

## はしがき

本書は、大学（主に法学部）でこれから刑法学を学ぶ学生の方を対象として、興味を持ちながら基本的な知識を習得し、それを用いて考えるための初歩的な訓練ができるような入門書として執筆されたものです。

より具体的には、高校までの学修においてはまずは広範な知識を正確に身に付けること、すなわち「覚えること」が中心となるのに対して、大学で専門科目として学修する際には、より深く問題を掘り下げていき、解決策について自分なりに考え、説明できるようになることが目標となります。そのため、刑法学を素材として、いわば法学的に考える・読む・書くといった体験を通じてトレーニングができるような教科書ができないだろうか、という編集部からのご提案を受けて、3名の執筆者が（悪戦苦闘しつつ）その実現を目指したのが本書であるということになります。

もっとも、「分かり易く説明する」ことを意図した教科書が既に数多く存在している中、本書の独自性はこういったところにあるのかということが問われると思いますが、大まかにいえば以下のような諸点ではないかと考えています。

- ・上記の執筆意図を達成するため、随所で条文や判例の「読み方」を体験してもらったり、そもそもなぜ学ぶのか（Unit 0）・期末試験の答案にはどのような内容が求められているのか（Unit 28）といった点についても本書なりの考え方を示すことによって、少しでも法律学の学修になじんでもらえるよう工夫がなされていること。
- ・網羅的ではないものの、一冊で総論と各論の双方を取り上げており、両者の関連性を随所で意識しながら学ぶことができること。

- ・各 Unit の導入として Topics を配し、読者の皆さんがこれまで学んできたことや報道等に接して直感的に感じてきたことが、刑法学の問題とどのような接点を有しているのかを感じて貰えるよう配慮していること。

また、タイトルの意味に関連付けていえば、本シリーズの先行する入門書である片桐直人 = 井上武史 = 大林啓吾『一歩先への憲法入門』（有斐閣、初版 2016 年）の「はしがき」を読むと、高校までに一度は学んだことのある憲法の勉強から一歩踏み出すための手助けになるものを、という意図が込められていることが分かります。もっとも刑法学の場合には、高校までの段階で既に学んだことがある読者の方というのは想定しにくいのですが、それでも、本書で学んだのちにより本格的な教科書や論文等で深く学び考えて頂きたいという意図は、なお同書と共通しています（各 Unit の最後に教科書等の参考文献を掲げているのはそのような意図に由来しています）。

さらに付け加えるなら、導入的な授業から本格的な講義へ、講義を受けている段階から演習で報告や議論ができる段階へ、知識の修得から論述ができる段階へ……と、さまざまな局面において読者の方が「一歩先」に踏み出し、より発展的なレベルに進むための手掛かりとなるような教科書にしたいということを、執筆者としては常に念頭に置いていたつもりです。

もっとも、そういう多分に欲張りな執筆意図が実際にどこまで達成できているのかは心許ない面もあります。その原因は執筆者（とりわけ、年長者である私）の能力的な限界にあります。叶うことであれば広範な読者の方々からの感想を得て、よりよい教科書にしていくための努力を今後も続けていきたいと考えています。

共著者である足立さんと小島さんはこれらの意図を汲んで多忙な中で執筆に加わって下さり、こちらからの無理難題に近いクエストにも長期にわたってお付き合い頂きました。この場を借りてお礼を申し

上げます。

また、お二方からも時折学生の皆さんからのフィードバックをお寄せ頂いていたのですが、私自身も普段から身近に接しているゼミ生や法曹コース生の皆さんの反応や質問等を想起しつつ、時に執筆者間でも共有しながら執筆を進めており、この間、教育と研究が連動しているものであるということもあらためて実感できました。皆さんから多くの有益な示唆を頂けたことにつき、この場を借りて感謝の意を示したいと思います（また、装丁についてユーザーの立場から率直かつ有益なご意見を頂いたことについても、お礼を申し上げたいと思います）。

最後に、コロナ禍をはじめさまざまな事情により、本書は当初の予定よりも大幅に遅れて刊行されることになってしまいましたが、有斐閣編集部の藤本依子さんは最初の企画段階から現在に至るまで常に執筆者の背中を押して下さり、その周到なご配慮のおかげで何とかここまで漕ぎ付けることができました。同様に、青山ふみえさん、鳥袋愛未さん、入田萌衣さんにも、それぞれ多大なお力添えを頂きました。皆さまには心より篤くお礼を申し上げたいと思います。

2023年11月16日

執筆者を代表して 照 沼 亮 介

**Unit 0 「大学」の「法学部」で「刑法学」を「学ぶ」ことの意義** — 1

- 1 はじめに 1
- 2 「大学」で学ぶこと 1
- 3 「法学部」で学ぶこと 2
- 4 「刑法学」を学ぶこと 4
- 5 「学ぶ」ことの意義 6

**Part 1 総論**

**Unit 1 刑法ってどんな法律?** ————— 11

Topics 食い逃げを処罰することはできるか? 11

- 1 「刑法」と呼ばれる領域 11
- 2 刑法が抱える永遠の課題 13
- 3 破ってはならない刑法の基本原則 16
- 4 刑罰の目的 20

**Unit 2 刑法の体系** ————— 23

Topics 「有罪か無罪か」だけ? 23

- 1 犯罪論の体系 23
- 2 構成要件論 26
- 3 違法性の本質をめぐる議論 28

**Unit 3 因果関係** ————— 34

Topics 停止要求・暴行・追突 34

- 1 実行行為と因果関係 34
- 2 事実的因果関係 36
- 3 法的因果関係 40

**Unit 4 不作為犯** ————— 46

Topics 何もせずとも犯罪になる？ 46

- 1 作為と不作為 47
- 2 不真正不作為犯の成立要件 48
- 3 不作為による殺人罪・放火罪 50
- 4 不作為の因果関係 52

**Unit 5 故意** ————— 55

Topics 「わざとやった」と「評価」される 55

- 1 故意犯処罰の意義 55
- 2 故意における「認識」の程度 57
- 3 故意の種類 60
- 4 故意の本質 62
- 5 故意の体系的地位 64
- 6 故意の認定 65

**Unit 6 錯誤** ————— 67

Topics そんなはずではなかったのに…… 67

- 1 錯誤の種類 67
- 2 具体的事実の錯誤 70

3 抽象的事実の錯誤 75

**Unit 7 過失** 80

Topics 「ヒヤリ・ハット」と過失犯 80

- 1 注意義務違反としての過失犯 80
- 2 旧過失論と新過失論 82
- 3 予見可能性をめぐる問題 85
- 4 注意義務内容の明確化に向けて 88

**Unit 8 被害者の承諾** 91

Topics 同意さえあれば何してもいいの？ 91

- 1 超法規的違法性阻却事由 92
- 2 被害者の承諾とは 93
- 3 同意傷害 95
- 4 錯誤に基づく被害者の承諾 96
- 5 承諾の認識 98

**Unit 9 正当防衛と緊急避難** 101

Topics 人を殺しても犯罪にならない場合がある?! 101

- 1 正当防衛の意義 101
- 2 正当防衛の成立要件 104
- 3 緊急避難とは何か 109

**Unit 10 過剰防衛と誤想防衛** 113

Topics やり過ぎ、勘違いの行く末 113

- 1 過剰防衛 113
- 2 誤想防衛 118

3 誤想過剰防衛 121

**Unit 11 責任論の諸問題** ————— 125

Topics 「責任」を問うとはいかなることか 125

- 1 責任とは(総説) 126
- 2 責任能力とは 127
- 3 その他の責任要素 130
- 4 原因において自由な行為 133

**Unit 12 未遂** ————— 136

Topics 結果が起きなかったら? 136

- 1 未遂犯 136
- 2 不能犯 142
- 3 中止犯 144

**Unit 13 正犯と共犯** ————— 149

Topics 犯罪の主役と脇役 149

- 1 「正犯」・「共犯」とは? 149
- 2 共犯の処罰根拠 152
- 3 共犯の従属性 153
- 4 正犯と共犯を区別する基準 155
- 5 間接正犯 158

**Unit 14 共同正犯** ————— 162

Topics 犯罪の黒幕 162

- 1 刑法 60 条の意義 162
- 2 共同正犯の成立要件 165

3 承継的共犯 170

**Unit 15 共犯関係の解消・共犯と錯誤・共謀の射程** ——— 172

Topics 「あれやっというてね」で「これ」が実現 172

- 1 共犯関係の解消（共犯関係からの離脱） 172
- 2 共犯関係の「射程」と共犯における「錯誤」 176
- 3 「共謀の射程」に関する事案 179
- 4 裏面から見た（共謀）共同正犯の成立要件 182

**Unit 16 罪数と量刑** ————— 184

Topics □は災いの元？ 184

- 1 罪数・量刑判断のプロセス 184
- 2 「一罪」が認められる範囲——本来的一罪 186
- 3 犯罪競合——数罪の処理 190
- 4 量刑判断の問題点 193

viii

**Part 2 各論**

**Unit 17 暴行・傷害・傷害致死** ————— 199

Topics 無言電話と傷害罪 199

- 1 個人的法益に対する罪・総説 199
- 2 暴行罪 200
- 3 傷害罪 203
- 4 傷害致死罪 206
- 5 同時傷害の特例 207



**Unit 18 住居等侵入罪** ————— 210

Topics 住居侵入罪とプライバシー保護 210

- 1 客 体 211
- 2 保護法益論 213
- 3 「侵入」の意義 216

**Unit 19 名誉毀損罪** ————— 222

Topics 盗撮ビデオの販売と名誉毀損 222

- 1 名誉の意義 222
- 2 公然性の要件 226
- 3 230条の2の趣旨と要件 228
- 4 真実性の誤信が存在した場合 230

**Unit 20 財産犯の保護法益** ————— 236

Topics 自分の物でも取り返せないの? 236

- 1 財産犯総説 237
- 2 財産犯(窃盗罪)の保護法益 240
- 3 権利行使と財産犯の成否 243
- 4 不法原因給付と財産犯の成否 245

**Unit 21 不法領得の意思** ————— 247

Topics これ今盗ってきたので自首します! 247

- 1 不法領得の意思とは 248
- 2 権利者排除意思 250
- 3 利用・処分意思 252
- 4 物の毀棄・隠匿により得る効用? 254

## Unit 22 1 項強盗・2 項強盗・事後強盗 ————— 257

Topics 居直り強盗と事後強盗 257

- 1 強盗罪総論 258
- 2 強盗罪の成立要件 258
- 3 2 項強盗をめぐる利益移転の問題 261
- 4 財物詐取・窃取後の暴行・脅迫 264

## Unit 23 詐欺罪 ————— 268

Topics 嘘を吐いたら詐欺罪？ 嘘を言わずとも詐欺罪？ 268

- 1 詐欺罪の構造 268
- 2 欺罔行為と錯誤 269
- 3 交付行為 272
- 4 いわゆる「財産的損害」をめぐる議論 275
- 5 詐欺罪の守備範囲 278

## Unit 24 横領と背任 ————— 281

Topics 信じる者はすくわれた、足元を 281

- 1 横領罪の成立要件 282
- 2 背任罪の成立要件 285
- 3 横領と背任 288

## Unit 25 放火罪 ————— 291

Topics 火事は社会の大損害 291

- 1 社会的法益に対する罪／放火罪総説 291
- 2 現住建造物の意義 293
- 3 放火罪の実行行為と既遂時期 297

4 公共の危険の意義 300

**Unit 26 文書偽造罪** ————— 302

Topics 代返, 代筆, 替え玉受験, カンニング 302

- 1 文書の意義 302
- 2 保護法益と「偽造」の意義 305
- 3 有形偽造の成否が特に問題となる場合 310

**Unit 27 賄賂罪** ————— 314

Topics 「官と民」, 「公と私」? 314

- 1 国家的法益に対する罪／賄賂罪総説 315
- 2 賄賂罪の保護法益 316
- 3 職務行為の意義と限界 318
- 4 職務密接関連行為 321

**Unit 28 「論述式試験」の意義** ————— 326

- 1 何をどう「論じる」の? 326
- 2 「論じること」の内容 326
- 3 例題と解答例 328
- 4 最後に 333

事項索引 335

判例索引 342

## ●● 著者紹介 ●●

### 照沼亮介 (てるぬま・りょうすけ)

1973年生まれ。慶應義塾大学大学院法学研究科博士課程修了。博士（法学）

現在，上智大学法学部教授

担当 Unit：0, 2, 3, 5, 7, 15, 16, 18, 19, 26, 27, 28

#### 読者へのメッセージ

大学に入ってしばらくの間，専門科目の授業や教科書が理解できず，学ぶことから遠ざかっていました。教える立場になった今，学生の皆さんにそうした思いをさせないためにはどうすべきか考えています。本書が皆さんのよきガイドとなることを願います。

### 足立友子 (あだち・ともこ)

1977年生まれ。名古屋大学大学院法学研究科博士後期課程満期退学。博士（法学）

現在，成城大学法学部准教授

担当 Unit：4, 8, 11, 20, 21, 22, 23, 24

#### 読者へのメッセージ

刑法に関心を持って学び始めたはずが，その抽象度の高い内容に「思っていたのと違う」と戸惑った方は少なくないでしょう。身近な問題や疑問から刑法理論までの橋渡しを本書がお手伝いできればと願っています。さあ，一緒に，一歩先へ進みましょう！

### 小島秀夫 (こじま・ひでお)

1982年生まれ。明治大学大学院法学研究科博士後期課程修了。博士（法学）

現在，明治学院大学法学部教授

担当 Unit：1, 6, 9, 10, 12, 13, 14, 17, 25

#### 読者へのメッセージ

まずは，刑法で使われている言葉の意味を理解しましょう。原則や考え方の背後にある根拠や理由を皆さん自身の言葉で説明できるようになれば，理解は一歩先へ進みます。身近な事例を思い浮かべながら，好奇心をもって読み進めていただければ幸いです。

**Let's study together!!**



# Unit 0

## 「大学」の「法学部」で「刑法学」を「学ぶ」ことの意義



### 1 はじめに

本書は、これから法学部の専門科目として刑法を学ぼうとする／学ばなければならない学生の皆さんを念頭に置き、網羅性や深みの点はいったん度外視し、とにかく少しでも刑法学の世界に親しみを感じて貰い、理解の手助けとなるような教材を提供したい、という趣旨で書かれたものである。

もっとも、履修年次にもよるかもしれないが、大学で法律学を学ぶ意味や学修の方法について適切な理解が得られず、何の授業を履修しても手応えが得られない、成績評価の際に何が求められているのかよく分からない……という学生も、残念ながら必ず一定数存在している。こうした状況を踏まえ、そのような「ボタンの掛け違い」を回避して頂くため、ここでは最初に学生の皆さんに留意して頂きたいことをまとめ、導入とすることができればと思う。

### 2 「大学」で学ぶこと

#### ▶▶「学生」とは

ところで皆さんは、入学式の時に延々といろいろな人に聞かされたであろう話を覚えているだろうか。おそらく、「これからは自分で時間割を組み、生活サイクルを自分で決めていかなければならない」「単位が修得できなければ卒業できない」「極端な場合、犯罪などをしでかせば法的な責任が問われ得る」「大抵の場合自分だけでは責任が取れないので、周囲の方々に多大なご迷惑をおかけすることになる」……などなど、よく分からないが最初からいろいろとまとめて脅された記憶をお持ちの方も多いかもかもしれない。

これは要するに、大学生になると、自分の実際の成熟の度合いがどうであれ「大人扱いされる」という趣旨である。細かい言葉遣いで恐縮だが、「生徒」という言葉が高校生までの段階を指しており、単純に「言われたことをこなして身に付ける」というニュアンスを含んでいるのに対して、大学生を指す「学生」という言葉には、自らを律し、主体的に問題を発見して、自分の頭で考える、というニュアンスが込められており、その反面、当然それなりの責任も伴う、ということも含意されていると思われる。

### ▶▶自分の頭で考える

社会にはいろいろな考え方を持った人々がいるが、多くの人々が集う大学はその縮図であるといってもよい。皆さんはこれからいろいろな人と出会っていく中で、自らの自由な判断に基づいて、これまで限られた範囲でしか生活していなかった自分の世界をどんどん広げていき、自分の中の「引き出し」を増やしていくことが求められる。だからこそ、大人である（はずの）皆さんにとっては余計なお節介かもしれないが、教員の側としては、せっかく入学したのであれば、こうした社会に第一歩を踏み出すためにも、「主体的に学ぶ」ことの面白さ、「自分の頭で考える」ことの面白さ、をぜひ知って欲しいと願うのである。

## 3 「法学部」で学ぶこと

### ▶▶「常識」とその落とし穴

そんな中、あえて法学部を選択した皆さんの動機や志望する進路はさまざまなものであるだろうし、そうであることが当然に想定されている。しかし、大学には共通して履修しなければならない必修科目のようなものが存在していて、悪いことに刑法学は大抵の場合法学部の必修科目に属しているものである。皆さんの中にはまず教科書を見て、あるいは教員を見て（?）、何て堅苦しいんだろう、とつつきにくい、といった感想を抱いた人もいるかもしれない。

刑法学に限らず、従来、社会の側からの法律学に対する典型的なイメージは、このように専門的過ぎて「堅苦しい」というようなものだったと思われる。

る。しかし他の学問と同様に、法律学も結局は今の社会を「より良くする」ために存在しているのであり、高度な専門性やプロとしての高い技術もそのために求められている。夜早くお風呂に入って寝れば翌朝には治っているような病気が存在しないのであれば先端医学の出番はないかもしれないが、現実にはそうではないというのと同じことである。そうした専門家、プロフェッションとして人々の信頼や尊敬を得るためには、社会常識やマナーといった、それなりの「堅苦しさ」をそれなりに身に付けることも大切になる（そう考えて頂くことで、多少の「堅さ」にも慣れて貰えないだろうか、と思ったりもする）。

さらに、それに加えて法律学を学ぶ人間には、従来の常識や先例において見過ごされてきた「落とし穴」を自ら発見して、真に救済が必要な人々に率先して手を差し伸べるといった姿勢も求められる。そのためには、常識や慣習に必要以上にとらわれず、考え方を異にする立場にも立ってみて考えられるだけの想像力が大切になる。この意味でも、2で述べたような「引き出し」を自分の中に増やすため、時間のある今のうちに、少しでもいろいろなことに関心を持って考えておくにこしたことはない。

以上のことを踏まえれば、法律学を学ぶ上では、単に公式や年号や単語を暗記するとか、誰かに決められた「正解」を単に教わって再現する……というだけではなく、社会をより良くするために「もっとよい解決」はないのかについて、主体的・積極的に考える姿勢が求められる。

### ▶▶演習の重要性

特に、演習（ゼミ）形式の授業では、報告を担当したり、逆にそれを聞く側に回ることになるだろうが、どちらの側であれ、発言すること、噛み合った有益な意見を言うことにより、少しでも生産的な解決に導くというような意見交換の訓練を積むことが肝要である。これは何も法曹志望者や公務員志望者だけに限らない。企業の人事採用担当の方々のお話を伺っていても、「何でもいいので学生のうちに専門的なテーマについて徹底的に考え、意見交換の訓練を積んでおいて欲しい」と言われることが多い。ゼミ生活におけるこうした経験、またそれらを通じて得られる多くの人々との出会いや共同作業は、皆さんが社会に出たのち、他人から慕われる魅力的な人間になれるか、多くの人を引き付けるリーダーシップを有する大人になれるか、を決める重要な体験なのであ

る。ゼミ選びの際には、ぜひそうしたことを念頭に置いて、自分にとって必要な経験を積める場はどこなのか、じっくり考えて選んで欲しいと思う。

## 4 「刑法学」を学ぶこと

### ▶▶素材としての刑法学

このようなことからすれば、卒業後に法律に関連する進路を志望するか否かにかかわらず、解決の困難な問題について、①広く先例や文献のリサーチを行い、②さまざまな観点から検討を加え、③自分の考えをきちんとした文章でまとめ、④意見を異にする相手に対しても説得力を有するような主張を展開し、⑤生産的な意見交換をする、といった能力は、「法学部出身の社会人」に対して広く一般に求められている素養であるといつてよいであろう。そして、皆さんがこれから学ぶ刑法学は、実は広範な社会問題と深く密接に関わっており、論理的な思考能力や高度の説得力が要求されることから、①～⑤のような素養を身に付ける上で格好の素材であり、少人数の中で報告したり議論したりすることはその手段としてきわめて有効であると考えられるのである。

### ▶▶「結論の妥当性」と「論理の一貫性」

おそらく学生の皆さんが陥り易いパターンとしては、検事や弁護士が颯爽と活躍し、見事に問題を解決する、というドラマの世界を期待して履修してみたのに、蓋を開けてみたら上記のような「論理的な思考力」やら「体系的な理解」やらの重要性が強調されるばかりで、たちまち肩が凝ってしまった、息苦しい……というものではないか。もちろん、そうした胸のすく爽快感をもたらすような「結論の妥当性」は可能な限りで追求されるべきである。具体的な事案の解決を離れたところで「完全な体系」はあり得ないし、仮に存在したとしてもそこには価値を見出し難いであろう。しかし他方で、実は同一の論点を含んだ事案であるはずなのに、ある事案の被告人がたまたま権力者であった、大金持ちであった、美男美女であった……というような理由だけで、結果的に東京地裁と大阪地裁とでまったく異なった判断がなされてしまったとしたら、明らかに不当であろう。刑事司法においては平等で安定した解決を保障することにより、国家刑罰権がほしいままに／でたらめに発動されてしまうことを封



じ、被疑者・被告人の人権を保障するという機能が求められているのであって、そのことをまず早い段階で理解して貰う必要がある。

### ▶▶異なった考え方，理由付けの説得力

少し角度を変えて補足すれば、皆さんが普通に日常生活を送っている中で、刑法の解釈について真剣に考える必要が生じるということはほぼないであろう。つまり刑法学の世界では、ある意味で非現実的・非日常的な事態においてもそれなりに説得力を有した理由付けを付すことによって一定の解決策を提示することが求められている。しかし、憲法で多様な価値観の存在が保障されている現代社会においては、単純に一般常識や個人の道徳・倫理・正義感などを振りかざすだけでは理由付けとして不十分であり、解決にならない（ただ「声を枯らして言い合うこと」が法律家の議論だと思っているなら、それは誤りである）。

このように、多様な考え方が存在することが当然の前提とされている以上は、「複数の結論」が存在することもまた当然である。もっとも、強い同調圧力の中で育ち、周囲から浮かないよう細心の注意を払いながら生きてきた（かもしれない）皆さんにとり、他人と異なる結論に到達するということがそのものが、もしかするとハードルの高いことであるのかもしれない。しかし、必要な場合にはそのような判断・主張も当然にできるということであれば、そもそも法律家は仕事にならない。例えば検察官と弁護士がお互いに「話が合わない」という理由から、相手の意向を押し量って同じ結論にするとか、調整がつかないので裁判をやめてしまおうとか、そういうことにはおよそならないであろう。特に法律学の世界では、エライ人や権威に対して気兼ねすることのない自由な議論がなされる環境が必要であり、そこでは異なった立場の相手に対してもそれなりに訴えかけられるような「理由付けの説得力」が意味を持つ。そうしたものを獲得するために重要なのは、単一の価値観・考え方に無意識のうちに慣らされてきていた（かもしれない）、これまでの自分の視座から意識的に脱却し、「異なった考え方」の存在に慣れていくという経験であろう。

## 5 「学ぶ」ことの意義

### ▶▶知識を身に付けること、その先に必要なこと

こうしてみると、もちろん最低限の知識を身に付けることは必要だとしても、そこから先、単に結論や一定の解答パターンを暗記するというだけでは不十分であるということは、何となく理解して頂けるのではないだろうか。「まったく同じ事件」というのは生じない以上、目の前に現れた「未知の事案」に取り組むためには、自分の頭で考え、問題を発見し、自分で判断する力が身に付いていないと仕事にならないのであり、それは学生として学ぶ段階においてもまったく同じことである。

例えていうなら、調理道具がなかったり使い方がまったく分からない状態ではきちんとした料理ができない以上、それらの道具を備えて使い方を把握することは必要不可欠である。しかし、いま作りたい料理や目の前にある具材との関係でまったく必要ない道具をいくら持ってきても何の意味もないであろう。法律学の学修に際して最初に基礎的な知識や理解を身に付けるのは、調理に際していろいろな場面に対応するための道具を備えて使い方をすることに相当するが、いざ実際に目の前に出現した問題に対して妥当と思う解決を導くためには、状況を適切に判断し、必要な道具を取捨選択して、適切な使い方をするための訓練が必要なのである（なお、そうはいつでも、自分にとっての当面の問題である期末試験の答えはどうやって書いたらいいんだろう……という方は、Unit 28 をぜひ参照して頂きたい）。

### ▶▶学修のイメージ

刑法学を学ぶ上でのイメージを持って頂くために、これまでに用いられてきた比喩をいくつか挙げるとすれば、まずスポーツのルールを身に付ける場面を想像して頂きたい。そこでは自分で体を動かして練習しながらでなければ身に付くことはないのであって、ただルールブックをひたすら暗記したり、他人のバッティングフォームを見て打球の軌道を見たりしているだけでは意味がない。法律学の勉強もそれと同じで、自分で頭を使う必要がある。

また、語学を身に付ける際には、辞書や単語帳を参照しながら反復して理解

を定着させる作業が必要になるが、刑法学の場合も、概念がきわめて抽象的である上に特殊な意味を与えられていることが多く、かつそれらが相互に密接に関連しているため、基本的な理解を定着させるためにはクロスリファレンスが必要不可欠であるといえる。その際、教科書の関連箇所を参照すること（場合により総論と各論にまたがって参照すること）のほか、法律学の用語辞典を参照してみるのもよいだろう。

さらに、上述したように非日常的な事態における解決策が求められており、かつ、当事者とのコミュニケーションが重要となるという部分において、医学との共通性を指摘できるかもしれない。緊急事態に遭遇して困っている人に対し、分かり易い説明をし、有効な処方箋が示せなければ意味がないのである。

### ▶▶専門領域を超えた意味

いずれにしても、裁判員制度も施行されて既に久しい現在、中世のように「一般市民にとってはよく分からないシステムで一方向的に裁かれる」という状態は当然に脱却されていなければならないが、それは学び、使い手となる我々ひとりひとりの意識にかかっているといってよい。仮に、決められたことを機械的に覚えて吐き出すのみで、自ら主体的に刑事司法の目的や意義について考え、次の世代に啓蒙していこうとする姿勢がないのであれば、実は上記の状態は脱却できていないことになる。それでは結局、処罰や処遇の効果について検証がなされないうまま、ただただ犯罪者との永久戦争を続けていっただけ、といった事態にもなりかねない。それは昨今の情勢に照らすとき、価値観の多元化した社会において、「価値観の違う人間同士はおよそ共存できない」ということにも至り得る。

現代において、大学で「人が人を裁くこと」の意味について学び、考えるとき、これまで述べてきたような、「相手の立場に立って考えてみる」想像力があると、制度の基礎に存在する理念やその背後にある社会に対する深い洞察力といったものを身に付けることには、狭い専門領域を超えた大きな意味があるのではないかと。私はそう考えて、刑法学を通じて少しでも多くの皆さんにそうしたことの大切さを伝えることができればと思いながら、教壇に立っている。

### 【参考文献】

※開かれた場で自由に議論すること，理由付けの説得力の重要性について

井田良『入門刑法学総論〔第2版〕』（有斐閣，2018年）12頁以下

※結論の暗記だけでは意味がないことについて

佐伯仁志「法律の勉強の仕方」法学教室 286号（2004年）1頁

※法律学的な「ものの考え方」の意義について

亀井源太郎「法学を学ぶ」法学教室 391号（2013年）20頁以下（特に24頁以下）

# Unit 17

## 暴行・傷害・傷害致死



### ■ Topics ■ 無言電話と傷害罪

「傷害罪」と聞くと、多くの皆さんは、素手や棒などで相手を殴る行為によって出血や骨折などの怪我を負わせる事例をイメージするだろう。しかし、刑法に定められている傷害罪（204条）は、私たちのイメージよりもはるかにさまざまな事例をカバーしている。例えば、めまいや倦怠感を生じさせる場合や、睡眠障害を生じさせる場合なども、刑法上の「傷害」に当たる余地があると解されている。裁判例では、約半年間ほぼ連日にわたり、深夜から早朝にかけて無言電話をかけ、被害者に加療約3週間を要する精神衰弱症を負わせたケースについて、傷害罪の成立が認められている（東京地判昭和54・8・10判時943号122頁）。

それでは、刑法上の「傷害」や「暴行」とは、いったいどんな概念なのか。このUnitでは、暴行罪・傷害罪・傷害致死罪という3つの犯罪の相互関係を理解してもらいたい。さらに、近年問題となっているPTSD（Post-traumatic stress disorder：心的外傷後ストレス障害）についても考えてみよう。

199

## 1 個人的法益に対する罪・総説

個人的法益に対する罪にはどのようなものがあるか。暴行罪、傷害罪はそれらのうちどこに位置づけられるか。

Unit 17～24では、個人の利益を保護する目的で定められている犯罪，すなわち個人的法益に対する罪を扱う。個人的法益に対する罪はいかなる法益に対する罪であるかにより，一般的には以下のように分類される。第1に，「生

命に対する罪」が挙げられ、殺人罪や各種の「致死」罪が含まれる。第2に、「身体に対する罪」が挙げられ、暴行罪（208条）、傷害罪などはここに含まれる。第3に、「自由に対する罪」が挙げられ、逮捕・監禁罪（220条）、脅迫罪（222条）、不同意わいせつ罪（176条）、住居侵入罪（130条。もっとも、住居侵入罪における保護法益の内容については議論がある。Unit 18 参照）などが含まれる。第4に、「秘密・名誉に対する罪」が挙げられ、秘密漏示罪（134条）、名誉毀損罪（230条）などが含まれる。第5に、「信用および業務に対する罪」が挙げられ、信用毀損罪（233条前段）、業務妨害罪（233条後段・234条）などが含まれる。第6に、「財産に対する罪」が挙げられ、窃盗罪（235条）、詐欺罪（246条）、横領罪（252条）などが含まれる。

#### ☑ Check Points

- 個人的法益に対する罪は、生命に対する罪、身体に対する罪、自由に対する罪、秘密・名誉に対する罪、信用および業務に対する罪、財産に対する罪に分類することができる。
- 暴行罪、傷害罪は、身体に対する罪に含まれる。

## 2 暴行罪

暴行罪における「暴行」とは何か。身体への接触や傷害の危険は必要か。

204条以下で定められている傷害の罪の保護法益は「人の身体」である。行為の客体は「人」とりわけ「他人」であるため、自傷行為は不可罰である。

傷害罪（204条）の典型例は、Topicsの最初に示したように、暴行を手段として傷害が生じる場合である。そこでまずは、暴行罪（208条）における「暴行」の意義を押さえておこう。

## ●● ① 暴行罪における「暴行」の意義 ●●

### ▶▶判例から見る「暴行」概念

暴行罪における「暴行」とは、人の身体に向けられた不法な有形力（物理力）の行使をいう。例えば、殴る・蹴るといった行為の他、音声・風力・水力・光・熱・電気などのエネルギー作用による行為も「暴行」に該当するとされている。判例では、被害者の身辺近くでプラスバンド用の大太鼓などを連打して意識朦朧とさせ、または脳貧血を起こさせる行為が暴行に当たるとされた（最判昭和29・8・20刑集8巻8号1277頁）。

もっとも、性病を感染させる懸念があることを認識しながら、被害者の同意を得て自己の性器を被害者の性器に押し当てて性病を感染させる行為は暴行に当たらない（傷害罪が成立する）とされた（最判昭和27・6・6刑集6巻6号795頁）。この事案について学説では、ウイルスを感染させる行為それ自体が暴行に当たるか、仮に暴行に当たるとしてもその点については被害者の同意が及んでいるのではないかと、といった点が議論されている。

他方、判例は、手段としての有形力が被害者の身体に接触しなくてもよいと解している（接触不要説）。脅かす目的で被害者の数歩手前を狙って投石する行為（東京高判昭和25・6・10高刑集3巻2号222頁）、狭い4畳半の室内で被害者を脅かすために日本刀の抜き身を数回振り回す行為（最決昭和39・1・28刑集18巻1号31頁〔百選Ⅱ3事件〕）、乗用車での追跡行為や幅寄せ（東京高判平成16・12・1判時1920号154頁）は、いずれも被害者に向けられた暴行であるとされた。

また、傷害の危険性がない行為についても、暴行罪の成立が認められる（危険不要説）。例えば、電車に乗り込もうとする被害者の衣服をつかんで引っ張る行為（大判昭和8・4・15刑集12巻427頁）や「お清め」と称して腹立ち紛れに塩を被害者の身体に数回振りかける行為（福岡高判昭和46・10・11判時655号98頁）は、暴行罪に当たるとされた。

### ▶▶被害者の身体への接触は必要か？

学説においては、こうした判例の理解では「暴行」概念が広くなり過ぎるとして、より限定的な捉え方が主張されている。その1つに、有形力が被害者の身体に接触する場合のみ「暴行」に当たるとの見解がある（接触必要説）。その

背景には、接触不要説によれば、脅かすつもりで被害者の身体に触れないよう刃物を向けた場合でも暴行罪が成立しうることになり、安全感や意思決定の自由を保護法益とする脅迫罪（222条）と区別できなくなるとの懸念がある。しかし、接触必要説に対しては、例えば他人の頭に向けて石を投げたところ、頭上すれすれに飛んで行った場合、接触していない限り不可罰となるが、そうした結論は妥当でないとの批判が向けられている。

なお、接触必要説の立場からも、被害者を騙して落とし穴に転落させるような行為については、被害者自身を利用した有形力の行使であるとして、暴行罪の間接正犯（Unit 13を参照）が成立するとされている。

### ▶▶ 傷害の危険は必要か？

208条で「暴行を加えた者が人を傷害するに至らなかったときは」と規定されていることから、暴行罪は傷害未遂を処罰する趣旨であるとして、「暴行」には傷害を生じさせるだけの危険性が必要であるとの限定的な捉え方も主張されている（危険必要説）。しかし、危険必要説に対しては、水やビールを浴びせかける行為のようにおよそ傷害の危険を有しない行為が暴行に該当しないことになると、処罰範囲が過度に限定されてしまうとする疑問が向けられている。

また、有形力が被害者の身体に接触する場合は傷害の危険を不要としつつ、身体に接触しない場合には傷害の危険を必要とする見解も主張されている。もっとも、このような見解を支持する場合には、身体の接触の有無によって「暴行」概念を区別する理論的な根拠が必要とされよう。

## ●● ② 他の犯罪類型における「暴行」の意義 ●●

刑法典には、暴行罪以外にも「暴行」を手段として必要とする犯罪があるが、その内容は個々に異なっており、一般的に以下の4種類に分けられている。

### ▶▶ 最広義の「暴行」

最も広い意味の暴行においては、有形力（物理力）が「人もしくは物」に向けられていれば暴行に当たる。内乱罪（77条1項）、騒乱罪（106条）、多衆不解散罪（107条）における暴行には、建造物の損壊や不法占拠も含まれる。



### ▶▶広義の「暴行」

広い意味の暴行においては、有形力が「人」に向けられていれば足り、物に対する有形力でも人に物理的影響を与えうるもの（間接暴行）であれば暴行に当たる。この意味で用いている犯罪として、公務執行妨害罪（95条1項）、加重逃走罪（98条）、特別公務員暴行陵虐罪（195条）、強要罪（223条）、恐喝罪（249条）などがある（恐喝罪についてはUnit 20を参照）。例えば、司法巡査が適法に差し押さえた現場で覚せい剤のAMPLEを足で踏みつけて損壊する行為は、公務員の職務の執行を妨害するに足る暴行であるとされる（最決昭和34・8・27刑集13巻10号2769頁）。

### ▶▶狭義の「暴行」

狭い意味の暴行では、有形力が「人の身体」に向けられていることを要する。暴行罪における暴行は、この意味で用いられている。

### ▶▶最狭義の「暴行」

最も狭い意味における暴行では、有形力の程度が重要となる。すなわち、被害者の反抗を抑圧し、または著しく困難にする程度に不法な有形力の行使が暴行に当たる。強盗罪（236条）に規定されている暴行がこれに当たる。

#### ☑ Check Points

- 暴行罪における「暴行」とは、人の身体に向けられた不法な有形力（物理力）の行使である。
- その暴行について、判例は、被害者の身体に接触する必要はなく、傷害の危険を有するものでなくてもよいと解している。

## 3 傷害罪

傷害罪における「傷害」とは何か。暴行罪と傷害罪はどんな関係にあるか。

## ●● ① 「傷害」の意義 ●●

### ▶▶生理的機能障害説

判例や通説によれば、「傷害」とは、人の生理的機能に障害を与えることをいう（生理的機能障害説）。言い換えれば、人の生活機能を損ねたり、健康状態を不良に変更したりすることが「傷害」である。判例では、外傷（怪我）の他、めまいや吐き気（大判昭和8・6・5刑集12巻736頁）、胸部の疼痛（最決昭和32・4・23刑集11巻4号1393頁）、急性薬物中毒の症状（最決平成24・1・30刑集66巻1号36頁〔百選Ⅱ4事件〕）なども傷害に当たるとされている。一方で、女性の毛髪を同意なく根元から切断するような行為は、人の生理的機能に障害を与えているとはいえないため、傷害ではなく、暴行にとどまるとされた（大判明治45・6・20刑録18輯896頁）。

これに対して、「傷害」とは、身体の外貌に重要な変化をもたらす程度に身体の完全性を損ねる行為であるとの見解（完全性侵害説）も主張されている。しかし、この見解に対しては、同意なく長髪を丸坊主にするような身体の完全性を損ねる行為は暴行罪として評価すれば足りるとの批判が向けられている。

### ▶▶PTSDは「傷害」か？

それでは、精神的機能の障害は一切「傷害」に該当しないのか。いわゆるPTSD（心的外傷後ストレス障害）を発症させることは204条の「傷害」に該当しうるか、検討してみよう。

204条には「人の身体を傷害した者は」と規定されており、「身体」と「精神」を厳密に区別するならば、無力感や恐怖心といった精神的機能の障害だけでは「傷害」に該当しないとの見解が主張されている。こうした見解によれば、PTSDは、動悸や発汗といった身体的症状を伴う場合に限って刑法上の「傷害」に該当することになる。

しかし、人間のからだが身体的機能と精神的機能の総体として捉えられるならば、精神的機能も身体の生理的機能の一部として理解することは可能であろう。PTSDが日常生活に支障をきたすものであることも踏まえて、通説は、PTSDが刑法上の「傷害」に該当すると解している。判例も、女性を不法に監禁してPTSDを発症させた事案において、医学的な診断基準において求めら

れている特徴的な精神症状が継続して発現していることから PTSD の発症が認められたとする事実認定を前提に、そのような精神的機能の障害をもたらした場合も傷害に当たるとした（最決平成 24・7・24 刑集 66 巻 8 号 709 頁）。

## ●● ② 暴行によらない傷害 ●●

傷害罪の典型例は暴行を手段とするものであるが、204 条では行為の手段が限定されていないため、暴行以外の無形的な手段（言語や不作為など）を用いる場合にも、傷害罪が成立しうる。例えば、脅したり錯誤に陥らせたりするなどして健康状態を悪化させる場合や、食事を与えずに衰弱させるような場合がこれに当たる。

この点に関し、最決平成 17・3・29 刑集 59 巻 2 号 54 頁（百選Ⅱ 5 事件）では、約 1 年半にわたり、隣家の被害者らに向けて精神的ストレスによる障害を生じさせるかもしれないことを認識しながら、連日連夜ラジオの音声や目覚まし時計のアラーム音を大音量で鳴らし続けるなどして、精神的ストレスを与え、慢性頭痛症、睡眠障害、耳鳴り症の障害を負わせた事案において、傷害罪の成立が認められた。この事案は、前掲最判昭和 29・8・20 と比べると、音が被害者の身体の間近で鳴らされておらず、傷害が音の物理的な空気振動によって生じたものでないため、暴行による傷害と評価することはできない。しかし、ストレスによって上記の症状を生じさせているため、暴行によらない傷害として評価されよう。

## ●● ③ 傷害罪における故意の内容 ●●

暴行による傷害の場合、判例や通説は、暴行の故意があれば十分であり、傷害結果を認識する必要はないと解している。この点、204 条には「人の身体を傷害した者は」と規定されており、「暴行を加え、よって人を傷害するに至ったときは」とは規定されていないことから、傷害罪には暴行罪の結果的加重犯は含まれず、いかなる場合でも傷害の故意が必要であるとする見解もある。しかし、そのように解すると、暴行の故意で傷害に至ったときには、法定刑の上限が 30 万円である過失傷害罪（209 条）が成立するにとどまり、法定刑の上限が 2 年である暴行罪よりも軽く評価されることになってしまう。こうした不均

衡を避けるため、判例や通説は、傷害罪に暴行罪の結果的加重犯も含まれるとして上記のように解しているのである。もっとも、暴行罪の結果的加重犯を傷害罪で処罰する際、学説では一般的に傷害結果が生じることにつき過失（予見可能性）が必要であると考えられているが、判例上は要求されていない点に注意してほしい。

なお、暴行によらない傷害の場合は、暴行罪の結果的加重犯ではないため、傷害結果の認識が必要となる。先に挙げた最決平成 17・3・29 では、「精神的ストレスによる障害を生じさせるかもしれないことを認識し」ていたとして、被告人に傷害結果の（少なくとも未必的な）認識が存在していたことが慎重に認定されている。

#### ☑ Check Points

- 判例や通説によれば、傷害罪における「傷害」とは、人の生理的機能に障害を与えることであり、PTSD も傷害に当たる。
- 傷害の手段として、暴行によらない場合にも傷害罪が成立しうる。その場合には、傷害結果の認識が必要となる。
- 判例や通説は、傷害罪には暴行の結果的加重犯も含まれると解している。その場合には、暴行の故意があれば十分である。

## 4 傷害致死罪

傷害致死罪は、暴行罪や傷害罪とどんな関係にあるか。

傷害致死罪（205 条）は、傷害罪の結果的加重犯である。死の結果について、学説では責任主義（Unit 1 を参照）に基づいて過失（予見可能性）が必要であるとの見解が支配的であるが、判例は不要であると解している（最判昭和 26・9・20 刑集 5 卷 10 号 1937 頁）。したがって、判例の立場によれば、傷害と死亡との間に因果関係が存在していれば傷害致死罪が成立しうる。

さらに、判例や通説によれば、傷害罪には暴行罪の結果的加重犯も含まれるため、傷害致死罪にはいわば「二重の結果的加重犯」が含まれることになる。例えば、怪我をさせることの認識なく被害者を殴ったところ、偶然被害者が転倒し、打ちどころが悪く死亡させてしまった、というような場合に、①暴行の結果的加重犯としての傷害が成立し、次いで②傷害の結果的加重犯としての傷害致死が成立することになりうるのである。

#### ☑ Check Points

- 傷害致死罪は、傷害罪の結果的加重犯である。死の結果について、判例によれば過失は不要であると解しているが、学説の多くは過失が必要であると主張している。
- 判例や通説によれば、傷害致死罪には暴行の二重の結果的加重犯も含まれる。

## 5 同時傷害の特例

同時傷害の特例は、どのような場合に適用されうるか。

### ▶▶同時傷害の特例とは——207条の趣旨

傷害罪が問題となる事案では、暴行を加える者が複数人存在することも多い。その際、傷害の原因が誰の暴行によるものか明らかにすることは容易ではない。特に行為者の間に意思連絡が存在しない（またはその存在を証明できない）場合、一般的に共同正犯（60条）は成立しないと解されているため（Unit 14参照）、単独犯として扱われることになる。したがって、傷害との間に因果関係を有する暴行が特定されなければ、「疑わしきは被告人の利益に」の原則から、どの行為者にも傷害罪は成立せず、暴行罪にとどまることになる。しかし、被害者が現に傷害を負っているにもかかわらず傷害の責任を問われる者が誰もいないのは不当であることから、同時傷害の特例（207条）が規定されて

いる。

同時傷害の特例とは、2人以上で暴行を加えて人を傷害した場合において、それぞれの暴行による傷害の軽重を知ることができず、またはその傷害を生じさせた者を知ることができないときは、共同して実行した者でなくても、共犯として扱うものである。その趣旨について、判例や通説は、暴行と傷害との間の因果関係の存在を推定するものであると解している。これによれば、被告人は自己の暴行と傷害結果との間に因果関係が存在しないことを証明しない限り、傷害罪の責任を負うことになる。

もっとも、このような特例が「疑わしきは被告人の利益に」の原則と正面から抵触することは否めない。そのため、学説からは、207条の適用を慎重に解すべきであることが指摘されている。

#### ▶▶207条の適用要件

207条が適用されるためには、①2人以上で意思連絡なく暴行を加え、②傷害の原因となる暴行が不明であることの他、③各暴行が当該傷害を生じさせる危険性を有し、④各暴行が外形的には共同実行に等しいと評価できるような状況で行われたものでなければならない（最決平成28・3・24刑集70巻3号1頁〔百選Ⅱ6事件〕）。特に④は、各暴行が同一の機会に行われたものであることの証明であるとされる。この「機会の同一性」は、各暴行が時間的場所に近接して行われ、各行為者が相互に他方の暴行を現認しうる状況にあることを要求する趣旨であると解されている（札幌高判昭和45・7・14高刑集23巻3号479頁参照）。

#### ▶▶207条の適用範囲

判例は、傷害の原因が不明である場合に限らず、傷害「致死」の事案で死因が不明である場合にも207条の適用を認めている（前掲最判昭和26・9・20。他方、強盗致傷罪や強姦致傷罪〔現在では不同意性交等致傷罪〕においては207条の適用が否定されていることに注意してほしい〔強盗致傷罪につき、東京地判昭和36・3・30判時264号35頁、強姦致傷罪につき、仙台高判昭和33・3・13高刑集11巻4号137頁〕）。また、傷害罪の承継的共同正犯が否定された場合に適用を肯定したものが多く見られる（一例として、最決令和2・9・30刑集74巻6号669頁）。

**Check Points**

- 同時傷害の特例は、2人以上で意思連絡なく暴行を加え、傷害の原因となる暴行が不明で、各暴行が当該傷害を生じさせる危険性を有し、各暴行が外形的には共同実行に等しいと評価できるような状況で行われた場合に適用される。
- 判例は、傷害致死の事案で死因が不明である場合や、承継的共同正犯が否定される事案などでも207条を適用している。

**【参考文献】**

橋爪隆『刑法各論の悩みどころ』（有斐閣，2022年）24頁以下

# 一歩先への刑法入門

Introduction to criminal law: Let's study together!

2023年12月25日 初版第1刷発行

著者 照沼亮介 足立友子 小島秀夫  
発行者 江草貞治  
発行所 株式会社有斐閣  
〒101-0051 東京都千代田区神田神保町 2-17  
<https://www.yuhikaku.co.jp/>

装丁 高野美緒子  
印刷 大日本法令印刷株式会社  
製本 大口製本印刷株式会社  
装丁印刷 株式会社享有堂印刷所

落丁・乱丁本はお取替えいたします。定価はカバーに表示してあります。

©2023, Ryosuke Terunuma, Tomoko Adachi, Hideo Kojima.

Printed in Japan ISBN 978-4-641-13952-7

本書のコピー、スキャン、デジタル化等の無断複製は著作権法上での例外を除き禁じられています。本書を代行業者等の第三者に依頼してスキャンやデジタル化することは、たとえ個人や家庭内の利用でも著作権法違反です。

**ICOPY** 本書の無断複写（コピー）は、著作権法上での例外を除き、禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に、（一社）出版者著作権管理機構（電話03-5244-5088、FAX03-5244-5089、e-mail:info@icopy.or.jp）の許諾を得てください。