固有理論の犯罪論体系において、違法と責任との階層の分断が存在せず、正当防衛が違法性阻却事由ではなく「犯罪阻却事由」とされるので、正当防衛における責任阻却はありうる。そのため、防衛者が精神的動揺に陥るとき正当防衛は通常より寛容的に認めるべきであるという見解は、実は以前より提唱されており、ただ最近の実務において認められることになった。そこで、精神的動揺の考慮を基礎原理によって説明すると、個人保全から正当防衛を考える場合、特に、個人保全を人間の「本

[175] 卓泽渊『法理学』（法律出版社、2009 年）40 頁、国家司法考试辅导用书编辑委员会「国家司法考试辅导用书・第一卷」（法律出版社、2017 年）19-20 頁を参照。

能」とするとき、または苦境に陥る人間の未熟さ・「弱さ」を許容するとき[176]、精神的動揺という要素は「本能」や「弱さ」の体現として、考慮されるべきである。かかる論理は、もはや一般的な個人保全の理解（いわば自然権や利益保護など）から離れたといえども、社会的視点ではなく個人的視点から正当防衛を考えていることも確かであるので、広義に、個人保全の範疇に位置づけられうると思われる。

第二に、中国の実務における個人保全原理は、謙抑的なものである。一般的には、個人に対する侵害さえあれば個人保全原理は働くが、中国においては、生命のような重大な利益が侵害される場合、防衛手段が選択不能である場合、または侵害によって防衛者の精神が動揺する場合に限り、個人保全原理は働く。例えば、指導意見では「防衛者は、侵害者が刑事責任無能力者又は刑事限定責任能力者であることを認識した場合、なるべく他の方法で侵害を避けるあるいは制止すべきである。侵害を避け、制止するために他の方法がない場合、又は不法侵害が人身の安全を厳しく脅かす場合には、反撃を行える」と規定し、法確証原理によって責任無能力者・限定責任能力者に対する正当防衛を認めない一方、個人保全原理によって、防衛手段が選択不能である場合および人身の安全が厳しく脅かされる場合に限り、正当防衛を認める。これに鑑みて、現在は正当防衛の個人保全の側面を認めながらも、なお過小視していると言わざるを得ない。もっとも、個人保全を無視していた昔と比較すれば、すでに重大な進歩を遂げたといえる。

現状に基づき、中国における個人保全原理は以上の特徴を有するといえるが、そもそも、中国において正当防衛の個人保全の側面が強調されるのは最近であり、個人保全に対する認識と重視はまだ進んでいる。今後の発展によって、中国における個人保全原理の構築はさらに工夫しなければならない。

（三）　法確証原理と個人保全原理との択一的関係

法確証原理と個人保全原理の関係の類型について、山本和輝氏の整理によれば[177]、「個人保全原理かつ法確証原理が認められる場合に正当防衛が成立し、両原理のいずれかが認められない場合には正当防衛が成立しない」という「重畳的関係」説があり、「個人保全原理と法確証原理のいずれかが認められる場合には、正当防衛が成立する」という「択一的関係」説もある。それ以外にも、「正当防衛が成立するために、合計値は 100 に達する必要があるとすれば、結果的に「個人保全＋法確証＝100」であれば充分であり、「個人保全（40）＋法確証（60）＝100」であるのか、「個人保全（1）＋法確証（99）＝100」であるのかは重要ではない。ただし、個人保全と法確証のいずれかのみでは 100 に達しない。つまり、個人保全＜100、法確証＜100（さもなければ、一元論となる）。」とする「両原理の動的相互作用」説もあるという。上記の諸説を参照すれば、中国において法確証原理と個人保全原理が択一的関係にあることは明らかである。なぜなら、個人保全原理が認

---

[176] いわゆる「苦境・未熟説」である。山本・前掲注（166）18-20 頁などの紹介を参照。

[177] 山本・前掲注（166）51-56 頁、柏崎・前掲注（166）49 頁以下。また、Armin Engländer（増田豊訳）「正当防衛を法秩序の防衛として捉えることは可能か―ドイツ刑法解釈学における二元的正当防衛モデルに対する批判―」法律論叢 86 巻 1 号 309-313 頁なども参照。

められず法確証原理のみが認められる場合には正当防衛が成立し（例えば、社会や国家の利益を保護する行為であっても正当防衛になりうる）、法確証原理が認められず個人保全原理のみが認められる場合にも正当防衛が成立するからである（例えば、一定の条件下では責任無能力者に対しても正当防衛を行える）。

一方、王高説は法確証原理と個人保全原理の関係について、「法確証（社会秩序）は個人保全（個人権利）に優先する」と述べた。確かに、実務が正当防衛の成否を判断する際には、法確証の側面から先に検討し、正当防衛が成立しえないと判断してから、さらに個人保全の側面を考える。しかしながら、検討の順序は重要でない。法確証原理と個人保全原理が択一的関係にある以上、どちらか一つの原理から正当防衛が成立すればよく、どちらから判断するかは、結果に影響しないはずだからである。理論上はどちらが優先するのかに意義があるとしても、これに固執する必要はない。真に重要なのは、中国における個人保全原理の弱さである。「謙抑的」であるからこそ、中国における個人保全原理は適用範囲が限られ充分に機能していない。したがって、多くの場合に法確証原理が適用される結果、「法確証は個人保全に優先する」ようにみえる。つまり、法確証原理の優先というのは単なる個人保全原理の弱さの裏返しとして現れたであり、両原理の関係の本質ではない。

五　総括と展望

総括すれば、次のようになる。中国において、従来の固有理論は正当防衛の制度趣旨のみを明らかにし、正当防衛の正当化根拠に対する検討が不十分であった。そのため、学説において、優越的利益説、個人保全・法確証説といった、正当防衛の正当化根拠に関する説が提唱され、検討されている。しかし、実務では、次第に両説の影響を受けつつも、固有理論による正当防衛の制度趣旨が依然として堅持されている。優越的利益説および個人保全・法確証説は、固有理論による正当防衛の制度趣旨とは整合し難いため、これを採用している実務とも整合し難いのである。また、個人的視点の興起という実務の新しい動きに着目し、二元論の構造を採用して固有理論を修正した説が現れた。この説は、二元論の構造の合理性こそ示したが、二元論の内実を説明しておらず、未だ完成されたものとは評価できない。そこで、本論文では、中国の実務における二元論の内実を一定程度明らかにした。中国における法確証原理は、徹底した法確証原理である。その内実は、経験的法秩序を保護した上で、侵害者への対抗を以て積極的一般予防を遂げることである。中国における個人保全原理は、謙抑的な個人保全原理である。その内実は、個人が特別な状況に限って自己を保護できる権利であり、防衛行為の違法性と責任を阻却しうる。両原理は択一的関係にあり、いずれかが認められさえすれば正当防衛が成立する。かかる基礎理論の下で現在の実務を再評価すると，その合理性は次のように説明できる。

（一）　現在の実務に対する法解釈

第一部の総括で、中国における正当防衛制度はもはや正当防衛の論理から乖離している

のではないか、という疑問を提起したが、第二部の検討を踏まえると、必ずしもそうではないと結論付けることができる。まず、急迫性を正当防衛の成立要件としないという特徴は、合理的である。なぜなら、「正当防衛は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例外的に許容するものだ」として正当防衛の緊急行為性を重視することが、急迫性を要求する根拠となるが、中国においてはそのような制度理解は認められていないからである。それどころか、中国において正当防衛は、法確証の効果（とりわけ積極的一般予防の効果）を持つ有益な行為だとされ、奨励されている。このことから、厳格な防衛意思要件が求められるということも理解しうる。すなわち、積極的一般予防を達成するために、防衛行為の正の性質は純粋ないし強くなければならないのである。この要請が防衛者の主観的態様にも貫徹される結果、積極的加害意思のような不正の意思はもちろん、憤激による攻撃的意思も、純粋な正とは言い難いため、防衛意思が認められず、防衛意思との併存も認められない。つまり、急迫性要件を求めないことによる正当防衛の拡張と、厳格な防衛意思要件による正当防衛の制限とは、一見真逆の方向性を示しているようにみえても、実は同一の法確証原理に基づくものであり、矛盾しないのである。さらにいうと、経験的法確証を重視する立場を採れば、正当防衛の判断において見義勇為および民間矛盾という社会観念的な要素を考慮することもありうる。すなわち、見義勇為は他人のための正当防衛として、社会の互助を促進でき、正義の気風を発揚でき、積極的一般予防の効果が強いので、正当防衛が認められやすい。それに対して民間矛盾は、近親関係や共同生活関係にある人々の間に発生する紛争であり、そこにおける実力行使は、社会観念上抑止されるべきであり積極的一般予防の効果が弱いので、正当防衛が認められ難い。そして、個人保全の観点も加えて考えれば、防衛者の精神的動揺などの責任要素によって防衛行為を寛容的に許容することも、一定の合理性を有する。このように、中国の正当防衛制度の特徴を論理的に説明することができる。

（二）　先行事情の処理の根拠

日本の実務では、正当防衛の緊急行為性を重視するため、急迫性要件が正当防衛の判断の要となっている。その体現として、急迫性は、侵害が現実化した防衛現場の状況のみならず、侵害の現実化以前の先行事情まで遡って検討されている。同様の傾向は、中国の実務にも現れている。すなわち、正当防衛の正対不正の性質、とりわけ防衛者の正当性を重視するため、防衛意思要件が正当防衛の判断の要となっており、その結果先行事情まで遡って検討が行われている。この傾向だけ見れば、合理性があるとも考えられる。しかしながら、日本の実務と異なり、中国の実務における先行事情の処理は、あまりにも粗雑と言わざるを得ない。先行事情と防衛現場をしないとか、各種の先行事情の意義を混同するとか、様々な問題が存在している。指導性案例・指導意見においてさえ、「喧嘩闘争」や「再度の衝突」、「防衛権濫用」などの、先行事情に関わる事は言及されたものの、体系的に論述されておらず、その具体的な処理方法も示されしていない。そこで、中国における先行事情の考慮は正対不正を検討するためであり、正対不正の検討は基礎理論からの要請である、ということに鑑みれば、先行事情に関する問題の解決方法も、基礎理論から導き出すべきではないだろうか。これについては、第三部で検討することにしたい。

正対不正を貫徹する先行事情理論

導入

防衛現場に先行し一定の場所的・時間的隔たりがありながら、正当防衛の成否に影響を及ぼす物事を指すとき、中国では起因、起因要素または先行行為などの言葉があるが、本論文では統一して先行事情と称する。先行事情の扱い方について、日本の場合では、正当防衛の急迫性（緊急行為性）が強調されているため、急迫性の肝要ないし本来の内容なる場所的・時間的切迫性も、重要となる。したがって、防衛現場に先行し一定の場所的・時間的隔たりがある先行事情は、ある意味では特別視され、一定の条件を満たす限り正当防衛に影響すると認められる[178]。つまり、先行事情と防衛現場との区別は意識されている。それに対し中国の場合では、前部論文で検討したように、正当防衛の正対不正の性質が強調されているため、当事者の正当性が重要となる。それを考察するとき、場所的・時間的隔たりを越し先行事情を遡るのは当然視され、一般化されている。つまり、先行事情と防衛現場との区別は意識されていない。しかも、あまりにも防衛者の正当性を強調しすぎるがゆえに、過多の先行事情を判断基底に入れ、僅かな汚点さえ発見したら、防衛者の正当性を認めず正当防衛を否定することになる。それについて、学界は「単純化しすぎている」と批判し[179]、近時の実務側からも「先前の紛糾は正当防衛判断の考慮要素にはならない」という意見が出てきた[180]。それぞれの意見は表現が異なるが、正当性の判断を一律に先行事情段階まで繰り上げることの合理性を疑っている。もっとも、先行事情が正当防衛の成立に影響しうる場合も存在し、先行事情の考慮を防衛意思・正当性の判断から完全に排除することも逆に単純化しすぎると考えられる。したがって、どのように先行事情を処理するのかが課題となり、各々の事案において個別的に検討され、あるいは要件論において片面的に検討されたことがあるが、中国の正当防衛の基礎理論に整合する、一般的な先行事情理論は未だ見られていない。そのため、本論文では、日本における先行事情の処理方法を整理し（第一章）参照しながら、中国における先行事情の処理方法の現状と問題を明らかし（第二章）、中国に適う先行事情理論を試論する（第三章）。

一　日本の実務と学説

中国の実務における先行事情の扱い方は独自の特徴を持ち、それを明らかにするには、日本の実務における先行事情の扱い方と比較する必要がある。また、学説上、中国におけ

---

[178] もっとも、最決平成 29 年判例を経て、先行事情の考慮が日本の実務においても当然視され、一般化されたといえよう。

[179] 杨毅伟「自我防卫与相互斗殴的刑事司法判定研究——以个案为线索的分析」西南政法大学学报 6 号（2012 年）108 頁以下。储・前掲注（72）。

[180] 孙德国「先前纠纷不影响正当防卫的构成」人民司法・案例 20 期（2020 年）46 頁以下。

る未熟な先行事情理論と異なり、日本における先行事情理論は優れた豊富な成果が積み上げられており、参照する価値が非常に高い。そのため、本章では日本における実務と学説の状況を整理することにする。

（一）　実務の変遷

日本の実務における先行事情の扱い方は、従来変遷してきたが、主に「類型化」という方針を採ってきたとみられる。すなわち、正当防衛の判断にあたって、防衛現場における諸要素を考慮することが基本であるが、防衛現場の以前において正当防衛の性質とりわけ緊急行為性（急迫性）に影響する事情があれば、それを考察して正当防衛を制限するのは可能である。そのような正当防衛を制限しうる先行事情を想定し、分類して検討することは、類型化である。正当防衛の成否を判断するときは、事案の具体的事実がある類型に当て嵌まるかを判断し、当て嵌まると判断すれば正当防衛を否定する。これで、先行事情の考慮範囲と効果を一定の範囲に限定し、規範化している。具体的には、以下のような類型がある。

1　喧嘩闘争類型

大審院時代では、いわゆる「喧嘩闘争類型」にあたる事案を、正当防衛の適用範囲から全面的に排除していた。その代表例として、大判昭和 7・1・25 刑集 11 巻 1 頁は、喧嘩闘争を「互いに対手方に対し同時に攻撃および防衛を為す性質を有する」[181]と解し、そのような行為は「正当防衛の観念を容れる余地がない」と示した。更に、「喧嘩両成敗」の格言を引用し、「喧嘩の闘争者双方の行為は互いに違法性を阻却すべきではない」という判断を下した。しかしながら、当時一つの喧嘩闘争類型に詰め込まれた諸事案には、実は異なる性質の先行事情が含まれており、ひいては、先行事情に関わらないものが混在していた。その中に、相手を侵害するため相手に会いに行くタイプや[182]侵害を予期した上で相手に会いに行くタイプ[183]、または葛藤のある人の挑発に乗るタイプ[184]、ないし面識のない人と揉めて殴り合いになるタイプ[185]があるものの、区別されず一律に喧嘩闘争とされ、正当防衛の成立する余地を完全に否定されていた。これに鑑みて、喧嘩闘争自体は先行事情を処理するための理論ではなく、ただ先行事情問題が喧嘩闘争という大きな概念の下に置か

---

[181] 本論文では、古い判例を引用するときその旧字体を新字体に変換する。

[182] 例として、大判大正 14・6・3 刑集 4 巻 354 頁、大判昭和 5・2・28 刑集 9 巻 115 頁、大判昭和 8・10・14 刑集 12 巻 1776 頁、最判昭和 23・5・1 刑集 2 巻 5 号 431 頁。このようなタイプは、「事前意図型」とも呼ばれる。杉本一敏「自招侵害のメタ理論的考察」刑事法ジャーナル 62 号（2019 年）35-36 頁。

[183] 例として、最判昭和 22・12・18 集刑 1 号 231 頁、最判昭和 23・6・22 刑集 2 巻 7 号 694 頁、最判昭和 24・11・17 刑集 3 巻 11 号 1801 頁、最判昭和 30・10・25 刑集 9 巻 11 号 2295 頁。このようタイプは、「事前意識型」とも呼ばれる。杉本・前掲注（182）。

[184] 例として、大判昭和 7・1・25 刑集 11 巻 1 頁、大判昭和 14・3・6 刑集 18 巻 81 頁。

[185] 例として、最大判昭和 23・7・7 刑集 2 巻 8 号 793 頁。このタイプに当たる事案は、そもそも先行事情に関わるものではないであろうと思われる。

れて処理されていたにすぎないといえる。このような粗雑ともいえる処理方法は、最判昭和 23・6・22 刑集 2 巻 7 号 694 頁[186]および最大判昭和 23・7・7 刑集 2 巻 8 号 793 頁[187]によって動揺し、やがて最判昭和 32・1・22 刑集 11 巻 1 号 31 頁によって是正された。最判昭和 32・1・22 が「喧嘩闘争においてもなお正当防衛が成立する場合があり得る」と明言したため、喧嘩闘争は正当防衛の主たる否定類型としての地位を失い始め[188]、ただ「互いに攻撃する」という事実を表すための言葉となってきた[189]。喧嘩闘争に言及した裁判例は依然として存在するものの、喧嘩闘争に当たるがゆえに直ちに正当防衛を否定することをせず、積極的加害意思（後述）などの他の法理に依拠して正当防衛の成否を判断してきた[190]。

2　積極的加害意思類型と自招侵害類型

そして、喧嘩闘争にあたっても正当防衛が成立しうるのであれば、いかなる状況にあたれば正当防衛が必ず成立しないのか、という問題が浮上していたが、最決昭和 52・7・21 刑集 31 巻 4 号 747 頁により、新たな正当防衛の否定類型、いわゆる「積極的加害意思類型（予期＋積極的加害意思）」[191]が確立された。防衛者が侵害に対する「予期」を有するという先行事情は、実は嘗ての裁判例において既に言及され、正当防衛を否定する機能を有するように示されていたが[192]、最判昭和 46・11・16 刑集 25 巻 8 号 996 頁が、それのみをもっては正当防衛を否定できないと明言した。そこで、最決昭和 52・7・21 が「単に予期された侵害を避けなかっ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」と示し、侵害に対する「予期」に加えて相手に対する「積

---

186 当該判例は、「闘争の全般から見てその行為が法律秩序に反するものである限り、刑法第三六条の正当防衛の観念を容れる余地がない」と示し、喧嘩闘争による正当防衛の否定に前提条件を付けた。

187 当該判例は、「喧嘩は…正当防衛の観念を容れる余地がない場合がある」と示し、喧嘩闘争における正当防衛の成立の可能性を間接に認めた。

188 他方、このような「是正」は、喧嘩闘争の「正当防衛の否定類型としての意義」を失わせたことではなく、逆に喧嘩闘争の法理を精密化したといえる。杉本・前掲注（182）

189 例えば、仙台高判昭和 53・7・4 判時 924 号 136 頁は「一方的攻撃が存したのに他ならず」を理由として、「喧嘩闘争なるものは成立していなかった」と判断した。同旨は、長崎地判平成 26・2・12 LEX/DB25503177、鹿児島地判平成 24・2・7 LEX/DB25444383 などにも示された。

190 例として、大阪地裁 S63・11・18 判タ 702 号 265 頁。喧嘩を巡って検討した場合でも、最判昭和 23・6・22 刑集 2 巻 7 号 694 頁で示された「法律秩序に反するものである限り」を前提条件として、「正当防衛を否定すべき喧嘩闘争」にあたるか否かを判断する。例として、東京高裁 S60・6・20 判時 1162 号 168 頁。

191 「侵害予期類型」、「予期の法理」、「出向き・待受け類型」とも呼ばれる。井田良「正当防衛をめぐる議論の現状――対抗行為に先行する事情と正当防衛状況」季刊刑事弁護 96 号（2018）10 頁。杉本・前掲注（182）。小林憲太郎「自招侵害・危難論の視角」刑事法ジャーナル 62 号（2019 年）4-5 頁、坂下陽輔「広義の自招侵害に関する考察――自招侵害への対抗行為を中心に」刑事法ジャーナル 62 号（2019 年）10-11 頁。

192 すなわち、「侵害を予期しながら相手に会いに行く」という喧嘩闘争の一つのタイプとされていた。前掲注（183）を参照。

極的加害意思」がある場合を、急迫性・正当防衛の否定類型とした。過多かつ複雑な内容を持つ喧嘩闘争類型と比較して、積極的加害意思類型は、内容がより具体的になるほか、要するにはもっぱら先行事情を処理するための理論である。それによって、先行事情と防衛現場の処理ははっきり分けられている[193]。この積極的加害意思類型の影響は非常に大きく、よってこの後の先行事情に関わる事案は多数が積極的加害意思論で処理されていた[194]。

しかし、主観上の先行事情を重視する積極的加害意思類型は[195]、すべての先行事情とりわけ客観上の先行事情をカバーして処理することができかねる。福岡高判昭和 60・7・8 判タ 566 号 317 頁や、大阪高判昭和 62・4・15 日判時 1254 号 140 頁などのような事件において、被告人が相手の執拗な挑発を一時無視し侵害を回避しようとしたことがあり、積極的加害意思を持っていたとは考え難いものの、なお正当防衛が否定された。その原因は、被告人の自招行為、相手による侵害の軽微さ、侵害回避の可能性などの客観上の先行事情にあると裁判所が示した。その後、主観上の先行事情よりも客観上の先行事情を重視し、それに基づき正当防衛の成否を判断する裁判例が次々と出て[196]、やがていわゆる「自招侵害類型」[197]が最決平成 20・5・20 刑集 62 巻 6 号 1786 頁によって確立された。すなわち、相手による侵害は、「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」であれば、「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」。加えて、侵害者の攻撃が「被告人の前記暴行の程度を大きく超えるもの」ではなければ、それに対して被告人が反撃することは「正当とされる状況における行為とはいえない」。これにより、先行事情の理論は更に構築され補足された。

従来、上記の積極的加害意思類型と自招侵害類型は並列し相違する正当防衛の否定類型とされ、その背後の原理についても、別々で検討されてきたことが主流といえる。それに対し、両類型の共通点に注目し、統一的視点からその背後の原理を探究し、ないし両類型の（一定範囲内での）統合的処理を検討する見解も存在する（後掲する「照沼説」、「橋爪説」などを参照[198]）。このような見解は、下記最高裁判例に際して、改めて示された。

---

[193] 例えば、同様に主観的態様であっても、先行事情における主観的態様は積極的加害意思で処理され、防衛現場における主観的態様は防衛意思で処理されている。安廣文夫「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和 60 年度』142-143 頁、「正当防衛・過剰防衛に関する最近の判例について」刑法雑誌 35 巻 2 号 244 頁。

[194] 後掲最決平成 29・4・26 刑集 71 巻 4 号 275 頁までの状況である。

[195] 予期と積極的加害意思を認定するためには、客観上の先行事情を踏まえて検討することになるが、予期と積極的加害意思というもの自体は、主観的態様を指す概念であり、究極的には主観上の先行事情である。

[196] 例として、東京地判昭和 63・4・5 判タ 668 号 223 頁、大阪高判平成 7・3・31 判タ 887 号 259 頁、東京高判平成 8・2・7 判時 1568 号 145 頁、仙台地判平成 18・10・23 判タ 1230 号 348 頁。

[197] 「挑発防衛」、「狭義の自招侵害類型」、「暴行発端一連経緯の法理」とも呼ばれる。橋爪隆『正当防衛論の基礎』（有斐閣、2007 年）322-324 頁。坂下・前掲注（191）。杉本・前掲注（182）。

[198] または、小林憲太郎「平成 20 年決定以降の自招侵害論について」判例時報 2234 号（2014 年）3 頁以下、同「正当防衛（上）」判例時報 2299 号（2016 年）3 頁以下、同『刑法総論の理論と実務』（判例時報社、2018 年）213 頁以下など。

３　最高裁平成 29 年 4 月 26 日決定（新類型か総合判断か）

現在の到達点としての最決平成 29・4・26 刑集 71 巻 4 号 275 頁は、以下のように示した。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（最高裁昭和４５年（あ）第２５６３号同４６年１１月１６日第三小法廷判決・刑集２５巻８号９９６頁参照)、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およびその際の意思内容等を考慮し、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（最高裁昭和５１年（あ）第６７１号同５２年７月２１日第一小法廷決　定・刑集３１巻４号７４７頁参照）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」。

最決平成 29・4・26 は、積極的加害意思類型の諸問題、いわば「裁判員に難解である」、「下級審に過度に重視されていた」ことなどを是正するために[199]、予期の存在を前提として考慮すべき先行事情を列挙し、急迫性の判断方法を詳細に説明するものであるとされている。具体的には、最決昭和 52・7・21 と同様に「予期＋α」の構造で急迫性を判断しているが、最決平成 29・4・26 の指摘した「α」は、積極的加害意思のみならず、「従前の関係…」などの多くの先行事情を含む。すなわち、予期に基づいて正当防衛が否定される状況は、積極的加害意思類型に限らず他の類型も含む、ということである。この意味で、最決平成 29・4・26 は積極的加害意思類型を包括した新たな類型（予期類型？）を確立したといえるであろう[200]。学説上、最決平成 29・4・26 に関しては依然として激しく争われているが、実務上、最決平成 29・4・26 以降の下級審裁判例は確かに、積極的加害意思に言及することが減少し、最決平成 29・4・26 の処理方法を運用することが一般的になっている[201]。

---

[199] 中尾佳久「判批」ジュリスト 1510 号（2017 年）107 頁以下、橋爪隆「判批」論究ジュリスト 29 号（2019 年）198 頁以下、三代川邦夫「判批」学習院法務研究 13 号（2019 年）179 頁以下、井上宜裕「判批」法政研究 86 巻 1 号（2019 年）1 頁以下、鈴木左斗志「判批」慶應法学 47 号（2022 年）221 頁以下など。

[200] 橋田久「判批」ジュリスト臨時増刊 1518 号（2018 年）154 頁以下、成瀬幸典「判批」法学教室 444 号（2017 年）158 頁以下、是木誠「判批」警察学論集 70 巻 8 号（2017 年）185 頁以下、菅原健志「判批」警察公論 73 巻 2 号（2018 年）88 頁以下、木崎峻輔「相互闘争状況における侵害の急迫性の判断基準〈判例研究〉」筑波法政 74 号（2018）54 頁以下、井上・前掲注（199)、中尾・前掲注（199)、橋爪・前掲注（199)、三代川・前掲注（199）など。

[201] 井上・前掲注（199）などを参照。一方、早期の考察として、「積極的加害意思論は平成 29 年決定によってその権威性を弱められたものの、実務においてはなおこの理論が中心的な役割を果たしていると

ところが、それだけではなく、更に重要なのは、最決平成 29・4・26 が刑法 36 条の趣旨つまり「正当防衛の制度趣旨」を緊急行為性と解し、緊急行為性に照らす「総合考慮」で先行事情を処理し正当防衛の成否を判断するように要求している、ということである。まず、正当防衛の制度趣旨に依拠して先行事情を処理することについて、最決平成 29・4・26 の示した、予期の存在を前提として考慮される「従前の関係、予期された侵害の内容…」などの諸要素は、自招侵害などの他の先行事情類型においては必ずしも機能しないとされているが、正当防衛の制度趣旨は、正当防衛全体にかかわる基礎理論であるため、先行事情の処理の上級原理と基本方針になりうると思われる。少なくとも、積極的加害意思類型を始めとする予期類型にとどまらず、自招侵害類型（の一部）を含めて、より広汎な先行事情いわば「広義の自招侵害」[202]に適用しうると考えられる[203]。特に、過去の裁判例においても「正当防衛の観念」[204] や「法律秩序」[205] などの概念が使用されていたことに鑑みて、正当防衛の制度趣旨に依拠して先行事情を処理することは、実は裁判所の一貫してきたことである。最決平成 29・4・26 はただ、正当防衛の制度趣旨の内容（緊急行為性）を初めて明確に説明したにすぎない[206]。また、従来類型化の処理方法に対して、最決平成 29・4・26 が示した「総合考慮」という処理方法も、過小評価すべきではない。すなわち、同一の上級原理（正当防衛の制度趣旨）の下で先行事情を処理するとすれば、正当防衛に影響する先行事情をそれぞれ想定し分類するよりも、事案における多様な先行事情を合わせて分析し、その意義を総合的に把握するほうが適切である。無論、類型化によってこそ「明確な基準」が浮かび上がったとは考えられる一方、既定の類型に固執し「明確な基準」を機械的に運用する下級審の問題も引き起こされていた。だからこそ、類型化などで先行事情を整理することも当然不可欠であるが、最高裁は実務に向けて「趣旨に基づく総合考慮」の処理方法を提唱した[207]。このような「趣旨に基づく総合考慮」の処理方法は、同一の上級原理の下で諸類型の統合的処理を検討する学説には親和的であると思われ

いえよう」という見解がある。瀧本京太朗「判例における自招防衛の判断枠組みについて」北大法学論集 69 巻 4 号（2018）182 頁。また、積極的加害意思類型が最決平成 29・4・26 に包括された以上、どちらを採るかはそもそも争点となる必要がない、とも考えられる。木崎峻輔「平成 29 年決定以降の裁判例における侵害の急迫性の意義および機能」中央学院大学法学論叢 33 巻 2 号（2020 年）29 頁。

[202] 「すなわち、すでに侵害意思を有している侵害者の到着を待ち受ける、あるいはそのような侵害者のもとへ出向くという類型も、待ち受ける・出向くという先行行為ともいい得る行為がなければ侵害は現実化しなかったといい得るため、広い意味では『自招侵害』と呼ぶことは不可能ではないだろう」。坂下・前掲注（191）。ただし、坂下陽輔氏自身は、両類型を区別する意義はあると示した。

[203] 小林憲太郎「判批」判例時報 2336 号（2017 年）142 頁以下、大塚・前掲注（39）17-18 頁、前田・前掲注（33）261 頁、鈴木・前掲注（199）。他方、制度趣旨は先行事情の処理の上級原理とまではいわずとも、「あらゆる態様の相互闘争状況の事案に適用することは可能である」という意見もある。木崎・前掲注（201）。

[204] 大判昭和 7・1・25 刑集 11 巻 1 頁。

[205] 最判昭和 23・6・22 刑集 2 巻 7 号 694 頁。

[206] つまり、大審院から現在まで判例の依拠する正当防衛の制度趣旨は、実は変更されたことがなく、ただ表現を変えられより具体的で適切に説明されてきたのみだ。中尾佳久「判解」法曹時報 71 巻 2 号（2019 年）232 頁以下、安廣・前掲注（193）。

[207] 類似する見解として、佐伯・前掲注（39）23 頁、小林・前掲注（203）諸文章。

る。

（二）　学説上の検討

先行事情の正当防衛に対する影響について、日本の学説は裁判例からやや離れて、ドイツの理論を参照しながらいわゆる自招防衛（挑発防衛、自招侵害）論を展開してきた。すなわち、自らの行為によって招致した不正の侵害に対して反撃することは正当防衛が成立するのか、という問題を検討してきた。そこで、客観面について、自招行為の違法性あるいは社会倫理違反性の要否が争点となり、主観面について、相手を害するために侵害を招致し利用する意図で自招行為を行う場合（意図的自招防衛）、相手の攻撃を認識・予見しながら自招行為を行う場合（故意的自招防衛）、相手の攻撃を認識・予見できるのに認識・予見しないまま自招行為を行う場合（過失的自招防衛）、という三つの場合が分かれて検討されるのが一般的である。この問題に関して諸説が林立し論争しているが、主として、以下のような学説がある。

1　内部的解決と外部的解決

まず、自招防衛を正当防衛の成立要件論の枠内で処理する（要件論からアプローチする）学説が存在する。すなわち、自招防衛により、正当防衛の成立要件である急迫性[208]、不正性[209]、防衛意思[210]、防衛行為性[211]、必要性・相当性[212]のいずれかあるいは複数[213]が欠如するので、正当防衛が成立しない、という見解である。その内、急迫性の欠如とする見解は裁判例に親和的であり有力である一方、学説上は防衛行為性の欠如とする見解や、過剰防衛の余地を残し相当性の欠如とする見解が交わされている。このアプローチの利点は、刑法にある正当防衛条文の文言を超えずに自招防衛を処理でき、いわゆる内部的解決を行えることである。無論、罪刑法定主義に基づき、正当防衛の判断は結果的に、条文に符合するかどうかに帰着しなければならない。しかし、自招防衛の場合は多く、「形式的に」であっても正当防衛の成立要件を満たすようにみえるから、要件論だけでは正当防衛の制限を説明し難いところがある[214]。それに対して、条文と要件論を超えて正当防衛の本質的原理または別の原理に以て自招防衛を処理し、いわゆる外部的解決を行う学説も存在する。

---

[208] 荘子邦雄『刑法総論』（青林書院、第3版、1997年）226頁、大塚・前掲注（39）など。

[209] 森下忠『刑法総論』（悠々社、1993年）97頁、高山佳奈子「正当防衛論（下）」法学教室268号（2003年）70頁など。

[210] 平場安治『刑法總論講義』（有信堂、1970年）78頁、団藤重光『刑法綱要総論』（創文社、第3版、1997年）238頁。

[211] 木村光江『刑法』（東京大学出版会、第4版、2018年）94頁、白取祐司「挑発、攻撃、『正当防衛』？」受験新報1995年2月号36頁。伊東研祐『刑法講義総論』（日本評論社、2010年）184頁も同見解か。この中に、防衛意思を要件としない結果無価値論の立場からの見解が多い。

[212] 青柳文雄『刑法通論Ⅰ総論』（泉文堂、1978年）203頁、中山研一『概説刑法Ⅰ』（成文堂、第2版、2000年）109頁。

[213] 藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975年）176頁。

[214] 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年）165頁以下、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年）312頁以下。

後述する「権利濫用説」、「原因において違法な行為説」、「正当防衛の基礎理論からアプローチする学説」がこれにあたる。外部的解決で、正当防衛の否定理由は説明しやすくなる。だが、完全に条文と要件論を捨てて正当防衛の制限を論じるのは恣意的であり、過度な制限をもたらす虞もある。これを防止するのはまさに罪刑法定主義の意義である[215]。そのため、正当防衛の判断は結果的に、少なくとも解釈論として条文に符合するかどうかに帰着する必要がある。だとすれば[216]、原理に依拠して自招防衛を処理した上でそれを要件論に反映させるの[217]は適切であり、目指すべき方向であると思われる[218]。

2　権利濫用説

いわゆる権利濫用説は、典型的な外部的解決にあたる学説である。それによると、自招防衛とりわけ意図的自招防衛の場合は、形式的に正当防衛の成立要件を満たすとしても、実は正当防衛の本来の使命（緊急防衛権）を逸脱し権利を濫用するものであり、正当と認められるべきではない[219]。当説は、有力説ないし通説であると評価されていた一方、権利濫用原理の内実および具体的判断方法は明らかにされていなかったため、「漠然としたもので限界を画する」という批判を受けた[220]。それに対して、ドイツの理論を参照しつつ、正当防衛権の「権利」としての性質を詳しく分析しその内在的限界を明らかにした上で、内在的限界を超える自招防衛を権利の濫用とする学説がある[221]。または、正当防衛の基礎理論いわば法確証の利益から「正当防衛権」そのものを解剖し、法確証の利益が認められない自招防衛を権利濫用とする学説もある[222]（ところが、権利濫用はもともと権利の運用に関する共通する原理であるので、法確証という正当防衛に特有の原理を以て権利濫用を

---

[215] 平野龍一『刑法総論 II』（有斐閣、1975 年）227 頁、井田良「正当防衛」法学セミナー通号 503 号（1996 年）85 頁、井上宜裕「自招侵害論再考」『川端博先生古稀記念論文集［上巻］』（成文堂、2014 年）110 頁、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 年）144 頁など。

[216] 他方、内部的解決でも外部的解決でも適切ではないとして、「結局、挑発されたからといって、被挑発者は原則として侵害行為に出てはならないのであって、唯一の例外は、挑発行為自体が『急迫不正の侵害』を構成する場合である」という見解がある。井上宜裕「自招侵害論再考」『川端博先生古稀記念論文集（上巻)』（成文堂、2014 年）114 頁。

[217] 要件論のほうをより重視する立場であれば、「正当防衛の基礎理論を以て要件論を整理し解釈した上で、その要件論で自招侵害を処理する」、と言い換えることもありうる。

[218] 例として、橋爪・前掲注（197)、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（2011 年）101 頁以下、瀧本京太朗「自招防衛論の再構成（3）:『必要性』要件の再検討」北大法学論集 66 巻 6 号（2016 年）146 頁以下など。大塚・前掲注（39）も類似する方向か。

[219] 川端博『正当防衛権の再生』（成文堂、1998 年）97 頁以下、牧野英一『日本刑法上巻總論』（有斐閣、重訂版、1937 年）354 頁、永井勘太郎『詳解刑法總論』（有斐閣、1956 年）115 頁、草野豹一郎『刑法要論』（有斐閣、1956 年）59 頁など。

[220] 平野・前掲注（146）18 頁、山中・前掲注（121）521 頁、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（1983 年）751 頁以下、山本・前掲注（166）205 頁など。

[221] 吉田宣之『違法性の本質と行為無価値』（成文堂、1992 年）94 頁以下など。

（1983 年）751 頁以下、山本・前掲注（166）205 頁など内藤謙「刑法講義総論（中)」（成文堂、1986 年）336 頁、曾根威彦「刑法総論」（弘文堂、第 3 版、2000 年）114 頁など。

説明する学説は、もはや本来の権利濫用説の趣旨から離れたものであり、後述の「正当防衛の基礎理論からアプローチする学説」にあたると考えられる)。しかし、たとえこれで権利濫用原理の内実は明らかになったとしても、権利濫用原理の機能する形式いわば条文と要件論を超えて正当防衛を制限することは、依然として罪刑法定主義に抵触する。この問題を克服することは、他の外部的解決の学説にはさほど難しくはないが（後文検討)、権利濫用説だけには至難の業である。なぜなら、そもそも権利濫用というものは、本来は民法上の概念であり、刑法においては必ずしも妥当ではない。刑法上の正当防衛権は、肯定されるか否定されるかのどちらかであり、濫用ということはありえない[223]。

3　原因において違法な行為説

いわゆる原因において違法な行為説[224]も外部的解決にあたる学説である。その内容は、「たとえ自らの行為によって有責に招致されたとはいえ、正当防衛状況の下で行った防衛行為の違法性は――正当防衛として――阻却されるが、自らの行為によってそのような正当防衛状況を惹起し、その下で法益侵害を発生させたことについての責任は問うことができる」ということである[225]。言い換えれば、「正当防衛の成立自体は肯定されるものの、招致行為が防衛状況を作出し、結果を惹起したと評価され得る場合には、招致行為自体を処罰の対象となしうる」[226]。この学説は、原因において自由な行為の理論を違法論において援用する産物であり、自招行為と防衛行為を切り離して異なる評価を与えることの特徴を持つ。当説について、「援用」の当否が疑問視されたほか、「同一の侵害結果が、防衛行為との関係で適法とされつつ、自招行為との関係で違法とされる」という「違法判断の相対化」の問題もある[227]。しかし、当説の批判者にも示されたように、少なくとも行為無価値論に立脚する限り、違法判断の相対化は可能である[228]。かつ正犯理論を援用すれば[229]、自招行為者は適法な防衛行為を利用する間接正犯とみなすことができ、違法評価を与えるのは不可能ではない[230]。また、原因において違法な行為説によれば、過失的自招防衛の場

---

[223] 山中敬一『正当防衛の限界』（成文堂、1985 年）139 頁、平野・前掲注（146）18 頁、山口・前掲注（220)、山本・前掲注（166）など。

[224] 山口・前掲注（220)、大嶋一泰「挑発行為と正当防衛（一)」福岡大学法学論叢 17 巻 4 号（1973 年）542 頁以下、同「正当防衛権の制限について」法学（東北大学法学会）47 巻 5 号（1984 年）29 頁以下、中野次雄『刑法総論概要』（成文堂、第 3 版補訂版、1997 年）33、189 頁、宮本英脩『刑法學粹』（弘文堂書房、1931 年）249 頁以下など。そのほか、平野・前掲注（215）235 頁も「原因において違法な行為」に言及した。

[225] 山口・前掲注（220）731 頁。

[226] 照沼・前掲注（218）141 頁。

[227] 斎藤誠二『正当防衛権の根拠と限界』（多賀出版、1991 年）216-217 頁、岡本昌子「自招侵害について」同志社法学 50 巻 3 号（1999 年）299 頁以下、山本・前掲注（166）201 頁。

[228] 山本・前掲注（166）202 頁。

[229] これに対してはまた、「適法行為を利用する間接正犯」は必ずしも認めるべきではない、自招行為と防衛行為は主観的・客観的要素に相違がないから異なって評価すべきではない、という反論がある。山本・前掲注（166）202-203 頁。しかし、「適法行為を利用する間接正犯」の当否はともかく、自招行為と防衛行為との主観的・客観的要素は、まさに防衛状況の有無によって異なるのではないだろうか。

[230] 照沼・前掲注（218）146-147 頁。

合であっても自招行為者が処罰されるという結論が導出され、「過度に厳しい」と批判されている[231]。一部の原因において違法な行為説の論者も、過失的自招防衛者すら処罰するのは厳しすぎると考え、各種の要件を加えて処罰範囲を（意図的自招防衛に）限定しようとする。例えば、自招行為者による違法な自招行為と相手による不正な侵害との間に相当因果関係が認められる限り、自招行為者を処罰することがある[232]。しかし、故意責任と共に、過失責任を問うのは刑法の通常であり、なぜ過酷といえるのであろうか。行為と結果が存在しかつ因果関係が確かに繋がるのであれば、故意か過失によって異なる程度の責任を問うのは不可能ではない[233]。意図的自招防衛において正当防衛が認められるべきではないというのは、学説上の最大公約数といえるが、それを超えてはいけない道理はないであろう。むしろ、逆にいえば、意図的自招防衛の場合に限って正当防衛を制限するのは、寛容すぎるのではないだろうか。実際に、故意的自招防衛の一部においては正当防衛が成立せず、過失的自招防衛においても正当防衛の相当性が制限される、というのは一般的であり[234]、裁判例にも親和的である[235]。そのほか、条文と要件論に反映させ難いという外部的解決の共通する問題もあるが、原因において違法な行為説は、防衛現場における行為を「形式的」ではなく「実質的」に正当防衛と認めるので、正当防衛の成立要件の欠如を説明する必要はそもそもない。つまり、以上のような指摘は原因において違法な行為説への批判になり難く、原因において違法な行為説自体は、一定の合理性を有しセルフコンシステントといえる。加えて、「自招」という概念を、その意義が自明するように使っている学説が少なくないが、原因において違法な行為説は、「自招」の意義を「自招行為と不正な侵害との因果関係」と解し、先行行為段階まで違法性に遡及することの前提条件として機能させた。これは評価すべきであろう。

一方、原因において違法な行為説は、一般的印象に反して、実は自招防衛の処罰範囲を不当に縮める虞がある。この問題を詳しく論述したのは、照沼亮介氏である。彼によれば[236]、原因において違法な行為説は、自招行為と結果との因果性、違法判断の相対化、招致行為の正犯性などの問題を有し、それらの制約によって、実際、原因において違法な行為の原理の適用範囲は非常に限定される[237]。だが、そもそも自招防衛者が正犯性を有すれば、

---

[231] 山中・前掲注（121）523 頁、山本・前掲注（166）203 頁以下など。

[232] 山口・前掲注（220）753 頁、大嶋「正当防衛権の制限について」・前掲注（224）32 頁。

[233] ただし、過失的自招侵害によって責任を問うあるいは法的効果を生じる形式は、必ずしも「自招行為自体を処罰する」ことではない。詳細は後文で検討するが、過失的自招侵害の場合でも正当防衛の防衛限度（相当性）を一定程度制限しうると思われる。

[234] 大塚ほか前掲注（122）197 頁、前田・前掲注（33）261、264 頁、小林『刑法総論の理論と実務』・前掲注（198）225 頁など。

[235] 故意的自招侵害において正当防衛を否定した裁判例は、前掲一（一）1 で紹介した自招侵害類型の諸事案がある。過失的自招侵害において正当防衛の相当性を制限する裁判例は、横浜地裁判平成 27・3・13LEX/DB25447224 などがある。

[236] 照沼・前掲注（218）101 頁以下。

[237] そのほか、自招行為と相手による侵害との（相当）因果性、自招行為の実行行為性、過失責任などの問題もあると思われる。山口・前掲注（220）753 頁、杉本・前掲注（182）45 頁注釈 26、高山・前掲注（209）71 頁。

既に防衛行為につき正当防衛の成立それ自体を否定するのは可能であり、防衛行為につき正当防衛を認めた上で自招行為を処罰対象とする必要がない。具体的にいえば、自招行為者が、相手の侵害を含めて事象経過を意図的にコントロールし、狙いとおりの結果を生じさせた、いわば事象経過に対する支配性・正犯性を有するのであれば、その自招行為と後の行為は一体的に評価されるべきであり、「防衛のための行為」といえない。そして、このような判断の実質は、「自招行為者に要保護性を認めない」という価値判断にとどまるものであり、必ずしも急迫性あるいは防衛状況の欠如に反映させるわけではない。むしろ、防衛行為性に反映させ、過剰防衛の余地を残すべきである。また、実務における自招侵害類型と積極的加害意思類型は、事実関係の点で異なる部分があるといえる一方、侵害に先行する（防衛者の）一定の態度が存在し、後の侵害現在時の段階で正当防衛の成立範囲が限定されるという点で、両者は何ら異なるものではなく、統一的な視座つまり正犯性の有無に基づいて処理すべきである。

照沼説の述べるとおり、原因において違法な行為説はセルフコンシステントといえるものの、適用範囲が限定される。そこで、原因において違法な行為の原理で処理できない事案を別の原理で処理すればいい、というのは考えられなくもない。異なる事案に対して異なる原理を適用することは、まさに類型化の処理方法である。もっとも、統一的視座の志向であれば、照沼説のように原因において違法な行為説の（一部の）趣旨を正当防衛自体の判断に取り込み、「より広範なケースについて妥当し得る『基礎理論』を新たに深く探求していく」[238]こともありうる。特に、一定条件下で先行事情と防衛現場を一体的に評価することは、重要なアプローチであると思われる（以下、「一体化評価」という）[239]。それによって、違法判断の相対化などの問題が避けられ、理論の適用範囲は広くなる。しかしながら、たとえ照沼説のいうとおりに侵害者の「規範的障害」を考慮せずに防衛者の正犯性を判断しても[240]、防衛者が侵害者による侵害までを確実に支配し、正犯性を有するといえる場合は、稀少ではないだろうか。基本的に、意図的・故意的自招防衛の一部しかこれに当たらない。これ以外のすべての場合は、照沼説によれば正当防衛の制限が認められるべきではないが、一考の余地があると思われる。なぜなら、正犯性によって正当防衛が成立しないとすれば、（狭義的）共犯性によっても正当防衛が一定の制限を受けるはずであるためである[241]。実際にも、正犯性とまではいえずとも共犯性がある場合はより多く、それら全部について正当防衛を制限しないのは、寛容すぎると言わざるを得ない。むしろそもそも、正当防衛の判断という違法論の問題において、正犯性という犯罪形態論の概念を基準とすることは、適切ではないと思われる。

---

[238] 照沼・前掲注（218）154 頁。

[239] 同様なアプローチを採っていると考えられる学説として、滝川幸辰『犯罪論序説』（有斐閣、改訂版、1947 年）96 頁、木村亀二『刑法の基本問題』（有斐閣、1979 年）143、149 頁、同『刑法総論』（有斐閣、増補版、1978 年）256 頁以下、杉本・前掲注（182）など。

[240] すなわち、侵害者が自律的に侵害を行うとしても、それは防衛者に事前に把握され、防衛者の思うとおりに推移させ、導かれるものであれば、なお防衛者が侵害を支配し、正犯性を有するといえる。

[241] 共犯性（共犯的関与）によって正当防衛を制限する見解としては、坂下・前掲注（191）19 頁を挙げられる。

4　正当防衛の基礎理論からアプローチする学説

正当防衛の基礎理論からアプローチする学説とは、自招防衛は正当防衛の成立要件を形式的に満たすようにみえるとしても実はそうではない、ということを正当防衛の制度趣旨と正当化根拠[242]に基づいて説明するものである[243]。その中に、社会的相当性原理に基づく学説[244]や自由論モデルに基づく学説[245]などがあるが、優越的利益原理に基づく侵害回避（・退避）義務論[246]は最近注目されており、個人保全原理・法確証原理の二元論に基づく[247]内在的制限論は中国に親和的であるため、以下で紹介する。

（1）　侵害回避義務論（橋爪説[248]）

侵害回避義務論の代表的な論者は、橋爪隆氏である。彼によれば、緊急避難と同様に、正当防衛は利益衝突の合理的解消が制度趣旨であり、利益衡量に基づく優越的利益原理が正当化原理である。したがって、対立する利益の両者を共に擁護するため、侵害の現実化以前の段階においても、利益衝突の回避を要求する余地が生じうる。ただし、防衛者は、過度な負担をかけられるべきではないから、事前に侵害を予期し、かつ正当な利益を犠牲にせずに不正の侵害を回避できる限り、侵害回避義務を課される。そして、侵害回避義務が認められる状況にもかかわらず侵害が現実化した場合、その侵害は、本来事前に解消すべきであるので、規範的には切迫したものといえず、急迫性が否定される。よって、正当防衛も過剰防衛も成立しない。この侵害回避義務論に依拠して、現場へ赴く先行行為や侵害を待ち受ける先行行為のほか、いわゆる挑発行為をも処理できる。

---

[242] または正当防衛の本質、基礎原理、基本思想などとも呼ばれる。

[243] このような学説を、前述の権利濫用説および原因において違法な行為説と共に、合わせて正当防衛の本質論からのアプローチに分類することもある。大塚ほか・前掲注（122）196-197 頁。

[244] 大谷實『刑法講義総論』（成文堂、新版第 5 版、2019 年）284 頁、福田平『全訂刑法総論』（有斐閣、第 5 版、2011 年）158 頁、岡本昌子「正当防衛状況の創出と刑法 36 条」『大谷實先生喜寿記念論文集』（成文堂、2011 年）403 頁以下など。

[245] 坂下・前掲注（144）、同「防衛行為の相当性および退避義務・侵害回避義務に関する考察（一）-（三）」法学（東北大学法学会）（2018-2019 年）82 巻 3 号 1 頁、82 巻 5 号 1 頁、83 巻 3 号 1 頁を参照。権利行為モデルとも呼ばれる。杉本・前掲注（182）。当説は、権利空間（法領域）の機能する仕組みから自招防衛の本質を検討しているので、一種の権利濫用説に分類しうるかもしれない。

[246] 侵害回避（・退避）義務論は後述の橋爪説以外、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一巻』（1998）237 頁以下、佐伯仁志「正当防衛と退避義務」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀・刑事裁判論集上巻』（2006 年）88 頁以下、同「正当防衛論（1）-（2）」法学教室 291 号（2004 年）75 頁以下、292 号（2005 年）72 頁以下などがある。また、いわゆる「メタ原理に基づく制裁論」も、侵害回避義務論と共通するところがある。小林・前掲注（203）諸文章。そこで、侵害が現実化以前の回避義務と現実化以後の退避義務は、区別して論述されることが多いが、両者は実は質的に異なるものではないと思われる。詳細は、後文三（三）1（3）を参照。

[247] 個人保全原理・法確証原理に基づく自招防衛論は後述の山中説以外、斎藤・前掲注（227）209 頁以下、大杉一之「自招侵害における自招行為と侵害行為の関連性について」北九州市立大学法政論集 38 巻 4 号（2011 年）1 頁以下などがある。

[248] 橋爪・前掲注（197）305-327 頁、345-366 頁。

（２）　内在的制限論（山中説[249]）

個人保全・法確証に基づく自招防衛論の代表的な論者は、山中敬一氏である。彼によれば、正当防衛は人間の根源的な防衛権であり、その正当化根拠は二元論の個人保全原理と法確証原理である。したがって、違法な挑発行為を行って侵害を意図的に招致し、かつ挑発行為と侵害との間に客観的帰属連関があるとき、正当防衛が否定されることになる。なぜなら、意図的自招防衛の場合において、自招行為者は、侵害に身を晒すという危険を自ら創出したので、保護される必要がなく、個人保全原理によって正当防衛権を得られるわけがない。法確証原理からも、いわばクリーンハンズの原則[250]に従い、自ら意図的に違法な挑発をなした者は、「法」の立場に立って法秩序を擁護することができない。それに対し、故意的・過失的自招防衛の場合において、自招行為者は、侵害を受けることを望んでおらず、侵害に対する同意を与えたのではないから、原則的に正当防衛を行える。ただし、故意的自招防衛の場合、事情によって法確証の利益[251]が減少するので、補充性の原則が適用される。このような論理は、通説では相当性要件の下に取り扱われているが、実は正当防衛の条文全体の趣旨から導かれる内在的制限であり、自招防衛にとどまらず、「軽微な侵害」や「責任なき侵害」などの場合にも機能する。また、裁判例のいう「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」ことについて、それだけでは正当防衛の成立要件に欠けるというべきではない。挑発などの先行行為がない限り、正当防衛が成立しうる。

（３）　検討

正当防衛の基礎理論からアプローチする学説は、一般的には外部的解決に分類されるものの、山中説が示したように、実は正当防衛の条文の趣旨から導かれるものであり、内在的制限[252]である。そのため、急迫性か相当性か条文全体か、学説ごとに具体的結論が異なるとしても、先行事情による正当防衛の制限を条文と要件論に反映させることは困難ではない。なお、このような、正当防衛の基礎理論に依拠し、既定の類型にこだわらず先行事情を具体的に処理する学説は、最決平成 29・4・26 の示した「趣旨に基づく総合考慮」にも一定の親和性がある。この意味で、正当防衛の基礎理論からアプローチする学説は有力

---

[249] 山中・前掲注（121）479 頁以下、同「正当防衛の『社会倫理的』制限について（１）-（３）」関西大学法学論集（1983 年）32 巻 6 号 972 頁、33 巻 1 号 107 頁、33 巻 2 号 446 頁、川端博＝山中敬一「対談・正当防衛の根拠と限界」現代刑事法 5 巻 12 号（2003 年）5 頁以下など。

[250] 法を遵守する者でなければ法の保護を受けられない、ということである。

[251] ここでは「法確証の利益」に言及したが、山中敬一氏は優越的利益説を採っているわけではない。すなわち、「それ（優越的利益の原則）は、正当防衛の正当化根拠を説明するものではない。せいぜい正当防衛の限界を画するものにすぎない」。「正当防衛においては、利益衡量はそもそも第 2 次的な意味しかもたず…」、「利益衡量説の枠組の中で、法確証原理を衡量されるべき利益の要素の一つに還元する説は、正当防衛の本質を見誤った理論というべきであろう」という。山中・前掲注（121）482-483 頁。

[252] または正当防衛の「固有の論理」などと呼ばれる。永井紹裕「緊急状況の自招と正当化の制限」立教法学 105 号（2022 年）119-120 頁。

であると思われる。

そして、前述した「一体化評価」のアプローチと異なり、橋爪説は、先行事情と防衛現場を二つの事として評価するが、先行事情によって、防衛者に一定の法的効果を課す（以下、「先行事情の法的効果」という）[253]。具体的にいえば、一定の先行事情によって防衛者に防衛現場（衝突状況）を回避する義務を課し、防衛者が回避せず防衛現場に臨むと、義務違反の法的効果としてその正当防衛が成立しなくなる。このアプローチ自体は合理的といえるものの、橋爪説は、利益衝突の解消をあまりにも重視するゆえ、利益衝突の危険が存在しかつ防衛者に認識されれば、回避義務を課しうるとし、正当防衛を過度に制限する傾向を呈している。その実質は、いわゆる不救助罪における普遍的救助義務[254]を課することと同様、他人の利益を保護する義務を社会のすべての人に課することである。しかし、不救助罪が設置されていない現状で、赤の他人に対する救助義務さえ存在しない以上、不正の侵害者に対する救助義務は更に認められるべきではないであろう[255]。なお、橋爪説は、回避義務を課すためには「正当な利益を犠牲にしない限り」と述べながら、「僅かな負担にすぎないなら、適法行為を断念させうる」という結論を出し[256]、結果として正当な利益を犠牲にすることを認める。このような、衝突を解消させるために防衛者の適法な行動を制限する理論は、正当防衛の権利行為性を矮小化し過ぎるのではないか、という批判が向けられている。もっとも、正当防衛の緊急行為性を強調することこそ優越的利益説の本意であり、橋爪説はただ自分の依拠する基礎理論を貫徹しているにすぎない、ということも考えられるのであろう。

次に山中説について、当説は、主観と客観の二つの側面から正当防衛の制限をもたらす先行事情を明確に説明し、かつその結論は従来の議論を踏まえてみれば基本的に妥当であると思われる。ただし、「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」ことのみをもって挑発行為といえず正当防衛が制限されるべきではないと山中説が示したことは、出向き・待受け（・不作為）による自招防衛は許されるべきであることを意味するのか。だとすれば、日本の裁判例や多数説に抵触する一面もある。また、山中説自体が細部の論証においては十分とは言い難い[257]。例えば、正当防衛を制限するには違法な挑発行為が必要であるとされているが、なぜ社会倫理違反では足りず違法でなければならないのか、という従来の疑問に対する有力な解答が出されてない。法確証原理と法

---

[253] 侵害回避・退避義務論、制裁論は基本的にこのアプローチを採っている。

[254] 特定の救助義務がなくても、危険に陥る人を助けなくてはならない、ということである。例えば、ドイツ刑法 323 条 c は、「事故又は公共の危険若しくは危急の際に、救助が必要とされており、その状況によれば救助することが期待でき、とりわけ自身の著しい危険がなくかつそのほかの義務に違背することなく救助を行うことができたにもかかわらず、救助を行わなかった者は、1 年以下の自由刑又は罰金刑に処する」と定めている。小野寺一浩「ドイツ刑法における不救助罪の制定について」福岡大学法学論叢 61 巻 4 号（2017 年）975-976 頁の翻訳を参照。

[255] この点に関する検討として、坂下「正当防衛権の制限に関する批判的考察（一）」・前掲注（144）44 頁以下、山中「正当防衛の『社会倫理的』制限について（２）」・前掲注（249）143-145 頁などがある。

[256] 橋爪・前掲注（197）315-316 頁。

[257] ただし、山中氏はドイツにおける相関の議論を紹介した。山中・前掲注（249）を参照。

確証利益との混用、法確証原理と個人保全原理との関係、挑発行為と侵害との客観的帰属連関が必要な理由などについても、説明がなされていない。もっとも、詳細は後文で検討するが、漠然たる法確証原理・個人保全原理を用いるときはこれらを説明し難いかもしれないが、法確証原理・個人保全原理の具体的内実を明らかにすれば、問題は自然に解明されることになる。

その他、本来、正当防衛の内在的制限に関わるものは、山中説の示した「挑発防衛」、「軽微な侵害」、「責任なき侵害」以外に、「保障関係内攻撃」もある。それはすなわち、防衛者は、侵害者と近親関係や共同生活関係などの（相互）保障関係にあれば、侵害者の侵害に対する正当防衛権が一定程度制限されることになる、という論理である。だとすれば、保障関係は、防衛現場の以前に存在し正当防衛の成否を左右しうる要素として、広義の意味では一種の先行事情と称することも不可能ではないであろう。類似の論理は、中国においても存在し、かつ、先行事情理論の重要な部分として実務において確実に機能している。このような、保障関係に基づく正当防衛の制限は、山中説においては合理性を疑問視されるが、私見では「経験的法確証」から説明しうると思われる（後述する「先行要素」、「民間矛盾」を参照）。

（三）　小括

以上を踏まえ、日本における先行事情の処理方法は次のようにまとめられる。実務上、一定の正当防衛に影響する先行事情を想定して分類し、その有無を基準として正当防衛の成否を判断する、という類型化の処理方法が採られてきた。喧嘩闘争類型から積極的加害意思類型・自招侵害類型を経て最決平成 29・4・26 までの判例の変遷は、類型の具体化と精密化の過程である、というのが主流の理解である。それに対して、同一の上級原理の下で諸類型の統合を試す学説も存在し、これは特に最決平成 29・4・26 の示した「正当防衛の制度趣旨に基づく総合判断」の処理方法に親和的であると考えられる。他方、学説上は多様な自招防衛論が展開されており、権利濫用説や原因において違法な行為説などが提唱されている。その内、正当防衛の基礎理論からアプローチする学説は、適用範囲が広く、結論を条文・要件論に反映させやすく、実務にも親和的であるため、有力であると思われる。ただし、依拠する基礎理論の相違によって、各説の具体的な内容と結論はかなり異なる。

これを参照しながら、次章からは中国における先行事情の処理方法を検討する。

二　中国の実務と学説

第一章で示したように、日本において、正当防衛に影響しうる先行事情は類型化され、先行事情の考慮範囲と効果については、論争が行われつつも、一連の判例や学説によって規範化されているといえる。それに対して、中国の場合、先行事情は正当防衛の「通常の判断基底」と位置づけられており、過度に機能している。すなわち、正当防衛の判断にあたり、防衛現場における事情のみならず、一切の事案に関連する要素が考慮されることに

なる。防衛現場以前の事情だとしても、事案との関連性があれば、例外なく正当防衛の考慮に入れられる。いわば、「事前の起因と事後の結果を明らかにしてから判断すべき」、「事案の全体をみて判断すべき」[258]である。そのとき、挑発や出向き・待受けなどの「行為」は当然ながら、当事者達の関係や身分などの「要素」も考慮される。具体的には、以下のようである

（一）　実務の状況

1　事案①の再検討

第一部で紹介した事案①は、実務における先行事情の処理方法の典型例である。本件事案が防衛現場においては、会社の侵入者を撃退したという防衛状況の様相を呈していたため、世論は被告人らに同情し、正当防衛の判決を呼びかけていた。しかし、裁判所は先行事情にさかのぼって正当防衛を否定した。その判旨は、「挑発」や「武器準備」などの有形的行為を検討し、当事者の主観的態様は防衛の目的いわば防衛意思ではないと認定したことに重点を置きながら、最初の起因となる「賭博債務」の法的性質についても検討した。すなわち、賭博債務は不法利益にあたるため、それを実力で争っていた被告人らの行為は、もともと（防衛現場以前においても）正当性を有しない。また、判旨は被告人らの身分にも言及した。その趣旨は、もし被告人らはＸ社の従業員であれば、自社の安全を保護する権利ないし義務を有し、侵入者のＢらに対抗していたことは正当性を有するといえるが[259]、実は被告人らは闘争のために集まった人員にすぎないから、正当性を有しない、ということであると考えられる。つまり、裁判所からみて、先行事情により、侵害者と防衛者は防衛現場以前においても、すでに一定の正当性あるいは不正性を有していた。それが防衛現場に影響を及ぼし、正当防衛の成否を左右した。このような先行事情の処理方法は、今でも議論され批判されているが、実務に普く採られている。

2　問題の所在

正当防衛の判断にあたって常に多様な先行事情を考慮することは、刑事調査の最善を尽くすこととして、合理性があると考えられなくもない。もっとも、とりわけ下級実務において、「常に多様な先行事情を考慮する」ことが、「常に多様な先行事情によって正当防衛を制限する」ことに変質している。例として、以下の例が挙げられる。

⑲鐘長注故意殺人案[260]

事案の概要　Ａは、自分の麻薬製造工場が警察に発見された後、銃を持って仲間のＢと一緒に車で逃走していた。途中でＡが被告人甲に電話して助けを求め、甲は、ＡとＢ

---

[258] 指導意見・前掲注（25）。

[259] 中国刑法において、業務行為は犯罪阻却事由として規定されていないため、そのような行為を正当防衛や緊急避難で処理することはありうる。一方、刑法上の明文がないにもかかわらず、業務行為を認定し無罪と判決した事案も存在する。例として、「莫某某故意伤害案」（2017）桂 1321 刑初 11 号。

[260] （2005）泉刑初字第 5 号、（2005）闽刑终字第 528 号。

が銃を持っていることを知りながら、A と B を幇助して共に他地域へ逃亡しようとしていた。途中、逃亡がうまくいかなかったため、A と B は甲を疑い、手錠を甲にかけ、「お前、俺らを裏切って警察に通報したか」と詰問したり「死ね」と恫喝したりして、甲の腹に銃撃した。そこで、甲は A、B の不意をつき、手錠を破壊し銃を奪い B と撃ち合い、B を銃殺して逃げた。

判決要旨 一審裁判所は、「甲は、A と B が犯人であることを知っていたにもかかわらず、A と B の逃亡を幇助した。途中、甲が A、B と喧嘩になり、お互いに銃撃し、どちらの行為も不法行為にあたる」と示し、甲の正当防衛を認めなかった。ただし、「B らによる拘禁、恫喝、銃撃を受けていた甲は、孤立無援の窮境に陥り絶望を感じ、強烈な精神的刺激を受けた。このような状況で行った殺人行為は、激情殺人[261]にあたり、罪として情状が比較的に軽い」と認定した。それに対して二審裁判所は、「甲の行為が犯人蔵匿罪にあたるのは確実である。ただし、B との闘争において、A が進行している不法侵害から本人の生命の安全を守るため、不法侵害者の C を銃殺したことは、正当防衛の成立要件を満たし、刑事責任を負わない」と判決した。

判旨からみると、一審裁判所は甲の犯人蔵匿行為という先行事情に鑑みて、防衛起因の存在を否定して正当防衛を認めなかった。すなわち、甲が違法な行為を行ってから A と B に侵害される状況に至ったので、「どちらの行為も不法行為にあたり」、正対不正という正当防衛の前提が存在せず、正当防衛が成立しない。しかし、犯人蔵匿行為という先行事情において甲が正当性を有しないことは確かだが、それによって、甲が後の衝突状況においても正当性を有しないと評価することは、疑わしいのではないか。甲の犯人蔵匿行為と A、B の侵害行為は、一定程度上関連するといえるものの、実はただの偶然または異常にすぎないと思われる。なぜなら、犯罪者を幇助する者が必ずしも犯罪者に侵害される状況に至らないからである。むしろ、犯罪者に感謝されるのが一般的であり、犯罪者に侵害されるのは異常であり経験上相当ではない。このような偶然の事情によって防衛者の正当防衛権を否定するのは、合理的ではない。そのため、二審裁判所が犯罪蔵匿罪の場面と「B との闘争」の場面を分けて検討し、「B との闘争」における正当防衛を認めた。

また、一審裁判においても認識されたように、防衛現場で甲は銃撃されて生命にかかわる危険に晒されており、かつ「孤立無援の窮境に陥り」いわば回避不能であった。たとえ甲の犯罪蔵匿行為によってその正当防衛を制限するとしても、生命にかかわる危険を受忍させるように要求するのは過酷である。つまり、正当防衛に影響しうる先行事情であっても、その効果は限界がある。

⑳孫明亮正当防衛案[262]

事案の概要 被告人甲とその友人乙は、女子らが被害者 A とその仲間達に強引にナンパされていたのを見て、阻止したところ、A らと殴り合い、A らを撃退した。甲が女子らを家まで送って行った間に、A らは甲らに報復するため、九人の仲間を集めた。そし

[261] 憤激による殺人のこと。罪名ではなく、一種の減刑事情である。

[262] 「最高人民法院公报」2 号（1985 年）。北大法宝 CLI.C.81754 を参照。

て、甲らを見つけて、路地裏で甲らを囲んで殴っていたが、甲は常に携帯していたナイフを用いてAを一回刺突し、Aが倒れた機に乗じて逃げた。その後、Aが死亡した。

判決要旨　一審において、甲の行為は喧嘩闘争にあたると認定され、甲は故意傷害罪で有期懲役15年の判決を言い渡された。二審において、再審裁判所は、「Aらが女子に対してごろつき行為を行っていた。それを阻止した甲らの行為は、ごろつき同士の喧嘩闘争ではなく、公民の積極的に違法犯罪と闘争する正義行為であり、肯定、支持されるべきである。その後、Aらに報復されていた状況において、甲が進行していた不法侵害を免れるため、ナイフを用いて反撃したことは、正当防衛にあたり合法である。ただし、必要な限度を超え、あるべきでない危害をもたらしたので、過剰防衛にあたる」と示し、故意傷害罪で有期懲役2年、執行猶予3年の判決を甲に言い渡した。

本事案が事案⑲と異なるのは、防衛状況が、確かに先行事情によって招致されたものといえることである。なぜなら、ごろつきの違法犯罪行為を阻止してからごろつきに報復されるのは経験上相当であり、異常でも偶然でもないためである。それゆえ、本事案は、「やってからやり返された」喧嘩闘争の様相を呈し、一審裁判所に正当防衛を否定された[263]。しかし、二審裁判所が示したように、先行事情において甲らが行った行為は正義行為である。正義行為を行ったがゆえに正当防衛権を失ったのは、如何にも妥当ではない。むしろ、このような先行事情によって防衛者の正の性質が特に強いので、「肯定、支持されるべきであり」、正当防衛の成立には有利である。

㉑王永順故意傷害案[264]

事案の概要　被告人甲は、田畑の測量の件についてAと口論しAの顔面を殴り、他人に宥められて自宅に帰った。これを知ったB（Aの息子）が、C、D、Eを集め甲宅へ赴き、甲に「始末をつけてもらおう」とした。同時に、甲は他人からBらの到来を知らされて気をつけるよういわれた。そして、Bらが甲宅の門前に到達し、甲を呼んでも応答がなかったため、門を蹴り開けて甲宅に侵入した（Cが水道管を武器として持っていた）。そこで、甲は予め準備した槍を用いてBらと対抗し、BとEを傷つけた。最後、Bが死亡し、Eが軽微傷であった。

判決要旨　「甲は、Bらの到来を予期しながら、内心では相手との闘争に構えていた。そのため、甲の行為は正当防衛の成立要件を満たさず、正当防衛には当たらない」。

本事案の判旨は極めて簡略であるが、「予期」および「内心では相手との闘争を構えていた」という主観的態様を認定したことは、先行事情によって防衛意思を否定する典型例

---

[263] 要件論における反映は不明である。これは、ただ本件事案を掲載した文献に示されなかったと考えられる一方、判決自体に示されなかったとも考えられる（そもそも、本件事案は相当古い事案であり、その時代では正当防衛の成立要件が整理されていなかった）。ただし、従来喧嘩闘争と認定された事案は、ほとんど防衛意思の欠如に反映させた。

[264] (2018)湘11刑初43号、(2019)湘刑終280号。

である[265]。しかし、本事案において、予期と武器準備の先行事情があっても、それのみをもって防衛意思を否定すべきではないと思われる。なぜなら、具体的事実をみて、自宅にいた甲は挑発などの行為をしたことがなく、B らの呼び出しに対しても応答せず、闘争への積極的な意欲があるとは考え難いからである。そのため、本判決に支持する意見であっても、先行事情の段階では甲の防衛意思を否定できないと認めた[266]。一方、客観的にみれば、本事件は確かに甲の違法殴打行為によって引き起こされたものであるので、甲に衝突を解消する義務を課し、またはその防衛行為を制限する余地はある。だとすれば、甲が充分に回避せず、直ちに致命的手段を採って B らに対抗した行為は、なお正当防衛と認められるべきではない。つまり、本事案は、予期と武器準備という先行事情によって防衛者の防衛意思を否定することよりも、違法な自招行為という先行事情によって防衛起因あるいは防衛限度を否定するほうが合理的であると考えられる。

以上のように、下級実務において、先行事情による正当防衛制限は過度に及んでいるので、それを規範化する必要がある。そのためには、次の二つの問題を解決しなければならない。第一に、先行事情の考慮範囲、つまりいかなる先行事情が正当防衛に影響しうるのか。偶然に防衛現場（衝突状況）を惹起した先行事情（事案⑲）や、正当な先行事情（事案⑳）によって防衛現場を惹起した先行事情は、正当防衛を制限すべきではない。第二に、先行事情の効果、つまり正当防衛に影響しうる先行事情がどのような効果を有するのか。正当防衛の成立に有利な先行事情もあると考えられるし（事案⑳）、正当防衛を制限しうる先行事情であっても、正当防衛ないし過剰防衛の成立の可能性を完全に否定するわけではない（事案⑲）。また、先行事情の効果を要件論へ反映させることも要検討である。一律に防衛意思の欠如に反映させる（事案㉑）という実務の習慣は、再考の余地がある。これらの問題は、従来指摘され検討されたことがあるものの、解決されたとはいえない。具体的には、次節で検討する。

（二）　学説上の検討

学説上、先行事情の扱いが重要な課題として意識され、検討され始めた契機は、事案①である。事案①につき、防衛現場では完璧な正当防衛の様相が呈されていたため、先行事情の扱いが正当防衛判断の要となり問題、すべての論争はそれを巡って展開していた。主として、以下の検討が展開されている。

1　具体的事実認定

先行事情問題について、最も検討されているのは具体的事実認定である。すなわち、先行事情を広範に考慮すること自体は特に問題ではないものの、実務がそれぞれの先行事情

---

[265] 周治华「王永顺故意伤害案——对非法侵入住宅者实施防卫的性质分析」人民司法・案例 32 期（2019 年）4 頁以下。また、日本においては急迫性の否定となる可能性が高いが、中国においては、急迫性が要件とされておらず、防衛者の主観的態様がすべて防衛意思要件で扱われている。第一部第二章を参照。

[266] 周治化・前掲注（265）。

の意義を正確に理解していない、ということである。だからこそ、先行事情による正当防衛制限が過度に及んでいる。したがって、それぞれの先行事情が各要件の判断においていかなる意義を有するのかを明らかにすれば、実務の事実認定を是正することができる。そこで、防衛意思の認定は最も検討されている。「防衛意思の判断において、予期と武器準備は当然考慮されるべきであるが、それのみで侵害意図があると認定することはできず、武器の使い方などを合わせて考えるべきである」ということや、「挑発行為は典型的な侵害意図の表現であるが、軽微な口論や売り言葉に買い言葉のレベルの挑発は侵害意図の存在を証明できない」ということなどは、よく指摘されており、共通認識となっている。事案①についても、「言語挑発と武器準備によって被告人の防衛意思を否定することは妥当ではない。なぜなら、武器を準備し人員を集めたことは、喧嘩闘争の故意の体現ではなく、防衛の意思の体現であるともいえる」という批判がある[267]。そのほか、「言語挑発、武器準備または待受けのみで被告人の防衛意思を否定するのは性急である。事前において被告人と被害者が口論したが、それはあくまでも『売り言葉に買い言葉』にすぎない。なお、被告人はあくまでも攻撃されてから反撃した。…ただし、被告人の反撃手段から強烈な加害意図がみえるため、防衛意思要件が満たされず、正当防衛が成立しない」[268]という指摘もある。このような、個々の具体的事実を巡って分析することは、刑法理論の検討よりも、実務の認定基準への指摘である。そのため、明確であり応用されやすい一面があるが、根拠不明で整合しておらず、体系的な理論とは言い難い。なお、そもそも事案の状況は多種多様であり千変万化し、典型的な先行事情以外に特殊な先行事情も存在し、すべての先行事情の意義を想定し説明するのは不可能であろう。つまり、具体的事実認定を巡る検討は、不可欠といえる一方、先行事情問題の解決には足りない。

2　要件論修正

そして、先行事情問題を契機として、正当防衛の成立要件とりわけ防衛意思要件を修正しようとする意見が再度挙がった。それによると、正当防衛の成立要件が厳格でなければ、たとえ先行事情が広範に考慮されても、正当防衛の制限にはなり難い。例えば、事案①について、「防衛意思を正当防衛の成立要件としない限り、被告人らの行為は正当防衛と認められる余地がある」という見解がある[269]。そのほか、実務が防衛意思を厳格に要求しているため、過去の葛藤によって防衛者が侵害者に恨みや報復などの感情を抱く場合は防衛意思が認められないが、防衛意思の要求を緩和し、防衛的意思と攻撃的意思の共存を認めるのであれば[270]、防衛意思が認められ正当防衛が成立しうる、という見解もある[271]。確かに、（指導性案例・指導意見以前において）中国における正当防衛の成立要件は過度に厳格であり、修正されなければならないところがあると思われる。しかしながら、要件論の

---

[267] 陈璇「克服正当防卫判断中的“道德洁癖”」清华法学 2 期（2016）53 頁。

[268] 姚一鸣＝黄晓梦「主动挑起斗殴后被动方的行为性质」人民司法・案例 18 期（2013）72 頁。

[269] 欧阳本祺「正当防卫：老问题需要新思维」刑事法判解 1 期（2014 年）1 頁以下。

[270] 日本判例（最判昭和 50・11・28 刑集 29 巻 10 号 983 頁など）の理論を援用するものである。

[271] 储・前掲注（72）。同旨は陈・前掲注（267）、张・前掲注（42）、魏东「正当防卫的重要法理研讨——以于欢故意伤害案等典型案例为视角」刑法解释 1 期（2020 年）341 頁などにも示された。

修正に関する論理的説明が充分になされていないほか、要件論を修正することだけでは先行事情の問題を解決できない。なぜなら、事案①において、正当防衛が否定された理由は防衛意思の欠如のみならず、賭博債務という防衛起因に関わるものもあるからである。攻撃的意思が許されても、過去の葛藤によって防衛者が侵害を回避すべき立場に立てば、正当防衛がなお成立し難い。これをどのように理解するのかは、要件論の解釈のみをもっては説明し難い。つまり、先行事情による正当防衛制限は、解釈論として要件論に反映させる必要があるが、要件論を超過する内容もあり、むしろ超過する部分こそ先行事情問題の要である。要件論以内で先行事情問題を処理しようとすることは、実は先行事情問題の特殊性を認識していない。

3　特別的先行事情理論

前述の具体的事実認定と要件論修正に関する検討を超えて、先行事情問題の特殊性を意識し、特別の先行事情理論を構築する学説も存在する。特に、日本のように、正当防衛を制限しうる先行事情を類型化する試みがある。そこで、「挑発防衛」および「喧嘩闘争[272]」という二つの類型が整理された。前者が学説において検討され、後者が実務においてよく機能している。しかし、このような試みは、いまだ未熟な段階にとどまっているといえる。

まず、「挑発防衛」と「喧嘩闘争」の定義は明確でなく、互いに区別できない。これは、定義が学説ごとに異なるためであると考えられるが、同一学説においても、「挑発防衛」と「喧嘩闘争」の区別は明らかではない。例えば、張明楷氏によれば、「挑発防衛とは、相手を侵害するために、故意に相手による攻撃を招致し正当防衛の口実として、相手を侵害する行為である」、「喧嘩闘争とは、双方が相手を侵害する意図で攻撃し合う行為である」という[273]。したがって、挑発防衛の場合、相手が防衛の意図でなく侵害の意図で攻撃してくると、喧嘩闘争ともいえる。逆もまた然り、喧嘩闘争の場合、事前に挑発行為があれば、挑発防衛ともいえる。両類型の区別がつかず、強いていっても、正当防衛を口実とするか否かの違いにすぎない。つまり、両概念の内容はだいぶ重畳している。そのため、多くの学説は挑発防衛と喧嘩闘争を並列せず、その一方のみを検討する[274]。あるいは、挑発防衛と喧嘩闘争を混用して、理論的検討においては挑発行為を使い、実務の検討においては喧嘩闘争を使う[275]。

そして、類型化の諸説の具体的内容も、検討の余地があると思われる。例として、次の二つの学説をみよう。

---

[272] 中国語では「打架斗殴」または「互殴」といい、本論文では統一して「喧嘩闘争」という。

[273] 张・前掲注（42）205-206 頁。

[274] 例えば、储陈城氏が主に挑発防衛を検討しており、陈兴良氏、赵运锋＝吕科言氏が主に喧嘩闘争を検討している。储陈城「防卫挑拨之正当防卫权丧失与限制」刑事法判解 1 期（2014 年）31 頁以下、陈兴良「互殴与防卫的界限」法学 6 期（2015 年）129 頁以下、赵运锋＝吕科言「论正当防卫语境下的互殴认定」政法学刊 1 期（2022 年）465 頁以下。

[275] 例として、魏・前掲注（271）。

（1）　陳説

陳興良氏が諸裁判例を分析し、次のように喧嘩闘争という類型を整理した[276]。喧嘩闘争とは、当事者が主観上の不法侵害の故意によって、客観上の連続的な相互侵害行為を行うことであり、防衛意思の欠如で正当防衛と区別する。具体的には、まず、事前において積極的加害意思[277]などの喧嘩闘争の意図を有する場合しか喧嘩闘争と認定できず、即時に不法侵害に反撃する場合は喧嘩闘争と認定できない。そして、反撃するために武器を準備することは、行為の防衛性質に影響しない。なお、喧嘩闘争にあたる行為は一般的に過剰防衛・正当防衛にならないが、闘争中、一方が突然侵害を加重しまたは致命的凶器を使用すれば、他方は自己の生命を保護するための正当防衛権利を有する。加えて、陳氏が事案①について、以下のことを示した。第一に、事件の起因は賭博債務であり不法利益の争いにあたるため、正当防衛の起因合法性要件を満たさない。第二に、当事者双方の目的は暴力で不法債権の実現あるいは減免を遂げることであり、衝突前では既に喧嘩闘争の意図を有した。それゆえ、当該事件は喧嘩闘争にあたり正当防衛が成立しない。

陳興良氏の理論は、実務における先行事情の処理方法を総括し、学説上の有力説に依拠して少し修正したものである。よって、その結論は基本的に妥当とされる（ただし、不整合なところも見られる。例えば、防衛意思要件でしか正当防衛と喧嘩闘争を区別できないと言いながら、賭博債務という先行事情の効果を防衛起因要件の否定に帰結した）。なお、日本における積極的加害意思の概念を援用し、実務のいう「喧嘩闘争の意図」の意味を解釈することは、その特徴である。ところが、陳説は論理的説明に欠けている。先行事情の考慮範囲について、武器の準備や賭博債務などの、具体的先行事情の考慮の当否を判断したが、その判断基準は不明である。先行事情の効果についても、防衛意思の欠如で喧嘩闘争における正当防衛ないし過剰防衛を認めないながら、例外状況を付き加えたが、その理由は充分に説明していない。つまり、陳説は実は、事実認定および要件論修正にとどまる学説と同様、原理レベルの検討に深入りして自説を裏付けることを為していない。この意味で、陳説は既存の妥当とされる結論を整理した一方、体系的な先行事情理論を構築できたとまでは行かない。

（2）　魏説

魏東氏がドイツの理論を参照して、挑発防衛について次のように論述した[278]。法確証原理によって、挑発防衛には非難に値する挑発防衛と非難に値しない挑発防衛がある。非難に値する挑発防衛とは、故意に社会倫理に違反する挑発行為を行って他人の攻撃を招き、それに反撃することであり、挑発者の主観的態様によって、意図的挑発防衛と非意図的挑発防衛に分類できる。ただし、実務において挑発者の主観的態様を認定することは極めて困難であるため、意図的挑発防衛と非意図的挑発防衛を区別しなくても良い。非難に値する挑発防衛において、挑発者の防衛権が制限される。具体的には、挑発者はなるべく回避および防御的防衛手段を採るべきであり、それでも重大な侵害を免れないなら、攻撃的防

---

[276] 陈兴良・前掲注（274）。

[277] 日本における積極的加害意思論を援用するものである。

[278] 魏・前掲注（271）。

衛手段を採れる。ただし、挑発行為自体が重大な違法犯罪行為であれば、挑発者は防衛権を失う。そして、魏氏が事案①について、以下のことを示した。当該事件は、当事者両方が相互に挑発していた事件であるが、挑発防衛の法理で処理できる。すなわち、先に手を出した鉈隊は防衛権を失った。後に手を出した包丁隊は、本来は回避および保護的防衛手段を採っても侵害を免れない場合に当防衛権を行使できるが、実際には回避や警告もしなかったため、その行為が防衛性質を有しなかった。

魏説は、先行事情の考慮範囲と効果を明らかにしたのみならず、その理由も、法確証原理という正当防衛の基礎原理に依拠して説明した。従来の学説と比較して、より整合的、体系的であり、一定程度のセルフコンシステントに達した。ただし、その具体的内容、例えば「意図的」と「故意的」を区別しないことは、ドイツの理論の本来の趣旨を歪めたのではないかと思われる。また、ドイツの理論を直接援用する魏説は、中国との親和性が少ないと言わざるを得ない。特に、条文や要件論における反映は困難であり、実際に魏説において反映されていない。そもそも、同様に法確証原理を語っていても、各学説は法確証原理に対して理解が大きく異なり、そこから導出した先行事情の処理方法も同一ではない。中国に相応する先行事情理論を探究しようとすれば、中国における法確証原理（および個人保全原理）を明らかにした上で、それに依拠して検討すべきである。

そのほか、魏説は、挑発行為類型の先行事情しか処理できず、それ以外の先行事情については別の原理に頼っている。例えば、事案①において検討される先行事情は、挑発行為以外、賭博債務や従業員の身分もある。それらについて、魏説は、「自社で侵入者を撃退するものは、特に正当防衛権が認められるべきである」といい、従業員の身分があれば正当防衛の成立には有利であると認めたが、それを法確証原理でなく「城の原則」[279]を援用して説明している。賭博債務には、言及していない。つまり、魏説は適用範囲が限られる（これにつき、前掲の陳説も同様）。法確証原理という正当防衛全般の基礎理論に依拠しつつも、限定的な先行事情に適用する結論のみを導出したことは、不充分であると思われる。無論、それぞれの先行事情が質的に異なり、異なる原理によって機能するのであれば、それを分類して検討するのは当然である。挑発行為類型以外、「違法起因」という類型を設定して賭博債務のような先行事情を処理し、「城の防衛」という類型を設定して従業員の身分のような先行事情を処理することは、考えられなくもない。しかし、逆にいうと、それぞれの先行事情が共通性を持ち、同一の基礎原理の下で理解されうるのであれば、それらを一つの理論体系において処理することも可能である。実際に、挑発行為であれ賭博債務であれ従業員の身分であれ、同様に防衛者の正当性に影響する客観的先行事情にあたるので、他の法理を援用せずとも、法確証原理の下で処理しうる（詳細は後文検討）。むしろ、できる限り、多数の先行事情を一つの理論体系において処理すべきである。なぜなら、実際に存在する先行事情は想定された典型例に限らず千差万別であり、それらに一々対応し類型を設定し、個別的に処理するのはきりがないためである。とりわけ中国では、多様な先行事情が考慮されているため、汎用しうる一般的な先行事情理論が求められる。

---

[279] 城の原則（Castle Doctrine、Castle Law、Defence of Habitation Law）とは、自宅や自動車等を城に見立て、防衛者がそこにおいて侵入者に対抗する行為は、より寛容的に許す、という法理である。とりわけ米国において認められている。

日本の実務においても、比較的に精密な積極的加害意思類型と自招防衛類型が確立された後、先行事情の処理は規範化、標準化された一方、既定の類型と標準に固執し、不適切な判旨を出す下級審裁判例も現れていた。それに対して最決平成 29・4・26 が「趣旨に基づく総合判断」を提唱したことは、まさに汎用しうる一般的な先行事情理論の必要性を体現した。また、「趣旨に基づく総合判断」は裁判員裁判に適応するための判断構造である、ともされている[280]。これについて、中国でも同様、正当防衛が社会問題となり人民に注目されているため、多数人に理解されうる判断構造が求められる。

とはいえ、本論文は類型化に反対するわけではない。ただ、先行事情類型の具体化と細分化のみならず、先行事情類型の抽象化と体系化も不可欠である、ということのみである。すなわち、待受けや出向きなどの外見上の態様に基づき先行事情を精細に分類して検討すること以外、基礎理論の下で先行事情の実質と効果を把握し整理する作業も行うべきである。前者を行えば、直接応用しうる明確な判断基準を導出できるが、後者を行ってこそ、判断基準を整合でき、汎用しうる一般的な理論を構築できる。

（三）　小括

以上のように、中国の実務において、先行事情が正当防衛の判断に大いに影響しており、ひいては、その考慮範囲と効果が不当に拡大されている。この問題は、気づかれ検討されたことがあるものの、事実認定と要件論修正の延長線に位置づけられ独立の課題とされず、あるいは原理レベルで検討されていない。つまり、中国における先行事情理論は、わりと早期の段階にとどまっており、先行事情問題の解決には不十分である。

そこで、第一章で検討した日本の状況に鑑みれば、正当防衛の基礎理論からアプローチする先行事情学説が有力であり、参照しうる。ただし、中国における先行事情理論を構築しようとすれば、正対不正を重視するという中国の特徴と整合させなければならない。かつ、理論の汎用性、一般性も配慮すべきである。これを踏まえて、次章からは先行事情の考慮範囲と効果を巡り、中国における先行事情の一般基準を試論する。

三　先行事情考慮の範囲と効果

すでに述べたように、中国において、正当防衛の本質たる「正対不正」は極めて重視されているため、正当防衛の判断は究極的に、「侵害者の不正性」と「防衛者の正当性」により決着される。したがって先行事情も、「侵害者の不正性」と「防衛者の正当性」に影響しうる限りで考慮されることになる（前者は、一般的には侵害の不法性（日本では急迫不正の侵害の「不正性」）という別の要件で検討され、先行事情の中では検討対象とされていないが、特に中国のように先行事情を広範に捉えて考慮する場合には、不正性も先行事情に左右される場合が十分にありうるので、先行事情論において検討する必要がある）。ところが、不正性と正当性の検討に進む前に、先行事情は防衛現場とは場所的・時間的隔

[280] 佐伯・前掲注（39）30 頁。

たりがあり、防衛現場とは別の事情であるから、本来分けて処理されるべきであろう。仮に防衛者が先行事情の段階で正もしくは不正の立場に立っていたとしても、それに応じて防衛者の防衛現場における立場も決まるとは限らない。先行事情が防衛現場に影響することの前提条件として、防衛現場と先行事情との間の一定の関係のあることが必要である。この関係について、以下で検討する。

（一）　前提条件

第二章で紹介したように、中国の特徴として、正当防衛に影響する先行事情の中には、一般的な行為（以下、「先行行為」と呼ぶ）以外に、特別な要素（以下、「先行要素」と呼ぶ）も含まれる。両者は性質が異なるため、分けて検討することとする。

1　先行要素

実務において機能している先行要素としては、「身分」[281]、「場所」[282]、「精神的動揺」[283]および「民間矛盾」[284]などが挙げられる。このような先行要素が法令や契約などの規範的法秩序で特別に規定されている場合、これが法的効力を有し、正当防衛の成否に影響するのは当然である[285]。例えば、中国において、「防衛者は、侵害者が刑事責任無能力者又は刑事限定責任能力者であることを認識した場合、なるべく他の方法で侵害を避けるあるいは制止すべきである」[286]という規定があるため、「侵害者の責任能力の欠如」という先行要素は正当防衛を制限する方向で影響を及ぼす。また、事案①の被告人らの中には、挑発行為を行わずに侵入者に対抗したものもいた。そのような被告人が、もし真の従業員の身分（とりわけ警備員の身分）を持ち、契約によって侵入者に対抗する権利を有し、あるいは義務を負うのであれば、正当防衛の成立する余地がないとは言えない。

ところで、法令や契約などの規範的法秩序ではなく、社会秩序や社会観念などの経験的法秩序に基づく先行要素は、私人に権利や義務をもたらし、正当防衛に影響しうるのか。結論から言えば、中国の実務においては経験的法秩序が正当防衛の法確証の対象とされて

---

[281] 侵害者に対抗する義務を有する身分のあることは、正当防衛の成立に有利である。例として、「孙某某故意伤害案」（〈2018〉 鲁 0902 刑初 59 号）における警備員の身分など。それに対して、侵害者に対して保護義務や受忍義務を有する身分であれば、正当防衛の成立に不利である。例えば、近親身分や（侵害者の）限定責任能力者・責任無能力者身分など。指導意見・前掲注（25）、「覃慢远故意伤害案」（〈2019〉桂 1226 刑初 65 号、〈2019〉桂 12 刑终 221 号）。

[282] 例えば、防衛者が自宅や会社などの場所で侵入者に対抗するとき、その防衛権は通常より増強する。事案②を参照。

[283] 防衛者の精神的動揺が防衛起因、防衛時間、防衛限度の判断に影響する。指導意見・前掲注（25）、事案⑰、「涞源反殺案」、「盛春平正当防卫案」を参照。

[284] 民間矛盾によって引き起こされた衝突においては、正当防衛が制限される。事案⑬、「刘金胜故意伤害案」指導意見添付案例・前掲注（25）を参照。

[285] 日本においても、住居等の侵入者に対する防衛行為は通常より寛容的に許容されるため、「自宅にいる」などの先行事情が正当防衛の成立に有利な影響をもたらすことは明白である。「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律」、最決平成 6・6・30 刑集 48 巻 4 号 21 頁を参照。

[286] 指導意見・前掲注（25）

いるため、社会秩序や社会観念に基づく先行要素であっても正当防衛に影響しうる。その典型例が、第一部で紹介した民間矛盾である。ただし、本論文の立場からみれば、民間矛盾を始めとする経験的法秩序に基づく先行要素の効力（正当防衛の判断に影響を与えること）を認めるとしても、それを機械的に運用すべきではなく、各経験的法秩序の性質を理解した上で、効力の限界を具体的に把握すべきである。例えば、近隣関係という民間矛盾の要素について、その本質は、当事者双方が一定の範囲内で共同生活を営んでいることである。したがって、平穏で円滑な共同生活のため、騒音や共用施設を巡るトラブルなどの共同生活を送るうえでの争いごとについては、当事者に一定程度の相互受忍義務を課し、正当防衛権の行使を制限するということがありうる。ただし、事案が、たとえ最初は共同生活上のトラブルによって発生したとしても、刀傷沙汰のような重大な事件に至った場合には、もはや共同生活上の受忍義務の範疇から逸脱したというべきである。その場合、防衛者の正当防衛権が近隣関係に影響される道理はない[287]。すなわち、隣人が共用施設を違法に占用しているだけのときは、近隣関係という先行要素が機能し相互受忍義務が課されるため、直ちに武力で相手を撃退することは正当防衛とされるべきではない、という考えにも一理ある。一方、隣人が共用施設を違法に占用するために刀を用いて襲ってきたときは、近隣関係という先行要素は機能せず、直ちに反撃することは正当防衛と認められうる。また、隣人が単なる愉快犯的な動機から侵害してくるときも、その行為は共同生活と全く関係がないため、それに対する反撃は近隣関係に影響されず、正当防衛と認められうる。

また、民間矛盾は、ドイツで議論される保障関係内攻撃という概念に類似するところがあるが、保障関係内攻撃に対する検討は、必ずしも民間矛盾には適用しえないと思われる。まず、保障関係内攻撃であることが正当防衛を制限する理論的根拠について、保障人的義務説と法確証説がある[288]。保障義務説は、不作為犯理論における保障人的義務（保障人的地位）の理論が正当防衛の場面においても機能し、保障関係内攻撃に対する正当防衛は、保障人的義務の理論と正当防衛の基礎理論との相互作用によって、制限を受けることになる、とする。確かに、保障関係に基づいて一定の法的効果が生じるという点では、保障関係による正当防衛の制限は保障人的義務に重なるところがある。しかし、例えば、医者は患者に対して保障人的義務を負うが、患者の攻撃に対しては正当防衛を制限されない[289]、というように、両者は機能する範囲が大きく異なっている。そして、両者は法的効果の点でも異なる。保障人的義務の法的効果は、対象者を危険から救出するよう要求することである。それに対して、保障関係による正当防衛の制限の法的効果は、あくまでも、対象者

---

[287] ちなみに、たとえ経験的法秩序を極めて強調し、刀傷沙汰においても近隣関係を機能させるという立場を採ったとしても、正当防衛は依然として成立すると理解しうる。すなわち、中国における正当防衛の正当化根拠は「法確証・個人保全」の二元論であるため、たとえ防衛者の行為が経験的法秩序を確証する行為といえず、法確証原理によっては正当防衛が成立しないとしても、なお個人保全原理によって正当防衛が成立しうるのである。特に、身体や生命などの重大な利益が侵害されうる場合はそうである。

[288] 山中「正当防衛の『社会倫理的』制限について（２）」・前掲注（249）515 頁以下。

[289] 例外として、患者の攻撃が医療行為による通常ないし不可避の身体反応であれば、それに対して医者は直ちに反撃すべきではない、ということも考えられる。ただし、これは保障人的義務というよりは、業務の一内容にあたるであろう。

に傷害を加えないよう要求することであり、両者は同じ義務ではない。したがって、やはり、保障関係に関わる正当防衛の制限は、正当防衛自体の基礎理論である法確証原理から考えるべきである。ここでは、規範的法確証の角度から検討することもありうるかもしれないが、中国における民間矛盾については、第二部で検討したように、経験的法確証の角度から検討するほかない。もっとも、これに対して「『経験的』確証を意味するなら、配偶者の激しい暴力的攻撃は、被攻撃者にとっては、家族外の『通常の』抗争よりも危険性が少ないとは言いえないことはすでに証明されている」[290]という指摘が向けられる。確かにこの指摘はもっともだが、他方で、そのような激しい侵害、すなわち保障関係の範疇から逸脱したものについてはたとえ保障関係内にあっても正当防衛の成立を制限すべきではない、という侵害の程度による振分けを受け入れるのであれば、経験的法確証の角度から、民間矛盾・保障関係内攻撃によって正当防衛が制限されることはなお説明しうる。

以上を小括すると、先行要素は、規範的法秩序が確かに効力を持ち、経験的法秩序が私人に権利や義務を生じさせる限りにおいて正当防衛に影響を与えうる。

2　先行行為

ここにいう先行行為は、伝統的な自招・挑発行為（つまり、暴力や罵詈雑言を仕掛けるなどの積極的動作で、本来侵害意思を持たない人の侵害を惹起すること）以外に、出向き・待受けなどで既に発生していた侵害に臨む行為も含み、広義の自招行為と称しうる。先行行為が正当防衛に影響するには、少なくとも、因果性が必要であると思われる。

（1）　因果性の必要性

ここにいう因果性とは、先行行為と防衛現場（衝突状況）の、「先行行為によって防衛現場が創出された」、「防衛現場の発生は先行行為の仕業だ」という関連性を指し、犯罪構成要件における因果関係と同義である[291]。因果性を犯罪構成要件において論じはじめたのは、この百余年にすぎず[292]、あくまでも既存の概念を用いて基準としたものであるから、右議論においてはじめて因果性の概念が発明されたわけではない。言い換えれば、因果性は本来、実行行為と結果の関係の文脈でのみ語られるものではなく、先行行為と防衛現場についても、論ずべきものと考えられる。

ではなぜ先行行為が防衛現場要件に影響するために因果性が必要なのか。これについて、二つのアプローチから考えられる。一つは、「一体化評価」のアプローチである。すなわち、先行行為と防衛現場には一定の場所的・時間的隔たりがあり、外見上二つの事象にみえるとしても、因果性が確実に繋がっている場合には、一連一体の行動における前後の段階（因果経過）にすぎず、両者を合わせて考察し評価すべきである。したがって、たとえ

---

[290] 山中「正当防衛の『社会倫理的』制限について（2）」・前掲注（72）520 頁以下

[291] 他方、共犯論の領域においても因果性が論じられるが、その因果性には、「心理的因果性」も含んでおり、構成要件理論における因果性とはやや離れたものであると考えられる。本論文における先行行為と防衛現場の因果性には、そのような特別な因果性を含まない。

[292] 足立昌勝の紹介する Reinhart Maurach の見解を参照。足立昌勝「刑法における因果関係論の批判的考察(1)：刑法における因果関係の哲学的基礎」法經論集 31 巻（1973 年）18 頁、19 頁。

防衛現場においては正対不正の態様を呈していても、先行行為における防衛者の不正性があれば、総合的には不正対不正の関係であり、正当防衛が成立しない[293]。もう一つは、「先行事情の法的効果」のアプローチである。すなわち、先行行為と防衛現場を二つの事象として評価するが、先行行為によって防衛者に一定の法的効果をもたらす（侵害を回避または受忍する義務などを課す[294]）ということである。法的効果を課すためには、不作為犯論における先行行為による作為義務の創出のように、先行行為が原因となって防衛現場を惹起したことが必要である。すなわち、先行行為と防衛現場の因果性が認められなければならない。

また、逆にいえば、因果性による制限がなければ、先行行為としてどこまでの範囲を考慮してよいかを正確に画定できない。日本の学説において、先行行為と防衛現場に因果性のあるべきことは、「原因において違法な行為」、その実「自招」というための当然の前提として理解されていると考えられる。すなわち、ある先行事情が防衛現場との因果性を持たなければ、自招行為といえず、そもそも自招防衛の検討を行わない。裁判例においても、因果性は明示的には要求されていないが、実は「侵害の自招性」や「挑発と侵害との均衡性」の要件に包含されていると考えられ[295]、これにより、先行行為の考慮が合理的範囲に収まっていると思われる。それに対して、中国の実務では、この前提条件がほとんど意識されていないため、先行行為の考慮範囲が制限されず、安易に正当防衛の成否を左右してしまっている。

（２）　因果性の判断方法

㋐　折衷的因果関係説に基づく判断

先行行為と防衛現場の因果性も、本質は刑法上の法的効果・評価を帰属することにあり、これは犯罪構成要件における因果関係と共通である。そのため、先行行為と防衛現場の因果性の判断方法も、犯罪構成要件における因果関係の判断方法と共通する。本論文では、折衷的相当因果関係説を採る[296]。具体的には、先行行為がなければ防衛現場もないという

---

[293] 前掲した照沼説もこのような一体化評価のアプローチを採っているが、一体化評価の前提条件は因果性ではなく、正犯性・支配性である。因果性から正犯性を解する学説もあるが、照沼説は、因果性と正犯性を明確に区別する立場である。照沼亮介「共同正犯の理論的基礎と成立要件」刑法雑誌 53 巻 2 号（2014 年）269-270 頁。

[294] 詳細は後文三（三）を参照。

[295] 山中・前掲注（121）519-520 頁。

[296] 因果関係の判断について、日本では、いわゆる「相当因果関係説の危機」を経て危険の現実化説が流行し、相当因果関係説が衰微したが、中国では、必然因果関係説（旧通説）、偶然因果関係説の代わりに、（「帰因してから帰責」という判断構造の下で）相当因果関係説が主流となっている。また、客観的帰属説も有力であり、危険の現実化説を提唱する論者もいる。邹兵建「必然因果关系说与偶然因果关系说的正本清源」经贸法律评论 1 期（2020 年）144 頁以下、刘艳红「客观归责理论：质疑与反思」中外法学 6 期（2011 年）1216-1236 頁、黄龙「介入被害人行为时应以相当性认定因果关系」人民司法・案例 8 期（2020 年）45 頁以下、周光权「客观归责理论的方法论意义：兼与刘艳红教授商榷」中外法学 6 期（2011 年）225-249 頁、张明楷「也谈客观归责理论：兼与周光权、刘艳红教授商榷」中外法学 2 期（2013 年）300-324 頁、黎宏「刑法因果关系论考察」清华法学 3 期（2022 年）112 頁以下などを参照。

条件関係を前提とし、先行行為によって防衛現場が創出されることが一般人の経験上相当であれば、先行行為と防衛現場の因果性を認める。その際、判断基底とするのは、一般人が認識・予見可能な事情および当事者が特に認識・予見していた事情である。折衷的相当因果関係説を採る理由は、刑法を第一次的に行為規範と考える折衷的相当因果関係説[297]は、経験的法秩序の確証を重視する中国の正当防衛の基礎理論に親和的だからである。両者は共に、人々に違法行為を断念させること（いわゆる犯罪予防）を目標とする。一般人または当事者の認識できない事情によって当事者に法的効果・評価を帰属しても、そのような目標は達成できないから、因果性の判断基底は「認識可能」な事情に限られるべきである。

ところが、認識できるか否かは、純粋な客観的状況ではなく、当事者の主観的態様に関わるものである。それに依拠して因果性の有無を判断し、ひいては先行行為の考慮範囲を画定することは、客観性に欠けるのではないだろうか、という疑問がある。これは、折衷的因果関係説によく向けられる批判であるが、こと先行行為の処理においては問題ないと思われる。なぜなら、先行行為は基本的に、当事者の主観的態様および認識・予見の有無・可否を考察するものであり、むしろそれに依拠してこそ、先行行為の性質を区別できるからである。例えば、「呼び出しに応じて出向くと、長年の敵が現れ、侵害してきた」という客観的状況が同じであっても、「相手が長年の敵である」という事情を認識しえなかった場合と、認識しえた場合は、同一視できない。前者の場合、「相手が長年の敵だ」という事情を認識しえなかったのだから、この事情は因果性の判断基底に入れられるべきではない。この場合に因果性の判断基底となる先行行為は、「他人の呼び出しに応じて出向いた」ことであり、ごく普通の日常行動にあたる。そのような日常行動が侵害を招致したと考えるのは経験上相当でないため、先行行為と防衛現場の因果性は認められない。後者の場合、「相手が長年の敵だ」という事情を認識しえたため、この事情は因果性の判断基底に入れられるべきである。この場合に因果性の判断基底となる先行行為は、「長年の敵の呼び出しに応じて出向く」ことであり、危険な行為と言わざるを得ない。それが敵の侵害を招致したと考えるのは経験上相当であるため、先行行為と防衛現場の因果性が認められる。

㋑　具体的状況における判断

そして、とりわけ以下のような場合には、先行行為と防衛現場の因果性は安易に認められるべきではない。

まずは、先行行為と防衛現場が時間的・場所的にかけ離れている場合である。過去あるいは他の場所で行われた先行行為が、長時間・遠距離を経て、現在の防衛現場の原因となったといえる場合は、想定し難いと思われる。事案⑨において、防衛現場における被告人の行為は、客観的にみれば確かに侵害者Aを倒して他人を救助した行為にあたるものの、「過去の村の土地分配の件について被告人が村長たる A を恨んでいた」という事情を理由として、その防衛意思が否定された。その「過去」というのがいつ頃のことなのかは、裁判所に示されていない。しかし、恨みといっても、数年前のことであれば、それが必ず

[297] 大塚ほか・前掲注（122）68-69 頁を参照。

しも現在の被告人の行動要因となるかは分からない。そのような過去の先行行為を理由として正当防衛を制限するのであれば、より詳細に調査、認定すべきと思われる。つまり、過去にさかのぼって先行行為をみる場合には、場所的・時間的限界を無視すべきではない。

次に、防衛者の軽微な先行行為に対して極めて不均衡な侵害が行われた場合である。例えば、防衛者の罵詈雑言や「かかって来いや」といった売り言葉に乗り、侵害者が拳で攻撃してくるなら理解できるが、直ちに銃を用いて命を奪おうとするのは、一般人の想像を超え、経験上相当ではない。貴重でない器物を不注意で損壊したなどの先行行為も、それだけで重大な刀傷沙汰を招致しうるとは考え難い[298]。もっとも、特別な事情が存在し、かつそれが一般人に認識可能で、または防衛者が認識していたのであれば、なお因果性を認めてよい。例えば、普通の壊れた懐中時計の財産としての価値はそれほど高くないが、家族の形見として持ち主が大切にしていた場合、それを踏みにじる行為は、客観的な器物損壊結果としては軽微であるとはいえ、持ち主による重大な侵害を招致しても、おかしくなく経験上相当である。

そのほか、先行行為と防衛現場の条件関係が明らかであっても、具体的事実に鑑みて、実は経験上相当な因果性が存在しない、という場合は特に注意されるべきである。事案⑲において、被告人の犯人蔵匿行為という先行行為がなければ、犯人に侵害されるという防衛現場も創出されなかったはずなので、先行行為と防衛現場に条件関係のあることは明らかである。しかし、恩恵を与えたら却って恩恵を与えた人に侵害されるということは、一種の異常事態であって、経験上相当な状況ではない。この状況で、先行行為と防衛現場の因果性は認められるべきではない。

一方、以下のような先行行為があっても、防衛現場との因果性を認めえる。

まずは、出向き・待受け・不作為に当たる先行行為である。伝統的な自招・挑発行為と比較して、出向き・待受け・不作為による先行行為は、外見上の動静が少なく、防衛現場の創出への寄与度が高くない。よってこれまでも、出向き・待受け・不作為の先行行為は自招行為と区別されて検討されてきた。もっとも、これらを明確に区別することは容易ではないし、むしろ、いかなる形態を呈するのかにかかわらず、その先行行為がなければ防衛現場も創出されなかったという点において、これらは違いが無い。そのため、出向き・待受け・不作為による先行行為であっても、防衛現場との因果性を有しうる。ただし、動静が少なく防衛現場の創出への寄与度が高くないことも確かであるので、そのほかの先行事情がなく、単なる出向き・待受け・不作為のみによって防衛現場が創出されたと認められることは、実際には多くないであろう。

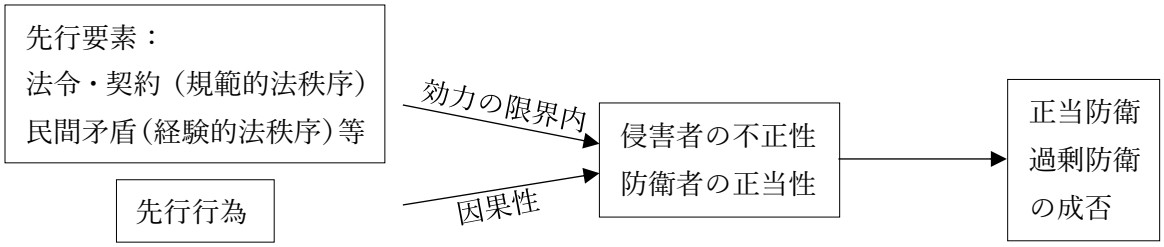
次は、正当な先行行為である。挑発行為などの不正な先行行為だけではなく、権利や義務などに基づく正当な先行行為であっても、防衛現場の創出の原因となる場合がある。事案②における「自宅の庭で犯罪者を探すこと」や、事案⑳における「ごろつきを阻止すること」などの行為は、正当でありながらも、確かに防衛現場の創出の原因となった。ただ

---

[298] ただし、稀な例として、「極めて不均衡な侵害」が防衛者の不正な先行行為に対抗する必要な防衛行為であれば、先行行為と防衛現場の因果性が認められる余地があると思われる。例えば、防衛者の先行する器物損壊行為を阻止するために、身体障害者たる侵害者は銃を用いるしかなかった、といった場合が挙げられる。

し、それは基本的に、すでに存在していた危険に臨むとき、つまりすでに侵害意思を有していた侵害者に対して出向く・待受けるときに限られる。完全に正当な先行行為によって、本来存在していなかった危険が生じ、本来侵害意思を有していなかった人が侵害意思を生じることは、仮に偶然発生したとしても、経験上相当だとは考え難い。

3　小括



先行事情→→→→→→→→→→→→→→→防衛現場→→→→→→→→→事後判断

上図のように、正当防衛の判断において、先行事情は考慮してよいが、全ての先行事情が正当防衛に影響するわけではない。先行要素は、規範的法秩序により効力を持つか、経験的法秩序により権利や義務が生じるのであれば、その限度で、正当防衛に影響しうる。つまり、権利や義務が生じることは、先行要素が正当防衛に影響するための前提条件である。先行行為は、防衛現場との因果性を有することを前提に、正当防衛の制限をもたらす。

しかしながら、前提条件が揃ったとしても、それは単に先行事情が正当防衛に影響する可能性があることを意味するに過ぎず、具体的に先行事情が正当防衛にどのような影響を及ぼすのかについては、さらなる検討が必要である。これについては、次節で検討する。

（二）　正当性と不正性からの判断

本章冒頭で述べたように、先行事情は、「侵害者の不正性」と「防衛者の正当性」に影響しうる限りで、考慮されることになる。その際、「侵害者の不正性」であれ「防衛者の正当性」であれ、結局は同一の事件の当事者に関する正当か否かの判断であるので、同一の判断基準が妥当すべきである、という見解も考えられなくはない。しかし、法確証の側面からみれば、前者が意味するのは、侵害者が法秩序の敵として正当防衛によって打撃されうる性質であり、後者が意味するのは、防衛者が法秩序の擁護者として正当防衛を行いうる資格である。このように両者は意味と機能が異なるので、妥当する判断基準も異なるべきである。そのように理解しなければ、防衛者が法秩序の擁護者としての資格を失った途端ただちに法秩序の敵になる、という結論になり、妥当でない。このような理由から、以下では両者を別の項目に分けて扱う。

1　侵害者の不正性

従来の議論は、侵害者の不正性に関して、「違法性で足りるか有責であることまで必要か」を巡って争われてきた。中国の場合、正当防衛の確証する法秩序は経験的法秩序であ

り、責任なき侵害はそのような法秩序を真に破壊することができないため、正当防衛の対抗する「不正」に当たらない[299]。したがって、先行事情によって侵害の違法性または責任が阻却されると、それに対する正当防衛は行いえない。例えば、侵害者の違法性に影響する先行事情の例としては、業務など先行事情により侵害者が侵害行為を行う権利・義務を有するとき、現在の危難という先行事情があり侵害者が緊急避難として侵害を行うとき、先行する不正行為に対抗するため侵害者が正当防衛として侵害を行うときなどが挙げられる。侵害者の責任に影響する先行事情の例としては、責任年齢や精神病などの先行事情により侵害者が責任無能力・限定能力者であるときなどが挙げられる（本来、不正性を有しなければそもそも「侵害行為」・「侵害者」とはいえないが、便宜上、「侵害者」・「侵害行為」とする。後述の防衛者についても同様）。

ところで、侵害者の行為は、先行事情によって刑法上の構成要件に該当しなくなる場合には不正に当たらない、と考えられるものの[300]、日本では、刑法の構成要件該当性のない行為を急迫不正の侵害と認めた裁判例がある[301]。すなわち、防衛者の妻と不倫関係を結んだ侵害者が、防衛者の家を訪れて防衛者の妻を連れ去ろうとし、かつ、防衛者の阻止を実力で妨害する行為は、「夫権に対する急迫不正の侵害というほかな（い）」。この事案で、もし不倫関係などの先行事情がなく、単に侵害者が防衛者の家宅に侵入し防衛者の家族を連れ去ろうとするのであれば、住居侵入罪や略取誘拐罪にあたり不正といえるのは当然である。しかし、実際には不倫関係などの先行事情があり、家宅を訪れ、妻を連れ去るのも妻本人の意思に従うものである。それはたしかに防衛者の夫権に対する侵害ではある一方、構成要件該当行為とは言い難い。それでもなお、不正にあたると判断された。中国でも、指導性案例・指導意見が、正当防衛における「不法侵害」には「犯罪行為が含まれ、一般違法行為も含まれる。身体権を侵害する行為が含まれ、財産や自由そのほかの権利を侵害する行為も含まれる」と示したので、刑法上の構成要件該当性を有せずとも、他の法領域で違法性を有する行為であれば、不正に当たる可能性がある。むしろ、規範的法秩序の破壊といえない行為でも、経験的法秩序の破壊に当たれば、正当防衛によって対抗しうる不法侵害となりうるかもしれない。もっとも、前述した民間矛盾の趣旨に沿って考えれば、少なくとも「夫権に対する侵害」のような家庭事情に関わる紛争においては、正当防衛制度の運用が謙抑的になされていると思われる。

そして、本来、法確証原理と個人保全原理が択一的関係にあると理解する場合、侵害者の不正性は法確証の側面からは認められないとしても、なお個人保全原理の側面から認められる可能性がある。しかし、中国における個人保全原理は謙抑的であり、生命のような重大な利益が侵害されるとき、防衛手段が選択不能であるとき、または侵害によって防衛

---

[299] また、特別予防を重視するならば、経験的法秩序か規範的法秩序かにかかわらず、以下の結論を採ることになる。すなわち、責任なき侵害に対して正当防衛を行っても特別予防の効果は実現できないため、違法かつ有責な侵害だけが正当防衛によって対抗できる不正となる。第二部注（52）。

[300] 山口厚『刑法』（有斐閣、第3版、2015年）66頁。反対意見として、小田直樹「正当防衛の前提要件としての『不正』の侵害（四・完）」広島法学20巻3号（1997年）113頁以下、大塚ほか・前掲注（122）177頁、山中・前掲注（121）487-488頁など。

[301] 福岡高判昭和55・7・24判時999号129頁。

者の精神が動揺するときのみ、発動する。そのような重大な侵害をもたらす侵害者の不正性は、違法・有責を論じるまでもなく明らかなはずであり、その場合は当然法確証原理からも正当防衛が認められるから、結局のところ、個人保全原理が独自に射程する事案類型は存在しないことになる。

2　防衛者の正当性

正当防衛の成立には、侵害者の不正性と防衛者の正当性の両方が必要であるが、より重要なのは防衛者の正当性である。なぜなら、侵害者が不正に当たらないとしても、それに対抗する防衛者の行為はなお緊急避難で正当化しうるのに対して、防衛者の正当性が認められなければ、全く正当化できなくなるからである。実際に、先行事情は主に防衛者の正当性を左右する形で正当防衛に影響している。そして、本節では、いかなる先行事情が防衛者の正当性に影響しうるのかについて検討する。

（1）主観と客観の両方の考慮

学説において、先行事情における客観的状況のみを判断基底とする見解があるが[302]、やはり妥当とは言えない。正当性を否定すること、すなわち正当防衛を制限することは、刑罰や制裁[303]とまではいえずとも、一種の刑法上の不利益な法的効果あるいは負担[304]にあたるのは確かである。そのような不利益を防衛者に課するには、責任主義の観点から、客観的状況のみならず、防衛者の主観上の故意的・過失的な態様が必要である。すなわち、先行要素および先行行為、侵害の発生、因果性などの客観的状況に対する認識・認識可能性が求められる。一方、客観的状況を問わず、主観的態様のみによって正当防衛を制限するのは、極端な主観主義であり、現代刑法の精神に合致しない。したがって、客観的状況と主観的態様の両方を合わせて考慮することになる。しかし、どのような客観的状況が防衛者の正当性に影響しうるのか、主観的態様における意図的・故意的・過失的の区別はどのようにすべきか、ひいては、客観的状況は外見上正当なように見えるが、それを支配または利用する防衛者の主観的態様が不正である場合、防衛者の正当性が認められるか、といった問題がある。これらの問題について、以下で検討する。

（2）客観的先行事情

防衛者の正当性が意味するのは法秩序の擁護者としての資格であるため、すでに法秩序を破っている者は当然法秩序の擁護者とは認められ難く、正当性を（一定程度で）失う。さらに、中国では、規範的法秩序のみならず経験的法秩序も重視されているため、違法行為のほか社会倫理違反行為を行う者もまた[305]、正当性を失うことになる。このような結論

---

[302] 例として、高山・前掲注（209）71 頁、松原芳博『刑法総論（第 3 版）』（日本評論社、2022 年）187 頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013 年）158 頁など。

[303] 「制裁」とみる見解として、小林・前掲注（198）、同・前掲注（203）諸文章を参照。

[304] 「負担」とみる見解として、橋爪・前掲注（197）を参照。

[305] 違法行為・社会倫理違反行為には、積極的動作で禁則を破る「行為」の他、待受けや不回避などの形で作為義務を履行しない「不作為」も含む。無論、不作為の場合は作為義務が必要である。

は基本的に妥当である一方、実際の議論状況は複雑である。

まず、社会論理と法律の関係について、学説上の激しい対立がありここではその議論状況について展開できないが、強いていえば、並列的な二つの基準であると思われる。特に中国において、社会倫理は必ずしも成文法ほど厳格ではないから、一般的には法律の処罰に及ばずとも社会倫理上許容されない物事が多い。したがって、従来の学説のような「社会倫理で足りるか違法性まで必要であるか」という問題設定がありうる。しかし、法律上は禁じられているが社会倫理上許容されることもある。例として、いわゆる「捉姦（姦通の現場を押さえること）」が挙げられる。世間一般に、捉姦は許容されており非難し難いものの、そのための住居侵入や暴力などは明らかに違法である。また、いわゆる「群体性事件」も挙げられる。政府や企業その他の組織に対して要求を訴えるために、大勢の人が集まり示威行動を行う際には、ときどき違法な実力行使が伴う。そのような行為は、社会運動ならともかく、単なる民事紛争や私人間の争いにすぎない場合も多く、たとえ人民の道徳や感情に適い社会全体の広汎な支持を得たとしても、形式的に違法行為に当たるのは事実である。そのような先行事情によって防衛現場（衝突状況）が創出されるとき、経験的法秩序からは正か不正かを決着し難い。そこで規範的法秩序の観点が持ち出される。経験的法秩序が重視されているとはいえ、規範的法秩序も決して無視されているわけではなく、むしろ、規範的法秩序こそ本来確証されるべき法秩序である。捉姦や群体性事件などの先行事情が経験的法秩序により許容されているとしても、規範的法秩序を破って違法性を有する行為をした以上、正当とは言い難い。つまり、正当性の判断基準として、社会倫理と法律との一方に違反するだけでも、防衛者は法秩序の擁護者たる資格としての正当性を失う。

もっとも、全ての社会倫理違反行為が防衛者の正当性に影響しうるわけではない。なぜなら、社会倫理違反にも程度があるからである。一般的な口論などの軽微な社会倫理違反では、法秩序を乱すには至らず、防衛者の正当性が僅かな瑕瑾を受けるにせよ、正当防衛の制限には影響しない[306]。ところで、いかなる程度の社会倫理違反が軽微といえるのか。この問題は、社会倫理自身が曖昧不明確な概念であるため答えを出すのが非常に難しく、中国の実務が強調してきた「具体的分析」に頼らざるを得ないかもしれない。もっとも、経験的法秩序で判断出来ないのであれば、規範的法秩序、すなわち法律を参照すべきであろう。社会倫理と法律とは、並列的な二つの基準とはいえ、矛盾するものではなく、むしろ概ね共通しており、互いに参照しうると思われる。中国では、『治安管理処罰法』という軽犯罪法に類似する法律があり、「社会危害性を有するが、刑事処罰の基準を満たさないもの」を対象とする。そこに規定されている行為が有する危害性に及ばないものは、処罰に値しないとされていることから、軽微だといえると思われる。

以上のように、防衛者の正当性の判断が複雑で難しくなるのは、規範的法秩序と経験的法秩序とが噛み合っていないためである。特に中国では、法治社会がまだ築き上げられて

---

[306] 前文で先行行為と侵害との因果性を検討するときも、「軽微な先行行為に対し極めて不均衡な侵害が来る場合、そもそも因果性がないため正当防衛は先行行為に影響されえない」と論述した。そこは因果性の角度であり、ここは不正性の角度である。結論は部分的に重なり合うが、因果性の否定の重点は、「先行行為の軽微さ」よりも「極めて不均衡な侵害が来る」ことにある。

おらず、規範的法秩序と経験的法秩序の齟齬は大きいと言わざるを得ない。これは、もはや正当防衛論の問題を超えて、中国法全体の「持病」ともいうべきものであるので、今後改めて検討することにしたい。

（3）主観的先行事情

㋐　故意的・過失的場合

防衛者の正当性を否定し正当防衛を制限するために、どのような主観的態様が必要かという論点について、少なくとも侵害の発生に対する認識が必要である、と提唱する見解が多い。確かに、防衛者が客観的状況すら認識していない場合、侵害を回避するための措置を講じえず、防衛現場に直面するのも無理はない[307]。しかし、回避が不可能であるとしても、防衛現場において一定程度の侵害を受忍し、または防衛行為の程度を抑える（防衛限度をより下回るよう努める）ことはなお可能である。このような措置は、現実化した侵害に対する行為であるので、事前の認識がなくとも講じうる。そもそも、主観的態様を求めるのは、防衛者の非難可能性を判断するためである。防衛者は、客観的状況を認識しまたは認識しえたにもかかわらず、そのような状況を招致し、またはそのような状況に臨んだがために、非難に値する。したがって、いわゆる「故意的・過失的」[308]場合に、防衛者の正当防衛が制限されうる。なお、非難として防衛者に課される法的効果が、回避義務か、受忍義務か、防衛限度の制限であるかは、先行事情がどのような効果をもたらすかという別の問題である（次節検討）。

一方、主観的態様が客観的状況に対する認識・認識可能性にすぎないのであれば、それ自体のみをもっては法秩序に何の影響も及ぼさないから、正か不正かを評価しえない。防衛者が認識･認識可能性を持っていたとしても､客観的状況において正の立場にいる限り、その正当防衛は制限されえない。例として、以下の事案が挙げられる。

㉒楊建偉故意傷害、楊建平正当防衛案[309]

事案の概要　被告人楊建偉（以下、甲とする）が弟の楊建平（以下、乙とする）と自宅のドア前で話していたところ、乙が通りすがった被害者 A の犬を撫でたため、甲、乙は A と口論になった。「人を呼んで報復しに来る」と宣言した A に対して、甲は「かかってこい」と言い返した。A がその場を離れた後、甲は自宅からナイフを二本取って身につけた。十分後、A が B ら三人を集めつるはしを持って現場に戻り、先に甲の顔面を手拳で殴打した。甲がナイフを用いて A の胸部を刺突して反撃すると、A らに囲まれて攻撃され、倒された。甲を攻撃し続けていたとき、A のつるはしが断裂し、その勢いで A が地面に倒れ、それを見た乙は、甲宅からナイフを取って来て A の胸部を一回刺突した。A が抵抗しなが

---

[307] 橋爪・前掲注（197）312 頁。

[308] 改めて強調したいのは、先行事情における「故意的・過失的」とは、あくまでも客観的状況に対する認識・認識可能性があることを表す比喩であり、必ずしも犯罪の故意・過失と同義ではないということである。もっとも、原因において違法な行為説のように、先行行為自体を犯罪として処罰できるならば、客観的状況に対する認識・認識可能性性はまさに犯罪の故意・過失となる。

[309] 指導意見添付案例・前掲注（25）。

ら現場から逃げようとしたのを乙が追いかけてナイフを投げつけたが、当たらなかった。そして、B らがつるはしを用いて乙を攻撃し、乙はナイフを拾って退きながら反撃し、甲もナイフを用いて反撃し、結局 B らは現場から逃げた。A は胸部の刀傷により死亡し、甲と B らは軽微傷を負った。

判決要旨　「防衛行為は、客観上、相互闘争の形式と外見を呈する場合がある。些末ないさかいによって引き起こされた衝突において、武器を準備し使用したことが防衛行為にあたるか相互闘争にあたるかは、防衛意思から判断すべきである。乙は、当初闘争に入らず、甲が倒されてから A を攻撃し始めており、その行為は重大な侵害から甲を救助するためであり、防衛意思要件を満たし正当防衛にあたる。甲について、甲乙と A とは知り合いでなく偶然口論となったにすぎない、という事実に鑑みれば、甲が A の報復の宣言を受けて『かかってこい』といい返したのは、闘争の意図（によるもの）ではない。甲が可能性のある（A によって行われうる）侵害を防衛するために武器を準備したことも、正当防衛の認定に影響しない。A が仲間を集め武器を持ち甲宅に来たとき、甲が A に手拳で殴打されてから反撃したことは、進行している不法侵害を制止するためであり、防衛行為と認定すべきである。ただし、顔面への殴打程度の重大でない侵害に対しナイフで反撃することは、必要な限度を顕著に超えており、過剰防衛にあたる」。

主観的態様の正当性を厳格に要求することは中国の実務の一貫した特徴的な態度であり、本件も、主観的態様から判断された。そこで、報復の宣言への返事および武器の準備などの事実を踏まえれば、甲が侵害の発生を一定程度認識していたことは明らかである。それにもかかわらず、裁判所は、甲の行為は「闘争の意図（によるもの）ではない」と認定し、防衛行為と認めた。つまり、中国の実務でも、単なる認識にとどまる場合は「闘争の意図」とは区別され、防衛者の正当性を否定しない。そして、本件衝突を引き起こした先行事情は、「犬を撫でたため、甲乙は A と口論になった」ということであり、仮にこれが社会倫理違反行為にあたるとしても、「些末ないさかい」であり、社会倫理違反の程度は極めて軽微である。それによって甲が正当性を失うとは考え難い。したがって、甲は、侵害の発生を認識したが、客観的状況において正の立場にあるので、正当防衛を制限されるべきではない。

㋑　意図的場合

ほとんどの学説が支持するように、防衛者が客観的状況、とりわけ侵害の発生を認識したにとどまらず、相手を害するなどの不正な目的[310]を実現するために侵害を利用する場合、

---

[310] 一般的に、「不正な目的」は相手を害することと想定されるが、なにもそれに限定される必要はないと思われる。場所の秩序を乱すことや、自分の実力を誇示することなど、具体的内容が異なっても、違法・社会倫理違反があれば法秩序の破壊といえ、「不正な目的」にあたりうる。もっとも、侵害を招致し衝突状況を創出する以上、結果的に相手に一定の害を与える場合がほとんどである。

また、自明であるがゆえにあまり検討されておらず、あるいは故意的自招侵害の一類型であると暗黙のうちに了解されているかもしれないが、「正当な目的」で侵害を招致・利用する場合、言い換えれば「正当的意図」または「正当的故意」に基づく自招侵害も、存在しうると思われる。例えば、町の平和を保つ

防衛者の正当性が否定されるのは当然である。ただし、一部の学説は、前提として防衛者の侵害招致行為または侵害に臨む行為が不正行為であることを求める。しかし、意図的場合において、仮に防衛者の行為が「その場に実在する具体的法秩序（＝権利）[311]」に合致し、ひいては一定の具体的法秩序を客観的に保護したとしても、その背後にある不正な目的も同時に達成されたら、社会全体の法秩序は実質的に破壊されたといえる。すなわち、不正な目的の下で行われる行為は、断片的な一部が正当性ある態様を呈していたとしても、全体的にみればなお不正である。なおかつ、中国のように一般予防・特別予防から法確証の意義を理解すれば、人々に不正な目的を断念させることこそ、法確証の主たる機能である。不正な目的のために行為する者は、まさに法確証されるべき対象であり、法確証する資格を持つ主体ではない。したがって、意図的場合では、正当防衛は決して成立しえない。つまり、「意図的」という主観的態様は即不正と評価されるため、正当防衛の性質とは相容れないのである[312]。これこそが、意図的と故意的の区別である。具体例として、次の事

意図で、わざと暴力団の事務所付近で反暴力団の宣伝を行って報復を招致し、これを以て警察を介入させて暴力団の勢力を縮小させた場合を考えよう。その場合、「町の平和を保つこと」や「暴力団の勢力を縮小させること」といった目的は、実現されたとしても法秩序の破壊にならないので、防衛者の正当性には影響しない。その上で、反暴力団の宣伝行為も完全に社会倫理・法律に適ったものであれば、防衛者の正当性が認められるべきである。したがって、暴力団に侵害された際には、警察の到着を待つ必要もなく、ただちに正当防衛を行うことができることになる。一方、正当意図的自招侵害は、法確証原理からは正当性があるとしても、個人保全原理からは必ずしも正当化されない。なぜならば、自ら危険を創出して侵害に身を晒した者には保護の必要がないからである（斎藤・前掲注〈227〉208 頁、山中・前掲注〈121〉523 頁）。もっとも、両原理が択一的関係にある限り、一つの原理が機能するだけでも、正当防衛が成立しうる。そのほか、正当防衛の権利性よりも緊急行為性を強調する見解に立てば、目的や招致行為の正当性に関わらず、意図的に招致された衝突状況はいずれにせよ緊急と言い難い、という結論が導出されるであろう。だとすれば、意図・故意の正当性に対する理解も、学説の一つの分岐点であり、無視すべきではない。

他方、正当防衛を少し離れるが、正当的意図または正当的故意に関連する実際の裁判例としては、(2013)宁刑终字第 147 号が興味深い。被告人は、日常的に犯罪者の捜索と現行犯逮捕を自発的、積極的に行い、何度も公的機関に表彰されていた。しかし、警察を偽ってスリに暴行を加え、数百元を交付させたため、起訴された。その「警察を偽り…金を交付させた」行為に対して、一審裁判所は強盗罪で十年の有期懲役を言い渡したが、二審裁判所は恐喝罪の成立を認めながらも、犯罪の情状が軽微であるとして刑事処罰を免除した。なお、「被告人が長期にわたって見義勇為を行い、違法犯罪と闘争していたことは称賛に値する」、「被告人に対して処罰を免除することは、社会に危害がなく、むしろ社会において正義を高揚できる」と示した。その判旨において、被告人の犯罪捜索行為と現行犯逮捕行為は、正当ないし正義とされ、称賛された一方、一線を超えて恐喝行為に変質した点は不正と判断された。これは、防衛者の正当性を重視する立場からの判断であり、行為の緊急性や必要性を重視する立場からは必ずしも同一の結論を導出しえないであろう。

[311] 松宮孝明「正当防衛の正当性」法学セミナー通号 763 号（2018 年）92 頁。

[312] 一方、攻撃の意思と防衛の意思との併存を認める立場からは、防衛者の行為が意図的であるとしても、同時に防衛意思を持つと認められる可能性がある。確かに、侵害を受けてから憤激し一定の攻撃意思を生じることは、許容されるべきであると思われる。しかし、意図的というのは、相手を害するために相手による侵害を「利用」することであり、いわば害意の下で計画して行動することである。そのような強い害意は、防衛意思とは併存し難いと思われる。言い換えれば、意図的場合は、まさに「防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為」にあたり、「防衛の意思を欠く結果、正当防衛のための行為と

案が挙げられる。

㉓尹華武故意傷害案[313]

事案の概要 1993 年末、被告人尹華武（以下甲とする）はダンスホールでのダンスの誘いを巡って被害者 A と喧嘩になり、A 及び A の仲間に殴られたため、A を恨んでいた。1994 年 5 月、A が強盗罪の容疑で警察機関に手配されたことを知った甲は、1994 年 6 月 17 日夜に、A の行方を当地の警察機関に伝え、警察機関の人員とともに A を探しに向かった。同日夜 22 時頃、甲らは A を見つけ、交番に連れて行こうとした。その途中、甲は A に「お前を刺すぞ」との発言をした。少し歩いた後、A は監視の隙を突き逃走を図ったが、甲らが追いかけ、甲がある耕地で A を発見し、A と殴り合いになった。殴り合いの最中に、甲はナイフを使って A を刺突し、傷害を負わせた。その後、甲は逮捕されたが、翌日 1 時 20 分に、A は死亡した。

判決要旨 「甲は A を傷害する主観上の意図および客観上の行為を有し、その行為は刑法が規定する正当防衛の成立要件に符合せず、正当性を有しない。そのため、正当防衛は成立しない」。

本件の被告人の行為、すなわち通報し警察に助力したという先行行為や、逃走した被害者を捕まえたことなどは、客観面において、法秩序に合致し、ひいては一定の法秩序を保護したかにみえる。しかしながら、過去のいさかいおよび現場での発言に鑑みれば、それらの行為は全て主観上の報復意図に基づくものであるといえる。したがって、裁判所は正当防衛を否定し、過剰防衛も認めなかった。つまり、客観的状況がいかに正当にみえても、それを操る主観的態様も正当でなければ、防衛者の正当性は認められない。

（三） 具体的効果

先行事情の効果に関しては、正当防衛が成立しないことのみをもっては語りきれない。無論、先行事情によって侵害者の不正性または防衛者の正当性が完全に否定され、正対不正の関係が崩れた場合、正当防衛ないし過剰防衛が成立しないのは確かである。しかしながら、先行事情によって防衛者の正当性が僅かに欠けるに過ぎない場合、正当防衛が制限されるとはいえ、成立する可能性が完全に否定されるわけではない。また、正対不正の関係が崩れうるのであれば、反対に回復されることもありうる。防衛現場の具体的状況により正対不正の関係が回復されるときも、正当防衛はなお成立しうると思われる。そこで、いかなる先行事情が正当防衛を制限しあるいは完全に否定するのか、いかなる状況で正対不正の関係が回復されるのかについて検討する必要がある。そのほか、罪刑法定主義の要請により、正当防衛の成否は結果的に条件・要件論に反映されなければならない。すなわ

認めることはできない」（最判昭和 50･11･28 刑集 29 巻 10 号 983 頁）のである。もっとも、そもそも中国の実務では、攻撃意思と防衛意思との併存が認められていないので（第一部を参照）、以上のような問題は生じない。

[313] （2012）德刑一终字第 62 号

ち、法確証原理・個人保全原理の実質論から説明するだけでは足りず、必ず形式上の条文・要件論に落とし込んで考えるべきである。本節では、先行事情の具体的効果について検討する。

1　先行事情による制限を表す諸概念

日本において、先行事情による正当防衛の制限を語るとき、補充性、侵害回避・退避義務、防御的防衛などの概念が用いられる。本論文でもこれらの概念を用いるが、従来の認識とは異なる意味で用いるところがあるかもしれないので、先に説明し、少しの検討を加えたい。

補充性は、正当防衛の先行事情論において言及されているものの[314]、本来は緊急避難の成立要件であり、正当防衛における意義は必ずしも明確にされていない。ただ、緊急避難における補充性の意義である「代替手段の欠如」をそのまま援用すれば、「できる限り、公的救助を求めたり侵害を回避したりして、防衛行為に出る以外の手段で権利を守るべきである。さもなければ、過剰防衛にすらならない」という防衛状況（急迫性）の制限、および「防衛行為に出るしかないとしても、最も害の少ない手段を採るべきである。さもなければ、過剰防衛になりうる」という防衛行為（相当性）の制限の、二つの意味を有すると考えられる。しかしながら、防衛状況と防衛行為とは一般的に区別して扱われているものの、それぞれに対する制限が補充性というひとつの概念で説明されると混乱を招きかねないし、どの要件に反映されるべきかも明らかではない。なお、先行事情も様々であるので、それによってどの程度正当防衛が制限されるかも異なり、しかも全て補充性の程度として現れるわけではない。例えば、防衛者が自己の罵詈雑言によって侵害を招致したとき、現場から逃げることができるとしても、そこまでする必要はなく、謝罪などの手段を試しても侵害を免れないならば、反撃しうる。他方、16 歳の息子が家から数百円を奪おうとするとき、他の手段がなくともナイフで阻止すべきではなく、一定程度の受忍が求められる。つまり、補充性のみで先行事情による正当防衛の制限を説明し尽くすことは出来ない。もっとも、補充性の概念を定量化して、「一定の補充性」という表現を認めれば、補充性は正当防衛の制限の程度を具体化するものとして大いに有意義となる。すなわち、謝罪や警告などの容易に採り得る手段が奏功しないとき、さらに現場から逃げるという手段を採り得るとしても、謝罪や警告をしたことですでに一定の補充性を有しているからその必要はないといえる。また、緊急避難における概念を援用するのであれば、「害の均衡」および「社会的相当性」も援用しうるであろう。16 歳の息子が家から数百円を奪おうとするときは、まさに害の均衡と社会的相当性に配慮しつつ防衛すべきである。

侵害の現実化以前の回避義務と侵害の現実化以後の退避義務について、両者は区別して

[314] 補充性に言及する学説の論理はそれぞれ異なるが、典型的なのは次の見解であろう。すなわち、先行事情によって対立状況が「正対不正」ではなく「不正対不正」となる場合、ある意味では「正対正」の緊急避難状況に類似し「対等関係」となるので、緊急避難と同様の制限を課されるべきである。したがって、補充性（および害の均衡）が求められるようになる。高山・前掲注（209）71 頁。

論じられることが多い一方[315]、実質的に異なるものではないとする見解も存在する[316]。確かに、正と不正の関係は侵害が現実化してから初めて形成されると考えれば、回避義務と退避義務との理論根拠・判断構造は異なることになる。しかし、侵害の現実化以前、すなわち防衛現場の以前において、防衛者と侵害者に一定の正当性と不正性をもたらすことこそは、先行事情の機能と特性である。それによって発生する回避義務は、防衛現場の状況に応じて発生する退避義務と同様に、正と不正の相互作用に基づくものである。また、実際の侵害回避・退避義務論は、ほとんど正と不正ではなく利益衡量から検討しているが、先行事情における利益衡量と防衛現場における利益衡量とを、実質的に異なる基準で判断しているとは言い難い。具体的内容に立ち入って見てみても、回避義務と退避義務がそれぞれ防衛者に要求する行為は、少なくとも外見上は同じにみえる。したがって、両者を明確に区別するのは困難である。ただし、解釈論において、侵害回避義務を防衛状況の否定状況とし、退避義務を防衛行為の否定状況と理解すれば、両者を区別する規範的意義はなお存在すると考えられる。そこで、回避義務と退避義務を合わせると、先行事情による正当防衛の制限の大半を表せるが、それ以外にも、いわゆる防御的防衛を求めることなどの制限の形式がある。

防御的防衛について、一般的には、侵害者の攻撃を防ぐだけの行為以外、武器を用いて威嚇する行為も防御的防衛にあたるとされている。前者は、そもそも法益侵害性または構成要件該当性を有しないので、正当防衛で違法性を阻却される必要もなく、当然正当である。後者は、脅迫罪の構成要件該当性を有し、正当防衛で違法性を阻却されなければ、処罰されうる。そして、本来、防御的防衛は防衛行為の具体的態様（の制限）の一種であり、防衛状況の認められた前提で検討されることである、ということは明白なことである。しかし、最決平成 29・4・26 において、「包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることもしないまま」という防御的防衛の欠如は、急迫性の判断要素とされ、防衛状況にも関わるように示された[317]。よって、防御的防衛の性質はより複雑なものとなったかもしれない。もっとも、最決平成 29・4・26 における「包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることもしないまま」は、急迫性の否定状況ではなく、あくまでも急迫性の認定において参考された「間接事実」[318]にすぎない、という理解もありうると思われる。つまり、防御的防衛は確かに、本質が防衛行為の具体的態様の一種であり、防衛状況の認められた前提で成り立つが、防御的防衛という事実の有無は、事件全体の一部分として事後の急迫性の認定において補充的に参考されることがありうる。

---

[315] 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 年）240 頁、橋爪・前掲注（197）75 頁、小林・前掲注（198）6 頁、永井・前掲注（252）118-119 頁などを参照。これに関連して、急迫性の判断において侵害の現実化の前後を強調する検討として、小林憲太郎「自招侵害論の行方・再論」判例時報 2391 号（2019 年）104-105 頁。

[316] 坂下「防衛行為の相当性および退避義務・侵害回避義務に関する考察（一）」・前掲注（245）5-9 頁など。また、たとえ両義務を区別して取扱う規範的根拠があるとしても、両義務の連続性が意識されなければならないとする。坂下・前掲注（191）13 頁。

[317] 中尾佳久『最高裁判所判例解説刑事篇平成 29 年度』（法曹会、2020 年）116 頁。

[318] 小林「判批」・前掲注（203）143 頁。

以上のように、先行事情による正当防衛の制限を表す諸概念は、各自の適用範囲がある。それを用いるときは、具体的状況に応じて、特にどのように要件に反映すべきかを意識すべきである。

2　先行事情による具体的制限と要件への反映

（1）　正対不正の関係が成立しえない場合

まず、先行事情によって侵害者の不正性が認められないとき（例えば、侵害者が責任無能力者であるという先行要素があるとき、または侵害者が防衛者の不正な先行行為に対して正当防衛の限度内で反撃するときなど）は、条文上の「不法侵害者」または「不法侵害」がなく、防衛起因要件または防衛対象要件に欠ける。したがって、正当防衛は成立せず過剰防衛の余地もない。当然、防衛者はなお正対正の形で侵害者に対抗しうるが、それはもはや緊急避難の問題となる。この結論についてはほとんど争いがない。強いていえば、「不法」あるいは「侵害」のどちらを欠くと理解するかの解釈に分岐がある。しかし、「不法侵害」を一つの文言とみることもできるし、細部に拘る意義は大きくない。

そして、防衛者が主観上の不正な目的を達成するために侵害を利用するとき（意図的場合）は、条文上の「権利を守るため」にあたらず、防衛意思要件を欠く。この場合、対抗行為の性質が不正対不正となるので、正当防衛は成立せず過剰防衛の余地もないとするのが、従来の通説である。一方、条文上の「権利を守るため」の意義を客観的防衛行為性と理解すれば、意図的場合は、防衛行為性要件を欠くため正当防衛が成立しないが、過剰防衛についてはなお成立の余地がある[319]。このような理論は特に防衛意思不要説に親和的であるが、しかし、防衛意思を重視する中国の実務とは親和的でない。

（2）　正対不正の関係が一定程度揺り動かされる場合

「正対不正の関係が成立し得ない場合」以外にも、先行事情によって「正対不正の関係が一定程度揺り動かされるが直ちに崩れるわけではない場合」も存在する。この場合、正当防衛あるいは過剰防衛の成否は複雑な判断が必要となる。

まず、保障関係（民間矛盾）などの「防衛者の正当性を減少させる」先行要素が機能するとき、正対不正の関係はまだ維持されるので、防衛者は、侵害者に対抗して防衛行為を行えるが、その防衛限度は制限される。すなわち、条文上の「必要な限度」の判断が厳格になり、防衛行為は過剰防衛と認定されやすくなる。そこでの制限の程度は先行要素の具体的性質によって異なる[320]。例えば、保障関係にあるという点で同様であっても、教師は生徒の侵害に対して一定の（防衛手段の）補充性を前提しつつ反撃しうると考えられるが、父母は子女の侵害に対して害の均衡と社会的相当性に配慮しつつ防衛すべきである。また、すでに検討したように、先行要素はその範囲内でのみ機能するため、その効力には限界がある。中国の実務のように先行要素の効力を拡大、画一化すべきではない。少なくとも、身体や生命に関わる重大な侵害を防衛者に受忍させるほどの効力を有する先行要素は、存

---

[319] 照沼・前掲注（218）152 頁を参照。

[320] あらゆる膨大な量の先行要素とその効果について整理することは、本論文ではかなわないので、今後の研究の課題とすることにしたい。

在しないと思われる。

そして、正当でない先行行為によって正当防衛が制限されるとき（故意的・過失的自招防衛）も、様々な状況がありうる。侮辱などの重大でない違法・社会倫理違反行為を行って侵害を招致したのであれば、法秩序の破壊は小さいから、防衛者の正当性が部分的に失われるにすぎない。したがって、防衛行為に出ること自体は認められつつ、防衛限度が制限されることになる。それに対して、殺傷などの重大な違法・社会倫理違反行為を行って故意的に侵害を招致したのであれば、法秩序の破壊が大きいから、正当性が完全に失われ、したがって、防衛行為に出ることすら認められず、過剰防衛が成立する余地もない。つまり、過剰防衛の余地があるかどうかは、先行する違法・社会倫理違反行為の重大さに依存するのである。違法・社会倫理違反行為の重大さを基準に線引きすれば、刑法上の犯罪[321]に相当する先行行為は防衛者の（法確証原理に基づく）正当性を完全に失わせ、それに及ばない行為は防衛者の正当性を部分的に失わせるものと考えられる。前掲の「侵害者の不正性」において検討したように、刑法上の犯罪にあたる先行行為を行った者は、自身がまさに侵害者と同レベルの不正性を有する法秩序の敵であり、当然法秩序を擁護者としての資格を有しない。それに及ばない者は、完璧な擁護者とはいえないまでも、最低限の刑事処罰にすら値しない以上、防衛権を完全に剥奪されるべきではない[322]。刑事違法行為さえすれば（法確証原理による）正当性を全て失うというと、厳格すぎるようにみえるかもしれないが、後述するように、防衛者はなお個人保全原理によって正当性を認められえ、また、回避義務などを充分履行することで正対不正の関係を回復させうるから、正当防衛が成立する余地がある。

ここで、防衛限度の制限は当然条文上の「必要な限度」に反映させるべきであるが、では重大な先行行為によって正当防衛が成立しないことはどの条文・要件に反映させるべきか。従来の裁判例や学説では、防衛意思要件に反映させることが多かった。しかし、この場合、防衛者の主観的態様は侵害の発生を認識しまたは認識しえただけであり、せいぜい侵害に対抗する意思があるとしか言えず、これは防衛意思と矛盾するものではない。むしろ、侵害に対抗して権利を守ることは正当防衛本来のあり方であり、侵害の発生を認識してこそ侵害から権利を守る意思が形成されるともいえる。防衛者の正当性は、客観上の法律・社会倫理違反行為に基づいて導かれる判断されるのだから、これを要件に反映させるときも、主観的要件たる防衛意思要件ではなく、客観的要件に反映されるべきである。したがって、次は防衛起因要件、防衛時間要件および防衛対象（防衛行為の打撃対象）要件のいずれに反映させるべきかが問題となるが、防衛時間要件と防衛対象要件には明らかに適しないため、防衛起因要件一択となる。条文上の文言から解釈すれば、防衛者に守らせ

---

[321] 中国において、犯罪とされ刑法で処罰される行為は、単に社会危害性（・法益侵害性・規範違反性）を有するだけでは足りず、ある一定程度以上の社会危害性を有しなければならない。このような、可罰的違法性の理論と共通するところがあるものは、中国刑法第十三条但書に規定されている。すなわち、「…（各種の権利）に危害を与える行為は、法律に基づき刑罰を受けるべきであるならば、犯罪である。ただし、情状が著しく軽微であり、危害が大きくないときは、犯罪としない」と。

[322] 軽微な刑罰と防衛権の剥奪のどちらがより重いかは、具体的状況に基づく価値判断であり、断定し難いところもあるが、逆にいうと、防衛権の剥奪は必ずしも軽微な刑罰より軽いといえないであろう。

るべき「権利」が存在しない、といえる。すなわち、正当防衛における正対不正は相対的な関係であるため、侵害されている権利は、一般人は守りうるとしても、正当性を失った防衛者が守ることは許されないということである。だとすれば、防衛起因要件の内容は、指導意見の説明より拡張した。すなわち、防衛起因というのは、「不法侵害が存在すること」ではなく、「(防衛者が守りうる) 権利に対する不法侵害が存在すること」である。他方、本論文と同様に正対不正の相対性に立脚するが、先行事情による正当防衛の否定を、防衛者の対抗しうる「不正の侵害」が存在しないことと解釈する見解がある[323]。しかし、そのような理解では、防衛者と侵害者の相対関係は不正対不正というよりも、正対正となるのではないだろうか。無論、不正対不正か正対正か、(利益の) 衡量においては同様に対等関係である以上、同視されることができ、あるいは同様の方法で扱われることができる、と考えられなくはない。このように考えると、不正対不正であっても、なお正対正と同様に緊急避難の限度内で正当化しうることになる。だが、本論文のように正当性の有無を重視する場合、不正対不正と正対正とは真逆であり、決して混同すべきではない。不正対不正においては、正が存在しないため、緊急避難によって正当化する余地もない。つまり、「守りうる権利 (正) が存在しないこと」と「対抗しうる侵害 (不正) が存在しないこと」との解釈は、同じ意味の異なる言い方にみえるかもしれないが、実は各自の正当防衛論の特徴を体現するものであり、導かれる結論も相違する。

(3)　先行事情によって正当性が強くなる場合

従来の検討において、先行事情による正当防衛の制限についてはよく言及されているものの、先行事情による正当防衛の拡張についてはあまり言及されていない。それに応じる形で、一定の不正性をもたらす先行事情が主たる検討対象となり、正当性を増強する先行事情は重視されておらず、主に不正性の反証として挙げられるのみである。無論、正当防衛の緊急行為性を強調する立場からみれば、正当性は所詮防衛行為が「許容されうる」ことを意味するにすぎず、正当性の増強にはさほど意味がないかもしれない。なぜなら、「ギリギリ許容されうる」場合と「明白に許容されうる」場合とは結果の点では異ならないからである。しかし、中国の特徴として、「徹底した法確証原理」が採られていることがある。よって、正当性には「許容されうる」だけでなく、「保護されるべき」ないし「奨励されるべき」という意味も含まれている。すなわち、防衛現場の法秩序を保護するにとどまらず、予防効果とりわけ積極的一般予防の効果を発揮する正当防衛は、実質的に社会に有益であり、奨励されるべきである。したがって、例えば、業務や身分などの先行事情に基づき防衛者が侵害者に対抗する権利・義務を有するとき、または、事案⑳のように、義挙を行って侵害者の報復を招いたときなど、一定の先行事情により防衛行為の積極的一般予防の効果が強くなる場合には、防衛者の正当性は増強し、正当防衛が認められやすくなる。

要件との関係では、まず、先行事情によって防衛起因が認められやすくなる場合が存在する。例えば、一般的に、軽微な不法侵害は法秩序の破壊が大きくないため防衛起因として認められ難く、それに対抗する行為には正当防衛が成立し難い。しかし、先行事情によ

[323] 高山・前掲注 (209) 71 頁。

ってある防衛者が軽微な侵害に対抗する権利･義務を有する場合、その防衛者の立場では、軽微な侵害でも対抗に値し、防衛起因が認められる[324]。次に、防衛意思要件の認定にも影響を及ぼす場合がある。防衛者が侵害に積極的に対抗するとき、一般的には防衛意思要件を満たすかが疑われるが、先行要素によって侵害に対抗する権利・義務があれば、防衛意思は比較的に認められやすい。ただし、これは、先行事情を理由として防衛意思要件の判断基準が緩和されたのではなく単に裁判所の事実認定にそのような傾向があるにすぎないかもしれない。おそらく、裁判所からみると、侵害に対抗する権利・義務があれば、「積極的」に防衛する理由が説明可能となる。また、見義勇為が先行事情として存在するときに防衛限度の判断は寛容的になる、という傾向も実務において見られる。

（4）　個人保全原理による正当防衛の余地

以上では、法確証原理に基づいて分析し、先行事情の考慮範囲と効果を明らかにした。ところが、中国における正当防衛の正当化根拠は法確証原理・個人保全原理でありこれらは択一的関係にあるので、法確証原理によって正当防衛が成立しない場合でも、なお個人保全原理によって正当防衛が成立する余地がある。

まず、「意図的」場合については、個人保全原理から考えても正当防衛は認められるべきではない。なぜなら、真に利益を保全しようとするならば、最初からその利益を侵害に晒す必要がないからである。また、中国における個人保全原理は防衛者の苦境・精神的動揺によってその責任を阻却する意義を有するが、防衛者が侵害を自分の意思で利用できる精神状態にある以上は、苦境・精神的動揺に陥っているとはいえないであろう。

そして、「意図的」ではない場合について、本来、一般的な個人保全原理によれば、防衛者の利益の要保護性は原則認められ、防衛者は正当防衛を行えるはずである[325]。しかし、中国における個人保全原理は謙抑的なものであり、生命のような重大な利益が侵害されるとき、他の防衛手段が選択不能であるとき、または侵害によって防衛者の精神が動揺するときに限って、機能するということであった。それでも、個人保全原理によって正当防衛の成立範囲は確実に拡張された。例えば、日常的に夫の暴力を受け心身共に傷ついた妻が、再び夫に侵害され、逆上して反撃した、というような場合において、法確証原理からは夫婦の相互保障関係によって防衛限度が制限されるが、個人保全原理は精神的動揺を理由として過激な防衛行為を許容する。また、自らが相手に暴力を仕掛けたために報復された場合、法確証原理では過剰防衛にもなり難いが、相手の報復が生命を脅かす場合には、個人保全原理から正当防衛が成立しうる。中国における個人保全原理は、なお謙抑的である一方、すでに法曹実務において重要かつ不可欠な機能を果たしている。今後社会が発展して個人保全がより重視されるようになれば、さらに拡張的に認められることも期待できると

---

[324] 他方、身分などの先行事情は、防衛性質の認定には有利な影響を及ぼすとしても、防衛限度には必ずしもそうではない。すなわち、防衛者がある侵害に対抗する専門家であれば、それに対抗しうるのは当然だが、一般人の防衛行為より適切な防衛行為を採るべきとの要請が働く。よって、防衛限度は逆に制限されることになる。

[325] ただし、法確証原理によって要保護性が減少し、補充性が求められる。斎藤・前掲注（227）209 頁、山中・前掲注（121）523 頁など。

思われる。

3　正対不正の回復

上記の検討から分かるように、先行事情が正当防衛に影響するには、先行事情と防衛現場の因果性および先行事情の正当性・不正性が必要である。したがって、因果性と正当性・不正性が、一時存在したとしても、一定の状況によって解消されたら、それらは正当防衛に影響しない。例として、相手を殴打したために報復された場合を考えよう。この場合、一般的には因果性があり正当性・不正性が影響される。しかし、相手が十年経ってから侵害してきたときなどは、因果性はすでに断絶したというべきである。また、当初の殴打が「意図的」であったとしても、相手の報復が想像した程度を遥かに超えた場合は、実質的には「過失的」に等しい。ひいては、相手の報復が想像可能な程度を超えた（認識・予期しえない）のであれば、もはや「過失的」とすらいえなくなる[326]。したがって、この場合、過剰防衛ないし正当防衛が成立しうる。そのほか、謝罪や回避などで衝突の解消に努めたり、公的救助を求めたりすることも、防衛者の正当性を回復させうる。このような理論は、学説において共通認識となっており、指導意見においても言及されている[327]。一方、これは従来の下級実務においては認識されていなかった。例として、「杜某故意傷害案」が挙げられる。被害者 A は、自分の前妻が被告人甲と不正な男女関係を持っていると思い、甲と揉めていた。事件当日、甲は A と路上で遭遇し、甲はすぐに逃げたが、A は 30 メートル以上追いかけて甲を捕まえ、甲と殴り合っていたところ、甲がナイフを用いて A に軽傷を負わせたというものである。本事案について、裁判所は、A の侵害が不正であり、甲が侵害を回避できない状況にいたと認定したものの、「ナイフの使用」を理由として甲の行為の正当性を否定し、過剰防衛すら認めなかった。しかし、まず、「ナイフの使用」は防衛限度の判断要素であり、それによって甲の行為の防衛性質を否定することはできない。そして、仮に甲が過去の紛争によって正当性を部分的に失っていたとしても、「すぐ逃げた」ことで衝突の解消に努めのだから、その正当性は回復したといえる。少なくとも、侵害を回避できなかった場合には防衛行為を行えるであろう。

4　小括

本節の検討を踏まえると、先行事情の主たる効果は、次のように整理できる。すなわち、主観上の不正な意図は、防衛意思要件を否定し過剰防衛の余地も残さないが、客観上の先行事情は、防衛起因を否定しあるいは防衛限度を制限し、過剰防衛の余地を残す。表で整理すると、以下のようになる。

---

[326] その時点ですでに因果性が認められない可能性がある。

[327] （2017）辽 0422 刑初 49 号、（2017）辽 04 刑终 304 号。

オレンジ色：正対不正の関係が成立しえる場合　灰色：正対不正の関係が成立しえない場合
青色：正対不正の関係が一定程度揺り動かされる場合

主観的態様 客観的状況	意図的場合 不正な目的で侵害を利用しようとする	故意的場合 客観的状況を認識している	過失的場合 客観的状況を認識しうる
対抗権利・防衛限度緩和をもたらす先行要素	違法行為 防衛意思	正当防衛	正当防衛
法律・社会倫理に適う先行行為	違法行為 防衛意思	正当防衛	正当防衛
回避義務・防衛限度制限をもたらす先行要素	違法行為 防衛起因と防衛意思	違法行為・過剰防衛 防衛起因 防衛限度	違法行為・過剰防衛 防衛限度 防衛起因
法律・社会倫理に適わない先行行為	違法行為 防衛起因と防衛意思	違法行為・過剰防衛 防衛起因 防衛限度	違法行為・過剰防衛 防衛限度 防衛起因

また、下図のように簡略化することもできる。

主観的態様 客観的事情	不正な意図	客観的状況を認識可能
正当な先行事情	違法行為 防衛意思	正当防衛
不正性を有する先行事情	違法行為 防衛起因と防衛意思	違法行為・過剰防衛 防衛起因か防衛限度

（四）　諸判例の再評価

さて、ここまで検討し構築した理論に基づいて、諸判例を再度考えてみよう。

1　下級実務における裁判例の再評価

事案①について、賭博債務であるという先行事情は[328]、防衛現場との場所的・時間的隔たりがあるが、事案の起源と焦点であり、それがなければ防衛現場も創出されなかったといえる。そのため、この先行事情は正当防衛の判断において機能し、被告人の正当性の評価に不利な影響を及ぼす。被告人らの身分という先行事情も、侵害者に対抗する権利や義

[328] 賭博債務は、一部の学説において「不正の関係」とされ、先行要素であるかのように扱われているが、不正の先行行為と理解するほうが素直であると思われる。

務を生じさせるので、考慮されうる（もっとも、実際にはそのような身分を有しているとは認めなかった）。しかし、最も重要なのは、被告人らが何度も侵害者を挑発した上で人を集めて武器を準備したことである。この事実から、侵害を利用して相手に加害する意図が認められる。このような不正な意図がある場合、被告人らの行為には防衛意思要件が欠如し、過剰防衛にもならないと判断される。これと同趣旨を述べる裁判所の本判決は、基本的に妥当だと思われる。

事案⑲について、犯人を助けたという先行事情と、犯人に侵害された防衛現場とは、条件関係はあるものの、相対的因果性があるとは言い難い。そのため、防衛現場における被告人の正当性は先行事情に影響しえず、正当防衛は通常どおり成立しうる。一方、たとえ因果性が認められ、被告人の正当性が犯人蔵匿行為によって失われたとしても、生命が脅かされて「窮境に陥り…強烈な精神的刺激を受けた」被告人は、なお個人保全原理から正当防衛行為を行えるはずである。だとすれば、過剰防衛すら認めなかった一審判決は不当であり、正当防衛を認めた二審判決が妥当である。

事案⑳について、見義勇為の先行事情と、ごろつきに報復された防衛現場とは、明らかに因果性がある。そのため、被告人の正当性は見義勇為によって強められ、正当防衛は成立しやすくなるべきである。だとすれば、過剰防衛すら認めなかった一審は不当であり、過剰防衛を認めた二審判決も再考の余地がある。

事案㉑について、客観的状況に対する認識および準備行為はあったが、それだけでは正か不正かを評価できない。真に考慮されるべき先行事情は、被告人の殴打行為である。その不正性を有する先行行為によってこそ、侵害が招致された。そして、殴打行為の性質に鑑みれば、被告人は、正当性を完全に失ったわけではないが、公的救助を求めたり侵害を回避したりすべきであり、限定される範囲内で防衛行為を行うべきである。しかし、実際には被告人はそのように行動しなかったため、本事案は過剰防衛とされるべきである。だとすれば、防衛意思の欠如で過剰防衛をも否定した一審と二審の判決は、妥当ではない。

2　指導性案例の評価

指導性案例は、最高法と最高検が正当防衛問題の改善を図るため発布した書面として、下級実務の裁判例に比べると相当に妥当性が高いといえる。もっとも、民間矛盾に関する事案⑬については、一考の余地があると思われる。本事案は、深夜に発生した暴力的住宅侵入の事件であり、十分悪質である。もし侵入者 A が甲一家と全く関係のない赤の他人であれば、中国の裁判所としても、防衛者甲の行為を正当防衛と認めた可能性が高い。しかし、婚姻関係という民間矛盾にあたる先行事情が存在するために、正当防衛の成立が否定され、過剰防衛と判断された。この判断について、少なくとも以下の点が検討されなければならないと思われる。

まず、事件当時、乙と A は離婚訴訟期間にあり別居中であるものの、まだ正式には婚姻関係が解消されていない。その際、A による騒ぎ立てなどの行為が、真に「仲直りして共同生活を続けたい」からであり、婚姻関係にあるものの間で通常起こりうることであるといえるならば、民間矛盾という先行事情が機能し、当事者双方は互いの侵害に対して一定程度の回避・受忍義務を負うべきだと考えられる。しかし、A の目的はともかく、事案の

事実から客観的にみれば、A の行為は重大な害悪性を有し、婚姻関係に基づくトラブルの範疇から逸脱したものではないだろうか。だとすれば、民間矛盾という先行事情は機能すべきでないと思われる。

そして、仮に民間矛盾という先行事情が機能したとしても、当事者双方が課される回避・受忍義務には限度がある。A からの侵害に対して、甲一家は自宅に籠って現場に出向かず、隣人に救助を求めたり警察に通報したりしており、すでに充分に回避・受忍したといえる。それを超えて A が侵入してきたときには、甲は反撃してよい。つまり、防衛性質（・防衛状況）要件が認められるべきである。この点について、指導性案例の判断は正確であった。指導性案例が、従来の下級実務における民間矛盾の過大評価を意識しつつ、「矛盾が暫く解決されていないことなどを理由として、わざと防衛性質を承認しないあるいは承認する勇気を持たないことは、同様に許されない」と特別に指摘し強調したことは、評価されるべきである。

最後に、防衛限度に関して、民間矛盾によって防衛行為の手段が制限されることが考えられる。甲は、指導性案例が認定したように「A を宥めつつ警察を待つ」ことによっても侵害を免れうるのであれば[329]、確かに殺傷力の高い武器を用いるべきではない。しかし、それはあくまでも経験的法確証の角度からの話にすぎない。個人保全の角度からは、なお正当防衛が認められうると思われる。すなわち、甲一家は長期間にわたり A に騒ぎ立てられ、事件当日は深夜に A の執拗かつ暴力的な住宅侵入を受けているから、恐怖や激憤または高度に緊張して精神的動揺に陥る可能性が十分にある。防衛限度を判断する際、それらの事情を考慮して、防衛手段の選択を寛容的に許容しうる。かかる論理は、事案⑬においてはまだ認められていないが、それ以降の、事案⑬に類似する事実経緯を持つ事案⑰や「涞源反殺案」などにおいては認められ、さらに指導意見においても規定された。

四　総括

正当防衛における先行事情に関して、日本の実務と学説は検討と実践を重ね、優れた豊富な成果を積み上げてきた。それと比較して、中国の実務と学説は成熟したものとは言い難く、その成果も問題の解決には不十分と言わざるを得ない。そのため、本論文では、日本の成果を参照しつつ、中国の状況と合わせて中国に適う先行事情理論を構築することを試みた。まず、通常の先行行為のみならず、民間矛盾などの先行要素をも理論の検討範囲に入れるべきである。先行行為は防衛現場との因果性を有する限り、先行要素はその効力の範囲内で、正当防衛に影響しうると考える。そのうえで、中国における正当防衛制度の基盤となる経験的法確証原理の要請に基づき、侵害者の不正性および防衛者の正当性に関

[329] もっとも、この認定自体、そもそも合理的でないと思われる。自宅にまで侵入された甲一家は、逃げ場もなく切羽詰まった状況に置かれていた。その際、A を宥めつつ警察を待つということは物理的には可能であっても、それに一家の安全を懸けることにはかなりのリスクを伴う。A を宥めつつ警察を待つという選択肢は、理論上は存在しても実際には採用しがたいものである。このような選択を強要することは、過酷ではないだろうか。

わる先行事情を考慮する。防衛者の正当性の判断につき、先行事情における主観面は当然考察されなければならない。特に（故意を超えて）「意図的」な主観的態様は、法確証の趣旨に反するので、ただちに防衛者の正当性を失わせる。要件でいえば、防衛意思要件が欠如することになる。一方、故意的・過失的な主観的態様は、あくまでも防衛状況に対する認識・認識可能性すぎないので、それだけでは直ちに防衛者の正当性は失われない。もっとも、認識・認識可能性があり、かつ、客観面において法秩序に違反する先行事情があるときは、防衛者の正当性は認められにくくなる。どの程度影響するのかについては、具体的な分析を行わなければならないが、刑法典の処罰に値する行為をしたという先行事情は、正当性を完全に失わせ（過剰防衛の余地もない）、それ以外の法律・社会倫理に違反する行為をしたという先行事情は、正当性を一部失わせる（過剰防衛の余地がある）、と考えられる。要件論でいえば、前者は防衛起因の欠如となり、後者は防衛限度の制約となる。また、先行事情における防衛者の行為の積極的一般予防の効果が高いと認められる場合、防衛者の正当性はより強く認められ、正当防衛が成立しやすくなる。その他にも、法確証原理に基づく正当性の判断だけでは峻厳すぎる一面を持つため、これと併せて個人保全原理に基づく正当性の有無を考察する必要もある。

結論

一　中国における正当防衛制度の到達点

本論文では、日本の正当防衛論の議論状況を参照しながら、中国の実務に基づき、次のように正当防衛の基礎理論と先行事情論を検討した。日本と比較して、中国の（指導性案例・指導意見以後の）正当防衛制度は、法条の規定が緩やかであり、急迫性が成立要件とされず、さらには正当防衛の奨励が唱えられており、全体的に寛容であるといえる一方、防衛意思要件のみが厳格に要求され、正当防衛を制限する主たる要因となっている。このことは、正対不正の重視の体現であり、基礎理論から解釈すれば、法確証原理を徹底した結果である。その一方で、見義勇為や民間矛盾などの要素も正当防衛に影響を及ぼすことに鑑みれば、規範的法確証よりも、経験的法確証が重視されていると言える。また、責任要素の考慮が認められたことは、個人保全原理から説明でき、これは正当防衛に責任阻却の性質をもたらす。かかる背景の下で先行事情の処理方法を考えると、防衛現場に先行する要素または行為は、防衛者の正当性および侵害者の不正性に関わる限り、正当防衛の成否に一定の影響を及ぼしうる。要するに、重点となる防衛者の正当性の判断においては、主観上の不正意図のみならず、客観上の法律・社会倫理違反行為も考慮すべきということである。前者は防衛意思の欠如となり、後者は、重大であれば防衛起因の欠如となり、軽微であれば防衛限度の制約にとどまる。つまるところ、経験的法確証を基盤としつつ、それと併せて個人保全の角度からも正当防衛制度を理解し運用するというのが、現在の中国の正当防衛制度の到達点である。

二　正当防衛の基礎理論と先行事情論への示唆

一方、本論文の検討は、必ずしも中国に限って適用するわけではないと思われる。むしろ、もともとは日独の法理論を以て中国の正当防衛論を見直す意識であるので、先に日独の法理論について一定程度の再検討を行った。また、正当防衛制度を実施し、修正し続けている中国の実務状況は、正当防衛論の研究資料として、実証的意義を有することは認められうるであろう。少なくとも、以下のような示唆は得た。まず、基礎理論について、正当防衛行為およびそれに対する法的処理は、個人の具体的利益を保護する機能を有するほか、人々の規範意識に影響を与えうり、社会的機能を有する（ただし、それぞれの社会環境によって程度が異なると考えられる）。そのため、純粋な個人主義から正当防衛を理解するのは不十分であり、個人・社会の二元論は妥当しうる。なお、正当防衛の規範意識に対する影響＝法確証の効果に、規範的な内容は当然ながらも、経験的な内容も含まれているのはありがちである。そのような経験的な内容を如何にして規範化するのは、重要な課題である。次に、先行事情の処理について、実務に存在する多種多様な先行事情を細かく類型化してそれぞれの法理で処理するのはありうるかもしれないが、多数の先行事情に適

用しうる一般的な原理を探求するほうがよりいいと考えられる。その際は、基礎理論からアプローチするほかなく、少なくとも、基礎理論との整合性に注意しなければならない。また、罪刑法定主義に基づき、結論を条文・成立要件に反映させる必要がある。正当防衛の基礎理論と先行事情論は、具体的内容がそれぞれの社会環境によって変わるべきであるといえ、以上の方向性において一定程度の共通性を有すると思われる。

三　将来の課題

以上が中国の実務の到達点であるが、これは決して終着点ではない。少なくとも、以下の課題はなお検討の必要がある。

第一に、最高法と最高検の指導性案例・指導意見によって中国の正当防衛制度は大幅に進展したものの、なお細部において不整合が生じている。例えば、本文でも言及したように、防衛時間や防衛限度の判断につき防衛者の精神的動揺を考慮すること、ひいては正当防衛の責任阻却性を認めることは、マクロな視点からみれば、実務の依拠する四要件説による犯罪論体系においてはありうる一方、ミクロな視点からみれば、防衛意思の厳格な要求と齟齬し、誤想防衛の処理にも影響を及ぼすはずである。しかし、このような齟齬について、最高法と最高検はまだ説明を為していない。言い換えれば、単に結論として妥当にみえるものを示したのみで、その結論の整合性と波及的効果を顧慮していない。もっとも、「正当防衛に関する指導性案例と典型案例を発布し続け、一層積み重ねる」という予告もしているので、今後の進展が期待され、また、研究も深められるだろう。

第二に、規範的法秩序よりも経験的法秩序を重視することについては、再考の余地がある。なぜなら、まず、経験的法秩序は正当防衛の判断基準を不明確にするからである。典型例として、実務で応用されてきた民間矛盾という概念は、そもそも定義されておらず、むしろ、定義されえないのである。そのため、下級実務において恣意的に扱われ、正当防衛の過度な制限をもたらしている。また、経験的法秩序の重視によって、正当防衛制度全体が主観化されている。防衛意思の厳格な要求（特に、主観上の先行事情を重視すること）はその体現であり、正当防衛を制限する主たる要因となっている。本論文では、民間矛盾や見義勇為の内実と効果を解析したり、客観的先行事情の機能を明らかにしたりして、一定程度の規範化に努力したものの、まだ規範化への道半ばである。経験的法秩序の重視は、正当防衛制度のみならず中国法全体の特徴といえ、歴史的、文化的基礎を有し、容易く揺り動かすことのできるものではない。真に経験的法秩序から規範的法秩序への転向を図るのは、もはや一種の革命といえる。だとしても、その目標に筆者は微力を貢献したい。

第三に、正当防衛と、緊急避難ないし現行犯逮捕そのほか許容される実力行使との関係も、検討する必要がある。日中独を問わず、正当防衛と緊急避難との共通性を強調し、ひいては統一の理論体系の下で論じる学説が少なくない。それに対して、本論文のように正当防衛（正対不正）と緊急避難（正対正）との区別を強調する場合、両者の関係をどう扱うかはより詳細な検討を求められることになるであろう。また、日本と異なり、中国の現行犯逮捕は、「扭送（ニューソン）」と称され、逮捕つまり捜査手段ではないと従来強調さ

れてきた。言い換えれば、それは国家機関の権利の代行ではなく、公民自身の権利行使であるとされている。尚且つ、「扭送」は、正当防衛と同様に「違法犯罪との闘争」として説明されており、実務においても正当防衛と競合する場合があり、考察が必要である。その他、見義勇為は行政法、民法においてはすでに成文化されているところ、これが刑法にも波及する可能性があり、留意されなければならない。もっとも、これらの課題は正当防衛論の内容を超えるので、今後の研究に預けることにしたい。

正当防衛に対する処理は、正義と不正、自由と規範、個人権利と国家権利の取捨選択を反映するものであり、正当防衛制度自体を超える重大な意義を有するため、数多くの刑法課題の中では肝心要なものとなる。特に中国において、正当防衛が社会問題となっている以上、その解決に尽力するのはもはや法曹界の責任だけではなく、社会の一員としての責任でもある。筆者は、ここで検討を一段落終えて筆を置くが、今後とも正当防衛の研究に励む所存である。