

## 【第一场演讲】

# 民间组织的“行政活动”与宪法 ——基于日本民营化现状的思考——

专修大学法学院  
榎透 (ENoKi, ToRu) 教授  
翻译：杨广平副教授

## 前言

中国在上个世纪 90 年代开始进行了国有企业的民营化改革。相比之下，日本也进行了诸多国企改革，例如将公共企业民营化、或者将原先由国家或地方公共团体（注：日语中使用的地方公共团体即指我国一般意义上的“地方政府”，下同）经营的业务交由民间组织经营等等。日本民营化改革的目的在于，在“凡是民间能做的事情将委托给民间做”这一方针指引下，按照市场原理，为了促进经济发展，同时为了消除因国家和地方政府的非效率性所导致的财政赤字问题等等。就民营化而言，一方面要求将存在问题的经营业务交由市场解决，另一方面对于保持公共性质的经营业务需要给予公法上的规制。因此，这次演讲的主旨就是从宪法学的角度，对日本的民营化、特别是民间组织的“行政活动”予以探讨。

## 1. 宪法的作用

日本国宪法是国家基本法，因此宪法对民间组织不具有约束力，不仅如此，民间组织在宪法上相对于国家而言具有经营上的自由。也就是说，国家对民间组织的活动可以施加法律上的规制，但是民间组织的经营活动不受国家的过度统治。

## 2. 民营化实例

### （1）铁道、烟草、电话、邮政事业的民营化（机构组织本身的民营化）

民营化改革后，日本国有铁道（国铁）、日本专卖公社、日本电信电话公社、邮局分别变为旅客铁道株式会社（株式会社即为中国的“股份有限公司”，下同）、日本烟草产业株式会社、日本电信电话株式会社（NTT）、日本邮局株式会社。这些都是根据制定的相关法律法令，将企业组织进行民营化改造而成为民间组织的实例。其中，邮政民营化的目的在于“为了提高效率、促进公正且自由的竞争、通过提供多样化的优质服务提高国民生活的便利性、以及通过资金的自由运用而促进经济活力”等。像邮政事业、铁道、烟草产业、电话事业等行业即使以前被认为具有公共性质，然而目前在日本，认为这样的经营活动是一种行政活动的人已经不占多数了。

### （2）监狱的民营化（行政业务的民营化）

即使是像监狱这样作为行使国家刑罚权的设施，近年来也通过运用 PFI（民间资本投资，Private Finance Initiative），出现了被称之为“回归社会促进中心”的民营监狱。PFI

是通过利用民间资本完善公共设施，将（政府）业务活动委托民间完成的一种方法。因此，虽然称之为民营监狱，但是与将（政府）业务完全转卖给民间组织的民营化有所不同，从业主体虽然具有民间性质，但是该业务的最终责任将归于行政责任。

“回归社会促进中心”所从事的经营活动并不是全部委托给民间从业者经营，就具有较强的权力性且不适合委托的业务，则由刑务官（相当于中国的监狱警察）完成。例如，作为公务员的监狱警察所行使的职权包括，（1）警务装备的使用；（2）武器的使用；（3）逮捕在逃犯；（3）对人身的搜查；（4）收容到监护室；（5）惩罚等。相对于此，民营业务包括（1）为识别在押犯人而进行的各项检查（照相、采集指纹等）；（2）对在押犯人的劳动进行技术上的指导监督等；（3）对在押犯人的行动监视、对设施的警备；（4）对在押犯人的衣物、持有物品以及居室的检查；（5）体检等。由此可见，目前矫正设施的业务采取了由公务员与民间从业者共同实施矫正的形式。

在日本，自来水经营业务的民营化也在逐步进行中，现在日本国会正在审议自来水法修订案，将来有可能通过 PFI 实现自来水业务的民营化。但是需要关注的是，虽然通过自来水经营的民营化，一方面期待自来水业务经营规模的扩大和设施完善与更新，另一方面则需要防备外国资本的介入以及自来水价格上涨等不利因素。

### （3）民间组织的其他“行政活动”

目前由地方政府经营的保育院、医院、公民馆（相当于市民活动中心）、图书馆、公园、公共下水道等“公共设施”，为了有效实现建设这些公共设施的目的，在必要时由政府通过运用“指定管理者制度”，将公共设施交由民间组织管理。一旦成为指定管理者（包括民间组织），除非有正当的理由，否则不得拒绝当地居民利用该公共设施。同时从指定管理者的经营业务性质上看，应当遵守条例的相关规定，在制度设计上要求给予法律上的规制。

另外在日本，建筑公司在建筑施工之前，为了确保建筑物的安全，应当事先向当地政府部门提交“确认申请书”，确认该建筑计划是否符合建筑基准法的相关规定，并由当地政府的建筑主管官员在接到确认申请书后，向建筑公司颁发“已确认证书”。之前都是由地方政府的建筑主管官员负责建筑确认工作，而民营化改革后，这项工作也向民间组织（被称之为“指定确认检查机关”）开放。民间组织接受“特定行政厅”的指导监督，如果未能正当履行有关建筑师等业务时，将被科以拘役和罚金等刑罚。

综上所述，日本的民营化形态多样，既包括机构组织本身的民营化，还包括政府相关业务的民营化和民间组织从事的“行政活动”。对于民间组织的“行政活动”，既期待通过利用民间资本充实完善和更新公共设施设备，提高利用相关公共设施的效率性，同时为了确保该活动的正当性而予以法律上的规制。

## 3. 民间组织的“行政活动”与宪法

### （1）宪法作用上的变化

在中央与地方政府的“行政活动”向民间组织转移过程中，宪法作为国家基本法，其在作用上是否发生了巨大的变化呢？有关这一点，在日本宪法学界有以下几种学说主张。第一种学说认为，民间组织所进行的任何活动都适用于宪法的规定。宪法不仅是国家基本法，

同时也是民间组织的基本法，因此民间组织既是作为宪法上的权利主体，同时也是宪法上的义务主体。第二种学说认为，宪法是国家基本法，从这一点上看没有任何变化。然而在另一方面当国家结构中加入了民间组织时，也就是说当民间组织在从事具有公共性质的行政活动时同样适用宪法的规定。第三种学说认为，民间组织的任何活动都不适用于宪法的规定。民间组织从事具有公共性质的活动应当予以法律上的规制，但是法院可以对该法律规制的合宪性予以审查。基于日本的现状，第三种学说被认为具有合理性。

## （2）民营化的许可范围

需要探讨的是，在多大程度上允许“民营化”或者说“向民间组织委任行政活动”。实际上并未明确哪些是不得许可民间组织从事的具有公共性质的经营业务。例如，（上面已经提到了监狱的民营化）在行使刑罚权时，监狱的运营已经不再只是国家的事情了。然而军队又如何呢？许多国家出于安全保障等公共性质的考虑，都将军队归入国家组织管理。或许还没有人会出于扩大经济机会和削减经费的目的而主张军队民营化。但是有些国家虽然对军队本身没有民营化，但是却在进行军事上的民营化，企业从而能够提高利润，国家可以评估经费削减的效果。这是使人们去思考何为具有公共性质业务的一种事例。日本宪法上规定国家不得拥有军队，然而如果民间组织可以拥有军队的话，这将与宪法构造形成巨大反差。

## 结语

民间组织的“行政活动”或许会对国家或宪法的作用产生巨大变容。一方面可以期待其开拓经济机会和提高行政服务的效率，另一方面则会出现一些问题，例如应由国家从事的“行政活动”交由民间组织完成时所产生的危险性问题、如何对于民间组织的行政活动给予正当规制等问题。

## 【第二场演讲】

# 新规范秩序的形成发展与行政法学的课题

专修大学法学院

白藤博行 ( ShiRaFuJi, HiRoYuKi ) 教授

翻译：杨广平副教授

我通过与名古屋大学的市桥克哉教授共同研究的课题“全球化及公私合作的治理空间中新政法的形成”，带着以下问题意识展开研究。首先，作为行政法学研究对象的行政现象，其显著的最新动向是“公私合作的治理空间”和“全球化治理空间”这两个新的空间的形成，在这两个空间的逐步形成过程中，行政法作为对这两个空间予以规制的法律，今后将如何进一步发展？

同时，我认为赋予行政法学的研究课题就是提出一种转化路径，将目前依然由“事实上的权力”（defact power）所支配的这两个空间，转化为可以通过行政法规制所形成的“法律上的权力”（de jure power）空间。也就是说，在行政法目前看似尚未存在的空间里，探索出未来行政法的形成和发展走向，这是研究不可或缺的思考。具体而言，抽出并分析一些在新行政法的形成发展中所具有的征兆性要素，诸如像行政法与国际法的界限、多元性的行政组织（国内、超国家的行政组织及非政府组织）的形成及其相互作用、民法或软法等方法的活用等要素，明确这些要素之间的区分及其相互结合的过程，在这种问题意识下所采用的研究方法和研究内容与阐明新行政法形成发展相关联。

我从事比较法研究的主要对象国是德国。在德国的法兰克福大学，最近召集德国国内学者着手进行“超级智库-规范秩序形成”课题的研究（Exzellenzcluster „Die Herausbildung normativer Ordnungen “the Cluster of Excellence – The Formation of Normative Orders”）。当今世界所面临的问题是如何形成适应全球化时代的社会秩序，以及如何形成应对稀缺资源、气候变化、常发性武装冲突等新的“世界秩序”，诸多问题在传统秩序观下已无法得以解决，对各种不同文化的自我理解或在传统上引发的超国家规范及制度本身的正当性问题应当予以诠释，这种时代背景下对现状的认识是研究问题的出发点。

进而，这里所说的“规范性秩序”可以理解为，在历史发展中形成的、基于“正统性符号”表述的“正统性秩序”所形成的规范秩序。法律当然包括在这种“规范性秩序”之中，同时像道德、宗教等存在诸多规范与价值既相互密切关联、时而也发生冲突关系的这类规范也包含其中。这种“正统性秩序”诚然是由一定“规范”所形成，然而同时也可以理解为它也是创造“规范”的动态性表象。因此，它在探求“规范性秩序”中的“规范”到底具有何种意义尤为重要。例如，柏林洪堡大学的Christoph Möllers教授就力求“在重视社会性规

范（soziale Norm）基础上的理论构建”。上述在“事实上的权力”（defact power）所支配的空间中的“法律形成之前的行政法”与通过“法律上的权力”（de jure power）而实现规制可能性的行政法的形成，这两者的问题意识具有共通性。（需要与作者加以确认）

在日本学术会议（Science Council of Japan）的法学委员会中也设置了“新规范性秩序的形成分科会”，正在进行相同课题的研究。例如，在“法多元主义中的‘法’”这一课题的研究中，英国法是以“法的多元主义”为前提，即承认存在诸多可适用于某些纠纷的法（或规范），从英国法的研究中发现了“法的社会性”及其“内在争论性”。在法国法的研究中，认为有必要确定“规范性约束力”（Force normativ）这一新概念，这与“义务性约束力”（Force obligatoire）概念有所不同，它是“规范多样化”一种表现。在国际法领域，例如在“谷歌检索结果的公平性与经济法规制”这一课题的研究中，特别引起关注的是，欧洲委员会因谷歌检索服务有可能违反竞争法而向其发出了“异议告知书”。其问题在于，谷歌在提供的检索服务中采取了有利于“谷歌购物”（Google shopping）检索方法，因此欧洲委员会要求谷歌在其显示检索结果时应当顾及公平性。

这里需要留意欧盟和美国等国家的行政当局所采取规制措施的动向。这一问题虽然涉及如何处理大型网络平台独占服务空间的问题，但同时预示出今后在信息通信技术（ICT, Information and Communication Technology）的竞争政策中，对于AI（人工智能）的发展如何确立法律上的对策这一问题。也就是说，需要关注的是，基于所谓的“信息通信技术的智能化”，在竞争政策上或信息通信政策上，会发生什么样的事例，其将会在何种局面上出现问题。目前迫切需要解决的课题是，在发展信息通信技术智能化和大数据的基础上如何构建新的“竞争评估”机制。

另外，在宪法领域，目前正在积极地探讨“多层级人权保障体系”，如何具体构建“权利实现体系”？国内人权保障体系和国际人权保障体系如何对接？重点在于否定两个人权保障体系的“优劣关系”，而将两者作为一种“循环关系”予以把握，为了维持和促进这种循环，就要求通过法院、NGO 组织、媒体、市民社会、国内人权保障机构等实现人权的保障，即从统治机构整体上实现人权的保障。特别是在欧洲，以英国退出欧盟（Brexit）为契机，这并不仅仅涉及脱欧与英国宪法之间的关系，需要迫切解决的课题是需要探讨多层级人权保障体系有无弹性（resilience）等问题。

对“新规范性秩序的形成与发展”这一课题不仅局限于法学上的研究，还需要在政治学、经济学、哲学、历史学、民族学以及社会学等学术领域都予以探讨，我目前有志于在行政法的范围内，以国际行政法发展较为显著的德国为重点开展研究。特别是以“世界性行政法的形成和发展”为视角，从关注德国学者马蒂亚斯·戈德曼（Matthias Goldmann）对“国际性公权力”（Internationale öffentliche Gewalt）的研究为切入点，以此着手展开自己的研究。从这项研究中期待发现新的行政法的形成，这种新行政法并非以国家为中心，并非具有“阶统性”（译者注：表示为上下级关系明确的金字塔式的统治构造，即具有阶级或官僚统治构造的特征），而是具有“协同互动性”（日文为“协动性·共动性”），并非以行政处分（Verwaltungsakt）为中心，而是以行政手段·行政行为形式为中心的新的行政法。同时，以本次国际研讨会为契机，进而希望以东北亚地域为对象开展“新秩序规范的形成发展与行政法的课题”的研究。

## 【第三场演讲】

# 从罗马法看日本债权法 改正的现状与课题

专修大学法学院

小川浩三（OGaWa, KoZo）教授

翻译：谢晴川讲师

## 1. 引言

本报告旨在从比较法与法制史中的罗马法角度探讨最近修改的民法债权法中“卖方给付不符合合同内容的标的物时，由卖方承担责任”的规定。首先就现行法与新法做对比（2）。接着，尝试比较新法与1980年联合国货物买卖合同公约（所谓“维也纳买卖法”CISG）、1999年的欧盟消费者货物买卖指令、以及受此影响的欧洲民法修正法（3）。从以上分析中能看出一定的国际新潮流，但是另一方面传统的观点也有了根深蒂固的影响。接着第三部分将从法史的知识，特别是最新的罗马法法学的动向进行对比。

## 2. 新民法—现行民法与新民法的对比

关于“卖方给付不符合合同内容的标的物时，由卖方承担责任”，现行民法有两条实现途径。其一，由于是不完全履行，买方有要求对方完全履行的权利（追完请求），如果无法得到满足，则买方可以解除合同、要求损害赔偿。其二，适用买卖标的物的瑕疵担保请求（解除或者要求损害赔偿）。两者的不同在于，前者、即债务不履行的场合，买方可以做追完请求（修补或者给付替代物），后者、即瑕疵担保请求的场合，买方只能解除合同或者要求损害赔偿，不能做追完请求。两者请求的期限也不一样。债务不履行的场合适用通常的债务消灭时效（10年），瑕疵担保请求的场合则是必须在发现瑕疵的一年内作出请求。此外，解除的要件、损害赔偿的要件、范围也不一样。关于两者的关系，学术上存在争议，但判例中大体上正确地得到了适用。

简单来说，新法把两者统合在了债务不履行的观点下。首先，承认了买方的追完请求，如果无法做到，则可以解除合同或者做减额请求（从合意的价金中减去不符合合同内容的标的物的价值差额），或者要求损害赔偿。重要的是，请求期限维持了既有的“发现之后一年”。当初的提案是不适用这一请求期限，但在后来的审议过程中又恢复了这一规定。个人认为这是这次修法中最大的问题点。

## 3. 比较法考察——联合国货物买卖合同与1999年欧盟消费者货物买卖指令

关于这个期限问题，1980年的联合国货物买卖合同公约（CISG）第39条规定，“必须在发现或理应发现不符情形后一段合理时间内”通知卖方（第一款），或者“在实际收到货物之日起两年内”通知买方（第二款），否则将不能主张货物不符合合同。另一方面，1999年欧盟消费者货物买卖指令也规定要在物品交付的两年内做出请求。但是，欧盟指令中关于期限有一个重要规定。即消费者货物买卖中物品交付6个月以内发现有瑕疵（不符合合同）的场合，推定物品交付时开始有瑕疵。不符合合同这一点必须在物品交付时存在，这一点需要买方证明。在这一点上CISG和欧盟指令都是一样的。但是，在交付后6个月以内发现有瑕疵的场合，卖方要推定瑕疵在交付时即存在、主张免除责任，必须证明是交付后因为买方

的使用而产生了瑕疵。这样，在难以判定标的物上发现的瑕疵到底是交付时已经存在的（卖方承担责任）、还是在交付后在买方的使用过程中产生的（买方责任）的时候，如果是 6 个月之内发现瑕疵则结果对买方有利。

#### 4. 法制史考察

关于这个问题，最近的罗马法研究可以提供参考。在瑕疵担保责任研究鼎盛的 2002 年，出现了关于这一点的可称为革命性的见解。那就是就期限（2 个月或者 6 个月）成为问题的瑕疵担保责任而言，在卖方没有明确表示“存在”但瑕疵的确“存在”的场合，在这个期限内买方可以要求解除合同或者要求减少金额。简单地说，期限内的瑕疵由卖方承担责任，期限经过后的瑕疵由买方承担责任。这一见解与欧盟指令的推定规定类似。因此瑕疵是买卖标的物的劣化物。例如奴隶的身体疾病、缺陷是瑕疵担保责任的问题，精神问题则不是瑕疵担保责任的问题，而是卖方债务不履行的一般性问题。或者说，缔结了纯银器的买卖合同，但实际上交付了镀银器的话，并不是瑕疵担保的问题，而是债务不履行的问题。新法以“不符合合同目的”的形式作一般性规定的东西，在罗马上则是区分为了途中劣化使得不符合合同目的的情况、和譬如材料的不同等最初就不符合合同目的的情况。这一点应当能对现在的问题提供参考。



## 【第四场演讲】

# 日本股份转让制度概要及其问题

专修大学法学院

田边宏康 (TaNaBe, HiRoYaSu) 教授

翻译：谢晴川讲师

在日本，1984 年颁布《股票等保管及账户划拨法》后，股份的无纸化开始正式进入议题。在 2004 年，商法规定不得发行公司定款的股票。之后《公司债等保管及账户划拨法》被废除，改为了《公司债、股份等账户划拨法》，上市公司的股份也要在 5 年内改为无纸化。2005 年成立的公司法以股票不发行为原则，在 2009 年实现了上市股份的无纸化。但是，非上市公司仍然允许发行股票，因此日本的股份转让制度整体变得相当复杂。

现在的股票还是采取了最有利于流通的有价、无记名形式。股票发行公司在发行股票后，除了处分自己的股份的场合，股票的交付都通过转让实现。只要股票没有交付，就认为转让在当事人之间不产生股份转让的效力。善意或者非重大过失通过交付取得股票的人，能够善意取得股份。在转让人没有权利的时候，毫无疑问可以承认股份的善意取得，关于是否仅在这种情况下适用则存在争议。要以股份的转让对抗公司，要求在股东名册上更改名字，这一请求由股份取得者通过出示股票进行

发行股票的公司，在发行股份之后必须没有迟滞地发行股票。本来不是开放式公司的话，在股东要求之前都可以不发行股票。此外，股东也可以申明不持有公司的股票。即使没有发行股票的计划，在股票发行的废止手续上怠慢的“股票发行公司”也不少。如上所述，发行股票的公司中也有不发行股票的情况，股票发行前的转让对于公司不产生效力。该条规定的目的被认为是“以股份公司没有迟滞地发行为前提，为了让发行更为顺利、有效地进行”。股票发行前的股份转让在当事人之间的效力问题则还存在争议。

不发行股票的公司的股份（划拨股份除外），只根据当事人的意思表示转让。本来多数不发行股票的公司的股份是转让受限的股份，多数场合下没有股东大会或者董事会的承认则在与公司间不发生转让的效力。要向公司对抗股票转让的效力，需要更改股东名册。由于不发行股票的公司的股份可以双重转让，要可以对抗公司之外的第三人，需要更改股东名册。这一请求原则上需要股份取得者和股东名册上的股东共同作出。

根据划拨账户上被记载或者记录了股份数减少的加入者、同时也是转让人的划拨申请，受让人能够通过向在划拨账户上记载或者记录股份数的增加而获得转让。划拨账户采取了多层次结构。在作为划拨机构的证券保管划拨机构开设了账户的加入者，原则上限定为能为他人股份开设划拨账户的账户管理机构、银行等金融机构。一般的股东可以在作为账户管理机构的金融机关开设划拨账户。要让转让能够对抗公司，划拨股份也需要在股东名册上进行记载或者记录，与发行股票的公司的股份相同、不存在用于对抗转让的公司之外的第三者的对抗要件。善意或者无重大过失、在账户上有特定名称划拨股份增加的记载或者记录的加入者，可以善意取得相关权利，但关于善意取得的适用范围还存在疑问。



---

如果说发行股票的公司是过渡性的制度，将来都会转让不发行股票的公司，那么股票的历史作用也将走向终点。但是，在日本的中小企业中，股东名册管理是杜撰的、其记载不值得信任的情况也很多见。如果这样公司转为不发行股票的公司，则谁是股东变得无法了解，会使得与股份转让相关的法律关系变得不稳定。在这个意义上，还是应当暂时承认股票的存在价值。另外，在日本上市公司股份的无纸化已经实现 8 年了，其间没有出现大问题，较为顺利。但是，关于划拨股份的善意取得，其基础和信任的对象在理论上仍然存在疑问，其适用范围也没有确定。就划拨股份而言，必须考虑到发行股票的公司的股份的流通性问题，关于其善意取得的相关问题，基本上还是应当朝着确保流通安全的方向进行解释。

## 【第五场演讲】

# 事关网络犯罪之日本刑法的现状与课题

专修大学法学院

网田好史 (OKaDa, YoShiFuMi) 教授

翻译: 郑泽善教授

## 1 引言

伴随社会生活中的电脑的普及化,不正当地利用电脑或网络的行为引发了新的法律问题,同时也引发了新的犯罪现象。究竟怎样定义或界定网络犯罪,学界有不同的看法,在本次演讲中,笔者从广义的将网络作为犯罪的标的而实施加害行为,以及将网络作为实施传统犯罪的工具的行为视为网络犯罪,在概观日本针对这种行为怎样予以处罚的基础上,就今后的课题进行探讨。

## 2 日本的网络犯罪与刑法

自上个世纪 70 年代起,随着信息技术的发展电脑广泛利用于社会生活,人为地不正当利用电脑或者妨害电脑的机会逐渐增多。在法律层面上针对这种不正当利用现象,究竟应当以既有的刑法予以处罚还是通过立法解决,在学界和实务界引起了争议。

进入 80 年代以后,社会生活中的电脑的利用更加普及,大部分家庭开始拥有了电脑。针对伪造银行卡的刷磁部分或在自动取款机上输入虚假的数据取出钱款等行为,通过对既有的刑法条文的解释很难应对,于是开始了新的相关立法。1987 年通过修正部分刑法条文,将伪造毁弃电磁记录以及电脑诈骗行为作为犯罪予以处罚。但是,对非法取得电脑信息、无权限使用电脑等行为并没有予以犯罪化。

进入 90 年代后,随着电脑的商用化,电脑的操作性、数据的互换性利用的便利得到了飞跃性的发展,同时利用电脑的人群也多了起来。与此同时,不正当地利用电脑将被害范围扩大到国际层面,因此立法的国际化迫在眉睫。遗憾的是,在这一时期这一问题仅限于怎样通过解释既有刑法条文的层面上。

进入 2000 年以后,随着网络的普及以及网络技术的发展,与网络有关连的各种设备的激增,利用者的数量激增,不正当利用网络的人群向年轻人扩大。

禁止不正当检索利用(2000 年)、禁止儿童卖淫及儿童色情法(2000 年)、电子签名法(2001 年)、部分刑法修正(2001 年)、修正不正当竞争法(2003 年)、网络交友规制法(2003 年)、个人信息保护法(2004 年)、不正当利用手提电话防止法(2005 年)、特定电修修正特定电子邮件法(2005 年)等刑事立法化得以实现。刑法典则将支付用磁卡作为犯罪行为予以了规定。

进入 2010 年后,随着网络社会形成,攻击对象的范围不断扩大,因此针对来自世界各地的不同人群的网络侵害有必要从立法层面从新探讨。

部分刑法、刑法的修改(2011 年)、电波法的修改(2011 年)、不正当检索利用法的修改(2012 年)、自我番号法?(2013 年)、修改电子信息通讯法(2014 年)、修改禁止儿童卖淫及儿童色情法(2014 年)、禁止报复性色情法?(2014 年)、修正个人信息保护法(2004

年)、不正当竞争防止法的修正(2015 年)、修正著作权法(2015 年)、跟踪狂规制法的修正(2016 年)等等予以立法化或进行了修订。刑法典则规定了针对不当指令电磁记录的犯罪。

### 3 日本网络犯罪之现状

根据警视厅发表的有关网络犯罪的统计数据,2016 年拘捕总数为 8324 件,与 2015 年相比增加了 228 件。另外咨询总数为 13 万 1518 件,比上一年增加了 3421 件,就是说拘捕以及咨询总数均有所增加。

其中有很大一部分是有关儿童卖淫以及儿童色情有关的犯罪,还有一部分则是违反儿童保护法的犯罪,其次是网络诈骗。刑法新规定的网络及以电磁记录为犯罪对象的拘捕数为 374 件,其中事关电子诈骗的犯罪最多。不正当检索利用网络的犯罪为 502 件。

各都道府县警察咨询窗口所受理的有关网络犯罪总数中,最多的是有关诈骗或合同诈骗(传销),另外事关恶意电子邮件的咨询总数 2002 年以后也有所增加。有关名誉毁损、诽谤的咨询也有所增加。

网络犯罪拘捕总数之明细

年度	2012	2013	2014	2015	2016
违反禁止不正当检索利用法	543	980	364	373	502
以电脑电磁记录为对象的犯罪	178	478	192	240	374
使用计算机诈骗	95	388	108	157	281
不当制作电磁记录或毁弃数据等	35	56	48	32	24
损坏电脑以妨害正常业务	7	7	8	6	11
制作或提供不正当电磁记录	4	8	9	8	4
提供基于不正当指令的电磁记录	34	14	16	21	36
取得或保管基于不正当指令的电磁记录	3	5	3	16	18
利用网络的犯罪	6613	6655	7349	7483	7448
违反儿童色情或卖淫法	1085	1124	1248	1295	1368
诈骗	1357	956	1133	951	828
变相诈骗	235	158	381	511	208
淫秽物品的颁布	929	781	840	835	819
违反儿童色情或卖淫法	435	492	493	586	634
违反青少年保护法	520	690	657	693	616
违反著作权法	472	731	824	593	586
胁迫	162	189	313	398	387
违反商标法	184	197	308	304	298
违反跟踪狂规制法	78	113	179	226	267

	违反网络交友规制法	363	339	279	235	222
	其他	1028	1043	1075	1367	1423
合計		7334	8113	7905	8096	8324

#### 拘捕件数的趋势

年度	2012	2013	2014	2015	2016
咨询诈骗、合同诈骗或传销	29113	36237	58340	67026	67480
咨询恶意电子邮件	12946	10682	14185	16634	14583
咨询名誉毁损或诽谤	10807	9425	9757	10398	11136
咨询电脑病毒及恶意检索利用	4803	6220	9550	7089	9530
咨询违法有害信息	3199	3132	5080	4854	6913
咨询有关网络拍卖	4848	5950	6545	6274	5440
其他	12099	13217	14643	15822	16436
合計	77815	84863	118100	128097	131518

## 4 结语

从电脑具有的高度技术性视角而言,针对网络犯罪部分观点主张可以增设一条包括性处罚规定,在日本,基于电脑处理信息所获得的价值而探讨所保护的法益,在充分考虑电脑处理信息的特殊性的基础上,针对新型犯罪类型,以刑法典为中心通过特别法条的制定来应对这种犯罪。就是说,日本对网络犯罪的处罚,在考虑从前没有使用电脑时的信息处理的完整性的基础上,充分考虑与刑法规定的整合性和通过刑罚处罚的效果的局限性,通过部分、补充的立法手段予以应对。

刑法的目的在于保护法益,只有侵害法益或威胁法益的行为才是侵害社会的行为,因此只有这些行为才能予以处罚。因此,通过包括性的条文处罚网络犯罪,只能说是一种完美主义或预防主义。作为刑法的基本特征可举二次规范性、补充性以及谦抑性。另外,针对新的信息通讯技术的开发、普及以及所带来的不正当行为的处罚,从现代刑法或刑事政策的视角而言应当予以惩处。网络刑法不应与传统的刑法概念对立,网络刑法的不完整性或补充性可以说是处于应有之意。

针对网络犯罪而言,当然有必要保护技术性和法律意义上的信息的价值,通过法律过度予以限制很可能不利于经济社会的发展,因此有必要进行进一步的探讨。

针对无国境的网络犯罪而言,其处罚有必要国际上的协助。比如,针对攻击网络的手段、具体事例以及共同搜查等,无论在技术层面还是在人力物力层面,各国政府或民间组织应当联合起来共同应对这种犯罪,这或许是最好的方法。