

制裁论

Theory of Sanctions

〔日〕佐伯仁志 著 丁胜明 译

横跨刑事法、民事法、行政法三大领域
探索制裁制度的系统理论



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

制裁论

Theory of Sanctions

〔日〕佐伯仁志 著 丁胜明 译

横跨刑事法、民事法、行政法三大领域
探索制裁制度的系统理论



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记号 图字：01-2015-3612

图书在版编目(CIP)数据

制裁论/(日)佐伯仁志著;丁胜明译.一北京:北京大学出版社,2018.2

ISBN 978-7-301-29077-4

I. ①制… II. ①佐… ②丁… III. ①刑事犯罪—法律制裁—研究
IV. ①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 327523 号

SEISAIRON

Copyright © 2009 Hitoshi Saeki

Chinese translation rights in simplified characters arranged with

YUHIKAKU PUBLISHING CO., LTD.

through Japan UNI Agency, Inc., Tokyo

书 名 制裁论

Zhicai Lun

著作责任者 [日]佐伯仁志 著 丁胜明 译

策划编辑 陆建华

责任编辑 陈 康

标准书号 ISBN 978-7-301-29077-4

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址 <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>

电子信箱 yandayuanzhao@163.com

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

印刷者 北京中科印刷有限公司

经 销 者 新华书店

880 毫米×1230 毫米 32 开本 10.5 印张 215 千字

2018 年 2 月第 1 版 2018 年 2 月第 1 次印刷

定 价 39.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

序

日本东京大学法学院佐伯仁志教授的《制裁论》一书经西南政法大学丁胜明博士翻译,即将在北京大学出版社出版,对此我感到由衷的高兴。本书的日文版出版于2009年,出版后不久正逢我到日本参加刑法学术交流活动,佐伯仁志教授当时曾以此书相赠。若干年后,我指导的博士生丁胜明有意翻译此书,我对此事予以了积极的鼓励。现在,经过丁胜明的辛勤翻译,此书的中文版就要与我国读者见面了,这对于中日两国之间的刑法学术交流来说是一件值得庆贺的事情。因此,当丁胜明邀我写序之时,我欣然接受。

《制裁论》一书是佐伯仁志教授关于法律上的制裁制度研究论文的汇集,集中展示了佐伯仁志教授在法律制裁问题上的学术研究成果,值得我国学者参考借鉴。佐伯仁志教授在本书中并不是专门讨论作为犯罪的法律后果意义上的制裁制度(这种对犯罪行为的制裁,刑法理论称为刑事制裁),而是在法理学意义上一般性地讨论对违法行为的制裁,因此,本书的内容及其理论意义与现实意义都已经超越了刑事制裁的范畴。传统的刑事制裁就是刑罚,包括生命刑、自由刑、财产刑和资格刑。刑事制裁等同于刑罚,这是一种单一的或者一元的刑事制裁概念。随着刑罚理念的进化,刑事制裁呈现出多元化的趋势,刑事制裁也不再等同于刑罚,除了刑罚之外还包括经济补偿等内容。不仅如此,刑事制裁与行政制裁、民事制裁之间也具有非常密切的联系。当然,虽然本书是在一般意义上讨论制裁制度,但刑事制裁显然是重头戏,刑事制裁的相关问题在本书中得到了充分的讨论。

制裁制度是一个国家法律制度不可或缺的组成部分,因此,对制裁制度的研究不能离开一个国家的法律语境。例如,本书研究的行政制裁就是如此。根据佐伯仁志教授在书中的描述,日本的行政制裁,即对行政违

法行为的处罚,是由刑事罚、秩序罚、反则金、课征金、加算税、取消或者停止许可、公表等制度构成的。这里的刑事罚是指行政刑罚,其他行政制裁措施都属于非刑事制裁。在日本,相对于刑事罚而言,其他行政制裁措施显得较为单薄。因此,佐伯仁志教授认为日本的行政制裁制度存在过度依赖于刑罚的问题,并由此表现出了以下两个方面的缺陷:一是由于刑罚是制裁中最严厉的一种,因此人们在使用刑罚时过度谨慎,进而导致了义务的不履行被放任不管的结果;二是罚金虽然也属于刑罚,但由于日本的罚金刑科处的额度一般较低,故即使科处罚金也无法产生足够的抑制力。因此,对于完善日本的行政制裁制度来说,当务之急在于建立合理、有效的行政制裁制度。在实施非犯罪化的场合,在推进行政犯的非犯罪化、恢复刑法的本来机能的同时,对于行政制裁来说,有必要准备好与其作为制裁的性质相适应的实体规定和合理程序。应该说,这是基于日本行政制裁制度的现状而提出的合理对策。但中国的刑事制裁和行政制裁的状况不同于日本,在我国,与强大的行政权相对应,存在着一个强大的行政制裁制度体系,我国的行政制裁措施不仅包括财产罚,甚至还包括人身罚。在这种背景下,对于中国来说,当前的课题不是要强化行政制裁,而是要对行政制裁进行合理的限制;不是要实施非犯罪化,而是要推动犯罪化。这些区分是微妙的,是由国情的不同所决定的。因此,在阅读本书时,我们应当注意这些问题。

《制裁论》一书的视野极为开阔,涉及制裁制度的不同向度和不同层面。虽然本书讨论的核心是日本的制裁制度,但却大量引用了美国、德国的法律和判例,比较法的视角贯彻全书始终,这对于我国学者而言无疑具有重要的参考价值。即使本书中有些问题涉及的是与我国不同的日本法律制度,相关研究对我们也会有所启发。例如,本书设专节讨论了法人犯罪的制裁问题。在《日本刑法典》中,并没有对法人犯罪进行专门规定,然而这并不意味着法人犯罪问题在日本就不存在。事实上,正如佐伯仁志教授在书中所言,日本的有关法律(应指附属刑法规范)中含有大量法人处罚的规定,而日本最高裁判所也有相关的判例。在这种情况下,研究法人犯罪的处罚问题是十分必要的。本书对法人犯罪的处罚根据问题进行了较为深入的探讨,这些研究对于《刑法》中规定了单位犯罪的我国刑法理论来说,具有重要的参考价值。例如,我国《刑法》对单位犯罪采取的是

以双罚制为原则、以单罚制为补充的模式,对绝大多数单位犯罪都设置了双罚条款,不仅处罚自然人,也处罚单位,即对单位判处罚金。如此一来,如何正确解释双罚制中自然人的处罚根据与单位的处罚根据之间的关系,便成了一个值得推敲的问题。目前,我国刑法学界的通说认为,只要单位直接负责的主管人员或其他直接责任人员构成犯罪,则单位必然同时也构成犯罪。其理由是,自然人的行为直接代表单位,体现单位意志,单位因自然人实施犯罪行为而承担刑事责任。这种观点虽然阐述了自然人行为对于单位的代理性,为单位承担刑事责任提供了实体性的事实根据,但并未解决单位与自然人各自、单独的刑事责任根据问题,因而在说服力上有所欠缺。在此问题上,佐伯仁志教授认为处罚法人和处罚自然人的根据是不同的,并指出:在认定法人固有的责任时,仅仅能认定自然人行为为人具有故意或过失是不够的,哪怕这个自然人是代表人。而且,对法人本身必须能够作出独立于该自然人行为人的非难。因此,必须能够对法人作出这样的非难,即该法人本来可以不实施某违法行为,却仍然将此行为付诸实施。在自然人的场合,意欲实施行为的主体和应该形成反对动机、打消实施该行为的念头的主体当然是统一的。与此相对,在法人的场合,从内部监视行为人的行为并打消行为念头的机制并不仅仅存在于该行为人的内心,也存在于法人组织性的犯罪预防措施中。可以说,在法人的场合,自然人的人格被组织化了。在此基础上,佐伯仁志教授对法人犯罪中法人的责任根据问题提出了以下观点:①就不能视为法人行为的末端职员的违法行为而言,在职员的监督责任人存在监督上的过失,并且法人本身违反了设置组织制度性措施的义务因而未能防止这种监督过失的场合,法人应当承担责任;②就可以视为法人行为的代表人或其他高级管理人员的违法行为而言,法人违反了设置组织制度性措施的义务因而未能防止这种行为的场合,法人应当承担责任。我认为,这些理论观点对于深化我国刑法的单位犯罪理论具有重要的启发:不能简单地把自然人的行为归结为单位的行为,并以此作为单位承担刑事责任的根据,而应从单位对于自然人违法行为的监督管理义务的违反或缺失中寻找其刑事责任的根据,这是更为合理的。

目前,我国刑法理论的注意力主要还是集中在犯罪论体系的研究上,试图建立刑法教义学的知识体系。对于以刑罚为中心的制裁制度,我国

的研究是相当薄弱的,这是一个不争的事实。但在日本,犯罪论体系与知识都已经成熟和定型,在这种情况下,学者将学术精力投向刑罚论的研究是十分正常的。佐伯仁志教授的《制裁论》一书就是该领域的前沿性成果,此书在我国的翻译出版对于激发我国学者对刑罚论问题的研究兴趣将会起到积极的作用。因此,对于我国刑法学界来说,此书的翻译出版可谓雪中送炭。

此外,此书还有一个翻译的技术问题值得探讨。丁胜明在翻译相关日文概念时,有很多都直接使用了日文的汉字,例如“过料”“反则金”等。日文中这些法律用语本身就是用汉字表达的,但这些汉字在中文中却没有对应的词汇,因此,丁胜明在翻译时便直接使用了日文中的汉字。这种译法与其他语言翻译中的直译还是不同的。应该说,有些日文汉字虽然没有对应的中文词汇,但这些汉字的字面含义可以望文生义,所以可以逐渐被中文消化,直至演化为中文。但有些日文汉字的字面含义在中文中完全无法理解,此时直接使用这些汉字就会带来中文阅读上的障碍,本书中也有这样的问题。例如“过料”这个词,过去就有这么直接移植使用的译法。该词指的是行政法上的一种罚款,不同于刑法上的罚金。对于该词,我个人认为翻译为“罚款”较为合适。本书中另外一个直接移植使用的日文汉字“反则金”,如果仅从字面上来看,无论如何也是难以理解其含义的。丁胜明在该词脚注中指出:“反则,日语也称‘犯则’,意为违反规定、触犯规则等,含义接近于中文的‘违规’‘违章’,为避免意译之后词语转换造成不必要的误解,翻译时直接采用了日语原文的表述。”我个人认为,对“反则金”一词的翻译不宜直接移植,而是应该选择意译,即译为“违规罚款”。总之,因为日语与汉语直接的亲缘关系,日文的翻译工作具有一定的特殊性,在翻译时可能需要加以注意。当然这只是我个人的陋见,不一定正确。

佐伯仁志教授目前在日本东京大学法学院担任教职,东大是日本刑法研究的重镇。随着西田典之教授的早逝和山口厚教授退休并就任日本最高裁判所的法官,佐伯仁志教授当仁不让地成为东大刑法学科的领头羊。我与佐伯仁志教授在中日刑事法交流中多有接触,感受到佐伯仁志教授为学功力深厚,为人谦顺和善。本书是佐伯仁志教授第三部在我国翻译出版的著作,其中第一部是佐伯仁志教授和道垣内弘人教授合著的

《刑法与民法的对话》(于改之、张小宁译,北京大学出版社 2012 年版),该书也是我作的序,出版之后,该书受到了广泛好评。现在,佐伯仁志教授的《制裁论》一书也由北京大学出版社出版,我相信,本书同样会受到我国刑法学界的好评。

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2018 年 1 月 3 日

中文版序

本书是在参考美国法律制度的基础上,研究如何合理地构建日本的制裁制度的论文集。全书共五章。第一章研究了日本制裁制度的现状和未来走向;第二章聚焦于制裁制度背后的理论性问题,特别是日本争论比较激烈的二重处罚和法人处罚问题;第三章讨论了在刑事程序中对被害人的救济问题以及惩罚性损害赔偿制度;第四章分析了经济犯罪制裁的路径选择问题;第五章解剖了对医疗过失的制裁问题。其中第一、二、三章可以视为制裁论的总论,第四、五章可以视为制裁论的分论。

正如本书第一章所述,日本的制裁制度是以刑罚为中心的,所以应当一般性地适用于所有制裁方式的原则这一问题未能得到充分地讨论。不仅如此,在这种主要依赖于刑罚的制裁制度中,由于刑罚被视为最严厉的制裁方式,因此在其适用上过于谨慎,从而导致了违法行为被放任不管的局面。另一方面,在即便适用了刑罚的场合,由于实际科处的刑罚多是附加缓刑的自由刑或者低额罚金,因此对违法行为也未能产生足够的抑制力。为了解决上述问题,本书对应当普遍适用于所有制裁方式的理论展开了研究,同时,提倡充实刑罚以外的制裁手段,将刑罚的运用限定在恶质、重大违法行为的场合,从而同时实现制裁的实效性和刑法的谦抑性。近年来规定课征金这种行政制裁的法律逐渐增多等现象表明,日本的制裁制度正朝着本书提倡的方向推进。

由于违法行为的实际状况以及与之对应的制裁制度因国而异,因此本书所提倡的观点中想必也有不适合中国的地方。但是,如果中国的读者能够通过阅读本书获得一些有益的启发,笔者将感到无比的欣喜。

由于本书内容涉及刑法以外的诸多法学领域,而且,翻译本书除了日本法之外还需要美国法等方面的知识,想必本书的翻译工作是非常辛苦的。对于承担了如此困难的翻译工作的丁胜明先生,我想表示诚挚的感

谢。陈兴良先生一直以来致力于中日两国的学术交流,并且对本书的出版给予了大力支持,在此我也想对陈兴良先生表示诚挚的感谢。最后,我还要对出版本书的北京大学出版社表示诚挚的感谢。

佐伯仁志

2017年12月21日

日文版序

本书试图超越刑事制裁、行政制裁、民事制裁(损害赔偿)等部门法领域之间的藩篱,通过对制裁制度进行综合性地研究,探寻理想的制裁制度的建构路径。这种关于制裁制度的综合性研究至今为止几乎还处于空白状态,所以,如果说本书有什么价值,我想可能就在于此。

如果用一句话来陈述本书的主张,那就是应该通过实现制裁方式的多样化,以及寻求各种制裁方式各自合理的角色分担,从而构筑合理且有效的制裁制度。制裁制度不仅应该是有效的,也必须是合理的,本书对此问题也作了理论性的检讨。

最近,我国强化了《反垄断法》的课征金,在《证券交易法》(《金融商品交易法》)中也引入了课征金制度,正不断寻求着制裁方式的多样化。另外,刑事程序中也引入了以救济犯罪被害人为目的的制度,民事和刑事之间的藩篱已经不像以前那样难以逾越。我认为,我国的制裁制度正在朝着本书所主张的方向推进,虽然每次只是一小步。如果本书将来对于构建更加理想的制裁制度能起到哪怕是微小的作用,那都将是我的荣幸。

我对制裁理论的研究兴趣,始于在学生时代读到并触动于田中英夫和竹内昭夫老师的《法的实现中个人的角色》。在被东京大学聘为指导老师平野龙一教授的助手之时,我的助手论文题目是《隐私和名誉的保护》,这是一个民事和刑事交错领域,可以说这也加深了我对制裁论的兴趣。从1987年开始的两年美国留学经历,又进一步提供了研究制裁论的良机。回国后,为平野老师的古稀祝贺文集所写的论文,即是本书所收录的“作为刑罚的损害赔偿”。此后,非才的我迈着缓慢的脚步,在长达二十年的时间里持续研究着制裁论,终于形成了本书。

我有五位恩师。作为指导老师将我带上学术研究道路的平野龙一老

师,对我偏离刑法主流的研究经常给予温暖的鼓励。能够成为平野老师的关门弟子,真的是一件非常幸运的事情。在平野老师就任东京大学校长后,继任导师内藤谦老师放任我自由地进行研究,同时,内藤老师还通过自身对学问的真挚态度,让我领略了研究者的严谨和风范。从助手时代至今,松尾浩也老师在刑事法学的各方面对我进行全方位的指导,经常和我进行各种各样的交流。能够将学术研究坚持到现在,完全是受恩于松尾老师的帮助。西田典之老师在教养学部就教授我法学,我成为助手之后,又一对一地对我进行了德国刑法的启蒙,此后,在公私事务方面也都指导着我。成为东京大学副教授之后,我受到了芝原邦尔老师的恳切指导。不用多说,芝原老师是经济刑法的第一人,本书在很大程度上借重于芝原老师的研究。

除了五位恩师之外,我还受教于很多前辈。成为助手之后,井上正仁老师教会了我研究的方法和品酒之道,一直以来都承蒙他的照顾。师兄山口厚老师在学问上自不必说,在其他方面也教会了我很多。在助手时代结束后去神户大学工作时,我受到了三井诚老师的费心照顾。从町野朔老师和中森喜彦老师那里,我也受教颇多。

此外,我还受教和得助于很多前辈和后辈。每当回忆自己的研究生涯时,我总是深切地感受到周围的人一直以来都在给予我莫大的帮助。借这个机会,我想向诸位表示诚挚的谢意。

本书的出版,自策划阶段开始就让有斐阁书籍编辑第一部的土肥贤先生倾注了很多心力。如果没有土肥贤先生的鼓励,本书恐怕难以完成。另外,在校正阶段,铃木淳也先生也付出了辛勤的劳动。在此,我想对两位表示衷心的感谢。

作为迟到的研究报告,我想把本书献给已故的平野龙一老师。

佐伯仁志

2009年4月

凡 例

1. 法令名的简称

法令名的简称大体遵从有斐阁版《六法全書》的简称规范。

2. 判例来源的简称

最大判(决)	最高裁判所大法庭判决(决定)
最判(决)	最高裁判所判决(决定)
高判(决)	高等裁判所判决(决定)
地判(决)	地方裁判所判决(决定)
支判(决)	支部判决(决定)

刑(民)集	最高裁判所刑事(民事)判例集
高刑(民)集	高等裁判所刑事(民事)判例集
判时	判例时报
判夕	判例タイムズ

3. 杂志的简称

杂志的简称大体遵从法律编辑恳谈会汇总的《法律文献等の出典の表示方法》的简称规范。

目 录

序论	001
第一章 理想的新型制裁制度	005
第一节 我国的行政制裁体系	005
一、绪论	005
二、制裁的意义和种类	005
三、行政制裁的基本原则	015
四、行政制裁制度的完善	020
五、结语	028
第二节 规制缓和与刑法的角色	029
一、绪论	029
二、规制缓和导致的处罚范围的变化	029
三、规制缓和与制裁的强化	033
四、规制缓和与规则的明确化	041
五、结语	044
第三节 刑事制裁和处遇今后的路径选择	045
一、绪论	045
二、死刑	046
三、自由刑	048
四、罚金刑	050
五、更生保护	053
六、制裁的多样化	055
七、结语	064
第二章 理论的课题	065
第一节 二重处罚的禁止	065

一、绪论	065
二、美国的判例	069
三、行政制裁与刑事罚的并科	075
四、解释我国问题的尝试	085
第二节 二重处罚的禁止与罪刑均衡原则	088
一、绪论	088
二、Halper 案件后判例的发展	088
三、Hudson 案件判决	091
四、罪刑均衡原则	097
五、结语	101
第三节 《反垄断法》的修正与二重处罚的禁止	102
一、绪论	102
二、我国判例中二重处罚的禁止	105
三、美国的判例	110
四、若干的检讨	111
五、结语	120
【补论】《反垄断法》修正之后的动向	121
第四节 法人处罚问题的考察	123
一、问题所在	123
二、法人的行为和责任	129
三、法人处罚和求偿	143
四、结语	148
第三章 民事和刑事的交错	149
第一节 作为刑罚的损害赔偿(一)	149
一、绪论	149
二、美国联邦法律中的损害恢复命令	151
三、损害赔偿成为刑罚的可能性	170
四、结语	176
第二节 作为刑罚的损害赔偿(二)	177
一、绪论	177
二、损害恢复命令制度概述	178

三、损害恢复命令制度的适用范围	180
四、必要的损害恢复命令制度	182
五、损害恢复命令制度的性格	185
六、执行程序	186
七、结语	188
第三节 对被害人的被害恢复支援	188
一、绪论	188
二、《犯罪被害人基本计划(草案)(纲要)》的内容	189
三、利用没收和追征的被害恢复制度	190
四、损害赔偿命令	194
五、财源问题	197
六、结语	202
第四节 犯罪被害恢复的新制度	202
一、绪论	202
二、与被害恢复有关的立法	204
三、若干评论	211
第五节 惩罚性损害赔偿制度	212
一、绪论	212
二、美国的惩罚性损害赔偿制度	216
三、若干分析	233
四、结语	239
第四章 经济犯罪的制裁	241
第一节 经济犯罪的制裁方式	241
一、绪论	241
二、美国的制裁金制度	245
三、对金融、证券犯罪的制裁	250
四、我国引进制裁金制度的可能性	256
五、结语	265
【补论】此后的动向	265
第二节 美国经济犯罪的重罚化动向	266
一、绪论	266

二、经济犯罪重罚化的事例	266
三、重罚化的主要原因	269
四、与我国的比较	271
第五章 医疗过失的制裁	273
第一节 医疗过失的法律应对	273
一、绪论	273
二、医疗过失的刑事责任追究	275
三、医疗过失的预防措施	285
四、对我国的启示	293
五、结语	296
第二节 医疗安全领域刑事司法的现状	296
一、绪论	296
二、刑事医疗过失案件的现状	296
三、医疗过失的责任追究方式	300
【补论】此后的动向	302
原始出处一览	305
法令名称对照表	307
索引	311
后记	315