

当代世界学术名著



刑法总论

第3版

[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3版

[日] 山口厚 / 著

付立庆 / 译

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法总论/ (日) 山口厚著; 付立庆译. —3 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2018. 1

(当代世界学术名著)

ISBN 978-7-300-25375-6

I. ①刑… II. ①山… ②付… III. ①刑法-研究-日本 IV. ①D931.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 000571 号

当代世界学术名著
刑法总论 (第 3 版)
[日] 山口厚 著
付立庆 译
Xingfa Zonglun

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511770 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京德富泰印务有限公司		
规 格	155 mm×235 mm 16 开本	版 次	2018 年 1 月第 1 版
印 张	29.25 插页 3	印 次	2018 年 1 月第 1 次印刷
字 数	413 000	定 价	99.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

“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

中译本（第3版）序

陈兴良*

日本著名学者山口厚教授的《刑法总论》（第2版）由中国人民大学付立庆教授翻译介绍到我国刑法学界以后，使我国学者得以直接抵达日本刑法理论的最前沿，这对于推进我国刑法教义学理论的发展起到了重要的参考作用。现在，山口厚教授《刑法总论》（第3版）的中译本又摆在了我们的面前，借此我国学者得以了解日本刑法理论的最新进展。

山口厚教授热心于中日之间的刑法交流。在山口厚教授担任日本刑法学会理事长期间，我国学者赴日参加中日刑法论坛，受到他的热情接待。山口厚教授也多次带领日本学者到我国参加中日刑法论坛，并先后多次受邀来我国访问讲学。从2017年1月开始，他担任日本最高裁判所法官，以刑法学者身份出任该职，这对于日本的刑法司法应该会起到较大作用。

值得注意的是，2017年11月29日日本最高裁判所作出了具有重大影响的判决，该判决结论认定强制猥亵罪不需要性意图。日本以往的

* 北京大学法学院教授。

判例肯定了性意图对于强制猥亵罪成立的必要性。例如，在被告人出于报复目的，强迫23岁的女性赤身裸体照相的案件中，日本最高裁判所1970年1月29日的判决认为强制猥亵“必须是在刺激、兴奋犯人的性欲，使其得到满足的性欲意图之下实施的”，因此，否定本案成立强制猥亵罪。^①日本刑法学界对此却存在争议。例如基于行为无价值论的立场，日本学者大塚仁教授持肯定说，认为本罪是以作为行为人的猥亵性主观倾向的表现而实施的（倾向犯）。即，需要是在刺激行为人的性欲、使其兴奋或者使其满足的意图之下实施的，因此，例如，只是以报复或者侮辱、虐待的目的胁迫女子，使其裸体后进行照相的行为，虽然成立强要罪，但是不构成本罪。^②站在结果无价值论的立场上，山口厚教授持否定说，认为这种所谓性意图，与是否侵害了作为保护法益的性的自由毫无关系，因而无须此要件。^③在日本最高裁判所新近判决的案件中，被告人在知道被害人系未满13岁女子的情况下，对被害人实施了使其触摸被告人阴茎、将阴茎塞入被害人口中，接触被害人阴部的行为。对于本案，被告人以没有性意图作为辩解。但一审判决认为，只要客观上实施了侵害被害人性自由的行为，而且行为人对此有认识的话，就成立强制猥亵罪，行为人性意图的有无对于本罪没有影响。对于本案，日本最高裁判所的判决认为，什么样的行为具有性意味，从而应当看成值得根据该条处罚的行为，这一问题应当作为规范性评价，在考虑该时代性被害犯罪的社会一般理解的基础上进行客观判断。就本案而言，由于该行为本身就是性的特质十分明确的行为，无须考虑其他情况，就是具有强烈性意味的行为，很明显在客观上属于猥亵行为。因此最高裁判所的判决认为，维持了肯定强制猥亵罪成立的原判决的结论是妥当的。该判例由于是对之前1970年判例的变更，因而由最高裁判所

① 参见 [日] 大谷实：《刑法讲义各论》，新版第2版，黎宏译，104页，北京，中国人民大学出版社，2008。

② 参见 [日] 大塚仁：《刑法概说（各论）》，第3版，冯军译，124页，北京，中国人民大学出版社，2003。

③ 参见 [日] 山口厚：《刑法各论》，第2版，王昭武译，122页，北京，中国人民大学出版社，2011。

全部法官参加的大法庭作出，在该判决书末尾署名的15位日本最高裁判所法官中，刑法学者出身的山口厚教授的名字赫然在列。该判决对于日本今后的相关司法实务注定会产生深远的影响，而从这一判例变更中，就可以看出秉持结果无价值论立场的山口厚教授的影响。

山口厚教授的《刑法总论》（第3版）对第2版进行了不小的修订，从这些修订内容中可以看到日本刑法理论发展的状况。在《刑法总论》（第3版）的前言中，山口厚教授特别提到了应该由实行行为危险性的现实化来判断因果关系，并且认为这一理解不仅适用于作为犯，而且适用于不作为犯。根据日本传统理论，对于刑法因果关系的判断，采用条件关系和相当因果关系的双重判断结构。条件关系是事实因果关系，相当因果关系则是法律因果关系。在相当因果关系中，又主要是对相当性的判断。然而，在相当性判断上，存在各种观点的聚讼，例如主观说、客观说和折中说等，莫衷一是。尤其是基于相当因果关系说，日本学者一般都对德国的客观归责理论持排斥态度。近些年来，日本刑法学界出现了以行为危险之现实化的判断取代刑法因果关系判断的趋势。例如，在《刑法总论》（第2版）中，山口厚教授把相当因果关系的内容，界定为从实行行为到构成要件结果的因果经过的相当性，并且具体化为：（1）能够肯定实行行为具有引起构成要件结果的充分危险性；（2）该危险性实现（现实化）为构成要件结果。应该说，这两项内容与客观归责理论提出的“制造法所不允许的风险”，以及“实现法所不允许的风险”这两个规则是十分相似的。换言之，对于相当性的讨论，不再致力于结果是否能够预见，而是着眼于危险性的客观判断。山口厚教授主张直接以实行行为危险性的现实化取代条件说与相当因果关系说的双重判断。他指出：“由于在判断实行行为（构成要件行为）的危险性向结果的现实化时当然就包含着行为与结果间的事实上的关联的判断，所以，也就没有必要将因果关系分成（1）事实的关联和（2）规范的限定这样两个阶段来加以考虑，而是直截了当地来追问有无危险性的现实化就足够了。”在《刑法总论》（第3版）中，山口厚教授进一步明确了这里所说的事实关联就是指条件关系，而这里所说的规范的限定就是指相当因



果关系。据此，他实际上已经颠覆了日本传统以条件关系和相当因果关系构成的整个刑法因果关系理论。

山口厚教授《刑法总论》（第3版）的翻译出版，为我们观察日本刑法理论的新观点和新思路打开了一扇窗。我郑重向读者推荐这本最新的山口厚《刑法总论》（第3版），并对译者付立庆教授的辛勤翻译表示敬意。

是为序。

2017年12月5日

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

中译本（第2版）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

* 北京大学法学院教授。



的作用问题上，今天仍然提供着一个重要的视角。”^① 同样，结果无价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

^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。

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。”^① 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。”^② 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（并非单纯的事实的认识）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

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。



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。”^①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

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

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。”^①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的场合，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

^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），593页。



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。例如周光权教授主张行为无价值论^①，而张明楷教授主张结果无价值论^②，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。

2011年6月29日

谨识于北京依水庄园渡上寓所

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（第3版）序

继《刑法总论》第2版（有斐阁2007年版）之后，本书的第3版（有斐阁2016年版）再次被翻译成中文，中国的读者也得以阅读本书的最新版本，作为作者，我十分欣慰。

从日文版第2版的出版到第3版的出版已有9年，本书正是以这9年间的研究成果为基础，力图基于一以贯之的视角，进一步就刑法总论的相关问题，既明确问题之间的关联性，同时还能予以统一地解决。而且，本书也是以出版当时日本最新的判例、裁判例与学说为基础进行的修订。通过阅读本书，各位读者想必能够把握日本刑法解释的最新动向，也能够了解日本刑法学的当下水准。祈望本书能有助于中国的各位读者进一步加深对日本刑法学的理解。

中国人民大学的付立庆教授对日本刑法学具备深厚的学识，也是我交往多年的朋友，能由他代执翻译之劳，优秀地完成本书的翻译，对本书作者而言，也是一件非常高兴的事情。另外，中国人民大学出版社继出版了《刑法总论》第2版之后，又继续出版本书。对此，我作为作者谨致诚挚的谢意。

山口厚

2017年12月1日

记于初冬的东京

中国語版（第3版）への序文

山口厚

このたび、本書『刑法総論・第3版』（有斐閣、2016年）が『刑法総論・第2版』（有斐閣・2007年）に引き続き中国語に翻訳され、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。

本書では、『第2版』刊行以降9年間の研究成果を踏まえ、さらに一貫した視点から、刑法総論の諸問題について、関連性を明らかにしつつ統一的な解決を与えるよう心がけた。また、刊行時点での日本の判例・裁判例及び学説を踏まえて執筆を行っている。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動きに触れ、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なお一層深められることを願っている。

本書については長年の友人である付立慶氏（中国人民大学教授）が翻訳の労をとって下さった。日本刑法学について、確かで深い学識をそなえた同氏によってすばらしい翻訳が完成したことは著者として大変喜ばしいことである。また、中国人民大学出版社は、『刑法総論・第2版』に引き続き本書を刊行して下さい。著者として心より謝意を表するものである。

2017年12月1日
初冬の東京にて

中文版（第2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