

外国法学译丛

犯罪论与法哲学

〔日〕宗冈嗣郎 著
陈劲阳 吴丽君 译



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

外国法学译丛

犯罪论与法哲学

〔日〕宗冈嗣郎 著
陈劲阳 吴丽君 译



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

中国·武汉

犯罪論と法哲学◎〔株〕成文堂，2007

本書の中国版は成文堂が授權華中科学技術大学出版社から発行する

湖北省版权局著作权合同登记图字：17-2011-199 号

图书在版编目 (CIP) 数据

犯罪论与法哲学/〔日〕宗冈嗣郎著；陈劲阳，吴丽君译．——武汉：
华中科技大学出版社，2012.3

（外国法学译丛）

ISBN 978-7-5609-7678-5

I. ①犯… II. ①宗… ②陈… III. ①犯罪学：法哲学-研究 IV. ①D917

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2012）第 000502 号

犯罪论与法哲学 〔日〕宗冈嗣郎 著 陈劲阳 吴丽君 译

策划编辑：王京图

责任编辑：肖 越

封面设计：傅瑞学

责任校对：北京书林瀚海文化发展有限公司

责任监印：周治超

出版发行：华中科技大学出版社（中国·武汉）

武汉喻家山 邮编：430074 电话：（027）87557437

录 排：北京星河博文文化发展有限公司

印 刷：湖北新华印务有限公司

开 本：880mm×1230mm 1/32

印 张：5.875

字 数：140 千字

版 次：2012 年 3 月第 1 版第 1 次印刷

定 价：21.00 元



华中出版

本书若有印装质量问题，请向出版社营销中心调换
全国免费服务热线：400-6679-118，竭诚为您服务
版权所有 侵权必究

译者的话

我与《犯罪论与法哲学》（成文堂 2007 年版）一书最初结缘是在 2009 年，当时我为完成吉林大学博士基金项目“犯罪论体系思想根基追问”而在北京的国家图书馆查找资料时，发现了它，遂毫不犹豫地整本复印下来，当时还像找到宝贝似的欣喜了一阵。后因研究需要，我译出书中部分章节，这才发现，阅读此书是引起头疼的最好办法，奈因书中不时闪现的哲学名词常常令我无所适从，也因此对书中观点存在颇多不解之处。

2010 年 5 月，该书作者日本久留米大学教授宗冈嗣郎先生应我师兄郑军男教授的邀请，来吉林大学法学院进行学术交流。借其来访之机，我仔细聆听了宗冈教授的学术报告，并积极向宗冈教授请教了我之前没有理解的问题。通过面对面的交流，尤其是经谙熟日语和日本刑法文献的军男师兄从旁阐释，使我对宗冈教授整体的学术思想有了深一层的理解。

交流中，给我留下深刻印象的是，宗冈教授对处于转型期的中国犯罪论体系理论建构十分关注，并对时下我国刑法学界的“三阶层”与“四要件”之争也从自己的立场出发给出了富有启发性的评论。我国刑法学界有观点认为，当代中国刑法学正处于从前苏联理论为基础的“四要件论”向源起于德国的“三阶层论”发展的转型期，并认为“三阶层论”更为合理，是比“四要件论”更适合“刑法合理适用这一目的”的体系。因为“构成要件符合性、违法性、有责性的三阶层体系各自满足罪刑法定主义、法益保护主义、责任主义的要求”，并且，重要的是要“按照此等顺序进行判断”。针对上述观点，宗冈

教授进行了深入的理论分析。

首先，他认为，学界对“构成要件论”具体内容的理解不尽相同。日本的多数说将构成要件理解为“违法·有责类型”。按此理解，就意味着行为一旦符合构成要件，原则上就是违法的且是有责的，即推定违法性与有责性的成立，进而推定犯罪的成立。若此，构成要件论就并非是“三阶层论”，而是在构成要件层面上决定所有问题的“一阶层论”。因此，宗冈指出，中国学界对传统“四要件论”提起的批判也同样适用于日本处于多数说的构成要件论。所以，他认为，作为体系性概念使用的构成要件论，关键要看其到底具有何种内容。

其次，针对构成要件论与罪刑法定主义的关联问题，他质疑我国学者所认为的构成要件论与罪刑法定主义相适应的观点。他认为，在英美刑法学中并没有德国所谓的“构成要件论”，也没有“三阶层论”。然而，英美也将罪刑法定主义（the principle of legality）视为刑法学的大原则。因此，如果说构成要件论是最为适应罪刑法定主义的话，与构成要件无缘的英美刑法学与立足于构成要件的德日刑法学相比，不适应罪刑法定主义。这显然是极其非理性的结论。

他强调，构成要件论的开创者贝林所理解的罪刑法定主义的内容仅仅是排除习惯法和禁止类推解释这种形式上的东西。他进一步指出，如果只把罪刑法定主义做这种形式上的理解，在犯罪认定的第一阶段上进行“无价值的类型”判断是很有意义的。然而，罪刑法定主义的核心是法律向市民事前明示犯罪的实质内容。罪刑法定主义并不单纯是指由法律规定犯罪与刑罚，它还必须明示犯罪即法益侵害行为的内容，必须明示“法益”这种由法所保护的“价值”的侵害，即反价值性。罪刑法定主义原则并不将无价值的行为作为问题，其原本就是与“反价值的”行为即引起法益侵害的行为相关联的。因此，犯罪论

体系的第一阶段就应该将法益侵害或法益侵害的危险性作为问题。也就是说，即使使用构成要件的概念来思考犯罪论体系，其内容也并非是贝林所理解的“无价值的类型”的构成要件论，而应是作为“价值（法益）侵害行为的类型”即“违法类型”的构成要件论。

在宗冈看来，罪刑法定主义若要成为真正的市民“大宪章”，必须要以“法益侵害行为（即违法行为）是犯罪”这一命题为前提。他视此侵害原理为刑法的第一原理。换言之，只有在“无侵害即无犯罪的前提下”，“无法律即无犯罪”的罪刑法定主义才具有意义。因此，当思考构成要件论是否充足了罪刑法定主义的要求时，必须要考虑其与侵害原理之间的关系。

针对“法益”（德文为 Rechtsgut）的理解，宗冈反对从康德式的观念论范式来思考法益。他主张“法益”并非是概念，而是事实性的存在。他认为，一直统治德日刑法学的观念论的思考方式，多是立足于主张事实与价值两分的新康德主义哲学的立场。他认为，持这种立场者只是在规范的世界中思考问题，并不承认存在即事实的优先意义。宗冈认为，违法性的本质是以现实的法益侵害这种客观事实为基础的，“法益保护主义”应理解为“无客观的法益侵害即无犯罪”。同时，他认为，主观的违法要素是不可能存在的，故意或过失是单纯的责任问题。承认主观构成要件要素的麦兹格的构成要件论也未必是与法益保护主义相关联的。

再次，关于责任论，宗冈认为，无论是在故意犯中还是在过失犯中，没有选择可能的其他适法行为，而选择了犯罪行为，这才是责任论的核心问题。其根源在于，人的存在方式，即人既是受各种客观条件制约的存在者又是作为主体主动将可能性变为现实化的存在者。换言之，人“被决定的同时也进行着决定”，当人主体性地决定某种行为时，是以“有责任的存

在者”的形式存在的。这样，责任能力和期待可能性并非阻却责任的事由，而是置于非难前提之位置的事由，是“有责任的存在者”的前提。

最后，关于犯罪认定的顺序，宗冈主张两阶层论。在犯罪认定的第一阶段，首先是认定法益侵害的事实的存在，其次是认定此法益侵害的原因行为，即解决“结果归属”问题。在第二阶段，追问行为应归属于谁，此乃认定刑事责任主体，解决的是“行为归属”问题。因此，犯罪认定程序是客观的“结果归属”向主观的“行为归属”递进的程序。除此不存在其他的程序。

综上所述可以看出，宗冈教授是站在“存在论”哲学的立场上来阐释刑法问题的。《犯罪论与法哲学》一书就是对他这一立场的集中表述。相信读者阅读此书，会对宗冈的思想有更进一步的理解。应当指出，即使在日本法学界，立足“存在论”哲学研讨刑法问题的学者也极为少见。在我国，刑法学界多数学者根本就没有意识到存在论还是观念论的哲学思考方式的选择问题。希望这本书能对我国刑法学界有所启迪，学界同仁能以之为借镜，多一重维度去透视我国刑法学界当下的体系论争。这也正是译者翻译此书的初衷。

译著出版之际，感谢宗冈嗣郎先生奖掖后学、授权我翻译其作品。特别向日本成文堂本乡三好编辑部长、华中科技大学出版社法律分社社长王京图先生以及李文彬女士对此书出版的鼎力支持表示诚挚谢意。

陈劲阳

2011年11月24日谨记

中国□版への序文

このたび、吉林大学法学院の陳勁陽副教授により、私のもっとも新しい著書が中国語に翻訳されることになりました。この書物が中国の若い研究者たちの目にとまる機会を得たことは私の大きな喜びです。

特に、現代中国では、刑法学の転換期にあると聞いています。こういう時代には、ともすれば選択肢が単純化され、視野が狭くなるおそれがあります。ドイツ刑法を中心とした新しい刑法学を導入することもよいのですが、ドイツ刑法学の内容はきわめて複雑であり、単純なものではありません。

たとえば、ドイツ刑法学の核心ともいうべき「構成要件論」を導入するとしても、その具体的な内容は多岐に分裂しています。ドイツから構成要件論を導入した日本の場合、多数説は構成要件を「違法・有責類型」と理解します。しかし、構成要件が「違法・有責類型」であれば、構成要件に該当すれば、原則的に違法であり、原則的に有責だということになり、構成要件該当性が違法性と有責性を推定することになります。これでは、構成要件論は、犯罪の成立（つまり有罪）を推定する論理になり、あきらかに「疑わしきは被告人の利益に」という近代刑事裁判の大原則にも反するように思われます。

同様のことは、違法論でも、責任論でも言えます。「構成要件・違法・有責」という「三段階論」を導入するとしても、なかなか一筋縄ではいきません。世界の刑法学を見渡し

でも、たとえば判例法を母体としたイギリスやアメリカの犯罪論体系は「三段階論」ではありませんし、ドイツと同じヨーロッパ大陸法系の国とされるフランスの犯罪論体系もドイツの「三段階論」とはかなり異なります。しかも、犯罪の認定や「刑法の適切な適用という目的」からみて、ドイツの「三段階論」がイギリス・アメリカ・フランスの犯罪論体系よりも優れているとは、かならずしも言えません。

だから、現代中国のような刑法学の転換期には、犯罪論を支える基本的な部分に降下して、「法」の「存在論的考察」および「認識論的考察」から、犯罪論体系を再考することが非常に大事なことになると思います。そのような観点で、私の著書が少しでも中国の刑法学に寄与できるとすれば、それほど光栄なことはありません。

久留米大学法学部教授 宗岡嗣郎

2011年11月13日 東京にて

写给中文版的序言

此次，由中国吉林大学法学院的陈劲阳副教授将我的最新著作翻译成了中文。该书能够有机会得到中国年轻研究者的阅读，令我感到无比喜悦。

我特别注意到，当前中国正处于刑法学的转型期。在这一时期，选择容易单纯化，视野容易变得狭窄。虽然引进以德国刑法为中心的新型刑法学并无不妥，但德国刑法学的内容极其复杂，并不单纯。

例如，即便是被称之为德国刑法学之核心的“构成要件论”，其具体内容也各有不同。从德国引进构成要件论的日本，现在多数学说都将构成要件论理解为“违法·有责类型”。然而，如果构成要件为“违法·有责类型”的话，只要符合构成要件，原则上就是违法的，原则上就有责任，从而构成要件该当性就推定了违法性与有责性。那么，构成要件论就成为推定犯罪成立（也就是有罪）的逻辑，也明显违反了“存疑有利于被告”这一近代刑事裁判的大原则。

对于违法论与责任论也可以这么说，即便引进“构成要件·违法·有责”这一“三阶层论”，通过普通的方法也不能简单地解决问题。纵观世界刑法学，例如，以判例法为母体的英美犯罪论体系不是“三阶层论”，与德国同属欧洲大陆法系国家的法国的犯罪论体系，也与德国的“三阶层论”有很大的不同。并且，从犯罪的认定与“刑法的合理适用这一目的”来看，德国的“三阶层论”也未必优于英国、美国和法国的犯罪论体系。

因此，我认为在当代中国刑法学的这一转型期，着眼于支撑犯罪论体系的基础部分，从“法”的“存在论上的考察”与“认识论上的考察”的角度，重新考察犯罪论体系是非常重要的。从这一意义上讲，如果我的著作能够为中国刑法学略尽绵薄之力，将是我莫大的光荣。

久留米大学法学部教授 宗冈嗣郎

2011 年 11 月 13 日于东京

序

正如题目“犯罪论与法哲学”所示，本书尝试着将通说的犯罪论体系（犯罪是符合构成要件、违法、有责的行为）进行哲学上的再思考。为什么需要进行这一尝试呢？理由在于，当下刑法学与法哲学的关系淡薄，各自的研究成果没有相互交叉，而且对它们各自进行深度研究的学术状况呈现出危险的征兆。那么，该危险的征兆是什么呢？虽然言之繁冗，我仍把对此问题的论述，作为本书的序。

我所担心的是，无论是有意识的还是无意识的，自平野龙一博士以降，现代刑法学都带有强烈的实证主义色彩。当然，平野博士是二战后日本第一代杰出的刑事法学者，但与那时相比，哲学层面上的实证主义明显有着戏剧般的衰退趋势。对此，解释者有着各自不同的理由。但根据我所理解的，其理由在于，实证主义即便很好地理解了“人”，也没有很好地理解“人类”，也就是说，没能解决实存的迫切问题。

因此，首先我们来看实证主义的思考框架：由笛卡尔与霍布斯所完成的近代认识论的框架，基本上立足于认识主体与被认识的客体这一“主客二元论”图式。也就是说，具有能够被对象化之构造的认识被绝对化，只有此认识才被作为学问上的认识论的对象，如科学认识，（能够）用实验来证明的实证认识就是其典型。随着科学所带来的物质的丰富化，人们对科学认识的信仰也日趋强烈，完全忘却了除了具有能够被对象化之构造的认识以外，还存在诸如主客观被分化以前的认识、与存在相融合的认识、与本性相符合的认识等认识的诸形态，而这

些是哲学意义上的“直观”、“洞见”和“了解”。

这是马丁·海德格尔所说的“被忘却的存在”的一个局面。然而，在符合存在的认识被忘却、立足于主客二元论的近代认识论的框架中，到底要如何来理解诸如“人的尊严”之类的东西呢？这是绝对不能够被理解的，因为这在逻辑上不可能。因为我们不能将我们试图去理解的“人的尊严”加以对象化。在近代认识论的框架中，只有置于我们眼前（Vor-Stellung）的东西，面对面位于（Gegen-Stand）我们眼前的东西才是认识的对象。没有或者不能置于作为区别于客体之主体的“我”面前的东西，不能成为我们的认识对象。像“人的尊严”那样，不能被对象化的东西，在认识论上是“无意义的（gegenstandlos）”，不能够被认识，只能够被论述。

也许会有人认为，只要能够被论述就可以了。但是，如果只是论述，我们也能够论述幽灵，因为“人的尊严”与幽灵是一类的。总之，我们必须思考，像“人的尊严”那样，对于我们而言最重要的东西被排除在认识论的对象之外所具有的意义。这一框架是立足于实证主义法的判断的基础。考虑到这一点，就不难理解，我对于迎来实证主义之全盛期的刑法学理论的大势所持有的危惧感。

稍微转换一下视角。法律家们日常所进行的法的判断与法的思考，是在法保全着人性这一现实背景下进行的。而相反，人性被法所剥夺这一现实也很明显。这是“人类异化”的一个典型，但在刑事法领域，人类异化的现实却更为人们所关注。如何克服日常中刑事司法再生产异化的现实呢？这是很多刑事法学者所意识到的。大部分刑法学者都在认真思考着，应当如何来发现和构建克服异化状况的犯罪论。

确实，本来法是为了人类而存在的，由法剥夺人性的“法所带来的异化”状况，是在法律上不应当存在的现实。然而，

要认识这一点，主客二元论是否有效呢？埃德蒙·胡塞尔在《欧洲的学问危机与超越的现象学》（1936年）这一名著中，没有使用“异化”一词，但他明显将主客二元论视为异化的逻辑原因。如此一来，“认真思考着的”刑法学者，究竟是如何“认真思考”的，就成为一个问题。如果人的尊严在认识论上是无意义的，由于人性的剥夺与异化也是一样的，所以刑法学者只是将其作为“被论述”的东西，来“认真思考”如何克服异化的。于是，也就无法揭示克服人类异化的法理论。

在此，出现了与主客二元论相对应的另一种二元论。即“存在与当为的二元论”。“存在”或“事实”是科学实证的认识对象，“当为”或“价值”不是这种认识的对象，只是被论述的东西。然而，如同不是“现实世界”存在的幽灵，即便论述“当为”与“价值”，也只是作为与科学实证认识的对象——现实“生活世界”所不同的、在观念上设想的世界的东西来论述。这是对日本刑法学产生决定性影响的新康德主义的见解，虽然与康德的通俗理解基本一致，但其实质只不过是给予“只被论述”的东西提供了论述的空间。这样一来，就能够确认实证主义与新康德主义在本质上具有相同的思考框架，而实证主义与新康德主义共同所有的二元论思考框架，才是法带来的异化的根源。

实证主义与新康德主义都是具有二元论图式的地地道道的观念论。近代以来的资产阶级思想，无论是笛卡尔谱系还是霍布斯谱系，除了极少数例外，都继承了二元论的图式。并且，只要没有从根本上克服这一点，我们就无法克服“法带来的异化”。

那么，我们应当如何来克服二元论呢？首先，我们来重新审视现实，特别是“我”这一现实。我实存着，并在书写此文章，但“我”这一实存，并没有分裂为“主体”与“客体”。

始终实存的是主客相统一的“我”。在此前提下，如果重新审视“我”的话，就显然存在这样一个现实，即我的存在样态就是“我们”的存在样态，人类只能有共生这一存在样态，而保障此共生的原理就是“法”。我们存在于“法”之中，法存在于“我们”之中。换言之，实存与法共存，法与实存共存。具体的内容将在本书中论述。我将这种在人类现实的状况下理解法的立场称为“法存在论”。并且，我认为只有此法存在论才是克服法所带来的异化的逻辑理论。

如果我们试图从司法官与行政官的手中，重新夺回“法”，克服法带来的异化状况的话，就只能承认法与实存密不可分地联系着。在此意义上，对于法存在论的“正确性”，我拥有绝对的自信，并且认为能够将其作为不可谬的东西加以主张。

然而，即便立足于法存在论，在此框架中也可能存在多种逻辑的展开，我也不得不将具体的刑法理论作为试论来加以构建。以下将会读到我的试论，但在此状况下，我对自己的主张并没有如此大的信心，想必存在很多错误。而且以文中考察的范围没有涉及国家论为例（在不涉及国家论的情况下论述作为刑罚权力之根据的刑法是不可思议的），我的试论是极其不充分的。并且，我的主张与承认二元论的通说刑法学的逻辑处于截然相反的另一端，我想大家不会立刻就能接受我的主张。只是，第一，克服法所带来的异化是法学理论的紧急迫切的课题；第二，要解决这一课题，就必须克服法与实存相分离的资产阶级法理论。如果这两个论点能多少为读者所意识到，我想我就获得了意外的成功。

现在，完成了此书稿最终的校正，我不由得怀念起已故学者水波朗先生，他反复告诫我们不仅存在亚里士多德以来的传统存在论，并且在现代思想中存在着被充分展开的存在论的丰富世界。我也不由得回想起经常尖锐地指出资产阶级法思想的

观念的本质与界限的三岛淑臣先生。同时还要由衷地感谢阿部耕一社长、本乡三好编辑部长等成文堂的诸位，在学术著作出版艰难的状况下出版了本书。

2007 年 5 月

宗冈嗣郎

目 录

第一章 犯罪论体系与认识论	1
一、从认识论角度考察的必要性.....	1
二、犯罪认定中“型”的认识论意义	4
三、决定认识的两个“型”	10
四、型的认识与犯罪认定的逻辑	19
五、观念论的规范主义的范式	26
六、犯罪认定的存在论构造	35
七、犯罪论的体系——从法存在论的观点来 考察	43
第二章 构成要件论的法哲学再考察 ——构成要件的本质	50
一、构成要件的意义与问题点	50
二、构成要件论的生成和现状概观	54
三、构成要件的诸机能	63
四、构成要件的再省察与“类型”的意义	72
五、构成要件的意义	81
第三章 违法论的法哲学再考察 ——规范的本质	85
一、规范论的课题与射程	85
二、资产阶级法思想的范式——意思主义	90
三、作为保障共生的实在价值法则的规范	98
四、规范论与法益论的同一性	109