

当代世界学术名著



刑法总论

(第2版)



[日] 山口厚 / 著
付立庆 / 译

 中国人民大学出版社

著作权合同登记号
图字：01-2009-0832号

ISBN 978-7-300-14277-7



9 787300 142777 >

ISBN 978-7-300-14277-7

定价：69.00 元

当代世界学术名著

刑法总论

(第2版)

[日] 山口厚 / 著
付立庆 / 译

中国人民大学出版社
· 北京 ·



“当代世界学术名著” 出版说明

中华民族历来有海纳百川的宽阔胸怀,她在创造灿烂文明的同时,不断吸纳整个人类文明的精华,滋养、壮大和发展自己。当前,全球化使得人类文明之间的相互交流和影响进一步加强,互动效应更为明显。以世界眼光和开放的视野,引介世界各国的优秀哲学社会科学的前沿成果,服务于我国的社会主义现代化建设,服务于我国的科教兴国战略,是新中国出版工作的优良传统,也是中国当代出版工作者的重要使命。

中国人民大学出版社历来注重对国外哲学社会科学成果的译介工作,所出版的“经济科学译丛”、“工商管理经典译丛”等系列译丛受到社会广泛欢迎。这些译丛侧重于西方经典性教材;同时,我们又推出了这套“当代世界学术名著”系列,旨在选译国外当代学术名著。所谓“当代”,一般指近几十年发表的著作;所谓“名著”,是指这些著作在该领域产生巨大影响并被各类文献反复引用,成为研究者的必读著作。我们希望经过不断的筛选和积累,使这套丛书成为当代的“汉译世界学术名著丛书”,成为读书人的精神殿堂。

由于本套丛书所选著作距今时日较短,未经历史的充分淘洗,加之判断标准见仁见智,以及选择视野的局限,这项工作肯定难以尽如人意。我们期待着海内外学界积极参与推荐,并对我们的工作提出宝贵的意见和建议。我们深信,经过学界同仁和出版者的共同努力,这套丛书必将日臻完善。

中国人民大学出版社

译者简介

付立庆，1976年生，2006年1月获得北京大学法学博士学位（刑法学），现为中国人民大学法学院副教授，刑事法律科学研究中心专职研究员。2004年10月—2006年9月在东京大学法学政治学研究科从事访问研究，师从山口厚教授。独著有《主观违法要素理论——以目的犯为中心的展开》、《犯罪构成理论：比较研究与路径选择》、《法治的脸谱》等，并有译著《从新判例看刑法》（山口厚著，与刘隽合译）问世。



中译本序

陈兴良*

山口厚教授《刑法总论》一书的中译本即将出版，我十分期待。译者付立庆教授把中译本的电子版发给我，嘱我写序。在先睹为快之余，写下这篇序文，可以说是山口厚教授《刑法总论》一书的读后感，愿与读者分享。

在读山口厚教授的《刑法总论》一书之前，我们应当首先了解山口厚教授在刑法学上的基本立场。在我看来，本书鲜明地体现了山口厚教授在刑法学上结果无价值论的主张，并将之贯彻于解释论中。行为无价值论与结果无价值论之争是贯穿现当代日本刑法学的一条基本线索。山口教授于2008年4月24日曾经以“日本刑法学中的行为无价值论与结果无价值论”为题，在北京大学作了一场学术报告，该报告为我们展示了自上个世纪40年代末期以来，日本刑法学界关于行为无价值论与结果无价值论之争的全貌。山口厚教授在学术报告中指出：“行为无价值论和结果无价值论的对立关系，在如何理解违法性，进而如何理解刑法的作用问题上，今天仍然提供着一个重要的视角。”^① 同样，结果无价

* 北京大学法学院教授。

① [日]山口厚：《日本刑法学中的行为无价值论与结果无价值论》，载《中外法学》2008（4），595页。



值论也为我们进入山口厚教授刑法总论的理论大厦提供了一条径路。在本书第1版前言中，山口教授明确指出：“本书的基本立场是，在将自由主义原则置为基础的同时将法益保护作为刑法的任务，即所谓的结果无价值论。从这样的立场出发，对于错综复杂的犯罪论体系予以合理的重新构成，这是在本书中作者所追求的。”在本书中，山口教授把结果无价值论贯彻到解释论中，使其刑法总论独具特色。在我看来，山口厚教授的结果无价值论立场，十分明显地体现在以下三个问题上。

（一）在构成要件上坚持违法行为类型说

在坚持构成要件的定型化机能的同时，强调构成要件的违法推定机能和故意规制机能。山口厚教授明确地反对将故意、过失作为构成要件要素的违法有责类型说，指出：“根据本书的理解，犯罪是值得处罚的当罚的行为，从而，构成要件是法律所规定的当罚的行为的类型。这样，行为的当罚性，虽说是依据作为犯罪的实质成立条件的违法性以及责任而确定其基础，但不管怎么说构成要件还是应该理解为违法行为类型。这是因为，在形成当罚的违法行为的类型之际，虽然也当然会考虑责任要素，但责任要素一旦作为构成要件要素而纳入构成要件之中的场合，除了后述的（盗窃罪中的不法领得的意思等）主观的要素的场合，其作为客观的要素，就具有了客观地划定违法行为类型的意义，同时也失去了作为责任要素的意味（其作为责任要素的意味，不过是通过行为人对相应客观要素的认识而得以肯定而已）。”（本书第31～32页）以上对构成要件的理解，在相当程度上坚守了违法与责任的分际，这也是一种客观的构成要件论和客观的违法性论的立场。山口厚教授甚至认为，如果将故意、过失纳入构成要件，使构成要件成为犯罪成立积极要件的总和，这实际上是否定了构成要件。对于这一观点，我是十分赞同的。构成要件的特殊理论机能是不能否认的。饱受质疑的四要件论之所以说是一种没有构成要件的犯罪构成，就是因为其将所有犯罪成立条件都纳入犯罪构成之中，形成所谓“全构成要件”，结果必然是使构成要件的定型化这一最为重要的机能丧失殆尽。山口厚教授在构成要件问题上所坚持的违法行为类型说，其根据来源于结果无价值论。因

为在违法的本质，行为无价值论与结果无价值论之间存在重大区分。正如日本学者曾根威彦所指出的那样：“行为无价值论与结果无价值论对立的原点，在于对违法本质有不同理解。犯罪是违法行为，但是，关于违法性的本质，（1）行为无价值论以规范论为前提研究违法性本质，相反地，（2）结果无价值论以法益论为前提探讨违法的实质。”^① 山口厚教授把这个问题归纳为判断违法性时要不要考虑行为人的主观要素，如果应该考虑的话其根据何在？他进而指出：“在这一点上，结果无价值论和行为无价值论的观点截然不同。行为无价值论认为，当存在故意时，与没有故意的场合相比，行为人的违法意志更加强烈，需要对其给予更为强烈的否定，因此故意是违法要素。但在结果无价值论看来，这种理由不外是论证行为人责任的理由，行为无价值论其实是混淆了违法与责任两个不同的概念。”^② 故意、过失等主观要素之所以不能作为违法要素而只能作为责任要素，就在于违法的本质是法益侵害及危险，而故意、过失与法益侵害及危险并无直接关联。当然，山口教授虽然反对将故意一般性地作为违法要素来对待，但例外地承认主观违法要素。山口厚教授指出：“本书认为，违法性的实质是法益侵害、危险的引起，由于有无法益侵害和行为人的意思无关，故而基本上不能认可主观的违法要素，但在属于构成要件要素的结果是法益侵害的危险的场合，例外地，也存在着行为人的行为意思（并非单纯的事实的认识）通过对于法益侵害的有无及其程度施加影响，而能够作为违法要素予以认可的场合。”（本书第95页）这里的主观违法要素，主要是指一部分目的犯中的目的以及未遂犯的既遂行为意思等。山口厚教授明确地否认了表现犯的内心状态以及倾向犯中的内心倾向属于主观违法要素，这也可谓是基于其结果无价值论立场的归结，并且也构成了其在此问题上的一个重要特色。总体上，虽说采纳结果无价值论并不必然导致在构成要件的理解上采纳违法类型说（比如山口厚教授以前的同事西田典之教授和现在的

^① [日] 曾根威彦：《刑法学基础》，黎宏译，43页，北京，法律出版社，2005。

^② [日] 山口厚：《日本刑法学中的行为无价值论与结果无价值论》，载《中外法学》，2008（4），593页。



同事佐伯仁志教授，都是在采结果无价值立场的同时接受了构成要件的违法有责类型说），但是山口厚教授立足于结果无价值论立场所坚持的构成要件的违法类型说主张还是有着很强的说服力的，令人印象深刻。

（二）结果无价值论在违法阻却论中的贯彻

在违法阻却的一般原理上，行为无价值论与结果无价值论也是存在分歧的。正如曾根威彦所指出：“关于这一问题，行为无价值论从规范违反说的角度出发进行考察，而结果无价值论则从法益侵害说的立场出发进行考察。”^①从规范违反说出发，行为无价值论认为违法阻却的一般原理在于侵害法益是实现国家所承认的共同生活的目的所必要的手段，这就是目的说；或者违法阻却的一般原理在于行为在历史形成的社会生活秩序的框架之内，为法秩序所允许，这就是社会相当性说。无论是目的说还是社会相当性说，都倾向于对规范作主观解释或者相对解释，由此否定违法阻却事由的规范违反性，从而为违法阻却事由提供正当化的一般根据。目的说与社会相当性说的暧昧性，为人所诟病。那么，结果无价值论又如何解释在存在法益侵害的情况下何以否认其违法性呢？其答案是，某种法益侵害行为在保护另外一种更为重要的法益时，违法性被阻却，这就是法益权衡说。显然，法益权衡说提供了更为明确的判断标准，因而值得肯定。当然，法益权衡说更利于解释紧急避险的违法阻却根据，但对于正当防卫的违法阻却根据的解释却存在一定困难。对此，山口厚教授对正当防卫与紧急避险作了对比性研究，揭示了正当防卫作为违法阻却事由其原理的独特性，指出：“正当防卫通过‘急迫不法的侵害’这一前提要件，通过肯定被侵害者针对‘急迫不法的侵害’者的利益的绝对优位性，而在成立要件上得以与紧急避险加以区别。在这个意义上，正当防卫在坚持把作为违法性阻却原理终究是妥当的‘法益衡量’置为基础的同时，从被侵害者的利益的绝对的优位性出发（在防卫的必要的限度内，‘不法的侵害’者的法益的保护价值被否认），而成了与紧急避险具备所谓（不单是量上的）质上不同的要件

^① [日] 曾根威彦：《刑法学基础》，黎宏译，95页，北京，法律出版社，2005。

的一种违法性阻却事由。”（本书第 114～115 页）可以说，上述论述极大地深化了法益衡量说在正当防卫的违法阻却根据上的解释，也是结果无价值论的一种延伸。此外，在正当防卫是否必须具备防卫意思这一问题上，行为无价值论与结果无价值论之间也是存在争议的。行为无价值论要求正当防卫具有防卫意思，但正如山口厚教授指出：“在结果无价值论看来，防卫意思不应该是正当防卫的要件。防卫的意图与动机的存在与否，只不过反映了行为人的主观恶性程度，因此充其量只能构成责任要素，对此不应在评价违法性时加以考虑。”^① 这一分歧在偶然防卫的处理上反映得最为明显。因为不要求把防卫意思作为正当防卫的要件，所以，山口厚教授在本书中认为，“就偶然防卫而言也不是不能成立正当防卫（但是，能够认定可能并非是基于正当防卫而实现构成要件场合，偶然防卫有余地理解为成立未遂犯，尽管这也和对未遂犯的理解挂钩）。”（本书第 124 页）。据此可以看出山口厚教授力图保持基于结果无价值论的观点一致性。

（三）对法益侵害的危险性的判断

这主要是指未遂犯中的危险性如何判断：是该在一般人的立场上加以判断，还是更加科学地、客观地进行判断？在这个问题上反映了行为无价值论与山口厚教授所称的更加彻底的结果无价值论之间的对立。山口教授当然是坚持这种更加彻底的结果无价值论立场的，不同意具体危险说，而主张客观危险说。（本书第 277～278 页）

可以说，结果无价值论是贯穿于山口厚的《刑法总论》的一条红线，这对于我们领会山口教授的刑法思路具有重要意义。行为无价值论与结果无价值论自德国传入日本以后，发生了重大变化，日本刑法学在这一问题上形成了自己的特色。山口厚教授作为结果无价值论的一个代表人物，其对推进日本刑法学的发展作出了重要贡献。目前，我国也从日本引入了行为无价值论与结果无价值论之争，并结合中国的实际情况展开了讨论，形成了一定的学派之争。例如周光权教授主

^① [日] 山口厚：《日本刑法学中的行为无价值论与结果无价值论》，载《中外法学》，2008（4），593 页。



张行为无价值论^①，而张明楷教授主张结果无价值论^②，这只是这一学派之争的开始。在这一背景下，山口厚教授《刑法总论》一书的翻译出版，对于促进我国这一学派之争具有重要参考价值。不仅主张结果无价值论的学者可以从中找到系统的理论支撑，即便是持行为无价值论者，也完全能够从本书中获得理论的刺激和开启进一步思考的素材。我认为，一部具有学术特色的刑法教科书，正是我国当前所急需的。

本书译者付立庆教授在北大攻读博士研究生期间，经我推荐曾经到日本东京大学访学两年，师从山口厚教授。2009年付立庆和刘隽博士合作翻译了山口厚教授的《从新判例看刑法》一书并在中国人民大学出版社出版，这一工作为本书的翻译进行了必要的语言准备和理论准备。现在，付立庆教授以一人之力翻译了本书，可以说是对山口厚教授在他访学期间所给予的学术指导的最佳报答。我期待着付立庆在刑法学术上有更大的作为，尤其是在中日刑法学交流方面，有为有成。

是为序。

谨识于北京依水庄园渡上寓所

2011年6月29日

① 参见周光权：《违法性判断的基准与行为无价值论》，载《中国社会科学》，2008（4）。

② 参见张明楷：《行为无价值论的疑问——兼与周光权教授商榷》，载《中国社会科学》，2009（1）。

中文版序

我的《刑法总论》（有斐阁 2007 年第 2 版）以及《刑法各论》（有斐阁 2010 年第 2 版）（以下通称“本书”）被译成中文，得以奉献给中国的读者，于作者而言，是一件非常高兴的事情。

本书系统阐述了日本刑法的解释论，无论是《刑法总论》还是《刑法各论》，不仅介绍了日本的判例以及学说，还就此展开了详细研讨，以力求阐明笔者对日本刑法之解释的基本立场。本书着力整理、介绍日本的重要判例、主要学说，尤其是《刑法各论》，在日本出版的各种系统研究日本刑法各论的书籍中，可谓最为详尽。通过阅读本书，读者诸贤若能把握日本刑法解释的脉络及其演变，并且，理解当下的日本刑法学的研究现状，将深感荣幸。同时，也切望各位能通过本书进一步加深对日本刑法学的理解。

本书的翻译，想必是一件相当艰辛的工作。尽管如此，中国人民大学的付立庆博士与苏州大学的王昭武博士仍不辞辛苦，分别翻译了《刑法总论》与《刑法各论》。两位博士都曾长期在日本研究、学习，对于日本刑法学，具备了扎实且深厚的学识。不仅如此，日本成蹊大学的金光旭教授还承担了本书翻译的审校工作。笔者深信，通过三位的辛勤工



作，一定能以超出我之想象的最完美的形式，将我对日本刑法学的现状的理解传递给中国的读者。他们都是笔者多年的朋友，谨向他们的辛勤付出表示衷心的感谢！另外，中国人民大学出版社继出版了笔者的《从新判例看刑法》（有斐阁2008年第2版）的中文版^①之后，又出版了本书，在此谨致谢意！

山口厚

记于梅雨之中的东京

2011年6月3日

^① [日] 山口厚：《从新判例看刑法》，2版，付立庆、刘隽译，北京，中国人民大学出版社，2009。

中国語版への序文

山口厚

このたび本書『刑法総論・第2版』（有斐閣，2007年），『刑法各論・第2版』（有斐閣，2010年）が中国語に翻訳され，中国の読者の方々にもお読みいただけることとなったのは，著者として大きな喜びとするところである。

本書は，日本刑法の解釈論を体系的に叙述した体系書である。『刑法総論』，『刑法各論』のいずれも，日本の判例・裁判例及び学説を紹介しながら子細に検討を加え，日本刑法の解釈について著者の立場を明らかにしている。本書では，重要と思われる判例・裁判例及び学説を網羅的に採り上げており，とくに『刑法各論』は日本で刊行されている刑法各論の体系書の中で最も詳しいものの一つとなっている。読者の方々には，本書を読まれることによって，日本における刑法解釈の流れとその動きに触れ，また，現時点における日本刑法学の水準についてもご理解いただけるものと思われる。本書により，読者の方々の日本の刑法学に対する理解が一層深められることを切に願っている。

本書『刑法総論』，『刑法各論』の翻訳は，それぞれかなり難しい



作業であったと思われる。それにも関わらず、『刑法総論』については付立慶氏（中国人民大学）が、『刑法各論』については王昭武氏（蘇州大学）が翻訳の労をとって下さった。両氏は日本で研究を積み、日本刑法学について、確かで深い学識をそなえておられる。そのような両氏の手によりすばらしい翻訳が完成した。それに加えて、金光旭氏（日本・成蹊大学）には本書の監訳をしていただいた。これによって、本書を通じ、中国の方々に日本刑法学の現状についての著者の理解をこれ以上考えられない最善の形でお伝えすることが可能となったと思われる。著者の長年の友人でもある、これらの方々に厚くお礼を申し上げたい。また、中国人民大学出版社は、『新判例から見た刑法・第2版』に引き続き本書を刊行して下さった。著者として心より謝意を表すものである。

2011年6月3日
梅雨の中の東京にて



第 2 版前言

本书《刑法总论》第 1 版自 2001 年 9 月发行以来已经过了 5 年多的时间。其间，虽在 2005 年发行了补订版，但那不过是字面上所作的最小必要限度的修订而已。另一方面，在第 1 版发行之后，浅田和茂教授、西田典之教授、井田良教授等都依次出版了非常优秀的体系书、教科书，而且笔者本人也有《理论刑法学的最前线》、《理论刑法学的最前线Ⅱ》（以上两书均为与井田良教授、佐伯仁志教授合作完成）、《刑法各论》、《刑法》、《从新判例看刑法》等著作公之于世。在上述期间笔者对第 1 版的记述作了进一步的思考，并基于此对思考的结果予以体系化，从而形成了这本《刑法总论》第 2 版。由于第 1 版仅用 3 个月一气呵成，其中也有一些地方表述并不充分。第 2 版除了对上述部分予以补充说明之外，也对笔者本人一直以来的思考方法予以进一步推进，如下所述，在内容上、理论上也作了若干重要的改正。

第 1，在以前的刑法总论的解释论中，从确保形式的整合性之见地出发，实行行为的概念被广泛使用，由此，位于其背后的实质性问题可谓被隐藏起来了。不去形式地讨论实行行为这一概念，而有必要直接专心地研究为这一概念所掩盖的问题本身，从这样的考虑出发，本书第 1



版避免了使用实行行为的概念，并没有以之为媒介，而是对应该解决的问题直接加以研究处理。笔者从当初刚开始刑法学研究时即抱有的这一问题意识至今仍没有任何的改变，不过，第1版的处理方式可能会使一部分人产生这样的“误解”：对于一般的学说中通过实行行为概念所解决的问题，笔者是不是连这些问题本身的存在也都给予了否定？为了避免这样的误解，本书第2版中即使硬要使用实行行为概念，也采用了对其判断基准予以明确化的方法。在此意义上，就并不意味着笔者改变了迄今为止的思考方法，也可以说改变的不过是所谓的说明方法而已。再有，与这一点相关联，属于实行行为之重要判断基准的“正犯性”问题在第1版中虽是在因果关系的框架内探讨，但在赋予其更为合适的位置的意义上，第2版中将其独立地加以讨论。

第2，关于因果关系，进一步推进在本书第1版中所示的理解，对其内容作了改动。首先，对于一直以来都是代表性的“条件关系”与“相当因果关系”这样的因果关系论的讨论框架本身进行了重新审视。这是因为，表面上维持“相当因果关系论”这一讨论本身是没有意义的，这样的讨论框架就现在的问题状况、理论状况来说可谓已然落伍，有必要进行更进一步的理论转换。而且，在因果关系问题上之所以需要对传统理论加以重新审视与转换，甚至也可以说，这也是因为如此讨论框架本身可能会使得理解问题之所在变得困难。与这一点相关联，还有，在第1版中虽采用了相当因果关系论的客观说，第2版则将作为“实行行为之危险性向结果的现实化过程”来把握因果关系这一判例的立场定位于上述理解的延长线上，并对其予以支持。这是因为，相当因果关系论本身原本就可以理解为以危险的创出与实现为其内容，通过对因果经过的经验上的通常性与危险之实现的关系进行重新考虑，这样的变更可以认为就是必要的。

第3，关于正犯性，在第1版中导入了“溯及禁止”这一想法和基准，在此基础上又讨论了“溯及禁止”例外地不妥当的场合。因为这一“溯及禁止”论，在第1版中尚处于过渡阶段，再加上我将其定位在因果关系的框架内予以讨论，所以，这部分可能是第1版所示笔者的见解

中最不被理解的地方，不过尽管如此，笔者现在也完全不认为这一理论是错的。在笔者看来，“溯及禁止”是我们关于正犯性理解的重要的构成要素，其构成了正犯性的基准这一点本身不容否定。成为问题的不过在于，仅有“溯及禁止”这一基准并不能全部解决正犯性的问题（因此，在第1版之中讨论了“溯及禁止”的例外）。本书第2版中，关于正犯性，将结果原因的支配这一理解作为位于“溯及禁止”背后的更为上位的概念和基准，而将“溯及禁止”定位为其下位基准。

第4，作为不作为犯中保障人地位的基准，第1版中采用了“排他的支配”说，但在第2版中，虽然维持了“支配”这一观念，却放弃了排他性的要件。在过失犯中通常是承认同时犯的（过失同时犯），而此时“排他的支配”不得不说是妥当的，据此，即便是在故意犯的场合也放弃此种“排他的支配”。作为代替其划定保障人地位之范围的概念与基准，本书则采用了结果原因的支配这一思考方法。结果原因的支配是在正犯性中所采用的理解，既然就不作为犯而言正犯性同样必要，那么在不作为犯中亦要求这样的支配可以说就是当然的归结。这样，本书也就有意识地将正犯性的问题与不作为犯的保障人地位问题关联起来加以讨论，而此前的研究中两者通常是分开的。

第5，“法益关系的错误”与被害人同意中同意是否存在以及同意的有效性相关，本书对其的理解也作了修正。“法益关系的错误”这一思考本身，属于极其重要的解释框架，特别是其为诈骗罪赋予了重要的不可欠缺的解释基础。但是，若按照一直以来对之的理解的话，想来却难以维持。特别是，只要是将无法处分自由理解为法益本身的内容和构成要素，那么对从来的理解予以修正可以说就不可避免。也可以这么说，笔者是通过对“法益关系的错误”的思考进行修正，而尝试着将这一解释框架本身从濒临放弃的边缘上解救出来。

第6，就过失而言，则改变了说明的形式。第1版中是将作为责任要素、责任形式的过失完全从“故意的可能性”之见地出发来对待的。一直以来，笔者没有将注意义务本身而是把属于注意义务违反之要件的结果回避可能性、结果预见可能性作为问题，认为唯有这两种可能性才



有讨论的必要，从这样的见地出发，并未以注意义务这一概念为媒介，而是直接地讨论了结果回避可能性、结果预见可能性的问题。第2版则对这样的说明方式予以了修正，仿效通常的说明形式，从正面采用了注意义务、注意义务违反的概念。而且，也并不止于此，在内容上也进行了一定的变更。那就是，较之故意犯而言，由于过失犯场合结果回避义务的内容要作更为限定性的理解，那么就不将其附属于结果回避可能性的判断，而是肯定结果回避义务具有独自的意义。

第7，针对原因中的自由行为，也对一直以来的见解进行了修正。也就是，依循着对于正犯性等的理解，可以认为从来的“构成要件模型”仍然是有界限的。即，作为故意的内容来说，特别是必须要有对奠定正犯性之基础的事情的认识，从这一点来看，通过“构成要件模型”来肯定故意犯之成立就存在着很大的界限。笔者从25年前开始就一贯试图通过对“构成要件模型”的修正来解决问题，但通过“构成要件模型”的修正来解决却存在着无论如何都难以逾越的实务上、适用上的障碍，在笔者看来，恐怕不得不超越这一模型来寻求解决问题的新的线索。

想要提醒本书读者注意的，其实在本书所收录的第1版前言中已经说过了。一边踏踏实实地思考一边对体系书、教科书加以研读，在理解其中所展示的作者见解的同时对之加以检讨，只有在这样的过程中才能加深对刑法的领会。在大致理解了刑法解释的基本的、基础的框架、轮廓后，希望大家一定要保持这样的一种姿态。只想着对作者的见解死记硬背、代替作者对于所熟记的见解按照字面含义去适用，作为学习方法来说可谓是不合适的。

另外，在本书的出版发行中，得益于有斐阁第一书籍编辑部酒井久雄先生以及藤木雄先生处颇多。借此机会向他们表示感谢。

2007年3月
山口厚

第 1 版前言

本书是对刑法总论的解释论予以体系性叙述的所谓体系书。特别是，对于应该置于犯罪论根底的基本政策原理予以明确，并且力图以尽可能清晰的形式对以这些政策原理为基础的个别的解释论予以具体的展开。近年来学习刑法的人最为欠缺的就是这样的论理的、体系的思考，而如果没有获得这样的思考，恐怕就不可能真正地理解刑法学乃至整个法学，就不可能自己展开有意义的法律论。本书通过展示著者所理解的理论体系，结合其叙述，在对一个个的问题进行检讨时，帮助读者不仅“自认为明白了”犯罪论的理论体系是什么，而且也要帮他们“确实是明白了”犯罪论的理论体系是什么。著者的如许意图多多少少能够实现的话，也就很幸运了。

从本书的如此特性出发，对于以前学说的检讨都是结合犯罪论的体系叙述，以有利于对相应问题的理解为目的。在笔者此前的著作《问题探究 刑法总论》（有斐阁，1998）中，将对具体学说本身的总括性且详细的批判性检讨也作为一个叙述的重点，若读者能参照该书一并阅读的话，将十分有益。据此，可能会对犯罪论获得更为深刻的理解。

本书的基本立场是，在将自由主义原则置为基础的同时将法益保护



作为刑法的任务，即所谓的结果无价值论。从这样的立场出发，对于错综复杂的犯罪论体系予以合理的重新构成，这是在本书中作者所追求的。书中，笔者也尝试提出了若干新的解释论上的建议。读者诸位对此予以批判的研讨，正是作者所期望的。

另外，在本书出版之际，得到了方方面面人士的帮助。高山佳奈子、岛田聪一郎、和田俊宪三位副教授，深町晋也、古川伸彦两位助手在本书尚在草稿阶段时就进行了研读，并提出了诸多宝贵意见。还有，在制作事项索引时，得到了嶋矢贵之君的协助。对这些人谨致以深深的谢意。

再有，本书的出版发行很多地方得益于有斐阁第一书籍编辑部酒井久雄先生。借此机会对他也表示衷心的感谢。

2001年7月

山口厚



文献简称

(以左栏所列作为引用时的简称)

- 浅田 浅田和茂. 刑法总论. 成文堂, 2005
- 井田 井田良. 刑法总论的理论构造. 成文堂, 2005
- 板仓 板仓宏. 刑法总论. 劲草书房, 2004
- 内田(上)(中) 内田文昭. 刑法概要上卷·中卷. 青林书院, 1995、1999
- 大越 大越义久. 刑法总论. 4版. 有斐阁, 2007
- 大越·展开 大越义久. 刑法解释的展开. 信山社, 1992
- 大塚 大塚仁. 刑法概说(总论). 3版增补版. 有斐阁, 2005
- 大谷 大谷实. 新版刑法讲义总论. 追补版. 成文堂, 2004
- 岗野 岗野光雄. 刑法要说总论. 成文堂, 2001
- 木村 木村光江. 刑法. 2版. 东京大学出版会, 2002
- 斋藤 斋藤信治. 刑法总论. 5版. 有斐阁, 2003
- 佐伯 佐伯千仞. 刑法讲义(总论). 4订版. 有斐阁, 1981
- 佐久间 佐久间修. 刑法讲义(总论). 成文堂, 1997
- 铃木 铃木茂嗣. 刑法总论(犯罪论). 成文堂, 2001
- 曾根 曾根威彦. 刑法总论. 3版. 成文堂, 2000



- 团藤 团藤重光. 刑法纲要总论. 3版. 创文社, 1990
- 内藤 (上)(中)(下 I)(下 II) 内藤谦. 刑法讲义总论上·中·下 I·下 II. 有斐阁, 1983、1986、1991、2002
- 中 中义胜. 讲述犯罪总论. 有斐阁, 1980
- 中山 中山研一. 刑法总论. 成文堂, 1982
- 西田 西田典之. 刑法总论. 弘文堂, 2006
- 西原 西原春夫. 刑法总论. 成文堂, 1977
- 西原 (上) 西原春夫. 刑法总论上卷. 改订版. 成文堂, 1993
- 野村 野村稔. 刑法总论. 补订版. 成文堂, 1998
- 林 林干人. 刑法总论. 东京大学出版会, 2000
- 平野 I·II 平野龙一. 刑法总论 I·II. 有斐阁, 1972、1975
- 福田 福田平. 全订刑法总论. 4版. 有斐阁, 2004
- 福田、大塚 (上)(中)(下) 福田平、大塚仁. 对谈刑法总论 (上)(中)(下). 有斐阁, 1986、1986、1987
- 藤木 藤木英雄. 刑法讲义总论. 弘文堂, 1975
- 堀内 堀内捷三. 刑法总论. 2版. 有斐阁, 2004
- 前田 前田雅英. 刑法总论讲义. 4版. 东京大学出版会, 2006
- 町野 I 町野朔. 刑法总论讲义案 I. 2版. 信山社, 1995
- 町野·展开 町野朔. 犯罪论的展开 I. 有斐阁, 1989
- 松宫 松宫孝明. 刑法总论讲义. 3版. 成文堂, 2004
- 山口·新判例 山口厚. 从新判例看刑法. 有斐阁, 2006
- 山口·探究 山口厚. 问题探究刑法总论. 有斐阁, 1998
- 山中 I·II 山中敬一. 刑法总论 I·II. 成文堂, 1999
- 基本讲座 (1)~(4) 阿部纯二等编. 刑法基本讲座 1~4. 法学书院, 1992—1994
- 基本判例 芝原邦尔编. 刑法的基本判例. 有斐阁, 1988
- 现代讲座 (1)~(5) 中山研一等编. 现代刑法讲座 1~5. 成文堂, 1977—1982
- 现代的展开 I·II 芝原邦尔等编. 刑法理论的现代的展开总论

I · II. 日本评论社, 1988—1990

最前线 山口厚, 井田良, 佐伯仁志. 理论刑法学的最前线. 岩波书店, 2001

争点 西田典之, 山口厚编. 刑法的争点. 3版. 有斐阁, 2000

渥美古稀 渥美东洋先生古稀纪念·犯罪的多角度检讨. 有斐阁, 2006

井上还历(上)(下) 井上正治博士还历祝贺·刑事法学的诸相. 有斐阁, 1981、1983

植松还历(法律编) 植松正博士还历祝贺·刑法与科学. 法律编. 有斐阁, 1971

香川古稀 香川达夫博士古稀祝贺·刑事法学的课题与展望. 成文堂, 1996

神山古稀(1)(2) 神山敏雄先生古稀祝贺论文集. 成文堂, 2006

吉川古稀 吉川经夫先生古稀祝贺·刑事法学的历史与课题. 法律文化社, 1996

小林·佐藤古稀(上)(下) 小林充先生佐藤文斋先生古稀祝贺·刑事裁判论集. 判例タイムズ社, 2006

齐藤还历 齐藤金作博士还历祝贺·现代的共犯理论. 有斐阁, 1964

下村古稀(上)(下) 下村康正先生古稀祝贺·刑事法学的新动向. 成文堂, 1995

田宫追悼(上) 田宫裕博士追悼论集上卷. 信山社, 2001

团藤古稀(1)~(5) 团藤重光博士古稀祝贺论文集. 有斐阁, 1983—1985

内藤古稀 内藤谦先生古稀祝贺·刑事法学的现代状况. 有斐阁, 1994

中山古稀(1)~(5) 中山研一先生古稀祝贺论文集. 成文堂, 1997

西原古稀(1)~(5) 西原春夫先生古稀祝贺论文集. 成文堂, 1998



日冲还历（1）（2） 日冲宪郎博士还历祝贺・过失犯. 有斐阁, 1966

平野古稀（上）（下） 平野龙一先生古稀祝贺论文集. 有斐阁, 1990—1991

平场还历（上）（下） 平场安治博士还历祝贺・现代的刑事法学. 有斐阁, 1977

松尾古稀（上）（下） 松尾浩也先生古稀祝贺论文集. 有斐阁, 1998

宫泽古稀（1）～（3） 宫泽浩一先生古稀祝贺论文集. 成文堂, 2000

刑录 大审院刑事判决录 刑集 最高裁判所刑事判例集

裁集刑 最高裁判所裁判集（刑事）

高刑集 高等裁判所刑事判例集

下刑集 下级裁判所刑事裁判例集 刑月 刑事裁判月报

一审刑集 第一审刑事裁判例集

最判解说昭和〇〇年 最高裁判所判例解说刑事篇昭和〇〇年度

刑法 刑法杂志 警研 警察研究

法协 法学协会杂志 曹时 法曹时报

判时 判例时报 判夕 判例タイムズ

ジュリ ジュリスト 法教 法学教室

法セ 法学セミナー



目 录

第一章 序论	1
第一节 刑法、犯罪与刑罚	1
第二节 刑法的政策基础	3
第二章 罪刑法定主义	9
第一节 概说	9
第二节 法律主义	10
第三节 禁止事后法	14
第四节 刑罚法规的适正	17
第一款 概说	17
第二款 明确性原则	17
第三款 内容的适正性	19
第四款 罪刑的均衡	21
第三章 犯罪论的体系	23
第四章 构成要件该当性	26
第一节 构成要件的概念	26
第一款 构成要件的诸概念	26
第二款 作为违法行为类型的构成要件	29



第三款 构成要件要素	34
第二节 主体	34
第一款 自然人	34
第二款 法人	38
第三节 行为与结果	41
第一款 行为	41
第二款 结果	44
第四节 因果关系	48
第一款 概说	48
第二款 作为事实关系的因果关系	50
第三款 作为危险之现实化的因果关系	56
第五节 正犯性	66
第六节 不作为	73
第一款 概说	73
第二款 作为与不作为的区别	76
第三款 不作为与因果关系	77
第四款 保障人地位	79
第五款 作为可能性	92
第七节 主观的构成要件要素	93
第一款 概说	93
第二款 作为责任要素的主观的构成要件要素	94
第三款 主观的违法要素	95
第五章 违法性	99
第一节 概说	99
第一款 违法性的概念	99
第二款 违法性与违法性阻却	102
第三款 违法性阻却的实质原理	104
第二节 正当行为	106
第三节 正当防卫	110

第一款	正当防卫的独特性	110
第二款	正当防卫的成立条件	115
第三款	防卫过当	132
第四款	《盗犯等防止法》的特别规定	135
第四节	紧急避险	136
第一款	概说	136
第二款	紧急避险的成立要件	139
第三款	避险过当	150
第五节	被害人的同意	151
第一款	概说	151
第二款	同意的有效要件	154
第三款	同意的效果	161
第四款	治疗行为与同意	165
第五款	生命侵害与同意	165
第六款	推定的同意	168
第七款	危险的接受	170
第六节	实质的违法性阻却	172
第一款	超法规的违法性阻却	172
第二款	“可罚的违法性”论	174
第六章	责任	182
第一节	概说	182
第一款	责任的含义	182
第二款	心理的责任论与规范的责任论	184
第三款	行为责任与人格责任	185
第二节	故意	185
第一款	概说	185
第二款	故意的要件	186
第三款	未必的故意	198
第三节	事实的错误	201



第一款 概说	201
第二款 具体的事实错误	206
第三款 抽象的事实错误	219
第四节 过失	225
第一款 概说	225
第二款 过失的要件	234
第三款 管理过失与监督过失	240
第五节 违法性意识	246
第一款 概说	246
第二款 违法性意识的可能性之必要性	250
第三款 违法性意识的内容	251
第四款 违法性意识的可能性	251
第六节 期待可能性	252
第七节 责任能力	254
第一款 心神丧失与心神耗弱	254
第二款 刑事未成年	256
第三款 原因中的自由行为	257
第七章 未遂犯	267
第一节 概说	267
第二节 实行的着手	269
第三节 不能犯	275
第四节 中止犯	279
第一款 减免刑罚的根据	279
第二款 犯罪的中止	283
第三款 任意性	288
第四款 预备罪与中止	291
第八章 共犯	293
第一节 共犯的基础理论	293
第一款 概说	293

第二款 共犯的因果性	306
第三款 共犯的从属性	310
第四款 共同正犯的共同性	317
第二节 共犯类型	319
第一款 教唆	319
第二款 帮助	321
第三款 共同正犯	323
第三节 共犯的诸问题	328
第一款 共犯与身份	328
第二款 必要的共犯	338
第三款 共犯与违法性阻却事由	343
第四款 共犯与错误	344
第五款 片面共犯	349
第六款 承继的共犯	352
第七款 共犯关系的脱离	355
第八款 过失与共犯	358
第九款 不作为与共犯	364
第九章 罪数	366
第一节 概说	366
第二节 法条竞合	368
第三节 包括一罪	374
第四节 科刑上一罪	381
第五节 并合罪	386
第十章 刑法的效力范围	388
第一节 刑法的时间效力	388
第二节 刑法的空间效力	392
第十一章 刑罚论	394
译者后记	399

第一章 序 论

第一节 刑法、犯罪与刑罚

一、刑法

所谓刑法，是指规定了何种行为属于犯罪、对于犯罪如何科处刑罚的法律（实质意义的刑法）。其中，名为“刑法”的法律（明治40年〔1907年〕法律第45号）（即形式意义的刑法，刑法典）是最为重要的。这是因为，这部法律在社会生活中具有重要的意义，规定了在全部刑法体系中占据核心地位的基本的犯罪类型（杀人罪、盗窃罪、放火罪、受贿罪等）及其刑罚。再有，除非另有“特别规定”，否则该法第一编总则的规定亦适用于规定于其他法令之中的犯罪（刑法第8条），可以说这一点在解释学上具有极其重要的意义。

作为实质意义的刑法，除了刑法典之外，还有很多。其中，规定了刑法典上所规定的犯罪的特殊类型的，比如暴力行为处罚法（大正15年〔1926年〕法律第60号），盗犯防止及处分法（昭和5年〔1930年〕法律第9号），关于处罚绑架人质等行为的法律（昭和53年〔1978年〕法律第48号），另外还有像轻犯罪法（昭和23年〔1948年〕法律第39



号），比刑法典还古老的爆炸物监管罚则（明治17年〔1884年〕太政官布告第32号）等。比较新的，则有对于对有组织犯罪之处罚及其犯罪收益等予以规制的法律（平成11年〔1999年〕法律第136号）等等。此外，规制经济活动的法律（关于禁止私人垄断以及确保公正交易的法律等）以及规制社会活动的法律（道路交通法等）也是一样，为了担保相应法律中所规定之义务的履行，规定了很多针对违反义务行为的罚则，这些罚则也都在现代社会中发挥着极为重要的作用，这一点是不容忽视的。

二、犯罪

所谓犯罪，形式地说，是指“针对其实施而应予科处刑罚的行为”。刑法解释论的任务是，通过对法令的解释，明确何种行为属于犯罪；而立法论的任务是，检讨将何种行为作为处罚的对象在刑事政策上才是妥当的。本书的考察对象是**刑法总论**，其目的在于对属于应予科处刑罚之行为的犯罪的一般的、全部犯罪所共通的成立要件（为了成为犯罪而必需的所有的、一般的成立要件）加以明确。而与此相对，**刑法各论**则以犯罪的一般成立要件为前提，其目的在于明确各个犯罪所固有的具体的成立要件。

三、刑罚

所谓刑罚，是对犯罪的反作用，是对实施了犯罪的人所科处的制裁，由于其目的在于通过其科处而抑制乃至预防犯罪（通过将刑罚加以预告并对实际犯罪者科处刑罚，以抑制、预防一般的国民实施犯罪，这称为“**一般预防**”；通过对实际犯罪的人科处刑罚来抑制、预防其将来实施新的犯罪，这称为“**特殊预防**”），其本质上是以恶害的科处为内容。在日本所认可的刑罚规定于刑法第9条以下（所规定的主刑有死刑、惩役、监禁、罚金、拘留和科料，附加刑有没收^①）。这些刑罚，

^① 在此之外，作为不能完全缴纳罚金或者科料的场合的措施，规定了扣留（原文“留置”）于劳役场（刑法第18条），作为没收的换刑处分则规定了追征（刑法第19条之二）。

均是以对于生命、自由、财产科处恶害为内容的。

关于刑罚的目的、刑罚的正当化根据，有的是将其理解为对犯罪的报应（报应刑论），有的是将其理解为为了抑制将来的犯罪（目的刑论），以此种对立为基轴，多年以来素有争论。但就志在追求合理的犯罪对策的现代国家来说，如上所述，必须从抑制犯罪、预防犯罪的立场来理解刑罚的目的和正当化根据问题。也就是说，刑法事先预告会因一定行为（犯罪）之实施而科处刑罚，实际中当有人作出该行为的场合，则对实施该犯罪行为的行为人科处刑罚，借以来抑制、防止将来的犯罪，刑罚作为一种迫不得已的方略，是应该出于这样的目的而在制度上得以正当化的。再有，如上所述，作为犯罪抑制手段的刑罚，恶害性成为其必需内容（否则的话，就不可能通过刑罚来达到抑制犯罪的目的），而且不仅如此，还有一点不容忽视的是，在刑罚之中还包含着非难这样的特殊的意味（就这一点来说，刑罚与对疾病的治疗是不同的）。作为“应予科处刑罚的行为”的犯罪，使得（含有如此非难意义的属于害恶的）刑罚的科处在个别事例中变得正当，为此就有必要对于犯罪的成立要件加以认真的检讨。

第二节 刑法的政策基础

一、概述

将何种行为作为犯罪而成为处罚的对象，将何种行为作为犯罪而处罚被认为是正当的，这在任何的时代、在一切的社会中都不会是完全相同的。因此，通过犯罪这一概念本身的内在的概念分析是不可能径直就明确犯罪的一般的成立条件的。

在规定犯罪的刑法的基础之上，有选择地存在着一定的政策原理。可以说，刑法就是在这样的政策原理上所构筑的法律体系。从而，刑法的诸种规定、诸多规则，就必须依照这些政策原理加以理解和解释。从这样的见地出发，首先就要求对这些被理解为（应该理解为）处在日本



刑法的基础位置的政策原理加以明确，因为这些原理既是本书考察的出发点，也是刑法总论中最为根基性的内容。第四章以后具体加以探讨的犯罪的成立要件，就是这些政策原理在现实法规中的具体体现，因此，本书所详细讨论的要件论，都是在这样的政策原理的指导之下展开的，而且也必须如此。欠缺这种基本立场的解释论，就会被权益的考虑、而且时常是朴素的、（亦被称为社会一般观念的）易于变动的处罚感情所左右。其结果就是，损害了政策的原理中所宣示的重要的价值。必须避免发生这样的事情。为此，犯罪的要件论，就必须将政策的原理作为基础，体系地一贯地加以展开。

像这样，处在日本刑法的基础地位的政策原理，可以举出**法益保护主义**（为了拥护法益即“值得法律保护的利益”，只有在对其实施了加害行为的场合才应该肯定犯罪的成立这一原理）、**责任主义**（只有针对有责任的行為才应该肯定犯罪的成立这一原理）以及**罪刑法定主义**（只有针对事前法律已经规定为犯罪的行为才应该肯定犯罪的成立这一原理）来。法益保护主义和责任主义是和成为处罚对象的犯罪之实质相关的原理，分别应该成为违法性论以及责任论的指导原理。而罪刑法定主义是从民主主义和自由主义的观点出发对犯罪从外部加以限定、制约的原理，就其本身来说，成为了构成要件论的理念支撑。

本节先对其中的属于犯罪的实质的原理的法益保护主义和责任主义的含义予以明确。至于罪刑法定主义，将在下一章（第二章）加以探讨。

二、法益保护主义

所谓**法益保护主义**，是指法益的拥护是刑法的任务、犯罪应该限定于对法益的加害行为（对法益予以侵害的行为，及产生了法益侵害危险的行为）这样的思考方法，现在已经成为了学说中的通说乃至于定说。

与此相对，强调刑法的任务是**社会伦理的维持**的思考方法曾经得以有力的主张。在这一立场看来，违反社会伦理的行为、从维持社会伦理的必要性的观点来看不容忽视的行为（“无耻下流的行为”、伦理上难以

允许的行为、若予以放置很可能就会导致社会伦理崩溃的行为)就会被认定为犯罪。在立足于个人主义的现代日本的法律制度之下(参照日本宪法第13条^①),有必要容许多种多样的价值观,“只要是不会给他人带来麻烦”,则行动的自由就必须予以保障,国家积极地、强制地介入“未给他人带来麻烦的行为”、强行要求国民接受一定的价值观并且依此行动,这样的行径必须慎之又慎。从这样的观点来看,就有必要采用作为刑法的基本政策原理的法益保护主义。但是,如后所述,判例和学说之中,对于社会伦理观念的关心乃至执着依然是根深蒂固的,以违法论为首,这样的论调常常在各种各样的解释论的场面中粉墨登场。这样的解释论的态度,极可能会妨碍犯罪论的合理化,并且可能使法益保护主义仅仅流于主张。所以,必要的是要究明被称为“社会伦理”者的实质内涵,并且在此基础上对各种具体主张的合理性加以检讨。

刑法虽是为了保护法益而动用的,但保护法益的手段并非只有科处刑罚。由于科处刑罚这样的保护手段在法律制裁之中是最为严厉的,是以施加痛苦为目的来科处的,其本身绝对不是令人向往的。可以说,要是能避免的话就应该尽量加以避免。在此意义上,只有通过作为法律保护的其他保护手段尚且不足时,才应该动用刑罚(这称为刑法的补充性)。因此,刑法的保护领域也就是犯罪化的领域,并非是包罗万象的,而必然是片断性的(这称为刑法的片断性)。

比如说,刑法第235条之二的(侵夺不动产罪)规定,是在昭和35年(1960年)所导入的,在此之前,通说和判例一致认为不动产不能成为盗窃罪(刑法第235条)的对象。之所以这样理解是因为,通说和判例都是这样理解的:由于不动产是“不会动”的,即便受到了侵害,通过事后的民事法上的救济足矣,没有必要将不动产的侵夺作为犯罪的处罚对象。再有,债务不履行虽说也侵害了债权人的正当的利益,但一般地,并未被规定为犯罪。这也是因为,债务不履行的场合,和侵

^① 日本宪法第13条:所有的国民,作为个人均受到尊重。对于国民的生命、自由以及追求幸福的权利,只要是不违反公共的福祉,在立法以及其他的国政之上,就有必要予以最大的尊重。——译者注



夺不动产的场合一样，对权利人的保护被认为是通过民事的救济就足够了。但是，若是感觉到民事上的救济是不充分的话，为了覆盖这样的问题，犯罪化的领域就会得以扩张。也就是说，通过新的立法创设了侵夺不动产罪的规定，再有，属于债务不履行之一种的二重抵押等的事案，也能通过解释纳入背任罪（刑法第247条）的处罚范围之内（这样的解释是否妥当，则是刑法各论的重要的讨论课题）。即便是在财产犯之外的领域之中，这样的现象也是随处可见。

三、责任主义

实施了对于法益的加害行为，结果引起了法益侵害或者是法益侵害的危险，但并不意味着仅此就直接肯定犯罪的成立是正当的。责任主义认为，就行为人来说，要想肯定犯罪的成立，就必须能够认定其在实施该加害行为时是有责任的。将处罚限定在行为人有责任的场合，就意味着，虽因自己的行为引起了法益侵害但却是出于所谓的不可抗力而不可避免场合，或者是，虽有人引起了法益侵害，但却是无关系的他人所引起的场合，或者即使与相关的他人有关系，但不能防止结果发生的场合，等等，都是不能处罚的（绝对责任、连带责任、连坐制的否定）。

即便是处罚了没有责任的行为，也不会抑制将来在同样的情况下仍会实施同样的犯罪（不存在犯罪预防效果），而且，即便是通过处罚肯定了预防犯罪（威慑）的效果，将不能避免的行为作为处罚的对象，其本身也不能认为是正当的，因此对这样的行为不能肯定其成立犯罪。关于责任的概念虽然多有争论，但就责任而言，其与对于疾病的治疗不同，包含着“非难”这样的独自的意味，要想让科处罚成为正当，则针对所实施的法益侵害行为（违法行为）而言，就必须能够肯定行为人是“值得非难”的（非难可能性）。这样的使得刑罚的科处得以正当化的非难可能性，正是责任。要想肯定非难可能性从而肯定责任，就必须肯定行为人可能避免现实中所实施的违法行为（他行为可能性。或者说，在不具有他行为可能性的场合，就不能肯定非难可能性从而肯定责

任)。在这样的意义上，处罚没有责任的行为是不当的，也是不能允许的。

要想就实施了违法行为而言具有责任，至少，要求行为人要有故意或者过失。既没有故意又没有过失的行为，则无法肯定责任。但是，日本的判例中，在此意义上的责任主义并没有得到彻底贯彻，还是留有问题的。

所说的问题，第1是在**结果加重犯**的场合。也就是，由属于基本犯的犯罪（比如伤害罪）而产生了加重结果（比如说人的死亡）的场合则成立重的犯罪（比如说伤害致死罪。对此称为结果加重犯）。就这种结果加重犯中的加重结果来说，判例认为，不但当然不需要故意，甚至也不需要过失（参见最判昭和26年〔1951年〕9月20日刑集5卷10号1937页）。但从责任主义的观点来看，这是有问题的。与此相对，在学说上，从责任主义的见地出发，几乎一致地认为就加重结果而言需要存在过失。

第2是关于所谓的两罚规定中的业主（企业主）处罚的要件。所谓两罚规定，是指在属于工人的行为人实施了与业务有关的违法行为的场合，不但要处罚该行为人即该工人，也要处罚作为其雇主的业主（企业主）的规定。^①关于处罚业主（企业主）的根据，判例认为，业主处罚规定，是推定企业主在行为人的选任、监督以及其他的防止违法行为方面未尽到必要的注意义务，业主处罚规定就是推定企业主存在上述过失的规定，只要是企业主未能证明自己尽到了上述的注意义务，则其不能被免除刑责。判例很明显的是采纳了所谓的**过失推定说**（最大判昭和32年〔1957年〕11月27日刑集11卷12号3113页）。这样的判例的立场，在其否定了无过失责任说或者是过失拟制说（大判昭和17年〔1942年〕9月16日刑集21卷417页）这一点上虽然值得肯定，但由

^① 例如，关于与人的健康相关的公害犯罪之处罚的法律中，承接着同法第2条的故意犯、第3条的过失犯的处罚规定，其第4条则规定，“法人的代表人或者法人或（自然）人的代理人、雇工以及其他工人有关该法人或（自然）人的业务而犯前两条之罪时，除处罚行为人之外，对该法人或（自然）人亦科处各本条规定的罚金刑”。



于是将无过失的证明责任转嫁给了被告人，用“存疑时有利于被告”这一刑事审判的铁则来衡量，判例实际上是肯定了即便没有积极地证明过失的存在却仍有处罚之余地，就这一点来说，在责任主义的彻底贯彻上仍然是有问题的。



第二章 罪刑法定主义

第一节 概 说

如同上一章所示，从法益保护主义和责任主义的见地出发，要想肯定犯罪的成立并且使处罚正当化，对于法益的加害行为必须是有责地实施的，但仅此还不能肯定犯罪的成立。为了肯定犯罪之成立，该法益侵害行为还必须是由法律事前规定为犯罪的行为。像这样，只有由法律事前规定为犯罪的行为才能肯定其成立犯罪，这样的思考方法称为罪刑法定主义。

这一罪刑法定主义，不但是刑法理论上的基本原则，同时也是宪法上的要求。即，根据宪法，“任何人，若不依据法律所规定的手续，其生命或自由不受剥夺，亦不能被科处其他的刑罚”（宪法第 31 条），这里所说的“法律所规定的手续”，不单是指规制作为认定犯罪、科处刑罚之手续的刑事诉讼的程序法（刑事诉讼法），而且也包括此时所适用的实体法（刑法）。还有，宪法还规定“任何人，就……实行时适法的行为来说，不得追究刑事责任”（宪法第 39 条），并规定内阁具有制定权的“政令，除非特别具有法律的委任的场合，不得设定罚则”（宪法



第73条第6项但书)。如后所述，这些规定也都体现了罪刑法定主义的思考方法。

意味着形式上的“罪和刑的法定”的罪刑法定主义的背后，存在着下面这样的实质的原理或曰基础（平野 I 65 页）。正是这样的实质的原理，规定着日本的罪刑法定主义的具体的内容。也就是说，有必要从这些实质原理出发对于罪刑法定主义的内容（罪刑法定主义所派生的诸原则）加以理解。换言之，罪刑法定主义并不是单纯的形式原理，而有必要作为实质的处罚限定原理加以理解。

罪刑法定主义的背后，首先存在着民主主义的原理。也就是说，何种行为作为犯罪成为处罚的对象，要国民通过“正当选举产生的国会中的代表者”（宪法序言）自己来决定。这就意味着，什么是犯罪，必须要通过国会以“法律”的形式来决定，政府或是裁判所（即法院。以下一般直译为裁判所——译者注）均不能制定罚则。这是法律主义的原则，宪法第31条、第73条第6项但书都对此作了规定。

罪刑法定主义的背后，此外还存在着自由主义的原理。也就是说，何为犯罪仅由法律来加以规定尚且不够，该法律还必须是事前（行为实施前）已有规定（正确地说，罚则在事前已经公布还不够，还必须是在事前已经实施）。通过事后所制定（实施）的法律将某种行为规定为犯罪、并将该法律溯及到行为时加以适用以处罚相应的行为的话，就会妨害行动的预测可能性，就会显著地侵害行为人的行动自由。这是必须要予以禁止的。从这样的自由保障的见地出发，就推导出了禁止溯及处罚、禁止事后法这些派生原则。宪法第39条也正是规定了这一点。

第二节 法律主义

一、概述

何为犯罪，对之要科处怎样的刑罚，必须要国会通过法律加以规定，这就是法律主义的原则。如前所述，这是从罪刑法定主义的民主主

义的侧面所推导出的。再者，宪法第 31 条所说的“法律所规定的手续”，也应该理解为包含着法律所规定的实体法，这一点前文已经说过了。在与政府的关系、与地方自治体的关系以及与裁判所的关系上，法律主义的内容必须具体化。

二、命令与法律主义

行政机关在国法上享有制定命令的权限^①，但不能用命令来自行规定罚则。但是，在存在“特别的法律委任”的场合，例外地也允许在命令中制定罚则（宪法第 73 条第 6 项但书，行政组织法第 12 条第 3 款、第 13 条第 2 款）。这里所说的“委任”，必须是所委任之事项特定的所谓特定委任，不允许一般的、包括性的委任。即便在允许政府制定具体罚则的场合，也必须遵守民主主义的原理，为此，就必须要求国会控制着罚则的内容。由于在一般的、包括性的委任时不存在国会对于罚则内容的控制，故此等委任不获允许。^② 从这样的见地出发，划定了所允许的罚则的特别委任的界限。

判例指出，在政令中要想规定罚则，必须存在应予实施的法律的“具体的委任”^③。在众议院议员选举之际，某公务员（时为北海道宗谷町猿付村的邮政局的职员——译者注）出于支持某政党的目的，将隶属于该政党的某一候选人的选举宣传画张贴在公用张贴栏上，违反了国家公务员法第 102 条第 1 款（罚则规定于同法的第 110 条第 1 款第 19 项）

① 为了实施宪法以及法律的规定，内阁可以制定政令（宪法第 73 条第 6 项）。各部的大臣针对自己所主管的行政事务，为了施行法律或者政令，或者是基于法律或政令的特别委任，可以以各自部门的命令的形式发布部令（行政组织法第 12 条第 1 款）。各委员会以及各厅的长官，另外根据法律的规定，可以自行发布政令以及部令以外的规则以及其他特别的命令（行政组织法第 13 条第 1 款）。

② 在旧宪法之下，存在着关于命令的条款违反之罚则的法律（明治 23 年 [1890 年] 法律第 84 号），规定“对于违反命令的条款者，各自依照相应的命令，处以 200 日元以内的罚金或者是 1 年以下的监禁”。确定了这一罚则的一般的、包括性委任的法律，现在来看，已经违反了现行宪法的第 73 条第 6 项的但书，故而是无效的。

③ 最大判昭和 27 年（1952 年）12 月 24 日刑集 6 卷 11 号 1346 页就判示了此等旨趣，否定了制定了罚则的铁炮火药类管理法施行规则（明治 44 年 [1911 年] 敕令第 16 号）的有效性。



所规定的“禁止实施《人事院规则中所规定的政治性行为》”的规定，至于禁止行为的具体内容，则交由《人事院规则》来规定。在这一称为猿付事件的判例中，争议的焦点在于，国家公务员法将具体的禁止行为委任给人事院规则，这种概括性委任是否超出了宪法所允许的限度？对此，判例认为，“国家公务员法的第102条的第1款，是将属于有损害公务员的政治中立性之虞的行动类型的政治行为之具体规定加以委任，这是通过对该条款的合理解释所能理解得出的”，等等，认为其并未超越宪法所许可的委任限度（最大判昭和49年〔1974年〕11月6日刑集28卷9号393页）。

三、条例与法律主义

“只要是不违反法令”，普通地方公共团体（都道府县以及市町村）可以对依据法令有权处理的事务制定条例（地方自治法第14条第1款），“除了法令中有特别规定之外”，在条例中，对于违反条例的人，可以设定科处2年以下的惩役或者监禁、100万日元以下的罚款、拘留、科料或者是没收之刑（地方自治法第14条第3款）。条例是比法令更为下位的法律形式，在其违反法令时效力受到了明文的否定^①，这就出现了这样的状况：就条例来说，规定了罚则的一般的、概括性的委任，而属于比条例更为上位的法律形式的命令，则不允许此种一般的、概括性的委任。问题是，条例场合的这种委任是否当真能允许呢？

法律主义形式上说来是要求通过法律（也包括出于法律的具体委任的场合）来制定罚则，而如前所述，其实质的根据在于，何为犯罪由国民决定这一民主主义的原理。要是这样理解的话，由于条例是由通过居民的选举选出的议员所构成的议会所制定的，所以即便是认可了在条例中规定罚则，也丝毫并不违反民主主义的原理。在这个意义上，地方

^① 因此，条例的罚则违反了法律时是否无效就是个问题。对此，有必要从这样的一种观点出发予以实质的判断：即，是根据通过法律加以规制的旨趣、要求由国家进行统一的规制呢，还是应该允许适应地方的实情的规制呢？关于道路交通法和所谓的公安条例的关系，参见有关德岛市公安条例事件的最大判昭和50年（1975年）9月10日刑集29卷8号489页。关于青少年保护培养条例，参见最大判昭和60年（1985年）10月23日刑集39卷6号413页。

自治法一般地、包括性地委任了普通地方公共团体所制定的条例中可以制定罚则，实质地并不违反法律主义，可以认为这种委任是被允许的。在通过地方自治法对条例在制定罚则上的委任是否违反规定了罪刑法定主义的宪法第 31 条存在争议的事案中，判例认为，条例是自治立法，和政府所制定的命令等在性质上是不同的，毋宁说条例是类似于由国民所公选的议员所组成的国会经过决议所制定的法律的，因此，“在通过条例制定刑罚的场合，只要法律的授权在相当程度上是具体的、有所限定的就足够了”^①，地方自治法规定就“具体内容的事项”来说在“有所限定的刑罚”范围之内可以通过条例制定罚则，并不违反宪法第 31 条（最大判昭和 37 年 [1962 年] 5 月 30 日刑集 16 卷 5 号 577 页）。

四、解释与法律主义

依据法律主义，裁判所所作出的法律的解释、适用之间的关系也是个问题。也就是说，裁判所不适用事前所公布、实施的罚则就不允许加以处罚（依据判例法、习惯法之处处罚的否定），另外即便是在适用罚则的场合，只有通过解释被认为在罚则中成为处罚对象的行为才能允许成为处罚的对象（类推解释的否定）。

一般认为，作为刑法的解释来说，允许扩张解释而不允许类推解释。这是因为，如下所示，类推解释无非就是裁判所的（事后的）立法而已，由于其违反了法律主义（以及下节所涉及的禁止事后法），故而不为罪刑法定主义所允许。从罪刑法定主义的见地出发得以允许的扩张解释与不被允许的类推解释之间的不同或是区别，未必在于结论上的不同，而在于将该结论予以正当化的论理的不同。^② 扩张解释是扩张地划定成为处罚对象的行为的概念，将相应事例纳入该概念中，从而将其包含于处罚范围之内（不过，这种扩张也并非无限制地任意允许的，而要

① 地方自治法的授权是否“在相当程度上是具体的”是极其有疑问的，判旨的这一部分的妥当性存在疑问。从正文中所显示的理解来看，不需要这样的限定，大概也能理解为允许肯定对条例设定罚则的委任。

② 从而，在同样的结论既可能通过扩张解释也可能通过类推解释推导得出的场合，为了使该结论在法律的意义上正当化，就必须通过扩张解释而非类推解释的论理。



限定在条文用语的可能理解的框架范围之内。在此意义上，扩张解释存在着语言上的限制）。比如说，通过将盗窃罪（刑法第235条）之对象“财物”的概念宽泛地划定为（不是有体物而是）具有物理的管理可能性的物，而将电气等能源也包含于“财物”之中从而成为盗窃罪的犯罪对象，这样的解释就是扩张解释的例子（判例肯定了电气包含在旧刑法第366条的盗窃罪的犯罪对象中。参见大判明治36年〔1903年〕5月21日刑录9辑874页^①）。与此相对，类推解释虽然承认成为问题的行为不能通过罚则包含进处罚的对象中，但尽管如此，但却以该问题行为与成为处罚对象的行为在害恶性、当罚性方面是相当的为理由，将该行为也作为处罚的对象。由于这一论理的前半部分承认相应的行为没有成为该罚则的处罚对象，但尽管如此还是将其作为处罚的对象，这作为“将结论予以正当化的论理”违反了罪刑法定主义，是不允许的。对于刑法第129条的过失交通危险罪的对象“火车”，有判决通过强调该规定保护往来交通安全的旨趣、火车与汽油车在动力种类上的不同并不重要等理由，认为代替火车使用的汽油车也属于这里的“火车”（大判昭和15年〔1940年〕8月22日刑集19卷540页），但就其中的第一个理由（强调该规定保护往来交通安全的旨趣）来说，从禁止类推解释的观点来看还是留有疑问的。

第三节 禁止事后法

一、概述

自由主义是罪刑法定的实施前）制定（公

则必须在事前（行用事后所制定的罚

^① 顺带指出，由于当时
中的声音很强烈，所以
现行刑法在第245条设置了一个专门的规定，规定就“盗窃和强盗罪”一章的犯罪来说，电气也被视为财物，实际上是将大审院的解释明文化了。

则对相应行为加以处罚（禁止溯及处罚）。这是因为，如果不禁止溯及处罚，国民就丧失了关于自身行动的预测可能性，就有可能造成国民因害怕溯及处罚而畏缩不前，从而显著地侵害国民的行动自由。宪法第39条亦规定“任何人，就……实行时适法的行为来说，不得追究刑事责任”，实际上规定的就是禁止事后法的原则。

二、禁止事后法的诸相

宪法第39条禁止了对“实行时属适法的行为”的事后的处罚，而且，即便行为时“违法”却未被科处刑罚的行为（防止卖淫法虽将卖淫行为规定为违法（该法第3条），但针对该行为本身并不科处刑罚）事后被科处了刑罚，虽然也可以说实施违法行为的自由不值得保护，但终究还是侵害了行为人“不会被处罚”这一意义上的预测可能性，在此限度之内也就损害了其行动自由；同时，亦由于对不可罚的行为的事后的溯及处罚本身就是不公正的处罚，所以，对此种行为的处罚同样也被理解为是违反了禁止事后法的原则（在此意义上，禁止事后法的原则，一方面是基于确保预测可能性这一自由主义的理念，同时也可以说是通过处罚的公正性的观念而得到了扩张）。

再有，针对行为时受到处罚之行为的刑罚在事后加重了，溯及地适用此加重的刑罚是否违反禁止溯及处罚的原则？这也是个问题。这一场合和上述的场合一样，虽说也可以认为（接受了要受到较轻处罚这一负担的情况下）实施（在行为时较轻地）受处罚的行为的自由本身不值得保护，但却同样是侵害了会受到何种程度的刑罚这一点的预测可能性，再者决定溯及适用更重的刑罚这一点本身的公正性也是有疑问的，认为其同样违反了禁止事后法的原则大概是妥当的。不管怎么说，刑法第6条规定了“因犯罪后的法律致刑罚的变更时，适用处罚较轻的法律”，这就是明文否定了重刑的溯及适用。

通过禁止事后法排除溯及适用的，除了主刑以及附加刑本身的加重之外，也包括扣留于劳役场期间的延长（大判昭和16年〔1941年〕7月17日刑集20卷425页）、缓刑条件的加重（最判昭和23年〔1948