

刑法の根底にあるもの

# 刑法的 根基与哲学

[日]西原春夫◎著  
顾肖荣 等◎译

【增补版】

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



刑法の根底にあるもの

# 刑法的 根基与哲学

[日]西原春夫◎著

顾肖荣 陆庆胜 谈春兰 陆一心◎译

【增补版】

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目(CIP)数据

刑法的根基与哲学 / (日) 西原春夫著; 顾肖荣等译.  
—北京: 中国法制出版社, 2017. 6  
ISBN 978-7-5093-8649-1

I. ①刑… II. ①西… ②顾… III. ①刑法—法的理论  
IV. ①D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 140731 号

*KEIHO NO KONTEI NI ARUMONO ZOUHOBAN* by Haruo Nishihara  
Copyright © Haruo Nishihara, 2003  
All rights reserved.  
Original Japanese edition published by SEIBUNDO Publishing, Co., Ltd.

Simplified Chinese translation copyright ©2017 by CHINA LEGAL  
PUBLISHING HOUSE

This Simplified Chinese edition published by arrangement with SEIBUNDO  
Publishing, Co., Ltd., Tokyo, through HonnoKizuna, Inc., Tokyo, and Shinwon Agency  
Co. Beijing Representative Office, Beijing

著作权合同登记号: 图字: 01-2017-0630 号

策划编辑 侯 鹏

责任编辑 侯 鹏

封面设计 李 宁

## 刑法的根基与哲学

XINGFA DE GENJI YU ZHEXUE

著者 / [日] 西原春夫

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 880 毫米 × 1230 毫米 32 开

版次 / 2017 年 7 月第 1 版



中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-8649-1

定价: 39.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码: 100031

网址: <http://www.zgfsz.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66060794

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

## 译者再说

西原春夫教授的《刑法的根基与哲学》在中国已经是第三版了。<sup>[1]</sup>2004年版的《译者前言》<sup>[2]</sup>已经对该书主旨和作者情况作了简介，此处我们只想重点说明一下该书出版后在中国学界的影响。正如西原先生近作所说：“在大约20年前，这本书在中国翻译出版了，译作《刑法的根基与哲学》。没想到，到现在还没有绝版，还广为流传。比如我到中国去演讲，演讲结束后，就会有学生排着队拿着这

---

[1] 第一版：1991年5月，由上海三联书店出版；

第二版：2004年1月，由法律出版社出版；

第三版：2017年7月，由中国法制出版社出版。

[2] 附在“译者再说”之后的《译者的话》。

本《刑法的根基与哲学》的中译本请我签名。这话由我自己说可能有些不太合适。在中国学法律的学生中，至少是研究生以上的学生中，日本的法律学者中我是最有名的，而且还限于刑法学者，是整个法律学者中最有名的。”<sup>[1]</sup>可见这本书在我国法学界具有广泛影响，深受欢迎。中国法制出版社在西原先生欣开九秩之际，三版此书，是很有意义的。作为译者，我们也深感荣幸，特此祝贺西原先生九十大寿！

上海社科院法学所研究员

上海市文史研究馆馆员

顾肖荣

2017年敬贺

---

[1] 西原春夫：《我的刑法研究》中译本，北京大学出版社2016年版，第154—155页。

## 译者的话

### (一)

本书作者西原春夫教授，是著名的刑法学家，曾任日本早稻田大学校长。他1928年出生于日本东京，1951年毕业于早稻田大学第一法学部，又在该大学研究生院修完硕士和博士课程，此后留校任教。1962年获得早稻田大学法学博士学位，1967年起担任该校教授。现任日本刑法学会常务理事、日本交通法学会理事、日德法学会理事、日中人文社会科学交流协会理事和评议员、日本私立大学联盟会长。

西原先生著述甚丰，除本书外，主要著作还

有：《间接正犯的理论》《刑事法研究》（第1卷、第2卷）《刑法总论》《交通事故与信赖原则》《犯罪各论》《交通事故与过失的认定》《大法庭判决巡礼》《犯罪实行行为论》《21世纪的亚洲和日本》等。

## （二）

西原先生对日本现代刑法学的发展做出了重大的贡献，其观点不仅在理论界备受重视，而且也被司法界广泛采用。

首先，在犯罪论领域，西原先生的博士论文《间接正犯的理论》对间接正犯实行的着手时期进行了研究，他驳斥了当时占统治地位的观点。该观点认为，应将利用者（即背后者）的行为时点作为标准。西原先生则明确提出应以被利用者（直接实行者）的行为时点为标准。在当时，西原先生的这一观点只为少数人理解，而今已被多数人接受，并被司法界广泛采用。他对“作为原因的自由行为”的着手时期也发表了同样的见解，使当时的少数人的观点变成了今天的多数人的观点。西原先生还对许多判例进行了学术上的评论，明确支持“共谋共同正犯”这一概念，并在新的理论基础上予以展开。目前，这种概念也在理论上为人们所普遍接受。

在交通事故案件中明确认定过失的标准，是西原先生的学术活

动中另一值得重视的方面。20世纪60年代前后，随着日本经济的高速增长，交通事故大量增加，如何认定这类案件便成了令人关心的问题。西原先生对当时汽车普及国之一的西德的判例理论中的“信赖原则”作了详细研究，并将其介绍到日本，还将它改造成易于为日本司法部门采纳的形式，在详尽的判例分析的基础上，明确了适用“信赖原则”的条件。正是西原先生的研究成果，使当时的司法部门之间（法官之间、检察官与法官之间）在过失犯认定上的严重不统一现象得以在短时间内消除，从而使交通事故案的处理可以在公平合理的基础上进行。显然，西原先生的理论对司法界的贡献，是其他一些“钻象牙塔”式的理论所无法比拟的。

西原先生还革新了“犯罪各论”的体系。过去论述犯罪的著作大都以逐条解说刑法典上的犯罪为内容，却没有一本将刑法上的各种犯罪与特别刑法上各种犯罪联系在一起进行有机阐述的专著。为了突破这一点，西原先生打破了按侵害法益来对犯罪进行分类的传统做法，而是按照犯罪学的、社会学的类型来进行分类，例如分成“政治犯罪”、“公务员犯罪”、“交通犯罪”、“医事犯罪”、“公害犯罪”、“暴力团犯罪”、“公司犯罪”、“证券交易上的犯罪”等类型。他以这种新的研究方法为契机，在刑法学者的视野中开辟出了一片新的天地。



### （三）

本书探索的主题是为什么人类社会要有刑罚或刑法？国家凭什么持有刑罚权？国家行使这一权力又得到了谁的允许？这些都是刑法学的最基本的问题。本书把处于刑法背后的，促使制定刑法的原动力称为“刑法的基础要素”，并把探索和分析这种要素作为主要目标。

多少年来，人们一直在思考着这些问题，并形成了许多想法和观点，但它们往往散见于各种论文、著作中，尚未形成一部专门著作。要系统回答上述问题，完成一部专著，不仅要对刑法学、犯罪学的专业领域有深刻研究，而且必须具有其他学术领域的广博学问，如政治学、社会学、心理学等。本书作者积厚而薄发，积二十多年研究之心得而写就此书，实属难得。

本书由贯穿全书分析体系的纬线和经线编织而成。本书的纬线主要有二根：一是以基本方向为出发点来考察刑法制定的原动力；二是考察偏离原来方向的刑法制定的原动力。作者把前者称为实施国家刑罚权的生理现象的考察，把后者称为其病理现象的考察。

本书的经线是指分析的顺序。由于刑法背后潜伏着促使制定刑法的众多要素，而这些要素又埋藏于不同的层次之中，有的处于深

层次，有的处于浅层次。这些要素成体系地密集在一起，作者采用由浅及深与由深及浅相结合并以由浅及深为主的考察方法。

要判断在刑法制定的原动力中，哪些是符合本来方向的，哪些是偏离本来方向的，这取决于考察者的立场。作者是一位资本主义国家的学者，判断问题当然离不开西方的价值观念。然而，作者也以大量的篇幅引用了马克思的原话，作为对上述问题进行分析的依据。

我国刑法自 1980 年开始实施，至今已二十多年。与此相应，对有关刑法的各种问题的研究和思考也逐渐由表及里、由浅入深地展开。目前，人们已经不满足于对刑法条文的解释，而需要进一步探索深层次的刑法学的基本问题。因此，本书的主题不仅为广大法律理论工作者和实际工作者所重视，而且也为许多群众所关注。为了适应阅读、教学和研究工作的需要，特将此书翻译出版，以供读者参考借鉴。本书的出版得到了法律出版社及该社蒋浩先生的鼎力支持，在此一并表示感谢。

译者

2003 年 9 月 10 日

## 中文增订本序言

本书是我在日本出版的《刑法的基本要素》（增订本 2003 年，东京成文堂出版）一书的中文版。

本书的旧版于 1979 年由日本一家名为“一粒社”的出版社以该书名出版。1991 年，上海社会科学院法学研究所顾肖荣研究员等人士将此书译成中文并在中国出版，中文版的书名为《刑法的根基与哲学》。能够在中国拥有众多读者，本人深感荣幸。

后来，原“一粒社”解散，本书的版权移交给了成文堂。作为作者，我考虑到本书的旧版已发行 24 年，且这些年间政治形势和学术研究状况都发

生了很大变化，本书需要作相应的修订。但由于自己多年来担负着学校的管理重任及多种社会工作，终日繁忙，难以将精力和时间集中到本书的修订上来。而正在此时，得到顾肖荣先生告知，原书的中文版已售罄。顾先生希望我能搞个修订本让他们再次翻译后在中国出版。这真是令人高兴的事，我很想做成此事，无奈由于前面所述的原因，目前要我执笔搞一个真正意义上的修订本有很大困难。

考虑再三，最后拿定主意。决定先在必须作改动的地方加上新的注释，以便各位中国读者了解这方面的现状。然后在书的最后附上了我的一篇题为“学习法律学的意义”的演讲稿。因此，此次的版本只是增订本。我想，如果可能的话，在最近几年内完成真正意义上的修订本。

本书探索的是国家刑罚权的根据，至少在日本，当时和现在都还没有这一内容的书。我想，本书之所以在中国受到读者朋友的喜爱，可能是因为中国同日本一样，还没有这一内容的书的缘故吧！

为什么国家可以对国民科以刑罚？不用说，关于这一点存在着各种各样的见解。其中最有力的见解，恐怕是“为了保护国家和国民的利益”。但是，从另一个角度来说，“国家为什么必须保护国家

和国民的利益？”这个问题也是能够成立的。这一问题之所以成立，它意味着这种回答并不是国家刑罚权最深层次的根据。我们的探索必须进入更深的层次。如果本书对各位读者在这方面的探索能有所帮助，笔者将引以为豪。

自1988年以来，本人一直作为“日中刑事法学术研讨会”的日方代表，努力地推进着研讨会的召开和持续。该研讨会平均两年一次，在日本和中国轮流举办，至今已办过8次，2004年将在日本京都举办第9次，2005年将在中国长春举办第10次。如果仅仅局限于刑事法的范围，可以说，日中关系已经不可动摇了。

最近，我关心的范围有所扩大。就像欧洲已出现的先例那样，人类目前虽然还保留着国境，但人类必然会朝着放低国境的“围墙”这一方向不断迈进。假如国境的“围墙”放低了，在每一个具有一定共性的地区，都需要有一种超国家的行政组织。在这样的地区中，需要形成超国家的法律秩序。本人预测，21世纪中，人类将进入分成几个由地区和国家组成的联盟以谋求竞争和共存的时代。笔者希望各位读者务必以这样的新时代为前提，来考虑如何构筑日中关系。

在此，向承担本书增订本翻译任务的上海社会科学院法学研究

所所长顾肖荣及陆一心、谈春兰、陆庆胜等人士表示诚挚的谢意，同时祈望本书能对中国刑事法学的发展有所贡献。

西原春夫

2003年8月1日

## 中文增订本前言

本书的旧版是由一粒社作为“现代法律学的课题”中的一个部分，于1979年出版的。后来，该出版社解散，版权移交给了成文堂。笔者本想根据那以后形势的变化，结合学术的发展状况，进行大幅度修订的，无奈由于精力和时间无法集中，至今未能达到这一目的。

令我没有预料到的是，本书在中国比日本还要受读者欢迎。这首先要归功于曾两次来日本留学的上海社会科学院法学研究所所长顾肖荣先生，他很早就将此书译成中文在中国出版了。除此之外，我想或许是由于中国正处于一个在坚持走社会主义道路的同时，开始引入市场经济原理，探索如何构筑

新的思想体系的时期，而本书的论述并不是从根本上否定马克思主义的学术意义，只是指出了它的某些需要完善之处，因而才吸引了中国年轻一代研究人员的目光。

总之，由于本书的中文版已售罄，中国方面多次催促我，希望我能再出个修订本。从内心讲，我的确很想将此书全面修订后用中文出版的。无奈由于我这边的原因，实在难以抽出时间和精力来完成此事。因此，只能请各位读者再耐心等待。现在我先将原来的论述中需要订正的地方加上注释，让大家了解这方面的现状。并在书的最后附上了我的一篇演讲稿——“学习法律学的意义”。

重读自己以前的论述，最放心不下的是与本书的书名有关的部分，即从正面论及马克思主义思想的部分。如果是在东西冷战结构结束 15 年后的今天写此书的话，对这一问题的论述就不会这么简单。但当时自己疏忽了这一点，没有坚持论述的系统性，这是一个大问题。这个部分的论述，对于今天的日本读者来说，免不了会产生一种“怎么现在又重新谈起已经解决了的问题？”的印象，但为了能让大家理解这是由于当时的正面论述所形成的主张，所以在增订本中原封不动地保留了这部分内容。这是让人切实感受到仅仅 25 年时间，时代发生了很大变化的部分。

重新阅读本书，自己感到不足的是：那以后，以欲望为中心的



人类行为科学有了很大的发展，而本书未能反映这一点。因此，我想我一定要在近阶段从根本上修订本书，其中应包括这一点以及论述最后紧缩的部分。因为我觉得进行此类性质的研究，是像我这样年长的研究人员的责任和义务。

西原春夫

2003年6月1日