

当代世界学术名著



# 刑法总论

(第2版)

刑法总论

[日] 山口厚 / 著  
付立庆 / 译

 中国人民大学出版社

当代世界学术名著

# 刑法总论

(第2版)

[日] 山口厚 / 著  
付立庆 / 译

中国人民大学出版社  
· 北京 ·

# “当代世界学术名著” 出版说明

中华民族历来有海纳百川的宽阔胸怀，她在创造灿烂文明的同时，不断吸纳整个人类文明的精华，滋养、壮大和发展自己。当前，全球化使得人类文明之间的相互交流和影响进一步加强，互动效应更为明显。以世界眼光和开放的视野，引介世界各国的优秀哲学社会科学的前沿成果，服务于我国的社会主义现代化建设，服务于我国的科教兴国战略，是新中国出版工作的优良传统，也是中国当代出版工作者的重要使命。

中国人民大学出版社历来注重对国外哲学社会科学成果的译介工作，所出版的“经济科学译丛”、“工商管理经典译丛”等系列译丛受到社会广泛欢迎。这些译丛侧重于西方经典性教材；同时，我们又推出了这套“当代世界学术名著”系列，旨在译介国外当代学术名著。所谓“当代”，一般指近几十年发表的著作；所谓“名著”，是指这些著作在该领域产生巨大影响并被各类文献反复引用，成为研究者的必读著作。我们希望经过不断的筛选和积累，使这套丛书成为当代的“汉译世界学术名著丛书”，成为读书人的精神殿堂。

由于本套丛书所选著作距今时日较短，未经历史的充分淘洗，加之判断标准见仁见智，以及选择视野的局限，这项工作肯定难以尽如人意。我们期待着海内外学界积极参与推荐，并对我们的工作提出宝贵的意见和建议。我们深信，经过学界同仁和出版者的共同努力，这套丛书必将日臻完善。

中国人民大学出版社

## 译者简介

付立庆，1976年生，2006年1月获得北京大学法学博士学位（刑法学），现为中国人民大学法学院副教授，刑事法律科学研究中心专职研究员。2004年10月—2006年9月在东京大学法学政治学研究科从事访问研究，师从山口厚教授。独著有《主观违法要素理论——以目的犯为中心的展开》、《犯罪构成理论：比较研究与路径选择》、《法治的脸谱》等，并有译著《从新判例看刑法》（山口厚著，与刘隽合译）问世。

# 中译本序

陈兴良\*

山口厚教授《刑法总论》一书的中译本即将出版，我十分期待。译者付立庆教授把中译本的电子版发给我，嘱我写序。在先睹为快之余，写下这篇序文，可以说是山口厚教授《刑法总论》一书的读后感，愿与读者分享。

在读山口厚教授的《刑法总论》一书之前，我们应当首先了解山口厚教授在刑法学上的基本立场。在我看来，本书鲜明地体现了山口厚教授在刑法学上结果无价值论的主张，并将之贯彻于解释论中。行为无价值论与结果无价值论之争是贯穿现当代日本刑法学的一条基本线索。山口教授于2008年4月24日曾经以“日本刑法学中的行为无价值论与结果无价值论”为题，在北京大学作了一场学术报告，该报告为我们展示了自上个世纪40年代末期以来，日本刑法学界关于行为无价值论与结果无价值论之争的全貌。山口厚教授在学术报告中指出：“行为无价值论和结果无价值论的对立关系，在如何理解违法性，进而如何理解刑法的作用问题上，今天仍然提供着一个重要的视角。”<sup>①</sup> 同样，结果无价

---

\* 北京大学法学院教授。

① [日] 山口厚：《日本刑法学中的行为无价值论与结果无价值论》，载《中外法学》2008（4），595页。



值论也为我们进入山口厚教授刑法总论的理论大厦提供了一条径路。在本书第1版前言中，山口教授明确指出：“本书的基本立场是，在将自由主义原则置为基础的同时将法益保护作为刑法的任务，即所谓的结果无价值论。从这样的立场出发，对于错综复杂的犯罪论体系予以合理的重新构成，这是在本书中作者所追求的。”在本书中，山口教授把结果无价值论贯彻到解释论中，使其刑法总论独具特色。在我看来，山口厚教授的结果无价值论立场，十分明显地体现在以下三个问题上。

### （一）在构成要件上坚持违法行为类型说

在坚持构成要件的定型化机能的同时，强调构成要件的违法推定机能和故意规制机能。山口厚教授明确地反对将故意、过失作为构成要件要素的违法有责类型说，指出：“根据本书的理解，犯罪是值得处罚的当罚的行为，从而，构成要件是法律所规定的当罚的行为的类型。这样，行为的当罚性，虽说是依据作为犯罪的实质成立条件的违法性以及责任而确定其基础，但不管怎么说构成要件还是应该理解为违法行为类型。这是因为，在形成当罚的违法行为的类型之际，虽然也当然会考虑责任要素，但责任要素一旦作为构成要件要素而纳入构成要件之中的场合，除了后述的（盗窃罪中的不法领得的意思等）主观的要素的场合，其作为客观的要素，就具有了客观地划定违法行为类型的意义，同时也失去了作为责任要素的意味（其作为责任要素的意味，不过是通过行为人对相应客观要素的认识而得以肯定而已）。”（本书第31～32页）以上对构成要件的理解，在相当程度上坚守了违法与责任的分际，这也是一种客观的构成要件论和客观的违法性论的立场。山口厚教授甚至认为，如果将故意、过失纳入构成要件，使构成要件成为犯罪成立积极要件的总和，这实际上是否定了构成要件。对于这一观点，我是十分赞同的。构成要件的特殊理论机能是不能否认的。饱受质疑的四要件论之所以说是一种没有构成要件的犯罪构成，就是因为其将所有犯罪成立条件都纳入犯罪构成之中，形成所谓“全构成要件”，结果必然是使构成要件的定型化这一最为重要的机能丧失殆尽。山口厚教授在构成要件问题上所坚持的违法行为类型说，其根据来源于结果无价值论。因

为在违法的本质，行为无价值论与结果无价值论之间存在重大区分。正如日本学者曾根威彦所指出的那样：“行为无价值论与结果无价值论对立的原点，在于对违法本质有不同理解。犯罪是违法行为，但是，关于违法性的本质，（1）行为无价值论以规范论为前提研究违法性本质，相反地，（2）结果无价值论以法益论为前提探讨违法的实质。”<sup>①</sup> 山口厚教授把这个问题归纳为判断违法性时要不要考虑行为人的主观要素，如果应该考虑的话其根据何在？他进而指出：“在这一点上，结果无价值论和行为无价值论的观点截然不同。行为无价值论认为，当存在故意时，与没有故意的场合相比，行为人的违法意志更加强烈，需要对其给予更为强烈的否定，因此故意是违法要素。但在结果无价值论看来，这种理由不外是论证行为人责任的理由，行为无价值论其实是混淆了违法与责任两个不同的概念。”<sup>②</sup> 故意、过失等主观要素之所以不能作为违法要素而只能作为责任要素，就在于违法的本质是法益侵害及危险，而故意、过失与法益侵害及危险并无直接关联。当然，山口教授虽然反对将故意一般性地作为违法要素来对待，但例外地承认主观违法要素。山口厚教授指出：“本书认为，违法性的实质是法益侵害、危险的引起，由于有无法益侵害和行为人的意思无关，故而基本上不能认可主观的违法要素，但在属于构成要件要素的结果是法益侵害的危险的场合，例外地，也存在着行为人的行为意思（并非单纯的事实认识）通过对于法益侵害的有无及其程度施加影响，而能够作为违法要素予以认可的场合。”（本书第95页）这里的主观违法要素，主要是指一部分目的犯中的目的以及未遂犯的既遂行为意思等。山口厚教授明确地否认了表现犯的内心状态以及倾向犯中的内心倾向属于主观违法要素，这也可谓是基于其结果无价值论立场的归结，并且也构成了其在此问题上的一个重要特色。总体上，虽说采纳结果无价值论并不必然导致在构成要件的理解上采纳违法类型说（比如山口厚教授以前的同事西田典之教授和现在的

① [日] 曾根威彦：《刑法学基础》，黎宏译，43页，北京，法律出版社，2005。

② [日] 山口厚：《日本刑法学中的行为无价值论与结果无价值论》，载《中外法学》，2008（4），593页。



同事佐伯仁志教授，都是在采结果无价值立场的同时接受了构成要件的违法有责类型说），但是山口厚教授立足于结果无价值论立场所坚持的构成要件的违法类型说主张还是有着很强的说服力的，令人印象深刻。

## （二）结果无价值论在违法阻却论中的贯彻

在违法阻却的一般原理上，行为无价值论与结果无价值论也是存在分歧的。正如曾根威彦所指出：“关于这一问题，行为无价值论从规范违反说的角度出发进行考察，而结果无价值论则从法益侵害说的立场出发进行考察。”<sup>①</sup>从规范违反说出发，行为无价值论认为违法阻却的一般原理在于侵害法益是实现国家所承认的共同生活的目的所必要的手段，这就是目的说；或者违法阻却的一般原理在于行为在历史形成的社会生活秩序的框架之内，为法秩序所允许，这就是社会相当性说。无论是目的说还是社会相当性说，都倾向于对规范作主观解释或者相对解释，由此否定违法阻却事由的规范违反性，从而为违法阻却事由提供正当化的一般根据。目的说与社会相当性说的暧昧性，为人所诟病。那么，结果无价值论又如何解释在存在法益侵害的情况下何以否认其违法性呢？其答案是，某种法益侵害行为在保护另外一种更为重要的法益时，违法性被阻却，这就是法益权衡说。显然，法益权衡说提供了更为明确的判断标准，因而值得肯定。当然，法益权衡说更利于解释紧急避险的违法阻却根据，但对于正当防卫的违法阻却根据的解释却存在一定困难。对此，山口厚教授对正当防卫与紧急避险作了对比性研究，揭示了正当防卫作为违法阻却事由其原理的独特性，指出：“正当防卫通过‘急迫不法的侵害’这一前提要件，通过肯定被侵害者针对‘急迫不法的侵害’者的利益的绝对优位性，而在成立要件上得以与紧急避险加以区别。在这个意义上，正当防卫在坚持把作为违法性阻却原理终究是妥当的‘法益衡量’置为基础的同时，从被侵害者的利益的绝对的优位性出发（在防卫的必要的限度内，‘不法的侵害’者的法益的保护价值被否认），而成了与紧急避险具备所谓（不单是量上的）质上不同的要件

① [日]曾根威彦：《刑法学基础》，黎宏译，95页，北京，法律出版社，2005。



的一种违法性阻却事由。”（本书第 114～115 页）可以说，上述论述极大地深化了法益衡量说在正当防卫的违法阻却根据上的解释，也是结果无价值论的一种延伸。此外，在正当防卫是否必须具备防卫意思这一问题上，行为无价值论与结果无价值论之间也是存在争议的。行为无价值论要求正当防卫具有防卫意思，但正如山口厚教授指出：“在结果无价值论看来，防卫意思不应该是正当防卫的要件。防卫的意图与动机的存在与否，只不过反映了行为人的主观恶性程度，因此充其量只能构成责任要素，对此不应在评价违法性时加以考虑。”<sup>①</sup> 这一分歧在偶然防卫的处理上反映得最为明显。因为不要求把防卫意思作为正当防卫的要件，所以，山口厚教授在本书中认为，“就偶然防卫而言也不是不能成立正当防卫（但是，能够认定可能并非是基于正当防卫而实现构成要件之场合，偶然防卫有余地理解为成立未遂犯，尽管这也和对未遂犯的理解挂钩）。”（本书第 124 页）。据此可以看出山口厚教授力图保持基于结果无价值论的观点一致性。

### （三）对法益侵害的危险性的判断

这主要是指未遂犯中的危险性如何判断：是该在一般人的立场上加以判断，还是更加科学地、客观地进行判断？在这个问题上反映了行为无价值论与山口厚教授所称的更加彻底的结果无价值论之间的对立。山口教授当然是坚持这种更加彻底的结果无价值论立场的，不同意具体危险说，而主张客观危险说。（本书第 277～278 页）

可以说，结果无价值论是贯穿于山口厚的《刑法总论》的一条红线，这对于我们领会山口教授的刑法思路具有重要意义。行为无价值论与结果无价值论自德国传入日本以后，发生了重大变化，日本刑法学在这一问题上形成了自己的特色。山口厚教授作为结果无价值论的一个代表人物，其对推进日本刑法学的发展作出了重要贡献。目前，我国也从日本引入了行为无价值论与结果无价值论之争，并结合中国的实际情况展开了讨论，形成了一定的学派之争。例如周光权教授主

---

<sup>①</sup> [日] 山口厚：《日本刑法学中的行为无价值论与结果无价值论》，载《中外法学》，2008（4），593 页。



张行为无价值论<sup>①</sup>，而张明楷教授主张结果无价值论<sup>②</sup>，这只是这一学派之争的开始。在这一背景下，山口厚教授《刑法总论》一书的翻译出版，对于促进我国这一学派之争具有重要参考价值。不仅主张结果无价值论的学者可以从中找到系统的理论支撑，即便是持行为无价值论者，也完全能够从本书中获得理论的刺激和开启进一步思考的素材。我认为，一部具有学术特色的刑法教科书，正是我国当前所急需的。

本书译者付立庆教授在北大攻读博士研究生期间，经我推荐曾经到日本东京大学访学两年，师从山口厚教授。2009年付立庆和刘隽博士合作翻译了山口厚教授的《从新判例看刑法》一书并在中国人民大学出版社出版，这一工作作为本书的翻译进行了必要的语言准备和理论准备。现在，付立庆教授以一人之力翻译了本书，可以说是对山口厚教授在他访学期间所给予的学术指导的最佳报答。我期待着付立庆在刑法学术上有更大的作为，尤其是在中日刑法学交流方面，有为有成。

是为序。

谨识于北京依水庄园渡上寓所

2011年6月29日

---

① 参见周光权：《违法性判断的基准与行为无价值论》，载《中国社会科学》，2008（4）。

② 参见张明楷：《行为无价值论的疑问——兼与周光权教授商榷》，载《中国社会科学》，2009（1）。

## 中文版序

我的《刑法总论》（有斐阁 2007 年第 2 版）以及《刑法各论》（有斐阁 2010 年第 2 版）（以下通称“本书”）被译成中文，得以奉献给中国的读者，于作者而言，是一件非常高兴的事情。

本书系统阐述了日本刑法的解释论，无论是《刑法总论》还是《刑法各论》，不仅介绍了日本的判例以及学说，还就此展开了详细研讨，以力求阐明笔者对日本刑法之解释的基本立场。本书着力整理、介绍日本的重要判例、主要学说，尤其是《刑法各论》，在日本出版的各种系统研究日本刑法各论的书籍中，可谓最为详尽。通过阅读本书，读者诸贤若能把握日本刑法解释的脉络及其演变，并且，理解当下的日本刑法学的研究现状，将深感荣幸。同时，也切望各位能通过本书进一步加深对日本刑法学的理解。

本书的翻译，想必是一件相当艰辛的工作。尽管如此，中国人民大学的付立庆博士与苏州大学的王昭武博士仍不辞辛苦，分别翻译了《刑法总论》与《刑法各论》。两位博士都曾长期在日本研究、学习，对于日本刑法学，具备了扎实且深厚的学识。不仅如此，日本成蹊大学的金光旭教授还承担了本书翻译的审校工作。笔者深信，通过三位的辛勤工



作，一定能以超出我之想象的最完美的形式，将我对日本刑法学的现状的理解传递给中国的读者。他们都是笔者多年的朋友，谨向他们的辛勤付出表示衷心的感谢！另外，中国人民大学出版社继出版了笔者的《从新判例看刑法》（有斐阁2008年第2版）的中文版<sup>①</sup>之后，又出版了本书，在此谨致谢意！

山口厚

记于梅雨之中的东京

2011年6月3日

---

<sup>①</sup> [日] 山口厚：《从新判例看刑法》，2版，付立庆、刘隽译，北京，中国人民大学出版社，2009。

# 中国語版への序文

山口厚

このたび本書『刑法総論・第2版』（有斐閣，2007年），『刑法各論・第2版』（有斐閣，2010年）が中国語に翻訳され，中国の読者の方々にもお読みいただけることとなったのは，著者として大きな喜びとするところである。

本書は，日本刑法の解釈論を体系的に叙述した体系書である。『刑法総論』，『刑法各論』のいずれも，日本の判例・裁判例及び学説を紹介しながら子細に検討を加え，日本刑法の解釈について著者の立場を明らかにしている。本書では，重要と思われる判例・裁判例及び学説を網羅的に採り上げており，とくに『刑法各論』は日本で刊行されている刑法各論の体系書の中で最も詳しいものの一つとなっている。読者の方々は，本書を読まれることによって，日本における刑法解釈の流れとその動きに触れ，また，現時点における日本刑法学の水準についてもご理解いただけるものと思われる。本書により，読者の方々の日本の刑法学に対する理解が一層深められることを切に願っている。

本書『刑法総論』，『刑法各論』の翻訳は，それぞれかなり難しい



作業であったと思われる。それにも関わらず、『刑法総論』については付立慶氏（中国人民大学）が、『刑法各論』については王昭武氏（蘇州大学）が翻訳の労をとって下さった。両氏は日本で研究を積まれ、日本刑法学について、確かで深い学識をそなえておられる。そのような両氏の手によりすばらしい翻訳が完成した。それに加えて、金光旭氏（日本・成蹊大学）には本書の監訳をしていただいた。これによって、本書を通じ、中国の方々に日本刑法学の現状についての著者の理解をこれ以上考えられない最善の形でお伝えすることが可能となったと思われる。著者の長年の友人でもある、これらの方々に厚くお礼を申し上げたい。また、中国人民大学出版社は、『新判例から見た刑法・第2版』に引き続き本書を刊行して下さった。著者として心より謝意を表するものである。

2011年6月3日

梅雨の中の東京にて

## 第2版前言

本书《刑法总论》第1版自2001年9月发行以来已经过了5年多的时间。其间，虽在2005年发行了补订版，但那不过是字面上所作的最小必要限度的修订而已。另一方面，在第1版发行之后，浅田和茂教授、西田典之教授、井田良教授等都依次出版了非常优秀的体系书、教科书，而且笔者本人也有《理论刑法学的最前线》、《理论刑法学的最前线Ⅱ》（以上两书均为与井田良教授、佐伯仁志教授合作完成）、《刑法各论》、《刑法》、《从新判例看刑法》等著作公之于世。在上述期间笔者对第1版的记述作了进一步的思考，并基于此对思考的结果予以体系化，从而形成了这本《刑法总论》第2版。由于第1版仅用3个月一气呵成，其中也有一些地方表述并不充分。第2版除了对上述部分予以补充说明之外，也对笔者本人一直以来的思考方法予以进一步推进，如下所述，在内容上、理论上也作了若干重要的改正。

第1，在以前的刑法总论的解释论中，从确保形式的整合性之见地出发，实行行为的概念被广泛使用，由此，位于其背后的实质性问题可谓被隐藏起来了。不去形式地讨论实行行为这一概念，而有必要直接专心地研究为这一概念所掩盖的问题本身，从这样的考虑出发，本书第1



版避免了使用实行行为的概念，并没有以之为媒介，而是对应该解决的问题直接加以研究处理。笔者从当初刚开始刑法学研究时即抱有的这一问题意识至今仍没有任何的改变，不过，第1版的处理方式可能会使一部分人产生这样的“误解”：对于一般的学说中通过实行行为概念所解决的问题，笔者是不是连这些问题本身的存在也都给予了否定？为了避免这样的误解，本书第2版中即使硬要使用实行行为概念，也采用了对其判断基准予以明确化的方法。在此意义上，就并不意味着笔者改变了迄今为止的思考方法，也可以说改变的不过是所谓的说明方法而已。再有，与这一点相关联，属于实行行为之重要判断基准的“正犯性”问题在第1版中虽是在因果关系的框架内探讨，但在赋予其更为合适的位置的意义上，第2版中将其独立地加以讨论。

第2，关于因果关系，进一步推进在本书第1版中所示的理解，对其内容作了改动。首先，对于一直以来都是代表性的“条件关系”与“相当因果关系”这样的因果关系论的讨论框架本身进行了重新审视。这是因为，表面上维持“相当因果关系论”这一讨论本身是没有意义的，这样的讨论框架就现在的问题状况、理论状况来说可谓已然落伍，有必要进行更进一步的理论转换。而且，在因果关系问题上之所以需要对传统理论加以重新审视与转换，甚至也可以说，这也是因为如此讨论框架本身可能会使得理解问题之所在变得困难。与这一点相关联，还有，在第1版中虽采用了相当因果关系论的客观说，第2版则将作为“实行行为之危险性向结果的现实化过程”来把握因果关系这一判例的立场定位于上述理解的延长线上，并对其予以支持。这是因为，相当因果关系论本身原本就可以理解为以危险的创出与实现为其内容，通过对因果经过的经验上的通常性与危险之实现的关系进行重新考虑，这样的变更可以认为就是必要的。

第3，关于正犯性，在第1版中导入了“溯及禁止”这一想法和基准，在此基础上又讨论了“溯及禁止”例外地不妥当的场合。因为这一“溯及禁止”论，在第1版中尚处于过渡阶段，再加上我将其定位在因果关系的框架内予以讨论，所以，这部分可能是第1版所示笔者的见解



中最不被理解的地方，不过尽管如此，笔者现在也完全不认为这一理论是错的。在笔者看来，“溯及禁止”是我们关于正犯性理解的重要的构成要素，其构成了正犯性的基准这一点本身不容否定。成为问题的不过在于，仅有“溯及禁止”这一基准并不能全部解决正犯性的问题（因此，在第1版之中讨论了“溯及禁止”的例外）。本书第2版中，关于正犯性，将结果原因的支配这一理解作为位于“溯及禁止”背后的更为上位的概念和基准，而将“溯及禁止”定位为其下位基准。

第4，作为不作为犯中保障人地位的基准，第1版中采用了“排他的支配”说，但在第2版中，虽然维持了“支配”这一观念，却放弃了排他性的要件。在过失犯中通常是承认同时犯的（过失同时犯），而此时“排他的支配”不得不说是妥当的，据此，即便是在故意犯的场合也放弃此种“排他的支配”。作为代替其划定保障人地位之范围的概念与基准，本书则采用了结果原因的支配这一思考方法。结果原因的支配是在正犯性中所采用的理解，既然就不作为犯而言正犯性同样必要，那么在不作为犯中亦要求这样的支配可以说就是当然的归结。这样，本书也就有意识地将正犯性的问题与不作为犯的保障人地位问题关联起来加以讨论，而此前的研究中两者通常是分开的。

第5，“法益关系的错误”与被害者同意中同意是否存在以及同意的有效性相关，本书对其的理解也作了修正。“法益关系的错误”这一思考本身，属于极其重要的解释框架，特别是其为诈骗罪赋予了重要的不可欠缺的解释基础。但是，若按照一直以来对之的理解的话，想来却难以维持。特别是，只要是将无法处分自由理解为法益本身的内容和构成要素，那么对从来的理解予以修正可以说就不可避免。也可以这么说，笔者是通过“法益关系的错误”的思考进行修正，而尝试着将这一解释框架本身从濒临放弃的边缘上解救出来。

第6，就过失而言，则改变了说明的形式。第1版中是将作为责任要素、责任形式的过失完全从“故意的可能性”之见地出发来对待的。一直以来，笔者没有将注意义务本身而是把属于注意义务违反之要件的结果回避可能性、结果预见可能性作为问题，认为唯有这两种可能性才