

当代世界学术名著

法学译丛·刑法系列



刑法讲义总论

新版第2版

[日] 大谷实 著

黎宏 译

 中国人民大学出版社

著作权合同登记号

图字：01-2007-4718号

题 记

◎ 《刑法讲义总论》是日本目前最为畅销的刑法教义学教科书，内容涵盖全面，分析入微，堪称日本当今刑法学界通说见解之集大成和刑法体系书之典范。

◎ 本书内容的基本特点是，从犯罪的本质是违反社会伦理规范的法益侵害行为的立场出发，超越当代日本刑法学中长期以来所存在的行为无价值论和结果无价值论之争，将国民的法律感情作为刑法解释的重要参照，并且将这种基本考虑贯彻到对每一个具体问题的分析当中。

◎ 本书自问世以来，历经修订，行销二十余年。作者大谷实教授是当今日本刑法学界的代表性学者之一，曾任同志社大学教授、日本司法考试考查委员、日本学术会议会员、法制审议会委员等要职，现任学校法人同志社理事长。

策划编辑 郭燕红 杜宇峰
责任编辑 曹江红 何娜 洪 荞 黄丽娟
装帧策划 徐力坚
封面设计 罗 洪
版式设计 赵星华

ISBN 978-7-300-08922-5



9 787300 089225 >

ISBN 978-7-300-08922-5/D · 1742

定价：52.00元



当代世界学术名著

法学译丛·刑法系列

刑法讲义总论

新版第2版

[日] 大谷实 著

黎宏 译

 中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法讲义总论 新版第2版 / [日] 大谷实著; 黎宏译.

北京: 中国人民大学出版社, 2008

(当代世界学术名著/法学译丛·刑法系列)

ISBN 978-7-300-08922-5

I. 刑…

II. ①大…②黎…

III. 刑法-研究-日本

IV. D931.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 009403 号

刑法讲义总论 新版第2版 / 大谷实

ISBN: 978-4-7923-1756-0 C3032

© 2007 M. Ohya

当代世界学术名著

法学译丛·刑法系列

刑法讲义总论

新版第2版

[日] 大谷实 著

黎宏 译

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 北京新丰印刷厂

规 格 155mm×235mm 16开本

版 次 2008年1月第1版

印 张 33插页2

印 次 2008年1月第1次印刷

字 数 545 000

定 价 52.00元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

“当代世界学术名著” 出版说明

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

我社历来注重对国外哲学社会科学成果的译介工作，所出版的“经济科学译丛”、“工商管理经典译丛”等系列译丛受到社会广泛欢迎。这些译丛多侧重于西方经典性教材，本套丛书则旨在译译国外当代学术名著。所谓“当代”，我们一般指近几十年发表的著作；所谓“名著”，是指这些著作在该领域产生巨大影响并被各类文献反复引用，成为研究者的必读著作。这套丛书拟按学科划分为若干个子系列，经过不断的筛选和积累，将成为当代的“汉译世界学术名著丛书”，成为读书人的精神殿堂。

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

中国人民大学出版社

译者序

本书是日本目前最畅销的刑法学教科书之一，本书作者大谷实教授是当今日本刑法学界的代表性学者之一，曾任同志社大学教授、日本司法考试考查委员、日本学术会议会员、法制审议会委员等要职，现任学校法人同志社理事长。

大谷刑法学的特点是，从犯罪的本质是违反社会伦理规范的法益侵害行为的立场出发，意图超越当代日本刑法学中所存在的行为无价值论和结果无价值论之争，实现二者的有机结合。

众所周知，在日本刑法学界，长期以来就存在两种不同观点的根本对立。早先，这种对立体现为有关犯罪本质上的客观主义和主观主义之争。客观主义将犯罪的外部行为和作为结果的实际损害以及危险的大小作为刑法评价对象，相反地，主观主义则将犯罪的外部行为和作为结果的实际损害当中所体现出来的行为人的性格、人格、动机等反社会性作为刑法的评价对象。进入上个世纪60年代之后，以修改刑法讨论为契机，传统的客观主义和主观主义之争便销声匿迹了，取而代之的是所谓结果无价值论和行为无价值论之争。这场争论，堪称日本战后刑法学领域当中，影响最大、持续时间最长的学派之争，几乎所有的学者都被卷入其中。争议的起点，虽说源自对刑事违法性理解的不同，但实际影响却并不局限于违法性的理解，在构成要件论、责任论等问题上，也形成了尖锐的对立。

结果无价值论，以认为违法性的本质在于侵害或者威胁法益的法益侵害说为基础，以“结果”为中心，考虑行为是否违法即是否具有社会危害性。这种见解的思考方式是，首先考虑行为对被害人造成了什么样的危害结果，然后由此出发，追溯该结果是由谁的、什么样的行为所引起的，由此来判断行为是否具有社会危害性。打个比方来说，就好像是将一部纪录片倒过来看，从结尾回溯所发生的事件的全过程。所谓“无价值”，就是“从刑法的立场来看，没有价值”，“违反刑法所意图保护

的价值”。所谓结果无价值论，就是说“该行为引起了结果（侵害法益），所以，被评价为没有价值”。它是从被害人的角度来分析行为的违法性的见解。

结果无价值论的根据是：第一，刑法的根本目的在于保护法律所保护的利益即法益，而不是维持社会伦理规范；第二，从刑法适用谦抑的原则出发，只能把在客观上侵害或者威胁了法益的行为认定为违法，而没有侵害法益或者根本就没有威胁法益危险的行为，则不能被认定为违法；第三，在价值多元的现代社会，将是否背离社会伦理规范作为违法性的判断标准的话，会模糊刑法和伦理道德的调整范围，违反罪刑法定原则；第四，行为人的故意、过失等主观要素对法益侵害的判断没有影响，应当将其考虑为“责任”问题，而且，这样做的一个最直接的好处是，能将违法判断和责任判断明确地区分开来，在犯罪认定上，具有其合理性。

相反地，行为无价值论，以认为违法性的本质在于违反法秩序的规范违反说为基础，以“行为”为中心，考虑行为是否违法。这种见解的思考方式是，首先考虑行为人出于什么样的意图、实施了什么样的行为，然后再考虑该行为引起了什么样的结果，也就是按照时间的发展顺序来考察行为的进程。仍以上述看纪录片的情形打比方的话，就是按照片子的正常顺序，从头开始观看事件的发生、发展以及最终结果的全过程，因此，行为无价值，就是“因为该行为违反了社会一般人的观念即伦理规范，因而被评价为无价值”，即它是从加害人即行为人（而不是被害人）的角度来分析行为的违法性的见解。

但是，完全抛开结果无价值不管的行为无价值论，和认为行为是行为人的主观恶性的外在表现，只要有体现行为人主观恶性的危害行为，就能考虑行为人的行为是否构成犯罪的的主观主义刑法并无二致，而且，就刑法中所规定的、因为造成了某种具体结果所以构成犯罪的结果犯而言，行为无价值的考虑，明显是不妥当的，有违反罪刑法定原则之嫌，因此，在日本，纯粹的行为无价值论极为罕见，更多的是以结果无价值为基础，同时也一并考虑行为形态、行为人的主观要素等行为无价值因素的所谓“二元论”或者说是“折中说”。按照这种观点，刑法上的实质违法性，是违反社会伦理规范（或者偏离社会相当性）的法益侵害或者危险。

大谷刑法学的核心，从分类上看，当属上述“二元论”的范畴。这一点，从其有关犯罪本质问题的叙述当中，就能窥豹一斑。他说：“我

认为，刑法的目的是通过保护法益来维持社会秩序。侵害法益的行为无非是对实现这一目的来说有害的行为，所以，刑法上的有害行为，是侵害法益或威胁法益的行为，所谓社会意义上无价值的行为就是这种行为（结果无价值论）”。“但是，刑法是以社会伦理规范为基础的，被称为犯罪的行为，仅仅对法益有侵害或危险还不够，还必须违反了社会伦理规范。因此，离开社会伦理规范来把握犯罪本质的法益保护主义的见解并不妥当，必须根据社会伦理主义来对法益保护主义进行修正。这样说来，所谓犯罪，就是违反社会上的一般人当然应当遵守的社会伦理规范的侵害法益的行为，以及具有侵害法益的危险的行为”，并力图通过上述见解，消除法益侵害说和社会伦理规范说之间的对立。

这种“二元论”的根据是：第一，虽说刑法的目的在于保护法益，但是，从中并不能推导出犯罪的本质就是侵害或者威胁法益的结论来；第二，刑法是以刑罚制裁为后果的法律，和采用损害赔偿或者行政处分等手段保护法益的民法、行政法之间具有极大的不同，因此，不应当把所有的侵害法益的行为都看作为违法，而只应将“违反社会伦理规范”的侵害法益行为看作为违法；第三，结果无价值论重视刑法所具有的面向法官的评价规范的一面，而忽视了其作为面向社会一般人的命令、禁止的行为规范的一面，因而不妥；第四，在违法性的判断当中，有时候，不考虑行为人的主观要素的话，就难以做出准确的结论来，特别是目的犯、倾向犯、表现犯的场合，不考虑行为人的特定目的、特定的内心倾向以及心理过程等所谓超过的主观要素，就无法判断其上述行为是否成立犯罪。

这样说来，在日本，所谓行为无价值论和结果无价值论之争，实际上是在违法性的判断上，是坚持结果无价值的“一元论”，还是坚持在结果无价值之外，还要考虑行为无价值的“二元论”之间的对立，纯粹的行为无价值论和结果无价值论之间的对立并不存在。就历来的学说和判例所主张的观点来看，“二元论”占据优势地位，特别是在近年来，通过一系列的刑事立法，“二元论”有进一步巩固的趋势。当然，这和日本现实的社会局势、刑事立法体系以及历来的社会观念等因素有关，这里不多加多述。

大谷教授的这套刑法教科书的初版于1987年在日本成文堂出版公司面世，迄今为止，已经历时20载。中间屡经修改，内容不断丰富，观点日臻成熟，格式愈加完美，成为当代日本刑法学界的代表性教科书。本书的2000年版，已经译者翻译成中文，由法律出版社于2003年

出版。当时，笔者擅自做主，将原著中的注释等枝蔓内容悉数删除。这种做法，虽然降低了本书的出版成本，迎合了中国读者的阅读习惯，但是，也大大地降低了原书的学术性，破坏了原书的整体风貌。故在无论是内容还是形式均与2000年版具有极大不同的2007年版教科书出版之后，原书作者大谷实教授特地将该书寄送给我，希望能够在维持原书风貌的情况下，对2000年版的译本进行修订。这样，便有了大谷教授2007年版教科书的中文译本的问世。

在修订本书的过程当中，承蒙我指导的硕士研究生杨延军同学通阅全稿，并提出不少宝贵建议；在版权转让过程当中，日本成文堂出版公司法人代表阿部耕一、总经理土子三男、编辑部长本乡三好提供了极大的帮助；在编辑出版的过程中，中国人民大学出版社的编辑们进行了富有效率的筹划和校订。在此谨记上述各位，一并致以衷心的感谢。

受译者的能力所限，书中难免会有不尽如人意之处，欢迎大家不吝批评指教！

译者

2007年12月 于日本横滨

新版第2版序

本次修订，虽说主要目的是将排版格式由竖排改为横排，但也借此机会，增加了一些近年来引人注目的重要判例，并尝试对一些旧判例进行了替换。另外，鉴于近年来刑事立法以及学说的动向正在发生重大变化，再次对本书全部内容进行审阅，对叙述的内容以及表达进行彻查，对一些不准确或者不合适的地方进行了修订。作为教科书，如果诸位觉得本书内容恰如其分的话，则是作者的望外之喜。

修改之际，在我的研究室里深造、现在同志社大学法学部担任兼职教师的绪方步小姐对判例和学说的整理竭诚鼎力襄助；成文堂的董事长阿部耕一、经理土子三男以及编辑部的诸位提供了关照。在此谨记上述诸位，一并致以谢诚。

大谷实

2007年3月

初版序

本书是和拙著《刑法讲义各论》相对应的。在本书中，笔者也采用了吸收最新展开的理论，结合司法实践，进行系统论述的方法。另外，在刑法学中，目前，以“是行为无价值还是结果无价值”的问题为中心，存在根本上的对立，我从仅凭上述任何一方的观点都难以解释现行刑法的立场出发，在理论上作了一些尝试。作为刑法理论，虽说无论从哪一种立场出发，都能够主张其正当性，但是，我认为，既然刑法总论也是刑法解释论，则其理解就不能离开现行刑法和支撑现行刑法的国民的法律感情。

从以上立场出发，我对刑法总论中的问题进行全面解说，并表明了自己的观点。但是，在解释的各个结论上，很多都是遵循了现有的学说、判例的见解，这恐怕难逃缺乏独创性之评，但是，大胆的提议也并非完全没有，而且在做这种提议的时候，也修改了若干我过去所发表的见解。对此，各位读者如果能发表批判意见的话，则是我的荣幸。

本书得以问世，受到了许多人的帮助，特别是法务省刑事局的检察官纯男先生和河村博先生给予了很多的指点。本书中，不少地方是根据他们二人的提醒而修改的。帮助撰写各论的同志社大学副教授赖川晃、冲绳国际大学副教授三宅孝之、京都产业大学副教授藤冈一郎、大谷大学讲师青木纪博、京都法学院讲师川本哲郎以及同志社大学大学院法学研究科的研究生松原久利等，也直接或者间接地参与了本书的工作。另外，成文堂的总经理阿部耕一先生以及成文堂的编辑部长土子三男先生，在本书的出版过程中，也给予了充满诚意的鼓励和帮助。在此谨记以上各位，以志谢忱。

作者

1986年3月

凡 例

一、判例

1. 引用判例的略称，按照以下举例

(1) 大判大 4、10、28 刑录 21、1475→大审院判决大正 4 年 10 月 29 日大审院刑事判决录第 21 辑第 1745 页。

(2) 最判(决) 昭 27、12、25 刑集 6、12、1387→最高裁判所判决(决定) 昭和 27 年 12 月 25 日最高裁判所刑事判例集第 6 卷第 12 号第 1387 页。

(3) 东京高判昭 30、5、19 高刑集 8、4、568→东京高等裁判所判决昭和 30 年 5 月 19 日高等裁判所刑事判例集 8 卷 4 号 568 页。

(在原文引用大审院判例的时候，将片假名变换为了平假名，并加入了适当的标点符号。)

2. 略语

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
裁判例集	最高裁判所裁判集刑事
高刑集	高等裁判所刑事裁判集
裁特	高等裁判所刑事裁判特报
判特	高等裁判所刑事判决特报
东时	东京高等裁判所刑事裁判判决时报
一审刑集	第一审刑事裁判例集
下刑集	下级裁判所刑事判例集
裁时	裁判所时报
刑月	刑事裁判月报
判时	判例时报
判夕	判例タイムズ

新闻	法律新闻
评论	法律评论

二、法令

法令的简称按照一般的用法。另外，《修改刑法草案》简写为“草案”。

三、杂志、学说

杂志，除了ジュリスト简称为“ジュリ”，法学セミナー简称为“法セ”，法学教室简称为“法教”之外，其他都不用略称。另外，二次以上出现的著作作者以及论文的执笔者的名字，在第二次以后，只是标明“姓氏”。学说，以“文献”栏的作者名加以引用。

四、教科书

各论 大谷实《新版刑法讲义各论》（第2版，2007）

判例讲义 大谷实编《判例讲义刑法》I 总论（2001），II 各论（2002，悠悠社）

青柳 青柳文雄《刑法通论 I 总论》（1967，泉水堂）

浅田 浅田和茂《刑法通论》（2005，成文堂）

阿部 阿部纯二《刑法总论》（1997，日本评论社）

井田 井田良《刑法总论的理论构造》（2005，成文堂）

植松 植松正《再订刑法概论 I 总论》（1974，劲草书房）

内田 内田文昭《改订刑法I（总论）》（补正版，2002，青林书院）

大越 大越义久《刑法总论》（第2版，1996，有斐阁）

大塚 大塚仁《刑法概说（总论）》（第3版，1995，有斐阁）

小野 小野清一郎《新订刑法讲义总论》（增补版，1950，有斐阁）

香川 香川达夫《刑法讲义（总论）》（第3版，1995，成文堂）

柏木 柏木千秋《刑法总论》（1982，有斐阁）

川端 川端博《刑法总论讲义》（第2版，2006，成文堂）

吉川 吉川经夫《改订刑法总论》（改订版，1972，法律文化社）

木村、阿部 木村龟二、阿部纯二《增补刑法总论》（1978，有斐阁）

- 木村（光） 木村光江《刑法》（1997，东京大学出版社）
- 齐藤 齐藤金作《刑法总论》（改订版，1955，有斐阁）
- 齐藤信治 齐藤信治《刑法总论》（第5版，2003，有斐阁）
- 齐藤信宰 齐藤信宰《刑法讲义》（总论）（第3版，2006，成文堂）
- 佐伯 佐伯千仞《刑法讲义》（总论）（1944，弘文堂），《刑法总论》（4订版，1981，有斐阁）
- 佐久间 佐久间修《刑法讲义》（总论）（1997，成文堂）
- 庄子 庄子邦雄《刑法总论》（新版，1981，青林书院）
- 曾根 曾根威彦《刑法总论》（第3版，2000年，弘文堂）
- 泷川 泷川幸辰《犯罪论序说》（改订版，1947，有斐阁；复刻版，1981，法律文化社）
- 立石 立石二六《刑法总论》（第2版，2006，成文堂）
- 团藤 团藤重光《刑法纲要总论》（第3版，1990，创文社）
- 内藤 内藤谦《刑法讲义总论》（上）（1983），（中）（1987），（下）I（1991），（下）II（2002，有斐阁）
- 中 中义胜《讲述刑法总论》（1980，有斐阁）
- 中野 中野次雄《刑法总论概要》（第3版补订版，1997，成文堂）
- 中山 中山研一《刑法总论》（1982，成文堂）
- 西田 西田典之《刑法总论》（2006，成文堂）
- 西原 西原春夫《刑法总论》（1977，成文堂）
- 野村 野村稔《刑法总论》（补订版，1998，成文堂）
- 林 林干人《刑法总论》（2000，东京大学出版社）
- 平野 平野龙一《刑法总论》I（1972），II（1976，有斐阁）
- 平场 平场安治《刑法总论讲义》（1952，有信堂）
- 福田 福田平《全订刑法讲义》（第4版，2004，有斐阁）
- 福田、大塚 福田平、大塚仁《刑法总论》I（1979），II（1982，有斐阁）对谈刑法总论（上）、（中）、（下）（1987，有斐阁）
- 藤木 藤木英雄《刑法讲义总论》（1975，弘文堂）
- 前田 前田雅英《刑法总论讲义》（第4版，2006，东京大学出版社）
- 牧野 牧野英一《刑法总论上卷》（1958），下卷（1959，有斐阁），《日本刑法》上卷（重订版，1937，有斐阁）
- 町野 町野朔《刑法总论讲义I》（第2版，1995，信山社）
- 松宫 松宫孝明《刑法总论讲义》（第3版，2004，成文堂）
- 宫本 宫本英修《刑法大纲》（1935，弘文堂，复刻版，1985，成

文堂)

山口 山口厚《刑法总论》(补订版, 2005, 有斐阁)

山中 山中敬一《刑法总论 I、II》(1999, 成文堂)

裁职研 裁判所职员综合研修所《刑法总论讲义案》(3 订版, 1998, 司法协会)

五、注释书、讲座、判例解说、判例研究等

ポケット 小野清一郎、中野次雄、植松正、伊达秋雄《刑法(ポケット注释全书)》(第3版增补, 1989, 有斐阁)

注释 团藤重光编《注释刑法总则(1) — (3)》(1964—1969), 补卷(1)(2)(1974、1976, 全卷复刊版, 1991, 有斐阁)

大コン 大塚仁、河上和雄、佐藤文哉、石田佑纪编《大コンメソタール》(1) — (13)(第2版, 1994—2004, 青林书院)

刑事法讲座 日本刑法学会编《刑事法讲座》(1) — (7)(1952—1954, 有斐阁)

刑法讲座 日本刑法学会编《刑法讲座》(1) — (6)(1963—1964, 有斐阁)

现代刑法讲座 中山研一、西原春夫、藤木英雄、宫泽浩一编《现代刑法讲座》(1) — (5)(1977—1982, 成文堂)

刑罚法大系 石原一彦、佐佐木史郎、西原春夫、松尾浩也《现代刑罚法大系》1—7卷(1977—1982, 日本评论社)

刑法基本讲座 阿部纯二、板仓宏、内田文昭、香川达夫、川端博、曾根威彦《刑法基本讲座》第1卷(1992—1994, 法学书院)

现代展开 I、II 芝原邦尔、堀内捷三、町野朔、西田典之编《刑法理论的现代展开总论》I(1988), II(1990, 日本评论社)

现代刑法论争 I 植松正、川端博、曾根威彦、日高义博《现代刑法论证 I》(第2版, 1997, 劲草书房)

エキサイティング 大谷实、前田雅英《エキサイティング刑法(总论)》(1999, 有斐阁)

刑事判例评释集 刑事判例研究会《刑事判例评释集》第1—第50卷(1941—2000, 有斐阁)

刑法判例研究 1 长岛敦、白井滋夫《刑法判例研究 1》(1966, 大学书房)

刑法判例研究 2 白井滋夫、前田宏、木村荣作、铃木义男《刑法判例研究 2》(1968, 大学书房)

刑法判例研究 3 白井滋夫、木村荣作、铃木义男《刑法判例研究 3》(1975, 大学书房)

判例刑法研究 藤永幸治、河上和雄、龟山继夫《刑法判例研究》(1981, 东京法令出版)

判例刑法研究 西原、宫泽、阿部、板仓、大谷、芝原编《判例刑法研究》1—8 卷(1980—1983, 有斐阁)

刑法的基本判例 芝原邦尔编《刑法的基本判例》(1989, 有斐阁)

百选 I 芝原邦尔、西田典之、山口厚编《刑法判例百选 I 总论》(第 5 版, 2003, 有斐阁)

百选 II 芝原邦尔、西田典之、山口厚编《刑法判例百选 II 总论》(第 5 版, 2003, 有斐阁)

刑法的争点 西田典之、山口厚编《刑法的争点》(第 3 版, 2000, 有斐阁)

目 录

第一编 刑法的基础

第一章 刑法和刑法学	3
一、刑法的意义	3
二、刑法的社会机能	6
三、刑法和社会伦理规范	9
四、刑法学	11
第二章 近代刑法学的历史	13
第一节 启蒙时期的刑法理论	13
一、西洋中世纪刑法的特征	13
二、启蒙思想和刑法理论	13
三、启蒙思想和刑事立法	15
第二节 近代刑法学的展开	16
一、报应刑论	16
二、古典学派和近代学派	18
三、学派之争及其终结	20
四、20 世纪的刑事立法	22
第三节 我国的历史展开	24
一、到旧刑法为止	24
二、旧刑法、现行刑法	25
三、第二次世界大战以后	27
第三章 刑法理论	32
第一节 犯罪理论	32
一、犯罪论的基础	32
二、犯罪的本质	34
第二节 刑罚理论	36

一、有关刑罚理念的对立	36
二、刑罚的本质	37
三、刑罚的机能	39
四、刑罚的种类	42
第四章 刑法的渊源和解释	44
第一节 罪刑法定原则	44
一、意义和沿革	44
二、罪刑法定原则的内容	46
第二节 刑法的渊源	48
一、法律原则	48
二、刑罚法规内容妥当的原则（实体的正当程序原则）	52
第三节 刑法解释	56
一、禁止类推解释	56
二、类推解释的许可	59
第五章 刑法的适用范围	60
第一节 刑法的时间适用范围	60
一、时间适用范围的意义	60
二、犯罪后法律变更刑罚的场合	62
三、限时法	65
第二节 刑法的空间适用范围	67
一、概说	67
二、空间适用范围	68
三、外国判决的效力	72
四、犯人的引渡	73
第三节 刑法对人的适用范围	73
一、意义	73
二、适用上的例外	74
第四节 刑法对事的适用范围	75

第二编 犯罪

第一章 犯罪论	79
第一节 犯罪的概念	79
一、犯罪的意义	79
二、犯罪的成立条件	80

三、排除犯罪性的事由	82
四、犯罪的本质	83
第二节 犯罪论的体系	85
一、犯罪论体系的意义	85
二、犯罪要素的体系化	86
三、形式的犯罪论和实质的犯罪论	87
四、犯罪的种类	89
第三节 行为	90
一、概说	90
二、有关行为的各种学说	91
三、刑法中的行为	93
第二章 构成要件	97
第一节 构成要件的概念	97
一、构成要件的意义	97
二、构成要件的机能	101
三、构成要件的种类	103
第二节 构成要件要素	105
一、构成要件符合性和构成要件要素	105
二、客观的构成要件要素	107
三、主观的构成要件要素	116
四、构成要件要素的分类	120
五、构成要件的解释	122
第三节 构成要件符合性	124
第一款 实行行为的意义	124
一、构成要件符合性的意义	124
二、实行行为	124
第二款 不作为犯	126
一、概说	126
二、不真正不作为犯的成立要件	133
第三款 间接正犯	141
一、正犯和共犯	141
二、间接正犯的要件	142
三、间接正犯的成立范围	143
四、亲手犯	147

第四款 故意	148
一、故意的概念	148
二、故意的成立要件	149
三、未必的故意	154
四、故意的种类	156
五、事实错误排除故意	159
第五款 过失	175
一、概说	175
二、过失犯的成立要件	178
三、过失的种类	186
四、过失的竞合	187
五、结果加重犯	190
第六款 因果关系	192
一、因果关系的意义和机能	192
二、因果关系的理论	194
三、因果关系的判断方法	199
四、判例的态度	207
五、不作为的因果关系	210
第三章 排除犯罪性事由	212
第一节 排除违法性事由	212
第一款 违法性的概念	212
一、违法性的意义	212
二、违法性的实质	213
三、违法要素	217
四、违法性的判断	221
第二款 排除违法性	224
一、排除违法性的意义	224
二、排除违法性事由的种类	225
第三款 正当行为	227
一、概说	227
二、法令行为	228
三、劳动争议行为	229
四、业务行为	232
五、其他正当行为	233

第四款 正当防卫	252
一、概说	252
二、正当防卫的成立条件	254
三、防卫过当	266
四、假想防卫	268
五、《盗犯等防止法》中的特别规定	271
第五款 紧急避险	272
一、概说	272
二、紧急避险的成立条件	274
三、避险过当、假想避险	279
第二节 排除责任事由	280
第一款 责任的概念	280
一、责任的意义	280
二、责任的本质	283
三、责任要素	287
四、责任判断	288
第二款 责任能力	290
一、责任能力的意义	290
二、无责任能力、限定责任能力	292
三、原因自由行为	299
第三款 作为责任要素的故意和过失	306
一、故意	306
二、过失	307
第四款 违法性意识的可能性	308
一、违法性意识的意义	308
二、有关违法性意识的学说	309
三、违法性意识的可能性	312
四、违法性错误	314
第五款 期待可能性	321
一、期待可能性的意义	321
二、根据期待可能性而排除、减轻责任的事由	323
三、期待可能性的判断标准	324
四、期待可能性的错误	326
第四章 构成要件的修正形式	327

第一节 未遂犯	327
第一款 概说	327
一、犯罪实行的阶段类型	327
二、预备罪、阴谋罪以及未遂犯的处罚根据	330
第二款 未遂犯	330
一、概说	330
二、未遂犯的成立条件	331
三、对未遂犯的处罚	338
第三款 不能犯	338
一、不能犯的意义和种类	338
二、不能犯和未遂犯的界限	340
第四款 中止犯	349
一、概说	349
二、中止犯的成立条件	351
三、预备罪、阴谋罪的中止	357
四、对中止犯的处罚	358
第二节 共犯	358
第一款 共犯和正犯	358
一、共犯的意义和种类	358
二、正犯和共犯的区别	361
三、共犯的处罚根据	363
四、共犯的本质	365
五、共犯的从属性	368
第二款 共同正犯	372
一、概说	372
二、实行共同正犯的成立条件	373
三、共谋共同正犯	387
四、处分	393
第三款 教唆犯	394
一、教唆犯的成立要件	394
二、教唆犯的各种类型	400
三、处分	401
第四款 帮助犯（从犯）	401
一、帮助犯的成立条件	401

二、帮助犯和共同正犯、教唆犯的区别·····	405
三、帮助犯的各种类型·····	406
四、处分·····	408
第五款 共犯和身份·····	408
一、概说·····	408
二、真正身份犯和共犯·····	413
三、不真正身份犯和共犯·····	415
第六款 共犯的相关问题·····	418
一、不作为和共犯·····	418
二、共犯的错误·····	420
三、共犯和未遂·····	424
四、共犯的竞合、罪数·····	430
第五章 罪数 ·····	431
第一节 犯罪的个数·····	431
一、概说·····	431
二、本来一罪·····	433
第二节 科刑一罪·····	440
一、概说·····	440
二、观念竞合·····	441
三、牵连犯·····	445
四、有关科刑一罪的诸问题·····	448
第三节 并合罪·····	451
一、意义、要件·····	451
二、处分·····	452
三、单纯数罪·····	454
第三编 刑罚和保安处分	
第一章 刑罚的体系 ·····	457
第一节 刑罚和刑罚权·····	457
一、刑罚的本质和机能·····	457
二、刑罚权·····	457
第二节 刑罚的种类·····	459
一、概说·····	459
二、死刑·····	459

三、自由刑	463
四、财产刑	464
第二章 刑罚的适用	467
第一节 法定刑及其加减	467
一、法定刑与其轻重	467
二、法定刑的加重、减轻	468
三、累犯、惯犯	469
四、自首、坦白、自白	470
五、酌量减轻	471
六、加减规定	472
第二节 刑罚的裁量、宣告、免除	473
一、量刑	473
二、刑罚的宣告、免除	476
第三章 刑罚的执行和缓期执行	478
第一节 刑罚的执行	478
一、概说	478
二、死刑的执行	478
三、自由刑的执行	479
四、财产刑的执行	480
第二节 刑罚的缓期执行	480
一、刑罚缓期执行的意义	480
二、宣判缓期执行的条件	480
三、缓期执行的撤销	482
四、缓期执行的效力	482
第三节 假释	483
一、假释的意义	483
二、假出狱	483
三、假出场	484
第四章 刑罚的消灭	485
一、消灭刑罚权的事由	485
二、犯人死亡、法人消灭	485
三、恩赦	485
四、时效	486
五、刑罚的消灭	488

第五章 保安处分	490
一、保安处分的意义和沿革	490
二、保安处分的基础	492
三、保安处分和刑罚的关系	493
四、现行法上的保安处分	494
五、我国的保安处分问题	495
六、对心神丧失者等的医疗观察	497
七、保护处分	499

第一编

刑法的基础

- 第一章 刑法和刑法学
- 第二章 近代刑法学的历史
- 第三章 刑法理论
- 第四章 刑法的渊源和解释
- 第五章 刑法的适用范围

第一章 刑法和刑法学

一、刑法的意义

1. 刑法的概念

所谓刑法，就是有关犯罪和刑罚的法律。所谓犯罪，正如杀人罪、盗窃罪或者放火罪一样，是侵害人们社会生活的行为当中，成为刑罚处罚对象的部分（实质意义上的刑法）。所谓刑罚，正如死刑、徒刑、监禁、罚金一样，是对犯罪实施的国家制裁。规定犯罪和刑罚的法令（法律、政令、敕令、太政官布告、省令）是刑罚法规，其数量现在将近八百件，其中心，是六法全书当中，被作为《刑法》所收录的法律（形式意义上的刑法）。

刑法的定义 很多教材下定义说“刑法，是有关犯罪和刑罚（乃至保安处分）的法律”。所谓保安处分，是针对将来具有犯罪危险的人，为了防卫社会，根据法院的命令所强制实施的去除其危险性的治疗、改造等措施的制度。在外国的立法当中，有的在刑法典当中，规定了保安处分，但日本刑法当中，没有这种规定。另外，也有定义说“刑法，就是有关刑罚的法律”，但这并不妥当。¹

《刑法》，受欧洲大陆的影响，在明治40年（1907年）所制定、公布，第二年开始实施。这部法律，尽管随着时代的发展，被屡次修改，但在制定之后的近九十年间，没有太大的根本性变动。为了将《刑法》条文改为现代用语，使之通俗易懂，1995年制定、公布了《部分修改

1 前田，2页。

刑法的法律》，并于同年6月1日起实行，这样，就实现了对《刑法》的全面修改。修改后的法律就是现在的刑法，这部法律，系统地规定了有关犯罪和刑罚的基本内容，采用了法典的体裁，因此，也被称为“刑法典”。

法典 是将和各个部门法有关的基本事项按照编章结构，系统化为一个成文法的法律文件。法典中的条文，形成整体的国家法秩序的体系，在目的和手段、普遍和特殊的关系上，相互密切联系，按照一定顺序加以排列和分配。我国的基本法典，有宪法、民法、商法（含公司法）、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法，等等。

现行刑法典分为第一编“总则”和第二编“犯罪”（分则）。其中，“总则”是对刑法典和刑法典以外的法律所规定的犯罪都适用的共同规定，相反地，“犯罪”（分则）是有关杀人、抢劫、诈骗等个别犯罪的规定。本书所讨论的刑法总论，以现行刑法典的“总则”为中心，以分析犯罪的一般成立要件和刑罚的一般要素为目的。与此相对，刑法各论，除了讨论第二编“犯罪”中规定的杀人罪、盗窃罪等个别犯罪之外，还以探讨后述的、众多的特别刑法上的犯罪为目的。

2. 刑法的目的

刑法，尽管是对犯罪人科处死刑和徒刑之类的残酷刑罚的法律，但在其目的上，则有①为了维持社会秩序见解（社会秩序维持说）和②为了保护法律所保护的生活利益即法益的见解（法益保护说）之间的对立。社会秩序维持说所说的社会秩序，使构成社会的个人和团体等各种势力和元素处于安定、和谐状态。对于国民生活而言，最为重要的，就是社会生活在一定秩序之下保持安定，生命、自由以及财产之类的生活利益不被侵害，人们能够安全、放心地延年度日。社会秩序的稳定状态是社会生活的基础，国家正是从维持社会秩序是法律政策上最重要的事情的认识出发，不惜使用刑罚这种残酷的制裁来镇压犯罪。¹

相反地，法益保护说主张，刑法的目的在于保护个人的生活利益乃至法益，近年来，成为有力学说。² 确实，在如今的以个人尊严为价值基础的社会当中，保护个人生活利益，毫无疑问是最为重要的。而且，

1 福田，3页；大塚，5页；佐久间，5页。另外，前田，4页。

2 平野I，1页；曾根，2页；西田，29页；浅田，11页；井田，8页；山口，3页。

不保护国民的生活利益，社会秩序就难以被维持。因此，成立犯罪，侵害或者威胁法益必不可少。但是，应当说，并不是保护法益自身重要，通过保护生活利益来维持社会秩序才是刑法的最终目的。在此意义上讲，没有必要对所有侵害或者威胁法益的行为都作处罚，只要对偏离社会秩序框架的侵害、威胁法益行为进行处罚，就足够了。

3. 刑法的分类

刑法可以分为刑法典及其他刑罚法规。刑法典是所有的刑罚法规的基础，所以，又称为一般刑法（普通刑法）。与此相对，刑法典以外的刑罚法规被称为特别刑法。特别刑法，根据其规定宗旨的不同，又可以分为狭义的特别刑法和行政刑法（行政取缔法规）。前者，如《有关处罚暴力行为等的法律》，具有附属于刑法典、对刑法典起补充作用的特点，其规定的犯罪，大部分也和刑法典中规定的犯罪一样，以违反普遍的道德规范的行为为内容。而后者，如《道路交通法》，其所规定的行为不一定是道德上要受到谴责的行为，而仅仅是出于行政取缔的目的而将其规定为犯罪的情况。

狭义的特别刑法和行政刑法的区别是相对的、不断变动的。前者如“实施……的，处……”一样，采用了和刑法典相同的规定形式；后者，在法律的前半部分采用“必须实施……”或“不得实施……”的形式，先规定有关命令、禁止的规范（行为规范），后半部分则是“罚则”内容，其中，通常是以“违反……条的，处……”的形式规定刑罚法规。

4. 刑法的规范

刑法在规定犯罪和刑罚的场合，通常采用“杀人的，处死刑、无期徒刑或3年以上有期徒刑”（第199条）的形式，即，首先规定相当于犯罪的行为，然后规定与此相对应的刑罚。规定“杀人的”即前半部分是法律要件，规定“处死刑、无期徒刑或3年以上有期徒刑”的后半部分是法律效果。必须注意这一条文中包含有两种不同性质的规范：一种是以“不得杀人”为内容，以一般国民为对象的禁令（禁止规范、命令规范），另一种是以对违反该禁令而杀人的人，法院必须处以死刑、无期徒刑或3年以上有期徒刑为内容，以法官为对象的禁令。前者是行为规范，后者是裁判规范。

行为规范，以“必须实施……”或“不得实施……”之类的国家的命令、禁止为内容，裁判规范就是对法院或法官的命令或禁止。那么，行为规范和裁判规范之间是什么关系呢？我们再看一下“杀人的，处死刑、无期徒刑或3年以上有期徒刑”的规定吧！仅从本条文来看，其中

并没有写明“不得杀人”，所以，可以说，它是以法院为对象，命令对杀人者，必须判处死刑、无期徒刑或3年以上有期徒刑，而不得判处其他刑罚的规定。换句话说，刑法规范，在一方面，具有作为裁判规范的特征。

但是，国民是以刑罚法规的存在来规范自己的行为，这是毫无疑问的；同时，在理论上，认为该条文中也包含有作为裁判规范的前提即“不得杀人”的刑法上的行为规范的见解也是有其合理性的。不以对国民的行为规范，而仅以裁判规范为根据来说明处罚的合法性，从国民的一般法律感情来看，也是不允许的。从这种意义上讲，刑法在另一方面也具有行为规范的特征。这一点从前面所说的在行政取缔法规中，先规定“不得实施……”的行为规范的规定，而后规定“处……”的裁判规范的情况也能看出。只是，刑法上的行为规范基本上是和社会伦理规范一致的，所以不再在刑罚规范中明文规定“不得实施……”之类的行为规范，而仅规定有关裁判规范的内容。

这样，和刑法上的行为规范和社会伦理规范一致的犯罪被称为自然犯（刑事犯）。与此相对，和行政取缔法规一样在社会伦理上是中性的，但由于行政取缔的需要而将其规定为犯罪的情形，就是法定犯（行政犯）。

法定犯的自然犯化 一方面，刑法典中规定有密葬非正常死者罪（第192条）之类的、为了实现行政取缔目的而设计的犯罪，另一方面，在行政取缔法规中，也规定有《道路交通安全法》上所规定的酒后驾车罪（第65条第1款）之类的、在道德上也逐渐受到否定评价的犯罪（法定犯的自然犯化），因此，自然犯和法定犯的区别也是相对的。

二、刑法的社会机能

刑法，通过防止犯罪和保障个人基本人权来实现维持、发展社会秩序的目的，该目的通过刑法的社会机能来实现。所谓刑法的社会机能，是指刑法在社会上应当具有的机能和固有的作用，分为规制机能和维持社会秩序机能。

1. 规制机能

所谓规制机能，是规制国民行动的机能。刑法具有通过将一定的行为规定为犯罪，对该行为科处一定刑罚，表示该行为在法律上是不允许

的机能，同时，还具有不要实施该种行为的命令机能。前者是评价机能，后者是决定机能。刑法通过这些机能，规制国民不要实施犯罪，以达到防止犯罪的目的。

2. 维持社会秩序机能

刑法在具有规制机能的同时，也具有维持、发展社会秩序的维持社会秩序机能。所谓维持社会秩序机能，是指使构成社会的元素（个人和团体）之间的相互关系处于安定状态，以利于社会发展的机能。它可分为保护法益机能和保障人权机能。

（1）保护法益机能 所谓法益是法律所保护的利益，如杀人罪的保护法益是人的生命。在某种意义上讲，所有的法律都是以保护法益为目的的，但是，刑法在使用刑罚这种最残酷的制裁手段对法益进行保护的一点上具有特色。有力见解认为，刑法的维持、发展社会秩序的目的，可以通过保护国家道义的方式来实现。¹但是，在最大限度地尊重个人的“生命、自由及追求幸福的权利”（宪法第13条）的现代社会中，保护个人的“生命和生活”是法律价值的本原，个人的生活利益得不到保护，社会就会不可避免地陷入混乱状态。所以，对个人利益的直接或间接保护，对于维持社会秩序来说是必不可少的。

国家为了维持社会秩序，制定民法或商法等法律，形成整体的法秩序以保护法益，所有的法律都以保护法益为其任务。但是，刑法是以刑罚这种残酷的制裁作为手段的，不能轻易使用，只有在使用其他法律不足以对法益进行保护的场合，才将该侵害法益的行为作为犯罪进行处罚，由此而彻底实现对社会秩序的维护。刑法和其他的法的这种关系，被称为刑法的辅助性。刑法在使用以剥夺生命或自由为内容的刑罚这种强有力的手段来实现对法益的保护的一点上，具有和其他的法律不同的独特的保护法益的机能。法益保护机能可以分为一般预防机能和特别预防机能。所谓一般预防机能，是让社会上的一般人远离犯罪的机能；所谓特别预防机能，是让特定的犯罪人将来不要实施同样的罪行的机能。

（2）保障人权机能 所谓保障人权机能，是指通过明确地将一定的行为作为犯罪，对该行为科处一定刑罚，来限制国家行使刑罚权，由此使一般国民和罪犯免受刑罚权的任意发动而引起的灾难的机能，也叫保

1 小野，18页；团藤，37页。

障自由机能。保障人权机能也称“人权大宪章机能”，即刑法①是善良市民的人权大宪章，②是罪犯的人权大宪章，③是囚犯的人权大宪章。¹

(3) 谦抑原则 和保障人权机能相关，谦抑原则也应当受到重视。所谓谦抑原则是指，刑法不应将所有的违法行为都作为其对象，而应将不得已才使用刑罚的场合作为其对象的原则。² 正如所谓“最好的社会政策就是最好的刑事政策”（李斯特语）一样，仅靠刑法手段是不能抑制犯罪的。而且，刑罚是剥夺人的生命、自由、财产的极为残酷的制裁，因此，只应看作为防止犯罪的“最后手段（ultima ratio）”（刑法的补充性）。刑罚规制不应渗透到生活领域的每一个角落，只应控制在维持社会秩序所必需的最小限度之内（刑法的不完全性）。另外，即便行为人实施了犯罪，但如果不是为了保护法益而迫不得已的话，就应该基于宽容精神，尽量不动用刑罚（刑法的宽容性）。这样，谦抑原则是以刑法的补充性、不完全性和宽容性为内容的刑事立法和刑法解释的原理。

(4) 维持社会秩序和保障人权之间的关系 刑法中的维持社会秩序和保障人权的关系，在刑法的机能和目的上，历来被认为是处于二律背反的关系。重视维持社会秩序机能的话，保障人权的方面就会削弱，相反地，重视保障人权的话，就会忽视对社会秩序的维持。但是，由于刑法的终极目的是维持社会秩序，所以，这种理解并不正确。

处于二律背反关系的并不是维持社会秩序和保障人权，而是保护法益和保障人权，其二者处于重视保障人权的话，就会招致犯罪的增加，不能对法益进行保护，相反地，重视保护法益的话，就不能指望对人权进行保障的矛盾关系之中。重视保障人权而轻视保护法益，或者相反地轻视保障人权而强化法益保护，都会使国民对秩序失去信赖，招致难以维持社会秩序的结果。因此，只有在调和二者，使二者发挥作用的时候，刑法才能充分发挥其维持社会秩序的机能。因此，如何协调保护法益和保障人权之间的关系，以维持社会秩序就成了刑法学上最重要的课题。

1 木村，87页。

2 宫本，16页；平野：《刑法概说》（1977年），16页；大塚，7页；齐藤信治，38页；山中，48页。

三、刑法和社会伦理规范

1. 社会伦理规范和刑法的关系

社会伦理规范，作为规范对社会的行为或社会成员相互之间的行为的规则，是以社会上一般所承认的人的良心为基础的规范的总体，因此，以特定的意识形态或宗教教义为根据的“道德”或“社会伦理”，和这里所说的社会伦理规范不同。¹如刑法通过规定“杀人的”（第199条）或“盗窃他人财物的”（第235条）的规定，向国民昭示“不许杀人”或“不许盗窃他人财物”之类的行为规范，这种刑法规范和规制人的行为的社会伦理规范（道德）之间具有密切的关系。另外，正如所谓“法是道德的最低限度”一样，刑法上的所谓犯罪大多数也是为道德所不许的行为。

但是，刑法和社会伦理规范在以下方面不同：第一，社会伦理规范虽然也和刑法一样，作为社会规范，具有规制机能，但在其是不被国家权力机关所承认的规范的一点上和刑法不同。第二，社会伦理规范是以人的良心为基础的规范，因此，社会伦理规范中的正邪善恶取决于人的内心态度，相反地，刑法是通过保护法益来实现维持社会秩序目的的规范，所以，正与不正、合法与违法，都取决于是否具有侵害或威胁法益的行为即人的外部态度。第三，社会伦理规范在违反该规范就会遭到世人的谴责和社会的制裁方面，也可以说具有强制力，但是，在绝对不会受到以国家强制力为保障的刑罚制裁的一点上，和刑法不同，因此，不能将刑法和社会伦理规范混为一谈。刑法对虽然违反社会伦理规范，但从保护法益的立场来看没有必要加以处罚的行为，不能规定为犯罪，相反地，对于即便在社会伦理上看是中性的行为，但从保护法益的角度来看，有必要加以处罚的场合，必须将其规定为犯罪。

非犯罪化（decriminalization） 所谓非犯罪化，是指将迄今为止作为犯罪处罚的行为在刑法上不作为犯罪，不予以处罚，包括将历来作为犯罪进行处罚的行为改处罚款之类的行政处罚的场合。如在德国，为了停止对轻微犯罪等科处刑罚，就将这些犯罪从刑法

1 大谷实：“刑法和社会伦理”，法教120号52页。

中予以删除，而作为违反秩序法的行为予以行政处罚，这也是非犯罪化的一种表现形式。非犯罪化，在第二次世界大战之后全面推行刑法改革的英国、美国、德国等欧美国家成为问题，它以价值多元化的宽容社会理念（自由社会）为背景，在20世纪的50、60年代，认为以基督教的道德观念为基础的犯罪（如成人间基于合意的同性恋行为、近亲相奸行为、堕胎行为等）都是无被害人的犯罪（victimless crimes），主张将这些犯罪从刑法中删除。这种动向，对于我国战后的刑法修改讨论也有影响，有人主张应当将散发淫秽物罪（刑法第175条）、赌博罪（刑法第185条）等非犯罪化。刑法和道德应当严格区分开来，仅以强制推行某种道德为目的的犯罪是不应当作为犯罪的，但是，在我国，这种犯罪极少，最多也仅限于赌博罪而已。

2. 刑法的社会伦理机能

刑法和社会伦理规范必须严格区分，但这只是基于不能仅将国家道义或社会伦理作为根据，判断某种行为是犯罪的宗旨而言的，绝不意味着刑法和社会伦理规范完全没有关系。如前所述，刑法的目的是通过刑罚手段保护法益，以维持社会秩序，因此，为了将某种行为作为犯罪进行处罚，首先，要求该行为必须对法益具有侵害或危险。但是，为了实现维持社会秩序的目的，犯罪和刑罚必须同时立足于国民的健康道义观。换句话说，只有以人类历史长河中所孕育出来的社会伦理以及道义报应观念为基础，刑法的各种机能才能有效地发挥作用。¹因此，那种认为刑法中不应该导入道义或社会伦理观念，而只应该从保护法益的必要性、有效性的角度来把握刑法的机能的观点，是误读了刑法机能的见解。根据上述分析，我们能得出如下结论：

第一，成为犯罪的行为²，不单是对法益具有侵害或危险，还必须是违反社会上一般所公认的道德即社会伦理规范的行为。对于这种见解，有如下批判，即①社会伦理是多元的，选择其中一种混入法律判断，是权威主义的表现，②社会伦理的观念过于抽象，等等。但是，企业伦理或交通道德之类的为一般人所接受的常识或良知在社会上是赫然

1 长岛敦：《犯罪防止和犯罪人的处遇》（1984年），246页。

2 平野，22页；前田，3页。另外，前田雅英：“相对的报应刑论”，法教128号49页。

存在的。另外，所谓社会伦理有可能被理解为是以战前的天皇制之下的道义观等特定的意识形态为根据的观念，但是，社会伦理，正如社会一般观念或社会公认的观念一样，是为社会一般人所广泛认同的健康的道义观念，而不是受一部分人所支配的道义观。无论如何，只有将违反社会伦理规范的行为作为犯罪，刑罚才具有感召力，才能为维持社会秩序作贡献。

第二，成为犯罪的行为，在该行为是行为人具有打消实施该行为的念头的自由而竟然实施该行为的意义上，是能够对行为人进行道义上的谴责的行为。虽然有的学者认为可以不以这种意思自由为根据，而仅应以对于防止犯罪来说有意义为根据来说明刑罚正当化的理由，但是，只有对具有道义责任的行为人进行处罚，才能使一般人和罪犯接受刑罚是合乎正义的观念，才能发挥一般预防和特别预防的效果，才能保护法益并进而达到维持社会秩序的目的。因此，近年来，虽然必须将道德因素从刑法中完全剔除的见解逐渐有力，但是，这种观点并不妥当。

第三，违反行政取缔法规的犯罪（行政犯），是将社会伦理上中性的行为规定为犯罪的情况，从即便不违反社会伦理规范的行为也被作为犯罪看待的一点上，似乎可以对上述观点表示疑问，但是，尽管在其犯罪化的时候，可以将其看成是在社会伦理上中性的行为，一旦该行为被作为行政取缔法规上的犯罪被规定下来，它就和应当遵守法律这种社会伦理规范结合起来了，所以，行政犯也并非和社会伦理规范无缘。

四、刑法学

1. 刑法解释学

刑法学，一般来说，是以规定犯罪、刑罚或刑事责任等的法律为研究对象的领域。严格来讲，它包括广、狭二义。狭义的刑法学就是刑法解释学。它是指用解释的方法对刑法规范的意义进行系统认识的学问，一般分为刑法总论和刑法各论。刑法总论以研究各个具体犯罪和刑罚所共同的问题为主要内容，而刑法各论在研究各个具体犯罪固有的成立条件以阐明其处罚范围的同时，还以研究各个具体犯罪的相互关系及区别为内容。刑法解释学，不单单是以阐述刑法规范的内容为己任的认识活动，而是从一定的立场或角度出发，以刑法规范为根据，探讨真正值得处罚的行为，在不侵犯犯人的人权的前提之下科处适当的刑罚，以给一般人提供行动的准则，并因此而实现一般预防和

特殊预防的效果，为刑法所具有的维持、发展社会秩序的目的而服务的实践活动。

2. 基础刑法学

广义刑法学，除了刑法解释学之外还包括基础刑法学。基础刑法学是作为刑法解释学的基础的学科，包括刑法哲学、刑法史学、比较刑法学、犯罪学及刑事政策学等。刑法哲学是考察犯罪及刑罚的哲学基础的学问。刑法史学是研究刑法的历史发展过程的学问。比较刑法学是以比较研究国家间或英美法系和大陆法系之类的不同法律体系的刑法为内容的学问。尽管上述学科具有不同的研究领域，但是，作为刑法解释学的对象的现行刑法却是在上述领域的研究成果的基础上所制定的。如果将刑法解释学称为临床医学的话，则上述其他领域就是基础医学了。从这一角度出发，有关犯罪和刑罚的实证科学的犯罪学（Kriminologie；criminology；criminologie），以及以犯罪学为基础的犯罪对策学即刑事政策学也是刑法学的重要基础，应包括在广义的刑法学的范围之内。另外，将犯罪学和刑事政策学放在一起研究的学问被称为刑事学。¹

3. 刑事法学

为了使刑法充分地发挥其作用，有必要将犯罪调查、提起公诉、审判到执行的全过程有机地联系起来考虑。这种以刑法的执行机关为主体所进行的刑法实现过程被称为刑事司法（criminal justice）。将与这一过程有关的刑法、刑事诉讼法以及犯罪人处遇法一并称为刑事法。

其中，刑事诉讼法是对已经发生的犯罪，规定搜查、审判等对犯人科处刑罚的程序的法律；犯罪人处遇法，包括规定有对受刑人的矫正处遇方法的《有关刑事设施以及受刑人处遇的法律》等以及以对在刑事设施之外的犯罪人以及不良少年的保护为目的而规定的《少年法》等在内。刑法、刑事诉讼法以及犯罪人处遇法，尽管各自性质不同，但互相联系，形成刑事法的有机整体，共同为防止犯罪、维持社会秩序作出贡献。将上述法律作为不可分割的一体加以认识的学问领域，可以被称为“刑事法学”²。另外，由于刑法典分为总则和分则加以规定，所以，正如前述，刑法解释学，尽管在教学上被分为刑法总论和刑法各论，但两者之间必须有机地结合起来加以考察，这是不言自明的。

1 大谷实：《刑事政策讲义》（第4版，1996年），3页。

2 大谷实：《刑事法入门》（第5版，2005年），8页。

第二章

近代刑法学的历史

第一节 启蒙时期的刑法理论

一、西洋中世纪刑法的特征

刑法的历史，可以追溯到公元前 1700 年的《汉谟拉比法典》。虽然古希腊的柏拉图和亚里士多德已经展开了一些刑法思想，古代中国的孔子和孟子对此也有大量的讨论，但是，现代刑法理论的基础，则是启蒙初期所形成的古典学派。

从中世纪到近代初期，西欧各国的封建王权刑法，被当时的政治权力所严重支配。作为当时法律、宗教不分的反映，刑法深入到犯人的内心，进行干涉性处罚（干涉性）。由于犯罪和刑罚没有被法律明确地规定出来，所以，刑罚权被肆意行使（肆意性），在适用上根据身份的不同而有区别（身份性）。而且，刑罚的内容，以火烧或者釜蒸之类的死刑，以及烙印、切断手足之类的非人道的身体刑为中心，极尽残酷之能事（残酷性）。¹

这一时期的刑法所具有的干涉性、肆意性、身份性、残酷性这样四个特征，在迄至当时为止的刑法上都或多或少地有所体现，但是，尤以西洋中世纪的刑法为甚。这标志着，在西欧社会，启蒙思想家们着手改革刑法的时机成熟了。

二、启蒙思想和刑法理论

1. 贝卡利亚

1 泷川幸辰：《刑法史的某个断面》（1933年），73页。

启蒙时期，排除中世纪的非合理主义思想，展开合理的刑法理论的代表性刑法学者是意大利的贝卡利亚（Cesare Beccaria, 1738—1794）。他以英国的霍布斯（Thomas Hobbes, 1588—1679）、洛克（John Locke, 1632—1704），法国的卢梭（Jean Jacques Rousseau, 1712—1778）等启蒙思想家的社会契约论为基础，在1764年写了题为《论犯罪与刑罚》（*Dei delitti e delle pene*, 1764）的著作，对欧洲产生了重大影响。他认为，当时的刑事裁判混乱无序，刑罚过于残酷，因此，从刑罚权的基础完全在于社会契约的立场出发，主张法律必须从宗教当中解放出来，只有法律才能规定犯罪和刑罚（罪刑法定原则）。另外，犯罪的轻重，只能根据犯罪所引起的权利侵害或者社会损害来衡量（客观主义）。刑法的目的在于使一般人远离犯罪（一般预防主义），超过该种必要限度的犯罪是不正当的，死刑原则上不应认可。这样，他意图通过贯彻合理主义、理性主义，来抵抗中世纪刑法的干涉性、肆意性、身份性、残酷性。贝卡利亚也因此被称为“近代刑法学的鼻祖”¹。

2. 一般预防论——费尔巴哈

启蒙时期的刑法理论之花，在德国也开始绽放。费尔巴哈（Anselm V. Feuerbach, 1775—1833）继承了后述的康德的思想，主张法律和道德严格区分，认为犯罪的本质是侵害权利，刑法只有在防止侵害权利的范围之内，才能被正当化。他还认为，人都在理性地计算快乐和痛苦，将犯罪所得到的快乐（=利益）和因此而受到的不快（=刑罚）相比较，在后者大于前者的时候，就不会选择犯罪。如果法律中明确规定“实施某种行为，就要受到某种处罚”的话，就会在心理上强制一般人不要实施某种犯罪，从而达到预防犯罪的目的。这种见解就是所谓心理强制说。因此，他提倡国家事先以法律将犯罪和刑罚向国民预告，从而预防犯罪的一般预防论。

费尔巴哈的刑法理论，明确了以下三点：第一，法和伦理（道德）的严格区分，即法在其性质上由于只是对外部发生作用，所以，对处于内部的宗教和伦理问题就不应当干涉，意图排除中世纪刑法的干涉性；第二，根据心理强制说，在“无法无罪，无法无罚”的法谚之上，树立罪刑法定原则，并为其提供理论基础，以防止刑罚权的任意行使，排除中世纪刑法的任意性；第三，通过犯罪的本质在于侵害权利、“犯罪的

1 贝卡利亚（风早八十二，风早二页译）：《论犯罪与刑罚》（1938年）。

尺度是犯罪所产生的社会损害”的命题，主张罪刑均衡，意图排除中世纪刑罚的残酷性。

费尔巴哈的刑法理论，支配了19世纪前半时期的德国刑法学，之后，作为古典学派的刑法理论，对近代刑法理论产生了极大影响。因此，费尔巴哈被称为“近代刑法学之父”。

边沁 启蒙思想所具有的社会改革特征在边沁（Jeremy Bentham, 1748—1832）身上体现得最为明显。他受法国的启蒙思想家的影响，锐意进行社会改革，作为改革的方法，就是进行“立法”。关于他对法律改革的贡献，有评价说，边沁以后的法律改革中，无一不受他的影响。作为启蒙主义思想家，他也主张功利主义。在刑法方面，他和费尔巴哈一样，也坚持以心理强制说为基础的一般预防论，但是，他认为，仅仅为了威吓犯罪人而处罚还不够，对受刑人，为了防止其再犯，还必须进行必要的教育和矫正措施。刑罚，只有在综合考虑了①儆戒（example）；②改造（reformation）；③隔离（incapacitation——为了防止再犯而剥夺犯罪人的能力，包括死刑在内）；④对被害人的赔偿（compensation）；⑤刑罚经济（economy）这五种因素的时候，才能被正当化。¹

三、启蒙思想和刑事立法

1. 法国

在18世纪中叶以后的西欧诸国，根据启蒙思想进行刑法改革成为一般风气。首先，法国革命之后所制定的《法国刑法典》，作为启蒙思想的直接反映而有名。1776年，贝卡利亚的名著《论犯罪与刑罚》被译成了法语，产生了巨大的反响，《人权宣言》（1789年）将该主张吸收进来，并最终促成在1791年制定了《法国刑法典》。这部刑法典在采取自由主义的原则的同时，虽然也限制法官的自由裁量，力求处罚的平等和缓和刑罚，但是，仍然太过革新，因此，在边沁的影响之下，之后于1810年制定了《拿破仑刑法典》。这部刑法中，虽然自由主义的倾向稍有后退，重视犯罪预防，但是，仍然重视罪刑法定原则或者处罚平等

1 大谷实：《刑事责任论的展望》（1983年），196页。

原则，因此，《拿破仑刑法典》成为整个 19 世纪西欧各国的刑事立法的典范，我国旧刑法也是以其为范本而制定的。

2. 德国

在德国，专制君主弗里德里希大帝废除了加洛林纳时代的以刑讯逼供和死刑为中心的刑罚制度，准备制定新刑法典，但是，1794 年他去世之后所制定的《普鲁士刑法》完全取代了中世纪的刑法。在这以后，费尔巴哈成为立法的指导者，经他之手所制定的 1813 年《拜仁刑法典》，成为之后的德国刑法的范本。1871 年的《德国刑法典》，正如后述，虽然在思想基础方面和前述刑法有所不同，但基本上继承了《拜仁刑法典》的内容。这部刑法典以自由主义的法治国思想为基础，对之后各国的刑事立法产生了影响。我国现行刑法典，在很大程度上也吸收了《德国刑法典》的内容。

3. 英国

在欧洲大陆，受启蒙思想的影响，各国纷纷制定新的刑法典，可是在英国，尽管边沁极力鼓吹刑法法典化，但直到现在也还没有制定出一部统一的刑法典。但是，实际上，在边沁的合作者罗弥里（Samuel Romily, 1757—1818）的努力之下，普通法中“不协调、不合理、过于矛盾和野蛮”的刑法内容被逐渐废除，在罗伯特·皮尔于 1882 年就任内务大臣之后，就几乎被一扫而光。与此同时，其还着手进行在某种程度上已经停滞的制定成文法工作。之后，即便在英国，刑法原则上也是以成文法为准。

第二节 近代刑法学的展开

一、报应刑论

1. 康德和黑格尔

与继承康德的法思想，以心理强制说为基础，提倡一般预防论的费尔巴哈相对，德国的观念论的代表人物康德（Immanuel Kant, 1724—1804）本人主张绝对的报应刑论。他认为，犯罪是由作为理性存在的人所实施的，刑罚是正义的要求，只有在人基于自己的自由意思而犯了罪的情况下，才能受到处罚。因为，不是自己目的的话，就不能成为对理性的最高实践原理。而且，作为科刑原理，只能是同态复仇。康德在主张

犯罪和刑罚均衡的同时，还以预防刑使人格成为手段为由，彻底拒绝费尔巴哈提倡的预防刑，倡导个人主义的刑罚观。

追随康德的黑格尔（Wilhelm Friedrich Hegel，1770—1831）主张国家主义的辩证的报应刑论。按照他的观点，犯罪是对法的否定，刑罚是对犯罪的再否定，如此，法就是恢复正义的手段，刑罚在其为对行为人施加的、与犯罪具有同等价值的恶害的意义上，属于报应。科处刑罚是理性，是国家的权力，犯罪人基于自由意志而实施犯罪，该意思只要不为国家所否定，犯罪人的理性就不会恢复。因此，受刑是罪犯的权利，也是将其作为理性人的表现，而费尔巴哈所主张的心理强制说，无异于向狗挥舞拐杖进行吓唬。

黑格尔的见解，在他死后对德国刑法学产生了巨大的影响。被称为黑格尔学派的人得势，在刑法学界，黑格尔学派的人也君临天下¹，在19世纪的40年代到70年代，达到了其他人难以企及的程度。这种国家主义色彩浓厚的刑法学之所以风靡一时，主要是以民族主义的统一国家构想为背景。国家是最高的道义形态，民族必须在其之下团结起来的意识形态是其基础。但是，在客观上实施了违法行为，但只要不是基于自由意思而实施的，就不能受到处罚的一点上，无疑可以说，该理论是限制国家刑罚权的理论。黑格尔学派的刑法理论，最终催生了不能在道义上加以谴责的客观行为，就不能作为犯罪予以处罚的客观主义和责任主义的刑法理论。

2. 宾丁

以绝对报应刑论为基础的刑法理论，在宾丁（Karl Binding，1841—1920）手上大致形成。他以分析实体法的构造为根据，将刑罚法规和由此而推导出来的规范严格区分，展开其法律报应刑论。认为，犯罪是违反规范。即便制定有刑罚法规，但是违反该规范的行为并不马上就成立犯罪。刑罚规范只是规定了国家和犯人之间的法律关系而已，如果不违反作为其前提的规范的话，就不成为犯罪。所谓规范，是为了保全社会共同利益，而指向具有行为能力的人的行为的禁止或者命令，是刑罚法规的前提，但包含在刑罚法规之中。因此，只有具有违反这种规范的行为，才会引起刑罚权的发动。这种学说被称为规范说（Normen Theorie）。刑罚，是对作为规范的否定的犯罪的否定，目的是维护法律

1 参见山口邦夫：《19世纪德国刑法学研究》（1979年），113页。

即国家的权威。因此，犯罪对秩序的侵害越严重，相应地，犯人所应受到的处罚也就越严厉（客观主义）。宾丁正是从对法秩序的侵害的角度出发，主张报应刑的（法律报应刑论）。

宾丁的规范说，之后，对 M. E. 迈耶（Max Ernst Mayer, 1875—1923）、毕尔克迈耶（Karl Birkmeyer, 1847—1923）、贝林格（Ernst Beling, 1866—1932）等对近代德国刑法学的形成具有贡献的学者，产生了巨大影响。这些学者在采用罪刑法定原则的同时，立足于客观主义，肯定自由意志，主张报应刑论的一点上，具有共同之处。从这种立场出发，他们对于建立刑法学的体系，将组成犯罪的要素、概念等精密化的一点上，对于近代刑法学的形成作出了巨大贡献。¹

二、古典学派和近代学派

1. 古典学派（旧派）的特征

刑法学中，将启蒙时期的刑法理论和以报应刑论为基础的刑法理论，合并称为古典学派。两者的共同点在于，均认为犯罪是人的理性的产物，犯罪的本质应当从客观行为中寻求，重视罪刑均衡。为了与后来出现的实证主义的刑法理论相区别，后人将其一并概括为古典学派。但是，以费尔巴哈为中心的启蒙时期的刑法理论和以宾丁为中心的主张报应的刑法理论之间，具有相当大的差别。

前者立足于功利主义的相对主义的立场，从一般预防的角度出发，将刑法体系化，相反地，后者的基础是，对基于恶意实施的行为科处作为报应的刑罚的时候，就是实现正义的绝对主义观念。由于这些思想是基于不同的思想、社会背景而形成的，都具有自由主义的一面，所以，前者以个人自由主义为基础，而后者则在为维护国家权威而利用刑法的方面，特征比较明显，具有国家自由主义的特征。前者被称为前期古典学派（前期旧派），后者则被称为后期古典学派（后期旧派）。

2. 近代学派（新派）

（1）意大利学派 进入 19 世纪后期，资本主义发达，与此相应，犯罪特别是累犯增加，古典学派的刑法理论作为犯罪对策就显得软弱无力。实证地分析犯罪现象，谋求犯罪对策的实证学派就应运而生了。

1 木村龟二编：《刑法学入门》（1957 年），56 页。

龙布罗梭 (Cesare Lombroso, 1835—1909) 是意大利的医生。他使用人类学的方法, 着眼于精神病人和犯罪人的身体特征特别是头盖骨的形态, 认为具有一定身体特征的人, 生来就是犯罪人即“天生犯罪人”(delinquente nato), 并用返祖理论即认为由于具有在生物学上进化迟钝的恶劣特性, 不能适应社会, 命中注定是要实施犯罪的观点对其进行说明。

菲利 (Enrico Ferri, 1856—1929), 继承了龙布罗梭的人类学研究方法, 对天生犯罪人说的不足进行补充, 认为犯罪是由于生物原因、物理原因以及社会原因所综合引起的, 因此, 自由意思论是“幻想”, 以此为前提的报应刑论毫无意义。但是, 既然犯罪人也是作为社会的一员在生活, 那么, 就必须对社会所施加的侵害承担责任, 提倡为了防卫社会而承受处分的地位就是刑法责任的社会责任论。同时, 提出为了防止社会免受犯罪的侵害, 必须完善社会政策; 为了防止行为人反复实施犯罪, 对其必须适用作为刑罚的替代的制裁措施。他在 1921 年所起草的《意大利刑法草案》(菲利草案) 中, 就没有使用“刑罚”的观念。¹

(2) 李斯特 立足于实证主义的方法论, 将近代学派的主张提高到法律学, 提高到刑法学高度的, 是德国的李斯特 (Franz V. Liszt, 1851—1919)。

[1] 行为人主义 他提倡“刑法目的观念”, 认为刑罚具有国家的性质, 在本能的、冲动的报应中难以完全表达出来, 应当受必要性和合目的性的支配 (目的刑论), 根据这种观念, 他和古典学派特别是和当时占支配地位的后期古典学派相抗衡。按照他的观点, 刑法是通过施加剥夺犯罪人的自由的恶害来实现防止犯罪的目的的, 即刑法以“防止法益侵害来保护法益”为目的 (保护刑论)。由于刑罚必须为防止犯罪的目的服务, 因此, 必须以反复犯罪的危险性的强弱为基准对犯罪人进行分类, 正如要对机会犯、偶犯使用威吓刑, 对可以改造的罪犯使用教育刑, 对不能改造的罪犯使用终身刑、死刑, 以消除其社会危害性一样, 刑罚必须个别化 (特别预防主义), 即“应当受处罚的不是行为, 而是行为人” (主观主义)。

[2] 意思决定论 他根据意思决定论, 将犯罪原因分为个人原因和社会原因。主张对由于社会原因所引起的犯罪, 要根据社会政策处理。

1 牧野英一:《刑法中的法治国思想的展开》(1931年), 311页。

“最好的社会政策就是最好的刑事政策”的口号讲的就是这个意思。另一方面，在由于个人原因而引起的犯罪人中，重要类型是可以改造的人，惯犯就属于这种类型，对于他们，直到人身危险性消失为止，不使用不定期刑进行改造的话，就不会有效果。刑罚不一定要求具有道德，只要是为了不危害他人而进行的重返社会的改造就可以了（改造刑）。在此限度之内，刑罚和保安处分之间没有本质差别。如果刑罚以行为人的性格为对象的话，则可以说，在实施犯罪以前进行预防性地科刑反倒更合理一些。但是，在实施犯罪以前，难以对行为人的危险性格进行判断，因此，以危险性格作为处罚根据的话，就有侵犯人权的危险。刑法的机能中，也有防止个人免受国家权力侵害的一面，因此，“相反地，刑法是犯罪人的大宪章”。能够科处刑罚的，只限于犯罪人的危险性在犯罪行为中体现出来的场合（犯罪征表说）。这种以李斯特为代表的实证学派的立场被称为近代学派（新派）。¹

三、学派之争及其终结

1. 毕尔克迈耶和李斯特

近代学派中有各种各样的立场，将其分类的话，可以做如下概括：

第一，在主张应当处罚的不是行为而是行为人的一点上是主观主义（行为人主义），在主张责任就是具有社会危险性的人处于应当承担社会防卫处分的地位的一点上是社会责任论，因此，其以认为犯罪行为虽然是处罚的要件，但它只是认识行为人的反社会性的一个材料而已的犯罪征表说为前提。

第二，立足于刑罚不是报应，而是改造、教育，认为刑罚的目的必须是矫正行为人的反社会性，使其重返社会的目的刑主义。由于其将矫正犯人的危险性格看作为刑罚的主要目的，所以，主张采用刑罚和保安处分之间没有本质区别的一元主义。

第三，采用认为刑罚是改造犯人，使其将来不再犯罪的手段的特别预防刑论，并说费尔巴哈等所主张的对一般人的刑罚的预防效果（一般预防），不是刑罚的直接目的。近代学派以特别预防论为基础，主张从防卫社会的立场出发，建立刑法学的体系。

¹ 牧野英一：《刑法和社会思潮》（1921年），251页。

不用说，近代学派的主张，和古典学派特别是绝对报应刑论之间是水火不相容的。由于近代学派的见解在 20 世纪初的德国、瑞士、奥地利等的刑法改革中占据了主导地位，所以，新、旧两派之间就展开了被称为“学派之争”的论争。

这一论争，主要在德国的毕尔克迈耶和李斯特之间展开。毕尔克迈耶坚持康德所提出的命题，即“正因为实施了犯罪行为，所以才受到处罚；如果没有实施犯罪行为，就不应受到处罚”，主张不采取报应刑论的话，就不能维持罪刑法定原则、客观主义、行为主义，并以自由意思论为基础论述犯罪人的道义责任和报应刑，说以性格的危险性为中心的社会防卫论和道义责任论之间势不两立，另外，他还认为绝对的报应刑论是自古以来就存在的，不能和目的刑思想妥协。相反地，李斯特认为，应当将刑法从本能的报应之中解放出来，而以目的刑思想为依据，而且也应当从这一立场出发展开刑法修改运动，主张“立法就是妥协”，因此，他认为应当将上述两派思想加以折中，在立法上加以反映。但是，毕尔克迈耶认为，采用目的刑思想就意味着废除了刑法自身，所以，他反对上述观点。这种理论上的对立，尽管在形式或者内容上存在差别，但在德国以外的其他西欧诸国也存在，当然，也对我国具有影响。¹

2. 学派对立的终结

学派对立最为明显的情形，体现在 20 世纪初的刑法改革运动之中，其中，性格危险性和道义责任之间该如何协调，尤有争议。由于古典学派从防止犯罪的立场出发，也意识到必须考虑犯人的的人身危险性，所以，两派之间迅速达成妥协。从与我国关系极深的德国刑法学来看，就有在正当报应的范围之内，承认一般预防和特别预防目的并存的并合说，同时，M. E. 迈耶主张分配说，认为刑罚的本质在于报应，虽然在立法阶段上是报应、在裁判阶段上是法的确认处于支配地位，但在行刑阶段则要以特别预防的理念作为指导，即试图克服上述学派之间的对立。同样，站在客观主义的立场上，但试图接纳近代学派主张的还有麦兹格（Edmund Mezger, 1883—1962），他认为，尽管刑法是犯罪人的大宪章，但为了保护社会利益，就必须以预防刑为基础，并将李斯特的见解作为其刑法理论的支柱。

1 参见大塚仁：《刑法中新旧两派的理论》（1957年），23页。

这样，以古典学派为基础的折中说或者并合说成为有力学说，同时，孔拉西（Eduard Kohlrausch, 1874—1948）、施密特（Eberhard Schmidt, 1891—1977）等以近代学派的立场为基础而提倡的刑法理论对这种对立也起到了扬弃的作用。但是，不管在哪一种主义之中，由于都以行为主义、客观主义为前提，因此，其差别只是在于行为背后所潜在的性格或者人格，在多大程度上应当成为刑法评价的对象而已。后面将要叙述的麦兹格和波科曼（Paul Bockelmann, 1908—1987）所倡导的人格责任论、威尔泽尔（Hans Welzel, 1904—1977）所倡导的目的行为论，也都是为了消除新、旧两派的对立而提出的理论。

上述学派之争，使人意识到刑法和刑罚的目的的理解是多元的，因此，人们试图从对责任采用刑罚，而对危险性则采用保安处分这种二元主义的立场出发，在立法上解决这一问题。进入 20 世纪 20 年代之后，在西欧，新旧两派的争论逐渐熄火，特别是在德国，以魏玛时代的社会国家论为背景，在行刑上强调回归社会的思想，因此，近代学派成为立法的指导。但由于纳粹政权控制了学界，纳粹刑法学的兴起，所以，这种争论最终平息下来。另外，李斯特希望从超国家的立场出发研究刑法，和比利时的普林斯（Adolphe Prince, 1845—1919）以及荷兰的哈麦尔（G. Anton van Hamel, 1842—1917）一道，于 1889 年设立了国际刑事法协会（Internationale Kriminalistische Vereinigung（IKV）；union internationale de droit penal），在李斯特去世之后，该学会的后身——国际刑法学会（association internationale de droit penal=AIDP）于 1924 年创立。超越了学派对立的诸多学者的参与，也是导致学派之争熄火的原因之一。

四、20 世纪的刑事立法

1. 到第二次世界大战为止

随着古典学派和近代学派的学说之间的对立的终结，修改刑法运动便活跃起来。

（1）刑罚和保安处分 近代学派最重要的主张是，根据作为对象的犯罪人的性格的危险性，采取预防犯罪的措施。因此，一方面，对于传统刑法，主张应当将性格的危险性考虑进来，进行具体展开，认为在认定成立犯罪和量刑的时候，不仅要考虑外部能够认识的客观的犯罪行为 and 结果，而且还要考虑行为人的主观性格。

另一方面，从防止犯罪的立场来看，即便对不可能进行伦理谴责的犯罪人，从社会安全的考虑出发，也必须采取一定的强制措施，因此，对于不能科处刑罚的精神病人等犯罪人，法院可以出于社会安全的需要，以危险性为根据，对其科处保安上的措施，即具体提议设立保安处分制度。瑞士的卡尔·施妥斯（Carl Stoos，1849—1934）从这种立场出发，世界上首次提议在《瑞士刑法草案》（第1稿）中设立保安处分制度。

从德国的情况来看，1871年的《德国刑法典》，如前所述，是由黑格尔学派的人所主倡的绝对报应刑论为基础的，因此，随着近代学派的兴起，修改刑法运动便蓬勃地展开起来了。从20世纪初开始到纳粹刑法为止，公布了数个吸收了近代学派的主张的刑法草案。根据1933年11月24日公布的《有关危险的惯犯以及保安处分的法律》，对刑法做了部分修改，在对危险惯犯处以重刑的同时，还创设了保安处分。之后，随着根据行为人的性格而改善待遇的改造、教育理念的立法在西欧诸国被广泛认可，对少年犯罪实行特别对待的立法也被普及。

（2）新古典学派 综合来看20世纪初的刑事立法，可以说基本上采用了以古典学派的行为主义的刑法理论为基础，同时，吸收近代学派的行为人主义的见解的立场。在学说上，过去一样的尖锐对立已经不复存在，都是在站在某一个阵营的立场上谋求妥协，或者试图调和新、旧两派学说之间的对立，而谋求建立一种新的理论。¹ 新古典学派或者说是相对的报应刑论者，一方面认为犯罪是道德上的恶，应当通过报应刑来恢复正义；另一方面，认为为了防止犯罪，必须采取合理手段，试图从古典学派的立场出发借鉴吸收近代学派的成分。相反地，在法国提倡的新社会防卫论，则是从近代学派的立场出发意图接近古典学派的立场。这种调和两派的方法，在立法上也是多种多样的，如德国的“对于责任而言采用刑罚，对于危险性而言采用保安处分”的二元主义是其表现之一。

新社会防卫论 法国的安塞尔（Marc Ancel，1902—1990）是主要提倡者。新社会防卫论一方面立足于近代学派的社会防卫论，

1 参见内藤谦：“刑法学说史（一）外国”，《现代刑法讲座》1卷，137页。

另一方面，又肯定自由意思，是主张在犯罪人的处罚上，要积极利用自由意思中所体现出来的责任观念，提倡以犯罪人的人格尊严为基础的人道主义的社会防卫论。¹

(3) 刑罚一元论 一方面，在英国，对惯犯，1948年创设了以预防关押以及矫正训练为主要内容的保安处分（1967年被废除）。相反地，在美国，以考虑危险性为基础的刑罚一元主义的不定期刑则被广泛适用。美国的不定期刑制度的起源，可以追溯到1869年密歇根州制定的“对妓女可以判处3年以下的不定期拘禁”的法律，因此，它虽然与新、旧两派的争议并没有直接关系，但是，可以说是在刑法中加入了特别预防的考虑。另一方面，《法国刑法典》以及后述的《日本刑法典》，则是在刑种的选择以及量刑上考虑特别预防，既没有采取二元主义也没有采取不定期刑的考虑。因此，虽说新、旧两派的折中体现为多种形式，但是，在20世纪初到第二次世界大战之后的一段时期内，以自由主义的法治国思想为基调，适应新刑事政策思想的发展成为刑事立法的主要内容，可以说，这一时期是以刑法理论上的古典学派为基础，逐渐渗透近代学派的主张的时期。

2. 第二次世界大战以后

联合国1948年所通过的《世界人权宣言》，以及成为世界各国宪法原理的尊重个人的精神，对刑法内容的理解也有显著的影响。将无被害人的犯罪从刑法的范畴中除去的非犯罪化立法运动在蓬勃展开，同时，在人道主义的旗帜下，废除残酷刑和刑讯逼供，缓和和慎用刑罚等也成为各国刑事立法的指针。

第三节 我国的历史展开

一、到旧刑法为止

德川幕府成立之后，国内秩序安定，幕府法便成为统一法律，镰仓时代的武家法大致完成。该刑法是以习惯法为主要内容的野蛮法，在德川幕府时代的初期，依然是威慑、残酷的刑法。但随着长时间的平时时

1 安塞尔（吉川经夫译）：《新社会防卫论》（1968年）。

期的维持，刑罚适用逐渐变得宽缓。在德川幕府的后期，虽然编纂了集判例和习惯法于一体的《法律汇编》，但在刑法方面，八代将军吉宗的《公事方御定书》（下卷）（1742年）即《御定书百条》最为重要。它既是武家刑法的集大成，也是之后的幕府刑法的基础。

武家法承认了责任能力、故意和过失的区别等责任观念，大量废除了残酷刑，对死刑也限制适用。特别是关押囚犯的场所的出现，被评价为近代自由刑的萌芽。这些政策，很大程度上是取之于江户时代的儒学、国学学者的刑法思想。另外，虽然连坐制度还存在，但是，已经有人指出这种制度不合理。特别是本居宣长（1730—1801）主张宽刑主义，荻生徂来（1666—1728）、中井履先（1732—1817）等在提倡自由刑的必要性方面，引人注目。

二、旧刑法、现行刑法

1. 旧刑法的制定

明治元年（1868年）制定了《暂行刑律》，1871年制定了《新律纲领》。虽然1874年对该法进行了修改，改名为《改定律例》，但是，这种修改不仅不适合新时代，而且在这一时期，要求修改和欧美各国之间所签订的不平等条约的呼声高涨，接受西洋法就成为必要。这样，1880年制定了具有西洋近代刑法色彩的旧刑法，同年以太政官布告第36号发布实施。以这一刑法的制定为契机，我国刑法以及刑法学就完全走上了西洋化的道路。箕作麟祥等政府官员根据欧洲最为完备的《拿破仑刑法典》，向和我国具有友好关系的法国学习，之后，明治政府招聘时任巴黎大学教授的法国人波索纳德（Gustave Emile Boissonade, 1825—1910）担任法律顾问，负责编纂刑法。以他所起草的草案为基础，制定了总数为420条的旧刑法。这一部法律，是以《拿破仑刑法典》为范本而制定的，其中第2条规定了罪刑法定原则，在思想上，是以启蒙主义的自由主义思想为基础的。

在旧刑法时代，我国的刑法理论由宫城浩藏、井上正一等跟随波索纳德学习的人展开。当时的法国刑法学特别是法国新古典学派的理论体系占据了主导地位。新古典学派一方面认为，犯罪是社会的恶害，刑法的目的就是除去这种恶害，即看重刑法所具有的功利性质的目的主义，另一方面，认为犯罪是道义上的恶，意图根据报应来恢复正义。我国近

代的刑法理论，就是以新古典学派为出发点的。¹

2. 现行刑法的制定到战争结束为止

旧刑法在施行当年就开始受到批判，法务省内部也有要求修改的意见。在二十多年以后，就制定了现行刑法。

(1) 现行刑法的背景和特征 旧刑法制定之后的社会背景，与其说是要求自由主义的刑法，还不如说是要求预防犯罪的刑法。另外，帝国宪法是以和日本一样，实行君主立宪政体的普鲁士德国的宪法为范本制定的，因此，我国的法学研究也向德国倾斜。这样，受德国刑法以及刑法学的影响，大量吸收了近代学派的主张的现行刑法作为法律第45号在1907年4月22日被公布，并于1908年10月1日起开始施行。但是，现行刑法虽然受到了德国刑法的影响，但是和1871年的德国刑法不同，它从社会防卫的立场出发，大胆地引进了特别预防的考虑。在扩大了法官的自由裁量权，使其可以根据行为人的性格量刑的同时，还通过创设缓期行刑制度等，大量吸收了近代学派的主张。现行刑法不仅是立法形式克服德国当时新、旧两派对立的结果，也是当时世界上史无前例的独特刑法。

(2) 学界的状况 在现行刑法的制定过程中，19世纪末期的自由主义的见解为镇压犯罪所需要的合目的性的刑法理论所取代，一方面维持了行为主义、客观主义，另一方面，引进了为近代学派所极力推崇的行为人主义、主观主义的刑法理论。因此，在德国所展开的新旧两派的对立，在我国也以尖锐对立的形式展开。近代学派的阵营，以胜本堪三郎（1890—1920）、牧野英一（1878—1970）、宫本英修（1882—1944）、木村龟二（1897—1972）等各位博士为代表，在古典学派的阵营中，大场茂马（1869—1920）、小野清一郎（1891—1986）、泷川幸辰（1891—1962）等博士参加了论战。²

(3) 《修改刑法假案》 以以上学界的状况为背景，同时考虑大正末期以来“本土的淳风美俗、忠孝以及其他道义”，根据新的刑事政策，修改制定“防止犯罪”的刑法的讨论也在不断展开，结果就是制定了一部《修改刑法假案》，其思想基础是当时的国家主义和社会防卫主义。之后，由于第二次世界大战的爆发，该“假案”便不了了之。其间，虽然在1921年进行了刑法修改，1941年在部分修改刑法之际，也增设了

1 参见小野清一郎：《刑罚的本质及其他》（1955年），428页。

2 内藤，77页。

“对安宁秩序的犯罪”的一章，并进行了其他种种强化罚则的措施，但这些修改都是将《修改刑法假案》中的内容吸收进来而已。这一时期的刑法思想，虽然依旧受新旧两派对立的影响，但提倡以国家主义的思想为基础，维持推进我国的淳风美俗的刑法思潮占主导地位，因此，呈现出和西欧的学派对立稍稍不同的情形。¹

三、第二次世界大战以后

1. 立法动向

1946年制定了《日本国宪法》，为了与平等、尊重人权原则等新宪法中的精神相应，我国也进行了刑法修改，但是，由于我国刑法比较先进，所以，要求从根本上对刑法进行变革的呼声比较弱，除了在1947年根据《部分修改刑法的法律》对刑法进行了修改以外，对于刑法，并没有像刑事诉讼法那样进行全面修改。被修改的条款，主要是删除了对皇室的犯罪（第73~76条）以及妻子的通奸罪（第183条），增设了有关损害名誉罪中的事实证明的规定（第230条之2）。²

昭和20年代的刑法学研究也是处于战前的延长线上，对刑法学的战后总结并没有充分展开。但是，随着保障人权精神的普及，主观主义刑法理论衰退，重视罪刑法定原则的客观主义刑法理论取得了完全的支配地位。同时，在罪犯的处遇方面，强化了教育改造措施，经过1953年和1954年的修改，扩充了缓期执行制度等措施等罪犯处遇方面的规定（第25条到第26条之3）。在昭和30年代，通过1958年（第105条之2、第197条之4、第208条之2）、1960年（第235条之2）和1964年（第225条之2）的部分修改，充实了分则的有关规定，1968年修改了有关数罪并罚的规定（第45条）和完善了业务过失致人死亡罪的法定刑（第211条），1980年修改了有关行贿受贿罪的规定（第197条第2款、第197条之2、第197条之3第3项、第197条之4），1987年增设了有关计算机的犯罪以及国外犯的规定（第7条之2、第157条第1款、第158条第1款、第161条之2第1项、第2项、第3项、第264条之2、第258条）以及国外犯的概括性规定（第4条之2），上述修改都是为了适应社会形势的发展变化而作出的。1991年，又通过了有关提高罚金

1 参见中山研一：《现代刑法学的课题》（1970年），25页。

2 参见中野次雄：《逐条修改刑法研究》（1948年）。

数额的修改，对刑法分则中所规定的财产刑进行了大幅度的变更。

2. 学派之争的状况

以上状况为背景，我国的刑法学派之争，就主要是以客观主义刑法理论为中心而展开，如木村龟二博士，放弃了其一直坚持的主观主义刑法学的立场，而试图从目的行为论的观点出发，消除新、旧两派之间的差别。同时，团藤重光博士（1913—）也试图从旧派的立场出发，展开人格责任论，以向行为人刑法接近。另外，佐伯千仞博士（1907—2006）也从特别预防论的立场出发，提倡保障人权的客观主义刑法理论。

刑法理论由上述代表战后刑法学的学者所展开，在昭和 30 年代的前半，刑法学界的基本趋势是，以古典学派的见解为基础，然后加入近代学派的主张来构建其刑法理论。但是，随着战后修改刑法工作的展开，产生了社会伦理主义和法益保护主义之间的对立，该对立一直延续到现在。主张社会伦理主义的见解认为，犯罪的本质是违反社会伦理规范，刑罚的本质是道义报应。相反地，法益保护主义的见解认为，犯罪的本质是侵害、威胁法益，刑罚的本质是以抑制侵害法益为目的的抑制刑或者说是目的刑。现代刑法理论，是以上述两个基本观念的对立为基础而展开的。

3. 战后的修改刑法工作

《日本国宪法》之下的刑法修改工作，在昭和 30 年代到 40 年代之间，热火朝天地展开。

（1）两个草案 全面修改刑法的工作，起始于法务省 1956 年所设置的刑法修改筹备会。该筹备会在 1971 年公布了《修改刑法准备草案》。之后，1973 年法务大臣就修改刑法向法制审议会进行了咨询，该审议会 1974 年提出了《修改刑法草案》。该草案的主要内容是：第一，立足于罪刑法定原则，从明确处罚界限的立场出发，创设了必要的条文；第二，从贯彻责任原则的立场出发，进行了必要的修改；第三，对犯罪人的刑罚以及其他刑事处分进行全面的检讨，修改了法定刑，增设了保安处分制度；第四，考虑到目前的犯罪状况以及国民的要求，全面修改了刑法分则中的各个构成要件和法定刑，以适应现代社会中的犯罪化需要。

（2）对《修改刑法草案》的批判 但是，《修改刑法草案》遭到了以日本律师协会以及刑法研究会为中心的学者的批判，说该草案提倡犯罪化、严罚化、国家利益优先等落后于时代要求的刑事政策。

法务省根据上述批判，除将该草案之中遭受批判较多的部分进行修改之后，以代案的形式于1976年6月作为法务省刑事局案公布之外，还在1981年发表了决定对该草案进行大幅度修改的《当前修改刑法工作的方针》，其具体内容可以分为四个方面：第一，草案中和现行刑法相同内容的规定，“按照草案的规定宗旨”，保留现行法的规定；第二，对于新设规定和修改规定，仅只规定大家一致同意的内容；第三，对于新设以及修改的规定，赞成、反对意见明显对立的部分，仍按照现行法的规定；第四，除了进行必要的修改之外，法定刑原则上遵循现行法的规定；第五，对于保安处分，对草案中的内容进行全面修改。

日本律师协会的态度和刑法研究会 日本律师协会从《修改刑法草案》扩大和加重刑罚处罚，新设保安处分等，与保护人权相比，实际上是采取了治安优先的态度出发，认为在目前，重要的是将刑法用语改为现代用语，并在明显必要的最小限度的范围之内进行修改，根据这种意见，该协会推出了《现行刑法的现代用语化·日本律师协会案》（载于1984年的《正义和自由》第35卷第3号）。

刑法研究会是在文部省1970年科学研究经费资助的《对修改刑法草案的批判研究》课题之下所组成的共同研究小组。其成果有，平场安治、平野龙一主编：《修改刑法研究1》（1972年）、《修改刑法研究2》（1973年）、《刑法修改一刑法修改案批判》（1972年）。另外，该研究会还在1983年发布了《刑法修改试行草案》。其内容基本上是维持现行法的内容，和日本律师协会的草案接近。¹

4. 刑事立法的活跃

另一方面，适应新时代的刑法全面修改也已经成为必要。自从1956年在法务省设立刑法修改筹备会以来，先后公布了《修改刑法准备草案》（1961年）、《修改刑法草案》（1974年）等，提议增设新的犯罪、修改法定刑、增加保安处分等，但由于当时的政治局势和观念的对

¹ 参见佐伯千仞：《修改刑法的概括性批判》（1975年）；吉川经夫：《修改刑法23讲》（1979年）；小暮得雄、吉田敏雄：“现代社会和刑法修改（1）”，《刑罚法大系1》（1984年），233页；土屋真一：“现代社会和刑法修改（2）”，《刑罚法大系1》，281页；大谷实：“刑法修改工作的经过和今后的方向”，ジュリ852号142页以下。

立，所以，没有得到舆论的支持，全面修改刑法没有成为现实。但是，在1995年部分修改刑法（法律91号）当中，以刑法条文简易化的形式，对刑法进行了全面修改，同时，删除了有关聋哑人（第40条）以及尊亲属加重处罚的规定（第200条等）。之后，修改刑法活动蓬勃展开，以至于现在这一段时间被称为“刑事立法的活跃时期”。

具体来说，2001年，刑法典中新增一章，创立了“有关支付用卡电磁记录的犯罪”（第18章之2）。同年，也考虑到交通事故被害人的强烈愿望，新设了将情节严重的业务过失致人死伤罪的情形予以重罚的危险驾驶致人死伤罪（第208条之2），与此相应，将情节轻微的业务过失致人死伤罪免除刑罚。

2004年，在刑法总则当中，将有期徒刑、有期徒刑的上限从15年提高到20年（第12条、第13条），同时，将加重有期徒刑场合的上限从20年提高到了30年（第14条）。另外，修改了凶恶犯罪（杀人、伤害、强奸等）的法定刑，增设了集团强奸罪（178条之2）。2005年，新设了买卖人身罪（第22条之2）、将被诱拐者等移送所在国罪（第226条之3），意图完善侵害人身自由罪的刑罚。2006年，对迄今为止法定刑当中只规定有自由刑的盗窃罪（第235条）以及妨害公务罪（第95条）的处罚进行修改，作为选择刑，新设了“50万日元以下罚金”¹。

上述之外，《为了对应犯罪的国际化、组织化以及情报处理的高度化而部分修改刑法的法律》眼下正在国会的审议当中，该法案一旦通过，就要对妨害强制执行罪、散布淫秽物品罪等进行修改，另外，还要增设有关不当指令电磁记录的犯罪（第19章之2）。另外，就有组织犯罪处罚法而言，正在考虑增设正引发深刻讨论的“共谋罪”。

5. 今后的学说动向

如前所述，战后刑法学的动向，可以说是对古典学派和近代学派的扬弃，但是，对最近的学说进行俯瞰，可以这样说，以行为原则为前提，在重视罪刑法定原则以及责任原则的一点上相互共通，历来的根本主义之间的对立已经烟消云散。取而代之的是，新一轮的以社会伦理乃至社会秩序观为核心、合理把握犯罪和刑罚的立场，和从保护法益为核心的抑制犯罪的立场出发、机能性地考虑刑罚的立场之间的对立。前者

¹ 大谷实：“关于最近的刑事立法”，同志社法学57卷2号279页。

重视犯罪的侵害法益结果以及行为的反社会性乃至反秩序性，相反地，后者重视结果的侵害法益性，这样，当今的刑法学，可以说是以维持社会伦理乃至社会秩序主义（行为无价值论）和保护法益主义（结果无价值论）的对立为中心而展开。

但是，在今后的刑法学的展开当中，最为重要的应当是，犯罪和刑罚必须在取得国民理解的基础上加以确立。将什么样的侵害法益行为作为犯罪，对该行为处以什么样的刑罚，能够为保护国民的人权、保护法益作出贡献，能够为社会的安定提供保障，这是最大的课题。因为，偏离国民的规范意识的犯罪和刑罚，最终难以实现维持社会秩序的刑法目的。在此意义上讲，重新让国民参与司法而采用的陪审员制度¹，在展望日本刑事司法的未来方面，具有意义。

¹ 陪审员制度，根据2004年通过的《有关陪审员参加刑事审判的法律》（法律第63号）而设立，将一直实行到2009年为止。

第三章

刑法理论

刑法理论是有关犯罪和刑罚的基础理论。其中，有关犯罪的是犯罪理论，有关刑罚的是刑罚理论。

前面已经说明了刑法理论的历史发展，如果将作为其核心的古典学派和近代学派的刑法理论加以整理的话，可以看出，古典学派认为，刑法评价的中心是犯罪行为，在犯罪论上，坚持客观主义（行为主义）、实在（现实）主义；在刑罚理论上，前期古典学派主张的是一般预防论，后期古典学派主张的是报应论。而近代学派将刑法评价的中心放在行为人身上，在犯罪论上坚持主观主义（行为人主义）、征表主义；在刑罚论上，坚持特别预防主义（改善、教育刑论）。刑法理论，就是在这种完全互相对立的立场的相互角力之下展开的。以下，在说明上述各种概念的同时，阐述作为本书的基础的刑法理论。

第一节 犯罪理论

一、犯罪论的基础

1. 非决定论和决定论

在犯罪论中，最初的出发点是有人的意志的决定论和非决定论的对立。所谓非决定论认为，人的意志不受因果法则的支配，可以根据理性的判断进行选择，也称意志自由论。与此相对，决定论认为，人的意志自由不过是幻想而已，人的行动受遗传因素和社会因素的支配，也称意志决定论。后期古典学派以非决定论为基础，认为刑事责任的根据在于：行为人尽管可以根据自由意志打消实施犯罪的念头，但却竟然实施了犯罪行为，这就成为追究其刑事责任的根据。近代学派认为，犯罪是受环境和素质所决定的人的必然行为，犯罪行为是行为人的社会危险性

的表征，具有该种社会危险性的人应当处于接受社会的防卫处分的地位，这就是犯罪的本质。

非决定论，现在被作为相对的意志自由论而被提倡。相对的意志自由论认为，人的意志既受环境和素质影响，也为人自己所决定。¹ 决定论现在被作为柔软的决定论而被提倡。它承认意志受因果法则的支配，而不是受环境和素质支配的，受意志和价值所决定之物就是自由意思。²

2. 客观主义和主观主义

它是有关刑法的评价对象的对立。刑法中的客观主义认为，犯罪的本质只能从犯人的外部行为或结果中寻求。由于其将犯罪看作为能够从外部认识的行为，所以，又被称为行为主义。主观主义认为，行为人的内部要素即反复实施犯罪行为的意思或性格的危险性，或者说，虽然现在还没有实施犯罪行为，但具有将来实施犯罪的社会危险的性格就是犯罪的本质。由于其从行为人的内部性格上来把握犯罪，所以，又被称为行为人主义。³

3. 实在主义和征表主义

它是有关犯罪行为的意义的对立。所谓实在主义〔现实主义 (Realistik)〕，是指将作为外部事实的行为即现实成立的事实作为刑法评价的对象的理解。相反地，将主观主义的考虑贯彻到底的话，犯人的外部行为就变得不必要，完全应该将犯人的性格或内心的事实作为刑法的评价对象，只不过这些内心事实可以通过客观行为来认识而已。因此，所谓征表主义 (Symptomaitik)，是将犯罪行为作为认识犯人的内心事实的征表而看作为刑法的评价对象的理解。现实主义和客观主义相连，征表主义和主观主义相关。现实主义认为，作为现实的外部事实而表现出来的行为自身在刑法上具有独立的意义，与此相对，征表主义认为，行为的存在理由在于，它不过仅是认识行为人的内心事实即危险性的手段而已。

4. 社会伦理主义和法益保护主义

1 团藤，34页；庄子，58页；福田，20页；大塚，47页；内藤，112页；西原，391页；藤木，82页；曾根，154页；野村，71页。

2 佐伯，237页；平野龙一：《刑法基础》（1966年），19页；内田，223页；前田，33页；齐藤信治，26页；松宫，158页。

3 木村龟二：《刑法解释的诸问题1卷》（1939年），91页。

它是刑法到底是为了保护什么，才将某种行为作为犯罪的见解方面的对立。社会伦理主义认为，刑法的机能在于通过对法益的保护来维持社会伦理，犯罪的本质是违反社会伦理规范。¹ 由于重视行为的反规范性、反社会性，所以也被称为行为无价值论。而法益保护主义认为，刑法的机能就是保护法益，犯罪的本质是对法益的侵害和威胁。² 由于重视结果的法益侵害性，所以，也被称为结果无价值论。这种对立虽然和古典学派与近代学派之间的对立没有直接关系，但是，社会伦理主义是以以报应主义为立足点的后期古典学派为出发点的，相反地，法益保护主义则以前期古典学派的学说为出发点。³

二、犯罪的本质

1. 相对的意志自由论

那么，对于上述犯罪理论的基本对立，该如何考虑才妥当呢？

首先，该如何考虑非决定论和决定论的对立呢？非决定论是以每个人都平等地具有自由意志的所谓理性人为前提的，主张人的意志不受任何因果律支配的绝对自由意志论，但是，人是在遗传素质和社会环境的制约之下实施行为的，绝对的自由意志，除了菲利所说的幻想之外，恐怕是不存在的。与此相对，近代学派从宿命论的立场出发，认为犯罪的原因在于素质和环境，但这也不妥当。虽然不存在不受任何因素影响的意志，但人在受制于遗传素质和社会环境的同时，作为有理性的存在，在一定程度上对素质和环境具有能动作用，具有主动地选择自己行动的自由，可以控制因果法则。所以，相对的意志自由论妥当。

对于这种观点，批判意见认为，自由意志的存在是没有办法证明的。但是，人们从虽然受制于身外之物但还是能够作出判断的经验看出，人们至少是具有自主决定的自由意志的，所以说，每个人正是在这种自由意志的基础上，自觉意识到对自己行为的责任，所以，社会秩序才得以维持下来。

相对的意志自由论，尽管不具有自然科学意义上的完全的实证证明，但是，它是以一般人的信念为基础的，从这一意义上来讲，它也比

1 团藤，14页。

2 平野，43页。

3 内藤，(上)38页。

决定论更具科学性。¹ 这样说来, 犯罪论, 应当在人虽然受制于环境和素质但仍然具有自主决定的意志自由, 即相对的意志自由论的基础上展开。

相对的意志自由论和因果支配 相对的意志自由论, 虽说以自由意志的存在为基础, 但认为在一定场合下, 应完全否认自由意志。正如精神病, 在由于一定的素质原因或者行为环境异常等特殊环境的场合, 应当说具有意志决定的法则性。另外, 即便在意志自由未被完全否定的场合, 也承认素质或者环境对意志自由的制约作用。因此, 尽管有观点认为, 站在非决定论的立场的话, 不能合乎法则地说明犯罪原因, 但是, 这种观点是不对的。

2. 修正的法益保护主义

能够根据目的、价值来控制因果法则的人, 按照自己的自由意志而实施了犯罪行为, 这正是对其施加道义上的谴责的根据。

(1) 行为主义、客观主义 这样, 犯罪在本质上必须是行为, 因此, 犯罪理论必须建立在行为主义、客观主义以及现实主义的基础之上。换句话说, 认为犯罪是行为人的社会危险性的征表的征表主义不妥, 行为人主义、主观主义也必须加以否定。当然, 也不能忘记, 行为也并不单是抽象的自由意志的产物, 而是在遗传因素和社会环境因素的影响之下, 行为人自主决定实施的。

人格的犯罪理论 这种观点认为, 由于行为主义和行为人主义都有其短处, 所以, 应以此二者为基础, 从犯罪是行为人人格主体的现实化的观点出发, 研究犯罪的本质。² 的确, 行为不能离开人格而存在, 但是, 性格和人格不仅难于区别, 而且行为人人格的主体现实化的意义也并不明确, 因此, 至少在犯罪理论上, 应当以引起犯罪行为的相对的意志自由论为基础。

犯罪行为虽然是对行为人进行刑法谴责的基础, 但是, 刑法谴责,

1 团藤, 35 页; 福田, 20 页; 大塚, 47 页; 内藤, (上) 112 页; 西原, 388 页; 川端, 38 页; 曾根, 155 页; 西田, 18 页; 浅田, 271 页。

2 团藤, 39 页; 大塚, 47 页; 佐久间, 32 页。

也并不能单以行为人基于自由意志而实施了犯罪行为这一点为基础。被称为犯罪的行为如果在社会意义上不是无价值（准确地说，应当是“反价值”）的话，就不能作为刑法谴责的基础。那么，什么样的行为是社会意义上无价值的行为呢？在这一点上，存在社会伦理主义和法益保护主义之间的对立。

（2）法益保护主义的修正 我认为，刑法的目的是通过保护法益来维持社会秩序。侵害法益的行为无非是对实现这一目的来说有害的行为，所以，刑法上的有害行为，是侵害法益或威胁法益的行为，所谓社会意义上无价值的行为就是这种行为（结果无价值论）。因此，只要不是侵害法益，或者是对法益造成了危险的行为，即便是违反社会伦理规范的行为，也不能作为刑法上的违法行为。因此，以法益保护主义为核心来把握犯罪的本质的见解是正确的。但是，刑法是以社会伦理规范为基础的，所以，被称为犯罪的行为，仅仅对法益有侵害或危险还不够，还必须违反了社会伦理规范。因此，离开社会伦理规范来把握犯罪本质的法益保护主义的见解并不妥当，必须根据社会伦理主义来对法益保护主义进行修正。这样说来，所谓犯罪，就是违反社会上的一般人当然应当遵守的社会伦理规范的侵害法益的行为，以及具有侵害法益的危险的行为。

第二节 刑罚理论

一、有关刑罚理念的对立

关于刑罚理念，有绝对主义、相对主义、折中主义之间的对立。绝对主义以绝对的报应刑论为内容，将刑罚作为对过去犯罪的报应，主张①刑罚是对恶的反动，②动和反动之间必须均衡，③因为是对恶的反动，所以，其内容必须是恶害。相对主义，以目的刑论为内容，认为刑罚是为了防止将来的犯罪而科处的，所以，刑罚只有在对防止犯罪来说必要且有效的范围内才是合理的。目的刑论，根据其目的内容的不同，可以分为一般预防论和特别预防论。一般预防论认为，处罚犯人是为了威慑社会上的一般人，使其不致犯罪。特别预防论认为，处罚犯人是为了改造、教育犯人自身，防止其将来再犯罪。折中主义，以相对的报应刑论为内容，主张为使刑罚正当化，首先必须满足正义的要求，同时，刑罚对于防止犯罪来说必须是必要且有效的，应当在报应刑的范围内实