

刑事法译丛

陈兴良 主编
林 维 副主编



犯罪实行行为论

〔日〕西原春夫 著 戴波 江溯 译

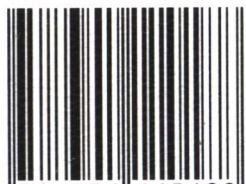


北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



犯罪实行行为论
Treatise on Criminal Action

ISBN 7-301-11018-9



9 787301 110188 >

责任编辑：吕亚萍

封面设计： 春天·书装工作室
www.ct1900.com

ISBN 7-301-11018-9/D · 1557

定价：31.00元



A Treatise on Criminal Action

犯罪实行行为论

〔日〕西原春夫 著 戴波 江溯 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市版权局著作权合同登记号图字:01-2005-3882

图书在版编目(CIP)数据

犯罪实行行为论/(日)西原春夫著;戴波,江溯译. —北京:北京
大学出版社,2006.8

(刑事法译丛)

ISBN 7-301-11018-9

I. 犯… II. ①西… ②戴… ③江… III. 刑事犯罪-研究
IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 101104 号

书 名: 犯罪实行行为论

著作责任者:〔日〕西原春夫 著 戴波 江溯 译

责任编辑:吕亚萍

标准书号:ISBN 7-301-11018-9/D·1557

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址:<http://www.pup.cn> 电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版社部 62754962

印 刷 者:三河市新世纪印务有限公司

经 销 者:新华书店

650mm×980mm 16 开本 20.5 印张 296 千字

2006 年 8 月第 1 版 2006 年 8 月第 1 次印刷

定 价:31.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

作者简介

西原春夫 日本著名刑法学家,早稻田大学名誉教授。

主要经历:1928 年生于日本东京。1951 年毕业于早稻田大学第一法学部,1956 年修完博士后期课程。早稻田大学法学部助手(1953 年)、讲师(1959 年)、副教授(1962 年,早稻田大学法学博士)和教授(1967 年)。1962—1964 年,德国弗莱堡大学 Max-Planck 外国刑法和国际刑法研究所留学。1965—1973 年,日本法务省法制审议会刑事法特别分会干事。1970—1979 年,日本司法考试考查委员。1972—1976 年,早稻田大学法学部部长。1976—1982 年,日本法务省法制审议会监狱法修改分会委员。1978—1982 年,早稻田大学理事(1980 年起任常务理事)。1979 年,德国弗莱堡大学 Max-Planck 外国刑法和国际刑法研究所留学。1982—1990 年,早稻田大学校长。1983—1995 年,日本法务省矫正保护审议会委员(1991 年起任会长)。1984—1992 年,日本私立大学联盟及日本私立大学团体联合会副会长、会长。1985—1989 年,日本文部省教育课程审议会委员、副会长。1988—1993 年,日本文部省大学设置和学校法人审议会委员、副会长、会长。1988—1995 年,日本文部省学术审议会委员、副会长。1991—1993 年,日本总务厅第三次推进行政改革审议会委员,社团法人青少年育成国民会议副议长、议长。1991 年,获德意志联邦共和国一等功劳十字勋章。1995—1998 年,早稻田大学欧洲中心(波恩)主任。1995 年,获上海市政府授予的白玉兰荣誉奖。1998 年从早稻田大学退休。1998 年 4 月担任日本国士馆大学理事长。

2 犯罪实行行为论

名誉博士:高丽大学(韩国)、阿拉姆大学(美国)、拉萨尔大学(菲律宾)、悉尼大学(澳大利亚)、莫斯科大学(俄罗斯)、奥格斯堡大学(德国)。

名誉教授:早稻田大学(日本)、中国人民大学(中国)、华东政法学院(中国)、武汉大学(中国)、吉林大学(中国)、中国社会科学院(中国)、黑龙江大学(中国)、远东国立工科大学(俄罗斯)。

主要著作:《间接正犯的研究》(1962年)、《刑法总论》(1968年)、《交通事故与信赖的原则》(1969年)、《犯罪各论》(1974年)、《交通事故与过失的认定》(1975年)、《刑法总论》(1977年)、《刑法的根基与哲学》(1979年)、《大法庭判决巡礼 刑法I》(1982年)、《犯罪实行行为论》(1998年)、《21世纪的亚洲和日本》(2002年)等。

译者简介

戴波 北京大学法学博士,曾任教于中国人民公安大学,现为北京市正平律师事务所律师。

江溯 北京大学法学院博士生。

前 言

平成十年(1998年)3月13日,我将迎来我的古稀之年。像古稀这些词,我一直都觉得是事不关己的,自己本身也不喜欢随着时间的流逝去给人生划分一个分界点,因此,如果可能的话,我还是想和往常那样简简单单地生活。但是,我所在的早稻田大学规定退休年龄是70岁,正好就是古稀之年。对此,周围的人们,特别是学生们自然觉得总得做点什么。

于是,以我的学生为中心,他们开始策划了为祝贺我步入古稀的论文集。日本以及与我在学术上有关系的德国、波兰、中国、中国台湾地区、韩国等国家和地区的刑法学者都寄来了稿件。这对于在学术上没有作出多少贡献的我来说,的确是莫大的光荣。夹杂着惶恐和感激的复杂心情,一直萦绕心头。

为了向在这次策划中寄来稿件的各位朋友表示衷心感谢,着手编辑这本古稀祝贺论文集的学生们以及为我们出版著作的成文堂的各位工作人员,提议编辑一本表现我学术活动特色的论文集,以此奉献给各位,而我也正是这么想的。于是就有了这本书,衷心感谢各位。

迄今为止,在刑法学领域,我所触及的课题是各种各样的,除了日德、日中等国际学术方面的交流以外,结果“过失犯论”和“犯罪实行行为论”形成了两大支柱。对此,也许是偶然的結果——但是也存在着相当清楚的原因。其中,关于本书标题的形成原因,要追溯到我于昭和二十六年(1951年)进入早稻田大学研究生院法学研究科,师从齐藤金作先生开始刑法学研究的初期。当时,先生正执笔写博士论文《共犯理论的研究》(昭和二十九年,有斐阁),而我作为先生的助手,在那时候得到了先生许多指导。有一天,我对先

生表达“间接正犯就是共犯的反面吧”这一见解时,先生说:“正好你必须学共犯,你就把它反面的间接正犯作为研究课题怎么样?”于是这就成了我的硕士论文的题目,而且最终在昭和三十七年(1962年)获得了第一届刑法学会奖。《刑法杂志》第12卷第1号收录《间接正犯的实行行为》(本书登载)以后,又在同年出版了博士论文《间接正犯的理论》(成文堂)。

直到现在,越来越多的人才认为间接正犯的实行着手时间不是在利用者的行为开始之时,而是在被利用者的行为开始之时。当时,包括战前的论文在内,也只有两三位学者赞同这一观点。不管怎样,试图以新的理论结构,站在少数派的立场,向具有压倒性的通说提出反对意见,乃是因为我考虑到通说过早地认定实行的着手时间,会造成作为实行行为内容的构成要件偏离实质危险的结果。

这一见解随后也被援用到原因上自由行为中实行着手时间的问题上。不过,现实地开始研究这个问题是在此前的事。出于一个非常偶然的机会,我受刑法学会之托,执笔撰写了《德国刑法中的酩酊犯罪》(昭和三十四年,由《刑法杂志》增刊《酩酊与刑事责任》收录,本书登载),那时正好《修改刑法准备草案》(未定稿)发表了,其中“自己引起的精神障碍”这一款引发了一场讨论,由于前述论文的关系,我得到了参与那次争论的机会(昭和三十五年,由《法律时报》第32卷第8号《修改刑法准备草案的综合研究》收录;昭和三十六年,由《刑法杂志》第11卷第1、2号《修改刑法准备草案》收录等)。经过这些思考,在佐伯千仞教授的见解的延长线上,展开我自己观点的《责任能力的存在时间》(昭和四十三年,由佐伯六十寿辰《犯罪与刑罚(上)》收录,本书登载)以及回应对该文提出之反对意见的《再论原因上自由行为》(昭和五十九年,由《团藤重光博士古稀祝贺论文集》收录,本书登载)等论文问世了。

共同正犯中犯罪实行的问题是相当深刻的,仅就能否肯定共谋共同正犯的问题而论,当时屈指可数的支持者就成了压倒性通说的批判对象。特别是由于我站在以共同意思主体说的首创者草野豹一郎先生为学问之祖父,其继承者齐藤金作先生为学问之父的学说立场上,因此,无论是肯定这种学说还是否定这种学说,都

是关乎自己学问良心的重大问题。与其将肯定共谋共同正犯之根据的问题委托给学问之祖父以及学问之父,倒不如从探讨被压倒性的多数派学说认为未经严密的学问验证的、批判共谋共同正犯的论据开始研究问题。其结果是,作为多数派学说之论据的“个人责任原理”在原则与实际情况之间是脱离的,是否立足于这一原理并不是能否肯定共谋共同正犯的关键。在这一探讨的基础上,我抱着“不只是由于学问之祖父和学问之父的话”的信念,写出了《共同正犯中犯罪的实行》(昭和三十九年,由齐藤六十寿辰纪念《现代共犯理论》收录,本书登载)。此后,可以说越来越多的人在改变理论构成的基础上,开始赞成共谋共同正犯。对于当时站在极少的少数派学说立场上的我来说,真的有点“正中下怀”的感觉。

按照所预想的那样,我写了一些与成为本书之支柱的论文相关的幕后故事。关于本书中所体现的我的学说的意义,曾根威彦教授在卷末专门写了题为《西原刑法学与犯罪实行行为论》的解題。真是感谢至极。而且,曾根教授还将我以前的论文整理出来,将所有论文进行了系统地编辑。再次向他表示衷心地感谢。此外,在曾根教授的指导下,他的学生胜亦藤彦君(明治学院大学讲师)、石井彻哉君(神奈川大学讲师)、内山良雄君(早稻田大学研究生院法学研究科研究生)和冈上雅美君(国士馆大学讲师)做了校正以及其他各种工作。对此,感激之情难以言表。

此外,成文堂的阿部耕一社长、土子三男编辑部长、本乡三好编辑部次长以及所属的各位员工为我的古稀祝贺论文集的出版,不怕亏本,直至付梓都尽心尽力,对于各位我怀有难以表达的深深谢意和感激。最近,我再次深深地感到,人生在世需要人与人之间的相互扶持。

西原春夫

平成九年(1997年)9月10日

于初秋的德国巴特·哥德斯堡

中文版序言

本书是我的著作《犯罪实行行为论》(日本成文堂 1998 年版)的中文版。正如原著“前言”中所述的那样,1998 年 3 月 13 日,我迎来了古稀之年(年满 70 岁)。为了纪念这个日子,我和我的学生从我迄今为止发表在各种杂志上的论文中挑选出与犯罪的实行行为相关的论文,分类编辑成第一编“构成要件、行为、危险”、第二编“原因上自由行为”以及第三编“共犯与间接正犯”,并予以出版。这就是原著的内容。

我大半生的研究主题实际上是多种多样的,但是,我一直将重点放在“过失犯论”和“犯罪实行行为论”之上,在此我展开了自己的独特理论。其中,就前者而言,主要收录在《交通事故与信赖的原则》(日本成文堂 1969 年版)与《交通事故和过失的认定》(日本成文堂 1975 年版)等两部著作之中;就后者而论,各篇相关的文章散落在各种杂志之中,尚未结集成书。在这个意义上,通过本书原著的出版,我的刑法理论的另一个独特的方面就会一目了然,对此,我必须向我门下的学生诸君表示深深的谢意。

由于本书原著所收录的各篇论文均是由复杂和精致的理论构成的,因此翻译需要付出艰辛的劳动。除了法律学的知识以外,相当的日语能力也是不可或缺的。克服这种困难并最终完成翻译的是戴波律师(法学博士)和北京大学法学院博士研究生江溯。在此,我想向两位表示由衷的谢意。

1988 年以来,我一直致力于以“日中刑事法学术研讨会”为中心的学术交流,在此期间,我亲眼目睹了中国刑事法学的惊人发展。其中,由于对日本刑法学的关注程度越来越高,因此,对犯罪

实行行为这个可以说在犯罪论体系中最为重要的课题展开我个人见解的本书,或许或多或少可以对中国刑法学的发展起到一点作用。在这种希望和期待之下,本书最终问世了。

西原春夫

2006年6月1日

目 录

绪 论 犯罪实行行为论	1
第一节 绪论	1
第二节 实行行为的范围	3
第三节 实行的着手	6
第四节 实行行为的实质	13
 第一编 构成要件、行为、危险性	
第一章 犯罪论中定型思考的界限	25
第一节 绪论	25
第二节 贝林的构成要件论	26
第三节 德国构成要件论的发展方向	34
第四节 犯罪概念中构成要件的地位	46
第二章 构成要件的价值性特征	56
第一节 绪论	56
第二节 构成要件的描述性要素与规范性要素	57
第三节 社会相当行为与构成要件符合性	61
第四节 不作为犯与构成要件符合性	67
第五节 过失犯与构成要件符合性	70
第六节 结语	74
第三章 作为与不作为的概念	80
第一节 绪论	80

2 犯罪实行行为论

第二节	目的行为论中的行为与不作为	81
第三节	运动与静止、作为与不作为	84
第四节	作为与不作为、作为犯与不作为犯	90
第四章	刑法上的危险概念	94
第一节	绪论	94
第二节	不能犯论中的危险概念	96
第三节	危险犯中的危险概念	106

第二编 原因上自由行为

第一章	过失犯与原因上自由行为	117
第一节	问题之所在	117
第二节	原因上自由行为与注意义务	118
第三节	注意义务与注意能力的关系	123
第二章	责任能力的存在时间	130
第一节	佐伯教授提出的问题	130
第二节	责任能力与实行行为同时存在的原则	131
第三节	责任能力应当存在的时间	135
第四节	原因上自由行为的构造	138
第五节	与犯罪论体系之间的关系	143
第三章	再论原因上自由行为	145
第一节	绪论	145
第二节	责任能力的“意思主义的”理解	146
第三节	对“最终意思决定时”的理解	149
第四节	解释论与立法论	156
第四章	酩酊驾驶与刑事责任	161
第一节	问题之所在	161
第二节	酩酊驾驶与刑法第39条	163
第三节	限定责任能力与原因上自由行为	166
第四节	酩酊驾驶与业务上过失致死伤罪之间的关系	170

第三编 共犯与间接正犯

第一章 间接正犯的实行行为	179
第一节 绪论	179
第二节 关于实行着手的各种学说	181
第三节 间接正犯的实行着手	194
第四节 间接正犯的实行行为的实质	209
第五节 结语	220
第二章 教唆与间接正犯	225
第一节 绪论	225
第二节 教唆犯与间接正犯的区别标准	228
第三节 教唆犯与间接正犯的界限	234
第三章 共同正犯中犯罪的实行	244
第一节 共犯学说中个人责任与团体责任的原理	244
第二节 要求实行分担的学说及其批判	250
第三节 间接正犯的理论构成及其批判	255
第四节 共同正犯中犯罪实行的意义	266
第四章 共谋共同正犯	279
第一节 论点之所在	279
第二节 肯定论的根据	280
第三节 对肯定论之批判的重新探讨	282
第四节 共同正犯的责任基础	288
解 题 西原刑法学与犯罪实行行为论	293
绪 论 本书的构成	293
第一节 构成要件与危险概念	295
第二节 行为与实行行为	299
第三节 原因上自由行为与犯罪的实行	305
第四节 间接正犯、共同正犯与犯罪的实行	309
结 语 关于实行行为概念	314
译者后记	316

绪论 犯罪实行行为论

第一节 绪 论

预谋杀害乙全家六人的甲,在通往乙家的田间小路附近,很醒目地放置了六袋注有毒药的塑料袋装果汁。乙看到果汁后就把它全部带回了家,喝下其中一袋就立刻毒发身亡了。乙家中的其余五人当时不在家,回家以后由于目睹事态而没有喝剩下的果汁,因此幸免于难。

这是一个真实的案件(宇都宫地判昭40·12·9下刑集第7卷第12号第2189页)。在这种场合,甲就已经死亡的乙成立杀人罪,大概任何人都不会有异议。因为这符合刑法^[1]第199条的“杀死了人”,因此是毋庸置疑的。

问题是,就未被害死的其余五人而言,甲应当成立杀人未遂,还是仅限于“预备杀人”(第201条)。由于结果是六人中一人死亡,就剩下的五人,很容易认定甲为杀人未遂。但是,以此为理由是不正确的。这是因为,甲对于剩下的五人的罪责,必须从甲的行为对这——剩下的——五人所具有的危险性上加以考虑。

预备杀人与杀人未遂的区别,在形式上由是否有杀人的实行着手来决定。换言之,杀人的实行行为着手以前是预备行为,之后则是实行行为,没有产生结果时就属于未遂犯。本案中的实行着手在什么时间呢?

在这种场合,必须注意的是,甲的行为具有如下构造:甲自身的行动仅仅以放置塑料袋而告终,此后有待乙等人的行为才能发

[1] 本书所称刑法是指《日本刑法典》。——译者注

生结果。因此,如果认为实行行为仅仅指行为人自身的行动,那么,意味着实行行为开端的实行着手就在于放置塑料袋这个行为开始之时。但是,并不能说在乡间路上放置塑料袋的行为具有实行着手那样的危险性。因为乙等人对此产生怀疑并无视那些东西是极有可能的。实行的着手仍然是乙将果汁带回自己家要喝下的时候,或许这样认为才是妥当的。本来,杀人行为的实行着手一般在于例如怀有杀意扣动枪的扳机之时,或者抡起铁棍之时,最终可以归结为之后因一举手一投足而产生结果那样危险性非常迫近的时刻。

但是,如果是这样的话,本案中的实行行为的内容究竟是怎样的就成了问题。因为在本案的场合,自不待言,虽然实行行为意味着甲的实行行为,但是,只是在甲的行动终了之后才可以承认实行的着手。

与此相似的问题在间接正犯和原因上自由行为的场合也会发生。带孩子去糕点店,由于最终是由孩子的母亲付钱,因此唆使孩子只要想要的就拿的行为,以及对一旦注射觉醒剂就有猥亵女性之癖好的某男,在使之实施猥亵行为的目的之下给他注射觉醒剂的行为——这种场合在刑法上是不可罚的——是符合预备还是本来的未遂却成了问题。于是,在解决前一问题的场合,就出现了实行行为的范围是否过于扩大这一问题;而在解决后一问题的情形下,就产生了实行行为的实态到底是什么这一问题。

所谓实行行为,本来就意味着构成要件中行为人以动词形式表达的行为。“杀人”、“放火”、“窃取”、“通过欺罔获取财物”、“实施猥亵行为”等就属于实行行为。但是,诸如“营利、猥亵以及结婚的目的”(第225条)、“行使的目的”(第148、154、162、164条等)那样目的的对象是特定行为的场合,这种行为就不是实行行为。然而,当“行使”以并非目的的对象这种形式描述于构成要件之中时(第152、163条等),它也属于实行行为。也就是说,实行行为意味着构成要件的核心行为。

这样,实行行为的范围及内容,形式上根据各自的构成要件的解释来决定,在其自身的某种意义上是明确的。但是,当将此套用到现实的犯罪行为时,就很不确定了。有关实行行为的范围及内

容,纵向的各论的考察并不充分,有必要进行横向的总论的探讨的理由即在于此。下面,我想尝试着探讨围绕实行行为的诸多问题。

第二节 实行行为的范围

一、犯罪与实行行为

犯罪有的是瞬间实施的,也有经过一些时间慢慢发展成犯罪的情形。如果从时间的序列这个侧面来看犯罪的话,实行行为在其中的定位大概就成了第一个重要的问题。

犯罪,无论是故意犯还是过失犯,首先开始于意思决定。因为法并不能规制人的内心本身,即使在行为人的内心产生了意思的冲突,可以说产生了最终的意思决定,也不能仅仅依此就将之作为犯罪而使之成为刑法的对象。作为犯罪进入法的世界,乃是在基于意思决定实施了某种外部行为之时。

不过,即使想要做什么这种意思决定体现在某种外部行为之中,也不能仅仅据此认定为构成犯罪。要构成犯罪,其行为必须达到既遂。犯罪达到既遂,乃是在所有的构成要件完全实现之时。由于犯罪分为举动犯和结果犯,因此构成要件的实现,在举动犯的场合,意味着必须完成了实行行为;在结果犯的场合,意味着要由实行行为产生某种特定的结果。但是,例外的情况是,当存在处罚未遂犯的规定时(刑法第44条),即使构成要件没有完全实现,仍将之作为未遂犯这种犯罪,从而成为处罚的对象。

问题是什么时候才成立未遂犯。由于刑法第43条规定“着手犯罪的实行但没有完成的人……”,因此,要认定成立未遂犯,“着手实行”首先是必要的。什么时候是着手实行,即关于实行着手的时间,在下章中将予以详细阐述。在学说上,一般将实行着手以后的行为称为实行行为,将之与在此之前的行为即准备犯罪的行为——预备行为区别开来。因此,实行的着手就成了区别预备行为与实行行为的水岭。

二、预备行为与实行行为

在意思决定与实行行为之间的外部行为中,具备准备犯罪的