

外国法制

日本与德意志刑法和刑法学

——现状与未来之展望

西原春夫* 林亚刚(译)** 李国胜审校***

内容提要:该文从历史发展的角度,对日本刑法在发展进程中受德意志刑法的影响,以及在日本战败后的特定历史时期,欧美文化、思想对日本传统文化、思想的影响,进而对刑法、刑法学的影响进行了比较全面的回顾。该文从宏观上对日本与德国刑法有区别的原因、犯罪论、刑罚论的不同点等方面的问题进行了阐述;并以法学家的眼光对刑法未来的发展,以及亚洲今后可能面临的问题进行了比较深刻的探讨。

主题词:刑法 刑法学 比较 传统与未来

序 论

首先,我想对日本的刑法以及刑法学为什么会受到德意志法的影响予以说明。

日本的国家制度、法的体系,是在公元7世纪左右以中国的唐律为蓝本而建立起来的,由于长时期处于封建时代,中央集权的约束力逐渐削弱,各地方封建性的习惯法逐渐发展起来。这一社会倾向,一直持续到日本近代化迅猛发展的明治维新时期(1868年)。

明治维新前,虽然日本天皇制一直存在,但在封建时代里,其权力逐渐弱化,政治权力基本上被分散到地方上,此时产生了统领地方政治权力的武将,并通过世袭,形成一定程度上与天皇制并存的中央集权性的武士阶层的政治势力。德川家族在封建时代末期,建立了这种政治形态,其体制自1603年始,一直持续了250余年。因该政府设在现在的东京,即当时的江户,故在日本被称之为“江户时代”。

虽然德川家族实行很长时期的锁国政策,与外国

中断了交流,但是江户时代末期,在以美国为首的发达国家以实施武力威胁的背景下,迫使其打开了国门。当时的年轻人与之相对抗,以国家必须统一的目的团结起来,要求将政权返还天皇,最终以没有发生流血的方式实现了封建体制解体的历史大业。这一政治变革,历史上被称为“明治维新”。

1868年的明治维新使得日本迎来了近代化的黎明,而且它已成为避免日本沦为欧美等发达国家殖民地的历史原因。但是,为了彻底地避免殖民地化,明治维新后的政府还需要做出努力,实际上日本受到德意志法的强烈影响的理由之一,可以从该政府付出的努力中看到。

一、现行刑法的确立与德意志法

明治维新很大的一个动机在于防止日本沦为欧美等发达国家的殖民地,其方式是将政权奉还天皇(王权复古)。所以,明治维新的初期,政府曾一度采纳了将所有的国家制度、法律制度都恢复到封建时代以前的王制时代的构想。明治维新后,政府首先制定

* 早稻田大学名誉教授,原校长;学校法人,国士馆大学理事长。该文是西原春夫教授2000年10月16日至19日访问武汉大学时,于17日上午在武汉大学法学院的演讲全文。

** 武汉大学法学院副教授。

*** 武汉大学外语学院教授。

的是替代封建法的刑法,即假刑律(1868年)、新律纲领(1870年)、改定律例(1873年)。它们都是王朝时代以中国古代唐律为基础制定的具有传统特点的法律。

但是,为避免殖民地化所不可欠缺的,是应当具有能够与欧美法律相匹配的近代法律制度、裁判制度。因为当时作为殖民地化的手段所使用的,是关于外国人犯罪由该外国才有裁判权的所谓领事裁判权。采用领事裁判权的重要依据,是因为有一种理论认为欧美以外的国家没有保障人权的法律制度和裁判制度。

所以,政府很注重当时欧洲大陆诸国作为近代法典范的法国法,即所谓的拿破仑法典,并改变方针,以翻译该法典为基础制定重要的法律。这样一来,在受到1810年法国刑法的影响下,制定出的日本近代第一部刑法是1880年(在日本将其称为“旧刑法”)的刑法。不过,这一旧刑法在审判工作中遭到了批判,说它不符合日本的实际情况。因此,政府内部开始了修改刑法的工作,但当时的时代潮流很快发生了变化,认为应当以德意志法为典范。那是因为明治维新后,几次政变使日本关于国家的基本思想明确起来。

当时政府的目标是富国强兵。政府将它视作实现这一目标所需要的基本的国家结构,也就是建立以天皇制为中心的强有力的官僚国家。从这种观点来看,与其采纳法国的总统制、不如采纳德意志承认的帝制方式更符合要求。为了顺应当时的潮流,第一任内阁总理大臣伊藤博文,准备以德意志宪法为蓝本制定宪法,于1882年初,去澳大利亚、德意志进行了考察。1889年制定了具有上述性质的“大日本帝国宪法”,明治时期的国家结构就此确定。由此,改变以前所计划的刑法修改工作的基本方针,集中到以1871年德意志刑法法典为蓝本进行修改的方向上。于是,1907年制定了新的刑法,它正是具有上述特点的刑法。该刑法就是至今已经多次对部分内容进行了修改,但仍然具有效力的现行刑法。

二、日本的“刑法学”与德意志刑法学

以上是日本在刑法修订中,受德意志刑法影响的经过。但是,“法律”需要以法律解释的理论体系化为目的的“法学”。所以,日本在“刑法”的制定中受到德意志的影响,而且在“刑法学”方面也必然有同样的倾向。

但是,德意志“刑法学”对日本的影响似乎有过之。本来日语中就没有明确的有关法律关系的词汇,

而这些法律词汇主要是从外语翻译过来的。事实上,不仅“法律用语”是如此,而且甚至日语不适宜于“法的思考”。所谓“法的思考”原本是指以确保实现对于相同法律关系希望具有相同法律效果公平性为目的的。不过,相同的法律关系并不一定常常与之相吻合,也存在完全相背离的情况。为了发现相同的东西,必须掌握复杂理论的脉络。许多的形容词、副词是必要的,即使多重的从属句也是必要的。如果极端地说,我认为在世界范围内不符合法的思考的语言是日语,而最符合法的思考的是德语。如果看到刑法学在世界范围内最发达的是德意志刑法学的话,那么可以说是德意志人发展了符合于法的思考的语言。

虽然本国语言不利于法的思考,但不能不进行法的思考。我认为,日本人对于德意志刑法学发展轨迹的重视,即使不是全盘接受,但在本国刑法学发展上将它作为强有力的参考材料的理由也正在于此。

然而,具有优点的德意志刑法学也有不足。虽然在建构确保公平的理论体系方面堪称世界第一,但是一个结论不仅需要巨大的理论体系为背景,而且需要做长期的论证工作,该工作的争论需要时间,结论的整理也很繁杂。尤其处在当今社会生活变化快的时代里,与只追求结论妥当性的实用主义型的美国法相比较,有可能出现应付时代变化的偏差。受德意志刑法学强烈影响的日本刑法学已有这样的倾向。

三、德意志刑法学对日本刑法学的影响

德意志刑法学对日本刑法学强有力的影响,是关于明确什么是作为刑罚前提的“犯罪论的构成体系”。

犯罪论的体系,在不同的学者中的确有微妙的差异,而且经常争论不休。例如,学者们广泛采用的是“犯罪是符合构成要件的违法、有责的行为”的定义,犯罪的概念由“行为、构成要件(或者构成要件符合性)、违法性、有责性(或者责任)四个要素组成并予以分类的见解,在日本长时期处于支配地位。这的确可以说是受到德意志刑法学的影响,而且在亚洲的韩国、中国的台湾地区也有很强烈的影响。

对于上述犯罪概念的四个要素赋予什么内容的问题,无论在德意志还是日本都有很多争论。例如,故意、过失长期以来视为责任的要素,但在战后一个时期,也产生了一种见解:认为既属于构成要件、也为违法性的要素,故意被分解为一部分为违法性,另一部分属于有责性的。不言而喻,这就不仅仅是一个构成体系上的问题,而且对于罪案采取其他学说会导出不同的结论,影响到行为入实质性的利益。为了切

实保证即使是小的结论的不同,也必须对庞大的犯罪论基础理论开展大的讨论。我认为,在这种情况下,前述德意志法律学的不足就显现出来了。

与此相对,如正当防卫、被害人承诺等,排除了作为犯罪要素的违法性,因而在不予以处罚的理论这一点上,无论德意志,还是日本完全无异议。关于紧急避险,在德意志刑法中,设置了有区别的排除违法性和排除有责性的不同条文,但在日本刑法中只有一个条文,法律条文仅仅规定的是“对之不予处罚”。因此,就有对是否具有因为欠缺违法性不处罚主旨的争论,一般学说解释为与德意志不同,而在日本,尽管只有一个条文,但根据具体事件也不是不能得出两种见解的。

不用说每一个犯罪概念的要素,例如故意、过失、正当防卫、不作为犯等等的种概念,即使关于作为其内容的属概念的内容,例如故意中对于事实的认识,过失中的预见可能性、正当防卫中的防卫意思、不作为犯中的作为义务等等,受德意志刑法学的影响非常大。有关德意志刑法学中的争论,很多直接反映在日本刑法学中。更进一步地说,不仅是犯罪论,有关刑罚、责任的本质论、刑法的作用、目的的争论也受到德意志刑法学的很大影响。理所当然,这并非仅仅在日本,而且在许多国家也是常见的现象,在国际性场合论及刑法的基础理论时,不管承认与否,但一般认为是不可回避的问题。这种情况则应当认为是德意志刑法学在世界中具有较高的地位。

四、战后日德法律思想相异的基本根据

在战前,德意志人与日本人的基本思想方法、法律意识诚然是不同的,所以形成了法的制度不同,同时又使用相同的概念却产生不同的理解。例如,关于各种犯罪的规定,日本与德意志比较,包含的内容有很大的不同,日本刑法的法定刑的幅度非常宽,亲属间犯罪有特别的规定,单独犯的集合不成立共同犯罪,集团的犯罪性的理解等等都能够有这样的认识。不过,在战后,像这种基于人种方面产生法律意识的不同已经不存在了,但由于思想的价值观念的不同而产生了对于刑法学基本部分认识的差别。在我们综观哪些方面产生差别之前,不妨先探讨产生不同思想价值观念背景的根据。

一言以蔽之,战后德意志的目标是指向“社会的法制国家思想”,与此相反,日本战后重视的是“基本的人权思想”。

为什么会产生这种背离?我认为其原因之一是

因为在战后对于两国在处理方法上的不同。首先,应当引起注意的第一点是,两国的国民中对于战败的经历感受不同。德意志在19世纪中期被分割为许多小国家,其间战乱不断,而且与瑞典、法国等大国的战争也持续很长时间。第二次世界大战战败的经历与第一次世界大战,几乎在同时代人中具有共性,也就是说,德意志既有胜利的经历也积累了战败的经验。

与此相反,日本在很长的历史中,直到第二次世界大战结束前,既没有受外国军队的攻击,也没有战败过,这在世界上是罕见的。正因为如此,日本国民对于因战败而受到的打击不知有多大。而且,欧美战胜国以基本人权、自由、民主主义思想为中心的原理,在美国占领军强有力的影响下,成为日本制定新宪法的基本原理,并且成为国民意识中信奉的金科玉律。与此相反,战败后的德意志,战争的责任全部集中到法西斯身上,除此之外的战前的思想仍然维持着,再加之北欧等国家在实践中建立的福利思想和制度仍在延伸,德意志因而得以建构新的战后法治社会的国家形态。

这种对战败的不同处理方法,加大了日本与德国之间的差别,它反映了战胜国的占领形态的不同。第二次世界大战中,德意志因与法国、英国、美国、俄罗斯(原苏联)作战,战后被上述国家分别占领,其结果,不幸被分裂为东西德意志,可在德意志没有实施统一的占领政策。由于占领军统一的强制性影响力,对于战后制度的确立只有轻微的影响,所以才使德意志能够独立地决定战后国家的形态和制度。例如,像战前的裁判制度、教育制度,在战后得到相当程度的保留。

与上述情况相反,对于日本的占领虽然是由联合国决定实施的,但占领的主力是迫使日本投降的美国。美国的占领政策迫使日本改革了一元化的旧制度。它虽然对于战后日本的发展具有非常大的贡献,但是,对历史上形成的日本人的传统的人生观、世界观、道德、审美意识等的淡化也起到了积极的作用。

五、战后日德刑法以及刑法学的不同点

1. 日德在战败后处理方法的不同,表现在法的体系上最高点的宪法上。1946年制定的日本国宪法,对自由和权利按其种类做了个别的规定,其限制性的规定只设置了一个条文。即只规定了“国民不得滥用之,负有常为公共福利而用之的责任。”(第12条)

与日本不同,1949年德意志联邦共和国基本法在开头(第1条),作为重要的原理规定了尊重和保护人的尊严、尊重基本人权,但对于个别性的自由和权

利予以限制性的规定比较多。例如,即使对“保障人格自由发展目的的权利”,也规定“不得侵害他人的权利,并且,不得违反宪法或者道德”的制约条文(第2条)。另外,保障“组织社团和结社的权利”,但也明确设置了限制性条款,如“禁止以违反刑罚法规为目的的社团活动,并且,禁止反对宪法秩序或者国际间信任的团体”(第9条)。基于该规定,可以确认“违宪性”政党的非法性(第21条)。

这种日德宪法的区别,也反映出宪法修改的状况。日本不仅仅对宪法没有进行一次修改,而且在国会也没有讨论过修正案。相反,德意志基本法,根据德意志国内的社会状况和国际形势的变化,到1998年7月已经实行过46次修改。而在日本,国民对于宪法的评价有分歧,虽然对于宪法上的各个制度批判较多,但是,对于正面承认宪法第9条放弃战争、不保持军力、否定交战权利的规定,因为在国民间尚未有明确评价,我认为在此期间宪法修正的可能性很小。

2. 这种日德国家形态上的差别,对日德刑法的方法也有影响,以下选择典型的几点予以介绍。

第一,是所谓的保安和改善处分制度。除了以责任能力为前提的刑罚之外,作为对确认精神障碍者、药物依赖者犯罪的法的效果的保安和改善处分的立法,在战前业已在欧洲诸国被采纳,德意志在1933年引入这一立法,虽修改了部分内容,但仍沿用至今。

日本1956年开始了刑法全面修改工作。在这一工作中,对于保安和改善处分的采用予以研讨,并写进了1974年公布的“刑法改正草案”,但是,当时全国范围内发生了广泛激烈的反政府运动,已无法实现全面的修改工作了。保安和改善处分,必须从社会防卫的观点出发,作为要件的是认为具有“再犯可能性”,对精神障碍者等对象的人权侵害,被视为反对意见的最大理由。

第二,德意志对关系到违反宪法组织的特定行为(第85-90条a)、对组织犯罪团体、恐怖组织的行为(第129条、第129条a)规定了科处的刑罚(前者在1951、1964、1968、1969、1974年;后者在1976、1980年)。这些使前述的德意志基本法的规定具有实际效果,德国的很多实际状况,使人感到德国有必要比日本新设这种规定。但是,在宪法思考方法上不同的日本,可以说是无法想象这种立法的。

第三,德意志刑法除了通常的谋杀(第211条),还规定了关于“民族屠杀”(第220条a),这是为了加入1948年的条约,根据1954年法律追加的规定,

1974年作了部分修改。应当引起注意的是,(根据1969年第九次刑法的修改法律)关于这两条设立了否定时效成立的规定(第78条第1项第2号)。法西斯战犯的行为已经过去了25年,有可能出现时效的问题,处理方法曾引人注目,但由此向世界表明了德意志对法西斯罪行采取的坚决果断的态度。然而,日本并没有像德国那样采取将战争责任归结为纳粹的态度,基本上确定了当时领导者和具体战争犯罪者的责任。但是,总的来说,不能否认由于“一亿总忏悔”的亚洲思想方法成为处理战争罪犯的基调,所以其结果比德意志欠缺追究战犯罪行的严厉性。

仅从上述诸点看,我想指出的是:德意志刑法在战后,较战前朝更严厉的方向进行修改,但是,另一方面,在战前受基督教伦理的强烈影响,对残酷的性犯罪,堕胎罪等等的处罚在战后放宽,已近似日本的刑法。

3. 以上是日德“刑法”制度上的不同点的主要方面,由此产生“刑法学”上的不同。

第一,在犯罪论中,关于认识违法性的理论,在德意志强调考虑行为人的主观要素,不仅将犯罪结果,而且将犯罪行为的反价值性作为问题。与此相反,在日本尽可能排除将行为人主观方面作为判断的基础,客观结果的意义是违法性根据的见解占据主流地位。依我之见,这虽然属于客观主义刑法理论,但较之通说更强调主观要素,根据结果的客观意义,违法性的侵害性都不能认定的学说,未必能说是通说。例如,在正当防卫中是否需要防卫意图,在未遂犯中实行行为的着手,不能犯中认定危险的标准,共同正犯的成立范围等等,都存在这种尖锐对立的见解。象这种日本刑法通说与德意志刑法通说的对立,可以认为是从宪法基本原理的不同而派生出来的。由于在日本对来自国家权力的国民的基本人权的保护作为最重要的课题,这需要尽可能地排除作为国家机关的法院自由判断裁量的余地,刑法、刑法理论,必须正面建立起能够实现保障的客观性标准。与此相反,德意志重视对于基本人权的保障,但与日本相比,由于重视权利与权利、自由与自由之间关系的调整,法官的自由裁量权无庸置疑成为必要的。依我之见,日本原本就应当如此。

第二,与此相近的议论是,表现在关于构成要件违法性的认定是否需要考虑“规范要素”的问题。构成要件大部分虽然是根据对于事实认识确定的“记叙的要素”而成立的,但其中包含不能不持有文化价值

的标准判定的“规范要素”。例如“猥亵”、“贿赂”、“虐待”等就包含着文化价值的标准。如前所述的尽可能排除法院自由裁量余地的日本通说的观点,表现出对于规范要素厌恶的态度,立法论上主张应当尽可能表现出记叙的要素。

即使在德意志,最近也不大见到一直主张以前见解的学者。在德意志,违法性即使是指实质性的对法益的侵害或者威胁,但也从正面确认形式上的对规范的违反,有必要将认定对于法益的侵害,作为构成要件规范的要素来考虑。由于刑事立法要包括全部的规范的要素是不可能的,这里也就表现出日本通说的形式性。总之,对此我认为从国家权力产生对于国民的保护,应当排除法院自由裁量的余地,为此,只好想到不应该承认存在规范要素的一个方面的立论。

第三,在德意志刑法中能够看到道德性的内容为构成要件的条文,例如,对在学校和有未满18周岁者的家庭等,“以道德上的方法危害他们”使其卖淫的行为予以处罚的规定(第184条b);得到被害人同意而实施伤害行为的,限于“该行为违反善良风俗时”(第226条a)为违法行为的规定。这也许使得以建设法治社会为理念的德意志理所当然的接受,而日本不用说通说,即使从我的立场看,也是难以认同的。这是因为使我想起战前和战争时期在日本的刑法中,特定的意识形态以道德之名支配着生活。的确,对于规范要素的解释,那时常常受到道德观念影响,但是,它应该避免以不变的形式决定违法性。

六、日德刑法学未来的展望

1. 最近,日德刑法都面临着因科学技术快速发展而产生的对于新问题的处理。例如,对关系到计算机的犯罪、经济犯罪、脏器移植、毒品犯罪、暴力团体犯罪等的对策和处理。

对于这些新类型犯罪的对策,今后必须继续进行研究。特别是随着信息产业革命性的进步,与英特网大规模化的连接,可以预测犯罪会向刑法提出强烈的挑战。而且,随着人类基因组解析和转基因技术的发达,对此滥用、恶意使用予以阶段性立法进行预防是必要的。更进一步看,环境问题、垃圾问题、水资源问题等人类的共同难题越来越突出,为保护人类的共同利益,势必要求以刑事制裁为前提。

明确这样的动向在于,未来中刑法的作用是伴随

着科学技术的发展的,集中在防止对人类利益遭受侵害的问题上。其限度,日益显得必要的是进行为探求具有害害或者危险的刑事政策性的调查研究,同时要求刑法学和刑事政策关系的协调。而且,成为其对象的害害或者危险是超越国境而具有全球性的,也许可以基于国际条约,通过各国的刑事立法的途径使其成为一项原则。

2. 关于德意志刑法以及刑法学。欧洲正积累迄今没有过的“一体化”的经验,所以必须讨论日本和中国面临的不同问题。

欧洲的一体化至今经历了许多发展的阶段,越来越密切。这其中最重要的内容,是根据1993年马斯特里赫特条约形成欧洲联合。当然各国仍然保持主权,存在国境,但人与物的交流,在欧洲联合基础上形成的欧洲经济共同体区域内完全实行了自由,国境上的戒备已经不存在了。由此,其范围内的法律问题发生了巨大的变化,虽然并没有共同体一致认同的刑罚权,但是,通过各国的刑法保护共同体的全体利益,做出了对于相同的案件尽可能以相似的制度予以科处的努力。

在这里没有充裕的时间详细说明该法律关系,但德意志属于欧洲共同体,因而也受到上述努力的影响。例如,由于欧洲共同体理事会依据“指令”,有权要求加盟国履行公布一定内容的刑法规范,所以德意志被科以该义务。而且,在不违反宪法一般原则的限度内,有义务根据共同体指令恰当地解释一定的法令。进一步说,共同体虽然不具有刑事立法的权限,但因被赋予具有行政违章罚款和科处强制罚金的权限,所以能够实现对于违法性的联合企业等的科处。

另外,各国的趋向是尽可能靠近欧洲模范刑法典来制定自己的刑法,但各国对此多持怀疑态度。确切地说,关于反人道罪、战争犯罪、侵略行为、民族屠杀4种罪行的审判,设立“国际刑事法院”在欧洲各国取得一致意见(1998年6-7月罗马外交会议),但目前仍存在对中国、美国持反对意见的协调问题。

德意志的这种状况,是以欧洲一体化为前提的。几百年来战争不断,相互憎恶的欧洲人,却为什么能够集合在货币统一的旗帜下呢?考虑其原因,我们不得不认为:在经济日益发展已经超越国境的亚洲,早晚会产生实行一体化的要求。我认为,欧洲的经验的确具有很多值得亚洲学习的成功先例。

该条德国现行刑法已经删除。编者注。

3.最后,如果能够用一句话概括德意志刑法学,这就是在这数年间进行的对刑法机能的大讨论。

成为争论契机的,是近年来以黑手党、原教旨主义的恐怖活动、新纳粹主义、新兴宗教为代表的团体的频繁活动,开始威胁到欧洲传统的民主主义、裁判制度。并非这些团体都是如此,但其中非常暴力性的、支配黑社会实施单纯的杀人、伤害、制造社会混乱的案件很多。如果我们以法秩序去对付它,他们就杀害警察、法官、检察官,威胁证人等等,使正当搜查、公正的裁判陷入困难。原来民主主义是以非暴力为前提的,但对于从根本上否定它的暴力集团,原有的刑法却难以发挥它的功能。而且,对核材料的不善管理、废弃有害物质、恶意使用转基因技术等等,将对人类生存产生重大的侵害。在这样充满危机的社会中,刑法是否可以保持原有的面貌不变呢?争论就是从这样的危机意识开始的。对上述危机感做出敏锐反映的学者认为,是否应当将能够适用刑罚的前提,前移至犯罪的“前院”,有必要扩大危险犯的概念,广泛确认抽象危险犯。对此,德国的学者却认为,至少没有必要对德意志传统的犯罪概念予以修改,甚至倾向于坚持。其中也有学者折衷地提出,以特别性的集团为前提在整体上改变刑法理论体系是不正确的,但为了防止对以一般意义上犯罪为前提的市民刑法的影响,今后应该对于动摇民主主义根基的“敌对者”予以区别,并在立法中采取特别的处理。

上述“刑法危机”的论争至今仍然在继续,仿佛使我们感到像德意志人特有的议论方式:决不甘心刑法理论体系中不能不包括对问题的解决。由于人们预测到欧洲的那种不安定状态伴随经济的发展,将转移到亚洲,所以日本对基于维护基本人权的刑法理论,迟早会出现不能维护国民全体利益的局面。

七、现代化与欧美思想和传统思想

1.持续快速发展中的中国所面临的一个最大问题,恐怕是因现代化而需要引进欧美的思想和制度,但是否要付出丧失传统文化的代价呢?其利弊如何界定。自古希腊、罗马以来,以2千年世界文明历史为先导的民族是欧洲民族,不可否认现在的世界基准是按欧美的思想和制度而制定的。毋庸置疑,无论中国还是日本,起码是以西欧化的文明外表加盟进入世

界政治、经济的行列的。

然而,说到外表,通常指头发、眼睛的颜色和不同的脸形,可在思考方法、审美意识方面,欧美人与亚洲人无疑也有很大的区别。于是,建立在这个基础上的人生观、世界观、伦理观等等,当然存在着根本的区别。民族对事物的思考方法决定了语言,语言又反过来引导思考方法。这就是说,不同的语言存在着不同民族对于事物思考方法的差别。由此可以得出,符合世界基准是历史的潮流,但各国也会保留自己的标准,而且必须有意识地保留应当保留的东西。中国有中国的标准,日本也有日本的标准。

但是,在所谓的世界标准与各国标准中,是否存在亚洲的标准呢?中国和日本同属亚洲东北部,源于历史的共性很多,其共性或多或少为东南亚所承认。特别在进入21世纪后,在世界中获得一定位置的亚洲各国,势必都集合在“亚洲”这一共同的“分母”下,以一个整体参与世界的经济、政治和外交。它将是人类历史上的先河,欧美人会逐渐把我们作为“亚洲人”看待。正因为如此,从亚洲方面说,应当形成超越各国标准的亚洲标准,也完全能够、而且应该在不同情况下与世界标准相争,保护自己的存在。

2.这个问题实际上是涉及所有的理论领域。我们刑法学专业也不例外。刑法学是一门具有比较普遍性的学问,无论德意志、中国、日本,其中相同的部分很多。正因为如此,也许在一些微小的地方会以亚洲标准的面貌出现,在亚洲标准中,中国与日本大概也存在明显不同的地方。

今天,我在演讲中,说明了战后日德两国的国家形态差异反映在刑法学上的一部分。但是,这并非反映了欧洲标准与亚洲标准的差异。因为日本在战败后依照美国占领政策而确立的基本思想所占的比例很大,战后的日本丧失了亚洲特有的东西,而不得不欧美化。从第三者看来,好坏与否,中国应以战后日本发展为借鉴,认真分析,我想对今后中国的发展会有裨益。反之,日本则应正确地考察中国独立自主的发展状况,是将战后的步伐再继续延长还是复活亚洲特有的东西,或者考虑协调两者做出某种明确的判断。我确信,这对于日中刑事法学的交流是有很大大意义的。

(责任编辑:林亚刚)