SOUTHEAST UNIVERSITY



2017

第六届中日刑事法研讨会

暨中日刑法总论及分论中的先端课题研讨会

第六回日中刑事法シンポジウム・プログラム——日中刑法総論・各論の先端課題

南京・无锡

东南大学

2017年9月16日-9月17日

第六届中日刑事法研讨会

暨中日刑法总论及分论中的先端课题研讨会

第六回日中刑事法シンポジウム・プログラム ——日中刑法総論・各論の先端課題

目　次

一、会议议程 …… Ⅰ

二、会议论文集锦 …… Ⅱ

第1セッション：因果関係の理论と実務問題研究 ……1

● 当前的日本因果关系理论/桥爪隆（著）高翔（译）……2

日本における因果関係論の現在/橋爪隆 ……11

● 积极的限缩：刑法因果关系进阶之要义/梁云宝……23

中国における刑事因果関係論の発展の概観/梁雲宝（著）劉建利（訳）……43

第2セッション：正当防卫の理论と実務問題研究……70

● 正当防卫的司法认定：王洪军案与于欢案的对比性考察/陈兴良……71

正当防衛の司法認定/陳興良（著）謝佳君（訳）……88

● 打架与正当防卫/盐见淳（著）李世阳（译）……111

喧嘩と正当防衛/塩見淳……121

第3セッション：性犯罪の理论と実務問題研究……132

● 日本的性犯罪/佐伯仁志（著）曾文科（译）……133

日本の性犯罪/佐伯仁志……142

● 性犯罪的争论问题/张明楷……153

性犯罪の問題をめぐる論争/张明楷（著）洪兆承（訳）……167

第4セッション：詐欺罪の理論と実務問題研究 ……186

● 围绕诈骗罪的日本争议的现状/杉本一敏（著）杨秋野（译）……187

詐欺罪をめぐる日本の議論の現在/杉本一敏……197

● 论诈骗罪中的财产损失——以中国的司法实务为中心展开/付立庆……209

詐欺罪における財産損失に関する試論/付立慶（著）毛乃純（訳）……227

三、参会人员名单……Ⅲ

四、东南大学法学院简介……Ⅳ

五、会务提示……Ⅴ

第六届中日刑事法研讨会

暨中日刑法总论及分论中的先端课题研讨会

会议议程

一、会议名称

第六届中日刑事法研讨会暨中日刑法总论及分论中的先端课题研讨会

二、组织机构

主办方：东南大学

承办方：东南大学法学院　　江南大学法学院

协办方：江苏开炫律师事务所　江苏泓远律师事务所

三、会议地点

中国江苏省无锡市江南大学文浩馆国际会议中心205

四、会议时间

2017年9月16日（周六）——2017年9月17日（周日）

五、会议日程

会议第一日：9月16日（周六）

上午议程（一）会议开幕式　时间：8:30-9:20

主　持　人：刘艳红　东南大学法学院院长/教授

特邀嘉宾致词：西原春夫　早稻田大学前校长/名誉教授

日方代表致词：高桥则夫　早稻田大学法学部教授/日方代表团团长

中方代表致词：张明楷　清华大学法学院教授

承办方致词：吴正国　江南大学副校长

翻　　译：金光旭　成蹊大学副校长/法学部教授

嘉宾合影

时　间：9:20—9:40

地　点：文浩馆国际会议中心前

上午议程（二）第一主题报告：因果关系理论与实务问题研究

时　间：9:40-12:00

主持人：甲斐克则　早稻田大学法科大学院院长/教授

孙国祥　南京大学法学院教授

翻　译：金光旭　成蹊大学副校长/法学部教授

刘建利　东南大学法学院副教授

报告人：（每人25分钟，翻译用PPT显示）

桥爪隆：当前的日本因果关系理论

（东京大学大学院法学政治学研究科教授）

梁云宝：积极的限缩：中国刑法因果关系进阶之要义

（东南大学法学院副教授）

自由讨论（90分钟）

午餐

时　间：12:00—13:30

地　点：江南大学长广溪宾馆太湖厅

下午议程（一）第二主题报告：正当防卫理论与实务

时　间：14:00-16:20

主持人：佐伯仁志　东京大学法学部教授/日本刑法学会理事长

冯　军　中国人民大学法学院教授

翻　译：金光旭　成蹊大学副校长/法学部教授

谢佳君　西南政法大学法学院副教授

报告人：（每人25分钟，翻译用PPT显示）

陈兴良：正当防卫的司法认定：王洪军案与于欢案的对比性考察

（北京大学法学院教授）

盐见淳：打架与正当防卫——以"打架两成败"的法理为线索

（京都大学法学部教授）

自由讨论（90分钟）

晚餐（桌宴）

时　间：18:00—20:00

地　点：江南大学长广溪宾馆花溪厅

会议第二日：9月17日（周日）

上午议程（一）第三主题报告：性犯罪理论与实务问题研究

时　间：9：30-11：50

主持人：桥爪隆　东京大学大学院法学政治学研究科教授

刘宪权　华东政法大学刑法法制研究院院长/教授

翻　译：金光旭　成蹊大学副校长/法学部教授

石亚淙　中国社会科学院法学研究所助理研究员

报告人：（每人25分钟，翻译用PPT显示）

佐伯仁志：日本的性犯罪——最近修改的动向

（东京大学法学部教授/日本刑法学会理事长）

张　明　楷：性犯罪的争论问题

（清华大学法学院教授）

自由讨论（90分钟）

午餐

时　间：12:00—13:30

地　点：江南大学长广溪宾馆太湖厅

下午议程（一）第四主题报告：诈骗罪理论与实务问题研究

时　间：14:00-16:20

主持人：盐见淳　京都大学法学研究科教授

黎　宏　清华大学法学院书记/教授

翻　译：金光旭　成蹊大学副校长/法学部教授

毛乃纯　郑州大学法学院讲师

报告人：（每人25分钟,翻译用PPT显示）

杉本一敏：围绕诈骗罪的日本争议现状

（早稻田大学法科大学院教授）

付立庆：论诈骗罪中的财产损害——以中国的司法实务为中心

（中国人民大学法学院教授）

自由讨论（90分钟）

下午议程（二）会议总结

时　　间：16:30-17:00
主 持 人：谢望原　　中国人民大学法学院教授
日方代表：甲斐克则　早稻田大学法科大学院院长/教授（15分钟，含翻译）
中方代表：陈兴良　　北京大学法学院教授（15分钟，含翻译）
翻　　译：金光旭　　成蹊大学副校长/法学部教授

下午议程（三）会议闭幕式

时　　间：17:00-17:30
主 持 人：曾祥华　　江南大学法学院院长/教授
日方代表　致词：高桥则夫 早稻田大学法学部教授（10分钟，含翻译）
中方代表　致词：梁根林　北京大学法学院教授（10分钟，含翻译）
下届主办方致词：盐见淳　京都大学法学研究科教授（10分钟，含翻译）
翻　　译：刘建利　　东南大学法学院副教授

晚餐

时　　间：18:00—20:00
地　　点：江南大学长广溪宾馆太湖厅

第六回日中刑事法シンポジウム・プログラム

一、会議名

第六回日中刑事法シンポジウム・プログラム―日中刑法総論・各論の先端課題

二、開催機構

主催校：東南大学
開催校：東南大学法学院（江蘇南京）
　　江南大学法学院（江蘇無錫）

三、開催地

中国江蘇省無錫市江南大学文浩館国際会議センター(205)

四、開催日

2017年9月16日(土)――2017年9月17日(日)

五、プログラム

（第1日目）9月16日(土)

開会式 時間：8:30-9:20

司　会：劉　艶紅教授（東南大学法学院院長・企画責任者）
開会宣言　8:30
開会の挨拶（1人10分）
スペシャルゲスト：西原春夫教授（早稲田大学元総長）
日本側：高橋則夫教授（早稲田大学・日本側代表）
中国側：陳　興良教授（北京大学・中国側代表）
共催側：呉　正国副教授（江南大学副校長）
通　訳：金　光旭教授（成蹊大学）

記念写真

時　間：9:20-9:40
場　所：文浩館国際会議センター前

第1セッション：因果関係の理论と実務問題研究

時　間：9:40-12:00
司　会：甲斐克則教授（早稲田大学）
　　孫　国祥教授（南京大学）
通　訳：金　光旭教授（成蹊大学）
　　劉　建利副教授（東南大学）
報　告：（1人25分）
　　橋爪　隆教授（東京大学）
　　「日本における因果関係論の現在」
　　梁　雲宝副教授（東南大学）
　　「中国における因果関係論の発展の概観：積極的な制限」
質疑応答（90分）

（昼食）時間：12:00-13:30

場　所：江南大学長広渓ホテル太湖庁

第2セッション：正当防卫の理论と実務問題研究

時　間：14:00-16:20
司　会：佐伯仁志教授（东京大学）
　　馮　軍教授（中国人民大学）
通　訳：金　光旭教授（成蹊大学）
　　謝　佳君副教授（西南政法大学）
報　告：（1人25分）
　　陳　興良教授（北京大学）
　　「正当防衛の司法適用:王洪軍案と于歓案の比較的考察」
　　塩見　淳教授（京都大学）
　　「喧嘩と正当防衛-『喧嘩両成敗』の法理を手がかりに」
質疑応答（90分）

（懇親会）時間：18:00-20:00

場　所：江南大学長広渓ホテル花渓庁

（第2日目）9月17日(日曜日)

第3セッション：性犯罪の理论と実務問題研究

時　間：9:30-11:50
司　会：橋爪　隆教授（東京大学）
　　劉　憲権教授（華東政法大学）
通　訳：金　光旭教授（成蹊大学）
　　石　亜涼アシスタント研究員（中国社会科学院法学研究所）
報　告：（1人25分）
　　佐伯仁志教授（東京大学）
　　「日本の性犯罪－最近の改正動向」
　　張　明楷教授（清華大学）
　　「性犯罪の争点」
質疑応答（90分）

（昼食）時間：12:00-13:30

場　所：江南大学長広渓ホテル太湖庁

第4セッション：詐欺罪の理論と実務問題研究

時　間：14:00-16:20
司　会：塩見　淳教授（京都大学）
　　黎　宏教授（清華大学）
通　訳：金　光旭教授（成蹊大学）
　　毛　乃純専任講師（郑州大学）
報　告：（1人25分）
　　杉本一敏教授（早稲田大学）
　　「詐欺罪をめぐる日本の議論の現在-『重要な事項』の問題を中心に
　　付　立慶教授（中国人民大学）
　　「詐欺罪の財産被害-中国の司法実務を中心に」
質疑応答（90分）

総括

時　間：16:30-17:00
司　会：謝　望原教授（中国人民大学）
翻　訳：金　光旭教授（成蹊大学）
日本側：甲斐克則教授（早稲田大学）（15分）
中国側：梁　根林教授（北京大学）（15分）

閉会式

時　間：17:00-17:30
司　会：曽　祥華教授（江南大学法学院院長）
翻　訳：劉　建利副教授（東南大学）
閉会の挨拶（1人10分）
日本側：高橋則夫教授（早稲田大学）
中国側：劉　明祥教授（中国人民大学）
次回主催校：塩見　淳教授（京都大学）
閉会宣言　17:30

関係者夕食会

時　間：18:00-20:00
場　所：江南大学長広渓ホテル太湖庁

第１セッション

因果関係の理论と実務問題研究

当前的日本因果关系理论

桥爪隆* 著
高翔** 译

一、引言

在日本的刑法学中，长期以来，相当因果关系说占据着通说的地位。尤其是，在最近的讨论中，“实行行为的危险性在结果中现实化的情形下承认刑法上的因果关系”这一危险的现实化说成为有力说，判例也发展到明确地采用了此种理解。在本文中，将以①缘何相当因果关系说失去了通说的地位，②危险的现实化说与相当因果关系说之间存在何种差异，这两点为中心，对日本现在的讨论进行介绍[1]。

二、判例、学说的展开

（一）相当因果关系说

对于刑法上的因果关系的意义，相当因果关系曾占据传统通说的地位。相当因果关系说，是指仅限于自实行行为产生结果在社会一般观念上能够进行相应评价时，承认刑法上的因果关系的观点。在“相当”这一表现之下，可以说要求“能够认为结果的发生在一般情况下是具有预测可能性的”、“能够认为是正常的情况”。例如伤害行为的被害人在被救护车送往医院的途中，遭遇大规模的交通事故，由于追尾发生休克进而死亡时，由伤害行为产生因交通事故致死的结果并非正常的情况，从而否定相当因果关系（其结果，行为人并非因伤害致死罪，而是在伤害罪的限度内被认定罪责）。

从相当因果关系说的立场来看，一般认为在判断是否存在相当性之前，有必要设定其判断基础的资料。申言之，如果将所有的事实都作为判断资料，无论是怎样的因果经过均为必然，也会产生相当因果关系经常被认定的结果；因此认为在判断是否存在相当性之前，有必要对判断相当性之际的判断资料加以甄别。此外，众所周知，作为判断基础的设定标准，存

* 东京大学教授
** 东南大学法学院副教授

[1] 本文是以橋爪隆「因果関係の判断」警察学論集69巻1号（2016年）78頁以下为基础，根据此次研讨会的旨趣，进行了较大幅度补充、修改之后的结果。此外，笔者自身对于因果关系理解的详细内容，见橋爪隆「危険の現実化としての因果関係（1）（2）」法学教室403号84頁以下、404号86頁以下（2014年）。以上内容，已由王昭武教授译成中文公开发表（参照《苏州大学学报（法学版）》2015年第1期102页以下）。借此机会，向王教授的尽心竭力表示由衷的感谢。

在①一般人存在认识或预见可能的情况以及行为人特别认识并预见到的情况之见解（折衷说），与②行为当时客观存在的所有情况以及行为后发生的情况中有预见可能的情况作为判断基础之见解（客观说）的尖锐对立。

原本从相当因果关系说的立场，在设定判断基础之后，应当存在着以此作为判断资料进行相当性判断操作的必要，然而学说的对立集中于判断基础，而对于相当性的判断方法，却未必积蓄了充分的论证。其理由并不明确，但有可能是认为如果设定了判断基础，则因此能够得出关于因果关系相当性的结论。

学说之间围绕判断基础的对立，对于被害人的特殊情况对结果发生具有决定性影响的事例，产生了结论上的差异。例如，对被害人实施了通常不会危害生命之程度的暴行，但因被害人自身存在重度的心脏疾患，最终因心力衰竭死亡的事例。在此种情况下，依判断基础之中是否包括被害人的严重心脏疾患，相当因果关系的判断将呈现不同结论。对于该种事例，在1971年6月17日的最高裁判例（刑集25卷4号567页）中，作出如下判断，即“致死原因的暴行，并不一定要求是死亡的唯一原因或直接原因，即使因被害人的身体偶然存在高度的病变，与此结合产生死亡的结果时，也不妨碍成立因上述暴行致死的罪名……，因此，即便如原审判决，认为被告人的暴行，如果不存在被害人严重心脏疾患这一特殊情况则未必产生致死的结果，并且被告人在行为当时并不知晓存在该特殊情况，而无法预见致死的结果，然而在能够认定该暴行与该特殊情况相互结合产生致死的结果时，应当说存有认定该暴行与致死的结果之间因果关系的余地”。从判例的立场可以看出，不考虑被告人的认识可能性，以被害人的严重心脏疾患为前提肯定了因果关系，显然判例并未采用折衷的相当因果关系说（从此种理解出发，当时，认为判例采用了条件说或客观的相当因果关系说是较为一般的分析）。

不同于上述情形，对于在实行行为之后，介入其他因素的事例，折衷说与客观说在结论上并无不同。无论从哪种立场出发，是否将介入因素纳入判断基础，都是通过评价介入因素是否属于一般预见可能来进行判断。并且，或许当时多数学说认为，判断基础包括介入因素时（介入因素属可能预见时）肯定因果关系，而判断基础不包括介入因素时（介入因素属异常、不可能预见时）否定因果关系。例如上述那样，因救护车的事故致被害人死亡的事例，认为不存在因果关系，是因为运送被害人的救护车陷入事故这一介入因素被评价为异常情况，属于不可能预见的情况。像这样，介在因素能否说是正常情况，还是被评价为异常情况，一直被视为在相当因果关系的判断中的重要因素。

关于此问题的重要的最高裁判例，是美军肇事逃逸事件（最高裁1967年10月24日决定，刑集21卷8号1116页）。本案是，被告人驾驶汽车过程中由于未注视前方，将被害人撞飞，在被害人被撞落至汽车车顶的状态下继续驾驶时，乘坐在副驾驶的第三人发现被害人，出于极度恐惧，将手伸向车顶并将被害人的身体向下拖拽，使其跌至路面，导致被害人死亡的事件。最高裁以“同乘人从行进中的汽车车顶上将被害人倒着向下拖拽，使其跌落在沥青路面上这样一种情况，按照经验法则，并非通常能够预见的情形，尤其是，在本案中，成为被害人死因的头部的伤害究竟是在最初与被告人驾驶的汽车解除时发生的，还是在同乘人将被害人从汽车车顶向下拖拽使其跌落在路面时发生的，难以确定，在此种情况下由于被告人前述过失行为而发生被害人前述死亡结果，按照我们的经验法则无论如何也不能说是当然能够预

见的情形”为理由，否定了被告人的过失行为与被害人的死亡之间存在因果关系。一般认为，在本决定中，第三人的介入行为属于预测不可能的行为这一点受到重视，从而否定了因果关系。然而，如下文所述，对照此后判例的展开，对于本案，被告人的过失行为是否形成死因并不明确这一事实，在因果关系的判断中也具有重要的意义。

（二）相当因果关系说的危机——危险的现实化说

尤其是，对于此种相当因果关系的理解被指出存在重大的问题。而作为其重要契机的是大阪南港事件（最决 1990 年 11 月 20 日，刑集 44 卷 8 号 837 页）。本案中，被告人对被害人实施暴力（第 1 暴行），使其产生内因性高血压性脑桥出血后，将其置于大阪南港的材料放置点并离去，被害人在次日凌晨因内因性高血压性脑桥出血死亡，但因在材料放置点被第三人殴打头部（第 2 暴行），脑出血扩大，多少存在使死亡时间提前的可能性。对于本案[2]，最高裁认为“因犯人的暴行，形成被害人死因的伤害时，即使此后因第三人实施的暴行而使死亡时间提前”，仍然能够肯定犯人的暴行与死亡之间存在因果关系。

如果介入因素的通常性在相当因果关系的存在中是具有决定性的，在本案中因果关系也理应是被否定的。将被害人置于材料放置点，第三人对其头部殴打这一介入行为，大概难謂是通常的情况，因为可以说一般人是无法预见的。然而，最高裁重视对因被告人的第 1 暴行形成死因的伤害导致被害人死亡这一点，从而肯定了因果关系。可以说在这一案例中，最高裁明确了即便是存在异常的介入因素的事例，仅凭此点尚不足以否定因果关系的存在[3]。

从相当因果关系说的立场来看，由于第三人于材料放置点实施第 2 暴行属于行为后的介入因素，不能认为一般人存在预见可能，无论是从折衷说还是客观说均要从判断基础中剔除。因此，从相当因果关系说的立场出发，在假定第 2 暴行未被实施的情况下，因第 1 暴行产生本案中被害人的死亡结果这一点，在社会一般观念上能否认为具有相当性则成为问题。并且，从相当因果关系说的立场来看，对于本案肯定存在相当因果关系应该是可能的。也即，由于被告人的第 1 暴行使被害人产生内因性高血压性脑桥出血，被害人因此死亡，被告人的第 1 暴行导致本案结果的发生具有相当性，能够承认存在因果关系。但是，如果按照此种理解第 1 暴行形成了成为死因的伤害因此承认相当因果关系，是否还存在讨论第 2 暴行包不包括在判断基础中的必要。直截了当地说，以实行行为对于结果发生产生决定性的影响为理由，肯定因果关系足矣。

如前文所见，关于大阪南港事件的最高裁决定，明确了：①即使介入因素异常，还是存在应当认定因果关系的情形；②在因果关系的判断中，实行行为对于结果发生产生何种程度的影响实属重要，（至少对于行为后的介入因素的事例）判断基础论并非重要问题，动摇了以往通过相当因果关系说的问题解决（即所谓的“相当因果关系说的危机”）。从这样的问题意识出发，最近的学说中，作为因果关系的判断标准，“危险的现实化”说得到了有力地主张[4]。实行行为是具有结果发生的具体的危险性的行为，实行行为与结果发生之间的因果经过，正

[2] 在材料放置点殴打头部的行为人并不特定。检察官虽主张被告人本人在材料放置点实施了第 2 暴行，但法院以被告人涉及第 2 暴行这一点存在合理疑问为由，认定了最终是由“姓名不详的第三人”实施了第 2 暴行。

[3] 参照大谷直人「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成 2 年度』240 頁以下。

[4] 例如山口厚『刑法総論〔第 3 版〕』（2016 年）60 頁以下、高橋則夫『刑法総論〔第 3 版〕』（2016 年）131 頁以下等。

可以评价为内含在实行行为中的危险性通过结果发生这一形式进而实现的过程。因此，内含在实行行为中的危险性仅限于能够认为具体的结果发生已经实现的情形，能够认定刑法上的因果关系。在大阪南港事件中，被告人的实行行为中包含了使被害人因内因性高血压性脑桥出血死亡的危险性，正是因为被害人因此成为死因而死亡，因此作为实行行为的危险性在结果上现实化，承认了因果关系。最近的最高裁判例也在日航异常接近事件（最决 2010 年 19 月 26 日，刑集 64 卷 7 号 1019 页）中，指出“本案的异常接近，属于因口误使本案的下降指令的危险性现实化的情形，应当说该指令与本案异常接近之间存在因果关系”，在判例理论之中也明示了从“危险的现实化”这一观点判断因果关系的思路[5]。

从危险的现实化说的观点来看，要求通过实行行为被创造出的危险性作为具体的结果被实现这样的关系。可以说这一观点与德国的客观的归属论存在共通的理解。需要指出的是，日本的判例、学说并未全面采用客观的归属论[6]。在客观的归属论中，创造不被允许的危险以及规范的保护目的的判断等，并非从事实的而是从规范的观点，判断是否构成犯罪，其内容不仅止于因果关系理论。与此相对，日本的“危险的现实化”说，至多是作为因果关系理论的内容被讨论，如下所述，在其判断上，事实的判断也同样重要。集中于日本的探讨，并不与德国的客观的归属论相同，只不过是采用了其中的一部分观点，这一点需要特别强调。

三、“危险的现实化”之判断方法

（一）总论

从“危险的现实化”说的立场出发，在能够评价内含于实行行为中的危险性，已作为结果发生实现时，承认刑法上的因果关系。并且，在以是否存在因果关系为疑问的事例中，由于结果已经在现实中发生，最终，从“危险的现实化”说的立场来看，引起现实中已经发生的具体结果的危险性，是否能够认定其内含于实行行为之中的判断，是具有决定性的。例如对被追至背对码头的被害人，开枪的行为之中，可以说内含了①子弹命中被害人身体的关键部位，被害人死亡的危险性，以及②被害人为了躲避子弹，脚下失误从码头跌落的危险。因此，实际上①子弹命中被害人致其死亡的情况下毋庸置疑，②被害人从码头跌落的情况下也同样，内含于实行行为中的危险性作为结果实现时，将肯定因果关系的存在。

（二）被害人的特殊因素的考虑

那么，如果通常情况下从实行行为来看发生结果是不可能的话，在被害人的特殊因素介入时才发生结果的情况下，是否可以认为实行行为之中内含了结果发生的危险性呢。如前所述，判例（最判 1971 年 6 月 17 日，刑集 25 卷 4 号 567 页）对于因被害人存在严重的心脏疾患，用薄被褥按压口鼻处这样轻微程度的暴行致被害人死亡的事例，认定了被告人的暴行与被害人的死亡之间存在因果关系[7]。在此种情形认定因果关系，可以说判例在判断内含于实行

[5] 对于到目前为止的最高裁判例（因果关系判断的一般论并未得到明示），通过实行行为的危险的现实化判断因果关系这样的分析也是一般性的观点。例如，永井敏雄「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和 63 年度』273 頁以下的分析。

[6] 作为这样的指摘，参照佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（2013 年）78 頁。

[7] 除此之外，对于踢被害人的面部，（被害人）因脑梅毒使脑部产生高度病变，脑组织被破坏进而死亡的事件

行为的危险性时，即使在一般情况下认识是困难的，但也考虑了特殊的疾患等被害人一方的所有情况。在社会生活中，人们或多或少具有存在各种各样疾病的身体特征。当然，在这样的身体特征之中，既存在一般性的疾病，也会有极为特殊的疾病。但是，笔者认为依据该疾病属于特殊的还是一般性的，对被害人的法律保护进行区分是不适当的[8]。在判断因果关系时，无论如何都应当以现实中被害人的存在及属性为前提。从这样的理解出发，能够支持判例的立场。

（三）直接的实现类型

1、实行行为形成了结果发生的原因，在该实行行为作为具体的结果而实现的情况下能够认定危险的现实化的关系。在此情形下，可以说实行行为本身的危险性直接地实现于结果，因此将此种类型称为直接的实现类型。

正如在上述内容中看到的，大阪南港事件作出了以下判断，“因犯人的暴行而形成被害人死因的伤害时，即使此后因第三人实施的暴行而使死亡时间提前，仍然能够肯定犯人的暴行与死亡之间存在因果关系”。在这一判决中，实行行为形成了死因，并因此导致被害人死亡这一点受到重视，从而肯定了因果关系，因此本案正是直接的危险实现的类型。原本在本案中，存在因第三人的第 2 暴行致被害人的死亡时间多少提前的可能性。因此，如果严格考虑的话，也可以认为内含于实行行为的危险性是指“比现实的死亡时期多少晚一些的时间因脑出血死亡”，而并不包括“现实的死亡时期中因脑出血死亡”的危险性。但是，在被施加了重大伤害的状况下，死亡时期多少提前或拖后，即使在第 2 暴行不介入时也能够充分考虑到。因此，即使存在使死期多少提前的可能性，作为实行行为之中内含了引起现实的死亡结果的危险性，也应当能够认定因果关系的存在。申言之，如果死因的同一性得到承认，对于死期在一定范围内实施抽象化，在此基础上因果关系将得到肯定。

学说之中也存在甚至更进一步的观点，即使死因并不相同，如果是几乎相同时间的死亡结果，即认为是同一的结果发生，承认因果关系[9]。按照此种理解，在因实行行为使被害人身负恢复困难的致命伤的情况下，之后，即使被害人遭遇自然灾害，并成为死亡的直接原因时，作为实行行为之中内含的“当时使被害人死亡”的危险性，因果关系将会得到肯定。如果以大阪南港事件的事实关系为例说明，即使是因第三者的第 2 暴行（例如开枪），被害人完全是基于其他死因死亡的情况，因第 1 暴行形成了已无法恢复的脑出血，且假设即使第 2 暴行未被实施，如果被害人几乎在同一时刻死亡时，将肯定第 1 暴行与死亡结果之间存在因果关系。如果贯彻此种理解，对被害人进行致命的伤害，之后，无论产生怎样的情况，也都将认定与死亡结果之间的因果关系。但是，“杀害被害人”与“对被害人进行致命的伤害”是完全不能对等的，因此对于死亡结果进行抽象化这一点，仍存有疑问。

2、对于直接的实现类型，由于只要实行行为存在直接引起结果的关系即可，即使介在因

（最判 1950 年 3 月 31 日，刑集 4 卷 3 号 469 页）；以及在暴力行为之后，因肺部存在结核性的病灶，使用类固醇引起循环障碍进而死亡的事件（最决 1974 年 7 月 5 日，刑集 28 卷 5 号 194 页），也肯定了存在因果关系。

[8] 作为类似的指摘，参见佐伯・前揭注（6）75 頁以下、平木正洋「因果関係」安廣文夫編著『裁判員裁判時代の刑事裁判』（2015 年）389 頁等。

[9] 作为此种理解，参见平野龍一『犯罪論の諸問題（上）総論』（1981 年）42 頁、小林充「刑法における因果関係論の方向」白山法学 1 号（2005 年）14 頁以下等。

素属于异常的情况或不可能预见，该情形也不影响对是否存在因果关系的判断。这一点，正如大阪南港事件判决所示。在最近的最高裁判决（最决 2004 年 2 月 17 日，刑集 58 卷 2 号 169 页）中，被告人对被害人实施暴力，使被害人因左后颈部刺伤而受到左后颈部血管损伤等伤害，被害人立即赶赴医院接受紧急手术治疗，情况虽然暂时趋于稳定，但之后被害人的身体状况发生骤变，基于左后颈部刺伤的头部循环障碍产生的脑功能障碍导致其死亡。但是作为被害人的身体状况急剧恶化的原因，存在被害人擅自主张出院并胡乱拔去身上治疗用的导管的可能性。针对这一事件，最高裁认为，“因被告人等的行为使被害人遭受前述伤害，其本身属于能够带来死亡结果的身体损伤，假使到被害人死亡的结果发生之间，如上所述被害人未遵照医生的指示努力保持安静，因此并未产生治疗的效果。即使介入这一因素，也应当说因被告人等的暴行产生的伤害与被害人的死亡之间存在因果关系”。在此，可以说实行行为本身形成了成为死因的伤害这一点也受到重视，从而肯定了因果关系。诚然本案被害人的紧急救治取得了成功，身体状况暂时安定，但并未完全消除死亡的危险（如果是这样的话，即使被害人多少有些狂躁，也不能想象当初的伤害是死亡的原因）。因此，在本案中，内含于实行行为的危险性虽暂时减弱，但仍然存在，如果其实现为具体的死亡结果，则认定因果关系是可能的。再次重申，在本案中要认定因果关系，实行行为形成了死因并导致了结果这一点是重要的，因此被害人擅自主张出院而暴躁是否属于正常的情况（是否属可能预见的情况），对于因果关系的判断并无任何影响。实际上，本决定对于被害人的介入行为属正常还是异常，完全没有提及[10]。

（三）间接的实现类型

1、例如在对被害人实施激烈的暴力时，被害人因过度恐惧试图从现场逃走，但在逃走过程中跌倒死亡的情形，被害人死亡的直接原因是逃跑过程中的跌倒。但是，为何被害人会跌倒，究其原因，是由于无法忍受行为人激烈的暴力，试图拼命逃走所致。在此意义上，行为人的暴行中包含了引起被害人拼命逃走行为的危险性，并且如果被害人试图拼命逃走，可能伴随因跌倒而负伤的情况，最终，可以说以被害人的逃走行为为媒介，行为人的暴行之中包含了引起被害人在逃跑中负伤的危险性。此时，被害人的死亡结果是直接由被害人的介入行为（逃跑中的跌倒）产生，但由于实行行为中引起介入因素的危险性被认定，实行行为的危险性以介入因素为媒介，作为间接地实现能够认定“危险的现实化”的关系（间接的实现类型）。作为此种见解的实现类型，在认定“危险的现实化”的关系时，能够评价实行行为中包含引起介入行为的危险性这一点是必要的。因此，认定存在从实行行为诱发介入行为的盖然性等，介入行为的发生未到异常程度的关系成为必要。

作为包含此种旨趣的判例，高速公路闯入事件（最决 2003 年 7 月 16 日，刑集 57 卷 7 号 950 页）是一个很好的例子。本案的被告人等，在深夜断断续续对被害人在公园和公寓分别实施了约 2 小时 10 分钟及 45 分钟的激烈暴力，被害人趁间隙从公寓逃脱，由于对被告人等怀

[10] 最近的下级裁判例（高知地判 2013 年 2 月 27 日裁判所 Web）中，对于被害人因暴力摔倒，头部挫伤产生硬膜下出血等伤害，数日后，因硬膜下出血而死亡这一事件，以本案中的具体情况为前提，当时在现场的警察未要求紧急运送，而被害人本人在医院未接受检查等适当的应对也不能说是异常的情况，肯定了因果关系。自然，在这些介入因素不能称之为异常时认定因果关系实属当然，但根据判例的立场，不问这些介入因素是否属于异常，而从实行行为形成成为死因的伤害这一点认定存在因果关系。

有极度恐惧，逃脱开始 10 分钟后，为了躲避被告人等的追踪，闯入高速公路，被高速行驶的汽车撞击死亡。最高裁评价被告人的行为是“本身极度危险的行为”，认为“被害人受到被告人等长时间激烈且执拗的暴力，对被告人等怀有极度的恐惧感，在试图逃脱的过程中，可以认为是瞬间选择了这样的行动，不能说作为从被告人等的暴力逃脱的方法，该行动明显不自然不适当”，肯定了因果关系。在本案中被害人闯入高速公路成为了被害人死亡的直接契机。从一般情况下考虑，被害人闯入高速公路属于极为异常的行为，大概是无法想象的情况。但是，被害人持续受到被告人等长时间、执拗的暴力，抱有极度的恐惧感，考虑着拼命地逃脱。在该过程中作为被害人“瞬间”的判断，而闯入高速公路。像这样基于实行行为的关联性评价介入行为时，本案的暴力行为中，具有诱发被害人的拼命逃脱行为的危险性，并且，由于可以评价为作为拼命逃脱行为的一环，实施了高速公路的闯入行为，确实本案的介入行为在与实行行为的关系上“不能说明显不自然不适当”，能够肯定因果关系。

正如这样，即使介入行为不能说是正常的情况时，如果是由实行行为诱发的行为，也将认定危险实现的关系。“诱发”这一表现，在夜间潜水事件的最高裁判例（最决 1992 年 12 月 17 日，刑集 46 卷 9 号 683 页）中已经出现过。作为水肺潜水教练员的被告人在夜间潜水的讲授指导中随意移动位置，使指导辅助人和学员脱离自己的视野范围，由于指导辅助人及学员不适当的行动，致使一名学员溺水死亡。对于该事件，最高裁认为，“虽然不能否定迷失了被告人之后的指导辅助人及被害人存在不适当的行动，但该行动是由被告人的行为诱发，并不妨碍肯定被告人的行为与被害人的死亡之间的因果关系”。毋庸置言，实行行为与介入行为之间如果存在条件关系，并非经常认定存在因果关系，因此为了能够评价“诱发”了介入行为，应当要求引起介入行为不能评价为异常的关系。因此，在间接的实现类型的判断中，介入行为的通常性将成为重要的判断标准。对于这一点，与传统的相当因果关系说的判断并没有很大差异。

2、作为最近的重要判例，下面将探讨关于后备箱拘禁事件的最高裁判例（最决 2006 年 3 月 27 日，刑集 60 卷 3 号 382 页）。被告人于凌晨 3 时 40 分左右将被害人塞进普通轿车后部的后备箱内，并关上后备箱盖使其无法逃脱，在行驶一段距离后为了和熟人汇合，将车停在路上。停车的地点位于市内的便利店附近，车道宽度约为 7.5 米，单方车道几乎为直线视野较好的道路。被告人在停车数分钟之后的凌晨 3 时 50 分左右，A 驾驶的普通轿车从后方驶来，由于 A 的疏忽未及时发现被告人处于停车状态的汽车，从几乎正后方以时速大约 60 公里的速度追尾。使被告人的汽车后备箱的中央部分产生凹陷，导致被关在后备箱内的被害人死亡。对于这一事实关系，最高裁认为，“虽然被害人的直接死亡原因是第三人的严重过失行为引起的追尾事故，但能够肯定将被害人拘禁在道路上停车的轿车后部后备箱内的本案拘禁行为与被害人的死亡之间的因果关系”，支持了原审判断。

本案的实行行为是将被害人拘禁在汽车的后备箱中的行为。毋庸置疑，因为拘禁在后备箱的行为，可以想象被害人有可能会窒息而亡，或在严冬下被冻死，或陷入混乱状态做出伤害自己的行为，因此认定拘禁在后备箱的行为本身具有引起死亡结果的危险性是十分可能的。但是，在本案中，被害人并没有窒息死亡或被冻死。A 驾驶的汽车撞击了被告人汽车的后部，因为强烈的冲击使被害人死亡。因此，本案的死亡结果是由于 A 的追尾事故这一介入行为直

接产生的，作为间接实现类型存在判断有无因果关系的必要。也就是说，将依能否认为被告人的拘禁行为中，内含着引起 A 的追尾事故（以及基于事故导致的被害人死亡）的危险性，来决定是否存在因果关系。

对于该点，以下的理解也是可能的[11]，即原本卷入交通事故从后方被追尾这种情况并不少见，并且由于被告人在深夜将车停在道路上，A 未注意前方引起追尾事故属于非常可能发生的情况。根据此种说明，正是由于本案中 A 的追尾行为“不能说明显不自然、不适当”，因此认定拘禁行为与死亡结果之间的因果关系实属必然。然而，本案中 A 的追尾事故是由于 A 的“重大过失”引起的，其性质是从正后方以时速 60 公里的速度追尾的极为危险的事故。对于此种追尾事故是否能说是“非常可能的情况”，不无疑问。此外，如果将本案中的追尾事故评价为“非常可能的情况”，即使被害人并非被拘禁在后备箱，而是拘禁在汽车后排座位时，若被害人因追尾撞击死亡的情况下，也应当认定拘禁行为与死亡结果之间存在因果关系。重要的是，对于此种事例，是否应肯定拘禁致死罪的成立，仍旧存在慎重探讨的必要。

在本案决定的理解中，仍然存在对被害人被拘禁在后备箱这一事实进行充分评价的必要。后备箱不具备保护人身安全的功能，进入其中的人无异于被暴露在毫无防备的状态之中。因此，即便是轻微的冲击，进入其中的人发生死伤的情况也是充分能想象到的。并且，如果在道路上停车，即便如本案时速 60 公里的追尾事故不常发生，虽然后续车辆紧急制动，但仍有充分可能发生未能停止并追尾的轻微事故。即便是此种轻微的追尾事故，本案被害人同样存在较高的死亡可能性。申言之，发生类似本案中 A 的追尾行为这样重大事故的，对于被害人的死亡结果发生并非不可或缺，无需过问事故的程度，只要发生某种追尾事故即有充分的可能出现此结果。如果是“某种追尾事故”的程度，即存在由本案停车行为诱发的可能性，可以评价为能够充分发生的情况。在此种意义上，可以说将被害人拘禁在后备箱并在道路上停车的行为中（将追尾事故的程度抽象化的基础上），内含因“某种追尾事故”使被害人死伤的危险性。并且，在实际中因追尾事故致被害人死亡，正可以评价为该危险已在结果中实现，进而能够肯定因果关系的存在。以此种理解作为前提时，对于如将被害人拘禁在后排座位的行为，只有在发生极其重大的追尾事故的情况下可能产生死亡结果，无须过问追尾事故的程度，发生死亡结果的危险性并不存在。因此，对于发生重大追尾事故，被拘禁在后排座位的被害人死亡时，如果该重大追尾事故能够被评价为极度异常的情况，与拘禁在后备箱的情况不同，将否定因果关系的存在。

如前所述，在后备箱拘禁事件中，无需过问追尾事故的程度，重要的是已经设定了可能发生被害人的死亡结果的危险性这一点。因此，可以理解为无需过问现实中追尾事故的异常性的程度，也能够认定间接的危险实现的关系。

（四）因果关系被否定的事例

到目前为止所见，作为实行行为的危险现实化从而认定因果关系的是，①实行行为形成了成为死因的伤害等，对于结果发生产生决定性影响的情形（直接的实现类型），②即使结果是直接由介入因素引起的，也可以划入认定实行行为中含有诱发介入因素的危险性（间接的

[11] 本案决定的调查官解说也对此种说明持亲近态度。参照多和田隆史「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成 18 年度』233 頁。

实现类型）的类型。因此，根据判例理论，因果关系被否定的不属于①②其中任何一种类型的情形，即直接引起结果的（并非实行行为）是介入行为，并且，介入行为的异常性显著，被评价为实行行为中缺乏诱发介入行为的危险性，仅限于此种情形。前述的美军肇事逃逸事件，正属于此类事件。

对于本案，一般理解为，同乘人A做出将被害人倒着向下拖拽这一暴力行为属于异常情况，因此因果关系被否定，但是仅依此不能说明与大阪南港事件结论上的相异。在本案中，无法确定究竟是被告人的过失行为形成了死因，还是同乘人A的暴力行为形成了死因，这一事实的重要程度是决定性的。由于该点难以确定，无法认定实行行为形成了成为死因的伤害这一事实，作为直接的实现类型无法肯定存在因果关系。并且（存在形成死因的可能性）A的暴力行为属于故意有责的犯罪行为，被评价为与实行行为无关，依单独的意思决定实施的行为，因此无法作出实行行为中内含诱发该意思决定的危险之评价，也不属于间接的实现类型。通过此种分析，否定因果关系的本案决定的结论将得到正当化。

四、今后的展望

“危险的现实化”说，通过将因果关系的判断构造进行直接的实现类型与间接的实现类型的类型化，在明晰因果经过的通常性这一观点具有价值的仅限于后者的类型这一点上，可以说具有重要的意义。然而，在采用此种见解的情况下仍然留有需要解决的课题。尤其重要、困难的问题，是介入因素的异常性的判断。对于间接的实现类型，在可以说从实行行为诱发介入因素的程度内，将认定因果关系，但是对于能够评价该“诱发”的关系，能够在何种范围内认定这一问题，需要结合具体的事例进行探讨。笔者认为如果存在某种关系性即通常能够评价为“诱发”的话，将产生因果关系的认定范围过宽的危险，因此存在某种程度限定之必要。与此点相关联，传统的学说认为，第三人的故意有责的犯罪行为属单独的意思决定，不属于经实行行为被“诱发”的行为。笔者认为其作为一般论是妥当的，但此外对于是否存在作为例外应认定“诱发”性的事例，也应留有继续探讨的余地。

此外对于直接的实现类型，在何种范围内认定结果的抽象化的问题，有探讨的必要。现在的一般性的理解为，如果死因是相同的，死亡时间稍微提前的程度，以对于结果无实质性的变更，倾向于对结果进行抽象化进而认定因果关系。然而，如果认为生命这一概念从时间上的观点具有重要意义的话，仅从死亡时间的同一性来把握结果的理解也存在一定的合理性，这一点无法否认。此外，将损坏器具、伤害结果等生命侵害之外的事例纳入思考范围的同时，对结果的抽象化的界限问题，存在探讨之必要。这些将作为（对笔者而言也是）今后的课题。

日本における因果関係論の現在

橋爪　隆（東京大学教授）

Ⅰ．はじめに

日本の刑法学においては、長い間、相当因果関係説が通説的地位を占めてきていた。もっとも、最近の議論においては、「実行行為の危険性が結果に現実化した場合に刑法上の因果関係を認める」という危険の現実化説が有力になっており、判例もこのような理解を明示的に採用するに至った。本稿においては、①なぜ、相当因果関係説は通説的地位を失ったのか、②危険の現実化説は、相当因果関係説と、どのように異なるのか、という点を中心として、日本における現在の議論を紹介することにしたい[1]。

Ⅱ．判例・学説の展開

1．相当因果関係説

刑法上の因果関係の意義については、相当因果関係説が伝統的な通説であった。相当因果関係説は、実行行為から結果が生ずることが社会通念上、相当と評価できる場合に限って、刑法上の因果関係を認める見解である。「相当」という表現のもとでは、「結果が発生することが一般的に予測可能といえること」、「通常の事態といえること」が要求されていたといってよい。たとえば傷害行為の被害者が救急車で病院に搬送される途中、大規模な交通事故に巻き込まれて、追突のショックなどで死亡した場合、傷害行為から交通事故による死亡結果が生ずることは通常の事態ではないとして相当因果関係が否定されることになる（その結果、行為者は傷害致死罪ではなく、傷害罪の限度で罪責を問われる）。

相当因果関係説の立場からは、相当性の存否を判断する前に、その判断の基礎となる資料（判断基底）を設定する必要があると解されてきた。すなわち、全ての事実を判断資料にすれば、どのような因果経過であっても必然であり、常に相当因果関係が常に認められてしまうことから、相当性の存否を判断する前に、相当性を判断する際の判断資料となる事実を絞り込む必要がある、と考えられてきたのである。そして、判断基底の設定の基準

[1] 本稿は、橋爪隆「因果関係の判断」警察学論集69巻1号（2016年）78頁以下を基礎として、今回のシンポジウムの趣旨に応じて、大幅な加筆・修正を施したものである。また、筆者自身の因果関係の理解の詳細については、橋爪隆「危険の現実化としての因果関係（1）（2）」法学教室403号84頁以下、404号86頁以下（2014年）がある。これについては、既に王昭武教授による中国語訳が公表されている（蘇州大学学報【法学版】2015年第1期102頁以下参照）。この場を借りて、王教授のご尽力に心からの謝意を示したい。

として、①一般人が認識・予見可能であった事情および行為者が特に認識し、予見していた事情とする見解（折衷説）と、②行為当時に客観的に存在した全事情および行為後に生じた事情のうち予見可能な事情を判断基底とする見解（客観説）が鋭く対立していたことは、周知の通りである。もっとも、相当因果関係説の立場からは、判断基底を設定した後、それを判断資料として相当性を判断する作業が必要になるはずだが、学説の対立は判断基底論に集中しており、相当性の判断方法については、必ずしも十分な議論の蓄積はなかった。その理由は定かではないが、判断基底を設定すれば、それだけで因果関係の相当性に関する結論が導かれると考えられていたのかもしれない。

判断基底をめぐる学説の対立は、被害者の特殊事情が結果発生に決定的な影響を及ぼした事例については、結論の相違をもたらしていた。たとえば被害者に対して通常であれば生命に影響がない程度の暴行を加えたが、被害者に重篤な心臓疾患があったため、被害者が心不全で死亡したような事例である。この場合、判断基底に被害者の重篤な心臓疾患を含めるか否かによって相当因果関係の判断が異なってくることになる。このような事例について、1971年6月17日の最高裁判例（刑集25巻4号567頁）は、「致死の原因たる暴行は、必らずしもそれが死亡の唯一の原因または直接の原因であることを要するものではなく、たまたま被害者の身体に高度の病変があつたため、これとあいまつて死亡の結果を生じた場合であっても、右暴行による致死の罪の成立を妨げない……から、たとい、原判示のように、被告人の本件暴行が、被害者の重篤な心臓疾患という特殊の事情さえなかつたならば致死の結果を生じなかつたであろうと認められ、しかも、被告人が行為当時その特殊事情のあることを知らず、また、致死の結果を予見することもできなかつたものとしても、その暴行がその特殊事情とあいまつて致死の結果を生ぜしめたものと認められる以上、その暴行と致死の結果との間に因果関係を認める余地があるといわなければならない」と判示している。判例の立場からは、被告人の認識可能性を問わず、被害者の重篤な心臓疾患を前提として因果関係が肯定されるのであるから、判例が折衷的相当因果関係説を採用していないことは明らかである（このような理解から、当時は、判例は条件説を採用しているか、客観的相当因果関係説を採用しているという分析が一般的であった）。

もっとも、実行行為の後、介在事情が介入した事例については、折衷説と客観説で結論は異ならない。いずれの立場からも、介在事情が判断基底に取り込まれるか否かは、介在事情が一般的に予見可能といえるかによって判断されるからである。そして、おそらく当時の学説の多くは、介在事情が判断基底に含まれる場合（＝介在事情が予見可能な場合）には因果関係は肯定されるが、介在事情が判断基底に含まれない場合（＝介在事情が異常であり、予見不可能な場合）には因果関係は否定されると解していたと思われる。たとえば上記のように、救急車の事故によって被害者が死亡した事例で、相当因果関係が否定されると考えられてきたのは、被害者を搬送する救急車が事故に巻き込まれるという介在事情が異常なものであり、予見不可能と評価されるからである。このように、介在事情が通常の事態といえるか、それとも異常な事態と評価されるかが、相当因果関係の判断においては重要視されてきたのである。

この点に関する重要な最高裁判例は、いわゆる米兵ひき逃げ事件（最高裁1967年10月24日決定・刑集21巻8号1116頁）である。本件は、被告人が自動車を走行中、前方不注視のため、被害者をはね飛ばして、被害者を自動車の屋根の上にはね上げたまま運転を継続したところ、助手席に同乗していた第三者が被害者を発見し、恐怖のあまり、自動車の屋根まで手を伸ばすと、被害者の身体を引きずり下ろし、路上に転落させた結果、被害者が死亡したという事件である。最高裁は「同乗者が進行中の自動車の屋根の上から被害者をさかさまに引きずり降ろし、アスファルト舗装道路上に転落させるというがごときことは、経験上、普通、予想しえられるところではなく、ことに、本件においては、被害者の死因となつた頭部の傷害が最初の被告人の自動車との衝突の際に生じたものか、同乗者が被害者を自動車の屋根から引きずり降ろし路上に転落させた際に生じたものか確定しがたいというのであつて、このような場合に被告人の前記過失行為から被害者の前記死の結果の発生することが、われわれの経験則上当然予想しえられるところであるとは到底いえない」として、被告人の過失行為と被害者の死亡との間の因果関係を否定したのである。本決定においては、第三者の介在行為が予測不可能な行為であることが重視されて、因果関係が否定されたと解されてきた。もっとも、後述するように、その後の判例の展開にてらせば、本件については、被告人の過失行為が死因を形成したか否かが明らかではないという事実も、因果関係の判断においては重要な意義を有していたことになる。

2．相当因果関係説の危機・危険の現実化説

もっとも、このような相当因果関係説の理解については大きな問題点が指摘されることになる。重要な契機となったのがいわゆる大阪南港事件（最決1990・11・20刑集44巻8号837頁）である。本件被告人は被害者に暴行を加えて（第1暴行）、内因性高血圧性橋脳出血を発生させた後、同人を大阪南港の資材置場に放置して立ち去ったところ、被害者は翌日未明、内因性高血圧性橋脳出血で死亡したが、資材置場によって第三者に頭頂部を数回殴打されたことによって（第2暴行）、脳出血が拡大し、幾分か死期を早まった可能性があったという事案について[2]、最高裁は「犯人の暴行により被害者の死因となった傷害が形成された場合には、仮にその後第三者により加えられた暴行によって死期が早められたとしても」犯人の暴行と死亡との間に因果関係を肯定できる旨を判示したのである。

介在事情の通常性が相当因果関係の存否において決定的であれば、本件事案においても因果関係が否定されたはずである。資材置場に被害者を放置したところ、第三者が頭部を殴打暴行するという介在行為は、およそ通常の事態とはいいがたく、一般人が予見することは不可能といえるからである。しかしながら、最高裁は、被告人の第1暴行によって死因となる傷害が形成され、それによって被害者が死亡したことを重視して、因果関係を肯

[2] 資材置場における頭部殴打の行為者は特定されていない。検察官は、被告人自身が資材置場でも第2暴行を行ったと主張したが、裁判所は被告人が第2暴行に及んだことについてはなお合理的な疑問が残るとして、あくまでも「氏名不詳の第三者」によって第2暴行がなされたと認定している。

定したのである。ここでは異常な介在事情が介入した事例であっても、それだけでは因果関係が否定されないことが明らかにされたといってよい[3]。

相当因果関係説の立場からは、第三者が資材置場で第２暴行に出ることは行為後の介在事情であり、一般人に予見可能とはいえないから、折衷説からも客観説からも判断基底からは除外されることになる。したがって、相当因果関係説の立場からは、第２暴行が行われなかった場合を仮定した上で、第１暴行から、本件のような被害者の死亡結果が生ずることが社会通念上、相当といえるかを問題にすることになる。そして、相当因果関係説の立場からも、本件について相当因果関係を肯定することは可能だろう。すなわち、被告人の第１暴行が被害者に内因性高血圧性橋脳出血を発生させており、被害者はそれによって死亡したのであるから、被告人の第１暴行から本件結果が発生することは相当であるとして、因果関係を認めることができるという理解である。このような説明には十分な理由がある。しかし、このように第１行為が死因となった傷害を形成したから相当因果関係が認められると解するのであれば、第２暴行が判断基底に含まれるか否かを論ずる必要があるのだろうか。端的に、実行行為が結果発生に対して、決定的な影響を及ぼしたことを理由として因果関係を肯定すればたりるのではないだろうか。

このように大阪南港事件に関する最高裁決定は、①介在事情が異常であっても、因果関係を認めるべき場合が存在すること、②因果関係の判断においては、実行行為が結果発生にいかなる影響を及ぼしたかが重要であり、（少なくとも行為後の介在事情の事例については）判断基底論は重要な問題ではない、ということを明らかにし、従来の相当因果関係説による問題解決に動揺をもたらしたのである（いわゆる「相当因果関係説の危機」）。このような問題意識から、近時の学説では、因果関係の判断基準として「危険の現実化」説が有力に主張されるに至っている[4]。実行行為は結果発生の具体的危険性を有する行為であり、実行行為と結果発生との間の因果経過は、まさに実行行為に内在していた危険性が結果発生というかたちで実現していく過程と評価することができる。したがって、実行行為に内在していた危険性が具体的な結果発生に実現したといえる場合に限って、刑法上の因果関係を認めることができる。大阪南港事件においても、被告人の実行行為には被害者を内因性高血圧性橋脳出血で死亡させる危険性が含まれているところ、まさに被害者はそれが死因となって死亡したのであるから、実行行為の危険性が結果に現実化したとして、因果関係が認められる。最近の最高裁判例も、いわゆる日航機ニアミス事件（最決 2010・10・26 日刑集 64 巻 7 号 1019 頁）において、「本件ニアミスは、言い間違いによる本件降下指示の危険性が現実化したものであり、同指示と本件ニアミスとの間には因果関係があるというべきである」と判示しており、判例理論においても、「危険の現実化」という観点から因果関係が判断されることが明示されている[5]。

[3] 大谷直人「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成２年度』240 頁以下を参照。
[4] たとえば山口厚『刑法総論〔第３版〕』（2016 年）60 頁以下、高橋則夫『刑法総論〔第３版〕』（2016 年）131 頁以下などを参照。
[5] これまでの最高裁判例についても（因果関係判断の一般論は明示されていなかったが）、実行行為の危険

危険の現実化説からは、実行行為によって創出された危険性が、具体的な結果として実現された関係が要求される。これはドイツにおける客観的帰属論と共通した理解ということができる。もっとも、日本の判例・学説が客観的帰属論を全面的に採用しているわけではない[6]。客観的帰属論においては、許されざる危険の創出や規範の保護目的の判断など、事実的な観点ではなく、規範的な見地から、犯罪の成否が判断されており、その内容は因果関係論に尽きるものではない。これに対して、日本における「危険の現実化」説は、あくまでも因果関係論の内容として議論されており、後述するように、その判断においては、事実的な判断も重要である。日本における議論は、ドイツの客観的帰属論と同じものではなく、その一部を採用しているものにすぎない、ということを強調しておきたい。

Ⅲ.「危険の現実化」の判断方法

１．総説

「危険の現実化」説の立場からは、実行行為に内在する危険性が、結果発生として実現したと評価できる場合には、刑法上の因果関係が認められることになる。そして、因果関係の存否が問題となる事例においては、結果が既に現実に発生しているのであるから、結局のところ、「危険の現実化」説の立場からは、現実に発生した具体的結果を惹起する危険性が、実行行為に内在していたといえるか否かの判断が、決定的ということになる。たとえば岸壁を背にして追い詰められている被害者に対して、けん銃を発砲する行為には、①弾丸が被害者の身体の枢要部に命中して、被害者が死亡する危険性、②被害者が弾丸を避けようとして、足元を誤って岸壁から転落する危険が内在しているといえる。したがって、実際に①弾丸が命中して被害者が死亡した場合はもちろん、②被害者が岸壁から転落した場合であっても、実行行為に内在していた危険性が結果に実現したとして、因果関係が肯定されることになる。

２．被害者の特殊事情の考慮

それでは、通常であれば実行行為から結果が発生することはあり得ないが、被害者の特殊事情が介在したことによってはじめて結果が発生した場合、実行行為には結果発生の危険性が内在しているといえるだろうか。既に述べたように、判例（最判 1971・6・17 刑集 25 巻 4 号 567 頁）は、被害者に重篤な心臓疾患があったことから、夏布団で鼻口部を押しつける程度の軽微な暴行によって被害者が死亡した事例について、被告人の暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定している[7]。この場合に因果関係を肯定するということは、

の現実化によって因果関係が判断されているという分析が一般的であった。たとえば永井敏雄「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和 63 年度』273 頁以下の分析を参照。
[6] このような指摘として、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（2013 年）78 頁を参照。
[7] これ以外にも、被害者の顔面を蹴ったところ、脳梅毒によって脳に高度の病的変化があったため、脳組織が破壊されて死亡した事件（最判 1950・3・31 刑集 4 巻 3 号 469 頁）、暴行行為の結果、肺に結核性の

判例は、実行行為に内在する危険性を判断する際に、一般的には認識することが困難であっても、特殊な疾患など被害者側の事情をすべて考慮しているといえる。社会生活において、人は多かれ少なかれ、さまざまな疾病などの身体的特徴を有して生活している。もちろん、その身体的特徴の中には、ごく一般的な疾病などもあれば、きわめて特殊な疾病もあるだろう。しかし、その疾病が特殊なものか、一般的なものかによって、被害者の法的保護を異にすることは正当とは思われない[8]。因果関係を判断する際には、あくまでも現実の被害者の存在や属性が前提とされるべきである。このような理解からは、判例の立場を支持することができる。

3．直接的実現類型

（1）実行行為が結果発生の原因を形成しており、それが具体的な結果として実現している場合には危険の現実化の関係を認めることができる。この場合には、実行行為それ自体の危険性が直接的に結果に実現しているといえることから、このような類型を直接的実現類型と呼ぶことにしたい。

既にみたように大阪南港事件は「犯人の暴行により被害者の死因となった傷害が形成された場合には、仮にその後第三者により加えられた暴行によって死期が早められたとしても、犯人の暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができ」る旨を判示している。ここでは実行行為が死因を形成し、それが原因となって被害者が死亡していることが重視されて因果関係が肯定されているから、本件はまさに直接的危険実現の類型である。もっとも、本件事案においては、第三者の第2暴行によって被害者の死期が幾分か早まった可能性がある。したがって、厳密に考えれば、実行行為に内在している危険性というのは「現実の死亡時期よりも幾分遅い時間における脳出血による死亡」であり、「現実の死亡時期における脳出血による死亡」の危険性は含まれていないと考えることもできる。しかし、重大な傷害を加えられた状況において、死期が多少前後することは、第2暴行が介在しなくても十分に考えられることである。したがって、死期が多少早められた可能性があるとしても、実行行為には現実の死亡結果を引き起こす危険性が内在していたとして、因果関係を認めることができるだろう。つまり、死因の同一性が認められるであれば、死期については一定の範囲で抽象化を施した上で、因果関係が肯定されることになる。

学説の中には、さらに一歩進めて、死因が異なっていても、ほぼ同じ頃の死亡結果であれば、同一の結果発生であるとして、因果関係を認める見解も存在する[9]。このような理解からは、実行行為によって被害者に回復困難な致命傷を負わせた場合には、その後、たとえば被害者が自然災害に巻き込まれて、それが直接に原因になって死亡した場合であっても、実行行為には「その頃に被害者を死亡させる」危険性が内在していたとして、因果関係が肯定されることになる。大阪南港事件の事実関係に即していえば、第三者による第2暴行（たとえばけん銃の発砲）によって、被害者がまったく別個の死因に基づいて死亡した場合であっても、第1暴行によって既に回復不可能な脳出血が形成されており、かつ、かりに第2暴行が行われなかったとしても、被害者がほぼ同時刻に死亡したような場合であれば、第1暴行と死亡結果との間に因果関係が肯定されることになる。このような理解を徹底した場合、被害者に致命的な傷害を与えれば、後は、いかなる事態が生じたとしても、死亡結果との間に因果関係が認められることになるだろう。しかし、「被害者を殺害すること」と「被害者に致命的な傷害を与えること」は完全にイコールではないから、ここまで死亡結果を抽象化することについては、なお疑問の余地がある。

（2）直接的実現類型については、実行行為が結果を直接的に引き起こした関係があれば十分であるから、介在事情が異常な事態であり、予見不可能であったとしても、そのことは因果関係の存否の判断には影響を及ぼさない。このことは、まさに大阪南港事件が如実に示すとおりである。近時の最高裁判例（最決2004・2・17刑集58巻2号169頁）においては、被告人が被害者に暴行を加え、同人に左後頸部刺創による左後頸部血管損傷等の傷害を負わせたところ、被害者は直ちに病院に赴いて緊急手術を受け、いったんは容体が安定したものの、その後、被害者の容体が急変し、左後頸部刺創に基づく頭部循環障害による脳機能障害により死亡したが、被害者の容体が急に悪化した原因としては被害者が無断退院しようとして体から治療用の管を抜くなどして暴れた可能性があるという事件について、「被告人らの行為により被害者の受けた前記の傷害は、それ自体死亡の結果をもたらし得る身体の損傷であって、仮に被害者の死亡の結果発生までの間に、上記のように被害者が医師の指示に従わず安静に努めなかったために治療の効果が上がらなかったという事情が介在していたとしても、被告人らの暴行による傷害と被害者の死亡との間には因果関係があるというべき」と判断している。ここでも実行行為それ自体が死因となった傷害を形成したことが重視されて、因果関係が肯定されているといえよう。たしかに本件の被害者は救急治療が功を奏し、いったんは容体が安定していたものの、完全に死亡の危険が解消したわけではない（それであれば、被害者が多少暴れたとしても、当初の傷害が原因で死亡することは考えられない）。したがって、本件においても、実行行為に含まれていた危険性が、いったんは減弱しつつも、なお存続しており、それが具体的な死亡結果に実現したとして、因果関係を認めることが可能であろう。繰り返しになるが、本件事案で因果関係を認めるためには、実行行為が死因を形成しており、それが結果につながったことが重要であるから、被害者が無断退院しようとして暴れたことが通常の事態か否か（予見可能な事態か否か）は因果関係の判断には、いっさい影響を有しないことになる。実際、本決定も、被害者の介在行為が通常か異常かについては、まったく言及していない[10]。

病巣があったため、ステロイド剤の投与によって循環障害を起こして死亡した事件（最決1974・7・5刑集28巻5号194頁）についても因果関係が肯定されている。

[8] このような指摘として、佐伯・前掲注（6）75頁以下、平木正洋「因果関係」安廣文夫編著『裁判員裁判時代の刑事裁判』（2015年）389頁などを参照。

[9] このような理解として、平野龍一『犯罪論の諸問題（上）総論』（1981年）42頁、小林充「刑法における因果関係論の方向」白山法学1号（2005年）14頁以下などを参照。

[10] 最近の下級審裁判例（高知地判2013・2・27裁判所Web）には被害者が暴行によって転倒し、頭部打撲によって硬膜下出血などの傷害を負い、数日後、硬膜下出血によって死亡したという事件について、本

3．間接的実現類型

（1）たとえば被害者に対して激しい暴行を加えたところ、被害者が恐怖心のあまり、現場から逃走を図り、その過程で転倒して死亡した場合、被害者が死亡した直接の原因は逃走中の被害者の転倒である。しかし、なぜ被害者が転倒したのかといえば、それは行為者の激しい暴行に耐えかねて、必死に逃走を図ろうとしたからである。このような意味において、行為者の暴行には被害者の必死の逃走行為を引き起こす危険性が含まれており、また、被害者が必死に逃走を図れば、転倒等によって負傷する事態が伴いうるのであるから、結局のところ、行為者の暴行には、被害者の逃走行為を媒介として、被害者の逃走中の負傷を引き起こす危険性が含まれているということができる。この場合、被害者の死亡結果は、直接的には被害者の介在行為（＝逃走中の転倒）によって生じているが、実行行為には介在事情を引き起こす危険性が認められるため、実行行為の危険性が介在事情を媒介として、間接的に実現しているとして「危険の現実化」の関係を認めることができる（間接的実現類型）。このような間接的実現類型として「危険の実現化」の関係を認めるためには、実行行為に介在行為を引き起こす危険性が内在していると評価できることが必要である。したがって、実行行為から介在行為が誘発される蓋然性があるなど、介在行為が生ずることが異常とまではいえない関係が認められることが必要となる。

このような趣旨の判例として、高速道路進入事件（最決 2003・7・16 刑集 57 巻 7 号 950 頁）を挙げることができる。本件の被告人らは、被害者に対して深夜、公園で約 2 時間 10 分、さらにマンション居室で約 45 分間、断続的に激しい暴行を加えたため、被害者は隙を見てマンションから逃走したが、被告人らに対し極度の恐怖感を抱き、逃走開始から 10 分後、被告人らの追跡から逃れるため、高速道路に進入し、疾走してきた自動車に衝突されるなどして死亡した。最高裁は被告人の行為は「それ自体極めて危険な行為」であると評価しつつ、「被害者は、被告人らから長時間激しくかつ執ような暴行を受け、被告人らに対し極度の恐怖感を抱き、必死に逃走を図る過程で、とっさにそのような行動を選択したものと認められ、その行動が、被告人らの暴行から逃れる方法として、著しく不自然、不相当であったとはいえない」として因果関係を肯定している。本件においては被害者が高速道路に進入したことが被害者死亡の直接的な契機となっている。一般的に考えれば、被害者が高速道路に進入するというのはきわめて異常な行為であり、およそ想定しがたい事態である。しかし、被害者は被告人らから長時間、執拗な暴行を受け続けており、極度の恐怖感をいだき、必死の逃走行為を図っている。その過程で被害者は「とっさ」の判断として、高速道路に進入しているのである。このように実行行為の関連性に基づいて介在行為

件の具体的事情を前提とすれば、本件現場に臨場した警察官が救急搬送を要請しなかったこと、さらに被害者本人が病院で診察を受けるなどの適切な対応に出なかったことも異常な事態とはいえないとして、因果関係を肯定したものがある。もちろん、これらの介在事情が異常といえない場合に因果関係が認められるのは当然であるが、判例の立場によれば、これらの介在事情が異常であるか否かを問わず、実行行為が死因となる傷害を形成していることから因果関係が認められることになる。

を評価した場合、本件の暴行行為には、被害者の必死の逃走行為を誘発する危険性を有しており、そして、必死の逃走行為の一環として、高速道路への進入行為が行われたと評価できるから、まさに本件の介在行為は、実行行為との関係においては「著しく不自然、不相当であったとはいえない」として、因果関係を肯定することができる。

このように介在行為が必ずしも通常の事態とはいえない場合であっても、それが実行行為によって誘発された行為であれば、危険実現の関係が認められることになる。この「誘発」という表現は、いわゆる夜間潜水事件の最高裁判例（最決 1992・12・17 刑集 46 巻 9 号 683 頁）においても既にみられるところである。スキューバダイビングの指導者であった被告人が夜間潜水の講習指導中に不用意に移動して、指導補助者と受講生を見失ってしまったところ、指導補助者および受講生の不適切な行動が介在し、受講生 1 名が溺死するに至った事件について、最高裁は「被告人を見失った後の指導補助者及び被害者に適切を欠く行動があったことは否定できないが、それは被告人の右行為から誘発されたものであって、被告人の行為と被害者の死亡との間の因果関係を肯定するに妨げない」と判示している。もちろん、実行行為と介在行為の間に条件関係があれば、常に因果関係が認められるわけではないから、介在行為を「誘発」したと評価できるためには、介在行為が引き起こされることが異常とまでは評価できない関係が要求されるべきであろう。したがって、間接的実現類型の判断においては、介在行為の通常性が重要な判断基準となる。この点については、従来の相当因果関係説の判断と大きな相違はない。

（2）最近の重要判例として、トランク監禁事件に関する最高裁判例（最決 2006・3・27 刑集 60 巻 3 号 382 頁）を検討しておくことにしたい。被告人は、午前 3 時 40 分ころ、普通乗用自動車後部のトランク内に被害者を押し込み、トランクカバーを閉めて脱出不能にして同車を発進走行させた後、呼び出した知人らと合流するため、路上で停車していた。その停車した地点は、市内のコンビニエンスストア付近であり、車道の幅員が約 7.5 メートルの片側 1 車線のほぼ直線の見通しのよい道路上であった。被告人の車両が停車してから数分後の午前 3 時 50 分頃、後方から A が運転する普通乗用自動車が走行してきたが、A は前方不注意のために、停車中の被告人車の発見が遅れ、同車のほぼ真後ろから時速約 60 ｋｍで追突した。これによって同車後部のトランクは、その中央部がへこみ、トランク内に押し込まれていた被害者は死亡した。このような事実関係について、最高裁は「被害者の死亡原因が直接的には追突事故を起こした第三者の甚だしい過失行為にあるとしても、道路上で停車中の普通乗用自動車後部のトランク内に被害者を監禁した本件監禁行為と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができる」と判示して、逮捕監禁致死罪の成立を認めた原判断を是認している。

本件の実行行為は被害者を自動車のトランクに監禁する行為である。もちろん、トランクに監禁する行為によって、たとえば被害者が窒息死したり、あるいは厳冬下で凍死する場合、あるいは監禁の被害者がパニック状態に陥って自損行為に出る場合などが考えられるから、トランク監禁行為それ自体に死亡結果を引き起こす危険性を認めることは十分に

可能である。しかし、本件では、被害者が窒息死したり、凍死したわけではない。Aが運転する自動車が被告人車の後部に追突して、そのショックで被害者は死亡しているのである。したがって、本件の死亡結果は、Aによる追突事故という介在行為から直接的には生じていることから、間接実現類型として因果関係の存否を判断する必要がある。したがって、被告人の監禁行為に、Aによる追突事故（およびそれに基づく被害者の死亡）を引き起こす危険性が内在しているといえるかによって、因果関係の存否が決されることになるだろう。

この点については、そもそも交通事故に巻き込まれて後ろから追突されることは、それほど珍しいことではなく、しかも被告人は深夜、路上に自動車を停車させていたのであるから、Aの前方不注意によって追突事故が起きることも十分にあり得る事態である、という理解もあり得る[11]。このような説明によれば、まさに本件のAの衝突行為が「著しく不自然、不相当であったとはいえない」のであるから、監禁行為と死亡結果との間に因果関係が認められるのは当然である。もっとも、本件のAによる衝突事故は、Aの「甚だしい過失」に起因するものであり、その事故の態様も時速60㎞で真後ろから追突するというきわめて危険なものである。このような衝突事故が本当に「十分にありうる事態」といえるかについては、疑問の余地もあるだろう。また、本件のような衝突事故が「十分にありうる事態」と評価するのであれば、被害者をトランクに監禁しておらず、たとえば後部座席に監禁していた場合であっても、被害者が衝突のショックによって死亡した場合であれば、監禁行為と死亡結果との間の因果関係が認められることになるだろう。もっとも、このような事例についてまで、監禁致死罪の成立を肯定すべきかについては、なお慎重な検討が必要である。

本決定の理解においては、やはり被害者がトランクという場所に監禁されていた事実を十分に評価する必要がある。トランクには人を防護する機能が備わっておらず、中に入った人はきわめて無防備な状態にさらされることになる。したがって、わずかな衝撃であっても、中に入った人が死傷することは十分に考えられる。そして、路上に自動車を停車させていれば、本件のように時速60㎞で追突する事故はめったに生じないとしても、後続車両がブレーキをかけたが、止まりきれず追突するような軽微な事故は十分に起こりうる。そして、本件被害者はこのような軽微な追突事故であっても、同様に死亡していた可能性が高いのである。つまり、本件のAの追突行為のように重大な事故が発生することは、被害者の死亡結果発生にとって不可欠ではなく、事故の程度は問わず、何らかの追突事故が生ずれば十分なのである。そして「何らかの追突事故」というレベルであれば、これは本件の停車行為に誘発される可能性があり、十分に生じうる事態であると評価可能である。このような意味において、被害者をトランクに監禁して路上に停車する行為には（追突事故の程度は抽象化した上で）何らかの追突事故によって被害者を死傷させる危険性が内在しているといえる。そして、実際に追突事故によって被害者が死亡している以上、まさに

[11] 本決定の担当調査官の解説も、このような説明に親和的である。多和田隆史「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成18年度』233頁などを参照。

その危険が結果に実現したと評価することができ、因果関係を肯定することができるだろう。このような理解を前提とした場合、たとえば被害者を後部座席に監禁する行為については、きわめて重大な追突事故があった場合に限って死亡結果が生じうるのであり、追突事故の程度を問わず、死亡結果が発生する危険性が存在しているわけではない。したがって、重大な追突事故が生じて、後部座席に監禁された被害者が死亡した場合については、重大な追突事故がきわめて異常な事態と評価されるのであれば、トランクに監禁している場合と異なり、因果関係が否定されることになる。

このようにトランク監禁事件においては、追突事故の程度を問わず、被害者の死亡結果が発生しうる危険性が既に設定されていたことが重要である。したがって、現実の追突事故の異常性の程度を問うことなく、間接的な危険実現の関係を認めることができると解される。

4．因果関係が否定される事例

ここまで見てきたように、実行行為の危険が現実化したとして因果関係が認められるのは、①実行行為が死因となる傷害を形成するなど、結果発生に決定的な影響を及ぼしている場合（直接的実現類型）、②結果が直接的には介在事情によって引き起こされた場合であっても、実行行為に介在事情を誘発する危険性が認められる場合（間接的実現類型）に分類することができる。したがって、判例理論によれば、因果関係が否定されるのは①②のいずれの類型にも該当しない場合、すなわち結果を直接的に引き起こしたのは（実行行為ではなく）介在行為であり、かつ、介在行為の異常性が著しく、実行行為に介在行為を誘発する危険性が乏しいと評価される場合に尽きることになる。前掲の米兵ひき逃げ事件は、まさにこのような事件であった。

本件については、同乗者Aが被害者をさかさまに引きずり下ろすという暴行行為に出ることが異常な事態であり、それによって因果関係が否定されたと理解されてきたが、それだけでは大阪南港事件との結論の相違を説明することができない。本件においては、被告人の過失行為が死因を形成したか、それとも同乗者Aの暴行行為が死因を形成したかが確定できなかったという事実が決定的に重要である。この点が確定しがたいがゆえに、実行行為が死因となった傷害を形成したという事実を認定することができず、直接的実現類型として因果関係を肯定することができない。さらに（死因を形成した可能性のある）Aの暴行行為が故意有責の犯罪行為であり、実行行為と無関係に、別個独立の意思決定によって行われたと評価されることから、実行行為にこのような意思決定を誘発する危険が内在していると評価することができず、間接的実現類型にも当てはまらない。このような分析から、因果関係を否定した本決定の結論が正当化されることになる。

Ⅳ．今後の展望

「危険の現実化」説は、因果関係の判断構造を直接的実現類型と間接的実現類型に類型化することによって、因果経過の通常性という観点が意味を持つのは後者の類型に限られていることを明晰に示した点において、重要な意義を有しているといえる。もっとも、この見解を採用した場合についても、なお、課題は残されている。もっとも重要であり、困難な問題は、介在事情の異常性の判断である。間接的実現類型については、実行行為から介在行為が誘発されるといえる限度で、因果関係が認められることになるが、この「誘発」と評価できる関係を、いかなる範囲で認めることができるかについては、さらに具体的な事例に即して、検討が必要である。何らかの関係性があれば常に「誘発」と評価できるのであれば、因果関係を認める範囲が広がりすぎるおそれがあるため、何らかの限定が必要であると思われる。この点に関連して、従来の学説は、第三者の故意有責の犯罪行為は別個独立の意思決定であり、実行行為に「誘発」されるものではないと解してきたと思われる。一般論としては妥当なものだと思われるが、なお、例外として「誘発」性を認めるべき事案がないかについても、なお検討の余地があるだろう。

さらに直接的実現類型についても、結果の抽象化をいかなる範囲で認めるかについては、検討が必要である。現在の一般的な理解は、死因が同一であり、死亡時期が多少早まった程度であれば、結果には実質的変更はないとして、結果を抽象化して、因果関係を認めようとしている。もっとも、あくまでも生命という概念が時間的観点から重要な意義を有するのであれば、死期の同一性のみから結果を把握する理解も一定の合理性があることは否定できない。さらに器物損壊、傷害結果など、生命侵害以外の事例も想定しつつ、結果の抽象化の限界について、検討することが必要だろう。これらは全て（筆者にとっても）今後の課題である。

积极的限缩：刑法因果关系进阶之要义

梁云宝*

摘要：迄今为止，因果关系理论呈现出鲜明的由自然科学层面向社会学层面再向刑事政策层面推进的清晰路径。自然科学的法则在理清自然的因果经过上具有无可替代的作用，条件说是在自然科学层面对事实因果关联性进行判断的标准。一旦因果关系的判断突破事实因果的界限，结果的归属判断就不可避免。相当因果关系说和客观归属论分别从社会学和刑事政策层面积极地限缩刑法上因果关系的范围，是结果归属层面的理论。然而，结果归属判断的理论并不是严格意义上因果关系理论，在以不具有因果关系论的结论上它仅仅是“刑法上有意义”的因果关系理论。在限缩因果关系范围的意义上，客观归属论仅有延续的特征，它绝不是刑法因果关系的终结理论。我国刑法因果关系理论的发展，是一条纳入规范性评价的替代之路。

关键词：法则；条件说；相当性；客观归属

一般认为，在结果犯的惩处中因果关系是不成文的构成要件要素。因果关系的这一基础性地位，使它一直以来都成为了刑法理论和实务关注的对象。并且，围绕因果关系所展开的研究，取得了为数众多的成果。但是，传统刑法因果关系理论所着重强调的“必然-偶然”因果关系，因欠缺清晰的刑法教义学结构，在以德日刑法为先锋的因果关系理论的冲击下，其教义学上适应性和司法实践中解释力双重匮乏的弊端暴露无遗。由此，在“必然-偶然”因果关系名义下，实质性地填补条件说等域外因果关系理论的内容，以完善传统因果关系理论的教义学结构，以及直接引入条件说等域外因果关系理论，已经由关于因果关系的宏观性“主义”之争悄然降格为微观性“问题”之辩，且条件说等域外因果关系理论在这场争辩中明显居于优势性地位。

应当说，刑法因果关系应否突破事实判断的边界，是晚近我国刑法教义学发展中因果关系理论难以回避的问题。实际上，虽然传统因果关系理论早就不可避免地涉及到了这一内容，但作为对该命题的肯定性回答，其立场始终是谨慎的。究其原因，一旦刑法中因果关系突破了事实判断的边界，客观的因果关系检验与结果的归属检验将呈现出清晰可辨的递进化层次，由此定罪的“客观方面”与“客观的构成要件（要素）”都无法将因果关系囊括其中。因而，我国刑法因果关系究竟如何定位，特别是在结果的归属检验成为难以剔除的内容后，怎样的刑法因果关系架构才是我国刑法教义学和司法实践所必需的，就构成了本文着重探讨的内容。

一、结构性缺失：传统因果关系的松弛

（一）自然科学层面的条件说

尽管在因果关系的内涵和外延上不同的学说之间存在明显的差异，但是，“从理论的发展来看，‘因果关系’下被提出来的最基本的概念还是条件关系和相当关系。”[12]晚近以来，

* 法学博士，东南大学法学院副教授

[12] 黄荣坚著：《基础性法学（上）》（第三版），中国人民大学出版社 2009 年版，第 172 页。

我国传统刑法因果关系理论正发生着剧烈的变动，条件说在争议中逐渐成为我国刑法学者的共识之一，它也成为了厘清传统因果关系理论难以回避的问题。

文献资料显示，作为现代欧陆刑法因果关系源头的条件说，是由奥地利诉讼法学家格拉泽（Julius Glaser）在1858年率先提出，并经德国帝国法院法官冯·布里（Maximilian v. Buri）充实而逐步形成的理论体系。[13]依据条件说，刑法意义上的“原因（Ursache）”是指每个条件均不得省略，否则在具体个案中“结果(Erfolg)”就不发生。相应地，其判断公式为“若无前行为，则无后结果之发生”。因为该说将每个条件在刑法上视为等价，所以又被称为等价（值）说或平等条件说。

回溯历史，当因果关系在刑法学中受到关注后，自然科学的巨大成就使得刑法中的因果关系不得不接受自然科学所主导的方法论和价值观的检验，“满足”这一要求的条件说在德国逐步得到了理论上的认可，并为审判实践所采纳。事实上，对自然的因果经过进行合乎可资证明的科学法则的检验，也是刑法因果关系理论自身具备科学属性的内在要求。在当下，“在因果关系缺乏客观的自然科学证明之处，不允许将这个因果关系通过自由证据评价的途径，由法官的主观确信来加以代替。”[14]条件说对客观的因果关系的筛选，“只是展示一个逻辑规则，并没有涉及具体的评价或认定”。[15]实际上，这样的逻辑规则本身难以融入主观的内涵和规范的内涵，而使得条件说具有鲜明的客观性，这恰恰契合了那个狂热时代对构成要件要素是“自然科学的、实证主义的、自然主义的”[16]认识。由此，刑法因果关系跳脱出中古时期的教条主义陷阱，极大地避免了罪刑擅断。

从整体上看，在刑法因果关系的百余年发展中，条件说基本经历了由因果关系判断的全部标准到局部标准的演变。“今天的主流观点，对原因关联确定依照的是条件理论。”[17]这意味着，因果关系判断标准的变化并未根本性地动摇条件说所贯穿的客观属性。换言之，条件说在自然科学（尤其是物理学层面）的价值恰恰为刑法因果关系理论所坚守，这也构成了刑法因果关系的初始位阶。其实，这大体也是条件说诞生后，欧陆刑法自始未抛弃该说作为刑法因果关系判断基础的根源所在。

当然，质疑条件说的观点始终存在。其中，宽泛论、错误论和无用论是备受瞩目的批评意见。宽泛论持有者认为，条件说会不当地扩大因果关系的范围。在过去，这是条件说面临批评异常集中的地方。例如，A意图抢夺警察的配枪，射杀B，若不知情的警察C“适时”出现，则对于B的死亡，C客观上仍具有因果关联性。可是，自从承认客观构成要件的满足并不单独取决于客观的因果关联性，还必须另外补充其他的归责标准之后，“这种批评就已经从根本上失去了重要性”。[18]与此相适应，刑法因果关系的判断呈现出清晰的“归因”到“归责”的层次性，而自然科学层面的因果关联性判断被视为“归因”的范畴。错误论持有者认

[13] 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第340页。
[14] [德]克劳斯·罗克辛著：《德国刑法学 总论》（第1卷），王世洲译，法律出版社2005年版，第235页。
[15] 许玉秀著：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社2005年版，第427页。
[16] 参见[日]小野清一郎著：《犯罪构成要件理论》，王泰译，中国人民公安大学出版社2004年版，第75页。
[17] [德]约翰内斯·韦塞尔斯著：《德国刑法总论》，李昌珂译，法律出版社2008年版，第95页。
[18] 参见[德]克劳斯·罗克辛著：《德国刑法学 总论》（第1卷），王世洲译，法律出版社2005年版，第234页；[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第346-347页；[德]布莱恩·瓦利留斯：《因果关系与客观归责》，载梁根林、[德]埃里克·希尔根多夫主编：《刑法体系与客观归责》，北京大学出版社2015年版，第127页；等等。

为，在择一的因果关系等场合条件说会得出错误的结论。例如，无意思联络的A和B，以杀人的故意同时开枪射杀C，且均击中C的心脏，C当场死亡。依据纯粹条件说的见解，将得出十分荒谬的结论。在历史上，错误论的意见客观地推动了条件说的自我完善和替代性学说的发展。无用论持有者认为，条件说只能适用于被查明的因果关系中，它对查清因果关系发挥不了什么作用。[19]例如，孕妇在怀孕期间服用了某种安眠药A，生下来身体残疾的B。只有当A的药效与B的残疾这一因果意义上的关联已经清楚时，条件说才有意义，如果客观上是否存在这一因果关联并不清楚，那么就不能通过假定剔除服用A药来确定A药是B残疾的原因。

但是，自我修正的条件说以及众多的替代性学说，都不是在舍弃或绕开自然科学层面的因果关联性的方向上，来寻求刑法因果关系的解决之道。究其原因，作为刑法因果关系基础素材的自然的因果经过是客观真实的，而自然科学的目的就在于发现“真实”，因而，替代性的学说无不将自然科学层面的检验置于不可或缺的突出位置。由此，刑法因果关系在这一层面的因果关联性的检验标准受自然科学方法论和价值观的规制必然走向客观化。“在人们存在怀疑时，因果关系从来不会通过什么公式，而是永远仅仅只能通过准确的自然科学方法（主要是实验）来加以证明。”[20]很明显，这不是说刑法因果关系的判断标准完全不能纳入主观的或规范的内涵，而是说自然科学这一层面的因果关联性的判断标准排斥主观的或规范的内涵。例如，在限缩刑法因果关系的成立范围上，属于“归责”层面的客观归属论就被公认为纳入了规范的内涵。这意味着，就刑法因果关系而言，在“评价的对象”与“对象的评价”这一不同层次的问题上，作为“评价的对象”的自然的因果经过必须是客观的，而作为“对象的判断”的因果关系的判断标准除在自然科学层面的判断外，它并非绝对排斥主观的或规范的内容。

那么，在自然科学层面的因果关联性判断上，能否完全以自然科学的法则标准来取消或替代条件说？例如，我国台湾地区刑法学者许玉秀认为，在“归因”与“归责”区分的意义上，因果关系是一种物理关系，它的判断依赖物理法则，条件理论的逻辑规则帮不上忙。[21]笔者认为，自然科学的法则对刑法因果关系的查明和确认，具有无可争辩的重要作用，这尤其体现在自然科学的法则可以为条件说的判断提供可予考虑的事实，但自然科学的法则并不是也不可能成为条件说本身的内容。实践早已证明，完全依赖自然科学来解决法律问题，无法提供令人满意的答案。客观上，自然科学的法则标准以发掘并提供真理和对自然的因果经过的最大化还原为要务，而条件说则以判断客观的因果关联性为己任。二者在某些方面具有共性的内容，但它们又明显存在分属于不同领域和层次的问题。例如，在公害犯罪领域，由于自然科学的法则并不完全清楚，因此，无法精确地还原自然的因果经过，原本这应该以不具有因果关系论，但疫学上的高度盖然性无法否定，“刑法上也应该肯定存在条件关系”。[22]此时，自然科学的法则标准与条件说的层次性相当明显。

[19] 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔著：《刑法总论教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第80页；[德]埃里克·希尔根多夫著：《德国刑法学：从传统到现代》，江溯等译，北京大学出版社2015年版，第265页；[德]克劳斯·罗克辛著：《德国刑法学 总论》（第1卷），王世洲译，法律出版社2005年版，第234页；等等。
[20] [德]克劳斯·罗克辛著：《德国刑法学 总论》（第1卷），王世洲译，法律出版社2005年版，第235页。
[21] 参见许玉秀著：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社2005年版，第430页。
[22] [日]大塚仁著：《刑法概说（总论）》（第三版），中国人民大学出版社2002年版，第92页。

不难发现，条件说无用论的错误也恰恰在此。难以否认，条件说所依赖的“想象其不存在”的方法或者说“思维排除法”确实存在局限性。对此，意大利刑法学者杜里奥·帕多瓦尼早就指出：“条件理论的真正缺陷不在于它扩大了原因的范围，而是深藏于其运作机制的本身：运用‘思维排除法’的前提，是人们必须事先就已经知道究竟条件具备何等的原因力，即知道这些条件如何作为原因（之一）而发挥作用；否则，条件理论就根本无法运作。”[23]德日刑法学者也有与此类似的批判，其教科书式的经典表达为，条件说是因果关系的适用公式，但并不是因果关系的发现公式。[24]诚然，受诸多条件的制约，一定时期的人类的认知总是有限的，自然科学的法则在事实因果关联性的确定上并不总能给出清晰的结论，此时条件说的逻辑公式在因果关系的判断上似乎显得无能为力。例如，在我国台湾地区的鼎新地沟油案件中，鼎新公司售卖的地沟油是否会危害食用者的人身健康，依据现有的科技手段无法鉴定出来。[25]问题是，这一缺陷并非条件说所独有。“在我们的经验知识不能够对某个情况是否在具体的结果中发生了作用的问题提供明确回答的时候，合法则的条件说同样不能够对我们有所帮助。”[26]况且，“诸如避孕药是否导致婴儿畸形的经验科学问题，这不是任何法学理论所能或所应解决的问题，法律上所能且所应处理的，一来是如何将经验科学知识引进法律程序，此即鉴定制度问题，二来是正视专业鉴定也无能为力时，法律上到底应如何处理。”[27]

此外，有学者认为：“条件公式‘非P则非Q’的运用中，对P与Q的选择与界定，深受规范评价的影响。”[28]这一批评是不妥当的。如前所述，条件说的逻辑规则本身难以融入主观的内涵和规范的内涵。尽管依据这一逻辑规则所进行的判断会产生因果关系的范围过宽的问题，但这正是“归责”理论的价值所在。“客观归责学说之价值，反而透过条件理论之缺陷被明显的呈现。”[29]毕竟，如后文所述，“归责”理论不是以舍弃条件说为前提，而是在条件说确认的事实因果关系基础上对因果关系进行限缩的理论。并且，由自然科学层面的角度来看，一部刑法因果关系理论的发展史几乎未增添任何新的内容。至于张明楷先生主张：“即使是条件说，其中对原因与结果的限定、对禁止溯及论的采纳，也可谓一种客观归责论。”[30]这一批评除了同样存在上述不当外，似乎还混淆了条件说与关联的构成要件行为理论、主观构成要件理论等的界限，即主观地赋予了条件说作为因果关系理论之外的功能。例如，根据条件说，行为人的父母和祖父母对于被谋杀者的死亡来说也是原因。如今，尽管处理的方案不尽一致，如有的通过归责理论来过滤，[31]有的通过否定是构成要件行为来过滤，[32]有的通过

[23] [意]杜里奥·帕多瓦尼著：《意大利刑法学原理》（注评版），陈忠林译，中国人民大学出版社 2004 年版，第 137 页。
[24] 参见[日]西田典之著：《日本刑法总论》，刘明祥译，中国人民大学出版社 2007 年版，第 69 页；[日]山口厚著：《刑法总论》（第 2 版），付立庆译，中国人民大学出版社，第 53 页；[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔著：《刑法总论教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社 2015 年版，第 80 页；[德]埃里克·希尔根多夫著：《德国刑法学：从传统到现代》，江溯等译，北京大学出版社 2015 年版，第 265 页；[德]克劳斯·罗克辛著：《德国刑法学 总论》（第 1 卷），王世洲译，法律出版社 2005 年版，第 234 页；等等。
[25] 在客观上，地沟油对食用者的人身健康的危害只存在有或无两种状态，无法鉴定出来不等于事实上的绝对没有。
[26] [德]约翰内斯·韦塞尔斯著：《德国刑法总论》，李昌珂译，法律出版社 2008 年版，第 97 页。
[27] 林钰雄著：《新刑法总则》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 121 页。
[28] 劳东燕：《事实因果与刑法中的结果归责》，载《中国法学》2015 年第 2 期。
[29] 李圣杰：《因果关系的判断在刑法中的思考》，载《中原财经法学》2002 年第 8 期。
[30] 张明楷著：《刑法学（上）》（第五版），法律出版社 2016 年版，第 181 页。
[31] 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 347 页。

罪过概念来过滤，[33]但都不是对条件说注入主观的或规范的内容来过滤的。

（二）传统因果关系理论欠缺刑法教义学结构

在刑法上，我国传统因果关系理论通常将因果关系界定为“引起与被引起”的关系，必然因果关系与偶然因果关系基本构成了它的全部内容。在因果关系是客观的理念支配下，传统因果关系理论深陷必然性与偶然性的哲学思辨的迷局，这使得我国刑法因果关系理论丧失了作为部门法理论应有的独立性与活力。由此引发的问题十分明显，即我国传统的因果关系理论欠缺清晰的刑法教义学结构。

一般认为，万事万物都处于联系中，因此，因果关系的概念是在之前的哲学和自然科学的意义上，为客观的因果关系理论奠定了基础。但是，刑法作为一个独立的部门法，它的特殊性在于“它主要研究规范性目的的实现，换言之它主要研究目的性问题，即各种解决方式的不同目的何者为众的问题。”[34]就刑法上的因果关系理论而言，“对等值理论来说，原因并不存在于一个结果的所有条件的总和之中，而是存在于各个具体的条件之中，即使这个条件仅仅是在与许多其他因素的共同作用中一起造就了这个结果时，结论也一样。”[35]由此，条件说获得了超出哲学意义的部门法学理论的重要价值，哲学上的因果关系与刑法上的因果关系分道扬镳。此后，当归责理论介入后，刑法的规范性目的对因果关系理论产生了实质性的影响，即构成要件结果是否可视为行为人的“作品（Werk）”的归责判断，由因果关系的角度来看，其实际的效果如后文所述是以不具有因果关系论的实质性限缩的举措。在此，哲学上的因果关系与刑法上的因果关系更不可相提并论。

在客观的“引起与被引起”的界定下，我国传统的刑法因果关系理论在“必然-偶然”因果关系模式下进行了深入展开，并形成了众多的成果，但它们的着重点不在于将“引起”构成要件结果发生的各种部分的原因视为独立的原因来探讨，而在于强调必然性与偶然性这一总和意义上的原因，且它们大多带有浓厚的哲学思辨性质。不可否认，哲学上的认知对部门法学具有重要的指导性意义，但因果关系理论研究偏离或放弃其在刑法这一部门法学上的独特属性，必然招致相关的研究结论欠缺刑法教义学上的适应性。可以说，任何构成要件结果的出现都是必然性和偶然性相结合的产物，因此，“必然-偶然”因果关系模式似乎具有强大的解释力。可是，这一强大的解释力在个案的因果关系判断上却显得尴尬不已。本来以“规律”或“必然性”为中心来区分必然性和偶然性，似乎能够划清必然因果关系与偶然因果关系。然而，实际情况是在这一抽象的界定背后欠缺具体而明确的标准。尤其突出的是，“如何判断‘偶然因果关系’，还值得研究。”[36]由此折射出的深层次问题是，传统的“必然-偶然”因果关系理论欠缺必要的刑法教义学结构。

例如，有学者以“高概率”为基准来架构偶然因果关系，认为刑法上的偶然因果关系是指高概率的偶然因果关系。[37]原本以概率的大小作为刑法上偶然因果关系的标准，在自然科学层面上并不欠缺妥当性，但将偶然因果关系的高概率判断标准与“介入因素同先在行为的关系性质（从属的还是独立的）”和“介入因素本身的特点（异常的还是非异常的）”联系起

[32] 参见许玉秀著：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社 2005 年版，第 426-428 页。
[33] 参见黄荣坚著：《基础性法学（上）》（第三版），中国人民大学出版社 2009 年版，第 175 页。
[34] [德]魏德士著：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2005 年版，第 129 页。
[35] [德]克劳斯·罗克辛著：《德国刑法学 总论》（第 1 卷），王世洲译，法律出版社 2005 年版，第 232 页。
[36] 张明楷著：《刑法学（上）》（第五版），法律出版社 2016 年版，第 175 页。
[37] 参见储槐植：《一个半因果关系》，载《法学研究》1987 年第 3 期。

来，并且未明确从属与独立之间以及异常与非异常之间的具体标准，必然导致无论何种因果关系的判断结论都有主观恣意的嫌疑。不能不说，这等同于在因果关系理论上未提出实质性的刑法教义学标准。

迄今为止，在司法实践中“必然-偶然”因果关系理论依旧有着不小的影响力，由此导致的“同案不同判”的怪现象时有发生。为了解决传统因果关系理论欠缺刑法教义学结构这一根本性缺陷，理论界与实务界付出了不小的努力，但由此产生的分歧是明显的。其中，在“必然-偶然”因果关系理论框架下纳入必要的内容进行弥补（以下简称补充说）与“另起炉灶”引入域外刑法因果关系理论进行弥补（以下简称替代说），是引人注目的解决方案上的差异。但是，无论哪种方案，增添的内容都导致了我国传统因果关系理论的松弛。例如，有学者主张，偶然因果关系要发掘出的，恰恰是刑法因果关系研究真正需要解决的重点问题，并认为以前行为与之后结果之间有无“无前者即无后者”的关系来作为刑法上必然因果关系和偶然因果关系的判断标准。[38]实际上，这是以条件说的内容来弥补传统刑法因果关系理论的教义学缺陷，它基本上可以纳入补充说的范畴。当然，在补充说中被纳入补充内容的不限于条件说，还包括原因说、相当因果关系说等内容。这些内容实质性地充当了因果关系判断的辅助性标准，甚至让“必然-偶然”因果关系的形式判断名存实亡。“如果可以（依据条件公式）确定前行为与最终结果之间具有因果关系时，是将其称为是‘必然因果关系’，还是‘偶然因果关系’实际上并不重要。”[39]

鉴于传统的“必然-偶然”因果关系理论在司法实务中的实质影响力，补充说对司法实践来说具有一定的吸引力。例如，在孙超故意伤害案中，[40]浙江省高级人民法院在传统的“偶然-必然”因果关系模式下分析了介入因素与先在行为的关系性质以及介入因素本身异常性的大小，但以客观的不可避免性理论补充了相应的判断标准，即“对突然倒在对向车道上的人，要求行驶在该车道上的机动车驾驶，都应该能够避免碰撞或碾压，显然过于苛刻。”[41]再如，在洪志宁故意伤害案中，[42]法院在传统的“必然-偶然”因果关系分析中补充了条件说的内容，即“总之，如果被告人不对被害人进行击打，就可能不会诱发被害人冠心病发作，猝死的结果也就可能不会发生。”

就替代说而言，这是目前我国刑法理论上的有力见解。并且，引进的理论几乎涵盖条件说、相当因果关系说、客观归属论等域外的主流学说。例如，冯亚东教授主张，在客观归因的因果关系层面采用“条件说”即可，无需引入见仁见智的各式规范判断学说，刑事责任的限定可以借助主观罪过来实现。[43]张明楷教授虽然不赞成直接全盘引入客观归属论，但主张条件说并在其基础上再进行必要的结果归属判断。[44]刘艳红教授的基本立场也是采纳相当因

[38] 参见林亚刚著：《刑法教义学（总论）》，北京大学出版社 2014 年版，第 179 页。
[39] 林亚刚著：《刑法教义学（总论）》，北京大学出版社 2014 年版，第 179 页。
[40] 该案的基本案情是：被告人孙超与被害人叶永青因琐事发生纠纷，叶永青骑摩托车用手拍打孙超的轿车左侧后车厢车窗并责骂孙超，孙超遂驾车加速追赶叶永青，并在机动车道上用轿车车头碰撞叶永青的摩托车右侧尾部，致使摩托车倒向对向车道，摔倒的叶永青被迎面驶来的出租车碾压致死。
[41] 《中国指导案例》编委会编：《人民法院指导案例裁判要旨汇览（刑事卷一）》，中国法制出版社 2013 年版，第 85-86 页。
[42] 该案的基本案情是：因女友与被害人陈碰狮发生争吵，被告人洪志宁挥拳连击被害人的胸部和头部，被害人被打后追撵被告人，追出两三步后倒地死亡。后经鉴定，被害人系在原有冠心病的基础上因吵架时情绪激动、胸部被打、剧烈运动及饮酒等多种因素影响，诱发冠心病发作，管状动脉痉挛致心跳骤停而猝死。
[43] 参见冯亚东、李侠：《从客观归因到主观归责》，载《法学研究》2010 年第 4 期。
[44] 参见张明楷著：《刑法学（上）》（第五版），法律出版社 2016 年版，第 174 页以下。

果关系说，而反对客观归属论。[45]周光权教授主张，客观归属论在方法论上具有特殊的意义而应予以提倡。[46]

二、经验与规范：刑法因果关系之进阶

如前所述，条件说是自然科学层面的因果关系的判断标准。不过，条件说的缺陷使得原因说、合法则的条件说、相当因果关系说、客观归属论等理论陆续出现。整体上看，在事实因果关系的判断上，它们与条件说的关系不外乎修正与替代关系。遗憾的是，尽管理论是实务长久以来进行了不懈的探索，但试图完全替代条件说的因果关系理论并不成功。相反地，对条件说进行修正才是因果关系理论发展的可行性方向。其中，修正又有自然科学层面的修补和社会学层面、刑事政策学层面之别。迄今为止，对条件说进行修正的诸多因果关系学说，大部分已经仅仅具有历史沿革的意义，如原因说、重要关系说、危险关系说等，但合法则的条件说、相当因果关系说与客观归属论依旧是备受瞩目的学说。就合法则的条件说而言，与其说它是条件说的修正理论，不如说它是自然科学层面对条件说进行的替代理论。不同地，相当因果关系说与客观归属论不是以替代条件说为目的，而是在条件说划定的事实因果关系基础上，以限缩性思维分别从社会学和刑事政策学的角度筛选出刑法上有意义的因果关系，因此，它们可称为准因果关系理论。具体而言：

（一）合法则的条件说并非限缩因果关系的合理基底

就合法则的条件说而言，在批判条件说的基础上德国学者 Engisch 率先提出以“合法则性条件公式”来替代条件说的逻辑公式。该公式为：“当一个行为与在时间上紧随其后发生的外部世界的变化之间是按照（自然）法则联系在一起，且后者是某个在刑法上被规定为构成要件结果的具体事实的组成部分的时候，则该行为是特定构成要件结果的原因。”[47]此后，阿明·考夫曼（Armin Kaufmann）教授进一步将合法则的条件说中因果关系的判断区分为一般因果关系和具体因果关系。[48]其中，在一般因果关系层面要确认是否存在普遍的因果法则，在具体因果关系层面要确认具体的事实是否合乎已确认的普遍的因果法则。这样，因果关系的判断实为三段论的演绎推理。

不难发现，合法则的条件说有着明显不同于条件说之处，这主要包括：其一，条件说将原因理解为必要条件，而合法则的条件说将原因理解为当代科学知识所认可的条件。其二，在因果关系的判断上，条件说采用的是“想象其不存在”的排除法。与此不同，合法则的条件说“并不采取‘去除法’，而是以自然法则为连结，正面判断从‘行为’到‘结果’的因果关系。”[49]其三，条件说与合法则的条件说在划定的因果关系范围上不尽一致，如在滥用职权、玩忽职守等渎职罪的场合，条件说可能肯定事实的因果关系，而合法则的条件说肯定事实的因果关系或许相当困难。[50]既然如此，那么，对条件说而言，合法则的条件说是“归因”

[45] 参见刘艳红：《客观归责：质疑与反思》，载《中外法学》2011 年第 6 期。
[46] 参见周光权：《客观归责理论的方法论意义》，载《中外法学》2012 年第 2 期。
[47] 转引自[德]埃里克·希尔根多夫著：《德国刑法学：从传统到现代》，江溯等译，北京大学出版社 2015 年版，第 273 页。
[48] 转引自徐凌波：《因果关系在产品刑事责任案件中的认定问题》，载《政治与法律》2014 年第 11 期。
[49] 林钰雄著：《新刑法总则》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 123 页。
[50] 参见张明楷著：《刑法学（上）》（第五版），法律出版社 2016 年版，第 185 页。

层面的替代理论，还是“归责”层面的补充理论？有学者认为，合法则的条件说“是条件理论在方法上的补充说明而已，而不是另外一个独立的理论。”[51]这是不妥当的。如果合法则的条件说仅仅在方法上起补充说明的作用，那么条件说在因果关系的判断过程中必定要发生作用，但合法则的条件说三段论的推理根本容不下条件说发挥作用。对此，合法则的条件说持有者直言不讳：“‘条件公式’对之没有任何益处，有益处的只是专家们的内行判断。”[52]另外，合法则的条件说是在判断有无事实因果关系，而不是在事实因果关系存在的前提下探讨应当“把帐算到谁的头上”。因而，合法则的条件说是条件说的替代理论。

不过，合法则的条件说在一般因果关系层面和具体因果关系层面上的缺陷，使得它对条件说的替代并不成功。(1)在一般因果关系层面，合法则的条件说饱受诟病的缺陷是“法则”的具体内容不明确。具体而言，在对合法则的条件说中法则的理解上，理论上的见解有狭义说和广义说之别。其中，狭义说主张，合法则的条件说中的法则仅限于“决定论自然法则”这种必然性法则。例如，阿明·考夫曼排斥仅在统计数据上呈高度相关性的盖然性法则。“在他看来，统计上的高度相关或许是由于因果法则的作用，但也可能处于完全的偶然性，因此不能被认为是因果关系。”[53]广义说主张，合法则的条件说中的法则不限于必然性法则，还包括盖然性法则和经验法则。[54]例如，德国的 Puppe 教授认为，在非决定论领域里运用盖然性法则进行归责与放弃归责之间，前者是更好的选择。[55]

其一，未知的自然科学法则引发的不明确性。在一定时期，人们并非总能完全认识决定论的自然科学法则，这会造成一般因果关系认定上的困难。在此，著名的案例是德国联邦最高法院的皮革喷雾剂案。[56]该案的难点在于：能够确定某种产品造成了人身伤害，但不清楚是该产品中的何种物质造成的，这对于自然科学法则的一般因果关系的认定是否已经足够？“通过排除替代性原因的方法来论证因果联系”，[57]德国联邦最高法院作出了肯定的回答。然而，这在理论上受到了质疑。质疑的中心观点是，当人们未能完整地认识那些可能的原因时，就不应当也不可能可靠地排除它们成为原因的可能。[58]尽管不少学者为“排除替代性原因的方法”进行了辩护，并将这一方法的适用严格限定在其他因素成为原因的可能性都被排除的前提下，[59]但质疑的观点直指的深层次问题是，“排除替代性原因的方法”实质性倒置了举证责任，变相地强迫被告人自证其罪，这不当地加重了被告人的负担，是有违法治国原则的。这一问题在木材防护剂案中更加明显，受到的质疑也更加激烈。也就是说，此时“合法则”的结论与其说是事实判断（法官“排除了”替代性原因）的结果，毋宁说是价值选择（让被

51 黄荣坚著：《刑罚的极限》，台北元照出版公司 1999 年版，第 62 页。
52 [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 345 页。
53 转引自徐凌波：《因果关系在产品刑事责任案件中的认定问题》，载《政治与法律》2014 年第 11 期。
54 参见[日]小林憲太郎著：『因果関係と客観的帰属』，弘文堂 2003 年版，第 199-200 頁。
55 转引自徐凌波：《因果关系在产品刑事责任案件中的认定问题》，载《政治与法律》2014 年第 11 期。
56 参见[德]克劳斯·罗克辛著：《德国最高法院判例·刑法总论》，何庆仁、蔡桂生译，中国人民大学出版社 2012 年版，第 248-253 页。
57 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔著：《刑法总论教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社 2015 年版，第 81 页。
58 参见[德]克劳斯·罗克辛著：《德国刑法学 总论》(第 1 卷)，王世洲译，法律出版社 2005 年版，第 236 页。
59 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 346 页。

告人提供替代性原因的反证）的结果。

同时，在存在专家组决定（Gremienentscheidungen）的场合，合法则的条件说也被认为潜含着风险。笔者认为，这是不妥当的。自然科学的法则并不以支持者的多寡来获得自身的真理性，当应然的自然科学法则与实然的专家组决定在因果关系的认定上出现偏差时，必定是认知上的原因造成的，那么，解决的方向是如何让决策更加贴近真理性的认知，而不是张冠李戴地批评合法则的条件说。这就是说，在自然科学法则层面，专家组决定所导致的因果关系判断错误，不是刑法因果关系理论本身所要解决和所能解决的问题。

其二，社会科学领域内法则的不明确性。在社会科学层面，合法则的条件说一直面临的问题是，社会科学法则是否真的存在？肯定说认为，社会科学中存在“客观性”的法则，尽管它们有时不如自然科学中的法则精确，但不能否定社会科学法则解释的恰当性。[60]并且，肯定说主要从三个方面来证立社会科学法则的。第一，从统计法则的角度证立社会科学法则。例如，Puppe 教授认为统计法则可以用来解释心理性因果关系，而埃里克·希尔根多夫教授更是将统计法则的适用扩及第三人介入的场合。[61]然而，社会科学领域内的统计法则难以进行精确的量化，早已是公认的事实。相应地，迄今为止鲜有其他学者在刑法因果关系的解释中使用统计法则。第二，例外性的替代方法证立社会科学法则。例如，科里亚特（Koriath）认为在心理性因果关系的场合完全不能进行因果分析，进而拒绝适用合法则的条件说和条件说，并开创性地提出来一套“非因果性的归责原则”。[62]在否定心理性因果关系的场合能够进行因果分析的前提下，主张“非因果性的归责原则”无疑是将归责的基础置于主观而非客观之上，由此证立社会科学法则未免失当。第三，从对个案涉及的法则假设进行具体化的角度证立社会科学法则。这实际上是将决定论的思维僵硬地运用到社会科学领域，由此必然导致任何已经发生了的结果都具有必然性。显然，这是不合理的。

(2)在具体因果关系层面，合法则的条件说的缺陷是依赖的方法与得出的结论之间存在潜在的矛盾。众所周知，合法则的条件说的特殊性之一在于，它关注的重心始终是合法则关系是否存在，而在方法上放弃了对自然科学层面的“力”的作用的依赖和阐释。同时，在因果关系上，不作为犯有着不同于作为犯之处。对此，李斯特曾指出：“在所有哪些否定不作为的因果关系的人那里，不作为情况下缺少有效的能够‘导致’结果发生的力量的思想在起着作用；‘造成’被从力学的自然科学的角度进行理解；‘无不可能产生有’的过时的幽灵似的公式仍在作祟，仍然有人在探讨‘原因过程’，尽管在因果关系问题上丝毫不涉及‘过程’、力学上的力的发挥及发展顺序，而只涉及两种条件的逻辑——认识论上的联系；不涉及物理上的存在或形式，而只涉及我们思维和认识方法。”[63]因而，合法则的条件说当然适用于不作为犯。可是，通说在赞同这一结论的同时，却主张原因必须是在某种意义上“真实地作用于”结果，这是对物理学层面“力”的作用的回归。不难发现，合法则的条件说实际上将因果关系的判断架构在物理学（力学）的基础上，这与不作为犯的因果关系之间显然存在

60 [德]埃里克·希尔根多夫著：《德国刑法学：从传统到现代》，江溯等译，北京大学出版社 2015 年版，第 285-286 页。
61 参见[德]埃里克·希尔根多夫著：《德国刑法学：从传统到现代》，江溯等译，北京大学出版社 2015 年版，第 286-290 页。
62 参见[德]埃里克·希尔根多夫著：《德国刑法学：从传统到现代》，江溯等译，北京大学出版社 2015 年版，第 287 页。
63 [德]李斯特著：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社 2006 年版，第 196 页。

矛盾。

此外，在涉及累积的因果关系、超越的因果关系和假定的因果关系的案件中，合法则的条件说被视为具有超过条件说的优越性。然而，事实恐非如此。首先，就累积的因果关系而言，由于各条件之间是互补性或协同性的关系，[64]因此，依据条件说得出具有事实因果关系的结论十分简洁。例如，妻子A以杀人的故意将放有毒药的炒饭供其丈夫B食用，却不知其子C为了遗产，早在B食用的菜中下毒，后来查明B死于两次下毒的共同作用，且二人的毒药量均不足以单独致人死亡。依据条件说，对于B的死亡，既不能想象A的下毒行为不存在，也不能想象C的下毒行为不存在，因为两个行为任缺其一，毒药量均不足以单独致人死亡，所以，A和C的下毒行为与B的死亡结果之间具有因果关系。至于单独毒药量不足而可能引起的犯罪停止形态的争议，则不是因果关系理论所要解决的问题。

其次，就超越的因果关系而言，条件说在因果关系的判断上相当明确，例如，妻子A以杀人的故意将放有达到致死量的慢性毒药的炒饭供其丈夫B食用，但B在饭后散步途中，被A的情夫C射杀。依据条件说，妻子A下毒毒杀丈夫B的因果进程已经开始，但介入的情夫C的射杀行为独立造成了B死亡结果的提前发生，就这一具体的杀人既遂构成要件结果而言，可以想象下毒行为的不存在，而不能想象射杀行为的不存在，因此，A的下毒行为与B的死亡结果之间不具有因果关系。“一言以蔽之，超越因果关系中无因果关系的结论，正是条件理论运用的结果，而非条件理论的例外。”[65]当然，这不意味着A的行为不成立犯罪，对A应以杀人未遂罪论处，因为这是典型的因果历程错误。[66]

再次，就假定的因果关系而言，条件说的结论简洁而有力。例如，在使用电椅对死刑犯执行死刑之际，被害人的父亲基于复仇的心理推开执行官而按下电椅开关，最终电死了死刑犯。这是日本刑法教科书中的典型案例，多数学者认为依据条件说将无法肯定按下电钮的行为与死刑犯的死亡之间存在因果关系的尴尬。[67]可以认为，这是对条件说的误解。依据条件说，在死刑执行官按下电钮之前，被害人父亲按下电钮的杀人行为是独立造成被害人死亡结果提前发生的介入因素，就这一具体的杀人既遂构成要件结果而言，可以想象执行官按下电钮的行为不存在，而不能想象被害人父亲按下电钮的杀人行为不存在，即被害人父亲按下电钮的杀人行为与被害人的死亡结果之间具有因果关系。认为依据条件说会得出不当结论的见解，实质上在假定的因果关系判断上主观地加入了冗余内容。

不得不指出，合法则的条件说在上述方面所取得的虚假的优越性是以牺牲法则的明确性为代价。对此，批评的意见一针见血，即“但这种‘合法则性关系’的具体内容却始终没有得到全面地阐明。有时，这种合法则性关系只被当作是一个空洞的公式被加以使用，以主张一个人们直觉推断的、不加详细证明的因果关系。而在另一些场合，对‘合法则性关系’的假定导致了以下结论，即条件公式以经验性知识的存在为前提。”[68]

---

[64] 参见郑逸哲著：《刑法初探》，作者2014年自版，第50页。
[65] 林钰雄著：《新刑法总则》，中国人民大学出版社2009年版，第121页。
[66] 参见梁云宝：《反面的构成事实错误之辨伪》，载《中国法学》2014年第5期。
[67] 参见[日]山口厚著：《刑法总论》，付立庆译，中国人民大学出版社2011年版，第52页；[日]松宫孝明著：《刑法总论讲义》，钱叶六译，中国人民大学出版社2013年版，第51页；[日]山中敬一著：『刑法総論』（第2版），成文堂2008年版，第256-257頁；等等。
[68] [德]埃里克·希尔根多夫著：《德国刑法学：从传统到现代》，江溯等译，北京大学出版社2015年版，第274页。

综上，在自然科学层面对条件说进行替代的合法则的条件说，并未对条件说形成无法超越的实质优势，也未根本性地摆脱类似于条件说的困境，反而因为自身存在难以克服的缺陷而陷入了质疑与辩解的恶性往复循环中，这使得合法则的条件说对条件说的替代并不成功，也使得该说难以成为限缩因果关系的合理基底。

（二）社会学与刑事政策学层面的因果限缩

条件说的缺陷开启了因果关系理论发展的修正和替代之路，但迄今为止的替代理论并不成功，而在条件说认定的事实因果关系基础上进一步展开结果归属的检验，是受到广泛认可的可行之路。在结果归属的理论探索中，其内涵的发展轨迹清晰可辨，即对因果关系的限缩呈现出向社会学层面和刑事政策学层面延伸的态势。甚至可以认为，相当因果关系说是对条件说所确立的因果关系的一次限缩，而客观归属论是二次限缩。

1、社会学层面的一次限缩

以条件说的缺陷为逻辑起点，相当因果关系说立足于社会学的角度对因果关系进行了限缩，其要旨是以不具有刑法上的因果关系论。相当因果关系说的基本主张是，在认定刑法上的因果关系时，除了行为与结果间的条件关系外，仍须参照一般人的社会生活经验考察此行为造成彼结果若相当，就认定有因果关系。在源头上，相当因果关系说是刑法吸纳的一个概念，德国学者Johannes v. Kries于19世纪80年代末率先引入当时民法上判断无过错责任（Gefaehrdungshaftung）之因果关系的观点，来突破刑法上采用条件说之困境（特别是在结果加重犯的场合）。[69]吸纳后，相当因果关系说在刑法领域内逐步发展出了的内容。在德国，Sauer、v. Hipel等学者支持该理论，[70]但审判实践并不采纳此说。不同地，相当因果关系说是日本和我国台湾地区审判实践常采的见解，在理论上也是有力的学说。

就相当因果关系说中“相当性”的判断标准而言，理论上存在主观说、客观说和折衷说的分歧。其中，主观说主张，以行为时行为人所认识或可能认识的事实为基础，进行相当性的判断。在日本，宫本英脩是该说的提倡者，但如今该说几乎已无支持者。客观说主张，以行为时存在的全部事实和可能预测的行为后事实为基础，进行相当性的判断。平野龙一、曾根威彦等是该说的支持者。折衷说主张，以行为时一般人可能预测的事实以及一般人虽不可能预测但行为人特别预见的事实为基础，进行相当性的判断。折衷说是日本的通说。[71]但是，无论哪一立场都是基于人类的生活经验及因果法则的认识，去推断一个行为对于结果的发生有多高的几率，因此，相当因果关系说是一种可能性的概念或几率的概念。

如前所述，受自然科学的深远影响，刑法上的因果关系被限制在客观的层面。相当因果关系说被引入刑法用来修正条件说的缺陷时，也带有这方面的清晰痕迹。相当因果关系说建构于可能性理论之上，而可能性理论是从数学上的概率原理导出来的。[72]经由社会生活经验判断的相当性，是对一定时期反复出现的现象或类似现象的概括或抽象，它基本具有统计学意义上的结论的相对确定性，这与自然科学所要求的结论的可证（辨）性相一致，从而赋予了相当因果关系说强烈的客观性。由此，将不可能发生或偶然发生的条件以不具有相当性加

---

[69] 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第348-349页。
[70] 参见[德]约翰内斯·韦塞尔斯著：《德国刑法总论》，李昌珂译，法律出版社2008年版，第102页。
[71] 参见[日]川端博著：《刑法总论》，余振华译，台北元照出版有限公司2008年版，第20页。
[72] 参见许玉秀著：《主观与客观之间》，法律出版社2008年版，第174页。

以排除，极大地降低了对“因果关系是客观的”确信的破坏。在此意义上，认为相当因果关系说维持着事实的、存在论的性质，[73]似乎并不缺乏合理的成分。德国早期的学说认为相当因果关系说是因果关系问题下的一个问题，[74]与此不无关系。

在现实中，相当性的内涵早已延伸到经验性的社会学层面。究其原因，自然科学不是万能的，除自然科学外社会学也对“实然规范”（规律）进行研究和检验。“经验性的社会研究对社会群体的事实行为作出断定，并将结果称为‘社会’规范。这样的规范首先只表明通常的或多数人的事实行为；它确定的是事实，而非应然，多数人的行为被看作是‘通常的’。”[75]这在刑法因果关系的认定中，能够发挥出自然科学无法替代的功效，即以概率原理为基础采取负面的排除方式，将不寻常、异常、离奇的因果连结关系视为偶然发生的条件，以不具有相当性而加以排除。同时，相当性判断的重心不在于引起结果发生的原因的结构与作用的经验问题，而在于根据可能性的经验观点筛选出何种因果关系具有刑法上的意义，进而将结果归责于行为人。例如，A 驾驶小型货车超速行驶，对前方道路及行人动态观察不够，致其车右后视镜与步行在公路旁的 B 肩部发生碰撞（轻伤），B 倒地后被小型货车后正常行驶的 C 所驾驶的车辆碾压而死。[76]此时，A、C 的行为与 B 的死亡结果之间的因果关系，就不是单纯的自然科学规律能够解决的。相应地，有无因果关系的判断和有无相当因果关系的判断层次分明。

追溯根源，相当因果关系说被引入刑法的目的是用以限缩刑法上因果关系的范围，这使得该说一开始就是“归责”层面的理论。并且，相当因果关系说的这一属性是从“娘胎里”带出来的。在同时期的民法上，相当因果关系说被用于解决无过错责任的问题，而在无过错责任中责任只能指向结果发生的因素，即它在解决“结果的归属”问题。对此，德国的 Honig 指出：“相当因果关系理论依经验法则判断相当关系的原则，是一种解释原则，是存在论上因果关系概念之外的一种评价概念，而这一点相当因果论者自己都不曾注意到。”[77]在此意义上，将相当因果关系说与条件说置于同一位阶的观点与做法，显然违背了初衷，也难以实现。同时，在结果归属的上，要解决的是为避免结果的发生何种行为在客观上是合理的，仅仅是行为人的认识或认识可能性无法起到决定性作用，由此相当性判断标准的优劣不难分辨。

2、刑事政策学层面的二次限缩

对刑法因果关系的限缩扩展到经验性的社会学层面，是否意味着社会学层面是限缩因果关系的最终边界？回答是否定的。相当因果关系说的缺陷导致了该说对因果关系的限缩欠缺力度，这推动了对因果关系的实质性限缩向刑事政策学的层面延伸。

最好的社会政策就是最好的刑事政策（李斯特语），刑事政策的目的蕴含着特定的价值观，因此，“塑造社会”被普遍认为是刑事政策学的重要任务之一。这是规范性的刑事政策学与经验性的社会学之间的重要区别，也是社会学难以完成的。在“塑造社会”上刑事政策具有“当为规范”的属性，“它并不描述是什么，也不描述统计的平均值、自然规律与历史规律，而是规定行为命令或确定语句，这些行政命令或确定语句包含着规范性的、具有约束

[73] 参见[日]曽根威彦著：『刑法総論』，弘文堂 2008 年版，第 79 页。
[74] 参见黄荣坚著：《刑法问题与利益思考》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 84 页。
[75] [德]魏德士著：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2005 年版，第 47 页。
[76] 参见丁栋生、张达伟：《碰撞致他人被后面车辆碾死如何定性》，载《检察日报》2005 年 3 月 4 日版。
[77] 转引自许玉秀著：《主观与客观之间》，法律出版社 2008 年版，第 178 页。

力的形成意志。”[78]经验性的社会学无法完成“塑造社会”的任务，使得该层面的相当因果关系说在限缩刑法因果关系上存在难以克服的缺陷。

关于相当因果关系说的缺陷，我国学者周光权教授归纳了四点，即规范判断程度不高、缺乏判断构成要件行为（实行行为）的具体规则、忽略犯罪成立条件判断上的“位阶性”和对部分案件的处理没有考虑刑事政策的要求。[79]应当说，在与客观归属论比较的意义上，这一归纳问题不大。但是，由于日本刑法理论发展出了完整的“实行行为”概念，[80]且因果关系虽然离不开因和果，但只是二者之间的“东西”，因此，让相当因果关系说提供判断实行行为的具体规则似乎值得商榷。

直观地看，相当因果关系说的标准不明确是公认的显性缺陷。例如，采“经验性相当性说”的日本刑法学者西田典之教授认为：“因果过程、介入情况是否罕见，这只是相对而言。即便介入情况本身非常罕见，但如果为行为所‘支配’、‘诱发’，介入情况的异常性也得以缓和而转化为通常性。”[81]这种理论上思辨的合理性，在现实中将遭遇操作上精细化的质疑，也难以有效限制执法者实质性的恣意。这一缺陷背后的深层次原因是，相当因果关系说架构于数学的概率原理之上，而不是规范之上，但单纯的概率高低和经验描述无法提供一个明确的相当性判断标准，这在具有一定的社会相当的因果经过上体现得格外明显。正是基于相当性判断的不精确这一缺陷，在民法上曾广受运用的相当因果关说被放弃。[82]这预示着，在结果归属的认定上社会学层面的相当因果关系说出现了方法与目的的不协调，即所用经验性的方法达不到合理限缩因果关系的目的。由此引发的批评，不言而喻。例如，针对将相当性区分为广义的相当性和狭义的相当性并产生了一定影响的 Engisch，[83]批评的意见认为：“Engisch 本质上已经承认相当理论还不足够作为唯一纠正等价理论的工具。因为有一系列的情况是行为与结果之间的因果关系完全客观上可以预见，因为因果关系并不是在高度盖然性之外。但是在这些案例中，让行为人在刑法上对结果负责，刑事政策上却是荒谬的。”[84]事实上，相当因果关系说的上述缺陷与我国传统“必然-偶然”因果关系理论的缺陷大体相似。对此，张明楷先生批评道：“如何判断‘偶然因果关系’，还值得研究。此外，偶然因果关系说基本上也是事实判断，同样缺乏规范判断。”[85]

由此，在结果归属的认定中纳入刑事政策的规范内涵将是难以避免的发展方向。如今，在这一方向上，自我修正的相当因果关系说和客观归属论是两条不同的主要路径。其中，就前者而言，其基本立场是在相当因果关系说这一平台上纳入规范的内涵，并在相当性判断的名义下整合资源以梳理或重构刑法教义学结构。例如，将客观归属论业已消化吸收的规范层面的“结果回避可能性”[86]作为相当性的判断规则之一。再如，日本的山口厚教授在相当因

[78] [德]魏德士著：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2005 年版，第 134 页。
[79] 参见周光权：《客观归责理论的方法论意义》，载《中外法学》2012 年第 2 期。
[80] 参见[日]西原春夫著：《犯罪实行行为论》，戴波、江溯译，北京大学出版社 2006 年版，第 13 页以下。
[81] [日]西田典之著：《日本刑法总论》，刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社 2007 年版，第 80 页。
[82] 参见苏俊雄著：《刑法总论 II》（修正版），作者 1998 年版，第 105 页。
[83] 参见[日]大塚仁著：《刑法概说（总论）》（第三版），中国人民大学出版社 2002 年版，第 195 页。
[84] [德]Schünemann：《关于客观归责》，载许玉秀、陈志辉编：《不移不惑献身法与正义——许乃曼教授刑事法论文选辑》，台北新学林出版股份有限公司 2006 年版，第 549-550 页。
[85] 张明楷著：《刑法学（上）》（第五版），法律出版社 2016 年版，第 175 页。
[86] 结果回避可能性曾是传统过失论判断过失犯的要件之一，后来被客观归属论吸纳为实现不法风险的下位归责之一。参见林钰雄著：《新刑法总则》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 384 页。尽管相当因果关系说早已探讨结果回避可能性，但它主要是在经验性的社会学层面进行的。

果关系说的层面提出了“危险的现实化”的判断标准（以下简称“危险的现实化”说），即在取消事实的关联和规范的限定两个阶段的基础上，将“行为的危险性是否向结果现实地转化了”作为基准来展开因果关系的判断。[87]事实上，日本刑法学者对此并不讳言：“在我国，一般认为刑法上的因果关系不仅包括事实的因果判断，而且包括结果归属的判断。而且，最近的相当因果关系说，实质上吸收了客观归属论的内容。”[88]井田良、吉田敏雄等表达了类似的观点。[89]这一现象在我国台湾地区同样存在。换言之，尽管相当因果关系说依旧是我国台湾地区审判实践的基本立场，但近年来实务有逐渐接受客观归属论的趋向，在实际的判断标准中运用“规范保护目的”、“合法替代手段”或“结果回避可能性”等客观归属论的审查方式，这扩大且改变了相当因果关系说的内涵。[90]在大陆，刘艳红教授似乎也是在上述意义上提倡相当因果关系说的，即相当因果关系说的判断“显然不是纯自然科学概率层面的逻辑推理，也不是价值中立的形式考量，而是以行为人实际所造成的客观事实为基础，并借助行为人的预见可能性与结果回避可能性等刑法规范层面的思考以及刑事政策、法律目的等进行相当性的常识判断，最终确定是否以及如何将结果归之于行为人，此一阶段，实际是归责问题。”[91]在因果关系的范围上，规范内涵的纳入无疑会收缩相当因果关系说原先划定的范围。

就后者而言，客观归属论一般被定义为：“只有行为人的行为对行为对象创设了一个被允许的风险之外的危险时，行为人所造成的结果才能够归责于客观的构成要件。”[92]在德国，关于客观归属论的文献资料十分丰富，但影响力真正波及域外的是克劳斯·罗克辛的（现代）客观归属论。该理论包括制造法所不允许的风险、实现不法风险和构成要件的效力范围三部分，[93]它是实质的规范判断理论。究其原因，对于作为新古典暨目的论犯罪论体系思想基础的新康德主义在文化价值观和概念上存在含糊不清的问题，因而必须以刑法体系化所特有的刑事不法标准予以取代，这个标准就是作为现代刑事政策基础的现代刑罚目的理论。[94]同时，在刑事政策与刑法体系关系上，他尝试“要把个别的犯罪类型——构成要件符合性、违法性、罪责——从一开始就用它们的刑事政策之机能的视角加以观察、加以展开、加以体系化。”[95]在“将刑事政策目标设定（主要是预防性考虑）引入教义学的努力”指导下，对侵害法益的结果在客观上进行是否应当归属于行为人的判断时，一般预防的理念贯穿其中，并且这种归属必须视行为人是否违反规范的要求而定。如今，“在法律的语境下，即使是因果关系这样的概念也是规范性的，而且立法者或者法律适用者能够让因果关系在一定限度内适应刑事政策的需求。”[96]另外，客观归属论的作用也是在限缩刑法因果关系的成立范围。虽然在该理论

[87] 参见[日]山口厚著：《刑法总论》（第2版），付立庆译，中国人民大学出版社，第58-60页。
[88] [日]佐伯仁志：『因果関係（2）』，载《法学教室》第287号（2004年）。
[89] 参见[日]井田良著：『犯罪論の現在と目的的行為論』，成文堂1995年版，第79頁以下；[日]吉田敏雄：『因果関係と客観的帰属』（下），载『北海学園大学学園論集』2010年第146号。
[90] 参见王皇玉著：《刑法总则》，台北新学林出版股份有限公司2014年版，第185页。
[91] 参见刘艳红：《客观归责理论：质疑与反思》，载《中外法学》2011年第6期。
[92] [德]托马斯·魏根特：《客观归责——不只是口号？》，载梁根林、[德]埃里克·希尔根多夫主编：《刑法体系与客观归责》，北京大学出版社2015年版，第95-96页。
[93] 参见[德]克劳斯·罗克辛著：《德国刑法学 总论》（第1卷），王世洲译，法律出版社2005年版，第247页以下。
[94] 参见周维明：《雅各布斯的客观归责理论研究》，载《环球法律评论》2015年第1期。
[95] [德]克劳斯·罗克辛著：《刑事政策与刑法体系》，蔡桂生译，中国人民大学出版社2010年版，第20页。
[96] [德]托马斯·魏根特：《客观归责——不只是口号？》，载梁根林、[德]埃里克·希尔根多夫主编：《刑法体系与客观归责》，北京大学出版社2015年版，第103页。

的发展过程中，有学者辩称客观归属的概念不是用来解决因果关系的问题，但这样的辩解不算诚实，客观归属论的缘起就是对因果关系进行规范性和评价性的限制，[97]只是该理论后来被纳粹政权不当地利用，二战后西欧传统的自由主义对刑法理论进行了除纳粹化的必要清理和人权保障理念的适度还正，该理论焕发了生机。[98]当下，客观归属论的审查必须在“结果”出现，且具备“条件关系”之后才能开启。这就是说，客观归属论是从规范性的刑事政策学的角度来限缩刑法因果关系的。由于相当因果关系说是对刑法因果关系的一次限缩，因此，客观归属论可谓因果关系的二次限缩理论。据此，因果关系理论在条件说之后发展的基本轨迹，一言以蔽之，是对条件说划定的因果关系范围进行实质的限缩，是刑法上有意义的因果关系理论。其中，相当因果关系说是对条件说所确立的因果关系的一次限缩，客观归属论是二次限缩。

三、择一与折衷：我国刑法因果关系的走向

（一）两条路径的分歧实质

承上分析，在置入规范内涵后修正的相当因果关系说与客观归属论是“归责”层面限缩因果关系的两大理论。总的来看，德日刑法理论作出了各自不同的选择。在德国，客观归属论是理论上的主流观点。在日本，修正的相当因果关系说是理论和实务上的通说。那么，在这择一的选取中两条路径的分歧实质到底是什么，是我国刑法因果关系理论变动中不得不探究的问题。笔者认为，在刑事政策学层面都不缺乏规范内涵的条件下，二者的分歧实质是，何者更能提供清晰的结果归属判断所需的刑法教义学标准。

就修正的相当因果关系说而言，纳入规范的内涵后该理论似乎称不上已经有效地提供了清晰的结果归属判断所需的教义学标准。一方面，该说未能摆脱它从“娘胎里”带出来的根本缺陷。如前所述，刑法吸纳的相当因果关系说是民法上用来解决无过错责任这一问题的，但刑事责任的承担离不开主观上的故意或过失（相当于民法上的过错责任），这一错位使得刑法上能够用相当性标准解决的因果关系问题，事实上都可以通过故意或过失的概念的过滤而得出相同的结论，而相当性标准不明确的缺陷推动了这一思路的发展。如生下杀人犯的母亲不承担刑事责任，是因为欠缺杀人的主观构成要件故意。在日本，对于注意规范的保护目的问题，如前所述这正是后来民法上用来代替相当因果关系说发挥作用的领域，西田典之教授认为只要否定存在相当性，或者否定存在过失即可。[99]在我国，并非没有学者注意到这一问题。如，有学者认为相当性标准的不明确使得异常因果关系的排除，必须借助主观构成要件的审查，尤其是“预见可能性”这一概念，才能排除归责。[100]在德国，针对这一问题，刑法理论上的解决之道是将“社会相当性”概念导入故意和过失的概念领域中，以构成要件之界定问题去处理，而不再当作事后加以推测的因果关系问题。[101]同时，随着1953年德国第三次刑法修正案对结果加重犯的修改，相当因果关系说“在德国（至少在刑法上）是不被认

[97] 参见[德]k. H. 舒曼：《论刑法中所谓的“客观归属”》，载《清华法律评论》编委会编：《清华法律评论》（第六卷 第一辑），清华大学出版社2012年版，第223-224页。
[98] 参见梁云宝：《客观归属论之要义：因果关系的限缩》，载《法学》2014年第1期。
[99] 参见[日]西田典之著：《日本刑法总论》，刘明祥译，中国人民大学出版社2007年版，第85页。
[100] 参见王皇玉著：《刑法总则》，台北新学林出版股份有限公司2014年版，第182页。
[101] 参见苏俊雄著：《刑法总论 II》（修正版），作者1998年版，第104页。

可的”。[102]

另一方面，该说依旧没有解决相当性标准不明确的问题。前已述及，传统的相当因果关系说用概率高低和经验描述来评价因果关系，存在标准不明确的缺陷。在纳入规范的内涵后，该内涵与原有的经验性内涵要么是补充关系，要么是替代关系。(1) 如果是前者，那么它不会动摇该说来自社会学的经验性根基。问题是，传统的相当因果关系说所具有的判断标准不明确的缺陷，正是来自这一经验性的根基。由于经验通常性未能明示概率的高低、异常性的程度、贡献度的大小等，它不过是判断时应该留意的要因而非标准，相当性判断的标准是什么并不明确。[103]同时，规范内涵的介入，不但未能解决老问题，反而引发了新问题。例如，在为营救人质而下令放任对暴力恐怖犯罪嫌疑人的刑讯逼供是否构成犯罪的场合，无罪论是有力的见解，其理由是成立正当防卫，即肯定因果上的相当性。不同地，恐怖分子绑架了人质 A，要挟政府交纳赎金并释放被关押的同伙，否则便杀死 A，但政府总理 B 指示有关部门拒绝该不法要求导致 A 被害。[104]B 不成立犯罪是理论上的通说，即否定了 B 的行为与 A 的死亡结果之间的相当性。但无论是肯定还是否定的判断结论，都更多的是建立在价值选择而非法官对精确的概率数字的具体统计之上。对此，德国的 Jakobs 教授认为相当因果关系说根本容不下规范的内涵，即该理论利用统计学的标准和一般性的感知来评价因果关系，无法解释这一标准在规范上的相关性。[105]德国联邦最高法院支持了这一批评的立场。[106]实质上，这虚化或取消了经验性内容在因果关系判断中的主导作用，规范内容对经验内容名为补充而实为替代。这就是说，坚守与放弃经验性内容的主导作用，修正的相当因果关系说要么回归传统相当因果关系说的老路，要么就是在该说的名义下行客观归属论之实。在此意义上，认为相当因果关系说在提供结果归属判断所需的刑法教义学标准上具有比较优势，无疑是荒谬的。

(2) 如果是后者，那么这无异于实质性地采纳了客观归属论。前已提及山口厚教授的“危险的现实化”说，即在因果关系上要依次讨论作为起点的构成要件行为（实行行为）、作为事实关系的因果关系（条件说）和作为危险之现实化的因果关系（相当因果关系说）三个方面内容。从形式上看，他以危险的现实化来补充相当性的教义学结构，属于修正的相当因果关系说的范畴。但是，西田典之教授在对德国的客观归属论进行说明时指出：“其理论（客观归属论）核心在于‘创出不被允许的危险’、‘该危险实现于结果’，这分别对应于我国的实行行为性的判断、相当因果关系论。”[107]比较后可见，山口厚教授在因果关系上的见解实质上无异于客观归属论。对此，山口厚教授也承认：“这样的一种立场，可以说与基于规范的考虑来判断能否把结果归属于行为的客观归属论已经没有什么差别了。”[108]既然如此，再认为相当因果关系说在提供结果归属判断所需的刑法教义学标准上具有比较优势，其荒谬性不言而喻。

就客观归属论而言，似乎也很难说它已经清晰地提供了结果归属判断所需的教义学标准。

[102] 参见[德]布莱恩·瓦利留斯：《因果关系与客观归责》，载梁根林、[德]埃里克·希尔根多夫主编：《刑法体系与客观归责》，北京大学出版社 2015 年版，第 128 页。
[103] 参见[日]山中敬一著：『刑法における客観的帰属の理論』，成文堂 1997 年版，第 85 頁。
[104] 转引自周光权：《行为无价值论与客观归责理论》，载《清华法学》2015 年第 1 期。
[105] 转引自周维明：《雅各布斯的客观归责理论研究》，载《环球法律评论》2015 年第 1 期。
[106] 参见[德]约翰内斯·韦塞尔斯著：《德国刑法总论》，李昌珂译，法律出版社 2008 年版，第 102 页。
[107] [日]西田典之著：《日本刑法总论》，刘明祥译，中国人民大学出版社 2007 年版，第 85 页。
[108] [日]山口厚著：《刑法总论》（第 2 版），付立庆译，中国人民大学出版社，第 59 页。

这至少包括：(1) 客观归属论内部较为凌乱。客观归属论看似轮廓清晰，实则内部相当凌乱。罗克辛在设计客观归属论时虽然谨慎使用规范的保护目的、被害人自伤、征得被害人同意、第三人责任等概念，并与违法性阶层中的正当事由区别开来，但仍备受诟病，而被允许的风险在演绎中所导致的各原则之间的交叉重叠，[109]加剧了该理论内部的凌乱。对此，埃里克·希尔根多夫教授将客观归属论视为“一类为了堆放未被解决的构成要件与正当化事由问题的杂物间”，而 Seher 更是认为目前“鲜有著作能够对这个概念的具体化作出实质性的贡献”。[110]同样，魏根特教授认为：“‘客观归责’在释义学上无确定的规则可循。”[111]

(2) 客观归属论应否无差别地适用于故意犯与过失犯。Reyes 认为，客观归属论应无差别地适用于故意犯与过失犯。[112]罗克辛则认为客观归属论“主要存在于过失犯罪中”，有时也对部分故意犯罪适用。[113]Schünemann 基于故意犯的归责标准不同于过失犯，主张客观归属论不应无差别地适用于故意犯与过失犯。[114]当前，主张故意犯与过失犯在客观归属论的适用上应有所不同的论调渐趋有力，但究竟应如何不同，依旧莫衷一是。

(3) 客观归属论会造成阶层化犯罪论体系各阶层之间的粘连。“刑法科学的传统认识告诉我们，通过客观归属这一范畴，构成要件符合性和违法性二者之间出现了不允许的交织混合现象。这正体现在客观归属的经典内容中：风险降低。”[115]实际上，这是该理论与“正当化原理”在体系上存在一定冲突的结果。

据此，在规范性的刑事政策学层面，立足于提供清晰的结果归属判断的教义学标准，很难说修正的相当因果关系说与客观归属论何者有比较优势。不过，在归属理论成为刑法上因果关系理论的必要内容后，修正的相当因果关系说的自我完善离不开客观归属论发展出来的下位规则与内容，但该说对理论根基的不同选择，要么走上传统的相当因果关系说的老路，要么实质性地倒向客观归属论。相反地，客观归属论无需通过修正的相当因果关系说的下位规则来完善自身。另外，相当性这一要素与客观归属论之间并不矛盾，立足于经验性内容的相当性判断早已成为客观归属论的下位规则之一，在反常的因果历程的排除上发挥着决定性的作用。[116]正因为如此，德国的判决迄今没有明确表明对客观归属论是予以支持还是予以否定，联邦最高法院对这一点也是含糊其辞。[117]在日本，判例在“注意规范的保护目的”、“被害人对危险的承担”、“基于中立行为的共犯”等问题上，有明显的客观归属论倾向。[118]在此意义上，对客观归属论持如下态度，才是妥当的：在争议中发展，在发展中解决争议！

[109] 参见许玉秀著：《主观与客观之间》，法律出版社 2008 年版，第 206-207 页。
[110] 转引自[德]托马斯·魏根特：《客观归责——不只是口号？》，载梁根林、[德]埃里克·希尔根多夫主编：《刑法体系与客观归责》，北京大学出版社 2015 年版，第 95 页。
[111] [德]托马斯·魏根特：《客观归责——不只是口号？》，载梁根林、[德]埃里克·希尔根多夫主编：《刑法体系与客观归责》，北京大学出版社 2015 年版，第 104 页。
[112] 参见许玉秀著：《主观与客观之间》，法律出版社 2008 年版，第 209 页。
[113] [德]克劳斯·罗克辛著：《德国刑法学 总论》（第 1 卷），王世洲译，法律出版社 2005 年版，第 246 页。
[114] 参见[德]Schünemann：《关于客观归责》，载许玉秀、陈志辉编：《不移不惑献身法与正义——许乃曼教授刑事法论文选辑》，台北新学林出版股份有限公司 2006 年版，第 557-558 页。
[115] [德]k. H. 舒曼：《论刑法中所谓的“客观归属”》，载《清华法律评论》编委会编：《清华法律评论》（第六卷 第一辑），清华大学出版社 2012 年版，第 230 页。
[116] 参见[德]布莱恩·瓦利留斯：《因果关系与客观归责》，载梁根林、[德]埃里克·希尔根多夫主编：《刑法体系与客观归责》，北京大学出版社 2015 年版，第 128 页。
[117] 参见[德]布莱恩·瓦利留斯：《因果关系与客观归责》，载梁根林、[德]埃里克·希尔根多夫主编：《刑法体系与客观归责》，北京大学出版社 2015 年版，第 129 页。
[118] 参见[日]安达光治：《日本刑法中客观归属论的意义》，载《国家检察官学院学报》2017 年第 1 期。

（二）归属层面教义学结构的弥补之路

前已述及，我国传统的因果关系理论欠缺必要的刑法教义学结构，为克服这一缺陷理论上有补充说和替代说两种方案。就补充说而言，补充的内容不限于经验性的内容，也包括规范性的内容。事实上，与我国传统因果关系理论在因果关系是客观的认识下对规范的内涵持谨慎乃至否定的态度不同，我国法官的实践智慧早已促成了特定领域内相对统一的裁判规则，即纳入规范的内涵进行结果归属判断。例如，在张兴等绑架案中，[119]被告人在转移人质过程中遭遇车祸，导致人质受撞击后颅脑损伤而死亡。法院在判决中认为车祸作为介入的异常因素与绑架行为之间没有因果关系，不属于绑架行为“致使被绑架人死亡”。显然，这在事实因果后纳入了规范性的结果归属判断。但是，总体上看，补充说的突出问题在于补充的内容带有浓厚的“头痛医头，脚痛医脚”的色彩，缺乏事实因果与结果归属的清晰层次，更缺乏明确而系统的下位规则。迄今为止，仅在存在介入因素的场合补充的内容就涉及条件说、原因说、相当因果关系说等。显然，这样的补充难以系统而有效地解决传统因果关系理论所欠缺的刑法教义学结构问题。

就替代说而言，从条件说到相当因果关系说再到客观归属论，在我国都有相应的支持者。鉴于条件说等域外因果关系理论在刑法教义学结构上具有一定的比较优势，特别是面对部分疑难案件时能够起到定纷止争的功效，因而，替代说对我国司法实务的渗透性影响并非不存在。例如，在存在介入因素的场合，“最高法院虽并未步履维艰地蹒跚于传统理论‘偶然’、‘必然’等概念泥淖中，而是另辟蹊径，于德日理论中寻求坦途。但德日有关因果关系的理论层出不穷，最高院在相关理论歧路前，一度踌躇，流连于原因说和相当因果关系说之间。其中赞成原因说的案例审编单位是最高院刑四庭，赞成相当因果关系说的是刑一庭和刑二庭。”[120]就客观归属论而言，尽管否认我国的审判实践采用了该理论的观点具有优势地位，但有学者在批评实务中对客观归属论采取的都是“隐性化处理”[121]存在片面性的基础上，进一步主张我国司法上在某些时候虽然没有使用“客观归责”的术语，但实际上采用了“显性客观归责路径”。[122]鉴于替代说中主张仅在“归因”层面采用条件说即可，而由主观罪过来限定刑事责任，实际上是否定结果归属判断的独立性价值，这无疑是要走早期因果关系理论发展的回头路，不仅存在方法论上的缺陷，而且存在方向性错误。目前，替代说中的争论主要来自修正的相当因果关系说和客观归属论。由于它们与域外的并无本质性区别。因此，上述关于修正的相当因果关系说和客观归属论的分析，同样适用于它们。

不得不提的是，四要件犯罪论体系是否是采取客观归属论的实质性障碍？肯定说认为，客观归属论在四要件犯罪论体系中无容身之地，只有阶层化犯罪论体系才能为其提供生存空间。[123]否定说认为，客观归属论是刑法“规范判断方法”的运用，只涉及客观构成要件判断的“技术问题”，且考虑到结果归属应该成为评价结果犯的客观构成要件的必要要素，客观

119 参见陈进龙：《张兴等绑架案》，载中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一至五庭编：《刑事审判参考》2012 年第 4 集（总第 87 卷），法律出版社 2013 年版，第 39 页。
120 杨海强：《刑法因果关系的认定》，载《中国刑事法杂志》2014 年第 3 期。
121 参见熊琦：《从“戏言逼死人命”案看客观归责的“规范之维”》，载陈兴良主编：《刑事法判解》（第 11 卷），人民法院出版社 2012 年版，第 3 页以下。
122 参见周光权：《客观归责论的中国实践》，载梁根林、[德]埃里克·希尔根多夫主编：《刑法体系与客观归责》，北京大学出版社 2015 年版，第 74 页以下。
123 参见陈兴良：《客观归责的体系性地位》，载《法学研究》2009 年第 6 期。

归属论就是判断特定结果犯的既遂要件、归属基准的方法，与采取何种犯罪论体系关系不大。[124]的确，四要件犯罪论体系不同于阶层化犯罪论体系，但认为因果关系论旨在为追究刑事责任提供客观根据，横跨阶层化犯罪论体系的客观归属论不符合四要件犯罪论体系的构造和功能，[125]则明显混淆了事实因果与结果归属的界限；并且，否定四要件犯罪论体系能够容纳结果归属判断后，又提倡修正的相当因果关系说这一结果归属理论，无疑自相矛盾。客观归属论仅涉及对客观构成要件的规范化判断，我国审判实践对结果归属或明或暗的进行，表明四要件犯罪论体系并不是采取客观归属论的实质性障碍。至于客观归属论与“正当化原理”在体系上存在一定冲突的问题，也不会成为四要件犯罪论体系排斥客观归属论的理由，因为这一缺陷并非四要件犯罪论体系所独有。

至此，不难发现在补充说与替代说之间，除非对补充说的刑法教义学结构进行系统性重构，即在事实因果和结果归属两个层面重新厘定“必然-偶然”关系的下位规则，否则该说难以取得比较优势。与补充说不同，替代说各见解之间的争议相对集中。另外，由于客观归属论对因果关系的限缩，无需通过修正的相当因果关系说的下位规则来实现，而经验的相当性判断也已纳入其中成为该说的下位规则之一。同时，如果放弃经验性内容的主导地位，修正的相当因果关系说将重返传统相当因果关系说的老路，这样规范性薄弱的缺陷将造成结果归属判断的难题；如果动摇经验性内容的主导地位，该说将实质性地异化为客观归属论，剩下的仅仅是要不要维持相当因果关系说这一名称。因而，在结果归属的判断上客观归属论更为可取。

在反对客观归属论的诸多理由中，认为该理论承担着与“实行行为”概念相同的限制构成要件客观面的机能，因此没必要放弃实行行为概念和相当因果关系说，并由客观归属论取而代之，是具有影响力的观点。[126]对此，我国的周光权教授提出了五点批评理由。[127]的确，客观归属论与实行行为不是互相排斥的，否则架构在实行行为理论之上的二元的犯罪参与体系、故意犯罪的停止形态等将出现混乱，但这在理论上采取客观归属论的德国并非事实。其实，“说实行行为是符合构成要件，具有法益侵害的紧迫危险的行为，实行行为必须是类型性的法益侵害行为，这样的思考方法，本身就是对客观归责论方法论的借用。”[128]

应该看到，迄今无论是因果关系理论中的何种学说，都不是尽善尽美的。在因果关系理论的发展过程中，客观归属论只是其中的一个重要环节，并且，“就学说之理论发展而言，‘客观归责说’绝非最后底定之‘因果关系学说’。”[129]换言之，刑事政策学层面的客观归属论在结果归属的判断上具有巨大的方法论价值，该理论现存的缺陷远未达到让结果归属的判断改弦易辙的程度。况且，客观归属论持续不断地进行着自我完善。这对我国的因果关系理论发展具有不可替代的价值。实际上，由于客观归属论能够有效地限缩因果关系进而限缩犯

124 参见周光权：《客观归责论的中国实践》，载梁根林、[德]埃里克·希尔根多夫主编：《刑法体系与客观归责》，北京大学出版社 2015 年版，第 93 页。
125 参见李冠煜：《我国刑法因果关系论宜采取修正的相当因果关系说》，载《政治与法律》2017 年第 2 期。
126 参见[日]井田良著：『刑法総論の理論構造』，成文堂 2005 年版，第 63 頁。
127 参见周光权：《客观归责论的中国实践》，载梁根林、[德]埃里克·希尔根多夫主编：《刑法体系与客观归责》，北京大学出版社 2015 年版，第 92 页。
128 周光权：《客观归责论的中国实践》，载梁根林、[德]埃里克·希尔根多夫主编：《刑法体系与客观归责》，北京大学出版社 2015 年版，第 92 页。
129 黄常仁著：《刑法总论：逻辑分析与体系论证》，台北新学林出版股份有限公司 2009 年版，第 31 页。

罪圈，“新刑法有一个突出的特点，这就是严密刑事法网，强化刑法的社会保护功能”，[130]这导致了我国刑法具有犯罪圈过于宽泛的弊端，而近年来随着“刑事一体化”观念的扩张，宽严相济的刑事政策由单纯的刑事司法政策提升到兼为刑事立法政策的层面，如何适当限缩犯罪圈、如何协调刑法与刑事政策关系始终困扰着我国刑法学界，而能够契合宽严相济刑事政策的客观归属论具有潜在的价值。

综上，一旦因果关系的判断突破事实因果的界限，结果的归属判断就不可避免。在此基础上形成的由自然科学层面向社会学层面再向刑事政策学层面的进阶，其要义在于限缩刑法上因果关系的范围，但结果归属判断的理论并不是严格意义上因果关系理论，在以不具有因果关系论的结论上它仅仅是“刑法上有意义”的因果关系理论。这预示着在自然科学的层面一部刑法因果关系理论的发展史几乎未增添任何新的内容，也预示着我国刑法因果关系理论的发展是一条纳入规范性评价的替代之路。

130 储槐植：《新刑法的社会保护功能》，载《法制日报》1997 年 5 月 24 日第 7 版。

中国における刑事因果関係論の発展の概観：積極的な制限

著者　梁雲宝（東南大学法学院副教授）
訳者　劉建利（東南大学法学院副教授）

概要：今日まで、因果関係論においては、自然科学の方面から刑事政策の方面へと進むルートが明らかにされている。自然科学法則は、自然的因果経過を明確化することにとって不可欠の役割を果たしている。条件説は、事実的因果関係の判断基準であり、合法則的条件説によってこれを代替することには成功していない。因果関係判断が事実的因果のレベルを突破すると、結果帰属判断は避けられないことになり、しかも事実的因果判断から帰属判断へと移行する。相当因果関係説と客観的帰属論は、それぞれ社会学と刑事政策学の両面において、刑法上の因果関係の範囲を積極的に制限する。それは結果帰属レベルの理論であり、刑法上意義を有する因果関係論である。結果帰属の側面から因果関係を制限するにしても、客観的帰属論は、単なる過渡的特徴を有する理論であり、決して、刑法上の因果関係が行きつく最終的な理論ではない。以上のような危機に対応するために、中国刑法における因果関係論の変動は、刑法解釈論における伝統的な因果関係論の欠陥を埋めるという途に帰着する。それはまた、規範的評価を取り入れる途でもある。事実的因果関係から結果帰属へと進展することの趣旨として、ドイツと日本のモデルに比べれば、よりいっそう説得的であるのが、伝統的な因果関係論であり、ただ、その趣旨はすべて刑法上の因果関係の範囲を制限しようとするものである。

キーワード：法則、条件説、相当性、客観的帰属

一般に、結果犯を処罰するためには、因果関係が書かれざる構成要件要素であると考えられている。このような因果関係を基礎づけるために、今日まで因果関係は、刑法学説と実務から注目を集めている。しかも、因果関係をめぐって展開された研究は、数多くの成果を取り上げた。だが、伝統的な因果関係論により強調される「必然—偶然」と「直接—間接」の因果関係に、刑法解釈論の構造が欠けていることは明らかである。それゆえに、ドイツと日本の刑法学をリードしている因果関係論からの攻撃によって当該理論に釈論上の妥当性と司法実務の解釈指導力がともに欠けている、という難点が表面化した。そこで、まず考えられるのは「必然—偶然」または「直接—間接」の因果関係を検討し、条件説などの、海外の因果関係の内容を実質的に補充することを通じて、伝統因果関係論の解釈を整備することである。そのほか、海外の因果関係論を直接導入することも考えられうる。これら２つの方法は、因果関係論を発展させるための異なる方策となる。条件説などの海外の因果関係論には、明らかに優位性が認められる。

特筆すべきは、刑法上の因果関係が事実判断のレベルを突破するか否かということが、現代の中国刑法解釈学の発展において因果関係論が取り組まなければならない課題である、という点である。実際に、伝統的な因果関係論は、このような、避けることのできない課題を扱っている。だが、肯定説に対しては、終始慎重な見方が示されている。なぜなら、刑法上の因果関係が事実判断のレベルをいったん突破したら、客観的因果関係と結果帰属の考察にはっきりと分離し、これにより中国の伝統的な因果関係論に、根本的な変革をもたらしかねないからである。では、中国刑法の因果関係論を一体いかにして位置づけ

るか、特に結果帰属の考察を除外することが難しい場合に、それが変動する意味は何であろうか。それにより、中国の刑法解釈学と司法実務に対して、どのような刑事因果関係論が求められるのか。以上が、本稿の検討の中心である。

一、欠陥と危機：伝統的因果関係論の曖昧さ

中国の伝統的な刑事因果関係論において、因果関係は常に、「惹起したことと惹起されたこと」と定義され、その内容はすべて、基本的には「必然—偶然」の因果関係と「直接—間接」の因果関係によって構成されている。その中で「必然—偶然」の因果関係は、絶対的な優位性を保っている。一方で、「直接—間接」の因果関係は、汚職犯罪において大きな役割を果たしており、最近、司法解釈の場面で、直接的因果関係の概念が使用され、理論と実務の各方面で再度注目を浴びた。だが、「必然—偶然」の因果関係論にしても、「直接—間接」の因果関係論にしても、いずれもはっきりとした解釈論的構造を有しておらず、事実的因果と結果帰属の問題を有効に区別することができない。したがって、いずれの理論も実務上の事件を解決するにあたって、厳密な判断基準を提供することができていない。これにより、伝統的な刑事因果関係論の危機が叫ばれるようになった。

「必然—偶然」の因果関係について、因果関係は客観的であるとの認識が支配的である中で、「必然—偶然」の因果関係は、必然性と偶然性という哲学的思弁にとどまっており、長い間、広く批判に晒されている[1]。一般的には、世の中のすべては繋がっているというのが唯物論の基本的認識である。そのため、因果関係の概念は、哲学および自然科学の意味における客観的因果関係論のための礎を築き上げた。客観的に「惹起したことと惹起されたこと」という認識に基づき、「必然—偶然」の因果関係は、中国で体系的研究の対象とされてきた。しかし、その目的は、構成要件的結果を「惹起した」各部分の原因を、独立の原因とみなすことではなく、必然性と偶然性の全体的な意味において原因を強調したことである。同時に、この研究は、哲学上の思弁的性質を強く備えている。哲学上の認識は、法学の各分野に重要な指導的意味を与えた。確実にいえることとして、刑法は独立した法分野として存在しており、その特性は、「刑法では主として規範の目的実現であり、換言すれば、主に目的性の問題を研究し、すなわち、各解決方法の異なる目的の中にある何か、を主に追い求めるものである」[2]。こうした特性により、因果関係論の研究は、刑法の特性から逸脱しない、もしくはこれを断念しないことが要求される。さもなければ、その研究により得られる結論は、刑法解釈学において妥当性が欠けることになる。不運にも、かつての「必然—偶然」の因果関係論は、哲学的思弁の解釈とそれを完備することに尽力し、まさにこれにより中国刑法の因果関係論は、法分野としてあるべき独立性と活力を失うことになり、刑法解釈学の構造にも重大な欠陥がもたらされた。これと異なり、ドイツと日本の条件説は、刑法解釈として鮮明な属性を備えており、条件説を批判して発展してきた相当因果関係説などの理論はさらにそうである。「等価説」にとって、原因は、ある結果のすべての条件の中にあることではなく、各々の具体的条件の中にある。たとえこの条件が、他の複数の要素とともにこの結果を生じさせたとしても、結論は変わらない」[3]。これは、条件説が、哲学上の意味を超えた、法理論上の独立した価値を備えたことを意味する。したがって、刑法上の因果関係と哲学上の因果関係とは、結局それぞれの道を

[1]劉志偉・周国良（2007），『刑法上の因果関係をめぐる特定のテーマの整理』，p80，中国人民大学出版社．を参照。
[2]［ドイツ］Ruthers（2005）『法理学』，丁暁春・呉越訳、p129，法律出版社.
[3]［ドイツ］Claus Roxin（2005），『ドイツ刑法総論』（第１巻），王世洲訳，p223，法律出版社.

歩むことになった。この差異は、帰属論の紹介以降、よりいっそう明らかとなる。つまり、結果帰属の観点からみれば、構成要件的結果がその人の「しわざ（Werk）」とみなされるべきか否かという帰属判断につき、その実質的な効果は、後述のように、刑法上の因果関係を制限することにある。端的にいえば、帰属の意味において、哲学上の因果関係は、刑法上の因果関係と同列に論じることはできないのである。

形式的には、本来、「規律」または「必然性」を中心として必然性と偶然性を区別することによって、必然的因果関係と偶然的因果関係をはっきりと区別することができるようにみえる。しかも、いかなる構成要件的結果の発生も、必然と偶然が組み合わさった産物とみなすことができ、したがって、「必然—偶然」の因果関係論には、強大な解釈指導力があるようにみえる。だが、実際にはその正反対である。例えば、学説上相当に影響力のある「高確率」による偶然的因果関係説は、偶然的因果関係を刑法の領域に取り入れるべきであると主張するところ、この偶然的因果関係は、高確率の偶然的因果関係を指す[4]。本来、確率の高さを刑法上の偶然的因果関係の基準とすることは不適切ではない。だが、偶然的因果関係の高確率という判断基準は、「介在要素と先行行為との関係（従属または独立）」と「介在要素それ自体の性質（異常または非異常）」とを結び付けるものであり、しかも従属と独立、異常と非異常という、それぞれの具体的な判断基準が明らかにされていない。そのため、こうした因果関係判断から何らかの結論を導き出したとしても、主観的で恣意なものであるとの疑いは避けられない。これは、因果関係論において、刑法解釈論上の実質を備えた基準を示していないといわざるをえない。実務では、特定の事案について因果関係判断を行う場合、「必然—偶然」の因果関係論は、「強大な解釈指導力」があるゆえに、さらに厳しい状況に置かれている。例えば、「パチンコによる傷害事件」では、被告人である武氏の家の前には麦畑があり、畑の隣には物干しが置かれていた。この物干しは、近隣のものであり、「城中村」の開発〔中国で急速に都市域が拡大する中で、既存の農村が都市に取り込まれ、周辺が高層ビルに囲まれた「都市の中の（スラム街的な）村落」となる現象のこと——訳者〕以来、廃棄されたままである。武氏は、毎日この物干しのうちの１つの柱を利用してパチンコの練習をしていた。物干しの隣には便所があり、「城中村」の開発以来、水道が引かれて家の中にトイレが設置されたことにより、この便所も廃屋となった状態である。2014年３月６日、被害者の袁氏は近所の家を賃借したばかりで、水を節約するためにこの便所を利用し、大便をした。その際、袁氏は何かの声を聞いたため、顔を上げて周囲を見回した。それにより、武氏により発射され、物干しの柱から跳ね返ったパチンコ玉が、袁氏の左眼に的中した。鑑定によると、袁氏は（第２級）重傷害を負ったとのことである。「必然—偶然」の因果関係論によると、武氏の傷害行為と袁氏の重傷害結果との間の事実的因果関係については、必然性も偶然性もある。武氏は、パチンコの練習という危険性のある行為を行った際に、安全措置を講じておらず、そのため、他人に重傷害を負わせたことには一定の必然性がある。その一方で、袁氏が、廃屋となった便所を利用していたとき、見知らぬ相手から発射されたパチンコがその目を直撃して怪我をさせられたことには一定の偶然性がある。したがって、こうした必然性と偶然性が混在した事案を、刑法上の因果関係において、犯罪事件と認定すべきか、それとも意外事件と認定すべきかについて、「必然—偶然」説では、説得力をもった解釈を示すことができない。実務上は、この事件の因果関係の認定をめぐって激しい争いがある。これにより、「必然—偶然」の因果関係論がもつ解釈指導力は、実務に適応できないことが示された。要するに、「必然—偶然」の因果関係論は、抽象的な定義の背後に、刑法解釈論上の明晰な構造が欠けている。すなわち、必然性と偶然性という基準には、具体的で明確な判断基

[4] 参见储槐植：《一个半因果关系》，载《法学研究》1987年第３期。

準が欠けるため、因果関係を肯定する意味において、内容空虚な「解釈」を導き出すことはできるが、因果関係を否定する意味で、実質的にこれを排除しもしくは確認することができない。そのため、「必然—偶然」の因果関係論は基本的に、事案処理に具体的な指導原理を提供することができず、これこそが争いの焦点である。思うに、「必然—偶然」の因果関係が事案解決にあまり役に立たない。「必然—偶然」の因果関係論には、そのほかによりいっそう根本的な問題がある。それは、事実的因果と結果帰属が異なるレベルのものであるということを看過しもしくは等閑視したことである。すなわち、この理論は、事実的因果と結果帰属の問題を同時に解決しようとする傾向にある。そのうち、事実的因果は事実判断レベルの問題であり、結果帰属は規範評価レベルの問題である。したがって、「必然—偶然」の因果関係論は、事実と規範のうち、どちらか一方だけに傾注することがしばしばあり、また、選択しがたい状況をもたらすことが往々にしてある。「直接—間接」の因果関係論には、以下のような問題もある。中国の伝統的な因果関係論では、「直接—間接」の因果関係論は、「必然—偶然」の因果関係論にとって重要な内容であるとしばしばみなされ、直接的因果関係は必然的因果関係に等しく、間接的因果関係は偶然的因果関係に等しいと考える学者もいる[5]。実務において、汚職犯罪は、「直接—間接」の因果関係論が役立てられている伝統的な領域である。そしてまた、この理論は、違法治療などの領域に次第に応用され、現在はさらに司法解釈に採用された。例えば、2016年12月20日に施行された最高裁判所『「違法治療により発生した刑事事件の審理における法律の具体的応用に関する若干の問題の解釈」の改正について』によると、違法な治療行為が、治療を受けた人の死をもたらした「直接的および主要な原因」である場合に、刑法336条1項に規定された「患者を死亡させた」と認定すべきであるが、その違法治療が治療を受けた人の死の間接的原因である場合に、事案により、刑法336条1項に規定された「情状が重い」と認定することもできる。実際に、これも中国実務の立場である。例えば、「遅延致死事件」では[6]、因果関係の判断根拠は間接的因果関係であり、それによりさらに医師不法開業罪の成立を肯定した。すなわち、被害者は、その生前に抱えていた心臓疾患（直接的原因）により死亡し、被告人の不適切な治療は、被害者の死に対し50%（間接的原因）の寄与度であった。汚職罪の領域において、間接的因果関係の応用はなおさら困難である。なぜなら、大部分の汚職罪には特殊な面があり、もし間接的因果関係が汚職罪成立の基礎であることが全面的に否定されれば、汚職罪の成立範囲が急速に縮小し、さらに汚職罪に関わる数多くの条文が有名無実になるからである。しかし、いわゆる間接的因果関係とは、常に、行為によって直接危害のある結果を生じさせることではなく、中間段階を通じて危害のある結果へとつながり、結果の発生を間接的に引き起こすことである。では、どのような間接的因果関係が刑法上の因果関係となるかをめぐって、何が議論の焦点となるのであろうか。残念ながら、「必然—偶然」の因果関係に比べて、「直接—間接」の因果

[5]張春発（1988）「刑法における直接的因果関係と間接的因果関係に関する管見」,『法律学習と研究』1998年第5期．を参照。

[6]この事案の詳細は以下の通りである。被告人である張富有は、医師許可書と医療機構営業許可書を持っていない状況で、医療機構を運営し、治療活動を行った。2012年6月4日、被告人は、心臓疾患を抱えた趙氏（男性。49歳で死亡）に治療を施した。人工呼吸、心臓マッサージ、期限を過ぎた二トログリセリンの注射などの措置を講じた。上述の措置は奏功せず、被害者の趙氏はその当日に死亡した。鑑定により、被害者の趙氏は、心臓の冠状動脈疾患、急性心筋梗塞、軽度脂肪心などの心臓疾患により引き起こされた心不全で死亡したということが明らかにされた。鑑定意見は以下の通りである。すなわち、被害者が生前に心臓疾患を抱えていたということが、発生した死亡の基礎にあり、趙富有は、違法に開業し、違法な治療を施し、治療行為と死亡結果との間には直接的因果関係はなかったが、張富有の行為は、客観的にみて救助時間を遅延させ、レスキューによる救命の機会を失わせ、趙氏の死亡過程に対して一定の責任を負い、その寄与度は50%とする、と。2012年8月2日に、被告人の張富有は逮捕された。臧徳勝・劉歓・魏顕（2015）「無免許医事案における因果関係の把握」,『人民司法』2015年第12期．

関係にも、刑法解釈論上の明瞭な構造が欠け、しかも事実・規範関係の欠陥を適切に処理できていない。例えば、「証明書借金事件」おいて、南京正大金泰企業集団有限公司（以下「正大公司」とする。）は、南京市労働局に属する持株会社であり、当該会社は資金繰りのために、南京市計時器工場、南京鐘工場、および南京長楽ガラス工場に3700万元を融資するつもりであったが、企業間の短期融資は財産と経済の規律に違反するがゆえに、「連合経営」の仮形式により短期融資を行った。債権者側は、資金の安全を確保するために、労働局が署名した証明書を提供しないと融資しない旨を正大公司に通知した。被告人の包氏は、当時、江蘇省労働局の局長であり、職権を利用し、稟議を通さずに勝手に南京市労働局の名義で正大公司に証明書を提出した。その証明書の内容は、以下のとおりである。すなわち、当局は、正大公司が協議の各項目を確実に履行することを要求する。正大公司が契約に違反した場合、当局はその経済上の責任追及を担当し、しかも同公司は一切の損失を補填することを保証する、と。その後、正大公司は、経営不振で倒産することになり、これにより上記3社は、3440万元の損失を被った。「直接—間接」の因果関係論に基づき、事実的因果関係においては、包氏の行為と損害結果の発生との間には間接的因果関係があり、それを踏まえて、包氏の行為が職権濫用罪にあたるか否かについて、第1審と第2審とではまったく異なる結論が示され、学説上の争いはさらに深刻なものとなった。

上述のような伝統的な因果関係論の欠陥およびその危機を克服するために、学説と実務は相当の努力をした。だが、それにより、見解の食い違いがはっきりと生じた。そのうち、伝統的な因果関係論の枠組みに必要な内容を補う見解（以下「補充説」とする。）があり、また、「独立して一家構える」、すなわち、海外の刑事因果関係論を導入し補う見解（以下「代替説」とする）がある。この2つの策はもっとも注目される見解である。だが、たとえいかなる策であるとしても、その内容を補充したがゆえに、中国の伝統的な因果関係論は曖昧なものとなった。補足説について、理論上の優位性はないが、司法実務においては情況が変わった。一部の学者は、理論上、偶然的因果関係により発掘されるべきは、刑事因果関係の研究においてまさに解決の必要がある重点であると主張し、しかも前の行為と後の結果との間に「前者がなければ後者はない〔あれなければこれなし——訳者〕」の関係があるか否かを、刑法上の必然的因果関係と偶然的因果関係の判断基準にする、と考える[7]。これは条件説の内容であり、伝統的な因果関係論の解釈論上の欠陥を補うものであることは明らかである。この見解は基本的に補充説のカテゴリーに入れることができる。むろん、補充説において、補充する内容として用いられたのは条件説だけではなく、原因説、相当因果関係説などの内容も含まれている。さらに、英米刑法の実務により創出された因果関係の判断準則もある[8]。これらの内容は、実質的に、因果関係判断の補充的基準としての役目を果たしている。「もし可能であれば（条件公式に基づき）、前の行為と最終結果との間に因果関係があることを確定できる場合には、『必然的因果関係』と呼ぶのか、それとも『偶然的因果関係』と呼ぶのかは、実際には重要ではない。」[9]

伝統的な因果関係論は、中国の司法実務に対して依然として本質的な影響を及ぼしているため、補充説は、司法実務にとって一定の魅力がある。これは、特殊体質と介在要素の認められる事案において比較的明らかである。例えば、洪志寧の故意傷害事件では[10]、

[7]林亜鋼（2014）『刑法教義学（総論）』, p179, 北京大学出版社．を参照。

[8]劉士心（2017）「刑法における因果関係の判断準則」,『政治と法律』2017年第2期．を参照。

[9]前文の引用[7]，林亜鋼書，p179.

[10]事件の詳細は以下の通りである。被害者の陳碰獅との口論により、被告人の洪志寧は、被害者の胸部と頭部を連続して殴打した。その後、被害者は被告人を追跡し、2歩か3歩倒れて死亡した。鑑定によると、被害者はもともと心臓の冠状動脈疾患を抱えており、口論により感情が高ぶったこと、胸部を殴打されたこと、運動が激しかったこと、および飲酒など多様な要素の影響により、心臓の冠状動脈疾患

裁判所は、伝統的な「必然－偶然」の因果関係の分析にあたって条件説の内容を補充した。すなわち、『要するに、被告人が被害者を殴打しなければ、被害者の心臓の冠状動脈疾患を誘発しなかった可能性があり、突然死という結果が発生しなかったかもしれない』、と。もう１つの例として、孫超の故意傷害事件につき[11]、浙江省高等裁判所は、伝統的な「偶然―必然」の因果関係モデルに基づき、介在要素と先行行為との関係の性質、介在要素それ自体の異常性の大きさを分析し、客観的な回避不可能性の理論によってこれに相応する判断基準を補った[12]。むろん、補充説の影響が及ぼす領域は、上述の範囲よりも広い。例えば、上述した「遅延致死事件」において、治療行為が死亡結果の中に占める「原因力の大きさ」は、実務上、裁判官がこの事案の因果関係を判断する鍵である[13]。これは、解釈論の構造上、「直接―間接」の因果関係論の欠陥を補うために、海外の原因説に関わる内容を補うことを通じて、事案解決のために具体的で明確な指導原理の提供に向けて努力したことを意味する。目下、代替説は有力な見解である。しかも、導入された理論は、条件説、相当因果関係説、客観的帰属論などの海外の主要学説をほぼ含むものである[14]。例えば、馮亜東教授は、客観的に起因する因果関係のレベルでは、「条件説」を用いることで十分であり、各公式の規範判断を導入する必要はなく、刑事責任の制限は主観的要素により実現される、と主張する[15]。張明楷教授は、客観的帰属論を直接導入することには賛成しないが、条件説を支持し、それに基づき、必要な結果帰属判断を行うことを主張している[16]。劉艶紅教授は、基本的立場として、相当因果関係説を採用し、客観的帰属論に反対している[17]。周光権教授は、客観的帰属論は方法論として特殊な意味を有するため、これを提唱すべきであると主張している[18]。また、相当因果関係説と客観的帰属論には、それぞれ内部にも違いがある。具体的には、前者につき、代替説を支持する学者の間にも、客観的相当因果関係説と折衷的相当因果関係説の違いがある。後者について、規範は立法者の目的探求を志向すると考える学者もいれば、主観的なものが関係してくることは避けられないが、これは「客観」という客観的帰属論の出発点と相反し、よって規範の保護目的論をその理論の枠外に排除すべきである、と考える学者もいる[19]。さらに、英米刑法における「ダブルレベルの原因」理論を参考にし、中国の因果関係論体系を構築すべきと主張する学者がいる[20]。明白なのは、補足説と比較すれば、代替説には事実と規範における上述の欠陥を補ううえで一定の優位性がある、ということである。

が誘発され、冠状動脈の痙攣により心臓の動きが突然停止して、突然死に至った。

[11]事件の詳細は以下の通りである。被告人の孫超と被害者の葉長青とは、些細なことで揉めごとを起こした。葉長青は、オートバイを運転しながら孫超のセダン車のボックスの左側後部を叩き、孫超を罵った。それによって拍車がかかり、孫超は葉長青を追跡し、車道で、自車の先端で葉長青のオートバイの右側末端に追突した。それにより、オートバイは対向車線に転倒し、倒れた葉長青は対向車線から来たタクシーに跳ねられて死亡した。

[12]『中国指導案例』編集委員会（2013）『裁判所指導案例裁判要旨のまとめ（刑事第一巻）』，p85－86 中国法制出版社 2013 年版.

[13]前文の引用「6」，臧徳勝ほか著.

[14]実際には、後述する内容と合わせて以下の内容が明らかにされた。事実的因果関係判断と結果帰属判断の意味では、目下、ヨッロパには主に、条件説＋相当因果関係説＋客観的帰属論という伝統的モデル、合法則的条件説＋客観的帰属論モデル、および条件説＋相当因果関係説モデルがある。

[15]馮亜東・李侠（2010）「客観的帰属から主観的帰責まで」，『法学研究』2010 年第 4 期．を参照。

[16]張明楷（2016）『刑法学（上）』（第五版），p174 以下，法律出版社．を参照。

[17]劉艶紅（2011）「客観的帰属：疑問と反省」，『中外法学』2011 年第 6 期．を参照。

[18]周光権（2012）「客観的帰属論の方法論的意義」，『中外法学』2012 年第 2 期．を参照。

[19]楊彩霞（2004）「刑事因果関係論の危機・反省・突破口」，『国家検察官学院学報』2004 年第 4 期．を参照。

[20]儲槐植・汪永楽（2001）「刑事因果関係の研究」，『中国法学』2001 年第 2 期．を参照。

二、条件説：因果関係を制限するための合理的基底

（一）　条件説は事実的因果の判断基準である

文献資料によると、条件説は、現代ヨーロッパの刑事因果関係論の源である。これによると、刑法の意味における「原因（Ursache）」は条件をすべて省略しない。そうでなければ、具体的事案の「結果（Erfolg）」は発生しない。その判断公式は、「もし前の行為がなければ、後の結果は発生しない」というものである。この説は、刑法における一つひとつの条件を等しいものとみなし、それゆえに、等価（値）説もしくは平等説と呼ばれている。歴史を遡れば、刑法学において、因果関係が注目されてから自然科学が大きく進展したため、刑法における因果関係論は、必然的に、自然科学により主導された方法論と価値観の検証を受ける。この要求を「満たす」ことのできる条件説は、ドイツで次第に学説上の承認を受け、しかも裁判実務に受け入れられた。事実、自然的因果を証明できる科学法則の検討を行うことは、刑事因果関係論自体が科学的属性を有することに内在する要求である。目下、「因果関係の客観的自然科学的証明が欠ける場合に、この因果関係を自由証拠により評価することを通じて、裁判官の自由心証により代替することは許されない」[21]。条件説の客観的因果関係に対する選別機能は、「ロジックを提示するだけであり、具体的な評価または認定に関わらない」[22]。実際に、こうしたロジック自体は、主観的規範的な内容を内包しがたいものであり、そのため、条件説には明らかな客観性がある。これは、かの熱狂的な時代の、構成要素は「自然科学で、実証的で、自然主義である」という認識と一致する。これにより、刑法上の因果関係は、中世の教義主義を脱し、罪刑を独断的に決することを避けるのである。刑法上の因果関係論を全体的にみてみると、その 100 年あまりの発展において、条件説は、因果関係判断において全体的基準から局部的基準へと発展してきた。ドイツでは、「現在主流の観点によると、条件説に基づいて、原因連関を確定している」[23]。同じく日本では、「刑法上の因果関係＝条件関係＋相当因果関係」という枠組みをもとに、争点は、条件関係が「帰属の基礎」であるか否かではなく、相当因果関係が「帰責の基礎」であるか否か、となっている[24]。これでは、因果関係の判断基準の発展は、根本的に、条件説の買いた客観的属性を揺らすことができていない。換言すれば、条件説は、自然科学（特に物理学）のレベルで、刑法上の因果関係論にまさに固く守られている。これが、刑法上の因果関係の出発点を構成した。実にこれは、条件説が誕生して以来、ヨーロッパ刑法が、終始一貫して刑法上の因果関係の判断基底としての、同説の役割を放棄できていないことを表している。むろん、条件説を終始疑問視する見方もある。その中でも、広範囲論、錯誤論および無用論は、非常に注目されている批判的見解である。広範囲論を主張する論者は、条件説が因果関係の範囲を不当に拡大すると考える。これは、かつて条件説が非常に批判に晒されていた点である。だが、客観的構成要件の充足は、単に客観的因果連関により決せられるのではなく、帰責の基準をさらに補充しなければならないことが認められて以来、「こうした批判は、すでに根本的に重要性を失った」[25]。それに応じて、刑事因果関係の判断においては、事実的因果から結果帰属へ、とい

---

[21]前文の引用[3]，Claus Roxin 書，p235.

[22]許玉秀（2005）『当代刑法思潮』，p427，中国民主出版社.

[23]［ドイツ］Johannes Wessels（2008）『ドイツ刑法総論』，李昌珂訳，p95，法律出版社.

[24][日]辰井聡子（2006）『因果関係論』，p7，有斐閣．を参照。

[25]前文の引用[3]Claus Roxin 書，p234；[ドイツ]Hans-Heinrich Jescheck・Thomas Weigend（2001）『ドイツ刑法教科書』，徐永生訳，pp346-347，中国法制出版社；[ドイツ] 布莱恩·瓦利留斯「因果関係と客観的帰属」，梁根林・[ドイツ]Eric Hilgendorf 編（2015）『刑法体系と客観的帰属』，」p127，北京大学出版社．等。

う段階性がはっきりと示されている。錯誤論を支持する論者は、択一的因果関係の場合に、条件説が誤った結論を導き出すと主張する。例えば、意思連絡のないAとBは、殺害の故意をもって同時に発砲してCを射殺したが、両方はともにCの心臓に弾丸を命中させ、Cはその場で死亡したとする。純粋な条件説から考えれば、きわめて見当違いな結論に至る。歴史上、錯誤論の意見は、条件説の改善と代替説の発展を推し進めた。また、無用論は、条件説が明らかにされた因果関係の場合にだけ適用されるものであり、同説は因果関係それ自体を明らかにするためにまったく役に立たない、と指摘する[26]。例えば、妊婦がその妊娠中に、ある睡眠薬Aを飲んで、身体が不自由なBを生んだとする。Aの薬効とBの障害との間の因果連関が明らかな場合にだけ、条件説には意味がある。もし客観的に因果連関があるか否かが明らかにされていない場合には、Aの摂取行為がBの障害の理由であると確定することはできない。しかし、修正された条件説および多数の代替説では、自然科学レベルでの因果連関性を放棄または回避し、刑法上の因果関係を解決する方法を探すことはできない。その理由は、刑法上の因果関係の基礎の素材としての自然的因果経過は、客観的な真実であり、自然科学の目的は、「真実」を発見することだからである。したがって、代替説は、自然科学レベルでの検討を取り替えられない位置に置かせている。これにより、この段階において、刑法上の因果関係の因果連関性の判断基準は、自然科学の方法論と価値観に規制されるがゆえに、必然的に客観化される。「人は疑問を抱くとき、因果関係の公式ではなく、ただひたすらに正確な自然科学的方法（主に試験）を通じて、証明を行う」[27]。むろん、これは、刑法上の因果関係の判断基準が主観的もしくは規範的な内容を内包できないことを意味するものではなく、自然科学レベルでの因果連関の判断基準が、主観的もしくは規範的な内容を排除するものであることを意味する。では、自然科学レベルでの因果関係判断において、自然科学法則の基準によって、条件説を完全に排除しまたは代替することはできるのか。例えば、中国台湾地域の刑法学者である許玉秀は、「帰因」と「帰属」を区別する意味では、因果関係は物理的関係であり、その判断は物理法則に依拠しており、条件説のロジックはその役目を果せない、と主張する[28]。筆者は、自然科学法則が、刑法上の因果関係の究明と確認にとって重要な役割を果たしており、特に自然科学法則は、条件説に判断素材を提供するが、それは、条件説のロジック自体の内容ではない、と考えている。客観面では、自然科学法則の基準は、真理を発掘・提供し、または自然的因果に還元することを任務とする。その一方で、条件説は、客観的因果連関性の有無を判断することを目的とする。両者は、ある面では共通するが、明らかに異なる領域・レベルに属する。しかも、現代刑法理論の精緻化とともに、因果関係判断に先行する法益論・行為論などにより、帰責（前提）要素に対する選別はすでに行われていた。したがって、自然科学法則に一致した客観的因果経過は、条件説により選別された事実的因果よりも範囲が広い。しかも、ある領域（例えば公害犯罪領域）では、自然科学法則は明らかになっていないがゆえに、自然的因果経過を正確に還元することはできない。元来、因果関係はないとすべきであるが、疫学上高度の蓋然性は否定できず、刑法上も条件関係があるとすべきである[29]。

一瞥しただけで明らかなことであるが、条件説無用論の誤りはまさにこの点にある。条件説に依拠した「それが存在しないと想像する」という方法、つまり「思惟排除法」に制

[26][ドイツ]Urs Kindhäuser（2015）『刑法総論教科書』，蔡桂生訳，p80，北京大学出版社．[ドイツ] Eric Hilgendorf（2015）『ドイツ刑法学：伝統から現代へ』，江溯ほか訳，p265，北京大学出版社；前文の引用[3]Claus Roxin書，p234．等を参照。
[27]前文の引用「3」，Claus Roxin書，p235.
[28]前文の引用「22」，許玉秀書，p430.
[29][日]大塚仁（2002）『刑法概論（総論）』（第三版），馮軍訳，p92，中国人民大学出版社.

約性があることは、たしかに否定しがたい。イタリアの刑法学者Padovani Tullioは、すでに、「条件説の真の欠陥は、原因の範囲を拡大することではなく、その策動的規制それ自体に隠されている。それは、『思惟排除法』を運用する前提として、事前に条件を備えた原因力がすでに明らかなことであり、すなわち、これらの条件は、原因力（の1つ）としていかなる役割を果すのかということにあり、もしこれを明らかにしなければ、条件説は効果を発揮しえない」とする[30]。ドイツと日本の刑法学者は、同様の批判を向けている。日本の教科書において権威のある表現は、条件説は因果関係の適用公式であるが、因果関係を発見する公式ではない、というものである[31]。たしかに、条件はさまざまな制約を受け、人類の認知は有限であることに照らすと、自然科学法則から、因果経過の確定にとって常に明確な結論を導き出すことはできない。その際、因果関係の判断において、条件説のロジックは力量不足である。例えば、地湾地域で起きた鼎新下水油事件では、鼎新会社により販売された下水油がそれを食べた人の健康を害するか否かについて、現在の科学技術によりこれを鑑定することはできない[32]。問題は、この欠陥が条件説だけに当てはまるわけではない、という点にある。「われわれの経験と知識は、ある状況が具体的に発生した結果にとって役割を果たしたか否かを確定することができない場合に、合法則的条件説も同様に効果を発揮することができない」[33]。さらに、「避妊薬の投与が嬰児を奇形にするか否かという経験科学上の問題は、法理論により解決可能な、あるいは解決すべき問題ではない。法律によって処理することができ、かつ処理すべきなのは以下の内容である。すなわち、第1は、経験科学的知識をいかにして法律プロセスに導入するか、である。つまり、鑑定制度の問題がこれである。第2は、専門鑑定が役に立たない場合、法律上これをいかに処理するか、を正視することである」[34]。

そのほかに、「条件公式、すなわち、『Pがなかったならば、Qは発生しなかったであろう』という公式を用いる際に、PとQの選択と限定は、規範的評価に深刻な影響を与える」と考える学者がいる[35]。この批判は妥当ではない。上述のように、条件説のロジックは、主観の内包および規範の内包と調和しがたい。このロジックに基づいて行われる判断は、因果関係の範囲が広くなりすぎるという問題を生じさせるにもかかわらず、これこそが「帰責」論の価値である、とする。しかも、「客観的帰責論の価値は、条件説の欠陥によりはっきりと示された」[36]。何よりも、後述のように、「帰責」論の前提は、条件説を捨て去ることではなく、条件説により確認された事実的因果を基礎として、刑法上の因果関係を制限することである。張明楷教授は、「仮に条件説を採用するとしても、原因と結果の限定、遡及禁止論の採用も、一種の客観的帰属論である」と主張する[37]。こうした批判は、上述のような不適切な部分を含んでいるほか、主観的因果関係論としての条件説に別の機能を与えたとみられる。例えば、行為者の親と祖父・祖母も、被害者の死にとって

[30][イタリア]Padovani Tullio（2004）『イタリア刑法学原理』（注釈付）陳忠林訳，p137，中国人民大学出版社.
[31][日]西田典之（2007）『日本刑法総論』，劉明詳訳，p69，中国人民大学出版社；[日]山口厚『刑法総論』（第2版），付立慶訳，p53，中国人民大学出版社；[ドイツ]Urs Kindhäuser（2015）『刑法総論教科書』，蔡桂生訳，p80，北京大学出版社；[ドイツ]Eric Hilgendorf（2015）『ドイツ刑法学：伝統から現代まで』，江溯訳，p265，北京大学出版社；前文の引用[3]，前引[3]，Claus Roxin書，p234，等。
[32]客観的には、下水油を食べた人の健康にとって危害があるか否かを鑑定で確認できないということは、事実上必ず危害がないとはいえない。
[33]前文の引用[23]，前引[23]，Johannes Wessels書，p97.
[34]林鈺雄（2009）『新刑法総則』，p121，中国人民大学出版社.
[35]労東燕（2015）「事実的因果と刑法における結果の帰責」，『中国法学』2015年第2期.
[36]李聖傑（2002）「刑法における因果関係についての思索」，『中原財政法学』2002年第8期.
[37]前文の引用[16]，張明楷書，p181.

原因的である。目下の解決案は、帰責論でフィルターにかけ[38]、構成要件的行為を否定することでフィルターにかけ[39]、過失概念でフィルターにかけるという３通りの方法があるが[40]、条件説に主観的または規範的な内容を含ましめてフィルターにかけるものは１つもない。

（二）合法則的条件説による代替は成功とはいえない

歴史上、条件説の欠陥を克服するために、因果関係論を修正しまたは代替する理論が次々と現われた。今なお、その大部分の理論は、すでに歴史上・沿革上の意味しか持ち合わせていない。例えば原因説、重要関係説、危険関係説などがそうであるが、合法則的条件説は依然としてきわめて傑出した理論である。合法則的条件説は、条件説を修正した理論というよりは、代替する理論であるというほうが妥当であるが、条件説に対する代替は成功とはいえない。周知の通り、批判条件説をもとに、ドイツの学者 Karl Engisch は、代替的な「合法則性的条件公式」を真っ先に打ち出した。すなわち、「ある行為に時間的に後続する外界における変化が（自然）法則と結合しており、しかも刑法上、後者が構成要件的結果の具体的事実の一部分として規定されている場合には、当該行為は、特定の構成要件的結果の原因となる」[41]。その後、Armin Kaufmann は、これをさらに一歩進め、合法則的条件説における因果関係の判断を、一般的因果関係と具体的因果関係とに二分した[42]。このうち、一般的因果関係のレベルでは、普遍的な因果法則があるか否かを確認する。具体的因果関係のレベルでは、具体的事実が確認された普遍的な因果法則に合致するかどうかを確認する。このように、因果関係の判断は、実のところ三段論法であり、形式的には、合法則的条件説も１つのロジックである。しかし、合法則的条件説は、明らかに条件説と異なる。その違いは主として以下の点にある。すなわち、第１に、条件説は原因を必要条件と解し、合法則的条件説は原因を現代の科学知識により認識された条件と解する。第２に、因果関係の判断において、条件説は「それが存在しなかったら」という排除法則を用いるが、その一方で、合法則的条件説は「『排除法則』を用いず、自然的法則を媒介として、『行為』から『結果』までの因果関係を正面から判断する」[43]。第３に、条件説と合法則的条件説では、特定される因果関係の範囲が一致しない。例えば、汚辱罪の場合、条件説によれば事実的因果関係を肯定できる可能性があるが、合法則的条件説であれば、事実的因果関係を肯定するのは相当困難であろう[44]。そうであるとすると、条件説にとって、合法則的条件説は「帰因」レベルでの代替理論なのだろうか。それとも、「帰属」レベルでの補足理論なのだろうか。合法則的条件説は「方法の側面では、条件説を補った説明を付すだけであり、もう１つの独立した理論ではない」と考える学者がいる[45]。これは妥当ではない。かりに合法則的条件説が、ただ方法の側面で補足説明機能を備えているとすれば、条件説は、因果関係の判断過程で必ず役目を果たすはずである。だが、合法則的条件説における三段論法の推論は、根本的には、条件説が役目を果たすことを許さない。これに対し、合法則的条件説の支持者は、「これにとって、『条件公式』には

[38][ドイツ]Hans-Heinrich Jescheck・Thomas Weigend（2011）『ドイツ刑法教科書』，徐永生訳，p347，中国法制出版社．を参照。
[39]前文の引用[22]，許玉秀書，pp426-428.
[40]黄栄堅（2009）『基礎性法学（上）』（第三版），P175.
[41]［ドイツ］Eric Hilgendorf（2015）『ドイツ刑法学：伝統から現代へ』，江溯ほか訳，p273，北京大学出版社．から引用した。
[42]徐凌（2014）「刑事製造物責任事案における因果関係の認定問題」，『政治と法律』2014年第11期．から引用した
[43]前文の引用［34］，林鈺雄書，p123.
[44]前文の引用［16］，張明楷書，p185.
[45]黄荣坚：《刑罚的极限》，台北元照出版公司1999年版，第62页。

何のメリットもなく、メリットがあるかどうかは専門家の判断である」と指摘した[46]。そのほか、合法則的条件説は、事実因果関係があるか否かを判断する理論であり[47]、事実的因果関係が存在することを前提に結果帰属を検討することではない。したがって、合法則的条件説は、条件説の代替理論である。

しかし、合法則的条件説は、一般的因果関係のレベルと具体的因果関係のレベルでの欠陥を抱えているため、条件説を代替することに成功したとはいえない。(1) 一般的因果関係のレベルでは、「法則」の具体的内容は明らかでない。合法則的条件説における法則をいかに理解するかをめぐって、理論上は、狭義説と広義説に区別される。狭義説は、法則がただ「決定論による自然法則」の範囲内に限定される、と唱えている。例えば、Armin Kaufmann が見るところによれば、「統計上高度の相関性は、因果法則の影響を受けた可能性があるが、完全な偶然によるものかもしれず、したがって、因果関係があるとは認定できない」[48]。広義説によると、法則は必然的法則に限定せず、蓋然的法則と経験的法則をも含む、という[49]。これらの違いの原因は、社会学レベルでの相当因果関係を否定してから、因果関係の領域において、この理論によって処理された内容をいかにして解決するのか、にある。

まず、未知の自然科学法則によって生じる不明確さである。人は常に、決定論による自然科学法則を完全に認識することはできず、これにより、一般的因果関係を認定することは困難である。ドイツ連邦通常裁判所の有名な皮革用スプレー事件は[50]、これを説明するのに適した事例である。この事件の争点は以下の通りである。ある製品が人身に傷害を生じさせたことは確定できているが、具体的には、この製品の何の物質であるかは分かっていない。これは一般的因果関係の認定にとって十分か。「代替的原因を排除することを通じて、因果関係を論証する」[51]ドイツ連邦通常裁判所は、肯定的な回答を導き出した。だが、これは学説上疑問が呈された。可能性を有する原因を完全に認識できない場合は、それらが原因となる可能性を排除すべきではなく、また、確実に排除することはできない[52]。多数の学者は「代替的原因を排除する方法」を擁護し、その方法の適用範囲を厳格に、その他の要素が原因となる可能性をすべて排除したという前提のもとに、限定を行ったにもかかわらず[53]、批判的見解はより深いレベルでの問題点を指摘した。それは、「代替的原因を排除する方法」が実際には挙証責任の転換であり、形式を変えて被告人を強制し自らの罪を証明する、というものである。これは、被告人の負担を不当に重いものとし、法治国家の原則に違反している。その後の木材防護剤事件では、この問題はいっそう明らかとなり、より激しい疑問を生じさせた。端的にいえば、このとき、「合法則」性による結論は、事実判断（裁判官が代替的原因を「排除した」）というより、むしろ価値の選択（被告人に代替的原因の反証を提供させる）による結果というべきである。

次に、社会科学領域における法則の不明確さである。社会学レベルでの相当因果関係説を否定するとすれば、合法則的条件説が直面する問題は、社会科学法則は本当に存在するか、である。肯定説によると、社会科学には「客観性」を有する法則があり、自然科学法則よりも正確でないことは往々にしてあるが、社会科学法則による解釈の妥当性を否定す

[46]前引[38]，汉斯·海因里希·耶赛克等书，第345页。
[47]参见邹兵建：《合法则性条件说的厘清与质疑》，载《环球法律评论》2017年第3期。
[48]前引[42]，徐凌波文。
[49]参见[日]小林憲太郎：『因果関係と客観的帰属』，弘文堂，2003年，199-200頁。
[50]参见[德]克劳斯·罗克辛：《德国最高法院判例·刑法总论》，何庆仁、蔡桂生译，中国人民大学出版社2012年版，第248-253页。
[51]［ドイツ］Urs Kindhäuser（2015）『刑法総論教科書』，蔡桂生訳，p81，北京大学出版社．を参照。
[52]前文の引用［3］，Claus Roxin 書，p236.
[53]前文の引用[38]，Hans-Heinrich Jescheck・Thomas Weigend 書，p346.

ることはできない[54]。しかも、肯定説は主に３つの側面から、社会科学法則の妥当性を証明する。第１は、統計法則の観点から社会科学法則を証明することである。例えば、Ingeborg Puppe は、統計法則によって心理的因果関係を解釈することができると考える。Eric Hilgendorf は、さらに統計法則の適用を、第三者が介在する場合にまで拡大した[55]。しかし、社会科学領域の統計法則によって正確な定量化ができないということは、すでに周知の事実である。それとともに、今日、刑法上の因果関係を解釈するために、統計法則を用いる学者は稀である。第２は、例外的代替方法で社会科学法則を証明することである。例えば、Heinz Koriath は、心理的因果関係の場合に、因果関係の分析を行うことはできないと考え、合法則的条件説と条件説を適用することを拒否した。彼は、「非因果的帰責原則」を新たに提唱した[56]。だが、心理的因果関係を否定する場合に、因果関係の分析を行うことができるとの前提から、「非因果的帰責原則」を主張することは、帰責の基礎が客観ではなく、主観にあることを明示するものである。これにより、社会科学法則を証明することは適当ではない。第３は、１つの事件に関わる仮法則を具体化するという観点から、社会科学法則を証明することである。これは実際には、決定論の思索を、社会科学領域で厳格に活用することである。これにより、すでに発生したすべての結果は、必然性を備えたものとなる。これは、明らかに合理的ではない。実際のところ、肯定説は、条件説と社会学レベルでの相当因果関係説の因果判断を一体のものとして解決することに等しい。

専門家グループによって決定する場合に、合法則的条件説にはリスクが潜んでいると指摘される。これは妥当ではない。自然科学法則それ自体の真理性は、支持者の数によって決せられるわけではなく、実在する自然科学法則と専門家グループによる実際の決定は、因果関係の認定について齟齬が生じたとき、そこには必ず認知上の原因がある。そうすると、解決の方向性は、対象や事実の取り違えによって合法則的条件説を批判することではなく、決定プロセスを、よりいっそう真理性を有する認知にいかにして近づけるか、にある。つまり、自然科学法則のレベルでは、専門家グループの決定によって引き起こされた因果関係判断の錯誤は、刑法上の因果関係論そのものが解決すべき問題ではないし、また解決できる問題ではない。

(2) 具体的因果関係のレベルでは、合法則的条件説に依拠した方法と導き出された結論との間に、隠された矛盾がある。合法則的条件説が終始注目する重点は、合法則関係があるか否かであり、方法論的側面では、自然科学レベルでの「力」が有する機能に頼ることとその解釈を断念した。周知の通り、因果関係において、不作為犯は作為犯と異なる。「すべての不作為につき因果関係を否定する者においては、不作為の場合は、結果発生を有効に『生じさせた』力が欠けること、そこにいう『生じさせた』力を自然科学の観点から理解することが重要であり、因果関係の面では、『過程』力学の発揮、および発展手順にかかわらず、ただ２つの条件ロジックと関係がある――認識論で結び付いているにもかかわらず、『無から有は生まれない』という時代遅れの公式を依然と崇拝され、『原因過程』を探索することが叫ばれている」[57]。物理的存在または形式にかかわらず、これは、思索と認識方法だけに関係がある。したがって、合法則的条件説は不作為犯に適用される。だが、通説はこの結論に賛成しながら、ある意味で、原因が必ず結果を「確実に惹起した」点を強調する。これは、物理学における「力」の機能に回帰することを意味する。この意

[54]前文の引用［41］Eric Hilgendorf 書，pp285-286.
[55]前文の引用[41]，Eric Hilgendorf 書，pp286-290.
[56]前文の引用[41]，Eric Hilgendorf 書，p287.
[57][ドイツ]Liszt (2006)，『ドイツ刑法教科書』，徐永生訳，p196，法律出版社.

味で、合法則的条件説と不作為犯の因果関係との間に矛盾があることは明らかである。

このほか、累積的因果関係、超越的因果関係、または仮定的因果関係に関わる事案では、合法則的条件説は、条件説を越える優越性を備えた見解とみなされている。だが、実際にはそうではないおそれがある。まず、累積的因果関係については、各条件は補完関係または協同関係にあり[58]、したがって、条件説によって導き出された事実的因果関係の結論は簡潔である。例えば、妻Ａは夫Ｂを殺害するために、故意に毒物を混入したチャーハンを夫に食べさせた。だが、彼らの息子は遺産を相続するために、Ａよりも早く、Ｂの料理に毒を盛っていた。しかしこの点についてＢは知らなかった。Ｂは２つの毒の相乗効果により死亡し、しかもＡまたはＢの毒を単独に投与すれば、その毒の量では、人を死に至らしめることはできなかった、と判明した。条件説からみれば、Ｂの死について、ＡまたはＣが毒を盛った行為がなかったと観念することはできない。これは２つの行為が必要であり、一方の行為がなければ、その毒の量では人を死に至らしめることはできないからである。したがって、ＡとＣが毒を盛った行為と、Ｂの死亡との間には因果関係がある。単独での毒の量が不足していたため、犯罪の中止をめぐる争いを引き起こす可能性があるという議論であれば、これは、因果関係論によって解決される問題ではない。

次に、超越的因果関係について、条件説による因果関係判断はかなり明確である。例えば、妻Ａは夫Ｂを殺害するために、致死量の慢性毒を入れたチャーハンをＢに食べさせた。Ｂはこれを食べた後、散歩中に、Ａの愛人であるＣに射殺された。条件説から見れば、妻Ａが毒により夫Ｂを殺害する因果経過はすでに開始している。だが、愛人Ｃによる射殺行為は、Ｂの死を独立のものに繰り上げた。この具体的な殺人既遂の構成要件的結果について、投毒行為がなかったと観念することはできるが、射殺行為ならこのように観念することはできない。したがって、Ａが毒を盛った行為とＢの死との間には、因果関係がない。「一言でいえば、超越的因果関係の中に因果関係がないという結論は、条件説の例外ではなく、条件説を活用した結果である」[59]。むろん、これはＡの行為が犯罪でないということを意味するわけではなく、Ａは殺人未遂罪で処罰されるべきである。なぜなら、これは典型的な因果関係の錯誤だからである[60]。

また、仮定的因果関係について、条件説の結論は簡潔で説得力を有する。例えば、電気椅子で死刑囚に死刑を執行する前に、被害者の父が復讐のために、執行官を隣に押しのけてから電気椅子のボタンを押し、その結果、電流により死刑囚が死亡したとしよう。これは、日本刑法の教科書における典型的な事例である。多くの学者は、条件説を基礎とする場合に、スイッチを押す行為と死刑囚の死亡との間に因果関係があることを肯定しにくいと考えている[61]。これは条件説に対する誤解といえるであろう。条件説によれば、執行官がボタンを押す前に、被害者の父がボタンを押したという殺人行為は被害者の死亡という結果を早めた独立の介在要素である。このような具体的な、殺人既遂という構成要件的結果に関して、執行官がボタンを押す行為がなかったと観念することはできるが、被害者の父がボタンを押したという殺人行為がなかったと観念することはできない。すなわち、被害者の父がボタンを押した行為と被害者の死亡結果との間には因果関係がある。条件説によれば妥当でない結論に至るとの見解は、主観により余分な内容が付け加えられた(「付け加え禁止説」)。日本において、曾根威彦らの学者はこの問題性を認識し、積極的に「付

[58]鄭逸哲 (2014)『刑法入門』，p50，著者出版．を参照。
[59]前文の引用［34］，林鈺雄書，p121.
[60]梁雲宝 (2014)「反面的構成事実錯誤の識別」，『中国法学』，2014年第５期．を参照。
[61][日]松宮孝明編 (2015)『ハイブリッド刑法総論』(第２版)，p64，法律文化社；[日]山口厚 (2011)『刑法総論』(第２版)，付立慶訳，P《刑法总论》(第２版)，中国人民大学出版社；[日]山中敬一 (2008)『刑法総論』(第２版)，PP256－257，成文堂、等を参照。

け加え禁止説」を唱えている[62]。

合法則的条件説の、上述のような誤りの優越性は、明確性原則を犠牲にすることによって得られたものである。これに対して、批判的見解には鋭いものがある。すなわち、「こうした『合法則的関係』の具体的内容は、もとより全面的に解明されていない。この合法則的関係は、人の直感により推測され詳細な証明がない因果関係を主張するために、単に内容のない公式として用いられることがある。その一方で、その他の状況では、『合法則的関係』を仮定することで、条件公式の前提は、経験的知識の存在という結論をもたらした」[63]。このように、条件説を代替する合法則的条件説には、条件説を越える実質的優位性がなく、しかも、条件説のような苦境から根本的に脱却していない。逆に、同説自体の克服しがたい欠陥のため、疑問と弁解という悪循環に陥っている。これにより、合法則的条件説は、条件説の代替に成功しているとはいえず、因果関係を制限する合理的基底にもなりがたい。後述のように、「合法則的条件説＋客観的帰属論」の因果関係モデルにも優位性がない。

三、経験と規範：刑事因果関係の制限のレベルアップ

条件説の欠陥が認識されたことを契機として、因果関係論を発展させるための修正と代替への途が開かれた。だが、今日まで、代替への途は思いどおりに成功しておらず、条件説により認定された事実的因果関係を基礎としてさらに結果帰属の検討を行うことが、進むことのできる途であると広く認められている。結果帰属論の探索中に見いだされた発展の軌跡は、因果関係の制限が社会学のレベルと刑事政策学のレベルに延長されたことを意味する。つまり、相当因果関係説と客観的帰属論は、条件説の代替を目的とせず、条件説により認定された事実的因果関係に基づいて制限を行うために、社会学と刑事政策学の観点から、刑法上それぞれ意味のある因果関係を選別することを目指すものである。したがって、相当因果関係説と客観的帰属論を準因果関係論と呼ぶこともできるであろう。相当因果関係説が条件説により認定された因果関係の第一次的制限であると考えるならば、客観的帰属論はその第二次的制限である。

(一) 社会学レベルでの制限

条件説の欠陥を契機として、相当因果関係説は社会学の観点から因果関係を制限するものであったが、その趣旨は刑法上の因果関係ではない。相当因果関係説の基本的主張は、刑法上の因果関係を認定する際に、行為と結果との条件関係のほかに、一般人の社会生活上の経験を参考にする必要があり、もし当該行為によって惹起された結果が相当であるならば、因果関係があると認定される、というものである。もともと、相当因果関係説は刑法に取り入れられた概念であり、ドイツの学者 v. Kries は、刑法上採用された条件説の（特に結果的加重犯の場合の）苦境を克服するために、19 世紀 80 年代末に当時民法で用いられていた、過失があるか否かを判断する（Gefährdungshaftung〔危殆化責任——訳者〕）因果関係の視点を刑法に導入した[64]。その後、この視点はドイツで Sauer と v. Hipel などの学者により支持されたが[65]、裁判実務ではこの理論は認められなかった。これと異なり、相当因果関係説は、日本および中国の台湾地域の裁判でよく用いられており、理論

[62] ［日］曾根威彦（2005）『刑法学の基礎』，黎宏訳、P184，法律出版社を参照。
[63]前文の引用［41］，Eric Hilgendorf 書，P274.
[64]前引［38］，汉斯·海因里希·耶赛克等书，第 348-349 页。
[65]前引［23］，约翰内斯·韦塞尔斯书，第 102 页。

上も影響力がある。上述のように、自然科学から大きな影響を受けた刑法上の因果関係は、客観的なレベルで制限される。相当因果関係説が条件説を修正するために刑法に導入されたときも、このような特徴をはっきりと有していた。相当因果関係説は、可能性論の原理のもとに構築され、可能性論は、数学の確率論から導き出されたものである[66]。社会生活経験により判断される相当性は、一種の可能性概念または確率概念であり、その趣旨は、一定時期に繰り返し生じる現象あるいはこれと類似の現象の総体であり、基本的に、統計学の意味における結論の相対的確実性を有しており、したがって、自然科学に要求される結論の可証（弁）性と一致し、相当因果関係説は厳格な客観性を有する。ゆえに、この考えは相当性がないため発生しない条件、または偶然にしか発生しない条件を排除し、「因果関係は客観的である」という確信をできるかぎり掘り崩さない。この意味で、相当因果関係説は、事実的存在論の性質を維持していると考えられ[67]、合理的な要素が欠けるところはないように思われる。ドイツにおける初期の学説によると、相当因果関係説が、因果関係の根底にある問題だということである[68]。これはその点と関係があるであろう。

むろん、相当性による内包は、すでに経験的な社会学のレベルにまで及んでいた。自然科学は万能ではなく、自然科学以外に社会学も、「実然規範」（規律）の研究・検討を行う。「経験的社会研究は社会グループの事実的行為を判断し、その結果を『社会』規範と呼ぶ。こうした規範は、まず通常人もしくは多数人の事実的行為だけを表し、確定されるのは事実であって、必然ではない。多数人の行為は『通常』とみなされる[69]。特筆すべきは、これが方法論の側面で重要な意味がある、ということである。事実的因果を基礎にして、行為者を理性的人間（社会一般人/平均人）と仮定し、何らかの行為が客観的に結果の発生を回避できたと考察し、刑法上の因果関係を制限する。これにより、単に存在論上の行為者の認識可能性もしくは認識可能性が、決定的な役割を果たすことができないという点が明らかとなった。例えば、「パチンコによる傷害事件」では、社会学上の因果関係を判断するとすれば、統計学の意味において、事件発生前に、物干しの周りに人が現れる頻度、便所の実際の使用率などを調査するだけではなく、規範が及んでいない場所（特に事件現場）でパチンコ（規制されていない器具）の練習をする際に、保護措置を講じるか否か、あるいはどのような措置を講じるかについて、一般人の認識も調査する。規範が及んでいない場所でパチンコの練習をするために必要な保護措置を講じるべきか否かに関する行為者の認識は、刑法上の因果関係を制限することに重点を置いたものではない。さらに、A は、小型トラックで法定速度を超えて走行中に、前方の道路および通行人の動きを十分に観察することができなかった。それゆえに、道路で歩行中の B の肩が、A の車の右側のバックミラーと衝突して B は転倒し（て軽傷を負い）、その後、同トッラクの後方を正常に走行していた C のトッラクにひかれて B は死亡した、とする[70]。この場合には、A・C の行為と B の死亡結果との間の因果関係は、単純な自然科学法則により解決されるわけではない。それに応じて、因果関係があるか否かの判断と、相当因果関係があるか否かとの結び付きが明らかになる。実際に、たとえ客観的帰属が認められた後であるとしても、蓋然原理に基づきマイナス排除方式を利用し、不普遍・異常・奇怪な因果的つながりを偶然発生した条件とみなし、相当性がないゆえに排除したとしても、この考えには価値がある。

社会学レベルでの相当因果関係判断が、刑法上の因果関係の範囲を制限する場合に、強

[66]参见［美］H. L. A. Hart · Tony Honore：《法律中的因果关系》，张绍谦、孙战国译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 423 页。
[67]参见［日］曽根威彦：『刑法総論』，弘文堂 2008 年版，第 79 頁。
[68]参见黄荣坚：《刑法问题与利益思考》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 84 页。
[69]前引［2］，魏德士书，第 47 页。
[70]参见丁栋生、张达伟：《碰撞致他人被后面车辆碾死如何定性》，载《检察日报》2005 年 3 月 4 日版。

力な「帰責」属性を帯びていることは容易にみてとれる。そもそも、同属性は「生来の」ものである。相当因果関係説が刑法に導入される以前の民法上の理論であり、同説が無過失責任を解決するために利用され、無過失責任において責任が結果発生の要素だけを示すことができる[71]。つまり、同説は、「結果帰属」の問題を解決することができるのである。ドイツのRichard Honigは、「相当因果関係説は経験法則により相当因果関係を判断するわけであるが、これは一種の解釈原則であり、存在論上の因果関係概念以外の評価概念である。だが、相当因果関係説の論者ですらこの点に気付いていない」と指摘した[72]。この意味では、相当因果関係説を条件説と同じレベルに置く観点・方法を実現することも難しい。

これ以外に、「相当性」の判断基底について、学説上は、主観説、客観説および折衷説の対立がある。そのうち、主観説は、行為時に行為者が認識していた事情、および認識しえた事情を相当性判断の基礎とする立場である。客観説は、行為時に存在したすべての事情、および行為後の予測可能な事情を相当性判断の基礎とする立場である。折衷説は、行為時に一般人が認識しえた事情、および、一般人は認識できないが、行為者が特に認識していた事情を相当性判断の基礎とする立場である。結果帰属により重点を置いて解決されるのは、どの行為が客観的合理的に結果発生を回避できるか、すなわち、社会学レベルでの行為者ではなく、一般人の認識が決定的であり、そのため、相当性の判断基底に関する３つの説の優劣を見極めることは難しくない。

（二）刑法政策レベルにおける第二次的制限

刑法上の因果関係に対する制限は、経験的社会学のレベルにまで延長されている。それでは、社会学レベルでの制限は、因果関係を制限する終着点を意味するのか。答えは否である。社会学レベルでの欠陥があるがゆえに、相当因果関係は、因果関係の制限にとって依然として力量不足である。これは、因果関係の実質的制限が刑事政策レベルにまで及ぶことを推し進めるものである。

最良の刑事政策とは最良の社会政策である（Liszt, F. v.）。刑事政策の目的は特定の価値観を含んでおり、そのため、「社会をつくる」ことは、刑事政策学の重要な役割であると広くみなされている。これは、規範的刑事政策学と経験的社会学との重要な区別であり、社会学が果たすことのできない役割でもある。「社会をつくる」ことにおいて、刑事政策は「当為規範」の属性を有し、「刑事政策は、何かしらの統計の平均値、自然および歴史の規律を叙述するものではなく、行為命令を規定し、または語句を確定する。これらの行政命令または確定の語句は、規範的に、拘束力のある形で形成された意識を含むものである」[73]。経験的社会学は、「社会をつくる」役割を果たすことができず、このため、このレベルでの相当因果関係説では、刑法上の因果関係の制限における欠陥を克服することは難しい。

因果関係の制限において、相当因果関係説が不十分である点につき、中国の学者・周光権教授はその理由を以下の４点にまとめた。すなわち、規範判断の精度が高くないこと、構成要件的行為（実行行為）を判断する具体的基準が欠けること、犯罪成立要件の判断における「位階性」を無視していること、および、一部の事案処理において刑事政策上の要求を考慮していないこと、がそれである[74]。特筆すべきは、客観的帰属論との比較という意味では、上記のまとめには大きな問題はない、ということである。だが、日本の刑法理論ではすでに完全な「実行行為」概念が生み出されており[75]、しかも、因果関係は「因」と「果」を離れないが、ただ両者の間の「ものごと」でり、相当因果関係説に実行行為の判断基準の提供を要求するためには、再度議論する必要がある。

直観的に考えれば、相当因果関係説の判断基準がはっきりしていないということは、公知の欠陥である。例えば、相当因果関係説を採用する西田典之教授は、「因果経過・介在事情が稀有であるかは相対的である。介入事情が稀有であっても、それが行為によって『支配』『誘発』されたのであれば、介在事情の異常性は緩和され通常性に転化し得るのである」[76]。こうした理論の思弁的合理性は、法執行者の恣意を有効に拘束することが難しい。この欠陥の背後にあるよりいっそう深い原因は、相当因果関係説が規範ではなく、数学上の蓋然性原理をもとに構築されている点にある。しかし、単なる蓋然性の高さと経験性を叙述することによって、相当性の明確な判断基準が提供されるわけではない[77]。これは、一定の社会的相当性を有する因果経過の場合に、よりいっそうはっきりとする。例えば、江西省の南昌にある無許可のタクシー運転手は、３名の女子大生を送迎し、その間に「妓楼に売ってやろうか」、「村に売って村民の嫁にしよう」などという「冗談」を途切れなく言い続けた。そのうちの学生の１人は、怖くなって慌てて車から跳び出して重傷を負った。警察側は、重過失傷害の疑いで、この運転手に刑事拘留を命じたが、検察側は逮捕申請を認めなかった。その理由は、運転手の冗談行為と重傷結果との間には刑法上の因果関係がなく、それは偶然による事故だったからである。学者らの意見にはさらに食い違いがみられる[78]。その後まもなく、運転手は、重過失致傷罪で逮捕された[79]。上述した立場の転換は、刑法上の因果関係に対する異なる認定と直接関係があり、そのことは明白であるが、この２つの異なる結論は、相当性の判断基準の不明確さによるものである。

相当性判断の不明確さゆえに、民法において広く活用されていた相当因果関係説は、新たな理論に取って代わられた。その原因は、結果帰属の認定について、社会学レベルでの相当因果関係説において、方法と目的が調和していないことによる。すなわち、経験的方法が因果関係を合理的に制限するという目的を果たすことは、かなり困難である。これにより浴びせられた批判については多言を要しない。例えば、相当性を広義の相当性と狭義の相当性とに分け、ドイツで大きな影響を及ぼしたのは、Karl Engischである。Engischに対しては、以下のような批判的意見がある。すなわち、「Engischは、実質的には、相当性説が等価説を見直す唯一の手段として、いまだ不十分であることを認めていた。なぜなら、それは一部の事案において、行為と結果との間に高度の蓋然性があり、因果関係を客観的に完全に予見でき、だが、これらの事案では、刑法において行為者に結果責任を負わせることは、刑事政策上合理的ではないからである」、と[80]。この点で、相当因果関係

---

[71]前引[38]，汉斯·海因里希·耶赛克等书，第349页。
[72]转引自许玉秀：《主观与客观之间》，法律出版社2008年版，第178页。
[73]前引[2]，魏德士书，第134页。
[74]前引[18]，周光权文。

[75]参见[日]西原春夫：《犯罪实行行为论》，戴波、江溯译，北京大学出版社2006年版，第13页以下。
[76][日]西田典之（2007）『日本刑法総論』，劉明祥・王昭武訳，p80，中国人民大学出版社.
[77]歴史的には、これによる弊害は早期に明らかにされた。例えば、v. Kriesは、原因が顕著に増加するというだけで、結果発生の蓋然性は相当性を有すると主張している。その一方で、Tarnowskiらは、蓋然性がきわめてわずかに増加しただけで、ある条件を相当な原因とするのは十分である、と主張している。前文の引用[66]，H.L.A・Hartほか書，p439.
[78]作者不詳『江西のある無許可運転手が女子に対し妓楼に売りとばすとの冗談。女子は車から飛び降りて植物人間に』，http://www.jxcn.cn/system/2014/08/14/013268695.shtml 2017年3月16日アクセス.を参照。
[79]許卓『女子大学生が無許可の運転手に脅され、車から飛び降りて植物人間に。「脅迫」者は逮捕』http://jiangxi.jxnews.com.cn/system/2014/09/16/013329296.shtml，2017年4月10日アクセス.を参照。
[80][ドイツ]Schünemann『客観的帰属について』，許玉秀・陳志輝編『一生懸命法律と正義のために献身する——許乃曼教授刑事法論文集』，PP549－550，台北新学林出版株式有限公司.

説の欠陥と、中国の伝統的な「必然－偶然」因果関係論は共通する。張明楷教授は、「『偶然的因果関係』をどのように判断するかについては、まだ研究する必要がある。このほか、偶然的因果関係説は、基本的に事実判断であり、同様に規範的判断が欠ける」と批判した[81]。

これにより、結果帰属の認定において、刑事政策の規範を内包させることは、避けられないであろう。今日、この方向において、修正された相当因果関係説と客観的帰属論は異なるルートである。そのうち、前者について、その基本的な立場は、相当因果関係説に規範を内包させることであり、しかも相当性判断の名のもとに、刑法解釈論上の構造を整え、かつ再構成するものである。例えば、多数の学者は、注意規範の保護目的を相当因果関係説の範囲に含めた。興味深いのは、学説史上、民事責任の限界が不明確であるという相当因果関係説の問題点を克服するために、責任の程度を判断する際に規範の目的を考えるべきであるという代替性説が提唱され、かつ活用されたという点である[82]。その後、この考えは刑法上の客観的帰属論にまで影響を与えた。したがって、刑法上の相当因果関係説には、規範の保護目的という内容が生来的に備わっていたわけではない。しかも、社会学レベルでの立場から見れば、注意規範の保護目的という規範と密接な関係にある内容は、相当因果関係説の中に入れることはできない。また、客観的帰属論にすでに吸収された規範レベルでの「結果回避可能性」は[83]、相当性の判断基底とされた。実に多くの日本の刑法学者は、この問題を見逃していない。佐伯仁志教授は、「日本において、一般に刑法上の因果関係は事実的因果判断を含むだけではなく、結果帰属の判断をも含めていると考えられる。しかも、最近の相当因果関係説は、実は客観的帰属論の内容を取り入れている」旨を指摘した[84]。井田良教授、吉田敏雄名誉教授も同じような意見を述べた[85]。さらに、山中敬一名誉教授は、学説上は相当因果関係の中に、客観帰属論を取り入れているだけではなく、実務も客観帰属論に助けを求めていたと指摘した[86]。この現象は、中国の台湾でもみられる。換言すれば、相当因果関係説は、中国の台湾において、依然として、裁判実務の基本的立場である。だが、近年の実務は、次第に客観的帰属論に傾斜してきており、実際の判断では、「規範の保護目的」、「合法的代替手段」または「結果回避可能性」などの客観的帰属論の審査方式を活用し、これにより相当因果関係への内包が拡大・変更された[87]。中国大陸においては、劉艷紅教授も上述の意味での相当因果関係説を提唱した。すなわち、相当因果関係説の判断は「明らかに、純粋な自然科学的蓋然的レベルでのロジック推論ではなく、価値中立的形式的な考慮でもなく、行為者により実際に引き起こされた客観的事実をもとに、しかも行為者の予見可能性と結果回避可能性などを刑法規範レベルで思索し、そして刑事政策、法律の目的などを借用して、結果を行為者に帰責するか否

[81]前文の引用［16］，張明楷書，P175.
[82]前文の引用[38]，Hans-Heinrich Jescheck ほか書，P349；蘇俊雄（(1998)『刑法総論 II』（修正版），p105，作者 1998 年版、等。日本の山中敬一教授らにより提唱された規範の保護目的論は、当初は刑法学の見解から生まれたが、広くは支持されていない。
[83]結果回避可能性は、かつて伝統的過失論において、過失犯を判断する要件の１つとして掲げられたものであり、その後、不法リスクを実現するための下位基準の１つとして客観的帰属論に吸収された。前文の引用[34]林钰雄書，p384．相当因果関係説は、すでに結果回避可能性を検討するものであったが、主に経験的社会学レベルにおいてこれを行った。
[84][日]佐伯仁志（2004）「因果関係（2）」，『法学教室』第 287 号.
[85][日]井田良（1999）『犯罪論の現在と目的的行為論』，p79 以下，成文堂；[日] 吉田敏雄（2010）「因果関係と客観的帰属」（下），『北海学園大学学園論集』2010 年第 146 号．ご参考ください。
[86][日]山中敬一：『日本刑法学における相当因果関係の危機と客観的帰属論の台頭』，林東茂ほか（1998）『犯罪と刑罰：林山田教授還暦祝賀論文集』，台北五南図书出版公司，p34 以下．を参照。
[87]参见王皇玉：《刑法总则》，台北新学林出版股份有限公司 2014 年版，第 185 页。

かを判断するものであり、実質的には帰責の問題である」[88]。この意味からすると、学説上有力な客観的相当因果関係説であれ、主流の折衷的相当因果関係説であれ、規範論を内包することにより、修正された相当因果関係説となった。もちろん、規範に内包されることにより、相当因果関係説本来の相当因果関係の認定範囲は狭まった。

後者について一般に、客観的帰属論は、「行為者の行為は、行為の対象に許された危険以外の危険を創出した場合にだけ、行為者により惹起された結果が、客観的構成要件に帰属されうる」[89]。ドイツにおいて、客観的帰属論に関する文献は非常に豊富であるが、真の意味で海外にも影響を与えたのは Claus Roxin の（現代的な）客観的帰属論である。この理論は、法的に許されない危険の創出、危険の実現、および、構成要件の効力範囲内にあるものとして構成される[90]。これは、本質的な規範判断論である。その源流を遡ると、新カント主義が新古典的・目的的犯罪論体系的な基礎であり、この主義は、文化的価値観と概念の上では、明確でないという問題がある。それゆえ、刑法体系特有の刑事不法基準により代替される必要があるが、この基準は、現代刑事政策の基礎となった現代刑罰目的論である[91]。それと同時に、刑事政策と刑法体系の関係について、Roxin は、「個別的犯罪類型――構成要件該当性・違法性・有責性――を刑事政策の機能的視点から観察し、展開し、体系化する」ことを試みた[92]。「刑事政策の目的設定（主に予防の考慮）に解釈論上の努力を導入した」という指導的背景のもとに、客観面において、法益侵害結果を行為者に帰属すべきか否かの判断を行う際に一般予防の理念を貫徹し、しかもこうした帰属は、行為者が規範の要求に違反したか否かに基づいて判断された。現行「法のもとでは、因果関係のような概念であっても、規範性を有し、しかも立法者または法実務家は、因果関係に一定の限度で刑事政策上の要求を適合させることができる」[93]。これに対して、ある日本の学者は、大要以下のように総括した。すなわち、客観的帰属論とは、「体系性、政策性という観念のもとに、各種事案から具体的な下位基準を体系化し、目的理性の立場から、規範的・事実的視点を基づき帰属基準を意識的に総括する方法論である」、と[94]。そのほか、客観的帰属論の効果も、刑法上の因果関係の成立範囲を制限するものである。同理論の発展途上において、客観的帰属の概念は、因果関係の問題を解決するわけではないと説いた学者がいたが、こうした説明は素直ではない。客観的帰属論の目標は、因果関係に対し、規範性と評価性により制限を行うことである[95]。ただその後、同理論はナチ政権に不当に利用された。第二次世界大戦後、西ヨーロッパにおける伝統的自由主義により、同理論は必要な形で整理され、人権保障理念を取り入れ、よってナチ的色彩が除去されため、活力が取り戻された[96]。目下、客観的帰属論の検討は、必ず「結果」が発生し、かつ「条件関係」が認定されてから開始される。つまり、客観的帰属論は、規範的刑事政策論の視点から、刑法上の因果関係を制限するのである。むろん、例外はある。被害者が特殊な体質を有し、あるいは介在要素が自然や動物侵入・襲撃などである場合には、責任

[88]前引[17]，刘艳红文。
[89][德]托马斯·魏根特：《客观归责—不只是口号？》，载梁根林、[德]埃里克·希尔根多夫主编：《刑法体系与客观归责》，北京大学出版社 2015 年版，第 95-96 页。
[90]前引[3]，克劳斯·罗克辛书，第 237 页以下。
[91]参见周维明：《雅各布斯的客观归责理论研究》，载《环球法律评论》2015 年第 1 期。
[92][德]克劳斯·罗克辛：《刑事政策与刑法体系》，蔡桂生译，中国人民大学出版社 2010 年版，第 20 页。
[93]前引[89]，托马斯·魏根特文，第 103 页。
[94]铃木茂嗣：『刑法総論（犯罪論）』，成文堂 2001 年版，第 87 頁。
『刑法総論（犯罪論）』，成文堂 2001 年版，第 87 頁を参照。
[95]参见[德]k. H. 舒曼：《论刑法中所谓的“客观归属”》，载《清华法律评论》编委会编：《清华法律评论》（第六卷 第一辑），清华大学出版社 2012 年版，第 223-224 页。
[96]参见梁云宝：《客观归属论之要义：因果关系的限缩》，载《法学》2014 年第 1 期。

主体が相対的に欠けるため、刑事政策の影響は、刑法上の因果関係の認定を相対的に慎重なものとする。今日まで、ドイツの判例は、おおむね同じような立場を示してきた[97]。全体的にみて、相当因果関係説が刑法上の因果関係に対する第一次的制限であるとすれば、客観的帰属論は、第二次的制限のための理論である。さらに、条件説の後の、因果関係論の基本的発展ないし軌跡は、条件説によって規定された因果関係の範囲を、実質的に制限する理論であり、刑法上意義を有する因果関係論である。そのうち、相当因果関係説は、条件説によって確定された因果関係の第一次的制限であり、客観的帰属論は第二次的制限である。

四、択一と折衷：中国における刑事因果関係論の方向性

(一) ２つの途における違いの本質

前述の分析で述べたように、修正された相当因果関係説と客観的帰属論は、規範を内包してから、「帰責」レベルで因果関係を制限する２つの理論である。全体的にみて、ドイツと日本の刑法理論は、異なる選択を下した。ドイツにおいて、客観的帰属論は、学説上の通説である。これに対して日本の場合、相当因果関係説は、学説上も実務上も通説であり[98]、しかも、本質的には修正された相当因果関係説である。では、２つの途から１つを選ぶことについて、この２つの途の違いは一体何であろうか。これは、中国刑法の因果関係論が発展する過程を探索しなければ解決できない問題である。私見によれば、刑事政策学レベルで規範を内包させる条件のもとで、これらの違いの本質は、結果帰属を判断する際に、どちらがよりいっそう明確な刑法解釈論上の基準を提供することができるか、にある。

修正された相当因果関係説は、規範を内包するものであるが、結果帰属の判断にとって明確な解釈論的基準を有効に提供したとはいえないように思われる。一方で、同説には依然として「生来」の欠陥がある。上述のように、刑法に取り入れられた相当因果関係説は、当初は、民法上の無過失責任の問題を解決するために用いられた理論である。無過失の場合、責任は結果発生の要素だけを指し、しかも責任を負うかどうかを考えるうえでは、行為者の主観的過失を考える必要はない。だが、刑法上は、主観的故意または過失がなければ結果犯は成立しえない。これは、刑事責任が結果発生を引き起こした要素を指すだけでなく、主観的故意または過失（民法における過失責任に等しい）をも指し、しかも責任を負うのは、主観的故意または過失を必ず考慮するということを意味する。これにより提起された問題は、刑法において、相当性基準で解決される因果関係の問題が、故意または過失の概念を検討することによって、ほぼ同じ結論を導き出せるということである。実はその後、民法における相当因果関係説の適用範囲の変動も、この問題を適切に解決することができなかった[99]。刑事法の領域において、相当性基準が不明確であるという欠陥は、かえって上述のような考え、ないし道筋を発展させた。特に、相当性判断が困難であるとき、過失犯論から解決の方法が求められた。これにより、殺人犯を生んだ母親は刑事責任を負わない。なぜなら、殺人の主観的構成要件の故意が欠けるからである。日本において、西田典之教授は、相当性あるいは過失の存在を否定すれば、問題を解決することができると考える[100]。中国では、この問題に気付いた学者もいる。例えば、相当性基準が不明確

[97]参见[德]布莱恩·瓦利留斯：《因果关系与客观归责》，载梁根林、[德]埃里克·希尔根多夫主编：《刑法体系与客观归责》，北京大学出版社 2015 年版，第 130 页。
[98]前文の引用[24]，辰井聡子書，p58.
[99]前文の引用[66]，H.L.A. Hartほか書，p432.
[100]前引[76]，西田典之书，第 85 页。

であるがゆえに、異常な因果関係を排除する場合、主観的構成要件の検討が必要であり、特に「予見可能性」という概念を頼りにしないと、帰属を排除することができない、と主張されている[101]。その後ドイツにおいて、刑法理論は、この問題を事後的に考察する因果関係の問題とせずに、「社会的相当性」という概念を故意・過失概念の領域に導入し、構成要件の問題として処理している[102]。これと同時に、1953 年のドイツの第３次刑法一部改正法では、結果的加重犯の改正に伴い、相当因果関係説は、ドイツ刑法においてほぼ認められていない[103]。

その一方で、同説は、相当性基準が不明確であるという問題を依然として解決できていない。上述の通り、伝統的な相当因果関係説は、蓋然性の高さと経験的叙述によって因果関係を評価しているが、これは基準が不明確であるという点に欠陥がある。規範の内包を受け入れて以降、そうした内包は、もともとの経験的内包と、補完的または代替的関係にある。(1) 前者であれば、それは、社会学から得られた同説の経験的基礎を動揺させるものではない。だが、問題は、伝統的因果関係説における判断基準の不明確さという欠陥は、まさにこの経験的基礎に由来するものである。経験の通常性は、一般に蓋然の高さ・異常性の程度・寄与度の大きさなどを明確に示すことができず、判断時の基準ではなく、注意すべき要素であり、相当性の判断基準は何であるかが明確でない[104]。それと同時に、規範の内包は、本来の問題を解決できないうえに、新たな問題を引き起こした。例えば、人質を助けるために、テロ犯罪の被疑者への拷問を認める場合は、無罪論が有力な見解である。その理由は、正当防衛が成立するからであり、すなわち相当因果関係が肯定される。これと異なるのは次の事例である。すなわち、テロリストは人質 A を拉致し、政府に身代金と拘留された仲間の釈放を要求し、さもなければ、A を殺すと脅迫したが、政府の総理 B は関係部局にこの不法な要求を拒否するよう指示し、これにより A は殺害された、としよう[105]。B には犯罪が成立しないというのが学説上の通説である。つまり、B の行為と、A の死亡結果との間の相当因果関係は否定された。だが、肯定か否定かという判断に至る結論は、裁判官による正確な蓋然性の数学的統計に基づくものではなく、これは価値観の選択である。これに対して、ドイツの Günther Jakobs は、相当因果関係説には規範の内包を根本的に受け付けていない、すなわち、同理論は、統計学上の基準と一般人の感知により因果関係を評価し、この基準の規範的相関性を解釈することはできない、と批判した[106]。ドイツ連邦通常裁判所はこの批判的立場を支持した[107]。日本の山中敬一教授も、いわゆる相当因果関係説の危機に対し、規範的客観的帰属論の内容を盛り込むという修正は、転機ではなく、同説の「内部崩壊」につながりかねない旨を指摘する[108]。本質的には、これは、経験的内容を因果関係判断における主導的作用とするのを空洞化あるいは断念するものであり、規範的内容は、経験的内容を補足するというより、実際には代替するというべきである。つまり、経験的内容の主導的作用を堅持するか断念するかによって、修正された相当因果関係説は、伝統的な相当因果関係説の旧来の方式に回帰するか、あるいは同説の名のもとに、実際には客観的帰属論になる、ということである。この意味で、相当因果関係説によって、結果帰属の判断時に必要とされる刑法解釈論的基準を提供すること

[101]前引[87]，王皇玉书，第 182 页。
[102]参见苏俊雄：《刑法总论 II》（修正版），作者 1998 年版，第 104 页。
[103]前引[97]，布莱恩·瓦利留斯文，第 128 页。
[104]参见[日]山中敬一：『刑法における客観的帰属の理論』，成文堂 1997 年版，第 85 頁。
[105]转引自周光权：《行为无价值论与客观归责理论》，载《清华法学》2015 年第 1 期。
[106]前文の引用[91]，周维明文。
[107]前文の引用[23]，Johannes Wessels書，p102.
[108]前文の引用[86]，山中敬一文，pp55-56.

には優位性がある、ということは誤りである。

（2）後者であれば、これは、本質的には客観的帰属論を採用することに等しい。代表的なのは、山口厚教授の「危険の現実化」説である。同説は、事実連関と規範の限定という２つの段階をもとに、「行為の危険性が結果へと現実に転化したか」を基準として、因果関係の判断を展開する。すなわち、因果関係において順番に検討されるのは、起点としての構成要件的行為（実行行為）、事実的関係としての因果関係（条件説）、危険の現実化としての因果関係（相当因果関係説）という３つの内容である[109]。形式的にみれば、この説は危険の現実化によって相当性の解釈論的構成を補充する見解であり、修正された相当因果関係説に属する。だが、西田典之教授は、ドイツの客観的帰属論を説明した際に、「この理論〔客観的帰属論――筆者〕の核心は、許されない危険の創出とその結果への実現であるが、それは、わが国〔日本〕における実行行為性の判断と相当因果関係論に対応するものといえよう」と指摘した[110]。これと比較すれば、山口教授の因果関係に関する見解は、客観的帰属論とあまり変わらない。これに対して、山口教授自身も、「このような立場は、規範的考慮に基づき結果の行為への帰属を問う客観的帰属論……ともはや差はない」と認めている[111]。そうである以上、相当因果関係説が結果帰属判断に必要な刑法解釈論的基準を提供するために、依然として比較的優位性があると考えることは、明らかに誤っている。

客観的帰属論についても、結果帰属の判断にとってすでに必要な解釈論的基準を提供したとはいえないように思われる。これは、少なくとも以下の３つの内容を含む。(1) 客観的帰属論の内部は比較的雑然としている。客観的帰属論は、表面的にみれば明晰であるが、その内部は相当雑然としている。Roxin は、客観的帰属論を設計した際に、規範の保護目的、被害者による自傷、被害者の同意取得、第三者責任などの概念を慎重に用い、しかも違法性における正当化事由との区別を図ったにもかかわらず、厳しい批判に晒された。しかも、許された危険によって引き起こされた各原則間の重なり合いのため[112]、同理論の内部はよりいっそう雑然となった。これに対して、Eric Hilgendorf は、客観的帰属論を「構成要件と正当化事由の未解決問題を積み残したユーティリティールーム」と評した。さらに、Gerhard Seher は、目下「この概念の具体化にとって本質的な貢献を果たした著作は珍しい」[113]という。同様に、Thomas Weigend は、「『客観的帰属』には、解釈論上、確立した規則がない」と考える[114]。

(2) 客観的帰属論は、故意犯と過失犯に同じように適用されるべきか否か。Yesid Reyes によれば、客観的帰属論は、故意犯と過失犯に等しく適用されるべきである[115]。Roxin は、客観的帰属論が「主として過失犯に」、場合によっては一部の故意犯に適用される、と考える[116]。Bernd Schünemann によれば、故意犯の帰属基準と過失犯のそれとは異なるので、客観的帰属論は故意犯と過失犯に等しく適用されるべきではない[117]。現在、故意犯と過失犯をめぐっては、客観的帰属論の適用において違いがあるべきとの見解が有力になりつつあるが、具体的には、いかにして両者を使い分けるべきかについて、一致した結論は依然として出ていない。

[109]参见[日]山口厚『刑法総論』(第２版)，付立慶訳，pp58-60，中国人民大学出版社.
[110]前文の引用[76]，西田典之書，p85.
[111]前文の引用［109］，山口厚書，p59.
[112]前文の引用［72］，許玉秀書，pp206―207.
[113]前文の引用［89］，Thomas Weigend 文，p95.
[114]前文［89］Thomas Weigend 文，p104.
[115]前文の引用［72］，許玉秀書、p209.
[116]前文の引用［3］，Claus Roxin 書，p246.
[117]前文の引用［80］，Bernd Schünemann 文，pp557－558.

(3) 客観的帰属論は、階層的犯罪論における各階層間の混乱した関係をもたらしたおそれがある。「刑法学の伝統的認識によると、客観的帰属を通じて、構成要件該当性と違法性の間に、許されない混合現象が表れた。危険の減少という客観的帰属の内容は、その典型例である」[118]。実際にこれは、同理論と「正当化原理」との体系上の衝突から生じた結果である。

したがって、規範的刑事政策のレベルにおいて、結果帰属判断の明確な解釈論的基準を提供することに関して、修正された相当因果関係説と客観的帰属論のうち、どちらが比較的優位性がある、と断言することはできない。しかし、帰属論が刑法上の因果関係論に必要な内容となって以来、修正された相当因果関係説は、客観的帰属から発展した下位基準と内容を採用しなければ、これを改善することはできない。だが、同説が、理論的基礎に対する異なる選択から生まれたという結果に照らすと、伝統的な相当因果関係説のかつての途に回帰するか、それとも、本質的に客観的帰属論に傾斜するか、となる。これに対して、客観的帰属論の修正は、修正された相当因果関係説の下位基準を必ず利用しなければならないという必然性はない。このほか、相当性という要素と客観的帰属論は、相互に排斥し合うわけではない。経験的内容による相当性判断は、依然として帰属基準の１つであり、主として異常な因果経過を排除するのに有益である[119]。例えば、重症の甲を救助するために、救急車の運転手乙は、速度制限が毎時 70km の通りを毎時 100km の速度で運転していたが、それゆえに丙を跳ね、同人に重傷を負わせたとしよう。この例について、条件説によれば、乙の運転行為と丙の重傷との間に因果関係があるか否かだけを判断すればよく、その結論として、両者の間には因果関係がある。また、相当因果関係説によれば、乙の速度違反行為と丙の重傷との間に相当性があるか否かを判断し、結論としては、刑法上意義を有する因果関係がある。さらに、客観的帰属論からみれば、重傷の甲を救助するために、制限速度が毎時 70 km の通りを救急車で毎時 100km で運転した行為が、法律上許可されるか否かを判断し、結論としては、刑法上意義を有する因果関係がないということになる。そのため、ドイツの判例は、今日もなお、客観的帰属論を支持するか、それとも反対するかを明言しておらず、連邦通常裁判所もこれに対する態度は曖昧である[120]。日本においては、「注意規範の保護目的」、「被害者による危険の引受け」、「中立的行為による共犯」などの問題に関して、判例は、明らかに客観的帰属論に傾倒している兆しがみられる[121]。この意味で、客観的帰属論に以下のような態度を示すことが、よりいっそう妥当である。すなわち、論争のなかで客観的帰属論を発展させ、その発展の中で論争を解決する、ということがそれである。

（二）帰属レベルで解釈論的構造を補足するという途

上述のように、中国の伝統的な因果関係理論には、必要な解釈論的構造が欠け、この欠陥を克服するために、学説上は、補足説と代替説という２つの策が示されている。補足説について、そこにいう補足の内容は、経験的内容に限らず、規範的内容をも含む。実は、中国の伝統的な因果関係論は、因果関係は客観的であるとの認識のもとに、規範の内包に対して慎重なまたは否定的な態度を維持している。これと異なり、中国の裁判官は、実務的知見によってより早く、特定の領域において、規範の内包を用いて結果帰属の判断を行っている。例えば、張興らの拉致事件では[122]、被告人は、人質を移送する途中に交通事

[118]前文の引用［95］，k.H.舒曼文，p230.
[119]前引[97]，布莱恩·瓦利留斯文，第 128 页。
[120]前引[97]，布莱恩·瓦利留斯文，第 129 页。
[121]参见[日]安达光治：《日本刑法中客观归属论的意义》，载《国家检察官学院学报》2017 年第 1 期。
[122]陳進龍（2013）「張興らの拉致事件」，中華人民協和国最高裁判所刑事審判第一庭から第五庭編：『刑事審判参考』，2102 年第 4 集，P39，法律出版社．を参照。

故にあい、これにより人質は衝突により頭蓋骨と脳の損傷を受けて死亡した。裁判所は、交通事故は異常な介在要素であるとし、拉致行為との間には因果関係はなく、拉致行為によって「人質が死亡した」とはしなかった。もう１つの例として、汚水溺死事件[123]と前述した証明書借金事件では、規範的視点から、規範の保護目的論に基づき、裁判官は、刑法上の因果関係がないという最終結論を導き出した。これらの事件はすべて、事実的因果の後に、規範性による結果帰属の判断を取り入れたものといってもよい。しかし、総体的にみれば、補足説の目立った問題は、補足の内容が、問題を一時しのぎの措置により対応するだけで、根本的に解決しようとしていない点にあり、事実的因果と結果帰属の明確な階層性が欠けており、さらには、体系上明確な下位準則が欠けている点にある。今日まで、介在要素がある場合にのみ、補足される内容は、条件説、原因説、相当因果関係説などに関係する。こうした補足によるのでは、伝統的な因果関係論が刑法解釈論的構造に欠けるという問題を体系的かつ有効に解決することは難しい。

代替説については、条件説、相当因果関係説、客観的帰属論があり、中国においてそれぞれの支持者がいる。条件説など海外の因果関係論には、比較的、刑法解釈論上一定の優位性があり、特に一部で問題となっている事案の紛争を収束させる作用があることにかんがみ、したがって、代替説は、中国の司法実務において影響力がないわけではない。例えば、介在要素がある場合に、「最高裁判所は、伝統的理論の『偶然』、『必然』などの概念に惑わされることなく、ドイツと日本の理論を参考にして新たな道を模索している。だが、ドイツと日本における因果関係論は、次々と新たな考え方が表れ、尽きることがないため、最高裁判所は、関連する理論を前にして、原因説と相当因果関係説の選択を躊躇している。そのうち、原因説に賛成したのは最高裁判所の第４刑事部であり、相当因果関係説に賛成したのは第１刑事部と第２刑事部である」[124]。実務による客観的帰属論の採用はすべて「暗黙のうちに処理」された[125]という観点は、片面的であるとの批判を受けて、実務において「客観的帰属」という用語を使用しないこともあったが、実際には、「顕在的客観的帰属方法」[126]を用いたという意見もある。周光権教授らは、客観的帰属論がすでに裁判実務に受け入れられ、しかもそうした裁判例は少なくない、と主張する。代替説は、ただ「帰因」レベルで条件説を用いるものであり、故意と過失によって刑事責任を限定するのは、結果帰属判断の独立した価値を否定することになる。これは疑いもなく、初期の因果関係論に逆行しているということであり、方法論上欠陥があるだけでなく、方向性としても誤りである。現在、代替説における論争は、主として修正された相当因果関係説と客観的帰属論によって展開されている。その争いは海外のそれと比べると本質的に違いがな

[123]本件事案の詳細は、以下の通りである。1999 年に A 県において、ある電気鍍金工場は、環境保護の検査に合格した後、しばらくの間、ひそかに汚水排出口を変更し、汚水をもとの審査により認可された場所から、長い期間をかけて村民たちにより形成された大きな窪みに移動させた。この窪みの東、西、南は、民家のすぐ隣である。A 県の環境保護局局長の甲と環境観察大隊隊長の乙は、ともにクレームを受けたことがある。2006 年から 2007 年の間、同県の環境保護局は、同工場にて現場検査を行い、その汚染状況に基づき、期限内にこれを整理する旨の通知を下したことがある。だが、期限内の整理で効果が上がらなかったのに、法執行者は、さらなる措置を講じなかった。このため、同工場が違法に汚水を排出することが 10 年以上にわたり続いていた。この間、同工場は大量の強酸を含んだ汚水を排出した。2008 年、坑西岸のある村に住んでいた 6 歳の男児は、不注意により坑に転落し救助されたが、救命措置の甲斐なく死亡した。鑑定によると、同男児は、「溺水によって呼吸機能障害が引き起こされ、心不全により死亡した」。しかも水中の酸化物・六価クロムが、窒息の速度を早めたという。
[124]楊海強（2014）「刑事因果関係の認定」,『中国刑事法雑誌』2104 年第 3 期.
[125]熊琦（2102）「『冗談による殺害』事件から見た客観的帰属の『規範の維』」, 陳兴良主編《刑事法判断についての分析》（第 11 巻）, p3 以下, 人民法院出版社.
[126]周光権（2105）「客観的帰属論における中国実務」, 梁根林、[ドイツ]Eric Hilgendorf 主編『刑法体系と客観的帰責』, p74 以下, 北京大学出版社. を参照。

いがゆえに、上述した修正された相当因果関係説と客観的帰属論に関する分析は、同じように適用できる。

言及しなければならないのは、４要件犯罪論体系は、客観的帰属論を採用するうえで実質的な障害となるか、という問題である。肯定説によると、客観的帰属論は、４要件犯罪論の体系内に居場所がなく、階層的犯罪論体系内でのみその居場所を提供することができる[127]。否定説によれば、客観的帰属論は、刑法の「規範的判断方法」を活用したものであり、客観的構成要件の「技術的問題」だけに関係し、しかも結果帰属は、結果犯を評価するための客観的構成要件の必要的要素であると考えるのであれば、客観的帰属論は、特定の結果犯の既遂要件と帰属基準を判断する方法であり、どのような犯罪論体系を採用するかとはあまり関係がない[128]。確かに、４要件犯罪論体系は、階層的犯罪論体系とは異なる。だが、因果関係論の趣旨は、刑事責任の追及に必要な客観的根拠を提供する点にあり、客観的帰属論は階層的犯罪論体系を横断し、４要件犯罪論体系の構造および機能にそぐわないという意見[129]は、事実的因果と結果帰属の区別を混同しているといえよう。しかも、４要件犯罪論体系では結果帰属判断を内包することができないと主張する一方で、修正された相当因果関係説という結果帰属論を提唱することは、明らかに矛盾している。客観的帰属論は、客観的構成要件に対する規範性判断だけであり、中国の裁判実務において、これを明瞭化したり、曖昧化したりしながら結果帰属を行うものである。したがって４要件犯罪論体系が客観的帰属論の適用にとって実質的な障碍でないことは明らかである。客観的帰属論と「正当化原理」は体系上、一定程度衝突するという問題についても、４要件犯罪論体系が客観的帰属論を排除する理由にはならない。なぜなら、これは、４要件犯罪論体系独自の欠陥ではないからである。

ここで、補足説と代替説にあって、補足説の刑法解釈論的構造に体系性を与えるよう同説を再構成しないことには、すなわち、事実的因果と結果帰属の２つの段階において、「必然―偶然」関係、および、「直接―間接」関係の下位基準を改めて探究しないことには、比較的優位性があることを論証できない。補足説とは異なり、代替説の各見解間の争点は、相対的にみて集中している。そのほか、客観的帰属論の因果関係に対する制限は、修正された相当因果説の下位基準を通じてこれを実現する必要はなく、その一方で、経験性に基づく相当性判断は、すでに同説の下位基準の一つとなった。それと同時に、かりに経験的内容の主導的地位を断念しないとなると、修正された相当因果関係説は、伝統的な相当因果関係説のかつての類型に退行することになり、規範性が脆弱であるという欠陥は、結果帰属判断における難問を生じさせる。もしかりに経験的内容の主導的地位を明け渡すとすれば、同説は、本質的には客観的帰属論に変化することになり、残された問題は、相当因果関係説という名称を維持するか否か、だけとなる。したがって、結果帰属を判断する場合、客観的帰属論にはよりいっそうの優位性がある。

客観的帰属論に反対する多数の理由の中に、客観的帰属論が「実行行為」概念と同じく、構成要件の客観面を制限する機能を有しており、そのため、実行行為概念と相当因果関係説を放棄し、客観的帰属論により代替される必要はないという意見があるが、この意見にはかなりの影響力がある[130]。これに対して、中国の周光権教授は、５つの批判理由を提出した[131]。たしかに、客観的帰属論と実行行為は互いに排斥し合うわけではない。もし

[127]陳興良（2009）「客観的帰属の体系的地位」,『法学研究』2009 年第 6 期.
[128]前文の引用［126］, 周光権文、p93.
[129]李冠煜（2017）「中国刑法因果関係論宜采取修正的相当因果关系说」,『政治と法律』2017 年第 2 期. を参照。
[130][日]井田良（2005）『刑法総論の理論構造』, p63, 成文堂. を参照。
[131]前文の引用[126], 周光権文, p92.

そうではなければ、実行行為をもとに構成された二元的犯罪関与体系、故意犯の中止形態などをめぐって混乱が生じるはずであり、理論上、客観的帰属論を採用したドイツでは、そのような事実はない。実のところ、「実行行為は、構成要件に該当し、法益を侵害する切迫した危険がある行為であり、実行行為が類型的には法益侵害行為であるという考え方自体は、客観的帰属論の方法論を借用したものである。」[132]

自覚すべきは、今日まで、因果関係論における学説はすべて完璧ではないということである。因果関係論の発展において、客観的帰属論は単に重要なひとつの段階であり、しかも「学説の発展において、『客観的帰属論』は、決して最後の『因果関係説』ではない」[133]。換言すれば、刑事政策学レベルでの客観的帰属論は、結果帰属判断において大きな方法論的価値を有しており、同理論に内在する欠陥は、結果帰属判断の方法を変えるには遠く及ばない。客観的帰属論は、絶えず自らが完全なものとなるよう修正を行っている。これは、中国の因果関係論の発展にとって、積極的な建設的意味がある。実際に、客観的帰属論は、因果関係を有効に制限することでき、犯罪の成立範囲を狭めるものである。だが、「新刑法には目立った特徴があり、これは刑事法の領域を厳密化し、刑法の社会保障機能を強化する」[134]。近年の刑法改正は、この特徴を抜本的に変えることができなかった。これにより、中国刑法には、犯罪の成立範囲が広すぎるという短所を有する。だが、ここ数年以来、「刑法による一体化」という観念が広がるとともに、寛大さの中に厳格さがあり、厳格さの中に寛大さがあるという刑事政策は、単なる刑事司法上の政策から刑事立法上の政策にまで進化した。犯罪の成立範囲をいかにして適切に制限し、刑法と刑事政策をどのように調和するかについて、中国の刑法学界は終始苦悩し続けている。厳格さと寛大さを備える刑事政策と調和する客観的帰属論には、潜在的価値が隠されている。

つまり、事実的因果と結果帰属の進展にとって、条件説は、客観的な因果プロセスを対象として事実的因果を選別し、相当因果関係説は、社会学の角度から異常な因果経過を取り除き、そして客観的帰属論は、規範の観点から刑法上の因果関係をさらに制限し、これが、形式的な段階的判断となる（伝統的モデル）。相当因果関係を否定することを基礎とし、条件説に対する批判を契機として、合法則的条件説から新たなロジックを作出するわけであるが、これは、条件説と相当因果関係説の判断を一体化することに等しい。だが、新たな問題と古くからの問題とが混在しているがゆえに、同説は、条件説を代替することに成功したとはいえず、すなわち、「合法則的条件説＋客観的帰属論」（ドイツ流の代替モデル）による因果関係判断を採用するべきではない。客観的帰属論を排除する前提として、「条件説＋相当因果関係説」（日本モデル）で刑法上の因果関係の選別を行うわけだが、相当因果関係説の中に含める内容をめぐっては、社会学のレベルと規範レベルで争いがあるため、同説は、伝統的な相当因果関係説に回帰するか、または、本質的には客観的帰属論に傾倒するしかない。よって、中国刑法における因果関係論の発展は、解釈論的構造における伝統的因果関係論の欠陥を埋めるという途に進むことによって実現されるのであり、それは、規範的評価をその内容に取り入れるという途でもあり、事実的因果から結果帰属への推進にあたっては、伝統モデルを採用すべきである。だが、どのようなモデルであっても、事実的因果から結果帰属に至るまで、その趣旨は、刑法上の因果関係の範囲を制限するものである。客観的帰属論にいかに対処するのかをめぐっては、同理論の中に比較的成熟した下位基準を借用すること、例えば、規範の保護目的論などを参考にして、それと同時に中国刑法の現状に基づいてこれを選別・改善することが有益である。

[132]前文の引用[126]，周光権文，p92.
[133]黄常仁（2009）『刑法総論：ロジック分析とシステム論証』，p31，台北新学出版株式有限公司.
[134]儲槐植（1997）「新刑法の社会保護機能」，『法制日報』1997年5月24日第7版.

結　語

今日まで、因果関係論の発展は、自然科学レベルから社会学レベル、さらには刑事政策レベルの推進という、明快な進路を指し示している。自然科学法則は、自然的因果経過を明らかにすることにとって唯一無二の役割を果たし、条件説は、事実的因果関係を判断する基準である。代替条件説については、新たな問題と古くからの問題が混在しているがゆえに、合法則的条件説は成功とはいえないが、条件説は、依然として、刑法上の因果関係を制限する合理的な基礎である。因果関係の判断は、事実的因果のレベルをいったん突破し、結果帰属判断を避けることはできず、したがって、事実的因果判断から結果帰属判断へと進展することとなる。相当因果関係と客観的帰属論はそれぞれ、社会学と刑事政策学の視点から、刑法上の因果関係の範囲を積極的に制限する、結果帰属レベルでの理論である。だが、厳格にいえば、結果帰属判断の理論は、伝統的な意味における因果関係論ではなく、刑法上の因果関係の範囲を限定するという意味では、同理論は、「刑法上意義を有する」因果関係論である。結果帰属レベルで因果関係を制限する客観的帰属論は、過渡的な特徴しか備えておらず、決して、刑法上の因果関係が行きつく最終的な理論ではない。

中国における伝統的な因果関係論は、刑法解釈論上の明確な構造を提供できておらず、しかも、事実的因果と結果帰属という２つレベルの問題が有効に区別されてない。したがって、実務の事案を正確に処理するために、適切かつ実行可能な判断基準を提示できていない。こうした危機に対応するために、中国の伝統的な因果関係論は、補足説と代替説という２つの途を切り開いた。補足説は、事実的因果と結果帰属を有効に区別することができておらず、また、体系上明確な下位基準が欠けている。代替説について、合法則的条件説は、条件説よりも本質的な優位性を備えていないため、「合法則的条件説＋客観的帰属論」というドイツ流の代替モデルを採用すべきではない。それと同時に、修正された相当因果関係説は、「生来の」欠陥からまだ脱却できていない。しかも同説は、規範の内包を認めても、相当性基準が不明確であるという問題を有効に解決できておらず、逆に、同説をめぐって、伝統的な相当因果関係説に回帰するか、それとも本質的に客観的帰属論に傾倒するか、という選択しがたい境遇に陥った。すなわち、「条件説＋修正された相当因果関係説」という日本モデルも採用できない。したがって、中国刑法における因果関係論の発展は、刑法解釈論上の構造において伝統的因果関係論の欠陥を克服するという途に進むことによって実現されるのであり、それは、規範的評価をその内容に取り入れるという途でもあり、事実的因果から結果帰属への推進にあたっては、自然科学レベルから、社会学レベルに、さらには刑事政策レベルへと進展する伝統モデルをよりいっそう妥当なものとして採用すべきである。だが、いずれのモデルによって立つにしても、事実的因果から結果帰属へと進展することの趣旨は、刑法上の因果関係の範囲を制限することでなければならない。

第２セッション

正当防卫の理论と実務問題研究

正当防卫的司法认定：王洪军案与于欢案的对比性考察

陈兴良*

正当防卫制度在我国刑法中占据着十分重要的地位，它被立法机关赋予了鼓励公民与犯罪作斗争的功能。在 1997 年刑法修订过程中，除了在刑法第 20 条第 1 款规定了正当防卫的概念以外，第 2 款规定只有明显超过正当防卫必要限度，造成重大损害的，才构成防卫过当；第 3 款则规定了无过当防卫，即对严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。可以说，立法机关对正当防卫与防卫过当作了十分有利于防卫人的规范设置。那么，在司法实践中，正当防卫与防卫过当的实际认定情况如何呢？这是一个值得研究的问题。本文对王洪军故意伤害案与于欢故意伤害案进行对比，由此考察正当防卫制度在我国司法实践中的实际运作状态。

一、王洪军故意伤害案分析

（一）法院判决

被告人王洪军，又名海龙，男，1979 年 9 月 15 日出生于广西隆林各族自治县，汉族，中专文化，住广西隆林各族自治县兴隆铁合金厂宿舍。因涉嫌犯故意伤害罪，于 2003 年 4 月 23 日被隆林各族自治县公安局刑事拘留，同年 5 月 15 日因隆林各族自治县公安局撤销案件而释放。2007 年 11 月 29 日被隆林各族自治县人民检察院批准逮捕，同年 12 月 13 日被隆林各族自治县公安局执行逮捕。

隆林各族自治县人民法院经审理查明：被告人王洪军于 2003 年 4 月 22 日 23 时许，在龙山街和朋友玩时，接到受害人陆建打来的辱骂电许，双方在电话中发生争吵，后在本县龙山街陆建与被告人王洪军相遇而又发生争吵，经在场人劝阻双方停止争吵。随后陆建就骑一辆摩托车去找黄学梦，并对黄学梦说要打王洪军。尔后两人在兴隆街建行转盘东面（兴隆街 43 号门前）找到被告人王洪军，黄学梦一下车就连打被告人王洪军几巴掌，接着陆建上前朝被告人王洪军头部打一拳，随即两人一起殴打被告人王洪军。有人劝阻后双方停止打斗而互相争吵并往新车站方向走，黄学梦在被告人王洪军和陆建往新车站方向走的同时，在街边的高压线铁塔处捡到一块烂水泥砖，从后面追上来起举砖头对着被告人王洪军，此时陆建又再次挥拳殴打被告人王洪军，被告人王洪军见状拿出钥匙扣，打开挂在锁匙扣上的平南小刀乱捅，分别刺中了黄学梦和陆建，被告人王洪军也被黄学梦砸过来的砖头击中头部。在旁边观看的陈光勇发现陆建和黄学梦两人受了伤，就上前拦住被告人王洪军，夺下被告人王洪军手上的小刀。被告人王洪军随后到公安机关自首。当晚，陆建被送往县医院抢救无效死亡。经法医检验：陆建系脾门动脉被切断后，失血过多，导致循环衰竭休克死亡；被告人王洪军所受损伤为轻微伤。案发后。被告人王洪军亲属补偿被害人亲属人民币 14500 元。

法院认为，故意伤害罪是行为人非法损害他人身体健康的行为，但是为了本人的人身免受正在进行的不法侵害，而对实施不法侵害的人所采取的必要的防卫行为属于正当防卫，不负刑事责任。本案死者陆建在案发前因与被告人王洪军发生争吵，后召集黄学梦前往街上寻找被告人王洪军，扬言要打被告人王洪军，找到被告人王洪军后就对被告人王洪军进行殴打，陆建、黄学梦主观上、行为上明显地实施了不法侵害，而被告人王洪军明显处于被防卫的地

* 北京大学法学院岩梅讲席教授、博士生导师

位。在不法侵害持续过程中，黄学梦举起水泥砖对着被告人王洪军，而陆建挥拳殴打被告人王洪军，黄学梦、陆建的行为有明显危及被告人王洪军的人身安全。而被告人王洪军由于激愤、惧怕的心理作用，对于被害人陆建、黄学梦的不法侵害的意图和危害程度一时难于分辨，在没有办法选择一种恰当的防卫行为的情形下，只是执刀乱舞，虽然造成陆建死亡的损害事实，但相对陆建和黄学梦不法侵害行为的后果而言，未明显超过必要的限度。综上所述，被告人为了本人的人身不受正在进行的不法侵害行为，而针对实施不法侵害行为的人进行防卫，且未明显超过必要限度，被告人的行为具备了正当防卫的客观要件，其行为属正当防卫，不负刑事责任，对被告人王洪军应当宣告无罪。公诉机关指控被告人王洪军犯故意伤害罪的罪名不成立，本院不予支持。在诉讼过程中，附带民事诉讼原告人提出由被告人承担民事赔偿责任的请求，本案中被害人陆建对被告人王洪军实施了不法侵害，而被告人王洪军实施正当防卫过程中致被害人陆建死亡，被告人王洪军依法不应当承担民事赔偿责任，但被告人亲属主动补偿给被害人陆建家属的经济损失，是当事人的自愿行为，不违反法律规定，本院不持异议。被告人王洪军及其辩护人提出的辩护意见有事实及法律依据，本院予以采纳。为保护公民的人身权利不受侵犯，鼓励和支持公民不怕违法犯罪分子的淫威，敢于挺身自卫，见义勇为，积极同违法犯罪行为作斗争，制止不法侵害，依照《中华人民共和国刑法》第二十条第一款之规定，判决如下：被告人王洪军无罪。

（二）案件事实

王洪军故意伤害案发生在 2003 年 4 月 22 日，次日即被公安机关刑事拘留，5 月 15 日公安机关撤销案件而释放。直到 2007 年 11 月 29 日被检察院批准逮捕，同年 12 月 13 日被公安局执行逮捕。这样一张案件进程的时间表，为我对本案处理的艰难曲折过程提供了足够的想象空间。公安机关在第一时间拘留以后，未满 30 日而撤案释放，肯定不是公安机关自身的决定，而是因为检察机关不批准逮捕。当然，在判决书中未指明撤销案件而释放的具体原因，但我贸然猜测是检察机关不批捕的缘故。因此，对于本案在一开始检察机关认定构成正当防卫。因为检察机关的不批准逮捕，使得案件的诉讼进程中断。此后过了两年多时间，在 2007 年 11 月 29 日被检察机关批准逮捕，应该不是公安机关的坚持。因为根据我国刑事诉讼法的规定第 90 条规定:“公安机关对人民检察院不批准逮捕的决定，认为有错误的时候，可以要求复议，但是必须将被拘留的人立即释放。如果意见不被接受，可以向上一级人民检察院提请复核。上级人民检察院应当立即复核，作出是否变更的决定，通知下级人民检察院和公安机关执行。”根据《检察院刑事诉讼规则》第 105 条的规定；对公安机关要求复议的不批准逮捕的案件，人民检察院应当另行指派审查逮捕部门办案人员复议，并在收到提请复议书和案卷材料后的七日以内作出是否变更的决定，通知公安机关。第 106 条还规定，对公安机关提请上一级人民检察院复核的不批准逮捕的案件，上一级人民检察院应当在收到提请复核意见书和案卷材料后的十五日以内由检察长或者检察委员会作出是否变更的决定，通知下级人民检察院和公安机关执行。如果需要改变原决定，应当通知作出不批准逮捕决定的人民检察院撤销原决定，另行制作批准逮捕决定书。必要时，上级人民检察院也可以直接作出批准逮捕决定，通知下级人民检察院送达公安机关执行。因此，对检察机关不批捕决定，如果公安机关提出复议、复核的，都有严格的时间限制，不可能拖延两年时间。可以设想的原因可能是：死者家属坚持不懈的申诉和上访。最终，检察机关不得已而屈服，对本案被告人王洪军以故意伤害罪提起公诉，案件在延宕了两年之后重新进入司法程序。

对于本案的事实，公诉机关的指控与判决的认定几乎一致，并没有太大的出入。我们可以从以下三个方面对案件事实进行考察：

1、 起因

本案被告人王洪军首先接到陆建打来的辱骂电话，并在电话中发生争吵，这是事件的肇始。电话争吵具有隔空效果，还不至于产生直接的肢体接触。根据判决书的认定，陆建在发

生电话辱骂事件以后，骑摩托车去找黄学梦，并对黄学梦说要打王洪军，然后两人沿街在兴隆街建行转盘东面（兴隆街 43 号门前）找到被告人王洪军，并共同对王洪军进行殴打。因此，陆建邀约他人，主动对被告人进行寻衅殴打，挑起事端。从整个事件的起因来看，过错明显在陆建一方。

2、 殴打

陆建在找到王洪军以后，伙同黄学梦对王洪军进行了殴打。根据判决书的描述，黄学梦一下车就连打被告人王洪军几巴掌，接着陆建上前朝被告人王洪军头部打一拳。判决书除了认定侵害人对王洪军打巴掌和拳击头部的暴力袭击以外，还认定陆建和黄学梦两人共同殴打王洪军。此时，并未见王洪军还击。被打以后，被告人急欲离开躲避。此时，陆建仍然追随对王洪军进行责骂。事态的最终升级是黄学梦捡起一块水泥砖，从后面快步追上来对着王洪军要砸过去，此时陆建又再次挥拳殴打被告人王洪军。正是在这种情况下，招致了王洪军的防卫行为。

3、 反击

王洪军面对陆建和黄学梦的不法侵害，开始采取的是隐忍态度，以躲避相应对。随着不法侵害不断升高，在本人的人身安全受到严重威胁的情况下，王洪军采取了反击行为。根据判决书的描述，被告人王洪军拿出锁匙扣，打开挂在锁匙扣上的平南小刀一阵乱捅，分别刺中了黄学梦和陆建，王洪军也被黄学梦砸过来的水泥砖击中头部。由此可见，王洪军的防卫工具是随时携带的刀具，而采取的反击方式是“乱捅”。判决书采用了“乱捅”一词，该词用来描述王洪军的反击行为，具有以下三层含义：第一，反击行为的无目的性。这里的“乱”就有这一意思，表明王洪军并不是特意寻找要害部位进行捅刺。第二，反击行为的慌乱性。面对陆建等人的殴打，王洪军在慌乱之中进行反击，没有从容选择反击工具和打击部位的时间。只能是就地取材反击，一顿乱捅。第三，反击行为的被迫性。乱捅一般都是在面对急迫的不法侵害的时候，不得已地进行反击，意在制止不法侵害。因而，以乱捅呈现出来的反击行为具有被迫性。

（三）性质判断

在本案中，起诉书和判决书认定的案件事实是完全一致的，为什么起诉书将被告人王洪军的行为认定为故意伤害罪，甚至连防卫过当也不予认定？而法院判决则将被告人王洪军的行为直接认定为正当防卫，也是连防卫过当也不予认定。由此可见，公诉机关与法院对本案性质认定上的重大差异。在本案判决书中，没有正面论及辩护人的意见，这是十分遗憾的。判决书只是在判词中提及：被告人王洪军及其辩护人提出的辩护意见有事实及法律依据，本院予以采纳。由此可以推测，辩护人是做了正当防卫的辩护。如果在罗列的公诉机关的指控意见以后，陈述被告人的辩解和辩护人的辩护意见，在对控辩双方观点进行评论的基础上，提出法官的裁判结论，这是更好的。因为，控辩双方是基于其诉讼立场提出控辩意见，这是一种定向性思维得出的结论。而法官基于裁判者的中立性立场，在充分考虑了控辩双方意见的基础上再进行裁决，则这种裁决结论具有客观性与公正性。由于判决书并没有呈现控辩双方在被告人的行为是否构成正当防卫上的争议与交锋，因此，判决书的裁判就显得是一种自说自话。

判决书对被告人王洪军致使陆建死亡和黄学梦伤害的反击行为认定为正当防卫，主要从以下三个方面进行了论证：

1、 侵害的不法性

判决书根据是陆建一方首先挑起事端的事实，认定本案正当防卫具有起因的不法性。判决对于防卫起因认定：“本案死者陆建在案发前因与被告人王洪军发生争吵，后召集黄学梦前往街上寻找被告人王洪军，扬言要打被告人王洪军，找到被告人王洪军后就对被告人王洪军进行殴打，陆建、黄学梦主观上、行为上明显地实施了不法侵害，而被告人王洪军明显处

于被防卫的地位。”应该说，判决对于被告人王洪军与死者陆建双方之间的关系做了正确的判断：这是侵害与防卫之间的关系。在司法实践中，对于正当防卫或者防卫过当的认定中，较为突出的问题是将这种具有防卫性质的行为与互殴相混淆。对此，将在下文探讨。在本案中，公诉机关虽然也对死者首先对被告人进行辱骂和殴打，甚至同伙捡起一块水泥砖从后面袭击被告人的事实都做了认定，但为什么在这种情况下，仍然将被告人王洪军的反击行为直接认定为故意伤害罪，而完全无视死者方的侵害？虽然检察机关在起诉书中没有认定互殴，但不认定防卫，其逻辑前提只能是将双方行为认定为互殴。应该说，法院判决对死者方的不法侵害进行了正确的判断，由此而将被告人的行为认定为正当防卫，这是完全正确的。

2、防卫的适时性

本案在不法侵害正在进行的问题上争议不大。因为虽然先前陆建对王洪军进行了辱骂和殴打，在辱骂与殴打之时，王洪军并没有进行反击。王洪军是在黄学梦捡起一块水泥砖砸过来的紧急时刻实施防卫的，即使如此，也未能避免被黄学梦的水泥砖击中。判决书提出了不法侵害持续过程这个概念，我认为是正确的。在本案中，从电话辱骂到见面后打骂，一直到捡起水泥砖袭击，这是一个不法侵害正在进行的持续过程。在正当防卫的认定中，不能孤立地看待某个侵害行为，而是要将前后行为结合起来视为一个不法侵害的整体进行考察。在具体案件中，即使某个不法侵害行为已经实施完毕，只要侵害人没有及时脱离现场，防卫人不能准确判断自身的人身遭受侵害的危险是否已经消失，就不能否定防卫人对不法侵害人进行防卫的权利。如果把防卫时间限制在侵害发生的一刹那，即使是对杀人行为的防卫时间也是极为短暂的，这对于保护被侵害人的防卫权是极为不利的，因此有悖于我国刑法关于正当防卫的立法初衷。

3、限度的适当性

在认定了反击具有防卫性质的基础上，这种反击是否超过了正当防卫的必要限度，这是正当防卫与防卫过当的根本区分之所在。应当指出，我国刑法第 20 条第 1 款规定了正当防卫，第 2 款规定了防卫过当，而第 3 款规定了无过当防卫。那么，本案被告人的正当防卫是属于第 1 款的正当防卫还是第 3 款的无过当防卫？对此，本案判决书是依照我国刑法第 20 条第 1 款的规定，判决被告人王洪军无罪。因此，判决书认定被告人王洪军的行为是刑法第 20 条第 1 款规定的普通正当防卫而不是第 3 款规定的无过当防卫。之所以判决没有将王洪军的防卫认定为无过当防卫，主要还是认为不法侵害只是明显危及王洪军的人身安全但尚未达到严重侵害人身安全的程度。我认为，这是正确的。值得注意的是，判决书认定王洪军的行为“未明显超过必要限度”。言下之意，王洪军的防卫行为已经超过了必要限度但没有明显超过必要限度。所谓已经超过了必要限度，是指就结果而论，被告人的防卫致使侵害人发生一人死亡、一人伤害的后果，这是较为严重的人身伤亡后果。但根据刑法规定，只有明显超过正当防卫的必要限度才能认定为防卫过当。因此，在判断已经超过正当防卫必要限度的情况下，还要考察是否明显超过。本案判决认为，被告人王洪军的防卫行为没有明显超过正当防卫必要限度。主要理由在于：

从客观上说，被侵害人实施的执刀乱舞行为，具有防卫的消极性。这里的“执刀乱舞”，也就是在案情描述中的“乱捅”。这是一种抵抗性的暴力，即使造成了侵害人的伤亡，也不能认为明显超过了正当防卫的必要限度。

从主观上说，不法侵害给被侵害人带来激愤、惧怕的心理影响。在面对不法侵害的情况下，被侵害人处于一种十分紧迫的状态，精神受到来自外在的重大压力，这对于防卫后果带来一定的影响，防卫人难以准确地选择防卫方式，控制防卫程度。而这种情形是侵害人造成的，其不利后果应当由侵害人承担。

尤其值得肯定的是，本案判决对王洪军的防卫行为予以了正面的肯定，指出：“为保护公民的人身权利不受侵犯，鼓励和支持公民不怕违法犯罪分子的淫威，敢于挺身自卫，见义

勇为，积极同违法犯罪行为作斗争，制止不法侵害。”这不仅使王洪军得以脱罪，而且还获得了法律与道义两个层面的表彰。真可谓：罪与非罪两重天。

二、于欢故意伤害案分析

（一）法院判决[①]

被告人于欢，男，1994 年 8 月 23 日出生于山东省冠县，汉族，高中文化，冠县工业园区源大工贸有限公司职工。住冠县建设南路 13 号 2 生活区 1 排 2 号。2016 年 4 月 15 日因涉嫌犯故意伤害罪被刑事拘留，同年 4 月 29 日被逮捕。现羁押于山东省冠县看守所。

山东省聊城市中级人民法院经审理查明：2014 年 7 月，山东源大工贸有限公司（位于冠县工业园区）负责人苏银霞向赵荣荣借款 100 万元，双方口头约定月息 10%。2016 年 4 月 14 日 16 时许，赵荣荣以欠款未还清为由纠集郭彦刚、程学贺、严建军十余人先后到山东源大工贸有限公司催要欠款，同日 20 时左右杜志浩驾车来到该公司，并在该公司办公楼大门外抱厦台上与其他人一起烧烤饮酒，约 21 时 50 分，杜志浩等多人来到苏银霞和苏银霞之子于欢所在的办公楼一楼接待室内催要欠款，并对二人有侮辱言行。22 时 10 分许，冠县公安局经济开发区派出所民警接警后到达接待室，询问情况后到院内进一步了解情况，被告人于欢欲离开接待室被阻止，与杜志浩、郭彦刚、程学贺、严建军等人发生冲突，被告人于欢持尖刀将杜志浩、程学贺、严建军、郭彦刚捅伤，出警民警闻讯后返回接待室。令于欢交出尖刀，将其控制，杜志浩、严建军、郭彦刚、程学贺被送往医院抢救。杜志浩因失血性休克于次日 2 时许死亡，严建军、郭彦刚伤情构成重伤二级，程学贺伤情构成轻伤二级。

关于被告人于欢的辩护人提出于欢有正当防卫情节，系防卫过当，要求减轻处罚的意见，审理认为，被告人于欢持尖刀捅刺多名被害人腹背部，虽然当时其人身自由权利受到限制，也遭到对方辱骂和侮辱，但对方均未有人使用工具，在派出所已经出警的情况下，被告人于欢和其母亲的生命健康权利被侵犯的现实危险性较小，不存在防卫的紧迫性，所以于欢持尖刀捅刺被害人不存在正当防卫意义的不法侵害前提，辩护人认为于欢系防卫过当以此要求减轻处罚的意见本院不予采纳；关于附带民事诉讼原告人、被害人各诉讼代理人提出被告人于欢构成故意杀人罪并要求判处死刑立即执行的代理意见，审理认为，被害人于欢被围困后，在接待室较小范围内持尖刀对四被害人腹、背各捅刺一刀，并没有表现出对某一被害人连续捅刺致其死亡的行为，也没有对离其较远的对方其他人捅刺，从被告人于欢当时所处环境以及对被害人捅刺的部位、刀数，结合于欢案发当日下午起，一直受到被害人方要账纠缠，当公安人员到达现场后急于离开接待室的心态综合分析，于欢具有伤害对方的故意，公诉机关认定被告人于欢故意伤害罪符合主客观相统一的定罪要求，不能因出现了被害人死亡结果而客观归罪，定性为故意杀人。尽管有证人证明听到被告人于欢说“弄死你”之类话，即使如此，也属在冲突过程中的斗狠之语，不能以此断定行为人的主观故意内容，各代理人的该代理意见本院不予采纳。

法院认为，被告人于欢面对众多讨债人的长时间纠缠，不能正确处理冲突，持尖刀捅刺多人，致一名被害人死亡、二名被害人重伤、一名被害人轻伤，其行为构成故意伤害罪，公诉机关指控被告人于欢犯故意伤害罪成立。被告人于欢所犯故意伤害罪后果严重，应当承担与其犯罪危害后果相当的法律责任，鉴于本案系在被害人一方纠集多人，采取影响企业正常经营秩序、限制他人人身自由、侮辱谩骂他人的不当方式讨债引发，被害人具有过错，且被告人于欢归案后能如实供述自己的罪行，可从轻处罚。综上，依照《中华人民共和国刑法》第二百三十四条第二款、第六十一条、第六十七条第三款、第五十七条第一款、第三十六条第一款以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第一百五十五

① 本案的法院判决都是指一审法院的判决，本文的评论也是针对一审判决的，特此说明。

条第一款、第二款和《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》第十七条、第十九条、第二十条、第二十一条、第二十七条之规定，判决如下：被告人于欢犯故意伤害罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身。

（二）案件事实

根据判决书认定的本案事实，以下三部分内容对于被告人于欢行为的定性具有重要价值：

1、讨债

本案起因是讨债，这是判决书认定的事实。判决书表述为“催要欠款”。根据常识，欠债还钱乃是天经地义的。因此，从本案的起因上来说，似乎讨要债务的一方处于道德上的优势，而被追偿债务的一方则处于不利的地位。因为，这起事件完全可以归结为：要债人被欠债人杀死。在这情况下，被告人就难以获得同情的。其实，本案起因于讨债，这只是一种表象，还要进一步追问：讨要的是什么债务？根据判决书认定的债务利息可以断定，死者一方讨要的是高利贷。因此，在本案的案件事实背后暴露了在我国某些地方盛行高利贷这样一种畸形的金融现象。被告人于欢之母苏银霞 2009 年创办了山东源大工贸有限公司，位于冠县工业园内的源大工贸，主要生产汽车刹车片。因公司资金困难，无奈对外借款举债。根据苏银霞证言；她是向吴学占借款：“2014 年 7 月份从吴学占那里借了 100 万元，口头约定是百分之十的月息，后来我们陆续的还给他 152.5 万元。”除了还款以外，苏银霞另将一套 140 平米价值 70 万的房子抵债，还剩最后 17 万欠款。本案所讨要的正是这 17 万元欠款。但根据本案证人赵荣荣的证言，苏银霞是向她借款：“苏银霞分两次借了我 110 万元，第一次是 2014 年 7 月 28 日从我那里借了 100 万；第二次 2015 年 11 月 1 日从我那里借了 10 万元，借款的月利率是百分之十。”尽管到底向谁借款，两人其说不一，最终法院判决认定苏银霞向赵荣荣借款 100 万元，双方口头约定月息 10%。事实也许是，赵荣荣是与名义上的债权人，而实际出借人则是吴学占。根据我国法律规定，10%的月息已超出国家规定的合法年息 36%上限，因此本案的借款属于典型的高利贷，不受国家法律保护。那么，发放高利贷的吴学占又是何许人也？工商资料显示，2012 年吴学占成立冠县泰和房地产开发公司，注册资本 1000 万。吴学占以房地产公司名义高息揽储，招揽社会闲杂人员从事高利贷和讨债业务。根据当地警方资料显示，2016 年 8 月 3 日，聊城市公安局东昌府分局将冠县吴学占黑恶势力团伙摧毁，首要嫌犯吴学占已被抓获。此后，于欢案中 10 名讨债者（11 人中杜志浩已死亡）全部被抓。目前，犯罪嫌疑人吴学占、带队讨债的赵荣荣等人已被抓半年，案件已经移送到检察院，审查起诉。

案发当天，赵荣荣以债权人身份纠集 10 人向苏银霞讨债，随后离开现场。在现场讨债的 10 人都不是债权人，而是赵荣荣找来专门讨债的人员。因此，这 10 人本身并没有讨债的主体资格，这是一种非法讨债行为。但判决书中，对于讨要高利贷这一事实被有意遗漏了，从而使于欢后来的持刀伤害行为认定为正当防卫带来了障碍。可以想见，如果本案被法院认定为正当防卫，那么非法讨要高利贷这一事实一定是会得到强调的。这种根据判决结论而选择性地叙述案件事实的做法，在司法实践中并不鲜见。

2、拘禁

如果是正当债务，完全可以通过司法途径活动救济。而本案涉及的高利贷是不受司法保护的，因此只能采取强硬方法进行讨要，这种讨债只要失控，就会演变为一场暴力。这无论是对于要债人还是对于欠债人，都是潜藏着重大的人身安全危险。根据判决书的描述，讨债是从当日下午 4 点开始的，直到晚上 10 点发生血案，持续了将近 6 个小时。这段时间，以晚上 8 点死者杜志浩的到场为界，可以分为前后两个阶段。在杜志浩到来之前，讨债人将于欢母子扣押在办公室。讨债人李忠证言说：“要账的时候我们没有对苏银霞、于欢母子进行殴打，就让她们从屋子里待着了。他们往哪里去，我们就安排人跟着。没打他们，但是骂他

们两句，说话糟蹋他们了。”因此，这个阶段讨债的暴力特征还不明显，主要是进行辱骂。在杜志浩到来以后，讨债的暴力就开始升级。除了将于欢母子拘禁在接待室以外，在此期间，讨债人，尤其是杜志浩对于欢母子实施了侮辱和殴打等行为。其中，辩护方证人刘付昌证实“我发现在苏总和于欢坐的沙发前面有一个人面对他们两个，把裤子脱到臀部下面”。控告方证人张书森证实：“要账的过程中，看见杜志浩把自己的裤子和内裤脱到大腿根，把自己的阴茎露出来对着欠账的女的，把欠账男孩的鞋脱下来，并在欠账母子面前晃了一会，对着欠账女子说的话很难听，还搧过欠账男孩一巴掌。”由此可见，辩方证人和控告方证人都证实，杜志浩对于欢母子进行了言行侮辱，而且侮辱程度是相当恶劣的。当着于欢母子的面拉下裤子露出下体，这就是媒体渲染的“辱母”情节。因此，本案也被称为“辱母杀人案。”其实，在案件发生过程中虽然确实存在极其下作的侮辱情节，但这只是导致后来血案的一个导火索，当时并没有直接导致于欢动武。辱母情节对于本案在媒体上以惊人的速度传播具有重大作用，但它不是、也不应该是我们分析本案被告人于欢是否构成正当防卫的重点。

3、出警

在将近 6 个小时的拘禁过程中，虽然如前所述，讨债人对于欢母子进行了辱骂和殴打，但于欢并没有强烈反抗，其母苏银霞更没有反抗，这对母子始终是采取一致隐忍的态度。除了欠债这一前提事实存在以外，双方的力量对比也是一个十分现实的问题。于欢母子根本不是讨债人的对手，如果反抗肯定会招致更为严重的迫害，这是没有疑问的。在杜志浩露下体进行侮辱的情况下，苏银霞这方的人打 110 报警。根据判决书的认定，民警朱秀明、徐宗印出警来到现场，先是寻找报警人，当得知纠纷双方是讨债以后，就说：“你们要账行，但是不能动手打人。”说着就往外走，并没有隔离双方讯问情况。在此，涉及一个关键情节，即民警往外走是离开不再过问还是要进一步了解情况，这涉及民警的责任，同时涉及对于欢防卫行为的性质认定，具有重要意义。监控录像显示：“22 时 13 分一辆警车到达，民警下车后进入办公楼；22 时 17 分许部分人员送民警出来办公楼，有人回去。22 时 21 分许，民警快速返回办公楼。”也就是说，民警出入接待室的时间是 4 分钟，即 22 时 13 分至 22 时 17 分。那么，22 时 17 分至 22 时 21 分这段时间，民警到底在是在离开状态还是了解情况，通过录像应该可以查清真相。判决认定民警从接待室出来是到院内进一步了解情况，这一认定是否根据录像得出，不得而知。②

4、捅刀

在民警往外走的时候，于欢也要往外走，利用民警在场之机，摆脱讨债人的拘禁。但于欢的的举动遭到了讨债人的阻止。此时，距离血案发生只是一步之遥。那么，此刻，在现场到底发生了什么事情呢？判决书认定：“被告人于欢欲离开接待室被阻止，与杜志浩、郭彦刚、程学贺、严建军等人发生冲突。”那么，只是冲突这么简单吗？从判决书列举的证言来看，讨债方只是陈述不让于欢出去，而于欢和苏银霞都说对方打了于欢。双方证言内容不一致。但根据在室外的证人刘付昌的证言：“我跑到办公楼里面，看见接待室里面那伙要账的人，围着于欢，有人拿着椅子朝于欢杵，于欢一直往后往南退”。在此，证人证实当时讨债人不仅阻止于欢，而且存在对于欢的暴力。从整个事态发展来看，在于欢捅刀的时候，于欢处于被殴打状态。在这种情况下，于欢顺手从办公桌上拿起一把水果刀，并且持刀对讨债人进行了事先警告。根据讨债人李忠的证言：“我听见于欢大声喊起来了：‘你们谁也别过来！过来，我弄死恁！’我扭头一看，于欢手里拿着一把刀子在接待室东南角那里站着大声咋呼着。”其他讨债人也有类似陈述。请注意，证人在此使用了“大声”一词来形容于欢的警告，由此可见于欢警告的声音之大，尽管现场嘈杂，在场的讨债人应该都能听到于欢的警告声。然而没有人相信于欢会捅刀子，讨债人仍然向于欢冲过去，试图制服于欢。悲剧就发生在这一刹那。根据讨债人么传行的陈述：“女老板的儿子不知道从那里拿的刀子说：‘别过来，都

② 根据通报，出警的民警已经被立案审查。

别过来，过来攮死恁'。杜三往前凑过去，我看见那个小子拿着刀子朝杜三正面攮了一下，郭彦刚从西边朝那个小子跟前一凑，想往西跑的时候，那个小子跳着往前伸了一下手，郭彦刚用手捂住后背了，随即就出血了，程学贺和严建军应该都是朝那个小子跟前走的时候被捅伤的"。这是对于欢在警告无效以后捅刀子情况最为详细的描述，该证言表明，死者与伤者都是在听到于欢的警告以后继续"往前凑"才被刀子捅到的。这里轻描淡写的"往前凑"三个字，其实含义是极为丰富的。其实，只要感同身受，我们都能理解这三个字所描述的实际状态。这里值得一提的是郭彦刚，他是被捅在背上。根据郭彦刚的陈述："我看见于欢拿出一把刀子捅了一人一刀。我一看他拿着刀子杀人呢，我扭身往北跑，于欢一下子抓住我后领子了，捅了我后背一刀，于欢嘴里当时还说'弄死你'"。据此，这一刀是背后捅的。对此，讨债人张书森也证实，郭彦刚刚想跑被于欢用刀子捅了后背一刀。这一刀捅在背后，因此，在场的人都看到了捅在背后这一情节。于欢自己供述："我就从桌子上拿刀子朝着他们指了指，说别过来。结果，他们过来还是继续打我，我就拿刀子冲围着我的人肚子上攮了一刀，一共攮了几个人记不清了，不是两个就是三个。"因此，在当时十分慌乱的情况下，于欢对上前冲过来的讨债人一顿乱捅，捅刀谁算谁，捅刀那里算那里，处于一种失控状态，而不是刻意捅某一个人或者某一个身体部位。根据讨债人程学贺陈述："我返回接待室之后，屋里乱哄哄的，有个人拿着一个黑东西朝我肚上攮了一下，我一看是那个女老板他儿子攮的。我立刻捂住我的伤口了，郭彦刚当时也往外走，他一只手捂着后背。"根据这一描述，程学贺是在郭彦刚之后被捅的，换言之，郭彦刚并不是最后一个被捅的人。由此可以得出结论，于欢并不是在郭彦刚逃跑的时候追赶上来有意识地从背后捅刀子，而是在扭打当中刺中后背。更大的可能是，于欢乱捅的时候，郭彦刚见状慌忙转身逃窜，正好刺中后背，这仍然属于防卫行为。

遗憾的是，对于以上这么丰富的打斗细节都被判决书遗漏了。判决书认定的伤害事实是："被告人于欢欲离开接待室被阻止，与杜志浩、郭彦刚、程学贺、严建军等人发生冲突，被告人于欢持尖刀将杜志浩、程学贺、严建军、郭彦刚捅伤。"在此，以下细节被忽略了：第一，杜志浩等人对于欢的殴打的细节未见描述。第二，于欢使用的是接待室的水果刀，被判决书描述为尖刀，随手从办公桌上取得的细节未见描述。第三，于欢捅刀子之前的警告，以及杜志浩等人在听到警告以后仍然冲向于欢的细节也未见描述。这些细节对于案件定性具有十分重要的意义。而这些细节在证言中都有，只不过没有归纳到判决书的事实认定当中，因此也就没有作为案件性质认定的事实根据。这里存在一个判决认定的案件事实与证言与供述呈现的案件事实之间的一致性问题：前者应当是从后者提炼与归纳出来的。但在司法实践中，判决认定的案件事实会发生与判决书列举的证言与供述所反映的案件事实不一致的情形，有时甚至判决认定了与证言与供述相反的案件事实，并且对此未予说明。在本案中，判决认定的案件事实省略了某些对被告人于欢认定为防卫的有利细节，这是值得注意的。

（三）性质判断

对于本案的定性，辩解系被控制在接待室遭到对方殴打后所为，且对方有侮辱言行。辩护人提出被告人于欢系防卫过当，被害人对本案的发生具有严重过错。但检察机关只认可被害人一方对本案的发生具有过错，可以从轻处罚，并且提出了判处无期徒刑以上刑罚的量刑建议。

法院判决认为，被告人于欢持尖刀捅刺多名被害人腹背部，虽然当时其人身自由权利受到限制，也遭到对方辱骂和侮辱，但对方均未有人使用工具，在派出所已经出警的情况下，被告人于欢和其母亲的生命健康权利被侵犯的现实危险性较小，不存在防卫的紧迫性，所以于欢持尖刀捅刺被害人不存在正当防卫意义的不法侵害前提，辩护人认为于欢系防卫过当以此要求减轻处罚的意见本院不予采纳。因此，判决不仅没有认定于欢的 是正当防卫，即使是防卫过当也未予认定，认为本案被告人于欢的行为根本就不具有防卫性质。

那么，在本案中，被告人于欢捅刀子的行为是否构成正当防卫呢？对于这个问题，我们可以根据一审判决认定的案件事实和判决提供的证言所补充的事实，从以下四个方面进行评判：

1、本案是否存在不法侵害？

正当防卫是对不法侵害的反击行为，因此，不法侵害是正当防卫的起因。如果没有不法侵害，当然也就不存在对不法侵害的正当防卫。对于本案被告人于欢的行为是否构成正当防卫或者防卫过当的判断，首先就需要考察在本案中是否存在不法侵害。

本案起因于讨债，这是没有问题的。如果是单纯的讨债，即使是讨要非法债务，则当然不能视为不法侵害，也不存在正当防卫问题。关键是讨债人在讨债过程中采取的手段是否属于不法侵害，如果属于不法侵害，则完全可以进行正当防卫。法院判决认为："虽然当时其人身自由权利受到限制，也遭到对方辱骂和侮辱，但对方均未有人使用工具，在派出所已经出警的情况下，被告人于欢和其母亲的生命健康权利被侵犯的现实危险性较小，不存在防卫的紧迫性，所以于欢持尖刀捅刺被害人不存在正当防卫意义的不法侵害前提。"这一裁判结论否定了在本案中存在不法侵害，因而否定了于欢行为存在防卫性质。判决肯定在讨债过程中存在侮辱言行和限制人身自由的现象，但又认为人身受到侵害的现实危险性较小，不存在防卫的紧迫性。

如前所述，在讨债过程中，讨债人对于欢母子进行了极其下流的辱骂。更为出格的事，死者杜志浩脱下裤子，在近处将下体对着于欢母子。该行为明显属于侮辱行为，性质极为恶劣。当然，在杜志浩实施上述侮辱言行的时候，于欢并没有当场进行防卫。因此，侮辱言行并不是本案的防卫起因，只是为此后的防卫提供了心理动因。在本案中最为明显的不法侵害还是非法拘禁行为。值得注意的是，法院判决并没有将讨债人的扣押行为认定为非法拘禁，而是界定为限制人身自由权利的行为。这里存在对我国刑法中的非法拘禁罪的理解问题。根据我国刑法第 238 条的规定，非法拘禁罪是指非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由的行为。因此，非法拘禁罪的本质特征是非法剥夺他人人身自由，至于采取何种方法并无限制。显然，非法剥夺人身自由与非法限制人身自由在性质上是不同的。我国刑法第 241 条第 3 款规定，在收买被拐卖的妇女、儿童的情况下，限制其人身自由就可以构成非法拘禁罪。这是一个特别规定，在通常情况下，只有剥夺人身自由才构成非法拘禁罪，限制人身自由则不能构成非法拘禁罪。问题在于，本案讨债人的行为是构成对于欢母子人身自由的限制还是剥夺？本案的讨债从案发当天下午 4 点开始一直延续到晚上 10 点，并且，从证言描述来看，是将于欢母子扣押在一个特定场所，不让外出，吃饭也有人跟着。尤其是晚上 8 点杜志浩来到现场以后，将于欢母子拘禁在接待室长达两个小时。在此期间，对于欢母子进行辱骂和殴打。我国刑法第 238 条第 3 款专门规定了索债型非法拘禁罪，③指出："为索要债务非法扣押、拘禁他人的，依照前两款规定处罚。"对照本案讨债人的行为，难道不正是对债务人实施了扣押和拘禁行为吗？根据最高人民检察院 2006 年 7 月 26 日《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》，非法剥夺他人人身自由，实施殴打、侮辱行为的，构成非法拘禁罪。因此，本案讨债人的行为已经构成非法拘禁罪，这是一种十分明显的不法侵害。

缺乏紧迫性是本案判决否定防卫性质的一个主要理由。那么，什么是这里的紧迫性呢？我认为，作为防卫起因的紧迫性是指正在面对不法侵害，需要通过防卫以消除不法侵害。在这个意义上说，防卫的紧迫性也就是防卫的必要性，即不防卫无以排除侵犯。在本案中，面对的不法侵害主要是非法拘禁。那么，对非法拘禁行为是否可以进行正当防卫呢？对此，在刑法理论上都认为对非法拘禁罪是可以实行正当防卫的。例如，我曾经对非法拘禁罪的正当防卫问题做过以下论述："非法拘禁罪所侵害的犯罪客体是公民的人身自由，而被害人实行

③ 关于索债型非法拘禁罪的具体论述，参见陈山：《非法拘禁罪研究》，中国社会科学出版社 2009 年版，第 84 页以下。

正当防卫的目的也是为了解除拘禁，保护本人的人身自由。”④在司法实践中，对非法拘禁罪实行正当防卫的案例较为罕见。但某些司法人员在分析一起非法拘禁引发的故意伤害案⑤时发表了否定对非法拘禁可以实行正当防卫的观点，指出：“非法拘禁的危害行为现实存在，不具紧迫性。非法拘禁的行为后果已经产生，该不法侵害行为的状态仍然存在着，但不具有即时性、迫切性，因为被害人只是在刚开始对被告人实施了轻微的踢打行为，后来也只是对其进行言语的威胁，而后一直没对其进行其他的伤害。此外，该不法侵害的行为尚未达到一定的强度，不具有较强的威胁性。被害人在主观上只是为了恐吓被告人，最终的目的就是拿到被告人所欠的款项。因此，被害人在主观上不具有伤害或者杀人的故意。可以说，尽管现实的不法侵害尚未结束，但被告人的人身权益并没有处在现实、紧迫的威胁中，在该过程中进行正当防卫是不合适的。”⑥这种观点认为非法拘禁行为不具有即时性和迫切性，因此不能对其进行防卫。我认为，这是对正当防卫性质的错误理解所致，对此将在下文进行专门探讨。事实上，只要存在客观现实的不法侵害，为了避免这种侵害，公民都可以对不法侵害人实行防卫，而没有忍受不法侵害的义务。除非侵害结果已经发生，不能通过防卫予以排除。非法拘禁具有对人身自由的侵害性，这是没有问题的。而且，非法拘禁罪属于继续犯，对他人进行扣押以后，他人的人身自由被剥夺的整个期间都属于犯罪行为进行的时间，被害人完全可以通过防卫解除非法拘禁的状态。至于是否过当，这是另外一个需要考察的问题。在本案中，非法拘禁持续时间长达六个多小时，在此期间不法侵害人未间断地对于欢母子进行辱骂、殴打和精神折磨，使于欢处于极度的心理紧张状态。在民警来到现场以后，于欢要求出去。这里的出去，应当理解为解除非法拘禁状态。但讨债人仍然对此加以阻止，并且使用暴力殴打。在这种情况下，于欢使用从办公桌上拾起的水果刀捅刺杜志浩等讨债人，不能否定存在侵害的紧迫性。因此，在非法拘禁案件中，为解除对自己的非法拘禁，对拘禁人采取适当的暴力措施，应当认为具有防卫的性质。从整个案件看，于欢确实是针对不法侵害采取了防卫措施，存在防卫起因。

2、本案的不法侵害是否正在进行？

不法侵害正在进行是正当防卫的时间要件，只有对正在进行的不法侵害才能实行正当防卫。在针对非法拘禁行为进行防卫的情况下，因为非法拘禁罪具有继续犯的性质。因此，在非法拘禁持续的时间内，都应当认为不法侵害正在进行，可以实行正当防卫。从本案的案情来看，从下午 4 点到晚上 10 点都处于非法拘禁行为持续的时间。问题在于：经过报警以后，民警来到拘禁现场，此时是否消除了非法拘禁？法院判决在裁判理由中也强调在派出所已经出警的情况下，被告人于欢和其母亲的生命健康权利被侵犯的现实危险性较小，不存在防卫的紧迫性。这里涉及对民警出警效果的判断，值得深入分析。其实，民警到场以后并没有意识到讨债人在对于欢母子进行非法拘禁，因此并没有制止讨债人的不法侵害，而只是说：“讨债可以，但是不能打人”，说完就要离开。民警出警，应当视为是公权力的介入。于欢母子在受到讨债人的非法拘禁的情况下，通过报警获得公权力的救济，这是法律赋予的权利。可惜的是，出警的两位民警并没有及时解救于欢母子，这就使得于欢绝望，也成为压垮骆驼的最后一根稻草。假设没有民警到场，这场讨债活动也许还会持续下去，如何收场当然不得而知。反倒是民警来而又去，刺激了于欢。在于欢也要走出拘禁场所而又遭受杜志浩等人暴力制止的情况下，正好发现办公桌上有一把水果刀。事态由此直转急下，血案瞬间酿成。纵观

④ 陈兴良：《正当防卫论》（第 2 版），中国人民大学出版社 2006 年版，第 209-210 页。

⑤ 该案的案情是：张某因赌博曾多次向黄某、龚某等人借款。2008 年 9 月 18 日凌晨，张某因为无力归还欠款，被龚某、施某、陆某、黄某等人挟持至上海某假日旅店。当晚，黄某、龚某等三人留在该房间看管张某。21 时许，张某为摆脱看管，持随身携带的不锈钢折叠刀，刺戳黄某右胸部、右臂各一刀，右腿部一刀；刺戳龚某胸部、左臂等处数刀，造成两人死亡、一人轻伤。对于本案的处理存在以下两种不同的观点：第一种观点认为，被告人张某实施的伤害行为构成故意伤害罪，应追究其刑事责任。第二种观点认为，被告人张某实施的伤害行为是为了制止不法侵害，其所实施的行为属于防卫过当。

⑥ 黄伯青：《是否具备紧迫性是构成正当防卫的关键》，载《人民法院报》2009 年 11 月 11 日。

全案，在本案中不法侵害处于长时间的持续之中，于欢持刀捅刺之时，不仅是针对非法拘禁行为，而且针对暴力阻止行为，存在防卫时间。

3、本案适用刑法第 20 条第 2 款还是第 3 款的规定？

这主要涉及到对刑法第 20 条关于正当防卫 3 款规定的理解。我国刑法第 20 条第 1 款对正当防卫的概念做了规定，第 2 款对防卫过当做了规定，第 3 款对无过当防卫做了规定。因此，这三款分别涉及正当防卫、防卫过当和无过当防卫这三种情形。关于这三款规定之间的逻辑关系，我认为，第 2 款以第 1 款为前提，而第 3 款则是第 2 款的例外。即，在一般情况下，正当防卫超过必要限度构成防卫过当，而防卫过当应当追究刑事责任。但在符合第 3 款规定情况下，就不存在过当问题。这里应当注意，根据第 3 款，只有当不法侵害严重危害人身安全，且具有暴力犯罪性质时才能适用。如果这样认定，本案就要考虑是否存在暴力犯罪以及暴力犯罪是否达到了严重危害人身安全的程度。根据我的理解，刑法第 20 条第 3 款规定的严重危害人身安全的暴力犯罪，除了强奸和绑架以外，其他情形应当要达到致人死亡或者致人重伤的严重程度。从本案情况看，可能还没有达到这一程度。因为对方是来讨债的，其目的是为债权人实现债权。在讨债过程中虽然存在拘禁、殴打和辱骂等不法侵害行为，但这是为了对债务人施加精神压力，以便达到还债的效果。从这个意义上说，本案中的讨债人并没有想要致于欢母子人身伤亡的目的和行为。因此，本案于欢的行为不具备刑法第 20 条第 3 款无过当防卫的适用条件。

4、本案若适用刑法第 20 条第 2 款，那么是否超过必要限度？

在承认本案构成正当防卫情况下，于欢捅死一人、捅伤三人的防卫行为是否超过正当防卫的必要限度构成防卫过当，这是一个在主张本案存在防卫前提的情况下，仍然存在争论的核心问题。应当指出，我国刑法第 20 条第 2 款规定，防卫过当是指明显超过必要限度。也就是说，即使超过必要限度，也不一定就构成防卫过当，而是还要考察是否明显超过正当防卫。

关于正当防卫必要限度如何认定，这是一个在刑法理论上存在争议的问题。这里可以用来参照的是日本刑法关于正当防卫的规定与防卫过当的判断标准。日本刑法第 36 条第 1 款规定，正当防卫必须是“不得已实施的行为，”日本学者认为这属于相当性要件。至于相当性的判断方法，日本学者认为可以分为行为相当性与结果相当性。行为相当性是指防卫行为与侵害行为之间具有相当性，只要行为具有相当性，即使防卫行为所造成的结果偶尔大于被侵害的法益，也认为不属于防卫过当。而结果相当性是指在考察是否超过必要限度的时候，不仅要看行为是否相当，而且还要结合结果进行整体的判断。日本学者西田典之教授认为应当采取行为相当性的观点，但结果相当性在一定情况下也具有参考意义。⑦我国刑法中的正当防卫没有“迫不得已”的要件，因此，从刑法条文规定来看，我国刑法对正当防卫的限度在立法规定上要比日本刑法更为宽松。以往我国刑法理论中主张相适应说，该说类似于日本刑法理论中的结果相当性的观点。因为在考察是否相适应的时候，更为偏重于结果。我认为，对我国刑法中的必要限度的认定，要同时考虑必要性与相当性这两个因素。

本案属于对非法拘禁罪的正当防卫，我曾经对非法拘禁罪的正当防卫必要限度的考察做过以下论述：“在确定对非法拘禁罪的正当防卫的必要限度时，首先要考察对不法侵害人造成的人身损害是否为解除拘禁所必需。例如，被害人从拘禁场所破门逃出，不法侵害人加以阻止，被害人为了脱身可以对不法侵害人实行正当防卫。但其防卫强度，只能限制在未解除拘禁所必需的限度之内，否则就是超过了正当防卫的必要限度。当然，不法侵害人在拘禁过程中可能具有殴打、侮辱情节，或者被害人逃跑时可能受到不法侵害人的暴力阻止。被害人

⑦ 参见（日）西田典之：《刑法总论》（第 2 版），王昭武、刘明祥译，法律出版社 2013 年版，第 147-148 页。

对此实行正当防卫，其必要限度还应以这种殴打、侮辱和暴力的强度、缓急为转移。”⑧这段话并非针对具体案件，因此也许有些无的放矢。现在，于欢故意伤害案为我们判断对非法拘禁罪实行防卫的必要限度考察提供了一个绝佳的案例。

在本案中考察于欢的防卫行为是否过当的时候，以下因素需要考虑：一是人数对比，对方人高马大有 11 人，能够控制局面，于欢母子 2 人，处在弱势局面。二是存在严重侮辱行为。虽然侮辱行为在前，但明显会引发被告人的激愤情绪，对后来于欢采取的反击措施在心理上有刺激作用。三是侵害的时间长达六个小时，不是一般的拘禁，而是在持续的殴打和侮辱中被长时间拘禁。四是警察出警之后不能有效解除不法侵害，致使于欢感到绝望。私力救济是在不能得到公力救济的特殊情况下，为维护自己的人身财产安全而采取的措施。在本案中以民警出警为代表的公力救济虽然到场，但未能有效制止不法侵害。此时，于欢才寻求私力救济。五是于欢母子要出门时，对方暴力阻止，存在殴打行为，从而刺激了于欢。六是作案工具不是刻意准备的，而是随手从桌上拿的，说明具有随机性。如果当时没有这把水果刀，于欢就不会实施捅刀子的防卫行为。所以，就地取材拿刀防卫具有一定合理性。七是将多人捅伤是在对方围上来阻拦于欢出去并在遭受讨债人殴打情况下的应激反应，具有一定的消极被动性。基于以上因素，不能简单地以死伤结果论，认为捅死捅伤人了就是过当。我认为，于欢的防卫行为没有明显超过正当防卫必要限度不构成防卫过当，即使根据刑法第 20 条第 2 款的规定，也不能认为是防卫过当。因为对方采取了长时间地侮辱和殴打等非常过分的侵害，于欢是在公权力介入不能及时解除不法侵害的情况下实施的防卫行为，不应认为是超出正当防卫必要性。在考虑正当防卫必要性时，不仅仅应当从客观上的暴力程度、力量对比来考察，还要考察被告人受到长时间折磨产生的压力和激怒，这些主观因素是免责的事由，我国虽然没有明确规定，但在考察是否超过必要限度、是否需要承担刑事责任时，还是应当考虑这些主客观因素，综合进行分析。

这里应当指出，对于我国刑法第 20 条第 2 款与第 3 款之间的逻辑关系，我国学者虽然认为这是一种例外关系，但同时又对第 3 款进行反对解释，由此得出结论：“并非对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪,采取防卫行为,造成不法侵害人伤亡的，属于防卫过当，应负刑事责任”。⑨据此，只要防卫行为造成不法侵害人伤亡的，就构成第 2 款的防卫过当。在本案中，于欢的防卫造成了不法侵害人的伤亡，其又不属于第 3 款的无过当防卫，因此只能构成第 2 款的防卫过当。其理由在于：“在普通防卫的情况下，防卫人所遭遇的只是不危及人身安全的普通不法侵害，却可以采取危及不法侵害者的人身安全的防卫手段，且可以在造成他人死伤的情况下不负刑事责任，这显然有失法益的平衡。”⑩根据这种观点，对于普通正当防卫而言，只要造成不法侵害人的伤亡结果就是防卫过当。对此，我完全不能认同。显然，这种观点不适当地限缩了正当防卫的范围，从而扩大了防卫过当的范围。事实上，在司法实践中也不是按照这种理解认定正当防卫与防卫过当的。例如前述王洪军故意伤害案，法院判决并没有把王洪军的防卫行为认定为第 20 条第 3 款规定的无过当防卫，而是普通防卫。虽然造成了不法侵害人死亡的后果，法院判决仍然认定为正当防卫而不是防卫过当。上述观点之所以偏颇，主要是因为论者错误地运用了反对解释的方法。在刑法解释学中，所谓反对解释是指对正面规定法律条文从反面推断该法律条文的反面意思。反对解释是建立在逻辑学的反对关系的基础之上的，这里的反对关系是指 A 与非 A 的关系。而我国刑法第 20 条第 2 款与第 3 款之间并不是 A 与非 A 的关系，因此，不能通过对第 3 款的反对解释以限制第 2 款的内容。

⑧ 陈兴良：《正当防卫论》（第 2 版），中国人民大学出版社 2006 年版，第 210 页。
⑨ 邢馨宇：《于欢构成正当防卫的法解释学质疑——与陈兴良、周光权、徐昕教授商榷》，http://www.suilengea.com/show/bvvemhnd.html。
⑩ 邢馨宇：《于欢构成正当防卫的法解释学质疑——与陈兴良、周光权、徐昕教授商榷》，http://www.suilengea.com/show/bvvemhnd.html。

三、正当防卫的司法认定：反思与检讨

王洪军故意伤害案和于欢故意伤害案，前后差不多相距十年，而且是两个不同地区的法院做出的判决，在案情上也存在某些差异。但这并不妨碍我们对这两个案件进行比较，由此进一步跳出这两个个案，从刑法教义学理论的高度，对我国正当防卫的司法认定进行反思与检讨。

这王洪军故意伤害案和于欢故意伤害案存在一个共同之处，就是作为控方的检察机关对这两个案件都是以故意伤害罪起诉的，而没有认定防卫情节。这里涉及检察机关在正当防卫或者防卫过当认定中的作用问题。检察机关是公诉机关，对于公安机关移送的刑事案件，具有审查的职责。在审查起诉环节，如果认为犯罪嫌疑人的行为属于正当防卫，可以决定不起诉；如果认为犯罪嫌疑人属于防卫过当，可以决定不起诉也可以决定起诉。根据我所掌握的数据，全国 2014 年至 2016 年三年期间，检察机关在审查起诉过程中，因正当防卫或防卫过当而决定不起诉的案件共计 91 人。其中，因正当防卫决定不起诉的 76 人，因防卫过当决定不起诉的 15 人，平均每年 30 人。由此可见，这个数量是极少的。大量应当认定正当防卫或者防卫过当的案件，检察机关并没有做出正确认定，而是以普通犯罪起诉到法院。本文涉及的王洪军故意伤害案和于欢故意伤害案，就是两个十分典型的例子。检察机关的职责虽然是指控犯罪，推进刑事司法程序。但检察机关在刑事诉讼过程中，同样具有保障犯罪嫌疑人的合法权利的职责。而对公安机关移送的案件在审查起诉过程中，根据事实和法律正确认定是否具有正当防卫或者防卫过当的性质，就是检察机关的重要职责。然而，检察机关在审查起诉的时候，更多考虑的是打击犯罪，而将保护人民的使命弃之一边，这是十分令人遗憾的。之所以出现这种现象，我认为，主要还是因为检察机关未能正确地履行自己的职责。

当案件起诉到法院以后，法院如何正确认定正当防卫或者防卫过当，这对于审判机关来说，也是一个考验。在王洪军故意伤害案中，虽然检察机关没有认定正当防卫和防卫过当，但法院对此作了正确认定，有效地维护了被告人的合法权利。而在于欢故意伤害案中，一审法院同样也没有正确认定正当防卫和防卫过当，而是简单地以检察机关建议的无期徒刑对被告人于欢判刑。如果不是在全国具有重大影响力的媒体《南方周末》在 2017 年 3 月 23 日刊载了《刺死辱母者》一文，对于欢故意伤害案进行了较为真实的报道，由此引发全国民众的关注，同时也引起最高检察院和最高法院的关注。可以说，于欢故意伤害案是迄今为止关注度最高的一起正当防卫案件。如果没有媒体报道，于欢故意伤害案也会像其他案件一样悄无声息地消失在案件的汪洋大海之中。要知道，全国每年审理的案件在 130 万件左右。

我们可以对比王洪军故意伤害案和于欢故意伤害案，可以发现，这两起案件其实还是具有某种相似性的。就起因而言，都是死者一方有过错在前：在王洪军故意伤害案中，死者在电话辱骂以后，又纠集他人一起找到王洪军，对王洪军进行打骂，这里的打骂也没有使用工具。只是后来，同伙陆建捡起一块水泥砖，从后面追上来起举砖头对着被告人王洪军。在这种情况下，王洪军拿出小刀刺中对方，致一死一伤。从对方暴力来看，并没有达到足以致人伤亡的严重程度。因为王洪军被水泥砖击中，也只是受到轻微伤，但法院还是认定王洪军的行为构成正当防卫。从相当性来说，确实超过了必要限度，但法院认为没有明显超过正当防卫必要限度。可以说，这一认定对于保障公民的防卫权具有重要意义。相比较而言，于欢故意伤害案中，不法侵害的程度还要超过王洪军故意伤害案。在该案中，不法侵害人达到十人之多，可谓人多势众。这些人以讨债为名，对于欢母子纠缠六个小时之久。期间，夹杂着辱骂、侮辱和殴打，不间断地对于欢母子的人身自由加以剥夺。直至晚上 10 点多钟，民警来到现场以后未能解救于欢母子而是正欲离去。当于欢也要离开接待室时，讨债人又多人事前阻止，并有殴打行为。在这种情况下，于欢就地取材拿起办公桌上的水果刀，在警告无效以后，向讨债人乱捅。如果王洪军的行为能够被认定为正当防卫，于欢的行为同样也应该认定

为正当防卫。但结果却如此悬殊：王洪军是无罪，于欢是无期徒刑。

从于欢故意伤害案中，可以发现我国司法人员对正当防卫的各种错误观念。如果不对这些错误观念进行反思和检讨，我国正当防卫制度将仍然会束之高阁，正当防卫的规定也就会沦为僵尸条款。

（一）只能对暴力行为才能防卫，对非暴力侵害不能防卫

防卫行为必然表现为暴力，这是法律赋予公民的权利，因此是一种合法的暴力。基于这种认知，一般把防卫客体限于暴力，只有对暴力侵害才能进行正当防卫。由此，正当防卫就具有以暴制暴的性质。在这种情况下，对非暴力侵害就不能进行防卫。我认为，这种理解是偏颇的。对严重危及人身安全的暴力侵害，我国刑法第 20 条第 3 款专门规定了无过当防卫。第 2 款规定的防卫过当，其防卫客体包括两种情形：第一种是没有达到严重程度的暴力犯罪。因为没有达到严重程度，因此虽然是暴力犯罪，但不能适用第 3 款进行无过当防卫，而属于第 2 款的防卫客体。如果正当防卫超过必要限度，则构成防卫过当。第二种是非暴力犯罪，例如非法拘禁、非法侵入住宅、入室盗窃以及其他侵害人身权利或者财产权利的不法侵害。在日本刑法理论中，对于防卫客体的不法侵害在理解上是极为宽泛的。例如，日本学者大塚仁教授指出："所谓侵害，就是对他人的权利造成实害或者危险，不问是故意行为还是过失行为，是基于作为还是不作为。而且，也不要求是相对于犯罪的行为。"⑪大塚仁教授还具体论述了对侵入住宅不退出的人采取措施拉倒屋外，属于对基于不作为的侵害的正当防卫。

在我国司法实践中，也存在对非法侵入住宅行为的防卫。例如，赵泉华故意伤害案就是对非法侵入他人住宅罪实行防卫的案例。上海市闸北区人民法院经公开审理查明：被告人与被害人王企儿及周钢因故在上海市某舞厅发生纠纷。事后王自感吃亏，于 2000 年 1 月 4 日 19 时许，与周钢共同到赵泉华家门口，踢门而入，被在家的被告人赵泉华用凶器打伤。经法医鉴定，王企儿头面部多处挫裂伤，属轻伤。上海市闸北区人民法院认为：被告人赵泉华故意伤害他人身体，致人轻伤，其行为构成故意伤害罪，依法应予惩处，鉴于赵泉华案发后的行为可视为投案自首，依法可以从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第二百三十四条第一款、第六十七条第一款和第七十二条的规定，判决：被告人赵泉华犯故意伤害罪，判处拘役三个月，缓刑三个月。一审宣判后，被告人赵泉华不服，提出上诉，认为其行为属正当防卫。上海市第二中级人民法院经公开审理查明：被告人赵泉华与王企儿、周钢原本不相识，双方在舞厅因琐事发生过争执。事后，王企儿、周钢等人多次至赵泉华家，采用踢门等方法，找赵泉华寻衅，均因赵泉华避让而未果。2000 年 1 月 4 日晚 7 时许，王企儿、周钢再次至赵泉华家，敲门欲进赵家，赵未予开门。王、周即强行踢开赵家上锁的房门(致门锁锁舌弯曲)闯入赵家，赵为制止不法侵害持械朝王、周挥击，致王企儿头、面部挫裂伤，经法医鉴定属轻伤;致周钢头皮裂伤、左前臂软组织挫裂伤，经法医鉴定属轻微伤。事发当时由在场的赵的同事打"110"报警电话，公安人员到现场将双方带至警署。上海市第二中级人民法院认为：王企儿、周钢为泄私愤曾多次上门寻衅，此次又强行踢开赵家房门闯入赵家实施不法侵害。赵泉华为使本人的人身和财产权利免受正在进行的不法侵害而采取的制止不法侵害的行为，虽造成不法侵害人轻伤，但赵的行为未明显超过必要限度造成重大损害，符合我国刑法关于正当防卫构成要件的规定，是正当防卫，依法不应承担刑事责任。原判决未对王企儿、周钢的不法侵害行为作出正确认定，仅根据赵泉华对王企儿造成的伤害后果，认定赵泉华的行为构成犯罪并追究刑事责任不当，应予纠正。赵泉华的上诉理由应予采纳。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第二项、《中华人民共和国刑法》第二十条第一款的规定，判决：1.撤销上海市闸北区人民法院（2000）闸刑初字第 628 号刑事判决;2.上诉人（原审被告人）赵泉华无罪。

赵泉华故意伤害案是一个对非法侵入住宅罪进行防卫而被认定为正当防卫的典型案例。

⑪ （日）大塚仁：《刑法概说（总论）》（第 3 版），冯军译，中国人民大学出版社 2003 年版，第 375 页。

该案一审被认定为防卫过当，二审判决改判为正当防卫。二审判决的裁判理由指出："本案被告人赵泉华与王企儿、周钢原本不相识，双方在舞厅因琐事发生争执。人们在社会生活中相互之间产生矛盾、发生摩擦是经常发生的，但王企儿周钢等人事后多次到赵泉华家采用踢门等方法，找赵泉华寻衅，均因赵泉华避让而未果，说明被告人赵泉华不想再发生争执，也说明了其根本没有非法伤害对方的主观故意。然而，王企儿、周钢却屡屡找赵泉华寻衅。2000 年 1 月 4 日晚，王企儿、周钢再次至赵泉华家，在踢开赵家房门后强行闯入赵家，致赵家房门锁舌弯曲，家中凌乱，一些物品被损坏。王企儿、周钢不经住宅主人同意，强行破门闯入他人住宅，侵犯了他人的合法权利，性质当然是一种不法侵害行为。我国宪法第三十九条规定、中华人民共和国公民的住宅不受侵犯，禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。我国刑法第二百四十五条规定了非法侵入住宅罪，非法侵入他人住宅的.处三年以下有期徒刑或者拘役，非法侵入他人住宅.表现为未经住宅主人同意，非法强行闯入他人住宅.或者经住宅主人要求其退出仍拒不退出，妨害他人正常生活和居住安全的行为。对非法侵入住宅的行为，住宅主人有权自行采取相应的制止措施，包括依法对非法侵入者实施必要的正当防卫。本案中，被告人赵泉华针对王企儿、周钢非法侵入其住宅的行为，实施的正是正当防卫的合法权利。"⑫

当然，因为非暴力侵害对人身权利的侵害程度较轻，因此不能采取过于激烈的暴力进行防卫，否则就会构成防卫过当。由此可见，那种认为只有对暴力侵害才能进行正当防卫，对非暴力侵害不能进行防卫的认识是不能成立的。

在大量案件中，暴力侵害与非暴力侵害在夹杂在一起的，于欢故意伤害案也是如此。如果是单纯的非法拘禁行为，可以说是非暴力的侵害，但在扣押被害人的时候，会采取暴力手段。而且，在非法拘禁过程中，也伴随着辱骂和殴打。就非法拘禁罪而言，在客观上与绑架罪表现无异。只不过，非法拘禁罪是不以勒索财物为目的的绑架罪，反之，绑架罪是以勒索财物为目的的非法拘禁罪。因为，根据我国刑法第 238 条第 3 款的规定，以索要债务为目的扣押、拘禁他人，应当以非法拘禁罪论处。可以想见，于欢案如果对方主观目的不是索要债务而是勒索财物，那么，本案认定为正当防卫就不会存在争议。因此，不能认为对非暴力侵害不能进行防卫。至于是否超过必要限度，那是一个防卫程度的判断问题，不应与防卫性质相混淆。

（二）只有暴力侵害发生的一刹那，才能实行防卫

刑法规定只有对正在进行的不法侵害才能实行正当防卫。如何理解不法侵害的正在进行，这是在认定不法侵害的时候特别容易发生错误理解的问题。最为容易发生的错误理解，就是把不法侵害仅仅视为侵害的一刹那。例如，用刀杀人就是举刀砍下来的时刻；用枪杀人就是扣动扳机的时刻。如果这样理解，则防卫分寸的把握简直就是千钧一发，几乎就没有给防卫留下必要的时间。一般人都不可能如此精准地掌握防卫时间，因此无论防卫迟早，都绳之以法、论之以罪，对防卫人实在没有公正可言。我认为，对不法侵害应当整体进行考察，从开始到结束，并不是只有杀伤的那一刹那才能实行防卫。就不法侵害的起始时间而言，只要发现对方具有侵害的现实可能性，就可以对之实行防卫。例如，对持枪的不法侵害，只要发现对方有举枪射击的迹象就可以实行防卫；对持刀的不法侵害，只要发现对方逼近自己就可以实行防卫。就不法侵害的结束时间而言，不能认为侵害人的侵害举动完成，就不能再实行防卫。而是要看是否存在再次侵害的可能性，只要侵害的危险没有排除，就可以实行防卫。除非侵害结束以后，侵害人已经脱离现场。在这种情况下，再次侵害的危险已经排除，被侵害人的人身安全已经得到保障，就不能在以防卫为名对侵害人进行报复。

就防卫时间而言，王洪军故意伤害案的时间把握是最为精准的，正好在侵害人水泥块砸过来的时候，王洪军小刀刺中了侵害人。但于欢故意伤害案的情况就较为复杂，法院之所以

⑫ 参见最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编：《刑事审判参考》第 38 集，第 103 页。

没有认定具有防卫性质，主要理由之一是在派出所已经出警的情况下，被告人于欢和其母亲的生命健康权利被侵犯的现实危险性较小，不存在防卫的紧迫性。事实上，民警来到事发现场以后，并没有制止非法拘禁行为，因此不能认为因为民警的到来于欢母子的人身安全获得了保障。更为重要的是，在于欢往外走的时候，讨债人进行了殴打阻止。在这种情况下，除非于欢忍受非法拘禁，否则不使用暴力防卫手段就难以解除非法拘禁状态。可以说，于欢是对正在进行的不法侵害所实行的防卫。而且，从对于欢母子的整个不法侵害过程来看，从下午 4 点持续到晚上 10 点，在此过程中的辱骂殴打都对于欢形成强烈的心理刺激，对此后采取激烈的防卫措施具有密切关系。只有把前因后果结合起来就行分析，才能认识到于欢实行防卫的合理性与必要性。

（三）只要双方打斗就是互殴，就不是防卫

在正当防卫或者防卫过当未被认定的案件中，将正当防卫或者防卫过当与互殴相混淆，是我国司法实践中较为常见的情形。在对方已经实施侵害的情况下，被侵害人对侵害行为的反击，在客观上呈现出来的就是双方互相打斗，因此具有互殴的外观。如果不能明确地区分防卫与互殴，则正当防卫制度就会拖拽在互殴的污泥潭而不能自拔。将防卫与互殴区分就如同去除连泥拔出的莲藕身上的污泥，还其洁白的本色。

防卫与互殴虽然具有相似的外观，但两者存在根本的区分，这就是事先是否具有殴斗的合意。只有事先双方经过约定，具有互相殴斗的合意，此后的相互打斗行为才能认定为互殴，双方都不具有防卫的性质。如果一方首先对另一方进行侵害，则另一方的反击行为不能认定为斗殴而是防卫。确实，在防卫与互殴这两种情形中，都存在双方之间的互相侵害。我在《防卫与互殴的界限》一文中，对于区分防卫与互殴主要提出了两个区分的关键点：（1）基于斗殴意图的反击行为，不能认定为防卫。（2）对不法侵害即时进行的反击行为，不能认定为互殴。[13]因此，只有在事先具有互相殴打的约定，才能认定为互殴。如果没有这种约定，在一方首先对他人进行侵害的情况下，只要是为了制止他人侵害的行为，都应当认定为具有防卫性质。

问题关键是：在一方的侵害行为已经完成以后，被侵害人在何种情况下反击行为应该被认定为防卫？因为从防卫这个用语的本来含义而言，具有防止侵害的意思。因此，在不法侵害之前或者之时实行防卫，避免不法侵害的意味更加明显，更容易认定为具有防卫性质。但在侵害完成以后，似乎不存在防卫的前提，因而容易将反击行为认定为报复性殴打，进而认定为互殴。我认为，不能简单地说侵害完成就没有防卫的余地。因为在许多情况下，侵害不是一次性的而具有连续性，第一次侵害结束不等于全部侵害完成。在还不能排除后续侵害到来的情况下，被侵害人完全有权进行防卫。这种防卫与互殴在性质上存在区分：防卫是正欲不正之关系，而互殴则是不正与不正之关系。将具有防卫性质的反击行为认定为互殴，这是混淆了正与不正之关系，殊不可取。只有侵害结束以后，侵害人不再具有再次侵害的现实可能性，被侵害人的人身安全已经得到保障的情况下，仍然采取暴力进行报复，才不具有防卫性质。

防卫与互殴的区分，主要在于起因性质的判断。在互殴的情况下，挑起事端的一方属于不法，其应当具有对招致的反击行为的忍受义务。反之，面对他人的无端侵害，被侵害人则没有忍受的义务而有防卫的权利。在目前司法实践中发生的将防卫混淆为互殴的案件中，司法机关对事态的起因往往轻描淡写地描述为“因琐事引起纠纷”或者“因某事产生冲突”，这种判断似乎具有中立性，但完全是不分是非，为此后的错误判断埋下了伏线。例如在于欢故意伤害案中，判决认定：“被告人于欢面对众多讨债人的长时间纠缠，不能正确处理冲突”。该判词一方面把讨债人对于欢母子的长时间非法拘禁认定为只是互相的“冲突”；另一方面还职责于欢“不能正确处理冲突”。这样的司法判断完全背离了常识，而且也与刑法规定相

[13] 参见陈兴良：《防卫与互殴的界限》，载《法学》2015 年第 6 期。

抵触，由此引发民意的爆发。

（四）只要发生死伤结果，就是防卫过当

防卫虽然是正当的，但任何事物都有其界限，正如真理向前迈进一步就是谬误，正义向前迈进一步就是不义。我国刑法第 20 条第 3 款规定的无过当防卫，似乎取消了必要限度的限制。但实际上，面对严重的暴力犯罪进行防卫，即使造成侵害人伤亡，也不会超过必要限度。因此，立法者直接将其认定为正当防卫，取代了司法机关对是否超过必要限度的判断权。至于第 2 款仍然保留了防卫过当的规定，由此需要对于这种普通正当防卫是否超过必要限度进行司法判断。在是否超过正当防卫必要限度的判断中，存在一个最大的认识误区就是：只要发生死伤结果就是防卫过当。如前所述，我国学者甚至认为第 2 款的防卫后果根本就不包括重伤和死亡。换言之，只要防卫行为造成重伤或者死亡就是防卫过当。对于这种在司法实务和刑法理论中存在的做法和说法，我殊不以为然。在日本刑法理论中，存在行为相当性和结果相当性之分，这种只要发生死伤的结果就是防卫过当的观点，类似于结果相当性说。其实，任何防卫行为都会造成不法侵害人一定的伤亡结果，问题只是在于：这种伤亡结果是否为制止不法侵害所必要，是否与侵害行为相适应？在此，考虑更多的应该是在行为具有防卫性的基础上，再考察行为强度和结果避免的可能性。只有在在当时推定时空环境中可以并且完全能够采取强度较轻的反击行为进行防卫的情况下，防卫人没有控制反击强度采取了明显超过必要限度的防卫行为，才能认定为防卫过当。反之，如果在当时的情况下，只能采取一定强度的反击措施，即使造成了一定的伤亡结果，也不能认为超过了正当防卫必要限度。因为在这种情况下，死伤的防卫结果具有难以避免性。对防卫过当的判断，苛求被告人，应当设身处地的考虑。尤其是，根据我国刑法规定防卫不需要迫不得已，只有紧急避险才需要迫不得已。对于正当防卫是否超过必要限度的判断，应当是行为时的判断，而不是行为后的判断。在进行这种判断的时候，不仅要考虑防卫行为与侵害行为在客观上是否具有相当性，而且要考虑侵害行为对防卫人心理造成的恐慌、激愤，由此带来认识能力和控制能力的减弱，因而不能十分准确地把握防卫限度。在王洪军和于欢这两个案件中，被告人都是使用刀具进行防卫。王洪军的刀具是随身携带的，于欢的刀具是随手从办公桌上取得的，如果不是使用执刀乱捅的方法进行防卫，可能就不会发生伤亡结果。但在当时只有刀具可以作为防卫工具的情况下，我们还要求王洪军和于欢放弃使用刀具而设法寻找其他防卫工具，这既不合理也不合法。

四、结语

降低正当防卫包括防卫过当的认定标准，就是提高不法侵害人的违法成本；提高正当防卫包括防卫过当的认定标准，就是增加被侵害人的维权成本。反思应当认定而没有认定正当防卫的司法偏差，主要还是观念问题。打击犯罪虽然是司法机关的不可推卸的职责，司法机关在履行这一职责的时候，首先应当区分罪与非罪，以便准确地打击犯罪，而不能误将防卫认定为犯罪，唯此才能获得司法正义。

正当防衛の司法認定

——王洪軍事件と于歓事件に関する比較的考察

著者 陳興良（北京大学法学院岩梅講席教授）
訳者 謝佳君（西南政法大学法学院副教授）

正当防衛制度は中国刑法において重要な位置を占めている。立法機関により、国民が犯罪と戦うことを励ます機能が付与されている。1997年の刑法改正にあたり、刑法20条1項に正当防衛の概念を規定するほか、2項に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場合だけに、過剰防衛が成立すると規定されている。3項では無過当防衛が規定され、即ち、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、過剰防衛とはならないということである。立法機関は正当防衛と過剰防衛に対して、防衛行為者に十分有利な規範設置をとっているとも言えよう。一方、実務においては正当防衛と過剰防衛に関する認定はどうなっているだろう。これは検討すべき課題である。本文では、王洪軍事件と于歓事件を比較することにより、中国の司実務における正当防衛制度の実際的運用状態を考察する。

一、王洪軍傷害事件の分析

（一）判決

被告人王洪軍は、また海龍と呼ばれ、男性であり、1979年9月15日中国の広西隆林各族自治県に生まれ、中等専門学校卒業、中国の広西隆林各族自治県にある興隆鉄合金工場の寮に住んでいる。2003年4月23日、傷害罪で隆林各族自治県の公安局により勾留された。そして、同年5月15日に広西隆林各族自治県公安局が事件を取り下げ、釈放された。2007年11月29日、隆林各族自治県人民検察院は再び逮捕状を発し、同年12月13日に広西隆林各族自治県公安局は王洪軍を逮捕した。

隆林各族自治県人民検察院は審理によって、以下の事実内容を明らかにした。「2003年4月22日夜の11時ごろ、被告人王洪軍は龍山街で友人と遊ぶ時、被害者陸建からの電話を受けた。被害者は下品な言葉を使って被告人の悪口を言い、両方は口喧嘩をした。その後、龍山街で被害者と被告人は偶然に出くわし、また口喧嘩することになり、その場に居合わせる人に止め入られた。その後、被害者陸建はオートバイで黄学夢のところへ行き、黄学夢に被告人王洪軍を殴りたいと言った。それから、二人は興隆街43号に位置している中国建設銀行の正門の前に、被告人王洪軍を見つけた。黄学夢はオートバイから降り、何発連続で被告人王洪軍の顔を張り、被害者陸建は握りこぶしで被告人王洪軍の頭を打った。その後、二人は共に被告人王洪軍を殴った。他人に止められ、両方は喧嘩をやめて言い争いながら新しい駅の方に向かって行った。被告人王洪軍と被害者陸建が歩いていた時、黄学夢は路肩に立つ高圧線の鉄塔のところに、ぼろぼろのセメントのレンガを拾って、後ろから追い、そのレンガで被告人王洪軍を打とうとし、それと同時に被害者陸建は再び被告人王洪軍を殴り始めた。こうした状況で、王洪軍は鍵のキーホルダーを取り出して、そ

こに掛ける平南ナイフ*でむやみに突き刺し始め、黄学夢と被害者陸建を刺した。被告人王洪軍も黄学夢からのセメントのレンガに頭を打たられた。隣に見ていた陳光勇は被害者陸建と黄学夢とも怪我がされたことに気づき、被告人王洪軍を止めてナイフを奪い取った。その後、被告人王洪軍は公安機関へ自首に行った。当日の夜、被害者陸建は病院に送られたが、死亡した。法医学者検査により、被害者陸建は、脾臓の動脈が切られ、出血過量によって循環ショックで死亡した。被告人王洪軍は軽傷である。事件後、被告人王洪軍の親族は被害者の親族に14500元を賠償した。」

裁判所は、「傷害罪とは、行為者は不法で他人の身体を傷害したという行為であり、しかし、急迫不正の侵害から自己を守るため、不正な侵害に対して必要な防衛手段を取った場合は、正当防衛であり、刑事責任を負わない。本件では、事件の前に、死者の陸建は被告人王洪軍と口喧嘩をした。その後、黄学夢に頼んで共に街へ王洪軍を探し、殴ろうと言った。被告人王洪軍を見つけてから暴行を加えた。主観面も行為上も陸建と黄学夢は明確に不正の侵害を行った。一方、被告人王洪軍は、明らかに消極的な防衛の立場であった。不正の侵害が継続的に行われる間に、黄学夢はセメントのレンガを持って被告人王洪軍に向かい、陸建は拳を振るって王洪軍を殴った。黄学夢と陸建は、被告人王洪軍の安全を脅かす行為を行なっていた。被告人王洪軍は憤慨でありながら恐れている気持ちになり、被害者陸建、黄学夢の不正な侵害の意図及び侵害の程度について一時に判断することが困難であった。適当な防衛手段を選ぶことができないところ、むやみにナイフを振った。陸建の死亡という結果に至ったが、陸建と黄学夢の不正な侵害により起こされた結果と比べてみれば、明らかに必要な限度を超えなかった。そこで、被告人は進行中の不正の侵害から自己を守るために、不正の侵害に対して防衛手段を取り、しかも明確に必要な限度を超えなかった。被告人の行為は正当防衛の客観的要素があり、正当防衛が成立し、刑事責任を負わない。被告人王洪軍を無罪と宣告すべきである。検察側が被告人王洪軍を傷害罪と起訴することに関して、本裁判所は支持しない。付帯私訴の原告人から被告人が民事上の損害賠償の責任を負うべきという訴求につき、本件では被害者陸建が被告人王洪軍に不正な侵害行為を行い、被告人王洪軍が正当防衛を実行しただけで、被害者陸建を死亡させたから、被告人王洪軍は民事損害賠償の責任を負うべきではない。しかし、被告人王洪軍の親族は積極的に被害者である陸建の家族に経済上の損害を賠償したことにつき、それは当事者が自ら進んで賠償したものであり、法律の規定を違反していない。被告人王洪軍およびその弁護人が提出した弁護人の意見は事実上および法律上の根拠があり、本裁判所はこの弁護人の意見を採用する。国民の人身権利に対する侵害から守るために、不正な侵害した者を恐れず、勇敢に不正侵害者から自己又は他人を守ること、又は積極的に不正な侵害行為と戦うこと、そして不正の侵害を止めることを提唱する。以上の事実に基づき、中国人民共和国刑法20条1項の規定により、被告人王洪軍は無罪である。」という判決を下した。

（二）事実関係

王洪軍傷害事件は2003年4月22日に発生し、被告人は翌日に公安機関により刑事勾留され、5月15日に事件が取り下げられ、釈放された。2007年11月29日に人民検察院が再び勾留を承認し、同年の12月13日に公安局は王洪軍を逮捕した。こうした事件の時系列を通じて、処理したプロセスの難しさが想像できる。公安機関が事件発生の直後に、王洪軍を勾留し、まだ30日間未満の間に、事件を取り消し、被疑者を釈放した。これは、決して公安機関の議決ではなく、人民検察院が勾留を承認しなかったからであると思う。

---

* 訳者注：平南ナイフとは、折りたたむことができる小さなステンレスのナイフであり、平南はブランドである

もちろん、判文には事件を取り消して王洪軍を釈放したことについて具体的な原因が書かれていないが、私は、それが人民検察院が勾留を承認しなかったと推測する。そこで、最初から人民検察院が正当防衛になると認定した。人民検察院が勾留を承認しないということにより、事件の訴訟プロセスが中断された。二年余りを経ち、2007年11月29日、人民検察院が勾留を承認したのは公安機関の堅持ではないはずである。その理由は、中国刑事訴訟法90条、人民検察院刑事訴訟規則105条、106条の規定通りである。中国刑事訴訟法90は、「公安機関は、人民検察院の勾留不承認決定について、誤りがあると認めた場合は、再議を請求することができる。しかし、被逮捕者は直ちに釈放しなければならない。意見が受入れられない場合には、一級上の人民検察院に再審議を請求することができる。上級の人民検察院は、直ちに再審査し、変更するか否かの決定を下して、下級の人民検察院及び公安機関に通知し、執行させなければならない」*と規定する。人民検察院刑事訴訟規則105条は、「公安機関が勾留不承認を再審査することを請求する事件については、人民検察院は勾留審査部門の担当者を別に指定して再審査させなければならず、再審査請求書及び事件書類を受け取った日から7日以内に変更するか否かの決定を行い、公安機関に通知しなければならない」**と規定する。また、106条は、「公安機関が一級上の人民検察院に対して勾留不承認事件を再審査することを請求する場合には、一級上の人民検察院は再審査請求意見書及び事件書類を受け取った日から15日以内に、検察長又は検察委員会が変更するか否かの決定を行うとともに、下級人民検察院及び公安機関に通知して執行させなければならない。原決定を変更すべき場合には、勾留承認決定書を別に作成しなければならない。必要な場合には、上級人民検察院は直接に勾留承認の決定を行い、下級人民検察院に通知して公安機関に送達して執行させることができる」***、と規定する。上述の規定によれば、検察機関が勾留を承認しない議決につき、公安機関が再検討、再議を請求する場合には、厳格な時間限制があり、二年を延ばすことは不可能である。再び逮捕された原因は、死者の家族が諦めずに引き続き上訴し、陳情に行ったからであろう。結局、検察機関はやむをえず屈服し、本件の被告人王洪軍に傷害罪で公訴した。本件は事件発生の二年後に再び司法プロセスに入った。

本件の事実概要に関して、公訴機関の意見と判決の認定とはほぼ一致し、あまり大きな食い違うところがない。以下の三つの詳しい問題点から本件の事実を分析しよう。

1. 起因について

まず、本件の被告人王洪軍は陸建から侮辱の電話を受けて、二人は電話で口喧嘩をした。これは事件の始まりである。電話での口喧嘩は、隔たりの効果があり、直接に肢体を接触したことに至らなかった。裁判所が認定した事実に基づけば、陸建は電話で罵った後、オートバイで黄学夢のところに行って、黄学夢に王洪軍を殴りたいと言った。その後、二人は興龍街43号門の前に、被告人王洪軍を見つけ、共に王洪軍を殴った。ということで、陸建は他人を誘い、積極的に被告人を挑発して殴ったりして、揉め事を起こした。全体的に事件の起因から見れば、明らかに陸建側の過ちである。

2. 殴打について

陸建は王洪軍を見つけてから、黄学夢と共に王洪軍を殴った。判決によれば、黄学夢はオートバイから降りて、直後に被告人王洪軍の顔をはって、それから、陸建は前に行って拳で王洪軍の頭を打った。裁判所は加害者が王洪軍に顔をはり、拳で頭を打つという暴力襲撃を加わったことを認定したほか、陸建と黄学夢が共に王洪軍を殴ったことも認定した。

---

* 訳者注：松尾浩也＝田口守一＝張凌　共訳「中華人民共和国刑事訴訟法全訳」ジュリスト1109号（1997年）62頁以下。
** 訳者注：野村稔＝張凌「人民検察院刑事訴訟規則」比較法学35巻1号（2002年）202頁以下。
*** 訳者注：野村稔＝張凌「人民検察院刑事訴訟規則」比較法学35巻1号（2002年）202頁以下。

その時、王洪軍からの反撃が見られなかった。殴られた後、被告人は、そこを離れて避けることを急いだ。しかし、陸建は王洪軍を追って、また罵った。事件の最終のエスカレートは、黄学夢はセメントのレンガを拾い、後から早いスピードで王洪軍を追いつき、そのセメントのレンガで王洪軍を打つつもりであり、その時、陸建もまた拳で王洪軍を殴った。こうした状況で、王洪軍の防衛行為を招いた。

3. 反撃について

陸建と黄学夢の不正な侵害に対して、最初、王洪軍は耐えながら、避けたことで対応した。不正な侵害のエスカレートにつれて、本人の人身安全がひどく脅かされた時、王洪軍は反撃行為を取った。判決によれば、被告人王洪軍はキーホルダーを取り出し、そのキーボルダーに掛かられた平南ナイフを開けて、むやみに突き刺した。黄学夢と陸建をそれぞれに突き刺し、王洪軍自身も黄学夢からのセメントのレンガで頭を打たれた。上の事実から見ると、王洪軍は防衛用の道具は普段持ち込むナイフであり、反撃方式がむやみに突き刺すことである。

判決は「むやみに突き刺した」という言葉を使い、3点の意味が含まれている。1点目は反撃行為の目的性がないことである。ここでの「むやみに」はそういう意味であり、王洪軍がわざと急所を狙って突き刺したわけではないということを判明した。2点目は反撃行為のパニック性である。陸建らに殴られることに対して、王洪軍はパニックで反撃し、反撃の道具および反撃を加えた部位を選ぶ余裕がなかった。現場で道具を取り、むやみに突き刺した。3点目は反撃行為の急迫性である。一般的に「むやみに突き刺した」は急迫不正の侵害を向き合う時に、不正の侵害を制止するために、やむをえずの反撃行為である。以上のように、むやみに突き刺したことによる反撃の行為は急迫性があることを判明した。

（三）性質の判断について

本件においては、起訴書と判文が認定した事実内容が完全に一致するが、なぜ検察側は被告人王洪軍の行為を傷害罪であると起訴し、過剰防衛も認めなかったのであろうか。しかしながら、裁判所は被告人王洪軍の行為を直接に正当防衛であると認定され、過剰防衛でもないとした。こうしてみれば、公訴機関と裁判所は性質判断について大きな差異がある。判文には直接に弁護人の意見が書かれなかったのは残念である。裁判所は、「被告人王洪軍およびその弁護人から提出された弁護人の意見は事実上と法律上の根拠があり、本裁判所は上の弁護人の意見を認める」としただけである。判文から弁護人が正当防衛を主張したことを推測できると思う。もし、裁判所は公訴機関の控訴意見を列挙した後、被告人の弁解と弁護人の意見を述べながら、控訴人と弁護人の意見を評論した上で、裁判結論を提出すれば一番理想的である。なぜなら、控訴人と弁護人は、それぞれの訴訟上の立場から、一定の方向性を目指して一定の結論を示す。一方で、裁判官は中立の立場で、控訴人と弁護人の意見を十分に考えた上で、裁判を下すのであり、このように下した裁判の結論こそ客観性と公正性がある。しかし、本件判文では、被告人の行為は正当防衛になるか否かについて、控訴人と弁護人の争点を分析しないため、この判決は、他人の考えに耳を貸さずに自分だけで決めるというような感じがする。

裁判所は、主に以下の三つの問題点から理由を述べ、陸建を死亡させたこと及び黄学夢を怪我させた被告人王洪軍の反撃行為が正当防衛であると認めた。

1. 侵害の不正性

裁判所は陸建の方が先に揉め事を挑発したという事実に基づいて、本件の正当防衛の起因の違法性を認めた。防衛起因に対しての認定は以下の通りである。「本件の死者である陸建は、事件が発生する前、被告人王洪軍と口喧嘩をした。その後、黄学夢を誘って二人は共にして街へ被告人王洪軍を捜し、陸建は被告人王洪軍を殴ると言いふらした。被告人

王洪軍を見つけてから、被告人王洪軍を殴った。陸建と黄学夢が主観上も行動上も明らかに不正の侵害を実行し、被告人王洪軍は明らかに防衛の立場にある。」とした。本判決は、被告人王洪軍と死者の陸建との関係に正確な判断を下したと言える。これは、確実に侵害と防衛との関係である。実務においては、正当防衛あるいは過剰防衛の認定につき、一番問題となりやすいのは、上のような防衛性質の持つ行為と相互喧嘩行為を混同することである。後で詳しくこの点を分析したい。本件では、公訴機関も、死者が先に被告人を罵って殴って、さらには仲間がセメントのレンガを一つ拾って、後ろから被告人を襲ったという事実まで認定していたものの、なぜこの場合、被告人王洪軍の反撃行為を傷害罪と決めつけ、完全に死者側の加害を無視しているのか。検察機関の起訴書では、相互喧嘩とは明言していないが、防衛として認めない論理的な前提には、両方の行為が相互喧嘩にあたるという判断があるであろう。本判決は、死者側の不正の侵害に、正確な判断を下したというべきである。従って、被告人の行為を正当防衛と認定されたのは、完全に正当である。

2. 防衛の適時性

本件では、不正の侵害の進行中の問題について、あまり異議がない。それは、最初王洪軍が陸建に罵られて殴られたものの、罵られて殴られた間に、反抗もしなかった。王洪軍は、黄学夢が拾った一つのセメントのレンガで打たれた緊急の時に、防衛行為を実行した。それにしても、黄学夢のセメントのレンガから襲撃を避けることが失敗した。裁判所は、不正な侵害の持続的過程という概念を指摘した。それが正しいと思う。本件では、電話での罵りから、顔を合わせた後の殴りを経て、セメントのレンガで襲われまで、不正の侵害がずっと持続的に進んでいた。正当防衛を認定する時、単独な侵害行為を見るべきではなく、一連の行為を結び合わせ、不正の侵害を全体として考察を行うべきである。具体的なケースを分析するには、不正の侵害の行為が実行し終わったとしても、侵害者がすぐ現場を立ち去るのではなく、防衛者が、自分が襲われる危険が消えるか否かを正確に判断できない場合には、不正の侵害者に対して、防衛者の防衛権利を否定することができない。もし侵害が発生していた瞬間に防衛時刻を限制されれば、殺人行為に対する防衛時刻も極めて短くされ、これは被侵害者の防衛権を保護することにとって非常に不利である。これは、正当防衛に関する中国刑法の立法意図に反している。

3. 限度の適正性

反撃行為を防衛の性質を認定したうえで、この反撃が正当防衛の必要な限度を超えたか否かは、正当防衛と過剰防御との根本的な区別である。注意すべきは、中国刑法20条1項では正当防衛が規定され、2項では過剰防衛が規定され、3項では無過当防衛が規定されている。それでは、本件の場合には、被告人の正当防衛は、1項の正当防衛になるのか、あるいは3項の無過当防衛になるのか。裁判所は、刑法20条1項の規定によって、被告人王洪軍が無罪であるという判決を下されたのである。そこで、裁判所は、被告人王洪軍の行為が刑法20条1項に規定されている普通の正当防衛であり、3項に規定されている無過当防衛ではないと認定された。王洪軍の防衛行為を無過当防衛として認定されない理由は、主に不正の侵害が著しく王洪軍の身体の安全を脅かしたものの、身体の安全に対する重大な侵害の度合いに達していなかったのである。その通りだと思う。注意すべきは、裁判所が王洪軍の行為が「必要な限度を著しく超えなかった」と判断された点である。それは、王洪軍の防衛行為は必要な限界を超えたが、著しく必要な限度を超えたのではなかったのである。必要な限度を超えたというのは、結果から見た結論である。被告人防衛行為により、侵害者の一人が死亡、もう一人が怪我という結果に至ったのである。これは比較的重大な死傷結果である。しかし、中国刑法によると、著しく正当防衛の必要な限度を超えた場合だけに、過剰防衛を認定できるということである。したがって、正当な防衛の

必要限度を超えたと判断した場合に、また著しく上回っているか否かも判断すべきである。裁判所は、被告人王洪軍の防衛行為が著しく正当防衛の必要な限度を超えたことがないと判断した。主な理由は次のとおりである。

客観面から見れば、被侵害者がナイフでむやみに突き刺した行為は、防衛の消極性がある。ここでいう「ナイフを持ってやたらに振り回した」のは、事実概要に書かれた「むやみに突き刺した」ということである。これは、抵抗型の暴力であり、たとえ侵害者の死亡結果をもたらしたとしても、著しく正当防衛の必要な限度を超えたとは言えない。

主観面から見れば、不正の侵害により、被侵害者に憤激的でありながら恐い心理的影響を与えた。違法な不正の侵害に対して、被侵害者は極めて緊迫された状態で、精神が外界からの重大なプレッシャーを受けていた。これは、防衛結果にある程度の影響をもたらした。そこで、厳密な防御方法を選択することも、防衛の度合いを制御することも困難である。この状況は、侵害者によって引き起こされたので、不利な結果は侵害者が負担すべきである。

特に注意すべきは、本判決は正面から王洪軍の防衛行為を認めているのである。そして、「国民の人身の権利を侵害から守るために、国民を、不法の犯罪者を怯えなく、勇敢に不法の犯罪者の手から自分或いは他人を守ること、そして積極的に不法の犯罪行為と戦って不正の侵害を制止することを支持している。」と指摘した。これによって、王洪軍は無罪になり、法律上にも道義上にも顕彰された。有罪か無罪かは、雲泥の差がある。

二、于歓傷害事件についての分析

(一) 判決について[①]

被告人于歓は、男性であり、1994年8月23日山東省の冠県に生まれ、高校卒業、冠県工業パークにある源大工貿株式会社の職員である。冠県の建設南路13号2生活区1列2号に住んでいる。2016年4月15号に傷害罪の疑いで身柄を拘束され、同年4月29日逮捕された。現在、山東省冠県の刑事施設に留置された。

山東省聊城市地方裁判所の審理により、以下の事実関係が明らかにした。2014年7月、山東源大工貿株式会社（冠県工業パークに位置している）の責任者である蘇銀霞は趙栄栄から100万元を貸して、両方は口頭で月利は10%と約束した。2016年4月14日午後4時前後、趙栄栄は借金を全部返還していないのを理由にして、郭彦剛、程学賀、厳建軍など十数人を寄せ集めて、取立てのために、次々と山東源大工貿株式会社に行った。4月16日夜8時ぐらい、杜志浩は車で当社に着き、当社のオフィスビルの大門の外で、ほかの人とバーベキューしながらお酒を飲んだ。夜9時50分ぐらい、杜志浩らは蘇銀霞及び蘇銀霞の息子である于歓がいるオフィスビルの一階にある応接室に、借金の返還を促し、二人に侮辱の言行も加えた。夜10時10分ぐらい、冠県公安局経済開発区派出所の警察は通報を受けてから、応接室に駆けついて状況を聞き込んだ。その後、更に状況を調べるために、庭に行った。被告人于歓は応接室を離れようとしたが止められて、于歓が杜志浩、郭彦剛、程学賀、厳建軍などと争いが起こし、被告人于歓は刃物で杜志浩、郭彦剛、程学賀、厳建軍を突き刺して怪我をさせた。警察はこれを聞いて応接室に戻った。警察は于歓に刃物を出せと命令し、杜志浩、郭彦剛、厳建軍、程学賀を病院に運んだ。杜志浩は出血性ショックにより、翌日2時ごろに死亡した。郭彦剛、厳建軍が二級の重傷で、程学賀は二級の軽傷である。

① 特に説明したいのは、本件についての判決はすべて一審判決と指し、本稿で評論するのも一審判決である。

被告人于歓の弁護人は、于歓の行為には正当防衛の情状があり、過剰防衛が成立し、処罰を減軽すべきであると主張した。裁判所は、「弁護人の意見について、被告人于歓は刃物で数人の被害者の腰部と背部を刺したのであり、当時、被告人于歓の人身の自由の権利が制限されて、罵りと侮辱を受けていたといっても、向こうは道具を利用したわけでもなかった。そして警察が通報を受けてすでに現場まで駆けつけたので、被告人于歓と彼の母親にとっては現に生命まで危険される可能性が比較的に低く、防衛の急迫性がなかった。したがって、于歓は刃物で被害者を突き刺したことは、正当防衛意義上の不正な侵害という前提が存在していなかった。そこで、弁護人が主張した意見を認めることができない。また、付帯私訴の原告人、各被害者の訴訟代理人が主張した、被告人于歓が殺人罪であり死刑を求める意見につき、被告人于歓が被害者らに囲まれた後、応接室の比較的狭い範囲以内に刃物で、4人の被害者の背部と腰部をそれぞれ一回刺したが、その中の誰かを狙って連続で突き刺して死亡に至る行為を実行したわけでもなく、そして遠く離れていた人を刺したこともなかった。当時、被告人于歓が置かれた立場および被害者の刺された部位・回数、事件発生の午後から取り立ての被害者側に付き纏われていたこと、警察が現場に駆けつけた後急いで応接室を離れたい気持ち、という三つの点から総合的に分析すれば、于歓が向こうを傷つけた故意があり、公訴機関が主張した傷害罪であるという求めは、客観面も主観面も傷害罪の要件が具備したことを認め、ただ被害者の死亡という結果が出ただけに故意殺人罪であると認定すべきではない。被告人于歓は『殺してやる』のような話が言ったことがあるという証人の証明があるにもかかわらず、それはただ紛争していた間の無礼な言葉だけである。これだけによって、行為者の主観的な故意内容を断定することができない。そこで、各代理人の上の主張を認めることができない」と述べた。

裁判所は、「被告人于歓が人数の多い取り立て人の長時間の付きまといに対して、正確に衝突を処理することができなかった。刃物で複数の人を刺して、一人が死亡、二人が重傷、もう一人が軽傷ということ結果に至った。その行為は傷害罪が成立する。被告人である于歓が犯した傷害罪の結果は重大であり、その結果に相当する法律責任を負うべきである。しかしながら、本件の場合では、被害者側が数人を寄せ集めて、企業の正常な経営秩序にマイナスな影響を与え、他人の人身の自由を制限し、また他人を侮辱する不当な取り立てる方式を利用したことによって、事件を引き起こされたのである。被害者側にも過ちがあり、しかも被告人于歓は逮捕されて送検された後、事実の通りに自らの犯罪事実を告白した。以上の情状から考え、刑罰を軽くすることができる。そこで、『中華人民共和国刑法』の第二百三十四条の第に項、第六十一条、第六十七条の第三項、第五十七条の第一項、第三十六条の第一項、および『最高裁判所は「中華人民共和国の刑法訴訟法」についての解釈』の第一百五十五条の第一項・第二項、『最高裁判所は人身損害の賠償事件の審理用の適用法律に関する若干の問題についての解釈』の第十七条、第十九条、第二十条、第二十一条、第二十七条の規定により、被告人于歓は傷害罪が成立し、無期懲役に処され、政治的権利を終身剥奪する*。」という判決を下した。

（二）事実概要について

裁判所が認定した本件事実関係において、以下の3点が、被告人の行為の性質の認定にとって重要な意義がある。

1. 債権回収

本件の起因は債権回収であり、これは裁判所により認定した事実である。判文では「債権回収の催促」という表現を使用した。常識によって分かるように、借金を返還するのは当たり前のことである。本件の起因から見れば、取り立て人側は道徳上の有利があり、借金を取り立てられた側に対しては不利な状況におかれていたらしい。なぜなら、本件の起因は取り立て人が債務者に殺されてしまったという結論になってしまいそうからである。こうして、被告人が同情を喚起することが難しくなる。しかし、本件の起因は債権回収であるとしても、それだけでは単なる表であり、さらに深く検討すべきなのは何の債務なのか。裁判所が認めた債務の利息から考えれば、被害者側が回収したのは、高利貸しであることが分かった。こうしてみれば、本件を通して中国の一部の地方において高利貸しが盛んでいるという歪んだ金融現象が暴露された。被告人于歓の母親である蘇銀霞は、2009年に冠県工業パークにある山東源工貿株式会社を創立し、主に自動車用ブレーキパットを製造する。会社の資金に困ったために、仕方がなく借金することになった。蘇銀霞の証言によると、彼女は呉学占から借金したことがある。「2014年7月に呉学占から100万元を借りて、口頭で10%の月利を約束した。その後、次々と152.5万元を返した。」と述べた。現金で返還したほか、蘇銀霞は70万元の140平方メートルのマンションで債務を償ったが、まだ17万の借金が残る。本件では、回収されたいのは上述の残った17万元の借金である。しかし、本件の証人の趙栄栄の証言によると、蘇銀霞が借金したのは趙栄栄からである。「蘇銀霞は二回で、私から110万元を借りた。第一回は、2014年7月28日100万で、第二回は2015年11月1日10万元で、金利は月利10%である」と述べた。いったい誰から借金をしたことについて、二人の意見が異なったにもかかわらず、裁判所は、蘇銀霞が趙栄栄から100万元を借金し、口頭で月利10%を約束したという事実内容を認めた。趙栄栄は名義上の債権者であり、実の貸し出す人は呉学占であるかもしれない。中国の法律によると、10%の月利はすでに、国が規定される36%までの合法的な年利を上回った。したがって、本件の債権は典型的な高利貸しに属し、法律によって保護されていない。それにしても、高利貸しの呉学占は何ものなのか。商工業の資料によると、2012年、呉学占は源県泰和不動産開発会社を成立し、登記資金は1000万元ということである。呉学占は不動産会社の名義で、高い利息により預金を吸収し、職務のない人員を寄せ集めて高利貸し取立ての業務を従事した。当地の警察の資料によると、2016年8月3日、聊城市公安局の東昌府支局により、冠県の呉学占を主とする暴力団が潰されて、主な被疑者の呉学占がすでに逮捕された。この後、本件では十人の取り立て人（11の中の杜志浩はすでに死亡した）が全部逮捕された。現在、被疑者の呉学占、取立てのリーダーである趙栄栄は半年前に逮捕され、事件は人民検察院へ移送されて、人民検察院により起訴されている。

事件発生の当日、趙栄栄は債権者として、十人を寄せ集めて蘇銀霞のところへ借金を取り立てに行った。その後、現場を離れた。現場にいった十人全部は債権者ではなく、趙栄栄に集められた取り立て人である。従って、この十人は全部債権回収の主体ではなく、これは違法の債権回収行為である。しかし、裁判所は、高利貸しを取り立てたという事実を意図的に取り上げず、于歓の刃物で人を傷害した行為について正当防衛を認めなかったのである。もし本件が裁判所により正当防衛と認められたのであれば、違法的に高利貸しを取り立てたという事実は強調されたに違いない。こうした判決の結論によって、選択的に事実認定を行うというやり方は、実務には必ずしも珍しくないのである。

2. 監禁について

正当な債権の場合なら、債権回収のために司法的救済を求めることができる。しかし、本件に関わる高利貸しは司法上の保護がないため、強引な手段により取り立てるしかない。これは、債権回収の人にしても債権者にしても、重大な人身安全の危険が隠れる。判文によると、債権回収は当日の午後の4時から、夜の10時に事件が発生するまで、6時間近

---

* 訳者注：中国刑法54条は、「政治的権利の剥奪は、次に掲げる権利を剥奪することをいう。（1）選挙権及び被選挙権。（2）言論、出版、集会、結社、行進及び示威の自由の権利。（3）国家機関の職に就く権利。（4）国有の会社、企業、事業体及び人民団体の指導者的な職に就く権利。甲斐克則＝劉建利編訳『中華人民共和国刑法』（2010年、成文堂）。

く続いていたということが分かった。死者の杜志浩が現場に着いた夜８時はその時間帯を二つの段階に分けた。取り立て人は杜志浩が現場に到着まで于歓と彼の母親を応接室に閉じ込めさせた。取り立て人の李忠の証言によると、「借金を取り立てた時に、私たちは蘇銀霞、于歓を殴ったことがなく、ただ閉じ込めさせただけだ。二人はどこへ行っても、その後ろに付いていた。殴らなかったが、罵ったりひどいことを言ったりしました。」ということがわかった。こうしてみれば、この段階では債権回収の暴力の特徴はまだ明らかになっていなく、主に言葉での罵りであった。杜志浩の到着後、債権回収がエスカレートし始めました。于歓と彼の母親を応接室に閉じ込めさせたほか、この間、取り立て人らは特に杜志浩が于歓と彼の母親に侮辱と殴りを加えた。その中、弁護側の証人である劉付昌の証言のよると「蘇社長と于歓が座っていたソファーの前に、その二人と向き合っていた人がいった。その人がズボンをお尻以下までに脱いだことと見た。」ということである。検察側の証人である張書森の証言によると、「取り立てていた中、杜志浩がズボンと下着を太股まで脱いで、ペニスをあのお金を借りた女に向いた。そのほか、あの金を借りた男の靴を脱いであの親子の前に振った。彼は、あの女にひどいことを言って、あの男の顔を一回張ったことを見た。」ということである。上述の証言によると、弁護人側の証人と検察側の証人とも、杜志浩が于歓と于歓の母親に向かって、言葉上と行為上の侮辱を与えて、しかも相当厳しい度合いであった。于歓と彼の母親の目の前に、ズボンを抜いてペニスを出した。これは、マスコミに力を入れて報道した「母親への侮辱」ということである。したがって、本件は「母親への侮辱による殺人事件」とも呼ばれる。「事件発生中に、確かにきわめて下劣な情状があり、しかしこれは事件を引き起こした口火の一つだけであり、直接に于歓が暴力を振った結果に至るではなかった。」。母親への侮辱ということが、本件を、驚くほどのスピードでマスコミに伝播されることに、大きな役割を果たした。しかし、これは本件の被告人である于歓が正当防衛になるか否かを分析する上での重点ではないし、それを重点にするべきではない。

3. 警察の出動について

6時間近く閉じ込められた間に、上述の通り、取り立て人たちは于歓と彼の母親に侮辱と殴りを与えたが、于歓は強烈に反抗したことがなく、さらに彼の母親である蘇銀霞が反抗しなかった。この親子は一貫して我慢な態度であった。債務があるという前提の事実以外、力の面において、両方の格差が非常に現実な問題であった。于歓と彼の母親はどうしても太刀打ちできなかった。もし、反抗すれば疑いなくより厳しい扱いを受ける。杜志浩がペニスを出した時に、蘇銀霞側の人が警察に通報を出した。判文によると、警察の朱秀明と徐宗印は現場に着いて、まずは通報を出した人を探し、紛争の両方が債権回収ということを知った後、「借金を取り立てるのが問題なく、でも人を殴ってはいけない。」と言いながら外へ出た。両方を隔てて事情を聞き取ることがなかった。ここまでは肝心なことがあった。それは、警察が外へ出て現場を離れてもう調べようとしなかったか、あるいはよりよく事情を調べようとしたのか、である。これは、警察の責任と関連し、その同時に于歓の防衛行為に対しての性質への特定にも関わって、重要な意義を持っている。監視ビデオによると、「22時13分に一台のパトカーが到着した。警察が下車した後オフィスビルに入った。22時17分ごろ、一部の人が警察をオフィスビルの外へ送り、また戻った人がいた。22時21分ごろ、警察が急いでオフィスビルに戻った。」ということを示した。警察は応接室に出入りした時間は4分間ぐらいであり、即ち22時13分から22時17分までの間であった。それでは、警察は22時17分から22時21分までの間にいったいただ離れた状態であるか、あるいは事情などを調べに行ったのか、ビデオを通して真実を確かめることができるはずである。裁判所は、警察が応接室を出てさらに状況を調べに庭へ行った、

と認めた。しかし、この結論がビデオによって認定したかどうかは、知る由がない。②

4. ナイフで刺したことについて

警察が外へ出た時、于歓は警察が現場いった機会を利用して、取り立て人の監禁から逃げるために、外へ出ようとした。しかし、取り立て人に止められた。この時、事件の発生まではただ一歩離れた。では、この時の現場では何が起こったか。裁判所は、「被告人于歓が応接室を出ようとしたが、止められた。杜志浩、郭彦剛、程学賀、厳建軍などと紛争した」と述べた。それでは、ただの紛争なのか。判文で引用された証言によると、債権回収側は于歓が応接室を出たことを止めただけと述べたが、于歓と蘇銀霞は取り立て人が于歓を打ったと述べた。両方の証言の内容は矛盾している。応接室の外にいった証人の劉付昌の証言によると、「私はオフィスビルの中へ走って入って、応接室の中の借金回収の連中が于歓を囲んで、于歓に向って椅子を持って突いた人があり、于歓はずっと後ずさりし南の方へ下がった。」ということである。ここで、証人により、当時取り立て人たちは、于歓を止めただけではなく、しかも暴力を振ったということが証明された。全体の状況から見れば、于歓が刃物を刺し出した時、彼は殴られた状態であった。こうした状況で、于歓は事務机の上にあった果物ナイフを取った。そしてナイフを持ったまま取り立て人たちに警告し始めた。取り立て人の李忠の証言によると、「私は、于歓が大声で誰も来るな、そうしないと殺してやろうと叫んだことを聞いた。私が顔を向いて、于歓がナイフを持って応接室の南東方向の隅に立ってそう叫んだ。」と述べた。ほかの取り立て人も李忠と同じような陳述があった。ここで注意すべきは、証人が「大声」で于歓の警告を形容した。これにより、于歓の警告の声の大きさが考えられる。現場が大騒ぎであるにもかかわらず、その場に居合わせたすべての取り立て人は于歓の警告が聞こえたはずである。しかし、于歓が刃物を突き刺したこと誰でも思わなかった。取り立て人はそのまま突突き進んで、于歓を取り押さえようとした。この瞬間に、悲劇が起こった。取り立て人の么伝行は「女の社長の息子がどこかナイフを取って、彼は『来るな、誰も来るな、そうしないと殺してやろう』と言った。杜三（杜志浩）は于歓の方へ近づいて、私は于歓がナイフで杜三の腹に刺した。郭彦剛は西から于歓の方へ近づいて、その後西へ逃げようとした時、于歓が跳んで前に手を伸ばして、郭彦剛が手で背中を塞いで血が出てきた。程学賀と厳建軍も、于歓の方へ近づいたとき刺されたはずだ。」と述べた。これは、警告無効の後にナイフを刺し出した場合に関する最も詳細な叙述である。この証言によると、死者も傷者も、于歓からの警告を聞いたあと、そのまま「于歓の方へ近づいて」から、刺されたことが明らかにした。ここでは、単に「于歓の方へ近づいて」と書かれたが、実はその意味がきわめて深い。もし身に詰まされたら、我々は「于歓の方へ近づいて」で叙述した実際な状態を理解できる。ここで注意すべきは、郭彦剛のことであり、彼は刺さられたところが背中である。郭彦剛は、「私は于歓がナイフを出して一人ずつ一回刺したことを見た。彼がナイフで人を殺したのを見て、私は北へ引き返しようとしたが、彼は私の後ろのカラーを掴んで、背中を刺しながら殺してやろうと言った。」と述べた。郭彦剛の証言により、この刺しは後ろから刺したものということがわかった。これに対して、取り立て人の張書森も郭彦剛が逃げようとした時、于歓にナイフで背中を刺さられたと証明した。この刺しは背中に刺したため、現場に居合わせた全部の人が背中に刺したという情状を見た。于歓は、「私がテーブルの上からナイフを取って、彼たちを指して、来るなと言った。だが、彼たちはやはり私の方まで来て、私を殴った。それで、私がナイフで自分に囲まれた人の腹に一回刺した。いったい何人かを刺したのは自分にもよくわからない、二人か三人かも。」と述べた。したがって、当時の非常に混乱な状況で、于歓は自分の方へ殺到した取り立て人に対して、

② 通報によると、出動した警察はすでに取り調べられた。

やたらに刺して、暴走の状態であった。特定の人あるいは特定の部位を刺したのはではなかった。取り立て人の程学賀は、「私が応接室に戻った後、室内には騒がしかった。誰かが黒いもので私の腹を刺して、なんとあの女の社長の息子だ。私はすぐに傷を塞いで、その同時に郭彦剛も部屋を出て、彼は一つの手で背中を塞いだ。」と証言した。この叙述によると、程学賀は、郭彦剛が刺さられた後に、刺さられた。つまり、郭彦剛は最後に刺さられた人ではなかったということがわかった。これにより結論されるのは、于歓は、郭彦剛が逃げた時に追いついて故意的に背中を刺したわけではく、掴み合った時に背中を刺したはずであった。さらに于歓がやたらに刺した時、郭彦剛がこれを見た後慌てて後ろを向いて逃げた時、ちょうど背中を刺さられた可能性が高い。これも正当防衛であった。

残念なことに、判決文には上の複雑な喧嘩の詳細が欠けている。認定された傷害の事実内容は、「被告人于歓は応接室を出ようとしたが止められた。その後、于歓と杜志浩、郭彦剛、程学賀、厳建軍などと紛争が起こった。被告人于歓は刃物で杜志浩、程学賀、厳建軍、郭彦剛を刺して傷つかせた。」というだけである。次のような詳細が見落とされてしまった。第1に、杜志浩などは于歓を殴った詳細が記載されていない。第2に、于歓が使ったのは応接室にあった果物ナイフであり、判文にはただ刃物であると記載されている。事務机から手当り次第に取ったことの詳細は記載されていない。第3に、于歓がナイフを刺し出した前の警告、及び杜志浩など警告を聞いた後そのまま于歓へ押し寄せた詳細が書かれていない。これらの詳細は事件の性質特定に対して非常に重要な意義を持っている。しかし、これらの詳細は全部証言の中にあったものの、判文の中では事実内容として認められなかった。そこで、それらの詳細は事件性質の特定の事実根拠として利用されていない。ここでは、裁判所が認定した事件の事実内容と、証言や供述などからの事実内容との間に一致性において問題が生じてきた。もともと前者が後者からまとめられるべきである。しかし、実務では裁判所が認定した事実、と判文で引用された証言及び供述とは一致しない場合もたまたまある。さらに時には、裁判所が証言及び供述と全く反した事実を認定したこともある。そして、それに関する説明もなかった。本件では、裁判所が認定した事実は、被告人于歓にとって、正当防衛と認定されるにはいくつかの有利な詳細内容が略された。これは注意すべきところである。

（三）性質の判断について

本件の性質判断につき、弁護人は、被告人于歓が応接室に引きこまられて殴られた。そして、向こうに侮辱の言行を加えられた。被告人于歓は過剰防衛であり、本件に対して、被害者は深刻な過ちがあったと主張した。しかし、検察機関は、被害者らが本件の発生に過ちがあり、被告人于歓に対して刑罰を軽くなることができるにもかかわらず、無期懲役の以上の求刑という量刑意見を提出した。

裁判所は、被告人于歓は刃物で複数の被害者の腹と背中を刺して、当時彼の人身の自由の権利が制限されて、しかも向こうに罵りと侮辱を加えられた。しかし、向こうは一人も道具を使っていなかった。警察も駆けつけ、被告人于歓と彼の母親は生命または身体を脅かす現実的な危険性が比較的に小さく、防衛の急迫性がなかった。したがって、于歓は刃物で被害者を刺した行為には正当防衛の前提である不正の侵害がなかった。弁護人が于歓の行為が過剰防衛であり、しかもこれによって刑罰を軽くすべきである、という主張を認めることができない。こうしてみれば、裁判所は于歓の行為が正当防衛と認定しなかっただけではなく、過剰防衛さえも認めなかった。本件の被告人である于歓の行為は根本的に防衛の性質がないとした。

本件では、被告人于歓がナイフで刺した行為は正当防衛であるか否か。この問題について、第一審により認定された事実内容、及び判文から提供した証言によって補足された事

実に基づいて、以下の四つの点から論証することができる。

1. 不正の侵害があったか否か。

正当防衛は不正の侵害に対しての反撃行為であり、したがって、不正の侵害は正当防衛の起因である。不正の侵害がない場合には、当然ながら不正の侵害に対しての正当防衛もない。本件では、被告人である于歓の行為は正当防衛或いは過剰防衛を構成したか否かの判断について、まず不正の侵害があったか否かを考察すべきである。

本件の起因は債権回収であり、これについて問題はない。単なる債権回収であれば、たとえ不法債務を取立てしても、不正の侵害と見られなく、正当防衛があるか否かという問題もない。肝心なところは、取り立て人は回収中に利用する手段は不正の侵害であるか否かである。不正な侵害の場合には、正当防衛を行うことができる。本件に対して、裁判所は、「当時、于歓は人身の自由の権利が制限され、向こうに罵りと侮辱を加えられたにもかかわらず、向こうは一人も道具を使っていなかった、警察も駆けついた。于歓と彼の母親は生命または身体を脅かす現実的な危険性が比較的低く、正当防衛の急迫性がなかった。したがって、于歓は刃物で被害者を刺した行為には正当防衛の前提である不正の侵害がなかった」とした。この結論により、本件では不正の侵害があったということが否定され、于歓の行為は防衛の性質があったことも否定された。裁判所は、取立て中に侮辱の言動と人身の自由を制限したことがあったということが認めされたが、また人身侵害が発生する現実的な危険性は比較的低く、防衛の急迫性がなかったとしたのである。

上述したように、取立て中、于歓と彼の母親は、ひどく下品な罵りを浴びされた。よりやり過ぎたことは、死者の杜志浩はズボンを脱いで、近いところに、ペニスを于歓と彼の母親に向いたことである。これは明らかに侮辱の行為であり、性質が非常に悪かった。もちろん、杜志浩は上記の侮辱の言動を行った時、于歓はその場に防衛を行わなかった。したがって、侮辱の言行は本件の防衛の起因ではなく、後で発生した防衛に心理的な動機を提供した。本件では、最も明らかな不正の侵害は不法監禁の行為である。注意すべきは、本院の判決では、取り立て人の留め置いた行為は不法監禁と認定されなく、人身の自由権利を制限した行為と定義つけられている。ここでは、中国刑法において不法監禁罪の理解に対して問題がある。中国刑法238条によると、不法監禁罪とは他人を不法監禁し、もしくはほかの方法で不法に他人の人身の自由を奪った行為ということである。したがって、不法監禁罪の本質的な特徴は、不法に他人の人身の自由を奪うことである。いかに何の方法を取ったのは制限がない。明らかに、不法に人身の自由を奪うこと、と不法に人身の自由を制限することとは、性質上で異なるである。中国刑法241条3項において、人身売買された女性と子供を購入した場合には、その女性と子供の人身の自由を制限すれば不法監禁罪となると規定されている。これは、特別な規定であり、普通はただ人身の自由を奪った場合には、不法監禁罪となり、他人の人身の自由を制限したことは不法監禁罪を構成しない。問題となるのは、本件では取り立て人の行為は、于歓と彼の母親に対しての人身の自由の制限したのかあるいは剥奪したのかである。本件では、債権回収は事件発生の当日の午後4時から夜10時まで続いた。しかも、証言によると、于歓と彼の母親は特定の場所に閉じ込められて、外出できなく、食事の時でも監視された。特に夜八時、杜志浩が現場に着いた後、杜志浩は于歓と彼の母親を応接室に2時間監禁した。この間、杜志浩は于歓と彼の母親に罵りと殴りを加えた。中国の刑法238条3項では、特に債権回収型の監禁罪と規定されている。[3]「債権回収のため、不法に他人を監禁した場合に、前の二項の規定により処する。」と規定する。本件の取り立て人の行為は、債務者を監禁した行為では

[3] 債権回収型の監禁罪の具体的な内容について、陳山『監禁罪の研究』(2009年、中国社会科学出版社)84頁以下参照。

なかろうか。最高人民検察院は2006年7月26日に『汚職侵権犯罪事件立案基準の規定について』により、不法に他人の人身の自由を奪い、暴力と侮辱を加えた行為は監禁罪を構成する。だから、本件では、取り立て人の行為は監禁罪が成立する。これは非常に明らかな不正の侵害である。

本件では、防衛性質を否定した主な理由は急迫性が欠けたことである。ならば、何が本件の急迫性であるか。私見によれば、防衛起因の急迫性とは不正の侵害を直面している時、不法な侵害を消すには防衛行為が必要とあるというものである。この意味では、防衛の急迫性は防衛の必要性であり、つまり防衛しなければ侵害を避けることができないということである。本件では、直面した不正の侵害は主に不法監禁であった。不法監禁に対して正当防衛ができるかどうかにつき、刑法の理論上では、監禁罪に対して正当防衛ができるという見解は通説である。例えば、私は監禁罪に対する正当防衛について、以下のように意見を述べた。「監禁罪が侵害された客体は国民の人身の自由権であり、被害者の防衛行為の目的も監禁を解除し、自らの人身の自由を保護するためである。」[④]。実務では、監禁罪に対して正当防衛とみとめた判例は極めて珍しかった。しかし、一部の司法人員が、不法監禁により起こった傷害事件[⑤]を分析した時、不法監禁に対して正当防衛を行うことを否定した。すなわち、「不法監禁の危害行為の実際的な存在は急迫性がなかった。不法監禁の行為によった結果がすでに出されて、この不正な侵害の行為の状態は続いている。しかし、即時性や急迫性がない。それは、加害者がただ最初頃軽く被告人を蹴ったりして、その後口頭上の脅迫の以外の傷害を加えなかったからである。そのほか、この不正な侵害行為はまだ強いほどでもなく、脅威性もなかった。しかし、主観面からみれば被害者はただ被告人を威嚇し、目的は被害者の負われた借金を取り戻ろうとした。したがって、被害者は主観面においては傷害あるいは殺人の故意がなかった。現実の不正の侵害はまだ終っていないにもかかわらず、被告人の人身の権利は現に急迫な脅威に落ちていなかった。この過程の中に正当防衛を取ったのは適当ではなかったと言えよう。」[⑥]と述べた。この見解は、不法監禁の行為は即時性と急迫性がなく、それに対して防衛行為を行うことができないと主張する。これは正当防衛の性質に対しての誤解であると思う。これに対して、詳細な検討は後で行いたいと思う。実は、客観的な不正の侵害があれば、その侵害を避けるため、国民は不正の侵害に防衛行為を行うことができ；不正の侵害に耐える義務がない。不正の侵害の結果が生じた場合を除き、防衛行為を通じて排除することができない。不法監禁は、人身の自由に対して侵害性があり、これについて問題がない。しかも、監禁罪が継続犯である。他人を拘束した後、他人の人身の自由を剥奪している間は、すべて犯罪行為の実行する時間帯であり、被害者は防衛行為により不法監禁の状態を解除することができる。過剰であるか否かは別の検討すべき問題である。本件では、不法監禁は6時間続いた。この間に侵害者は絶えずに于歓と彼の母親に罵ったり殴ったりし、精神上の苦しみも加え、于歓を極めた緊張な精神状態に落ちさせた。警察は現場に着いた後、于歓は応接室を離れたいという要求を出した。ここでの「離れ」は不法監禁の状態を解除すると理解す

④ 陳興良『正当防衛論（第2版）』(2006、中国人民大学出版社) 209頁－210頁。

⑤ 本件の事実概要以下のようである。張某は賭博で黄某と龔某から何回も借金を借りた。2008年9月18日、夜の明けかた頃、無力で借金を返すことができなかったため、黄某は龔某と、施某、陸某、黄某により上海のあるホテルに強引に連れられた。当日の夜、黄某と龔某などの三人がその部屋に張某を見張った。夜9時頃、監視から逃げるため、張某は持ちつけたステンレス製折りたたむナイフで、黄某の右の胸と右の腕、右の足にそれぞれ一回刺した。龔某の胸、左の腕などに数回を刺した。二人が死亡、一人が軽傷という結果を生じさせた。本件に対して、下記のような二種類の意見があった。一つは、被告人張某が行った行為は傷害罪となり、彼に刑事責任を追うべきであると主張した。もう一つの意見は、被告人張某による行為は不正の侵害を制止するためであり、過剰防衛となると主張した。

⑥ 黄伯青「急迫性があるか否かは正当防衛を構成する鍵」人民裁判所報11月11号（2009年）。

べきである。しかし、取り立て人は離れを制止し、しかも暴力を加えた。こうした状況では、于歓は事務机の上から果物ナイフを取って杜志浩などの取り立て人を刺したのは、侵害の急迫性を否定することができない。そこで、監禁事件では、自らに対する不法監禁を解除するため、加害者に適当な暴力を取るのは、防衛性質があると考えるべきである。本件の全体の状況から見れば、于歓は確かに不正の侵害に対して防衛措置を取って、防衛起因があった。

2. 本件の不正の侵害は進行中であるか否かについて

不正の侵害が進行中であることは正当防衛の時間的要素であり、進行中の不正の侵害だけに対して、正当防衛を行うことができる。不法監禁行為に対して防衛を行う場合には、監禁罪が継続犯であるから、不法監禁の持続している間に、不正の侵害が進行していると考えるべきであり、正当防衛を行うことができる。本件の詳細から見れば、午後4時から夜10時までは不法監禁行為の持続した時間である。問題となるのは、警報を出した後、警察は現場に着き、この時刻に不法監禁を取り除いたか否かである。裁判所は判決理由の中では、「警察が現場に出動した状況では被告人于歓と彼の母親の生命又は身体を脅かす現実的な危険性が比較的低く、防衛の急迫性がなかった」という理由を強調した。ここでは、警察の出動効果に対する判断を深く分析すべきである。実は、警察は現場に着いた後、取り立て人が于歓と彼の母親を不法に監禁していたことが気づいていなく、ただ「取立てはいいけど、人を殴るのはだめです。」と言ってからその場を後にしようとした。警察の出動は、公的権利の介入と見なすべきである。于歓と彼の母親は、取り立て人の不法に監禁されていた状態で、警報を出したことに通じて公的権利の救済を求めようとした。これは法律に与える権利である。残念なことに、出動した二人の警察は直ちに于歓と彼の母親を救わなかった。これは于歓を絶望に陥れて、駱駝の背を折った藁となった。仮に警察が現場に来ていないとすれば、取立ては続くかもしれないが、いかに結末をつけるか当然知る由がない。逆に、警察は来てから現場を去ったことで于歓を刺激した。于歓は監禁の場所を離れようとしたが、杜志浩などに暴力で制止されていた時、ちょうど事務机の上に果物ナイフがあったことに気づいた。これから事情が急に変わって、その瞬間に事件が起こった。事件の全体から見れば、本件では不正の侵害が長時間続いた。于歓はナイフを刺した時、不法監禁だけではなく暴力にも対しての食い止めた行動であり、防衛時間があったと思う。

3. 本件は刑法20条2項に適用するか、3項に適用するか

これは、主に刑法20条の正当防衛の三項の規定に対する理解に関わる問題である。中国刑法20条1項により正当防衛の概念が規定され、2項は過剰防衛が規定され、3項は無過当防衛が規定されている。したがって、この三項はそれぞれ正当防衛、過剰防衛、無過当防衛を定めている。この三項の論理的な関係を考えると、私は1項が2項の前提であり、3項は2項の例外だと思う。つまり通常の状況では、正当防衛は必要な限度を超えたら過剰防衛が成立し、過剰防衛の場合には刑事責任が追求されるべきである。しかし、3項の規定を適用する場合には、過剰防衛が存在していない。ここで注意すべきは、3項に基づいて、不正の侵害が身体の安全に著しい危害を及ぼし、且つ暴力的な犯罪がある場合だけに適用する。そうだとすれば、本件においては、暴力的な犯罪行為があるか否か、そして暴力的な犯罪行為が身体の安全に著しい危害を及ぼす程度に達したか否かを考えなければならない。私見によれば、刑法20条3項が規定する身体の安全に著しい危害を及ぼす暴力犯罪は、強姦と身代金略取を除く他の場合には、死亡あるいは重傷の深刻な程度に達する必要があると思う。本件の状況では、こうした程度に達しなかったかもしれない。向こうは貸付金を回収しに来て、目的は債権者のために債権を実現することである。取り立

て中に、監禁と殴り、罵りなどの不正の侵害があったにもかかわらず、これは債務返済のために債務者に精神のプレッシャーをかけたことである。この意味では、本件の取り立て人は于歓と彼の母親を死傷させる目的と行為はなかった。したがって、本件では于歓の行為は刑法20条3項における無過当防衛の適用要件が満たれない。

4. 本件が刑法20条2項を適用すれば、必要な限度を超えたか否か

本件においては正当防衛が成立されたことを認定される場合に、于歓が一人を刺し殺し、3人を刺し傷ついた行為は正当防衛の必要な限度を超えて過剰防衛になるか否かに関する問題は、本件では正当防衛があったのを肯定することを前提とした後、やはりより深い検討する必要がある核心の問題設定である。注意すべきは、中国刑法20条2項により、過剰防衛とは著しく必要な限度を超えたことを指している。すなわち、たとえ必要な限度を超えたとしても、必ずしも過剰防衛を構成するわけではなく、また顕著に正当防衛を超えたか否かを考察すべきである。

刑法理論においては、正当防衛の必要な限度をいかに認定することにつき、まだ争いがある。ここで参照できるのは、日本刑法において正当防衛の規定と過剰防衛の判断基準である。日本刑法36条1項により、正当防衛は「やむをえずにした行為、」ではなければならないと規定されている。日本の学者は、これが相当性の用件に属していると考える。相当性の判断方法について、日本学者は、相当性を行為相当性と結果相当性に分けることができると考えている。行為の相当性とは、防衛行為と侵害行為の間に相当性がある。行為には相当性さえあれば、たとえ防衛行為による結果がたまに侵害された法益より大きいとしても、過剰防衛にならないと考えられている。結果の相当性とは、必要な限度を超えたか否かを考察する時、行為が相当か否かだけではなく、しかも結果を結び合わせて総体的に判断すべきである。西田典之教授は、「行為の相当性を取るべきであり、しかしある場合では、結果相当性が参考の意義がある」[7]と考える。中国刑法では、正当防衛について「やむを得ず」の要件がない。だから刑法条文からみれば、中国刑法においては、正当防衛の限度に関する立法規定は日本の刑法より一層緩いである。昔は中国の刑法理論では、相対適応説が主張された。この説は日本の刑法理論の結果相当性という観点に類似していた。なぜなら、相適応であるか否かを考察する時、より結果に傾いたのである。私は、中国の刑法においての必要な限度を考察する際に、同時に必要性と相当性という2つの要素を考察すべきであると思う。

本件は不法監禁に対する正当防衛であった。この前、監禁罪の正当防衛の必要な限度につき、私は、「監禁罪に対する正当防衛の必要な限度を確定する際に、まずは不正の侵害者に加えた人身損害が、監禁を解除するための必要なものであるか否かを考察すべきである。例えば、被害者はドアを破って監禁場所を離れようとしたが、不正の侵害者に制止された。被害者は監禁を抜け出すために、侵害者に正当防衛を行うことができる。しかし、防衛の強度は、監禁を解除する必要な限度内に制限されなければ、正当防衛の必要な限度を超えたこととなる。もちろん、不正の侵害者は監禁の間に、殴りや侮辱などを加えたり、或いは被害者の逃げた時に暴力で制止したりする場合もある。これに対して、被害者は正当防衛を行い、その必要な限度は殴り、侮辱と暴力の強度、緩急などの次第である。」[8]、という意見を述べた。この見解は具体的な事件に対して述べた意見ではないので、的外れしたかもしれない。于歓傷害事件は、監禁罪に対する防衛を行う必要な限度の考察を判断する際の絶好な事案を提供した。

本件では、于歓の防衛行為が過剰か否かを考察する際に、次の要素を考えなければならない。第1に、人数比である。向こうは大兵肥満で、事態の発展をコントロールでき、于歓と彼の母親は親子二人だけで、立場が弱かった。第2に、ひどい侮辱行為があった。侮辱行為は犯行行為の前に起こったにもかかわらず、明確に被告人の憤激な気持ちを起こさせた。これにより、于歓は心理上刺激され、後の反撃措置を取った。第3に、侵害時間は6時間に続いた。これは一般的な監禁ではなく、継続に殴りと侮辱を加われた状態で長時間に監禁された。第4に、警察が出動した後、有効に不正の侵害が解除できなかったことで、于歓を絶望させた。自力救済は公的救済から助けを得られないという特別な場合に、自己の身体又は財産を保護するための措置である。本件では、警察が公的救済を代表して現場にたどったが、しかし有効に不正の侵害が制止できなかった。この時、于歓は自力救済を求めた。第5に、于歓と彼の母親は応接室を離れた時、向こうに暴力で制止された。殴りの行為があったため、于歓を刺激させた。第6に、道具は意図的に用意されたものではなく、手当たり次第に机の上から取られたのである。これはランダム性があったと言える。もし、当時この果物ナイフがなかったら、于歓はナイフで刺す防衛行為を行わなかった。したがって、現場にある道具のナイフで防衛行為をしたのは一定の合理性がある。第7に、複数の人を刺したのは、向こうに囲まれて外へ出ようとすることが阻止され、そして殴られた状況での反応である。それはある程度の消極性がある。以上の要素に基づき、簡単に人を刺し殺し、人を刺し傷ついたという死傷の結果から、その行為が過剰であると結論をつけた。私見によれば于歓の防衛行為が明らかに正当防衛の必要な限度を超えたことなく、過剰防衛にならないと思う。たとえ刑法20条2項の規定によるとしても、過剰防衛となるべきではない。それは、向こうは長時間に侮辱と殴りを加えたなどの非常にひどい侵害を与えていた。于歓は公的権利が介入しても自分を不正の侵害から解除できなかったという状況で防衛行為を行い、正当防衛の必要性を超えたと考えるべきではない。正当防衛の必要性を考察する際に、客観的に暴力程度、力の差異だけを考えるべきではなく、長時間にわたって苦しめられることによって被告人のプレッシャーと憤激も考察すべきである。これらの主観的な要素は、責任を免除する理由である。中国では条文にはまだ明確な規定がないが、必要な限度を超えたか否か、さらに刑事責任を負うべきか否かを考察する際には、これらの主観的要素及び客観的要素を考慮して、総合的な分析を行うべきである。

注意すべきは、中国刑法20条2項と3項との間の関係につき、中国の学者が例外関係の一つであると考えながら、3項に対して反対解釈をし、以下の結論を出した。すなわち、「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ではない場合に対して、防衛行為を行い、不正の侵害者に死傷の結果を生じさせたときは、過剰防衛となり、刑事責任を負うべきである」[9]と主張した。これによって、防衛行為が不正の侵害者に死傷さえ生じさせたとすれば、2項の過剰防衛となる。本件では、于歓が不正の侵害者に死傷を生じさせた防衛行為が3項の無過当防衛にならないから、2項の過剰防衛となるしかない。その理由は、「普通の防衛行為の場合においては、防衛者が遭遇したのは身体の安全に著しい危害を及ぼさない普通の不正な侵害であるが、不正の侵害者に身体の安全に危害を及ぼす防衛手段を取り、死傷の結果を生じさせても刑事責任を負わない、というのは明らかに法益のバランスを崩してしまった」[10]ということである。この見解によれば、普通の正当防衛行為の場合においては、不正の侵害者に死傷の結果さえ生じさせたとすれば、過剰防衛となる。私はこの見解に全く賛成でき

---

[7] 西田典（著）王昭武＝劉明祥（訳）『刑法総論（第2版）』（法律出版社、2013年）147－148頁参照。
[8] 陳興良『正当防衛論（第2版）』（2006年、中国人民大学出版社）210頁。
[9] 邢鑿宇「于歓が正当防衛に成立する法解釈学からの質疑 ――陳興良、周光権、徐昕教授と検討の上」http://www.suilengea.com/show/bvvemhnd.html。
[10] 邢鑿宇「于歓が正当防衛に成立する法解釈学からの質疑 ――陳興良、周光権、徐昕教授と検討の上」http://www.suilengea.com/show/bvvemhnd.html。

ない。このような見解は明らかに不適切に正当防衛の成立範囲を縮小し、過剰防衛の成立範囲を拡大した。実は実務においても、このような見解によって正当防衛と過剰防衛を判断するのではない。例えば、前述の王洪軍傷害事案においては、裁判所は王洪軍の防衛行為を20条3項の無過当防衛とはならず、普通の正当防衛が成立すると認めた。不正の侵害者に死亡の結果を生じさせたとしても、裁判所はやはり過剰防衛ではなく正当防衛であるという判決を下した。上の見解に賛成できない主な理由は、主張者が反対解釈という方法を間違えて運用したからである。刑法の解釈論では、いわゆる反対解釈とは正面から規定した法律条文を反面的な意味を推論することである。反対解釈は論理学の反対関係に基づいた上で、反対関係はAと非Aの関係を指す。しかし中国刑法20条2項と3項はAと非Aの関係ではないから、3項の反対解釈で2項の内容を制限することができない。

三、正当防衛の司法認定：反省と検討

王洪軍傷害案と于歓傷害案は10年間を隔てて、しかも二つの違う地域の裁判所によって判決が下され、事件の詳細も幾つかの異なったところがある。しかし、これはこの二つの事案の比較的検討を妨げることにはならない。そこで、この二つの事案を選んで、刑法教義学理論の高度から中国の正当防衛の司法認定を反省し、再検討を行う。

王洪軍傷害案と于歓傷害案の一つの共通点としては、起訴側の検察機関がこの二件に対してともに傷害罪で起訴し、防衛行為として認めなかったことである。これは検察機関が防衛行為を正当防衛か過剰防衛かとして認定する際の役割と関係がある。検察機関は公訴機関として、公安機関から移送された刑事事案に対して審査の責任を負っている。審査と起訴の段階で、もし容疑者の行為が正当防衛になると認めれば、不起訴を議決することができる。もし容疑者の行為が過剰防衛になると認めれば、起訴或いは不起訴を議決することができる。現在把握しているデータによると、2014年から2016年までの3年間に、全国で検察機関が起訴を審査する際、正当防衛或は過剰防衛で不起訴処分の場合は合計91人である。この中で、正当防衛による不起訴処分したのは76人、過剰防衛で不起訴になったのは15人、毎年平均30人であり、この数は極めて少ないのである。正当防衛或いは過剰防衛と認定されるべき数多くの事案に対して、検察機関は正しい結果を出しておらず、普通の犯罪として裁判所に起訴した。本文に取り上げた王洪軍傷害案と于歓傷害案は非常に典型な事案である。検察機関の職責は犯罪を告訴し、刑事司法の手続きの流れを進めることであるが、刑事訴訟の過程において、容疑者の合法的な権利を保証することも同じく検察機関の職責の一つである。公安機関から移送された事案の起訴を審査する際に、事実と法律に基づき、正当防衛或いは過剰防衛の性質を正確に認定するのが検察機関の重要な職責である。しかし、検察機関が起訴を審査する際、犯罪を食い止めることしか考えていなくて、国民を守るという使命を捨ててしまうのは遺憾極まりないのである。このような現象が現れたのは、主に検察機関が正確的に職責を果たせなかったからであると思われる。

裁判所へ移送した後、裁判所が如何に正しく正当防衛或いは過剰防衛を認定するかは、審判機関にとって試練でもある。王洪軍傷害事案で、検察機関は正当防衛と過剰防衛となるのを承認しなかったが、裁判所が正確な判決を下し、有効的に被告人の合法的な権利を守った。しかし、于歓傷害事件に対して、一審裁判所は正確的に正当防衛と過剰防衛を認めることなく、簡単に検察機関の意見によって被告人于歓を無期懲役に処した。その後、全国で大きい影響力を持つメディアである『南方週末』が2017年3月23日に『母親を辱める者を刺殺』という文章を掲載し、于歓傷害事件の事実に基づいて報道した。そこで、全国の国民の注目を集めると同時に、最高人民検察院と最高裁判所の注意も引くことになった。こうして、于歓傷害事件が今まで一番高い注目を引いた正当防衛の事案であると言えよう。全国で毎年審理される事案は130万件ぐらいもあり、もしメディアの報道がなかったら、于歓傷害事件も他の事案と同じように誰も知らずに果てしない事案の海に沈んでしまうだろう。

王洪軍傷害事件と于歓傷害事件を比較してみると、この二件にも共通点がある。起因から見れば、同じく死者の方が先に過ちを犯したのである。王洪軍傷害事件では、死者が電話で王洪軍を罵った後、他の人を集め、被告人に暴行を加えた。この事件の暴行でも道具を使わなかった。しかし、その後、中の一人である陸建がセメントのレンガを拾い、後ろからレンガを掲げながら王洪軍を追いかけていた。このような状況で、王洪軍はナイフで向こうを刺し、一人が死亡、もう一人が怪我したという結果を生じさせた。向こうの加害行為から見ると、身体や命に危険を及ぼすほどの程度に達していなかった。たとえ王洪軍がレンガに打たれても軽傷に過ぎなかったが、裁判所は王洪軍の行為が正当防衛を構成すると認めた。相当性から言うと、防衛行為が確かに必要な限度を超えたが、裁判所は正当防衛の必要な限度を著しく超えなかったと判断した。この認定は国民の防衛権を保証することにとって重要な意味があると言えよう。一方、于歓傷害事件では、不正の侵害の程度は更に王洪軍傷害事件を超えた。この事案では、不正の侵害者が十人に達し、まさに人が多ければ勢いも大きい。この人たちは賃金返済を理由に于歓母子に6時間も付きまとり、絶えずに罵り、侮辱と暴力を加え、于歓母子の人身の自由を剥奪し続けていた。そして、夜10時過ぎ、警察が来ても于歓母子を救出することなく現場から立ち去ろうとした。于歓も応接室から離れようとする時、何名の取り立て人が彼を止めて殴った。このような状況で、于歓は事務机にあった果物ナイフを取り、向こうを警告しても効かなかったので、むやみに取り立て人に果物ナイフを振り回した。もし王洪軍の行為が正当防衛だと認定できるのならば、于歓の行為も同じく正当防衛と認定されるはずである。しかし、結局全然異なった結果になった。すなわち、王洪軍が無罪で、于歓は無期懲役であった。

于歓傷害事件から、中国の司法人員が正当防衛に対する見解には多くの誤りが見られる。もしこれらの誤りを反省又は検討しなければ、我が国の正当防衛の制度も依然として棚上げにされ、正当防衛の規定も執行されない条文となる。

（一）暴力行為だけに防衛ができ、非暴力の侵害に防衛ができない

防衛行為は必ず暴力行為として表現され、これは法律が国民に与えた権利であるから、合法的な暴力行為である。このような見解に基づき、一般的には防衛の対象を暴力行為に限られ、暴力侵害にしか正当防衛を行ってはいけないのである。したがって、正当防衛は暴を以て暴に易うという性質を持つ。こうすれば、非暴力侵害に対しては防衛できなくなる。このような理解はつり合わないのであると思う。身体の安全に著しい危害を及ぼす暴力犯罪に対して、中国刑法20条3項が特別に無過当防衛を定めた。2項が規定する過剰防衛は、二種類の防衛客体が含まれている。一つは著しいほどに達していない暴力犯罪である。著しいほどに達していないから、暴力犯罪とはいえるが、3項の無過当防衛に適用されず、2項の防衛客体に属する。正当防衛が必要な限度を超えた場合には過剰防衛が成立する。第二種は非暴力犯罪である。例えば不法監禁、住居の不法侵入、入室の窃盗及び他の身体の権利または財産の権利を侵害する不正な侵害行為である。日本の刑法理論では、防衛客体の不正な侵害に対する理解はとても広い。例えば大塚仁教授は、「侵害というのは、他人の権利に実在の危害または危険を及ぼす行為であり、その行為が故意なのか、過失なのかとは関係なく、作為または不作為に基づくのである。しかも、犯罪に相応する行為までも要求されることもない。」[⑪]と主張した。大塚仁教授は更に住居侵入者が住宅か

⑪ 大塚仁（著）馮軍（訳）『刑法概説（総論）（第3版）』（2003年、中国人民大学出版社）375頁。

ら離れない場合には、それに対する屋外へ退去させる行為が不作為の侵害に基づく正当防衛であると具体的に論述した。

中国の実務においても、住居不法侵入に対する防衛行為の判例がある。例えば、趙泉華傷害事件はまさに住居侵入罪にたいする正当防衛の判例である。この事件は上海閘北区人民裁判所が公開審理により以下の事実内容を明らかにした。被告人と被害者王企児及び周鋼は上海にあるクラブで揉め事を起こした。その後、損をしたと感じる王が2000年1月4日19時頃、周鋼と共に趙泉華の家で門を蹴り壊して押し入り、自宅に居る被告人趙泉華に凶器で打たれて怪我をした。法医学者によると、王企児は顔に何箇所の打撲傷がなり、軽傷であると鑑定された。上海閘北区人民裁判所は、被告人趙泉華が故意に他人の身体を害して軽傷を負わせ、その行為が傷害罪を構成し、法律によって処罰すべし。しかし、趙泉華が事件発生後に取った行為は自首行為であると見なされるから、法によって寛大に処理することになる。『中華人民共和国刑法』第二百三十四条第一項、第六十七条第一項と第七十二条の規定に照らして、被告人趙泉華が傷害罪となり、拘役三ヶ月、実行猶予3ヶ月に処する、という判決を下した。一審判決が言い渡された後、被告人趙泉華が自分の行為が正当防衛であることを理由とし、上訴した。上海第二地方裁判所は、「被告人趙泉華は王企児、周鋼とは元々面識がなく、両方はクラブで些細なことで言い争いを起こした。その後、王企児、周鋼は何回も趙泉華の家で、門を蹴るなどの方法で趙泉華を挑発しようとしたが、趙泉華に避けられてうまくいかなかった。2000年1月4日夜7時頃、王企児、周鋼が再び趙泉華の家まで、門をノックして中に入ろうとするが、趙が開けてくれなかった。王、周は直ちに強引に鍵が掛かられているドアを蹴り（錠のボルトが曲がってしまう）趙の自宅に押し入り、趙が不正の侵害を阻止するため、凶器を使って王、周に対して振り回し、王企児の頭、顔に打撲傷を負わせ、法医に軽傷と鑑定された。周鋼が頭皮に裂傷、左の二の腕に打撲傷で法医に軽微傷と鑑定された。事件当時、現場にいる趙の同僚が110番に通報し、警察が現場に来て両方を警察署に連れて行ったのである。上海第二地方裁判所の意見では、王企児、周鋼が個人的な恨みを晴らすために何回も趙泉華を挑発して、今回は強引に趙宅のドラを蹴り壊して押し入って趙家に対して不正の侵害を行った。趙泉華は本人の身体と財産の権利が進行中の不正の侵害を避けるに不正の侵害者に軽傷を負わせたが、趙の行為は大幅に必要の限度を超えずに著しい損害を生じさせなかったので、中国刑法に定められた正当防衛の構成要件に一致し、正当防衛となり、法によって刑事責任を負わない。原判決は王企児、周鋼の不正の侵害行為を正しく認定せず、ただ趙泉華が王企児に対する傷害の結果だけを根拠に趙泉華の行為が犯罪を構成すると認定し、刑事責任を追及するのは不適切であり、判決を見直し、趙泉華の上訴の理由が受け入れるべし。『中華人民共和国刑事訴訟法』第百八十九条第二項、『中華人民共和国刑法』第二十条第一項の規定により、判決は以下の通りになる：1、上海閘北区人民裁判所(2000) 閘刑初字第628号刑事判決を取り消す；2、上訴人(元審被告人) 趙泉華が無罪である。」という判決を下した。

趙泉華傷害事件が住居侵入罪に対する防衛が正当防衛と認定される典型の事案である。第一審が過剰防衛と認定され、第二審は改めて正当防衛と認めた。第二審の裁判理由は以下のことを指摘した。すなわち、「本案の被告人趙泉華と王企児、周鋼は元々面識がなく、両方がクラブで些細なことで揉め事を起こした。社会生活で衝突や軋轢などはよくあるが、王企児、周鋼は何回も趙泉華の家で、ドアを蹴るなどの方法で趙泉華を挑発したが、趙泉華に避けられてうまくいかなかった。そこからみれば、趙泉華が再び争いを引き起こす気がなく、向こうを傷つける故意もなかったことが明らかになった。2000年1月4日夜、王企児、周鋼が再び趙泉華の家に来て、趙家のドアを蹴り壊して中に押し入り、錠のボル

トが曲がられて、家を散らかっていて、壊されたものもあった。王企児、周鋼が住宅の持ち主人の同意なしに、強引にドアを壊し、他人の住宅に押し入り、他人の合法的権利を侵害し、不正の侵害行為である。中国憲法第39条は、中華人民共和国国民の住宅を侵害することができない。不法捜査或いは不法に国民の住宅を侵入することを禁じる、と規定する。中国刑法第245条が不法住居侵入罪を定め、他人の住宅に不法侵入した人に対して3年以下の有期懲役或いは拘役に処する。他人の住宅を不法侵入とは、住宅の持ち主の同意なしに、強引に他人の住宅に押し入り、または住宅の持ち主に立ち退くことを要求されても離れなく、他人の正常な生活と居住の安全を危害する行為である。住居の不法侵入の行為に対して、住宅の持ち主が自ら法によって不法侵入者に対する必要な正当防衛などを含む相応する阻止措置を行う権利がある。本件では、被告人趙泉華が王企児、周鋼の不法住居侵入の行為に対して、まさに正当防衛の合法的な権利を実行したのである。」[⑩]、と述べた。

もちろん、非暴力侵害は身体の権利を侵害する程度が低いので、激しい暴力を使うことができない。さもなければ、過剰防衛となる。そこで、暴力侵害にしか正当防衛することができず、非暴力侵害に対しては防衛できないという見解はどうしても成り立てない。

大量の事案では、暴力侵害と非暴力侵害の両方が混在した場合が多い。于歓傷害事件もそうである。もし単純の不法監禁行為ならば、非暴力侵害であると言えるが、被害者を監禁している間に暴力も振るかもしれない。しかも、不法監禁中、罵りや殴打なども伴う。不法監禁罪は、身代金略取罪のあり方と客観的には違うとこりがあまりないが、不法監禁罪は財物を目的としない身代金略取であり、逆にいえば、身代金略取罪は財物を目的とする不法監禁である。中国刑法238条3項は、債務履行を要求するために他人を拘束、監禁する場合は不法監禁罪として処される、と規定する。于歓案においては、もし向こうの主観目的が債務履行を要求するのではなく、財物を目的とするならば、本件は正当防衛を認定するのは異議がなくなるだろう。そこで、非暴力侵害に対する防衛行為を実行してはいけないと考えは成立することができない。必要な限度を超えたか否かについては、防衛の程度に対する判断の問題なので、防衛の性質と混同すべきではない。

（二）暴力侵害が発生する瞬間にしか防衛できない

刑法によって進行中の不正の侵害にしか正当防衛できないのである。如何に不正の侵害が進行中であることを理解する際に、よく誤解されやすい問題が生じてくる。一番誤解されやすいのは、不正の侵害を侵害が発生する瞬間だけとして理解してしまうのである。例えば、刀で人を殺す場合には刀で叩き切る瞬間、銃で殺人する場合は引き金を引く瞬間などのようである。こうすれば、防衛の加減を把握するのは非常に難しくなり、防衛に必要な時間も殆ど残らない。普通の人はそこまでに正確に防衛の時間を把握することができない。そこで、防衛の時間を問わずに全てを制裁し、罪を定めることは、防衛者にとって不公平である。私は、不正の侵害に対して全体的に初めから終わりまで考察し、殺傷が出た瞬間しか防衛を実行することができないのではないと思う。不正の侵害の開始時間と言えば、向こうが現実的に侵害する可能性を発見さえすれば、それに対する防衛を実行することができる。例えば、銃で不正の侵害がされる場合に、向こうが銃を挙げて打とうとする形跡を発見したら、防衛行為を実行することができる。刀で不正の侵害がされる場合に、向こうが自分に迫ってくる時に防衛することができる。不正の侵害の終わりの時間と言えば、侵害者の侵害行為が終わったので引き続いて防衛することができなくなるのではなく、再び侵害される可能性があるかどうかによって、もし侵害される危険がまだ解除されていないのならば、防衛行為を実行することができる。侵害が終わり、侵害者が現場から離れ

⑩ 最高裁判所刑事審判第一庭、第二庭編『刑事審判参考』第38号103頁。

た場合、再び侵害される危険が排除されたので、被侵害者の人身の安全が保証され、防衛を理由とし侵害者を報復することができない。

防衛の時間に関しては、王洪軍傷害事件が一番正確に把握し、侵害者がレンガを投げてきた時に王洪軍がナイフで侵害者を刺した。しかし、于歓傷害事件の状況は複雑なので、裁判所は防衛を認定しなかった主な理由の一つとしては、警察が出動したもとで、被告人于歓と其の母親の生命又は身体の権利が侵害される現実の危険性が低く、防衛の急迫性が存在しなかったからである。実は、警察が現場に来た後、不法監禁行為を阻止しなかったので、警察が来たから于歓母子の人身安全が保証されたとは言えない。更に重要なのは、于歓が外へ出ようとする時、借金取り立て人が彼を殴打して阻止した。このような状況で、于歓が不法監禁を我慢しない限り、暴力の防衛手段を使用しないで不法監禁の状態を解除するのは困難である。つまり、于歓は進行中の不正の侵害に対して防衛行為を実行するのである。しかも、于歓母子が受けた不正の侵害の過程から見ると、午後4時から夜10時にかける罵りと殴打は于歓に強い心理的刺激を与え、その後の激しい防衛行為とも密接に関わった。原因と結果を結びつけて分析してはじめて于歓の防衛行為の合理性と必要性を認識することができる。

（三）両方が殴り合いすれば相互喧嘩となり、防衛行為とはならない

正当防衛或いは過剰防衛が認定されない事案においては、正当防衛または過剰防衛を相互喧嘩と混同するのは中国の実務でよく見られることである。向こうが既に侵害を実行した状況で、被侵害者が侵害行為に反撃するのは、客観的に相互喧嘩として表現され、殴り合っているように見える。もし正確的に防衛行為と相互喧嘩を区別しなければ、正当防衛の制度は相互喧嘩の泥沼に陥ってしまう。防衛行為と相互喧嘩を区別するのは、まさに泥沼から抜け出された蓮根の身についている泥を洗い流して、その本来の姿を取り戻すのである。

防衛行為と相互喧嘩は外観からみれば似っているようであるが、二者は根本的な区別があり、それが事前に殴り合う意思があるかどうかである。両方が事前に約束し、お互いに殴り合う意思があるのなら、その後の喧嘩行為が相互喧嘩であり、両方の行為がともに防衛の性質を持たない、と認められる。もし一方が先に侵害し、向こう側の当事者の反撃行為が殴りではなくて防衛行為と認定される。確かに、防衛と相互喧嘩の中で、両方の間に相互の侵害が存在する。私が「防衛と相互喧嘩の限界」という論文で、防衛と相互喧嘩を区別する二つのポイントを挙げた。すなわち、(1)意図的な相互喧嘩に基づく反撃行為は防衛行為と認定することができない。(2)不正の侵害に対して直ちに反撃する行為は相互喧嘩と認定されることができない。[18]従って、事前に約束のある相互の挑発しか相互喧嘩に認定されることができない。もしこのような約束がなければ、一方から他人に対して侵害を加える場合、その侵害を阻止するための行為が防衛性質を認定すべきである。

問題となるのは、一方の侵害行為が終わった後、被侵害者がどのような状況において行った反撃行為が防衛行為だと認定できるのか、である。防衛という言葉の本来の意味から言えば、侵害を防止する意味がある。不正の侵害の寸前或いは進行中において実行した防衛が侵害を避ける意味が更に明白であり、より易く防衛性質を認定される。しかし、侵害が終わったあと、防衛の前提がなくなったようで、反撃行為も報復の性質を持つ殴打行為と認定されがちである。私見によれば、侵害が終わった後防衛の余地がなくなると簡単に決め付けることができない。普通は侵害が一度きりではなく、連続性を持つ場合が多い。第一回目の侵害が終わっても全部の侵害が終わるのではない。その後も侵害される可能性が排除できない限り、被害者は完全に防衛を実行する権利がある。このような防衛は相互

[18] 陳興良「防衛と相互喧嘩の限界」法学6号（2015年）。

喧嘩とは性質上に区別がある。防衛は正と不正の関係に対して、相互喧嘩は不正と不正の関係である。防衛の性質を持つ反撃行為を相互喧嘩と認定したら、正と不正の関係を混同し、それに賛同できない。侵害が終わった後、侵害者が再び侵害する可能性がなくなり、被侵害者の人身安全が保証できる状況においても依然として暴力で報復する行為こそが防衛性質を持たないのである。

防衛と相互喧嘩の区別は、主に起因の性質における判断である。相互喧嘩の場合には、さきに挑発した側が不法であるので、自分の行為が招いた反撃行為を忍耐する義務がある。それに反して、他人の理由のない侵害に対して、被侵害者はそれを忍耐する義務がなく、防衛する権利がある。実務において防衛と混同された相互喧嘩の事案は、司法機関が事件の起因についていつも軽く触れながら、「些かなことで起こしたトラブル」或いは「あることで生じた衝突」だけで済ました。このような中立に見える判断は完全に是非の区別がつかないもので、その後の錯誤の判断に繋がっている。例えば于歓傷害事件について、裁判所は、「被告人于歓が人数の多い取り立て人の長時間の付きまといに対して、正確に衝突を処理することができない」と述べた。この判文は取り立て人が于歓母子に対する長時間の不法監禁を相互の「衝突」に認定しただけではなく、于歓が「正確的に衝突を処理できない」ことを非難した。このような司法判断は完全に常識から逸らして、しかも刑法の規定と矛盾がある。そこで、民意の爆発を引き起こした。

（四）死傷の結果を生じさせたら、過剰防衛になる

防衛は正当とは言え、何事もその限界があり、まさに真理が前に一歩踏めば誤りとなるということわざの通りに、正義が前に一歩を踏めば不義となる。中国刑法20条3項が規定する無過当防衛については必要な限度の制限がなくなったように見えるが、実際に厳重な暴力犯罪に対して防衛したら、侵害者の死傷を生じさせても必要な限度を超えないのである。そこで、司法機関がその行為が必要な限度を超えたか否かを判断する代わりに、立法者は直接にその行為が正当防衛だと規定したのである。2項では過剰防衛が保留されているので、このような普通の正当防衛が必要な限度を超えたかに関する判断が求められる。正当防衛が必要な限度を超えたか否かの判断において、一番誤解しやすいところがある。すなわち、死傷の結果を生じさせたら、過剰防衛となるのである。前述のように、中国の学説においては、2項の防衛結果は元々重傷と死亡という結果が含まれていないと考える見解もある。言い換えれば、防衛行為が重傷または死亡の結果を生じさせたら過剰防衛となる。司法実務と刑法理論でのこのようなやり方および考え方に対して、私はどうしても賛同できない。日本の刑法理論においては、行為相当性と結果相当性と2つの説がある。上のような死傷の結果を生じさせたら過剰防衛となる見解は、日本の結果相当性に類似している。如何なる防衛行為は不正の侵害者のある程度の死傷結果を生じさせる可能性がある。問題となるのは、このような死傷結果は不正の侵害を阻止するために必要であるか、侵害行為に相当しているか、とのことである。そこで、その行為が防衛性質の持つことを前提にしたうえで、その行為の強度及び死傷の結果を免れる可能性を考察すべきである。事件当時の推定時間と空間において、より低い強度の反撃行為が完全に出来る状況で、防衛者が反撃の強度をコントロールなしに明らかに必要な限度を超えた防衛行為を実行した場合だけは、過剰防衛となる。これに反して、もし当時の状況において一定の強度の反撃措置しか取れない場合は、たとえ一定の死傷結果を起こしても、正当防衛の必要な限度を超えたとは言えない。このような状況では、死傷の防衛結果を避けにくいからである。過剰防衛に対する判断は被告人にとって厳しすぎで、他人の身になって考えるべきである。更に、中国刑法の規定によれば、正当防衛はやむを得ず行為ではなく、緊急避難だけにやむを得ずという要件が必要である。正当防衛が必要の限度を超えたか否かに関する判断は、

行為が進行中の時の判断であり、行為が終わった後の判断ではない。このような判断をするとき、防衛行為と侵害行為が客観的に相当性があるかどうかを考えるだけではなく、侵害行為が防衛者に与えたパニック、憤慨なども考慮に入れて、これらが認識能力とコントロール能力を弱めたので、正しく防衛の限度を把握することもできなくなるからである。王洪軍と于歓の二つの事案では、被告人が同じく刃物で防衛をした。王洪軍が使ったのは身につけている刃物で、于歓の場合はたまたまに事務机に置いてある刃物であり、もし防衛の方法はむやみに刃物を振り回すことではなかったら、死傷の結果も生じさせなかったかもしれない。しかし、当時は防衛用の道具は刃物しかないので、我々は王洪軍と于歓に刃物を使わずに他の防衛用具を使わせるのは理屈であり、法律にも合わない。

四、結語

正当防衛及び過剰防衛の認定標準を下げることは不正の侵害者の違法の難易度を上げることである。正当防衛及び過剰防衛の認定標準を上げることは被侵害者が権利を守る時の難易度を上げることである。認定されるべきなのに認定されない正当防衛の実務の差異を反省することは主に観念上の問題である。犯罪を取り締まるのは司法機関の負うべく職責であるが、司法機関がこの職責を履行する際、まずは罪と無罪を区別することによって、正確に犯罪を取り締まり、防衛行為を犯罪行為として認定すべきではない。こうしか司法の正義が得られないのである。

打架与正当防卫

——以“打架两成败”的法理为线索

盐见淳* 著
李世阳** 译

一、绪论

（一）问题之所在

日本刑法第36条第1款在“正当防卫”的标题下，规定了“对于急迫不正的侵害，为了防卫自己或者他人的权利，不得已而实施的行为，不处罚”。在讲学上，一般都从该款的规定出发，整理出正当防卫状况（自己或他人的权利以及对此实施侵害的急迫性、不正性）、防卫行为的必要性、相当性（不得已而实施的行为），以及防卫意思（为了防卫）等各个要件，并在此基础上详细检讨各自的内容。但是，即使看起来好像基本上满足了所有的要件，是否就不存在应当否定正当防卫之成立的情形，这一问题自古以来就存在议论。在打架斗殴的案件中应如何解决成为该议论的核心。

但是，围绕“打架与正当防卫”的现在的判例，如后所介绍的，都可汇集于最高裁判所昭和52年（1977年）决定中所提示的积极的加害意思论与平成20年（2008年）决定中所采用的自招侵害论。有学者指出：“在今后的实务中，……并用这两种理论寻求围绕‘打架与正当防卫’案件的解决之道是其方向”。[1]可以说这是排除将其归入“打架斗殴”之分类的视角之观点。但是，另一方面，“打架与正当防卫”仍然是（本稿也同样）一般性的题目设定，而且在最近的裁判中，检察这一方以打架为理由主张不成立正当防卫，而裁判所对此从正面进行回答的场面看起来也不少见。“打架斗殴”这一视角还是被根深蒂固地维持着。如何考虑这种理论状况比较妥当，只有通过判例的分析才能得以明确。

（二）昭和7年（1932年）判决

关于打架与正当防卫，初期的重要判例是大审院昭和7年1月25日的判决，[2]在该判决中，做出了如下判示：实施所谓的打架之争斗者的争斗行为具有相互地对于对方同时地实施攻击与防御行为的性质，因此，不能仅仅将其中一方的行为视为不正侵害，而将另一方的行为视为单纯实施防御行为。据此，在打架之际，对于争斗者双方的行为而言，认为不具有想象其成立刑法第36条的正当防卫之余地的理由也存在于以下这一点：自古以来，在日本就存在“打架两成败”这一格言，打架的争斗者双方的行为不具有相互阻却违法性的性质，因此均处罚两者的行为。从该判决理由可以看出，打架中的正当防卫之所以被否定，是因为其“具有相互地对于对方同时地实施攻击与防御行为的性质”，与此同时，这也是将作为自古以来之法理的“打架两成败”与该判决的观点做同等考虑的结果。

本判决的立场被认为通过战后的昭和23年（1948年）的判决而被转换。具体而言，最大

* 京都大学法学部教授
** 浙江大学法学院讲师

1 桥爪隆：《正当防卫（1）》警论第69卷第3号（2016年）第156页。

2 刑集第11卷第1页。

判昭和23年（1948年）7月7日[3]的判决认为：打架是指争斗者双方反复地实施攻击以及防御的一团连续的争斗行为，因此，在争斗的某个瞬间中，即使争斗者一方始终在专门地防御，从而呈现出了可以实施正当防卫的景象，但从争斗的整体来看，也存在不能想象其成立刑法第36条之正当防卫的余地。于是，这意味着在打架中也具有想象其成立正当防卫的余地。排除被归入“打架斗殴”这一分类的视点这种姿态的原点正是求诸于这一点上。但是，需要留意的是判例认为正当防卫的成立与否需要“从争斗的整体来看”进行判断这一点。判决虽然没有做进一步的阐述，但如果将该判决理由理解为从争斗的整体来看，在符合“打架”的情形中，也处罚“防卫”人，而“两成败”也做同样的理解的话，就可以认为，补充性地支撑昭和7年（1932年）之判决的“打架两成败”之法理在伴随着将“打架”的范围限定并精细化的同时，仍然被维持着。此外，也可以认为这为否定正当防卫的成立提供表征性的根据。

二、打架两成败的法理——来自法制史学家的分析

（一）传统的理解

应当如何理解“打架两成败”的法理。在法制史学上占据该议论之出发点之地位的是三浦周行的收录于《法制史之研究》的论文《打架两成败法》[4]。在本论文中，将打架定义为：并不单纯地停留于言语上的争论而导致的喧闹，而是相互地诉诸于腕力。将两成败定义为：不问是非对错，对双方均施加制裁。在此定义的基础上进入论述该法理的成立与推移。

打架两成败法理在上述定义的意义上登场始于14世纪半叶，在战国时代（15世纪后半期至16世纪），由于这对于收拢领民的人心以巩固其统治是必要的，因此在很多领国法中被采用，甚至成为“通法”，即使在带来政治性安定的江户时代（17世纪至19世纪半叶），也基本上是根据两成败法来处理相关案件。据此，关于打架两成败法，三浦认为，在没有探明是非曲直的情况下就处罚争斗双方，应当视为法制进化史上的“退步”，是一种“暴法”，但是，“迄今为止，面向广义的打架，两成败的内核思想，并不能说被社会深恶痛绝”，即使是这种“遗法”，在当前也可以作为“道德的制裁”而发挥作用。

虽然这是落后于时代的遗法，但由于“打架两成败”在社会上也具有受欢迎的一面，因此在当前社会中仍然残存下来。三浦对于打架两成败之法理的这种消极性评价，在法制史学中获得广泛认同，我认为在刑法学上至今为止也成为定论。

（二）新视点的导入

但是，也有论者从不同于传统理解的视点出发来把握打架两成败的法理。石井紫郎[5]不仅从镰仓时代（12世纪末至14世纪前半期）到战国时代的法制度，而且将社会构造的变化也纳入视野中进行探讨。在此基础上认为，打架两成败法并不当然地就是法制进化史上的“退步”，从而（仅仅）作为统治上的一种必要的恶而存在。具体而言，纷争中“是非曲直”的判断权是以裁判权与裁判的既判力之确立为背景，从在地领主出发逐渐被国家（幕府、守护大名等）所独占，与此同时，“是非曲直”的内容也在作为“法度”而被统一，这样的话，该法理在中央集权化的潮流中就明显具有作为在理念上排除来自于领主的自力救济之工具的功能。

可以说，这种对于打架两成败法理的分析，在国家的刑事裁判权已经确立的明治时代以后，从禁止自力救济之观点出发，也显示出其意义。但是，如果认为正当防卫是“被允许的自力救济”的话，这种容许再次被禁止的界限在哪里必须进而被明确。在这一点上，值得注

3 刑集第 2 卷第 8 号第 793 页。
4 三浦周行：《法制史之研究》（1919 年），第 947-988 页（第六篇 刑法 第 27 打架两成败法）。
5 石井紫郎：《日本国制史研究Ⅱ》（1986 年），第 73-108 页（第二章 关于中世之法与国制的备忘录）。

意的是谷口真子的见解，即试图阐明适用于两成败之法理的“打架”需要行使怎样的实力[6]。

谷口的检讨对象是近代以及江户时期的法，其中，分为从突发的事情产生的“当场的打架”与由于遭受基于遗恨的攻击而实施的“旧仇的打架”，在此基础上，进行了如下说明：打架两成败法则原则上适用于当场的打架，只是，基于发疯与狂醉所实施的攻击以及对于强盗行为的防卫行为做无罪处理。另一方面，对于旧仇的打架，并不能根据两成败法则进行处理，而应当在斟酌双方的遗恨是否交织在一起的基础上再判断行为人的责任。打架两成败法则最迟在近代，也不经常适用于有理的一方，尤其是在“旧仇的打架”中，仅仅处罚（成败）仅在抱有遗恨这一点上具有理由的防卫人。

（三）对于刑法学的启示

我认为法制史学家围绕打架两成败之法理的分析对于刑法学具有以下几点启示。首先，可以列举出这一点，即，打架斗殴在观念的层面上被理解为“作为解决纷争之手段而行使实力”。例如，昭和7年（1932年）判决中，虽然可以读解出着眼于打架斗殴“具有相互地对于对方同时地实施攻击与防御行为的性质”这一点，但互相砍杀与互相殴打是在正当防卫状况的存在被认定之后所发生的事态，因此，很难想象这对于认定正当防卫其本身不成立这一点起作用。重要的是，为什么以及以怎样的经纬发展到打架斗殴的。

其次受启示的是旧仇的打架与当场的打架之间的区别。如果将该区别变更性地理解为在当事人之间本来就存在实质性纷争的情形与不存在实质性纷争的情形，那么，我认为这对于刑法学而言是具有意义的。进而，在上述的（二）部分中所提示的，如果结合自力救济的禁止与支撑打架两成败的法理之理解来说明该区别的话，如下所示：“防卫”人对于从之前就一直实质性存在的纷争也应承担相应的责任，尽管如此，试图将该纷争通过实力的行使而解决就是一种不被允许的自力救济。换言之，这相当于“狭义意义上的打架”，应当否定正当防卫的成立。

三、判例的展开（一）——从战前到战后

当立足于通过实力的行使来解决实质性存在的纷争这一视角时，我认为，上述的昭和7年（1932年）判决作为打架两成败之法理的适用例子，就可以获得更为深刻的理解。在本案中，杀人罪的成立与否被争论的直接事实关系是：在神社的祭礼中，作为被害人的县立金泽第一中学的学生向私立金泽中学的学生发出了打架的挑战，在转移到其他场所之际，私立金泽中学的学生虽然显示了其所携带的匕首并进行威吓，但在受到对方轻微侮辱之后而暴怒，用该匕首猛刺被害人的胸部将其杀害。不过，在该事件中具有伏线，一周之前在别的神社的祭礼中，包括被害人在内的一中学生与包括行为在内的金泽中学的学生发生打架，认为其当天也会实施报复的一中学生搜出了行为人，并集体地对行为人施加暴行。作为加害人的金泽中学学生，在数量上处于不利的状况下并没有打算继续打架，在与一中学生的纷争上也负有相当的责任，此外，这是接下一中学生的战书做一个了断的打架斗殴行为。从处罚“狭义意义上的打架”的双方当事人这一被实质化的打架两成败的法理来看，应当认为排斥正当防卫之主张具有其理由。

否定成立正当防卫的此后的裁判例也大多是可以评价为在事件发生之前存在实质性纷争，但需要特别留意最高裁判所昭和22年（1947年）12月18日的判决。[7]该案件的基本案情如下：寻找离家出走的妻子之行踪的行为人，有传言称被害人X诱惑其妻子并将妻子带出去，于是行为人决定去会一会被害人X以确定事情的真相，并为了防止自己遭受暴行而携带了切

6 谷口真子：《近世社会与法规范》（2005 年），第 24-68 页（Ⅰ 法与理 序，第一章 打架两成败法的理念及其社会背景）。
7 裁判集刑第 1 号第 231 页。

刺身用的菜刀，去会见在P宅中做客的X，却遭受数人实施的暴行并受了相当严重程度的伤害，行为人在察觉到X即将实施暴行之际，用随身携带的菜刀刺向X。关于该案件，判决认为关于被告人发展到实施本案犯罪的事情经过，实在是值得同情怜悯。但却认为原审在“本案的犯行是预测到了打架斗殴并准备凶器出发并导致伤害致死”这一点的认定上并没有违法，根据这一简单的判示，驳回了至少成立过剩防卫的上告理由。我认为本判决留有以下疑问，即：完全不重视发展到打架的事情经过，对该当于“打架”这一点作过于形式的处理。

四、判例的展开（二）——昭和23年（1948年）判决、昭和32年（1957年）判决及之后的判决

（一）昭和23年（1948年）判决与昭和32年（1957年）判决

就像在上述第一部分所介绍的，在昭和23年（1948年）的判决中，判例对于打架斗殴的态度朝着以下方向转换，即，从事情的整体经过来看，也具有成立正当防卫的可能性。只是，该判决从争斗的整体经过来看采用了不成立正当防卫的结论，但并未提示排除正当防卫的“狭义意义上的打架”的范围。不仅如此，从案件事实来看的话，毋宁说是认为由于该当于“打架”因此不存在正当防卫的余地。因此被认为这是对打架两成败之法理的不良的形式性适用。案件事实如下：一起去听浪花节的朋友被被害人带到别的场所殴打，行为人在听闻该事情之后，与被害人扭打在一起，在被暴揍一顿之后，被对方用铁丝网压在地上无法动弹，并被对方踢中睾丸，激愤之余用所携带的小刀刺中被害人，但从整体来看的话，行为人在打架中处于单方面的劣势状态。

在此意义上，对于打架与正当防卫的问题而言更加重要的是最高裁判所昭和32年（1957年）1月22日的判决。[8]该判决虽然确认了昭和23年（1948年）判决的主旨，又针对以下案件指出了过剩防卫的可能性并驳回原判决，发回重审。具体而言，行为人预期到了打架斗殴从而奔赴现场，并用剪刀刺中与同伴A处于格斗状态中的被害人X的屁股，之后X拿着切刺身用的菜刀追赶，行为人夺下该菜刀后捅刺X的胸部等部位将其杀害。在该判决中，值得注意的是以下这一点，即，A一派人等在之前就一直对X这一方显示出了挑战的态度，并对隶属于A的B会的会员施加了暴行。最高裁判所判决在原审所认定的这一事实的基础上进而认为，本案中的争斗关系始终完全是一种X一派对A一派的单方性攻击的集团性对立。因此，在遭受这种“单方性攻击”，被认为对于纷争不特别地负有责任的行为人行使了实力的本案件与昭和7年（1932年）判决在“打架”的性质上是不同的。据此，在结论上也被认为是不同的。换言之，本判决并未排除打架两成败之法理的适用所具有的实质性意义。

（二）此后的裁判例

1、在昭和32年（1957年）判决以后的裁判例中，在正当防卫的判断中，关于发展到打架斗殴的事情经过的位置可以认为存在以下几个方向。其中之一是，将其作为认定防卫意思或者攻击意思的基础事实。例如，最高裁判所昭和33年（1958年）2月24日[9]的判决中，行为人在当时的情况下容易逃避而且也寻求了其他救助手段，在被害人处于烂醉如泥的状态下，围绕着分手并以及同居中的费用负担问题，被害人与被告人老早就处于感情上的对立。最高裁判所在指出这一事实的基础上认为，本案中的行为是在平时积累的愤恨不满爆发的情况下，在激愤之余而决意杀害被害人，据此而导出否定过剩防卫（杀人）的成立之结论。进而，也可以看出着眼于打架的预期这一点。做出了“由于遭遇了事先预期的打架场面，因此并不成立容纳过剩防卫之观念的余地”之判示的东京高等裁判所昭和46年（1971年）3月23日的判决[10]就是其例子。

但是，着眼于攻击意思与打架的预期之构成的是最高裁判所昭和46年（1971年）11月16日[11]的判决，该判决认为，即使是对于对方的加害行为是基于激愤或被愤怒冲昏头脑而实施反击行为，也不应当直接理解为欠缺防卫的意思。此外也明确了以下态度：刑法第36条所规定的“急迫”是指，即使实现预期到了法益的侵害，也不应当据此直接地理解为丧失急迫性。作为判例的立场并没有扩张。

2、我认为，在裁判例中比较有力化的，归根结底是从发展到争斗的经过出发判断是否该当于“打架”这一点。在个人间的纷争的案件中，也有判决直接指出：由于已经具有打架的意思，因此不存在正当防卫的成立余地（或者，由于不具备打架的意思，因此正当防卫等不被排除）。例如，作为否定过剩防卫的代表例子的秋田地方裁判所大曲支部裁判所昭和48年（1973年）12月21日[12]的判决，在父子打架的案件中，进行了如下说明：作为儿子的被害人对其父母一直无端找茬并显示出攻击的态度，作为其父亲的被告人被彻底激怒，加上之前对其儿子持续的反感也起到推波助澜作用，于是决意诉诸于武力惩罚其儿子，对被害人大声喊道：“到外面去练练！”作为被告人，到户外去打架是其一开始就意图实施的事情，因此……”。

在因暴力团等的抗争与劳动组合的对立而通过实力产生冲突的案件中，被以如下的形式进行判断，即，作为包含之前的经过的整体是否可以说是打架斗殴。例如，炭矿的旧劳动组织与被告人的剧组表演主持人团之间处于敌对的状态，案发当天，来自劳动组合这一方的纠察队与主持人团在汽车行进队之间发生了争斗。对于该案件，熊本地方裁判所认为：能够肯定被告人当然预期到了其行动会导致与纠察队之间的争斗，因此，被告人与其他汽车行进参加人共同诱发了本案中的乱斗，或者亲自置身于争斗之中。据此认为承认正当防卫“到底还是不可能的”。熊本地方裁判所昭和35年（1960年）7月27日[13]的判决就是其例子。此外，在裁判例中，并不当然地因为是暴力团的抗争事件从而全面否定正当防卫的成立余地。当双方当事人处于争辩这种并非实质性的纷争状态中，并呈现出了一边倒的攻击，而另一方处于被动招架的关系时，需要留意并不排除正当防卫或者过剩防卫。[14]

3、但是，回溯性地看待暴力性组织之抗争的处理，从昭和50年（1975年）代以后，可以看出裁判例的着眼点从是否是“打架斗殴”转向是否是积极的加害行为。积极的加害行为或者加害意思这一观点本身已经在昭和40年（1965年）代的下级审裁判例中体现出来。在这种状况之下，受到上文所介绍的最高裁判所昭和46年（1971年）判决很大的影响，即，当存在“被告人之前就一直对X（被害人）怀恨在心，趁着遭受攻击而实施积极的加害行为”这种特殊的事情时，就保留否定防卫意思的可能性。这一点也反映在暴力性组织之抗争的处理上。例如，东京地方裁判所昭和50年（1975年）8月27日的判决中，[15]在由过激派所实施的凶器准备集合的案件中认为：利用对方过来袭击的机会，对其迎头痛击地实施反击，怀着积极危害对方的生命、身体等的目的，准备凶器并集合的情形中，本来就不妨将其视为存在凶器准备集合罪中的共同加害目的。据此而肯定该罪的成立。

4、进而，也出现了在自己招致打架这一点上寻求否定正当防卫的理由的裁判例。例如，行为人在怒号之后，对素未谋面的被害人发出挑拨性言辞，于是被害人猛烈敲击其家门，行为人在预期到了争斗之后将一把简易折叠刀装在口袋里冲出了走廊，不久两人就扭打在一起，

8 刑集第 11 卷第 1 号第 31 页。
9 刑集第 12 卷第 2 号第 297 页。
10 高刑集第 12 卷第 3 号第 219 页。
11 刑集第 25 卷第 8 号第 996 页。
12 判例日报第 304 号第 123 页。
13 判例时报第 236 号第 6 页。
14 仙台高等裁判所昭和 49 年（1974 年）7 月 8 日刑月第 6 卷第 7 号第 784 页认为，即使是暴力团成员的内部争斗，在不以组织性对立为背景的情形中，与个人之见的纷争一样，都应个别性第探讨“实施打架的意思”。参照和歌山地方裁判所昭和 50 年（1975 年）4 月 22 日刑月第 7 卷第 4 号第 564 页（关于《暴力行为等处罚》第 1 条的适用，肯定了正当防卫的成立）。
15 判例时报第 799 号第 107 页。

由于行为人遭受了对方用剪刀实施的攻击，于是用携带的折叠刀进行反击并导致被害人死亡。对于该案件，东京高等裁判所昭和46年（1971年）10月26日的判决认为：行为人所实施的行为是在自己招致的打架斗殴的过程中所实施的反击行为，如果将事情的经过做整体性观察的话，就很清楚可以看出正当防卫当然不成立，甚至过剩防卫也不成立。[16]

五、判例的展开（三）——昭和52年（1977年）决定及此后的判例

（一）昭和52年（1977年）决定

在第四部分第二点所看到的裁判例的潮流——尤其是，从根据发展到争斗的过程来判断是否该当于“打架”进而转向作为积极的加害行为或者加害意思的问题来处理。而开启这一方向性之先河的就是最高裁判所昭和52年（1977年）7月21日的决定[17]。案件事实如下：属于C派的学生们在准备召开集会的过程中，遭到属于与C派处于针锋相对状态的K派学生们的袭击，虽然一度以实力将其击退，但预见到对方可能会再度实施攻击，于是设置起了路障，对方果然再度袭击，C派的学生越过路障用铁管应战。在本案中，对于第二次攻击，隶属于C派的学生A的反击行为是否可以作为正当防卫而阻却共同暴行罪（暴力行为等处罚法第1条）的违法性，成为争论的焦点。而最高裁判所的决定对于这一点进行了消极解释，具体阐述如下：从刑法第36条的规定是将侵害的急迫性作为要件这一主旨来看，当并不单纯停留于没有回避被预期的侵害，反而以利用该机会积极地向对方实施加害行为的意思面对该侵害时，将其理解为已经不满足侵害的急迫性要件是妥当的。根据原判决，被告人A虽然当然地预想到对方的攻击，但由于并不是单纯地以防卫的意图，而是以积极的攻击、争斗、加害的意图来面对对方的攻击，因此，应当说侵害的急迫性要件已经无法满足。

本案在以下这一点上与昭和7年（1932年）的判决是相似的，即：在争斗之前就实质性存在集团性的对立与纷争，实施“防卫”的这一方也肩负着责任的一端，并且试图通过行使实力来解决纷争。换言之，可以说这是典型的打架斗殴的案件。尽管如此，昭和52年（1977年）的判决将“没有明确‘打架’的视点、当然地预想对方的攻击、存在利用该机会的积极加害意思”作为要件来否定正当防卫的成立，对于“打架与正当防卫”的处理产生很大的影响。着眼于（基于对攻击的确实性预期的）积极加害意思的有无进行判断的裁判例在此后大量涌现。

（二）此后的裁判例

1、但是，打架斗殴的形态是多种多样的，即使全部都根据积极加害意思的有无可以解决这些事态，也不能说仅凭这一点就获得解决。实际上，在此后的裁判例中，在上述第四部分第二点中也被确认的，可以看出从发展到争斗的事情经过判断是否该当于“打架”的态度在一定范围内是被维持的。

2、在显示这种态度的裁判例中，作为关于个人之间对立的判例，有大阪高判昭和62年（1987年）4月15日，在该判例中，被害人将刀扔给行为人，强烈要求打一架，行为人应战并将被害人刺杀。对于该案件，大阪高等裁判所认为，既然行为人并未忍受以上屈辱，而是处于接受对方挑战的立场上，在此后的争斗过程中，即使将自己的生命身体暴露于对方的攻击之中，只要没有特殊的事情，就不能说以上的攻击是刑法第36条所说的“急迫不正的侵害”。

16 高刑集第24卷第4号第635页。东京高等裁判所昭和36年（1961年）8月31日东时第12卷第8号第156页、东京高等裁判所昭和37年（1962年）10月20日东时第13卷第10号第246页等。
17 刑集第31卷第4号第747页。

[18]处于接受对方挑战的立场上这一点明显是想通过实力来解决纷争，因此也可以说是（被实质性理解的）打架两成败之法理的适用情形。在这种案件中，也有裁判例从积极的加害意思的存在这一点出发直接导出否定正当防卫的结论[19]确实，只要能够认定该意思就没有问题，但是，即使充分预见到了对方的侵害，当不能认定存在“防卫”这一侧的攻击显著上升等情况时，“积极加害”的认定就不得不变得很微妙。在这个意义上，我认为着眼于“打架”的解决方案更为明快。

作为以暴力性组织的对立为背景的判例，可以举出大阪高等裁判所平成13年（2001年）1月30日的判决。案件事实如下：隶属于某暴力团的其中一个会的会长在理发店理发的过程中，在其披头散发之际遭到了其他暴力团之组员的X、Y等数人用手枪实施的袭击，因此，作为暴力团组长的行为人与几名姓名不详的部下用手枪进行应战，并将X与Y杀害。对于该案件，大阪高等裁判所否定了正当防卫等的成立。[20]该判决与认定存在积极的加害意思的第一审判决不同，做出了如下阐述：在侵害被预期的情形中，对于被预期的侵害，要回避该侵害，具有充分的可能性寻求公力救济或者选择退避，尽管如此，在面临该侵害时，却怀着对对方施加与该侵害相同种类、同等程度的反击之防卫行为，以及根据情形甚至不惜行使超越防卫之程度的实力之意思对对方实施加害行为。在这种情形中，就是实施在所谓的法治国家不被允许的私斗。据此认为本案中的犯罪行为欠缺侵害的急迫性要件，并没有处于应当认定成立正当范围的紧急状况下。

作为实力行使并不该当于“狭义意义上的打架”之情形，首先，可以列举出能够评价为作为整体而言“防卫”者单方地忍受攻击这种情形。可以说仙台高等裁判所秋田支部裁判所昭和55年（1980年）1月29日的判决就是其例子。基本案情如下：在暴力团内部的所谓继承人之争中，行为人躲在其胞弟家里之际遭到对抗势力的袭击，从而实施反击。对于该案件，裁判所肯定了正当防卫的成立。[21]其次，还不能说是实质性纷争，仅仅停留于感情上对立的情形[22]与在当事人之间成立和解从而化解纷争的情形中[23]，正当防卫也被肯定。只是，在裁判例上，也有很多是基于行为人并不存在对于侵害的预期或者欠缺积极的加害意思等理由。进而，在列举出诸多因素之后，作为综合判断否定“打架”的裁判例也很多见。例如，长崎地方裁判所平成19年（2007年）11月20日的判决认为行为人并不存在对方实施侵害的具体预期，也不存在积极的加害意思，发言的内容也不能说是意图或容忍侵害的预期，在此基础上做出了以下判示：在侵害人与行为人之间制造出相互侵害身体安全这一利益冲突状况的第一次性责任在于侵害人这一方。最后，也有裁判例以并不能说挑拨了打架为由肯定了正当防卫

18 判例时报第1254号第140页。
19 大阪地方裁判所昭和63年（1988年）11月18日判例日报第702号第265页（不以对立抗争为背景的暴力团成员内部的打架案件）、高松高等裁判所平成14年（2002年）7月25日裁判所HP（试图单挑的案件）。
20 判例时报第1745号第150页。在暴力团的抗争事件中，“从行为整体状况”出发否定急迫性要件的大阪高等裁判所昭和56年（1981年）1月20日刑月第13卷第1、2号第6页；指出了“这是社会上不能够被允许的违法程度很高的私人抗争”等诸多事情，从而认为欠缺急迫性的东京地方裁判所平成14年（2002年）1月1日裁判所HP。
21 判例日报第423号第148页。将侵害人实施的单方面攻击作为欠缺积极加害意思的认定资料的是东京地方裁判所昭和56年（1981年）3月31日判例日报第453号第170页（假想过剩防卫）；将其作为防卫意思的认定资料的是最高裁判所昭和60年（1985年）9月12日刑集第39卷第6号第275页（驳回原判决所否定的过剩防卫之结论，发回重审）。
22 东京高等裁判所昭和60年（1985年）6月14日高刑速（昭和60年）第150页（认为虽然相互地提起了民事诉讼，但不具有侵害的预期，据此肯定了正当防卫）；浦和地方裁判所昭和61年6月10日刑月第18卷第6号第764页（围绕建筑用地通行而引发的案件，认为不具有积极的加害意思从而肯定正当防卫的成立）。
23 大阪高等裁判所昭和53年（1978年）3月8日判例日报第369号第440页（关于先行的打架行为，请求雇主进行仲裁的案件，并不能说当初的打架对于后来的争斗而言只有芝麻版的微量作用，从而认定为过剩防卫）。

等[24]。这出现在昭和52年（1977年）的决定前，与着眼于是否自己招致打架的裁判例之观点相等同，可以说是以以下第三点所采纳的着眼于自招的侵害之立场相关联的。

3、正当防卫，尤其是在关于侵害的急迫性要件的判断之际，着眼于是否可以说自己招致对方的侵害的裁判例，从昭和52年（1977年）决定之后，在很多判例中都可以看到。作为该要件的否定例子之一，是福冈高等裁判所昭和60年（1985年）7月8日的判决[25]，该判决做出了如下判示：在对方的不正侵害行为是基于自己在该不正侵害实施之前对对方实施的不正侵害行为而直接、并且在时间上接近而实施的情形中，由于对方的侵害行为在于自己的先行行为的关系上仅仅停留于通常被预期的样态以及程度，因此至少在该侵害仅停留于轻度侵害的限度内，已经不能将对方的行为视为急迫的侵害。据此认为，在本案中，“先行于X（侵害人）之行为的被告人行为是一种不讲理的、相当强度的暴行，也就是说是一种针对身体的侵害，与此相对，X的行为只不过是对处于屋内的被告人，从屋外对其实施侵害住宅平稳的行为，而且持续的时间只不过是5到10分钟而已”。因此认为不能将其认定为对被告人的急迫不正侵害。

在被认为不成立自招侵害的案件中，指出了以下几点理由：欠缺挑拨或招致侵害的意图[26]；或者不能说是这种样态；没有预期对方的侵害；[27]、遭受超过预期的猛烈攻击等。[28]

六、判例的展开（四）——平成20年（2008年）决定及此后的判例

（一） 受到昭和52年（1977年）决定的影响，根据积极加害意思的有无进行判断的裁判例也逐渐多起来，在着眼于导向对方之侵害的自招行为的判例也有力化的状况下出现的是最高裁判所平成20年（2008年）5月20日的判决。[29]基本案情如下：行为人A与被害人X在垃圾收集场围绕垃圾的投放问题发生争吵，A在殴打X之后（第一暴行）就立即逃走，怒火中烧的X骑着自行车追赶A并从后方殴打A（第二暴行）。爬起来的A冲向X，用特殊警棍殴打X（第三暴行），导致X负伤。关于A所实施的第三暴行是对于第二暴行的正当防卫这一主张，本决定做出了如下阐述：“被告人（A）在遭受来自X的攻击之前，已经事先对X施加暴行，因此，可以说X的攻击是被被告人的暴行所触发的，可以将其视为紧接其后的接近场所中的一连、一体的事态，可以说被告人是通过不正的行为而自己招致侵害，因此，X的攻击并未在很大程度上超过被告人的前述暴行。在本案如上的事实关系下，被告人在本案中的伤害行为在当时的情况下并不能说是一种实施某种反击行为被认为是处于正当状况中的行为。”据此排斥这一主张。

24 东京高等裁判所平成6年7月20日东时第45卷第1-12号第47页（对于杀人肯定了过剩防卫，对于杀人未遂肯定了假想过剩防卫）；大阪高等裁判所平成12年（2000年）6月22日判例日报第1067号第276页（过剩防卫）；山口地方裁判所下关支部裁判所平成14年（2002年）9月4日裁判所HP（认为围绕在高速道路上的车线变更而产生的纠纷而遭受被害人在停车区域施加暴行是难以预想的，据此而肯定正当防卫的成立）等。

25 刑月17卷第7、8号第635页。东京高等裁判所昭和60年（1985年）6月20日高刑集第38卷第2号第99页（以存在直接的积极加害意思为理由而否定急迫性）、东京地方裁判所昭和63年（1988年）4月5日判例日报第668号第223页、东京高等裁判所平成8年（1996年）2月7日判例时报第1568号第145页、大阪高等裁判所平成14年（2002年）10月23日判例日报第1230号第348页等。

26 东京高等裁判所平成元年（1989年）9月18日高刑集第42卷第3号第151页（正当防卫）、东京地方裁判所平成8年（1996年）3月12日判例时报第1599号第149页（指出了“由于先行所实施的打架这一契机是被害人所创造的，因此不应当单方地谴责行为人这一方”这一点，从而认定为正当防卫）等。

27 大阪高等裁判所平成12年（2000年）6月22日判例日报第1067号第276页（过剩防卫）、广岛高等裁判所松江支部裁判所平成16年（2004年）3月22日裁判所HP（过剩防卫）等。

28 大阪高等裁判所平成7年（1995年）3月31日判例日报第887号第259页（过剩防卫）等。

29 刑集第62卷第6号第1786页。

关于正当防卫等被否定的自招行为，作为最高裁判所，提示了将以下三点作为其要件：不正的行为；与对方的侵害行为在时间、空间上的一连性、一体性；其程度并未大幅度超出侵害行为。进而，在以下这一点上，本决定具有重大的意义，即：并不是将欠缺侵害的急迫性作为排除正当防卫的理由，而是将“实施某种反击行为被认为是处于正当状况”这一点的不存在作为其理由。

（二）此后的裁判例

平成20年（2008年）决定以后，关于打架与正当防卫的案件，基本上根据案情，从是否该当于打架斗殴[30]、是否能够肯定积极的加害意思[31]、是否是自招的侵害[32]等观点出发，检讨正当防卫的成立与否。

其中，值得关注的是东京高等裁判所平成27年（2015年）6月5日的判决[33]。基本案情如下：A向暴力团成员X打电话催收贷款，这一点彻底激怒了同组的组员Y，A在自己家里与其胞弟一同遭到X、Y以及Z的袭击，A用刀子奋起反击并将Y杀害。对于该案件，东京高等裁判所做出了以下判示：被告人（A）挑拨了被害人（Y），招致了被害人为了对被告人施加暴力而来到被告人住所的事态，尽管被告人认识到了被害人将前来被告人住所施加暴行的可能性很大，在招致这种事态之后，本来被告人可以通过自己的发言而向被害人等人传达道歉的意向，从而努力消解这种事态，或者将导致这种事态的事实告知警察从而寻求救助，但被告人并未采取这种应对措施，而是在被害人等前来施加暴行的情形中就打算反击，并呼叫了隶属于与被害人等不同的暴力团之成员B，与此同时，还将杀伤能力很高的文具刀放在对于反击的实施而言容易拿出来的地方，做了这些准备性措施之后，由于受到被告人等实施的暴行，因此作为对其反击，实施本案中的刺杀行为，被害人等对B以及被告人所实施的暴行并未超过被告人等所预期的暴行内容与程度。从这些事实来看的话，对于本案的刺杀行为而言，可以说欠缺对于正当防卫与过剩范围的成立而言所必要的急迫性这一要件。在本判决中，与关于自招侵害的要素（存在挑拨，自招行为与侵害行为之间并没有显著不均衡）与关于积极的加害意思的要素（预期到对方实施侵害的可能性很高）相并列，重视了面向纷争消解的努力与向警察的救助请求等，在这个意义上，作为最近有力学说的侵害回避义务论[34]得以重视。虽然也提及到了事前的危险回避行动的可能性，但还是对急迫性进行综合性判断。

30 长崎简易裁判所平成20年（2008年）12月24日裁判所HP（认为被告人单方面受到了不可容忍的猛烈攻击攻击，据此认定正当防卫的成立）、鹿儿岛地方裁判所平成24年（2012年）2月7日裁判所HP（认为总的来说并不存在积极的加害意图，并不能说自己招致对方的攻击，从而认定过剩防卫的成立）、鹿儿岛地方裁判所平成26年（2014年）5月16日裁判所HP（认为行为人的暴行是在打架过程中所实施的行动，因此并没有产生应当通过正当防卫进行保护的紧急状态，据此肯定暴行罪的成立）等。此外，还有认为存在事前与警察商量等事实从而认定正当防卫成立的大津地方裁判所平成26年（2014年）7月24日LEX/DB25504506.

31 作为肯定积极加害意思的例子，有神户地方裁判所平成21年（2009年）2月9日裁判所HP、东京高等裁判所平成25年（2013年）2月19日东时第634卷第1-12号第55页的判决。作为否定的例子，有大阪高等裁判所平成26年（2014年）12月17日LEX/DB25541829（假想防卫）、静冈地方裁判所滨松支部裁判所平成27年（2015年）7月1日判决LEX/DB25540736（认为也不该当于自招侵害，因此肯定正当防卫）、东京高等裁判所平成26年（2014年）9月2日决定判例时报第2264号第7页（过剩防卫）等。

32 大阪地方裁判所平成23年（2011年）7月22日判例日报第1359号第251页（认为被害人的侵害行为的违法性并未在很大程度上超越自招行为其本身，据此而肯定正当防卫的成立）、福冈高等裁判所平成25年（2013年）10月22日LEX/DB22502251（认为并不该当于挑拨，从而肯定正当防卫的成立）、横滨地方裁判所平成25年（2013年）10月31日裁判所HP（认为被告人的行为并非该当于自招行为，从而肯定正当防卫的成立）等。

33 东时第66卷第1-12号第58页。作为同样的正当防卫的否定例子，有之前已经列举的东京高等裁判所平成21年（2009年）10月8日判例日报第1388号第370页的判决。本判决将以下这一点作为否定侵害的急迫性的其中一个理由，即：被侵害人能够在不损害正当利益的情况下容易地回避该侵害。

34 桥爪隆：《正当防卫论的基础》（2007年）第71-85页，第305-327页；佐伯仁志：《正当防卫与退避义务》，载《小林充先生、佐藤文哉先生古稀祝贺刑事裁判论集（上）》（2006年），第101-107页。

七、结论

本文将“打架与正当防卫”这一问题与打架两成败的法理关联起来考察。也有观点认为该法理通过昭和23年（1948年）的判决而被驱逐出刑法学。但我认为，如果对打架两成败的法理进行如下的重新构筑，也能看出不同观点的脉络。即：将支撑打架两成败的思想求诸于自力救济的禁止，从发展到打架的事情经过来看，区分为正当防卫仍然被允许的打架与不被允许的“狭义意义上的打架”，两成败的处理仅限定于后者的情形。

自力救济之所以不被允许，其理由在于：对于之前（超越单纯的不和关系）就实质性存在的纷争，“防卫”人这一方也负有相应的责任，尽管如此，却没有通过和平手段来解决纷争，而是选择通过“打架”来解决纷争。从这种视点出发，利用确实被预见到的侵害之机会而积极地对对方施加侵害这种积极的加害意思论能够被设想的事态、招致与对方的侵害行为在时间、空间上处于一连、一体关系的（作为其本身）不正行为的自招侵害论所提供的要件、进而侵害回避义务论的重视，以及事前的危险回避行动的可能性也被置于适用该法理的一种类型或要素的位置上。

容纳于打架两成败之法理的如上理解与综合性地考虑积极的加害意思论等个别解决方法所提供的诸要素的最近裁判例的态度具有亲和性。此外，平成20年（2008年）决定中所做出的“实施某种反击行为被认为处于正当的状况”的实体也应当被明确化。不仅如此，就像在第五部分第二点项下的第二小点所看到的，是否该当于打架这一判断手法在裁判例上也并未被当然排除。在并不存在可以说招致该攻击的直接行为，而且攻击也只是被模糊预期，或者以同等的武器应战这种情形，或者至少并没有现实地采取危险回避行动的情形中，还存在否定正当防卫等的余地。该法理被认为在解决这种类型案件中还发挥着作用。

即使“打架两成败”对于今天的时代所倡导的价值观而言是一种时代错误，我认为，至少在这种背景下，某个观点对于正当防卫所具有的意义能够获得正确的评价就足够了。

喧嘩と正当防衛

——「喧嘩両成敗」の法理を手がかりに

塩見　淳（京都大学教授）

1　はじめに

1　問題の所在

日本刑法36条1項は「正当防衛」の見出しのもと、「急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為は、罰しない」と規定する。講学上、同項は、正当防衛状況（自己又は他人の権利、及び、これに対する侵害の急迫性・不正性）、防衛行為の必要性・相当性（やむを得ずにした行為）、及び防衛意思（防衛するため）という各要件に整理のうえ、その内容が詳しく検討されているが、加えて、全ての要件が一応充たされるように見えても、正当防衛の成立が否定されるべき場合がないかも古くから議論がある。喧嘩争闘のケースにおける解決如何はそのような議論の中核をなしてきた。

もっとも、「喧嘩と正当防衛」をめぐる現在の判例は、後に紹介するように、最高裁の昭和52（1977）年決定が示した積極的加害意思論と平成20（2008）年決定が採用した自招侵害論に集約され、「今後の実務においては、……両者の論理が併用されて、『喧嘩と正当防衛』をめぐる事案の解決が図られることになる」[1]と指摘されている。これは「喧嘩争闘」というカテゴライズされた視点を排除するものともいえる。しかし、他方で、「喧嘩と正当防衛」は（本稿もそうであるように）なお一般的なテーマ設定であるし、近時の裁判においても、検察側が喧嘩を理由に正当防衛の不成立を主張し、裁判所がこれに正面から答えるという場面は少なからず見受けられる。「喧嘩争闘」という視角もまた根強く維持されているのである。この理論状況をどのように考えたらよいのか。判例の分析を通して明らかにする。

2　昭和7（1932）年判決

喧嘩と正当防衛に関する初期の重要判例は大判昭和7・1・25[①]であり、次のように判示する。「所謂喧嘩を為す闘争者の闘争行為は互に対手方に対し同時に攻撃及防禦を為す性質を有するものにして其の一方の行為のみを不正侵害なりとし他の一方の行為のみを防禦の為にするものと解すへきものに非す従て喧嘩の際に於ける闘争者双方の行為に付ては刑法第36条の正当防衛の観念を容るるの余地なきものとす我国に於て古来『喧嘩両成敗』の格言を存し喧嘩の闘争者双方の行為は互に違法性を阻却すへき性質を有するものに非すとして共に之を処罰すへきものとしたる理由も亦茲に存すと謂ふへし」、と。喧嘩において正当防衛が否定されるのは「互に対手方に対し同時に攻撃及防禦を為す性質を有するもの」であるからという理由づけとともに、それは古来の法理である「喧嘩両成敗」と考え方を等しくするものだと述べたことで、判決はよく知られている。

本判決の立場は戦後の昭和23（1948）年判決により転換されたと解されている。即ち、最大判昭和23（1948）・7・7[②]は、「喧嘩は、闘争者双方が攻撃及び防御を繰り返す一団の

①）刑集11巻1頁。

連続的闘争行為であるから、闘争の或る瞬間においては、闘争者の一方がもっぱら防禦に終始し、正当防衛を行う観を呈することがあっても、闘争の全般からみては、刑法第36条の正当防衛の観念を容れる余地がない場合がある」と判示し、喧嘩にも「正当防衛の観念を容れる余地」を認めたからである。「喧嘩争闘」というカテゴライズされた視点を排除する姿勢の原点はここに求められよう。しかし、留意を要するのは、正当防衛の成否は「闘争の全般からみて」判断されるとした点である。判決はそれ以上には述べていないが、このような判示を、闘争の全般からみて「喧嘩」に当たる場合は「防衛」者も処罰する、即ち「（両）成敗する」というように理解するならば、昭和7年（1932）判決を補充的に支えた「喧嘩両成敗」の法理は、「喧嘩」の範囲の限定・精密化を伴いながら維持されていると捉えうるし、また、正当防衛の成立を否定する根拠を表すものと性格づけることもできると考えられるからである。

2　喧嘩両成敗の法理ー法制史家による分析

1　伝統的な理解

「喧嘩両成敗」の法理とはどのようなものと理解すべきなのか。法制史学上この議論の出発点に据えられるのが、三浦周行の『法制史之研究』に収録された論文「喧嘩両成敗法」[3]である。そこでは、喧嘩とは「単に言論を戦はし喧騒を致すに止まらずして、互に腕力に訴ふる」こと、両成敗とは「両造共に理非の糾明をなさずして制裁を加ふる」ことと定義されたうえ、同法の成立と推移が論じられている。

喧嘩両成敗法が上記の定義のような意味で登場するのは14世紀半ばのことであり、戦国時代（15世紀後半～16世紀）には、領民の人心を収攬し統治を堅固なものとする必要から多くの領国法において採用されて「通法」となるに至り、政治的安定がもたらされた江戸時代（17世紀～19世紀半ば）においても、両成敗法的な事案処理は行われていたとされる。そのうえで、喧嘩両成敗法について、三浦は、理非の究明を行うことなく両者を処罰するという、法制進化史上「退歩」と見るべき「暴法」としながら、「然れども今日に至る迄、広義の喧嘩に向っては、両成敗の冥々の裡、尚ほ社会の歓迎を絶」ったとはいえず、このような「遺法」でも当面は「徳義の制裁」として役割を果たしうると述べている。

時代遅れの遺法であるけれども、「喧嘩両成敗」は社会的に歓迎されているところもあるから当面は残るだろうといった喧嘩両成敗の法理に対する三浦のネガティブな評価は、法制史学において広く共有され、刑法学でも定着して今日に至っていると思われる。

2　新たな視点の導入

しかし、伝統的理解とは異なる視点から喧嘩両成敗法を捉える論者も現れている。石井紫郎[4]は、鎌倉時代（12世紀末～14世紀前半）から戦国時代に至る法制度のみならず社会構造の変化も視野に入れて検討を行ったうえで、喧嘩両成敗法が、法制進化史上の「退歩」であり、統治上の必要悪として（のみ）存在したわけではないこと、即ち、紛争における「理非」の判断権が、裁判権と裁判の既判力の確立を背景にして、在地領主から次第に国家（幕府、守護大名等）に独占され、同時に「理非」の内容も「法度」として統一されていくという中央集権化の流れのなかで、同法理が領主らによる自力救済を理念的に（も）排除するツールとして機能したことを明らかにする。

このような分析は、喧嘩両成敗の法理が、国家による刑事裁判権が確立した明治時代以降においても自力救済の禁止の観点から意義をもつことを示すものといえる。ただし、正当防衛が「許容される自力救済」であるとすれば、このような許容が再び禁止される限界がどこにあるのかがさらに明らかにされねばならない。この点で注目されるのが、両成敗

法の適用される「喧嘩」とはどのような実力行使なのかを解明しようとした谷口眞子の見解[5]である。

谷口の検討対象は近世・江戸期の法であり、そこでは、一時の事情から生じた「当座の喧嘩」と遺恨に基づく攻撃を受けて行われた「宿意の喧嘩」が区別されていたとしたうえで、概ね次のように説かれている。喧嘩両成敗法は原則として当座の喧嘩に適用された。ただし、乱心や酔狂による攻撃や強盗行為に対する防衛行為はお構いなしとの扱いであった。他方、宿意の喧嘩については両成敗の処理は行われず、相手方の遺恨が「筋違い」かどうかを吟味して行為者の責任が判断された、と。喧嘩両成敗法は、遅くとも近世において、理のある者にまで常に適用されたわけではなく、とりわけ「宿意の喧嘩」では、遺恨を抱かれるだけの理由のある防衛者のみが処罰（成敗）されたのである。

3　刑法学に与えられる示唆

喧嘩両成敗の法理をめぐる法制史家の分析は刑法学に幾つかの示唆を与えるように思われる。まず、喧嘩争闘は「紛争解決の手段としての実力行使」という観念的レベルで捉えられている点が挙げられる。例えば、昭和7（1932）年判決は、喧嘩闘争が「互に対手方に対し同時に攻撃及防禦を為す性質」を有することに着目しているように読めるが、斬り合いや殴り合いは、正当防衛状況の存在が認定された後に起こる事態であって、正当防衛をそれ自体として不成立とするように作用するとは考えにくい。重要なのは、なぜ、どのような経緯で喧嘩争闘に至ったのかであろう。

次に示唆的なのは、宿意の喧嘩と当座の喧嘩の区別である。これを、当事者の間にもともと紛争が実質的に存在していた場合とそうでない場合として捉え直すならば、刑法学にとって意味あるものになると思われる。さらに、2で示された、自力救済の禁止が喧嘩両成敗の法理を支えるとの理解と併せてこの区別を説明すると、次のようになろう。従前より実質的に存在する紛争に「防衛」者の側も相応の責を負うにもかかわらず、その紛争を実力行使により解決しようとするのは、許されない自力救済、換言すれば「狭い意味での喧嘩」に当たり、正当防衛の成立が否定されるべきだ、と。

3　判例の展開（1）ー戦前から戦後にかけて

実質的に存在する紛争の実力行使による解決という視座に立つとき、先の昭和7（1932）年判決は喧嘩両成敗の法理の適用例としてよりよく理解できるように思われる。殺人罪の成否が争われた直接の事実関係は、神社の祭礼において被害者である県立金沢第一中学の生徒から喧嘩を挑まれた私立金沢中学の生徒が、別の場所に移動した際に持っていた匕首を示して威嚇したけれども軽侮されたために憤激し、その匕首で被害者の胸を突刺して殺害したというものであった。ただし、この事件には伏線があり、一週間前に別の神社の祭礼において、被害者を含む一中生と行為者を含む金沢中生が喧嘩をしており、当日も仕返しを考えた一中生が被害者を捜し出し、集団で行為者に暴行を加えようとしていた。加害者である金沢中生は、数的不利の状況下で進んで喧嘩をするつもりはなかったとしても、一中生との紛争に相当の責を負い、また、一中生の申し入れに応じてその決着をはかるべく喧嘩争闘を行ったのである。「狭い意味での喧嘩」の両当事者を罰するという実質化された喧嘩両成敗の法理から見て、正当防衛の主張を排斥することに理由があったと解される。

正当防衛の成立を否定したその後の裁判例も、概ね事件以前に実質的な紛争が存在していたと評してよいものであったが、最判昭和22（1947）・12・18[6]には留意を要する。事案は、家出をした妻の行方を探していた行為者が、妻を誘惑して連れ出したとの噂のある被

害者Xに会って確かめようと、暴行を受けた場合の用意に刺身包丁を携えて、P宅を訪問中のXに会いに行ったところ、数人から暴行を受けてかなりの傷害を受けた後、Xによる暴行を察知して刺身包丁でXを刺したというものであった。判決は、「被告人が本件犯罪を犯すに至った事情については、まことに同情憫察すべきものがある」としながら、「本件の犯行は、喧嘩闘争を予測し兇器を用意して出掛けた傷害致死」とした原審の認定に違法はないとの簡単な判示により、少なくとも過剰防衛ではないかとの上告を棄却している。喧嘩に至るまでの経緯を重視せず、「喧嘩」に当たるからとしてかなり形式的に処理したのではないかとの疑念が残るように思われる。

4　判例の展開（2）—昭和23（1948）年判決、同32（1957）年判決とその後

1　昭和23（1948）年判決・昭和32（1957）年判決

1で紹介したように、昭和23（1948）年判決において、判例は、喧嘩争闘にもその全般から見て正当防衛の成立する可能性を認める方向に転換する。ただし、同判決は、本件は闘争の全般からみて正当防衛に当たらないとの結論を採りながら、正当防衛を排除する「狭い意味での喧嘩」の範囲を示していない。のみならず、事案からみると、むしろ「喧嘩」に当たるから正当防衛の余地はないとする、喧嘩両成敗の法理の（悪しき）形式的適用とでも呼ぶべき処理が行われているように解される。事案は、浪花節を一緒に聴きに行った友人が被害者に別の場所に連れ出されて殴打されたので、行為者が事情を問いただしたところ、被害者と殴り合いとなったが、忽ち散々に殴られたうえ鉄条網に仰向けに押したおされ、睾丸を蹴られるなどしたため、憤激の余り所持していた小刀で被害者を切りつけたというもので、全体として行為者の一方的な劣勢で事態が推移していたからである。

この意味において、喧嘩と正当防衛の問題にとってより重要なのは最判昭和32（1957）・1・22[7]である。同判決は、昭和23（1948）年判決の趣旨を確認しつつ、喧嘩闘争を予期しながら現場に赴き、同伴者Aと格闘中の被害者Xの尻を鉄で刺した後、Xから追跡を受けて追いつかれた機会に同人から刺身包丁を奪ってその胸部などを突刺して殺害したとの事案で、過剰防衛の可能性を指摘して原判決を破棄、差し戻している。注目されるのは、従前よりX側はA一派に対して挑戦的態度に出ており、Aの属するB会の会員に暴行を加えていたなどの原審の認定事実を踏まえ、「本件闘争関係がX一派のA一派に対する全く一方的攻撃に終始した集団的対立」であることを重視した点である。「一方的攻撃」を受け、紛争に特段の責を負わないと見られる行為者らが実力行使に出た本事案は、昭和7（1932）年判決とは「喧嘩」の性格を異にするが故に、結論において相違したと考えられよう。換言すれば、本判決は喧嘩両成敗の法理の適用をその実質的意義において排除したわけではないのである。

2　その後の裁判例

（1）昭和32（1957）年判決以降の裁判例では、正当防衛の判断における喧嘩闘争に至る経緯の位置づけについて幾つかの方向性を認めることができる。その一つは、防衛意思ないし攻撃意思を認定する事情とするものである。例えば、最決昭和33（1958）・2・24[8]は、行為者が逃避が容易で他に救助も求められたこと、被害者が泥酔していたことと並んで、疎開に伴う同居中に費用の負担をめぐって「被害者と被告人とはかねて感情的に対立していた」との事情を指摘したうえで、本件行為は「日頃の忿懣を爆発させ憤激の余り咄嗟に……被害者を殺害せんことを決意してなした」ものだとして過剰防衛（殺人）の成立を否定

する結論を導いている。さらに、喧嘩の予期に着目するものも見られる。「あらかじめ予期していた喧嘩の場面に遭遇」したもので過剰防衛の観念も容れる余地もないと判示する東京高判昭和46（1971）・3・23[9]がその例である。

しかし、攻撃意思や喧嘩の予期に着目する構成は、最判昭和46（1971）・11・16[10]が「相手の加害行為に対し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」とし、また、「刑法36条にいう『急迫』とは、法益……の侵害があらかじめ予期されていたものであるとしても、そのことからただちに急迫性を失うものと解すべきではない」との態度を明らかにしたこともあり、判例の立場として広まることはなかった。

（2）裁判例において比較的に有力化したのは、端的に、争闘に至る経緯から「喧嘩」に当たるか否かを判断するもののように思われる。個人間の紛争のケースでは、喧嘩をする意思を既に有していたから正当防衛の成立の余地はない（あるいは、喧嘩をする意思はなく、正当防衛等は排除されない）とする判示が見られる。例えば、過剰防衛の否定例である秋田地裁大曲支判昭和48（1973）・12・21[11]は、親子喧嘩の事案において、「被告人とその妻に対する被害者の執拗ないいがかりや攻撃的態度に激昂した被告人が、かねてからの反感も手伝って被害者を腕ずくで懲らしめようと決意し、被害者に対し『外へ出ろ』と言ったことは判示のとおりであって、被告人としては、……戸外で殴り合いの喧嘩になることははじめから意図したところであるから……」との説明を行っている。

暴力団等の抗争や労働組合の対立から実力による衝突が生じたケースでは、従前の経緯を含めて全体として喧嘩闘争といえるかという形で判断される。炭鉱の旧労組と被告人らの興行師グループとが敵対していたところ、当日は労組側のピケ隊と興行師グループらによる自動車行進隊との間で争闘が生じた事案で、「被告人らの……行動がピケ隊側との争闘を惹起するに至ることは当然予期していたものと認められるので、被告人らは他の自動車行進参加者らと共に自ら本件乱闘を誘発し、又は自ら争闘の渦中にその身をおいた」ものであり、正当防衛を認めることは「到底不可能」とする熊本地判昭和35（1960）・7・27[12]がその例である。なお、裁判例において、暴力団の抗争事件であるから全て正当防衛の成立する余地がないとされているわけではなく、両当事者が遣り合うような実質的な紛争ではなく、一方的に攻撃が仕掛けられて受け身にまわっていたといった関係にあった場合、正当防衛・過剰防衛は排除されないことには留意を要する[13]。

（3）もっとも、暴力的組織の抗争の処理を巡っては、昭和50（1975）年代以降、裁判例の着眼点は「喧嘩争闘」かどうかから、積極的な加害行為があったか否かへと変移を見せる。積極的な加害行為ないし加害意思という考え方自体は既に昭和40（1965）年代の下級審裁判例にも現れていた。この状況のもと、先の最高裁の昭和46（1971）年判決が「かねてから被告人がX〔被害者〕に対し憎悪の念をもち攻撃を受けたのに乗じ積極的な加害行為に出たなどの特別な事情」がある場合に、防衛意思が否定される可能性を留保したことの影響は大きく、暴力的組織の抗争の処理にも反映されることになる。例えば、東京地判昭和50（1975）・8・27[14]は、過激派による凶器準備集合の事案で、「相手方が襲撃を加えてきた機会を利用して、これを迎撃ないし反撃し、積極的に相手方の生命、身体等に危害を加える目的をもって兇器を準備して集合する場合は、もとより……〔凶器準備集合〕罪にいう共同加害の目的が存在するものとみて妨げない」として同罪の成立を肯定している。

（4）さらに、喧嘩を自ら招いたことに正当防衛を否定する理由を求める裁判例も現れている。例えば、怒鳴りあいの後、見ず知らずの被害者に挑発的な言辞を述べ、この者が自室の戸を激しく叩くので、闘争を予期して肥後守ナイフをポケットに入れて廊下に出、やがて取っ組み合いの喧嘩を始めたところ、相手から鉄による攻撃を受けたので肥後守ナイ

フで反撃に出て被害者を死亡させた事案で、行為者の所為は「みずから招いた喧嘩闘争の過程においてなされた反撃行為であって、事の経緯を全体的に観察すれば、それが正当防衛にはもちろん、また、過剰防衛にも当たらないことは明らか」とする東京高判昭和46（1971）・10・26[15]が挙げられる。

5　判例の展開（3）—昭和52（1977）年決定とその後

1　昭和52（1977）年決定

4 2で見た裁判例の流れ——とりわけ、争闘に至る経緯から「喧嘩」に当たるか否かを判断する、進んで、積極的な加害行為ないし加害意思の問題として処理する、という方向性——の先に登場したのが最決昭和52（1977）・7・21[16]であった。事案は、C派に属する学生らが集会を開く準備中に、C派と鋭く対立するK派に属する学生らから襲撃を受け、一度は実力でこれを撃退したものの、再度の攻撃があることを予想してバリケードを築いたところ、予想どおりに襲撃があり、バリケード越しに鉄パイプを用いて応戦したというものである。再度の攻撃に対する、C派に属するAの反撃行為が正当防衛として共同暴行罪（暴力行為等処罰一条）の違法性を阻却するかが争われ、本決定は次のように述べて消極に解した。刑法36「条が侵害の急迫性を要件としている趣旨から考えて、単に予期された侵害を避けなか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。……原判決によると、被告人Aは、相手の攻撃を当然に予想しながら、単なる防衛の意図ではなく、積極的攻撃、闘争、加害の意図をもつて臨んだというのであるから、……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。

本件は、争闘以前から集団的な対立・紛争が実質的に存在し、「防衛」側もその責任の一端を担っており、また、紛争を実力行使により解決しようとした点において、昭和7（1932）年判決などと近似する、即ち、典型的な喧嘩争闘のケースといえる。にもかかわらず、「喧嘩」の視点を明確に示さず、相手の攻撃を当然に予想したこと、その機会を利用する積極的な加害意思が存在したことを要件に正当防衛を否定した昭和52（1977）年決定は「喧嘩と正当防衛」の取扱に大きな影響を与えた。（攻撃の確実な予期に基づく）積極的加害意思の有無に着目して判断する裁判例はその後多数現れることになる。

2　その後の裁判例

（1）もっとも、喧嘩争闘の形態は多様であり、それらが全て積極的加害意思の有無をもって解決できるとも、それのみによって解決されるべきだともいえないであろう。実際、その後の裁判例でも、4 2でも確認された、争闘に至る経緯から「喧嘩」に当たるか否かを判断する態度は一定の範囲で維持されていたと見られる。

（2）そのような態度を示す裁判例のうち、個人間の対立に関するものとしては、被害者からナイフを手渡されて執拗に喧嘩を求められ、それに応じて相手方を刺殺した事案で、行為者は「あえて右屈辱を潔しとせずに喧嘩闘争を受けて立ったものである以上、その後の闘争の過程において自己の生命身体を相手の攻撃にさらすことになったとしても、特段の事情のない限り、右攻撃をもって刑法36条にいう『急迫不正ノ侵害』ということはできない」とした大阪高判昭和62（1987）・4・15[17]がある。「喧嘩闘争を受けて立」つというのは明白に実力による紛争解決を志向するもので（実質的に理解された）喧嘩両成敗の法理の適用場面ともいえよう。この種の事案では、積極的加害意思の存在から正当防衛等を否定する結論を導く裁判例[18]も見られる。たしかに同意思を認定できれば問題はないものの、相手方の侵害は十分に予想されるとしても、「防衛」側の攻撃力がとくに上回っていたなどの事情が認められないときに、「積極的な加害」との認定は微妙にならざるをえない。その意味で、「喧嘩」に着目した解決の方が明快に思われる。

暴力的組織の対立を背景にするものとしては、暴力団組長である行為者が、組の属する会の会長が理容店で散髪中に別の暴力団の組員X、Yほか数名から拳銃による襲撃を受けたので、氏名不詳者らとともに拳銃でこれに応戦し、X及びYを殺害した事案で、正当防衛等の成立を否定した大阪高判平成13（2001）・1・30[19]が挙げられる。同判決は、積極的加害意思を認定した第一審とは異なり、「侵害が予期されている場合には、予期された侵害に対し、これを避けるために公的救助を求めたり、退避したりすることも十分に可能であるのに、これに臨むのに侵害と同種同等の反撃を相手方に加えて防衛行為に及び、場合によっては防衛の程度を超える実力を行使することも辞さないという意思で相手方に対して加害行為に及んだという場合には、いわば法治国家において許容されない私闘を行ったことになる」などとして、「本件犯行は、侵害の急迫性の要件を欠き、正当防衛の成立を認めるべき緊急の状況下のものではなかった」と述べている。

実力行使が「狭い意味での喧嘩」に当たらない場合としては、まず、全体として「防衛」者が一方的な攻撃を甘受してきたと評価できるような場合が挙げられる。暴力団内部のいわゆる跡目争いで、実弟の家に身を隠していたところに武装した対抗勢力の襲撃を受け、反撃に出た事案で正当防衛の成立を認めた仙台高裁秋田支判昭和55（1980）・1・29[20]はその例といえる。次に、実質的な紛争といえるほどではない感情的な対立等があったにとどまる場合[21]や当事者間で和解が成立して紛争がひとまず収まっていた場合[22]も、正当防衛等は認められている。ただし、裁判例では、行為者に侵害に対する予期がない、あるいは、積極的加害意思が欠けるなどの理由付けによることも多い。さらに、諸事情を掲げて総合判断として「喧嘩」を否定する裁判例も見られる。例えば、長崎地判平成19（2007）・11・20[23]は、行為者には、相手方による侵害の具体的予期はなく、積極的加害意思も認められず、発言の内容が侵害の惹起を意図ないし容認したものともいえないとしたうえで、侵害者と行為者との間で「相互に身体の安全を侵害し合うという利益衝突状況を作出した第一次的責任は」侵害者側にあると判示している。最後に、喧嘩を挑発したとはいえないとして正当防衛等を肯定した裁判例[24]が認められる。これは、昭和52（1977）年決定前に現れていた、喧嘩を自ら招いたかどうかに着目する裁判例と考え方を等しくし、次の（3）で取りあげる侵害の自招に着目する立場に連なるものといえる。

（3）正当防衛、とりわけ侵害の急迫性の要件について判断する際に、相手方の侵害を自ら招いたといえるかどうかに着目する裁判例は、昭和52（1977）年決定以降、多く見られるようになる。同要件の否定例の一つが福岡高判昭和60（1985）・7・8[25]であり、次のように判示する。「相手方の不正の侵害行為が、これに先行する自己の相手方に対する不正の侵害行為により直接かつ時間的に接着して惹起された場合において、相手方の侵害行為が、自己の先行行為との関係で通常予期される態様及び程度にとどまるものであって、少なくともその侵害が軽度にとどまる限りにおいては、もはや相手方の行為を急迫の侵害とみることはできない」。本件では、「X〔侵害者〕の行為に先行する被告人の行為が理不尽かつ相当強い暴行、すなわち身体に対する侵害であるのに対し、それに対するXの行為は、屋内にいる被告人に向けて、屋外から住居の平穏を害する行為を5分ないし10分間にわたって続けたに過ぎないものであって」、これを被告人に対する急迫不正の侵害と認めることはできない、と。

侵害の自招に当たらないとされたケースでは、侵害を挑発ないし招致する意図が欠ける[26]、あるいは、そのような態様とはいえない、相手方の侵害行為を予期していない[27]、予期を超える激しい攻撃である[28]といった点が指摘されている。

6　判例の展開（4）ー平成20（2008）年決定とその後

1　平成20（2008）年決定

昭和52（1977）年決定の影響を受けて、積極的加害意思の有無をもって判断する裁判例が多くなる一方で、相手方の侵害に向けられた自招行為に着目するものも有力化する状況のもとで出されたのが最決平成20（2008）・5・20[29]であった。事案は、行為者Aと被害者Xがごみ集積場でのゴミの投棄をめぐって口論となり、AがXを殴打して〔第1暴行〕走って立ち去り、腹を立てたXが自転車でAを追いかけて後方から殴打した〔第2暴行〕。起き上がったAがXに向かっていき、特殊警棒でXを殴打して〔第3暴行〕、Xに傷害を負わせた、というものである。Aによる第3暴行を第2暴行に対する正当防衛とする主張について、本決定は「被告人〔A〕は、Xから攻撃されるに先立ち、Xに対して暴行を加えているのであって、Xの攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、Xの攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでないなどの本件の事実関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえない」と述べて、これを排斥した。

正当防衛等が否定される自招行為について、最高裁として、不正の行為であること、相手方の侵害行為と時間的場所的に一連・一体であること、その程度を侵害行為が大きく超えていないことを要件として提示し、さらに正当防衛等が排除される理由を侵害の急迫性の欠如ではなく、「何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況」の不存在とした点において、本決定には大きな意義が認められている。

2　その後の裁判例

平成20（2008）年決定以降も、喧嘩と正当防衛のケースは、基本的には、事案に応じて、喧嘩争闘に当たるか[30]、積極的加害意思が認められるか[31]、侵害を自ら招いたのか[32]の観点から、正当防衛等の成否が検討されている。

その中で注目されるのは東京高判平成27（2015）・6・5[33]であり、暴力団員Xに対する貸金の取立に関する電話で同じ組の組員Yを激怒させたAが、自宅で実弟Bとともに、X、Y及びZの襲撃を受け、これにナイフで反撃してYを殺害した事案で次のように判示する。「被告人〔A〕は、被害者〔Y〕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かなり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、被害者らとは別の暴力団に属するBを被告人方に呼ぶとともに、殺傷能力の高い本件シースナイフを反撃するのに持ち出しやすい場所に置いて準備して対応し、被害者らから暴行を受けたことから、これに対する反撃として本件刺突行為に及んだものであり、被害者らによるB及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」、と。そこでは、自招侵害に関わる要素（挑発があること、自招行為と侵害行為との間に著しい不均衡がないこと）、積極的加害意思に関わる要素（相手方の侵害を高い可能性をもって予期していること）と並んで、紛争の解消に向けての努力や警察への救助依頼など、近時の有力説である侵害回避義務論[34]で重視する、事前の危険回避行動の可能性にも言及しながら、急迫性について総合的判断が行われているからである。

7　まとめ

「喧嘩と正当防衛」の問題を喧嘩両成敗の法理と関連づけながら考察を加えてきた。同法理は昭和23（1948）年判決によって刑法学から駆逐された観もある。しかしながら、喧嘩両成敗を支える思想を自力救済の禁止に求め、喧嘩に至った経緯に鑑みて、正当防衛がなお許される喧嘩と許されない「狭い意味での喧嘩」とを区別し、両成敗の取扱を後者の喧嘩に限るというように喧嘩両成敗の法理を再構成するならば、異なる考え方の道筋も見えてくるように思われる。

自力救済が許されないのは、従前より（単なる不仲といったものを超えて）実質的に存在する紛争に「防衛」者の側も相応の責を負うにもかかわらず、その紛争を平和的手段ではなく「喧嘩」により解決することを選択した点に理由が求められよう。このような視点からは、確実に予期された侵害の機会を利用し積極的に相手に対して害を加えるという積極的加害意思論が想定する事態や、相手方の侵害行為をそれと時間的・場所的に一連・一体の関係にある（それ自体として）不正な行為によって招致するという自招侵害論の掲げる要件も、さらには侵害回避義務論が重視する、事前の危険回避行動の可能性も、同法理が妥当する一つの類型ないし要素と位置づけられることになる。

喧嘩両成敗の法理に収斂させる以上のような把握は、積極的加害意思論などの個別的解決方法が掲げる諸要素を総合的に考慮する近時の裁判例の態度に親和性をもち、また、平成20（2008）年決定が判示した「なんらかの反撃行為に出ることが正当とされる状況」の実体を明らかにするものと考えられる。のみならず、5 2（2）で見たように、喧嘩に当たるかという判断手法も裁判例で排除されているわけではない。当該攻撃を招致したといえるような直接的な行為は存在しないうえ、攻撃が漠然としか予期されなかった、ないしは、同等の武器をもって応戦したようなケース、危険回避行動を少なくとも現実的には採りえなかったようなケースであっても正当防衛等は否定される余地がある。同法理はこのようなケースの解決においても機能すると解される。

「喧嘩両成敗」などと今の時代において唱えるのは時代錯誤にほかならないとしても、少なくとも、その背景にある考え方が正当防衛にとって有する意義は正しく評価されてよいように思われるのである。

1）橋爪隆「正当防衛(1)」警論69巻3号（2016）156頁。
2）刑集2巻8号793頁。
3）三浦周行『法制史之研究』（1919）947-988頁（第6編刑法 第27喧嘩両成敗法）。
4）石井紫郎『日本国制史研究II』（1986）73-108頁（第2章中世の法と国制に関する覚書）。
5）谷口眞子『近世社会と法規範』（2005）24-68頁（Ⅰ法と理　序、第1章喧嘩両成敗法の理念とその社会的背景）。
6）裁判集刑1号231頁。
7）刑集11巻1号31頁。
8）刑集12巻2号297頁。
9）高刑集12巻3号219頁。
10）刑集25巻8号996頁。
11）判タ304号123頁。
12）判時236号6頁。
13）仙台高判昭和49（1974）・7・8刑月6巻7号784頁。なお、暴力団員同士の争闘であっても組織的な対立を背景にもたない場合は、個人間の紛争と同様に「喧嘩をする意思」が個別に問われている。参照、和歌山地判昭和50（1975）・4・22刑月7巻4号564頁（示兇器脅迫罪〔暴力行為等処罰1条〕の適用につい

て正当防衛の成立を肯定）。
14）判時799号107頁。
15）高刑集24巻4号653頁。東京高判昭和36（1961）・8・31東時12巻8号156頁、東京高判昭和37（1962）・10・20東時13巻10号246頁など。
16）刑集31巻4号747頁。
17）判時1254号140頁。
18）大阪地判昭和63（1988）・11・18判タ702号265頁（対立抗争を背景とはしない暴力団員同士の喧嘩の事案）、高松高判平成14（2002）・7・25裁判所HP（一対一の喧嘩で決着をつけようとした事案）。
19）判時1745号150頁。暴力団の抗争事件で「行為全般の状況から」急迫性の要件を否定したものとして大阪高判昭和56（1981）・1・20刑月13巻1＝2号6頁、「社会的に許容し得ない違法性の高い私的抗争であること」等の諸事情を指摘して急迫性が欠けるとしたものとして東京地判平成14（2002）・1・11裁判所HP。
20）判タ423号148頁。侵害者からの一方的な攻撃を積極的加害意思が欠けることの認定事情とするのは東京地判昭和56（1981）・3・31判タ453号170頁（誤想過剰防衛）、防衛意思の認定事情とするのは最判昭和60（1985）・9・12刑集39巻6号275頁（過剰防衛を否定した原判決を破棄差戻）。
21）東京高判昭和60（1985）・6・14高刑速（昭60）150頁（互いに民事訴訟を起こしていたが侵害の予期がなかったとして正当防衛を肯定）、浦和地判昭和61・6・10刑月18巻6=6号764頁（敷地通行をめぐり立していた事案。積極的加害意思がなかったとして正当防衛を肯定）。
22）大阪高判昭和53（1978）・3・8判タ369号440頁（先行する喧嘩について雇主に仲裁を頼みに行った事案。「当初からのけんか闘争の一こま」とはいえないとする。過剰防衛）。
23）判タ1276号341頁。大阪高判平成11（1999）・10・7判タ1064号234頁（防衛意思が欠けるとして結論的には正当防衛を否定）、甲府地判平成17（2005）・10・27裁判所HPなど。
24）東京高判平成6・7・20東時45巻1=12号47頁（殺人につき過剰防衛、殺人未遂につき誤想過剰防衛を肯定）、大阪高判平成12（2000）・6・22判タ1067号276頁（過剰防衛）、山口地裁下関支判平成14（2002）・9・4裁判所HP（高速道路上での車線変更を巡るトラブルからパーキングエリアでの被害者からの暴行は予想困難であるなどとして正当防衛を肯定）など。
25）刑月17巻7=8号635頁。東京高判昭和60（1985）・6・20高刑集38巻2号99頁（直接には積極的加害意思の存在を理由として急迫性を否定）、東京地判昭和63（1988）・4・5判タ668号223頁、東京高判平成8（1996）・2・7判時1568号145頁、大阪高判平成14（2002）・12・3刑集59巻9号1467頁（刃物の不法携帯罪〔銃刀32条4号、22条〕に関する）、仙台地判平成18（2006）・10・23判タ1230号348頁など。
26）東京高決平成元（1989）・9・18高刑集42巻3号151頁（正当防衛）、東京地判平成8（1996）・3・12判時1599号149頁（先行して行われた喧嘩のきっかけは被害者が作ったもので、一方的に行為者のみが責められるべきものではない点も指摘する。正当防衛）など。
27）大阪高判平成12（2000）・6・22判タ1067号276頁（過剰防衛）、広島高裁松江支判平成16（2004）・3・22裁判所HP（過剰防衛）など。
28）大阪高判平成7（1995）・3・31判タ887号259頁（過剰防衛）など。
29）刑集62巻6号1786頁。
30）長崎簡判平成20（2008）・12・24裁判所HP（被告人は「一方的で容赦ない苛烈な攻撃」を受けていたとする。正当防衛）、鹿児島地判平成24（2012）・2・7裁判所HP（併せて積極的加害意図がなく、相手の攻撃を自招したともいえないとする。過剰防衛）、鹿児島地判平成26（2014）・5・16裁判所HP（行為者の暴行は「喧嘩の中での行動であって、正当防衛によって保護すべきような緊急状態は生じていない」として暴行罪を肯定）など。なお、事前に警察に相談していたなどの事情があるものとして大津地判平成26（2014）・7・24LEX/DB25504506（正当防衛）。
31）積極的加害意思の肯定例として神戸地判平成21（2009）・2・9裁判所HP、東京高判平成25（2013）・2・19東時634巻1=12号55頁、否定例として大阪高決平成26・12・17LEX/DB25541829（誤想防衛）、静岡地裁浜松支判平成27（2015）・7・1LEX/DB25540736（自招侵害にも当たらないとして正当防衛を肯定）、東京高決平成26（2014）・9・2判時2264号7頁（過剰防衛）など。

32）大阪地判平成23（2011）・7・22判タ1359号251頁（被害者の侵害行為の違法性が自招行為のそれを大きく超えるとして誤想防衛を肯定）、福岡高判平成25（2013）・10・22LEX/DB22502251（挑発に当たらないとして正当防衛を肯定）、横浜地判平成25（2013）・10・31裁判所HP（被告人の行為に非はなく自招行為に当たらないとして正当防衛を肯定）など。
33）東時66巻1=12号58頁。同様の正当防衛の否定例として既に東京高判平成21（2009）・10・8判タ1388号370頁がある。「被侵害者が正当な利益を損なうことなく容易にその侵害を避けることができた」ことを侵害の急迫性を否定する事情の一つとして挙げる。
34）橋爪隆『正当防衛論の基礎』（2007）71-85頁、305-327頁、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）』（2006）101-107頁。

第3セッション

性犯罪の理论と実務問題研究

日本的性犯罪

——最近修改的动向

佐伯仁志* 著
曾文科** 译

一、序言

性犯罪这一用语具有许多含义，本文中所讨论的是作为针对个人法益之罪的性犯罪。以下提及“性犯罪”时，指的是作为针对个人法益之罪的性犯罪。

以早稻田大学教授（当时）山口厚为会议主席，从2014年10月31日至2015年8月6日共举办了12次“有关性犯罪罚则的研讨会”（以下简称为“研讨会”），并提出了“汇总报告书”[1]。其后，基于该报告书的修正案在法制审议会上接受询问，并从2015年至2016年6月16日举办了7次法制审议会刑事法部会（以下简称为“部会”）。在第7次部会会议上，决定将事务局制作的“纲要（要点）修正案”作为部会的意见报告给法制审议会总会[2]。该修正案在2016年9月12日举行的法制审议会总会上被采纳。然后，法务省制定了法案，“修正部分刑法的法律案”于2017年3月7日提交给了第193回国会。

下面首先介绍有关性犯罪的日本现行法，然后参照研讨会及部会中的讨论介绍有关性犯罪问题的争论，最后介绍提交给国会的法案[3]。

二、现行法中的性犯罪规定

（1）刑法中的规定

日本现行刑法于1907年制定，关于性犯罪，在刑法第22章中设有如下规定[4]。

（强制猥亵）

第176条　对十三周岁以上的男女，使用暴力或者胁迫实施猥亵行为的，处六个月以上十年以下惩役。对不满十三周岁的男女实施猥亵行为的，亦同。

---

* 东京大学教授
** 中国政法大学刑事司法学院讲师

[1] 参见 http://www.moj.go.jp/content/001154850.pdf。研讨会上探讨的主题有：①将性犯罪规定为非亲告罪，②性犯罪公诉时效的撤销或者停止，③配偶间强奸罪的成立，④扩大强奸罪的主体等，⑤创设有关类似性交行为的构成要件，⑥缓和强奸罪等中的暴力、胁迫要件，⑦创设有关利用地位、关系实施性行为的规定，⑧提高所谓的同意性交年龄，⑨重设性犯罪的法定刑，⑩刑法中有关性犯罪的条文的位置。本文不讨论问题②。

[2] 在法务省的主页（http://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai_seihan.html）上可以看到部会上提出的资料及会议记录。

[3] 关于该问题，拙稿「刑法における自由の保護」法曹時報67卷9号（2015年）1頁以下有所探讨，本文中的记述也多基于这篇文章。本文中，由于篇幅的关系，对判例、学说的引用进行了简略化处理，所以详细的讨论请参阅上述论文。关于刑法修正案最近的论文，参见犯罪と刑罰26号（2017年）「特集：性犯罪規定の改正」中收录的各论文，以及北川佳世子「性犯罪と刑法改正」三井誠・曽根威彦・瀬川晃『入門刑事法〔第6版〕』（有斐閣、2017年）68頁以下等。

[4] 此外，第22章中还规定了公然猥亵罪（第174条）、散布猥亵物等罪（第175条）、劝诱淫行罪（第182条）、重婚罪（第184条）。这些规定是针对社会法益的犯罪（但是，第182条的保护法益还不明确），与强奸罪、强制猥亵罪的性质不同。在研讨会上，虽然讨论了拆分性犯罪这一章的问题并得出了眼下尚无必要的结论，但在对刑法进行全面修正之时，我认为还是应该分开来进行规定。

（强奸）

第 177 条　使用暴力或者胁迫奸淫十三周岁以上的女子的，是强奸罪，处三年以上有期惩役。奸淫未满十三周岁的女子的，亦同。

（准强制猥亵与准强奸）

第 178 条　①乘人心神丧失或不能抗拒之机，或者使他人心神丧失或不能抗拒而实施猥亵行为的，依照第一百七十六条规定处罚。

②乘女子心神丧失或不能抗拒之机，或者使其心神丧失或不能抗拒而实施奸淫的，依照前条规定处罚。

（轮奸等）

第 178 条之二　二人以上在现场共同实施第一百七十七条或者前条第二款犯罪的，处四年以上有期惩役。

（未遂罪）

第 179 条　第一百七十六条至前条之罪的未遂，予以处罚。

（亲告罪）

第 180 条　①第一百七十六条至第一百七十八条之罪及其未遂罪，告诉的才能提起公诉。

②二人以上在现场共同犯第一百七十六条或第一百七十八条第一款之罪或者其未遂罪的，不适用前款规定。

（强制猥亵等致死伤）

第 181 条　①犯第一百七十六条或第一百七十八条第一款之罪或者其未遂罪，因而致人死伤的，处无期惩役或者三年以上惩役。

②犯第一百七十七条或第一百七十八条第二款之罪或者其未遂罪，因而致女子死伤的，处无期惩役或者五年以上惩役。

③犯第一百七十八条之二之罪或者其未遂罪，因而致女子死伤的，处无期惩役或者六年以上惩役。

（2）刑法以外的法律、条例中的规定

性犯罪不仅规定在刑法典中。法律及都道府县的条例中存在着特别保护不满 18 周岁的“儿童”的规定。

首先，儿童福祉法第 34 条第 6 项禁止“使儿童实施淫行的行为”，第 60 条第 1 款对违反者处以 10 年以下惩役或 300 万日元以下罚金或者并处惩役与罚金。除了性交之外，“淫行”中还包括猥亵行为。判例认为，“使儿童实施淫行的行为”中也包括使儿童以行为人为对方实施淫行的情形；在这种情形中，“必须超过实施淫行行为本身所内含的程度，对儿童产生事实上的影响力，鼓动其实施淫行等，从而使得儿童实施淫行”（東京高等裁判所 2010 年 8 月 3 日判決・高等裁判所刑事判決集 63 巻 2 号 1 頁）。例如，儿童的养父认识到儿童处于不能抗拒自己使其实施性交、不能与亲生母亲商量这样的心理状态之下，还使儿童与自己实施性交的行为，属于“使儿童实施淫行的行为”。

其次，《关于规制及处罚嫖宿儿童与儿童色情行为等并保护儿童等的法律》第 4 条对于“嫖宿儿童”的，处 5 年以下惩役或者 300 万日元以下的罚金。“嫖宿儿童”是指，向儿童或者其保护人“提供对价或者约定提供对价，对该儿童实施性交等行为（指性交或类似性交行为，或者以满足自己的性好奇心为目的，接触儿童的性器官等（指性器官、肛门或乳头），或让儿童接触自己的性器官等）”（该法第 2 条第 2 款）。此外，还处罚嫖宿儿童的斡旋行为（该法第 5 条）、劝诱行为（该法第 6 条）。

再者，各都道府县的青少年保护育成条例处罚与不满 18 周岁者发生的“淫行”。关于福冈县青少年保护育成条例中的“淫行”的含义，最高裁判所指出，“不应该将其宽泛地理解为对青少年的一般性性行为，除了乘青少年身心未成熟之机通过诱惑、胁迫、欺骗或者使其

困惑等不当手段实施性交或者类似性交行为之外，只包括以下这样的性交行为或类似性交行为，即单纯地将青少年作为满足自己性欲望的对象来对待；这样的理解是合适的。……如果做出如上这样的解释，则不能说该规定的处罚范围不当地过于宽广，也不能说其不明确，因此，本案各规定不能说违反了宪法第 31 条的规定”（最高裁判所 1985 年 10 月 23 日判決・最高裁判所刑事判例集 39 巻 6 号 413 頁）。与此相对，学说中有批判指出，“淫行”的范围内包含了“这样的性交行为或类似性交行为，即将青少年作为满足自己性欲望的对象来对待”，这使得处罚范围变得不明确，且过于宽广[5]。关于这一点，2016 年 7 月，全国最后一个制定此种条例的长野县《保护儿童不受性侵害条例》中规定，只处罚“胁迫、欺骗或使其困惑，或者乘其困惑之机而实施性行为或者猥亵行为的”，以及使其实施性行为或者猥亵行为的（第 17 条第 1 款、第 2 款，第 19 条第 1 款、第 2 款）；违反者不满 18 周岁时，不处罚（第 20 条）[6]。

（3）小结

综上所述，在日本的现行法中，与不满 13 周岁的人发生性交、猥亵行为的，成立刑法上的强奸罪、强制猥亵罪。与 13 周岁以上的人发生性交、猥亵行为的，如果使用了暴力、胁迫手段，则成立刑法上的强奸罪、强制猥亵罪；如果被害人心神丧失或不能抗拒，则成立刑法上的准强奸罪、准强制猥亵罪。此外，如果是父母、教师等利用支配性关系与 13 周岁以上不满 18 周岁的人实施性交、猥亵行为，则成立儿童福祉法上的使儿童实施淫行罪；如果是使用诱惑、猥亵、欺骗、使其困惑等手段实施性交、猥亵行为，则成立都道府县条例中的淫行之罪。另外，判例的立场是，使用诱惑、威胁、欺骗使对方陷入不能抗拒的状态从而实施性交、猥亵行为的，成立刑法上的准强奸罪、准强制猥亵罪[7]。

三、有关性犯罪的诸问题

（1）保护法益

一直以来，性犯罪的保护法益被理解为性自由或者性的自己决定权。性自由是指，决定与谁、何时、实施怎样的性行为的自由。

但是，对于通说的上述见解，近来大体上从两个方向展开了批判。第一种批判是，将性犯罪作为针对性自由的犯罪来把握，这与限定该罪的成立范围联系在了一起。第二种批判是，理解为针对性自由的犯罪，没有充分地把握性犯罪中法益侵害的实际状况及其深刻程度。

第一种批判的代表人物是木村光江教授。木村教授指出，“性自由被认为意味着与谁、何时、如何保持性关系的自由，但彻底地重视这样的性的自己决定权，即同意，会出现以下现象：只要假装是满足被害人自我实现的权利，提出事实动摇明确地‘违反意思的自由而实施行为’这一心证，就能变得无罪……如果强调同意的有无，并将其替换为‘有无反抗’，那么就必须存在着‘达到凌驾于反抗之上程度的暴力、胁迫’；以此为根据，通说、判例要求‘达到使得反抗显著困难程度的暴力、胁迫’”[8]。

基于以上问题意识，木村教授提议，不应该将现行法上的性犯罪，至少是强奸罪理解为针对性自由的犯罪，而应理解为性方面的暴力罪，并变更对被害人同意的解释方向，将其作

---

[5] 参见佐伯仁志『刑法判例百選Ⅰ（第 7 版）』（有斐閣、2014 年）6-7 頁。

[6] 参见 https://www.pref.nagano.lg.jp/jisedai/kyoiku/kodomo/shisaku/kodomomamorujorei.html。

[7] 参见名古屋地方裁判所 1980 年 7 月 28 日判決・刑事裁判月報 12 巻 7 号 709 頁（假医生欺骗被害人说是进行治疗从而与之性交的案件，认定成立准强奸罪），東京高等裁判所 1981 年 1 月 27 日判決・刑事裁判月報 13 巻 1＝2 号 50 頁（使对方误以为为了成为模特儿必须如此行事从而实施猥亵行为的案件，认定成立准强制猥亵罪）等。否定的例子参见東京地方裁判所 1982 年 3 月 1 日判決・刑事裁判月報 15 巻 3 号 255 頁。

[8] 参见木村光江「強姦罪の理解の変化―性的自由に対する罪とすることの問題性―」法曹時報 55 巻 9 号（2003 年）8-10 頁。

为构成要件该当性（违法性）的阻却事由来对待[9]。

指出应当区分法益侵害与被害人同意的问题进行思考，这是正确的；不应该限定性犯罪中暴力、胁迫的程度，木村教授的这一主张也能予以赞同。但是，说对性犯罪法益的理解与限定该罪的处罚范围相联结，木村教授的该见解是存在疑问的。

既然性犯罪中如果存在基于13周岁以上的人的真意而做出的同意则否定犯罪的成立，那么有无同意存在争论时，按照刑事法的大原则，应该必须做出有利于犯罪嫌疑人、被告人的解释，这与将被害人同意定位为积极的要件还是定位为消极的要件应该是没有关系的。问题在于“既然被害人没有做出明示性的反抗，就不能说明确违反了其意思”这一标准，而不在于将性犯罪作为针对性自由的犯罪来把握这一点上。实际上，将性犯罪的保护法益理解为性自由的见解成为了通说，这与实务中强奸罪成立范围的宽窄没有关系。

如果要将与法益的关联性作为问题来对待，那么以下观点很重要，即认为强奸罪既是对女性性自由的犯罪，又是对贞操的犯罪。森川恭刚教授认为强奸罪的保护法益是贞操，从而指出，强奸罪的规定不仅禁止男性实施强奸行为，而且命令女性守护贞操；结果是，易于丧失的贞操被认为是不值得保护的，并如此受到处理的[10]。有趣的是，在以前的裁判例中可以看到认为强奸罪的保护法益是“性自由或贞操”这样的表述，但现在几乎看不到使用“贞操”这一词汇的判决了。在下文中会看到，近来的裁判例没有采取将暴力、胁迫的程度限定为最狭义的暴力、胁迫的立场，这可能与对保护法益的理解的变化有关系。

对以往通说的第二种批判是，将性犯罪作为针对性自由犯罪来把握的见解没有充分地把握性犯罪法益侵害的实际状况。的确，性犯罪中含有超出侵害意思自由之外的侵害性，这给犯罪的重大性奠定了基础，这样的主张中有着正确的部分。

关于该问题，齐藤丰治教授进行了详细的研究。齐藤教授认为，性犯罪“是对性本身，及其根基中性的人格权的攻击”[11]。此外，辰井聪子教授将性的人格权作为保护法益，认为踏入本应隐秘的性领域并迫使对方公开该领域的行为所侵害的，是人格的统合性，是人的尊严[12]。在最近的裁判例中，关于强奸罪的法益侵害性，与性自由一道，言及侵害被害人的人格或尊严的裁判例也正在增加。

诚如所言，性犯罪中存在着显著侵害被害人的人格或尊严这一实际情况，但在说性犯罪侵害了被害人的尊严时，有必要注意以下两点。

第一，尊严这个词具有多种含义，必须要注意是在怎样的意义上使用这个词。例如，杀人罪中常常有“侵害了被害人生命的尊严”这样的表述，但此时尊严这个词所表达的含义是，生命这一法益极其重要，必须对其予以最大限度的尊重，并不是为了表达超过侵害生命之上的法益侵害性。在性犯罪中使用尊严这个词时，也多是为了表现存在着极为重大的法益侵害。

与此相对，也有以独自的含义来把握侵害尊严的见解，例如，从女权主义的立场出发，有主张称强奸是在以男性为核心的社会构造这一前提下，男性使女性服从自己权力的行为，侵害了女性的尊严。的确，强奸中不能否定存在着这样一个侧面，但这样的见解是将强奸罪理解为对女性尊严的侵害，而将强制猥亵罪作为另外的特别犯罪来把握，这与试图将强奸罪规定为性中立的犯罪这一近来修改法律的方向不可调和，不能予以支持。讨论侵害尊严时，

[9] 木村・前揭17頁。另参见木村光江「性犯罪の法的規制と性的自由に対する罪」岩瀬徹ほか編『刑事法・医事法の新たな展開（上巻）』（信山社、2014年）444頁。

[10] 森川恭剛「規範のゆがみと強姦罪の解釈」琉大法学68号（2002年）28頁。常常受到批判的是以下这样的表述，“诸如在轻微的暴力、胁迫前轻易屈服的贞操，就应该不值得受到本条的保护吗？”（団藤重光ほか編『注釈刑法(4)』（有斐閣、1965年）298頁（所一彦））。

[11] 参见齊藤豊治「性暴力犯罪の保護法益」齊藤豊治・青井秀夫編『セクシュアリティと法』（東北大学出版会、2006年）232-233頁、235頁。

[12] 辰井聡子「『自由に対する罪』の保護法益―人格に対する罪としての再構成」岩瀬徹ほか編『刑事法・医事法の新たな展開（上巻）』（信山社、2014年）411頁以下。另参见和田俊憲「鉄道における強姦罪と公然性」慶応法学31号（2015年）263頁以下。

应该将侵害更为一般的人的尊严作为问题来对待。

这样的理解一般是依据德国哲学家康德（Immanuel Kant）的见解，认为不将人作为独立的人格性存在而是作为物来对待的行为，属于侵害人的尊严的行为。从这样的理解出发会认为，使用暴力、胁迫手段强行要求性行为、猥亵行为的，在将对方作为满足性欲的工具来对待这一点上，侵害了对方的尊严。

在如上理解侵害尊严的基础上，第二点需要注意的是，不能因为某个犯罪侵害了人的尊严就直接为该犯罪的法定刑高低奠定基础。买卖人口在国际上毫无争议地被认为是侵害了人的尊严的犯罪，但我国买卖人口之罪的法定刑是3个月以上5年以下惩役（第226条之二第1款），被害人是未成年人时法定刑为3个月以上7年以下惩役（该条第2款），即便是有营利、猥亵等目的时，法定刑也只是1年以上10年以下惩役（该条第3款）。

诚如所言，性犯罪具有侵害人的尊严的性质，但在其他针对个人法益的犯罪中多多少少也能看到对人的尊严的侵害。将侵害人的尊严作为性犯罪固有的保护法益，仍感犹豫。将性犯罪的保护法益求之于人格性利益的见解，也存在同样的问题。

将性犯罪定位为针对性自由的犯罪，意味着如果存在着有同意能力的被害人基于真意做出的同意，那么就没有侵害自由，所以否定构成要件该当性，犯罪不成立。与此相对，如果将性犯罪理解为针对性自由之外的法益的犯罪，并把被害人的同意定位为违法性阻却事由，那么从判例中有关违法性阻却事由的一般性解释（笔者不赞成这样的判例解释）出发，通过否定该当了构成要件的性行为的社会相当性，即便存在被害人的同意，也有可能否定违法性阻却。例如，关于嫖宿13周岁以上的儿童的行为，由于嫖宿儿童是违法的，所以即便基于儿童的真意做出了同意，也会否定因同意而阻却违法性，从而易于成立强奸罪、强制猥亵罪。为了排除这种解释的可能性，归根结底还是应该将性犯罪理解为对性自由的犯罪，将被害人的同意定位为阻却构成要件该当性的事由。

近来，井田良教授指出，性犯罪中被害的实质在于被强迫与犯人共有性行为这一特殊的身体接触体验，并将性的自己决定权理解为对于性行为——这种性行为试图侵害被害人不希望被他人进入的身体秘密领域——的防御权[13]。我赞成这一见解。

（2）性犯罪中暴力、胁迫的程度

一般认为，强奸罪、强制猥亵罪中暴力、胁迫的程度必须达到比通常的暴力、胁迫的程度更强的、使被害人的反抗显著困难的程度。作为表达这一观点的判例而被引用的是最高裁判所1949年5月10日判决（最高裁判所刑事判例集3卷6号711頁）。该判决指出，“（上告意见）主张不存在被告人对被害人施加暴力胁迫的事实，即便假设存在那样的事实，在本案的全部记录中也找不到能反映被害人陷入不能抗拒状态的事实；可是，刑法第177条中所说的暴力或者胁迫达到了使对方的抗拒显著困难的程度就足够了”。

但是，该判决只是说如果使对方的抗拒显著困难就足够了，并不是说使对方的抗拒显著困难是必需的。有学者指出，实际上近来的下级审裁判所的操作中并不认为暴力、胁迫本身必须达到“使反抗显著困难的程度”[14]。实务中并不限定暴力、胁迫的程度本身，而是判断被害人是否处于反抗显著困难的状态，如果行为是与其他情况相互结合招致了这样的状态，则认为该行为属于性犯罪中的“暴力”“胁迫”[15]。

可是，并非未经同意的奸淫行为、猥亵行为全都该当强奸罪、强制猥亵罪。例如，关于对心神丧失中的人实施的奸淫行为、猥亵行为，如果认为奸淫行为、猥亵行为本身是未经同意的有形力的行使，即暴力，并将这些行为解释为强奸罪、强制猥亵罪中的暴力，那么就不

[13] 井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣、2016年）105―106頁。

[14] 参见木村光江「性的自由に対する罪の再検討」田口守一ほか編『犯罪の多角的検討　渥美東洋先生古稀記念』（有斐閣、2006年）75頁以下、曲田統「強制わいせつ罪・強姦罪における暴行脅迫について」『川端博先生古稀祝賀記念論文集』（成文堂、2014年）25頁以下等。

[15] 参见井田良「性犯罪処罰規定の改正についての覚書」慶応法学31号（2015年）52頁。

需要准强奸罪和准强制猥亵罪了。此外，欺骗对方要与之结婚而实施奸淫行为、猥亵行为时（此时采用以下立场，即若知道真相就不会同意时，该同意属于不符合真意的有瑕疵的同意，是无效的），没有见解会将奸淫行为、猥亵行为本身理解为暴力从而认定成立强奸罪、强制猥亵罪。强奸罪、强制猥亵罪要求完全是通过暴力或胁迫使被害人处于反抗显著困难的状态下进而实施奸淫、猥亵行为。

在研讨会上，也有人提出应该一般性地撤销暴力、胁迫要件的意见。这种意见是立足于以下理解而主张的，即暴力、胁迫要件不当缩小了性犯罪的成立范围。但如前所述，现在的判例并没有严格地理解暴力、胁迫要件。此外，即便撤销了暴力、胁迫要件，如果存在被害人的有效同意，仍应是不可罚的。如果撤销暴力、胁迫要件意味着不能超出合理怀疑的程度确信违反被害人意思的案件中也要进行处罚，则是不妥当的。在研讨会上，认为不应该一般性地撤销暴力、胁迫要件的意见占据多数。

（3）夫妻间的强奸

从研讨会开始直至贯穿部会的审议，一直讨论的一个问题是，是否应该在刑法中写明夫妻之间也可以成立强奸罪。

过去，认为由于丈夫有要求妻子实施性行为的权利，所以丈夫对妻子不成立强奸罪的见解很有影响力。有人指出，即便是现在这样的想法也仍然残存着，妻子在被丈夫强奸时即使向警察告发，也不会作为刑事案件对待。为了改善这样的状况，在研讨会和部会中，部分会员主张应该在刑法中写明夫妻间也能成立强奸罪。

现在，夫妻间也可以成立强奸罪，这是占据压倒性优势的通说。关于这一点虽然没有最高裁判所的判例，但在下级审的裁判例中，存在着以分居中婚姻关系已经实质性破裂为由认定成立强奸罪的判决（広島高等裁判所松江支部 1987 年 6 月 18 日判決・高等裁判所刑事判例集 40 巻 1 号 71 頁）。认为该判例指出只限于婚姻关系实质性破裂时才能够成立强奸罪，是不妥当的。这是因为，认为夫妻间有要求对方实施性行为的权利，有忍受的义务，这是有疑问的，而且，即便假设存在这样的权利，使用暴力、胁迫手段行使权利时也属于权利的滥用，成立强奸罪[16]。

应予注意的是，在研讨会上，身为裁判官、检察官、警察官的会员分别明确发表了以下看法。“没有裁判官会认为，因为发生在配偶之间所以不成立强奸，或者行为人与被害人之间不存在婚姻关系是强奸罪的成立要件。配偶之间的强奸是犯罪，这在裁判官当中是作为当然的前提来考虑的。”“在检察实务中，没有采纳配偶之间不成立强奸罪的想法。之所以实际上起诉的案件很少，是因为发生在配偶之间时，加害人一方容易主张说因为是配偶所以存在同意，此时如果夫妻关系破裂了则容易证明不存在同意，否则的话难以证明不存在同意。”“警察这边采用的也是无论是否发生在配偶之间，只要满足了现行刑法规定的要件，就成立强奸罪的思考方法，实际上也有查获夫妻间强奸的案件。之所以最终少有查获的案件，是因为证明上的困难。作为警察在案件现场的实务操作，不能说一般都认为配偶之间不成立强奸。”如此一来，尽管实务家的意见是一致的，但案件现场还是存在着被害人团体所主张的那种实务操作的话，可以说这不是应该通过修改法律，而是应该通过对一线的侦查人员进行教育来解决的问题。

（4）扩大强奸罪的主体等

成为问题的是，强奸罪是男性对女性实施的奸淫行为，比起强制猥亵罪处罚更重，这不违反宪法第 14 条规定的男女平等原则吗？最高裁判所大法庭 1953 年 6 月 24 日判決（最高裁判所刑事判例集 7 巻 6 号 1366 頁）认为，“基于男女两性体质、构造、机能等生理性、肉体性等方面的事实性差异，且考虑到实际上强奸一般是由男性实施这一情况，是为了从社会性、道德性的观念出发试图特别地保护作为被害人的‘妇女’，并不是想要因此给予‘妇女’法律上的特权，或者将犯罪主体限定为男性并因是男性之故而在刑法上使男性受到不利的待遇，这一点自不待言；而且，不需多言的是，基于相关事实上的差异只对妇女给予不均等的保护，这在一般社会性、道德性观念上是合理的”；从而指出，强奸罪的规定不违反宪法第 14 条。

但是，社会性、道德性的观念在 1953 年当时与现在已经大不相同，强奸罪的规定是否违反宪法第 14 条暂且不论，有疑问的是，现如今仍然在性犯罪中维持性别差异是否妥当。在研讨会上，多数意见认为，由于在保护性自由这一点上没有设置性别差异的理由，男性对男性的‘强奸’与男性对女性的强奸在被害程度上是相同的，所以在强奸罪的行为人与被害人方面应该消除性别差异；此外，男性性器官插入女性性器官之外的行为中也存在着应当科处与强奸罪同等刑罚的行为。问题是应当与强奸罪科处同等刑罚的范围要扩张到何处？从结论上看，多数意见认为肛交及口淫要与奸淫行为同等对待，而将手指、异物插入阴道、肛门等的行为不必与奸淫行为同等对待。此外，不仅是将加害人的阴茎“插入”被害人的阴道、肛门等的行为，“使”被害人的阴茎“插入”加害人的阴道、肛门等的行为是否应该包含在科处与强奸罪同等刑罚的范围内，对此也展开了讨论，多数意见认为应该包含在内。

在法制审议会上，立足于与研讨会上多数意见相同的立场，消除性别差异的提案受到询问，在部会的第 1 次会议中，事务局做出如下说明，即“现行法上以强制猥亵罪定性的行为中，所谓的肛交及口淫是强制实施伴随着将阴茎插入体腔内这一紧密的身体性接触的性交涉，与奸淫在罪质上具有同等的恶性与重大性，所以与奸淫一样作为加重处罚的对象是合适的。此外，通过这样的行为使对方承受伴随着身体上、精神上重大痛苦的损害，这一点不会因被害人的性别而有所差异”。然后，关于将插入异物的行为排除在外的理由，在部会的第 2 次会议中，事务局做出如下说明，即“实施将异物插入肛门内的行为时，异物的范围没有限定，所以可能存在着不含有性方面的意义的情形；实施将异物插入阴道的行为时，虽然通常都可以肯定具有性方面的意义，但由于其形态可能各式各样等，所以难以断言所有情形下都类型性地可以肯定强制实施了达到了与奸淫同等程度的伴随紧密的身体性接触的性交涉；因此，这些行为不包含在扩张的范围内”。部会审议的结果是，当初提案中的“性交等（指将自己或第三人的阴茎插入对方的阴道内、肛门内或口腔内，或者将对方的阴茎插入自己或第三人的阴道内、肛门内或口腔内的行为。）”这一表述，被改为了更为简明的“性交、肛交或者口交”，此外都按照提案的内容表决通过了。

（5）创设有关利用地位、关系实施性行为的规定

在研讨会上，虽然关于一般性的撤销暴力、胁迫要件，消极的意见占据多数，但在利用了加害人与被害人之间存在的一定的地位或关系而实施性行为的情形中，讨论了是否要创设不以暴力、胁迫为要件的新的犯罪类型的问题。尽管也有意见认为依靠现行法上的准强奸罪与准强制猥亵罪就足够了，但多数意见认为，这两个罪的规定使用的是“心神丧失”与“不能抗拒”这样相当限定的表述，能否将虽然说不上“不能”反抗，但反抗“困难”的情形予以类型化，并在没有暴力、胁迫时也认定具有可罚性，这个问题十分值得探讨[17]。

在法制审议会上接受询问的提案中规定，“对不满十八周岁的人，利用监护该不满十八周岁的人而形成的影响力，实施猥亵行为、性交等的”，与强奸罪、强制猥亵罪同等处罚。关于限定为正在实施监护的人的理由，在第 3 次会议上，事务局做出如下说明，即“由于不满 18 周岁的人精神上尚未成熟，在生活的方方面面都与监督、保护自己的监护人处于精神上、经济上的依存关系之中，所以，监护人利用这样的关系与不满 18 周岁的人实施性交等时，不能类型性地说是基于不满 18 周岁的人的自由的意思决定而实施的。但是，此外的关系，例如雇佣关系或师生等关系的情形中，多是未涉及生活所有方面的关系，利用这些关系

[16] 参见佐伯仁志・道垣内弘人『刑法と民法の対話』（有斐閣、2001 年）336-337 頁。

[17] 另外，研讨会上也有意见提出应当将强奸罪、强制猥亵罪中不问同意有无的年龄从不满 13 周岁提升至不满 15 周岁或不满 16 周岁，但许多人都对此持消极的态度。在部会审议时也是一样。

实施的性交等，尚不能断言不是类型性地基于自由的意思决定而实施的”。此外，关于“监护”的含义，事务局说明到，与民法上作为亲权的效力所规定的一样，意味着“监督、保护”；但即便不是基于法律上的监护权，只要事实上正处于监督、保护不满 18 周岁的人的关系之中，就属于“监护”；作为判断“监护”的要素，要考虑是否同居、有关居住场所的指定等状况、对未成年人的指导状况、照料日常生活等生活状况、生活费的支出等经济状况、办理有关未成年人的各种手续的状况等（第 3 次会议与第 5 次会议）。

再者，关于“利用影响力”的含义，事务局说明到，在监护人的影响力一般性地存在着的关系中，通常监护人的影响力会在性交等时发挥作用，难言是基于不满 18 周岁的人的自由的意思决定而实施的，所以，即便没有积极地进行鼓动等，也属于“利用影响力”；但是，尚不能说完全不存在例外的情形，即监护人与不满 18 周岁的人之间实施的性交等是在监护人的影响力被遮断的情况下实施的情形；例如，在黑暗中不能辨别对方的状态下实施性交等，或者受到不满 18 周岁的人的胁迫等从而监护人被强迫实施性交等，就属于这样的情形（第 5 次会议）。

在部会审议中，有意见提出，应该扩张到学校教师、运动教练等，至少应该包括义务教育的教师在内。笔者表达了以下意见，即义务教育的教师在支配关系较强这一点上，处于存在监护关系的情形与普通的教师、运动教练等情形的中间位置，也不是不能考虑把义务教育的教师包含进来；但是，与处于生活基础的方方面面都依存其上的监护关系当中的人相比，对义务教育的教师的依存关系仍然较弱；所以，这次立法仅限于存在监护关系的情形，是合适的。最终，除了将“利用影响力”这一表述修改为“乘存在影响力之机”外，都按照原提案的内容表决通过。

（6）强奸罪的法定刑

刑法中的强奸罪的法定刑是 3 年以上惩役，比起强盗罪 5 年以上的惩役更轻，所以受到如下批判，即比起财产，更轻地对待个人的性自由，这是不妥当的[18]。虽然这一批判是有理由的，但笔者在研讨会上提出以下意见，即这种不均衡是由于强盗罪的法定刑下限过重所产生的，应该通过将该罪的法定刑下限降至 3 年的办法来进行应对。但是，研讨会上认为应该将强奸罪法定刑下限提升至 5 年的意见占多数；在法制审议会上，伴随着消除性别差异的“强奸罪”的法定刑下限提升至 5 年惩役，致死伤罪的法定刑下限提升至 6 年、删除轮奸等规定（刑法第 178 条之二）的提案受到询问。然后，在部会审议中，决定如询问案提出的那样提升法定刑。

（7）亲告罪

除了二人以上在现场共同实施的情形（刑法第 178 条之二）外，刑法上的强奸罪、准强奸罪、强制猥亵罪、准强制猥亵罪，属于若无被害人的告诉就不能提起公诉的亲告罪（刑法第 180 条）。之所以将性犯罪设定为亲告罪，是为了尊重被害人的意思，保护其隐私[19]，但研讨会上有意见提出，交由被害人决定是否将案件作为犯罪处理会对其造成很大的心理负担，并不妥当。支持该意见的占多数。在法制审议会上提交了非亲告罪化的议案，在部会审议时表决通过了该议案[20]。

（8）小结

性犯罪的修正案中，笔者认为除提高法定刑下限之外，其他修正都是妥当的。尤其是，对于强奸罪消除性别差异并扩张行为样态，以及将监护人乘其影响力之机与被监护人实施性

[18] 但是，一般认为作为强盗罪要件的暴力、胁迫的程度必须达到压制对方反抗的程度，强盗罪兼具针对财产的犯罪的性质与针对生命、身体的犯罪的性质，毋宁说后者更加受到重视；如此理解的话，也不是不能说明强盗罪与强奸罪法定刑上的差异。

[19] 性犯罪的亲告罪规定多被说成是为了保护被害人的名誉与隐私，但认为成为性犯罪的被害人会损害被害人的名誉，这并不妥当，所以应该认为是为了保护被害人的隐私。

[20] 以结婚为目的的绑架、诱拐罪的亲告罪规定（刑法第 229 条）也被删除了。

行为的情形可罚化，可以说具有划时代的意义。

四、刑法修正案

最后，介绍一下提交给国会的刑法部分修正案中的新规定[21]。伴随着取消性别差异等，强奸罪这一罪名被变更为强制性交等罪。

（强制猥亵）

第 176 条　对十三周岁以上的人，使用暴力或者胁迫实施猥亵行为的，处六个月以上十年以下惩役。对不满十三周岁的人实施猥亵行为的，亦同。

（强制性交等）

第 177 条　对十三周岁以上的人，使用暴力或者胁迫实施性交、肛交或者口交（以下称为“性交等”）的，是强制性交等罪，处五年以上有期惩役。对不满十三周岁的人实施性交等的，亦同。

（准强制猥亵与准强制性交等）

第 178 条　①（略）

②乘人心神丧失或不能抗拒之机，或者使其心神丧失或不能抗拒而实施性交等的，依照前条规定处罚。

（监护人猥亵与监护人性交等）

第 179 条　①对不满十八周岁的人，乘正监护该人而存在影响力之机，实施猥亵行为的，依照第一百七十六条规定处罚。

②对于不满十八周岁的人，乘正监护该人而存在影响力之机，实施性交等的，依照第一百七十七条规定处罚。

（未遂罪）

第 180 条　第一百七十六条至前条之罪的未遂，予以处罚。

（强制猥亵等致死伤）

第 181 条　①犯第一百七十六条、第一百七十八条第一款或第一百七十九条第一款之罪或者其未遂罪，因而致人死伤的，处无期惩役或者三年以上惩役。

②犯第一百七十七条、第一百七十八条第二款或第一百七十九条第二款之罪或者其未遂罪，因而致女子死伤的，处无期惩役或者六年以上惩役。

[21] 此外，强盗强奸罪的规定（刑法第 241 条）改为了不问强盗与强奸谁先谁后。

日本の性犯罪

―最近の改正の動き―

佐伯仁志（東京大学教授）

1　はじめに

性犯罪といっても多義的であるが、本稿では、個人的法益に対する罪としての性犯罪を扱う。以下で「性犯罪」という場合は、個人的法益に対する罪としての性犯罪を指す。

日本の刑法の性犯罪規定については、改正の是非を検討する「性犯罪の罰則に関する検討会」（以下、単に「検討会」という。）が、山口厚早稲田大学教授（当時）を座長として、2014年10月31日から2015年8月6日まで12回にわたって開催され、「とりまとめ報告書」が出された[1]。その後、報告書を踏まえた内容の改正案が法制審議会に諮問され、法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会（以下単に「部会」という）が平成27年11月2日から平成28年6月16日まで7回にわたって開催された。部会の第7回会議において、事務局作成の「要綱（骨子）修正案」を部会の意見として法制審議会総会に報告することが決定され[2]、同案は、平成28年9月12日に開催された法制審議会総会において採択された。その後、法務省において法案が作成されて、「刑法の一部を改正する法律案」が平成29年3月7日に第193回国会に提出された。

以下では、まず、性犯罪に関する日本の現行法を紹介し、次に、その問題点に関する議論を、研究会および部会における議論を参照しながら紹介し、最後に国会に提出された法案を紹介する[3]。

2　現行法の性犯罪規定

（1）刑法の規定

日本の現行刑法は、1907年に制定されたものであるが、性犯罪については、その第22章に、以下のような規定を設けている[4]。

（強制わいせつ）

第百七十六条　十三歳以上の男女に対し、暴行又は脅迫を用いてわいせつな行為をした者は、六月以上十年以下の懲役に処する。十三歳未満の男女に対し、わいせつな行為をした者も、同様とする。

（強姦）

第百七十七条　暴行又は脅迫を用いて十三歳以上の女子を姦淫した者は、強姦の罪とし、三年以上の有期懲役に処する。十三歳未満の女子を姦淫した者も、同様とする。

（準強制わいせつ及び準強姦）

第百七十八条　人の心神喪失若しくは抗拒不能に乗じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、わいせつな行為をした者は、第百七十六条の例による。

2　女子の心神喪失若しくは抗拒不能に乗じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、姦淫した者は、前条の例による。

（集団強姦等）

第百七十八条の二　二人以上の者が現場において共同して第百七十七条又は前条第二項の罪を犯したときは、四年以上の有期懲役に処する。

（未遂罪）

第百七十九条　第百七十六条から前条までの罪の未遂は、罰する。

（親告罪）

第百八十条　第百七十六条から第百七十八条までの罪及びこれらの罪の未遂罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない。

2　前項の規定は、二人以上の者が現場において共同して犯した第百七十六条若しくは第百七十八条第一項の罪又はこれらの罪の未遂罪については、適用しない。

（強制わいせつ等致死傷）

第百八十一条　第百七十六条若しくは第百七十八条第一項の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯し、よって人を死傷させた者は、無期又は三年以上の懲役に処する。

2　第百七十七条若しくは第百七十八条第二項の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯し、よって女子を死傷させた者は、無期又は五年以上の懲役に処する。

3　第百七十八条の二の罪又はその未遂罪を犯し、よって女子を死傷させた者は、無期又は六年以上の懲役に処する。

（2）刑法以外の法律・条例の規定

性犯罪は刑法典だけではない。18歳未満の「児童」を特別に保護する規定が法律および都道府県の条例に存在している。

まず、児童福祉法34条6号は「児童に淫行をさせる行為」を禁止し、60条1項は、違反者を10年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金又はその併科で処罰している。「淫行」には、性交の他、わいせつ行為も含まれる。判例は、「児童に淫行をさせる行為」には行為者を相手方として児童に淫行をさせる場合も含まれ、その場合には、「淫行をする行為に包摂される程度を超えて、児童に対し事実上の影響力を及ぼして淫行をするよう働き掛けるなどし、その結果児童をして淫行をするに至らせることが必要」と解している（東京

---

1 http://www.moj.go.jp/content/001154850.pdf参照。研究会で検討がなされたテーマは、①性犯罪を非親告罪とすることについて、②性犯罪に関する公訴時効の撤廃又は停止について、③配偶者間における強姦罪の成立について、④強姦罪の主体等の拡大、⑤性交類似行為に関する構成要件の創設、⑥強姦罪等における暴行・脅迫要件の緩和、⑦地位・関係性を利用した性的行為に関する規定の創設、⑧いわゆる性交同意年齢の引上げ、⑨性犯罪の法定刑の見直し、⑩刑法における性犯罪に関する条文の位置についてである。本稿では②の問題は扱わない。

2 法務省のホームページ（http://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai_seihan.html）において、部会に提出された資料および議事録を見ることができる。

3 この問題については、拙稿「刑法における自由の保護」法曹時報67巻9号（2015年）1頁以下において検討したことがあり、本稿の記述もこれに基づいている部分が多い。本稿では、字数の都合で、判例・学説の引用を簡略化しているので、詳しくは同論文をご覧頂きたい。刑法改正案に関する最近の論稿としては、犯罪と刑罰26号（2017年）「特集：性犯罪規定の改正」所収の各論文、および、北村佳世子「性犯罪と刑法改正」三井誠・曽根威彦・瀬川晃『入門刑事法〔第6版〕』（有斐閣、2017年）68頁以下など参照。

4 第22章には、そのほか、公然わいせつ罪（174条）、わいせつ物頒布等罪（175条）、淫行勧誘罪（182条）、重婚罪（184条）の規定があるが、これらの規定は社会的法益に対する罪であり（ただし、182条の保護法益は明確ではない）、強姦罪、強制わいせつ罪とは性質が異なる。研究会では、性犯罪の章を分けることが議論され、当面は必要ないとの結論になったが、刑法の全面改正を行う際には、分けて規定すべきであると思われる。

高等裁判所2010年8月3日判決・高等裁判所刑事判決集63巻2号1頁)。例えば、児童の養父が、児童が、自分から性交されることに抵抗したり、それを実母に相談することができない心理状態にあることを認識しながら、児童に自分と性交させる行為は、「児童に淫行をさせる行為」に当たる。

次に、「児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律」4条は、「児童買春」―児童またはその保護者等に、「対償を供与し、又はその供与の約束をして、当該児童に対し、性交等（性交若しくは性交類似行為をし、又は自己の性的好奇心を満たす目的で、児童の性器等（性器、肛門又は乳首をいう。）を触り、若しくは児童に自己の性器等を触らせることをいう。）をすること」（同法2条2項）―を、5年以下の懲役または300万円以下の罰金で処罰している。児童買春の周旋行為（同法5条）、勧誘行為（同法6条）も処罰されている。

さらに、各都道府県の青少年保護育成条例は、18歳未満の者との「淫行」を処罰している。最高裁判所は、福岡県青少年保護育成条例の「淫行」の意義について、「広く青少年に対する性行為一般をいうものと解すべきではなく、青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為のほか、青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないような性交又は性交類似行為をいうものと解するのが相当である。…右のように解釈するときは、同規定につき処罰の範囲が不当に広過ぎるとも不明確であるともいえないから、本件各規定が憲法31条の規定に違反するものとはいえ（ない）。」と判示している（最高裁判所1985年10月23日判決・最高裁判所刑事判例集39巻6号413頁)。これに対して、学説においては、「淫行」の範囲に「自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないような性交又は性交類似行為」まで含めるのは、処罰範囲が不明確になり、広範に過ぎる、との批判がある[5]。この点、2016年7月に、全国で最後にこの種の条例を制定した長野県の「子どもを性被害から守るための条例」は、「威迫し、欺き若しくは困惑させ、又はその困惑に乗じて、性行為又はわいせつな行為を行うこと」または行わせることだけを処罰し（17条1項・2項、19条1項・2項)、違反者が18歳未満である場合は処罰しないこととしている（20条）[6]。

（3）小活

以上をまとめると、日本の現行法では、13歳未満の者との性交・わいせつ行為については、刑法の強姦罪、強制わいせつ罪が成立する。13歳以上の者との性交・わいせつ行為については、暴行・脅迫を用いた場合には刑法の強姦罪・強制わいせつ罪が、被害者が心神喪失・抗拒不能であった場合には、刑法の準強姦罪・準強制わいせつ罪が成立する。そのほか、13歳以上18歳未満の者との性交・わいせつ行為については、親、教師等が支配的関係を利用して性交・わいせつ行為を行った場合には児童福祉法の児童に淫行をさせる罪が成立し、誘惑・威迫・欺罔・困惑等の行為を用いて性交・わいせつ行為を行った場合には都道府県条例の淫行の罪が成立する。なお、誘惑・威迫・欺罔を用いて相手を抗拒不能の状態に陥れて性交・わいせつ行為を行った場合には、刑法の準強姦罪・準強制わいせつ罪が成立するというのが判例の立場である[7]。

5 佐伯仁志『刑法判例百選Ⅰ〔第7版〕』（有斐閣、2014年）6-7頁参照。
6 ttps://www.pref.nagano.lg.jp/jisedai/kyoiku/kodomo/shisaku/kodomomamorujorei.html参照。
7 偽医師が治療と欺して被害者と性交した事例について準強姦罪の成立を認めた名古屋地方裁判所1980年7月28日判決・刑事裁判月報12巻7号709頁、モデルになるために必要と誤信させてわいせつな行為をした事例について準強制わいせつ罪の成立を認めた東京高等裁判所1981年1月27日判決・刑事裁判月報13巻1=2号50頁など参照。否定例として東京地方裁判所1982年3月1日判決・刑事裁判

3　性犯罪に関する諸問題

（1）保護法益

性犯罪の保護法益は、従来、性的自由ないし性的自己決定権と理解されてきた。性的自由とは、誰といつどのように性的行為を行うかを決定する自由である。

しかし、このような通説の理解に対しては、近時、大きく分けて2つの方向からの批判がなされるようになっている。第1は、性犯罪を性的自由に対する罪と捉えることが同罪の成立範囲を限定することにつながっているという批判である。第2は、性的自由に対する罪という理解では、性犯罪の法益侵害の実態・深刻さを十分に捉えられていないという批判である。

第1の批判の代表的論者は木村光江教授である。木村教授は、「性的自由とは、誰と、いつ、どのように性的関係を持つかの自由を意味するとされるが、このような性的自己決定権、つまり同意を徹底して重視することは、被害者の自己実現の権利を充実させるような形を装い、明確に『意思の自由に反して行った』という心証を揺るがす事実さえ提示すれば、無罪となりうる側面を持ってきた・・・同意の有無を強調し、それを『抵抗の有無』と読み替えてしまうと、『抵抗を凌駕するほどの暴行・脅迫』が必要だということになり、これが根拠となり、通説・判例は『反抗を著しく困難にする程度の暴行・脅迫』を要求しているのだと考えられる[8]。」

木村教授は、以上のような問題意識に基づき、現行法の性犯罪、少なくとも強姦罪は、性的自由に対する罪ではなく、性的暴行罪として理解すべきであり、被害者の同意の存在を構成要件該当性（違法性）の阻却事由として扱う方向に変更することを提案されている[9]。

法益侵害と被害者の同意の問題を分けて考えるべきであるという指摘は正当であり、性犯罪の暴行・脅迫の程度を限定すべきでないという木村教授の主張についても賛成できる。しかし、性犯罪の法益の理解が、同罪の処罰範囲の限定につながったという木村教授の見解には疑問があるように思われる。

性犯罪においては13歳以上の者の真意に基づく同意があれば犯罪の成立が否定されると解する以上、同意の有無が争われれば、刑事法の大原則に従って被疑者・被告人に有利に解釈する必要があるはずであって、そのことは、被害者の同意を積極的要件と位置づけるか消極的要件と位置づけるかには関係がないはずである。問題なのは、「被害者が明示的な抵抗をしなかった以上明確に意思に反したとはいえない」という基準にあるのであって、性犯罪を性的自由に対する罪と捉えることにあるのではない。実際にも、性犯罪の保護法益を性的自由と解する見解が通説化したことと、実務における強姦罪の成立範囲の広狭には関係がないと思われる。

法益との関連性を問題にするのであれば、強姦罪が女性の性的自由とともに貞操に対する罪でもあるとされてきたことの方が重要であろう。森川恭剛教授は、強姦罪の保護法益が貞操であるとされることで、強姦罪の規定は、男性に対して強姦行為を禁止するだけでなく、女性に対しても貞操を守るように命令していることになり、その結果、容易に犠牲にされる貞操は保護するに値しないと考えられ、運用されてきたのではないかと指摘され

月報15巻3号255頁参照。
8 木村光江「強姦罪の理解の変化―性的自由に対する罪とすることの問題性―」法曹時報55巻9号(2003年）8-10頁参照。
9 木村・前掲17頁。さらに、木村光江「性犯罪の法的規制と性的自由に対する罪」岩瀬徹ほか編『刑事法・医事法の新たな展開（上巻）』（信山社、2014年）444頁も参照。

ている[10]。興味深いことに、以前の裁判例では、強姦罪の保護法益を「性的自由ないし貞操」とするものが見られたが、現在では「貞操」という言葉を使う判決は見られなくなっている。次で見るように、近時の裁判例は、暴行・脅迫の程度を最狭義のものに限定する立場をとらなくなっており、このような保護法益の理解の変化と関係があるのかもしれない。

従来の通説に対する第2の批判は、性的自由ととらえる見解では性犯罪の法益侵害の実態を十分に捉えられていないという批判である。確かに、性犯罪には意思の自由の侵害以上の侵害性が含まれており、そのことが犯罪の重大性を基礎づけているという主張には正しいものがある。

この問題について詳細な検討をされた齊藤豊治教授は、性犯罪は、「性それ自体、さらにはその基底にある性的人格権に対する攻撃である」とされる[11]。また、辰井聡子教授は、性的人格権を保護法益とし、秘匿されるべき性的領域に踏み込まれ開示を迫られることで侵害されるのは、人格の統合性であり人間の尊厳であるとされる[12]。最近の裁判例においても、強姦罪の法益侵害性について、性的自由と並んで被害者の人格や尊厳の侵害に言及するものが増えてきている。

性犯罪に被害者の人格や尊厳を著しく侵害するという実態があることはその通りであるが、性犯罪が被害者の尊厳を侵害するという場合には、次の2つの点に注意が必要である。

第1に、尊厳という言葉は多義的であり、どのような意味で使用されているかに注意が必要である。例えば、殺人罪について「被害者の生命の尊厳を侵害した」と表現されることがしばしばあるが、その場合に尊厳という言葉で表現されているのは、生命という法益が極めて重要で最大限の尊重がなされなければならないことであって、生命を侵害したという以上の法益侵害性が示されているわけではない。性犯罪において尊厳という言葉が使われている場合にも、極めて重大な法益侵害があったとことを示すためであることも多いように思われる。

これに対して、尊厳の侵害を独自の意味で捉える見解としては、例えば、フェミニズムの立場から、強姦は、男性中心社会の構造を前提として、男性が女性を自己の権力に服従させる行為であり、女性の尊厳を侵害するという主張がある。たしかに、強姦にそのような面があることは否定できないが、このような見解は、強姦罪を女性の尊厳の侵害として、強制わいせつ罪とは別の特別の犯罪としてとらえるものであり、強姦罪を性中立的なものとして規定しようとする近時の方向性とは調和せず、支持することはできない。尊厳の侵害は、より一般的な人間の尊厳の侵害を問題にすべきである。

そのような理解としては、ドイツの哲学者カント（Immanuel Kant）の見解に依拠して、人間を独立の人格的存在としてでなく物として扱う行為がその尊厳を侵害する行為であるとするのが一般的である。このような理解からは、暴行・脅迫を用いて性行為・わいせつ行為を強要することは、相手を性欲を満足させるための道具として扱う点で、その尊厳を侵害することになる、と考えることができる。

10 森川恭剛「規範のゆがみと強姦罪の解釈」琉大法学68号（2002年）28頁。しばしば批判されるのは、「些細な暴行・脅迫の前にたやすく屈する貞操の如きは本条によって保護されるに値しないというべきであろうか」という、団藤重光ほか編『注釈刑法(4)』（有斐閣、1965年）298頁〔所一彦〕の記述である。

11 齊藤豊治「性暴力犯罪の保護法益」齊藤豊治・青井秀夫編『セクシュアリティと法』（東北大学出版会、2006年）232-233頁、235頁参照。

12 辰井聡子「『自由に対する罪』の保護法益ー人格に対する罪としての再構成」岩瀬徹ほか編『刑事法・医事法の新たな展開（上巻）』（信山社、2014年）411頁以下。和田俊憲「鉄道における強姦罪と公然性」慶応法学31号（2015年）263頁以下も参照。

尊厳の侵害を以上のように理解した上で、第2に注意が必要なのは、ある犯罪が人間の尊厳を侵害するものであるからといって直ちに当該犯罪の法定刑の重さを基礎づけることはできないということである。人間の尊厳を侵害する罪として国際的にも異論なく認められている犯罪は、人身売買であるが、我が国の人身売買の罪の法定刑は3月以上5年以下の懲役（226条の2第1項）、被害者が未成年者の場合は3月以上7年以下の懲役（同条第2項）、営利、わいせつ等の目的があった場合でも1年以上10年以下の懲役（同条3項）である。

性犯罪が人間の尊厳を侵害するという性格を有していることはそのとおりであるが、人間の尊厳の侵害は他の個人的法益に対する罪にも多かれ少なかれみられるものであり、それを性犯罪固有の保護法益とすることには躊躇を感じる。性犯罪の保護法益を人格的利益に求める見解にも同様の問題があるように思われる。

性犯罪を性的自由に対する罪と位置づけることは、同意能力のある被害者による真意の同意があれば、自由の侵害はないので、構成要件該当性が否定され、犯罪は成立しないということを意味している。これに対して、性犯罪を性的自由以外の法益に対する罪と理解して、被害者の同意を違法性阻却事由と位置づけると、違法性阻却事由に関する判例の一般的な解釈からは（筆者はそのような判例の解釈に賛成ではないが）、構成要件該当性を認められた性的行為の社会的相当性を否定することによって、被害者の同意があっても違法性阻却を否定する可能性が出てくる。例えば、児童買春は違法であるから、13歳以上の児童との買春行為は、児童の真意に基づく同意があっても、同意による違法性阻却が否定され、強姦罪・強制わいせつ罪が成立することになりかねない。そのような解釈の可能性を排除する意味では、やはり、性犯罪を性的自由に対する罪と理解し、被害者の同意は構成要件該当性を阻却するものとして位置づけるべきである。

近時、井田良教授は、性犯罪における被害の実質は、性的行為という特殊な身体的接触の体験を犯人と共有することを強いられるところにあるとして、他人にアクセスされることを欲しない身体的内密領域を侵害しようとする性的行為からの防御権という意味での性的自己決定権として捉える見解を示されており[13]、賛成したい。

（2）性犯罪における暴行・脅迫の程度

強姦罪、強制わいせつ罪における暴行・脅迫の程度は、通常の暴行・脅迫よりも程度の強い、被害者の抵抗を著しく困難にする程度のものでなければならない、とされてきた。その趣旨の判例として引用されてきたのは、「（上告趣意は）被告人が被害者に暴行脅迫を加えた事実はなく、仮りにそのような事実があったとしても、被害者が抗拒不能に陥ったという事実は全記録の何処にも発見することができないと主張しているけれども、刑法第一七七条にいわゆる暴行又は脅迫は相手方の抗拒を著しく困難ならしめる程度のものであることを以て足りる」と判示した最高裁判所1949年5月10日判決（最高裁判所刑事判例集3巻6号711頁）である。

しかし、同判決は、相手方の抗拒を著しく困難にすれば十分であるとしているだけで、抗拒を著しく困難にすることが必須だとしたわけではない。実際にも、近時の下級審裁判所の運用は、暴行・脅迫それ自体が「反抗を著しく困難にする程度」のものでなければならないとはしていないと指摘されている[14]。実務は、暴行・脅迫の程度それ自体を限定しているわけではなく、被害者が抵抗が著しく困難な状態にあったかどうかを判断し、他の

13 井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣、2016年）105ー106頁。

14 木村光江「性的自由に対する罪の再検討」田口守一ほか編『犯罪の多角的検討　渥美東洋先生古稀記念』（有斐閣、2006年）75頁以下、曲田統「強制わいせつ罪・強姦罪における暴行脅迫について」『川端博先生古稀祝賀記念論文集』（成文堂、2014年）25頁以下など参照。

事情と相まってそのような状態を招来する行為があれば、それを性犯罪の「暴行」「脅迫」に当たるとしているのである[15]。

もっとも、同意のない姦淫行為・わいせつ行為がすべて強姦罪、強制わいせつ罪に当たるというわけではない。例えば、心神喪失中の者との姦淫行為・わいせつ行為について、姦淫行為・わいせつ行為自体が同意のない有形力の行使すなわち暴行であり、それが強姦罪、強制わいせつ罪にいう暴行に当たると解釈するならば、準強姦罪、準強制わいせつ罪は不要になってしまう。また、結婚すると欺罔して姦淫行為・わいせつ行為を行った場合に（本当のことを知っていれば同意しなかったといえる場合には、その同意は真意に沿わない瑕疵ある同意で無効であるという立場をとって）、姦淫行為・わいせつ行為自体を暴行として強姦罪・強制わいせつ罪の成立を認める見解はないであろう。強姦罪、強制わいせつ罪は、あくまで暴行・脅迫によって被害者を抵抗が著しく困難な状態にして姦淫行為・わいせつ行為が行われることを要求しているのである。

検討会においては、暴行・脅迫要件を一般的に撤廃すべきであるという意見も出された。このような意見は、暴行・脅迫要件が性犯罪の成立範囲を不当に狭めているという理解に立って主張されているものであるが、すでに見たように、現在の判例は、暴行・脅迫要件を厳格に解しているわけではない。また、暴行・脅迫要件を撤廃したとしても、被害者の有効な同意があれば不可罰となるはずであり、もし、暴行・脅迫要件を撤廃することが、被害者の意思に反することを合理的疑いを超える程度に確信できないような事例も処罰することを意味するのであれば、それは妥当でない。検討会では、暴行・脅迫要件の一般的な撤廃は行うべきでないという意見が多数であった。

（3）夫婦間の強姦

検討会から部会の審議を通じて議論がなされた問題点の1つとして、夫婦間においても強姦罪が成立することを刑法に明記すべきかという問題がある。

昔は、夫は妻に性行為を求める権利があるから、夫の妻に対する強姦罪は成立しないという見解が有力であった。現在でも、そのような考えが残っていて、妻が夫に強姦されたと警察に訴えても、刑事事件として取りあげてもらえない、という指摘がなされ、このような状況を改善するためには、夫婦間においても強姦罪が成立することを刑法に明記すべきである、という主張が、検討会や部会において、一部のメンバーからなされたのである。

現在では、夫婦間においても強姦罪が成立するというのが圧倒的通説である。この点に関する最高裁判所の判例はないが、下級審の裁判例には、別居中で婚姻関係が実質的に破綻していたとして強姦罪の成立を認めた判決がある（広島高等裁判所松江支部 1987 年 6 月 18 日判決・高等裁判所刑事判例集 40 巻 1 号 71 頁）。この判決が、婚姻関係が実質的に破綻している場合に限って強姦罪が成立し得ると判示しているのだとすれば、妥当でないであろう。夫婦間で相手方に性行為を要求する権利があり、受忍する義務があるかは疑問であり、また、仮にそのような権利があると考えたとしても、暴行・脅迫を用いて権利を実行することは、権利の濫用であって、強姦罪が成立すると考えられるからである[16]。

注目すべきなのは、検討会の場で、裁判官、検察官、警察官のメンバーから、それぞれ、「配偶者間だから強姦が成立しないとか、行為者と被害者との間に婚姻関係がないことが強姦罪の成立要件であると考えている裁判官はいないと思われる。配偶者間の強姦は犯罪となるということは、裁判官の中では当然の前提と考えられていると思われる。」「検察実務において、配偶者間で強姦罪が成立しないという考えは採られていない。実際の起訴例

15 井田良「性犯罪処罰規定の改正についての覚書」慶応法学 31 号（2015 年）52 頁参照。
16 佐伯仁志・道垣内弘人『刑法と民法の対話』（有斐閣、2001 年）336-337 頁参照。

が少ないのは、配偶者間の場合、加害者側から、配偶者であるので同意があったとの主張がされやすく、その場合に夫婦関係が破綻していれば同意のないことが立証しやすいが、そうでない場合は立証が難しいということによる。」「警察においても、配偶者間であろうとなかろうと、現行の刑法の要件を満たしていれば、強姦罪が成立するという考えが採られており、実際に検挙した事例もある。結果的に検挙に至ることが少ないのは、立証の困難性によるものであり、警察の現場の運用として、配偶者間では強姦罪が成立しないという考え方が一般的であるというものではない。」と明言されたことである。このように実務家の意見の一致があるにもかかわらず、被害者団体が主張するような運用が現場にあるとすると、それは法改正ではなく、一線の捜査官に対する教育によって解決されるべき問題だといえよう

（4）強姦罪の主体等の拡大

強姦罪が男性による女性の姦淫行為を強制わいせつ罪よりも重く処罰していることについては、憲法 14 条が規定する両性の平等に反しないかが問題となる。最高裁判所大法廷 1953 年 6 月 24 日判決（最高裁判所刑事判例集 7 巻 6 号 1366 頁）は、「男女両性の体質、構造、機能などの生理的、肉体的等の事実的差異に基き且つ実際上強姦が男性により行われることを普通とする事態に鑑み、社会的、道徳的見地から被害者たる『婦女』を特に保護せんがためであって、これがため『婦女』に対し法律上の特権を与え又は犯罪主体を男性に限定し男性たるの故を以て刑法上男性を不利益に待遇せんとしたものでないことはいうまでもないところであり、しかも、かかる事実的差異に基く婦女のみの不均等な保護が一般社会的、道徳的観念上合理的なものであることも多言を要しないところである」として、強姦罪の規定は、憲法 14 条に反しないと判示している。

しかし、社会的、道徳的見地は、1953 年当時と現在では大きく変わってきており、強姦罪の規定が憲法 14 条に違反するかどうかは別にして、現在の時点で性犯罪における性差を維持することが妥当であるかについては疑問があった。研究会においても、性的自由の保護という点では性差を設ける理由はないこと、男性による男性の「強姦」も男性による女性の強姦と被害の程度は同じであることなどから、強姦罪の行為者・被害者について性差を解消し、男性器の女性器への挿入以外の行為についても、強姦罪と同様の刑で処罰すべきものがあるとする意見が多数であった。問題は強姦罪と同様の刑で処罰すべき範囲をどこまで拡げるかであるが、結論として、肛門性交および口淫を姦淫行為と同等に取り扱い、手指や異物の膣・肛門等への挿入は同等に取り扱わないという意見が多数を占めた。また、加害者の陰茎を被害者の膣・肛門等に「挿入する」行為のみでなく、被害者の陰茎を加害者の膣、肛門等に「挿入させる」という行為も、強姦罪と同様の刑で処罰すべき範囲に含ませるべきかが議論され、含ませるべきであるという意見が多数を占めた。

法制審議会には、研究会の多数意見と同様の立場に立って性差を解消する案が諮問され、部会の第 1 回会議において、事務局から、「現行法において強制わいせつ罪に問擬されている行為の中でも、いわゆる肛門性交及び口淫は陰茎の体腔内への挿入という濃厚な身体的接触を伴う性交渉を強いられるものであって、姦淫と同等の悪質性、重大性があると考えられますことから、姦淫と同様に加重処罰の対象とすることが適当であり、また、このような行為により身体的、精神的に重大な苦痛を伴う被害を受けることは、被害者の性別によって差はないと考えられた」と説明がなされた。また、異物の挿入を除外した理由については、部会の第 2 回会議において、事務局から、「異物を肛門内に入れる行為の場合、異物の範囲が無限定でありますことから、性的な意味を有しないこともあり得ると考えられること、異物を膣内に入れる行為の場合、通常性的な意味を有するものと認められると

は思われるものの、その態様には様々なものがあり得ることなどから、全ての場合に被害者にとって姦淫と同程度の濃厚な身体的接触を伴う性交渉を強いられるものと類型的に認められると断ずることまでは難しいと考えられたため、これらの行為は、拡張する範囲に含めないこととしております」と説明された。部会における審議の結果、当初案の「性交等（相手方の膣内、肛門内若しくは口腔内に自己若しくは第三者の陰茎を入れ、又は自己若しくは第三者の膣内、肛門内若しくは口腔内に相手方の陰茎を入れる行為をいう。）」との表現が、より簡明に「性交、肛門性交又は口腔性交」と改められた他は、提案どおり決定された。

（5）地位・関係性を利用した性的行為に関する規定の創設

研究会においては、暴行・脅迫要件の一般的な撤廃については、消極的な意見が多数を占めたものの、加害者と被害者との間の一定の地位又は関係性を利用して性的行為が行われる場合については、暴行・脅迫を要件としない新たな犯罪類型を設けるということが検討された。現行法の準強姦罪・準強制わいせつ罪で十分であるという意見もあったが、両罪の規定は「心神喪失」又は「抗拒不能」というかなり限定的な文言となっており、抵抗が「不能」とまではいえなくとも、抵抗が「困難」な場合を類型化して、暴行・脅迫がなくても可罰的とすることは十分検討に値するという意見が多数を占めた[17]。

法制審議会に諮問された案では、「十八歳未満の者に対し、当該十八歳未満の者を現に監護する者であることによる影響力を利用してわいせつな行為・性交等をした者」を強姦罪・強制わいせつ罪と同様に処罰することとされた。現に監護する者に限定した理由については、第3回会議において、事務局から、「18歳未満の者が精神的に未熟である上、生活全般にわたって自己を監督し保護している監護者に精神的にも経済的にも依存している関係にあることから、監護者がそのような関係性を利用して18歳未満の者と性交等を行った場合には、類型的に18歳未満の者の自由な意思決定に基づくものとはいえないと考えられますが、それ以外の関係性、例えば雇用関係や教師と生徒などの関係などの場合、必ずしも生活全般にわたる関係ではない場合も多いと思われ、その関係性を利用した性交等が類型的に自由な意思決定に基づくものでないと断ずることまではできないと考えたためです。」と説明されている。また、「監護する」の意義については、民法に親権の効力として定められているところと同様に、「監督し保護すること」を意味するが、法律上の監護権に基づくものでなくても、事実上、現に18歳未満の者を監督し保護する関係にあれば、これに該当すること、その判断要素としては、同居の有無、居住場所に関する指定などの状況、未成年者に対する指導状況、身の回りの世話等の生活状況、生活費の支出などの経済的状況、未成年者に関する諸手続を行う状況などが考えられる、と事務局から説明された（第3回会議および第5回会議）。

また、「影響力を利用して」の意義については、監護者の影響力が一般的に存在している関係においては、通常、その性交等について監護者の影響力が作用しており、18歳未満の者の自由な意思決定に基づくものとは言えないと考えられるので、積極的な働き掛けなどがなくても「影響力を利用して」に該当すると考えられるが、例外的に、監護者と18歳未満の者との間で行われた性交等が、監護者の影響力が遮断されて行われたと言える場合が全くないとまでは言えない、例えば、暗闇の中、相手方を判別できない状態で性交等が行われた時や、18歳未満の者から脅迫されるなどして監護者が性交等を強いられたときなどの場合がそのような場合にあたると考えられる、と事務局から説明された（第5回会議）。

部会の審議においては、学校の教師、スポーツのコーチ等に拡げるべきである、少なくとも義務教育の教師は含めるべきであるとの意見があった。筆者は、義務教育の教師は、支配関係が強いという点で、監護関係がある場合と、通常の教師やスポーツのコーチ等の場合との中間にあるものであり、そこまで含めることも考えられなくはないが、生活の基盤が全面的に依存している監護関係にある者と比べれば、依存関係が弱いので、今回は、監護関係がある場合に限って立法することが適当であるという意見を述べた。最終的に、「影響力を利用して」という文言を「影響力があることに乗じて」に修正した他は、原案通り決定された。

（6）強姦罪の法定刑

刑法の強姦罪の法定刑は3年以上の懲役であり、強盗罪の5年以上の懲役よりも軽いため、個人の性的自由を財産よりも軽く扱うものであって妥当でないとして批判を受けてきた。この批判は理由のあるものであるが[18]、筆者は、研究会において、この不均衡は、強盗罪の法定刑の下限が重すぎることから生じているのであって、同罪の法定刑の下限を3年に引き下げることで対処すべきであるという意見を述べた。しかし、研究会では5年に引き上げるべきであるとの意見が多数を占め、法制審議会には、性差をなくした「強姦罪」の法定刑の下限を5年の懲役に引き上げると伴に、致死傷罪の法定刑の下限を6年に引き上げ、集団強姦等の規定（刑法178条の2）は削除する案が諮問された。そして、部会の審議において、諮問案の通り引き上げが決定された。

（7）親告罪

刑法の強姦罪、準強姦罪、強制わいせつ罪、準強制わいせつ罪は、二人以上の者が現場で共同して行った場合（刑法178条の2）を除いて、被害者の告訴がなければ公訴を提起することができない親告罪とされている（刑法180条）。性犯罪が親告罪とされているのは、被害者の意思を尊重し、そのプライバシーを保護するためであるが[19]、研究会では、事件にするかどうかを被害者に決めさせるは心理的負担が大きく妥当でないという意見が主張され、これを支持する意見が多数を占めた。法制審議会には、非親告罪化する案が提案され、部会の審議においてその旨が決定された[20]。

（8）小活

筆者は、性犯罪の改正案は、法定刑の下限の引き上げの他は、妥当なものと考えている。特に、強姦罪について性差をなくして行為態様を拡張したこと、および、監護者がその影響力に乗じて被監護者と性的行為を行うことを可罰化したことは、画期的なことであるといえよう。

4　刑法改正案

17 なお、研究会では、強姦罪、強制わいせつ罪が、同意の有無を問わない年齢を13歳未満としているのを、15歳未満あるいは16歳未満に引き上げるべきであるという意見も述べられたが、これに対しては消極的な意見が多かった。部会の審議においても同様であった。

18 もっとも、強盗罪の要件である暴行・脅迫の程度は相手方の反抗を抑圧する程度のものでなければならないと解されており、強盗罪は、財産に対する罪としての性格と生命・身体に対する罪としての性格も併せ持っており、むしろ後者の方が重視されていると解すれば、法定刑の差を説明できなくはない。

19 性犯罪の親告罪規定は、被害者の名誉とプライバシーの保護のためと言われることが多いが、性犯罪の被害者であることが被害者の名誉を傷つけると考えるのは妥当でないので、被害者のプライバシーの保護のためと考えるべきである。

20 結婚目的略取・誘拐罪の親告罪規定（刑法229条）も削除することとされた。

最後に、国会に提出された刑法一部改正法案による新規定を紹介する[21]。強姦罪という罪名は、性差をなくしたこと等にともない、強制性交等の罪に変更されている。

（強制わいせつ）

第百七十六条　十三歳以上の者に対し、暴行又は脅迫を用いてわいせつな行為をした者は、六月以上十年以下の懲役に処する。十三歳未満の者に対し、わいせつな行為をした者も、同様とする。

（強制性交等）

第百七十七条　十三歳以上の者に対し、暴行又は脅迫を用いて性交、肛門性交又は口腔性交（以下「性交等」という。）をした者は、強制性交等の罪とし、五年以上の有期懲役に処する。十三歳未満の者に対し、性交等をした者も、同様とする。

（準強制わいせつ及び準強制性交等）

第百七十八条（略）

2　人の心神喪失若しくは抗拒不能に乗じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、性交等をした者は、前条の例による

（監護者わいせつ及び監護者性交等）

第百七十九条　十八歳未満の者に対し、その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じてわいせつな行為をした者は、第百七十六条の例による。

2　十八歳未満の者に対し、その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じて性交等をした者は、第百七十七条の例による。

（未遂罪）

第百八十条　第百七十六条から前条までの罪の未遂は罰する。

（強制わいせつ等致死傷）

第百八十一条　第百七十六条、第百七十八条第一項若しくは第百七十九条第一項の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯し、よって人を死傷させた者は、無期又は三年以上の懲役に処する。

2　第百七十七条、第百七十八条第二項若しくは第百七十九条第二項の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯し、よって人を死傷させた者は、無期又は六年以上の懲役に処する。

21 この他、強盗強姦罪の規定（刑法241条）が強盗と強姦の先後を問わない形に改められた。

性犯罪的争论问题

张明楷*

一、概说

中国现行刑法规定的性犯罪可以分为以下几类：第一类是侵犯性行为自主权的犯罪，其中有强奸罪（包括奸淫幼女的准强奸罪）、强制猥亵、侮辱罪以及猥亵儿童罪；第二类是关于聚众淫乱的犯罪，包括聚众淫乱罪与引诱未成年人聚众淫乱罪；第三类是关于卖淫、嫖娼的犯罪，其中有组织卖淫罪、强迫卖淫罪、协助组织卖淫罪、引诱、容留、介绍卖淫罪、引诱幼女卖淫罪以及传播性病罪，原有的嫖宿幼女罪被2015年8月的《刑法修正案（九）》废除；[1]第四类是关于淫秽物品的犯罪，其中有制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪、为他人提供书号出版淫秽书刊罪、传播淫秽物品罪、组织播放淫秽音像制品罪、组织淫秽表演罪。

刑法将后三类犯罪规定为对社会法益的犯罪，但在我看来，其中的引诱未成年人聚众淫乱罪、强迫卖淫罪、引诱幼女卖淫罪实际上侵害了个人的性行为自主权，应属于对个人法益的犯罪。

上述犯罪中，只有强奸罪的最高法定刑为死刑（需要具备加重情节）；组织卖淫罪、强迫卖淫罪的最高法定刑原本为死刑，但《刑法修正案（九）》修改为无期徒刑；其他犯罪的法定最高刑均为有期徒刑。

从刑法理论与审判实践来看，争议较多的有三个犯罪，即强奸罪、强制猥亵、侮辱罪与聚众淫乱罪。下面就这三个罪的争论问题作一些介绍与评论。

二、强奸罪

（一）概述

刑法第236条第1款规定：“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的，处三年以上十年以下有期徒刑。”这是关于强奸罪的基本规定。法条没有明文规定“强奸”的具体内容，但刑法理论均认为强奸是指强制性交。事实上，对于性交概念完全可能做出不同于传统观念的解释，亦即，将以往被认定为猥亵的部分行为纳入强奸行为。例如，男子强行将阴茎插入妇女肛门或者口中的行为，已被许多国家和地区的刑法明文规定为强奸行为。在中国，将这样的行为认定为强奸罪，并不存在刑法上的障碍，只是存在观念上的障碍。现在，刑法理论与司法实践几乎没有例外地将强奸限定为狭义的性交行为。就本款而言，对强奸概念本身还没有争论，争论最大的问题在于婚内强奸，即丈夫强行与妻子性交的是否成立强奸罪？同条第2款规定：“奸淫不满十四周岁的幼女的，以强奸论，从重处罚。”关于本款规定争议较大的是，成立奸淫幼女罪是否要求行为人明知对方是幼女？同条第3款规定：“强奸妇女、奸淫幼女，有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑：（一）强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣的；（二）强奸妇女、奸淫幼女多人的；（三）在公共场所当众强奸妇女的；

* 清华大学法学院教授

1 嫖宿幼女罪的法定刑为5年以上15年以下有期徒刑；而奸淫幼女罪的基本法定刑为3年以上10年以下有期徒刑，加重犯的法定刑为10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。由于一般人的误解以及刑法学界的通说认为嫖宿幼女是奸淫幼女的特别法条，因而导致处罚不协调，故立法机关删除了嫖宿幼女罪。现在，对嫖宿幼女的行为直接认定为奸淫幼女罪。

（四）二人以上轮奸的；（五）致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果的。”其中争论最大的是第（四）项所规定的轮奸的成立条件与既遂标准。

（二） 强奸罪的主体

可以肯定的是，强奸罪的行为主体一般是男子，其中单独的直接正犯只能是男子。[2]妇女可以成为强奸罪的教唆犯、帮助犯，[3]此外，也可以成为强奸罪的间接正犯与共同正犯。[4]问题是，丈夫强行与妻子性交的，是否成立强奸罪？

1. 判例

在中国，关于婚内强奸，有两个重要的判例。在白俊峰案中，法院否认丈夫构成强奸罪。白俊峰和姚某 1994 年 10 月登记结婚，婚后二人经常闹矛盾，有时甚至拳脚相加。1995 年 2 月 27 日，姚某在向白俊峰表达了离婚意愿之后返回娘家生活。此后双方因为彩礼退还等相关问题发生争执，未能达成和解协议。1995 年 5 月 2 日的 20 点左右，双方同意于次日请中间人协调解决。但一个小时后，白俊峰又一次折返姚某娘家，并提出住在姚某娘家以及与姚某发生性关系的要求。姚某表示反对，白不顾受害人的反抗，强行与其发生性关系。法院认为，白俊峰在合法的婚姻关系存续期间，以暴力手段强行与被害人发生性关系的行为并不构成强奸罪，于 1997 年 10 月 13 日对白俊峰做出无罪判决。最基本的理由是，“同居和性生活是夫妻之间对等人身权利和义务的基本内容，双方自愿登记结婚，就是对同居和性生活的法律承诺。因此，从法律上讲，合法的夫妻之间不存在丈夫对妻子性权利的自由的侵犯。”[5]这一判决结论并没有引起理论上的争论。因为在此之前，虽然没有婚内强奸无罪的判例，但刑法理论大多没有主张婚内强奸成立强奸罪。

在王卫明案中，法院认定强奸罪的成立。王卫明与钱某结婚后于 1996 年 6 月分居，同时，王向法院起诉离婚，但法院判决不准离婚，此后双方未曾同居，1997 年 3 月王再次起诉离婚，1997 年 10 月 8 日法院判决离婚，并送达了判决书，双方当事人对判决离婚无争议。但在离婚判决尚未生效的 10 月 13 日晚上，王采用抓、咬等暴力手段强行与钱某性交。法院认为，虽然离婚判决尚未生效，但双方已经不存在正常夫妻关系，在此情况下，王违背钱某的意志，采用暴力手段强行与其妻钱某发生性关系的行为已构成强奸罪，于 1999 年 12 月 21 日以强奸罪判处王卫明有期徒刑 3 年，缓刑 3 年。[6]

单纯从是否承认婚内强奸的角度来说，上述两个判例似乎是自相矛盾的。但从最高人民法院刑事审判庭提供的裁判理由来看，两个判例的裁判理由则是完全一致的。白俊峰案的裁判理由就指出：“如果是非法婚姻关系或者已经进入离婚诉讼程序，婚姻关系实际已处于不确定中，丈夫违背妻子的意志，采用暴力手段，强行与其发生性关系，从刑法理论上讲是可以构成强奸罪的。”在白俊峰案中，“虽然女方提出离婚，并经过村里调解，但并没有向人民法院或婚姻登记机关提出离婚，没有进入离婚诉讼程序。夫妻之间相互对性生活的法律承诺仍然有效。因此白俊峰的行为不构成强奸罪。”[7]王卫明案的裁判理由也是如此。“在一般情况下，丈夫不能成为强奸妻子的主体。但是，夫妻同居义务是从自愿结婚行为推定出来的伦理义务，不是法律规定的强制性义务。因此，不区别具体情况，对于所有的婚内强奸一概不以犯罪论处也是不科学的。例如在婚姻关系非正常存续期间，如离婚诉讼期间，婚姻关系已进入法定的解除程序，虽然婚姻关系仍然存在，但已不能再推定女方对性行为是一种同意的

[2] 也有学者基于女权主义观念，从立法论上主张刑法应当将女性规定为强奸罪的直接正犯（参见王燕玲：《刑法女性主义法学视域下强奸罪之辨思》，《政法论坛》2015 年第 6 期，第 159~160 页。
[3] 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社 2016 年第 7 版，第 464 页。
[4] 参见张明楷：《刑法学》（下），法律出版社 2016 年第 5 版，第 868 页；黎宏：《刑法学各论》，法律出版社 2016 年第 2 版，第 230 页；周光权：《刑法各论》，中国人民大学出版社 2016 年第 3 版，第 32~33 页。
[5] 参见最高人民法院刑事审判第一庭编：《刑事审判案例》（第 3 辑），法律出版社 1999 年版，第 23 页以下。
[6] 参见最高人民法院刑事审判第一庭编：《刑事审判案例》（第 7 辑），法律出版社 2000 年版，第 25 页以下。
[7] 最高人民法院刑事审判第一庭编：《刑事审判案例》（第 3 辑），法律出版社 1999 年版，第 25 页、第 26 页。

承诺，也就是没有理由从婚姻关系出发否定强奸罪的成立。就本案而言……被告人王卫明与钱某之间的婚姻关系在王卫明主观意识中实质已经消灭……其与钱某已属非正常的婚姻关系……在这种情况下，被告人王卫明在这一特殊时期内，违背钱某的意志，采取扭、抓、咬等暴力手段，强行与钱某发生性行为，严重侵犯了钱某的人身权利和性权利，其行为符合强奸罪的主观和客观特征，构成强奸罪。”[8]

由此看来，最高人民法院在白俊峰案与王卫明案中就婚内强奸问题确立以下规则：在婚姻关系正常存续期间，丈夫强行与妻子性交的不成立强奸罪；在婚姻关系非正常存续期间，丈夫强行与妻子性交的则成立强奸罪。但从上述两个判例可以看出，最高人民法院只是将离婚诉讼期间认定为“婚姻关系非正常存续期间”。

2. 学说

在刑法理论上，对婚内强奸存在三种不同观点。

第一种观点可谓全面否定说，主要理由是：“丈夫与妻子进行性行为，是其在行使自己受法律保护的权利，作为妻子，有义务应丈夫的要求与其进行性行为。因而，丈夫在当时的情况下虽然采用的手段不当，但不能因此而定其为强奸罪。因为在这种情况下，虽然性行为是‘违背’妻子意志的，但却不属非法。”[9]换言之，“因为配偶间的自愿性生活已作为婚姻契约中的一个当然组成部分而受到法律认可，只要婚姻契约不解除，性生活的合法性就不容置疑。”[10]还有学者从语义学的角度、从“奸”字的含义说明夫妻之间不存在强奸；[11]有的学者通过追溯“奸”字作为中国古代刑法用语的演变过程，认为“‘奸’字并非指一般的性行为，而是特指婚外性行为。在这种情况下，我国刑法中的强奸罪当然难以容纳婚内强奸。”[12]

全面否定说大多是较早的观点，事实上，要全面否认丈夫可以成为强奸妻子的主体也是不可能的。例如，至少对丈夫教唆、帮助他人强奸妻子，丈夫与他人共同轮奸妻子，以及丈夫当众强行与妻子性交的案件，应当认定为强奸罪。[13]

第二种观点可谓全面肯定说。例如，有学者指出：“强奸罪的主体是一般主体，即凡是达到刑事责任年龄，具有刑事责任能力的自然人即可。丈夫自然也是如此。性的不可侵犯的权利是妇女人身权利的重要内容，婚姻法基本原则之一的保护妇女权益的规定，明确指出妇女的合法权益任何人不得侵犯。如果丈夫违背妻子意志，采取强制手段侵犯妻子的性权利，就应以强奸罪论处。”[14]还有学者指出：既然丈夫伤害、虐待妻子的行为成立伤害罪、虐待罪，那么，丈夫强奸妻子的行为当然成立强奸罪；婚内强奸行为严重侵害了妇女的性行为自主权，而且完全符合强奸罪的构成要件，将婚内强奸认定为强奸罪，并不违反罪刑法定原则。[15]

从刑法条文的规定来说，强奸罪的对象是妇女，而没有限定为婚姻外的妇女，所以，承认婚姻强奸在刑法条文上没有障碍。但是，考虑到以下几点，不能不认为全面肯定说也是存在疑问的。其一，中国刑法中的强奸罪不是自诉罪，警察滥用职权的现象还比较普遍；如果全面肯定婚内强奸，会导致警察的恣意介入，反而侵害妇女的合法权益。例如，中国曾发生警察夜间闯入民宅查处夫妻“看黄碟”的案件，[16]当下的警察执法仍然不规范。倘若全面承

[8] 最高人民法院刑事审判第一庭编：《刑事审判案例》（第 7 辑），法律出版社 2000 年版，第 28~29 页。
[9] 高铭暄、王作富主编：《新中国刑法的理论与实践》，河北人民出版社 1998 年版，第 535 页。
[10] 陈兴良等著：《案例刑法教程》（下卷），中国政法大学出版社 1994 年版，第 209 页。
[11] 参见刘宪权：《婚内定“强奸”不妥》，《法学》2000 年第 3 期，第 58 页以下。
[12] 陈兴良：《婚内强奸犯罪化：能与不能——一种法解释学的分析》，《法学》2006 年第 2 期，第 58 页。不过，如后所述，陈兴良教授也并没有持全面否定说。
[13] 参见王作富主编：《刑法分则实务研究》（中），中国方正出版社 2013 年第 5 版，第 761 页；张明楷：《刑法学》（下），法律出版社 2016 年第 5 版，第 869 页。
[14] 欧阳涛主编：《当代中外性犯罪研究》，社会科学文献出版社 1993 年版，第 112~113 页。另参见黎宏：《刑法学各论》，法律出版社 2016 年第 2 版，第 230 页。
[15] 参见李立众：《婚内强奸定性研究》，《中国刑事法杂志》2001 年第 1 期，第 60 页以下。
[16] 2002 年 8 月 18 日 23 时，延安市公安局宝塔分局万花山派出所前往当事人张某与其妻的卧室，发现张某与其妻在看黄碟，欲查处和收缴黄碟，在扣押机器和黄碟的过程中，张某将一名警察的手打伤，张某和其

认婚内强奸，不排除警察夜间闯入民宅抓强奸犯。其二，鉴于包办婚姻以及夫妻在家庭中地位不平等的现象，至今还在一些地区（尤其在农村）严重存在，以致丈夫不顾妻子的意愿而强行与之性交的现象还较多，如果一概以强奸罪论处，则不符合中国当前的社会状况。[17]其三，根据现行刑法的规定，强奸罪是严重犯罪，对强奸罪可以实行特殊正当防卫，如果将婚姻关系正常持续期间的所谓婚内强奸认定为强奸罪，势必带来诸多不利后果与消极影响。正因为如此，即使主张全面肯定说的学者，也不得不承认，将婚内强奸认定为强奸罪时，对妇女意志的违反程度，以及认定强奸的证据要求，要高于普通强奸。亦即，“如果妻子告上法庭，一般可以分居、正在进行离婚诉讼等客观事实判定性行为违背了妻子的意志。如果没有确实、充分的证据证明性行为违背了妻子意志，则应宣告丈夫不构成强奸罪。”[18]果真如此，则这种全面肯定说与下述折中说大体相同。事实上，肯定婚内强奸的判例极为罕见，而且仅限于上述离婚诉讼期间以及事实婚姻期间。

第三种观点可谓折中说。折中说实际上是同意最高人民法院的基本意见。例如，陈兴良教授指出：“最高人民法院在白俊峰案与王卫明案中确立了在婚内强奸问题上的以下规则：‘在婚姻关系正常存续期间，丈夫不能成为强奸罪的主体；在婚姻关系非正常存续期间，丈夫可以成为强奸罪的主体。’对此，笔者基本上是赞同的，只是认为婚姻关系非正常存续期间应作适当的扩大解释，包括以下两种情形：（1）因感情不和而分居期间；（2）提起离婚诉讼以后。”[19]梁根林教授也指出：“如果夫妻双方感情确已破裂、婚姻已经名存实亡，并因而发展到夫妻分居或者诉请离婚的阶段，则表明夫妻双方或一方已经中止了对婚内性关系的承诺，或者作出了具有法律意义的撤消婚姻的意思表示。尽管这种意思表示还未最终取得法院生效裁判的认可，但这种意思表示本身已经清楚地表明了夫妻双方对撤回婚姻承诺以及免除同居义务的意思表示。此时，丈夫如果用暴力手段强行与妻子性交的，自然具有了强奸罪的实质 ——违背妇女意志，因而该当了强奸罪的构成要件。”[20]

折中说大体上是刑法理论上的多数说。折中说的核心理由是，在婚姻关系非正常存续期间，妻子没有同居义务。如陈兴良教授指出：同居义务是一种法律义务，同居义务要求夫妻双方共同生活，包括性生活。但同居义务又不是绝对的，即使在婚姻存续期间具备一定条件也是可以停止或者免除的，包括有正当理由暂时中止同居和具有法定事由而停止同居。婚姻关系是否正常存续，应以同居义务是否因法定事由而停止为标准确定，在夫妻因感情不和而分居期间，以及提起离婚诉讼之后，应当视为同居义务停止履行，婚姻关系处于非常存续期间。在此期间，由于同居义务停止履行，故丈夫强行与妻子性交的，成立强奸罪。[21]梁根林教授虽然是从刑事政策的角度赞成折中说，但同时认为，如何“对手段、情节、后果严重的婚内强奸行为……予以犯罪化……仍然需要根据当事人的实际婚姻状况而区别对待，亦即仍然要考虑婚姻关系和同居义务对强奸罪构成的制约。”[22]折中说不失为处理婚内强奸现象的一种可行办法，而且比较符合当下中国的国情。但是，这一学说面临来自前面两种学说的批判。

例如，基于全面否定说的立场会提出以下疑问：以是否提起离婚诉讼或者是否分居为标准，决定丈夫的行为是否构成强奸罪的理由何在？因为在离婚诉讼期间，夫妻也可能在一起

妻则称警察先动手打人；当晚，张某被警察带往派出所留置并审查。2002 年 8 月 22 日，宝塔公安分局决定对张某打伤民警的行为以妨碍公务罪立案，并由分局治安大队调查；2002 年 10 月 21 日，张某被宝塔公安分局以涉嫌妨碍公务罪刑事拘留；2002 年 10 月 25 日，宝塔公安分局向宝塔区人民检察院提请批捕犯罪嫌疑人张某；2002 年 11 月 4 日，宝塔区检察院作出不批准逮捕决定；2002 年 11 月 5 日，宝塔公安分局对张某变更强制措施，取保候审；2002 年 12 月 5 日，宝塔公安分局解除对张某的取保候审，并宣布撤销该案。

[17] 参见江任天：《对强奸罪中“违背妇女意志”问题的再认识》，《法学研究》1984 年第 5 期，第 39~40 页。

[18] 参见李立众：《婚内强奸定性研究》，《中国刑事法杂志》2001 年第 1 期，第 62 页。

[19] 陈兴良：《婚内强奸犯罪化：能与不能——一种法解释学的分析》，《法学》2006 年第 2 期，第 60 页。

[20] 梁根林：《刑事政策视野中的婚内强奸犯罪化》，《法制与社会发展》2003 年第 4 期，第 127 页。

[21] 陈兴良：《判例刑法学》（下卷），中国人民大学出版社 2009 年版，第 195~197 页。

[22] 梁根林：《刑事政策视野中的婚内强奸犯罪化》，《法制与社会发展》2003 年第 4 期，第 126 页。

共同生活（甚至同睡一床）；提起离婚诉讼之后，法院也可能判决不准予离婚。没有提起离婚诉讼的夫妻，也可能由于感情破裂等原因而长期分居。再如，如何判断分居？住在不同住宅当然属于分居，住在同一住宅的不同楼层或者不同房间的是否属于分居？更为重要的是，离婚诉讼期间、分居期间仍然存在法定的婚姻关系，在法律上与非离婚诉讼期间、共同生活期间的婚姻性质完全相同。对离婚诉讼期间、分居期间的重婚行为认定为重婚罪的司法实践，也表明了这一点。概言之，折中说为了肯定部分强奸罪的成立，不管婚姻关系的法律性质，只是根据事实将婚姻关系区分为正常存续与非正常存续两种情形，实际上有循环论证之嫌。

再如，基于全面肯定说的立场则提出了以下批判：妻子的同居义务虽然意味着丈夫具有同居权，但同居权并不是对妻子的支配权，而是一种请求权。同居请求权的行使，既不是支配对方人身，也不是支配身份利益，而是请求对方履行特定的身份行为，即同居行为。现代婚姻法以夫妻别体为原则，家庭不是一个整体，而是独立个体在自愿平等基础上的结合，配偶一方不得对对方的姓名、居住、职业选择等权益进行不法干涉，更不允许任意支配他人身体。由于同居义务对应的是请求权而非支配权，配偶一方不能依单方意思直接实现，只能依赖于对方的配合方能满足，否则，违背妇女意志强行发生性行为，即可认定为强奸。[23]折中说事实上是将同居权当作支配权对待的，只不过在婚姻关系非正常存续期间，同居权才变成为请求权。可是，这一变化的理由并不清楚。

按理说，强奸罪的法益是妇女的性行为自主权，刑法也没有将行为对象限定为婚姻外的妇女，在此意义上说，持全面肯定说是有道理的。但是，中国的婚姻状况、夫妻关系等现状又导致中国当下不可能采取全面肯定说。概言之，全面肯定说虽然具有合理性却在当下的中国缺乏可行性。[24]全面否定说则既不合理也不可行。折中说的结论容易被一般人接受，或者说能够适应中国当下的社会现状，但其理由并不充分，基本上是一种权宜之计。

（三） 准强奸罪的故意

奸淫幼女即准强奸罪属于故意犯罪。刑法理论的通说认为，成立奸淫幼女犯罪，要求行为人认识到奸淫对象是不满 14 周岁的幼女；只有少数学者认为，本罪的成立不要求行为人认识到对方是不满 14 周岁的幼女，主要理由是刑法分则条文并没有要求行为人“明知是幼女”。[25]

最高人民法院 2003 年 1 月 17 日《关于行为人不明知是不满 14 周岁的幼女，双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》指出：“行为人明知是不满 14 周岁的幼女而与其发生性关系，不论幼女是否自愿，均应依照刑法第二百三十六条第二款的规定，以强奸罪定罪处罚；行为人确实不知对方是不满 14 周岁的幼女，双方自愿发生性关系，未造成严重后果，情节显著轻微的，不认为是犯罪。”《批复》公布后，受到了一些学者（包括法理学者）和社会人士的批判，引起了激烈争论。反对《批复》的理由主要是，奸淫幼女是一种法定强奸罪，在刑法上应作为严格责任，不应当要求行为人明知是幼女；《批复》将法定的严格责任的犯罪擅自改变了故意责任犯罪，侵入了立法权；《批复》将部分奸淫幼女的行为作无罪处理，隐含了一种极端的社会不公正，违反了法律面前人人平等的原则；《批复》违背保护 14 岁以下少女这一相对弱势群体的基本公共政策，有利于某些特殊群体的非法犯罪行为。[26]

[23] 马特：《论同居权与婚内强奸》，《山东社会科学》2014 年第 7 期，第 132 页以下。

[24] （2016）琼 0107 刑初 248 号判决指出：“婚姻关系仅仅是性行为取得合法性的前提条件，性交合意才是性行为具有合法性的真正基础，夫妻之间只有取得了性交的合意，才能使得性交行为具有合法性。被告人洪德存与被害人虽为夫妻，但双方因矛盾均提出离婚，特别是被害人遭到被告人多次家庭暴力后，离开被告人，长期与被告人分居生活，并多次提出离婚，夫妻之间感情已经破裂。被告人以同意离婚为由诱骗被害人与其见面后，强行将被害人带至其住处，用胶带对被害人进行捆绑，并强行与被害人发生性关系，其行为完全违背被害人意志，已构成强奸罪，应依法惩处。”判旨前段似乎采取了全面肯定说，但事实上，如果双方没有提出离婚，本案也不可能被认定为强奸罪。

[25] 参见何秉松主编：《刑法教科书》（上卷），中国法制出版社 2000 年版，第 312 页。

[26] 苏力：《司法解释、公共政策和最高法院——从最高法院有关“奸淫幼女” 的司法解释切入》，《法学》

不过，绝大多数刑法学者都认为，在奸淫幼女罪中，作为行为对象的幼女是构成要件要素，行为人当然必须有认识。在中国刑法学研究会组织的专题研讨会上，几乎没有刑法学者赞成上述法理学者的观点。[27]而且，上述《批复》的后段并不意味着“行为人确实不知对方是不满 14 周岁的幼女，双方自愿发生性关系，造成严重后果，情节严重的，以强奸罪论处”；而宜理解为：“行为人确实不知对方是不满 14 周岁的幼女，双方自愿发生性关系，造成严重后果的，按照后果的性质与责任形式，以相应的犯罪（如故意伤害罪、过失重伤罪等）论处。”

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部 2013 年 10 月 23 日《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》指出：“知道或者应当知道对方是不满 14 周岁的幼女，而实施奸淫等性侵害行为的，应当认定行为人‘明知’对方是幼女。对于不满 12 周岁的被害人实施奸淫等性侵害行为的，应当认定行为人‘明知’对方是幼女。对于已满 12 周岁不满 14 周岁的被害人，从其身体发育状况、言谈举止、衣着特征、生活作息规律等观察可能是幼女，而实施奸淫等性侵害行为的，应当认定行为人‘明知’对方是幼女。”这一规定中的“应当知道”的表述给人的印象是，过失也可以构成奸淫幼女罪。但事实上并非如此，在中国的司法解释中，所谓“应当知道”并不是指过失，而是指根据相关事实推定行为人知道对方可能是幼女。此外，在我看来，虽然与不满 12 周岁的幼女性交的行为原则上可以肯定行为人明知其为幼女，但也不能绝对化。换言之，不排除个别不满 12 周岁的幼女因为身材高大、发育成熟，导致行为人不明知其为幼女，因而不能认定行为人“明知”的情形。

顺便要指出的是，中国的判例与刑法理论的通说是，对普通强奸罪的既遂标准采取结合说（插入说），而对奸淫幼女罪的既遂标准则采取接触说。[28]但我认为，“对奸淫幼女也应采取结合说。奸淫幼女也表现为性交行为，单纯的性器官接触并没有完成性交行为；接触说使奸淫幼女的既遂标准过于提前，导致较轻犯罪（猥亵儿童罪）的基本行为成为较重犯罪（奸淫幼女）的既遂标准（如同将伤害结果作为杀人罪的既遂标准），也不利于正确处理奸淫幼女与猥亵儿童罪的关系；接触说不利于鼓励行为人中止犯罪，也不利于保护被害人的名誉；对奸淫幼女案件的既遂标准采取结合说，并不会降低对幼女的特殊保护；更不能因为‘难以插入’而对奸淫幼女的既遂标准采取接触说。”[29]

（四） 轮奸的认定

一般来说，轮奸是指二男以上在同一段时间内，共同对同一妇女（或幼女）连续地轮流或同时强奸（或奸淫）的行为。轮奸是强奸罪的一种特殊形式（共同正犯）。其中的“连续”并不意味着完全没有间隔，换言之，短暂的时间与场所的间隔，不排除轮奸的成立。存在争议的是以下几个问题：

1. 轮奸的成立是否要求各行为人均达到责任年龄、具有责任能力？例如，15 周岁的甲与 13 周岁的乙共同轮奸 A 女时，对甲是否适用轮奸的规定？

第一种观点认为，只有当各行为人均达到责任年龄、具有责任能力时，才能成立轮奸，故对甲不能适用轮奸的规定。[30]这种观点的依据是刑法第 25 条第 1 款的规定：“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。”刑法理论的通说认为，成立共同犯罪要求二人以上必须达到责任年龄、具有责任能力。轮奸是共同犯罪，所以，各行为人必须达到责任年龄、具有责任能力。这似乎是责任共犯论的立场，并不妥当。第二种观点赞成通说所提出的共同犯罪的成立条件，同时认为，轮奸不是共同犯罪，而是强奸的一种特殊形式，是刑法规定的加重情节，所以，不以二人以上达到责任年龄、具有责任能力为前提。[31]据此，对甲应当适用轮奸的规定。但是，这种否认轮奸是共同犯罪的观点，并不符合客观事实与共犯的基本原理。[32]

我认为，共同犯罪是不法形态，并不要求二人以上达到责任年龄、具有责任能力，刑法第 25 条第 2 款也并没有作出这样的要求。而且，对共同正犯应当采取行为共同说。例如，上例中的甲与乙共同轮奸妇女，在不法层面就是共同正犯，对甲依然适用轮奸的法定刑。再如，A 教唆两名不满 14 周岁的人轮奸妇女的，对 A 也应适用轮奸的法定刑。审判实践上也采取了肯定说的立场。[33]

2. 轮奸是否存在未遂形态？例如，甲与乙意图共同轮奸 A 女，但甲奸淫既遂，乙奸淫未遂的，对甲与乙应如何处罚？

第一种观点认为，“成立轮奸各行为人均需亲自实施奸淫既遂，如果一人实施强奸既遂，另一行为人未既遂，则不能认定为轮奸。[34]最高人民法院刑事审判庭也认为，“应当将轮奸限制解释为轮流奸淫，即只有当出现两人轮流奸淫的结果时，才能成立轮奸。”[35]但是，这种观点将轮奸视为单纯的量刑规则，否认轮奸属于加重构成要件，进而否认轮奸存在未遂形态，似乎不当。第二种观点认为，只要一人奸淫既遂，其他人就要对该既遂负责，因而构成轮奸既遂。在上例中，对甲与乙均应认定为轮奸既遂。[36]这种观点似乎走向了另一极端，导致轮奸的处罚与强奸罪的其他共犯的处罚不协调。第三种观点认为：“只要二人以上意图实施轮奸犯罪的，即具备了‘轮奸’的情节，应当在强奸罪的‘十年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑’这一法定刑幅度内处罚；其中某一个或多个犯罪人未能完成强奸犯罪行为的，以未遂论；全部犯罪人均未能完成强奸犯罪行为的，整体上仍然具备‘轮奸’的加重处罚情节，仍然应当在‘十年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑’的法定刑幅度内处罚，但是，所有的犯罪人均属于未遂，均可以在这一量刑幅度内，比照既遂犯酌情从轻或者减轻处罚。”[37]这一观点将强奸罪作为亲手犯处理，并不妥当，也导致部分结论不合理。

我的看法是，轮奸不是单纯的量刑规则，而是加重的构成要件，因而存在未遂形态。例如，A 与 B 共同对 C 女实施暴力，并且均奸淫了 C 女的，属于轮奸既遂。又如，张三与李四以轮奸犯意共同对丙女实施暴力，但均未得逞的，应认定为轮奸未遂，适用轮奸的法定刑，同时适用未遂犯的从宽处罚规定。再如，甲与乙以轮奸犯意共同对丙女实施暴力，甲奸淫后，乙放弃奸淫或者由于意志以外的原因未得逞的，虽然也成立轮奸未遂，但同时要认定甲、乙

2003 年第 8 期，第 3 页以下。

[27] 参见赵秉志主编：《主客观相统一：刑法现代化的坐标——以奸淫幼女型强奸罪为视角》，中国人民公安大学出版社 2004 年版，第 1 页以下。

[28] 最高人民法院、最高人民检察院、公安部 1984 年 4 月 26 日《关于当前办理强奸案中具体应用法律若干问题的解答》指出：奸淫幼女案件，“只要双方生殖器接触，即应视为奸淫既遂”。另参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社 2016 年第 7 版，第 466 页；王作富主编：《刑法分则实务研究》（中），中国方正出版社 2013 年第 5 版，第 762 页；陈兴良：《口授刑法学》，中国人民大学出版社 2007 年版，第 574 页；周光权：《刑法各论》，中国人民大学出版社 2016 年第 3 版，第 32 页。

[29] 张明楷：《刑法学》（下），法律出版社 2016 年第 5 版，第 875 页；另参见黎宏：《刑法学各论》，法律出版社 2016 年第 2 版，第 235 页；李立众：《强奸罪既遂未遂标准应统一》，《人民检察》2002 年第 12 期，第 50 页。

[30] 王作富主编：《刑法分则实务研究》（中），中国方正出版社 2013 年第 5 版，第 768 页。

[31] 参见吴情树、苏宏伟：《强奸罪中“轮奸”情节的司法认定》，《中华女子学院学报》2009 年第 2 期，第 29 页。

[32] 1979 年旧刑法第 139 条第 4 款规定：“二人以上犯强奸罪而共同轮奸的，从重处罚。”据此，轮奸是共同正犯类型的强奸。但现行刑法将“二人以上轮奸”规定为加重类型，因此，继续将轮奸限定为共同正犯类型的强奸，似乎缺乏文理根据。在此，首先需要明确的是，刑法对轮奸加重刑罚的根据是什么？如果认为加重刑罚的根据是使妇女连续遭受奸淫，那么，当甲强奸妇女离开现场后，与甲没有通谋的乙立即强行奸淫该妇女的，也属于轮奸。但是，在这种情形下，不可能认定甲的行为属于轮奸。既然如此，乙一个人的行为就明显不属于刑法所规定的“二人以上轮奸”。而且，如果将这种观点彻底化，一个人连续奸淫妇女的也属于轮奸，这显然不当。应当认为，刑法之所以对轮奸加重刑罚，不仅因为被害人连续遭受了强奸，而且还因为共同轮奸的行为人，既要对自己的奸淫行为与结果承担责任，也要对他人的奸淫行为与结果承担责任。所以，应当将轮奸限定为共同正犯类型的强奸，上述乙的行为不属于轮奸。

[33] 参见傅小林：《两名男子共同犯罪一人坐牢一人免刑》，《法治快报》2007 年 7 月 18 日，第 8 版；陈鹏展：《轮奸是否以成立共同犯罪为前提》，《人民法院报》2006 年 5 月 16 日，第 B03 版。

[34] 王作富主编：《刑法分则实务研究》（中），中国方正出版社 2013 年第 5 版，第 768 页。

[35] 陈兴良、张军、胡云腾主编：《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂》（上卷），北京大学出版社 2013 年版，第 494 页。

[36] 参见王志祥：《共同实施强奸仅一人得逞，应如何定性》，《中国检察官》2008 年第 9 期，第 64 页以下。

[37] 于志刚：《轮奸犯罪量刑应引入“亲手犯”理论》，《检察日报》2007 年 12 月 28 日，第 3 版。

二人普通强奸既遂的成立。此时是轮奸未遂与普通强奸既遂的想象竞合（明示机能），因为如果仅认定轮奸未遂，就没有评价其中甲已经强奸既遂的不法事实；仅认定为强奸既遂，则没有评价共同轮奸的不法事实。只有认定为想象竞合，才能实现对不法事实的全面评价与妥当量刑。需要说明的是，由于对共同正犯采取部分实行全部责任的原则，所以，即使乙中止了自己的行为或者未得逞，也应对甲的强奸既遂承担责任。

3. 对参与轮奸的人奸淫未遂或者放弃奸淫的，是否适用未遂犯或者中止犯的规定？换言之，强奸罪是否属于亲手犯？在共同轮奸时，是否适用部分实行全部责任的原则？

在此问题上存在不同的判例。例如，在杨某、张某相继对妇女龚某实施轮奸后，另一被告人姜某基于共同故意对龚某实施奸淫行为时，因为饮酒过量而未得逞。法院认定为龚某为强奸未遂，但在量刑上适用轮奸的法定刑。[38]再如，在张某强奸既遂、施某强奸未遂一案中，法院认定施某也应承担强奸既遂的责任。[39]在周某、张某、刘某等人强奸案中，最高人民法院刑事审判庭认为："在共同强奸犯罪中，一人强奸得逞，其他人未得逞的，应当以全部既遂论，但不能认定为轮奸。"[40]

理论上也存在不同观点。陈兴良教授指出："强奸、脱逃等犯罪以实施一定的犯罪行为为其犯罪构成的充足要件。在这种情况下，犯罪行为是否完成便成为认定犯罪是否得逞的标准。在这类案件中，每个人的行为都具有不可替代的性质，因此，共同实行犯中各共犯的未遂或既遂表现出各自的独立性。例如，甲、乙、丙三人对某女实行轮奸。甲、乙先后对该女实施了强奸行为，轮到丙时，该女见有行人路过，大声呼救，惊动路人，当场将三人抓获，丙强奸没有得逞。在这种情况下，甲、乙是强奸既遂，而丙则只能是强奸未遂。"[41]陈兴良教授还指出："只有将强奸罪、脱逃罪的共同正犯视为亲手犯，由于其实行行为不具有可替代性，才能视为部分实行全部责任的一种例外，单独成立未遂与中止。"[42]

我不赞成陈兴良教授的观点。首先，强奸罪并不是亲手犯，妇女也完全可能构成强奸罪的间接正犯与共同正犯。其次，行为是否具有不可替代的性质，可能是一个比较模糊的概念，而且将它作为部分实行全部责任原则的例外，并没有充分的理由。换言之，只有否认了共同正犯，才能否认部分实行全部原则的适用。在上例中，既然承认丙与甲、乙构成强奸的共同正犯，就没有理由作为部分实行全部责任的例外情形。否则，就意味着将上述共同正犯当作同时犯处理，这并不合适。最后，根据因果共犯论，当上述丙的行为与甲、乙的轮奸既遂结果具有因果性，且丙又具有故意时，丙就必须对甲、乙的轮奸既遂承担责任。换言之，丙自己的强奸行为虽然未遂，但他必须对甲、乙的轮奸既遂负责。又如，A、B、C 以轮奸的犯意对 D 女实施暴力，A、B 均奸淫了 D，C "中止"了自己的奸淫行为的，对 A 与 B 无疑应适用轮奸的法定刑；C 虽然没有实施奸淫行为，但由于成立共同正犯，C 应当对 A、B 的行为与结果承担责任，由于 A、B 的行为属于轮奸，故对于 C 也宜适用轮奸的法定刑。[43]

三、强制猥亵、侮辱罪

中国 1979 年旧刑法没有规定强制猥亵罪，其中的第 160 条规定了流氓罪："聚众斗殴，寻衅滋事、侮辱妇女或者进行其他流氓活动，破坏公共秩序，情节恶劣的，处七年以下有期

[38] 最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》（1999 年第 3 辑），人民法院出版社 1999 年版，第 41 页。
[39] 参见最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编：《刑事审判案例》（第 20 辑），法律出版社 2001 年版，第 14 页以下。
[40] 陈兴良、张军、胡云腾主编：《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂》（上卷），北京大学出版社 2013 年版，第 492 页
[41] 王作富主编：《中国刑法适用》，中国人民公安大学出版社 1987 年版，第 191~192 页。
[42] 陈兴良：《判例刑法学》（上卷），中国人民大学出版社 2009 年版，第 394 页。
[43] 当然，对 C 的量刑应与 A、B 有所区别。

徒刑、拘役或者管制。"1997 年刑法将流氓罪进行了分解，刑法第 237 条所规定的强制猥亵、侮辱罪就是其中之一。需要指出的是，1997 年刑法将强制猥亵、侮辱罪的对象限定为妇女，《刑法修正案（九）》将强制猥亵罪的行为修改为"他人"，但仍然保留了侮辱妇女的规定。关于强制猥亵、侮辱罪，[44]主要有以下两个争论问题。

（一）猥亵行为与侮辱行为是否具有同一性？

由于刑法第 237 条将猥亵行为与侮辱行为相并列，故存在应否、能否区分猥亵行为与侮辱行为的问题。

一种观点认为，猥亵与侮辱具有不同含义。例如，有的教科书写道："猥亵妇女，是指对妇女实施奸淫行为以外的，能够满足性欲和性刺激的有伤风化的淫秽行为，例如，搂抱、接吻、捏摸乳房、抠摸下身，等等。侮辱妇女，是指对妇女实施猥亵行为以外的、损害妇女人格、尊严的淫秽下流的、伤风败俗的行为，例如，在公共场所用淫秽下流语言调戏妇女；剪开妇女裙、裤，使其露丑；向妇女显露生殖器；强迫妇女为自己手淫；扒光妇女衣服示众，等等。猥亵行为必然是行为人的身体直接接触妇女的身体，通过对妇女身体的接触达到性心理的满足。而侮辱行为，则不一定以自己的身体接触妇女的身体，来满足精神上的性刺激，这是二者在形式上的一点区别。"[45]

但这一观点存在以下问题：第一，刑法第 237 条的侮辱妇女行为，也必须是以暴力、胁迫或者其他强制方法实施的，而该观点将"在公共场所用淫秽下流语言调戏妇女"等不具有强制性的行为包括在内，显然有违反罪刑法定则之嫌。第二，露阴行为完全属于公然猥亵行为，也不具有强制性。一方面，刑法并没有规定公然猥亵罪，另一方面，即使露阴行为属于犯罪，它也是标准的猥亵行为（但不属于强制猥亵行为），而不能认为它是猥亵行为以外的侮辱行为。外国刑法以及旧中国刑法规定的公然猥亵罪就充分说明了这一点。第三，该观点认为侮辱行为"不一定"接触妇女的身体，这个留有余地的表述表明侮辱行为也可能接触妇女的身体，事实上，该观点已经将"强迫妇女为自己手淫"这种接触身体的行为认定为侮辱行为。既然如此，二者实际上从形式上也难以区分。第四，该观点强调侮辱行为"损害妇女人格、尊严"，希望由此区分猥亵与侮辱行为。事实上，强奸罪、强制猥亵罪都在侵犯他人性行为自主权的同时，侵害其人格与尊严，因此，这种区别也不可能存在。

刑法第 237 条虽然将猥亵与侮辱并列，但其第 3 款却只规定了猥亵儿童一种行为。如果认为必须区分猥亵行为与侮辱行为，必然造成以下两种结局之一：其一，猥亵儿童的是犯罪行为，但侮辱儿童的不是犯罪行为。这显然不合理。因为刑法对儿童的合法权益都是给予特殊保护的，就本罪而言，不仅在客观上不要求实施采用暴力、胁迫等强制手段，而且应当从重处罚。既然侮辱妇女的行为是犯罪，那么，侮辱儿童的行为也必然是犯罪。其二，猥亵儿童的行为是猥亵儿童罪，侮辱儿童的行为成立第 246 条的侮辱罪（侵害名誉的犯罪）。这显然不妥当。因为儿童也有性行为自主权，而不是只有人格、名誉权，而且儿童的性行为自主权是一项重要法益，将侵犯儿童性行为自主权的侮辱行为均归入刑法第 246 条规定的侵犯人格、名誉的行为，必然造成刑法保护的不均衡现象。为了避免这种不合理、不妥当的局面，必须承认刑法第 237 条的猥亵行为与侮辱行为没有区别。

《刑法修正案（九）》仅将本罪中的猥亵对象修改为"他人"，但没有删除侮辱妇女的规定，也没有将作为侮辱对象的"妇女"修改为"他人"。据此，有些属于侵害妇女性自主权的侮辱行为不能归入猥亵行为；有些属于侵害男性的性自主权的侮辱行为依然不能认定为强制猥亵罪。显然，从立法论上来说，这一修改存在明显的缺陷。立法机关工作人员指出："妇女、儿童虽然是猥亵行为的主要受害群体，但实践中猥亵男性的情况也屡有发生，猥亵十四周岁以上男性的行为如何适用刑法并不明确，对此，社会有关方面多次建议和呼吁，要求扩

[44] 本罪中的侮辱不同于刑法第 246 条规定的侵害名誉的侮辱罪。
[45] 高铭暄主编：《新编中国刑法学》下册，中国人民大学出版社 1998 年版，第 702~703 页。

大猥亵罪适用范围，包括猥亵十四周岁以上男性的行为，以同等保护男性的人身权利。因此，《刑法修正案（九）》将第一款罪状中的‘猥亵妇女’修改为‘猥亵’他人，使该条保护的对象由妇女扩大到了年满十四周岁男性。”“本款规定的‘侮辱妇女’，主要指对妇女实施猥亵行为以外的，损害妇女人格尊严的淫秽下流、伤风败俗的行为。例如，以多次偷剪妇女的发辫、衣服，向妇女身上泼洒腐蚀物、涂抹污物，故意向妇女显露生殖器，追逐、堵截妇女等手段侮辱妇女的行为。”[46]也有教科书指出：“所谓猥亵，是指除奸淫以外的能够满足性欲和性刺激的有伤风化、损害他人性心理、性观念，有碍其身心健康的性侵害行为。所谓侮辱妇女，是指实施具有挑衅性有损妇女人格或者损害其性观念、性心理的行为。如公开追逐或者堵截妇女、强行亲吻、搂抱妇女等。”[47]但是，这样的说明不无疑问。其一，既然要平等保护男性的人身权利，为什么对于针对男性实施的上述“侮辱”行为（如向男性身上泼洒腐蚀物、涂抹污物）不处以相同的刑罚？其二，多次偷剪妇女的发辫、衣服，向妇女身上泼洒腐蚀物、涂抹污物的行为，没有侵害妇女的性行为自主权，不可能与强制猥亵相提并论，只能认定为刑法第 246 条的侮辱罪。倘若偷剪妇女衣服、向妇女身上泼洒腐蚀物，导致妇女身体裸露，当然属于强制猥亵。其三，行为人显露生殖器时没有使用暴力、胁迫等强制方法强迫妇女观看的，只是公然猥亵行为，根本不构成强制猥亵、侮辱罪。其四，“追逐、拦截”是刑法第 293 条明文规定的寻衅滋事行为，倘若将追逐、拦截妇女的行为认定为侮辱妇女，就意味着第 293 条的追逐、拦截对象仅限于男性，这显然不合适。更为重要的是，刑法第 237 条第 2 款规定“在公共场所当众”侮辱妇女的，“处五年以上有期徒刑”。根据上述观点，在公众场所当众追逐、拦截妇女的，就必须适用该法定刑，这显然不符合罪刑相适应原则。其五，强行亲吻妇女或者强行搂抱妇女的行为，当然属于强制猥亵行为。总之，上述观点所归纳的“侮辱妇女”行为，要么属于侮辱罪、寻衅滋事罪的行为，要么属于强制猥亵行为，要么不构成犯罪。事实上，上述观点是以旧刑法时代的司法解释为根据的。最高人民法院 最高人民检察院 1984 年 11 月 2 日《关于当前办理流氓案件中具体应用法律的若干问题的解答》指出：“侮辱妇女情节恶劣构成流氓罪的，例如：1. 追逐、堵截妇女造成恶劣影响，或者结伙、持械追逐、堵截妇女的；2. 在公共场所多次偷剪妇女的发辫、衣服，向妇女身上泼洒腐蚀物，涂抹污物，或者在侮辱妇女时造成轻伤的；3. 在公共场所故意向妇女显露生殖器或者用生殖器顶擦妇女身体，屡教不改的；4. 用淫秽行为或暴力、胁迫的手段，侮辱、猥亵妇女多人，或人数虽少，后果严重的，以及在公共场所公开猥亵妇女引起公愤的。”但是，旧刑法流氓罪中的侮辱妇女是对公共秩序的犯罪，现行刑法的强制侮辱罪是对个人法益犯罪。原封不动地照搬旧刑法时代的司法解释，明显不当。鉴于侮辱妇女实际上是指猥亵妇女，故本文主张，司法机关应当淡化“侮辱妇女”的概念，凡是属于强制猥亵行为的，均认定为强制猥亵罪；不属于强制猥亵行为的，分别按其他犯罪处理或者不以犯罪论处。

（二）强制猥亵、侮辱罪是否属于倾向犯？

许多论著认为，强制猥亵、侮辱罪主观上必须出于刺激或者满足性欲的内心倾向。如有的教材指出：强制猥亵罪的动机是通过猥亵行为“寻求性的满足和下流无耻的精神刺激”[48]；有的教材指出：本罪“主观方面由直接故意构成，并且具有性刺激和性满足的目的”[49]；还有学者指出，强制猥亵属于倾向犯，但强制侮辱则不是倾向犯。[50]这一观点试图从主观方面区分强制猥亵与强制侮辱。

[46] 郎胜主编：《中华人民共和国刑法释义》，法律出版社 2015 年第 6 版，第 389～390 页。
[47] 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社 2016 年第 7 版，第 465 页。
[48] 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（下编），中国法制出版社 1999 年版，第 832 页；高铭暄主编：《新编中国刑法学》下册，中国人民大学出版社 1998 年版，第 703 页。
[49] 周道鸾、张军主编：《刑法罪名精释》（上），人民法院出版社 2013 年第 4 版，第 537 页。
[50] 参见陈家林：《〈刑法修正案（九）〉修正后的强制猥亵、侮辱罪解析》，《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2016 年第 3 期，第 71 页以下。

要求猥亵罪主观上具有刺激或者满足性欲的内心倾向，或许有两个好处：一是有利于区分猥亵行为与非罪行为的界限。例如，医生出于治疗的必要，为妇女检查身体的行为，因为不是出于刺激或者满足性欲的目的，故不成立强制猥亵罪。二是有利于区分强制猥亵罪与刑法第 246 条规定的侮辱罪的界限。即如果是出于性的刺激或者满足的倾向强制侮辱妇女的，则构成强制猥亵、侮辱罪；如果是单纯出于毁损名誉的意图，则构成刑法第 246 条的侮辱罪。尽管如此，我仍然认为，强制猥亵、侮辱罪的成立并不需要行为人主观上出于刺激或者满足性欲的倾向或目的。

不要求行为人主观上出于刺激或者满足性欲的倾向，是因为即使没有这种倾向的行为也严重侵犯了妇女的性行为自主权。刑法规定本罪是为了保护妇女的性行为自主权，而不是保护公共秩序。但行为是否侵犯了妇女的性行为自主权，首先是取决于行为性质。易言之，根据刑法的规定，如果故意对妇女实施了强制猥亵行为，就侵犯了妇女的性行为自主权。由于刑法对于猥亵行为的具体内容不可能具体规定，故什么是猥亵行为，只能根据社会的一般观念进行判断。至于行为人主观上是否出于刺激或者满足性欲的倾向，则不能左右其客观行为是否侵犯了妇女的性行为自主权。以强奸罪为例。行为人实施强奸行为，大体上都是为了刺激或者满足性欲，但根据刑法的规定，刺激或者满足性欲的目的，也不是强奸罪的主观要素。如有的行为人出于报复目的强奸妇女或者教唆第三者强奸妇女，这种行为显然构成强奸罪。因为行为人客观上实施了强奸或者教唆强奸的行为，主观上认识到强奸行为违背妇女意志，并决意强奸或者教唆强奸，实质上也侵犯了妇女的性行为自主权。这说明，即使不是出于刺激或者满足性欲的倾向或目的，也完全可能侵犯他人性行为自主权，可能构成强奸罪。强制猥亵、侮辱罪也是如此。

不要求行为人主观上出于刺激或者满足性欲的倾向，也完全可以从客观上判断某种行为是否属于猥亵、侮辱行为。例如，对于医生出于治疗的必要并征得妇女的同意而检查妇女身体的行为，不可能认定为强制猥亵、侮辱罪；即使医生在检查妇女身体时具有刺激或者满足性欲的目的，也不可能将这种行为认定为强制猥亵、侮辱妇女罪。

不要求行为人主观上出于刺激或者满足性欲的倾向，也完全可以区分强制猥亵、侮辱妇女罪与刑法第 246 条侮辱罪的界限。对妇女的性行为自主权的侵犯，也是对妇女名誉的侵犯，但针对妇女而言，性行为自主权的法益性质显然重于其他方面的名誉，于是刑法对侵犯妇女的性行为自主权的行为作了特别规定。因此，凡是侵犯妇女的性行为自主权的行为，就不再属于第 246 条的侮辱行为。陈家林教授指出：“将所谓奸夫淫妇裸体示众，意图羞辱的其实还是女性性的羞耻心；对于被示众的男性，细究行为人的主客观，与其说是要侵犯男性的性权利，还不如说是意图及实际侵犯的是男性的名誉权。所以将这种行为认定为侵犯名誉权的侮辱罪而非侵犯性权利的强奸猥亵、侮辱罪更具有合理性。而且如果行为人仅是单纯将所谓‘奸夫’裸体示众，那只需要认定为侮辱罪；如果行为人同时将所谓‘奸夫淫妇’裸体示众，那么可以认定行为人的行为同时触犯强制侮辱罪与侮辱罪，从一重罪即强制侮辱罪处断，不会发生罪刑不均衡的问题。”[51]但我认为，这一观点显然对男女的权利实行了不平等的保护。而且，认为将他人裸体示众的行为不属于猥亵的观点，也不无疑问。

要求行为人主观上出于刺激或者满足性欲的倾向，会导致过于缩小处罚范围。例如，在规定了强要罪的国家，即使要求行为人主观上出于刺激或者满足性欲的倾向，对于不是出于刺激或者满足性欲的倾向的猥亵行为也可以认定为强要罪。在中国，如果作出同样的要求，则因为没有规定强要罪，而导致这种行为无罪。这样缩小处罚范围，必然不利于保护法益。

要求行为人主观上出于刺激或者满足性欲的倾向，会导致本罪与刑法第 246 条的侮辱罪的不平衡。例如，甲为了羞辱损毁妇女的名誉，而当众剥光妇女衣裤。乙为了刺激或者满足

[51] 陈家林：《〈刑法修正案（九）〉修正后的强制猥亵、侮辱罪解析》，《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2016 年第 3 期，第 73 页。

性欲，而在没有第三者在场的情况下剥光妇女的衣裤。显然甲的行为对乙的法益的侵害远远重于乙的行为，对甲的处罚应当重于对乙的处罚。但如果认为强制猥亵、侮辱罪是倾向犯，那么，由于甲主观上没有刺激或者满足性欲的倾向，只能认定为侮辱罪（以被害人告诉为前提），在“三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利”的法定刑内量刑。而乙由于具有特定的内心倾向，被认定为强制猥亵、侮辱罪，在“五年以下有期徒刑或者拘役”的法定刑内量刑。这显然不均衡。如果不要求行为人主观上出于刺激或者满足性欲的倾向，则甲的行为与乙的行为都构成强制猥亵、侮辱罪，对于甲的行为适用刑法第 237 条第 2 款，在“五年以上有期徒刑”的法定刑内量刑，对于乙的行为适用同条第 1 款，在“五年以下有期徒刑或者拘役”的法定刑内量刑。这便使得对甲、乙的处罚协调。

四、聚众淫乱罪

刑法第 301 条第 1 款规定：“聚众进行淫乱活动的，对首要分子或者多次参加的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。”由于法条没有将“公然”作为构成要件要素，于是，对成年人自愿秘密实施的聚众淫乱行为，应否认定为本罪，就成为争论的重要问题。引发争论的是发生在南京的换偶案。

2006 年夏天至 2009 年 8 月间，马尧海（某大学副教授）、肖娴、向元群、苏益民等 20 余人，通过马尧海创建的“夫妻情侣自助旅游”、向元群创建的“南京派对”、苏益民创建的“蓝玫瑰”等 QQ 群结识后，分别结伙先后在马尧海家中或者宾馆房间自愿进行性行为。2010 年 4 月 7 日，南京市秦淮区检察院以聚众淫乱罪指控马尧海等 22 名被告人，秦淮区法院以不公开方式审理了此案，2010 年 5 月 20 日，秦淮区法院公开宣判，马尧海等人以聚众淫乱罪被追究刑事责任，马尧海获刑 3 年 6 个月，其他人被判处缓刑至 3 年 6 个月不等的刑罚。

在案件披露后、法院判决之前，网民就马尧海等人的行为是否成立聚众淫乱罪出现了两种截然相反的意见；在法院判决后，同样存在支持与反对两种观点。两种观点的争论内容，与上世纪 50 年代哈特（Hart）与德富林（Devlin）之间关于法律能否强制推行道德的争论相似。

反对将马尧海等人的行为认定为犯罪的网民指出：“在谈性不色变的今天，看黄碟，下载 AV，是很正常的行为，我们不会希望这会成为被逮捕的理由。如果尊重小部分人的权利，尊重私域内的行为，也等于保护了自己。因为每个人都有成为‘少部分人’的那种可能。”[52]“法律是用来保护国家、集体和公民个人的利益不受损害，当一个人的行为伤害或者影响了其他集体或者个人，此时需要法律对其进行处罚。在此案中，凭心而论，南京副教授马尧海和他的‘同道’们在私人空间行私密之事，他们影响到谁了，又伤害到谁了呢？……如果在没有伤害其它人的前提下影响了社会道德，需要用《刑法》来惩治吗？……我们质疑以《刑法》惩罚南京副教授马尧海‘换偶’并不意味着支持它、鼓励它或者也要去尝试它……希望总有一天大多数公民都能意识到，这个世界是多元的，在不影响和伤害其它人的利益的前提下，我们应允许‘不同’的存在，这些‘不同’可能高尚也可能低俗，也许你不喜欢他们，也许你很讨厌他们，但可以谴责、可以抨击、可以退避三舍、更可以洁身自好。但不管怎样，你都要尊重他们存在的权利，你无权消灭他们。”[53]调查显示，反对将马尧海等人的行为认定为犯罪的占 68.86%。

支持将马尧海等人的行为认定为犯罪的网民指出：“道德和法律都是社会主流约束社会少数人不良行为的。所以，少数人的不良行为受到指责、批评甚至法律制裁是非常正常的。法律规定了，就违法，违法就要接受制裁。如果大多数认为不合理，就修改法律。支持法官

[52] http://star.news.sohu.com/s2010/huanou
[53] http://news.sina.com.cn/z/jjylbh

的判决！”“中国人的历史传统在此种行为方面是一贯保守的，有些人认为此种行为不关乎社会秩序，错了，此种行为对具有保守传统的中国人的社会次序的破坏是非常之大的。看看网上那些赞同者，大都以外国怎样怎样为依据，却不顾中国国情，过于片面了。大家想想，如果全国范围内此种泛滥，后果会怎样呢？我相信赞同者也接受不了这样的后果的。”[54]

刑法学界从立法论上对刑法第 301 条的规定形成了三种观点。

第一种观点主张保留聚众淫乱罪的规定，如屈学武教授指出：“一个社会是有一定社会准则要求的，群男群女在一起淫乱，对社会有很不好的示范效应，会引起婚姻家庭的混乱，社会的混乱，难道这是我们所推崇和允许的吗？刑法第 301 条规定聚众淫乱罪是必要的。”[55]欧爱民教授指出：聚众淫乱“对婚姻家庭的生育功能造成冲击”，“会使婚姻家庭的约束功能荡然无存”，“会使婚姻家庭的纽带功能断裂”，“使婚姻家庭的情感功能名存实亡”，“极大地弱化了婚姻家庭的经济功能”。因此，“对婚姻家庭制度加以严格的法律保护是一种理性的选择。也正是基于此点考虑，为了防止人们被贪婪欲望所迷惑而作出让聚众淫乱非犯罪化的短视行为，立宪者深谋远虑，将婚姻家庭制度纳入宪法的制度性保障范围，使之具有对抗多数民意的力量。宪法是人类文明的守护者，是芸芸众生的镇静剂，为了防止人们滥用性自由，它为我们戴上了制度的枷锁，让我们只能在制度的框架下享受性福。这既是聚众淫乱罪的宪法使命，也是它的正当性所在 。”[56]不过，上述种观点对马尧海案件所造成的危害的描述，可谓危言耸听。通奸是违反配偶意志的行为，既然通奸对家庭所造成的危害也没有达到值得科处刑罚的程度，经过配偶同意的行为，更不可能值得科处刑罚。

第二种观点主张逐步废除聚众淫乱罪。如姜涛教授指出：“在聚众淫乱行为的去罪化上，应走一条‘先淡出，再退出’的路线，而‘淡出’表明，为了避免无根据的道德审判，应该理性定位刑法的范围：处罚组织者而不处罚参加者；处罚公开者而不处罚秘密者；处罚再犯者而不处罚初犯者。”[57]这种观点照顾到了部分民众的意见，但其具体观点还存在疑问。例如，对于秘密实施的聚众淫乱行为，即使仅处罚组织者，恐怕也不妥当。况且，刑法第 301 条第 1 款规定仅处罚首要分子与多次参加者，故上述观点对聚众淫乱罪并没有作出明显的限制。

第三种观点认为，应当废除聚众淫乱罪。例如，陈伟教授指出，动用刑罚规制聚众淫乱行为超越了刑法的作用范畴，实际上是运用刑法强占道德领域，不当干涉了公民个人自由。“把聚众淫乱罪排除在犯罪圈之外，是基于多元视角进行理性反思之后的正确抉择。”[58]社会学家李银河指出：“不能用法律尤其是刑法来解决道德问题。在一个传统社会，道德的问题有时可以直接用法律来解决，但是，现代社会不能这样做，道德的问题只能用说服教育的办法来解决，不能用刑罚的方法来解决。”“不能以一部分公民的生活方式为准订立法律来惩罚另一部分公民的生活方式。聚众淫乱罪就是以一部分公民的生活方式为准订立的惩罚另一部分公民的生活方式的法律，所以应当废除。[59]可是，如果完全废除聚众淫乱罪，就意味着在其他国家均受处罚的公然猥亵行为，在中国也不成立犯罪，这可能不合适。

立法上应否废除聚众淫乱罪当然是可以讨论的。问题是，从解释论上来说，对马尧海等人的行为能否认定为聚众淫乱罪？对此问题的回答，也有利于从立法论上讨论聚众淫乱罪的存废问题。

上述秦淮区法院的判决，对刑法第 301 条第 1 款规定完全采取了字面含义的解释。裁判理由指出：“刑法所保护的公共秩序不仅仅是公共场所秩序，公共生活也不仅仅指公共场所

[54] http://comment2.news.sohu.com/default/ comments.shtml?t=271336722
[55] 屈学武：《聚众淫乱罪与刑法过剩无关》，《法制资讯》2010 年第 4 期，第 70 页。
[56] 欧爱民：《聚众淫乱罪的合宪性分析——以制度性保障理论为视角》，《法商研究》2011 年第 1 期，第 39 页以下。
[57] 姜涛：《刑法中的聚众淫乱罪该向何处去》，《法学》2010 年第 6 期，第 3 页。
[58] 陈伟：《聚众实施性行为的非犯罪化考量》，《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2012 年第 6 期，第 99 页以下。
[59] 李银河：《对取消聚众淫乱罪提案的解释》，《法制资讯》2010 年第 4 期，第 68 页。

生活，《中华人民共和国刑法》将聚众淫乱罪归类在扰乱公共秩序罪这一大类中，说明聚众淫乱即侵害了公共秩序，此种行为的故意已经包含在行为之中；无论聚众淫乱行为发生在私密空间还是在公共场所，不影响对此类行为性质的认定，当达到刑法所规定的程度时，即构成犯罪；聚众诱他的罪所涉及的行为本是行为人自愿的行为，如果其中有强迫或者胁迫的情形，就可能触犯刑法规定的其他罪名，所以自愿参加不是构成该罪的否定性条件或因素……被告人马尧海等人为了寻求感官刺激，多次聚焦少则三人、多则十余人，在同一时间和空间内进行性交、口淫等淫乱行为，已经构成聚众淫乱罪。”[60]这一裁判理由显然只是从字面含义上形式地理解刑法第 301 条的规定。大多数刑法教科书同样对本罪的构成要件进行了字面含义解释，而没有进行实质限定。例如，黎宏教授指出：“本罪所保护的只能是一种众人不得在一起聚众淫乱的性风俗。”[61]据此，众人在一起秘密实施的聚众淫乱行为，也侵害了本罪的保护法益。诚然，刑法是将聚众淫乱罪规定为扰乱公共秩序的犯罪，但这并不意味着任何形式的聚众淫乱行为都必然扰乱公共秩序。换言之，上述判决没有考虑什么样的聚众淫乱行为才会侵害公共秩序。

我认为，在认定聚众淫乱罪时，不能按字面含义从形式上理解本罪的构成要件。刑法理论没有争议地将“众”解释为三人以上，但不能认为三人以上聚集起来实施淫乱活动的，一律构成本罪。刑法规定本罪并不只是因为该行为违反了伦理秩序，而是因为这种行为侵害了公众对性的感情，[62]尤其是侵害了性行为非公开化的社会秩序。因此，三个以上的成年人，基于同意所秘密实施的性行为，因为没有侵害本罪所要保护的法益，不属于刑法规定的聚众淫乱行为。只有当三人以上以不特定人或者多数人可能认识到的方式实施淫乱行为时，才宜以本罪论处。[63]概言之，只有当淫乱行为具有公然性时，才能认定为聚众淫乱罪。这里的公然性，是指淫乱行为的公然性，而不是指聚众行为的公然性。换言之，只要性行为是秘密实施的，即使招集、邀约行为具有公开性，也不应认定为聚众淫乱罪。只要做出这样的限定，那么，聚众淫乱罪实际上所处罚的只是部分公然猥亵行为。在刑法没有规定公然猥亵罪的情况下，也不应当废除以公然性为前提的聚众淫乱罪。

[60] （2010）秦刑初字第 66 号。
[61] 黎宏：《刑法学各论》，法律出版社 2016 年第 2 版，第 391 页。不过，黎宏教授对“淫乱”本身进行了一定的限制，即淫乱行为必须“让一般人感到恶心”。
[62] 参见[日]平野龙一：《刑法概说》，东京大学出版会 1977 年版，第 268 页以下。
[63] 在中国，二人在公共场所自愿发生性交或者裸露身体，或者一人故意在公共场所裸露身体，使众人有目共睹的行为，属于法无明文规定的公然猥亵，不成立犯罪（符合猥亵儿童罪构成要件的除外）。

性犯罪の問題をめぐる論争

張明楷（清華大学法学院教授）
（洪兆承　訳）

一、概説

中国の現行刑法に規定された性犯罪は以下の種類に分かれている。第一種類は性行為の自主権利を侵害する犯罪であり、この種類において、（14 歳未満の幼女を姦淫するという準強姦罪を含めて）強姦罪、強制わいせつ・侮辱罪、児童わいせつ罪がある。第二種類は多衆集合して、淫行を行う犯罪であり、この種類において、多衆集合淫行罪や未成年者多衆集合淫行勧誘罪がある。第三種類は売春、買春に関する犯罪であり、この種類において、売春組織罪、売春強要罪、組織売春援助罪、売春勧誘場所提供紹介罪、幼女売春勧誘罪、性病蔓延罪があり、元の幼女買春罪は 2015 年 8 月の《刑法修正案（九）》によって削除された[1]。第四種類はわいせつ物に関する犯罪であり、この種類において、営利目的わいせつ物製作・複製・出版・販売・頒布罪、わいせつ図書雑誌出版許可番号提供罪、わいせつ物頒布罪、わいせつ音像作品放送組織罪、わいせつ興行組織罪がある。

刑法において、第二種類から第四種類の犯罪が社会法益に対する犯罪として定められたが、私の考えからすれば、未成年者多衆集合淫行勧誘罪、売春強要罪、幼女売春勧誘罪が実際に個人の性行為の自主権利も侵害したので、これらの犯罪も個人法益に対する犯罪に属するとされるべきであると思われる。

上述の犯罪において、最高で死刑に処せられるのは強姦罪しかない（加重の情状が必要である）。もともと売春組織罪、売春強要罪の最高刑も死刑であったが、《刑法修正案（九）》によって無期懲役に改正され、他の犯罪の法定刑は最高で有期懲役である。

刑法の理論と実務からみると、論争がより多いのは、強姦罪、強制わいせつ・侮辱罪、多衆集合淫行罪の 3 つである。以下では、この 3 つの犯罪の問題をめぐる論争を分析し、批判することにしたい。

二、強姦罪

（一）概説

中国刑法 236 条 1 項では、「暴行、脅迫、又は他の方法により、女子を強姦した者は 3 年以上、10 年以下の有期懲役に処する」と規定されている。これは強姦罪についての基本規定である。条文において、「強姦」については明確に規定されていないが、すべての刑法理論はこれを「性交を強要する行為」としている。実は性交という概念を伝統的な考えとは異なって、つまりいままでわいせつとするものを強姦行為に含めるように解釈しう

[1] 幼女買春罪の法定刑は 5 年以上、15 年以下の有期懲役であったのに対し、幼女姦淫の罪の法定刑は 3 年以上、10 年以下の有期懲役であり、加重の場合には法定刑が 10 年以上の有期懲役、無期懲役、死刑である。一般人の誤解、及び幼女買春を幼女姦淫の特別規定とするという刑法学界の通説によって、処罰のアンバランスを招くことになった。そこで立法府が幼女買春罪を削除し、現在では幼女買春が直接に幼女姦淫罪と認定されるようになる。

る。例えば、多数の国家及び地区の刑法において、男子が強制に自分の性器を女子の肛門、或いは口に挿入するということはすでに強姦行為として明文に規定された。中国において、このような行為を強姦行為とすることについては解釈論上の障害がないが、ただ考え方の障害のみが存在している。現在では刑法の理論と実務は例外なくて強姦行為を狭義的な性交行為に限定している。本項といえば、強姦という概念自体には論争がないが、もっとも論争があるのは、婚姻内の強姦、つまり夫が妻に性交を強要する場合には強姦罪が成立するかという問題である。同条２項では、「14歳未満の幼女を姦淫したとき、強姦とし、重く処罰する」と規定されている。この条項について論争となるのは、幼女姦淫罪が成立するため、行為者は相手が幼女であることを認識しなければならないのかということである。同条三項では「女子を強姦し、幼女を姦淫する場合において、次に掲げるいずれの事情があるときは、１０年以上の有期懲役、無期懲役、または死刑に処する。（一）女子を強姦し、又は幼女を姦淫し、情状が悪質であること（二）多数の女子を強姦し、または多数の幼女を姦淫すること（三）公衆の場所において公然に女子を強姦すること（四）二人以上で輪姦すること（五）被害者を死亡させ、負傷させ、又は他の重い結果を生じさせたこと」と規定されている。その中に、もっとも議論されたのは第四号の「輪姦」の成立要件と既遂の基準である。

（二）強姦罪の主体

強姦罪の行為主体が一般的には男子であり、そして単独犯の行為主体が男子しかなりえない[2]一方、他方では女子が強姦罪の教唆犯、幇助犯の行為主体になり得て[3]、その他には間接正犯にもなりうるということが肯定されうる[4]。問題となるのは、夫が妻に性交を強要することに強姦罪の成立を認めるかということである。

1. 判例

中国には婚姻内強姦に関して、二つの重要な判例がある。白俊峰事件において、法院は夫の強姦罪の成立を否定した。1994年の４月には白俊峰と姚某は婚姻届を提出した。その後、二人は常に喧嘩して、時々殴り合いをした。1995年２月には、姚某は白俊峰に離婚の意思を表明し、自分の親の家に戻った。しかしそのあと結納金の返還など、様々の問題について争いがあり、和解協議書を作成することができなかった。1995年の５月２日約20時ごろには、両方とも次の日に公正の第三人に仲裁を頼むことを同意したが、一時間後、白俊峰は姚某の家に戻って、姚某の家に泊まり、そして閨事を彼女に要求した。姚某はそれを拒否したが、白俊峰は被害者の反抗に構わず、強引に性交を行った。法院は合法の婚姻が存続している間には暴力の手段で被害者との性交渉を強要した白俊峰の行為が強姦罪に該当しないとした。その理由は「同居と性生活は夫婦の間に対等的な人身権利や義務の内容である。双方が合意をもって婚姻の届出をしたとは、法律上、同居と性生活を承諾したことを意味した。そこで、法律からみると、合法の夫妻関係において、夫が妻の性行為の自主権利を侵害することがありえない」[5]ということである。この判決の結論は論争を引き起こさなかった。なぜなら、その前には婚姻内強姦を無罪とした判決がないが、多数の学説が婚姻内強姦に対して、強姦罪の成立を主張しなかったからである。

王衛明事件において、法院は強姦罪の成立を認めた。王衛明は銭某と結婚してから、1996年６月に別居することになり、その同時に王は裁判所に離婚訴訟を提起したが、法院はそれを棄却した。そのあと、二人は一度も同居しておらず、1997年３月には王は再び離婚訴訟を提起し、1997年10月８日に法院は離婚を認め、判決書を送達し、双方の当事者は判決について異議がなかった。しかし、判決の効力がまだ発生していない1997年10月13日の夜には、王衛明は噛み、掴みなどの暴力の手段で銭某に性交を強要した。法院は判決の効力がまだ生じていなかったが、二人の間には正常な婚姻関係がすでに存在しておらず、この場合には暴力の手段で自分の妻である銭某と性関係を結ぶ行為が強姦罪に該当したとし、1999年12月21日に王衛明に対して強姦罪で有期懲役３年（執行猶予３年付き）という有罪判決を下した[6]。

単に婚姻内強姦を認めるべきであるかという視点からみると、この２つの判決には矛盾があるようにみえるが、最高人民法院刑事審判庭の提供した裁判理由からみれば、両判決の判決理由は完全に一致していると思われる。白俊峰事件の裁判理由において、法院は「違法の婚姻関係やすでに離婚訴訟に入ったことなど、婚姻関係はすでに未定の状態になった場合、夫は妻の意思に反して、暴力の手段で性関係を結ぶことを強要すれば、刑法の理論からみると、強姦罪が成立しうる」と指摘し、白俊峰事件において、「妻が離婚を提出し、地方の人の仲裁を受けたが、人民法院や婚姻届出機関に離婚を提起しておらず、離婚訴訟を開始しなかった。そこで夫婦の間に性生活に関する承諾がなお有効であり、よって白俊峰の行為が強姦罪を構成しない」[7]とした。王衛明事件の裁判理由も同じである。法院は「夫は一般的には強姦罪の行為主体になりえない。しかし、夫婦の同居義務は自主的な結婚行為から推定された倫理的なものであり、法律に定められた強制的な義務ではない。そこで、具体的な状況を区別せず、すべての婚姻内強姦に関わる犯罪の成否を検討しないのはやはり論理的ではない。例えば離婚訴訟の間に、婚姻関係がすでに法定の解除手続きに入ったように、非正常な状態で存続している間には、その関係がまだ存在しているが、もはやこれによって、性行為に対する女性側の同意を推定することができなくなる。本件において、被告人である王衛明と銭某との間の婚姻関係が王衛明の主観の中にすでに消滅した…彼と銭某との関係はもはや正常な婚姻関係に属しなくなった…この状況において、被告人はこの特殊な時期に銭某の意思に反して、ねじり、掴み、噛み等の暴力の手段で銭某に性交を強要し、銭某の人身権利と性行為の自主権を甚だしく侵害し、その行為は強姦罪の主観と客観の構成要件要素に該当し、強姦罪となった」[8]と指摘した。

このことに鑑みると、最高人民法院は白俊峰事件と王衛明事件において、婚姻内強姦という問題について、以下の処理基準を確立した：婚姻が正常に存続している間には、夫が妻に性交を強要する行為に強姦罪が成立しないのに対し、婚姻関係が非正常な状態で存続しているときには上述の行為が強姦罪となる。上述の両判決をみると、最高人民法院はただ離婚訴訟の期間を「婚姻関係が非正常な状態で存続している時期」とするのみである。

2. 学説

刑法理論において、婚姻内強姦という問題に対しては３つの考え方がある。

第一の考え方は完全否定説である。その主なる理由は以下である：「夫が妻と性交を行うのは法律に保護された自分の権利の行使であり、妻としても、夫の要求に応じて性交を行う義務がある。そこで、夫の採った手段は不当であるが、これによって、まだ強姦罪の成立が認められえない。なぜなら、このような状況の下に行われた性行為は妻の意思に反

---

[2] フェミニズムの観点から出発し、立法論において、女性も刑法の強姦罪の直接正犯と規定すべきであるという学者の見解もある。王燕玲「刑法女性主义法学视域下强奸罪之辨思」政法论坛６期159~160頁（2015年）を参照。

[3] 高銘暄、马克昌編『刑法学（７版）』464頁（北京大学出版社、高等教育出版社2016年）を参照。

[4] 张明楷『刑法学（下）（5版）』868頁（法律出版社2016年）；黎宏『刑法学各论（2版）』230頁（法律出版社2016年）；周光权『刑法各论（3版）』32−33頁（中国人民大学出版社2016年）を参照。

[5] 最高人民法院刑事審判第一庭編『刑事審判案例第３辑』23頁以下（法律出版社1999年）を参照。

[6] 最高人民法院刑事審判第一庭編『刑事審判案例第７辑』25頁以下（法律出版社2000年）を参照。

[7] 最高人民法院刑事審判第一庭編『刑事審判案例第３辑』25頁、26頁（法律出版社1999年）を参照。

[8] 最高人民法院刑事審判第一庭編『刑事審判案例第７辑』28-29頁以下（法律出版社2000年）を参照。

するものであるが、違法なものとはいえないからである」[9]。いいかえると、「婚姻契約の中に、互いの配偶者の合意による性生活はすでにその契約の一部として法律に認められているので、契約が解除されない限り、性生活が合法であることは疑われていない」[10]。言語学の観点で、「姦」の意味からみれば、夫婦の間に強姦がありえないと説明する学者[11]もおり、中国古代刑法の用語として、「姦」という字の意味が変化する過程を遡って、「「姦」が一般的な性行為ではなく、専ら婚姻外の性行為を意味し、よって、婚姻内強姦を刑法の強姦罪の適用範囲に納めるのは困難であろう」とする学者[12]もいる。

全面否定説の大部分は早期の考え方である。夫が妻を強姦する罪の行為主体になりうることを完全に否定するのは、事実上的にはおよそありえない。例えば自分の妻を強姦するように他人を教唆し、幇助すること、夫が他人とともに妻を輪姦すること、夫が公衆の前に妻に性交を強要することなどにおいて、夫の強姦罪を認めるべきであると思われる[13]。

第二の考え方は完全肯定説である。例えば、「強姦罪の行為主体は一般的なものであり、つまり刑事の責任年齢に達し、刑事の責任能力を備えるすべての者がこれになりうる。このことは行為者が夫である場合にもあてはまる。性の不可侵の権利は女性の人身の権利にとって重要なものであり、婚姻法の基本原則の中の一つとして、女性の権利保護の規定は誰も女性の合法的権利を侵害しえないとも明示している。夫が妻の意思に反して、強制の手段で妻の性の自主権利を侵害する場合、その行為を強姦罪で論じるべきである」[14]と指摘した学者もいる。また、「自分の妻を傷害し、虐待する行為には傷害罪、及び虐待罪が成立する以上、妻を強姦する行為には強姦罪が成立するのは明らかである。婚姻内強姦行為は女性の性行為の自主権利を甚だしく侵害し、これを強姦罪と認めるのは罪刑法定主義に違反するとはいえない」[15]と指摘した学者もいる。

刑法の規定からすると、強姦罪の客体は女子であり、婚姻外の女子ではないので、婚姻内強姦を認めても差し支えないと思われる。しかし、以下の点を考慮すれば、全面肯定説にも問題があると認めざるをえない。第一には中国刑法の強姦罪は親告罪ではなく、警察による職権乱用はなお一般的である。そこで、もし婚姻内強姦を全面的に肯定すれば、警察による恣意介入を招き、却って女性の権利を侵害するおそれがあると思われる。例えば、中国には警察が夜間に住宅に侵入して、夫婦が「黄碟」（アダルトビデオ）を見ることについて取り調べを行う事件[16]がある。当時の警察の行為は合法的であるとは言えない。もし婚姻内強姦を全面的に認めるのであれば、警察が夜間に住宅に侵入して強姦犯人を逮捕することも排除されえない。第二にはいわゆる「包办婚姻」（自分の意思によらずに、全

[9] 高铭暄、王作富编『新中国刑法的理论与实践』535頁（河北人民出版社 1998年版）を参照。
[10] 陈兴良等著『案例刑法教程（下卷）』209頁（中国政法大学出版社 1994年版）を参照。
[11] 刘宪权「婚内定“强奸”不妥」法学 2000年第3期 58頁以下を参照。
[12] 陈兴良「婚内强奸犯罪化：能与不能——一种法解释学的分析」法学 2006年2期 58頁を参照。しかし，後述のように、陳興良教授も全面否定説を採っていない。
[13] 王作富编『刑法分则实务研究》（中）（5版）』761頁（中国方正出版社 2013年）；张明楷『刑法学》（下）（5版）』869頁（法律出版社 2016年）を参照。
[14] 欧阳涛编『当代中外性犯罪研究』112－113頁（社会科学文献出版社 1993年版）、他には黎宏『刑法学各论（2版）』230頁（法律出版社 2016年）を参照。
[15] 李立众「婚内强奸定性研究」中国刑事法杂志 2001年第1期 60頁以下を参照。
[16] 2002年8月18日午後23時には、延安市公安局宝塔分局万花山交番の警察は当事者張某とその妻の寝室に侵入して、二人がアダルトビデオを見ることを発見した。警察がそのビデオと再生機器を差し押さえようとした過程において、張某が警察を傷害したが、彼とその妻は警察が先に手を出したと反論した。当晩、張某は警察によって交番に連行され、留置された。8月22日には宝塔公安分局は警察を傷害する張某の行為を公務妨害として立件し、その取り調べを分局治安大隊に委ねた。10月21日には、張某は分局に公務妨害罪の疑いで逮捕され、25日には宝塔区人民検察院に勾留の請求を提出した。11月4日には検察院が請求を却下し、5日には分局が強制処分を変更し、張某に保釈処分を下した。12月5日には分局は保釈処分を解除し、張某の案件を取り消すと宣言した。

部親に任せて結婚相手を決めるということである）、及び家庭内における夫婦の地位格差は今でもなお若干の地域（特に農村地帯）に存在しているので、夫は妻の意思に構わず、強制に性交をすることはまだ多い。これらのことを全部、強姦罪で処罰するのは現在の中国の社会状況には相応しくない[17]と思われる。第三には現行刑法の規定によると、強姦罪は重罪であり、その犯罪行為に対して正当防衛を行うことができる。もし婚姻関係が正常な状態で存続している間に発生した「婚姻内強姦」を強姦罪と認めれば、必ずたくさんの不利な結果や消極的影響をもたらすことになる。そこで、たとえ全面肯定説の主張者でも、婚姻内強姦を強姦罪と認定する際に、女性の意思に違反する程度、及び強姦を肯定するための証拠のハードルが一般の強姦罪の認定より高いと認めざるをえず、つまり「妻が法廷に提訴する場合、一般的には離婚訴訟が行われているという客観的な事実などによって、性行為が妻の意思に違反することを証明することができる。これに対し、このことを証明するための十分な、確実な証拠がなければ、法廷は夫の行為が強姦罪を構成しないと宣告すべきである」[18]ということである。そうだとすれば、このような全面否定説は以下の折衷説とは大体、同じである。実は婚姻内強姦を肯定する裁判例は極めて稀であり、しかも上述の離婚訴訟の期間、及び事実婚の期間に関わるものに限られている。

第三の考え方は折衷説である。折衷説は実際には最高人民法院の基本的な考えに同意する。例えば陳興良教授は「白俊峰事件と王衛明事件において、最高人民法院は以下のように、婚姻内強姦という問題を処理する基準を確立した：婚姻関係が正常な状態で存続している間に、夫が強姦罪の行為主体になりえないのに対し、これが非正常な状態で存続している間には、夫が行為主体になりうる。」[19]と指摘した。この点について、筆者も基本的に賛成するが、「婚姻関係が非正常な状態に存続している」ということを拡張的に解釈すべきであり、（1）感情の破綻による夫婦別居、（2）離婚訴訟を提起するあと、という場合も包含すべきであると思われる。梁根林教授も「夫婦の間には感情が確実に破綻し、婚姻がすでに名ばかりのものになり、よって夫婦が別居し、又は離婚訴訟を提起するに至る場合には、夫婦の双方、又はいずれかがすでに婚姻内性関係に関する承諾を中止し、もしくは法律上、婚姻関係を取り消す意思表示をすることは明確に示される。このような意思表示はまだ法院の確定判決によって最終的に承認されていないにも関わらず、それ自体はすでに婚姻関係の取り消し、及び同居義務の免除についての夫婦双方の意思を明確に表した。この場合、夫が妻の意思に反して暴力手段で妻に性交を強要すれば、強姦罪の実質要件、つまり女性の意思違反ということは明らかに存在し、よって強姦罪の構成要件に該当する」[20]とした。

刑法の学説において、折衷説は大体、多数説である。その中心となる理由は婚姻関係が非正常な状態で存続している間に、妻には同居義務がないということである。陳興良教授の指摘したように、「同居義務は法律的なものであり、夫婦に性生活を含めて、共同に生活することを要求するものである。しかしこれは絶対的なものではない。婚姻関係が存続している間でも、一定の条件を備えれば、例えば正当事由による同居の一時停止、或いは法定事由による同居の停止のように、その義務を停止し、免除することもできる。婚姻関係が正常な状態で存続しているかどうかは法定事由による同居義務の停止の有無を基準として判断されるべきである。夫婦が感情の破綻で別居する間に、或いは離婚訴訟を提起したあと、同居義務の履行が停止するとされるべきであり、婚姻関係が非正常な状態になると思われる。これらの時期において、同居義務の履行が停止するため、夫が妻に性交を

[17] 江任天「对强奸罪中“违背妇女意志”问题的再认识」法学研究 1984年第5期 39~40頁を参照。
[18] 李立众「婚内强奸定性研究」中国刑事法杂志 2001年第1期 62頁を参照。
[19] 陈兴良「婚内强奸犯罪化：能与不能——一种法解释学的分析」法学 2006年第2期 60頁を参照。
[20] 梁根林「刑事政策视野中的婚内强奸犯罪化」法制与社会发展 2003年第4期 127頁を参照。

強要する行為には強姦罪が成立する」[21]とされた。梁根林教授は刑事政策の観点から折衷説に賛成したものの、同時に如何に「手段、情状、結果が重大であるとされる婚姻内強姦罪の状況…を犯罪化にすべきであるのは…当事者の具体的な婚姻状況によって区別されて明らかにされるべきであり、つまり強姦罪について、婚姻関係と同居義務による制約を考慮しなければならない」[22]と認める。折衷説は婚姻内強姦という問題の処理にとって現実性のある考え方であり、しかも中国の国情により適合すると思われる。しかし、この見解は上述の第一と第二の学説に批判される。

例えば、全面否定説から以下のような疑問が提示された :離婚訴訟を提起するかどうか、或いは別居するかどうかを基準として、夫の強姦罪の成立を判断する根拠はどこにあろう。なぜなら、離婚訴訟の間にも、夫婦が共同に生活すること（寝床を共にすることすら）が可能であり、訴訟が提起されても、法院によって却下されることも可能であり、離婚訴訟を提起しなくても、夫婦が感情の破綻によって長期に別居することもありうるからである。また、別居を如何に判断すればよいのであろう。無論、夫婦が別の住所に住む場合は別居といえるが、同じ建物の別の階層に住む場合、或いは同じ階層の別の部屋に住む場合は別居といえるか。もっとも重要なのは、たとえ離婚訴訟、又は別居の期間でも、法定の婚姻関係がなお存在しており、離婚訴訟がない期間、或いは同居の期間における婚姻関係の性質とは法律上、まったく同じであるということである。離婚訴訟、又は別居の間に発生した重婚行為に対して、重婚罪の成立を認める司法実務もこれを示している。つまり、一部の場合には強姦罪の成立を肯定するため、折衷説は婚姻関係の法律の性質を考慮せず、ただ事実によって婚姻関係を正常な状態で存続するものと非正常な状態のそれに区別しており、実際には循環論法に陥るおそれがある。

一方、全面肯定説からも以下のような疑問が提示された :妻の同居義務は夫の同居の権利を意味するが、同居の権利は支配権ではなく、一種の請求権である。同居の権利の行使は相手の人身、或いは身分の利益を支配するわけではなく、むしろ他人に特定の身分行為、つまり同居行為の履行を請求するということである。現代婚姻法において、夫婦それぞれが独立の個体であるということが原則とされ、家庭は一つの統合体ではなく、独立の個体が同意をもって平等に組まれたものである。配偶者は不法に相手の姓名、居住、職業選択の権利に干渉することができず、他人の身体を任意に支配することも許されない。同居義務は支配権ではなく、請求権に対応するものであるので、配偶者のいずれの意思のみで実現しうるものではなく、相手の合意があれば、初めて満たされるものである。さもなければ、女性の意思に反して、性行為を強要する場合、その行為を強姦罪と認めうる[23]。折衷説は実際には同居の権利を支配権とみなし、ただ婚姻関係が非正常な状態で存続している間に、その権利を請求権とする。但しその根拠は明らかでない。

強姦罪の法益は女性の性行為の自主権利であり、刑法も本罪の客体を婚姻外の女性に限定するわけでもない以上、完全肯定説は理に適うと思われる。しかし中国の婚姻状況、又は夫婦関係の実態を考慮すると、完全肯定説を全面に採用するのは困難であると思われる。つまり、完全肯定説は合理的な見解であるが、中国の現状に照らせば現実性を欠かすものである[24]と思われる。これに対し、完全否定説は合理ではなく、かつ非現実的なものであ

[21] 陈兴良『判例刑法学》（下卷）』中国人民大学出版社 2009 年版 195~197 頁を参照。
[22]梁根林「刑事政策视野中的婚内强奸犯罪化」法制与社会发展 2003 年第 4 期 126 頁を参照。
[23] 马特「论同居权与婚内强奸」山东社会科学 2014 年第 7 期 132 頁以下を参照。
[24] （2016）琼 0107 刑初 248 号判决は「婚姻関係は性行為の合法性についての前提要件しかおらず、性交の合意こそはその合法性の基礎である。夫婦の間にはその合意がある場合、性行為が初めて合法である。被告人洪德は被害者とは夫婦であるが、双方には矛盾があるため、いずれも離婚を提起した。とりわけ被害者は被告人の家庭内の暴力に襲われ、長期間に別居し、度々離婚を提起し、二人の感情はすで

ると思われる。折衷説の結論は一般人に受け入れられやすくて、中国の現状に上手く対応することができるが、その根拠は不十分であり、便宜上の考え方であると思われる。

（三）準強姦罪の故意

姦淫幼女、つまり準強姦罪は故意犯に属する。通説は姦淫幼女罪が成立するには、行為者は姦淫の対象が 14 歳未満の幼女であることを認識しなければならないとされている。ただ少数の学者のみはこの犯罪の成立にはこのような認識が不要であるとし、なぜなら、刑法各論の条文では、行為者が「対象が幼女であることを認識した」ということが要求されていないからである[25]。

最高人民法院 2003 年 1 月 17 日「关于行为人不明知是不满 14 周岁的幼女，双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复」（行為者は対象が 14 歳未満の幼女であることを認識せず、両方が合意を以って性行為を行った場合には、行為が強姦罪を構成するかという問題に関する返答）は「行為者は相手が 14 歳未満の幼女であることを認識したのに、なお彼女と性交をした場合、幼女の同意の有無にかかわらず、その行為を強姦罪で処罰する。これに対し、行為者が確かに相手の年齢を認識せず、二人が合意を以って性交をし、重大な結果を引き起こさず、しかも情状が軽微である場合、その行為に犯罪の成立を認めない」とした。「批复」は公布されたあと、（法哲学者も含めて）若干の学者からの批判を受け、激しい論争を引き起こした。「批复」に反対する理由は主に以下である：姦淫幼女罪は一種の法定の強姦罪であり、刑法上、これを厳格責任の犯罪とすべきであり、対象が幼女であることに関する行為者の認識を要求すべきではない。「批复」は法定の厳格責任の犯罪を恣意に故意責任の犯罪に変更し、立法権を侵害した。そして姦淫幼女の行為の一部を無罪と扱う「批复」は実際には極端な社会格差を隠し、平等原則に違反した。さらに「批复」は 14 歳以下の少女という社会的弱者を保護すべきであるという公共の政策に違反し、若干の特殊な団体の犯罪行為に資することになってしまう[26]。

しかし、大多数の刑法学者は姦淫幼女罪において、行為客体としての幼女が構成要件要素である以上、行為者がこれを認識しなければならないとされている。中国刑法学研究会の開いたシンポジウムにおいて、上述法哲学者の見解に賛成した刑法学者は殆どいない[27]。しかも上述の「批复」の後半は「行為者は確実に相手が 14 歳未満の幼女であることを認識しておらず、二人が合意を以って性交をし、重大な結果を引き起こし、かつ情状が重大である場合、その行為を強姦罪で処罰する」ということを意味するわけではない。これを「行為者は確実に相手が 14 歳未満の幼女であることを認識しておらず、二人が合意を以って性交をし、重大な結果を引き起こす場合、その結果の性質と責任の形式に相応しい犯罪（例えば故意傷害罪、過失重傷罪）で処罰すべきである」と理解すべきであると思われる。

最高人民法院、最高人民検察院、公安部、司法部 2013 年 10 月 23 日の「关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见」（法律によって未成年者の性の自主権を侵害する犯罪で処罰することに関する意見）は「相手が 14 歳未満の幼女であることを認識し、或いは知るはずでありながら、姦淫など性の自主権を侵害する行為を実行する場合、行為者は相手が幼

に破綻した。被告人は同意離婚を口実にして、被害者を誘い出したあと、彼女を自分の住所に連行し、テープで縛り、性交を強要した。その行為は被害者の意思に違反して、強姦罪となり、法で処罰されるべきである」と指摘した。判旨の前段をみると、全面肯定説が採用されるように見られるが、実は双方が離婚を提出しなければ、本事件を強姦罪と認めるわけでもない。
[25] 何秉松主编『刑法教科书（上卷）』中国法制出版社 2000 年版 312 頁を参照。
[26] 苏力「司法解释、公共政策和最高法院—从最高法院有关“奸淫幼女” 的司法解释切入」《法学》8 期 3 頁以下（2003 年）を参照。
[27] 赵秉志编「主客观相统一：刑法现代化的坐标—以奸淫幼女型强奸罪为视角」中国人民公安大学出版社 2004 年版 1 頁以下を参照。

女であることを「明知」すると認定すべきである。12歳未満の被害者に対して姦淫など、性の自主権を侵害する行為を実行する場合、行為者は相手が幼女であることを「明知」すると認定すべきである。12歳以上14歳未満の被害者に対して、身体の発育状況、言行振舞い、服装の特徴、生活スタイルの特徴などからみると、幼女でありうると知ったのに、なお姦淫など性の自主権を侵害する行為を実行する場合、行為者は相手が幼女であることを「明知する」と認定すべきである」と指摘した。その規範における「知るはずである」という言語表現は「過失も姦淫幼女罪を構成しうる」というイメージを与えたが、実はそうではない。中国の司法解釈において、いわゆる「知るはずである」とは過失ではなく、事実によって行為者は相手が幼女であることを認識することを推定することを意味している。また私からみれば、12歳未満の幼女と性交する場合、原則的には幼女に関する行為者の認識が肯定できるが、その基準は絶対的なものではないと思われる。言い換えると、12歳未満の幼女は背が高くて、発育が成熟しているので、行為者は相手が幼女であることを認識せず、よって、行為者の「明知」が認定できない状況が排除されるべきではないと思われる。

ついでに附言しておきたいのは、普通の強姦罪において、性器結合説を既遂の基準とするのに対し、姦淫幼女罪において、性器接触説を既遂の基準とするというのは中国の判例と刑法理論の通説[28]である。しかし、私は「姦淫幼女事件においても性器結合説を採用すべきである。なぜなら、姦淫幼女の行為も性交行為として認められる以上、単純な性器接触は性交行為としてまだ終わらないからである。接触説は姦淫幼女の既遂認定基準を前倒しに過ぎており、(傷害結果を殺人罪の既遂基準とすると同じように、)軽罪(児童わいせつ罪)の基本行為を重罪(姦淫幼女)の既遂基準とし、姦淫幼女罪と児童わいせつ罪との関係を適切に処理することにはデメリットがある。行為者の犯罪中止を勧め、被害者の名誉を保護することにとって、接触説にはデメリットがある。姦淫幼女罪の既遂基準について、結合説を採用しても、特に女性に対する特殊保護を減らすわけではなく、ただ「挿入しにくい」ということだけで、接触説を姦淫幼女の既遂基準とすべきではない」[29]と思われる。

(四)輪姦の認定

輪姦とは一般的には二人の男が同じ時期に共同に同じ女性(若しくは幼女)を連続的に相次いで、又は同時に強姦(若しくは姦淫)することを意味している。輪姦は強姦罪の特別の形式の一種(共同正犯)である。その中の「連続的に」とは完全に間隔がないことを意味していない。言い換えると、場所と時間の間隔が短くても、輪姦の成立が排除されるわけではない。論争があるのは以下の問題である。

1. 輪姦が成立するには、すべての行為者が責任年齢に達し、責任能力を有することが必要であろうか。例えば、15歳の甲と13歳の乙がA女を共同に輪姦した場合、甲には輪姦の規定を適用するか。

第一の考え方はただ各行為者が責任年齢に達し、責任能力を有する場合のみには、輪姦

[28] 最高人民法院、最高人民検察院、公安部1984年4月26日「关于当前办理强奸案中具体应用法律若干问题的解答」(現時に強姦罪事件を処理する際に、法律を応用する若干の問題に関する解答)は姦淫幼女罪の事件において、「双方の性器が接触した場合、姦淫の既遂と認めるべきである」と指摘した。他には高铭暄、马克昌主编『刑法学(7版)』466頁(北京大学出版社、高等教育出版社2016年);王作富主编『刑法分则实务研究(中)(5版)』762頁(中国方正出版社2013年);陈兴良『口授刑法学』中国人民大学出版社2007年版574頁;周光权『刑法各论(3版)』32頁(中国人民大学出版社2016年)を参照。

[29] 张明楷『刑法学》(下)(5版)』875頁(法律出版社2016年);他には黎宏『刑法学各论(2版)』235頁(法律出版社2016年);李立众「强奸罪既遂未遂标准应统一」《人民检察》12期50頁(2002年)を参照。

が成立するので、甲には輪姦罪の規定を適用することができないとした[30]。この考え方の根拠は「共同犯罪とは二人以上共同に故意に犯罪を行うということである」という刑法25条1項の規定である。通説は共同犯罪の成立には二人以上の行為者はいずれも責任年齢に達し、責任能力を有することを要求している。輪姦も共同犯罪であるので、各行為者が責任年齢に達し、責任能力を有しなければならない。しかし、これは責任共犯論の立場から出発したような観点であるので、妥当ではないと思われる。第二の観点は通説の提出した共同犯罪の成立要件に賛成したが、同時に輪姦が共同犯罪ではなく、むしろ強姦罪の特殊の類型であり、刑法に規定された加重情状であり、そこで二人以上の各行為者が責任年齢に達し、責任能力を有することは前提とされていないとした[31]。しかし、このような輪姦を共同犯罪と否定する観点は客観の事実と共犯の基本原理に合わないと思われる[32]。

私は共犯が不法形態であり、これによって、二人以上の行為者が責任年齢に達し、責任能力を有することが要求されるわけがなく、刑法25条2項にもこの要求がなされていないと思われる。しかも、共同正犯について、行為共同説を採用すべきである。例えば、上述の例のように、甲と乙が共同にA女を輪姦する場合、不法のレベルにおいて、両者は共同正犯であり、甲に対しても輪姦の法定刑が適用されうる。また、Aが女性を強姦するように二人の14歳未満の者を教唆する場合、Aに対しても輪姦の法定刑が適用されうる。裁判実務も肯定説の立場を採用している[33]。

2. 輪姦には未遂があるか。例えば、甲と乙が共同にA女を輪姦し、甲の姦淫行為が既遂になり、乙の姦淫行為が未遂しかなっていない場合、如何に甲と乙を処罰すればよいのであろうか。

第一の考え方は「輪姦が成立するためには各行為者の姦淫行為が既遂になる必要があり、一人の行為が既遂になり、もう一人の行為は未遂しかなっていない場合には、輪姦として認めない」[34]としている。最高人民法院刑事審判廷も「輪姦を「相次いで姦淫する」と解釈すべきであり、つまりただ二人が相次いで姦淫するという結果が生じる場合のみには、初めて輪姦が成立する」[35]としている。しかし、このような輪姦を単なる量刑の規則とみなし、輪姦が加重構成要件であることを否定し、さらに輪姦の未遂形態も否定した観点は不当であろう。第二の考え方は一人の姦淫行為が既遂に達したのであれば、他の者がその既遂行為に対して責任を負わなければならず、輪姦の既遂を構成すべきであるとした。上

[30] 王作富主编『刑法分则实务研究》(中)5版』768頁(中国方正出版社2013年)を参照。

[31] 吴情树、苏宏伟「强奸罪中“轮奸”情节的司法认定」中华女子学院学报2009年第2期29頁を参照。

[32] 1979年旧刑法139条4項では、「二人以上の者は強姦罪を行い、共同に輪姦をする場合、重く処罰する。」と規定された。よって、輪姦罪は強姦の共同正犯である。しかし現行刑法は「二人以上の者による輪姦」を加重類型として規定したので、輪姦を共同正犯類型に限定するのは法律の根拠を欠かすようにみられる。ここでは、まず明かにしなければならないのは輪姦に対して、刑法が処罰を加重する根拠がなにかということである。もしその根拠を女性が連続的に姦淫を受けたということとするのであれば、甲が女性を強姦し、犯行現場から離れたあと、甲と共謀していない乙がすぐにその女性を強姦することも輪姦に属したのであろう。しかし、この場合には甲の行為を輪姦と認めることはありえない。そうだとすれば、乙ひとりの行為は明らかに刑法の「二人以上の者による輪姦」に属しないのであろう。しかも、この観点を貫徹すると、一人が連続的に女性を強姦することも輪姦に属するという明らかに不当な結論になってしまう。そこで、刑法が輪姦を重く処罰するのは被害者が連続的に強姦を受けることだけではなく、しかも共同に輪姦を行う行為者は自分の姦淫行為と結果だけではなく、他人のそれに対しても責任を負うべきであるということであるとされるべきである。従って、輪姦を共同正犯による強姦に限定し、上述の乙の行為は輪姦ではないとされるべきである。

[33] 傅小林「两名男子共同犯罪一人坐牢一人免刑」法治快报2007年7月18日8版;陈鹏展「轮奸是否以成立共同犯罪为前提」人民法院报2006年5月16日B03版を参照。

[34] 王作富主编『刑法分则实务研究》(中)5版』768頁(中国方正出版社2013年)を参照。

[35] 陈兴良、张军、胡云腾主编「人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂」(上卷)北京大学出版社2013年版494頁を参照。

述の例において、甲と乙には輪姦既遂の成立を認めるべきであるとした[36]。この考え方は対極に走るようであり、輪姦罪の処罰と他の強姦罪の共犯との処罰のアンバランスを招いたのであろう。第三の考え方は「二人の者が意図に強姦罪を実施すれば、「輪姦」という情状が備わっており、「10年以上の有期懲役、無期懲役、死刑」という強姦罪の法定刑の枠内に処罰されるべきである。その中のいずれが強姦行為を完成しなかった場合、未遂で処罰される。すべての犯罪者は強姦行為を完成しなかった場合、全体的には輪姦の処罰加重情状があるので、なお「10年以上の有期懲役、無期懲役、死刑」という法定刑の枠内に処罰されるべきである。但し、すべての犯罪者の行為は未遂であるので、量刑の幅の中に、既遂犯より軽く処罰されるべきである。」[37]とした。しかし強姦罪を自手犯と扱っている点において、この考え方は妥当ではなく、この考え方から導き出した結論の一部も合理ではない。

私の考え方によると、輪姦罪がただの量刑規則のみではなく、加重の構成要件であるので、未遂形態も存在している。例えば、AとBは共同にC女に暴力を振舞い、しかもC女を姦淫する場合、輪姦既遂になる。そして張三と李四は輪姦の犯意を以って丙女に暴力を振舞ったが、犯意を果たさなかった場合、輪姦未遂を認め、輪姦罪の法定刑を適用しながら、同時に未遂の減軽規定を適用することになる。さらに、甲と乙は輪姦犯意を以って、丙女に暴力を振舞い、甲が姦淫したあと、乙は姦淫を放棄し、或いは別の理由で犯意を果たさなかった場合、乙の輪姦未遂を認めるが、甲と乙の強姦既遂の成立も認めるべきであると思われる。この場合は輪姦未遂と強姦既遂の観念的競合（明示機能）であり、なぜなら、輪姦未遂しか認めないのであれば、甲の強姦既遂が評価されていないのに対し、もし強姦既遂しか認めないのであれば、共同輪姦という不法の事実が評価されていない。ただ観念的競合を認める場合のみ、初めて、すべての不法事実の充分な評価と妥当な量刑を実現することができる。説明しなければならないのは、共同正犯について一部実行・全部責任の原則が採用されているので、乙が自分の行為を中止し、或いは犯意を果たさなくても、甲の強姦に対して責任を負わなければならないということである。

3. 輪姦に参加した者の姦淫未遂、或いは姦淫を放棄した場合、未遂犯や中止犯の規定が適用されうるか。言い換えると、強姦罪は自手犯であるか。輪姦の際に、一部実行・全部責任の原則が適用されるべきであるか。

この問題について異なる判例が存在している。例えば、楊某と張某が龔（きょう）女を相次いで輪姦してから、もう一人の被告人である姜某も共同犯意を以って龔某を強姦する際に、飲酒過量によって思い通りにならなかった。法院は姜某の行為を強姦未遂とするが、法定刑において、輪姦の法定刑を適用するとしている[38]。また、張某の強姦行為が既遂に至り、施某のそれが未遂しか至っていないという事件について、法院は施某も強姦既遂の責任を負うべきであるとしている[39]。周某、張某、劉某等による強姦事件において、最高人民法院刑事審判廷は「共同の強姦犯罪において、一人が強姦を遂行し、他の者が犯意を果たさなかった場合、全部の者を既遂犯と論じるべきであるが、輪姦罪を認めることができない。」[40]としている。

理論においても別々の観点が存在している。陳興良教授は「強姦、逃走等の犯罪において、一定の行為の実施は犯罪の構成要件とされている。この場合、犯罪行為が完成したかどうかは犯罪既遂を認定するための基準である。このような事件において、それぞれの者の行為は互いに代替できない性質を有する。そこで、共同実行の犯罪において、各共犯の未遂、既遂はそれぞれの独立性を表現した。例えば、甲、乙、丙はある女性を輪姦し、甲、乙が強姦行為を実行し、丙は実行しようとする際に、通行者が経過するので、その女性は助けを求め、三人は逮捕され、丙が行為を実行しなかった。この場合、甲、乙には強姦既遂、丙には強姦未遂しか成立していない。」[41]と指摘した。陳興良教授はさらに「ただ強姦罪、逃走罪の共同正犯を自手犯とする場合のみには、その実行行為が互いに代替できない性質を有し、これを一部実行・全部責任の原則の例外とみなし、それぞれの未遂犯、中止犯の成立を認める。」と指摘した[42]。

私は陳興良教授の意見に賛成することができない。まず、強姦罪は自手犯ではなく、女性も強姦罪の間接正犯と共同正犯になりうると思われる。次には、行為には代替できない性質があるかというのは漠然な概念であり、これを一部実行・全部責任の原則の例外とする充分な理由がない。いいかえると、ただ共同正犯を否定する場合のみには、初めて一部実行・全部責任の適用を否定することができる。上述の例において、甲・乙・丙の行為が強姦罪の共同正犯となることを認める以上、これを一部実行・全部責任の原則の例外とする理由がないと思われる。さもなければ、上述の共同正犯を同時犯と扱うことになり、これは妥当ではない。最後では、因果共犯論によると、丙の行為は甲・乙の輪姦既遂の結果に対して因果性を有し、かつ故意を有する場合、丙は甲・乙の輪姦既遂に対して責任を負うべきであると思われる。言い換えると、丙自分の強姦行為は既遂にならないが、彼は甲・乙の輪姦既遂に責任を負うべきである。また、例えばA、B、Cは輪姦の犯意を以ってD女に暴力を振舞ってから、AとBがDを姦淫したが、Cが自分の姦淫行為を中止した場合、AとBには輪姦の法定刑を適用するのは間違いないが、Cは姦淫行為を実施しなかったが、共同正犯が成立しているため、CはAとBの行為と結果に責任を負うべきである。AとBの行為は輪姦である以上、Cに対しても輪姦の法定刑が適用されうる[43]。

三、強制わいせつ、侮辱罪

1979年の中国の旧刑法において、強制わいせつ罪が規定されていなかった。その中に、160条の無法罪では、「多衆を集合して乱闘し、挑発行為や混乱を引き起こし、女性を侮辱し、或いは他の無法活動を実行し、公共秩序を破壊する者はその情状が悪質である場合に、七年以下の有期懲役、拘役、管制に処する」と規定された。1997年には無法罪が分解され、その一部は刑法237条の強制わいせつ・侮辱罪になっている。指摘しなければならないのは、1999年刑法が強制わいせつ・侮辱罪の対象を女子に限定したのに対し、「刑法修正案（九）」では強制わいせつ罪の行為客体が「他人」に修正されたが、なお女性侮辱の規定が保留されたということである。強制わいせつ・侮辱罪[44]について、主なる問題は以下二つがある。

（一）わいせつ行為と侮辱行為には同一性があるか。

刑法237条ではわいせつ行為と侮辱行為が並列しているので、わいせつ行為を侮辱行為と区別することができるかという問題がある。

ある考え方はわいせつが侮辱と異なる意味を有するとしている。例えば、ある教科書に

[36] 王志祥「共同実施强奸仅一人得逞，应如何定性」中国检察官2008年9期64頁以下を参照。
[37] 于志刚「轮奸犯罪量刑应引入“亲手犯”理论」検察日报2007年12月28日第3版を参照。
[38] 最高人民法院中国应用法学研究所编「人民法院案例选」（1999年第3辑）41頁（人民法院出版社1999年版）を参照。
[39] 最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编『刑事审判案例（第20辑）』14頁以下（法律出版社2001年版）を参照。
[40] 陈兴良、张军、胡云腾主编「人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂（上卷）」北京大学出版社2013年版492頁を参照。
[41] 王作富主编『中国刑法适用』中国人民公安大学出版社1987年版191~192頁を参照。
[42] 陈兴良「判例刑法学（上卷）」中国人民大学出版社2009年版394頁を参照。
[43] むろん、Cに対する量刑はAとBのそれと区別されなければならない。
[44] 本罪の侮辱は刑法246条の名誉妨害罪の侮辱罪とは異なっている。

は「女子をわいせつするとは、女子に対して、姦淫行為以外、性欲と性の刺激を満たし、風俗を害する淫行を実行することを意味している。例えば抱擁、乳房を触り、捏ねること、恥部を触り、ほじること等である。女子を侮辱するとは女子に対して、わいせつ行為以外、女子の尊厳、人格を侵害するような、良風美俗を破壊する下品な淫行を実施するということである。例えば、公共の場所には淫らな、下品な言葉で女子をからかうこと、女子のズボン、スカートを切って、恥をかかせること、女性に自分の性器を露出すること、女性に自分のマスターベーションの手助けを強要すること、女子の服を剥いて公衆に晒すこと等である。わいせつ行為は必然的に行為者が女子の体を接触し、これによって性欲を満足するものであるのに対し、侮辱行為は必ずしも女性の身体との接触によって、精神上の性刺激を満たすものであるとはいえない。2つの行為をこのように形式的に区別しうる」[45]と書かれた。

しかしこの考え方には以下のような問題がある。第一には、刑法237条の女子侮辱行為も暴力、脅迫、又は他の強制手段で実行されなければならないものである。しかし、この考え方は「公共の場所には淫らな、下品な言葉で女子をからかうこと」など、強制性のない行為も含めるとするので、明らかに罪刑法定主義に違反するおそれがあると思われる。第二には、性器を露出する行為は公然わいせつ行為に属し、強制性も有していない。刑法には公然わいせつ罪の規定がない一方、他方では性器露出行為は犯罪であっても、この行為は典型的なわいせつ行為（しかし強制わいせつ行為ではない）であり、これをわいせつ行為以外の侮辱行為と認定することができないと思われる。外国刑法と旧中国刑法の公然わいせつ罪をみれば、この点は明らかである。第三には、この考え方は侮辱行為が「必ずしも」女性の身体を接触するものであるとはいえないとするので、この余地を残す言語表現は女子の身体を接触する行為も侮辱行為でありうることを明らかにしている。実は、この考え方は「女性に自分のマスターベーションの手助けを強要する」ことも侮辱行為としている。そうだとすれば、実際には両者を区別することは困難ではないかと思われる。第四には、この考え方は侮辱行為が「女性の人格、尊厳を損害する」ことを強調しており、これによって侮辱行為とわいせつ行為を区別しようとする。しかし、強姦罪と強制わいせつ罪も他人の性の自主権利を侵害するとき、同時にその人格、尊厳も侵害している。従って、このような区別もありえない。

刑法237条ではわいせつと侮辱が並列しているが、第三項では児童わいせつしか規定されていない。もしわいせつ行為を侮辱行為と区別しなければならないのであれば、必ず以下のいずれの結果になるのであろう：その1つは児童わいせつが犯罪行為になるが、児童を侮辱する行為が犯罪にならないということである。しかしこれは明らかに合理ではない。なぜなら、刑法が常に児童の合法の権利に特別の保護を与えているからである。本罪の場合には、客観上、暴力、脅迫などの強制手段の実施を要求せず、しかも重く処罰している。女性を侮辱する行為が犯罪である以上、児童を侮辱する行為も当然に犯罪であると思われる。もう一つは児童をわいせつする行為はわいせつ児童罪になり、児童を侮辱する行為は刑法246条の侮辱罪になるということである。しかしこれは明らかに妥当ではない。なぜなら、児童には人格、名誉権だけではなく、性の自主権利もあり、しかも児童の性の自主権利も重要な法益だからである。児童の性の自主権利を侵害する侮辱行為のすべてを刑法246条に規定された人格、名誉を侵害する行為とすれば、必ず刑法保護のアンバランス現象を招くのであろう。このような合理性も妥当性もない状況を避けるため、刑法237条において、わいせつ行為が侮辱行為と区別できないと承認しなければならないと思われる。

「刑法修正案（九）」では本罪のわいせつの客体が「他人」に修正されたが、女子侮辱の規定が削除されておらず、侮辱の客体としての「女子」が「他人」に修正されたわけではない。よって、女性の性の自主権利を侵害する若干の行為をわいせつ行為に包含することができず、男子の性の自主権利を侵害する若干の行為を強制わいせつ罪と認定することができない。立法論からみると、この修正には明らかに欠陥がある。立法府の担当者は以下のように説明した：「女子、児童がわいせつ行為の主なる被害者であるが、実務上、男子がわいせつされたこともしばしば発生しており、14歳以上の男性をわいせつする行為を如何に刑法に適用すべきであるかは明らかでない。この問題について、社会において、男性の人身権利を同様に保護するため、14歳以上の男性をわいせつする行為も包含するように、わいせつ罪の適用範囲を拡大すべきであるという意見がしばしば提出された。そこで「刑法修正案九」では一項の「女子をわいせつする」が「他人をわいせつする」に修正され、その条文の保護客体は女性から14歳以上の男子に拡大された。」「本項の「女性を侮辱する」とは主に女子に対して、わいせつ行為以外、女子の尊厳、人格を侵害するような、淫らな、下品な、良風美俗を破壊する下品な淫行を実施するということである」[46]。「いわゆる「わいせつ」とは、姦淫以外に性欲と性刺激を満たし、風俗を傷つけ、他人の性の心理と性の観念を傷害し、心身の健康に支障を出す行為を意味している。いわゆる「女子を侮辱する」とは、女子の人格、性の観念、性の心理を侵害するように挑発的な行為を意味している。例えば公然に女子を追いかけ、行路を阻むこと、強制に女子にキスをし、抱きついたこと等である」[47]と指摘した教科書もある。しかし、このような説明には疑問がある。第一には男性の人身権利も平等に保護するのであれば、なぜ男性に対する侮辱行為の実行（例えば男性に腐蝕物質を撒き、汚れ物を塗ること）に対して同じような刑罰を与えないのか。第二には、女子のお下げ、服を切り、女子に腐蝕物質を撒き、汚れ物を塗る行為が性の自主権を侵害しない場合、この行為は強制わいせつと同等に見なされえず、刑法246条の侮辱罪しか認められえない。これに対し、服を切り、腐蝕物質を撒く行為によって、女子の身体を露出させれば、このような行為は当然に強制わいせつであると思われる。第三には、行為者は性器を露出する際に、暴力、脅迫等の強制の手段でそれを見させることを女子に強要しなければ、この行為は公然わいせつしかおらず、強制わいせつにならないと思われる。第四には追いかけ、阻むことは刑法293条に規定された挑発行為であり、このような行為を女子侮辱と認めるとは、293条の追いかけ、阻む行為の客体を男性に限定することを意味しており、これは明らかに妥当ではないと思われる。より重要なのは、刑法237条2項では、「公共の場所において公然に」女子を侮辱する者が「5年以上の有期懲役に処する」と規定されている。上述の考え方によると、公共の場所において公然に女子を追いかけ、阻むのであれば、この法定刑が適用されるようになる。これは罪刑相当原則に相応しくない。第五には、強制に女子にキスをし、抱きつく行為は当然に強制わいせつ行為である。つまり、上述の考え方によって挙げられた「女子を侮辱する」行為は侮辱罪、挑発罪に属するか、或いは強制わいせつに属するか、或いは犯罪とならないかのいずれであると思われる。実際には、上述の考え方は旧刑法時期の司法解釈を根拠としている。最高人民法院・最高人民検察院1984年11月2日「《关于当前办理流氓案件中具体应用法律的若干问题的解答」（現時点において無法者事件を処理する際に、法律適用についての若干の問題に関する解答）は「以下の場合には女子を侮辱し、情状が悪質であるため、無法罪が成立する：1. 女子を追いかけ、行路を阻む行為によって、悪質の影響をもたらし、或いは多衆を集合して、武器を以って女子を追いかけ、阻むこと。2. 公共の場所においてしばしば女子のお下げ、服を切り、女子に腐蝕物質を撒き、汚れ物を塗り、或

[45] 高铭暄主编『新编中国刑法学（下册）』中国人民大学出版社1998年版702~703頁を参照。

[46] 郎胜主编『中华人民共和国刑法释义（6版）』389-390頁（法律出版社2015年）を参照。

[47] 高铭暄、马克昌主编『刑法学（第7版）』465頁（北京大学出版社、高等教育出版社2016年）を参照。

いは女子を侮辱する際に軽傷をもたらすこと。3. 公共の場所において故意で女子に性器を露出し、又は自分の性器で女子の身体を擦り、制止してもやめないこと 4. 淫行、又は暴力、脅迫の手段で多数の女子を侮辱し、わいせつし、重大な結果を引き起こすこと、又は公共の場所において公然に女子をわいせつし、公憤を引き起こすこと」とした。しかし、旧刑法の無法罪における女子侮辱は公共秩序に対する犯罪であるのに対し、現行刑法の強制侮辱罪は個人法益に対する犯罪である。旧刑法時期の司法解釈を変更なくて、そのまま現行刑法の解釈に使うのは明らかに妥当でない。そこで、女子侮辱が実際には女子わいせつを意味することに鑑みると、本稿は司法機関が「女子侮辱」という概念の適用を限定すべきであり、強制わいせつに属する行為を強制わいせつ罪と認め、それ以外の行為を他の犯罪で処理するか、或いは犯罪としないと主張されている。

（二）強制わいせつ、侮辱罪は傾向犯に属するか

多数の論文は強制わいせつ・侮辱罪には性欲を刺激させ、満足させるという内心の傾向が必要であるとしている。例えば「強制わいせつ罪の動機とはわいせつ行為を通じて性的な満足と恥知らず、かつ下品な精神刺激を求めるということである。」[48]とした学習材もあり、「犯罪の主観面は直接の故意で構成され、そして性を刺激させ、満足させる目的を有している。」[49]とした学習材もある。さらに「強制わいせつが傾向犯であるが、強制侮辱が傾向犯ではない」と指摘した学者[50]もおり、この考えは主観から強制わいせつを強制侮辱と区別しようとする。

わいせつ罪の主観に性欲を刺激させ、満足させるという内心の傾向を要求する考えには二つの長所があるかもしれない。その一つはわいせつ行為と非犯罪行為との限界を明らかにするということである。例えば、治療の必要性に基づいて、女子の身体を検査する医師の行為は性欲を刺激させ、満足させるという目的の下に行われるものではないので、強制わいせつ罪にならない。もう一つは強制わいせつ罪と刑法 246 条の侮辱罪との限界を明らかにするということである。つまり性欲を刺激させ、満足させるという傾向で女子を強制に侮辱する場合、強制わいせつ・侮辱罪が構成されるのに対し、名誉毀損の意図でそれを行う場合、刑法 246 条の侮辱罪が構成される。それにもかかわらず、私はやはり強制わいせつ・侮辱罪の成立には、主観上、性欲を刺激させ、満足させるという行為者の傾向又は目的が必要ではないと思われる。

なぜ、行為者の傾向を要求しないのか、それはこのような傾向のない行為も女子の性行為の自主権利を甚だしく侵害したからである。刑法で本罪を規定するのは女子の性の自主権を保護するためであり、公共秩序を保護するためではない。しかし、行為が女子の性行為の自主権を侵害するかどうかはまず行為の性質によって決められるべきである。言い換えると、刑法の規定によると、故意で女子にわいせつ行為を実施すれば、女子の性行為の自主権を侵害する。刑法では、わいせつ行為の具体の内容を詳しく規定することができないので、その内容は社会の一般的な概念によってしか判断されえない。これに対し、主観において、性欲を刺激させ、満足させるという行為者の傾向の有無はその行為が客観上、女子の性行為の自主権を侵害するかどうかという判断を左右することができない。例えば強姦罪の場合、行為者は強姦行為を実施するのはおよそ、自分の性欲を刺激し、満足するためであるが、刑法の規定によると、性欲を刺激させ、満足させるという目的が強姦罪の主観要素ではない。もし行為者が報復の目的で女子を強姦し、他人に女子を強姦すると教

[48] 高铭暄、马克昌主编『刑法学（下编）』中国法制出版社 1999 年版 832 頁、高铭暄主编『新编中国刑法学（下册）』中国人民大学出版社 1998 年版 703 頁を参照。
[49] 周道鸾、张军主编『刑法罪名精释（上）（4 版）』，537 頁（人民法院出版社 2013 年）を参照。
[50] 陈家林「<刑法修正案（九）>修正后的强制猥亵、侮辱罪解析」苏州大学学报（哲学社会科学版）2016 年第 3 期 71 頁以下を参照。

唆すれば、その行為も強姦罪になることも明らかである。なぜなら、行為者は客観上、強姦、又は強姦教唆の行為を実施し、実際にも他人の性行為の自主権を侵害するからである。これは性欲を刺激させ、満足させるという目的に基づかなくても、他人の性行為の自主権を侵害することができ、強姦罪になりうるということを説明している。強制わいせつ・侮辱罪の場合にもそうである。

行為者の傾向を要求しなくても、客観上、ある行為がわいせつ・侮辱行為に属するかを判断しうる。例えば治療の必要性に基づいて、女子の身体を検査する医師の行為を強制わいせつ・侮辱罪と認めることができない。たとえ医師が女子の身体を検査する際に、性欲を刺激させ、満足させるという目的を有しても、その行為を強制わいせつ・女子侮辱罪と認定することができない。

このような傾向を要求しなくても、強制わいせつ・女子侮辱罪を刑法 246 条の侮辱罪と区別することができる。女子の性行為の自主権に対する侵害が名誉に対する侵害でもあるが、女子にとって、性行為の自主権は明らかに他の名誉より重要であるので、刑法では女子の性行為の自主権を侵害する行為に対する特別の規定を設ける。そこで、女子の性行為の自主権を侵害する行為はもはや刑法 246 条の侮辱罪に属しなくなると思われる。陳家林教授は「いわゆる姦夫姦婦を裸にして公衆に晒すということについて、この行為は実際には女性の性に関する羞恥を侮辱することを意図するものである。公衆に晒された男性について、行為者の主観と客観を探究すると、この行為は男性の性の権利の侵害より、むしろ男性の名誉権の侵害を意図し、又は実際に侵害するものである。従って、この行為を性の権利の侵害に関する強姦とわいせつ・侮辱罪ではなく、名誉権侵害の侮辱罪と認定するほうがより合理的なものである。そして、もし行為者はただ「姦夫」の裸体を晒すのみであれば、その行為を侮辱罪と認定すべきである一方、他方では同時に「姦夫姦婦」の裸体を公衆に晒すのであれば、その行為が同時に強制侮辱罪と侮辱罪を犯すと認定することができ、もっとも重い刑で処断しうるので、罪刑のアンバランスが生じない」[51]と指摘した。しかし、この観点は明らかに男女の権利に平等に保護を与えておらず、他人の裸体を公衆に晒す行為をわいせつとしないという考え方にも疑問がないわけではないと思われる。

行為者の傾向を要求する場合、処罰範囲を過度に限定することを招くのであろう。例えば、強要罪が規定された国家において、行為者の傾向を要求しても、性欲を刺激させ、満足させるという傾向のないわいせつ行為を強要罪と認定することもできる。中国において、同じように要求すれば、強要罪という規定がないので、このような行為を無罪としか認定できない。このような処罰範囲の限定は保護法益にとってデメリットを有する。

行為者の傾向を要求すれば、本罪と 246 条の侮辱罪とのアンバランスを招くことになる。例えば、甲は女子の名誉を侮辱し、毀損するため、公然に女子を裸にするのに対し、乙は自分の性欲を刺激させ、満足させるため、第三者のいないところに女子を裸にする場合、甲の行為による女子の法益侵害は乙によるそれより遥かに重大であるのは明らかであり、甲の処罰は乙のそれより重いはずである。しかし強制わいせつ・侮辱罪を傾向犯とすれば、甲には性欲を刺激させ、満足させるという主観の傾向がないので、その行為を侮辱罪（被害者が告訴を提出したことを前提とする）と認定し、「三年以下の有期懲役、拘役、管制、政治の権利の剥奪」の法定刑の枠内に量刑を決めることしかできない。他方では、乙にはその特定の内心傾向があるため、強制わいせつ・侮辱罪の成立が認められ、「五年以下の有期懲役と拘役」の法定刑の枠内に量刑を決めることになる。これは明らかにアンバランスである。もし行為者の傾向を要求しなければ、甲と乙の行為が強制わいせつ・侮辱罪と

[51] 陈家林「<刑法修正案（九）>修正后的强制猥亵、侮辱罪解析」苏州大学学报（哲学社会科学版）2016 年第 3 期 73 頁を参照。

なり、甲の行為に237条2項が適用され、「五年以上有期懲役」の法定刑の枠内に量刑が決められる一方、他方では乙の行為に対して、同条1項が適用され、「五年以下有期懲役又は拘役」の法定刑の枠内に量刑が決められる。これによって、甲と乙との処罰の均衡を取れるようになる。

四、多衆集合淫行罪

刑法301条1項で、「多衆集合して淫行を行ったときは、その首謀者または繰り返して参加した者は、5年以下の有期懲役、拘役又は管制に処する」と規定されている。条文には「公然」が構成要件要素とされていないので、成年者が合意を以って秘密に実施した多衆集合淫行は犯罪として認められるかは論争となる重要問題である。論争を引き起こすのは南京に発生したスワッピング事件である。

2006年の夏から2009年8月の間には、馬暁海（某大学の副教授）、肖嫻、向元群、蘇益民等20数人は馬暁海の作った「夫妻情侶自助旅游」（夫妻カップルの個人旅行）、向元群の作った「南京パーティー」、蘇益民の作った「ブルーローズ」などのQQ（ソーシャルチャットソフトウェアの名前）のチャットグループで知り合い、それぞれは馬暁海の家、又はホテルに集合して、合意を以って性交をした。2010年4月7日には、南京市秦淮区検察院は多衆集合淫行罪で馬暁海等22名の被告人を控訴し、秦淮区法院は非公開の形でこの事件を審理した。2010年5月20日には秦淮区法院は多衆集合淫行罪で馬暁海等の刑事責任を認め、公開に馬暁海に3年6ヶ月の有期懲役、他の者に執行猶予から3年6ヶ月の有期懲役までの判決を下した。

事件が公開されてから判決が下されるまでの間に、ネット住民においては馬暁海等の行為が多衆集合淫行罪に該当するかについて、まったく相反する二つの意見が出された。判決が下されたあと、支持と反対の二つの意見は同様に存在している。二つの観点の論争の内容は恰も前世紀の1950年代において、ハート（Hart）とデブリン(Devlin)になされた、法律で強制に道徳を推し進めるべきであるかという問題をめぐる論争とは類似している。

馬暁海等の行為を犯罪とすることに反対するネット住民は「もはや性がタブではない今において、アダルトビデオをダウンロードし、見るのは一般的な行為であり、我々はこの行為が逮捕された理由となることを望まない。少数人の権利や私人の領域に行われた行為を尊重すれば、それは自分を保護するとは同じである。なぜなら、すべての者は「少数人」となりうるからである。」[52]「法律は国家、団体、公民の利益を保護するためのものである。一人の行為が他人や他の団体に傷害、影響を与える際に、法律によってこれを処罰すべきである。本件において、公平に見ていえば、南京副教授である馬暁海は自分の「同好者」とともに私人の空間に秘め事をするのは誰に影響を与え、誰に傷害したのか…もし他人を傷害しないという前提のもとに、社会の道徳に影響を与えれば、刑法で処罰する必要があるか。…我々は刑法で南京副教授である馬暁海の「スワッピング」行為を処罰することを質疑するのは、その行為を支持し、勧め、試すことを意味するわけではない。世界が多元的であり、他人の利益を影響、傷害を与えない限り、我々は「他のこと」を許さなければならない。この「他のこと」は上品なものでも、下品なものでもありうる。あなたはこのものを好まず、嫌うかもしれない。しかし、あなたはこれらのものを罵り、批判し、避け、これに関わらないとすることができるが、これが存在する権利を尊重し、消滅することができない。いつか、大多数の公民がこのことを意識するようになることが望ましい」[53]と指摘した。調査によると、馬暁海等の行為を犯罪と認定することに反対する者は68.86%を占めている。

これに対し、馬暁海等の行為に対する処罰を支持するネット住民は「法律も道徳も社会の主流が少数人の非行を制限するために作られたものである。従って、少数人の非行が責められ、批判され、法律によって制裁されるのは普通である。法律の規定がある以上、その行為が違法であり、制裁を受けなければならない。大多数人はそれが不合理であると思えば、法律を修正すべきである。裁判官の判決を支持する。」「こういう方面において、中国の歴史伝統は保守的である。ある人はこのような行為が社会秩序とは関わらないと思い込んだが、それが間違っている。このような行為は中国の社会秩序を甚だしく破壊した。ネット上の賛同者をみれば、およそ外国において如何になされるかを依拠としたが、これは中国の国情を考慮しなくて、あまりにも一方的な考えである。もしこのような風気が全国に蔓延すれば、その結果がどうなるのであろうかを考えてみよう。賛同者もこのような結果を受け入れないのであろう。」[54]と指摘した。

刑法学界において、立法論上、3つの考え方が形成された。

第一の考え方は多衆集合淫行罪を保留すべきであると主張している。例えば、屈学武教授は「一つの社会には一定の準則が要求された。男女が多衆集合して淫行をするのは、社会に非常に悪い模範を示しており、婚姻家庭に混乱をもたらす。社会の混乱は我々が尊重し、許すべきものであろうか。刑法301条の多衆集合淫行罪が必要である」[55]と指摘した。欧愛民教授も以下のことを指摘した：多衆集合淫行は「婚姻家庭の生育機能に衝撃を与え」、「婚姻家庭における責任意識を繋ぐ機能を大幅になくし」、「婚姻家庭の絆機能を断ち」、「婚姻家庭の感情機能を有名無実化にし」、「婚姻家庭の経済機能を極めて弱める」。そこで、「婚姻家庭制度を法律で厳しく保護するのは理性的な選択である。この考慮に基づいて、人が貪欲等の欲望に惑わされ、多衆集合淫行罪を非犯罪化とするという短慮な行動を防ぐため、立憲者の読みが深くて、婚姻制度を憲法の制度的保障に入れ、その保護に多数人に対抗しうる力を与えた。憲法は人類文明の守護者であり、生きとし生けるものの鎮静剤である。人々が性の自由を乱用することを防ぐため、憲法は我々に制度という鎖を掛けて、我々に制度の枠内のみに性の自由を享受させる。これは多衆集合淫行罪の憲法の使命であり、かつその正当性である」[56]。しかし、馬暁海事件の引き起こした危害について、この考え方のイメージは大げさすぎると思われる。配偶者意思に違反する行為としての姦通が家庭にもたらす危害も刑罰に値する程度に至っていない以上、配偶者の同意を得た行為も当然に刑罰に値するとはいえない。

第二の考え方は多衆集合淫行罪を次第に廃除すべきであると主張した。例えば姜涛教授は「多衆集合淫行罪の非刑罰化において、「先淡出、再退出」（先に適用範囲を次第に限定してから、最終的には完全に非刑罰化とする）という方針を取るべきである。「淡出」とは根拠なしで道徳に基づく審判を防ぐため、理性的に刑法の適用範囲を定めるべきであるということである。つまり組織者を処罰するのに対し、参加者を処罰しないとする。公然に実行する者を処罰するのに対し、秘密に実行する者を処罰しないとする。再犯者を処罰するのに対し、初犯者を処罰しないとする。」[57]と指摘した。この考え方は一部の民衆の考えを考慮したが、その具体の適用についてはなお疑問があると思われる。例えば、秘

[52] http://star.news.sohu.com/s2010/huanou

[53] http://news.sina.com.cn/z/jjylbh

[54] http://comment2.news.sohu.com/default/ comments.shtml?t=271336722

[55] 屈学武「聚众淫乱罪与刑法过剩无关」法制资讯 2010年第4期 70頁。

[56] 欧爱民「聚众淫乱罪的合宪性分析—以制度性保障理论为视角」法商研究 2011年第1期 39頁以下を参照。

[57] 姜涛「刑法中的聚众淫乱罪该向何处去」法学 2010年第6期 3頁。

密に実施した多衆集合淫行に対して、たとえ組織者の処罰しか認めなくても、おそらく妥当ではないと思われる。しかも、刑法 301 条 1 項の規定は首謀者と繰り返して参加する者しか処罰しないので、上述の考え方は多衆集合淫行罪に対しては明確な制限を掛けていない。

第三の考え方は多衆集合淫行罪を廃除すべきであると主張している。例えば、陳偉教授は刑罰を以って多衆集合淫行行為を規制することは刑法のあるべき作用の範疇を超えて、実際には刑法で道徳の領域を占拠し、公民の個人自由を不当に干渉すると指摘した。そこで、「多衆集合淫行罪を非刑罰化とするのは、多元的な視点による理性的な思考を行ってからなされる正確的な選択である」[58]。社会学者李銀河は「法律、とりわけ刑法で道徳の問題を処理してはいけない。伝統的な社会において、ときには直ちに法律を使って道徳の問題を処理したことがある。しかし、現代の社会にはこのようにしてはいけない。道徳の問題は説得、教育の方法でしか処理されえず、刑罰で処理されることができない。」「一部の公民の生活スタイルを基準として法律を設け、この法律によって、もう一部の公民の生活スタイルを処罰してはいけない。多衆集合淫行罪はこのような法律であるので、これを廃除しなければならない」[59]と指摘した。しかし、多衆集合淫行罪を完全に廃除する場合、それは他の国において一般的に処罰された公然わいせつ行為が中国において犯罪とならないことを意味しており、これは妥当でないかもしれない。

むろん、立法論において、多衆集合淫行罪を廃除すべきかどうかは議論できるが、問題なのは解釈論上、馬暁海の行為を多衆集合淫行罪と認めるべきであろうかということである。この問題に対する答えは立法論における多衆集合淫行罪の存廃問題に関する議論にも役に立つと思われる。

上述秦淮区法院の判決は 301 条 1 項の規定に対して、完全なる文義的解釈を採用した。裁判理由において、「刑法に保護された公共秩序はただ公共の場所の秩序のみではなく、公共の生活もただ公共の場所の生活のみではない。中華人民共和国刑法では、多衆集合淫行罪を公共秩序撹乱罪に帰すことは多衆集合淫行がすでに公共秩序を侵害することを説明しており、このような行為の故意もすでに行為に包含された。多衆集合淫行が秘密空間、或いは公共の場所に発生しても、その行為の性質に関する認定に影響を及ぼず、もし当該行為が刑法の規定に該当すれば、犯罪になる。多衆集合淫行罪に関わる行為はもともと行為者の自由意思に基づくものであり、もし行為を強要し、又は脅迫する状況があれば、刑法に規定された他の犯罪になりうる。そこで自分の意思で淫行に参加するということは犯罪の成立を否定する要素ではない。被告人馬暁海は刺激を求めるため、時々に少なければ 3 人、多ければ 10 数人を集めて、同一の時間、空間に性交、オーラルーセックス等の淫行を行ったことは、すでに多衆集合淫行罪になった」とされた[60]。この裁判の理由は明らかにただ文義から形式的に刑法 301 条の規定を理解したのみである。大多数の刑法教科書も同様に本罪の構成要件を文義で解釈し、実質の限定を行っていない。例えば、黎宏教授は「本罪が保護するのは多衆が集合して淫行をしてはいけないという性の風俗である」[61]とした。これによって、多数人がともに秘密に実施した多衆集合淫行も本罪の保護法益を侵害している。確かに刑法では多衆集合淫行罪が公共秩序撹乱に関する犯罪とされている。しかしこれは如何なる形の多衆集合淫行が必然的に公共秩序を撹乱することを意味していない。いいかえると、上述の判決はいかなる多衆集合淫行が公共秩序を侵害するかという問題を考慮していない。

私は多衆集合淫行罪を認定する際に、文義で形式的に構成要件を理解すべきではないと思われる。刑法の学説において。論争なくて「衆」を三人以上と解釈されているが、しかし三人以上が集まって淫行を行うことを全部に本罪の成立と認めるべきではない。刑法において本罪が規定されるのは行為が倫理秩序に違反するわけではなく、むしろこのような行為が性に対する公衆の感情を侵害するためである[62]。従って、三人以上の成年者が同意を以って秘密に行った性行為は本罪の保護法益を侵害しないので、刑法に規定された多衆集合淫行罪に属していない。ただ三人以上の者は不特定人、或いは多数人に認識されうる方法で淫行を実施する際に、本罪で処罰されるべきである[63]。簡潔にいうと、淫行には公然性がある限り、初めてこれを多衆集合淫行罪と認めることができる。ここの「公然」性は多衆集合の公然性ではなく、淫行の公然性を意味している。いいかえると、性行為が秘密に実施される場合、これを招集、誘う行為には公然性があっても、多衆集合淫行罪と認定しえない。この限定をかければ、多衆集合淫行罪では、実際にはただ一部の公然わいせつ行為が処罰されるのみである。刑法では公然わいせつ罪が設けられていない場合、公然性を前提とする多衆集合淫行罪が廃除されるべきではないと思われる。

---

58 陈伟「聚众实施性行为的非犯罪化考量」中国人民公安大学学报（社会科学版）2012 年 6 期 99 頁以下。
59 李银河「对取消聚众淫乱罪提案的解释」法制资讯 2010 年 4 期 68 頁。
60 （2010）秦刑初字第 66 号。
61 黎宏『刑法学各论（2 版）』法律出版社 2016 年 391 頁。しかし、黎宏教授は淫行に一定の制限を掛けて、つまり「淫行」は一般人にとって気持ち悪いものでなければならない。
62 [日]平野龙一『刑法概说』东京大学出版会 1977 年版 268 頁以下を参照。
63 中国において、二人が公共の場所に合意を以って性交をし、若しくは自分の体を裸にし、又は一人が故意で公共の場所に裸にし、若しくは人に見られる行為は法律に規定されていない公然わいせつに属し、犯罪の成立を認めない。（児童わいせつ罪の構成要件に該当する場合を除く）

第４セッション

詐欺罪の理論と実務問題研究

围绕诈骗罪的日本争议的现状

——以“重要的事项”的问题为中心

杉本一敏* 著
杨秋野** 译

1 前提

1.1 日本刑法典中的诈骗罪规定

日本刑法典将诈骗罪的规定置于第 246 条。该条第 1 项规定了“欺骗人而使其交付财物的，处十年以下徒刑”，即规定了以“财物”为客体的诈骗罪（1 项诈骗罪），该条第 2 项规定了“通过前项的方法得到或使他人得到财产上的不法利益的，按前项处罚”，即规定了以“财产上的利益”（有体物的财物以外的具有财产价值的利益）为客体的诈骗罪（2 项诈骗罪）。此外，249 条的恐吓罪也同样将恐吓人使其交付“财物”场合下的处罚规定置于其第 1 项（1 项恐吓罪），将恐吓人而得到“财产上的利益”场合下的处罚规定置于其第 2 项（2 项恐吓罪）。这样，虽然存在着行为人实施的是欺骗还是恐吓这样的手段上的差异，但日本法的诈骗罪和恐吓罪的规定均将通过该手段侵害被害人的“意思决定的自由”（使被害人陷入“错误”或“恐惧”的心理状态之中），使被害人实施如果没有欺骗或恐吓就绝对不会实施的意思决定，由此使被害人交付、处分个别具体的“财物”或“财产上的利益”，这样场合下的行为作为处罚的对象。

此外，将诈骗罪作为“对个别财产的犯罪”规定的这种做法，与像德国诈骗罪的规定（德国刑法典 263 条）那样的并不将个别具体的“财物”或“财产上的利益”的移转、取得作为直接的要件加以规定，而将以欺骗手段“对他人的财产造成损害”（财产的损害的发生）作为其成立要件的规定方法（作为“对全体财产的犯罪”的诈骗罪）形成了鲜明的对比。因此，可以这样理解，在日本法上通过取得个别具体“财物”的占有而成立的盗窃罪（235 条）和 1 项诈骗罪、1 项恐吓罪，在其均是取得个别具体“财物”占有的犯罪这一点上是共通的，其区别仅在于行为者使用的手段的种类不同（窃取、欺骗、恐吓）（在德国法上，盗窃罪是对“所有权”的犯罪，诈骗罪、恐吓罪是“对全体财产的犯罪”，其各个犯罪的法益是用不同的方式加以理解的，在这一点上有着显著的差异）。

1.2 诈骗罪的成立要件与构造

1.2.1 成立要件

诈骗罪的成立要件如下文所示。

（1）首先作为客观的要件，①“欺骗他人”的行为是作为实行行为而被要求的。其次，②作为其结果，被害人陷入认识错误之中（意思决定的自由的侵害），③被害人基于认识错误自己交付、处分其财物或者财产上的利益，行为人一方取得之。①的欺骗与②的被害者一方的认识错误及③的交付、处分行为之间的“因果关系”是必要的。因此，比如在被害人意识到行为人的欺骗而并没有陷入认识错误的状态，但因别的动机（例如，对于对方的同情心或者怜悯）而交付财物的场合，就不能认定被害人在由①的欺骗产生的动机下实施了财物的

* 早稻田大学教授
** 京都大学法学研究科 2016 级硕士生

交付，因此诈骗罪不能成立。此外，如果能够认定，假定没有①的欺骗行为，被害人也会以同样的方式实施交付财物行为，由于实际上实施的财物的交付不能说是①的欺骗的结果，诈骗罪也同样不能成立。

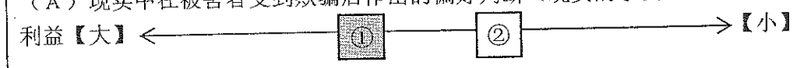
（2）此外作为主观的要件，④诈骗罪的“故意”和⑤“不法领得的意思”被认为是必要的。

1.2.2 构造

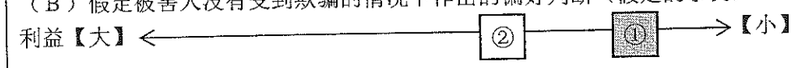
以上可以看出，诈骗罪的本质在于通过欺骗行为产生“基于被害人认识错误的（与真实意思相反）的意思决定”。可以将其用如下示意图表示。对于被害者现在有①和②两个选项（例如，①表示购买行为人推荐的商品，②表示不购买）。下**[图]（A）**表示在行为人的欺骗（虚伪的情报）之下，被害人如何看待①和②这两个选项。被害人在现实中会选择对自己利益大的①。（现实的事例）。于此相反，**（B）**表示假如不存在行为人的欺骗（虚伪的情报），被害人如何看待①和②这两个选项。在这种场合下，被害人应该会选择对自己利益大的②（假定的事例）。这样，通过欺骗（虚伪的情报）选项的排位（被害人自身考虑的每个选项的利益的大小）被改变，基于该错误的排列顺序做出意思决定，这就是诈骗罪被害者所处于的状态。

[图]

（A）现实中在被害者受到欺骗后作出的偏好判断（现实的事例）



（B）假定被害人没有受到欺骗的情况下作出的偏好判断（假定的事例）



2 围绕着诈骗罪的现在的争论

2.1 成为争论对象的问题点

近年来，在日本关于诈骗罪探讨得最多的问题是，是否存在无论什么样内容的欺骗和认识错误，如果被害人基于此实施交付、处分行为则大体上都能成立诈骗罪，还是对于构成诈骗罪的欺骗和认识错误要进行某种限定。具体来说，即使在被害人交付、处分财物，从金钱的角度来看行为人一方也支付了与之相当的对价（因此，从被害人方来看似乎并没有发生金钱的、经济的损害）的场合下，也同样认定行为人构成诈骗罪的重要判例在近来的十五年中相继出现。围绕着这些判例的动向，对于其结论的妥当与否，以及导出判例结论的“一般的基准”是什么这样的问题，成为了激烈探讨的对象。下文将介绍具有代表性的事例。

2.1.1 判例

2002年10月21日最高裁判所决定·刑集56卷8号670页（判例①）是这一系列判例的出发点。本案被告人在银行以他人的名义申请存款账户的开设，并从银行得到了他人名义的存款账户，最高裁判所认定被告人欺骗银行取得存款账户这一财物，肯定了1项诈骗罪的成立。对于该判例，有观点主张被告人只不过是冒充了名义，与存款账户开设相关的必要经费均支付给了银行，因此对银行而言并没有发生金钱上的损害，故而认定诈骗罪的成立是有疑问的。此后，**2007年7月17日最高裁判所决定·刑集61卷5号521页（判例②）**对于被告人隐瞒向他人让渡的目的，在银行以自己的名义申请存款账户的开设并得到了存款账户的案件同样认定了1项诈骗罪的成立。本案中，连名义的冒充都不存在。那么，在这些案例之中，对银行而言究竟存在着什么损害，以及该损害是否能被诈骗罪所涵摄，这些问题都成为了争论的对象。

有观点主张以银行的“公共性”和针对银行的规制环境的存在为论据而支持这些判例的结论。在《关于对恐怖主义的资金供与防止的国际条约》的签署（2001年10月30日）以及洗钱对策的要求之下，所谓的《本人确认法》被通过（2003年1月16日施行。现在由《犯罪收益移转防止法》所承袭），金融机关被科以了在账户开设时对顾客的本人确认的义务。另一方面，顾客捏造本人确认事项的行为（以他人名义进行的申请）也成为了刑事处罚的对象。这样的账户开设时的本人确认，是为了在发现恐怖活动资金供与及洗钱的目的之下的账户使用的情况下，以其账户的本人确认记录为线索追查到资金的出处，这样的使事后的资金追踪成为可能而被设立的制度。从这样的本人确认制度的宗旨来看，不能认为“只要账户是以自己的名义开设的，那么其后将该账户让渡给他人也无所谓”（在2004年，通过法律修正，向“他人让渡”账户等行为又成为了新的刑事处罚对象）。这样一来，要想进行与法律上的义务和要求相符合的交易，银行对于不许可“他人名义”的账户开设及“让渡目的”之下的账户开设这一点就不得不加以重视。

此后，所谓的“汇款诈骗”的事件多发。其指以老年人等人群为对象——对其打电话，时而假装电话的对方是其儿子，时而假装成律师并称“您的儿子引发了交通事故，急需一笔赔偿金”，使用这样的方式要求其向银行的存款账户实施汇款的诈骗手段。这时，为了不被侦查人员发现，犯罪团伙采取了除指定的银行账户之外，还购买由他人缔结合同的手机而实施犯罪的方法。于是，为了防止他人名义的手机充斥于市场，所谓的《携带电话机不正使用防止法》被制定（2005）。根据该法，手机的运营商在缔结合同时被科以了进行顾客本人确认的义务，另一方面，顾客对本人确认事项进行捏造或者无正当理由把手机让渡给他人的行为也被作为刑事处罚的对象。因此现在即使是对于手机，隐瞒让渡给他人的目的而购买的行为也成立1项诈骗罪（例如，参照东京高判2012年12月13日·高刑集65卷2号21页）。

此外，**2010年7月29日最高裁判所决定·刑集64卷5号829页（判例③）**对于被告人X等人为了让Y非法入境加拿大，在得到X名义的飞机登机牌之后在转机区通过中间人交给Y，使Y搭乘国际航班的飞机（但在搭乘的时候被发现了）这一案件，认定了隐瞒让渡给他人Y的真正目的而取得X名义的登机牌这一“财物”的X等人的行为构成1项诈骗罪。最高裁判所在其理由中指出了本案的航空公司实施了“严格的本人确认”这一事实。而且，认定“严格的本人确认”被实施的理由在于，如果让没有进行过本人确认的他人搭乘飞机的话就会存在“导致飞机航行安全上重大弊病的危险性”。而且，“为了防止违法入境加拿大，航空公司被加拿大政府科以了适当发行登机牌的义务”。因而，“不让没有进行过本人确认的人搭乘飞机对本案航空公司的航空运输业务有着经营上的重要性”。如果是这样的话，对于本案航空公司来说，“请求登机牌交付的人自己是否搭乘飞机”是“作为登机牌交付这一判断的基础的重要事项”。在这里，为了恐怖主义防止的政策目的而航空公司被要求实施彻底的本人确认的现状是本案的背景。

2.1.2 问题点

在以上的诸案中，被告人均为了问题中财物的取得而对被害人支付了必要的对价（价款）。因此，单从“金钱上的收支”来看，对被害人一方而言完全没有产生预想外的损害。尽管如此，是否还应认定1项诈骗罪的成立？这里的问题在于，关于“自己现在打算实施的交易是否与面向自己的法律规制及政策上的要求相一致”这一点的被害人（银行、手机运营商、国际航空公司）的关心事项是否应该被“诈骗罪”所保护。

如果按照前文的[图]来说，对于银行而言，通常情况下接受开设账户的申请而获得存款（选项①），比起拒绝的选择（选项②）是更加理想的。但是如果银行知道该申请是为了开设“他人名义”的账户而提出的，那么只要考虑到银行想要遵守法律的规制，当然，拒绝该申请（选项②）比起接受该申请（选项①）更加理想。这样的话，该场合下的银行由于被隐

瞒了“他人名义的账户开设”这件事，对于选项间的优劣关系出现了判断错误并基于错误的序列选择了选项①。这样一来，似乎可以说这种场合下的银行正是诈骗的被害者。然而，在他人名义的账户开设的申请被提出的场合，认为对此拒绝的选项更加理想的银行的考虑并不是出于对“金钱上、经济上事务的关心”，而是出于对“遵守法律规制”的关心。是否能够将被害人方对这种非金钱性质的关心事项与作为“财产犯罪”的诈骗罪的成否联系起来？如果将这样的思考方式进一步推进，那么例如在重视与未成年人保护有关的法律规制而采用不对未成年人贩卖一定商品（酒类、烟、成人杂志等）的方针的商店之中，未成年人X假装是成年人而购入这些商品的话，那么X对商店构成1项诈骗罪。但至今为止大多的学说都反对这一结论。这样的话，在诈骗罪中应该被保护的被害者的“关心事项”难道不应当仅仅限于从被害人来看的各选项之间的“金钱上的、经济上的”优劣关系吗？在学说上提起了这样的疑问。

2.2 学说

主张试图（适当地）限定诈骗罪成立范围的日本学说大概可以分为以下两类。

2.2.1 要求“财产损害”发生的立场

第一种见解认为，尽管其没有被规定在第246条，但作为诈骗罪的成立要件的“财产损害”是必要的。该见解认为，在作为财产犯罪的诈骗罪中，单单的财物或者财产上利益的转移是不够的，通过其转移，在被害者一方必须发生实质的“财产损害”，以此维持诈骗罪作为“财产犯罪”的特征（菊池（1998；2000）、松宫（2012）、田山（2014））。而且，这里所说的“财产损害”必须与“财物”或“财产上的利益”的移转“同时”发生，在交易之后由传闻产生的损害等间接损害并不包含在这里。

此外，按照所谓的“法益关系错误说”的说明方法进而推导出与之完全相同结论的见解也是有力的。作为诈骗罪的保护法益的“财产”指的是“经济上的交换价值”。这样的话，在被害者关于自己的“财物”或“财产上的利益”所具有的“经济上的交换价值”陷入认识错误而接受交易的场合，被害者就存在“法益关系上的错误”。在这种场合下，被害者（关于财产转移）的同意是无效的，故而行为人成立诈骗罪（伊藤（2003）、佐伯（2006）、桥爪（2011）、山口（2014）等）。比如，被害人被行为人欺骗而认为自己所有的高价的古董只是“便宜货”并按照行为人提出的便宜的价款交付的情形是典型的例子。与此相反，在并不打算卖给未成年人烟的店主被未成年人欺骗而认为对方是成年人并卖出烟的场合，由于店主获得了作为烟的“价款”的反对给付，所以关于自己交付的烟的“经济上的交换价值”并不存在认识错误（不存在法益关系的错误）。因此，该未成年人不能被追究诈骗罪的刑事责任。这样一来，根据这种见解，只有被害者一方的“经济上的”关心事项才被诈骗罪所保护。（此外，该见解尽管以不存在“法益关系的错误”为理由否定诈骗罪的成立，但该逻辑归根到底不过是以客观地看“财产损害”这样的事态没有发生为理由否定诈骗罪的成立）

2.2.2 要求对于“重要的事项”的欺骗、认识错误的见解

第二种见解认为，行为人要成立诈骗罪，被害人就必须关于“作为交付、处分判断基础的重要的事项”被欺骗并陷入认识错误。该逻辑在判例③中被明确地提到，在其后的判例（后述的判例④、⑥）中也出现过。该见解要求，被害人在决定是否实施交付、处分行为的时候，关于对被害人具有“重要”意义的事项被“欺骗”并产生“认识错误”。

那么，这里所说的对被害人而言的“重要的事项”是不是仅仅指财物、财产上的利益的“经济上的交换价值”呢？还是此外的事情也包含于其中呢？如果这样考虑，对被害人而言交易上的“重要的事项”仅指自己交付的财物、财产上利益的“经济上的交换价值”，被害人关心的事项仅止于此，那么这第二种见解与上文的第一种见解相比只不过是用另一种表达方式表示了相同的内容罢了。然而，在交易的时候被害人认为是“重要”的事项，并不必然局限于“经济上的交换价值”。即使是经济上的交换价值“以外”的事项，根据场合的不同

也能够成为对被害人而言重要的关心事项。因此，从第2种见解来看，即使是在对于经济的交换价值“以外”的事项实施欺骗行为的场合，诈骗罪也能够成立。

那么，在交易之中，究竟什么样的事情可以成为对被害人“重要的事项”呢？有必要明确能成为“重要的事项”的事情的范围。在下文中将对该问题进行若干探讨。在那里也有必要满足不能让诈骗罪的成立范围“毫无限定”的要求。

3 交易中能成为“重要的事项”的事情的范围

3.1 以判例为线索的分析（其一）

在上文2.1.1中列举的判例（判例①、②、③）中，对于被害人交付的财物，行为人一方也支付了“金钱的对价”。尽管如此，如果要承认行为人成立1项诈骗罪，那么必须肯定被害人关于“重要的事项”存在认识错误。在这些事例中，肯定存在对被害人而言关于“重要的事项”的认识错误的理由，可以归于以下几点（杉本（2015））。

可以认为在判例①、②中的银行处于以下的特别状况之中。

（1）第一，存在着面向银行的“回避他人名义及让渡目的的账户开设”的法律上的要求。而且该要求是基于“恐怖主义资金供与”、“洗钱”、“汇款诈骗”对策的政策目的，特别地以银行的“账户”为对象发出的强有力的要求。

（2）第二，面向银行的法的要求的内容并不是抽象的，而是作为“他人名义及让渡目的的账户开设的回避”（开设时严格的本人确认）这样的明确的、形式的规范被提出的，并要求被具体地遵守。

（3）第三，一般来说，银行处于特别的、强力的法规制和监督机关的监督之下。因此，银行进行的交易对法规制具有强度的感应性（即，银行进行的交易只有在遵守法规制的情况下才能被认知为“正当的银行交易”，违反法规制进行的交易无法被外界认知为“正当的银行交易”）。从这些情况来看，对于想要使自己的交易被认知为“正当的银行交易”的银行来说，采用“即使是他人名义或让渡目的的账户，只要能带来利润就同意账户的开设”这样的经营方针大致是不可能的。

这样的话，由法律及监督机关的监督所发出的规范是强力的，遵守该规范进行的交易与不遵守该规则进行的交易之间，在交易层面上的社会意义完全不同（不遵守规范实施的交易大致不能被认知为其交易类型中的“正规的交易”）。在这种情况下，想要被看作实施“正规的交易”的交易主体的人最想的就是一定要遵守规范。在这样的场合下，“遵守交易中作为必要条件的规范”就能成为交易中最“重要的事项”。可以认为，对于判例①、②中银行而言“拒绝他人名义、让渡目的的账户开设”这样的法律上的要求正是这里所说的“规范”。

此外，对航空公司来说同样，可以说遵守各国的规制、要求，通过严格的本人确认来努力确保安全，协力进行出入国管理大致是作为“国际航空运输业务者”被承认的主体实施业务交易时的“基础”（增田（2013））。这样的话，可以说判例③的航空公司与上文中的银行同样，处于对于一定规范的遵守不得不关心的立场之下。

从上文来看，在判例①、②、③这样的场合下，可以进行如下考虑。在此将其称为第Ⅰ类型。

第Ⅰ类型 针对交易主体的法律等规制是强力的，且要使交易主体实施的交易作为“一定种类的交易”而大致地被认知、承认为正当的话，那么遵守规制环境设定的规范则是必要而不可或缺的，在这种场合，对交易主体而言，“规范的遵守”可以说是交易时的“重要的事项”。

那么，在交易主体并不处于如此强力的规制环境之下的场合，尽管如此，是否仍存在与金钱的收支没有直接关系的规范、条件的满足作为交易中的“重要的事项”的情形呢？我将结合2014年作出的三件最高裁判所案例对这一点进行探究。这些案件均涉及被告人隐瞒自

己是暴力团员这一事实并申请实施交易。

3.2 以判例为线索的分析（其二）

3.2.1 暴力团员的银行账户开设

2014年4月7日最高裁判所决定·刑集68卷4号715页（判例④）的被告人是暴力团员，在邮政储蓄银行记载“我...在表明、确认...不属于反社会的势力（暴力团员等）的基础上，提出申请”的申请用纸上记入自己的姓名并申请账户开设，从银行取得了存折等物。判例④认定，对于银行负责人来说账户开设的申请者是否是暴力团员，可以说是存折等物交付时“作为判断基础的重要的事项”，因而被告人成立1项诈骗罪。这里成为问题的是，在本案件发生时（2011年）对于银行是否存在着这样的状况，即“不将暴力团员作为交易对象”是其实施的交易大致上被认知、承认为“正当的银行交易”的必要条件。关于这一点，以下的两点是重要的。

（1）第一，对银行施加的“暴力团排除”的要求在当时已经是相当强硬的。2007年6月19日的“政府方针”将企业与反社会的势力（暴力团等）的关系完全断绝作为一般性的“方针”加以体现。受此影响，金融厅改变了对银行监督方针（2008年），把银行是否已经断绝与暴力团的关系这一点添加为重要的评价项目。因此，对于银行而言，为了从事被认定为与监督方针相适应的交易活动，“与暴力团断绝关系”就可以称为重要的条件。此外，在此之间，禁止业务者从事“助长暴力团活动”这样的交易，包含有在违反该禁令的场合下实施“劝告”及“公布”等规定的“暴力团排除条例”在各都道府县被制定，从企业交易中排除暴力团这样的社会上的、法律上的要求强化的状况是存在的。从以上的状况来看，银行将“自己的交易对象是否是暴力团员”这一点作为判断是否进行交易的“重要的事项”进行考虑，可以说是有客观的合理性的。

（2）但是第二点，下述的情况不能忽视。同样存在着暴力团员不是为了“暴力团的活动”，而只是为了在自身的日常生活的必要范围内使用而开设账户的场合。这样，包含所谓的“生活账户”而“全面禁止”对暴力团员的账户开设的法规制并不存在。金融厅也在关于监督方针问讯的回答中表示，其宗旨并非要求连生活账户的开设都一律禁止，如果在账户开设后实施适当的监视，接受生活账户的开设也是可以的。这样一来，在与“暴力团排除”之要求的关系上，银行并不处于要一律遵守某种“具体的规范”的状况之下。在这一点上，与“他人名义”和“让渡目的”的账户开设被“一律禁止”相比，关于暴力团排除的“规范”的具体性较低，只不过是银行实施的各个交易是否和暴力团关系断绝这样的框架性“政策”相一致这一点成为问题而已。

在这样的状况之下可以做如下考虑。在上文（1）中提到的规制环境之下，即使银行自主地采用“一律排除”与暴力团员的交易这样的经济方针，也是可以承认其合理性的。因此，可以直率地承认，如果存在采用这种方针的银行，那么对于该银行而言“交易对象是不是暴力团员”就成为了交易时的“重要的事项”。然而从上文（2）的情况来看，只要采取了一定的对策，在仅限于生活账户的领域内可以接受与暴力团员的交易，这样的做法也是可以作为“正当的”经营方针被认可的。因此，尽管存在上文（1）中那样的规制环境，单以此为理由不能断定“交易对方是否是暴力团员”对所有的银行都无一例外地（自动地）成为“重要的事项”。如果要说“交易对象是否是暴力团员”对银行而言是“重要的事项”，那么就必须确认问题中的银行在现实中坚持“一律的暴力团排除”到何种程度。

判例④指出，以“政府方针”的存在等为依据，在交易中银行大多重视“交易对象是否是暴力团员”这一点是具有客观上的合理性的（上文（1）的观点）。而且，除此之外，判例指出了“本案的银行”树立了一律拒绝暴力团员开设账户的方针，采用了使其在申请书上表明、确认“不是暴力团员”的方法（本案中的负责人也指出了申请书中的这一点并向被告人进行了确认），并采用了在存在利用者是暴力团员嫌疑的场合向警察局等进行问讯、确认的

体制，这些本案银行固有的事实（上文（2）的观点）。判例以这两点为根据，认定对本案银行而言“交易对象是否是暴力团员”是“重要的事项”。（驹田（2017））

从上文来看，下述的命题可以被认为是妥当的。在此称之为第Ⅱ类型。判例④是属于该类型的事例。

第Ⅱ类型 在实施一定种类的交易的时候，单单法律等规制环境的存在并不会使一定规范的遵守成为义务，但如果考虑到规制环境，那么就存在着交易主体在交易时设定“特定的条件”具有“客观的合理性”的状况。在这种场合，问题中的交易主体对于该“特定的条件”的设定有着深切的关心，只要能认定这样的事实关系，那么就可以说该“特定的条件”是否被满足，对该交易主体来说就成为了“重要的事项”。

3.2.2 暴力团员对高尔夫场的使用

与此相对，最高裁判所对于暴力团员隐瞒自己是暴力团员的事实并使用高尔夫场（得到高尔夫场的使用这样的财产上的利益）而以2项诈骗罪被起诉的两起案件分别得出了不同的结论。**2014年3月28日最高裁判所判决·刑集68卷3号582页（宫崎事件）（判例⑤）**否定了2项诈骗罪的成立，而**2014年3月28日最高裁判所决定·刑集68卷3号646页（长野事件）（判例⑥）**肯定了2项诈骗罪的成立。

判例⑥以如下理由进行了判决，因为如果高尔夫场接受暴力团员使用的话，那么就会存在使用该球场的其他顾客减少，损害高尔夫场的信用和评价的可能性，所以从高尔夫场的“经营上的观点”来看就可以理解拒绝暴力团员的使用这一措施。然而，对于“高尔夫场”并不存在一律禁止与暴力团员交易的法律规制，而且也并不能认定其处于像银行那样的受监督机关强力监督的状况之下。于是，最高裁判所把问题中的高尔夫场采用了什么样的经营方针，在何种程度上拒绝了暴力团员的使用，这样的“该高尔夫场”运营的实际状态及对待被告人（暴力团员）一方的使用申请的具体处理方式等个别具体的事实关系作为基础，判断2项诈骗罪是否成立。

在判例⑤的案件中，尽管存在着（1）高尔夫场在其使用条款中制定了暴力团排除条款，（2）设立了拒绝暴力团员使用的看板这样的事实，但在另一方面，可以认定以下事实（3）在该高尔夫场，并没有进行对于顾客不是暴力团员这一事实的一一确认，（4）在周边的高尔夫场默许暴力团员使用的情况也很多，该地区的高尔夫场的暴力团排除措施并不彻底。于是最高裁判所认定，在这样的状况之下，并不能说暴力团员没有告知自己是暴力团员而申请使用高尔夫场的行为表明了“自己不是暴力团员”的含义，因而并不能符合“欺骗他人的行为”。

与此相对，判例⑥的案件中，（1）高尔夫场并不仅仅在其利用条款中规定了暴力团排除条款，（2）还将县提供的情报进行电子化，在预约、接待的时候确认顾客是否是暴力团员，（3）顾客在签订成为该高尔夫场“会员”的入会合同的时候，被要求签署并提出“不与暴力团员同行”这样的保证书。该高尔夫会场的会员被告人X与暴力团员Y同行进入该高尔夫场并提出使用申请。最高裁判所在这样的事实关系之下认定，入会时保证“不与暴力团员同行”的X的申请使用该高尔夫场的行为本身就表明了“自己的同行者Y不是暴力团员”，因而X的申请就是“欺骗他人的行为”，并肯定了2项诈骗罪的成立。

对于“高尔夫场”，并不存在着属于上述第Ⅰ类型、第Ⅱ类型的强有力的规制状况。这样的话，对于问题中的高尔夫场，要认定“合同对方是否是暴力团员”是签订合同时的“重要事项”，就必须表明下述两个事实关系。

（1）第一，必须表明，在高尔夫场这样的业务经营中，设定“如果对方是暴力团员那么就一律拒绝其使用”这样的交易条件一般来说能够成为“重要的”关心事项。比如，超市的店长因为自己是某球队的狂热粉丝，故而实施让顾客出示粉丝俱乐部的会员证以确认顾客是否是该球队的粉丝，对于其球队的粉丝给予特别的优惠，对其外的顾客不给予该优惠，这样的经营方针（此外，该超市与球队之间完全不存在经营上的关系）。在这种场合，即使不

是粉丝俱乐部会员的顾客出示他人的粉丝俱乐部的会员证，假装自己也是会员而企图以便宜的价格购入商品，该顾客也不能成立1项诈骗罪。其原因在于，可以认为无论店长因为个人喜好将“顾客是球队的粉丝俱乐部的会员”作为交易中多么“重要的”条件，只要该店长打算进行的交易大致是“一般性质的超市中商品的买卖交易”，根据其交易类型来看“顾客是否为球队的粉丝俱乐部的会员”这一点都不可能成为“重要的事项”。这样，与多数的且不具有特殊性的对象之间进行的交易，在社会上如果想要归入到“作为一定的类型而确立的交易”的话，那么就不能重视在个人的层面上的与该交易类型基本上无法整合的“特殊的交易条件”（成濑（2014）参照）。可以这样解释，这样的个人的关心事项即使对其本人而言实际上也不应成为“重要的事项”。

这样一来，在高尔夫场案件中成为问题的是，设定“使用球场的顾客不是暴力团员”这样的条件，一般来说是否能依照“高尔夫场的经营”这样的交易类型而成为“重要的事项”。

都道府县的暴力团排除条例仅禁止“助长暴力团活动这样的”交易。因此，在暴力团员“个人地使用”高尔夫场这样的场合下，其并没有成为规制的对象。然而，在暴力团员申请使用的场合，其是暴力团员“个人地使用”还是作为“暴力团活动”的一部分的“接待高尔夫”或“暴力团员高尔夫大会”，单从外观上无法判断。因此，高尔夫场为了大致上不助长“暴力团的活动”，即使采用“完全拒绝暴力团员的使用”这样的经营方针，也可以承认其具有一定的经营上的合理性。这样一来，就可以说对于采用这样经营方针的高尔夫场而言，“使用者是否是暴力团员”就成为了高尔夫场经营上的“重要的事项”。

(2) 然而，只有对于采用上述经营方针的高尔夫场才能够说“使用者是否是暴力团员”是其经营上的“重要的事项”。那么第二点，如果要肯定问题中的高尔夫场采用了“完全拒绝暴力团员的使用”这样的经营方针，那么就有必要认定该高尔夫场“认真地”实践拒绝暴力团使用的方针并将其彻底化这样的事实关系。判例⑥事件中的高尔夫场在缔结会员合同的时候让对方提出“保证书”，此外将申请者的姓名与数据库比对，彻底实施了“拒绝暴力团使用”这样的方针。另一方面，判例⑤案件中的高尔夫场并没有采取确认申请者是否是暴力团员的措施。这样，高尔夫场的暴力团排除的“彻底度”的差异使得裁判所关于“使用者是否是暴力团员”是否对于该高尔夫场是“重要的事项”这一点得出了不同的结论（参照宫崎（2014）、乡原（2017b））。

从上述内容可以导出如下命题。在此将其称为第Ⅲ类型。

第Ⅲ类型 在不能认定存在第Ⅰ类型和第Ⅱ类型那样的规制环境的场合下，要肯定交易中“特定的条件”的充足对于交易主体来说是“重要的事项”，就有必要满足如下两个条件。

(1)第一，设定该“特定的条件”与其实施的交易具有类型上的整合性，并且，必须具有一定程度的合理性。

(2)第二，必须从其交易主体实施的客观的对策中看出，问题中的交易主体“真正”地期待该“特定条件”的满足。

4 总结

4.1 以上内容的总结

从上述的探讨来看，即使在关于被害人交付、处分的财物、财产上的利益的“经济上的交换价值”不能认定欺骗和认识错误，而仅能认定关于“其外的事情”存在欺骗、认识错误的场合下，在一定的情况下，可以以此为根据肯定诈骗罪的成立。将其用命题的形式总结的话，可以分为上述的“第Ⅰ类型”、“第Ⅱ类型”、“第Ⅲ类型”。

4.2 围绕着“通过举动的欺骗行为”的争论

最后，近年围绕着诈骗罪产生了新的争论。这是围绕着行为人的行为是否能成为“欺骗人”的（欺骗）行为而产生的争论。实际上，在判例⑤、判例⑥中，作为直接影响结论的问题点被认定的是，被告人的申请行为是否构成诈骗罪中的“欺骗人”的（欺骗）行为。要承认欺骗行为的存在，第一，该欺骗必须是针对对被害者而言的“重要的事项”而实施的（关于该问题已在上文探讨了）。而另外，第二，行为人的行为态样本身必须被评价为符合“欺骗”的行为。因为即使被害人关于“重要的事项”陷入错误，如果不能说这是由行为人的欺骗行为导致的，那么诈骗罪也无法成立。

在欺骗行为中，除了明示地陈述虚伪事实这样的“作为”（明示的欺骗）之外，也存在负有告知义务的行为人不对被害人告知真实情况的“不作为”的情形。但是除此之外，也可以想到默示的欺骗（“通过举动的欺骗行为”）。这是行为人的“一定的言语动作”默认地“含有”某种虚伪事实的意义的情形。比如，身上没有带钱的人打算吃霸王餐而在食堂点餐就属于该情形。虽然该行为人没有明示“自己带钱了”这一虚伪的事实，但是，在食堂点餐的行为当然包含了“自己带钱了”这样的意义。因此，这样的言语行动完全是告知对方虚伪事实的行为，其言语行动本身可以被认定是通过作为实施的“欺骗”行为（关于“通过举动的欺骗”，参照桥爪（2011）、富川（2012）、松宫（2014）、乡原（2017a）等）。

在判例⑥的事件中，X在保证“不与暴力团员同行”的基础上成为了高尔夫场的会员。这样一来，在X带着同行者Y申请使用高尔夫场的场合，就可以说在其申请中当然含有“该同行者Y不是暴力团员”的意思内容。所以，就可以说本案中X的申请行为符合“通过举动实施的欺骗”。

将这样的思考方法进一步推进的话，比如高尔夫场在利用申请书上设定了“我不是暴力团员”“我不与暴力团员同行”这样的“确认条项”并让顾客在该栏打勾。在采用这样的接待方法的场合下，如果作为暴力团员的顾客在该栏打勾并提出使用申请，那么其行为自然属于“欺骗”行为。但是，即使在申请书上交易条件作为“确认条项”而被印刷，不满足该条件的人在申请书上进行署名，单单以此当然不能直接认定诈骗罪的成立。就像已经探讨过的那样，如果其“条件”不属于“重要的事项”，那么即使该条件作为“确认条项”而被印刷出来，申请者也不能成立诈骗罪。这样，“重要的事项”的问题和“欺骗行为”这一态样是否存在的问题，在理论上是应当分开予以探讨的问题。

参考文献：

[1]伊藤涉，“诈骗罪中财产的损害”，《刑法杂志》42卷2号（2003）

[2]菊池京子，“关于诈骗罪中财产上的损害的考察（一）”、“同上（完）”，《东海法学》19号（1998）、23号（2000）

[3]乡原俊郎，“判解（最判平成26・3・28）”，《最判解刑事篇平成26年度》（2017a）

[4]乡原俊郎，“判解（最决平成26・3・28）”，《最判解刑事篇平成26年度》（2017b）

[5]驹田秀和，“判解（最决平成26・4・7）”，《最判解刑事篇平成26年度》（2017）

[6]佐伯仁志，“诈骗罪的理论的构造”，山口厚等编《理论刑法学的最前线Ⅱ》（2006）

[7]杉本一敏，“诈骗罪中被害者的“公共的角色”的意义”，《野村稔老师古稀祝贺论文集》（2015）

[8]田山聪美，“诈骗罪中财产的损害”，《曾根威彦老师・田口守一老师古稀祝贺论文集（下卷）》（2014）

[9]富川雅满“诈骗罪中推断的欺骗的概念”，《大学院研究年报（中央大学）法学研究科篇》41号（2012）

[10]成濑幸典，“关于诈骗罪的保护领域”，《刑法杂志》54卷2号（2014）

[11]桥爪隆，“关于诈骗罪成立的限界”，《植村立郎判事退官纪念论文集 现代刑事法的诸问题 第1卷》（2011）

[12]增田启祐，“判解（最决平成 22・7・29）”，《最判解刑事篇平成 22 年度》（2013）
[13]松宫孝明，“暴力团员的高尔夫场使用与诈骗罪”，齐藤丰治老师古稀祝贺《刑事法理论的探究与发现》（2012）
[14]松宫孝明，“通过举动的欺骗与诈骗罪的故意”，町野朔老师古稀纪念《刑事法・医事法的新展开 上卷》（2014）
[15]宫崎英一，“关于诈骗罪的保护领域”，《刑法杂志》54 卷 2 号（2014）
[16]山口厚，“关于诈骗罪近时的动向”，《研修》794 号（2014）

詐欺罪をめぐる日本の議論の現在

―「重要な事項」の問題を中心に

杉本一敏（早稲田大学教授）

1　前提

1．1　日本刑法典における詐欺罪規定

日本の刑法典は、246 条に詐欺罪の規定を置いている。同条第１項は、「人を欺いて財物を交付させた者は、十年以下の懲役に処する。」として「財物」を客体とした詐欺罪を規定し（１項詐欺罪）、同条第２項は、「前項の方法により、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者も、同項と同様とする。」として「財産上の利益」（有体物である財物以外の、財産的価値を持つ利益）を客体とした詐欺罪を規定する（２項詐欺罪）。なお、249 条の恐喝罪も同じく、その１項において、人を恐喝して「財物」を交付させた場合の処罰規定を（１項恐喝罪）、２項において、人を恐喝して「財産上の利益」を得た場合の処罰規定を置いている（２項恐喝罪）。このように、日本法の詐欺罪と恐喝罪の規定は、行為者が、欺罔か恐喝かという手段の違いはあるが、共に、その手段によって被害者の「意思決定の自由」を侵害し（被害者を「錯誤」または「畏怖」の心理状態に陥れ）、被害者に欺罔や恐喝がなかったならば決してしなかったような意思決定をさせ、それに基づいて個別具体的な「財物」や「財産上の利益」を交付・処分させた、という場合を処罰対象としている。

さて、詐欺罪を「個別財産に対する罪」として規定するこのやり方は、ドイツの詐欺罪規定（ドイツ刑法典 263 条）のように、個別具体的な「財物」や「財産上の利益」の移転・取得を直接の要件として規定するのでなく、欺罔手段によって「他人の財産に損害を与えたこと」（財産的損害の発生）をその成立要件とするような規定方法（「全体財産に対する罪」としての詐欺罪）とは対照的である。そのため、日本法においては、同じく個別具体的な「財物」の占有を取得することによって成立する窃盗罪（235 条）と、１項詐欺罪、１項恐喝罪は、いずれも個別具体的な「財物」の占有を取得する犯罪であるという点において共通であり、それらの違いは専ら行為者が用いる手段の種別（窃取、欺罔、恐喝）にある、という理解が成り立つことになる（ドイツ法において、窃盗罪は「所有権」に対する罪、詐欺罪・恐喝罪は「全体財産に対する罪」として、それぞれの法益が異なった形で理解されているのとは顕著な違いである）。

1．2　詐欺罪の成立要件と構造

1．2．1　成立要件

詐欺罪の成立要件は、次のようになる。

（1）まず客観的な要件として、①「人を欺」く（欺罔）行為が、実行行為として要求される。そして、②その結果、被害者が錯誤に陥り（意思決定の自由の侵害）、③被害者が錯誤に基づいて自ら財物または財産上の利益を交付・処分し、行為者側がそれを取得する。①の欺罔と、②の被害者側の錯誤、③の交付・処分行為との間には「因果関係」が必

要である。したがって、例えば、被害者が行為者の欺罔に気づいて、錯誤に陥らなかったにもかかわらず、別の動機（例えば、相手に対する同情心や憐れみ）から財物を交付した、という場合には、①の欺罔によって動機づけられた財物の交付が認められず、詐欺罪は成立しない。また、①の欺罔が仮になかったと仮定してみた場合に、その場合にも同じ態様で被害者側からの財物の交付がなされていただろう、という事情が認められた場合には、実際になされた財物の交付は①の欺罔の結果とはいえないから、やはり詐欺罪は成立しない。

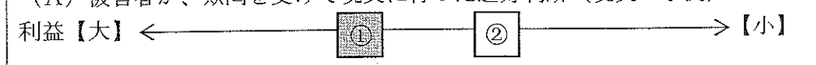
（2）更に主観的な要件として、④詐欺罪の「故意」と、⑤「不法領得の意思」が必要とされる。

1．2．2　構造

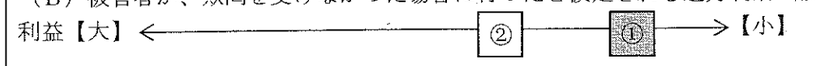
以上で見たように、欺罔行為によって「被害者の錯誤に基づく（真意に反する）意思決定」を生じさせる、という点が詐欺罪の本質をなしている。これを図式化してみれば、下のようになる。いま被害者には、①と②の選択肢があるとしよう（例えば、①が行為者の薦める商品を買うこと、②が買わないこと、である）。下の［図］の**（A）**は、行為者の欺罔（虚偽の情報）の下で、選択肢①と②が、被害者にとってどのように見えるかを表している。被害者は、自分にとって利益の大きい①を現実に選択することになる（現実の事例）。これに対して**（B）**は、仮に行為者の欺罔（虚偽の情報）がなかったならば、選択肢①と②が被害者にとってどのように見えたかを表している。この場合であれば、被害者は、自分にとって利益の大きい②を選択したはずである（仮定の事例）。このように、欺罔（虚偽の情報）によって、選択肢の序列（自分が考える、それぞれの選択肢の利益の大小）を入れ替えられ、その誤った序列に基づいて意思決定をさせられてしまうというのが、詐欺罪の被害者が置かれた状態である。

［図］

（A）被害者が、欺罔を受けて現実に行った選好判断（現実の事例）



（B）被害者が、欺罔を受けなかった場合に行ったと仮定される選好判断（仮定の事例）



2　詐欺罪をめぐる現在の論争

2．1　論争の対象となっている問題点

さて近時、詐欺罪に関して日本で最も議論されているのは、どのような内容の欺罔・錯誤であっても、被害者がそれに基づいて交付・処分行為を行ったならばおよそ詐欺罪が成立しうるのか、それとも、詐欺罪を成立させる欺罔・錯誤には何らかの限定があるのか、という問題である。具体的にいえば、被害者が交付・処分したものに対して、行為者側からも金銭的に見れば相当な対価が支払われている（したがって、被害者側には金銭的・経済的な損害は発生していないように見える）場合であっても、それでもなお、行為者に詐欺罪の成立を認めた重要判例が、最近15年の間に相次いで現れている。これらの判例の動向をめぐって、その結論の当否や、あるいは、判例の示した結論を導く「一般的基準」は何かといった点が、激しい議論の対象となっているのである。代表的な事例を紹介しよう。

2．1．1　判例

一連の判例の出発点となったのが、**最決平成14年（2002年）10月21日・刑集56巻8号670頁（判例①）**である。本件被告人は、銀行において他人の名義で預金口座の開設を申し込み、銀行から他人名義の預金通帳の交付を受けたものであるが、最高裁は、銀行を欺罔して預金通帳という財物を取得したものとし、1項詐欺罪の成立を認めた。この判例に対しては、被告人は名義を偽ったにすぎず、預金口座の開設に伴う必要経費は銀行に支払っているのだから、銀行に金銭的な損害が発生していないとして、詐欺罪の成立を疑問視する見解も主張された。その後、**最決平成19年（2007年）7月17日・刑集61巻5号521頁（判例②）**は、被告人が、他人に譲渡する目的を秘して、銀行において自己の名義で預金口座の開設を申し込み、預金通帳等の交付を受けた事案につき、同様に1項詐欺罪の成立を認めた。本件では、名義の偽りすらない。そこで、これらの事案において、銀行に一体何の被害があるというのか、そして、その被害は詐欺罪で捕捉すべき種類のものなのか、という点が論争の対象となった。

これらの判例の結論を擁護して主張されたのは、銀行の「公共性」と、銀行を取り巻く規制環境の存在、という論拠である。「テロリズムに対する資金供与の防止に関する国際条約」への署名（2001年10月30日）、及びマネーロンダリング対策の要請を受けて、いわゆる「本人確認法」が成立し（2003年1月16日施行。現在では「犯罪収益移転防止法」に引き継がれている）、口座開設時に客の本人確認を行うことが金融機関に義務づけられ、他方、客が本人特定事項を偽る行為（他人名義での申込み）も刑事罰の対象となった。この口座開設時の本人確認は、テロ資金供与やマネーロンダリングの目的での口座利用が発覚した場合に、その口座の本人確認記録をもとに資金の出所をたどる、という事後的な資金追跡を可能にするために設けられた制度である。このような本人確認制度の趣旨からすれば、「口座を自己名義で開設しさえすれば、その後でその口座を他人に譲渡してもよい」、などとは到底考えられない（2004年には、法改正により、通帳等の「他人への譲渡し」も新たに刑事罰の対象とされた）。こうして、法的な義務・要請に合致した取引を守ろうとする限り、銀行は、「他人名義」の口座開設や「譲渡目的」での口座開設を認めない、ということに重要な関心を持たざるを得なくなったのである。

その後、いわゆる「振り込め詐欺」の事件が多発するに至った。これは、高齢者などを標的として次々と電話をかけ、電話の相手の息子になりすましたり、弁護士になりすまして「あなたの息子がいま交通事故を起こして、示談金が緊急に必要になった」と訴えるなどして、銀行の預金口座への振込みを要求するという手口の詐欺である。その際、犯行グループは、捜査の手が及ばないように、指定する預金口座だけでなく、犯行に用いる携帯電話機も、他人が契約したものを買い取って使用するという方法をとった。そこで、他人名義の携帯電話機が出回ることを防止するため、いわゆる「携帯電話機不正使用防止法」が制定され（2005年）、同法によって、携帯電話の事業者は契約時に客の本人確認を行う義務を課され、他方、客が本人特定事項を偽ったり、携帯電話機を他人に無断譲渡する行為などは刑事罰の対象とされた。そこで今や、携帯電話機に関しても、譲渡目的を秘してこれを購入する行為が1項詐欺罪に該当する、ということになった（例えば、東京高判平成24年（2012年）12月13日・高刑集65巻2号21頁を参照）。

更に、**最決平成22年（2010年）7月29日（刑集64巻5号829頁）（判例③）**は、被告人Xらが、Yをカナダに不法入国させるために、X名義の航空機搭乗券を入手し、それを空港のトランジット・エリアでブローカーを通じてYに渡して、Yを国際線の航空機に搭乗させようとした（しかし、搭乗する際に発覚した）という事案において、本当は他人Yに譲渡する目的があるのにそれを秘して、X名義の搭乗券という「財物」を取得したXらの行為は、1項詐欺罪に当たるとした。最高裁はその理由の中で、本件の航空会社にお

いては搭乗者の「厳重な本人確認」が行われていた、という事実を挙げる。そして、なぜ「厳重な本人確認」が行われていたかといえば、それは、本人確認がなされていない別人を航空機に搭乗させると「航空機の運航の安全上重大な弊害をもたらす危険性」があり、また、「カナダ政府から同国への不法入国を防止するために搭乗券の発券を適切に行うことを義務付けられていた」ため、本人確認がなされた「乗客以外の者を航空機に搭乗させないことが本件航空会社の航空運送事業の経営上重要性を有していた」からであって、そうだとすると、「搭乗券の交付を請求する者自身が航空機に搭乗するかどうか」は、本件航空会社にとって、搭乗券の「交付の判断の基礎となる重要な事項」であった、と判示している。ここでは、テロ対策という政策目的から、航空会社が徹底した本人確認を要請されているという現状がその背景にある。

2.1.2　問題点

以上のいずれの事件においても、被告人は、問題の財物を取得するために必要な対価（代金）を被害者に対して支払っている。したがって、「金銭的な収支」だけを見る限り、被害者側には、想定外の損害は全く生じていないといえる。それでも、1項詐欺罪の成立を認めるべきなのだろうか。ここでの問題は、「いま自分がしようとしている取引が、自分に向けられた法規制や、政策的な要請に合致するものであるか否か」、という点に関する被害者（銀行、携帯電話事業者、国際航空会社）の関心が、「詐欺罪」によって保護されるべきものなのか、という点にある。

先の［図］に即していえば、銀行にとっては、普通は、口座開設の申込みに応じて預金を獲得すること（選択肢①）の方が、それに応じないこと（選択肢②）よりも望ましい。しかし、それが実は「他人名義」の口座開設の申込みだと知った場合には、銀行が法規制に従おうと考える限り、当然、その申込みに応じないこと（選択肢②）の方が、それに応じること（選択肢①）よりも望ましい。そうすると、この場合の銀行は、「他人名義の口座開設である」という事情を隠されたために、選択肢の優劣を見誤り、その誤った序列に基づいて選択肢①の方を選んでしまっている。そうすると、この場合の銀行は、まさしく詐欺の被害者に他ならない、といえそうである。しかし、他人名義の口座開設の申込みがなされた場合に、それに応じない方（選択肢②）が望ましいと銀行が考えるのは、「金銭的・経済的な関心」からではなく、「法規制への合致」という関心からである。被害者側のこのような非金銭的な関心事を、「財産犯罪」である詐欺罪の成否に結びつけてもよいのだろうか。このような考え方を押し進めていくならば、例えば、未成年者の保護に関わる法的規制を重視して、未成年者に対しては一定の商品（酒類、タバコ、成人向け雑誌など）を一切販売しない、という方針をとっている店において、未成年者Xが成人であるかのように装ってこれらの商品を購入した場合も、Xには、店に対する1項詐欺罪が成立することになる。しかし、このような結論に対しては、これまで大多数の学説が反対してきた。そうだとすると、詐欺罪において保護すべき被害者の「関心事」は、あくまで、被害者の目から見た各選択肢の「金銭的・経済的な」優劣関係に限られるべきではないだろうか。このような疑問が、学説において提起されているのである。

2.2　学説

詐欺罪の成立範囲の（適切な）限定を意図して主張されている日本の学説は、大きく次の2つに分けることができる。

2.2.1　「財産的損害」の発生を要求する立場

第1の見解は、246条に規定されてはいないが、詐欺罪の成立要件として「財産的損害」の発生を要求する。この見解は、財産犯罪である詐欺罪においては、単に「財物」や「財産上の利益」が移転しただけでは足りず、その移転によって、被害者側に実質的な「財産

的損害」が発生したといえることが必要だと解し、それによって、詐欺罪の「財産犯罪」としての性格を維持しようとするのである（菊池［1998；2000］、松宮［2012］、田山［2014］）。そして、ここにいう「財産的損害」は、「財物」や「財産上の利益」の移転と「同時に」生ずることが必要であって、取引後に生じる風評損害などの間接的損害はそこに含まれない、とされる。

また、いわゆる「法益関係的錯誤説」の説明方法に従って、これと全く同じ結論を導く見解も有力である。詐欺罪の保護法益である「財産」とは、「経済的な交換価値」のことである。そうすると、被害者が、自分の「財物」や「財産上の利益」の持つ「経済的な交換価値」に関して錯誤に陥り、取引に応じてしまった場合には、被害者に「法益関係的錯誤」があることになる。その場合、被害者の（財産移転に関する）同意は無効であり、行為者に詐欺罪が成立することになる、というのである（伊藤［2003］、佐伯［2006］、橋爪［2011］、山口［2014］など）。例えば、被害者が行為者に欺罔されて、自分の持っている高価な骨董品を「安物」だと思い込み、行為者が提示した安い対価で引き渡してしまった、という場合などがその典型例である。これに対して、未成年者にタバコを販売するつもりがない店主が、未成年者に欺罔され、相手が成人だと思い込んでタバコを売り渡してしまった場合には、店主はタバコの「代金」を反対給付として得ているから、自分が交付したタバコの「経済的な交換価値」に関しては錯誤がない（法益関係的錯誤がない）。したがって、この未成年者は詐欺罪には問われない。このようにして、この見解からも、被害者側の「経済的な」関心事だけが、詐欺罪によって保護されることになる。（なお、この見解は、被害者に「法益関係的錯誤」がないという論理によって詐欺罪の成立を否定しているが、その論理は結局のところ、客観的に見て「財産的損害」といえる事態が発生していない、という理由で詐欺罪を否定しているのに他ならない。）

2.2.2　「重要な事項」に関する欺罔・錯誤を要求する見解

第2の見解は、行為者に詐欺罪が成立するためには、被害者が「交付・処分の判断の基礎となる重要な事項」に関して欺罔され、錯誤に陥っていたのでなければならない、とするものである。この論理は、判例③において明言され、その後の判例（後述の判例④、⑥）にも現れている。この見解は、被害者が交付・処分行為に出るか否かを決するにあたり、被害者にとって「重要な」意味を持つ事項に関して「欺罔」がなされ、「錯誤」が生じていたことを要求する。

では、ここにいう被害者にとっての「重要な事項」とは、財物・財産上の利益の「経済的な交換価値」だけを指すのだろうか、それとも、それ以外の事情もそこに含まれうるのだろうか。被害者にとって取引上「重要な事項」といえるのは自分が交付している財物・財産上の利益の「経済的な交換価値」だけであり、被害者の関心事はそれに尽きる、と考えるならば、この第2の見解も、上の第1の見解と同じ内容を別の言い方で表現しただけの見解だということになる。しかし、取引に際して被害者が「重要」と考える事項が、「経済的な交換価値」に限られるという必然性はない。経済的な交換価値「以外」の事柄であっても、場合によっては被害者にとって重要な関心事となり得るだろう。したがって、第2の見解からは、経済的な交換価値「以外」の事柄に関して欺罔がなされた場合であっても、詐欺罪が成立することはあり得ることになる。

それでは、一体どのような事情が、取引において、被害者にとって「重要な事項」だと言えるのだろうか。「重要な事項」と言えるものの範囲を明らかにする必要がある。以下では、この問題について若干の検討を行うことにする。その際には、詐欺罪の成立範囲を「無限定」なものにしない、という要請にも同時に応える必要がある。

3　取引における「重要な事項」といえるものの範囲

3.1　判例を手がかりにした分析（その1）

上の2.1.1に挙げた判例（判例①、②、③）の事例においては、被害者が交付した財物に対して、行為者側から「金銭的な対価」が支払われている。それにもかかわらず、行為者に1項詐欺罪が成立するというのであれば、「重要な事項」に関して被害者に錯誤があった、と言えるのでなければならない。これらの事例において、被害者にとって「重要な事項」に関わる錯誤があると言える理由は、次の点に求められると思われる（杉本[2015]）。

判例①、②における銀行は、次のような特別な状況の下に置かれていた、ということができる。

（1）第1に、銀行に対しては、「他人名義や譲渡目的での口座開設を回避せよ」という法的要請が向けられていた。そしてその要請は、「テロ資金供与」「マネーロンダリング」「振り込め詐欺」への対策という政策目的から、特に銀行の「口座」を標的にして発せられた強力な要請であった。

（2）第2に、銀行に対する法的要請の内容は、抽象的なものではなく、「他人名義や譲渡目的の口座開設の回避」（開設時の厳格な本人確認）という明確かつ形式的なルールとして提示されており、その遵守が具体的に求められていた。

（3）第3に、銀行は、一般に、特に強力な法規制や監督官庁の監督の下に置かれている。そのため、銀行の行う取引は、規制に対して強い感応性を持っている（すなわち、銀行の行う取引は、規制に従ってなされることで初めて「正当な銀行取引」として認知されるのであり、規制に反してなされたような取引を「正当な銀行取引」として周囲に認知させることはできない）。これらの事情からすれば、自分の取引を「正当な銀行取引」として認知させようとする銀行としては、「他人名義や譲渡目的の口座であっても、利潤を上げるためならば開設を認める」、などといった経営方針を採用することはおよそできないのである。

このように、法令や、監督官庁の監督から発せられるルールが強力であり、そのルールを守ってなされた取引と、守らないでなされた取引とでは、取引としての社会的意味が全く違ったものになる（ルールを守らないでなされたような取引は、およそその種類の「正規の取引」として認知されない）という場合には、「正規の取引」を行う取引主体として承認されたい者は、何よりもルールを遵守しなければならない。このような場合には、「取引において必要条件とされているルールを遵守すること」こそが、取引に際して最も「重要な事項」となり得るのである。判例①、②の銀行にとって、「他人名義・譲渡目的での口座開設には応じない」という法的な要請は、まさにこのような「ルール」だったと考えることができる。

また、航空会社においても、各国の規制・要請に従い、厳重な本人確認によって安全確保に努め、出入国管理に協力することが、およそ「国際航空運送事業者」として承認された主体として事業上の取引を行う際の「基盤」になっている、といえる（増田[2013]）。そうすると、判例③の航空会社も、上で見た銀行と同じく、一定のルールの遵守に関心を持たざるを得ない立場に置かれていたといい得る。

以上から、判例①、②、③のような場合については、次のように考えることができる。これを第Ⅰ類型としておこう。

第Ⅰ類型　取引主体を取り巻く法令などの規制環境が強力であり、取引主体が行った取引がおよそ「ある一定の種類の取引」に当たるものとして正当に認知・承認されるためには、規制環境が設けているルールを遵守することが必要不可欠である、といえる場合には、その「ルールの遵守」が、取引主体にとって取引の際の「重要な事項」になると言える。

それでは、取引主体がそこまで強力な規制環境の下に置かれていない場合に、それでもなお、金銭的収支とは直接関係のないルール・条件の充足が取引上の「重要な事項」に当たるという場合はあり得るだろうか。2014年に出された3件の最高裁判例に即して、この点について考えてみることにする。これらはいずれも、被告人が、自分が暴力団員であるという事情を隠して取引を申し込んだ、という事件に関わるものである。

3.2　判例を手がかりにした分析（その2）

3.2.1　暴力団員による銀行口座の開設

最決平成26年（2014年）4月7日・刑集68巻4号715頁（判例④）の被告人は、暴力団員であったが、ゆうちょ銀行において、「私は、…反社会的勢力〔暴力団員など〕ではないこと…を表明・確約した上、申し込みます。」という記載がなされた申込用紙に自分の氏名を記入して口座開設の申込みを行い、銀行から通帳等を受け取った。判例④は、口座開設の申込者が暴力団員であるかどうかは、銀行担当者にとって、通帳等を交付する際の「判断の基礎となる重要な事項であるというべきである」として、被告人に1項詐欺罪の成立を認めた。ここで問題となるのは、本件当時（2011年）、銀行にとって、「暴力団員を取引相手にしない」ということが、およそ自分の行う取引が「正当な銀行取引」として認知・承認されるための必要条件である、と言えるような状況だったのかという点である。この点に関しては、次の2点が重要である。

（1）第1に、銀行に対する「暴力団排除」という要請は、当時既に、相当強いものであった。2007年6月19日の「政府指針」は、企業が反社会的勢力（暴力団等）との関係を一切遮断することを一般的な「指針」として示した。それをうけて、金融庁は、銀行に対する監督指針を改正し（2008年）、銀行が暴力団との関係を遮断しているかという点を重要な評価項目に加えた。これにより、銀行にとって、監督指針に適ったものと承認されるような取引を行うためには、「暴力団との関係遮断」が重要な条件になったと言える。更に、その間、「暴力団の活動を助長」するような取引を事業者が行うことを禁止し、この禁止に違反した場合には「勧告」や「公表」などを行うとする規定を含んだ「暴力団排除条例」が各都道府県で制定され、企業取引からの暴力団排除という社会的・法的な要請が強まっている状況があった。以上の状況からすれば、銀行が、「自分の取引相手が暴力団員か否か」という点を、取引を行うか否かを決する際の「重要な事項」と考えることには、客観的な合理性が認められると言える。

（2）しかし第2に、次のような事情も無視できない。暴力団員が「暴力団の活動」に利用するためではなく、自分自身の日常生活に必要な範囲で利用するために預金口座を開設する場合もある。このような、いわゆる「生活口座」も含めて、暴力団員に対する口座の開設を「全面的に禁止」する、という法規制は存在していないのである。金融庁も、監督指針に関する質問に対する回答の中で、生活口座の開設までおよそ一律に排除を求めるという趣旨ではなく、口座の開設後も適切なモニタリング（監視）を行うのであれば、生活口座の開設には応じてもよい、という趣旨のことを述べている。そうすると、銀行は、「暴力団排除」という要請との関係では、何らかの「具体的なルール」の遵守を「一律に」求められているという状況にはない。この点で、「他人名義」や「譲渡目的」の口座開設が「一律に禁止」されていたのと比べると、暴力団排除に関する「ルール」の具体性は低く、銀行の行う個々の取引が、暴力団との関係遮断という大枠としての「ポリシー」に適合しているかが問題にされているにすぎない。

このような状況の下では、次のように考えるのが妥当だろう。上記（1）で示されたよ

うな規制環境の下では、銀行が、自主的に、暴力団員との取引を「一律に排除する」という経営方針をとることにも、合理性が認められる。したがって、そのような方針を採用している銀行があったならば、その銀行にとっては、「取引相手が暴力団員であるか否か」が、取引に際しての「重要な事項」をなしている、と端的に認めることができる。しかし、上記（2）の事情からすると、一定の対策を講じている限り、生活口座に限っては暴力団員との取引に応じる、というやり方も、銀行の「正当な」経営方針として承認され得るのである。したがって、上記（1）のような規制環境があるからといって、ただそれだけの理由で、「取引相手が暴力団員か否か」が全ての銀行にとって例外なく（自動的に）「重要な事項」になる、と断定することはできない。「取引相手が暴力団員であるか否か」が銀行にとって「重要な事項」であったと言えるためには、問題の銀行が、実際にどの程度まで「一律の暴力団排除」という経営方針を堅持していたか、という点を確認しなければならないのである。

判例④は、「政府指針」の存在などを根拠に、およそ銀行が、「取引相手が暴力団員か否か」という点を取引上重視することには客観的な合理性がある、ということを指摘している（上記（1）の観点）。更に、それに加えて、「本件銀行」が、暴力団員の口座開設を一律に拒絶する方針を立て、申込書において「暴力団員でないこと」を表明・確約させる方法をとり（本件の担当者も、申込書のその点を示して被告人に確認を行っており）、利用者が暴力団員である疑いが生じた場合には警察署等に照会・確認を行うという体制をとっていた、という本件銀行に固有の事情を挙げている（上記（2）の観点）。そして、これらの両方の点を根拠にして、本件銀行にとっては「取引相手が暴力団員か否か」が「重要な事項」であった、という認定を行っているのである（駒田［2017］）。

以上から、次のような命題が妥当すると思われる。これを第Ⅱ類型と呼んでおく。判例④は、この場合に該当する事例である。

第Ⅱ類型　ある一定の種類の取引を行うにあたり、法令などの規制環境によって端的に一定のルールの遵守が義務づけられているわけではないが、規制環境に照らしてみれば、取引主体が取引にあたって「特定の条件」を設定することに「客観的な合理性」が認められる状況だったとする。このような場合には、問題の取引主体が、この「特定の条件」の設定に真剣に関心を持っている、という事実関係が認められる限りにおいて、その「特定の条件」が充たされているか否かが、当該取引主体にとって「重要な事項」になると言える。

3.2.2　暴力団員によるゴルフ場の利用

これに対して、暴力団員が、自分が暴力団員であることを隠してゴルフ場を利用した（ゴルフ場の利用という財産上の利益を得た）として、2項詐欺罪で起訴された2件の事件に関しては、最高裁はそれぞれ異なる結論を示した。**最判平成26年（2014年）3月28日・刑集68巻3号582頁（宮崎事件）（判例⑤）**は2項詐欺罪の成立を否定し、**最決平成26年（2014年）3月28日・刑集68巻3号646頁（長野事件）（判例⑥）**は2項詐欺罪の成立を肯定したのである。

判例⑥は、ゴルフ場が暴力団員の利用を認めるならば他の利用客が減ってしまい、ゴルフ場の信用・格付けを損なうおそれがあるから、暴力団員の利用を拒絶することは、ゴルフ場の「経営上の観点」からすれば理解できる措置である、という趣旨の判示をしている。しかし、「ゴルフ場」に関しては、暴力団員との取引を一律に禁止する法規制は存在せず、また、銀行のように、監督官庁の強力な監督の下にあるという状況も認められなかった。そこで最高裁は、問題のゴルフ場がどのような経営方針をとっていたのか、暴力団員の利用をどの程度まで拒絶していたのか、といった、「当該ゴルフ場」の運営の実態や、被告人（暴力団員）側の利用申込みの具体的なやり方など、個別具体的な事実関係を基にして

2項詐欺罪の成否を判断したのである。

判例⑤の事件では、（1）ゴルフ場が、その利用約款に暴力団排除条項を定めており、（2）暴力団員の利用を拒絶する看板を立てていた、などの事実があったが、他方で、（3）このゴルフ場では、客の一人一人に対して暴力団員でないことの確認を行っておらず、（4）周辺のゴルフ場においても暴力団員の利用を黙認している場合が多く、当該地域のゴルフ場において暴力団の排除が徹底されていたわけではない、という事実関係が認められた。そこで最高裁は、このような状況の下では、暴力団員が、自分が暴力団員であることを申告せずにこのゴルフ場の利用を申し込んだ行為は、「自分が暴力団員ではない」ということまで表明した行為とは言えないから、これは別段「人を欺く行為」には当たらない、と判断した。

これに対して、判例⑥の事件では、（1）ゴルフ場が、その利用約款に暴力団排除条項を定めていただけでなく、（2）県から提供された情報をデータベース化して、予約・受付の際に客が暴力団員でないかを確認しており、（3）客がこのゴルフ場の「会員」になる入会契約に際しては、客に「暴力団員を同伴しない」という誓約書への署名を求め、それを提出させていた。このゴルフ場の会員だった被告人Xは、暴力団員であるYを同伴してこのゴルフ場を訪れ、利用の申込みを行った。最高裁は、このような事実関係の下では、入会の際に「暴力団員を同伴しない」と誓約したXが、このゴルフ場で利用を申し込む行為それ自体が、「自分の同伴者Yは暴力団員でない」ということを表明したのに他ならない、として、Xの申込みが「人を欺く行為」に当たると認め、2項詐欺罪の成立を肯定した。

「ゴルフ場」に関しては、上述の第Ⅰ類型、第Ⅱ類型に該当するような、強力な規制状況は存在していない。そうすると、問題のゴルフ場にとって、「契約相手が暴力団員であるか否か」が契約に際しての「重要な事項」であった、と認められるためには、次の2つの事実関係が示されなければならない。

（1）第1に、「相手が暴力団員である場合には、その利用を拒絶する」という一律の取引条件を設定することが、およそゴルフ場という事業の経営において、一般に「重要な」関心事となり得る事柄である、ということが示されなければならない。例えば、あるスーパーマーケットの店長が、自分がある球団の熱狂的なファンであることから、客がその球団のファンであるか否かをファンクラブの会員証を呈示させて確認し、その球団のファンクラブ会員である客に対しては特別な値引きをするが、それ以外の客には値引きをしない、という経営方針をとっていたとしよう（なお、このスーパーマーケットと球団との間には、経営上の関係は一切ないものとする）。この場合、ファンクラブ会員でない客が、他人のファンクラブ会員証を呈示して自分も会員であるかのように装い、安い価格で商品を購入したとしても、この客に1項詐欺罪の成立を認めることはできない。というのも、店長が個人的な好みから、「客が球団のファンクラブ会員である」ということを、取引においてどれほど「重要な」条件だと考えたとしても、その店長が行おうとしている取引がおよそ「一般的なスーパーマーケットにおける商品の販売取引」である限り、「客がある球団のファンクラブ会員か否か」という点は、その取引の類型に照らして「重要な事項」とはなり得ない、と考えるべきだからである。このように、多数かつ非個性的な相手との間で行われる取引として、社会において「一定の類型として確立した取引」への参入を望むのであれば、その取引の類型とおよそ整合し得ないような「特殊な取引条件」を個人的に重視することはできない（成瀬［2014］参照）。そのような個人的な関心事は、本人にとっても実は「重要な事項」ではないはずだ、と解釈されることになるのである。

そうすると、ゴルフ場の事件において問題となるのは、「利用客が暴力団員でないこと」

という条件を設定することが、およそ「ゴルフ場の経営」という取引類型に照らして「重要な事項」となり得るような事柄なのか、という点である。

都道府県の暴力団排除条例は、「暴力団の活動を助長するような」取引だけを禁止している。したがって、暴力団員がゴルフ場を「個人的に利用する」という場合は、規制の対象となっていない。しかし、暴力団員が利用を申し込んできた場合に、それが暴力団員の「個人的な利用」なのか、それとも、「暴力団の活動」の一環であるような「接待ゴルフ」や「暴力団員のゴルフ大会」なのかは、見た目では分からない。そのため、ゴルフ場が、およそ「暴力団の活動」を助長することがないように、「暴力団員の利用を全て拒絶する」という経営方針を採用することにも、一定の経営上の合理性が認められるのである。そうすると、このような経営方針をとるゴルフ場においては、「利用者が暴力団員であるか否か」が、ゴルフ場の経営上「重要な事項」になる、と言うことができる。

（2）しかし、「利用者が暴力団員であるか否か」がその経営上「重要な事項」である、と言えるのは、あくまで、上のような経営方針を採用しているゴルフ場に関してだけである。そこで第２に、問題のゴルフ場が「暴力団員の利用を全て拒絶する」という経営方針を採用している、と言えるためには、そのゴルフ場が暴力団の利用の排除を「真剣に」実践し、それを「徹底」させている、という事実関係の認定が必要となる。判例⑥の事件のゴルフ場は、会員契約の際に「誓約書」を提出させ、更に、申込者の氏名をデータベースと照合しており、「暴力団の利用拒絶」という方針を徹底させていた。他方で、判例⑤の事件のゴルフ場は、申込者が暴力団員であるか否かを確認する措置をとっていなかった。このように、ゴルフ場における暴力団排除の「徹底度」の違いが、「利用者が暴力団員であるか否か」がそのゴルフ場にとって「重要な事項」であるか否か、という点に関する裁判所の結論を分けることになったのである（宮崎[2014]、郷原[2017b]参照）。

以上のことから、次の命題を導くことができる。これを第Ⅲ類型と呼んでおく。

第Ⅲ類型　第Ⅰ類型や第Ⅱ類型のような規制環境が認められない場合において、取引における「特定の条件」の充足が取引主体にとって「重要な事項」となっている、と言えるためには、次の２つの条件を満たすことが必要である。
（1）第１に、その「特定の条件」を設定することが、そこで行われている取引と類型的な整合性を持ち、かつ、一定の合理性を持っているのでなければならない。
（2）第２に、問題の取引主体が、その「特定の条件」の充足を「真剣に」望んでいるということが、その取引主体が講じている客観的な方策から読み取れるのでなければならない。

4　まとめ

4.1　以上のまとめ

以上の検討から、被害者が交付・処分した財物・財産上の利益の「経済的な交換価値」に関しては欺罔・錯誤が認められず、「それ以外の事情」に関してだけ欺罔・錯誤が認められる、という場合であっても、一定の場合には、詐欺罪が成立するということが基礎づけられた。それを命題の形でまとめたものが、上述の「第Ⅰ類型」、「第Ⅱ類型」、「第Ⅲ類型」である。

4.2　「挙動による欺罔」をめぐる議論

最後に、詐欺罪をめぐっては、近時新しい議論が生じてきている。それは、行為者の行為が「人を欺く」（欺罔）行為と言えるか否か、という点をめぐる議論である。実は、判例⑤、⑥においても、結論を直接左右する点として判示されていたのは、被告人の申込行為が詐欺罪にいう「人を欺く」（欺罔）行為に当たるか否か、という点であった。欺罔行為

が認められるためには、第１に、その欺罔が、被害者にとって「重要な事項」と言える事柄に関してなされたのでなければならない（この問題については、上で検討を加えてきた）。しかしそれとは別に、第２に、行為者の行為態様それ自体が、「欺罔」に当たる行為、と評価されなければならない。被害者が「重要な事項」に関して錯誤に陥っても、それが行為者の欺罔行為によって惹き起こされたものだと言えなければ、詐欺罪は成立しないからである。

欺罔行為には、明示的に虚偽の事実を述べるという「作為」（明示的な欺罔）のほか、告知義務を負っている行為者が、被害者に対して真実を告知しないという「不作為」があり得る。しかしそれ以外に、黙示的な欺罔（「挙動による欺罔」）というものが考えられる。これはすなわち、行為者の「一定の言動」が、何らかの虚偽の事実を暗黙のうちに「含意」している場合をいう。例えば、所持金の無い者が、無銭飲食をするつもりで食堂において定食を注文した、という場合がこれに当たる。この行為者は、「自分には金がある」という虚偽の事実を明示していないが、しかし、食堂で定食を注文するという行為は、当然に「自分には金がある」ということを含意している。そこで、このような言動は、相手に対して虚偽の事実を告知するものに他ならないとして、その言動それ自体が作為による「欺罔」行為と認められている（「挙動による欺罔」に関して、橋爪[2011]、冨川[2012]、松宮[2014]、郷原[2017a]など参照）。

判例⑥の事件においては、Ｘが「暴力団員を同伴しない」という誓約をした上で、ゴルフ場の会員になっていた。そうすると、そのようなＸが、同伴者Ｙを連れてゴルフ場の利用を申し込んだ場合には、その申込みには「この同伴者Ｙは暴力団員ではない」という趣旨が当然に含意されている、と言える。そうすると、この事件のＸの申し込みは、「挙動による欺罔」に該当する、と言えることになる。

このような考え方を押し進めていくと、例えば、ゴルフ場が、利用申込書に「私は暴力団員ではありません。」「私は暴力団員を同伴しません。」といった「チェック項目」を設けておき、客にその欄をチェックさせる、というような受付方法をとっている場合には、暴力団員である客がその欄をチェックして利用申込みを行えば、その行為が自動的に「欺罔」に該当する、ということになり得る。しかし、申込書に取引条件が「チェック項目」として印刷されていて、その条件を充たさない者が申込書に署名して申込みを行ったという場合に、それだけで直ちに詐欺罪が成立するわけではないことは勿論である。既に検討したように、その「条件」が「重要な事項」に当たるのでなければ、その条件が「チェック項目」として印刷されていたとしても、申込者に詐欺罪は成立しないのである。このように、「重要な事項」の問題と、「欺罔行為」といえる態度が存在するかという問題は、理論上、別個に検討されるべき問題だということができよう。

［参照文献］

伊藤渉「詐欺罪における財産的損害」刑法雑誌 42 巻 2 号［2003］
菊池京子「詐欺罪における財産上の損害についての一考察（一）」「同（完）」東海法学 19 号［1998］、23 号［2000］
郷原俊郎「判解（最判平成 26・3・28）」最判解刑事篇平成 26 年度［2017a］
郷原俊郎「判解（最決平成 26・3・28）」最判解刑事篇平成 26 年度［2017b］
駒田秀和「判解（最決平成 26・4・7）」最判解刑事篇平成 26 年度［2017］
佐伯仁志「詐欺罪の理論的構造」山口厚ほか『理論刑法学の最前線Ⅱ』［2006］
杉本一敏「詐欺罪における被害者の『公共的役割』の意義」『野村稔先生古稀祝賀論文集』［2015］

田山聡美「詐欺罪における財産的損害」『曽根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集［下巻］』［2014］
冨川雅満「詐欺罪における推断的欺罔の概念」大学院研究年報（中央大学）法学研究科篇41号［2012］
成瀬幸典「詐欺罪の保護領域について」刑法雑誌54巻2号［2014］
橋爪隆「詐欺罪成立の限界について」『植村立郎判事退官記念論文集 現代刑事法の諸問題 第1巻』［2011］
増田啓祐「判解（最決平成22・7・29）」最判解刑事篇平成22年度［2013］
松宮孝明「暴力団員のゴルフ場利用と詐欺罪」斉藤豊治先生古稀祝賀『刑事法理論の探究と発見』［2012］
松宮孝明「挙動による欺罔と詐欺罪の故意」町野朔先生古稀記念『刑事法・医事法の新たな展開 上巻』［2014］
宮崎英一「詐欺罪の保護領域について」刑法雑誌54巻2号［2014］
山口厚「詐欺罪に関する近時の動向について」研修794号［2014］

论诈骗罪中的财产损失

——以中国的司法实务为中心展开

付立庆*

在解释上，诈骗罪可能是所有财产犯罪中最棘手的一个。这既是因为，诈骗罪有时难以和民法上的不法行为（如给付瑕疵）或商场上的冒险投机行为清晰区分，也是因为，某些案件类型，究竟是诈骗罪还是其他财产犯罪，在解释上不容易厘清。[1]在诈骗罪的认定中，是否存在财产损失及其如何判断、如何计算等，具有重要意义，本文将结合中国刑事司法中的相关案例，对此予以讨论。

一、讨论前提

有研究显示，在世界各国有关诈骗罪的立法规范中，大陆法系国家常倾向于明确描述“损失”要素，如德国、意大利、瑞士、法国等，而英美法系国家刑法中则均未见规定有财产损失内容。[2]但是，未在法条中明确要求“财产损失”，并不意味着成立诈骗罪既遂就不需要财产损失。比如，同属大陆法系的日本刑法第246条第1款只规定了“欺骗他人使之交付财物”，第2款也仅是规定以欺骗方法取得或者使他人取得非法的财产性利益，而学说上虽有争论，财产损失不要说仅为牧野英一、木村龟二等老一辈主观主义阵营学者所主张，[3]属于少数说，更多的观点鉴于诈骗罪财产犯的属性而倾向于肯定成立该罪既遂需要造成财产损失，差别是以团藤、福田、大塚为代表的通说认为因交付而转移的“物或者利益的丧失本身”就是诈骗罪的法益侵害，[4]而由西田典之等代表的有力说则在转移财产之外，还独立判断是否造成了实质性的财产损失。[5]中国刑法第266条同样只规定了“诈骗公私财物”并提出了“数额较大”要求，而鉴于该罪规定于“侵犯财产罪”一章之中，中国刑法学理论同样要求成立本罪既遂需要财产损失，[6]并认为，“财产损失”作为财产法益受到侵害的体现，至少是诈骗罪不成文的构成要件要素。[7]这样的话，问题就在于对“财产损失”的具体理解。对此予以展开之前，有两点需要首先明确。

首先，财产损失应是诈骗罪客观构成要件的最后检验环节。在诈骗罪的客观行为链条（欺诈行为→认识错误→处分财产→取得财产→财产损失）之中，只有其他行为链条已经齐备的场合，才需进行是否存在财产损失的判断。因此，在认为价值判断无法凭借认识能力去检验真伪时，则媒婆告诉急于结婚的男士愿意介绍一绝色美女使得男士付给优厚礼金，相亲时却

* 中国人民大学法学院教授
[1] 参见林东茂：《一个知识论上的刑法学思考》（增订三版），中国人民大学出版社2009年版，第144页。
[2] 参见游涛：《普通诈骗罪研究》，中国人民公安大学出版社2012年版，第50页，第221-222页。
[3] 前田雅英教授曾认为，财产损失不要说是行为无价值（一元）论的归结。参见[日]前田雅英：《刑法各论讲义》（第4版），东京大学出版会2007年版，第286页。
[4] 参见[日]西田典之：《刑法各论》（第六版），弘文堂2012年版，第203页。另可参见[日]山口厚：《刑法各论》（第2版），有斐阁2010年版，第267页。
[5] 参见[日]西田典之：《刑法各论》（第六版），弘文堂2012年版，第203页；[日]前田雅英：《刑法各论讲义》（第6版），东京大学出版会2015年版，第243-244页。
[6] 参见张明楷：《刑法学》（第5版），法律出版社2016年版，第1005页；陈兴良、周光权：《刑法学的现代展开Ⅰ》（第二版），中国人民大学出版社2015年版，第519页。
[7] 参见蔡桂生：《论诈骗罪中财产损失的认定及排除》，《政治与法律》2014年第9期，第50页。

发现此女庸脂俗粉的场合，因为美丑系价值判断并无真假可言，故而媒婆也并未传递不实信息，欠缺刑事欺诈行为。[8]类似这样的场合，无需讨论交付财物者是否存在财产损失，而可直接以之前的行为链条并未齐备为由，否定诈骗罪的成立。其次，“财产损害”应该是指一种实际损害。在德国，根据司法判例和学界的多数见解，当行为人导致被害人的财产陷入紧迫的具体危险时，就已经可以认定被害人财产受到了损失，行为人构成诈骗既遂，此即所谓“等同于损失的财产危险”。[9]在中国台湾地区，亦有学者主张具体的危险也是财产损害，并认为，台湾地区实务似乎对此也并未反对。[10]但在中国大陆的实务中，比如骗取了账户或者是保险箱密码而尚未实际取得财物的场合，都不会认为成立诈骗罪既遂，充其量是成立其未遂而已。可以说，为了将诈骗既遂与诈骗未遂予以区分，其中既遂应该限于使得被害人的财产实际损害“数额较大”，财产损害应该不包括“等同于损失的具体危险”。

二、（修正的）经济财产说：“财产”的理解

（一）学说状况

讨论诈骗罪中的财产损失，首先涉及“财产”本身的理解。对此首先要明确的是，尽管中国刑法分则第五章侵犯财产罪将行为对象主要规定为“财物”，但学界更多的观点认为此处的“财物”也包括财产性利益在内。在虚拟财产也被一般性理解为“财产”的情况下，[11]可以说，中国刑法语境下的“财物”与“财产”应属同义语。[12]对于“财产”的概念，德国学说上主要存在着法律财产说、经济财产说以及法律经济财产说的基本对立，[13]这种学说对立也直接影响了中国刑法学对此的理解。

法律财产说强调“纯法律的财产概念”，为宾丁（Binding）所创用，其主张，财产是财产权利与财产义务的总和，与经济上的价值无关。财产损害，是财产权利的丧失以及财产义务的负担。[14]据此，行贿款物等不法原因给付物、妓女受骗提供性服务之后形成的无效债权、违法犯罪所得等不受民事法律保护的权利，不能成为财产罪的保护法益；相反，即便无经济价值的民事权利也属于“财产”。在德国，这种见解较为古老，见于帝国法院的早期判决。[15]中国传统刑法理论一般认为，诈骗罪侵犯的是“公私财产的所有权”[16]或者“公私财物所有权”[17]，这种所有权说，被认为“实际上是一种法律的财产说”[18]。法律财产说的主张并不可取。第一，这一学说以刑法的判断从属于民法这种从属性思想为理论基础。尽管就世界范围尤其是德国而言，可以说“从 20 世纪 30 年代起，人们不再认为刑法从属于民法”，“故

[8] 参见林东茂：《一个知识论上的刑法学思考》（增订三版），中国人民大学出版社 2009 年版，第 145-146 页。
[9] 在目前德国司法实务中，判例往往在缔约诈骗、信贷诈骗、善意取得以及骗取账户或保险箱密码等情形中考虑存在着等同于损失的财产危险。参见王钢：《德国判例刑法 分则》，北京大学出版社 2016 年版，第 216 页。
[10] 参见林东茂：《一个知识论上的刑法学思考》（增订三版），中国人民大学出版社 2009 年版，第 151 页。
[11] 参见陈兴良：《虚拟财产的刑法属性及其保护路径》，《中国法学》2017 年第 2 期，第 146-172 页。
[12] 参见王钢：《不法原因给付对于认定财产犯罪的影响》，《法学家》2017 年第 3 期，第 138-139 页。
[13] 除此之外，还有所谓“人的财产说”，认为财产是人格发展的基础，是人所具有的经济潜能或者说对作为社会共同体经济交往之客体的支配性。参见王钢：《德国判例刑法 分则》，北京大学出版社 2016 年版，第 212 页。但这种主张存在着将“财产”与“人”之区别予以模糊化的根本疑问，因此仅止于少数学者主张。
[14] 参见林东茂：《刑法综览》（修订五版），中国人民大学出版社 2009 年版，第 331 页。
[15] 参见王钢：《德国判例刑法 分则》，北京大学出版社 2016 年版，第 212 页。
[16] 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（第七版），北京大学出版社、高等教育出版社 2016 年版，第 503 页。
[17] 参见王作富主编：《刑法》（第六版），中国人民大学出版社 2016 年版，第 418 页。
[18] 蔡桂生：《论诈骗罪中财产损失的认定及排除》，《政治与法律》2014 年第 9 期，第 52 页。

法律的财产说丧失了理论依据”[19]，但在中国，刑法从属性的主张仍有市场。例如，最近有学者从刑法谦抑原则的着眼点应从主要钳制立法转向制约司法活动的命题出发，认为刑法具有二次规范性，对财产犯罪的认定尤其是对财物概念、财物的他人性的判断等而言，刑法必须和民法的立场保持一致。[20]至少是在财产概念问题上，这似乎就是在主张刑法从属性说。更明显的，有学者主张刑法在实质上受制于其与前置法之保护性规则共同保障的调整性规则的规定，因而刑法是从属法、次生法，“前置法定性与刑事法定量的统一”是对刑法与其前置法在犯罪规制上的定性从属性与定量独立性关系的揭示与反映。[21]这可谓是明显的刑法从属性的主张。但作为宪法之下的基本法律，刑法与民法分属不同法律部门，“各种法律基于其固有的目的而产生不同的法律效果；目的不同，违法性的内容便不同。”[22]不存在以“法秩序的统一性”等为由而主张刑法从属性的实质理由。第二，“纯法律的财产概念”将财产权利等同于财产，而不考虑该权利有无经济价值，可能涵盖太广；同时，因为占有、劳动力等一些“事实地位”具有经济价值，却因并非财产权利而不被认为是财产，又可能涵盖太窄。[23]第三，实践中大量的诈骗罪都是针对不法原因给付物，不法原因给付物可以成为诈骗罪的保护对象近乎通说。[24]而法律财产说却无法对此予以说明。第四，在中国，成立财产犯罪通常有“数额”要求，如一种物品并无经济价值就无法计算其涉案“数额”，主张法律财产说在此尤其存在障碍。由于具有上述缺陷，“法律的财产说在理论与实践上的缺陷相当明显，已完全崩溃”[25]，“今天已经基本无人主张”[26]。

法律经济财产说认为，除违法利益外，由法秩序保护的整体上有经济价值的利益是财产。即其认为，个人经济上的财货总数，倘若可受法秩序保护，或至少不受法秩序非难，即为财产。这一学说在我国获得了多数学者的支持。[27]尽管有论者认为当前德国司法判例的立场总体而言比较接近法律经济财产说，[28]但从其原则上对于非法获得的占有仍认定为财产的立场来看，说德国判例更接近于经济财产说也未尝不可。法律经济财产说又被称为折中说。关于不法原因给付与诈骗罪的成否问题，这一学说与法律财产说在本质上相同；关于成立诈骗罪与是否需要经济损害的问题，这一学说与经济财产说相同。[29]折中说试图调和法律财产说和经济财产说的弊端，但其否定了民法上违法的利益也能成为刑法上财产罪保护法益的可能，从而导致财产罪的保护法益较之法律财产说更为狭窄。是否有必要将处罚范围划定如此之窄，存在疑问；特别是，这会导致对非法的价值一概不予保护，值得商榷。

（二）经济财产说的理论支撑

经济财产说认为，作为整体的具有经济价值的利益即一个人所应得的财货总和就是财产，这和财产权是否被法律承认、是否有正当来源并无关系。据此，即便是民法上的无效债权、违法犯罪所得、不法原因给付物等，都能成为财产罪保护的财产，因此，这种学说又称为纯粹的经济财产说。经济财产说首先为德国的帝国法院所承认，二战后也为德国的联邦最高法院所采纳。经济财产说总体上是可取的。其一，从理论上说，法秩序统一性这一价值目标固

[19] 张明楷：《论诈骗罪中的财产损失》，《中国法学》2005 年第 5 期，第 120 页。
[20] 参见周光权：《积极刑法立法观在中国的确立》，《法学研究》2016 年第 4 期，第 33 页。
[21] 参见田宏杰：《行政犯的法律属性及其责任——兼及定罪机制的重构》，《法学家》2013 年第 3 期，第 55 页。
[22] 张明楷：《论诈骗罪中的财产损失》，《中国法学》2005 年第 5 期，第 120 页。
[23] 参见林东茂：《一个知识论上的刑法学思考》（增订三版），中国人民大学出版社 2009 年版，第 148 页。
[24] 参见游涛：《普通诈骗罪研究》，中国人民公安大学出版社 2012 年版，第 66 页。
[25] 张明楷：《刑法学》（第 5 版），法律出版社 2016 年版，第 930 页。
[26] 王钢：《德国判例刑法 分则》，北京大学出版社 2016 年版，第 212 页。
[27] 例如，王钢：《不法原因给付对于认定财产犯罪的影响》，《法学家》2017 年第 3 期，第 139 页。另可参见张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，清华大学出版社 2006 年版，第 219 页。
[28] 参见王钢：《德国判例刑法 分则》，北京大学出版社 2016 年版，第 213 页。
[29] 参见张明楷：《刑法学》（第 5 版），法律出版社 2016 年版，第 930 页。

然应该坚守，但这不等于违法一元论，不同部门法的违法判断具有相对性，[30]这一点也必须承认。而且，晚近以来的刑事立法有意淡化刑法的从属性，刑法与民法、行政法的界限越来越模糊，在有些领域，刑法立法者反而将在治安管理处罚上没有相关明确处罚规定的行为直接规定为犯罪（比如在法律规定的国家考试中的“替考”行为），有意彰显刑法意义的独特性和优先性。[31]在这样的理论认识和立法背景之下，经济财产说以刑法的独立性思想为理论基础，有其合理性。[32]其二，该说能够有效地在财产犯罪领域杜绝法外空间的出现，从刑事政策上来看具有显著的优越性。[33]进一步说，刑法保护不正当来源的财产，可以相当程度地避免私力救济。[34]第三，从刑法秩序一致性的角度讲，强取、窃取或破坏窃赃偷来的东西，成立抢劫罪（或抢夺罪）、盗窃罪与毁损罪。诈骗罪是财产犯罪的类型之一，财产概念的解释不能自外于其他财产犯罪，骗取小偷的赃物、骗取应召女郎的性劳务，均应成立诈骗罪。[35]这可谓是刑法解释上的理由。

（三）经济财产说的具体展开

经济财产说不仅具有较为充分的理论支撑，也在一定意义上得到了中国司法实务的具体印证，以下略举数例予以说明。

1．截取贿赂

通过“截贿”而行骗的事情常有发生。比如，自称认识办案民警可以帮忙，先后从因贩毒而被拘捕的嫌疑人亲属处取得15万余元，并虚构其中14万元已经送出而占为己有，在此案例（截取行贿款案）中，法院审理后认定，行为人以非法占有目的，谎称钱已经送出，其行为已经构成诈骗罪，而送出的14300元构成行贿罪，需要数罪并罚。[36]“因为行为人获得财物的手段，属于虚构事实的诈骗手段，行贿者因为行为人的诈骗而多支出的‘贿赂’、遭受了财产损失，受贿者因为行为人的诈骗而少收受‘贿赂’、同样遭受了财产损失。尽管贿赂的财物属于赃物，但并不表明赃物在被追缴前其事实占有状态或所有权不受法律保护。”[37]尽管也有法院判决对于这种基于非法占有目的的截贿行为是否构成诈骗（或者侵占）采取了回避态度，[38]但仍然应该认为，这种采用虚构事实或者隐瞒真相的方式骗取不法原因委托物或不法原因给付物的，能够肯定其财产损害，有必要按照诈骗罪处理。

2．骗取赌资

对于骗取赌资的案件，无论是设置圈套诱人参赌，以打假牌的方式“赢取”他人钱财的，[39]还是设置圈套控制赌博输赢并从中获取钱财的，[40]或者是利用自己准备的特定赌具控制赌博

[30] 对此，请参见王昭武：《法秩序统一性视野下违法判断的相对性》，《中外法学》2015年第1期，第170页以下。
[31] 参见周光权：《转型时期刑法立法的思路与方法》，《中国社会科学》2016年第3期，第126页。
[32] 关于刑法独立性主张的理由以及对刑法从属于民法主张的反驳，参见张明楷：《论诈骗罪中的财产损失》，《中国法学》2005年第5期，第120页。
[33] 参见王钢：《德国判例刑法 分则》，北京大学出版社2016年版，第212页。
[34] 参见林东茂：《刑法综览》（修订五版），中国人民大学出版社2009年版，第331页；林东茂：《一个知识论上的刑法学思考》（增订三版），中国人民大学出版社2009年版，第149页。
[35] 参见林东茂：《刑法综览》（修订五版），中国人民大学出版社2009年版，第331页；林东茂：《一个知识论上的刑法学思考》（增订三版），中国人民大学出版社2009年版，第149页。
[36] 参见安徽省安庆市中级人民法院（2014）宜刑重终字第00001号刑事判决书。
[37] 肖中华：《贪污贿赂罪疑难解析》，上海人民出版社2006年版，第244页。
[38] 参见辽宁省东港市人民法院（2015）东刑初字第00163号刑事判决书。
[39] 参见《黄艺等诈骗案——设置圈套诱人参赌，以打假牌的方式“赢取”他人钱财的行为构成赌博罪还是诈骗罪》，最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》（2007年第4集，总第57集），法律出版社2007年版，第33-42页。
[40] 参见《王红柳、黄叶峰诈骗案——设置圈套控制赌博输赢并从中获取钱财的行为，如何定性》，最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》（2013年第1集，总第90集），法律出版社2013年版，第75-79页。

输赢行为的，[41]都被司法机关认定为诈骗罪。审判者的分析认为，应将诱骗参与赌博的行为与赌博过程中的诱骗行为截然分开。[42]如果行为人通过设置圈套等方式诱骗他人参赌，欺诈行为是为了保证赌博的顺利进行，则应按赌博罪处理；反之，利用赌局诱使他人参赌并通过虚构事实、隐瞒真相的方法骗取参赌方财物，赌博输赢完全由行为人一方掌控的，不符合赌博行为凭借偶然事实决定输赢的特征，应以诈骗罪论处。

之所以在骗取赌资的案件中主张应按照赌博罪处理的意见仍有市场，主要原因之一在于，一旦定性为诈骗罪，则与被告人相对的一方需认定为被害人，被告人通过赌博欺诈获取的钱财（即赃款）应当发还被害人。比如在李海波诈骗案中，法院即明确判处“追缴各被告人的违法所得，发还各被害人”，[43]而并未认定参赌者的财物属于赌资而予以没收。对此，相应案件的主审法官认为，“正是由于被告人客观上设置了不法原因，进行了诈骗行为，被害人才产生了认识错误，处分自己财产，使自己的财产遭受损失。因此，认为行为人参与赌博活动，因此出现的财产损失、赌债、赌资不受民事法律保护，从而使得本案没有被害人，进而阻却本案被告人成立诈骗罪的理由也是不能成立的。”[44]

3．骗取毒品和枪支弹药

有观点在原则上承认“第三人骗取他人非法占有的财物可以成立诈骗罪”的前提下，又认为，由于持有毒品和枪支弹药均属可罚，若认定从毒贩手中骗取毒品构成诈骗罪，会使得一部刑法中出现评价上的自相矛盾，使人怀疑持有毒品不是犯罪。[45]确实，即便在今日的德国，毒品交易中的毒犯仍不能援引诈骗罪条款而要求骗得毒品的买客为毒品付款，因为毒犯给付的是不受刑法保护的毒品；而买客请求毒犯返还毒资的，则受诈骗罪条款保护，因为他支付的是“干净的钱”，2003年，德国联邦法院还认定卖大麻却交付巧克力给买客的毒犯构成诈骗罪。在中国，最高人民检察院1991年4月2日《关于贩卖假毒品案件如何定性问题的批复》以及最高人民法院1994年12月20日《关于执行<全国人民代表大会常务委员会关于禁毒的决定>的若干问题的解释》第17条都规定，明知是假毒品而冒充毒品贩卖的，以诈骗罪定罪处罚，司法实务中据此通常也只单向将以假毒品欺骗买客获取财物认定为诈骗。论者认为，“可以认定，当买客倒过来骗取毒贩子的毒品时，毒贩的毒资请求权不受保护。”[46]但是，本文不承认这种特殊性和例外。即便对于毒品的非法占有（持有）本身是一种刑事违法，这也并不妨碍从毒品持有者手中骗取毒品的行为仍具有可罚性，因为这终究是对于一种经济价值的侵害，不按照诈骗罪处理，无疑是对相应行为的纵容。这并不属于刑法评价的自相矛盾，而是因为，加害与被害本就是相对的。就像在互殴造成双方轻伤的场合，两方都既是加

[41] 参见《史兴其诈骗案——利用自己准备的特定赌具控制赌博输赢行为的定性》，最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》（2013年第1集，总第90集），法律出版社2013年版，第75-79页。
[42] 《陈建新等赌博案》，最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选（分类重排本）》（刑事卷6），人民法院出版社2017年版，第2881页。
[43] 参见《李海波等诈骗案》，最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选（分类重排本）》（刑事卷6），人民法院出版社2017年版，第2858页。
[44] 参见《王爱国诈骗案》，最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选（分类重排本）》（刑事卷6），人民法院出版社2017年版，第2894页。不过，此类案件中的被害人实际也是赌博参与人，赃款发还赌博参与人，势必造成对赌博行为打击不力的问题。对此，有论者建议，应当区别不同情况进行处理：如果被害人本不具有赌博意思，而是基于行为人的欺骗而产生赌博意愿，并陷入赌博陷阱，从而被骗钱财的，因被害人不具有通过赌博进行营利的目的，对其合法财产权益应予保护，故对于扣押或者退缴的赃款应当发还被害人，或者责令被告人退赔被害人经济损失；如果被害人本身也是参赌人员，由于其具有通过赌博进行营利的目的，其本身积极参与赌博行为，因此，其所输钱款属于赌资，对于赌资无须通过行政处罚程序予以没收，而可直接在刑事程序中予以追缴没收。参见《王红柳、黄叶峰诈骗案——设置圈套控制赌博输赢并从中获取钱财的行为，如何定性》，最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》（2013年第1集，总第90集），法律出版社2013年版，第79页。
[45] 参见蔡桂生：《论诈骗罪中财产损失的认定及排除》，《政治与法律》2014年第9期，第52页。
[46] 蔡桂生：《论诈骗罪中财产损失的认定及排除》，《政治与法律》2014年第9期，第52页。

害人又是被害人一样，在骗取毒品的场合，毒品持有者针对国家的毒品管理制度而言是加害人，但针对实施欺骗者而言，又是财产损失的受害人。因此可以说，在涉及从毒贩处骗取毒品以及与此相同性质的骗取他人非法持有的枪支弹药的问题上，经济财产说仍应贯彻。

（四）对经济财产说所谓缺陷的回应

经济财产说遭受的一个批判是，其不利于保护所有权人或者债权人的财产，例如，债权人通过欺骗方法实现债权的，也成立诈骗罪，这可能难以让人接受。[47]然而，所有权人将他人占有的自己财物骗回的，或者债权人通过欺骗方式实现债权的，并不必然成立诈骗罪。这并非因为受骗方不存在财产损失——相反，根据经济财产说，损失是客观存在的——而是因为，（1）如果认为“非法占有目的”是主观构成要件要素，则可以通过主张所有权人、债权人原本就没有非法占有目的[48]而否定其诈骗罪的构成要件该当性；（2）退一步讲，即便认为所有权人、债权人存在“非法占有目的”，进而承认了诈骗罪的构成要件该当性，在之后违法性判断的法益衡量中，也可能以所有权或者债权可以对抗占有（包括合法占有）为由，而否定诈骗罪的成立。就此而言，只要全面而非孤立地理解诈骗罪的成立条件，上述批判就可以化解。

经济财产说面临的另一个批判是，其过于扩大财产罪的处罚范围，至少与中国的国情、刑事政策不相符合，例如，欺骗妓女使其与自己发生性行为的，也要构成诈骗罪，可能难以被国民接受。[49]但对于骗取有偿性服务的行为，只要达到数额标准，就同样应该认定为诈骗罪，“难以为国民所接受”即便是事实，但“国民的可接受程度”常常是流动并需要引导的，不足以构成否定经济财产说的实质理由。根据批判者的观点，（1）如果行为人原本没有支付嫖宿费的意思，欺骗妓女使其提供性服务的，由于性服务本身充其量是一种劳务，应排除在财产性利益之外，所骗取的性服务这一利益不具有经济价值，妓女没有遭受财产损失，行为人不成立诈骗罪；（2）如果行为人原本打算支付嫖宿费用，与对方发生性关系后，采取欺骗手段使对方免收嫖宿费的，属于欺骗对方使其免除行为人的非法债务，欺骗行为没有侵害卖淫者的合法的财产权益，卖淫者也没有财产损失。[50]至于（3）在妓女已经获得嫖宿费用之后，嫖宿者使用欺骗的手段骗回所给付的嫖宿费的场合，未见批判者明确表态，但如果得出同样否定妓女财产损失的结论，这恐怕会导致对其权利保护的不力局面，也和前文所示我国司法实务上对于截取贿赂、骗取赌资等行为按照诈骗罪处理的现状有失协调；而如果得出肯定财产损失的结论，则判断妓女是否存在财产损失进而是否成立诈骗罪就会取决于嫖宿费用尚未支付（而通过欺骗免于支付）还是已经支付（而将其骗回），其中的不均衡也是显而易见的。在经济财产说看来，（3）的场合自不必说，即便是在（1）和（2）的场合，也能在双方约定的数额范围内肯定妓女的财产损失，也就是说，卖淫女所损失的，并非是其所支付的有偿性行为这一“劳务”，而是就此所约定的报酬。顺便指出，在德国，司法实践中主张经济财产说较为常见，尽管德国联邦法院早先曾判决，嫖宿妓女后用假币支付嫖资的，不构成诈骗罪，但这就明显偏离了经济财产说。到 2001 年德国出台了保护妓女权益的法案后，德国法院则用诈骗罪保护妓女的嫖资请求权。而在日本，对于欺骗卖淫这种案件虽有争议，但实务上肯定诈骗罪的判决和理论上的肯定主张也同样引人注目。[51]在本文看来，批评者所谓的肯定被

[47] 参见张明楷：《论诈骗罪中的财产损失》，《中国法学》2005 年第 5 期，第 120 页。

[48] 有观点认为，“非法”占有目的中的“非法”，既可能是实体上的，也可能是程序上的，只要具有手段的非法性即可肯定非法占有目的。参见武良军：《暴力、胁迫行使债权行为的刑法评价》，《政治与法律》2011 年第 10 期，第 72 页。但单纯根据手段行为的违法而肯定行为人的非法占有目的，既和刑法第 238 条第 3 款的规定不符，也会导致将实体问题和程序问题混同，还会导致不当地扩大处罚范围，实为不妥。

[49] 参见张明楷：《论诈骗罪中的财产损失》，《中国法学》2005 年第 5 期，第 121 页。

[50] 参见张明楷：《论诈骗罪中的财产损失》，《中国法学》2005 年第 5 期，第 125-126 页。同旨的主张，参见[日]西田典之：《刑法各论》（第六版），弘文堂 2012 年版，第 213 页。

[51] 实务判决，参见名古屋高判昭和 30 年 12 月 13 日，高等裁判所刑事裁判特报 2 卷 24 号 1267 页；理论上的肯定主张，比如团藤、福田、内田等，参见[日]西田典之：《刑法各论》（第六版），弘文堂 2012 年版，

骗妓女存在财产损失“至少与中国的国情、刑事政策不相符合”的论断，很大程度上是刑法教义学立场之外的“先有结果后找理由”，未必具有足够的说服力。

经济财产说面临的一个关键性批判是，按照这一学说，一些诸如去世母亲唯一遗物这样的，具有主观情感价值却欠缺客观经济价值的物品无法得到保护。但是，可以通过主张特殊物品对被害人所具有的“情感价值”也是一种经济价值[52]来化解这一问题。需要说明，这并非是将任何没有经济价值的物品都一概作为“财物”看待，因此也就不是对于经济财产说的放弃或者无原则扩张，而是仅限于特定物品对于法益主体而言“具有主观情感价值”且无可（或至少是难以）替代时，裁判者经过综合衡量判定该物品具有重要的财货属性，从而例外地将其认定为“财产”。就此而言，也就仍然坚持了经济财产说的基本框架，在与纯粹的经济财产说加以区分的意义上，可将此种主张称为“修正的经济财产说”。这种主张的顾虑在于，主观情感价值终究无法用金钱衡量，和我国刑法成立诈骗罪要求的“数额较大”之间可能难以兼容。不过，具体数额计算实际上是法定刑选择问题，鉴于诈骗罪立法过于强调数额而轻视情节的现实，按照“存疑有利于被告”的原则，适用最低档法定刑即可。

三、财产损失的实质判断：形式的个别财产说的排除

（一）关于财产损失判断的学说

诈骗罪的既遂需要被害人遭受财产损失。问题是，是否任何违背主观意愿、由欺骗引起的财产转移，都属于财产“损失”？被害人想买 A 商品，行为人故意将 B 商品说成是 A（A、B 两商品市场价格相等）而将其卖给被害人时，能否认定存在财产损失？对此存在争议。

在德国，盗窃罪是针对所有权的犯罪，只要取得了对象物即告成立；而刑法则明文规定诈骗罪是针对整体财产的犯罪、要以财产损害的发生为要件[53]，理论上也认为，诈骗罪是针对被害人“净财富”（net wealth）所实施的犯罪，其中所谓“净财富”，是指法律上的利益减去债务以后的余额。例如，甲出售衣裤时，谎称裤子是纯毛的。乙尽管并不亟需这种裤子，但觉得划算，就买下。乙发觉上当后，起诉甲称，甲的裤子不是纯毛的，如果甲不这样说，他就不会买这种裤子。甲辩称，裤子尽管不是纯毛织造，但它还是值乙所支付的金钱数额，乙并未遭受损失。对这一案件（毛裤案），德国法院和主流学说否定存在财产损失，因为乙的财产只是组成结构发生了变化而并未减少，而诈骗罪保护的是财产，不是单纯保护如何处分财产即所谓财产处分自由。[54]在日本，并未将诈骗罪规定为像背信罪这样的针对整体财产的犯罪，而是和盗窃罪一样规定为基本的取得罪，因此类似案件是否构成诈骗就存在着整体财产减少说（简称“整体财产说”）和个别财产减少说（简称“个别财产说”）间的对立，而后者又有形式的个别财产说和实质的个别财产说的差别。按照这样的概念区分，尽管在具体理解上仍有分歧，但大致说来，德国是在立法上认可了整体财产减少说并为学说的多数所支持。据此，如果被害人“净财富”没有受损，就没有刑事责任，这意味着仅仅干扰了被害人商业自治的行为不足以构成诈骗罪。这一重要原则以否定式表述为，刑法不保护以自认为适当的方式处置自己财产的自由。[55]而与此相对，普通法可谓是实实在在地保护这种自由、或者说是保护商业自治权的，这是普通法的宗旨之一。[56]这也可以说是采取了个别财产减少说

第 213 页。

[52] 参见付立庆：《论刑法介入财产权保护时的考量要点》，《中国法学》2011 年第 6 期，第 134 页。

[53] 德国刑法第 263 条（诈骗）第 1 款规定：“以使自己或第三人获取非法财产利益为目的，通过虚构事实或者歪曲、隐瞒真相引起或维持认识错误，从而损害他人财产的，处 5 年以下有期徒刑或者罚金。”

[54] 参见蔡桂生：《论诈骗罪中财产损失的认定及排除》，《政治与法律》2014 年第 9 期，第 53 页。

[55] 参见[美]乔治·弗莱彻著、邓子滨译：《反思刑法》，华夏出版社 2008 年版，第 39-40 页。

[56] 对此，美国学者弗莱彻教授从发达市场经济的特征和刑法的任务的角度阐述了是否应该保护商业自治权的问题。他指出，“英美法和德国法在惩罚诈骗罪问题上的突出差异在于，由于英美法对商业自治权的保护，因而并不要求就被害人是否物有所值做实体判断。英美法根深蒂固地厌恶对交易物的比较价值做出实体判

的思路。

（二）财产损失需要实质判断

诈骗罪中财产损失的判断，尤其在支付了相当对价的场合成为问题。比如，将价值1万元的商品谎称价值2万元而以1万元的价格卖给贪便宜的消费者的场合，或者是具有领取工程承包款权限的承包人采取欺骗手段非法提前支取了工程款的场合，购买者或者工程发包方是否存在财产损失？对此，日本的（旧）通说在将财物或者财产性利益的交付（“财物等的丧失”）本身理解为损失的前提下，就会得出肯定财产损失的结论。这种彻底形式化理解财产损失的观点，即所谓形式的个别财产说。但是，一方面，“这实质上与财产性损失不要说并无不同”；[57]另一方面，在形式上将“交付本身即是损害”这一说明予以彻底化时，诈骗罪保护的就不是财产而是纯粹的财产处分自由了，这可能会导致在实质上否定诈骗罪属于财产犯这一点。

财产处分自由是否属于财产法益的内容之一？或者退一步讲，即便财产处分自由不是“财产法益”的内容本身，但这种自由是否属于诈骗罪侵害的法益？如果结论是肯定的，则对财产处分自由的侵害亦是侵害了本罪的法益从而应该构成诈骗罪，那就会倾向于英美的实践。但是，财产处分的自由不宜理解为财产权本身的内容或者是诈骗罪的保护法益，虽有欺骗行为但支付了物有所值的商品或对价时，原则上不应认定为诈骗罪。这既是刑法谦抑（刑法的补充性、宽容性）原则之下的结论，也有助于促进市场经济本身的自律和健康发展。进一步说，如果在市场经济的发达阶段，就应该将是否实现了实体上的商业正义的判断交给市场本身，而刑法则要为商业自治权提供充分的保障；但在市场经济才刚刚起步、尚欠发达的阶段，如果放弃实体性判断在诈骗罪认定中的限缩作用而将之归结于市场自律，不但会导致在依然缺乏起码诚信的中国诈骗类犯罪的处罚范围过宽，而且，恐怕也无益于市场经济向正常的轨道发展。因此，在中国现阶段坚持被害人财产损失的实体判断，是务实的态度。

同时，支持经济财产说，也会支持对财产损失的实质判断。[58]不过，需要强调的是，对于“净财富”的分析，必须在“经济现实”（而非法律的权利义务）的基础上进行。就是说，衡量是否存在实质性财产损失，要单纯依靠经济价值的比较而不能附加法律手段一并判断。认定被害人财产损害的时间点，是进行财产处分之时，并且，由于受到欺骗而伴随财产处分产生的法定请求权——例如撤销合同的权利、返还请求权或要求损害赔偿的权利等——不能认定为对被害人财产的补偿。这些权利旨在事后弥补被害人的损失，对认定诈骗罪的成立没有影响。[59]在私法上通过旨在保护被害人或者保护第三人的制度获得弥补，并不意味着没有发生刑法上的财产损失。在此，虽然肯定了被害人获得了通过民法与刑法的“双重法律保护”，但如果此时否定财产犯成立的话，被害人的保护可能会遭到决定性的抹杀。

四、财产损失实质判断的具体内容

（一） 交易目的重大背离与财产损失判断

案例（假三金片案）以穿心莲片假冒三金片而生产、销售，共获得货款21万余元的行

断……而德国法与此不同，它显然没有公开放弃对交易公平性的实体判断，在契约法和诈骗罪中都是如此。这种不同态度的支撑点在于对市场作为商业正义的仲裁者的信任程度有所不同。一种笃信市场的文化，不会去二次判断买主是否自觉物有所值，不会去听他抱怨假如知道真相就不会购买商品。不过，市场只有在商业自治不受限制的程度上才能起作用，因此，刑法的任务就应当是保护商业自治，而不是保护实体性的商业正义。”[美]乔治·弗莱彻著、邓子滨译：《反思刑法》，华夏出版社2008年版，第40页。

[57] 参见[日]西田典之：《刑法各论》（第六版），弘文堂2012年版，第203页。

[58] 比如，法官游涛博士在主张（修正的）经济财产说的同时，明确支持整体财产说。参见游涛：《普通诈骗罪研究》，中国人民公安大学出版社2012年版，第88页，第227页。

[59] 参见王钢：《德国判例刑法分则》，北京大学出版社2016年版，第219页。

为，[60]应定生产、销售假药罪还是诈骗罪？此种情况下，销售者的行为在本质上破坏了国家对产品质量的管理秩序，在符合其他条件的前提下认定其构成生产、销售假药罪不存在障碍，问题在于其是否同时构成诈骗罪。以销售的场合为例，应该将销售假冒商品和销售伪劣产品的情形予以区分。尽管两者都具有欺骗性质，但毕竟存在着“以假乱真”和“以次充好”的不同。（1）在“以次充好”的场合，购买者毕竟获得了自己所需的同一性能商品，实现了基本交易目的（产品质量好坏处在“基本交易目的”之外），所以，除非价差很大，消费者因为对方虚假宣传而付出了较大的额外代价，否则不能肯定实质性的财产损害从而不成立诈骗罪；（2）在“以假乱真”的场合，购买者想要的是此物却购得了彼物，在为此付出了较大的额外代价时自然可以肯定财产损失，在不能肯定这一点时还能否依然肯定存在实质性的财产损失，则是问题的焦点所在。在假三金片案之中，司法机关最终没有采纳诈骗罪的意见，而是肯定了生产、销售假药罪的成立。不过，裁判理由在肯定行为人存在欺骗手段的情况下，仅描述了实践中不按照诈骗罪处理的现象，而并未给出不成立诈骗罪的实质理由，令人遗憾。应该认为，如果三金片的价格明显高于穿心莲片，则可以就差额部分直接肯定购买者的财产损失，就有成立诈骗罪的可能，此时应该按照想象竞合犯的原则处理。但是，如果穿心莲片和三金片的价格相当或者差别不大，这时，购买者购买三金片的目的虽然未能实现，但实务上并未就此直接肯定购买者的财产损失。所以，一般性地主张“未实现交易目的的财产交付就是财产损失”，至少在产品质量犯罪的场合，并未被司法实践所普遍接受。相反可以认为，因为其所获得的“穿心莲片”物有所值，可以兑换为相应的经济价值，购买者不存在实质性财产损失，[61]不成立诈骗罪。这就为司法机关未按照诈骗罪处理提供了进一步的理论说明。

在利用酒托诱骗他人高额消费的场合，相应案例的注解特别指出，“某个行为到底是真正的交易行为，还是借交易之名行违法犯罪之实，可以通过被害人支付的对价是否对等或不对等的程度来予以判断。如商品、服务与对价对等，或虽然不对等，但这种不对等程度与合理对价相差不大，则可认定为是真正的交易行为；如果商品、服务与对价之间的不对等已远远超出正常交易中的合理幅度，则违背了交易行为所必需的公平对价的实质，应根据实施行为的具体手段认定为相应的违法或犯罪行为。”[62]这一实务判决中，也并没有以“没有‘交朋友’‘谈恋爱’或将发生‘一夜情’为借口的话则一定不会进行相应数额的消费”为由，直接将相应行为认定为诈骗罪（在此意义上也就并未采纳形式个别财产说），而是考虑了是否存在着实质上的对价和交易行为，进而来判断被害人是否存在财产损失，无疑是采纳了财产损失实质判断的立场。但是，在该案具体计算犯罪数额时，判决又认为，“被害人在‘酒托’引诱下进行的高额消费，是被告人为骗取钱财所设计的圈套，完全背离了被害人交易的目的，就被害人的真实意愿而言，是要极力避免这种情况出现的，因而，被害人实际消费的金额也属于诈骗犯罪造成的财产损害，在认定犯罪数额时，必须将该部分计算在内，而不能予以扣除，被告人为诈骗所提供的假酒等食品，系犯罪成本，不能予以扣除。”判决特别强调了“背离了被害人交易的目的”在财产损失判断中的作用，值得重视；而其具体诈骗数额计算，则可谓是体现了实质的个别财产说的立场。

在被欺骗者所交付的财物与所获得的对价相当、不存在较大数额的纯粹经济价值损失时，

[60] 参见《熊离斌等生产销售假药案——生产销售假药进行诈骗的行为如何定性》，最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭：《刑事审判参考》（2001年第7辑，总第18辑），法律出版社2001年版，第8-12页。

[61] 需要强调，允许将通过事后兑换所获得的经济价值作为被害人的“所得”加以肯定，和前文的“认定被害人财产损害的时间点是进行财产处分的时候，不允许考虑法律上的救济权利”这一点并不矛盾。这里，不允许的是经过民事诉讼等事后救济途径所可能获得的经济补偿，但不反对通过事后出售、兑换等方式实现经济价值属于被害人的“所得”——因为，归根结底，事后被直接出售、兑换的物品，在被害人处分财物获得该对价之时，其本身是具有经济价值的。因此，这也可以说是经济财产说的归结。

[62] 《李军、陈富海等28人诈骗案——利用酒托诱骗他人高额消费行为的性质与认定》，最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选（分类重排本）》（刑事卷 6），人民法院出版社2017年版，第2914页。

是否一概否定实质性的财产损失？比如，案例（卖药案）某民营医院，因药品积压而急寻销路（都是合格药），于是组织医生赴农村免费为留守老人检查身体。在该过程中，医院负责人甲指使体检医生，谎称老人们患有各种疾病，从而以市价销售药品价值 150 多万元。在此，留守老人被骗购得药品所支出的价钱与此物的市场价格一致，在经济利益上相等，其纯粹的经济财产并未减损。或许可以认为，从主观感受看，购买者花钱购得无用之物，支出与所得已不平衡，被害人主观上可能感到财产损失；从客观上看，也可以认为，受骗者购药的目的确实是落空了。不过，这里所谓的“主观感受”，也就是被害人个体的感受。“财产损失”作为诈骗罪的法益侵害，其为诈骗行为的违法性奠定基础，应该有一个一般性的、客观化的判断标准，而不应该以行为人的个人体验为标准，[63]否则，违法性的判断就会充斥着流动性、处在一种因人而异的状况之中了。因此，应尽可能从客观上判断“损失”。只是，如果不加限制地认为“只要是交易目的的落空”就是一种客观上的损失的话，其本质上就与“不受骗就不会处分财产”这种形式化理解（形式的个别财产说）只差一层窗户纸，不过是以“交易目的落空”“交易目的失败”的名义来推行个别财产说的私货罢了。那样的话，几乎所有的商业欺诈都会被认定为是诈骗罪，诈骗罪就已然不是侵犯公民财产的犯罪，而异化为一个保障诚实信用原则、保护财产处分自由的犯罪了。就此看来，怎样在未能实现财物处分者之目的的场合实质性限制“损失”的范围，是必须回答的问题。

（二）目的不达、被害人的特殊困境与财产损失判断

案例（挤奶机案）挤奶机的中介商某甲，告诉客户某乙，有挤奶机廉价待售。乙信之，签下契约，购得一挤奶机。事后得知，这部机器并未比市价便宜，只相当而已。甲于推销机器时，知道乙必须向银行借钱才可以支付价款，乙将会因而发生财务上的重大负担。对此，德国联邦最高法院 1961 年的判决认为，单纯的主观上的损失感受，还不能认为是一种损害；但被害人陷入特殊的困境，则可以判断为财产减损。判决认为，被害人发生下列三种困境时，即有财产损害：（1）行为人所履行或应当履行的债务无法或者无法全部实现被害人订立合约的目的，或者无法期待被害人通过其他的方式对之加以利用；（2）被害人为了与行为人订立合约或履行合约义务，被迫采取有损自身财产的措施，尤其是被害人不得不因此放弃其他对自己有利的交易或者不得不进行其他不利于自己的交易（如支付较高的利息向银行贷款、低价卖出自己的货物等）；（3）被害人为了与行为人订立合约或由于合约义务，无法继续享有使其正常履行职责或者维持与其个人情况相适应的经济生活所必不可少的资金，缔约后经济上的活动自由大受限制，如必须大幅度精简开支，只能保留最低限度的必要开销等。[64]这一判决被后来的实务界当成典范，也获得了不少学者的支持。值得指出的是，这一判决并未将纯粹的“主观上的损失感受”作为财产损害的判断标准，而是认为在“被害人陷入特殊困境”时方属于财产损害，还是试图从客观化的立场上框定财产损失的判断标准及其范围。而其所给出的“被害人特殊困境”的三个标准，值得重视。可以说，这样的标准是在坚持对财产损失进行实质判断的前提下，在对于“所得”与“所失”进行具体衡量之时，将“被害人陷入特殊困境”作为“所失”的内容予以加算。既要坚持损失的实质判断，又要尽可能维持判断标准的客观化，在如此考虑时，则问题就变成了，允许何种意义上对损失的“加算”。

其中，以上第一种情形不但有意义，而且也获得了德国学者们的很多赞同，而其所提出的“行为人所履行或应当履行的债务无法或者无法全部实现被害人订立合约的目的”这一标准，是在存在着行为人一方形式性“对价”时判断实质财产损失的具体尺度，“无法或者无法全部实现……目的”，可以概括为“目的失败”“目的不达”。目的不达，是指被害人由于行为人的欺骗而误认了自己处分财产的意义，未能实现财产处分所欲达成的目的。这种场合，

[63] 这与前文主张的“特殊物品对于物主的‘主观情感价值’可以作为客观经济价值的例外”并不矛盾。
[64] 参见王钢：《德国判例刑法 分则》，北京大学出版社 2016 年版，第 223-224 页；另可参见林东茂：《一个知识论上的刑法学思考》（增订三版），中国人民大学出版社 2009 年版，第 150 页。

本文称为“交易目的的重大背离”。对此，德国的理论认为，并非只要被害人未能达成特定目的就应当认定其财产受到了损害，原则上，只有当未能实现可以客观化的、蕴藏在具体财产处分行为中与经济价值相关的目的时，才可能认定财产损失的存在。单纯的善意等其他目的，只能被认定为动机错误，不能被评价为诈骗罪中的财产损失。[65]在这里，实际上是从诈骗罪终究是保护财产的犯罪而非单纯保护被害人的财产处分自由的犯罪这一问题意识出发，区分了被害人的目的是与财产这一保护法益有关还是仅仅动机而已，赋予了其在认定财产损害时的不同效果。可以认为，在相应目的与财产法益密切相关且这一目的因行为人的欺骗而未能实现时，可以说被害人因被骗而产生的认识错误是“与法益有关的错误”，这种错误所导致的同意无效，基于这种错误而处分的财产就可以称为是“财产损失”。与此相反，如果相应目的无关财产本身而仅仅涉及背后的财产处分动机，这时被害人因受骗而产生的错误就是“动机错误”，这种错误所导致的同意仍然有效，基于这种错误而处分的财产就是被害人自由意志的实现，就应该由被害人自负其责。

同时，根据前述德国判例所给出的标准，如果被害人可以在无须额外付出时间或金钱的前提下将该物品转做他用甚至原价出售给他人的，则不应当认为存在财产损失；如果被害人虽受骗购买了无法根据原初目的加以使用的物品，但却可以将该物品转卖给他人的，在认定被害人财产损失时要扣除转卖所能获得的价值。[66]如此理解的场合，在强调即便存在对价但若出现“重大目的背离”时仍可成立财产损失的意义上，确属实质判断，称为实质的个别财产说也未尝不可；不过，在侧重计算具体损失数额时应该扣除“转卖价值”的意义上，与整体财产说的思考方法更为一致。

概括说来，在因对方的欺诈行为而处分财物并获得了相应对价的场合，通常应该否定财产损害；只有在客观上，由于遭受欺诈而导致与处分财物的目的、意义相关的重大目的未能实现，或者是不得不经受额外的负担或者进行不利的处置时，才可以有限地肯定这种财产损害，并且，至少在后者的场合，财产损害的数额应该仅限于额外的负担或者是不利益处置的差额。这是整体财产说所应该得出的结论。根据这样的理论，则在上述卖药案中，在药品本身是合格药、购买者又是以市场价格购买的场合，被害人的财产处分自由固然受到了侵害，但是，其并未受到实质性的财产损害。因为，并非真实病人而购买了药物不属于目的完全未能实现即不属于交易目的的重大背离——其购买药品的目的是为了治疗疾病，而这些药本身并非假药、劣药，在被害人果真有病时也能起到治病的效果。同时，肯定购药者存在其他客观上的“特殊困境”，也存在困难。这样看来，购药者的权益只能通过消费者权益保护法等民事法律保护，而不能认定为诈骗罪。

同样，在日本，虚报年龄购买了限制向未成年人出售的物品（酒、书等），或者是伪造医生的处方而购买处方药的行为等场合，由于无论是药品的规制还是书籍等的年龄限制，都与财物的分配毫无关系，其目的仅仅在于，防止因使用不当而造成的危害。所以，物品的交付，就不过是与对价的支付之间存在交换关系而已，只要对这一点不存在错误，就不成立诈骗罪。[67]在中国，单纯通过虚假手续而骗提公积金的行为较为常见。基于上述理由，这充其量只能针对手段行为按照伪造国家机关证件、印章罪等追究刑事责任；就其目的行为而言，由于该住房公积金终究为国家为该具体个人所提供的福利待遇，国家并不存在实质性损失，不成立诈骗罪，实务中责令骗提者在规定期限内退还取得的住房公积金、将骗提住房公积金行为通报其单位并列入失信黑名单，一定期限内不受理行为人及其配偶的住房公积金提取申请和贷款申请的处理方式，足可给予其否定评价。[68]

[65] 参见王钢：《德国判例刑法 分则》，北京大学出版社 2016 年版，第 225 页。
[66] 参见王钢：《德国判例刑法 分则》，北京大学出版社 2016 年版，第 224-225 页。
[67] 参见[日]西田典之：《刑法各论》（第 6 版），弘文堂 2012 年版，第 205 页；[日]山口厚：《刑法各论》（第二版），有斐阁 2010 年版，第 270 页。
[68] 邢东伟、翟小功：《骗提公积金将被征信系统记录 情节严重追究刑责》，

与此相对，通过提供关于收入、年龄、婚姻、住房条件等方面的虚假资料而骗购经济适用房的场合，有关机关确实产生了以为行为人符合购买条件的认识错误，而且，由于经适房属于稀缺资源，将其分配给符合条件者是为了实现特殊的公共利益，因此，将经济适用房分配给不符合条件者，这种错误可谓有关法益的错误，而非仅仅是有关附随事项、有关动机的错误，国家的相关目的完全落空而属于“重大背离”，可以肯定财产损失。可以说，在骗购经适房的问题上，笔者放弃了曾经的无罪论主张[69]，而改采诈骗罪说了[70]，这除了是因为转为确信“经济适用房与同质量商品房之间毕竟存在着价格差别”这一事实前提之外，也是因为，此时国家资源分配目的的落空终究不属于单纯的财产处分自由，“按照国家政策公平且有效地分配有限的资源，可以说这种利益本身就具有经济价值”[71]，因此，对其应该予以相应的重视与保护。

（三）铁钉棺材案：重大背离理论的一个即时检验

关于诈骗罪财产损失的判断，近期中国发生的一个案件，值得考察。案例（铁钉棺材案）2015年5月至8月，湖南宁远县人孔竹清将木质棺材的半成品（未刷漆）运往湖北省利川市等地销售，在销售过程中，隐瞒了棺材的盖板、墙板是用铁钉将多块木料连接拼凑的真相，谎称是用一根木材加工而成的“整墙整盖”的棺材。赵某等17人听信此言，分别购买了棺材半成品或配件，孔获得销售款共计225400元。后村民发现不是“整墙整盖”棺材而报警（利川市安葬死者使用的棺材中不能使用铁钉），检方以诈骗罪对孔竹清提起公诉。[72]在该案中，“整墙整盖”的棺材每副价格应在七八千元，而被告人所销售的棺木价格在三千至五千元之间，低于市场价，因此，有可能通过被害人对于棺木并非“整墙整盖”具有认识这一点，而主张其属于被害人自担风险、自我答责的行为。但是，被害人是基于“贪图便宜”的心理而购买相应棺材的，其对于棺材可能不是“整墙整盖”这一点充其量是有所怀疑而已。在受欺骗者对于购买对象有所怀疑的场合，仍应该肯定其存在“认识错误”，否则将会导致对被害人财产保护不力。[73]针对本案，湖北省恩施州中级法院的二审裁定书认为，孔竹清在销售木质棺材过程中，为了赚取更多利益，违反双方口头约定，“隐瞒出售的棺材系用铁钉连接拼凑的真相，致使对方当事人产生错误认识而购买棺材，导致利益受损。”但是，“孔竹清在加工、销售棺材过程中，……主观上无非法占有他人财物的故意，其为了赚取更多的利益在销售棺材时隐瞒真相的行为，不符合诈骗罪的犯罪构成要件，不构成诈骗罪。”可见，二审法院是以行为人欠缺非法占有目的而否定成立诈骗罪的。但是，主张不存在非法占有目的本身需要证据证明，仅凭“在加工、销售棺材过程中，购买木料，雇请木工加工，运输时办理了木材运输证、植物检疫证书等证件”是否足以证明不存在非法占有目的，存在疑问；而且，明知对方不打算购买不属“整墙整盖”的棺材而隐瞒真相出售，是否还能否定非法占有的目的，更可质疑。由此观之，二审裁定书的表述至少是过于绝对化了。

可以说，被害人是否存在客观上的财产损失，直接关系着本案能否认定为诈骗罪——这一点是本案二审裁定虽然提到但一笔带过的。根据财产损失实质判断的立场，可以看出，尽管这些棺材“物有所值”，被骗者并没有以“整墙整盖”的棺材价格购买，但是：一则，购买者购买棺材是用于埋葬死者的，此种以为是“整墙整盖”的认识错误与处分财物的意义有关，买后根本不能实现特定目的属于是“重大背离”；二则，由于所在地区无人使用此种棺材，购买者将这些棺材转让需要承担额外的经济负担。无论基于以上何种理由，都应该肯定购买者存在实质性的财产损失。令人遗憾的是，该案二审裁定一方面认定孔竹清的欺诈行为

http://news.sohu.com/20170416/n488696592.shtml，最后访问日期：2017年4月16日。

[69] 参见付立庆：《论刑法介入财产权保护时的考量要点》，《中国法学》2011年第6期，第145页。

[70] 参见付立庆：《被害人因受骗而同意的法律效果》，《法学研究》2016年第2期，第169-170页。

[71] [日]西田典之：《刑法各论》（第六版），弘文堂2012年版，第205页。

[72] 参见湖北省恩施土家族苗族自治州中级人民法院（2016）鄂28刑终133号刑事裁定书。

[73] 参见张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，清华大学出版社2006年版，第114-119页。

给对方造成了财产损失（这一结论印证了本文的分析），另一方面又认为这属于民事欺诈，可以通过民事诉讼途径解决。但是，前文已说明，在肯定存在财产损失的前提下又试图通过欠缺“非法占有目的”而否定诈骗罪的成立，缺乏足够说服力。本案中，只要没有更充分的证据否定非法占有目的就应该肯定诈骗罪的成立，至于数额，则是另外的问题。

（四）受骗者并未期待相当给付的场合

与交易型的诈骗不同，还存在处分财物一方并不期待相当给付（对价）的场合，即单方给付类的诈骗，如捐助、补助诈骗的场合。此种场合，前述的“重大背离理论”也同样适用。在所谓的“攀比捐款案”（被告人在向被害人征集捐款时，向后者展示了他伪造的其他人捐款数目的名单，以激起被害人的攀比欲，后者果真支付了高额捐款）中，德国巴伐利亚州高等法院以如果被告人不展示那个名单则被害人就不会支付这么高的捐款，因而造成了被害人的经济损失为由，判决该案成立诈骗罪。但这一判决遭到了主流学说几乎一致的抵制，认为诈骗罪并不保护财产权人的攀比欲望，被害人在攀比捐款案中完全是自我答责的。仅当被告人没有将捐款用于正当救济的目的，而将之据为己有，即捐助的社会目的未能兑现，进而使得捐助者的捐助行为在客观上失去应有意义时，才能成立诈骗罪。[74]我国另有学者进一步指出，在受骗者就所交付财产的用途、接受者存在认识错误的场合，即使受骗者没有期待相当给付，也应认为存在财产损失。如声称将募捐来的钱或者出卖产品所得收入捐献给灾民，但实际上将钱或收入交给父母或者据为己有的，都应肯定存在财产损失，进而成立诈骗罪。[75]在募捐的场合，捐赠者实际上已经放弃了对钱物的所有权，由于行为人的行为而对钱物的用途、受益人等产生了认识错误时，可以认为，这种错误属于“法益关系的错误”，使得捐款者的捐款目的发生“重大背离”，据此可以肯定被害人的财产发生了实质性的损失。对此，有学者认为，“这样，诈骗罪中的财产损失就不只是体现为经济价值减少的纯粹经济损失了，这时候，若再采取以此为基础的经济财产说，则难以说通。”[76]不过，是否采取经济财产说是关于“财产”本身界定问题的探讨，与法益主体的财产是否受到损失的判断虽然有关，毕竟是不同的问题。在交易型的双方给付的场合，以受到欺骗一方财产的经济价值是否存在减损为标准判断财产损失固然是正确的；而在捐款等单方给付的场合，原本就是财产权人单方有意的放弃财产，所以本就不应以经济财产的减少作为损失的判断标准，而是应该通过财产权人的得失比较，进一步说，通过其处分财物的基本目的是否实现，来判断是否存在损失。在这种场合，实质性的判断是必不可少的。

受骗者并未期待相当给付的场合，实践中常见的是乞讨诈骗的情形。比如伪装残疾、谎称家中出事或遭灾等，通过博取他人同情而获得施舍，骗取财物的，有时甚至总的数额巨大，舆论上也存在着“职业乞讨行为算不算诈骗”的疑问。对类似行为，德国和日本的判例都倾向于肯定诈骗罪的成立，[77]而中国的司法实务则采取了比较克制甚至消极的态度，很少按照诈骗罪处理。对此，一种解释是，靠博得同情取财，施舍人认识错误不明显，其往往具有两种心理：真有困难我乐于帮助，如果并不困难我给点也无妨，这和诈骗受害人的心理有所区别。而且，受害的数额往往是由受害人决定。[78]在本文看来，一则，被害人有所怀疑时仍可以肯定其存在“认识错误”；二则，诈骗罪的犯罪对象并不要求特定性，而这种乞讨诈骗的总数额可能是很大的。因此，问题的关键仍是能否肯定财产损失。由于乞讨者的虚构事实而使得捐款者对于财物给付对象的属性发生错误认识的（误以为一个不需要捐款者需要捐款），这种认识错误是一种“法益关系的错误”，其导致了捐款目的的“重大背离”，因此，不应该

[74] 参见蔡桂生：《论诈骗罪中财产损失的认定及排除》，《政治与法律》2014年第9期，第53-54页。

[75] 参见张明楷：《刑法学》（第5版），法律出版社2016年版，第1005-1006页。

[76] 蔡桂生：《论诈骗罪中财产损失的认定及排除》，《政治与法律》2014年第9期，第54页。

[77] 参见张明楷：《论诈骗罪中的财产损失》，《中国法学》2005年第5期，第134页。

[78] 这是北京市朝阳区人民法院刑一庭庭长臧德胜法官的见解。

否定诈骗罪的成立。[79]

（五）修正的整体财产说

在中国，对于诈骗罪的财产损失判断标准，已经少见有人明确主张形式的个别财产说，主要是实质的个别财产说和整体财产说的对立，前者以张明楷教授为代表，[80]后者则比如刘明祥教授。[81]笔者也曾持整体财产说的立场。[82]不过，在强调对于财产损失的实质判断这一点上，这两种学说形成了共识；两者的分歧可能主要在于，在取得了相当对价但基本甚至完全没有实现交易目的的场合，是否还能肯定财产损失。实质个别财产说对此持肯定态度，而整体财产说似乎对此持否定态度。如果这样的“公式化”对号入座是准确的，或许意味着本文接受了实质的个别财产说的立场。不过，未必如此，这涉及如何理解对被害人财产得失的比较问题。坚持实质的个别财产说的西田典之认为，在判断诈骗罪财产损失时进行比较的，不是被害人所失去的与其所得到的，而是要比较受骗者在该交易中“意欲获得的东西”与其“所支付的东西”。[83]确实，如果只是比较被害人失去的东西与客观上得到的东西而完全不考虑被害人的交易目的（这可谓是传统的整体财产说的立场）的话，会过于限缩诈骗罪的范围，不利于被害人的财产保护；但要是将“意欲获得的东西”这一观念彻底化、绝对化的话，则在“不受欺骗就不会交付财物”的场合（比如在毛裤案中，如得知不是纯毛裤子则不会购买），即可认为因受欺骗而获得的对价（裤子）并非“意欲获得的东西”（毛裤），就会得出形式的个别财产说而非实质的个别财产说的结论。可见，“意欲获得的东西”仍是一个较为宽泛的概念，需要进一步的限定。

本文认为，在判断得失衡量时需要比较的，终究是“被害人所得到的”与“被害人所失去的”，只是，在“得”“失”衡量之中，需要将“基本目的未能实现”即“重大背离”作为“失”的一个子项予以加算。这样的主张，本文称为“修正的整体财产说”：由于是就被害人的得失进行的直接衡量，也就维持了整体财产说的基本框架；由于将“目的的重大背离”作为“失”的内容，也就是对传统的整体财产说进行了修正。而且，这种修正的整体财产说与前文关于财产概念所采取的修正的经济财产说之间也是贯通的：坚持经济财产说，就应该以客观经济价值为基准进行比较衡量，这也就奠定了整体财产说的基础地位；而既然将重要的主观情感价值作为经济价值的例外，也就允许将“主观目的的重大背离”作为损失的一部分纳入衡量的范围。修正的整体财产说通常会在是否肯定“财产损失”问题上和实质的个别财产说殊途同归，但在具体的损失数额认定上，两者却会分道扬镳。本文的主张会在具体的诈骗数额计算时进行必要的扣除，所肯定的数额通常会比实质的个别财产说要小。

中国的学说中，还有一种比较折中的态度，认为“单纯从理论上看”，个别财产说更为周延，因为对被害人来说，财物是基于欺骗者的行为而丧失的，由于丧失财物，其对于财物的使用、收益、处分的权益自然也丧失，所以存在财产损害；但“从司法实务操作的便利上考虑”，整体财产损害说并非毫无合理之处。司法机关往往以诈骗行为人最终给被害人造成的实际经济损失数额作为定罪量刑的标准，因为在欺骗他人并同时给付对价的场合，交易关系事实上存在，很难说有较大的实质上财产损害。[84]这一主张虽可能被批评为“态度骑墙”“试图两边讨好”，但也体现了问题的复杂，说明了检验标准恰当与否可能有面向理论或者指向实践的不同维度。与上述态度稍有相似，但是，本文在判断损失与否的理论设定与具体损失计算的实务操作上，都坚持（修正的）整体财产说的标准，因此又是根本不同的。

[79] 理论上对乞讨诈骗成立诈骗罪持肯定态度的，比如张明楷：《论诈骗罪中的财产损失》，《中国法学》2005年第5期，第135页；实务中肯定成立诈骗罪的，可参见《成都商报》2007年2月7日。

[80] 参见张明楷：《刑法学》（第5版），法律出版社2016年版，第1005页。

[81] 参见刘明祥：《财产罪比较研究》，中国政法大学出版社2001年版，第246页。

[82] 参见付立庆：《论刑法介入财产权保护时的考量要点》，《中国法学》2011年第6期，第134-136页。

[83] 参见[日]西田典之：《刑法各论》（第六版），弘文堂2012年版，第204页。

[84] 参见陈兴良、周光权：《刑法学的现代展开Ⅰ》（第二版），中国人民大学出版社2015年版，第519页。

本文主张的修正的整体财产说面临的一个关键性疑问是，在所支付的对价完全可以补偿被害人的纯粹经济损失但被害人的交易目的确实出现重大背离的场合，可能会得出“存在财产损失但具体损失数额为零”的荒诞结论。要避免这一结论，就需要认为，在行为人支付的对价等于甚至大于被害人交付的财物数额时，被害人交易目的的重大背离本身就是一种主观情感价值的丧失，结合前文对于经济财产说的修正，此时认定被害人的损失“数额较大”、适用最低档法定刑即可，这和前文的主张是一贯的，具备整合性。

五、财产损失与诈骗数额的认定

认定诈骗罪中的财产损失，应进行实质判断，结合被骗人处分财产的重大目的是否落空等，根据客观化的标准对被害人财产在处分行为前后的经济价值进行评判，以确定其整体上的财产是否减损。同时，作为取得型财产犯罪，如何看待行为人取得的财产与被害人财产损失之间的关系，等等，也都需要考察。

（一）诈骗所得数额与被害人损失数额严重不符的场合

案例（骗购电信卡转卖案）被告人王庆使用伪造的45人的居民身份证复印件，在北京移动通信有限责任公司的不同代销点，购得移动电话SIM卡45张。之后，王庆将购得的上述45张移动电话SIM卡出售给他人，被使用后，造成他人恶意欠费人民币20.3445万元。[85]《最高人民法院关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》第9条规定：“以虚假、冒用的身份证件办理入网手续并使用移动电话，造成电信资费损失数额较大的，以诈骗罪定罪处罚。”“以虚假、冒用的身份证件办理入网手续”的人与“使用移动电话造成电信资费损失”的人虽然通常是同一人，但本案的判决表明，即便在两者不具有同一性的场合，只要是“以虚假、冒用的身份证件办理入网手续”的欺诈行为与随后的“使用移动电话造成电信资费损失”之间具有直接的因果关系，并且，欺诈行为人对于自己的行为必定会造成这种损失具有“明知”的场合，就可以将这一损失结果归于行为人的欺诈行为。在王庆案的判决中，法院认定诈骗数额特别巨大，即意味着其并未仅将行为人通过高价转卖45张SIM卡所获得的差价作为犯罪数额，而是直接将造成北京移动通信有限公司的损失作为犯罪数额。在将诈骗罪理解为取得罪的场合，并非以诈骗行为人实际取得的财产数额，而是在可以肯定行为人所追求的非法利益与被害人的财产损失之间具有“素材的同一性”（即两者必须是由同一个财产处分行为所导致的，是互为表里的关系）[86]的场合，以被害人（可归责于行为人）的财产损失作为诈骗犯罪数额，对此，王庆案提供了一个形象说明。

同样，在骗取被害人赌资的过程中，如果在场其余参与赌博的人也会跟在行为人后面赢钱，就会造成行为人实际谋取到的非法利益即犯罪所得与被害人实际损失数额不一致。对此，法院认为，被告人作为诈骗犯罪实施人，明知在场群众跟在他们后面进行“赌博”会赢钱这一必然结果，但为了掩盖诈骗的实质，没有阻止并且认可了其他人参赌。客观上，被害人的损失系被告人等人的犯罪行为导致，主观上，被告人对被害人因受骗而将财物交付给第三方时明知的，至少具有间接故意。因此，被告人应当对被害人的实际损失负责。[87]法官的评析还尤其指出，“被告人为了完成诈骗所付出的一些对价物等对受骗人而言并非都具有意义，并不能实质性的减少被告人的经济损失。本案中，被告人为了不使自己的骗术被揭露，明知

[85] 参见《王庆诈骗案——骗购电信卡贩卖给他人使用造成电信资费巨大损失的行为如何定性》，最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭主办：《刑事审判参考》（2002年第1辑，总第24辑），法律出版社2002年版，第72页。

[86] 参见王钢：《德国判例刑法 分则》，北京大学出版社2016年版，第229页。

[87] 参见《王爱国诈骗案》，最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选（分类重排本）》（刑事卷6），人民法院出版社2017年版，第2895-2896页。至此，这一判决和前文刘国芳案的思路完全一致——既然被害人的损失是由王爱国等人的行为所致，王爱国等就应该对损失数额承担责任。

在场群众跟在自己后面赢钱也不予阻止，进而造成被害人更大的财产损失，其所付出的这一成本更是对被害人而言没有任何意义。”[88]以上的法官分析，在犯罪成本能否从诈骗罪的犯罪数额之中扣除的问题上，提出了这样的一个判断规则，即“该成本对被害人而言是否有意义”，这一点值得重视，而且，这一结论完全可以通过修正的整体财产说获得说明。

（二）“堵窟窿”式诈骗与“连环骗”的场合

案例（堵窟窿式诈骗）被告人余志华和杨琴以租车的名义，将窦永昌的一辆“起亚牌”汽车租走，伪造了窦的身份证明和轿车手续，以5万元的价格在峨眉山市“鑫鑫”寄卖行将该车典当，余志华分得2万余元。后窦向余志华和杨琴索还该车。余志华因无钱取回该车，遂又以租赁汽车使用几天的名义，向其朋友陈建红租得“奇瑞QQ牌”汽车一辆。当晚，余志华将该车以1.9万元的价格在峨眉山市“鑫鑫”寄卖行典当，并用此款将之前典当的窦永昌的起亚牌汽车赎回退还。经鉴定，被典当的“奇瑞QQ牌”轿车价值人民币26590元。在这一案件中，一审法院认定被告人以非法占有为目的，以虚构事实的方法，诈骗他人轿车一辆，价值人民币26590元，数额较大，已构成诈骗罪。二审法院对此予以认可。[89]对此，相关的分析正确指出，其在将第一辆车典当掉后取得典当款时，其行为具备了诈骗罪的主客观构成要件，已经是一个独立的诈骗犯罪行为，也成立诈骗罪；其连续典当租来的汽车，是连续实施数个独立的诈骗行为，为同种数罪，刑法上作为处断上的一罪处理。至于具体的犯罪数额计算，该分析进一步指出，在车主追索下，被告人既已赎取前车归还车主，则只以未赎取汽车的金额计算犯罪金额，之前的诈骗行为作为量刑情节考虑。[90]在此，法院的处理是按照最高人民法院1996年12月24日《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》（已经废止）第9条[91]的规定展开的，可以理解。不过，这里的疑问是，这一司法解释是否实质合理？其一，既然前一诈骗行为已经既遂，如果允许其数额在最终犯罪数额中扣除，则将这样的逻辑彻底贯彻的话，就理应认为，在案发时已经全部归还诈骗数额的，无论数额多大，即因“犯罪数额为零”而不按照犯罪处理，这显然不妥当。其二，在盗窃的场合，行为人在盗窃既遂之后返还财物的，一概仍按既遂处理而只是将返还行为作为量刑情节；何以在诈骗的场合就可以将已经归还的数额扣除？似乎也缺乏足够的理由。本文认为，就这一问题应该区别对待。1. 在针对同一被害人实施两次以上的诈骗即诈骗的对象是同一被害人时，由于法益主体具有同一性，所以，这一司法解释的观点还可以通过整体财产（减少）说获得说明（而如采纳个别财产说的话，则对于司法解释的态度则只能寻求刑事政策上的理由）。2. 在针对不同被害人实施两次以上诈骗的场合，比如像前述案例这样的利用后一次针对其他被害人诈骗所获得的财物来偿还针对前一诈骗被害人财物的场合，采纳（形式的或者实质的）个别财产说时自不必说，即便采纳整体财产说，由于财产权的法益主体不同，也只能认为存在着两个需要独立评价的、无法抵消的法益侵害。在这种情况下，针对前一法益主体的财产权侵害已经完成，在确定诈骗数额时将其计算在内才符合刑法教义学的要求，至于已经用后面诈骗的财物“堵上了前面的窟窿”这一点，应该是在整体法益侵害计算之后的量刑情节。就此看来，刑事政策的考量能够在多大程度上突破教义学的框架，值得反思。

[88] 参见《王爱国诈骗案》，最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选（分类重排本）》（刑事卷 6），人民法院出版社2017年版，第2896-2897页。

[89] 参见《余志华诈骗案——将租赁来的汽车典当不予退还的行为构成诈骗罪》，最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》（2008年第3集，总第62集），法律出版社2008年版，第54页。

[90] 参见《余志华诈骗案——将租赁来的汽车典当不予退还的行为构成诈骗罪》，最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》（2008年第3集，总第62集），法律出版社2008年版，第56-58页。

[91] 该条规定：“对于多次进行诈骗，并以后次诈骗财物归还前次诈骗财物，在计算数额时，应当将案发前已经归还的数额扣除，按实际未归还的数额认定，量刑时可将多次行骗的数额作为从重情节予以考虑”。

与上述情形类似，实践中还存在“连环骗”的场合。如，案例（连环诈骗案）被告人邱来成多次雇用二轮载客摩托车，途中请车主吃午饭，从而取得车主的信任，然后向车主谎称要去找熟人联系业务或拿东西，伺机骗走摩托车共计15辆，价值51700余元。得手后，邱来成分别将车骑到一些个体食杂店，对店主谎称某公司或单位急需用烟，财会人员已去银行取款，摩托车暂时存放该店作为抵押，等款取来再交款并领回摩托车。邱以这种手段，先后从15家个体食杂店骗“买”各种牌号的香烟271条，价值共计14000余元。尔后他将香烟转手销售给个体商贩，得销赃款12000余元，用于本人挥霍。案发后，除1辆摩托车已经丢失外，缴获的14辆摩托车已由公安机关发还失主。[92]对于此案，法院最终判决以摩托车和香烟的价款之和认定诈骗数额。相关法官的分析指出，从本案看，邱来成诈骗摩托车和香烟是分为两个阶段进行的。两次犯罪行为，各自符合刑法规定的诈骗罪的特征，都已分别构成诈骗罪。这两次犯罪行为虽然有一定的联系，但没有必然的牵连关系，而且两次犯罪行为触犯的是同一罪名而不是不同罪名。因此，被告人的行为不属于牵连犯罪而是惯骗，其两次的诈骗数额应累计计算。[93]与前文的“堵窟窿”式诈骗不同，此处并非是以后次骗来的财物归还前次诈骗的被害人，而是以前次诈骗的财物为幌子继续诈骗其他被害人。这种情况下，行为不同，被害人不同，被害人受到的财产损失不同，因此，两次诈骗的数额累计计算是恰当的。

（三）“犯罪成本一概不予扣除”的一个反例

案例（医保卡诈骗案）被告人巢鸿昌偶然发现街头药贩以对半价格回收药品，即持母亲陈某和妻子苏某的医保卡，并将妻子的年龄由50岁改为80岁，以帮助家属代配药的名义，先后在20多家医院就诊，配取了价值4.1万余元的药品。之后，除将一小部分药品给其家属服用外，巢将价值3.2万元左右的药品低价卖给他人，得款1.6万元左右。上述被卖给其他人的药品中，依照医保制度的有关规定，被告人个人支付的费用不超过药费的20%，余款25600元左右是由上海市医疗保险局支付的。[94]

在本案中，行为人巢鸿昌将为其家属代配来的药品，部分给其家属服用，部分放置家中备用，其余的低价贩卖给药贩。公诉机关认为，除去行为人作案期间其家属正常使用的药物所支出的医疗费之外，其余部分，包括公安机关在其家中查获的部分药品，都应认定为骗取的药费，作为犯罪数额予以认定。而法院则认为，一个普通家庭在家中存放一定数量的备用药品是正常的，且无任何标准来判断行为人在家中存放多少药品才恰当，该部分药费不应作为诈骗数额予以认定，只能确定行为人对于低价卖给他人的那部分药品具有非法占有目的。另外，根据医疗保险制度的有关规定，病人就诊，首先使用社会保障卡内的资金，卡内资金用完后，个人再支付一定数额的费用（这部分费用称为自付段费用）。当自付段费用用完后，如再就诊，病人仅需按不同级别的医院，支付医疗费用的10%、15%或20%即可。行为人从医院配取药品，本人亦支付了一定比例的费用，但没有证据能证实被卖掉的那部分药品是按何种比例自费支付的，因此，法院从有利于被告的原则出发，确定其个人支付了20%的费用，并据此认定，行为人低价卖掉了价值3.2万元左右的药品，上海市医疗保险局支付了80%的医药费，计25600元左右。[95]本案中，行为人为了非法占有医药费，而不得不个人支付其中一定比例，在此意义上，这部分个人支付的费用亦可称为犯罪成本。不过，本案法院在计算诈骗数额时，不但将被告人家属实际使用的药物扣除在外，也将被

[92] 参见《邱来成用诈骗来的摩托车骗取香烟案》，最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选（分类重排本）》（刑事卷 6），人民法院出版社2017年版，第2783-2784页。

[93] 参见《邱来成用诈骗来的摩托车骗取香烟案》，最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选（分类重排本）》（刑事卷 6），人民法院出版社2017年版，第2785页。

[94] 参见《巢鸿昌利用医疗保险制度进行诈骗案》，最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选（分类重排本）》（刑事卷 6），人民法院出版社2017年版，第2834页。

[95] 参见《巢鸿昌利用医疗保险制度进行诈骗案》，最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选（分类重排本）》（刑事卷 6），人民法院出版社2017年版，第2835页。

告人放置于家中（可能用于家属治病使用、也可能准备日后贩卖的）药品的药费扣除在外，更是将被告人为了购买药品而不得不个人支付的部分也排除在外，这一点尤其引人注目。其打破了“犯罪成本不扣除”的惯常做法，更多着眼于根据医疗保险局的实际损失确定犯罪数额，或可称为是整体财产说的归结。

詐欺罪における財産損失に関する試論

——中国の司法実務を中心として——

付立慶（中国人民大学法学院教授）
（毛乃純　訳）

解釈論上、詐欺罪はすべて財産犯罪における最も複雑な犯罪であるといえよう。その理由は、詐欺罪は時に民法上の不法行為（例えば給付瑕疵）若しくは商業上の射幸投機行為と明らかに区別しがたいこと、また、解釈上、特定の犯罪類型が詐欺罪であるかそれとも他の財産犯罪であるかという問題について、明晰に説明しがたいことにあると考えられる。[1]詐欺罪の認定にあたって、財産損失の存否及びその判断・計算の方法などは重要な意義を有するため、本稿において、中国の刑事司法における関連事例に踏まえ、これらの問題を検討したい。

一、検討の前提

関連研究によれば、世界各国の詐欺罪に関する立法例において、大陸法系の国家、例えばドイツ、イタリア、スウィス、フランスなどのには、常に「損失」という要素を明確に規定する傾向が見られるのに対し、英米法系の国家の刑法には、財産損失に関する規定が見付からないことが分かった。[2]しかし、条文上「財産損失」を規定しないことは、詐欺罪の既遂の成立が財産損失を必要としないことを意味するわけではない。例えば、同じく大陸法系に属する日本刑法 246 条 1 項は単に「人を欺いて財物を交付させた」こと、同条 2 項も詐欺の方法により財産上不法の利益を得又は他人にこれを得させたことだけを規定している。学説上には論争が存しているが、財産損失不要説は牧野英一、木村亀二など主観主義の陣営にいる学者により主張される見解であり、[3]少数説に過ぎない。一方、より多くの見解は詐欺罪の財産犯罪の性格に鑑み、その既遂の成立が財産損失を必要とすることを肯定する。その主張内容の相違についていえば、団藤・福田・大塚を代表とする通説は、交付によって移転された「財物又は利益の喪失それもの」を詐欺罪における法益侵害とする[4]のに対し、西田典之等を代表とする有力説は、財産の移転のほか、さらに実質的な財産損失の存否を独立に判断すべきであると解される。[5]なお、中国刑法 266 条も「公私の財物を騙取し」と規定すると同時に、「数額が比較的大きい」ことを要求する。ただ、同罪は「財産を侵害する犯罪」に置かれたことから、中国の刑法理論は、同様に詐欺罪の既遂には財産損失が必要とし、[6]また、「財産損失」が財産法益の侵害の表れとして、

---

[1] 林東茂：『一個知識論上的刑法学思考』（増訂三版），中国人民大学出版社 2009 年版，第 144 頁参照。
[2] 游濤：『普通詐騙罪研究』，中国人民公安大学出版社 2012 年版，第 50 頁，第 221-222 頁参照。
[3] かつて前田雅英教授は、財産損失不要説が行為無価値（一元論）から導かれた帰結であると主張された。【日】前田雅英：『刑法各論講義』（第 4 版），東京大学出版会 2007 年版，第 286 頁参照。
[4] 【日】西田典之：『刑法各論』（第六版），弘文堂 2012 年版，第 203 頁参照。なお、【日】山口厚：『刑法各論』（第 2 版），有斐閣 2010 年版，第 267 頁も参照。
[5] 【日】西田典之：『刑法各論』（第六版），弘文堂 2012 年版，第 203 頁；【日】前田雅英：『刑法各論講義』（第 6 版），東京大学出版会 2015 年版，第 243-244 頁参照。
[6] 蔡桂生：『論詐騙罪中財産損失的認定及排除』，『政治與法律』2014 年第 9 期，第 50 頁参照。

少なくとも詐欺罪の明文化されていない構成要件要素であると考えられる。[7]そこで、問題は「財産損失」に対する具体的な理解にあると考えられる。この問題を検討する前に、次の2点を明確にしたい。

まず、財産損失を詐欺罪の客観的構成要件への検証の最後の一環とすべきである。すなわち、詐欺罪の客観的行為の発展経緯（詐欺行為→認識の錯誤→財産処分→財産取得→財産損失）において、その他の行為要素が揃って初めて、財産損失の存否を判断すべきである。なぜなら、価値判断の真偽が認識能力により検証しえない場合、例えば仲人が結婚を希望する男性に絶世美人を紹介すると伝え、男性に手厚い礼金を交付させたが、紹介した女性相手が不細工であった時、人の美醜は価値判断であって真偽を論じる余地がないため、仲人が虚偽の情報を提供したわけではないゆえに、刑法上の詐欺行為にあたらないと解される。[8]このような場合、財物交付者の財産損失の存否を考える必要がなく、直接にその前の行為の発展経緯が完成されていないことを理由に詐欺罪の成立を否定しうる。次に、「財産損害」を一種の実際的な損害と解すべきである。ドイツにおいて、判例や学界の多数説によれば、被害者の財産が行為者によって急迫かつ具体的な危険に陥らせた場合、すでに被害者が財産損失を受け、行為者が詐欺罪の既遂を構成することを認定しうる。これは、いわゆる「損失と同等なる財産への危険」である。[9]また、台湾において、具体的な危険を財産損害として捉え、しかも、実務もこのような理解に反対しないと主張する学者もいる。[10]しかし、中国の実務において、例えば通帳又は金庫の暗証番号を騙し取ったが、実際に財物を入手しなかった場合、通常詐欺罪の既遂でなく、せいぜい未遂の成立にすぎないと解される。つまり、詐欺罪の既遂と未遂を区別するために、その既遂を被害者の実際的な財産損失が「数額が比較的大きい」場合に限定し、しかも、「損失と同等なる具体的な危険」を財産的損害に含めないと解すべきであろう。

二、（修正された）経済的財産説：「財産」の理解

（一）学説状況

詐欺罪の財産損失を検討するにあたって、まず「財産」そのものに対する理解を言及しなければならない。この点について、先に明らかにしたいのは、中国刑法各則第5章の財産を侵害する犯罪は行為対象を主に「財物」を規定するが、学界ではここの「財物」が財産的利益も含むと多く主張されることである。バーチャル財産も一般的に「財産」として解されるという状況において、[11]中国刑法における「財物」と「財産」は同義語であると言えよう。[12]「財産」の概念について、ドイツの学説上は主に法的財産説と経済的財産説と法的経済的財産説との基本的な対立が存在する。[13]このような学説の対立は中国刑法学における「財産」に対する理解に直接的な影響を与えた。

「純粋な法的財産概念」を強調する法的財産説は、ビンディング（Binding）が首唱されたものである。同説は、財産は財産上の権利と財産上の義務との総和であり、経済上の価値とは無関係であるとし、財産損失は財産上の権利の喪失と財産上の義務の負担であると主張される。[14]したがって、賄賂金・物などの不法原因給付物、売春婦が騙されて性的サービスを提供した場合の無効債権及び不法・犯罪による所得など民事法律により保護されない権利は、財産犯罪の保護法益になれないのに対し、たとえ経済的価値のない民事上の権利であっても、「財産」に属すべきである。ドイツにおいて、このような古い見解は、帝国裁判所の早期の判決に見られる。[15]一方、中国の伝統的な刑法理論によれば、一般的に、詐欺罪が侵害したのは「公私の財産の所有権」[16]又は「公私の財物の所有権」[17]であると解される。このような所有権説は、「実際に一種の法的財産説である」と指摘される。[18]しかし、法的財産説は妥当でない。すなわち、第一に、同説は刑法上の判断が民法に従うという従属性の観念を理論根拠とする。世界において、特にドイツについていえば、「20世紀30年代から、人々は刑法が民法に従属すると考えなくなり」、「それ故、法的財産説の理論的根拠がなくなった」[19]といえよう。しかし、中国において、刑法従属性の主張はよく見られる。例えば、最近、刑法の謙抑性原則に着目点とし、立法に対する抑制から司法活動に対する制約へと転向すべきであるという命題から出発し、刑法は第二次的な規範性を有するため、財産犯罪の認定、とりわけ財物の概念・財物の他人性の判断について、民法の立場と一致しなければならないと主張されている。[20]少なくとも財産の概念の問題において、これを刑法従属性説として読むことができよう。さらに、刑法は実質上、刑法とその前置法としての保護的規則が共に保障する調整的規則の規定によって制約されているため、従属法・二次法として位置づけられ、「前置法が性質を決定することと刑事法が量を決定することとの統一」が犯罪に対する規制における刑法とその前置法のいわゆる性質を決定する従属性と量を決定する独立性との関係を掲示・反映するものであることを端的に主張する学者もいる。[21]これはまさに刑法従属性説であると言わなければならない。しかし、憲法の下にある基本法律として、刑法と民法はそれぞれ異なる法分野であって、「各種の法律はその固有の目的をもって異なる法律効果を生じさせ、また、目的が違えば、違法性の内容も異なる。」[22]と指摘される。このように、「法秩序の統一性」等を理由に刑法従属性を主張する実質的な理由はないと考えられる。第二に、「純粋な法律上の財産概念」は、財産権利を財産を同一視し、財産上の権利の経済的価値の有無を問わないため、財産の範囲を不当に拡大させると同時に、占有・労働力などの「事実的地位」が経済的価値を有するが、財産上の権利に当たらないため、財産として認められない点において、財産の範囲を不当に縮小したと解される。[23]第三に、実務において、多くの詐欺罪は不法原因給付物を対象とするものであるため、不法原因給付物が詐欺罪の保護対象になりうると

---

7 張明楷：『刑法学』（第5版），法律出版社2016年版，第1005頁；陳興良、周光権：『刑法学的現代展開Ⅰ』（第二版），中国人民大学出版社2015年版，第519頁参照。
8 林東茂：『一個知識論上的刑法学思考』（増訂三版），中国人民大学出版社2009年版，第145-146頁参照。
9 現在のドイツの司法実務において、締約詐欺、信用貸し詐欺、善意取得及び口座や金庫のパスワードの詐取などの場合に、損失と同様な財産上の危険の存在が往々に認められる。王鋼：『德国判例刑法　分則』，北京大学出版社2016年版，第216頁参照。
10 林東茂：『一個知識論上的刑法学思考』（増訂三版），中国人民大学出版社2009年版，第151頁参照。
11 陳興良：『虚擬財産的刑法属性及其保護路径』，『中国法学』2017年第2期，第146-172頁参照。
12 王鋼：『不法原因給付対於認定財産犯罪的影響』，『法学家』2017年第3期，第138-139頁参照。
13 なお、いわゆる「人的財産説」によれば、財産は人格発展の基礎となり、人の持つ経済上の潜在能力あるいは社会共同経済往来の客体としての支配性を表すものであると解される。王鋼：『德国判例刑法分則』，北京大学出版社2016年版，第212頁参照。しかし、この説には、「財産」と「人」との区別を曖昧化にするという根本的な問題があるため、少数説にすぎない。

14 林東茂：『刑法総覧』（修訂五版），中国人民大学出版社2005年版，第331頁参照。
15 王鋼：『德国判例刑法　分則』，北京大学出版社2016年版，第212頁参照。
16 高銘暄、馬克昌編：『刑法学』（第七版），北京大学出版社・高等教育出版社2016年版，第503頁参照。
17 王作富編：『刑法』（第六版），中国人民大学出版社2016年版，第418頁参照。
18 蔡桂生：『論詐騙罪中財産損失的認定及排除』，『政治與法律』2014年第9期，第52頁参照。
19 張明楷：『論詐騙罪中的財産損失』，『中国法学』2005年第5期，第120頁。
20 周光権：『積極刑法立法観在中国的確立』，『法学研究』2016年第4期，第33頁参照。
21 田宏傑：『行政犯的法律属性及其責任――兼及定罪機制的重構』，『法学家』2013年第3期，第55頁参照。
22 張明楷：『論詐騙罪中的財産損失』，『中国法学』2005年第5期，第120頁。
23 林東茂：『一個知識論上的刑法学思考』（増訂三版），中国人民大学出版社2009年版，第148頁参照。

する見解はほぼ通説となルノに対し、[24]法的財産説はこれを説明することができない。第四に、中国において、財産犯罪の成立は通常「数額」を要求する。したがって、例えば経済的価値のない品物の「数額」が計算しえない場合、法的財産説の適用には特に支障がある。以上のような問題性があるため、「法的財産説は理論上も実践上もかなり顕著な欠陥があり、完全に崩壊され」、[25]「今日に同説を主張する者はほとんどいない。」[26]と指摘された。

法的経済的財産説によれば、不法利益を除き、法秩序によって保護される全体的に経済的価値を有する利益は財産である。すなわち、個人の全ての経済的な財貨は、法秩序によって保護され、あるいは少なくともそれによって非難されないものであれば、財産になりうると解される。我が国において、この法的経済的財産説は多数の学者によって支持されている。[27]現在、ドイツの司法判例の立場は一応法的経済的財産説により近いと主張する論者もいるが、[28]その違法に獲得した占有をも原則的に財産として認められる立場からすれば、ドイツの判例は経済的財産説により近いといってもよい。このように、法的経済的財産説は折衷説とも称される。すなわち、不法原因給付と詐欺罪の成否の問題において、法的経済的財産説と法的財産説は同質であるが、詐欺罪の成立には経済的損害を要するかという点おいて、法的経済的財産説は経済的財産説と同様である。[29]折衷説は法的財産説と経済的財産説の欠陥を克服しようと試みたが、民法上の不法利益も刑法上の財産犯罪の保護法益となる可能性を否定し、財産犯罪の保護法益を法的財産説よりさらに狭めた。処罰範囲をそのまで限定する必要があるか否かは、疑問であり、特に、不法的な価値を一切に保護しないという帰結が導き出されるため、なお検討すべきであろう。

（二）経済的財産説の理論根拠

経済的財産説によれば、全体としての経済的価値を有する利益、すなわち個人の得られる財貨の総和は財産であり、これは財産権が法律によって認められたか否か、また正当な源を有するか否かとは無関係であると解される。したがって、たとえ民法上の無効な債権・違法な犯罪所得・不法原因給付物であっても、全て財産罪の保護を受ける財産となりうる。このように、同説は純粋な経済的財産説とも称される。経済的財産説は、最初ドイツの帝国裁判所により承認され、第二次世界大戦後にドイツ連邦最高裁判所により採用された。経済的財産説は大体支持すべきであろう。その理由は次のとおりである。すなわち、第一に、理論的に言えば、確かに法秩序の統一性という価値的目標は守るべきであるが、これは違法一元論を意味するわけではおらず、異なる部門法における違法な判断が相対性を有するということを認めなければならない。[30]そして、最近の刑事立法は意識的に刑法の従属性を弱めつつあるため、刑法と民法・行政法との限界はますます曖昧化している。ある領域において、刑事立法者は治安管理処罰法において明確な処罰規定のない行為を直ちに犯罪とし（例えば法律に規定される国家試験における「替玉受験」行為）、独特性と優先性を刑法の意義として意図的に強調する。[31]このような理論的認識と立法背景の下で、刑

[24] 游濤：『普通詐騙罪研究』，中国人民公安大学出版社 2012 年版，第 66 頁参照。
[25] 張明楷：『刑法学』（第 5 版），法律出版社 2016 年版，第 930 頁。
[26] 王鋼：『德国判例刑法　分則』，北京大学出版社 2016 年版，第 212 頁。
[27] 例えば、王鋼：『不法原因給付対於認定財産犯罪的影響』，『法学家』2017 年第 3 期，第 139 頁。なお、張明楷：『詐騙罪與金融詐騙罪研究』，清華大学出版社 2006 年版，第 219 頁も参照。
[28] 王鋼：『德国判例刑法　分則』，北京大学出版社 2016 年版，第 213 頁参照。
[29] 張明楷：『刑法学』（第 5 版），法律出版社 2016 年版，第 930 頁。
[30] この点について、王昭武：『法秩序統一視野下違法判断的相対性』，『中外法学』2015 年第 1 期，第 170 頁以下参照。
[31] 周光権：『転型時期刑法立法的思路與方法』，『中国社会科学』2016 年第 3 期，第 126 頁参照。

法の独立性の思想を理論的根拠とする経済的財産説はその合理性を有する。[32]第二に、経済的財産説は財産犯罪の領域での法外空間の形成を有効に防ぐことができるので、刑事政策上の顕著な優越性を有するといえよう。[33]さらに、刑法が不正な財産も保護することは、自力救済を相当程度に回避しうると考えられる。[34]第三に、刑法秩序の一致性の視点からみれば、強取・窃取又は窃盗品の損壊は強盗罪（又は奪取罪）・窃盗罪と財物損壊罪を成立する。詐欺罪は財産犯罪の一種である以上、財産概念に対する解釈を他の財産犯罪と独立に行うわけにはいかない。したがって、泥棒の盗品又は売春婦の性的サービスを騙し取る行為も、すべて詐欺罪を成立する。[35]これは刑法解釈論上の理由であるといえよう。

（三）経済的財産説の具体的展開

経済的財産説は充分な理論的根拠を有するのみならず、中国の司法実務においても、その考え方がある程度現れている。ここで、いくつかの事例を挙げて説明したい。

1. 賄賂金の切取り

「賄賂金を切取る」ことを通じて詐欺を行う事件はしばしば発生する。例えば、事件を担当する警察とは知り合いなので何とかしてあげられると自称し、麻薬販売のため身体拘束された被疑者の家族から 15 万元余りのお金を受取り、その中の 14 万元を警察に送ったと偽称したが、実は自分のものにした。この事件（賄賂金切取り事件）に対して、法院は、行為者が不法占有の目的をもって、すでにお金を送ったと偽称したことは詐欺罪を成立する一方、14300 元を送ったことは贈賄罪を成立するので、数罪として併科しなければならないと指摘される。[36]「行為者が財物を取得した手段は事実を偽った詐欺手段である。贈賄者は行為者の詐欺で余計に『賄賂金』を出し、財産損失を受けた。収賄者は行為者の詐欺で普通より少ない『賄賂金』を受取り、同様に財産損失を受けた。賄賂で使われた財物は贓物に該当するものの、贓物が徴収される前に、その事実上の占有状態又は所有権が法律によって保護されないと意味するわけではない。」[37]このような不法占有の目的をもって賄賂金を切取る行為が詐欺（又は横領）を成立するか否かという問題を回避する態度を取った裁判例も存在するが、[38]事実の偽り又は真相の隠匿などの方法により、不法原因委託物あるいは不法原因給付物を騙取した場合、財産損失が認められるので、詐欺罪として処罰する必要があるといわざるをえない。

2. 賭銭の騙取

司法機関は賭銭騙取事件に対して、罠を仕掛け他人を賭博に参加させ、トランプゲームでトリックを利用し他人の金銭を「勝ち取った」場合にせよ、[39]または罠を仕掛け賭博の

[32] 刑法の独立性の主張根拠及び刑法の民法従属性説に対する批判について、張明楷：『論詐騙罪中的財産損失』，『中国法学』2005 年第 5 期，第 120 頁参照。
[33] 王鋼：『德国判例刑法　分則』，北京大学出版社 2016 年版，第 212 頁参照。
[34] 林東茂：『刑法総覧』（修訂五版），中国人民大学出版社 2005 年版，第 331 頁；林東茂：『一個知識論上的刑法学思考』（増訂三版），中国人民大学出版社 2009 年版，第 144 頁参照。
[35] 林東茂：『刑法総覧』（修訂五版），中国人民大学出版社 2005 年版，第 331 頁；林東茂：『一個知識論上的刑法学思考』（増訂三版），中国人民大学出版社 2009 年版，第 144 頁参照。
[36] 安徽省安慶市中級人民法院（2014）宜刑重終字第 00001 号刑事判決書参照。
[37] 肖中華：『貪污賄賂罪疑難解析』，上海人民出版社 2006 年版，第 244 頁。
[38] 遼寧省東港市人民法院（2015）東刑初字第 00163 号刑事判決書参照。
[39] 『黄芸等詐騙案——設置圏套誘人参賭，以打牌的方式「贏取」他人銭財的行為構成賭博罪還是詐騙罪』，最高人民法院刑事審判第一・二・三・四・五庭主辦：『刑事審判参考』（2007 年第 4 集，総第 57 集），法律出版社 2007 年版，第 33-42 頁参照。

勝負結果をコントロールし金銭を取得した場合にせよ、[40]あるいは自分が用意した特定の賭博道具で賭博の勝負結果をコントロールした場合にせよ、[41]すべて詐欺罪と認定された。裁判官によれば、賭博の参加に釣り出す行為と賭博中の欺罔行為とを区別すべきであると指摘される。[42]すなわち、行為者が罠を仕掛けるなどの方法で他人を賭博に参加させた場合、詐欺行為は賭博の順調な進行を保障するために行われたものであるがゆえに、賭博罪として処罰すべきであるのに対し、他人を賭博に参加させた後、事実の偽り又は真相の隠蔽など方法で賭博参加者の財物を騙取し、しかも賭博の勝負結果が行為者により完全にコントロールされた場合、賭博行為の勝負が偶然な事情によって決定されるという特徴に該当しないため、詐欺罪として処罰しなければならない。

一方、賭銭騙取事件を賭博罪として処罰すべきだという主張が未だに支持されている主な原因の一つは、それを詐欺罪として認めたら、被告人の相手側を被害者として認定しなければならず、したがって、被告人に賭博で騙取された金銭（すなわち贓物）を被害者に返還すべきであることに求められる。例えば、李海波詐欺事件において、法院は「各被告人の不法な所得を追徴し、被害者に返還する」と明確に判示したが、[43]賭博参加者の財物を賭銭として認定し、それを押収することを行わなかった。この点について、本件の主審裁判官は、「被告人が不法原因を客観的に設置し、詐欺行為を行ったため、被害者はそれより認識の錯誤に陥り、自分の財産を処分し、財産的損害を負った。したがって、行為者の賭博活動によって生じさせた財産的損害・賭博の借金・賭銭は民事法により保護されないことを理由に、本件には被害者が存在せず、したがって、本件被告人の詐欺罪の成立を阻却するという理解も成立しない」と主張される。[44]

3. 麻薬及び銃器・弾薬銃弾の騙取

原則的に「第三者が他人の不法占有の財物を騙取する行為は詐欺罪を成立しうる」という立場を前提としつつ、麻薬又は銃器・弾薬の所持は可罰的なものであることから、例えば麻薬販売者から麻薬を騙取する行為を詐欺罪と認定することは刑法にける評価の矛盾をもたらし、麻薬所持行為が犯罪にならないであろうと疑わせるとする見解は主張されて

[40] 『王紅柳、黄葉峰詐騙案——設置圏套控制賭博輸贏并従中獲取銭財的行為，如何定性』，最高人民法院刑事審判第一・二・三・四・五庭主辦：『刑事審判参考』（2013 年第 1 集，総第 90 集），法律出版社 2013 年版，第 75-79 頁参照。

[41] 『史興其詐騙案——利用自己準備的特定賭具控制賭博輸贏行為的定性』，最高人民法院刑事審判第一・二・三・四・五庭主辦：『刑事審判参考』（2013 年第 1 集，総第 90 集），法律出版社 2013 年版，第 75-79 頁参照。

[42] 『陳建新等賭博案』，最高人民法院中国応用法学研究所編：『人民法院案例選（分類重排本）』（刑事巻 6），人民法院出版社 2017 年版，第 2881 頁参照。

[43] 『李海波等賭博案』，最高人民法院中国応用法学研究所編：『人民法院案例選（分類重排本）』（刑事巻 6），人民法院出版社 2017 年版，第 2858 頁参照。

[44] 『王愛国詐騙案』，最高人民法院中国応用法学研究所編：『人民法院案例選（分類重排本）』（刑事巻 6），人民法院出版社 2017 年版，第 2894 頁参照。しかし、本件のような事件における被害者自身も賭博参加者であるため、寺銭を彼らに返還することによって、賭博行為への打撃を弱めるという問題を生じさせるに間違いない。この点について、場合により取り扱うべきであると指摘される。すなわち、被害者はそもそも賭博の意思がなく、行為者の欺罔によってはじめて賭博の意思を持ち、罠に陥り、財物が騙された場合、被害者には賭博行為により利益を図る目的を有しないので、その合法的な財産権を保護すべきであって、押収された又は返却された不正金を彼に返還し、あるいは被告に被害者の経済的損失を弁償することを命じらなければならない。他方、被害者自身も賭博参加者であった場合、賭博行為により利益を図る目的を有し、積極的に賭博行為を参加したため、彼の負けた金銭も寺銭に属すべきであって、この寺銭を行政上の制裁手続きにより没収する必要がなく、直接に刑事手続きにより没収することができる。『王紅柳、黄葉峰詐騙案——設置圏套控制賭博輸贏并従中獲取銭財的行為，如何定性』，最高人民法院刑事審判第一・二・三・四・五庭主辦：『刑事審判参考』（2013 年第 1 集，総第 90 集），法律出版社 2013 年版，第 75-79 頁参照。

いる。[45]確かに、今日のドイツにおいても、麻薬取引の販売者は詐欺罪の規定により麻薬を騙取した買い手に代金の支払いを要求することはできない。その理由は、麻薬販売者が交付したものは刑法により保護されない麻薬である点に求められる。他方、買い手が支払ったお金は「ピュアなお金」であるがゆえに、麻薬販売者に対する代金の返金請求は詐欺罪に保護されるはずである。2003 年に、ドイツ連邦裁判所は大麻の代わりにチョコレートを買い手に交付した麻薬販売者を詐欺罪として認定された。中国において、最高人民検察院 1991 年 4 月 2 日「関與販売仮毒品案件如何定性問題的批復」及び最高人民法院 1994 年 12 月 20 日「関与執行『全国人民代表大会常務委員会関與禁毒的決定』的若干問題的解釈」17 条は、偽麻薬であることを知りながら麻薬と偽り販売するものは、詐欺罪として処罰すると規定する。一方、これらの規定により、司法実務は通常偽麻薬で買い手を欺い、財物を取得する行為を詐欺罪として認定する。論者は、「逆に、買い手が麻薬販売者の麻薬を騙取した場合、麻薬販売者の麻薬代金の請求権は保護されないと認定すべきである」と指摘される。[46]しかし、本稿はこのような特殊性と例外を認めない。たとえ麻薬の不法占有（所持）自体は刑法上の違法行為であるとしても、これは麻薬所持者から麻薬を騙取する行為の可罰性の支障にならない。なぜなら、麻薬の騙取はある種の経済的価値への侵害である以上、詐欺罪として処罰しなければ、同行為を放任することにほかならないからであると思われる。これは刑法的評価の自己矛盾にならないと考えられるのは、加害と被害はそもそも相対的なものであるからであろう。まるで殴り合い事件において両方ともに軽傷を負った場合、両方は加害者でもあり被害者でもあることと同様に、麻薬の騙取の場合、麻薬所持者は国家の麻薬管理制度にとっては加害者であるが、欺罔者にとっては財産損失を受けた被害者である。このように、麻薬販売者から麻薬を騙取する事件及びこれと同質である他人の不法所持の銃器・弾薬を騙取する事件において、経済的財産説は依然に貫徹すべきであると言えよう。

（四）経済的財産説の欠陥に対する対応

経済的財産説に対する批判の一つは、同説が所有権者又は債権者の財産の保護に不利であることが挙げられる。例えば、債権者が欺罔の方法で債権を実現した場合も詐欺罪として認められ、これは受け入れ難い帰結であるといわざるを得ない。[47]つまり、所有権者が他人の占有する自分の財物を騙取した場合、又は債権者が欺罔の方法でその債権を実現した場合、必ずしも詐欺罪を成立するとは限らない。これは被欺罔者側に財産損失が存在しないからではなく——逆に、経済的財産説によれば損失は客観的に存在する——、その理由は次の点に求められる。すなわち、(1)「非法占有目的」を主観的構成要件要素として理解すれば、所有権者・債権者はそもそも非法占有目的[48]を有しないことを理由に、詐欺罪の構成要件該当性を否定することができる。(2) 一歩引いて言えば、たとえ所有権者・債権者が「非法占有目的」を有し、詐欺罪の構成要件該当性を肯定しても、その後の違法性判断としての法益衡量において、所有権また債権は占有（合法的占有を含む）に対抗しうることを理由に、詐欺罪の成立を否定することができる。このように、孤立的ではなく、全面的に詐欺罪の成立要件を理解すれば、上述の批判は解消しうると思われる。

[45] 蔡桂生：『論詐騙罪中財産損失的認定及排除』，『政治與法律』2014 年第 9 期，第 52 頁参照。

[46] 蔡桂生：『論詐騙罪中財産損失的認定及排除』，『政治與法律』2014 年第 9 期，第 52 頁。

[47] 張明楷：『論詐騙罪中的財産損失』，『中国法学』2005 年第 5 期，第 120 頁参照。

[48] 「非法」占有目的における「非法」は、実体法上のものでも可能であるし、手続法上のものでも可能であり、ただ手段の非法性が認められれば、非法占有目的が肯定しうると主張される。武良軍：『暴力、脅迫行使債権行為的刑法評価』，『政治與法律』2011 年第 10 期，第 72 頁参照。しかし、手段行為の違法性だけで行為者の非法占有目的を肯定することは、刑法 238 条 3 款の規定に反し、実体的問題と手続き的問題を混同させ、さらに処罰範囲の不当の拡大ももたせ、実に妥当でないといわざるをえない。

もう一つの批判は、経済的財産説によって財産罪の処罰範囲が過度に拡大され、少なくとも中国の国情や刑事政策と相容れないということである。例えば、売春婦を欺き、彼女に自分と性的行為を行わせた場合も詐欺罪を成立することになり、この結論は国民に受け入れられがたいといえよう。[49]ただ、有償の性的サービスを騙取する行為は、数額の基準を満たせば、詐欺罪として認定すべきである。たとえ「国民に受け入れられがたい」ということは事実であるとしても、「国民の受け入れ可能な程度」は常に変化しており、誘導の必要があるため、経済的財産説を否定する実質的理由として不十分であるといわなければならない。この点について、批判者の見解は以下の通りである。すなわち、(1) 行為者がそもそも性的サービスの対価を支払う意思がなく、売春婦を欺き、性的サービスを提供させた場合、性的サービス自体はせいぜい一種の労務であるため、財産的利益から排除しなければならない。したがって、騙取した性的サービスという利益には経済的価値が認められず、売春婦が財産損失を受けてないが故に、行為者は詐欺罪を成立しない。(2) 行為者がそもそも性的サービスの対価を支払う意思があったが、相手と性的行為を行った後、欺罔の方法により対価の支払いを免除させた場合、欺罔により相手に行為者の不法債務を免除させた場合と同様である。欺罔行為は売春婦の合法な財産権を侵害しておらず、売春婦も財産損失を受けていない。[50] (3) 売春婦が対価を取得した後、行為者が欺罔の手段により給付した対価を騙取した場合について、批判者は明確な態度を示していない。しかし、もし以上と同様に売春婦の財産損失を否定する結論を導き出せば、その権利に対する保護が不十分な局面を招く恐れがあり、そして、上記のような、賄賂金の切取り・賭銭の騙取などの行為を詐欺罪として処罰する我が国の司法実務の現状とは一致しない。逆に、もし財産損失を肯定する結論を導き出せば、売春婦の財産損失の存否の判断、さらに詐欺罪の成否の判断は売春の対価を交付した（騙取した）か否（欺罔により免除させた）かによって決められるようになり、これは明らかに不均衡であると思われる。経済的財産説からすれば、(3) の場合はもとより、(1) と (2) の場合でも、双方が約束した金額の範囲内で売春婦の財産損失を肯定することができる。つまり、売春婦が損失したのは提供された有償の性的サービスという「労務」そのものではなく、約束した対価であると解される。ちなみに、ドイツの司法実務は常に経済的財産説を採用する。かつて、ドイツ連邦裁判所は売春婦との性交渉後に偽札で支払った行為について、詐欺罪を構成しないとする判決を下したが、これは明らかに経済的財産説を反したといえよう。2001年に、売春婦の権益を保護する法案が公布してから、ドイツの裁判所は詐欺罪により売春婦の売春対価の請求権を保護するようになった。日本において、売春欺罔事件について議論が存在するが、詐欺罪として認める実務上の判決と理論上の学説は注目されている。[51]本稿は、騙された売春婦の財産損失を肯定することが「少なくとも中国の国情、刑事政策に相応しくない」とする批判者の判断は、刑法教義学の立場から離れた「結果を先取りして、後に理由を探す」という態度により出されたものであり、必ずしも十分な説得力を有するとはいえない。

経済的財産説が直面するもう一つの重要な批判は、同説によれば、亡くなった母親の唯一の遺物のような主観的感情的価値を有するが客観的経済的価値がない物品が保護されなくなる点にある。しかし、この問題は、被害者にとっての特殊な物品の「感情的価値」

[49] 張明楷：『論詐騙罪中的財産損失』，『中国法学』2005年第5期，第121頁参照。
[50] 張明楷：『論詐騙罪中的財産損失』，『中国法学』2005年第5期，第125-126頁参照。同旨として、【日】西田典之：『刑法各論』（第六版），弘文堂 2012年版，第213頁参照。
[51] 実務の立場について、名古屋高判昭和30年12月13日、高等裁判所刑事裁判特報2巻24号1267頁参照。そして、理論上の肯定説、例えば団藤説・福田説・内田説などについて、【日】西田典之：『刑法各論』（第六版），弘文堂 2012年版，第213頁参照。

も一種の経済的価値[52]であると解することによって解決しうると思われる。ここにおいて説明したいのは、これはあらゆる経済的な価値のない物品を一律に「財物」としてみなすわけではおらず、したがって、経済的財産説の放棄又は無原則的な拡大になるわけでもなく、ただ特定の物が法益主体にとって「主観的感情的価値を有し」且つ代替不可能（或いは少なくとも代替しがたい）場合に限り、裁判官は総合的な考慮により当該物品が重要な財貨としての属性を有すると判断した上で、例外的にその物品を「財産」として認定しうることである。この点において、依然に経済的財産説の基本的な枠を維持している。そして、純粋な経済的財産説とを区別する意味において、この見解を「修正された経済的財産説」と称することができよう。一方、この見解について懸念されるは、主観的感情的価値が結局金銭で衡量しえないものであるため、我が国の刑法における詐欺罪の「数額が比較的大きい」という成立要件に適合しないことにあるといえよう。ただ、具体的な数額の計算は実に法定刑の量定の問題であって、犯罪金額の過度的な強調及び情状の軽視という詐欺罪の立法現状に鑑み、「疑わしきは被告人の利益に」という原則に従い、最低限の法定刑を適用することが妥当であると思われる。

三、財産損失の実質的判断：形式的個別財産説の排除

（一）財産損失の判断に関する学説

詐欺罪の既遂は被害者の財産損失の発生を必要とする。問題となるは、主観的意思に反し、欺罔に起因する財産の移転であれば、すべて財産「損失」に属するかどうかということである。例えば、商品Aを購入しようとする被害者に対し、行為者は意図的に商品Bを商品Aとして紹介し（A・Bの販売価格は同じ）、商品Bを被害者に販売した場合、財産損失の存在を認めるべきであろうか。これについては、議論がある。

ドイツにおいて、窃盗罪は所有権に対する犯罪であって、対象物を取得した時点で成立するのに対し、詐欺罪が全体財産に対する犯罪であり、財産的損害の発生を要件とすることは刑法によって明文化されている。[53]理論上も、詐欺罪は被害者の「純資産」（net wealth）を対象とする犯罪であるが、ここにいう「純資産」とは、法律上の利益から債務を引いた残額を指す。例えば、ズボンの販売時、販売者である甲はズボンが100%ウールでできているものであると嘘をついた。乙は当時そのようなズボンが必要ではなかったが、お得な商品であると思い、購入した。後に、乙は騙されたことに気付き、甲を起訴し、ズボンが100%ウールで作ったものではないこと、甲がそのように嘘をつかなかったら、自分がそのズボンを買わなかったはずであることを主張した。これに対し、甲は、確かにズボンは100%ウールで作ったものではないが、乙の支払った金額に値するから、乙が損失を受けていないと弁解した。この事件（ズボン下事件）について、ドイツの裁判所と主流な学説は財産損失の存在を否定した。それは、乙の財産はただ構造が変化しただけで、減少しておらず、そして、詐欺罪が保護するのは財産であり、単に財産を如何に処分するかという財産処分の自由を保護するわけではないからであると解される。[54]日本において、詐欺罪は背任罪のような全体財産に対する犯罪として規定されず、窃盗罪のような基本的な取得罪として規定されている。そのため、このような事件が詐欺罪を構成するか否かに

[52] 付立慶：『論刑法介入財産権保護時的考量要点』，『中国法学』2011年第6期，第134頁参照。
[53] ドイツ刑法263条（詐欺罪）1項は、「不法な財産上の利益を自ら得又は第三者に得させる目的で、虚偽の事実を真実に見せかけることにより又は真実を歪曲若しくは隠蔽することにより、錯誤を生じさせ又は維持させることにより、他人の財産に損害を与えた者は、5年以下の有期懲役又は罰金に処する」と規定する。
[54] 蔡桂生：『論詐騙罪中財産損失的認定及排除』，『政治與法律』2014年第9期，第53頁参照。

ついて、全体財産減少説（「全体財産説」と略する）と個別財産減少説（「個別財産説」と略する）との対立が存在する。さらに、後者には形式的個別財産説と実質的個別財産説と分かれている。このような概念の区別にしたがえば、具体的な理解は相変わらず多岐に分かれているが、一応、全体財産減少説はドイツの立法により承認され、大多数の学説にも支持されるといえよう。したがって、もし被害者の「純資産」に損害がなければ、刑事責任を追及しないとすることは、ただ被害者の商業自治のみを妨害する行為は詐欺罪の成立にとって不十分であることを意味する。この重要な原則を否定文で表現すれば、刑法は個人が適当であると思った方法で自らの財産を処分する自由を保護しないということになる。[55]これに対し、コモン・ローはこのような自由を確実に保護する。言い換えれば、商業自治権を保護することはコモン・ローの趣旨の一つである。[56]これは個別財産減少説を採用した立場であるといえよう。

（二）財産損失に対する実質的判断

詐欺罪における財産損失の判断は、特に対価を支払った場合において問題となる。例えば、１万元の価値のある商品を２万元の価値があると嘘つき、１万元の値段で食りの消費者に販売した場合、又は工事の請負金の受領権を有する請負人が欺罔の手段を用い、不法に早めに請負金を引き出した場合、購入者又は工事の委託人の財産損失が存在するか否かは、問題である。これについて、日本の（旧）通説は、財物又は財産的利益の交付（「財物等の喪失」）自体を損失と理解することを前提とし、財産損失の存在を肯定する結論を導き出した。このような財産損失に対する形式的な理解を徹底する見解は形式的個別財産説という。[57]しかし、一方で、「実質上、これは財産損失不要説と異ならない」が、他方で、形式上「交付そのものは損害である」という説明を徹底したとき、詐欺罪によって保護されるのは財産ではなく、単なる財産処分の自由であることになってしまい、詐欺罪が財産犯罪であることはこれによって実質的に否定されるおそれがあると思われる。

財産処分の自由は財産法益の内容の一つであろうか、あるいは一歩引いていえば、たとえ財産処分の自由が「財産法益」の内容そのものではないとしても、それは詐欺罪の侵害法益に属すべきであろうか。もし肯定的な結論が導かれれば、財産処分の自由に対する侵害も詐欺罪の法益に対する侵害となり、したがって詐欺罪を構成するとすべきである。これは英米の実務と同じ方向に傾くようになる。しかし、財産処分の自由を財産権そのものの内容又は詐欺罪の保護法益として理解するのは妥当でない。詐欺行為を行ったが、対価に相当する商品又は対価を交付した場合、原則として詐欺罪と認定すべきではない。これは刑法の謙抑（刑法の補充性・寛容性）原則により導かれた結論であり、市場経済の自律ないし健全な発展の促進にも有利であると考えられる。さらに、市場経済の発達段階において、実体上の商業正義が実現されたか否かという判断を市場に任せ、刑法は商業自治権

[55] 【米】George P.Fletcher 著・鄧子浜訳：『反思刑法』，華夏出版社 2008 年版，第 39-40 頁参照。
[56] この点について、Fletcher は先進な市場経済の特徴及び刑法の任務の視点から、商業自治権を保護すべきかという問題を検討した。すなわち、「詐欺罪の処罰に関する英米法とドイツ法との顕著な区別は以下の通りである。つまり、英米法が商業自治権を保護することから、被害者による物の価値に関する判断を実質的に判断することが必要とされない点に求められる。取引の対象物の価値に対する実質的判断は、英米法に根深く嫌悪されている。……一方、ドイツは、取引の公平性に対する実質的判断を明らかに放棄したわけではおらず、契約法や詐欺罪においても同様である。このような異なる態度の支点は、市場の商業正義の仲裁者としての役割に対する信頼度の差にあると考えられる。市場を信用する文化において、買主による物の価値判断を改めて判断することはなされないし、真実を分かれば買わないという彼の文句も聞かれない。しかし、市場は、商業自治が制限を受けない場合に限って役に立つから、刑法の任務は、実質的な商業正義の保護ではなく、商業自治の保護にあると理解すべきである」と指摘された。【米】George P.Fletcher 著・鄧子浜訳：『反思刑法』，華夏出版社 2008 年版，第 39-40 頁参照。
[57] 【日】西田典之：『刑法各論』（第六版），弘文堂 2012 年版，第 203 頁参照。

のために充分な保障を与えるべきであるのに対し、市場経済の初期且つ未発達段階において、実質的判断が詐欺罪の認定を制限する機能を放棄し、それを市場の自律に任せば、基本的な信用感も乏しい中国にける詐欺型の犯罪の処罰範囲を過度に拡大させ、市場経済の正常な発展にとっても不利であろう。したがって、中国の現段階において、被害者の財産損失の実質的判断を維持することは現実に即する態度であるといえよう。

また、経済的財産説を支持すれば、財産損失の実質的判断も支持することになる。[58]ただ、強調したいのは、「純資産」に対する分析は、「経済的現実」（法律上の権利義務ではない）のもとに行わなければならない。すなわち、実質的財産損失の存否を判断する際、単に経済的価値の比較に依拠すべきであり、法的手段を付け加えて判断してはならない。被害者の財産損失の認定時点は、財産処分の時点とすべきである。しかも、詐欺に伴う財産処分により生じさせた法定的請求権――例えば契約の取消権・返却請求権・損害賠償請求権など――は、被害者に対する財産の賠償として認定するわけにはいかない。なぜなら、これらの権利は事後的に被害者の損失を補うことを旨とするものであって、詐欺罪の成立の認定に影響を及ぼしないからである。[59]私法上、被害者又は第三者の保護を旨とする制度を通じて補償が得られることは、刑法上の財産損失が発生しなかったことを意味しない。ここにおいては、被害者が民法及び刑法の「二重の法的保護」を受けることが認められるが、この場合の財産犯罪の成立を否定すれば、被害者に対する保護は完全に抹殺される恐れがあるといわなければならない。

四、財産損失に対する実質的判断の具体的内容

（一）取引目的の重大な逸脱と財産損失の判断

事例（偽三金錠剤案）：穿心蓮錠剤を三金錠剤と偽り生産・販売し、21 万元余りの売り上げを得た行為[60]について、偽薬生産・販売罪と認定すべきか、それとも詐欺罪と認定すべきかは問題となる。この場合に、実質的にみれば、販売者の行為は商品の品質に関する国家の管理秩序を侵害したため、他の条件を満たせば、偽薬生産・販売罪と認定することには支障がないが、問題はその行為が同時に詐欺罪を構成するかどうかにある。例えば販売の場合、偽造品の販売と劣等品の販売とを区別しなければならない。確かに両者はいずれも欺罔の性格を有するが、「偽物を本物と偽り」と「劣等品を優良品と偽り」という区別も重視しなければならない。(1)「劣等品を優良品と偽り」の場合、購入者は結局自分の買いたい商品と同一の性能を有する商品を入手し、取引の基本的な目的（商品の品質の良さと悪さは「取引の基本的目的」の範囲外にある）を達成した。したがって、過大な差額が発生し又は消費者が販売者の虚偽の宣伝により比較的に大きい余計な対価を支払った場合は別として、そうでなければ実質的な財産損失は認められず、詐欺罪は成立しないとすべきである。一方、(2)「偽物を本物と偽り」の場合、購入者は真に欲しい商品の代わりに別の商品を購入した。そのために比較的に大きい余計な対価を支払った場合なら、財産損失は当然に認められるが、比較的に大きい余計な対価を支払ったかどうかが確認できない場合、実質的な財産損失の存在を肯定することができるかどうかが問題の焦点に当たる。本件において、結局、司法機関は詐欺罪の意見を採用せず、偽薬生産・販売罪の成立を肯定した。しかし残念ながら、判決はただ行為者が欺罔の手段を用いたことを肯定し

[58] 例えば、游濤裁判官・博士は、（修正された）経済的財産説を主張すると同時に、全体財産説も明確に支持する。游濤：『普通詐騙罪研究』，中国人民公安大学出版社 2012 年版，第 88 頁，第 227 頁参照。
[59] 王鋼：『徳国判例刑法　分則』，北京大学出版社 2016 年版，第 219 頁参照。
[60] 『熊漓斌等生産銷售假薬案――生産銷售假薬進行詐騙的行為如何定性』，最高人民法院刑事審判第一庭・第二庭主辦：『刑事審判参考』（2001 年第 1 輯，総第 18 輯），法律出版社 2001 年版，第 8-12 頁参照。

たうえで、実務における詐欺罪として処罰しないという現状を述べたにとどまり、詐欺罪が成立しない実質的な理由を説明しなかった。もし三金錠剤の値段が明らかに穿心蓮錠剤より高ければ、差額の部分をもって購入者の財産損失を直接に肯定することができ、詐欺罪を成立しうる。この場合、観念的競合犯の原則により取り扱うべきであると思われる。これに対し、穿心蓮錠剤と三金錠剤の値段が相当であり又は差額が大きくない場合、購入者の三金錠剤を購入しようとする目的は達成できなかったが、実務はこれを理由に直に財産損失を肯定しない。このように、一般的に「取引目的を達成しなかった場合の財産の交付は財産損失である」と主張することは、少なくとも商品の品質に関する犯罪の場合において、司法実務に普遍的に認められていない。逆に、購入者が入手した「穿心蓮錠剤」は価値のあるものであって、相当な経済的価値と引き替えることができるため、購入者には実質的財産損失がなく、[61]詐欺罪は成立しない。これは司法機関が詐欺罪として処理しない立場にさらなる理論的説明を与えたといえよう。

酒サクラを利用し他人を高額的に消費させた場合、関係事例の注釈は、「ある行為が真の取引行為であるか、それとも取引の名の下での不法行為 犯罪行為であるかについては、被害者の支払った対価が対等であるか否か或いは不対等の程度によって判断することができる。もし商品やサービスがその対価と対等であれば、或いは対等でないが、不対等の程度と合理的な対価との差が大きくなければ、真の取引行為であると認定することができる。逆に、もし商品やサービスと対価との不対等が正常な取引の合理的な程度を遥かに超えたならば、取引行為に必要となる公平な対価の実質に反するため、犯罪行為の具体的手段をもってそれに相応しい不法行為或いは犯罪行為として認定すべきである」と特別に指摘した。[62]この判決は、「『友達になる』『恋人になる』或いは『ワン・ナイト・スタンド』の約束を口実にしなければ、必ず相応の金額を消費しない」ということを理由に、直ちに同行為を詐欺罪と認定したのではなく（この意味において形式的個別財産説が採用されていない）、実質的な対価及び取引行為の存否を考慮したうえ、さらに被害者の財産損失の存否を判断した。これは、まさに財産損失の実質的判断の立場を採用したものであるといわなければならない。しかし、具体的に犯罪金額を計算する際、同判決は「被害者が『酒サクラ』による誘惑の下で行った高額的な消費行為は、被告人がお金を騙取するためにかけた罠に陥ったものであって、被害者の取引の目的と完全に逸脱した。被害者の真意といえば、このような状況を極力に避けようとするはずである。したがって、被害者の実際に消費した金額を詐欺犯罪により生じさせた財産損失とすべきである。犯罪金額を計算する際、この部分を控除してはならず、算入すべきである。一方、被告人が詐欺のために提供した偽酒などの飲食品は犯罪コストであるため、犯罪金額から控除してはならない。」と判示した。さらに、同判決が「被害者の取引の目的の逸脱」の財産損失の判断における役割を特別に強調した点も注目すべきである。その具体的な詐欺金額の計算方法として、実質的個別財産説の立場が採用された。

---

[61] 強調したいのは、事後に引き替えることにより取得した経済的価値を被害者の「所得」として肯定することを許すことは、前記の「被害者の財産損失の認定時点は、財産処分の時とすべきである」こと及び「法定的権利救済の考慮を許さない」ことと矛盾しない。すなわち、ここにおいて、許されないのは、民事訴訟など事後的な救済手続きによって取得しうる経済的弁償を被害者の「所得」に算入することであるのに対し、事後の販売・引替などの方法によって取得された経済的価値を被害者の「所得」に算入することを反対しない。なぜなら、被害者が財物処分行為によりその対価を取得した場合、事後に直ちに販売・引替された財物そのものは経済的価値があるからである。このように、これは経済的財産説の帰結であるといえよう。

[62] 『李軍、陳富海等 28 人詐騙案——利用酒托誘騙他人高額消費行為的性質與認定』，最高人民法院中国応用法学研究所編：『人民法院案例選（分類重排本）』（刑事巻 6），人民法院出版社 2017 年版，第 2914 頁参照。

被欺罔者が交付した財物と獲得した対価が相当し、比較的大きい数額の純粋的な経済損失が存在しない場合、実質的な財産的損害を一切否定すべきかどうかが問題となる。例えば、事例（薬品販売案）：ある民営病院は、滞貨になる薬品（全部合格品）を売るため、病院の医師を田舎に派遣し、無料で老人の健康診断を行わせ、病院側の担当者甲は医師等に、老人達が各種病気を患ったという嘘をつかせ、市価で 150 万元余りの薬品を販売した。この事件において、騙された老人達が薬品の購入の際に支払ったお金はその薬品の相場と一致し、経済的利益も相当であるため、純粋な経済的財産は減損されていないといえよう。或いは、主観的感情からみれば、購入者は要らない物を購入したため、支出と所得がアンバランスとなり、被害者は主観的に財産を損失したと思うし、一方、客観的にみれば、被欺罔者の薬品を購入する目的は確実に達成できなかったと考えられる。しかし、ここにいう「主観的感情」は被害者の個人的感情である。「財産損失」は詐欺罪の法益侵害として、詐欺行為の違法性に基礎を築いたものであるため、行為者の個人的感情を判断基準としてはならず、一般的で客観的な判断基準が必要であると思われる。[63]さもなければ、違法性の判断は不安定なものとなり、人により異なるという状況に陥るといわねばならない。したがって、「損失」を客観的に判断すべきである。ただ、如何なる制限も加えず、単に「取引の目的が達成できなかった」ということをもって客観的損失を認めるならば、本質上、「騙されなかったら財産を処分しない」という形式的な理解（形式的個別財産説）とは紙一重の差となってしまい、「取引目的の未達成」、「取引目的の失敗」の名義で個別財産説を推し進めることにほかならない。そうであれば、ほぼすべての商業上の詐欺行為は詐欺罪と認定されるようになり、詐欺罪はもう個人の財産を侵害する犯罪ではなく、誠実信頼原則を保障し、財産処分の自由を保護する犯罪となってしまう。したがって、財物処分者の目的が達成できなかった場合に「損失」の範囲を如何に実質的に制限するかは、答えなければならない問題であると思われる。

（二）目的の未達成、被害者の特殊な苦境と財産的損害の判断

事例（搾乳機案）：搾乳機の仲介業者である甲は顧客の乙に安値の搾乳機があることを教えた。乙はそれを信じ、契約を結び、搾乳機 1 台を購入した。その後、乙はその購入した搾乳機が相場より安くなく、ほぼ同じであることを分かった。甲は、乙に搾乳機を売りさばく時、乙が搾乳機の代金を支払うために銀行からお金を借りなければならず、乙がこれより財務上重大な負担を負うようになることを知りつつあった。これに対し、1961 年のドイツ連邦最高裁判決は、純粋な主観上の損失感情が損害として認められないが、被害者が特殊な苦境に陥られた場合、財産の減損が認められると指摘された。同判決は、被害者が以下の三つの苦境に陥られた場合、財産損失を肯定しうると示した。すなわち、(1) 行為者が履行した又は履行すべき債務が被害者の契約目的の全部あるいは一部を達成できない場合、或いは被害者が他の方法を通じてその債権を利用することが期待できない場合、(2) 被害者は行為者と契約を結ぶため、又は義務を履行するため、自分の財産を損する施策を講じざるをえず、特に、被害者はその他の自己に有利な取引を放棄せざるをえず、あるいはその他の自己に不利な取引（例えば、比較的に高い利息で銀行から借金を貸すこと、低価で自分の商品を売り出すこと等）を行わざるをえない場合、(3) 被害者は行為者と契約を結ぶため、或いは契約の義務を履行するため、自分の職責を正常に履行し又は自分の状況に相応しい経済的生活を維持するために不可欠な資金を継続的に所有することができなくなり、経済上の活動の自由が大いに制限される場合——例えば、支出を

---

[63] この点は、「特殊物品に対する所有者の『主観的感情上の価値』が客観的経済上の価値の例外としうる」という前記の主張と矛盾しないと考えられる。

大幅に減らし、最低限度の必要な経費しか保留できない場合――である。[64]同判決はリーディングケースとされ、多くの学者により支持される。注目すべきなのは、同判決は純粋な「主観上の損失感情」を財産損失の判断基準とせず、「被害者が特殊な苦境に陥られ」てはじめて財産的損害を認め、結局、客観的な立場から財産損失の判断基準及びその範囲を認定しようとしたことであると思われる。そして、同判決が判示した「被害者の特殊な苦境」に関する三つの基準も重視しなければならない。このような基準は、財産損失に対する実質的判断を前提とし、「所得」と「所損」を具体的に考察する際、「被害者が特殊な苦境に陥られた」ことを「所損」の内容として加算する。損失に対する実質的判断を維持すると同時に、なるべく判断基準の客観性も維持すると考えれば、如何なる意義において損失を「加算」すべきかが問題となる。

その中、上記の一つ目のいわゆる苦境は意義を有するだけでなく、またドイツ学者の多くの賛成を得た。それによって提出された「行為者が履行した又は履行すべき債務が被害者の契約目的の全部あるいは一部を達成できない」という基準は、行為者が形式的な「対価」を交付した時の実質的な財産損失を判断する具体的な尺となり、また、ここにいう「契約目的の全部あるいは一部を実現できない」ことは「目的の失敗」、「目的の未達成」と言い換えることができよう。「目的の未達成」とは、被害者が行為者の欺罔により自らの財産処分の意義を誤認し、財産処分を通じて実現したい目的を達成できなかったことをいう。本稿は、このような場合を「取引目的の重大な逸脱」と称する。これについて、ドイツの学説は、被害者が特定の目的を達成しなければ、直ちに財産損失を受けたと認定すべきではなく、原則的に、客観化しうる、具体的な財産処分行為の中に潜める経済的価値と関連する目的が達成できなかった場合こそ、財産損失の存在を肯定することができる。単なる善意等のその他の目的は動機錯誤としか認定されず、詐欺罪における財産損失と評価しえないと解される。[65]これは、実際に、詐欺罪は財産を保護する犯罪であり、単に被害者の財産処分の自由を保護する犯罪ではないという問題意識から出発し、被害者の目的を財産という保護法益と関連する場合とただの動機である場合と区別し、それに財産損失の認定における異なる効果を与えた。相応の目的と財産法益が緊密に関連し、しかもこの目的が行為者の欺罔行為の原因で達成できなかった場合、被害者が欺罔により生じた認識の錯誤は「法益と関連する錯誤」であるといえよう。このような錯誤に基づく同意は無効なものであり、このような錯誤に基づき処分された財産は「財産損失」であると解すべきである。これに対し、相応の目的が財産自体と関係なく、単にその背後の財産処分の動機に関わった場合、被害者が欺罔により生じた錯誤は「動機の錯誤」であるといえよう。このような錯誤に基づく同意は依然として有効であり、このような錯誤に基づく財産処分は被害者の意思自由の実現であるため、被害者の自己責任としなければならない。

また、上記のドイツの判例において示された基準によれば、もし被害者が余計な時間又は金銭を使わずに商品を他の用途に転用することができ、あるいは他人に元の価格で転売することができる場合なら、財産損失の存在を肯定すべきではないが、被害者が行為者に騙され全く最初の目的通りに使用しえない商品を購入したものの、後に同商品を他人に転売することが可能な場合なら、被害者の財産的損害の認定にあたって、転売により入手可能な価値を控除すべきであると解される。[66]このような理解は、たとえ対価が存在しても、「重大な目的の逸脱」が発生した時依然に財産損失を肯定しうることを強調するという意味において、確かに実質的判断に属し、実質的個別財産説といってもよい。しかし、具体

[64] 王鋼：『德国判例刑法　分則』，北京大学出版社 2016 年版，第 223-224 頁参照。なお、林東茂：『一個知識論上的刑法学思考』（増訂三版），中国人民大学出版社 2009 年版，第 150 頁も参照。
[65] 王鋼：『德国判例刑法　分則』，北京大学出版社 2016 年版，第 225 頁参照。
[66] 王鋼：『德国判例刑法　分則』，北京大学出版社 2016 年版，第 224-225 頁参照。

的な損害額の計算の時、「転売価値」を控除しようとする意味においては、全体財産説の考え方とより一致するといわざるをえない。

概括的にいえば、相手の欺罔行為により財産を処分し、それに相応する対価を取得した場合、通常、財産損失を否定すべきである。客観的にみて、財産処分の目的及び意義に関連する重大な目的が欺罔行為により達成できない場合、あるいは余計な負担を担わせ或いは自己に不利な対策を講じなければならない場合に、財産損失を限定的に肯定することができ、そして、少なくとも後者の場合に、財産損失額を余計な負担又は不利益処分との差額に限定すべきである。これは全体財産説から当然に導かれる結論であるといえよう。この見解によれば、上記の薬品販売案において、薬品は合格品であり、購入者は市価で購入した場合、被害者の財産処分の自由は確かに侵害されたが、実質的な財産損失は存在しない。それは、患者ではない者が薬品を購入した場合、目的の完全な未達成とはいえず、取引目的の重大な逸脱に属しないからであると思われる。すなわち、被害者が薬品を購入する目的は病気を治療することであるが、これらの薬品自体は偽薬・劣等薬ではないため、被害者が本当に病気にかかった時に、治療の効果を有するはずである。また、薬品購入者がその他の客観的な「特殊な苦境」に陥られことを肯定することも困難であろう。したがって、薬品購入者の権益は消費者権益保護法等の民事法により保護すべきであるが、詐欺罪と認定することが許されない。

同じように、日本において、年齢を偽称し、未成年者への販売が制限される商品（酒類、書籍等）を購入した場合、或いは医師の処方箋を偽造し、処方箋医薬品を購入した場合、薬品に関する規制や書籍等に関する年齢制限は財産の配分と全く無関係であり、その目的はただ不当な使用による危害を防止することにある。したがって、物品の交付は対価の交付とは単なる交換関係にすぎないであり、この点について錯誤が存在しなければ、詐欺罪を成立しない。[67]中国において、単に偽造の手続きで公共積立金を騙取する行為はよくあった。以上の理由に従えば、この場合、せいぜいその手段行為を国家機関証明書・印鑑偽造罪等により追及するほかならない。その目的行為について言えば、住宅積立金はあくまで国家が個人のために提供する福祉の一つであって、国家側が実質的損害を負わないがゆえに、詐欺罪は成立しない。実務において、積立金を騙取した者に一定の期間内に取得した住宅積立金を返却するように命令すること、その者の職場に同行為を通知し、さらに信用喪失者のブラックリストに入力すること、一定の期間内に行為者及びその配偶者の住宅積立金の受取申請及びローンの申請を受け入れないことなどの処理法をもって、その行為に十分な否定的な評価を与えることができると解される。[68]

これに対し、収入、年齢、婚姻、住宅条件等に関する虚偽の資料の提供を通じ政府機関を欺い政府公団住宅を購入した場合、政府機関は確実に行為者が購入条件を備えたという認識の錯誤が生じた。しかも、希少資源である政府公団住宅を条件に適う者に配分することは特殊な公共利益を実現するためである。したがって、政府公団住宅を条件の備えない者に配分した場合、その錯誤は法益と関連する錯誤であり、単に付随事項や動機に関する錯誤ではなく、国家の目的は全く達成せず「重大な逸脱」に属するため、財産的損害と認定すべきである。欺罔により政府公団住宅を購入した場合、筆者は以前の無罪論の主張[69]を放棄し、改めて詐欺罪説を採った。[70]その理由は、「政府公団住宅と同品質の分譲住宅

[67] 【日】西田典之：『刑法各論』（第六版），弘文堂 2012 年版，第 205 頁；【日】山口厚：『刑法各論』（第 2 版），有斐閣 2010 年版，第 270 頁参照。
[68] 邢東偉、翟小功：『騙提公積金将被徴信系統記録　情節厳重追究刑責』，最後訪問：http://news.sohu.com/20170416/n488696592.shtml，2017 年 4 月 16 日。
[69] 付立慶：『論刑法介入財産権保護時的考量要点』，『中国法学』2011 年第 6 期，第 145 頁参照。
[70] 付立慶：『被害人因受騙而同意的法律効果』，『法学研究』2016 年第 2 期，第 169-170 頁参照。

の間には結局のところ価格の差が存在する」という事実前提を改めて確信するようになったことのほか、国家の資源配分の目的の未達成はやはり単純な財産処分の自由ではなく、「国家政策により、公平的且つ有効的に限られた資源を配分し、このような利益自体は経済的価値を有するといえる」[71]ため、重視と保護を与えなければならないことに求められると考えられる。

（三）釘棺案：重大な逸脱理論に対する即時的な検証

詐欺罪における財産的損害の判断について、最近中国で起きた事例は注目すべきである。事例（釘棺案）：2015 年 5 月から 8 月にかけて、湖南省寧遠県出身の孔竹清は木造棺の半製品（漆塗り未完成）を湖北省利川市等に運送・販売した。販売過程において、棺の蓋や壁は釘で複数の木板を接ぎ合わしてできたものであるという真相を隠蔽し、一本の木で加工した「完整な壁と蓋」の棺であると嘘ついた。趙某等 17 人はその話を信じ、それぞれ棺の半製品又は組み立て部品を購入した。孔は総額 225400 元の売り上げを取得した。後に村民たちは棺が「完整な壁と蓋」の棺ではないことを気付き、警察に通報した（利川市では、死者の埋葬で使用する棺には釘の使用が禁止される）。検察側は詐欺罪で孔竹清に対し公訴を提起した。[72]本件において、「完整な壁と蓋」の棺の単価は 7、8 千元であるが、被告人が販売した棺の単価は 3 千元から 5 千元ほどであり、相場より安かった。したがって、被害者が「完整な壁と蓋」の棺でないことに対する認識可能性があるを理由に、被害者は自らリスクを担い、答責すべきであると主張される。しかし、被害者は「安物を食る」という心理もって被告人から棺を購入したのであって、棺が「完整な壁と蓋」の棺ではない可能性について、被害者はせいぜい懐疑しか持たなかった。被欺罔者が購入対象に懐疑を持つ場合、「認識の錯誤」の発生を肯定すべきであるが、さもなければ、被害者の財産に対する保護にとって不利になると解される。[73]本件について、湖北省恩施州中級法院の第二審判決書は以下のように判示した。すなわち、孔竹清が木造棺を販売する過程において、より多くの利益を得るため、購入者との口約束を違反し、「販売した棺が釘で接ぎ合わしてできたものであるという真相を隠蔽したため、相手の当事者に認識の錯誤を生じさせ棺を購入させ、利益の損害をもたらせた」。しかし、「孔竹清が棺を加工・販売する過程において、……主観上、他人の財物に対する不法占有の故意がなく、より多くの利益を得るため販売時に真相を隠蔽した行為は詐欺罪の犯罪構成要件を満たさないがゆえに、詐欺罪を構成しない」と認定された。このように、第二審法院は行為者の不法占有目的の欠缺を理由に詐欺罪の成立を否定した。しかし、不法占有目的の不存在という主張自体には証拠が必要であって、ただ「棺の加工・販売過程において、木材を購入し、大工を雇って加工し、輸送の時、木材輸送証明書、植物検疫証明書等の証明書を申請したこと」だけでは不法占有目的の不存在を十分に証明することができるかについては疑問がある。そして、相手方が「完整な壁と蓋」の棺ではない棺を購入する意思がないことを明知しながら、真相を隠蔽し棺を販売したことから、不法占有目的を否定できるかは一層疑わしい。したがって、第二審の法院の記述は少なくとも絶対化しすぎるといえよう。

被害者の客観的な財産損失の存否は、本件を詐欺罪として認定できるかどうかと直接に関連している。この点について、第二審裁定書は言及したが詳しくは述べられなかった。財産損失の実質的判断の立場によれば、本件における棺は「価格に相応する価値を有」し、被欺罔者は「完整な壁と蓋」の棺の値段で購入したわけではないと解される。しかし、第

[71] 【日】西田典之：『刑法各論』（第六版），弘文堂 2012 年版，第 205 頁参照。
[72] 湖北省恩施土家族苗族自治州中級人民法院（2016）鄂 28 刑終 133 号刑事裁定書参照。
[73] 張明楷：『詐騙罪與金融詐騙罪研究』，清華大学出版社 2006 年版，第 114-119 頁参照。

一に、購入者が棺を購入する目的は死者の埋葬にあるため、その「完整な壁と蓋」の棺であるという認識錯誤は財物処分の意義と関連したものであって、特定の目的が購入後に達成できなかったことは「重大な逸脱」に属すべきである。第二に、当該地方において、このような棺を誰もが使用しないから、購入者がこれらの棺を転売するには余計な経済的負担を負わなければならない。以上の理由のいずれかを採用しても、購入者には実質的な財産損失があると肯定すべきであると思われる。残念ながら、本件第二審の裁定は、孔竹清の詐欺行為により相手方の財産損失（この結論は本稿の分析を証明した）を生じさせたことを認めつつ、それは民事上の詐欺行為であって、民事訴訟の方法により解決すべきであると解された。しかし、すでに述べた通り、財産損失の存在を前提としながら、「不法占有目的」の欠缺を理由に詐欺罪の成立を否定することは十分な説得力がない。本件において、不法占有目的を否定できるような十分な証拠がなければ、詐欺罪の成立を肯定すべきであるが、金額の問題は、別の問題であると思われる。

（四）被欺罔者が相当な給付を期待しない場合

取引型の詐欺とは違い、財物の処分側が相当な給付（対価）を期待しない場合、すなわち片方給付型の詐欺、例えば寄付、補助詐欺の場合も存在する。このような場合においても、前述の「重大な逸脱の理論」は同様に適用しうるを思われる。いわゆる「張合い寄付案」（被告人が被害者に向けて寄付金を募集する時、自ら偽造した他人の寄付金の金額リストを被害者に展示し、被害者の張合い意欲を起こさせた結果、被害者は高額の寄付金を出した）において、ドイツのバイエルン州高等裁判所は、被告人が寄付金リストを展示しなかったら、被害者は高い寄付金を出さなかったはずであり、その行為が被害者に経済的損害を与えたという理由に、本件を詐欺罪と認定された。しかし、同判決は主流学説によってほぼ一致に批判された。つまり、詐欺罪は財産権者の張合い意欲を保護するものでなく、被害者は張合い寄付案において完全に自己答責すべきであるが、被告人が寄付金を正当な救済目的として使わず自分のものにした場合、すなわち寄付の社会的目的が達成できず、さらに寄付者の寄付行為に客観的にその本来の意義を失わせた場合に限り、詐欺罪は成立すると解される。[74]また、我が国の学者は、被欺罔者が交付した財産の用途や受取人に対し認識の錯誤が存在する場合、たとえ被欺罔者が相当な給付を期待していなかったとしても、財産損失が存在すると理解しなければならないと指摘された。例えば、募集された寄付金又は商品の売り上げを被災者に寄付しようとアピールしたが、実際にその寄付金又は売り上げを両親に渡し又は自分のものにした場合、財産損失を肯定し、詐欺罪が成立するとしなければならない。[75]寄付の場合、ドナーは実際にすでに金銭の所有権を放棄した。ドナーが行為者の行為により金銭の用途や受益者等について認識の錯誤を生じた場合、その錯誤は「法益関係の錯誤」であって、それによって寄付者の寄付目的の「重大な逸脱」を発生させ、したがって被害者には財産の実質的な損失が認められると理解される。このような見解に対し、「だとすれば、詐欺罪における財産損失は単なる経済的価値の減少の形で現れた純粋な経済的損失だけでなくなる。この場合、これに基づく経済的財産説を採用するならば、論理の筋は通らない」と批判された。[76]ただ、経済的財産説を採用するか否かは「財産」そのものの意義に関する検討であり、法益主体の財産損失の存否への判断とも関連しているが、結局、異なる問題であると思われる。取引型の詐欺における双方給付の場合、被欺罔者の財産の経済的価値が減損されたか否かを基準として財産損失を判断

[74] 蔡桂生：『論詐騙罪中財産損失的認定及排除』，『政治與法律』2014 年第 9 期，第 53-54 頁参照。
[75] 張明楷：『刑法学』（第 5 版），法律出版社 2016 年版，第 1005-1006 頁参照。
[76] 蔡桂生：『論詐騙罪中財産損失的認定及排除』，『政治與法律』2014 年第 9 期，第 53-54 頁。

することは確かに正確であろう。しかし、寄付等のような片方給付の場合、そもそも財産権者が一方的な意思により財産を放棄したため、財産の減少を損害の判断基準とすべきでなく、財産権者の損得を比較すること、さらに言えば、財産権者の財産処分行為により基本的な目的が達成されたか否かを考察することをもって損害の存否を判断すべきである。このような場合、実質的判断は必要不可欠であるといわなければならない。

被欺罔者が相当な給付を期待しない場合、実務においてよくみられるのは乞い詐欺である。例えば、障害者を偽装したり、家に何ごとか起こった又は災害に遭った等と嘘をついたりして、他人の同情を誘い、施しを得ようとする方法で財物を騙取する場合が挙げられる。これらの行為により騙取された金額の総額は時には巨大となるため、世論上「職業とされた乞いは詐欺であるか否か」という疑問が存在する。これらに類似する行為に対して、ドイツと日本の判例は詐欺罪の成立を肯定する傾向が明らかである。[77]一方、中国の司法実務は比較的に抑制的・消極的な態度を採用し、そのわずかな一部しか詐欺罪として処罰しなかった。これに対する一つの解釈として、同情を誘うことにより財物を取得する場合、財物を施した方の認識の錯誤は明らかでなく、往々に、真に困ったら喜んで助けてあげたいが、そうでなければ少しぐらい施したとしてもたいしたことでないという二種類の心理が持たれていたのであって、これと詐欺の被害者の心理とは異なっており、また、被害額は通常被害者によって決められるものであると解される。[78]本稿によれば、一方、たとえ被害者が疑問を抱いた場合であっても、被害者の「認識の錯誤」を肯定することができ、他方、詐欺罪の犯罪対象には特定性を要しないが、乞い詐欺の総額が相当に高くなる可能性があると思われる。したがって、問題の重点は依然に財産損失を肯定しうるか否かという点にあるといえよう。乞い者が事実を偽り、これより寄付者は財物の給付対象の属性に対する認識の錯誤（寄付金の要らない者が寄付金を要るという誤認）に陥られた。このような認識の錯誤は一種の「法益関係の錯誤」であり、それより寄付目的の「重大な逸脱」を至らせたため、詐欺罪の成立を否定すべきでないと解される。[79]

（五）修正された全体財産説

中国において、詐欺罪の財産損失の判断基準について、明確に形式的個別財産説を主張する学者は殆どみあたらないのであるが、現在主に実質的個別財産説と全体財産説とが対立しており、前者は張明楷教授を代表とするが、[80]後者は劉明祥教授を代表とする。[81]筆者もかつて全体財産説の立場を採用した。[82]両学説は、財産損失の実質的判断を強調する点においてコンセンサスに達した。その対立は、主に相当な対価を取得したが、取引目的が基本的にあるいは完全に達成されなかった場合、財産損失を肯定しうるか否かという点にあろう。この点において、実質的個別財産説は肯定的な態度を取るのに対し、全体財産説は否定的な態度を取る。このような「公式的な」区別が正確であれば、本稿は実質的個別財産説の立場を受け入れたことを意味するかもしれない。しかし、そうとは限らず、ここでは被害者の財産上の損得の比較を如何に理解すべきかという問題にかかわると思われる。実質的個別財産説を提唱する西田典之は、詐欺罪の財産損失への判断において比較すべきなのは、被害者の所損と所得ではなく、被欺罔者が取引により「獲得しようとしたもの」と「交付したもの」を比較すべきであると解される。[83]確かに、被害者の所損と客観的な所得だけを比較し、被害者の取引目的を完全に看過する（これはいわゆる伝統的な全体財産説の立場である）のであれば、詐欺罪の範囲を過度に限縮し、被害者の財産への保護に不利となってしまう。しかし、「獲得しようとしたもの」という観念を徹底化・絶対化すれば、「騙されなかったら財物を交付しなかったはず」であった場合（例えばズボン下案において、100%ウールのズボン下でない事実を分かれば購入しなかった）、騙されたことにより獲得した対価（ズボン）は「獲得しようとしたもの」（ウールのズボン下）ではないと理解することができる。したがって、実質的個別財産説ではなく、形式的個別財産説の結論が導かれることになる。このことから、「獲得しようとしたもの」は比較的に広範な概念であるため、さらにそれを限定すべきであると思われる。

本稿は、損得の判断において、やはり「被害者の所得」と「被害者の所損」を比較すべきであるが、ただ、「所得」と「所損」との衡量にあたって、「基本的な目的の未達成」すなわち「重大な逸脱」を「所損」の一項目として加算しなければならないと思われる。本稿はこのような主張を「修正された全体財産説」と称する。つまり、同説は、被害者の損得を直接に衡量する点において、全体財産説の基本的な構造を維持しているが、「目的の重大な逸脱」を「所損」の内容とする点において、伝統的な全体財産説を修正した。そして、修正された全体財産説と前述の財産概念の部分に採用された修正された経済的財産説も繋がっている。すなわち、経済的財産説を徹底すれば、客観的な経済価値を基準として比較衡量をしなければならず、全体財産説の基礎的な地位がこれによって決められた。また、重要な感情的価値を経済価値の例外とする以上、「主観目的の重大な逸脱」を損失の一部として衡量の範囲内に含ませても許されるといえよう。「財産損失」を肯定するか否かという問題において、修正された全体財産説は常に実質的個別財産説と軌を一にするが、具体的な損害額の認定において、両説は分かれている。本稿によれば、具体的な詐欺額を計算する時に必要な控除をしなければならないため、最終に確定された数額は通常、実質的個別財産説より低くなると思われる。

中国の学説において、折中的な態度も存在し、「単に論理的にみれば」、個別財産説がより妥当であると主張される。その理由は次の通りである。すなわち、被害者にとって、財物は欺罔者の行為により喪失させたのであり、そして、財物の喪失に伴い、被害者の財物に対する使用権・収益権・処分権も当然喪失されたため、財産損失の存在が認められる。しかし、「司法実務の運用上の便宜から考慮すれば」、全体財産損害説は合理性が全くないわけではないと考えられる。司法機関は、常に詐欺行為者が最終的に被害者に負わせた実際の経済損害額を犯罪の成否及び量刑の基準とする。それは、他人を欺いたと同時に対価を給付した場合、取引関係が事実上存在する以上、比較的に大きい実質的な財産損失が生じさせたとはいいがたいからであると解される。[84]このような主張は、「態度が曖昧」で「両方のご機嫌を取ろうとする」という批判が寄せられるかもしれないが、問題の複雑性を反映し、基準の当否に対する検証は理論と実践という二つの視角から行われることを明らかにした。以上の態度とやや似ているが、損失の存否の判断に関する論理的所定又は具体的な損失の計算に関する実務上の運用において、本文は（修正された）全体財産説を基準とするため、それと根本的に異なっているといわなければならない。

本稿の賛成する修正された全体財産説が直面する一つの重要な問題は、交付された対価が被害者の純粋な経済的損失を完全に補償しうるが、その取引目的の重大な逸脱が確実に発生した場合、「財産損失は存在するが、具体的な損害額はゼロである」という不当な結

---

77 張明楷：『論詐騙罪中的財産損失』，『中国法学』2005 年第 5 期，第 134 頁参照。
78 これは、北京市朝陽区人民法院刑一庭庭長臧徳勝裁判官の見解である。
79 物乞い詐欺を詐欺罪とする学説として、張明楷：『論詐騙罪中的財産損失』，『中国法学』2005 年第 5 期，第 135 頁参照。そして、同旨の実務の立場として、『成都商報』2007 年 2 月 7 日参照。
80 張明楷：『刑法学』（第 5 版），法律出版社 2016 年版，第 1005 頁参照。
81 劉明祥：『財産罪比較研究』，中国政法大学出版社 2001 年版，第 246 頁参照。
82 付立慶：『論刑法介入財産権保護時的考量要点』，『中国法学』2011 年第 6 期，第 134-136 頁参照。

83 【日】西田典之：『刑法各論』（第六版），弘文堂 2012 年版，第 204 頁参照。
84 陳興良、周光権：『刑法学的現代展開Ⅰ』（第二版），中国人民大学出版社 2015 年版，第 519 頁参照。

論が導かれるかという点にある。このような結論を避けるために、行為者が交付した対価が被害者が交付した財物の数額に相当しあるいはそれより高い場合、被害者の取引目的の重大な逸脱自体は、一種の主観的感情的価値の喪失であると理解しなければならない。前記の修正された経済的財産説によれば、この場合において、被害者の損失は「数額が比較的大きい」と認定し、最低法定刑を適用すればよい。これは前述の主張と一致し、整合性を有するといえよう。

五、財産損失と詐欺額の認定

詐欺罪における財産損失の認定については、実質的に判断し、被欺罔者の財産処分の重大な目的が達成したか否かを考慮するうえで、客観的な基準に基づき、処分行為前後における被害者の財産の経済的価値を評価するうえで、その全体的財産が減少したか否かを確定すべきである。また、取得型の財産犯罪として、行為者が取得した財産と被害者の財産損失との関係を如何に理解するか等を考察する必要がある。

（一）詐欺による所得額と被害者の所損額が不一致の場合

事例（偽りで通信カードの購入後の転売案）：被告人の王慶は偽造した 45 人の身分証明書の写しを使用し、北京移動通信有限責任会社の複数の販売代理店において、45 枚の携帯 SIM カードを購入した後、他人に転売した結果、20.3445 万元の利用料金の滞納を生じさせた。[85]「最高人民法院関与審理擾乱電信市場管理秩序案件具体応用法律若干問題的解釈」9 条は、「虚偽又は盗用の身分証明書を利用し、インターネットに加入し、携帯電話を使用した結果、比較的に大きい通信料金の損害額を生じさせた場合、詐欺罪として処罰する」と規定する。「虚偽又は盗用の身分証明書を利用し、インターネットに加入し」た者と「携帯電話を使用した結果、比較的に大きい通信料金の損害額を生じさせた」者は通常同一の者であるが、本件の判決は、たとえ両者が同一でない場合であっても、ただ「虚偽の身分証明書又は他人の名義を冒用した身分証明書を使って、インターネットに加入」したという詐欺行為とその後の「携帯電話を使用した結果、比較的に大きい通信料金の損害額を生じさせ」た結果との間に直接的な因果関係が存在し、且つ詐欺行為者が自らの行為が必然的にそのような損害をもたらせることについて「明知」していた場合であるなら、この損害結果を行為者の詐欺行為に帰することができると判示した。王慶事件の判決において、法院は詐欺額が特に巨大であったと認定された。すなわち、本判決は、行為者が 45 枚の SIM カードを高価で転売して入手した差額のみを犯罪額としたわけでなく、直接に北京移動通信有限会社にもたらせた損害を犯罪額として認定された。詐欺罪を取得罪とすれば、詐欺行為者が実際に入手した財産の金額によるのではなく、行為者の追求する不法利益と被害者の財産的損害の間に「素材の同一性」（即ち両者は必ず同一の財産処分行為によりもたらせた結果であり、表裏関係に立たなければならない）[86]を肯定しうる場合に、被害者（行為者に帰責しうる）の財産損失を詐欺犯罪の金額とすべきであると思われるこの点について、王慶事件は具体的な説明を提供したといえよう。

同様に、被害者の賭銭を騙取する過程において、もしその場にいた他の参加者も行為者に付いて金銭を勝ち取ったならば、行為者の実際に得た不法利益すなわち犯罪所得と被害者の実際の損害額と一致しないという結果が招かれる。これに対し、法院は、被告人は詐

[85] 『王慶詐騙案——騙購電信卡販売給他人使用造成電信資費巨大損失的行為如何定性』，最高人民法院刑事審判第一庭・第二庭主辦：『刑事審判参考』（2002 年第 1 輯，総第 24 輯），法律出版社 2002 年版，第 72 頁参照。

[86] 王鋼：『徳国判例刑法　分則』，北京大学出版社 2016 年版，第 229 頁参照。

欺罪の実施者として、その場にいた人たちが自分に付いて「賭博」すれば、金銭を勝ち取るという必然的な結果を明知しながら、詐欺という真相を隠すため、他の人の賭博参与を阻止せずに認めたと判断し、客観的にみれば、被害者の損害は被告人等の犯罪行為により生じさせたものであること、主観的にみれば、被告人は、被害者が欺罔により財物を第三者に交付することについて明知し、少なくとも間接的故意を有することから、被告人は被害者の実際の損害に応じる責任を負わなければならないと判示した。[87]さらに、「被告人が詐欺を完成させるために払った対価は被欺罔者にとって必ず意義を有するとはいえないため、これをもって被告人の経済的損害を実質的に減少させることができない。本件において、被告人はトリックが暴露されないように、その場にいた人たちが自分に付いて金銭を勝ち取ることを明知しながら、それを阻止せず、被害者により大きな財産的損害をもたらした。被告人が払った犯罪コストは被害者にとって全く意義がない。」と指摘された。[88]以上の裁判官の分析によれば、犯罪コストを詐欺罪の犯罪金額から控除しうるか否かという問題について、次のような判断基準が提示された。それは、「犯罪コストが被害者にとって意義を有するか否か」ということである。この点を注目すべきであるといえよう。そして、修正された全体財産説をもってこの結論を説明することは十分可能であるといわなければならない。

（二）「穴埋め」式詐欺と「連続詐欺」の場合

事例（穴埋め式詐欺）：被告人の余志華と楊琴はレンタカーの使用の名義で、竇永昌の「KIA」自動車一台を借り、その後、竇某の身分証明書と乗用車の証明書類を偽造し、峨眉山市の「鑫鑫」委託販売店に 5 万元の価格で自動車を質に入れ、余志華は 2 万元余りを取得した。その後、竇は余志華と楊琴に自動車の返却を要求した。余志華は同自動車を取り戻すお金がなかったため、レンタカーの数日の使用の名義で、友人の陳建紅から「奇瑞 QQ」自動車一台を借りた。当日の夜、余志華は峨眉山市の「鑫鑫」委託販売店に 1.9 万元の価格で同自動車を質に入れ、そして得られたお金で竇永昌の KIA 自動車を請戻して返却した。鑑定結果によれば、質に入れられた「奇瑞 QQ」自動車は人民幣 26590 元の価値を有すると判断された。本件について、第一審法院は、被告人が不法占有目的をもって、事実を偽り、人民幣 26590 元の他人の自動車一台を騙取し、その数額が比較的に大きいがゆえに、詐欺罪を構成すると認定された。第二審法院も同判決を維持した。[89]これについて、関連の分析によれば、最初の 1 台目の自動車を質に入れお金を取得した時点において、その行為は詐欺罪の主観的・客観的構成要件を満たし、すでに独立的な詐欺犯罪行為となっており、詐欺罪を成立するが、他方、さらに借りた車を質に入れた行為は連続的に実行された数個の独立の詐欺行為であり、同種の数罪に属するものであって、刑法上の科刑上一罪として取り扱うべきであると正確的に指摘された。また、具体的な犯罪数額の計算について、同分析はさらに、車の所有者の請求により、被告人は前車を請戻して返却したため、受け戻されていなかった車の数額をもって犯罪数額を計算し、先行の詐欺行為の量刑情状として考慮すべきであると指摘された。[90]本件において、法院の処理は

[87] 『王愛国詐騙案』，最高人民法院中国応用法学研究所編：『人民法院案例選（分類重排本）』（刑事巻 6），人民法院出版社 2017 年版，第 2895-2896 頁参照。この判決は前記劉国芳事件の立場と完全に一致する。すなわち、被害者の損失は王愛国等の行為によって生じさせたのである以上、損失額に応じて責任を負うべきであると思われる。

[88] 『王愛国詐騙案』，最高人民法院中国応用法学研究所編：『人民法院案例選（分類重排本）』（刑事巻 6），人民法院出版社 2017 年版，第 2896-2897 頁参照。

[89] 『余志華詐騙案——将租賃来的汽車典当不予退還的行為構成詐騙罪』，最高人民法院刑事審判第一・二・三・四・五庭主辦：『刑事審判参考』（2008 年第 3 集，総第 62 集），法律出版社 2008 年版，第 54 頁参照。

[90] 『余志華詐騙案——将租賃来的汽車典当不予退還的行為構成詐騙罪』，最高人民法院刑事審判第一・二・

最高人民法院 1996 年 12 月 24 日「関与審理詐騙案件具体応用法律若干問題的解釈」（廃止済み）9 条[91]の規定により行ったものであって、理解できるといえよう。しかし、ここにおいて、同司法解釈が実質的な合理性の有無という点は疑問である。まず、先行の詐欺行為が既遂したとする以上、その数額を最終の犯罪数額から控除することを許せば、さらにこのような立場を徹底すれば、事件発見当時に詐欺数額を全額返済した場合、犯罪数額がいかに大きなものであったかを問わず、「犯罪数額がゼロである」ことを理由に、犯罪として処理しないことになるはずである。これは明らかに不当な結論であるといえよう。次に、窃盗罪の場合、たとえ行為者が窃盗罪の既遂後に財物を返還したとしても、依然に既遂として処罰すべきであるが、返還行為が単に量刑事情と解される。だとすれば、詐欺罪の場合に返済された財物を控除しうるとするのはなぜであろうか。その充分な理由がみつからないといわねばならない。この問題について、区別して取り扱うべきであろうと思われる。すなわち、1. 同一の被害者に対し二回以上の詐欺を行った、すなわち詐欺の対象者が同一の被害者であった場合、法益主体が同一性を有するため、全体財産（減少）説により前記の司法解釈を説明することが可能である（個別財産説を採用すれば、司法解釈の態度に対して、刑事政策上の理由しか求められない）といえよう。2. 異なる被害者に対し、二回以上の詐欺を行った場合、例えば、前述の事例のように、後回の他の被害者から騙取した財物で前回の被害者の財物を返済した場合、（形式的又は実質的）個別財産説はもとより、たとえ全体財産説を採用するとしても、財産権の法益主体が異なるため、二つの独立的な評価を要し、しかも相殺しえない法益侵害の存在を認めざるをえない。このような場合に、前回の法益主体の財産権に対する侵害は完成したのであって、詐欺数額を確定する際、それを詐欺数額として加算してこそ、刑法教義学の要求に合致する。一方、後回に騙取した財物で「前の穴を埋めた」ことは、全体的な法益侵害の計算後の量刑事情と解されるべきであろう。したがって、刑事政策的考慮が教義学の枠をどの程度突破することができるかについて、改めて考えなければならい。

実務上、以上の状況と類似するいわゆる「連続詐欺」の場合も見られる。例えば、事例（連続詐欺案）：被告人である邱来成は乗用の二輪バイクを数回に雇用し、途中でバイク所有者に昼ご飯をご馳走することによりその信頼を得たうえ、バイク所有者に知り合いに業務の相談に行くか或いは物を取りに行くかと嘘をつき、合計 15 台のバイク（51700 元余り）を騙取した。さらに、邱来成は 15 台のバイクをそれぞれ個人が経営する飲食・雑貨店に乗って行き、店長に会社又は組織体がタバコを急用するため、財務担当者がすでに銀行にお金をおろしに行ったが、この間バイクをしばらく抵当にし、財務担当者がお金を支払ったらバイクを取り戻すと嘘をついた。邱某はこのような手段を利用し、前後 15 軒の飲食・雑貨店から各種のタバコ 271 箱（合計 14000 元余り）を「買った」。その後、邱某はタバコを小商人に転売し、贓金 12000 元余りを儲け、気ままにそれを浪費した。事件発覚後、紛失された 1 台のバイクを除き、他の 14 台は公安機関により盗難者に返還された。[92]本件について、結局、法院はバイクとタバコの価格の合計を詐欺数額として認定された。本件の裁判官によれば、邱来成のバイクとタバコを騙取した行為は二つの段階に分けて行われたのであると指摘された。すなわち、二つの犯罪行為は、それぞれ刑法に規定される詐欺罪の特徴と合致するため、両方とも詐欺罪を構成する。二つの犯罪行為はある程度に関連していたものの、必然的な牽連関係がなく、しかも、二つの犯罪行為が異なる罪名でなく、同一の罪名を犯したである。したがって、被告人の行為は牽連犯ではなく、常習の詐欺犯であって、二つの詐欺行為による犯罪数額は累計的に計算すべきであると考えられる。[93]前述の「穴埋め」式詐欺とは違い、ここにおいて、後回の詐欺行為により騙取した財物を前回の詐欺行為の被害者に返済するのではなく、前回に騙取した財物を利用し引続き他の被害者を欺くのであった。このような場合、行為や被害者及びその財産損失をすべて異なるため、二回の詐欺により取得された金額を累計的に計算するのは妥当であるといえよう。

（三）「犯罪コストは一律に控除しない」の一つの反例

事例（医療保険カード詐欺案）：被告人の巣鴻昌は道端の薬品販売者が半額で薬品を回収するのを偶然に発見し、母親の陳某と妻の蘇某の医療保険カードを持ち、さらに妻の年齢を 50 歳から 80 歳に変更し、家族の代わりに薬品を購入するという口実により、前後 20 軒の病院で診断を受け、合計 4.1 万元余りの薬品を購入した。その後、巣某はその中の僅かな一部を家族に使わせ、他のおよそ 3.2 万元の薬品を他人に安売りし、およそ 1.6 万元を取得した。医療保険制度に関する規定によれば、上記の他人に安売りした薬品の費用の中、被告人が支払ったのが 20%を超えず、それ以外の約 25600 元の薬代が上海市の医療保険局から支払ったのであることが分かった。[94]

本件において、行為者の巣鴻昌が家族の代わり購入した薬品は、その一部を家族に服用させ、他の一部を予備薬として家に置き、残りの部分を薬品販売者に安売りした。公訴機関は、行為者が犯罪行為の過程に家族に服用させた薬品に関する医療費用を除き、公安機関が巣某の家で押収した薬品を含めその他の部分を騙取した薬代として認定し、犯罪金額に算入すべきであると主張された。これに対し、法院は、一般家庭に一定の薬品を保存するのは普通なことであり、また行為者がどのくらいの薬品を保存すれば適当であるかに関する判断基準がないため、当該部分の薬代を詐欺金額として認定してはならず、その安売りした薬品のみに不法占有目的を確定しうると解される。なお、医療保険制度に関する規定によれば、患者は診察を受けるとき、まず社会保障カードに預かった医療金を使い、それを使い切った後に個人的に一定額の費用（この部分の費用は「自払い段費用」といわれる）を支払うことになる。さらに、自払い段費用を使い切った後に再度診察を受ける場合、患者は病院のレベルにより医療費の 10%、15%あるいは 20%を支払えばよいのである。このように、行為者が病院から薬品を購入した場合、一定の比例の費用を支払ったものの、他人に安売りした薬品をどの比例で自払いしたのかに関する証拠が見当たらない。そこで、法院は、被告人の利益を尊重する原則に基づき、行為者個人が 20%の費用を支払ったと確定し、さらにこれをもって、およそ 3.2 万元の薬品を安売りした一方、上海市医療保険局が 80%の医療費用としておよそ 25600 元を支払ったことを認定した。[95]本件において、行為者は薬代を不法に占有するために、その一定の比例を支払わなければならなかった。この意味において、個人が支払った部分の費用は犯罪コストとも称することができる。ただ、法院は詐欺額を計算するとき、被告人の

三・四・五庭主辦：『刑事審判参考』（2008 年第 3 集，総第 62 集），法律出版社 2008 年版，第 56-58 頁参照。

[91] 本条は、「繰り返して欺い、後回の詐取財物で前回の詐取財物を返済した場合、金額を計算するとき、事件発見前にすでに返済された部分を控除し、未だ返済されてない部分をもって認定すべきであり、量刑のとき、繰り返して詐取した金額を重く処罰する情状として考慮しうる。」と規定した。

[92] 『邱来成用詐騙来的摩托車騙取香煙案』，最高人民法院中国応用法学研究所編：『人民法院案例選（分類重排本）』（刑事巻 6），人民法院出版社 2017 年版，第 2783-2784 頁参照。

[93] 『邱来成用詐騙来的摩托車騙取香煙案』，最高人民法院中国応用法学研究所編：『人民法院案例選（分類重排本）』（刑事巻 6），人民法院出版社 2017 年版，第 2785 頁参照。

[94] 『巣鴻昌利用医療保険制度進行詐騙案』，最高人民法院中国応用法学研究所編：『人民法院案例選（分類重排本）』（刑事巻 6），人民法院出版社 2017 年版，第 2834 頁参照。

[95] 『巣鴻昌利用医療保険制度進行詐騙案』，最高人民法院中国応用法学研究所編：『人民法院案例選（分類重排本）』（刑事巻 6），人民法院出版社 2017 年版，第 2835 頁参照。

家族が実際に使用した薬品を控除しただけではなく、被告人が家に保存する（家族の病気の治療に使用する可能性もあるし、後日販売する可能性もある）薬品の薬代も控除し、さらに被告人が薬品を購入するために支払わなければならない薬代も控除した点は、特に注目すべきであると思われる。本件は「犯罪コストの不控除」という従来のやり方を否定し、医療保険局の実際に負わせた損害をもって犯罪数額を確定したことに着眼したため、これを全体財産説の帰結と称することができよう。

东南大学法学院简介

东南大学是中央直管、教育部直属的全国重点大学，是“985工程”和“211工程”重点建设的大学，坐落于历史文化名城南京。东南大学是我国最早建立的高等学府之一，素有“学府圣地”和“东南学府第一流”之美誉。东南大学的前身是创建于1902年的三江师范学堂，1921年以南京高等师范学校为基础正式建立国立东南大学，成为当时国内仅有的两所国立综合性大学之一，有“北大以文史哲著称，东大以科学名世”之美誉。1928年更名为国立中央大学。1952年全国院系调整，以原中央大学工学院为主体，在中央大学本部原址建立南京工学院，1988年学校复更名为东南大学。经过一百多年的发展，如今的东南大学已成为一所以工科为特色，理、工、医、文、法、经、管、艺等多学科协调发展的综合性、研究型大学。

東南大学は、歴史と文化が溢れる古都――南京にあり、中央政府及び教育部に直属する全国重点大学である上に、国家の「985計画」及び「211計画」の重点支援大学でもあります。東南大学は、我が国において、最も古くから設立され大学に一つであり、「学府聖地」と「東南学府第一流」と高評されてきました。東南大学の前身は、1902年に創設された三江師範学堂であり、1921年に南京高等師範学校を基に国立東南大学が設立され、当時の国内にわずか2ヶ所の国立総合大学の一つでした。「北大以文史哲著称、東大以科学名世」と知られました。1928年に国立中央大学と改称し、1988年に再び東南大学の名称に回復しました。百年余りの発展を経て、現在では、工学を主要な特色として、理学、工学、医学、文学、法学、哲学、教育学、経済学、管理学などの研究分野を含み、協調的に発展する総合・研究型大学になっています。

东南大学法学学科始于1928年中央大学法学院，首任院长为民国时期著名法学家谢冠生教授。时年中大法学院人文荟萃，名流云集，为东南法学一时之冠。学界、政界著名人物韩忠谟、钱端升、杨兆龙、梅仲协、史尚宽、范馨香、韩德培等，或曾任职或曾就学于中央大学法学院，缔造了法学数十年的辉煌。东南大学1995年恢复法学专业、成立法律系，于2006年9月重新设立法学院。复建后首任院长为第六届“全国十大杰出青年法学家”周佑勇教授。现任院长为第七届“全国十大杰出青年法学家”刘艳红教授。

本学の法学の歴史は、1928年の中央大学法学院から始まり、初代の学院長は民国時代の有名な法学者「謝冠生」教授でした。当時の中大法学院では、韩忠谟、钱端升、杨兆龙、梅仲协、史尚宽、范馨香、韩德培など高名な学者が多く集まり、法学研究の重鎮となり、数十年間の輝きを築きました。1995年に、本学は中断された法学教育を再開し、法律学科を設置して、その後2006年9月に再び法学院を設立しました。法学部の設立後の初代学院長は、第六回「全国十大傑出青年法学者」を受賞した周佑勇教授であり、現任の学院長は、劉艳紅教授（第七回「全国十大傑出青年法学者」を受賞）です。

经过建院10余年（法律系恢复20余年）的发展，法学院办学规模不断壮大，办学质量与学术地位持续上升。在大力发展传统基础学科的同时，借助学校理工强势学科优势，致力于发展新型交叉学科，形成“宪法学与行政法学”、“法理学与人权法”、“刑事法学”和“民商经济法学”4个传统学科为基础，以“工程法学”、“交通法学”、“医事法学”、“大数据司法”等新兴交叉学科为特色的学科体系。2016年9月，教育部新增东南大学为法学一级学科博士点授予权单位；2016年10月，东南大学法学学科获批江苏省重点学科。

建院以来，法学院科学研究获得跨越式发展，成果丰硕。拥有四项国家级重大标志性成果，五个省级以上研究基地，获得36项国家社科基金项目（其中重大1项，重点4项），省部级项目100余项，省部级以上奖励30余项，发表CSSCI来源期刊论文500余篇，出版著作、教材80多部。

復建してから二十年あまりの発展を経て、今の法学院は、その規模を拡大し、教育の質と学術の地位が上昇しつつある。伝統的な基礎学科を発展するとともに、本学の優れた理工系の学科と連携して、新たな学際的な研究、教育の発展に力を注ぎ、「憲法学と行政法学」、「法理学と人権法」、「刑事法学」、「民商法学」四つの伝統的な専攻を基礎に、「エンジニアリング法学」、「交通法学」、「医事法学」、「ビッグデータ法」などの特色を持つ新しい専門方向を形成し始めました。2016年9月に、教育部は東南大学に法学一級学科博士の授与権を与えました。2016年10月に、東南大学の法学学科は江蘇省の重点学科として承認されました。

法学院は、復建してから飛躍的な発展を遂げて、大きな成果を挙げています。とりわけ、四つの国家級の重大成果および五つの省級研究拠点を持ち、36項の国家社会科学基金プロジェクト（重大1項、重点4項），省部級の研究プロジェクト100項あまり、省部級以上の奨励は30項あまりを獲得し、CSSCI論文500本以上を発表し、著作と教材80部以上を出版しました。

四项“国家级重大标志性成果”

1、一项国家社会科学基金重大招标项目：现代城市交通发展的制度平台与法律保障机制研究（2011）

2、一项教育部中国高校人文社会科学优秀成果一等奖：《实质刑法观》（2012）

3、一部著作入选国家哲学社会科学成果文库：《行政裁量基准研究》（2014）

4、一项智库成果《加快推进反腐败国家立法决策咨询报告》获得中共中央纪委重要领导批示（2016）

四つの「国家級重大成果」

1、国家社会科学基金重大プロジェクト——現代城市交通発展的制度平台与法律保障机制研究（2011）

2、教育部人文社会科学優秀成果一等賞——『実質刑法観』（2012）

3、国家哲学社会科学成果文庫——『行政裁量基準研究』（2014）

4、中央紀律検察委員会は重要研究成果として採用——『加快推進反腐敗国家立法決策咨

五个省级以上研究基地

1、最高人民法院重点研究基地：人民法院司法大数据研究基地

2、江苏省高校哲学社会科学重点研究基地：反腐败法治研究中心

3、江苏省交通运输行业政策与法规重点研究基地：交通法治与发展研究中心

4、江苏省2011协同创新中心（设立单位）：江苏省高校区域法治发展协同创新中心

5、江苏省社区矫正损害修复项目研究基地

五つの省級以上の研究拠点

1、最高人民法院重点研究拠点——人民法院司法ビッグデータ研究基地

2、江蘇省哲学社会科学重点研究拠点——反腐敗法治研究センター

3、江蘇省交通運送業政策と法規重点研究拠点——交通法治および発展研究センター

4、江蘇省2011協同イノベーション・センター——江蘇省地域法治発展協同イノベーション・センター

5、江蘇省社会内処遇における損害修復プロジェクト研究拠点

近年来，法学院通过与东南大学强势的理工学科进行跨学科建设，初步形成了“交叉性、团队式、实务型”的人才培养特色，现有法学本科专业（含法学和工程法两个专业方向）、法学一级学科硕士学位授权点（含法学理论、宪法学与行政法学、民商法学、刑法学、诉讼法学、国际法学、工程法学和医事法学8个专业方向）、法律硕士专业学位授权点，和法学一级学科博士授权点。形成法学本科、法学硕士、法律硕士和法学博士多层次完整的人才培养体系。2012年法学专业入选江苏省高校特色专业及江苏省“十二五”高等学校重点专业。

近年、法学院は、東南大学で優勢を持つ理工系の学科との学際的協力を通じて、「学際的・チーム型・実務型」という人材育成の特色を形成し始めます。法学院では、法学学科（法学とエンジニアリング法を含む）を設置しており、また法学修士（法学理論、憲法学と行政法学、民商法学、刑法学、訴訟法学、国際法学、エンジニアリング法学と医事法学を含む）、法律修士と法学一級学科博士の学位授与の権限を持ち、完全な人材育成システムを形成しています。2012年に、法学は江蘇省の特色専攻および重点専攻に選ばれました。

法学院建有一支以“双江双杰”为领军人物的优势师资队伍，现有专任教师51人，其中教授13人，副教授26人，45岁以下青年教师占比78%，教师博士占比近100%。

1、教育部“长江学者奖励计划”特聘教授——2人

2、国家“万人计划”哲学社会科学领军人才——1人

3、全国文化名家暨“四个一批”人才——1人

4、人力资源和社会保障部“百千万人才工程”国家级人选——1人

5、全国十大杰出青年法学家——2人

6、国务院享受政府特殊津贴专家——1人

7、教育部法学专业教学指导委员会委员——1人

8、教育部“新世纪优秀人才支持计划”——5人

10、江苏省“333工程”高层次人才——3人

11、江苏省有突出贡献的中青年专家——1人

12、江苏省“六大人才高峰”——4人

13、江苏省优秀青年法学家（含提名奖）——8人

14、江苏省“青蓝工程”优秀青年教师——3人

15、省级教学名师——1人

16、省高校“大学生最喜爱教师”——1人

法学院では、「双江双傑」（「長江学者奨励計画」及び「全国十大傑出青年法学者」）をリーダとして優秀なスタッフが集まっており、専任教師51人がいます。その中で教授13人、准教授26人、45歳以下の青年教師の比率は78%であり、博士号を持つ教師の比率は約100%となっています。

1、教育部「長江学者奨励計画」特任教授——2人

2、国家“万人計画”哲学社会科学领军人材——1人

3、全国文化名家暨“四个一批”人材——1人

4、人力資源及び社会保障部“百千万人材プロジェクト”国家级人選——1人

5、全国十大傑出青年法学者——2人

6、国務院政府特別手当を受領する専門家——1人

7、教育部法学専門教育指導委員会委員——1人

8、教育部「新世紀優秀人材支援計画」——5人

9、全国優秀教師——1人

10、江蘇省「333プロジェクト高級人材」——3人

11、江蘇省傑出貢献のある中青年専門家——1人

12、江蘇省「六大人材高峰」——4人

13、江蘇省優秀青年法学者（ノミネート賞を含む）——8人

14、江蘇省「青藍プロジェクト」優秀青年教師——3人

15、省級教学名師——1人

16、江蘇省「大学生最喜愛教師」——1人

法学院致力于推动法治中国建设，积极服务于地方法治与经济发展。目前已经与江苏省高级人民法院、江苏省人民检察院等20多个政法机关签订了合作协议，多人被选聘为省人大、政府、司法机关的咨询专家和法律顾问，参与多项重大工程建设项目的法律事务，向中央和地方政府部门、司法机关等提交100余份研究报告，为地方政府重大决策和立法提供意见。

法学院注重对外学术交流与合作。已独立主办或承办了“第三届海峡两岸行政法学术研讨会”、“中国法学会行政法学研究会2007年年会”、“第四届国际人道法师资培训班”、“第一届海峡两岸工程法研讨会”、“第七届中日公法学国际学术研讨会”、“第十三届海峡两岸行政法学术研讨会”、“首届海峡两岸暨中日医事法研讨会”等全国性或国际性学术会议。

邀请了大批国内外知名学者来学院讲学，与美国、欧洲、日本、台湾等国家与地区的一些大学法学院建立了持久的合作与交流关系。

法学院は、法治中国の推進に力を注ぎ、地域における法治及び経済の発展に積極的に貢献する。現在、江蘇省高級人民法院、江蘇省人民検察院など二十以上の政法機関との間で協力協議を結んでいます。数人が省人大、政府、司法機関のコンサルタント及び顧問に選任され、多くの重大建設プロジェクトの法務に参与し、中央及び地方政府、司法機関などに100件以上の研究報告を提出し、地方政府の重大政策と立法に意見を提供します。

法学院は、外部との交流と協力を非常に重視しています。これまでに、「第三回海峡両岸行政法シンポジウム」、「中国法学会行政法学研究会2007年大会」、「第四回国際人道法講師トレニンーグコース」、「第一回海峡両岸エンジニアリング法シンポジウム」、「第七回中日公法学国際シンポジウム」、「第十三回海峡両岸行政法シンポジウム」、「全国外国法制史研究会第26回大会」、「第一回海峡両岸及び中日医事法シンポジウム」など全国的なまたは国際的なシンポジウムを開催しました。さらに、多くの国内外の著名な学者を招き、講演会を開きました。アメリカ、ヨーロッパ、日本、台湾などの国家または地域の法学部と、長年にわたって協力と交流を続けています。

第六届中日刑事法研讨会

暨中日刑法总论及分论中的先端课题研讨会

参会名单

西原春夫　早稻田大学原校长/名誉教授
佐伯仁志　东京大学教授
盐见　淳　京都大学教授
桥爪　隆　东京大学教授
本乡三好　中国人民大学特聘教授
冈野慎也　日本北京大使馆裁判官

高桥则夫　早稻田大学教授
甲斐克则　早稻田大学教授
杉本一敏　早稻田大学教授
金　光旭　成蹊大学教授
冈部正树　日本驻北京大使馆检察官

陈兴良　北京大学教授
张明楷　清华大学教授
刘明祥　中国人民大学教授
冯　军　中国人民大学教授
林　维　中国社会科学院大学教授
王志祥　北京师范大学教授
董玉庭　黑龙江大学教授
郑泽善　南开大学教授
周少华　西安交通大学教授
冯卫国　西北政法大学教授
董邦俊　中南财经政法大学教授
贾济东　华中科技大学教授
魏　东　四川大学教授
蔡　军　河南大学教授
刘宪权　华东政法大学教授
于改之　华东政法大学教授
汪明亮　复旦大学教授
孙国祥　南京大学教授
姜　涛　南京师范大学教授
王昭武　苏州大学教授
奚　玮　安徽师范大学教授
李兰英　厦门大学教授
聂立泽　中山大学教授
童伟华　海南大学教授

梁根林　北京大学教授
黎　宏　清华大学教授
谢望原　中国人民大学教授
付立庆　中国人民大学教授
邓子滨　中国社会科学院研究员
周振杰　北京师范大学教授
王　充　吉林大学教授
刘士心　南开大学教授
王政勋　西北政法大学教授
周　详　中南财经政法大学教授
陈家林　武汉大学教授
陈忠林　重庆大学教授
张光云　四川师范大学教授
黄明儒　湘潭大学教授
孙万怀　华东政法大学教授
杜　宇　复旦大学教授
钱叶六　华东师范大学教授
蔡道通　南京师范大学教授
李晓明　苏州大学教授
马荣春　扬州大学教授
赵　微　宁波大学教授
吴贵森　集美大学教授
高　巍　云南大学教授

樊　文　中国社会科学院副研究员
于　阳　天津大学副教授

孙运梁　北京航空航天大学副教授
付玉明　西北政法大学副教授

初　军　山东法官培训学院教研中心主任
刘春园　山西大学副教授
柏浪涛　华东师范大学副教授
徐凌波　南京大学副研究员
王彦强　南京师范大学副教授
行　江　安徽大学副教授
胡东飞　四川大学副教授
丁胜明　西南政法大学副教授
张曙光　井冈山大学副教授
林贵文　福建江夏学院副教授

曾文科　中国政法大学讲师
何　龙　清华大学博士后研究人员
杨　宁　天津大学讲师
葛恒浩　西北大学讲师
张开骏　上海财经大学讲师
李　婕　安徽大学讲师
靳　宁　南京审计大学讲师
徐　彰　南京审计大学讲师

席　超　江苏泓远律师事务所主任
虞仕俊　江苏开炫律师事务所创始合伙人
马　源　江苏博事达律师事务所律师
司西霞　连云港市人民检察院检察官
庞晓庆　南京市玄武区人民法院政治部主任
胡冬阳　张家港市人民检察院检察官
王绩伟　泰州市人民检察院办公室副主任
张　燕　泰州市姜堰区人民检察院检察官
蒲　阳　泰州市高港区人民检察院检察官
马明明　泰州市高新区人民检察院检察官
胡　昊　仪征市人民检察院检察官
邓再勇　四川兴蓉律师事务所律师

刘艳红　东南大学教授
尹　吉　东南大学教授
李　川　东南大学教授
梁云宝　东南大学副教授
刘明全　东南大学副教授
杨志琼　东南大学讲师

吴正国　江南大学副校长
雷玉德　江南大学副教授
胡　杰　江南大学副教授

牟　华　山东法官培训学院副教授
王　瑞　《河南财经政法大学学报》编辑
杜小丽　上海社会科学院副研究员
黄旭巍　南京大学副教授
刘　伟　江苏社会科学院副研究员
储陈城　安徽大学副教授
谢佳君　西南政法大学副教授
邵栋豪　重庆工商大学副研究员
谢青霞　东华理工大学副教授

石亚淙　中国社会科学院助理研究员
焦　阳　外交学院讲师
李　琳　西安交通大学讲师
毛乃纯　郑州大学讲师
李　森　浙江财经大学讲师
王　俊　苏州大学讲师
陈　萍　中共南京市委党校讲师

李紫艳　江苏泓远律师事务所合伙人
董玉泉　江苏博事达律师事务所律师
杜　宣　南京市人民检察院检察官
陈学明　南京市秦淮区人民法院审判员
曹　莉　泰州市人民检察院副处长
薛　飞　靖江市人民检察院研究室主任
何　伟　泰州市姜堰区人民检察院检察官
蔡科臣　靖江市人民检察院助理检察员
孙荣杰　扬州市人民检察院办公室副主任
李求轶　北京盈科（上海）律师事务所律师
薛　培　成都市人民检察院副处长
王超强　丽水市人民检察院检察官

陈洪兵　东南大学教授
欧阳本祺　东南大学教授
刘建利　东南大学副教授
钱小平　东南大学副教授
高　翔　东南大学副教授

曾祥华　江南大学教授
梅　锦　江南大学副教授

第六届中日刑事法研讨会

暨中日刑法总论及分论中的先端课题研讨会

第六回日中刑事法シンポジウム・プログラム——日中刑法総論・各論の先端課題

注意事項

一、飲食

1.朝食

ホテルからの提供

2.昼食（バイキング）１２：００—１３：３０

場所：江南大学　長広渓ホテルB棟一階　花渓ホール

3.晩餐（テーブル席）１８：００－２０：００

場所：江南大学　長広渓ホテルB棟一階　花渓ホール

二、交通

1.会場への参会（錦江之星・長広渓 → 文浩国際会議センター）

（１）9月16日　午前08：10　ホテルの玄関前から発車

午後13：40　ホテルの玄関前から発車

（２）9月17日　午前09：10　ホテルの玄関前から発車

午後13：40　ホテルの玄関前から発車

2.会場から昼食へ（文浩国際会議センター → 長広渓ホテル花渓ホール）

9月16日—17日　昼12：05　会場の玄関前から発車

3.錦江之星にご宿泊の参加者の昼休み（レストラン → 錦江之星ホテル）

9月16日—17日　昼12：45　レストランの玄関前から発車

三、会議の連絡先

1.劉建利　Tel：15050535878（長広渓ホテル）

2.高　翔　Tel：13770689916（長広渓ホテル）

3.劉明全　Tel：13585100795（長広渓ホテル）

第六届中日刑事法研讨会

暨中日刑法总论及分论中的先端课题研讨会

第六回日中刑事法シンポジウム・プログラム　——日中刑法総論・各論の先端課題

注意事项

一、餐饮

1.早餐

由入住宾馆提供

2.午餐（自助餐）12：00—13：30

地点：江南大学长广溪宾馆B栋1楼花溪厅

3.晚餐（桌餐）18:00—20:00

地点：江南大学长广溪宾馆B栋1楼花溪厅

二、车辆信息

1.参会人员前往会场参会（锦江之星/长广溪→文浩国际会议中心）

（１）9月16日：上午08：10　入住宾馆门口发车

下午13：40　入住宾馆门口发车

（２）9月17日：上午09：10　入住宾馆门口发车

下午13：40　入住宾馆门口发车

2.参会人员由会场前往餐厅午餐（文浩国际会议中心→长广溪宾馆花溪厅）

9月16日—17日：中午12：05　会场门口发车

3.入住锦江之星的人员午餐后回宾馆午休（餐厅→锦江之星宾馆）

9月16日—17日：中午12：45　餐厅门口发车

三、会议联系人

1.杨志琼，15950499815；窦一豪，15850681960（锦江之星宾馆）

2.冀　洋，13776625253；高　磊，15151867762（长广溪宾馆）

主办方：东南大学

承办方：东南大学法学院·江苏南京
江南大学法学院·江苏无锡

协办方：江苏开炫律师事务所·江苏无锡
江苏泓远律师事务所·江苏南京