

当代日本刑事法译丛

贾宇 西原春夫 / 主编

刑法总论 重要问题

〔日〕松原芳博 著
王昭武 译

日本
松原芳博

内藤謙

山中敬一 川端博

西田典之

川崎友巳

平野龍一

曾根威彦

木谷明

西原春夫

井田良

佐伯仁志

高橋則夫

山口厚

石川正興

佐久間修

松宮孝明 松原芳博

前田雅英

奥村正雄

 中国政法大学出版社

刑法总论 重要问题

〔日〕松原芳博 著

王昭武 译



中国政法大学出版社

2014·北京

声 明

1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

刑法总论重要问题/（日）松原芳博著；王昭武译. —北京：中国政法大学出版社，2014. 12

ISBN 978-7-5620-5717-8

I. ①刑… II. ①松… ②王… III. ①刑法—研究 IV. ①D914.04

中国版本图书馆CIP数据核字（2014）第281643号



- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908524 (编辑部) 58908334 (邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 720mm × 960mm 1/16
- 印 张 26
- 字 数 500 千字
- 版 次 2014 年 12 月第 1 版
- 印 次 2014 年 12 月第 1 次印刷
- 定 价 68.00 元

总序二

法律是人类的微缩历史。法律既是人类文明的成果积淀，也是多元文化的综合汇聚；不同的国家虽然可能采用不同类型的法律制度，但是都大致共享着同样的法治伦理。因此，不同国家的法律思想和法律制度需要并且可以相互进行交流与借鉴，甚或移植。

众所周知，中华法系起于秦汉，盛于唐宋，解于清末，曾经一度是世界领先的法制文明，覆盖了泛东亚儒家文化圈。日本在公元八世纪初开始学习和接受唐朝的律令，成为律令制国家，之后直至明清时期，日本的律令制度一直深受中华法系的影响。但是明治时代以后，日本开始维新政治，转向西学，取法欧陆，勗行法治，成为亚洲最早转型成功的近代国家。清末时期，修律大臣沈家本邀请日本东京帝国大学的冈田朝太郎博士担任顾问，日本法学的思想理念开始回馈襄助中华。自此之后，中日两国的法律交流，出现了“师襄彼此，各有优长”的局面。

在当代，中日两国刑事法的交流与合作，主要是由日本早稻田大学前任校长西原春夫先生与中方的马克昌先生、高铭暄先生联合确立推动的。西原先生是日本杰出的刑法学家、教育家以及社会活动家，曾经入选福田政府的顾问团，是立场鲜明的“和平主义者”，也是我们眼中的“知华派”。马克昌先生是新中国第一代刑法学家，是武汉大学刑法学的领军人物，与高铭暄先生并称中国刑法学界的“南马北高”。马先生能够广纳天下英才而育之，门下弟子众多，被学人戏称为刑法学界的“马家军”。马先生虽未出国留学，但是精通日语，能够通畅交流。因此于1998年与西原先生在东京相逢之后，两人一见如故，彼此引为知己。两位先生志趣相合，心意相连，高山流水遇知音，肝胆相照两学人。因为马先生的关系，西原先生曾经十余次访问武汉，

并亲自出席马先生八十华诞学术研讨会，尤其是在马先生生病住院期间，西原先生更是曾经两度越洋探访，这在两国学界都十分鲜见。两位先生的学术友情，实不让于管鲍之交、钟伯之谊，业已成为中日学术史上的传奇美谈。

马克昌先生是我的授业恩师，不仅引领我踏入法学研究的学术殿堂，而且对我更有人生际遇上的知遇之恩。先生高风雅量，宽厚待人，爱才惜才，醉心学术，在古稀之年，仍然用手工书写的方式完成了八十余万字的鸿篇巨制——《比较刑法原理——外国刑法学总论》一书，震动学界。先生看重学问，常怀克己之心、追贤之念，秉学人高格、务法律之实，对我等弟子亦各有期许。

2011年6月22日，先生因病不治，驾鹤仙游。学门弟子，悲痛心情，无以言表。我曾以诗纪念先生：“先生累矣，溘然长眠；学门兴盛，师心所牵。吾侪弟子，克勤克勉；事业有继，慰师安然。师恩难忘，一世情缘；恩师音容，永驻心间。”为了告慰先师，身为弟子，理应承继先生志业，竭尽绵力于一二。

中日刑事法的交流圈子，是先生亲自将我领入。早在2002年的中日刑事法学术研讨会上，马先生就将我郑重介绍给西原先生，并嘱我日后要多多参与、支持中日刑事法的学术交流活动。因此，在2007年我专门邀请西原先生赴西安讲学，并为西原先生举办了八十华诞学术研讨会。此后，常常在各种不同的学术会议的场合与西原先生相见，相知益深，被先生引为忘年之交，不胜荣幸。

2011年10月1~5日我受日本中央大学的邀请访学东京，期间专门择时拜访了西原先生，先生在东京日比谷公园著名的松本楼接待了我。松本楼是中国民主革命先行者孙中山先生的挚友梅屋庄吉的故居，是孙中山先生与宋庆龄女士的结发场所和旅居之地；在当代，则一向是日方对华友好人士接待中国来宾的重要场所，具有很强的文化意象。其时，恰遇中日关系出现了些许波折，又逢我的恩师马克昌先生新近离世，西原先生设宴松本楼，深具厚意与情怀。席间念及马先生，西原先生不禁肃穆满怀，把酒遥祭，深情追忆了与马先生相识相交的详细过程，言之谆谆，意之切切，令我深为感动。因此，我当场向西原先生提出合作主持出版一套《当代日本刑事法译丛》的意向，一来以此纪念马克昌先生，二来为中日刑事法学的继续深入交流做些实事。西原先生毫不犹豫，欣然应允，答应联署译丛主编并愿意承担一些组织

工作。

本套译丛的编委会委员，邀请了部分日方著名的刑法学家，特别是译著的作者；中方编委会成员主要是马克昌先生的部分学生，也邀请了中国刑法学界热心此项工作的部分专家学者。副主编则由黎宏教授与本乡三好先生担任：黎宏教授是马先生的高徒，早年留学日本，如今已成长为中国刑法学界的青年领军人物；本乡三好先生长期担任久负盛名的成文堂出版社的编辑部长，协助西原先生为中日刑事法学的交流发展做出过大量工作，对中国学界有巨大贡献。我的学生付玉明担任本套译丛的执行主编。玉明聪明好学，治学刻苦，曾受马克昌先生与西原先生的惠助，留学日本。他为这套丛书的联络、组织、翻译、出版付出了巨大努力。译丛编辑部主要由留日归来的青年刑法学者组成，他们精研刑法，兼通日文，是中国刑法学界的后起之秀，其中大多也是本套译丛的译者。

北京京都律师事务所的田文昌先生与北京德恒律师事务所的李贵方先生，为本译丛慷慨解囊提供出版经费，在此致谢！感谢他们心系学界，关爱学问。

中国政法大学出版社的李传敢社长为本译丛提供出版支持，编辑部主任刘海光先生具体负责方案落实，辛苦备至，他们勤勉认真的工作态度令我们敬佩有加！

法律的故事就是人类的故事，法治的历史实际上就是法律人奋斗的历史。坚硬的法律背后，更多的是温情的人间故事。让我们记住这段当下史，记住这些名字。

是为序。

西北政法大学教授、校长
中国刑法学研究会副会长
贾宇

中文版序

自 20 世纪 80 年代开展中日刑事法研讨会以来，中日两国之间的刑法学交流日益频繁。尤其是总论部分，由于理论性更强，且具有一定普适性，不少地方可以借鉴对方国家的现有研究成果。本书的翻译若能有助于这种学术交流，幸莫大焉。

本书有幸纳入西北政法大学组织翻译出版的“当代日本刑事法译丛”，谨对西北政法大学贾宇校长、付玉明博士表示诚挚谢意！对于准确译介本书的王昭武副教授，亦表示衷心感谢！众所周知，王昭武副教授曾用日文在日本发表学术论文，是国际派的优秀研究人员。在以往的中日刑事法研讨会上，王昭武副教授曾两次为我承担翻译之劳，正是因为这种缘分，本书才得由王昭武副教授译成中文。

衷心祝愿中日之间的学术交流更加繁荣！
是为序。

松原芳博

2013 年 9 月 16 日

中国語版への序文

1980年代に日中刑事法シンポジウムがはじまって以来、中国と日本の間では、刑法学に関する学術交流が盛んになっている。特に、刑法総論は、理論的な側面が強く、一定の普遍性を有しているため、それぞれの国の知見が相手の国にとっても利用可能であることが少なくない。本書が中国語に翻訳され、このような学術交流の一助となれば、私にとってこの上ない喜びである。

本書を本翻訳シリーズに加えてくださったことについて、中国西北政法大学の賈宇学長、付玉明博士に心より感謝を申し上げたい。また、本書を的確に翻訳された王昭武教授にも、御礼を申し上げたい。王教授は、周知のとおり、中国語のみならず日本語でも論文を公表している国際派の優れた研究者であり、日中刑事法シンポジウムで2回に亘り私の報告の通訳を務めてくださったことが縁になって、私の著作を翻訳してくださることになった。

中国と日本の学術交流がますます盛んになることを願って、本書の序文を結びたい。

松原芳博

2013年9月16日

序 言

本书基本内容原以“刑法总论思考”为题，连载于《法学演习》（法学セミナリ），本书正是在此基础上修订而成。连载时，我的基本想法是，着力详解刑法总论中的重要论点，同时考虑读者需求而从基本问题谈起。为此，本书在继续保持解说重要论点之特征的同时，由于具备了一定的全面性与体系性，也能起到教科书的作用。

本书的写作，尽力做到以下四点：其一，就解释论上的论点，明确真正的对立之所在及其背景，并在刑法理论体系中找到其准确定位。这是因为，我深感当下的“论点主义”的弊害在于，对于各个论点的研究，往往脱离其思想背景与刑法理论体系，而流于机械性检索与死记硬背。其二，有意识地关注与对立观点之间的“对话”。这是因为，单纯还原学说之间的对立，即便能在体例的完整性上得到自我满足，但也会丧失建设性交流的可能，无法实现更恰当的刑法解释这一目标。其三，尽可能地将我的思考过程予以“可视化”，并最大限度地呈现给读者。这是因为，我认为要获得真正的“认同”，对思考过程的追踪体验不可或缺。现在，法科研究生院的学生有这样一种倾向，即轻易放弃“认同”，转向“记忆”，但法律的终极目标在于取得当事人的“认同”、一般国民的“认同”。自己放弃“认同”者，很难为此目标做出贡献。其四，解说刑法理论时，大量运用了包括判例在内的案例，并注重案例之间的排列。这是因为，对以解决具体案件为使命的法律学而言，有必要缩小理论与实践之间的距离，密切保持对理论的一贯性与具体运用的妥当性的相互验证。当然，上述想法最终是否得以实现，颇为忐忑，尚有待读者诸贤对本书的评判。

在《法学演习》（法学セミナリ）长达30期的连载过程中，专田泰孝教

授（冈山大学）、渡边卓也副教授（帝京大学）、内田幸隆副教授（明治大学）、杉本一敏副教授（早稻田大学）以及三上正隆专职讲师（爱知学院大学）对每次的文稿均提出了宝贵的意见，我的助手铃木一永（早稻田大学）还代为校对文稿，并核对了判例与相关文献。在正式出版之际，北川佳世子教授（早稻田大学）就本书整体结构也提出了有益的意见，荻野贵史助教（独协大学）、重富贤人（早稻田大学研究生院硕士研究生）以及早稻田大学研究生院博士研究生野村健太郎、大庭沙织、安嶋建、永井绍裕等还代为校对文稿并制作了索引。另外，日本评论社《法学演习》（法学七三十一）编辑部的上村真胜总编热心推荐我进行连载，并为结集出版做出了无私奉献。对以上诸贤，谨致诚挚谢意！

本书的起点源自恩师曾根威彦先生的刑法理论。若本书的出版，能报师恩于万一，当属意外之喜。

最后，想将本书献给我的父亲松原芳久、母亲松原淑子。对我立志从事学术研究，他们是最替我感到高兴者。

松原芳博

2013年2月4日

文献略语

〔判例集〕（黑体字部分作为引用的简称）

刑集	大审院刑事判例集・最高裁判所刑事判例集
刑录	大审院刑事判决录
裁集集刑事	最高裁判所裁判集刑事
高刑集	高等裁判所刑事判例集
判特	高等裁判所刑事判决特报
高刑特	高等裁判所刑事裁判特报
下刑集	下级裁判所刑事裁判例集
刑月	刑事裁判月报

〔定期出版物〕（黑体字部分作为引用的简称）

刑法	刑法杂志
警研	警察研究
刑ジャ	刑事法ジャーナル
现刑	现代刑事法
ジュリ	ジュリスト
曹时	法曹时报
法时	法律时报
法协	法学协会杂志
法教	法学教室
法セ	法学セミナー
判时	判例时报
判夕	判例タイムズ

判例集的编年对应表

在本书中，为了尊重原文，也为了遵循日本就判例出处的惯用表示，更为了便于本书读者顺利查找相关判例，并未将明治、大正、昭和、平成这些日本年号改为公历，但同时考虑到我国读者更习惯于公历，在此特不畏累赘列表表示编年对应。值得注意的是，根据日本年号的实际变更时间，明治 45 年仅止于明治 45 年（1912 年）7 月 30 日、大正 15 年仅止于大正 15 年（1926 年）12 月 25 日、昭和 64 年仅止于昭和 64 年（1989 年）1 月 7 日。

大审院判决录 (刑录创刊)	大审院判例集 (改称刑录)	最高裁判所判例集 (改称刑集)	
明治28 (1895 年) 1 辑	大正11 (1922 年) 1 卷	昭和22 (1947 年) 1 卷	昭和37 (1962 年) 16
29 (1896 年) 2	12 (1923 年) 2	23 (1948 年) 2	38 (1963 年) 17
30 (1897 年) 3	13 (1924 年) 3	24 (1949 年) 3	39 (1964 年) 18
31 (1898 年) 4	14 (1925 年) 4	25 (1950 年) 4	40 (1965 年) 19
32 (1899 年) 5	大正 15	26 (1951 年) 5	41 (1966 年) 20
33 (1900 年) 6	(1926 年) 5	27 (1952 年) 6	42 (1967 年) 21
34 (1901 年) 7	昭和 1	28 (1953 年) 7	43 (1968 年) 22
35 (1902 年) 8	2 (1927 年) 6	29 (1954 年) 8	44 (1969 年) 23
36 (1903 年) 9	3 (1928 年) 7	30 (1955 年) 9	45 (1970 年) 24
37 (1904 年) 10	4 (1929 年) 8	31 (1956 年) 10	46 (1971 年) 25
38 (1905 年) 11	5 (1930 年) 9	32 (1957 年) 11	47 (1972 年) 26
39 (1906 年) 12	6 (1931 年) 10	33 (1958 年) 12	48 (1973 年) 27
	7 (1932 年) 11	34 (1959 年) 13	49 (1974 年) 28
	8 (1933 年) 12	35 (1960 年) 14	
	9 (1934 年) 13	36 (1961 年) 15	

续表

大审院判决录 (刑录创刊)	大审院判例集 (改称刑录)	最高裁判所判例集 (改称刑集)	
明治40 (1907 年) 13	昭和10 (1935 年) 14	昭和50 (1975 年) 29 卷	昭和 64 (1989 年) 43
41 (1908 年) 14	11 (1936 年) 15	51 (1976 年) 30	平成 1
42 (1909 年) 15	12 (1937 年) 16	52 (1977 年) 31	2 (1990 年) 44
43 (1910 年) 16	13 (1938 年) 17	53 (1978 年) 32	3 (1991 年) 45
44 (1911 年) 17	14 (1939 年) 18	54 (1979 年) 33	4 (1992 年) 46
明治 45	15 (1940 年) 19	55 (1980 年) 34	5 (1993 年) 47
(1912 年) 18	16 (1941 年) 20	56 (1981 年) 35	6 (1994 年) 48
大正 1	17 (1942 年) 21	57 (1982 年) 36	7 (1995 年) 49
2 (1913 年) 19	18 (1943 年) 22	58 (1983 年) 37	8 (1996 年) 50
3 (1914 年) 20	19 (1944 年) 23	59 (1984 年) 38	9 (1997 年) 51
4 (1915 年) 21	20 (1945 年) 24	60 (1985 年) 39	10 (1998 年) 52
5 (1916 年) 22	21 (1946 年) 25	61 (1986 年) 40	11 (1999 年) 53
6 (1917 年) 23	22 (1947 年) 26	62 (1987 年) 41	12 (2000 年) 54
7 (1918 年) 24		63 (1988 年) 42	13 (2001 年) 55
8 (1919 年) 25			14 (2002 年) 56
9 (1920 年) 26			15 (2003 年) 57
10 (1921 年) 27			16 (2004 年) 58
			17 (2005 年) 59
			18 (2006 年) 60
			19 (2007 年) 61
			20 (2008 年) 62
			21 (2009 年) 63
			22 (2010 年) 64
			23 (2011 年) 65
			24 (2012 年) 66

目 录

总序一	I
总序二	III
中文版序	VI
序 言	VIII
文献略语	X
判例集的编年对应表	XI
第一章 刑罚的意义与目的	1
一、犯罪与刑罚	1
二、刑罚的概念	1
三、刑罚的正当化理由	3
(一) 社会机能、形式合法性、实质正当性	3
(二) 报应刑论	3
(三) 一般预防论	5
(四) 特殊预防论	6
(五) 国家方面的正当化与行为人方面的正当化	7
四、近期的重刑化倾向与刑罚理论	8
第二章 刑法的基本原则	11
一、法益保护主义	11
(一) 社会伦理主义与法益保护主义	11
(二) 父权主义	13
二、行为主义	15
三、处罚的早期化与法益概念的稀薄化	16
四、责任主义	18

五、罪刑法定原则	20
(一) 从人的支配到法的支配	20
(二) 自由主义与民主主义	20
(三) 法律主义	21
(四) 禁止事后法 (禁止溯及既往)	22
(五) 禁止类推	24
(六) 禁止类推原则的适用范围	25
六、刑罚法规的适正	26
(一) 明确性原则	26
(二) 体感治安的降低与不明确的刑罚法规	27
(三) 刑罚法规内容的适正	29
(四) 合宪限定解释	29

第三章 犯罪论体系 32

一、犯罪的定义与犯罪论体系	32
二、行 为	33
(一) 体系性定位	33
(二) 行为的内容	34
三、构成要件该当性	35
(一) 构成要件的性质	35
(二) 罪刑法定原则机能	36
(三) 违法类型化机能	37
(四) 违法推定机能	39
(五) 故意规制机能	39
(六) 犯罪个别化机能	40
(七) 构成要件要素	41
(八) 犯罪类型的分类	43
四、违法性	45
五、责任 (有责性)	46
六、违法性与责任的区别	46
七、客观处罚条件、一身性的处罚阻却事由	47

第四章 因果关系 48

一、刑法中的因果关系	48
------------------	----

二、条件关系	49
(一) 假定的消去公式	49
(二) 择一的竞合	50
(三) 假定的原因	54
(四) 合义务的态度的替代	55
三、相当因果关系	57
(一) 等价说、中断论、原因说	57
(二) 相当因果关系说	57
(三) 行为当时的特殊情况	58
(四) 行为之后的介入因素	60
(五) 对因果关系的规范性限定 (客观归属论)	64
 第五章 不作为犯	68
一、不作为的行为性	68
二、作为与不作为	69
三、不真正不作为犯与罪刑法定原则	70
四、作为义务 (保障人地位)	71
(一) 体系性地位	71
(二) 形式的三分说	72
(三) 实质说	73
(四) 探 讨	74
(五) 判例态度	75
五、作为可能性与结果避免可能性	77
 第六章 违法论概述	79
一、违法的实质	79
二、“结果”的含义与刑法规范	80
(一) 规范违反说与命令规范	80
(二) 法益侵害说与评价规范	81
三、违法与责任的区别	81
(一) 主观违法论与客观违法论	81
(二) 一般人标准与行为人标准	82
(三) 义务赋予机能与动机形成机能	83
(四) 规范确证论	83

四、主观违法要素	84
(一) 违法的实质与主观因素	84
(二) 目的犯中的目的等	84
(三) 主观违法要素否定论	85
五、违法阻却事由	87
(一) 违法性与违法构成要件、违法阻却事由	87
(二) 社会相当性	87
(三) 法益衡量	88
(四) 违法阻却事由的种类、区别	90
六、可罚的违法性	91
 第七章 法益主体的同意	94
一、不处罚的根据	94
二、同意在犯罪论体系中的地位	95
三、不处罚效果的例外	98
四、同意伤害	98
(一) 判例态度	98
(二) 社会相当性说	100
(三) 全面不可罚说、生命危险说、重伤害说	101
五、有效要件	103
(一) 存在形态、是否需要存在认识	103
(二) 存在时点	104
(三) 认识内容、任意性	104
(四) 同意能力	105
六、基于错误的同意	105
(一) 判例态度	105
(二) 条件错误说	106
(三) 法益错误说	107
(四) 自律的自我决定说	107
(五) 探 讨	108
七、推定的同意	112
八、危险的接受	112