

刑法各論の基本問題

中山



刑法各論の基本問題

中山 研一 著

成 文 堂

著者紹介

1927年 滋賀県に生まれる
1953年 京都大学法学部卒業
現在 大阪市立大学法学部教授
法学博士(京都大学)

著書

ソヴェト刑法(同文書院 1958年), ソヴェト法概論・刑法(有信堂 1966年), 因果関係(有斐閣 1967年), 現代刑法学の課題(日本評論社 1970年), 現代社会と治安法(岩波新書 1970年), 増補ソヴェト刑法(慶応通信 1972年), 刑法総論の基本問題(成文堂 1974年), 口述刑法各論(成文堂 1975年), 口述刑法総論(成文堂 1977年), ポーランドの法と社会(成文堂 1978年), 刑法の基本思想(一粒社 1979年), 刑法総論(成文堂 1982年), 刑法各論(成文堂 1984年), 選挙犯罪の諸問題(成文堂 1985年), 刑法(全)(一粒社 1985年), 大塚刑法学の検討(成文堂 1985年), 刑法改正と保安処分(成文堂 1986年)。

訳書

レービン:現代憲法と福祉国家(共訳)(法律文化社 1966年), チェクヴァーゼ:カール・マルクス国家と法(成文堂 1971年), ピオントコフスキー:マルクス主義と刑法(共訳)(成文堂 1979年), Φ. エンゲルス国家と法(共訳)(成文堂 1981年)

現住所 京都府長岡京市梅ヶ丘2-60 〒617

刑法各論の基本問題

定価 1,900 円

1981. 4. 1 第一刷発行 © 1981. K. Nakayama

1986. 9. 10 第四刷発行

著者 なか やま けん いち

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(203)9201(代) 振替東京9-66099

製版 井村印刷 印刷 上野印刷 製本 佐抜製本

☆落丁・乱丁はおとりかいたします☆ 検印省略

ISBN4-7923-1006-7

は し が き

刑法の総論にくらべると、各論の個々の犯罪の分析は、総体的に業績の量が少なく、未開拓の分野が多くのことされているように思われる。それは、総論志向型の、悪しき意味での体系的思考からの影響だといってもよいであろう。しかしこの点は徐々に克服されつつあり、最近では各論への関心の高まりを見ることができるようになる。

刑法各論は、より具体的に現実の犯罪状況および裁判所におけるその具体的処理にかかわる分野なので、犯罪化と非犯罪化をめぐる現代刑事政策の動向、刑法改正を含む実践的な問題に、より直接的な関連をもたざるをえず、これらの問題への対応が解釈論の領域にも影響を及ぼしつつあるということが出来る。したがって、各犯罪の解釈論的問題の分析に際しても、常にその現実的な問題状況を念頭におかなければならない。

しかし同時に、犯罪の個別的分析を統一し、これを体系化する道筋を可能な限り明らかにする努力も怠つてはならないであろう。それは、総論における議論との関連を意識的に追求することを意味する。もちろんそれは、短絡的かつ図式的に行なわれてはならないが、総論における根本主義の争いが各論には関係がないというのは、本来、おかしいことである。判例や学説の羅列と形式的分類ではなく、その

対立点を明らかにし、その理由と根拠を問うことによって、これをアプローチや方法の相違として対向させ、さらにこれをその実践的な政策決定の相違にまで還元することが目ざされるべきであろう。

さて本書は、昭和四九年に刊行した「刑法総論の基本問題」の姉妹篇として、これと一対をなすものとして計画されたものであるが、その間に「口述刑法各論・総論」というかなり大きな仕事が入ることによって着手が大幅におくれ、ここによりやく一応の完成を見ることができた。上記の課題を意識しながら執筆を進めたつもりであるが、紙数の制約という形式的な理由のほか、内容的にもまだ不十分で再検討を要すべき点が多いことを自覚せざるをえなかった。大方の御批判をえて改善を期したいと考えている。なおこの機会に、総論の改訂と補充にも心がけたいと思う。

執筆の途中で一部分を法律雑誌に掲載したことがあるが（二から八まで——刑法各論の問題点、法学セミナー七八年十一月号）、若干の補正を加えて本書に収録したことをおことわりしておく。

なお、巻末の事項索引および校正については、今年司法試験に合格した京大生杉山潔志、射手矢好雄の両君に手伝ってもらったことを記し、謝意を表する。

本書も、「刑法総論の基本問題」と同じく、成文堂から刊行することになった。阿部社長のほかとくに編集部の土子三男氏の御尽力に感謝する。

昭和五五年一二月

中山 研 一

目次

はしき

一 刑法各論の総論……………一

一 刑法各論の意義と問題点(一) 二 総論と各論の関係(三)

三 刑法各論の対象と範囲(四) 四 刑法各論の歴史と比較法(五)

五 刑法各論の体系と順序(七) 六 刑法各論の方法(九)

二 殺人の罪……………二

一 殺人の罪の構成と問題点(二) 二 人の始期と終期(三)

三 尊属殺規定の合憲性(一五) 四 自殺関与・嘱託殺人罪(一六)

三 傷害の罪……………三

一 傷害の罪の構成と問題点(三) 二 傷害と暴行の意義(三三)

三 自傷と同意傷害(二六) 四 同時傷害の特例(二七)

五 兇器準備集合罪(二九)

四 堕胎の罪・遺棄の罪……………三

一 堕胎の罪の構成と問題点(三) 二 堕胎の意義と法益(三三)

三	墮胎罪をめぐる共犯関係 (三三)	四	遺棄の罪の構成と問題点 (三五)
五	遺棄罪における危険 (三六)	六	単純遺棄と保護責任者遺棄の関係 (三八)
五	脅迫の罪……………		四二
一	脅迫の罪の構成と問題点 (四二)	二	脅迫罪の問題点 (四三)
三	強要罪の問題点 (四七)		
六	逮捕・監禁の罪、略取・誘拐の罪……………		五一
一	逮捕・監禁の罪の構成と問題点 (五一)	二	逮捕・監禁行為とその限界 (五二)
三	逮捕・監禁行為の客体の要件 (五四)	四	略取・誘拐の罪の構成と問題点 (五六)
五	略取・誘拐罪の保護法益 (五七)	六	営利誘拐罪など (六〇)
七	姦淫の罪……………		六一
一	姦淫の罪の構成と問題点 (六一)	二	強制猥褻罪 (六三)
		三	強姦罪 (六四)
八	住居を侵す罪・秘密を侵す罪……………		六七
一	住居を侵す罪の構成と問題点 (六七)	二	住居侵入罪 (六九)
三	秘密を侵す罪の構成と問題点 (七三)	四	秘密漏泄罪 (七六)
九	名誉に対する罪……………		七七
一	名誉に対する罪の構成と問題点 (七七)	二	名誉の意義 (七九)
三	事実の証明による違法性の阻却 (八一)	四	真実性の錯誤とその効果 (八五)

一〇	信用および業務に対する罪	八九
	一 信用および業務に対する罪の構成と問題点(八九)	二 業務の意義(九〇)
	三 公務と業務の関係(九四)	四 偽計・威力による妨害(九六)
一一	財産罪の総論	九九
	一 財産罪総論の意義(九九)	二 財産罪の分類と体系(一〇〇)
	三 財産罪の保護法益(一〇三)	四 不法領得の意思(一〇六)
	五 財産罪の客体(一〇六)	
一二	窃盗および強盗の罪	一二三
	一 窃盗および強盗の罪の構成と問題点(一二三)	二 窃盗罪における占有(一二四)
	三 不動産侵奪罪の問題点(一二七)	四 強盗罪の問題点(一二八)
	五 強盗致死傷罪の問題点(一二三)	六 親族相盗例(一二五)
一三	詐欺および恐喝の罪	一二九
	一 詐欺および恐喝の罪の構成と問題点(一二九)	二 国家的法益と詐欺罪(一三〇)
	三 欺罔行為(一三三)	四 騙取(一三四)
	五 詐欺罪と損害の発生(一三六)	
	六 不法原因給付と詐欺罪(一四〇)	七 恐喝罪の問題点(一四二)
一四	横領および背任の罪	一四五
	一 横領および背任の罪(一四五)	二 横領罪の客体(一四七)

三	不法原因給付と横領罪 (二四九)	四	横領行為 (二五〇)
五	背任罪の本質 (二五〇)	六	背任罪の主体 (二五七)
七	背任行為 (二五〇)	八	横領罪と背任罪の關係 (二六〇)
一五	赃物に関する罪		
一	一 赃物罪の本質 (二六五)	二	二 赃物の概念 (二六六)
四	四 赃物罪の故意 (二七〇)	五	五 親族間の赃物行為 (二七〇)
一六	毀棄および隠匿の罪		
一	一 毀棄罪の本質と態様 (二七五)	二	二 毀棄の概念 (二八〇)
		三	三 毀棄罪の客体 (二八七)
一七	騷擾の罪		
一	一 騷擾罪の本質 (二九二)	二	二 騷擾罪の保護法益 (二九二)
三	三 騷擾行為 (二九三)	四	四 共同暴行の意思 (二九六)
一八	放火および失火の罪		
一	一 放火罪の本質 (二九八)	二	二 抽象的危险犯と具体的危险犯 (二九九)
三	三 焼燬の概念 (二九九)	四	四 公共の危険とその認識 (二九九)
五	五 放火罪と失火罪 (三〇一)		
一九	往来を妨害する罪		
一	一 往来を妨害する罪の性質と構成 (三〇三)	二	二 往来の「危険」の意義 (三〇五)

三	汽車・電車・艦船の限定 (二三)	四	往来危険罪の結果加重犯 (三七)
五	車船覆没致死罪と故意 (三三〇)		
二〇	通貨偽造の罪……………	三三	
一	通貨偽造罪の保護法益 (三三)	二	通貨偽造罪の行為態様 (三三)
三	罪数問題 (三三六)	四	通貨偽造準備罪 (三七)
二一	文書偽造の罪……………	三三	
一	有形偽造と無形偽造 (三三)	二	文書概念とコピーの偽造 (三三)
三	代理名義・代表資格の冒用 (三三)	四	文書の作成権限 (三七)
五	公文書の間接無形偽造 (三三)		
二二	猥褻・賭博・礼拝所に関する罪……………	三四	
一	風俗に対する罪 (三四)	二	猥褻および重婚の罪 (三四)
三	公然猥褻罪 (三四)	四	猥褻物頒布罪 (三四)
五	賭博に関する罪 (三四)	六	礼拝所および墳墓に関する罪 (三四)
二三	内乱・外患・国交に関する罪……………	三五	
一	国家の存立に対する罪 (三五)	二	内乱に関する罪 (三五)
三	外患に関する罪 (三五)	四	国交に関する罪 (三七)

二四	公務妨害の罪……………	二六
一	公務妨害罪の性格（二六）	二
二	公務の範囲（二六）	
三	職務行為の適法性（二六）	四
四	暴行・脅迫（二六）	
二五	逃走、犯人蔵匿、証拠湮滅、偽証、誣告の罪……………	二七
一	司法作用に対する罪（二七）	二
二	逃走罪の問題点（二七）	
三	犯人蔵匿罪の問題点（二七）	四
四	証拠湮滅罪の問題点（二八）	
五	偽証罪の問題点（二八）	六
六	誣告罪の問題点（二八）	
二六	瀆職の罪……………	二七
一	瀆職の罪の性格（二七）	二
二	職権濫用罪の問題点（二七）	
三	賄賂罪の性格と種類（二九）	四
四	賄賂罪における職務との関連性（二九）	
五	賄賂の意義と社交儀礼（二九）	

一 刑法各論の総論

- 一 刑法各論の意義と問題点
- 二 総論と各論の関係
- 三 刑法各論の対象と範囲
- 四 刑法各論の歴史と比較法
- 五 刑法各論の体系と順序
- 六 刑法各論の方法

一 刑法各論の意義と問題点

刑法各論は刑罰法規に規定された個々の犯罪の内容を明らかにするとともに、それに対する刑罰の意味を確定することを任務とする学問分野であるとされている（大塚・各論一頁）。「総論」が個々の犯罪類型に共通する犯罪と刑罰の一般的原理の認識を目的とするのに対して、「各論」は個々の刑罰法規の具体的内容を個別的に明らかにしようとするものであるとされるのである。その限りでは別段の異論があるわけではなく、刑法各論とは何かという点について特別に前提的な論議を展開する理由はないように見える。

しかし、それにもかかわらず、刑法各論の現代的意義を正しく把握し、その解釈を自覚的に展開して行くためには、その対象と範囲を明らかにし、方法上の問題にも必要な注意を向けておくことが最低限度要請されるであろう。とくに、刑法各論では分析が個別的な対象に埋没し、時々の具体的妥当

性が追求されるので、一貫した視点によってこれを関連づける問題意識が後退するおそれ大きいように思われるからである。しかも、刑法各論は総論とくらべて、より具体的に現実の犯罪状況や刑事政策の動向とかかわる分野なので、刑法改正を含む実践的問題とのかかわりも、より直接的である。憲法理念と刑法改正との関連、犯罪化と非犯罪化をめぐる現代刑事政策の動向、いわゆる現代型犯罪への対応、といった問題への態度決定が、刑法各論の解釈論に影響を及ぼさざるをえないのである。したがって、刑法各論の総論は、形式的な定義や説明以上の原則的な実質的論点を含むものといふべきである。これまでの刑法各論の教科書では、序論の部分でこれらの問題が扱われているので、それに依拠しながら問題点を整理してみることにする。

二 総論と各論の関係 刑法の総論と各論とは本来別個のものではなく、密接不離かつ相互補充という形で有機的関連に立つものであるとされている。そのことについては異論を見ない。本来両者は一つのものであり、一般と個別という形で分化したものだからである。

ただし、歴史的な発生過程としていえば、まず各論の個々の犯罪類型が形成され、いわばその共通部分を抽出したものととして総論部分が独立化することによって、体系的分離が確立したものであることに注意を向けおく必要がある（木村・各論二頁）。論理の順序としては総論から各論へという形となり、また犯罪分析の際の思考経済という点からも、あらかじめ共通の部分をまとめて論ずる方が便宜でもあるが、しかしそのことは総論が各論の個別問題を前提とせずに成り立つことを決して意味し

ない。事実はその逆に、各論は「総論の構築の土台をなし」、あるいは「結論を發育させるための血や肉を提供する」ものとして位置づけられるのである（団藤・各論三頁）。

しかし実際には、総論の独立化傾向が強くなり、とくにドイツを中心に開花したヨーロッパ大陸の近代刑法学においては、総論的な一般原理の体系的構築に中心が集中する傾向が見られたことは否定できない。それは、総論を刑法の「哲学的部分」と解したフォエルバッハ以来の伝統にもとづくのもかもしれない。はなばなしく展開された新旧両派間の学派争いも、主として総論レベルの問題領域をめぐってたたかわされたものであることを想起することができるであろう。しかもわが国の場合には、ドイツ刑法学の総論的分析の跡を追うことで精一杯で、各論的研究は結果的により一層軽視される傾向を生じた点が反省を要するように思われる。

総論と各論の有機的統一を説き、各論が軽視されてはならないことを主張するだけでは決定的に不十分であり、現状を批判的に分析することが要請されているというべきである。各論は裁判実務に直接関連する「実証的部分」であるが、この分野に総論の体系的分析、さらには学派争いの帰趨が反映してこないとすれば、総論は何のためにあるのかという疑問も生ずるであろう。果たして各論は立場の相違によっても結論的にそう変りばえのしないような領域なのであろうか。総論の各論化、各論の総論化という相互流入は、たがいにその体質の欠陥を反省させるという方向を自覚することによって初めて実質的な意義を獲得するものというべきであらう。

三 刑法各論の対象と範囲

各論の扱う対象は個々の刑罰法規であり、そこに含まれている犯罪の構成要件と法律効果である刑罰の内容の分析がその課題とされることになる。このうち、個々の犯罪の特別構成要件の規定の解釈による処罰範囲の明確化が各論の主要な課題であることは、むしろ当然とされているところであるが、刑罰効果についても総論の具体化として各論の領域で独立になすべき課題があるのか、あるとすればどのような課題かという点は必ずしもはっきりしていないように思われる。

現に刑法各論の教科書を見ても、犯罪構成要件の解釈にあたる部分がほとんどで、刑罰の分析にあたる叙述はごくわずかしが存在しない。大塚教授は、「犯罪の内容に応じた法定刑適用の基準を画することも各論の一課題たることを失わぬであろう」とされているが（大塚・各論二頁）、それがどのような形で具体化されるのか必ずしも明らかではない。たしかに刑罰も個々の犯罪ごとに個別化されていることは事実であるが、総論による内容上の法定以上に各論的になされるべき分析とは何かという点が問題である。まず、法定刑の重さの考慮が犯罪構成要件の解釈的限定に役立つことは十分にみとめられる（可罰的違法性）。固有の刑罰論の領域では、個々の刑罰についての刑事政策的ないし立法論的な分析に積極的な意義が与えられるべきであらう。この点は刑法各論の方法とも関連するが、各論の固有の解釈論が犯罪の法律的分析にあることを念頭においた上で、補充的な役割として位置づけられるべきものと考えられる。

次に、各論の主要な対象が「刑法典」(明四〇)上の犯罪であることは明らかであるが、この狭義の刑法以外にも、国が違反に対する制裁として刑罰(罰則)を定めている個々の刑罰法規はすべて広義の刑法であつて、刑法各論の守備範囲に本来含まれるものであることを忘れてはならない。たとえば、六法全書の刑法篇の中に定められている破防法、爆発物取締罰則、軽犯罪法などは犯罪と刑罰の一覽表を含んだ単行の「特別刑法」であり、それ以外にも道路交通法、公職選挙法など行政取締法規でも罰則のついた規定は「行政刑法」として、各論の対象に属するのである。

以上の点は従来からもみとめられてきたところであるが、最近はとくに特別刑法、行政刑法のいちじるしい増大がもたらす影響と問題性に注目が集まりつつある。とくに行政刑法の肥大化は、刑罰インフレを招くばかりでなく、古典的な刑法原則の貫徹を妨げるおそれがある。しかし、現実には、この分野にこそ刑法の「現代」的特質があらわれているといつてもよい。古典的な刑法原則の現代的意義とは何かという点が理論的にも実践的にも深刻に問われているというべきであろう。刑法各論の対象を講学の必要上刑法典上の犯罪に限定する場合でも、現代刑法の問題状況へと開かれた姿勢が要請されるのである。特別刑法、行政刑法の分析はきわめて重要な課題として位置づけられなければならない(大塚・特別刑法、福田・行政刑法、藤木・行政刑法)。

四 刑法各論の歴史と比較法

各論の対象を一応刑法典上の犯罪に限定した場合に、それが明治四〇年(一九〇七年)に制定されて以来今日までたどってきた歴史的経過と今後の展望をいわば縦断的

に概括し、特色づけるという作業が要請されるであろう。それは、わが国における刑法改正問題の歴史と動向を各論の領域において跡づけるという課題に関連するものといえることができる。

しかし、これまでの刑法各論の教科書には、対象となる現行刑法典各則の一般的特色や改正の経過ないし動向についてのまとまった叙述はあまり見られないといってよい。ただし部分的には、滝川博士が、旧刑法や諸国の刑法と比べて現行刑法の規定がはなはだ簡単かつ抽象的であり、裁判官の裁量範囲が広いという特色をあげ（滝川・各論六頁）、牧野博士が改正の必要を念頭において仮案に言及されるほか（牧野・各論上三頁）、とくに江家博士が序論の中で新憲法と刑法改正について触れ、昭和二二年の戦後刑法の一部改正の意義を独立に論ぜられているのが注目される（江家・各論三頁）。各則にあらわれた刑法典の基本思想とその歴史的変遷を各論の総論として概括的にでも叙述する必要があるように思われる（熊倉・各論上四六頁以下参照）。

とくに、改正刑法草案（昭四九）が存在する現在の状況の下では、刑法改正問題についての著者の態度が現行法の解釈にも影響を与えざるをえないことを指摘しておかなければならない。新しい立法が必ずしも妥当な改善だとは限らない。むしろ逆の場合もありうる。立法への態度決定の基準は、実質的には解釈の基準にもつながるといってよい。そこにそれぞれの論者による政策決定と立場の相違が反映せざるをえないのである。現行法の解釈にあたって草案を参照するという場合にも、これを刑法改正問題の流れの中に位置づけることが要請されるであろう（平場・平野編・刑法改正の研究2各則）。