

集中講義
刑法総論

第二版

川
端



集中講義
刑法總論

第二版

川 端 博

成 文 堂

著者略歴

昭和19年5月1日生。昭和42年明治大学法学部卒業、
司法修習修了、東京大学大学院法学政治学研究科修士課程修了
現職 明治大学法学部教授・法学博士、早稲田大学法学部非常勤講師
司法試験審査委員、日本刑法学会理事

主要著書

『刑法総論講義』(成文堂),『正当化事情の錯誤』(成文堂),『違法性の理論』(成文堂),『錯誤論の諸相』(成文堂),『財産犯論の点景』(成文堂),『刑法各論概要』(成文堂),『刑法総論25講』(青林書院),『通説刑法各論』(三省堂),『文書偽造罪の理論』(立花書房),『事例式演習教室刑法』(勁草書房),『刑法判例演習教室』(一粒社),カウフマン＝ドルンザイファー著『刑法の基本問題』(翻訳・成文堂),『刑法入門』(共著・有斐閣),『リーガルセミナー刑法1総論・2各論』(共著・有斐閣),リュウベング『ドイツ刑法史綱要』(共訳・成文堂)ほか

集中講義 刑法総論 第二版

平成4年3月1日 初版第1刷発行

平成9年6月1日 第二版第1刷発行

著者	かわばた 川端博	ひろし
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) ☆振替00190-3-66099

製版・印刷 三報社印刷 製本 中條製本

検印省略

©1997 H.Kawabata Printed in Japan

☆落丁・乱丁本はおとりかえいたします☆

ISBN 4-7923-1438-0 C3032

定価(本体3700円+税)

謹んで本書を

大塚 仁 博士

に捧げます

第二版はしがき

本書の初版を刊行してから五年が経過した。「具体的な事例式問題を解きながら、刑法的な思考方法を身につけるための『発想法』と試験答案の『作成方法』について懇切丁寧に説き明かした実践的な概説書」として多くの読者から強い支持を得ることができたのは、著者として非常に喜ばしいかぎりである。昨年、刑法学会の開催校の東北大学を訪れた際、同大学の法学部の学生から声をかけられ、「『集中講義刑法総論』は非常にいい本であり、よくここまで書いていただいたという思いがしました。お陰様で刑法が楽しく勉強できます。ありがとうございます」とお褒めにあずかった。講演会などで読者の方からの直接的な、反応は体験しているが、旅先で突然呼び止められてお話を伺うのは初めてであったので、じつに嬉しかった。著者冥利に尽きるとの思いを深くした次第である。研究者仲間からは「ノウハウは秘めておいた方が得策なのに、そこまで手の内を明かしてしまうと、これからの執筆活動に支障をきたすのではないか」との心配までしていただいたことであつた。しかし、わたくしは刑法学習に難渋している学生諸君の悩みを解消する道を選び、親愛の情をこめて刑法学からのメッセージを送り続けているのである。初版でわたくしなりのねらいはほぼ実現できたが、叙述に不満なところがあつたので、さらに内容を充実させるために改訂しなければならぬと考えてその準備をしてきたけれども、まとまった時間をつくることができず、延引を重ねてきた。刑法典の現代語化が実現し、内容的にも書き改めなければならない箇所が生じたので、思い切つて改訂作業にとりかかった。改訂にあたって、次の諸点に留意した。①改正された刑法に準拠して、用語を統一し表記をすべて改めるほか、尊属加重処罰規定の削除に対応して「共犯と身分」の叙述を書き改めること。②

引用した文献は最新版によることにし、あらたに刊行された体系書・教科書などを参照すること。③分かりやすくするために、表現を変えたり、難読文字にはルビをふるようにすること。部分的に残っていた「であります」調をすべて「です」調に変えた。当初、わたくしの体系書『刑法総論講義』へのリファレンスを詳密にする予定であったが、時間の制約のため今回は実現できなかった。次の課題とさせていただき読者諸賢のご寛容を乞いたいとおもう。よろしくご叱正をお願いする次第である。

本版の刊行にあたって、成文堂編集部次長の本郷三好氏に大変お世話になったので、ここに記して謝意を表したい。校正について、明治大学法学部助手阿部力也、明治大学大学院博士後期課程の明照博章、平野潔、長谷川裕寿、同前期課程の川俣幸子の諸君の誠実な協力を得たので、御礼を申し述べる。

平成九年（一九九七年）三月三十一日

川 端 博

初版はしがき

ものごとを達成するためには、五つのCが必要であるとわたくしは考えている。五つのCとは、Confidence (自信)、Concentration (集中)、Cooperation (協力)、Condition (条件)、Coordination (調整・調和)である。これらはそれぞれ相互に関連している。本書は、刑法総論の基本構造を明確に把握できるように、「集中」的に重要事項を講義するものである。一気に実体に迫る勢いをもって講述しているところに、本書の特色があるといえるであろう。刑法理論はきわめて精緻であり、かなり錯綜している観を呈しているので、これを理解するのに大変な努力が要求されそうで、おじ気づいている初学者が多い。取り組み前から早くも尻込みしてしまい、「自信」を失っているのである。また、十分に時間をかけて刑法総論の基本書を読破し、種々参考書を渉猟してきているのに、いま一つ納得がいかず、「自信」をもてないまま途方に暮れている人も非常に多い。しかし、刑法総論は、理論的であるからこそ、かえって分かりやすいはずの科目であることに思いをいたしてほしいとおもう。わたくしは、かねてより「刑法はむずかしい」と主張してきているが、どうも逆説的な響きをもって受け取られているようである。なぜ「刑法は難解である」と誤解されているのであろうか。それは、理論と実体の関係について誤った思い込みが根深いからであるとおもう。理論は、あくまでも質料としての「実体」に統一的な説明を与える「形式」なのである。その「形式」が壮麗であればあるほど、精密さに圧倒されて、つい細部に目がいつてしまい、全体構造を見失ってしまいがちである。しかし、問題は「実体」を把握するところにある。いいかえると、何がその法律問題の「実体」なのかをつかめることが肝要なのである。より良く問えば、すでに問題は半分以上解決されているといえる。

それでは、どうすれば「実体」を把握できるのか。このような発想から本書は講述されている。刑法総論の重要

な問題について、それが問題となるそもその根源にさかのぼることによって、実体を解明したつもりである。これは、わたくしが、これまでの研究者および教師としての長い経験をとおして体得してきたノウハウを公開するものといえる。つまり、本書は、刑法の「発想法」を読者のあなたに伝授するものである。思考の方法として、演繹(deduction)と帰納(induction)、が有名であり、広く普及しているが、ここに発想(conception)の重要性を強調しておきたい。

本書は、種々の機会にわたくしの講義に参加してきた受講生とわたくしとの相互作用(interaction)・「協力」の産物であり、読者のあなたの「協力」を要請するものである。これを「継続」的に読み、また、これを読破し十分に活かす「条件」をつくり、種々の「調整」をおこないバランスのとれた実力を身につけるように工夫がほどこされている。第7講を除く全講に「設例」および「論点と考え方」を付して、問題のイメージを容易にもてるようにしている。なお、本シリーズの性格上、参考文献の引用は最小限度にとどめざるをえなかったことをお断りしておく。ところで、わたくしは大塚仁博士からはかりしれない学恩と御芳情を賜ってきており、それに対する感謝の念を表すべく、本書を博士に献呈させて戴くことにしたい。

本書の刊行にあたっても成文堂の阿部耕一社長、土子三男編集長、編集部の本郷三好氏のお世話になった。とくに本郷氏からは本シリーズの企画の段階から種々の協力を得た。記して謝意を表する次第である。

一九九一年(平成三年)十一月二三日

目次

はしがき

第1講 因果関係

はじめに(1) 因果関係論の動的把握(1) 全体像の把握と法的思考力の錬成(2)

因果関係論の現況(3) 問題点の整理(5) なぜ択一的競合を問題にするのか(6)

因果関係論不要説の検討(7) 学説における論理の徹底性と修正(8)

等価説としての条件説と因果系列の限定(9) 因果関係の中断論(11) 原因説と相当説の違い(11)

説得力のある叙述の方法(12) 判断基底の問題の意味(13) まとめと設例(14)

条件関係の確定の問題性(16) 択一的競合のもつ理論的インパクト(17) 設例に即して(18)

択一的競合において条件関係を肯定する実質的理由(19) コンディティオ公式の修正(20)

因果関係と規範的評価(21) 各設例の解答へのアプローチ(22) 判断基底の問題(23)

折衷説に対する批判と反論(23) 判断基底の具体的適用とその叙述方法(25)

判断基底にとりこむことの意味(26) 説得力のある答案とはどういうものか(27) 共犯と因果関係(29)

第2講 不真正不作為犯

はじめに(32) 基本型と修正型の関係(33) 分析概念としての基本・修正とその活用(34)

能率的な勉強法としての還元法(35) 不真正不作為犯の問題性(36) 不真正不作為犯の成立範囲(38)

作為義務の問題性(39) 設例に即して考える(40) ひき逃げと保護責任者遺棄致死罪(41)

作為義務の発生根拠(42) 客観面または主観面からの制限(43) 排他的支配領域性の観念(44)
 排他的支配領域性と「同価値性」との関係(45) 柔軟な思考力を養う方法(47)
 不真正不作為犯における錯誤(47) 作為義務の位置づけ(49) 保障人が保証人か(51)
 保障人説の内容(51) 区別説の登場(52) 統合説の内容(52) 区別説からの反論(54)
 区別説の妥当性(55) 法的分析とは何か(56)
 どのようにすれば法的分析はうまくいくか(58)

第3講

法定的符合説と具体的符合説——構成要件的事実の錯誤(1)——

はじめに(60) 錯誤「論」の意味(61) 未遂犯と錯誤論(63)
 行為者の主観の取り扱いの問題が学界の底流にある(64) 具体的符合説の有力化の背景(65)
 具体的符合説と物的不法論との関係(65) 具体的符合説と条件説との関係(66)
 法定的符合説と相当因果関係説との関係(67) 実践的観点から見た錯誤論(68)
 設例に即して(69) 定義の意味・役割とその活かし方(70)
 いわゆる「そもそも」論の欠陥(73) 法定的符合説に対する批判(75) 故意の「転用」論(76)
 実体としての故意と概念としての故意(77) 具体的符合説と客体の錯誤(80)
 錯誤論を適用する前提としての未必の故意の不存在(82)
 法定的符合説は実行行為概念をゆるめるという批判(83) 法定的符合説からの反論(84)
 法定的符合説と訴因の特定(85) 法定的符合説と故意の事後的認定(87)

第4講

方法の錯誤と併発事例——構成要件的事実の錯誤(2)——

設例に即して(90) 故意の個数とは何か(91) 法定的符合説と故意の個数(92)

傷害と死亡の結果が生じたばあい処理(94) 批判に答える(96)
 客体がともに傷害を負ったばあいの処理について(97)
 客体がともに死亡したばあい錯誤をみとめない理由(98)

第5講 客体が財物のばあいと抽象的事実の錯誤における方法の錯誤

—構成要件の事実の錯誤(3)—……………100

客体が財物のばあいと具体的符合説(101) 抽象的事実の錯誤(103)
 薬事犯における抽象的事実の錯誤の取り扱いについて(107)

第6講 因果関係の錯誤と概括的故意—構成要件の事実の錯誤(4)—……………108

因果関係の錯誤と因果関係論(109) 因果関係の錯誤は無用な観念か(110) 設例(1)の解答(112)
 ヴェーバーの概括的故意と因果関係の錯誤(112) ヴェーバーの概括的故意の問題の本質は何か(115)
 因果関係の錯誤の問題なのか承継的共同正犯の問題なのか(116)

第7講 違法性の本質をめぐる諸問題……………118

はじめに(118) 正当防衛論と違法本質論との関連(118) 行為無価値論と結果無価値論(121)
 一元的行為無価値論(122) 主観的違法性論と一元的行為無価値論との関係(123)
 一元的行為無価値論の不当性(124) 二元的行為無価値論(126)
 構成要件の類似機能と構成要件の故意・過失の観念(128) 故意の犯罪論体系上の地位の問題との関連(129)
 物的不法論(131) 「主観」・「客観」の意味(132) 違法性と責任の関係(133) 客観的違法性説(134)

物的不法論としての客観的違法性説(135) 物的不法論と結果価値論(136)
 主観的違法要素について(137) 主観的違法要素としての「未遂犯における故意」(139)
 未遂犯における故意と既遂犯における故意の内容は同じである(141)
 一般的主観的違法要素としての故意の積極的論証(142) 「無価値」性と「反価値」性(143)
 行為が無価値と結果無価値との「関係」について(144) 行為が無価値論と刑法の倫理化(145)
 行為が無価値論と主観的違法性論(146) 刑法の適用論と違法行為の属性論は区別されるべきである(147)

第8講 正当防衛

偶然防衛(151) 防衛意思必要説の実定法上の根拠(152)
 防衛意思の内容(154) 防衛意思不要説と事後的判断(155)
 防衛意思の要否と事前判断・事後判断(156) 人的不法論からの捉え直し(158)
 事前判断と防衛意思の内容(159) 思考視座としての行為時基準判断(160) 第三者のための偶然防衛(161)
 偶然防衛を未遂犯として処罰することの当否(162) 防衛行為と第三者(163) 設例の解答(165)
 余談として(166) 対物防衛(167) 通説からの反論(168)
 違法性の本質論との関連(169) 侵害の予測・積極的加害意思と正当防衛の肯否(170)
 侵害の予測と急迫性(171) 設例に即して(172) 緊急行為の本質は何か(173)

第9講 過失犯と正当防衛

過失犯と正当防衛(177) 過失犯論からのアプローチ(178)
 新旧過失犯論争とは何か(179) 旧過失犯論の主張(181) 新過失犯論の発展過程(182)
 わたくしは新過失犯論者(184) 新過失犯論の積極的基礎づけ(185) 構成要件的過失の内容(187)

第12講

誤想防衛・誤想過剰防衛

- けんかと正当防衛(236) 誤想防衛(237)
- 独自の錯誤説(240) 誤想防衛における違法性阻却の可能性(242)
- 消極的構成要件要素の理論の批判的検討(245) 規範と許容命題(247)
- 構成要件の情報化機能(248)

235

第11講

安楽死・尊厳死

- 問題の所在(218) 安楽死の定義(219)
- 責任阻却事由説の根拠(222) 私見(224)
- 判例の立場(225) 設例(1)の解答(228) 尊厳死(229)
- 患者の事前の意思表示としての「リビング・ウィル」(231)
- 設例(2)の解答(232)
- 積極的安楽死と違法性阻却(221)
- 結果無価値論と安楽死の法的性格論との関係(225)
- 行為無価値論・結果無価値論と安楽死の法的性格論との関係(225)
- 患者の自己決定権(230)

216

第10講

緊急避難

- 過失による正当防衛の成否(189) 防衛意思の内容(190)
- 防衛意思における認識の要素と意思的要素の関係(191) 主観的違法要素としての防衛意思(193)
- 設例に即して(195) 急迫不正の侵害の認識があるばあい(195) 過失による緊急避難(196)

199

刑法の行為規範性(250) 構成要件該当性と違法性との関係(250) 許容命題は無用の観念(252)
 違法行為の平均型としての構成要件(253) 誤想防衛論における視座の変化(254) 私見(255)
 誤想過剰防衛(256) 誤想防衛の範囲と故意説(257) 誤想防衛の範囲と責任説(259)
 誤想防衛の範囲と人的不法論(260) 誤想防衛は過失犯的、過剰防衛は故意犯的といえるか(261)
 誤想過剰防衛における故意阻却と刑の不均衡(262) 判例と誤想過剰防衛(264)
 いわゆる「騎士道判決」(265)

第13講

原因において自由な行為

問題の所在(269) 行為と責任の同時存在の原則の根拠は何か(271)
 行為と責任の同時存在の原則における行為とは何か(273) 定型的な実行行為性と実行の着手時期(274)
 行為と責任の同時存在の原則の捉え直し(274) 間接正犯論の類推(276)
 類推解釈の本質と手順(276) 間接正犯論の類推の具体的内容(278) 原因設定行為と実行の着手(279)
 心神耗弱と原因において自由な行為(280) 通説の修正(283)
 原因において自由な行為の未遂(284)

第14講

違法性の認識と違法性の錯誤

はじめに(286) 違法性の認識の可能性があるあい(288)
 故意説と責任説の対立のもつ意味(290) 責任説とは何か(291)
 違法性の認識と嚴格故意説(292) 故意説と道義的責任論(293)
 責任説に対する嚴格故意説からの批判(295) 制限的故意説の登場(296)
 嚴格故意説の刑事政策的欠陥について(299) 違法性の未必の認識(300)
 責任説の台頭(297)

第15講

実行の着手・中止犯（中止未遂）

「もま・むささび事件」と「たぬき・むじな事件」(302) 法律の錯誤説の主張(303)
 法律の錯誤説に対する批判(305) 私見(307) 予想される批判に答える(308)
 記述的要素と規範的要素の限界(309) まとめ(310)

312

第16講

不能犯

何が、なぜ問題となるのか(312) 行為無価値論・結果無価値論との関係(314)
 未遂犯論・共犯論のポイントとしての「実行行為」概念―論点発見のヒント(317)
 実行の着手に関する主観説(318) 客観説の発想(319) 設例に即して(320) 主観説からの解答(321)
 客観説からの解答(321) 折衷説の主張(323) 折衷説と行為無価値論・人的不法論との関係(323)
 行為者の意思内容の評価をめぐって(325) 中止犯・中止未遂(326)
 なぜ着手未遂・実行未遂において中止行為に違いがあるのか(327) 中止行為の任意性(328)
 中止犯の法的性格論の新たな視点(329) 中止犯の責任減少の論拠(330) 違法性減少説(331)
 違法性・責任減少説の提唱(332) 「違法性は連带的に、責任は個別的に」のテーゼの基礎(334)
 「違法性は連带的に、責任は個別的に」のテーゼに対する疑問(335) 既遂犯と中止犯規定(335)
 予備の中止(336) 予備について中止犯規定を類推適用する実質的根拠(337)
 予備罪について中止犯規定を類推適用する範囲(339) 独立罪としての予備罪とは何か(340)
 減免の対象となるべき刑は何か(341) 減輕免除の基準刑は何か(342)

343

不能犯論と未遂犯論との関係(344) 客観主義と主観主義(345) 不能犯における主観説(346)
 絶対不能・相対不能説(347) 具体的危険説(348) 違法性論の発展とのかかわり(349) 判例の立場(350)

第17講 共同正犯の諸問題

設例に即して考える(351) 下級審判例に範を求めて(354) シュールバイシュピールに即して考える(356)
 いわゆる主体の不能(357) 事後的判断の問題性(358) 法感情に適合する解釈(360)

共犯論は難しくない(362) 共同正犯は社会的なのか組合的なのか(366)

共同意思主体説(366) 集団主義的原理の不当性(367) 個人主義的原理(368)

「一部実行の全部責任」の原則(369) 個人主義的原理による共謀共同正犯の捉え方(370)

犯罪共同説と行為共同説(371) 共犯は「数人一罪」なのか「数人数罪」なのか(372) 罪名従属性(372)

行為共同説(373) 犯罪共同説・行為共同説と過失の共同正犯(374) 主観主義と行為共同説との関係(375)

因果関係論の修正としての共同正犯論(376) 実行行為の共同(378)

共謀共同正犯論の現況(379) 共謀共同正犯肯定説の実質的根拠(379) 共謀共同正犯否定説からの解決(382)

反対説を批判することによる自説の二重の正当化(383) 柔軟な思考力とそれを身につける方法(384)

見張り行為は共同正犯か従犯か(385) 学説の状況(385) 共同正犯と中止犯(387)

共同正犯関係からの離脱(388) 承継的共同正犯(388)

承継的共同正犯の解釈論的アプローチ(390) 主観的アプローチへの疑問(390)

客観的アプローチへの疑問(391) 予備の共同正犯(392) 判例(394)

第二審判決の論理(396) 大阪高裁昭和三八年判決(399) 名古屋高裁判決と大阪高裁判決の検討(402)

第18講 教唆犯・従犯(幫助犯)の諸問題

共犯の従属性と独立性(407) いわゆる実行従属性の実質的根拠は何か(409) 間接正犯について(410)

共犯独立性説と間接正犯の関係(411) 間接正犯の正犯性(412) 行為支配説(414) 規範的障害説(415)

第19講

共犯と身分

- 実行為性説(通説) (416) いわゆる「要素従属性」の問題 (417) 制限従属性説の独自の論拠づけ (418)
 罪名従属性の問題 (419) 私見 (420) アジャン・プロヴォカトゥールの問題 (421)
 共犯の処罰根拠論と教唆犯の故意の内容 (422) 教唆犯の故意の内容 (424) 設例に即して考える (424)
 因果共犯論と責任共犯論 (425) 共犯の処罰根拠が問い直される理由は何か (426) 片面的従犯の問題 (430)
 「意思の連絡」の要否 (431) 間接従犯の問題 (432) 設例に即して考える (433)
 身分概念 (437) 真正身分犯は義務犯か法益侵害犯か (438) 真正身分犯と不真正身分犯 (439)
 なぜ六五条一項と二項の「関係」が問題にされるのか (440) 判例の立場 (452) 立法論上の問題点 (452)
 六五条一項と二項の関係についての学説の状況 (441) 六五条の文理解釈 (454) 真正身分犯と不真正身分犯の関係 (456) 設例に即して考える (457)
 身分なき故意ある道具 (457) 六五条一項にいう「共犯」の意義 (459) 私見 (461)
 常習賭博罪における共犯と身分 (461) 自手犯 (463) 最高裁の判例 (464) 強姦罪は身分犯か (465)
 業務上横領罪と六五条の適用関係 (466) 設例に即して考える (466) 講義を終えるにあたって (467)