

新版
刑法
總論
〔增補〕

福田



新 版
刑 法 總 論

福 田 平 著

〔增 補〕



有 斐 閣

著者紹介

昭和22年 東京大学法学部卒業

現 職 一橋大学法学部教授

主要著書

刑法各論 (評論社)

行政刑法 (有斐閣)

違法性の錯誤 (有斐閣)

ハンス・ヴェルツェル
目的的行為論序説 (共訳, 有斐閣)

刑法の基礎知識 (共著, 有斐閣)

目的的行為論と犯罪理論 (有斐閣)

刑法解釈学の基本問題 (有斐閣)



新版 刑法 総論 (増補)

昭和40年9月30日 初版第1刷発行

昭和51年3月25日 新版初版第1刷発行

昭和57年2月10日 増補版第1刷印刷

昭和57年2月15日 増補版第1刷発行

定価 2,000 円

著 者 福田 平

発行者 江 草 忠 允

発行所 株式会社 有 斐 閣

東京都千代田区神田神保町2~17

電話 東京 (264) 1311 (大代表)

郵便番号 [101] 振替口座東京 6-370 番

本郷支店 [113] 文京区東京大学正門前

京都支店 [606] 左京区田中門前町 44

印刷 明石印刷株式会社

製 本 株式会社 高陽堂

© 1982, 福田 平, Printed in Japan.

落丁・乱丁本はお取替えいたします。

ISBN4-03982-8

新版増補のはしがき

本書の新版（昭和五一年三月）を公刊してから、はや五年余の年月が経過した。その間、刑法総論の優れた体系書がいくつか公刊され、刑法総論の重要な問題点に関する貴重な論策も数多く発表されている。また、この五年間に公表された判例のうちには、あたらしい論点についての裁判所の態度を明示した、参照すべき判例もすくなくない。こうした刑法学のあたらしい展開に即応するためには、本書を全面的に改訂することがのぞましいことはいうまでもない。わたくし自身、常時、批判や疑問を契機として自説に反省を加え、改訂のための努力を重ねているのであるが、現在のところ、全面的改訂をなしうるところまで達していない。そのためには、なお若干の年月を貸していただきたい。そこで、今回は、現在の状況に対応するために最小限度の増補を巻末に加えることで、一時の責めをふさぐこととした。増補の箇所は、本文の該当部分に＊印を付して示してある。

なお、新版増補を公刊する機会に、本書の装丁を軽装版から上製版にもどした。これは、軽装版だと使用中に表紙がこわれて困まるという学生諸君の苦情を考慮したことによるものである。

最後に、わたくしの『刑法総論』の公刊につねづね御助力をいただいている有斐閣編集部の中村政夫氏に厚く御礼を申し上げる。

昭和五七（一九八二）年一月

福田 平

本書は、刑法総論の教科書として、講学上、刑法総論の内容とされるところを概述したものである。なお、文獻、判例の引用は、紙面の増大を防ぐため最小限度にとどめた。おもえば、昭和二十六年、神戸大学法学部において、はじめて刑法総論の講義を担当して以来、今日まで、すでに十数年間刑法総論を講義してきたことになる。にもかかわらず、最近においても講義を準備することに考えが動揺し、前年度の講義の草稿を大幅に修正するといった有様で、刑法総論の書物を公刊する気持には、なかなかならなかった。現在でも、この気持にはかわりがないのであるが、ここで、あえて本書を公刊する決意をしたのは、ようやく刑法総論についての一応の見通しらしいものができたことにも一つの理由があるが、それよりも、現在考えているところを公刊して、自分の立場を客観化し、大方の御批判をえて、今後の理論的反省に資することが必要であるということにおもひ至ったからである。

さて、本書の内容について一言すると、本書は、基本的立場として目的行為論を採用するものであり、また、「故意犯における故意（事実的故意）、過失犯における過失（客観的注意違反）は、違法要素である」「違法性の意識の可能性は、故意とは別個独立の責任要素である」といった、目的的行為論が犯罪理論において示した重要な帰結を支持するものである。目的主義（Finalismus）の立場から書かれた刑法総論ということができよう。もっとも、本書は、ヴェルツェル教授を中心とするドイツにおける目的的行為論の主張をそのまま無批判に踏襲したものではない。わたくしは、目的的行為論の基本思想に賛成し、目的主義の刑法体系の構成を意図するものではあるが、犯罪理論上の個々の問題については、ヴェルツェル教授らの主張とことなる見解を示したところもすくなくない。すなわち、能力不足のため十分とはいえないかも知れないけれども、わたくし自身としては、これまで、かなりの時間をかけて目的的行為論の咀嚼に努めるとともに、この理論が目的的行為概念を中核とする新しい犯罪論体系の構成を企図するものである。これに対して、従来の伝統的立場から多くの鋭い批判、非難が加えられているところから、この論争を跡づけながら、犯罪理論上の重要な問題点について、目的的行為論の見解と伝統的見解とを比較検討し、そこから、わたくしなりの態度決定を行なった。

もりである。もちろん、その成果の程については自信がない。おそらく、矛盾、欠陥もあることであろう。この点については、大方の御垂教がえられれば、さらに思索をすすめたいと念っている。

本書は、もとよりささやかなものではあるが、ともかく、わたくしがこれを書き上げることができたのは、小野清一郎、団藤重光両先生の多年にわたる御指導のおかげである。ここに、両先生に心から御礼申し上げる次第である。なお、わたくしが刑法の勉強をはじめて以来、いろいろの機会に、隔意のない御意見を披瀝されて、有益な御助言をいただいた平野龍一、大塚仁両教授の御厚情も忘れることはできない。この機会に、両教授に深く感謝の意を表したい。

最後に、本書の出版について、いろいろと御世話になった、有斐閣編集部之三倉三夫、長谷川重紀両氏に厚く御礼申し上げる。

昭和四〇（一九六五）年七月

福田 平

目次

第一編 序論

第一章 刑法の意義および機能	一
----------------	---

- 一 刑法の意義(一一)
- 二 刑法の機能(一二)

第二章 刑法思想の歴史的展開	四
----------------	---

- 一 序説(四)
- 二 啓蒙時代の刑法思想(四)
- 三 ヘーゲルの刑法理論(八)
- 四 ビンディングの刑法理論(一〇)
- 五 イタリア学派の刑法理論(一二)
- 六 リストの刑法理論(一六)
- 七 新しい刑法理論の確立(一七)

第三章 罪刑法定主義	三
------------	---

- 一 成立と発展(三)
- 二 内容とその検討(三)

第四章 刑法の法源および解釈	七
----------------	---

- 一 刑法の法源(七)
- 二 刑法典(六)
- 三 刑法の解釈(三〇)

第五章 刑法の適用範囲	三
-------------	---

- 一 時に関する適用範囲(三)
- 二 場所に関する適用範囲(元)
- 三 人に関する適用範囲(四)

第二編 犯罪論

第一章 犯罪の概念	101
-----------	-----

- 一 犯罪の意義(101)
- 二 犯罪の成立要件(105)
- 三 犯罪概念の基底としての行態(106)

第二章 構成要件	105
----------	-----

第一節 構成要件の概念	105
-------------	-----

- 一 構成要件の意義(105)
- 二 構成要件理論の發展(106)
- 三 違法類型としての構成要件(106)

第二節 構成要件要素	106
------------	-----

- 一 総説(106)
- 二 客観的構成要件要素(106)
- 三 主観的構成要件要素(106)

第三節 構成要件該当性	107
-------------	-----

- 一 総説(107)
- 二 不作為犯(107)
- 三 因果関係(107)
- 四 構成要件の故意(107)
- 五 構成要件の錯誤(108)
- 六 構成要件の過失(108)

第三章 違法性	108
---------	-----

第一節 違法性の概念	108
------------	-----

- 一 序説(108)
- 二 客観的違法性論と主観的違法性論(108)
- 三 違法性の実質(108)

第二節 違法性阻却事由	111
-------------	-----

- 一 序説(111)
- 二 正当防衛(111)
- 三 緊急避難(111)
- 四 法令による行為(116)
- 五 正当行為(116)

第四章 責任……………三六

第一節 総説……………三六

一 責任の根拠(二六) 二 責任の本質(二六)

第二節 責任能力……………四〇

一 総説(四〇) 二 責任無能力者・限定責任能力者(四二) 三 原因において自由な行為(四三)

第三節 心理的責任要素としての故意・過失……………四六

一 故意(四六) 二 過失(四七)

第四節 違法性の意識の可能性……………四七

一 総説(四七) 二 故意説(四八) 三 責任説(四八) 四 違法性の錯誤(四九)

第五節 期待可能性……………五〇

一 総説(五〇) 二 期待可能性における問題点(六一)

第五章 未遂犯……………五七

一 総説(五七) 二 未遂犯(六〇) 三 中止犯(七一) 四 不能犯およびいわゆる事実の欠缺(六〇)

第六章 共犯……………五九

一 総説(六五) 二 共同正犯(六九) 三 教唆犯(七〇) 四 幫助犯(七一) 五 共犯に関する諸

問題(七三)

第七章 犯罪の個数および競合……………五〇

第一節 犯罪の個数……………五〇

一 総説(三三)	二 包括的評価の範囲(三三〇)	三 併合罪(三三九)
第二節 犯罪の競合		三五
一 総説(三五)	二 科刑上一罪(三六)	三 併合罪(三三九)
第三編 刑罰論		
第一章 刑罰の意義		三三
一 刑罰の本質(三三)	二 刑罰の種類(三四)	
第二章 刑罰の体系		三六
一 死刑(三六)	二 自由刑(三七)	三 財産刑(四一)
第三章 刑罰の適用		四八
一 客観的処罰条件と処罰阻却事由(四八)	二 法定刑(四九)	三 法定刑の修正(五一)
除(五一)	五 刑の量定(五一)	四 刑の免
第四章 刑罰の執行		五八
一 各種刑罰の執行(五八)	二 刑の執行猶予(六〇)	三 仮釈放(六五)
第五章 刑罰の消滅		六八
一 総説(六八)	二 犯人の死亡(六八)	三 刑の時効(六九)
		四 恩赦および法律上の復権(七〇)
第六章 保安処分		七三

事項索引……………卷末

◇教科書の略記◇

井上・総則Ⅱ井上正治・刑法学（総則）（昭二六）
 植松・概説ⅠⅡ植松 正・再訂刑法概説Ⅰ（昭四九）
 大塚・概説（総論）Ⅱ大塚 仁・刑法概説総論（増補版）（昭五〇）
 小野・講義（総論）Ⅱ小野清一郎・新訂刑法講義総論（増補版）（昭二五）
 吉川・総論Ⅱ吉川経夫・刑法総論（昭三八）
 木村・総論Ⅱ木村亀二・刑法総論（昭三四）
 草野・要論Ⅱ草野豹一郎・刑法要論（昭三一）
 斎藤・総論Ⅱ斎藤金作・刑法総論（改訂版）（昭三〇）
 佐伯・講義（総論）Ⅱ佐伯千仞・改訂刑法講義（総論）（昭四九）
 滝川・序説Ⅱ滝川幸辰・犯罪論序説（改訂版）（昭三二）
 団藤・綱要（総論）Ⅱ団藤重光・刑法綱要（総論）（昭三二）
 平野・総論ⅠⅡ平野龍一・刑法総論Ⅰ（昭四七）
 藤本・刑法Ⅱ藤本英雄・刑法（昭四六）
 牧野・総論下Ⅱ牧野英一・刑法総論下卷（全訂版）（昭三四）
 宮本・大綱Ⅱ宮本英脩・刑法大綱（昭一〇）

◇判例の略記◇

大判Ⅱ大審院判決
 最判（決）Ⅱ最高裁判所判決（決定）
 高判Ⅱ高等裁判所判決
 地判Ⅱ地方裁判所判決
 下級刑集Ⅱ下級裁判所刑事裁判例集
 刑集Ⅱ大審院刑事判例集、最高裁判所刑事判例集、高等裁判所刑事判例集
 刑録Ⅱ大審院刑事判決録
 裁特Ⅱ高等裁判所刑事裁判特報
 裁判集Ⅱ最高裁判所裁判集・刑事新聞
 新聞Ⅱ法律新聞
 東高判時報Ⅱ東京高等裁判所刑事判決時報
 判特Ⅱ高等裁判所刑事判決特報
 判時Ⅱ判例時報
 評論Ⅱ學說判例法律評論

第一編 序 論

第一章 刑法の意義および機能

一 刑法の意義

「社会あるところ法あり」(Ubi societas ibi ius)とは、古くから言いならされた法格言である。この言葉は、人間社会には、それを規律するおきてがあるということを表現するものである。こうした意味における法は人間社会の成立とともにあった。しかし、法が強制規範としての真の意味をもつようになったのは、国家を媒介としてである。そこでわれわれの関心は、主として国家法に向けられる。すなわち、国家法の一つとしての刑法の意義をあきらかにすることが、われわれの当面の課題である。

今日のように、国家が社会生活における強固な団体として成立している政治体制のもとでは、刑法は、犯罪の内容を確定し、これと其の法律効果としての刑罰(ないし保安処分)との関係を規律する国家的法規範の総体であるということができよう。簡単にいえば、刑法は犯罪と刑罰とに関する法律である。^(一)ところで、刑罰に関する国家的法規は、現代の法秩序において三つの段階をなしているものとして把握することができよう。すなわち、どのような行為が犯罪であり、その犯罪に対してはどのような刑罰を科するかを規定する法としての刑法、具体的なばあいにはこの刑法を現実化する手続に関する法としての刑事訴訟法、このように現実化された刑罰権を現実に執行する法としての行刑法がこれである。そして、これら三つの法がそれぞれの特種性をたもちながら、しかも内面的に関連しつつ作用することによって、国家の刑罰制度の円滑完全な運用が期待される。なお、これら三つの法の総称として、刑事法という言葉が使用されるが、こ

のばあい、刑法は、刑事法の一部門ということになる。

(一) 外国では「刑法」(Strafrecht; droit pénal; penal law)という語と「犯罪法」(Kriminalrecht; droit criminel; criminal law)という語が用いられている。英米では「犯罪法」という語が一般的であるのに対して、ドイツでは、一九世紀前半頃までは「犯罪法」という語が多く用いられていたが、その後は「刑法」という語が一般的に使用されている。「刑法」「犯罪法」とその言葉はことなるが、そのいずれが使用されているかは、主として慣例にもとづくものであって、両者の間に実質的な差異はない。

二 刑法の機能

刑法は、犯罪の内容を確定し、これに對して一定の刑罰を科することを規定する法律であるということは前述した通りであるが、刑法規範は、一般に「何々をした者は、何々の刑に処す」、たとえば「人ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役ニ処ス」(二九九条)という仮定的規範の形式をとっている。この前半は、法律上の構成要件で、犯罪を規定し、後半は、法律効果としての刑罰(法定刑)を規定している。このような刑法規範の形式構造から、次のような重要な機能があらわれるが、これらの機能は相互不可分に關連して、刑法規範の機能を形成している。

(1) 規制的機能 (normierende Funktion) 刑法は、一定の行為に對して特定の刑罰を科することを規定しているが、これは一定の行為を無価値であると評価し(評価規範 (Bewertungsnorm) としての面にもとづく評価的機能)、その評価の帰結として、こうした無価値な行為の決意をしてはならないという意思決定の規準を与えている(意思決定規範 (Bestimmungsnorm) としての面にもとづく意思決定的機能)。ここから、刑法は、一般市民の行為を規制するものとして、市民に對する行為規範としての機能をもっている。たとえば、人を殺した者は、死刑、無期または三年以上の懲役に処するといふ刑法規範は、人を殺すことは無価値であることをあきらかにし、その帰結として、人を殺す決意をしてはならないといふことを命令している。すなわち、刑法は、行為規範としての命令(禁止)をそのうちに含んでいる。こうして、刑法は、道徳ないし社会倫理と結びついている。

(2) 保護的機能 (Schutzfunktion)

刑法は、一定の行為に対して刑罰を科することを規定することによって、その行為によって侵害され、ないしは危険にさらされる生活利益を保護し、社会生活における秩序を維持する機能をいっている。たとえば、人を殺した者は処罰するという刑法規範は、人の生命を侵害する行為をなす者に対しては刑罰を科する旨をあきらかにして、こうした行為を防止し、ここから、人の生命を保護しようとしている。ところで、法的に保護された利益は、法益 (Rechtsgut) といわれる。そこで、保護的機能とは法益保護の機能を意味し、すべての刑法規範は、なんらかの法益を保護するために設けられているのであって、法益の保護は、刑法の重要な機能の一つである。

なお、法益は、個々ばらばらに存在するものではなく、全体として社会秩序を形成しているものであるから、法益の保護は、結局、社会生活における秩序の維持にほかならない。もっとも、法益の保護は、刑法のみがこれを担うものではなく、他の多くの法律もそれぞれの形式によって法益保護の機能をいとなんでおり、刑法は、刑罰という強力な制裁を手段として法益を保護しようとするものである。他の法律による保護が十分でないときにはじめて、刑法による法益の保護をみとむべきである (刑法の補充的性格)。したがって、刑法は、法益を、あらゆる侵害ないし危険から保護するものではなく、一定の限度において、すなわち、社会倫理的秩序の枠内から逸脱した刑罰的制裁に値する攻撃から法益を保護するものである。

(3) 保障的機能 (garantierende Funktion)

刑法は、その規定する犯罪の成立がないかぎり、刑罰権の発動を許さないという意味において、国家の刑罰権の行使を制限し、いかなる市民も犯罪を犯さないかぎり国家の刑罰的干渉をうけることがないという意味において、一般市民の自由を保障し、さらに、刑法は、科刑を法律であらかじめ定められた刑罰の範囲内にかぎるという意味において、犯罪を犯した者に対して不当な刑罰をうけないという自由を保障している。ここから、刑法は、「善良な市民のマグナ・カルタ」であると同時に、「犯罪人のマグナ・カルタ」であるといわれる。このように、刑法は、恣意的刑罰から国民をまもり、その自由を保障するという重要な機能をもつものである。

第二章 刑法思想の歴史的展開

一 序 説

刑法学においては、従来、その基礎理論として、客観主義と主観主義、応報刑主義と目的刑主義、一般予防主義と特別予防主義など、多数の理論が並列的に説明され、客観主義、応報刑主義、一般予防主義と主観主義、目的刑主義、特別予防主義といった二つの系列があるとされるのが一般であった。このこと自体、もちろんあやまりであるというわけではないが、われわれは、こうした平面的な非歴史的説明には満足できない。とくに、ナチスの意思刑法のような主観主義と応報刑主義（一般予防主義）という結合型のあることに注意すれば、上にあげた系列も、決して論理必然的なものではなくて、その時代の社会状態のもとでの歴史的結合であり、それぞれの理論もその時代時代の社会状態を反映しているものともいえよう。そこで、われわれは、まず刑法理論の歴史的（時代的）性格を認識し、それぞれの理論の歴史性をあきらかにする必要がある。

ところで、刑法理論は、すぐれて近代的現象であつて、とくに、フォイエルバッハにはじまるドイツ刑法学に負うところが大きいので、まず、啓蒙時代の刑法思想の考察からはじめることとしよう。

二 啓蒙時代の刑法思想

啓蒙時代における刑法思想は、啓蒙思想の刑法における反映として中世における非合理主義を否定し、合理主義的立場から人間の理性をその基礎としている。グローテウス、ホッブス、ロック、モンテスキュー、ルソー、ヴォルテールなどの啓蒙思想家が、いかにも啓蒙時代の思想家にふさわしく、人間の理性を基礎とした刑法思想を示しているが、刑法思想史において、とくに注目しなければならないのはベッカリア（Cesare Beccaria）である。ベッカリアの生

活していた当時のイタリアは、絶対君主と商業貴族との結託による専制政治の支配下にあった。犯罪観念における封建的要素の残滓、審問における極端な拷問、処罰の苛酷不確実という特徴をもつその刑罰制度は、啓蒙思想家としてのベッカリアにとって、まったくえがきたいものであった。彼は、その名著『犯罪と刑罰』(Dei delitti e delle pene, 1764)において、これらの刑罰制度に対し強い反情を示し、法律の宗教からの独立を高唱し、ルソーの社会契約説の影響のもとに、刑罰権は、各人が社会契約を結んで社会を形成する際に、おたがいに供託しあつた各人の自由の総和に根拠をもつものであるから、この根拠を逸脱する刑罰権の行使は、濫用であり不正であるとし、さらに、これにモンテスキューの三権分立の理論を加味して、罪刑の法定、犯罪と刑罰の均衡、刑罰の階級的不平等の排除、一般予防を力強く主張している。この彼の思想は、当時の全ヨーロッパの人々に深い感銘を与えたものであるが、われわれは、彼の主張のうちに、犯罪と刑罰は、あらかじめ法律で定めなければならないとする罪刑法定主義、犯罪の大小をはかる尺度は犯罪によって生じた社会の損害でなければならないとする犯罪観念における客観主義、刑罰の本質は、犯人に対する将来の犯罪の予防と一般人に対する警告にあるとする刑罰に関する相対主義があきらかにされていることに、注目する必要があるう。

この啓蒙的刑法思想を純粹な意味で完成したのは、アンゼラム・フォイエルバッハ(Anselm von Feuerbach)である。彼は、中世末葉における混乱——農民戦争、三十年戦争——のために諸国に遅れて開花したドイツ啓蒙思想を身に着けた啓蒙思想家であった。彼は、有名な心理強制説をその理論的基礎として罪刑法定主義の確立を主張しているが、これは、殘酷な刑罰、犯罪観念の不明確、そして不安定な刑事司法に対して、市民の権利・自由を確保しようとする時代の要請に相応したものであった。すなわち、彼は、当時の社会を風靡したカント哲学の影響のもとに、カントの法と道德との峻別(二)の考えをうけつぎ、道德性(Moralität)と合法性(Legalität)とを区別し、法(したがって刑法も)は、もっぱら後者の領域に属するものであるとし、ここから、道義的応報観念と自由意思を排除し、合理的功利的な刑法理論を構成