

日本

刑法总论

第2版



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

〔日〕西田典之·著

王昭武 刘明祥·译



本书是日本最高水平的刑法著作之一，全书共分十二章，由作者按照自己对刑法理论的理解“将自己的思考内容以自己的思维方式一气写成”。本书的体系有别于传统的刑法教科书，不强调面面俱到，而是按照“何为刑法”（刑罚的目的、刑法的机能）、“犯罪论体系”、“犯罪构成要件的修正形式”（未遂犯、共犯）、“罪数”的体例来写作的。此外，本书重视判例对刑法理论的反哺作用，突出判例是“活生生的法律”；但又并非简单地引用判例，而是着力提炼判例的核心内容，明确判例的要点与旨趣，更强调对判例的分析与解读。本书不仅有助于读者理解刑法理论，还有助于司法实务界的运用。

法律出版社·法学学术与对外合作出版分社

一切为了思想

独角兽工作室

平面设计

上架建议 外国法·刑法学

ISBN 978-7-5118-4280-0



9 787511 842800 >

定价：65.00元

日本

刑法总论

第2版



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

〔日〕西田典之·著

王昭武 刘明祥·译

图书在版编目(CIP)数据

日本刑法总论 / (日)西田典之著;王昭武,刘明祥译. —2版. —北京:法律出版社,2013.1
ISBN 978-7-5118-4280-0

I. ①日… II. ①西…②王…③刘… III. ①刑法—研究—日本 IV. ①D931.34

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第283142号

日本刑法总论(第2版)

[日]西田典之 著
王昭武 刘明祥 译

责任编辑 刘彦洋

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787毫米×1092毫米 1/16
版本 2013年4月第2版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 27.25 字数 394千
印次 2013年4月第1次印刷
编辑统筹 学术·对外出版分社
经销 新华书店
责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-4280-0

定价:65.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

© 2010 Noriyuki Nishida. Printed in Japan

The original work was published in Japanese in 2010.

This translation is published by arrangement with Noriyuki Nishida.

原著由日本弘文堂2010年出版。

中文版的出版获得了著作权人及相关权利人的正式授权。

著作权合同登记号

图字：01-2013-1849

作者简介

西田典之 Noriyuki Nishida

1947年3月出生于日本熊本县熊本市,1969年毕业于东京大学法学部,并于同年留校担任法学部助教,1985年晋升为东京大学法学部教授,现为学习院大学法学部教授、东京大学名誉教授。主要社会活动有:1986年至2005年,担任法务省法制审议会刑事法部会干事、部会长代理;1988年至1990年,担任东京大学总长助理;2003年至2006年6月,担任日本刑法学会理事长;1988年至今,担任日本刑法学会理事;2001年至今,担任日本检察官特别任用审查会委员。其他主要著述有:《共犯理论之展开》、《刑法各论》、《刑法》、《新版·共犯与身份》、《金融业务与刑事法》(编著)、《现代社会与刑事法》(编著)、《刑法判例百选 I、II》(共编著)、《刑法理论的现代性展开(总论 I、II)(各论)》(共编著)、《判例刑法总论》、《判例刑法各论》(共编著)等。

译者简介

王昭武

1968年出生于湖北省监利县。1991年武汉大学日语系毕业后,进入上海外企工作。2001年考入武汉大学法学院,师从刘明祥教授攻读刑法学专业硕士;2003年4月至2009年3月留学日本同志社大学,师从大谷实教授,先后获得法学硕士、法学博士学位。现为苏州大学王健法学院副教授。

刘明祥

1959年出生于湖北省天门市。1983年毕业于湖北财经学院(现中南财经政法大学),获法学学士学位;1994年毕业于武汉大学,获法学博士学位。现为中国人民大学法学院教授、博士生导师、副院长。主要著作有《错误论》、《紧急避险研究》、《财产罪比较研究》等。

中文版修订版序言

拙著《刑法总论》(2010年第2版)与《刑法各论》(2012年第6版)有幸由法律出版社出版发行,很是欣慰。这次也是由中国人民大学法学院刘明祥教授与苏州大学王昭武副教授代执翻译之劳,由衷感谢!

《刑法总论》(2006年第1版)与《刑法各论》(2005年第3版)都曾翻译成中文,这次是修订版。据王昭武副教授说,已经发行的拙著的翻译版本在中国受到不少读者的好评,我对此深感高兴。当然,很大程度上是得益于两位教授,尤其是曾从日本同志社大学取得法学博士学位的王昭武副教授精湛的日语。

与第1版相比,在《刑法总论》(第2版)中,将正当防卫的成立要件之一的“防卫行为的相当性”的判断标准,由“结果的相当性”改为“行为的相当性”;并且,对“刑罚的适用”部分也作了较详细的解说,因而,将初版的第5章第4节的相关内容独立出来,成为新的第12章,初版的第12章顺次改为“第13章 刑法的效力范围”。另外,自初版之后,刑法总论中也出现了很多重要的最高裁判所判例以及下级裁判所判例,本书尽可能地介绍了其中的重要判例,并予以适当评析。不过,有关打算将“刑罚的部分缓期执行制度”纳入刑法典以及有关药物犯罪的法律的刑法等修正法案,虽然已经提交国会审议,但至今尚未成立,因此,本书并未涉及此内容。

自《刑法各论》(第3版)出版以来,《日本刑法典》分则部分历经几次修订,《刑法各论》(第6版)的涵盖内容截至2011年成立的《为应对信息处理的高度化等刑法部分改正的法律》(法第74号)。例如,这次刑法部分改正修正了妨害强制执行罪以及有关网络色情部分,并增设了制作电脑病毒罪。另外,还介绍了一些我认为重要的新判例与新学说。

期待这次修订版的中文翻译能得到更多读者的青睐,也衷心希望能由此进一步加深中日之间的刑法学术交流。

东京大学名誉教授、学习院大学教授 西田典之
2012年8月18日

中国語版への序文

私の著書である「刑法総論第2版」(2010年)および「刑法各論第6版」(2012年)の中国語への翻訳が法律出版社から刊行されることとなった。今回も翻訳の労を執ってくださった中国人民大学法学院の劉明祥教授ならびに蘇州大学法学院の王昭武副教授には心より御礼申し上げる次第である。

いずれも、すでに中文に翻訳された著書の改訂版である。王副教授からの報告によれば、既刊の拙著の翻訳本は、中国において多くの読者を得て好評とのことであり、私としても大変喜ばしく思っている。これも、両教授、とくに日本国同志社大学で法学博士を取得された王副教授の堪能な日本語に負うところが大きであろう。

刑法総論の第2版では、正当防衛における防衛行為の相当性の判断基準を「結果としての相当性」から「行為としての相当性」へと改めた。さらに、「刑の適用」の部分は説明が詳細になったため初版第5章第4節から独立させて新たに第12章とし、これまでの第12章を繰り下げて「第13章 刑法の適用範囲」とした。このほか、初版以後にでた最高裁判例や下級審裁判例の重要なものは可能なかぎり取りあげて紹介し適宜論評を加えておいた。ただ、「刑の一部執行猶予制度」を刑法典および薬物犯罪について導入する刑法等の改正法案は、すでに国会に上程されてはいる

が、現在までのところ成立していないため言及していない。

刑法各論第6版では、2011年に成立した「情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律」(法74号)により実現した強制執行妨害罪関係の改正、コンピュータ・ウイルス作成罪等の新設、サイバーポルノ関係の改正まで紹介した。そのほか、新しい判例や学説も重要と思われるものは紹介しておいた。

この改訂版の中文への翻訳が、多くの読者を得られることを、また、そのことによって日本と中国との刑法学術交流がさらに深まることを心より願っている。

2012年8月18日

東京大学名誉教授・学習院大学教授 西田典之

中文版序(2007年版)

继将我的《刑法各论》(第3版)翻译成中文之后,中国人民大学的刘明祥教授与正在日本同志社大学攻读博士学位的王昭武君不辞辛苦,又翻译了我的《刑法总论》,在此谨致衷心谢意!

刑法理论,尤其是有关犯罪的一般成立要件的刑法总论,与该国的政治、经济、社会、文化密切相关,因而日本的刑法理论当然不能原样适用于中国刑法。但作为同属汉字文化圈的刑法理论,想必多少还是有些参考价值的。

本书所谈到的刑法理论无疑是我个人的一些思考,绝非日本的支配性观点。但本书在阐述己见的同时,也充分介绍了日本的相关判例与学说,想必会有助于理解日本的理论现状。本书若能对中日刑事法学之间的交流有所推进,则不胜欣慰!

东京大学教授 西田典之
2006年10月

中国語版への序文

この度、私の刑法総論が中国語に翻訳されることになった。刑法各論に引き続き翻訳の労をとってくださった人民大学の劉明祥教授と同志社大学博士課程在学中の王昭武君には心からお礼をもうしあげる次第である。

刑法理論とくに犯罪の一般的成立要件に関する刑法総論は、その国の政治、経済、社会、文化と密接に結びついているから、日本の刑法理論がそのまま中国刑法にあてはまるわけではないことはもちろんである。しかし、同じ漢字文化圏の刑法理論として、多少は参考になるのではないかと思う。

本書で述べた刑法理論は、もちろん私個人の見解であり、決して、日本の支配的見解であるというわけではない。しかし、私見と同時に、日本の判例や学説についても十分な紹介をしてあるから、日本における理論状況は理解していただけるとおもう。本書が、中日刑事法学术交流をさらに深める一助となれば幸いである。

2006年10月
東京大学教授 西田典之

第2版序

自本书初版发行以来,已历时四年。其间,刑法典的不少地方也作了修正。就分则而言,2006年就妨害执行公务罪(第95条)、盗窃罪(第235条)增加了罚金刑;2007年增设了驾车过失致死伤罪(第211条第2款),并从危险驾驶致死伤罪(第208条之2)中删除了“四轮”这一限制要件;2009年彻底修正了《器官移植法》。这些修正都已经纳入我的《刑法各论》(第5版)之中。另外,尽管总则并没有进行修正,但法制审议会刑法分会正在研讨下述内容:增设“刑罚的部分缓刑制度”,以将刑事设施内处遇与社会内处遇对接起来;由于刑诉法废止,延长了重大、恶性犯罪的公诉时效,与此相对应,刑法也有必要相应地废止、延长相关犯罪的刑罚时效。在本书刊行之际,想必已得出积极方向的结论。^[1]

并且,在这四年间,刑法总论中也出现了很多重要的最高裁判所判例以及下级裁判所判例。例如,有关因果关系、犯罪的终了时点、正当防卫、过当防卫等,就出现了不少新的重要判例。这些新出现的判例,已经收录在我也是编著者之一的判例集中〔西田典之、山口厚、佐伯仁志:《判例刑法总论》(第5版),有斐阁2009年版〕。本书第2版也在相应的地方介绍了这些判例,并适当作了简要评述。

[1] 平成21年(2009年),随着有关重大、恶性犯罪的公诉时效被溯及性地废止(参见刑诉法第250条第1款第1项),刑法也废止了有关死刑的刑罚时效(参见刑法第31条)。——译者注

而且,本书所引用判例的判例编号也与《判例刑法总论》(第5版)相对应。另外,自《判例刑法总论》(第5版)发行之后的新判例,凡我认为重要的,也尽量在本书中予以介绍、评析。

另外,自本书初版问世以来,学界又出现不少新的教科书以及体系性书籍,而且,也有不少已刊的教科书与体系性书籍作了重要修订。本书第2版在参照这些新的教科书与体系性书籍以及已刊教科书等的修订版的同时,也研究并回应了迄今对本人观点的批判与意见,并重新审视了判例立场,因而,对本人以前的观点也有几处修正。凡对观点作出修正的地方,均明确写上“改变了以前观点”。并且,“刑罚的适用”部分也作了较详细的解说,因而,将初版的第5章第4节的相关内容独立出来,成为新的第12章,初版的第12章顺次改为“第13章刑法的效力范围”。当然,除此之外,对于罪数论与刑罚论部分,本人也感觉仍有补强的必要;另外,有些地方也仍有必要再探讨并进一步深化自己的观点。但这些就留作将来的课题,作为现阶段我个人思考的一个总结,将第2版奉献给诸位。

这次修订的编辑工作,一如既往地得到了弘文堂北川阳子总编的关照。另外,对于引用文献的具体页码及其内容的确认,还有原稿的校对等,得到了学习院大学法科大学院的三代川邦夫的全面协助。在此谨致谢忱!

西田典之

记于2010年的女儿节(旧历3月3日)前夜

初版序

一

本书主要是为了供大学的法学部以及法科大学院〔1〕作为刑法总论的教科书使用而撰写。笔者此前已经出版了《刑法各论》(第3版),但由于有些问题总难最后定论,本已逐渐放弃撰写刑法总论的念头。另外,年近还历,以及已有其他很多优秀的教科书问世,这也是我踌躇至今的原因。然适逢所在大学的退休年龄有所后延,于是也便产生了对35年来的所思所想作一总结的想法。

幸运的是,有学生将我2001年度的总论讲义有心作了录音,并整理成册。承蒙该学生的好意,将此讲义提供给我,本书正是对此予以修订、补充而形成。因而,本书随处可见课堂讲义的痕迹。例如,判例的引用很详细、举例很多,更有对某一问题重复说明之处。原本也有意对这些地方作些修正,但同时考虑到,从宜读、易懂的角度来看,这样也许反而更有意义,因而终保留了原来的体系。向提供帮助的学子诸君,深表谢意。

二

开始执笔本书,是在完成拙作《刑法各论》(第

〔1〕法科大学院(Law School)是日本为了培养司法实务人才而于2004年4月开始设立的研究生院(当时批准设立68所),有别于培养学术研究型人才的法学研究科。——译者注

3版)的修订之后的2005年3月。如此短时间内得以完成本书的写作,是因为笔者曾出版过作为电视大学教材的《刑法》(放送大学教育振兴会,2001年版)一书。就该书的相应部分作了补充、修改之后,大致原样保留;同时,针对犯罪论部分(构成要件论、违法论、责任论、未遂犯论、共犯论),则是以前述讲义为基础,作了大量的增加与改动,并加入了最新的判例与学说。由于是将自己的思考内容以自己的思维方式一气写成,本书的体系与通常的教科书大有不同。尤其是共犯论部分,这也是我长年的主要研究课题,因而,呈现于读者诸贤面前的,几乎是我的共犯论文集。如果正因如此,本书得以更容易理解,则深感欣慰。也许与上述宗旨相矛盾,由于时近裁判员制度的实施,^[1]本书在论及犯罪成立要件之时,有意识地从所谓刑事的要件事实现论这一视角出发,尽量对检察官必须立证、裁判员必须认定的对象、要件予以明确。很难说已经实现了这一意图,但希望借此得到司法实务界各位的叱正,以期进一步改善。

考虑到判例理论的重要性,本书引用了大量的判例与解说。限于篇幅,本书所引用的仅仅是各个判例的核心部分,还望学子诸君对照各个判例的原典,弄清前提事实,力求更切实地理解判例观点。正是出于此考虑,本书所引用的判例多附加了序号,所附加的序号与西田典之、山口厚、佐伯仁志著《判例刑法总论》(有斐阁2006年第4版)中的序号完全一致,还望充分对照使用。由于本书是在短时间内完成,且主要是以犯罪论为中心,因而就刑罚论、罪数论、刑法的适用范围等问题未能充分展开说明,这一遗憾只有留待今后再版之时的修订了。

三

本书的问世实得益于很多人的帮助。我的起点无疑是恩师平野龙一先生的学说。迄今也写了不少论文,每当难以决断之时,总是奉行 *in dubio pro Hirano*(存疑从平野说)之态度。虽然如此,本书也有不少偏离恩师的学说之处,但正如先生经常教导的那样,“凡事信师莫如无师”,想必先生九泉之下也会笑而许之。在各种研讨会上,尤其是从先生的名著与大作《刑法讲义总论(上)(中)(下I)(下II)》中,深受

[1] 日本于2009年开始实施裁判员制度。——译者注

内藤谦先生的教益。芝原邦尔先生不仅鼓励我执笔撰写前述电视大学教材《刑法》，而且在我学术上存疑难解之时，总是言简意赅地向我提出切实且宝贵的意见。另外，无论是在各种研究会上，还是聚会小酌之时，得与同僚山口厚教授、佐伯仁志教授在诸多场合畅所欲言，充分论争，亦受益匪浅。尤其是山口教授的名著《问题探究·刑法总论》、《刑法总论(补订版)》，还有佐伯教授在《法学教室》上的连载《刑法总论的思考与乐趣》也不断给我以学问上新的刺激，并给了我执笔本书的不小动机。有一段时间，与庆应义塾大学的井田良教授在每周的同一天、在同一所大学的大学院讲课，得有机会相互探讨犯罪论的诸多论题，也是颇多受益。井田教授立足于行为无价值论，有关刑法理论的构建，不少时候我也是深深折服于其鲜明的观点，但同时也意外地发现相互之间颇有共通之处，更觉收获良多。当然，其名著《刑法总论的理论构造》也给了我不少学问上的启迪与教示，借此机会谨表谢忱。

四

没有立教大学的小林宪太郎副教授的无私奉献，本书绝难在如此短时间之内顺利完成。每当我完成部分写作之时，小林副教授总是及时将我所引用的学说与判例加以核对并补充完整。并且，遇到某些难以决断的问题，也是始终伴我讨论。自2005年3月动笔以来，直至本书最终完成，对于小林副教授在此期间的帮助，很难找到贴切的语言来表达我深深的谢意。

在本书的初稿阶段，承蒙佐伯教授、法政大学的今井猛嘉教授、神户大学的桥爪隆教授、学习院大学的镇目征树副教授通读全文，并惠赐了不少宝贵意见。并且，在校对之时还得到了小林副教授的协助，镇目副教授也代为完成了书后的索引部分。此外，就本书的结构、标题的使用等诸多方面，也给弘文堂的北川阳子编辑长添扰不少。在此也对上述诸位表示由衷的谢意。

五

最后，我要将本书敬献给恩师松尾浩也先生。虽然由于研究领域不同，直接聆听先生学问上的教诲的机会并不太多，但在昔日的某个时候，当对我自己是否真正具备学者的资质感到困惑，而在通过司法

考试之后决意去司法研修所接受培训,并有意成为一名司法实务人员之时,宽以慰我,严以谕我,并最终引导我持续研究之路的,正是松尾先生。没有松尾先生当时的那一句话,绝不会有现在的我!其后,不仅仅是作为一名学者,更是作为一个社会的人的处世之道,先生不仅不时给我以深切教谕,更是不时以身垂范。“遇经师易,遇人师难”(《资治通鉴·后汉恒帝纪》)。松尾先生于我,恰是人师。松尾先生现在是东京大学的名誉教授,同时也担任法务省特别顾问。2005年是松尾先生的喜寿之年,先生更是在同年12月被选定为日本学士院会员。先生的健康活跃,是我们的最大心愿。长年蒙受先生的学恩与教诲,此刻满怀无限的感激与敬畏,谨将此书敬献给松尾浩也先生。

西田典之

记于2006年的女儿节(旧历3月3日)前夜

文献略语

一、参考文献(以后面〔〕内黑体字部分作为所引用论著的简称)

(教科书)

浅田和茂《刑法总论》(成文堂 2007 年补正版)[浅田]

阿部纯二《刑法总论》(日本评论社 1997 年版)[阿部]

板仓 宏《刑法总论》(劲草书房 2007 年版)[板仓]

井田 良《刑法总论的理论构造》(成文堂 2005 年版)[井田]

井田 良《讲义刑法学》(有斐阁 2008 年版)[井田讲义]

伊东研祐《刑法总论》(新世社 2008 年版)[伊东]

伊藤涉、小林宪太郎、镇目征树、成瀬幸典、安田拓人《アクチュアル刑法总论》(弘文堂 2005 年版)[伊藤]

今井猛嘉、小林宪太郎、岛田聪一郎、桥爪隆《刑法总论 LEGAL QUEST》(有斐阁 2009 年版)[今井等]

植松 正《刑法概论Ⅱ总论》(劲草书房 1974 年再订版)[植松]

内田文昭《刑法概要(上)、(中)》(青林书院 1995 年版、1999 年版)[内田]

大越义久《刑法总论》(有斐阁 2007 年第 4

版)[大越]

大塚 仁《刑法概说(总论)》(有斐阁 2008 年第 4 版)[大塚]

大谷 实《新版刑法讲义总论》(成文堂 2009 年新版第 3 版)[大谷]

冈野光雄《刑法要说(总论)》(成文堂 2009 年第 2 版)[冈野]

小野清一郎《新订刑法讲义总论》(有斐阁 1950 年增补版)[小野]

川端 博《刑法讲义总论》(成文堂 2006 年第 2 版)[川端]

木村龟二著、阿部纯二增补《刑法总论》(有斐阁 1978 年增补版)

[木村]

草野豹一郎《刑法要论》(有斐阁 1956 年版)[草野]

齐藤金作《刑法总论》(有斐阁 1955 年改订版)[齐藤金作]

齐藤信治《刑法总论》(有斐阁 2008 年第 6 版)[齐藤信治]

齐野彦弥《刑法总论》(新世社 2007 年版)[齐野]

佐伯千仞《刑法讲义(总论)》(有斐阁 1981 年第 4 修订版)[佐伯]

佐久间修《刑法总论》(成文堂 2009 年版)[佐久间]

铃木茂嗣《刑法总论(犯罪论)》(成文堂 2001 年版)[铃木]

曾根威彦《刑法总论》(成文堂 2008 年第 4 版)[曾根]

泷川幸辰《改订犯罪论序说》(有斐阁 1947 年版)[泷川]

立石二六《刑法总论》(成文堂 2008 年第 3 版)[立石]

团藤重光《刑法纲要总论》(创文社 1990 年第 3 版)[团藤]

内藤 谦《刑法讲义总论上·中·下 I·下 II》(有斐阁 1983 年版、1986 年版、1991 年版、2002 年版)(按照连续页码引用)[内藤]

中 义胜《讲述犯罪总论》(有斐阁 1980 年版)[中]

中野次雄《刑法总论概要》(成文堂 1997 年第 3 版补订版)[中野]

中山研一《刑法总论》(成文堂 1982 年版)[中山]

西原春夫《刑法总论(上卷)》(成文堂 1998 年改订版)、《刑法总论(下卷)》(成文堂 1993 年改订准备版)[西原]

野村 稔《刑法总论》(成文堂 1998 年补订版)[野村]

林 干人《刑法总论》(东京大学出版会 2008 年第 2 版)[林]

平野龙一《刑法总论 I·II》(有斐阁 1972 年版、1975 年版)(按照连续页码引用)[平野]

平野龙一《犯罪论的诸问题(上)总论》(有斐阁 1981 年版)[平野]

诸问题]

平场安治《刑法总论讲义》(有信堂 1952 年版)[平场]

福田 平《刑法总论》(有斐阁 2004 年第 4 版)[福田]

藤木英雄《刑法讲义总论》(弘文堂 1975 年版)[藤木]

堀内捷三《刑法总论》(有斐阁 2004 年第 2 版)[堀内]

前田雅英《刑法总论讲义》(东京大学出版会 2006 年第 4 版)[前

田]

牧野英一《刑法总论(上)·(下)》(有斐阁 1958 年全订版、1959 年全订版)[牧野(上)(下)]

牧野英一《重订日本刑法》(有斐阁 1942 年版)[牧野]

町野 朔《刑法总论讲义案 I》(信山社 1995 年第 2 版)[町野]

松宫孝明《刑法总论讲义》(成文堂 2009 年第 4 版)[松宫]

宫本英侑《刑法大纲》(弘文堂 1935 年版)[宫本]

宫本英侑《刑法学纲要》(弘文堂 1926~1928 年版)[宫本纲要]

山口 厚《刑法总论》(有斐阁 2007 年第 2 版)[山口]

山口 厚《问题探究 刑法总论》(有斐阁 1998 年版)[山口探究]

山中敬一《刑法总论》(成文堂 2008 年第 2 版)[山中]

(演習書、注釋書、其他)

町野朔等《思考刑法》(弘文堂 1986 年版)[《思考刑法》]

团藤重光编《注释刑法(1)~(6)》(有斐阁 1964~1966 年版)
[《注释刑法》]

山口厚编著《クローズアップ刑法总论》(成文堂 2003 年版)
[《クローズアップ》]

山口厚编著《ケース&プロブレム刑法总论》(弘文堂 2004 年版)
[《ケース&プロブレム刑法总论》]

山口厚、井田良、佐伯仁志《理论刑法学的最前线》(岩波书店
2000 年版)[《理论刑法学的最前线》]

西田典之、山口厚、佐伯仁志编《刑法的争点》(有斐阁 2007 年
版)[《刑法的争点》]

西田典之《刑法各论》(弘文堂 2010 年第 5 版)[西田各论]

西田典之《新版 共犯与身份》(成文堂 2003 年版)[西田《新
版·共犯与身份》]

西田典之、山口厚、佐伯仁志编《刑法判例百选 I 总论[第 6 版]》

(有斐阁 2008 年版)[《刑法判例百选 I 总论》]

芝原邦尔编《刑法的基本判例》(有斐阁 1988 年版)[《刑法的基本判例》]

芝原邦尔等编《刑法理论的现代性展开 总论 I·II》(日本评论社 2008 年版)[《刑法理论的现代性展开·总论》]

阿部纯二等编《刑法基本讲座(1)~(4)》(法学书院 1992 年版[第 1 卷]、1994 年版[第 2 卷]、1994 年版[第 3 卷]、1992 年版[第 4 卷])[《刑法基本讲座》]

中山研一等编《现代刑法讲座(1)~(5)》(成文堂 1977~1982 年版)[《现代刑法讲座》]

芦部信喜等编《岩波讲座基本法学(1)~(8)》(岩波书店 1983~1984 年版)[《岩波讲座基本法学》]

大塚仁、河上和雄、佐藤文哉编《刑法解释大全 1~5 卷》(青林书院 1999~2004 年第 2 版)[《刑法解释大全》]

《阿部纯二先生古稀祝贺论文集》(第一法规 2004 年版)[《阿部纯二先生古稀祝贺论文集》]

《板仓宏博士古稀祝贺论文集·现代社会型犯罪之诸问题》(劲草书房 2004 年版)[《板仓宏博士古稀祝贺论文集》]

《植松正博士还历祝贺·刑法与科学 法律编》(有斐阁 1971 年版)[《植松正博士还历祝贺》]

《井上正治博士还历祝贺·刑事法学之诸相(上)、(下)》(有斐阁 1981 年版、1983 年版)[《井上正治博士还历祝贺》]

《内田文昭先生古稀祝贺论文集》(青林书院 2002 年版)[《内田文昭先生古稀祝贺论文集》]

《香川达夫博士古稀祝贺·刑事法学的课题与展望》(成文堂 1996 年版)[《香川达夫博士古稀祝贺》]

《齐藤金作博士还历祝贺/现代的共犯理论》(有斐阁 1964 年版)[《齐藤金作博士还历祝贺》]

《佐佐木史朗先生喜寿祝贺·刑事法学的理论与实践》(第一法规 2002 年版)[《佐佐木史朗先生喜寿祝贺》]

《田宫裕博士追悼论集(上)、(下)》(信山社 2001 年版、2003 年版)[《田宫裕博士追悼论集》]

《团藤重光博士古稀祝贺论文集(1)~(5)》(有斐阁 1983~1985 年版)[《团藤重光博士古稀祝贺论文集》]

《内藤谦先生古稀祝贺·刑事法学的现代性状况》(有斐阁 1984 年版)[《内藤谦先生古稀祝贺》]

《中义胜先生古稀祝贺·刑法理论之探究》(成文堂 1992 年版)[《中义胜先生古稀祝贺》]

《中山研一先生古稀祝贺论文集(1)~(5)》(成文堂 1997 年版)[《中山研一先生古稀祝贺论文集》]

《西原春夫先生古稀祝贺论文集(1)~(5)》(成文堂 1998 年版)[《西原春夫先生古稀祝贺论文集》]

《平野龙一先生古稀祝贺论文集(上)、(下)》(有斐阁 1990 年版、1991 年版)[《平野龙一先生古稀祝贺论文集》]

《福田平、大塚仁博士古稀祝贺·刑事法学的综合性探讨(上)、(下)》(有斐阁 1993 年版)[《福田平、大塚仁博士古稀祝贺》]

《松尾浩也先生古稀祝贺论文集(上)、(下)》(有斐阁 1998 年版)[《松尾浩也先生古稀祝贺论文集》]

《宫泽浩一先生古稀祝贺论文集(1)~(3)》(成文堂 2000 年版)[《宫泽浩一先生古稀祝贺论文集》]

《现代刑事法学之诸问题:宫本博士还历祝贺》(弘文堂书房 1943 年版)[《宫本博士还历祝贺》]

《最高裁判所判例解说刑事篇》(法曹会,每年出版)[《最高裁判所判解》]

ジュリスト临时增刊《重要判例解说》(有斐阁,每年出版)[《○○年度重要判例解说》]

二、判例·判例集·杂志(以前面黑体字部分作为引用的简称)

大判	大审院判决
大连判	大审院连合部判决
最判(最决)	最高裁判所判决(决定)
最大判	最高裁判所大法庭判决
高判	高等裁判所判决
地判	地方裁判所判决
支判	支部判决
简判	简易裁判所判决
刑录	大审院刑事判决录
刑集	大审院刑事判例集·最高裁判所刑事判例集

裁集	最高裁判所裁判集 刑事
高刑	高等裁判所刑事判例集
判特	高等裁判所刑事判决特报
裁特	高等裁判所刑事裁判特报
高刑速	高等裁判所刑事裁判速报集
高检速报	高等裁判所刑事判决速报
东时	东京高等裁判所判决时报 刑事
裁时	裁判所时报
一审刑集	第一审刑事裁判例集
下刑	下级裁判所刑事裁判例集
刑月	刑事裁判月报
新闻	法律新闻
判时〔判评〕	判例时报〔判例评论〕
判夕	判例タイムズ
LEX/DB	LEX/DB 网(TKC 法律信息数据库)

注:本书所引用的判例多附加了序号,所附加的序号与西田典之、山口厚、佐伯仁志著《判例刑法总论》(有斐阁 2009 年第 5 版)中的序号完全一致。并且,原则上将所引用的大审院判例的用语由片假名改为平假名,且附加了标点符号。

判例集的编年对应表

在本书中,为了尊重原文,也为了遵循日本就判例出处的惯用表示,更为了便于本书读者顺利查找相关判例,因而并未将明治、大正、昭和、平成这些日本年号改为公历,但同时考虑到我国读者更习惯于公历,在此特不畏累赘列表表示编年对应。值得注意的是,根据日本年号的实际变更时间,明治45年仅止于明治45年(1912年)7月30日、大正15年仅止于大正15年(1926年)12月25日、昭和64年仅止于昭和64年(1989年)1月7日。

大审院判决录 (刑录创刊)	大审院判例集 (改称刑录)	最高裁判所判例集 (改称刑集)	
明治28(1895年) 1辑	大正11(1922年) 1卷	昭和22(1947年) 1卷	昭和50(1975年) 29卷
29(1896年)2	12(1923年)2	23(1948年)2	51(1976年)30
30(1897年)3	13(1924年)3	24(1949年)3	52(1977年)31
31(1898年)4	14(1925年)4	25(1950年)4	53(1978年)32
32(1899年)5	大正15	26(1951年)5	54(1979年)33
33(1900年)6	(1926年)5	27(1952年)6	55(1980年)34
34(1901年)7	昭和1	28(1953年)7	56(1981年)35
35(1902年)8	2(1927年)6	29(1954年)8	57(1982年)36
36(1903年)9	3(1928年)7	30(1955年)9	58(1983年)37
37(1904年)10	4(1929年)8	31(1956年)10	59(1984年)38
38(1905年)11	5(1930年)9	32(1957年)11	60(1985年)39
39(1906年)12	6(1931年)10	33(1958年)12	61(1986年)40
40(1907年)13	7(1932年)11	34(1959年)13	62(1987年)41
41(1908年)14	8(1933年)12	35(1960年)14	63(1988年)42
42(1909年)15	9(1934年)13	36(1961年)15	昭和64

续表

大审院判决录 (刑录创刊)	大审院判例集 (改称刑录)	最高裁判所判例集 (改称刑集)	
明治 28(1895 年) 1 辑	大正 11(1922 年) 1 卷	昭和 22(1947 年) 1 卷	昭和 50(1975 年) 29 卷
43(1910 年) 16	10(1935 年)14	37(1962 年)16	(1989 年)43
44(1911 年) 17	11(1936 年)15	38(1963 年)17	平成 1
明治 45	12(1937 年)16	39(1964 年)18	2(1990 年)44
(1912 年) 18	13(1938 年)17	40(1965 年)19	3(1991 年)45
大正 1	14(1939 年)18	41(1966 年)20	4(1992 年)46
2(1913 年) 19	15(1940 年)19	42(1967 年)21	5(1993 年)47
3(1914 年) 20	16(1941 年)20	43(1968 年)22	6(1994 年)48
4(1915 年) 21	17(1942 年)21	44(1969 年)23	7(1995 年)49
5(1916 年) 22	18(1943 年)22	45(1970 年)24	8(1996 年)50
6(1917 年) 23	19(1944 年)23	46(1971 年)25	9(1997 年)51
7(1918 年) 24	20(1945 年)24	47(1972 年)26	10(1998 年)52
8(1919 年) 25	21(1946 年)25	48(1973 年)27	11(1999 年)53
9(1920 年) 26	22(1947 年)26	49(1974 年)28	12(2000 年)54
10(1921 年) 27			13(2001 年)55
			14(2002 年)56
			15(2003 年)57
			16(2004 年)58
			17(2005 年)59
			18(2006 年)60
			19(2007 年)61
			20(2008 年)62
			21(2009 年)63
			22(2010 年)64

目 录

第一章 什么是刑法	001
一、作为社会规范的法	001
二、刑法	004
三、刑罚的种类与内容	007
第二章 刑罚的目的	013
第一节 刑罚的正当化根据	013
一、报应刑论	013
二、目的刑论	014
三、相对的报应刑论	016
第二节 刑罚论的演变——学派之争	017
一、近代以前的刑罚制度	017
二、启蒙时代的刑法思想	017
三、古典学派(旧派)的理论	018
四、近代学派(新派)的理论	019
五、学派之争	021
六、日本的学派之争	021
七、刑罚与保安处分	022
第三章 刑法的机能	024
第一节 法益保护机能	024
一、法益的保护	024
二、刑法的谦抑性、补充性、断片性	025
三、价值观的变化与刑法	026
四、刑法与社会伦理	026
第二节 自由保障机能	031
一、罪刑法定主义	031
二、日本的罪刑法定主义	032
三、责任主义	033

第四章 罪刑法定主义	035
第一节 法律主义	035
一、成文法主义	035
二、狭义的法律主义	036
三、法律的委任	036
四、条例所规定的罚则	037
第二节 禁止事后法	039
一、禁止溯及性处罚	039
二、公诉时效的溯及性延长	040
三、判例的溯及性变更	041
第三节 禁止类推解释	041
一、解释的方法	041
二、类推解释	042
三、扩张解释的限度	043
第四节 明确性原则	044
第五节 刑罚法规的适正	047
第五章 犯罪论体系	049
第一节 何为犯罪论	049
第二节 未遂与共犯	051
第三节 犯罪论与刑法典总则之间的关系	052
第四节 法定刑、处断刑、宣告刑	053
一、法定刑	053
二、处断刑	053
三、宣告刑	054
第六章 构成要件该当性	056
第一节 何为构成要件	056
一、要件与效果	056
二、构成要件的确定	057
三、违法、有责类型	057
四、构成要件论的实际意义	060
第二节 构成要件的要素	061
一、主体	062
二、行为客体与保护客体	066
三、行为	067
四、结果	069
五、状况与条件	073

六、主观的构成要件要素	074
第三节 因果关系论	076
一、因果关系论的含义	076
二、因果关系论的必要性	076
三、因果关系的判断方法	077
四、条件关系论	078
五、相当因果关系论	083
六、客观归属论	095
第四节 不作为犯	096
一、真正不作为犯	097
二、不真正不作为犯	097
三、不真正不作为犯的成立要件	098
第七章 违法性	107
第一节 违法性的实质	107
一、结果无价值论	107
二、行为无价值论	108
第二节 违法阻却事由	111
一、构成要件的违法推定机能	111
二、形式的违法论与实质的违法论	111
第三节 违法阻却的一般原理	113
一、结果无价值论的结论	113
二、行为无价值论的结论	114
第四节 紧急行为与正常行为	116
一、紧急行为	116
二、正常行为	116
第五节 紧急避险	117
一、紧急避险的法律性质	117
二、紧急避险的成立要件	121
三、特别义务者的例外	127
四、避险过当	127
五、假想避险	128
六、假想避险过当	129
第六节 正当防卫	129
一、正当防卫的正当化根据	129
二、正当防卫的成立要件	132
三、防卫过当	149

四、假想防卫	153
五、假想防卫过当	154
六、《盗犯等防止法》的特别规定	156
第七节 被害人的同意	157
一、要保护性的阙如	157
二、伤害与同意	158
三、危险的接受	159
四、有效同意的要件	160
第八节 推定的同意	164
一、事务管理型	164
二、权利侵害型	165
第九节 正当行为	166
一、概述	166
二、法令行为	166
三、正当业务行为	167
第十节 可罚的违法性的理论	173
一、滥用公诉权理论	173
二、绝对轻微型	174
三、相对轻微型	175
第八章 有责性	176
第一节 有责性的要件	176
一、责任主义	176
二、责任的本质	177
三、心理责任论与规范责任论	179
四、责任构成要件与责任阻却事由	180
第二节 故意	180
一、第38条概述	180
二、故意在犯罪论体系中的地位	181
三、故意的认识对象	183
四、故意的种类	187
第三节 事实的错误	190
一、概述	190
二、具体的事实错误	191
三、共犯的错误	200
四、抽象的事实错误	203
第四节 违法性的错误	208

一、概述	208
二、学说	210
三、判例	213
第五节 事实的错误与违法性的错误之间的界限	217
一、问题点	217
二、规范的构成要件要素的错误	218
三、行政犯中的事实认识	219
第六节 过失	225
一、过失犯的处罚	225
二、过失犯的构造	227
三、过失犯的成立要件	232
四、过失的种类	249
第七节 责任能力	250
一、含义	250
二、责任能力的判断方法	252
三、原因自由行为	254
第八节 期待可能性	263
第九章 未遂犯	265
第一节 犯罪的阶段性类型	265
第二节 未遂犯的处罚	266
第三节 实行的着手	267
一、主观说	267
二、客观说	267
第四节 不能犯	274
一、概述	274
二、学说概述	275
三、判例概述	279
第五节 中止犯	281
一、刑罚减免根据	281
二、政策说与法律说	281
三、违法减少说	282
四、责任减少说(法定量刑事由说)	282
五、中止犯的成立要件	283
六、预备的中止	288
第十章 共犯论	290
第一节 限制的正犯概念与共犯规定	290

一、共犯现象	290
二、刑法中有关共犯的规定	291
三、作为处罚扩张事由的共犯	293
第二节 间接正犯	294
一、行为支配说	294
二、扩张的共犯论	294
三、间接正犯的类型	295
四、间接正犯的实行的着手时点	298
五、间接正犯与教唆犯的错误	299
六、身份犯的间接正犯	300
第三节 共犯的处罚根据	301
一、责任共犯论	301
二、违法共犯论	301
三、责任共犯论、违法共犯论的弱点	302
四、因果共犯论(惹起说)	302
五、纯粹惹起说	303
六、构成要件性惹起说	303
七、未遂的教唆	304
第四节 共犯的因果性	305
一、与同时犯的区别	305
二、物理因果性与心理因果性	306
三、帮助的因果关系	307
四、日常行为与帮助	309
第五节 共谋共同正犯	309
一、实行共同正犯与共谋共同正犯	309
二、部分行为全部责任的法理	310
三、形式的实行共同正犯论	311
四、共同意思主体说	311
五、实质的实行共同正犯论	312
六、准实行共同正犯论	313
七、重要作用的含义	314
八、判例理论探讨(正犯意思)	316
第六节 片面的共犯	318
第七节 不作为的共犯	319
一、问题之所在	319
二、判例状况	320

三、学说状况	324
第八节 承继的共犯	326
一、问题之所在	326
二、判例态度的演变	327
三、学说状况	328
第九节 共犯的脱离	331
一、问题之所在	331
二、因果性的切断	332
三、着手之后的中止	334
四、共犯关系的解消	335
第十节 必要的共犯	337
一、必要的共犯的含义	337
二、对向犯	338
三、立法者意思说	338
四、对立法者意思说的疑问	340
五、实质说	341
六、实质说与立法者意思说的并用	342
第十一节 过失的共犯	342
一、问题之所在	342
二、共犯构成要件的存在与否	343
三、判例状况	344
四、学说的展开与探讨	345
第十二节 共犯的从属性	347
一、问题之所在	347
二、实行从属性	348
三、要素从属性	355
四、罪名从属性	358
第十三节 共犯与身份	361
一、第 65 条的立法宗旨	361
二、身份的含义	365
三、对第 65 条第 1 款的解释	372
四、对第 65 条第 2 款的解释	373
第十一章 罪数论	375
一、单纯的一罪	375
二、包括的一罪	376
三、科刑的一罪	379

四、并合罪	383
五、数罪	384
第十二章 刑罚的适用	385
第一节 法定刑、处断刑、宣告刑	385
一、法定刑	385
二、处断刑的形成	386
三、宣告刑	389
四、缓刑(刑罚的执行犹豫)	389
五、刑罚的执行	390
六、假释	391
第二节 刑罚执行权的消灭	392
一、犯人的死亡(法人的消灭)	392
二、刑罚的时效与刑罚的消灭	392
三、恩赦	392
第三节 犯罪的非刑罚处罚(diversion)	393
一、警察阶段	393
二、检察阶段	394
三、裁判所阶段	394
四、少年案件的特别规则	395
第十三章 刑法的效力范围	396
第一节 刑法的空间效力	396
一、国内犯	396
二、国外犯	397
三、外国判决的效力	398
第二节 刑法的时间效力	398
一、刑罚法规的施行	398
二、禁止事后法	399
三、刑罚的废止	399
四、刑罚的变更	400

第一章 什么是刑法

一、作为社会规范的法

(一) 社会与规范

人并非是像鲁滨逊那样在社会中孤立地生存,而是许多人联系在一起生活。正如家庭、学校、公司、政府机关、市民、国民所显示的那样,随着人的成长,与他人的联系程度越来越广泛。正如德国法学家格尔克(Otto von Gierke, 1868 ~ 1913)所述,“人之所以称之为人类,就在于人与人之间存在着紧密联系”。

由此可见,既然人不得不宿命地从事社会活动或共同生活,那么,为了规制人的行动,就必须要有所谓的行动基准、规章、规则。例如,“不得杀人”、“不得盗窃”、“不得撒谎”、“借物应归还”等。毋庸讳言,如果根据性善说,由于人的本性本来就是善良的,也许并不需要这样的规则,但遗憾的是,过去的经验告诉我们并非如此。正因如此,我们的祖先为了维持共同生活,形成了各种各样的规则。“有社会之时就有法”(Ubi societas, ibi ius)这一法律格言也表明,在人类社会中必须要有规则或规章存在。

(二) 社会规范与制裁

这种社会的规则被称为“社会规范”(social

norm)或简称为“规范”。所谓规范,是一种当为命题,内容包含“不得为……”这类禁止规范与“应为……”这类命令规范。(刑)法就是这类规范的代表,但规范并不只是限于法规范。除法规范之外,还有习俗、礼仪、道德、伦理这些众多的规范竞合在一起维系着我们的日常生活。

那么,法规范与其他社会规范的区别何在呢?区别就在于对违反规范的行为有无制裁、惩罚,也可以说是有无效力。对违反习俗与道德规范的行为也并非是没有惩罚。如果是打扮奇怪的人在街上行走,自然会遭到人们的嘲笑。不遵守日常礼仪的人,也会直接、间接地受到人们的非难。对坐在公共交通工具专为老年人所设的位子上不给老人让座的年轻人,周围的人往往也会投之以轻蔑的眼光。但是,由于这种惩罚的效力不强,保障规范实效性的作用也就不大。法规范之外的社会规范的效力,与由这种惩罚而形成相比,更大程度上取决于,通过家庭与学校的管教或教育,还有社会生活上人际关系与经验的积累中学习规范,从而牢记在心中形成规范意识。规范一旦深入人的内心成为自律规范(也有的称为“良心”),就不再依赖惩罚而独立存在,并被人们自觉遵守。这样的过程被称为“人的社会化”(socialization)。

与此相反,对违反法规范行为的制裁效力更强。如对违反“借物应归还”、“不得损害他人的权利与利益”、“不得盗窃”、“不得杀人”等法规范的行为,往往要给予责令返还、赔偿损害、判处刑罚之类的制裁,这种制裁的实现最终往往要采取强制执行或刑罚的执行这样的形式,也就是由国家权利产生的物理强制力来作保障。正是因为这样,对违反法规范行为的制裁范围也就应当限定在必要的最小限度内。所谓“法既是伦理的最小限度,又是伦理的最大限度”的命题意味着,法只是纳入了最小限度的伦理规范,但同时其在效力以及时效性方面却又是最强大的。该命题会造成伦理与法似乎处于完全的包容关系这一错觉,在这一点上,此命题是错误的。然而,仍可以说,此命题很好地阐释了法与其他社会规范之间的关系。

(三)法律制裁的种类

对违反法规范的行为的制裁,并非仅限于刑罚。例如,甲醉酒开车,由于不注意结果使乙受伤,甲就有可能产生三种法律责任,受三种法律制裁。

第一种是民事责任,乙可以对甲提出因其不法行为产生的损害赔偿的请求(民法第709条)。

第二种是刑事责任,甲可能构成刑法第211条第2款规定的过失驾车致死伤罪(法定刑是7年以下惩役、监禁或者100万日元以下罚金)及《道路交通法》(以下简称道交法)第65条、第117条之2第1项或第117条之4第3项的酒后驾驶罪(在第117条之2第1项的场合,法定刑是3年以下惩役或者50万日元以下罚金;在第117条之4第3项的场合,法定刑是1年以下惩役或者30万日元以下罚金),并有可能要受相应的处罚。

第三种是行政责任,根据道交法第103条的规定,甲有可能要被公安委员会直接吊销驾照,或者是吊销驾照6个月的行政处分。

(四)民事制裁与刑事制裁的不同点

上述这些法律制裁、法律责任在目的、性质以及程序上均有差异,即作为民事制裁的请求赔偿损害,是以弥补乙在经济上、精神上的损害为目的,乙作为原告,甲作为被告,通过民事诉讼来实现。而作为刑事制裁的刑罚,是从预防犯罪这一公益的角度,以科处刑罚为目的,检察官作原告、甲作被告,通过刑事诉讼来实现。作为行政制裁的吊销驾照等处分,虽然也具有惩罚的特点,但主要目的是确保将来道路交通的安全,甲对处分不服时,可以原告的身份,将隶属于公安委员会的都道府县相应部门作为被告,通过行政诉讼来解决。

由此可见,作为民事责任的损害赔偿,由于是以弥补乙个人的损害为目的,因此,是否追究甲的责任,要根据乙的意思而定(个人自治原则)。乙可以放弃赔偿损害的请求权,也可以通过与甲和解来决定赔偿金。而且,可最终通过民事诉讼甚至强制执行来实现请求权。

与此相反,由于刑罚是从预防犯罪这一公益的角度而被科处的,有其独自的目的,即便是乙不要求处罚甲,检察官也可以追诉;反过来,即使乙要求处罚甲,检察官也可以根据起诉便宜主义(刑法第248条)行使追诉裁量权,对甲实行暂缓起诉。同样道理,对甲科处罚金刑的场合,由于是从公益的角度对其予以惩罚,这笔罚金也并非交给乙,而是上缴国库。

不过,犯罪是否由检察官来追诉,也有要根据被害人的意思而定的情形。这就是所谓的“亲告罪”。例如,刑法第180条规定,犯第177条的强奸罪,还有第232条规定犯第230条的毁损名誉罪,“告诉

的才能提起公诉”。所谓告诉,就是犯罪的被害人等向侦查机关控诉犯罪事实,并作出要求处罚犯人的意思表示(参见刑诉法第230条以下)。亲告罪中,有告诉是提起公诉的条件(诉讼条件),尽管无告诉但仍提起公诉的,裁判所应当驳回公诉(刑诉法第338条第4项)。强奸罪等性犯罪与毁损名誉罪之所以被作为亲告罪,是因为考虑到刑事裁判必须查明事实,而这有可能使被害人的名誉与隐私受到更进一步的侵害。另外,刑法第264条将第261条损坏器物罪(法定刑是3年以下惩役或者30万日元以下罚金或科料),第209条第2款将第209条过失伤害罪(处30万日元以下罚金或科料)规定为亲告罪,是因为这类罪的被害程度通常很轻微,没有必要处罚到被害人所不希望的程度。

二、刑法

(一)刑法的含义

如果以上述解说为前提来给“刑法”下定义,那么刑法就是规定对违反禁止、命令(规范)的行为给予刑罚制裁的法律。成为刑罚之对象的违反行为就是犯罪。因此,如果采用形式的定义,刑法就是有关犯罪与刑罚的法律。但是,就实质而言,刑法是通过预告刑罚这样的制裁并予以实施,以在精神上控制犯罪这种人之行动的法律。

然而,禁止、命令规范与对违反这类规范的制裁之间的关系,在法律文句上没有被直接表明的情形也是有的。例如,前述道交法第65条第1款规定,“任何人都不得在酒后驾驶车辆等”,这是一条禁止规范;该法第117条第2款第1项规定,处3年以下惩役或者50万日元以下的罚款,这是有关制裁的内容。这里禁止规范与制裁的关系是很清楚的。由于这样的(禁止)规范是直接针对国民的,所以又可以称为“行为规范”。

与此相反的例子是,刑法第199条规定:“杀人的,处死刑、无期或者5年以上的惩役。”这一规定是直接针对裁判官的,也就是说,在充足了“杀人”之要件的情况下,裁判官负有对犯人(被告人)在“死刑、无期或者5年以上惩役”的范围内科处刑罚的义务。因此,也可以说这是“裁判规范”。但应该说,作为其当然前提,这种裁判规范还包含有“不得杀人”这一指向国民的禁止规范(行为规范)的内容。

另外,对违反规范的行为予以制裁的刑罚是什么?刑法第9条规

定：“死刑、惩役、监禁、罚金、拘留和科料为主刑；没收为附加刑。”因而，刑罚不包含刑法典分则以及其他刑罚法规所规定的制裁之外的内容。为此，作为对违反行政义务行为予以金钱制裁的过料（为了与刑罚中的科料相区别又被称为“错料”）。例如，14日以内不作迁出、迁入登记的场合，处5万日元以下的过料（《住民基本台帐法》第51条第2款）；对偷税行为征收加算税或重加算税（参见《国税通则法》第65至第69条）；对违反《关于禁止私人垄断及确保公正交易的法律》（禁止垄断法或反垄断法，以下简称禁止垄断法）规定的串通投标、联合垄断等行为科处的课征金（参见禁止垄断法第7条之2）等行政制裁就并非是刑罚。

（二）刑法典与特别刑法

对违法行为的制裁采用刑罚的法律称为“刑罚法规”。明治40年（1907年）制定的被称为“刑法”的法律就是其代表。因此，一般说到刑法时，就是指的这部“刑法”，特别有必要加以区别时，也称为“刑法典”。

与此相对的是，称其他刑罚法规为“特别刑法”。其中，第一类是对刑法典规定的犯罪类型加以补充、扩张的单行刑罚法规，这就是所谓的“准刑法”。例如，《轻犯罪法》、《关于处罚劫持航空器等行为的法律》（“劫持航空器处罚法”）、《爆炸物管理罚则》、《暴力行为等处罚法》、《关于处罚绑架人质等行为的法律》等。

第二类是《国家公务员法》、《地方公务员法》、《道路交通法》、《大气污染防治法》、《水质污染防治法》之类的为保证有关公务员制度、道路交通安全、环境保护等行政法规的有效性而制定的有关准则，对违反这类准则的行为，规定予以制裁的刑罚法规。一般是在各种行政法规的末尾以“罚则”的形式予以规定，这就是所谓的“行政刑法”。其中，一些控制经济活动的行政管理法规，如《禁止垄断法》、《证券交易法》，各种租税法（如《所得税法》、《法人税法》），《信贷业法》等之中的罚则，又被称为“经济刑法”。

（三）刑法典的历史

日本明治维新后较短时期内，曾制定、施行过中华法系的《暂行刑律》（1868年）、《新律纲领》（1870年）、《改定律例》（1873年）。但是，明治政府为了修订不平等条约以加速西洋近代化，聘请法国法学家波

伊索纳德(Gustave Boissonade, 1825 ~ 1910)起草刑法典。其结果是明治13年(1880年)制定了日本最初的近代刑法典即旧刑法,明治15年(1882年)开始施行。这部旧刑法共430条,规定了后述罪刑法定主义(第2条)与责任主义(第77条以下)这种明显带有近代刑法典特色的内容,其规定犯罪类型的分则共有315条,非常细致地规定了各种具体犯罪及其法定刑。另外,对未遂犯也是采取必要减轻主义等,给裁判官自由裁量的余地很小。

此后,日本的法典编纂从宪法开始逐渐继承了以普鲁士为中心的德国法的传统。受其影响,明治40年(1907年)制定了现行刑法典,明治41年(1908年)开始施行。该法共264条,有关犯罪类型的分则有192条。其结果是所规定的犯罪类型高度概括,法定刑幅度也很广。与此同时,也就扩大了由裁判官裁量的幅度与通过解释加以补充的必要性。现行刑法典直至今日尚未作根本的修改但还能适应时代的需要,可以说与其规定的概括性所提供的有弹性的解释余地是分不开的。

尽管如此,现行刑法典制定之后作过多次部分修改。其中主要的有以下几次:

1. 第二次世界大战中的昭和16年(1941年),为了严正经济管制下的公务员的纲纪,对受贿罪作了大幅度的修订,新设了第197条之2(“向第三者提供贿赂罪”),第197条之3(“加重受贿罪”、“事后受贿罪”),第197条之5(“贿赂之必要性没收、追缴”)。某某条之2等分支号码是表示通过修订新设的内容。

2. 战后根据主权在民的新宪法的精神,昭和22年(1947年)对刑法作部分修改时,废除了第73条至第76条的大逆罪、不敬罪等针对皇室的犯罪,第90条、第91条的针对外国元首等施行的暴力罪、胁迫罪、侮辱罪。另外,基于男女平等的观念,废除了规定只处罚已婚女性的通奸行为的第183条(通奸罪)。

3. 昭和62年(1987年)修改刑法,是为了填补随着计算机的普及而带来的处罚空隙,新增设了第161条之2(“非法制作电磁记录罪”)、第234条之2(“损坏电子计算机等妨害业务罪”)、第246条之2(“使用电子计算机诈骗罪”),另作了其他相应的修改。

4. 平成7年(1995年),为了使国民能够更容易理解刑法,对刑法典作了用语上的通俗化处理(参见松尾浩也编:《刑法的平易化》,有斐阁1995年版)。同时,废除了与尊亲属相关的加重规定(第200条、第

205 条第 2 款、第 218 条第 2 款、第 220 条第 2 款),以及有关聋哑人之
责任能力的规定(第 40 条)。所谓用语通俗化,举一例来作对比,有关
事实错误的第 38 条第 2 款之规定,修改前的表述是:“犯重罪而于犯
罪时不知其重者不得从其重罪处断。”修改后的通俗化表述则是:“实
施了本应属于重罪的行为,但行为时不知属于重罪的事实的,不得以
重罪处断。”

5. 平成 13 年(2001 年),新增设了刑法典第 18 章之 2“有关支付
用磁卡的电磁记录的犯罪”、第 208 条之 2(“危险驾驶致死伤罪”)、第
211 条第 2 款(“业务过失致伤罪的刑罚之免除”)。

6. 平成 16 年(2004 年),在刑法总则中,将有期惩役、禁锢的上限
从 15 年提高到了 20 年(第 12 条、第 13 条),有期刑加重时,其上限从
20 年提高到了 30 年(第 14 条);在刑法分则中,对一些凶恶犯罪(如
杀人、伤害、强奸等)的法定刑作了修改,另外还增设了集团强奸罪(第
178 条之 2)等新罪。

7. 平成 17 年(2005 年),为了完备包含新增设的买卖人身罪(第
226 条之 2)、移送被掠取者等至所在国之外罪(第 226 条之 3)在内的
对人身自由的犯罪的罚则,对刑法作了修改。

8. 平成 18 年(2006 年),对法定刑只规定了自由刑的妨害执行公
务罪(第 95 条)及盗窃罪(第 235 条),作为选择刑,增设了“50 万日元
以下的罚金”。

9. 平成 19 年(2007 年),修改了第 211 条第 2 款,新增了驾车过失
致死伤罪这一加重类型。同时,从第 208 条之 2 的危险驾驶致死伤罪
的构成要件中,删除了“四轮”这一限制性条件。

10. 平成 21 年(2009 年),随着有关重大、恶性犯罪的公诉时效被
溯及性地废止(参见刑诉法第 250 条第 1 款第 1 项),也废止了有关死
刑的刑罚时效(参见第 31 条)。

11. 平成 23 年(2011 年),对妨害强制执行罪(第 96 条至第 96 条
之 6)进行了改正,且新设了有关电脑病毒的第 19 章之 2“有关做出非
法电磁记录指令的犯罪”(第 168 条之 2、第 168 条之 3)。另外,有关
网络色情,对第 175 条也作了相应改正。

三、刑罚的种类与内容

刑罚的种类有剥夺生命的生命刑(死刑),有断手足、鞭打、刺身等
侵害身体的身体刑,有剥夺自由的自由刑,有剥夺财产的财产刑,有剥

夺名誉的名誉刑等。一般认为,日本刑法第9条没有规定身体刑、名誉刑。但是,受刑罚处罚往往会产生某种资格被限制的效果,这也可以说是一种名誉刑。例如,受禁锢以上的刑罚处罚者,在刑罚未执行完毕或者执行刑罚的效果丧失前(包含缓刑的情形),不能担任国家公务员(《国家公务员法》第38条第2项)、地方公务员(《地方公务员法》第16条第2项)、裁判官(《裁判所法》第46条)、检察官(《检察厅法》第20条)等;受罚金以上刑罚处罚者,也有根据裁量不能担任医师(《医师法》第4条第3项)或药剂师(《药剂师法》第5条第3项)的情形。

(一)死刑

死刑是剥夺人生命的极刑。在现行刑罚法规中,刑法典规定对杀人罪(第199条)、抢劫致死罪(第240条后段)等12种犯罪,特别法规定对5种犯罪(《爆炸物管理罚则》第1条、《劫持航空器处罚法》第2条等)合计17种犯罪可以适用死刑。其中,宣判死刑的罪大多是抢劫致死(抢劫杀人)罪与杀人罪。犯罪时不满18岁的人不能科处死刑,应当用无期徒刑代替死刑(《少年法》第51条)。

世界各国死刑的执行方法有绞首、毒气杀、电杀、枪杀等,但日本“死刑是在监狱内用绞首的方法执行”(第11条第1款)。受死刑宣判的人,执行前应拘禁在监狱内(同条第2款)。根据最高裁判所判例的解释,这种用绞首的方法执行的死刑,并非是宪法第36条所禁止的“残酷的刑罚”(最大判昭和30·4·6刑集9卷4号663页)。

日本一审宣判死刑的人数,战后20年期间保持在两位数的水准,此后有所减少。平成元年至11年(1989年至1999年),仍然还在一位数之内,但平成16年(2004年)以后,基本保持两位数的水准,即平成16年(2004年)14名、平成17年(2005年)13名、平成18年(2006年)13名、平成19年(2007年)14名、平成20年(2008年)5名、平成21年(2009年)9名。高等裁判所曾对一名19岁的少年窃取手枪用来抢劫杀人共杀害了4人的案件,判处被告无期徒刑。最高裁判所在撤销这一判决时,对选择适用死刑的标准作了如下解释:“在综合考察了犯罪的性质、动机、样态,特别是杀害手段方法的执拗性、残忍性、结果的重大性,尤其是被杀害的被害人的人数、遗属的被害感情、社会影响、犯人的年龄、前科、犯罪后的表现等各种情节后,认为其罪责确属重大,无论是从罪刑均衡的立场还是从一般预防的角度来看,都不得不

处以极刑时,应该说也允许选择死刑”〔最判昭和 58·7·8 刑集 37 卷 6 号 609 页(永山案)〕。此外,一名 18 周岁的少年在意图强奸一名妇女时,由于遭到了激烈反抗,而将此妇女杀害后实施奸淫,其后,又将正在大声哭闹的该妇女 11 个月大的长女杀害,并窃取了该妇女的钱包。对于此案,一审、二审均以故意杀人,强奸致死罪等判处其无期徒刑,最高裁判所其后采纳了检察官提出的量刑不当的主张,综合考虑其恶劣的性质、严重的后果、犯罪后没有悔改表现、遗属的被害情感极其强烈以及给社会所带来的剧烈冲击等诸多因素,以“被告人的罪责极其重大,只要没有特别值得酌情考虑的情节,就只能是选择死刑”为由撤销原判决,发回原审,让其审理有无可以不选择死刑的情节〔最判平成 18·6·20 判夕 1213 号 89 页(光市杀害母子案)〕。被发回重审的控诉审认为,不能认定存在“足以避免选择死刑的特别值得酌情考虑的情节”,从而判处其死刑(广岛高判平成 20·4·22LEX/DB28145306)。正如平成 16 年(2004 年)所颁行的《被害者等基本法》所象征的那样,引入被害人参与刑事审判的制度(参见刑法第 292 条之 2),废止有关恶性或者重大案件的公诉期限等,这些措施都是对犯罪被害人(的被害情感)的考虑,而且犯罪被害人要求严惩犯罪人的呼声越来越高,这些已经成为当下我国刑事司法的一种潮流,也可以将本判决视为最高裁判所对于这种被害人情感之回应的体现。

与此相反,世界各国的现状可以说是在朝死刑废止的方向发展,已有一百多个国家在制度上或事实上废止了死刑。即便是在日本,死刑废止论也是很有力的主张。废止的理由在于:(1)出于人道考虑,不应当允许存在死刑;(2)死刑废止国的犯罪现状表明,死刑并不具有抑止力;(3)死刑一旦误判,就再无手段来挽回。相反,死刑保留论者主张:(1)从被害人与社会的报应感情来看,应该保留死刑;(2)死刑无抑止力之说并没有被实证。根据内阁府的民意调查,主张“对某些犯罪也不得不用死刑”者所占的比例,在 2009 年高达 85.6%,不得不说死刑保留论至少在现阶段是民意的主流。今后的死刑废止论应当积极倡导无假释的终身刑等替代死刑的刑罚内容。

(二)自由刑

刑法规定的剥夺自由的刑罚有惩役、禁锢和拘留三种。惩役与禁锢分为有期和无期两类,有期的期限是 1 个月以上 20 年以下(第 12 条、第 13 条)。例如,盗窃罪(第 235 条)的法定刑中的自由刑是 10 年

以下惩役,但实际上应当是1个月以上10年以下惩役;抢劫罪(第236条)的法定刑是5年以上有期惩役,但实际上应当是5年以上20年以下惩役。但是,根据有关并合罪加重(第47条)、再犯加重(第57条)的规定加重刑罚时,最高可以达到30年。反过来,根据有关未遂减轻(第43条)或酌情减轻(第66条)等规定减轻刑罚时,最低也可以减至不满1个月(第14条第2款)。惩役与禁锢相同的是,都被关押在监狱(刑务所);不同的是,在被判处惩役的场合,犯人要被科处“从事规定的劳动”,即在监狱劳动。禁锢则没有在监狱劳动的义务,但犯人可以申请在监狱劳动(《关于监狱及受刑者的处遇的法律》第93条)。在监狱劳动虽然实际上对收容者复归社会起重要作用,但也不能否认具有惩罚的性质。由于刑法对内乱罪(第77条)等政治犯与业务过失致死伤罪(第221条)等犯罪规定了禁锢刑,一般认为,禁锢刑仅适用于非破廉耻的犯罪,这与适用于破廉耻的犯罪的惩役刑有区别。但是,也有一种很有力的主张(自由刑单一化论)对作这种区别提出强烈的批判,认为这是国家用那种伦理的判断来区别犯罪,显然有失妥当性,而应当采用所谓“拘禁刑、自由刑”的名称而使之一体化。

被判处惩役或禁锢的犯人有悔改表现时,如果是有期徒刑,服完刑期的1/3;如果是无期徒刑,经过10年之后,根据行政机关的决定,可以实行假释(第28条)。作这种判断要以地方更生保护委员会的决定为根据。实际上,一般是在有期徒刑经过刑期的80%左右、无期徒刑经过25年左右时假释。

拘留是在1日以上不满30日的期间内关押在刑事设施(第16条),不要求劳动。这是针对轻微犯罪的刑罚,除《轻犯罪法》之外,刑法典中有关侮辱罪(第231条)、公然猥亵罪(第174条)等均有规定。

(三)财产刑

刑法典规定的财产刑有罚金与科料。罚金的数额是1万日元以上,减轻时不满1万日元(第15条,另见《罚金等临时措施法》第2条、第3条)。科料的金额是1000日元以上不满1万日元(第17条)。刑法典的罚金最高额是在妨害拍卖等罪(第96条之3)与散布淫秽物品罪(第175条)中所规定的250万日元,但在特别法中,特别背信罪(《公司法》第960条)的罚金数额是在1000万日元以下,以法人为犯罪主体的提供虚假有价证券报告罪(《金融商品交易法》第197条、第207条)的罚金数额是7亿日元以下。

罚金刑是适用最多的刑罚,约占每年裁判确定人数的90%。原因在于,很多时候都是采取的简易程序。所谓简易程序,是简易裁判所通过书面审理,以裁定的形式宣判100万元以下的罚金或者科料,以此种方式处理案件的程序。犯罪嫌疑人对这种程序无异议时,根据检察官的请求(简易起诉)而实行(参见刑诉法第461条以下)。从平成19年(2007年)第一审(地方裁判所、家庭裁判所、简易裁判所)最终处理的人员来看,采用普通程序处理的是80,791人(占12.7%),而采用简易程序处理的是554,763人(占87.3%)。

罚金、科料不能缴纳者要被留置在劳役场,这是所谓的“换刑处分”。罚金的留置期是1日以上2年以下,科料的留置期是1日以上30日以下(第18条第1款、第2款)。宣判罚金、科料时,应当在确定留置1日的相当金额的基础上宣告留置期(同条第4款)。例如,罚金50万日元,如果1日1万日元,那就应宣判留置劳役场50日。

(四)没收、追缴

所谓没收,原则上是剥夺犯人的财物所有权使之归属国库的处分。没收是附加刑,不能独立适用。另外,是否没收,取决于裁判官的裁量(裁量的没收)(第19条)。

没收的对象是:(1)构成犯罪行为之物(构成物品)。例如,使用伪造的货币罪(第148条第2款)中,伪造的货币就是这种犯罪成立所不可缺少之物。(2)供犯罪行为使用或将要供犯罪行为使用之物(供用物品)。例如,供杀人用的手枪等。(3)犯罪行为产生之物(生成物品)、犯罪行为取得之物(取得物品)、作为犯罪行为的报酬而获得的物品(报酬物品)。例如,伪造的货币、违反《狩猎法》捕获的鸟兽、作为杀人之报酬的金钱等。(4)作为第(3)类物品的对价所获得之物(对价物品)。例如,出卖非法捕获的鸟兽而获得的金钱等。由此可见,没收的对象物尽管多种多样,但不外乎具有两方面的性质:一是不让犯人保持非法收益即有剥夺利益的一面;二是剥夺对社会有危险的物品以预防其将来再犯罪,也就是有保安处分的一面。

以上物品中,第(3)、(4)类物品若不能没收时,可以追缴相同价额的金钱(第19条之2)。所谓不能没收,是指类似作为杀人报酬所获得的金钱被用来吃喝花光了的情形等。与此相反,也有起初就无法没收的情形。例如,杀人的报酬是免除以往存在的100万日元的债务,对此就不能追缴。

刑法第19条、第19条之2中的没收、追缴,是由法官来裁判确定。若某种对象最初是债权等无形利益,则不能适用。为此,刑法典在受贿罪中规定,有必要时可以将没收、追缴的对象范围扩大至无形利益(第197条之5)。同样的规定在特别法中也可以看到。

第二章 刑罚的目的

第一节 刑罚的正当化根据

如前一章所述,刑罚的内容包括死刑、自由刑、财产刑,对犯罪人而言,这些都是重大的利益侵害(损失),伴有苦痛。科处这种本身就是害恶的刑罚,为什么会被正当化呢?对此,自古希腊以来,一直有两种对立的观点。第一种观点认为,刑罚是因犯罪而被科处的,这是当今报应刑思想的原型;第二种观点认为,刑罚是为不发生犯罪而科处的,这是现在的目的刑思想的原型。

一、报应刑论

认为刑罚是作为对实施犯罪的回报(报应)而科处的观点,被称为报应刑论。报应刑的含义是,人本来就具有复仇的本能,国家的刑罚就是代行复仇的,或者说是对实施犯罪这种恶行的一种社会的反作用,简言之,就是对恶行的恶报。因此,以报应为特色的刑罚的内容,本质上必须是一种害恶或痛苦。另外,适用刑罚也并非是要产生预防效果,适用刑罚本身就是正义的要求,也是其目的之所在,刑罚正当化的根据就在于此。这就是所谓的“绝对报应刑论”。

这种报应刑论的源流,可以追溯到德国的康德(Immanuel Kant, 1724 ~ 1804)、黑格尔(Georg Wil-

helm Friedrich Hegel, 1770 ~ 1831) 的唯心论哲学。康德基于人格就是目的本身, 不能将其作为手段来对待这一立场, 认为无论是为了改造犯人自身, 还是为了市民社会的安全, 都不能将科处刑罚作为促进其他善行的手段, 科处刑罚只能是出于正因为某人犯了罪这一理由, 进而主张刑罚的(正当化)根据在于, 作为正义之要求的报应。按照康德所述, “在市民社会, 即便是根据所有成员的合意社会要解散时, 也应当把监狱中最后的杀人犯处死刑之后才解散”。黑格尔则认为, 犯罪是对法的否定, 刑罚是所谓否定之否定, 为了法的恢复而适用刑罚, 才使得刑罚得以正当化。康德、黑格尔这样的观点可以说是一种回顾性刑罚观, 是把报应本身作为刑罚正当化根据的所谓绝对报应刑论。一方面, 可能会走向“有犯罪就有刑罚”这种必罚主义、刑罚积极主义。但另一方面, 通过与“以眼还眼、以牙还牙”这种同态复仇的原理(ius talionis)相结合, 又具有引入刑罚的量应当与犯罪的程度相适应这种罪刑均衡原则即比例原则的余地。

此外, 由于刑罚是对犯罪这种恶行的非难, 因而, 应以意思自由论为前提, 还应以行为时有选择其他适法行为的可能性为前提, 因此, 又与没有故意、过失、责任能力则不可罚这种责任主义有相容性。由此而论, 报应刑论在另一方面又具有限定刑罚的价值。

二、目的刑论

所谓目的刑论, 是以刑罚有预防、抑止犯罪的效果作为其正当化根据的理论。目的刑论又进一步分为一般预防论与特殊预防论。

(一) 一般预防论

一般预防论中的一种观点认为, 通过刑罚的预告乃至现实的处罚, 使潜在的犯罪人远离犯罪, 由此而产生抑止犯罪的效果。这被称为“威吓的一般预防论”(也称为消极的一般预防论)。

反之, 最近有观点认为, 通过处罚犯罪人, 确证规范的存在, 唤醒、强化一般国民的规范意识, 从而产生预防犯罪的效果。这是一种规范的预防论(积极的一般预防论)的主张。但是, 本书认为, 按照这种观点, 难免不出现只要存在规范违反就必须处罚这种现象。

(二) 特殊预防论

所谓特殊预防论, 是以预防犯罪人自身将来再犯罪来说明刑罚的

抑止效果的理论观点。也就是说,犯罪人事实上至少在监狱关押期间已不可能犯罪(隔离效果),并且通过在监狱内的教育、职业训练等使之再社会化或回归社会的行刑,以防止其再犯罪,从而产生特别预防的效果。

以上所述一般预防与特殊预防这样两种目的刑论观点,无论是哪一种观点可以说均有缺陷,两者有保持平衡的必要。例如,受了贿的公务员已被免职,百岁老人杀了人等,这类已不能再犯的情形,对其适用刑罚就不能认为有特殊预防的必要。有关这类处罚的正当化问题,就只能从一般预防的立场来说明。反过来,对反复窃取少量价额财物的累犯者,往往难以从一般预防的立场来说明处罚的必要性,而要考虑采用特殊预防的理论。

可以说,认为刑罚是对犯罪的一种无目的的反作用的绝对报应刑论,在今日已失去支持者。不过,也有一部分人对刑罚要求有目的的观点提出质疑,认为只不过存在刑罚的机能问题,即通过给犯罪人带来不利,以平定由犯罪引起的社会的不安宁,从而恢复在一定范围内人们共同生活所必要的情绪的安定,但在本书看来,这也是一种目的刑论。由此可见,现在目的刑论(抑止刑论)已处于支配地位。概言之,目的刑论认为,刑罚本来是一种害恶,由于其有预防或抑止犯罪的效果而得以正当化。亦即,目的刑论由来源于对刑法的任务的下述认识:刑法的目的在于通过抑止犯罪以保护共同生活(保护法益)。

(三)目的刑论存在的问题

但是,目的刑论也并非不存在问题。由于目的刑论强调预防犯罪的目的,为了充分发挥刑罚预防犯罪的作用,一旦过于追求刑罚的效率,就有可能出现重刑化的弊端。例如,主张为了警戒他人,对无责任能力者与无故意、过失者也应予以处罚的观点(严格责任、结果责任),就并非没有被正当化的可能性。

另外,如果过度重视一般预防,那么,对盗窃者也可判处死刑,对违反停车规定者也有可能要判10年的惩役。再者,如果过于强调特殊预防,对盗窃10万日元的常习盗窃犯,直至其改恶从善为止就得一直关押在监狱中,也就是说,承认不定期刑的危险是存在的。

目的刑论存在的第二个问题是,它或多或少是以决定论为前提的。无论是威吓的一般预防论还是规范的预防论,如果刑罚的预告与执行不能作用于犯罪人或者一般人的规范意识,并使其决定实施适法

行为,那就是无意义的。这一点对于特殊预防论更具有妥当性。但是,一旦将这种决定论的观点贯彻到底,相反就会走向另一种观点:所谓犯罪本身也是自由意思的产物之说不过是一种幻想,实际上是由素质与环境决定着行为。进一步而言,既然犯罪是宿命的行为,也就不能予以非难即不能成为刑罚的对象。可是,这种宿命论的犯罪观显然与我们的经验法则不相一致。即便是经验表明素质与环境在一定程度上决定我们的行动,仍应该说,认为是自由意思决定人的行动的观点是妥当的。这并非是“根据国家的要求所作的拟制”(staatsnotwendige Fiktion),而是由经验知识所决定的。在这种意义上,也不得过度夸张(强调)属于目的刑论之基础的决定论。

三、相对的报应刑论

为此,相对的报应刑论现在处于支配地位。该说认为,刑罚的本质是作为报应的害恶与痛苦,但其目的在于预防犯罪。由于是报应刑论,自然要求刑罚与犯罪的结果及情节所体现的量相适应,也就是以符合罪刑均衡(等比例)原则为必要。而且,也会形成这样的理解:以相对的意思自由为前提,认为刑罚是一种责任刑,即属于针对犯罪的责任非难。本书也持此种立场。

绝对的报应刑论认为,应当从正义与因果报应的立场出发来追究责任。因此,它是与所谓“有责任就有刑罚”这种积极的责任主义联系在一起。与此相反,相对报应刑论认为,刑罚的目的是保护法益、抑止犯罪,该说只是为了控制刑罚的适用才引入了报应刑论。所以,它是与“无责任则无刑罚”这种消极的责任主义相结合的。也就是说,把与犯罪的结果和情节(违法与责任)相均衡的刑罚作为其上限,只有在此范围内,才有可能考虑一般预防与特殊预防的需要。为此,在某些场合,采用代替刑罚的替代手段也是有可能的。暂缓起诉(刑事诉讼法第248条)、缓刑(第25条)、假释(第28条)等转换制度(diversion)都是基于这种考虑而设立的(参见第十二章第三节)。

相反,也有观点认为,包括相对的报应刑论在内,几乎无法采取报应刑论(参见佐伯仁志:“刑罚的基础理论”,载《法学教室》第238号,第43页以下)。但是,一方面肯定刑罚的本质是法的非难,另一方面又否定各种报应刑论,这几乎是不可能的。值得注意的是,该说论者认为,有关个人层面的刑罚正当化,是有可能采取报应刑论的。也就是说,该说虽肯定刑罚是一种法的非难,但却主张分而论之,即在国家

层面采取预防刑论,在个人层面采取报应刑论。然而,究竟有没有可能作这种区分,是值得怀疑的。

第二节 刑罚论的演变——学派之争

随着时代的变迁,以上所述刑罚目的论也反复出现大的变化。最初认为刑罚的目的是刑罚的合理化、人道化。此后,自由意思论或决定论轮番成为主流观点的学派之争也就轰轰烈烈地展开了。

一、近代以前的刑罚制度

欧洲法国大革命以前,所谓旧制度(Ancien Regime,即封建专制)的刑罚是充满了极端残酷性的。刑罚的中心是死刑与身体刑,即使是盗窃之类的财产犯罪,情节严重者也要被判处死刑。死刑的执行有火烧、锅煮、车裂、磔刑、刀割、枭首、活埋等残酷的方法。身体刑有烙印、墨黥、手铐、脚镣、断指、断手足等。不仅刑罚的内容如此苛酷,而且成为其适用前提的程序,甚至是刑事裁判程序中,各种拷问均被作为使犯人招供的合法方法而得到认可(所谓魔女裁判等就是典型实例)。特别值得一提的是,这一时期的刑法有如下几个特色:(1)法与道德、宗教没有明确的区别;(2)采取罪刑擅断主义,何种行为是犯罪在行为前并无明确的规定;(3)存在身份刑法,即贵族与平民适用刑罚有差异等。在天主教全盛时期的欧洲中世纪,犯罪被认为是违反了神的意志、触犯了神的权威,对犯罪人加以处罚,实际上是国王(国家)代神来对恶行予以恶报(痛苦)。刑罚是恶报,裁判官是将本应由神在来世进行的审判提前到现世来实行。因此,从注重对一般人的威吓作用这种立场出发,认为刑罚能重到什么程度就应重到什么程度。至于犯罪者本人的改恶从善,则是不必考虑的问题。多用死刑可以说是其应有之义。

二、启蒙时代的刑法思想

上述封建专制的刑罚观,一进入18世纪后半期的所谓启蒙主义时代,就遇到了一个大的转变。成为其中心的是,由霍布斯(Thomas Hobbes,1588~1679)、洛克(John Locke,1632~1704)、卢梭(Jean Jacques Rousseau,1712~1778)主张的所谓社会契约理论。例如,洛克有关国家的起源提出如下学说,即人处于自然状态时,完全是平等且自由的,各人的自由发生冲突时,就要有解决这种纷争的机关。为此,人

类就缔结社会契约从而形成国家。由于国家是人民创造的,所以人民是国家权力的来源,国家是为维持、调整人民的自由与平等而设立的机关。国家必须是为了维持全体人民的和平、安全、公共利益而使用法和权力,一旦国家脱离这种制约时,人民就具有对不当的权力和暴政加以抵抗的权利。以这种社会契约说为媒介的近代自然法论,成为此后美国独立战争与法国大革命等近代市民革命的理论基础。

受这种启蒙思想、社会契约说的影响,倡导刑罚制度、刑事程序之近代化的代表人物是意大利的贝卡利亚(Cesare Beccaria, 1738 ~ 1794)。他在1764年写成了《犯罪与刑罚》一书,对当时的刑事程序、特别是拷问的野蛮性与刑罚的苛酷性提出了批判。从当时的宗教形势、政治形势来看,这是需要极大勇气的(因而是匿名出版)。他从社会契约说出发,提出市民在必要的最小限度内让出各自的自由所形成的东西不外乎是国家权力,作为那种权力之一部分的刑法应当限制在维持市民生活安全所必要的最小限度内,进而主张,为了保障市民的行动自由,必须实行罪刑法定主义。

并且,有关刑罚尤其是死刑,贝卡利亚还认为,刑罚意味着每个人对自己所让出的自由的放弃,很难想象,人们会承认连自己的生命也放弃,从而基于社会契约论的立场,主张废止死刑。另外,贝卡利亚还提出,通过拷问强制被告人供认,往往会使胆小者有罪,而死不招供的恶棍无罪,因而也应当废止。以上这些由贝卡利亚所倡导的自由主义、人道主义的刑法思想,广泛渗透到欧洲各国,对各国刑罚的近代化产生了很大的影响。

三、古典学派(旧派)的理论

与贝卡利亚持相同的刑法理论、刑罚理论并采用德国人特有的逻辑方法予以展开的是费尔巴哈(Anselm von Feuerbach, 1775 ~ 1833)。他在1799年写成《实体刑法的根本原则与根本概念之研究》,提出以理性人的形象为核心的自由主义、功利主义的刑法思想。他的根本思想是以目的主义为基础的刑罚论。他认为,刑罚积极存在的理由体现在一般的预防犯罪的效果之中。因为人本来就是能比较利害得失而选择行动的理性动物,在判断自己的行为产生的结果是愉快的还是不愉快的同时,会为了避免痛苦寻求快乐而决定自己的行动。又由于犯罪也是为追求快乐与利益而实施的,如果预告大家对犯罪所判处的刑罚即应受的痛苦会超过实施犯罪所期待的快乐,那么,人们也就不会

去犯罪了。尽管如此,如果还有胆敢犯罪者,就实际执行所预告的刑罚,从而晓谕人们,事先的预告并非仅仅只是预告。

费尔巴哈的这种理论认为,所谓刑法,是指通过预告刑罚而对人们产生心理上的威慑,由此来预防犯罪发生的法律。因此,这种理论又被称为“心理强制说”。可以归结为如下几方面:

第一,罪刑法定主义(详细内容参见第四章)。即为了通过刑罚的威慑作用来达到心理强制的效果,对某种犯罪处何种刑罚必须事先告知国民。对此,费尔巴哈提出的口号是“无法律则无刑罚”、“无法律则无犯罪”。

第二,罪刑均衡(等比例)原则。如果以理性人为前提,由于只要刑罚带来的痛苦比犯罪所获得的快乐稍微大一点就足够了,所以,犯罪与刑罚必须相均衡,并且应当禁止苛刻的刑罚。

第三,法与伦理的区别。伦理是相对人的内心的问题,法则是对人的外部行为产生作用。法不应该干涉有关人内心的宗教和伦理问题,只是为了维持社会秩序在必要限度内规制人外部的行动。

费尔巴哈的理论被其后的德国刑法学所继承形成古典学派。不过,19世纪末20世纪初,由于受黑格尔哲学的影响,古典学派理论具有较强的国家主义的色彩,尽管如此,它仍有如下几个共同点:(1)肯定人有意思自由,认为刑罚是对胆敢实施犯罪行为者的责任非难,也就是一种报应;(2)坚持客观主义、行为主义,认为非难与处罚的对象归根结底是将意思表现于外的行为与结果;(3)由于刑罚是作为对犯罪的报应而被科处的,所以,刑罚的程度必须与犯罪的程度相均衡;(4)刑罚的目的是一般预防,也就是通过对犯罪科处作为报应的刑罚,使一般人都知晓,从而预防犯罪的发生。

四、近代学派(新派)的理论

进入19世纪后,费尔巴哈的启蒙的、功利主义的刑法理论受到了重大的挑战。随着欧洲资本主义经济的发展,由产业革命带来的工业化、都市化,导致贫富差别增大,失业者、无产阶级的队伍扩大。这些又直接引起了犯罪的增加,特别是常习累犯、少年犯罪的增加。由此产生了对古典学派通过刑罚的预告与实施来预防犯罪的理论加以批判,对判处与行为相适应的刑罚实际上有无预防犯罪的效果提出质疑的潮流。另外,受达尔文的进化论的影响,认为包含犯罪在内的人的行动,都要受生物学与社会学的各种因素的广泛影响,因此开始探究

包含犯罪行为在内的人类行动的法则性与因果性。近代学派(新派)就是在这种背景下登场的。

意大利精神病专科医生龙勃罗梭(Cesare Lombroso, 1835 ~ 1909)的《犯罪人论》(1876年)一书成为其契机。他通过研究监狱内服刑犯人的头盖骨,发现累犯者的相当一部分具有共同的特征,因而主张犯罪人的大部分都有犯本性所决定的犯罪的素质,是天生的犯罪人。也就是说,犯罪原因在于,退化(返祖)到了未开化时代的动物的生活这种所谓生物学的因素,通过身体的特征就能对此作出判断(这种观点现在认为是错误的)。龙勃罗梭的研究,带来了从犯罪转换到犯罪人这一视角的转变。龙勃罗梭的见解后来通过菲利(Enrico Ferri, 1856 ~ 1929)、加罗法洛(Raffaello Garofalo, 1852 ~ 1934)得到了进一步的补充和完善。特别是菲利,他提出产生犯罪人的原因除了人类学的因素之外,还要考虑性别、学历、财产、职业这些社会学的因素,素质、环境与犯罪之间存在因果的法则性关系。而且,认为犯罪是自由意思的产物的观点只是一种幻想,实际上犯罪只是素质与环境的必然产物。他们被称为“意大利实证学派”。其见解的一个重要特征是决定论的犯罪观。他们提出刑罚应与对疾病的治疗同样看待,主张刑罚与保安处分一元化(一元主义),即犯罪既然是由素质与环境所决定的,对其适用的刑罚也就已经不可能具有报应与非难的性质。这与为了公共安全而对传染病患者予以隔离一样,犯罪人也必须忍受由于其人格的社会危险性而被科处的刑罚。由此可见,刑罚并非是责任非难,而是与犯罪人的危险性相适应的社会负担。

将意大利实证学派的主张引入德国的是李斯特(Franz von Liszt, 1851 ~ 1919)。他从决定论的立场出发,提出“应罚的并非行为而是行为人”,在对行为人刑法(行为人主义)予以展开的同时,对目的刑的思想也作了进一步的发展,主张刑罚是社会的防卫手段(社会防卫论)。在李斯特看来,犯罪的原因分为社会的原因与个人的原因。有关犯罪的社会原因,他提出“社会政策是最好且最有力的刑事政策”,消除犯罪的社会原因是社会政策的任务。另外,有关消除犯罪的个人原因,他主张将犯罪人分为偶发犯人(机会犯)与状态犯人(习惯犯),后者又进一步分为可能改造的犯人与不可能改造的犯人。对偶发犯人,由于只要有威吓就足够了,应引入缓刑制度,同时,扩大罚金刑的适用范围。另外,状态犯人(习惯犯)中,对可能改造的犯人采用相对不定期刑,实行所谓市民的改造;对不能改造的犯人,应实行终身的或

不定期的拘禁,使其不能再危害社会。不过,李斯特从刑罚是痛苦、害恶这种观点出发,认为认定行为人的危险性的前提是坚持行为主义。另外,他尝试对意大利实证学派的效率第一主义,施加法治国家的调控。即一方面,采用以特殊预防为中心的目的刑论,主张目的刑或改善刑;另一方面,又视刑法为犯罪人的大宪章,维持罪刑法定主义。

五、学派之争

以上所述古典学派(旧派)与近代学派(新派)在20世纪初展开过激烈的争论。新派从否定意思自由的决定论的立场出发,将特殊预防视为刑罚正当化的根据,主张把改善、消除行为人的社会危险性作为刑罚之目的目的刑论。与此相反,旧派从肯定意思自由的立场出发,把以报应刑作为内容的一般预防视为刑罚正当化的根据,主张应当维持罪刑的均衡。以上争论可以说是以古典学派的胜利而告终。这首先是因为,即便认为人的行动有某种程度的法则性,也不能完全否定人有意意思自由,更不能否定刑罚具有报应、非难的性质。

此外,根据新派的所谓改善、教育这样的目的刑论,只要行为人的社会危险性没有得到改善,继续执行刑罚,不仅是可能的,而且也是必要的。但是,由于刑罚的实质是痛苦与恶害这一点并未改变,这就有可能产生严重侵害人权的危险。因此,根据行为责任主义与罪刑均衡的原则,对于依据国家权力而行使的刑罚,就有必要限定客观范围。其结果就是,虽然大体上是承继了旧派理论,但新派(近代学派)的主张在刑事政策方面也产生了很大影响。具体而言,在犯罪人的处遇方面,带来了人道化与科学化的进展;在制度方面,引入了缓刑制度、对累犯加重处刑、对精神障碍人实行保安处分等多种制度。

六、日本的学派之争

在日本,明治初期就开始引进西欧的刑法思想。明治13年(1880年)的旧刑法就是由法国学者巴索雷德(Gustave Emile Boissonade)起草的。但是,明治维新后随着社会迅速近代化与资本主义化,犯罪也急剧增加,在这种背景下,明治40年(1907年)对刑法作了全面修改,制定了现行刑法。现行刑法有如下几大特点:(1)法定刑的范围广,裁判官的裁量幅度大;(2)增设了累犯加重的规定(第56条);(3)引入了缓刑制度(第25条)。这就意味着把重视行为人的危险性的新派思

想引进了刑法之中。

在具有以上特色的现行刑法之下的刑法理论中,新派的代表是牧野英一(1878~1970)。他认为,犯罪只不过是行为人的危险性的征表(犯罪征表说),对行为人的危险性应当比客观的行为更受到重视,也就是主张行为人刑法。此外,他还主张改善、教育刑论。牧野英一刑法理论的特点在于,采取的是重视行为人主观方面的主观主义,同时,认为施用刑罚是善举,因而处罚范围可以广泛一点。其刑法理论在解释论的最终结论主要体现在未遂犯论与共犯论中。相反,小野清一郎(1891~1986)、泷川幸辰(1891~1962)是站在旧派的立场,主张行为刑法与报应刑论。在日本,虽然也展开过与德国相同的新旧两派的论争,但现在已没有人直接采用新派的主观主义与决定论,以旧派理论为核心的相对的报应刑论已成为主流。

七、刑罚与保安处分

根据古典学派的理论,刑罚是对犯罪的报应、非难。因此,只有在行为人实施犯罪行为时,原本有选择适法行为之可能的,才能对其予以非难。其结果是,对于行为时不能判断自己行为的是非善恶的重度精神病人等的行为,由于不能予以非难,就只能作为无责任能力者而认定不可罚。与此相反,近代学派以行为者的危险为理由,而肯定作为社会性负担的刑罚。古典学派虽否定这种结论,但对于事实上实施了犯罪的精神障碍人所具有的危险性又不能视而不见,为此,作为一种妥协的对策,引进了与刑罚有别的保安处分制度(二元主义)。在德国,1933年通过修改刑法新设了保安处分,现在,对精神障碍者收容进精神病院、对酒精中毒者等收容进禁戒场所等也被现行刑法所认可(德国刑法第61条以下)。与此相反,在日本,昭和49年(1974年)公布的《改正刑法草案》第97条以下,规定了对精神障碍者的治疗处分、对酒精与药物中毒者的禁戒处分两种保安处分,但是,由于有来自人权保障方面的疑问,受到强烈的批判而未成为现实。正因如此,到目前为止,只有两项法律规定在一定限度内可以采取类似的措施:一是根据《关于精神保健及精神障碍者福祉的法律》(“精神保健福祉法”)第29条的规定,对精神障碍者,可以由都道府县知事决定入院治疗;二是根据《有关麻醉药及精神药物管理法》第58条第8项的规定,对麻醉药(即毒品)中毒者,可以由都道府县知事决定入院戒毒。但是,平成15年(2003年)日本制定了《关于心神丧失等状态下实施重大他

害行为者的医疗及观察等的法律》(“心神丧失者等医疗观察法”),规定对由于精神障碍而导致无责任能力的人、限定责任能力的人,可以作不起诉处分。另外,无罪或者减轻的判决确定之后,根据检察官的申诉,裁判所可以作出责令其住院治疗或者(定期)去医院检查的决定(同法第33条、第42条)。该法于平成17年(2005年)7月15日施行。

据平成21年(2009年)的《犯罪白皮书》的数据显示,检察官根据本法33条提出申诉,请求裁判所作出该法第42条所规定的入院治疗之决定的人数为379人,裁判所决定其中的257人住院治疗,62人应(定期)去医院检查。

第三章 刑法的机能

第一节 法益保护机能

一、法益的保护

正如第一章所述,对犯罪的制裁是刑罚,其内容是包含死刑在内的严厉制裁。那么,刑法为何要通过刑罚这种强有力的制裁来处罚一定行为呢?这是我们必须思考的问题。用一个具体的例子来说明,刑法第199条为何要处罚杀人行为呢?为何要制定“不得杀人”这种所谓禁止规范,并对违反者要科处刑罚呢?这是因为,有保护生命这种价值的必要。也就是说,一定的禁止规范必有其目的。其目的就在于,保护一定的利益。被法律所保护的利益、价值,称为“法益”(保护法益)。为此,刑法规范既具有决定何为值得动用刑罚来保护的法益这种评价机能,又具有基于这种评价发布禁止、命令的命令机能。这样,如果把保护法益理解为刑法的首要机能或目的,就会认为,犯罪的本质,也就是犯罪的处罚根据在于,客观的法益侵害这种犯罪结果或者结果发生的危险(法益侵害说)。由此而论,坚持“无结果(法益侵害)则无犯罪”的原则是妥当的。

刑法的首要任务是,保护现实社会中重要的并且是最基本的价值或法益(保护法益)。由刑法所保护的法益,从生命、身体、自由、财产这些个人法

益开始,到公共安全、货币制度与文书制度这样的社会公共法益乃至国家的职能。这些都是维持我们共同的社会生活安全所必要的。在此意义上,也可以说,刑法是通过保护法益来维护社会秩序。

与此相反,另一种有力的见解认为,刑法的机能、目的是保护属于国家社会秩序之基础的社会伦理或刑法规范本身。按照这种见解,对犯罪人适用刑罚,是为了确认“不得杀人”之类的社会伦理规范、刑法规范的存在,从而唤醒、强化国民的伦理意识、规范意识。

因此,按照该观点,就应从违反规范这一点来寻求犯罪的处罚根据与本质所在(规范违反说)。由于违反规范的本质是人对规范有违反的意思,所以,这种见解重视的是主观的犯罪意思。但是,如果将这种观点贯彻到底,那就会得出“有犯罪的意思就有刑罚”的不妥当的结论。的确,刑法也是规范,通过作用于人的意思,从而控制其行动。然而,刑法的目的是保护值得用规范来保护的法益。而且,只要伦理规范、刑法规范都是因社会需要而产生的规范,就应当说,它们具有同样的理论结构。也就是说,伦理规范、刑法规范的存在理由,不在于其本身有价值,而在于其属于保护一定价值的规范。由此可见,在以保护一定的利益为目的这一点上,刑法与伦理并不相互排斥。有力的证据是许多伦理规范都被纳入刑法之中。但是,也并非所有的伦理规范均与刑法、刑罚法规相重合,最明显的例子是,汽车靠右行驶(日本的道交法规定,车辆必须靠左行驶——译者注)、超速行驶要受处罚,而不给老人让出专设的优待座位的年轻人受处罚的规定却没有。伦理随时代与社会状况的变化而变化,还要与人的年龄、生活状况相适应,有各种各样的表现形式。相反,刑法是一元性地强制施行一定的规范。因此,刑法规范即便纳入了某种伦理规范,为了避免将特定个人的伦理与道德强加给一般国民,就必须充分研讨,由伦理所维护的这种价值,是否属于达到了必须动用刑罚这种强力制裁措施在国家范围内予以保护这种程度的共同利益即法益。

二、刑法的谦抑性、补充性、断片性

刑罚这种制裁具有强制力,由于它同药效大的药物一样伴有副作用(资格限制与作为犯罪人的烙印),判断以什么作为刑法的对象时,必须慎重考察对某种行为是否有必要动用刑罚来抑止。这就是所谓“刑法的谦抑性、补充性”,即刑罚是为了控制人的违反规范的行为所采取的“最后的手段”(ultima ratio)。因此,刑法并非是将所有侵害重要法益的行

为都作为刑罚处罚的对象。这与民法有明显的差异,民法第709条规定,对所有基于故意、过失的不法行为都要求承担损害赔偿赔偿责任。这就是所谓的“刑法的断片性”。所以,对通常的不履行债务者,如果责令民事赔偿即可,或者给予停止营业或取消营业执照的制裁即可的场合,自然也就没有必要科处刑罚。对轻微的违反道交法的行为处以交通违罚款的制度,也是通过行政罚来代替刑事罚的一个实例。并且,在昭和35年(1960年)刑法部分修改之前,一直未将土地、建筑物之类的不动产作为第235条的盗窃罪的客体,也是一个例子。即虽然非法占据他人的土地,也未按盗窃罪处罚。理由在于,不动产与动产有别,由于其所在位置明确,通过民事诉讼容易返还,因而没有必要作为刑事处罚的对象。但是,在战后的混乱之中,非法占据土地的事件不断发生,另外,又由于民事诉讼当时陷入“职能麻痹”状态,已经不能期待通过民事诉讼来予以充分的保护。因而有通过刑罚来予以抑止的必要,于是刑法第235条之2新设了侵夺不动产罪。

三、价值观的变化与刑法

某种法益是否要用刑罚来保护,不仅要看看有无保护的必要性,而且要看这种法益有何价值,要由一定的价值观来决定。战后的日本实现了巨大的价值转换。应当说是从天皇主权转到国民主权,从国家至上主义转向以尊重个人、保障个人的追求幸福权为内容的个人主义(宪法第13条)。与此同时,旧的“家”(家长)制度被废止,婚姻关系中实现了两性本质上的平等(宪法第24条)。随着这种价值观的大转变,昭和22年(1947年)刑法作了部分修改,将刑法第73条至第76条的针对皇室的犯罪、第131条的侵入皇居等罪和第183条的“有夫之妇通奸的,处2年以下惩役。与其相奸者亦同”这一通奸罪的规定均被删除。

四、刑法与社会伦理

现在是价值多样化的时代。事实上,在战后急速的工业化、都市化以及高速发展的时代潮流中,可以说个人的价值观由于年龄、年代、地域、阶级等的不同,呈现出较大的差异。在这种状况下,刑法究竟应当保护何种价值呢?这是特别涉及刑法与社会伦理之关系的问题。对于一直以来那些被认为属于不容置疑的普通的伦理价值,且应当由刑法来保护的价值,产生了疑问。从这种观点出发,不少刑罚法规有

必要再次探讨。按照以个人主义为基础的现行宪法的规定,何种价值具有伦理的正当性,不同的人可能会得出各种不同的结论。刑法并不以特定的价值观为优先,应当保障各种各样的价值观并存。以此作为选择基准,就应当看是否属于侵害他人法益、生活利益的行为,简言之,就是要以是否存在有害于他人的行为作为基础。基于此种立场,来看以下事例存在的问题。

(一) 杀害尊亲属

首先是杀害尊亲属予以重罚的规定。刑法过去的第 200 条规定:“杀害自己或配偶的直系尊亲属的,处死刑或无期惩役。”最高裁判所以以往认为这一规定是合宪的,后来发生了如下的争议案件。被告人还是少女时就被父亲强奸,此后经常被强行要求与其发生性关系。被告人结交恋人之后,要求与父亲断绝性关系,因遭到拒绝,终将父亲杀害。原审判决以被告人作案时处于心神耗弱状态(第 39 条第 2 项),且存在酌情减轻情节(第 66 条)为由,判处惩役 3 年 6 个月的实刑。由于至多只能两次减轻刑罚,因而不具备适用缓刑的条件(第 25 条)。考虑到这一案件不适用缓刑不够合理,最高裁判所大法庭以 14:1 的比例形成决定,认为刑法过去的第 200 条违反宪法第 14 条的法律面前人人平等原则,属违宪无效的规定。^[1]但是,占多数派的裁判官的意见又有所不同。在 14 名裁判官中有 8 名认为,杀害父亲的孩子比其他杀人犯处更重的刑罚这本身是合宪的,但即便是经过两次减轻仍达不到适用缓刑的程度,这种重罚并非合理差别,因而是违反宪法第 14 条的。与此相反,多数派中有 6 名裁判官认为,对杀害尊亲属者处更重的刑罚,这本身是将封建的忠孝伦理观念引入刑法之中,用刑罚来强制公民形成孝顺父母的伦理观念并不妥当,也是违反宪法第 14 条规定的。

事实上,这一判决之后,最高裁判所在有关案件中指出,伤害尊亲属致死的规定[刑法第 205 条第 2 项规定,伤害尊亲属致死的,处无期或 3 年以上惩役。平成 7 年(1995 年)刑法部分修改时删除了这一规定],“没有超出基于合理的根据区别对待的范围”,具有合宪性。^[2]由于判决认定上述法律规定违宪的内容是这样的,因而没有形成删除

[1] 最大判昭和 48·4·4 刑集 27 卷 3 号 265 页。

[2] 最判昭和 51·2·6 刑集 30 卷 1 号 1 页。

第200条的占绝对优势的意见,在此之后国会也就没有做删除第200条的修改工作。正因如此,杀害尊亲属罪在刑法典中虽然保留着,但实务之中已没有再按第200条追诉的案件,杀害尊亲属罪实际上处于被废止的状态。

经历这一过程之后,平成7年(1995年)刑法作平易化修改时,除第200条外,与尊亲属相关的加重规定都被删除。作为修改理由,对于第200条,只是提到自昭和48年(1973年)以来,刑法第200条因处于违宪状态事实上已不复存在;对于其他相关法条,也只是提到要考虑到与第200条的删除相均衡。但从与尊亲属相关的加重规定全部被删除这一点来看,可以说,是采纳了昭和48年(1995年)最高裁判所大法庭判决多数意见中的6名裁判官的观点。

(二)性伦理

从是否有实害的观点来看,特别成为问题的是有关违背性伦理的行为等所谓“无被害人的犯罪”(victimless crime)。在欧洲各国,受基督教的影响,从古代起就广泛地处罚性越轨行为、违反性伦理的行为。例如,修改前的德国刑法规定,对通奸(婚姻外性交)、近亲相奸、同性恋(男子间的猥亵行为)、反自然的猥亵行为(兽奸)均予以处罚。但是,在自1969年以来的刑法修改过程中,这种做法受到了猛烈的批判:成人之间完全基于自愿的行为,并且如果是避开公众的视线实行的,尽管是违反了一般的性伦理观念,由于行为没有给妨害他人(没有侵害他人的法益),仅仅只是因为其违反传统的伦理观念就予以处罚,显然是不妥当的。结果,通奸罪、兽奸罪被删除,此后有关处罚同性恋行为(包含以未满18岁的人作为同性恋对象)的规定也被取消了。日本刑法中,因为不处罚这类性越轨行为,同德国刑法相比,可以说这方面的伦理色彩不强。不过,第183条的通奸罪在昭和22年(1947年)刑法部分修改时被删除。

在日本,违反性伦理的行动成为问题的是有关“色情物品”(淫秽物品)的犯罪。刑法典第174条规定了公然猥亵罪、第175条规定了散发猥亵物品罪。对做淫秽表演、上映淫秽影像的,应依照第174条处罚;对散发、贩卖所谓的色情小说、淫秽杂志、淫秽录像带等行为,则要按第175条处罚。日本的判例以处罚此类行为作为当然的前提,将猥亵的概念界定为“纯粹是刺激性欲或引起性兴奋,且有害于普通人

的正常性羞耻心,并违反善良的性道德观念的情形”。〔1〕而且到现在为止,这与宪法第21条(表现的自由)之间的关系,还有文学、艺术中性的表现在何种限度内才被允许,可以说仍然存在问题。最高裁判所长期采取相当严格的标准,过去曾将“查泰莱夫人的情人”、“腐化堕落的荣耀”、“小房间里的纸隔扇底子”等现在来看已经不能说是猥亵作品的文艺作品作为处罚对象。但是,随着猥亵概念同社会一起发生变化,也由于警察管理力度发生变化,结果导致现在相当过激的性表现物在社会上泛滥,这已成为众所周知的现实。然而,我们必须考虑的是,刑法第174条、第175条所要维护的基本价值是什么?按照最高裁判所对前述“查泰莱夫人的情人”案件的判决,第175条的法益是“普通人的正常的性羞耻心”、“善良的性道德观念”。但这果真是值得保护的法益吗?由于每个人的性伦理观念各不相同,对淫秽的东西既有人想看也有人不想看。对身心不完全成熟的青少年而言,也许会产生恶劣的影响;对完全成熟了的成年人来说,其基于自由意思花钱买或者花钱看,那是其个人的自由,国家不应当强加一定的性伦理观念于国民。不过,考虑到要保护不想看的人和青少年,对贩卖的方法与贩卖的对象确实有必要予以规制。维护性伦理观念本来是个人的问题,如果要动用刑罚,则应当限定在行为对他人确实有妨害的范围内。日本的现状是,尽管取缔淫秽物的方针未变,但淫秽的标准逐渐缓和,这导致现在产生了过度的性表现物泛滥的结果。从保护不想看的人和青少年的角度而论,毋宁说,这种现实情况是存在问题的。1973年德国刑法部分修改时,将德国刑法第184条的处罚范围限于,向儿童或少年提供猥亵物品的行为、未经要求而向他人赠送猥亵物品的行为、在街头等众人能看到的场所展示猥亵物品的行为等。在这一点上,德国刑法的做法是值得借鉴的。

(三) 卖淫

从《防止卖淫法》的制定来看,也有过同样的议论。卖淫是与人类一起诞生的古老的职业,但认为卖淫行为违反现代伦理观念的意见占上风,理由是:卖淫有损女性的尊严、违反性道德、有伤社会的善良风化。可是,成人之间完全是基于自由意思而实行的场合也予以处罚,

〔1〕 最大判昭和32・3・13刑集11卷3号997页。

则仍然是强加一定的伦理观念于刑法之中,认为这不具有妥当性的意见也很有影响。理由在于,只要是基于自由意思而实行,无论是卖淫者还是嫖客,都不存在被害的问题。在立法过程中,双方意见对立,结果是两方都作妥协,《防止卖淫法》第3条虽然规定,“无论何人,都不得卖淫或嫖娼”,但对卖淫行为本身却不予以处罚,只是对引起实害发生的附属行为(劝诱、介绍、管理卖淫)才予以处罚(参见《防止卖淫法》第5条至第12条)。

(四) 赌博

关于刑法第185条单纯赌博罪的问题也受到指摘。最高裁判所认为,赌博罪的处罚根据在于,赌博“并非是因勤劳及其他正当的原因获取财物,而仅仅是靠偶然的机遇侥幸取财的竞争,这会使国民产生懒惰浪费之恶习,有损属于健康文明社会之基础的勤劳的善良风俗”,并且,“会诱发暴力、胁迫、杀人伤害、抢劫盗窃等其他附属的犯罪”。^[1]但是,由于赌博本来是用自己的钱来赌输赢,是处分自己财产的行为,这难道不是公民的个人自由呢?这是一大疑问。更进一步的问题是公营赌博的存在。现在,为了有利于地方公共团体的运营以及其他公益目的,允许赛马、赛车、赛船、彩票等多种赌博或博彩。私人实行的赌博有伤勤劳善良之风俗,公营的赌博就不伤勤劳善良之风俗,想必根本不能这么说吧?并且,所谓赌博的贪财欲会诱发其他犯罪的根据,也是如此(公与私之间根本不应有什么区别)。由此可见,所谓勤劳的善良风俗之说并无说服力。现在,如果处罚赌博行为,也只是处罚那种把赌博作为暴力团资金来源和私下秘密开设赌场的情形。从这种角度来看,应当修改有关赌博罪的规定。

(五) 新伦理的登场

现在,与医疗技术的发展相伴的生命伦理、与计算机的飞速发展相伴的信息伦理、与高度工业化带来的全球性的环境破坏相伴的环境伦理,成为值得研究的问题。在这些领域,确立何种伦理规范,仍有慎重考虑的必要。是否应将这样的伦理纳入刑法的范畴,这是刑法学者必须积极思考的。

[1] 最大判昭和25·11·22刑集4卷11号2380页。

第二节 自由保障机能

一、罪刑法定主义

刑法第一位的机能是保护法益的机能,第二位的机能则是保障国民行动自由的机能。

正如第一节所述,犯罪的本质是对值得保护的利益的侵害(侵害法益),如果因某种行为具有这种性质(当罚性),就可以由裁判官任意处罚,那么国民的行动自由就会被完全剥夺。例如,江户时代的《御定书百条》第71条(“斩杀勿论”)规定:“以低微町人、百姓之身,施极端恶语等不当之言行者,别无他法将其斩杀的,虽经审讯,仍无不实的,不得究其责。”但是,这样一来,具体何种行为属于这里的对象行为就不得而知。而且,由于这种御定书“除执行命令之外,不得示人”,一般平民、商人也就完全不可能对自己的行动作出预测。这就意味着何种行为是犯罪,对犯罪科处何种刑罚,以及刑罚的轻重并未被确定,或者即便是被确定下来了,也没有预先告知国民,这种形式被称为“罪刑擅断主义”。在日本,直到明治初期,在欧洲,直到法国大革命时期,各国都是实行罪刑擅断主义。国王、君主等统治者都可以根据自己的好恶来任意处罚所憎恶的人。

反之,要将国民的行为作为犯罪来处罚,就必须预先由作为国民代表的议会制定的法律明确规定,何种行为是犯罪及应科处何种刑罚,这种理念称为“罪刑法定主义”。罪刑法定主义的精髓在19世纪初德国巴伐利亚州活跃的刑法学家、被称为“近代刑法学之父”的费尔巴哈提出的“无法律则无犯罪,无法律则无刑罚”这一口号中得到了充分的体现。罪刑法定主义的原则由以下两个原理组成:一是自由主义的原理。也可以说是“事前告知”(fair notice)的原则,即为了确保国民的自由,对犯罪与刑罚的内容必须预先告知国民。简言之,也就是不能对国民搞突然袭击使其受处罚。二是民主主义的原理。即处罚国民的刑罚法规必须由作为主权者的国民代表的议会来制定,行政机关、裁判所没有制定何种行为是犯罪的刑罚法规的权利。

关于第一个原理即自由主义的原理,早在1215年英国的大宪章第39条就明文规定:“无论何人,如果不是根据国家的法律由法官适法的裁判,就不得被逮捕、监禁、拘押、剥夺法的保护,或者流放以及受其他的迫害。”这种思想后来流传到了美国,被美国的《独立宣言》

(1776年)所继承,而后又流传到欧洲被法国的《人权宣言》(1789年)所采用。

关于第二个原理即民主主义的原理,经过对抗专制政治的市民革命的过程,伴随着国民主权和民主主义原则的确立,作为其结果而得以承认了该原理,这也是三权分立理论的归结。英国流的自由主义的原理,与由市民革命所确立的西欧的民主主义原理相结合,最终确立了近代刑法最重要的原则罪刑法定主义。但是,罪刑法定主义也曾濒临危机,即社会主义时期的1926年苏维埃共和国刑法第16条和纳粹政权时期的1935年德国刑法第2条均否定了罪刑法定主义。例如,德国刑法第2条规定:“如果实施法律规定可罚的行为,或者是实施基于刑罚法规的基本精神及健全的国民感情值得处罚的行为,则应予以处罚。无对行为直接适用的刑罚法规时,根据与刑罚法规之基本精神最相符合的法规处罚。”这就从正面肯定了类推解释。但是,第二次世界大战之后,罪刑法定主义又终于复活。《联合国世界人权宣言》(1948年)第11条也将罪刑法定原则作为人的基本权利之一予以保障。现在,世界各国的宪法、刑法都将其作为原则予以采用。

正是由于与罪刑法定主义的原则联系在一起,使刑法典不只是具有保护法益的机能,而且具有保障自由的机能,即保护包含犯罪人在内的国民免受国家恣意的刑罚权行使。例如,刑法第235条规定:“窃取他人财物的,是盗窃罪,处十年以下惩役。”这意味着行为不符合这种类型时,就保障其不受这种处罚;并且即便是符合,若无其他加重事由,也保障盗窃犯人不超出10年惩役的处罚。德国刑法学者李斯特所说的“刑法是犯罪人的大宪章”,就正体现了这种旨趣。

二、日本的罪刑法定主义

在日本,即便是明治维新后,罪刑法定主义也并未直接得到实现。《新律纲领》规定,“凡律令记载之未尽事宜,若断罪无正条者,可比附援引其他律令,可加则加,可减则减,拟定罪名,报上司,上奏议定。若依权限断罪,致有出入者,不以故失论”(“比附援引”)。另外还规定,“律令虽无正条,依情理不应为之事而为者,笞三十,情节严重者,杖七十”(“不应为”),这意味着允许类推解释。日本最早规定罪刑法定主义的法律是明治13年(1880年)由法国人巴索拉特起草的旧刑法。该法第2条规定:“法律无正条者,无论是何种行为均不得处罚。”但由于明治22年(1889年)的明治宪法第23条有“非依据法律日本国民

不受逮捕、监禁、审问、处罚”的规定,明治40年(1907年)制定现行刑法时,考虑到罪刑法定主义的条文在刑法典中已无存在的必要,因而予以删除。

昭和21年(1946年)生效的《日本国宪法》第31条、第39条分别对法定程序的保障和事后法的禁止作了规定。该法第31条还继承了《美国宪法修正案》第5条(以及第14条)所规定的“无论何人……如果未经法定正当程序(due process of law),就不得剥夺其生命、自由、或财产”。这在表面上看,似乎只是就“程序”即从刑事诉讼法的意义上来讲的,但由于其中包含了作为实体法的刑法也应适用的含义,所以应当理解为是宣告实行罪刑法定主义。由此可见,在日本直到战后,罪刑法定主义才再度作为宪法上的原则被确定下来。至于其具体内容,将在本书第四章中予以说明。

三、责任主义

正如第一章所述,刑法是通过预告刑罚之类的制裁,从心理上控制人的行动,以使其不犯罪的法律体系。因此,刑罚法规如果不在行为之前予以告知,也就不能发挥控制机能。费尔巴哈正是以此理由而为罪刑法定主义奠定基础的。但是,仅此还不够。无论事前怎样对法定的罪与刑加以预告,如果在具体的场合没有通过行为人的心理来作规范的控制的可能,那么,刑法就不可能也不应当有这样的机能。例如,贩卖的食品中被掺入毒物导致人死亡。那种毒物也有可能是在前一天晚上有人偷偷进来掺进去的,在这种情况下,应处罚贩卖者吗?按照前述一般预防的观点,也是有可能主张应予处罚的。这就是所谓的“严格责任”(strict liability)或者“结果责任”(Erfolgshaftung)。通过对这种场合也予以处罚,就可以使从事食品贩卖业的人经常关注是否有毒物掺入,从而有助于防止结果(侵害法益)的发生。

但是,这种观点并未受到支持。如果这种场合也受处罚,那就意味着无论怎样注意结果还是会发生时也要受处罚,这就会使国民失去守法的信念,反而会产生相反的效果。即便刑罚的目的是预防犯罪,由于刑罚的本质是报应,也应当以对行为人有非难的可能性或行为人有实施其他行为的可能性为必要。也就是说,即便是事前有“不得贩卖掺入毒物的食品”的禁止性规定,具体到行为时,还要以行为人主观上有避免行为的可能性为必要,即要以行为人明知掺入了毒物(故意)或适当注意就能预见到掺入了毒物(过失)为必要。这就意味着,要处

罚某种行为,以对于未避免这种行为这一点,能够非难行为人为必要,这样的观点就是所谓的“责任主义”。罪刑法定主义,属于在客观方面保障国民的行动预测可能性的原则;责任主义,通过要求主观上至少必须存在故意或者过失,否则不予处罚这一点,而在主观方面保障国民的行动预测可能性。从国民自身随时都有作为犯罪人被追究的可能性这一立场来作换位思考,就要求责任主义成为保护国民的安全网。总而言之,刑法通过采取罪刑法定主义与责任主义,保障着国民有自由行动的预测可能性。关于责任主义的内容,本书将在第八章来说明。

第四章 罪刑法定主义

正如第三章第二节所述,刑法有保障国民的人权、自由的机能。实现这一机能的重要原则是罪刑法定主义,其内容可以简洁表述为“无法律则无犯罪”、“无法律则无刑罚”。由此派生出几个同刑罚法规的立法与解释相关的重要的原理:(1)法律主义;(2)禁止事后法;(3)禁止类推解释;(4)明确性原则;(5)刑罚法规的适正(包括禁止绝对不定期刑)。以下参照判例的解释,对有关具体内容作一些解说。

第一节 法律主义

一、成文法主义

“无法律则无犯罪”之中的“法律”,首先是指成文法,这就是所谓的“成文法主义”,即否定习惯(刑)法。

关于处理民事案件,很早就有“民事裁判若无成文法律就依习惯,无习惯则参考常理”的规定〔明治8年(1875年)太政官布告103号《裁判事务心得》第3条〕,《有关法律适用的通则法》(旧《法例》)第3条、民法第92条也认可将习惯作为法律渊源(裁判的基准)。这里所说的“常理”,也就是社会通常的观念、一般的常识。

与此相反,处理刑事案件,贯彻“无法律则无犯

罪”的原则是妥当的。之所以有这种差别,是因为民事裁判是解决私人之间的纷争的制度。为了维护社会秩序,国家禁止私人不通过协商而用私力或实力来解决纠纷。作为国家禁止私力救济的替代,约定由国家民事案件通过民事裁判强制性解决(这就是所谓的“司法拒绝之禁止”)(参见宪法第32条“裁判请求权”)。因此,裁判所处理民事纠纷时,不能因为无规定解决基准的法律就拒绝裁判。这就表明允许民事裁判中把习惯与常理作为法律渊源是有根据的。

但是,处理刑事案件是国家实现对国民行使刑罚权的过程。其前提是国家有正当的刑罚权,根据罪刑法定主义,要求行为之前就存在以成文法形式出现的刑罚法规。

不过,如果是缩小、阻却处罚范围,则不一定要有明文的规定。例如,超法规的违法阻却(第35~37条以外的违法阻却)、超法规的责任阻却(期待可能性的阙如)等情形。但是,基于不信任司法的思想,强调应根据法律来作裁判,就可以严格地否定通过裁判来创造法律。例如,孟德斯鸠就曾提出过这样的口号:“裁判官只是讲述法律词语的嘴而已。”但可以说,现在也承认,如果是倾向于不处罚,即便是无明文规定,可以通过对相关法规的解释,而认可减轻处罚或视为不可罚的事由。

二、狭义的法律主义

只能通过狭义的法律来规定刑罚法规,这是一个原则。即“无法律则无犯罪”之中的“法律”,只能是“国家最高权力机关、国家的唯一立法机关”(宪法第41条)所制定的法规。其根据在于民主主义的原理,即处罚国民的法规应限于作为国民代表的国会所制定的法规。为此,较法律而言处于下位法规的行政机关的命令(政令、省令、规则等),以及最高裁判所的规则等,原则上不得规定刑罚法规。

三、法律的委任

但是,这种狭义的法律主义也承认一定的例外。亦即,根据宪法第73条第6项的规定,政令制定权属于内阁的职权,但该项但书规定:“除受法律特别委任的情形之外,不得在政令中设定罚则。”由此可见,现行宪法认为,政令要规定刑罚罚则,以受到法律的“特别”委任为必要。对其旨趣可以理解为,法律的委任必须是特定委任(即具体的处罚范围必须特定),而不得是原则性的、概括性的委任。例如,“二

战”前的《有关违反命令条款的罚则》〔明治 23 年(1890 年)法第 84 号〕规定,“违反命令条款的,根据各命令之规定,处 200 日元以下或者 1 年以下禁锢”,至于具体违反何种命令的行为属于其处罚对象,则将其决定权概括性地委任给政府的命令。但从特定委任的视角来看,根本就不能允许这种概括性的委任。可以说,与民主主义的原理相比,更多的是自由主义的原理在发挥作用。亦即,这里考虑的是,概括性的委任无异于立法权的自杀行为,只会回到法西斯之流的《授权法》。

在此问题上,引起争议的是“猿弘案”。大致案情为,北海道宗谷町猿弘村的邮政员在众议院选举之际,将隶属于某特定政党的某一候选人的选举海报张贴在公用招贴栏上,对此,根据《国家公务员法》第 102 条第 1 款、第 110 条第 1 款第 19 项(法定刑为 3 年以下惩役或者 10 万日元以下罚金)的规定,对该邮递员予以了处罚。但《国家公务员法》第 102 条第 1 款只是规定,“不得实施《人事院规则》所规定的政治性行为”。至于禁止行为的具体内容,则交由《人事院规则》14-7(政治性行为)来规定。该案的争议焦点在于,这种概括性委任是否违宪,进而处罚相关行为的《国家公务员法》的规定是否无效?对此,最高裁判所认为,“并未超越宪法所许可的委任限度”。^{〔1〕}但本书认为,此判决尚留有疑问。

四、条例所规定的罚则

宪法第 94 条规定,“地方公共团体……可以在法律的范围内制定条例”。显然,对于较法律而言处于下位的条例,在设定罚则之时,当然也以存在法律的具体性委任为必要。但是,《地方自治法》第 14 条第 3 款规定,“除法令有特别规定之外,普通地方公共团体可以在其条例中设置对于违反条例者处 2 年以下惩役、禁锢或者 100 万日元以下罚金、拘留、科料或没收之刑罚,或者 5 万日元以下过料的规定”。概括性委任其设置一定罚则,那么,问题在于,是否可允许这种概括性的委任呢?对此问题,最高裁判所一贯维持合宪判断。例如,针对旧《地方自治法》第 14 条第 5 款以及有关处罚在街道上进行卖淫拉客行为的大阪市的相关条例是否违宪而引起争议的案件,最高裁判所认为,“毋庸置疑,法律的授权不得是不特定的、原则性的空白委任”,然而,

〔1〕 最大判昭和 49・11・6 刑集 28 卷 9 号 393 页〔2〕。

“尽管条例属于法律之下位的法令……但是,条例是经过公选议员所组成的地方公共团体的议会的决议而制定的自治立法,其性质有别于行政机关所制定的命令等,毋宁说,其性质类似于经过由公选议员所组成的国会的决议而制定的法律,因此,在由条例制定刑罚之时,只要法律的授权在相当程度上是具体的,且受到限定即可,作此理解是正当的”,从而判定《地方自治法》委任条例制定罚则的规定是合宪的。^[1]该判决的理由在于,条例是在地方议会上由居民代表所制定,在作为罪刑法定主义之要求的刑罚法规的民主性控制这一点上,问题并不大,因而很有说服力。

根据上述最高裁判所大法庭的判决,虽然大致解决了概括性委任的问题,但仍然留有有关法律主义的问题。也就是说,问题在于,对于法令并未予以规制的情形,是否也可通过条例将其纳入处罚对象呢?例如,对此问题,有观点认为,有关排水、煤烟的排放标准,可以设定高于法定标准的地方标准;对于违反该地方标准的行为,只要符合该地方的特殊性,也可予以处罚。的确,考虑到自治立法的性质,是允许存在这种所谓的“追加条例”的。然而,对于诸如排水标准这种仅适用于某一地域的规制罚则,若同时还适用于其他地域,则尚存疑问。例如,各地方公共团体所制定的《青少年保护条例》中有关处罚淫秽行为的规定就是其典型例子。各地方公共团体的条例一般对与未满18周岁的儿童(少年)之间的淫秽行为(例如,性交)本身予以处罚,但对于此类行为,在法律层面上(参见刑法第176条、第177条,《儿童福祉法》第34条第1款第6项)迄今并未规定予以处罚。对于这一点,有关《福冈县青少年保护培育条例》中处罚淫秽行为的规定,尽管最高裁判所判定合宪,但仍留有疑问。不过,平成11年(1999年)颁布、施行的《有关针对儿童的买春、淫秽行为等的处罚以及保护儿童的法律》(法第52号)对于一直以来的条例所规定予以处罚的行为之中的针对儿童的买春行为,规定予以处罚。具体而言,该法律规定处罚下述行为:对于儿童,“提供对价,或者约定提供对价,对该儿童实施性交行为等”的。这样,地方公共团体所制定的条例中,凡与该处罚规定相抵触的罚则均归于无效(参见该法附则第2条)。在此限度之内,在法律层面上取得了统一。

[1] 最大判昭和37・5・30刑集16卷5号577页[3]。

第二节 禁止事后法

一、禁止溯及性处罚

根据罪刑法定主义,某行为是否具有可罚性及其程度如何,应由法律事先作出规定,这被称为“事先告知原则”,是罪刑法定主义中的自由主义方面的要求。宪法第 39 条规定,“对任何人所实施的在实施当时合法的行为……不得追究其刑事法上的责任”,也正是这一旨趣,被称为“禁止事后法”或“禁止溯及性处罚”(禁止溯及既往)。其意义在于,通过事前告知行为的可罚性评价,从而保障国民的行动自由以及行动的可预测性。在我国还没有实际适用事后法的情形,也就是并没有通过事后制定法律而溯及处罚的例子。问题在于,这种保障功能可以及于周边领域的多大范围。

问题首先在于,行为之时,尽管为法律所禁止,但并无具体的处罚法则。例如,《防止卖淫法》第 3 条规定,“任何人不得卖淫或者成为卖淫的对象”,但对于违反行为并无具体罚则。在这种情况下,另外制定罚则并肯定其具有溯及效力,这当然属于违宪行为。

其次,行为之时规定了刑罚,是否允许事后加重?在德国曾出现过此类情况,对于 1936 年所发生的出于勒索钱财的目的而实施的诱拐事件,尽管当时的诱拐罪的法定刑为 10 年以下惩役,仍对此予以修订,将最高刑提升到死刑,并溯及适用,最终判处被告人死刑(当时处于法西斯统治这种特殊时期,罪刑法定主义已遭废止)。然而,国民是否采取包括犯罪在内的某种行动,不仅受制于可罚性的有无,还取决于可罚性的程度。换言之,“若法定刑是死刑,那么不如放弃吧”这种情况也并非不可能。既然如此,就不应允许存在事后加重刑罚。宪法第 39 条虽然没有明文禁止事后加重的溯及适用,但在解释上,这是理所当然的。因此,刑法第 6 条规定:“犯罪后的法律使刑罚有变更的,适用处罚较轻的法律。”这一方面说明,即便事后加重了法定刑,也不得适用加重的法定刑;同时,另一方面也说明,事后减轻了法定刑的,应适用减轻的法定刑。前者并非法律层面的问题,而是宪法层面的问题,即便没有刑法第 6 条的规定,也不允许刑罚的事后加重;反之,后者则是超越宪法所规制的范围,做有利于被告人的处理。

二、公诉时效的溯及性延长

问题还在于,禁止溯及处罚的效力是否也及于公诉时效这种程序法上的处罚限制?例如,根据刑法第250条的规定,杀人罪的公诉时效为25年。若犯罪之后经过了25年,因刑罚权已经消灭,本不存在溯及性适用的问题。但问题在于,在25年的时效届满之前,是否允许通过延长时效而肯定追溯适用?实际上,在德国,为了追究战争时期的法西斯犯罪(屠杀犹太人),1965年规定,战后的一定期间由于实质上无法追诉犯罪,仍排除在谋杀罪的公诉时效的计算期间之外。

其次,德国在1969年将谋杀罪的时效期限由20年溯及性地延长至30年,而1979年的改正法案又溯及性地废止了这一公诉时效的延长。其实,有关这种公诉时效的溯及性延长、废止是否有违罪刑法定主义这一问题,曾历经白热化的争论:(1)所谓罪刑法定主义,是指应该事先告知行为有无可罚性及其程度如何的原则,由于程序性限制并不影响行为的可罚性,因而溯及性变更并不违反罪刑法定主义;(2)掰着指头计算时效而等待时效届满的犯人也有类似于期待权的权利,但出于这种权利并不受到法律的保护这一理由,宪法裁判所曾作出溯及性变更合宪这一判决。的确,若仅从禁止事后法这一角度来看,可以说,这种观点也具有一定的说服力。但是,公诉时效这一制度的旨趣在于,随着时间的推移,因证据遗失,难以发现实质性真实,也难以对犯罪进行举证;并且,随着时间的推移,社会的报应情感也会在一定程度上得到缓和。为此,公诉时效的期限,是根据针对该犯罪的刑罚的轻重来规定(参见刑法第250条)。

另外,公诉时效的期限还具有对国家刑罚权在时间上予以制约的法律性质。这样,从发现客观真实、正当处罚这一角度来看,应该说,公诉时效期限的溯及性变更有违宪法第31条的保障适正程序这一规定。对于因事后加重法定刑,结果将公诉时效归类于较以前更长的范畴的案件,最高裁判所判定应当适用旧法关于公诉时效的规定。^{〔1〕}平成16年(2004年),法律改正延长了公诉时效(例如,杀人罪从15年延长至25年),在施行之际,附则特别规定,对于改正之前的行为“仍依前例”,即没有认可溯及适用。但是,鉴于犯罪被害人的强烈愿望,2011年修改了刑法的相关条文,废止了有关重大、恶性案件的公诉

〔1〕 最决昭和42・5・19刑集21卷4号494页〔7〕。

时效,并且,可以溯及性地适用此法律修正(参见刑诉法第250条第1款)。与此相伴,也废止了有关死刑的刑罚时效。

三、判例的溯及性变更

有力观点主张,根据判例尤其是最高裁判所的判例所作的针对刑事法的解释不得作出不利于被告人的变更,只能止于宣告面向将来的判例变更。例如,煽动公务员实施劳动争议行为的,若该劳动争议属于通常的罢工等范围之内,则该煽动行为不可罚,这种解释已为最高裁判所的判例所确立。那么,若通过变更判例而处罚煽动通常的劳动争议行为的行为,按照禁止事后法的原则,就不应允许这种变更。即便判例具有创造法律的机能,但那终究仅属于对法律的解释,而并非法律本身。因此,甚至对判例也禁止溯及性变更,这就有违三权分立原则。若被告人是因为相信最高裁判所的判例,认为某行为不可罚才实施该行为,对此,只要在责任方面考虑到被告人对判例的信赖即可。具体而言,针对这种情况,可以肯定基于缺少违法性意识的可能性的责任阻却。可称为“具体的信赖说”,最高裁判所也采取的是此说。^[1]

第三节 禁止类推解释

一、解释的方法

(一)文理解释

刑法也是一种法律,当然也需要对其作出解释。其中,最重要的是能明确用语的字面含义的文理解释。但文理解释也并非能简单做到。例如,何为第199条的杀人罪的“杀人者”中的“人”,这涉及人与胎儿的区别问题,而且,即便是如何确定人的死亡时期这一有关人的出生与死亡的问题本身,在脑死说处于支配地位的今天,也难以轻易确定。

(二)反向解释

根据文理解释,若并不包含在法律用语的字面含义之中,则不能适用该刑罚法规。这称为“反向解释”(“相反解释”、“反对解释”)。

[1] 最判平成8·11·18刑集50卷10号745页〔岩手教组案〕〔205〕〔河合裁判官的补充意见〕、最大判平成15·4·23刑集57卷4号467页。

例如,《人事院规则》14-7(“对公务员的政治性行为的限制”)规定,在公职选举中,禁止公务员“支持或者反对特定的候选人”,对于如何理解“特定的候选人”,最高裁判所的判例认为,是指“已具有作为候选人之地位的特定人”,因而不包括支持此后“就要提名参加竞选的特定人”的行为。〔1〕

(三)限制解释

即便是在文理上看上去可以适用,但基于刑罚法规的立法旨趣,通过对其作目的论解释,有些情况下,也会适当缩小用语的意思范围,对条文做窄于字面意思的解释。这称为“限制解释”。例如,《爆炸物取缔罚则》第1条规定,对使用爆炸物者处死刑或者无期或7年以上惩役或者禁锢。但火焰瓶是否相当于本条中所谓的爆炸物呢?对此,最高裁判所认为,若对爆炸这一用语作物理、化学上的解释,即便是划火柴的行为也会包含在内,这显然不合适。因此,应将其限定于“根据其爆炸作用本身,具有足以扰乱公共安全或者有害于人的身体、财产的破坏力者”,从而否定成立本罪。〔2〕为此,昭和47年(1972年)另行制定了《有关火焰瓶的使用等的处罚的法律》(法第17号)。

(四)扩张解释

另外,有时候也会考虑到立法旨趣,对文理予以扩张,对刑法条文作超出字面含义的解释。这称为“扩张解释”。例如,刑法第129条规定,对因过失而对火车等的通行造成危险者予以处罚。对此,有判例认为,“汽油机车”作为火车的代用品,与火车仅仅在动力种类上有所不同,而在同样行驶于轨道之上等方面完全相同,从而判定本条所谓火车包括“汽油机车”。〔3〕

在上述各种解释方法之中,究竟采取哪种解释方法,这取决于哪一种解释更符合刑罚法规的立法宗旨与目的。这称为“目的论解释”。

二、类推解释

刑法解释不允许采取类推解释。所谓类推解释,是指若某法律适

〔1〕 最判昭和30・3・1刑集9卷3号381页〔8〕。

〔2〕 最大判昭和31・6・27刑集10卷6号921页〔9〕。

〔3〕 大判昭和15・8・22刑集19卷540页〔11〕。

用于甲,则超越文理框架认为,也适用于具有同样性质的乙。在民事法律的解释中,采用类推解释(也称为“准用”),被认为是理所当然的。例如,民法第210条规定,周边为他人的土地所包围的土地的“所有者”,为了通往公共道路,可以经由周边的土地(围绕地),那么,该条当然也准用于“土地的租借人”。正如前面(本章第一节之一“成文法主义”)所谈到的那样,其理由在于,对于民事法律关系的私人纠纷(除了调解之外,必须同意通过裁判解决),裁判必须拿出解决方案(司法拒绝的禁止),为了合理解决民事纠纷,即便允许类推解释,也并无弊害。

相反,刑法则不允许类推解释。例如,在前面(一、解释的方法)所提到的过失导致交通危险罪(第129条)中,就不允许以公共汽车也是大型运输工具为由,认为公共汽车也包含在“火车”之中。又如,泄露秘密罪(第134条)的主体限于“医师”等,就不允许因护士也具有同样性质而将护士也纳入主体范围,认为本条也适用于护士。之所以作为罪刑法定主义的派生原则,不允许进行类推解释,其理由在于,所谓类推解释实质上就是裁判官创造刑罚法规,不仅有违法律主义的原则,还会造成对行为之时不受处罚的行为也予以处罚的情况,有违禁止事后法的原则。

三、扩张解释的限度

通说认为,在刑法解释中,虽然不允许进行类推解释,但允许扩张解释。对此,也有观点认为,二者之间的区别终究并不明确,从法的目的来看,还应允许合理的类推解释。但是,正如前面(第三章“刑法的机能”)所已经谈到的那样,刑法的机能、目的不仅在于通过预告刑罚这种制裁而保护法益,还在于通过将应受处罚的行为事先明确地预告给国民,而达到保护国民自由的目的。这样还是应该禁止类推解释。并且,裁判官的头脑中存在“不允许类推解释”这一原则,其本身便具有针对裁判官的心理压力这一机能。

尽管如此,即便在逻辑上可以为被允许的扩张解释与不被允许的类推解释设定区别界限,但在实际操作中往往非常困难。“是否在作为日语语言本身的可能的含义范围之内”这一标准很有影响,但这一标准无外乎也正是所谓可能还是不可能的问题,并无多大作用。毋宁说,是否属于在一般国民认识到该用语之时,能够客观地预测到的范围之内的解释这一标准(客观性预测可能性)更为合理。值得注意的

是,这一标准有别于一般国民是否认为当然会受到处罚(当罚性的判断)这种判断。

从此视角来看,可以说,在我国的判例之中,存在一种进行尚存很大疑问的扩张解释(甚至可以说就是类推解释)的倾向。在早期的判例中,有关旧刑法时代所发生的盗电事件,大审院的判例认为,作为盗窃罪客体的财物只要具有管理可能性与可动性即可,由于可以将电能储存于蓄电器内,具有管理可能性,因而电能也属于财物,^[1]此判例就是此类尚存很大疑问的判例的典型例子。即便到了最高裁判所的时代,对于某些判例也是疑问不小。例如,某人篡改公文书原件之后进行复印,并将此复印件作为副本使用,对此,最高裁判所认为,由于复印件在社会上也具有与原件相同的信用力,进而判定该行为属于第155条所谓的伪造公文书原件的行为;^[2]又如,最高裁判所还认为,篡改并不具有可视性、可读性的电话磁卡的电磁信息部分的行为,也属于第162条所谓的伪造有价证券的行为。^[3]之所以出现如此判例倾向,据说其理由在于,裁判所已经预计到,若根据严格解释作出无罪判决,国会就不会马上进行必要的刑事立法。然而,从罪刑法定主义以及三权分立的原则来看,裁判所过度发挥维持秩序的作用,这并非没有问题。像现在那样,频繁进行刑事立法,对此倾向更会推波助澜。可以说,刑事裁判官正面临两难抉择。

第四节 明确性原则

刑罚法规的内容必须清晰明确,必须让国民容易理解,这也是罪刑法定主义的实质性内容。若事先明文预告刑罚法规,可以说,这便在一定程度上满足了法律主义与禁止事后法的原则。然而,试想一下,刑罚法规若规定“侵害议会制民主主义的,处1年以下惩役”,或者规定“对老人实施不友善行为的,处10万日元以下罚金”,那又会如何呢?这的确在形式上维持了罪刑法定主义。但是,究竟禁止哪种行为,对此,国民难以判断的,这种刑罚法规依然剥夺了国民对自己行动的预测可能性,会萎缩(限制)国民的行动(萎缩效果, chilling effect)。

[1] 大判明治36·5·21刑录9辑874页[10]。

[2] 最判昭和51·4·30刑集30卷3号453页。

[3] 最决平成3·4·5刑集45卷4号171页。

为此,立足于罪刑法定主义的立场,就要求刑罚法规必须保持明确。这称为“明确性原则”。该原则的由来在于,美国联邦最高法院根据联邦宪法修正案第 14 条所规定的“适正程序的法理”(due process of law)而发展起来的“由于不明确性而无效的理论”(void-for-vagueness doctrine)。我国宪法第 31 条规定,“任何人非经法定程序……不得对其科处刑罚”,其旨趣与美国的联邦宪法并无不同,对于所有不明确的刑罚法规,均可根据宪法第 31 条认定其因违宪而无效。

我国的最高裁判所也在理论上肯定明确性原则。例如,作为游行示威的许可条件,要求“维持交通秩序”,“德岛市公安条例案”就曾对此用语是否具有明确性引起争议。对此,最高裁判所认为,“能否认定某刑罚法规因暧昧、不明确而违反宪法第 31 条,应该根据具有通常判断能力的一般人的理解,也就是说,取决于在具体场合之下,能否从中得知有可能判断该行为是否适用此法规的标准”。^[1] 对于此案,第一审、第二审均以条例的用语不明确为由而判定无效,但最高裁判所的该判决撤销了一审、二审的判决。其后,在无最高裁判所的判例根据明确性的原则而判定刑罚法规因违宪而无效。同样,通过限定解释而肯定合宪的案例还有“广岛市驱逐暴走族条例案”。《广岛市驱逐暴走族条例》第 16 条规定,“任何人,不得从事以下行为”,该条第 1 项规定的行为是“未经公共场所的所有者或者管理者的同意,进行引发公众不安或者恐惧的聚集或者集会”。第 17 条还规定:“实施前条第 1 款第 1 项所规定的行为,即在本市所管理的公共场所,着奇装异服、全部或者部分蒙住面部、排成圆阵、摇旗呐喊示威的,其时,市长可以命令行为人终止该行为或者责令其从该场所离开。”对此,第 19 条还规定了罚则。对于违反市长的命令者,处 6 个月以下役或者 10 万日元以下罚金。被告人由于违反了“终止命令”,而受到起诉并被宣判有罪后,以本条例的该规定的用语缺乏明确性,且具有过渡的扩张性,因而以违反了宪法第 31 条(法定程序的保障)、第 21 条(集会自由的保障)为由提起上告。对此,最高裁判所第三小法庭多数意见认为,从立法技术上来看,这些规定的“规定方式并不合适”,但是,综合考虑该条例的整体旨趣以及本条例的实施规则,应该说,“本条例所规制的对象即‘暴走族’是指……除了以暴走行为为目的而结成的团体这种本来意

[1] 最大判昭和 50・9・10 刑集 29 卷 8 号 489 页[4][12]。

义上的暴走族之外,限于在服装、旗帜、言行举止等方面与暴走族相似,而在社会一般观念上能等视于暴走族的团体。因此,市长按照本条例得以对其发布终止、退出命令的对象,在与适用于被告人的‘集会’的关系上,也应该限于,本来意义上的暴走族以及上述类似团体所进行的集会,是在本条例第16条第1款以及第17条所规定的场所,以所规定的行为方式而实施的情形”,根据这种限定解释,考虑到暴走族的集会危害了公众的平稳(生活),而且,本条例的处罚并非采取的是直接处罚主义,而是只有在不遵守终止、退出命令之后才予以处罚,即采取的是事后的、阶段性的规制,因而尚不能说违犯了宪法第21条与第31条,进而认定具有合宪性。^[1]又如,“北海道防止骚扰条例案”也是如此。《北海道防止骚扰条例》第2条之2规定:“在没有正当理由的情况下,对于在公共场所或者公共交通工具上的他人,任何人不得实施下述明显会给她带来羞耻或者不安的行为……(4)除前三项的行为之外的其他下流言行。”该条例第10条第1项还规定了罚则,即对于违反者处6个月以下惩役或者50万日元以下罚金。被告人在商场尾随女性顾客,并共计11次偷拍着紧身裤的女性的臀部,被起诉违反了本条例。对此,一审、二审均判定有罪。被告人以“下流言行”这种构成要件缺乏明确性,有违宪法第31条为由提起上告。最高裁判所第三小法庭认为,所谓“下流言行”,是指“在社会一般观念上,有违性道德观念的粗俗、淫乱的言行”。在此定义的基础之上,最高裁判所进一步认为,由于“下流言行”这一表述是紧接着本条例第2条之2第1款的“下述明显会给她带来羞耻或者不安的行为”这一表述之后,作为日常用语,完全有可能对此作出合理解释,因此,不能谓之不明确。^[2]再如,在“世田谷区清扫、回收条例案”中,最高裁判所也作出了类似判决。大致案情为:被告人并非区长指定的废纸回收者,却从该条例第32条之2所规定的某“指定场所”回收了废纸,尽管区长发出了终止该行为的命令,仍然继续从“指定场所”回收了废纸。为此,被告人被以该条例的“违反命令罪”受到起诉。对此,作为一审的东京简易裁判所以本条例第32条之2所谓“指定场所”缺少确定具体场所

[1] 最判平成19·9·18刑集61卷6号601页。不过,判决书中同时添付了藤田宙靖、田原睦夫这两名裁判官的反对意见。

[2] 最决平成20·11·10刑集62卷10号2853页。不过,田原睦夫裁判官提出了反对意见。

的规定,不具有明确性为由,宣判被告人无罪。检察官提出控诉(抗诉),东京高等裁判所作出了有罪判决。被告人以“《一般废弃物处罚计划》所确定的指定场所”这一表述缺乏明确性,有违宪法第31条为由提起上告。对此,最高裁判所第一小法庭判定,“(这里的‘指定场所’,显然是指)按照该条例第31条之2的第1款、第37条以及《一般废弃物处罚计划》,世田谷区为了就一般废弃物的回收得到区民的协助,作为区民分类处理一般废弃物的场所而规定的一般废弃物集中点,因而使用了‘指定场所’这一用语的本案罚则规定,作为刑罚法规的构成要件,不能谓之不明确”。〔1〕

第五节 刑罚法规的适正

除上述原则之外,遵照宪法第31条所规定的适正程序原则,刑罚法规的内容也必须适正。宪法第36条禁止“残忍的刑罚”,根据宪法第31条也同样可以得出此规定。为此,针对犯罪的刑罚过重而有失罪刑均衡的情形,以及所谓“绝对的不定期刑”(此类刑罚不确定期限,直至完全消除社会危险性,一直将犯人关押于监狱等设施之内)均有违宪法第31条的规定。

并且,即使满足了法律主义、禁止事后法、明确性原则等所有要件,若其处罚范围之内还包括明显不具有当罚性的行为,仍必须说,该法规缺少宪法第31条所要求的刑罚法规的适正,依然违宪(由于过度的广泛性而无效)。前文(本章第一节之四“基于条例的罚则”)所提到的《福冈县青少年保护培养条例》规定,“任何人不得对青少年实施淫乱行为或者猥亵行为”,并规定对违反者处2年以下惩役或者10万日元以下罚金。乍看上去,作为刑罚法规,似乎完全没有问题。但是,最高裁判所指出,这里所谓“淫乱行为”,“若广泛地理解为针对青少年的一般性行为……会将诸如与订有婚约关系的青少年或者具有类似真挚亲密的交往关系的青少年之间所发生的性行为等也包含在内,但按照社会一般观念,难以想象会将此类行为也作为处罚对象,因而,这种解释明显有失宽泛”,因此,本条例所谓“淫乱行为”,应该是指“通过诱惑、胁迫、欺骗青少年或者使之困惑的行为等乘其身心发育的不

〔1〕 最判平成20・7・17裁集294号869页。

成熟,而采取不正当的手段实施性交或者类似性交的行为。另外,还包括只能是认定纯粹是将青少年作为满足自己的性欲的对象性交或者类似性交的行为,作如此理解更为合适”。〔1〕最高裁判所之所以作如此限定解释,可以说,其理由完全在于,若原样采用“淫乱行为”这一用语的字面含义,会不当地扩大处罚范围,进而有违宪法第31条。这里,同时还存在是否具有明确性的问题。法庭意见认为,一般人也有可能理解这种限定解释的含义,但伊藤、谷口、岛谷等裁判官对此提出了反对意见,认为不可能加以限定,该条例有违宪法第31条。本书以为,应该支持反对意见。

处罚对于国民生活没有任何危害的行为,当然也是违反宪法第31条的。例如,对于实施所谓“HS式无热高周波治疗法”的人,原审判定符合旧《按摩师、针灸师以及整复师法》第12条所禁止的“以类似医疗行为为业”,宣判有罪。对此判决,最高裁判所认为,该条所禁止的对象限于“对人体健康有危害之虞的业务行为”,从而作出了以下判断:如果连无害行为也予以处罚,这有违宪法第22条所规定的保障选择职业的自由,因而不允许,最终发回重审。〔2〕然而,对此案,重审裁判所认定存在危及健康的危险而判定有罪,被告人再次提出上告,最高裁判所却判令驳回上告。〔3〕此后,对于类似于医疗的行为以及出售保健食品等的行为,最高裁判所态度发生变化,采取了更为严厉的态度。例如,对于宣称对糖尿病、低血糖、贫血、类风湿性关节炎等有良好功效,而出售“抗疲劳药丸”这种以柠檬酸为主要成分的保健食品的行为,原审认为,在没有得到都知事的许可,并且不存在法定除外事由的情形下所实施的本行为,属于销售《药事法》所规定的医药品的行为,从而判定有罪。最高裁判所也认可了这一判决。〔4〕最高裁判所的本判决可能是考虑到,即便该保健食品本身并不会有害于健康,但由于对药品的疗效做了过分夸大的宣传,这有使得相信其宣传的购买者延误正常治疗的危险。在这一考虑的限度之内,应该说,该判决是妥当的。

〔1〕 最大判60・10・23刑集39卷6号413页。

〔2〕 最大判昭和35.1.27刑集14卷1号33页〔14〕。

〔3〕 最决昭和39・5・7刑集18卷4号144页。

〔4〕 最判昭和57・9・28刑集36卷8号787页〔15〕。

第五章 犯罪论体系

第一节 何为犯罪论

犯罪,是指刑法分则规定的杀人罪(第199条)、盗窃罪(第235条)、业务过失致死伤罪(第211条第1款)等具体罪名。刑法典在第一编“总则”(第1~72条)中统一规定了这些犯罪的共通部分,犯罪论正是以刑法总则的规定为基础,探讨犯罪成立的一般要件。刑法第8条规定:“本编的规定也适用于其他法令规定的犯罪,但其他法令有特别规定的,不在此限。”因此,犯罪论不仅适用于刑法分则,也同样适用于特别刑法、行政刑法等所有刑法规。

按照当今的学界通说、判例的定义,所谓犯罪,是指“该当于构成要件的违法且有责的行为”,因而犯罪的成立要件为:(1)构成要件该当性,(2)违法性,(3)有责性或责任;且按照(1)→(2)→(3)的顺序分层次判断。那么,为何需要这种犯罪论体系呢?这一问题与前面在第3章、第4章中所探讨的刑法的机能、刑法的原则密切相关。

首先,(1)的构成要件该当性要件是由罪刑法定主义所导出的。正如在第4章中所谈到的那样,为了保障国民的行动自由,必须事先告知哪种行为作为犯罪具有可罚性。为此,该当于作为可罚性行为类型的构成要件,这是成立犯罪的第一要件。

其次,(2)的违法性要件是基于刑法的机能在于保护法益这一法益保护原则的要求。亦即,即便某行为该当于作为可罚性行为类型的构成要件,仍有必要考虑,该行为是否真正属于有害于社会的行为。例如,若能认定某行为具有高于其有害性的有益性,则有可能作出处罚该行为并不妥当的价值判断。违法性判断正是进行这种价值判断,具体看是否阻却违法(第35~37条)。

最后,(3)的有责性要件出自作为刑法的自由保障机能的内容之一的责任主义的要求。亦即,既然刑法是通过预告刑罚这种制裁而从心理上控制人的行动,即便是有害于社会的行为,也必须是能就该行为谴责行为人。有责性判断正是进行这种评价,具体而言,判断是否存在第38条第1款的故意、过失,以及判断是否具有第39条等的责任阻却事由。

那么,犯罪论体系为何必须采取这种构成与顺序呢?其主要理由有以下几点:

第一,一旦发生有害于社会、给社会以巨大打击的事件,社会舆论就会涌现强烈的处罚情感,为此,就会产生这样的危险:尽管并无处罚此行为的法律规定,但裁判官为了满足国民的处罚情感,而试图通过类推解释等予以处罚。判断是否具有构成要件该当性,正是为了对此加以确证。

第二,在行为人性质恶劣,其行为形态有违社会伦理之时,还存在这样的危险:未经充分探讨该行为客观上究竟给他人带来了多大危害,即能否谓之侵犯了作为刑罚法规之保护对象的法益,而直接予以处罚。判断是否具有违法性,正是为了对此加以确证。

第三,一旦发生受害程度巨大的事件,又有这样的危险:不经充分探讨能否谴责行为人,而直接予以处罚。判断是否具有有责性,正是为了对此加以确证。

由此可见,犯罪论体系的目的在于,通过明确犯罪成立要件,控制裁判官以及涉及搜查、追诉活动的警官、检察官的判断,进而保证刑法得以正确适用。

在保证裁判官作出正确、适当的判断这一意义上,构成要件该当性→违法性→有责性这一判断顺序也具有重要意义。理由在于,是否该当于可罚性行为类型这种构成要件该当性的判断,在某种程度上具有形式性、明确性,正因如此,若由此首先设定一个限制性框架,即便其后对违法性、有责性进行实质性判断,也不会扩大处罚范围;正如第

七章所要谈到的那样,接着进行的违法性判断是一种实质性判断,即便如此,由于原则上是基于客观性要素所作的判断,仍有可能相对明确地进行判断;相反,由于有责性判断考虑的是行为人的主观,因而在其认定中,包含有使之归于不明确的要素。正是出于这种考虑,犯罪论体系通过分层次进行,即由形式性判断进入实质性判断,由对客观性要素的判断进入对主观性要素的判断,从而力图确保裁判官判断的适正。根据上述解释,可以说,对于控制裁判官的思考过程,进而将刑法适用限定于适正的范围之内,构成要件该当性、违法性、有责性这种犯罪论体系是一种行之有效的做法。

第二节 未遂与共犯

犯罪论体系也涉及未遂、共犯问题。前面所谈到的违法阻却事由、责任阻却事由均属于限制犯罪成立这一方向上的例外,与此相反,未遂与共犯则属于扩张处罚方向上的例外。刑法分则原则上规定的是单独犯、既遂类型,然而,犯罪并非一定达到既遂,也并非一定单独实施,既有止于未遂的情形,也有数人一同参与的情形,要对这些特殊情形予以处罚,就必须存在有关未遂、共犯的规定。刑法在总则中对未遂、共犯作出了规定。

刑法分则还规定就某些重大犯罪的未遂、预备予以处罚,杀人未遂罪(第203条)、杀人预备罪(第201条)就是其例。但是,仅有这些规定尚不足以明确杀人行为自何时开始属于未遂、如何区别未遂与预备、如何处罚未遂等问题。有鉴于此,刑法总则在第43条中规定:“已经着手犯罪的实行而未完成者,可减轻其刑。”由此规定可以看出,“实行的着手”是未遂与预备的区别标准;未遂犯之刑以既遂犯之刑为基准,可对其作任意性减轻。那么,何为“实行的着手”便属于未遂犯论所要探讨的课题之一。

第43条“但书”还规定,“基于自己的意思中止犯罪的,减轻或免除其刑”,这称为“中止犯”。中止犯是未遂犯的下位概念,但给予必要性地减免其刑这一恩典。那么,就必须探讨必要性地减免其刑的理由何在、其成立要件是什么等问题。

另外,共犯论是研究如何处理数人参与犯罪的情形。为了处罚共犯,刑法总则第60条至第65条对此作出了规定。刑法总则规定了三种共犯形态:与他人共同实行犯罪的共同正犯(第60条)、唆使他人实

行犯罪的教唆犯(第61条)、对他人的犯罪提供帮助的从犯(帮助犯)(第62条)。并且,对于不具备某种身份者参与身份犯——以具有一定身份者作为主体的犯罪(例如,受贿罪、常习赌博罪)——的情形,刑法总则也作了规定(第65条)。对于围绕这些规定的各种各样的解释进行研究的,就是共犯论(本书第九章、第十章分别探讨未遂、共犯)。

第三节 犯罪论与刑法典总则之间的关系

刑法总则规定了所有犯罪的共通事项(共通项)，“公务员”与“公务员所”的定义(第7条)，以及“电磁记录”的定义(第7条之2)就是其例。并且，第12条规定，“惩役分为无期和有期两种。有期惩役为1个月以上20年以下。”第15条规定：“罚金为1万日元以上。”根据这些规定，就可知道，盗窃罪(第235条)的法定刑虽然仅规定为“10年以下惩役或者50万日元以下罚金”，但盗窃罪的惩役刑与罚金刑的下限应分别为1个月、1万日元；同样，抢劫罪(第236条)的法定刑虽然仅规定为“处5年以上惩役”，但其上限应为20年。除此之外，刑法总则还规定了很多不仅适用于刑法分则，还适用于其他所有刑罚法规的事项(参见刑法第8条)。

其中，重要的规定是：第一，有关正当行为(第35条)、正当防卫(第36条)、紧急避险(第37条)这种不成立犯罪的违法阻却事由的规定。第二，有关责任阻却事由以及责任减轻事由的规定。例如，第38条就处罚犯罪原则上限于故意犯、对于行为人存在错误情形的处理作出了规定；第39条、第41条分别就不成立犯罪的无责任能力、刑事未成年的情形以及属于刑罚减轻事由的限定责任能力作出了规定；第42条还规定了自首。这些都是限定犯罪成立范围的共通项。另外，还规定了扩张犯罪成立范围的共通项。分则的犯罪原则上规定的是单独犯的犯罪既遂形态。然而，对于某种重要的犯罪，也有必要处罚既遂之前的未遂形态；而且，犯罪往往是由数人参与实施，称为共犯。为此，刑法总则还设置了有关未遂犯(第43条、第44条)以及共犯(共同正犯、教唆犯、帮助犯)(第60~65条)的规定。犯罪论体系正是以这些规定为基础而展开的。然而，刑法总则还另外设有刑法的适用范围、刑罚种类、罪数，以及刑罚的加重与减轻等有关刑罚适用的规定。下面对阅读本书所必要的知识即刑罚的适用作些简单介绍，具体内容详见第12章。另外，对于第11章所研究的罪数论问题，这里也请对

其概要有所了解。

第四节 法定刑、处断刑、宣告刑^{〔1〕}

刑罚的适用分为法定刑→处断刑→宣告刑这三个阶段。

一、法定刑

法定刑,是指刑罚法规所规定的刑罚,例如,杀人罪(第199条)的法定刑是“死刑或者无期或5年以上惩役”,盗窃罪(第235条)的法定刑是“10年以下惩役或者50万日元以下罚金”。在法定刑之中,也有诸如下面这种类型的规定:“犯前条之罪,因而致女子死伤的,与伤害之罪比较,依照较重的刑罚处断”(第216条“不同意堕胎致死伤罪”)(其他参见第124条第2款、第219条、第221条)。“与伤害罪比较,依照较重的刑罚处断”的含义在于,比较伤害罪(第204条)、伤害致死罪(第205条)与不同意堕胎罪(第215条)之法定刑,上下限均以相对较重的刑罚作为其法定刑。为此,就不同意堕胎致死伤罪而言,致伤的,处6个月以上15年以下惩役;致死的,处3年以上20年以下惩役。

二、处断刑

在法定刑的基础上,加重或减轻刑罚而形成的刑罚范围,就是处断刑。对法定刑进行刑罚的加重或减轻的理由主要有四点:再犯加重、法律上的减轻(法定减轻)、并合罪加重、酌量减轻(酌情减轻)。并且,刑罚的加重、减轻应按照此顺序进行(第72条)。第一,并合罪加重,是指将按照并合罪处罚的几个犯罪中最重的法定刑的最高刑期加重至1.5倍,但不得超过各罪的法定刑的最高刑期之和(第47条)。这一限制规定是仅就惩役、禁锢而言,在处以罚金刑的场合,罚金刑与其他刑罚并科,若被处以数个罚金刑,则以各罪的罚金刑的最高数额之总和作为其上限(第48条)。第二,所谓再犯加重,原则上是指对于“被判处惩役者自执行完毕或免除执行之日起,5年内又犯应判处有期徒刑之罪的”(第56条第1款),属于再犯,“再犯之刑,是对其犯罪所规定的惩役的最高刑期的2倍以下”(第57条)。对于三次以上犯

〔1〕 此节与后述第十二章第一节部分内容存在重复,为尊重原著,仍忠实翻译。
——译者注

罪者,仍按照再犯的规定处理(第59条)。不过,根据刑法第14条的规定,刑罚加重以30年为上限。第三,刑法规定的刑罚减轻事由有法律上的减轻(法定减轻)、酌量减轻(酌情减轻)(第66条)。首先,法定减轻事由包括心神耗弱(第39条第2款)、自首(第42条)、未遂犯(第43条本文)、中止犯(第43条但书)、防卫过当(第36条第2款)等。法定减轻事由还分为两种情形:一是必要性减轻,诸如心神耗弱、中止犯那样,裁判官必须减轻其刑;二是任意性减轻,诸如自首减轻、防卫过当那样,是否减轻其刑罚,取决于裁判官的自由裁量。即便存在数个法定减轻事由,也只能减轻一次。其次,所谓酌情减轻,是指在“有值得酌情考虑的犯罪情节之时”,根据裁判官的自由裁量可减轻其刑(第66条)。有关法定减轻、酌情减轻的具体方法,依照刑法第68条的规定。例如,对死刑予以减轻之时,减为无期或10年以上(30年以下)惩役、禁锢(第68条第1项、第14条第1款);对有期徒刑、有期徒刑禁锢予以减轻之时,将最高刑期、最低刑期减去二分之一(第68条第3项)。具体而言,盗窃罪可减为最高刑期5年、最低刑期半个月;抢劫罪可减为最高刑期10年、最低刑期2年零6个月;抢劫致伤罪可减为最高刑期10年、最低刑期3年,在实际处以3年的宣告刑之时,还可以附加缓期执行(第25条)。另外,在一定场合下,刑法还认可免除刑罚,这是指作出成立犯罪的有罪判决,但不实际判处刑罚。免除刑罚还可进一步分为刑罚的必要性免除,如中止犯(第43条“但书”)、关于亲属间犯罪的特例(第244条第1款),以及刑罚的任意性免除,如防卫过当(第36条第2款)、避险过当(第37条第1款“但书”)。

三、宣告刑

被告人被认定为有罪之时,按照上文所述,在对法定刑进行加重、减轻之后的处断刑的范围之内,裁判官同时参考检察官、辩护人的论告、量刑建议,具体决定针对被告人的宣告之刑。^{〔1〕} 这称为宣告刑,属于判决书的主文部分。^{〔2〕} 例如,“判处被告人5年惩役”、“判处被

〔1〕 实际量刑应考虑哪些要素,即有关量刑标准、量刑情节的问题,参照原田国男:《量刑判断的实际》,立花书房2008年第3版。有关裁判员制度下的量刑评议问题,参见原田国男:“裁判员制度与量刑评议”,载《刑ジャ》第16号,第55页;小池信太郎:“论裁判员制度下的量刑评议”,载庆应义塾大学《法学研究》第82卷第1号,第599页。

〔2〕 日本的判决书正文中的“主文”部分主要写明判决结果。——译者注

告人2年零6个月惩役。但自本判决确定之日起3年内缓期执行”、“判处被告人罚金50万日元。如果无法全额缴纳上述罚金,则每1万日元折算1日刑期,按照实际所折算的刑期,将被告人留置在劳役所内”等。另外,有关没收、追缴(第19条、第19条第2款)、缓期执行情形下的保护观察(第25条第2款)、未决前羁押天数任意性算入本刑(第21条)、罚金等的暂先缴纳命令(刑事诉讼法第348条第2款)、诉讼费用的承担(刑事诉讼法第185条)等的判决,也应写入主文。

另外,在进行有罪判决的场合,除了主文之外,还应写明:(1)定罪事实(也称为公诉事实、犯罪事实);(2)证据目录;(3)适用法令(刑事诉讼法第335条第1款)。并且,被告人、辩护人或者检察官主张存在可作为法律上有碍犯罪成立的理由或者刑之加重减免的理由的事实之时,裁判所必须对此作出判断(刑事诉讼法第335条第2款)。在公开审理的案件中,除了上述无罪判决、有罪判决之外,还有有关管辖错误的判决(刑事诉讼法第329条)、因公诉时效完成或者已经大赦(属于恩赦的情形之一)时的免诉判决(刑事诉讼法第337条)、驳回公诉的判决(刑事诉讼法第338条)、驳回公诉的裁定(刑事诉讼法第339条)等。

第六章 构成要件该当性

第一节 何为构成要件

一、要件与效果

将构成要件该当性作为独立的犯罪成立要件,认为犯罪是“该当于构成要件的违法且有责的行为”这种犯罪论体系的三分论,可以说,在我国也几乎占据着通说地位。在某行为满足这些犯罪成立要件之时,即对行为人科以作为法律效果的刑罚。

何为构成要件?要给出一个严格的定义,确实不太容易,姑且可以定义为,在刑罚法规中除去法律效果(法定刑)之外的部分。例如,杀人罪(第199条)的构成要件为“杀人者”,过失致死罪(第210条)的构成要件为“过失致人死亡者”。只有满足这种要件之后,才有可能科以作为其效果的刑罚。其中,犯罪主体、死亡结果、故意或过失等属于形成构成要件的要素(构成要件要素),构成要件要素不限于此。例如,犯罪主体有时必须具有一定的身份(身份犯),如受贿罪(第197条);主观构成要件要素之中,除了故意、过失之外,还包括目的犯中的目的,如伪造通货罪(第148条)、伪造公文书

罪(第155条)中的“使用的目的”,营利目的等拐取〔1〕罪(第225条)中的“营利的目的”等。另外,妨害灭火罪(第114条)中的“火灾之际”这种构成要件的状况,事前受贿罪(第197条第2款)中的“(事后)成为公务员之时”这种客观性处罚条件等也是构成要件要素。

二、构成要件的确定

何为构成要件?对此,很多时候不得不借助解释来确定。例如,有关杀人罪中的“人”的含义,众所周知,存在心脏死亡说与脑死亡说之间的对立。又如,有关损坏建筑物罪中(第260条)中的“建筑物”的含义,一直以来是根据“非毁损则难以拆除”这一解释来确定,但近年来随着建筑技术与建筑材料的进步,现在,除了与建筑物本身的连结性之外,判例也开始考虑功能上的重要性。〔2〕这里,明确改变了有关“建筑物”的范围的定义。并且,另外还存在“不成文的构成要件要素”。例如,妨害执行公务罪(第95条)中的“公务”,尽管没有明示,但通说、判例一般认为,必须是“合法的”公务;要构成诈骗罪(第246条),必须存在有别于盗窃罪的“处分行为”。另外,要构成盗窃罪(第235条),必须存在有别于毁损器物罪(第261条)的“非法取得的意思”,〔3〕这也是其中一例(详见西田·各论412页以下、237页以下等)。

三、违法、有责类型

可以看出,构成要件由各种各样的要素形成。而且,既然构成要件是可罚性行为的类型,显然,这些要素要么与行为的违法性有关,要么与行为的有责性相关。在此意义上,构成要件属于违法、有责类型。

〔1〕日本学者统一将“略取与诱拐”合称为“拐取”。拐取罪是指使他人脱离一定的保护状态而置于行为人自身或第三者的支配之内的犯罪。利用暴行、胁迫等暴力或准暴行手段实施的为略取罪;“诱拐”大致相当于汉语的“拐骗”,凡以诡计、花言巧语等非暴力的欺骗或诱惑手段实施的,则为诱拐罪。——译者注

〔2〕最决平成19·3·20刑集61卷2号66页。

〔3〕日本刑法中的“不法取得的意思”大致相当于我国刑法中的“非法占有的目的”,但在日本刑法中,“领得”与“占有”是两个完全不同的概念,为避免混淆,本书分别将其翻译为“取得”、“占有”。——译者注

但这并非学界的一般性理解。^{〔1〕}究其原因,主要取决于如何理解构成要件的机能。

(一)行为类型说

行为类型说虽承认构成要件属于违法且有责的行为的类型化,但同时又认为,某行为虽该当于构成要件,但仅此还不足以推定具有违法性、有责性(内田 151 页以下、曾根 58 页以下)。亦即,构成要件是形式性的、价值中立性的东西,其本身并不具有违法推定机能、责任推定机能。该说认为,构成要件该当性的判断属于形式判断,看上去似乎合乎构成要件的罪刑法定主义机能,但是,事实上,正因为该说否定了违法推定机能,反而却在违法判断之时,留下了在构成要件之外另外进行伦理性判断的余地,^{〔2〕}最终效果适得其反,甚至会将并不具有可罚的违法性的行为也纳入进来,而无法在构成要件阶段予以排除,因而并不妥当。

(二)违法行为类型说

违法行为类型说认为,构成要件属于违法行为类型,因而肯定构成要件该当性具有违法推定机能。该说还可进一步分为两种学说。(1)第一种学说立足于违法的本质在于法益侵害或者法益侵害的危险这一立场(结果无价值论),其中,既有观点认为,故意、过失属于责任要素,因而并不包含在构成要件之内(平野 96 页以下、山口 30 页以下);还有观点从否定主观违法要素的视角出发,认为伪造罪中的“使用的目的”也属于主观责任要素(内藤 192 页以下)。(2)第二种学说立足于违法的本质在于规范的侵害、违反规范的意思这一立场(行为无价值论),认为故意、过失当然属于作为违法要素的构成要件要素(西原 136 页以下、井田 17 页以下)。

第二种学说对第一种学说提出了以下批判:按照第一种学说的观点,无法在构成要件阶段区别杀人罪、伤害致死罪、过失致死罪,因而

〔1〕 参见平野龙一:“围绕构成要件这一概念”,载平野诸问题 1 页以下;町野朔:“构成要件的理论”,载町野朔:《犯罪论的展开 I》,有斐阁 1989 年版,第 43 页以下;曾根威彦:“作为行为类型的构成要件”,载《法学教室》第 166 号;山中敬一:“构成要件概念的新构想”,载《法学教室》第 166 号;井田良:“犯罪论体系与构成要件概念”,载《法学教室》第 166 号。

〔2〕 例如,最决昭和 53·5·31 刑集 32 卷 3 号 457 页〔外务省机密泄露事件〕〔88〕。

丧失了构成要件的犯罪个别化机能。但是,既然在责任阶段能够加以区分,这一点就并非该说的实质性难点。毋宁说,第一种学说的问题在于,在将构成要件理解为违法行为类型的基础上,试图仅仅与构成要件的故意规制机能保持理论上的结合。但是,例如,对隐灭证据罪(第104条)、常习赌博罪(第186条)、取得伪造的货币后知情行使罪(第152条)等的主体的限定,只能认为是将行为人的非难可能性、期待可能性的缺少或减少予以类型化。这样一来,只能是将这些客观责任要素不作为构成要件要素,而排除在故意的对象之外,但这并不合适。在行为人误信是有关自己的刑事案件的证据而隐灭了有关他人的刑事案件的证据的场合,必须否定行为人具有隐灭证据罪(第104条)的故意。否定客观的责任要素的观点,对此类情形是这样理解的:“那属于客观地形成违法行为类型的构成要件要素”,“行为人的认识作为该犯罪所固有的故意,仍属于责任要素”(山口33页)。但是,这样的话,这些要素似乎就应理解为通常的违法要素。然而,该论者另外还承认责任身份犯这一概念(山口38页),其结果就只能是,肯定责任构成要件。诚然,以为是有关他人的刑事案件的证据而予以隐灭,而实际上属于有关自己的刑事案件的证据的,不能认定其处于可使之不具有期待可能性的精神状态。但是,若仅凭这一点,就主张对此应以隐灭证据罪予以处罚(该论者并未明确说明这一点),这种做法才真正违反了罪刑法定原则。事实上,在此情形下,能够认定缺少不容反证的有责性,在进行责任判断之前,在责任构成要件阶段,即可否定具有构成要件该当性,因而不成立犯罪。

(三)违法、有责行为类型说

违法、有责行为类型说认为,构成要件既是违法行为类型,同时也是有责行为类型。但依据各自所持理论立场的不同,该说又分为多种观点。

第一,故意、过失是否包含在构成要件要素之内?对此,学界众说纷纭。(1)第一种学说认为,故意、过失是责任要素,同时也是构成要件要素(前田55页以下、曾根65页;佐伯仁志:“构成要件论”,载《法学教室》第285号,第36页)。(2)第二种学说认为,故意、过失既是违法要素也是责任要素,还是构成要件要素(团藤134页以下、大塚132页以下、大谷131页以下、佐久间109页以下)。(3)第三种学说虽对责任构成要件持肯定态度,但认为故意、过失属于并非该犯罪的固有

要素的一般责任要素,并不包含在构成要件之内(町野 118 页)。但是,首先,第二种学说认为同一种要素既是违法要素又是责任要素,丧失了加以区别的实际意义,并不合适;其次,第三种学说一边认为,故意与过失属于责任的类型性区别,但在并不处罚过失犯的犯罪类型中,又认为完全属于可罚性行为的类型性要素,由此可见,不得不说,将故意、过失排除在责任构成要件之外,在理论上不具有一贯性。

第二,是有关犯罪论体系中的判断顺序问题。第一种学说主张,在违法、责任构成要件该当性之后,再判断违法阻却、责任阻却;第二种学说主张,在违法构成要件该当性之后判断违法阻却,在责任构成要件该当性之后判断责任阻却。这一问题最终归结于,是否肯定构成要件的故意这一概念,并关系到如何处理假想防卫等情形下的故意、过失。本书的立场为,故意、过失等主观性要素、隐灭证据罪中“属于犯人”等客观性要素均属于责任构成要件要素,犯罪类型是由违法构成要件与责任构成要件相互组合而形成。

四、构成要件论的实际意义

如果认为构成要件这一犯罪成立要件是出于罪刑法定主义的要求,构成要件最为重要的机能便在于,“没有构成要件该当性则无犯罪”这种保障机能。并且,既然犯罪属于具有可罚性的违法行为、有责行为的类型,构成要件也当然必须是由违法构成要件、责任构成要件组合而成的违法、有责行为类型。在这种场合下,由于客观的责任要素当然应包含在故意的认识对象之内,即便从故意规制机能这一点来看,将构成要件限定于违法构成要件也并不妥当。另外,由于故意、过失也是将可罚的责任予以类型化的要素,因而还是应理解为,属于责任构成要件要素。再者,是否成立犯罪这终究只是一种观念性的东西,应该按照违法构成要件该当性→违法阻却→责任构成要件该定性→责任阻却这一顺序来判断。

这种构成要件的实际意义可以举出以下几点:(1)通过将构成要件限定于具有可罚性的违法、有责类型,可得以坚持其最重要的机能即保障机能。(2)通过将构成要件理解为违法构成要件与责任构成要件的组合,从而有可能维持其犯罪个别化机能。(3)通过承认违法构成要件该当性、责任构成要件该当性分别具有违法推定机能、责任推

定机能,得以承认与刑诉法第335条^[1]第1款所谓“应罪事实”(构成犯罪的事实)相对应的诉讼法机能。当然,这并不是将有关“有碍犯罪成立的理由”的举证责任转嫁给被告方,至少在检察官立证“应罪事实”(违法、责任构成要件该当性)之时,可以认为被告方也负有提出证据的责任。(4)由于不必认定存在所谓构成要件的故意,在处理假想防卫等案件时,就可以避免出现所谓“飞镖现象”^[2];一旦认定存在杀人罪等的构成要件的故意之后,通过否定责任故意,再次探讨是否成立过失致死罪。(5)最重要的意义还在于,在共犯领域也可以确保构成要件所具有的保障机能。如果作为构成要件仅认定存在违法构成要件,在教唆某犯人隐灭有关该犯人的刑事案件的证据时,按照最少从属性说、限制从属性说的观点,该教唆人也具有可罚性。这是因为,隐灭行为的客体是“有关他人的刑事案件的证据”,这属于责任要素而非构成要件要素。而且,如果认为过失是责任要素而非构成要件要素,对于并不处罚过失犯的犯罪类型。例如,损坏器物罪,故意教唆他人过失损坏器物时,甚至有可能认定成立教唆犯(山中883页以下),但这种解释并不妥当。因为所谓构成要件,它是用来设定可罚行为的界限(即构成要件的限定机能),即便是共犯处罚这种特殊形态,也不能超越这一界限。从这一意义上也可看出,肯定责任构成要件这一概念无论是在理论上还是在实践中均具有重要意义,必须从包含违法、责任构成要件这两方面的意义上来理解共犯中的最小从属性说。

第二节 构成要件的要素

前面已经谈到,确定分则条文中的构成要件,这属于刑法各论的任务。为此,我们在研究刑法总论的构成要件该当性时,只是解释这些具体的构成要件的共通事项。具体而言,主要是研究:(1)主体;(2)(实行)行为;(3)行为客体;(4)结果;(5)行为状况;(6)行为与结果之间的因果关系;(7)不作为犯。考虑到(6)、(7)的重要性,本书单

[1] 《日本刑事诉讼法》第335条〔有罪判决〕:“要宣判有罪,必须提示应罪事实、证据目录以及所适用的法令(第1款)。在(被告及其辩护人)主张存在可作为法律上有碍犯罪成立的理由或者刑之加重减免的理的事实之时,必须对此作出判断(第2款)。”——译者注

[2] 飞镖:boomerang。是澳大利亚原住民的一种狩猎工具,用曲形坚木制成,投出后可飞回原处。——译者注

独分节探讨。如果认为构成要件是具有可罚性的行为类型,构成要件便由将属于犯罪之实质的违法性予以类型化的违法构成要件,以及将责任予以类型化的责任构成要件二者相互组合而成。在此意义上,构成要件是违法、有责行为类型。为了便于理解,本书将作为责任构成要件要素的故意、过失放在第八章“有责性”中探讨。

一、主体

构成要件的第一要素为行为的“主体”,通常表述为“……者(实施了某种行为者)”。“……者”指所有的自然人,也仅指自然人,不包括法人。

(一) 身份犯

刑罚法规之中,也有将行为主体限定于具有一定身份者的情形,这称为“身份犯”。由于第65条(“身份犯的共犯”)第1款规定,“加功于因犯罪人的身份才构成的犯罪行为时,即便是没有身份者,也作为共犯”。第2款规定,“因身份而特别存在刑的轻重时,对没有身份者科以通常之刑”,因而有必要存在身份犯这一概念。第1款是有关“因犯罪人的身份才构成的犯罪行为时”的场合,例如,受贿罪(第197条)中的公务员即是其例,一般称为构成的身份犯或真正身份犯;第2款是有关因有无身份而“刑”有轻重的场合,例如,单纯横领罪(第252条)与业务横领罪(第253条),单纯赌博罪(第185条)与常习赌博罪(第186条)之间的关系便是如此,称为加减的身份犯或不真正身份犯。

身份犯还可以区分为:该身份关系到违法性的情形(违法身份)、关系到有责性的情形(责任身份)。例如,受贿罪中的“公务员”这一身份是判断行为是否具有违法性的基础,属于违法身份;常习赌博罪中的“常习者”这一身份则可以加重行为人的责任,属于责任身份。这种区别对于如何理解第65条非常重要,留待后述(第十章第十三节“共犯与身份”)。

(二) 亲手犯

亲手犯是与身份犯相类似的概念,一般定义为,非亲手实施不得成立的犯罪,亦即,基本上不可能以间接正犯的形式来实施的犯罪(承认亲手犯概念的观点属于学界多数说。例如,大谷163页、山口44

页、伊东 43 页)。多数认为,单纯行为犯不能以间接正犯的形式来实施。例如,不携带驾照驾驶、无照驾驶、违反限速等形式的犯罪以及伪证罪等。但笔者认为,应否定亲手犯这一概念。这是因为,既然所有的刑罚法规均存在保护法益,即便是以间接正犯这一形式来实施,只要侵害了保护法益,便没有理由否定犯罪成立;事实上,上述这些称为亲手犯的犯罪,仍然有可能通过强制、欺骗等手段,以间接正犯的形式来实施。

(三)法人的处罚

判例、通说认为,“……者”仅指自然人。但在某些刑罚法规中,将法人作为主体也并无不妥。例如,在第 175 条(散发猥亵物等罪)中,也有可能是公司整体参与贩卖色情物这一犯罪;又如,就第 230 条(毁损名誉罪)而言,当报刊、月刊杂志等登载毁损他人名誉的报道时,显然可将整个公司作为诉讼对象,以毁损名誉为由要求损害赔偿,因而公司也有可能成为犯罪的主体。如果是判处惩役刑,抓捕公司并投入监狱,这在物理上并无可能,但由于第 175 条、第 230 条还规定了罚金刑,认为“……者”也包含法人,这也并非完全不可能。

但是,我国的传统解释论一直认为,法人无犯罪能力。这是因为,认为刑罚是一种道义上、伦理上的谴责的观点影响力太大。如以“谴责”为要素,并不能对法人这一无形的存在施加谴责。尤其是关系到责任能力问题,因而一直这样理解下来。大审院的判例就曾否定法人具有犯罪能力:^[1]某法人因违反旧《储蓄银行法》(法定刑为“处 5000 日元以下罚金”),未经主管大臣同意擅自经营银行业务而受到起诉,对此,大审院认为法人并无犯罪能力而宣判无罪。其理由在于,“然而,现行刑法仅以具有自然意思的责任能力者作为可科以刑罚的行为主体,通过比照该法第 38 条至第 41 条的规定”,这一点显而易见。

1. 转嫁罚规定(代罚制)

自此以后,现行刑法不可能(直接)处罚法人这种观点便成为通说,也是判例的一贯态度,直至今日仍是如此。但战前便开始设置有关法人处罚的特别规定,“代罚制”就是其最初的形式。亦即,当法人的职员从事法人业务之时,实施了违法行为的,将其刑事责任转嫁至

[1] 大判昭和 10·11·25 刑集 14 卷 1217 页[16]。

法人,对法人科以各分则条文所规定的罚金刑。《有关法人成为租税以及烟草专卖的事犯的场合的法律》〔明治33年(1900年)法律第52号〕首先采取了“代罚制”。该法第1条规定了法人处罚,在处罚法人之时,如果刑罚法规并无罚金刑,则处以300日元以下的罚金。概言之,作为刑法的解释论无法肯定法人处罚,但完全有可能设置有关法人处罚的特别规定,这种规定就相当于刑法第8条〔1〕所谓“特别规定”。

2. 两罚规定(双罚制)

因考虑到“代罚制”的效果并不明显,自昭和〔2〕初期开始设置既处罚职员又处罚法人的规定。因对双方均予以处罚,故称为“双罚制”。作为《外汇以及外国贸易法》之前身的《防止资本逃避法》〔昭和7年(1932年)法律第17号〕首先采取了“双罚制”。该法第5条规定:“法人的代表人或者法人或自然人的代理人、使用人以及其他职员,有关该法人或自然人的业务,实施违反前条的行为时,除处罚行为人之外,对该法人或自然人亦科以前条所规定的罚金刑。”现在很多法律均采取了“双罚制”,例如,反垄断法(《有关禁止私人垄断以及确保公正交易的法律》)第95条等。

法人、自然人业主当然是利用多数人开展业务,它(他)们之间处于使用者——被使用者的关系。使用者对由被使用者的行为所产生的损害承担一定程度的责任,这一点已得到承认。《有关一般社团法人以及一般财团法人的法律》第78条、第197条规定,因法人的机关的行为所产生的损害,对此视为法人的责任。对并非法人的机关即法人的职员所实施的行为,《民法》第715条(“使用者责任”)对此作了规定。换言之,在民法中,对由职员(被使用者)、法人的机关的行为所造成的损害可直接追究使用者、法人的不法行为责任。

3. 责任的性质

不同于民法的做法,刑法是采用“双罚制”这种形式来追究使用者即法人的责任,因此,这种规定既肯定了作为法人的刑事责任,同时又追究作为业主的责任。这种业主责任,以前曾被认为是代位责任,亦

〔1〕《日本刑法典》第8条规定:“本编之规定亦适用于其他法令的犯罪,但其他法令有特别规定的,不在此限。”——译者注

〔2〕昭和为日本裕仁天皇在位期间的年号,具体时间为自1926年12月25日至1989年1月7日。——译者注

即,就职员所实施的行为,使用者承担无过失责任(非但不需要故意,即便没有过失也无条件地承担责任)。〔1〕然而,从责任主义的视点来看,这终究还是不太合适。〔2〕战后,最高裁判所接受这种批判意见,认为就自然人业主而言,“双罚制”规定的是,推定业主在选任、监督上存在过失的刑事责任,因而只要业主能反证自己不存在过失,就不得处罚作为自然人的业主,即借此谋求与责任主义之间的调和。〔3〕其后,又有最高裁判例将这一判决的趣旨推及作为法人的业主。〔4〕现在,“双罚制”中承认无过失免责的情况越来越多(例如,《矿业法》第194条)。

4. 联动的分离

在“双罚制”中,针对属于自然人的罚金刑(法定刑)也可科处于法人。罚金刑的上限即便对自然人已经足够,但对于拥有庞大资产的法人而言,未必具有威慑力;反之,如因此而提高罚金刑的上限,对自然人又过于严酷。为此,主张分离二者之间的联动关系,应专门就法人另外设定具有充分威慑力的罚金刑的观点影响巨大,在1992年改正了一系列的“双罚制”规定。反垄断法(《有关禁止私人垄断以及确保公正交易的法律》)第95条第1款第1项、《证券交易法》第207条第1款第1项、《银行法》第64条第1款第1项等就是其例。

5. 现在的动向

对于这种基于“双罚制”的法人处罚,现在学者提出了一些新的观点。例如,有观点认为,应将机关等的监督义务者的范围扩大到高级管理层;还有观点提出,所谓“企业组织体责任论”,即只要职员的违反行为具有业务关联性就应肯定法人的责任;另有观点提出“组织模式论”,亦即,应突破机关的监督责任,根据法人本身是否完善了企业内

〔1〕 大判昭和17·9·16刑集21卷417页〔17〕〔180〕。

〔2〕 参见美浓部达吉:《行政刑法概论》,岩波书店1939年版,第65页以下。

〔3〕 过失推定说。最大判昭和32·11·27刑集11卷12号3113页〔18〕〔181〕。

〔4〕 最判昭和40·3·26刑集19卷2号83页〔19〕。

部管理体制而追究法人自身的故意或过失责任。^{〔1〕}这些问题不久应该作为立法论来探讨。本书的立场为,一方面应维持现有的“双罚制”形式,同时主张实施三罚规定,即将机关及其上层管理人员的违反监督义务的行为(作为过失犯)也纳入处罚对象。

二、行为客体与保护客体

(一)行为客体

构成要件还规定了行为客体即作为行为对象的人或物。例如,杀人行为的客体是人,盗窃行为的客体是财物。但也有并无客体这一物理性存在的犯罪,如受贿罪、脱逃罪等。

(二)保护客体(保护法益)

尽管存在并无行为客体的犯罪,但不存在没有保护客体的犯罪。换言之,即便在并无客体这一物理性存在的犯罪中,也有保护客体。何为保护客体?简单地说,就是保护法益。不存在没有保护法益的犯罪。这是因为,所有刑罚法规均是为了保护某种法益而制定。

某种犯罪侵犯的法益是什么,这正是刑法各论的重要课题,在此不加深究,只是例示如下。第95条(妨害执行公务罪)规定,处罚“在公务员执行公务时,对其实施暴行或胁迫(以妨害公务执行)者”。这里的行为客体尽管是公务员,但其保护客体并不限于公务员的身体安全,公务的顺利实施才是其真正所要保护的客体。又如,第172条(虚假告诉等罪)规定,处罚“以使他人受刑事或惩戒处分为目的,作虚假的告诉、告发或其他申告者”。何为本罪的保护法益,对此存在两种不同的观点。即一旦收到虚假告诉,警察一般会开始实施搜查,有时还会逮捕被告诉人,这样最终会侵犯个人的人身自由。基于这种考虑,

〔1〕 参见西田典之:“团体与刑事处罚”,载芦部信喜等编:《岩波讲座基本法学(2)团体》,岩波书店1983年版,第259页以下;板仓宏:《企业犯罪的理论与现实》,有斐阁1975年版,第1页以下;佐伯仁志:“有关法人处罚的一点考察”,载《松尾浩也先生古稀祝贺论文集〔上〕》655页以下;伊东研祐:“组织体刑事责任论”,载《田宫裕博士追悼论集〔上〕》第412页以下;今井猛嘉:“法人处罚”,载《法学教室》第260号,第73页以下;高山佳奈子:“法人处罚”,载《ジュリスト》第1228号,第71页以下;川崎友巳:《企业的刑事责任》,成文堂2004年版;高崎秀雄:“论法人的刑事处罚”,载《比较法政研究系列》2003年第4号;樋口亮介:《法人处罚与刑法理论》,东京大学出版会2009年版;等等。