

Studies on History of Japanese
Criminal Law Theories



日本刑法思想史研究

周振杰◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

013034199

北京师范

D931.34

17



日本刑法思想史研究

Studies on History of Japanese Criminal Law Theories

周振杰◎著

中国法制出版社



北航

C1641510

DP31.34
17

图书在版编目 (CIP) 数据

日本刑法思想史研究 / 周振杰著. —北京: 中国法制出版社, 2013. 4

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4485 - 9

I. ①日… II. ①周… III. ①刑法 - 思想史 - 研究 - 日本 IV. ①D931. 34

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 057092 号

策划编辑 王佩琳

封面设计 杨泽江

日本刑法思想史研究

RIBEN XINGFA SIXIANGSHI YANJIU

著者/周振杰

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米

版次/2013 年 4 月第 1 版

印张/10 字数/197 千

2013 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4485 - 9

定价: 36.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 010 - 66038139

市场营销部电话: 010 - 66017726

邮购部电话: 010 - 66033296

夫以铜为镜，可以正衣冠；以古为镜，可以知兴替；以人为镜，可以明得失。

——《旧唐书·魏征传》

序言

我国研究日本刑法的拓新力作

晚近二十余年，随着社会转型的逐步深入与经济改革的实质展开，刑事法治面临的挑战日渐增多。因此，以介绍国外刑事法治之先进经验、为我国刑事法治提供参考为目的的比较研究有了蓬勃的发展。但是，在已有的研究中，研究具体制度本身者多，研究具体制度产生与发展的历史背景者少；分析具体制度的实施现状与效果者多，分析具体制度实施的社会条件者少。因此，当周振杰博士完成以介绍日本刑法制度以及思想变迁的脉络与背景为主旨的《日本刑法思想史研究》的书稿，请我为之作序时，我欣然应允。

振杰博士于2010年9月加盟北京师范大学刑事法律科学研究院，因其研究成果丰硕而很快晋升为副教授。在此之前，他曾经在日本的著名学府早稻田大学高等研究所担任过三年的研究员。在更早的2005年，振杰博士曾与中国社会科学院法学研究所的刘仁文教授合作，翻译出版了牛津大学胡德教授所著的《死刑的全球考察》一书，该书在刑法学界产生了较大的影响。因此，当得知他在能够熟练地使用英语之外，还能用日语进行写作时，他的外语能力给我留下了较深的印象。

理论研究不易，基础性研究更难。因此，振杰博士选择日本刑法思想史这一宏大的基础性问题为研究对象，在脉络整理、背景概括与资料收集方面，无疑具有很大的挑战性。与此同时，虽

然近十余年来,随着赴日留学者增多,介绍日本刑法理论的中文论著、翻译出版的日语书籍如雨后春笋,但是,国内对日本刑法理论的发展尚无全景式描述。所以,振杰博士对于日本刑法与刑法思想史的这一专题研究,无疑也具有很大的创新性。

本书从日本氏族时代的祓除刑,到现代的裁判员制度,纵贯二千余年,以日本历史上的诸如大化改新与明治维新等重大社会改革为背景,介述了历次重要刑法思想转变;以现代以来的工业发展与民主体制等社会条件为视点,分析了具体刑法制度的实施效果。与集中介述某一阶段的刑法理论,或者分析某一制度的设计实施的研究相比较,这对于我们在了解日本刑法思想与制度变化的深层次原因的基础上,思考我国正在进行的刑事法治建设,无疑具有更为宏观的比较价值。

本书的研究重点,显然是放在现代时期,这也是我国学者关注最多的时期,自20世纪90年代伊始,国内就已经开始介绍这一时期的刑法改革、刑法理论与刑法学者。但是,本书采纳了一种不同的叙事方式。首先,从民主制度、刑法传统等角度,对日本现代刑法思想的发展背景进行了概括,并未纠结于具体刑法理论本身,而是将之置于宏观背景之中,分析其起落。其次,在纵观20世纪40年代中期以来日本制度与刑法理论发展的基础上,从民主主义、刑事判例、刑事政策三个方面,总结了现代刑法思想特征,分析了日本刑法思想在方法层面与理论层面的发展方向,对实证主义的思维方式在日本刑法理论中的体现,举例进行了介述。最后,对日本现代刑法思想的理论流派进行了归纳,并介述了代表性人物的基本立场。

本书对日本近代时期，尤其是20世纪10年代之后刑法制度与刑法思想的阐述，同样值得我们关注。“乱世用重典”，这是我们耳熟能详的警句。但是，如若不明白“乱世”因何而“论”，不明确“重典”如何而“重”，则可能“典愈重，而世愈乱”。就如同20世纪20年代之后的日本军国主义政府，罔顾国内民生凋敝、民怨沸腾，一味地通过强化治安体制、打压民主思想与控制社会言论，以图稳固对内统治、扩大对外侵略，结果反而削弱了其统治基础，当然也为日本现代时期民主主义在刑事法治领域的巩固与发展间接奠定了思想基础。

古人云，“夫以铜为镜，可以正衣冠；以古为镜，可以知兴替；以人为镜，可以明得失。”中国与日本既是亚洲邻国，亦是亚洲代表性国家，在历史渊源、文化传统以及经济贸易方面有着深远的联系。因此，研究日本刑法与刑法思想的发展轨迹及其经验教训，对于中国而言无疑具有重要的意义。相信振杰博士的这部《日本刑法思想史研究》，能够为我国的刑事法治建设、刑法理论研究，提供有益的参考资料。

是为序。

赵秉志

2012年10月

绪论

日本刑法思想史的时代划分

研究日本的刑法与刑法思想史，首先面临的问题是如何划分历史时代。就此，在日本学者之间也存在不同观点。例如，佐佐木润之介教授等学者将整个日本历史划分为古代（氏族社会—律令国家）、中世（镰仓时代—室町时代）、近世（江户时代）、近代（明治维新—二战结束）与现代（二战之后）五个时期，^① 牧英正教授与藤原明久教授将整个日本法制史划分为前近代（氏族时代—江户时代）、近代（明治维新—二战结束）与现代（二战之后）三个时期，^② 石井良助教授将明治维新以前的日本法制史划分为上代（氏族时代）、上世（律令时代）、中世（平安时代—镰仓时代—室町时代）、近世（战国时代—江户时代）四个时期，^③ 佐佐波与佐次郎教授则将明治维新以前的法制史划分为上古（氏族社会）、中古（律令时代）、镰仓时代、室町时代以及江户时代。^④ 重松一义教授将整个日本法制史划分为上代氏族法制

① 参见〔日〕佐佐木润之介等编：《概论日本历史》，吉川弘文馆2006年版，目录。

② 参见〔日〕牧英正、藤原明久编：《日本法制史》，青林书院2007年版，目录。

③ 参见〔日〕石井良助：《日本法制史概说》，创文社2002年版，目录。

④ 参见〔日〕佐佐波与佐次郎：《日本刑事法制史》，有斐阁1967年版，目录；《续日本刑事法制史》，有斐阁1972年版，目录。

(占卜、神判等)、古代律令法制(大宝律令、养老律令等)、中世式目法制、中世分国法制、近世藩幕法制(《公事方御定书》)、近代洋式法制(旧宪法、旧刑法等)以及现代法制(新宪法、现行诸法)几个时期。^①

从目前日本学者的历史著作来看,关于日本的近代时期与现代时期的起止时间,不存在太大的争议。一般认为,日本的近代时期,始自于1868年开始的明治维新,终于第二次世界大战结束;现代时期,始自于20世纪60年代。^②但是,刑法思想史略有不同。如本书第七章所言,1945年无条件投降后,日本在联合国军最高司令官总指挥部(GHQ)的主导下进行的一系列法律与司法改革,尤其是1946年颁布的《日本国宪法》废除了日本传统的天皇制国家体制,代之以民主主义的国家体制,对于日本的现代刑法思想而言,有着深刻而又长远的影响。因此,本书以1945年无条件投降后,日本政府在GHQ的主导下所进行的一系列法律改革为日本刑法思想史现代时期的研究起点。

就明治维新以前的时期,本书以主要法律渊源为基础,将之划分为三个时代。第一个时代,是以氏族习惯法为主要法律渊源的氏族法时代,也即氏族社会时代;第二个时代,是以律令为主要法律渊源的律令法时代,这一时代从社会根本制度而言,既非封建社会时代,因为不存在构成封建制度基础的土地集中制度与地主与农奴之间的人身依附关系,也非奴隶社会时代,因为当时的律令是以中国的隋唐律法为蓝本的,而隋唐律法属于封建立

① 参见[日]重松一义:《日本法制史纲要》,敬文堂1987年版,前言。

② 参见[日]川口由彦:《日本近代法制史》,新世社2005年版,第1页。

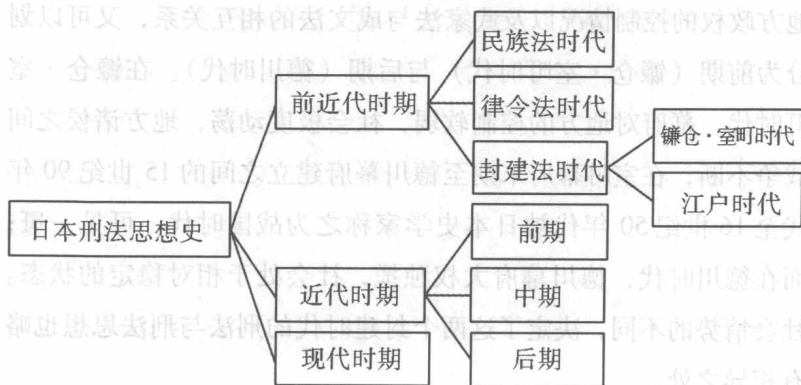
法；第三个时代，是以武家法主要法律渊源的封建法时代，^①也即封建社会时代。这一时代根据社会总体稳定情况、中央政权对地方政权的控制情况以及武家法与成文法的相互关系，又可以划分为前期（镰仓·室町时代）与后期（德川时代）。在镰仓·室町时代，幕府对地方的控制软弱，社会极度动荡，地方诸侯之间战争不断，在室町幕府末期至德川幕府建立之间的15世纪90年代至16世纪50年代被日本史学家称之为战国时代，可见一斑；而在德川时代，德川幕府大权独揽，社会处于相对稳定的状态。社会情势的不同，决定了这两个封建时代的刑法与刑法思想也略有相异之处。

总体而言，本书以日本历史上的重大转折性改革为着眼点，对日本刑法思想史的时代划分如下（参见图一）：第一，是前近代时期。这一时期，又可以划分为如下三个时代，即氏族法时代、律令法时代（以646年开始的大化改新为标志）、封建法时代（从12世纪末的镰仓幕府成立—1868年明治维新）。封建法时代又进而划分为两个阶段，即镰仓·室町时代（从镰仓幕府成立—1603年江户幕府成立）与江户时代（从江户幕府成立—明治维新）。第二，是近代时期。这一期可以划分为三个阶段，即前期（封建法制复活时期，1868年—1880年颁布第一部近代刑法典）、中期（近代法制确立时期，1880年—1925年颁布被称之为“自由死刑法”的治安维持法）、后期（法西斯刑法的黑暗时期，从1925年—1945年日本无条件投降）。第三，是现代时期，即从

^① 所谓武家法，指自12世纪末期镰仓幕府成立至19世纪后期德川幕府灭亡期间，作为成文法的对立面，统治现实社会生活的武士之间形成的习惯法。

1945 年开始到现在。

图一：日本刑法与刑法思想史的时代划分



目 录

绪论 日本刑法思想史的时代划分	1
-----------------------	---

第一篇 前近代时期

第一章 氏族法时代的刑法思想	3
----------------------	---

第一节 氏族法的形成	3
------------------	---

一、氏族国家的形成	3
-----------------	---

二、氏族法的渊源	6
----------------	---

第二节 氏族法时代的刑法思想	9
----------------------	---

一、氏族法时代的犯罪	9
------------------	---

(一) 天津罪与国津罪	10
-------------------	----

(二) 二者的区别	12
-----------------	----

(三) 氏族法时代的责任观念	13
----------------------	----

二、氏族法时代的刑罚	14
------------------	----

(一) 刑罚种类	14
----------------	----

(二) 刑罚制度	19
----------------	----

(三) 处罚程序	21
----------------	----

第二章 律令法时代的刑法思想	23
----------------------	----

第一节 律令法的形成	23
------------------	----

一、律令国家的形成	23
-----------------	----

二、律令法制的编纂	27
第二节 律令法时代的刑法思想	28
一、律令的刑法思想	28
(一)律令中的犯罪与刑罚	28
(二)律令中的犯罪思想	32
(三)律令中的刑罚思想	35
二、后期的变质崩溃	37
第三章 封建法时代的刑法思想	40
第一节 封建法的形成	40
一、封建国家的形成	40
(一)镰仓·室町时代	40
(二)江户时代	44
二、封建法的渊源	44
(一)镰仓·室町时代	44
(二)江户时代	47
第二节 封建法时代的刑法思想	48
一、镰仓·室町时代刑法思想	48
(一)镰仓·室町时代的犯罪与刑罚	48
(二)镰仓·室町时代的刑法思想	51
二、江户时代刑法思想	53
(一)江户时代的犯罪与刑罚	53
(二)江户时代的刑法思想	56

第二篇 近代时期

第四章 明治初期的刑法思想	61
第一节 明治初期的刑事立法	61
一、明治国家的形成	61
(一)近代改革	61
(二)王政复古	65
二、初期的刑事立法	67
(一)《暂定刑律》	67
(二)《新律纲领》与《改正律例》	69
第二节 明治初期的刑法思想	71
一、明治初期的刑法思想	71
二、针对初期立法的批判	73
第五章 近代时期的刑法思想	78
第一节 近代新、旧两部刑法	78
一、折中思想与旧刑法的制定	78
(一)法国刑法思想的继受	78
(二)旧刑法中的折中思想	80
二、新派理论与新刑法的制定	84
(一)新派理论的引入	84
(二)新派刑法思想的展开	89
(三)新刑法中的新派思想	93
第二节 近代时期的学派之争	96
一、旧派思想的导入与展开	96

(一) 旧派刑法思想的导入	96
(二) 旧派刑法思想的展开	98
二、学派之争的展开	103
第六章 黑暗时期的刑法思想	109
第一节 治安立法与治安体制	109
一、治安立法的概况	109
(一) 治安立法的背景	110
(二) 治安立法的体系	116
二、治安体制的确立	121
(一) 特高警察与思想检察	121
(二) 检阅制度	124
(三) 转向制度	127
第二节 黑暗时期的刑法思想	128
一、黑暗时期的刑法思想	128
(一) 法西斯刑法思想的传入	129
(二) 黑暗时期的刑法思想	130
二、对进步刑法思想的压制	133

第三篇 现代时期

第七章 现代刑法思想的形成	141
第一节 时代背景	141
一、民主主义	142
二、刑法传统	146
三、社会变革	150

第二节 立法进程	157
一、现行刑法的历次修正	157
(一) 日本刑法的范围	157
(二) 立法修改与刑事判例	162
(三) 现行刑法的修正历程	167
二、刑法综合修正的尝试	172
第三节 理论形成	181
一、形成的阶段	181
(一) 学派之争的止扬阶段	181
(二) 理论框架的形成阶段	184
(三) 具体领域的修正阶段	189
二、发展方向	201
(一) 哲学方法层面的发展方向	202
(二) 基础理论层面的发展方向	207
三、理论现状	210
第八章 现代刑法思想的特征	213
第一节 刑法理论与刑事政策	214
一、注重谦抑主义与刑事政策的刑法理论	215
二、着眼规范违反与特别预防的刑法理论	217
三、关注实证效果与一般预防的刑法理论	221
第二节 刑法理论与刑事判例	224
一、刑事判例制度的形成	224
二、刑法理论与刑事判例	231

第三节 刑法理论与民主主义	235
一、形式犯罪论与精密司法:形式民主主义的体现	235
二、实质犯罪论与市民参与:实质民主主义的归结	242
三、从形式民主到实质民主:国家治理理念的转变	256
第九章 现代刑法思想的流派	260
第一节 团藤重光刑法思想	261
一、理论系谱	261
二、主要特征	262
第二节 平野龙一刑法思想	266
一、理论系谱	266
二、主要特征	267
第三节 佐伯千仞刑法思想	274
一、理论系谱	274
二、主要特征	275
第四节 藤木英雄刑法思想	282
一、理论系谱	282
二、主要特征	283
主要参考文献	290
后 记	298