

当代日本刑事法译丛

贾宇 西原春夫 / 主编

刑法总论的 思之道·乐之道

〔日〕佐伯仁志 著
于佳佳 译

目次

井田良

金光旭

川端博

高橋剛夫

川崎敏雄

西田典之

松原芳博

曾根威彦

木谷明

西原春夫

平野龍二

内藤謙 山中敬一

山口厚 石川正興

佐久間修

甲斐克則

松宮孝明

佐伯仁志

十四卷目

奥村正雄

 中国政法大学出版社

刑法总论的
思之道·乐之道



中国政法大学出版社

2017·北京

KEIHO SORON NO KANGAEKATA · TANOSHIMIKATA by Hitoshi Saeki
Copyright © 2013 Hitoshi Saeki
All rights reserved.
Original Japanese edition published by Yuhikaku Publishing Co., Ltd., Tokyo
This Simplified Chinese language edition published by arrangement with
Yuhikaku Publishing Co., Ltd., Tokyo in care of Tuttle-Mori Agency, Inc., Tokyo
版权登记号: 图字 01-2016-5494 号

图书在版编目 (C I P) 数据

刑法总论的思之道·乐之道/(日) 佐伯仁志著; 于佳佳译. —北京: 中国政法大学出版社, 2017. 6

ISBN 978-7-5620-7417-5

I. ①刑… II. ①佐… ②于… III. ①刑法—法学—研究—日本 IV. ①D931.34

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第080088号

出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908524 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印 北京华联印刷有限公司
开 本 720mm × 960mm 1/16
印 张 25.5
字 数 435 千字
版 次 2017 年 6 月第 1 版
印 次 2017 年 6 月第 1 次印刷
定 价 66.00 元

声 明

1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。



当代日本刑事法译丛

贾宇 西原春夫 / 主编

纪念马克昌先生

《当代日本刑事法译丛》编委会

主 编：贾 宇 西原春夫

副 主 编：黎 宏 本郷三好

执行主编：付玉明

委 员：赵秉志 陈兴良 张明楷 张 军 郎 胜 朱孝清
熊选国 鲍遂献 周红梅 单 民 王 晨 胡 鹰
刘明祥 胡学相 鲜铁可 贾 宇 张绍谦 谢望原
黎 宏 史卫忠 莫洪宪 彭卫东 林亚刚 李邦友
钊作俊 田立文 柯良栋 夏 勇 李 洁 陈泽宪
陈子平 齐文远 冯 军 卢建平 田文昌 李贵方
李传敢 付玉明

西原春夫 山口 厚 曾根威彦 高橋則夫 松原芳博
石川正興 甲斐克則 井田 良 佐伯仁志 田口守一
川出敏裕 只 木 誠 金 光 旭 松宫孝明 十河太朗
川本哲郎 本郷三好

编 辑 部：于改之 陈家林 王昭武 付立庆 付玉明 刘建利
张小宁 周振杰 周啸天 谢佳君 钱叶六 吕英杰
王 充 江 溯 郑军男 李立众 苏明月 秦一禾

总序一 *

经西北政法大学贾宇校长的提议与努力,《当代日本刑事法译丛》得以出版发行。值此之际,承蒙贾宇校长力邀,我亦有幸得享主编之誉,想必这是对我近25年来为中日刑事法学术交流所做微薄贡献的肯定。

早在1988年,由我提议发起召开了首届“中日刑事法学术研讨会”,此后隔年一次定期举行,迄今已历经27载,共计召开了14届。并且,第15届与第16届研讨会的会议日程与承办学校也已经确定。在此期间,尽管中日之间的关系令人遗憾地出现了一些负面情况,迄今尚未得到完全修复,但是,这丝毫未影响到两国之间的刑事法学术交流。这足以说明,至少在刑事法学术交流的领域,中日关系已经坚如磐石;刑事法学界的两国同仁也不止于单纯的学术交流,而是已经超越国界,达至心心相连的境界。于我而言,没有比这更值得欣慰的事情了。

在这里,我又情不自禁地想起了马克昌先生。虽然马先生已于2011年仙逝,但我们两人之间的深厚友情,正象征着承担中日两国刑事法学术交流的同仁之间的牢固纽带。1998年,正在东京创价大学访问的先生第一次拜访了我。自此之后,我就与先生成了肝胆相照的学术知己!2002年,在武汉大学召开的第七次“中日刑事法学术研讨会”上,日方与会者均惊叹于“马家军”的威势,此后,中国刑法学界的“马家军”作为一种传说流传至今。包括那次会议在内,我曾十数次到访武汉,对先生的敬仰之情弥深。在先生患病住院期间,曾两度去医院探望的外国

* 本序文由付玉明移译校对。

人，想必除我之外别无他人。可以说，我与先生之间惺惺相惜已然不分国界。

先生早年曾在河南省周口市就学，亦曾深受日本军国主义之毒害，但作为一名刑法学者，却仍能对日本刑法学中的可取之处毫不犹豫地给予积极评价，一想到这一点，我便不由得在与先生交往之初即向其由衷地表达敬意。这样说来，从先生的角度来看，想必早已完完全全看透了我内心对那些不堪回首之往事的强烈纠结，并理解了我此后的所言所行。我想，我与先生之间的友情正是因为相互跨越了过去，才得以超越国界。

在贾宇校长邀请我一同担当主编之际，我之所以能欣然接受而未曾有丝毫犹豫，理由正是在于，这次的《当代日本刑事法译丛》有“纪念马克昌先生”之意，而且，从该丛书的中方编委名单中，也能看到“马家军”的成长壮大。这次的出版计划赋予了中日刑事法学术交流以新的形式，在这一点上，我以为意义重大。以贾宇校长为首的相关人员为实现本出版计划付出了相当大的努力，在此，谨表达我衷心的敬意与谢意，同时，也深切祝愿本丛书进展顺利。

是为序。

早稻田大学名誉教授、原校长
中日刑事法研究会名誉会长
西原春夫

总序二

法律是人类的微缩历史。法律既是人类文明的成果积淀，也是多元文化的综合汇聚；不同的国家虽然可能采用不同类型的法律制度，但是都大致共享着同样的法治伦理。因此，不同国家的法律思想和法律制度需要并且可以相互进行交流与借鉴，甚或移植。

众所周知，中华法系起于先秦，盛于唐宋，解于清末，曾经一度是世界领先的法制文明，覆盖了泛东亚儒家文化圈。日本在公元8世纪初开始学习和接受唐朝的律令，成为律令制国家，之后直至明清时期，日本的律令制度一直深受中华法系的影响。但是明治时代以后，日本开始维新政治，转向西学，取法欧陆，勘行法治，成为亚洲最早转型成功的近代国家。清末时期，修律大臣沈家本邀请日本东京帝国大学的冈田朝太郎博士担任顾问，日本法学的思想理念开始回馈襄助中华。自此之后，中日两国的法律交流，出现了“师襄彼此，各有优长”的局面。

在当代，中日两国刑事法的交流与合作，主要是由日本早稻田大学前任校长西原春夫先生与中方的马克昌先生、高铭暄先生联合确立推动的。西原先生是日本杰出的刑法学家、教育家以及社会活动家，曾经入选福田政府的顾问团，是立场鲜明的“和平主义者”，也是我们眼中的“知华派”。马克昌先生是新中国第一代刑法学家，是武汉大学刑法学的领军人物，与高铭暄先生并称中国刑法学界的“南马北高”。马先生能够广纳天下英才而育之，门下众多弟子，被学人戏称为刑法学界的“马家军”。马先生虽未出国留学，但是精通日语，能够通畅交流。因此于1998年与西原先生在东京相逢之后，两人一见如故，彼此引为知己。两

位先生志趣相合，心意相连，高山流水遇知音，肝胆相照两学人。因为马先生的关系，西原先生曾经十余次到访武汉，并亲自出席马先生八十华诞学术研讨会，尤其是在马先生生病住院期间，西原先生曾经两度越洋探访，这在两国学界都十分鲜见。两位先生的学术友情，实不让于管鲍之交、钟伯之谊，业已成为中日学术史上的传奇美谈。

马克昌先生是我的授业恩师，不仅引领我踏入法学研究的学术殿堂，而且对我更有人生际遇上的知遇之恩。先生高风雅量，宽厚待人，爱才惜才，醉心学术，在古稀之年，仍然用手工书写的方式完成了八十余万字的鸿篇巨制——《比较刑法原理——外国刑法学总论》一书，震动学界。先生看重学问，常怀克己之心、追贤之念，秉学人高格、务法律之实，对我等弟子亦各有期许。

2011年6月22日，先生因病不治，驾鹤仙游。学门弟子，悲痛心情，无以言表。我曾以诗纪念先生：“先生累矣，溘然长眠；学门兴盛，师心所牵。吾侪弟子，克勤克勉；事业有继，慰师安然。师恩难忘，一世情缘；恩师音容，永驻心间。”为了告慰先师，身为弟子，理应承继先生志业，竭尽绵力于一二。

中日刑事法的交流圈子，是先生亲自将我领入。早在2002年的中日刑事法学术研讨会上，马先生就将我郑重介绍给西原先生，并嘱我日后要多多参与、支持中日刑事法的学术交流活动。因此，在2007年我专门邀请西原先生赴西安讲学，并为西原先生举办了八十华诞学术研讨会。此后，常常在各种不同的学术会议的场合与西原先生相见，相知益深，被先生引为忘年之交，不胜荣幸。

2011年10月1日至5日，我受日本中央大学的邀请访学东京，期间专门择时拜访了西原先生，先生在东京日比谷公园著名的松本楼接待了我。松本楼是中国民主革命先行者孙中山先生的挚友梅屋庄吉的故居，是孙中山先生与宋庆龄女士的结发场所和旅居之地；在当代，则一向是日方对华友好人士接待中国来宾的重要场所，具有很强的文化意象。其时，恰遇中日关系出现了些许波折，又逢我的恩师马克昌先生新近离世，西原先生设宴松本楼，深具厚意与情怀。席间念及马先生，西原先

生不禁肃穆满怀，把酒遥祭，深情追忆了与马先生相识相交的详细过程，言之谆谆，意之切切，令我深为感动。因此，我当场向西原先生提出合作主持出版一套《当代日本刑事法译丛》的意向，一来以此纪念马克昌先生，二来为中日刑事法学的继续深入交流做些实事。西原先生毫不犹豫，欣然应允，答应联署译丛主编并愿意承担一些组织工作。

本套译丛的编委会邀请了部分日方著名的刑法学家，特别是译著的作者；中方编委会成员主要是马克昌先生的部分学生，也邀请了中国刑法学界热心此项工作的部分专家学者。副主编则由黎宏教授与本乡三好先生担任：黎宏教授是马先生的高徒，早年留学日本，如今已成长为中国刑法学界的青年领军人物；本乡三好先生长期担任久负盛名的成文堂出版社的编辑部长，协助西原先生为中日刑事法学的交流发展做过大量工作，对中国学界有巨大贡献。我的学生付玉明担任本套译丛的执行主编。玉明聪明好学，治学刻苦，曾受马克昌先生与西原先生的惠助，留学日本。他为这套丛书的联络、组织、翻译、出版付出了巨大努力。译丛编辑部主要由留日归来的青年刑法学者组成，他们精研刑法，兼通日文，是中国刑法学界的后起之秀，其中大多也是本套译丛的译者。

北京京都律师事务所的田文昌先生与北京德恒律师事务所的李贵方先生，为本译丛慷慨解囊，提供出版经费，在此致谢！感谢他们心系学界，关爱学问。

感谢中国政法大学出版社前社长李传敢先生及现任社长尹树东先生为本译丛出版提供的大力支持。编辑部主任刘海光先生及其带领的“六部书坊”团队具体负责方案落实，辛苦备至，他们勤勉认真的工作态度令我们敬佩有加！

法律的故事就是人类的故事，法治的历史实际上就是法律人奋斗的历史。坚硬的法律背后，更多的是温情的人间故事。让我们记住这段当下史，记住这些名字。

是为序。

西北政法大学教授、校长
中国刑法学研究会副会长

贾宇

中文版序

本书作为中国政法大学出版社企划的“当代日本刑事法译丛”系列图书出版，我感到非常荣幸和欣喜。

关于本书的目标，正如日文原著序中所写的那样，是希望读者理解刑法总论的基本思考方法，体会到独立思考的乐趣。法解释学是以一个国家的法文化和法制度为基础的，因此，在日本和中国，刑法总论中应该思考的问题点或许不同。但是，两国也会面临着诸多共通的问题，这些问题在日本的相关讨论对于中国而言想必也有参考价值。如果中国读者也能够通过阅读本书而感受到学习刑法总论的乐趣，我将不胜欣喜。

由于于佳佳博士献身科研的精神和努力的翻译工作，本书才得以出版。她对日语原著的内容进行了极其缜密细致的研读，“犄角旮旯”无一遗漏；多次就原著中表达不甚明确之处和印刷有误之处提出问题，这些问题在本书中已经得到了一一的完善和订正。由此，本书也比日语原著更上了一层楼。由衷地感谢于博士。

最后，西北政法大学校长贾宇先生为本书的出版提供了机会，付玉明先生对于本书的出版也费尽心力。向两位致以诚挚的谢意。

佐伯仁志

2017年5月

前 言

本书的基础是在《法学教室》这本杂志上连载的以“刑法总论的思之道·乐之道”为总标题统率的系列论文。完成此书时，增补了论文发表之后判例和学说的新发展，并且增加了几个连载论文时未能论及的题目。连载论文的目标是，希望读者理解刑法总论的基本思考方法，体会到独自思考的乐趣。刑法总论中，诸多学说对立，初学者难以理解的问题点不在少数。因此，笔者竭力通俗易懂地说明，判例和学说的意思是什么，为什么要这样或那样来思考问题，应该如何来思考问题。目标是否达成了尚未可知，但有幸得到了来自诸多学者的善意品评，并且都希望我在连载结束后早日出书。由于我的拖延，本书迟至今日才出版。我对此致以歉意。读者在阅读完本书后，如果感觉学习刑法很有趣，我不胜欣喜。

连载论文时，我得到了青山文惠女士的莫大支持。虽说学习刑法是一件快乐的事情，但我喜欢长时间思考、不急于动笔，说实话，每月都得完成一篇稿件，着实不容易。青山总是耐心地等待我完成手稿，进行校对，修改错漏。对此，我致以诚挚的谢意。几次休息，终于能够坚持完成了两年的连载，这有赖于青山的帮助。在论文成书之际，最初的负责人是大森响女士，但因为我的磨磨蹭蹭，大森岗位调动了。对此，我表示深深的歉意。此后，负责人换为田中朋子女士。田中多次在我找理由想拖延的时候敦促我，并用心校对稿件。我此前连载以“民法和刑法的对话”为总标题统率的系列论文以及论文成书时，田中也是负责人。这本书的出版再一次由田中负责，我很高兴。在此，我谨向田中致以诚

挚的谢意。

最后，谨片言，请允许我把此书献给在乡下独自一人生活的父亲和去世的母亲。

佐伯仁志
2013年3月

引用文献缩略语

◆专著

- 浅田 浅田和茂『刑法総論（補正版）』（成文堂・2007年）
- 井田 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣・2008年）
- 伊東 伊東研祐『刑法講義総論』（日本評論社・2010年）
- 伊藤等 伊藤涉 = 小林憲太郎 = 鎮目征樹 = 成瀬幸典 = 安田拓人『アクチュアル刑法総論』（弘文堂・2005年）
- 今井等 今井猛嘉 = 小林憲太郎 = 島田聡一郎 = 橋爪隆『刑法総論（第2版）』（有斐閣・2012年）
- 植松 植松正『再訂版 刑法概論 I 総論』（勁草書房・1974年）
- 内田 内田文昭『改訂 刑法 I 総論（補正版）』（青林書院・1997年）
- 大越 大越久義『刑法総論（第5版）』（有斐閣・2012年）
- 大塚 大塚仁『刑法概説（総論）（第4版）』（有斐閣・2008年）
- 大谷 大谷實『刑法講義総論（新版第4版）』（成文堂・2012年）
- 小野 小野清一郎『刑法講義総論（新訂版）』（有斐閣・1948年）
- 川端 川端博『刑法総論講義（第2版）』（成文堂・2006年）
- 斎藤 斎藤信治『刑法総論（第6版）』（有斐閣・2008年）
- 佐伯 佐伯千仞『刑法講義総論（4訂版）』（有斐閣・1981年）
- 佐久間 佐久間修『刑法総論』（成文堂・2009年）
- 鈴木 鈴木茂嗣『刑法総論（第2版）』（成文堂・2011年）

- 曾根 曾根威彦『刑法総論（第4版）』（弘文堂・2008年）
- 高橋 高橋則夫『刑法総論』（成文堂・2010年）
- 団藤 団藤重光『刑法綱要総論（第3版）』（創文社・1990年）
- 内藤〔上〕〔中〕〔下Ⅰ〕〔下Ⅱ〕 内藤謙『刑法講義総論（上）（中）（下Ⅰ）（下Ⅱ）』（有斐閣・1983年、1986年、1991年、2002年）
- 中山 中山研一『刑法総論』（成文堂・1982年）
- 西田 西田典之『刑法総論（第2版）』（弘文堂・2010年）
- 西田等〔注釈〕 西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『注釈刑法第1巻総論』（有斐閣・2010年）
- 西原〔上〕〔下〕 西原春夫『刑法総論（上）（改訂版）・（下）（改訂準備版）』（成文堂・1993年）
- 野村 野村稔『刑法総論（補訂版）』（成文堂・1998年）
- 林 林幹人『刑法総論（第2版）』（東京大学出版会・2008年）
- 平野〔Ⅰ〕〔Ⅱ〕 平野龍一『刑法総論Ⅰ、Ⅱ』（有斐閣・1972年、1975年）
- 平野〔概説〕 平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会・1977年）
- 福田 福田平『全訂刑法総論（第5版）』（有斐閣・2011年）
- 藤木 藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂・1975年）
- 堀内 堀内捷三『刑法総論（第2版）』（有斐閣・2004年）
- 前田 前田雅英『刑法総論講義（第5版）』（東京大学出版会・2011年）
- 牧野 牧野英一『刑法総論』（有斐閣・1948年）
- 町野 町野朔『刑法総論講義案Ⅰ（第2版）』（信山社・1995年）
- 松宮 松宮孝明『刑法総論講義（第4版）』（成文堂・2009年）
- 山口 山口厚『刑法総論（第2版）』（有斐閣・2007年）
- 山中 山中敬一『刑法総論（第2版）』（成文堂・2008年）

◆判例集

刑録 大審院刑事判決録

刑集	大審院・最高裁判所刑事判例集
裁判集刑	最高裁判所裁判集刑事
高刑集	高等裁判所刑事判例集
下刑集	下級裁判所刑事判例集
東高刑時報	東京高等裁判所刑事判決時報
裁時	裁判所時報
裁特	高等裁判所刑事裁判特報
刑月	刑事裁判月報
新聞	法律新聞

◆ 杂志

译文皆使用杂志全称，原书中杂志缩略语的说明略去

目 录

总序一	I
总序二	III
中文版序	VI
前 言	VII
引用文献缩略语	IX
第一章 刑法的基础理论	1
一、刑罚理论	1
二、刑法的任务	5
三、刑法的补充性和谦抑性	8
四、结语	12
第二章 罪刑法定主义	13
一、罪刑法定主义的内容	13
二、溯及处罚的禁止	16
三、类推解释的禁止	21
四、明确性原则	22
五、刑法的解释和立法	23
六、结语	25