

日本法丛书

(日)西原春夫 主编
金光旭 冯军 张凌 等译



日本刑事法的重要问题

(第二卷)

中国·法律出版社 联合出版
日本国·成文堂

(日)西原春夫 主编
金光旭 冯军 张凌 等译

日本刑事法的重要问题

(第二卷)

中国·法律出版社 联合出版
日本国·成文堂



图书在版编目(CIP)数据

日本刑事法的重要问题,第2卷/(日)西原春夫主编;
金光旭等译. - 北京:法律出版社,2000.10

(日本法丛书)

ISBN 7-5036-3253-4

I. 日… II. ①西…②金… III. 刑事诉讼法-日本
-文集 IV. D931.352

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 72320 号

出版·发行/中国·法律出版社 日本国·成文堂

经销/新华书店

印刷/民族印刷厂

责任印制/陶 松

责任校对/何 萍

开本/890×1240 毫米 A5

印张/6.5 字数/150 千

版本/2000 年 11 月第 1 版 2000 年 11 月第 1 次印刷

印数/0,001—4,000

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

Tel /88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

社址/〒162-0041 东京都新宿区早稻田鹤卷町 514

Tel/81-3-3203-9201(代表)

81-3-3203-9224(編集直通)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3253-4/D·2972

定价:15.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序 言

本书是 1997 年 3 月在上海召开的“第五次中日刑事法学术讨论会”和 1999 年 3 月在日本爱知大学召开的“第六次中日刑事法学术讨论会”日方报告全文的中文翻译。

第一次至第四次的日方报告已经作为西原春夫主编的《日本刑事法的形成与特色——日本法学家论日本刑事法》(1997 年 3 月、成文堂和中国法律出版社)在中国出版。另外,第一次讨论会至第六次讨论会的中方报告的日文翻译,全部已经在日本出版,在日本国内受到高度评价〔西原春夫编《中国刑事法的形成和特色》第 1 卷至第 6 卷(成文堂)〕。

日中刑事法学术讨论会自 1988 年的第一次讨论会召开起,历经 11 年的岁月。在第一次至第四次讨论会上,尚未进行当时刑事法领域真正的学术交流,只是着眼于介绍各自的法律制度和加深相互的理解,经过该阶段,讨论会逐渐提出更现代的、因而是更有深度的论题。在第五次讨论会上,把“经济犯罪”作为统一的题目。一方面中国基于改革开放政策引进了市场经济而对刑事法的领域也提出了重大的问题;另一方面日本也由于泡沫经济的破绽而引起众多与刑事法相关的案件。提出两国共通的经济犯罪这一重要课题,促成了实施有益的讨论会。进而,在第六次讨论会上,讨论了“正当防卫”和“共犯”这些刑法的基本问题,同时还讨论了“毒品犯罪”和“少年犯罪”。在刑法基本问题方面,超越了介绍各自的法制度的阶段,进行了更深入的理论性讨论,不仅如此,对毒品犯罪

和少年犯罪这一两国今日所承负的共通的重要课题,也进行了更详细的讨论,皆取得重大成功。

应当指出,我们的国际会议能够取得重大成功,有以下几点理由,报告者事先撰写了论文,将其翻译成对方国家的语言,讨论会之前全体成员阅读了译文,然后召开了会议;最重要的是得到了精熟日语的中国刑事法研究者的全面帮助;获得“上海市人民对外友好协会”和日本股份有限公司“成文堂”自始至终的支持,等。想借此机会向有关人员致以深切的谢意。

正值时代将结束 20 世纪、迈向 21 世纪。我们的讨论会不久也应进入下一个发展阶段。对于能够反映 21 世纪特点的新讨论会,我有几点希望,第一,不再像以往那样由我个人主导讨论会,而是在日方建立组织,使其成为有组织性的讨论会;第二,以往是以上海的刑事法人员为中心召开讨论会的,今后希望把讨论会展开扩大到全中国,因此盼望中方也建立有关心日本刑事法的学者、实务家参加的组织;第三,在中国召开时,希望能在包括北京、上海在内的中国主要城市轮流举办。总之,基于上述想法,现在正为 2001 年迈出刑事法学术讨论会的新一步进行准备。这些工作能为中日学术交流作出一些微薄贡献,能对中日两国更深层次的发展和友好有所助益,乃是我莫大的喜悦。

日本刑事法学术讨论会日方发起人
学校法人国士馆理事长、早稻田大学原校长

西原春夫

1999 年 12 月 1 日

目 录

第 五 编

经济犯罪及其法律对策·····	神山敏雄(3)
经济犯罪的侦查与审判程序·····	田口守一(21)
欺瞒交易与刑事责任·····	京藤哲久(40)
证券、金融犯罪·····	野村 稔(59)
日本的计算机犯罪与电磁卡 犯罪·····	西田典之(74)
税收犯罪与制裁·····	加藤久雄(87)

第 六 编

正当防卫论的现状·····	野村 稔(103)
日本刑法中的共犯规定·····	西田典之(119)
毒品犯罪的对策·····	井田良(130)
毒品犯罪的侦查·····	加藤克佳(145)
少年审判·····	田口守一(167)
少年犯罪的现状与对策·····	濑川 晃(188)

第 五 编

经济犯罪及其法律对策

冈山大学教授 神山敏雄

一、序 言

1. 关于经济犯罪,不论国内外在学术上均无统一的概念,因此很难确定其共同的范围。但是,对于它的核心部分,人们的意见是相同的,从本研讨会提出的各个题目来看,大多数人均以经济犯罪为题,可以说是认识到其核心问题。在此,我们省略关于经济犯罪概念、范围的严密讨论。关于企业的经济活动对普通消费者的生命、身体的侵犯,法益保护的观点明显对立,本文也不作为经济犯罪讨论。

2. 经济犯罪现象,关系到国家经济体制、经济状况、企业及国民的传统意识,随进代而变化。首先我们需要从历史的角度宏观把握和分析其行为的形

态、特征、制裁手段的种类。从历史上看,不论德国还是日本,经济犯罪的概念产生于战时经济统制法之下。在那个时代,法律保护的权益,重视的是国家的经济制度、经济秩序这种抽象的利益,而不是消费者、企业的具体经济利益。在自由市场经济秩序下,社会开始重视保护消费者、企业的经济利益。在这种变化之后,又出现一个新的问题,即是通过保护抽象层面的竞争秩序来达到维护消费者、企业利益,还是直接保护消费者、企业的利益不受侵犯。日本的经济法规中的犯罪,多为违反规则的形式性违反行为。不论怎样,必须明确的是,以经济犯罪处罚经济脱轨行为,其危害程度的标准需要社会达成共识。

3. 这里不准备从理论上论述经济犯罪问题,本文的主要目的是从宏观上概述一下人们普遍了解到的日本经济犯罪及其法律对策的历史演变,指出其问题,为探索经济犯罪对策提供一份素材。

二、经济犯罪及其法律对策的历史发展

1. 战前的经济犯罪

日中战争爆发后日本建立了总动员体制。日本的经济犯罪原形主要是违反经济统制法的犯罪。当时的经济统制的基本法是《临时措施法(1937年)》和《国家总动员法(1938年)》。这两部法律给予政府物资统制权限,所以也称授权法。在授权法下,采取命令、限制和禁止等措施统制物资的生产、配给、转让、使用、消费和进出口。由于处罚违反者,导致这种犯罪大量出现。在此之前日本也曾制定过《重要产业统制法(1931年)》、《资本逃避防止法(1932年)》、《谷米统制法(1933年)》、《石油行业法(1934年)》等重要经济统制法,但对违反上述法律的行为并未被视为经济犯罪,引起关注与重视。面对违反经济统制法的犯罪大量出现,法律实务界及学术界均自主地对该种犯罪给予重视。当时,法律实务

界苦苦思考,应该采取一般预防论还是特别预防论,最后采取的对策是以特别预防论为基础的恩情主义方针,但是,这类犯罪非但没有减少,反而日益增加。检察厅受理的人员从原来的每月数千人增至第二次世界大战爆发前的1万人以上。于是司法实务采取杀一儆百的方针,转向严惩主义(参见关之著《经济犯罪概说》[1943年]第66页。)1941年3月,临时措施法及国家总动员法的刑罚均严厉化。这时,每月受理的人员未如以往那样激增,反而稳定在1万人左右,其中原因包括国民对经济法令的了解加深、侦查当局组织的完善及刑罚严厉化等。但实务界并不认为加强刑罚的作用很大(关之前注书第83页)。1941年12月太平洋战争爆发后,这种犯罪也未减少,每月受理的人员约1万人左右,从整体上看有逐渐增加的趋势。1943年一年竟超过16万人(武安将光〈战后经济犯罪和考察〉载于《法律时报》第27卷第5号第46页)。

2. 战后混乱时期的经济犯罪

(1)战后,日本在农地改革、财阀解体、垄断禁止法的体制下,开始建立自由市场经济秩序,在昭和20年代(1945年至1954年)的混乱时期,稳定国民经济是当务之急。为此需要统制物资的供应、配给和价格等。因此保留了若干战前的经济统制法令,并且制定了物价统制令(1946年)。在这个时期,实务家及刑事法学家均认为,经济犯罪就是违反经济统制法令的犯罪。每年受理的人员,1946年约为21万1千人,1947年约为60万7千人,1948年约为91万6千人,1949年约为102万1千人,达到顶点。此后逐渐降低,1954年降至28万2千人(武安将光前注论文第49页)。经济犯罪发生件数1951年以前一直居于各种犯罪的首位。在经济犯罪中,违反粮食管理法(1942年)、物价统制令(1946年)、临时物价供需调整法(1946年)这三大领域的犯罪占各种违反事件的大半。

其中违反粮食管理法事件逐渐增至首位。1954年增至95%的比例(武安将光前注论文第49页)。这种经济犯罪的发生原因

是物资不足,随经济状况的好转这种犯罪必然消失。实际上该犯罪随物资不足的解除而逐渐减少。这个历史经验说明,这种经济犯罪对策的严罚主义是有其界限的。

(2)在 1947 年制定的垄断禁止法体制下,垄断及卡特尔等侵犯自由市场经济的行为均被视为犯罪,当时对这种行为是犯罪的认识还很低,至 70 年代中期以前,这种案件未曾被检举过。实务专家及研究者几乎没有发表过这方面的研究论文。

(3)在有关行业法中,将违反该法行为作为犯罪处罚的结构已是传统。行业法上的犯罪行为几乎都是违反规则,其自身并不要求给予消费者及社会造成有形性损害为要件,为此,这些违法行为在这个时期并未当作现实的重要经济犯罪,在对策上也未引起实务专家及研究者的注视。在证券交易法及商品交易所法的领域,这种违法行为,至 70 年代,并未成为社会问题。

(4)1945 年至 1954 年(昭和 20 年代)发生的保全经济会事件,在经济犯罪史上值得特别予以重视。保全经济会 1948 年在东京作为匿名行会设立。其内容为食利性金融组织,设立者是普通的个人。该会以“每月分红二成,合同期为 2 个月,出资 1 万日元 5 年以后复利共为 200 万日元”为诱饵,从普通大众处集资。至破产前出资者共达 15 万人,集资额达 45 亿日元。该会没有可以支付超高额利息的资金运作成绩,创业以后一直通过宣传利用从新顾客处募集的资金维持运转。1953 年斯大林死亡冲击造成股市暴跌,加之风灾水害及冻灾等多重因素,陆续出现要求解除合同的纠纷,同年 10 月,该行会经营恶化,第二年倒闭,造成众多的受害者。该事件的问题在于匿名行会的法律性质,这种营业有违反银行法、贷金业法(1949 年制定)及公司法中不得动用资本分红规定的嫌疑,但缺乏关键性的根据。结果检察方面仅就隐瞒破产前损失事实继续募集大众资金一事适用诈骗罪,集中于一定时期一定范围的受害顾客,以诈骗罪检举,法院做出有罪判决。以该案件为

契机,日本制定了出资法(1954年),禁止从不特定多数人处以约定后日偿还为条件集资,和从事该项存款业务,违反者为犯罪。该法预防恶劣的食利推销方式的基本对策法,至今仍发挥作用,此后该法还成为食利推销方式对策立法的样板。另外,该案件还是恶劣推销方式的始祖和检举典型(详见神山敏雄《经济犯罪研究第1卷》[1991年]第229页以后)。

3. 高速增长时期以后的经济犯罪

垄断禁止法等一系列行业法的运用是通过行政处分与刑罚来保证的,在法律上,违反这些法令是经济犯罪的主要问题。昭和30年代(1955年至1964年),日本经济进入高速增长时期,此后经历多次不景气直至今日。以下概述一下在这期间重要的经济交易领域中发生的各种经济犯罪及其法律对策的发展。

(1)基本法:垄断禁止法领域的犯罪

该法是保障自由市场经济秩序的基本法。违反该法将给予行政处分与刑罚。负责机构为独立的机构“公正交易委员会”,系摹仿美国的FTC。该机构负责对一切企业违反该法的行为行政检举,对主要的犯罪拥有专属控告权。该法的作用是防止市场垄断及各种卡特尔,保护消费者的经济生活、企业的经济活动和经济利益。触犯该法的实际上主要是卡特尔事件及串通投标事件,对于违反该法事件,公正交易委员会几乎均作为行政处分检举,极少作为犯罪控告。该法制定以来,仅有两件作为刑事案件检举做出有罪判决,即1974年检举的石油价格卡特尔事件及1991年检举的业务用棉布卷价格卡特尔事件。前者的背景是,1972年发生的第一次石油危机,引起物价暴涨。原因之一是日本代表性的石油批发公司成为石油价格卡特尔。因该事件大规模危害了国民的经济生活,所以第一次作为刑事案件检举。后一事件虽未直接影响国民经济生活,按照以往的惯例均作为行政处分,但1989年以后在日美结构协议中,美国要求加强垄断禁止法的罚规及其适用,因此

该事件可能从政策考虑作为刑事案件检举。

历来,政府官厅等公共机构向民间企业委托建设项目、土木工程、物品及服务 etc 时,企业的投标串通均依照刑法典中的串通投标作为个人犯罪检举。串通投标是价格卡特尔的一种,属于垄断禁止法限制的不法交易。串通投标 80 年代以前没有作为刑事案件检举。作为行政处分事件,80 年代的 10 年中大约有 10 件受到劝告审决。在上述日美结构协议,美国指责日本是串通投标大国。从 1990 年开始,行政处分的检举事件增加,1992 年已经上升为两位数。1993 年社会保险厅委托项目的串通投标案件首次受到刑事检举。1994 年,第 2 件下水道事业团的委托项目串通投标案件首次受到刑事检举,各参加企业及其负责人被判有罪。

垄断禁止法体制持续 50 年,其间尽管发生许多价格卡特尔、串通投标案件,但 95% 以上采用行政处分处理。作为刑事案件检举的仅 4 起。如何看待这种现状有待研究(其具体事例,参见神山敏雄《日本的经济犯罪》第 8 页以后、第 29 页以后。)

(2) 涉及大众投资的经济犯罪

在日本,违反下述法律的犯罪行为及围绕食利投资的诈骗罪增多。如《出资法(1954 年)》、《限制连锁交易的上门推销法(1988 年修改)》、《无限连锁推销互助会防止法(1978 年)》、《有价证券投资顾问行业法(1986 年)》、《特定商品委托交易合同法(1986 年)》、《抵押证券行业法(1987 年)》、《商品投资行业规制法(1991 年)》、《高尔夫球场会员合同适用法(1992 年)》等。从高速增长时期至泡沫经济破灭的过程,并不了解经济问题、也不懂投资风险的人,轻易受到恶劣企业人员的诈骗性食利投资销售方法的欺骗,受到损害。这个领域的典型事件是 70 年代末出现的期货交易诈骗事件和 1981 年至 1985 年发生的丰田商事事件(详见前注拙著《经济犯罪的研究》第 13 页以后、第 221 页以后)。这种食利型推销法所造成的损害每次均引起社会问题,上述一系列行业法均是在事件

后立法的,目的是在危害发生前期予以处理,保护一般投资者。实际上这些恶劣公司人员很少作为违反行业法的刑事犯被检举,多为国民实际受到损害时才以诈骗罪等实质犯检举,行业法具有作为检举手段适用的倾向。关于该领域的问题京藤报告已有专门论述,在此省略。

(3)侵害消费生活的犯罪

侵害消费生活的犯罪主要是违反下述法律,即《分期付款法(1961年)》、《上门推销法(1976年)》、《出资法(为加强管制高利贷1983年修改)》、《贷款业法(1983年、该法的目的是为了防止放贷公司谋取暴利)》。进入高速增长时期,消费增加,随之而来的是在商品服务销售行业与购买者之间、贷款者与借贷者之间出现多种纠纷。威胁消费者生活的事件频繁发生,成为社会问题。为了解决这些问题,日本制定、修改了上述一系列的行业法。虽然高利贷、未登记贷款人的暴利行为、催帐关系等犯罪的检举逐渐减少,但依然持续发生。违反上门推销法的犯罪行为改换手法、品种,仍然继续犯罪,被捕件数1984年至1989年每年平均为192件。1990年至1995年虽稍有减少但年平均仍有106件。

(4)知识产权(无形财产权)的侵害

①在工业产权法体系下,对专利法上的发明、微生物发明、动植物发明等的侵权、实用新型新方法的侵权,对图案设计专利法上的构思(设计)的侵权、对商标法规定的商标、服务标识的侵权;②在著作权法体系下,对著作权法上的著作权,音乐、舞蹈、绘画、雕刻、建筑、地图、学术性图表、电影、照片、程序等的侵权;③在其他知识产权法体系下,对种苗法上新种植物的侵权、对半导体芯片法上的半导体线路配置权的侵犯、对反不正当竞争法上的周知商标、商品形态、周知商号、原产地表示等的侵犯,对商法上商号的侵犯;④在企业秘密保护法体系下,企业秘密本身不受刑罚保护,只不过是受刑法典各种泄露秘密罪规定的保护,从1989年至1994年,这

一领域侦破的案件中,居首位的是违反著作权法(年平均为 552 件,几乎都是对录像带、电脑软件、音乐磁带的侵权),第二位是违反商标法(年平均 459 件,其中主要是进口销售假名牌商品),第三位是违反反不正当竞争法(年平均约 66.5 件,包括使用他人商品表示、虚假表示或使人误认某种商品的进出口、转让、商品的原产地、质量、内容、制造方法、数量等),第四位是违反实用新型法(年平均 4.4 件),第五位是违反专利法(年平均为 2.6 件)。几乎没有违反其他知识产权的。在⑤领域的侵权,如果企业秘密表现为有形物体,对该有形物体的夺取或侵吞只有达到刑法典财产犯的程度才可予以处罚(具体事例请参见拙著《日本的经济犯罪》第 188 页以后),关于企业秘密保护问题,在刑法修改草案中也涉及到了,但受到律师协会和理论界的批评。最近,在理论界再次热烈讨论了保护企业无形秘密的立法问题。

(5)经济贪污贿赂案件

在经济界、政治界和官僚界,均存在着结构性的经济贪污贿赂案件。其背景是三者根深蒂固的粘合。太平洋战争后发生的经济界、政界和官僚界大规模的贪污贿赂案件,均系企业为了实现有利于自己的立法和行政,向政界及官僚提供巨额贿赂。经济贪污贿赂案件,自 1948 年以来陆续发生,其中大约 15 件成为社会性、政治性问题,昭和电工事件和里库路特事件分别使芦田内阁和竹下内阁倒台。洛克希德事件使位于总理大臣的人受到起诉,一审二审均判有罪(结构贪污贿赂的详细分析请见神山敏雄〈日本贿赂罪:以政界、官界、企业界的结构性贪污为中心〉载于《犯罪与刑罚》第 10 号〔1994 年〕)。以往主要是追究国家政治层次中的贿赂,但进入 90 年代,在著名政治家的政治捐款及偷税事件的侦查过程中,大型综合建筑公司与自治体首长的巨额贪污案件接连暴露,发展成为前所未有的贪污案件,受贿和行贿双方分别被拘捕。受贿者包括大臣 1 人、县知事 1 人、市长 1 人、町长 1 人及共犯若干人;

行贿者包括 7 家大型建筑公司,1 家中型建筑公司及中型公司的母公司造纸公司干部及有关人员(均为当时职务)。地方自治体的经济贪污贿赂事件竟有如此规模,一经披露,不啻晴天霹雳(关于综合建筑公司贪污贿赂的分析,请见前注拙著《日本的经济犯罪》[1996 年]第 244 页以后)。

(6)其他经济犯罪

关于证券交易法上的犯罪、电脑犯罪、磁卡犯罪、伴随泡沫经济的金融犯罪及租税犯罪等,因其他报告人已经准备,这里省略。

三、作为经济犯罪对策的刑罚与行政处分

1. 刑法对企业的作用

在学说和判例上,经常争论法人处罚的理论根据、要件及范围。一般的观点及判例,对实行者的违反行为,以机构的过失追究法人责任,采取过失推定说。与此针锋相对的是企业组织体责任论。该理论认为,组织体成员的行为客观上与业务有关,只能把它作为企业活动的一环来把握,作为法人自身的行为来理解,而且从整体看只要法人的组织活动违反了客观的注意义务,不论具体行为人为人能否具体确定,也不论机构是否存在过失,法人必须负有责任(板仓宏《企业犯罪的理论与实况》(1975 年)第 20 页以后)。两种学说均修正了过去的形式责任原则理论。法人责任理论不能充分验证现行刑法的功能,有的议论过于主观,这里不做深入探讨。

处罚作为业务主的法人体系,见于特别法的两罚规定及三罚规定,但在刑法典的犯罪中没有这种规定。因此,企业即使实行了组织性的诈骗、侵吞、贪污等实质性犯罪,处罚的也只是作为自然人的实行者及共犯。对于企业的刑罚,仅是罚金。日本的罚金刑,原则上是总额罚金制,罚金金额几乎均在 500 万日元以下。但是在日美结构协议中,美国要求日本加强反垄断法的罚规,指责日本