

入門刑法学・総論 入門刑法学・各論

井田 良

2013年12月刊／〔総論〕288頁・〔各論〕278頁／各2100円（税込）

学習

学部

LS

編集
担当者
から

本書は、判例と学説をしっかり踏まえううえで、体系的に刑法学を理解し、使える知識と思考力を養うことを目指しています。このため、前後の講義や総論／各論を相互に参照する“クロスレファレンス”を細部までこらしました。本書での学びのイメージとは、一歩ずつ進みながら、もと来た道を振り返り、違う角度から現在地を見つめ直したり、足元からのびる別の道を発見しながら、足場を固め着実に基礎を築いていくなものともいえるでしょう。総論／各論ともに手元にそろえ、この特長を最大限に活用していただければ幸いです。

さらに本書は、（理論や原理を学ぶ総論においても、）〈ケース〉で事例を挙げることでより具体的な説明をこころがけています。また、応用的・発展的な内容等にも触れることができる〈Coffee break〉や〈Column〉を、各講義本文との関連がわかるよう、連載時よりもさらに読みやすく掲載しました。

刑法学の奥の深さに圧倒されつつも、それを理解する手応えと面白さを思う存分感じていただける2冊となっています。本書により、さらに深い刑法学の世界に興味をもった読者には、井田先生の『講義刑法学・総論』（有斐閣）をおすすめします。（H）

Point!

P

実際に講義を受けているような感覚で全24講を学ぶことができます。

たかどうかを判定します¹⁹⁾。しかし、現在ではほとんど支持者が存在しません。

客観主義の犯罪理論をベースとする客観説は、さらに形式的客観説と実質的客観説とに分れます。形式的客観説は、構成要件概念を判断基準に用いて、形式的見地から着手時期を決定する見解であり、具体的には、実行行為そのもの先行しこれと密接不可分な行為（直前行為）の発端時点において実行の着手が認められるとします²⁰⁾。これに対し、実質的客観説は、実質の見地から、法益侵害ないし構成要件の実現に至る現実的危険性が認められるとき実行の着手ありとするのです。

〈ケース5・窃盗罪における実行の着手時期〉

甲は、夜間、電器店に侵入し、店内において、もっていた懐中電燈により裏金庫を開け、金庫内から現金を盗み出した。電器店員が気づくことがなかったが、なるべく現金を盗みたいので、右側の方向にあった貴重品庫の方に行きかけた。最高峰は、この時点で、窃盗の実行の着手があった（最決昭和40・3・1刑集19巻2号69頁）。

従来の通説は、形式的客観説であり、それがかつて判例の基本的立場とされてきました。しかし、最近の多数説は、実質的客観説をとり、〈ケース5〉の最高裁判例も、客体の物色以前の段階で実行の着手を認めたものであり、実質的客観説に近い（または実質的客観説の基準にのっとった）判例と見られています。ただ、貴重品庫の方に行きかけた行為は、窃盗の直前行為にあたる

19) その理論の基礎になっているのは、行為者の危険な性格が外部からはっきりと認識しうる段階に至れば、それを知覚する理由があるとする主観主義の犯罪理論（→87頁）にほかなりません。
20) 形式的客観説は、もともと、刑法学説の文脈のみならず日常的な意味に促されたときに構成要件に該当する行為の一部分を認めることが実行の着手であるとした。たとえば、窃盗罪については「物を盗む行為」の一部が行われることが必要であり、犯人が目的物を発見してそれを手伸ばす行為が、はじめて着手が認められるとされたのです。しかし、夜間侵入の後に侵入し金庫を開き、金庫を開けられは開けられずに、それでは着手時期が過ぎてしまう危険があります。ここから、実行行為の一部とはいえず、実行行為の直前行為が行われれば着手が認められるとする見解が支持されるに至りました。窃盗罪の場合には、客体たる財物の物色行為などの時点にまで遡って着手を認めることができるとされたのです。

自殺幇助と同意殺人罪

Column

諸外国の刑法の中には、同意殺人のみを処罰し、自殺幇助・幇助は犯罪としていないものも少なくありません。たとえば、ドイツ刑法がそうです。日本刑法の202条に対応する、ドイツ刑法216条は、「①協同者の指示のかつ着意な選別によって被害を決定するに至ったとき、6月以上5年以下の自由刑を言い渡す。②本書の未遂はこれを罰する」とのみ規定しています（216条の要件を充足しない同意殺人は、通常の故意殺害に関する規定である212条で処罰されます）。そこでは、自殺幇助・幇助は処罰の対象とされていません。このことは、日本刑法と比較して、その付け加えであるという法益に属する個人の自己決定権が尊重されていることを意味します。

このように、自由に対する罪や財産に対する罪については、「被害者」の同意があるとき、原則としてそもそも法益侵害が認められないのです。構成要件は法益侵害行為（または法益危険行為）を類型化したものですから（この点にピンとこない人は、総論87頁以下を参照して下さい）、構成要件該当性そのものが認められないということになります。これらの犯罪については、被害者の同意はすでに構成要件該当性を否定させるのです。

これに対し、傷害罪が問題となる場合について考えてみましょう。外科手術の事例などを考えてもわかるように、身体傷害にたいしては、被害者の同意にもかかわらず、そこに法益侵害そのものは存在するといわざるを得ないでしょう（この点につき詳しくは、25頁を参照）。同意により身体傷害が違法となるのは、そこに法益侵害は存在するものの、身体的法益の処分に関する個人の自由（自己決定権）が尊重される限りで、法益保護のために傷害行為を具体的に禁止することの必要性が否定されるからです。言い換えれば、個人の自己決定権によりカバーされる限りで、法益の要保護性（法による法益保護の必要性）が否定されることにより、違法性が阻却されると考えることができます²¹⁾（→Column「安楽死」49頁）。なお、法益の要保護性の否定（保護されるべき利益の欠如）が違法性阻却の1つの原理であることはすでに述べました（→総論181頁）。

（総論）

（各論）