

刑法講義  
總論

藤木英雄著



# 刑法講義

## 總論

藤木英雄 著

弘文堂

**藤木 英雄**（ふじき ひでお）

昭和7年 長野県 松本市 に生まれる。(旧) 都立六中、

(旧) 一高を経て、昭和28年 東京大学法学部卒業。

昭和41年 東京大学法学部教授、法学博士。

主著 刑法（弘文堂・昭46年）、刑法各論（有斐閣・昭47年）、刑事政策（日本評論社・昭43年）。

可罰的違法性の理論（有信堂・昭42年）、過失犯の

理論（有信堂・昭44年）、新版刑法演習講座（立花

書房・昭45年）、新しい刑法学（有斐閣・昭49年）、

可罰的違法性（学陽書房・昭50年）、公害犯罪（東

大出版会・昭50年）その他。

---

**刑法講義 総論**

昭和50年11月30日 初版1刷発行

昭和54年4月10日 同 9刷発行

◎著 者 藤 木 英 雄

発行者 鯉 淵 年 祐

---

株式会社 弘文堂

101 東京都千代田区神田駿河台1の7-13

TEL (294) 4 8 0 1

振替 東京 2-53909

---

1032-351500-2281

港北出版印刷・関口製本

## はしき

この本は、著者の、東京大学法学部における刑法（第一部総論）の講義のための教科書にあてて第一の目的としつつ、あわせて、これまでの刑法理論に関する思索、研究の成果を体系的に展開して、学界、実務に対する提言を試みる意図で構成したものである。

刑法理論に関する著者の立場は、本文にも述べたとおり、伝統的刑法理論を出発点としつつ、市民生活と刑法との関連を重視し、既存の理論にとらわれず、刑法理論のあり方の再検討を試み、今日の社会の実態に即した、かつ従前のような、専門法曹ないし法学者という職能領域からの視点に限定されない、市民生活の基準としての視点を加えた刑法理論の構築を志すものである。そこで、この本では、教科書としての性格上、時間的制約のある刑法総論の学習にあたつて当然触れておかなければならない基礎的論点については、できるかぎり客観的に刑法理論の現状の大勢とそれを裏づける理論的根拠について初学者にも十分理解できるよう平易に叙述することを心がけたことは当然であるが、同時に、わたくしの年来の学問上の主張についても、できるだけ平易な表現を心がけつつ叙述の中におり込むこととした。

この本は、著者の既刊の著作である「刑法」（昭和四六年）を土台としたものであるが、旧著にくらべると、単に叙述の分量を増し、記述を詳細にしたというだけのものではなく、叙述の方法、とくに犯罪論の体系構成について思い切った改訂を加えるとともに、学問上の、あるいは実務に関するわたくしの主張について、より詳細な

説明を加えた。

まず、犯罪論の叙述については、故意犯と過失犯とを体系的に二元化するとともに、犯罪論を四部に分ち、基礎理論的部分を第一部にまとめ、構成要件、違法、責任という犯罪論の基本構造を説明したあとで、法技術論的な色彩の強い問題を第二部以下で展開する方式をとることとした。そのため、叙述上やや重複する部分を生じているが、この方がかえって読者の理解に資するのではないかと考えた。そのほか、法人犯罪、可罰的違法性、未必の故意、誤想防衛、過失犯、間接正犯、共謀共同正犯などの論点については、新しい主張をおり込み、あるいは叙述の奥行を深めた。

さて、刑法理論には、それぞれの論点について細かな学説の対立がある場合が多いが、この本では、学説の対立点については、その大筋、要点を指摘するにとどめ、結論の大勢を左右するに至らない細かな技術的対立点に深入りすることを避けるのを基本方針とした。また、問題点はできるだけ本文で説明し、注はできるかぎり簡略化して読みやすさを損わぬよう心がけた。しかし他方、判例については、重要なものは本文中でも説明を加えたほか、巻末に、学習上・実務上見落とすことのできない判例について、その要旨の一覧表を附録として収録し、読者の利用に供することとした。

なお、各論については、遠からぬ将来に、本書の続編として「刑法講義各論」を公にする計画をしているが、さしあたり当分の間は、わたくしの「刑法各論」(有斐閣・昭和四七年)を利用していただきたい。

本書の執筆に際しては、いろいろなかたがたから協力をいただいた。また、原稿の浄書、整理、校正、索引作成等について、日本大学副手船山泰範君をわずらわすところが大きであった。さらに、弘文堂編集部丸山、水谷両氏には校正その他で多大の手数をおかけしたが、とくに、弘文堂の皆さんには執筆上の便宜供与につき特別の

配慮をいただいた。眼疾再発防止のため著作上種々制約を余儀なくされることのあるわたくしにとって、これらの支援がなかったならば、この時期にこの本を世に送り出すことは不可能であった。ここにその旨を記して、厚く御礼申し上げます。

一九七五年一〇月

藤木英雄

凡  
例

一、法令は、昭和四六年一月一日現在による。

二、判例の引用についての主な略号は、次の例による。

大判(大決) 大審院判決(決定)

最判(最決) 最高裁判所判決(決定)

最(大)判 最高裁判所大法廷判決

東京高判 東京高等裁判所判決

(以下、同様の引用例による)

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 最高裁判所裁判集

高刑集 高等裁判所刑事判例集

下刑集 下級裁判所刑事判例集

東高刑時報 東京高等裁判所刑事判決時報

判時 判例時報

判タ 判例タイムズ

R G 大審院刑事判例集

B G H 西ドイツ連邦裁判所刑事判例集

三、文献の引用中、「」は論文、『』は著書を示す。

法律学講座双書

|                  |         |
|------------------|---------|
| 法 哲 学 概 論        | 碧 海 純 一 |
| 憲 法              | 鵜 飼 信 成 |
| * 憲 法            | 伊 藤 正 己 |
| 行政法(上・中・*下)      | 田 中 二 郎 |
| 租 税 法            | 金 子 宏   |
| 民 法 総 則          | 四 宮 和 夫 |
| 物権法・担保物権法        | 吾 妻 光 俊 |
| 債 権 法            | 吾 妻 光 俊 |
| 親 族 法・相 続 法      | 有 泉 亨   |
| 商 法 総 則          | 石 井 照 久 |
| 商 法 総 則          | 鴻 常 夫   |
| 会 社 法            | 鈴 木 竹 雄 |
| 手 形 法・小切手法       | 石 井 照 久 |
| * 手 形 法・小切手法     | 竹 内 昭 夫 |
| 商行為法・保険法・<br>海商法 | 鈴 木 竹 雄 |
| 民 事 訴 訟 法        | 兼 子 一   |
| 民事訴訟法(上・下)       | 菊 井 維 大 |
| 民 事 訴 訟 法        | 三ヶ月 章   |
| 強制執行法・破産法        | 兼 子 一   |
| 刑 法              | 藤 木 英 雄 |
| 刑事訴訟法(上・*下)      | 松 尾 浩 也 |
| 労 働 法            | 石 井 照 久 |
| 国際法概論(上・下)       | 高 野 雄 一 |
| 国 際 私 法          | 江 川 英 文 |
| * 無 体 財 産 法      | 中 山 信 弘 |

## 目次

はしがき

## 緒論

|     |          |   |
|-----|----------|---|
| 第一章 | 刑法の意義と役割 | 二 |
|-----|----------|---|

1 社会と刑法(三)      2 刑罰の性質と機能(二)      3 刑罰の謙抑主義(四)

4 保障的機能(五)      5 刑法と道徳(六)      6 国家法の体系における刑法の地位(九)

|     |              |   |
|-----|--------------|---|
| 第二章 | 犯罪および刑罰の基本観念 | 二 |
|-----|--------------|---|

|   |      |   |
|---|------|---|
| 一 | 刑罰理論 | 二 |
|---|------|---|

1 刑罰理論(一)      2 応報主義と目的主義(二)      3 近代派刑法学の登場(四)

4 伝統的刑法思想と近代派(三)      5 刑罰の多目的性(六)

|   |         |    |
|---|---------|----|
| 二 | 犯罪の基本概念 | 一九 |
|---|---------|----|

1 主観主義と客観主義(九)      2 わが国の刑法理論(二)

|   |            |    |
|---|------------|----|
| 三 | 刑法理論の現代的課題 | 二六 |
|---|------------|----|

1 これまでの刑法理論の重点と問題の所在(三)      2 価値基準の変動と犯罪観(七)

3 現代型犯罪と刑法理論(二)      4 刑法理論のこれからの課題(三)

## 第三章 刑罰法規の基本原則

三〇

## 一 罪刑法定主義

三〇

## 二 刑法の法源

三六

1 成文法主義(三六)

2 成文法主義に関する憲法上の原則(三七)

3 刑法の沿革と改正事業(四〇)

4 行政犯と刑法犯(四二)

## 三 刑法の解釈

四四

1 解釈の指導理念(四四)

2 判例における法解釈の実例(四六)

## 四 刑法の地域的適用範囲

五〇

1 総説(五〇)

2 国内犯の処罰(五一)

3 日本国民の国外犯(五一)

4 日本の国家利益を害する国外犯(五二)

5 日本国公務員の国外犯(五三)

6 犯罪人引渡し(五五)

## 五 刑法の時に關する効力

五五

1 刑罰法規不遡及の原則(五五)

2 限時法理論(五七)

3 白地刑罰法規と限時法論(五九)

## 犯罪論

## 第一部 犯罪論の基礎

六四

## 第一章 犯罪論の体系

六四

## 一 構成要件理論

六四

|     |                       |    |
|-----|-----------------------|----|
| 二   | 犯罪論構成の方向              | 六四 |
| 二   | 犯罪の基礎的要件              | 七  |
| 一   | 構成要件                  | 七一 |
| 1   | 構成要件の意義(七二)           |    |
| 2   | 違法類型性(七二)             |    |
| 4   | 構成要件と責任(七三)           |    |
| 二   | 違法性                   | 七四 |
| 1   | 違法性の実質(七五)            |    |
| 2   | 結果無価値と行為無価値(七五)       |    |
| 3   | 結果無価値と行為無価値に関する私見(七六) |    |
| 4   | 違法と責任(七六)             |    |
| 三   | 責任                    | 七九 |
| 1   | 責任主義(七八)              |    |
| 2   | 責任の本質(八二)             |    |
| 3   | 性格責任論と人格責任論(八三)       |    |
| 4   | 責任要素(八四)              |    |
| 第三章 | 構成要件の構造               | 八六 |
| 一   | 総説                    | 八六 |
| 二   | 構成要件要素としての結果          | 八七 |
| 1   | 害悪なければ犯罪なし(八七)        |    |
| 2   | 実害犯と危険犯(八七)           |    |
| 3   | 即成犯、継続犯、状態犯(八九)       |    |
| 三   | 行為                    | 九〇 |
| 1   | 「犯罪は行為である」とする意義(九二)   |    |
| 2   | 自発性(九二)               |    |
| 3   | 強制された行為(九二)           |    |

|                 |              |                |
|-----------------|--------------|----------------|
| 4 故意行為と過失行為(九二) | 5 結果的加重犯(九三) | 6 作為犯と不作为犯(九四) |
| 因果関係……………       |              |                |
| 六六              |              |                |

|                   |                          |
|-------------------|--------------------------|
| 1 因果関係を論ずる意味(九六)  | 2 因果関係を肯定する要件(九七)        |
| 3 因果関係に関する学説(九八)  | 4 相当性判断の基準(一〇〇)          |
| 5 因果関係に関する判例(一〇一) | 6 自然科学上の因果関係と法的因果関係(一〇四) |
| 第四章 法人与刑法……………    |                          |
| 一〇六               |                          |

|                    |                |
|--------------------|----------------|
| 一 法人与犯罪……………       |                |
| 一〇六                |                |
| 1 法人の反社会的活動(一〇七)   | 2 法人の犯罪能力(一〇八) |
| 3 法人犯罪のとらえ方(一〇九)   |                |
| 二 両罰規定による法人処罰…………… |                |
| 一一二                |                |

|                 |                       |
|-----------------|-----------------------|
| 1 総説(一一)        | 2 両罰規定による法人処罰の問題点(一二) |
| 3 法人代表者の処罰(一一三) |                       |

|                 |  |
|-----------------|--|
| 第二部 故意犯の構造…………… |  |
| 一一五             |  |

|                     |  |
|---------------------|--|
| 第一章 構成要件の客観的要素…………… |  |
| 一一六                 |  |

|                       |  |
|-----------------------|--|
| 一 構成要件の解釈と違法性の実質…………… |  |
| 一一六                   |  |

|                     |                     |
|---------------------|---------------------|
| 1 構成要件概念と実質的違法(一二六) | 2 可罰的違法性の理論の基礎(一二八) |
|---------------------|---------------------|

|                  |  |
|------------------|--|
| 二 可罰的違法性の理論…………… |  |
| 一二九              |  |

|                      |                     |
|----------------------|---------------------|
| 1 可罰的違法性理論の趣旨(一二九)   | 2 可罰的違法性の判断の基準(一三三) |
| 3 可罰的違法性理論の適用領域(一三三) | 4 判例と可罰的違法性の理論(一三四) |

|                     |                          |
|---------------------|--------------------------|
| 5 可罰的違法性と社会的相当性(二三) | 6 違法性の段階性、相対性と可罰的違法性(二三) |
| 三 不作為犯.....         | 三三                       |

## 第二章

### 主観的構成要件要素としての故意

|             |    |
|-------------|----|
| 故意論の位置..... | 三七 |
|-------------|----|

|                    |                  |
|--------------------|------------------|
| 一 責任要素としての故意(三七)   | 2 違法要素としての故意(三六) |
| 二 確定的故意と未必の故意..... | 三九               |

- 1 総説(三九)      2 確定的故意(三九)      3 未必の故意(四〇)
- 4 未必の故意に関する学説(四一)      5 未必の故意に関する私見(四二)
- 6 未必の故意の問題点(四四)
- 7 未必の故意に関する判例(四五)
- 8 規範的事実の認識(四七)
- 9 認識対象の特定性(四八)
- 10 主観的違法要素(四九)

|              |    |
|--------------|----|
| 三 事実の錯誤..... | 五〇 |
|--------------|----|

- 1 問題の所在(五〇)      2 具体的事実の錯誤(五一)
- 3 抽象的事実の錯誤(五一)

## 第三章

### 違法性阻却事由

|           |    |
|-----------|----|
| 一 総説..... | 五九 |
|-----------|----|

|             |    |
|-------------|----|
| 二 正当防衛..... | 六〇 |
|-------------|----|

- 1 総説(六〇)      2 権利としての性格(六一)
- 3 急迫不正の侵害(六二)

|                             |                       |                    |
|-----------------------------|-----------------------|--------------------|
| 4 権利防衛(一四)                  | 5 防衛意思(二六)            | 6 防衛行為の必要性、相当性(一六) |
| 7 過剰防衛(二七)                  | 8 正当防衛と誤想防衛(二七)       | 9 盗犯等防止法による特則(二七)  |
| 10 正当防衛に関する諸問題(二七)          |                       |                    |
| 三 緊急避難                      |                       |                    |
| 1 総説(二七)                    | 2 違法性阻却か責任阻却か(二七)     | 3 要件(二七)           |
| 5 誤想避難(二八)                  | 6 特別の義務者の除外(二八)       | 4 過剰避難(二八)         |
| 四 正当行為                      |                       |                    |
| 1 総説(二八)                    | 2 実質的違法性の判断の基準(二八)    | 3 法令による行為(二八)      |
| 4 業務行為(二八)                  | 5 労働争議行為(二八)          | 6 その他の違法性阻却事由(二八)  |
| 五 超法規的違法阻却事由                |                       |                    |
| 1 総説(二九)                    | 2 要件(二九)              | 3 自救行為(二九)         |
| 4 実質的違法性の微弱性と超法規的違法阻却事由(二九) |                       |                    |
| 第四章 責任                      |                       |                    |
| 一 責任主義                      |                       |                    |
| 1 総説(二九)                    | 2 結果的加重犯(二九)          |                    |
| 二 心理的責任論と規範的責任論             |                       |                    |
| 1 総説(三〇)                    | 2 心理的責任論から規範的責任論へ(三〇) |                    |
| 3 規範的責任論の展開(三〇)             |                       |                    |
| 三 責任能力                      |                       |                    |
| 1 責任能力の概念(三〇)               | 2 心神喪失、心神耗弱(三〇)       | 3 瘖啞者(三〇)          |

4 刑事未成年者および少年(一〇五)

四 原因において自由な行為……………二二六

1 原因において自由な行為(二〇六) 2 原因において自由な行為と故意犯・過失犯(二〇八)

3 限定責任能力と原因において自由な行為の理論(二二二)

五 責任要素としての故意……………二二二

1 故意における違法と責任(二二二) 2 違法性の意識(二二三)

3 違法性の意識に関する諸見解(二二三) 4 故意説と責任説(二二四)

5 違法性の意識の欠如と相当な理由(二二五)

六 事実の錯誤と法律の錯誤……………二二六

1 法律の錯誤(二二六) 2 事実の錯誤と法律の錯誤の区別(二二七)

3 違法性阻却事由に関する錯誤、誤想防衛(二三一)

七 期待可能性……………二三三

1 総説(二三三) 2 期待可能性論の適用領域(二三五) 3 期待可能性の標準(二三六)

第三部 過失犯の構造……………二三九

第一章 過失犯の処罰……………二三九

一 過失の体系的地位……………二三九

1 総説(二三九) 2 過失犯の刑(二四〇)

二 過失犯の処罰と特別の定め……………二四一

三 過失犯における違法と責任……………二四三

## 第二章 過失犯の要件

1 過失理論の近時の展開(二三)

2 新しい過失理論の骨子(三四)

## 一 過失犯と構成要件

1 実質犯と形式犯(三六)

2 故意と過失の限界(三六)

3 因果関係(三七)

## 二 注意義務

1 総説(三八)

2 注意義務の標準と予見可能性(四〇)

3 注意義務と許された危険(四二)

## 三 信頼の原則

1 信頼の原則の意義と適用範囲(四四)

2 信頼の原則の体系的地位(四九)

## 四 企業災害と個人過失

## 五 過失犯の有責性

## 六 業務上過失・重大な過失

1 業務の意義(五二)

2 重大な過失(五三)

## 第四部 犯罪遂行の形態

## 第一章 犯罪遂行の段階

## 一 未完成段階の行為の可罰性

## 二 未遂犯

1 未遂の意義(五五)

2 実行の着手(五七)

3 結果の不発性(六〇)

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| 4 未遂犯の処罰(二六〇)         | 三   |
| 中止未遂                  | 三六  |
| 1 総説(二六一)             |     |
| 2 要件(二六二)             |     |
| 3 予備の中止(二六五)          |     |
| 不能犯                   | 三六五 |
| 1 不能犯の概念(二六五)         |     |
| 2 不能犯かどうかの標準(二六六)     |     |
| 3 事実の欠如および幻覚犯(二六九)    |     |
| 第二章 正犯と共犯             | 三七  |
| 一 正犯の意義               | 三七  |
| 1 総説(二七一)             |     |
| 2 身分犯(二七一)            |     |
| 二 正犯と共犯の区別——間接正犯      | 三七五 |
| 1 総説(二七五)             |     |
| 2 間接正犯の要件(二七六)        |     |
| 3 間接正犯と実行の着手(二七八)     |     |
| 4 身分犯と間接正犯(二八〇)       |     |
| 三 共犯の意義と種類            | 二八  |
| 四 共同正犯                | 二八二 |
| 1 意義(二八二)             |     |
| 2 要件(二八三)             |     |
| 3 共謀共同正犯(二八五)         |     |
| 4 合意の成立時点と共同正犯関係(二九〇) |     |
| 5 共同正犯と錯誤(二九二)        |     |
| 6 予備罪と共同正犯(二九三)       |     |
| 7 過失犯と共同正犯(二九三)       |     |
| 五 教唆犯                 | 二九四 |
| 1 意義(二九四)             |     |
| 2 教唆の方法(二九五)          |     |
| 3 教唆の従属性・独立性(二九五)     |     |