

当代日本刑事法译丛

贾宇 西原春夫 / 主编

刑法总论 重要问题

〔日〕松原芳博 著
王昭武 译

日本法

内藤謙

山中敬一 川端博

西田典之

川崎友巳

平野龍一

曾根威彦

木谷明

西原春夫

井田良

佐伯仁志

高橋則夫

山口厚

石川正興


佐久間修

中野真剛

松宮孝明 松原芳博

藤田和雄

奥村正雄

 中国政法大学出版社

本书译自早稻田大学松原芳博教授2013年出版的最新著作（《刑法总论》，日本评论社2013年版）。本书以结果无价值论为理论基调，通过探究解释论上的真正对立之所在及其背景，揭示了日本刑法总论重要问题的研究现状，并力图呈现更为合理的刑法理论。本书特点有二：一是完全有别于传统刑法教科书的写作体例，通过提炼出刑法总论中的重要论点，就此展示了作者本人的独立思考。可以说，作者就各个论点的论述，其本身就是一篇独立的学术论文，具有相当程度的理论性。二是不仅分析解读了既有判例，更通过设定大量案例来论证、检验刑法理论，将案例与理论有机结合在一起，尽力缩小理论与实践之间的距离，密切保持对理论体系的一贯性与具体运用的妥当性的相互验证。



引领法讯前沿
优惠尽在指尖

上架建议：刑法

ISBN 978-7-5620-5717-8



9 787562 057178 >

定价：68.00元

刑法总论 重要问题

〔日〕松原芳博 著
王昭武 译



中国政法大学出版社

2014·北京

声 明

1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

刑法总论重要问题/（日）松原芳博著；王昭武译。—北京：中国政法大学出版社，2014.12

ISBN 978-7-5620-5717-8

I. ①刑… II. ①松… ②王… III. ①刑法—研究 IV. ①D914.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第281643号

出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908524(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 720mm×960mm 1/16
印 张 26
字 数 500千字
版 次 2014年12月第1版
印 次 2014年12月第1次印刷
定 价 68.00元

总序二

法律是人类的微缩历史。法律既是人类文明的成果积淀，也是多元文化的综合汇聚；不同的国家虽然可能采用不同类型的法律制度，但是都大致共享着同样的法治伦理。因此，不同国家的法律思想和法律制度需要并且可以相互进行交流与借鉴，甚或移植。

众所周知，中华法系起于秦汉，盛于唐宋，解于清末，曾经一度是世界领先的法制文明，覆盖了泛东亚儒家文化圈。日本在公元八世纪初开始学习和接受唐朝的律令，成为律令制国家，之后直至明清时期，日本的律令制度一直深受中华法系的影响。但是明治时代以后，日本开始维新政治，转向西学，取法欧陆，勗行法治，成为亚洲最早转型成功的近代国家。清末时期，修律大臣沈家本邀请日本东京帝国大学的冈田朝太郎博士担任顾问，日本法学的思想理念开始回馈襄助中华。自此之后，中日两国的法律交流，出现了“师襄彼此，各有优长”的局面。

在当代，中日两国刑事法的交流与合作，主要是由日本早稻田大学前任校长西原春夫先生与中方的马克昌先生、高铭暄先生联合确立推动的。西原先生是日本杰出的刑法学家、教育家以及社会活动家，曾经入选福田政府的顾问团，是立场鲜明的“和平主义者”，也是我们眼中的“知华派”。马克昌先生是新中国第一代刑法学家，是武汉大学刑法学的领军人物，与高铭暄先生并称中国刑法学界的“南马北高”。马先生能够广纳天下英才而育之，门下弟子众多，被学人戏称为刑法学界的“马家军”。马先生虽未出国留学，但是精通日语，能够通畅交流。因此于1998年与西原先生在东京相逢之后，两人一见如故，彼此引为知己。两位先生志趣相合，心意相连，高山流水遇知音，肝胆相照两学人。因为马先生的关系，西原先生曾经十余次访问武汉，

并亲自出席马先生八十华诞学术研讨会，尤其是在马先生生病住院期间，西原先生更是曾经两度越洋探访，这在两国学界都十分鲜见。两位先生的学术友情，实不让于管鲍之交、钟伯之谊，业已成为中日学术史上的传奇美谈。

马克昌先生是我的授业恩师，不仅引领我踏入法学研究的学术殿堂，而且对我更有人生际遇上的知遇之恩。先生高风雅量，宽厚待人，爱才惜才，醉心学术，在古稀之年，仍然用手工书写的方式完成了八十余万字的鸿篇巨制——《比较刑法原理——外国刑法学总论》一书，震动学界。先生看重学问，常怀克己之心、追贤之念，秉学人高格、务法律之实，对我等弟子亦各有期许。

2011年6月22日，先生因病不治，驾鹤仙游。学门弟子，悲痛心情，无以言表。我曾以诗纪念先生：“先生累矣，溘然长眠；学门兴盛，师心所牵。吾侪弟子，克勤克勉；事业有继，慰师安然。师恩难忘，一世情缘；恩师音容，永驻心间。”为了告慰先师，身为弟子，理应承继先生志业，竭尽绵力于一二。

中日刑事法的交流圈子，是先生亲自将我领入。早在2002年的中日刑事法学术研讨会上，马先生就将我郑重介绍给西原先生，并嘱我日后要多多参与、支持中日刑事法的学术交流活动。因此，在2007年我专门邀请西原先生赴西安讲学，并为西原先生举办了八十华诞学术研讨会。此后，常常在各种不同的学术会议场合与西原先生相见，相知益深，被先生引为忘年之交，不胜荣幸。

2011年10月1~5日我受日本中央大学的邀请访学东京，期间专门择时拜访了西原先生，先生在东京日比谷公园著名的松本楼接待了我。松本楼是中国民主革命先行者孙中山先生的挚友梅屋庄吉的故居，是孙中山先生与宋庆龄女士的结发场所和旅居之地；在当代，则一向是日方对华友好人士接待中国来宾的重要场所，具有很强的文化意象。其时，恰遇中日关系出现了些许波折，又逢我的恩师马克昌先生新近离世，西原先生设宴松本楼，深具厚意与情怀。席间念及马先生，西原先生不禁肃穆满怀，把酒遥祭，深情追忆了与马先生相识相交的详细过程，言之谆谆，意之切切，令我深为感动。因此，我当场向西原先生提出合作主持出版一套《当代日本刑事法译丛》的意向，一来以此纪念马克昌先生，二来为中日刑事法学的继续深入交流做些实事。西原先生毫不犹豫，欣然应允，答应联署译丛主编并愿意承担一些组织

工作。

本套译丛的编委会委员，邀请了部分日方著名的刑法学家，特别是译著的作者；中方编委会成员主要是马克昌先生的部分学生，也邀请了中国刑法学界热心此项工作的部分专家学者。副主编则由黎宏教授与本乡三好先生担任：黎宏教授是马先生的高徒，早年留学日本，如今已成长为中国刑法学界的青年领军人物；本乡三好先生长期担任久负盛名的成文堂出版社的编辑部长，协助西原先生为中日刑事法学的交流发展做出过大量工作，对中国学界有巨大贡献。我的学生付玉明担任本套译丛的执行主编。玉明聪明好学，治学刻苦，曾受马克昌先生与西原先生的惠助，留学日本。他为这套丛书的联络、组织、翻译、出版付出了巨大努力。译丛编辑部主要由留日归来的青年刑法学者组成，他们精研刑法，兼通日文，是中国刑法学界的后起之秀，其中大多也是本套译丛的译者。

北京京都律师事务所的田文昌先生与北京德恒律师事务所的李贵方先生，为本译丛慷慨解囊提供出版经费，在此致谢！感谢他们心系学界，关爱学问。

中国政法大学出版社的李传敢社长为本译丛提供出版支持，编辑部主任刘海光先生具体负责方案落实，辛苦备至，他们勤勉认真的工作态度令我们敬佩有加！

法律的故事就是人类的故事，法治的历史实际上就是法律人奋斗的历史。坚硬的法律背后，更多的是温情的人间故事。让我们记住这段当下史，记住这些名字。

是为序。

西北政法大学教授、校长
中国刑法学研究会副会长
贾宇

中文版序

自 20 世纪 80 年代开展中日刑事法研讨会以来，中日两国之间的刑法学交流日益频繁。尤其是总论部分，由于理论性更强，且具有一定普适性，不少地方可以借鉴对方国家的现有研究成果。本书的翻译若能有助于这种学术交流，幸莫大焉。

本书有幸纳入西北政法大学组织翻译出版的“当代日本刑事法译丛”，谨对西北政法大学贾宇校长、付玉明博士表示诚挚谢意！对于准确译介本书的王昭武副教授，亦表示衷心感谢！众所周知，王昭武副教授曾用日文在日本发表学术论文，是国际派的优秀研究人员。在以往的中日刑事法研讨会上，王昭武副教授曾两次为我承担翻译之劳，正是因为这种缘分，本书才得由王昭武副教授译成中文。

衷心祝愿中日之间的学术交流更加繁荣！
是为序。

松原芳博

2013 年 9 月 16 日

中国語版への序文

1980年代に日中刑事法シンポジウムがはじまって以来、中国と日本の間では、刑法学に関する学術交流が盛んになっている。特に、刑法総論は、理論的な側面が強く、一定の普遍性を有しているため、それぞれの国の知見が相手の国にとっても利用可能であることが少なくない。本書が中国語に翻訳され、このような学術交流の一助となれば、私にとってこの上ない喜びである。

本書を本翻訳シリーズに加えてくださったことについて、中国西北政法大学の賈宇学長、付玉明博士に心より感謝を申し上げたい。また、本書を的確に翻訳された王昭武教授にも、御礼を申し上げたい。王教授は、周知のとおり、中国語のみならず日本語でも論文を公表している国際派の優れた研究者であり、日中刑事法シンポジウムで2回に亘り私の報告の通訳を務めてくださったことが縁になって、私の著作を翻訳して下さることになった。

中国と日本の学術交流がますます盛んになることを願って、本書の序文を結びたい。

松原芳博

2013年9月16日

序 言

本书基本内容原以“刑法总论思考”为题，连载于《法学演习》（法学七三十一），本书正是在此基础上修订而成。连载时，我的基本想法是，着力详解刑法总论中的重要论点，同时考虑读者需求而从基本问题谈起。为此，本书在继续保持解说重要论点之特征的同时，由于具备了一定的全面性与体系性，也能起到教科书的作用。

本书的写作，尽力做到以下四点：其一，就解释论上的论点，明确真正的对立之所在及其背景，并在刑法理论体系中找到其准确定位。这是因为，我深感当下的“论点主义”的弊害在于，对于各个论点的研究，往往脱离其思想背景与刑法理论体系，而流于机械性检索与死记硬背。其二，有意识地关注与对立观点之间的“对话”。这是因为，单纯还原学说之间的对立，即便能在体例的完整性上得到自我满足，但也会丧失建设性交流的可能，无法实现更恰当的刑法解释这一目标。其三，尽可能地对我的思考过程予以“可视化”，并最大限度地呈现给读者。这是因为，我认为要获得真正的“认同”，对思考过程的追踪体验不可或缺。现在，法科研究生院的学生有这样一种倾向，即轻易放弃“认同”，转向“记忆”，但法律的终极目标在于取得当事人的“认同”、一般国民的“认同”。自己放弃“认同”者，很难为此目标做出贡献。其四，解说刑法理论时，大量运用了包括判例在内的案例，并注重案例之间的排列。这是因为，对以解决具体案件为使命的法律学而言，有必要缩小理论与实践之间的距离，密切保持对理论的一贯性与具体运用的妥当性的相互验证。当然，上述想法最终是否得以实现，颇为忐忑，尚有待读者诸贤对本书的评判。

在《法学演习》（法学七三十一）长达30期的连载过程中，专田泰孝教

授（冈山大学）、渡边卓也副教授（帝京大学）、内田幸隆副教授（明治大学）、杉本一敏副教授（早稻田大学）以及三上正隆专职讲师（爱知学院大学）对每次的文稿均提出了宝贵的意见，我的助手铃木一永（早稻田大学）还代为校对文稿，并核对了判例与相关文献。在正式出版之际，北川佳世子教授（早稻田大学）就本书整体结构也提出了有益的意见，荻野贵史助教（独协大学）、重富贤人（早稻田大学研究生院硕士研究生）以及早稻田大学研究生院博士研究生野村健太郎、大庭沙织、安嶋建、永井绍裕等还代为校对文稿并制作了索引。另外，日本评论社《法学演习》（法学七三十一）编辑部的上村真胜总编热心推荐我进行连载，并为结集出版做出了无私奉献。对以上诸贤，谨致诚挚谢意！

本书的起点源自恩师曾根威彦先生的刑法理论。若本书的出版，能报师恩于万一，当属意外之喜。

最后，想将本书献给我的父亲松原芳久、母亲松原淑子。对我立志从事学术研究，他们是最替我感到高兴者。

松原芳博

2013年2月4日

文献略语

〔判例集〕（黑体字部分作为引用的简称）

刑集	大审院刑事判例集・最高裁判所刑事判例集
刑录	大审院刑事判决录
裁集集刑事	最高裁判所裁判集刑事
高刑集	高等裁判所刑事判例集
判特	高等裁判所刑事判决特报
高刑特	高等裁判所刑事裁判特报
下刑集	下级裁判所刑事裁判例集
刑月	刑事裁判月报

〔定期出版物〕（黑体字部分作为引用的简称）

刑法	刑法杂志
警研	警察研究
刑ジャ	刑事法ジャーナル
现刑	现代刑事法
ジュリ	ジュリスト
曹时	法曹时报
法时	法律时报
法协	法学协会杂志
法教	法学教室
法セ	法学セミナー
判时	判例时报
判夕	判例タイムズ

判例集的编年对应表

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

大审院判录 (刑录创刊)	大审院判例集 (改称刑录)	最高裁判所判例集 (改称刑集)	
明治28 (1895年) 1辑	大正11 (1922年) 1卷	昭和22 (1947年) 1卷	昭和37 (1962年) 16
29 (1896年) 2	12 (1923年) 2	23 (1948年) 2	38 (1963年) 17
30 (1897年) 3	13 (1924年) 3	24 (1949年) 3	39 (1964年) 18
31 (1898年) 4	14 (1925年) 4	25 (1950年) 4	40 (1965年) 19
32 (1899年) 5	大正15	26 (1951年) 5	41 (1966年) 20
33 (1900年) 6	(1926年) 5	27 (1952年) 6	42 (1967年) 21
34 (1901年) 7	昭和1	28 (1953年) 7	43 (1968年) 22
35 (1902年) 8	2 (1927年) 6	29 (1954年) 8	44 (1969年) 23
36 (1903年) 9	3 (1928年) 7	30 (1955年) 9	45 (1970年) 24
37 (1904年) 10	4 (1929年) 8	31 (1956年) 10	46 (1971年) 25
38 (1905年) 11	5 (1930年) 9	32 (1957年) 11	47 (1972年) 26
39 (1906年) 12	6 (1931年) 10	33 (1958年) 12	48 (1973年) 27
	7 (1932年) 11	34 (1959年) 13	49 (1974年) 28
	8 (1933年) 12	35 (1960年) 14	
	9 (1934年) 13	36 (1961年) 15	

续表

大审院判决录 (刑录创刊)	大审院判例集 (改称刑录)	最高裁判所判例集 (改称刑集)	
明治40 (1907 年) 13	昭和10 (1935 年) 14	昭和50 (1975 年) 29 卷	昭和 64 (1989 年) 43
41 (1908 年) 14	11 (1936 年) 15	51 (1976 年) 30	平成 1
42 (1909 年) 15	12 (1937 年) 16	52 (1977 年) 31	2 (1990 年) 44
43 (1910 年) 16	13 (1938 年) 17	53 (1978 年) 32	3 (1991 年) 45
44 (1911 年) 17	14 (1939 年) 18	54 (1979 年) 33	4 (1992 年) 46
明治 45 (1912 年) 18	15 (1940 年) 19	55 (1980 年) 34	5 (1993 年) 47
大正 1	16 (1941 年) 20	56 (1981 年) 35	6 (1994 年) 48
2 (1913 年) 19	17 (1942 年) 21	57 (1982 年) 36	7 (1995 年) 49
3 (1914 年) 20	18 (1943 年) 22	58 (1983 年) 37	8 (1996 年) 50
4 (1915 年) 21	19 (1944 年) 23	59 (1984 年) 38	9 (1997 年) 51
5 (1916 年) 22	20 (1945 年) 24	60 (1985 年) 39	10 (1998 年) 52
6 (1917 年) 23	21 (1946 年) 25	61 (1986 年) 40	11 (1999 年) 53
7 (1918 年) 24	22 (1947 年) 26	62 (1987 年) 41	12 (2000 年) 54
8 (1919 年) 25		63 (1988 年) 42	13 (2001 年) 55
9 (1920 年) 26			14 (2002 年) 56
10 (1921 年) 27			15 (2003 年) 57
			16 (2004 年) 58
			17 (2005 年) 59
			18 (2006 年) 60
			19 (2007 年) 61
			20 (2008 年) 62
			21 (2009 年) 63
			22 (2010 年) 64
			23 (2011 年) 65
			24 (2012 年) 66

目 录

总序一	I
总序二	III
中文版序	VI
序 言	VIII
文献略语	X
判例集的编年对应表	XI
第一章 刑罚的意义与目的	1
一、犯罪与刑罚	1
二、刑罚的概念	1
三、刑罚的正当化理由	3
(一) 社会机能、形式合法性、实质正当性	3
(二) 报应刑论	3
(三) 一般预防论	5
(四) 特殊预防论	6
(五) 国家方面的正当化与行为人方面的正当化	7
四、近期的重刑化倾向与刑罚理论	8
第二章 刑法的基本原则	11
一、法益保护主义	11
(一) 社会伦理主义与法益保护主义	11
(二) 父权主义	13
二、行为主义	15
三、处罚的早期化与法益概念的稀薄化	16
四、责任主义	18

五、罪刑法定原则	20
(一) 从人的支配到法的支配	20
(二) 自由主义与民主主义	20
(三) 法律主义	21
(四) 禁止事后法 (禁止溯及既往)	22
(五) 禁止类推	24
(六) 禁止类推原则的适用范围	25
六、刑罚法规的适正	26
(一) 明确性原则	26
(二) 体感治安的降低与不明确的刑罚法规	27
(三) 刑罚法规内容的适正	29
(四) 合宪限定解释	29
第三章 犯罪论体系	32
一、犯罪的定义与犯罪论体系	32
二、行为	33
(一) 体系性定位	33
(二) 行为的内容	34
三、构成要件该当性	35
(一) 构成要件的性质	35
(二) 罪刑法定原则机能	36
(三) 违法类型化机能	37
(四) 违法推定机能	39
(五) 故意规制机能	39
(六) 犯罪个别化机能	40
(七) 构成要件要素	41
(八) 犯罪类型的分类	43
四、违法性	45
五、责任 (有责性)	46
六、违法性与责任的区别	46
七、客观处罚条件、一身性的处罚阻却事由	47
第四章 因果关系	48
一、刑法中的因果关系	48

二、条件关系	49
(一) 假定的消去公式	49
(二) 择一的竞合	50
(三) 假定的原因	54
(四) 合义务的态度的替代	55
三、相当因果关系	57
(一) 等价说、中断论、原因说	57
(二) 相当因果关系说	57
(三) 行为当时的特殊情况	58
(四) 行为之后的介入因素	60
(五) 对因果关系的规范性限定 (客观归属论)	64
第五章 不作为犯	68
一、不作为的行为性	68
二、作为与不作为	69
三、不真正不作为犯与罪刑法定原则	70
四、作为义务 (保障人地位)	71
(一) 体系性地位	71
(二) 形式的三分说	72
(三) 实质说	73
(四) 探 讨	74
(五) 判例态度	75
五、作为可能性与结果避免可能性	77
第六章 违法论概述	79
一、违法的实质	79
二、“结果”的含义与刑法规范	80
(一) 规范违反说与命令规范	80
(二) 法益侵害说与评价规范	81
三、违法与责任的区别	81
(一) 主观违法论与客观违法论	81
(二) 一般人标准与行为人标准	82
(三) 义务赋予机能与动机形成机能	83
(四) 规范确证论	83

四、主观违法要素	84
(一) 违法的实质与主观因素	84
(二) 目的犯中的目的等	84
(三) 主观违法要素否定论	85
五、违法阻却事由	87
(一) 违法性与违法构成要件、违法阻却事由	87
(二) 社会相当性	87
(三) 法益衡量	88
(四) 违法阻却事由的种类、区别	90
六、可罚的违法性	91
第七章 法益主体的同意	94
一、不处罚的根据	94
二、同意在犯罪论体系中的地位	95
三、不处罚效果的例外	98
四、同意伤害	98
(一) 判例态度	98
(二) 社会相当性说	100
(三) 全面不可罚说、生命危险说、重伤害说	101
五、有效要件	103
(一) 存在形态、是否需要存在认识	103
(二) 存在时点	104
(三) 认识内容、任意性	104
(四) 同意能力	105
六、基于错误的同意	105
(一) 判例态度	105
(二) 条件错误说	106
(三) 法益错误说	107
(四) 自律的自我决定说	107
(五) 探 讨	108
七、推定的同意	112
八、危险的接受	112

第八章 正当防卫	115
一、正当化原理	115
(一) 正当防卫与紧急避险	115
(二) 社会相当性说	116
(三) 法益丧失说	116
(四) 优越利益说	117
(五) 探 讨	118
二、不法侵害	119
(一) 无责任之侵害	119
(二) 对物防卫	119
三、紧迫性	121
四、防卫意思	122
(一) 防卫意思的内容、是否需要防卫意思	122
(二) 偶然防卫	123
五、防卫行为(广义)	125
(一) 学说与判例概述	125
(二) 适合性	127
(三) 必要性(最小必要限度性)	129
(四) 相当性(缓和的均衡性)	130
(五) “盗犯防止法”的特别规定	132
六、相互对立状况下的特殊问题	133
(一) 判例与学说概述	133
(二) 探 讨	134
七、防卫过当	135
(一) 法律性质	135
(二) 质的过当与量的过当	136
第九章 紧急避险	138
一、法律性质	138
(一) 紧急避险的特征	138
(二) 责任阻却说	139
(三) 违法阻却说	140
(四) 可罚的违法阻却说	141
(五) 二分说	141

(六) 探 讨	142
二、要 件	144
(一) 危 险	144
(二) 现实性	145
(三) 避险行为 (适合性)	146
(四) 补充性 (严格的最小必要限度性)	146
(五) 法益均衡	147
(六) 有关业务上具有特别义务者的特别规定	147
三、避险过当	148
第十章 其他违法阻却事由	150
一、法令行为	150
(一) 含 义	150
(二) 职权行为、职务行为	151
(三) 权利行为	151
(四) 特别法规定的违法阻却事由	152
(五) 基于政策性理由而为法令特别允许的情况	153
(六) 劳动争议行为	153
二、正当业务行为	153
(一) 第 35 条的射程	153
(二) 律师、辩护人的辩护活动	154
(三) 媒体的采访活动	154
(四) 宗教活动	155
(五) 体育竞技	155
(六) 医疗行为	156
(七) 安乐死、尊严死	156
三、义务冲突	158
四、私力救济	158
五、狭义的超法规的违法阻却事由	159
六、可罚的违法阻却事由	160
(一) 超法规的可罚的违法阻却事由	160
(二) 《劳动工会法》第 1 条第 2 款之适用	160
(三) 可罚的违法性与合宪限制解释	162

第十一章 责任论概述	164
一、责任的含义与内容	164
二、责任非难的对象	166
三、责任要素	167
四、责任能力	168
(一) 心神丧失、心神耗弱	168
(二) 《心神丧失者等医疗观察法》	171
(三) 刑事未成年人	172
五、期待可能性	172
第十二章 故意与错误	174
一、故意	174
(一) 意义、犯罪论体系中的地位	174
(二) 确定的故意与未必的故意	175
(三) 故意的认识对象	178
(四) 对含义的认识	179
二、具体的事实错误	180
(一) 事实错误的含义与种类	180
(二) 法定符合说与具体符合说	180
(三) 故意的个数	182
(四) 对象错误与方法错误的区别	184
(五) 犯罪事实的同一性的范围	185
三、抽象的事实错误	186
(一) 符合的“范围”	186
(二) 符合的“逻辑”	189
四、对相当于违法阻却事由的事实的假想(假想防卫)	191
(一) 问题之所在	191
(二) 肯定违法阻却的立场	192
(三) 肯定存在故意的立场(严格责任说)	192
(四) 否定存在故意的立场	193
(五) 假想防卫过当	195
(六) 防卫行为与第三者	196

第十三章 违法性的意识	197
一、是否需要违法性的意识	197
(一) 违法性的错误	197
(二) 不要说	197
(三) 必要说 (严格故意说)	198
(四) 可能性说之一 (限制故意说)	200
(五) 实质的故意说	200
(六) 可能性说之二 (责任说)	200
(七) 判例向可能性说的接近	201
二、“违法性”的意识的内容	202
三、事实的错误与违法性的错误的区别	204
(一) 区别标准	204
(二) 行政取缔法规	205
(三) 规范的要素	206
四、违法性的错误的判断	207
第十四章 过失犯	210
一、现代社会与过失犯	210
二、处罚过失犯的规定	212
三、过失犯的结构	213
(一) 旧过失论	213
(二) 新过失论	214
四、构成要件该当性	215
(一) 过失犯的实行行为	215
(二) 过失的不作为犯	216
(三) 结果避免可能性	217
五、违法阻却事由	220
六、责任	222
七、预见可能性	223
(一) 危惧感说	223
(二) 具体的预见可能性说	224
(三) 预见可能性的构成要件关联性	225
(四) 个别对象的预见可能性	226
(五) “因果进程的基本部分”的预见可能性	227

(六) 信赖原则	228
(七) 管理、监督过失与预见可能性	230
(八) 预见可能性的标准	231
八、重大过失与业务过失	233
第十五章 未遂犯	235
一、概 述	235
(一) 含 义	235
(二) 未遂犯观念的形成	236
(三) 刑罚目的与未遂犯处罚根据	236
(四) 违法的本质与未遂犯处罚根据	237
(五) 其他的未完成犯罪	237
二、未遂犯的成立时点	238
(一) 学说概述	238
(二) 未遂构成要件的结构	240
(三) 有关着手未遂的判例	241
(四) 构成要件的提前实现 (结果的提前发生)	242
(五) 构成要件的推迟实现 (结果的推迟发生)	247
(六) 隔离犯、间接正犯	247
(七) 原因自由行为	251
三、不能犯	255
(一) 含 义	255
(二) 纯主观说与抽象的危险说	256
(三) 具体的危险说	256
(四) 客观的危险说	258
(五) 判例态度	259
第十六章 中止犯	261
一、含义与效果	261
二、刑罚减免根据	262
(一) 刑事政策说	262
(二) 法律说	263
(三) 逆向理论	264
(四) 探 讨	265

三、中止行为	266
(一) 中止行为的形式	266
(二) 中止行为与结果防止之间的因果关系	268
(三) 作为形式的中止与真挚的努力	269
四、任意性	270
(一) 学说概述	270
(二) 探讨	271
五、预备的中止	274
第十七章 正犯与共犯	276
一、现行法上的参与类型	276
(一) 四种参与类型	276
(二) 教唆犯、从犯的从属性	277
(三) 狭义的正犯、共犯概念与广义的正犯、共犯概念	278
二、正犯与共犯	279
(一) 正犯与共犯的关系	279
(二) 主观说	280
(三) 形式的客观说	281
(四) 实质的客观说(规范的障碍说)	281
(五) 溯及禁止论	282
(六) 行为支配说	283
三、间接正犯	285
(一) 含义	285
(二) 强制性支配	285
(三) 利用无责任能力者	285
(四) 利用他人的错误	286
(五) 利用有故意的工具	287
(六) 利用他人的合法行为	288
四、共同正犯	289
(一) 《刑法》第60条的机能	289
(二) 部分行为全部责任	290
(三) 共同的对象	292
五、共谋共同正犯	294
(一) 判例态度	294

(二) 问题点	296
(三) 理论根据	298
(四) 共谋的含义	302
第十八章 共犯的处罚根据	306
一、共犯的处罚根据理论概述	306
(一) 可罚性借用说	306
(二) 责任共犯论与不法共犯论	307
(三) 对他人不法的连带说	308
(四) 惹起说(因果共犯论)	308
二、惹起说内部的对立	309
(一) 纯粹惹起说	309
(二) 修正惹起说	309
(三) 混合惹起说	310
三、未遂的教唆	311
四、因果性的内容	312
(一) 共犯的因果关系的特殊性	312
(二) 片面的共犯	312
(三) 从犯的因果关系	315
五、共犯成立的时间界限	318
六、承继的共犯	319
(一) 问题之所在	319
(二) 全面承继说	319
(三) 限定承继说	320
(四) 二元说	322
(五) 承继否定说	322
(六) 判例态度	323
(七) 承继的共犯与同时伤害的特例	325
七、共犯关系的脱离	325
(一) 因果关系切断说	325
(二) 实行着手之前的脱离	327
(三) 实行着手之后的脱离	329
八、共犯与中止	331

第十九章 共犯与身份	333
一、第 65 条第 1 款与第 2 款之间的关系	333
(一) 连带作用与个别作用	333
(二) 形式的区分说	334
(三) 罪名与科刑分离说	335
(四) 实质的区分说	336
(五) 探 讨	337
(六) 身份者对非身份者的加担	339
二、第 65 条第 1 款中的“共犯”的范围	340
三、第 65 条中的“身份”的范围	341
第二十章 共犯的其他问题	345
一、共犯的错误	345
(一) 问题之所在	345
(二) 教唆的射程、共谋的射程	346
(三) 具体的事实认识错误 (同一构成要件之内的错误) ..	348
(四) 抽象的事实认识错误 (不同构成要件之间的错误) ..	349
(五) 不同参与类型之间的错误	351
二、必要的共犯	352
(一) 含 义	352
(二) 对向犯	353
(三) 集团犯	355
三、中立行为与从犯	355
(一) 问题之所在	355
(二) 学说概述	356
(三) 探 讨	356
(四) 判例态度	357
四、预备犯的共犯	359
五、不作为与共犯	361
(一) 针对不作为犯的共犯	361
(二) 不作为犯与不作为犯的共同正犯	362
(三) 不作为的共犯 (不阻止他人的犯罪行为)	362
(四) 有关不作为的共犯的判例	364
六、过失共同正犯	366

(一) 问题之所在	366
(二) 学说概述	367
(三) 探 讨	369
(四) 判例态度	370
七、结果加重犯的共同正犯	371
第二十一章 罪数论与犯罪竞合论	372
一、罪数论与犯罪竞合论概述	372
二、单纯的一罪 (包括法条竞合)	372
三、包括的一罪	374
(一) 含 义	374
(二) 集合犯	374
(三) 发展犯 (狭义的包括的一罪)	374
(四) 共罚的事前行为、事后行为	375
(五) 侵占之后的侵占	376
(六) 接续犯	378
(七) 附随犯	380
(八) 混合的包括的一罪	380
四、想象竞合	381
(一) 含义与根据	381
(二) 一个行为	382
(三) 不作为犯中的一个行为	383
(四) 共犯中的一个行为	383
五、牵连犯	384
六、“搭扣”现象	384
七、并合罪	385

第一章

刑罚的意义与目的

一、犯罪与刑罚

例如，因实施伤害犯罪，犯罪人被科处3年惩役的刑罚。由此可见，犯罪与刑罚作为一种社会现象，是作用与反作用的关系，在法律上又处于要件与效果的关系。将犯罪与刑罚作为法律上的要件与效果联系在一起的，就是（广义的）刑法。

二、刑罚的概念

那么，究竟何谓“刑罚”呢？《刑法》第9条对此作了规定：主刑有属于生命刑的死刑，属于自由刑的惩役、禁锢、拘留，属于财产刑的罚金、科料；附加刑有属于财产刑的没收。历史上还曾有流放孤岛这种流刑以及鞭刑这种身体刑，伊斯兰教诸国现在仍保有身体刑。从上述刑种的共同特征来看，对“刑罚”可作如下定义：是以犯罪这一违法行为为理由，由国家有意识地施加的害恶，其中

内含对违法行为的非难。对于刑罚的这种共同属性，可称之为“刑罚的概念”。或者，在不具有这种属性即不能谓之刑罚这一意义上，又可称之为“刑罚的本质”。

2 征收所得税、《传染病预防法》上的隔离，虽属于可强制执行的不利益处置，但在不以违法行为为前提、不伴有任何非难这一点上，有别于刑罚。另外，基于民法上的不法行为的损害赔偿，尽管也以违法行为为前提，但那不过是通过赔偿被害人的损失，以谋求当事人之间负担的公平，并非有意识地施加害恶，也并非必然内含非难。

另外，基于《少年法》的送致少年院、基于《心神丧失者医疗观察法》的入院措施，虽也以违法行为为前提，但此类措施以保护、教育、治疗为内容，而非“害恶”，也并非有意识地对行为人施以非难。不过，送致少年院等是为了社会的安全，是强制性地剥夺违法行为人的自由，事实上也多少伴有社会性非难，从这一点来看，将其作为与刑罚性质完全不同的措施来处理，是有些危险的。并且，《反垄断法》与《金融商品交易法》中的课征金、*《道路交通法》上的反则（违章）金、诉讼法与行政法领域的过料等，不仅以违法行为为前提，还属于以此为理由而有意施加的“制裁”。在这一点上，是在制度性质上接近于刑罚的。对于课征金与过料，尽管可解释为，在不伴有伦理非难这一点上不同于刑罚，但既然是以违法行为为理由而有意施加的不利益，就不可否认其内含非难，与刑罚的差异无外乎体现在非难的质与量上。^{[1]**}对于这些部分具有刑罚性质的制裁，要求与其根本性质相适应，适用刑法的基本原则，并给予刑事程序法上的保障；除此之外，还需要研究，刑罚与其他类似刑罚的制裁之间是否形成了双重处罚。^[2]

* 这里的课征金，是针对违反《反垄断法》的行为，由公平交易委员会命令交付的一定数额的金钱。也称为“进口课征金”。大致相当于我国的“罚款”。——译者注

[1] 重加算税与惩罚性损害赔偿，也是以违法行为为理由而有意施加的不利益，可以说，部分带有刑罚的性质。

** 加算税，是在违反规定的纳税申报义务等场合，作为一种制裁，在本来的税额之上另外追加征收的国税。分为过少申报加算税、不申报加算税、不交付加算税、重加算税四种。其中，重加算税，是指在针对过少申报与不申报等行为而课以加算税之时，发现还存在隐瞒事实、伪装等情形的，作为一种制裁而科处的高税率的加算税。——译者注

[2] 有关包括刑事制裁在内的各种制裁的横向研究，参见佐伯仁志：《制裁論》，有斐阁2009年版。

三、刑罚的正当化理由

(一) 社会机能、形式合法性、实质正当性

有意对人施加害恶，这无疑是“犯罪”，原本是不被允许的。尽管如此，作为害恶的“刑罚”何以存在，又基于什么理由而被正当化呢？一方面，从社会学的角度来考察，想必可以从满足社会组成成员的心理需求与确认其归属意思，以及政治性权力的确证等机能方面，来说明刑罚的存在理由。分析刑罚在现实社会中的事实性机能，这无疑具有一定意义，但那并不能显示刑罚的“正当性”。另一方面，从民主主义的角度来看，刑法，是由国民代表经过正当程序而制定，由此也能说明刑罚为何被正当化（正统化）。但是，这种形式合法性，只是刑罚正当化的必要条件而非充分条件。这里就必须考问其实质正当性，也就是，能否比照法的理念合理说明刑罚的存在理由。

(二) 报应刑论

如前所述，所谓刑罚，在概念上，可谓之为针对犯罪的、内含非难的害恶。在此限度之内，可称之为“报应”，这一点并无异议。不限于此，报应刑论是从实现正义的视角，认为刑罚属于针对犯罪的当然“回报”，这本身就是刑罚的正当化理由。根据刑罚是对犯罪的哪一方面的“回报”，还可将报应刑论细分为以下三种类型：

第一种类型是“被害报应”论。该观点认为，刑罚的正当化根据在于，刑罚是被害人因犯罪而遭受的具体损害的代偿。从曾经存在的氏族间的复仇、报仇中，可找出其原型。在这种“被害报应”中，问责主体是被害人以及作为其人格继承者的遗属，国家被定位为其代行者。一方面在犯罪论上，重视结果的严重程度，不处罚未遂犯与危险犯，但另一方面，故意加害、过失加害以及由未成年人、心神丧失者所实施的加害，在被害人所遭受的损害这一点并无不同，因而予以同等处罚。

这种被害报应论的背景在于，利益的总和意味着零和关系（zero-sum）以及等价交换。如同经济交易的情形所反映的那样，总量一定的财物关系到数位当事人之时，一方当事人的不利益，就必然意味着另一方当事人的利益。是否是因为这种零和关系（zero-sum）的经验已深入我们的潜意识中，从而使得我们抱有加害人的不利益就等于被害人的利益这种印象呢？但实际上，围绕刑罚的利益

状况并不是零和关系（zero-sum），即便对加害人科以刑罚，被害人的损害也不会由此得到弥补，因而理应无法将二者视为等价交换的对象。

第二种类型是“秩序报应”论。该观点认为，刑罚的正当化根据在于，神、主权者的权威被犯罪所冒犯，或者，法秩序被犯罪所搅乱，刑罚正是对此的反动。这种“秩序报应”的原型，可以从中世纪的教会法以及绝对王政下的刑法中找到。犯罪是对体现人伦的国家法的否定，刑罚正是通过否定犯罪而恢复法，黑格尔的这种刑罚论亦属于此类型的报应刑论。在这种立场看来，问责的主体应该是神、国家。可以说，被害报应思想是将刑法引入私法框架内，与此相反，秩序报应思想则凸显了刑法的公法性质。而且，在犯罪论上，与发生的结果相比，这种立场更重视规范违反意思，那么，虽具有违法性的意识，却仍然实施了侵犯法律的行为，就属于犯罪的基本形式。

无论是神与国王，也无论是国家与法，这种秩序报应思想均以“超越性的权威”的存在及其伦理优越性为前提。这是因为，若不是优越性的权威，就不能主张针对反抗自己的行为的反动本身是“正当的东西”。

第三种类型是“责任报应”论。该观点认为，刑罚的正当化根据在于，基于自己的意思选择了犯罪行为，刑罚就是对这种选择追究责任，并清算此责任。康德以理性的、自律的人的形象为前提，主张对基于行为人的自由意思而实施的犯罪，以刑罚来报应，这是将行为人视为理性的存在来对待。从康德的这种刑罚论里，可找出这种“责任报应”的原型。根据此观点，刑罚在观念上被认为是一种赎罪，只要能设想存在真正理性且自律的人，问责者就是行为人自身的内在超自我或者行为人本身的良心。然而，现实的人未必是自律且理性的，不能期待他们会自己积极地接受刑罚，因此，实际上，只能是国家成为行为人本人的超自我，代为进行问责。

的确，责任报应这种思想明确提出，要处罚行为人，行为人本人必须存在责任，这一点有助于责任主义的确立（第二章之四）。责任报应以自由意思的存在为前提，但是，这一点未能得到证明。即便我们自认为自己是自由的，但我们所有的选择中，难道没有隐而不显的原因吗？宇宙万物均受法则性的支配，可唯有人的意思是例外，这难道合理吗？另外，若认为人的意思是无原因的，那么，对于这种偶然的产物追究责任，又难道不是毫无意义吗？基于这些疑问，至少对从责任的清算本身中探求刑罚的积极意义的做法，本书是有所抵触的。

对于上述三种类型的报应刑论，一个共同的疑问在于，没有合理的目的，作为国家制度的刑罚又何以能被正当化呢？报应刑论者究竟是认为，对于所有国家制度，不应从合目的性而应从正义的角度予以正当化；还是主张，尽管其他国家制度都是为了追求现实的目的，但唯有刑罚制度不具有现实的目的呢？若不是将

国家视为超越性的存在，而是将其视为实现国民利益的机构、系统，那么，对于作为国家制度的刑罚，也应该作为实现国民现实利益的手段，从合目的性的角度来予以正当化。

（三）一般预防论

一般预防论，基于目的合理的刑法观，认为刑罚正当化的根据在于刑罚的预防效果，亦即，可以防止人们实施犯罪。中世纪残虐的公开刑，正是以执行刑罚所产生的威吓为目的。但问题在于，这种“儆戒”，是将受处罚的个人作为实现犯罪预防这一社会利益的手段而加以利用。

对此，费尔巴哈主张刑罚“预告”的抑制作用，也就是，通过事先设想出经济学意义上的合理的人的形象，提出若事先告知，刑罚所造成的苦痛要超过由犯罪所得到的快乐，那么，就理应可以避免人们实施犯罪。如果能够完全实现刑罚预告的心理强制效果，从此没有人再实施犯罪，这的确不存在为了公益而利用个人的问题。但现实情况是，尽管预告了刑罚，仍然有人实施犯罪。为此，费尔巴哈认为，为了确证刑罚的预告是严肃且真实的，就必须处罚违反者。⁶

但难以否定的是，处罚违反者，仍然是出于担保一般预防的效果这一公益目的而利用了个人。尽管如此，由于违反者是在存在刑罚预告的情况下仍然不管不顾地违反了刑法规定，因此，就必须甘愿忍受被利用于公益。

对于这种通过比较快乐与不快乐或者进行利害盘算，而试图让人们形成反对动机的“抑制刑论”或“消极的一般预防论”，批判者指出了以下问题：犯罪的抑制效果并未实际得到科学验证，除此之外，为了期待产生对刑罚的恐惧心，会招致无限的重刑化，更会违反要求刑罚与责任相适应的责任主义。

这样，各种更加关注价值性层面的作用的观点开始抬头。这些观点统称为“积极的一般预防论”。论者不同，其具体内容亦随之不同。“积极的一般预防论”主要有以下三种具体观点：

第一种观点主张，刑罚的意义在于，通过维持、唤醒国民的规范意识而达到预防犯罪的效果。消极的一般预防是为一度抱有犯罪意思的人装上刹车，但毋宁说，更为理想的做法是，使规范意识深入人心，让其自始不产生犯罪意思。而且，在日常教育与日常生活中，规范意识已在一定程度上被内在化，因此，刑罚只要在对此予以补充的限度内有助于维持规范意识即可，无需对刑罚寄予过高期望。并且，在切断刑罚与价值的联系这一点上，过重的刑罚反而有碍于人们的规范意识的内在化，因而，基于内在于刑罚目的中的理由，可排除过重的刑罚。由此可见，作为刑罚的应然状态，关注规范意识的维持、觉醒的一般预防论，是值得期待的。但是也存在以下几个问题：其一，首先受到批判的是，国家对国民进

行规范意识的训育这种想法是一种权威主义思维。为此，作为规范意识的内容，不是以上下服从关系为前提的“应该遵守国家的决定”这种意识，而应将其理解为，是源于人与人之间的平等或者换位可能性的“法益尊重意识”。对于规范意识的维持、觉醒，也并非是基于他律的方法，而应该是基于触发各人的内在超自我这种自觉的方法。其二，还存在这样一个问题：为了唤醒规范意识，为何必须使用刑罚这一“害恶”呢？对此，该观点的回答是，刑罚是为了传达规范的重要性以及针对犯罪行为非难的严肃性。然而，仅以“严肃性的传达”尚不足以说明刑罚是“害恶”，不可否认，最终还得借助消极的一般预防，即由遭受苦痛所形成的强制。其三，另一问题在于，与快乐和不快乐、利害得失的衡量相比，规范意识要更为复杂，而且，与害恶的抑制效果相比，要作用于人们的规范意识，属于作用对象的人的范围与时间跨度更广，因此，其效果的可视性或者实证可能性更低于消极的一般预防。

第二种观点认为，刑罚的意义在于，确保对规范或者法秩序的“信赖”。概言之，消极的一般预防是对已具有犯罪倾向的“潜在的犯罪人”进行威吓，“积极的一般预防论”的上述第一种观点是试图唤醒说不定就会实施犯罪的“一般国民”的规范意识，而该观点是试图确保来自说不定会成为被害人的“善良市民”的信赖。的确，对社会的稳定而言，信赖法秩序这一点很重要，倘若善良市民丧失了自己正在受到法律保护这种现实的感觉，其守法意识也许会降低。然而，如果仅仅是为了确保来自作为“潜在的被害人”的国民的信赖，就难免不会通过刑罚手段来追求国民的不安感的解消。而且，所谓作为潜在的被害人的国民的“信赖”，指向的是实现国民所期望的处罚，因而所谓信赖的“确保”，难道不正是对国民处罚情感的满足吗？因此，国民“信赖”的确保，是作为由抑制以及规范意识的觉醒所引起的犯罪预防之结果而形成，不应将其视为独立的目的。

第三种观点认为，刑罚的意义在于，对规范的妥当性的“确证”。“积极的一般预防论”的第二种观点是把作为经验事实的、社会心理上的“信赖”当作问题，而本说则是把观念的“妥当性”当作问题，认为科处刑罚本身就是对规范妥当性的确证。然而，这种规范确证论不过是通过“刑罚是对以预防犯罪为目的的规范的确证”这种形式，在言辞上与“预防”联系在一起，而并没有将现实的犯罪预防作为其目标。目的刑论致力于现实效果，而一般预防论是其中的一种类型，因此，本观点事实上并非这种意义上的一般预防论，毋宁说，应将其视为秩序报应思想的另一种表现形式。

（四）特殊预防论

与上述观点相对应，特殊预防论认为，刑罚的目的在于防止行为人本人的

再犯。

首先，特殊预防最为简便的方法是，将犯罪行为人从社会中隔离开来、排除出去。然而，只要认为刑法是承认犯罪行为人也是社会一员的“共生之法”，而非针对局外人的“斗争之法”，就必须否定永久的隔离或者排除行为人这种做法。另外，要说明刑罚的正当化，仅凭隔离期内暂时防止了再犯，显然难言充分。

其次，通过现实科处作为苦痛的刑罚，让行为人本人形成此后不再实施犯罪的动机，这种特别抑制也是可以想见的。然而，这是作为消极的一般预防的抑制刑在行为人身上的反映。其问题点参见前文对抑制刑的解说。

不同于这种“消极的特别预防论”，“改善刑论”或者“积极的特别预防论”的目的在于，通过执行刑罚以改善、教育行为人，并使之回归社会。一方面，在期待行为人“新生”这一点上，该观点无疑是人道的，也实际促进了监狱内犯罪人待遇的改善。但另一方面，刑罚是害恶，是对对象人的不利益处分，该观点又有忽视这一点之虞。而且，要达到改善、教育的效果，一贯采取的是不定期刑，但这会使得受刑人的地位过于不稳定。虽然是实施了犯罪的人，国家仍将其作为国民的一员予以教育、改善，可以说，这种设想原本就是一种权威主义思想。因此，与积极的一般预防的情形一样，作为刑罚的正当化理由的积极的特别预防的内容应该是，以诉之于自觉这种形式来唤醒行为人的法益尊重意识。至于其他改善、教育上的举措，就属于利用了刑罚这种机会的行政措施，应该在征得对象人同意的基础上方可实施。^{〔1〕}

（五）国家方面的正当化与行为人方面的正当化

前面已经谈到，作为国家制度的刑罚，是从目的合理性的角度，因预防犯罪这一社会利益而被正当化。作为其目标的预防的程度，不是“最大的预防”，而是综合考虑了对国民自由的限制以及经济成本的“最合适的预防”。预防的方法也不局限于一个，是通过符合刑罚的性质且为宪法所许可的数个方法以求达到目的。但其核心应该是，以规范意识的维持、觉醒为内容的一般预防与特殊预防。

另外，处罚的对象人（遭受处罚者），作为实现犯罪预防这一社会目的的手段，而被迫做出特别的牺牲。通常情况下，为了社会利益，个人所做出的某种特别牺牲，会得到相应补偿，然而，补偿了由刑罚所带来的损失，就无法达到犯罪预防的目的。这样，处罚的对象人为了社会利益而不得不甘愿忍受特别牺牲的理

〔1〕 超出规范意识的觉醒这一意义上的教育、改善措施，有可能偏离刑罚是“害恶”这一概念。而且，它完全考虑的是科处自由刑的情形，而不适于科处罚金刑的情形。

由就在于，他是基于自己的责任而实施了犯罪。为此，各个行为人的刑罚忍受义务，就因为他的“责任”而被正当化。^[1]“刑罚必须与行为人的责任相适应”这一责任主义，是从行为人方面来划定刑罚忍受义务的界限，由此也使得刑罚为受刑者所信服。在“目的不使手段正当化”^{*}这一表述中，预防目的就正如文字所表述的那样，承担的是“目的”的正当化，而行为人的责任则承担“手段”的正当化。这种刑罚忍受义务的正当化，在以行为人的责任为理由这一点上，与责任报应论是相通的，但在其责任并非以“报应”为目的这一点上，又与前述责任报应论划清了界限。

10 诚然，从国家与社会应将实施了犯罪的人也包容其中这一点来看，处罚对象人的不利益，作为决定来自国家方面的处罚之正当化理由的“最适当的预防”的一个要素，应该纳入考虑之中，不应将国家与处罚对象人视为对立双方。但是在现实中，国家或者整个社会与个人利益相互对立的情形不在少数。尤其是在刑事案件中，不时呈现出犯罪人与整个社会相互对立的形态。从这种现实情况来看，除了国家方面的正当化，还要求另外加上行为人方面的正当化，这种二元论也有一定道理。

当然，属于国家方面的正当化理由的犯罪预防效果并未得到科学验证，不过是推测其具有某种程度的合理性而已。此外，个人意思的自由也并未得到实证，尽管是甘愿忍受刑罚这一消极层面，但以“责任”为理由而将刑罚正当化，本书对此也并非毫无抵触。由不过是人的集合体的国家来处罚其中的某人，对此总是伴有疑虑，这也正是“刑罚应限于最小限度”这一谦抑主义的真正根据之所在。

四、近期的重刑化倾向与刑罚理论

近年来，立法与量刑实务均在向重刑化迈进。继2001年增设危险驾驶致死伤罪之后，2005年又提高了刑法总则中的有期徒刑与有期徒刑的最高刑期，同时还提高了性犯罪与暴力犯罪的法定刑，2007年还另外增设了驾车过失致死伤罪。近期的这种重刑化的背景在于，报应刑论、一般预防论、特别预防论各自的

[1] 参见 H. Frister, *Schuldprinzip* (1988); 另外, H. L. A. 哈特认为, 将整个刑罚制度正当化的是一般预防, 将针对各个对象人的处罚正当化的是报应 [H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility* (1968)]。然而, 这既是“规则工具主义”的反映, 同时还存在将国家方面的正当化与处罚对象人方面的正当化置于对立面之意。

* 也就是, 不能以目的为理由将某种手段正当化。——译者注

内部重心的转变。

就报应刑论而言，能够看到朴素的被害报应思想的复权与责任报应思想的退潮。增设危险驾驶致死伤罪与驾车过失致死伤罪，就是顺应了交通事故被害人遗属的要求。^[1]可以说，2008年导入的被害人参加制度与裁判员制度相辅相成，也是试图直截了当地实现来自被害人一方的处罚要求。^[2]立足于这种被害报应思想，责任主义就得不到重视。从故意犯与过失犯之间责任程度差别很大这一点来看，对结果并无故意的危险驾驶致死伤罪的刑罚最高达到20年，连属于纯粹的过失犯的驾车过失致死伤罪的刑罚也最高达到7年，这就有逾越“刑罚与责任相适应”原则之嫌。原本来说，就并非是对加害人的处罚来恢复被害人所遭受的损失。毋宁说，处罚加害人并不能救济被害人，唯有这种认识才是被害人救济的真正的出发点。

就一般预防而言，一方面，对于以物理力的露骨威吓为内容的消极的一般预防的期待在不断提高的同时，另一方面，（前述）以国民对法秩序的信赖与满足为目的的、积极的一般预防的第二种观点也在持续抬头。

2007年提高酒后驾驶罪、醉酒驾驶罪的刑罚，就正是试图通过刑罚的威吓力来抑制违法行为；增设危险驾驶致死伤罪、驾车过失致死伤罪，以及对杀人罪更多地适用死刑，以此为代表的量刑上的重刑化，也正是以被害报应思想与威吓思想为背景。但是，在交通事故死亡人数最多的1970年，曾达到一万六千余人，而在增设危险驾驶致死伤罪的2000年，死亡人数却已减少到八千余人；^[3]杀人造成的死亡人数在20世纪70年代中期，曾一度达到一千二百余人，其后持续减少，2011年为四百二十余人；^[4]而且，包括未遂犯在内，2011年的杀人案件为

[1] 最近，与被害人相比，关注焦点更集中于其遗属，媒体更似乎在说，满足遗属情感就是刑罚的目的。但是，根据有无遗属、遗属的特性、与被害人之间的关系等因素，刑罚轻重相去甚远，这难道没有违反生命价值的平等原则吗？

[2] 与此相反，也有意见认为，被害人参加制度的旨趣，不在于实现被害人所希望的刑罚，而在于通过参与审判吐露心声，以期达到抚慰其心理的效果。但是，如果审判未能实现自己的主张，难道不是反而增加了其不满吗？而且，被害人与遗属参与审判，对被告人的愤怒难道不会升级，反而造成更为痛苦的结果吗（我认为，现在的媒体与舆论还存在这样的情况：故意煽动被害人的愤怒情绪，由此反而会将被害人逼入苦境）？此外，还有意见认为，被害人参加制度的旨趣在于，回应被害人方面想知晓真相的要求。但是，当庭提出量刑意见等，与知晓真相毫无关系。不仅如此，通过公审前整理程序来锁定争议焦点、短时期集中取证等，一系列的司法改革所推进的这些举措，与回应知晓包括行为人的动机在内的真实这一要求，反而是“逆向而行”。并且，重刑化还会朝着阻碍被告人开口，反而有碍探明真实的方向发挥作用。

[3] 参见法务综合研究所编：《平成24年度犯罪白书》，日经印刷2012年版，第22页。

[4] 参见警察厅《犯罪统计书》。

- 12 1051 件，连续三年刷新了战后的最少人数纪录。^{〔1〕}由此可见，不能认为，现在尤其需要通过重刑化来强化抑制效果。原本就不能简单地认为，犯罪的一般预防效果与刑罚的轻重成正比，而轻易提高刑罚，这样反而会钝化国民对刑罚的感受，最后只能是不得不再次提高刑罚。实际上，酒后驾驶罪的法定刑历经数次改正，现在已经提高到了创设当时的 12 倍。而且，重刑化还会进一步刺激包括“封口”在内的隐灭证据、包括“逃逸”在内的逃跑等行为。^{〔2〕}实际上，增设危险驾驶致死伤罪，反而起到了促使酒后肇事案件的驾车人积极逃逸的作用。^{〔3〕}而且，一旦逃逸，等酒醒之后再来自首，至多只能处以业务过失致死伤罪（依据 2007 年增设驾车过失致死伤罪之前的法律）与违反救护义务罪的并合罪，其刑罚反而轻于危险驾驶致死伤罪，由此就出现了“逃走合算”这种奇妙的现象。^{〔4〕}

另外，2005 年的刑法改正将“体感治安”的恶化也作为立法理由之一，那正是积极的一般预防的第二种观点的体现。现代社会中，不确定因素很多，人们往往将漠然的不安集中于对犯罪的不安，并往往试图通过重刑化来象征性地消除这种不安，以求获得精神上的安宁。国家也能通过回应这种诉求以维持威信，进而获得国民的支持与服从。对此，我感觉，刑罚正成为国家自导自演、国民自我满足的手段。^{〔5〕}

- 就特殊预防而言，以隔离、排除为中心的消极的特别预防得到强化，以教育、改善为内容的积极的特别预防正趋于衰退。近期，因为重刑化，刑期一般更长，假释也难以被许可。可以说，这种羁押的长期化，正反映了国民对隔离保安的期待。对于为不安所纠结，将自己等同于被害人的国民而言，犯人被想象成与自己属于不同性质的“敌人”。为此，国民关心的仅仅是罪犯是否被排除，而没有想到罪犯如何回归社会。但是，长期羁押会使得受刑人难以回归社会，这反而有碍于防止再犯这一目的的实现。
- 13

由此可见，近期的重刑化，通过将犯罪行为视为“社会的敌人”，而否定其与“善良市民”之间的换位可能性。这其中蕴含容忍对行为人科处超出作为刑罚忍受程度的行为人之“责任”的刑罚的危险，同时，在实际效果上，也不能谓之形成了“最合适的预防”。因此，从目的合理性的视角，也难以将其正当化。

〔1〕 参见法务综合研究所编：《平成 24 年度犯罪白書》，日经印刷 2012 年版，第 12 页。

〔2〕 为了避免这种不合理，至少应该在增设危险驾驶致死伤罪的同时，对救护被害人的情形也规定相应减免刑罚。

〔3〕 参见法务综合研究所编：《平成 17 年度犯罪白書》，日经印刷 2005 年版，第 27 页。

〔4〕 为了消除或者缓解这种“逃走合算”的问题，2007 年增设了驾车过失致死伤罪，并提高了违反救护义务罪的法定刑。但由此也可看到，重刑化所引起的连锁反应。

〔5〕 参见松原芳博：“国民の意識が生み出す犯罪と刑罰”，载《世界》第 761 号（2007 年），第 53 页以下。

第二章

刑法的基本原则

一、法益保护主义

(一) 社会伦理主义与法益保护主义

如前章所述，刑罚以预防犯罪为目的。那么，属于其预防对象的“犯罪”¹⁵具有什么样的性质呢？刑法通过预防犯罪，又意欲保护什么呢？

20世纪50年代至70年代，欧美一度曾就处罚同性之间的性行为、卖淫、贩卖淫秽物品等所谓“无被害人之犯罪”的是与非引发争议。由于违反了事关宗教的“伦理”，这些行为在传统上一直被视为犯罪。要求继续处罚此类行为的人们主张，这些行为有损“社会的共同价值观”，听之任之会降低“社会质量”；相反，要求将无被害人之犯罪予以“非犯罪化”的人们则主张，依据“对于成熟的社会成员，能够违反其意思而对其正当地行使实力的唯一目的就在于，防止针对他人的侵害”这一“米尔的侵害原理”，只要不侵害他人的利益，无论做什么都是个人的自由，国家没有资格予以禁止。这里可以看到两种相互对立的观点：一是认为刑法的作用在于维持社会伦理的“社会伦理主义”，二是认为刑法

的作用在于保护人们的生命、自由、财产等“法益”^[1]的“法益保护主义”。

16 在承认多元价值观共存的现代国家，不可能确定一种所谓绝对正确的伦理，即便能确定，也不应强加于个人。原本来说，目的刑论背后的国家观，并非是在伦理上对人们处于优越地位的一种权威，而不过是为了实现人们利益的机构、系统。按照这种国家观，通过犯罪预防所要达到的目的，也应该在于保护现实的法益。

“法益”的渊源是德语中的“法律性财货”（Rechtsgut）。所谓“财货”，不仅其本身实际存在，同时，因为对人有用而被赋予某种价值。那么，所谓“法益”，就是以具有经验性把握之可能的实体（经验的实在性）、对人的有用性（与人相关的有用性）为理由，而需要法律保护的对象。刑事立法，只有在有助于保护此意义上的“法益”的限度之内，才能被正当化。相反，判例认为，散发猥亵物品罪（《刑法》第175条）是保护“健全的性风俗”（最判昭和52年12月22日刑集31卷7号1176页）、赌博罪（《刑法》第185条以下）是保护“勤劳的美好风俗”（最大判昭和25年11月22日刑集4卷11号2380页），但这些不过是“社会伦理”的另一种说法，并不具有能称之为“法益”的实体。

17 并且，国家的规制手段必须与所要达到的目的成比例（广义的比例原理），因此，基于法益保护主义，就出现以下要求：刑罚这一手段有助于实现保护法益这一目的（适合性或者有效性），其他手段无法实现此目的（必要性或者补充性），保护该法益所获得的利益超出包含制约国民自由在内的禁止以及处罚的成本（相当性或者狭义的比例性）。^[2]也有观点认为，散发猥亵物品罪的保护法益在于“社会、文化环境”、“未成年人的健全培养”、“不想看此内容的人的情感”，然而，姑且不论这些是否具备了能谓之为“法益”的经验的实在性、与人相关的有用性，但要保护这些，只要对散布的场所予以规制、赋予年龄确认义务即已足够。全面禁止散发等行为，在规制对象超出了必要且不可或缺的范围这一点上，也存在违反比例原则之疑。

刑罚是最为严厉的制裁，按照比例原则，只有在其他手段无法达到保护法益这一目的之时，才可补充性地发动刑罚。对于刑罚正当性的疑虑尚未完全解消、人在非难他人时往往难以及时“刹车”，由此可见，对刑法的参与者而言，刑法的“谦抑性”就是无比珍贵的警句。

[1] 有关法益概念的概括性历史研究，参见伊东研祐：《法益概念史研究》，成文堂1984年版。有关法益论的近期研究，参见嘉门优：“法益論の現代的意義（1）（2・完）”，载《法学雜誌》第50卷第4号（2004年）第934页以下、第51卷第1号（2004年）第96页以下。

[2] 有关刑法中的比例原则的重要性，参见井田良：《講義刑法学・総論》，有斐阁2008年版，第24页以下。

（二）父权主义^{*}

“米尔的侵害原理”是一种“他害原理”，以防止对他人的侵害作为法规范的目的。然而，在法益保护主义的框架之内，认为刑事规制的目的除了防止侵害他人之外，还包括防止“对自己的侵害”，从而对自损行为以及基于被害人同意的侵害行为也予以处罚，那么，这在何种程度上能被正当化呢？

这种保护本人利益的“父权主义”（paternalism），原则上超出了国家的任务范畴，尤其难以藉此将刑事规制予以正当化。通常情况下，什么东西有利于本人，只有本人才能做出最好的判断。认为与本人相比，国家才是更好的判断者，这就是一种权威主义。即便本人的判断是错误的，自己的事情自己决定，这本身就存在尊重自律的价值，而且，从错误中学习，也存在实现自我的价值。不过，若认为个人是不完全的、是弱势存在，在下述两种情形下，就有例外承认基于“父权主义”的刑事规制的余地。

第一种情形是，尚不具备自律做出意思决定的前提条件，不能认为是本人完全任意地处分了法益（弱势父权主义、意思补全型父权主义）。例如，与未满13岁的少女发生性关系的，即便该少女对此持希望态度，仍构成强奸罪（刑法第177条后段）。这正是为了保护对于与性相关的事情并无判断能力的少女。这种情形下，若直接认定是不符合少女“真实意思”的侵害，根据他害原理或许也能做出说明。此外，与未满18周岁者发生性关系的，构成各都道府县的青少年保护条例所规定的淫行罪。然而，例如，在17岁的女性邀约男性的场合，称该女性为“受害人”，多少还是难以接受的。很难说已经达到结婚年龄的女性对与性相关的事情没有判断能力，而且，同意的性行为究竟侵害了什么法益^{〔1〕}也并不明确。这里保护的应该是，“不得与年少者发生性关系”这种社会伦理本身，或者，家里有未成年子女的父母的“不希望发生这种事情”的愿望。

而且，如从《出资法》、《劳动基准法》中所看到的那样，因经济理由而难以自由进行意思决定的场合，以及从《特定商业形态交易法》中所看到的那样，因缺少相关知识、信息而无法做出适当判断的场合，也有肯定意思补全型父权主

^{*} 父权主义（paternalism），也译为“温情主义”，是指处于强势地位者，自认为是为了处于弱势地位的人的利益，而违反本人意志，介入、干涉其行动。其词源是拉丁语中的“pater”。社会生活中的各个方面都可见到这种情形，尤其是就国家与个人的关系而言，是指以为了保护个人利益为理由，而将国家干涉个人生活，或者对其自由、权利施加限制的行为予以正当化的原理。——译者注

〔1〕 即使是父权主义，所保护的利益本身也必须是能够称之为“法益”的利益。尽管也有观点认为，规制同性之间的性行为、淫秽物品的目的在于，守护本人而使之不致堕落，但试图保护这种本人的伦理状况的伦理父权主义（moral paternalism），与法益保护主义并不相容。

义的余地。随着社会的复杂化与高度化，以保护消费者的相关法制为中心，这种父权主义的适用领域也在不断扩大。但是，过多适用父权主义，也会有向人们灌输“自我认识”^{〔1〕}之虞：自己属于缺少自律性的“弱势消费群体”，处于单方面接受服务的地位。

并且，将针对该行为的“特别强烈的诱惑”作为有害于正常的自我决定的原因，也许能使意思补全型父权主义正当化。在将各种药物犯罪的保护法益视为使用者的生命以及身体、精神的健康的场合，尤其是考虑到药物依存者本人的情况，在获取、使用药物之际，其本人无法充分进行自律的意思决定，这也成为采取父权主义性质的规制的理由之一。就赌博罪而言，虽然可以认为，这种规制是为了保护意志薄弱者而让其不受赌博的诱惑，将其财产性损失防止于未然，然而不能说，赌博的诱惑与依存性达到了有损意思决定的任意性的程度，因此要以意思补全型父权主义来将该罪正当化，就多少有些勉强。

19 第二种有可能使父权主义正当化的情形是，避免因本人的意思决定，而以不可恢复的形式丧失生命、身体的中枢部分等构成自我决定之基础的重大法益。在此情形下，即便本人意思并无特别瑕疵，仍可违反本人意思来保护本人（强势父权主义、意思否定型父权主义）。处罚同意杀人、参与自杀的《刑法》第202条，就属于其适例。《刑法》第202条的旨趣就在于，生命作为自我决定的根基，与自我决定这一利益相比，属于更高位阶的价值，因此，即便有违本人意思，仍需加以保护。相反，试图以他害原理来说明《刑法》第202条的观点则认为，本条的保护法益在于，因本人的死而遭受损害的家庭以及周边人在经济上、精神上的利益。但是，这种法益的内容本身过于不确定，也难以将6个月以上7年以下的惩役这种相对较重的法定刑予以合理化。另外，试图以意思补全型父权主义来说明《刑法》第202条的观点则认为，可以推定一般情况下，自绝其命这一意思决定，并非是在正常精神状态下做出的决定，因此，即便有本人表面上的同意，仍不能由此否定生命的要保护性。按照此观点，冷静地深思熟虑之后，决意自杀的，就不构成《刑法》第202条之罪。但是显然很难这样理解，即只有在赴死的决意不是出于任意的场合才可适用本条。

在规制的收件人（对象）这一点上，父权主义还可分为两种类型：处罚被保护人本身的“直接的父权主义”、处罚其他参与者的“间接的父权主义”。例如，将药物犯罪的保护法益理解为使用者的生命、健康的场合，自己使用罪就是直接的父权主义，制造罪、转让罪就相当于间接的父权主义。

〔1〕 这种大众消费社会中的国民的自我认识，在有关确保安全的问题上也会增强对国家的依赖感的这一点，也正成为近期的重刑化与犯罪化的原因之一。

其中，从外形上看，间接的父权主义限于他害原理的框架之内。尤其是意思补全型的间接的父权主义，实质上与他害原理处于连续关系。相反，直接的父权主义完全是处罚被害人本身，与刑罚的基本形象大相径庭。不仅如此，在意思补全型父权主义之下，是被保护人不具备进行自律的意思决定的前提；在意思否定型父权主义下，是被保护人意欲放弃生命以及大致等同于此的利益，总之，无论是哪种情况，被保护人都处于无法期待刑罚作用的心理状态之下。青少年保护条例以及《刑法》第202条都是处罚对法益侵害施加原因的第三者，而不是处罚“被保护人”。对药物的规制，是考虑到生命法益的重大性，而作为意思否定型父权主义而被正当化，而且，考虑到与药物依存者的关系，以存在难以抵抗的欲求为理由，即便是作为意思补全型父权主义也能被正当化，但作为规制方法，仍然应该限于处罚转让药物等行为的间接的父权主义，对于采取处罚自己使用的直接的父权主义，还存有疑问。^[1]

二、行为主义

法益保护主义，一方面是通过防止侵害法益这一刑罚制度的目的，将刑罚予以正当化。这无外乎是来自国家方面的正当化。另一方面，要将针对个人的处罚予以正当化，就必须是该个人**实际**以自己的行为引起了法益的侵害或危险。第一章曾谈到，刑罚的忍受义务是因行为人的“责任”而产生，这种责任是针对自己的法益侵害行为的责任，以实际的外部行为为前提。并且，个人的内心可以存在绝对的自由，因而不能仅以内心思想或意思作为处罚理由。以这种**实际**的行为以及法益侵害或危险为必要的观点，被称之为“行为主义”或者“侵害行为主义”。

原则上，也可从法益保护主义推导出这种行为主义。这是因为，要保护法益，通常情况下，只要禁止实际引起法益侵害或危险的行为即可。可以说，行为主义中的“行为”必须是“造成法益侵害或危险的行为”，这也是法益保护主义的体现。但也不能说，以其危险意思为理由，处罚那些抱有犯罪意思的人，这完全无助于法益保护。过去的近代学派主张，为了“防卫社会”，应以行为人性格的危险性作为处罚理由。这种“行为人主义”虽与行为主义相互对立，但仍可以说，它并不违反法益保护主义。即使在最近，在国外还可看到，由于对恐怖主义的不安情绪日益高涨，将持有某种特定思想者作为恐怖主义的预备军而予以羁

[1] 为此，药物的自己使用罪的处罚根据，应该认为是，存在因受幻觉作用等的影响而侵害他人的危险。然而，仅以这种抽象的危险，能否将与法定刑相当的刑罚予以正当化，仍留有疑问。

押的情况。要消除这种处罚思想、处罚意思的情况，就有必要独立于由刑罚制度的目的所推导出的法益保护主义，而持由保障个人自由所推导出的行为主义或者侵害行为主义这种观念。

刑法上的“行为”，正是属于处罚理由的外界变化与属于处罚对象的行为人之间的接点。为此，一方面，行为主义中的“行为”必须作用于外界。对于在日记中批判天皇者，曾有判例对其处以不敬罪（大判明治44年3月3日刑录17辑4卷258页）。然而，在个人的日记中写下某种思想，虽然也可谓动手实施这一“动作”，但由于其作用尚未及于外界，对此予以处罚就有违行为主义。行为主义并不单纯是为了担保外界的认识可能性或者证明可能性，而是一种实质性原理，即必须从行为对外界的作用中寻求处罚根据。近代学派的社会防卫论，虽然也以表征其反社会性的行为为必要，但处罚理由不在于行为的作用，而在于由行为所推知的性格，因而违反了行为主义。信奉迷信者为了咒死某人，将钉子钉入稻草人中（丑时参拜），* 若以杀人罪未遂来处罚该行为，也违反了行为主义。另一方面，行为主义中的行为作为处罚行为人的根据，还必须以行为人的主体性参与为内容。为此，最低限度必须存在根据行为人的意思，而有可能避免的动作或者不动作〔第三章之二（二）〕。为此，睡梦中的动作、条件反射，均不能称之为“行为”。

三、处罚的早期化与法益概念的稀薄化

22 在被称为“风险社会”的现在，^[1] 例如，对持有、保管可能用于犯罪的工具、信息的行为也予以处罚，追求处罚的早期化的立法引人注目。例如，2001年的刑法改正规定，不仅处罚伪造的信用卡的持有行为（《刑法》第163条之3），连提供、取得、保管用于伪造磁卡的信息的行为（《刑法》第163条之4第1款、第2款），以及该提供、取得行为的未遂（《刑法》第163条之5），也应

* 丑时参拜：是一种典型的迷信犯。原意是指，嫉妒心很重的女子为了咒死其所嫉妒的对象，而在丑时（大约在凌晨2点左右）到神社参拜。头顶五德，点亮蜡烛，手里携带钉、铁锤，胸前挂镜，并将以诅咒对象为原型的仿制娃娃订在神木之上。一般相信，该诅咒对象将在第七天这一满愿日死去。——译者注

[1] 有关风险社会中的刑法，参见金尚均：《危険社会と刑法》，成文堂2001年版；松原芳博：《リスク社会と刑事法》，载《法哲学年報2009》（2010年），第78页以下；特集“リスク社会と刑法理論”，载《刑事法ジャーナル》第33号（2012年），第4页以下（岛田聰一郎：“危険・リスク社会論と犯罪理論”；杉本一敏：“リスク社会と過失結果犯”；筑紫圭一：“環境への行政的規制の現状と課題”；谢煜伟：“抽象的危険犯の現代的課題”），等等。

予以处罚。又如，2003年的《有关禁止持有特殊开锁工具等的法律》* 将偷偷携带螺丝刀等入室工具的行为也视为犯罪。诚然，以保护财产等法益为目的，处罚那些显现在外部的行为，在这一点上，仍处于法益保护主义与行为主义的框架之内。但是，考虑到一直以来，对犯罪预备的处罚仅限于杀人、抢劫等特别严重的犯罪，以及对持有行为的处罚原则上一直限于枪炮刀剑之类的工具、依存性药物，作为实现保护财产这一目的的手段，这种刑法的早期介入是否真有必要且真正适当，就仍有探讨的余地。而且，曾有人提议，通过改正《有组织犯罪处罚法》，增设共谋罪，在达成犯罪合意的阶段即予处罚。如果该罪是仅以内心意思的一致即肯定成立犯罪，显然违背了行为主义。基于行为主义的要求，至少必须是，各谋议人通过实施形成合意的行为，实际创造出了侵害法益的危险。在其意图与效果上，共谋罪究竟是处罚行为的危险性，还是处罚行为人的思想或者意思的危险性，此后仍有必要谨慎辨别。

近年的犯罪化动向，也招致了保护法益的稀薄化。例如，2000年的《有组织犯罪处罚法》与《骚扰规制法》，** 就是以“国民生活的平稳”、“国民生活的安全与平稳”作为立法理由。^[1] 与其说这些立法是要保护国民的实际的具体利益，毋宁说，是为了回应国民“体感治安”的降低，试图保护其“安心感”，作为象征性立法的色彩要更浓一些。但是，“安心感”这种社会心理，更多是深受媒体以及时代风潮影响的一种不安定感觉，未必存在合理根据。在国民的不安缺少客观事实佐证的场合，能消解这种不安的，并不是刑事立法，而在于对客观事实的正确报道。有时候，那些为了回应国民呼声的象征性立法，不但没有消解国民的不安，甚至反而起到了加深这种不安的效果。另外，在国民的不安体现了某种客观事实的场合，就应该认为，作为不安之对象的生命、身体、财产等具体利益本身才是保护法益。如果这些利益得到了保护，其结果就是，会给国民带来安

23

* 该法律日文原文为《特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律》，往往简称为“ピッキング（picking）防止法”。——译者注

** 该法律日文原文为《ストーカー規制法》。所谓ストーカー（stalker），这里主要指因对特定的人的恋爱情感或其他亲爱情感未得到满足，出于泄愤的目的，而对该特定的人及其家属等实施纠缠、监视、要求见面、要求交往、打无声电话、闯入住宅等行为。——译者注

[1] 2000年的《非法连接禁止法》将通过非法输入他人密码而开启其计算机的行为、提供他人密码的行为作为犯罪予以处罚。这如果是以计算机的信息本身作为保护法益，就意味着早期处罚；若是以对网络的信赖作为保护法益，则意味着法益内容的稀薄化。

心感。^[1]

另外，1997年的《器官移植法》将买卖器官的行为作为犯罪处理，2001年的《克隆技术规制法》处罚克隆人的胚胎移植行为。这些法律的保护法益，被认为是“人的尊严”、“公众情感”。然而，“情感”作为一种社会心理，其本身不应该是刑法上的法益；要肯定存在“经验的实在性”，可以说“尊严”这种东西又过于抽象。当然不应该直接否定这些规制，但在尝试保护法益的更加具体化的同时，还应考虑通过行动指南等来进行规制，并同时探讨刑事规制的有效性、必要性与相当性。

四、责任主义

要将刑罚予以正当化，仅凭行为人实施了侵害行为这一点还不够，还要求行为人对该行为负有责任。行为人若无责任就不能受处罚，这一原则就是责任主义。具体而言，没有故意或者过失的行为（第38条第1款）、不具有责任能力者的行为（第39条第1款、第41条）不受处罚（排除结果责任）；不得以隶属于某一团体为理由，而就他人的行为被追究连带责任（排除团体责任）。当然，追究团体责任，在不以自己的行为作为处罚根据这一意义上，也是有违行为主义的。²⁴

责任主义中的“责任”的内容，多被认为是非难可能性。但是，作为一种社会心理事实的、来自众人的“非难”，属于非难一方的单方面情感，并不能成为处罚的“刹车”。即便知道加害人属于心神丧失者，来自被害人与社会舆论对加害人的“非难”，也并不会因此停止。相反，属于责任内容的“非难可能性”，毋宁说，是指存在这样的理由：一方面，从被非难方的角度来看，可以说，“（既然做了这样的事情）受到非难，那也是没有办法的事情”。这是因为，刑罚，必须是受刑人也信服的刑罚。另一方面，人们即便能想到自己有一天可能会成为被害人，但往往很难想象自己也会成为加害人。因此，可以说，责任主义追

[1] 如同针对奥姆真理教而制定的《无差别杀人团体规制法》（1999年）那样，为了解消国民的不安而进行的立法，就容易成为以特定的集团或个人为对象的“瞄准射击式的立法”。而且，正如曾有判例限于对某些特定的人进入公寓公共领域的行为判定成立侵入住宅罪（参见最判平成20年4月11日刑集62卷5号1217页）那样，在法律的实际适用上，“瞄准射击”的倾向也很明显。这种因人而异的选择性处罚，因处罚的早期化，以及法益的抽象化所引起的处罚规定的不明确化，而得到进一步促进。但是，以特定的人为对象的立法与法律适用，在与“行为”的危险性相比更重视“人物”的危险这一点上，有违反行为主义之嫌。

求的是，通过站在行为人的立场，坚持必须存在能让行为人甘愿忍受处罚的理由，以力图实现立场的互换性（换位思考）。

一直以来认为，责任主义的根据在于责任报应思想，该思想认为，刑罚的意义在于对行为人责任的清算。按照这种观点，凡行为人有责任的，就应受到处罚（积极的责任主义）。但是，行为人的责任虽然是处罚的必要条件，但并非充分条件（消极的责任主义）。

另外，主张从预防目的中推导出责任主义的观点正成为有力学说。在改善刑论看来，没有故意或者过失者，由于不具有反社会的性质，并无改善的必要性；不具有责任能力者，由于不能理解刑罚的含义，对其不能期待刑罚的改善效果。在抑制刑论看来，不存在责任者，由于不处于因刑罚的预告而有可能放弃犯罪的心理状态，因而不能成为刑罚的抑制对象。在积极的一般预防论看来，不存在责任者所实施的犯罪行为，作为不具有因规范而形成动机之可能性者的行为，不能认为是针对规范的敌对行为。因此，即便不处罚该行为，也不会有损国民对法秩序的信赖。的确，行为人的主观心理状态，对于预防的有效性与必要性，也属于重要因素，在责任主义中，也存在能由预防目的来加以说明的一面。但是，不问有无责任一律加以处罚，似乎更能加深人们对刑罚预告的印象，同时，也能堵住那种伪装成无责任能力人而免罪的可能性，因而也并非没有增大预防效果的一面。为此，仅凭预防效果这一点能否为责任主义提供根据，是存在疑问的。

25

另有观点试图从保障国民自由的视角为责任主义奠定基础。也就是，若认可无责任之处罚，人们就会总是处于遭受处罚的恐怖之中，也会导致其行动的萎缩，因此，责任主义就是通过只处罚基于故意或者过失的行为，以保障对自己行为归结的预测可能性。诚然，责任主义与罪刑法定原则（本章之五）一起，通过担保对于遭受处罚的预测可能性，发挥着自由保障机能，但是，将行为人的“责任”的意义完全还原于“对于自己遭受处罚的预测可能性”，本书对此不无抵触。

毋宁说，责任主义的首要意义在于，将行为人的刑罚忍受义务予以正当化[第一章之三（五）]。刑罚制度的目的在于，通过预防犯罪来保护法益。但在接受刑罚者看来，则是为了实现这种目的，而被强制承担了特别的负担。从内在于法之中的相互性的视角来看，正是因为出于自己的“责任”侵害了法益，犯罪者就必须甘愿忍受这种特别的负担。相反，为了某种公益目的，对于并不存在“责任”者，在并无正当性保障的情况下，强行要求其承担刑罚这种特别的负担，就不符合尊重人权的理念（《宪法》第13条）。

由此可见，责任主义虽然因预防的有效性、必要性以及保障国民自由等论据而被补强，但其最终根据仍在于，由尊重人权原则所推导出的“特别牺牲的界限”。

五、罪刑法定原则

(一) 从人的支配到法的支配

在古代社会，氏族之间的复仇与氏族之内的惩罚就相当于“刑罚”。它们并非受近代意义上的“法”的规制而形成，不过是由习惯与宗教圈定了处罚范围而已。统一的政治权力形成之后，是否处罚完全听任于国王等政治权力者及其官吏的恣意。即便存在相关处罚规定，那也是为了让官吏更好地贯彻权力者的意志；而且，不向国民公布这种规定，也是一种惯例。在这种“罪刑擅断主义”之下，处罚的目的在于，进行差别性处罚以及维持权力。为此，国民的自由安定的生活就受到了这种处罚的威胁。出于对这种抑制压迫性刑罚的不满，在启蒙时期，要科处刑罚就必须存在事先公布的法律这种认识影响日广，直至1789年的法国《人权宣言》等将此旨趣予以明文化。这样，作为由“人的支配”走向“法的支配”这种观念在刑法上的具体表现，罪刑法定原则得到了确立，即“何种行为属于犯罪、被科处什么刑罚，必须由行为之前所公布的法律来决定”。其后，尽管一度出现了那种承认基于“健全的国民情感”的处罚的法西斯德国等少数例外，但作为近代刑法的基本原则，罪刑法定原则为多数国家所接受。《日本国宪法》以第31、39、第73条第6项来保障罪刑法定原则，违反罪刑法定原则也属于《刑事诉讼法》第405条第1项所规定的上告*理由。

(二) 自由主义与民主主义

一方面，罪刑法定原则以自由主义为根据。这是因为，若允许可以不依据法律进行处罚，出于对处罚的恐惧，国民的活动自由必然萎缩，因而要求通过事先制定的法律，让国民对处罚具有预测可能性。处罚的预测可能性，对实现一般预防目的也很重要。费尔巴哈曾主张，为了通过刑罚预告达到“心理强制”的效果，罪刑法定不可或缺，可以说，那正是力图从刑罚目的论而为罪刑法定原则奠定基础。而且，罪刑法定原则的自由主义要求之中，除了保障预测可能性之外，还包含这样的内容：从国家对刑罚权的不合理、恣意的行使中，保护国民的自由

* 在日本刑事诉讼法中，上告，是指针对由高等裁判所所作的一审判决或者二审判决，以违宪、宪法解释错误、判决有违最高裁判所的判例等理由，而上诉至最高裁判所，要求改变原判决的行为。——译者注

与权利。通过法律来明确刑罚的发动要件，就能期待将裁判所与侦查机关的活动限制在一定范围之内，以防止不当地侵犯人权。

另一方面，罪刑法定原则还以民主主义或者国民主权为根据。基于国民主权之理念，剥夺国民权利的刑罚必须是基于国民的意志，因而属于国民代表之议会所制定的“法律”的专权事项。尤其是在市民革命时期，由议会来掌握与课税权并列属于国家权力之象征的刑罚权，这就象征着国家主权已由君王移转至国民。²⁷

不过，在民主主义的确立过程中，在对抗君主权力这一点上，民主主义的要求与自由主义的要求是重合在一起的。相反，在现代的大众民主主义社会，民主主义又往往与自由主义相冲突。尤其是在刑事法领域，多数国民很难想象到自己会处于受处罚者的地位，毋宁说，对多数国民而言，他们想象的是，实施犯罪者是与自己属于不同性质的“敌人”，其存在不值得法律保护。^{〔1〕} 在近期的不安社会（风险社会），以力图确定不安对象这种人们的诉求为其背景，这种将社会成员分为敌我两方、将刑法想象成“针对敌人的斗争”的“敌我刑法观”，愈发得到强化。^{〔2〕} 对外国人犯罪的社会非难特别强烈，这正是试图排除异质人员这种国民诉求的反映。在这种状况之下，民意不仅会向处罚的扩大化与重刑化倾斜，更难以避免处罚的恣意性与不合理性。在大众民主主义社会，要求顺从国民大众，按照可能是恣意的、流动的“舆论”或者“国民情感”进行处罚，尽管主体已由君主转变为国民大众，但那仍属于“人的支配”，而不能谓之“法的支配”。因此，所谓“来自国家的自由”，不仅仅是指从作为统治机构的政府之下保护国民权利，还必须具有这样的意义：从属于主权者之集合的国民之下，保护作为个人的国民的权利。²⁸

（三）法律主义

罪刑法定原则首先要求，处罚必须是依据议会所制定的“法律”。按照这种“法律主义”，处罚不得是依据习惯法或者行政机关的命令。不过，根据《宪法》第73条第6项，若有法律的授权，政令中也可设立罚则。在此情形下，授权内

〔1〕 裁判员制度的适用案件仅限于特别重大的事件，法务省对其理由作了说明，认为其意义在于，重大案件极大地损害了社会正义，因而可以让作为社会主人公的国民来恢复正义。然而，这里的“国民”被期待完全站在声讨犯罪的一方。

〔2〕 在受“敌我刑法观”支配的社会中，往往容易对“敌人”怀有过度的不信任，而对属于“己方”的“善良市民”，则赋予过度的信赖与共鸣。可以说，近年来强调“国民情感”、“被害人情感”，就正是对“己方”的全面共鸣的体现。而且，在围绕裁判员制度的各种讨论中，担心的只是是否会给成为裁判员的市民造成时间上、精神上的负担，而几乎没有表达对该市民的公正性、独立性的疑虑，可以说，这也是针对属于“己方”的市民的乐观主义的体现。

容的特定性就成为问题。对于属于处罚对象的公务员的“政治性活动”，《国家公务员法》第102条第1款、第110条第1款授权《人事院规则》确定其具体内容，对此授权，最高裁判所昭和49年11月6日大法庭*判决（刑集28卷9号393页）判定合宪。另外，《地方自治法》第14条第3款规定，除法令另有规定之外，普通地方公共团体**可以在条例中设定科处2年以下惩役、禁锢，100万日元以下罚金、拘留、科料、没收的规定。对于《地方自治法》的这一规定，最高裁判所昭和37年5月30日大法庭判决（刑集16卷5号577页）以条例是由公选议员组成的地方议会所进行的自治立法，《地方自治法》的授权内容具有相当程度的具体性、罚则范围有限等为理由，判定合宪。但是，《地方自治法》的授权未就处罚对象作任何限定，难言属于内容特定的授权。而且，条例虽然是由居民代表进行的自治立法，可谓满足了民主主义的要求，然而，地方议会属于一院制，且承认议长具有专断处分权，因而并未要求其审理达到法律那样的谨慎程度。如果认为，《宪法》第31条所规定的法律主义，不仅要满足民主主义的要求——根据《宪法》第41条以下所规定的国会组织结构以及立法程序而成立的“法律”应该反映民意，而且要满足自由主义的要求——应排除恣意的、不合理的处罚，那么，由地方条例来规定罚则，对其合宪性就不能说没有质疑的余地。^[1]

（四）禁止事后法（禁止溯及既往）

《宪法》第39条规定，实施当时合法的行为，不处罚。也就是，对于在行为实施当时，即便在民法或行政法上属于违法，但不被科处刑罚的行为，不允许以事后制定的刑罚法规来处罚。而且，《刑法》第6条规定，在刑罚发生改变时，适用处罚较轻的刑罚。事前无告知的“突然袭击”式的处罚，对被告人而言是不公平的，而且，对一般国民而言，会让其丧失对处罚的预测可能性，而限制其

* 大法庭是由日本最高裁判所全体15名裁判官所组成的合议庭。对于违宪立法审查以及其他特定场合，由大法庭审理、裁判。与之相对应的是小法庭。小法庭是首先审理最高裁判所所受理的案件的合议庭，一般由5名裁判官组成，最少必须是3人。日本最高裁判所共有3个小法庭。有些案件的审理也会直接移交至大法庭。——译者注

** 大致相当于我国的地方各级政府。——译者注

[1] 在第二次世界大战后的改革时期，对于地方自治，不仅要求其具有民主主义的机能，而且作为对抗中央政府权力的制度，也许还被期待具有自由主义的机能。但是，地方自治体所制定的条例，其制定程序简单，尤其是未经法制审议会等部门的专家审查，从刑法的基本原则来看，有疑问的地方不在少数。而且，如同青少年保护条例、烦扰防止条例等那样，其中很多条例的内容并未体现该地方的特殊性，而是几乎事关所有都道府县，这样就存在一个疑问：是否是为了规避更为慎重严谨的法律制定程序，而采取了制定条例这种做法呢？

行动自由，因此，这种处罚为宪法所禁止。

这种禁止事后法或者禁止溯及既往的原则，其效力及于有关犯罪的成立范围与刑罚裁定的所有实体法，^[1]但是，不及于取证程序等纯粹的程序法规定。问题在于，如何处理处于实体法与程序法之中间位置的公诉时效。对此，最高裁昭和42年5月19日决定（刑集21卷4号494页）认为，“根据犯罪后的法律，刑罚发生改变的，根据依法律的规定应适用于该犯罪事实的罚条的法定刑来决定公诉时效的期限”，而且，2004年的刑事诉讼法改正对公诉时效的经过期限也作了下述旨趣的规定：在公诉时效的期限被延长的场合，对于延长之前的行为，适用刑诉法改正之前的时效期限。之所以认为禁止事后法的原则及于公诉时效，是因为公诉时效的制度旨趣中，不仅存在证据的遗散这一程序法上的理由，还存在一般预防与特殊预防的必要性的降低，以及社会报应情感的缓和这种实体法上的理由。相反，2010年的刑事诉讼法改正的主要内容是废止、延长部分犯罪的公诉时效，该改正对时效的经过期限做了下述旨趣的规定：除了已经经过公诉时效的案件之外，承认新法的溯及适用。^[2]

另外，对于按照行为当时的最高裁判所的判例属于无罪的行为，能否允许通过改变判例来处罚呢？判例、通说认为，禁止事后法的原则不及于判例的不利益改变（最判平成8年11月18日刑集50卷10号745页）。可以说，这种观点是将“法律”主义与禁止事后“法”连在一起进行考虑的。也就是，从法律主义要求“法律”明示处罚范围这一点来看，国民的信赖也理应是指向“法律”，只要该行为满足了法律所规定的要件，即便与行为当时的判例相反，也完成了“事前的告知”。如果有相当强的理由相信，基于行为当时的判例，自己的行为是合法的，对于此类情况，该观点是通过由于缺少违法性意识的可能性而可阻却责任这种方式，来维护对判例的信赖。然而，通说的前提是，认为违法性意识的对象是“一般违法性”，为此，在行为当时的判例是以不具有“可罚的违法性”或者“刑法的违法性”为理由而判定无罪的场合，对于因信赖判例而实施行为的行为人，就无法从违法性错误的角度来予以免责。

有别于此，少数有力说认为，最高裁判所的判例具有一定的约束力，无论是法律人士还是一般市民，其行为既应依照法律，也同时要遵循判例，既然如此，

[1] 责任能力、处罚条件等，并非行为人的故意的认识对象，通常情况下，不属于行为人在选择行为之际的考虑情况。为此，就会被认为，溯及适用新设的处罚条件、对责任能力的变更，也不会背叛行为人对法律的信赖。但是，不论不可罚的根据是什么，不被行为当时的法律所处罚就意味着，国家保障对其不予处罚，因此，以事后立法剥夺这种保障，有违公平观念。

[2] 在有关该改正的媒体报道中，除了证据的遗散之外，探讨的完全是对遗属情感的抚慰这一点，这是与那种认为刑罚目的在于满足被害人情感、遗属情感的刑罚目的论相对应的。

禁止事后法的原则也应适用于判例。在此观点看来，改变已经确立的最高裁判所判例的，仅限于面向将来宣告变更旨趣，对当下的被告人仍应宣判无罪。通过改变判例，对被告人适用因受最高裁判所的违宪判决而长期处于“死文状态”的刑罚法规，考虑到这种做法的不当性，本说具有相当程度的说服力。然而，也留有这样一些疑问：在并无以判例作为法律渊源这一传统的我国，如何划定“确立的判例”的范围？做出面向将来的宣言式判决，是否超出了仅解决个案这一司法权限？原本不过是“旁论”的宣言式判决，在多大范围上具有先例拘束力？因此，至少在不对程序上的相关规定进行整理完善的情况下，还难以真正实践“无溯及力的判例变更”。

（五）禁止类推

31 所谓类推，是指对不符合法律规定的用语的事实，以该事实与符合此用语的事实之间具有类似性为理由，而适用该法律规定。刑罚法规的类推，在对于法律并无规定的事项，由裁判所来创造法律这一点上，有违法律主义；同时，在缺少事前告知这一点上，又有违禁止事后法原则。不仅是在判决书中明示地以类推手法推导出结论的情形，即便是在形式上采取了包摄于法律规定这一形式，超出法律规定用语的“可能的语义”进行扩大解释的情形，仍有违罪刑法定原则。

自不待言，在解释刑罚法规时，不仅承认文理解释，也承认目的论解释。立足于法益保护主义的观点，主要是从法益保护的视角推导出这种目的论解释。但是，对目的解释论也存在限制：一方面，从确保国民的预测可能性这一点来看，不允许超出一般人能够理解的含义范围；另一方面，从防止刑罚权的恣意行使这一点来看，不允许与其他相关规定在法律文脉上缺少整合性，也不允许违反法律条文的书写规则。在此意义上，存在于一般用语惯例以及法律用语惯例中的“可能的文意”，就对目的论解释形成外在制约。相反，也有观点主张，应比较衡量罪刑法定原则的要求与处罚的必要性，结合处罚必要性的大小、与用语的核心含义之间的距离等因素，来推导出解释的界限。^{〔1〕}但是，如果在处罚的必要性很大的场合，允许超越“可能的文意”进行处罚，这无疑是对罪刑法定原则的自由保障机能的放弃。

有关此问题，有以下存在疑问的判例：①认为电力属于旧刑法的盗窃罪的“他人的所有物”（大判明治36年5月21日刑集9辑874页）；②对于把鲤鱼从养鱼池中放出的行为，判定属于损坏器物罪中的对物“伤害”行为（大判明治

〔1〕 参见前田雅英：“罪刑法定主義の変化と実質的構成要件解釈”，载《中山研一先生古稀祝賀論文集》（第3卷），成文堂1997年版，第68页以下。

44年2月27日刑录17辑197页)；③认为汽油机车也属于过失导致交通危险罪的“火车”(大判昭和15年8月22日刑集19卷540页)；④认为出于游乐目的的狩猎，也属于业务过失致死伤罪的“业务”(最判昭和33年4月18日刑集12卷6号1090页)；⑤对于向野鸭放箭，但并未射中的情形，判定属于《鸟兽保护法》中的“捕获鸟兽”行为(最判平成8年2月8日刑集50卷2号221页)；³²⑥将存有淫秽图像数据的电脑硬盘认定为“淫秽物品”，判定使其内容处于不特定多数人可以浏览播放状态之下的行为属于“公然陈列”(最决平成13年7月16日刑集55卷5号317页)；⑦认为“公文书”也包括公用文书的图片复印件(最判昭和51年4月30日刑集30卷3号453页)。上述这些判例都是从法益保护的视角进行目的论的扩张解释。其中，①~⑥有超出一般用语惯例，⑦有超出法律含义之嫌。反之，⑧对于认为《国家公务员法》上的“特定的候选人”包含特定的提名候选人的观点，判例判定，这属于类推解释，并不妥当(最判昭和30年3月1日刑集9卷3号381页)。应该说，该判决是从法律用语惯例的角度严格把握“候选人”的范围。

上述判例①③⑥⑦，是力图通过对既存法律规定的解释，来应对随着科学技术的进步所产生的立法当时所未能预想到的情形。诚然，从民主主义这一方面而言，也许可以认为，对于将来的未知情形，立法者在一定范围内授权裁判所可将法律内容予以具体化。但是，若关注自由主义的方面，则不允许以属于立法当时未能预测到的情形为理由，而超出“可能的文意”。一直以来，多以日本难以以立法形式来迅速应对新发事态为理由，将判例的这种弹性解释予以正当化，然而，在刑事立法非常活跃，甚至被称为“立法的时代”的当下，似乎不能再搬出这种理由。

(六) 禁止类推原则的适用范围

禁止类推、禁止超出文意的扩张解释，就不利于行为人的方向而言，其效力不仅及于构成要件要素，其效力还及于，包括有关违法阻却事由、责任阻却事由、处罚条件、刑法适用范围等规定在内的实体法上的所有要件。^{[1][2]}这是因为，若认为法律主义以及禁止事后法原则是针对实体法上的所有要件的要求，那么，由此推导而来的禁止类推，也理应及于同样范围。例如，尽管《刑法》第³³

[1] 对于规定否定处罚的要件的“阻却事由”，既禁止明明符合其文意却不适用，也禁止超出可能的文意进行缩小解释。

[2] 与分则规定相比，刑法总则的规定抽象程度更高，不少情况下，需要“理论”补充。然而，例如对于正当防卫，就不允许超出《刑法》第36条的可能的语义，作缩小解释(参见增田丰：《語用論の意味理論と法解釈方法論》，劲草書房2008年版，第190页以下)。

41 条规定，“不满 14 周岁的人的行为，不处罚”，却仍以其精神年龄相当于 14 周岁以上的人为理由而处罚 13 周岁的人，这显然违反了罪刑法定原则。^{〔1〕} 诸如有关人工终止妊娠的规定（《母体保护法》第 14 条）那样，对于由刑法典之外的其他法律所规定的违法阻却事由，该要求的效力仍及于此。

反之，有利于行为人的类推，由于与罪刑法定原则的自由主义要求毫无抵触，就应允许进行超出法规用语限制的解释。例如，将妨害执行公务罪（第 95 条第 1 款）中的“职务”限于合法的职务；由“自由”（第 37 条第 1 款本文）进行类推，而认可为了保护贞操、名誉的紧急避险；基于有关不知法律的任意性减轻规定（第 38 条第 3 款但书）的旨趣，对于不具有违法性意识的可能性的情形，也认定阻却责任，这些都不违反罪刑法定原则。不过，基于民主主义的要求，无论对行为人有利还是不利，禁止类推原则都同样是妥当的。但是，在刑事诉讼法上，认可检察官具有较大范围的暂缓起诉权限，正如这一点所提示的那样，可以做如下推测：在做出不处罚决定这一方向上，立法者在某种程度上允许相关司法机关进行弹性应对。不仅如此，对保护法益而言属于不必要的处罚、违反责任主义的处罚，都有违下述刑罚法规适正的要求，因此，基于刑法基本原则而对处罚范围加以限定，即便有违民主主义的要求，仍然可予以贯彻。不过，如后所述，那些需要恒常性地限定其处罚范围的刑罚法规，其本身就属于内容不明确或者过度宽泛的规定，因而受到是否违宪的质疑。

六、刑罚法规的适正

（一）明确性原则

34 什么行为属于处罚对象，这一点并不明确的法律，并不能实现“事先告知”。以不明确的法律进行处罚，对行为人而言，属于缺少“事先告知”的“突然袭击”；对一般国民而言，则会限制行动自由。为此，刑罚法规的规定必须具体、明确，达到一般国民预测可能的程度，反之，若刑罚法规违反了此要求，也

〔1〕 被告人是家庭裁判所选定的某未成年人的监护人，也是该未成年人的祖母，被告人从被监护人的账户中提取并侵占了存款。对于该案，最高裁平成 20 年 2 月 18 日决定（刑集 62 卷 2 号 37 页）以监护事务的公共性质为理由，否定通过适用有关亲属等犯罪的特例（《刑法》第 255 条、第 244 条第 1 款）而免除刑罚。然而，在该案中，一边承认侵占“发生在直系亲属之间”，一边又不适用有关亲属等犯罪的特例，这就有超出《刑法》第 244 条第 1 款的用语，违反禁止不利益类推原则之嫌。

就违反了《宪法》第31条。^[1]这种明确性原则,^[2]不是关注法律的内容,而是以使法律的事先告知具有实效性为目的,在这一点上,与罪刑法定原则具有连续性。另外,包括禁止类推在内的罪刑法定原则,是对司法机关的要求,而明确性原则首先是对立法机关的要求。不明确的刑罚法规,存在将本不应属于刑罚对象的行为也纳入处罚范围的可能性,因此,与该法律的规制内容是否适当也是有关联的。由此可见,明确性、内容的适正都属于“刑罚法规的适正”的内容。

最高裁昭和50年9月10日判决(刑集29卷8号489页)是该原则的范例(leading case)。该判例认为,明确性的标准在于,“按照具有通常判断能力的一般人的理解,在具体情形下,对于某行为是否适用该规定,能否从中找到标准以对此做出判断”,在此基础上,判例判定,对于《德岛市公安条例》中的“维持交通秩序”这一规定,“可以理解为,一般情况下,即便是有秩序地、平稳地在道路上进行集团游行,也会随之出现妨害交通秩序的情况,该规定命令的是,应该避免造成超出上述妨害程度的、对交通秩序更为严重的妨害”,因此,作为构成要件并不缺少明确性。最近,最高裁平成20年11月10日决定(刑集62卷10号2853页)认为,北海道烦扰防止条例[《北海道有关防止显著烦扰公众的暴力不良行为等的条例》(1960年)]第2条之2第1款第4项中的“卑猥的言行”,“可理解为在社会一般观念上,有违性道德观念的下流、淫乱的言语或者动作,结合该条第1款正文‘(任何人不得)对处于公共场所或者公共交通工具的人,没有正当理由,却实施(下述)明显让其感觉羞耻或者不安的(行为)’,要将其作为日常用语,对其做出合理解释,这是有可能的”,因此不能谓之为不明确,进而判定下述行为属于“卑猥的言行”:在女性背后,用带有数码相机功能的手机,在长达5分钟的时间内11次拍摄了该穿着瘦身长裤的女性的臀部。对此,判决书中也附有主张该案行为不属于“卑猥的言行”的反对意见。除此之外,还有其他疑问:仅拍摄一次或者仅直勾勾地盯着对方,这种行为是否属于“卑猥的言行”?若认为此类行为不属于“卑猥的言行”,这些行为与该案之间是否存在实质差别?因此,“卑猥的言行”这一用语是否能实现“事前告知”,对此仍有提出异议的余地。

35

(二) 体感治安的降低与不明确的刑罚法规

近期,在以体感治安的降低为背景的刑事立法中,随着保护法益概念的稀薄

[1] 对刑罚的种类与轻重不作规定的“绝对的不定期刑”,由于没有明示刑罚的范围,也有违明确性原则。

[2] 参见荻原滋:《实体的デュー・プロセスの研究》,成文堂1991年版,第9页以下。

化与处罚的早期化，新创设了一些在明确性上尚存疑义的处罚规定。例如，奈良县以杀害女童事件为契机而制定的《保护儿童免受犯罪被害的条例》（2006年）第12、15条规定，对儿童实施“找茬恐吓”、“阻挡去路，或者纠缠”行为的，构成犯罪。尤其是其中的“找茬”、“挡路”的范围并不明确。而且，一方面，鼓励邻居斥责规诫儿童（的不良行为），但另一方面，不认识的人斥责规诫儿童的，却难免不被作为“找茬”而受到处罚。

而且，根据《大阪府建立安全城区条例》（2002年）第19条第1款、第24条第1款的规定，除在社会一般观念上具有正当理由的情形之外，在道路、公园等场所，携带棒球棒、高尔夫球杆的行为被认定为犯罪。但是，携带棒球棒、高尔夫球杆，这本属于日常行为，是否构成本罪完全取决于在社会一般观念上是否具有正当理由，其界限极不明确。为此，该条例第19条第2款又规定，“对于携带棒球棒、高尔夫球杆者，警察在判断是否存在违反前款规定的事实时，必须特别慎重”。第19条第2款的规定是一方面自己承认，第19条第1款的构成要件不明确或者过度宽泛，但另一方面又并非根据法律，而是根据警察的判断来划定处罚界限，应该说，这与“由人的支配走向法的支配”这一罪刑法定原则的精神是背道而驰的。

在处罚范围的明确性与体感治安的关系问题上，最高裁平成21年3月26日判决（刑集63卷3号265页）就是一个颇引人关注的判例。被告人在夜间骑车健身时，将防身用的喷雾器放在胸前口袋里。被告人被起诉违反《轻犯罪法》第1条第2项，*即“偷偷携带会被用于严重加害他人身体的器具”，对此，一审、二审均判定有罪。相反，最高裁判所认为，“综合考量该器具的用途、形状、性能，与隐匿携带者的职业、日常生活的关系，隐匿携带的时间、地点、样态以及周边状况等客观要素，以及隐匿携带的动机、目的、认识等主观要素”，携带该器具在社会一般观念上具有相当性的，就属于该项的“正当理由”，进而认定被告人存在“正当理由”，宣判无罪。所谓社会一般观念上的相当性，是对包括主观因素在内的各种各样的要素进行综合性判断，这里就正是以此来划定处罚界限。然而，正如一审、二审与最高裁判所的结论并不相同这一点所反映的那样，其界限极具流动性。为此，甲斐中裁判官在对该最高裁判所判决所作的补充意见中，一边确认被告人并无前科、前历，迄今为止的生活均与犯罪无缘，同时又指出，“也鉴于被认为体感治安恶化的社会状况”，可认定被告人具有“正当理由”。那么，从其文脉来看，对于有前科、前历等的可疑人物，“体感治安的恶

* 《轻犯罪法》第1条第2项规定，“没有正当理由，偷偷携带刀具、铁棒等其他有害于他人生命，或者会被用于严重加害他人身体的器具的”，处拘留或者科料。——译者注

化”是否又会反向发挥作用，肯定隐匿携带喷雾器的行为的犯罪性呢？由此可见，体感治安的恶化与“敌我刑法观”之间存在密切联系。

（三）刑罚法规内容的适正

基于罪刑法定原则的自由主义要求，规定处罚罚则的“法律”，必须是满足宪法要求的适正的“法律”。^{〔1〕}主张只要是国民代表制定的“法律”，就可不问其内容，这依然是一种源自“人的支配”的构想，而不能称之为“法的支配”。首先，不允许依据违反《宪法》第21条（保障表现自由）等个别人权条款的刑罚法规来处罚行为人。而且，可以认为，法益保护主义、责任主义等这些刑法基本原则，其核心部分已经融入《宪法》第31条之中，因此，处罚完全无害的行为的法律、处罚无故意无过失的行为的法律，也是违宪的。最高裁昭和35年1月27日大法庭判决（刑集14卷1号33页）认为，《按摩师、针灸师以及柔道康复师法》第12、14条所禁止、处罚的类似医疗的行为，必须是“有危害他人健康之虞的业务行为”。亦即，若某行为从法益保护主义的角度来看属于无害的行为，就不能将该行为作为处罚对象。而且，比例原则以对法益保护的适当性、必要性、相当性为其内容，这也是来自宪法的要求，因此，凡规定了与犯罪的轻重完全有失均衡的刑罚的、违反了比例原则的处罚规定，也属于有违刑罚法规的适正原则的规定。

37

（四）合宪限定解释

正如上述有关类似医疗的行为的判例、有关《德岛市公安条例》的判例那样，对于那些不明确的刑罚法规或者内容不适当的刑罚法规，常常会进行合宪限定解释。但是，通过合宪限定解释，以维持不明确或者过度宽泛的刑罚法规的效力，进而判定被告人有罪的，从罪刑法定原则的精神来看，这并非没有问题。

首先，不明确或者过度宽泛的法律并不能实现适当的“事先告知”，反而是只有通过针对该被告人的裁判结果，其处罚范围才能被确定，因此，对该被告人而言，这无疑属于“突然袭击”，有违禁止事后法原则。而且，不明确或者过度宽泛的刑罚法规，之后还要继续存续下去，因而也会继续具有限制一般国民行为的效果。尤其是，从认为禁止事后法的效力不及于判例变更的通说观点来看，只有“法律”才能作为国民的行动指南而发挥作用，不仅如此，在对判决作出合宪限定解释之后，实际上仍存在因判例变更而推翻此限定解释的危险，因此，凡

〔1〕 有关刑罚法规的内容的适正，参见芝原邦尔：《刑法の社会的機能》，有斐阁1973年版，第1页以下；荻原滋：《実体のデュー・プロセスの研究》，成文堂1991年版，第169页以下。

38 是有可能被包括在不明确的法律之中的行为，国民都不得不尽量不实施此类行为。相反，在认为禁止事后法的效力及于判例变更的少数说看来，由合宪限定解释所显示的法命题正是国民的行动指针，因此，对保障国民自由而言，这种合宪限定解释结果的明确性尤为重要。按照通说观点，对于这种作为解释结果的法命题，只要期待其能够补充解释之前的、不足以作为行为指南的刑罚法规，而作为事实上的行动指南发挥作用，也会要求其具有明确性。

其次，合宪限定解释是由裁判所实施的“法律改写”，因而存在疑问：这种做法难道没有侵犯立法权吗？尤其是，按照认为禁止事后法的效力及于判例的少数说，作为合宪限定解释之结论的一般性、抽象性命题是具有法律约束力的，在这一点上，会更大程度上触犯三权分立原则。

因此，一方面，从防止对被告人进行“突然袭击”、法律的告知机能、三权分立等视角来看，①合宪限定解释应限于可毫无障碍地从该法律的用语及其旨趣中推导出来的场合；另一方面，从合宪限定解释本身的告知机能的视角来看，②作为合宪限定解释之结果的法命题，就要求其范围仅限于能够合宪地进行规制的限度，而且其内容必须明确。在无法满足上述两点要求的场合，法令本身就应视为违宪、无效。

对于《福冈县青少年保护培育条例》第10条第1款中的“淫乱行为”，最高裁昭和60年10月23日大法庭判决（刑集39卷6号413页）做了限定解释。最高裁判所认为，若认为“淫乱行为”是指针对青少年的一般性行为，就会将真正处于恋爱关系者也包括在内，其处罚范围无疑过宽，而若将其单纯理解为反伦理或者不纯的性行为作为构成要件，又不具有明确性，因此，所谓“淫乱行为”，是指“通过采取诱惑、胁迫、欺骗青少年或者使之困惑等不正当手段，趁其身心发育不成熟，而实施性交或者类似性交的行为，除此之外，还包括只能是认定，纯粹是将青少年作为满足自己性欲的对象的性交或者类似性交的行为”。但是，在该案中，首先，很难从“淫乱行为”这一用语中推导出最高裁判所的上述解释；其次，解释结果的后半部分仍然不明确，并且，对于这种具有浓厚伦理色彩的可罚性标准本身的合理性，也存有疑问。

39 另外，《广岛市暴走族驱除条例》（第16条第1款第1项、第17、19条）规定，“任何人”未经管理者许可，不得在公共场所实施使公众产生不安或者恐惧的集合、集会或者示威等行为，对于违反了以此禁止性规定为前提而做出的终止、离开的命令的，由该条例予以处罚。对此，最高裁平成19年9月18日判决（刑集61卷6号601页）一方面认为，从该条例的用语本身来看，禁止的对象以及终止、离开命令的对象，也包括社会一般观念上属于暴走族以外的其他人的行为，若直接适用此用语，其规制对象就会不当地涉及更大范围的人，但判例同时

又指出，若将其适用对象限于“本来意义上的暴走族”或者“服装、旗帜、言行等类似于此类暴走族，在社会一般观念上，可以等视于此的集团”，就与《宪法》第21条第1款、第31条不发生抵触。该判决的问题在于，首先，重视条例的“旨趣”，并由此做出了与其“用语”明显相反的限定解释；其次，限定解释的内容不是依据“行为”，而是依据“人”来选定。但是，这种依据“人”来选定内容的做法，具有明显的敌我刑法观的倾向，而且，在与行为主义以及法律之下的平等原则（也就是所谓“法律面前人人平等原则”）（宪法第14条）的关系问题上，也仍留有疑问。

第三章

犯罪论体系

一、犯罪的定义与犯罪论体系

41 从形式上定义“犯罪”，犯罪就是成为刑罚对象的行为。那么，什么行为会成为刑罚对象呢？首先，基于侵害原理或者（侵害）行为主义的要求，成为刑罚对象的行为，必须是有害于社会，且为法律所禁止的行为。这种存在为法律所禁止的理由的情况，称之为“违法性”。其次，基于责任主义的要求，若对于该行为不具有非难行为人的理由，也不能科以刑罚。这种非难行为人的理由，称之为“责任”，“值得非难”这种属性则称之为“有责性”。最后，基于罪刑法定原则的要求，若无处罚该行为的法律规定，也不得科以刑罚。换言之，要科以刑罚，该行为必须符合法律所规定的“犯罪的类型”。这种犯罪的类型，称之为“构成要件”。

这样一来，就可将“犯罪”定义为该当于构成要件，违法且有责的行为。通说从这一犯罪定义中，提炼出①构成要件该当性、②违法性、③责任（有责性）这三个要件，同时还将各个犯罪要素分别置于其中的某一要件之中，然后再按照①→②→③的顺序探讨是否成立犯罪。从发生论的角度来看，将①构成要件

该当性置于②违法性、③责任（有责性）之后似乎更为自然，但正如后述，就②违法性、③责任（有责性）的内容而言，①构成要件该当性具有规制并划定框架的机能，因而被置于②违法性、③责任（有责性）之前。①构成要件该当性、②违法性、③责任（有责性）分别按照一定的指导理念，一方面，各自形成一个含义的集合，另一方面，相互之间又具有一定的有机关联性。这种由①构成要件该当性、②违法性、③责任（有责性）组成的思维模式（思维框架），被称之为“犯罪论体系”。犯罪论体系按照①→②→③的顺序，将不符合①构成要件该当性、②违法性、③责任（有责性）的行为分别依次排除在处罚对象之外，从而使排除感情、冷静判断是否成立犯罪这一点成为可能（过滤机能），同时，在面临解释论上的问题之时，通过确定该问题究竟属于①→②→③中的哪一点，从而有利于锁定应考虑的事项，也有利于获取用于推导结论的指针（地图机能）。⁴²

然而，如下所述，对犯罪论体系的具体细节的理解，因人而异；而且，英美与法等国采取的是与德日根本不同的体系。刑法学中的犯罪论体系类似于语言学中的“语法”。思维的建构以及相互交流，“语法”是不可或缺的工具，但正如世界上存在多种语言那样，不可能存在一种完全“正确的语法”。同样，由于彼此的关注点与历史背景不同，也可能存在数种犯罪论体系，探讨哪一种体系才是“正确的体系”，这毫无意义。但是，犯罪论体系最好能做到：就体系内部而言，理论上不相互矛盾，具备尽可能将思维过程予以可视化，且可加以验证的明晰性；对体系外部而言，能更好地反映属于社会事实的犯罪实质，有助于解释与适用刑法，并利于发现学问上的问题。在这种对内的“理论性”与对外的“机能性”这一点上，围绕犯罪论体系的应然状态的论争，仍未丧失其重要意义。

二、行 为

（一）体系性定位

通说观点是在构成要件该当性的内部研究“行为”。相反，部分有力观点先于构成要件该当性，将“行为”设定为独立的犯罪要素（裸的行为论），采取行为—构成要件该当性—违法性—有责性这样一种四分体系。该观点在“行为”这一体系阶段，让其承担保障行为主义的机能，同时也试图从犯罪的事实性基础中找出其独立意义。⁴³

不过，“行为”总是与外界的特定对象保持某种关系而存在。在与何种对象的关系上确定“行为”，这取决于我们的关注点。同样是向后弯曲放在手枪扳机

上的手指，在与扳机的关系上，是一种“扣动（扳机）”的行为；在与子弹的关系上，是一种“发射（子弹）”的行为；在与子弹所面对的人的关系上，属于一种“杀人”或者“意欲杀人”的行为。尤其是在不作为犯罪中，不首先考虑我们的关注点，则无法确定“行为”。自己的小孩落水，母亲不予救助而是冷眼旁观，尽管该母亲并未向外界表现出积极的身体活动，仍能确定母亲实施了“杀人”行为。之所以如此，无外乎是因为“要求母亲救助小孩”。这种用于确定行为的关注点，在刑法中就由构成要件来体现。由此可见，所谓构成要件，只能是一种具体表示诸如杀人行为、伤害行为、盗窃行为等为刑法所关注的行为的东西。正是这种由构成要件所确定、选定的“行为”，作为犯罪论的出发点，才可能发挥适当的“过滤机能”。在此意义上，可以说，与将“行为”定位于独立的体系阶段相比，将其置于构成要件该当性的内部来处理，更具机能性。“裸的行为论”也并非认为是认为，完全不需要对“行为”进行人为的确定，而是试图先于刑法的关注，以社会的关注来确定“行为”。但是，若广泛采取这种关注，就会无限地想象到“行为”，而将想象到的所有“行为”都作为研究对象，这种做法不仅没有效率，还会降低“过滤机能”。反之，若将这种社会的关注仅限于特别重大的事项，势必应首先考虑刑法的关注，那么，该观点将由社会的关注所确定的“行为”置于构成要件该当性之前的意义何在，也便值得商榷。

“裸的行为论”主张应重视犯罪的事实性基础，即便其意图是正当的，还必须探究该意图与“行为”在体系上的独立性之间是否具有整合性。一方面，作为犯罪的事实性基础的“行为”，必须是“充满意义的东西”，即具有值得做出构成要件该当性、违法性、责任这种评价的实质。然而另一方面，“行为”论如果言及其实质，势必会进入违法性与责任的评价领域，如此一来，“行为”也便丧失了先行于这三个阶段而具有的独立的体系性地位。之所以出现这种进退两难的困境，其原因就在于，该观点是将作为“评价的对象”的行为与作为“对对象的评价”的构成要件该当性、违法性、责任这两种处于不同理论层面的东西，作为等格的体系要素予以并列。进一步而言，这种混同不同理论层面的东西的做法，更有损害犯罪论本应具有的理论明晰性之虞。作为犯罪的事实性基础的“行为的本质”，本应经过构成要件该当性、违法性、责任等各要素的探讨，才会逐渐明晰，那么，原本应由这些阶段分别予以明晰的“事实性基础”，就理应分别属于这些阶段。

（二）行为的内容

有关刑法上的“行为”的含义，存在四种相互对立的观点：一是“因果行为论”，即认为行为是起因于人的意思的身体活动；二是“目的行为论”，即认

为行为是指向特定目的而操纵因果进程的身体活动；三是“社会行为论”，即认为行为是具有社会性意义的身体动静；四是“人格行为论”，即认为行为是作为行为人人格的主体性现实化的身体动静。由于行为属于作为行为主体的个人与外界的接点，因而涉及两个问题：①以是否需要存在意思这一点为中心的、个人参与的应然状态或者行为主体与外部态度之间的联系的问题；②在与外界的关系上的、行为的确定或者定义的问题。这些观点或同时考虑这两个问题，或仅考虑其中某一个，因此，各自的关注对象未必相同。具体而言，因果行为论的做法是：①认为作为行为主体的参与，“意思的原因性”是必要且充分的；同时，②是从因果性地引起的结果中，确定行为的含义。目的行为论的做法是：①作为人与外部态度之间的联系，要求存在行为主体的目的性统制；同时，②通过考虑与其所追求的目的的关系，以确定行为的含义（例如，以杀死他人为目的的行为是“杀人行为”）。社会行为论因该说关注②的问题而被命名，以社会性意义或社会性作用来确定行为，这是该说的共同点，但有关①即行为主体与外部态度之间的联系，该说内部存在分歧，既有认为只要是人的身体的运动或静止即可的观点，也有必须存在可以为人的意思所支配的态度的观点。人格行为论的做法是：一方面，从行为人人格的主体性现实化中找出行为主体与外部态度之间的联系；而另一方面，对于与外界的关系问题上的行为的确定方法，该说则不太关心。 45

本书认为，刑法上的“行为”，要将个人与外界联系在一起，作为最小限度的要求，行为就应该是（B）对于刑法上重要的外界变化施加影响和（A）属于可以为人的意思所避免的身体态度。本书称之为“狭义的行为”。该行为概念同时也提示了行为的归属范围的外延：只有那些可以为人的意思所避免的外界变化才能归属于行为。^{〔1〕}在本书看来，将外界变化（结果）归属于人的态度的整体情况，* 就属于“广义的行为”。

三、构成要件该当性

（一）构成要件的性质

构成要件是刑罚法规所规定的犯罪的类型，就其性质，存在以下三种对立观

〔1〕 作为显示行为人的避免可能性之限界的東西，可以说，条件关系以及相当因果关系也具有可谓之为行为概念的具体化的一面。

* 这里的“整体情况”，是指行为以及由此所引起的外界变化或称结果。——译者注

点：一是“行为类型说”，认为构成要件是形式性的、价值中立的类型；二是“违法类型说”，认为构成要件是将违法行为予以类型化的东西；三是“违法有责类型说”，认为构成要件是将违法且有责的行为予以类型化的东西。这种对立于对构成要件机能的不同理解。

（二）罪刑法定原则机能

之所以将构成要件该当性作为犯罪成立的必要条件，是为了将不符合法律上的处罚规定的行为排除在处罚对象之外，以担保罪刑法定原则。不过，构成要件并非刑罚法规的“法律条文”本身，而是对法律条文的解释。例如，《刑法》第261条（损坏器物罪）规定，“损坏或者伤害他人之物者”，判例通过解释从中提炼出“有害于他人之物的效用”这一构成要件，对于诸如向他人的餐具里撒尿的行为（大判明治42年4月16日刑录15辑452页）、将他人的养殖池中的鲤鱼放走的行为（大判明治44年4月16日刑录17辑197页）等，也认定符合该罪。但是，如果该解释本身就已经逾越《刑法》第261条的条文用语的含义，那么，⁴⁶ 无论如何忠实地适用解释之后的“构成要件”，也无助于保障罪刑法定原则。构成要件并非解释的出发点，而是解释的到达点，罪刑法定原则对这种解释过程予以规制，因此，担保罪刑法定原则的，是解释之前的“法律条文”，而非解释之后的“构成要件”。另外，要保障罪刑法定主义，这不仅涉及构成要件要素，还涉及违法阻却事由、责任阻却事由、刑事责任年龄、客观处罚条件等因素。^[1] 例如，满足《母体保护法》第14条之要件的人工流产行为，或者13岁少年的涉法行为，无论该行为性质多么恶劣，也不得处罚。

由上可见，对于保障罪刑法定原则，构成要件的作用（贡献）是间接的、部分性的，即便如此，犯罪论体系仍以“构成要件该当性”为其出发点，这就表明，不能直接探究违法性、有责性这种“评价”，而是应首先经过由解释刑罚法规而推导出的构成要件的“包摄”。通过明示这一点，可以说，构成要件是罪刑法定原则在犯罪论体系上的表现，构成要件在此限度之内承担“罪刑法定原则机能”。

行为类型说是通过形式地、价值中立地把握构成要件，从而确保处罚范围的明确性，并有助于保障罪刑法定原则。然而，解释的目的在于确定构成要件，该观点如果是在倡导解释的价值中立性，对此就不无疑问。对于刑罚法规，应在其

[1] 对此，有力观点将作为犯罪论体系的第一阶段的构成要件称之为“体系构成要件”，同时，该观点还认为，另外还存在由刑事实体法的法定要件整体所构成的“保障构成要件”，并让后者承担罪刑法定原则机能。