



日本刑法典

(第2版)

张明楷·译

根据日本三省堂《DAILY六法》翻译

2006年版

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

日本刑法典

(第2版)

根据日本三省堂
2006年版《DAILY六法》翻译

张明楷·译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

日本刑法典 / 张明楷译. — 2 版. — 北京: 法律出版社, 2006. 3

(法典译丛)

ISBN 7 - 5036 - 6157 - 7

I. 日... II. 张... III. 刑法—法典—日本 IV. D931.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 013021 号

©法律出版社·中国

法典译丛

日本刑法典(第2版)

张明楷译

责任编辑 孙东育

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2006年3月第2版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 8.125 字数 183千

印次 2006年3月第1次印刷

编辑 法学学术出版社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 7 - 5036 - 6157 - 7/D · 5874 定价: 18.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

出版者语

1901年，张元济先生主持南洋公学译书馆在推出严译《原富》的同时，也推出译自日文的《法规大全》，其内容涵日本新制，亦有日译欧法。1913年，元济先生复主持商务印书馆出版此书之修订版，并邀沈家本先生作序。也就在这一年，73岁的沈先生溘然长逝。

在生命最后一年里写就的序言中，沈家本先生说：“日本旧时制度，唐法为多，明治以后，采用欧法，不数十年，遂为强国……发愤为雄，不惜财力，以编译西人之书，以研究西方之学……举全国之精神，胥贯注法律之内。故国势日张，非偶然也。”

沈先生这些话里的殷殷之情，仍可于百年后直指法律人之心。法典之译、法学之张与国势之张密切相连，怎不使作为中国人的法律人为之澎湃？

在为国势之张而澎湃的同时，我们亦有更多理由，来创办这个“法典译丛”：人的权利与自由，今为共识之论，我们期冀，重要法典之译，能推动吾国之权利建设；法学学术之发展，今呈上扬之势，却亦有浮躁，我们期冀，重要法典之译，能推动吾国之学术精进；全球化之展开，今如大江奔腾，我们期冀，重要法典之译，能推动吾国之开放拓进。

与张元济先生之出版和沈家本先生之法学相比，今日的现代出版人和学术人不是情怀不足，就是成就不足，结合甚好者是为少数。但情怀与成就，并非鱼与熊掌，而近于灯与光芒。说到张、沈，

日本刑法定(第2版)

我们虽不敢自比前贤,却可自慰于我们非有情怀而不期待成就的空想者或有成就而无情怀的空心人。

我们希望,今日我们的这套“法典译丛”,能具一种情怀,能有几分成就,能有裨益于一些经国的事业,个体的救济,学术的腾达,开放的超迈。

法律出版社·法学学术出版分社 谨识

2006年2月

日本刑法的发展及其启示^{〔1〕}

(代译序)

日本现行刑法典于1907年颁布,1908年10月1日起施行。在将近一个世纪的时间里,日本刑法典共修改了21次。第二次世界大战前修改了2次(1921年、1941年);第二次世界大战后修改了19次(1947年、1953年、1954年、1958年、1960年、1964年、1968年、1980年、1987年、1991年、1995年、2001年、2003年、2004年、2005年),其中,2001年修改了3次、2003年和2005年修改了2次。

在1908年至1946年的近40年间,日本刑法典只修改了两次,第一次(1921年)仅将刑法第253条关于业务侵占罪的法定刑由“1年以上10年以下惩役”改为“10年以下惩役”。这一次修改,既是鉴于业务上侵占罪中存在情节较轻的情形,也是为了避免适用当时的旧刑事诉讼法中经由预审的烦琐。^{〔2〕}第二次(1941年)修改了关于没收、公正证书原本不实记载罪、受贿罪、受托受贿罪、事前受贿罪、行贿罪的规定,增加了关于追征、妨害强制执行罪、妨害拍卖、投标罪、使请托人向第三者提供贿赂罪、加重受贿罪与事后受贿罪的规定。可以认为,1941年的修改,主要是为了强化对国家法益的保护,这显然与当时日本的政治背景密切相关。

1947年,日本以第二次世界大战后制定的新宪法精神,特别是平

〔1〕 本文曾发表于《当代法学》2006年第1期,此次刊发时作了部分修改。

〔2〕 参见〔日〕团藤重光:《刑法纲要各论》,创文社1990年第3版,第527页。

等主义、尊重人权主义为基础,对刑法典进行了整体修改。^[3] 主要内容为:删除了对皇室的犯罪、通敌犯罪与通奸罪,加重了公务员滥用职权罪、暴行罪、胁迫罪的法定刑,放宽了缓刑适用条件,增设了前科消灭制度等。可以说,1947年的修改侧重于保护个人法益与保障行为自由,因而与1941年的修改呈相反方向。这也是与战后日本政治、社会背景的变化紧密相连的。

1948年至1986年,日本刑法典共修改了7次,但每次修改的内容并不多。例如,1953年与1954年两次修改的内容都限于有关缓刑与假释的规定;^[4]1960年增设了侵夺不动产罪与损环境罪罪,另修改了两个条文(第3条与第244条);^[5]1968年只对第45条与第211条^[6]进行了修改;1980年提高了几种受贿罪的法定刑。

正因为是相当长时间内,日本立法机关很少修改刑法典(在1907年至1986年的80年间,共修改10次,平均8年修改1次),所以,日本刑事法学者称立法机关以往“像金字塔一样的沉默”。^[7]可以说,这种沉默根源于日本相对稳定的社会背景。日本60年代初至80年代中期,经济高速发展、秩序非常安定,刑法典也相当稳定的事实,便说明了这一点。

但是,从1987年起,日本立法机关开始频繁修改刑法典,出现了刑事立法活性化现象。^[8]

1987年就刑法的适用范围,增加了2个条文,另修改了2个条文;由于电子计算机的普及,在有关公文书的伪造、损坏等4个分则条文

[3] 参见[日]大冢仁:《刑法概说(总论)》,有斐阁1997年第3版,第35页。

[4] 1954年另修改了刑法典第1条关于刑法适用范围的规定。

[5] 第3条是关于日本国民在国外犯罪的适用范围的规定,第244条是关于亲属间盗窃与侵夺不动产的特例的规定。

[6] 第45条是关于并合罪的规定,第211条是关于业务上过失致死伤罪的规定。

[7] [日]松尾浩也:“刑事法の課題と展望”,载《ジュリリスト》1986年总第852号,第11页。

[8] “活性化”是日本刑法学者使用的概念,参见[日]井田良:“刑事立法の活性化とそのゆくえ”,载《法律时报》2003年第75卷第2号,第4页以下。

中,加入了电磁记录的内容;另增设了不正当制作和提供电磁记录罪(第161条之二)、损坏电子计算机等妨害业务罪(第234条之二)与使用电子计算机诈骗罪(第246条之二)。

由于日本经济的高速发展,使得原来规定的罚金与科料数额显得过低,难以发挥制裁作用,所以,1991年不仅提高了总则规定的罚金与科料数额,而且提高了分则50多个条文所规定的罚金与科料数额。^{〔9〕}

1995年实行了刑法典的通俗化(平易化)。日本刑法典原本使用了片假名和较难的汉字,但这种表达方式难以与战后的国民相亲近。1995年用平假名改写刑法典(如同将古汉语译为白话文),不再使用一些较难的汉字。由于对聋哑人的教育发达,聋哑人的责任能力与一般人并无差异,故删除了有关减轻聋哑人刑罚的规定;此外,基于平等主义的要求,删除了有关杀害、伤害、遗弃、拘禁尊亲属等加重处罚的规定。

2001年,日本立法机关三次修改刑法典。主要内容是:总则部分修改了有关对国外犯的适用范围规定;分则部分除增加驾驶汽车致人轻伤酌情免除刑罚的规定、增设危险驾驶致死伤罪(第208条之二)外,增设了第18章之二(“有关支付用磁卡电磁记录的犯罪”),该章共4个条文,所增设的具体犯罪有:不正当制作、提供、出让、出借、输入支付用磁卡电磁记录罪、持有不正当电磁记录的磁卡罪、准备不正当制作支付用磁卡电磁记录罪。

2003年,日本立法机关两次修改刑法典。一次是增加了外国人在国外对日本国民犯罪的适用范围的规定,修改了刑法关于普通管辖原则的规定;另一次是删除了受贿罪主体中有关仲裁人的规定,使刑法典规定的受贿罪主体仅限于公务员。这是因为同年颁布的《仲裁法》规定了仲裁人受贿、受托受贿、事前受贿等罪。

2004年,日本立法机关又对刑法典作了重大修改。总则部分:将

〔9〕 在此之前也对罚金与科料数额作过修改。

有期惩役与监禁的期限由1个月以上15年以下,提高为1个月以上20年以下;将死刑、无期惩役与监禁减为有期惩役与监禁的期限,由15年提高到30年;将加重有期惩役与监禁的期限,由20年提高到30年。提高有期惩役与监禁的期限的主要理由是,从日本1907年制定刑法典到现在,国民的平均寿命大幅度提高;如果仍然维持原来的期限,则不符合国民对刑罚的规范意识。而且,原来的期限导致有期惩役、监禁与无期惩役、监禁的差异过大。^[10]分则部分:提高了强制猥亵罪、准强制猥亵罪、强奸罪、准强奸罪、强奸致死伤罪、杀人罪、伤害罪、伤害致死罪、危险驾驶致伤罪的法定刑;^[11]降低了强盗致伤罪的法定刑;^[12]增设了集团强奸罪、集团准强奸罪;2人以上在现场共同犯强奸罪或准强奸罪的,处4年以上有期惩役;犯集团强奸罪、准强奸罪或者其未遂犯,因而致女子死伤的,处无期或者6年以上惩役。

2005年,日本立法机关两次修改了刑法典,修改了第3条和第3条之二关于刑法适用范围的规定,对第11条、第12条、第16条、第28条、第29条的术语进行了修改,另修改了分则的个别条文。

除刑法典之外,日本立法机关近年来还制定了许多单行刑法,如《关于防止暴力团员的不当行为的法律》(1991年)、《关于防止沙林等造成人身伤害的法律》(1995年)、《关于器官移植的法律》(1997年)、《处罚有关儿童卖淫、儿童色情等行为及保护儿童的法律》(1999年)、

[10] 参见[日]佐藤弘规:“刑法等の一部を改正する法律”,载《Jurist》2005年总第1285号,第34页以下。

[11] 强制猥亵罪、准强制猥亵罪由原来的“6个月以上7年以下惩役”,提高为“6个月以上10年以下惩役”;强奸罪、准强奸罪由原来的“2年以上有期惩役”,提高为“3年以上有期惩役”;强奸致死伤罪由原来的“无期或者3年以上惩役”,提高到“无期或者5年以上惩役”;杀人罪由原来的“死刑、无期或者3年以上惩役”,提高到“死刑、无期或者5年以上惩役”;伤害罪由原来的“10年以下惩役或者30万元以下罚金或科料”,提高到“15年以下惩役或者50万元以下罚金”;伤害致死罪由原来的“2年以上有期惩役”,提高到“3年以上有期惩役”;危险驾驶致伤罪由“10年以下惩役”,提高到“15年以下惩役”。

[12] 由原来的“无期或者7年以上惩役”,修改为“无期或者6年以上惩役”。

《关于规制实施无差别大量杀人行为的团体的法律》(1999年)、《关于有组织犯罪的处罚及犯罪收益规制等的法律》(1999年)、《关于防止儿童虐待等法律》(2000年)、《关于规制基因克隆技术的法律》(2000年)、《关于禁止不正当存取信息行为的法律》(2000年)、《关于规制纠缠行为等的法律》(2000年)、《关于防止配偶的暴力及保护被害人的法律》(2001年)、《关于处罚为了对公众等胁迫目的的犯罪行为提供资金等的法律》(2002年)、《关于对心神丧失等状态下实施他害行为的人进行医疗及观察等的法律》(2003年)。与此同时,立法机关对原来制定甚至新制定的单行刑法也进行了必要修改。例如,1991年制定的《关于防止暴力团员的不当行为的法律》,截至2004年共修改了17次,其中,1993年、1997年、1998年各修改了2次、1999年修改了3次、2000年与2001年各修改了1次、2002年、2003年、2004年各修改了2次。

此外,日本近几年来新制定的行政刑法(附属刑法)也增设了大量行政犯罪,同时也修改了原有的行政刑法。例如,2004年重新制定的《不动产登记法》就规定了泄露秘密罪、提供虚伪的登记名义人确定情报罪、不正当取得登记识别情报罪、妨害检查罪等罪名与法定刑。再如,2004年修改了《商品交易所法》中有关行政刑法的规定。

可以肯定,日本立法机关还将频繁修改刑法典、单行刑法与行政刑法。近期内便可能就高科技犯罪、侵犯人身自由的犯罪等修改刑法典。换言之,频繁修改刑法不是暂时现象,今后还将持续。

从以上介绍可以看出,日本刑法的发展具有以下特点。

1. 日本已从刑事立法的稳定化转向了刑事立法的活性化,立法机关已不再像以往那样沉默,而是频繁地修改刑法典、单行刑法与行政刑法。根据日本学者的观点,刑事立法活性化的社会背景主要有以下几点:

第一,刑事立法的活性化倾向,是表明日本社会转变为比以往更加不得不依赖刑罚的社会的一个标志。因为个人主义、自由主义的思考与行为样态的浸透,导致异质价值观得到广泛允许,造成非正式的

社会统制力减弱、行为的规制弛缓,其结局必然不可避免地产生通过刑罚的补充完善以维持社会秩序的倾向。另一方面,刑事立法活性化现象,表明以往较弱的“市民的安全或保护的要求”,现在通过媒体更直接、更强烈、更及时地反映至立法机关;国家对市民的刑法保护,成为一项公共服务内容。

第二,刑事立法的活性化,是当今社会市民不安的表现。凶恶犯罪、重大犯罪不断增加,国民的体感治安恶化,必然要求修改刑法,提高法定刑。另一方面,随着社会生活的复杂化、科学化、高度技术化,对于个人而言,社会就像一个巨大的黑匣子,不可能进行主体性的控制。人们的生活主要依赖脆弱的技术手段,与此同时,个人行为所具有的潜在危险也飞跃性地增大,人们不知瞬间会发生何种灾难。由此产生了刑法处罚的早期化、宽泛化,所以,需要及时修改刑法增设新的犯罪类型。

第三,刑事立法的活性化,与当今社会在其内部产生了不共有根本价值观的社会成员有关。即当今社会存在许多根本价值观不同于一般市民的犯罪组织、邪教团体、政治集团;为了保护社会市民的生活利益,必须尽早对这些组织的活动进行刑事规制。所以,日本近几年来刑事立法的主题之一,是基于有组织犯罪集团的存在及其活动而进行的犯罪化与重罚化。

第四,刑事立法的活性化,还有国际社会压力的背景。进入90年代后,刑事实体法领域的国际标准的形成,要求完善日本的国内立法。一些国际条约的形成与日本政府的加入,促使日本立法机关修改刑法典和制定单行刑法。^[13]

2. 日本近年来的刑事立法,主要表现为犯罪化,同时强化对被害人的保护,导致刑法保护的早期化与刑罚处罚的重罚化。

第二次世界大战后的1947年,日本刑法定删除了有关对皇室的

[13] 以上四点,参见[日]井田良:“刑事立法の活性化とそのゆくえ”,载《法律时报》2003年第75卷第2号,第4页以下。

犯罪、通敌犯罪以及通奸罪；20世纪90年代，只是废除了有关对尊亲属犯罪加重处罚的规定。但是，80年代末以来的刑事立法，主要表现为犯罪化，增设了许多新的犯罪类型；单行刑法、行政刑法（如《仲裁法》规定了仲裁人的各种犯罪）增设的犯罪类型则难计其数。大量的犯罪化，主要来自于社会生活的复杂化，此外也有刑事政策的原因。

犯罪化与刑法保护的早期化密切相关。早期化的表现是，刑法原本以造成法益侵害的侵害犯、结果犯为基础，未遂犯、危险犯、预备犯只是修正的、例外的犯罪形态。但近年来的刑事立法增加了未遂犯、危险犯、预备罪的处罚规定，逐渐使例外成为常态。例如，2001年增设的分则第18章之二，将为了供相关犯罪行为使用，而获取、提供电磁信息记录行为、保管不正当获取的电磁记录信息的行为、准备器械或者原料的行为规定为犯罪。再如，《关于禁止不正当存取信息行为的法律》、《关于规制纠缠行为等的法律》等，都使例外犯罪形态不再成为例外。

刑法保护的早期化，主要是因为在今日社会，社会生活的复杂化与犯罪的高科技化，使得许多犯罪行为一旦得逞，便会造成不可估量的侵害结果；所以，不能等待造成侵害结果后再处罚，而必须对法益进行提前保护。提前保护似乎成为一种更有效率的保护。

但是，日本刑法理论对于刑法保护的早期化存在不同看法。部分学者从重视刑法的规范意识形成机能的立场出发，对于为了适应现代社会、形成新的伦理，通过刑法保护的早期化形成刑法上的行为规范所具有的积极意义持肯定态度。部分学者将刑法的保护对象，限定为个人的生命、身体、自由、财产等古典的法益，基于贯彻法益概念所具有的自由保障机能的立场，认为刑法保护的早期化是刑法的过度介入，因而对刑法保护的早期化持否定态度。部分学者居于中间立场，认为刑法保护的一定早期化是出于不得已，但在适用上应作一定的限定。这三种不同立场，涉及刑法的任务是什么、作为刑法保护对象的

法益是什么等根本问题。^[14]

重罚化的表现是,提高了有期徒刑的最高期限,加重了性犯罪、杀人罪、伤害罪、各种交通犯罪的法定刑,对新增设的危险驾驶致死伤等罪也规定了较重的法定刑。2000年改正后的《少年法》,对少年犯的处罚比以往严厉。

刑罚处罚的重罚化,是由被害人保护的舆论推进的。例如,由于高速公路上的追尾事故导致丧失两个幼儿的父母为主的交通事故的遗族及其声援者的署名活动,导致立法机关在刑法典中新设危险驾驶致死伤罪并规定较重的法定刑。再如,《少年法》的改正,也是神户儿童杀伤事故中的遗族的呼吁以及“少年事件被害当事人会”的活动等促成的。^[15]

基于被害人保护的重罚化,也受到了日本部分学者的批评。有学者认为,将被害人保护的要求作为重罚化的正当化根据存在许多疑问,如扩大了“被害”与“被害人”的概念,被害人保护的要求常常产生于媒体、政府的炒作;刑事立法时,不能仅考虑国民不成熟的处罚感情,而要尽可能合理地、实证地考虑法益保护的适合性、必要性、相当性。^[16]

3. 从日本刑法的发展可以看出,部分条文长期保持不变,部分条文被反复修改。主要表现为:内容简洁、用语抽象的条款,一直保持稳定,而内容复杂、表述详细的条款则被反复修改;从数量上看,对刑法的适用范围、刑罚(法定刑)的修改较多,对犯罪(构成要件)的修改较少。此外,单行刑法、行政刑法的修改,比刑法典的修改更为频繁。

从刑法典总则修改的情况来看。关于犯罪成立条件、正当化事

[14] [日]高桥则夫:“刑法的保护の早期化と刑法の限界”,载《法律时报》2003年第75卷第2号,第16页。

[15] [日]松原芳博:“被害者保护と“严罚化””,载《法律时报》2003年第75卷第2号,第20页以下。

[16] [日]松原芳博:“被害者保护と“严罚化””,载《法律时报》2003年第75卷第2号,第21页以下。

由、未遂犯、共同犯罪等规定,从来没有修改过;而总则关于刑法的适用范围、缓刑、假释等规定被反复修改。例如,刑法总则关于适用范围的规定,原本只有6个条文,后来增加了2个条文,第6条之前的条文均被修改过,其中第2条关于对外国犯的适用范围的规定,被修改过3次。这是因为,随着社会越来越国际化、流动化,国际犯罪越来越普遍,身处本国也可能受到来自国外犯的伤害,所以,需要不断调整本国刑法的适用范围。再如,关于缓刑的条款几乎均被修改过,而且一般被修改过2次。此外,为了实现重罚化,对有关有期徒刑、监禁的期限、罚金与科料的数量的条款进行了全面修改。

从刑法典分则修改的情况来看。第二次世界大战后,对于犯罪及其构成要件的修改,主要表现为两种情形:一是基于自由主义、平等主义,删除了有关对皇室的犯罪、通敌犯罪、通奸罪,删除了对尊亲属犯罪加重处罚的规定;二是增设与经济生活、社会生活的变化密切相关的现代型犯罪,如增设有关计算机、电磁记录的犯罪(近20个条文)。这是因为,政治、经济、社会生活的变化,必然导致刑法内容的变化;世界各国概莫能外,日本刑法也是如此。另一方面,大体而言,对于传统犯罪的构成要件,基本上没有作任何修改。其主要原因在于,对传统犯罪构成要件的描述都比较简短,涵摄面广,可以适应不断变化的社会生活事实。虽然传统犯罪的构成要件没有变化,但其危害程度会不断发生变化,国民对犯罪的评价也随之发生变化,而刑罚是应对犯罪的,所以,刑罚与法定刑会不断变化。由于侵犯人身的犯罪呈凶恶化、重大化的趋势,日本刑法主要对侵犯人身的犯罪加重了法定刑,只有个别犯罪(强盗致死伤罪)降低了法定刑。

4. 刑法表述更加通俗化、平易化,规范用语减少、较难的汉字减少,而且新增条款的表述比较具体、详细。

如前所述,日本刑法原本以片假名表述,1995年改为平假名。在日常生活中,日本国民一般使用平假名,由平假名表述刑法,可以使国民亲近刑法,从而实现积极的一般预防。1995年的刑法典修改,也减少了规范用语与较难的汉字。例如,将汉字“妇女”改为“女子”,将

“欺罔”改为“欺く”，将“赃物”改为“盗窃的物品(盗品)及其他相当财产犯罪行为所领得之物”(“盗品等”)；不再使用汉字“猥亵”，而直接使用假名(わいせつ)。这样的修改可能使国民更容易理解刑法条文，也许避免了刑法理论的一些争论。

制定于1907年的日本刑法典，条文原本非常简洁，犯罪类型极具包括性，解释余地较大。但近年来增加的条款，其内容非常具体、详细。例如，2001年新设、2004年被修改的第208条之二第1项规定：“受酒精或者药物的影响，在难以正常驾驶的状态下，驾驶四轮以上的汽车，因而致人伤害的，处15年以下惩役；致人死亡的，处1年以上有期惩役。以难以控制的高速度行驶，或者不具有控制行驶的技能而驾驶四轮以上汽车，因而致人死伤的，亦同。”同条第2项规定：“以妨害人或者车的通行为目的，进入行驶中的汽车的近距离前，明显接近其他通行中的人或车，并且以可能产生交通危险的速度驾驶四轮以上汽车，因而致人死伤的，与前项同。有意无视红色信号或者与之相当的信号，而且以可能产生交通危险的速度驾驶四轮以上汽车，因而致人死伤的，亦同。”这样的详细表述，在第二次世界大战前的刑法典中是不可能见到的。这种具体、详细的表述，几乎使法条丧失了解释的余地。

考察日本的刑法发展及其特点，可以使我们得到一些启示：

1. 在日本，刑法典、单行刑法与行政刑法所规定的犯罪难计其数，即使在中国人看来相对轻微的危害行为，也被规定为犯罪；相反，在中国，只有刑法典与少数单行刑法规定犯罪及其法定刑，不存在行政刑法(其他法律中不规定犯罪与法定刑)。正如日本学者所言：“和日本不同，在中国，至少在现阶段，所有的刑罚法规都集中在刑法典之中，而在刑法典之外则几乎看不见，因此，在中国不存在日本所谓的行政刑法。由于刑法典上的条文数量很少，因此，乍看之下，中国刑法中的处罚范围似乎很广，但实际上则不是如此，日本刑法中的处罚范围比中国要广泛得多。所以，在非犯罪化方面，中国远比日本进步，这一点

必须引起注意。”^[17]

但是,非犯罪化的进步,并不等于刑法的进步,更不等于法治的进步。事实上,任何国家及其国民,都不会容忍危害行为,相反总是采取某种措施禁止、制裁违法行为,在法律内不能受到制裁的危害行为,总会在法律外受到制裁。否则,就没有社会秩序与国民安定可言。由成文刑法将值得处罚的危害行为规定为犯罪,就意味着由法院根据实体刑法与法定程序作出判决,这便遵循了法治的要求。而将大量的值得处罚的危害行为在刑事诉讼之外由非司法机关处理,则存在两个重大问题:其一,虽然从总体来看,刑罚是最严厉的制裁措施,但行政处罚完全可能重于较轻的刑罚。“在实际效果上远甚于刑罚的行政制裁相当严重,将这种行政制裁不是交由法院,而是交由行政机关裁量的话,就会违反保障程序公正的宪法精神。”^[18]其二,相当多的危害行为,也不一定由行政机关依照行政法处理,而是采取了其他一些非法律的途径,这便更加违反了法治原则。

长期以来,我们习惯于讲“惩办与教育相结合”、“扩大教育面、缩小打击面”;刑法只是规定了严重的犯罪行为,司法机关也只喜欢办大案要案,轻微的犯罪行为没有受到刑法规制。在非法治时代尤其是战争年代,这是可以理解和接受的。可是,在“依法治国”写进宪法之后,人们并没有反思以往的刑事政策是否符合法治精神与法治原则,没有在法治视野下考虑刑法处罚范围;而是习惯于认为,刑罚处罚范围越窄越好,而没有考虑对所谓“非犯罪行为”的处罚是否符合法治要求。其实,将各种严重的、轻微的犯罪行为纳入刑法进行规制,由法院依法适用制裁程度不同的刑罚,正是依法治国的要求,也是社会成熟的表现。正因为如此,日本学者指出:“刑事立法的活性化倾向,是表明日本社会转变为比以往更加不得不依赖刑罚的社会的一个标志。在某

[17] [日]西原春夫:“日本刑法与中国刑法的本质差别”,黎宏译,载赵秉志主编:《刑法评论》(7),法律出版社2005年版,第123页。

[18] [日]西原春夫:“日本刑法与中国刑法的本质差别”,黎宏译,载赵秉志主编:《刑法评论》(7),法律出版社2005年版,第123页。

种程度上,这是战后日本社会‘成熟’的佐证。”^[19]

同西方国家相比,我国的犯罪率显得并不高,但国民对社会治安很不满意。其中的重要原因之一是,许多轻微的犯罪行为没有得到依法处理。所以,本文认为,我国当前的主要任务不是实行非犯罪化,^[20]而是应当推进犯罪化。其一,对于不太受时代变迁影响的严重危害行为,应当纳入刑法典进行规制。如刑法典应增加强制罪、暴行罪、胁迫罪、泄露他人秘密罪、公然猥亵罪、背任罪(背信罪)、侵夺不动产罪、非法发行彩票罪、伪造私文书罪、使用伪造变造的文书罪等。其二,应当制定《轻犯罪法》,将《治安管理处罚条例》、劳动教养法规所规定的各种危害行为,纳入《轻犯罪法》中,使各种犯罪行为得到法院的依法审理。其三,在行政法、经济法等法律中,直接规定行政犯的构成要件与法定刑。例如,在有关道路交通过的法律中,直接将酒后驾驶、无证驾驶等行为规定为犯罪。与此同时,增加较轻的刑种(如禁止驾驶、禁止从事特定职业等),并扩大罚金刑的适用范围、增加罚金刑的适用数量(不再将罚金刑局限于财产犯罪与经济犯罪)。

2. 由于日本立法机关以往像金字塔一样沉默,而刑法又必须适应不断变化的社会生活事实,所以,立法机关沉默的时代必然是法官、学者解释刑法的时代。但在刑事立法迅速化、具体化的时代,解释的余地、作用会相对缩小。一方面,一旦出现新的危害行为,刑事法便迅速实行犯罪化,因而没有必要将现行刑法条文的含义榨干,更没有必要想方设法对现行刑法条文作出各种事前预想不到的解释结论。另一方面,在刑法条文表述得相当具体、详细的情况下,刑法解释的余地相当小。这两方面可能互为因果。法条表述越具体、越详细,外延便越窄,解释余地就越小,于是要求及时增加新的条文。所以,日本学者指

[19] [日]井田良:“刑事立法の活性化とそのゆくえ”,载《法律时报》2003年第75卷第2号,第4页。

[20] 当然,对于刑法典已规定的少数犯罪,也具有实行非犯罪化的可能性。例如,对刑法第294、319条规定的行为,可以实行非犯罪化。