

# 第1講 刑法解釈論の本質

## ◆学習のポイント◆

- 1 刑法の目的・機能が何かをしっかりと理解する。この点が、刑法学習のスタートであると同時にゴールでもあるからである。
- 2 法益保護機能と人権保障機能が矛盾・衝突する場面をどのように調整するかが刑法解釈論の本質であることを理解する。
- 3 刑法解釈論における刑法の4つの基本原則の内容をいつでも説明できるようになる。

## 1 刑法とは何か

これから学習する刑法とはどのような法であろうか。刑法とは「犯罪と刑罰を規定した法律」である。すなわち、「刑罰」という制裁を手段として、犯罪という人間の行動を心理的にコントロールする法律である。

その代表は「刑法典」と呼ばれる法律であるが、それ以外の刑罰法規を特別刑法という。特別刑法の中には、軽犯罪法とかハイジャック処罰法（航空機の強取等の処罰に関する法律）のように刑法典各則の犯罪類型を補充・拡張する刑罰法規がある（狭義の特別刑法）。さらには、道交法、独占禁止法（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律）のように行政取締規定の実効性を刑罰によって担保しようとする刑罰法規もある（行政刑法）。

法学部の講義や司法試験の受験対策として学習するのは主に刑法典に規定されている犯罪である。しかも、「解釈論」、現に存在する刑法典をどのように解釈し、どのように適用するかを学ぶのである（刑法解釈論）。

### 【(広義の) 刑法】

- (1) 刑法典（狭義の刑法）
- (2) 特別刑法
  - ①（狭義の）特別刑法
  - ②行政刑法

### 【問題3】 チャタレー事件

出版社の社長である甲は、作家であるAに依頼して外国のある有名な小説を日本語に翻訳させ、これを扇情的な広告の下に出版・販売した。その際、甲は翻訳の内容が露骨な性的描写を含むことは知っていたが、これが刑法175条にいう「わいせつ文書」に当たるとは思っていなかった。

甲の罪責を論じなさい。

【問題3】において、甲が小説を出版する行為は客観的にはわいせつ文書頒布罪（175条1項）に当たる。そして、甲は、翻訳小説の内容が露骨な性的描写を含むことを知っていた以上、出版物が175条の「わいせつ文書」に当たるということまでわからなくても、その社会的意味を認識しているので、故意に欠けることはない。したがって、甲にはわいせつ文書頒布罪（175条1項）が成立する。判例も、本問と類似の事案において、わいせつ文書頒布罪の成立を肯定している（最判昭32・3・13刑集11巻3号997頁〔チャタレー事件〕）。

構成要件該当事実の認識があるといえるためには、裸の事実の認識では足りず、意味の認識が必要であるのは、意味の認識がないと、認識した事実に基づいて自己の行為の違法性を認識し反対動機を形成することが不可能だからである。

### 【問題4】

甲は、「これを日本に運んでくれ」と言われて覚醒剤の入った小箱を渡され、それをわが国へ持ち込んだ。次の場合、甲に覚醒剤輸入罪（覚醒剤取締法41条1項）が成立するか。

- (1) 甲は小箱に入った物が「輸入を禁止された物」であると思ったが、それが何であるかはわからなかった。
- (2) 甲は小箱に入った物が「依存性の薬理作用の強い違法で有害な薬物」であるかもしれないと思ったが、それが麻薬なのか覚醒剤なのかその他の薬物なのかははっきりわからなかった。
- (3) 甲は小箱に入った物が「依存性の薬理作用の強い違法で有害な薬物」であるかもしれないと思ったが、過去の体験から絶対に覚醒剤ではないと思った。

【問題4】において、覚醒剤輸入罪の構成要件は「覚醒剤を輸入し」たことである。そこで、客体である覚醒剤をどの程度具体的に認識していなければならないかが問題となる。

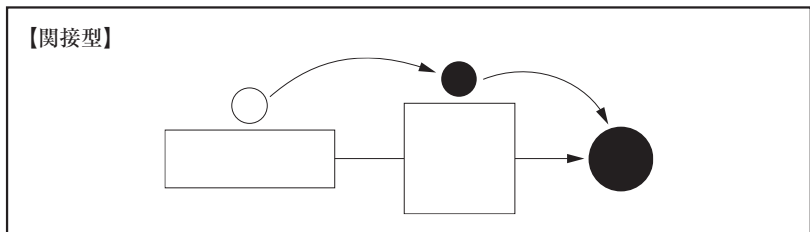
まず、自己が輸入した物が「覚醒剤」とであるという正確な名称まで知って

したがって、甲に傷害致死罪（205条）が成立する（最決平2・11・20刑集44巻8号837頁〔大阪南港事件〕）。

なお、甲の行為と結果との間に因果関係が認められたからといって、乙の行為と結果との間の因果関係が否定されるわけではない。乙の暴行と（幾分か死亡時期が早められた）Vの死との間の因果関係は認められるので、乙にも傷害致死罪（もし殺人の故意があれば殺人罪）が成立する。このように、Vという1人の被害者に対して2個の故意犯が成立するが、これらを同時犯と呼んでいる。

以上より、介入事情の結果への寄与度が小さいのは、①被害者に特殊事情が存在する場合（被害者特殊事情存在型）、②介入事情が人の行為であるときはそれが不作為である場合（不作為型）、③介入事情が存在しても結果が大して変わらない場合（結果の実質的同一性型）である。そして、介入事情の結果への寄与度が小さい場合は直接型であり、常に危険の現実化が肯定されるのである。

## （2）間接的危険実現類型（間接型）

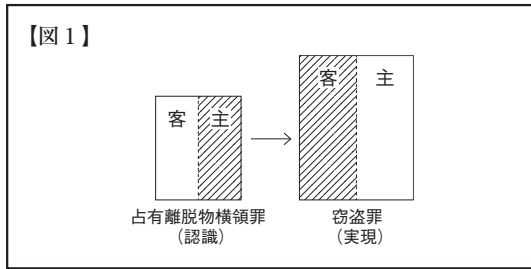


間接的危険実現類型は、前述のように、介入事情の結果への寄与度が大きい場合である。そこで、上図のように、当該結果（●）を発生させる物理的危険が介入事情に存在し（●）、そのような危険が結果に実現しているので、実行行為の危険の現実化は否定される場合が多い。

しかし、実行行為のもっている危険（○）が、介入事情に何らかの影響を与えることによって間接的ながら当該結果（●）に結びついているといえる場合には、危険の現実化が認められる。

間接型で危険の現実化が認められる場合とは、当該結果を直接惹起したのは介入事情であるにもかかわらず、実行行為と介入事情が両者相まって結果を惹起したと評価できる場合である（共同原因性）。

実行行為と介入事情が両者相まって結果を惹起したといえるためには、第1に、実行行為が介入事情を介して間接的ながら結果を惹起したといえるこ

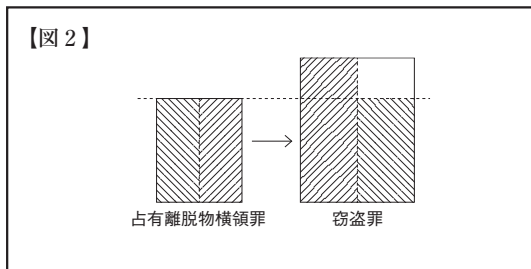


【図1】は、矢印の左側の長方形が認識した犯罪（占有離脱物横領罪）の構成要件で、右側の長方形が実現した犯罪（窃盗罪）の構成要件である。それぞれの長方形の真中に

縦線を引き、左半分が構成要件の客観面、右半分が構成要件の主観面を意味する。2つの長方形で高さが異なるのは法定刑の重さの違いを表している。

甲には占有離脱物横領罪の故意があるので左側の長方形に右半分（主観面）に右上がりの斜線を入れ、客観的には窃盗罪を実現したので右側の長方形の左半分（客観面）に右上がりの斜線が入る。

次に、2つの構成要件が重なり合うかどうかを検討する。重なり合うということは、左側の長方形を右側に平行移動すると、右側の長方形の中につきぼりと納まることを意味する。その結果、重なったところ（左側の長方形の左半分と右側の長方形の右半分の一部）は構成要件の重なり合いという規範的な判断によってその存在が認められた部分であるから「右下がりの斜線」を入れ、左側の長方形を元に戻したのが【図2】である。



【図2】で窃盗罪の主観面が斜線で埋まっていないので同罪は成立しないが、占有離脱物横領罪は全部埋まっているので同罪が成立することがわかる。また、構成要件の重なり

合いを肯定したことにより、占有離脱物横領罪の客観面に斜線が入ったことに注目してほしい。

このように、抽象的事実の錯誤の第1類型では、故意に対応する客観的犯罪事実が事実レベルでは存在しないが、規範的にみて存在すると評価してよいかの問題となる。決して故意とか故意責任が問題となっているわけではないので、答案に故意責任を肯定する理論である構成要件の符合説（法定的符合説）を持ち出して説明するのは誤りである。軽い罪の故意があることは最

初から明らかなことだからである。

## (2) 重い罪の故意で軽い罪を実現した場合（第2類型）

### 【問題6】

甲は、駅のベンチに置いてあったビデオカメラを置き引きのつもりで持ち去った。ところが、カメラはVが1時間前にベンチに置き忘れた物であった。  
甲の罪責を論じなさい。

【問題6】において、甲は（法定刑の重い）窃盗罪の故意で（法定刑の軽い）占有離脱物横領罪を実現したので、抽象的事実の錯誤の第2類型に当たる。

第2類型については条文の規定は存在しないので、答案において、38条2項を持ち出すのは不適切である。専ら理論的に解決するしかない。

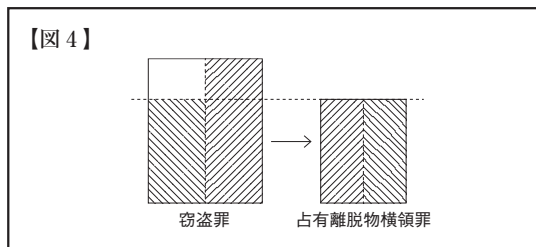
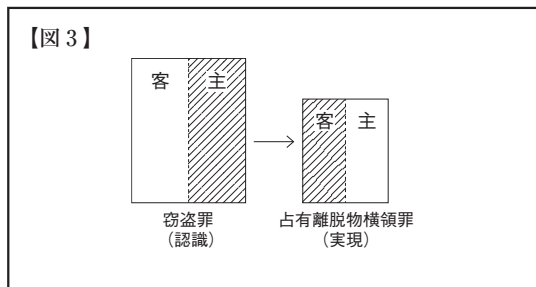
【問題6】の問題文に示されたことを（前述の方法で）図解したのが【図3】である。

次に、構成要件の重なり合いを認めた後の状況を右下がりの斜線を入れて図解すると【図4】のとおりになる。

【図4】から、窃盗罪は客観面が不足しているので成立せず、占有離脱物横領罪は客観面、主観面共に充足しているので成立していることがわかる。

【問題6】では、占有離脱物横領罪の客観的犯罪事実は存在するので、それに対応する故意が認められるか否かが問題の本質となる。すなわち、行為時に窃盗罪の故意があることを根拠に占有離脱物横領罪の故意責任を肯定してよいか問題となる。

故意責任の問題であるから構成要件の符合説（法定的符合説）に従い、2



以上のとおり、犯罪の認定においては、第1に〇〇罪の構成要件に該当するか否かを判断する。その際、まず、客観的構成要件要素の存在を確認し、次いで、主観的構成要件要素の存在を確認する。客観的構成要件要素および主観的構成要件要素の双方の存在が肯定された場合、〇〇罪の構成要件該当性が肯定される。

第2に、違法性阻却事由の存否を確認し、違法性阻却事由が不存在であれば違法性が確定する。

第3に、責任阻却事由の存否を確認し、責任阻却事由が不存在であれば有責性が確定する。

こうして、違法性と有責性の双方が確定すると犯罪（〇〇罪）が成立することになる。

### ●コラム● 犯罪認定の手順と答案への反映

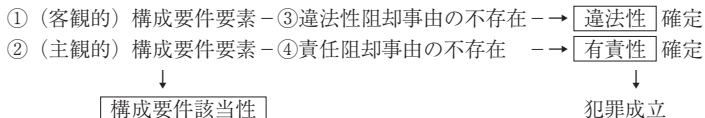
事例問題において行為者の罪責が問われたときは、本文で述べた犯罪認定の3つのステップ（構成要件の内部が2つに分かれるので計4項目）について検討しなければならない。

しかし、検討の全内容をすべて答案に書かなければならないわけではない。まず、違法性阻却事由や責任阻却事由が論点にならない事例の場合は、構成要件該当性（客観面＋主観面）を検討しただけで〇〇罪が成立するという結論を出してよい。いちいち、違法性阻却事由、責任阻却事由がないことまで説明する必要はない。

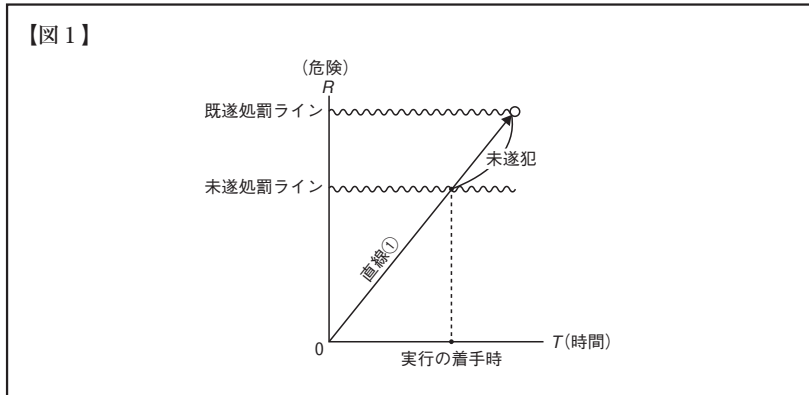
構成要件に該当すれば原則として犯罪が成立するのであるから、違法性阻却事由や責任阻却事由はそれが論点になる時だけ説明すればよい。

違法性阻却事由や責任阻却事由について論ずるときは、その前に構成要件該当性について説明し、その結論を明示した上で阻却事由の検討に入ること。構成要件に該当しているという結論を示さずにいきなり阻却事由を検討するのは適切ではない。

#### 【犯罪認定の手順】



法益保護と人権保障の調和という観点から、法益侵害の具体的危険性に求められるので、実行の着手の判断基準は、**法益侵害の具体的危険性**、すなわち、**既遂に至る客観的危険性**が認められるか否かにより決せられる（危険性基準）。



【図1】は縦軸を危険（R）の量、横軸を時間（T）の経過として、犯罪行為を遂行する際に、時間の経過とともに危険が高まっていくことを表すグラフである。通常、行為を開始すれば時間の経過とともに徐々に危険が高まっていく。

【図1】で右上がりの直線①は、時間の経過とともに危険性が高まる様子を表している。この直線が、未遂処罰ライン（＝既遂に至る客観的危険性）に到達した時点が「実行の着手」であり、その時点から既遂処罰ラインに到達する前までが「未遂犯」として処罰される。既遂に至る客観的危険性というのは、法益侵害の確実性ないし切迫性が認められる程度の危険性をいう（後掲7）。

なお、判例が実行の着手の基準としている「既遂に至る客観的危険性」は、実行の着手に当たるか否かが問題とされている行為から直接当該犯罪の既遂結果が発生する物理的な可能性だけを問題にしているのではなく、問題とされている行為から当該犯罪の構成要件該当行為に至る客観的危険性があることをも意味している（平木正洋・最判解平成16年度170頁）。なぜなら、問題とされている行為から直接既遂結果が発生する物理的可能性がなくても、構成要件該当行為に至る客観的可能性があれば、その行為によって既遂結果を物理的に惹起することが可能である以上、問題とされている行為自体にも既遂に至る客観的危険性があるといえるからである。この点について