

日本刑法各論

前田雅英 著
董璠輿 譯
劉俊麟 校訂

五南圖書出版公司 印行

各國法學論著系列

近年來我國刑法典增修頻繁，立法趨勢漸與德、日等國並轡。對於從事立法、司法及學術研究者而言，研習各國第一手立法例頓為首要任務。本書以細膩的思考方法，詳加闡述日本刑法之各種犯罪類型，並就學理、立法例及立法例，作一綜合分析，提出務實中肯之見解，誠屬當代名著。本書並以平成七年（1995年）新刑法為宗，反覆思索修正條文構成要件之微妙變化，用以判斷未來社會可能發生之犯罪類型；尤以行文風格平易、詳實，更屬難能可貴。有志研究日本刑法之各界人士，本書足堪成為攻錯他山石之開路先鋒。

ISBN 957-11-2097-9 (585)



本書電腦編號 1T28

日本刑法各論

前田雅英 著

董璠輿 譯

劉俊麟 校訂

五南圖書出版公司印行

日本刑法各論

原著者／前田雅英 譯者／董璠興 校訂／劉俊麟

出版者／五南圖書出版有限公司
登記號：局版台業字第 0598 號
地址：台北市大安區 106
 和平東路二段 339 號 4 樓
電話：(02)27055066 (代表號)
傳真：(02)27066100
劃撥：0106895-3
網址：<http://www.wunan.com.tw>
電子郵件：wunan@wunan.com.tw

發行人／楊榮川
門市／五南文化廣場
總店：台中市區 400 中山路 2 號
電話：(04)2260330
沙鹿店：台中縣沙鹿鎮 433 中正街 77 號
電話：(04)6631635
逢甲店：台中市西屯區 407 逢甲路 218 號
電話：(04)2555800
高雄店：高雄市新興區中山一路 290 號
電話：(07)2351960

排版／宏益電腦排版有限公司
製版／欣緯彩色製版有限公司
印刷／容大印刷事業有限公司
裝訂／華台裝訂企業股份有限公司

中華民國 89 年 5 月初版一刷

ISBN 957-11-2097-9

基本定價 12 元
(有著作權，侵害必究)

序

與去年的總論改版同樣，自初版發行五年多以來，重新製版的理由是由於判例、學說等等以相當快的速度持續變動。在第二版中，特別注意在網羅最新的重要判例。又，增加有關新論點之記述的同時，也改變了幾點的說法。

更重要的是，「修正部分刑法之條文法律（平成7年法律91號）」於今年5月12日公布、6月1日起即將施行一事。根據這次的修正，除了刪除殺害直系長輩親屬等之規定，整體的記載也趨向平易化。在本書中，除了將改正作業中的議論列入參考，也依據最新的刑法典來改寫其內容。我認為，所謂「修正要伴隨內容的變更」是隨著記載的修改，今後包含構成要件微妙變化之可能性的犯罪類型也會存在。

本書是以學習大學法學部的刑法各論為目的的教科書，以學生學習的觀點，儘可能以最新議論為中心，極盡平易地記述必要的論點。這一點和總論或各論初版完全相同。

此外，為了更有效活用自總論二版以來所採用的二色印刷之長處，現階段被認為重要的論點以淡青色印刷表示。還有，以此重要論點為前題的基本說明以常用活字印刷，而為了和此說明區別，較微細的補充說明或較舊的論點、重點等等以小字印刷表示（沒有網住的部分）。而更細微的事項、學習上的參考情報以注記的形式置於各頁下欄。又，以學習上的必要性來看重要度較低的部分直接刪除，所以頁數上亦比初版較少。

本書出版承蒙東京大學出版會的協助，特別是小山美和的鼎力支持，謹此致謝！

1995年9月

前田雅英

前 言

本書是屬於去年出版的刑法總論的《刑法講義》之後半部。二者基本上是以一本書的架構體系來執筆的。講授刑法以來，差不多每年都同時講授總論與各論，故一直認為二者應當成為一體。因此，歷來都主張總論與各論之有機結合，而本書為了更加實質化，曾下過一番功夫。為此，請務必同時參閱《刑法總論講義》。在內容上，網羅了在大學學習刑法各論所必須的重要論點並闡明有關之新學說於後，又就各論點逐一闡述了著者的見解，這點與《刑法總論講義》完全相同，只是著重於引用了超過總論的新判例。於是，以合乎實際的日本刑法為前提，並以具體的功能來解釋為其目標。再者，為使本書能成為饒有趣味的刑法各論教科書，則已竭盡所能，而這一點，尚有待各位同學的評價。

前年夏季以來，為撰寫總論、各論教科書，忙得不可開交之際，無暇細讀最新的優秀研究成果，實感焦慮。在撰寫教科書過程中，多少明確了今後該做些什麼。從明日起，哪怕再小的研究，也應一步步地奮力向前邁進，以便為自己的逐步成長而策劃一套完善的研究歷程。

當此《刑法講義》出版發行之際，對從規劃開始即予以鼓勵的東京大學出版會羽鳥和芳氏以及協助校對的東京都立大學法學部畢業生鈴木理夫氏深表謝意。

1987年7月 於八雲研究室
前田雅英

略語表

【主要參照教科書】

- 青柳 青柳文雄《刑法通論Ⅱ各論》(1963)
- 井上=江藤 井上=江藤《全訂刑法學各則》(1979)
- 植松 植松 正《再訂刑法概論Ⅱ各論》(1975)
- 内田 内田文昭《刑法各論第2版》(1984)
- 大塚 大塚 仁《刑法概說各論》〔改訂版〕(1987)
- 大野編 大野=墨谷編《刑法要說各論》(1987)
- 大谷 大谷 實《刑法講義各論》〔2版〕(1988)
- 小野 小野清一郎《新訂刑法講義各論3版》(1950)
- 袖珍 小野=中野等《刑法(袖珍註釋全書三版)》(1980)
- 岡野 岡野光雄《刑法要說各論》〔2版〕(1989)
- 香川 香川達夫《刑法講義各論》〔2版〕(1989)
- 柏木 柏木千秋《刑法各論》〔再版〕(1965)
- 吉川 吉川經夫《刑法各論》(1982)
- 木村 木村龜二《刑法各論》(1959)
- 江家 江家義男《刑法各論(增補版)》(1963)
- 小暮編 小暮得雄等編《刑法講義各論》(1988)
- 齊藤 齊藤誠二《刑法講義各論Ⅰ》(1978)
- 齊藤編 齊藤誠二編《刑法各論》(1986)
- 佐伯 佐伯千仞《刑法各論》〔訂正版〕(1981)
- 澤登 澤登俊雄《刑法概論》(1976)
- 瀧川 瀧川幸辰《增補刑法各論》(1968)
- 瀧川=竹内 瀧川(春)=竹内《刑法各論講義》(1965)
- 團藤 團藤重光《刑法綱要各論改訂版》(1985)
- 中 中義勝《刑法各論》(1975)

- 中谷 中谷瑾子《刑法各論講義上》(1983)
- 中山 中山研一《刑法各論》(1984)
- 西原 西原春夫《犯罪各論》〔2版〕(1983)
- 日高 日高義博《刑法各論講義註釋》(1987)
- 平川 團藤=平川《刑法各論〔新版〕》(1979)
- 平野 平野龍一《刑法概說》(1977)
- 福田 福田 平《全訂刑法各論》(1988)
- 藤木 藤木英雄《刑法講義各論》(1977)
- 牧野 牧野英一《刑法講義上·下卷》(1950~51)
- 宮本 宮本英脩《刑法大綱》(1935)
- 總論 前田雅英《刑法總論講義》(1988)
- 百選Ⅱ 《刑法判例百選Ⅱ各論(第2版)》(1984)
- 論爭Ⅱ 植松=曾根=川端=日高《現代刑法論爭Ⅱ》(1985)
- 註釋(3)~(6) 團藤重光編《註釋刑法(3)~(6)》(1965~68)
- 全釋 大塚=河上=佐藤編《全釋刑法(9)》(1988)

【法令】

- 假案 刑法修改臨時草案
- 準備草案 刑法修改準備草案
- 草案 刑法修改草案
- 罰臨 罰金等臨時措施法
- 公害罪法 有關人之健康的公害犯罪的處罰法律
- 公勞法 公共事業體等勞動關係法
- 國公法 國家公務員法
- 地公法 地方公務員法
- 地公勞法 地方公營企業勞動關係法
- 破防法 破壞活動防止法
- 暴處法 關於暴力行為等的處罰法律
- 勞組法 勞動組合法(工會法)

【判例與判例集】

- 大判(決) 大審院判決(決定)
 大聯判 大審院聯合部判決
 最判(決) 最高法院判決(決定)
 高判(決) 高等法院判決(決定)
 地判(決) 地方法院判決(決定)
 簡判 簡易法院判決
 高刑集 高等法院刑事判例集
 下刑集 下級法院刑事判例集
 刑裁月 刑事裁判月報
 一審刑集 第一審刑事判例集
 勞刑集 勞動關係刑事事件判例集(刑事裁判資料)
 高裁判判特 高等法院刑事判決特報
 高裁判裁特 高等法院刑事裁判特報
 東高刑時報 東京高等法院刑事判決時報

【雜誌】

- 警研 警察研究
 刑雜 刑法雜誌
 警論 警察學論集
 法時 法律時報
 判時 判例時事
 判時報 判例時報
 判評 判例評論
 法學家 法律學家
 法論 法學討論
 LS 法律學校

目 錄

前言

略語表

序論 1

(1)刑法各論的課題 (2)刑法各論的對象

第 1 章 危害生命、身體之罪 9

I 總論 9

1. 概說 9

2. 人的意義 11

(1)刑法上的「人」 (2)人的始期 (3)人的終期

II 殺人之罪 17

1. 概說 17

2. 殺人罪 18

(1)實行行為 (2)因果關係 (3)故意

3. 預備殺人罪 23

4. 參與自殺、同意殺人罪 24

(1)處罰根據 (2)參與自殺罪與同意殺人罪的區別 (3)殺人罪與參與自殺罪、同意殺人罪的區別 (4)著手時期 (5)故意——同意的認識

III 傷害罪 31

1. 傷害罪 31

(1)總論 (2)傷害的意義 (3)傷害行為——實行行為 (4)對傷害結果的認識——傷害罪的故意

2. 傷害致死罪 39

3. 現場助勢罪 42

4. 同時傷害的例外規定 43

5. 暴力罪 46

| | |
|---|-----------|
| 6. 準備兇器聚集罪 | 47 |
| (1)總論 (2)兇器的意義 (3)共同加害的目的 (4) I 項與 II 項的關係 | |
| IV 過失傷害之罪 | 51 |
| 1. 概說 | 51 |
| 2. 過失致人死傷罪 | 52 |
| 3. 業務上致人死傷罪 | 54 |
| 4. 重過失致人死傷罪 | 57 |
| V 墮胎之罪 | 58 |
| 1. 總論 | 58 |
| 2. 墮胎罪的基本概念 | 60 |
| 3. 各構成要件的問題 | 61 |
| (1)自行墮胎罪 (2)同意墮胎罪 (3)業務上的墮胎罪 (4)未經同意的墮胎罪 | |
| VI 遺棄之罪 | 65 |
| 1. 總論 | 65 |
| 2. 客體——需要扶助者 | 67 |
| 3. 遺棄的意義——實行行為 | 68 |
| 4. 保護義務 | 71 |
| 5. 遺棄致死罪 | 72 |
| 第 2 章 妨害自由 | 75 |
| I 非法逮捕及拘禁之罪 | 76 |
| 1. 概說 | 76 |
| 2. 「人」的定義——行為客體 | 77 |
| (1)是否具有行動之意思與能力 (2)非法逮捕及拘禁的認識與非法拘禁狀態的同意 | |
| 3. 逮捕、拘禁行為 | 79 |
| (1)逮捕行為與拘禁行為 (2)逮捕、拘禁的方法 | |
| 4. 逮捕、拘禁致人死傷罪 | 82 |

| | | |
|-----|-----------------------|-----|
| II | 脅迫罪 | 83 |
| 1. | 概說 | 83 |
| 2. | 脅迫罪 | 83 |
| (1) | 保護法益 | |
| (2) | 加害的對象 | |
| (3) | 危害的內容 | |
| (4) | 告知的方法 | |
| 3. | 強迫罪（強制罪） | 87 |
| (1) | 強制罪的特點 | |
| (2) | 強制罪中的暴力行為與脅迫 | |
| (3) | 無義務實行的事與應行使的權利 | |
| III | 略誘及和誘罪 | 90 |
| 1. | 總論 | 90 |
| 2. | 略誘和誘未成年人罪 | 92 |
| 3. | 以營利為目的之略誘和誘罪 | 93 |
| 4. | 收受被誘人罪 | 94 |
| 5. | 以要求贖金為目的的略誘、和誘罪 | 95 |
| IV | 侵犯「性自由」之罪 | 98 |
| 1. | 概說 | 98 |
| 2. | 強制猥褻罪 | 99 |
| (1) | 暴力、脅迫的意義 | |
| (2) | 猥褻的意義 | |
| 3. | 強姦罪 | 103 |
| (1) | 主體 | |
| (2) | 暴力、脅迫的意義 | |
| (3) | 準強姦罪 | |
| 4. | 強制猥褻、強姦致人死傷罪 | 106 |
| (1) | 死傷的結果 | |
| (2) | 在死傷結果上有故意時 | |
| V | 侵害居住罪 | 110 |
| 1. | 概說 | 110 |
| 2. | 侵害居住罪 | 110 |
| (1) | 客體 | |
| (2) | 侵入行為 | |
| 3. | 不退出罪 | 116 |
| VI | 侵犯秘密罪 | 117 |
| 1. | 拆開書信罪 | 117 |
| 2. | 洩漏秘密罪 | 118 |

| | |
|--|-----|
| 第3章 侵害名譽、信用罪 | 121 |
| I 侵害名譽罪 | 121 |
| 1. 概說 | 121 |
| (1) 刑法所保護的名譽 (2) 名譽的意義 | |
| 2. 毀損名譽罪 | 124 |
| (1) 「公然」的意義 (2) 指摘事實 (3) 毀損名譽 (4) 死者的名譽 | |
| 3. 事實證明 | 127 |
| (1) 要件 (2) 證明的失敗與真實性的錯誤 (3) 實質的違法性判斷與有價值信息 | |
| 4. 侮辱罪 | 134 |
| II 妨害信用及業務的罪 | 135 |
| 1. 概說 | 135 |
| 2. 毀損信用罪 | 136 |
| (1) 手段 (2) 行為與結果 | |
| 3. 妨害業務罪 | 136 |
| (1) 業務的意義 (2) 手段、形態 (3) 妨害結果 (4) 損壞電子計算機妨害業務罪 | |
| | |
| 第4章 侵犯財產之罪 | 145 |
| I 總論 | 145 |
| 1. 概說 | 145 |
| 2. 財產犯的客體 | 147 |
| (1) 財物的意義 (2) 財物的他人性 (3) 財產上的利益 | |
| 3. 財產犯的保護法益論 | 152 |
| (1) 本權說與持有說的多義性 (2) 從竊盜犯人處奪取 (3) 刑法獨自的財產概念 (4) 損害概念 (5) 權利行使與財產犯 | |
| 4. 不法侵占的意思 | 162 |
| (1) 不法侵占意思的意義 (2) 一時使用與不法侵占的意思 (3) 按照用途而利 | |

| | |
|---|-----|
| 用、處分的意思 | |
| II 竊盜罪 | 172 |
| 1. 概說 | 172 |
| 2. 占有的意義 | 174 |
| (1) 占有之有無 (2) 死者的占有 (3) 占有的歸屬 | |
| 3. 竊取 | 186 |
| (1) 概說 (2) 著手時期 (3) 既遂時期 | |
| 4. 侵奪不動產罪 | 189 |
| (1) 不動產 (2) 侵奪的意義 | |
| 5. 親屬間的特例 | 191 |
| (1) 刑罰的免除 (2) 親屬關係在誰與誰之間是必要的 | |
| III 強盜罪 | 195 |
| 1. 概說 | 195 |
| 2. 強盜罪 | 197 |
| (1) 概說 (2) 暴力、脅迫的意義 (3) 壓制反抗與奪取財物 (4) 搶奪的意思 | |
| (5) 著手時期與既遂時期 | |
| 3. 利益強盜罪 | 206 |
| (1) 財產上的利益 (2) 處分行爲之是否需要 | |
| 4. 準強盜罪 | 210 |
| (1) 事後強盜罪 (2) 主體 (3) 竊盜行爲與暴力、脅迫的關聯性 (4) 昏醉強盜罪 | |
| 5. 強盜致人死傷罪 | 213 |
| (1) 主體 (2) 使人受傷 (3) 致人於死 (4) 未遂 | |
| 6. 強盜強姦罪 | 224 |
| (1) 強盜強姦罪 (第241條前段) (2) 強盜強姦致死罪 (第241條後段) | |
| 7. 預備強盜罪 | 227 |
| (1) 預備行爲 (2) 強盜的目的 | |
| IV 詐欺罪 | 229 |
| 1. 概說 | 229 |

| | |
|--|-----|
| 2. 詐欺行為與錯誤 | 232 |
| (1) 詐欺行為與著手時期 (2) 兩種詐欺行為 (3) 值得處罰的詐欺行為 (4) 不作為的詐欺 (5) 被詐欺人 (6) 錯誤 | |
| 3. 交付（處分）行為 | 240 |
| (1) 交付（處分）行為的必要性 (2) 處分意思 (3) 處分行為人 | |
| 4. 財物、財產上利益之移轉 | 247 |
| (1) 占有之移轉 (2) 利益之移轉 (3) 財物取得人 | |
| 5. 損害之發生 | 250 |
| (1) 損害之必要性 (2) 不當受領與詐欺罪——對國家法益之侵害 | |
| 6. 準詐欺罪 | 254 |
| 7. 利用電子計算機詐欺罪 | 254 |
| V 恐嚇罪 | 256 |
| 1. 概說 | 256 |
| 2. 恐嚇行為與處分 | 257 |
| (1) 恐嚇行為與被害人之畏懼 (2) 處分行為 | |
| 3. 權利的行使與恐嚇罪（詐欺罪） | 259 |
| (1) 構成要件的判斷 (2) 違法性的判斷 | |
| VI 侵占罪 | 263 |
| 1. 概說 | 263 |
| 2. 客體 | 264 |
| (1) 自己占有 (2) 他人之物——所有權之歸屬 | |
| 3. 侵占行為 | 271 |
| (1) 侵占行為與越權行為說 (2) 既遂時期 (3) 欺詐手段與侵占行為 | |
| 4. 業務上侵占罪 | 276 |
| 5. 侵占遺失物罪 | 277 |
| VII 背信罪 | 278 |
| 1. 概說 | 278 |
| 2. 違背任務行為 | 279 |
| 3. 主體 | 281 |

| | |
|--|----------------|
| 4.以圖利和損害本人之利益為目的 | 283 |
| 5.財產上之損害 | 287 |
| 6.侵占與背信的區別 | 288 |
| VIII 關於贓物之罪行 | 292 |
| 1.概說 | 292 |
| 2.贓物罪之主體 | 295 |
| 3.客體 | 295 |
| 4.行為方式 | 298 |
| 5.親屬關係之例外 | 300 |
| (1)為何免除 (2)親屬關係在誰與誰之間之必要性 | |
| IX 毀損及隱匿罪 | 302 |
| 1.概說 | 302 |
| 2.毀損文書罪 | 303 |
| (1)客體 (2)行為 | |
| 3.損壞建築物罪 | 305 |
| (1)客體 (2)行為 | |
| 4.損壞器物罪 | 307 |
| (1)客體 (2)行為 | |
| 5.毀損界標罪 | 308 |
| 6.隱匿書信罪 | 309 |
| 第5章 妨害公共安全之罪 | 311 |
| I 騷擾罪 | 312 |
| 1.騷擾罪 | 313 |
| (1)保護法益 (2)聚眾 (3)暴力、脅迫 (4)共同暴力的意思 (5)主體的 區分 | |
| 2.聚眾不解散罪 | 318 |
| II 放火及失火之罪 | 320 |
| 1.總論 | 320 |

| | |
|--|-----|
| (1)概說 (2)公共危險罪 (3)公共危險罪的罪數特點 | |
| 2. 放火行爲 | 324 |
| (1)預備放火 (2)放火行爲 (3)燒毀的概念 | |
| 3. 對現住建築物放火罪 | 328 |
| 4. 對非現住建築物放火罪 | 329 |
| 5. 對建築物以外之物的放火罪 | 331 |
| 6. 延燒罪 | 332 |
| 7. 妨害滅火罪 | 333 |
| 8. 失火罪 | 334 |
| 9. 爆裂物爆炸罪 | 335 |
| 10. 漏洩煤氣等罪 | 336 |
| III 決水及妨害水利罪 | 337 |
| 1. 決水罪 | 338 |
| (1)浸害現住建築物等罪 (2)浸害建築物等以外之物罪 (3)妨害防水罪 | |
| (4)過失浸害罪 | |
| 2. 妨害水利罪 | 339 |
| IV 妨害交通之罪 | 340 |
| 1. 妨害交通罪 | 340 |
| 2. 危害交通罪 | 342 |
| 3. 顛覆火車、電車等罪 | 343 |
| 4. 127條 | 345 |
| 5. 過失危害交通罪 | 348 |
| V 危害國民健康罪 | 349 |
| 1. 關於鴉片煙的犯罪 | 349 |
| (1)輸入、販賣鴉片煙等罪 (2)吸食鴉片煙罪、持有鴉片煙等罪 | |
| 2. 關於飲用水罪 | 352 |
| (1)污染淨水、摻入毒物罪 (2)污染水道、摻入毒物、損壞水道罪 | |
| 第6章 偽造罪 | 357 |

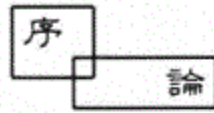
| | | |
|-----|-----------------------|-----|
| I | 偽造貨幣罪 | 358 |
| 1. | 總論 | 358 |
| 2. | 偽造貨幣罪 | 360 |
| (1) | 客體 | |
| (2) | 偽造行為 | |
| 3. | 行使偽造貨幣罪 | 362 |
| 4. | 偽造外國貨幣罪等 | 363 |
| 5. | 收受偽造貨幣罪 | 364 |
| 6. | 取得偽造貨幣後知情行使罪 | 365 |
| 7. | 準備偽造貨幣罪 | 365 |
| II | 偽造有價證券罪 | 367 |
| 1. | 總論 | 367 |
| 2. | 偽造有價證券罪 | 369 |
| (1) | 客體 | |
| (2) | 偽造行為 | |
| 3. | 虛偽記載有價證券罪 | 372 |
| 4. | 行使偽造有價證券罪 | 373 |
| III | 偽造文書罪 | 374 |
| 1. | 總論 | 374 |
| 2. | 文書的意義 | 375 |
| (1) | 刑法上的文書 | |
| (2) | 名義人的實在性 | |
| (3) | 副本的文書性 | |
| 3. | 偽造行為 | 381 |
| (1) | 偽造 | |
| (2) | 冒充代理、代表名義 | |
| (3) | 濫用與偽造代理權限 | |
| 4. | 偽造公文書罪與製作虛偽公文書罪 | 388 |
| (1) | 偽造詔書等罪 | |
| (2) | 偽造公文書罪 | |
| (3) | 製作偽造公文書罪 | |
| (4) | 公證證書原本等記載不實罪 | |
| (5) | 行使偽造公文書、虛偽公文書罪 | |
| 5. | 偽造私文書 | 394 |
| (1) | 偽造私文書罪 | |
| (2) | 製作偽造診斷書等罪 | |
| (3) | 行使偽造私文書、虛偽診斷書等罪 | |
| 6. | 製作不當電磁記錄之罪 | 399 |
| (1) | 製作不當電磁記錄罪 | |
| (2) | 提供使用不正當電磁記錄罪 | |

| | |
|---|---------|
| IV 偽造印章罪 | 400 |
| 1. 總論 | 400 |
| (1) 概說 (2) 印章 (3) 署名與符號 | |
| 2. 具體的犯罪類型 | 402 |
| (1) 偽造或不正當使用御璽等罪 (2) 偽造或不正當使用公印等罪 (3) 偽造及 不正當使用公務機關符號等罪 (4) 偽造或不正當使用私印等罪 | |
| 第 7 章 對於風俗秩序的犯罪 | 405 |
| I 猥褻罪 | 406 |
| 1. 總論 | 406 |
| 2. 猥褻的意義 | 407 |
| 3. 公然猥褻罪 | 410 |
| 4. 販賣猥褻物與公然陳列罪 | 412 |
| 5. 勸誘淫行為罪 | 416 |
| 6. 重婚罪 | 417 |
| II 賭博罪與彩票罪 | 417 |
| 1. 概說 | 417 |
| 2. 賭博罪 | 418 |
| (1) 單純的賭博罪 (2) 常業賭博罪 | |
| 3. 彩票罪 | 421 |
| III 傷害宗教感情罪 | 422 |
| 1. 概說 | 422 |
| 2. 對禮拜場所的不敬罪、對傳教等的妨害罪 | 423 |
| 3. 挖掘墳墓罪 | 424 |
| 4. 損壞屍體等犯罪 | 424 |
| 5. 非正常死亡者埋葬罪 | 426 |
| 第 8 章 侵害國家法益罪 | 427 |
| I 內亂、外患之罪 | 428 |

| | |
|--|-----|
| 1. 內亂罪 | 428 |
| (1) 狹義的內亂罪 (2) 內亂預備與陰謀罪、幫助內亂罪 | |
| 2. 外患罪 | 431 |
| (1) 誘致外患罪 (2) 援助外患罪 | |
| II 妨害執行公務罪 | 432 |
| 1. 總論 | 432 |
| (1) 廣義的妨害執行公務罪 (2) 公務員的意義 | |
| 2. 妨害執行公務罪 | 435 |
| (1) 執行職務 (2) 職務的合法性與需要保護的要件 (3) 關於需要保護性的錯誤 (4) 暴力、脅迫的意義 | |
| 3. 職務強迫罪 | 444 |
| 4. 損壞封印罪 | 445 |
| 5. 逃避強制執行罪 | 446 |
| 6. 妨害拍賣投標罪、非法協議罪 | 448 |
| (1) 妨害拍賣投標罪 (2) 非法協議罪 | |
| III 脫逃罪 | 450 |
| 1. 概說 | 450 |
| 2. 被拘禁者的意義 | 451 |
| 3. 行為狀態 | 452 |
| (1) 單純脫逃罪 (2) 加重脫逃罪 (3) 搶奪被拘禁者罪 (4) 援助脫逃罪 (5) 看守人援助脫逃罪 | |
| IV 藏匿犯人與湮滅證據罪 | 455 |
| 1. 概說 | 455 |
| 2. 藏匿人犯罪 | 456 |
| (1) 客體 (2) 行為 | |
| 3. 湮滅證據罪 | 458 |
| (1) 客體 (2) 行為 (3) 犯人自己教唆他人實行湮滅行為時 | |
| 4. 關於親屬的特例 | 462 |
| (1) 免除的根據 (2) 共犯關係 | |

| | |
|-----------------------------------|-----|
| 5. 威逼證人罪 | 464 |
| V 偽證罪 | 465 |
| 1. 概說 | 465 |
| 2. 偽證罪 | 466 |
| (1)主體 (2)行爲 (3)共犯關係 | |
| 3. 偽證鑑定、翻譯罪 | 470 |
| VI 誣告罪 | 471 |
| 1. 概說 | 471 |
| 2. 誣告罪 | 473 |
| (1)使他人受到處分的目的 (2)行爲 | |
| VII 濫用職權罪 | 475 |
| 1. 總論 | 475 |
| 2. 公務員濫用職權罪 | 477 |
| 3. 特別公務員濫用職權罪 | 479 |
| 4. 特別公務員的暴力凌虐罪 | 479 |
| VIII 賄賂罪 | 480 |
| 1. 總論 | 480 |
| (1)概說 (2)「有關職務」的意義 (3)賄賂的意義 | |
| 2. 單純受賄罪 | 486 |
| 3. 事前受賄罪 | 487 |
| 4. 對第三者提供賄賂罪 | 488 |
| 5. 加重受賄罪 | 489 |
| 6. 事後受賄罪 | 489 |
| 7. 斡旋受賄罪 | 490 |
| 8. 行賄罪 | 491 |
| 9. 沒收、追徵 | 492 |
| IX 危害國交罪 | 493 |
| 1. 概說 | 493 |
| 2. 損壞外國國徽罪 | 494 |

| | |
|----------------------|-----|
| 3. 預備陰謀私自對外國作戰 | 494 |
| 4. 違反中立命令罪 | 495 |



(1) 刑法各論的課題

刑法的解釋 刑法各論講義，無庸置疑，是在說明日本現今實際的犯罪類型並作出解釋的一門學科。但在大學府講授課程中，除就目前現存之具體犯罪類型闡述外，尚需對不斷地擴張膨脹的各種新型態犯罪類型予以列入，否則便是一門無用的學科。因此本書必須以重要的犯罪類型，具體地說明刑法典中明文規定的犯罪類型為中心出發，以訓練讀者去思考衍生的新犯罪類型。然而，刑法各論的目的，不僅是要能夠理解這些重要的基本犯罪，更重要的則是在於學習具體的刑法解釋論。雖然如此一來很容易被誤解，不過，刑法這樣的解釋論，在純粹論理且有系統的刑法總論中是不可能充分學習到的。因此只有從現存犯罪類型去探索後再依據現實的現代社會犯罪現象的具體的準則性，與從罪刑法定主義導致的刑法獨特之穩定性這兩種要求為調和點來作為刑法各論研究的領域，如此才能推展到實際生活場合中的各種刑法解釋，這樣才是真正在學習法律解釋方面非常重要且實際的領域。

具體的解決 從罪刑法定主義的原則要求為出發點，任何行為之是否構成刑法之處罰，必須由事前的各項條文中明確之規定來作判斷，可是，條文卻也不得不僅作抽象性的規定。因為措詞的抽象化是不可避免的，唯有如此才能針對運用在生活中時常出現的具體問題上。就以「人」這一名詞來說，可涵蓋許多種含義，故勢必對其解釋引發不同的爭論。同時，由於社會在不斷地變化，而條文卻始終無法趕上它變化的速度。尤其是在日本，修改刑法的機會是非常的少。以致於在現代化劇烈變動的社會中，將會與國民所希望給予處罰的行為與條文規範之間的距離，日益擴大。

如果單從形式上去解釋條文之詞句，而斷然地說倘若不符合規範要件

(構成要件)就不應該處罰是非常簡單的。但是如果僅以「既然有罪到法定主義之規定，就應該等待立法來加以制定處罰」這種原則理論能夠成立的話，那根本就不需要任何解釋了。可是相反地，如果僅從重處罰的必要性去出發進行擴張解釋時，似乎只能解決某些問題，可是在實際上必然會牽涉的層面也是不容遺漏時，那處罰範圍猶如投石於水中所畫出的「同心圓」一樣，即便是取其一點而打算只將處罰擴展到某些部分，然而實際上卻是必然會引起全方位地擴大。因此對意外局面中處罰範圍之擴大，在刑法解釋上則不能不十分謹慎¹⁾。

與總論的關係 一般認為，(甲)刑法總論主要是以刑法典的總則(第一編)，也就是說以各種犯罪類型的共通部分為基礎對象，而適用於各論為前提，(乙)各論主要是以刑法典所規定的罪行(第二編)部分為對象，是總論的具體應用。

的確，在刑法總論中講授的犯罪理論，可以說是將刑法各論的具體罪名予以抽象化、體系化。因為犯罪理論的基本架構，只要以現在日本刑事司法為前提，那麼，關於各種客觀之情況，則由①是否存在實質侵害法益而應加以處罰之構成要件該當性上去作判斷，與②是否存在法定阻卻違法事由來排除這種侵害性的違法性作考量；同時關於主觀情況，則有必要判斷③如係一般人，能夠意識到該罪之故意違法性事實之問題²⁾與④例外地有無不能對該責任予以非難的情況產生。在現實犯罪之成立與否的判斷中，占有絕對優勢的是①有著重要之作用。特別是，作為預定科以一定法定刑的該犯罪是否值得處罰的這一實質性上去判斷，是刑法各論研究的最主要課題。至於客觀的構成要件則是該實行行為與結果之間因果關係的整個架構，尤其在各犯罪類型中究竟什麼是實行行為的這一關鍵點。

1) 與此相關聯，即或僅是從功能上去解決問題，並直接判斷犯罪時，也不能因而輕視「體系論」「有系統地思考」。因為，雖然取得整體的均衡，如果不謀求具體的準確性，那恐怕只能得出當時表面短暫的解決，而無法解決真正問題的核心。

2) 當然，對於過失犯，從國民方面來看，問題是有無以可非難的預見可能性之存在為中心的過失。

各論的重要性 無論總論如何細緻，也不能由其演繹而得出各論的各種實際答案。在過去的刑法學中，往往以為，在理論上僅總論是重要的，因此，如將所得到的解答應用於各論之中，那麼各個犯罪類型也將自然獲得具體的解決。同時將現行「總論」中基本上組編成殺人罪等之典型犯罪類型「總論」強加於所有之犯罪類型的傾向也並非見不到。但是，實際思考的順序恰恰好與此相反，因此只有將各論中每個犯罪類型的解釋累積起來，那麼總論的理論才能具有內涵³⁾。倘若產生僅去掉總論的各論，則雖不穩定但仍得以存在，反倒是沒有各論的總論則不能各別成立，這也是頗值得注意地。

(2) 刑法各論的對象

刑事犯 本書主要對象是在刑法典（明治40年法律第45號）第二編「罪」中規定的第77條～第264條之罪⁴⁾，特別是針對在作為規定刑罰的法規之廣義刑法中也特將這些稱之為一般刑法。（而且也有很多學者將其中所揭示的犯罪稱之為刑事犯）。而將一般刑法以外的刑法稱作特別刑法。唯特別刑法這一用語是多重意義的，在學說上其用法未必一致⁵⁾。且在實際事務上也用於多種層面上。

刑事犯與特別刑事犯 一般在法院，對於在特別刑法當中具有與刑事犯性質相近者，也當作「刑事犯」而從特別刑法中予以排除。關於暴力行為等之處罰法律、爆裂物取締罰則即為其代表之例。再者，在警察局中

3) 近來，總算從偏重過去總論的桎梏中解脫出來，因此似乎可以說「各論的時代」正在實質化。支持這一趨勢的是平川忠信的《名譽毀損罪與表現自由》、川端博的《偽造文書罪的理論》、曾根威彥的《表現自由與刑事規劃》、林幹人的《財產犯的保護法益》、木村光江的《財產犯論之研究》等所代表的優秀研究成果。

4) 第73～76條被刪掉。其他地方也有被刪掉者，同時亦有以「○○條之二」形式追加的規定也很多。

5) 狹義的特別刑事犯，即在刑法典以外的刑罰法規當中也有僅指自然犯那樣的用法。如輕犯罪法、破壞活動防止法、關於暴力行為等處罰的法律、爆炸物取締罰則、公害罪法、關於劫持航空機等處罰的法律等是。而將另外的特別刑法稱作行政刑法，但這種區別曖昧不清並無甚特別意義。

將關於決鬥罪案件、劫持航空機等處罰的法律（劫持飛機防止法），使發生航空危險行為等處罰的法律、使用燃燒瓶等處罰的法律均當作刑事犯加以處理。在檢察署和警察局，將印花犯罪處罰法與關於處罰有關人們健康的公害犯罪之法律（公害罪法）以作為刑事犯看待，而處罰燃燒瓶的法規則作為特別刑法對待。持有槍砲刀械類等取締法與輕犯罪法等，雖被認為具有與刑事犯相近的性質，但一貫都當作特別刑事犯處理。

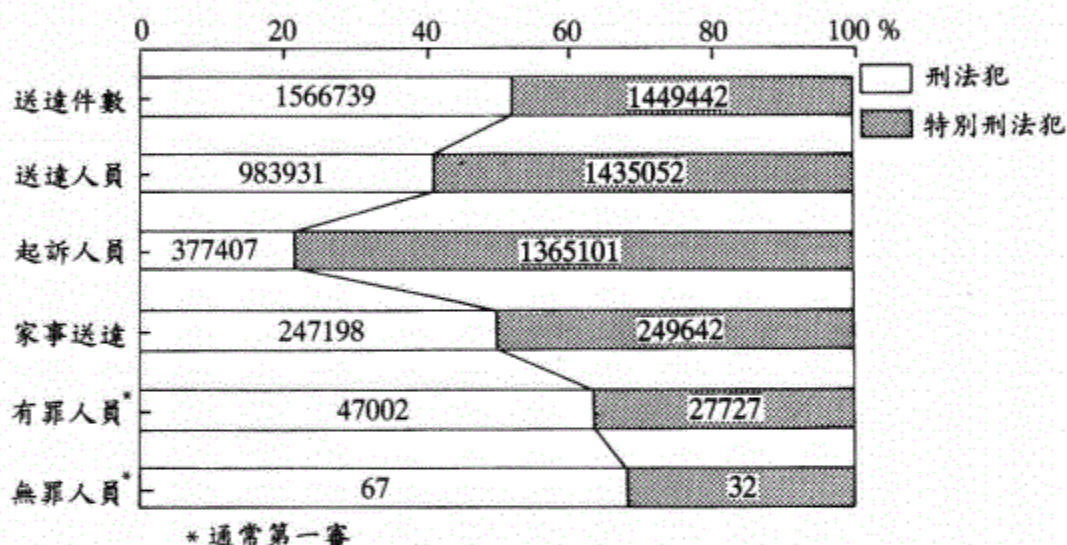


圖1-1 刑法犯與特別刑法犯的比例（昭和62年）

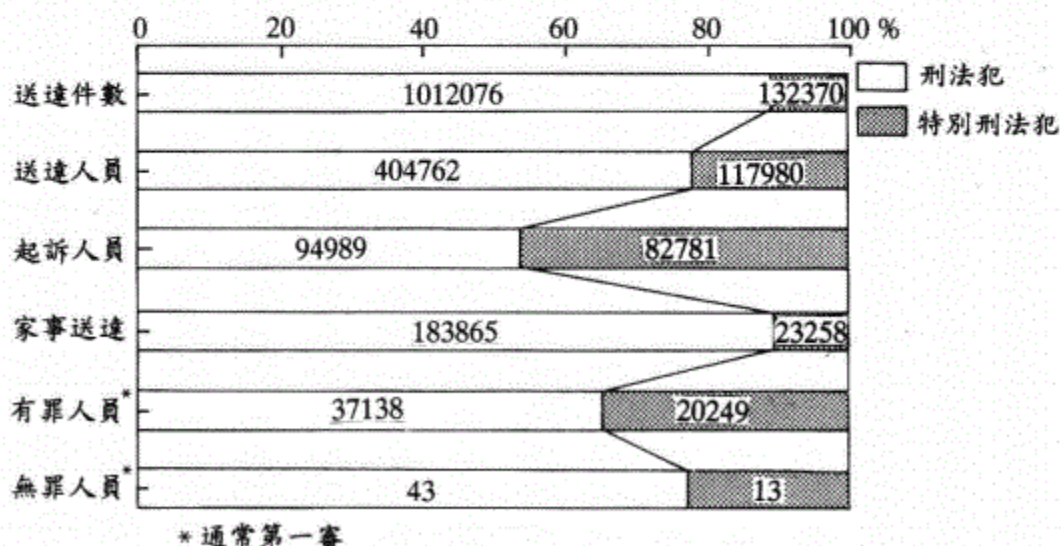


圖1-2 刑法犯與特別刑法犯的比例（交通及業務過失除外，昭和62年）

最近，刑事犯與特別刑事犯的比例，如圖1-1、圖1-2所示⁶⁾。如除去交通事故犯，而從數值方面來看便能理解刑事犯的重要性。且特別刑事犯被起訴的比例，較之刑事犯為高是其特點。而從簡易審判方式處理的比例也甚高，因此，在通常第一審有罪人員中所占比例較少。不過也有如興奮劑犯罪那樣，在犯罪理論上以具有重要意義的特別刑事犯按需要來決定應予以如何處理。

犯罪的分類 刑事犯通常可依據其保護法益來分類⁷⁾。以前也曾經存在過對公益犯罪與對私益犯罪的二分法說，而現在以對有關國家法益的犯罪、社會法益的犯罪以及對個人法益的犯罪的三分法說為出發點，可以說是沒有異議的。

▶**重視個人法益** 對侵犯國家、社會、個人三個法益的犯罪，究竟應重視那一個，曾有過爭論的時期。在1970年代修改刑法的爭論中，對於新刑法典是從個人法益開始排列，還是應從國家法益開始規定曾引起過激烈爭辯。只是，即或從重視個人法益的立場來看，放火罪等之對社會法益的侵害和賄賂罪等之對國家法益的侵害來看並非不重要。而在此意義上條文的排列順序並不是本質性的問題。其問題是，在解釋這些犯罪之際，對社會和國家本身是否承認的絕對的價值觀上。在現行憲法之下，因需要將國民個人作為最終價值判斷，國家便以此作為為了維護個人利益之存在而不得不予以保護的一個客體，故社會應作為個人利益之集合體之觀點應可予以理解。

講授的順序 的確，現行刑法典的規定是從對國家法益的犯罪開

-
- 6) 關於特別的刑事犯，不使用拘留調查件數這種概念，公布了與刑事犯的拘留調查件數大體相當的向檢察署解送件數。
- 7) 其他也可依據犯罪動機試分類為利欲、困窮犯、純粹攻擊犯、純粹衝動、無力犯。近來又可見到重視刑法各論產生的社會效果之傾向，將特別刑事犯包括進來以後，也有使用「經濟生活犯罪」、「國家與犯罪」等分類的（西原4頁）。還有，在警察局方面，將刑事犯分為①兇惡犯（殺人、強盜、放火、強姦）；②暴力犯（暴力、傷害、脅迫、恐嚇）；③竊盜犯；④智慧犯（詐欺、侵占、背信、偽造）；⑤風化犯（賭博、猥褻）；⑥其他；⑦交通業務上過失致人死傷罪等七類處理。

始，以致對個人法益的犯罪終了。但是現在，對於個人法益的犯罪，在犯罪之現象上是極重要的，並無異議，且最近大多數教科書也從對個人法益的犯罪開始加以闡述。本書也認為，侵犯個人法益在現代是犯罪的最基本之類型，予以先行講解而便於學習，因之本書按照對個人法益的犯罪、對社會法益的犯罪、對國家法益的犯罪的順序來進行講授。

再者，從對個人法益的犯罪上考慮保護法益上著眼，其大體上可區分為殺人、傷害等之 1. 危害生命、身體之犯罪，監禁、誘拐以及侵入住所

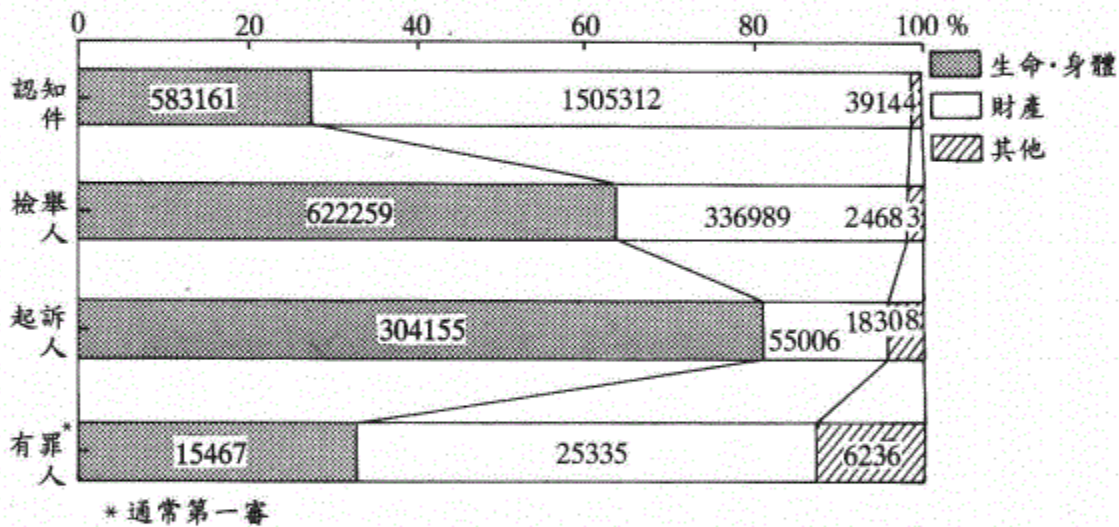


圖2-1 刑法犯的比例 (昭和62年)

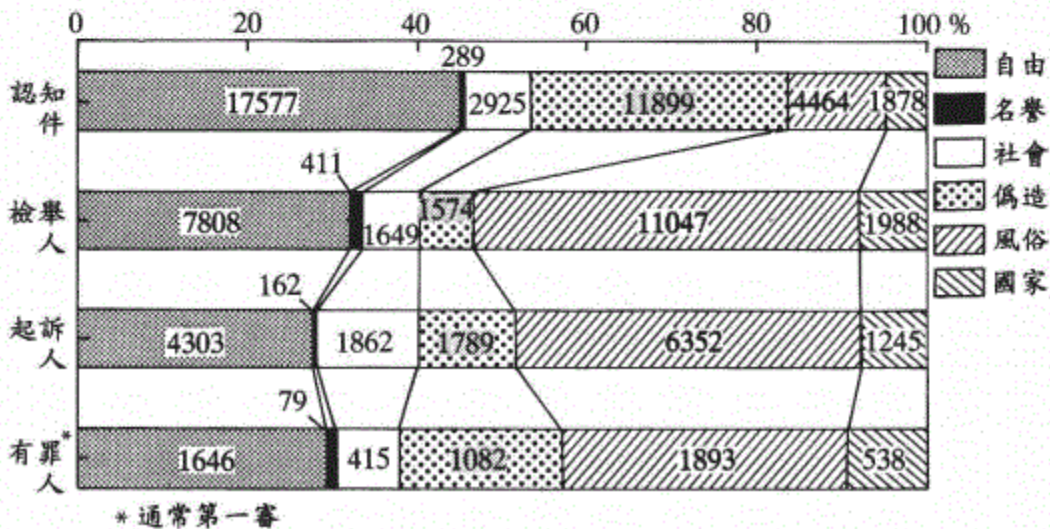


圖2-2 刑法犯的比例 (生命·身體, 財產犯除外, 昭和62年)

等。2.妨害自由及私生活之安全的犯罪，毀損名譽及妨害業務等。3.侵害名譽、信用的犯罪，竊盜、強盜、詐欺等。4.侵犯財產的犯罪。而對社會法益的犯罪也分為放火、妨害交通等。5.妨害社會秩序的犯罪以及6.偽造之罪，公然猥褻和賭博等。7.危害風紀秩序的犯罪分別來加以說明。最後論述8.危害國家法益的犯罪。

在日本刑事司法體系中所處理的犯罪行為占絕對多數的是危害生命、身體的犯罪和財產犯罪（參見圖2-1）。前者大部分是起因於交通事故的業務上過失致人死傷罪，而後者是以竊盜罪占半數以上。關於其他犯罪如圖2-2所示的比例。然而，如僅著眼於件數、人員的多寡則不能說明犯罪的重要性，其理至明。

- ▶ **罰金等臨時措施法** 為補充完善明治時代的刑法典在當時應用上之不合理，而制定了罰金等臨時措施法（昭和23年制定，昭和47年修改）。對於刑法的犯罪，除第152條之罪外，法定刑的上限提高到200倍。本書為方便起見，決定以臨時措施法的金額來表示。

第一章 危害生命、身體之罪

I 總論

1. 概說

「典型的」犯罪類型 在刑法的議論中，可以說一直認為危害生命、身體之罪，特別是殺人罪是最典型的犯罪類型。總論的主要立論，例如因果關係和未遂、錯誤等很多以殺人為例。也就是說在個人法益中，將最重要的生命、身體作為本章保護法益的犯罪類型時，也必須注意到具有知其所以然的特殊性。

人與胎兒 對生命、身體的犯罪，客體限於人與胎兒¹⁾。但人與胎兒有著明確的區別。本章的罪是由侵害人之生命的殺人罪與侵害身體的傷害罪，進而關於這些罪的過失犯，使身體帶來危險的暴力罪，使需要扶養之人的生命、身體產生危險的遺棄罪，以及侵害胎兒生命、身體或置胎兒於危險境地的墮胎罪等共同構成。

本章的結構，首先第1節規定，侵害他人生命之罪²⁾的殺人罪（第199條）及其加重規定的害尊親屬（第200條）以及預備罪（第201條），

1) 雖同樣稱之為生命、身體，而殺害狗、貓等則該當損壞（傷害）器物，但這僅限於有主人的。因殺害寵物（愛畜）與損壞其人所有物同等看待的緣故。殺害使負傷都是構成要件。

2) 日常談話中將殺人的犯罪行為總稱為「殺人犯」。刑法上大體分為①有殺意的殺人罪；②有傷害（或者暴力）之故意而無殺意的傷害致死罪；③連傷害故意都沒有的過失致死罪。①處死刑、無期或3年以上徒刑；②處2年以上有期徒刑；③處罰金（但業務上過失致人死傷罪處5年以下徒刑），其處斷有著顯著差別。這反映了責任譴責的分量之差別，但必須注意①②③在客觀的構成要件要素特別是實行行為中也有差別。

進而關於有被害人同意的特別規定（第202條後段）與處罰參與自殺行為的犯罪類型（第202條前段）³⁾等。其次第2節規定了侵害他人身體的傷害罪（第204條），作為結果加重犯的傷害致死罪（第205條），以及給身體帶來危險的暴力罪（第208條）⁴⁾。第3節就由於過失對生命、身體產生侵害行為的過失傷害罪（第209條）與過失致死罪（第210條），分別在業務上場合與重大過失場合制定了加重刑罰之規定（第211條）。第4節以成爲人之前的「生命體」胎兒爲中心，規定了保護母體等的墮胎罪（第212～216條）⁵⁾。最後，規定了對應予保護、扶養的人，由於不盡其責而使其生命、身體產生危險的遺棄罪（第217、218條）。

| | | 侵害 | 有侵害危險 |
|----|----|-----------------|-----------------|
| 人 | 生命 | 殺人 | 遺棄 (暴力) |
| | 身體 | 傷害 | |
| 胎兒 | 生命 | 墮胎 ^① | 墮胎 ^② |
| | 身體 | * ^③ | |

也處罰過失犯：

- ① 殺害胎兒於母體內
- ② 使在自然分娩期以前生產（早產）
- ③ 傷害胎兒問題

犯罪的處理狀況 本章的罪與財產犯併列是依據實際調查案件和有罪人員占非常多的犯罪類型。

表1 危害生命、身體之罪（1993年）（單位：人）

| | 殺人 | 傷害 | 暴力 | 殘兇 | 過失致死傷 | 墮胎 | 遺棄 |
|---------------------|-------|--------|-------|-----|---------|----|----|
| 拘留調查人員 | 1,190 | 22,235 | 6,570 | 271 | 661,315 | 0 | 26 |
| 起訴人員 | 714 | 11,786 | 2,372 | 39 | 99,687 | 1 | 5 |
| 不起訴 | 1,275 | 4,758 | 1,812 | 2 | 507,673 | 0 | 41 |
| 移送家事法庭 ^① | 60 | 8,754 | 994 | 280 | 54,760 | 0 | 5 |
| 有罪人員 ^② | 572 | 3,224 | 164 | 5 | 5,441 | 1 | 3 |
| 無罪人員 ^③ | 0 | 3 | 0 | 0 | 10 | 0 | 0 |

① 作為少年案件移送家事法庭。

②③ 依據通常第一審程序，不包括上訴審和簡易程序。以下各表亦同。

3) 除殺人預備，都處罰未遂行為（第203條）。

4) 昭和33年，在暴力罪之後新規定了兇器準備聚集罪。

5) 墮胎罪只限於故意犯，不處罰過失性侵害。結果就產生了處罰的真空。

2. 人的意義

(1) 刑法上的「人」

本章中的人 危害生命、身體之罪的客體是「人」⁶⁾。殺人罪（第199條）處罰「殺人者」，傷害罪（第204條）處罰「傷害人的身體者」。刑法上的人與自然科學意義上的「人」不同。當然，雖以此為前提，但加進了法律性判斷。人的意義，似乎便可一目了然，但實際上卻仍存在著問題。

首先，(1)危害生命、身體之罪的客體限於自然人，不能包括法人。依據犯罪類型，雖然法人也可包括在人之範圍內（如毀損名譽罪等），但實際上卻無法想像對法人加以殺害或傷害之情形，因此加以除外。其次，(2)限於他人。就是說，即便是殺害自己也不構成殺人罪。自殺，當然也包括未遂，依法不能給予處罰⁷⁾（但幫助自殺的行為應予以處罰）。(3)本章的人不包括胎兒。即或用藥物等傷害胎兒也不構成傷害罪。雖其胎兒帶著傷殘生下來，或出生後因其傷殘而引起死亡之結果時，是否構成傷害罪和傷害致死罪是個問題。但始終不能就此認為對胎兒本身的傷害或殺害。只有胎兒才是墮胎罪的對象。

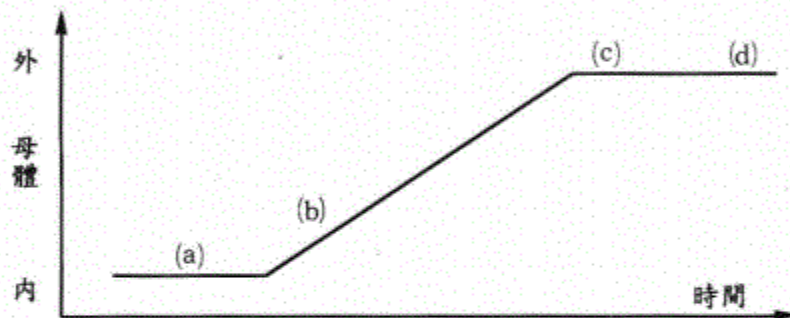
(2) 人的始期

四種學說 關於從胎兒轉變成「人」之時點，一般解釋有以下四學說之對立。認為從最早之時成為「人」的是(a)開始分娩（陣痛）說，一般認為這是德國的通說。這是規定殺害嬰兒罪較之通常殺人罪量刑輕的德國解釋（關於婚外子女的西德刑法第217條），在日本不能照本宣科。此見解

6) 墮胎罪的客體除外。

7) 帶領孩子隨同父母自殺之所謂強迫一同自殺，只不過是殺人罪。相互間真正同意的全家一同自殺，以第202條處罰之。

即使處於分娩中也成立殺害嬰兒罪。其次，胎兒成為人的時期較早的是(b)部分露出說，即或胎兒身體之部分露出於母體之外即成為人。一般認為這是刑法領域中的通說（大塚第8頁，大谷第9頁）。與此相反，在民法領域中作為通說的是(c)全部露出說，考慮到可稱之為權利主體的人，應重視身體全部露出於母體之外的時點（平野《犯罪論的諸問題下》第261頁，小暮編（町野）第15頁）。另外也還有認為值得作為人予以熱心保護的是從其自己開始呼吸之時的(d)獨立呼吸說（大場《刑法各論上》第27頁）⁸⁾。



部分露出說 部分露出說的論據在於有可能對露出部分獨立地直接給予危害這點。案例有大判大正8年12月13日（刑錄第25集第1367頁）對強壓從母體露出一部的嬰兒面部予以殺害的案件，以殺人罪處斷⁹⁾。本章的人，是以殺人罪、傷害罪來保護較之胎兒更應妥善地保護其生命、身體的客體。因此，即使是部分的，在母體外，如達到其生命、身體以獨立地直接地受到侵害之時，就應作為人予以保護。不過，有學者批判該學說指出，對母體內的胎兒也能以插入器具等「直接」加害。但這裡重要的是「在母體外的侵害」這點。對在母體內的侵害則包括在墮胎罪內。還有的批判說，如果一旦露出一部後又返回母體內而不算作人則不合乎情理（小暮編（町野）第14頁）。然而，一時露出於母體外的胎兒，由於某種原因又完全隱於母體內之後，如加以侵害則作為墮胎處斷。較之這種特殊情況

8) 通常被認為是割斷臍帶的時點，但有的指出，實際上在更早的時點上就開始了獨立的呼吸。

9) 但需注意，案件是全部露出後也施以殺害行為，部分露出說只是次要論點。

之不合理性，莫如說殺害大致全身露出於母體的嬰兒而作為墮胎（全部露出說）之不合理性要更大得多。

獨立的生存能力 那樣的話，從母體露出一部分就都算作人麼？當然，如殺害早產嬰兒無疑構成殺人罪。那麼，結束由墮胎但活著被排出於母體外的胎兒（孩子）生命之行為該怎樣來處斷？關於這點，大判大正11年11月28日（刑集第1卷第705頁）對於即便是打胎但卻因產下之嬰兒窒息死亡的案件，認為成立殺人罪¹⁰⁾。此判例因係關於妊娠9個月的墮胎，結論絕不是不合理的。然而，儘管在醫學上想盡辦法，胎兒在母體外也不可能生存時是否也算是殺人罪？明治時代的判例判定，即或在醫學上無生長可能性也是「人」，因而成立殺人罪¹¹⁾。如將這種看法套用於現在，就是在優生保護法上墮胎被視為正當的情況下，在墮胎之胎兒活著出生時，也有成立殺人罪或遺棄致死罪之虞，也很可能被認為是殺人之未必故意以及遺棄的故意。因為無生長可能性的胎兒必然死亡。可是這樣，可以說墮胎罪之存在本身和優生保護法的違法阻卻意義就無法存在（小暮編（町野）第15頁，平野《犯罪論的諸問題下》第265頁）。

具體的解決 為了迴避這種不妥適之外，必須採取這種解釋：在母體外沒有可能獨立生存時，不能作為殺人罪客體的「人」（小暮編（町野）第16頁）。醫學技術日益進步，有滿23週出生的超早產兒存活例的報告。於是，在優生保護法上將未滿24週解釋為「不能於母體外獨自生長的時期」（優生保護法第2條第Ⅱ項），而最近報導說應改為未滿22週。如此，再加上法律之穩定性觀點來看，不能不認為未滿22週，就不得以殺人罪來保護的「人」。這期間，使之排出於母體外的行為，以墮胎罪來保護。墮胎結果排出於母體之外，其後死亡，則不得不視為墮胎罪。22週以後被排出於母體之外，在活著露出一部分之時起則成為人。若以打胎行為

10) 是殺人與墮胎之併合罪。同樣意旨見東京高判昭和28年5月25日判例（東京刑時報第3卷5號第216頁）。

11) 大判明治43年5月12日判例（刑錄第16輯第857頁）。但這是生下7個月早產兒的母親於分娩後使之窒息死亡的案件。

時的傷害原因，胎兒排出於母體外不久即死亡的罪責，為墮胎罪所吸汲。

▶關於這點，最決昭和63年1月19日（刑集第42卷1號第1頁）認為是對墮胎後生產的胎兒的遺棄罪。對父親17歲母親16歲的夫婦間滿26週、重1,000克的胎兒，排出於母體之外而放任不管，使其在54小時後死亡的案件，認為施行墮胎手術的醫師，於其業務上墮胎之外又加上保護責任之遺棄致死罪和屍體遺棄罪。此案件係針對有充分可能生存的嬰兒，當然成立遺棄致死罪。

▶母體外「胎兒」的保護 墮胎結果，如第三人違反雙親意思，殺害排出於母體外的胎兒，該如何處理？未經雙親同意，利用胎兒、胚胎、授精卵進行實驗、製造藥品行為之刑事處罰，隨著人工授精技術之發展而成為問題。在現行法之下，雖然不合乎情理也並非不可以考慮依據損壞器物罪（第261條）予以處罰。然而，這是現行刑法沒有預料到的事態，有必要使問題更加明顯化階段的立法來加以處理¹²⁾。

(3)人的終期

死亡法的意義 欲使身負重傷瀕臨死亡的人終止病痛，而以手槍射向活著的人，被認為是殺人罪的實行行為。但是，其人如果已經死亡，即使向屍體開槍，也絕對不能產生死亡之事，甚至連殺人未遂也不能夠成立¹³⁾，只成立毀損屍體罪，客體是活著還是已死，對被告之人的刑事責任帶來很大影響¹⁴⁾。

然而，像這樣有關刑法上具有重要意義的生與死的界限，沒有法律的

12) 在英美，有將胚胎之人工操作等作為犯罪行為加以強制禁止的動向（中谷瑾子《生殖醫學的進步與刑事法上的諸問題》法學研究第61卷2號第168頁以後）。

13) 需注意：以為栩栩如生屍體是活著的人而開槍，判例認為是殺人未遂。

14) 東京高判昭和62年7月30日（判例第246號第143頁）關於因挨罵而惱怒的被告人，將被害人頭部撞擊路面殺害之後，為使難於辨別身分，用紙箱紙裹其臉面焚燒毀容的案件，認為即或生死不明，也不影響毀損屍體罪。因為從一般人來看，如係「屍體」，則成立毀損屍體罪。在燒毀顏面之時，尚有活著的懷疑，如在「人」的面部點火，成立傷害罪，如係「屍體」則成毀損屍體罪。