


外国法学教科书精品译丛

# 刑法各论讲义

(第4版)

[日]松宫孝明 著  
王昭武 张小宁 译

非  
外  
借

 中国人民大学出版社



# 刑法各论讲义

(第4版)

[日]松宫孝明 著  
王昭武 张小宁 译

中国人民大学出版社

· 北京 ·

## 图书在版编目 (CIP) 数据

刑法各论讲义：第4版/(日)松宫孝明著；王昭武，张小宁译。—北京：中国人民大学出版社，2018.9

(外国法学教科书精品译丛)

ISBN 978-7-300-26129-4

I. ①刑… II. ①松… ②王… ③张… III. ①刑法-研究-日本 IV. ①D931.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 191130 号

刑法各論講義 (第四版)

松宮孝明

Copyright © 2016 by 成文堂

Chinese Simplified translation copyright © 2018 by China Renmin University Press Co., Ltd.

All Rights Reserved.

外国法学教科书精品译丛

刑法各论讲义 (第4版)

[日] 松宫孝明 著

王昭武 张小宁 译

Xingfa Gelun Jiangyi

---

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街31号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511770 (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 北京东君印刷有限公司

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

版 次 2018年9月第1版

印 张 27.5 插页2

印 次 2018年9月第1次印刷

字 数 580 000

定 价 88.00 元

---

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

外国法学教科书精品译丛



# 文献略语

## 说明

本书采用下述略语。

“⇒”是指“参见”。

“大判明治 42·10·19 刑录 15—1420”，是指大审院的明治 42 年 10 月 19 日的判决，判决书刊登于大审院刑事判决录第 15 辑 1420 页。

“最大判昭和 48·4·4 刑集 27—3—265”，是指最高裁判所的昭和 48 年 4 月 4 日的大法庭判决，判决书刊登在最高裁判所刑事判例集第 27 卷第 3 号第 265 页。

至于判例集与具体参考文献，采用下述略语。

## 一、判例集

刑 录	《大审院刑事判决全录》
刑 集	《大审院刑事判例集》《最高裁判所刑事判例集》
裁 集 刑	《最高裁判所裁判集（刑事）》
裁 时	《裁判所时报》
高 刑 集	《高等裁判所刑事判例集》
高 刑 速	《高等裁判所刑事裁判速报集》
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》
东高时报	《东京高等裁判所（刑事）判决时报》
下 刑 集	《下级裁判所刑事裁判例集》
刑 月	《刑事裁判月报》
评论全集	《法律评论全集》

判 时	《判例時報》
判 夕	《判例タイムズ》
新 闻	《法律新聞》

## 二、立法资料

仓 富 等	仓富勇等编、松尾浩也增补解题：《增補刑法沿革總覽》，（信山社・1990年）
田中・释义下	田中正身：《改正刑法釋義・下卷》，（信山社・1994年）

## 三、教科书、解说书

总论	松宫孝明『刑法總論講義〔第4版〕』（成文堂・2009年）
浅田等・各论	浅田和茂＝齐藤豊治＝佐久間修＝松宫孝明＝山中敬一『刑法各論〔補正版〕』（青林書院・2000年）
井田・各论	井田 良『刑法各論〔第2版〕』（弘文堂・2013年）
伊东・各论	伊東研祐『刑法各論講義』（日本評論社・2011年）
植松・各论	植松 正『再訂刑法概論Ⅱ各論』（勁草書房・1975年）
内田・各论	内田文昭『刑法各論〔第3版〕』（青林書院・1996年）
大塚・各论	大塚 仁『刑法概説（各論）〔第3版増補版〕』（有斐閣・2005年）
大谷・各论	大谷 實『刑法講義各論〔新版第4版〕』（成文堂・2015年）
小野・各论	小野清一郎『新訂刑法講義各論〔第3版〕』（有斐閣・1949年）
川端・各论	川端 博『刑法各論講義〔第2版〕』（成文堂・2010年）
吉川・各论	吉川経夫『刑法各論』（法律文化社・1982年）
木村・各论	木村亀二『刑法各論』（法文社・1957年）
小暮等・各论	小暮得雄ほか編『刑法講義各論』（有斐閣・1988年）
齐藤（信）・各论	斎藤信治『刑法各論〔第4版〕』（有斐閣・2014年）
齐藤（诚）・各论	斎藤誠二『刑法講義各論Ⅰ』（多賀出版・1978年）
佐伯・总论	佐伯千仞『四訂刑法講義（總論）』（有斐閣・1981年）
佐伯・各论	佐伯千仞『刑法各論〔訂正版〕』（有信堂・1981年）
佐久间・各论	佐久間修『刑法各論』（成文堂・2006年）
須之内・各论	須之内克彦『刑法概説各論』（成文堂・2011年）
曾根・各论	曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』（弘文堂・2012年）
瀧川・各论	瀧川幸辰『刑法各論』（世界思想社・1951年）
团藤・各论	団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（創文社・1990年）
中・各论	中 義勝『刑法各論』（有斐閣・1975年）
中森・各论	中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』（有斐閣・2015年）
中山・概説	中山研一『刑法概説Ⅱ〔第4版〕』（成文堂・2005年）
中山・各论	中山研一『刑法各論』（成文堂・1984年）

- 中山・口述各論 中山研一『新版口述刑法各論〔補訂2版〕』（成文堂・2006年）
- 西田・各論 西田典之『刑法各論〔第6版〕』（弘文堂・2012年）
- 西原・各論 西原春夫『刑法各論〔第2版〕』（筑摩書房・1983年）
- 野村編・各論 野村 稔編『現代法講義刑法各論〔補正版〕』（青林書院・2002年）
- 萩原・各論 萩原 滋『刑法各論〔概要〕〔第3版〕』（成文堂・2009年）
- 林・各論 林幹人『刑法各論〔第2版〕』（東京大学出版会・2008年）
- 平野・概説 平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会・1977年）
- 福田・各論 福田平『刑法各論〔第3版増補〕』（有斐閣・2002年）
- 藤木・各論 藤木英雄『刑法講義各論』（弘文堂・1976年）
- 堀口・各論 堀内捷三『刑法各論』（有斐閣・2003年）
- 前田・総論 前田雅英『刑法総論講義〔第6版〕』（東京大学出版会・2015年）
- 前田・各論 前田雅英『刑法各論講義〔第6版〕』（東京大学出版会・2015年）
- 前田等編 前田雅英ほか編『条解刑法〔第2版〕』（弘文堂・2007年）
- 牧野・各論 牧野英一『刑法各論（上）（下）』（有斐閣・1950年・1951年）
- 三原・各論 三原憲三『新版刑法各論』（成文堂・2009年）
- 宮本・大綱 宮本英脩『宮本英脩著作集第3巻（刑法大綱）』（成文堂・1984年）
- 山口・総論 山口 厚『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣・2007年）
- 山口・各論 山口 厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣・2010年）
- 山中・総論 山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（成文堂・2015年）
- 山中・各論 山中敬一『刑法各論〔第3版〕』（成文堂・2015年）

#### 四、講座、论文集

- 阿部古稀 『刑事法学の現代的課題—阿部純二先生古稀祝賀論文集』（第一法規・2004年）
- 大野古稀 『刑事法学の潮流と展望—大野眞義先生古稀祝賀』（世界思想社・2000年）
- 展开・各論 芝原邦爾＝堀内捷三＝町野朔＝西田典之編『刑法理論の現代的展開・各論』（日本評論社・1996年）
- 団藤古稀 『団藤重光博士古稀祝賀論文集第1巻～第5巻』（有斐閣・1982年～1985年）
- 平野・諸問題（下） 平野龍一『犯罪論の諸問題（下）各論』（有斐閣・1982年）
- 佐伯＝道垣内 佐伯仁志＝道垣内弘人『刑法と民法の対話』（有斐閣・2001年）
- 中古稀 中山研一ほか編『刑法理論の探求—中刑法理論の検討0 中義勝先生古稀祝賀』（成文堂・1992年）
- 前田等・医事法 前田達明＝稲垣喬＝手嶋豊ほか『医事法』（有斐閣・2000年）三原古稀＝『三原憲三先生古稀祝賀論文集』（成文堂・2002年）
- 百選Ⅰ 『別冊ジュリスト刑法判例百選Ⅰ総論〔第7版〕』（有斐閣・2014年）
- 百選Ⅱ 『別冊ジュリスト刑法判例百選Ⅱ各論〔第7版〕』（有斐閣・2014年）

**レヴィジョン1** 中山研一＝浅田和茂＝松宮孝明『レヴィジョン刑法1 共犯論』（成文堂・1997年）

**レヴィジョン2** 中山研一＝浅田和茂＝松宮孝明『レヴィジョン刑法2 未遂犯論・罪数論』（成文堂・2002年）

**レヴィジョン3** 中山研一＝浅田和茂＝松宮孝明『レヴィジョン刑法3 構成要件・違法性・責任』（成文堂・2009年）



# 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，但同时考虑到中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。

大审院刑事判决录 (刑录创刊)	大审院刑事判例集 (改称刑录)	最高裁判所刑事判例集 (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 50 (1975 年) 29 卷
29 (1896 年) 2	12 (1923 年) 2	23 (1948 年) 2	51 (1976 年) 30
30 (1897 年) 3	13 (1924 年) 3	24 (1949 年) 3	52 (1977 年) 31
31 (1898 年) 4	14 (1925 年) 4	25 (1950 年) 4	53 (1978 年) 32
32 (1899 年) 5	大正 15	26 (1951 年) 5	54 (1979 年) 33
33 (1900 年) 6	(1926 年) 5	27 (1952 年) 6	55 (1980 年) 34
34 (1901 年) 7	昭和 1	28 (1953 年) 7	56 (1981 年) 35
35 (1902 年) 8	2 (1927 年) 6	29 (1954 年) 8	57 (1982 年) 36
36 (1903 年) 9	3 (1928 年) 7	30 (1955 年) 9	58 (1983 年) 37
37 (1904 年) 10	4 (1929 年) 8	31 (1956 年) 10	59 (1984 年) 38
38 (1905 年) 11	5 (1930 年) 9	32 (1957 年) 11	60 (1985 年) 39
39 (1906 年) 12	6 (1931 年) 10	33 (1958 年) 12	61 (1986 年) 40
40 (1907 年) 13	7 (1932 年) 11	34 (1959 年) 13	62 (1987 年) 41
41 (1908 年) 14	8 (1933 年) 12	35 (1960 年) 14	63 (1988 年) 42
42 (1909 年) 15	9 (1934 年) 13	36 (1961 年) 15	昭和 64
43 (1910 年) 16	10 (1935 年) 14	37 (1962 年) 16	(1989 年) 43
44 (1911 年) 17	11 (1936 年) 15	38 (1963 年) 17	平成 1
明治 45	12 (1937 年) 16	39 (1964 年) 18	2 (1990 年) 44
(1912 年) 18	13 (1938 年) 17	40 (1965 年) 19	3 (1991 年) 45
大正 1	14 (1939 年) 18	41 (1966 年) 20	4 (1992 年) 46
2 (1913 年) 19	15 (1940 年) 19	42 (1967 年) 21	5 (1993 年) 47

续前表

大审院刑事判决录 (刑录创刊)	大审院刑事判例集 (改称刑录)	最高裁判所刑事判例集 (改称刑集)	
3 (1914年) 20	16 (1941年) 20	43 (1968年) 22	6 (1994年) 48
4 (1915年) 21	17 (1942年) 21	44 (1969年) 23	7 (1995年) 49
5 (1916年) 22	18 (1943年) 22	45 (1970年) 24	8 (1996年) 50
6 (1917年) 23	19 (1944年) 23	46 (1971年) 25	9 (1997年) 51
7 (1918年) 24	20 (1945年) 24	47 (1972年) 26	10 (1998年) 52
8 (1919年) 25	21 (1946年) 25	48 (1973年) 27	11 (1999年) 53
9 (1920年) 26	22 (1947年) 26	49 (1974年) 28	12 (2000年) 54
10 (1921年) 27			13 (2001年) 55
			14 (2002年) 56
			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
			25 (2013年) 67
			26 (2014年) 68
			27 (2015年) 69

# 目录

## Contents

### 第一部分 绪 论

第一章 “刑法各论”是什么 .....	3
第一节 刑法各论的意义与课题 .....	3
第二节 刑法各论的“体系” .....	5
<b>第二部分 针对个人法益的犯罪（之一）</b> ——针对“生命体”的生命、身体的犯罪	
第二章 “人”的“始期”与“终期” .....	11
第一节 “人”的“始期” .....	11
第二节 “人”的“终期” .....	15
第三节 今后的课题 .....	18
第三章 杀人犯罪 .....	21
第一节 概 述 .....	21
第二节 杀害尊亲属罪（旧第 200 条） .....	22
第三节 参与自杀、同意杀人 .....	23
第四节 杀人预备罪 .....	28
第四章 伤害犯罪 .....	31
第一节 概 述 .....	31
第二节 伤害罪 .....	31
第三节 伤害致死罪 .....	35
第四节 伤害现场助势罪 .....	36

第五节	同时伤害的特例 .....	36
第六节	暴行罪 .....	38
第七节	准备凶器集合罪、准备凶器聚集罪 .....	39
<b>第五章</b>	<b>过失伤害犯罪 .....</b>	<b>43</b>
第一节	概 述 .....	43
第二节	过失伤害罪、过失致死罪 .....	43
第三节	业务过失致死伤罪 .....	44
第四节	重大过失致死伤罪 .....	45
第五节	危险驾驶致死伤罪 .....	46
第六节	驾驶过失致死伤逃避发现酒精等影响罪 .....	49
第七节	驾驶汽车过失致死伤罪 .....	50
<b>第六章</b>	<b>堕胎犯罪 .....</b>	<b>54</b>
第一节	概 述 .....	54
第二节	具体犯罪类型 .....	57
<b>第七章</b>	<b>遗弃犯罪 .....</b>	<b>61</b>
第一节	概 述 .....	61
第二节	具体犯罪类型 .....	64
<b>第三部分 针对个人法益的犯罪 (之二)</b>		
——针对自由的犯罪		
<b>第八章</b>	<b>逮捕与监禁犯罪</b>	
——针对自由的犯罪 (之一) .....		<b>71</b>
第一节	概 述 .....	71
第二节	逮捕、监禁罪 .....	72
第三节	逮捕、监禁致死伤罪 .....	74
<b>第九章</b>	<b>胁迫犯罪</b>	
——针对自由的犯罪 (之二) .....		<b>76</b>
第一节	概 述 .....	76
第二节	胁迫罪 .....	77
第三节	强要罪 .....	78
第四节	特别法的规定 .....	79

**第十章 略取、诱拐以及买卖人身犯罪**

——针对自由的犯罪（之三）	81
第一节 概 述	81
第二节 拐取未成年人罪	84
第三节 营利目的拐取罪	85
第四节 勒索赎金目的拐取罪、拐取后勒索赎金罪	86
第五节 移送至所在国国外目的拐取罪、买卖人身罪、移送被拐取者等至所在国 国外罪	88
第六节 移交被拐取者罪	89

**第十一章 强制猥亵、奸淫犯罪**

——针对自由的犯罪（之四）	93
第一节 概 述	93
第二节 强制猥亵罪	94
第三节 强奸罪	97
第四节 准强制猥亵罪、准强奸罪	98
第五节 集团强奸罪、准集团强奸罪	99
第六节 亲告罪规定	100
第七节 强制猥亵等致死伤罪	100
第八节 劝诱淫行罪	102

**第十二章 侵犯住宅犯罪**

——针对自由的犯罪（之五）	104
第一节 概 述	104
第二节 侵入住宅罪	108
第三节 不退出罪	111

**第四部分 针对个人法益的犯罪（之三）**

## ——针对人格法益的犯罪

**第十三章 针对秘密的犯罪**

——针对人格法益的犯罪（之一）	119
第一节 概 述	119
第二节 开拆书信罪	119
第三节 泄露秘密罪	120

## 第十四章 针对名誉的犯罪

——针对人格法益的犯罪 (之二)	124
第一节 概 述	124
第二节 毁损名誉罪	126
第三节 事实的证明	128
第四节 其他的正当行为	136
第五节 毁损死者的名誉	137
第六节 侮辱罪	137

## 第五部分 针对个人法益的犯罪 (之四)

——危及经营基础的犯罪

## 第十五章 针对信用、业务的犯罪 141

第一节 概 述	141
第二节 毁损信用罪	142
第三节 妨害业务罪	144
第四节 损坏电子计算机等妨害业务罪	147

## 第六部分 针对个人法益的犯罪 (之五)

——针对财产权的犯罪

## 第十六章 针对财产权的犯罪 (财产犯) 总论 151

第一节 概 述	151
第二节 财产犯的客体	155
第三节 财产罪的保护法益	160

## 第十七章 盗窃犯罪

——针对财产权的犯罪 (之一)	167
第一节 概 述	167
第二节 盗窃罪	168
第三节 侵夺不动产罪	176
第四节 有关自己财物的特例	178
第五节 有关亲属间犯罪的特例	178

## 第十八章 抢劫犯罪

——针对财产权的犯罪 (之二)	183
第一节 概 述	183
第二节 财物抢劫罪	184

第三节	利益抢劫罪 .....	186
第四节	抢劫预备罪 .....	188
第五节	事后抢劫罪 .....	188
第六节	昏醉抢劫罪 .....	194
第七节	抢劫致死伤罪 .....	195
第八节	抢劫强奸罪、抢劫强奸致死罪 .....	197
<b>第十九章 诈骗、恐吓犯罪</b>		
——针对财产权的犯罪（之三） .....		<b>202</b>
第一节	概 述 .....	202
第二节	诈骗罪 .....	205
第三节	计算机诈骗罪 .....	218
第四节	准诈骗罪 .....	219
第五节	恐吓罪 .....	220
<b>第二十章 侵占犯罪</b>		
——针对财产权的犯罪（之四） .....		<b>225</b>
第一节	概 述 .....	225
第二节	侵占委托物罪 .....	227
第三节	业务侵占罪 .....	236
第四节	侵占遗失物等罪 .....	236
第五节	侵占罪的共犯、罪数 .....	237
第六节	有关亲属间犯罪的特例 .....	238
<b>第二十一章 背信犯罪</b>		
——针对财产权的犯罪（之五） .....		<b>241</b>
第一节	概 述 .....	241
第二节	背信罪的本质 .....	242
第三节	背信罪的成立要件 .....	243
第四节	背信与侵占委托物的关系 .....	248
<b>第二十二章 有关盗赃等的犯罪（赃物罪）</b>		
——针对财产权的犯罪（之六） .....		<b>251</b>
第一节	赃物罪的种类与法律性质 .....	251
第二节	赃物罪的本质 .....	252
第三节	赃物罪的主观要件 .....	256
第四节	共犯与罪数 .....	257
第五节	有关亲属间犯罪的特例 .....	258

## 第二十三章 毁弃与隐匿犯罪

——针对财产权的犯罪 (之七) ..... 262

第一节 现行法的结构 ..... 262

第二节 具体犯罪类型 ..... 263

## 第七部分 针对社会法益的犯罪

## 第二十四章 针对社会法益的犯罪概述 ..... 275

第一节 社会法益的含义 ..... 275

第二节 针对社会法益的犯罪的分类 ..... 275

## 第二十五章 针对公共安全的犯罪 (之一)

——公共危险犯概述、骚乱犯罪 ..... 278

第一节 公共危险犯概述 ..... 278

第二节 骚乱犯罪的构成 ..... 279

第三节 骚乱罪 ..... 279

第四节 多众不解散罪 ..... 283

## 第二十六章 针对公共安全的犯罪 (之二)

——放火以及失火犯罪、有关决水以及水利的犯罪 ..... 285

第一节 放火以及失火犯罪概述 ..... 285

第二节 放火犯罪的基本问题 ..... 286

第三节 放火犯罪的具体犯罪类型 ..... 290

第四节 有关决水以及水利的犯罪 ..... 297

## 第二十七章 针对公共安全的犯罪 (之三)

——妨害交通的犯罪 ..... 299

第一节 概 述 ..... 299

第二节 具体犯罪类型 ..... 299

## 第二十八章 针对公众健康的犯罪 ..... 307

第一节 概 述 ..... 307

第二节 有关鸦片烟的犯罪 ..... 307

第三节 有关饮用水的犯罪 ..... 309

## 第二十九章 针对公共信用的犯罪 (之一)

——伪造罪概述、伪造文书犯罪 ..... 313

第一节 概 述 ..... 313



第二节	有关伪造文书犯罪的共通问题 .....	314
第三节	伪造诏书罪、使用伪造的诏书罪、伪造公文书罪、使用伪造的 公文书罪 .....	327
第四节	制作虚假公文书罪、公正证书原本等不实记载罪 .....	328
第五节	伪造私文书罪、使用伪造的公文书罪、制作虚假诊断书罪、使用虚假的 诊断书罪 .....	330
第六节	不正当制作电磁记录罪、提供不正当制作的电磁记录罪 .....	331
<b>第三十章 针对公共信用的犯罪 (之二)</b>		
——其他伪造犯罪 .....		<b>334</b>
第一节	伪造货币犯罪 .....	334
第二节	伪造有价证券犯罪 .....	339
第三节	有关支付用磁卡的电磁记录的犯罪 .....	342
第四节	伪造印章犯罪 .....	345
第五节	有关不正当指令电磁记录的犯罪 .....	348
<b>第三十一章 针对风俗的犯罪 .....</b>		
<b>第一节 概 述 .....</b>		<b>350</b>
第二节	猥亵犯罪 .....	351
第三节	关于赌博以及彩票的犯罪 .....	355
第四节	有关礼拜场所以及坟墓的犯罪 .....	357
<b>第八部分 针对国家法益的犯罪</b>		
<b>第三十二章 针对国家法益的犯罪概述 .....</b>		
<b>第一节 国家法益的含义 .....</b>		<b>365</b>
<b>第二节 针对国家法益的犯罪的分类 .....</b>		<b>366</b>
<b>第三十三章 有关国家的存立与国交的犯罪 .....</b>		
<b>第一节 概 述 .....</b>		<b>370</b>
第二节	有关内乱的犯罪 .....	370
第三节	有关外患的犯罪 .....	373
第四节	有关国交的犯罪 .....	375
<b>第三十四章 妨害执行公务的犯罪 .....</b>		
<b>第一节 概 述 .....</b>		<b>378</b>
第二节	妨害执行公务罪、职务强要罪 .....	379
第三节	其他针对公务的犯罪 .....	384

<b>第三十五章 针对司法职能的犯罪</b> .....	<b>391</b>
第一节 概 述 .....	391
第二节 脱逃犯罪 .....	393
第三节 藏匿犯人以及隐灭证据的犯罪 .....	397
第四节 伪证犯罪 .....	404
第五节 虚假告诉犯罪 .....	406
<b>第三十六章 渎职犯罪</b> .....	<b>410</b>
第一节 概 述 .....	410
第二节 滥用职权犯罪 .....	410
第三节 贿赂犯罪 .....	414

# 第一部分 绪 论



# 第一章

## “刑法各论”是什么

### 第一节 刑法各论的意义与课题

#### 一、为了不对小偷适用杀人罪

“刑法各论”（以下简称为“各论”）主要讲授的是，“刑法”这一法律（刑法典。也被称为“狭义刑法”）中的第2编“罪”（也被称为“分则”）的解释问题。

然而，我们为何要学习刑法各论呢？在已经学习过刑法总论（以下简称为“总论”）或者正在学习刑法总论的人中，或许会有这样的疑问。这是因为，有关犯罪成立与否的一般原则已经包含在“总论”的学习中，而且，从日本目前存在的庞大的特别刑法与行政刑法等所谓“广义刑法”（⇒总论第1章第1节之三）中所包含的犯罪种类来看，各论要学习的所谓“狭义刑法”中的犯罪种类，不过是其中极少的一部分。

尽管如此，以规定于《刑法》第2编“罪”中的具体犯罪为对象，学习“刑法各论”，用口号式的方式来表达的话，其意义就在于“为了不对小偷适用杀人罪”。连六岁的孩子都知道偷东西是不对的，盗窃会受“刑罚”处罚，这本是义务教育的学习内容。进一步而言，“刑罚”中包含什么、是否存在缓刑与假释制度，以及若存在正当防卫等阻却事由，盗窃行为也可不受处罚等问题，也应该是“总论”的学习内容。

与之不同，“各论”应该学习的是，例如，以“杀人”为标题的《刑法》第199条应当适用于哪种类型的行为。这并非如同“总论”的“违法性”（⇒总论第8章第2节之一）部分所做的那样，研究的是从法的视角来看是否可以实施某对象行为的问题。“各论”要做的是，在“不得实施”的行为之中，确定哪些行为符合或者

不符合哪个具体的“犯罪类型”（大致相当于“构成要件”）（⇒总论第5章第2节之一）。也就是，“各论”所要做的是，知晓各个构成要件的界限（这被称为“犯罪的确定”〔qualification〕）。

在此意义上，在各论中，重要的并非对行为的是非善恶进行判断，而是明确那些更需要解释技巧的、分则条文所具体规定的专业用语的含义。同时，通过明晰作为刑罚对象的规范违反的含义，也有助于实现刑法的一般预防机能。

## 二、“各论”的含义与射程

所谓“各论”，原本是要明确，为“广义的刑法”所类型化的事关个别犯罪之成立与否的规则，以及包含刑罚减免在内的各种法律效果。但是，如前所述，在实际讲授“各论”时，是以规定于《刑法》第2编“罪”中的具体犯罪为对象，以学习各个具体犯罪的成立条件及其与其他相关犯罪类型之间的关系为重点。不过，在具体学习“各论”时，有一点不应忘记：如何将这种解释方法也运用于对“广义的刑法”中的其他犯罪的解释。

## 三、“法益”的含义

在“各论”的学习中，重要的是，要知晓为了保护什么而设定了该刑罚法规，亦即，该犯罪类型所预定的“保护法益”或“法益”究竟是什么（⇒总论第1章第4节之五）。这是因为，犯罪的成立个数以及此罪与彼罪的关系，均为“法益”所左右。例如，一般认为，向现住建筑物等放火罪（第108条）是针对“公共安全”的抽象危险犯，这里所谓“公共安全”，包含不特定或者多数人的生命、身体或财产，因而通过向现住建筑物放火，致使数间住宅遭受损害的，这已经为该罪的极重的法定刑所评价（死刑、无期惩役或者5年以上有期惩役）。因此，即便一次放火行为烧毁了数间住宅，成立的犯罪也只是一个向现住建筑物等放火罪。反之，损坏建筑物罪（第260条）的“法益”是各个房屋的所有权本身，因而在一次爆炸行为损坏数间房屋时，就要成立与受损的房屋数量相同数量的损坏建筑物罪。

此外，“公共安全”中已经包含了具体房屋的所有权，向建筑物放火中也包含着对具体建筑物的所有权的侵害，因此，成立向建筑物放火的犯罪之时，就不再另外成立损坏建筑物罪。

不过，“法益”本身是通过通过对个别刑罚法规的解释始得以明确的，而并非先验地决定的，因而，有时会就具体犯罪出现有关其“法益”的论争。因此，对于具体犯罪成立要件的解释而言，“法益”固然是重要的，但并非决定性的。例如，如后所述，倘若遗弃罪（第217条、第218条）的“法益”是人的生命与健康，那么，就可以认为，“遗弃”这种行为中，不包括对人的生命与健康无害的行为。此外，妨害执行公务罪（第95条第1款）保护的是合法公务的执行，因而作为妨害对象的“公务”，就以“合法性”这一不成文的要件为必要。但是，即便认为放火罪（第108条以下）的“法益”是“公共安全”，也不会就此明确用以区别放火之既遂

与未遂的“烧损”这一概念的含义。原因在于，与放火的既遂相同，放火的未遂也是针对公共安全的抽象危险犯。这里，条文所使用的文字的含义以及立法宗旨，就成为法解释的指针。

#### 四、“各论”的学习方法

要学习这种“各论”，比较好的方法是，（1）首先阅读各个条文，设想该条文所预定的犯罪的典型案情；（2）大致了解该规定的立法沿革与立法宗旨；（3）利用实际判例或者教学案例，对于相关的重要论点，设想出就是否适用该规定有可能存在争议的界限案例；（4）然后从共犯、罪数等角度，明确该罪与其他犯罪类型之间的关系；（5）若有必要，还需要基于比较法的视角与近年来的犯罪动向等，对是否需要修正相关规定以及修正的方向等作出展望。

## 第二节 刑法各论的“体系”

### 一、依据“法益”进行分类

“各论”也有体系，其体现于刑法典中犯罪类型的分类与排列的顺序之中。进行这种体系化分类与排列的标准，就是该规定的保护法益。

1880年（明治13年）制定的旧刑法将犯罪区分为“针对公益的重罪、轻罪”“针对身体、财产的重罪、轻罪”，以及相当于现在的轻犯罪的“违警罪”。1907年（明治40年）制定的现行刑法废止了这种区分，并从刑法典中删除了违警罪。但是，从现行刑法的规定可知，在现行《刑法》第2编“罪”中，仍然区分了“针对公益的犯罪”与“针对个人法益的犯罪”，具体而言，第73条至第198条基本规定的是前者，而第199条到第264条则大致规定的是后者。

不过，现在的通说则进一步将法益区分为“国家法益”“社会法益”“个人法益”等三种类型（“法益三分说”）。这是因为，通说认为，在国家与个人之间，还另外存在由“市民”构成的“社会”（“市民社会”）及其所固有的法益。

### 二、对“静止状态”与“动态自由”的保护

不过，“法益”（德语是“Rechtsgut”）这一词语原本给人的印象是，对包含人的身体在内的、具有某种价值之物的所有这样一种“静止状态”。为此，这虽然适合于解释诸如盗窃罪那样侵犯财物所有之状态的犯罪类型，却不太适合于解释诸如诈骗罪那样被害人本人处分自己的财物或者财产的犯罪类型。

例如，在谎称“请向交通事故孤儿献爱心”而骗取捐款的诈骗犯罪（捐款诈骗）中，对于从自己的财产中拿出一定金额本身，是被害人在同意的基础上自己亲自实施的。而且，因捐赠而导致“财产减少”的事实本身，也不会因为受捐赠人的“请向交通事故孤儿献爱心”是谎言还是真心话而有所改变。因此，认为这种犯罪是对于“持有一定财产”这种“静止状态”的侵犯，就未能准确评价犯罪事实。这

种情况下,毋宁说,问题在于,“被害人收到的是,能够形成处分财产之动机的、有违真实的信息,并由此处分了财产”。换言之,受到侵害的,并非“持有财产的状态”,而是“不收到引起处分财产之动机的错误信息,并由此处分财产的权利”。亦即,保护的是财产处分中的“动态自由”。

需要注意的是,在解释为“法益”的情形中,一直以来均包含这种“动态自由”不受侵犯的权利。

### 三、研讨的顺序

剩下的问题是,在“国家法益”“社会法益”与“个人法益”这三类法益中,究竟应先从哪一类开始分则的犯罪的排列与各论的学习?

现行刑法的“分则”始于内乱罪这一针对国家法益的犯罪,终于毁弃以及隐匿犯罪这一针对个人法益的犯罪。但在目前,有力观点主张,按照宪法“尊重个人”(《宪法》第13条)的规定,应从针对个人法益的犯罪开始论述,事实上,在各论教科书中,从针对个人法益的犯罪开始解说的占压倒性多数。

不过,应从针对个人法益的犯罪开始各论学习,除此之外还有其他理由。例如,针对个人法益的犯罪更为日常化,数量也更多,故而解释论上的问题点也很多,结构也相对简单。因此,本书的解说顺序也是,从针对个人法益的犯罪开始,再依次是针对社会法益的犯罪、针对国家法益的犯罪。

#### 【问题研讨】

学习“刑法各论”的意义何在?

#### 【解说】

“刑法各论”学习的是一种规则,该规则针对的是,被个别化的犯罪的成立或者特殊情形下的不成立,以及特殊情形下的刑罚减免等。该规则的适用对象,不但包括刑法典(狭义的刑法)中的犯罪,还广泛地包括特别刑法以及行政刑法(广义的刑法)中的犯罪。但在“刑法各论”的实际讲授中,提到的基本上都是刑法典中的犯罪。因此,在学习了“刑法总论”之后,应当以“司法实务中相对重要且频繁发生的犯罪类型,而限于刑法典中的犯罪”这一点为前提,明确以刑法典中的犯罪为中心学习“刑法各论”的意义。

这里首先应当明确“各论”的意义。其首要目标是,通过学习有关具体犯罪的成立或者不成立等的规则,以确定具体构成要件的适用界限(“犯罪的确定”)。若用口号式的方式来表达的话,其意义就在于,“为了不对小偷适用杀人罪”。

其次,以刑法典中的犯罪为例学习刑法各论,并结合对有关犯罪分类的体系的学习,有利于培养对广义刑法中的犯罪构成要件解释的应用能力。最为重要的是,明确具体条文的意义、立法宗旨,以及此罪与彼罪之间的关系。所谓保护法益,正是在这种工作中得以阐明的。法益,绝非先验性地存在,并引领对条文的解释。



最后，“刑法各论”还必须面向未来探求更好的刑法。在此意义上，通过确定现行法规的解释界限，将具体刑罚法规与社会现实结合在一起，探求是否需要修正刑法以使之更加适应社会或者规范的发展，以及刑法的修正方法等问题。这些也是“各论”学习中极为重要的课题。



## 第二部分 针对个人法益的 犯罪（之一）

——针对“生命体”的  
生命、身体的犯罪



## 第二章

# “人”的“始期”与“终期”

刑法典规定了杀人犯罪、堕胎犯罪、遗弃犯罪等攻击“生命体”之生命的犯罪。<sup>\*</sup>对生命体而言，“生命”是作为其存在基础的最重要的“财”，生存不受侵犯，是构成生命体之存在基础的最根本的“权利”。杀人犯罪之后，还规定了伤害犯罪、过失伤害犯罪等针对“人”的身体的犯罪。因此，“各论”的学习，应从针对“生命体的生命、身体”的犯罪开始。

※“生命体”与“人”：虽然在生物学意义上同属于“智人”（Homo·sapiens），但刑法典是以出生前后来区分针对“生命体”的犯罪及其刑罚的。出生之前只可能构成堕胎犯罪（第29章），而出生之后则可能构成杀人犯罪（第26章）、伤害犯罪（第27章）、过失伤害犯罪（第28章）、遗弃犯罪（第30章）。并且，堕胎犯罪中使用的是“堕胎”一词，而杀人犯罪等犯罪中，则将攻击的对象（客体）称为“人”。也就是，刑法中的“人”，是指出生之后的“生命体”。为此，本书将出生前的客体称为“胎儿”，将出生后的客体称为“人”，将两者（如后所述，还包括成为“胎儿”之前的“生命体”的受精卵或者胚胎）统称为“生命体”。

## 第一节 “人”的“始期”

### 一、意义

私权的享有，始于“出生”（《民法》第3条第1款）。通过“出生”即“作为

<sup>\*</sup> 同样是“人”，日文原文分别使用了片假名“ヒト”与汉字“人”。虽然发音相同，但此处的“ヒト”是指包括受精卵、胎儿以及出生后的自然人在内的广义上的生命体，而“人”则仅仅指出生后的自然人，即作为人格主体的生命体。为此，在本章中，将“ヒト”译为上述意义上的“生命体”，而将“人”直译为“人”。——译者注

活体被产出”，“生命体”就成为“人”（人格）。对于剥夺“人”的生命的行为，刑法依据杀人罪（第199条）、伤害致死罪（第205条）、过失致死罪（第210条）等进行处罚。相反，杀害“出生”前的“胎儿”的行为，仅构成“堕胎罪”（第212条以下）。与杀人罪相比，堕胎罪的法定刑要轻，且不处罚过失行为。也就是，在刑法上，“人”受到了远胜于“胎儿”的更全面、更优渥的保护。为此，确定“人”的始期，就意味着确定这种优渥保护的开始时点。

然而，不论是“胎儿”还是“人”，都不过是对连续的“生命体”基于特定时点所做的区别而已。有学者提出，“死亡”也不过是连续过程中的一个时点而已（⇒喂孝一·《脳死を学ぶ》），但关于“人”的始期，则存在更为激烈的论争。

## 二、部分露出说与全部露出说

有关“人”的始期，学界存在下述四种观点之间的对立：（1）“开始分娩说”（“开始生产说”）认为，人的始期为，出现阵痛这种标志着开始生产的时点；（2）“部分露出说”认为，是胎儿身体的一部分（例如，头部）露出母体之外时；（3）“全部露出说”认为，是胎儿身体全部露出母体之外时；（4）“独立呼吸说”认为，是胎儿开始独立用肺部呼吸之时。其中，第（3）说是民法学界的通说，但刑法学界则以第（2）说为多数说。

刑法学界支持第（2）说的根据一般是，在“生命体”部分露出之时，便可对其直接实施外部攻击——以下称之为“直接攻击可能性”。反之，民法学界支持第（3）说的根据则在于，“对于无法判断胎儿究竟是部分露出后死亡还是在此之前死亡的情形，（部分露出说）实际是难以处理的”（辻正美·《民法総則》第43页）。

但是，针对第（2）说，有批判观点认为，“能否直接实施攻击这一标准本身，是试图通过行为样态来区分客体的性质，在这一点上可以说，这种确立刑法标准的做法是不妥当的”（⇒平野·诸问题（下）第260页以下）。并且，依据将堕胎定义为“于自然分娩期之前，人为地将胎儿排出母体之外”（大判明治39·7·6刑录12—849、大判明治42·10·19刑录15—1420、大判明治44·12·8刑录17—2183等）的通说，该观点还提出，在自然分娩期到来后部分露出之前，将胎儿杀死于胎内的，按照第（2）说，就势必出现既不构成堕胎罪也不构成杀人罪的“处罚漏洞”，从而主张刑法也应当采用“全部露出说”，并进一步将堕胎定义为，杀害包括“部分露出的胎儿”在内的“杀害胎儿”的行为（大判明治36·7·6刑录9—1219判定，在胎儿的头顶露出时，动手致胎儿窒息死亡的，应构成堕胎罪。而此后的大判明治42·10·19刑录15—1420则认为，只是提前排出胎儿但胎儿并未死亡的，也构成堕胎罪。尽管就这一点，明治42年判例对明治36年判例做了判例变更，但在对于胎儿部分露出后仍可按照堕胎罪处理这一点上，明治36年判例并未丧失先例意义，仍对后续判例具有先例约束力）。

对于这种观点，批判意见提出，难以想象，全部露出之前与之后，生命价值会有什么（根本性）不同（佐伯＝道垣内·第318页〔佐伯〕）。但是，如前所述，就“生命体”而言，在现行法上，“出生”之前还是之后，是存在巨大的价值之差的，

即，据此确定有无权利能力（《民法》第3条第1款）。如果将民法规定中的“出生”理解为“全部露出”，则只要这种民法解释并非不合理，那么，刑法将杀害“全部露出”之后的权利能力人的行为解释为“杀人”，将杀害“全部露出”之前的“无权利能力的生命体”的行为解释为“堕胎”，这种做法也自然是合理的。因此，在本书看来，第（3）种观点要更为合理（“全部露出说”并非仅是民法的专利，这一点不容忘记。在《户籍法》上，对于全部露出之前死亡的胎儿，也是作为“死产”来处理的。如果“忠实地”适用“部分露出说”，被害人在《户籍法》上是作为“死产”来处理，但在刑法上却要就此构成杀人罪）。

※“堕胎”的定义：如前所述，判例一般将“堕胎”定义为“于自然分娩期之前，人为地将胎儿排出母体之外”，但另有判例认为，杀害腹内胎儿的行为也构成“堕胎”（大判明治36·7·6刑录9—1219等），为此，现在的判例及通说将“堕胎”定义为，“于自然分娩期之前，人为地将胎儿排出母体之外”（“提前排出”）或者“杀害腹内胎儿”（“杀害胎儿”）。

※※部分露出说的长处？部分露出说的支持者认为，对于新生儿所受的伤害，可以相对容易地判断究竟是发生在部分露出之前还是之后，但却很难判断究竟是在全部露出之前还是之后（大谷实·“刑法における人の生命の保護”团藤古稀第2卷第342页；大谷·各论第9页）。但是，这不过是证明的难易程度的问题；而且，如果在胎儿位于胎内之时，被告便对孕妇的腹部持续施加暴力，并且在胎儿部分露出之时，对胎儿的头部继续实施打击的，但在部分露出的时点，胎儿是否已经死亡存在疑问的情形下，刑事案件的处理也同样存在“对于无法判断究竟是部分露出之后死亡还是在此之前死亡的情形，难以处理”这样的难点。

※※※对于分娩过程中的“生命体”的保护与“分娩开始说”：不过，因为各种各样的理由，认为分娩过程中的“生命体”往往更容易受到攻击，因而与“胎儿”相比，更有必要予以保护的观念也并非没有道理。这是因为，在对“未婚妈妈”的社会性责难相对强烈的时代，完全能够想到，在分娩过程中，孕妇可能会作出杀害胎儿的举动。德国《刑法》原第217条（已于1998年删除）“杀害婴儿”想必原本也是出于这种旨趣。不过，如果这样考虑的话，就应该是采取“分娩开始说”而非“部分露出说”。

### 三、母体外的存活可能性与“人”

不过，上述观点也是附条件的。现在的问题是，随着早产儿医疗技术的日益发达，过去不可能存活的——尤其是允许人工流产的妊娠满22周前后——超早产儿也有可能存活下来。在这种超早产儿的场合，“部分露出说”与“全部露出说”的观点是否仍然妥当，也便成为问题。

事实上，在根据《母体保护法》允许实施人工流产的“在母体外无法存活”期

间(《母体保护法》第2条第2款。按照厚生省事务次官的通知,该时间被理解为妊娠满22周之前),即便在因人工流产而排出体外的时点,胎儿仍然是存活的,也是作为流产来处理的,不承认其具有继承权等权利能力。因此,在现实中,无论是“部分露出说”还是“全部露出说”,又或者是权利能力的赋予,都是以胎儿“在母体外存活的可能性”为条件(⇒佐伯=道垣内·第323页〔道垣内〕)。此外,对于怀孕34周时因交通事故而被排出母体之外的、已不具有存活能力的“生命体”,秋田地判昭和54·3·29刑月11—3—264认为,“在刑法上,上述分娩儿尚不能谓之为‘人’,而仍然处于胎儿的延长期上”,进而否定成立业务过失致死罪)。因此,所谓“人”,应解释为,“具备在母体外存活之可能性的、已全部露出母体的生命体”(持类似观点的,参见小暮等·各论第16页〔町野朔〕)。

※如果出现完全的人造子宫?不过,早产儿医疗发展到极限,完全的人造子宫被开发出来,受精卵可以完全在母体外成长发育至新生儿的时代,说不准什么时候就会到来。但是,即便是在那种时代,想必也不能从试管内的受精卵阶段开始——以在母体之外有可能存活的“生命体”已经全部露出母体之外为理由——就认可其权利能力。因此,对于那种主张是否属于“人”应取决于是否“具有在母体外存活的可能性”的观点,就有再考之必要。这样看来,也许直接从胎儿的发育阶段即加以区分的做法要更为合适。⇒伊东·各论第16页以下、松宫孝明·《年報医事法学》4(1989年)第121页以下。

#### 四、伤害胎儿

受药物或者有毒物质的影响,生出畸形或者身体残疾的胎儿的,有可能出现既不构成堕胎罪也不构成伤害罪的事态。这是因为,“伤害胎儿”既不属于“杀害胎儿”或者“早期排出”,也不属于“伤害他人”。

实际成为问题并引起社会高度关注的案件是,因母亲服用了沙利度胺(thalidomide)镇静剂而导致胎儿畸形的“沙利度胺事件”,以及因有机水银中毒而患胎儿性“水俣病”的“水俣病事件”。具体而言,在“沙利度胺事件”中,药物的催生畸形的作用仅限于妊娠一月左右时,但不会对出生之后的人的健康状况造成影响;而在“水俣病事件”中,患者自出生时便带有重度水银中毒的障碍,因而两者都不属于以“人”为对象的伤害罪,也不属于针对“早期排出”或者“杀害胎儿”的堕胎罪。

尽管如此,对于“沙利度胺事件”,德国亚琛地方法院于1970年判定成立伤害罪(案件因其他原因而终止,最终未作出有罪判决);对于“水俣病事件”,日本最高裁判所也判定成立业务过失致死罪(最决昭和63·2·29刑集42—2—314、百选ⅡNo.3。构成致死罪是因为有患者在出生后死亡)。特别值得关注的是,日本最高裁判所是以“胎儿构成母体的一部分”为理由,而将胎儿阶段的加害行为理解为针对母体的伤害行为;并且,在因该加害行为而导致出生后的孩子此后死亡の場合,判定属于“使人发生病变而引发其死亡的结果”,进而判定成立过失致死罪。



但是，即便能将针对胎儿的加害行为视作是对母体之一部分的加害，这种做法也无视了被加害人（母亲）与死亡人（孩子）之间的不一致。并且，现行刑法中根本不存在将胎儿视为母体之一部分的规定或者根据，非但如此，自己堕胎的，不仅不是不可罚的自伤行为，而且是应构成独立的犯罪（《刑法》第 212 条）。这一事实就已经证明，刑法是将胎儿独立于母体进行保护的。而且，“沙利度胺事件”与“水俣病事件”中，女性的生殖机能未必受到了伤害，因而也并非“妨害了母亲生出健康孩子的机能”（藤木·各论第 188 页）。

毋宁说，在一直以来的肯定说中，有力观点是，将伤害胎儿视为，对具备“人”之机能的萌芽的胎儿的加害行为，在受伤害的胎儿出生为人时，就以结果上存在“对人的伤害”为理由，判定成立针对出生后的人的伤害罪（“水俣病事件”一审判决：熊本地判昭和 54·3·22 刑月 11—3—168 等）。其理由在于，在该情形下，尽管在实施加害行为当时尚不存在作为伤害罪客体的“人”，但正如挖陷阱时尚未出生的孩子在出生后落入陷阱而受伤的情形那样，显然不能说，要成立伤害罪，以行为当时有“人”存在为必要。

但是，针对该观点，有反论指出：诚然无须“行为与客体同时存在”，但在落入陷阱时，也就是在陷阱实际发挥“作用”时，却以“人”的存在为必要，在此意义上，“作用与客体同时存在”是必要的，但典型的伤害胎儿案件中是不具备这种同时存在性的，所以不应将伤害胎儿案件与陷阱案件相提并论（齐藤〔诚〕·各论第 475 页以下等）。本书认为，至少上述意义上的“作用与客体同时存在”还是需要的，无论依据哪种逻辑，我们都不能无视这一点（当然，如果药物的作用在出生后依然持续，由此造成出生后的健康状况更加恶化的话，就满足了同时存在的原则）。若非如此，虽然因不小心而流产的孕妇不构成任何犯罪，但孕妇因不小心而喝下了会引发胎儿畸形的药物，尽管胎儿没有死亡而是活着产下的，却要成立过失伤害罪，这之间显然会出现不均衡。总之，针对伤害胎儿的问题，我们期待能够制定出，可以将现行法的堕胎罪与伤害罪、过失伤害罪等纳入视野之中的、更好地保持各种情形之间的均衡的立法（同旨，大谷·各论第 27 页、须之内·各论第 10 页。德国的《胚胎保护法》中有针对伤害胎儿行为的处罚规定）。

## 第二节 “人”的“终期”

### 一、意义

“人”的“终期”即“死亡”，在民法上会引起私权享有主体的消灭以及继承的开始（《民法》第 882 条），而在刑法上，则会由杀人罪等的客体转化为遗弃尸体罪（《刑法》第 190 条）的客体。

### 二、“三征候说”与“脑死亡说”

关于人的“死亡”的判断标准，存在以下两种对立的学说：（1）“三征候说”

认为,应同时具备心脏(脉搏)不可逆转地停止跳动、自发性呼吸不可逆转地停止以及瞳孔放大这三种症候;(2)“脑死亡说”则认为,应以脑机能不可逆转地停止作为标准。“脑死亡说”还进一步包括“全脑死亡说”“脑干死亡说”“大脑死亡说”等三种具体观点,其中,“全脑死亡说”是多数说(英国采取“脑干死亡说”)。

不过,为了在伦理与法律上使移植处于“脑死状态”的患者的器官(以下称为“脑死移植”)成为可能,就必须认为,处于“脑死状态”的患者已经死亡。这是因为,若非如此,实施移植手术的医师就是从活着的患者身上摘取心脏等器官,势必要成立杀人罪(但也有观点认为,为了移植而杀人的,可以阻却违法性)。为此,一方面,能否将这种脑死视为“人的死亡”,尚存在激烈论争;另一方面,“脑死”本身的判断标准的统一也是问题。1985年,当时的厚生省的脑死判定标准研究组制订了由脑干反射与无呼吸测试构成的标准模式(以研究组组长姓名命名,一般称为“竹内标准”)。1997年颁布的《关于器官移植的法律》(“器官移植法”),规定在一定条件下,可以“从脑死亡人的身体”中摘取移植用器官。但该法并不包含将“脑死”认定为“人的死亡”这种旨趣,只不过是规定了允许摘取移植用器官的条件。

根据该法第6条第2款,该法中的“脑死”,是指预定将被摘取移植用器官者“被判定为,达到了包括脑干在内的全脑机能的不可逆转地停止的程度”。这被称为“全脑死”。问题在于,这里所谓“全脑机能”,包括“脑的全部机能”与“脑的整体机能”两种类型。厚生劳动省标准(“竹内标准”)以及支持该标准的“脑死临调”(“脑死以及器官移植临时调查会”)的多数意见采取的是后一种观点。按照这种观点,即便来自中脑(diencephalon)丘脑下部(丘脑下部〔hypothalamus〕,除了作为自律神经系统、荷尔蒙系统、体液调节系统的中枢而发挥作用之外,还作为大脑边缘系统的一部分,为维持生命而发挥着重要机能的、为维持血压的抗利尿荷尔蒙分泌,以及维持体温等的脑机能仍然有效,也是可以诊断为“脑死”的(关于脑神经外科医师在“脑的整体机能”的丧失与停止这一意义上使用“脑死”概念,参见 Christopher Pallis〔植村研一等译〕《人間の死と脳幹死》。另外,《脳死論争で臓器移植はどうなるか〔生命倫理に関する米大統領評議会白書〕》〔2010年〕〔上竹正躬译〕承认,存在全脑机能并未完全丧失的情况,从而提出以“全脑浊”〔total brain failure〕概念替代“全脑死亡”)。

一般认为,有关能否将“脑死”视为人的死亡的问题,一直以来存在持肯定态度的“脑死说”与持否定态度的“三征候说”之间的对立。但是,这种对立模式未能把握问题的实质。也有观点虽支持将“脑的全部机能不可逆转地停止”视为死亡,但同时又认为,“竹内标准”这种脑死判定的临床标准无法对“脑的全部机能不可逆转地停止”进行测定,因而对于以这种标准来判断人之死亡的做法,持否定态度(⇒立花隆・《脳死》《脳死再論》《脳死臨調批判》;中义胜・《刑法雑誌》第27卷第4号第907页、《刑法雑誌》第32卷第3号第427页;松官孝明・“‘脳死’について”中古稀・第419页以下;松官孝明・“臓器移植法の問題点とその見直

しにむけて”大野古稀·第409页以下)。基于上述立场,对于围绕死的定义、概念或者标准等问题的论争,也完全有可能从另外的角度进行整理。

### 三、“(全)脑死亡”的含义

概言之,针对“脑死亡问题”,现在最大的问题在于,即便我们可以将脑机能的全部丧失视为“人的死亡”,但现在的脑死判定标准是否意味着这种“人的死亡”呢?《器官移植法》规定,以厚生劳动省令作为“脑死”的判断标准(《器官移植法》第6条第4款),具体而言,就是以“竹内标准”作为判断标准(⇒《关于脏器移植的法律施行规则》第2条)。

但从根本上说,包括“竹内标准”在内的脑死亡判定的临床标准,不过是显示该患者已处于无法苏醒的临界点(point of no return)。这原本是为了契合脑神经外科医师所关心的“苏醒”问题而制定的。并且,该标准还有“在现有医疗技术条件下”这种限制。这样,问题就在于,这种作为“苏醒临界点”的“脑死”,能否完全满足有关“人的死亡”的社会“标尺”?

对此,有批判认为,“已经无法挽救”的状态,并不一定就意味着“已经死去”的状态(立花隆·《脑死》《脑死再論》《脑死臨調批判》)。原因在于,即便在这种状态下,仍然存在诸如维持血压等几项重要的脑机能。并且,正如最近的“低体温疗法”(或者“脑低温疗法”)的开发所显示的那样,随着苏醒医疗技术的发展,“无法苏醒的临界点”逐渐延迟。在此意义上,当下的脑死亡判断基准,不过是受现在的医疗技术限制的相对标准而已。

如此一来,以这种相对性的标准来判定“人的死亡”,就有过度偏离传统的“人的死亡”观念之虞。即便从政策上来看,是否需要放弃发展苏醒技术而优先开展移植医疗,是一个迫切需要作出重大医疗政策性决断的问题,但让医疗相关人员直面这一问题,则并不妥当。况且从尚存意识的人身上摘取器官的做法,在伦理上也几乎是不被允许的。因此,《器官移植法》第6条第4款所谓“厚生劳动省令”,就应该完全如字面含义那样,采取能够判断“脑的全部机能不可逆转地停止”的标准。相反,也有这样理解的余地:现在的“省令”采取的是,“脑的整体死亡”这一意义上的“全脑死亡标准”即“竹内标准”,但这种“省令”并非上述《器官移植法》第6条第4款所谓“厚生劳动省令”。

※“低体温疗法”与脑死亡判断:《有关〈关于器官移植的法律〉之运用的指针》第7条之二第6项规定,“开始进行脑死亡判断之时,应以针对原疾患此前采取了所有能采取的适当治疗为当然前提,但需要注意的是,有关脑低温疗法的适应问题,应由主治医师根据患者的病情等进行判断,并未以采取该治疗作为进行脑死亡判断的条件”。但是,疑问在于,“应由主治医师根据患者的病情等进行判断”几乎适于所有疗法,仅仅特别指出“低体温疗法”,这难免不给人该指针对于此疗法是持消极态度这样一种印象。

### 第三节 今后的课题

#### ——受精卵与胚胎的保护——

##### 一、受精卵与胚胎的法律地位

在刑法中，“胎儿”是指胚胎着床于子宫之后的“生命体”。在体外受精技术已经普及的今天，有关着床前的受精卵或者胚胎的法律地位及其保护方法等问题，就引起了极大关注与论争：究竟是应该（1）认为受精卵或者胚胎包括在损坏器物罪之对象的“物”之中（石原明·《医療と法と生命倫理》第13页以下、佐伯一道垣内·第312页以下），还是应该（2）将受精卵或者胚胎作为类似于“胎儿”的“人的生命萌芽”而赋予其特殊的法律地位（前田等·医事法第154页以下〔松宫孝明〕、综合科学技术会议生命伦理调查会：“ヒト胚の取扱いに関する基本的な考へ方”第5页。山口·各论第5页似乎也是相同宗旨）？

按照第（1）种观点，对于损坏着床之前的受精卵或者胚胎的行为，就有可能适用《刑法》第261条的损坏器物罪。但是，正如《民法》第206条所规定的那样，“所有权人于法令限制的范围内，有自由使用、收益以及处分所有物的权利”，同时就必须承认，以所有权人的自由处分为根据，所有权人对受精卵的处分行为就属于正当行为（不过，谁才是受精卵的所有权人呢？是精子或者卵子的提供者，还是使之受精的人呢？这也是一个难题，这里对此不做进一步探讨）。法令的限制只是一种例外，只要没有法令上的限制，就应遵循“财产权不受侵犯”原则（《宪法》第29条第1款）。其结果就是，只要是依据“所有权人的意思”，出于体外受精之外的其他目的而制作受精卵的行为，也是被允许的。

反之，按照第（2）种观点，对于损坏受精卵的行为，就不可能适用《刑法》第261条的损坏器物罪。虽然并非完全不可能“适用”（⇒加藤久雄·《医事刑法入門》第110页）或者“类推适用”《刑法》第212条以下的堕胎罪，但在这种情形下，就难免不会把诸如使用“避孕环”等在有适应事由的情形下，使受精卵死亡的行为都按照堕胎罪来处理，这样一来，将堕胎的对象仅限于着床之后的胚胎的意义，也就不复存在。毋宁说，对于阻止受精卵着床而致其死亡的行为，不是将其视为犯罪，而是将其视为一种自然现象，要更为合适。

※民法中的“胎儿”的始期：就是在民法上，或者也是认为，所谓“胎儿”，最早也应该是指着床之后的“生命体”。若非如此，如果此后活着出生了的话，那么，在体外受精的阶段，该“生命体”就已经拥有了继承权。但如此一来，在受精之后着床之前的阶段，被继承人死亡的，为了争夺继承权而不惜加害受精卵的危险，就会大大增加。

※※“生命体”能否成为所有权的客体？从历史上看，正如奴隶制下“生命

体”曾经是所有权的对象那样，“生命体”也并非不可能成为所有权的对象。但是，在此情形下，所谓类似保护动物的视角暂且不论，奴隶主杀害——或者得到奴隶主的同意而杀害——奴隶的行为，就不可能构成犯罪。这是因为，财产犯的客体原则上限于“他人之物”。然而，现在能否对受精卵也做同样解释，这本身就是问题。

## 二、立法的必要性

这样，如果认为堕胎罪的“适用”违反文理，其“类推”也欠缺实质妥当性——当然也有违罪刑法定原则——而不应当允许的话，就有必要以既非“人”亦非“胎儿”的“人的生命的萌芽”作为对象，重新进行立法。不过，由于胚胎是“人的生命的萌芽”，“父母”或者精子、卵子的提供者就不能对其自由处置，理应类似于胎儿那样，从公共视角保护胚胎——但正如“避孕环”的例子所示，尚不存在保障所有受精卵都获得着床机会的规范。其结果就是，对于制作受精卵的行为，就不是作为例外而是原则上，应以“人的尊严”等为理由而给予某种限制。在现代日本社会，至少与禁止买卖移植用器官相比，禁止买卖受精卵会成为更容易被接受的规范。

具体而言，以摘取ES细胞（胚胎干细胞）为目的而制作、破坏、让渡受精卵的，或者出于研究或其他目的而利用剩余胚胎的行为，就成为论争焦点。受精卵因没有着床机会而死去，至少在现阶段，这是受精卵的“命运”，而未损害“人的尊严”。因此，需要注意的是，以“反正是要死亡的”为理由，而恣意处置受精卵的行为，是不可能被正当化的。相反，对于业已存在的胚胎干细胞或体性干细胞的利用目的的限制——禁止制造克隆个体等——就属于不同层面的问题。

无论如何，法学理论，不仅仅是为了解释现行法，还应有助于制定应然的立法以及确定相关问题的法律上的定位，因此，因为要适用现行《刑法》第261条，而付出有损“基于所有权的自由处分”原则的巨大代价，无论在理论还是实践中都是问题多多。为此，就需要给予属于“人”——服从于“法律面前人人平等”原则——之生命萌芽的受精卵以“家畜之上，胎儿之下”的法律地位。

※针对受精卵或胚胎的侵权行为：即便受精卵或者胚胎既不属于“人”也不属于“胎儿”，在《民法》特别是《侵权行为法》中，也完全有可能依据对现行《民法》第709条的解释，要求行为人承担赔偿责任，这里的侵害客体就是，作为“人的生命的萌芽”的“萌芽的人格权”。这一点可以为因着床之前受到攻击而怀有障碍并出生的“人”的赔偿请求权——不过，不同于继承权的情形，以《民法》第721条所谓“胎儿”包括“受精卵或者胚胎”为条件——提供根据；而在未能（活着）出生的场合，这一点也可以构成想拥有孩子的父母或者近亲属的期待权。

※※“生命体”的称谓的变化：综合以上说明，可以将“生命体”的称谓变化概括如下。当然，“尸体”已经不再属于“生命体”。

受精→（受精卵、受精卵分裂成长为胚胎）→子宫着床→（胎儿）→出生：存

在部分露出与全部露出之争→（人）→死亡→（尸体）

### 【问题研讨】

论述将“生命体”的受精卵作为损坏器物罪之客体的观点是否妥当。

### 【解说】

根据现行法，着床于子宫之前的“生命体”的受精卵，尚不属于堕胎罪中的“胎儿”。其理由在于，刑法制定当时并不存在体外受精技术，因而未曾预料到受精卵会存在于母体之外这种事态；另外，如使用“避孕环”那样，以阻碍受精卵着床的方式来实施避孕的行为，也不属于堕胎罪的对象。但是，在受精卵有可能在母体外存活一定时间的当下，刑法不保护受精卵使其免遭攻击，则会给人一种不太合适的感觉。

为了避免出现这种不合适，首先能够想到的方法是，扩大堕胎罪的对象范围，将受精卵也解释为“胎儿”。但是，如此一来，只要不存在《母体保护法》上的“允许适用事由”，那么，采用像前述“避孕环”那样的避孕方法，就有可能全部构成违法的堕胎。为此，又有观点主张，考虑到《刑法》第261条的损坏器物罪，将针对家畜、宠物等属于人之所有权的客体的动物的攻击行为，也列为适用对象，那么，受精卵也符合《刑法》第261条中的“物”。

但是，受精卵既不是精子也不是卵子，而是一种独立的生命体，将其认定为所有权的客体，就如同将“胎儿”作为所有权的客体的做法一样，这有违社会的一般法感觉。如果这里的问题在于，需要保护受精卵免遭精子或卵子的提供者或者经其同意的研究者的恣意处置，另外，如果我们也承认受精卵的所有权归属于精子或卵子的提供者，那么，仅以“他人之物”为对象的损坏器物罪，是无法解决此类问题的。不仅如此，一旦将受精卵视为所有权的对象，要禁止所有权人的破坏行为，就必须采取类似于动物保护法的视角。

也许有观点认为，或多或少会有些体外受精卵不被移植到母体之内而就此死亡，因而如其这样还不如将其用于研究，但应该说，这种观点过于简单武断。这是因为，虽然无法保障受精卵拥有请求着床的权利，但承认其具有受到保护以免遭除妨碍着床之外的其他方法攻击的权利，这在逻辑上是完全有可能的。在此意义上，受精卵的法律地位虽然低于胎儿，但却与家畜存在质的差别。

总之，既然已不可避免地需要通过立法来解决该问题，就有必要通过新的立法，给予作为“人的生命的萌芽”的受精卵以适当的法律地位与相应保护。

## 第三章

# 杀人犯罪

### 第一节 概述

杀人的，处死刑、无期或者5年以上惩役（第199条）。犯罪未遂的，应当处罚（第203条）。

以犯第199条之罪为目的进行预备的，处2年以下惩役，但是可以根据情节免除刑罚（第201条）。

教唆或者帮助他人自杀，或者受他人嘱托或得他人承诺而杀之的，处6个月以上7年以下惩役或者禁锢\*（第202条）。犯罪未遂的，应当处罚（第203条）。

#### 一、杀人犯罪的分类

对于故意的杀人犯罪，现行刑法仅仅将其分为两类：第199条的杀人罪与第202条后段的同意杀人罪（包括基于被害人之嘱托的情形即“嘱托杀人”，与得到被害人承诺的情形即“承诺杀人”）。与设定了谋杀、毒杀等诸多杀人类型的旧日本刑法以及深刻影响了日本的欧美各国刑法相比，这一点是现行刑法有关杀人犯罪之规定的显著特征。

\* 根据日本《刑法》第13条的规定，禁锢，是与惩役相对应的一种自由刑，也分为有期禁锢与无期禁锢。但无期禁锢这种刑罚非常罕见，自1947年以来就不曾适用。虽同样是被拘禁（监禁）在刑事设施内，但禁锢与惩役的根本区别在于，可以不从事一定的劳役。以前，禁锢主要是针对政治犯与过失犯，惩役则主要是针对“寡廉耻的犯罪”（例如，杀人、盗窃等基于应受道德谴责的动机而实施的犯罪）。虽然这种理解的影响并未完全消除（例如，作为政治犯的内乱罪就没有惩役刑），但现在已基本不再采取这种理解（例如，业务过失致死伤罪等过失犯虽然并非“寡廉耻的犯罪”，但仍可被处以惩役刑）。我国学者多将禁锢译为“监禁”，这并不合适。因为，（1）这容易混淆禁锢与惩役之间的区别；（2）监禁并非一种刑罚，而只是执行刑罚的方式，与拘禁几乎没有区别；（3）监禁的原意仅在于，不考虑对方的意思，一定时间内将其关押在一定场所（例如，监禁罪）。——译者注

为此,第199条的杀人罪就包含各种情节的案件在内。法定刑幅度很大,自死刑至5年有期徒刑(2004年刑法修正前为3年)的原因,也在于此。不过,按照通说与判例观点,《刑法》第240条后段的抢劫致死罪包括了故意的抢劫杀人,因而,如果加上该类型,杀人犯罪便包含三类。但抢劫杀人罪的法定刑仅仅是死刑与无期徒刑,这样反而限制了量刑的裁量范围。

## 二、与针对不特定、多数人实施的大量杀人之间的关系

不过,有关针对不特定、多数的被害人的大量杀人行为,刑法规定了**颠覆火车等致死罪**(第126条第3款)与**将毒物等混入水道致死罪**(第146条)。两罪都是重罪,前者的法定刑是死刑或者无期徒刑,后者的法定刑是死刑、无期徒刑或者5年以上有期徒刑。这些犯罪都是结果加重犯,对于加重结果,未必需要行为人存在故意,但即便行为人具有希望或者放任某些人死亡这种故意,也仍然有适用之可能。在此情形下,便会出现如何处理上述犯罪与杀人罪之间的罪数关系的问题。

这些犯罪自始便是针对不特定、多数的被害人的犯罪,属于“针对社会法益的犯罪”,因而不同于杀人罪,即便存在复数的被害人,也仅成立一罪。

## 第二节 杀害尊亲属罪(旧第200条)

### 一、最高裁判所作出的违宪判决

直至1995年,《刑法》第200条一直存在“杀害尊亲属”的规定:凡杀害直系尊亲属——包括配偶的直系尊亲属在内——的,处死刑或者无期徒刑。1973年4月4日的最高裁判所大法庭判决(最大判昭和48·4·4刑集27—3—265)以14比1的压倒性多数认为,该规定违反《宪法》第14条第1款所保障的“法律面前人人平等”原则,并以此为理由判定该规定违宪、无效。自此以后,直至1995年被删除为止,未再适用该法条。

不过,有关“违反平等”原则的理由,具体审理该案的最高裁判所法官之间存在意见分歧:(1)一种观点认为,对杀害尊亲属的行为做特别处置的做法本身就是其理由;(2)另一种观点则认为,即便同样是杀害尊亲属——尤其是像子女受到父母的性虐待的情形那样——犯罪情节也是各种各样,但法定刑只有死刑与无期徒刑,这与具有类似情节的其他普通杀人相比,法定刑显然过重——尤其是,根本没有缓期执行的余地(在14名法官中,6人持前一观点,8人持后一观点)。为此,有观点此后主张,法定刑并非如此重的**伤害尊亲属致死罪**(旧第205条第2款)、**遗弃尊亲属罪**(旧第218条第2款)以及**逮捕监禁尊亲属罪**(旧第220条第2款)是合宪的(最判昭和51·2·6刑集30—1—1判定,伤害尊亲属致死罪是合宪的)。此外,作为立法论,也有观点主张,应维持第200条的杀害尊亲属罪,但应降低其法定刑。



## 二、涉及尊亲属的犯罪的一概删除

但是，1995年的刑法部分修正之际，涉及上述尊亲属犯罪的规定，全部被删除。曾有案件就是起因于，属于尊亲属的父母虐待了属于卑亲属的子女，因此，立法当局认为，被害人是尊亲属的事实对于量刑会产生有利或者不利的影 响，对此只要依据具体案情进行判断即可。

## 第三节 参与自杀、同意杀人

《刑法》第202条规定了4个构成要件，其中，前段规定了教唆自杀与帮助自杀，后段规定了嘱托杀人与承诺杀人。这4个犯罪的法定刑都是6个月以上7年以下 惩役或者禁锢。教唆、帮助自杀的，合称为“参与自杀”；反之，嘱托杀人与承诺杀人则合称为“同意杀人”。

### 一、自杀（未遂）的不处罚根据与参与自杀的着手时点

《刑法》第202条前段的参与自杀之处罚规定的最大问题在于：“明明自杀本身不受处罚，却为何要处罚自杀的参与行为呢？”该问题实际上是通过明确参与自杀罪的法律性质，探究该罪与普通的共犯（《刑法》第60条以下规定的共犯）之间的关系，进而也体现在有关该罪的未遂成立时点的论争上。

关于不处罚自杀行为的理由，存在（1）责任阻却说、（2）违法阻却说（自杀正当行为说）、（3）不可罚的违法说等观点之间的对立。

第（1）说（责任阻却说）认为，自杀也属于《刑法》第199条所谓“杀人”，该当于杀人罪的构成要件，原则上是违法行为，但由于自杀者在精神上受到压制，因而无法对自杀行为本身进行非难（泷川·各论第30页）。在这种场合下，参与自杀者精神上并未受到压制，没有理由不受处罚，因而应成立《刑法》第60条以下的共犯（以通说即“限制从属形式”为前提。→总论第21章第1节之三）。不过，由于是自杀行为，我们不能说，自杀的参与行为是比同意杀人更恶劣的行为，因而作为杀人共犯的减轻类型，刑法特别规定了参与自杀罪。因此，按照第（1）说，由于参与自杀是总则共犯的特别规定，因而应从自杀行为的着手时点来确定参与自杀的未遂。

在这种观点看来，第199条中的“人”包括行为人本人，那么，自伤行为势必也符合第204条的伤害罪的构成要件。其结果就是，会造成如下不当结论：在不小心伤到自己的过失自伤中，由于不属于因“同意”而阻却违法的情形，就只能是以过失伤害罪处罚行为人本人。不过，刑法通说坚持认为，这里的“人”是指“他人”，也鲜有学者支持第（1）说。

第（2）说（违法阻却说）认为，自杀行为属于合法行为。为此，不同于自杀行为本身，“干涉他人的死亡，或者对他人的死亡给予原因的，都属于违法行为”（平野·概说第158页），亦即，参与自杀是一种禁忌（taboo）。这样，该罪的保护

法益不是自杀者的生命本身,而是“禁忌”这种东西,或者是保护社会一般人的生命使之免受自杀风潮蔓延的影响,也就是,参与自杀罪带有“针对作为社会法益的人们的生命的危险犯”的性质(法国刑法中的教唆自杀罪,就被理解为危险犯)。因此,按照第(2)说,参与自杀,是与杀人罪具有不同性质的、以侵害了“禁忌”为理由的独立的构成要件,因而应从被视为构成要件之开始实现的、自杀的教唆或者帮助的时点,来确定参与自杀的未遂。

但该观点的不妥之处在于,由于是将自杀本身视为合法行为,那么,制止自杀的行为就有可能构成《刑法》第223条的强要罪。此外,与他杀的共犯的未遂相比,参与自杀的未遂的成立时点反而更早,可以说,这种结论也是有失均衡的(在“促使自杀的行为”的时点认定着手的观点,参见团藤·各论第408页)。

第(3)说(不可罚的违法说)认为,自杀本身是法所不希望的行为,在不得已的情况下,也可以违反自杀者的意思予以制止(不认为制止行为是违法行为,因此,由于伴有“不承认针对制止行为的刑事责任与正当防卫”这种法律效果,因而作为制止对象的自杀,就不是单纯的违反伦理,而应视为违法行为)。但是,立法者基于立法政策的理由,并不认为自杀是具有值得刑罚处罚的违法性即“可罚的违法性”的行为。在此情形下,参与自杀罪的保护法益是自杀者的生命,即便违反自杀者的意思也应予以保护(“家长主义” paternalism),但对于来自自杀者本人的攻击,法律并不直接保护这种法益(山口·各论第12页)。概言之,自杀行为本身并不构成任何犯罪,为此,由于自杀行为也不存在“构成要件”,(如果以“限制从属形式”为前提)因而也不可能存在针对自杀行为的总则共犯。因此,第(3)说是认为,参与自杀罪规定的是,以教唆或者帮助为内容的独立的构成要件。不过,本罪意欲防止的结果是“被害人的死亡”本身,从与他杀(或者同意杀人)的共犯之间保持均衡的角度来看,在“死亡结果迫近的时点”,亦即,自杀者着手实施具有死亡之紧迫危险的行动或者与死亡结果直接联结的行动的时点,就认定属于参与自杀罪的未遂(严格来说,所谓与死亡结果直接联结的行动,不要求是“自杀”行为,也就是“真心打算死亡的行动”。⇒问题研讨)。

若采取第(3)说的观点,就能够不将(过失)自伤行为以及制止自杀的行为认定为犯罪,而且,也完全有可能采取,能与他杀的共犯的未遂之间保持均衡的结论。因此,本书以为,第(3)说更为妥当(详见松宫孝明“自殺関与と実行の着手”,中山古稀第1卷第237页以下)。

## 二、自杀与他杀的区别

对于行为人欺骗被害人说自己会随后自杀,而让被害人服毒,最终致被害人死亡的案件,曾有最高裁判所的判例判定,成立针对他杀行为的杀人罪(第199条)(最判昭和33·11·21刑集12—15—3519、百选ⅡNo.1“假意相约自杀案”)。对于该案,最高裁判所认为,虽然被害人是自己喝下了被告准备的毒药,但“被告欺骗(被害人)的结果是,(被害人)预期被告会追随自己自杀,由此决意自杀身亡,显然,这种决意是不符合其真实意思的、存在重大瑕疵的意思”,因此,“(被告)

尽管没有追随（被害人）自杀的意思，却欺骗被害人，让其误以为被告会追随（被害人）自杀，从而使得被害人自杀的，被告的这种行为就该当于普通的杀人罪”。换言之，欺骗被害人，使之误以为自己会追随其自杀的被告，虽然只是使得被害人自杀，但实质上实施的是他杀行为。

对于采取欺骗手段，从心理上压迫被害人，使之产生唯有自杀这一条路可走，进而使得被害人自杀身亡的案件，有下级裁判所的判例认为，如果被害人能够正确地认识到自己所处的客观状况，则不能认定，被害人当时处于会决意自杀的状况之下，进而判定成立杀人罪（最后根据具体案情，实际适用的是第240条的抢劫杀人罪）（福冈高官崎支判平成1·3·24高刑集42—2—103、百选ⅡNo.2）。该判决也是认为，在采取欺骗手段，从心理上压迫被害人，使之自杀的情形下，被告实质上实施的是他杀行为。

但是，正如上述判例所示，“虽然是自杀但却构成他杀”这种表述是存在矛盾的。如果允许采取这种评价，那么，在引起他人死亡这一意义上，参与自杀的，就都属于他杀（实际上，在英国的普通法中，参与自杀不过是杀人的一种样态，因而帮助自杀也构成杀人罪）。同样，参与自伤的，也都属于伤害他人。但这显然与现行刑法的观念不相协调，因为现行刑法将参与自杀规定为独立的犯罪，且认为参与自伤的行为不具有可罚性。

因此，对于上述判例所涉及的案件，如果要认定适用杀人罪是妥当的，首先就必须论证，该行为是“他杀”而非“自杀”。这之间的区别标准在于，是否成立“利用被害人的间接正犯”（⇒总论第10章第2节之四、总论第19章第2节之二）。这是因为，例如，像浮士德那样，编造将灵魂献给魔鬼，由魔鬼为其杀死仇敌的谎言的情形下，相信这种谎言而杀人的行为人，即便是“被告欺骗（行为人）的结果是，（行为人）预期被告的死亡，由此决意杀人，显然，这种决意是不符合其真实意思的、存在重大瑕疵的意思”，仍然无法避免杀人罪的罪责。骗人者也从属于被騙者的杀人行为，会因为教唆杀人（或者是“共谋共同正犯”？）而受到处罚，但不会超越教唆杀人而直接成立杀人罪的正犯。

在此意义上，可以说，限于被害人能被称为间接正犯的“工具”的情形，骗人者才成立杀人罪（的间接正犯）。具体而言，在下述情形下，就能认定被害人属于间接正犯的“工具”：（1）被害人没有理解“自杀”的实质含义的能力，或者不具有“责任能力”（对于被害人是幼儿的案件，参见大判昭和9·8·27刑集13—1086；对于被害人是21岁的精神障碍者的案件，参见最决昭和27·2·21刑集6—2—275）；（2）未能认识到该行为会导致死亡（虽然是针对精神有些迟缓者，但让对方误以为，即便是勒住脖子，那也只是暂时陷入假死状态，进而让其缢死的案件，参见大判昭和8·4·19刑集12—471）；（3）通过（暴力、胁迫等）施加高强度的强制，达到剥夺其意思决定自由的程度，进而压制被害人意志的情形（广岛高判昭和29·6·30高刑集7—6—944以未能证明被告所施加的暴力、胁迫达到上述程度为理由，判定仅成立教唆自杀）。如果不符合上述情形中的某一情形，那么，对于受到欺骗或者胁迫者，尽管程度相对要低，就仍然能认定其具有意思决定的自

由或者“自己答责性”（⇒总论第4章第2节之三），因而就不能溯及幕后者，让幕后者承担杀人罪的正犯罪责（“禁止溯及”、⇒总论第6章第7节之一）。如此看来，在前述最高裁判所判决的案件中（最判昭和33·11·21刑集12—15—3519、百选ⅡNo.1“假意相约自杀案”），虽然被告谎称会追随其自杀，且实际准备了毒药，但首先提出自杀的是被害人本人，而且，也是被害人自己喝下了毒药，因而认定被告成立他杀意义上的杀人罪，是存在疑问的。

### 三、同意杀人罪

《刑法》第202条后段规定，“受他人嘱托或得他人承诺而杀之的，处6个月以上7年以下惩役或者禁锢”。第199条的杀人罪针对的是，未得到被害人的嘱托或者承诺的杀人，因此，与杀人罪相比，同意杀人罪的法定刑要轻（近年判定成立本罪的下级裁判所判例，参见横滨地判平成17·4·7判夕1192—299）。

与参与自杀的情形相同，刑法在这里采取的也是“家长主义”的立场，也就是，即便违背本人意志，也要针对他人的介入行为而保护其生命。换言之，生命是人的自由的基础，即便是生命的拥有者，也不能随意放弃生命。

受到被害人的嘱托或承诺，是将本罪与杀人罪区别开来的重要行为，在该限度内，本罪是“必要共犯”中的“对向犯”（⇒总论第19章第1节之二以下）。在该情形下，按照有关共犯处罚根据的“惹起说”，从逻辑上讲，被害人本人无法引起“杀害他人”这一结果，因而不可能构成本罪的共犯（⇒总论第22章第4节之五）。

### 四、通过欺诈或者胁迫而取得同意的情形

即便是通过欺诈或者胁迫而取得了被害人同意的场合，除了被害人因受骗而对自己将被杀害这一事实并不知情（“与法益相关的错误”、总论第10章第2节之二※），以及因受到胁迫意志完全被压制的情形之外，对于被杀害这一点，是存在同意的。因此，至少在对于该同意是通过欺诈或者胁迫而取得这一点不知情的人杀害了被害人的场合，应当作为“同意杀人”来处理（《民法》第96条是针对“有关法律行为的欺诈”的规定，其中，对于以第三者的欺诈为理由而撤销意思表示的情形，第2款将其限于对方知情的情形；而且，第3款还规定，不得以这种撤销来对抗善意第三人。这些都具有启迪意义）。

反之，在实施欺诈或者胁迫行为的行为人本人——或者其共犯——实施了杀害行为的场合，情况则有所不同。骗取或者通过威胁而取得“同意”者，乘被害人“同意”之机，而杀害了被害人的，则没有以“同意杀人”为理由而给予相应恩惠之必要（明明没有追随自杀的意思，却欺骗被害人说，自己也会随后自杀，并将毒药喂入被害人口中，让其服用后死亡的，对此案件，仙台高判昭和27·9·15高刑集5—11—1820判定成立杀人罪。但值得注意的是，该案不同于被害人自己提出相约自杀，并自己服用毒药的前述最判昭和33·11·21刑集12—15—3519“假意相约自杀案”）。这里的问题不在于有无有效的“同意”，而在于对于这种“乘同意之机的行为”是否应给予恩惠（现行刑法只是规定“受他人嘱托或得他人承诺而杀之

的”，并未涉及受到嘱托或者得到承诺的具体情况，因而，在这一点上，可以说，现行刑法存在修正的余地）。

## 五、行为人有关同意的错误

被害人明明并未真正同意，但行为人却误以为其已经同意，并由此实施了杀害行为的，在这种场合下，尽管客观上实现了第 199 条的杀人罪的构成要件，但根据第 38 条第 2 款，实施杀害行为的行为人应成立相对较轻的同意杀人罪。而且，被害人明明已经同意，但行为人对此并不知情而实施了杀害行为的，在该场合下，由于杀人罪的故意也包含同意杀人罪的故意，因而应该以客观上实际发生的同意杀人罪来处理。不过，在也可成立第 199 条的杀人未遂之时，则仅成立法定刑相对较重的杀人罪未遂，同意杀人罪为该罪所吸收。

另外，在被害人并未将“希望被杀死”这一意愿以任何形式表露于外界时，就不能说，存在被害人的同意。同意属于沟通行为，以向外界表明为必要。

※第 202 条与第 199 条的关系：客观上明明不存在被害人的同意，但行为人却误认为存在同意的情形下，该行为人要成立同意杀人罪，实际上，就必须以“被害人的同意并非同意杀人罪的构成要件要素”为前提。反之，出于普通杀人罪的打算，杀害了实际存在同意的被害人的，要不成立杀人罪既遂，杀人罪的构成要件就不得是“杀害他人”，而必须是“杀害了不存在有效同意的他人”。也就是，第 202 条后段所谓“受他人嘱托或得他人承诺而杀之的”，是揭示本罪与相对更重的杀人罪之界限的“表面的构成要件要素”（“成文的非构成要件要素”）（⇒总论第 15 章第 2 节之三※※）；反之，第 199 条则存在“不存在有效同意”这一“不成文的构成要件要素”。

## 六、安乐死、尊严死与参与自杀、同意杀人

对于“安乐死”“尊严死”，已在总论中做了相应解说（⇒总论第 10 章第 4 节）。所谓“安乐死”大致有以下几类：首先是积极的直接安乐死，是指在被害人患有不治之症的场合，通过提前其死期而缩短其痛苦时间，或者通过让其死亡而使之解脱的情形；其次是消极的安乐死，是指不采取延长生命的措施，使其提早死亡，以缩短其痛苦时间的情形；再次是积极的间接安乐死，是指采取消除痛苦的措施，但作为其副作用，伴有缩短生命之危险的情形。此外，不伴有缩短生命之危险的、纯粹属于减轻痛苦的措施，称为纯粹安乐死，这完全属于合法行为。所谓“尊严死”，是指包括被害人没有肉体痛苦的情形在内，在被害人患有不治之症，处于依靠医疗器械维持生命等待死期的情形下，放弃无谓的延长生命的治疗，使患者迎来“有尊严的死亡”的情形，现在多称之为“自然死”。

“安乐死”与“尊严死”在被害人存在痛苦——主要是肉体痛苦——的场合存在重合，其差别在于视角的不同。也就是，究竟是着眼于被害人所倾诉的苦痛，还是着眼于重视目睹被害人之苦痛的他人——近亲属或者医疗相关人员——所感到的

被害人尊严。

“安乐死”与“尊严死”的问题基本集中于，就（受被害人的嘱托或者承诺的）同意杀人罪之成立与否尚存争议的案件（名古屋高判昭和 37·12·22 高刑集 15—9—674 等）。但是，被害人没有这种意思表示的，则完全是杀人罪成立与否的问题（横滨地判平成 7·3·28 判时 1530—28、最决平成 21·12·7 刑集 63—11—1899）。由于同意杀人罪中不包含“推定的同意杀人”，因而只要该行为本身不能被正当化，就只能是以第 199 条进行处断。

但是，有时可能会出现这样的问题：帮助被害人安逸地自杀，是否构成参与自杀罪？这主要是指这样一种情形：虽然替对方制作了“自杀装置”，但是否按下自杀开关，则完全交由被害人自主判断（美国的“凯欧克因医师事件”就是如此）。在该情形下，在并未规定参与自杀罪的德国等国，与是否为医师伦理或者《医师法》所允许无关，参与自杀行为本身并不构成犯罪；反之，按照将参与自杀视为一种他杀行为的英国普通法的观念，帮助自杀的，也会作为通常的杀人罪来处理。

※凯欧克因医师事件：美国的医师杰克·凯欧克因（Jack Kevorkian），根据患有不治之症且濒临死亡的患者的倾诉，确认其是出于真实意思之后，为患者制造了“自杀装置”，至于是否按下按钮，则完全交由患者自己判断，据传凯欧克因通过这种方式帮助全美 120 名以上的患者实现了自杀。该装置的结构是，首先注射麻药，在自愿自杀者熟睡期间，再自动注射毒药。但美国有几个州对其行为提起了刑事诉讼。其中的部分州以参与自杀不可罚为由而驳回了公诉，为此，甚至招致了部分州重新制定参与自杀罪的事态（例如，密歇根州等）。不过，该医师也曾超出帮助自杀的范畴，亲自为患者注射致死性药物，因而被控涉嫌一级谋杀罪。有关该案件的详细经过，包括医师本人的主张在内，参见杰克·凯欧克因所著（松田和也译）《死亡处方》（《死を処方する》）。

## 第四节 杀人预备罪

《刑法》第 201 条规定，出于实施第 199 条之罪的目的而进行预备（准备）的，处 2 年以下惩役，但是可以根据情节免除刑罚。

本罪，以行为人本人具有单独或者与其他共犯一同实施杀人罪这一目的为必要。这被称为“自己预备”（⇒总论第 17 章第 1 节之二）。

### 【问题研讨】

X 试图让加入了生命保险的 A 自杀，以便将保险金攫为己有，遂对 A 施加暴力与胁迫，要求 A 采取夜晚驱车从悬崖坠入海中的方式自杀。A 想到，只有驱车坠入海中才有可能脱身，但由于丝毫没有赴死的打算，遂违反 X 的命令，没有系安全带，并开着车窗，坠入海中。在坠海的瞬间，凭自己的力量逃出车外，并奋力游向

停在海中的渔船而获救。

试论 X 的罪责。

### 【解说】

本案是根据最决平成 16·1·20 刑集 58—1—1 的案情而编写的。对于该案，最高裁判所认为，X 使 A “陷入除了按照其命令连人带车坠入海中之外，其他别无选择的精神状态之下……由于使得被害人实施了具有造成被害人本人死亡之高度危险性的行为，因此，被告命令被害人，让其连人带车一起坠入海中的行为，就相当于杀人罪的实行行为”。不过，最高裁判所也认定，“被害人并没有遵从被告的命令而自杀的意思，这一点是与被告的预想相反的”，但尽管如此，“对于强迫被害人实施的是死亡危险性极高的行为本身，被告是不缺少任何认识的，因此，就应该说，上述这一点无法否定被告存在杀人罪的故意”，从而判定 X 成立杀人罪未遂。

在本案中，X 原本预期的是，A 产生自杀的意思而跳海，但 A 实际上是出于逃脱的打算而跳海，这之间存在错误。首先，问题在于，这种错误是否属于同时涉及第 199 条的杀人罪与第 202 条前段的教唆自杀罪的错误？

这是因为，杀人罪的构成要件是“杀害没有被杀之打算的他人”，而教唆自杀罪的构成要件是“教唆他人自己结束性命，让其自杀”，因而两者之间在“是他杀还是自杀”“被害人有无死亡之打算”这两点上存在很大差别。那么，如果 X 所预期的事态完全符合“教唆自杀”的话，就应遵循《刑法》第 38 条第 2 款的规定来处理，由于 X 没有重罪即杀人罪的故意，就不能以杀人罪来处断。可以说，X 至多成立教唆自杀的未遂（这里并不是仅以教唆行为来认定教唆自杀罪的实行的着手。除了教唆行为之外，还以被害人实施了有死亡之紧迫危险的行动，或者与死亡直接联结的行动为必要）。同时，对于尚未达到压制 A 的意思这种程度的暴力与胁迫，也有可能被评价为《刑法》第 223 条的强要罪。

然而，X 对 A 施加暴力与胁迫，是意图压制 A 而使其完全按照自己的意思行动，如果实际上也实施了达到这种强度的暴力与胁迫，而且，A 为此采取了跳入海中这种有死亡之现实危险的行为，那么，对此就可以理解为，剥夺了被害人的意志自由，属于利用被害人的杀人罪（未遂）的间接正犯。并且，在这种情形下，A 是否真正有死亡的意思，就不再是问题。这是因为，不管怎样，在受到压制，被剥夺了意志自由的状态之下，被害人实际上已不可能再存在什么“死亡的意思”。因此，问题还在于，就案件本身而言，是否允许做如此解释。

在这一点上，重要的是，A 实际上违反了 X 的命令，未系保险带，并开着车窗跳入海中，随后立即从车中逃脱。也就是，该事实会引起这样的疑问：A 或许实际上并未完全受制于 X 的暴力与胁迫从而完全听命于 X。并且，也还会存在以下疑问：“X 对 A 实施暴力与胁迫，是意图压制 A 而使其完全按照自己的意思行动，但实际上，X 也许并未实施达到这种强度的暴力与胁迫。”那么，如此一来，或许 X 的故意不过是教唆自杀罪的故意，而不能谓之杀人罪的故意。岂止如此，或许根本就不存在作为间接正犯之手段的压制意思行为本身。如果这种疑问是合理的，就

不得不说,不能以杀人未遂来处断X。

另外,仅凭A并未完全按照X的意思行事这一事实,是不能连杀人“未遂”的罪责也予以否定的,这一点也是需要引起注意的。这是因为,“X对A施加暴力与胁迫,是意图压制A而使其完全按照自己的意思行动,如果实际上也实施了达到这种强度的暴力与胁迫”,那么,即便最终结果是,未能完全压制A的意思而使其跳入海中,也可以说,已经实际存在引发杀人结果的现实的危险。在这种情形下,就应该说,是有成立杀人罪未遂之可能的。



# 第四章

## 伤害犯罪

### 第一节 概 述

《刑法》第2编第27章的标题是“伤害犯罪”，该章具体规定了伤害罪（第204条）、伤害致死罪（第205条）、伤害现场助势罪（第206条）以及暴行罪（第208条）。对于伤害罪，还规定了“同时伤害的特例”（第207条）。此外，1958年增设了准备凶器集合罪与聚集罪（第208条之三），2001年又增设了危险驾驶致死伤罪（第208条之二），而2007年则删除了第208条之二中的“四轮以上”的限制规定。

另外，对于以集团方式实施的暴行、伤害，《关于处罚暴力行为等的法律》（大正15年法律第60号）第1条以下还存在针对“集团暴行”以及“常习性伤害、暴行”的加重处罚规定。此外，2004年修订刑法时，又分别提升了伤害罪（第204条）以及伤害致死罪（第205条）的法定刑。

### 第二节 伤害罪

伤害他人身体的，处15年以下惩役或者50万日元以下罚金（第204条）。

该规定是对旧刑法中的“殴打创伤罪”规定的修正，其旨趣在于，将包括殴打方法在内的所有伤害他人的行为都纳入其中。旧刑法曾区分伤害程度，并分别设置了相应的构成要件，但在现行刑法中，除了伤害致死罪的情形之外，废止了旧刑法的这种区分，概括性地设置了刑罚的种类与程度，至于具体如何处理，则交由裁判所量刑判断。

另外，经过2004年的刑法修正，本罪的刑罚上限由10年提高至15年，罚金

的上限也由30万日元提高到50万日元，并且，由于删除了科料，也相应提高了刑罚的下限。

## 一、伤害罪的客体

本罪客体是“人”（⇒第2章），是指始于出生终于死亡的“他人”，不包括自伤行为。不过，诸如在被害人是幼儿或者处于心神丧失状态者，或者，在不知情的情形下被引诱实施了有伤害之危险的行为的情形那样，在可以被视为“间接正犯的工具”的场合，利用者应构成伤害罪（鹿儿岛地判昭和59·5·31刑月16—5=6—437。另外，有关伤害胎儿的问题，⇒第2章第1节之四）。

## 二、行为与结果

有关本条所谓“伤害”，存在下述三种观点之间的对立：（1）认为是对他人生理机能的侵害（通说）、（2）认为还包括对他人身体之完整性的侵害、（3）认为是对健康的侵害。例如，因剪掉他人头发而改变了其容貌的，按照第（1）说与第（3）说，至多构成“暴行”（第208条）（判定构成暴行的判例，参见大判明治45·6·20刑录18—896），而根据第（2）说，则相当于“伤害”（对于从发根处剪掉女性头发的行为，东京地判昭和38·3·23判夕147—92判定构成伤害）。此外，按照第（3）说，并不损害他人健康的“治疗行为”，即便没有取得对方的同意（“专断的治疗行为”），也不符合伤害罪的构成要件。

第（2）说受到了（将针对身体的不当处置广泛地以“伤害身体”罪予以处罚的）德国《刑法》第223条的观念的影响，但与另外规定有暴行罪（第208条）的日本刑法对伤害罪的解释则不太切合。第（3）说认为，只要不使他人的健康状况恶化，诸如外科手术那样伤害身体的行为，也不构成伤害罪，这也是受到了认为“专断的治疗行为”属于侵害了患者的自我决定权之罪这种德国的有力说的影响。但是，所谓“伤害”，是指“使身体受伤”，并且，用手术刀开腹也属于“使身体受伤”，出血等也是对身体机能的短时间的侵害，因此，要想不将这些行为视为“伤害”，是存在相当难度的。治疗行为应该依据“医学的正当性”以及患者的同意，而被正当化。因此，第（1）说更为妥当。

此外，按照第（1）说，使人暂时昏迷的行为看上去似乎也属于“对生理机能的侵害”，但需要达到与伤害罪的法定刑相当的严重程度（大决大正15·7·20评论全集15·刑法288。不过，最决平成24·1·30刑集66—1—63、百选ⅡNo.5认为，利用安眠药造成他人2~6小时意识障碍的，也构成本罪。最决平成24·7·24刑集66—8—709认为，造成“创伤后应激障碍〔PTSD〕”的，也属于伤害〔监禁伤害事件〕）。另外，使人感染性病的，也属于伤害。造成伤害的手段，不限于“暴力”（第208条）。不过，需要注意的是，刑法没有关于一般性的“伤害未遂”的处罚规定。在以暴力为手段的伤害止于未遂时，成立第208条的暴行罪。

需要注意的是，有观点认为，抢劫致伤罪（第240条）、强奸致伤罪（第181条）、堕胎致伤罪（第213条、第216条）等犯罪中的“伤害”，仅限于程度重于本

罪的情形，不包括经过 3 至 5 天的治疗即可痊愈的情形（对于造成需要 5 天就医〔无须住院治疗〕的伤害，否定成立抢劫致伤罪的判例，参见名古屋高金泽支判昭和 40·10·14 高刑集 18—6—691、大阪地判昭和 54·6·21 判时 948—128。对于造成痊愈需要 5 天左右的伤害，最决昭和 37·8·21 裁集刑第 144 号第 13 页持肯定态度；对于造成痊愈需要一周左右的伤害，广岛高判昭和 53·1·24 判时 895—126 持肯定态度；对于造成需要治疗一周乃至 10 天左右的伤害，持肯定态度的判例，参见东京高判昭和 62·12·21 判时 1270—159、最决昭和 41·9·4 裁集刑 160—733、最决平成 6·3·4 裁集刑 263—101）。

※非因暴力引起的伤害：伤害的手段并不限于暴力。为此，本罪包括：（1）以“暴力”为手段引起伤害结果的情形、（2）非因“暴力”而引起伤害结果的情形。后者具体包括使用泻药等药物，损害他人生理机能的情形等（例如，被告虽认识到，可能会使邻居产生由精神疲劳引发的障碍，但还是从自家面向邻居家的受害人，日夜不停地通过大音量发出收音机与闹钟的噪音，从而给予被害人以精神上的疲劳，使之患上慢性头疼症，对此案件，最决平成 17·3·29 刑集 59—2—54 判定被告成立伤害罪、百选Ⅱ No. 5）。

※※专断的治疗行为：医师等未充分征得患者的同意而实施治疗的行为，被称为“专断的治疗行为”（⇒总论第 10 章第 3 节之一）。这不仅是指未得到允许的治疗，还包括未给予充分说明的治疗。在民事法律上，专断的治疗行为是侵害患者有关处置自己身体的“自我决定权”的侵权行为，能成为赔偿金请求权的形成原因（对于未经同意的输血行为，最判平成 12·2·29 民集 54—2—582 以违反说明义务，侵害了患者的自我决定权为由，肯定了赔偿金请求权）。反之，在刑事法律上，虽然尚未出现认定此类情形构成犯罪的判决，但理论上是有可能成立伤害罪的。不过，基于将伤害定义为健康之恶化的立场，只要能期待治疗效果，专断的治疗行为就不属于伤害，但如果以侵害“自我决定权”为理由，将“专断的治疗行为”作为类似于强要罪（第 223 条）的“针对自由的犯罪”而通过新的立法的话，便有可能成为刑罚的对象。

### 三、伤害罪的故意

通说认为，在出于暴行（罪）的故意使他人受伤时，成立“伤害罪”。第 208 条规定的是，“实施暴力而未至伤害他人的”，因而一般认为，第 204 条的伤害罪包括，“实施暴力而至伤害他人的”情形。这样，伤害罪就包括下述两种情形：（1）出于伤害罪的故意，给他人造成伤害的普通的故意犯的情形；（2）以出于暴行罪的故意而实施的暴力为原因，被害人因而受伤的“暴力致伤”这种结果加重犯的情形（⇒总论第 1 章第 4 节之六、总论第 6 章第 6 节之二※）。

不过，也有这样理解的余地：要成立第 208 条的暴行罪，原本就需要具有伤害罪的故意，因而，第 208 条处罚的正是以暴力为手段的第 204 条（伤害罪）的未遂

形态（⇒本章第6节）。

#### 四、伤害罪与被害人的同意

伤害行为，有时会因被害人的同意而阻却违法性（⇒总论第10章）。在此类情形下，被害人的同意，就是刑法没有明文规定的习惯法上的违法性阻却事由（反之，也有观点认为，伤害罪中的被害人同意，是否定伤害行为的构成要件该当性的事由。⇒前田·总论第105页、山中·总论第203页、山口·总论第151页，等等。但我们不能说，因为有了被害人的同意，所以“对生理机能的侵害”本身就不再存在，因而，对于此类情形，要评价为不存在“伤害”结果，是难以做到的。如同患者同意由没有执业资格的医师违反《医师法》实施手术的情形那样，在此类情形下，被害人的同意虽不能否定《医师法》上的违法性，但能够否定作为伤害罪的可罚的违法性，这样，就至多存在将不存在同意理解为“消极的构成要件要素”的余地。另外，山口·各论第45页与山中·各论第39页只是将“伤害”定义为对生理机能的损害，但并未涉及同意的有无问题）。

有关因同意而阻却违法性的伤害行为的范围，尚存在如下观点之间的对立：第（1）种观点认为，从《刑法》第202条甚至将嘱托杀人也作为犯罪来处理的旨趣来看，对于“有危及生命之危险的严重的身体伤害”，“同意”并不能阻却违法性，但在除此之外的其他情形下，若存在被害人的任意的同意，即可阻却伤害行为的违法性；第（2）种观点认为，原本来说，因“同意”而阻却违法性的范围实际上很窄，限于治疗、献血等“具有社会相当性”的伤害行为，才可以阻却违法性，如果取得同意的“动机或者目的”违法，则不能阻却伤害行为的违法性（有关以骗保为目的的同意伤害，参见最决昭和55·11·13刑集34—6—396、百选I No.22）；第（3）种观点认为，凡基于任意的同意的伤害行为，均不构成伤害罪（山中·总论第203页、山口·总论第151页等）。

如果将被害人的同意视为习惯法上的违法性阻却事由，那么，关键因素就是日本社会的习惯法。通常情况下，这是由裁判所通过“判例”来确认，但在像日本刑事司法那样广泛承认检察官的起诉裁量权（《刑事诉讼法》第248条），因而实际进入审判程序的案件很少的情况之下，从特殊的判例中直接读取“习惯法”，就未必合适。例如，起始便以换取现金为目的而进入弹子机店，或者以麻将赌博为目的而进入麻将室或朋友住宅的，不会被追究侵入建筑物或住宅罪（第130条）的罪责，正如此类情形所反映的那样，毋宁说，在日本社会，即便取得同意的“动机或者目的”是违法的，但基于同意的行为则未必会被视为违法。但另一方面，至少在现阶段，“基于任意的同意的伤害行为，全部不构成伤害罪”这种观点，不能谓之日本社会的习惯法（即便是在欧美，似乎也没有哪个国家贯彻得如此彻底）。因此，第（1）种观点应该更为妥当（不过，对于那些虽不至于危及生命，但可能切断四肢那样的重大伤害，就有进一步研讨的余地）。

### 第三节 伤害致死罪

伤害身体，因而致人死亡的，处3年以上有期徒刑（第205条）。

#### 一、结果加重犯

本罪是最典型的结果加重犯。按照判例观点，只要故意的基本犯与加重结果之间存在因果关系，即可成立结果加重犯，而无须行为人对加重结果存在过失（⇒总论第1章第4节之六、总论第6章第6节之二）。

再者，由于作为基本犯的伤害罪已经包含了暴行致伤罪的情形，因而在伤害致死罪的场合，也应包含“暴行致死”的类型。为此，虽然有时只是施加了轻微的暴力，但由于被害人患有难以预见的疾病而死亡的，也有可能成立本罪。而由于本罪的法定刑较重，这样就会造成刑罚过于严厉的结果。对此，多数学说认为，对于加重结果，至少应存在过失。如果不能期待判例对此作出变更，就有必要通过立法来进行修正（《改正刑法草案》第22条规定，“不能预见结果的，不得作为加重犯处罚”）。

在2004年的修正中，本罪的刑罚的下限由2年惩役提升至3年惩役；而且，由于有期徒刑的上限统一由15年提升至20年（《刑法》第12条第1款），本罪的刑罚上限也相应提升至20年。

#### 二、结果加重犯与危险性说

不过，就结果加重犯而言，不单是对加重结果需要存在过失，而且，其法定刑要重于伤害罪或者暴行罪与过失致死罪的想象竞合（第54条第1款前段），对此如何作出合理的解释，也是一个问题。反之，有学者参考德国刑法学理论主张“危险性说”，要求结果加重犯是“故意的基本犯所具有的典型危险直接实现于结果”（⇒丸山雅夫·《结果的加重犯论》）。也就是，结果加重犯，并非只是要求基本犯与加重结果之间存在因果关系的所谓“故意过失结合犯”，而是只有基本犯所具有的特殊危险实际实现于结果之时才成立的一种特殊犯罪。采取该理论的结果就是，例如，因遭受行为人的暴力，被害人试图从窗口逃往阳台，结果不幸摔死的，在该案中，由于并非伤害行为所具有的典型性危险实现于结果，因而就不构成伤害致死罪，而是构成伤害罪与过失致死罪的想象竞合（BGHNJW 1971, 152）。

日本的判例不要求对加重结果存在过失，因而很难采取“危险性说”（对于6名被告长时间对被害人施加相当强度的暴力，被害人乘机逃到高速公路上，结果被车轧死的案件，最决平成15·7·16刑集57—7—950判定成立伤害致死罪）。但笔者以为，对于结果加重犯的法定刑问题，“危险性说”可以毫无障碍地作出解释，应该在要求对加重结果存在过失这种立法修正中，一并体现“危险性说”的观点。

※“危险性说”的含义：对“危险性说”，学界有观点是这样理解的：“实施结果加重犯之基本犯的行为人，一般来说，完全有可能预见到加重结果的发生，因而对其处以较重的法定刑是合适的”。但这是基于对“危险性说”的错误理解。危险性说的含义是，“对结果加重犯规定较重的法定刑的理由在于，基本犯的典型性危险直接实现于结果，因此，在具体案件中，只有在基本犯的典型性危险直接实现于结果之时，才成立结果加重犯”（⇒丸山雅夫·《结果的加重犯論》）。

## 第四节 伤害现场助势罪

发生伤害罪或者伤害致死罪之际，在现场助势的，虽然没有亲手伤害他人，也应处1年以下惩役或者10万日元以下罚金或科料（第206条）。

本条承继了旧《刑法》第306条，处罚的是“在现场的单纯的助势行为”。需要注意的是，本条的法定刑的上限，要轻于伤害罪或伤害致死罪的从犯（第62、63条）。为此，判例与多数说都认为，本罪针对的是，不构成伤害罪或者伤害致死罪的从犯的行为，而在成立从犯时，就不是构成本罪，而是仅构成伤害罪或者伤害致死罪的从犯（大判昭和2·3·28刑集6—118判定，“帮助特定的正犯”者应构成从犯）。

反之，也有少数说认为，考虑到围观起哄者的从众心理，本罪旨趣在于，与普通的从犯相比，从轻处罚伤害罪或者伤害致死罪的从犯（团藤·各论第417页、西田·各论第45页，等等。山口·各论第48页认为，是对帮助以及其他实行未遂形态予以从轻处罚）。

但是，成立本罪，只要是“在现场助势”即可，无须证明对于伤害或者伤害致死结果存在推动作用，此外，从众心理未必减轻行为人的罪责。少数说的问题在于，作为其前提，会过于扩大从犯的成立范围。应当说，多数说更为妥当。

## 第五节 同时伤害的特例

二人以上实施暴力伤害他人的，在不能辨别各人暴力所造成的伤害的轻重或者不能辨认何人造成了伤害时，即便不是共同实行，也依照共犯的规定处断（第207条）。

### 一、本规定的意义

本条是针对与旧《刑法》第305条相同的情形的规定。旧《刑法》第305条规定，无论有无共谋，原则上，各殴打者应对自己实际动手造成的伤害各自承担责任，如果不知伤害由何人造成，则对各殴打者参照其中最严重的伤害之刑，减一等处断，但以教唆人为例外。针对旧《刑法》第305条前段的情形，现行刑法遵循了如下原则：犯人构成共犯时依据总则的共犯处断，不构成共犯时将各殴打人作为各自成立的伤害的正犯处断，因而删除了旧刑法的规定。在此基础上，现行《刑法》