

日本刑事法研究丛书 4

○顾问/高铭暄 西原春夫

# 日本刑事法学者

(下)

□主编/李海东  
□副主编/姜伟 冯军

中国·法律出版社 联合出版  
日本国·成文堂

□主编/李海东      □副主编 /姜伟 冯军

# 日本刑事法学者

(下)

中国·法律出版社      联合出版  
日本国·成文堂

## 图书在版编目(CIP)数据

日本刑事法学者(下)/李海东主编. - 北京:法律出版社,  
1999.12

(日本刑事法研究丛书)

ISBN 7-5036-3001-9

I.日… II.李… III.法律工作者-生平事迹-日本  
IV.D931.361

中国版本图书馆CIP数据核字(1999)第68947号

日本刑事法研究丛书

**日本刑事法学者(下)**

---

出版/中国·法律出版社 日本国·成文堂

经销/新华书店

印刷/民族印刷厂

开本/850×1168毫米 1/32 印张/11.25 字数/274千

---

版本/1999年12月第1版 1999年12月第1次印刷

印数/0,001—2,000册

---

社址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)

Tel/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

社址/〒162 東京都新宿区早稻田鶴巻町514

Tel/81-3-3203-9201(代表)

81-3-3203-9224(編集直通)

出版声明/版权所有,侵权必究。

---

书号:ISBN7-5036-3001-9/D·2703

定价:18.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

## 《日本刑事法研究丛书》总序

人类文明发展的一个重大契机,是不同文化的冲击、弥补、淘汰与融和;法律文化与制度的发展,也是如此。而中日两国长达1200年间的法律文化的交流与发展,则是这一认识较生动的说明。

日本从八世纪初开始学习和接受唐朝的律令,成为律令制国家。在后来的最高学府“大学寮”中一直设有专门研究中国律令的“明法道”一科。平安末年以来,该科为坂上与中原两家研究传授,世代相继。江户时代对于明律及清律更为活跃,并成论著,如荻生徂徕所著《明律国字解》等。中华法系对于日本法理与法制的影响一直延伸到明治维新后的初期立法,如《假刑律》和《新律纲领》等。即使从明治六年开始,日本完全转向师从欧洲大陆刑法,其对于中华法系作为历史的研究也并未松懈。对于中国法制史的研究,到今天为止,日本学者的水平仍然为不少中国学者所称道。

日本刑法理论与制度对中国较全面地发生影响始于晚清。清朝末年,西风东渐,仿效欧洲法律、创制新律以强国,势成必然。而在如何采撷西法方面,日本为中国提供了很好的借鉴。日本旧制,本依中国唐法,明治以后,改用欧法,从而国势日盛,

一跃成为东亚强国。中国当日之情势与日本往日正复相似，因此，沈家本被任命为修订法律大臣后，首先聘请日本法学家冈田朝太郎等人来华讲学，并帮同考订刑律，于1907年8月纂成中国历史上第一部采用近代刑法体制和原则的刑法典草案——《大清新刑律草案》。《大清新刑律》于1910年12月15日颁布，虽因辛亥革命而未及施行，但对后世影响深远。自此乃至今日，不少中国学人东渡扶桑，学习和研究日本的刑法学说和判例。

在中国人民大学国际刑法研究所的发起下，一些曾在和正在日本学习或者进行过访问研究的中国中青年刑法学者组织和编修了这套《日本刑事法研究丛书》。这些中青年学者都具有较长时间刑法学专业研究的背景和较强的日语能力，而且，都与相关的日本刑法学者保持着比较密切的联系。这些条件都为这套丛书的内容与质量奠定了一个比较好的基础。

幸运的是，这套丛书的编辑与出版，从一开始就得到了两家著名法律专业出版社——中国法律出版社与日本图书出版株式会社成文堂的大力支持与帮助。没有它们共同的合作与努力，本书是不可能这样理想地呈现在读者面前的。借此机会，我们在此对它们表示衷心的感谢。

高镜瞳

西原君夫

1995年6月20日于北京

1995年6月20日于波恩

## 目

## 录

总 序 .....	(1)
<b>第一章 庄子邦雄 .....</b>	<b>(1)</b>
一、生平 .....	(1)
二、主要著述 .....	(2)
三、学术思想 .....	(5)
四、评价 .....	(23)
<b>第二章 井上正治 .....</b>	<b>(25)</b>
一、生平 .....	(25)
二、主要著述 .....	(26)
三、井上的过失犯理论 ..	(29)
四、评价 .....	(41)
<b>第三章 高田卓而 .....</b>	<b>(44)</b>
一、生平 .....	(44)
二、主要著述 .....	(45)
三、学术思想 .....	(47)
四、评价 .....	(58)
<b>第四章 森下忠 .....</b>	<b>(59)</b>
一、生平 .....	(59)
二、主要著述 .....	(61)
三、主要刑法理论 .....	(64)

	四、评价 .....	(85)
<b>第五章</b>	<b>吉川经夫</b> .....	(87)
	一、生平 .....	(87)
	二、研究成果 .....	(88)
	三、吉川的刑法立法理论 .....	(91)
	四、吉川的刑法理论 .....	(96)
	五、评价 .....	(109)
<b>第六章</b>	<b>西原春夫</b> .....	(111)
	一、生平 .....	(111)
	二、主要著述 .....	(117)
	三、学术思想 .....	(120)
	四、评价 .....	(142)
<b>第七章</b>	<b>松尾浩也</b> .....	(146)
	一、生平 .....	(146)
	二、主要著述 .....	(149)
	三、学术思想 .....	(152)
	四、评价 .....	(182)
<b>第八章</b>	<b>藤木英雄</b> .....	(192)
	一、短暂的一生 .....	(192)
	二、惊人的业绩 .....	(193)
	三、有特色的刑法理论 .....	(196)
	四、藤木其人和学问 .....	(214)
<b>第九章</b>	<b>小暮得雄</b> .....	(217)
	一、生平和主要著述 .....	(217)
	二、学术思想 .....	(219)
	三、评价 .....	(229)
<b>第十章</b>	<b>田宫裕</b> .....	(231)
	一、生平 .....	(231)

---

二、主要著述	(232)
三、学术思想	(236)
四、评价	(269)
<b>第十一章 渥美东洋</b>	<b>(277)</b>
一、生平和主要著述	(277)
二、学术思想	(282)
三、评价	(292)
<b>第十二章 町野朔</b>	<b>(294)</b>
一、生平和主要著述	(294)
二、学术思想	(296)
三、评价	(308)
<b>第十三章 西田典之</b>	<b>(309)</b>
一、生平和主要著述	(309)
二、学术思想	(311)
三、评价	(322)
<b>第十四章 前田雅英</b>	<b>(324)</b>
一、生平	(324)
二、主要著述	(324)
三、学术思想	(327)
四、评价	(347)



---

## 第一章 庄子邦雄

---

### 一、生 平

庄子邦雄(しょうしゅくにお), 1920年9月16日生于兵库县, 1944年9月在九州帝国大学法文学部法科毕业, 1946年10月考入九州大学研究生院法文学部特别研究生, 1949年5月研究生毕业后任九州大学法学部副教授, 1952年4月任北海道大学经济学部副教授, 1953年5月担任札幌矫正管区受刑者分类协会委员, 同年8月任北海道大学法学部副教授, 1955年5月研究论文《近代刑法的最初形态》在日本刑法学会获54年草野奖, 1956年1月任北海道大学法学部教授, 3月担任学术奖励审议会委员, 4月任日本刑法学会理事(至1985年4月), 1959年11月任北海道地

方劳动委员会公益委员(至1961年3月),1961年4月任东北大学法学部教授,1962年1月任日本司法考试委员会委员(至1981年,2月在北海道大学获法学博士学位,1963年5月任宫城县地方劳动委员会公益委员(至1976年),7月任法制审议会干事,10月任宫城县麻药中毒审查会委员,1964年3月任法务省矫正审议会委员,1967年10月任法务省矫正保护审议会专门委员,1968年5月任文部省学术审议会专门委员,1970年1月法务省法制审议会刑事法特别部会委员,1972年1月,任日本学术会议会员,3月到英国、法国、瑞士、奥地利、意大利、美国研究访问,1973年5月任法务省法制审议会刑事法部会委员,1974年4月任东北大学法学部部长(系主任),1975年3月法务省矫正保护审议会委员,1979年2月任文部省学术审议会专门委员,1983年11月被授予紫绶褒勋章,1984年4月东北大学退休,并任札幌学院大学教授和学校法人明和学园理事、札幌学院大学法学部部长(至1988年3月),1985年6月出访韩国,1986年7月任法务省法制审议会总会委员,1988年4月任札幌学院大学校长(至1991年3月),1990年11月被授予勋二等旭日重光勋章,1991年4月获札幌学院大学名誉教授称号。

## 二、主要著述

### 1. 著作

《正当防卫》(有斐阁,1956年)、《不法占有的意思》(有斐阁,1958年)、《劳动刑法》(有斐阁,1959年)、《体系刑法事典》(青林书院,1966年)、《刑法总论》(青林书院新社,1969年)、《刑法的基础理论》(日本评论社,1971年)、《刑罚的理论和现实》(编著)(岩波书店,1972年)、《刑法各论判例》(日本评论社,1973年)、《劳动刑法(新版)》(有斐阁,1975年)、《犯罪论的基本

思想)(有斐阁,1979年)、《刑法总论(新版)》(青林书院新社,1981年)、《注释特别刑法》(第1卷)(编)(立花书房,1982年)、《注释特别刑法》(第6卷交通法、通信法编之一)(编)(方花书房,1982年)、《注释特别刑法》(第6卷交通法、通信法编之二)(立花书房,1982年)、《近代刑法思想史序说》(立花书房,1983年)、《注释特别刑法》(第3卷选举法、外事法编)(编)(立花书房,1983年)、《注释特别刑法》(第5卷经济法编之二)(编)(立花书房,1984年)、《注释特别刑法》(第1卷总论编)(编)(立花书房,1985年)、《注释特别刑法》(第5卷经济法编之一)(编)(立花书房,1986年)、《注释特别刑法》(第7卷公害法、危险物法编)(编)(立花书房,1987年)、《注释特别刑法》(第4卷劳动法、文教法编)(编)(立花书房,1988年)、《法学入门》(编著)(青林书院,1989年)、《刑法中的故意和过失》(合译)(一粒社,1989年)、《注释特别刑法》(第8卷医事、药事法编)(编)(立花书房,1990年)、《刑事法的思想和理论——庄子邦雄先生古稀祝贺》(第一法规,1991年)。

## 2. 主要论文

《刑罚理论的反省》(《法政研究》第17卷第1—4合并号,1950年)、《刑的缓期执行》(《刑事法讲座第3卷》,有斐阁,1952年)、《罗马刑法史序说》(《刑法杂志》第3卷第2号,1952年)、《刑的缓期执行(续)》(《刑事法讲座第3卷》,有斐阁,1954年)、《近代刑法的初期形态》(《刑法杂志》第5卷第2号,1954年)、《不能犯》(有斐阁,1955年)、《日尔曼古代刑法的性格》(《法律时报》第310号,1956年)、《犯罪构成》(《法学七三十一》第3号,1956年)、《英国的保安处分》(有斐阁,1957年)、《事实错误和法律错误的区别》(《法学七三十一》第27号,1958年)、《紧急避險和法益权衡》(有斐阁,1960年)、《因果关系的中断》(《法律时报》第369号,1960年)、《醉酒驾车事故责任》(《判例评论》

第27号,1960年)、《竞合犯》(《法律时报》1960年7月临时增刊)、《未遂犯》(《法律のひろげ》第13卷第10号,1961年)、《目的行为论和不作为犯》(《法律时报》第378号,1961年)、《抽象的事实错误》(《法学セミナー》第65号,1961年)、《不作为犯的作为义务》(《法学教室》第2号,1961年)、《概括的故意和因果关系的错误》(《东北法学会杂志》第11号,1961年)、《继承的共同正犯的成立范围》(《判例评论》第41号,1961年)、《因果关系和概括的故意》(《法学教室》第4号,1962年)、《社会的相当性》(《法学教室》第5号,1962年)、《法定的符合说》(《刑法讲座第3卷》(有斐阁,1963年)、《刑法中的行为》(《刑法基本问题37讲》,判例时报刊行会,1963年)、《刑法讲座第3卷》(有斐阁,1963年)、《集团犯的结构》(《刑法讲座第5卷》,有斐阁,1964年)、《共谋共同正犯与共同正犯的本质》(《法律のひろげ》第17卷第2号,1964年)、《假想防卫》(《ジュリスト》第300号,1964年)、《不作为放火》(《刑法判例百选》,1964年)、《刑法学的课题》(《ジュリスト》第313号,1965年)、《故意的体系地位(1)》(《刑法杂志》第14卷第1号,1965年)、《刑事责任和刑的量定》(《裁判与法(上)》,有斐阁,1967年)、《不定期刑制度的意义和学习犯的处置》(《1968年矫正论集》,矫正协会,1968年)、《期待可能性的再考》(《研修》第261号,1970年)、《论不定期刑》(《刑法杂志》第17卷第1、2号,1970年)、《论过失犯的构造》(《司法研修所论集》第49号,1972年)、《行刑的现实和动向》(《刑政》第83卷第10号,1972年)、《刑法第35条与违法阻却的法理》(《研修》第345号,1978年)、《体系的考察和构成要件理论(上、中、下)》(《法学》第41卷2、3、4号,1978年)、《正当防卫的紧迫性和防卫意思》(《司法研修所论集》第62号,1979年)、《刑法解释论和存在论刑事法的诸相——井上博士还历祝贺论文集》,有斐阁,1981年)、《刑法思想史的课题和方法》(《团藤博士古稀祝

贺论文集第1卷,1983年)、《刑法中的期待可能性思想》(《法学》第51卷第1号,1987年)、《刑事政策的近代化与李斯特的刑事责任论》(《矫正协会中央研究所报》第3号,1991年)。

### 三、学术思想

#### (一)刑法总论

##### 1. 犯罪的本质

犯罪是以行使刑罚权为前提条件的可罚行为。其实质是,国家为了维护社会秩序和法秩序、建设文化国家而设定的违背刑法的行为。如何把握犯罪的本质,对此有两种对立的理论,即行为无价值论和结果无价值论的对立,客观违法论和主观违法论的对立。

行为无价值论是由目的行为论的倡导者德国刑法学者威乐威鲁等人提出的。他试图重新构筑主观违法要素论,建立主观犯罪论体系。行为无价值论是在批判因果行为论(也称法益侵害说)基础上提出的。因果行为论认为,犯罪的本质是侵害或对国家保护的利益有危险的行为,侵害法益这一结果的刑法否定评价的对象,即结果无价值。这种理论也称为客观违法性论。而行为无价值论认为,研究犯罪必须首先探讨现实存在的行为的价值,有一定目的性的意思活动是行为的本质性要素。因此,对主观的、有目的性的意思支配下的行为本身作出无价值这一否定性评价(人的行为无价值)时,就可以确认行为的违法性。

庄子博士认为,行为是行为者的意思在客观外界的表现,刑法评价的对象是主观和客观行为的整体,强调行为的主观方面而忽视行为的客观方面是不妥当的,但是重视行为的客观方面而无视对行为主观方面的评价也不是妥当的,结果无价值论和行为无价值论都有片面性,因此两种理论都是不可取的。但是,

庄子博士还认为,罪刑法定主义强调保障个人的自由,坚持‘没有法律就没有刑罚’的思想,对于法律没有规定的客观行为不能处以刑罚,因此可以说,罪刑法定主义是建立在客观主义基础之上的。从这个意义上说,不能否认刑法的客观主义的特性。但是,刑法中的禁止性规范不仅仅是涉及危害结果或危险的问题,而且是与行为者的意思有关的。也就是说,危害结果或危险是由行为者意思下的行为引起的,因此刑法规范并不是仅仅以行为的客观方面为对象的,行为者的意思也是刑法规范客观评价的对象。侵害他人生命这一结果相同,但是危害结果的发生是由故意造成的还是由过失造成的,这对行为者的行为的价值评价是有重大差别的。因此结果无价值论和行为无价值论都不能正确地解释危害结果和行为者主观意思之间的关系。在日本刑法学界,多数学者或者主张结果无价值论或者坚持行为无价值论。从行为的客观方面和行为者的主观方面相统一的角度理解犯罪概念,可以说是庄子博士刑法理论的一大特色。庄子刑法理论也是在这一基础上展开的。

## 2. 构成要件论

犯罪是根据罪刑法定主义的原则事先在法律上将违法行为类型化,而构成要件则是刑罚规范中规定的类型的法律要件,刑罚规范中的构成要件包括违法而且有责行为类型。构成要件的具体、个别的内容就是刑法分则的规定,这是刑法各论研究的问题。刑法总论研究的对象是构成要件的概念、构成要件的本质、构成要件的要素、构成要件实现的形态等等。

构成要件的核心概念是行为。刑法的行为必须是具有社会意义的行为,必须是能够引起有社会意义结果的行为,同时行为必须是行为者的意思客观化、现实化的行为。因此,刑法中的行为是行为主观侧面和客观侧面相结合的行为。目的行为论强调构成要件中的行为主观侧面,而没有从主观和客观相统一的角度

度把握构成要件；相反法益侵害说(结果无价值论)则忽视了行为的主观侧面。从行为的客观侧面看,行为是能够引起具有社会意义结果的行为,这种结果包括狭义的结果和广义的结果。狭义的结果是行为者身体动作或态度所产生的状态,一般在刑罚规范上结果规定在行为之后,有关结果犯、结果加重犯的规定属于狭义的结果;广义的结果是刑罚规范没有积极地规定具体的结果,但结果蕴藏在行为之中,例如举动犯。从行为的形态看,行为可以分为作为和不作为。

行为的主观要素是构成要件所规定的有责行为的类型,包括构成要件的故意和构成要件的过失,在特殊的情况下还包括构成要件的目的。

构成要件是违法的有责的犯罪行为类型化,但是具体的行为构成犯罪必须符合构成要件的违法和责任类型,即构成要件的该当性。从构成要件的客观侧面看,构成要件该当性的判断涉及因果关系和不作为;从构成要件的主观侧面看,涉及责任类型,即故意犯和过失犯。此外,还涉及原因的自由行为、间接正犯等特殊问题。

在因果关系问题方面,有条件说、相当因果关系说。根据相当条件的判断标准不同,相当因果关系说又有客观相当因果关系说、主观相当因果关系说、折衷相当因果关系说。相当因果关系说主张,与结果发生有关的条件中只有相当的条件才是刑法中的原因,不相当的条件不是刑法上的原因。主观因果关系说认为,相当性的标准是行为者在行为当时所认识或能够认识的状况;客观相当因果关系说主张,相当性的判断标准是行为当时行为者认识到的状况,以及法官作为客观的观察者在行为发生之后判断的状况;折衷说认为,相当性的判断标准是,行为时一般人能够认识的事实,以及一般不能认识但行为者能够认识的特殊事实。庄子博士主张折衷相当因果关系说。在不作为问题

上,庄子博士基本上是重复日本刑法理论的通说,没有新的内容。

关于故意犯罪过失犯的构成要件该当性,庄子博士认为,故意的内容是实现特定的构成要件中危害结果的意思,但在判断故意犯构成要件该当性时,是否应当从主观和客观相统一的外部行为来判断。他认为,故意杀人罪的构成要件是“杀死他人”这一客观的、外部的行为,同时这一构成要件也包括主观侧面的杀人的故意。从这个意义上,判断故意犯和过失犯的构成要件该当性,也必须考虑主观侧面和客观侧面。但是,故意犯的构成要件该当性的难点是,不能未遂作为未遂犯处罚时的认定问题。例如,判断是否符合强奸未遂罪时,一方面要仔细分析外部行为的客观侧面,同时要确认行为者的故意不是出于一般强制猥亵的故意而是出于强奸的故意。

### 3. 违法论

从犯罪论体系的角度看,构成要件的该当性、违法性和责任是三个不同的阶段。行为符合构成要件之后,即进入违法性判断阶段,即具体地判断是否存在违法性。例如,故意杀人罪的违法类型或者过失杀人罪的违法类型。在判断违法性时,是以客观违法论的观点为基础的,即对行为者有无责任能力不作出判断,而是以客观的、外部的行为是否违反刑罚规范为中心进行判断。构成要件只是犯罪类型的定型化,符合构成要件的行为并不能直接认定有违法性。构成要件的该当性不过是违法性的认识根据,不符合构成要件的行为根本就谈不上违法性的问题,但是符合构成要件的行为并不一定具有违法性。在存在违法阻却事由时,可以确认为不构成犯罪;在不存在违法阻却事由时,则要判违法性。这是日本刑法学界的通说。

刑法上的违法性是实质的违法性或可罚的违法性。判断实质的违法性有各种不同的观点。结果无价值论把判断实质违法



性的重点放在结果或对法益的危险上；行为无价值论则判断主观目的支配下的行为本身是否存在实质的违法性；社会伦理规范论者则从是否违反作为法律秩序基础的社会伦理规范的角度判断实质的违法性。但是，庄子认为，违法性的判断是有层次的，一方面违法性的程度有强弱之分，另一方面违法性又有刑法上的违法和刑法以外的违法。实质的违法性判断应当以违法性强弱为基础。刑法上的违法性与一般法律上的违法性，如行政法上的违法性、劳动刑法上的违法性不同，与民法上的违法性也不同，没有达到一定强度的违法性不是实质的违法性。违法性的判断和容许的危险性理论一样，实际上具有限制违法性范围的机能，超过一定的界限就失去了限定机能的作用。

违法性的限定机能就是违法阻却事由。违法阻却事由包括刑法规定的正当行为、正当防卫和紧急避险。正当防卫和紧急避险是确定性的违法阻却事由，而正当行为的违法阻却的范围比较广泛，难以类型化。例如，刑法规定的法令行为属于法令上负有权利和义务的行为时可以阻却违法，但是滥用职权的行为则不能阻却违法。因此，在判断具体行为的违法性阻却时必须考虑法令行为的目的和手段。同样，判断正当义务行为的违法性阻却时也必须根据义务的性质来判断行为的违法与合法。在这个意义上，违法性的判断应当从公法、私法、习惯法等各个法律部门来考察其目的正当性和手段的相当性。至于法令行为和义务行为以外的行为，如果在法律上没有直接的根据就不能阻却违法性。

判断具体行为是否具有实质的违法性时，还要考虑行为是否违反了社会活动组织体的共同利益的问题。也就是说，实质的违法性的判断具有调整违法和合法的合理范围的机能。这一点主要表现在“容许的危险理论”的适用上。容许的危险理论是指，在存在发生危险结果的情况下，行为者只要履行了客观注意