



日本法学教科书译丛

大谷实 著
黎宏 译



法律出版社
LAW PRESS

刑法总论



日本法学教科书译丛

刑法总论

大谷实 著
黎宏 译



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法总论/[日]大谷实著;黎宏译. —北京:法律出版社,2003.7
(日本法学教科书译丛)
ISBN 7-5036-4382-X

I. 刑… II. ①大…②黎… III. 刑法—法的理论
—日本—高等学校—教学参考资料 IV. D931.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 062541 号

©2000 大谷实

《刑法总论》中文翻译版由日本成文堂株式会社
授权中国·法律出版社独家出版并发行。
著作权合同登记号 图字:01—2003—1032

法律出版社·中国

责任编辑/丁小宣 司马刚

装帧设计/王际勇

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书公司
印刷/北京民族印刷厂

编辑/法律教育出版中心
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/A5
版本/2003年7月第1版

印张/14 字数/460千
印次/2003年7月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/info@lawpress.com.cn
网址/www.lawpress.com.cn

电话/010-63939796
传真/010-63939622

法律教育出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/jiaoyu@lawpress.com.cn
读者热线/010-63939660

传真/010-63939701

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
传真/010-63939777
网址/www.Chinalaw-book.com

销售热线/010-63939792
010-63939778

书号:ISBN 7-5036-4382-X/D·4100

定价:27.00元

总 序

日本的经济、技术和文化对于改革开放以后的中国,其影响是巨大的。上世纪80年代,大多数中国人无不以拥有日本电器而骄傲。SONY、松下、东芝、丰田、本田、NISSAN成了日本经济、文化、技术的象征。同样,日本的法律制度和法学也对中国的法律产生了很大的影响,这种影响始于上世纪初。日本是亚洲国家中,最早开始实施法律体系近代化的国家。明治维新以后,日本以德国法、法国法为蓝本,打造了自己的法律体系。明治维新后,中国进步人士不仅向近邻岛国——日本学习先进的人文思想,也对日本的法律制度抱有极其浓厚的兴趣。国人以为,日本之所以能够强大起来,与日本引进西方法律制度有直接关联,因此中国没有必要舍近求远,学习日本法律制度即是强国之近途。在这方面,日本成了中国的先生。民国时期的许多法律就是在日本法学家指导下制定的,有的法律草案干脆就是由日本人直接起草的,如民国时期第一部《民事诉讼法》就是由日本人松岗义正主要起草的。与此相应,近代中国法学也受日本法学的影响,沿袭了日本法学的基本理论和研究方法。

二战以后,日本受美国的影响,开始吸收英美法的成分,形成大陆法与英美法在日本本土的融合,这种融合的方式和程度在其他国家是很难见到的。尽管日本以模仿出名,在法律制度方面也从不忌讳对外国的模仿和照搬,但实际上日本法依然有其“本土性”,许多规定也与被移植国不同。在百多年的建构、修正过程中,外国法也已经植根于日本,实现了本土化,这就使日本法具有了十分特殊的“杂交”形态,也显现了某些“杂交”优势。如同研究历史者言必称罗马一样,过去日本学者研究法律是言必称德、法。二战以后,美国法吃香起来,美国法成了日本既存法的批判武器和改革的参照物,但近些年来,日本对外国法和外国法学理论的依赖已经大大减弱,开始走向自我循环发展的道路,更加突显其法律研究的日本个性。

随着思想解放和改革开放进程,中国法制建设的也在急速发展,我们

又一次把眼光投向了日本,向日本寻求法律建构的制度资源和理论资源。可以说,在这一点上,如同从日本引进技术和管理一样。尤其是实体法,无论民法、刑法都具有强烈的日本法特征。在程序法方面,近年来,中国也大量借鉴、移植了日本法。可以说,到目前为止,日本依然是世界上对中国法律制度和法学理论影响最大的国家。从比较法的理论看,研究外国法就是为了改善本国法。日本是模仿、移植、借鉴国外法律,以发展本国法律制度的典型代表。而当下的中国,法治的发展也同样需要借鉴国外的法律制度和法律运作经验;我们可以从日本人那里学到模仿、移植、借鉴的经验和教训。而要真正了解他国的制度,又必须了解其制度所依存的理论基础,基于此,就要求我们更多地、更深入地、更全面地了解日本法律理论,而教科书则是系统了解规范法律理论的最佳路径。

我们很高兴地看到法律出版社在出版国外法学著作方面所具有的远见,该社及时组织了一批既精通日语,又熟知日本法律和理论的法学工作者(其中有不少译者是多年在日本留学深造的留学生)翻译出版了这套“日本法学教科书译丛”,为我们更深入系统地学习和了解日本法律理论开辟了一个很好的窗口。我注意到,为了使这套丛书能够上档次,译者们在挑选原著时,尽可能讲究其原著的经典性和权威性,注重原著作为教科书的特点,力求使这套丛书能够比较充分地反映日本法学主要领域中理论研究的新成果和研究水平。就我已经看到的译著而言,这一点似乎已经得到了肯定。因此,完全有理由相信这套丛书能够成为法学院学生、实务工作者和研究人员学习和研究的有益工具。

最后,真诚地感谢这套书的各位译者以及具体策划者和组织者丁小宣先生。

张卫平

2003年夏于清华大学荷清苑

作者介绍:大谷实,男,1934年生,日本茨城县人,1957年毕业于日本同志社大学法学部,法学博士。现为同志社大学法学部教授,学校法人同志社理事长,法务省人权保护促进审议会委员,前司法考试考查委员(1982—1995年),日本学术会议会员,日本放送大学客员教授,武汉大学客座教授。主要著作有:《刑事责任的基础》,《人格责任论研究》,《被害人的补偿》,《刑事规制的界限》,《刑法总论重要问题》,《刑法各论重要问题》,《刑法总论讲义》,《刑法各论讲义》,《刑事政策讲义》,《刑事法入门》。

译者介绍:黎宏,男,1966年生,湖北省罗田县人,1988年毕业于武汉大学法学院。武汉大学法学博士(1996年),日本同志社大学法学博士(1999年),现为清华大学法学院副教授。主要著作有:《不作为犯研究》,《单位刑事责任论》,《刑事政策学》(译著)。

中文版序

我的新版《刑法总论讲义》被译成为中文,在中国交付出版,对于我来说,是一件非常荣誉的事情。另外,听说很少有日本的刑法教科书整套都被译成中文的,因此,我更是感到高兴。

近年来,日中刑事法的交流日益频繁,之所以有人会阅读拙著之类的教科书,原因之一,可能是1997年中国制定了《中华人民共和国刑法典》。现行刑法典,特别是在总则中,与旧刑法典排斥罪刑法定原则,允许适用类推不同,在第3条中规定:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处罚;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处罚”,鲜明地确立了罪刑法定原则,废除了1979年刑法第79条中所规定的类推适用制度。另外,现行刑法典还增设了“刑法适用平等原则”(第4条)以及“罪刑均衡原则”(第5条)。

我认为,这次修改的特征,简单地加以概括的话,就是在维持旧刑法所固定的传统刑法体系的同时,加入了尊重自由主义或者个人主义的理念。如果这种理解正确的话,那么,在刑法的适用或者解释上,中国迄今为止的犯罪论体系能否被维持下来,就应当成为问题,或者肯定会成为问题。这大概就是最近在中国的年轻学者当中,对重新建立犯罪论体系表现出强烈兴趣的原因。

在近年来的日本,关于犯罪论的基本考虑,形式犯罪论和实质犯罪论两个根本主义之间的对立日趋明显。我的基本看法是,在以罪刑法定原则为前提的犯罪论中,重视构成要件论的形式犯罪论是最为稳妥的,并以此为出发点,对犯罪论进行探讨,将刑法体系化,因此,由清华大学法学院的副教授黎宏译成中文的拙著,如果能够对中国刑法理论的发展有些微启发的话,我就感到极大的满足。

作为译者的黎宏副教授,在日本同志社大学留学,进入同志社大学的研究生院,在我的研究室研究日本刑法,并且获得了博士(法学)学位。由

这样理解我的真实想法的学者翻译本书,我心存感激。衷心希望本书能为促进日中学术交流做出贡献。

学校法人同志社理事长 大谷 实
武汉大学法学院客座教授
2003年6月9日

初版序

本书是和拙著《刑法讲义各论》相对应的。在本书中,笔者也采用了吸收最新展开的理论,结合司法实践,进行系统论述的方法。另外,在刑法学中,目前,以“是行为无价值还是结果无价值”的问题为中心,存在根本上的对立,我从仅凭上述任何一方的观点都难以解释现行刑法的立场出发,在理论上作了一些尝试。作为刑法理论,虽说无论从哪一种立场出发,都能够主张其正当性,但是,我认为,既然刑法总论也是刑法解释论,则其理解就不能离开现行刑法和支撑现行刑法的国民的法律感情。

从以上立场出发,我对刑法总论中的问题进行全面解说,并表明了自己的观点。但是,在解释的各个结论上,很多都是遵循了现有的学说、判例的见解,这恐怕难逃缺乏独创性之评,但是,大胆的提议也并非完全没有,而且在做这种提议的时候,也修改了若干我过去所发表的见解。对此,各位读者如果能发表批判意见的话,则是我的荣幸。

本书得以问世,受到了许多人的帮助,特别是法务省刑事局的检察官的场纯男先生和河村博先生给予了很多的指点。本书中,不少地方是根据他们二人的提醒而修改的。帮助撰写各论的同志社大学副教授赖川晃,冲绳国际大学副教授三宅孝之,京都产业大学副教授藤冈一郎、大谷大学讲师青木纪博,京都法学院讲师川本哲郎以及同志社大学大学院法学研究科的研究生松原久利等也直接或者间接地参与了本书的工作。另外,成文堂的总经理阿部耕一先生以及成文堂的编辑部长土井三男先生,在本书的出版过程中,也给予了充满诚意的鼓励和帮助。在此谨记以上各位,以志谢忱。

1986年3月
作者

新版序

本书是在《刑法讲义总论》(第四版补订版)的基础上全面修订而成的。当初是准备作为第五版出版的,但最终还是改为了新版。我对于刑法的一些基本考虑并没有什么变化,但是,自1986年本书的第一版出版以来,刑法学的理论发生了很大变化,根据这些变化,对我的刑法观点重新全面梳理,这就是我劲头十足地作为《新版》执笔的理由。

当今的刑法学,大而言之,可以分为两种流派。一种流派认为,刑法的目的在于保护个人的生命或者财产这种生活利益或者法益,犯罪或者刑罚只有在能够保护该种法益的限度之内,才具有意义和存在理由。我将其称为实质的犯罪论。另一种流派认为,刑法的作用不仅在于保护法益,通过保护法益来维持社会秩序才是刑法的目的之所在。根据这种见解,尽管保护法益也重要,但由于刑罚是残酷的制裁手段,为了不侵犯国民的自由和人权,事先必须在法律上明确规定什么是犯罪,只能将在形式上符合该种规定的行为作为处罚对象。只有将保护法益和保障人权相协调的刑事司法才能获得国民的信赖,也才能对维护社会秩序做出贡献。我将这种见解称为形式的犯罪论。

本书的初版问世以来,我就尝试从形式的犯罪论的立场出发,将刑法体系化。从1996年开始的三年间,我有机会和实质的犯罪论的领军人物、东京都立大学的前田雅英教授进行对谈,对谈的内容被作为“精彩刑法”连载发表在《法学教室》杂志上。这次对谈,不仅让我理解了前田教授的学说,也是我自己的一次宝贵体验,同时,在彻底思考我自己的学说的意义上,也具有非同寻常的意义。不同立场的学人之间进行对谈,顾名思义,是“短兵相接”,紧张异常,但是,也正因如此,才明白了双方观点的异同,发现了各自观点的不足。本书中大量加入了这次对谈的内容。

但是,我所主张的刑罚法规所预定的行为框架应当成为犯罪论体系的出发点的形式犯罪论的见解,则丝毫没有动摇,这是毫无疑问的。反过来,倒不如说,对于主张优先考虑法官的、然后是国家的处罚要求的实质犯罪论,从尊重人权观念的观点出发,则不免有些担忧,这更加坚定了我应当坚

持形式的犯罪论的信念。我正是在上述意识的启发下,动笔撰写本书的。

但是,本书毕竟是教科书,对目前的刑法学以及判例状况进行客观描写是必不可少的,因此,对与各个问题有关的学说和判例,尽可能地进行整理和引用,然后展开自己的观点。另外,对于学习而言,最为重要的是严密理解概念或者定义,因此,在这一方面,笔者也煞费了一番苦心。特别是在本教科书中,为了大家学习方便,将目录更加细分,并将“注释”也作为重要内容加入进来。在确认理解了上述内容之后再学习的话,可能就方便多了。

由于本书是和本书的姊妹篇《新版刑法讲义各论》同时编辑出版的,因此,编辑出版部的部长土井三男先生以及成文堂编辑部的其他诸位给予了极大的关照。另外,我的三男、现在在天津地方法院进修实习的大谷太也提供了帮助。在此谨记如上,以志谢忱。

2000年3月
大谷 实

目 录

第一编 刑法的基础

第一章 刑法和刑法学	(1)
一、刑法的意义	(1)
(一)刑法的概念	(1)
(二)刑法的分类	(1)
(三)刑法的规范	(2)
二、刑法的社会机能	(3)
(一)规制机能	(3)
(二)维持社会秩序机能	(3)
三、刑法和社会伦理规范	(5)
(一)社会伦理和刑法的关系	(5)
(二)刑法的社会伦理机能	(6)
四、刑法学	(7)
(一)刑法解释学	(7)
(二)基础刑法学	(8)
(三)刑事法学	(8)
第二章 近代刑法学的历史	(9)
第一节 启蒙时期的刑法理论	(9)
一、近代初期的刑法	(9)
二、启蒙思想和刑法理论	(10)
(一)贝卡利亚	(10)
(二)费尔巴哈	(11)
(三)边沁	(11)
三、启蒙思想和刑事立法	(12)
(一)法国	(12)
(二)德国	(12)

(三)英国	(12)
第二节 近代刑法学的展开	(13)
一、报应刑论	(13)
(一)从康德到黑格尔	(13)
(二)宾丁	(14)
二、古典学派和近代学派	(15)
(一)古典学派(旧派)	(15)
(二)近代学派(新派)	(15)
三、学派之争及其终结	(17)
(一)毕尔克迈耶和李斯特	(17)
(二)学派对立的终结	(18)
四、20 世纪的刑事立法	(19)
(一)到第二次世界大战为止	(19)
(二)第二次世界大战以后	(21)
第三节 我国的历史展开	(21)
一、到旧刑法为止	(21)
二、旧刑法、现行刑法	(22)
(一)旧刑法的制定	(22)
(二)到战争结束为止	(22)
三、战后	(23)
(一)《部分修改刑法的法律》	(23)
(二)学派之争的动向	(24)
(三)战后的修改刑法工作	(25)
第三章 刑法理论	(27)
第一节 犯罪理论	(27)
一、犯罪论的基础	(27)
(一)决定论和非决定论	(27)
(二)客观主义和主观主义	(28)
(三)现实主义和徵表主义	(28)
(四)社会伦理主义和法益保护主义	(28)
二、犯罪的本质	(29)

(一)相对的意志自由论	(29)
(二)修正的法益保护主义	(30)
第二节 刑罚理论	(31)
一、有关刑罚理念的对立	(31)
二、刑罚的本质	(32)
(一)目的刑主义和报应原理	(32)
(二)综合主义	(32)
(三)二元主义	(33)
三、刑罚的机能	(33)
(一)报复机能	(33)
(二)一般预防机能	(34)
(三)特别预防机能	(35)
(四)各个机能之间的关系	(35)
四、刑罚的种类	(36)
(一)刑罚的分类	(36)
(二)现行法上的刑罚	(37)
第四章 刑法的渊源和解释	(38)
第一节 罪刑法定原则	(38)
一、意义和沿革	(38)
(一)意义	(38)
(二)沿革	(38)
二、罪刑法定原则的内容	(40)
(一)理论根据	(40)
(二)法律根据	(41)
(三)派生原则	(42)
第二节 刑法的渊源	(42)
一、法律原则	(42)
(一)意义	(42)
(二)政令和罚则	(43)
(三)条例和罚则	(44)
(四)习惯、条理、判例	(44)

二、刑罚法规内容妥当的原则(实体的正当程序原则)·····	(45)
(一)意义·····	(45)
(二)明确性原则·····	(46)
(三)刑罚法规内容妥当·····	(47)
(四)禁止绝对不确定刑·····	(48)
第三节 刑法解释·····	(48)
一、禁止类推解释·····	(48)
(一)类推解释的意义·····	(48)
(二)刑罚法规解释的界限·····	(49)
二、类推解释的许可·····	(50)
第五章 刑法的适用范围·····	(51)
第一节 刑法的时间适用范围·····	(51)
一、时间适用范围的意义·····	(51)
(一)刑法不溯及既往的原则·····	(51)
(二)生效时间·····	(52)
二、犯罪后法律变更刑罚的场合·····	(52)
(一)第6条的宗旨·····	(52)
(二)法律变更刑罚·····	(53)
(三)行为时法、裁判时法·····	(55)
三、限时法·····	(55)
(一)意义·····	(55)
(二)限时法的理论·····	(56)
第二节 刑法的空间适用范围·····	(57)
一、概说·····	(57)
(一)意义·····	(57)
(二)基本原则·····	(57)
二、空间适用范围·····	(58)
(一)属地原则·····	(58)
(二)属人原则·····	(59)
(三)保护原则·····	(60)
(四)世界原则·····	(60)

三、外国判决的效力·····	(61)
四、犯人的引渡·····	(61)
第三节 刑法对人的适用范围·····	(62)
一、意义·····	(62)
二、适用上的例外·····	(62)
(一)国内法上的例外·····	(62)
(二)国际法上的例外·····	(63)
第四节 刑法对事的适用范围·····	(63)

第二编 犯 罪

第一章 犯罪论·····	(65)
第一节 犯罪的概念·····	(65)
一、犯罪的意义·····	(65)
(一)犯罪的实质意义·····	(65)
(二)刑法上的犯罪·····	(65)
二、犯罪的成立条件·····	(66)
(一)意义·····	(66)
(二)行为·····	(66)
(三)构成要件符合性·····	(66)
(四)违法性·····	(67)
(5)责任·····	(67)
三、排除犯罪性的事由·····	(68)
(一)意义·····	(68)
(二)排除违法性事由·····	(68)
(三)排除、减轻责任事由·····	(68)
四、犯罪的本质·····	(69)
(一)学说·····	(69)
(二)犯罪的本质·····	(69)
第二节 犯罪论的体系·····	(70)
一、犯罪论体系的意义·····	(70)

二、犯罪要素的体系化·····	(71)
(一)三分说还是四分说·····	(71)
(二)形式性和实质性·····	(72)
(三)违法性判断和责任判断·····	(72)
三、形式的犯罪论和实质的犯罪论·····	(73)
(一)实质的犯罪论·····	(73)
(二)构成要件和形式性·····	(73)
第三节 行为·····	(74)
一、概说·····	(74)
二、有关行为的各种学说·····	(75)
(一)自然行为论·····	(75)
(二)目的行为论·····	(75)
(三)人格行为论·····	(76)
(四)社会行为论·····	(76)
三、刑法中的行为·····	(77)
(一)受意思支配·····	(77)
(二)外部态度·····	(78)
第二章 构成要件·····	(80)
第一节 构成要件的概念·····	(80)
一、构成要件的意义·····	(80)
(一)意义·····	(80)
(二)构成要件的内容·····	(81)
(三)构成要件和违法性、责任的关系·····	(82)
二、构成要件的机能·····	(83)
(一)理论机能·····	(83)
(二)社会机能·····	(84)
三、构成要件的种类·····	(85)
(一)基本的构成要件、修正的构成要件·····	(85)
(二)封闭的构成要件、开放的构成要件·····	(86)
(三)消极的构成要件·····	(86)
(四)消极的构成要件要素理论·····	(86)