

刑

Criminal

法

的

根基与哲学

顾肖荣
等译

〔日〕西原春夫 著



法律出版社
LAW PRESS

刑法的 根基与哲学

〔日〕西原春夫 著

顾肖荣 陆庆胜 谈春兰 陆一峰 译



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法的根基与哲学/[日]西原春夫著;顾肖荣等译.
增订本. —北京:法律出版社,2004. 1
ISBN 7-5036-4682-9

I. 刑… II. ①西…②顾… III. 刑法—法的理论
IV. D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 117523 号

《刑法的根基与哲学》(增补版)

西原春夫 著

日本株式会社成文堂,2003

本书中文翻译版由日本株式会社成文堂及作者西原春夫授权法律出版社出版。

著作权合同登记号 图字:01-2003-8864

法律出版社·中国

责任编辑/思 实

装帧设计/王际勇

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京外文印刷厂

编辑/法学学术出版中心
经销/新华书店
责任印制/陶 松

开本/A5
版本/2004年1月第1版

印张/5 字数/113千
印次/2004年1月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/info@lawpress.com.cn 电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn 传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn
读者热线/010-63939685 传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
传真/010-63939777 中法图第一法律书店/010-63939781/9782
客服热线/010-63939792 中法图北京分公司/010-62534456
网址/www.chinalawbook.com 中法图上海公司/021-62071010/1636
电子邮件/service@chinalawbook.com 中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4682-9/D·4400

定价:15.00元

译者的话

(一)

本书作者西原春夫教授,是著名的刑法学家,曾任日本早稻田大学校长。他1928年出生于日本东京,1951年毕业于早稻田大学第一法学部,又在该大学研究生院修完硕士和博士课程,此后留校任教。1962年获得早稻田大学法学博士学位,1967年起担任该校教授。现任日本刑法学会常务理事、日本交通法学会理事、日德法学会理事、日中人文社会科学交流协会理事和评议员、日本私立大学联盟会长。

西原先生著述甚丰,除本书外,主要著作还有:《间接正犯的理论》、《刑事法研究》(第1卷、第2卷)、《刑法总论》、《交通事故与信赖原则》、《犯罪各论》、《交通事故与过失的认定》、《大法庭判决巡礼》、《犯罪实行行为论》、《21世纪的亚洲和日本》等。

(二)

西原先生对日本现代刑法学的发展做出了重大的贡献,其观点不仅在理论界备受重视,而且也被司法界广泛采用。

首先,在犯罪论领域,西原先生的博士论文《间接正犯的理论》对间接正犯实行的着手时期进行了研究,他驳斥了当时占统治地位的观点。该观点认为,应将利用者(即背后者)的行为时点作为标准。西原先生则明确提出应以被利用者(直接实行者)的行为时点为标准。在当时,西原先生的这一观点只为少数人理解,而今已被多数人接受,并被司法界广泛采用。他对“作为原因的自由行为”的着手时期也发表了同样的见解,使当时的少数人的观点变成了今天的多数人的观点。西原先生还对许多判例进行了学术上的评论,明确支持“共谋共同正犯”这一概念,并在新的理论基础上予以展开。目前,这种概念也在理论上为人们所普遍接受。

在交通事故案件中明确认定过失的标准,是西原先生的学术活动中另一值得重视的方面。20世纪60年代前后,随着日本经济的高速增长,交通事故大量增加,如何认定这类案件便成了令人关心的问题。西原先生对当时汽车普及国之一的西德的判例理论中的“信赖原则”作了详细研究,并将其介绍到日本,还将它改造成易于为日本司法部门采纳的形式,在详尽的判例分析的基础上,明确了适用“信赖原则”的条件。正是西原先生的研究成果,使当时的司法部门之间(法官之间、检察官与法官之间)在过失犯认定上的严重不统一现象得以在短时间内消除,从而使交通事故案的处理可以在公平合理的基础上进行。显然,西原先生的理论对司法界的贡献,是其他一些“钻象牙塔”式的理论所无法比拟的。

西原先生还革新了“犯罪各论”的体系。过去论述犯罪的著作大都以逐条解说刑法典上的犯罪为内容,却没有一本将刑法上的各种犯罪与特别刑法上各种犯罪联系在一起进行有机阐述的专著。为了突破这一点,西原先生打破了按侵害法益来对犯罪进行分类的传统做法,而是按照犯罪学的、社会学的类型来进行分类,

例如分成“政治犯罪”、“公务员犯罪”、“交通犯罪”、“医事犯罪”、“公害犯罪”、“暴力团犯罪”、“公司犯罪”、“证券交易上的犯罪”等类型。他以这种新的研究方法为契机,在刑法学者的视野中开辟出了一片新的天地。

(三)

本书探索的主题是为什么人类社会要有刑罚或刑法?国家凭什么持有刑罚权?国家行使这一权力又得到了谁的允许?这些都是刑法学的最基本的问题。本书把处于刑法背后的,促使制定刑法的原动力称为“刑法的基础要素”,并把探索和分析这种要素作为主要目标。

多少年来,人们一直在思考着这些问题,并形成了许多想法和观点,但它们往往散见于各种论文、著作中,尚未形成一部专门著作。要系统回答上述问题,完成一部专著,不仅要对刑法学、犯罪学的专业领域有深刻研究,而且必须具有其他学术领域的广博学问,如政治学、社会学、心理学等等。本书作者积厚而薄发,积二十多年研究之心得而写就此书,实属难得。

本书由贯穿全书分析体系的纬线和经线编织而成。本书的纬线主要有二根:一是以基本方向为出发点来考察刑法制定的原动力;二是考察偏离原来方向的刑法制定的原动力。作者把前者称为实施国家刑罚权的生理现象的考察,把后者称为其病理现象的考察。

本书的经线是指分析的顺序。由于刑法背后潜伏着促使制定刑法的众多要素,而这些要素又埋藏于不同的层次之中,有的处于深层次,有的处于浅层次。这些要素成体系地密集在一起,作者采

用由浅及深与由深及浅相结合并以由浅及深为主的考察方法。

要判断在刑法制定的原动力中,哪些是符合本来方向的,哪些是偏离本来方向的,这取决于考察者的立场。作者是一位资本主义国家的学者,判断问题当然离不开西方的价值观念。然而,作者也以大量的篇幅引用了马克思的原话,作为对上述问题进行分析的依据。

我国刑法自1980年开始实施,至今已二十多年。与此相应,对有关刑法的各种问题的研究和思考也逐渐由表及里、由浅入深地展开。目前,人们已经不满足于对刑法条文的解释,而需要进一步探索深层次的刑法学的基本问题。因此,本书的主题不仅为广大法律理论工作者和实际工作者所重视,而且也为许多群众所关注。为了适应阅读、教学和研究工作的需要,特将此书翻译出版,以供读者参考借鉴。本书的出版得到了法律出版社及该社蒋浩先生的鼎力支持,在此一并表示感谢。

译者

2003年9月10日

中文增订本序言

本书是我在日本出版的《刑法的基本要素》(增订本 2003 年, 东京成文堂出版)一书的中文版。

本书的旧版于 1979 年由日本一家名为“一粒社”的出版社以该书名出版。1991 年, 上海社会科学院法学研究所顾肖荣研究员等人士将此书译成中文并在中国出版, 中文版的书名为《刑法的根基与哲学》。能够在中国拥有众多读者, 本人深感荣幸。

后来, 原“一粒社”解散, 本书的版权移交给了成文堂。作为作者, 我考虑到本书的旧版已发行 24 年, 且这些年间政治形势和学术研究状况都发生了很大变化, 本书需要作相应的修订。但由于自己多年来担负着学校的管理重任及多种社会工作, 终日繁忙, 难以将精力和时间集中到本书的修订上来。而正在此时, 得到顾肖荣先生告知, 原书的中文版已售罄。顾先生希望我能搞个修订本让他们再次翻译后在中国出版。这真是令人高兴的事, 我很想做成此事, 无奈由于前面所述的原因, 目前要我执笔搞一个真正意义上的修订本有很大困难。

考虑再三, 最后拿定主意。决定先在必须作改动的地方加上新的注释, 以便各位中国读者了解这方面的现状。然后在书的最后附上了我的一篇题为“学习法律学的意义”的演讲稿。因此, 这次的版本只是增订本。我想, 如果可能的话, 在最近几年内完成真

正意义上的修订本。

本书探索的是国家刑罚权的根据,至少在日本,当时和现在都还没有这一内容的书。我想,本书之所以在中国受到读者朋友的喜爱,可能是因为中国同日本一样,还没有这一内容的书的缘故吧!

为什么国家可以对国民科以刑罚?不用说,关于这一点存在着各种各样的见解。其中最有力的见解,恐怕是“为了保护国家和国民的利益”。但是,从另一个角度来说,“国家为什么必须保护国家和国民的利益?”这个问题也是能够成立的。这一问题之所以成立,它意味着这种回答并不是国家刑罚权最深层次的根据。我们的探索必须进入更深的层次。如果本书对各位读者在这方面的探索能有所帮助,笔者将引以为自豪。

自1988年以来,本人一直作为“日中刑事法学术研讨会”的日方代表,努力地推进着研讨会的召开和持续。该研讨会平均两年一次,在日本和中国轮流举办,至今已办过8次,2004年将在日本京都举办第9次,2005年将在中国长春举办第10次。如果仅仅局限于刑事法的范围,可以说,日中关系已经不可动摇了。

最近,我关心的范围有所扩大。就像欧洲已出现的先例那样,人类目前虽然还保留着国境,但人类必然会朝着放低国境的“围墙”这一方向不断迈进。假如国境的“围墙”放低了,在每一个具有一定共性的地区,都需要有一种超国家的行政组织。在这样的地区中,需要形成超国家的法律秩序。本人预测,21世纪中,人类将进入分成几个由地区和国家组成的联盟以谋求竞争和共存的时代。笔者希望各位读者务必以这样的新时代为前提,来考虑如何构筑日中关系。

在此,向承担本书增订本翻译任务的上海社会科学院法学研

中文增订本序言

研究所所长顾肖荣及陆一心、谈春兰、陆庆胜等人士表示诚挚的谢意,同时祈望本书能对中国刑事法学的发展有所贡献。

西原春夫
2003年8月1日

中文增订本前言

本书的旧版是由一粒社作为“现代法律学的课题”中的一个部分,于1979年出版的。后来,该出版社解散,版权移交给了成文堂。笔者本想根据那以后形势的变化,结合学术的发展状况,进行大幅度修订的,无奈由于精力和时间无法集中,至今未能达到这一目的。

令我没有预料到的是,本书在中国比日本还要受读者欢迎。这首先要归功于曾两次来日本留学的上海社会科学院法学研究所所长顾肖荣先生,他很早就将此书译成中文在中国出版了。除此之外,我想或许是由于中国正处于一个在坚持走社会主义道路的同时,开始引入市场经济原理,探索如何构筑新的思想体系的时期,而本书的论述并不是从根本上否定马克思主义的学术意义,只是指出了它的某些需要完善之处,因而才吸引了中国年轻一代研究人员的目光。

总之,由于本书的中文版已售罄,中国方面多次催促我,希望我能再出个修订本。从内心讲,我的确很想将此书全面修订后用中文出版的。无奈由于我这边的原因,实在难以抽出时间和精力来完成此事。因此,只能请各位读者再耐心等待。现在我将原来的论述中需要订正的地方加上注释,让大家了解这方面的现状。并在书的最后附上了我的一篇演讲稿——“学习法律学的意义”。

重读自己以前的论述,最放心不下的是与本书的书名有关的部分,即从正面论及马克思主义思想的部分。如果是在东西冷战结构结束 15 年后的今天写此书的话,对这一问题的论述就不会这么简单。但当时自己疏忽了这一点,没有坚持论述的系统性,这是一个大问题。这个部分的论述,对于今天的日本读者来说,免不了会产生一种“怎么现在又重新谈起已经解决了的问题?”的印象,但为了能让大家理解这是由于当时的正面论述所形成的主张,所以在增订本中原封不动地保留了这部分内容。这是让人切实感受到仅仅 25 年时间,时代发生了很大变化的部分。

重新阅读本书,自己感到不足的是:那以后,以欲望为中心的人类行为科学有了很大的发展,而本书未能反映这一点。因此,我想我一定要在近阶段从根本上修订本书,其中应包括这一点以及论述最后紧缩的部分。因为我觉得进行此类性质的研究,是像我这样年长的研究人员的责任和义务。

西原春夫
2003 年 6 月 1 日

旧版前言(摘要)

我以《刑法的根基与哲学》这一非常奇特的题目撰写本书,是有一个很明显的动机的。我在大学讲坛上讲授刑法迄今恰好20个春秋,而作为刑法研究者我一直在思索刑法学中最基本的问题,诸如为什么人类社会要有刑罚或刑法?国家凭什么持有刑罚权?国家行使这一权力又得到谁的允许?这些问题非但没有一本书提到过,事实上我自己在讲授刑法过程中,也从未就这些问题归纳统一过自己的观点。学生们提出这些问题,我也在想这到底是为什么呢?并因此而感到坐立不安。然而,撰写此类书,不仅要对自己所从事的专业领域有深刻的研究,而且必须具有其他学术领域的广博学问,而这又谈何容易。于是,我就想避难就易,认为既然自己没有这方面的能力,最好请哪位合适的先生来写,并认为即使不得已由自己来写,那也是艰苦之作,不到花甲之年是根本写不出来的。这种逃避,犹如洗温水澡,安闲舒适。

反过来一想,只要是到了相应的年龄,一个面对社会讲授刑法学的人,就不允许作这种逃避。把刑法学正确地置于自己的人生观之上,并向人们讲明白,希望人们理解这种针对立足于其他人生观的刑法学所作的发言,至少也是一种理论,应当说这是不可缺少的前提条件。我认为,对于这一问题至少要向人们表明自己的思路,这是我们这些研究者对于那些对刑法及刑法学感兴趣的人们

应尽的义务。

正当心中针对这个严肃问题左思右想、踌躇不决之际,我想起了几年前的一个折衷方案,那就是把现阶段未成熟的想法直率地记录下来,客观地使之成书,以此作为我自己进一步深入思考的起点,同时向读者们提供线索,与我一起来思考。正当我漠然考虑这些问题时,一粒社出版社提出了出版计划。于是,我便不顾羞愧地决定把这个折衷方案付诸实施。

在本书写作的最后阶段,我违背自己意愿赴西德进行海外研究,因而书中引用的有关文献和所提及的人物生平的考证,以及校对等工作,都是有劳早稻田大学副教授野村稔以及属于本研究室的早稻田大学研究生院法学研究科的学生们做的。在此,一并表示感谢。

西原春夫
于西德·弗赖堡
一个美丽的初夏之夜
1979年6月22日

目 录

译者的话	(1)
中文增订本序言	(1)
中文增订本前言	(1)
旧版前言(摘要)	(1)
序章 刑法基本点的探求	(1)
第一节 考察的目的	(1)
第二节 考察的方法	(7)
第一章 刑法制定力的结构	(11)
第一节 作为制定刑法原理的罪刑法定主义	(11)
第二节 制定刑法的权力机构	(13)
第三节 制定刑法权的病理	(20)
第二章 指导刑法制定权行使的自然法	(31)
第一节 自然法的理论	(31)
第二节 作为应有法的自然法	(36)

第三章 国家制定刑法的必要性 ·····	(42)
第一节 刑法与刑罚的机能·····	(42)
第二节 规定国家必要性的国家存在之根据·····	(46)
第三节 国家、社会和个人三者利益的衡量比较 ·····	(54)
第四章 法的基础——经济 ·····	(63)
第一节 马克思主义的基本思想·····	(63)
第二节 法的阶级性·····	(67)
第三节 法和国家消亡的理论·····	(74)
第四节 小结·····	(81)
第五章 基于法、政治、经济之上的人的欲求 ·····	(85)
第一节 人的欲求·····	(85)
第二节 导致制定刑法的人的欲求·····	(91)
第三节 国民的欲求和个人的欲求·····	(100)
第六章 导致不良行为的人的欲求 ·····	(108)
第一节 犯罪行为的机制·····	(108)
第二节 人的意志是自由的吗? ·····	(115)
终章 刑法的根基 ·····	(125)
附录 学习法律学的意义 ·····	(130)
作者介绍 ·····	(143)

序章 刑法基本点的探求

第一节 考察的目的

刑法是处罚人的法律。处罚人,必须有某种理由,必须有某人作了某种足以受罚的坏事的事实。因此,刑法是以你对他人实施了应该受罚的坏行为这一判断为前提的,即以人对人实施裁判为前提的。

但是,人本来就能对人进行裁判吗?令人遗憾,回答是否定的。要对人进行裁判,首先要能正确无误地洞察到人的哪些行为是绝对正确的,哪些行为是绝对错误的。人究竟有没有这种能力呢?要对人进行裁判还有一个前提,就是能准确无误地确定某人实施了哪种行为,而那种行为又对被害者和周围的人,或对社会和国家具有哪种意义。对于知识和经验都有限的人来说,果真能行吗?要对人进行裁判还必须要有自己决不会实施那样的坏行为的信心,而一般人能有这样的信心吗?如果说存在有资格对人进行裁判的人,那这样的人应当说是一个全知万能的完人,只有神仙才能如此全知全能。