

刑法講義

總論

大谷實著

第四版補訂版

刑法講義總論

第四版補訂版

大谷實著

成文堂

著者略歴

昭和9年 茨城県に生まる
昭和32年 同志社大学法学部法律学科卒業
以後同大学大学院法学研究科を経て
現在 同大学法学部教授(刑事法担当)
法学博士(同志社大学), 法制審議会刑事法
部会委員, 日本刑法学会監事, 前司法試験
審査委員(昭57~平7), 日本学術会議会員

主要著書

刑事責任の基礎(昭43年 成文堂)
人格責任論の研究(昭47年 慶応通信)
現代イギリス刑法[共訳](昭49年 成文堂)
刑法改正とイギリス刑事法(昭50年 成文堂)
犯罪被害者と補償(昭50年 日経新書)
被害者の補償(昭52年 学陽書房)
刑事規制の限界(昭53年 有斐閣)
医療行為と法(昭55年, 新版平成元年 弘文堂)
精神医療と法[編著](昭55年 弘文堂)
犯罪被害給付金支給制度[共著](昭57年 有斐閣)
刑法総論の重要問題(新版平成2年 立花書房)
刑法各論の重要問題(新版平成2年 立花書房)
刑法講義各論(昭58年, 第四版補訂版平成7年 成文堂)
刑事責任論の展望(昭58年 成文堂)
刑法解釈論集I(昭59年 成文堂)
いのちの法律学(昭60年, 新版平成6年 筑摩書房)
刑法講義総論(昭61年, 第四版補訂版平成8年 成文堂)
刑事政策講義(昭62年, 第四版平成8年 弘文堂)
刑法解釈論集II(平成2年 成文堂)
条解精神保健法[編著](平成3年 弘文堂)
精神保健法(平成3年 有斐閣)
基礎演習刑事政策(平成5年 有斐閣)
刑事法入門(平成6年, 第二版平成7年 有斐閣)
精神科医療の法と人権(平成7年 弘文堂)
精神保健福祉法講義(平成8年 成文堂)

刑法講義総論 第四版補訂版

昭和61年4月1日 初版第1刷発行 ©1988 M.Ohya

平成8年3月20日 第四版補訂版第1刷発行

平成9年8月10日 第四版補訂版第3刷発行

著者 おおやみのる
大谷 實
発行者 阿部 耕一

〒162 東京都新宿区早稲田鶴巻町514

発行所 株式会社 成文堂

電話03 (3203)9201(代) Fax 03 (3203)9206

☆振替00190-3-66099

製版・印刷 三報社印刷 製本 佐抜製本

検印省略

☆落丁・乱丁本はおとりかえいたします☆

ISBN 4-7923-1388-0 C3032

定価(本体4000円+税)

第四版はしがき

今回の改訂では、刑法講義各論の改訂(第四版)と同様の趣旨に基づき、引用判例の整備と判例索引の作成、刑法の現代用語化への対応を中心とした補正を試みたが、特に近年の実質的犯罪論の展開を踏まえ、形式的犯罪論の徹底を図る目的から、主として次の点に焦点を絞り、叙述の明確化を目指した。

第一に、「形式的犯罪論と実質的犯罪論」と題する項目を設けて、構成要件理論に立脚する形式的犯罪論の体系を概観し、その意義を明らかにしてみた。読者は、この項目によって本書の立脚する犯罪論を俯瞰することができるであろう。

第二に、犯罪論の中核となる構成要件について、本書の採る構成要件論といわゆる定型説との異同を明らかにするため、構成要件の意義・内容について綿密な検討を加えてみた。定型説に実質を与えることによって、構成要件理論に加えられてきた批判に答えようとしたわけである。

第三に、形式的犯罪論と実質的犯罪論が実際に対立するのは、構成要件該当性なく不作為犯、因果関係及び故意の成立範囲などであるから、これらの箇所では、できる限り両者の対立が浮き彫りにするように叙述を改めてみた。不作為犯については、同価値性の要件の位置付けを中心として、また、因果関係については、折衷的相当因果関係説と構成要件との関係の明確化を中心として、さらに、故意の成立範囲については、形式的故意概念と実質的故意概念の対立を中心として、叙述を改めたところである。

以上は、形式的犯罪論と実質的犯罪論の対立を反映させるために修正したものであるが、これ以外に、読者から

初版はしがき

本書は、拙著「刑法講義各論と対をなすものである。この書物においても著者は、新しく展開されている理論をとり入れ、実務との関連に配慮しながら体系的に叙述する方法をとった。なお、刑法学においては、現在、「行為無価値か、結果無価値か」という問題を中心とする根本的な対立があるが、いずれか一方にのみ立脚して現行刑法を解釈するのは困難であるという立場から、多少の理論的な工夫を試みてみた。刑法理論としては、いずれの立場も正当性を主張できると思われるが、刑法総論も刑法解釈論である以上、現行刑法とそれを支える国民の法感情を離れることは許されないと考えたからである。

以上のような見地になつて、刑法総論における問題点を全般的に解説し、著者なりの見解を示した。しかし、解釈上の個々の結論は、既存の学説・判例に従つた部分が多く、独創性に乏しいという謗を免れたいと危惧しているが、思い切つた提言を試みた点もないわけではない。その際に、従来発表してきた私見を改説したところもある。これらについて読者各位からの批判が得られれば幸いである。

本書が出来あがるまでに、多くの方がたのご協力を得たが、特に法務省刑事局付検事であられる場純男氏および河村博氏からは多大なるご教示をいただいた。ご両人から問題点を指摘されて考えなおした点も少なくない。また、各論でお世話になつた同志社大学助教授瀬川晃氏、沖縄国際大学助教授三宅孝之氏、京都産業大学助教授藤岡一郎氏、大谷大学講師青木紀博氏、京都法学アカデミー講師川本哲郎氏および同志社大学大学院法学研究科に在籍する松原久利君の各氏には、直接・間接のご協力を仰いだ。さらに、成文堂社長阿部耕一氏および同編集長土子三男氏には、今回も誠意あふれる激励と援助をいただいた。以上の方がたに対して、ここに記して謝意を表したい。

昭和六一年三月

著 者

指摘を受けていた問題点や理解にくい箇所についても、できる限り修正を加えた。正当防衛における防衛行為、安楽死・尊厳死、治療行為、原因において自由な行為、中止の任意性などがその主な箇所である。これらの修正によって、本書が完成に一步でも近づくことができればと念願する次第である。

この度の改訂では、各論でお世話になった、司法修習生である小谷隆幸君のほかに、特に同志社大学大学院博士後期課程に在学中の谷直之君および前原誉史子君に、判例の選択や索引の作成について大変お世話になった。記して謝意を表する次第である。

平成六年七月

「第四版補訂版」序

平成七年六月一日に「刑法の一部を改正する法律」（法律第九一号）が施行され、刑法の面目が一新された。改正の目的は、刑法典の条文を可能な限り平易化し、分かりやすくすることにあつたが、同時に、瘡痍者に関する規定（刑法四〇条）および尊属加重規定（同二〇〇条、二〇五条二項、二一八条二項、二二〇条二項）が削除された。この度の本書の補訂は、今回の刑法改正に基づいて所要の修正を行ったものである。

平成七年十一月

第三版はしがき

「罰金の額等の引き上げのための刑法等の一部を改正する法律」は、平成三年四月一七日法律三一号として公布され、同年五月七日から施行されたので、これを機会に版を改めることにした。改訂に当たっては、読者各位から寄せられたご批判およびご指摘を踏まえ、最新の学説・判例を折り込みながら検討を加えたが、ことに、「法益侵害なければ違法性なし」の原則を貫徹しつつ、違法性および責任において社会倫理規範ないし道義の要素が何ゆえに必要となるかを明らかにすることに重点を置いた。近年の刑法理論においては、合理主義、科学主義の傾向が顕著であるが、人間性に根ざした「罪と罰」の観念は、刑法理論にとって不可欠の要素であるという観点から、体系の精密化を図った。なお、手を加えた部分で考え方を改めた箇所はほとんどないが、不作為犯および過失に関する叙述がやや生硬であったことに反省を加え、全面的に書き改めてみた。

校正の段階で、同志社大学法学部講師松原久利氏および同志社大学大学院法学研究科に在学中の十河太朗君が全体を校閲して下さった。記して謝意を表したい。本書も出来上がってみると甚だ不満足なものとなってしまうが、読者各位のご教示とご批判を期待し、完全なものに近づけるために一層の努力を傾注したい。

平成三年七月

著者

第二版はしがき

本書は、初版を全面的に書き改めたものである。本書は、「行為無価値か、結果無価値か」という戦後の刑法学における根本的な対立の克服を目指す点で旧版と異ならないが、特に、以下の点に留意して改訂を試みた。

第一は、刑法の任務は法益保護による社会秩序の維持にあるが、そのためには犯罪と刑罰が社会の健全な道義観念に立脚したものでなければならないという点である。社会の健全な道義観念すなわち社会倫理に基礎を置くものであって初めて真に民主主義的な刑法理論に値するものであり、また、社会倫理から遊離した刑法および刑事司法は、その機能を十分に発揮できないと考えるからである。この見地から、本書においては「法益侵害なければ犯罪なし」という原則を樹立し、構成要件論を中心とした厳密な解釈を徹底させて人権保障を図りながら、違法性論および責任論において社会倫理ないし道義観念を導入する体系の確立を目指した。

第二は、現在の刑法学界において主張されている学説を網羅的に紹介し、著者の見解を明記するという点である。その際、判例も一つの学説であるという考え方に立つて、最新のものも含めて主要な判例に検討を加え、実務との連携を図った。

第三は、刑法の基本となる概念に厳密な検討を加えて整理し、これを定義的に叙述するという点である。刑法学においては依然として学説の対立が著しいところから、同じ用語であつてもその意味を異にする場合が多く、そのことが刑法総論の学習をむづかしくしているように思われるからである。

本書は、京都学園大学専任講師青木紀博氏、同志社女子大学講師川本哲郎氏、大阪経済法科大学講師松原久利氏および司法修習生阿多博文氏のご協力がなければ完成できなかった。また、成文堂編集長土子三男氏および同社編集部の方々に大変ご苦勞をおかけした。記して謝意を表したい。

平成元年三月

著者

参 考 文 献

〔教科書・注釈書〕(五十音順)

青柳文雄・刑法通論Ⅰ総論(昭四〇)

植松 正・再訂刑法概論Ⅰ総論(昭四九)

植松正・川端博・曾根威彦・日高義博・現代刑法論争Ⅰ(昭五八)〔植松他・論争Ⅰ〕

内田文昭・刑法Ⅰ(総論)(改訂版・昭六一)

大越義久・刑法総論(平三)

大塚 仁・刑法概説(総論)(改訂版・昭六一)

大谷 實・刑法講義総論(昭六一)〔大谷・初版〕、刑法講義各論(第四版補訂版・平七)〔大谷・各論〕

小野清一郎・新訂刑法講義総論(増補版・昭二五)

香川達夫・刑法講義(総論)(第三版・平七)

柏木千秋・刑法総論(昭五七)

川端 博・刑法講義総論(平七)

吉川経夫・改訂刑法総論(昭四七)

木村亀二・阿部純二・増補刑法総論(昭五三)

草野豹一郎・刑法要論(昭三一)

斎藤金作・刑法総論(改訂版・昭三〇)

斎藤信治・刑法総論(平五)

齊藤信幸・刑法講義(総論)(平三)

佐伯千仞・刑法講義(総論)(改訂版・昭四九)、刑法総論(昭一九)〔佐伯・総論〕

莊子邦雄・刑法総論(新版・昭五六)

凡 例

一 判 例

(1) 引用判例の略称は、次の例による

▽大判大四・一〇・二八刑録二一・一七四五↓大審院判決大正四年一〇月二八日大審院刑事判決録二一輯一七四五頁。

▽最判(決) 昭二七・一二・二五刑集六・一二・一三八七↓最高裁判所判決(決定) 昭和二十七年二月二五日最高裁判所刑事判例集六卷一二号一三八七頁。

▽東京高判昭三〇・五・一九高刑集八・四・五六八↓東京高等裁判所判決昭和三〇年五月一九日高等裁判所刑事判例集八巻四号五六八頁。

(大審院判例を原文のまま引用した箇所は、カ、タ、カ、ナをひらがなに変え、適当に句読点を入れた)

(2) 略語

刑 録 大審院刑事判決録

刑 集 大審院刑事判例集、最高裁判所刑事判例集

裁判集刑 最高裁判所裁判集刑事

高刑集 高等裁判所刑事判例集

裁 特 高等裁判所刑事裁判特報

判 特 高等裁判所刑事判決特報

東 時 東京高等裁判所刑事裁判時報

一審刑集 第一審刑事判例集

下刑集 下級裁判所刑事判例集

裁 時 裁判所時報

月 報 刑事裁判月報

判 時 判例時報

判 タ 判例タイムズ

新 聞 法律新聞

評 論 法律評論

二 法 令

法令の略語は大方の慣用に倣った。なお、改正刑法草案は、草案と略記した。

三 雑誌・学説

雑誌は、ジュリストを「ジュリ」、法学セミナーを「法セ」にするほかは略語を用いない。また、論文等の題名は原則として省略し、二度以上出てくる著者または論文の執筆者名は、二度目以後「姓」だけを示す。学説は、「文献」欄の著者名によって引用する。

〔その他〕

牧野教授還暦祝賀・刑事論集（昭二三）（『牧野還暦』）

宮本博士還暦祝賀・現代刑事法学の諸問題（昭一八）（『執筆者名・宮本還暦』）

小野博士還暦記念・刑事法の理論と現実（一）（昭二六）（『執筆者名・小野還暦』）

瀧川先生還暦記念・現代刑法学の課題上、下（昭三〇）（『執筆者名・瀧川還暦』）

木村博士還暦祝賀・刑事法学の基本問題上、下（昭三三）（『執筆者名・木村還暦』）

齊藤金作博士還暦祝賀・現代の共犯理論（昭三九）（『執筆者名・齊藤還暦』）

日沖博士還暦祝賀・過失犯（一）（昭四一）（『執筆者名・日沖還暦』）

竹田直平博士・植田重正博士還暦祝賀・刑法改正の諸問題（昭四二）（『執筆者名・竹田・植田還暦』）

佐伯千仞博士還暦祝賀・犯罪と刑罰上、下（昭四三）（『執筆者名・佐伯還暦』）

植松博士還暦祝賀・刑法と科学（法律編）（昭四六）（『執筆者名・植松還暦』）

中野次雄判事還暦祝賀・刑事裁判の課題（昭四七）（『執筆者名・中野還暦』）

平場安治博士還暦祝賀・現代の刑事法学上、下（昭五二）（『執筆者名・平場還暦』）

井上正治博士還暦祝賀・刑事法学の諸相（一）（昭五六）、（二）（昭五八）（『執筆者名・井上還暦』）

団藤重光博士古稀記念論集第一卷（昭五八）、第二卷（昭五九）、第三卷（昭五九）（『執筆者名・団藤還暦』）

平野龍一先生古稀祝賀論文集上（平二）、下（平三）（『執筆者名・平野古稀』）

莊子邦雄先生古稀祝賀・刑事法の理想と理論（平三）（『執筆者名・莊子古稀』）

八木国之先生古稀祝賀論文・刑事法学の現代的展開上（平四）（『執筆者名・八木古稀』）

中義勝先生古稀祝賀・刑法理論の探究（平四）（『執筆者名・中古稀』）

福田平・大塚仁博士古稀祝賀・刑事法学の総合的検討上、下（平五）（『執筆者名・福田・大塚古稀』）

内藤謙先生古稀祝賀・刑事法学の現代的状況（平六）（『執筆者名・内藤古稀』）

下村康正先生古稀祝賀・刑事法学の新動向上、下（平七）（『執筆者名・下村古稀』）

日本刑法学会編・刑事法講座（一）（昭二七）（二九）（『執筆者名・刑事法講座』）

- 曾根威彦・刑法総論（新版・平五）
- 瀧川幸辰・犯罪論序説（改訂版・昭二二）
- 団藤重光・刑法綱要総論（第三版・平二）
- 団藤重光編・注釈刑法総則（1）（3）（昭三九）（四四）、補卷（1）（2）（昭四九、五一）（「執筆者名・注釈」）
- 内藤 謙・刑法議義総論（上）（昭五八）、刑法講義総論（中）（昭六一）、刑法講義総論（下）I（平三）
- 中 義勝・講述犯罪総論（昭五五）
- 中野次雄・刑法総論概要（第三版・平四）
- 中山研一・刑法総論（昭五七）
- 奈良俊夫・刑法総論（昭五九）
- 西原春夫・刑法総論（昭五二）
- 野村 稔・刑法総論（平二）
- 平野龍一・刑法総論I（昭四七）、刑法総論II（昭五〇）
- 平場安治・刑法総論講義（昭二七）
- 福田 平・刑法総論（全訂版・昭五九）
- 福田 平・大塚 仁・刑法総論I（昭五四）、刑法総論II（昭五七）、対談刑法総論（上）（中）（下）（昭六一）（「福田・大塚・対談」）
- 藤木英雄・刑法講義総論（昭五〇）
- 前田雅英・刑法総論講義（第二版・平六）
- 牧野英一・刑法総論上巻（昭三三）、刑法総論下巻（昭三四）、日本刑法上巻（重訂版・昭二二）（「牧野・日本刑法上」）
- 町野 朔・刑法総論講義案I（第二版・平七）
- 三原憲三・刑法総論講義（平五）
- 宮本英脩・刑法大綱（昭一四）、刑法学粹（昭六）、（「宮本・学粹」）
- 裁判所書記官研修所・刑法総論講義案（平二）（「裁書研」）

目次

第四版はしがき

初版はしがき・第二版はしがき・第三版はしがき

凡例・参考文献

第一編 刑法の基礎

第一章 刑法および刑法学

- 一 刑法の意義(1)
- 二 刑法の社会的機能(5)
- 三 刑法と道徳(8)
- 四 刑法学(11)

第二章 刑法および刑法理論の史的展開

第一節 古代から中世

- 一 未開社会(13)
- 二 古代(14)
- 三 中世(16)

第二節 啓蒙期の刑法理論

- 一 近世初期の刑法(17)
- 二 啓蒙思想と刑法理論(18)
- 三 啓蒙思想と刑事立法(22)

第三節 近代刑法学の展開

- 一 応報刑論(24)
- 二 古典学派と近代学派(26)
- 三 学派の争いとその克服(29)

- 四 二〇世紀の刑事立法(33)

- 日本刑法学会編・刑法講座(1)～(6)(昭三八～三九)〔「執筆者名・刑法講座」〕
- 白井滋夫・木村榮作・鈴木義男・刑法判例研究Ⅲ(昭五〇)〔「白井他・刑法判例研究Ⅲ」〕
- 小野清一郎・中野次雄・伊達秋雄・刑法(ポケット注釈全書)(第三版・昭五五)〔「小野ほか」〕
- 中山研一・西原春夫・藤木英雄・宮沢浩一編・現代刑法講座(1)～(5)(昭五二～五七)〔「執筆者名・現代刑法講座」〕
- 西原・宮沢・阿部・板倉・大谷・芝原編・判例刑法研究1～4(昭五五～五六)〔「執筆者・判例刑法研究」〕
- 石原一彦・佐々木史朗・西原春夫・松尾浩也・現代刑罰法大系一～四卷(昭五七～五九)〔「執筆者名・刑罰法大系」〕
- 平野龍一・松尾浩也・芝原邦爾編・刑法判例百選Ⅰ総論(三版)(平三)〔「執筆者名・百選Ⅰ」〕
- 平野龍一・松尾浩也・芝原邦爾編・刑法判例百選Ⅱ各論(三版)(平四)〔「執筆者名・百選Ⅱ」〕
- 芝原邦爾・堀内捷三・町野朔・西田典之編・刑法理論の現代的展開総論Ⅰ(昭六三)、同Ⅱ(平二)〔「執筆者名・現代的展開Ⅰ、Ⅱ」〕
- 芝原邦爾編・刑法の基本判例(昭六三)〔「執筆者名・基本判例」〕
- 大塚仁・河上和雄・佐藤文哉編・大コンメンタール刑法第一～三卷(平一)〔「執筆者名・大コンメン」〕

第二節	刑法の場所的適用範囲	84
一 總説(84)	二 場所的適用範囲(85)	三 外国判決の効力(90)
四 犯罪人の引渡(90)		
第三節	刑法の人的適用範囲	91
一 意義(91)	二 適用上の例外(92)	
第四節	刑法の事項的適用範囲	93
第二編	犯罪	95
第一章	犯罪論	95
第一節	犯罪の概念	95
一 犯罪の意義(95)	二 犯罪の成立要件(96)	三 犯罪成立阻却事由(99)
四 犯罪の本質(100)	五 犯罪の種類(102)	
第二節	犯罪論の体系	105
一 犯罪論体系の意義(105)	二 犯罪論の体系(106)	三 形式的犯罪論と実質的犯罪論(108)
第三節	行為と行為者	109
一 總説(109)	二 行為をめぐる諸説(110)	三 刑法における行為(113)
四 行為者(116)		
第二章	構成要件	119
第一節	構成要件の概念	119
一 構成要件の意義(119)	二 構成要件の機能(124)	三 構成要件の種類(126)

第四節 わが国における史的展開	36
-----------------	----

一 明治以前(36)	二 旧刑法・現行刑法(38)	三 戦後(40)
------------	----------------	----------

第三章 刑法理論	44
----------	----

第一節 犯罪理論	45
----------	----

一 犯罪理論の基礎(45)	二 犯罪の本質(47)
---------------	-------------

第二節 刑罰理論	49
----------	----

一 刑罰の理念をめぐる対立(49)	二 刑罰の本質(51)	三 刑罰の目的(機能)(52)
四 刑罰の種類(57)		

第四章 刑法の法源と解釈	58
--------------	----

第一節 罪刑法定主義	58
------------	----

一 意義および沿革(58)	二 罪刑法定主義の内容(61)
---------------	-----------------

第二節 刑法の法源	64
-----------	----

一 法律主義(64)	二 刑罰法規適正の原則(実体的デュ・プロセス)(68)
------------	-----------------------------

第三節 刑法の解釈	72
-----------	----

一 類推解釈の禁止(72)	二 類推解釈の許容(74)
---------------	---------------

第五章 刑法の適用範囲	76
-------------	----

第一節 刑法の時間的適用範囲	76
----------------	----

一 時間的適用範囲の意義(76)	二 犯罪後の法律による刑の変更(78)	三 限時法(83)
------------------	---------------------	-----------

一 違法性の意義(241)	二 違法性の実質(243)
三 違法要素(247)	四 違法性判断(251)
第二款 違法性阻却	255
一 違法性阻却の意義(255)	二 違法性阻却事由の種類(256)
第三款 正当防衛	258
一 総説(258)	二 正当防衛の成立要件(260)
三 過剰防衛(272)	
四 誤想防衛(274)	五 盗犯等防止法における特則(277)
第四款 緊急避難	277
一 総説(277)	二 緊急避難の成立要件(280)
三 過剰避難・誤想避難(285)	
第五款 正当行為	286
一 総説(286)	二 法令による行為(法令行為)(288)
三 労働争議行為(289)	
四 業務行為(292)	五 その他の正当行為(294)
第二節 責任阻却事由	314
第一款 責任の概念	314
一 責任の意義(314)	二 責任の実質(316)
三 責任要素(322)	四 責任判断(322)
第二款 責任能力	325
一 責任能力の意義(325)	二 責任無能力・限定責任能力(328)
三 原因において自由な行為(336)	
第三款 責任要素としての故意と過失	342
一 故意(342)	二 過失(343)
第四款 違法性の意識の可能性	345