

# 刑法的根基 与哲学

[日]西原春夫 著  
顾肖荣 · 等译

上海三联书店

# 刑法的根基与哲学

(日)西原春夫 著

顾肖荣 陆一心 谈春兰 译

上海三联书店

特约编辑 朱阿根  
责任编辑 杨 亮  
封面设计 桑吉芳

**刑法的根基与哲学**

【日】西原春夫 著

顾肖荣 陆一心 谈春兰 译

生活·读书·新知

三联书店上海分店出版

上海绍兴路5号

新华书店上海发行所发行

上海市印刷三厂印刷

1991年5月第1版

1991年5月第1次印刷

开本：787×1092 1/32

印张：4.5 字数：100000

印数：1—2500

ISBN 7-5426-0462-7/D·12

定价：1.80元

# 译者的话

## (一)

本书作者西原春夫教授，是著名刑法学家，现任日本早稻田大学总长，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、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》、《刑法总论》、《大法庭判决巡礼》，等等。

## (二)

西原先生对日本现代刑法学作出了重大的贡献，其观点不仅在理论上备受重视，而且也被司法界广泛采用。

首先在犯罪论的领域，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，并在新的理论基础之上予以展开。目前，这种概念也在理论上为人们普遍接受。

在交通事故案件中明确认定过失的标准，是西原先生学术活动中另一值得重视的方面。本世纪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。西原先生对汽车普及国之一——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所采纳的形式，并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分类犯罪的传统作法，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”、

“医疗事故犯罪”、“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：为什么人类社会里要有刑罚或刑法？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”，并把探索和分折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。为了系统回答上述问题，完成一部专著，不仅要刑法学、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20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：一是从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，至今已届10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，而进一步需要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。本书的出版得到上海三联书店出版社陈昕先生的鼎力支持，在此一并表示感谢。

译者

1990年元月

## 前 言

我以《刑法的根基与哲学》这一非常奇特的题目撰写此书，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，而作为刑法研究者却一直在思索刑法学中的最基本的问题，诸如为什么人类社会里要有刑罚或刑法？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？这些问题非但一本书也没有提到过，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，我也在想这倒底是为什么呢？因而感到坐立不安。另一方面，撰写此类书，不仅要对原来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，并认为既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的人，就不允许作这种逃避。把自己的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：关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那些对刑法及刑法学感兴趣的人们所应尽的义务。

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，一家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行。

因此，本书自始至终都是新写的。本书的特点是与其它各个学术领域密切相关，如要一一附上注解，就会冗长而无止境，所以，注解都限制在最小范围里。这样做也是为了遵从一家出版社的要求。本书最后附有参考文献，希望读者能推知我在写作时主要参考了哪些文献，并能从中得到适当的补充，增长见识。当然，我的观点受到我长年累月所耳闻目睹到的日本及国外许多人的观点的影响，因而我的基本观点并未反映在这些参考文献中。不仅如此，西欧方面的有关文献，我全都忍痛割爱，仅限于引用一些相对容易查找的日本文献。对此，我很抱歉。

本书的出版，自始至终一直都得到了一家出版社编辑部铃木芳子女士的大力帮助。在整个写作过程中，我一直很忙，如果当时没有铃木芳子女士的及时鼓励和催促，此书可能至今还不能问世。在此，我表示由衷的感谢。此外，我在本书写作的最后阶段违背心意地赴西德进行海外研究，因而有关书中引用文献和所提及的人物生平的考证，以及校对等工作，均是麻烦早稻田大学副教授野村総以及所属本研究室的早稻田大学大学院法学研究系学生们进行的，在此，一并表示感谢。

西原春夫

1989年6月22日

于西德·法兰克福

一个美丽的初夏之夜

# 序 章 刑法基本点的探求

## 一、考察的目的

一、刑法是处罚人的法律。处罚人，必须有某种理由，必须有某人作了足以受罚的某种坏事的事实。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。

然而，人本来就能对人进行裁判吗？令人遗憾，回答是否定的。要对人进行裁判有一个前提：能正确无误地洞察到人的哪些行为是绝对正确的，而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：能正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，这样作果真能行吗？要对人进行裁判还必须对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，那他应当说是一个全知万能的完人，也就是只有神才能如此。

尽管如此，人对人实施裁判，从古迄今从未间断过。人类在漫长的历史过程中，从来就没有废除过法，刑罚以及裁判制度。那么，在从古到今这一漫长的历程中，人类是不是一直在犯错误呢？是不是如托尔斯泰所描述的那样，裁判他人和

执行刑罚的人是“官准的罪人”呢？

从宗教的立场上看，对此提问也只能回答说“是的”。《圣经》有这样一段著名的描述：众人把一个行淫被捉的妇人带到耶稣面前，问他：“摩西在律法上吩咐我们，把这样的妇女用石头打死，你说该把她怎么样呢？”耶稣回答道：“你们中间谁是没有罪的，谁就可以先拿石头打她。”大家听后，一个一个的回去了（《新约全书·约翰福音》第八章）。还有一次，耶稣在山上教训众人，耶稣说：“你们不要论断人，免得你们被论断。因为你们怎样论断人，也必怎样被论断；你们用什么量器量给人，也必用什么量器量给你们。为什么看见你弟兄眼中有刺，却不想自己眼中有梁木呢？你自己眼中有梁木，怎能对你弟兄说：‘容我去掉你眼中的刺’呢？你这假冒为善的人！先去掉自己眼中的梁木，然后才能看得清楚，去掉你弟兄眼中的刺。”（《新约全书·马太福音》第七章）。但是，人最终恐怕是不能去掉自己眼中的梁木的吧。或者是能竭尽全力要去掉梁木，或者是误以为已经去掉梁木了。两者必居其一。

然而，由于人不具有对人进行裁判的能力和资格，从而在等待神的裁判之前不论发生什么事，都暂停人对人的裁判，这样做对吗？如果停止裁判亦能维持秩序，那么人是有道德的吗？回答显然是否定的。人不可能像神那样进行裁判，同样也不可能像神那样是有道德的。人在祈求于神的同时，又在犯错误。如果在神作出裁判以前，人停止对人的裁判，那么，强者就会无理地侵占弱者的利益，而被侵占利益的弱者只能选择这二种道路：要么愁肠百结地诅咒自己的命运，要么暗暗地图谋报复。即使被害者不这样做，周围热爱被害者的人也会这样做的。

本来，人是不能对人进行裁判的。但是，人不对人进行裁

判而产生的非正义,与人对人进行裁判而产生的非正义,两者相比较,显然是前者要严重得多。所以,人类自古以来就心甘情愿地忍受、容许并肯定人对人进行裁判所产生的非正义,直至今日。人对人进行裁判的制度,就这个意义而言,只是一种“必要的恶”。为对人进行裁判而制定的基准即刑法,以及对人进行裁判的结果所科以的刑罚,同样也只是一种必要的恶。

二、所谓刑法,如文字所示,是规定“刑罚”<sup>[1]</sup>的法律。严密地说,是规定实施何种行为时科以何种刑罚的法律。应科以刑罚的行为称为“犯罪”,所以也可以说刑法是规定犯罪与刑罚及其两者关系的法律。其代表性的是日本明治40年<sup>[2]</sup>制定的、取名“刑法”的法律,记载于“六法全书”等书中。但是,广义的刑法不仅限于此,凡是规定在违法时科以刑罚的法律都包括在刑法之内<sup>[3]</sup>。

[1] 现行法上,刑罚种类有死刑、拘役、禁锢、罚金、拘留、罚款等,此外还包括在上述刑罚(主刑)上附加没收(《刑法》第9条)。科以上述刑罚时,必须根据法院的裁判而执行(《宪法》第31条)。当然,有的法律还规定了剥夺人的自由、财产的不利处分,诸如监置(《关于法庭等秩序维持的法律》第2条)、驾驶执照的吊销和停止(《道路交通安全法》第103条)、许可证的吊销、营业的禁止和停止(《食品卫生法》第22条)、罚款(《大气污染防治法》第37条)等,都属此类。这些都是行政上的处分,不包括于刑罚。

[2] 即1908年。——译者

[3] 除《六法全书》记载明治40年制定的“刑法”外,还有许多规定刑罚的法律,换而言之,即违法时科以刑罚的这种具有法律效果的法律。其大致可分为二种:一种是具有上述“刑法”的附属法规性质的“特别刑法”;一种是“行政刑法”。它原来是一部为实施行政取缔而制定的行政法规,后来才形成为确保行政取缔目的而对部分违法行为规定科以刑罚的“行政刑法”。前者有《关于轻犯罪法》、《暴力行为等处罚的法律》、《关于爆炸物取缔罚则》、《燃烧瓶使用等的处罚法律》、《商法的罚则规定》等;后者有《道路交通安全法》、《枪炮刀剑类所持等取缔法》、《火药类取缔法》、《大气污染防治法》、《水质污染防治法》等的罚则。

如果某人实施了某种坏行为，提交审判，并要对其科以刑罚时，其基准就是这种刑法。刑法中必然规定实施了何种行为为该科以何种刑罚。审判官在科以刑罚时，必须遵守刑法。所谓“必须遵守”不仅是指对刑法中没有规定要科以刑罚的行为不能处罚，而且意味着判定刑罚不能超越刑法所规定的刑罚限度。这种原则叫作“罪刑法定主义”，就此问题后面还要论述。总之，刑法是以国家的名义明文规定人的何种行为才构成了何种恶的程度的法律。没有这种刑法就没有犯罪，没有刑法也就没有刑罚。

就前面所述的意义而言，这也是一种“必要的恶”。尤其是：刑法是在法中公开承认对违法者要处以死刑、惩役、罚金等，并以国家名义剥夺个人重大利益的法律，所以“必要的恶”的程度只能说更严重。因此，刑法的结果是程度如此严重的“必要的恶”，我们就不得不经常推敲存在的合理性和正当性。我们的国民因一部合理性和必要性不明确的法律，而在日常生活中受到限制，违法时被处以刑罚，重要利益受到侵犯，并被打上犯人的烙印，这一切令人难以忍受。刑法中，有些内容在立法的当初就缺少其合理性和正当性，有些随着时代的变迁已丧失其存在的意义。因此，对刑法的推敲必须经常持续地进行。而且，这种推敲不仅是以现已实行并具有效力的刑法为对象，还应针对立法过程中的法案，进而还必须在立法过程中考虑到应制定怎样的刑法。

三、对刑法存在的合理性和正当性的推敲不是轻而易举的。是否有合理性，是否有正当性，这属于文明性的价值判断，并由于价值判断的基准和立场的不同，而出现各种各样的答案。对数学题的答案，批卷人从其角度只需批上“正确或错误”即可。但是，对刑法存在的合理性和正当性的推敲之所以

不能这样，就是因为在其判断上存在着困难。

然而，不能因为有困难而困惑，就滥用国家的刑罚权而不去保障国民的权利。不管怎样，必须敢于对刑法存在的合理性和正当性进行推敲。这时应当明确的是推敲的方式。对怎样的情况，该以怎样的顺序去研究，如果推敲的方式不明确，推敲本身就靠不住。那么，究竟怎样寻求推敲的方式呢？问题的核心是要探索制定刑法的原动力。假设某一法案已经立案，要推敲该法案的合理性和正当性，其程序有多种。诸如规定的内容过于抽象，而何种行为该科以何种处罚不是简洁明瞭，较之犯罪程度较轻微而量刑偏重等，这些都属技术性缺点，稍加修改就能解决。因此，不在此推敲范围之内。问题是今后如将上述种类的行为定为犯罪，势必会出现各种现象：国家对日常生活中的琐碎小事介入过多；某些民事上的损害赔偿只要靠其法律效果就能解决，不必重新科以刑罚；从比较法看，其他国家都没有对这些行为加以处罚的例子。但是，有人也会针对这些批判提出反驳：从我国最近的社会生活动向来看，不对这些行为加以抑制，被害者的利益受到的侵害就会很严重，而要抑制这些行为，损害赔偿等的法律效果就显得不够充分，必须行使刑罚这种强有力的手段；外国由于这些行为为不太多，所以没有对之采取处罚，这些都是我国固有的立法问题，等等。如此，争论就会永无止境。在这种情况下，要不让争论成为无休止的争论，办法就是探求立案的原动力。

但是，立案的原动力并不是单纯的，它与叠加而成的各种原动力微妙地混合在一起，互相影响，并体现在立案的行动中。例如，此类行为最近不断发生，因此类行为而受害的人已不能保持沉默，立案当局应声采取行动。从表面看，情况只是如此。但是，如果进一步深入考察，就会发现此类行为不断发

生的社会和经济因素；横向考察，或许还可以发现在立案当局者决定立案的过程中有着各种因素，如被害的居民掀起了激烈的居民运动，或著名的学者有说服力地对立案当局施加了影响，等等。

但是，仅仅探求刑法的制定和立案上现实的原动力，仍然不会明确刑法存在的合理性和正当性。如果不审核该原动力是否与其本来意图相符，就不能明确刑法存在的合理性和正当性。因此，首先应该考察刑法制定的原动力里具备那些内容才是适当的。只有明确了这点，才可能评价特定刑法的制定和立案的具体原动力是否偏离了原来的轨道，才可能为判断其刑法存在的合理性和正当性提供重要的参考资料。

这样，本书把这种处于刑法背后，构成刑法立案和制定的原动力起名为“刑法的基础要素”<sup>[1]</sup>，把对此的探索和分析作为本书的最大目标。这归根结底是与刑法学最基本，也是最高层次的考察紧密相连的，即：刑法为什么会存在？国家可依据什么对国民科以刑罚？

## 二、考察的方法

一、刑法的基础要素是什么？本书在编织分析体系之际，要使用个别的经线和纬线。其中纬线又是由二根不同颜色的线编织而成的。第一根线理所当然存在于刑法基础之中，一般而言是对应作为以为能作为刑法制定的原动力的要素的探索。这无非是对刑法的基础要素，从基本方针、条理及理念的

[1] “刑法的基础要素”，即书名中所称的“刑法的根基”。——译者

侧面来考察。譬如，以议会制民主主义如理想中的那样起作用为前提来考察刑法制定的原动力，就是从这个方向所作的考察。

但是，现实的刑法制定过程，决不能认为是理念化的。制定刑法的虽是国会，但来自于议会外团体的压力，政治捐款的影响，议员名额的不均，尤其是由原来的议会制民主主义分离出来的势力等，都可能对刑法的制定施加影响。对于每种具体的刑法制定，既然存在外界有影响力的势力，那么它们也是刑法制定的原动力，应包括于刑法基础的要素之中。毋宁说，如果不面对上述现实，仅以原则的华丽词藻分析刑法的制定过程，那它只能是迷惑人的。

这样来探索偏离本来方向的刑法制定的原动力，是对刑法的基础要素的现实性考察，和前述的理念性考察不同。明确地区别两者，并加以探求，由此才能对两者进行比较，才能分析出在立法之际是否有偏离方向的原动力在起作用，以及它是哪种力量，并能把它作为立法批判的资料。说起来，前者是国家刑罚权实施的生理现象的考察，后者则是其病理现象的考察。本书将把这两种考察作为分析的纬线。

与此相对应，经线是关于分析的顺序的。如前所述，刑法的背后潜伏着制定刑法的众多要素，而这些要素未必都潜伏在相同的深处。假如把刑法的制定比喻为出现在表层的一种现象，而其表层的下一层则浅浅地隐藏着原动力，那么远离表层的地壳深处也存在着要素。而且，其间有着各种层次，扎根于各层次的各种要素成体系地密集在一起。是由浅及深地考察，还是由深及浅地考察？任一均可。哪种方便，就选择哪种。从逻辑上说，最深处的原动力循序渐近地诱发出离表层较近的原动力，最后引发制定刑法的直接的动力。所以，考察



也应按此顺序进行。然而，现在却是甚至什么是动力还不明确。最深处的要素还深深隐藏着，很难发现其所在之处。在此情况下，选择比较容易看到又接近表层的要素，由此循序渐近地不断向深处挖掘，这是合乎目的的。首先选择就近的动力，由此探索促使刑法制定的要素，并以这种形式进行考察，不失为一种非常容易的方法。本书就拟采用这种方法。而且，这种方法也是编织本书的经线。

二、在着手探求刑法基础的要素之际，必须确认的是考察者的意识形态。诚然，如果只限于从逻辑上阐明刑法制定的原动力的体系，考察者持哪种政治立场就不那么有影响。但是，即便是举出各种要素，也与对现状是否持批判态度密切相关。如果是持批判态度的，这种态度本身无非是要阐明一种政治观点。何况要判断刑法制定的动力中哪些是本来就有的，哪些是偏离本来方向的，都必须取决于考察者的政治立场。

但是，对意识形态体系的阐释，本身就需要一本书的篇幅，而这不属于本书的内容。而且，可以想见，本书读者的政治立场也是各不相同的。如果仅用一种政治观点来加以考察，那么持其他政见的读者就会对本书抱有偏见。因此，本书坚持采用大多数读者所共同持有的一种普遍的政治观点，即以宪法所承认的各项原则为出发点。那就是和平主义、国民主权主义、尊重人权主义、三权分立主义等诸原则。任何违背上述宪法上的各项原则宗旨的刑法制定的原动力，都应作为不该存在的要素而要加以排斥。

但是，笔者的立场观点如果仅停留于此，那是不够的。人们都认为人的行为本来就有一定的规律性，然而是否承认法律的约束力非常强劲有力，以及从何处寻求法律的根源，对此