

当代世界学术名著



规范论和 刑法解释论

*Normentheorie und
Strafrechtsdogmatik*

[日] 高桥则夫 / 著
戴波 李世阳 / 译

 中国人民大学出版社

著作权合同登记号

图字：01-2011-0565号

从内容来看，本书涉及刑法理论上的一些重大问题，诸如不法与责任的同时存在原则、主观违法要素、过失犯、不作为犯、共犯、间接正犯等，甚至还有个别分则性问题，因此本书涉及面是较为宽泛的。本书的最大特点是以规范论为视角，对上述刑法专题进行探讨，行为规范和制裁规范这对范式，就像一条红线将本书各专题串起来，由此使各专题之间具有内在联系性。

——陈兴良

自从德国学者宾丁将规范论引入刑法学以来，刑法解释论获得了全新视角和长足发展。本书正是在继承规范论思想的基础上，立足于行为无价值论立场，以“行为规范和制裁规范”这一范式为分析工具，对刑法上的重要问题进行了富有启发性的探讨，尤其是引入同时存在原则和对应原则，为规范论与刑法解释论注入了新的活力，展示了刑法规范论的精髓与最新动态。

——译者

ISBN 978-7-300-14198-5



9 787300 141985 >

ISBN 978-7-300-14198-5

定价：38.00 元

图书在版编目 (CIP) 数据

规范论和刑法解释论/ [日] 高桥则夫著; 戴波, 李世阳译. —北京: 中国人民大学出版社, 2011. 8

(当代世界学术名著)

ISBN 978-7-300-14198-5

I. ①规… II. ①高…②戴…③李… III. ①刑法—法律解释 IV. ①D914.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 164871 号

規範論と刑法解釈論/高橋則夫著

Normentheorie und Strafrechtsdogmatik/Norio Takahashi

Copyright © 2007 N. Takahashi

Simplified Chinese version © 2011 by China Renmin University Press.

当代世界学术名著

规范论和刑法解释论

[日] 高桥则夫 著

戴波 李世阳 译

Guifanlun he Xingfa Jieshilun

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 北京联兴盛业印刷股份有限公司

规 格 155 mm×235 mm 16 开本

版 次 2011 年 9 月第 1 版

印 张 15 插页 2

印 次 2011 年 9 月第 1 次印刷

字 数 202 000

定 价 38.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换



*Normentheorie und
Strafrechtsdogmatik*

“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。

中国人民大学出版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。这些译丛侧重于西方经典性教材；同时，我们又推出了这套“当代世界学术名著”系列，旨在译介国外当代学术名著。所谓“当代”，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。我们希望经过不断的筛选和积累，使这套丛书成为当代的“汉译世界学术名著丛书”，成为读书人的精神殿堂。

由于本套丛书所选著作距今时日较短，未经历史的充分淘洗，加之判断标准见仁见智，以及选择视野的局限，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推荐，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

作者主要著作

- 《共犯体系和共犯理论》（1988年，成文堂）
- 《正当化和免责》（翻译）（1992年，成文堂）
- 《犯罪被害人和刑事司法》（共同编译）（1995年，成文堂）
- 《犯罪被害人的研究》（共编著）（1996年，成文堂）
- 《刑法中的损害回复思想》（1997年，成文堂）
- 《易懂的犯罪被害人保护制度》（共著）（2001年，有斐阁）
- 《犯罪被害的回复》（共译）（2002年，成文堂）
- 《修复性司法的探求》（2003年，成文堂）
- 《最简易的刑事法入门》〔第2版〕（合著）（2007年，有斐阁）
- 《法科大学院考试刑法总论》〔第2版〕（合著）（2007年，日本评论社）
- 《通过对话的犯罪解决》（2007年，成文堂）

中译本序

日本早稻田大学法学部高桥则夫教授的《规范论和刑法解释论》一书即将由中国人民大学出版社出版，译者嘱我为该书的中译本作序，我欣然应允。

《规范论和刑法解释论》是高桥则夫教授的一本专著，从内容来看，涉及刑法理论上的一些重大问题，诸如不法与责任的同时存在原则、主观违法要素、过失犯、不作为犯、共犯、间接正犯等；甚至还有个别分则性问题，如事后强盗罪和伪证罪中的虚假陈述。因此，本书涉及面是较为宽泛的，由于篇幅所限，对相关专题不可能作较为深入的展开论述。但本书的最大特点是以规范论为视角，对上述刑法专题进行探讨。正如高桥则夫教授在本书前言中所言：“本书是从‘行为规范和制裁规范’这一范式出发，在对考察犯罪论重要问题的各篇论文加工修正基础上，体系性地整理排序而成的”。由此可见，行为规范和制裁规范这对范式，就像一条红线将本书各专题串起来，由此而使各专题之间具有内在联系性。行为规范和制裁规范的范式来自英国著名法学家哈特的分析主义法学理论。在哈特之前，英国著名法理学家奥斯丁把法律视为主权者的强制命令，因而法律是以国家暴力为后盾的制裁力量。而哈特提出了第一性规则和第二性规则结合的法律概念，哈特指出：

如果我们要对法律制度的复杂性做出适当处理，要在两类不同的、尽管是互相联系的制度之间做出区别的话，就需要这个观念。按照可以被认为是基本的或第一性的那类规则，人们被要求去做或不做某种行为，而不管他们愿意与否。另一类规则在某种意义上依附于前者或对前者来说是第二性的，因为它们规定人们可以通过做某种事情或表达某种



意思，引入新的第一性规则，废除或修改旧日规则，或者以各种方式决定它们的作用范围或控制它们的运作。第一类规则设定义务，第二类规则授予权力，公权力或私权利。^①

这样，哈特就赋予法律以全新的内容，使单纯地被理解为“被强制”（being obliged）的法律概念演变为同样具有“有义务”（having an obligation）与“被强制”（being obliged）要素的法律概念。这里的“有义务”的法律就是行为规范，而“被强制”的法律就是制裁规范。因此，哈特所主张的法律是第一性规则和第二性规则的结合这一命题，我们可以理解为法律是行为规范与制裁规范的统一。从法理学上对哈特的法律概念进行研究的著作可谓汗牛充栋，但是，高桥则夫教授将行为规范和制裁规范的二元规范模式引入刑法，这是颇具新意的。

高桥则夫教授对刑法中的行为规范和制裁规范作了区分，其要旨包括以下三点：

1. 根据行为人能否违反加以区分：行为人只能违反行为规范，不能违反制裁规范。因此，把行为人能够违反的规范称为行为规范，而把行为人不能违反的规范称为制裁规范。那么，制裁规范不是约束行为人又是约束什么人呢？应该是约束司法官员的。在这个意义上，制裁规范即裁判规范。我们通常说，刑法是行为规范与裁判规范的统一，但这里的统一并非同一。我们可以说，凡行为规范都是裁判规范，反之则不然。换言之，存在着并非行为规范的裁判规范。例如，刑法关于未遂犯的规定，就是单纯的裁判规范而非行为规范。

2. 根据某一规范要素是作事前判断还是作事后判断加以区分：如果是属于行为规范范畴的要素，就是进行事前判断的要素；如果是属于制裁规范范畴的要素，就是进行事后判断的要素。那么，什么是事前判断，什么是事后判断呢？事前判断与事

^① [英] 哈特：《法律的概念》，张文显等译，82~83页，北京，中国大百科全书出版社，1996。

后判断都是违法性判断的方法。在违法性判断上，存在行为无价值与结果无价值之争。行为无价值强调事前判断（ex-ante），结果无价值则强调事后判断（ex-post）。一般认为，行为无价值更注重刑法是一种行为规范，而结果无价值则注重刑法是一种裁判规范。因此，行为无价值注重事前判断，结果无价值注重事后判断。而行为无价值与结果无价值的二元论（日本的行为无价值说）则主张既要作事前判断，也要作事后判断。高桥则夫属于二元论者，因此，他主张违法性判断既有事前判断，又有事后判断。行为规范问题，如行为、实行行为、作为行为的危险、故意（对实行行为性质的认识）、过失（预见可能性或事前的结果回避可能性）、行为无价值等，都需要作事前判断。应当指出，正如黎宏教授所提醒，要注意“事前判断”的用语容易招致误解。它在不是“事后的”意义上是“事前的”，尽管可能被误认为是“行为前”，但是其实体存在于“行为时”的基准中。因此，严格来说，应当称为“行为时判断基准”^①。制裁规范的问题，如结果、作为结果的危险、因果关系、故意（对结果发生的认识）、结果无价值、未遂犯、正犯和共犯的区别等，都需要作事后判断。

3. 根据违法与责任加以区分：违法一般是违反行为规范的问题，违法是“当为却不为”，乃是关于当为（Sollen）的无价值判断。而责任是违反制裁规范的判断。责任是“能为却不为”，乃是关于可能（Können）的无价值判断。犯罪是违法且有责的行为。因此，犯罪同时违反行为规范和制裁规范。高桥则夫教授认为，应当采用行为规范与制裁规范的二元论分析犯罪论体系。高桥则夫教授指出：

作为犯罪的本质论，犯罪成为违法的、有责的而且可罚的行为，现行刑法典将此犯罪的本质一方面规定了作为各个犯罪特有的要件（构成要件），另一方面规定了作为犯罪一般的共通要件（犯罪成立阻却事由）。因此构成要件既是违

^① 黎宏：《刑法总论问题思考》，15页，北京，中国人民大学出版社，2007。



法类型又是责任类型，同时还是可罚类型。在对行为是否符合（该当）构成要件进行判断的基础上，接着再考察是否存在妨碍犯罪成立的事由。也就是说，作为犯罪论体系，形成了行为——构成要件该当性——违法阻却——责任阻却——可罚性阻却这一判断顺序。从刑法规范的构造来看，行为规范是由禁止规范或命令规范和容许规范构成的。例如，在正当防卫成立的场合，因存在容许规范，就不存在行为规范违反了。但是，从刑法上的构造来看，禁止规范或命令规范位于构成要件的位置，因此在正当防卫成立的场合，虽该当于构成要件，违法性却被阻却了。此外，比如在无责任能力的场合，因为不能承认义务规范违反，责任就被阻却了；比如在亲族相盗的场合，可罚性就被阻却了。^①

应当指出，虽然高桥则夫教授把违法看作是行为规范的违反，而又把责任看作是制裁规范的违反，但其在构成要件上采违法、有责、可罚之行为类型说，因此，其主张的构成要件中既包含违反行为规范的要素，又存在违反制裁规范的要素。

高桥则夫教授辩证地论述了行为规范与制裁规范的关系，认为制裁规范是以行为规范为基础的，同时制裁规范又对行为规范之违反具有反作用。这种反作用包括：（1）对刑罚权发动的限制机能。即，并非只要存在行为规范违反，就必然导致制裁，制裁规范本身具有独立价值，它要考虑国家刑罚权的正当化与合宪性的问题。（2）对行为规范的恢复机能。即，通过对行为规范违反之行为的制裁，使这种被违反的行为规范得以恢复，这是一种积极的一般预防论。

尤其值得我们注意的是，对刑法规范的分析，我们通常采用的是行为规范与裁判规范的二元论。在德国刑法理论上，存在法规范（Rechtssatze; Rechtsnomen）是评价规范还是决定规范，或两者兼而有之之问题的争论。这一争论对于违法性本质的见

① 见本书第17页。

解，具有决定性作用。^① 这里的决定规范大体相当于行为规范，而评价规范大体相当于裁判规范。德国通说是认为法规范具有双重特征：作为命令，它是决定规范；作为对行为进行法律评价的标准，它是评价规范。日本通说也认为刑法规范是一般的、客观的决定规范（意思决定规范）及作为评价规范的统一。^② 我国学者也主张刑法规范的二重性说，详言之：刑法规范既是面向裁判者的裁判规范，又是面向一般人的行为规范，即刑法规范同时兼具裁判规范和行为规范两重属性。作为裁判规范，刑法规范为裁判者的裁判活动提供行为模式；作为行为规范，刑法规范又为社会大众的活动提供行为模式。^③ 那么，高桥则夫教授为什么不采用行为规范与裁判规范的分析范式，而采用行为规范与制裁规范的分析范式呢？高桥则夫教授认为，裁判规范是以行为规范的存在为前提的。因此，是行为规范还是裁判规范这一问题设定不是没有意义。但是高桥则夫教授这一论述有些轻描淡写，并没有加以展开。制裁规范也是以行为规范的存在为前提的，由此并不能得出行为规范与制裁规范的设定不是没有意义的结论。根据我的理解，高桥则夫教授所说的制裁规范与裁判规范还是不同的，两者是否存在交集尚有待研究。裁判规范在某种意义上是裁判者的行为规范，它与对社会公众而言的行为规范具有内容上的同一性。但高桥则夫教授所说的制裁规范，是指可罚性规范，属于刑罚的范畴。基于行为规范与制裁规范统一的观点，违法和责任都包含了可罚性判断。正如高桥则夫教授指出：制裁规范在违法阶段是被置于作为可罚的违法性地位，在责任阶段是被置于作为可罚的责任地位。因此，制裁规范的机能与我国犯罪概念中的应受刑罚处罚性这一特征具有异曲同工之妙。只不过，我国刑法学对

① 参见 [德] 汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书（总论）》，徐久生译，29 页，北京，中国法制出版社，2000。

② 参见 [日] 大塚仁：《刑法概说（总论）》，3 版，冯军译，367 页，北京，中国人民大学出版社，2003。

③ 参见刘志远：《二重性视角下的刑法规范》，111 页，北京，中国方正出版社，2003。



应受刑罚处罚性的论述限于犯罪概念，并没有延伸到整个犯罪论。因此，高桥则夫教授以行为规范与制裁规范为中心线索，对犯罪论体系的展开分析，对于我国刑法学具有研究方法论的启迪。

高桥则夫是日本早稻田大学法学部教授、日本著名刑法学家。我曾多次与高桥则夫教授进行学术交流，记得第一次是2002年10月在武汉大学法学院举办的第八次中日刑事法学术研讨会。在这次研讨会上，我和高桥则夫分别以间接正犯为题作了主题报告。其中，本书中第十章“间接正犯的构造”，就是高桥则夫教授在武汉会议上提交的报告。2008年10月，我又受邀参加日本早稻田大学孔子学院举办的日中刑法论坛。在这次学术研讨会上，我又与高桥则夫教授分别就共同正犯的承继性和重合性问题作主题报告。在这次见面时，高桥则夫教授将出版不久的《规范论与刑法解释论》（日本成文堂2007年版）一书赠送给我。2009年9月，我的硕士生李世阳入学不久，向我借阅日文刑法书籍，他的日语基础相当不错。我将高桥则夫教授的本书借给李世阳，他在阅读之余产生了把该书译成中文的想法，并把部分章节的译稿发给我审读。我看了以后，觉得本书内容精彩，李世阳的翻译水平也顺畅，就鼓励李世阳把本书翻译成中文，并推荐给中国人民大学出版社的编辑。中国人民大学出版社又征询了冯军教授的意见，最后决定出版。在出版过程中，征得高桥则夫教授同意，并经日本成文堂授权，其中成文堂副总编辑本乡三好先生予以大力协助。考虑到李世阳初次翻译日文著作，为保证翻译质量，经我出面邀请戴波博士参与翻译并校对。戴波博士曾在日本学习八年，回国后又在北京大学法学院刑法专业攻读博士学位，其刑法专业与日文水平俱佳，并且曾经翻译多部日文著作，包括西原春夫教授的《犯罪实行行为论》（北京大学出版社2006年版）一书。经过李世阳、戴波的共同努力，高桥则夫教授的《规范论与刑法解释论》一书即将与中国读者见面，作为一名参与者，我感到十分高兴。

近年来，中日之间的刑事法交流的渠道畅通，经过高层次的学术交流，我国从日本引入了相关学说，对于促进我国刑法知识的转型具有重要意义。2008年10月在早稻田大学举办的日中刑法论坛开幕式上，在我的发言中有以下这么一段，权且作为本序的结束语：

中国目前处在一个社会转型的重要历史发展时期，刑法知识也同样面临着这种转型。在这一时刻，加强中国与外国的学术交流，汲取先进的刑法知识为我所用，对于中国的刑法理论发展式具有重要意义的。作为中国新一代的刑法学人，我们将秉持“三人行，必有我师焉”的谦虚态度，坚守“朝闻道，夕死可矣”的信念，通过我们这一代人的努力，促进中国刑法知识完成学术转型，为中国刑事法治建设作出贡献。

是为序。

陈兴良

谨识于北京依水庄园渡上寓所

2010年11月7日

前 言

本书是从“行为规范和制裁规范”这一范式出发，在对考察犯罪论重要问题的各篇论文的加工修正基础上，体系性地整理排序而成的。

回顾一下，在恩师西原春夫先生的古稀祝贺论文（1998年）里，拙著《共同正犯的归属原理》中最先提出“行为规范和制裁规范”这一范式。此后我以此范式为基础写了几篇论文。因为我想对铃木茂嗣先生的古稀祝贺论文集（2007年）里的拙著《刑法中的行为规范和制裁规范》作一个大致的归纳，而且也感到有进一步分析的必要性。因此作为一个总结决意出版本书。

为什么我会执著于“行为规范和制裁规范”这一范式呢？虽然连自己都觉得有不可思议的一面，但细想一下，我想可以列出以下几点：

第一，法规范是从什么视点出发探讨法命题的，特别是法规范（刑法规范）的接受人问题，使我们考虑到了（刑）法是谁的东西，是为了什么而存在的这些根本问题。

第二，如欲分析社会构造，规范论是不可或缺的，而理解社会的规范性构造就是理解法概念。另外，其与以社会的事实性构造为问题的犯罪社会学等诸学科的异同是可明确的。据此，两者的沟通也成为可能。

第三，是从处于犯罪论体系核心位置的构成要件论抽象出来的规范论，也就是说，使以作为违反对象的规范自身为问题的规范论得以重生。伴随着一定的行为是否“该当”于一定的构成要件判断，对一定的行为是否“违反”一定的规范进行判断也是必要的。

第四，从不同的视点出发分析行为无价值论与结果无价值论



这一争论。既考察此争论的意义和界限，也意图提示一个扬弃的形态。

第五，规范的分析具有找出对犯罪论新的视点之可能性。比如可以列举出同时存在原则和对应原则等。

但是这几点应该是不能解决的永恒课题，本书只不过是这途中小小的一步而已，自不待言，今后还需要持续性的研究。

另外，关于本书的校正印刷的核对和文献的补充，得到了研究室的冈部雅人（姬路独协大学专任讲师）和仲道祐树（早稻田大学大学院博士后期课程）的大力帮助，对两人分别深表谢意。

最后，本书的刊印发行，是成文堂的阿部耕一社长一直支持帮助的结果，另外，编辑工作都由篠崎雄彦编辑部员担当，想借此场合由衷地感谢。

此外，在本书的出版之际，附带提及一下接受早稻田大学学术出版补助费之事。

高桥则夫

2007年10月

吹着西北风

收录论文出处一览

- 第一章 《刑法中的行为规范和制裁规范——二元的规范论的展开》载《铃木茂嗣先生古稀祝贺论文集上卷》（2007年）第79页以下。
- 第二章 《刑罚和损害赔偿——刑法和民法中的行为规范和制裁规范》现代刑事法6卷6号（2004年）第37页以下。
- 第三章 《犯罪论中的同时存在原则及其例外》载《刑事法的理论和实践——佐佐木史朗先生喜寿祝贺》（2002年）第47页以下。
- 第四章 《主观的违法要素和违法论——从行为无价值的立场》现代刑事法1卷3号（1999年）第56页以下。
- 第五章 《“过早的构成要件的实现”的考察——围绕所谓的氯仿杀人事件》早稻田法学80卷4号（2005年）第1页以下。
- 第六章 《关于过失犯中的行为规范的一个考察》载《神山敏雄先生古稀祝贺论文集第1卷》（2006年）第3页以下。
- 第七章 《过失犯中的“行为·实行·归属”》载《交通刑事法的现代性课题——冈野光雄先生古稀纪念》（2007年）第33页以下。
- 第八章 《由不作为的杀人罪的成立与否——沙克蒂治疗杀人事件》刑事法ジャーナル2号（2006年）第95页以下。
- 第九章 《正犯·共犯类型和共谋共同正犯的规范论基础》早稻田法学78卷3号（2003年）第123页以下。



- 第十章 《间接正犯》载《共犯理论和组织犯罪——日中刑事法学术讨论会报告书 8 卷》。
- 第十一章 《共犯的处罚根据论的新面貌》现代刑事法 5 卷 7 号（2003 年）第 31 页以下。
- 第十二章 《共犯论和共犯体系论》刑法杂志 39 卷 2 号（2000 年）第 81 页以下。
- 第十三章 《共同正犯的归属原理》载《西原春夫先生古稀祝贺论文集第 2 卷》（1998 年）第 341 页以下。
- 第十四章 《现行犯逮捕之际的武力行使和法令行为》现代刑事法 2 卷 4 号（2000 年）第 109 页以下。
- 第十五章 《事后强盗罪和共犯的成立与否》现代刑事法 2 卷 5 号（2000 年）第 114 页以下；《事后强盗罪的成立被否定的事例》载《平成 16 年度重要判例解说》（2005 年）第 165 页以下。
- 补论 《演习》法学教室 221 号（1999 年）第 133 页。

目录

CONTENTS

第一章 刑法中的行为规范和制裁规范	1
一、绪论	1
二、行为规范和制裁规范的结合 ——以哈特的规则模型为基底	3
三、行为规范的意义和机能	7
四、制裁规范的意义和机能	9
五、行为规范和社会行为论	11
六、制裁规范和客观归属论	13
七、结语	16
第二章 刑法和民法上的行为规范和制裁规范	19
一、绪论	19
二、刑事责任和民事责任	19
三、刑事不法和民事不法	21
四、刑法和民法的接近——损害恢复	22
五、刑法和民法上的行为规范和制裁规范 ——刑罚和损害赔偿的机能论和规范论	24
六、结语——修复责任展望	26
第三章 犯罪论中的同时存在原则及其例外	28
一、绪论	28
二、阳台杀人事件	30
三、实行行为的存在时期	32
四、故意的存在时期	35
五、因果关系错误	38



六、作为同时存在原则基点的行为	39
七、结语	42
第四章 主观的违法要素和违法论	44
一、绪论	44
二、法益保护和行为规范	45
三、评价规范和决定规范	46
四、行为规范和制裁规范	48
五、主观的违法要素的位置	49
六、各个主观的违法要素的检讨	50
七、结语	54
第五章 过早的构成要件的实现	55
一、绪论	55
二、氯仿杀人事件	58
三、行为的个数	61
四、实行行为性的判断	63
五、故意的构造	66
六、结语	69
第六章 过失犯的行为规范	71
一、绪论	71
二、故意犯的行为规范和过失犯的行为规范	72
三、过失犯的行为规范和统一的正犯性	78
四、过失犯的行为规范和过失的标准	81
五、结语——被允许的危险的法理	84
第七章 过失犯中的“行为·实行·归属”	86
一、绪论	86
二、过失犯中“行为·实行”的问题 ——信赖原则和结果回避可能性	87

三、过失犯中的“归属”问题	
——实行行为性判断和介入因素判断	94
四、事前判断和事后判断的对应原则	98
五、结语	101
第八章 不作为的杀人罪成立与否	103
一、绪论	103
二、沙克蒂治疗杀人事件	104
三、实行行为的存在时期	107
四、不作为犯的成立与否	109
五、故意的存在时期	111
六、共同正犯的成立与否和错误	112
第九章 正犯·共犯类型和共谋共同正犯的规范论基础	114
一、绪论	114
二、规范论和共犯论	115
三、快餐店强盗事件	117
四、间接正犯和教唆犯的区别	119
五、间接正犯和共同正犯的区别	122
六、第 60 条的解释	125
七、结语	127
第十章 间接正犯的构造	129
一、绪论	129
二、间接正犯的正犯性	130
三、间接正犯的类型	133
四、间接正犯的实行的着手时期	137
五、间接正犯和教唆犯的错误	139
六、间接正犯及其防卫	141



第十一章 共犯处罚根据的新面貌	144
一、绪论	144
二、共犯的处罚根据论的生成 ——从责任、不法共犯论的脱离	145
三、共犯的处罚根据论的展开 ——因果共犯论的诸面貌	147
四、共犯的处罚根据论的展望 ——共犯不法的构造	150
第十二章 共犯论和犯罪论体系	155
一、作为犯罪论试金石的共犯论	155
二、共犯的处罚根据和“违法的连带性”	158
三、多数参与人的归责构造	164
第十三章 共同正犯的归属原理	166
一、绪论	166
二、适法行为和违法行为的共同正犯	167
三、过失行为的共同正犯	172
四、重复的实行行为的共同正犯	176
五、结语	181
第十四章 作为相互作用规范的行为规范	184
一、绪论	184
二、现行犯逮捕和法令行为	185
三、法令行为的违法阻却根据	186
四、为了现行犯逮捕的武力行使的相当性	188
五、逮捕意思这一主观的正当化要素	190
六、法令行为和正当防卫、自救行为的关系	191
七、第 35 条和第 230 条第 2 款的关系	192
八、防卫行为的必要性和相当性	194

第十五章 事后强盗罪的构造	199
一、绪论	199
二、不真正身份犯说的问题性	200
三、真正身份犯说的问题性	201
四、结合犯说（非身份犯说）和承继的共同正犯	202
五、潜在的实行行为和显在的实行行为	205
六、事后强盗罪中的“盗窃的机会”	207
补论 伪证罪中的“虚假的陈述”的意思	212
译者后记	215

第一章

刑法中的行为规范和制裁规范

一、绪论

从“既然犯罪不是单纯的事实性存在而是法的存在，犯罪就有必要在十分留意这样的法规范的构造，特别是行为规范——制裁规范——裁决规范这一规范的理论构造的基础上而展开”这一正确的认识出发，把行为规范和制裁规范置于“实体论”的犯罪论，把裁决规范置于“认定论”的犯罪论而建立起来的令人瞩目的犯罪论体系是铃木茂嗣教授。^① 存在问题的是这两部分的犯罪论体系自身是否妥当，同时与此相关的问题还有，在刑法上裁决规范这一范畴是否有必要。如果让我来阐述结论的话，我想刑法学应该是“实体论”的犯罪论，另外，裁决规范也本来就是关于刑事程序的东西，被包含于制裁规范中。因此，刑法上应该限定于行为规范和制裁规范的对置。

虽然以“行为规范和制裁规范的对置”为根据的是宾丁^②，但加以追溯的话，边沁已经主张这个对置了。^③ 这样的观点可以

① 参照铃木茂嗣《刑法总论 [犯罪论]》(2001年)第4页、第15页以下。还有，同《犯罪论的新构想》载《京都大学法学部创立百周年纪念论文集2卷》(1999年)第453页以下(还有，可列举出同论文注(1)、(2)中关于铃木教授的犯罪论的诸论文)。

② 参照 Binding, Die Normen und ihrerübertretung, Bd I: Normen und Strafgesetz, 1872, S. 4 ff.。参照竹田平直《法规范及其违反》(1961年)第70页以下。

③ 参照 Bentham, Of Laws in General, H. L. A. Hart (ed), 1970, S. 133 ff.。还有，参照 Renzikowski, Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in analytischen Rechtstheorie, in: Festschrift für Gössel, 2002, S. 3 ff.。



说是二元的规范论 (dualistische Normentheorie^①), 与此相对, 仅以制裁规范作为刑法规范的一元规范论 (monistische Normentheorie^②) 与之形成了对立。

根据一元的规范论, 因为制裁规范并不是以与此相对应的行为规范为前提的, 制裁就不能定义为对事先存在的规范违反的反作用。这样制裁就像回避让人感到不快的行为, 只能单纯作为法效果来理解了。但是, 不仅所有的法规范不是让国民感到不快的, 这一点是不言自明的, 制裁的存在也不能使我们的行为得以控制, 控制我们行为的是行为规范。比如, 即使对于甘愿忍受制裁, 希望去刑务所的行为人, 杀人也是被禁止的, 因为存在着“不能杀人”这一行为规范。^③

与此相对, 从一元的规范论出发, 存在着这样的反论: 被前

① 二元的规范论虽然是德国的通说, 作为特别强调这个论者的是, Frisch, *Vorsatz und Risiko*, 1983, S. 62; Freund, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, S. 113; Vogel, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, s. 27 f.; Kindhäuser, *Strafrecht, A. T.*, 2. Aufl., 2006, S. 36ff.; Appel, *Verfassung und Strafe*, 1998, S. 81; Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, S. 275 ff.; Renzikowski, *Normrtheorie und Strafrechtsdogmatik*, in: Alexy (Hrsg.), *Juristische Grundlagenforschung (ARSP Beiheft 104)*, 2005, S. 115ff.; ders., *Normentheorie als Brücke zwischen Strafrechtsdogmatik und Allgemeiner Rechtslehre*, ARSP, Vol. 85, Heft 1, 2001, S. 110 ff.; Haffke, *Die Bedeutung der Differenz von Verhaltens- und Sanktionsnorm für die strafrechtliche Zurechnung*, in: Schünemann/Dias (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Strafrechts-Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, 1995, S. 89 ff.; Hörnele, *Das Unwerturteil und der Schuldvorwurf-Inhalte und Adressaten*, in: Hefendehl (Hrsg.), *Empirische und dogmatische Fundmente, kriminalpolitischer Impetus-Symposium für Schünemann*, 2005, S. 105 ff.。在我国, 山中敬一《犯罪论的规范构造》产大法学 34 卷 3 号 (2000 年) 第 385 页以下虽然采用了二元的规范论, 但关于其基本性的理解及各个论点是和我的观点不同的。还有, 野村稔《刑法总论》(补订版, 1998 年) 第 39 页以下, 虽然三分为行为规范、制裁规范、裁判规范, 但在将行为人也作为制裁规范的适用者这一点上存在疑问。

② 立足于二元的规范论的是, Von den zwei Rechtsordnungen im staatlichen Gemeinwesen, 1964, S. 10ff.; Alwart, *Recht und Handlung*, 1987, S. 146 ff.; Röttger, *Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss*, 1993, S. 236ff.; Hoyer, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, 1997, S. 42 ff.; Schmid, *Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht*, 2002, S. 67ff.; Maier, *Die Objektivierung des Versuchsunrechts*, 2005, S. 139ff. 等等。

③ 参照 Renzikowski, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, a. a. O., S. 118.。

置于制裁规范的行为规范不能和道德规范或自然法的规范相区别。^①但是,在制裁规范之前存在着社会规范,其中自不待言存在着道德规范和自然法规范进而存在私法上的规范和行政法上的规范等等。^②这些规范与是否能对之施加制裁的制裁规范必须加以区别。

现在明确地主张行为规范和制裁规范的区别是弗里西及其弟子弗洛因特。^③弗里西认为^④,所谓的行为规范按照其内容是指示了一定的行为样态正当或不正当(的规范);按照其目的,是提供了规制人们行为的一定方向的规范,比如“禁止杀人”、“禁止偷盗他人财物”这样的命令。与此相对,所谓的制裁规范,是指示如果具备了怎样的要件是否发生一定的制裁的东西。根据刑法总则的补充规范而被完全化了的刑法分则的刑罚规定就是制裁规范。但是,也包含民法的损害赔偿规定以及公法上的诸制裁。

这样的定义基本上是妥当的,但需要注意行为规范是命令这一点。确实,法规范是禁止或命令规范,在宽泛的意义上是命令规范。但是,法规范其第一个层面性是规则,作为其作用,可以推导出禁止、命令,这样理解大致是妥当的。不管是以前长时间形成的争论还是评价规范和命令规范等的争论,都可放在作为规则的法的两面性作用的位置上,哈特的规范论直接指出了这一点。

二、行为规范和制裁规范的结合

——以哈特的规则模型为基底

行为规范和制裁规范的区别,可对应于哈特的第一次规则

① 参照 Schmid Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit, a. a. O., S. 62f.。

② 也存在从刑罚规定产生行为规范的场合,如后述,这是基于通过刑罚能够直接地保护法益这一误解。必须注意刑罚是第二次性地保护法益的手段。

③ 参照 Frisch, Vorsatz, a. a. O., S. 59ff.; ders., Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 71ff.; Freund, Erfolgsdelikt, a. a. O., S. 51ff.; ders., Strafrecht, A. T., 1998, S. 3ff.。

④ 参照 Frisch, Vorsatz, a. a. O., S. 59.



(primary rules) 和第二次规则 (secondary rules) 的区别。^①

哈特认为,规则之中存在着两种类型。一种类型是“……据此,不管人们是否愿意,都被要求做或不做某个行为”。另一种类型是“寄生于第一种类型,或者说相对于此(第一种类型)是二次性的,这是因为,这些规则是根据人民为了扩大做某事的范围,导入了第一次类型的规则,废弃或修正旧的规则,通过各种各样的方法来决定(行动)范围,设定了能够统制这些的作用。第一种类型的规则是课以义务,第二种类型的规则是赋予公的或私的权能。第一种类型的规则关系到包含物理性活动和变化的行动,第二种类型的规则不仅是物理性的活动和变化,也准备了义务和责任的创设和变动的机遇之作用”^②。也就是说,第一次规则是指明一定态度的规范,第二次规则是决定第一次规则妥当性的规范。哈特认为,第一次规则是义务规则(rules of obligation),第二次规则是承认(认定)的规则(rules of recognition)、变更的规则(rules of change)、裁决(裁定或判决)的规则(rules of adjudication)。

关于这些规则的意义,哈特的论述是难以理解的,有趣的是
5 这样反而扩展了各种各样解释的可能性。

对于第一次规则的义务规则是什么,进行了各种各样的解释,但简单地说是这样的:当人们长期生活在一个固定场所时,大都经常会发生不顺利的事态,那么不顺利的事态到底是由谁产生的呢(人们所相信的)?这个男人的死不是因为那个家伙吗?那件东西不见了不是因为谁的缘故吗?这样,由于需要确定这是谁的原因,语言游戏也就开始了,支配这游戏规则,无非是课

^① 关于哈特的法理论,参照 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 1961 (2. ed., 1994) [H. L. A. 哈特(矢崎光图监译)《法的概念》(1976年,同(布川玲子、高桥则夫译)“《法的概念》第2版追记上.下”)月刊みすず438号第59页以下,439号第93页以下(1997年)]. 还有,参照麦考密克(角田猛之编译)《哈特法理学的全体像》(1996年),中山龙一《二十世纪的法思想》(2000年)第31页以下,桥爪大三郎《语言游戏和社会理论》(1985年)第77页以下,同《法之于人类是什么》(2003年)第43页以下。

^② 参照哈特. 前列《法的概念》第90页。

以义务的规则^①，这个义务的规则是从社会的开始就运营着的，是赋予社会生活规范性的构造的规则。哈特说，遵从规则一般是被强烈要求的，所以当对脱离了规则或想脱离规则的人有巨大的社会性压力时，可以认为规则是课以义务的。^② 进而，除了潜藏于规则背后巨大的社会性压力外，还可以举出促进规则的遵守之重要、行为人的期望和规则的规定之间冲突的可能性。

进而，哈特对规则的内在侧面和外在侧面的区别作了如下的说明，即：社会集团中存在一定行为的规则这一事实，赋予了作出与之密切关系的很多不同种类的主张的机会。这是因为作为关系到规则的情形，可以分为自己本身是不接受规则的单纯的观察者的情形和接受使用作为行为的指针的规则的集团中的一员之情形。^③ 哈特把前者称为“外在的视角”，把后者称为“内在的视角”，大多数人是根据从内在的视角出发而被发现的规则生活着的。

这样义务的规则就是内在视角里的社会规范，更具体地说是“谈到一定行为的禁止、对违法行为的刑罚规定、课以纳税的义务时，是关系到各个人的行动的规则的集合。这些是直接地指向各个市民的，对他们附加各种各样的‘义务’和‘责任’的行为规范，在这个意义上，是义务附加性的规则群”^④。

但是，哈特认为这样的第一次规则中存在着三个缺陷。^⑤ 第一个缺陷是如果没有确认此义务的规则之共同的标识，什么是规则及此规则的范围是不明的，也即规则的不明确性。第二个缺陷是为了应对规则的变化，通过排除旧规则，导入新规则，但却不存在对变化的状况有意识地使规则得以适应的手段，也即规则的

① 参照桥爪。前列《语言游戏》第106页。

② 参照哈特。前列《法的概念》第95页。

③ 参照哈特。前列《法的概念》第98页。

④ 参照中山。前列《二十世纪的法思想》第46页。

⑤ 参照哈特。前列《法的概念》第101页以下。



静态性质。第三个缺陷是维持规则的社会性压力是散漫分布的，也即规则的非效率性。为了弥补这些缺陷，与第一次规则不同的第二次规则成为必要。第二次规则虽与第一次规则关联，却有与之不同的平面。第一次规则是“关系着个人必须做或不做的行动”，与此相对，第二次规则是“怎样最终确认、导入、排除、变更第一次规则，是明确违反的事实是否最终性地确定”。这就是所说的“所谓的法，就是第一次规则和第二次规则的结合”，是哈特的有名定义的出发点。^①

作为第二次规则，如前所述，暗示了相对于不确定性是承认（认定）的规则，相对于静态性是变更的规则，相对于非效率性是裁决（裁定或裁判）的规则。承认的规则是判别当该法秩序的法规则什么有、什么没有之际的规则；变更的规则是导入新的第一次规则，排除旧的规则，赋予个人或个人组成的团体权能的规则；裁决的规则赋予在各个场合中，权威性地决定第一次规则是否被打破之权能的规则。最后的裁决规则的适用人是下判决、执行法的人，这样在赋予一定的人和机关权限的意义上，是权限赋予性的规则，与此相对，第一次规则的债务的规则是义务附加性的规则。

如上，哈特的“第一次规则和第二次规则的结合”之思考方式，确实可以认为是与刑法中的“行为规范和制裁规范的结合”相对应的。

哈特认为，刑法的主要机能并不在于刑事追诉，而在于第一次性地为市民提供行为的方向。只有在犯罪已被实行完毕，这个第一次性的机能已经不能发挥作用的情形时，确定规则违反事实，课赋制裁才是公务员的任务。可以这样理解：第一次性的行为规则是以指向未来的展望性规范为基本的，与此相对，第二次性的制裁规则是以指向过去的回顾性规范为基本的。

^① 参照哈特·前列《法的概念》第88页以下，桥爪·前列《语言游戏》第85页以下，麦考密克·前列《哈特法理学的全体像》第242页以下。

三、行为规范的意义和机能

哈特的责任的规则是对各个市民课以义务或责务的行为规范，其对象是一般人。此外虽有从刑罚法规派生出来的行为规范这一被限定的形态，即使根据宾丁的见解，行为规范的接受人也是一般人。这样，面向一般人的行为规范到底是为了什么而存在的呢？^①

行为规范是对社会的共同生活不可或缺的定位之安定产生影响的规范。也就是说，在于创设一般人的行动预期的状态，这样的行动预期很明显不是社会伦理秩序被维持的预期，而是自己的生命、身体、财产等不被侵害的预期。也即行动预期是为了保护法益而必须被维持的，因此，创设行动预期状态的行为规范可以说是以法益保护为己任的。

8

关于行为规范是以法益保护为己任的意义，还必须确认以下三点：

第一，根据行为规范，法益保护是指事前性的或预防性的法益保护。比如，即使对杀人者科以刑罚，被杀的被害人也不能起死回生，即使对损坏器物的行为人科以刑罚，被损坏的器物也不能得以修复。从法益保护的观点来看，刑法经常是姗姗来迟的。因此，根据行为规范的法益保护常常只对将来有意义。^②

第二，因为行为规范是为了保护法益而被设定的，所以行为是否有行为规范违反的判断也必须进行法益关联性地判断。在此之际，如前所述，因为不能否定预防性的法益保护的事前判断性，所以有必要通过行为对法益一般的抽象危险性，在一定程度上确证行为规范性。

① 关于行为规范的机能，参照 Shneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, 2004, S. 161ff.。

② 参照 Freund, Strafrecht, a. a. O., S. 3.



第三，是根据行为规范，而不是根据制裁规范^①来导向法益保护的。比如，在道路交通领域中，交通规则遵守并不是因为对制裁的恐惧而产生的，而是因为对他人的行动预期以及在违反的场合下自己产生的损害预期而产生的。因此信赖原则是行为规范的问题而不是制裁规范的问题。确实，可以从制裁规范的存在推导出行为规范的存在，但是被禁止的行为和被允许的行为的界限以及被保护的领域确定是不能从制裁规范中产生的。行为自由的限制可以说是此行为规范可否在宪法上正当化的问题，也就是说，不能混同存在于法益概念背后的以下三个问题^②：

第一，应被保护的价值、状态或机能统一体的问题。这是宪法上的被允许的规制问题。

第二，为了此保护，进行行为规制（禁止或命令）是否妥当，在怎样的要件之下此规制是恰当的问题。这特别是行为规范的比例性这一合宪性问题。

第三，为了保护根据行为规范而被保护的价值、状态或者机能统一体，刑法的导入是否必要，为了达成法益保护，在怎样的要件之下科赋刑罚是适当的问题。这特别是科赋刑罚的比例性这一合宪性问题。

这样，保护法益的是行为规范，而维持行为规范的是制裁规范。从法益保护来看，制裁规范是间接性的，在这个意义上，刑法可被置于第二次性的从属性的法益保护手段之位置。^③此外，因为刑法是从属性的法益保护法，所以虽然制裁规范经常以行为规范为前提，但反过来，行为规范里未必当然地被科以制裁规范。例如，在我国的《关于防止儿童虐待等的法律》中，在第三条里存在“任何人都不得对儿童实行虐待”这样的行为规范，但

① 参照 Renzikowski, Normentheorie als Brücke, a. a. O., S. 121.

② 参照 Appel, Rechtsgüterschutz durch Strafrecht?, KritV Heft 3, 1999, S. 284 ff.; ders., Verfassung und Strafe, a. a. O., S. 336ff.

③ 参照 Renzikowski, Normentheorie als Brücke, a. a. O., S. 122.

却没有违反此法条的罚则规定，刑罚这一制裁规范并未被科赋。与此相对，在《关于防止来自配偶的暴力及被害人的保护法律》（所谓的家庭暴力防止法）中，既存在保护命令这一行为规范，也有对违反法条情形的罚则规定，家庭暴力防止法形成法益——行为规范（保护命令）——制裁规范（保护命令违反之罪）这一形式，明确地显示了制裁规范是维持行为规范这一形态。

当然，因为被科以制裁规范，行为规范才作为刑法上的行为规范而被构成要件化。自不待言，构成要件上的行为规范的解释上，法益应成为解释的指针。但是，必须注意法益保护并不是依据制裁规范而被实现的，法益保护并非刑法的特权。

10

四、制裁规范的意义和机能

哈特的第二次规则，尤其是承认（认定）的规则可以置于制裁规范的核心位置。也就是说，对于行为规范的违反，指示了科以刑罚的规则。由于这样的制裁规范的发动，行为规范的解释当然受到了影响，但是制裁规范其本身，如前所述，并不能根据法益保护原理被正当化，而必须赋予与此不同的宪法上的根据。^①也就是说，制裁规范的基础在于行为规范，这样的评价依然是恰当的，对确证社会的重要性是有意义的。

制裁规范的问题归根结底是刑罚论的问题，是国家刑罚权正当化根据的问题。此时，不能不追问国家刑罚权在宪法上是否被正当化。

对国家其本身并不能承认绝对的价值，如果把国家理解为作

^① 弗里西及弗洛因特认为，制裁规范的根据是求诸“积极的一般预防”。参照 Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten, a. a. O., S. 516 ff.; ders., Vorsatz, S. 47ff., 51 ff.; Freunf, Der Zweckgedanke im Strafrecht, GA 1995, S. 4 ff.; ders., Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem, in: Wolter/Freund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S. 43.



为保护我们生命、身体、财产等利益的手段而被考量的政策性调整制度的话^①，国家就必须是具备一定机能的系统。因此，假如把报应刑论理解为无目的的东西的话，则是绝对追求国家价值的以形而上学的国家观为基础的产物，归根到底是不能支持的；假如把特别预防论理解为无限制的改善思想或假如把一般预防论理解为无限制的威吓思想的话，自不待言，脱离了国家的任务。

因此，一方面，将反作用这一意义上的报应置于作为刑罚权发动的限制的地位，另一方面，将国家刑罚权理解为作为具有一定目的的东西也能在宪法上得以正当化。这应该成为国家刑罚权的正当化根据了。

如前所述，制裁规范有作为对行为人行为规范违反的反作用之意义。作为制裁规范的刑罚，具有“反作用”的侧面和“恢复被违反的行为规范”的侧面。在前者的侧面上，刑罚的本质可以称为规范性报应，但是作为此报应的刑罚并不是毫无目的的东西，只有具备了一定的社会性目的，其存在才能得以正当化。后者的“使行为规范恢复”的意义是重要的，在这一点上涉及论者的国家观。

根据我的追求于“自由共同体”的个人见解，国家归根结底是支撑个人和共同体自由交流的政策性制度。因此国家的刑罚权应该说是为了维持个人和共同体的自由交流而存在的。

如前所述，尽管根据行为规范事先地对一般人（包括行为人）发出禁止或命令，由于行为人的违反就存在着行为规范违反，但通过刑罚，制裁规范就具有使被违反的行为规范得以恢复的机能。但是，比如只是使“禁止杀人”这一行为规范得以恢复，未免过于抽象了。因此有必要考虑与这个行为规范相关的参与人。首先，有作为加害人的行为人，也有被害人，但所涉及的并不只有这些当事人，从各自的关系人（微观社会）出发，关系

^① 关于这一点，参照长谷部恭男《宪法学的前线》（1999年）第4页以下。同《探寻宪法和和平》（2004年）第130页以下，同《宪法是什么》（2006年）第184页。

到社区（宏观社会）等公的层面，进而可以看出甚至扩展到社会、国家这一层面。犯罪就是这样从私的事态演变为公的事态的，这也是刑法被认为公法之所在了。也就是说，恢复刑法上的行为规范的意思无非就是恢复因犯罪而被侵害的法和平的意思。^①而所谓的法和平是指加害人、被害人、社会三者间的规范性沟通。12 刑罚可以理解为为了实现这种恢复的最终手段。

这种观点把刑罚理解为，强化一般人其对法秩序的忠诚及信赖的东西，可以说是属于积极的一般预防论。但是在积极的一般预防论里，存在通过将一般的法意识视为处理与行为人的纷争的东西而将焦点放于满足效果的观点，将焦点放于确保规范的妥当性的观点等若干个变种，其内容未必是明确的。毋宁说，这里所谓的“法和平的恢复”可以理解为是将被害人的修复、加害人的修复、社会的修复在规范性的层面上加以把握的东西，与此相对的，修复性的司法就是将各自的修复在事实的层面上加以把握的东西。^②

五、行为规范和社会行为论

如前所述，行为人是对于行为规范的违反，违反行为规范的行为可以认为是对法益有事先的抽象危险性的行为，这样的行为可以称为实行行为。违反行为规范的行为和实行行为，可以说前者是对应于社会行为论的东西，后者是对应于客观归属论中的“制造不被容许危险”的东西。

首先，违反行为规范的行为必须以社会行为论为基础。将行为作自然主义理解的因果行为论，自不待言犯了疏忽了法的规范性这一根本错误，以因果的惹起为基础导致了不能说明不作的

① 参照 Freund, Der Zweckgedanke im Strafrecht, a. a. O., S. 7 f.

② 关于刑罚和修复的问题，参照高桥则夫《修复的司法的探求》（2003年）第33页以下，同《犯罪被害人和刑罚——通往修复的司法之道》青山法学论集48卷3号（2006年）第141页以下。关于社区概念，参照同《修复的司法的范式——以社区概念为中心》载《菊田幸一先生古稀祝贺》（2007年刊行预定）。



13 作为性。此外，在因果关系论中不得不采用条件说，不能为判断一定的结果是否不是在法上所不期待的结果提供基准。另外，目的行为论的存在的基础并不是把人作为社会性的存在，而是理解为作为个体性的存在，与因果行为论一样，可以说蕴涵着忽视法的规范性等问题。

我们人类是在社会中存在的，社会是相互作用的系统，如果把行为作为沟通的手段来把握的话，就不能排除此行为的社会意义的判断。关于刑法是在社会中保障每个人的共同生活这一点是没有争议的。自己的自由如果不与他人的自由接触的话是不能想象的。因此，行为状况并不是个人性的东西，而常常是“社会性的东西”，这个“社会性的东西”是以个人为媒介的相互作用关系，也就是说，是关系到社会上每个人相互尊重请求的东西。^①

根据社会行为论，行为主体不是作为个体（Individuum）的存在，而是作为社会性（Sozialwesen）的存在，也就是说，必须作为社会性的人（Sozialperson）来把握。社会性的人在违法领域里关系到的是人类，与之相对的，在责任的领域里关系到的是个人（Individualperson）。^②

根据社会行为论，依因果行为论不能成为行为的行为，从社会性的视角来看可成为行为，反之，依因果行为论可成为行为的行为，从社会性的视角来看也会产生不能成为行为的事态。前者是不作为的行为性问题，根据因果行为论，既然把行为作自然性的、物理性的理解，认为不作为不是行为在逻辑上就是连贯的。事实上，拉德布鲁赫把犯罪论的体系作了作为和不作为的区别。^③作为和不作为的区别，根据社会行为论可以得到很好的说明，两者可以统一于行为这一上位概念。问题是后者，也即在自然物理

① 参照卢曼（村上淳——六本佳平译）《法社会学》（1977年）第33页以下，同（马场靖雄=上村隆广=江口厚仁译）《社会的法1》（2003年）第131页以下。

② 参照 Voßgätter, Die sozialen Handlungslehren und ihre Beziehung zur Lehre von der objektiven Zurechnung, 2004, S. 74 ff.。

③ 参照下村康正《拉德布鲁赫的行为论》中大七十年周年纪念论文集（法学部）（1955年）第71页以下。

意义上成为行为，在社会性上却不能成为行为的情形。比如，为了复仇杀人，计划着儿子生育后就作为杀手来培养而产生的行为，根据因果行为论及目的行为论都难以否定其行为性。在这里，是否定实行行为性吗？即使否定其相当性，也不得不承认将其作为杀人的预备行为。与此相反，根据社会行为论，从社会性的视角来看，作为没有社会性的重要意义的行为，就有可能否定其行为性，此社会意义的判断，比如根据被允许的危险、社会相当性等进行判断也是可能的。但是，被允许的危险是在客观归属里的“制造不被允许的危险”的判断，也就是说，应当将这种判断放入实行行为的判断之中。我认为把社会相当性置于作为违法阻却的、抽象性的一般性的原理之地位即已足。不管怎样，被允许的危险、社会相当性这一基准，必须以各种各样的事实关系性的下位基准为必要，其自身是不能推导出什么结论的。

某种态度的社会性意义是哈特的第一次规则的规则的规则，也就是说，不得不依存于在当前社会上存在着的规则。此规则之存在的探求才是重要的课题。在社会这一语境中，对某种态度之社会意义的判断可能在法的判断之前。关于前述的母亲生育事例，其只是母亲的生育行为，而不是作为刑法判断对象的行为。^①

与此相对，在实行行为的判断中成问题的“制造不被允许的危险”，如前所述，应理解为是对法益的抽象性的危险行为。对“不被允许的危险”还是“被允许的危险”的判断，和行为性判断一样，依存于哈特的规则的规则，又因为这里的规则的规则是从第二次规则的制裁规范演化出来的东西，所以有必要附加对法益的抽象性危险。

六、制裁规范和客观归属论

制裁规范的适用主体是裁判官等实务家，由他们对行为人的行为规范违反作出可罚性判断。当然，这个可罚性判断也是规范

^① 参照西原春夫《刑法总论 [上卷]》(改定版·1998年)第110页。



15 性判断，但却是基于制裁规范这一视角的规范性判断。

这个制裁规范不仅仅是刑法分则的刑罚科赋要件，也包含规定于刑法总则里的未遂规定、共犯规定。虽然不能对未遂规定和共犯规定本身科赋刑罚，但因为通过这些规定和分则的制裁规范的结合，被修正的构成要件才得以形成，（包含行为规范）可以称为所谓的制裁（媒介）规范。

进而，制裁规范，作为可罚性判断，被包含于构成要件该当性、违法阻却、责任阻却的各范畴里。也就是说，构成要件可置于作为可罚性的行为类型、违法阻却可置于作为可罚性的违法阻却、责任阻却可置于作为可罚性的责任阻却之地位。这些具有在规范性判断里限定行为规范的意义。

行为人不能违反制裁规范，可以只限于对行为规范的违反。因此，必须把行为人不能违反的规范归于制裁规范。比如，行为人不能违反第 43 条* 的未遂规定，第 43 条可适用于未遂和被评价的情形，行为人不是遂行了未遂犯，而是成了未遂犯，这对于既遂犯当然也是妥当的。作为未遂犯根据的“对行为客体（法益）的具体危险”和作为既遂犯根据的“结果（法益）的侵害或危险”，被包含于制裁规范的范畴之中。

此外，关于共犯规定，第 199 条的行为规范虽然在正犯和共犯上是共通的，但制裁规范却只预定了单独正犯。关于包含共同正犯的共犯，第 60 条以下的规定形成了制裁规范。但是，只是第 60 条以下还不能成为制裁规范，只有与第 199 条的制裁规范相结合才能成为完整的制裁规范。在此意义上，第 60 条以下是制裁（媒介）规范。也就是说，第 199 条的行为规范违反和第 199 条的制裁规范可以结合而成第 60 条的制裁（媒介）规范。“共同实行犯罪”这一行为规范，是为了使该第 60 条的制裁（媒介）发动的东西，而不是使第 199 条的制裁规范直接地发动的东西。^①

16 因果关系也属于制裁规范的范畴，因为存在着应该进行事后

* 指《日本刑法典》，下同。——译者注

① 关于这一点，参照高桥则夫《正犯、共犯类型和共谋共同正犯的规范论的基础》早稻田法学 78 卷 3 号（2003 年）第 134 页以下 [本书第 122 页（此为原书页码，即本书边码，下同。——编者注）以下]。

判断的事态，即结果（法益的侵害或危险）可否归结于行为，客观归属论就是直率地承认这一点的观点。所谓的客观归属论是这样的理论：只有当行为人引起的结果是行为人创制的不被允许的危险，危险在构成要件的结果中实现，而且该危险在构成要件的射程范围之内，作为行为人的行径，才能客观性地归属于他。至于归属论的基础，在伴随着严厉制裁的刑法上，不仅是原因和结果的关系，还应认识到社会侵害性结果可否归属于行为人的行径这一点是重要的。也就是说，紧接着结果的引起这一因果性判断之后，也应进行结果的归属这一规范性或价值性的判断（可罚性判断）。与此相对，相当因果关系说是想通过相当性这一规范性基准来决定因果性这一自然科学性范畴的学说，在没有区别结果的引起和结果的归属这一点上存在着问题。

根据客观归属论，必须进行以下三项判断：①不被允许的危险的创制；②不被允许的危险的实现；③构成要件的射程范围。也就是说，行为人的行为对行为客体制造出了不能为被允许的危险所包容的危险，只有该危险也在具体性结果中实现时，由行为人引起的结果才能归属于客观的构成要件。

比如，在雷事例中，让叔父到森林去并没有创制出不被允许的危险，也就不成立杀人未遂。另外，即使在有危险的创制和实现的场合，如果构成要件的射程范围不包含该危险及该影响的防止，也不能归属。比如，甲和 X 进行摩托车比赛，在两者虽都饮酒但还有责任能力的状态下，X 在比赛之际因自己的疏忽而引起死亡事故的情形中，对于甲的行为，虽可以承认危险及其实现，但因 X 自陷风险而且因过失的自杀参与是不处罚的，过失犯的构成要件规范的保护目的不涵盖这样的结果。因此，就能得出不能承认甲成立（业务上）过失致死罪这一结论。

17

此外，关于大阪南港事件（最决平成 2. 11. 20 刑集第 44 卷第 8 号第 837 页），因为相对于危险是极为巨大的第一暴行，第二暴行只不过是死期提前了一些，可以说第一暴行的危险在结果中实现了。在夜间潜水训练事件（最决平成 4. 12. 17 刑集第 46 卷



第9号第683页)中,虽然存在被害者们的疏忽也即自己答责性,但因这是由行为人的行为诱发的,可以说结果是危险的实现,发生的结果是在构成要件的射程范围之内,所以可以肯定客观性归属。但是,客观归属论带有这样的问题:从其规范性判断这一性质出发,只不过是显示结论的东西。为了避免这一问题,成为判断基础的事实分析和事案的类型化就不得不成为必要了。

不论如何,客观归属论是刑法的制裁规范性,即可以说是能直率地以哈特的第二次规则为基础的观点。^①

七、结语

犯罪论体系并不是像庭园式的盆景一样静态存在的东西,而是有产生规则、确认规则、适用规则等动态机能的东西。在这个意义上,阐明规范为何物的规范论就必须作为犯罪论的基础。

作为本章的小结,我的个人见解总结如下:

行为规范是面向一般人的,通过对此行为规范的违反,此行为才成为“违法”,但是此判断所谓的“当为却不为”乃是关于当为(Sollen)是无价值判断,接着必须追问按照此当为可否行动的18问题。也就是说,所谓的“能为却不为”,是关于可能(Können)是无价值判断。通过此判断,就可以对行为人自身进行非难,也即追究责任。这是属于遵从行为规范是否有可能这一义务规范的范畴。结果,犯罪在规范论意义上是由行为规范和义务规范构成的,前者是“(规范的)违法性”,后者是“(规范的)责任”,而且各自都具备制裁规范,前者附加了“(可罚的)违法

^① 还有,作为在过失犯中的行为规范和制裁规范的分析,参照高桥则夫《关于过失犯的行为规范的一个考察》载《神山敏雄先生古稀祝贺论文集1卷》(2006年)第3页以下[本书第76页以下],同《过失犯中的“行为、实行、归属”的问题》载《交通刑事法的现代性课题——冈野光雄先生古稀纪念》(2007年)第33页以下[本书第92页以下]。

性”，后者附加了“（可罚的）责任”^①。

如此，作为犯罪的本质论，犯罪成为违法的、有责的而且可罚的行为，现行刑法典将此犯罪的本质一方面规定了作为各个犯罪特有的要件（构成要件），另一方面规定了作为犯罪一般的共通要件（犯罪成立阻却事由）。因此构成要件既是违法类型又是责任类型，同时还是可罚类型。在对行为是否符合（该当）构成要件进行判断的基础上，接着再考察是否存在妨碍犯罪成立的事由。也就是说，作为犯罪论体系，形成了行为——构成要件该当性——违法阻却——责任阻却——可罚性阻却这一判断顺序。^②从刑法规范的构造来看，行为规范是由禁止规范或命令规范和容许规范构成的。例如，在正当防卫成立的场合，因存在容许规范，就不存在行为规范违反了。但是，从刑法上的构造来看，禁止规范或命令规范位于构成要件的位置，因此在正当防卫成立的场合，虽该当于构成要件，违法性却被阻却了。此外，比如在无责任能力的场合，因为不能承认义务规范违反，责任就被阻却了；比如在亲族相盗的场合，可罚性就被阻却了。

19

刑法上的规范构造，如果是由行为规范和制裁规范构成的话，那么各个犯罪构成要素是作为哪一个规范的问题就应该有相应的位置。如果是属于行为规范范畴的要素，就是进行事前判断的要素；如果是属于制裁规范范畴的要素，就是进行事后判断的要素。

作为行为规范的问题，比如有行为、实行行为、作为行为的

① 铃木教授也构想了区别这样的规范性评价和可罚性评价的犯罪论。参照铃木·前列《刑法总论 [犯罪论]》第 32 页以下。还有，参照宫本英修《规范性评价和可罚性评价》（修刻·《宫本应修著作集 6 卷》（1990 年）第 144 页以下 [初出]《牧野教授还历祝贺刑事论集》（1938 年）第 1 页以下），同《刑法大纲》（第 4 版·1935 年）（修刻·《宫本应修著作集 3 卷》（1984 年）第 68 页以下，第 105 页以下）。三上正隆《宫本英修的规范理论》法研论集（早大）116 号（2005 年）第 172 页以下，同《宫本英修的规范理论 II——关于一般规范的法源》早稻田法学会志 56 卷（2006 年）第 165 页以下。

② 这样的犯罪论体系，基本上是立足于中野次雄《刑法总论概要》（第 3 版补订版·1997 年）的。



危险、故意（对实行行为性质的认识）、过失（预见可能性或事前的结果回避可能性）、行为无价值等。作为制裁规范的问题，比如有结果、作为结果的危险、因果关系、故意（对结果发生的认识）、结果无价值、未遂犯、正犯和共犯的区别等。

以上，关于在刑法上的行为规范和制裁规范这一规范构造，特别以哈特的规范论为基础进行探讨。规范论自身，自哈特以来得到显著的发展。^① 进一步继续追求这些规范论的展开和刑法学的存在方式、犯罪论的存在方式，也成为今后绝不会终止的课题。^②

① 特别是，我认为基于德沃金和拉茨的法理论的刑法规范的分析是不可或缺的作业。参照德沃金（木下毅＝小林公＝野坂泰司译）《权利论》（增补版，2004年），同（小林公译）《权利论Ⅱ》（2001年），同（小林公译）《法的帝国》（1995年），同（水谷英夫＝小岛妙子译）《生命的主宰》（1998年），同（石山文彦译）《自由的法》（1999年），拉茨（深山三德编译）《作为权威的法》（1994年）等。作为关于这些的简要性整理，参照中山·前列书第77页以下，第127页以下。还有，在同书第217页中，这一指出是重要的：“任何法解释都必须是和哲学相结合的东西，或者反之，完全欠缺法哲学的省察这一元素的法解除了空虚之物以外什么也不是，痛感于此。”

② 作为这样的方向的论稿，有山中敬一《犯罪体系论中的行为规范和制裁规范》及高野彦弥《犯罪论体系的构造及其规范理解》载《铃木茂嗣先生古稀祝贺论文集〔上卷〕》（2007年）第39页以下，第101页以下。

第二章

刑法和民法上的行为规范和制裁规范

一、绪论

刑罚和损害赔偿之间^①，首先在法律效果方面存在差异，作为其前提，在法律要件上也存在差异，进而自不待言在制度的基本思想方面也存在差异。^② 为了分析这些差异，有必要从刑罚和损害赔偿这一制裁上的差异出发，直至刑事责任和民事责任、刑事不法和民事不法等的行为规范及制裁规范上的差异作综合性的探讨。甚至在现代社会中，刑事和民事的峻别这一理念也开始动摇。关于这一点，修复性的司法论所提起的“刑事责任和民事责任的融合”里所说的“修复责任”的可能性也成为问题。

二、刑事责任和民事责任

损害赔偿的本质被认为是通过由产生损害的人来填补损害，恢复到和无损害一样的状态。但是根据后述，关于不法行为责任的性质，近期有着极其重要的发展，立足于此，必须考虑损害赔偿

21

① 在这里，包含债务不履行等的损害赔偿并不成为问题，自不待言基于和犯罪相关的不法行为的损害赔偿才成为问题。

② 关于民法（损害赔偿）和刑法（刑罚）的分化过程的历史性展开及理论性展开，尤其参照 Fehsee, Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1987, S. 12 ff.; ders., Verhaltenskontrolle zwischen Strafrecht und Zivilrecht, in: Der Rechtsstaat verschwindet, 2003, S. 11 ff.。进而，参照西原春夫《民事责任和刑事责任》载《现代损害赔偿法讲座 1 总论》（1976 年）第 25 页以下，山田卓生《民事法的正义和刑事法的正义》法曹时报 49 卷 6 号（1997 年）第 1 页以下。



偿的本质。作为损害赔偿的基本形式构造，可以理解为追究责任（答责）的主体是被害人，责任的对象是损害，承担责任的客体是加害人。与此相对，关于刑罚的本质，经过激烈的争论，众所周知存在着几个观点。作为基本的形式构造，追究责任（答责）的主体是国家，责任的对象是犯罪（违法）行为（法益侵害），承担责任的客体是加害人。^①

如果根据责任内容的一般性见解，损害赔偿是对损害的调整，刑罚是对违法行为的非难。因此，民事责任的内容是“调整”，刑事责任的内容是“非难”；民事责任是以发生“损害”的有无为基础的，与此相对，刑事责任是以“违法行为”的有无为基础的。前者的“调整和非难”的差异，造成了民法立足于平均的正义，刑法立足于分配的正义这一结果。^②如果是平均的正义，因为成为问题的是当事人的公平性调整，比如过失相抵和连带债务等也成为可能，所以若能成立当事人之间的和解就依此解决。与此相对，若根据分配的正义，根据（国家）非难程度的差异责任程度就不一样，由当事人之间解决基本上是不被允许的。

如果将损害赔偿和刑罚从机能上的视点来看，损害赔偿具有填补已经产生的损害这一回顾性机能。但是，刑罚的机能是回顾性的还是展望性的呢？这个问题关系到是将刑罚理解为报应还是理解为预防这一刑罚的本质争论。^③

关于被害人保护这一视点，损害赔偿是直接指向被害人的利益，与此相对，刑罚通过处罚加害人，多多少少指向利益，但和

① 关于对责任最近的法哲学分析，参照龙川裕英《责任的意义和制度——对负担的应答》（2003年）。作为本书的书评，参照宿谷晃弘《关于“责任的意义问题”的位置》法律时报76卷8号（2004年）第63页以下。

② 参照团藤重光《刑法刚要总论》（第3版，1990年）第4页以下。还有，参照高桥文彦《从法哲学发现的“和法的对话”》法律时报78卷12号（2006年）第13页以下。

③ 参照高桥则夫《刑法上损害恢复的思想》（1997年）第7页以下、第36页以下。

被害人的利益关系的问题，近期成了困难的课题。^①比如如果理解为通过刑罚，自不待言国家法益，甚至连个人法益也是作为国家保护的法益的话，被害人在刑罚论里就完全没有必要出现了。

这些在责任层面上的差异，是从各自的违法性层面的差异中演变出来的，以下对各自的不法内容作探讨。

三、刑事不法和民事不法

首先，关于侵害行为的客体或法益，民法第 709 条只规定了侵害“权利”或“利益”的情形。在民法第 710 条里虽然明确了这里所说的权利或利益不仅仅是单纯的财产上的权利，也包含人的身体、自由、名誉，但是除此以外，包含何种类型的利益在条文上是不明确的，只能委诸判例或学说的展开了。与此相对，在刑法上，侵害行为的客体大多被条文规定，法益是通过解释条文才得以确定，据此各犯罪类型才得以形成。刑法上因为存在罪刑法定主义这一基本原则，行为的客体进而法益的内容必须是明确的。作为民事事件，即使可以承认损害赔偿请求，作为刑事事件也存在着否认犯罪的成立之情形，原因即在于此。从这一点可导出刑法的谦抑性、片段性。

其次，关于侵害行为的样态，存在着在刑法上得以类型化，在民法上未得以类型化这一不同。即使在取得他人占有之物的情形，在刑法上根据取得的方法，可分为盗窃罪、强盗罪、欺诈罪、恐吓罪等，通过规定不同的法定刑形成了个别的犯罪类型。与此相对，在民法上不能实行侵害行为的类型化。在民法上，不是侵害行为的样态，而只有在从此侵害行为产生现实损害的场所，不法行为责任才成为其问题。与此相对，在刑法上因存在未遂处罚的规定（第 43、44 条），所以即使在损害未发生的危险阶

23

^① 参照高桥则夫《修复的司法的探求》（2003 年）第 33 页以下；同作者《对于犯罪、非正当行为修复责任的可能性》法律时报 76 卷 8 号（2004 年）第 21 页以下，同作者《犯罪被害人和刑罚——通往修复性司法的道路》青山法学论集 48 卷 3 号（2006 年）第 141 页以下。



段也可以介入。

多数人参与的场合，在民法上是作为各自实现了共同不法行为来承担责任的。但在刑法上，根据第 60 条以下，可区别为共同正犯、教唆犯、从犯。在从犯的场合，刑罚可得减轻，表明了刑事不法上侵害行为的重要性。

此外，关于违法阻却事由，民法（第 720 条）和刑法（第 36、37 条）在其要件上存在相当大的差异。比如，在正当防卫的场合，侵害的急迫性要件是在刑法上所要求的，但在民法上却不被要求。关于防卫者的行为，在刑法上必须是反击行为，与此相对民法上是加害行为。也就是说，在包含侵害第三者权利的场合这一点等方面存在差异。另外，关于紧急避险，在民法上限定于“从他人之物中产生”的危难，但在刑法上，在人的侵害行为场合中紧急避险也是可能的。还有，民法上危难的原因限定于“损伤物品之场合”，而在刑法上，关于侵害第三者法益场合都能成立。这样，紧急避险的成立要件在民法上是相当狭窄的，和在正当防卫的场合比刑法宽泛形成对照。在民法上，区分了人的不法行为场合和因物的危害场合，可采取前者宽泛后者狭窄的态度，这是因为追问加害人对被害人赔偿“损害”是否有理由是民事责任的本质。进而，关于因果关系和故意过失的认定，可以看到在民事不法（或民事责任）和刑事不法（或刑事责任）上的差异。^①

四、刑法和民法的接近——损害恢复

如上所述，刑罚和损害赔偿之间的差异是从刑法和民法的不
24 法、责任构造上的差异中派生出来的，但近期，必须机能性地或者制度性地关注刑罚和损害赔偿逐渐接近起来这一趋势。也就是说，从刑法中的犯罪结果的损害恢复这一侧面重新认识这一国际

^① 关于以上的差异，参照西原上列论文第 30 页以下，山田前列论文第 14 页以下。还有，参照松泽伸《刑法和损害赔偿法》早稻田大学 21 世纪 COE 季刊企业和法创造 1 卷 4 号（2005 年）第 155 页以下。

性潮流即为此。^①

在以前部族法的时代，一般只对犯罪作出赔偿损害的处理，但到了中世纪，因犯罪行为被认为是通过支配者对保护的神或国家的和平秩序的侵害来把握，犯罪行为一方面作为对国家秩序的反抗，另一方面作为私的被害人的权利侵害，被二元性地理解。这样，可以认为在近代法上，关于前者的犯罪行为的公的侧面与刑法、刑事诉讼法有关，关于后者的犯罪行为的私的侧面与民法、民事诉讼法有关。^②但在大陆法系上此分离并未被当然地贯彻，比如在刑事程序上也可附带损害赔偿请求诉讼等的体系是被维持的。还有，在德国，刑罚和损害赔偿的结合甚至在实体法上也被创设。比如，在科赋制裁之际，行为人应该遵守尽力恢复由犯罪产生的损害这一事项，对遵守的行为人可实施赋予特典的制度（比如实行保留刑罚的警告、为保护观察的自由刑的延期等）。另外，加害人的损害恢复行为或者“加害人和被害人的和解”也作为量刑事由被导入。在国外，存在着实行统一性的刑法和民法的损害恢复裁判的“结合模型”（法国的附带私诉），向被害人支付罚金的“迂回模型”（瑞士），将损害恢复作为独立的反作用的“制裁模型”（英国的损害赔偿命令）等等。在我国，在事实上加害人已经对被害人履行了损害赔偿的场合或者调停成立的场合，具有作为量刑情节的效果，或者具有微罪处分、起诉犹豫、执行犹豫、假释等的转处效果。

25

这样，刑罚和损害赔偿的结合，在理论上可以怎样说明呢？如果把刑罚理解为仅仅是保障犯罪行为人和法秩序的国家的说的话，就当然不能承认刑罚的适用和执行是加害人对被害人的损害恢复的影响。但是，极其严格的分离刑罚和损害赔偿的关系，在事实上也是不可能的。归根结底，我想当前国家刑罚权的根据被多面性地理解是有原因的。刑罚和损害赔偿的关系这一问题确

① 关于损害恢复，参照高桥·前列《损害恢复的思想》第1页以下。

② 关于民刑分离史的展开，除了在（本书第20页）注2列举的论文，参照 Weigend, Deliktsoffer und Strafverfahren, 1989, S. 24 ff.。



实是必须追溯到刑法的根本问题的问题。国家基于怎样的考虑而施加处罚，通过处罚国家能追求怎样的目的，为达成刑法目的什么样的条件是必要的等等都成了问题。

另一方面，如果对刑罚和损害赔偿的关系这一问题不是从国家刑罚权方面而是从加害人的方面来看的话，就可追问所谓的加害人的责任是什么。也就是说，自不待言在刑罚上加害人的刑事责任成为了问题，在损害赔偿上加害人的民事责任也成了问题。作为置于这中间的东西，我认为必须构想“修复责任”这一责任形态。我想这是因为一方面只有民事责任或损害赔偿责任即为足的刑罚废止论是不妥当的，另一方面只将刑事责任纯化也是不妥当的，在这夹缝中放置“修复责任”这一东西就成为必要了。刑事责任是加害人对国家承担的责任；民事责任是加害人对被害人承担的责任；修复责任是加害人对被害人及地域、社会承担的责任。相对于前两者的被动性责任，修复责任是能动性的责任。

无论如何，在加害人对被害人（或者地域、社会）实行损害的恢复场合，不可否定在一定范围内对加害人处罚的必要性产生影响，但这到底是为什么也不能不成为问题。

五、刑法和民法上的行为规范和制裁规范 ——刑罚和损害赔偿的机能论和规范论

首先，从损害赔偿的机能这一视角出发的话，可以认为损害赔偿的履行，在加害人财产的丧失这一意义上，也显示了一定的害恶。民法上的科赋赔偿义务也不是单纯基于损害引起，可以说进行了事实可否归属于义务人的行为及责任这一规范性判断。也就是说，在民法上的损害赔偿义务的基础里也存在一定的无价值判断，民法也可服务于避免可以使危险发生的危险性行为，从而控制人们的行动。^①

① 参照 Frehsee, Verhaltenskontrolle, a. a. O., S. 13f.。

但是这种观点可能遭到以下批判：对民法进行了过度的期待，只根据民法就能抑止将来的犯罪行为吗？因为在经济上富裕的行为人预期了违法行为的成本，甘受此成本而实施犯罪行为。还有，在尽管有轻微的违法行为但没有引起损害的情况下，不追问损害赔偿却追问刑事责任也是不妥当的。

以上从损害赔偿的机能出发的见解是以“强制”这一侧面为基础的见解，但在行为人“自愿地”实行损害恢复给付的场合，存在着满足了刑罚目的的观点。^①也就是说，自愿地履行了损害恢复的行为人，由此表明了承认自己所违反的行为规范是有拘束力的，其结果就满足了所谓的积极的一般预防之目的。

27

其次，从规范性的视角出发的话，刑罚和损害赔偿在制裁规范的层面上是不同的，在制裁规范的层面上，刑法和民法被区别开来。在行为规范的层面上民法和刑法都有同一的内容，根据刑法而被科以刑罚的行为规范是刑法上的行为规范，根据民法而被科以损害赔偿的行为规范是民法上的行为规范。刑罚和损害赔偿都是为维持在社会上的行为规范而存在的，在有违反行为规范的场合下，服务于恢复被违反的行为规范。问题在于这里所说的行为规范的恢复是什么，为此需要怎样的制裁这一点上。^②

近期，围绕着不法行为法的道德性基础提起了争论，揭示了以下三个正义论。^③第一是个人的正义，在要件或效果这一图式之中，是对该当于此要件的事实的有无保持关心的东西。第二是全体的正义，这是在损害或负担的图式中考虑应让谁承担损害的东西。第三是共同体的正义，是将不法行为从加害到恢复透彻性

① 将损害恢复置于作为和刑罚、保安处分并列的第三方式之位置，在德国是有力的见解。参照 Roxin, Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, in: Schöch (Hrsg.), Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, S. 37 ff.。进而，参照ドイツ对案グループ著（光藤景皎＝高桥则夫＝川口浩一＝山名京子＝田渊浩二译）《犯罪被害的恢复——不同意见·损害恢复》（2002年）。

② 关于这一点，参照本书第11页以下。

③ 关于这一点，参照棚濑孝雄《不法行为责任的道德基础》ジュリスト987号（1991年）第68页以下〔同编《现代的不法行为法》（1994年）第3页以下〕。



地观察，在此基础上让加害人面向被害人，思考为去除其苦痛自己能做什么，对从不法行为恢复的过程保持莫大的关心的东西。

在执著于第一的“要件或效果”及第二的“损害或负担”之图式的场合中，民法和刑法的差异，即前者为损害调整，后者为规范性报应这一差异被强调出来了。第三种将重点放于“恢复的过程”的见解，作为民法和刑法的共通项具有规范的恢复，只是此规范的具体性和抽象性有差异。是加害人和被害人的两面关系还是附加了地域社会的三面关系；是只保护现实的、具体的被害人还是也考虑潜在的被害人和加害人，以及现实的、具体的加害人等等，关于这些问题可以归结为只不过在民法和刑法上有不同的内容而已。

六、结语——修复责任展望

作为刑法的原则，有行为主义、罪行法定主义、法益保护主义、责任主义等。这些刑法的诸原则，可以说是犯罪处理的大前提。但是，这些原则是立足于国家对加害人这一图式的原则，若根据犯罪在此图式中处理即为足的见解，刑法和民法归根到底可归结为水和油的关系。但是，在犯罪处理上，若根据也应考虑被害人、加害人和地域、社会方面的见解，与基于国家对加害人这一图式的刑法诸原则怎样调和这一点上不能不成为问题。

刑法是以法益为核心的。因此法益的侵害形成了刑事责任的外部界限。对超出法益的侵害使行为人承担刑事责任违反了刑法基本原则的法益保护主义。一般对被害人或地域、社会的侵害是在量刑上加以判断的，这就是根据法益侵害在被划定的违法的范围内所进行的操作。因此，在刑法上，考虑这些侵害的方法就是只有在加害人自发地修复这些侵害的场合才减轻其刑事责任。也就是说，将加害人的损害恢复行为作刑法性的评价之方法即为此。

我认为，将加害人自发性地修复对被害人和地域、社会产生的侵害，即所谓的修复责任的履行放在刑事责任的框架内考虑的

方法是刑罚和损害赔偿的调和点。这种修复责任可以被称为能动的责任。刑事司法是从国家对加害人的两面性的关系出发，国家对加害人单方地科赋的责任，即只承认被动性责任的责任，其内容应该说基本上是报应责任。从刑法基本原则的责任主义的观点出发，当然必须坚守在限制刑罚权的发动这一意义上的被动的责任。

29

与此相对，修复责任是加害人对被害人及地域、社会所应承担的责任，此责任是面向将来的责任，是以“什么是应为之”为问题的能动性责任。加害人不是对国家承担抽象性的报应责任（被动性责任：为何做这种事情）。在被动的责任上，通过刑罚来抵偿罪，但在能动的责任上，作为承担责任的手段，未必是刑罚。比如，不只是损害赔偿，也可考虑将满足被害人和地域、社会的需要作为责任的内容。但是，这样的修复责任如前所述，应该在刑事责任的框架内而且通过加害人的自发性履行而责任减少进而阻却这一形态上进行考虑。



第三章

犯罪论中的同时存在原则及其例外^①

一、绪论

构成犯罪的所有要素，通常不是系列性地个别分散存在就可以了，而必须在一定的时点上同时存在，一般将这样的原则称为同时存在原则或一致原理（Koinzidenzprinzip）。比如，在犯罪是该当于构成要件的、违法而且有责的行为这一定义中，行为、构成要件该当性、违法性、责任这些要件必须是同时存在的，这一要求是从同时存在原则派生出来的。但是为什么必须承认这样的同时存在原则呢？这就必须依据各自犯罪构成要素的性质了。也就是说，同时存在原则的形式性根据是如前述的犯罪成立要件那样的定义。但是这样的定义是否妥当，怎样的要件必须是一致的呢？这样犯罪构成要素的实质性意义内容就不能不成为问题了，因此有必要揭示同时存在原则的实质性的规范性的根据。而从这

^① 关于“同时存在原则”，有耶拿大学的 Jrrouschek 教授的一系列的论稿。参照 Jrrouschek, Zur Bedeutung des so genannten Koinzidenzprinzip im Strafrecht, JuS 2001, S. 417 ff.; ders., Tatschuld, Koinzidenzprinzip und mittel-bar-unmittelbare Täterschaft, in: Festschrift für Hirsch, 1999, S. 241 ff.; ders., Die Rechtsfigur der actio libera in causa: Allgemeines Zurechnungsprinzip oder verfassungswidrige Strafrechtskonstruktion?, JuS 1997, S. 385 ff.。还有，作为先驱的论者，参照 Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl., 1988, S. 1 ff.。[作为本书（初版）的介绍，井田良“（介绍和批评）ヨアヒム・ルシュカ”《根据理论性的、分析性的方法的刑法》法学研究 57 卷 1 号（1984 年）第 119 页以下。]但是，Joachim Hruschka, 使用了 Simultaneität 这一用语。进而，参照 Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 120 ff., 128 ff.; ders., Strafrecht, A. T., 2. Aufl., 2006, S. 55, 176 f.。

实质性的规范性根据出发，同时存在原则也未必是妥当的，也可以承认“同时存在原则的例外”。

自不待言，同时存在原则特别在“原因上的自由行为”的可罚性问题上被议论，在这里，实行行为和责任能力的同时存在成为了问题。但在同时存在原则上，对于所有的犯罪要素而言都可成为问题。比如，甲误将 X 射杀后，即使认识此事实并乐于此结果，甲也不成立杀人既遂罪。此场合，故意和实行行为没有同时存在，即使在实行行为后存在故意也不成立杀人罪，这可以称为所谓的“事后的故意”^①。另一方面，在使未遂犯成立的实行行为时故意也可能不存在，但只要在这之前的行为遂行时存在即为足够的场合。比如，甲企图偷税，在某个星期五作成了不正当的申告书放入邮筒里，即使在星期六因健忘症复发而完全忘记了此事实，而在星期一被送达的场合，故意也是被肯定的。^②此外在被害人的承诺上，承诺在实行行为时必须存在，比如盗窃了某物之后，即使所有人将该物作为无用之物而放弃所有权，也不能认为存在承诺而阻却盗窃罪的构成要件该当性。此外，还有在中止犯上，在杀害行为之后，基于后悔而将被害人送往医院救助的场合，虽放弃了杀意，但当初的杀人实行行为的故意并不是不存在的。

这样，一定的犯罪要素每个都必须同时存在，在时间性错位的场合，就会导致犯罪不成立（或者犯罪成立）。但是，关于必须在怎样的犯罪要素之间以及在怎样的形式上同时存在这一问题上未必是明确的。还有，即使在因欠缺一定的犯罪要素而不能肯定可罚性的场合，也存在诸多因事前行为的填补，结果成了可以

^① 关于事后的故意，参照 Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, A. T., 5. Aufl., 1996, S. 294 [西原春夫 [监译]《耶塞克=魏根特“德国刑法总论（第5版）”》（1999年）第218页]；Roxin, Strafrecht, A. T., Band I, 4. Aufl., 2006, S. 478 f., 山中敬一；《刑法总论 I》（1999年）第292页以下等。

^② 关于这个事例，参照 Schlehofer, Vorsatz und Tatabweichung, 1996, S. 21f., 139 ff.。



32 肯定可罚性的事例。^① 比如在不真正不作为犯中，即使欠缺行为能力，只要是在事前由于不注意无行为能力而引起的，就有成立过失犯的可能性。另外即使欠缺违法性意识，在此错误可因事前的信息而被阻止的场合，责任归属也是可能的。此外，还存在着防卫挑拨和自招的危难等各种各样的事例。这些作为同时存在原则的例外是在怎样的根据上被承认的呢？这些问题从来都是在各自的问题上被讨论的，但我认为同时存在原则及其例外的问题必须是在犯罪论全体上被讨论的问题，因为同时存在原则无非就是犯罪论上的归属问题，是规范性的关联问题。

本章从近期饶有趣味的一个判例入手，特别以实行行为的存在时期和故意的存在时期为中心进行了若干检讨。

二、阳台杀人事件

本案件是在被告人着手杀人的实行行为之后，由于在一般上难以称为杀害行为的行为导致了死亡结果的发生，把这些作为一连串的杀害行为来把握从而肯定杀人既遂罪的成立的案件。

事实的概要如下：

33 被告人甲被妻子 X 称为情夫，因被骂而激愤，从厨房取出菜刀冲向 X，将惊慌欲逃的 X 在卧室仰向推倒，抱着杀意用菜刀刺了胸部几刀，身负重伤的 X 在要逃出门槛之时，甲持菜刀在后面追，将 X 带回卧室，因为 X 的道歉，甲走向厨房把菜刀放下。但是，在此之际，X 想从阳台逃出，两脚放在阳台栏杆上，背部朝向阳台的外侧，呈膝盖弯曲的状态，因为想借助栏杆逃入邻家。甲为了用煤气将 X 毒死，想把她带回。在揪抓 X 之际，X 在逃避之际，毁坏了栏杆，从阳台（公寓的 9 层）摔下死亡。

第一审判决（千叶地判平成 12.9.20 判时 1756 号第 165 页）认为甲的杀意从 X 从阳台落下到死亡期间是持续存在的，将甲对

^① Jerouschek 将成为事前行为的可罚性的填补或代用的事例群命名为前一答责任群（Vor-Verantwortlichkeitsgruppe）。参照 Jerouschek, Zur Bedeutung des genannten Koinzidenzprinzips im Strafrecht, a. a. O., S. 418 f.。

X 揪抓的行为和被害人摔死的结果之间存在因果关系作为根据，认为甲成立杀人既遂罪。控诉审的辩护人认为因甲没有杀意所以只不过成立伤害罪而已，此外 X 的死亡是在甲的加害行为后由 X 的摔落事故产生的，因此主张甲无责任。

东京高裁判决（东京高判平成 13.2.20 判时 1756 号第 162 页）维持了第一审判决，驳回了控诉，但关于杀意及实行行为，作了如下判断。^①

也即，“被告人的犯意内容，在刺杀行为时是想杀人，在刺杀行为后，是在自己的支配下放任等待出血致死，进而想使其煤气中毒死亡。此杀害的方法随着事态的发展虽然是在变化的，但可以说作为杀意是同一的。从刺杀行为时开始到想抓住被害人的行为时杀意是处于继续着的理解是妥当的。其次，想抓住阳台栏杆上的被害人的行为一般归于暴行，虽难以说是杀害行为，但在本案件中，作为被告人，抓住被害人的行为对其来说是带着带回来使 X 煤气中毒的意图，即使作为被害人，考虑到如果被被告人抓住的话是必死无疑的，连摔下去的危险也不顾，做用手甩开等动作拼命想从被告人处逃离。另外，从刺杀行为到想抓住被害人的行为是一连串的行为，既然对被告人来说虽有具体内容的差异但杀意是持续着的，抓住被害人的行为是为了使其煤气中毒必要的、不可或缺的行为，理解为杀害行为的一部分是妥当的，将本案中在放回菜刀时点上理解为杀害行为终了是不妥当的。还有，遵照原判决的判示，被告人想抓住被害人的行为和被害人的摔落行为之间存在因果关系。综上所述被告人承担杀人既遂的罪责是

34

^① 作为本案判决的评释，有松原久利·受验新报 2002 年 1 月号第 18 页以下，大山弘·法学セミナー 565 号（2002 年）第 109 页，石井彻哉·现代刑事法 4 卷 10 号（2002 年）第 89 页以下，冈野光雄·平成 13 年度重要判例解说（2002 年）第 149 页以下，盐谷毅·法学教室 258 号（判例选集 2001）（2002 年）第 26 页，佐藤弘规·研修 647 号（2002 年）第 13 页。进而，参照高桥则夫《实行行为和故意的存在时期》现代刑事法 4 卷 1 号（2002 年）第 102 页以下，石井徹哉《关于所谓的过早的构成要件的实现》奈良法学会杂志 15 卷 1=2 号（2002 年）第 1 页以下，山中敬一《所谓的过早的构成要件的实现和结果的归属》载《现代社会型犯罪的诸问题——板仓宏博士古稀祝贺》（2004 年）第 97 页以下。



当然的。”

东京高裁判决承认杀人既遂的根据，简而言之，第一是甲的杀意从刺杀行为到揪抓的行为之时是继续着的；第二是揪抓行为一般归结于暴行，虽然难以说是杀害行为，但甲的行为是意图杀害（煤气中毒死亡）而将其带回的，X一直设法从甲处逃脱；第三是从刺杀行为到揪抓行为可以评价为一连串的行为；第四是揪抓行为可以评价为杀害行为的一部分；第五是揪抓行为和X的摔落行为之间存在因果关系。

在本案件中，被告人甲的行为大致可以分为两个行为，即刺杀行为和揪抓行为。其中对哪一个行为可承认实行行为性呢？此外还有，对哪个行为可承认故意（杀意）也成问题。特别是揪抓行为一般不能说是杀害行为，对此作如何评价是有问题的。几个解决方法虽是可能的问题，但对这些是怎样关联的进行探讨是有必要的。

三、实行行为的存在时期

实行行为存在于哪里这一问题是关于实行行为的位置问题，
35 以前在旧派对新派这一“学派之争”中得以展开。也就是说，实行行为概念的确定正是犯罪论的中心任务。^①那么，根据将实行行为理解为该当于构成要件的行为的形式的客观说所设定的出发点，旧派虽然胜利了，但在此后的展开走向了实行行为概念的实质化过程。但是，在这样的过程中，“实行的着手=实行行为=未遂犯成立=不成立不能犯”里的等号一般被认为是当然的前提。但从前述的同时存在原则来看，这四个要素被认为是必须同时存在的。

但是，在实行行为概念实质化的过程中，刑法的机能性考察和危险概念的进展，成了导向实行行为概念的崩溃过程。也就是

^① 关于实行行为概念，尤其是参照西原春夫《犯罪实行行为论》（1998年）《特集 行为、实行、归属》刑法杂志45卷2号（2006年）第57页以下。

说,根据前者的机能性考察,实行的着手概念被认为是单纯的划定时间的概念,因此可以承认其和实行行为概念的分离。^①另外,根据后者的危险概念的进展,也可以承认未遂上的危险和实行的着手以及实行行为的危险是可以分离的。^②这样,根据所谓的“机能性的、危险关系性的实行行为概念”,“实行的着手=实行行为=未遂犯成立=不成立不能犯”里的等号就不是绝对性的东西了。因此,可得出这四个要素未必有同时存在的必要之结论。

无论如何,根据“机能性的、危险关系性的实行行为概念”可推出对法益有危险的行为是实行行为,问题是这个“危险”的实质性内容。可以将这种场合的危险内容理解为“具体的危险”,也可以理解为未遂犯上的危险(不能犯上的危险)的危险概念。但是,实行行为必须置于作为行为规范违反的行为之地位。首先,实行行为是违反“行为规范”的行为,而行为规范是面向一般人的当为规范。因为将行为人的行为作为此内容,所以这个违反的判断是对包含行为人主观的行为,从一般人的立场出发所进行的危险判断。其次,实行行为性必须放在在行为规范违反的“行为”中分析,而不能在从行为分离出来的阶段探求实行行为。从这两点出发,可得出实行行为上的危险内容是行为对法益的抽象性危险即为足这一结论。此外,因为有必要对作为实行行为开始的实行的着手作同样的判断,所以实行行为和实行的着手必须同时存在。与此相对,未遂犯上的危险是依据其发生才能肯定未遂犯的成立,危险的发生应理解为作为制裁规范的发动条件,而作为制裁规范的发动条件的危险必须是对法益的具体性危险。这是因为从制裁规范的侧面派生出可罚的违法性,应遵从在具体性危

36

^① 参照平野龙一《正犯和实行》载《犯罪和刑罚 [上]——佐伯千仞博士还历祝贺》(1968年)第453页以下[同《犯罪论的诸问题 [上] 总论》(1981年)第127页以下所收]。

^② 参照曾根威彦《刑法总论》(第3版,2000年)第242页以下,山口厚《刑法总论》(第2版,2007年)第269页以下,铃木茂嗣《刑法总论 [犯罪论]》(2001年)第164页以下,山中敬一《刑法总论Ⅱ》(1999年)第681页以下,西田典之《刑法总论》(2006年)第280页,斋野彦弥《危险概念的认识论构造》载《刑事法学的现代状况——内藤谦先生古稀祝贺》(1994年)第79页以下。



险发生的阶段上处罚的原则。^①

作为以上的结果，可以得出这样的结论：在不作为犯、间接正犯、隔离犯等的场合，作为实行行为开始的实行着手的危险和未遂犯成立的危险是可分离的；实行行为（实行的着手）和未遂犯成立（不成立不能犯）没必要同时存在。

但是，在阳台杀人事件中，因为在刺杀行为时已经发生了未遂犯上的危险（具体的危险），“实行行为＝实行的着手”和“未遂犯成立＝不成立不能犯”结果在事实上是同时存在的。因此，实行行为就和未遂犯成立相等同了，如前所述，因行为规范只以实行行为为问题，所以实行行为性的有无成了首先的先决问题。

37 首先，只对刺杀行为承认实行行为性的场合，本案件应如何处理呢？在这种场合，怎样评价揪抓行为成了问题。如果理解为依刺杀行为实行行为得以开始，而在因果的流程中介入了自己的行为的事例，因果关系的存在与否成了问题。如果由于自己行为的介入而否定相当因果关系（或者客观归属），关于刺杀行为，因在这时点上存在故意，只能认为成立杀人未遂罪。这种场合，关于揪抓行为，根据案件的情形，可承认过失致死罪。与此相对，如果认为因为自己的行为是过失性的样态，此外也可承认动机的连续性，所以可以肯定相当因果关系（或者客观归属）的话，关于刺杀行为就可认为成立杀人既遂罪。但是这种情形如后所述，产生了因果关系的错误问题，对此作如何解决也成了问题。

其次，也可考虑只对揪抓行为承认实行行为性。因为对结果发生产生现实性危险的行为，即直接导致死亡的行为是揪抓行为，所以可肯定其实行行为性。^② 揪抓行为的行为意思虽是想带回被害人，但在客观上可以说是对法益产生具体性危险的行为，所以可以（当然地）肯定其实行行为性。只是，留下了此实实行

① 关于行为规范和制裁规范的对置，参照本书第1页以下。

② 参照石井前列论文第36页。

为是基于故意还是过失这一问题。但是，即使肯定揪抓行为的实行行为性，也不可否定刺杀行为的实行行为性。

最后，可以考虑对刺杀行为和揪抓行为都承认其实行行为性。东京高裁判决采用了这种观点。也就是说，将刺杀行为和揪抓行为认定为一连串的（杀人的）实行行为。这种情况，应该将揪抓行为理解为（杀人的）实行行为的一部分的根据作为问题。东京高裁判决将对杀害行为的不可或缺性和杀意的继续性作为核心性的根据。但是，关于前者的根据，我认为“带回”只是对使其煤气中毒而死不可或缺的，但是否在刺杀行为的延长线上是有问题的。比如，在完全没有将其带回的意图而从阳台坠落的场合可否被同样地考虑呢？关于后者的根据，杀意是继续着的并不是作为该当行为的实行行为性的根据，而应该说只不过是对于该当行为的实行行为赋予了故意。

38

实行行为性是通过对于一定的行为进行构成要件性评价（违法评价）而获得的，因此首先确定行为的存在是重要的。因为有必要对行为而且在行为之中承认其实行行为性，所以行为和实行行为必须同时存在。在行为的外部承认实行行为性可以认为是违反行为原理的。

一定的行为，如后述，根据社会行为论，对社会有意义的行为在本案件中相当于刺杀行为和揪抓行为。那么，因为这两个行为是对法益的（使具体的危险发生）抽象性危险的行为，所以认为哪一个都能获得实行行为性是妥当的。不能找到揪抓行为埋没于因果关系的根据。

四、故意的存在时期

以上，在认为刺杀行为和揪抓行为两个都有实行行为性的基础上，接着，各自行为的主观性要件成了问题。也即是故意还是过失这一问题。作为事实认定的问题，如果以揪抓行为之际也有杀意这一东京高裁判决所认定的事实为前提的话，那么杀人的实行行为就有两个，一个是未遂，另一个是既遂，作为杀人的一连



串的实行行为，得出了成立杀人既遂的包括一罪的结论。

但是，如前所述，因为揪抓行为是为了将其带回才被施行的，所以即使在这之后有了杀害的计划，我认为在带回行为之际承认故意是困难的。本案件的后半部分，在杀人的预备阶段结果就发生了，应该说是“过早的构成要件的实现”的事例。

39 关于这个问题，存在着几个观点。^①一般地，在预备阶段发生了结果，因为故意的实行行为还未开始，所以不成立作为此实现的故意既遂犯，只是，因过失的实行行为是被肯定的，所以可以理解为成立过失致死罪（如果有故意犯的预备罪的处罚规定，此预备罪也成立）。但是，存在着这样的疑问：既然连过失的实行行为性都已经被肯定，如果故意也从最初就存在的话，不也可以肯定故意既遂犯的成立吗？^②上述的见解可以说是使实行的着手时期和故意的存在时期联动，就像故意的实行着手还尚未存在，是以使主观和客观相融合的实行行为概念为前提的见解。

与之相对，如前述，在将实行行为理解为“对法益的抽象性危险行为”的场合，揪抓行为在客观上是（抽象性的）危险行为，因为结果已发生，也可以肯定（具体性的）危险的实现了。如果根据不被允许的危险的存在和此危险的实现这一客观归属论的方案的话，那么这些是被肯定的，实行行为和结果的存在也是被肯定的。因此，本案的中心问题是在以实行行为的存在为前提的基础上，能承认实行行为的认识抑或不能承认（还是只能承认预备行为的认识）这一主观归属的问题。

可是，这个问题根据“溯及禁止论”，对第一行为否定其故意的见解得以主张。^③也就是说，在因果经过是按照行为人事先的预见推移的场合，虽可肯定第二个故意行为和结果之间的构成

① 关于“过早的构成要件的实现”的问题，参照本书第59页以下。

② 参照林干人《刑法总论》（2000年）第255页。

③ 参照山口·前列《问题探究》第141页以下，同前列《刑法总论》（增补版·2005年）第193页以下。但是，在同前列《刑法总论》第214页以下，可以肯定一连串的实行行为性，也可承认既遂犯成立的可能性。