

注釈刑法
(2)のⅡ

総則
(3)

§§
38
、
72

注 釈 刑 法

(2)のⅡ

総 則 (3)

§§ 38~72

責任編集

団 藤 重 光



有 斐 閣

著作権所有



注釈刑法(2)-II 総則(3)

昭和44年6月30日 初版第1刷発行
昭和54年1月30日 初版第11刷発行

¥4,000

編 者 団 藤 重 光

発 行 者 江 草 忠 允

東京都千代田区神田神保町 2~17

発 行 所 株式会社 有 斐 閣

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 [066] 左京区田中門前町 4 4

印 刷 株式会社 精 興 社
製 本 株式会社 高 陽 堂
本文用紙 王子製紙株式会社春日井工場
クロス 東洋クロス株式会社
ダイニック株式会社

© 1969, 団藤重光. Printed in Japan
落丁・乱丁本はお取替いたします。

3332-016377-8611

本卷執筆者

団 藤 重 光	東京大学名誉教授 最高裁判所判事
高 田 卓 爾	大阪大学教授
福 田 平	一橋大学教授
大 塚 仁	名古屋大学教授
香 川 達 夫	学習院大学教授
内 藤 謙	東京都立大学教授
松 尾 浩 也	東京大学教授
小 暮 得 雄	北海道大学教授
田 宮 裕	立教大学教授
所 一 彦	立教大学教授

凡 例

◇関係法令・判例

関係法令は昭和 44 年 5 月 1 日現在によつた。

判例はほぼ昭和 44 年 4 月末現在（最高裁判所判例集 22 巻 11 号，高等裁判所判例集 21 巻 3 号，下級裁判所刑事裁判例集 10 巻 10 号，判例時報 551 号）までに発表されたものを引照した。

◇刑法の法文

刑法の条文は厳密に原文通りとした。ただ，用字は新字体を採用した。なお，各条文には，その内容を明瞭にするため，それぞれ見出しをつけた。

◇沿 革

改正を経た条文については〔沿革〕欄をもうけ，改正前の各条文を掲げた。なお，沿革と現行条文の改正箇所には＊印をつけて新旧条文を対照させ，改正箇所を明瞭にした。

＊印は，沿革の方には改正の順序に応じ，改正ごとに 1 箇ないし数箇を冒頭につけた。現行条文につける場合は，つぎの要領に従つた。(1) 1 カ条全体，あるいはその中の項または号の全体が改正されたときは，条数，項数，号数の上に＊印をつける。(2) 条文中本文または但書の全体が改正されたときは，本文または但書の冒頭に＊印をつける。(3) 条文中一部分が改正されたときは，改正箇所の冒頭に＊印をつける。

◇文 献

文献は，研究の便宜のため，できるだけ条文ごと，かなり詳細に掲げることとした。戦前の文献は主要な文献に限つたが，戦後の文献は昭和 44 年 4 月末日までのものをなるべく網羅するようにつとめ，それ以後の文献も気のつくかぎり収録した。また，文献は，本文中に引用される場合をのぞき邦文のものに限定した。

掲載の順序は，検索の便宜のため，執筆者名の五十音順により，同一執筆者の数箇の文献については，原則として発表の年代順（論文集収録のものは収録の年代）によつた。

◇条数等の表示

凡 例

本文の上段には、各頁ごとにそれぞれ条数、条文見出し、ローマ数字による注釈番号を表示して、条数等による検索に役立つようにした。ただし、注釈番号については、偶数頁にのみ、その頁および次の頁の注釈番号を表示している。

◇参照条文および他の注釈の引用方法

参照条文および他の注釈の引用の方法は、つぎのとおりである。

(1) 刑法の条文は、単に数字のみをもつて示した。たとえば、25 I₁ は刑法 25 条 1 項 1 号。

その他の法令の条文は、法令名略語（後掲）および数字をもつて示した。たとえば、刑訴 96 I₄ は、刑事訴訟法 96 条 1 項 4 号。

(2) 同じ条文内の他の注釈箇所を引用する場合は、前出 I (1) (イ)、後出 III (2) (ハ) として示した。

他の条文の注釈を引用する場合には、25 条注 I (1) として示した。

◇引用の判例はすべて活字を小さくして、本文と区別しやすくしている。

◇主 な 略 語

(1) 法 令

関係法令の引用については、特別なものを除きおおむね有斐閣版六法全書（昭和 44 年版）の「法令名略語」に従い、つぎのような略語を用いた。

恩 赦	恩赦法	刑 補	刑事補償法
仮 案	改正刑法仮案	憲	憲 法
監	監獄法	更生緊急	更生緊急保護法
旧 刑	旧刑法	準備草案	改正刑法準備草案
行 累	行刑累進処遇令	少	少年法
警	警察法	罰 臨	罰金等臨時措置法
刑 施	刑法施行法	保護観察	執行猶予者保護観察法
刑 訴	刑事訴訟法	予備草案	刑法改正予備草案
軽 犯	軽犯罪法	予防更生	犯罪者予防更生法

(2) 判 例

判例の引用については、つぎの略語を用いた。

大判明 43・6・23 録 16・1280＝明治 43 年 6 月 23 日、大審院判決、大審院刑事判決録 16 輯 1280 頁。

大判昭 8・6・29 集 12・1001＝昭和 8 年 6 月 29 日、大審院判決、大審院刑事判例集 12 巻 1001 頁。

最判昭 24・2・22 集 3・2・206＝昭和 24 年 2 月 22 日、最高裁判所判決、最

高裁判所刑事判例集 3 卷 2 号 206 頁。

最決昭 28・3・5 集 7・3・506＝昭和 28 年 3 月 5 日，最高裁判所決定，最高裁判所刑事判例集 7 卷 3 号 506 頁。

東京高判昭 35・5・24 集 13・4・335＝昭和 35 年 5 月 24 日，東京高等裁判所判決，高等裁判所刑事判例集 13 卷 4 号 335 頁。

その他の略語：——

一審刑集	第一審刑事裁判例集
下級刑集	下級裁判所刑事裁判例集
刑 資	刑事裁判資料（労働関係事件判決集）
裁 時	裁判所時報
裁 特	高等裁判所刑事裁判特報
最判（大法）	最高裁判所大法廷判決
裁判集刑	最高裁判所裁判集 刑事
裁判例 6 刑	大審院裁判例 6 卷刑法
新 聞	法律新聞
大判（連）	大審院連合部判決
東高刑時報	東京高等裁判所刑事判決時報
判 特	高等裁判所刑事判決特報
評 論	法律評論

(3) 著 書

引用著書の略語はつぎの通りである（五十音順）。

青 柳 文 雄	刑法通論 I・総論（昭 40）	青 柳・総
同	刑法通論 II・各論（昭 38）	青 柳・各
市 川 秀 雄	刑法学（昭 27）	市 川・刑法学
同	刑法総論（昭 30）	市 川・総
井 上 正 治	刑法学（総則）（昭 26）	井 上・総
同	刑法学（各則）（昭 38）	井 上・刑法学各
同	刑法各論（昭 27）	井 上・各
植 田 重 正	刑法要説（総論）（昭 24）	植 田・総
植 松 正	刑法総論（昭 32）	植 松・総
同	刑法概論 I（増訂・昭 34）， II（改訂・昭 40）	植 松・概 I，II
同	刑法学各論（昭 27）	植 松・各

凡 例

大 塚 仁	特別刑法 (昭 34)	大 塚・特別刑法
同	刑法概説 (総論) (昭 38)	大 塚・総
同	刑法各論 (上) (昭 43)	
	(下) (昭 43)	大 塚・各上, 下
大 場 茂 馬	刑法総論上巻 (大 1), 下巻 (大 2~6)	大 場・総上, 下
同	刑法各論上巻 (11 版・大 11),	
	下巻 (8 版・大 12)	大 場・各上, 下
岡 田 朝太郎	刑法総論 (大 13)	岡田朝・総
同	刑法論各論之部 (4 版・昭 5)	岡田朝・各
岡 田 庄 作	刑法原論総論 (大 9)	岡田庄・総
同	刑法原論各論 (大 13)	岡田庄・各
尾後貫莊太郎	刑法各論 (昭 27)	尾後貫・各
小 野 慶 二	刑法各論 (昭 34)	小野慶・各
小 野 清一郎	新訂刑法講義総論 (増補 3 版・昭 25)	小 野・総
同	新訂刑法講義各論 (3 版・昭 25)	小 野・各
同	刑法概論 (増訂新版・昭 35)	小 野・概
小野=中野=植松=伊達	新版刑法 (ポケット註釈全書)	
	(昭 35)	小 野ほか・注釈
香 川 達 夫	刑法各論 (昭 43)	香 川・各
柏 木 千 秋	刑法各論 (再版・昭 40)	柏 木・各
勝 本 勘三郎	刑法析義各論之部下 (3 版・明 34)	勝 本・析義各下
同	刑法要論・総論 (大 2)	勝 本・総
神谷健夫=神原甚造	刑法詳論 (大 2)	神谷=神原・詳論
北本武男=福田平	新刑法概説 (昭 25)	北本=福田・概説
吉 川 経 夫	刑法総論 (昭 34)	吉 川・総
木 村 亀 二	新刑法読本 (全訂増補・昭 36)	木 村・読本
同	刑法総論 (昭 34)	木 村・総
同	刑法各論 (昭 32)	木 村・各
草 野 豹一郎	刑法要論 (昭 31)	草 野・要
熊 倉 武	日本刑法各論上巻, 下巻 (昭 35)	熊 倉・各上, 下
久礼田 益 喜	刑法学概説 (増訂版・昭 18)	久礼田・概
小 泉 英 一	刑法要論 (改訂・昭 18)	小 泉・要
同	刑法各論 (昭 29)	小 泉・各

凡 例

小 泉 英 一	刑法総論 (昭 33)	小 泉・総
江 家 義 男	刑法講義総則篇 (昭 15)	江 家・講
同	刑法 (総論) (昭 27)	江 家・総
同	刑法各論 (増補・昭 38)	江 家・各
小 嘯 伝	日本刑法論各論 (明 38)	小 嘯・日本刑法各
斉 藤 金 作	刑法総論 (改訂・昭 30)	斉 藤・総
同	刑法各論 (改訂・昭 31)	斉 藤・各
佐 伯 千 仞	刑法総論 (新版・昭 28)	佐 伯・総
島 田 武 夫	刑法概論総論 (昭 9)	島 田・総
同	刑法概論各論 (昭 11)	島 田・各
下 村 康 正	刑法各論 (昭 36)	下 村・各
新 保 勘解入	日本刑法要論各論 (昭 2)	新 保・各
滝 川 春 雄	刑法総論講義 (昭 27, 新訂・昭 35)	滝川 (春)・総
滝川 (春)=竹内正	刑法各論講義 (昭 40)	滝川=竹内・各
滝川 (春)=宮内=平場	刑法理論学総論 (昭 23)	滝川=宮内=平場・総
滝 川 幸 辰	犯罪論序説 (改訂・昭 22)	滝 川・序説
同	刑法講義 (改訂・昭 5)	滝 川・講義
同	刑法各論 (昭 26)	滝 川・各
滝川 (幸)=宮内=滝川 (春)	刑法 (法律学体系, コンメンタル篇) (昭 27)	滝 川ほか・注釈
団 藤 重 光	刑法綱要 (総論) (昭 32)	団 藤・総
同	刑法綱要 (各論) (昭 39)	団 藤・綱各
同	刑法各論 (昭 36)	団 藤・各
夏 目 文 雄	刑法提要各論上 (昭 35), 下 (昭 36)	夏 目・上, 下
平 井 彦三郎	刑法論綱総論 (昭 7)	平 井・総
同	刑法論綱各論 (昭 9)	平 井・各
平 場 安 治	刑法総論講義 (昭 27)	平 場・総
同	少年法 (昭 38)	平 場・少年法
平場安治=森下忠	刑法各論 (昭 29)	平場=森下・各
福 田 平	刑法各論 (昭 29)	福 田・各
同	行政刑法 (昭 34)	福 田・行政刑法
同	刑法総論 (昭 40)	福 田・総
不破武夫=井上正治	刑法総論 (昭 30)	不 破ほか・総

凡 例

牧 野 英 一	重訂日本刑法上卷 (昭 12),	
	下卷 (昭 12)	牧 野・日本刑法上, 下
同	刑法總論上卷 (全訂・昭 33),	
	下卷 (全訂・昭 34)	牧 野・總上, 下
同	刑法各論上卷 (昭 25), 下卷 (昭 26)	牧 野・各上, 下
宮 内 裕	新訂刑法各論講義 (昭 35)	宮 内・各
宮 崎 澄 夫	刑法總論 (昭 25)	宮 崎・總
宮 本 英 脩	刑法學粹 (昭 6)	宮 本・學粹
同	刑法大綱 (昭 10)	宮 本・大綱
泉 二 新 熊	日本刑法論・總論 (44 版・昭 11)	
	(45 版・昭 14)	泉 二・總
同	日本刑法論・各論 (42 版・昭 6)	泉 二・各
同	刑法大要 (增訂・昭 18)	泉 二・大要
八 木 胖	刑法總論 (改訂・昭 30)	八 木・總
安 平 政 吉	改正刑法各論上卷 (3 版・昭 27),	
	下卷 (3 版・昭 27)	安 平・各上, 下
同	改正刑法總論 (昭 31)	安 平・總
同	改正刑法各論 (昭 35)	安 平・各
山 岡 万之助	刑法原理 (大 1)	山 岡・原理
吉 田 常次郎	日本刑法 (6 版・昭 17)	吉 田・日本刑法
同	刑法總論 (昭 31)	吉 田・總
同	刑法各論 (昭 31)	吉 田・各
日本刑法学会編集	刑事法講座 1 卷~4 卷, 7 卷 (昭 27~28)	
	刑法学会・旧講座 1 卷~4 卷, 7 卷	
同	刑法講座 1 卷~6 卷 (昭 38~39)	
	刑法学会・講座 1 卷~6 卷	
同	刑法演習 (總論) (昭 30),	
	(各論) (昭 30)	刑法学会・演習總, 各
綜合判例研究叢書刑法 1~26 (昭 31~40)		總判刑 1~26
最高裁判所判例解説 (刑事編) 昭和 29 年度~42 年度		判解刑昭 29~42
刑事判例評釈集 1 卷~17 卷 (昭 16~41)		刑評 1~17

(4) 雜 誌

雑誌の略語は、おおむね法律時報の文献月報の略語例に従い、つぎのような略語を用いた。

季 法	季刊法律学	判 時	判例時報
京 法	京都法学会雑誌	判 タ	判例タイムズ
警 研	警察研究	判 評	判例評論
刑政(季)	季刊刑政	阪 法	阪大法学
刑 法	刑法雑誌	ひろば	法律のひろば
国 家	国家学会雑誌	法 学	法学(東北大学)
自 正	自由と正義	法 協	法学協会雑誌
時 法	時の法令	法 教	法学教室
時 報	法律時報	法 研	法学研究(慶応大学)
ジュリ	ジュリスト	法 セ	法学セミナー
志 林	法学志林	法 政	法政研究
新 報	法学新報	法 曹	法曹時報
早 法	早稲田法学	法 タ	法律タイムズ
綜 法	綜合法学	法 論	法律論叢
同 法	同志社法学	立 法	立命館法学
日 法	日本法学	論 叢	法学論叢
判 研	判例研究		

◇追 補

本文中の*印は、「補巻(1)」〔昭和49年発行〕によって追補されたことを示す。

目 次

凡 例

第7章 犯罪の不成立及び刑の減免

前注 (§§ 38~41).....	(団藤)...	271
§ 38.....	(福田)...	287
§ 39.....	(大塚)...	408
§§ 40, 41.....	(福田)...	430
§ 42.....	(田宮)...	437

第8章 未 遂 罪

前注 (§§ 43, 44)	(香川)...	445
§§ 43, 44.....	(香川)...	455

第9章 併 合 罪

前注 (§§ 45~55).....	(高田)...	519
§ 45.....	(高田)...	580
§§ 46~53	(松尾)...	589
§ 54.....	(高田)...	611
§ 55.....	(松尾)...	655

第10章 累 犯

前注 (§§ 56~59).....	(田宮)...	661
§§ 56~59	(田宮)...	669

第11章 共 犯

前注 (§§ 60~65).....	(大塚)...	682
§ 60.....	(大塚)...	719
§§ 61~64	(福田)...	768

目 次

§ 65.....(内藤)…821

第 12 章 酌 量 減 輕

前注 (§§ 66, 67)(所)…851

§§ 66, 67.....(所)…852

第 13 章 加 減 例

前注 (§§ 68~72).....(小暮)…856

§§ 68~72(小暮)…857

前注 (§§ 38~41 [責任])

〔文献〕 秋山・「刑事責任の構造」同法 6 (昭 25); 井上・「違法と責任の関連」時報 21—11 (昭 24); 同・「過失責任の本質」(同・過失犯の構造・昭 33・所収); 同・「違法性の過失と人格責任の理論」(同上・所収); 同・「責任と刑罰との関係——刑法の出発に立ち帰つて」ひろば 19—2 (昭 41); 同・「刑事責任の客観化」法政 35—2 (昭 43); 井上祐司・「決定論と責任の基礎」法政 33—1 (昭 41); ウィリアムズ, G. (安倍治夫訳)・「軽減責任について」警研 32—6 (昭 36); 植松・「刑事責任と意思自由」研修 207 (昭 40); ヴェルツェル, H. (大野平吉訳)・「最近百年間における責任論の発展」法曹 18—6 (昭 41); 鶴沢総明・「刑罰と個人責任の問題」(豊島博士追悼論文及遺稿集・昭 8・所収); 大谷実・「ボッケルマンの人格責任の理論」同法 64 (昭 36); 同・「人格責任論の準備的研究——Erik Wolf の見解を中心として」同法 73 (昭 37); 同・「人格責任論に関する二つの見解」同法 77 (昭 38); 同・「わが国における人格責任論の潮流」同法 80 (昭 38); 同・「刑罰量定基準と人格責任論」同法 84 (昭 39); 同・「刑罰量定の基準としての責任——正田判事の批判に答えて」判時 451 (昭 41); 同・「ハート『責任概念の変更』について」同法 100 (昭 42); 同・「刑事責任の基礎」(昭 43); 同・「行為主義と人格責任論」判タ 219, 221, 224, 228, 233 (昭 43, 44); 小野・「道義的責任について」(同・刑罰の本質について・その他・昭 30・所収); 同・「フランス語刑法学における責任論」ジュリ 298, 299 (昭 39); 同・「刑法における責任の原理と結果責任」時報 38—6, 8 (昭 41); 同・「刑法における責任の原理といわゆる『責任説』」ジュリ 338 (昭 41); 川崎一夫・「『刑法における責任主義』序説——責任主義の発展形態」早稲田大学大学院法研論集 3 (昭 43); 木田純一・「ソヴェト刑事責任論序論」刑法 5—2 (昭 29); 同・「刑事責任の本質について」法経論集(愛知大学法経学会) 17=18=19 (昭 31); 木村・「刑事責任に関する規範主義の批判」志林 30—6~9 (昭 3); 同・「犯罪人の危険性——刑事政策の基礎理論」刑政 49—9 (昭 11); 同・「刑事責任の本質」法哲学四季報 2 (昭 24); 同・「刑法的思惟の危機」法曹 2—3 (昭 25); 同・「人格責任と行為責任」法教 1 (昭 36); 同・「責任主義の意義と問題」明治大学創立 85 周年記念論文集 (昭 40); 同・「刑法における違法性と責任」法学論集(駒沢大学法学会) 5 (昭 43); 木村静子・「責任論の一考察——故意と過失との区別について」論叢 60—1=2 (昭 29); 同・「責任理論の或る史的考察」論叢 72—2 (昭 37); 熊沢恪郎・「刑事責任に関する研究」司法研究 12—4 (昭 5); 久礼田・「刑法と意志の自由」東北大学法文学部 10 周年記念論集 (昭 9); 同・「刑事責任の変遷」(同・新客観主義の刑法理論・昭 13・所収); 同・「意思の自由について」(同上・所収); 同・「犯罪の実体としての客観的責任」(同・日本犯罪論・昭 19・所収); 同・「刑事責任の本質と限界」法哲学四季報 2 (昭 24); 同・「規範的責任の法律性・社会性および倫理性」法論 32—6, 33—1 (昭 34); 同・「新道義的責任の構成」新報 66—5 (昭 34); 同・「意思自由の諸相」明治大学創立 85 周年記念

論文集(昭40); 警察庁科学捜査研究所・犯罪者の心理について(昭32); 小暮得雄・「違法性と責任」北大法学論集15—4(昭40); 後藤正弘・「社会主義刑法に於ける刑事責任論」鹿児島大学文理学部研究紀要社会科報告5(昭33); 同・「責任概念の質的転換論とその適用」鹿児島大学法文学部法学論集67—3(昭43); 斎藤・「刑法における自由意思論の一考察」早法19(昭15); 同・「刑事責任と自由意志」法哲学四季報2(昭24); 同・「目的的行为論と自由意志」綜法50(昭37); 佐伯・「規範的責任概念の一考察」論叢25—4, 5(昭6); 同・「責任と危険性」論叢41—5, 6(昭14); 同・「超法規的責任阻却原因」ひろば11—10(昭33); 同・「刑法改正準備草案と責任主義」ひろば13—8(昭35); 同・「良心と刑事責任」(恒藤古稀・法解釈学および法哲学の諸問題・昭37・所収); 島田武夫・「違法と責任との関係」日法4—4(昭13); 正田満三郎・「責任と刑の量定」判時439, 440, 442(昭41); 滝川・「責任論の一考察」論叢13—6(大14); 同・「犯罪類型と犯人類型」(同・刑事責任の諸問題・昭23・所収); 同・「違法要素と責任要素」(同上・所収); 同・「責任の心理的要素と倫理的要素」(同・刑法の諸問題・昭26・所収); 竹田・「責任の軽重」立命館35周年記念論文集・法経篇(昭10); 同・「責任と刑罰」法と経済11—5, 6(昭14); 同・「全体主義原理と責任」法と経済15—4, 5(昭16); 同・「刑法に於ける自由意思」法学(近畿大学法学会)3—1(昭29); 団藤・「人格責任の理論」法哲学四季報2(昭24); 同・「人の責任——刑法学から見た責任能力」人間研究1(昭25); 同・「責任の理論」刑法学会・旧講座2(昭27); 同・「新しい社会防衛論と人格責任論」(木村還暦・刑事法学の基本問題上・昭33・所収); 同・「刑法における自由意思の問題」(尾高追悼・自由の法理・昭38・所収); 同・「過失犯と人格責任論」(日沖還暦・過失犯1・昭41・所収); 飛沢謙一・「刑事責任と社会学」法と政治1—1=2(昭24); 中・「刑事責任と意思自由論」刑法14—3=4(昭41); 中山研一・「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」論叢61—6(昭31); 同・「ソヴェト刑法における刑事責任と意思の自由」論叢62—1(昭31); 日沖・「行為者責任」刑政56—3(昭18); 同・「規範的責任論断片」日法18—6(昭28); 同・「違法と責任」刑法学会・講座2(昭38); 平野・「人格責任と行為責任」刑法学会・講座3(昭38); 同・「意思の自由と刑事責任」(尾高追悼・自由の法理・昭38・所収); 同・「刑事責任について——批判に答えて」法協82—3(昭41); 福田・「現代責任理論の問題点」ジュリ313(昭40); 藤木・「公害における刑事責任と立法措置」ひろば21—12(昭43); 不破・「刑事責任論」(昭23); 牧野・「民事責任と刑事責任との分化」(同・刑事学の新浪潮と新刑法・大8・所収); 同・「責任の理論」(同・刑法改正の諸問題・昭9・所収); 同・「社会的責任の規範的意義」(同・刑法研究5・昭10・所収); 同・「規範的責任の理論」(同上・所収); 同・「刑事責任の実証的理論」(同・刑法研究6・昭11・所収); 同・「警察犯と責任条件」(同・刑法研究7・昭14・所収); 同・「規範的責任と法律の錯誤」(宮本還暦・現代刑事法学の諸問題・昭18・所収); 同・「無過失責任と刑事責任の理論」警研24—8(昭28); 同・「いわゆる人格形成責任の理論」刑政(季)3—2(昭29); 同・「いわゆる責任主義についての一考察——準備草案第47条第1項の問題」(同・刑法研究18・昭37・所収); 同・「社会的責任の立場から」新報69—7, 8(昭37); 同・「刑事責任の理

論について——最近の二三の論著に関して」ジュリ 310 (昭 39); 宮崎昇・「刑事責任の基礎について」ひろば 14—10 (昭 36); 宮本茂雄・「精神薄弱者の犯罪と非行」警研 37—5 (昭 41); 安平・「刑法に於ける行為者人格の理論」(同・人格主義の刑法理論・昭 13・所収); 同・「刑法における人格主義の責任理論」政学科研究年報(台北大学文学部) 5 (昭 14); 同・「人格主義の責任理論と行刑の観念」(同・刑事政策の新動向・昭 17・所収); 同・「人格主義の責任理論」(同・犯罪理論の新構成・昭 23・所収); 同・「改正刑法準備草案について——責任主義刑法の基本構造」青山法学論集 2—2 (昭 36); 同・「人格主義の責任論」綜法 32 (昭 36); 同・「ウェルツェルの責任論について」上智法学論集 5—2 (昭 36); 同・「責任非難の構成要素——ウェルツェルの所説を中心として」法論 35—4=5=6 (昭 37); 同・「共同責任(Mitschuld)主義の刑罰理論」法論 38—1 (昭 39); 同・「刑法における人格と責任」日法 32—2 (昭 41); 同・責任主義の刑法理論(昭 43); 吉田・「責任能力と贖罪理念」新報 73—2=3 (昭 41)。

とくに責任能力に関して: ——青柳・「責任無能力を理由とする無罪判決と刑事補償」判時 378 (昭 39); 植松・「責任能力」刑法学会・旧講座 2 (昭 27); 同・「精神障害と刑事責任能力」警察学論集 15—11 (昭 37); 同・「激情行動と責任能力」(佐伯還暦・犯罪と刑罰(上)・昭 43・所収); 植村秀三・「刑事責任能力と精神鑑定」司法研究報告書 8—7 (昭 31); 内村祐之・「精神医学よりみたる責任能力」日本医師会雑誌 23—12 (昭 24); 大谷実・「責任能力と意思の自由」同法 99—101, 103 (昭 41—43); 同・「責任能力についての一考察」(佐伯還暦・犯罪と刑罰(上)・昭 43・所収); 小野・「責任能力の人間学的解明」ジュリ 367—369 (昭 42); 菊地基一・「犯罪と被告人」(昭 5); 吉川・「メツガーの責任能力論」論叢 57—4 (昭 22); 佐伯・「フォイエエルバッハの責任能力論」京大訣別記念法学論文集(昭 8); 重森幸雄・「精神障害者の刑事責任能力に関する実証的研究」法務総合研究所研究部紀要(昭 39); 司法省調査課・「限定責任能力者社会上危険なる精神病患者及び犯罪の常習飲酒者に対する処遇」司法資料 133 (昭 3); 鈴木義男・「模範刑法典およびニューヨーク新刑法における責任能力と基準」警研 37—6 (昭 41); 関川・「犯罪性精神病質者の刑事責任能力」家庭裁判月報 20—10 (昭 44); 団藤・「法学からみた刑事責任能力」日本医師会雑誌 23—12 (昭 24), 精神神経学雑誌 51—7 (昭 25); 同・「人の責任——刑法学から見た責任能力」人間研究 1 (昭 25); 同・「責任能力の本質」刑法学会・講座 3 (昭 38); 同・「保安処分と精神障害——とくに責任能力との関連において」(佐伯還暦・犯罪と刑罰(下)・昭 43・所収); 中・「刑法における行為能力と責任能力」(岩崎教授在職 35 年記念論文集・昭 33・所収); 夏目文雄・「ソヴェト刑事責任能力論」警研 30—4, 6, 9 (昭 34); 西原春夫・「責任能力の存在時期」(佐伯還暦・犯罪と刑罰(上)・昭 43・所収); 西村克彦・「責任能力概念の解明」刑法 4—3 (昭 28); 同・「期待可能性と責任能力」法経学会雑誌(岡山大学法経学会) 5 (昭 29); 同・「刑事責任能力論」(昭 32); 同・「責任能力(改正刑法準備草案論評)」ひろば 13—7 (昭 35); 庭山英雄・「責任能力と鑑定」(佐伯還暦・犯罪と刑罰(下)・昭 43・所収); 平野・「責任能力——刑法の基礎(19)」法セ 138 (昭 42); 藤木・「責任能力(刑法)」英米判例百選(昭 39); 布施弥平治・「令制に於ける年齢による刑事無責任について」日法 25—3=4=5 (昭 34); 三木忍・

「責任能力に関する最近の判例に関連して——特に心神喪失中の犯行の処遇の問題」ひろば 9—12 (昭 31); 三宅敏一・責任能力——精神病学より見たる (昭 15); 宮沢浩一・「責任無能力者に対する教唆」学説展望 (昭 39); 泉二新熊・「責任能力の観念」法協 29—1 (明 44); 鷲山半之助・「責任能力と精神病」司法研究 8—4 (昭 3)。なお、39 条・40 条・41 条に掲げる〔文献〕参照。

学派の争いに関して：——大塚・刑法における新・旧両派の理論 (昭 32); 小野・「宮本教授の主観主義刑法学体系について」(同・法学評論上・昭 13・所収); 同・「刑罰の本質について」(同・刑罰の本質について・その他・昭 30・所収); 同・「犯罪の本質について」(同上・所収); 同・「倫理学としての刑法学」(同上・所収); 同・「道義的責任について」(同上・所収); 勝本・「保護刑主義の代表者たるリスト氏と応報刑主義の代表者たるビルクマイヤー氏との論争を批評して我刑法の規定に及ぶ」(同・刑法の理論及び政策・大 14・所収); 木村・「刑法に於ける客観主義と主観主義——小野教授の批判と關聯して」(同・刑法解釈の諸問題 1・昭 14・所収); 同・「応報刑と教育刑」(同・刑法の基本問題・昭 23・所収); 滝川・「刑法学派の争」刑法学会・旧講座 1 (昭 27); 滝川春雄・「旧学派と新学派の接触」(同・刑罰と保安処分の限界・昭 37・所収); 牧野・刑事学の新思潮と新刑法 (増訂版・大 8); 同・刑法における重点の変遷 (昭 4); 同・刑法における法治国思想の展開 (昭 6); 同・「刑法における新機運の半世紀——リストのマルブルヒ大学綱領五十年に際して」(同・刑法研究 4・昭 8・所収); 武藤文雄・「刑法学派」法律学辞典 1 (昭 9)。なお、安平・リストの「マルブルヒ刑法綱領」研究 (昭 28)。

「酩酊と責任」, 「原因において自由な行為」については、39 条に掲げる〔文献〕参照。

I 責任の意義

一定の事実が構成要件を充足し、かつ違法性を具備するものであつても、その事実についてその行為者を非難することができるのでなければ、犯罪は成立しない。かような非難ないし非難可能性がすなわち「責任」ないし「有責性」である。行為者に非難を帰することを「帰責」という。「責任」ないし「有責性」は、構成要件の充足および違法性の具備について、犯罪成立の第3の要件である。38 条から 41 条は、主として、かような意味における責任に関する規定である (本章前注 (§§ 35~42) 注 I (1) (2)(イ)参照)。ちなみに、ひろく刑事責任というばあいの責任は刑を受けるべき地位を意味するが、有責行為というばあいの責任がここでいう狭義での責任であつて、それは犯罪成立要件のひとつとしての非難可能性を意味する。ドイツ語の《Schuld》はまさしくこれである。小野博士はこれを表現するためにとくに「道義的責任」のこたばを用いておられる (小野・「道義的責任について」刑罰の本質について・その他 79 頁以下)。

II 責任の本質と基礎——道義的責任論・社会的責任論、行為責任論・性格責任論・人格責任論

(I) 道義的責任論・社会的責任論 古典派 (旧派) には、大まかにいつて、ペッ