關於日本的犯罪體系論

松　宮　孝　明

翻譯：蘇德昌

一、序言

關於刑法這個領域，雖然日本在 1200 多年前的律令時代，從中國學到很多東西，但自從 19 世紀後半的明治維新以來，日本刑法領域受歐美的影響，尤其是到 20 世紀以後，德國對日本刑法領域更有壓倒性的影響。在此，僅就本人所觀察到日本犯罪體系論的現狀做以下的評述。

二、闡述「犯罪的體系」的意義

那麼，在闡述犯罪的體系之前，我們不得不確認闡述它的意義。一言以蔽之，「犯罪的體系」是爲創造刑法總則、進而改良它而存在。缺少犯罪一般構造，而只針對犯罪的成立要素深入分析，這樣的工作，就如同沒有總則的存在，刑法就失去了意義一般。因此，爲瞭解闡述「犯罪的體系」的意義，我們必須知道於刑法中總則存在的意義。

三、總則的意義

在此，讓我們嘗試著想像一下沒有總則的刑法是怎樣的情況。例如，在規定殺人罪的情況，爲能恰當運用，就必須先決定其適用範圍。因此，現行日本刑法第 199 條「殺人者…」規定之後，就不得不設有「前條之規定，於所有在日本國內犯殺人罪者，適用之。在日本國外之日本船舶以及日本航空器內犯殺人罪者，亦同。」的規定。進而，也爲能處罰國民的國外犯罪，在此之後，還有必要設立規定，「殺人罪之規定，於日本國民在日本國外犯該罪者，適用之。」接著要規定在被害人是日本國民時的國外犯處罰規定（「消極的屬人主義」）。後續，關於外國判決效力的規定、關於刑的變更的規定、死刑和無期徒刑、有期徒刑定義的規定、沒收的定義和要件、緩刑的規定、假釋的要件、刑的時效期間、正當行爲和正當防衛和緊急避難時的正當化與免責規定、故意的定義、共犯的規定、有餘罪時的處理等，僅僅對於殺人罪一項，就必須設置幾乎全部現行刑法的規定。而且，近 200 個刑法上的犯罪都有這樣規定的必要。那結果是現行日本刑法典只有 264 條，但在沒有總則的情況下，刑法條文數量將一下子就超過 5000 條。

因此，將多數的犯罪共通要件集中規範於總則當中，整理相關規定，將有助於避免淹沒在大量膨脹的條文中，而難以知曉適當法條（適條）的弊病。同時，它也成爲依序檢討犯罪成立、不成立的要件的思考指南。

在這樣刑法總論下，闡述犯罪體系的意義在於，如同原東京大學校長平野龍一所認爲，「能夠從纏繞在具體事件的各種各樣內情中，分辨出重要和不重要的東西」，以及透過「預先形成的理論性體系」，以尋求「法官於處理各個事件時，不會受感情和事件的特殊性所拘束，而能適當正確的做出齊一的裁判」（註 1）。亦即，「犯罪論的體系在實現上述目的的限度內具有其意義。」它只不過是「做爲整頓法官的思

註 1：平野龍一，「刑法總論 I」（1972 年），第 87 頁。

考，限制其判斷的手段而存在」（註 2）。

四、具有兩種類可罰性阻卻事由的意義

不過，如果僅限於上述意義，亦即犯罪體系是處理犯罪成立的一般要件及其不成立的一般性理由這樣大概就足夠了。現在，現行刑法即是採用這樣的體系。在日本刑法第 35 條以下「犯罪的不成立以及刑的減免」章之中，對合於「正當行爲」與「正當防衛」的行爲也好，對「心神喪失」者的行爲也好，僅記載所謂「不罰」的效果。大概，此與德國 1909 年刑法預備草案相同，可能是採用了犯罪成立的積極要件與可罰性阻卻事由的二階論體系。在這種體系下，「犯罪體系」僅僅是指明白分析個別犯罪具體的成立要素，同時將特別犯罪阻卻事由乃至抗辯事由加以明確。法國刑法所採用的所謂犯罪「物的要素」、「心的要素」、「法的要素」等要素的累積也好，英美法所採用的 actus reus（犯罪行爲）和 mens rea（犯罪心理）以及各種抗辯理由的配合也好，都是如此。

但是，日本現在的犯罪體系，我們無論看哪一本教科書，都是由「行爲」或者「構成要件」處理犯罪成立要件的部分，由「違法」（嚴格來說是「違法阻卻」）以及「責任」（嚴格來說是「責任阻卻」）處理犯罪不成立的理由。亦即，犯罪不成立部分，分爲「違法」與「責任」兩個部分。因此，就算刑法同樣敘明「不罰」也可能不相關連，「正當防衛」（日本刑法第 36 條第 1 項）和「心神喪失」（日本刑法第 39 條第 1 項）意義即有不同，前者被認爲是「違法阻卻事由」，後者則是「責任阻卻事由」。

像這樣犯罪不成立的事由具有兩個不同種類的理由，在視爲我國刑法學模範的德國刑法以及刑法學都有相關見解。關於此點，可參考德國 Roxin 的教科書內容。關於「犯罪體系」的意義，比較 Roxin 的說明以及日本平野教授的見解，可以看到以下幾點不同。首先，Roxin 同樣認爲體系思考的優點首先在經由「案件審查的簡便化」以擔保達成齊一的適當裁判與實現思考的經濟。其次，從體系觀點出發，就能夠在法律上將相同的東西爲相同的對待（等者等之），不同的東西爲不同的對待。但是同時值得注意的是，Roxin 認爲體系的思考經由整備總則規定可以實現法的單純化與提升法官操作能力，進而法的各種素材體系化可以洞察各個法規範內在關連性與提示法規範的目的論基礎，依此才可能形成創造性、法的發展的實現（註3）。

如同先前所述，犯罪論體系化不僅係爲個別法官思考的整理，以新的解釋論乃至體系論的發展爲基礎，整備總則規定，有助於開創出更單純以及更具高度操作性的刑法，亦即可爲立法者盡一份心力的體系。

接著，Roxin 爲如下敘述。亦即，例如，被強盜襲擊的人，雖然得以正當防衛爲理由，於必要時射殺強盜，惟於子彈打中毫無關係的第三者情況下，其行爲絕對無法正當化，只能依德國刑法第 35 條免責的緊急避難規定免責。此即意謂，第三者與侵害者（也就是強盜犯）不同，對於被侵害者的行爲，可以以正當防衛爲理由侵害被侵害者。如此，將正當化亦即違法性阻卻事由與免責亦即責任阻卻事由放在體系適當位置，就能滿足刑事政策的需要，進而可於處理案件時，考量各個案件中各種利益的態樣來做出決定。如果我們沒有這樣的體系，就需要考量所有緊急狀況，逐一就個別規定訂定其要件和效果。如此即需無數的規定，而且就算這些條文膨脹到漫無邊際，但是也會因爲缺

註 2：平野，前揭書，第 87 頁以下。
註 3：C. Roxin, Strafrecht At, 3.Aufl., 1997,7/36, S.161.

乏指導性、體系性的原理，導致不均衡，所以仍會產生許多有缺陷的條文（註 4）。

基此，他認爲將法的各種素材體系化，才可能形成法的創造性發展，以歷史上廣爲人知的例子而言，以德國民法第 228 條與第 904 條緊急避難規定爲指引，依據「法秩序的統一性」而以「實質的違法性（更爲正確地說是實質的違法性阻卻）」的想法，1927 年 3 月 11 日帝國法院判決承認「超法規正當化的緊急避難」，依此，判例將「超法規的」緊急避難快速的擴大適用到所有生活領域，並以精密化的形式表現在 1975 年的修正德國刑法第 34 條的正當化緊急避難的規定（註 5）。這樣一來，「在一個指導性理念基礎下，將一系列判例置於適當的位置，經由這種特殊體系的工作，在這個領域促進了法的決定性發展。（註 6）」

於此，所謂正當化緊急避難與免責的緊急避難，對合於這兩種可罰性阻卻事由的行爲，就其可否正當防衛的法效果的不同之處加以說明。簡而言之，將可罰性阻卻事由分爲兩個種類的想法，表現出以下一般性規則，即使同樣是「不罰」的行爲，但是對於合於違法性阻卻事由的行爲不能正當防衛，對於合於責任阻卻事由的行爲則有正當防衛的可能。

同樣的，因爲違法性阻卻與責任阻卻的法效果的差異，對共犯成立與否也有影響。作爲教唆犯和從犯的共犯－以及共同正犯也是如此－如果他人的正犯行爲不存在的話就不成立共犯，關於這樣子的「正犯行爲」，例如，日本刑法第 41 條規定爲刑事未成年的 12 歲少年的行爲也有成立共犯的可能（註 7），關於共犯的成立如果解釋爲不需要嚴格意義的責任能力（所謂的「限制從屬形式」），理論上就需要對此加以說明。此即，共犯的成立以「正犯行爲」（Tat）爲必要，但不以「正犯行爲人」（Täter）爲必要，此種形式開展了以「行爲」爲中心的犯罪體系。所以，所謂「正犯行爲」意義是指，該當某犯罪構成要件的違法行爲，不以行爲人具備責任能力等責任要素爲必要。這是因爲開展了責任要素是「行爲人」要素的體系。

另外，關於是否能與 12 歲的刑事未成年人成立共犯的問題，因爲，思考上也會有是不是成立利用刑事未成年人的間接正犯的疑問，所以在此討論這個問題。簡而言之，問題在於背後的共犯將少年的年齡，誤認爲其係能夠追究刑事責任的 14 歲以上少年，有了上述錯誤的情況，亦即產生「背後者對直接行爲人責任能力的誤想」的情形。於此種情況下，因爲背後者並不知道少年處於刑事未成年狀態，所以，不可能以利用少年的間接正犯來處理。因此，在極端的從屬形式，這種情況會產生不成立間接正犯也不成立共犯的「處罰漏洞」。爲彌補「處罰漏洞」，遂考慮以「限制從屬形式」來緩和從屬性。實際上，在德國，在這種案件中否定背後者可成立間接正犯與共犯（註 8）。

五、「刑罰的體系」與「犯罪的體系」

註 4：Roxin, a.a.O., 7/34, S.159f.

註 5：Roxin, a.a.O., 7/36, S.160f.

註 6：Roxin, a.a.O., 7/36, S.161.另外，「超法規的緊急避難」與「法秩序的統一性」關係的檢討可參考松宮孝明，「法秩序的統一性與違法阻卻」，立命館法學 238 號（1995 年），第 75 頁。

註 7：日本最高法院於 2001 年終於正式承認這個結論。最決平成 13.10.25 刑集 55 卷 6 號第 519 頁。

註 8：RGSt 11, 56. 相反的，在日本，於 1952 年的下級審判例中，已經有認爲在這種情況下應適用共犯的規定的案例。仙台高判昭和 27.2.29 判特 25 卷第 31 頁。於此實質上採用了限制從屬形式，但在當時此一判例並未受到注目。另外，亦可參照松宮孝明，「刑事立法與犯罪體系」（2003 年），第 223 頁以下。

但是，現行日本刑法典是採刑罰權的發生與其消滅、擴大、加重的順序，亦即，以刑罰爲中心而制定。在刑法典第 1 編的總則，其標題第 1 章是「通則」、第 2 章是「刑」、第 3 章是「期間計算」、第 4 章是「緩刑」、第 5 章是「假釋」、第 6 章是「刑的時效以及刑的消滅」。在第 7 章才規定正當防衛與緊急避難等在犯罪論總論處理的「犯罪的不成立以及刑的減免」，其與第 41 條「自首」規定在一起。其後，接著是第 8 章「未遂」、第 9 章「數罪併罰」，在第 10 章規定「累犯」，共犯的規定在其後的第 11 章。在此之後，接著是第 12 章「酌量減輕」、第 13 章「加重減輕的方法」，總則就此結束。亦即，現行日本刑法總則，關於犯罪成立、不成立的規則也好，與關於未遂、共犯的規則也好，最後都是從刑的消滅乃至加重減輕的法效果的觀點加以規定。

但是，作爲刑罰權發生要件的「犯罪」一般性乃至總論性的規則，從邏輯上觀察，應該訂定在作爲法效果的刑罰規定之前。如果以「制定更單純、更具高度操作性的刑法」爲目標的話，關於犯罪成立與否的規則就不應完全委由分則規定，最好應該將全部或者多數的犯罪共通規則盡可能的規定在總則中。尤其，在先前涉及關於可否正當防衛、與可否成立共犯的違法性阻卻與責任阻卻相關規則上相當重要。基於此種理由，德國以及日本的刑法學開展了將可罰性阻卻事由區分爲二的犯罪體系論。

不過，包含「構成要件」的「三階體系」也反映在立法上是比較近期的事情。德國將可罰性阻卻事由分爲兩個種類，明白記載「不違法」情況與「沒有責任」情況，是從 1927 年刑法草案時，開始將緊急避難的兩個種類分別規定，實際修改施行是開始於 1975 年的總則。日本的情況更爲落後，即使是 1974 年修正刑法草案，也沒有將可罰性阻卻事由區分爲二。好不容易才在與刑罰相關之章節前放置「犯罪」與「未遂犯」以及「共犯」相關章節，這可說是某種程度的進步。

六、「全構成要件理論」與「三階理論」

在總則的「犯罪體系」具有上述意義情況下，例如，以責任能力作爲犯罪乃至刑罰的不可欠缺前提的體系，其機能無法完全發揮。這是因爲，在這種體系中，「犯罪」限於「有責任能力人的行爲」，共犯代表著參與「犯罪」，無責任能力人的違法行爲，在日本少年法第 2 條將其稱爲「觸法行爲」，就此一違法行爲並不成立共犯。因而，爲迴避此一問題，遂認爲「行爲人」的要素並非「行爲」的前提，亦即，責任能力等並非刑事責任的前提，其只不過是由「構成要件」「違法性」「責任」所構成的「三階體系」中的「責任」要素，就此即開展責任要素說。

德國刑法學經歷迂迴曲折，好不容易才得到這個結論。在 1871 年的德意志帝國刑法典制定之後，有力的「黑格爾學派」指出，責任能力是「行爲」的前提。相反的，於瞭解「背後者對直接行爲人責任能力的誤想」會產生「處罰漏洞」之後，在 1909 年刑法預備草案等就將包含正當防衛在內的所有可罰性阻卻事由，從共犯的從屬對象中排除，在今日即主張所謂的「最小從屬形式」。亦即，這個時期的立法者，尚不知將可罰性阻卻事由二分爲違法性阻卻事由和責任阻卻事由的立法技術。德國立法者好不容易才運用這種立法技術是在起草 1927 年草案的時候。

在日本現行刑法第 35 條以下「犯罪不成立及刑的減免」章之中，對合於「正當行爲」與「正當防衛」的行爲也好，對「心神喪失」者的行爲也好，都僅規定「不罰」的效果，其理

由也在於此。這是因爲，現行刑法成立於 1907 年，這個時期連德國立法者都不知道要將可罰性阻卻事由區分爲兩種的立法技術。

前蘇聯所謂「全構成要件理論」，在我來看也有與德國「黑格爾學派」體系相同的弱點，其將犯罪成立要素分爲「犯罪的客觀方面」、「犯罪的主體」、「犯罪的主觀方面」加以分析此點上，的確特別有利於確定（classification）罪名，但是，這些都屬於「構成要件」乃至「犯罪類型（註 9）」，在左右可否正當防衛與是否成立共犯的可罰性阻卻事由的適當位置擺置上並不明確。因爲，雖然考慮到責任能力也屬於「犯罪主體」，但是，如此一來就與「黑格爾學派」相同，對於欠缺責任能力人的違法行爲否定其成立共犯。如果想迴避這樣的結論，就不得不在分則乃至於總則中設立承認成立共犯的例外規定。如此即是在實質上採用以「三階體系」爲前提的限制從屬形式。

七、二元的正犯概念

不過，即使在「三階體系」中，也會出現矛盾。尤其會成爲問題的是，「故意正犯後的過失正犯」成立與否的問題。於德國發生之案例，係被告將毒藥交給自己情人，而他的情人爲了殺害他的妻子使用該毒藥。但是，提供毒藥的被告係爲強烈表明自己沒有分手的決意才提供毒藥，實際上沒有用它殺人的意思。檢察官以幫助殺人罪起訴被告，但是，德意志帝國法院以不能認定被告有故意爲由，否定起訴罪名，另行認定其成立過失致死罪（註 10）。另外有一起今天在日本稱爲所謂的「管理過失」案例，某工廠經營者讓作業員一家住在一旦發生火災即不可能逃出的屋頂上閣樓，結果作業員全家人果眞因發生火災而燒死，判決認爲，就算這是具有殺人故意者放的火，該工廠經營者也不能免於過失致死罪的罪責（註 11）。

在德國，以這些判例爲契機，認爲既然存在殺人的故意正犯，被告等全然只不過是過失地處於幫助的地位，爲何這樣就成爲過失致死罪的「正犯」的問題在此浮現。在此之前的犯罪體系，故意和過失作爲「行爲人」的要素，屬於責任，而殺人罪和過失致死罪從構成要件與違法性上被認爲均爲相同。於此情況，即使具備故意，僅止於幫助的行爲也不過是過失的幫助。亦即，在故意正犯背後，不能溯及於與結果有關的正犯的責任（「溯及禁止論」）。而且，無論是在德國還是在日本，都認爲幫助只限於具有故意時才受處罰。因而，在這些案件中，被告都應該無罪。

但是，帝國法院沒有作出無罪的結論，而是指出在故意正犯背後也成立過失正犯，從而，德國刑法學陷入莫大混亂之中。擺脫這種混亂的，一方是 Schmidt 所代表的「擴張的正犯概念」，另一方是 Welzel 所代表的「目的行爲論」及以其爲基礎的「二元的正犯概念」。前者主張，所謂教唆與幫助的共犯（Teilnechmer）本來也是正犯，因而，因某種理由不成立共犯時，並不是不可罰的，而是要當作正犯來處罰。亦即，教唆與幫助的處罰之所以限於具有故意時，即有將過失的教唆與過失的幫助作爲正犯來處罰的旨趣（註 12）。於後者的目的行爲論主張，「正犯」與「共犯」的區別本來只有可能在

註 9：在日本，圍繞在故意是否爲構成要件的要素上存有爭議，因此，在此是將故意從構成要件中除外的體系，所以，構成要件和故意合併在一起總稱爲犯罪的積極成立條件，使用「犯罪類型」一詞。

註 10：RGSt 64,370.

註 11：RGSt 61,318.

註 12：Eb. Schmidt, Die mittelbare Täterschaft, Festgabe für R. v. Frank, 1930, S.106.

於「目的行爲」，亦即故意的作爲，過失的引起結果，無論是怎樣的態樣，全部作爲「正犯」來處罰（註 13）。特別是從後者開始，德國刑法學開展了將故意從責任要素提升到構成要件要素的體系。

不過，這個體系也避免不了矛盾。衆所周知，二次大戰後德國刑法學中，Welzel 的目的行爲論比擴張的正犯概念佔優勢。但是，在過失正犯，Welzel 的體系否定「溯及禁止」，例如，被告不小心將手槍放著，想要自殺的戀人用該手槍自殺了，在這種所謂過失的自殺幫助的情況（註 14）－與日本不同，在德國，故意的自殺幫助也不可罰－，根據二元的正犯概念，就不可能用因爲是過失的自殺「幫助」所以無罪的邏輯。這是因爲，過失引起結果的都是過失的「正犯」。再者，即使不是基於這種明確的自殺意思，卻由於被害人的輕率行爲－自己危殆化行爲－而發生死傷結果時，過失提供條件的人對於過失的自己危殆化行爲，不應以過失的幫助來處罰，已經是有力主張。進而，另有一說主張應該認爲過失犯中也不存在共同正犯這種共犯現象（註 15），客觀地觀察不具有促進犯罪意義的中立的、日常的行爲，既不成立共犯，也不成立故意犯與過失犯（註 16）。德國刑法學就此進入了「客觀歸屬論」時代。因此，亦有一說主張過失致死罪與殺人罪的客觀構成要件相同，兩者同樣都要適用「溯及禁止」與「限制的正犯概念」的規則（註 17）較爲妥適的見解。

直到現在，我們還不知道哪種「犯罪體系」獲得勝利。但是，從理論史的簡單草圖明示著，第一、「共犯論是體系論的試金石」（Welzel），第二、「這個『刑法體系』是由『刑事法現象』決定的」（註 18）。亦即「，犯罪體系」是隨著有關共犯論的現實需要而變遷，超越歷史和社會而固定不動的「犯罪體系」並不存在。

八、「體系的思考」與「問題的思考」

以「固定不動的體系」爲前提的僵硬體系思考相當危險。例如，根據近年來爲多數說的責任說，違法性認識與故意並無關係，因此，當行爲人不知道觸犯了一般並不衆所周知的特別法刑罰規定時，根據違法性錯誤，亦即德國刑法第 17 條所說的禁止錯誤的避免可能性，經常被認爲是故意犯，與有意識的違反法律的人同樣受到處罰，依我們的想法這實在太過嚴厲。再者，根據體系的僵硬思考，往往導致從刑事政策來看並不正當的體系性歸納。例如，以故意作爲構成要件要素，就會認爲沒有正犯的故意就不成立共犯。具體而言，在共犯誤認正犯具有傷害故意而參與時，根據將故意視爲責任要素的體系，就成立共犯；但是，根據將故意納入構成要件中的目的行爲論的體系以及採用該體系的德國刑法第 26 條、第 27 條，就會因爲既不成立共犯也不成立間接正犯，而不得不認爲無罪。但是，從刑事政策來看，這不能說是個妥當的結論。因爲如果正犯具備故意

註 13：H. Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58（1939）, S.491, in：ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S.120,160。

註 14：這是 BGHSt 24, 342 中的案例。

註 15：1990 年的「皮革噴霧器事件」判決（BGHSt 37, 106）成爲這個爭論的嚆矢。

註 16：Vgl., H. Schumann, Strafrechtliche Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986.

註 17：J. Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997. 筆者亦爲相同的想法。請參照松宮孝明，「過失犯罪論的現代課題」（2004 年），第 3 頁以下、第 43 頁以下、第 245 頁以下、第 265 頁以下。

註 18：松宮，前揭書，第 41 頁。

的話，無疑的要將共犯者當作共犯來處罰，如果正犯沒有故意的話，背後者參與的客觀重要性就算沒有增加至少並沒有減少，這樣卻突然變成無罪，如果不拘於體系加以考察的話，實在無法完全說明（註 19）。

不過，遺憾的是，日本刑法學者幾乎沒有意識到德國對這種體系僵硬的指摘。例如，一方面認爲，教唆犯以引起正犯犯罪故意爲必要；另一方面認爲，在誤想引起正犯故意，實際上未生故意卻引起結果的情況，「要在教唆犯的限度內加以處罰」（註 20）。像這樣不得不說是自己本身未自覺體系的矛盾。

但是，雖然存在著僵硬體系思考的危險性，可是因此「將個別案件結論的具體妥當性放在第一位，將體系的一貫性放在第二位」的想法也是錯的。對這樣的主張，如 Roxin 所說和批判的「的確，將一定的體系運作缺陷在個別案件中修正，這樣必定付出漠視體系的犧牲，也犧牲了體系的好處。（註 21）」體系思考的缺陷，應該透過摸索與妥當結論相合的體系來克服（註 22）。在日本，平野龍一借用德國學者的話，提倡「從體系的思考轉向問題的思考（註 23）」的口號；我則提倡「從問題的思考轉向體系的思考（註 24）」。其意義就像在此所述，不要拘泥於已經呈現矛盾的古老體系，而是應該建立所應解決問題的適當體系。

遺憾的是，日本現在的刑法學還受困於僵硬的體系思考。因此，犯罪體系論尚未在立法論中反映。例如，關於不眞正不作爲犯基於「保證人說」如同德國刑法第 13 條規定，與關於不可避免的違法性錯誤的不處罰規定等等，就連這些在學說上少有爭論的部分，亦無修改總則規定的動靜。這些問題，好像認爲經由個別的裁判，委由法官解釋處理即可。另外，1907 年現行刑法的立法者並未解決緊急避難二分爲違法阻卻事由與責任阻卻事由（註 25），擬制身分的犯罪（日本刑法第 65 條第 1 項）與加減身分的犯罪（日本刑法第 65 條第 2 項）間處斷刑不均衡的問題，用德國刑法第 28 條第 1 項、第 2 項的方式來糾正（註 26），也不能說是充分理解它的意義。「體系的思考」與「問題的思考」的分裂象徵日本刑法學的動向，眞摯地思考「犯罪體系」的我們，儘管遺憾，但也許可以將其當作「反面教材」。♠

（作者松宮孝明現為日本立命館大學研究所法務研究科教授；翻譯蘇德昌現為警政署政風室科員、中興大學法律研究所碩士）

註 19：請參照松宮，「刑事立法與犯罪體系」，第 223 頁以下。德國的 Roxin 也同樣指出此點。Vgl., Roxin, a.a.O., 7/42ff, S.163f.

註 20：其代表者，如團藤重光，「刑法綱要總論（第 3 版）」（1990 年），第 429 頁。

註 21：Vgl., Roxin, a.a.O., 7/52, S.168.

註 22：因而，爲了保障誤想正犯故意的情況得到妥當的結論，就不得不認爲不能將故意作爲共犯從屬對象的構成要件要素。

註 23：參照平野龍一，「刑法總論 I」（1972 年），「前言」第 i 頁。

註 24：參照松宮孝明，「刑法總論講義（第 3 版）」（2004 年），第 300 頁。

註 25：關於日本刑法緊急避難規定成立的過程，可參照松宮，「刑事立法與犯罪體系」，第 135 頁以下。

註 26：關於圍繞身分犯的共犯的議論狀況，可參照松宮，前揭書第 265 頁以下、第 291 頁以下。