



外国法学教科书精品译丛



刑法总论讲义

(第4版补正版)



[日]松宫孝明 著
钱叶六 译
王昭武 审校



 中国人民大学出版社

外国法学教科书精品译丛

刑法总论讲义

(第4版补正版)

本书是日本著名少壮派刑法学家松宫孝明教授历经二十余载精心经营的刑法体系书。它融知识性和创新性于一体，全面而又系统地展现了松宫孝明教授精致、独到的刑法思想。就内容而言，本书表达了一种规范主义的、机能主义的刑法思想，强调刑法保护的是现代社会中既存规范，重视规范的交往意义，既没有采用因果主义的结果无价值论，也没有采用心理主义的行为无价值论；就形式而言，本书以无国界的法学家为志向，坚持“创造性的批判态度”，对日本的判例和通说进行了不少率直的批判。本书中文本的问世不仅能助益于中国刑法学界把握日本刑法理论和判例的最新动向，而且有利于中国刑法学界系统了解机能主义、规范主义刑法思想的基本主张。

——冯军教授

策划编辑 方明
责任编辑 郭燕红 曹江红 郭晓丽
封面设计 李尘工作室

ISBN 978-7-300-17027-5

ISBN 978-7-300-17027-5



9 787300 170275 >

定价：58.00元

The cover features a detailed decorative border. At the top center is an eagle with its wings spread, perched on a horizontal bar. The sides of the border are adorned with ornate scrollwork and floral motifs. At the bottom, two lions are depicted in a heraldic style, flanking a central emblem that resembles a stylized 'U' or a similar symbol. The entire design is rendered in a fine-line, woodcut-like style.

刑法总论讲义

(第4版补正版)

[日]松宫孝明 著
钱叶六 译
王昭武 审校

中国人民大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法总论讲义：第 4 版补正版 / [日] 松宫孝明著；钱叶六译. —北京：中国人民大学出版社，2013. 1

(外国法学教科书精品译丛)

ISBN 978-7-300-17027-5

I. ①刑… II. ①松… ②钱… III. ①刑法-研究-日本 IV. ①D931. 34

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 021107 号

刑法總論講義【第 4 版】

著者：松宮孝明

Strafrecht AT, Fourth Edition by Takaaki Matsumiya

Copyright © 2009 T. Matsumiya

Originally published by Seibundoh in Toyko, Japan

Simplified Chinese version © 2013 by China Renmin University Press.

All Rights Reserved.

外国法学教科书精品译丛

刑法总论讲义 (第 4 版补正版)

[日] 松宫孝明 著

钱叶六 译

王昭武 审校

Xingfa Zonglun Jiangyi

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 三河市汇鑫印务有限公司

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

版 次 2013 年 3 月第 1 版

印 张 20.25 插页 2

印 次 2013 年 3 月第 1 次印刷

字 数 456 000

定 价 58.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

中译本序 ◀

冯军*

日本著名少壮派刑法学家松宫孝明教授的《刑法总论讲义（第4版补正版）》一书，即将由中国人民大学出版社出版，译者钱叶六博士以我与松宫先生既属同门又系挚友为由，诚邀我为本书的中译本作序。我乃逐臭之夫，为人孤傲不群，好作恶评，自觉不宜对同道妄加置喙，虽几番推辞，却挡不住盛情，只得勉力为之。

松宫孝明（まつみやたかあき）教授1958年3月11日出生于日本滋贺县，在立虎姬高等学校毕业后，考入日本名校京都大学法学部。1980年在京都大学法学部毕业之后，继续在该校攻读博士课程，但是，由于某种原因，在获得博士学位之前，于1985年在博士后期课程中退学。2006年的冬天，松宫先生来北京参加学术会议，我请他在白石桥附近的海底捞吃火锅时谈及此事，他还耿耿于怀，对自己的博士指导老师颇有微词。1987年，松宫先生赴名古屋任南山大学法学部的专任讲师。1990年回京都，任立命馆大学法学部的助教授，其后，两次远赴德国留学，以洪堡学者身份在德国波恩大学法哲学研究所雅科布斯（Günther Jakobs）教授的指导下从事刑法研究，深获雅科布斯教授好评，1995年升任立命馆大学法学部教授。现今，松宫先生除了担任立命馆大学法学部教授之职外，还兼任立命馆大学法务研究科科长。

松宫先生从过失犯论开始，展开了他的刑法学研究。1989年，他出版了专著《刑事过失论的研究》，2004年又出版了专著《过失犯论的现代课题》，在过失犯领域取得了令人瞩目的业绩。此外，在犯罪论体系、未遂犯论、共犯论和罪数论方面，松宫先生也颇有建树。他于2003年出版的论文集《刑事立法与犯罪体系》，据悉正由何秉松教授组织翻译为中文出版。松宫先生还是已经出版了自己的刑法体系书的学者，他1997年出版的《刑法总论讲义》已于2009年发行了第4版，2006年出版的《刑法各论讲义》也已于2012年发行了第3版。在德国和日本刑法学界，刑法教科书又被称为刑法体系书，它融知识性与创新性于一体，是刑法学者个人刑法思想的集中体现，也是刑法学者成熟为刑法学家的主要标志。松宫先生培养了不少弟子，他的弟子丰田兼彦现为关西学院大学教授、安达光治

* 中国人民大学法学院教授，博士生导师。

为立命馆大学教授、平山干子为甲南大学教授、佐川友佳子为香川大学准教授。松宫先生以他自己的学术业绩和众多从事刑法研究的教授级弟子，奠定了他在日本刑法学界的重要地位，并发挥着重要的影响力。曾经有日本友人告诉我，松宫孝明教授是现今日本少壮派刑法学者中的“三巨子”之一。

松宫孝明教授的刑法思想，最初继承了京都大学佐伯千仞教授和中山研一教授的学说，现在则以雅科布斯教授的学说为基础，对刑法教义学进行了规范论的塑造。就内容而言，本书表达了一种规范主义的、机能主义的刑法思想，也就是说，本书强调刑法保护的是现时代社会中既存的规范，重视了规范的交往意义，采用了“积极的一般预防论”，既没有采用因果主义的结果无价值，也没有采用心理主义的行为无价值；就形式而言，本书以无国界的法学家为志向，坚持“创造性的批判态度”，对日本的判例和通说进行了不少率直的批判，试图创立一种独特的理论，以表达作者对日本通行的刑法体系书的强烈不满。就像陈兴良教授说我是特立独行者一样，松宫孝明先生恐怕也是一位特立独行者，我们都喜新思而爱异议。不仅主张新思和倡导异议本身并非易事，而且，新思并非一定是异端，异议也并非必然是邪说。没有新思，就没有进步的力量；没有异议，也难以证明通说的谬误。在三年多的时间里，经过钱叶六博士苦心孤诣的翻译和王昭武博士细针密缕的审校，本书终于能够以飨中文读者，真是值得庆贺。虽然已有不少日本刑法教科书被译为中文出版，但是，本书中文本的问世无疑有助于我国刑法学界了解日本刑法学的最新动向，也有利于我国刑法学界走出久已形成的以因果论为内容的自然主义迷途。

本书的译者钱叶六博士和审校者王昭武博士，虽与我有辈分之隔，然都是我相交多年的学问同道。叶六于1999年考入中国政法大学，师从阮齐林教授攻读刑法硕士学位，毕业之后，就职于南京财经大学法学院，为学术追求，又于2005年考入中国人民大学，师从谢望原教授攻读刑法博士学位。攻博期间，叶六经谢教授推荐，赴日本东京大学留学一年。回国后，他与我接触颇多，不时在举杯对酌的开怀之中进行不屈不挠的学术论争。在圆满获得博士学位之后，叶六又到清华大学黎宏教授门下从事博士后研究，此间，叶六专心问学，矻矻终日，备受黎教授呵护，不仅在《法学研究》、《中国法学》等重要学术刊物上发表了极具分量的论文（其中不乏对我的批判），而且完成了本书的翻译。如今，叶六以其出色的学术表现受聘为苏州大学法学院教授。叶六学从名师，诸方砥砺，多才多艺，尤擅歌唱，期盼叶六无论人在何地、身处何境，都不改初衷、不求速成，以刑法为业，演奏出中国刑法学浑厚的华美乐章。

是为序。

冯 军

2013年1月1日谨识于人大明德法学楼

中文版序言 ◀

立命馆大学教授 松宫孝明

得益于清华大学法学院博士后钱叶六博士的翻译及苏州大学法学院王昭武博士的审校，拙著《刑法总论讲义》（第4版补正版）中文版终于得以出版发行。自钱叶六博士联系本书的翻译以来，迄今已有近三年时间。藉此机会，谨向付出辛勤劳动的两位博士致以衷心的感谢。

依据本书第4版发行后日本刑法的修正，我对本书作了一些补正。在日本，本书尚且都是买不到的珍贵的补订版。

在日文版的四个序言中都有阐述，本书是依据德国有力的“客观归责论”、“积极的一般预防论”以及作为这些学说基础的规范主义、机能主义的——尤其是依据德国京特·雅科布斯（Günter Jakobs）教授的（纵使在某些问题上与教授的观点存在分歧）——思想而写成的。本书没有受困于将刑法理论的对立全部还原为“结果反（无）价值论”和“行为反（无）价值论”之对立这种不良的日本刑法学思潮，而是探明导致结论及理论对立的根源，并根据现今的状况来展开刑法所应依据的客观主义。因为，包括刑法在内的世俗法，如若导入“抱有淫秽的想法看女人的人，就已经在心中奸淫了该女人”等这种圣经中的耶稣之语，那么，谁——女性当然排除在外——将会被适用强奸罪便不得而知，这将会是非常严重的事情。

同时，相较于日本的其他教科书，本书对刑法学中的犯罪体系论的意义做了较为详尽的说明。本书的主张基本上是以20世纪后半期展开的德国刑法学理论为根据的。为此，即使是针对根据日本目前的判例和通说所展开的解释论，也坦陈其问题所在并予以批判。毋庸置疑，体系论本来就是促进以刑法总则为中心的立法的学问。我们今日学习刑法，是为了创设明日应然的刑法。遗憾的是，在日本，坚持这种创造性的批判态度的教科书并不多见。我想这一点亦是本书的特色之处。

在中国，与改革开放政策一样，刑法理论的全球化现在也被认为是一个课题。据闻中国的刑法学特别是犯罪体系论也有向德、日犯罪体系论转变的动向（关于这一点，请参照日本《法律时报》2012年1月号特集所刊载的清华大学张明楷教授所惠赐的论文）。我以为，中国应有适应中国实际的体系论，而不应直接照搬其他国家的体系论。尽管如此，了

解其他国家基于其具体国情而发展出的固有的体系论，对于思考本国的体系论还是大有裨益的。本书作为此类比较法研究的素材，我殷切地期望它能够得到中国的广大读者诸贤的厚爱和关注。

于日本京都

2012年1月5日

中国語版への端書 ◀

立命館大学教授 松宮 孝明

このたび、蘇州大学の王昭武准教授および清華大学法学院のポストドクター銭葉六博士のご翻訳により、拙著『刑法総論講義 [第4版]』の中国語版が刊行されることとなった。銭博士から翻訳の打診をいただき、以来、3年近い歳月を経てのことである。王准教授および銭博士のご尽力には、この場を借りて、心からお礼申し上げる。

なお、本書には、第4版刊行後に行われた日本の刑法改正に応じて、若干の補正が加えてある。これは、日本では手に入らない貴重な補正版である。

日本語での4つの端書でも述べたことであるが、本書は、ドイツにおいて有力となった「客観的帰属論」および「積極的一般予防論」と、その基礎にある規範主義・機能主義の——とりわけ、いくつかの点では異なるが、ドイツのギュンター・ヤコブス教授の——考え方に依拠して書かれている。その中では、刑法の理論対立を全て「結果反(無)価値論」と「行為反(無)価値論」の二項対立に還元する悪しき日本刑法学の風潮に惑わされずに、結論および理論の対立を招く根源を明らかにしながら、刑法が依拠すべき「客観主義」が、今日の状況にあわせて展開されている。なぜなら、刑法を含めて、世俗の法は、「色情をいだいて女性を見る者は既に心のうちに姦淫したことになる」などという聖書にあるイエスの言葉を持ち込んだら、刑法を適用する者も適用される者も、——女性が除かれることは確かだが——誰に強姦罪が適用されるかわからなくなり、大変なことになるからである。

同時に、本書は、刑法学における犯罪体系論の意味を、日本の他の教科書よりも詳しく説明している。その考え方は、基本的には、20世紀後半に展開されたドイツ刑法学のそれに依拠している。そこでは、日本の現在の判例や通説によって展開されている解釈論に対しても、率直な問題点の指摘と批判が示されている。これは、体系論が、もともと、刑法総則を中心とする立法のための学問でもあったことからすれば、むしろ、当然のことである。今ある刑法を学ぶのは、あるべき明日の刑法のためである。残念ながら、日本では、このような創造的な批判的態度を堅持する教科書が少なくなった。私は、この点でも、本書は特色のあるものだと思う。

中国では、現在、改革開放政策と並んで、刑法理論のグローバル化も課題とされているようである。それに応じて、中国における刑法学とりわけ犯罪体系論も、ドイツ？日本型のそれへの変更の動きがあるように聞いている（この点については、日本の「法律時報」という雑誌の2012年1月号に、清華大学の張明楷教授にもご寄稿をいただいた特集を組んだ。あわせてご参照願いたい）。私は、中国には中国の実情に応じた体系論があるはずで、他国の体系論を直輸入すべきではないが、それでも、他国がどのような事情のもとで、その固有の体系論を発展させてきたのかを学ぶことは、自国の体系論を考える上で大変有益であると考えます。本書が、そのような比較法研究の素材となり、中国で多くの読者を得られることを、私は切に希望する。

2012年1月5日

日本の京都にて

第4版前言 ◀

本书自上次修订以来，差不多已过去五年时间了。期间，适逢法科大学院创建，我因此也承担了法科研究生院的教学任务。2006年2月，我出版了《刑法各论讲义》（成文堂），同年4月又出版了《小型研究会^⑧刑法总论》（法学书院）。通过各论教科书的撰写工作，得以有机会对总论加以检视；通过专题形式的参考书的撰写，又获得了反思自己文章的机会。2007年4月，应庆应大学的伊东研祐教授之邀，我承担了《学习注解刑法》的编撰任务，其中参与了刑罚论相关条文的注解工作，并参加了刑罚论、量刑论的研究会，从而稍许获得了研习有关刑罚论知识的机会。另外，期间还适逢刑事设施法等法律的修正、有期徒刑的上限的提高等有关总论的重要的刑事法的修订，而且，以最高法院为中心的判例也受到了广泛的关注，本书便是以上述情况为背景进行修订的。

本次修订的主要内容是增加了有关刑罚论的第二十四章，并将原书中的第二十四章相应地移至第二十五章。虽然是简单的修订工作，但在修订过程中，以将因原判滥用公诉权而驳回起诉作为结论加以肯定的“氮水水俣病川本案最高法院裁决”所引发的对“非典型的刑罚消灭事由”的指摘等为契机，本书就作为刑事裁判中“诉讼标的”之“刑罚请求权”相关问题，阐明了自己的看法。此外，本次修订对艰深复杂的共犯，特别是对身份的共犯核心问题作了一些完善、修改。这样一来，全书的分量就稍有增加。

此外，本书只是补充了一些应予关注的新判例，同第3版相比，作者关于在交往层面上的以结果归责这一客观归责论为基础的看法仍然没有改变。与历来受困于“结果反（无）价值论”和“行为反（无）价值论”两种对立的学说相对，我个人采取的立场是以规范主义、机能主义和“积极的一般预防论”为基础的客观主义。这样一来，犯罪行为便表现出一种（犯罪）结果的客观归责过程。换一种说法的话，既可以称之为“非因果主义的结果反价值”，又可称之为“非心理主义的行为反价值”。在此，我只是希望做点实际的事情，而非期望能够平息刑法上的这两种学说的论争。

所以，对从市民常识角度出发所得出的想当然的结论加以恰当说明的各种理论予以整合，进而使之体系化，是必要的。我以为，学者撰写的教科书在对常识性的结论进行说明的同时，还必须向读者展示那些使他们感到“确实如此”的理论。因而，一种理论若是想克服以往理论上的不足，那么，它就必须成为一种必然的独创的理论。同时，在读者遭遇

未知的问题时，可激发其思考力，并使其应用能力得以发挥，进而提高其处理现实事件的实务能力。如果本书能够稍微接近这种教科书的目标的话，作者亦感到莫大的欣慰了。

最后，要向社长阿部耕一先生、编辑部土子三男董事、筱崎雄彦先生等欣然接受在短时间内完成大篇幅修订这一繁重工作的成文堂的工作人员，以及受扰进行文字校对工作的能谷大学矫正、保护研究中心的博士研究生佐川友佳子、立命馆大学研究生院博士后期课程在读的中村悠人等致以衷心的感谢。

松宫孝明

2008年12月

第3版前言 ◀

与犬子诞生的同时问世的本书，经历了《教案》、《讲义》、《讲义（第2版）》，已迎来第七个年头。在此期间，承蒙广大读者的厚爱，本书能够得以再版。

但是，作为作者而言，本书自第2版发行以来，已过去两年多了，我决定对本书做一次全面的修订。这也是因为，本书本来就不是为了卖点才修订，而是由于每年研究的进展和讲义的积累使得作者萌生了修订、完善本书的想法。另外，期间的两次赴德留学的经历让我获得了深入研究的机会。个人的学术观点也因此得以深化，并同一直以来以旧教科书形式表现出来的讲义有了界限（期间公开出版的论文集——《刑事立法与犯罪体系》也具有弥补这一界限的意义）。

尽管如此，本书的修订迟迟难以有进展。本人生性懒惰当然是其原因；还有就是因为一直忙于筹建法科研究生院的准备工作。另外，父亲的仙逝、教学负担的加重以及课题研究合作的分担等也是延误本书修订工作进展的原因。从去年9月份开始，方能集中精力修订本书。

不过，在确认观点的深化的意义上，修订工作是件快乐的事情。在此背后，先于我国迎来立法潮流的德国的理论刑法学的展开，提供了有益的启示。虽然我本人由于教学、行政工作任务的加重而难以有时间阅读文献资料，但立命馆大学的本科生、研究生以及毕业生诸君们，则惠赐了我各种各样的信息及思想火花。藉此机会，我要感谢安达光治、丰田兼彦、平山干子诸位讲师，不只是因为他们对本书的修订工作和校对提供了帮助，同时，正是他们让我再次确认了规范主义和机能主义的意义所在：它们一方面能够克服陈旧迂腐的“因果主义”和目的行为论（Finalismus）的对立——对我国读者来说，可能更适宜于表述为“结果无价值论”和“行为无价值论”的对立；另一方面，可以避免陷入诡辩论式的解释论之流弊。在研究和学术思想上，对于敦促我反省的盐谷毅副教授、野泽充先生，以及在有关网络、哲学知识方面为我提供帮助的玄守道先生，一并致以谢忱。

当然，对给予我指导的诸位老师，特别是佐伯千仞先生、中山研一先生、雅科布斯教授，感激之情难以言表。此外，还要对那些未能一一列举姓名，因其著作及论文等惠赐于我智慧的全国的——特别是年轻的——广大研究者们致以诚挚的谢意。

就第3版对旧版内容的主要修订列举如下：

1. 序论：第一章～第四章

在第一章第四节中，强调了禁止惹起结果的规范违反因结果的发生而完成，同时，作为确定刑事立法的工具，强调的是社会中的存在的规范的保护，而非“一般的法益的概念”。在第三章第二节的注释部分，指出因网络而导致属地主义的变更的同时，增加了有关“消极的属人主义”的论述。此外，第四章的标题也由“犯罪论的体系”改为“犯罪体系论”。

2. 构成要件：第五章～第七章

在第五章第一节中，同第一章的规范违反的定义相呼应，强调行为常常在与“有归责可能的社会变化（=结果）”的关联中被定义。

第六章的标题由“因果关系”变更为“因果关系与客观归责”；本章第七节部分，增加了“客观归责论”的内容，指出现实的因果关系只不过是作为犯中的客观归责的一个要件，从而明确地表现出从“因果主义”向“规范主义”、“机能主义”的转向。在第七章第一节指出，卢登（Luden）的“他行为说”与恩吉斯（Engisch）等的“论理关系说”在实质上并无二致。

3. 违法性：第八章～第十二章

第八章第二节中，将“行为无价值”部分替换成“社会相当性”的同时，指出社会相当性“只不过是结果虽被因果性地惹起，但构成要件符合性被否定的若干情形之一而已”，而非违法阻却的一般原理。在第十一章有关正当防卫的论述中，将“法确证原理”视作正当防卫的正当化原理，进而为“法益阙如说”提供根据并予以定位；主张民法第720条第2款为“对物的防卫”提供了正当化的根据；并且，对于防卫的相当性，明确主张“法益比较”是不必要的。第十二章中，改变了紧急避险的不可罚的根据一元地从“可罚的违法阻却”中探求的见解，将能够通过正当防卫予以阻止的紧急避险看作“可罚的违法阻却”；将不允许通过正当防卫等阻止的紧急避险看作“完全的违法阻却事由”，主张民法第709条为此种场合下的赔偿责任提供根据的同时，指出从立法的沿革意义来看，民法第709条中也包含着“因合法行为而产生的赔偿责任”的情况。

4. 责任：第十三章～第十六章

第十五章第二节的注释部分，增加了受教于宾丁（Binding）和威尔泽尔（Welzel）的表面的构成要件要素的见解；同时，在“法定符合说”和“具体的法定符合说”的部分，对作为通说的“法定符合说”认同的“虽是同种却是横跨不同的构成要件之间的错误”之故意的符合的见解作了注释。在第十六章“过失”的第二节中，再度注明“社会相当性”并非违法阻却的一般原理。

5. 未遂：第十七章～第十八章

第十七章“预备、未遂”的第一节中，基于2001年刑法的部分修正对作为准备不法制作支付用磁卡信息取得罪作了处罚未遂的规定，注释部分肯定了“预备的未遂”；第十八章指出，作为中止未遂的现行法的解释，“刑事政策说”应予遵从。

6. 共犯：第十九章～第二十二章

关于共犯，在第二十一章第一节有关“要素从属性的缓和与间接正犯”注释部分指出，从最决平成13·10·25刑集55—6—519肯定与12岁的少年构成抢劫罪的共同正犯

来看，最高法院采纳了限制从属的形式；在第二十二章第一节“身份犯的共犯”中指出，在立法审议过程中，考虑到无身份者不可能和真正身份犯者共同实行犯罪的理由，将刑法第65条第1款修改为“对犯罪行为加功时”；此外，明确了身份犯的处罚根据在于身份者违反了特别义务，以及身份犯的共犯的处罚根据在于“诱发或者助长身份者违反特别义务”，在第三节部分增加了“狭义的共犯与中止犯”的内容。

7. 罪数：第二十三章

在第二十三章第一节中，对“刑法第47条规定的刑罚加重的意义”作了注释。

最后，要对阿部耕一社长、土子三男编辑部部长以及在短期内就神速地完成本书的繁重修订工作的成文堂的工作人员，再度致以诚挚的感谢。

松宫孝明

2004年1月

第2版前言 ◀

自去年10月本书第1版发行以来，荣幸地受到以学生为主体的广大读者的厚爱。同时，还承蒙一些读者指出了书中存在的一些说理不透彻、不明晰的地方。所以，本书第1版发行虽仅有一年多时间，但我还是毅然决定进行修订。藉此机会，谨向读者诸贤致以衷心的感谢。

虽说如此，但实际修订的部分主要是表达有误以及观点欠成熟的地方，所以，本书的篇幅未作大幅度的改动。原先设定的二十四章，以犯罪论为中心概观刑法总论的本书风格未有变化，通过课堂讲授作必要补充这一点也与以往相同。在此意义上，本书并非严格意义上的体系书、注释书。

另外，对于我国刑法学产生巨大影响的欧美刑法学，尤其是德国刑法学，我越是了解越发深切地感受到其中的深奥无穷。我以为，在轻率地说出“因为与日本不同”等话语之前，我们应当谦逊地领会其精髓，并将其作为解决日本问题的有益经验加以借鉴、探讨。这一作为无国界时代的法律家的应然态度，似乎正变得越来越重要。

最后，需要指出的是，在短时间出版改订版是一项费力的工作，成文堂却欣然应允，在此谨表谢忱。

松宫孝明

1998年10月

第1版前言 ◀

本书是以我在大学里所使用的刑法总论“教案”为素材而作成的“教科书”。本人承担刑法的讲授差不多已有10年，心里想着该有一本自己专用的教科书的时候了。何出此想法呢？因为，对于刑法总论中的诸问题越是研究越是觉得我国公认的教科书或者体系书的论述不能令人满意。尤其是对各个部分加以说明的解释论上的概念或者学说为什么会被提出不能得到充分解说的不满，则是逐年强烈。

虽说如此，但仅凭我一人之力，不可能穷尽对刑法总论上的重要问题的研究。纵使倾注毕生精力，恐怕也不可能达此目标。所以，在这本教案中，我对以往曾做过研究的部分作了比较细致的解说，而对于未曾研究的部分只是做了泛泛的说明。因为只有自己弄明白了的，才会写出来。正因如此，本书的内容也就有欠深入之处。对此，我要向学生诸君表示歉意，但我每年都会加强对这些不足之处的研究和讲义的积累，期冀能够有所改进。在此意义上，本书仅仅是个“试作品”。

以下简要地谈一下本书的特点。本书旨在尽可能地贯彻刑法适用上的“法的支配”或者“法治主义”的解释论。法，并非是国家或者社会中的任何人的恣意适用，而是通过按照客观上公正的规则而行动的民众的信赖，以谋求社会的统一。所以，法的解释和适用必须具有“同样的事情作同样的处理”这种意义上的普遍性和客观性。在每一个别问题上，如果采取的是仅在解决个别问题时看似较为妥当的“权宜”的解释，终究无法实现法社会的统一。

正因为如此，有必要作忠实于法文本的解释及确保整体的体系性。在此意义上，相较于其他同类教科书，本书将更会重视“罪刑法定原则”、“体系的思考”、“法概念的统一性”。但同时，这些见解与个别具体的解释问题的解决亦有密切的联系，本书立足于历史分析的同时，将尽可能地明确这种关联性。这样若能引发学生们对刑法的兴趣，于我而言，也是一种望外之喜。

最后，值本书撰写之际，对从作为本书基础的“教案”阶段就开始提出宝贵意见的诸位老师及本科生、研究生们表示衷心的感谢。另外，今年8月13日突然仙逝的泉正先生也曾给予我诸多鼓励和指导，在此，祈死者冥福，同时谨将本书献给先生，以告慰先生在天之灵。另外，本书的出版得到了阿部耕一社长及编辑部部长土子三男先生不懈的支持和帮助，在此一并致以谢忱。

松宫孝明
1997年9月

文献缩略语 ◀

判例集

刑录=大审院刑事判决录

刑集=大审院刑事判例集、最高法院刑事判例集

裁集刑=最高法院裁判集刑事

裁时=法院时报

高刑集=高等法院刑事判例集

裁特=高等法院刑事裁判特报

判特=高等法院刑事判决特报

东京时报=东京高等法院刑事判决时报

高刑速=高等法院刑事裁判速报集

下刑集=下级法院刑事判例集

判月=刑事裁判月报

判时=判例时报

判夕=判例 times

新闻=法律报刊

RGSt=Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen

BGHst= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen

教科书、注释书等

各论=松宫孝明：《刑法各论讲义（第2版）》（成文堂，2008年）

浅田=浅田和茂：《刑法总论（补正版）》（成文堂，2007年）

浅田等=浅田和茂、齐藤丰治、佐久间修、松宫孝明、山中敬一：《刑法总论（改订版）》（青林书院，1997年）

井田=井田良：《讲义刑法学（总论）》（有斐阁，2008年）

板仓=板仓宏：《刑法总论（补订版）》（劲草书房，2007年）

伊东=伊东研祐：《刑法总论》（新世社，2008年）

- 植松=植松正:《再订刑法概论 I 总论》(劲草书房, 1974 年)
- 内田=内田文昭:《改订刑法 I (总论)(补正版)》(青林书院, 1997 年)
- 大越=大越义久:《刑法总论(第 4 版)》(有斐阁, 2007 年)
- 大塚=大塚仁:《刑法概说(总论)(第 4 版)》(有斐阁, 2008 年)
- 刑法解释大全=大塚仁、河上和雄、佐藤文哉编:《刑法解释大全(第二版)》(青林书院, 1999 年)
- 大谷=大谷实:《刑法总论讲义(新版第 2 版)》(成文堂, 2007 年)
- 大谷·各论=大谷实:《刑法讲义各论(新版第 2 版)》(成文堂, 2007 年)
- 小野=小野清一郎:《新订刑法讲义总论(增订版)》(有斐阁, 1950 年)
- 香川=香川达夫:《刑法讲义(总论)》(第 3 版)(成文堂, 1995 年)
- 川端=川端博:《刑法讲义总论(第 2 版)》(成文堂, 2006 年)
- 吉川=吉川经夫:《三订刑法总论(补订版)》(法律文化社, 1996 年)
- 木村=木村龟二、阿部纯二:《增订刑法总论》(有斐阁, 1978 年)
- 刑法理论研究会=刑法理论研究会编:《现代刑法学原论(总论)(第 3 版)》(三省堂, 1995 年)
- 齐藤信=齐藤信治:《刑法总论(第 6 版)》(有斐阁, 2008 年)
- 齐野=齐野彦弥:《基本讲义刑法总论》(新世社, 2008 年)
- 佐伯=佐伯千仞:《四订刑法讲义(总论)》(有斐阁, 1981 年)
- 佐久间=佐久间修:《刑法讲义(总论)》(成文堂, 1997 年)
- 百选 I =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)
- 百选 II =西田典之、山口厚、佐伯仁志编:《刑法判例百选 II 各论(第 6 版)》(有斐阁, 2008 年)
- 庄子=庄子邦雄:《刑法总论(第 3 版)》(青林书院新社, 1996 年)
- 铃木=铃木茂嗣:《刑法总论(犯罪论)》(成文堂, 2001 年)
- 曾根=曾根威彦:《刑法总论(第 4 版)》(弘文堂, 2008 年)
- 泷川=泷川幸辰:《犯罪论序说(改订版)》(有斐阁, 1947 年)
- 团藤=团藤重光:《刑法总论纲要(第 3 版)》(创文社, 1990 年)
- 内藤=内藤谦:《刑法讲义总论(上)》(有斐阁, 1983 年)、《刑法讲义总论(中)》(有斐阁, 1986 年)、《刑法讲义总论(下) I》(有斐阁, 1991 年)、《刑法讲义总论(下) II》(有斐阁, 2003 年)
- 中=中义胜:《讲述犯罪总论》(有斐阁, 1980 年)
- 中野=中野次雄:《刑法总论概要(第 3 版补订版)》(成文堂, 1997 年)
- 中山=中山研一:《刑法总论》(成文堂, 1982 年)
- 西田=西田典之:《刑法总论》(弘文堂, 2006 年)
- 西田·各论=西田典之:《刑法各论(第 4 版)》(弘文堂, 2007 年)
- 西原=西原春夫:《刑法总论(改订版+改订准备版)》(成文堂, 1991 年)
- 野村=野村稔:《刑法总论(补订版)》(成文堂, 1998 年)

• 14 • 刑法总论讲义（第4版补正版）

林＝林干人：《刑法总论（第2版）》（东京大学出版会，2008年）

平野＝平野龙一：《刑法总论I》（有斐阁，1972年）、《刑法总论II》（有斐阁，1975年）

平场＝平场安治：《刑法总论讲义》（有信堂，1952年）

福田＝福田平：《全订刑法总论（第4版）》（有斐阁，2004年）

藤木＝藤木英雄：《刑法讲义总论》（弘文堂，1975年）

前田＝前田雅英：《刑法总论讲义（第4版）》（东京大学出版会，2006年）

前田·各论＝前田雅英：《刑法各论讲义（第4版）》（东京大学出版会，2007年）

堀内＝堀内捷三：《刑法总论（第2版）》（有斐阁，2004年）

町野＝町野朔：《刑法总论讲义案I（第2版）》（信山社，1995年）

町野、中森编＝町野朔、中森喜彦编：《刑法I总论（第2版）》（有斐阁，2008年）

宫本＝宫本英修：《刑法大纲》（弘文堂书房，1935年）

山口＝山口厚：《刑法总论（第2版）》（有斐阁，2007年）

山口·各论＝山口厚：《刑法各论（补订版）》（有斐阁，2005年）

山中＝山中敬一：《刑法总论（第2版）》（成文堂，2008年）

目录

Contents

第一章 刑法及刑法学的意义与机能	1
第一节 刑法学是关于刑法的学问	1
第二节 何为犯罪及刑罚?	3
第三节 保安处分·保护处分	8
第四节 再论何为犯罪	9
第二章 罪刑法定原则	13
第一节 罪刑法定原则的精神	13
第二节 罪刑法定原则的派生原理	14
第三章 刑法的适用范围	22
第一节 何为刑法的适用范围?	22
第二节 刑法的空间适用范围	22
第三节 刑法的时间适用范围	26
第四节 刑法对人的适用范围	27
第四章 犯罪体系论	29
第一节 何为犯罪体系论?	29
第二节 德国的犯罪体系论	30
第三节 我国的体系论	34
第五章 行为与构成要件	37
第一节 “行为”论	37
第二节 “构成要件”	41

第三节	构成要件要素	43
第四节	客观处罚条件与一身的刑罚阻却事由	47
第六章	因果关系与客观归责	50
第一节	“因果关系”的意义	50
第二节	条件关系的确定	51
第三节	不作为的条件关系	53
第四节	条件关系的证明	54
第五节	条件关系的法的重要性	55
第六节	相当因果关系说	56
第七节	客观归责论	59
第七章	不作为犯	62
第一节	何为不作为犯?	62
第二节	不作为犯成立的一般要件	67
第三节	个别的探讨	70
第八章	违法基础理论、违法阻却的一般原理	74
第一节	违法阻却的含义	74
第二节	违法性的本质	75
第三节	可罚的违法性	78
第四节	法秩序的统一性与违法阻却	80
第九章	法令或者正当业务行为	85
第一节	刑法第35条的含义	85
第二节	依照法令的行为	86
第三节	正当业务行为	88
第四节	其他正当行为	89
第十章	被害人的同意	92
第一节	被害人的同意、推定的同意	92
第二节	同意的“有效性”	93
第三节	治疗行为与推定的同意	96
第四节	安乐死·尊严死	97
第十一章	正当防卫	101
第一节	正当防卫的本质	101
第二节	正当防卫的要件	103

第三节	防卫的意思	110
第四节	假想防卫、假想防卫过当	111
第十二章	紧急避险	115
第一节	紧急避险的本质	115
第二节	紧急避险的要件	117
第三节	假想避险、假想避险过当	120
第四节	有关特别义务人的特别规定	121
第五节	自招危险	121
第六节	义务冲突	123
第十三章	责任基础理论	125
第一节	责任的本质	125
第二节	责任能力	129
第三节	原因自由行为	130
第十四章	故 意	134
第一节	行为人的主观的意义	134
第二节	故 意	135
第三节	故意的内容	136
第四节	故意的种类	139
第十五章	错 误	142
第一节	错误的意义	142
第二节	事实错误	142
第三节	违法性错误	150
第十六章	过 失	153
第一节	过失犯的意义	153
第二节	过失论的展开	154
第三节	过失的体系地位	157
第四节	过失犯的成立要件	158
第五节	注意义务、预见可能性和过失的标准	164
第六节	信赖原则	167
第七节	管理、监督过失	168
第八节	业务上过失与重过失	170
第十七章	预备、未遂	174
第一节	未 遂	174

第二节	实行的着手	176
第三节	有关实行的着手诸学说	177
第四节	有关实行的着手之特殊问题	179
第十八章	不能犯与中止犯	182
第一节	不能犯	182
第二节	中止犯	184
第十九章	共犯基础理论	188
第一节	共犯的含义和种类	188
第二节	正犯与共犯	192
第二十章	共同正犯	199
第一节	共同正犯的本质	199
第二节	共同正犯的成立要件	201
第二十一章	教唆犯、从犯	211
第一节	共犯的从属性	211
第二节	有关教唆、帮助的诸问题	217
第二十二章	共犯论的诸问题	223
第一节	身份犯的共犯	223
第二节	共犯与错误	235
第三节	共犯与中止犯及共犯的脱离	237
第四节	共犯的处罚根据	239
第二十三章	罪数论	246
第一节	罪 数	246
第二节	包括一罪的定位	250
第三节	一罪的诉讼法上的效果	252
第二十四章	刑罚论	256
第一节	刑罚权及刑罚的正当化根据	256
第二节	刑罚的种类	257
第三节	刑罚的适用和量定	259
第四节	刑罚的执行	264
第五节	刑罚消灭事由	265
第六节	处 分	269

第二十五章 犯罪体系论·再论	273
第一节 问题的思考与体系的思考	273
第二节 导致体系论空白的因素	275
第三节 展 望	277
事项索引	279
判例索引	290
译后记	297

第一章 ◀

刑法及刑法学的意义与机能

第一节 刑法学是关于刑法的学问

1^①

一、悬念和刑法

选修带有“刑法”名称讲义的学生当中，有的是基于感兴趣读些推理小说或悬疑小说来听课。另外，一旦发生世人关注的案件，基于对“犯罪人究竟是出于何种心理实施如此令人震惊的案件”抱有兴趣来听课的学生也是有的（当然，由于刑法是司法考试的必考科目，基于想通过司法考试的理由来听课的亦是大有人在）。

但是，对这些学生，我只能深表歉意，同时也感到遗憾：法学部以及法科大学院所开设的“刑法什么什么”的讲义，多半不会对犯罪人的心理加以剖析，也不会对法庭上的激烈交锋进行解说，而只不过是对“刑法”中的 260 多个条文进行解释，特别是有关刑法总论的讲义，通常只是就有关 72 个条文的学说和判例的对立，进行简直如同鸡蛋里挑骨头式的解说。正因为此，自感对期求从刑法的讲义里获取惊险和悬念感的学生们实施了欺骗，心理上觉得过意不去。但令人欣慰的是，授课结束后考试时，也有一些学生在答卷中写上“想不到刑法还是很有趣”。看到这以后，身为讲授者的我就会有一种如释重负的感觉。

二、何为刑法？

接下来，就本课程所涉及的刑法这一用语，先作简单的说明。从最为广义的刑法（最广义的刑法）来看，具体包括规定“何种行为是犯罪、将对此处以何种刑

① 本译著所标页边码系日文原版书中的页码。——译者注

2

罚”的刑事实体法和规定“以怎样的程序发现犯罪行为、以怎样的程序来执行刑罚”的刑事程序法。前者即所谓的《刑法》，也就是主要规定“犯罪和刑罚”的法。与此相对，后者的代表是《刑事诉讼法》，另外也涉及规定监狱等刑事设施的运用之《有关刑事收容设施及被收容者等的处遇的法律》。

三、特别刑法与行政刑法

规定犯罪与刑罚的法律，实际上有很多。其代表就是以“刑法”为名的法律（明治40年4月24日法律第45号），有时称为狭义的刑法。但除此之外，还包括处罚偷窥他人洗澡的行为等的《轻犯罪法》（昭和23年5月1日法律第39号）和处罚违章停车、违反限速等的《道路交通法》（昭和35年6月25日法律第105号），这些属于广义的刑法。其中，轻犯罪法、防盗法、爆炸物取缔罚则、暴力行为等处罚法等这类补充“狭义的刑法”而规定犯罪和刑罚的法律，称为特别刑法；诸如道路交通法等这样的法，是为了实现道路交通安全和畅通这种行政目的而设定的禁止特定行为的罚则，称为行政刑法。以下，把这类规定犯罪和刑罚的刑罚法规统称为“广义的刑法”。

然而，“狭义的刑法”（以下，仅称“刑法”的场合，指的是“狭义的刑法”）第8条规定，只要其他法令未加以特别规定的，就适用第一编“总则”的规定。因而就特别刑法和行政刑法而言，其适用的基本解释规则自然就是“刑法第一编总则”中的规定。而且，由于刑法总论中所学的实际上就是“刑法第一编总则”，因而这里所论及的基本理论，对于特别刑法以及行政刑法的解释也就变得非常重要。

四、判例的重要性

3

刑法的学习，并不是说只要记住法律条文就好。刑法总则只有72个条文，内容过于简单，而且其原本是1907年（明治40年）制定颁布的，由于时间较为久远，因而也就不能完全与此后的理论发展相适应。例如，一方面，刑法第38条第1款规定，“没有犯罪的意思的行为，不处罚”，另一方面，该条第3款规定，“即使不知法律，也不能据此认为没有犯罪的意思”。但是，这里所言的“犯罪的意思”（称之为犯罪的故意）所指为何，缺乏对其定义的规定。所以，对于误以为持有有效营业执照而经营公众浴场的人而言，是否具有公众浴场法所规定的“无执照营业罪”的故意就成为问题，对此仅仅看条文并不能作出判断（⇒第十五章第三节之一）。又，关于过失，刑法第209条等仅仅规定“基于过失”，除此以外，并未作其他任何规定。所以，仅凭此也不能判断具体案件中的过失的有无及其内容。

所以，对于这种情况，如果法院特别是最高法院就此问题有明示的法律判断（称之为判例）的话，那么，这便成为现实的法解释的重要根据。因为，刑事诉讼法第405条规定，当高等法院的判决作出与最高法院、大审院或者高等法院的判例相反的判断时，可以向最高法院上告。但即使是对于违反判例的判决，最高法院的大法庭有时也可以通过判例的变更来维持判决（⇒法院法第10条）。但在事实上，最高法院等作出的判例在法令的解释上所具有的巨大的影响力不容否定。在此意义

上，对于刑法的学习而言，判例的学习也是十分重要的。

判例的含义 “判例”一词具有多义性。一方面，意指个别的“裁判例”。另一方面，具有用于判断往后类似案例的“先例”的意义。所谓的《××判例百选》即属前者，刑法第405条中所说的“判例”则属后者。

后一种意义上的“判例”，是从个别的裁判例中挑选出来的，对该裁判的结论而言是不可或缺的法命题。亦即，判决理由并非原封不动地就成为“判例”。例如，最高法院曾经就刑法第244条的“亲属间犯罪的特例”的适用指出^①，“本条是对作为盗窃罪的直接受害人的财物的占有人与犯人之间的关系所作的规定，而并非就所有权人与犯人之间的关系所作的规定”（最判昭和24·5·21刑集3—6—858）。后来，最高法院就刑法第244条第1款的适用指出，“该款规定的亲属关系，不只是盗窃犯和财物占有者之间的关系，同时，要求与所有权人之间也具有亲属关系”（最决平成6·7·19刑集48—5—190/百选ⅡNo.33）。仅从这一点来看，最高法院在刑法第244条的适用上，从只要盗窃犯与占有者之间具有亲属关系即可的立场，向要求与所有权人之间也有亲属关系的立场发生了转变，由此可以认为“判例”发生了变更。但是，最高法院并没有就此通过大法庭实行判例变更手续。

事实上，在前述的昭和24年判决的案件中，盗窃犯人与所有权人之间可能有亲属关系，但与占有者之间却没有这种关系。最高法院起初的判决是为了驳回只要与所有权人之间有亲属关系就应适用刑法第244条这一上告而作出。易言之，并不需要回答与所有权人之间是否也要求具有亲属关系这一问题。在此意义上，“并非就所有权人与犯人之间的关系所作的规定”这一判断对该案件的结论是不起作用的（称之为旁论^②）。与此相对，平成6年判决的案件中，犯人与占有者之间虽有亲属关系，但与所有权人之间不存在亲属关系。在此，“犯人与所有权人之间是否也要求有亲属关系”这样问题的解答，对结论来说是不可或缺的。据此，明确的是，平成6年的决定只是就最高法院的“判例”中并未出现的问题作出判断，而绝非变更以往的判例。

应当注意的是，像这种尽管法院在判决书中提出了某种理论的情形，有时未必就成为“判例”。

第二节 何为犯罪及刑罚？

一、何为犯罪？

所谓犯罪，形式上来看，是指法律预先设定了刑罚的行为。在此意义上，即便

^① 日本刑法第244条第1款规定：配偶、直系血亲或者同居的亲属之间犯第二百三十五条之罪（盗窃罪）、第二百三十五条之二之罪（侵夺不动产罪）或者这些罪的未遂罪的，免除刑罚。——译者注

^② 所谓旁论，是指判决中不构成判决理由的那些法官的意见。——译者注

只是规定了罚金刑的不携带汽车驾照的行为，也是“犯罪”（道路交通安全法第95条第1款、第121条第1款10项、第121条第2款）。

5 然而，乍看起来，即便是违反法律的行为，但如后述，从实质上来看不违法或者不具有责任的行为，也不是“犯罪”。而且，仅仅科处刑罚以外的制裁的行为，亦不是犯罪。例如，对于违反交通法上所设定的应系好安全带或者戴好安全帽的义务的，并未设定刑罚而只不过是预定了“行政处分”（道路交通安全法第71条之三、第71条之四）。在此意义上，所谓犯罪，可谓从实质上来看是违法、有责的行为，而且法律对之预先规定了刑罚。

违法和责任 如后所述，围绕着“违法”或者“责任”的概念，学说上存有激烈的纷争。但是，为了避免在此过于纠缠于这一问题，姑且将“违法”定义为“从法的角度来看，为法所不允许的行为”，所谓“责任”是指就该行为能够对特定的人加以非难。“责任”也称为“有责性”。

二、何为刑罚？

那么，刑罚又是什么呢？对此，刑法第9条以下有关条文作了规定。刑罚的种类限定为死刑、惩役、禁锢、罚金、拘留、科料等这些主刑和没收这一附加刑。另外，还存在着作为替代罚金刑处分的劳役场扣留（第18条），作为替代没收刑处分的追缴（第19条之二）。所谓主刑，是指可以单独宣告的刑罚；所谓附加刑，是指只能和主刑一同宣告的刑罚。

上述刑罚以外的不利益的处分，即便性质上和刑罚相似，也不是刑罚。例如，违章停车等的场合，所支付的多是道路交通法上所设定的“违章罚款”，而非刑罚。

三、刑罚的正当化根据

刑罚，究竟是基于什么样的理由，在社会中得以存在？可能会有人认为对犯罪人处以刑罚乃是天经地义，而无须对此作出特别说明。可是，对于受罚者而言，刑罚乃是一种恶害，大凡毫无意义的恶害是不合理的，因而就应当说它在这个社会上不具有存在的资格。另外，如果说刑法学也是学问，因而也就需要探求刑罚以及刑事制度的存在价值的话，那么，努力探求刑罚的存在价值或者正当化根据也就是自然的事了。

6 不仅如此，如后所述，刑罚的正当化根据的探求，也是对死刑（刑法第11条）的存废、暂缓起诉（刑诉法第248条）以及缓刑（刑法第25条以下）、假释以及假出场（刑法第28条以下）等制度适用的正当性根据所作的说明。

但是，不可将这里所说的刑罚的“正当化”根据同刑罚的“正统化”根据混为一谈。后者所涉的问题是刑罚制度、个别的有罪宣告以及刑罚的执行是否由来于作为主权者的国民权威这样的问题。

四、报应刑论与目的刑论

首先，有见解认为“刑罚是对犯罪的当然的报应，而无其他目的”，这称为报

应刑论。此即所谓的刑罚是对犯罪的报应，并因此使之正当化。德国哲学家康德（Kant）和黑格尔（Hegel）被认为是此一主张的代表，尤其是黑格尔，他指出，刑罚是对否定法秩序的犯罪的否定，由此来恢复法秩序。不过，成为刑罚对象的犯罪，终究须是基于犯罪人的自由意志而具有有责性，小孩或者精神障碍者所造成的恶害就不能成为刑罚的对象。另外，否定犯罪的刑罚，终究必须要与刑事责任相适应（**责任和刑罚的相均衡**）。在此意义上，报应刑论，还具有纠正极端重罚主义的意义。

不过，即使是“通过否定之否定以恢复法秩序”，但在这个社会中，大凡是不具有任何作用的恶害，其存在就是不合理的。所以，主张刑罚或者刑事制度具有一定的“目的”的见解也就应运而生，称之为**目的刑论**。该“目的”的代表即是“犯罪的预防”。

五、一般预防与特别预防

为了达到使社会上一般的人不去犯罪的目的的见解称为**一般预防论**，通过处罚犯罪人本人以使其不再犯罪的是**特殊预防论**。其中，通过适用刑罚以警戒人们不去实施犯罪的那种具有威吓意蕴的一般预防论，可以追溯到我国的战国时代以及启蒙主义以前的欧洲，称之为“威吓预防”或者**消极的一般预防**。但是，通过这种施加不利益的一般预防，如同用鞭子调教动物一样，是将“人当做狗一样对待”（黑格尔）。与此相对，今日的一般预防论，根据法律通过刑罚的预告或者裁判的宣告，以表明“犯罪不是好事”，进而维持或者强化人们的自律的规范意识，此一意义上的一般预防论重视的是“规范的预防”或者**积极的一般预防**的一面。

不论是何种一般预防论，都是为了他人的目的而处罚犯罪人。在此限度内，一般预防论是把个人作为达到其他目的的手段、工具，这就可能会产生与宪法确立的“作为个人都应受到尊重”（宪法第13条）的旨趣相悖的疑虑。

特别预防论，尤其盛行于19世纪的欧洲，其问世是以探寻应对伴随着产业革命产生的都市贫民化或者贫困问题、盗窃等常习犯罪人的对策为契机。于是，德国学者李斯特（Liszt）提出了“处罚的不是行为而是行为人”这一口号，并据此对主张与犯罪行为相均衡的报应刑论及一般预防论进行了批判，同时主张所科处的刑罚应与犯罪人的犯罪性相均衡。具体而言，对于犯罪性程度轻的人以“威吓”为已足，对于犯罪性程度中等的人应让其监狱里接受“改造”，对于改造不可能、犯罪性质严重的犯罪人，应将其从社会中隔离，以使其“无害化”。这一方面导致缓刑制度（刑法第25条以下）和假释制度（刑法第28条以下）等成果的问世；另一方面，对常习犯处以较其所犯的罪更重的刑罚也因此得以正当化。第二次世界大战以后，削弱这种特别预防论的消极方面，增加“帮助犯罪人使其成为正直的社会人从而使其得以复归社会”的刑罚内容（**社会复归**）的学说变得有力起来。

六、相对的报应刑论

然而，目前我国通说采用的是**相对的报应刑论**。亦即，在坚持“刑罚是对犯罪

的报应”这一观点的同时主张，在报应刑的范围内要考虑犯罪预防的目的，特别是要考虑特别预防的目的。特别预防的目的，主要是将特别预防必要性小作为根据来说明暂缓起诉、缓刑和假释制度。

但这存在的问题是，虽说报应是相对的，但当刑罚不存在目的时，该刑罚还能被正当化吗？另外，对于被看作相对报应刑论的基础的“意思自由”，也如后所述那样被作为疑问提出来。再者，在犯罪人因遭受被害人的惨无人道的虐待而抱有特别的怨恨，并因此将其杀害的场合，由于被害人已经死亡，犯罪人再犯的可能性也就不存在，因而也就没有特别预防的必要性。但既然是杀人，虽然可交付缓刑，但如若认为存在适用某种刑罚的必要性，那么，即便是这种情形，也应存在着必须适用刑罚的一定理由。相对的报应刑论孕育着阻碍这种研究并使人的思考陷于停滞状态的危险。

报应情感的平息 理论上，目的刑并非仅仅以犯罪预防为目的。实际上，最近有学说以刑罚所具有的犯罪预防的效果不能被证明等为由，主张犯罪预防与其说是刑罚制度的根据，毋宁说是，以通过刑罚的宣告或者执行来平息被害人及其他社会上的报应情感为中心的犯罪的“处理”才是刑罚制度的根据（吉周一男：《刑事学（新版）》，第32页）。这对以1974年（昭和49年）《改正刑法草案》为代表的我国刑法修正工作因强调“犯罪预防”从而导致重刑化的倾向具有批判的意义。

但是，报应情感的平息也并不是无限制地作为刑罚制度的正当化根据。否则，就像常常看到的那样，犯罪真实情况经由媒体的报道之后往往就会被夸大，从而引起社会报复情绪的高涨，这种场合下，通过重罚平息报应情感就变得必要。如此一来，对于因媒体报道而引发的报应情感，犯罪人也必须对此承担刑事责任（受此影响的，不仅仅是杀人犯，就连整治违反停车运动时的道路上的停车违反者也包括在内）。把为了平息他人的报应情感而让犯罪人受刑作为“刑罚的正当化根据”是有疑问的。

意思的自由 某种行为要成立犯罪，必须是刑法中的行为，同时这种行为必须是违法且有责。有责即具有责任，以能够对该行为人实施非难为必要。这里所说的“非难”，根据报应刑论，就是行为人能够自由地决定其行为，亦即，实行行为的意思并非受到“强制”，而以“自由”地产生为必要。

问题是，这里所说的“自由”的意思是指，一方面，并非处于因为心理年龄不成熟而无法理解社会规则或者因为受到精神病所困而无法实施理性行动的状态（见刑法第39条和第41条）；另一方面，也非处于在他人的胁迫之下不能按照自己的意思进行行动的状态，在这点上大多没有争议。但是“因为饥饿偷窃面包”的场合，如果要问偷窃的意思是否“自由”，立马会有几种意见。一些人会主张面包偷窃者因饥饿、贫困才产生盗窃的意思，因此其盗窃的决意绝不是“自由”的；另外一些人则会主张，即使是饥饿、贫困，也会有人不去实施偷窃而是求助于社会福利机构，是否偷窃不只是受饥饿、贫困决定，在此意义上，他或者她的偷窃决意是自

由的。但是，假定偷窃者的意思受饥饿和贫困决定的话，是否就不能追究他或者她的刑事责任？另外，即便有人不去盗窃而去寻求福利机构的援助，但寻求援助这种意思难道不是受某种因素决定的吗？

从将犯罪预防当做目的的刑罚论的角度来看，如果将意思的自由理解为“意思不受任何因素决定”的话，那么，这就等于否定了刑罚的犯罪预防的效果。因为，如此一来，刑法的存在，或者刑罚的宣告及刑罚的执行，对人们或者犯罪人的意思决定就不会产生任何影响。

在此，再就因饥饿和贫困偷窃面包的人同不偷窃面包的人作一比较。二者的不同之处恐怕在于对“不能偷窃面包”这一规则的重视程度。称之为“规范意识”，这种规范意识的强度是决定人们的行动及意思的要素之一。刑法上的犯罪预防实际上是通过这种规范意识来发挥作用的。刑法通过唤醒犯罪人的规范意识或者维持人们的规范意识，以实现预防犯罪的目标。另外，通过强化这种刑法上的规范意识从而具有改变犯罪行动的可能性的场合，就考虑“意思的自由”的存在。亦即，所谓“意思的自由”并非指的是意思不受任何事情决定，而是受规范意识决定。所以，作为“报应”而科处刑罚，是旨在实现维持一般民众的规范意识和唤醒犯罪人的规范意识的手段。这终究还是将人格当做实现目的的手段而已。但是，黑格尔否定的是不把犯罪人作为独立人格来对待的威吓、矫正的刑罚理论，而不是尊重犯罪人的自律性或者人格，唤醒其规范意识的刑罚理论。所以，以规范的维持、确证为目的的积极的一般预防论，作为刑罚理论是妥当的。

七、诸刑种之审视

但是，以上所述的刑罚的正当化根据，并非适用于所有刑种。死刑并非是以犯罪人的改善或者社会复归为目的，而只不过是借以威吓社会公众、使犯罪人（通过剥夺犯罪人的生命）无害化（由于死刑案件是严重事件，几乎不存在通过死刑的宣告及执行来维持、强化人们的规范意识这种事情。即便没有死刑，犯罪的不光彩性对人们来说也是不言而喻的）。另外，大量科处罚金，尤其是在进行偶然管制的道路上实施违反交通法的行为时，几乎也不具有促进犯人的反省、达到改善犯人的机能（岂止如此，就连缴纳罚金的人也不觉得自己是犯罪人）。10

所以，现代刑罚理论是以剥夺受刑人的行动自由的**惩役**和**禁锢**为中心予以建构的。死刑是极为严厉的刑罚，一年内所处的罚金案件也约有100万件，尽管如此，但两者都不能登上现代刑罚理论的帝王宝座。不过，在监狱执行的惩役或者禁锢，究竟在事实上能够发挥何种作用，迄今还不能充分地被证明。且不说这个，就连监狱内的模范囚犯，由于求职无门，一出狱就因无钱饮食被抓而再次被投进监狱这样的事情也是常常被谈论的话题（顺便提及的是，无钱饮食构成诈骗罪）。此即因“出狱后”标签效应而导致的被社会歧视的后果。也就是说，一旦缺乏健全的复归社会的帮教系统，刑罚反而会助长犯罪。必须牢记的是，并非只是“让犯罪人受刑完毕”，关键是“在受刑之后如何才能使他或者她为社会所接纳进而减少犯罪的发生”。此所谓“社会政策就是最好的刑事政策”（李斯特）。

死刑的废止 在重视规范的预防的现代刑罚理论体系中，死刑正成为具有不相容性的异类的东西。2007年12月，联合国大会通过了谋求世界范围内的死刑停止执行的决议。而且，在德国，就连假释不可能的终身刑也被视为违宪（1977年6月21日联邦宪法法院判决 BverfGE45, 187），大凡是不以受刑人复归社会为前提的刑罚，都可以说正失去其存在的理由。另外，根据大赦国际的调查，截止到2008年5月2日，死刑废止国家包括10年以上没有执行、事实上废止死刑的国家已经上升到137个。保留死刑制度的国家，逐渐地被贴上“野蛮国”的标签。

死刑问题已对一个国家的政治、经济的话语产生了影响，而且，从刑事政策的角度来看，由于死刑废止国奉行的是不向死刑存置国引渡可能被判处死刑的严重犯罪案件嫌疑人的政策，这样就导致不能处罚逃亡至死刑废止国的犯罪分子的弊端的产生（联合国打击跨国有组织犯罪公约第16条第7款也明确了拒绝向死刑存置国引渡的旨趣）。法务省死刑保留派虽以仍居多数的民意作为死刑存置的论据，但在对政治、经济以及犯罪人引渡等方面刑事政策上所存在的缺陷进行审视的基础上，向国民说明死刑应予废除，这才真正是英明之举。同时，有必要完善被害人补偿度（⇒《有关犯罪被害人等给付金的支付等的法律》）以及通过非营利性组织等的协力尽其所能地给予被害人或者其遗族心理上的抚慰。

第三节 保安处分·保护处分

一、对精神障碍者的保安处分

根据现行刑法，“不自由人”亦即因精神障碍的心神丧失的人或者未满14岁的少男、少女（称之为刑事未成年人），不能作为“犯罪”的主体而承受刑罚处罚（刑法第39条、第41条。两者一并被称为无责任能力人）。因为，对于“不自由人”而言，要么对他们进行刑罚非难不具意义，要么反而会对他们产生不良的影响。但是，虽说不能成为“犯罪”的主体，但并不是说他们的行动不会给社会造成恶害。综合失调症（精神分裂症）的患者因臆想而将家人杀害或者小学生因贪玩在超市里偷拿东西等诸如此类的事件，未必是稀有的事情。

对于基于精神障碍而实施的问题行为的处理，最为有效的措施不在于惩罚的手段的应用，而在于针对行动的原因相应地消除障碍。所以，对于有可能伤害自己或他人的精神障碍者，现行法规定了强制入院和治疗的制度（根据《有关精神保健及精神障碍者的福祉的法律》第29条以下的规定，都道府县知事可采取入院措施）。

但是，仅仅有这种医疗措施还是不够的，所以有见解主张应在刑法中创设因心神丧失等理由而无罪时科处保安处分的制度。1974年改正刑法草案中，引入保安处分的建议被提出来（这种对有责任能力人设定刑罚，对无责任能力人设定保安处分的主张被称为二元主义）。但是，这种治安优先于治疗的态度，遭到了只是将精神障碍者长时期地予以禁闭，因而并不利于对他们的治疗等的批判。在此之后，《有关在心神丧失等状态下实施重伤他人行为之人的医疗及观察等的法律》于2003

年出台。该法规定，对于构成杀人、放火等重罪的行为人因心神丧失或者心神耗弱不被起诉、因心神丧失被判为无罪或者因心神耗弱减轻刑罚（实际服刑时间除外）¹²时，地方法院经审理可对其作出住院治疗或者定期去医院治疗的决定。

另外，由于新药的开发，控制精神障碍者的问题行动在很大程度上成为可能。在未获得为了达到这种治疗目的的充分的援助的场合，问题行动因此发生。可以说，问题的解决之道与其说是在于治安政策，毋宁说是在于医疗政策或者福利政策。

二、对少年的保护处分

刑法虽规定不处罚未满 14 岁的少年，但实际上未满 20 岁的未成年人受到通常意义上的刑罚处罚的情形亦是少见。相反，对于实施犯罪或者实施触犯刑罚法规的行为的少年以及将来可能再犯的少年（统称为失足少年），少年法（昭和 23 年 7 月 15 日法律第 168 号）设定了保护处分。保护处分，指的是“有关旨在促成少年的健康成长，针对失足少年进行的性格的矫正以及环境的改善”的措施（少年法第 1 条），具体而言，是指保护观察所的保护观察以及送往儿童自立支援设施或者儿童养护设施、少年院等（少年法第 24 条）。所谓“保护”，是指针对失足少年实施违法行动的性格的矫正以及使其获得环境的“保护”，而非给予失足少年以优厚待遇。

之所以要对少年采用这种特别的制度，是因为：少年易受环境的影响，其性格亦易矫正（称之为少年的“可塑性”），而且，较之于惩罚性的制裁，教育的措施对预防将来再犯更为有效。所以，针对少年案件，过于考虑犯罪结果的严重性而主张重罚的态度，必须慎重。重罚具有将失足少年训练成真正的犯罪人的危险，这于社会是有害的（所以，志向于重罚少年之法的修正是有疑问的）。

三、防止卖淫的辅导处分

卖淫防止法（昭和 31 年 5 月 24 日法律第 118 号）规定，处罚女性引诱卖淫等行为的时，针对犯该罪的成年女性判处惩役或禁锢而宣告缓刑时，可附加辅导处分（卖淫防止法第 17 条）。另外，该法还要求设定妇女咨询所，并谋求女性的保护更生（卖淫防止法第 34 条以下）。这些也是属于以预防将来卖淫为旨归的福利措施。¹³

第四节 再论何为犯罪

一、行为原理（Tatprinzip）

所谓犯罪，是指值得用法定的刑罚予以非难的“行为”（Tat），这已在前面作了明确的说明。不论杀人的计划是多么的邪恶，只要这一计划尚且还只是在人的脑子里构思，那它还不是“行为”（“思想不受处罚”）。接下来的问题就是，这种行为

又该会是什么样的东西呢？一言以蔽之，构成犯罪的行为，必须是对社会有害的行为。只有如此，才可能评价为“违法”。

二、主观主义与客观主义

但是，对于杀人罪等，即使人未被实际杀死，也要作为杀人未遂罪加以处罚（刑法第203条）。而且，较之于既遂，只是可以减轻刑罚，而非应当减轻刑罚（称之为任意的减轻，以区别于必要的减轻）。另外，即便同样是杀人，其法定刑由重到轻为死刑至5年以上惩役。

主张犯罪未遂和犯罪既遂应予同等处罚，或者即便犯罪行为相同，也应根据犯罪人的情况适用不同的刑罚的主张，为19世纪末以李斯特为代表的新派或者近代学派的刑法学所倡导。这种重视通过犯罪表征出的犯罪人的性格的危险性的见解亦被称为主观主义刑法学。刑罚论上重视的是特别预防论。我国现行刑法就深受该见解的影响。

14

与此相对，主张应以报应刑论及一般预防论为基础，刑罚应与犯罪行为相适应，未遂的处罚仅仅限于严重犯罪且应轻于既遂犯的传统见解被称为旧派或者古典学派的刑法学。由于重视的不是行为人而是客观的行为，因而这一见解又被称为客观主义刑法学。我国的1880年（明治13年）旧刑法，就深受其影响。

19世纪末，两大学派的对立在德国引发了激烈的论战，直至20世纪20年代，论战才渐趋平息。因为，一方面，如果没有“行为”就不能加以处罚，另一方面，也不能否定适应犯罪人的不同情况加以区别对待的合理刑事政策的必要性。在我国，这一论战一直持续到战后，由于支持主观主义的一方学者逐渐减少，论战以客观主义于20世纪70年代占据优势地位而终结。

三、犯罪的构成要素

犯罪是由主观要素和客观要素所构成的。例如，杀人罪是以行为人基于杀害他人的意思而现实地实施了杀人行为，并因此导致人的死亡为成立要件。主观要素和客观要素，缺少其中的任一要件，犯罪都不会成立。主观主义重视的是犯罪的主观要素，而客观主义重视的是犯罪的客观要素，但这并非是夸大其中的任一要素的作用，对于犯罪来说，任一要素都是不可或缺的条件。

不过，要记住的是：刑法是一项社会制度。因此，对社会活动不具有意义的纯粹的个人私事，就不能说成是法的评价对象。所以，犯罪必须是在社会上被予以了客观化的事情。在此意义上，未遂，也并非纯粹主观的事情，而必须是将特定的犯罪真正付诸实施这一意思表现在社会中（行为=Tat）。在这一意义上，以包含着现实的恶害或者可能会产生恶害这样的客观的事情（=结果）的行为为基础的客观主义，应当被看作犯罪论的出发点。

四、刑法的谦抑性

刑法只不过是维持人类社会的共同生活的制度之一。有时只需用刑法之外的其

他方法就能够解决社会生活中的纠纷。刑法或者刑罚，作为解决问题的“最后手段”，只有在用较少损害利益的方法无法解决问题的场合，方开始动用它。关于刑法的这一性质，称为**刑法的补充性**。 15

在盗窃罪等财产犯之中，刑法以维持民法等法律中所反映出来的社会规范为目的。例如，被盗的财物是否属于“他人的”财物，应根据民法的规定来确定（在此意义上，“刑法上的独立所有权”这一说法是不存在的）。又，民法第 720 条第 2 款规定“为了避免他人之物引发的紧急危险而损毁该物的”，不承担损害赔偿责任。由于损毁该物的行为并不违法，因而也就不能以刑法中的毁损器物罪（刑法第 261 条）加以处罚。像这种刑法规范以民法等法律中所反映出的社会规范为前提的特性，称为**刑法的二次规范性**。

这种补充性或者二次规范性的结果，从法秩序的全体来看，刑法仅仅将违法行为中的一部分当做犯罪加以规定。亦即，刑法中规定的只是违法行为中的“片段”。称之为**刑法的片段性**。

像这种从刑罚效果本身的性质出发，刑法不论是在立法时还是在适用上都必须得到抑制。也就是说，**刑法必须是谦抑的**。

何为规范 “不得做什么”或者“应当做什么”这样的禁止或者命令规则被称为规范。实际上，这样的“规范”在刑法中并没有被写明。所谓的“不得杀人”，在刑法的任何地方都没有被写出。刑法只是作了“杀人的，处死刑、无期徒刑或者 5 年以上有期徒刑”的规定（刑法第 199 条）。在如果杀人就会受处罚这一规定之中，则当然地包含着不得杀人这一规范。亦即，所谓规范，就是内含于刑法规定中的禁止或者命令。

同时，对于杀人或者强奸的禁止规范的违反，只有在他人现实地被杀害、奸淫时才完成。同《圣经》中的世界不同的是，刑法中不会发生“因为某人基于猥亵的动机看了他人的妻子，所以就认为该人已经在心里面侵犯了该女子”这样的事情。

五、保护法益

一般认为，刑法的目的并不只是单单为了维持社会伦理，而是为了保护法所要保护的利益即法益。这和“刑法并非在于教人学会正确的举止礼仪”（⇒平野·第 16 51 页），表达的是同一个意思。

但是，在某种行为为刑罚所禁止时，若是要问其保护的法益是什么，或者什么样的利益值得为法尤其是刑法所保护，并不是一个简单的问题。例如，器官移植法第 11 条所作的关于禁止器官的买卖规定，究竟保护的是何种法益呢？或者金融商品交易法有关内幕交易的处罚规定所保护的“证券市场的健全性”真的值得冠以“法益”这一称谓吗？另外，在美国未获通过的《禁酒法》要保护的是不具有法益价值的利益吗？

总之，要将“法益”中共同的一般的性格（一般的法益概念）加以明确，以探求刑事立法的界限是困难的。关于什么是法益、什么不是法益，必须承认该社会中

的支配性的规范意识还是发挥了重要的作用。

当然，在现行法的解释上，探求刑罚法规中的保护法益，是保证解释的合理性的方法之一。但是，在立法论上，更为直接的是要以保护该时代社会中的既存的规范为基准。

六、责任原理

最后，谈谈责任主义或者责任原理。要以某人实施了犯罪为理由而加以处罚，必须是能够就该行为对该人进行非难。为此，对于该人而言，具有并非心神丧失或者并非不满14岁这一意义上的责任能力是必要的；而且，通常具有“犯罪的意思”（刑法第38条第1款）即犯罪的故意，例外的情况下即使是过失也受处罚时，过失是必要的。除此之外，还存在着诸如因受到反抗不能的强制而被迫实施犯行，从而被认为不具有合法行为的期待可能性而不受处罚的情形。像这种要进行处罚，必须具有非难可能性即责任的原理，称为责任原理。

17

同时，责任原理也划定了刑罚的度。仅仅偷一块面包，却要判处10年惩役，因刑罚与所实施的罪之责任失衡，从现代人的规范意识来看，属于“不适当的刑罚”。

另外，如后所述，在伤害致死罪的结果加重犯中，对于重结果，判例认为连过失也不需要（关于伤害致死罪，最判昭和32·2·26刑集11—2—906/百选I No.48）。这一点，在学说上遭到了有违责任主义的批判。

【问题研讨】

如何理解刑罚的正当化根据？

【解说】

如前所述，首先应通过“报应刑”、“一般预防”、“特别预防”等刑罚理论，以及威吓、无害化、规范的预防、改善等的预防手段为中心的诸概念，概述现行法预设的刑罚体系，揭示其问题点，并从解释论和立法论的角度阐述个人的看法。尤其是，对于缓刑制度或者假释、保护观察及对少年的特别保护处分，有必要加以冷静的论述。死刑问题，不论在立法论（死刑废止的是与非）还是在解释论上（宣告死刑的标准）都是个问题。总之，脱离现行法及世界的刑罚动向随意地作表达信仰或者吐露心情的答案并非理想的答案，需要理性地加以研讨。

第二章

罪刑法定原则

第一节 罪刑法定原则的精神

18

一、“法的支配”与“人的支配”

对于从自己的课堂上离席、走出教室的学生，X教授通常都会火冒三丈。“自己正在向学生传授最前沿的学问，学生却随意离席，这怎么说都很失礼”。某日，超出忍耐极限的教授对正离席的学生怒吼道：“取消你参加考试的资格”。

如果同样的事情发生在刑法领域，又将会是怎样一番景象呢？国王、法官或者警察对在言行上冒犯自己的人实施突然逮捕，尔后说“判处你死刑”。尽管这简直如同漫画中所说的故事一样，但极端地说，在统治者的意志占据绝对地位的“绝对主义”时代便是这样的。人们将这种统治者的意思占绝对地位的支配关系称为**人的支配**。这样说的话，**法的支配**又是什么意思呢？大体上可以想象得出，即不是由个人意志支配而是由客观的法来加以支配的关系。所谓的**法治主义**或者**法治国家**，差不多是同一个意思。

在刑法领域，这种“法的支配”尤其重要。顺便谈谈前述的X教授的例子，虽然不是刑罚，但考试资格对于学生来说毕竟是重要的事情，所以，还是事先设定一定的规则或者客观地决定为佳。否则，仅仅在教授情绪不佳之日，中途退席的学生才会受到处分，这样一来，学生不但不会反省，反而只会认为自己运气差。

“法的支配”与“法治国家” 在宪法学领域，“法的支配”是英美法流派的主张，以法院行使违宪立法审查权为特征；至于“法治主义”或者“法治国家”，意指欧洲大陆特别是德国流派所主张的由制定法进行的支配。两者的差异在于，对于

19

发现“客观的法”，法律专家们（=法律人士）组成的法院与作为国民代表的议会之间，哪一方会更合适？就此一差异的背景而言，是建立在有着对王权的恣意进行司法遏制传统的英国和以革命方法颠覆法官恣意的法国之间的历史差异的基础上。但是，在这里，两者之间的细微的差异并不重要。不论哪一方，均排斥个人恣意的支配，因而只要注意到其间的共同之处就可以了。顺便提及的是，目前不论是德国还是法国，都是法院行使违宪立法审查权，因而两者之间的差异就不像战前那样的大。

二、自由主义与国民主义

刑法中的“法的支配”，特别地表现为罪刑法定原则（罪刑法定主义）。根据该原则，“何为犯罪，以及相应地对犯罪要处以何种刑罚，必须由法律事先加以明文规定”。而且，即使法律中已作出规定，但“犯有恶行者要受处罚”这样的条文还不能满足罪刑法定原则的要求。就民法的“不法行为”而言，作出“基于故意或者过失侵害他人的权利或者法律上所保护的利益的行为人，应对其行为所造成的损害承担赔偿责任”这样的规定（民法第709条）即可。但在刑法中，必须就何为犯罪进一步作出更为具体的规定。刑法必须分不同的条款就杀害他人、侵害他人身体健康或者侵害财产作出相应的规定，这是建立在事先应当明确如果不禁止的话就可以自由行动这一自由主义的要求基础上。

同时，犯罪和刑罚必须由法律加以规定，而非由现场的警察所发出的命令或者主管部门发布的通告来规定，这体现了“法律”应由作为国民代表的议会制定的要求。亦即，犯罪和刑罚，是由作为主权者的国民来决定的。在此意义上，罪刑法定原则也是基于国民主义或者民主主义的要求。

如后所述，罪刑法定原则主要包括法律主义、禁止溯及处罚、禁止类推、禁止绝对的不定期刑、刑罚法规的明确性及其内容的适正性等派生原则。

20 第二节 罪刑法定原则的派生原理

一、法律主义

犯罪和刑罚必须由议会制定的法律加以规定，这是基于“国民主权”的要求，宪法第31条关于“法定的程序”的规定中就蕴含着“法律主义”的内涵。

为了迅速地因应社会的变化，法律也不禁止将有关犯罪和刑罚的非重要事项授权给行政机关的命令或者规则来规定。宪法第73条第6项但书规定，在由内阁制定的“政令中，除存在法律特别授权的情形之外，不得制定罚则”，反过来说，就包含了“如果存在法律的特别授权时，就可以制定罚则”这样的一种旨趣。又，宪法第94条规定：“在法律的范围内可以制定条例”，地方自治法第14条第3款的规定也具有同样的旨趣：“针对违反条例者，条例可以设定2年以下的惩役或者禁锢，100万日元以下的罚款、拘留、科料或者没收……”不过，由于条例是由地方议会

制定的，因而，较之于仅仅授权行政机关的做法，并不怎么背离民主主义的要求。

另外，在刑法中，犯罪成立的部分要件有时会被授权给行政机关的决定。这被称为空白刑法法规。例如，刑法第94条规定的违反中立命令罪的要件是“违反国外中立命令”。而什么样的行为构成“对中立命令的违反”则取决于当局所发布的命令的内容（在宪法第9条之下，发布“中立命令”的权限是否完全被授权至国家机关，存在疑问）。

特别授权和猿弘事件 法律授权应特定化到什么样的程度，这是个难题。争点之一就是在北海道的猿弘发生的违反国家公务员法事件，即所谓的猿弘事件。邮政事务官员在工作时间以外将众议院选举的候选人的宣传海报张贴在官办的公告牌上，这被以构成公务员法所禁止的“政治行为”进行了起诉。但公务员法禁止的“政治行为”的具体内容全部被授权至人事院制定的人事院规则。所以，对犯罪成立要件予以这种包括的授权是否为宪法所允许，便是一个有争议的问题（当然，公务员于工作时间之外在指定的公告牌上张贴候选人的宣传海报，作为“犯罪”加以处罚本来是否合适，则是最大的争议点）。但最高法院认为，以公务员的政治行为是违法的这一理由，将构成处罚对象的政治行为同样予以授权的做法是合宪的（最大判昭和49·11·6刑集28—9—393）。包括的授权自身所存在的问题几乎被忽视了。

破坏活动防止法 破坏活动防止法（昭和27年7月21日法律第240号）第8条规定，依据本法第7条指定的解散生效之后，该对象团体的职员或者成员“不得实施任何为了该团体利益的行为”；该法第9条规定，“前条中所规定的人员，不得以任何人的名义实施本条规定所禁止的行为。”若有违反，将依据本法第42条的规定处3年以下惩役或5万日元以下罚金。但是，由于是与“因故意或者过失侵害了他人的权利或者法律所保护的利益”所谓的民法第709条大体相同的规定，所以，“为了该团体的利益实施的任何行为”便有违反后述的“明确性”原则之嫌。正因为此，实际上，公安调查厅例示了受禁止的行为，但问题是，破坏活动防止法中并不存在向公安调查厅授予例示本法所禁止的行为的权限之规定。由于这是例示而非禁止行为的决定，因而可能不需要法律的授权，但这样一来，公安调查厅未加以例示的行为恐怕也有可能受到处罚，故而，“为了该团体的利益实施的任何行为”这一规定显然不明确。这种粗糙的法律于“法治国家”来说是不合适的。

空白刑法法规补充规范制定权向个人的授权？ 伴随着所谓的“民营化”，出现了将补充空白刑法法规的规范制定权授权给民营化的公共性高的企业的现象。例如，道路整備特别措施法第24条第3款规定，“公司等或者收费道路管理者，根据本法规定可以征收费用。为了确保费用征收的进行，根据国土交通部的法令，经国土交通大臣的认可，可以建造征收费用的设施以及设定附近的车辆临时停靠及其他车辆的通行方法”，在承认高速公路公司等费用征收设施附近设定车辆通行方法

的权限的同时，规定违反这一通行方法的，依照第58条的规定处以30万日元以下罚金。但是，对于作为私人组织的高速道路公司规定犯罪行为样态的权限，则是宪法第73条第6项但书所没有规定的。宪法终究只是预设了向行政机关的特定授权（山口·第11页）。

二、禁止溯及处罚

犯罪和刑罚必须由法律“事先”作出规定。这是为了防止因事后制定处罚某一行为的规定而使特定的人陷于罪责的危险。称之为溯及处罚的禁止或者事后法的禁止。此乃从自由主义出发的一种归结。宪法第39条所作的“任何人在行为时实行的是合法行为的……不得追究其刑事责任”的规定具有相同的旨趣。这对于空白刑法法规的场合，亦即，并非由法律本身而仅仅是由补充规范予以扩张、变更的场合也是适用的。溯及处罚的禁止也适用于犯罪后处罚更重的情形，例如，某一行为的刑罚上限为10年惩役，但即便后来以发生惨案为由修正法律，将刑罚上调至无期惩役，也不得对该案的被告人宣告无期惩役。而且，在刑罚的上限由10年降至5年，之后又提高至7年的场合，适用最轻的上限5年惩役之法定刑。因为，一旦刑罚下调之后，就要避免裁判时出现对被告人不利的情形发生。刑法第6条所作的“犯罪后的法律对刑罚作出变更时，适用处罚较轻的法律”的规定就包含了这一旨趣。

公诉时效的事后延长·废止 一般认为，诉讼法上的规定不适用溯及处罚的禁止或者事后法的禁止。成为问题的是犯罪后公诉时效期间延长的情形。这既有通过单纯地延长时效期间的方法予以延长的情形，也有通过提高法定刑从而自动地延长的情形（见刑事诉讼法第250条）。在德国，公诉时效虽由刑法加以规定，但对于战时的法西斯犯罪，战后便延长公诉时效予以裁判。在日本，2010年4月通过的修正法，废除了致人死亡之罪中法定刑中有死刑的犯罪的公诉时效，同时，相应地延长了致人死亡之罪中法定刑为死刑之外的其他刑罚的犯罪的公诉时效。即使是该修正法施行前实施的犯罪，只要时效仍在进行中，也溯及适用时效的废止及延长。但是，公诉时效的本质，不单单是诉讼法上的问题，而同时也应将之理解为是对有关犯罪限制刑罚权的恣意行使以及从一般预防和特殊预防的角度出发，认为处罚的必要性和有效性的减少。这样一来，因为这是刑事实体法上的制度，特别是将之看作有关犯罪行为的处罚可能性的制度，所以，应考虑适用事后法的禁止。目前，就随着法定刑的提高时效期间因而相应地延长的问题，最高法院认为，应根据刑法第6条的规定适用延长前的时效期间（最决昭和42·5·19刑集21—4—494。相反，作为否认刑法第6条适用的判决有札幌高判昭和29·6·17高刑集7—5—801）。废止公诉时效，未必能够永远保证对犯罪的侦查，反而可能导致将是否停止侦查委任给侦查机关恣意行使。而且，在冤案的场合，也可能产生真正的犯人永远不会露面而使冤案无法昭雪的弊害。本书以为，针对公诉时效的废止及其溯及适用，有重新审视的必要。

判例的不利变更 如果考虑到统领刑法实际运用的最高法院以及高等法院或者大

23
 法院的判例（刑诉法第405条）的重要性，那么，因为相信是迄今为止的判例不予处罚的行为而行动，但是，在法院突然变更判例，并开始处罚该行为的场合，也就产生了同立法上的溯及处罚相类似的问题。但不同于法修正，由于判例对法院具有的拘束力的变更是由最高法院大法庭作出的，因而以往的判例判错的可能性是存在的。在此意义上，“判例”并非是法律。所以，在判例的不利变更的场合，溯及处罚的禁止并不妥当。但由于判例变更的情形很少存在，对信赖以往的判例而认为不会受处罚的人而言，认为不存在后述的违法性的意识及其违法性的意识的可能性，宣告无罪的情形较多。最判平成8·11·18刑集50—10—745，也具有同样的旨趣。

三、禁止类推

对相似但不同的情况适用相类似的规定，称为类推或者类推适用。例如，刑法第134条针对医师或者药剂师泄露因处理业务而知悉的他人秘密的行为进行了规制，但这并不包括护士泄露秘密的行为。像这种将护士泄露秘密的行为视作类似于医生或者药剂师泄露秘密的行为，并根据第134条规定予以处罚的情形，称为类推适用。一方面，由于护士泄露秘密的行为没有被规定，因而就不能加以处罚，这种类推适用破坏了人们对法律的信仰从而违反了自由主义；另一方面，法官恣意扩张法律的内容的做法也违背了“法律主义”、三权分立或者国民主义的要求。

但对被告人有利的类推，却未必受到禁止。之所以不能因法律上存在漏洞而处罚不值得处罚的人，是因为这样做更不正义。因此，原则上应禁止的是不利于被告人的类推。

类推与扩张解释 一般说来，虽然禁止类推，但允许扩张解释。对此，还有必要稍加注意。

所谓“扩张解释”，是指对刑罚法规中的某一用语在其所具有的含义中，选择广义予以解释进而加以适用。例如，刑法第199条中的“人”^①，从广义上来说是指所有的人，但在狭义上则指的是“他人”。在这种情形下，如果通过扩张解释将“人”解释成所有人的话，那么第199条的规定中就包括自杀行为。果真这样，自杀既遂时不能处罚自杀者，但若自杀未遂，对自杀者就应当以杀人未遂罪进行处罚。然而，判例和学说都将这里的人解释为“他人”。原因在于：刑法第202条就参与自杀特别作了减轻处罚的规定^②，所以，对第199条的解释就不能考虑只是对自杀者本人加以重罚的旨趣。这被称为缩小解释或者严格解释。 24

但是，我国判例中适用的扩张解释，其含义稍有不同。应称之为创造性的扩张解释。例如，大审院曾经针对盗窃罪的对象“物”是否也包括电气的问题，指出应以“可移动性及管理可能性的有无”为基准来区别是否属于盗窃罪的对象物，故

① 日本刑法第199条规定：杀人的，处死刑、无期或者5年以上惩役。——译者注

② 日本刑法第202条规定：教唆或者帮助他人自杀，或者受他人嘱托或者得到他人的承诺而杀之的，处6个月以上7年以下惩役或者禁锢。——译者注

而作出电气也包含在“物”之中的解释（大判明治36·5·21刑录9—874）。但是，在通常的日语词典中，“物”意指“物体”，至于“具有可移动性及管理可能性即为物”的含义只不过是最高法院的创造性解释而已。这同样适用于刑法第211条第1款中的“业务上的过失”。判例将“业务”定义为基于社会上的地位反复、继续地从事的，可能对他人的生命、身体造成伤害的行为（最判昭和33·4·18刑集12—6—1090），2007年增设汽车驾驶过失致死伤罪（第211条第2款）之前，即便是出于娱乐的目的，也可以解释为相当于“业务”。但是，“业务”一词，即便是现在，宜解释为职业或者公务，为此，将基于娱乐目的的汽车驾驶也包含在“业务”范围之内，这只不过是法院的创造性解释而已。

问题是我国这种“创造性的扩张解释”被认可为“扩张解释”的倾向明显。但如果法院自由地进行创造性解释的话，罪刑法定原则的意义也就因此而丧失。因此，以行为时社会上通用的语词意思的界限作为解释界限较为妥当。

四、禁止绝对的不定期刑

现行法规定：盗窃他人的财物的，处10年以下惩役，或者50万日元以下罚金（第235条）。将之作“盗窃他人财物的，处以刑罚”或者“处以惩役”这样的规定是否被允许呢？这种针对某一犯罪法律不规定刑种、刑度的情形，称为**绝对的不定期刑**。在此，由于法律并未明确在什么样的度的范围内科处什么样的刑罚，从自由主义及国民主义任一方面来看，都有违罪刑法定原则。

但罪刑法定原则并不禁止现行法规定类似于“10年以下惩役”这样的幅度的法定刑，即使同是盗窃罪，被害人或者犯罪人也会情况各异。但是，法院在宣告刑罚时，必须确定地宣告类似“X年惩役”这样的刑期。

然而，对于少年犯，考虑到少年犯的可塑性，有时也允许宣告“5年以上10年以下惩役”这样的刑罚（少年法第52条。这称为**相对的不定期刑**）。

五、明确性

从罪刑法定原则来看，作“犯恶行的，处3年以下惩役或者5万日元以下罚金”规定这样的法律是否被允许呢？在此，由于完全不知道什么样的行为会成为法律规制的对象，这等于在法律上没有具体规定什么是犯罪，因此，刑法法规必须**明确地规定**以什么样的行为为对象，否则就违反了宪法第31条的规定^①，这也是基于自由主义和国民主义的要求。

但是，事无巨细地对犯罪行为进行穷尽式的规定，从立法的目的和立法技术来看都存在着诸多的困难。并且，以杀人罪为例，将其按照毒杀、绞杀、扑杀、射杀等所谓的杀害手段加以细分并预先规定法定刑，并无多大的合理性。因而，刑法法规中所要求的明确性，不得不限定在“一定程度”上。问题是要达到“何种程度的”明确性才不会违反罪刑法定原则？

^① 日本宪法第31条规定：不经法律规定的程序，不得剥夺任何人的生命或自由，或课以其他刑罚。——译者注

关于这一点，最高法院就德岛市公安条例在处罚违反“交通秩序维护”的行为是否违反了明确性的争议事件（“德岛市公安条例事件”）时指出，“对于某一法规的模糊性、不明确性是否违反宪法第 31 条的判断，应以具有通常的判断能力的人的理解，就具体情形下的行为是否可能适用该法规为基准来作出结论”（最大判昭和 50·9·10 刑集 29—8—489）。

但是，该基准虽然就该行为是否适用某一法规这一点进行了明确，但在不清楚究竟达到何种程度的行为可以适用该法规，亦即界限存在模糊性的场合，便出现了问题。这样一来，刑法法规的明确性与否就根据被起诉的行为来加以判断。但实际上，刑法法规的明确性与所起诉的是什么样的行为无关，而应根据该法规本身是否模棱两可来加以判断。 26

六、内容的适正性

有时也存在刑罚法规的处罚范围虽然明确，但如果一律加以处罚则处罚范围过宽的情形。例如，同未满 18 岁的青少年发生性交的，一律判处 3 年以下惩役，这样的法律虽明确，但难以说它适正。因为在民法中，女性自 16 岁起就可结婚，照这样，即便煞费苦心地去结婚了，也要等到妻子 18 岁的生日之后才能够与其发生性关系。而且，即便不是这样，对于与不满 18 岁的人性交行为一律以刑罚加以禁止，亦非妥当，其处罚范围过于宽泛。

对于这种内容不适正的刑罚法规，首先，应通过限制解释来限定文义上的可能的适用范围（关于“医疗类似行为”，最大判昭和 35·1·27 刑集 14—1—33），或者以违反宪法上的一些人权规定而认定其无效。其次，虽然没有具体的人权规定，但有时会认为处罚对社会未造成危害的行为的做法违反了宪法第 31 条的规定。最后，刑罚法规内容的合理性或者事先的明确性是以宪法第 31 条的“适正程序”为根据的，有的称之为实体的公正程序。

福冈县青少年保护培养条例大法庭判决 刑法法规的明确性和内容的适正性，从相互的角度来审视有时就出现问题。实际上，针对同未满 18 岁的青少年发生“淫行”科处罚金的福冈县青少年保护培养条例，就存有争论。因为，如果处罚所有的同青少年之间的“淫行或者猥亵行为”，就会导致 16 岁的已婚女性该如何处理的问题的产生；相反，倘若仅限于处罚将不具有分辨能力的青少年作为性工具的行为，这一立法旨趣和处罚的界限是否能够从条文中推导出来尚有疑问。

对此，最高法院指出，条例中的“淫行”，“不应宽泛地解释为对青少年的一般意义上的性行为，而应解释为通过引诱、胁迫、欺骗青少年或者使青少年陷于困境等在其身心不成熟的状态下等不正当的手段实施性交或者类似性交的行为，以及单纯地把青少年当做满足自己性欲对象看待的性交或者类似性交的行为”（最大判昭和 60·10·23 刑集 39—6—413/百选 I No. 2）。其理由在于，如果将“淫行”解释为通常的性行为，“将与有婚约的青少年或者处于真挚恋爱交友关系中的青少年之间发生的性行为等统统作为处罚的对象，那么，这就不仅在社会观念上令人难以接 27

受，而且，亦确有失之宽泛之弊”，并且，将条例中的“淫行”解释为“单纯地反伦理的或者不纯洁的性行为，难免要遭到犯罪构成要件不明确性的批判”。所以，在最高法院看来，“这一解释是合乎具有正常判断能力的一般人的理解的”。

亦即，该条例如果没有像最高法院那样作出限定解释，就“过于宽泛”；即便作了限定，但仅仅限定在不纯洁的性行为，还是有界限“不明确”之嫌。不过，针对这一“解释”，最高法院内部的三位法官提出反对意见。亦即，最高法院的多数意见的“解释”，已经超出了具有正常判断能力的普通人对“淫行”这一用语的理解，是一种逸脱了解释权限的立法活动，并且，“单纯地为了使对方作为满足自己的性欲对象而实施的性交行为或者类似性交的行为”这一定义也过于模糊，从而导致处罚范围过于宽泛。

就连作为代表我国法律家的三位最高法院法官也无法从“淫行”中推导出多数意见的这种解释。由于三位最高法院法官的判断能力不会低于“具有正常判断能力的一般人”，因而，对于达不到这种程度的“具有正常判断能力的一般人”而言，引申出多数意见的这种解释就更加困难了。因此，在这一意义上，多数人的意见的结论也是有疑问的。该事件就解释论和立法论之间应存在着什么样的界限这一问题提供了启示。

【问题研讨】

X在京都开往鸟取的特快“超级はくと”列车运行的铁道上放了一块大石头，致使“超级はくと”颠覆。X是否构成刑法第126条第1款规定的颠覆火车、电车罪？顺便提及的是，“超级はくと”是内燃机特快列车。

【解说】

刑法第126条第1款中的颠覆火车、电车罪规定：“颠覆……现有人在内的火车或者电车的，处无期或者3年以上惩役”。然而，从京都出发经由JR山阳线、第三段智头急行线开往鸟取的特快“超级はくと”并非是电车而是内燃机车。于是，这里的问题在于，颠覆这种内燃机车是否算是“颠覆火车或者电车”？

如果查阅词典的话，火车是指“通过蒸汽机车牵引客车或货车，并在铁路上运行的车辆”；“电车”则是“借助电力在轨道上运行的车辆”。两者均是着眼于列车的动力之名称。然而，“超级はくと”并非是通过蒸汽机车牵引的列车，亦非借助电力在轨道上运行的车辆。这样一来，本问中的行为并不符合颠覆火车或者电车的规定。

“这种解释是愚蠢的。首先，如今，通过蒸汽机车牵引的列车之类的，仅仅用于观光的情形而已”，不只法学部的学生这样认为。实际上，战前大审院判例就过失颠覆、破坏与内燃机车非常相似的“汽油机车”的事案，以汽油机车也被包含在“火车”之内，从而承认过失导致交通危险罪（第129条）^①的适用（大判昭和15·8·

^① 日本刑法第129条规定：过失致使火车、电车或者船舰的交通发生危险，或者致使火车、电车颠覆或者破坏，或者使船舰颠覆、沉没或者破坏的，处30万日元以下罚金；从事交通业务的人犯前项之罪的，处3年以下监禁或者50万日元以下罚金。——译者注

22 刑集 19—540)。其判决理由如下，亦即，“构成火车的用语通常指称的是以蒸汽机车牵引的列车，该条所规定的火车是火车自不用说，将之包括像本案中的代用火车那样的‘汽油机车’的旨趣是妥当的”。

不过，如果上述判决理由成为解释的根据的话，大审院就展开了有些奇怪的逻辑。其逻辑在于，刑法第 124 条至第 129 条所设计的妨害交通罪的理由在于，“为了维护有赖于交通设施的交通安全，禁止妨害的行为，以防止危害的发生，如果这一点是不言而喻的话，那么，仅仅将火车作为该犯罪的对象进而将代用火车的‘汽油机车’予以排除在外的理由就不存在，上述车辆只不过在其动力种类不同这一点上存在着差异。因为，在共同作为运行在铁道上进而迅速、安全且方便地输送大量客货的陆上交通工具这一点上，它们完全是一致的”。但是，果真如此的话，由于电车也属于运行于铁道上的代用火车的输送装置，并作为迅速、安全且方便的输送大量客货的陆上交通工具，因而立法者特意地将“火车”和“电车”予以区分就没有意义。

的确，在笔者年幼的时候，不论用电力机车牵引的列车，还是用电力机车牵引的电车，人们均称之为“火车”。相反，在近些年，也有人将铁轨上运行的列车一律叫做“电车”。语词的意思随着时代的变化而变化。所以，如果大审院将因动力革命而发明的蒸汽机车和电力机车牵引的列车，以及汽油机车、内燃机车均称之为“火车”（或者“电车”？）的话，这还不是类推。但是，如果援引立法原意将“汽油机车”谓之为“代用火车”亦即“火车”，该逻辑便被认为有些“似是而非”而成了类推。而且，从将火车和电车作区分性的规定来看，不得不说，立法者是重视“动力间的差异”的。

007 系列电影中，有主人公詹姆斯·邦德驾驶爆胎的小汽车飞奔在铁道上的场景。法院是否也将此说成是“火车”呢？

第三章

刑法的适用范围

29 第一节 何为刑法的适用范围?

国家所制定的法律，其适用范围必然要受到一定的限制。例如，会受到国家的主权管辖的范围，以及该国法律的生效或者失效时期、作为其适用对象即人的限制。对于他国已作了适当处罚的行为，我国刑法却还要管辖，这是轻视他国主权的表现。相反，对于任何国家主权都不实行管辖的地区（如在公海或者南极大陆）发生的犯罪，有时各国会通过缔结条约共同进行处罚。

这种在空间、时间上的及对人的适用范围，分别被称为空间的适用范围、时间的适用范围和对人的适用范围。

第二节 刑法的空间适用范围

一、刑法的空间适用范围的含义

以美国人 X 在纽约偷窃了日本人 Y 的钱包为例，即便 X 逃到东京，也不适用日本刑法第 235 条。因为，日本刑法原则上仅仅适用于“在日本国内犯罪的所有人”（刑法第 1 条）。相反，如果日本人 Y 在纽约偷窃了美国人 X 的钱包，则有适用第 235 条的可能（刑法第 3 条第 13 项）。但是，这种场合下并不允许日本警察前往纽约逮捕 Y。必须注意的是，这种警察权等国家强制权管辖的范围同刑法的适用范围并不一致。

30

如上所述，首先，日本刑法适用于在日本国内的所有犯罪人（刑法第 1 条）。称之为属地主义。其次，日本刑法也适用于在日本国外犯部分犯罪的日本公民或者

日本公务员（刑法第3条、第4条）。称之为属人主义。再次，内乱（刑法第77条）、外患（刑法第81条）等对日本国固有的法益的犯罪，由于日本之外的任何国家都不保护这种法益，因而外国人在海外实施的场合也适用日本刑法（刑法第2条）。称之为保护主义。复次，在杀人、伤害致死、强制猥亵、强奸、绑架诱拐及抢劫等严重犯罪的被害人是日本国民的场合，即使犯罪是在国外实施的，日本刑法也适用（刑法第3条之二）。称之为消极的属人主义。最后，因在公海上等所有国家主权都不实行管辖的领域内所犯之罪以及针对人类共同利益之罪，各国一致认为应予处罚的，即便是外国人在国外实施的，亦予处罚（刑法第2条、第4条之二）。称之为世界主义。

二、属地主义

当犯罪在“日本国内”被实施时，无条件地适用日本刑法（属地主义，刑法第1条第1款）。处于国外的日本国的船舶或者航空器内发生的犯罪，日本刑法也同样地适用（旗国主义。这是“属地主义”的延长。刑法第1条第2款）。因为“日本国内”包括日本的领土、领海、领空，所以，例如，即便在机场拿到出国手续已登上德国汉莎航空公司的德国飞机，只要该飞机没有飞出日本的领空，日本刑法仍然可以适用。只要犯罪“行为地”的一部分处于该领域之内，例如，不论是从伦敦邮寄炸弹至东京因而导致死伤发生的场合，还是从东京邮寄炸弹至伦敦因而导致死伤发生的场合，都有可能适用日本刑法（称之为遍在说）。另外，即便共犯（教唆、帮助）行为在国外被实施，但如果其加担的正犯行为是在国内被实施的话，那么，对共犯也可能适用日本刑法（作为帮助犯，认定适用日本刑法的判例有最决平成6·12·9刑集48—8—579）。

“正犯”和“共犯” 实行被规定在刑法第2编“罪”中那样的具体的犯罪行为的，称为正犯。唆使他人使其实行这种犯罪行为的，称为教唆犯（刑法第61条）；援助（帮助）正犯者，称为从犯（刑法第62条）（⇒第19章以下）。为了区别于正犯，称这种教唆犯和从犯为狭义的共犯或者简称为共犯。这种共犯行为，例如，仅仅请求他人实施杀人的这种行为，原本不是犯罪。但因此引起了实际的杀人行为或者犯罪未遂的场合，作为诱发这一杀人行为的教唆行为就具有值得处罚的违法性。在此意义上，共犯是“从属”于正犯而被加以处罚的。对共犯的刑法的适用，以正犯的“行为地”为基准，也是“从属性”的一种体现。但是，根据“遍在说”，正犯行为在国外被实施，仅仅共犯行为在国内实施的场合，根据属地主义，也可适用日本刑法。

互联网与属地主义 随着互联网的普及，刑法的属地主义规定便变得过时了。因为，在互联网上上传的猥亵图画以及毁损名誉的文书，不管在什么地方上传，理论上，地球上任何地方均有可能浏览到。目前，针对“散布猥亵物罪”（第175条），实务上以该罪属于散布行为一旦实施犯罪即告完成的举动犯，不要求发生被

他人阅览这一“结果”为理由，认为只要散布行为发生在日本国内就适用刑法第175条。但这对于要求发生名誉损毁结果的损毁名誉罪就无法适用了。就“散布猥亵物罪”而言，学说上，主张只要在国内可能被阅览就视同“结果”已在国内发生，进而承认刑法第175条的适用的见解也较为有力。

但是，难题也就产生了。因互联网上的信息在日本国内可以被阅览而可能适用日本刑法这一点，对于外国刑法来说也不例外。其结果就是，因在日本上传未达到“猥亵”程度的性信息，行为人可能在某一天突然被戒律严格的外国政府根据该国的刑法作为猥亵罪的犯人而要求引渡，或者因受该国通缉，当其到该国旅行之时而被逮捕这样的事情也可能发生（事实上，2000年12月12日德国联邦普通法院（BGHSt46, 212）针对在澳大利亚互联网中散布在奥斯维辛集中营发生的屠杀犹太人事件这一虚假信息的澳大利亚人，作出了适用德国刑法的判决）。在对儿童猥亵物品实行严格规制的欧洲诸国，恐怕会有同样的问题。这表明一国刑法背后的文化标准无视文化的多元性而在世界范围内被适用。究竟该如何回避这种“文化帝国主义”，就成为刑法学的一个课题。

三、属人主义

刑法第3条列举了处罚日本国民的国外犯之犯罪，第4条列举了处罚日本公务员的国外犯之犯罪。称之为属人主义。既然是日本的国民或者日本的公务员，那么，就严重犯罪来说，即便在国外实施也应遵从日本的刑法。但是，在行为地处罚同样的行为的场合，或者相反地，这种行为在行为地不被认为是犯罪的场合，这一规定就引发了矛盾。

就前一种情形而言，可能出现犯人因行为地刑法和日本刑法而受到两次处罚的情况（双重刑罚问题）。另外，对于同一犯罪行为，在行为地法处罚更轻的场合，尤其是行为地法已经废止了死刑的场合，日本人一旦回国的话将面临的是重罚这样的窘境。双重处罚的问题，则是受后述的刑法第5条调整^①，该规定以及宪法第39条，均未对外国及日本之间的双重处罚作出禁止。^②

就后一种情形来说，问题则更为严重。例如，行为地未被认为是损毁名誉的行为而根据我国法律要实行处罚的场合，或者医生实施积极的安乐死（⇒第十章第四节之一）在一定范围内被允许的场合，根据行为地的规范受允许的行为却以系日本国民为由而加以处罚（规范的矛盾问题）。在立法论上，属人主义应以该行为在行为地也受处罚为要件（双罚性），而且，刑罚的上限也应尽可能考虑行为地的法律（平野·第438页）。

^① 日本刑法第5条规定：同一行为虽然已经在外国受到了确定的判决，但不妨碍另行处罚。犯罪人在国外已经全部或者部分执行了所宣告的刑罚的，减轻或者免除其刑罚的执行。——译者注

^② 日本宪法第39条规定：任何人在其实行的当时为合法的行为或已经被判无罪的行为，均不得再追究刑事上的责任。又，对同一种犯罪不得重复追究刑事上的责任。——译者注

四、保护主义、消极的属人主义

刑法第2条针对内乱、外患及伪造日本货币、伪造有价证券等如果不是日本刑法就不予法益保护的犯罪作了规定。称之为保护主义。

直至1947年（昭和22年）为止，针对刑法第3条中规定的侵害个人法益的犯罪，在被害人是日本国民的场合，也处罚国外犯（旧刑法第3条第2款）。这被称为消极的属人主义。该规定于1947年被废除。而之所以被废除，是因为“消极的属人主义”是以对外国的司法不信任为前提，从国际协调的精神出发被认为是不适当的（平野·第437页）。

但是，2003年（平成15年），以日本人在国外遭遇严重犯罪侵害的事例日益增多以及拥有刑罚权的国家消极行使刑罚权为理由，新设定了刑法第3条之二，针对外国人在国外侵犯日本国民的犯罪的管辖，仅仅限于杀人、伤害致死、强制猥亵、强奸、绑架诱拐及抢劫等严重的犯罪，这样一来，“消极的属人主义”就复活了。

但是，这里同样产生了属人主义部分所述的“双重处罚和规范矛盾”的问题。³³ 在立法论上，有必要考虑双罚性与行为地的刑罚上限。

五、世界主义

不论行为地、行为人，也不论是否是对本国的固有法益的犯罪，从国际协作的观点出发对国外犯加以处罚的见解，称为世界主义。亦即，将本来是公海上的海盗、种族屠杀、侵略等视为对人类共同利益的犯罪，不论行为地、行为人的情况如何而一概地予以处罚。但是，实际上，这是作为针对劫机或者对元首、大使等国家代表的恐怖行为等之“西方各国”的对策而展开的。对于劫机而言，20世纪70年代初的国际条约中就劫机等劫机犯罪嫌疑人的引渡以及不实行引渡时就应承担设定追诉和刑事审判权的义务一并作了规定。以这一条约规定为基础，《有关劫机等处罚的法律》（昭和45年5月18日法律第68号）第5条设立了准用刑法第2条的规定。

但是，到了20世纪80年代后半期，由于对劫机以外的国外犯设定处罚义务的国际条约渐次增多，即使不依据个别的立法也能适用刑法的规定，因而刑法第4条之二便是根据条约概括地设立了对国外犯的处罚规定。有基于此，在日本刑法中，世界主义一部分被规定在刑法第2条中，一部分则被规定在第4条之二中。

根据刑法第4条之二，对于刑法第2编规定之罪，“根据条约，即便是在日本国外实施也应处罚的犯罪”，日本刑法也可以适用。对何种犯罪适用，则被委任于条约的内容，这样一来，有关刑法适用的明确性这一点就可能有问题。因为一旦相关条约内容不明确，该条的适用也就变得不明确。假设缔结的条约非常不明确，在这一限度内，就应考虑以违反明确性为由不适用刑法。刑法的明确性，不仅仅针对³⁴ 什么是犯罪，而且，对于构成犯罪的行为是否处罚也应加以明确。

六、外国判决的效力

同一行为已经在国外受到了确定的判决，另行处罚也是可能的。但是，犯罪人在国外已经全部或者部分执行了所宣告的刑罚的，减轻或者免除其刑罚的执行（刑法第5条）。在世界近代刑事司法体系尚未普及化的1907年之前，这样做的话尚且说得过去，但在今日，伴随着世界主义日益扩张的状态，对已在国外执行刑罚的行为再度处罚这一点，其合理性就值得怀疑。在立法论上，对于双重处罚应不予承认（欧洲联盟（EU）的加盟国之间已经对双重处罚作了禁止性的规定）。

第三节 刑法的时间适用范围

一、刑罚的变更与废止

刑法第6条规定，“犯罪后的法律使刑罚有变更时，适用处罚较轻的法律”；刑事诉讼法第337条第2款规定，“犯罪后的法令已经废止刑罚时”，就应当以判决的形式判决宣告免诉。之所以犯罪后刑法加重其刑罚时不得处以重刑，是基于罪刑法定原则的溯及处罚禁止的要求，但犯罪后刑罚变轻时，适用轻刑；之所以刑罚被废止时不予处罚，则是对判处不必要的处罚的回避。这种禁止刑罚对权利的不必要的限制，是基于宪法第13条等所导出的比例原理的要求。^①此外，对于从行为实施到判决作出之前存在着多次修正的场合，“适用处罚较轻的法律”（第6条），意指适用其中的最轻的法律。

问题是这样的一种情形，即虽然以无须处罚为由废除了刑罚，但就刑法修正前的行为，修正法的附则中则是规定了“适用先例”。在这一场合，虽然处罚被认为是不必要的，但对于修正前的行为在修正后仍要继续给予处罚。实际上，有关外国人登陆法中的指纹按捺义务，便产生了问题。根据1987年的修正法，指纹按捺原则上只要一次即可，但由于存在着“适用先例”的附则存在，因而法院对于再登陆时拒绝指纹按捺的人，在法律修正后仍要加以处罚。有裁判例便通过判处罚金刑缓刑来回避这一困境，但总而言之，法律修正时，机械地设立“适用先例”的附则要严加慎重。

另外，成为问题的是，作为空白刑法法规的补充规定的省令或者告示等的下位法令废止的情形。判例的倾向一般是不将下位法令的废止视为刑罚的废止，但是，对于奄美大岛回归本土以前的走私行为在回归后予以裁判的事例中，由于奄美大岛不再是“外国”因而有时也承认刑罚的废止（最大判昭和32·10·9刑集11—10—2497）。

35

^① 日本宪法第13条规定：全体国民都作为个人而受到尊重。对于谋求生存、自由以及幸福的国民权利，只要不违反公共福利，在立法及其他国政上都必须受到最大的尊重。——译者注

二、限时法

仅仅对一定时期内实施的行为加以处罚的旨趣的刑罚法规，称之为**限时法**。仅仅在战时禁止无许可食品的交易这样的法律即是适例。限时法的场合，即便裁判时的法规已经“失效”，也不承认因刑罚的废止而免诉。因为在这种场合，并非是处罚变得不必要，而只不过是特定期限的行为才是处罚的对象。在这一意义上，严格说来，经过限时法的适用期间之后，该限时法并不“失效”。

像这种特定的行为受处罚的期间或者条件被明示的场合，虽然对于刑罚未废止这一点不存在异议，但问题是，虽没有明文规定，但根据立法精神、动机及其解释，可否承认某种刑罚法规属于限时法的情形？也有学说以立法的动机为由认可限时法（限时法上的**动机说**）。但是，通说对此予以否认。因为，若是必要的话，只需附加规定“适用先例”即可。

第四节 刑法对人的适用范围

36

一、不受处罚的人？

根据皇室法典（昭和22年1月16日法律第3号）第21条的规定，摄政在任期间，不受追诉。又，根据宪法第50条的规定，除法律规定的情形以外，众参两议院的议员在国会开会期间不受逮捕，开会前被逮捕的议员，如果所属议院提出要求，开会期间必须将其予以释放。一直以来，这都是以**刑法对人的适用范围**为题目加以讨论的，但这似乎并不妥当。因为这些都是为了使作为摄政或者国会议员的职务优先于刑事程序的进行而作的限制，所以，一旦没有必要的话，他们就可以被逮捕并受处罚，而并非一概排除刑法的适用。在这一意义上，宜将这些考虑为诉讼的障碍。

二、天皇与刑法

当下通说认为，由于摄政在任期间不受追诉，因而被摄政代理的天皇在任期间也就当然地不受追诉。但是，这也只是妨碍了追诉，所以，一概地认为刑法对天皇不适用，并不妥当。

【问题研讨】

在从关西机场起飞后不久的德国汉莎航空公司的德国飞机内，德国人X盗窃了日本人A的重要书籍。X的盗窃行为系现住德国的德国人Y所指使。X和Y是否适用日本刑法第235条及其共犯的规定？

【解说】

本问中，根据飞机是否已经飞出日本的领空，来确定是否适用刑法第235条。

由于适用的依据条文只有刑法第1条第1款,因而对于外国籍的飞机内发生的外国人实施的盗窃行为,不适用国外犯的处罚规定。

37

所谓“领空”,是指领土及领海的上空,所以,在领海系自领土沿岸延伸至12海里时,如果飞机在其以内上空飞行时,适用第235条。所谓的200海里经济水域并非领海。

在对X的行为适用第235条时,作为其的教唆犯的Y,纵使其未踏入日本领土一步,也应作为教唆犯受到第235条、第61条的适用。此乃共犯的从属性之归结。

第四章

犯罪体系论

第一节 何为犯罪体系论?

38

一、犯罪论与刑罚论

刑法总论，包括有关刑法的适用范围的理论一起，一般可分为犯罪论和刑罚论。所谓“总论”，意指所有问题的共性部分。犯罪总论探讨的是有关犯罪的成立或者不成立的一般要件的问题，刑罚总论探讨的是有关刑罚的意义、内容、量刑的一般原则的问题。前述的刑罚的正当化根据，或者缓刑的一般要件等问题应属于刑罚总论的研究内容。但是，我国的刑法学对犯罪论的研究占压倒的多数。与此相对，例如，对盗窃罪等个别犯罪的成立要件的研讨，则是刑法各论尤其是犯罪各论的任务。

二、体系的意义

将犯罪成立或者不成立的一般要件作为“犯罪总论”加以体系性论述，或者作为刑法第1编的总则加以体系性规定，其意义何在呢？要了解这一点，让我们思考一下没有总则的刑法会是怎样的一种景象。

以杀人罪为例，如前所述，首先必须规定其适用范围。接下来，在规定“杀人的……”之后，必须作出“前条的规定不仅适用于在日本国内实施杀人罪的所有人，而且，在处于日本国外的日本船舶或者日本航空器内杀人的也同样适用该规定”。进而，为了处罚日本国民的国外犯，还需作出“杀人罪的规定适用于在日本国外犯本罪的本国国民”这样的规定。接下来还要规定被害人系日本国民的国外犯的场所也适用该规定。随后，进一步就有关外国判决的效力、有关刑罚的变更的规

39

定、死刑或者无期徒刑、有期徒刑的定义、没收的定义和要件、缓刑、假释的要件、刑罚的时效期间、正当行为或者正当防卫、紧急避险的场合的正当化及免责规定、故意的定义、共犯的规定、有余罪情形的处理等等，针对杀人罪一罪，几乎就要对现行刑法总则中的规定全部加以设定。刑法中近200个罪名均要如此，这样一来，刑法条文的数量少则也要超过5000条。

因此，将诸多犯罪的共同要件在总则中加以概括、整理，对于避免它们因被湮没于数量庞大的条文之中而导致适用的罚条（称之为“适条”）令人费解之弊端是极具实益的。同时，也可以成为顺次检讨犯罪的成立、不成立之要件的一种思考路径。刑法总论，特别是其中的犯罪总论应尽可能地遵从这种体系的顺序，从而得以体系性地学习犯罪的成立要件及不成立的理由。

三、违法与责任的分离

仅从一点来看，犯罪体系仅仅探讨犯罪成立的一般要件及其不成立的一般事由即为已足。但是，我国现行的犯罪体系，大体上从行为或者构成要件这样的犯罪成立要件和违法（严密地说是违法阻却）以及责任这种犯罪不成立的事由两个部分进行研讨。亦即，犯罪不成立的部分可分为“违法”和“责任”两部分。例如，刑法中虽同样地规定了“不处罚”，但就“正当防卫”（刑法第36条第1款）和“心神丧失”（刑法第39条第1款）而言，前者被看作“违法阻却事由”，后者则被看作“责任阻却事由”（所谓事由，也就是“理由”的意思）。

像这种犯罪不成立事由的两种理由，存在于被我国刑法学视为典范的德国刑法及刑法学之中。那么，接下来概观一下德国刑法中所展开的体系论。

40 第二节 德国的犯罪体系论

一、李斯特·贝林（Liszt·Beling）体系

我国今日之多数说采纳的是构成要件·违法性·责任或者行为·不法·责任的犯罪体系，该体系自19世纪末以来为德国所主张。该三阶层体系的产生背景主要是为了解决罪数（⇒第二十三章）、错误（故意的认识对象，⇒第十四、十五章），尤其是共犯的问题（尤其是要素从属性，⇒第二十一章）。

1871年德国统一后，主导刑法学说及实务的是以行为（handlung）为犯罪体系中心的黑格尔学派。在他们看来，“行为”即指“犯罪行为”，因而，仅仅考虑承认有责任能力人的行为。

但是，这一见解适用于“共犯”时就会产生不妥当的结论。例如，教唆人误认为被教唆人具有责任能力而教唆其实行特定的“犯罪”，而实际上被教唆人无责任能力。这种场合，由于被教唆人实行的并非是刑法意义上的“行为”，因而，将使他人实行“犯罪行为”作为处罚要件的教唆犯就不成立（德国旧刑法第51条、日本刑法第61条）。同时由于背后者也不具有间接正犯的故意，其结果就是这种情形

下的行为人不可罚（实际上，1884年的帝国法院的判决就认定帮助行为不可罚〔RGSt 1, 56〕。同样的，这也适用于共同正犯的场所。还有判例认为，不可能实施犯罪行为的无责任能力人不能共同实行“犯罪行为”，故而，对有责任能力的共犯者按照单独犯处理〔RGSt 40, 21〕。）

为了避免这种不合理的结论，理论上主张以区别违法性和责任（客观的违法论）为基础的李斯特（行为·不法·责任）、贝林（构成要件·违法性·责任）等的犯罪行为的三阶层体系，以及其后有马克思·恩斯特·迈耶（Max Ernst Maye，一般简称 M. E. 迈耶）倡导的应用于解释共犯论的限制从属形式。于是，在立法论上，共犯的成立以正犯实施了符合“构成要件”、“违法的”行为为已足，正犯是否具有责任能力在所不问（我国的通说即采这种限制的从属形式）。后来，1943年刑法部分修订时采纳了这一主张。现在，“限制从属形式”在解释论上已没有争论。

41

间接正犯 如后所述，在构成要件观念确立之后，主张所谓犯罪人（=正犯）是指亲自实行符合构成要件的行为人，使他人实行犯罪的只不过是教唆犯或者从犯等共犯的见解变得有力。理论上称之为有关正犯之形式的客观说。但是，对于诸如母亲教唆6岁左右、缺乏辨别是非能力的幼儿去偷拿点心屋里的点心的情形，一般认为该母亲属于盗窃的犯罪人即正犯。因为，与其说6岁的幼儿因不具有责任能力因而不能构成刑法意义上的“盗窃行为”的主体，毋宁说，从利用不能成为犯罪主体的人将点心拿来变成自己的东西的层面来看，该母亲的行为同利用动物或者工具实行盗窃并无二致。像这种利用儿童或者精神病人等不能成为犯罪主体的无责任能力人当做工具以实现犯罪的人，被称为**间接正犯**（⇒第十九章第二节）。

客观的违法论和主观的违法论 像这种认为违法和责任分离、“即便无责任也违法”的见解，称为**客观的违法论**。与此相对，所谓违法是指可以遵守法规规范命令或者禁止的人却未能遵守的情形，而这种以遵守法规规范的能力即责任能力或者其他责任要件为前提的见解被称为**主观的违法论**或者**命令说**（imperativtheorie）。19世纪末的德国，因受黑格尔学派的影响，主观违法论曾一度具有相当的影响力，但随着基于限制从属形式解决共犯问题的理论日益获得广泛的支持，主观违法论也逐渐遭到抛弃。

二、目的行为论体系

鉴于德国的犯罪体系通过区分违法阻却和责任阻却来讨论共犯的成立与否，所以，阻却事由分为两种。但是，目前德国的“限制从属形式”，与把故意作为责任要素的李斯特·贝林体系的不同之处在于：该说是以将故意看作构成要件要素为前提。其原因在于：按照现行法的规定，要成立共犯，正犯具有故意被认为是必要的。亦即，“要成立共犯，正犯的责任能力是不必要的，但正犯的故意是必要的”。对故意的体系位置的变更产生较大影响的是由1930年威尔泽尔倡导的以“目的行为论”（Finalismus）为基础的犯罪体系。

42

“目的行为论”认为，实施某种行为的人的“目的性”是“行为”的不可或缺的要害，且应将之与“故意”等同视之。为此，仅仅志向于犯罪结果的“故意的作为”才是本来的“行为”，“不作为”、“过失”并非是“行为”，所以被看作是遵从了另外的犯罪体系。

该体系的意义还在于：首先在共犯论上使问题得以明确。何以这样说？这是因为，该体系对于因疏忽将毒药寄存至意图杀人者那里的情形，可以对杀人的故意正犯背后过失致死的正犯的成立加以说明。因为，假若在这一场合，寄存毒药的行为是在明知他人有杀人意图的情况下实施的，那么，这就属于对杀人的帮助；而且，由于德国的共犯规定仅仅在基于故意实施教唆或者帮助的情况下才处罚，根据李斯特·贝林体系，故意杀人和过失致死的“正犯”的“构成要件”具有同一性（**限缩的正犯概念或者限制的正犯概念**），因疏忽寄存毒药的行为，属于基于过失的帮助，应不可罚。这种有关结果发生的正犯责任不溯及于故意正犯背后的行为人的见解，被称为**溯及禁止理论**（⇒第六章第五节之二）。

但是，如果故意作为犯和其他犯罪之间，“行为”（或者“构成要件”）从一开始就不相同的话，那么，只要满足了因果关系等其他要件，过失“正犯”的范围就比故意“正犯”更为宽泛。直截了当地说，对于欠缺有关犯罪的意思联络的过失犯，根本不能适用包括共同正犯在内的共犯的规定，相反，“因过失对结果设定了具有因果关系的条件之人，皆为正犯”的**扩张的或者统一的正犯概念**被认为是合适的。同时，该结论对于故意的不作为犯也应当维持。在故意作为犯的领域里，“正犯”、“共犯”的区别不在于是否实施了符合“构成要件”之“实行行为”（“形式的客观说”），而是根据行为人是否实质上支配了犯罪（“行为支配”的有无）来决定的。

43

限缩的正犯概念 亦称**限制的正犯概念**。是有关正犯和狭义的共犯（教唆犯、帮助犯）之间的关系的通说见解。该说立基于这样的一种理论（**共犯的从属性**）前提之上，亦即，本来的犯罪是正犯的行为，仅仅有教唆、帮助等共犯行为，并不能对社会造成恶害，因而不能独立地构成犯罪。由此，关于教唆或者帮助的处罚规定，是在处罚正犯的基础上进行的处罚范围的扩张（**共犯系刑罚扩张事由**），据此可以得出结论：由于德国刑法明文规定教唆或者帮助的处罚限于故意实施的场合，因而基于过失的教唆、帮助不可罚。

与此相对，主张教唆犯或者从犯系本来的犯罪，只是教唆犯或者从犯的成立时期从属于正犯（**实行从属性**）且按照正犯的刑罚予以减轻（见刑法第63条）的见解，在1930年前后的德国刑法中得到反映。这被称为**扩张的正犯概念**。据此，刑法上的共犯规定缩小了其处罚范围（**共犯系刑罚限制事由或者刑罚缩小事由**），不适用共犯规定的过失教唆与过失帮助，则回到原点作为过失犯的正犯加以处罚。而且，也有见解主张将扩张的正犯概念予以发展，将参与犯罪的人统称为正犯。这被称为**统一的正犯概念**。

上述目的行为论的体系，不承认故意犯和过失犯之间存在着共通的正犯概念，

就故意犯来说，限缩的正犯概念是适当的，但于过失犯而言，正犯与共犯原本不可能加以区分，所以，其结果就是，对于过失犯，采纳的是与承认扩张的或者统一的正犯概念相同的结论（⇒第十九章第二节之九）

三、客观归责论体系

但是，如果从目的行为论的立场来考虑的话，过失犯的成立范围几乎不受限制。例如，不同于我国的是，德国缺乏处罚自杀的教唆、帮助的规定，但是，故意地或者过失地帮助他人自杀的人，虽不能作为故意犯处罚，但可以按照过失致死罪加以处罚。这一结论有失罪刑均衡，有无视刑法特别不处罚自杀的共犯的旨趣。另外，负有管理他人财产义务的人，对第三人就该财产的恣意处分行为予以帮助，因此导致损失发生时，即使该管理义务人没有“支配”第三人的犯罪及损害的发生，也应成立背任罪的“正犯”。但如果以“行为支配”作为正犯的唯一基准，该结论就无从得以说明。这样一来，在故意的作为犯的场合，仅仅以“行为支配”的有无并不能区别“正犯”与“共犯”。

于是，主张不从这一“行为构造”出发，而应从实定法规定的旨趣出发构建目的论之犯罪体系，尤其是在1960年之后由罗克辛（Roxin）倡导的犯罪体系变得有力起来，称之为现代的客观归责论（Lehre vorder objektiven Zurechnung）。根据该理论，将德国刑法不处罚自杀共犯的旨趣也适用于过失犯，例如，将毒品交给有休克死的危险但希望得到毒品的被害人的情形等，属于对故意或者过失使自己身陷危险的被害人提供的帮助（称之为被害人的自我答责性），应否定成立过失致死罪。另外，在立法者看来，对于遵守道路交通规则的情况下仍然存在的致人死伤的危险，属于被允许的危險，所以，假设即使遵守规则结果也不能回避的场合，认为危险并没有在“被允许危险”的范围外另行增加从而否定过失致死罪成立的危险增加理论，亦是基于实定法规定的旨趣加以解释的方法。再者，对于即便没有“行为支配”也成立正犯的背任罪这种身份犯的例子，罗克辛倡导了一种以违反身份者应负有的特别义务为基准的义务犯的学说。 44

如果将这种援用实定法的旨趣和目的予以限制解释的方法称为规范的解释方法，那么，“客观归责论”的方法便是规范的解释方法。不过，纵使从德国的刑法史的视角来看，也不能将之看作“过于规范”而予以简单的否定。其理由在于：在基于李斯特·贝林体系的形式客观说的方法和从“目的行为体系”这种行为构造论出发的方法对犯罪的限定都未能有效地支配实务的德国，“客观归责论”这一规范的解释方法却能脱颖而出，成为一种引导实务的崭新的解释论。在不处罚自杀共犯的应用领域，该种解释方法在一定程度上凸显出其积极意义。而且，即便是处罚自杀共犯（第202条前段）的我国，如果考虑到过失的自杀共犯不受处罚的话，那么，这一解释方法也有其实益之处。

像不处罚自杀的共犯的应用那样，要是将故意犯规定的旨趣也适用于过失犯，构建故意犯和过失犯的各自的犯罪体系未必合适。因为，如果不是这样的话，就会导致故意犯不受处罚并不意味着过失犯就不受处罚的结论。因此，“客观归责论”

认为，对于故意犯与过失犯，其“客观的归责”，即“客观的构成要件”被认为是相同的。但在罗克辛看来，这并非意味着故意“正犯”与过失“正犯”是相同的，正犯与共犯的区别，在“客观的归责”和“故意”被认定之后，仅仅在故意犯的内部加以判断。在这个层面上说，相对于故意“正犯”而言，过失“正犯”是一种“扩张的”正犯。

但是，近期在“客观归责论”的内部，对将否认过失犯的“正犯”和“共犯”其间区别之“扩张的或者统一的正犯概念”予以妥当化的学说加以批判的见解也开始出现（雅科布斯）。主张过失“正犯”和故意“正犯”之间，“客观的构成要件”是相同的。在这意义上，这可以说是对李斯特·贝林体系的“限制的正犯概念”的限定性的再评价。相反，也有见解对将“行为论”置于犯罪体系的起点的做法提出了批判：应像黑格尔学派的“行为论”那样，将行为理解为犯罪行为这样的东西，并使之作为归责判断的结论（雅科布斯）。同时，也出现了对于实定法所认同的“限制从属形式”的理论基础及其利益加以重新审视的动向（威根特、雅科布斯）。

四、犯罪体系论与实务

乍看起来，这种对德国的犯罪体系论的研讨似乎是与实务毫无联系的纯抽象的研讨，但实际上是和判例及立法动向密切关联并不断发展的。新的体系要想获得支持，其最佳路径就是通过该体系来解决或者阐释实务中的问题。

第三节 我国的体系论

一、体系思考的薄弱

我国通说所采的犯罪体系主要继受于德国，即所谓的“构成要件”（对于包含故意、过失等的主观要素的情形，本书称之为“犯罪类型”）、“违法性”、“责任”三阶层体系。如前所述，德国的犯罪体系是以罪数论、错误论，尤其是以共犯论中的实践问题为契机而问世的。尤其是，以“客观违法论”为基础的李斯特·贝林体系和威尔泽尔的“目的行为体系”，其主旨都是试图解决或者说明共犯的诸问题。

与此相对，由于我国的犯罪体系具有移植法学的特质，因而可以说与实践的解释论和立法论的联系并不紧密。例如，针对教唆人误信对方有责任能力而实施教唆盗窃——在德国，真正成为限制从属形式被倡导契机的典型事例——虽然下级法院有裁判例，根据刑法第38条第2款的精神，适用刑法第61条的规定，即按盗窃教唆罪的刑罚进行处断（仙台高判昭和27·2·29判特22—106），但少有教科书将之看作采纳了“限制从属形式”的适例而加以说明。

二、目的行为论与共犯

由部分学说引入的“目的行为体系”，与实践的解释论之间无联系地被推进。情况还不止这样，同排除对过失犯适用共犯规定以使“扩张的或者统一的正犯概

念”具备妥当性的威尔泽尔的原意背道而驰的是，在我国，有学者试图以“过失行为（朝向犯罪结果以外）的目的性”为根据，就承认过失犯的共同正犯（⇒第二十章第二节之三）的判例（最判昭和 28·1·23 刑集 7—1—30）尝试作出说明（木村·第 405 页、福田·第 270 页、内田·第 296 页以下）。相反，从维持“限制的正犯概念”的李斯特·贝林体系出发，虽有学说肯定适用过失的共犯规定（德国的代表是埃克斯纳（Exner），我国则是佐伯·第 349 页），但现在一般的理解是：传统过失论完全否定了共犯规定对过失犯的适用。此外，最近，以火灾事件为契机的**管理、监督过失论**（⇒第十六章第七节），广泛地肯定过失犯的做法实际上具有采用“扩张的正犯概念”的危险（町野朔：《准备刑法》（第 3 版），第 219 页）。尽管如此，一般地，笼统地坚持“限制的正犯概念”的观点仍占据学说支配性的地位（例外的是，将故意犯与过失犯二分的体系，藤木“序言”第 2 页）。

三、不彻底的体系思考的影响

这种犯罪体系论与具体解释论之间的相互关系的阙如，在实务与通说中产生了貌似在回避现实的体系性矛盾以及仅作权宜的、诡辩论式的问题解决方式，其结果就是法律的适用者对法的恣意的解释和适用，同时，也动摇了民众对“法治”的信赖，进而招致社会的混乱和不安定。换言之，对法进行权宜之用的解释、适用是不被允许的，也就是说，法治国家中的刑法学的作用在于提供一种保证结论协调性，又能保证体系的完整性的精湛理论。 47

不过，要想领会这一点，还是要等到全部学完刑法总论之后。所以，在本书的最后，将会回过头来重新就体系问题进行讨论。

【问题研讨】

犯罪体系论有何意义？

【解说】

如上所述，犯罪体系论的意义在于以下几点：

第一，对刑法典的制定具有重要的意义。由于对诸多犯罪的共同要件、阻却事由，以及刑罚适用的方法、缓刑、假释等共同的规则加以规定，这样就减少了刑法的条文，而且还可就犯罪的成立或者不成立的要件依次加以研讨。

第二，在罚条的解释适用上具有重要的意义。体系的思考，尤其是基于**法秩序的统一性**的立场，从其他法令或者习惯法中可广泛地引出违法性阻却事由（⇒第八章第四节）。关于构成要件，从自杀关联罪的规定出发（第 202 条），第 199 条所规定的构成要件中的“人”指的是“他人”，这种根据各规定之间的关系所作的解释就能够使解释变得更为具体化。

第三，犯罪体系论的重要性还在于：通过对犯罪体系论的分析，可明确现行法中的问题点及新近立法中的课题。例如，在德国，从针对无责任能力人参与共犯的“处罚的间隙”问题和违法、责任相区别出发，“限制从属形式”得以被提倡并被立

法化；在我国，1995年部分修订刑法时，基于“法之下的平等”的理由废除了杀害尊亲属（第200条）、伤害尊亲属致死（第205条第2款）、监禁尊亲属罪（第220条第2款），伴随着责任理论和残疾人教育的发展，废除了第40条中有关应当减轻处罚的规定。

由上可见，犯罪体系论在法典编纂、罚条的适用解释、新法修订等方面发挥着重要的作用。