

日本

刑法总论

第2版



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

[日] 西田典之 · 著

王昭武 刘明祥 · 译



日本

刑法总论

第2版



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

〔日〕西田典之·著

王昭武 刘明祥·译



图书在版编目(CIP)数据

日本刑法总论 / (日)西田典之著;王昭武,刘明祥译. —2版. —北京:法律出版社,2013.1
ISBN 978-7-5118-4280-0

I. ①日… II. ①西…②王…③刘… III. ①刑法—研究—日本 IV. ①D931.34

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第283142号

日本刑法总论(第2版)

[日]西田典之 著
王昭武 刘明祥 译

责任编辑 刘彦洋

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787毫米×1092毫米 1/16
版本 2013年4月第2版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 27.25 字数 394千
印次 2013年4月第1次印刷
编辑统筹 学术·对外出版分社
经销 新华书店
责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-4280-0

定价:65.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

© 2010 Noriyuki Nishida. Printed in Japan

The original work was published in Japanese in 2010.

This translation is published by arrangement with Noriyuki Nishida.

原著由日本弘文堂2010年出版。

中文版的出版获得了著作权人及相关权利人的正式授权。

著作权合同登记号

图字：01-2013-1849

作者简介

西田典之 Noriyuki Nishida

1947年3月出生于日本熊本县熊本市,1969年毕业于东京大学法学部,并于同年留校担任法学部助教,1985年晋升为东京大学法学部教授,现为学习院大学法学部教授、东京大学名誉教授。主要社会活动有:1986年至2005年,担任法务省法制审议会刑事法部会干事、部会长代理;1988年至1990年,担任东京大学总长助理;2003年至2006年6月,担任日本刑法学会理事长;1988年至今,担任日本刑法学会理事;2001年至今,担任日本检察官特别任用审查会委员。其他主要著述有:《共犯理论之展开》、《刑法各论》、《刑法》、《新版·共犯与身份》、《金融业务与刑事法》(编著)、《现代社会与刑事法》(编著)、《刑法判例百选I、II》(共编著)、《刑法理论的现代性展开(总论I、II)(各论)》(共编著)、《判例刑法总论》、《判例刑法各论》(共编著)等。

译者简介

王昭武

1968年出生于湖北省监利县。1991年武汉大学日语系毕业后,进入上海外企工作。2001年考入武汉大学法学院,师从刘明祥教授攻读刑法学专业硕士;2003年4月至2009年3月留学日本同志社大学,师从大谷实教授,先后获得法学硕士、法学博士学位。现为苏州大学王健法学院副教授。

刘明祥

1959年出生于湖北省天门市。1983年毕业于湖北财经学院(现中南财经政法大学),获法学学士学位;1994年毕业于武汉大学,获法学博士学位。现为中国人民大学法学院教授、博士生导师、副院长。主要著作有《错误论》、《紧急避险研究》、《财产罪比较研究》等。

中文版修订版序言

拙著《刑法总论》(2010年第2版)与《刑法各论》(2012年第6版)有幸由法律出版社出版发行,很是欣慰。这次也是由中国人民大学法学院刘明祥教授与苏州大学王昭武副教授代执翻译之劳,由衷感谢!

《刑法总论》(2006年第1版)与《刑法各论》(2005年第3版)都曾翻译成中文,这次是修订版。据王昭武副教授说,已经发行的拙著的翻译版本在中国受到不少读者的好评,我对此深感高兴。当然,很大程度上是得益于两位教授,尤其是曾从日本同志社大学取得法学博士学位的王昭武副教授精湛的日语。

与第1版相比,在《刑法总论》(第2版)中,将正当防卫的成立要件之一的“防卫行为的相当性”的判断标准,由“结果的相当性”改为“行为的相当性”;并且,对“刑罚的适用”部分也作了较详细的解说,因而,将初版的第5章第4节的相关内容独立出来,成为新的第12章,初版的第12章顺次改为“第13章 刑法的效力范围”。另外,自初版之后,刑法总论中也出现了很多重要的最高裁判所判例以及下级裁判所判例,本书尽可能地介绍了其中的重要判例,并予以适当评析。不过,有关打算将“刑罚的部分缓期执行制度”纳入刑法典以及有关药物犯罪的法律的刑法等修正法案,虽然已经提交国会审议,但至今尚未成立,因此,本书并未涉及此内容。

自《刑法各论》(第3版)出版以来,《日本刑法典》分则部分历经几次修订,《刑法各论》(第6版)的涵盖内容截至2011年成立的《为应对信息处理的高度化等刑法部分改正的法律》(法第74号)。例如,这次刑法部分改正修正了妨害强制执行罪以及有关网络色情部分,并增设了制作电脑病毒罪。另外,还介绍了一些我认为重要的新判例与新学说。

期待这次修订版的中文翻译能得到更多读者的青睐,也衷心希望能由此进一步加深中日之间的刑法学术交流。

东京大学名誉教授、学习院大学教授 西田典之
2012年8月18日

中国語版への序文

私の著書である「刑法総論第2版」(2010年)および「刑法各論第6版」(2012年)の中国語への翻訳が法律出版社から刊行されることとなった。今回も翻訳の労を執ってくださった中国人民大学法学院の劉明祥教授ならびに蘇州大学法学院の王昭武副教授には心より御礼申し上げる次第である。

いずれも、すでに中文に翻訳された著書の改訂版である。王副教授からの報告によれば、既刊の拙著の翻訳本は、中国において多くの読者を得て好評とのことであり、私としても大変喜ばしく思っている。これも、両教授、とくに日本国同志社大学で法学博士を取得された王副教授の堪能な日本語に負うところが大きであろう。

刑法総論の第2版では、正当防衛における防衛行為の相当性の判断基準を「結果としての相当性」から「行為としての相当性」へと改めた。さらに、「刑の適用」の部分は説明が詳細になったため初版第5章第4節から独立させて新たに第12章とし、これまでの第12章を繰り下げて「第13章 刑法の適用範囲」とした。このほか、初版以後にでた最高裁判例や下級審裁判例の重要なものは可能なかぎり取りあげて紹介し適宜論評を加えておいた。ただ、「刑の一部執行猶予制度」を刑法典および薬物犯罪について導入する刑法等の改正法案は、すでに国会に上程されてはいる

が、現在までのところ成立していないため言及していない。

刑法各論第6版では、2011年に成立した「情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律」(法74号)により実現した強制執行妨害罪関係の改正、コンピュータ・ウイルス作成罪等の新設、サイバーポルノ関係の改正まで紹介した。そのほか、新しい判例や学説も重要と思われるものは紹介しておいた。

この改訂版の中文への翻訳が、多くの読者を得られることを、また、そのことによって日本と中国との刑法学術交流がさらに深まることを心より願っている。

2012年8月18日

東京大学名誉教授・学習院大学教授 西田典之

中文版序(2007年版)

继将我的《刑法各论》(第3版)翻译成中文之后,中国人民大学的刘明祥教授与正在日本同志社大学攻读博士学位的王昭武君不辞辛苦,又翻译了我的《刑法总论》,在此谨致衷心谢意!

刑法理论,尤其是有关犯罪的一般成立要件的刑法总论,与该国的政治、经济、社会、文化密切相关,因而日本的刑法理论当然不能原样适用于中国刑法。但作为同属汉字文化圈的刑法理论,想必多少还是有些参考价值的。

本书所谈到的刑法理论无疑是我个人的一些思考,绝非日本的支配性观点。但本书在阐述己见的同时,也充分介绍了日本的相关判例与学说,想必会有助于理解日本的理论现状。本书若能对中日刑事法学之间的交流有所推进,则不胜欣慰!

东京大学教授 西田典之
2006年10月

中国語版への序文

この度、私の刑法総論が中国語に翻訳されることになった。刑法各論に引き続き翻訳の労をとってくださった人民大学の劉明祥教授と同志社大学博士課程在学中の王昭武君には心からお礼をもうしあげる次第である。

刑法理論とくに犯罪の一般的成立要件に関する刑法総論は、その国の政治、経済、社会、文化と密接に結びついているから、日本の刑法理論がそのまま中国刑法にあてはまるわけではないことはもちろんである。しかし、同じ漢字文化圏の刑法理論として、多少は参考になるのではないかと思う。

本書で述べた刑法理論は、もちろん私個人の見解であり、決して、日本の支配的見解であるというわけではない。しかし、私見と同時に、日本の判例や学説についても十分な紹介をしてあるから、日本における理論状況は理解していただけるとおもう。本書が、中日刑事法学术交流をさらに深める一助となれば幸いである。

2006年10月
東京大学教授 西田典之

第2版序

自本书初版发行以来,已历时四年。其间,刑法典的不少地方也作了修正。就分则而言,2006年就妨害执行公务罪(第95条)、盗窃罪(第235条)增加了罚金刑;2007年增设了驾车过失致死伤罪(第211条第2款),并从危险驾驶致死伤罪(第208条之2)中删除了“四轮”这一限制要件;2009年彻底修正了《器官移植法》。这些修正都已经纳入我的《刑法各论》(第5版)之中。另外,尽管总则并没有进行修正,但法制审议会刑法分会正在研讨下述内容:增设“刑罚的部分缓刑制度”,以将刑事设施内处遇与社会内处遇对接起来;由于刑诉法废止,延长了重大、恶性犯罪的公诉时效,与此相对应,刑法也有必要相应地废止、延长相关犯罪的刑罚时效。在本书刊行之际,想必已得出积极方向的结论。^[1]

并且,在这四年间,刑法总论中也出现了很多重要的最高裁判所判例以及下级裁判所判例。例如,有关因果关系、犯罪的终了时点、正当防卫、过当防卫等,就出现了不少新的重要判例。这些新出现的判例,已经收录在我也是编著者之一的判例集中〔西田典之、山口厚、佐伯仁志:《判例刑法总论》(第5版),有斐阁2009年版〕。本书第2版也在相应的地方介绍了这些判例,并适当作了简要评述。

[1] 平成21年(2009年),随着有关重大、恶性犯罪的公诉时效被溯及性地废止(参见刑诉法第250条第1款第1项),刑法也废止了有关死刑的刑罚时效(参见刑法第31条)。——译者注

而且,本书所引用判例的判例编号也与《判例刑法总论》(第5版)相对应。另外,自《判例刑法总论》(第5版)发行之后的新判例,凡我认为重要的,也尽量在本书中予以介绍、评析。

另外,自本书初版问世以来,学界又出现不少新的教科书以及体系性书籍,而且,也有不少已刊的教科书与体系性书籍作了重要修订。本书第2版在参照这些新的教科书与体系性书籍以及已刊教科书等的修订版的同时,也研究并回应了迄今对本人观点的批判与意见,并重新审视了判例立场,因而,对本人以前的观点也有几处修正。凡对观点作出修正的地方,均明确写上“改变了以前观点”。并且,“刑罚的适用”部分也作了较详细的解说,因而,将初版的第5章第4节的相关内容独立出来,成为新的第12章,初版的第12章顺次改为“第13章刑法的效力范围”。当然,除此之外,对于罪数论与刑罚论部分,本人也感觉仍有补强的必要;另外,有些地方也仍有必要再探讨并进一步深化自己的观点。但这些就留作将来的课题,作为现阶段我个人思考的一个总结,将第2版奉献给诸位。

这次修订的编辑工作,一如既往地得到了弘文堂北川阳子总编的关照。另外,对于引用文献的具体页码及其内容的确认,还有原稿的校对等,得到了学习院大学法科大学院的三代川邦夫的全面协助。在此谨致谢忱!

西田典之

记于2010年的女儿节(旧历3月3日)前夜

初版序

一

本书主要是为了供大学的法学部以及法科大学院〔1〕作为刑法总论的教科书使用而撰写。笔者此前已经出版了《刑法各论》(第3版),但由于有些问题总难最后定论,本已逐渐放弃撰写刑法总论的念头。另外,年近还历,以及已有其他很多优秀的教科书问世,这也是我踌躇至今的原因。然适逢所在大学的退休年龄有所后延,于是也便产生了对35年来的所思所想作一总结的想法。

幸运的是,有学生将我2001年度的总论讲义有心作了录音,并整理成册。承蒙该学生的好意,将此讲义提供给我,本书正是对此予以修订、补充而形成。因而,本书随处可见课堂讲义的痕迹。例如,判例的引用很详细、举例很多,更有对某一问题重复说明之处。原本也有意对这些地方作些修正,但同时考虑到,从宜读、易懂的角度来看,这样也许反而更有意义,因而终保留了原来的体系。向提供帮助的学子诸君,深表谢意。

二

开始执笔本书,是在完成拙作《刑法各论》(第

〔1〕法科大学院(Law School)是日本为了培养司法实务人才而于2004年4月开始设立的研究生院(当时批准设立68所),有别于培养学术研究型人才的法学研究科。——译者注

3版)的修订之后的2005年3月。如此短时间内得以完成本书的写作,是因为笔者曾出版过作为电视大学教材的《刑法》(放送大学教育振兴会,2001年版)一书。就该书的相应部分作了补充、修改之后,大致原样保留;同时,针对犯罪论部分(构成要件论、违法论、责任论、未遂犯论、共犯论),则是以前述讲义为基础,作了大量的增加与改动,并加入了最新的判例与学说。由于是将自己的思考内容以自己的思维方式一气写成,本书的体系与通常的教科书大有不同。尤其是共犯论部分,这也是我长年的主要研究课题,因而,呈现于读者诸贤面前的,几乎是我的共犯论文集。如果正因如此,本书得以更容易理解,则深感欣慰。也许与上述宗旨相矛盾,由于时近裁判员制度的实施,^[1]本书在论及犯罪成立要件之时,有意识地从所谓刑事的要件事实现论这一视角出发,尽量对检察官必须立证、裁判员必须认定的对象、要件予以明确。很难说已经实现了这一意图,但希望借此得到司法实务界各位的叱正,以期进一步改善。

考虑到判例理论的重要性,本书引用了大量的判例与解说。限于篇幅,本书所引用的仅仅是各个判例的核心部分,还望学子诸君对照各个判例的原典,弄清前提事实,力求更切实地理解判例观点。正是出于此考虑,本书所引用的判例多附加了序号,所附加的序号与西田典之、山口厚、佐伯仁志著《判例刑法总论》(有斐阁2006年第4版)中的序号完全一致,还望充分对照使用。由于本书是在短时间内完成,且主要是以犯罪论为中心,因而就刑罚论、罪数论、刑法的适用范围等问题未能充分展开说明,这一遗憾只有留待今后再版之时的修订了。

三

本书的问世实得益于很多人的帮助。我的起点无疑是恩师平野龙一先生的学说。迄今也写了不少论文,每当难以决断之时,总是奉行 *in dubio pro Hirano*(存疑从平野说)之态度。虽然如此,本书也有不少偏离恩师的学说之处,但正如先生经常教导的那样,“凡事信师莫如无师”,想必先生九泉之下也会笑而许之。在各种研讨会上,尤其是从先生的名著与大作《刑法讲义总论(上)(中)(下I)(下II)》中,深受

[1] 日本于2009年开始实施裁判员制度。——译者注

内藤谦先生的教益。芝原邦尔先生不仅鼓励我执笔撰写前述电视大学教材《刑法》，而且在我学术上存疑难解之时，总是言简意赅地向我提出切实且宝贵的意见。另外，无论是在各种研究会上，还是聚会小酌之时，得与同僚山口厚教授、佐伯仁志教授在诸多场合畅所欲言，充分论争，亦受益匪浅。尤其是山口教授的名著《问题探究·刑法总论》、《刑法总论(补订版)》，还有佐伯教授在《法学教室》上的连载《刑法总论的思考与乐趣》也不断给我以学问上新的刺激，并给了我执笔本书的不小动机。有一段时间，与庆应义塾大学的井田良教授在每周的同一天、在同一所大学的大学院讲课，得有机会相互探讨犯罪论的诸多论题，也是颇多受益。井田教授立足于行为无价值论，有关刑法理论的构建，不少时候我也是深深折服于其鲜明的观点，但同时也意外地发现相互之间颇有共通之处，更觉收获良多。当然，其名著《刑法总论的理论构造》也给了我不少学问上的启迪与教示，借此机会谨表谢忱。

四

没有立教大学的小林宪太郎副教授的无私奉献，本书绝难在如此短时间之内顺利完成。每当我完成部分写作之时，小林副教授总是及时将我所引用的学说与判例加以核对并补充完整。并且，遇到某些难以决断的问题，也是始终伴我讨论。自2005年3月动笔以来，直至本书最终完成，对于小林副教授在此期间的帮助，很难找到贴切的语言来表达我深深的谢意。

在本书的初稿阶段，承蒙佐伯教授、法政大学的今井猛嘉教授、神户大学的桥爪隆教授、学习院大学的镇目征树副教授通读全文，并惠赐了不少宝贵意见。并且，在校对之时还得到了小林副教授的协助，镇目副教授也代为完成了书后的索引部分。此外，就本书的结构、标题的使用等诸多方面，也给弘文堂的北川阳子编辑长添扰不少。在此也对上述诸位表示由衷的谢意。

五

最后，我要将本书敬献给恩师松尾浩也先生。虽然由于研究领域不同，直接聆听先生学问上的教诲的机会并不太多，但在昔日的某个时候，当对我自己是否真正具备学者的资质感到困惑，而在通过司法