

刑法綱要總論

團藤重光著

第三版



創文社

団藤重光 (だんどう・しげみつ)

略歴：1913 生れ，1935 東大法学部卒業，1937～1947 東大法学部助教授，1947～1974 東大法学部教授，1974 慶応義塾大学法学部教授，1962～1974 日本刑法学会理事長，1974～1983 最高裁判所判事。

現在：東京大学名誉教授 (1974～)，日本学士院会員 (1981～)，文化功労者，法学博士，名誉法学博士 (ミシガン大学)，国際刑法学会 (A. I. D. P.) 国際社会防衛学会 (S. I. D. S.) 各名誉理事，日本刑法学会顧問 (1974～)，アメリカ学芸・科学アカデミー外国人名誉会員。

主著：「刑法綱要総論 (初版 1957，改訂版 1979，3 版 1990)」 「刑法綱要各論 (初版 1964，改訂版 1985，3 版 1990)」 「刑事訴訟法綱要 (1943)」 「新刑事訴訟法綱要 (初版 1948，7 訂版 1967) (Japanese Criminal Procedure, translated by B. J. George, Jr., 1965)」 「訴訟状態と訴訟行為 (1949)」 「刑法と刑事訴訟法との交錯 (1950)」 「刑法の近代的展開 (初版 1948，増訂版 1952)」 「条解刑事訴訟法 (上) (1950)」 「刑法紀行 (1967)」 「法学入門 (1973，増補 1986)」 「実践の法理と法理の実践 (1986)」 「この一筋につながる (1986)」 「わが心の旅路 (1986)」

1957 年 10 月 15 日 初版第 1 刷発行
1972 年 3 月 15 日 初版第 57 刷 (増補) 発行
1978 年 3 月 20 日 初版第 72 刷 (増補) 発行
1979 年 4 月 30 日 改訂版第 1 刷発行
1980 年 6 月 25 日 改訂版第 4 刷 (付第 1 追補) 発行
1981 年 6 月 30 日 改訂版第 5 刷 (付第 2 追補) 発行
1989 年 5 月 9 日 改訂版第 15 刷 (増補) 発行

〔刑法綱要総論〕

		一九九〇年六月一日
		第三版第一刷発行
発行所 本社 仮事務所 東京都千代田区一番町一七―三 電話 〇三―三三三五四三六― 振替 東京 二―九二四七二		一九九一年二月二五日
		同第二刷 (追付) 発行 (本体五五〇〇円)
著者	団藤重光	定価五六六五円
発行者	久保井理津男	
印刷者	山田隆	

株式会社 創文社
東京都千代田区一番町一七―三
電話 〇三―三三三五四三六―
振替 東京 二―九二四七二

精興社印刷・徳住製本

ISBN 4-423-73049-9

Printed in Japan

第三版のはしがき

改訂版は増刷のたびに増補や訂正を加えて来たが、体裁からいっても、読者の便利の点からいっても、もう限界に來たようである。そこで、相変わらず、はなはだ不満足なものであるにもかかわらず、ここに第三版を世に送ることにしたのである。

この第三版でも、わたくしの基本的な立場にはなんらの変更もない。それは、一言でいえば、法、ことに刑法における人間的なものの強調、人間疎外の拒否ということに尽きる。わたくしが主体性の理論を常々強調し、また、その一場面として間主体性ということを論じているのも、まさしくその趣旨にほかならない。

昨年（一九八九年）の秋、訪英の機会に、わたくしはカール・ポッパー（Sir Karl Popper）博士をロンドンから程近いケンレーの自邸に訪ねた。わたくしはいわゆるポツパリアンではなく、博士の立場は、周知のとおり、批判的合理主義であるが、そうした立場の相違を超えて、われわれの会談は非常に楽しく、かつ、実り多いものであった。折目ただしいこの高名な老哲学者は、自分の方から、まず刑法や刑事裁判の話題を持ち出された。わたくしは、頃合いをみて、間主体性の問題を取り上げた。博士は合理主義の立場から出発しながら、たとえば行動心理学的な考え方（遡って哲学的行動主義）などには強く批判的で、自由意志のことはこそ使わないが、わたくしにははつきりと人間の主体性を認める立場だと察せられた。^{*}博士は合理主義的な客観性追求の見地から、「間主体性」、すなわ

ち多くの科学者たちの「友好的―敵対的な共働 (friendly-hostile co-operation)」こそが客観的な科学的認識を發展させるために必要不可欠なこととし、知識社会学者をもつて自認する人たちがこのことをほとんど無視していることを慨嘆するのである。博士は強い人道主義者であるから、刑罰論や刑事裁判論でも意気投合するところが非常に多かった。帰国後、博士から届いた書簡には、「あなたの来訪は、いかに、非常に異なった文化から来た二人が、短時間のうちに、相互に同調し完全に理解し合うことができるかを示すものでありました。わたくしはこのことをまことに重要なことだと感じます」とあった。わたくしは、もともと出発点を異にしながら、共通の見解に到達したことに感銘を覚えた。これも「間主性」の働いた場面の一こまだと思う。

わたくしは以前から死刑反対の立場を次第に強めて来ていたが、今では決定的に廃止論者になっている。昨秋のロンドン滞在中には、はじめてアムネスティー・インターナショナルの本部を訪ねて、そのイデオロギーを超え人道的精神に溢れた、地球的規模の活動ぶりに強い感動と共鳴を覚えた。帰国後は、日本支部をも訪ねて、及ばずながらの協力を約したのである。この版には、わたくしのその気持ちが出ているはずである。

ここにぜひとも書き加えておかなければならないのは、畏友ジョージ (B. James George, Jr.) 教授が数年前から手掛けて下さっていた本書 (総論) の英訳がほぼ完成して、年内か来年のはじめには刊行の運びになったことである。最後の仕上げはこの第三版の校正刷をもとにされたので、抄訳ながら、ほぼ本書の全貌を伝えるものになると思われる、わたくしにとって無上の喜びであり最高の名誉である。かつての『新刑事訴訟法綱要』六訂版の英訳 (一九六五年) に続いて、今回は刑法総論の翻訳といういつそう骨の折れる仕事をして下さった教授の格別のご好意とご友情に対し、心からのお礼を申し上げる。毎年のように来日されて、東京と軽井沢とで、教授の英訳原稿を

検討する共同作業をしたことは、わたくしにとって楽しい思い出である。この共同作業に参加してくださった神戸大学の佐伯仁志教授のご協力も、貴重なものであった。なお、この機会に、この企画を可能にされたワイズ（Edward M. Wise）教授と、上記の刑事訴訟法の英訳の刊行に続いて今回も出版を引き受けられたフレッド・ロスマン社（Fred B. Rothman & Co.）に対しても、深謝の意を表する次第である。

原稿の整理、校正、索引の作製などについては、創文社編集部の石川光俊君に大変にお世話になった。記して、その労を多とする。

一九九〇（平成二）年三月二八日

団 藤 重 光

* Karl R. Popper, *The Open Universe, An Argument for Indeterminism*, 1988 (Addendum 1: Indeterminism Is Not Enough: An Afterword, pp. 113-130). これは、物理学における不確定性理論は人間の自由を根拠づけるには不十分だという議論である。同じ著者による *Auf der Suche nach einer besseren Welt*, 3. Aufl., 1988 にも、その随所に、非決定論的な所論が見られる。例えば、「内奥からの衝動として個人の自発性」(S. 22)、「決定論のように、われわれに積極的活動性を否認するのは、とくにわれわれの批判的な精神的な仕事にとっては、矛盾である」(S. 26) 等々。ちなみに、著者がこの書物の序文で刑法改正の問題に触れているのも興味深い。

** Karl R. Popper, *The Open Society and Its Enemies*, Vol. 2, 1966, p. 217.

初版のはしがき

刑法は、法律のなかで、だれにとつても、おそらくいちばん親しみやすい分野であろう。犯罪とはなにか、刑罰とはなにか、死刑は是非か、といった刑法の根本問題について、まったく法律を知らない人でも、ひとかどの議論をたたかわす。いな、法律を知らない人のほうがかえって新鮮な感覚をもつていて、専門家に反省を促すことさえもあるくらいである。刑法はそれほど人間性に深く根ざしているのである。

ところが、専門家による刑法の理論構成は、日ましに精密さと複雑さを加えて来て、次第に近寄りにくいものになりつつある。むろん、それにはそれだけの理由のあることである。刑罰権といった国家権力の発動が定めなものにならないようにするために、あらゆる恣意を封じなければならない。罪刑法定主義はその立法的ならわれであるが、微動もしない正確な理論構成への要請も、これとうらはらをなすものだといつてよい。そこに刑法学の重要な社会的使命のひとつがある。しかし、もしそうした自覚なしに単に理論のための理論を考えるようになっては、刑法学の生命は失われる。

刑法学は、つねに、人間的なもの、また、社会的なものに根をおろして、そこに生命の泉を求めなければならない。この書物の執筆にあたっては、およばぬながらも、終始、このことだけは忘れなかったつもりである。

（昭和三一（一九五七）年九月二三日）

初版第六五刷のはしがき

わたくしはこのたびはからずも最高裁判所判事に任命されたが、本書に述べるところは、いうまでもないことながら、わたくしの学者としての所説であつて、裁判官としての意見ではない。

もともと解釈法学に関するかぎり理論と実践とは別のものではなく、したがつて、学者の立場と裁判官の立場とで基本的なちがひがあるわけのものではないが、それにもかかわらず、両者のあいだにはかなりのニュアンスがある。わたくしは、かつて、次のようなことを書いた（団藤・法学入門・昭和四八年〔筑摩書房刊〕・三一九—三二〇頁）。

「裁判官の良心は、客観的法の実現という要請との関係で、基本的人権として保障される個人の良心を中核としながらも多少の変容を受けるのに対して、法学者が法解釈をするばあいの学者的良心は、より純粹に本来の個人的良心に近いものといわなければならない。しかしこのばあいにおいても、法じたいが個人を越えるものであり、本来客観的なものである以上、自己の解釈論が法としての客観的妥当性をもちうるものとの信念のもとにその主張をするのであるから、法解釈における良心は、良心とはいつても純然たる個人の良心とは多少のニュアンスをもつことになるであらう。そのような意味においては裁判官の良心と法学者の良心との間には本質的な違いはないものともいつてよい。かような意味においても、法解釈は単なる主観的なものではなくして、いわば主観的「客観的」ともいふべきものである。」（中略）

「裁判官の良心と法学者の良心とのちがひについて、なお、一言を加えると、第一に、裁判官の良心は、国家的機構としての司法部の一員として司法過程に活動するところの良心であり、裁判官としての職責を果たすという立場から良心の

声をきくのである。ところが法学者の良心にはこうした制約は全然存在しない。国家や法を否定することも、法学者としての立場とすこしも矛盾するものではない。第二に、法学者は自己の正しいと信じる見解を学界に説得するために、必要に応じて、多少とも過度の強調をすることはすこしもさしつかえない。はげしい論争の際には、それはしばしばみられることであり、それは学者的良心の現われとみられることがすくなくない。このばあいは、本人は、その主張がただちに判例にそのまま採用されることを念頭に置いているとはかぎらないのであつて、その意味では、主張の主体性―主観性がより正面に立ち現われ、客観性は背後にひそむことになる。――こうした微妙な点を追求して行けば、裁判官的良心（正しい裁判をするという良心）と法学者的良心（正しい法学説を立てるという良心）とのちがいは、ほかにも多くを追加するのである。したがつて、また、法学者が裁判官になつたばあい、あるいは裁判官が法学者になつたばあいに、同一人であろうとも、見解に相違が出て来る可能性があるのは当然であつて、そのことは本人の良心の弱さを物語るものでなく、むしろ良心の強さと鋭さを示すものにほかならない。」

裁判官としてわたくしが将来示すであろう意見が本書の所説とくいちがうことがあつても、それは右のような点に由来する。あらかじめ読者の諒承を乞う次第である*。

（昭和四九（一九七四）年一〇月）

*（追記）この良心論は読者のあいだに論議をかもしたようなので、わたくしは『わが心の旅路』（二五一頁以下）および『実践の法理と法理の実践』（二九頁以下）の中で、自分の趣旨とするところを少しばかり敷衍しておいた。併せて参照していただければ、しあわせである。

改訂版のはしがき

初版の刊行以来二十二年、七十二刷を重ねて、もうこれ以上、読者の好意に甘えることが許されるはずはない。紙型の磨損もある。最高裁判所の仕事は想像以上の激務であるが、寸暇をぬすみ寢食を惜しんで、いまどうやら改訂の筆をおいたところである。

この四半世紀近くのあいだに、物事の移りかわりが大きかったことは、いうまでもない。国内的にも世界的にも、社会が動き、判例が動き、学説が動き、立法事業が動いた。これらの動向を追いつ、検討を加えるのは、きわめて重要なことである。わたくしは、及ばぬながらも、できるだけ努力はしたつもりである。しかし、初版のはしがきにも書いたとおり、刑法には人間的なものと社会的なものとの双方が根底に横たわっている。動くものの中にも社会的見地からみて本質的なものが含まれていることを看過してはならないと同時に、刑法が深く根ざしているところの人間性こそがもつとも根元的なものであることを見失ってはならない。生命科学の発展をみていると、人間性さえもがはたして将来にわたって永久不変のものであるかどうかわからないが、人間性の本質がそう簡単に変るものでもなく、また、変つてよいものではあるまい。人間の尊厳性、その奥にある人格の主体性といったものは、いくら強調してもしすぎることはない。われわれは、動くものと動かないものを、しっかりと見定めなければならないのである。

わたくしは、この四半世紀近くを無為にすごしたわけではない。わたくしなりに、多少とも、視野をひろめ、思索を重ねたつもりである。そのささやかな結実のひとつは、小著『法学入門』（昭和四八（一九七三）年・筑摩書房刊）であつた。ここ

では法の世界の全般にわたってその諸相を見渡すとともに、人間の主体性の考え方をすみずみまで浸透させることを試みた。わたくしが刑法の領域で主体的人間像を強調して来たことの自信が、この小著によって強められたように、自分ではおもっている。わかりやすくは、東京大学の定年退職にあたって「法における主体性^{*}」と題して行った最終講義の中で述べており、その速記が法学協会雑誌第九二巻第四号（昭和五〇年「一九七五年」）に掲載されている。これと前後して、わたくしは国際法哲学・社会哲学会（IVR）に依頼されて、セント・ルイスの法哲学・社会哲学世界会議（一九七五年）の「行動の科学的操作と自由の法的保護^{*}」という議題のためにプロブレム・ペーパーを書いた。近年における行動科学や生命科学の急激な発達に呼応して、いかにこれを人類福祉のために役立て、また、いかにその濫用に対して人類の尊厳と自由を擁護して行くかというのが、問題の要点である。わたくしは、ここでも、科学技術の必要性を論じるとともに、それにもはるかにまして、人間的英知さかのぼっては人間の主体性が重要であることを強調した。ところが、わたくしをおどろかせたのは、わたくしの報告がとくにアメリカの人たちの格別の共鳴を得たことであつた。わたくしは報道陣にとりかこまれたが、中でも、全米にひろい読者層をもつセント・ルイス・ポスト・デイスパッチ紙（一九七五年八月二九日号）などは、相当のスペースを割いてわたくしの報告を大きく報道してくれた。おそらくアメリカでは科学技術が格段に進んでいるため、こうした問題への関心が一段と深刻になっているせいであろうとおもわれた。わが国でも——そうして発展途上国でも——こうした事態は早晚やつて来るにちがいない。それだけに、わたくしの年来の人間性の強調は、将来とも、ますます意義が大きくなると信じている。誤解を避けるためにくりかえしていえば、わたくしは科学技術（たとえば、スキナーのオペラント・コンディショニングや分子生物学による遺伝子の組みかえ、等々）の人類福祉への奇与をいささかでも軽くみるつもりはない。ただ、それを動かして行く人間的英知こそが人類の将来にとって本質的に重要だと主張するのにほかならない。しかも、刑法学は、そうしたことが、もつ

とも端的に現われる領域のひとつなのである。

わたくしの眼界をひろげ考え方を深めてくれたもうひとつの要因は、最高裁判所判事としての仕事であった。ここでは刑事法ばかりでなくあらゆる法領域の問題を扱わなければならないし、また、現実の事件に直面して、まさしく実務的・実践的な立場から問題に取り組まなければならない。事実審とちがつて、刑事事件でも、被告人と直接に接触することこそないが、記録や証拠を通じて現実の事件に直面するわけであり、しかも自分の結論がただちに被告人の運命を左右するのであるから、ひとつひとつの事件がいわば真剣勝負のようなものである。しかも杉大な判例の体系や実務の仕組みの中に在って、個々の裁判のもつ意味——片や実務の内部に対し片や社会一般に対してあたえる影響——を慎重に考慮しなければならないのである。まだ四年半にも満たない短期間とはいえ、毎日こうした仕事に携わりながら、わたくしが実務の体験から得た教訓はかり知れないものがある。^{***}もちろん学者の立場と裁判官の立場、学者的良心と裁判官的良心とのあいだに微妙なちがいはあることは、最高裁判所判事就任当時、本書の初版第六五刷のはしがきとして書いたとおりであるけれども、両者は窮極においては一筋につながるものである。わたくしは、実務家としての経験をも活かしながら、しかし、どこまでも学者としての立場において、ただこの一筋につながる心境で、この改訂版を書いた。あまりにもあわただしい執筆であつただけに、読みかえして意に満たないところはなほ多いのは、いまのわたくしとしては、やむをえないことである。読者諸賢の示教を待つこと切である。

(昭和五四(一九七九)年二月四日、春立つ日に)

* 団藤・『この一筋につながる』(一九八六年・岩波書店)所収。

** その概略は、「科学と人権」と題して、上掲『この一筋につながる』に収録しておいた。

はしがき

*** わたくしの最高裁判所在職中の体験と、かねてから考えていた主体性の理論とを結びつけて、多少体系的に一冊にまとめてみたのが、『実践の法理と法理の実践』（一九八六年・創文社）である。

改訂版第一四刷のはしがき

わたくしは今までにも第四刷と第五刷に若干の追補を加えておいたが、その後、昨年の刑法等の一部改正（五九二頁以下参照）や精神衛生法（精神保健法と改称）の改正をはじめ、立法・判例・学説にかなりの動きがあったので、今回はこれらの発展の最新の状態を考慮に入れて、やや大幅な増補を施し、巻末の索引も、読者の便宜のため、増補の部分を含めて作り直すことにした。

「改訂版のはしがき」にも書いておいたとおり、改訂版は最高裁判所在職中にあわただしく執筆したものであって、もともと甚だ意に満たないものであったのであり、本来ならば、このあたりで版を改めて全体を書き直さなければならないところなのである。特に気になっていることの一つは、共謀共同正犯の基礎づけに行為支配の理論を援用する以上、構成要件の外に正犯（Täterschaft）の理論を体系的に正面から取り上げる必要があり、間接正犯や原因において自由な行為などは、構成要件の場面から正犯理論の場面に移されなければならないはずということである。わたくしは最高裁判所に在職中共謀共同正犯について基本的判例にしたがうことを決意したとき（六一三頁（三七二頁二行目）に対する補注）参照、何よりも先ずわたくしの心を領したのはこのことであつたのであり、早晚、総論のかなり根本的な改訂が不可避であることを覚悟したのであつた。ところが、今にいたるまで、想も十分に熟さないまま、雑事に追われていることもあつて、まだその宿願を果たすこ

とができないでいる。これについては、自分でも遺憾に耐えないし、読者にもはなはだ申訳なくおもっている。

これは、しかし、わたくしにとつては、重要とはいいながら、単なる体系の組立てないし理論構成の問題に過ぎない。これに對して、わたくしの学問の骨格をなしている主体性の理論およびそこから流出する人格責任の理論は、もつと本質的な問題であつて、具体的な適用の仕方において多くの工夫の余地があるのは別論として、根底においては、譲歩の余地のないものである。近著『わが心の旅路』（昭和六一年・有斐閣）にも——やや誇張した形で——述べたとおり、主体性の理論、人格責任の理論は「私の信念というよりは、私自身」であり、「精神的」身体的な全体としての私そのもの」なのである（その三六頁）。井上正仁教授の好意によつて、インターヴュー形式で、このような自伝風のものを出す氣になつたのは、学問形成とその奥にある人格形成の在り方を、主体的にわたくし自身を素材にして示してみたからである。わたくしはその中で自分の素質と環境がいかに自分の人格形成の基礎になつてゐるか、また、自分の主体的な人格態度がいかに自己形成に役立ち自分の学説の形成に響いてゐるかを——自分の内奥までも赤裸々にさらけ出して——體驗的に示そうと試みた。もし、これを一つのサンプルとして読んで頂ければ、わたくしの主体性ないしは間主体性の理論がどういふものであるかを実感として理解して下さるよすがともなうかとおもう。

人格責任論の要点を一言でいえば、およそ人間の行為は行為者の人格と切り離しては正當に理解されえないということに尽きる。学者の學術的行為（著述や講演）、芸術家の藝術的行為（制作や演奏）、政治家の政治的行為、等々、すべてそうである。犯罪もまた決してその例外ではない。人格内部への国家権力の介入が許されるべきでないという主張は正しい核心をもっているが、だからといって、人格責任論そのものを否定するのは、人間疎外の思想だといわなければならない。わたくしは刑法のような分野において人間疎外を許すことは絶対にできないのである。行為の背景にある行為者人格を顧慮することな

しに、これと切り離して行為を行為としてだけみようとすることは、当の行為を人間の行為としてではなく単に物理的な出来事としてみようとすることであり、行為者の人格的主体性ひいては人間的尊厳を無視するものだといわなければならない。行為をその際の具体的状況のもとにみようとすると、すでに行為者人格がその具体的状況の中に織りこまれているはずである。もちろん、人格が主体的な面をもつ実存的ものである以上、行為者人格を顧慮するとはいつても、裁判においてこれを認定の対象として考えることには——責任能力の判断における精神鑑定などは別論として——性質上相容れないものがある。わたくしは、これは、刑事裁判における「間主体性 (Intersubjektivität)」の問題として考えるべきものとおもっている。この点については、別稿「刑事訴訟法における主体性の理論」(ジュリスト九〇五号・昭和六三年)においてやや詳細に論じておいたから、この関連で参照して頂ければしあわせである。わたくしは、「改訂版のはしがき」においても、人間の主体性の趣旨を強調しておいたが、増補にあたつて、重ねて所信を述べておく次第である。

(昭和六三(一九八八)年五月三日、憲法記念日に)

凡 例

一 法令は平成二（一九九〇）年一月一日現在による。ただし、それぞれの論点との関係で旧法・旧規定について論述するのはもちろんであり、それは現行法の理解にも役立つはずである。

二 文献は、研究の便宜のため、項目ごとに、かなり詳細に掲げることとし、その際、わが国の主要な文献はなるべく網羅するようにつとめるとともに、外国文献はとくに重要とおもわれるものに限定した。掲載の順序は著書（括弧をつけてない）を先にし、論文（括弧をつけてある）を後にし、それぞれについては原則として執筆者名の五十音順によった。欧文のものは原則として、英語、ドイツ語、フランス語、その他という順序とし、それぞれの中では執筆者名のアルファベット順によった。個々の論点に関する学説については、代表的な主張者だけを引用するにとどめた。しかし、ある学説が学界で占める地位——通説、多数説、少数説のどれであるか——は、なるべくあきらかにした。わたくし自身の著書・論文をとくに多く出したのは、著者の立場を理解していただくためであつて、他意はない。

三 外国の立法例および草案例をも、近年のものとしては一九八五年のフランス刑法典草案や一九八九年のイギリス刑法典草案を含めて、ある程度に引用した。これらは、わが刑法予備草案（昭和二（一九二七）年）、改正刑法仮案（総則・昭和六（一九三一）年、各則・昭和十五（一九四〇）年）、改正刑法準備草案（昭和三六（一九六二）年）および改正刑法草案（昭和四九（一九七四）年）（単に「草案」と略称）の引用とあいまって、立法論としては