

日本刑事法研究丛书 1

○顾问/高铭暄 西原春夫

日本刑事法学者

(上)

□主编/李海东
□副主编/姜伟 冯军

中国·法律出版社 联合出版
日本国·成文堂

日本刑事法研究丛书 (全10卷)

《日本刑事法学者》(上) 李海东 主编

《日本刑事法学者》(下) 李海东 主编

《犯罪成立要件论》 冯军 著

《故意·过失论》 吴振兴 张凌 著

《错误论》 刘明祥 著

《未遂犯论》 张明楷 著

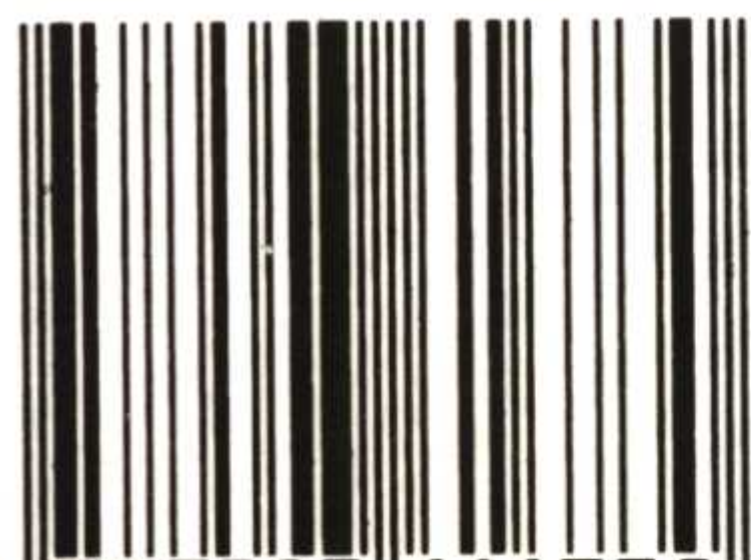
《共犯论》 毕英达 著

《罪数论》 顾肖荣 著

《刑罚适用论》 吴振兴 李洁著

《行政刑法》 杨建顺 著

ISBN 7-5036-1673-3



9 787503 616730 >

ISBN7-5036-1673-3/D · 1388 定价：18.50元



K833.130.5

L170

主编/李海东

副主编/姜伟 冯军

日本刑事法学者

(上)

中国·法律出版社
日本国·成文堂

联合出版



09600290

日本刑事法研究丛书
日本刑事法学者(上)

出版/中国·法律出版社 日本国·成文堂

经销/新华书店

印刷/北京新华印刷厂

开本/850×1168毫米 1/32 印张/12 字数/300千

版本/1995年10月第1版 1995年10月第1次印刷

印数/2,000册

社址/北京市广外六里桥北里1号(100073)

Tel/3266781 32716

社址/〒162 東京都新宿区早稲田鶴巻町514

Tel/81-3-3203-9201(代表)

81-3-3203-9224(編集直通)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN7-5036-1673-3/D·1388

定价:18.50元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

《日本刑事法研究丛书》总序

人类文明发展的一个重大契机,是不同文化的冲击、弥补、淘汰与融和;法律文化与制度的发展,也是如此。而中日两国长达 1200 年间的法律文化的交流与发展,则是这一认识较生动的说明。

日本从八世纪初开始学习和接受唐朝的律令,成为律令制国家。在后来的最高学府“大学寮”中一直设有专门研究中国律令的“明法道”一科。平安末年以来,该科为坂上与中原两家研究传授,世代相继。江户时代对于明律及清律更为活跃,并成论著,如荻生徂徕所著《明律国字解》等。中华法系对于日本法理与法制的影响一直延伸到明治维新后的初期立法,如《假刑律》和《新律纲领》等。即使从明治六年开始,日本完全转向师从欧洲大陆刑法,其对于中华法系作为历史的研究也并未松懈。对于中国法制史的研究,到今天为止,日本学者的水平仍然为不少中国学者所称道。

日本刑法理论与制度对中国较全面地发生影响始于晚清。清朝末年,西风东渐,仿效欧洲法律、创制新律以强国,势成必然。而在如何采撷西法方面,日本为中国提供了很好的借鉴。日本旧制,本依中国唐法,明治以后,改用欧法,从而国势日盛,一

跃成为东亚强国。中国当日之情势与日本往日正复相似,因此,沈家本被任命为修订法律大臣后,首先聘请日本法学家冈田朝太郎等人来华讲学,并帮同考订刑律,于1907年8月纂成中国历史上第一部采用近代刑法体制和原则的刑法典草案——《大清新刑律草案》。《大清新刑律》于1910年12月15日颁布,虽因辛亥革命而未及施行,但对后世影响深远。自此乃至今日,不少中国学人东渡扶桑,学习和研究日本的刑法学说和判例。

在中国人民大学国际刑法研究所的发起下,一些曾在和正在日本学习或者进行过访问研究的中国中青年刑法学者组织和编修了这套《日本刑事法研究丛书》。这些中青年学者都具有较长时间刑法学专业研究的背景和较强的日语能力,而且,都与相关的日本刑法学者保持着比较密切的联系。这些条件都为这套丛书的内容与质量奠定了一个比较好的基础。

幸运的是,这套丛书的编辑与出版,从一开始就得到了两家著名法律专业出版社——中国法律出版社与日本图书出版株式会社成文堂的大力支持与帮助。没有它们共同的合作与努力,本书是不可能这样理想地呈现在读者面前的。借此机会,我们在此对它们表示衷心的感谢。

高铭暄

西原君夫

1995年6月20日于北京

1995年6月20日于波恩

目

录

总 序	(1)
第一章 胜本勘三郎	(1)
一、生平	(1)
二、主要著述	(2)
三、学术思想	(4)
四、评价	(13)
第二章 冈田朝太郎	(16)
一、生平	(16)
二、主要著述	(21)
三、学术思想	(23)
四、评价	(34)
第三章 大场茂马	(39)
一、生平和业绩	(39)
二、学术思想	(42)
三、评价	(51)
第四章 泉二新熊	(53)
一、生平和业绩	(53)
二、基本刑法观	(57)
三、解释论	(60)
四、折衷主义表现	(63)

	五、刑事政策论 ……	(65)
	六、评价 ……	(66)
第五章	牧野英一 ……	(68)
	一、生平 ……	(68)
	二、主要著述 ……	(69)
	三、学术思想 ……	(70)
	四、评价 ……	(74)
	五、附录:牧野英一主 要著作年表 ……	(77)
第六章	宫本英修 ……	(92)
	一、生平 ……	(92)
	二、主要著述 ……	(95)
	三、学术思想 ……	(97)
	四、评价 ……	(106)
第七章	草野豹一郎 ……	(110)
	一、生平 ……	(110)
	二、主要著述 ……	(111)
	三、学术思想 ……	(112)
	四、评价 ……	(122)
第八章	小野清一郎 ……	(126)
	一、生平 ……	(126)
	二、主要著述 ……	(129)
	三、学术思想 ……	(132)
	四、评价 ……	(144)
第九章	泷川幸辰 ……	(147)
	一、生平 ……	(147)
	二、主要著述 ……	(149)
	三、学术思想 ……	(150)
	四、评价 ……	(167)

第十章	木村龟二	(170)
	一、生平	(170)
	二、主要著述	(172)
	三、学术思想	(174)
	四、评价	(196)
第十一章	佐伯千仞	(198)
	一、生平	(198)
	二、主要著述	(200)
	三、学术思想	(201)
	四、评价	(214)
第十二章	团藤重光	(217)
	一、生平	(217)
	二、主要著述	(219)
	三、学术思想	(222)
	四、评价	(244)
第十三章	平场安治	(247)
	一、生平	(247)
	二、主要著述	(248)
	三、学术思想	(251)
	四、评价	(265)
第十四章	平野龙一	(267)
	一、生平	(267)
	二、主要著述	(267)
	三、学术思想	(270)
	四、评价	(292)
第十五章	大塚仁	(294)
	一、生平	(294)
	二、主要著述	(298)
	三、学术思想	(300)

	四、评价 ……	(325)
第十六章	内藤谦 ……	(328)
	一、生平 ……	(328)
	二、主要著述 ……	(330)
	三、学术思想 ……	(332)
	四、评价 ……	(349)
第十七章	福田平 ……	(351)
	一、生平 ……	(351)
	二、主要著述 ……	(353)
	三、学术思想 ……	(354)
	四、评价 ……	(372)
	编委后记(卷末) ……	(375)

第一章 胜本勘三郎

一、生平

胜本勘三郎(かつもとかんざぶろう)1866年(庆应2年)12月12日生于三重县津市,1923年12月17日在须磨病院因病逝世,享年57岁。法学博士,曾任教授、检察官、律师等职。胜本博士18岁(1884年)时考入司法省法律学校,为该校第四期公费预科生。入学3个月后法律学校撤销,同年12月并入东京帝国大学。1893年(明治26年)毕业于东京帝国大学法科大学。毕业后不久,通过司法考试合格,回故乡津市的安浓津地方法院实习。后来考取东京帝国大学研究生。1897年(明治30年)被任命为检察官,历任东京地方法院检察官、东京控诉法院检察官,同时在日法法律学校、明治

法律学校讲授刑法各论。1898年(明治31年)8月任东京帝国大学法科大学讲师,讲授刑法各论。1899年(明治32年)9月在新设立的京都大学法科大学任副教授,就任不久即赴欧洲留学,开始了为期3年多的博士研究生生活。留学期间先后在德国、法国、意大利等地从事刑法研究。特别是在意大利留学期间从师于意大利著名刑事法学家龙布罗梭教授。龙布罗梭教授逝世时,他曾撰写长文《悼龙布罗梭教授》^①。文章中高度评价了龙布罗梭的研究成果并详细介绍了在龙布罗梭教授指导下的研究经历。1902年(明治35年)秋从意大利归国,任京都大学教授,1904年(明治37年)4月29日被授予法学博士,直至1914年7月退职。在京都大学的12年间,曾讲授刑法理论、实务和法国法。

据胜本的“关门弟子”、世界知名刑法学家、日本刑法学会创始人泷川幸辰博士介绍,“先生的课程很受欢迎。胜本先生既不是演说家,也没有朗朗动人的嗓音,但低沉的语调充满了活力和魅力,把我引入学问的境地。”^②

胜本博士退职后一边潜心研究刑法理论,一边参加司法实践活动。1914年7月加入了大阪律师协会,作为实务家,他也取得了成功。1917年任大阪律师协会常务议员,1921年当选为大阪律师协会会长。曾任“京都猪箱案件”(1919年)、“八幡制铁所渎职案件”(1918年一)等案件的辩护律师。

二、主要著述

(一)著作和译著

《刑法析义二卷》(1899年—1900年);《刑法讲议名论》(出

^① 参见胜本勘三郎著:《刑法の理论及び政策》第616页(1925年)。

^② 泷川幸辰撰:《回忆大学时代的导师》载于《書齋の窓》268号(1977年)第36页。

版时间不详);《刑法讲话》(1912年);《刑法要论总则》(1913年);《刑法的理论及政策》(1925年);《最近刑法论》(1903年)(共译)。

(二)主要论文

《教唆官吏受贿的人是否有罪》,载于《法学协会杂志》14卷10号(1898年);《现行刑法解释卑见》,载于《法学协会杂志》15卷8、11号(1898年);《刑事责任的性质及其范围》,载于《法学协会杂志》15卷9、10号(1898年);《侮辱和诽谤的差异 附:咒骂和嘲弄》,载于《日本法政新志》19号(1899年);《强盗与敲诈取财的区别》,载于《日本法政新志》13号(1899年);《货币的伪造和变造的区别》,载于《日本法政新志》27、29号(1900年);《国事犯论》,载于《日本法政新志》30号(1901年);《论赌博》,载于《日本法政新志》36号(1901年);《论收贿罪》,载于《日本法政新志》38号(1901年);《关于不能犯》,载于《内外论丛》2卷5、7号(1903年);《关于正当防卫》,载于《明治学报》68号(1906年);《关于刑法改正案第45条(正当防卫的规定)》,载于《内外论丛》4卷1号(1906年);《一罪数罪区别的标准》,载于《法学新报》15卷3、4号(1906年);《关于紧急状态》,载于《明治学报》83、89、93号(1906年);《关于堕胎罪和遗弃罪》,载于《内外论丛》(1906年);《因果关系和不作为》,载于《法学协会杂志》24卷2、3号(1907年);《关于连续犯》,载于《法学新报》16卷2、3号(1907年);《关于死刑》,载于《京都法学会杂志》2卷4号(1908年);《关于死刑的存废》,载于《法学志林》9卷5号(1908年);《评刑法上的新旧学派及改正刑法》,载于《法学新报》18卷1、2号(1908年);《新刑法观》,载于《法律世界》25、26号(1908年);《刑法的学理及其运用》,载于《法学日报》3卷7、8号(1910年);《关于刑法上的因果关系》,载于《京都法学会杂志》4卷9、10号

(1909年);《关于刑事上的陪审制度》,载于《法学志林》12卷2号(1911年);《刑法立法政策》,载于《法学新报》21卷1、5、6、8号(1912年);《正当防卫及紧急状态》,载于《京都法学会杂志》7卷2、5号(1913年);《刑法立法的变迁》,载于《法学志林》14卷2号(1913年);《关于刑事上的责任的基础观念》,载于《京都法学会杂志》7卷7号(1913年)。

三、学术思想

(一)刑法基本理论

胜本勘三郎刑法理论的最大特点,是创立了正统新派刑法学。胜本在留学德国期间对德国刑法学界的新旧两派理论进行了全面系统的研究,在批判旧派理论的基础上继承和发展了德国刑法新派理论,成为日本刑法学史上最早研究德国刑法“学派之争”的学者。他反对旧派的报应刑主义,而主张保护刑主义,认为报应刑主义是几个世纪以前遗留下的陈腐理论,不能适应当代社会;而保护刑主义才是当代社会价值观念和刑事政策的反映,是符合历史发展潮流的理论。关于犯罪原因,他认为犯罪是社会因素和个人因素的必然产物,而不仅仅是个人因素的产物。这与他的老师龙布罗梭的观点是不同的。关于刑罚的本质,胜本认为刑罚的目的是保护而不是报应,报应主义与近代文明背道而驰,不适应人的本性。保护刑主义虽然有一定的缺欠,例如对有犯罪危险的人采取预防主义,适用不定期刑,会导致审判外处罚等,但如果克服这些弊端,保护刑主义即能反映刑罚的本质。关于刑罚是否是痛苦的,胜本认为,从刑罚的本质而言它无疑是痛苦的,但从广义上讲它是指国家对一切犯罪的强制处分,从这个意义上说它并不是痛苦。就是讲对犯罪人个体来说是痛苦的,但对国家和国民来说是减轻痛苦。刑法就是规定犯罪和处罚犯

罪的法律,刑事政策就是对犯罪采取的政策。刑罚只不过是防止犯罪的手段之一。刑罚决不仅仅为了给犯罪人施加痛苦,而在于预防犯罪,在于防止犯罪人再次犯罪从而再受痛苦。

关于刑事责任的根据。胜本认为旧派和新派的重大分歧在于是否承认“自由意思”。旧派承认“自由意思”,主张“人有为与不为的自由意思,但只要实行犯罪,就应负责任”。而新派则不承认“自由意思”,主张“在刑罚所确定的意思支配下做出的行为才负责任”。旧学派的理论基础是唯心主义哲学;新学派的理论来源是英国达尔文进化论、唯物主义哲学。他认为,“处罚犯罪人是因为他做了恶事,而不是他的自由意思。国家制裁的犯罪人是犯有罪行或有犯罪危险的人,而不是依附于犯罪人行为的自由意思”。因此,刑罚制裁与自由意思的程度无关,而在于“犯罪者本身”。刑罚的根据不是行为者主观方面,而是行为者本人。所以,处刑时不必考虑犯罪人的主观意思。这种观点与受龙布罗梭刑事人类学派的影响有关。但是,胜本也认识到,“当今几乎所有哲学家都承认自由意思论,所以刑法学全面排斥或者全面采纳都是不当的”,旧派全面采纳自由意思说固然不足取,但新派全面排斥也值得研究。他在晚年出版的著作中主张“相对的意思自由论”,采纳了旧派之说。相对的意思自由论的理论依据,是人没有绝对的自由意思,但有相对的自由意思。至于这种相对的自由意思与主观罪过的关系,胜本没有详细论述。但他认为,在立法上需要以相对的自由意思作为刑事责任的根据。例如,有刑事责任能力的犯罪人在不得已的处境下犯罪时与未成年、精神异常等无责任能力没有差别,从这个意义上讲,为了预防再犯,应对有责任能力者和无能力者给予同样的处分。“刑事责任的基础不是现行法规定的责任能力者的故意或过失,进而也不是行为者的有无能力,而是刑法条文记载的行为者做出的行为”,实施犯罪是刑罚处分的前提,如果有违法行为无论是否有责任能力,均应

受处罚。

关于罪刑法定主义。胜本认为,罪刑法定主义和保障人权是一致的,其目的是“社会防卫”。1908年制定现行刑法时删除了旧刑法中有关类推的规定,对此胜本提出了反对意见。1909年他在中央大学做了题为《评刑法中的新旧学派及修改刑法》的讲演,提出应保留类推、扩大法官的自由裁量权。他指出,“只要严格地解释刑法条文,只要刑法条文意义明确,根据具体情况可以适用类推”,“法律条文未明确规定时做出的一切行为均不为罪”是不合理的,“虽属法律条文未规定者但认为应受处罚时,可以在一定范围内处罚”,有必要规定类推的条文,作为罪刑法定主义的例外处理。法律具体条文没有明文规定时允许按类罪条文“类推解释”,类推适用的刑罚可以比具体条文规定的法定刑重。

(二)犯罪论诸问题

1. 犯罪论体系

胜本的犯罪论体系构成是:

第一章 犯罪的定义

第二章 犯罪的主体和客体

第三章 犯罪构成的要素

第一节 行为

第二节 责任

第三节 不法

第四节 刑罚制裁

第四章 犯罪的种类

第五章 犯罪的时间和场所

第六章 并合罪

第七章 共犯

第八章 累犯

从这个犯罪论体系可以看出,日本早期的犯罪论体系与现代犯罪论体系有很大区别。现在日本刑法教材的犯罪论体系多数由三个部分构成,即构成要件该当性、违法性、责任。还有的分为行为、违法性、责任三个部分。胜本的犯罪论体系实际上由四个部分组成,即犯罪的主体,犯罪的客体,犯罪行为和责任(即主观罪过)。“行为”一节中包括“行为的定义”、“因果关系”、“行为的阶段”(犯罪的决意、犯罪的预备、犯罪的实行)等等。胜本的犯罪论的基本思想倾向于旧学派的客观主义,新派理论的基本思想在他的犯罪论中没有充分体现,因此有人称它是不彻底的新派犯罪论。

2. 因果关系论

胜本把刑法因果关系学说分成“条件即原因说”和“条件原因区别说”。“条件即原因说”就是现在的“个别化说”和“适当条件说”;“条件原因区别说”就是现在日本刑法理论中“条件说”。这里的“适当条件说”和现在通行的“相当因果关系说”的内容基本相同。但据牧野英一考证,最早提出“相当因果关系说”的是泉二新熊博士^①。泉二新熊博士在1906年出版的《日本刑法论·总则之部》一书中采用了相当因果关系说。胜本明确采用“适当条件说”(即相当因果关系说)是1909年发表的《论刑法中的因果关系》一文。

胜本认为,哲学上的因果关系论与刑法上的因果关系论不同,适用的学说也不同。哲学上的因果关系论适用条件说,而刑法上的因果关系论适用适当条件说。因果关系问题和主观责任问题是两个完全不同的问题。“因果关系是犯人的客观行为这一原因与犯人行为导致的结果之间的物质方面问题;而主观责任问题是犯人对其行为发生的结果应负的主观责任这一精神上的

^① 牧野英一著:《刑法总论》(1948年),第205页。