


当代外国刑法教科书精品译丛

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

刑法概说

(总论)

高铭暄

主编 赵秉世
副主编 陈兴良

中国人民大学出版社

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
(当代外国刑法教科书精品译丛)

ISBN 7-300-04378-X/D·737

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。

当代外国刑法教科书精品译丛

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

(北京中关村大街 31 号 邮编 100080)

邮购部：62515351 门市部：62514148

总编室：62511242 出版部：62511239

本社网址：www.crup.com.cn

人大教研网：www.ttrnet.com

经 销：新华书店

印 刷：涿州市星河印刷厂

开本：787×965 毫米 1/16 印张：36.75 插页 2

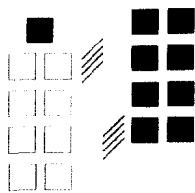
2003 年 1 月第 1 版 2003 年 1 月第 1 次印刷

字数：609 000

定价：58.00 元

(图书出现印装问题，本社负责调换)

总 序



新世纪伊始，我们构思已久的“当代外国刑法教科书精品译丛”，终于在中国人民大学出版社的支持下，开始与读者诸君见面了。作为该套“译丛”的编译者，我们的心中充满了感激与喜悦之情。感谢我们精干的翻译班子，感谢给予我们以热忱帮助的外国刑法学界和出版界的同行们，尤其要感谢中国人民大学出版社的领导和责任编辑们。正是因为有了各方的精诚团结，才使得我们所精选的美国、英国、法国、德国、意大利、日本、俄罗斯七国中最有影响的刑法教科书，能够被译成中文在中国出版并为广大的中国读者所了解和研究。同时因为相信读者诸君看见



本“译丛”时的心情是喜悦的，我们也就倍感欣慰。

我们对读者们的喜悦心情充满着信心，自然有着我们的道理。

首先，与以往译介的外国作品不同的是，本“译丛”所选均为当代法治发达国家法律专业学生所使用的刑法教科书，新颖性（必须是现今正在使用的）、权威性（必须是权威专家编撰且获得广泛好评的）、全面性（不仅要有刑法概论、导论、总论或总则，而且要有分论或分则部分）是我们选择的标准。

其次，本“译丛”包罗了美国、英国、法国、德国、意大利、日本、俄罗斯这些当今世界最有代表性的国家的刑法教科书，而不仅仅局限于一个国家或一个作者，以求将这些国家的刑法教学研究代表性成果、刑法学理论以及刑事法治的进展系统全面地展现给中文读者。

再次，本“译丛”的翻译工作全部由曾经游学于有关国家，对相关国家的刑法理论和实践有研究、有体验并有大量译作的国内著名中青年刑法专家完成，这样的队伍既保证了翻译作品的“信、达、雅”，又保证了刑法学教材的“专业”味道。

有了以上几点，相信本“译丛”一定能够取悦于读者，尤其是那些特别执着于刑法问题的研究与探讨的莘莘学子们。当然，仅求“取悦于人”，未免显得有点“市场化”，显得有点低估了我们翻译出版本“译丛”的意义。我们的真正用意，其实是想通过出版“译丛”以及类似的活动，让更多的国人了解外国的刑事法律及制度，与国外的刑法学同道进行思想与心灵的沟通，从而与本国的刑事法律有所比较，对本国的刑法学有所启迪，对本国的刑事法治有所借鉴。概言之，就是要通过向西方刑法学的学习，促进我国刑法学的开放，改变我国刑法学的现状，为完善我国的刑事法治、加速社会主义法治国家的建设进程而贡献力量。

行文至此，不免想到100年前的今天，即公元1902年的1月10日，中国清朝政府派盛宣怀为办理商务大臣，与英国议办通商行船各条约，双方举行了第一次谈判。英国代表马凯要求将英国人“侨居贸易的权利由临时性的变为永久性的”，盛宣怀则认为英国提出这样的要求为时过早，而且只要治外法权存在一天，中国就绝不能答应。但已是西山落日的清王朝实在是没有多少谈判的资本了，态度强硬的盛宣怀随即被张之洞替代，为求西方列强放弃治外法权，清王朝不得不在《中英续议通商行船条约》中增加第12款如下：“中国深欲整顿本国律例以期与各西国律例改同一律，英国允愿尽力协



助，以成此举，一俟查悉中国律例情形，及其审断办法，及一切相关事宜皆臻妥善，英国即允弃其治外法权。”于是才有了晚清政府的变法求新，有了沈家本、伍廷芳的奉旨修律，有了中国历史上空前的翻译外国法律及法学著作的学习西法运动。尽管这场运动并没有扭转腐朽没落的清王朝灭亡的命运，但是它却使延续数千年的中国法制发生了翻天覆地的变化，为中国输入了现代意义上的真正的“法学”，展开了中国法制现代化的历程。而我们尤其要强调的是，这场运动给1840年以后的中国向西方学习的进程正式增加了学习西法、学习西方法治的全新内涵。

闭关锁国的中国在饱尝了鸦片战争及其后西方列强的坚船利炮之苦后，在逐步沦为半殖民地半封建国家的过程中，开始了向西方学习的历程。但是，这一历程在相当长的时期里是痛苦的、被迫的、不自觉的，而且是片面的。最初仅限于造船造炮。例如清道光末年，魏源在他所编的《海国图志》前言中首先提出“师夷之长技以制夷”，其所指的主要还是器物的层面。又如清同治年间，曾国藩采纳容闳建议，在“江南机器制造总局”下设立“翻译学馆”，翻译的首先是有关制造机械船炮的西方书籍。但是在了解西方的过程中，国人也慢慢地认识到西方的强盛不仅仅是技术或者物质方面的，西方的文明还表现在精神层面和制度层面；学习西法，不能仅学其语言文学或机械制造等皮毛，而要学“西政之本源”。因此，翻译学馆后来翻译的范围，也由机器船炮扩大到各种自然科学与社会科学（包括法律与法学）。沈家本自奉命修订法律起，就非常重视对西方法律和法学著作的翻译与研究。他认为，“欲明西法之宗旨，必研究西人之学，尤必编译西人之书”，为此他还提出了“参酌各国法律，首重翻译”的原则。其时所翻译的法律图书中，刑法图书居首位。

与一个世纪前的“可怜破碎旧山河，对此茫茫百感多”的沈家本相比，我们无疑是幸运的。我们的国家已经独立，民族已经解放，半个多世纪的社会主义建设和二十余年的改革开放已经使我们伟大的祖国跻身于世界强国之林。我国的社会主义民主与法制建设也取得了举世瞩目的成就，“依法治国，建设社会主义法治国家”，已经成为基本的治国方略，法学作为一门研究“治道”的学问受到了前所未有的重视。我们学习西法是主动的、自觉自愿的，其意在比较鉴别，“取人之长，补己之短”，在于吸收人类文明尤其是法律文化中一切有益的成分，为我所用，并期望着为人类法律文化的繁荣进步作出我们应有的贡献。



尽管中国刑法专门化的历史不长,刑法学起步较晚,但是中国的刑法学为建立和完善社会主义法治尤其是刑事法治所作出的功绩是不可磨灭的。然而凭心而论,虽然说“法治”在中国的绝大部分历史上只是一种“刑法的统治”,刑法在中国法的历史上具有着其他法所难以企及的尊荣地位,但中国的刑法学仍然是幼稚的,其在我国法学界的境遇、在我国法治现代化进程中的作用是不怎么让人恭维的。学者们在反思时认识到,“刑法理论研究往往停留在低水平的重复上”,刑法学的繁荣也仅仅是一种“泡沫经济”式的表面的繁荣。“繁荣的背后一个令人深感忧虑的现象,是偏重使用注释方法来研究刑法问题,为数不少的研究成果是作者对刑法条文的阐释,以至于刑法学的研究惟刑事立法、刑事司法的马首是瞻,缺乏独立的、高层次的理论品格。这不仅影响到刑法理论水平的提高,也大大降低了刑法学对刑事立法、刑事司法的指导和促进作用。究其根源,这种现象的产生与刑法学研究方法的单一与薄弱有着密切的关系。”^①“长期以来,我们没有摆正学术研究中方法论建设的地位,这也许是我国刑事法理论因袭有余、创新不足,因而处于一种低水平重复与徘徊的境况的重要原因之一。”^②对于我国刑法学的不足、刑法学方法论上的缺失,我国刑法学界的头脑是清醒的、心情也是自责的。有感于我国刑法学研究方法的单一、视野的狭窄和观念的陈旧,著名刑法学家高铭暄教授在中国法学会刑法学研究会 21 世纪第一次年会(济南,2001 年 10 月)上曾大声疾呼,要建立开放的刑法学,要重视比较刑法、外国刑法与国际刑法的学习和研究。我们编译出版本套“译丛”正是为了响应高铭暄教授的这一号召,要将比较的方法引入刑法学的教学与研究之中。

比较方法在法学中的使用虽然只有一百多年的历史[世界上最早的比较法团体是 1869 年在法国成立的比较立法学会(Société de législation comparée),而 1900 年在巴黎召开的国际比较法大会(Congrès international de droit comparé)则是比较法成为独立学科的标志],但它对法学的繁荣与进步所起的作用是巨大的。这种作用主要地表现为比较法所带来的法学方法论的革命。首先是因为比较法所具有的认识功能。借助比较法,我们可以更好地认识本国法。培根在《崇学论》中要求,法学家为了能够真正认识本国法律,必须将自己从本国法律的枷锁中解放出来。因为判断的对象(本国法

① 高铭暄、赵秉志主编:《新中国刑法学五十年》,38 页,北京,中国方正出版社,2000。

② 陈兴良:《学术功底、问题意识、研究方法》,见《刑事法理论研究丛书》总序。



律),不能同时是它的判断准则。^①有了比较法,我们自然就可以更好地认识外国法。其次是因为比较法所具有的很多实践方面的功能,如比较法可以为立法者提供立法的参考资料、佐证材料,比较法能够作为法律解释的工具,比较法是法律教学中必不可少的环节。比较法也使法学研究的对象不再局限于一国一地一时的法律,法律不再仅仅是一种“地方性”的知识或现象,不同地域(包括不同时期)的法律相互之间具有了可比性,法律也因此具有了“全球性”。因此比较法的最后功能是准备关于超国家法律统一的各项规划。这种法律统一的目的是在理想和可能的范围内,通过超国家的各项原则的一致性,协调各国的法律秩序,或者在条件许可的范围内尽可能消除其间的差异。在比较法学派的领袖人物萨莱叶(Sébastien Félix Raymond Saleilles, 1855—1912)或朗贝尔(Edouard Lambert, 1866—1947)看来,比较法的目的就是要建立文明人类的共同法(droit commun de l'humanité civilisée)或立法共同法(droit commun législatif)。而同时的沈家本所提出的“贯通古今,融会中西”的变法目标,正好与比较法的主旨不谋而合。

读者们在阅读本“译丛”的过程中会发现,在历经整整一个世纪的变迁后,虽然各国刑法的差异犹在,但其间的趋同现象也愈加明显。尤其值得注意的是国际刑法的发展。因为两次世界大战的影响与比较法和国际法的共同作用,国际刑法已逐步从理论形态转化为实在法,第二次世界大战以来问世、生效的国际刑法公约愈来愈多;在当今错综复杂的国际形势下,国际刑法日渐“司法化”,成为“活的法律(living laws)”。继纽伦堡审判和东京审判之后,通过国际审判的方式将国际刑法付诸实施、将国际罪犯绳之以法成为通例。其典型范例如1993年设立的联合国前南斯拉夫特设国际刑事法庭、1994年设立的联合国卢旺达特设国际刑事法庭,以及呼之欲出的联合国常设国际刑事法院(1998年7月在意大利罗马通过了该常设国际刑事法院规约)。一些区域性组织如欧洲人权法院、欧共体法院等在推动国际刑法的实施方面也发挥了积极的作用。这些机构的设立及其运作,对国际社会产生了广泛而深远的影响。国际社会对于国际刑法的基本原则,如罪刑法定原则、罪刑均衡原则、司法保障原则、保护人权原则、无罪推定原则、加强国际合作以有效打击犯罪和预防犯罪原则等,已基本达成共识。

面对各国刑法的发展趋势,尤其是国际刑法的飞速进步,中国刑法的改

^① 参见李龙主编:《西方法学名著提要》,567~568页,南昌,江西人民出版社,1999。



革与完善势在必行，中国刑法学的改革与开放也是不可逆转的。21世纪对于中国以及中国法学（包括刑法学）将是一个伟大的世纪。我们将拥有较为完善的有中国特色的社会主义法律体系和法治机制，到21世纪中叶，中国将基本实现现代化，并成为富强、民主、文明的国家。这一切，需要法学的发展，也必定促进法学的发展。就全世界而言，21世纪也必将是一个不平凡的世纪，其中，最引人注目的是经济的全球化和科技的全球化，而这一趋势也势必影响到法学领域。不同法系的差别将进一步缩小，国内法与国际法的联系将更为紧密。这将促使中国法学迅速接近并达到世界的高水平。可以预言，21世纪的中国法学（包括刑法学）将出现空前的繁荣，并将毫无愧色地进入世界法学的殿堂。

正是基于上述考虑，我们效法先贤，组织翻译出版本套“译丛”，并将继续追踪国外刑法演化的动向，不断融入世界刑法发展进步的潮流。“故吾愿发明西人法律之学以文明我中国，又愿发明吾圣人法律之学以文明我地球。文明之界无尽，吾之愿亦无尽也。”^①梁启超先生一个世纪前的心愿，依然萦绕在我们的脑海之中，激励着我们前行。

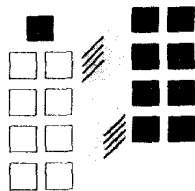
赵秉志 卢建平

2002年10月于中国人民大学

刑事法律科学研究中心

^① 梁启超：《论中国宜讲求法律之学》，见《饮冰室合集》（1）。

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教科书。

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。

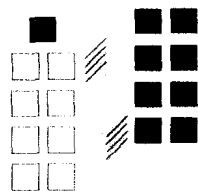
我相信，人格刑法学能够超越国界，共同适用于各国的刑法学。最近，日中两国间关于刑法学的交流急速地深化，我热切盼望通过本书中文版的刊行能够增强中国学界对人格刑法学的关心。

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

2001年8月

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违法，在责任论中论述了行为人的责任。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犯罪理论和以下的人格刑罚理论：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。

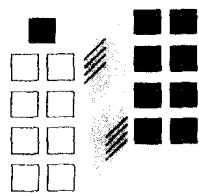
与各论第三版相同，本版在卷末除了“事项·人名索引”之外，也新加了“判例索引”。

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

平成9年10月

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，我的目的确是，在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。对先生多年来的学恩，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。

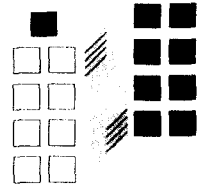
著者

昭和38年9月

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	(19)
	一 刑法的意义	(19)
	二 刑法的规范	(21)
	三 刑法的机能	(22)
	四 刑法学	(24)
第二章	刑法及刑法学的历史发展	(26)