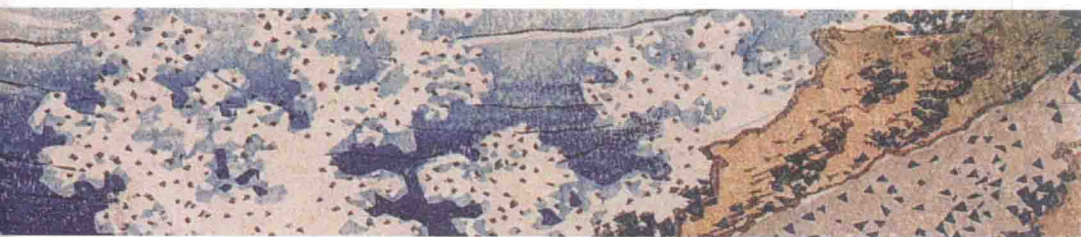


违法性的基础理论

違法性の基礎理論

[日] 日高義博 著
张光云 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

违法性的基础理论

違法性の基礎理論

〔日〕日高義博 著
张光云 译



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

违法性的基础理论 / (日) 日高义博著; 张光云译.

—北京: 法律出版社, 2015. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7836 - 6

I. ①违… II. ①日…②张… III. ①违法—法的理论—研究 IV. ①D905. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 080481 号

IHOSEI NO KISORIRON by Yoshihiro Hidaka

© 2005 Yoshihiro Hidaka

First published in Japanese in 2005 by Iusu Publishers

This Chinese translation is published by Law Press China in 2015 through the arrangement with Yoshihiro Hidaka c/o Iusu Publishers

日文原著著作权归属于作者日高義博, 日文版由 Iusu 出版公司 2005 年首次出版。

经权利人独家许可, 中译本由法律出版社于 2015 年出版。

著作权合同登记号

图字: 01 - 2015 - 1346

©法律出版社·中国

责任编辑/徐蕊

装帧设计/李瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永清县金鑫印刷有限公司

责任印制/沙磊

开本/A5

印张/6.625 字数/171 千

版本/2015 年 5 月第 1 版

印次/2015 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 7836 - 6

定价: 36.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

IHOSEI NO KISORIRON by Yoshihiro Hidaka

© 2005 Yoshihiro Hidaka

First published in Japanese in 2005 by Iusu Publishers

This Chinese translation is published by Law Press China in 2015
through the arrangement with Yoshihiro Hidaka c/o Iusu Publishers

日文原著著作权归属于作者日高義博，日文版由Iusu出版公司
2005年首次出版。

经权利人独家许可，中译本由法律出版社于2015年出版。

著作权合同登记号

图字：01-2015-1346

作者简介

日高义博,1948年生,日本宫崎县人,1970年毕业于专修大学法学部,法学博士,现为专修大学法科大学院教授,学校法人专修大学理事长。主要社会兼职:1997—2006年,司法考试考查委员;2008年至今,日本学术会议联合会员;2012年至今,文部省大学设置·学校法人审议会学校法人分科会会长。著有《不真正不作为犯的理论》(中译版《不作为犯的理论》)、《刑法总论讲义笔记》、《刑法各论讲义笔记》、《刑法中的错误论的新展开》、《读书与人生——刑法学者的百学百话》等。居合道五段。

译者简介

张光云,1972年生,福建福清市人,2012年3月获专修大学法学博士学位,现为四川师范大学法学院副教授,四川省日本研究中心副主任。著有《中国刑法における犯罪概念と犯罪の構成—日本刑法との比較を交えて—》。

前 言

“二战”后的日本刑法学不得不正视的问题之一就有目的行为论。目的行为论因为撼动了整个犯罪论体系,所以论争并不止于行为论,在其他领域也掀起了根本性讨论。由于支持目的行为论的论者展开了人的违法论,为此在违法论中引发了——违法要素里更多地吸纳主观要素是否可能?还是应当限定为客观要素?——这一与违法性的实质相关联的讨论。这使违法性的实质是规范违反还是法益侵害这一以往的论争,转化为了是行为反价值还是结果反价值这一视角的论争。该问题已成为现今的违法论的核心问题,围绕此问题各式各样的违法模式被提了出来。在此状况之中,笔者提倡跛行结果反价值论这一违法模式,把有关违法性基础理论的论文汇集成此书。

研究违法论,绕开对法益论的研究是行不通的。我曾于1980年留学德国,在特里尔(Trier)大学法学院的阿梅隆教授(Kunt Amelung,后调到德累斯顿大

法学院)的指导之下开始了法益论的研究。但是,由于当时仍以不作为犯论作为研究的主轴,所以对法益论只做了些基础性的研究。潜心开始对违法论进行研究是在1990年再次得到留学特里尔大学机会之时。身临于古都特里尔的研究时间似摩泽尔河流那般缓缓流淌,使深邃的思索和纷繁复杂的讨论成为可能。我想如若没有特里尔的研究生生活,跛行结果反价值论的构筑是不可能的。

第一部分的第三章主观违法要素与违法论以及第四章偶然防卫与违法模式是以在特里尔所构筑的跛行结果反价值论为基础的。第一章可罚的违法性与违法的统一性是尝试阐明法的存在构造与违法之间的关系。本章虽然是最近所草之稿,但是思索的原点其实是很早以前之事,当时畏友京特教授(Hans-Ludwig Günther,现为蒂宾根大学法学院教授)还是特里尔大学的助手,他正倾心于以可罚的违法性为题的教授资格论文的研究,几乎每天与他在研究室的讨论奠定了本章的基础。我对法哲学思索与体系性思考相结合这一课题的研究,此间虽时断时续,然而从未放弃对此的反复思索。另外,违法性热点问题的相关论稿也收录于本书,以求勾勒出违法论的全貌。

关于第二部分,在实行行为论中,就法益侵害性,尤其是法益侵害的危殆化的判断应如何予以展开进行了论究。在不能犯论的危险判断中,行为反价值论与结果反价值论之间的对立得到显著反映。这也是作为议论出发点的应如何构筑违法论被追及的场面。还有,在原因自由行为的理论中,除实行行为论中的危险判断问题之外,与责任主义之间相衔接的应有方式被问及,这一错综复杂问题应如何解决迫在眉睫。关于这些问题,第八章和第九章的论稿,将从跛行结果反价值论的视点出发来寻求问题的解决。

在第三部分*中,收录了阿梅隆教授关于法益论的两篇论稿的翻译介绍。所收录的这两篇论文,对于理解阿梅隆教授的法益论的核心思想相当重要。理解好由规范所保护的东西是法益,而规范本身并不是法益这一见解是在什么样的背景下提出来的,对于重视结果反价值的立场来说是极为重要的。如果不能有效阻止法益的精神化,则隐藏着结果反价值论转变为行为反价值论的可能性。

将违法论的研究汇集成本书,大约经历了20年的岁月。迄今都是以10年为一个节点来进行研究总结的,然而因为违法论的研究是与其他研究课题相并列持续进行的,所以花了更长时间。在这期间,还掺杂了一些影响研究的因素,如身体状况欠佳和最近校务繁忙等各种因素。不管怎么说,请允许我将本书献给在完成本研究方面给予了我极其重要的研究环境的阿梅隆教授。

人彷徨于死亡线上之际还真能见到一些不可思议的梦。差不多是5年之前卧病于床时,穿着白色袴褶的祖父左兵卫和父亲常秋现于梦中,他们从彼岸接我来了。然而,不得不感谢他们容许我再次回到研究生活。

本书的出版得到了IUS出版社田中伸治社长的大力支持。田中君由于曾经是我的Seminar学生,我们关系紧密。受他致力于法律书籍出版的巨大热情感染,所以就将这长年的研究成果的公开出版托付于他。现如今出版业环境相当严峻,真切地祝愿他,热情得以开花结果,为出版业作出卓越贡献。

本书的校正得到我的研究室的森住信人(专修大学大学院法学研

* 该部分因为是关于阿梅隆教授德语论文的日文翻译和评析,如果把这两篇论文从日文再翻译为中文则有可能破坏德文原意,译者也曾想参照德语原文进行中文翻译,但译者的德文水平还远未到可以自由翻译德语的水平,所以经日高教授的同意,中文版就将这两篇阿梅隆教授论文予以割舍。——译者注

究科博士后期课程)和齐藤步(专修大学法科大学院)二君的热心帮助。身处校长之职,重新审视旧稿的工作步履蹒跚,由于二君的帮助本书才得以付梓。谨记于此以表感谢之意。

日高义博

2005年5月15日于新绿美丽的伊利麻

文献简称

[判例集]

刑集:最高裁判所刑事判例集

刑录:大审院刑事判决录

高刑集:高等裁判所刑事判例集

下刑集:下级裁判所刑事判例集

裁判特报:高等裁判所刑事裁判特报

判时:判例时报

判タ:判例タイムズ

[杂志]

警论:警察学论集

警公:警察公论

刑杂:刑法杂志

ジュリ:ジュリスト

重判解:重要判例解说

曹时:法曹时报

判评:判例评论

法教:法学教室

法时:法律时报

法セミ:法学セミナー

[教材]

植松·总论:植松正《再订 刑法概论 I 总论》,劲草书房 1974 年版

植松·各论:植松正《再订 刑法概论 II 各论》,劲草书房 1975 年版

内田·总论:内田文昭《刑法 I (总论)》,青林书院 1987 年改订版

大塚·总论:大塚仁《刑法概说(总论)》,有斐阁 2005 年第 3 版增补版

大塚·各论:大塚仁《刑法概说(各论)》,有斐阁 1996 年第 3 版

大塚·各论(上):大塚仁《刑法各论 上卷》,有斐阁 1984 年改订版

大野·总论(上):大野平吉《概说犯罪总论 上卷》,酒井书店 1994 年版

大场·总论(下):大场茂马《刑法总论 下卷》,中央大学 1913 - 1917 年版

大谷·总论:大谷实《刑法讲义总论》,成文堂 2004 年新版追补版

大谷·各论:大谷实《刑法讲义各论》,成文堂 2002 年新版追补版

小野·总论:小野清一郎《新订 刑法讲义总论》,有斐阁 1954 年第 13 版

小野·各论:小野清一郎《新订 刑法讲义各论》,有斐阁 1950 年第 3 版

香川·总论:香川达夫《刑法讲义(总论)》,成文堂 2006 年第 3 版

胜本·总则:胜本勘三郎《刑法要论总则》,明治大学 1913 年版

川端·总论:川端博《刑法总论讲义》,成文堂 1995 年版

木村·总论:木村龟二 = 阿部纯二补订《刑法总论》,有斐阁 1978 年版

- 江家·总论:江家义男《刑法(总论)》,千仓书房 1952 年版
- 江家·各论:江家义男《刑法各论》,青林书院 1963 年增补版
- 佐伯·总论:佐伯千仞《刑法总论》,有斐阁 1974 年改订版
- 佐伯·各论:佐伯千仞《刑法各论》,有信堂 1981 年订正版
- 佐久间·总论:佐久间修《刑法讲义(总论)》,成文堂 1997 年版
- 曾根·总论:曾根威彦《刑法总论》,成文堂 2000 年第 3 版
- 泷川·各论:泷川幸辰《刑法各论》,世界思想社 1968 年增补版
- 团藤·总论:团藤重光《刑法纲要总论》,创文堂 1990 年第 3 版
- 团藤·各论:团藤重光《刑法纲要各论》,创文堂 1990 年第 3 版
- 内藤·总论(上)(中)(下 I):内藤谦《刑法讲义总论(上),(中),(下 I)》,有斐阁 1983 年版,1986 年版,1991 年版
- 中·总论:中义胜《讲述 犯罪总论》,有斐阁 1980 年版
- 中山·总论:中山研一《刑法总论》,成文堂 1982 年版
- 西原·总论:西原春夫《刑法总论》,成文堂 1977 年版
- 西原·各论:西原春夫《刑法各论》,成文堂 1974 年第 2 版
- 野村·总论:野村稔《刑法总论》,成文堂 1998 年补订版
- 日高·总论讲义笔记:日高义博《刑法总论讲义ノ一ト》,劲草书房 2005 年第 3 版
- 平野·总论:平野龙一《刑法 总论 I, II》,有斐阁 1975 年版
- 平野·概说:平野龙一《刑法概说》,有斐阁 1977 年版
- 福田·总论:福田平《全订 刑法总论》,有斐阁 2004 年第 4 版
- 福田·各论:福田平《全订 刑法各论》,有斐阁 2002 年第 3 版补订版
- 藤木·总论:藤木英雄《刑法讲义总论》,弘文堂 1975 年版
- 藤木·各论:藤木英雄《刑法讲义各论》,弘文堂 1976 年版
- 前田·总论:前田雅英《刑法总论讲义》,东京大学出版会 1998 年第 3 版

- 牧野·总论(下):牧野英一《刑法总论 下卷》,有斐阁 1961 年全订版
- 宫本·学粹:宫本英修《刑法学粹》,弘文堂书房 1935 年第 5 版
- 宫本·大纲:宫本英修《刑法大纲》,弘文堂书房 1935 年版
- 泉二·大要:泉二新熊《刑法大要》,有斐阁 1937 年第 34 版增补版
- 山口·问题探究总论:山口厚《问题探究 刑法总论》,有斐阁 1998 年版
- 山中·总论:山中敬一《刑法总论 I》,成文堂 1999 年版

[讲座、注释书]

- 刑法基本讲座(4):阿部纯二 = 内田文昭 = 川端博 = 板仓宏 = 香川达夫 = 曾根威彦编《刑法基本讲座 第 4 卷》,法学书院 1992 年版
- 刑事法讲座(2):日本刑法学会编《刑事法讲座 第 2 卷》,有斐阁 1952 年版
- 刑事法讲座(7):日本刑法学会编《刑事法讲座 第 7 卷》,有斐阁 1953 年版
- 大コンメンタール刑法(2):大塚仁 = 河上和雄 = 佐藤文哉 = 古田佑纪编《大コンメンタール刑法 第 2 卷》,青林书院 1999 年第 2 版
- 注释刑法(4)各则(2):团藤重光编《注释刑法(4)各则(2)》,有斐阁 1965 年版
- 注释刑法(5)各则(3):团藤重光编《注释刑法(5)各则(3)》,有斐阁 1965 年版
- 现代刑法讲座(2):中山研一 = 西原春夫 = 藤木英雄 = 宫泽浩一编《现代刑法讲座 第 2 卷》,成文堂 1979 年版

[纪念论文集]

- 植松还历:植松博士还历祝贺《刑法と科学・法律编》,有斐阁 1971 年版

香川古稀:香川达夫博士古稀祝贺《刑事法学の课题と展望》,成文堂
1996 年版

佐伯还历(上):佐伯博士还历祝贺《犯罪と刑罚(上)》,有斐阁 1968 年
版

庄子古稀:庄子邦雄先生古稀祝贺《刑事法の思想と理论》,第一法规出
版社 1991 年版

团藤古稀(1),(2),(3):《团藤重光博士古稀祝贺论文集 第1卷,第2
卷,第3卷》,有斐阁 1984 年版

中古稀:中义胜先生古稀祝贺《刑法理论の探求》,成文堂 1992 年版

平野古稀(上),(下):《平野龙一先生古稀祝贺论文集 上卷,下卷》,
有斐阁 1990 年版

福田=大塚古稀(上),(下):福田平·大塚仁博士古稀祝贺《刑事法学
の总合的检讨(上),(下)》,有斐阁 1993 年版

松尾古稀(上):《松尾浩也先生古稀祝贺论文集 上卷》,有斐阁 1998
年版

[论文集]

井田·目的的行为论:井田良《犯罪论の现在と目的的行为论》,成文堂
1995 年版

现代刑法论争 I, II:植松正=曾根威彦=川端博=日高义博《现代刑
法论争 I, II》,劲草书房 1997 年第2版

刑法论集(1):大塚仁《刑法论集(1)》,有斐阁 1976 年版

大塚·基本问题:大塚仁《犯罪论の基本问题》,有斐阁 1974 年版

佐伯·违法性的理论:佐伯千仞《刑法における违法性の理论》,有斐阁
1974 年版

佐久间·事实的错误:佐久间修《刑法における事实の错误》,成文堂

1987 年版

刑法理论的现代展开总论 I, II: 芝原邦尔 = 町野朔 = 堀内捷三 = 西田典之编《刑法理论の现代的展开 总论 I, II》, 日本评论社 1988 年版, 1997 年版

曾根·重要问题(总论): 曾根威彦《刑法の重要问题(总论)》, 成文堂 2005 年版

曾根·刑事违法论: 曾根威彦《刑事违法论の研究》, 成文堂 1998 年版
论争刑法: 中义胜编《论争刑法》, 世界思想社 1976 年版

中山·论争问题: 中山研一《刑法の论争问题》, 成文堂 1991 年版

野村·未遂犯的研究: 野村稔《未遂犯の研究》, 成文堂 1983 年版

林·基础理论: 林干人《刑法の基础理论》, 东京大学出版会 1995 年版

日高·错误论的新展开: 日高义博《刑法における错误论の新展开》, 成文堂 1991 年版

藤木·理论: 藤木英雄《可罚的违法性の理论》, 有信堂 1967 年版

藤木·可罚的违法性: 藤木英雄《可罚的违法性》, 学阳书房 1975 年版

振津·刑事不法论: 振津隆行《刑事不法论の研究》, 成文堂 1996 年版

前田·刑法的基础: 前田雅英《刑法の基础 总论》, 有斐阁 1993 年版

前田·研究: 前田雅英《可罚的违法性论の研究》, 东京大学出版会 1982 年版

松宫·刑事立法论: 松宫孝明《刑事立法论と犯罪论体系》, 成文堂 2003 年版

宗冈·客观的未遂论: 宗冈嗣郎《客观的未遂论の基本构造》, 成文堂 1990 年版

山口·危险犯: 山口厚《危险犯の研究》, 东京大学出版会 1982 年版

所收论文一览表

第一部分 违法性的基础理论

- ①日高义博：“可罚的法性与违法的统一性”，载齐藤诚二刑事关系祝贺纪念《刑事法学の現実と展開》，信山社 2003 年版，第 73 页以下。〔第一章〕
- ②日高义博：“罢工工人在阻碍上班之际对其他工人实施的拘禁行为与可罚的违法性”，载《警察研究》第 48 卷第 3 号，第 54 页以下（1977 年 3 月）。〔第二章〕
- ③日高义博：“公职选举法第 166 条中所规定的‘为选举运动所进行的演说’的意思以及同条违反行为、法定外文书发放行为的可罚的违法性”，载《警察研究》第 49 卷第 3 号，第 68 页以下（1978 年 3 月）。〔第二章〕
- ④日高义博：“主观违法要素与违法论”，载福田平・大塚仁博士古稀祝贺《刑事法学の総合的検討（下）》，有斐阁 1993 年版，第 279 页以下。〔第三章〕

- ⑤日高义博：“偶然防卫与违法模式”，载专修大学法学研究所纪要 23《刑事法の諸問題Ⅴ》，第 113 页以下（1977 年）。〔第四章〕
- ⑥日高义博：“作为正当防卫中的防卫手段的相当性的范围”，载《判例評論》第 377 号，第 66 页以下（《判例時報》第 1346 号，第 228 页以下），（1998 年 2 月）。〔第五章〕
- ⑦日高义博：“‘紧迫的不法侵害’的继续与防卫行为的相当性”，载《現代刑事法》第 1 卷第 1 号，第 69 页以下（1999 年 5 月）。〔第五章〕
- ⑧日高义博：“关于安乐死以及尊严死的容许性——对死的自我决定权与生命的保护”，载《警察公論》第 50 卷第 3 号，第 41 页以下（1995 年 3 月）。〔第六章〕
- ⑨日高义博：“关于东海大学安乐死事件判决”，载《警察公論》第 50 卷第 11 号，第 39 页以下（1995 年 11 月）。〔第六章〕
- ⑩日高义博：“未成年人诱拐罪与被害人的承诺”，载西原春夫·藤木英雄·森下忠编：《刑法学 4》，有斐阁 1977 年版，第 113 页以下。〔第六章〕
- ⑪日高义博：“通奸目的进入居所与妻子的承诺”，载井口茂·石黑一宪·神田秀树·羽田野宣彦·樋口范雄·日高义博：《判例に学ぶ法律考現学》，ぎょうせい 1990 年版，第 161 页以下。〔第六章〕
- ⑫日高义博：“对妻子的强奸”，载井口茂·石黑一宪·神田秀树·羽田野宣彦·樋口范雄·日高义博：《判例に学ぶ法律考現学》，ぎょうせい 1990 年版，第 168 页以下。〔第六章〕
- ⑬日高义博：“猥亵审判与刑法的脱伦理化”，载《専修法学今村法律研究室報》第 17 号，第 44 页以下（1990 年）。〔第七章〕

第二部分 实行行为与法益侵害性

- ⑭日高义博：“不能犯论中的危险判断”，载宫泽浩一先生古稀祝贺论文集第 2 卷《刑法理論の現代的課題》，成文堂 2000 年版，第 413 页以