

当代世界学术名著



从新判例看刑法

第2版



[日] 山口厚 / 著

付立庆 刘 隽 / 译

 中国人民大学出版社

当代世界学术名著



从新判例看刑法

第2版

[日] 山口 厚 / 著
付立庆 刘 隽 / 译

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

从新判例看刑法 第2版/[日]山口厚著;付立庆,刘隽译.

北京:中国人民大学出版社,2009

(当代世界学术名著)

ISBN 978-7-300-11234-3

I. 从…

II. ①山…②付…③刘…

III. 刑法-审判-案例-研究-日本

IV. D931.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 157935 号

当代世界学术名著

从新判例看刑法 第2版

[日]山口厚 著

付立庆 刘隽 译

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)

010-62511398 (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 北京新丰印刷厂

规 格 155mm×235mm 16 开本

版 次 2009 年 9 月第 1 版

印 张 19.5 插页 2

印 次 2009 年 9 月第 1 次印刷

字 数 295 000

定 价 45.00 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

译者简介

付立庆，1976年生，2006年1月毕业于北京大学法学院，获法学博士学位（刑法学），现为中国人民大学法学院讲师。2004年10月至2006年9月在日本东京大学大学院法学政治学研究科从事访问、研究，师从山口厚教授。个人主要著作有：《主观违法要素理论——以目的犯为中心的展开》、《法治的脸谱》、《法治的声音》等。

刘隽，1980年生，2009年7月毕业于中国人民大学，获法学博士学位（刑法学）。现在福建省福州市人民检察院工作。在攻读刑法学硕士学位以及博士学位期间，翻译、发表学术论文十余篇。

译 序

日本东京大学山口厚教授的《从新判例看刑法》一书即将由中国人民大学出版社出版，译者之一的付立庆博士邀我为本书的中译本作序。为本书的出版，我感到十分高兴。

山口厚教授是日本著名刑法学家，他对刑法总论与分论都有精深的造诣，但在其《刑法总论》和《刑法各论》翻译到我国之前，《从新判例看刑法》一书的率先出版，我以为是具有某种象征意义的。记得在2007年9月底，我和张明楷教授等参加在东京大学举办的中日刑事法学术交流会议，看到山口厚的《刑法总论》只有408页，而《刑法各论》却有661页，从篇幅上来说明显地“重各论而轻总论”，与我国刑法学界“重总论而轻分论”形成了鲜明的对照，遂问山口教授其中之故。山口教授的回答出乎我的意料，他说刑法总论是原理性的，理论体系较为成型，作者发挥的空间不是太大，但刑法各论涉及对具体犯罪的研究，由于存在大量的判例，并且这些判例是活生生的，不断推陈出新的，因而为作者的学术研究提供了丰富的资料。在这种情况下，各论研究的发达就是十分自然的。山口厚教授的这段话给我留下深刻的印象，颠覆了我以为著名刑法学家更为重视总论原理的印象，领悟到当刑法理论研究达到一定程度，各论就会成为刑法知识的持续增长点。尤其是当我从山口教授那里了解到，日本东京大学法学部的刑法学科自小野清一郎以来形成一个传统，就是大约每两三个月，东京大学的教授等理论研究者和包括最高裁判所的法官在内的实务人士都会举办一次判例研讨会，已经坚持半个多世纪了。从这里也可以看出，日本刑法学界对于司法实务、对于判例的重视程度。正是不断地从司法实务和判例中吸收营养，才能使刑法理论不断地发展和创新。

山口厚教授的《从新判例看刑法》一书就是以一种专题的形式对刑法中的重大理论问题进行研究的著作。它的内容除涉及因果关系、



不作为、正当防卫、过失犯、未遂与既遂、罪数等刑法总论问题外，更多地涉及伤害罪、侵入住宅罪、盗窃罪、抢劫罪、诈骗罪、伪造文书罪、贿赂罪等刑法各论问题。本书以判例为基本线索，从刑法理论上予以展开，对裁判理由进行法理上的阐述与评论，从而实现了刑法理论与司法判例之间的良性互动：一方面从司法判例中抽象出某些法律规则，形成某些法理性的结论，以此充实与丰富刑法理论；另一方面，将刑法理论适用于司法判例的解释，对裁判理由进行法理审视，从而对司法实务具有指导意义。山口厚教授的《从新判例看刑法》一书在形式与内容上都有别于刑法体系书，对于学习与研究刑法者来说，都是一部不可多得的参考书。

山口厚教授《从新判例看刑法》一书在我国的出版，对于中国的司法实务具有参考价值。尽管我国刑法与日本刑法存在重大差别，但还是存在一些共通的问题需要从法理上加以解决。例如，本书的第1章被害人行为的介入与因果关系，就涉及存在被害人行为介入的情况下，如何认定因果关系的问题。山口厚教授选择的第一个判例是日本最高裁判所平成15年（2003年）7月16日决定。在该判例中，被害者在受到4名被告人长达3个小时的严重暴行以后，为逃脱被告人等的追赶而进入高速公路，被急速行驶的汽车撞倒，并被随后而来的汽车碾过而死。对此，一审判决否认被告人的上述暴行与被害人的死亡之间存在因果关系，二审判决则肯定被告人等的暴行与被害人的死亡之间的因果关系，最高裁判所认可了二审判决的结论。通过上述案例分析，山口厚教授指出：判例并非是在明示地采纳像相当因果关系说等等这样的特定的理论立场的基础上，具体适用上述立场的理解而给出个别案件的解决结论的。山口教授总结上述判例的判断框架是，在能够认定“被告人的行为的危险性现实化为结果”的时候，就可以肯定行为与结果之间的因果关系。在此基础上，山口教授提出了“行为之危险性的现实化”的命题。由此可见，日本司法判例在因果关系的判断上，也越来越向危险性的实质判断的方向发展。这与客观归责的原理是具有一定相似性的。我国也存在类似案例。例如王照双强奸案^{〔1〕}，被告人王照双于2005年5月13日凌晨3时许，钻窗潜入北京

〔1〕 参见国家法官学院、中国人民大学法学院：《中国审判案例要览》（2007年刑事审判案例卷），29～33页，北京，人民法院出版社、中国人民大学出版社，2008。

市西城区灵镜胡同×号楼×门×室，从客厅的皮包中窃得人民币100元及手机1部。王又进入大卧室，看到熟睡的李某某（女，殁年39岁），遂将李唤醒，对李进行威胁并撕破李吊带背心捆住李的双手，强行将李某某奸淫，后即钻窗逃离现场。李某某到阳台呼救时，因双手被捆，坠楼身亡。对此，裁判理由认定，在案证据显示，王照双为实施强奸捆绑被害人双手，正是这一行为直接导致被害人在阳台呼救时因难以控制身体平衡而坠楼身亡。捆绑被害人，在王照双犯罪时属于其强奸实行行为的一部分，被害人到阳台呼救时虽然犯罪人已完成强奸的实行行为，但此时被害人意识上不能确定对方是否已经结束侵害，被害人双手仍被捆绑意味着犯罪暴力尚在持续地对被害人发生作用，捆绑被害人双手实际上是被告人犯罪暴力的延续。在此情况下，被害人到阳台呼救行为应是其反抗犯罪人侵害行为的表现，并最终导致了被害人在呼救反抗时坠楼身亡的结果。也就是说，被害人死亡与犯罪人的犯罪暴力之间存在事实上的因果关系，客观上是由被害人反抗犯罪人的强奸所导致，而非意外事件。在本案中，被害人系在临高呼喊时坠楼身亡，因而存在被害人的介入行为。那么，能否据此肯定被告人的强奸行为与被害人的死亡结果之间的因果关系呢？判决结论持肯定的态度，并从暴力延续这一角度作了分析。但张明楷教授对此作了否定性评判，认为无论是根据直接性理论还是采用相当因果关系说乃至条件说，都难以认定本案的上诉人的捆绑行为与被害人的坠楼死亡之间存在因果关系。^{〔2〕}如果按照山口厚教授所说的“行为之危险性的现实化”的观点，可能容易得出在本案中存在因果关系的结论。因为毕竟在阳台上呼救时因捆绑而站立不稳导致坠楼，与被告人的捆绑行为之间还是存在一定的直接性的，它和那些强奸后自杀情形完全不同。因此可见，对于因果关系的判断，尤其是存在被害人或者第三人介入行为的因果关系的判断，是存在相当大争议的。关键在于，刑法理论应当对此作出法理上的论证。

山口厚教授《从新判例看刑法》一书在我国的出版，对于中国的刑法理论具有启迪意义。在相当长的一段时间内，我国的刑法理论还是局限在法条与司法解释的解释上，因而立法论与解释论占据着主导

〔2〕 参见张明楷：《结果加重犯的认定——评北京市高级人民法院〔2006〕京高刑终字第451号判决》，载《中国法律评论》，第1卷，135~143页，北京，法律出版社，2007。



地位，适用论则十分薄弱。虽然我国学者也强调理论与实践相结合，但总是理论与实践之间存在隔膜，形成两张皮，即使对于司法实务问题的研究，也更多地停留在案例分析的水平上。这当然与我国不存在正式的判例制度有关，学者自身也要负若干责任。现在我国最高人民法院正在建立案例指导制度，以典型案例指导审判实践，进一步统一司法尺度，规范裁判标准，总结审判经验。在这种情况下，刑法学者应当将更多的学术资源投入到案例研究当中。近年来，我一直关注案例指导制度，并从事着判例刑法的研究，已经完成了我承担的国家社科基金项目《判例刑法研究》，其最终成果《判例刑法学》已由中国人民大学出版社出版。在这种情况下，拜读山口厚教授的这本书，某种亲近感油然而生。

在中日刑事法交流活动中，我与山口厚教授多有交往，2008年4月24日，我任职的北京大学法学院还专门邀请山口厚教授访问中国，并在北京大学作了“日本刑法学中的行为无价值论与结果无价值论”的报告。^{〔3〕}本书译者之一的付立庆博士，是我在北大指导的刑法专业博士生，现已经毕业，为中国人民大学法学院讲师。付立庆在北大攻读博士学位期间，有幸于2004年至2006年在日本东京大学大学院法学政治学研究科访学两年，师从山口厚教授。现在，经过付立庆和另一译者刘隽的努力，将山口教授的《从新判例看刑法》一书译成中文出版，这是中日刑事法交流中的一大幸事。获悉山口厚教授的《刑法总论》与《刑法各论》也将由付立庆主持译成中文出版，十分高兴，但愿早日见到山口厚教授的大作在我国问世。

是为序。

陈兴良

2009年1月6日

谨识于北京大学法学院科研楼609工作室

〔3〕 该报告的文字版载《中外法学》，2008（4），590~595页。

中文版序

这次，我的《从新判例看刑法》（第2版）（有斐阁，2008年版）被翻译成中文出版，使得中国的广大读者也能读到本书，就作者而言，这是非常值得高兴的事情。

本书在介绍以日本最高裁判所的判决和决定为中心的近年来的判例、裁判例的同时，对其中所涉及的问题予以分析、研讨，并且对于与之相关的一直以来的判例和学说也予以稍微详细的介绍和讨论。据此，本书也就试图通过对于新的判例、裁判例的研讨，能够对于现今日本的判例和学说的水准予以明确。广大读者通过阅读本书，可以触摸到日本刑法解释的最新动向以及讨论的最前沿。特别是，由于判例与学说都是通过探究具体事件之解决的应有方式而向前发展，所以我衷心希望，诸位读者通过对于依据具体事案来研讨判例与学说的本书的阅读，能够加深对于日本的判例与学说的理解。

由于包含了很多介绍他国的具体事案的内容，本书的翻译想来是相当困难的。对于为本书的翻译付出辛劳的中国人民大学法学院讲师付立庆博士和福建省福州市人民检察院的刘隽博士，我谨在此致以深深的谢意。

山口 厚

2009年7月23日

东京，时值盛夏

第2版前言

近年来最高裁判所判例的动向之中，存在着引人注目之处。所以，虽然出版旧版后仅仅过了两年，考虑到在旧版发行之后判例的发展，笔者还是决定对旧版的论述加以必要的补充，并追加了两章对最新的最高裁判所判例的检讨，出版了这个第2版。本书基本的思路，在已收录于本书的第1版“前言”中有过说明，即希望通过结合具体的事案对判例、裁判例子以检讨，若借此能够对于提高读者运用刑法的能力有所助益的话，那笔者就不胜荣幸了。

本书的出版得到了《法学教室》主编渡边真纪先生的大力相助。笔者想在这里感谢他无微不至的关照。

山口厚

2008年（平成20年）9月

第1版前言

本书是以在《法学教室》上连载的以《从新判例看刑法》为题的论文为基础，予以增删修正，并且新增加了一篇有关贿赂罪的论文而形成的。我所预想的本书读者，是对刑法解释学的基础有着基本理解的、法科大学院的法学学生等诸君。目的是通过对于判例、裁判例的检讨，更为深化这些读者对刑法解释学的理解，并且通过就具体事案来检讨判例、裁判例的判决，提高读者对刑法解释学的运用能力。

本书各章节的论述，以近年来发生的判例、裁判例为素材，在此基础上加以检讨，目的是通过检讨和分析，进一步推进读者对于各章有关问题的判例与学说的理解。换言之，本书并非是简单地停留在对新的判例、裁判例的解释上，而是以此为前提，对与判例有关的重大问题进行了充分解读，这样，在将采用的判例、裁判例放置于判例、学说的走向中考察的同时，也打算明确其对于一直以来的判例、学说发展所具有的意义。此外，在对于新的判例、裁判例进行深度检讨并一并学习与各章问题相关的判例与学说的现状的同时，也试图在哪个问题有真正检讨的必要、哪个问题怎样考虑是妥当的等问题上，能给读者诸君带来尽可能的考察。笔者的计划是，读者诸君在对新的判例、裁判例有了正确理解的同时，能够在坚实地立足于解释学的基础之上，拓宽从与判例有关的基础问题直到其周边相关问题的理解。这个计划可能是极其“贪婪”的。

最初写作本书的想法，是在与《法学教室》的前主编西野康树先生的恳谈中产生的。此外，作为本书基础的原稿在连载时，得到了《法学教室》现任主编龟井聪先生极大的帮助，本书的出版还得到了他的种种关怀。借此机会，再次向两位表示谢意。

山口厚

2006年（平成18年）7月

于法科大学院暑期学校

判例集、杂志等的简称

(以左栏所列作为引用时的简称)

刑录	大审院刑事判决录
刑集	大审院刑事判例集、最高裁判所刑事判例集
高刑集	高等裁判所刑事判例集
下刑集	下级裁判所刑事裁判例集
集刑	最高裁判所裁判集 刑事
刑月	刑事裁判月报
新闻	法律新闻
判特	高等裁判所刑事判决特报
裁特	高等裁判所刑事裁判特报
东高刑时报	东京高等裁判所判决时报 刑事
刑法	刑法杂志
现刑	现代刑事法
警研	警察研究
法协	法学协会杂志
曹时	法曹时报
判时	判例时报
判夕	判例タイムズ
法七	法学セミナー
最判解刑事篇	最高裁判所判例解说刑事篇
平成(昭和)××年度	平成(昭和)××年度
平成(昭和)××年度重判解	平成(昭和)××年度重要判例解说
(ジュリ××号)	(ジュリスト××号)
セレクト××	判例セレクト××
(法教××号别册附录)	(法学教室××号别册附录)
法教	法学教室
ジュリ	ジュリスト

目 录

第 1 章 被害人行为的介入与因果关系	1
一、导语	1
二、最近的最高裁判例	3
三、判例中因果关系的判断	6
四、最高裁判例的评价与展望	11
第 2 章 利用了被害人行为的法益侵害	14
一、导语	14
二、最高裁平成 16 年（2004 年）1 月 20 日决定	16
三、自伤、自杀与意思的瑕疵	20
第 3 章 不作为的杀人罪	29
一、导语	29
二、最近的最高裁判例	29
三、关于保障人地位	34
四、共同正犯的成立范围	40
第 4 章 正当防卫的周边	41
一、导语	41
二、正当防卫与第三者的法益侵害	41
三、防卫过当与假想防卫的交错	50
第 5 章 过失犯的成立要件	53
一、导言	53
二、最近的最高裁判例	55



三、过失犯中的注意义务	59
第 6 章 实行的着手与既遂	69
一、导言	69
二、最近的最高裁判例	70
三、实行的着手	74
四、构成要件的过早实现	77
第 7 章 罪数论	83
一、导言	83
二、最近的最高裁判例	83
三、不可罚的事后行为	90
四、牵连犯	95
第 8 章 伤害的含义	99
一、导语	99
二、最近的最高裁判例	100
三、伤害的含义	102
四、作为加重结果的伤害	107
第 9 章 侵入住宅罪的成立要件	109
一、导言	109
二、最近的最高裁判例	110
三、侵入的含义	117
四、侵入的对象	122
第 10 章 盗窃罪中的占有的含义	126
一、导言	126
二、盗窃罪中的他人占有	127
三、盗窃罪与遗失物等侵占罪之间的认识错误	134
第 11 章 不法领得的意思	137
一、导言	137

二、最近的最高裁判例	139
三、盗窃罪中的不法领得目的	142
四、诈骗罪与不法领得的目的	145
第 12 章 不动产的占有与侵夺	152
一、导言	152
二、不动产的占有	154
三、侵夺的含义	161
第 13 章 事后抢劫罪的成立范围	167
一、导言	167
二、最近的最高裁判例	168
三、对于“盗窃的机会继续中”的解释	172
四、其他问题	177
第 14 章 诈骗罪中的交付行为	180
一、导言	180
二、最高裁判所于平成 15 年（2003 年）12 月 9 日的决定	181
三、交付行为的要件	184
四、对于本案的若干检讨	191
第 15 章 信用卡的不法使用与诈骗罪的成立与否	193
一、导言	193
二、不法使用自己名义的信用卡	194
三、不法使用他人名义的信用卡	196
第 16 章 文书的不法取得与诈骗罪的成立与否	206
一、导言	206
二、最高裁判所的两个判例	207
三、文书的交付与诈骗罪的成否	212
第 17 章 错误汇款与财产犯罪	222
一、导言	222



二、近年来刑事判例与学说的动向	224
三、关于“存款的占有”	227
四、欺骗行为	229
五、告知义务	231
六、补论：遗失物等侵占罪的成立与否	232
七、结论	233
第 18 章 亲属关系与财产犯罪	234
一、导言	234
二、最近的最高裁判例	235
三、亲属相盗特例的适用与准用	239
第 19 章 赃物的返还与赃物罪的成立与否	247
一、导言	247
二、赃物罪的保护法益与罪质	248
三、有关盗窃罪返还案件的最高裁判例	250
四、请求权的含义	254
第 20 章 制作名义人的含义与有形伪造	258
一、导言	258
二、最高裁判所于平成 15 年（2003 年）10 月 6 日的决定	259
三、有形伪造的含义	261
四、制作名义人的含义	265
第 21 章 贿赂罪的职务关联性	271
一、导言	271
二、最近的最高裁判例	272
三、一般的职务权限	277
四、职务密切相关行为	279
附录 日本刑事诉讼法 第三编 上诉	282
译后记	292