

当代世界学术名著



规范论和 刑法解释论



*Normentheorie und
Strafrechtsdogmatik*

[日] 高桥则夫 / 著
戴波 李世阳 / 译

当代世界学术名著



规范论和 刑法解释论

〔日〕高桥则夫／著

戴波 李世阳／译

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

规范论和刑法解释论/ [日] 高桥则夫著; 戴波, 李世阳译. —北京:
中国人民大学出版社, 2011. 8
(当代世界学术名著)
ISBN 978-7-300-14198-5

I. ①规… II. ①高…②戴…③李… III. ①刑法—法律解释 IV.
①D914. 05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 164871 号

規範論と刑法解釈論/高橋則夫著
Normentheorie und Strafrechtsdogmatik/Norio Takahashi
Copyright © 2007 N. Takahashi
Simplified Chinese version © 2011 by China Renmin University Press.

当代世界学术名著

规范论和刑法解释论

[日] 高桥则夫 著

戴 波 李世阳 译

Guifanlun he Xingfa Jieshilun

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京联兴盛业印刷股份有限公司

规 格 155 mm×235 mm 16 开本

版 次 2011 年 9 月第 1 版

印 张 15 插页 2

印 次 2011 年 9 月第 1 次印刷

字 数 202 000

定 价 38.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换



*Normentheorie und
Strafrechtsdogmatik*

“当代世界学术名著”

出版说明

中华民族历来有海纳百川的宽阔胸怀，她在创造灿烂文明的同时，不断吸纳整个人类文明的精华，滋养、壮大和发展自己。当前，全球化使得人类文明之间的相互交流和影响进一步加强，互动效应更为明显。以世界眼光和开放的视野，引介世界各国的优秀哲学社会科学的前沿成果，服务于我国的社会主义现代化建设，服务于我国的科教兴国战略，是新中国出版工作的优良传统，也是中国当代出版工作者的重要使命。

中国人民大学出版社历来注重对国外哲学社会科学成果的译介工作，所出版的“经济科学译丛”、“工商管理经典译丛”等系列译丛受到社会广泛欢迎。这些译丛侧重于西方经典性教材；同时，我们又推出了这套“当代世界学术名著”系列，旨在译介国外当代学术名著。所谓“当代”，一般指近几十年发表的著作；所谓“名著”，是指这些著作在该领域产生巨大影响并被各类文献反复引用，成为研究者的必读著作。我们希望经过不断的筛选和积累，使这套丛书成为当代的“汉译世界学术名著丛书”，成为读书人的精神殿堂。

由于本套丛书所选著作距今时日较短，未经历史的充分淘洗，加之判断标准见仁见智，以及选择视野的局限，这项工作肯定难以尽如人意。我们期待着海内外学界积极参与推荐，并对我们的工作提出宝贵的意见和建议。我们深信，经过学界同仁和出版者的共同努力，这套丛书必将日臻完善。

中国人民大学出版社

作者主要著作

《共犯体系和共犯理论》(1988年,成文堂)

《正当化和免责》(翻译)(1992年,成文堂)

《犯罪被害人和刑事司法》(共同编译)(1995年,成文堂)

《犯罪被害人的研究》(共编著)(1996年,成文堂)

《刑法中的损害回复思想》(1997年,成文堂)

《易懂的犯罪被害人保护制度》(共著)(2001年,有斐阁)

《犯罪被害的回复》(共译)(2002年,成文堂)

《修复性司法的探求》(2003年,成文堂)

《最简易的刑事法入门》[第2版](合著)(2007年,有斐阁)

《法科大学院考试刑法总论》[第2版](合著)(2007年,日本评论社)

《通过对话的犯罪解决》(2007年,成文堂)

中译本序

日本早稻田大学法学部高桥则夫教授的《规范论和刑法解释论》一书即将由中国人民大学出版社出版，译者嘱我为该书的中译本作序，我欣然应允。

《规范论和刑法解释论》是高桥则夫教授的一本专著，从内容来看，涉及刑法理论上的一些重大问题，诸如不法与责任的同时存在原则、主观违法要素、过失犯、不作为犯、共犯、间接正犯等；甚至还有个别分则性问题，如事后强盗罪和伪证罪中的虚假陈述。因此，本书涉及面是较为宽泛的，由于篇幅所限，对相关专题不可能作较为深入的展开论述。但本书的最大特点是以规范论为视角，对上述刑法专题进行探讨。正如高桥则夫教授在本书前言中所言：“本书是从‘行为规范和制裁规范’这一范式出发，在对考察犯罪论重要问题的各篇论文加工修正基础上，体系性地整理排序而成的”。由此可见，行为规范和制裁规范这对范式，就像一条红线将本书各专题串起来，由此而使各专题之间具有内在联系性。行为规范和制裁规范的范式来自英国著名法学家哈特的分析主义法学理论。在哈特之前，英国著名法理学家奥斯丁把法律视为主权者的强制命令，因而法律是以国家暴力为后盾的制裁力量。而哈特提出了第一性规则和第二性规则结合的法律概念，哈特指出：

如果我们要对法律制度的复杂性做出适当处理，要在两类不同的、尽管是互相联系的制度之间做出区别的话，就需要这个观念。按照可以被认为是基本的或第一性的那类规则，人们被要求去做或不做某种行为，而不管他们愿意与否。另一类规则在某种意义上依附于前者或对前者来说是第二性的，因为它们规定人们可以通过做某种事情或表达某种



意思，引入新的第一性规则，废除或修改旧日规则，或者以各种方式决定它们的作用范围或控制它们的运作。第一类规则设定义务，第二类规则授予权力，公权力或私权利。^①

这样，哈特就赋予法律以全新的内容，使单纯地被理解为“被强制”（being obliged）的法律概念演变为同样具有“有义务”（having an obligation）与“被强制”（being obliged）要素的法律概念。这里的“有义务”的法律就是行为规范，而“被强制”的法律就是制裁规范。因此，哈特所主张的法律是第一性规则和第二性规则的结合这一命题，我们可以理解为法律是行为规范与制裁规范的统一。从法理学上对哈特的法律概念进行研究的著作可谓汗牛充栋，但是，高桥则夫教授将行为规范和制裁规范的二元规范模式引入刑法，这是颇具新意的。

高桥则夫教授对刑法中的行为规范和制裁规范作了区分，其要旨包括以下三点：

1. 根据行为人能否违反加以区分：行为人只能违反行为规范，不能违反制裁规范。因此，把行为人能够违反的规范称为行为规范，而把行为人不能违反的规范称为制裁规范。那么，制裁规范不是约束行为人又是约束什么人呢？应该是约束司法官员的。在这个意义上，制裁规范即裁判规范。我们通常说，刑法是行为规范与裁判规范的统一，但这里的统一并非同一。我们可以说，凡行为规范都是裁判规范，反之则不然。换言之，存在着并非行为规范的裁判规范。例如，刑法关于未遂犯的规定，就是单纯的裁判规范而非行为规范。

2. 根据某一规范要素是作事前判断还是作事后判断加以区分：如果是属于行为规范范畴的要素，就是进行事前判断的要素；如果是属于制裁规范范畴的要素，就是进行事后判断的要素。那么，什么是事前判断，什么是事后判断呢？事前判断与事

① [英] 哈特：《法律的概念》，张文显等译，82～83页，北京，中国大百科全书出版社，1996。

后判断都是违法性判断的方法。在违法性判断上，存在行为无价值与结果无价值之争。行为无价值强调事前判断（ex-ante），结果无价值则强调事后判断（ex-post）。一般认为，行为无价值更注重刑法是一种行为规范，而结果无价值则注重刑法是一种裁判规范。因此，行为无价值注重事前判断，结果无价值注重事后判断。而行为无价值与结果无价值的二元论（日本的行为无价值说）则主张既要作事前判断，也要作事后判断。高桥则夫属于二元论者，因此，他主张违法性判断既有事前判断，又有事后判断。行为规范问题，如行为、实行行为、作为行为的危险、故意（对实行行为性质的认识）、过失（预见可能性或事前的结果回避可能性）、行为无价值等，都需要作事前判断。应当指出，正如黎宏教授所提醒，要注意“事前判断”的用语容易招致误解。它在不是“事后的”意义上是“事前的”，尽管可能被误认为是“行为前”，但是其实体存在于“行为时”的基准中。因此，严格来说，应当称为“行为时判断基准”^①。制裁规范的问题，如结果、作为结果的危险、因果关系、故意（对结果发生的认识）、结果无价值、未遂犯、正犯和共犯的区别等，都需要作事后判断。

3. 根据违法与责任加以区分：违法一般是违反行为规范的问题，违法是“当为却不为”，乃是关于当为（Sollen）的无价值判断。而责任是违反制裁规范的判断。责任是“能为却不为”，乃是关于可能（Können）的无价值判断。犯罪是违法且有责的行为。因此，犯罪同时违反行为规范和制裁规范。高桥则夫教授认为，应当采用行为规范与制裁规范的二元论分析犯罪论体系。高桥则夫教授指出：

作为犯罪的本质论，犯罪成为违法的、有责的而且可罚的行为，现行刑法典将此犯罪的本质一方面规定了作为各个犯罪特有的要件（构成要件），另一方面规定了作为犯罪一般的共通要件（犯罪成立阻却事由）。因此构成要件既是违

① 黎宏：《刑法总论问题思考》，15页，北京，中国人民大学出版社，2007。



法类型又是责任类型，同时还是可罚类型。在对行为是否符合（该当）构成要件进行判断的基础上，接着再考察是否存在妨碍犯罪成立的事由。也就是说，作为犯罪论体系，形成了行为——构成要件该当性——违法阻却——责任阻却——可罚性阻却这一判断顺序。从刑法规范的构造来看，行为规范是由禁止规范或命令规范和容许规范构成的。例如，在正当防卫成立的场合，因存在容许规范，就不存在行为规范违反了。但是，从刑法上的构造来看，禁止规范或命令规范位于构成要件的位置，因此在正当防卫成立的场合，虽该当于构成要件，违法性却被阻却了。此外，比如在无责任能力的场合，因为不能承认义务规范违反，责任就被阻却了；比如在亲族相盗的场合，可罚性就被阻却了。^①

应当指出，虽然高桥则夫教授把违法看作是行为规范的违反，而又把责任看作是制裁规范的违反，但其在构成要件上采违法、有责、可罚之行为类型说，因此，其主张的构成要件中既包含违反行为规范的要素，又存在违反制裁规范的要素。

高桥则夫教授辩证地论述了行为规范与制裁规范的关系，认为制裁规范是以行为规范为基础的，同时制裁规范又对行为规范之违反具有反作用。这种反作用包括：（1）对刑罚权发动的限制机能。即，并非只要存在行为规范违反，就必然导致制裁，制裁规范本身具有独立价值，它要考虑国家刑罚权的正当化与合宪性的问题。（2）对行为规范的恢复机能。即，通过对行为规范违反之行为的制裁，使这种被违反的行为规范得以恢复，这是一种积极的一般预防论。

尤其值得我们注意的是，对刑法规范的分析，我们通常采用的是行为规范与裁判规范的二元论。在德国刑法理论上，存在法规范（Rechtssatze；Rechtsnomen）是评价规范还是决定规范，或两者兼而有之之问题的争论。这一争论对于违法性本质的见

① 见本书第17页。

解，具有决定性作用。^① 这里的决定规范大体相当于行为规范，而评价规范大体相当于裁判规范。德国通说是认为法规范具有双重特征：作为命令，它是决定规范；作为对行为进行法律评价的标准，它是评价规范。日本通说也认为刑法规范是一般的、客观的决定规范（意思决定规范）及作为评价规范的统一。^② 我国学者也主张刑法规范的二重性说，详言之：刑法规范既是面向裁判者的裁判规范，又是面向一般人的行为规范，即刑法规范同时兼具裁判规范和行为规范两重属性。作为裁判规范，刑法规范为裁判者的裁判活动提供行为模式；作为行为规范，刑法规范又为社会大众的活动提供行为模式。^③ 那么，高桥则夫教授为什么不采用行为规范与裁判规范的分析范式，而采用行为规范与制裁规范的分析范式呢？高桥则夫教授认为，裁判规范是以行为规范的存在为前提的。因此，是行为规范还是裁判规范这一问题设定不是没有意义。但是高桥则夫教授这一论述有些轻描淡写，并没有加以展开。制裁规范也是以行为规范的存在为前提的，由此并不能得出行为规范与制裁规范的设定不是没有意义的结论。根据我的理解，高桥则夫教授所说的制裁规范与裁判规范还是不同的，两者是否存在交集尚有待研究。裁判规范在某种意义上是裁判者的行为规范，它与对社会公众而言的行为规范具有内容上的同一性。但高桥则夫教授所说的制裁规范，是指可罚性规范，属于刑罚的范畴。基于行为规范与制裁规范统一的观点，违法和责任都包含了可罚性判断。正如高桥则夫教授指出：制裁规范在违法阶段是被置于作为可罚的违法性地位，在责任阶段是被置于作为可罚的责任地位。因此，制裁规范的机能与我国犯罪概念中的应受刑罚处罚性这一特征具有异曲同工之妙。只不过，我国刑法学对

① 参见〔德〕汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书（总论）》，徐久生译，29页，北京，中国法制出版社，2000。

② 参见〔日〕大塚仁：《刑法概说（总论）》，3版，冯军译，367页，北京，中国人民大学出版社，2003。

③ 参见刘志远：《二重性视角下的刑法规范》，111页，北京，中国方正出版社，2003。



应受刑罚处罚性的论述限于犯罪概念，并没有延伸到整个犯罪论。因此，高桥则夫教授以行为规范与制裁规范为中心线索，对犯罪论体系的展开分析，对于我国刑法学具有研究方法论的启迪。

高桥则夫是日本早稻田大学法学部教授、日本著名刑法学家。我曾多次与高桥则夫教授进行学术交流，记得第一次是2002年10月在武汉大学法学院举办的第八次中日刑事法学术研讨会。在这次研讨会上，我和高桥则夫分别以间接正犯为题作了主题报告。其中，本书中第十章“间接正犯的构造”，就是高桥则夫教授在武汉会议上提交的报告。2008年10月，我又受邀参加日本早稻田大学孔子学院举办的日中刑法论坛。在这次学术研讨会上，我又与高桥则夫教授分别就共同正犯的承继性和重合性问题作主题报告。在这次见面时，高桥则夫教授将出版不久的《规范论与刑法解释论》（日本成文堂2007年版）一书赠送给我。2009年9月，我的硕士生李世阳入学不久，向我借阅日文刑法书籍，他的日语基础相当不错。我将高桥则夫教授的本书借给李世阳，他在阅读之余产生了把该书译成中文的想法，并把部分章节的译稿发给我审读。我看了以后，觉得本书内容精彩，李世阳的翻译水平也顺畅，就鼓励李世阳把本书翻译成中文，并推荐给中国人民大学出版社的编辑。中国人民大学出版社又征询了冯军教授的意见，最后决定出版。在出版过程中，征得高桥则夫教授同意，并经日本成文堂授权，其中成文堂副总编辑本乡三好先生予以大力协助。考虑到李世阳初次翻译日文著作，为保证翻译质量，经我出面邀请戴波博士参与翻译并校对。戴波博士曾在日本学习八年，回国后又在北京大学法学院刑法专业攻读博士学位，其刑法专业与日文水平俱佳，并且曾经翻译多部日文著作，包括西原春夫教授的《犯罪实行行为论》（北京大学出版社2006年版）一书。经过李世阳、戴波的努力，高桥则夫教授的《规范论与刑法解释论》一书即将与中国读者见面，作为一名参与者，我感到十分高兴。

近年来，中日之间的刑事法交流的渠道畅通，经过高层次的学术交流，我国从日本引入了相关学说，对于促进我国刑法知识的转型具有重要意义。2008年10月在早稻田大学举办的日中刑法论坛开幕式上，在我的发言中有以下这么一段，权且作为本序的结束语：

中国目前处在一个社会转型的重要历史发展时期，刑法知识也同样面临着这种转型。在这一时刻，加强中国与外国的学术交流，汲取先进的刑法知识为我所用，对于中国的刑法理论发展式具有重要意义的。作为中国新一代的刑法学人，我们将秉持“三人行，必有我师焉”的谦虚态度，坚守“朝闻道，夕死可矣”的信念，通过我们这一代人的努力，促进中国刑法知识完成学术转型，为中国刑事法治建设作出贡献。

是为序。

陈兴良

谨识于北京依水庄园渡上寓所

2010年11月7日

前 言

本书是从“行为规范和制裁规范”这一范式出发，在对考察犯罪论重要问题的各篇论文的加工修正基础上，体系性地整理排序而成的。

回顾一下，在恩师西原春夫先生的古稀祝贺论文（1998年）里，拙著《共同正犯的归属原理》中最先提出“行为规范和制裁规范”这一范式。此后我以此范式为基础写了几篇论文。因为我想对铃木茂嗣先生的古稀祝贺论文集（2007年）里的拙著《刑法中的行为规范和制裁规范》作一个大致的归纳，而且也感到有进一步分析的必要性。因此作为一个总结决意出版本书。

为什么我会执著于“行为规范和制裁规范”这一范式呢？虽然连自己都觉得有不可思议的一面，但细想一下，我想可以列出以下几点：

第一，法规范是从什么视点出发探讨法命题的，特别是法规范（刑法规范）的接受人问题，使我们考虑到了（刑）法是谁的东西，是为了什么而存在的这些根本问题。

第二，如欲分析社会构造，规范论是不可或缺的，而理解社会的规范性构造就是理解法概念。另外，其与以社会的事实性构造为问题的犯罪社会学等诸学科的异同是可明确的。据此，两者的沟通也成为可能。

第三，是从处于犯罪论体系核心位置的构成要件论抽象出来的规范论，也就是说，使以作为违反对象的规范自身为问题的规范论得以重生。伴随着一定的行为是否“该当”于一定的构成要件判断，对一定的行为是否“违反”一定的规范进行判断也是必要的。

第四，从不同的视点出发分析行为无价值论与结果无价值论



这一争论。既考察此争论的意义和界限，也意图提示一个扬弃的形态。

第五，规范的分析具有找出对犯罪论新的视点之可能性。比如可以列举出同时存在原则和对应原则等。

但是这几点应该是不能解决的永恒课题，本书只不过是这途中小小的一步而已，自不待言，今后还需要持续性的研究。

另外，关于本书的校正印刷的核对和文献的补充，得到了研究室的冈部雅人（姬路独协大学专任讲师）和仲道祐树（早稻田大学大学院博士后期课程）的大力帮助，对两人分别深表谢意。

最后，本书的刊印发行，是成文堂的阿部耕一社长一直支持帮助的结果，另外，编辑工作都由篠崎雄彦编辑部员担当，想借此场合由衷地感谢。

此外，在本书的出版之际，附带提及一下接受早稻田大学学术出版补助费之事。

高桥则夫

2007年10月

吹着西北风

收录论文出处一览

- 第一章 《刑法中的行为规范和制裁规范——二元的规范论的展开》载《铃木茂嗣先生古稀祝贺论文集上卷》（2007年）第79页以下。
- 第二章 《刑罚和损害赔偿——刑法和民法中的行为规范和制裁规范》现代刑事法6卷6号（2004年）第37页以下。
- 第三章 《犯罪论中的同时存在原则及其例外》载《刑事法的理论和实践——佐佐木史朗先生喜寿祝贺》（2002年）第47页以下。
- 第四章 《主观的违法要素和违法论——从行为无价值的立场》现代刑事法1卷3号（1999年）第56页以下。
- 第五章 《“过早的构成要件的实现”的考察——围绕所谓的氯仿杀人事件》早稻田法学80卷4号（2005年）第1页以下。
- 第六章 《关于过失犯中的行为规范的一个考察》载《神山敏雄先生古稀祝贺论文集第1卷》（2006年）第3页以下。
- 第七章 《过失犯中的“行为·实行·归属”》载《交通刑事法的现代性课题——冈野光雄先生古稀纪念》（2007年）第33页以下。
- 第八章 《由不作为的杀人罪的成立与否——沙克蒂治疗杀人事件》刑事法ジャーナル2号（2006年）第95页以下。
- 第九章 《正犯·共犯类型和共谋共同正犯的规范论基础》早稻田法学78卷3号（2003年）第123页以下。



第十章 《间接正犯》载《共犯理论和组织犯罪——日中刑事法学术讨论会报告书 8 卷》。

第十一章 《共犯的处罚根据论的新面貌》现代刑事法 5 卷 7 号（2003 年）第 31 页以下。

第十二章 《共犯论和共犯体系论》刑法杂志 39 卷 2 号（2000 年）第 81 页以下。

第十三章 《共同正犯的归属原理》载《西原春夫先生古稀祝贺论文集第 2 卷》（1998 年）第 341 页以下。

第十四章 《现行犯逮捕之际的武力行使和法令行为》现代刑事法 2 卷 4 号（2000 年）第 109 页以下。

第十五章 《事后强盗罪和共犯的成立与否》现代刑事法 2 卷 5 号（2000 年）第 114 页以下；《事后强盗罪的成立被否定的事例》载《平成 16 年度重要判例解说》（2005 年）第 165 页以下。

补论 《演习》法学教室 221 号（1999 年）第 133 页。