



Title	量刑事情としての「被害者の落ち度」について
Author(s)	杜, 麗娜
Citation	北大法政ジャーナル, 20, 31-61
Issue Date	2013-12-16
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/54026">http://hdl.handle.net/2115/54026</a>
Type	bulletin (article)
File Information	No20-2 To.pdf



[Instructions for use](#)

# 量刑事情としての「被害者の落ち度」について

と 杜            れい な 麗 娜

## 目 次

はじめに .....	33
一 被害者の落ち度に関する基礎的な理論 .....	35
1. 被害者および落ち度の概念 .....	35
2. 落ち度の分類 .....	37
3. 被害者の落ち度が量刑に影響すると解する学説 .....	39
4. 小括 .....	43
二 判例の現状 .....	44
1. 挑発・誘発に関する判例の考察 .....	44
2. 過失の競合に関する判例の考察 .....	48
3. 小括 .....	51
三 被害者の落ち度を量刑事情として法定化する構想 .....	52
1. 中国において被害者の落ち度を量刑事由として法定化する意義 .....	52
2. 法定化の可能性についての検討 .....	53
3. 法定化に対する展望 .....	55
おわりに .....	56
参考文献 .....	57



## はじめに

### (1) 問題の所在

犯罪の原因としての被害者側の要因について探求し、犯罪を行為者と被害者の相互関係から考察すべきであることを出発点としている分野が被害者学であり、日本では、そのなかで被害者に関する様々な研究が行われている<sup>1</sup>。それと比較して、中国ではこの分野が未だ空白といっても過言ではないにもかかわらず、刑事司法、特に量刑の領域において被害者に関する事情が次々と注目されるようになった。特に中国の刑法においては法定刑過重の問題が指摘されており、それを背景として、量刑において罪刑の均衡を図るべきであるという声も耳にした。行為者自身の事情はもちろん、社会環境などとならんで、被害者側の事情も量刑時に考慮されるようになった。特に被害者側に「落ち度」があることは、最高人民法院の司法解釈と量刑指導意見において言及されることがあり、ある程度は酌量事情として重視されるように見える。しかし、司法解釈であれ、量刑指導意見であれ、被害者の落ち度の適用範囲はあくまでも限定されており、また一般的には、被害者の落ち度は法定されていない、裁量的な減軽事由にすぎない。つまり、この事情は、実務上では考慮の対象とはなりうるものの、実際に刑を軽くするか否かは、裁判官により判断されることになる。

量刑は、犯罪の行為者に対して、刑を科す過程のことである。日本であれ、中国であれ、刑罰は犯罪者に対する応報のみならず、予防作用も重視されて判断される。周知のように、刑罰を科す基本は、まず行為者の責任でなければならない。責任に応じた量刑を基本とする以上、中心となる量刑事情は、犯罪の要素としての量刑事情、例えば犯人の責任の重さを定めるに当たって基礎を為す事情であることに問題はないであろう。責任の重さには、違法性の重さが反映されていることから、量刑事情は、行為の違法性・有責性に関する事情であるということができる。そして具体的な違法性・有責性の程度を確定するために、たとえ

ば、結果の重大性、使用手段の危険性、単独犯か共犯か、行為者の心理状態・精神状態、計画または予謀の有無などが考慮される。違法性阻却事由や責任阻却事由の要件を充足するに至らないが、阻却事由に類似する状況が存在したというような事情も、違法性又は有責性程度を減少させる意味をもつことから、刑を軽くする方向で考慮されよう<sup>2</sup>。

それでは、被害者の落ち度は、仮に（減軽方向での）量刑事情として考慮されるべきであるとすれば、それはどのような根拠に基づくものなのだろうか。上述した様々な事情のように、行為の違法性・有責性と関連するのだろうか。また、裁量的な減軽事由としてだけではなく、法律上の減軽事由として規定されるべきかどうかとも検討する必要がある。

本論文では、主になぜ被害者の落ち度が量刑の減軽事由となりうるのかについて論じたうえ、中国において被害者の落ち度を量刑事由として法定化する展望を論じたい。日本においても、被害者の落ち度は減軽事由として法定されているわけではないが、学説では様々な議論がされ、より成熟した学説が主張されている。これらの学説を検討しながら、中国の現状と比較し、中国国内に紹介できればと思っている。

被害者側の落ち度を量刑事情としてどのように考慮すべきか、ということ論ずる前に、まず中国の裁判における量刑制度について概観することにした。

### (2) 中国の量刑制度

中国では、量刑の原則は罪刑を均衡させることである。刑法において、「処罰免除」「減軽処罰」「従重処罰」「従軽処罰」の4つの処罰概念が設けられている。

処罰免除は、犯罪者に有罪を宣告すると同時に、その刑を免除することをいう。ただし、刑は免除されるが、無罪ではないことに注意しなければならない。減軽処罰は法定刑の下限を超えて処罰することであり、従重処罰と従軽処罰は法定刑

の限度内で重くすることと軽くすることである。

中国の裁判所の基本的な量刑手続は、基本の犯罪事実に基づき、対応する法定刑の幅内で量刑の起点を確定し、被害額（財産犯の場合）、犯罪回数、結果などの事情を考慮したうえ基準刑を決め、量刑情状により上下調節して、犯罪の全体の状況を把握しながら宣告刑を決定することになっている<sup>3</sup>。一般的に、量刑情状は法定情状と酌量情状に分けられる。法定情状は刑法の条文に規定されているものであり、軽微・比較的軽い・重大・特に重大の四種類に分けられ、それぞれ各罪名で異なる刑罰が規定されている。

処罰免除または処罰を軽くする規定<sup>4</sup>について、以下の条文があげられる。

①第10条：中国の領域外での犯罪かつ外国で刑の執行を受けた犯罪

②第17条第3項：十四歳以上十八歳未満の者の犯罪

③第17条の5：七十五歳以上の者の犯罪

④第18条：自己の行為を弁別し、または制御する能力を完全に喪失していない精神病者の犯罪

⑤第19条：聾啞者または盲人の犯罪

⑥第20条第2項：過剰防衛

⑦第21条第2項：過剰避難

⑧第22条：予備犯

⑨第23条：未遂犯

⑩第24条：中止犯

⑪第27条：従犯

⑫第28条：被脅迫犯

⑬第29条第2項：教唆未遂

⑭第49条：死刑回避の規定：犯罪時十八歳未満の者、または裁判時に妊娠している女子

⑮第67条：自首と自白

⑯第68条：功績

⑰第72条：執行猶予の規定

⑱第78条：減刑の規定

⑲第81条：仮釈放

⑳第164条：供賄罪の自首

減軽処罰の規定は、以下のものがある。

①刑法63条：この法律に規定する刑を減軽する情状を有する、またはその情状が有しなくても最高人民法院の許可を得た場合

重くする法定量刑事由については<sup>5</sup>、以下のものがある。

①第29条第1項：十八歳未満の者への教唆

②第65条：累犯

以上のように処罰を軽くあるいは重くすることに関しては法律に明文の規定があり、量刑する際にそれに従って行うことになっている。法律に明文で規定された事由のほか、酌量事由により処罰を軽くあるいは重くする場合もある。刑法61条によれば、「犯罪者に対する刑罰の決定に当たっては、犯罪事実、犯罪の性質、情状及び社会に対する危険の程度に基づいて、この法律の関連規定により判決を下さなければならない」と規定している。ここで斟酌できる事情の内容は、相当広範に及んでいる。そこに規定された犯罪の事実、性質、情状および犯罪の動機、目的、犯罪の手段、犯人の一貫した態度、犯人と被害者の関係、犯罪時に受けた刺激、犯人の文化程度、生活状況、犯罪後の態度、犯人による社会への危険性など様々な事情が考えられる。量刑の際、いずれも考慮に入れられる事情であるが、裁判時に考慮されるか否かは裁判官の自由裁量権に左右される<sup>6</sup>。法定事由は明文で規定されていることから、裁判官の自由裁量権は否定されるが、前述したこれらの酌量事由には裁判官の自由裁量権が認められる。つまり、上記の事由を十分考慮した上で判決を下すのは当然可能であるが、考慮せずに刑罰を言い渡すのも違法ではないことになる<sup>7</sup>。だとすれば、裁判官の事件への認識や被害者側から受けたプレッシャーなどにより、考慮すべき酌量情状を無視することもありうると考えられよう。

刑事裁判は形式的な刑の宣告ではなく、司法と社会的な平衡を有効に回復させる場であればならない。従来の量刑理論は主に行為者の主観的事情あるいは行為者自身にかかわる事情を中心とす

るものであったが、裁判においてたとえば被害者が行為者に対して厳しい処罰感情を抱いている事実が、量刑事情となることも少なくない。このような被害感情は行為者の侵害行為によるものであるが、被害者の主観的なものであることは否定できない。だとすれば、被害者の主観的な意見が裁判で量刑事情として考慮されうるなら、犯罪前、犯罪時または犯罪後の被害者側の事情、たとえば被害者の非常識な行動や一般人から見れば被害者の行動が非難できるような場合（挑発、誘発行動など）も量刑の事情になりうるといえよう。

周知のように、中国では、死刑の適用範囲が広く<sup>8</sup>、特に殺人や傷害事件などにおいて、幅広く用いられている<sup>9</sup>。しかし、判例を参照すると、被害者に落ち度がある場合には、そうでない場合より刑罰が軽いことがある<sup>10</sup>。

本章では、被害者の落ち度に関する個々の学説を検討していきたい。

## 一 被害者の落ち度に関する基礎的な理論

まず「被害者」及び「落ち度」の概念について明確化する必要がある。

### 1. 被害者および落ち度の概念

被害者の範囲をどこまで拡大するかということが問題となる<sup>11</sup>。一般的に被害者とは主に刑法の条文により保護されている法益主体のことであることは問題がない。一方、特に日本の刑事訴訟法における被害者の陳述制度などの被害者参加制度（刑訴316条の33）が設けられ、たとえば被害者が死亡した場合または重大な心身傷害を受けたため出席できない場合に、被害者の代わりに法定代理人や親族が出席する場合がある。この場合の親族や法定代理人なども被害者の範囲に入るのか、すなわち被害者の家族ないし遺族を含めることによって実体刑法上の被害者概念を拡大する必要があるのだろうか。基本的には被害者はその害を受けた者に限られ、刑事訴訟制度において、前述の特別の場合に被害者の代わりに参加するものに過

ぎず、刑法上の被害者の範囲に含まれない。

それに対して、中国の学説では、被害者の範囲については、（1）直接的または間接的に被害を受けた自然人、法人及び非法人団体などの具体的なものから、国家権力、自然環境、社会秩序などの抽象的なものまで含む見解と、（2）実際に犯罪により身体的・精神的な損害を受けた自然人に限定する見解に分かれている。

前者の場合における自然人以外の法人や、国家権力、秩序などのものは「被害者」というより、「被害対象」と解するのが適切である。だとすれば、行為の主体となりうる「被害者」のみ落ち度のある行為を行うことができるだろう。したがって、被害者の落ち度という論点において、検討する「被害者」の範囲は、最狭義の被害者、たとえば殺人事件の死者、性犯罪の被害女性などの実際に犯罪により害を受けた者に限られている。

このことを前提として、被害者学のメンデルソン<sup>12</sup>は、被害者の挑発の有無、行為者の動機、行為者と被害者の人間関係などを基準にして、有責性<sup>13</sup>の程度に応じて次の5種類に分類することを提唱した<sup>14</sup>。

#### ①完全に有責性のない被害者

犯罪に対して全く積極的に関与していない、行為者のみの犯罪動機によって被害を受けている被害者のことである。犯罪場面の直前、またははじめの段階において、加害を誘発するような行動は全く示していない。さらに、被害者は加害者に対して反撃はおろか、抵抗、防衛、回避もほとんど不可能な状態で被害を受けた。たとえば秋葉原無差別殺傷事件で、赤信号を無視していた自動車が突入して青信号で横断中に跳ね飛ばされた死亡者、傷者を救助しようとし、背後から刺突された通行人・警察など、あるいは強盗の目的で凶器を使用した行為者に脅迫され、被害前に何等行為者の加害行為を誘発する行動がなかったのにもかかわらず、傷害を受けた被害者も含まれる。

#### ②有責性の少ない被害者

このような被害者は、犯罪において消極的に関

与している。犯罪場面の直前、あるいは初めの段階において、加害を誘発したとみなされる行動を示している。たとえば、被害者が侮辱などの行為により行為者に心理的な影響を与え敵意を誘発した場合がこれに該当する。

③同程度の有責性のある被害者

この場合の被害者は、自発的に積極的に犯罪行為に関与している。たとえば口論となって、互いに挑発し合った結果、傷害または殺害された被害者が含まれる。

④行為者より有責のある被害者

犯罪発生の直前において、被害者の示した行動が、行為者による加害を誘発した主要な要因となる場合である。たとえば、正当な理由なく行為者に対して殴打などの攻撃を加えた被害者が含まれる。

⑤もっとも有責性のある被害者

被害者は自己の目的などのために、行為者を攻撃したが、行為者の反撃行為が正当防衛となり、違法性が阻却されるような場合が含まれる。

メンデルソーンは以上のように、被害者を分類した上、行為者と被害者との有責性の相関関係を刑罰の観点から更に三群に分けている<sup>15</sup>。つまり、①第一群：有責性のない被害者。この場合は行為者に科せられる刑罰は減輕されない。②第二群：i 誘発的な被害者 ii 不注意による被害者 iii 自発的な被害者 iv 無知による被害者。このような場合には、被害者と行為者の両方に責任があり、行為者に科せられる刑罰は減輕される。③第三群：i 攻撃的な被害者 ii 欺瞞的な被害者 iii 想像的な被害者。この場合は、行為者の無実を証明できれば犯罪としない。

被害者学その分類を参照すれば、本論文で取り扱う「被害者の落ち度」はやはり第二群の被害者に限られている。すなわち、被害者が非難可能な行為をした場合に、行為者に対する刑罰にどのような影響を与えるのか。まず考えられるのは、行為者に対する刑罰を軽くすることだろう。この場合の「被害者の落ち度」が量刑事情となってい

ることは問題がない。

なぜ被害者の落ち度は量刑事由として考慮されるべきなのか。従来の量刑手続は、行為者の犯罪事実・性質・性格・態度などを考慮し刑罰を決定する行為であり、被害者のことを量刑過程に入れるのは、刑罰の本質に違反するのではないか。被害者側に落ち度ないし責めに帰すべき事情があることは、一般に、行為者の責任を軽減する情状であるといってよい。しかし、その内容・程度は、多種多様であり、被害者側の落ち度などといえるかどうか微妙な場合もある<sup>16</sup>。

被害者の落ち度といういい方について、酷い犯罪被害を受けた上、落ち度まで指摘されることは、被害者や遺族にとって耐えがたい苦痛であると反対されているのは、犯罪被害者は弱い立場に置かれているにもかかわらず、あえて落ち度があるという「非難」をすることはあまりに冷酷であると考えているからだろう<sup>17</sup>。そして、被害者の落ち度という概念は曖昧なものであることに加え、裁判官には犯罪によって損害を与えられた被害者の落ち度を指摘することへの躊躇があった。しかし、犯罪の誘因などについての研究が進歩していることから、被害者の落ち度を行為者の加害行為に与える影響として再認識する必要が生じている。日本の学説では、前述したように「落ち度」の意義が曖昧であることから、判決を作成する裁判官はもちろん、弁護人にとっても主張したいものであろう。ここで被害者の落ち度の定義が問題となる。具体的には、挑発・誘発・過失の競合などを含む、被害者側における非難可能な行為のことであろう。

これに対して、中国ではさまざまな見解があるが、類似する定義が多いといえる。たとえば、「被害者の落ち度とは、行為者の加害行為あるいは加害結果の発生と緊密なかわりのある、または行為者の刑事責任に相当な影響を与える被害者の故意または過失行為のことであり」<sup>18</sup>。許章潤は「被害者の落ち度は、被害者自身の理由でたとえば不注意、軽佻、誘惑、挑発、促進などの行為又は行為により被害の発生をもたらしたまたは促進

した場合、被害者が被害の発生に対するある程度の道義上または法律上の責任を負うべき非難のことである<sup>19</sup>と指摘した。または「被害者の落ち度とは、被害者が道徳または法律に反し、主観的に故意または過失により、行為者の犯罪意識を誘発した、または直接に犯罪を誘発した被害者における行為のことである<sup>20</sup>と定義する見解もある。

以上、「被害者」の範囲及び「落ち度」の概念に関する日中学説について扱ってきた。では、被害者の落ち度に含まれる行為とは何かということについて、以下では検討していきたい。

## 2. 落ち度の分類

前述したように、日本の裁判文においても、弁護士の主張においても、「落ち度」の取り扱いが慎重である。これに対して、中国の裁判では、堂々と使用しているといってもよい。

被害者の落ち度にはどのような行為が含まれるべきだろうか。前述の定義に含まれた行為だけなのか。まず注意しなければならないのは、被害者のすべての行為が落ち度といるのではないことである。犯罪の誘因となる、または犯罪の結果が主に被害者の行為により発生した場合と、被害者のその行動がなければ犯罪が起こらなかったであろうと考えられる行為に限られるとよい。長年にわたって虐待されていた妻が夫を殺害した場合、その夫の長期の暴力行為が犯罪の誘因となったと考えられる。または、被害者の先行行為により行為者が憤慨・興奮の状態に陥って加害行為を行った場合も被害者のその行為が犯罪を誘発したといえる。そして、被害者と行為者のどちらにも過失があって、その過失の競合により結果が発生した場合もある。これらの場合には、行為者はもちろん非難されるべきであるが、被害者の挑発、または過失行為がなければ結果が発生しなかったであろうと考えれば、行為者に対する非難可能性が減少することもある。行為者に対する刑罰を与えるとき、行為の危険性と一般予防・特別予防の必要性を両方考慮しなければならない。重い刑罰を与えるため、あえて被害者側の犯罪への寄与

を無視することは公正ではなく、行為者を重い刑事責任から逃すため、あえて被害者の落ち度を指摘することも不当であろう。やはり、被害者の行為がどの程度犯罪に寄与したのか、その行為に対して評価する必要があるのかを明確しなければならない。犯罪行為は一つの社会現象として、なぜ行為者がその行為を行ったのかについても考慮しなければならない。特に犯罪の誘因となった被害者に重大な落ち度があったとすれば、行為者をどれほど非難すべきであっても、その犯罪に至った経緯及び被害者の役割を考慮すべきであろう。

そして、被害者側の行為は主に、犯罪の誘因となる挑発誘発行為のほか、犯罪の重い結果に対する過失なども挙げられる。それぞれについて論じたい。

### A. 被害者における挑発・誘発行為

被害者側の挑発・誘発行為が量刑にどのように影響するかという点について、次の見解がある<sup>21</sup>。つまり、次のような事情が量刑に影響しているといつてよい。

- ①挑発・誘発行為の持つ反撃誘発可能性の大きさと行為者による反撃行為の強度・結果の重大性との相互関係。前者が小さければ挑発・誘発行為は量刑に影響しない前者が大きくても後者も大きければ、量刑要因としては考慮されない。
- ②挑発誘発行為が、一方的に被害者の責めに帰すべき事情・経過からなされたのか、それとも行為者側の先行行為が関係ないし影響して行われたものか、といった挑発・誘発行為のなされるに至った経緯。
- ③誘発された行為の衝動性ないし突発性。行為が計画的であれば重い責任の理由とされ、衝動的・突発的であれば有利に斟酌すべき事情とされる。
- ④挑発・誘発行為の累積性。これは、一般的に被告人に有利に斟酌すべき事情とされている。
- ⑤挑発・誘発行為を行った者と行為者との社会的人間関係。この事情の量刑への影響はあまり大きくないと思われる。
- ⑥行為者側の人格態度。被害者側が挑発的な言動



をしたことから殺害に及んだ結果であっても、動機に酌量の余地が乏しいとされることがある。しかし、中国の判例をよく見ると、このような場合でも動機酌量の余地があるといわざるを得ない。

犯罪は保護客体に対する一方的な侵害行為であるから、原則として被害者側の結果発生への関与が問題とされないのであるが、しかし、犯罪は社会現象の一つであるから被害者からの犯罪への関与は量刑に影響することもあり得る。それでは、なぜ量刑事情として、被害者の挑発・誘発行為を考慮してよいのか。それは犯罪の重さにどのような影響を与えるのか。またはその行為が行為者の有責性また違法性に影響を与えるのか。

その根拠を検討する前に、挑発・誘発行為にはどのような行為が含まれるかということについて論ずる必要がある。

まず検討していきたいのは過剰防衛である。急迫不正の侵害に対し、防衛するため防衛の程度を超えた反撃行為を行った場合のことである。日本刑法36条2項は、「防衛の程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、または免除することができる」と規定している。ここでいう「急迫不正の侵害」は、おそらく被害者からの侵害のことを指していると考えられる。この場合であれば、まず被害者からの不正侵害があり、行為者が防衛するため反撃を行ったが、その反撃行為は程度を超えていたとしても、その「被害者の急迫不正の侵害」が36条1項の「情状」にあたるだろう。過剰防衛で刑を軽くする根拠については主に違法性減少説と責任減少説が対立しており、学説の章で詳細に論じたい。

過剰防衛のほか、被害者の挑発による一般的な違法行為もある。急迫不正の侵害行為に対する防衛行為において程度を超えると過剰防衛となりその刑罰が減輕されうるが、行為者の急迫不正性のない以前の行為が誘因となり、犯罪を発生させる場合もある。たとえば、行為者が被害者に家庭内暴力を振るわれていたため、就寝中の被害者を殺害した事例（東京高裁平成6年2月2日判決）では、被害者が殺害された時点は暴力行為がなかつ

たが、普段の暴力行為が行為者の動機となり、殺害に至った。この類型の犯罪行為は、特に累積的な誘因行為とそれに対する反撃行為の大多数は過程の中で起きるということである<sup>22</sup>。その「家庭内性」<sup>23</sup>の事件において、被害者側に累積的誘因があった場合は「被害者側の落ち度」として指摘され、酌量事情とされる事案も少なくない<sup>24</sup>。

## B. 被害者の過失

過失犯は、行為者と被害者の相互行為によって生ずることが多く、その意味で、ある過失行為の遂行あるいは結果の発生に対し、被害者の行為が関与し、過失犯の成立に対して何らかの寄与をなす場合がしばしば存在しうる。そのような被害者の行為にいかなる意義が付与され、どのような評価がくわえられるかが問題となる<sup>25</sup>。従来、特に民事法において問題とされたのは、過失犯において被害者が、自らを意識的に危険にさらした場合、その被害者の危険な行為が過失行為者の可罰性に影響を及ぼすのではないかということである。それに対して、刑事法においては、被害者のその危険な行為（過失行為）が、行為者の刑罰を減輕できるのではないかということが問題となる。もし減輕事由となりうるならば、その根拠は何か。

過失は、注意義務違反を意味する。民事では、被害者の過失を理由として行為者の過失責任を否定することができるか、また被害者の過失に対する考慮は必要なのかについて、様々な議論がなされている。民事では過失相殺原則が働いたため、被害者側に過失があった場合には、その過失行為は必ず損害結果として評価されることから、行為者の責任を否定する、又は減輕することができることは問題がない。

それに対して、刑事においては被害者側の過失をどのように評価すればよいのか。まず刑事における被害者の過失は、行為者が一定の加害行為を行った時または行為後に、被害者側の故意または過失による不適切な行為が介在することによって、傷害や死亡などのような結果の発生が促進さ

れる場合のことである。このようなケースは、また被害者の過失の行為者の過失と競合して、犯罪の結果を発生させる場合（行為時）と、行為者の犯罪行為が終了後、被害者の過失により、元来の犯罪結果より重大な結果を発生させる場合（行為後）に分けられる。

本章では、主に被害者及びその落ち度に関する基本的な理論、範囲、分類について論じた。次に論じるべきことは、なぜ被害者の落ち度が量刑事由として考慮されるのかという点である。

### 3. 被害者の落ち度が量刑に影響すると解する学説

被害者の落ち度が量刑事由として考慮されうることに関する学説は、中国に比して、日本では数多く主張されている。以下に見る違法性減少説であれ、責任減少説であれ、被害者の落ち度を行為者に有利な量刑事情として考慮することに関して、説得的な根拠となり得るものである。これと比較してみれば、中国の学説は、日本とドイツの学説を参考にしているものの、未熟な部分も散見されるように思われる。次にそれぞれについて紹介したい。

#### (1) 日本の学説

まず、被害者側の挑発・誘発行為を量刑時に考慮すべき理由についての学説を検討する。

##### ①違法性減少説

ある犯罪行為の違法評価に際し、行為者の主観的能力を問題せず、客観的に法に反する行為を違法と認める客観的違法論が現在有力であるが、1930年に入ると、違法性と責任の結びつきはさらに進行してきた。この背景で、「主観的事情も違法性に影響するのではないか」という議論が強まり、故意などの主観的事情一般が違法要素であるとの主張が有力に主張された<sup>26</sup>。違法性は、法益侵害では説明しえず、行為者の人的事情、すなわち行為無価値<sup>27</sup>こそが違法性判断において重要であるとする人的違法論も有力化された。すると、

その行為者の「悪い内心」にかかわる事情がその違法性にも影響を与えるであろう。特に、被害者側の落ち度により、行為者が憤慨・興奮・怒りなどの状態に陥った場合、その「悪い動機」が生じた理由の一つは、被害者側の落ち度にあった場合に、一般人から見れば、被害者の落ち度のある行為は行為者の違法性の要素となりうると考えられる。

法益とは、刑法により保護すべきだと考えられる利益のことである。いかなる法益のどの程度の侵害を刑法上違法と解するかは、やはり、国民の規範的評価によって決定される。しかし、相手を挑発して自己への侵害を惹起してしまった被害者については、侵害を挑発したという限りで自ら法による保護を限定的にはあるが放棄したとみなしうるのではなからうか。挑発に通常見合う侵害について刑法は介入しておらず、その程度を超えれば刑法が介入することになる。その場合の違法の程度は挑発に通常対応する分が控除されることから、挑発がなかった場合に比べ減少する<sup>28</sup>。つまり、相手を挑発した被害者が行為者の侵害行為に同意しておらず、侵害行為を受けることを予測していないとはいえ、表面的には自分への侵害行為を教唆するような言動を取っているため、自身の法益を一部放棄したのと同様であろう。つまり、被害者自身には「自らの法益をみだりに危険にさらしてはいけない」という法益保持の義務を認め、その不履行に対しては不利益を甘受すべきであるという「自己責任」の一種にあたる。

しかし、注意しなければならないのはこの学説を認める前提が、被害者自身が十分な判断能力を有し、自由な意思決定ができる状況にあることである。なぜなら、被害者が未熟、または精神障害により十分な判断能力がない場合、合理的な判断ができないからである。判断能力を有しない被害者は行為者の脅迫や欺罔により瑕疵ある判断から落ち度ある行為をした場合にまで行為者の違法性の減少を認めるべきではない。すなわち、このような観点から要保護性の減少を認めることができるのは、①被害者が合理的な判断能力を有し②行

為者に対して急迫不正の侵害を行った③相手が当然に反発してくることが認識しているのに挑発・誘発行為をとった場合に限られているといえよう<sup>29</sup>。

被害者側の挑発・誘発に基づいて侵害を加えた結果、被害者が攻撃してきたために反撃したところ、それが過剰防衛となったという場合もありうる。過剰防衛とされると、情状により刑が減輕または免除され得る（刑法36条2項）。違法減少説により説明すれば、過剰防衛が完全には正当防衛の要件を満たさないとしても、単純な法益侵害行為とは異なり、不正な侵害に向けられた防衛行為ではある以上、違法性が減少していることが、刑の減免根拠になると解されている。

## ②責任減少説

責任主義は、当該行為が違法であっても、行為者の責任に帰しうる、非難しうるものでなければ、処罰し得ないという原則である。責任主義は、従来、応報刑論と本質的に結びつくものと説明されてきたが、近時、犯罪予防効果と責任主義の関連が議論されるようになってきている<sup>30</sup>。責任判断の対象は、行為者における故意・過失を中心とした主観的事情である。責任はその行為者ごとの個別的・主観的事情を基に判断しなければならないが、責任判断の基準は客観的でなければならない。その行為者を非難しうるか否か、どの程度非難しうるかに関しては、犯罪者本人を基準とする主観説と、一般人を基準とする客観説が対立している。責任評価の基準は、一般人を基準に判断せざるを得ないという見解が有力である<sup>31</sup>。責任主義は、犯罪の成否のみならず、量刑においても重要な原則となるという理解が、現在では一般的である<sup>32</sup>。量刑判断に当たっては、行為者の行為時の責任を基礎としたうえで、既定の刑罰予告と矛盾せず、また行刑の要請ともできる限り適合する刑罰量が求められなければならない<sup>33</sup>。

被害者等による挑発が行為事情の異常性を構成し、行為者に適法行為への反対動機形成を期待できない状況を生み出すことも考えられる。期待可

能性の理論は、行為の付随事情が異常であるため適法行為への反対動機形成が期待できない場合、法から見て責任非難できないから、責任を阻却するというものである。その程度によっては責任を減少させる場合も認められよう。挑発・誘発行為の突発性、反撃行為の衝動性と突発性は責任軽減事情であるというべきである<sup>34</sup>。被害者の落ち度のある行為により、行為者が恐怖・興奮などの状態に陥った場合、ある程度で行為者の期待可能性が減少することから、犯罪行為をしたとしても、その責任の程度が軽いものになると考えられる。

また、②で述べたように、過剰防衛においては違法性が減少するという見解があるが、被害者の挑発・誘発が原因となっている場合には、恐怖・興奮などの状態に陥ることがありうることから、そうした状況下では責任も減少していると解することができる。

## ③過失の競合説

次に、行為者と被害者の過失の競合により結果が発生した場合と、被害者側の過失により結果が重大になった場合に行行為者を量刑する際に考慮すべき理由についての学説を論ずる。

ここでいう過失の競合は、主に「行為時に行為者が認識しえなかった被害者の特殊な事情がすでに存在したため結果が発生した」場合と、「行為後に被害者による特殊な事情が介入した」場合を分けて検討していきたい<sup>35</sup>。前者の場合は、行為者の行為は一見したところ危険性の低い行為であるが、そのような重大な結果を実現したと評価できるのかという問題と、後者は当該結果が、実行行為から生じたのか、それとも被害者によって生じたのか、つまり実行行為の危険性が結果に現実化したといえるのかという問題となる<sup>36</sup>。

行為時に、行為者による結果発生危険性の低い行為が、重大な結果を実現したと評価できるかという問題について、客観説と主観説と折衷説が対立している。重大な結果を発生させた責任を負わせるには、行為の有する危険性の「射程内」の結果が発生した場合に限定される<sup>37</sup>。確かに、行

為者の行為からおよそ発生しそうな結果が生じた場合には帰責しえないが、条件関係が認定できる以上は、結果は客観的に帰属するといえる。しかし、行為時の被害者による事情の介在のため重大な結果が生じた場合には、被害者の行為またはその結果が生じたことへの行為者の予見可能性は責任の要素となり、行為時の行為者本人の認識した事実を一般人基準に判断することになる。

行為後に被害者側の事情が介在して結果が発生した場合、行為者の実行行為に結果を帰属せしめるか否かは、実行行為の危険性の大小、被害者の過失行為の異常性、被害者の過失行為の結果への寄与度を総合して判断すべきである<sup>38</sup>。行為の危険性の大小と結果との因果関係について、実行行為に存する危険性が大きければ、原則として因果関係が認定され、つまり、結果について責任を負う。一方、実行行為に存する危険性が小さければ、原則として因果関係が否定され、その行為本来の危険性に合わせて帰責されることになる。それ以外の場合は、被害者の過失の異常性と結果への寄与度により考慮すべきである<sup>39</sup>。被害者の行為が介在していても、その行為に刑事責任を問い得ないことを注意しなければならないが、介在行為により結果を重大化させたことも考慮されるべきである。確かに、被害者の介在行為が行為者の行為に誘発されたものである、または状況上全く考えられないとはいえないことから、行為者が認識し得る事情であるとも考えられるが、特に被害者が非常識又は著しく不相当である場合に、行為者への非難が低くなりうる。

たとえば、被害者の非常識な行動により、本来重大ではなかった傷が悪化して、全治まで通常の2倍の時間がかかったという事案のように（大判大正12年7月14日刑集2巻658頁）、本来の行為者側の行為の危険性はより小さいものであったはずであるのに、被害者の過失行為により重大な結果が発生した場合、行為者が重大な結果の発生まで予見できなかったが、上記した事案ではその結果と行為者の行為との因果関係が認められた。しかし、量刑が軽くなっているのは、行為者の本来の過失

が小さいからであって、被害者に過失があるからではない。つまり、その重大な結果が本来の行為者の意図するものではなく、被害者の行為によって発生している場合、本来の行為者の行為の危険性の軽さを考慮して量刑すれば、結果に比してより軽い刑罰になるように見えてくる。一方、行為者の行為の危険性が重大な場合には、たとえ被害者の行為が介在したとしても、その危険性に合わせ量刑の判断をしなければならないことになる。

## (2) 中国の学説

中国では、日本のようにそれぞれの落ち度の類型に対して異なる学説があるのではなく、学説の数自体も少なく、学説の内部にも混乱がみられる。

### ① 責任分担説

「分担」は、文字通りに「分け担う」ということを意味する。この学説によると、犯罪行為において、行為者がすべての責任を負担するのではなく、被害者の行為が、加害行為に何らかの原因を提供したり、重大な結果を惹起したりする場合に、被害者自身が加害行為に対して責任を有する。つまり、ある犯罪行為において、結果の発生に至った行為者と被害者はそれぞれの責任を分担し、もし被害者側に重大な過失がある場合、被害者がその責任を取るため、行為者に対する責任と刑罰が当然に減少する。

### ② 期待可能性減少説

行為者を非難するには、行為時に存在する具体的事情の下で行為者が違法行為ではなく、ほかの適法行為を行いうるであろうと期待しうる可能性がなければならないと考えられている。この理論は、刑法規範にしたがった動機付けの制御を困難ないし不可能とする行為事情があったことを理由として、責任の減少ないし阻却を認める考え方である<sup>40</sup>。そして、この理論はドイツにおける「暴れ馬事件判決」をきっかけに登場してきたとされている<sup>41</sup>。故意・過失が認められれば、通常は、

非難可能である。期待可能性論の犯罪論体系上の位置づけは、超法規的な責任阻却事由と考えられ、その期待可能性が不存在ならば、責任が否定され不処罰となる。

この学説によると、たとえば被害者の行為により、行為者が恐怖・興奮などの状態に陥って、攻撃行為をとったとしても、行為者が適法行為を行うことへの期待可能性が減少するため、それに対する非難可能性も減少し、刑罰も軽くなるとされる。本質から見れば、期待可能性減少説は、責任減少説とあまり変わらないのであろう。

### (3) 学説に関する考察

違法性減少説と責任減少説は、被害者の落ち度が、行為者の違法性または有責性に影響を与えることにより、刑罰を減輕する根拠として、成り立ち得る。しかし、どのように使い分けるのか疑問が残っている。つまり、どの場合に違法性減少説で説明し、どの場合に責任減少説で説明するかを明白にしなければならない。過剰防衛の場合は、違法性減少説と責任減少説が対立しているが、責任減少説を徹底すると、主観面で緊急状態に陥っていることが重要で、客観的に急迫不正の侵害が存在しなくても、主観的に存在すると信じた以上、刑の免除を認めうることになる。そして逆に、過剰な結果を積極的に意図したような場合には、責任の減少は認められないため、急迫不正の侵害が存在したとしても36条2項は適用されないことになる。ただ、36条2項の「情状」には、違法性に加えて責任に関する事情もかなり含まれる。急迫不正の侵害がなければ、過剰防衛にもならないという意味で、違法性の減少は過剰防衛にとって必須の説明原理ではあるが、刑の減免には責任の減少が大きく影響するのである<sup>42</sup>。

過失犯における責任は、主に結果回避義務と予見可能性の有無により判定される。予見可能性がなければ、当然に行為者を帰責できない。過失の競合説は被害者の落ち度より、行為者の本来の行為の危険性を合わせて量刑の判断をすると主張しているが、ここで問題となるのは、行為時に、被

害者の落ち度が行為者の過失行為に一切影響を与えないかということである。交通事故のような業務上過失致死罪に、典型的な過失の競合が多い事案としては、交通事故で被害者が信号無視して撥ねられて死亡した場合が挙げられる。行為者が「信頼の原則<sup>43</sup>」に基づき、被害者も交通ルールを守ってくれるだろうと信頼しているにも関わらず、被害者が信号を無視したという過失は、実際に行行為者の行為時の過失にも影響を与えるだろう。

責任分担説は、一見したところ日本の責任減少説と類似しているが、この学説の根本的な考え方は、被害者が自分の行為につき責任を取らなければならないことである。この主張によれば、行為者と被害者が犯罪行為の結果に対して、民事上の過失相殺のようにそれぞれ責任を分担しなければならないことになる。言い換えれば、刑事においても、民事のように過失相殺が働くことになる。

しかし、民事の過失相殺は、公平の理念に基づく損害の分担を意味する。行為結果の発生または拡大について被害者の落ち度が存在しているときは、その程度に応じて被害者にも損害を分担させるのが公平であるということである。公平の理念は、被害者の落ち度がとりわけ大きいときは、行為者の責任そのものを否定することも容認するであろう。少なくとも、その理念上は、被害者の落ち度は必要的に考慮するのが相当であるということになるのである。それに対して、刑事では、行為者の過失が結果の発生に原因を与えている以上、被害者の過失が大きいからといって、行為者の刑責がすべて免除されるということはない。本来法益侵害の面からする社会的非難は、応報的なものであるからである<sup>44</sup>。

民事責任とは異なり、刑事責任の本質は、社会（国家）の行為者に対する否定的な評価であるため、過失相殺原理が働くと、被害者が責任の一部を負担することになり、刑法の本質にも違反するといえよう。換言すれば、民事責任は行為者の被害者に対する責任であり、それに対して、刑事責任は行為者の社会に対する責任である<sup>45</sup>。刑事で

は、被害者の落ち度は、社会の行為者に対する結果の面からの非難、すなわち、行為者の道義的責任の程度を判断するための一つの資料となるに過ぎない。それによって、被害者に落ち度があると、それが法益侵害または結果に寄与している限度で、行為者に対する社会的非難の程度は軽減されうるといえるが、刑事において被害者の落ち度または過失の性質により酌量した結果に過ぎず、民事の過失相殺の適用ではないことに注意しなければならない<sup>46</sup>。要するに、被害者側に落ち度があった場合に行為者に対する刑罰が軽くなりうる根拠としては、被害者が責任を取るからではなく、やはり行為者自身における違法性、または責任減少などが減少するからである。そして、被害者の行為により行為者が適法行為を行う期待可能性が減少した場合には、刑罰を減輕する期待可能性減少説が妥当する。期待可能性から考慮すれば、行為者が被害者からの挑発を受け、恐怖や、憤慨の精神状態に陥ったことから、冷静に判断することは難しかったため、ほかの合法行為を行う可能性が低くなり、行為者に対する非難可能性も減少するだろう。非難可能性の低い行為者に対して刑罰を与えるとき、その挑発を受けた事実を否定せず、行為者に対する刑罰を取り下げることも可能である。

ただ、ここで検討しなければならないのは、期待可能性の基準の問題であろう。つまり、だれの基準にして判断すべきなのか。日本では、行為者基準説・一般人基準説・国家基準説が対立している。行為者基準説は、行為の際における具体的事情の下で、当該行為者がほかの適法行為をなしうる可能性を問題にしなければ、期待可能性を論じる意味がないと解する。それに対して、一般人基準説は、通常人が行為の際に行為者の地位にあったとして、ほかの適法行為をなしうる可能性の有無を論ずる。国家を基準とする学説は、国家の法秩序の具体的な要求により判断すべきと主張している。

前述した主要な学説が議論されてきたが、いずれも通説的見解として確立していない。行為者基

準説を採用すれば、行為時の行為者自身を基準とし、当該行為者が適法行為を実施することができなとすればその実施でさえ期待しなくなり、すなわち行為者をすべて許すことになり、法秩序が弛緩することになってしまう<sup>47</sup>。一般人基準説に立った場合、一般人にとっては期待可能のことが行為者にとって期待不可能であれば、期待可能性を論じる意味がなくなる。国家基準説は国家の法秩序の要求を基準とするが、国家の法秩序が要求するとしても、あまりに事実上の他行為可能性が低い場合には処罰すべきではないであろう。また、「法益の立場から、行為時の行為者の身体的及び心理的な状況を、一般人と比較した上、行為者に対してほかの適法行為をなしうる可能性を判断すべき」<sup>48</sup>という折衷説が強く主張されるようになった。期待可能性が存在する限り、期待可能性の減少は責任の減少にも影響を与える。ただし、過剰防衛について刑の減免の可能性が予定されていることも、緊急の事態のもとで正当防衛の要件を正確に守って行為することの困難さ、言い換えれば、期待可能性の減少が考慮されたものと理解することができる。注意すべきことは、これらの場合について、違法性の減少が前提となっていることであり、期待可能性の思想を根拠として責任の減少を認め得る場合として条文上類型化の可能なケースの多くは違法減少が前提となっている<sup>49</sup>。

#### 4. 小括

被害者の範囲は、本論文では直接に犯罪により被害を受ける者に限られている。犯罪という現象は、必ず犯罪者の事情により発生しなければならないわけでないことから、被害者側も犯罪に寄与することがある。被害者側のその犯罪への寄与をどう評価するかということによって、犯罪者の刑罰に何等かの影響があるであろう。

被害者の落ち度が量刑事由として成り立つ学説を考察した結果、場合により違う学説で説明することが重要であろう。日本では、違法性減少説と責任減少説が有力であり、それに対して、中国でやはり期待可能性減少説が責任分担説より支持さ

れている。日本の違法性減少説と責任減少説は中国で適用されることも可能であるのではないかと思われる。もちろん、適用場面により、異なる学説を使用しなければならない面倒そうなことになるが、その量刑事由を根拠づけることが重要である。

本章では、主に日中両国の学説について説明した。では、これらの学説は裁判に対して何らかの影響を与えているのだろうか。次章では、被害者の落ち度について、日中の裁判所がどのような判断を行ってきたのかについて検討していきたい。

## 二 判例の現状

### 1. 挑発・誘発に関する判例の考察

(1) 被害者側の挑発・誘発行為により、行為者の行為が過剰防衛と認められた判例

#### A 日本の判例

① 大阪地裁平成19年12月27日判決（判タ1268号89頁）

被害者Yは水漏れがするということで、住んでいるアパート1階にある共同便所用水の栓を閉めた。そのため、被告人Xはその共同便所を利用することができず、平成19年12月7日に、被害者と口論した後に、被害者Yに蹴られて転倒した。その後、被害者YはXに対して、なお蹴ったり踏んだりする暴行を続けた。被告人Xは身の危険を感じるとともに、Yの態度に憤慨し、自室に戻って果物ナイフ1本を手に持ち、Yの方に近づいたところ、YがXに飛び掛かってきた。そこで、被告人Xは一層Yの態度に憤慨するとともに自身を防衛するため、ナイフで被害者Yの腹部・胸部などを多数回突き刺したり切りつけたりして、重傷を負わせた事案である。

裁判所は、「被告人が果物ナイフで被害者を刺したり切りつけたりしたきっかけは、被害者が飛び掛かってきたことであり、つまり被害者から被告人に対する急迫不正の侵害は継続存在していたと認めるべきであるから、自己の身体に対する危害を避け、急迫不正の侵害に対応する意思で攻撃

に及んだものであることは明らかである。しかし、被告人の防衛行為の相当性について、凶器を持たない被害者に対し、刃物を用いていること複数回刺したり切りつけたりしたことなどからすれば、相当性を欠くことは明らかである」と認定した。

本判決において、被害者の暴行行為が被告人の行為を誘発したといえよう。だからこそ、判決文の量刑理由では、「被害者にもある程度の落ち度があること、計画的な犯行ではないこと…被告人にとって有利なあるいは酌量すべき事情もある」と述べられ、ここで被害者の落ち度が量刑事情として考慮されたことがわかる。即ち、被害者側の落ち度が被告人にとって有利な事情となりうる。

② 甲府地裁平成17年12月14日判決（裁判所ウェブサイト掲載）

被告人は、軽四貨物自動車を運転中、助手席に座っていた被害者と口論になり、立腹して被害者の顔面を手拳で数回殴打した。その後、被害者が果物ナイフでいきなり頸部付近を切りつけるなどしたことから、被害者からナイフを奪い取った後、なおも被害者が取り戻そうとしていたことから、自分の生命、身体を防衛するため被害者の胸部を1回突き刺し、死亡させた。

本件は緊迫した状況であっても、素手の被害者に対して相当強い力でその胸部を突き刺したという犯行は相当性の要件に欠けるものと言わざるを得ず、過剰防衛を認めた事案である。

裁判所は「被告人の本件犯行の直接的なきっかけは、被害者が果物ナイフでいきなり被告人の頸部付近を切りつけるなどしてきたことにはあるものの、被告人は、それに先立つ車内での口論の際、被害者の顔面を手拳で殴打しており、それが被害者の切り付け行為の呼び水になっていたものであって、本件犯行に至る経緯には被告人自身にも責任の一端があることは否定できない。しかしながら、被害者が果物ナイフで被告人の頸部付近をいきなり切りつけるなどしたことが本件の直接の契機となっており、その意味で被害者が本件犯

行を誘発した面が大きいのみならず、被告人の行為には前記の通り過剰防衛が成立すること、被害者を果物ナイフで突き刺した際の殺意も偶発的で未必的な殺意にとどまる・・・」と認めた上、被告人についての一切の諸事情を総合考慮し、懲役5年を言い渡した。

この事件においては、被害者の行為が事件のきっかけになっており、被告人の違法行為を誘発したものである。裁判所がこれを総合的に考慮したうえで判決を下したことも、被害者の利益を保護するとともに、公平の原則で被害者側の「落ち度」も量刑時に考慮し、被告人に懲罰を与えたことがわかる。

### ③ 東京地裁平成1年6月15日判決（裁判所ウェブサイト掲載）

被告人は同室の被害者と口論となり、Yに言い返されたうえ、顔面などを手拳で殴打され、一旦は何も言わず自分のベッドに腰を下ろしたものの、再び被害者から罵声を浴びせかけられ手拳で数回激しく殴打され、自分のベッドに仰向けに倒れこんだところを、その身体の上のしかかられ、さらに手拳で殴打する氣勢を示されるにおよび、憤激するとともに、被害者の急迫不正の侵害に対して、自己の生命及び身体を防衛するため、左手を伸ばして自己のベッドに置いてあったカバンの中から果物ナイフを取り出しYを突き刺し、殺害するに至らなかったが重傷を負わせた事案である。

裁判所は「被告人は被害者から細かなことで一方的に激しく殴打され、被告人自身も加療約一週間に及ぶ傷害を負わされるという目にあって、事故を防衛するため本件犯行に及んだものであって、過剰防衛行為と認められ、被害者側にも本件犯行を誘発する落ち度があったと考えられること、幸い殺害行為が未遂に終わり、被害者の傷も当初の予測より早く回復して退院していること・・・など被告人に有利な諸事情もまた認められるところである」と判断し、懲役2年を言い渡した。

本件は、前述の2事件と同様、被告人が被害者

からの加害をきっかけで、それを反撃した結果、被害者に重傷をいたった。ただし、判決文からわかるように、被害者の行為がなければ、被告人が反撃しなかったであろうという経緯が否定できない。被害者の挑発行為が被告人の行為の主要動機になるため、本件の結果に対しても一定の責任があるといえよう。

以上は、日本で被害者側の挑発・誘発行為により、行為者が反撃したが過剰防衛と認められた判例のいくつである。裁判文の量刑理由の部分から見れば、「被害者側にも犯行を誘発する落ち度」や「被害者が本件犯行を誘発した面」、「被害者にも或程度の落ち度」等の言葉が見られ、行為者に有利な情状として考慮されている。

## B 中国の判例

### ④ 上海市虹口区人民法院 1997年12月29日判決

1997年1月14日、被告人は上海市東新区周家渡において、ボートがぶつかったことから、被害者と喧嘩になった。翌日、被害者は他の友人を呼んで合計六人でボートを用いて被告人のところに駆けつけて復讐しようとした。六人で被告人を殴打し続け、軽傷を負わせた。被告人が脱出し、付近のボートに救助を求めようとしたところ、被害者が自分に向かっていることを見かけ、被害者からの暴行に対して防衛するため、1メートル程度の鉄棒を拾い被害者の頭部を強く叩いたことから、重傷を負わせた事案である。

裁判所は「被告人は自分が不法侵害をされるときに正当防衛ができる。しかし、本件では、被告人は凶器を用いて素手の被害者を殴打した結果被害者に重傷を負わせたことは適当な限度を超えたことは明らかである。しかし、本件のきっかけは被害者とその友人からの復讐としての殴打であり、被告人が被害者らからの暴力を防衛するために行なったことから、被害者側にかなり落ち度があったことも否定できず・・・」と判断したうえで、有期懲役1年を言い渡した。

本件では、裁判所は被告人の行為が過剰防衛に



該当したことを肯定し、被害者側の殴打や暴力がきっかけで被害者の落ち度を認定したうえで、被告人にかなり軽い刑罰を与えたことがわかる。特に、被害者側の落ち度が明らかな場合は、被害者の利益を保護するより、法律の正義性を保つことを重視している場合も多いと言わざるを得ない。

⑤ 河南省新野县人民法院2000年10月18日判決(2000)新刑初字第154号

2000年4月18日に、被害者は被告人が自分の靴を盗んだと疑い、棒を持ちながら、当時寝ていた被告人のところに詰問に行った。被害者は被告人を棒で打ち、そして棒を放置して被告人のベッドの上で、髪の毛を引っ張りながら、被告人をベッドから下ろしたうえ、その頭部を手拳で殴打した。急に殴打された被告人は果物ナイフを出し、「やめないと、殺すよ!」といった。Xは「お前がナイフを持っても怖くないよ!」といい、それに対して、被告人は「いい加減にしろ!」といったとたんに、被害者はそれを無視したうえ、被告人の頭部を殴り続けた。被告人は憤慨を抑えられず、ナイフで被害者の胸部を数回深く刺した結果、失血により死亡させた。

裁判所は「被告人は自分が不法侵害を受けた時、防衛の程度を超えると過剰防衛となる。本件では素手の被害者に対して、行為者がナイフで他人を傷害し、死亡させた行為は傷害罪になる。しかし、過剰防衛のため、減軽しなければならない。また被告人に自首と自白行為があり、減軽できる」と判断した上、有期懲役7年を言い渡した。

本件も過剰防衛で処罰を減軽された事件のひとつである。過剰防衛を判断するに当たっては、被告人と被害者との「手段」(たとえば、本件においては被害者が素手、被告人がナイフでの反抗)が、被告人の防衛が正当であるかどうかを判断することが多いであろう。ただ、加害行為において被害者の行為が犯罪の誘因の一つとなっても、被害者がより弱い地位に置かれ保護されるべきであるが、加害結果の誘因となるその被害者行為を量刑時にどのように判断されるのかは本論文の主旨

にかかわっていると考える。

⑥ 重慶市高级人民法院 2006年4月10日判決

2005年8月27日に被告人は被害者に、4元の代金で目的地まで送ってもらう協定をしたが、途中で、被害者に17元を求められ、被告人はそれを受け入れられなかったため、降りようとしたところ、被害者に17元を強要された。しかし、被告人は「100元の紙幣しかないので、おつりを用意してくれた後、100元紙幣を渡す」と要求したが、被害者はお釣りを出すことを拒否したうえ、立腹してベルトを外し、被告人を殴打し始めた。被告人は靴の中から果物ナイフを出し、その暴力行為の停止を求めた行為と、すべて無視された。被告人はナイフを被害者に向かって振り上げた結果、その頸部および胸部に刺さり、死亡させた。

二審の量刑理由には、「被害者が強要未遂の後、被告人に対して暴力を振った事実を無視できないが、被告人が手元のナイフで被害者に対して暴力行為の停止を求めたが、ベルトを使っていた被害者と比べると、被告人が凶器で被害者を死亡させた行為が防衛の程度を超えたことは明らかである。」と認定し、傷害罪で有期懲役3年6か月を言い渡した。

本件が判例⑤と異なるのは、事件の性質が過剰防衛同様であるにもかかわらず、最終判決の結果がより大きな差が生じていることである。これは、中国の裁判官が大きな自由裁量権を与えられているからである。過剰防衛のため、刑罰を減軽されなければならないが、どれほど減軽するのが、裁判官によるものである。

中国の判例においては、裁判文の量刑理由の部分では「被害者の落ち度」という言葉が直接に書かかれてはいないが、「被告人に対して暴力を振った事実」、「本件のきっかけは被害者とその友人からの殴打」といった表現が認められることから、量刑事由として考慮されているとよい。

次に、過剰防衛ではない場合について概観す

る。

- (2) 過剰防衛の要件としての「緊急不正の急迫性」がなく、ただ被害者の落ち度をきっかけとして、違法行為を行った判例

A 日本の判例

- ⑦ 東京高裁平成6年2月2日判決（判タ842号287頁）

大学卒業後、27年あまりの間、高等学校の教諭をしていた被告人は、前年の夏ころから自分の性的不能を母親のせいにして家財道具に当たり散らし、両親に暴言を吐くなどの家庭内暴力を繰り返してきた23歳の長男を、その就寝中に妻と共同し、包丁で突き刺して、失血により死亡させた。

第1審判決は被害者を一種の狂気、回復不能の状態であるとし、対人暴力に発展する事態も十二分に考えられたと認定したが、控訴審では否定された。しかし、控訴審は累積的誘因が本件の酌量事情とされ、被害者が23歳になっていたことから被害者側にもかなりの落ち度があったと認めたと述べながら、被告人につき実刑懲役4年と懲役3年（5年間執行猶予）の判決を言い渡した。

緊急不正の急迫性がなく、ただ被害者の行為が加害結果の累積的誘因として被害者の落ち度を認定した事案である。刑罰からみれば、それほど思い刑罰ではなかったことも、量刑時に被害者側の行為を考慮した上で下されたと考えられる。

- ⑧ 東京高裁平成6年9月12日判決（判時1545号113頁）

被告人は、被害者銀行側の送金手続きの誤りにより、自己の普通預金口座に、本来の送金額の一〇〇倍を超える5600万円が入金された際に、うち500万円について自分の正当な預金でないことを知りながら、現金自動支払機から前記500万円を引き出して窃取した。

裁判所は、被告人が犯行を思い立ったのは、銀行側の手違いで思いがけず大金が被告人の預金口座に振り込まれたからであって、被害者である銀行側に被告人の犯行を誘発する落ち度があったこ

とを否定できず、量刑上十分斟酌されなければならないと認定した上、窃盗罪で懲役1年4か月に処した。

本件においては被害者である銀行側が被告人の犯行を誘発したことが量刑上の斟酌事由の一つとして認定された。

これらの判例においては、「被害者に被告人の犯行を誘発する落ち度があったこと」や「被害者にもかなりの落ち度があった」等のことが量刑理由の部分で認められた上で、行為者に有利な情状として考慮されている。

B 中国の判例

- ⑨ 遼寧省錦州市中級人民法院1995年11月7日判決（1995）錦刑初字第100号

被告人Xと妻Yは、1993年からのYと第三者Zとの不倫行為により、婚姻関係が悪くなってきた。1995年6月14日深夜1時に、被告人Xは家に帰った時に、YとZがベッドに寝ていたのを発見し、Zに「とっとと帰れ」といったところ、Zが帰らずにYと喧嘩した。そのとき、被告人Xは果物ナイフを出し、Zの頸部に刺した後出かけようとしたところに、Yに引っ張られ、そして、Yの腹部にも1回刺した。結局、Yが重傷を負い、Zは出血により死亡した。被告人は逃亡したが、その後自首した。

裁判官は「被告人は故意により他人を死亡させ、および傷害させたが、被害者のYとZは不倫関係が発覚した時に本来反省または謝罪すべきなのに、被告人を引っ張ったうえで、被告人の行為を誘発したとはいえる。被告人が怒りを抑えることができず、殺人および傷害行為を実施した後、自首し、すべての犯罪行為を自白した。犯罪の起因として、被害者にも落ち度があるため、被告人が被害者により誘発されて憤慨した状況で殺人、傷害したことを考慮し、量刑において軽く処罰できる」と判断したうえ、殺人罪および傷害罪で有期徒刑19年を言い渡した。

本件は過剰防衛と異なり、被害者側に緊急不正の急迫性がなく、ただ被害者の行為が被告人の犯

行が起きたきっかけの一つである。この場合被害者側の行為により被告人が憤慨して犯行を起こした場合、被害者側の誘発行為を量刑事情として、併合罪で本件判決を下されたと考えられよう。

⑩ 河南省新鄭市中級人民法院1997年5月8日判決 (1997) 新刑初字第6号

被告人甲と乙は長い間被害者に万引きされたり、殴られたり、嘲弄されたことから、復讐しようとして、二人で共謀した上、被害者を鉄道まで誘って、その背後から石で被害者の頭部を殴打し意識を失わせた。そして、乙は髭剃りで被害者の頸部と手首を割り、失血により死亡させた事案である。

裁判所は被告人らが共謀した上他人を殺害した行為が殺人罪になると認めた。しかし、量刑理由に「被害者の長期いたずらで忍従できず、憤慨を抑えられなかった事実も否定できないため刑罰を減軽できる」と述べ、甲に有期懲役15年、乙に有期懲役12年の判断を決定した。

この事件において被害者の長期いたずら行為が被告人の犯行の累積要因となっている。裁判官がこれを考慮したうえで、刑罰を下したと考えられる。共謀犯罪で極めて悪質であっても、被害者側の累積的な行為を本件犯行のきっかけになっていることから、被告人にとっても有利或いは酌量すべき事情となる。

⑪ 陝西省高級人民法院 2001年4月10日判決

被告人Xは被害者Yと結婚してから15年間、家庭内暴力をふるわれ、虐待されていた。1997年10月17日に、Yは棒でXに暴力をふるって、Xはその棒を奪いとってYを倒し、Xの全身を殴打し続けて死亡させた。

人民法院は「被告人が棒で連続的に被害者の身体および頭部に暴行を加えたことにより、死亡させた行為に殺人罪が成立する。被害者を倒し抵抗能力を失わせた後、続けて侵害し、死亡させた後井戸に落とす行為は正当防衛にあたらぬ。しかし、被告人がまず殴打され、抵抗したことと、そ

の前で何年間も被害者に暴力をふるわれたり虐待されたりことを考慮し、被害者にも重大な落ち度があるため、刑罰を減軽できる」と判断したうえで、殺人罪で有期懲役6年を言い渡した。

家庭内暴力、特に長年の暴力を振るわれており、それを耐えられず犯行を起こした事件はめずらしくない。この場合の被告人は被害者よりも同情されることが多くみられる。本件の結果として有期懲役6年と前述事件の19年、あるいは15年と比較し、明らかに軽くなっていることがわかる。これは、中国の裁判においてこのような事件に対して、被害者側の重大な落ち度を十分考慮しているからであろう。

中国の判例においては、「被害者にも重大な落ち度があった」「被害者の長期のいたずらを忍従できず」「被害者に誘発された」等の表現によって、被害者の落ち度が被告人に対する量刑に有利に作用していることが看取される。

以上の日中の判例は、主に被害者側に落ち度があり、行為者がそれに誘発されて故意に犯罪を行った事案である。過失犯の場合はどうだろうか、次に検討することにした。

## 2. 過失の競合に関する判例の考察

### (1) 行為時に被害者の行為が介在する判例

#### A 日本の判例

⑫ 最決昭和63年5月11日 (刑集42巻5号807頁)

医師資格のない柔道整復師が被害者から風邪気味であるとの診察治療以来を受けて、熱が高くなれば雑菌を殺す効果があって風邪は治るとの誤った考えから、熱を上げること、水分や食事を控えること、締め切った部屋で布団をしっかりと掛け汗を出すことなどを指示し、被害者はこれを忠実に守り脱水症状に陥って危篤状態になり、間もなく気管支肺炎に起因する心不全により死亡に至った。

控訴審は、被告人の行為は、それ自体が被害者の病状を悪化させ、ひいては死亡の結果をも引き

起こしかねない危険性を有していたものであるから、医師の診察治療を受けることなく被告人だけに依存した被害者側にも落ち度があったことは否定できないとしても、被告人の行為と被害者の死亡との間には因果関係があるとして、被告人につき業務上過失致死罪の成立を肯定したが、上告審は量刑部分では「容易に専門医の治療を受けられる状況にありながら、これに頼ることなく医師でもない被告人に治療を求め、その指示のみに盲目的に従ってきた被害者やその家族の対応にも責められるべき点があったこと」指摘したにもかかわらず、控訴審の被告人に対する1年の判決を維持した。

この事件は、被告人と被害者の対応行為が競合で結果が発生し、被害者側の責められるべき行為が量刑理由で指摘された事案である。この場合、被告人の過失行為と被害者側の不適切な対応と競合し、本件の結果に至ったが、前述被害者側の挑発、誘発事案と比較して、被害者側の行為を責める点がきわめて少ない。しかし、結局最終的な結果に対して、被害者側の過失行為がその結果に一定の影響を与えていることから、これを量刑上の要素の一つとして考慮したものと解される。

⑬ 最決平成15年7月16日（刑集57巻7号950頁）

被告人ら数名が被害者に対し、公園において深夜約2時間、引き続きマンション居室において約45分間、断続的に激しい暴行を加えたところ、被害者がマンション居室から靴下は木のまま逃走し、約10分後極度の恐怖感から追跡から逃れるためマンションから約800m離れた高速道路に進入し、疾走してきた自動車に衝突され、はねられて死亡したという事案である。

1審判決では、被害者が高速道路に逃走した行動は突飛な行動であることを認め、被告人らの所為と被害者の死との因果関係を否定し、傷害罪に縮小認定したうえで、いずれの被告人に対しても執行猶予付きの懲役刑に処したが、2審で原判決を破棄して因果関係を肯定し、実刑に処した。最高裁は、被告側の上告を棄却した。2審では、「量

刑の理由」の中で、被告人らは「逃走した被害者をして、本件高速道路に進入することを余儀なくさせ・・・」とする指摘のみで、被害者の行為の特殊性には言及していない。最高裁も、「被害者が逃走しようとして高速道路に進入したことは、それ自体極めて危険な行為であるというほかないが、被害者は、被告人らから長時間激しくかつ執拗な暴行を受け、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、不当であったとはいえない」とするにとどまった。

以上の判例では、被害者側に突飛な行動があったにもかかわらず、最高裁は結果と行為者に行為との因果関係が認められた。被害者の落ち度が犯罪の成否に影響を与えているものではないが、量刑事由として言及している場合もあることから、一定の範囲で、行為の違法性ないしは有責性に影響を及ぼすものと理解している可能性もあると考えられる。

B 中国の判例

⑭ 重慶市第五中级人民法院（2009）渝五中法刑終字第228号

被告人はラーメン店経営者であり、被害者の父親との間に人間関係のトラブルがあったため、被害者は夫と被告人のラーメン店に行き、被告人と口論になった。被告人が湯沸かしポットを持ちながら被害者らに「出ていけ！」と要求したところ、被害者が急にやってきてそのポットを奪おうとした結果、熱湯が被害者の顔面、胸部にかかり、被害者はやけどの重傷を負った。

裁判所は「被告人が被害者と口論した際に、過失的に被害者に重傷を負わせた行為が明らかである。しかし、本件で熱湯がこぼれた理由の一つは、被害者が急に奪おうとした行為でもあることが否定できない。被告人の過失行為により結果の発生を生じさせたが、被害者の積極的な奪取行為

も本件の結果の発生にある程度を寄与したと言わざるを得ない」と判断したうえで、被告人に有期懲役1年6か月を言い渡した。

本件においても、裁判では被害者の結果の発生への積極的な寄与が認定された。特に、過失で重傷を負わせたにもかかわらず、1年6ヶ月の有期懲役しか罰されず、やはり被害者側の奪取行為が結果発生の一つの重要な理由であると考えたであろう。

⑮ 河南省焦作市人民法院2011年10月13日判決(2011)焦刑三終字第64号

友人の結婚式のため花火を車で運搬中の被害者が、花火が急に爆発したため、自己の車から飛びかけてきて、被告人の運転している過負荷の三輪自動貨物車に飛びかかり、当該自動車にはねられて死亡した事案である。

裁判所は「本件は被告人が過負荷の自動車を運転し、交通運輸管理法規に違反して、過負荷の自動車を運転したことにより、他人を死亡させた事案である。しかも被告人をはねた後逃走し、本事故の主要な責任を負わなければならない。しかし、本件の被害者が急に自己の運転していた車から飛びかかってくる行為も本件の発生に一定の落ち度があったことが否定できない。」と述べている。

中国の判例においては、日本の判例と比較するならば、「被害者の積極的な奪取行為」「被害者が本件の発生に一定の落ち度があった」等の文言から、被害者側の落ち度が、一定程度有効な減軽事情として機能しているということができらるう。

(2) 行為後に被害者の行為が介在する場合

A 日本の判例

⑯ 最高裁平成4年12月17日判決(刑集46巻9号683頁)

被告人は潜水指導者であり、指導補助者3名を指揮しながら、被害者を含む6名の受講者に夜間潜水

の講習指導を実施していた中、後方を確認していないまま移動したことから、補助者1名と受講生6名がついてきていないのに気づくのが遅れ、はぐれた指導補助者は水中移動を指示し、これに従った初心者である被害者が海中で空気を使い果たして溺死した事案である。

1審判決は、被告人には不用意に受講生のそばを離れて見失った過失があると認定したうえで、水中移動を指示した指導補助者や被害者自身の過失が介在していることも認めた。量刑事情には「被害者自身の過失も重なることによって生じたものであり、被告人が受講生らから離れ見失ったことに気づいて引き返すまでの距離や時間が僅かであったことを考えると、多分に不運な面が存することを否定できない」と述べ、被告人に罰金15万円に処した。

本件においては、被害者の死亡結果は被告人の見失う行為によって生じたものであるが、被害者自身の過失も重なっていることから、本件のような重い結果に至った。裁判官も量刑時に被害者自身の過失を認定しながら被告人の行為を判断した上、比較的寛大な刑罰を言い渡した。この件からみれば、被害者自身の過失と被告人の過失と競合して結果をもたらした場合、被害者のその過失も量刑の理由の一つとして判断されることがわかった。

⑰ 最決平成16年2月17日(刑集58巻2巻169頁)

被告人は、数名と共謀の上、深夜、飲食店街の路上で、被害者に対し、その頭部をビール瓶で殴打したり、足蹴にしたりするなどの暴行を加えたうえで、共犯者の1名が底の割れたビール瓶で被害者の後頭部などを突き刺すなどし、同人に左後頭部刺創による左後頭部血管損傷などの傷害を負わせた。被害者は受傷後直ちに知人の運転する車で病院に赴いて受診し、翌日未明までに止血のための緊急手術を受け、術後、いったんは容体が安定し、担当医は加療期間について、良好に経過すれば約3週間との見通しを持った。しかし、その日のうちに、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、それが原因で容体が悪化してほかの病院に転院したが、事件の5日後に上記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という事件である。

裁判所は被告人らの行為により被害者の受けた傷害は、それ自体死亡の結果をもたらす身体損傷である。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を減殺した可能性があることも否定できないとしても、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認定し、被告人に対して懲役10年及び罰金10万円を言い渡した。

本件においても被告人らの暴行と被害者の死亡との因果関係が認定されているが、裁判においては被害者側の不適切な行為が考慮されたことが明らかであろう。

先ほど述べたように、日本判例<sup>⑫⑬⑯⑰</sup>では、被害者側の行動が行為者に対して予見しにくい行動といってもよいにもかかわらず、裁判所が結果の発生と行為者の行動との因果関係を積極的に認めている。すると、結果的加重犯が成立するため、本来の犯罪行為（基本犯）より重く処罰されることになるが、他方では、被害者の過失が介在せずにその結果に至った行為と比較して、軽く処罰されたという可能性も否定できない。つまり、その結果の発生まで行為者に帰責する際に、被害者側の行動も考慮されているのではないと思われる。

## B 中国の判例

⑱ 河南省開封市鼓楼区人民法院2011年5月5日判決（2011）鼓刑初字第021号

被告人らはマルチ商法販売の経営者であり、被害者をその会社に入れようとしたが、被害者が拒絶したことから、会社のある部屋に監禁した。その後、被害者が窓を開けて逃走しようとしたが、5階から墜落した結果死亡したという事案である。

裁判所は被告人らの行為を監禁罪と認定した上、被害者の逃走行為もその監禁行為から予測で

きる行為であり、被告人の行為と被害者の死亡結果との因果関係を認めた。弁護側の「被害者の死亡原因となった逃走方法があまりに不当である…」と指摘したが、結局裁判所に認められなかったため、被告人が監禁罪で有期徒刑6年を言い渡された。

本件において、被告人の弁護士側が主張した「被害者の死亡がその逃走方法が不当である」との被害者側の落ち度が結局裁判所に認められなかったが、実際の刑罰から見れば、有期徒刑6年が実際に法定刑を下回っている<sup>50</sup>ため、被害者側の不当な行動を量刑時に考慮したと考えられる。

中国の判例も日本と同様、被害者の行動が突飛であるかということを判断する際に、被害者の行為が行為者の行為によるものである限り、結果と行為者の行為との因果関係が認められる事案がほとんどである。しかし、判例<sup>⑲</sup>のように、ここで注意しなければならないのは、被害者の行動が「死」という結果をもたらしたが、監禁の過程で行為者が被害者に暴力を振って死亡させた<sup>51</sup>という被害者の「死」の結果と比較すれば、被害者自身の行動による「死」の結果のほうが、行為者に対する刑罰が軽くなる可能性が高いのではないかといえよう。

## 3. 小括

日本の裁判例では、被害者の落ち度を認めても減軽事由にならない場合も見られる。被害者側の突飛な行動によって重大な結果が発生した場合に、行為者の刑を減軽しないことは本当に妥当といえるのだろうか。中国の裁判実務では、正面から被害者の落ち度を指摘し、それを積極的に行為者の有利な情状として取り扱っているといってもよいであろう。日本の裁判では量刑理由について詳細に述べることは通常行われるが、中国では量刑理由についてまだ詳細な検討はまだ行われていない。

もちろん、過失競合の判例を見れば、被害者の行動が行為者の違法な行為によりもたらされたため、予見が多少困難であっても、最終的には因果

関係が認められているのが日中の共通点といえよう。因果関係を認めるというのは、行為者が全ての結果まで帰責されることになるが、前述したように、被害者の行為による結果と行為者の行為による結果と比較し、同じ結果であっても、被害者の行動による結果のほうが、行為者に対する刑罰を与える時には、考慮できるところが残っているといわざるを得ない。被害者側の落ち度が量刑に影響するのは、単に刑事政策的理由によるのではなく、犯罪の実質に影響を与えているからである。

### 三 被害者の落ち度を量刑事情として法定化する構想

#### 1. 中国において被害者の落ち度を量刑事由として法定化する意義

##### (1) 死刑の抑制的適用

現在の中国における死刑の適用数は世界一といっても過言ではない。具体的な数字は公開されていないが、毎年犯罪率と死刑の判決率から推測すればかなりの数に上ることが推察される。中国では、学者も殺人罪で死刑が下された比率が高いと指摘している<sup>52</sup>。

中国における特色の死刑制度は死刑2年執行猶予制度が設けられていることであろう。この執行猶予の2年間に、犯人が故意犯罪を起こさなければ、死刑を回避することが可能である。つまり、中国における「死刑」と「死刑の2年執行猶予」とは、命の生死に関わる別のものといってもよい。判例から見れば、一審で死刑即行とされた犯人は、二審で、被害者側の落ち度が認められ、それを有利な情状として死刑執行猶予になる事案も珍しくない<sup>53</sup>。

##### (2) 刑罰のバランス

相対的応報刑論の観点から、被害者に落ち度がある場合に、被告人の責任、社会に対する危険性などが相対的に減少することにより、より軽い刑罰が望ましいといえよう。

しかし、刑罰のバランスというものは、そのような簡単に実現できないのだろう。全般的に詳細に調べて総合的にバランスをとるときは、当然あらゆる要素が考慮に入れられ、あらゆる要素が相互に関係し、作用を及ぼしている。あらゆる要素というのは勿論犯罪者の責任および刑罰に関わる要素（行為者側と被害者側）でなければならず、それらの要素をそれぞれ列挙し、比較しながら行為者に対する最終の宣告刑を決定することは有効であろう。

そして、一点のみを強調して、そのほかの事情を顧みないやり方は避けなければならない。たとえば、劉加奎案<sup>54</sup>（一審：襄樊市中级人民法院二審：湖北省高级人民法院）において、一審は死刑執行猶予にされたが、その二審では執行猶予のつかない死刑にされた。最高人民法院の審理ではまた死刑執行猶予に変更された。二審は、行為者が復讐するため残忍な手段（肉切りナイフで数回突き刺した）で他人を殺害した行為は社会に対してきわめて危険であるという理由で死刑判決を下したが、最高法院は、行為者の危険行為を認めたくえで、本件のきっかけとなった被害者の挑発および普通の行為者との人間関係のトラブルも考慮した上、死刑の執行猶予という判断を下した。法院によれば、事件に対する考え方の重心が異なるため、行為者に対する判決も変わる。従って、中国における一点のみ強調の量刑は実務で避けなければならない、行為者を裁くためといってもその人の罪責と犯罪に至った各情状を考えながら裁量しなければならない。

中国のように人口の多い社会では、毎日数えきれないほど多くの事件が起きており、被害者の行為をきっかけに起きる事件数は少なくないと思われる。特に社会内部にさまざまな格差や潜在的な問題が隠れており、人間関係、社会感情などの事情は一層深刻になっているといえよう。また、中国刑法では、主犯は重く、従犯は軽く処罰することを規定している。甲と乙がともに窃盗を働き、甲が主犯で乙が従犯という場合、甲が重い罰に乙が軽い罰に処されることになるが、それは一面的

な見方であり、さまざまな情状を詳細に調べて、総合的にバランスを取るべきである。被害者の落ち度も情状の一つといえよう。

前述したように、刑罰は国家から犯罪者に対する否定的な評価である。その目的はやはり犯罪への制裁と予防にあると考えられる。しかし、一方、犯罪という社会現象の発生は、行為者にかかわる事情により起きるのは一般的であるが、行為者と被害者との関係の不調和により起きることも考えられるであろう。

### (3) 裁判官の自由裁量権の制限

中国刑法には、法定刑の幅が広いことから、裁判官に自由裁量権が広く認められるという問題がある。このような現状で、裁判官は、刑の量を公正に行うため、被害者が具体的な犯罪の中で、受動的に役割を演じたのか、それとも積極的に参加したのか（たとえば、挑発、誘発の行動）という点に注意すべきである。しかし、裁判官には自由裁量権があるので、特に被害者の落ち度がきわめて重大であり行為者の刑罰に重大な影響を与えており、<sup>55</sup>それを考慮すべきであるにもかかわらず、その裁判官の個人的感情、国民世論などの要素により落ち度を考慮しないこともあるだろう<sup>56</sup>。

最初に述べたように、中国において、被害者の落ち度はあくまで酌量事情に過ぎない。そして、この酌量事情は刑法の条文に規定されておらず、裁判所も被害者の落ち度を重視するまでには至っていないといわざるを得ない。

現状では、被害者の落ち度を考慮するか否かは主に裁判官に任せられる。しかし、被害者の落ち度を刑の減輕事由にすることを法定化しなければ、考慮されるべき被害者の落ち度が無視されることもあるだろう。法定化すれば、量刑に影響する被害者の落ち度がある限り、それを考慮しなければならないので、裁判官の自由裁量権を一定程度で制限し、自由裁量権の濫用も防ぐことができるだろう。

## 2. 法定化の可能性についての検討

### (1) 現在中国において、被害者の落ち度が量刑事情として酌量されている規定

被害者側の落ち度のある行為について、法定量刑事由となっているのは、まず過剰防衛の規定である。中国刑法20条では、「正当防衛<sup>57</sup>が明らかに程度を超えた場合に、責任を負わなければならない。しかし、その刑罰を減輕しなければならない」とされ、法定量刑事由として明記されている。

そして、過剰防衛のような条文ではなく、中国の最高人民法院による被害者の落ち度を量刑事情として重視する司法解釈もある<sup>58</sup>。すなわち、「婚姻家庭・隣人などの間における人間関係のトラブルの激化による殺人・傷害などの犯罪が起きた場合に、慎重に死刑を適用すべき。被害者側に明らかな落ち度がある、または人間関係のトラブルに対して直接な責任がある場合に、一般的に死刑を回避する。」<sup>59</sup>

そして、最高人民法院は2009年に「人民法院量刑指導意見（試行）」という意見文書を公布し、その中の第2章の傷害罪に関する規定では、被害者の落ち度が量刑を軽くする事由として認められた<sup>60</sup>。しかし、傷害罪のほかに、被害者の落ち度を考慮するものはなかったようである。

中国において、被害者側の落ち度を司法解釈で言及したのは、以上のとおりである。中国だけでなく、他の国で条文であれ、量刑ガイドであれ、さまざまな形式で被害者側の事情を量刑時に考慮しているようであり、以下で少し触れることにしたい。

### (2) 諸外国の関連規定

量刑という裁判手続が公正に行われるために世界各国において、さまざまな努力がされているという。中国は量刑に関する規定や経験がまだ少なく、自国の社会状況も複雑であることから、量刑に対する努力が十分でないといえよう。しかし、他国の状況に参照すると、より公正な刑罰を与えるため、量刑情状を明文で規定したり、または量



刑ガイドラインのような規則を作り出したりするようなものが数少なくない。次で量刑ガイドまたは刑法上明文のある国の状況を紹介したい。

① ロシア刑法（1997）<sup>61</sup>は、行為者に対する刑罰を軽くする情状に関して、行為者側の事情のほか、被害者側の事情もいくつか規定している。

刑法61条 次の場合に刑を減輕する。

1. 刑を減輕する情状は、
  - a) 初犯
  - b) 行為者が未成年者の場合、
  - c) 行為者が妊娠している場合、
  - d) 行為者は幼児がある場合、
  - e) 生活の窮迫または同情すべき状況の下で犯罪を実施した場合、
  - f) 身体および心理的に脅迫を受けた場合、
  - g) 正当防衛・緊急避難・合理のリスクまたは命令の執行などの合法要件に違反し、犯罪を行った場合、
  - h) 被害者の非法行為または道徳的に批判されるべき行為により、犯罪を行った場合  
(後略)

上述した規定からみれば、h) は被害者側の事情であり、被害者側に「非法行為」または「道徳的に批判されるべき」行為があった場合に、行為者に対する刑罰が減輕されうる。たとえば、被害者側の挑発ないし誘発行為、または社会道徳に非難されるべき行為があった場合が、これに該当すると解される。

② スイス刑法（1937）<sup>62</sup>も、刑罰の減輕事由の1つとして、被害者の態度を考慮することを規定している。

第48条 裁判所は、次の場合に刑を減輕する。

- a 行為者が、
  1. 尊重に値する動機により、
  2. 著しい困窮状態において、

3. 重大な脅迫の印象の下で、

4. 自己の服従すべき者もしくは自己の依存する者の誘発により、行為したとき、

b 行為者が被侵害者の態度により誘惑されたとき

c 行為者がやむを得ない激しい興奮状態において、もしくは大きな精神的負担の下で行動したとき  
(後略)

スイス刑法は、被害者側の事情を量刑減輕事由にしておらず、行為者が被害者の態度により誘惑された、または激しい興奮状態で行動した場合に、減輕できるというような規定であり、被害者の態度により犯罪を行った行為者に対する刑罰を軽くできると解される。この条文は主に行為者側の事情をめぐり、量刑判断を下すが、被害者側の事情も間接的に考慮しているといえよう。

③ アメリカ合衆国においては、1984年に量刑委員会により、連邦量刑ガイドライン<sup>63</sup>が制定された。このガイドラインは法律でなく、裁判官が量刑を行う際に参照できる指針に過ぎないが、量刑判断に詳細な基準を提供している。

#### § 5K2.10

行為者の減輕事由となる事情を規定している。つまり、被害者の違法な行為により、行為者の犯罪行為を著しく挑発した場合には、裁判所はこの犯罪の性質と情状を反映させるため、法定刑の下限の以下で量刑できる。ある減輕行為の正当性、減輕の幅を決める際に、裁判所が以下のことを考慮すべきである。

- i. 行為者と比較した被害者の体型、力およびほかの物理的な性格など
- ii. 被害者の行為、被告人が衝突を避けるための努力
- iii. 被害者の暴行に対する世評を含む、行為者によって合理的に感知された危険性
- iv. 被告人に対する被害者の現実的な危険性
- v. 現在の危険性にさらに悪影響をもたらす被害

者による相関的な行為

- vi. 被害者の挑発に対する行為者の反応の程度と合理性…  
(後略)

ここでは、被害者側の事情も広範囲にわたって量刑事情として考慮されている。行為者が被害者の挑発を受けることはもちろん、行為者と被害者との体型や力などの相対的な人的要因も量刑時に考慮されるべき要素となっている。

④ イギリス（イングランド及びウェールズ）も、アメリカ合衆国と同様に、2003年に量刑ガイドラインを導入し<sup>64</sup>、裁判官に行為者の行為を評価する際の（非拘束的な）指針を提供した<sup>65</sup>。その一部である「最も重要な原則としての『犯罪の重さ（seriousness of crime）』について」<sup>66</sup>の中で、次のような項目を設けた。

D 有責性および害悪の判定  
(前略)

ii 犯情を軽減する要素

1.24 犯人の有責性が特に低い、又は犯罪によって引き起こされた害悪が通常よりも軽微であることを示す要素がある。

1.25 より軽い有責性を示す要素：

- 通常予想されるよりも強い程度の挑発があったこと
- 精神的な疾病または障害があること
- 若年または高齢で、それが被告人個人の責任に影響すること
- 犯人が当該犯罪において周延的な役割しか担当していないという事実

イギリスの量刑ガイドラインは、行為者の「有責性」(culpability)が通常よりも軽微であることを示す要素として、一定程度以上の挑発を受けたことを、行為者の精神状態・年齢・役割の周延性とともに掲げている。なお、2005年に発表された「挑発を理由とする故殺に関するガイドライ

ン」<sup>67</sup>では、考慮すべき諸事情がさらに詳細に規定されている。

以上、刑法またはガイドラインにおいて、行為者の事情だけでなく、被害者側の事情特に落ち度のような事情があった場合に、行為者に対する刑罰を軽減できる規定の実例を概観した。これらの条文またはガイドラインを参照すると、犯行に際しての被害者側の事情も相当程度、行為者の刑事責任に影響を与えるものとして位置づけられている。

中国では量刑指導意見や司法解釈のような量刑基準化の活動が近年なされるようになったが、他国と比較して、未だに発展途上にあると言わざるを得ない。日本ではこのような量刑に関する刑法上の規定ないし公的なガイドラインは存在しないものの、量刑に関する議論は中国より進展していることから、他国の経験とともに、日本の学説あるいは実務の動向は中国にとって参照すべき点が多いように思われる。

3. 法定化に対する展望

では、中国においては、量刑事情としての被害者の落ち度をどのように法定化するのが適切であろうか。あるいは、ガイドラインの形で制定すべきか。

近年、中国ではさまざまな法律が改正され、経済の発展とともに社会問題の複雑化が深刻になってきたため、古い法律ではそれらの問題に対処できなくなっている。刑法が10年間で8回も一部改正されているのは、社会における犯罪の多様化に対応するためといえよう。最高人民法院の前述した司法解釈が中国農村の特別状況にあわせて公布されたように、刑法条文で被害者側の事情を法定化することが一つの可能性として考慮に値する。特に犯罪という社会現象における行為者と被害者との間には様々なつながりがあり、被害者側の態度は犯罪の誘因となることもあり得るため、被害者側の事情も行為者の責任を認定する際の一つの重要な資料となりうる。もちろん、指導意見のよう

に、罪名ごとに被害者の落ち度を軽くする事情として確立することができるが、罪名が多いため各罪名に被害者の落ち度に関する条文を付するのは現実的ではなく、全ての犯罪に被害者が存在するわけではないことから、不可能のところもあるであろう。よって、中国刑法の総則に、特に61条には「被害者側の事情」のような規定を設けることが望ましい。それが困難な場合には、少なくとも同条にいう「情状」について、「被害者の事情」も含むように解釈することが重要である。

具体的には、行為者に刑罰を科す際に考慮すべき被害者側の事情は、以下のように法律上規定しておくべきではないか。もちろん、行為者の行為に対する評価が問題となっている以上、被害者側のあらゆる事情を考慮することは適切とは言えない。しかし、行為者の行動に著しい影響を与える場合であれば、行為者に対する刑罰にも相当な影響が生じる可能性があるため、拘束力のないガイドラインとしてよりも、刑法典において規定しておくほうがより公正な量刑が実現できるのではないだろうか。たとえば、次のような内容（いずれか一つまたは複数）を減輕事情として規定することが考えられる。

- ① 行為時またはその直前に被害者の態度又はその挑発により行為者が犯罪を行った場合
- ② 日常的に被害者側からの心理的な圧力又は身体的暴力があったために行為者が犯罪を行った場合
- ③ 行為時に被害者の過失が存在したことにより被害が拡大した場合
- ④ 行為後に被害者の過失が介在したことにより被害が拡大した場合

ここでは、日本の学説を検討しながら、他国の関連規定にも参照したうえで、中国で「被害者の落ち度」という被害者側の事情を量刑事情として法定化することについて展望した。現在の中国では、社会内部の問題の複雑さにより犯罪の発生率も高くなりつつあるが、犯罪を処罰する際に裁判

官の主観的で恣意的な判断を極力排除するためには、量刑事情を予め明記することは重要であろう。

## おわりに

本論文では、はじめに被害者の落ち度の量刑における位置づけを論じ、その後中国の量刑制度を簡単に紹介した。そして、第1章と第2章で、被害者の落ち度の法的性格に関する理論を整理し、日中比較を通して、その内容を分析した。中国でとりわけ説得力のある期待可能性説も、そもそも日本（およびドイツ）の影響を受けたものであるが、日本の責任減少説と本質上異ならないと思われることから、日本の違法減少説と責任減少説の、中国での適用可能性を検討した。第3章において、主に裁判例の現状を考察し、被害者の落ち度が刑事裁判ではどのように取り扱われているかについて論じた。日中の判例では、程度の差はあるが、量刑理由の部分に被害者の落ち度を言及することが珍しくないことが明らかとなった。最後に、立法論として中国で被害者の落ち度を法定化することについて展望した。

量刑判断は簡単に一つの要素で行うものではない。どの国でも、社会の安定を保つための法律を適用する際には、公正さが要求される。量刑もそうである。2010年中国で〈量刑指導意見〉の試行により、典型的な15種類の犯罪について量刑の基準が決まり、全国の各級人民法院で頻繁に使われているという。この中で被害者の落ち度のような被害者側の事情も言及されており、一部の規定にすぎないが、今後の量刑に被害者側の要素が考慮されることを期待できるのではないか。そして、量刑事情としての被害者側の落ち度を更に広い犯罪類型についてまで法定化することも不可能ではないだろう。

犯罪者を裁く際にも、公正に刑罰を与えなければならない。刑罰は応報と予防とを併せて考慮しなければならない。この中で、特に応報に関係する要素としての被害者にかかわる事情が量刑に影響

があることは考えられる。従来、行為者側の事情についての議論が多かったが、被害者側に落ち度がある場合に、その落ち度が行為者の行為の違法性又は有責性を減少させる可能性があるため、本論文は、この点に着目した。しかし、被害者側の落ち度に関する研究が、中国はもちろん、日本でもきわめて活発であるという状況にはないため、議論を一層深化させ発展させていくことが今後の課題である。そして、裁判実務において、被害者側の事情を明確化し、量刑判断の一つとして確立する必要がある。学説における議論も、実務において参考とされる必要があり、理論と実務の協同が今後の課題となるだろう。

### 参考文献

- 横田信一「被害者と量刑」『量刑実務大系2犯情等に関する諸問題』（判例タイムズ社，2011）3頁
- 長井圓「中国刑法における刑罰の体系と量定—何秉松編著・刑法教科書」神奈川法学34巻2号（神奈川大学，2001）
- 山岡一信「被害者の有罪性」宮沢浩一編著『犯罪と被害者』（成文堂，第一巻、昭和46年）
- 張明楷「責任主義と量刑原理—以点的理論為中心」＜法学研究＞2010年第5期
- 原田國男「量刑理論と量刑実務」小林充佐藤文哉先生古稀祝賀『刑事裁判論集（上巻）』（判例タイムズ社，2006）
- 齊藤誠二「刑罰の正当性の根拠をめぐって」宮沢浩一先生古稀祝賀論文集第二巻『刑法理論の現代的展開』（成文堂，2000）
- 西田典之ほか『注釈刑法』（有斐閣，第1巻，平成22年）55頁以下
- 三井誠ほか『刑事法辞典』（信山社，2003）
- 川端博『刑法総論25講』（青林書院，1990）
- 曾根威彦「被害者側にも落ち度が認められた場合について因果関係が肯定された事例」判例評論360号53頁
- 内田文昭「被害者側にも落ち度が介在した場合の因果関係」ジュリスト昭和63年重要判例解説141頁
- 臼木豊「被害者側の落ち度が介在した場合につき因果関係が認められた事例」警察研究61巻1号48頁
- 林陽一「被害者側の療養方法の過誤が介在した場合の因果関係」法学教室97号（1988）84頁
- 奥村正雄「被害者側の落ち度が介在した場合の過失犯の因果関係」同志社法学42巻5号104頁
- 齊藤豊治「刑罰論と被害者」刑事弁護45号（2006）149頁
- 新倉修「刑法の課題としての被害者」宮澤浩一先生古稀祝賀『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第一巻・犯罪被害者論の新動向』（成文堂，2000）
- 孫国祥『刑法学』科学出版社，2005
- 齊文遠・魏漢涛「論被害人過錯影響定罪量刑的根拠」西南政法大学學報 2008年第1期54頁
- 高維儉「試論刑法中的被害人過錯制度」現代法学 2005年第3期23頁
- 陳旭文「西方国家被害人過錯制度」江南大學學報人文社会科学版 2004年第1期33頁
- 熊雲武「關於被害人過錯的法理探析」湖南公安高等專科學校學報 2007年第19卷第5期76頁
- 李立衆・劉代華「期待可能性理論研究」中外法学 1999年第1期51頁
- 姜偉「期待可能性理論評說」法律科学 1999年第1期26頁
- 丁銀舟・鄭鶴瑜「期待可能性理論与我国犯罪構成理論的完善」法商研究 1997年第4期40頁
- 齊藤豊治「刑罰論と被害者」刑事弁護45号（2006）149頁
- 宮澤浩一『被害者学の基礎理論』（世界書院，昭和41年）86頁以下
- 井田良「量刑理論の体系化のための覚書」法学研究69巻2号302頁
- 甲斐克則 劉建利編訳『中華人民共和國刑法』（成文堂，2011）85頁
- 西原春夫『中国刑事法の形成と特色』（成文堂，1992）56頁
- 陳興良「被害者有過錯的故意殺人罪的死刑裁量

研究－従被害与加害的關係切入」当代法学 2004年 第2期31頁以下

- 中田修「Mendelsohn氏の被害者学」犯罪学雑誌24巻（1958）第6号8－14頁〔犯罪と被害者（一）（成文堂，1971）所収，31頁〕
- 原田國男『量刑判断の実際』（立花書房，第3版，2008）20頁
- 坪井祐子「被害者・関係者・第三者の落ち度と量刑」『量刑実務大系2 犯情に関する諸問題』（判例タイムズ社，2011）298頁
- 馬照平「故意殺人罪中被害人過錯対量刑的影響」广西政法管理幹部学院学报2010年第04期44頁
- 許章潤「論犯罪被害人」政法論壇 1990年第1期61頁以下
- 張少林「試論刑法視野中的被害者行為」雲南大学学报（法学版）2008年第5期4頁
- 生田勝義「挑発と量刑」松岡正章先生古稀祝賀『量刑法の総合的検討』（成文堂，2005）186頁
- 松岡正章「被害者側の挑発と量刑」中山研一先生古稀祝賀論文集第4巻『刑法の諸相』25頁
- 井戸俊一「イギリスの量刑ガイドランについて」判例タイムズ1238号（2007）70頁
- 西原春夫『交通事故と信賴の原則』（成文堂，1970）13頁以下
- 謝望原「中国量刑制度改革の重大举措－簡評《人民法院量刑指導意見（試行）》」人民法院報 2010年12月15日第3版

<sup>1</sup> 齊藤豊治「刑罰論と被害者」季刊刑事弁護45号（2006）149頁

<sup>2</sup> 井田良「量刑理論の体系化のための覚書」法学研究69巻2号（1996）302頁

<sup>3</sup> 刑法61条：犯罪者に対する刑罰の決定に当たっては、犯罪事実、犯罪の性質、情状及び社会に対する危険の程度に基づいて、この法律の関連規定により判決を下さなければならない。

刑法62条：犯罪者にこの法律の定める重く処罰するか、またはその刑を軽くするとの情状が

ある場合は、法定刑の限度内で刑を科さなければならない。

刑法63条：①犯罪者にこの法律の定めるその刑を減輕する情状がある場合は、法定刑の下限以下の刑を科さなければならない。

② 犯罪者にこの法律の定める刑を減輕する情状がなくても、事件の特別の状況に基づいて、最高人民法院の許可を経て、法定刑の下限以下の刑を科することができる。

（訳文は、甲斐克則＝劉建利（編訳）『中華人民共和国刑法』（成文堂，2011）85頁による。）

<sup>4</sup> 中国刑法で、「従軽処罰」のことを意味する。

<sup>5</sup> ここでいう「重くする」は、法定刑の上限内で重く処罰する「従重処罰」である。

<sup>6</sup> 西原春夫『中国刑事法の形成と特色』（成文堂，1992）56頁。

<sup>7</sup> 陳興良「被害者有過錯の故意殺人罪の死刑裁量研究－従被害与加害的關係切入」当代法学 2004年 第2期31頁。

<sup>8</sup> 中国97年刑法においては、最高刑として死刑を定めている条文が45箇条有り、死刑を科される罪は68種類にも及び、全世界において、死刑に当たる罪を最も多く有する国の一つである。実務における件数が公開されていなくても、死刑は過度に適用され、年間の死刑判決件数は世界一といわれている。

<sup>9</sup> 公開された判例データベース（北大法意<http://www.lawyee.com>）で、「故意殺人罪」かつ「死刑」のキーワードで検索すれば、2014件があり、「故意傷害罪」括「死刑」で検索すれば、1167件があった。

<sup>10</sup> 最高人民法院1996年9月6日判決（劉加奎案）；江西省高級人民法院（翁見武案，判決年月日不明、『刑事審判参考』2009年第1集）。

<sup>11</sup> 被害という概念はそもそも犯罪以外、例えば、災害などの不可抗力による被害も含むと解されるが、本論文でいう「被害者」は犯罪による被害のみとなっている。

土井政和「被害者」三井誠ほか（編）『刑事

- 法辞典』（信山社，2003）643頁は、「犯罪被害と考える場合でも、法律上の犯罪に限らず、社会的逸脱行為による被害をも含むと解されることが多い。そこから更に広げて、戦争、災害、事故などの犯罪以外による被害をも含めることで合意を形成しているようである。しかし、その際には、犯罪以外による被害をどこまで広げるのかその限界を決める基準が必要となろう」とする。
- <sup>12</sup> ドイツ人の犯罪科学者であり、アメリカ合衆国に亡命した。1948年に「犯罪とその被害者」を著し、被害者学の基礎を築いた。その後の日本の学者も深くその影響を受けている。
- <sup>13</sup> メンデルソーンのいう「有責性」における「責任」というものは、刑事法における「刑事責任」というときの責任とは、ニュアンスを異にするということに注意しなければならない。
- <sup>14</sup> 中田修「Mendelsohn氏の被害者学」犯罪学雑誌24巻（1958）第6号8-14頁〔宮沢浩一（編）『犯罪と被害者（1）』（成文堂，1971）所収，31頁以下〕参照。
- <sup>15</sup> 中田修 前掲注14・43頁。
- <sup>16</sup> 原田國男『量刑判断の実際』（立花書房，第3版，2008）20頁。
- <sup>17</sup> 坪井祐子「被害者・関係者・第三者の落ち度と量刑」『量刑実務大系2 犯情に関する諸問題』（判例タイムズ社，2011）298頁。
- <sup>18</sup> 馬照平「故意殺人罪中被害人過錯対量刑的影響」广西政法管理幹部学院学報2010年第04期44頁。
- <sup>19</sup> 許章潤「論犯罪被害人」政法論壇1990年第1期61頁。
- <sup>20</sup> 張少林「試論刑法視野中的被害者行為」雲南大学学报（法学版）2008年第5期4頁。
- <sup>21</sup> 生田勝義「挑発と量刑」『松岡正章先生古稀祝賀・量刑法の総合的検討』（成文堂，2005）186頁。
- <sup>22</sup> 松岡正章「被害者側の挑発と量刑」『中山研一先生古稀祝賀論文集第4巻・刑法の諸相』（成文堂，1997）25頁参照。
- <sup>23</sup> 家庭内性とは、家庭内暴力から逃れるために暴力を止めない家族を殺害した場合の犯罪の類型の性質のことである。
- <sup>24</sup> 例えば東京高裁平成6年2月2日判決（判タ84号287頁）；東京地裁平成7年3月7日判決（判タ85号269頁）；横浜地裁平成8年2月22日判決（判タ914号260頁）。
- <sup>25</sup> 山中敬一「過失犯における被害者の同意」『平場安治博士還暦祝賀・現代の刑事法学（上）』（有斐閣，1977）333頁。
- <sup>26</sup> 前田雅英『刑法総論講義』39頁（東京大学出版会，第5版，2011）
- <sup>27</sup> 法規範違反説に立ってさらに刑法上の違法性判断においても倫理・道徳を重視すると、悪い行為、悪い内心が違法性の主要根拠であるという理論である。
- <sup>28</sup> 生田・前掲注21・191頁。
- <sup>29</sup> 坪井・前掲注17・308頁。
- <sup>30</sup> 堀内捷三「責任主義の現代的意義」警察研究61巻10号（1990）12頁。
- <sup>31</sup> 前田・前掲注26・6頁。
- <sup>32</sup> 城下裕二『量刑理論の現代的課題』（成文堂，増補版，2009）66頁。
- <sup>33</sup> 前田・前掲注26・24頁。
- <sup>34</sup> 生田・前掲注21・191-192頁。
- <sup>35</sup> 平野龍一『刑法総論I』（有斐閣，1972）143頁。
- <sup>36</sup> 前田・前掲注26・190頁。
- <sup>37</sup> 前田・前掲注26・192頁。
- <sup>38</sup> 前田・前掲注26・194頁。
- <sup>39</sup> 前田・前掲注26・197頁。
- <sup>40</sup> 井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂，2007）245頁。
- <sup>41</sup> 1897年ドイツにおいて、雇主の命令で、やむなく御した癖の悪い馬が通行人にケガをさせたという事案につき、職を失ってまで雇い主の命令に逆らうことは御者には期待しがたいとして刑事責任が否定された事案であった（RGSt30, 25）。
- <sup>42</sup> 前田・前掲注26・395頁。

- <sup>43</sup> 交通事故における信頼の原則は、基本的には、車対車の場合に限られる。車対人の場合に適用するには特別の事情が必要で、被害者が老人や幼児の場合にほとんど認められないとされている（前田・前掲注1・301頁；大谷實『刑法講義総論』（成文堂、第3版、2009）204頁参照）。
- <sup>44</sup> 柏井康夫「交通事故犯における被害者等の過失」判例タイムズ213号56頁。
- <sup>45</sup> 柏井・前掲注44・55頁。
- <sup>46</sup> 柏井・前掲注44・56頁。
- <sup>47</sup> 張明楷「期待可能性理論的梳理」法学研究2009年第1期60頁。
- <sup>48</sup> 張明楷 前掲注47 62頁。
- <sup>49</sup> 井田・前掲注2・245頁。
- <sup>50</sup> 中華人民共和国刑法第238条の規定によれば、「非法に他人を監禁し、或いは他の方法で他人の人身自由を剥奪する場合、3年以下の有期徒刑、拘留、管制、または政治権利の剥奪を処する。殴打、侮辱のある場合、その刑罰を重くする。前項の罪を犯し、他人に重傷を負わせた場合は、3年以上10年以下の有期徒刑を処し、死亡させた場合は、10年以上の有期徒刑を処する。」
- <sup>51</sup> 最高人民法院2002年12月20日判決（2001）刑複字第226号：被告人は被害者が自分の家電を盗んだと疑い、被害者を監禁し激しく殴打した結果、死亡させたという事案である。結果的に、被告人は死刑2年執行猶予が言い渡された。
- <sup>52</sup> 陳・前掲注7・32頁。
- <sup>53</sup> 前掲注10。
- <sup>54</sup> 前掲注10。
- <sup>55</sup> 落ち度の「重大さ」について、陳興良は「傷害罪又は殺人罪における被害者側の重大な落ち度は、次の条件を満たさなければならない。まず、被害者が行為者側に暴力を振らなければならない。次に被害者の落ち度が行為者の行為に先立って、被害者により積極的に実施されなければならない。最後に、被害者側の落ち度のある行為が行為者の傷害又は殺人行為との間、緊密なつながりがなければならない。」と主張し

た。陳・前掲注7・33頁。

- <sup>56</sup> 陳・前掲注7・33頁。「現在の中国において、「殺人者死」という伝統的な応報刑論の観点が未だ根強く残っていると言わざるを得ない。特に殺人のような悪質な刑事裁判には、裁判所は被害者遺族又は世論からの巨大なプレッシャーを受けているということである。被害者に重大な落ち度があっても、遺族又はマスコミなどからの「死刑にしろ！」という要望が相当強ければ、それに従わないと、遺族からの攻撃や世論からの指摘にも激しくさらされる。それに左右された結果、死刑にするほかないということが現在の裁判における無視できない問題である。」
- <sup>57</sup> 条文上「正当防衛」となっているが、実は立法者の勘違いと思われる。この場合であれば、その行為も「正当防衛」でなくなるから、日本刑法のように「防衛の程度」を用いたほうが適当であるかもしれない。
- <sup>58</sup> 最高人民法院法（1999）217号關於印發〈全國法院維護農村穩定刑事審判工作座談會紀要〉的通知
- <sup>59</sup> 前掲注58。
- <sup>60</sup> 次の翻訳は筆者によるものである。
- （二）傷害罪4. 行為者に次の情状がある場合に、刑罰の基準刑の20%以下で減軽できる
- ① 婚姻家庭・隣人の人間関係などのトラブルにより誘発された場合
  - ② 被害者の落ち度により誘発された、または被害者にトラブルの発生に責任がある場合
  - ③ 積極的に被害者を救助する場合
- <sup>61</sup> <http://www.russian-criminal-code.com/>
- <sup>62</sup> [http://www.admin.ch/ch/e/rs/311\\_0](http://www.admin.ch/ch/e/rs/311_0)
- <sup>63</sup> The United States Federal Sentencing Guidelines (<http://www.ussc.gov/Guidelines/index.cfm>).
- <sup>64</sup> 2003年の刑事司法法に基づいて量刑ガイドライン委員会（the Sentencing Guidelines Council）が設置され、同委員会により各種のガイドラインが作成されている（<http://sentencingcouncil>）。

judiciary.gov.uk/sentencing-guideline.html)。

<sup>65</sup> 井戸俊一「イギリスの量刑ガイドラインについて」判例タイムズ1238号(2007)70頁は、「裁判官は、量刑ガイドラインを考慮しなければならないが、これに拘束されるわけではない。…そこで、量刑ガイドラインによって、量刑の枠組が、一般市民にとっても裁判官にとっても、透明で分かりやすいものになるよう期待されて

いる」と指摘する。

<sup>66</sup> Sentencing Guidelines Council, *Overarching Principles: Seriousness*, 2004. 翻訳文は、井戸・前掲注65・75頁による。

<sup>67</sup> *Manslaughter by Reason of Provocation* (2005).

(と れいな 北海道大学大学院法学研究科修士課程修了)



