

当代世界学术名著



刑法概说

(总论)

(第三版)

[日] 大塚仁 / 著
冯 军 / 译

 中国人民大学出版社

当代世界学术名著



刑法概说

(总论)
(第三版)

[日] 大塚仁 / 著
冯 军 / 译

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法概说 (总论) (第三版) / [日] 大塚仁著; 冯军译.
北京: 中国人民大学出版社, 2002
(当代世界学术名著)
ISBN 978-7-300-04378-4

- I. 刑…
- II. ①大…②冯…
- III. 刑法-法的理论-日本-教材
- IV. D931.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 098076 号

©大塚仁《刑法概说 (总论)》[第三版], 有斐阁, 1997.

当代世界学术名著

刑法概说 (总论) (第三版)

[日] 大塚仁 著
冯军 译

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	北京东君印刷有限公司		
规 格	155 mm×235 mm 16 开本	版 次	2003 年 1 月第 1 版
印 张	43.25 插页 2	印 次	2009 年 1 月第 2 次印刷
字 数	613 000	定 价	82.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

“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

译者简介

冯军，1963年出生于湖北省随州市，1984年毕业于湖北财经学院（现中南财经政法大学）法律系，1994年获中国人民大学法学博士学位，1991年起先后留学日本和德国，现为中国人民大学法学院教授、博士生导师。主要著述有：《犯罪论的基本问题》、《刑事责任论》、《日本刑事法学者（上、下）》。《行为 责任 刑法》、《德国刑法典》、《外国刑法原理》、《规范 人格体 社会》。

中文版序

该《刑法概说》“总论”及“各论”，是总结了第二次世界大战后不久、经过半个多世纪的我的刑法学研究成果之著作。

以当时欧洲的学说为背景，学习在日本刑法学界显示了激烈对立的古典学派和近代学派各自的主张，苦心于应该如何克服其论争，乃是我研究的出发点。思索的结果，是把应处于刑法学的根底的人，即可能成为犯罪人同时可能是受刑人的人，理解为受到遗传和环境的制约、但是在有限的范围内能够规制自己的行动的具有相对自由的主体性存在。因此，既然人实施了作为其人格的表现的犯罪，那么，就应该自甘忍受对其进行的法的非难，自己对其犯罪进行悔悟，而且进行赎罪，这必须说是不可缺少的。

作为以这种人为对象的刑法理论，我采取的是“人格行为论”、“人格责任论”，进而，关于犯罪的要件，从重视罪刑法定主义的观点出发，使构成要件理论彻底化，认为“构成要件符合性”是第一个犯罪成立要件，同时对作为第二个犯罪成立要件的“违法性”及作为第三个犯罪成立要件的“责任”，都想重叠地一并考虑其形式的一面和实质的一面，构筑了不只是就犯罪的成立与否，而且在成立犯罪时也判定其具体程度的理论体系。



作为刑罚理论，首先，认为对犯罪人所科处的刑罚的严重性应当与具体的犯罪程度相调和，承认其与犯罪理论的紧密联系；其次，关于刑罚的意义，认为刑罚是对过去的犯罪的“报应”，而且是对将来的犯罪的“预防”，同时需要以受刑人自身对所犯的犯罪的“改悔及赎罪”为核心。

在各论中，以总论中所表明的上述基本立场为基础，从体系上对各个犯罪进行了分类，并引用特别重要的判例及学说对各个犯罪的要件作了解说。

另外，在研究有了相当进展的阶段，我把我的刑法学命名为“人格刑法学”。这一理论立场，是想以作为具有主体性的人格性存在的人的行为为核心论及犯罪，并给刑罚奠定基础。

我相信，人格刑法学能够超越国界，共同适用于各国的刑法学。最近，日中两国间关于刑法学的交流急速地深化，我热切盼望通过本书中文版的刊行能够增强中国学界对人格刑法学的关心。

好意并且积极地担当了本书中文翻译的中国人民大学副教授冯军氏，是极为正确地理解了我的刑法理论的杰出刑法学者。1988年我应中国的邀请在位于西安市的西北政法学院讲授刑法时，冯氏列席听讲，并于1991年至1993年作为日中两国联合培养的博士生为撰写博士论文来日留学，他在当时我所工作的爱知大学热心地勤勉于刑法学的研究，完成了优秀的博士论文。冯氏已经在1993年将我的著作《犯罪论的基本问题》（1982年）译成中文，这次又集中时间在相当短的时期内将内容更为庞大的本书两卷正确地翻译成中文，对其尽力，我表示衷心的感谢。

大塚仁

第三版前言

该第三版和已经公刊的《刑法概说（各论）（第三版）》一样，根据将刑法典的表述通俗化的平成7年法律第91号《对刑法进行部分改正的法律》所表示的法律条文，对旧版（改订增补版）的叙述进行了修改，并引照旧版执笔后出现的主要判例和学说等，对旧版进行了全面的修订。

我关于刑法学的基本立场，与旧版完全没有不同。但是，关于我所志向的人格刑法学，本版的论述有些微的进展。即，我想以作为行为人主体性人格的表现的行为为基础，考察行为背后的行为人，从这种观点出发，顺次、重叠地研讨了构成要件符合性、违法性和责任之各个犯罪要件。其中，关于违法性，除了行为的违法之外还采用了行为人的人的违法，在责任论中论述了行为人的的人格责任。这样，构成本版中刑法理论基本部分的，就是想与犯罪的成立一并考虑其轻重的人格的犯罪理论和以下的人格的刑罚理论：作为对这种犯罪人的惩罚，以受刑人的自律性赎罪和实现改悔的自觉为最终目标，以为实现此目标而诱导、支援受刑人为核心。着眼于最近由缺乏人性的行为人所实施的凶恶犯罪连续发生的世情，不得不再次痛感人格刑法学的意义。

本版和各论第三版一样，虽然努力尽可能地使叙述通俗化，但是，



在把长期支撑确定的法概念的用语正确地转换成其他容易理解的语言时，遇到了比各论更多的困难，为了维持、表明严密的概念，很多情况下不得不采用以前的用语例。因此，在不得已而使用了当用汉字以外的汉字时，在初次使用的地方用振假名附上了读音。像在各论第三版的前言中已经说明的，虽然法律用语的通俗化是今后我国法律学的重要课题，但是，重新审视当用汉字的妥当与否，可以说也是关于国语本身的问题。

与各论第三版相同，本版在卷末除了“事项·人名索引”之外，也新加了“判例索引”。

在本版刊行时，从校正到索引的作成等，都得到了有斐阁书籍编辑部的神田裕司先生周到而且热心的帮助，在此深表谢意。

著者

初版前言

本书是作为我的刑法总论教科书而撰写的。虽然是老调重弹，但是，我的目的的确是，在为学生诸君省去记笔记的辛劳、使讲课容易进行下去的同时，将我自己至今的思索轨迹大致地客观化，以资今后的理论性反省。

作为讲义案，我曾经公开出版了刑法总论第一分册、第二分册（昭和34年，成文堂），但是，由于种种原因，打消了继续出版第三分册及下面部分的念头，以至今日。对旧著的读者诸贤，没能表达我的歉意。本书在体裁上虽然和旧著相当不同，但是，实质上是以代替旧著的意图而撰写的，所以，如果对旧著的读者来说，本书能够弥补第三分册以下部分的话，是为幸事。

本来，与其他的法律部门相比，刑法总论的特征之一是理论的对立显著。准确地把握它，对初学者来说确属相当的难事。作为教科书，本书努力在尽可能关注被认为是基础的事项的同时，对至今的学说和判例，也尽可能地明示其理论对立的主要情形。只是，因为担心页数的增多，全部省略了对具体文献的指明，仅仅列举了被认为代表各个理论的学者名；对判例，也仅引照了认为对学生诸君而言是必要的若干主要事例。另外，为了给开始阅读外国文献提供初步的线索，也引用了二三种



重要的外文专门用语。

刑法学必须既是对社会的也是对人的学问，特别是在追求行为人的
人性这一点上，可以认为它与永恒的东西相连。本书在很多地方虽然展
开了我自己不成熟的见解，但是，其根本的理论志向与团藤重光先生的
所说完全一致。对先生多年来的学思，在此重致谢意。借此机会，向至
今在促进我思索时给予有益助言的平野龙一、福田平两位教授深表
感谢。

本书的出版，得到有斐阁编辑部的堆雄次、小林广子、寺木德子诸
氏的尽力帮助，在此向他们深致谢忱。

著者

日本纪年与公元纪年对照表

日本纪年	公元纪年
飞鸟元年	593
奈良元年	710
平安元年	794
镰仓元年	1185
南北朝元年	1336
室町元年	1392
战国元年	1467
安土元年	1573
桃山元年	1574
江户元年	1603
明治元年	1868
大正元年	1912
昭和元年	1926
平成元年	1989

目 录

凡 例	1
文 献	4

第一编 绪论

第一章 刑法及刑法学的概念	21
一 刑法的意义	21
二 刑法的规范	23
三 刑法的机能	25
四 刑法学	27
第二章 刑法及刑法学的历史发展	29
第一节 外国的历史发展	29
一 从古代至近世初期	29
二 启蒙时代以降——近代刑法学	36
第二节 我国的历史发展	47
一 从古代至江户时代	47
二 明治以降	49



第三章 刑法理论	57
一 至今的刑法理论状况	57
二 对至今的刑法理论的批判——我的立场	61
第四章 刑罚法规	67
第一节 罪刑法定主义	67
一 意义及沿革	67
二 理论根据及派生原则	70
三 我国现行法上的罪刑法定主义	72
第二节 刑法的法源和刑法的解释	74
一 刑法的法源	74
二 刑法的解释	77
第三节 刑法的适用范围	80
一 时间的适用范围	80
二 场所的适用范围	88
三 人的适用范围	94
四 物的适用范围	96

第二编 犯罪论

第一章 犯罪的概念	101
第一节 犯罪的意义、本质及种类	101
一 犯罪的意义	101
二 犯罪的本质	102
三 犯罪的种类	104
第二节 犯罪概念的基底	107
一 行为	107
二 行为人	116
第三节 犯罪论的体系	118
一 至今的理论状况	118
二 至今理论的研讨——我的立场	121

第二章 构成要件	125
第一节 构成要件的概念	125
一 构成要件的理论	125
二 构成要件的机能	130
三 构成要件的种类	132
四 构成要件的要素	135
五 构成要件的确定	150
第二节 基本的构成要件符合性	152
第一款 实行行为	152
一 实行行为的意义及形式	152
二 实行行为的始终——实行的着手和终了	174
第二款 因果关系	181
一 意义	181
二 因果关系的理论	182
三 因果关系的判断	189
四 判例的立场	197
五 不作为的因果关系	201
第三款 构成要件性故意	203
一 意义及要件	203
二 种类	211
三 由于错误阻却构成要件性故意	213
第四款 构成要件性过失	227
一 意义	227
二 要件	229
三 种类	238
四 过失的竞合	242
第三节 被修正的构成要件符合性	245
第一款 未遂犯	245
一 总说	245



二 狭义的未遂犯·····	247
三 中止犯·····	251
四 不能犯·····	259
第二款 共犯·····	269
一 共犯的基本概念·····	269
二 共同正犯·····	286
三 教唆犯·····	306
四 从犯·····	314
五 关于共犯的诸问题·····	323
第三章 违法性 ·····	345
第一节 违法性的概念·····	345
一 违法性的意义·····	345
二 违法性的本质·····	347
三 违法性的要素·····	353
四 可罚的违法性·····	361
五 违法性的判断·····	367
第二节 违法性阻却事由·····	368
第一款 总说·····	368
一 违法性阻却事由的本质·····	368
二 违法性阻却事由的分类·····	369
第二款 正当防卫·····	371
一 意义·····	371
二 要件·····	373
三 过剩防卫·····	386
四 误想防卫·····	388
五 误想过剩防卫·····	389
六 盗犯等防止法和正当防卫·····	390
第三款 紧急避险·····	391
一 意义·····	391

二 要件	393
三 过剩避险	400
四 误想避险	400
五 误想过剩避险	400
第四款 正当行为	401
一 总说	401
二 法令行为	401
三 正当业务行为	404
四 劳动争议行为	405
五 自损行为	409
六 基于被害人承诺的行为	410
七 基于推定性承诺的行为	415
八 治疗行为	416
九 安乐死·尊严死	418
十 自救行为	422
十一 义务的冲突	425
第三节 违法性的程度	426
一 总说	426
二 行为具有的违法性程度	427
三 行为人具有的违法性程度	428
第四章 责任	429
第一节 责任的概念	429
一 责任的意义	429
二 责任的本质	431
三 责任的要素	439
四 责任的判断	440
第二节 责任的要素	441
第一款 责任能力	441
一 意义	441