

总论篇

第一章 刑法绪论

一、刑法和刑法学

(一) 刑法

所谓刑法，就是在人们在违反该种法律的时候，对其科处刑罚这种国家强制措施规范，换句话说，就是以刑罚为法律效果的规范。因此，刑法由有关违反一定规范的行为即犯罪和对该犯罪行为进行处罚的刑罚为中心内容，是规定什么样的行为是犯罪，对该犯罪应当处以什么样的处罚的法律。人们建立社会，是为了过上平稳、安定的生活。但是，现实之中，威胁这种安宁的社会生活的行为并不少。为了对付这种行为，自古以来，人们就将侵害社会生活安宁的行为中的严重者，作为犯罪，并对其科处刑罚制裁。当今世界上，国家的重要职能之一，就是制定刑法，保护人们的生活利益，以维持社会秩序。

日本每年出版的《六法全书》中，都收录有被称为“刑法”的法律。它是在明治 40 年（1907 年）作为法律第 45 号所制定、颁布的，是日本刑法体系的核心。由于其是作为一部单独的法典的形式制定出来的，因此，也被称为“刑法典”。刑法典对于各种犯罪的规定，一般都是采用罪状加上法定刑的形式。如刑法第 199 条对故意杀人罪是这样规定的：“故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者 3 年以上有期徒刑”。其中，前半部分“杀人的”，是犯罪要件，后半部分“处死刑、无期徒刑或者 3 年以上有期徒刑”，是对杀人行为的刑罚。这样，刑法规定当中，一般都包含有犯罪和刑罚。另外，刑法典由“第一编 总则”和“第二编 犯罪”构成。第二编中，除了杀人罪之外，还规定有放火罪、盗窃罪以及其他各种犯罪的要件和罚则；在第一编中，规定有处罚各种犯罪的一般原则。

另外，规定犯罪和刑罚的法律，不仅仅只有刑法。《六法全书》之中，通常在普通刑法典之后，还收录有《轻犯罪法》、《爆炸物取缔规则》、《有关处罚暴力行为等的法律》、《有关防止以及处分盗犯等的法律》、《防止卖淫法》

等其他刑罚法规，在《公职选举法》、《国家公务员法》、《道路交通安全法》、《所得税法》、《法人税法》等行政法以及劳动法等部门法中，也规定有很多刑罚罚则。同时，没有被《六法全书》所收录的法律当中，也大量地规定有犯罪和刑罚。从广义上讲，这些法律都可以称为刑法，如果将刑法典称为普通刑法的话，那么，可以将它们称为特别刑法。

刑法典中所规定的犯罪，基本上都是为社会伦理规范所不允许的行为，被称为刑事犯。但是，特别刑法当中，正如《道路交通安全法》以及有关税法上的犯罪一样，有很多并不违反社会伦理规范，只是为了对一定的事项进行行政取缔而设计的犯罪，它们被称为行政犯。行政犯和刑事犯是不同的。刑法第8条规定：“本法总则规定，也适用于其他刑罚规范。但是，该法令中有特殊规定的除外”。它表明，刑法典第一编的各种规定，原则上对所有的刑罚法规都适用，但是，根据行政犯的特征，也有例外的情况存在。

（二）刑法学

刑法学与其他部门法学一样，以法解释学为中心。在自然科学以及哲学看来，法律解释和适用只是一门纯粹的技术而已，将其称为学问，有点名不副实。但是，一般来说，学问就是对对象的系统性认识。由于法解释学也是有关法律的系统化认识，含有许多技术性的内容，因此，将其作为一门学问，是名副其实的。当然，由于法律是人们在社会生活中“必须如此（当为）”的经验总结，和宗教、道义等一样，是维持社会生活秩序的规范，因此，以对法规的系统认识为目标的法解释学，和以探索自然现象的规律性认识为对象的自然科学即事实学之间，具有很大的不同。换句话说，法解释学作为规范学，在学问上，具有自己独立的研究领域。

刑法学，一般来说，是以规定犯罪、刑罚或刑事责任等的法律为研究对象的领域。严格来讲，它包括广、狭二义。狭义的刑法学就是刑法解释学，它是指用解释的方法对刑法规范的意义进行系统认识，一般分为刑法总论和刑法各论。刑法总论研究各个具体犯罪和刑罚所共同的问题，而刑法各论研究各个具体犯罪所固有的成立条件，阐明其处罚范围以及各个具体犯罪的相互关系和区别。刑法解释学，不单以阐述刑法规范的内容为己任，还从一定的立场或角度出发，以刑法规范为根据，探讨真正值得处罚的行为，在不侵犯犯人的人权的前提之下，科处适当的刑罚，以给一般人提供行动的准则，并因此而达到一般预防和特殊预防的效果，实现刑法所具有的维持、发展社会秩序的目的。

广义刑法学，除了刑法解释学之外，还包括基础刑法学。基础刑法学是

刑法解释学的基础，包括刑法哲学、刑法史学、比较刑法学、犯罪学及刑事政策学等。刑法哲学考察犯罪及刑罚的哲学基础；刑法史学研究刑法的历史发展过程；比较刑法学比较研究国家间或者不同法律体系间的刑法。上述学科尽管具有不同的研究领域，但是，作为刑法解释学的对象的现行刑法却是在上述领域的研究成果的基础上制定的。如果将刑法解释学称为临床医学的话，则上述其他领域就是基础医学了。从这一角度出发，有关犯罪和刑罚的实证科学即犯罪学，以犯罪学为基础的犯罪对策学即刑事政策学，也是刑法学的重要基础，应包括在广义的刑法学的范围之内。另外，将犯罪学和刑事政策学放在一起研究的学问被称为刑事学。

为了使刑法充分地发挥其作用，有必要将犯罪调查、提起公诉、审判到执行的全过程有机地联系起来考虑。这种以刑法的执行机关为主体所进行的刑法实现过程被称为刑事司法（criminal justice）。与这一过程有关的刑法、刑事诉讼法以及劳动改造法，一并被称为刑事法。对刑事法进行系统认识研究的学问被称为刑事法学。^①

二、刑法的目的、理念和机能

（一）刑法的目的和理念

日本刑法学的通说认为，作为刑法的机能，具有保障机能、保护机能、规律机能三种。其中，保障机能是指通过限制国家刑罚权的任意行使，来保障国民的自由的机能（即“作为犯罪人的大宪章”的刑法的机能）；保护机能，是指保护法益即受法律保护的利益的机能；规律机能是指通过明确规定犯罪和刑罚，给公民以明确的行为准则，控制国民的行为的机能。

刑法的上述三种机能，来源于刑法的目的。所谓刑法目的，不是阶级统治、政治统治或者社会防卫手段等外部目的，而是刑法整体规范的理念，是法理念在刑法中的反映。对于法的目的、理念，人们的见解并不一致。但是，通常认为，法的目的和理念包括正义、共同幸福、法的安定性三方面的内容。因此，这里所谓的刑法的目的和理念，就是指刑法的正义、共同幸福以及法的安定性。

1. 正义（平等）

正义的基本概念，自亚里士多德以来，就被区分为平均的正义和分配的正义两种。其中，前者是指平等的个人之间，各个人的所得在数量和容量上

^① 大谷实（黎宏译）：《刑法总论》，法律出版社 2003 年版，第 7-8 页。

都相等（如商品和价格、劳动和工资、损害和赔偿等）的绝对意义上的平等，后者是指不平等的个人之间，根据各个人的价值的不同，按比例分配与之相衡称的事物（如和承担能力相对应的区分等级的征税等）。

刑法的正义观在犯罪与刑罚的关系中，具有极为重要的意义。传统的报应刑论将平均的正义理解为刑法的目的和理念，认为刑罚的本质就是报应，要求罪刑相当；但是，近代教育刑论将分配的正义作为刑法的目的和理念，认为科处刑罚的时候，虽然要考虑罪刑均衡的问题，但是，不是报应意义上的平等和均衡，而是与犯罪以及犯罪人的性质相适应，轻者轻判，重者重判，要求罪责相应。

从一般意义上讲，平均的正义和分配的正义，具有二律背反的特征。但是，日本学者认为，分配的正义，以各个人的特征在相同的场合下的平等对待为前提，正如同样的东西要得到同样的对待一样，不同的东西也要受到不同的处理。因此，它是包含了平均的正义在内的更高层次的本原性的正义。^①从这种意义上讲，即便在报应刑论中，也能实现分配的正义，或者说，分配的正义包含平均正义是更高层次的正义。根据这种正义观，在刑罚的理念上，就有以下结论：首先，根据平均正义的要求，刑罚必须与所实施的恶害相适应，即以报应为基础。之后，根据分配正义的要求，刑罚必须和行为人的责任相适应。这样，在将报应作为基本视角的场合，分配的正义，必须在平均的正义（平等）的限度之内加以实现，于是，就有了不得超过犯罪（实害）科处刑罚的统合主义的刑罚原则。^②

另外，作为法理念之一的正义对“应该如何控制生活事实”也有影响。实现正义是刑法的首要目的，因此，刑法必然会为社会提供一定规范，并要求人们遵循。刑法的这种特征和刑法的规律（规范）机能相关。有的学者根据刑法的这种特征提出了所谓第三种正义的法的正义，强调个人的社会义务。在日本刑法学中，颇具影响的刑法具有维持社会伦理秩序的机能的思想，就来源于这种第三种正义的观念。^③

2. 共同幸福

共同幸福理念也被称为合目的性的理念，这种理念对于根据法所追求的

阿部纯二等编：《刑法基本讲座 第1卷 基础理论/刑罚论》，法学书院 1992 年版，第 3-16 页。

大谷实：《新版刑法讲义总论》，成文堂 2000 年版，第 43-44 页。

阿部纯二等编：《刑法基本讲座 第1卷 基础理论/刑罚论》，法学书院 1992 年版，第 6 页。

共同利益具有影响。意思是：所有的社会成员都处在相互协调地追求共同利益、幸福的状态之下，或者正在该种状态之下追求幸福和利益，如免受杀人、盗窃的侵害就包括在其中。作为共同幸福的内容的利益、价值，在刑法上，就是法所保护的利益。通过对侵害法益的行为科处刑罚来保护法益，也是刑法的目的。

什么是共同幸福，只能进行相对的理解。如虽说人的生命不受侵害，但法律有时候也允许剥夺人的生命。只是，什么时候允许，并没有绝对的答案。共同幸福的这种相对性特征，在很大程度上制约了刑法的特征。如，从和伦理的关系来看，因为伦理受制于各个人的内心，主观色彩浓厚，所以，相对而言，其调控的范围就很广。但是，由于法是以具有不同价值观念的人的共同生活秩序为调整对象的，必须超越各种价值观的对立，所以，要尽量和伦理保持一定距离，而不能将伦理观念作为法律的调整对象。另外，由于适用刑法的直接后果就是发动国家刑罚权，而适用刑罚又对公民的利益具有负面作用，所以，刑罚的适用，必须限制在最小限度之内。这就是所谓刑法谦抑思想。

3. 法的安定性

法的安定性的理念，要求：（1）法律必须是成文的，（2）成文的法律自身必须具有安定性（即在解决各个问题上，不能受法官的任意支配），（3）必须能够确认，作为法的基础的事实没有错误，（4）成文法不能频繁变动，不能采用方便主义的立法方式。

法的安定性，在刑法上的体现就是罪刑法定原则。罪刑法定原则意味着，什么是犯罪，对该犯罪应当处以什么样的刑罚，必须根据事先存在的法律加以规定。这样做的意义在于，一方面，限制国家的刑罚权，另一方面，又保障公民个人自由和其他利益。作为罪刑法定原则的派生原则，有排斥习惯法、禁止事后法、禁止类推解释、禁止绝对不定期刑、明确性、实体正当程序等原则，这些也无非是法的安定性理念在刑法中的体现。法的安定性的要求，不仅和法的成文化有关，也和法的实际适用即审判有关。关于某一法条规定，一旦形成了比较固定的判例见解，就不应轻易加以变更，这也是法的安定性的要求。

法的上述三个理念之间，存在对立统一的关系。如强调法的安定性的理念，必然会导致重视实定法，但在某种条件下，就会出现“恶法亦法”的局面，这显然和法的正义理念和共同利益理念相去甚远。同样，过分强调共同利益的目的，也会得出必须废除死刑的结论。因此，一般认为，为了共同支配法律，上述各个理念在坚守各自起作用领域的时候，也必须进行合理的分

工。对这种分工可以作如下理解：根据正义理念，判断某一命令是否具有法的形式；以合目的性或者共同幸福为尺度，判断该命令的内容是否妥当；根据所实现的法的安定性的程度，评价该命令是否具有效力。这样，从上述法理念中所推导出来的刑法目的，基本上可以归纳为：控制社会秩序、保护法益、保障个人自由这样三个方面。和上述三个刑法目的相应，刑法的机能也可以分为规律机能、保护机能和保障机能。

（二）刑法的机能

1. 保障机能

刑法的首要机能是保障机能，它是以法的安定性为基础的罪刑法定原则的归结。由于西方学者认为，刑事法律要遏止的不是犯罪人，而是国家。也就是说，尽管刑法规范的是犯罪及其刑罚，但它针对的对象却是国家，^①因此，以“对社会控制的主体（国家）自身进行控制”为主要目标的近代刑法的首要机能，就是保障人生来具有的权利即人权不受国家权力的侵犯。刑法通过事先规定有关犯罪和刑罚的适当内容，来限制国家刑罚权的发动，发挥防止国家刑罚权的任意发动，保障人权的作用。学者们认为，考虑到权力的自我扩张倾向的事实，我们必须将刑法的保障机能作为绝对原理看待。

罪刑法定原则根据排斥习惯法、禁止事后法、禁止类推解释、禁止绝对不定期刑的派生原则，在形式上实现刑法的保障机能；根据明确性原则以及刑法法规适当原则，在实质上实现刑法的保障机能。

2. 保护机能

刑法的第二个机能和以共同福利、利益为基础的刑法的法益保护目的相对应，这就是保护机能。刑法通过在法律上规定对一定的行为科处刑罚，并且通过对所发生的犯罪现实地科处刑罚，来防止实施犯罪，发挥保护法律所保障的利益或者价值的机能。

就贯彻刑法的保护机能而言，最理想的方式当然是将包括伦理或国家理念等在内的所有利益、价值都作为刑法的保护对象，但是，这样的话，就不得不将许多仅仅是不符合国家认可的伦理观念的行为作为刑法的惩罚对象，这显然是不符合现代社会中的法律和道德峻别的基本原则的。而且，从刑法是保护法益的最后补充手段的特征来看，没有必要将所有的利益、价值都作

李海东：《刑法原理入门（犯罪论原理）》，法律出版社 1998 年版，第 3—4 页。

阿部纯二等编：《刑法基本讲座第 1 卷 基础理论 / 刑罚论》，法学书院 1992 年版，第 9 页。

为刑法的保护对象。因此，日本学者认为，在刑法保护机能的范围问题上，有必要根据保护机能自身的内在制约，以及保护机能和保障机能的相互关系来决定。^①

保护机能的内在制约，和法益概念有关。刑法应当保护什么样的利益、价值？这必须考虑法益的实质内容。一般认为，所谓法益，就是从日本国宪法的基本原理来看，值得根据刑罚法规加以保护的生活利益。由于宪法保护个人的信仰和宗教自由，因此，必须将和社会共同生活无关的宗教、伦理、政治以及其他价值观自身，从法益中排除掉。另外，由于日本国宪法标榜个人主义的宪法精神，因此，一般认为，在将法益分为个人法益、社会法益、国家法益的时候，其法益价值的排列顺序应当是将个人法益放在首位。

在和保障机能的关系上，保护机能和刑罚法规妥当原则有关。刑罚法规内容妥当，意味着为处罚的必要性提供明确、充分的根据。保护机能也具有为处罚的必要性提供根据的作用。而且，保护机能不能独自发挥作用。因为还有罪刑法定原则的限制。即，即便值得保护的利益受到了侵害，但只要事先没有在法律中予以规定，也不得处罚行为人。换句话说，刑法的保护机能只能在保障机能的范围内发挥作用。

3. 规律机能

所谓规律机能，就是规制人的行动的机能。刑法具有通过将一定的行为规定为犯罪，并对该行为科处一定刑罚，表明该行为为法所不许可的机能，同时，具有要求人们不要实施该种行为的机能。其中，前者被称为评价机能，后者被称为决定机能。刑法就是通过这种机能作用，控制人们不要实施犯罪行为，实现防止犯罪的目的。

要注意的是，规律机能只是禁止人们实施某种行动，但是，并没有说明应当实施何种行为。因此，现在的问题是：什么样的行为在法律上要受到否定评价？关于这一问题，在日本刑法学中，有社会伦理违反说和法益侵害说之争。后者认为，刑法之所以对一定的行为进行否定评价，无非是因为该行为侵害或者威胁到了一定的值得保护的利益、价值（法益）。所以，刑法只要求人们不得实施侵害或者威胁刑法所保护的利益的行为，而没有其他限制。相反地，前者认为，刑法具有维护社会伦理的作用，这种作用通过规律机能体现出来。即，刑法通过规定社会伦理秩序，要求个人采取与此相应的社会

阿部纯二等编：《刑法基本讲座第1卷 基础理论 / 刑罚论》，法学书院1992年版，第10页。

行动，并根据这种要求来达到保护法益的效果。

从多数学者的论述来看，道义秩序违反说的问题在于：“社会伦理”的意义不明确。如果说所谓社会伦理，是作为社会共同体的一员，个人应当遵守的、被法律化的伦理的话，作为社会的成员的公民，遵守这种伦理当然是应当的。但是，由于它已经被法律所承认即已经成为法律内容的一部分，所以，也不应当称之为“伦理”；如果说不是这种意义上的伦理，而是属于一般人的情操观念上的伦理的话，那么，问题就是，属于人的内心的情操的社会伦理，能够通过刑法来加以维持吗？而且，将一般伦理观念作为刑法调整的内容，具有将国家作为社会伦理的创造者，否定各个人的多样的价值观之嫌，这显然违背了以个人尊严为基础的日本国宪法的规定。因此，一般认为，刑法，无论如何，只能是通过避免侵害或威胁法益的方式来实现，而不能对个人的内心深处进行干涉。这种理解，是和以个人尊严为基础的宪法精神相一致的。

以上便是日本学者有关刑法机能的一般看法。这种有关刑法机能的看法，以日本战后社会价值观从国家主义、团体主义价值观向个人主义价值观的转变，以及战后日本经济高度发展，社会秩序持续稳定，犯罪急剧减少的社会现状为背景，同时，还受到战后西方国家的刑法修改运动中为反对“过度犯罪化”和“过度刑罚化”而提倡的“非犯罪化”、“非刑罚化”刑法思潮的影响。因此，从整体上看，呈现出以不同的方式，极力降低刑法的作用、缩小刑法的适用范围的倾向。表现在刑法机能问题上，就是要求刑法和道义调整范围的严格区分，强调刑法的法益保障机能。

三、日本近代刑法学史

日本近代刑法学的发展，大致上，可以从战前和战后两个不同时期来进行考察。

（一）战前^①

日本近代刑法是和明治维新同时起步的。但是，维新之后所制定的《假刑律》（1868年）和《新律纲领》（1870年）以及《改定例律》（1874年），从内容上看，是日本德川刑法和中国古代刑法的折衷，不承认罪刑法定原则。因此，在熟悉近代西欧法制的学者当中，就有了制定近代刑法典的强烈愿望。

这里所说的战前，是指从1867年明治维新开始，经过大正时期，一直到昭和前期即第二次世界大战，日本投降为止的这一段时期。

同时，明治政府为了废除和诸外国所签订的不平等条约，也迫切需要建立近代法律体系。这样，民间和政府在必制定近代刑法的方向上达成了共识。

1. 明治时期的刑法和刑法学

起草新刑法的任务落在了 1874 年以来一直在明法寮教授法国刑事法的法国人波索纳德（Gustave Emile Boissonade de Fontarabie, 1825 - 1910）身上。他以法国 1810 年刑法典为基础，并参考了法国新古典学派刑法理论，草拟了所谓“波索纳德刑法草案”。这就是在 1810 年公布，1882 年 1 月 1 日起开始实施的旧刑法。旧刑法是日本最初的近代刑法，其中明文规定了罪刑法定原则（第 2 条）和禁止溯及既往的原则（第 3 条），并从罪刑均衡的立场出发，整体上缓和了刑罚。同时，还将犯罪类型作详细划分，规定与此相应的法定刑。另外，旧刑法在总则中对故意、过失、法律错误、紧急避险等都做了详细规定，而这些都是作为其范本的法国刑法中所没有的内容。因此，应当说，旧刑法是一部比较完备的近代刑法。

但是，旧刑法并没有存在多久。明治初期，日本政府为了使日本迅速地实现现代化，匆匆忙忙地将法国法移植进来。但是，后来发现，与法国相比，和日本一样采用君主立宪政体，在欧洲大陆逐渐扩张势力的德国更加类似日本的情况；同时，波索纳德所起草的旧刑法典的自由主义色彩过浓，明显地和明治政府所推行的“富国强兵”政策不符，因此，旧刑法公布之后不久，政府内部就出现了全面修改刑法的要求。之后，以德国刑法为范本所拟定的新刑法草案，在国会经过数次修改讨论之后，获得通过，这就是在 1907 年公布，于次年 10 月 1 日开始实施的现行刑法，它是现行刑法典的前身，当时被称为“新刑法”。

现行刑法积极吸收了德国刑法学的研究成果，在很多规定上，比作为其范本的德国刑法都要先进。如关于正当防卫，旧刑法将其规定在杀伤罪部分，但现行刑法则将其放入了总则部分，而且概括为一个条文（第 36 条）。关于紧急避险，也和旧刑法不同，不仅对自己或者自己的亲属所面临的危险可以实施紧急避险，连对他人所面临的危害也可以实施紧急避险；在避险行为是否过当的判断上，采用了利益衡量原则（第 37 条）。这是当时的德国刑法中都没有的一般性规定。另外，在正当行为方面，旧刑法中只规定有根据官吏的命令所实施的行为，但是，现行刑法规定的范围更广，将法令行为、正当业务行为也规定为正当行为（第 35 条）。对于自然人承担刑事责任的年龄，现行刑法也放弃了旧刑法中的烦琐规定，而一概规定为 14 周岁（第 41 条）。

但是，现行刑法的最大特色是积极借鉴欧洲大陆修改刑法运动的成果，做了许多刑事政策性的规定。首先，在量刑上，大幅度地赋予法官自由裁量

权。如现行刑法先于德国规定了根据法官的自由裁量而实施缓期执行刑罚的制度。同时，在未遂犯的处罚方面，和旧刑法不同，现行刑法规定的是裁量减轻，而不是必要减轻。其次，对各个犯罪类型进行抽象、概括，并规定了有较大裁量余地的相对确定法定刑制度。如在旧刑法之下，关于杀人罪，就规定有预谋杀人、毒物杀人、情节恶劣的杀人、诈术杀人、出于犯罪目的杀人、免予刑罚处罚的杀人、上述情况之外的杀人等七种，它们都被规定在独立的条文之中，并规定在谋杀的时候，判处死刑，在故杀的时候，判处无期徒刑。与此相对，现行刑法将上述情况合并规定在一个条文中，并将其法定刑概括为死刑、无期徒刑或 3 年以上有期徒刑。最后，现行刑法删除了旧刑法中的罪刑法定原则的规定。理由是，帝国宪法第 23 条规定“日本臣民不受法律规定……不受处罚”，因此，罪刑法定原则的内容是不言自明的。^①

由于日本现行刑法主要是由在德国学习新派刑法学理论之后回国的留学生参与制定的，因此，在现行刑法的解释上，具有新派理论背景的学者当然具有绝对的发言权。他们中的代表人物，就是新派刑法学的理论大家、时任东京帝国大学法学部教授的牧野英一博士（1878-1970）。

牧野认为，旧刑法向现行刑法的交替，反映了从个人保护思想向社会防卫思想转变的法律学的一般潮流，说明现行刑法体现了从犯罪本位的旧派思想向犯罪人本位的新派思想的过渡。现行刑法，必须从新派的目的刑论、主观主义的立场来进行把握，而报应刑论、客观主义是处罚行为人的过去的理论，应当抛弃。^②之后，牧野作为日本新派刑法学的旗手积极开展活动，和他的学生正木亮、木村龟二一道，对新派刑法学在日本的发展起到了决定性的作用。特别是正木亮，在行刑实务中，将牧野的教育刑论应用于实践，提倡废除死刑，追求刑罚的人道化，取得了一定成效。但是，对于牧野英一所做的彻头彻尾的主观主义的解说，学界很快就有了不同的声音。如师从德国旧派刑法学大家毕克迈耶的京都帝国大学教授大场茂马说，如果贯彻新派刑法学的理论的话，就必须分别将刑法学改变为医学、将刑事诉讼法学改变为诊断学、将监狱改变为医院，这明显威胁国民的权利自由。^③

但是，从报应刑论、客观主义出发，全面地和牧野英一博士提倡的新派

^① 三井诚、町野朔、中森喜彦：《刑法的历程》，有斐阁 1987 年版，第 80 页。

^② 牧野英一：《刑法学的新思潮和新刑法》，警眼社 1909 年版，第 8 页，第 43 页第 46 页。

李海东主编：《日本刑事法学者（上）》，中国法律出版社、日本成文堂联合出版，第 43 页。

刑法学对决的是东京帝国大学教授小野清一郎（1891—1986年）、京都帝国大学教授龙川幸辰（1891—1962年）等刑法学者。与牧野将行为人的危险性作为犯罪论的出发点相反，小野将行为“符合法律上特殊构成的要件的全部”，即“充分满足构成要件”作为出发点，认为，未遂犯在行为部分满足既遂犯的构成要件的时候成立，即必须充分满足“修正的构成要件”。不能犯的不可处罚性，也应当根据有无上述构成要件符合性来决定，和行为人的主观犯意无关（形式的客观说）。教唆犯、帮助犯，也是充分满足将正犯的构成要件进行修正之后的构成要件的行为。共犯是数个人的共同行为而满足一个构成要件的情况（犯罪共同说），只要不存在充分满足构成要件的正犯行为，即，正犯者没有实施实行行为，共犯也不成立（共犯从属性说）。据此，他认为，牧野的主观主义的犯罪论具有侵害个人自由，导致残酷的“警察政治”之虞，是国家绝对主义的立场。^①

另外，龙川幸辰也认为，贯彻新派主张的教育刑论的话，就要否定罪刑法定原则，在难以克服阶级对立的资本主义社会，忽视罪刑法定制度，无疑是将刑法作为阶级镇压的手段，所以，他主张严格遵守罪刑法定原则的报应刑论。^②

以小野清一郎、龙川幸辰为代表的旧派和牧野英一为代表的新派的学说之间所展开的对立，在日本刑法学史上，被称为“学派之争”。这种争论，从大正时期开始，一直延续到昭和年间。

2. 大正、昭和初期的刑法和刑法学

从大正到昭和的时代，是经历了第一次世界大战的年代，这一时期，日本刑法和刑法学在整体上呈现出进步和倒退交错发展的趋势。一方面，第一次世界大战后不久，大正民主主义的旗帜高扬，民本主义和群众运动蓬勃发展，整个刑法学界出现了拥护人权、拥护民主的趋势。但是，另一方面，这一时期也正是日本的政党政治被推翻、法西斯势力逐渐控制整个国家政权的时期。在日本确立法西斯政权的过程中，法律制度也逐渐法西斯化，日本帝国宪法中消极的、封建军国主义的内容被强调和利用，议会成为摆设，首相被赋予禁止、限制或者废除法律的权力，从而使得法律完全置于法西斯政权的操纵之下。这一时代背景必然对这一时期的刑法和刑法学产生影响。

以上内容，参见小野清一郎（王泰译）：《犯罪构成要件理论》，中国人民公安大学出版社1991年版，第65—68页，第95—96页。

参见团藤重光等编：《龙川幸辰著作集（第2卷）》，世界思想出版社1981年版，第13—22页。

大正 10 年（1921 年），日本政府就修改刑法一事向临时法制审议会进行了咨询。咨询的理由是，现行刑法不适合“日本固有的道德以及淳风美俗”，有必要对人身和名誉进行完全保护，提高防止犯罪的效果。这次咨询是按照商讨学制改革的“临时教育会议”的要求所提出的。大正 15 年（1926 年），临时法制审议会制作了“刑法修改纲要”。之后，司法部内部设立的“刑法以及监狱法修改调查委员会”按照该“纲要”提出了《修改刑法预备草案》，昭和 14 年（1939 年），发表了《刑法以及监狱法修改调查委员会总会决议以及保留事项（刑法总则以及分则未定稿）》。它一般被称为《修改刑法假案》。后来，由于日本进入了战时体制，上述委员会被解散，刑法修改事业也因此而中断了。但是，该“假案”中的若干内容，在昭和 16 年（1941 年）部分修改刑法的时候，被吸收采纳。

由于本次政府咨询修改刑法的要点在于，维持淳风美俗和积极活用刑事政策，因此，“修改刑法假案”完全体现了国家主义、家族主义的态度和积极活用刑事政策的特征。如“修改刑法假案”中对对皇室的犯罪、内乱罪等侵害国家利益的行为，提高了法定刑，而且扩大了处罚范围。另外，还增设了对神社（祭祀场所）的犯罪、对安宁秩序的犯罪。对“为了隐瞒一家之耻”的堕胎行为不予处罚，并出于同样的理由，还减轻了杀害婴儿的刑罚。另一方面，“修改刑法假案”还提议扩大缓刑的适用范围，缩短假释的时间限制，新设对常习累犯的不定期刑，增设保安处分，这些都是积极活用刑事政策的体现。

对于上述以保护“淳风美俗”为主要目的的“修改刑法假案”，刑法学界也表现出了浓烈的兴趣。小野清一郎教授对于“修改刑法假案”保护“国家的民族共同体”，意图推进刑事政策方面表示赞赏，但是，对于“假案”中，将排除违法性的场合规定为“不成立犯罪”，而将排除责任的场合规定为“不处罚”的写法表示不满。在小野看来，这种写法是采用了主张具有社会危害性的行为就是犯罪的牧野的目的刑论的观点，认可了即便不具有犯罪的本质即违反道义责任的行为也成立犯罪的观点。所以，小野认为，这种规定是刑法道义的危机、“刑法自身的危险”。这样，主张“日本精神自身就是日本法理”、反对淳风美俗的小野，和主张国家对犯罪人进行改造教育才是刑法中的淳风美俗的牧野英一之间，具有显而易见的分歧。^①

但是，由于这一时期，日本已经完全确立了法西斯政权体制，法律制度

三井诚、町野朔、中森喜彦：《刑法的历程》，有斐阁 1987 年版，第 94 页。

也逐渐法西斯化，对于包括牧野、小野在内的众多刑法学者来说，个人主义、自由主义向团体主义的转移已成为世界的大趋势，连一般人都觉得日本也应该如此。在这种背景之下，日本刑法学中所出现的进步的、拥护人权的客观主义的影响也日渐势微，参与前述“学派之争”的新、旧两派，除了极个别的人以外，^①也都逃脱不了时代的局限，随波逐流，站到了拥护军国主义、法西斯主义的立场上来。这种结局，是参与新、旧两派争论的学者所没有想到的。

（二）战后

日本战后刑法学的发展，以 1956 年为界，大致可以分为两个阶段。前一阶段，是战后刑法学的再编时期。这一时期，刑法学界的基本状况是，以古典学派的见解为基础，然后加入近代学派的主张来构建其刑法理论。后一阶段，即 1956 年之后，随着战后修改刑法工作的展开，产生了社会伦理主义和法益保护主义之间的对立，该对立一直延续到现在。以下，根据上述阶段的划分，对战后日本刑法学的发展，进行简单整理。

1. 第一阶段 是指从战败到 20 世纪 50 年代中期为止的期间，是战后刑法学的重建时期。

（1）战后刑法学的出发点

1945 年，战争结束之后，根据《波茨坦公告》，日本展开了“非军事化”、“民主化”运动，在废除了天皇制的治安立法的同时，建立了以国民主权、和平主义、保护基本人权为三大支柱的“宪法体系”。相应地，在刑法中，尽管

龙川幸辰等少数学者没有同流合污。1933 年，日本政府不顾京都帝国大学校方的反对，强令时任京都帝国大学法学部教授的龙川幸辰辞职。理由是，龙川在其 1932 年出版的《刑法读本》中有宣传马克思主义、反对国家主义的内容。其实，龙川只是将只有社会变革才是减少犯罪的手段，作为政治犯的内乱罪是和一般犯罪不同的高尚犯罪，刑法处罚女性的通奸行为而不处罚男性的通奸行为是男性对女性的阶级统治的体现等学界历来主张反复向大众宣讲而已。另外，在此之前的 1931 年，龙川还在一次演讲中，谈到托尔斯泰的小说《复活》中所体现出来的刑罚思想，认为社会在对犯人采用作为复仇手段的刑罚之前，必须考虑作为犯罪原因的社会问题，即“刑罚是社会对犯人的犯罪，是最可怕的犯罪”。这些言论都引起了日本文部省的注意。文部省的命令下达之后，龙川幸辰所在的京大法学部的全体教授发表抗议，认为政府的措施侵害了大学和学者的研究自由，并提出集体辞职。这就是日本历史上有名的“京大事件”或者说是“龙川事件”。顺便说一句，战后，龙川幸辰被平反，重新回到了国立京都大学，并曾担任该校校长。

是应急实施的，但在理论上具有极为重要意义的刑法部分修改^①（1947年），为战后刑法学的民主化奠定了基础。大部分刑法学者非常珍惜这一机遇，对刑法理论的各个领域都进行了研究，并踊跃参加关于刑法修改的各种讨论，使刑法学摆脱了战前和战时的萎缩状态。

战后刑法理论的出发点是：对战前的国家主义、权威主义的刑法理论进行反省。因此，在这一时期，罪刑法定原则得到普遍重视。在刑法理论和刑法解释学中，具有导致刑罚权的早期发动和广泛干涉个人自由危险的主观主义犯罪论后退，只偏守在刑罚论或者说是处遇论的狭小领域，而极力排斥可能混入国家道义等规范要素和不确定的主观要素的形式的客观主义犯罪论取得了压倒性的优势，并成为学界的共同基础。

当然，也要注意，上述变化并不十分彻底。第二次世界大战的战败成为日本刑法学研究的新起点。从理论上讲，民主主义国家体制的变革，个人主义、自由主义价值观的转换，新宪法的诞生，必然会导致同战前法学研究决裂的气象。但是，无论是在思想意识上还是在实际上，在刑法学研究中，人们所预测和期盼的决裂架势都没有出现。倒不如说，总体上，战后初期的刑法学研究在许多方面仍然和战前刑法学之间具有一脉相承的关系。这一点从学界对于删除通奸罪和对皇室的犯罪的争论中反对见解强烈^②的事实，以及尽管根据新宪法的精神，全面修改了《少年法》和《刑事诉讼法》，但是，修改刑法的呼声却并不强烈的事实中可以看得到。所以，总体上看，日本战后初期的刑法学的首要特点，就是对战前刑法学的批判总结并不十分彻底。

（2）新、旧两派对立的缓和

战后初期的刑法学研究中，另外一个值得注意的特点是，战前曾经针锋相对、势不两立的主观主义刑法学和客观主义刑法学，在战后民主主义的旗帜之下，出现了互相让步、互相融合的趋势。一方面，就新派刑法理论而言，

本次修改中，除在总则中放宽了缓刑条件、增设了抹消前科的规定、修改假释条件之外，主要修改体现在分则上：把刑法第1章“对皇室之罪”全部删除，以体现法律面前人人平等的原则；废除了外患罪中的通谋利敌罪、将军事物资交付敌国罪、帮助敌国间谍罪，以呼应新宪法确立的和平原则；删除了法西斯统治时期增补的妨碍安宁秩序罪，以体现自由民主原则；取消了事实上仅追究妻子刑事责任的通奸罪，以贯彻男女平等原则；此外，还新增关于损毁名誉罪的事实证明规定，加重滥用职权罪、暴行罪以及胁迫罪的法定刑。具体情况，参见何勤华、李秀清主编：《外国法制史》，复旦大学出版社2002年7月版，第465页。

如小野清一郎博士就基于“法是伦理”的立场，反对废除通奸罪以及对皇室的犯罪。

从该派关于犯罪论的立场来看，典型的主观说已经衰落，而代之以在原则上坚持主观主义的同时，部分吸收了客观主义的理论。如战后新派的代表人物、曾任东北大学教授の木村龟二在犯罪论中采用了目的行为论的概念，显示了和牧野的主观犯罪论不同的发展。^①从该派关于刑罚的理论来看，在强调目的刑论、强调社会预防的同时，也不再排斥社会责任，从某种意义上讲，这种理论倾向与旧派理论一直主张的报应刑论，有着微妙的相似之处。另一方面，从旧派刑法理论一方来看，小野清一郎所主张的以犯罪构成为中心的犯罪论，战后为东京大学教授团藤重光所继承，他从人格形成责任论的立场出发，建立了以构成要件论为中心的犯罪论体系，成为战后刑法学的代表性理论。^②这种刑法理论在强调行为是判断行为人是否构成犯罪的惟一基础的同时，还认为行为是行为人人格的体现。通过处罚行为，可以对行为人的犯罪人格进行矫正，间接地实现对犯罪的教育意义。可见，这种观点已经在一定程度上修正了古典客观主义，部分地呈现出伦理化、主观化、规范化的倾向。

2. 第二阶段 是指从 20 世纪 50 年代到现在的时期，是日本民主主义刑法学的成熟时期。

(1) 修改刑法工作

自 1956 年开始到现在，是日本刑法学的战后成熟发展时期。这一时期，随着“经济高速增长政策”的实施，引起了大规模的经济、社会变革，在新的社会条件下，国家以调整“大众化社会”、“高度工业化社会”中的复杂社会利益的名义，全面地介入了国民的经济、社会生活。结果，作为上述经济、社会政策一环的刑事政策受到重视，同时，也开始谋求其积极运用，它主要体现在对刑法典的修改上。战争结束之后，修改刑法的工作就一直没有停止过。^③但是，这些修改都是针对特定的时势所做的零星修补，远远不能满足已经发生重大变化的客观现实的需要，因此，日本政府开始考虑全面修改刑法。

全面修改刑法的工作是从 1956 年开始的。该年，法务省内部设立的“修改刑法筹备会”受法务大臣的委托开始此项工作，并于 1961 年公布了《修改刑法准备草案》。该草案由于被认为严重体现了国家主义、权威主义而受到批判。之后，法务省法制审议会内部专门设立刑事法分会，讨论刑法修改问题。

参见木村龟二：《刑法中的目的行为论——其意义和价值》，载《季刊法律学》第 14 号。

^② 具体内容，参见团藤重光：《刑法纲要总论》，创文社，1990 年第 3 版，第 104 116 页。

具体内容，参见本章末的附表。