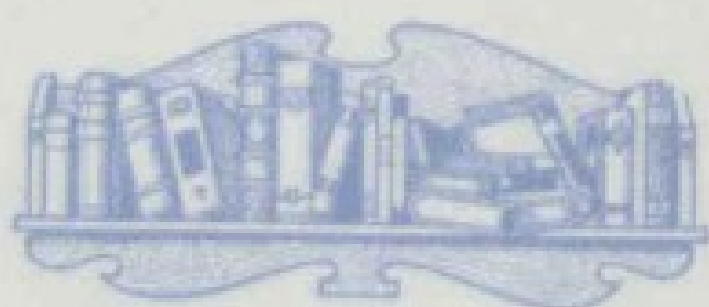




当代世界学术名著

法学译丛·刑法系列




刑法讲义各论

新版第2版

[日] 大谷实 著

黎宏 译

 中国人民大学出版社



当代世界学术名著

法学译丛·刑法系列

刑法讲义各论

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

刑法讲义各论 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 009402 号

刑法讲义各论 新版第2版 / 大谷实

ISBN: 978-4-7923-1757-7 C3032

© 2007 M. Ohya

当代世界学术名著

法学译丛 · 刑法系列

刑法讲义各论

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 155 mm×235 mm 16 开本

版 次 2008 年 1 月第 1 版

印 张 38.75 插页 2

印 次 2008 年 1 月第 1 次印刷

字 数 647 000

定 价 59.00 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，本套丛书则旨在译介国外当代学术名著。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事法、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，虽说和总论修订一样，主要目的是将排版格式由竖排改为横排，但借此机会，增加了一些近来引人注目的主要判例，还尝试对一些旧判例进行了替换。另外，也考虑到了正在发生重大变化的近年来的刑事立法以及学说的动向，再次对全书进行审阅，对叙述的内容以及表达进行清算，对一些不准确或者不合适的地方进行了修订。我一直孜孜不倦地致力于创作出作为基础书的令人满意的教科书，本书如果距离作者的这个目的更近了一步的话，则是作者的望外之喜。

修订过程中，在判例和学说的整理方面，得到了在我的研究室里深造，之后于2007年4月从骏河台大学法学部调入京都产业大学法科大学院的冈本昌子助教授的鼎力襄助。另外，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，一并表示谢意。

大谷实

2007年3月

初版序

本书是将去年出版的《刑法各论上卷》和《刑法各论下卷》修订之后，汇集而成的。修订时候，尽量将改动之处限定在最小范围之内，在改正谬误的基础上，以保持叙述的正确性。

在本书执笔之际，笔者主要留意到了以下三点。第一，在叙述上，虽然是采用了传统的方法，但还是尽量将新近展开的理论吸收进来，并注意到和司法实践的关系，以进行系统的解说。第二，对判决书，尽量以原文的形式引用。因为，我国司法实践中的刑法解释已经相当成熟，正确地理解判例，对于学习刑法的人来说，是最为重要的事情。第三，尽量明确和刑法总论之间的关系。因为，总论和各论是互相补充、不可分割的，值得研究和学习。

从上述立场出发，由于将新近展开的观点详加列举，然后说明笔者自己的想法，因此，本书多少显得有些庞大，但是，我认为，这种庞大还是有其价值的。另外，在解释论上，很多地方和判例、通说的见解一致，而展示笔者自己独到见解的地方则较少。各位研究者如果能就此提出批评的话，则是我的福气。

在完成本书的过程中，同志社大学的赖川晃副教授，冲绳国际大学的三宅孝之副教授，京都产业大学的藤冈一郎副教授提供了极大的帮助。在校对方面，得到了大谷大学的青木纪博讲师以及同志社大学研究生院法学研究科的各位研究生的关照。另外，从本书的策划阶段开始，成文堂出版公司的阿部义任总经理以及该公司的土子三男总编就一直给我热情洋溢的鼓励和帮助。在此谨记上述各位姓名，以表谢意。

作者

1983年2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 28 日大审院刑事判决录第 21 辑第 1475 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，其他都不用简称。另外，二次以上出现的著作作者以及论文的执笔者们的名字，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

总论 大谷实《新版刑法讲义总论》（第2版，2007，成文堂）

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Ⅱ各论》（1967，泉水堂）

生田 生田义胜、上田宽、名和铁郎、内田博文《刑法各论讲义》（1987，有斐阁）

井田 井田良《刑法各论》（2002，弘文堂）

井上、江藤 井上正治、江藤孝《新订刑法学（分则）》（1994，法律文化社）

植松 植松正《再订刑法概论Ⅱ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《刑法各论》（第2版，1996，有斐阁）

大塚 大塚仁《刑法概说（各论）》（第3版增补版，2005，有斐阁），《刑法各论》上卷（改订版，1984），下卷（1971，青林书院）

大越 大越义久《刑法各论》（1999，有斐阁）

大野、墨谷 大野真义、墨谷葵编《要说刑法总论》（2订增补版，1994，嵯渥野书院）

大场 大场茂马《刑法各论》上卷（第11版，1922），下卷（第8版，1923，中央大学；复刻版，1994，信山社）

冈野 冈野光雄《刑法要说各论》（第4版，2003，成文堂）

- 小野 小野清一郎《新订刑法讲义各论》(增补版, 1950, 有斐阁)
- 香川 香川达夫《刑法讲义(各论)》(第3版, 1996, 成文堂)
- 柏木 柏木千秋《刑法各论》(1960, 有斐阁)
- 川端 川端博《刑法各论概要》(第2版, 1996, 成文堂)
- 吉川 吉川经夫《刑法各论》(1982, 法律文化社)
- 木村 木村龟二《刑法各论》(复刊, 1959, 法文社)
- 木村(光) 木村光江《刑法》(1997, 东京大学出版会)
- 江家 江家义男《刑法各论》(增补版, 1963, 青林书院)
- 小暮等 小暮得雄、内田文昭、阿部纯二、板仓宏、大谷实编《刑法讲义各论》(1988, 有斐阁)
- 齐藤 齐藤金作《刑法各论》(全订版, 1969, 有斐阁)
- 齐藤(诚) 齐藤诚二《刑法讲义各论I》(新订版, 1979, 多贺出版)
- 齐藤(信) 齐藤信宰《刑法讲义》(各论)(第3版, 2000, 成文堂)
- 佐伯 佐伯千仞《刑法讲义》(各论)(新订版, 1981, 有信堂)
- 佐久间 佐久间修《刑法各论》(2006, 成文堂)
- 泽登 泽登俊雄《刑法概论》(1976, 法律文化社)
- 下村 下村康正《刑法各论》(1961, 文久书林)
- 曾根 曾根威彦《刑法各论》(第3版补正3版, 2006, 弘文堂)
- 泷川、竹内 泷川春雄、竹内正《刑法各论讲义》(1965, 有斐阁)
- 泷川 泷川幸辰《刑法各论》(增补, 1951, 世界思想社; 复刻版, 1981, 世界思想社)
- 团藤 团藤重光《刑法纲要各论》(第3版, 1990, 创文社)
- 中 中义胜《刑法各论》(1875, 有斐阁)
- 中森 中森喜彦《刑法各论》(第2版, 1996, 有斐阁)
- 中山 中山研一《刑法各论》(1984, 成文堂)
- 夏目 夏目文雄《刑法提要各论》上(1960), 下(1961, 法律文化社)
- 西田 西田典之《刑法各论》(第3版, 2005, 弘文堂)
- 西原 西原春夫《刑法各论》(第2版, 1983, 筑摩书房; 订补准备版, 1991, 成文堂)
- 林 林干人《刑法各论》(1999, 东京大学出版会)
- 平川 平川宗信《刑法各论》(1995, 有斐阁)

平野 平野龙一《刑法概说》(1977, 东京大学出版会)

平野、井上、中山、大野 平场安治、井上正治、中山研一、大野平吉编《新版刑法概说 2 各论》(1982, 有信堂)

福田 福田平《全订刑法各论》(第3版增补版, 2002, 有斐阁)

福田、大塚 福田平、大塚仁编《刑法各论讲义》(1968, 青林书院), 《讲义刑法各论》(1981, 青林书院)

福田、大塚、宫泽、小暮、大谷 福田平、大塚仁、宫泽浩一、小暮得雄、大谷实编《刑法》(3) ~ (5) (有斐阁双书) (1977, 有斐阁)

藤木 藤木英雄《刑法讲义各论》(1976, 弘文堂)

前田 前田雅英《刑法各论讲义》(第4版, 2007, 东京大学出版会)

牧野 牧野英一《刑法各论》上卷(1950), 下卷(1951, 有斐阁)

町野 町野朔《刑法各论的现在》(1996, 有斐阁)

松宫 松宫孝明《刑法各论讲义》(补订版, 2006, 成文堂)

三原 三原宪三《刑法各论》(第5版, 2006, 成文堂)

宫内 宫内裕《新订刑法各论讲义》(1960, 有信堂)

宫本 宫本英修《刑法大纲》(1935, 弘文堂, 复刻版; 1985, 成文堂)

泉二 泉二新雄《日本刑法各论》(1960, 弘文堂)

山口 山口厚《刑法各论》(补订版, 2005, 有斐阁)

吉田 吉田常次郎《日本刑法》(1959, 中央大学协同组合出版局)

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《大コンメソータル》(1) ~ (13) (第2版, 1994~2004, 青林书院)

条解 前田雅英=池田修=大谷直人=松本时夫=渡边一弘=河村博编《条解刑法》(2002, 弘文堂)

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

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 西原春夫、宫泽浩一、阿部纯二、板仓宏、大谷实、芝原邦尔编《判例刑法研究》5~7卷(1980~1981, 有斐阁)

刑法判例研究 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)

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 松尾浩也、芝原邦尔、西田典之编《刑法判例百选 I》(第 5 版)(2003, 有斐阁)

百选 II 松尾浩也、芝原邦尔、西田典之编《刑法判例百选 II》(第 5 版)(2003, 有斐阁)

マニュアル 香川达夫、川端博编《新判例マニュアル刑法 2 各论》(1998, 三省堂)

刑事法讲座 日本刑法学会编《刑事法讲座》(4)~(7)(1952~1953, 有斐阁)

刑法讲座 日本刑法学会编《刑法讲座》(5)~(6)(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》(4)~(5)(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》1~4卷, 7卷(1982—1984, 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》5卷(1993) 6卷(1992, 法学书院)

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

现代展开 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(各论)》(1996, 日本评论社)

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(各论)》(2000, 有斐阁)

目 录

CONTENTS

绪 论	1
一、刑法各论的意义	1
二、刑法各论的体系	1
三、刑法的解释	2
第一编 对个人法益的犯罪	
第一章 对生命和身体的犯罪	7
第一节 人的意义	7
一、概说	7
二、人的开始时期	8
三、人的结束时期	9
第二节 杀人犯罪	10
一、概说	10
二、杀人罪（普通杀人罪）	11
三、尊亲属杀人罪的删除	13
四、杀人预备罪	14
五、自杀关联罪、同意杀人罪	15
第三节 伤害犯罪	22
一、概说	22
二、伤害罪	23
三、伤害致死罪	29
四、现场助威罪	30
五、同时伤害的特别规定	31
六、暴行罪	35
七、危险运输致人死伤罪	38
八、准备凶器集合罪、准备凶器集结罪	42

第四节	过失伤害犯罪	49
一、	概说	49
二、	过失伤害罪、过失致死罪	50
三、	业务过失致人死伤罪	50
四、	重大过失致人死伤罪	53
第五节	堕胎犯罪	54
一、	概说	54
二、	堕胎犯罪的基本概念	56
三、	堕胎罪	58
四、	同意堕胎罪、同意堕胎致人死伤罪	59
五、	业务堕胎罪、业务堕胎致人死伤罪	60
六、	不同意堕胎罪、不同意堕胎致人死伤罪	61
第六节	遗弃犯罪	62
一、	概说	62
二、	遗弃罪	65
三、	保护责任人遗弃罪	66
四、	遗弃致人死伤罪	70
第二章	对自由和私生活的安宁的犯罪	71
第一节	逮捕和监禁的犯罪	71
一、	概说	71
二、	逮捕、监禁罪	73
三、	逮捕、监禁致人死伤罪	76
第二节	胁迫犯罪	77
一、	概说	77
二、	胁迫罪	78
三、	强要罪	82
第三节	绑架、诱拐和买卖人身的犯罪	85
一、	概说	85
二、	绑架、诱拐未成年人罪	87
三、	以营利等为目的的绑架、诱拐罪	89
四、	以勒索赎金为目的的绑架、诱拐罪，勒索赎金罪	91
五、	移送所在国外目的的绑架、诱拐罪	94
六、	买卖人身的犯罪	95
七、	将被绑架者等移送所在国外罪	97

八、收受被绑架、被诱拐者罪等	98
九、未遂罪	99
十、勒索赎金目的的绑架、诱拐预备罪	100
十一、释放被绑架、被诱拐者减轻其刑的规定 (解放减轻)	100
十二、自诉罪	101
第四节 对性自由和感情的犯罪	102
一、概说	102
二、强制猥亵罪	103
三、强奸罪	106
四、准强制猥亵罪、准强奸罪	107
五、集团强奸等罪	110
六、强制猥亵、强奸罪的未遂	111
七、排除违法性事由	112
八、自诉罪	112
九、强制猥亵、强奸致人死伤罪	114
十、劝诱卖淫罪	117
第五节 侵犯住宅的犯罪	118
一、概说	118
二、侵入住宅罪	119
三、不退去罪	127
四、未遂罪	128
第六节 对业务的犯罪	128
一、概说	128
二、妨害业务罪	129
三、以破坏电子计算机等手段妨害业务罪	135
第七节 侵害秘密的犯罪	138
一、概说	138
二、开拆信件罪	139
三、泄露秘密罪	140
四、自诉罪	143
第三章 对名誉和信用的犯罪	144
第一节 对名誉的犯罪	144
一、概说	144

二、损害名誉罪	146
三、被证明为真实的不处罚	150
四、损害死者的名誉	158
五、侮辱罪	159
六、自诉罪	160
七、罪数和与其他犯罪的关系	161
第二节 对信用的犯罪	162
一、概说	162
二、损害信用罪	162
第四章 对财产的犯罪	165
第一节 财产犯罪总论	165
一、财产犯罪	165
二、财产犯罪的分类	165
三、财产犯罪的对象	166
四、财产犯罪的保护法益	172
五、非法占有的意思	178
第二节 盗窃犯罪	185
一、概说	185
二、盗窃罪	185
三、侵夺不动产罪	198
四、亲属间犯罪的特别规定	201
第三节 抢劫犯罪	207
一、概说	207
二、抢劫罪	208
三、抢劫利益罪	214
四、事后抢劫罪	218
五、昏迷抢劫罪	222
六、抢劫致人死伤罪	223
七、抢劫强奸罪、抢劫强奸致死罪	229
八、抢劫预备罪	232
第四节 诈骗犯罪	233
一、概说	233
二、诈骗罪	235
三、利益诈骗罪	249

四、准诈骗罪	257
五、使用电子计算机诈骗罪	258
第五节 敲诈勒索犯罪	261
一、概说	261
二、敲诈勒索罪	261
三、敲诈勒索利益罪	266
四、行使权利和敲诈勒索罪	267
第六节 侵占犯罪	269
一、概说	269
二、侵占罪	270
三、业务侵占罪	288
四、共犯	290
五、罪数和与其他犯罪的关系	292
六、侵占遗失物等罪	294
第七节 背信犯罪	295
一、概说	295
二、背信罪	298
三、和其他犯罪的关系	306
第八节 有关赃物等的犯罪	309
一、概说	309
二、对象	310
三、无偿收受赃物罪，搬运、保管、有偿收受、 斡旋有偿处分赃物罪	313
四、罪数和与其他犯罪的关系	318
五、亲属间犯罪的特别规定	319
第九节 毁弃以及隐匿的犯罪	320
一、概说	320
二、毁弃公文等罪	321
三、毁弃私文书等罪	323
四、损坏建筑物等罪，损坏建筑物等致人死伤罪	324
五、损坏器物罪、伤害动物罪	327
六、破坏界标罪	328
七、隐匿书信罪	329

第二编 对社会法益的犯罪

第一章 对公共安宁和安全的犯罪	333
第一节 骚乱犯罪	333
一、概说	333
二、骚乱罪	334
三、聚众不散罪	341
第二节 放火和失火犯罪	342
一、概说	342
二、对有人居住建筑物等放火罪	348
三、对无人居住建筑物等放火罪	352
四、对非建筑物等放火罪	356
五、延烧罪	358
六、预备放火罪	359
七、妨害灭火罪	359
八、失火罪	360
九、业务失火罪、重大过失失火罪	361
十、爆炸罪	363
十一、过失爆炸罪、业务过失爆炸罪、 重大过失爆炸罪	364
十二、泄漏煤气等罪、泄漏煤气等致人死伤罪	364
第三节 决水和有关水利设施的犯罪	366
一、概说	366
二、水淹有人居住建筑物等罪	366
三、水淹无人居住建筑物等罪	367
四、妨害防水罪	368
五、过失水淹建筑物等罪	368
六、决水危险罪	369
七、破坏水利设施罪	369
第四节 妨害交通的犯罪	370
一、概说	370
二、妨害交通罪	371
三、妨害交通致人死伤罪	372
四、威胁交通罪	372

五、颠覆、破坏火车等罪	374
六、颠覆火车等致人死亡罪	376
七、威胁交通的颠覆、破坏火车等罪	378
八、过失威胁交通罪，过失颠覆、破坏火车等罪	380
第二章 对公众健康的犯罪	381
第一节 有关饮用水的犯罪	381
一、概说	381
二、污染净水罪	381
三、污染水道罪	382
四、净水投毒罪	383
五、污染净水致人死伤罪、污染水道致人死伤罪、 净水投毒致人死伤罪	383
六、水道投毒罪、水道投毒致人死亡罪	383
七、破坏、堵塞水道罪	384
第二节 有关鸦片烟的犯罪	385
一、概说	385
二、走私鸦片烟罪	386
三、走私吸食鸦片烟用具罪	386
四、海关职员走私或允许走私鸦片烟等罪	387
五、吸食鸦片烟罪	387
六、提供吸食鸦片烟场所罪	388
七、持有鸦片烟等罪	388
第三章 对公众信用的犯罪	389
第一节 伪造货币的犯罪	390
一、概说	390
二、伪造货币罪	391
三、使用假币罪	393
四、伪造外国货币罪	396
五、使用伪造的外国货币罪	397
六、取得假币罪	397
七、取得假币后知情使用、交付罪	398
八、准备制造假币罪	399
第二节 伪造文书的犯罪	401
一、概说	401

二、伪造文书犯罪的基本概念	402
三、伪造诏书等罪、变造诏书等罪	415
四、伪造公文等罪	416
五、制作虚假公文等罪	420
六、在公证书原件等中做不实记载的犯罪	423
七、使用伪造公文、虚假公文罪	427
八、伪造私文书等罪	427
九、制作虚假诊断书等罪（制作虚假私文书罪）	435
十、使用伪造私文书、虚假诊断书等罪	436
十一、罪数和与其他犯罪的关系	437
十二、非法制作电磁记录罪	438
十三、提供非法制作电磁记录罪	441
第三节 伪造有价证券的犯罪	443
一、概说	443
二、伪造有价证券罪、变造有价证券罪	444
三、在有价证券中做虚假记载罪	449
四、使用伪造有价证券罪	451
第四节 有关支付用卡电磁记录的犯罪	452
一、概说	452
二、非法制作支付用卡电磁记录等犯罪	453
三、持有非法制作的电磁记录用卡罪	457
四、准备非法制作支付用卡电磁记录的犯罪	457
五、罪数关系	459
第五节 伪造印章的犯罪	459
一、概说	459
二、印章、签名	460
三、伪造御印等罪、非法使用御印等罪	463
四、伪造公章等罪	463
五、非法使用公章等罪	464
六、伪造公记号罪	465
七、非法使用公记号罪	466
八、伪造私章等罪	466
九、非法使用私章等罪	467

第四章 对风俗的犯罪	468
第一节 猥亵和重婚犯罪	468
一、概说	468
二、公然猥亵罪	469
三、散布淫秽物罪	471
四、重婚罪	477
第二节 有关赌博和彩票的犯罪	479
一、概说	479
二、赌博罪	479
三、惯犯赌博罪	481
四、开设赌场营利罪、聚众赌博营利罪	484
五、博彩罪	485
第三节 有关礼拜场所和坟墓的犯罪	486
一、概说	486
二、不敬礼拜场所罪	487
三、妨害传教等罪	488
四、发掘坟墓罪	488
五、损坏尸体等罪	489
六、发掘坟墓损坏尸体等罪	492
七、密葬非正常死亡者罪	492

第三编 对国家法益的犯罪

第一章 对国家存在的犯罪	497
第一节 有关内乱的犯罪	497
一、概说	497
二、内乱罪	498
三、预备、阴谋内乱罪	501
四、援助内乱罪	501
第二节 有关外患的犯罪	502
一、概说	502
二、诱致外患罪	503
三、援助外患罪	503
四、预备、阴谋外患罪	504
第三节 有关国交的犯罪	504

一、概说	504
二、损坏外国徽章罪	505
三、预备、阴谋私战罪	507
四、违反中立命令罪	507
第二章 对国家职能的犯罪	509
第一节 公务员和公务机关	509
一、概说	509
二、公务员的意义	510
三、公务机关的意义	513
第二节 妨害执行公务的犯罪	513
一、概说	513
二、妨害执行公务罪	514
三、职务强要罪、强迫辞职罪	523
四、破坏封印罪	525
五、妨害强制执行罪	527
六、妨害拍卖等罪	530
七、私下串通罪	532
第三节 脱逃犯罪	534
一、概说	534
二、脱逃罪	534
三、加重脱逃罪	536
四、夺取被羁押者罪	537
五、帮助脱逃罪	538
六、看守人员等帮助脱逃罪	539
第四节 藏匿犯人和隐灭证据的犯罪	540
一、概说	540
二、藏匿犯人罪	541
三、隐灭证据罪	545
四、亲属间的犯罪	549
五、威逼证人等罪	551
第五节 伪证犯罪	553
一、概说	553
二、伪证罪	554
三、虚假鉴定罪、虚假口译罪、虚假笔译罪	560

四、坦白减免刑罚	560
第六节 有关诬告的犯罪	561
一、概说	561
二、诬告陷害罪	562
三、坦白减免刑罚	564
第七节 渎职犯罪	565
第一款 滥用职权犯罪	565
一、概说	565
二、公务员滥用职权罪	566
三、特别公务员滥用职权罪	570
四、特别公务员暴行凌虐罪	571
五、特别公务员滥用职权致人死伤罪、特别公务员 暴行凌虐致人死伤罪	572
第二款 贿赂犯罪	573
一、概说	573
二、贿赂的意义	575
三、受贿罪	580
四、受托受贿罪	581
五、事前受贿罪	582
六、间接受贿罪	583
七、加重受贿罪	583
八、事后受贿罪	585
九、斡旋受贿罪	585
十、没收、追征	587
十一、行贿罪	589
十二、贿赂犯罪和其他犯罪的关系以及罪数	590

绪 论

一、刑法各论的意义

刑法是规定犯罪和刑罚的法律。刑法学是以犯罪的成立条件及作为其法律效果的刑罚为研究对象的学问，一般区分为刑法总论和刑法各论。刑法总论以刑法典“第一编 总则”（第1~72条）为对象，以认识、说明各个刑罚法规中所共通的一般原理为己任，而刑法各论，以刑法典“第二编 犯罪”（第77~264条，以下称为“刑法分则”）所规定的条款为对象，以总论的一般原理为基础，在研究各个犯罪所固有的成立条件和处罚范围的同时，还以探讨各个构成要件之间的相互关系及其区别为主要任务。

刑法分则通常以“实施……行为的，处……刑罚”形式加以规定。如刑法第199条规定“杀人的，处死刑、无期徒刑或者5年以上有期徒刑”。这样，规定各个犯罪和与此相对应的刑罚的法规就是刑罚法规。各个刑罚法规，虽说被规定在刑法典第77~264条之中，但在刑法典之外，还有如《有组织犯罪处罚法》之类的特别刑罚法规以及《道路交通安全法》之类的行政刑罚法规等刑罚法规大量存在。刑法各论也将这种刑罚法规作为研究对象。但是，刑法典中所规定的刑罚法规，是犯罪的基本，只要将上述规定弄清楚，作为各论就足够了，因此，本书的叙述范围主要限定于刑法典中所规定的刑罚法规，特别刑罚法规以及行政刑罚法规，根据需要，加以探讨。

二、刑法各论的体系

刑法是以维持社会秩序为其终极目的的，因此，国家就必须选择国家社会中要加以保护的利益，将侵害该种利益的行为作为犯罪予以禁止。这种利益就是刑法上的保护法益或称法益。法益，最终是为了维持社会秩序而受到保护的，因此，虽然犯罪是侵害了所有的社会利益的行为，但刑法所直接保护的法益，如杀人罪中的人的生命、伪造货币罪中的公共信用、妨害执行公务罪中的国家的统治作用，却根据各种犯罪的

不同而性质有别。刑罚法规，事先将应当保护的法益加以特定，除了行为主体之外，还将侵害法益的手段、方法、行为状况等规定为构成要件的内容。因此，有关法益性质的理解，不仅是决定犯罪本质的不可缺少的要素，而且在构成要件的解释中也起着决定性的作用，是决定具体行为是否成立犯罪的标准。

犯罪在终极意义上讲是侵害国家利益的行为，但是，刑法所直接保护的利益，应当区分为个人利益（个人法益）、社会公共利益（社会法益）、国家自身的利益（国家法益）来进行认识。根据这种方法构筑刑法体系的立场是法益三分说。现行刑法典也是这样理解法益的。但是，由于在现行刑法制定的当时，对法益的研究还不成熟，加上制定日本国宪法所导致的价值观的转换，因此，不可能按照刑法的篇章顺序对法益进行分类，所以，本书在叙述过程中，对刑法典的排列顺序做了大幅度的变更。

日本国宪法以个人主义为根基。个人主义认为人类社会中一切价值的本源在于个人，国家应对这种具体的活生生的个人表示最大限度的尊重。从这种观点来构建刑法各论的体系的话，就是，第一，个人法益是应当通过刑法加以保护的各种利益的基础；第二，社会法益作为个人的集合体的公共利益，应当放在个人法益之后；第三，国家法益，在国家的存在、方式、职能都受制于全体国民的意愿，而且，个人只有受到国家的保护才能追求幸福的意义上，具有保护的价值，换句话说，它应当处在所有法益的顶点。因此，本书按照个人法益、社会法益、国家法益的顺序来进行论述。

三、刑法的解释

在刑法的解释上，重视贯彻罪刑法定原则要求、禁止类推解释的严格解释。因此，必须尽可能客观地认识作为刑法存在形式的用语的意义。但是，法条用语的目的是通过保护法益来实现维持社会秩序，因此，用语自身的解释并不重要，刑法解释的首要任务是，理解该用语所具有的法律意义的认识。但这并不是说，在法律解释中，用语自身具有独立意义，而是说，用语只有在法条以及与其他条款的关系中才具有规范性的意义。因此，文理解释、论理解释便成为必要。

刑法各论的规定，通常采取“实施……的，处……”的形式。如此规定各个犯罪和与其相对应的刑罚的法规就是刑罚法规。刑罚法规的前

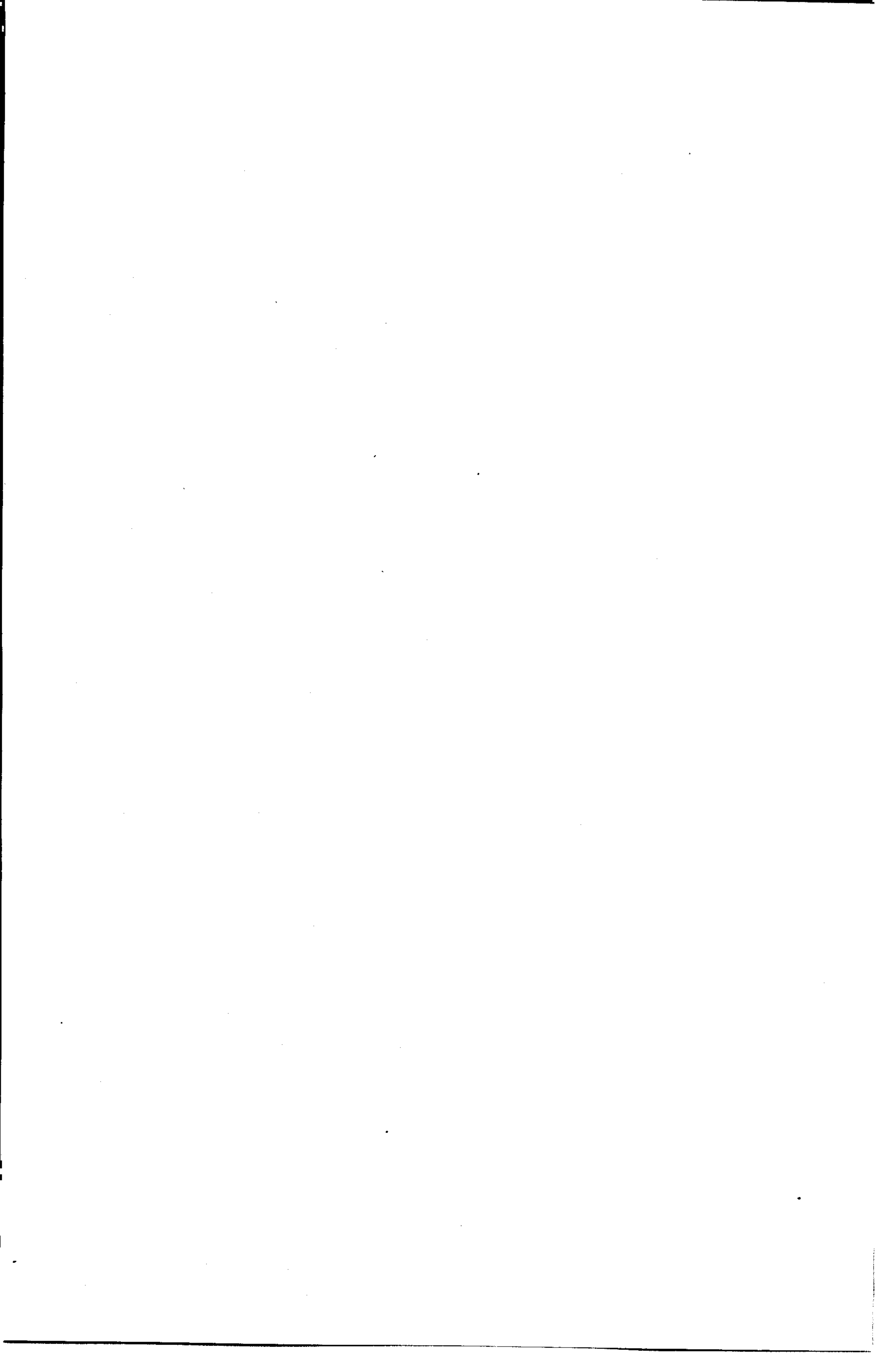
半部分是作为法律要件的犯罪，后半部分是作为法律效果的刑罚，刑法各论的任务是研究涉及这两方面的各个刑罚法规的意义。

刑罚法规中规定犯罪的部分，正如刑法第 199 条的“杀人的”一样，是有关该罪的一般成立要件的规定，这被称为犯罪的成立要件或构成要件。构成要件，是立法者将那些侵害法益的形态、程度重大，对于维持社会秩序来说不能置之不理的行为，即当罚行为，根据社会通常观念，在法律上进行抽象化、类型化，以表示成为犯罪的行为的形式要件，并把它作为可罚行为。行为是否成立犯罪，通常是由是否符合构成要件来决定的，因此，在刑法各论中，构成要件的解释最为重要。

刑罚法规，是为了实现一定价值而加以规定的，因此，在解释上，也必须在和法律价值即通过保护法益来实现维持社会秩序的目的的关系上，探讨刑罚法规的客观意义。在刑法解释上，虽然一般的法律解释论中所使用的目的论解释也必不可少，但是，解释者的价值观不同，也必然影响到对法律目的的理解，所以，目的论的解释方法，具有违反刑法的严格解释要求的危险。因此，首先必须客观认识法条用语的意义，尽可能地尊重形式理论的法则；其次，只有在作为形式理论解释的结果，出现了数个结论的时候，才可以根据目的论的解释，选择其中一个结论。

但是，即便在这种场合，也要尽量防止解释者的意识形态和价值观的介入，得出和具有通常的判断能力的一般人的理解即和社会常识或社会一般观念相一致的结论。即必须具有，一般国民对刑罚法规的意义能够正确理解的话，就会知道该行为是犯罪的程度的客观性。这种客观性，特别是在政治犯罪之类的价值观不同的犯罪的场合，难以保证。在此，就必须考虑习惯、道理、判例，另外还必须对立法者的意思、该刑罚法规的犯罪学以及比较法等方面的因素进行考察，来加以确定。

这样，刑法各论是从保护法益的立场出发，从刑罚法规中客观地推导出真正值得刑罚处罚的行为，在保护犯罪人的人权的同时，妥当地适用刑罚权，由此而为维持、发展社会秩序的刑法目的服务。



第一编

对个人法益
的犯罪

- 第一章 对生命和身体的犯罪
- 第二章 对自由和私生活的安宁的犯罪
- 第三章 对名誉和信用的犯罪
- 第四章 对财产的犯罪

对个人法益的犯罪，是侵害或威胁个人法益的犯罪。日本国宪法第13条规定：“所有的国民作为个人受到尊重。国民的生命、自由以及追求幸福的权利，只要不违反公共福利，在立法以及其他国策上，必须受到最大限度的尊重”。它表明，一切法律价值的基础在于尊重个人，从此角度出发，在刑法中，也必须优先保护个人法益。

作为个人法益，第一项是生命。因为，只有生命才是个人主义的价值观的基础。第二项是身体或健康的安全。“所有的国民，都享有最低限度的健康文明生活的权利”（宪法第25条第1款）的规定中，间接地体现了上述宗旨。第三项是自由。宪法上所规定的“自由和追求幸福”的宗旨，可以理解为广泛保障自由权，但是，身体、行动的自由作为自由社会的基础，是重要的保护法益（宪法第19条到第24条）。第四项是安宁的生活。个人主义，包含有人格尊严不受外来干涉，在安宁的生活中发展和形成自由人格的意义。换句话说，保护居住安全，保护秘密、名誉或者信用，对于追求幸福来说，是必不可少的。第五项是财产。在承认私人所有、保障经济活动的自由经济体制之下，作为生存的经济基础的财产也是重要的保护法益。宪法规定：“财产权不受侵犯”（宪法第29条第1款）。

这样，刑法将生命、身体、自由、生活的安宁以及名誉和信用、财产作为刑法上的保护法益，并将对它们的不法侵害作为犯罪，在刑罚法规中加以规定。

第一章

对生命和身体的犯罪

第一节 人的意义

一、概说

1. 人的生命

生物学上的人的生命，始于精子和卵子的结合而形成的受精卵的诞生。受精卵最终附着在子宫上，作为胎儿而成长，出生为人。即人的生命，具有以下成长经过：受精→着床→胎儿→出生→死亡。人确实死亡之后，一生就谢幕了。在此意义上讲，生物学上，从受精卵的诞生到出生后死亡为止的期间就是人，在此期间可以作为人的生命加以把握。¹但是，人的生命是不是一律都全部予以保护，因国而异。现行刑法上的保护只限于“胎儿”和“人”。另外，受精卵虽然没有被作为人的生命加以保护，但作为“物”加以保护还是可能的。²

2. 刑法保护

为了保护人的生命，刑法上设计了对生命、身体的犯罪。对生命、身体的犯罪，是指以侵害、威胁人或者胎儿的生命、身体为内容的犯罪，①杀人罪，②伤害罪，③过失致人死伤罪，④堕胎罪，⑤遗弃罪，就属于这种情况（第2编第26～30章）。其中，前面三种主要是侵害犯，后面两种主要是危险犯。另外，作为行为对象，除了堕胎罪之外，都是“人”。法律上的“人”的概念，虽然从一般意义上讲，包括法人在内，但是，作为对人的生命、身体的犯罪的对象，必须具有生命、身体，所以，这里的人只能限定为自然人，而不包括法人。

1 西田，5页；山口，5页。

2 反对，町野，110页；西田，5页；山口，5页。

只要是具有生命、身体，无论是没有长大成人希望的婴儿，还是行将就死的老人，也不论其状态如何，都是人。¹ 堕胎罪的行为对象是胎儿，因此，在堕胎罪中，确定区分人和胎儿的标准，就非常重要。区分的关键是将胎儿看作为人的时期即人的开始时期。另一方面，人若死亡的话，就不能成为对生命、身体的犯罪的对象，所以，原则上，伤害死人的行为不成立杀人、伤害等犯罪。因此，什么时候是人的结束时期的问题不仅和是否成立犯罪有关，而且也是将杀人罪和将死尸作为犯罪对象的损坏尸体罪（第190条）区分开来的分水岭。

二、人的开始时期

1. 学说

人的开始时期是出生。出生前的生命体是胎儿。胎儿的生命只根据堕胎罪加以保护。因此，侵害胎儿，而伤害结果却发生在“胎儿”出生为人的场合，或出生之后死亡的场合，都不构成侵害“人”的对生命、身体的犯罪。在人的出生上，过去曾有①阵痛说、②独立呼吸说、③全部露出说、④部分露出说、⑤生存可能性说之间的对立，但我国现在以部分露出说为通说，判例也主张这一立场。²

2. 学说的检讨

部分露出说³认为，胎儿身体的一部分露出母体的时候，就是人的开始时期；全部露出说⁴认为，分娩完成之后，胎儿完全露出母体的时候，就是人的开始时期，民法上，全部露出说是通说，从社会意识来看，这种学说也较自然。但是，对生命、身体的犯罪是为了保护具有独立生命的个体的生命、身体，从保护这种法益的目的出发，只要“胎儿”达到从母体中露出、能够独立地成为直接受到侵害的对象的程度，就必须作为“人”加以保护；同时，以是否对部分露出的“胎儿”的四

1 大判明 43、5、12 刑录 16、857。

2 大判大 8、12、13 刑录 25、1367。但是，旧刑法之下的大判明 36、7、6 刑录 9、1217 认为，即便部分露出，也不是人。

3 小野，157 页；泷川，22 页；木村，11 页；佐伯，96 页；植松，247 页；团藤，372 页；福田，147 页；香川，358 页；西原，9 页；齐藤（诚），32 页；平川，37 页；西田，8 页；前田，11 页；林，13 页；山口，9 页；井田，13 页。

4 平野龙一：《犯罪论的诸问题》（下）（1982 年），262 页；小暮等（町野），14 页；中森，5 页；松宫，12 页。

肢直接施加了侵害为标准，也比较容易将堕胎和杀人区分开来，所以，从这两点来看，部分露出说比较合理。在部分露出母体之后，又重新回到母体之内的时候，就是胎儿。¹

在胎儿发育到能够在母体之外生存的时候，就值得作为“人”进行保护，这是当然的。从此立场出发，主张从开始分娩即伴随有规律性阵痛的生产过程开始时，就是“人”的开始时期的阵痛说值得支持，但是，这种学说的致命缺陷是，难以确认什么时候是开始生产。另外，独立呼吸说²认为，胎儿在母体之外可以用肺进行呼吸的时候，就是人的开始时期，但是，按照这种学说，就会弱化对人的生命的刑法保护，而且什么时候算是开始呼吸，也难以确定，因此，不太受到支持。生存可能性说³认为，在母体之外能够持续性地维持生命的胎儿就是“人”，但是，如此的话，在母体之外能够生存的胎儿在母体之内被杀死的话，就成为杀人罪，因此，该说也并不妥当。

全部露出说的缺陷 对于部分露出说，批判意见认为，它是根据能否直接受到攻击即主张“根据行为形态来区别对象的性质”，因此，提倡全部露出说。⁴但是，根据全部露出说的话，不仅对生命的保护会失之过晚，而且在“胎儿”离开母体后死亡的场合，对其攻击是在胎儿部分露出母体之后实施的，还是在全部露出母体之后实施的，难以判定。因此，全部露出说难以支持。

三、人的结束时期

1. 学说

人的结束时期是死亡。人由于死亡而失去生命，其身体也变为尸体而成为损坏尸体罪的对象。关于死亡的时期，有①脉搏不可逆转地停止的时候的脉搏停止说⁵，②呼吸不可逆转地停止时候的呼吸停止说⁶，③以呼吸、脉搏不可逆转地停止以及瞳孔散大这三种症状为基础，进行

1 反对，大塚，各论（上），19页。

2 大场，（上）45页。

3 伊东，18页。

4 平野，前引260页。

5 佐伯，56页；香川，359页。

6 大场，（上）36页。

综合判断的综合判断说（三症状说）¹，④脑机能不可逆转地丧失的时候的脑死说²之间的对立。迄今为止，综合判断说最为有力，但是近年来，脑死说正在成为主流。

2. 脑死说的采用

我认为，人的死亡的判定，在法律上会产生各种各样的效果，所以，应当根据一种标准来认定。死亡的概念是以医学知识为基础的，因此，其认定也应当以医学常识或医学上的定论为基础。同时，死亡也具有社会意义，所以，也应当合乎社会一般观念。从这种观点来看，尽管脑死说在医学界正在成为通说，但是，在社会一般观念上，承认脑死说为时尚早，所以，在死亡的判定上，依然应当以以心脏死为基准的综合判断说为准。

在上述背景之下，1997年制定了以脑死说为基础的《脏器移植法》，并于同年10月16日开始实施，现在已经有数件从被判定为脑死亡的遗体中移植心脏的例子。该法第6条规定，脑死状态的人持有“器官捐献卡”，且其亲属不反对从死者身上取出器官的时候，或者在没有亲属的时候，可以判定为脑死，从“死者身体（包括脑死者的身体）”中取出器官。因此，至少在器官移植方面，脑死说在法律上已经被认可。但是，作为其后果，就是在器官移植及其以外的场合，关于死亡，出现了两个判断标准或概念，这一点具有问题。³另外，按照综合判断说的话，违反《脏器移植法》而实施的摘除器官行为，符合杀人罪的构成要件，只是在违法的程度上存在问题，但按照脑死说，成为损坏尸体罪的问题。

第二节 杀人犯罪

一、概说

1. 杀人犯罪的种类

杀人犯罪是故意侵害他人生命的犯罪，分为①杀人罪（第199

1 福田，147页；大塚，10页；中森，7页；前田，13页；佐久间，19页。

2 植松，247页；团藤，377页；平野，156页；齐藤（诚），34页；冈野，3页；小暮等（町野），21页；西田，9页；林，24页；伊东，47页；山口，10页；条解，524页。

3 大谷实：《生命的法律学》（第3版，1999年），178页。

条), ②杀人预备罪(第 201 条), ③同意杀人罪、自杀关联罪(第 202 条), 它们的保护法益是个人生命。另外, 刑法将过失侵害他人生命的行为规定为过失伤害犯罪(第 2 编第 28 章), 以与本罪相区别。在外国的刑事立法中, 将杀人分为谋杀和故意杀人, 对前者予以重罚(法国刑法、德国刑法、英美刑法等), 对毒杀特别予以重罚(法国刑法等), 而对杀害婴儿则予以轻罚(法国刑法、德国刑法、英国刑法等), 一般都是根据行为人的意思、行为形态、对象的性质等将杀人犯罪类型化。这种分类, 虽然主要是为了反映处罚轻重而做出的, 但是, 以上述形式上的理由来决定法定刑的轻重, 其理由并不充分。

2. 杀人罪和同意杀人罪

我国刑法将杀人罪的构成要件简单处理, 区分为杀人罪(第 199 条)和同意杀人罪(第 202 条)两种形式。这种立法形式是考虑到, 杀人罪的具体情形极为多样, 根据其各自的具体情节进行妥当判断, 在量刑上反映出来的做法是合理的, 因此, 我国刑法将所有的杀人行为区分为杀人罪和作为减轻类型的同意杀人罪, 而对其法定刑的幅度则作了较宽的规定, 以让法官根据具体情况量刑。另外, 在刑法修改之前, 规定有作为加重类型的尊亲属杀人罪(第 200 条), 特别刑法当中有杀害人质罪(《有关处罚挟持人质进行要挟行为等的法律》第 4 条)以及有组织的杀人罪(《处罚有组织犯罪法》第 3 条第 1 款第 3 号, 第 2 款等)。其中, 尊亲属杀人罪, 如后所述, 由于其违反了宪法第 14 条的规定, 所以在 1995 年的刑法修改中被删除。另外, 在杀人犯罪方面, 还规定有杀人预备罪(第 201 条)、未遂罪(第 203 条)。自杀行为自身虽然不是犯罪, 但是, 自杀关联罪(第 202 条)及其未遂却被规定为犯罪(第 203 条)。

二、杀人罪(普通杀人罪)

杀人的, 处死刑、无期徒刑或者 5 年以上有期徒刑(刑法第 199 条)。未遂犯, 处罚之(刑法第 203 条)。

1. 对象

本罪的对象是除了行为人之外的自然人。自杀不是本罪的处罚行为。

2. 行为

本罪的行为，是在他人自然死亡之前，剥夺其生命，是采用有形的方法（即物理方法，如刺杀、毒杀、绞杀、射杀等）还是采用无形的方法（即心理方法，如施加精神上痛苦使他人抑郁而死的行为），在所不问。也可以采用将他人或被害人本人作为工具的间接实行犯的方式。¹ 如利用被害人的错误或没有意思能力而导致死亡结果发生的场合，就是以被害人自身为工具的杀人罪的间接实行犯。² 还可以采用不作为的杀人方式。³

3. 故意

本罪的故意，在对象上，只要认识到是人就够了；在行为上，认识到成为杀人手段的行为能够引起死亡结果的发生，而竟然实施该行为。因此，对象错误以及方法错误不影响成立故意。另外，不要求行为人具有确定的故意，只要有未必的故意就够了。

4. 未遂、既遂

杀人行为导致他人死亡的场合，就是杀人罪的既遂。杀人的实行行为的着手，是引起侵害他人生命的现实危险的时候，如在出于杀人的意思而实施了掐对方的脖子，或用枪向对方瞄准之类的行为的场合，由于具有引起杀人罪的构成要件结果发生的现实危险，所以是实行的着手。已经着手实行但是没有发生结果的场合，或者是既有杀人行为也有被害人死亡的结果，但二者之间没有因果关系的场合，都成立未遂。

5. 罪数

个人生命不仅是一身专属的，而且各个人的生命都具有独立的价值，因此，应当根据各个对象来评价罪数，即根据被害人的人数决定罪数。即，一个行为杀死数人的场合，根据被害人的人数，成立数个杀人罪，它们之间成立观念竞合⁴；出于杀死一个人的意思而实施的杀人预备罪、杀人未遂罪以及在同一机会、对同一对象实施的数个杀害行为，概括性地成为一个杀人罪。如意图用在牛奶中掺毒的方法杀人，但是由

1 大判昭 8、4、19 刑集 12、471（利用智力低下者）；最决昭 27、2、21 刑集 6、2、275（利用精神病人）。

2 最决昭 27、2、21 刑集 6、2、275（利用没有意思能力的被害人）；最判昭 33、11、21 刑集 12、15、3519（假装一起自杀）。

3 大判大 4、2、10 刑录 21、90。

4 大判大 6、11、9 刑录 23、1261。

于被发现而改为以卡脖子方法将他人杀死的场合，毒物杀人未遂和卡脖子杀人既遂的犯罪就成为概括的一罪。¹另外，在用刀杀人的场合，由于刺破被害人的衣服，所以，存在是否成立损坏财物罪的问题。但是，这种被害，通常是伴随着杀人行为而发生的，所以，被杀人罪所吸收而成立一罪，它和在同一机会的杀人未遂被杀人既遂所吸收的情况一样。

三、尊亲属杀人罪的删除

1995年修改之前的刑法第200条规定“杀害自己或配偶的直系尊亲属的，处死刑或无期徒刑”，这是有关尊亲属杀人罪的条文。尊亲属杀人罪，和在被害人系行为人本人或其配偶的直系亲属的场合就重罚的尊亲属伤害致死罪（旧第205条第2款）、尊亲属遗弃罪（旧第218条第2款）以及尊亲属拘禁罪（旧第220条第2款）一样，是重视身份关系而加重处罚的犯罪。其立法宗旨来源于以“忠孝一体”、“祖先崇拜”为基础的家族主义思想，是根植于对尊亲属的敬畏的理念，强调对尊亲属的特别保护。但是，这种家族主义思想随着日本国宪法的制定而有所改变，最高法院于是从“支配夫妇、亲子、兄弟等关系的道德，是人伦的根本，属于古今中外所承认的人类的普遍道德，即学说上所谓的自然法”中寻求加重处罚的根据。²

但是，从日本国宪法所规定的个人尊严和平等原则的立场来看待该规定的时候，应当说，仅以行为对象是尊亲属这种形式上的理由，就对行为人从重处罚的刑罚法规具有违反宪法第14条第1款之嫌。对于这一问题，虽然有违宪说³和合宪说⁴之间的对立，但是，最高法院在1973年的大法庭判决中认为，刑法第200条中的尊亲属杀人罪违反宪法第14条第1款的规定，无效，即认为其违宪。⁵之后，尽管尊亲属杀人罪的规定仍被保留，但是，1995年修改刑法的时候，有关加重处罚尊亲属杀人罪的条款被全部删除。

1 大判昭13、12、23刑集17、980。

2 最大判昭25、10、11刑集4、10、2037。

3 团藤，388页；井上、江藤，24页；福田，全订版（1988年），176页；大塚，改订版（1987年），17页。

4 泷川，29页；植松，484页；柏木，332页。

5 最大判昭48、4、4刑集27、3、265。

四、杀人预备罪

以实施第 199 条之罪的目的而实施预备行为的，处 2 年以下有期徒刑，但是，根据情节可以免除其刑（刑法第 201 条）。

1. 意义

所谓杀人预备，是以实施杀人行为为目的而实施的、尚未达到着手实行程度的准备行为。杀人预备罪是目的犯，因此，必须具有出于杀人目的的准备杀害行为。由于杀人预备，是对杀人这一基本的构成要件进行修正或者扩张的构成要件，因此，只有在出于亲自或与他人共同实施实行行为的目的而实施预备行为的场合才成立（自己预备罪）。出于让他人杀人的目的而实施预备的他人预备行为不属于本罪。尽管有判例认为，为他人的实行做准备也成立本罪¹，但应当说，本条只处罚自己的实行准备行为。刑法第 201 条之所以规定“出于实施第 199 条之罪的目的”，就是为了表明这种意思。

2. 行为

预备行为和刑法第 43 条所说的实行行为不同，从行为的外形上难以进行客观确定。因此，是否达到了预备阶段，必须从是否存在以杀害目的为前提的、对犯罪的实施来说具有实质性的意义的行为来判断。以杀害他人为目的而携带凶器闯入他人住宅、四处寻找的行为，以杀害为目的而在被害人经常通过的田间小路上放置有毒饮料的行为，携带凶器闯入被害人的居室的行为，都是杀人预备行为。为杀害他人而购入日本刀等纯粹的预备行为，根据不同情况，也可能被包含在预备行为之中。仅仅出于大量杀人的目的而建成安装有制作沙林设备的工厂的行为，不是杀人预备行为。²

3. 目的

关于本罪的目的，行为人仅有实施准备行为的漠然认识还不够，还必须具有具体实施杀人行为的意图。但是，该目的并不要求是确定的，如在出于谈判决裂的话就杀死他人的意图而携带刀剑拜访他人的场合，行

1 东京高判平 10、6、4 判时 1650、155。另外，前田，21 页。

2 东京高判平 10、6、4 判时 1650、155。

为人只要有附条件的目的¹或未必的目的就够了。²

4. 预备的中止

出于杀人的目的而实施了预备行为，但没有着手实行的场合，判例认为不适用中止犯的规定。³有很多学者支持这种判例意见。⁴但是，着手实行之后又中止的，根据刑法第43条的但书规定，必须减免刑罚，而对在情节比较轻的着手实行前的阶段上中止的场合，仅是酌定减轻刑罚的话，就可能失去罪刑之间的均衡，因此，必须适用刑法第43条的但书规定，进行刑罚的必要减免。

五、自杀关联罪、同意杀人罪

教唆或帮助他人自杀，以及接受他人嘱托或者承诺而杀死他人的，处6个月以上7年以下的徒刑或监禁（刑法第202条）。未遂犯，处罚之（刑法第203条）。

1. 意义

所谓自杀，是基于自由意思，自己断绝自己的生命。但自杀行为不是犯罪。

（1）不处罚的根据 关于不处罚自杀行为的理由，有以下几种观点：①自杀行为是可罚的违法行为，但行为人没有责任⁵；②自杀行为虽然违法，但没有可罚的违法性⁶；③自杀行为是处分自己的法益的行为，所以不违法。⁷我认为，虽然人的生命是个人法益，但是作为社会、国家存在的基础的法益，具有最高价值，因此，这种法益的主体随便处分生命，是法律上所不许可的。但是，国家以刑罚干涉丧失了生存希望的人的断绝自己生命的行为，会招致损害个人尊严的结果。现行刑法为了保障个人追求幸福的权利，应该承认国民对自己的生命具有处分权，

1 大判明42、56、14刑录15、769。

2 大阪高判昭394、14高刑集17、2、219。

3 大判大5、5、4刑录22、685。

4 小野，163页；植松，总论334页。

5 泷川，30页；井上、江藤，21页；泷川、竹内，13页；林，30页。

6 大塚，18页；中，22页；曾根，12页。

7 平野，158页；香川，370页；齐藤（诚），97页；冈野，8页；小暮等（町野），26页；中森，11页；西田，13页；前田，22页；伊东，65页。

不处罚自杀，所以，②的见解正确。

(2) 刑法第 202 条的意思 刑法并没有将自杀作为犯罪，但是却将和自杀有关的教唆、帮助行为（自杀关联）以及嘱托、承诺杀人（经他人同意的杀人）作为犯罪予以处罚。之所以这样规定，是因为，正如前述，生命只受行为人本人支配，参与他人的自杀行为，是侵害他人生命的行为，具有可罚性。换句话说，从生命是一切价值的本源的角度来看，即便该种参与是基于被害人本人的同意，但也是无效的，所以，应当说，参与他人自杀的行为具有可罚的违法性。

因此，第一，由于自杀自身不是具有可罚性的行为，所以，有关自杀行为的“教唆”、“帮助”不是刑法总则中所规定的共犯，而是独立的犯罪类型；第二，同意杀人罪，是按照法益主体即被杀者本人的自由的意思决定而放弃生命的情况，它对法益的侵害程度比普通杀人罪轻，因此，应看作为普通杀人罪的违法减轻类型¹；第三，尽管自杀关联罪与同意杀人罪在行为形态上不同，但是，在违反本人的意志而侵害他人生命的一点上是一致的，因此，刑法将它们规定在同一条款中。

2. 自杀关联（教唆、帮助）罪

本罪是以教唆具有意思能力的人自杀，或帮助具有意思能力的人自杀为内容的犯罪。

(1) 对象 自杀，是基于自由的意思决定而断绝自己生命的行为，所以，本罪的对象必须是理解自杀的意思，具有自由判断能力的人。因此，帮助或教唆没有自由判断能力的幼儿或精神病人自杀，就不构成本罪而是构成杀人罪的间接实行犯。²强制自杀の場合也是如此。

(2) 行为 本罪的行为，是通过教唆使具有自由判断能力的人产生自杀的意图，或者帮助具有自杀意思的人实施自杀行为。所谓教唆，是对没有自杀意思的人，故意采取某种手段使其产生自杀的意思。其方法如何，在所不问。所谓帮助，如向具有自杀意思的人传授自杀的方法，或提供自杀工具等，即对于已经具有自杀意图的人实施帮助，使其自杀易于进行，包括承诺在被害人死后帮助照看其家属之类的精神上的帮助。在由于相互同意而自杀即“相约自杀”の場合，活着的一方，也有

¹ 植松，249页；主张属于减轻违法、责任的类型的见解，团藤，399页；大塚，19页。

² 前引最决昭 27、2、21。

可能构成帮助自杀。¹

自杀关联罪和杀人罪的区别 虽说教唆的方法、手段只要使他人产生自杀的意思就够了，但是，该方法、手段达到了剥夺他人意志自由程度的时候，就成为杀人罪的间接实行犯。问题出在所谓“假装相约自杀”的场合。判例认为在基于“没有体现真实意图的重大意思瑕疵”而决定死亡的场合，就是杀人罪²（最判 1958 年 11 月 21 日《刑集》第 12 卷第 15 号第 3519 页）。案情是这样的：被告人决定与其情人分手，但是情人不同意，提出一起自杀，被告人虽然感到苦恼，但是为情人的热情所打动，渐渐开始商量一起自杀……他相信对方对自己很痴情，会追随自己一同死去，这一点可以加以利用，于是就希望毒死对方，将事先准备好的氰化钾让对方服用，让对方死亡。

第一说对上述案例意见表示支持的同时，意图对其理论展开分析。认为，在行为人会追随自己一同死去的念头，对于被害人的自杀决意来说，有本质意义的场合，由于被害人的上述错误信念，剥夺了其对是否自杀的自由判断，所以，行为人的教唆行为超出了教唆自杀的范围，而成为将被害人作为道具加以使用的间接实行犯。³相反地，第二说⁴认为，刑法第 202 条之所以规定减轻处罚，其根据在于，同意减少了行为的法益侵害性。既然同意就是处分自己的法益的意思，那么，只有在有关法益的问题上，具有错误的场合，才能使该同意无效。从这种考虑（法益关系的错误）来看，误以为对方会追随自己死去而自杀的场合，不过是在由于对方死了所以自己也去死的动机上存在错误而已，在“死”方面并没有错误，所以，上述场合下的自杀行为，并不是违反被害人本人意志的侵害生命的行为。按照这种观点，尽管不

1 大判大 15、12、3 刑集 5、558。同旨，小野，164 页；木村，18 页；团藤，400 页；大塚，20 页；泷川，35 页；中谷，25 页。

2 最判昭 33、11、21 刑集 12、15、3519。中森，百选 II（第 5 版），5 页；大谷，判例讲义 II，19 页。

3 小野，164 页；团藤，400 页；中，27 页；大塚，21 页；藤木，193 页；齐藤（诚），105 页。

4 植松，249 页；平野，158 页；中山，36 页；小暮等（町野），28 页；曾根，14 页；中森，12 页；西田，16 页。

是癌症患者，但医生对患者撒谎，使患者自杀の場合，该同意无效，成立杀人罪。¹

问题的关键在于，在意识到他人会追随自己死去而欺骗别人自杀の場合，是不是可以说被害人本人失去了意思决定的自由？可不可以说是行为人在使对方按照自己的意思而死去？从这种观点出发，认为被害人只要对“死”有认识，就说其对自杀没有认识错误，不成其为违反被害人意思的生命侵害，这恐怕也是过于形式化的考虑。但是，上述判例所说的只要具有“重大的意思瑕疵”，就足以成为杀人罪的观点也并不充分。即，必须考虑该欺骗行为是否能够评价为杀人罪的实行行为。因此，必须综合考虑欺骗行为的内容、程度、让人自杀之际的工具准备情况、和行为人的关系程度等，从一般人的常识看来，是否达到了实施该行为的话，就会使他人按照行为人的意思而死去的程度。² 直接假手帮助他人自杀的行为，不是帮助自杀的问题，而是同意杀人的问题。例如，只要是实施了相当于为准备切腹自杀的人提供帮助，或把毒药放进他人人口中的行为等相当于杀人罪的实行行为的行为，就是同意杀人。

(3) 未遂 本罪达到既遂，必须是被教唆者、被帮助者实施了自杀。在教唆或者帮助被害人实施了自杀行为，但被害人没有死去的时候，就是未遂。未遂的原因，在所不问。在实施了教唆或帮助行为，但是，被害人因为反悔而没有实施自杀行为の場合，是否成立本罪的未遂，有肯定说³ 和否定说⁴ 之间的对立。本罪的教唆和帮助自身是有导致他人走向自杀之路的危险（即有导致发生自杀结果的现实危险）而被单独处罚的行为。另外，既然刑法规定要处罚本罪的未遂犯，因此，就应当说，教唆、帮助行为和被害人的自杀行为无关而成立未遂犯，因此，肯定说妥当。

1 西田，16页。

2 福冈高宫崎支判平元、4、24高刑集42、2、103。盐谷，百选Ⅱ（第5版），7页；大谷，判例讲义Ⅱ，19页。

3 宫本，280页；平野，159页；泽登，193页；前田，28页。

4 团藤，408页；中，29页；吉川，19页；大塚，22页；香川，373页；中山，37页；内田，22页；冈野，10页；中森，13页；西田，14页；林，31页；山口，14页；佐久间，27页。

3. 同意（嘱托、承诺）杀人罪

本罪是以接受被害人的嘱托或承诺而实施杀害行为为内容的犯罪。被害人由于具有嘱托、承诺，可以成为同意杀人的共犯，但是，和自杀の場合一样，对其不处罚。

(1) 对象 本罪的对象是理解杀人的意义，对于死具有自由判断能力的人。被害人没有判断能力，或者是处于不能自由判断状态的时候，就不是本罪的问题，而是杀人罪的问题。

(2) 行为 本罪的行为是接受被害人的嘱托，或得到其承诺而将其杀死的行为。所谓嘱托，是被害人请求他人杀害自己；所谓承诺是接受被害人的自杀请求。这种嘱托或承诺，可以适用被害人同意的法理¹，在着眼于本人同意的一点上，是减轻杀人罪的违法性的事由，所以被作为一种类型而加以规定。在基于承诺或者嘱托而杀死被害人的场合，适用被害人同意的法理，但是，在适用该法理的时候，必须注意以下几点：①嘱托、承诺，必须是基于被害人本人的意思，②必须是具有通常的辨别能力的人的自由、真诚的嘱托或承诺²，③承诺可以是默示的³，但是嘱托则必须是明示的⁴，④由于嘱托、承诺是构成要件要素，所以为了成立本罪，行为人对该嘱托、承诺必须具有认识。另外，嘱托、承诺必须在杀人行为开始时就存在，所以，在杀人未遂的场合，即便被害人在事后同意，也不能说具有承诺。⁵

基于欺骗行为的同意 关于这一点，有（1）即便是引起自杀意念过程中的欺骗行为，但只要对“死亡结果”具有真实的意思表示，就是同意杀人罪的观点；（2）“具有重大意思瑕疵的同意”，成立杀人罪的观点（欺骗自杀）；（3）虽然与法益有关的错误无效，但其他场合下的错误有效，如欺骗他人说他已经是癌症晚期，得到其同意之后将其杀死的场合，就是杀人的观点；（4）被害人是否具有死亡意图并不重要，在利用某种错误，按照自己的意愿将被害人杀害的场合，就是杀人的观点之间的对立。我认

1 大谷，总论 258 页。

2 前引最判昭 33、11、21。佐伯仁志：“论被害人的错误”，神户法学年报 1 号 51 页。

3 木村，15 页；大塚，22 页。反对，柏木，334 页。

4 木村，15 页；齐藤（诚），118 页。

5 大判明 43、4、28 刑录 16、760。

为，(4)说妥当。

事前的意思表示的有效性 在有症状显示生命即将结束的时候，于弥留之际，将拒绝一切医疗措施的意思以书面形式表示出来的场合，该书面表示作为同意是否有效？这种事前的意思表示，是生前产生效力的遗嘱即生前遗言，或者说是事前的意思表示，美国几乎所有的州的立法都认可了书面同意的法律效力。但是，有人提出，在中止治疗的阶段，认为该同意有效，这是否妥当，存在疑问。但是，在不能进行意思表示的关键阶段，承认事前意思表示的效力，也是尊重当事人自己决定的表现。

(3) 故意 本罪的故意，是认识到杀人的事实以及嘱托、承诺的存在，而出于杀意，实施了杀害行为。没有嘱托、承诺，因为误以为有而实施了杀害的场合，是杀人罪和本罪在构成要件上的重合，根据刑法第38条第2款，成立本罪。嘱托、承诺的认识在着手实行的时候存在就够了，因此，即便最初是出于普通杀人罪的故意，但在实施杀害行为时具有上述认识时，也成立本罪。

实施杀害行为时尽管没有同意但是却误认为有的场合，该如何处理，学说上有：①虽然不能适用刑法第38条第2款，但由于是以犯重罪的意思而实施了轻罪，所以应当成立本罪的见解¹；②当事人之间不存在嘱托、承诺关系，对杀人的故意不产生影响，所以，只成立普通杀人罪的见解²；③成立普通杀人罪的未遂的见解³，④本罪和杀人未遂罪成立包括一罪的见解⁴之间的对立。同意杀人在也是人为地断绝他人生命的一点上，和杀人行为是一致的，二者在构成要件上重合，所以，基于杀人的故意而引起了同意杀人的结果的场合，是抽象的事实错误，按照法定符合说，应当以较轻的同意杀人罪追究其罪责。⁵在被害人只有自杀意思的场合，由于行为人和被害人之间不存在嘱托、承诺关系，所以，成立普通杀人罪。基于合意的相约自杀，即便是一人死亡另外一人自杀未遂，在未遂者满足自杀关联罪或同意杀人罪的要件的时

1 中，24页；大塚，23页；中山，38页；齐藤（诚），122页；冈野，9页；前田，28页。

2 内田，总论，165页。

3 平野，总论，250页；中森，13页。

4 山口，17页。

5 大谷，总论，192页。

立自杀关联罪或同意杀人罪。

对同意的认识 在同意他人伤害自己的场合，即便他人没有认识到该同意也不具有违法性¹，相反地，在本罪中，要求行为人对同意必须有认识，这二者之间岂不是互相矛盾吗？的确，两者在以同意为要件的一点上是共同的，因此，必须统一理解。但是，同意杀人和同意伤害不同，其具有可罚的违法性，以“接受嘱托、得到承诺”为构成要件要素，是违法性（行为无价值、结果无价值）的减少。因此，构成要件要素即“嘱托、承诺”就成为故意的对象，所以，在同意杀人的场合，行为人对同意的认识是故意的内容。

(4) 未遂、既遂 本罪的着手，存在于行为人对被害人开始实行杀害行为时。另外，在行为人杀害了被害人的时候，就是既遂。同意和杀人行为之间必须具有因果关系。

(5) 排除违法性事由（安乐死、尊严死） 在不开始延长生命的治疗或者中止是否排除违法性事由方面，安乐死和尊严死成为问题。

[1] 意义 所谓安乐死，是指病人为剧烈的肉体痛苦所困扰而面临自然死亡的时候，根据病人的嘱托，为了消除其痛苦，而使其提前死去的措施。所谓尊严死，一般来说，是指对无法治愈的患者，为了避免对其进行无意义的治疗，确保其体面、尊严地迎接死亡，而停止对其进行医疗抢救的措施；也称体面死（death with dignity）或自然死（natural death）。前者的目的是保证他人快乐地去世，后者是确保他人体面地去世，二者之间有本质上的不同。但是，不管哪一种情况，都符合杀人罪或同意杀人罪的构成要件。问题只是，上述行为是否排除杀人罪或同意杀人罪的违法性，以及其成立要件为何。

[2] 安乐死的场合 关于安乐死，仅从结论上来说的话，只要符合：第一，患者的死期迫在眉睫；第二，患者为难以忍耐的肉体痛苦所困扰；第三，没有其他方法可以减轻或除去患者的肉体上的痛苦；第四，患者明确表示愿意缩短其生命²之类的要件的话，就可以说该安乐死是从人道立场出发而实施的，不具有违法性。³

1 大谷，总论，263页。

2 详细内容，参见大谷，总论，269页。

3 横滨地判平7、3、28判时1530、28；名古屋高判昭37、12、22高刑集15、9、674。

[3] 尊严死的场合 在尊严死方面，对从医学角度来看无法治愈的患者，违反其本人的意思，实施纯粹是为了维持其生命而实施的维持生命措施，这种医疗措施违反了只应该为了本人的利益才能实施的医疗的本来意义。因此，通过终止维持生命的医疗措施（通过不实施或中止）而使患者自然死亡的措施，如果符合下列条件的话，应当排除杀人的违法性：第一，患者的状态，从医学上来看，没有治愈的可能性；第二，患者生前明确表示希望实施尊严死；第三，关键阶段不能进行意思表示的话，根据事前的意思表示，或者至少是根据亲近者的证言，患者在正常状态时有希望接受尊严死的意思表示。另外，在实行方法上，采取中止从鼻孔进行输液的人工补给营养的措施是否被允许，成为问题。但是，从使其本人迎接自然死亡的宗旨来看，重要的是实施停止维持生命的特别措施，因此，上述情况也应当认为是终止。

4. 罪数和与其他犯罪的关系

教唆他人，使其产生自杀的决意，以及接受嘱托而将他人杀害的时候，教唆自杀未遂罪就被嘱托杀人罪所吸收，只成立嘱托杀人罪，因为只有一个生命受到了侵害。另外，教唆自杀之后又帮助他人自杀的时候，也只成立一个自杀关联罪。在决斗的场合，尽管看起来有双方的“同意”，但是，其前提中包含杀害对方的意思，所以，不能说具有“同意”¹。这种场合成立决斗杀人罪（参见《有关决斗罪的规定》第3条），而不成立同意杀人罪。²

第三节 伤害犯罪

一、概说

伤害犯罪是以对他人身体实施伤害为内容的犯罪，保护法益是人的身体安全。刑法关于伤害罪，规定有①伤害罪（第204条），②伤害致死罪（第205条），③现场助威罪（第206条），④暴行罪（第208条），⑤危险驾驶致人死伤罪（第208条之2），⑥准备凶器集合罪（第208条之3）。另外，关于伤害犯罪的特别类型，有集团性的暴行犯罪（暴力1

1 小暮，注释（5），69页。

2 大阪高判昭62、4、15判时1254、140。

条), 惯犯性的伤害、暴行罪(同1条之3), 集团性的伤害、暴行请托罪(同3条), 决斗罪(决斗2条、3条)以及使用火焰瓶罪(火焰瓶2条), 等等。

二、伤害罪

伤害他人身体的, 处10年以下有期徒刑或30万日元以下罚金或罚款(刑法第204条)。

1. 对象

本罪的对象是他人的身体。因此, 行为人自伤其身体的伤害行为即自伤行为不构成本罪。

2. 行为

本罪的行为是伤害他人。成立本罪必须具有伤害的结果, 因此, 本罪是结果犯。

(1) 伤害的意义 关于伤害的概念, 有①对他人的生理机能加以损害的生理机能损害说¹, ②对他人的身体的完整性加以损害的身体完整性损害说², ③对他人的生理机能加以损害和使身体外形发生重要变化的折中说³之间的对立。如, 违反妇女意志, 给其剃光头的行为, 按照①的见解, 就不是伤害, 但是按照②、③的观点, 就是伤害。伤害罪是以人的身体安全为保护法益的犯罪, 因此, 不限于对人的身体的生理机能的破坏, 违反他人意志使他人身体外形发生变化的行为也应看成是伤害。但是, 拔掉一根毛发或剪掉一块指甲之类的身体外观上的细微变化, 在社会一般观念上可以忽略不计, 因此, 该种行为虽然有可能成立后述的暴行罪, 但是, 不成立伤害罪。⁴

这样, 所谓伤害, 就是破坏人的生理机能, 以及使人的身体外形发生重大变化的行为。如剃去毛发, 剃去男子为了美容而留起来的胡子的行为, 都是伤害。伤害, 不要求伴随有被害人的身体上的痛苦。让生病

1 平野, 167页; 中山, 43页; 曾根, 17页; 中森, 17页; 西田, 39页; 前田, 31页; 林, 53页; 山口, 45页; 井田, 25页。

2 团藤, 409页; 植松, 255页; 小暮, 注释(5), 76页。

3 福田, 151页; 大塚, 26页; 本田, 26页; 平川, 52页; 伊东, 74页。

4 小野, 169页; 团藤, 408页; 大塚, 26页; 小暮等(町野), 35页。

的人的病情进一步恶化的行为，也是伤害。

伤害的事例 (1) 使生理机能产生残疾。“胸部疼痛”¹，“精神亢奋和肌肉激动而引起脑出血”²，“病毒感染”³，“长时间的精神失常”⁴，“健康状态的不良变化”⁵，心理外伤后引起的压力障碍。⁶ (2) 使外形发生变化。吻印⁷，割断女性的毛发。⁸ 另外，大审院的判例中，认为割断人的毛发、剃去人的胡须不是伤害，而是暴行。⁹ “对他人实施造成精神影响的身体殴打，使他人陷入昏迷状态的场合，在观念上，也可以说是由于器官残疾而引起的精神伤害。但是，如果在其精神状态马上恢复，并没有留下任何残疾的场合，也仍然说是健康状态的不良变化，是伤害罪的对象的话，则难以为社会一般观念所承认”¹⁰ 的判决意见，可以说是偏向了生理机能残疾说，但是，这种事例，除了极为轻微的场所以外，应当认为构成伤害。¹¹ 另外，有见解认为，造成肿胀程度的殴打行为不是伤害，但是，这种场合也应当看作为外形上的重要变化。

(2) 伤害的方法 伤害一般是以暴行即有形的方法实施的。但是，刑法只规定“伤害人的身体”，而对伤害的方法没有加以限定，所以，只要是能够产生伤害结果的方法，不管是有形的方法还是无形的方法，在所不问。¹² 如以言语使人恐惧，产生精神上的残疾，或者谎称向导而使人落入陷阱受伤的行为等，都是伤害。有时候，胁迫、欺骗也能成为伤害行为。另外，不给病人喂药或补充营养，使其身体衰弱的行为，是

1 最决昭 32、4、23 刑集 11、4、1393。

2 大判大 14、12、23 刑集 4、780。

3 最判昭 27、6、6 刑集 6、6、795。

4 大判大 8、7、31 刑录 25、899。

5 福冈高宫崎支判昭 62、6、23 判时 1255、38。

6 富山地判平 13、4、19 判夕 1081、261 (肯定例)；福冈高判平 12、5、9 判时 1728、159 (否定例)。

7 东京高判昭 46、2、2 高刑集 24、1、75。

8 东京高判昭 38、3、23 判夕 147、92。

9 大判明 45、6、20 刑录 18、896；大判大 3、7、4 刑录 20、1403 等。

10 大判大 15、7、20 新闻 2598、9。

11 大塚，各论上，62 页。

12 反对，山口，46 页 (超越了有关暴行的日常理解)。

不作为的伤害。利用被害人的错觉而使其服毒的行为，是利用被害人自己的行为的间接实行犯。另外，暴行等伤害行为和结果之间必须具有因果关系。

暴行以外的方法的判例 被告人明知自己染上了急性尿道炎，但是仍将自己的生殖器和妇女的外阴部相接触，导致该妇女也感染上该病。最高法院认为，伤害是破坏他人身体的生理机能，其手段在所不问。¹ 本案中，不是使用暴行，而是让他人身体染上病毒，这种情形也成立伤害。但是，使用毒物或使人染上疾病的行为自身是使用有形的力量，应看作为暴行。让他人喝下带有病菌的饮料，但是对方碰巧没有发病的场合，也成立暴行罪。通过打骚扰电话而使对方身心疲惫的行为，也是不使用暴行的伤害。² 暴力威胁、命令对方“要命的话，就咬你的指头”，结果被害人咬自己的指头的行为，也是伤害罪。³

(3) 伤害胎儿和引起胎儿死亡的行为 它是指，对母体进行伤害，其有害作用及于胎儿，结果使胎儿发育畸形或致胎儿死亡的情况。

[1] 学说 致胎儿死伤是否构成对人的生命、身体的犯罪，有①认为刑法通过规定堕胎罪对胎儿的生命进行单独保护，因此，在实行行为的对象是胎儿的场合，就只能成立堕胎罪的否定说⁴，②认为只要在胎儿出生为人以后，该侵害行为的作用仍然在继续，就成立对人的犯罪的作用必要说⁵，③认为胎儿是母体的一部分，对胎儿施加伤害，就是对人（母亲）施加伤害的母体部分伤害说⁶，④认为在侵害了母亲生产正常孩子的机能的意义上，是对母亲的伤害的母体机能伤害说⁷，⑤认为只要实施了具有致人受伤或死亡的危险的行为，发生了致人死伤的结

1 前引最判昭 27、6、6。

2 同旨，西田，41页。

3 东京地判昭 54、8、10判时 943、122。

4 福田，150页；大塚，9页；小暮等（町野），16页；冈野，4页；中森，35页；西田，24页；前田，33页；林，22页；山口，26页。

5 平野龙一：《犯罪论的诸问题》（下），267页；内田，696页。另外，福冈高判昭 57、9、6高刑集 35、2、85。大谷实：“刑法中的人的生命保护”，团藤古稀 2卷，345页。

6 最决昭 63、2、29刑集 42、2、314。上田，百选Ⅱ（第5版），9页；大谷，判例讲义Ⅱ，22页。

7 藤木英雄：《新刑法学》（1974年），176页；大塚，注解 1320页。

果，不管其结果是及于人还是及于胎儿，都成立对人的犯罪的作用不问说¹之间的对立。

[2] 学说的探讨 致胎儿死伤的问题，在德国，以撒利特迈特事件为契机，进行了讨论，我国在有关水无病事件中也曾被议论，并针对药物污染、公害的当罚性的问题，展开了以给予处罚为中心的解释论。但是，按照现行刑法的规定，在行为对象是胎儿的场合，其生命、身体通过堕胎罪来加以保护，因此，侵害胎儿的行为，不可能成立对人的身体、生命的犯罪。在此意义上讲，承认对胎儿的伤害的⑤说是将胎儿类推解释为人，违反了罪刑法定原则，不能支持。

在致胎儿死伤的问题上，试图从对母体即“人”的犯罪的角度来承认其可罚性的③、④说的见解引人注目，但是，胎儿死伤，通常不是伤害母体的机能的结果，而是对胎儿自身进行伤害的结果，所以④说并不妥当。另外，虽说胎儿是和母体一体存在的，但是，胎儿在刑法上是根据堕胎罪独立加以保护的，所以，将胎儿作为母体的一部分的③说也不能支持。

②说认为，对致胎儿死伤的行为，可以在胎儿出生为“人”之后，在对人的生命、身体的犯罪的范围之内承认其可罚性。即侵害胎儿的行为，在胎儿出生为人之后，仍然持续，造成了致人死伤的结果的场合，可以成立犯罪。这一见解，确有值得注意倾听之处。但是，认为在胎儿阶段所受的伤害，即便在胎儿出生为人之后，仍然会以某种形式起作用，因此，对胎儿的伤害实际上都构成对人的生命、身体的犯罪的观点，在结局上，和⑤说并没有任何区别，因此，并不妥当。

[3] 立法解决 上述认为致胎儿死伤的行为构成对人的生命、身体的犯罪的各种见解，由于存在①和现行刑法将胎儿和母体加以区别，对于胎儿，单独根据堕胎罪进行保护的现状相矛盾；②和过失使胎儿死在母亲体内的过失堕胎行为并不受到处罚的情况相比较，致胎儿死伤的行为在伤害程度上，比上述过失致死的情况还要轻，但在胎儿活着出生的时候，该行为成立过失伤害罪；死着出生的时候，该行为要成立过失致死罪，这样，二者在处罚上就难以平衡；③在孕妇不小心摔倒造成胎儿受伤，在胎儿出生之后留下后遗症的场合，就成立过失伤害罪或过失致死罪，这样会不当扩大处罚范围等各种问题，所以，我认为，上述各种

1 藤木，188页；板仓宏：《现代社会和刑法理论》（1980年），295页。熊本地判昭54、3、22刑月11、3、168。

观点中，否定说妥当。而且主张，为了对致胎儿死伤的行为进行处罚，有必要在立法上对该问题进行规定，而且这也是最为稳妥的方法。¹

伤害胎儿、致胎儿死亡行为和最高法院判例 最高法院在1988年3月29日的上告审中认为：“现行刑法上，胎儿除了在堕胎罪中作为独立的行为对象被特别规定之外，都是被作为母体的一部分加以看待的，因此，在考虑是否成立业务上过失致死罪的时候，应当说，使胎儿发生病变，无非是让作为人的母亲的一部分发生病变。在胎儿出生为人之后，由于上述病变而死亡の場合，最终可以归结为让人发生病变，导致死人的结果。因此，和是否采用在发生病变时，要求对象是人的立场无关”，判定上述致胎儿死亡的行为成立业务上过失致死罪，根据母体部分伤害说，驳回了上告。²这个判决，在作用必要说的立场上，采用了有关错误论的法定符合说，得出了作用不用说的结论。的确，伤害胎儿，可以看作为“试图伤害人（母亲），也对人（孩子）造成了伤害结果”の場合，但是，能够适用错误论的，明显是在实行行为时有其他对象作为人而存在的場合³，因此，上述上告审的判决意见难以解释。从此意义上讲，可以说，在同坐一车的孕妇因为交通事故的刺激而早产，分娩36小时之后，早产儿死去的事件中，认为由于该早产儿类似于胎儿或者死胎，因此，对交通肇事的司机不应追究其业务上过失致死罪的刑事责任的秋田地方法院在1979年3月29日的判决是妥当的。

(4) 伤害的未遂 刑法对伤害未遂不予处罚，但是，使用有形的方法进行伤害而未得逞的时候，构成暴行罪。

3. 故意

伤害罪是故意犯，在和暴行罪的关系上，成立结果加重犯。因此，关于故意的内容该如何认定，学术上见解不一。

(1) 学说 学说上，有结果加重犯说、故意犯说、折中说之分。

1 大塚，9页；松宫，15页；松原久利：“熊本水无病事件和致使胎儿死伤”，刑法杂志29卷4号38页。

2 大谷，判例讲义Ⅱ，22页。

3 同旨，西田，25页。

[1] 结果加重犯说 这种学说认为，本罪是结果加重犯，在伤害罪的故意上，只要对暴行有认识就够了，对于伤害没有认识也行。¹ 其根据是：①如果说伤害罪中必须有实施伤害的故意的话，则出于实施暴行的意思而造成了伤害结果的时候，就既不能处以伤害罪，也不能处以暴行罪，最终只能以过失伤害罪进行处罚。由于过失伤害罪的法定刑比暴行罪要轻，所以，在基于暴行的故意实施行为，造成了伤害结果の場合，如果定为过失伤害罪的话，和出于实施暴行的故意但没有造成伤害结果の場合相比，反而处罚要轻，这显然有失刑罚之间的平衡；②刑法第208条关于暴行罪是这样规定的，即“施加暴行的人没有造成他人伤害的时候”就是暴行罪，所以；在发生伤害结果の場合，当然应当适用伤害罪。

[2] 故意犯说 这种学说以仅是出于实施暴行的故意，却要对较重的伤害结果承担责任，违反责任原则的立场为基础，主张对基于伤害的意思而伤害の場合，和没有伤害的意思而产生伤害结果の場合，要区别对待，认为在只有暴行的认识而没有伤害的认识，却产生了伤害的结果的时候，就是暴行罪和过失伤害罪的观念竞合。²

[3] 折中说 这种学说认为，以有形的方法（暴行）造成伤害结果の場合，只要有实施暴行的故意就够了，但是以无形的方法造成伤害结果の場合，就必须具有实施伤害的故意。³

(2) 学说的检讨 结果加重犯说在第①点上，具有充分的理由；同时，在第②点的说明上，其理由也当然应当认可，所以，没有采用故意犯说的余地。但是，按照结果加重犯说，在出于胁迫的意思而实施胁迫的时候，被害人由于过于恐惧而试图逃走，但由于滑倒而负伤之类的由于无形方法而造成伤害の場合，也有成立伤害罪的余地。对这种案件，目前还没有见到认定为伤害罪的判例，如果判例将这种情况也认作为伤害罪，就是不当的。即便将刑法第208条的“施加暴行的人没有造成他人伤害的时候”的规定看作为主张结果加重犯说的根据，这一规定，由于是以只要施加暴行，就会引起伤害结果，这种一般情况下的暴行行为

1 泷川，43页；江家，202页；大判明42、4、15刑录15、438；最判昭22、12、15刑集1、80。

2 这种场合，和暴行罪的法定刑相同。木村，23页；吉川，27页。

3 小野，170页；植松，255页；团藤，412页；平野，168页；福田，152页；大塚，28页；香川，375页；藤木，195页；内田，27页；齐藤（诚），166页；中森，18页；前田，36页。

的性质为根据的，所以，在暴行之外的无形方法的场合，应当说，不能成立结果加重犯。

结论是，就本罪的故意而言，在以有形方法实施的场合，只要具有实施暴行的意思就够了，在以无形方法实施的场合，必须具有实施伤害的故意，所以，折中说妥当（通说）。在作为结果加重犯讨论伤害罪的场合，当然适用结果加重犯的一般要件。

三、伤害致死罪

伤害身体，因而致他人死亡的，处2年以上有期徒刑（刑法第205条）。

1. 伤害致死罪

本罪是伤害罪的结果加重犯，出于暴行或伤害的故意而对他人施加伤害，结果致被害人死亡，这就是本罪的内容。因此，第一，行为人对死亡结果必须没有认识。在有这种认识的时候，就构成杀人罪。第二，暴行或伤害和死亡结果之间必须具有因果关系。但是，不要求该暴行或伤害直接引起了死亡结果的发生。¹另外，致死结果，原则上要求发生于暴行、伤害行为的对象身上，但是只要有因果关系，发生在上述对象之外的人身上的时候，也构成伤害致死罪。²第三，对于行为人来说，发生死亡结果完全是出乎其意料的。由于在不能预见结果发生的时候，不能根据该死亡结果而对行为人进行谴责，所以，对于该死亡，行为人必须具有过失。虽然判例³认为对于死亡结果，不要求行为人具有过失，但是，从责任主义的角度来看，还是必要的（通说）。

杀人和伤害致死的区别 杀人故意和伤害或暴行的故意之间的区别，是区分杀人罪和伤害致死罪的分水岭，但是，不能说该认识只和行为人的意思内容有关，而仅从某一个方面来进行讨论。多数判例是根据下列因素来综合判断该区别的，即（1）凶器的特

1 反对，丸山雅夫：“结果加重犯和直接性原理”，警察研究 54 卷 12 号 55 页；小暮等（町野），43 页。

2 东京地判昭 49、11、7 判夕 319、295。反对，大塚，30 页。

3 大判大 14、12、23 刑集 4、780；最判昭 26、9、20 刑集 5、10、1937。

征，(2) 行为动机，(3) 引起行为的原因和行为本身的发展经过，(4) 行为形态，(5) 被告人和被害人之间的人际关系，(6) 被告人的性格，(7) 被告人的供述，等等。

2. 尊亲属伤害致死罪

本罪和尊亲属杀人罪一样，违宪的色彩很浓，所以，已经被删除。

四、现场助威罪

前两条（刑法第 204、205 条）所规定的犯罪发生之际，在现场助威的人，即便没有亲手伤害他人，也处 1 年以下有期徒刑或 10 万日元以下罚金或罚款（刑法第 206 条）。

1. 意义

本罪是处罚在“前两条所规定的犯罪发生之际”，即实施伤害罪或伤害致死罪的暴行的时候，在该犯罪现场实施煽动，强化行为人的犯罪意思的行为。因为，通过所谓“起哄者”的“煽风点火”，使本来不会发生的伤害或伤害致死的结果成为现实。关于“助威”行为的性质，有①将现场的帮助行为作为特别罪加以规定的见解¹，和②规定与帮助相区别的煽动行为的见解²之间的对立。但是，在对伤害进行帮助的诸行为当中，仅对在现场实施的帮助行为从轻处罚，这是没有道理的，因此，②说的见解妥当。

2. 要件

本罪是在犯罪现场实施助威的行为。所谓“犯罪发生之际”，是指实施导致伤害或伤害致死之类的暴行的时候。所谓“现场”，是指实施该暴行的场所。所谓“助威”，仅是指“干一场！干一场！”之类的煽风点火的行为。只要是强化犯罪意思的起哄行为就够了，至于是以动作还是以语言来实施，则没有要求。也没有要求该行为使实行犯的实行行为变得容易实施，但至少必须发生了是使被害人受伤或伤害

1 袖珍，174 页；泷川，45 页；木村，26 页；团藤，417 页；福田，153 页；中森，19 页；西田，43 页；前田，40 页。

2 袖珍，467 页；平野，168 页；高田，注释（5），92 页；大塚，31 页；吉川，29 页；西原，17 页；内田，33 页；齐藤（诚），239 页；林，60 页；佐久间，38 页。

致死的结果。

在精神上对特定的实行犯进行帮助的时候，不构成本罪，而是构成伤害罪的帮助犯。因此，在他人对对方单方面地施加暴行的时候，鼓噪“更猛一些！更猛一些！”之类的煽动的话，就成立帮助行为。实际上，在相互实施暴行的斗殴的场合，并不单为某一方助威，也并不关心哪一方发生伤害结果的时候所实施的煽动行为，也是本罪的行为。判例也认为“本罪处罚在所谓伤害现场发生的、单纯的助威行为，和帮助特定实行犯的从犯不同”¹。因此，对其中某一方叫嚷“别磨磨蹭蹭了，上啊！”的行为，尽管也是一种起哄式的行为，但是，是伤害罪的帮助犯。有见解认为，帮助犯只要是基于群众心理而实施的，就应当适用本罪²，但偏离了本罪所预定的范围，并不妥当。另外，助威者亲自伤害他人的话，就成为伤害罪的共同实行犯或同时犯，助威行为为该罪所吸收。

五、同时伤害的特别规定

二人以上施加暴行，伤害他人的场合，各自的暴行所造成的伤害的程度无法查清，或者无法查清是谁造成了该伤害的时候，即便不是共同实施的，也按照共犯的规定处理（刑法第 207 条）。

1. 意义

所谓同时犯，是指二个以上的人，没有共同的意思联络而在同一机会独立实施同种犯罪。

（1）特别规定的意义 刑法第 207 条是有关对同时犯的暴行所产生的伤害进行处罚的特别规定。

二个以上的人在同一机会对他人施加暴行而产生伤害结果的场合，只要该结果不是共同实行犯的结果，那么，个人就只对自己的行为所造成的结果承担责任。即便在查明是由于数人的暴行引起了伤害结果的场合，只要检察官无法具体查明其中谁的暴行引起了结果，即无法查明具体的因果关系，那么，各人就分别在暴行或轻伤害的限度之内承担刑事责任。但是，在同时犯的暴行中，成为伤害原因的暴行在很多场合下难

1 大判昭 2、3、28 刑集 6、118。

2 另外，山口，49 页。

以特定。仅仅是由于难以证明，而对于同时犯的暴行所引起的伤害或重伤结果，谁也不承担责任，这不仅不合理，而且也会使实际造成伤害的人逃避责任。

刑法第 207 条的违宪性 有见解认为，本条款由于肯定了“罪疑时不利于被告人”的嫌疑刑，所以违反宪法。即“根据视为‘共犯’的规定，将二人都以伤害罪处罚，就是让二人之中的某个人承担‘无辜’罪责，这种规定应当说是违反宪法的”¹。的确，将不是共同实行犯的人在法律上看作为共同实行犯，有认可嫌疑刑之嫌，作为立法论，必须加以修改。但是，由于是正在实施成为伤害原因的暴行，因此，即便是通过举证责任的转换来追究实施暴行的犯人的伤害责任，也并不马上违反宪法第 31 条的规定。

(2) 共同实行犯的拟制 刑法第 207 条就是为了解决这种证明上的困难而做的政策性规定。根据推定各个暴行和伤害之间的因果关系，将举证责任转移到被告人身上，同时，使用一种法律上的拟制，使即便在不是共同行为人的场合，也按照共犯的规定处理。换句话说，本条以有关因果关系的举证责任的转换为前提，将不是共同实行犯的情况也作为共同实行犯看待，是对共同实行犯在法律上的拟制规定。²

本特别规定的法律特征 关于刑法第 207 条的法律特征，有 (1) 是承认法律上的推定的见解³，(2) 是认可根据因果关系的推定来转换举证责任的见解⁴，(3) 是推定行为人之间具有意思联络、存在共同实行犯关系的规定的见解⁵，等等。另外，为了避免出现嫌疑刑之嫌，仅仅根据举证责任的转换来拟制共同实行犯还不够，对于该拟制所必要的合理程度的事实根据，应当由检察官承担举证责任。

1 平野，170 页。

2 团藤，418 页；小暮，注释 (5)，97 页；福田，154 页；大塚，32 页；冈野，18 页；中森，20 页；西田，43 页。

3 小野，174 页；泷川，46 页；植松，258 页；香川，382 页。

4 柏木，304 页；藤木，201 页；小暮等 (町野)，43 页。

5 西原，18 页；齐藤 (诚)，286 页。

2. 要件

适用本条款，要具备如下要件。另外，本条是对“罪疑从轻”的例外规定，因此，必须对其严格解释。¹

(1) 对同一人实施暴行 第一，必须存在二个以上的人，没有意思联络而对同一人故意实施暴行的事实。因此，在一方是出于伤害动物的故意，或者一方或双方都出于过失的场合，就不能适用本条。在具有意思联络的时候，不适用本条，而是适用刑法第 60 条的共同实行犯的规定。²当然，共谋，不是以没有意思联络作为积极要件，其宗旨是共谋在没有意思联络的场合，如何适用本条，成为问题。³“即便不是共同实施”的用语，只是指不是共犯的场合。另外，也不包括教唆犯、帮助犯在内，这是毫无疑问的。

(2) 可以看作为共同实行行为 第二，因为尽管不是共同实行犯，但是是拟制的共同实行犯，所以，数人的暴行，在外形上，必须能够评价为是基于意思联络的一个共同的实行行为。换句话说，在外形上，必须能够作为一个共同实行犯现象。刑法第 207 条只是对意思联络进行拟制。虽说成立一个共同的实行行为，以在时间、场所上接近，或者至少在同一机会由数个人实施了暴行为原则，但是，在具有能够认定为共同实行行为的特别情况的场合，即便不能说是同一机会的场合，也能适用本条。⁴因为，这些事实不过是判断“一个共同实行行为”的基准而已。因此，在由于同一原因而受到两个人的暴行的时候，即便在时间、场所上多少有些不同，但仍可以说是一连串的行为。

(3) 检察官不能证明 第三，在由于数人的暴行而造成伤害的场合，检察官不能特定是谁造成了该伤害结果，或者是虽然清楚是二个以上的人的共同暴行造成了伤害，但是，各人的暴行造成了什么程度的伤害，检察官却无法证明。⁵但是，因为本条是在是否存在因果关系并不明确的场合，根据对共同实行的意思的拟制而规定为共同实行犯的，所以，为了给该拟制提供合理的根据，要求必须是二个以上的人至少实施了足以造成该伤害程度的暴行的事实，而且该伤害事实也只能看作为共

1 西田，44 页。

2 大阪高判昭 34、11、9 下刑集 1、11、2337。

3 最判昭 24、1、27 裁判集 7、109。

4 大判昭 11、6、25 刑集 15、823；札幌高判昭 45、7、14 高刑集 23、3、479。

5 大判昭 12、9、10 刑集 16、1251。

同伤害的结果。¹ 因此，检察官不仅要证明具有作为同时犯的暴行，而且还要证明具有足以造成上述伤害的暴行。有这种证明的话，即便能证明行为人之间没有共同的意思联络，也适用本特别规定。²

(4) 被告人不能证明 第四，在被告人方面，必须是无法证明自己的暴行和伤害结果之间没有因果关系。如果其能够做出这种证明的话，就不适用本特别规定。

3. 适用范围、效果

本条款只对造成伤害结果的情况适用。³ 判例认为对伤害致死罪也适用⁴，也有有力学说支持这种见解。⁵ 但是，法条只规定“造成伤害的场合”，所以，对于伤害罪以外的犯罪适用的话，就是类推适用。另外，从实质上来看，和暴行造成的伤害相比较，致死程度的重大伤害，容易被证明，不存在要通过修改刑法和刑事诉讼法的基本原理才能解决程度的举证上的困难。因此，在不能证明是由于伤害导致死亡的时候，应当在伤害罪的限度内按照共犯的规定来解决。同样，对于在外观上和伤害类似的强奸致死罪、特别公务员乱用职权、暴行凌虐致死罪、抢劫致人死伤罪等，也不应该适用本条款。

因为本条款规定“按照共犯的规定处理”，所以，当然适用刑法第60条的规定，但该条款是否是应当在判决书中写明的条款（刑诉第335条第1款），并不清楚。我认为，由于该条款毫无疑问地适用于刑法第60条的规定，所以，应当说，它属于应当在判决书中明确写明的规定。另外，在将同时犯认定为共同实行犯的时候，不需要经过变更诉因的程序。

继承共犯的场合 如某甲向张三实施暴行的时候，某乙中途加入进来，共同对张三施暴，造成伤害结果，但是，是谁的暴行造成了该伤害结果，并不清楚的场合，是否适用本特别规定？有见解认

1 刑法判例研究 3, 452 页。

2 反对，西原，17 页；齐藤（诚），186 页。

3 同旨，江家，206 页；植松，258 页；柏木，348 页；福田，154 页；大塚，33 页；吉川，31 页；中山，60 页；西原，18 页；内田，35 页；冈野，19 页；曾根，24 页；中森，20 页；佐久间，40 页。

4 最判昭 26、9、20 刑集 5、10、1937。大谷，判例讲义 II，23 页。

5 团藤，419 页；中，42 页；香川，383 页；藤木，202 页；前田，44 页；小暮等（町野），43 页。

为，这种场合，由于难以否定其行为具有同时性，因此，应当适用本特别规定。¹但是，由于本特别规定是将不能认定为共犯的情况拟制为共犯的规定，因此，不应当适用本条款，而应该考虑成立伤害罪的继承共犯。²在下级法院的判决当中，有的肯定适用本条³，有的表示可以适用本条⁴，但都不妥当。

六、暴行罪

实施暴行但没有对他人造成伤害的时候，处2年以下的有期徒刑或30万日元以下的罚金、拘留或罚款（刑法第208条）。

1. 行为

刑法上的暴行具有多种意义，但本罪的行为是狭义的暴行。

(1) 意义 刑法上的所谓暴行，广义上讲，是不法使用有形的力量（物理力量）。暴行罪中的保护法益，和伤害罪一样，同样是人身不可侵犯性即人的身体安全。因此，对他人的身体不法使用物理力量，就是暴行罪中的暴行。⁵这里之所以说“不法”，是为了和日常生活中，对他人体合法地使用物理力量的情况相区别。

[1] 四种类型 刑法上使用的“暴行”一语，是指以下四种意义：第一，最广义的暴行，是指不管对人还是对物，不法使用有形力量的所有情况（如刑法第77条内乱罪，第106条骚乱罪，第107条聚众不解散罪中的“暴行”）；第二，广义的暴行，是指对人直接或间接地使用有形力量，其是针对他人的身体使用还是针对物使用，在所不问（如刑法第95条第1款妨害执行公务罪、第2款职务强要、辞职强要罪，第100条第2款帮助逃走罪，第195条特别公务员暴力凌虐罪，第223条强要罪中的“暴行”）；第三，狭义的暴行，是指对人的身体直接或间接地使用有形力量，本罪中所说的暴行就是指这种情况；第四，最狭义的暴行，是指使用足以抑制他人反抗程度的有形力量（如刑法第176条强制

1 林，62页。

2 西田，45页。

3 大阪地判平9、8、20判夕995、286。

4 大阪高判昭62、7、10判时1261、132。

5 最判昭29、8、20刑集8、8、1277。

猥亵罪，第 177 条强奸罪，第 236 条抢劫罪，第 238 条事后抢劫罪中的“暴行”）。

[2] 暴行罪中的“暴行” 本罪的保护法益是人的身体安全，所以，本罪中的暴行是不法使用具有危害他人身体安全性质的有形力量，即对他人身体不法使用有形力量。因此，不仅殴打、踢、用手按住他人肩膀使他人摔倒在观众席上之类的有造成伤害结果危险的行为¹，而且在直接向对方身体实施吐口水、或者撒食盐之类的、连伤害未遂都说不上来的物理力量的行为²，也是暴行。相反地，即便不是直接向他人身体实施，但如果该行为有造成伤害结果发生的具体危险的话，也是暴行。刑法第 208 条中所说的“没有对他人造成伤害的时候”，明显是说暴行罪中也包括伤害未遂的情况在内。但是，至少必须达到直接或者间接地作用于对方的五官，具有造成不快或者痛苦的性质。³ 因此，向他人扔石头，只要有击中对方的现实危险，即便没有击中，也是暴行。⁴ 另外，在 4 叠半的狭小房间里为了威胁被害人而拔出日本刀，来回挥舞的行为，也是本罪中所说的暴行。⁵

暴行和身体接触 大审院 1933 年 4 月 15 日的判决（《刑集》第 12 卷第 427 页）认为：“所谓暴行，就是对人的身体所实施的一切攻击方法，其在性质上，不要求可能引起伤害结果”，因此，“产生身体上的痛苦及其可能性”⁶、“使被攻击者产生强烈恐惧感”⁷ 之类的标准，都不必要。那么，在被告人意图在夜间敲诈勒索某甲，在 50 米开外的地方向某甲的正前方投掷石块，但是没有命中某甲的场合，该如何处理呢？东京高等法院在 1950 年 6 月 10 日（《高刑集》第 3 卷第 2 号第 222 页）认为：“所谓暴行，就是向他人不法使用物理力量，不要求该物理力量接触到他人的身体。如向他人

1 大判昭 8、4、13 刑集 12、247；大判大 11、1、24 新闻 1958、22。

2 福冈高判昭 46、10、11 刑月 3、10、1311。

3 条解，347 页。

4 后引东京高判昭 25、6、10。反对，平野，166 页；小暮等（町野），37 页；中山，50 页。

5 最决昭 39、1、28 刑集 18、1、31。冈上，百选 II（第 5 版）；大谷，判例讲义 II，21 页；曾根，26 页；中森，16 页；林，64 页。

6 小暮，注释（5）101 页。

7 泽登（佳）：“暴行、胁迫的意义”，刑法讲座 5 卷，232 页。