

刑法

1. 刑法とは

刑法とは、どのような行為が犯罪で、それに対してどのような刑罰が科されるのかについて規定した法である（実質的意義の刑法）。

その中で、「刑法」という名称の法律を、形式的意義の刑法という。

例えば、刑法235条では、「他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、10年以下の拘禁刑又は50万円以下の罰金に処する。」と定めており、窃盗罪の成立要件（＝法律要件）とそれに対する刑罰の内容（法律効果）を定めている。

※ かつては、自由刑は「懲役刑」、「禁錮刑」及び「拘留」の3つに分類されており、「懲役刑」と「禁錮刑」の違いは刑務作業の義務付けの有無にあったが、令和7年6月1日施行の改正刑法により、「懲役刑」と「禁錮刑」が「拘禁刑」に一本化される。これにより、従来は自由刑として懲役刑が定められていた犯罪における受刑者の刑務作業が義務ではなくなった。

2. 刑罰の目的

刑罰の目的については、①正義を実現するために、犯罪に対する反作用として科されんとする応報刑論と、②社会統制の手段として、犯罪を予防することにあるとする目的刑論とがある。

②でいう犯罪の予防には、㊦刑罰を予告し、罪を犯した者に実際にそれを科すことによる威嚇的效果を通じて、一般の国民による犯罪の遂行を抑止・予防することを内容とする一般予防と、㊧実際に罪を犯した者に刑罰を科すことにより同人を改善・教育を施し、これにより同人が再び犯罪を遂行することを抑止・予防することを内容とする特別予防とがある。②は、将来の犯罪を抑止・予防するという公益利益の達成に資する。

通説は、刑罰について、①それは過去の犯罪に対する非難たる応報であるとする応報刑論を基本に据えながら、②犯罪の予防をも目的としていると理解している（相対的応報刑論）。

3. 罪刑法定主義

法益に対する加害行為が有責に行われただけでは、それについて犯罪の成立を認めることはできない。犯罪の成立を認めるためには、その行為が、「どのような行為が犯罪とされ、それに対してどのような刑罰が科されるのか」について事前に法律により定められた「犯罪のカatalog」に載っていることが必要である。これを、罪刑法定主義という（憲法31条、39条、73条6号但書）。

罪刑法定主義の内容のうち特に重要なのが、法律主義である。すなわち、「どのような行為が犯罪とされ、それに対してどのような刑罰が科されるのか」について

は、原則として、国会が法律により定める必要がある。例外として、委任命令（憲法73条6号但書）や自主条例（憲法92条、地方自治法14条1項）により罰則を定めることも許されている。

4. 犯罪の成立要件

第1に、犯罪は「行為」でなければならない。「行為」だけが処罰の対象となり、思想・信条・意思は、それが行為者の内心にとどまっている限り、処罰の対象とならない。ここでいう「行為」とは、意思に基づく身体の動静を意味する。

第2に、犯罪は、法律（厳密には、委任命令・自主条例を含む。）が定める犯罪構成要件に該当する行為に限られる。これは、罪刑法定主義（憲法31条）からの帰結である。

構成要件は、客観的構成要件と主観的構成要件（故意又は過失など）から成り、主観的構成要件として故意まで必要なのか、それとも過失で足りるのかは、法律によって定められている。

第3に、犯罪というためには、構成要件に該当する行為が違法（刑法上禁止されていること）でなければならない。構成要件に該当する行為は違法性が推定される場所、正当防衛（刑法36条）などの例外的な事情の存在により違法性が阻却されることがある。

第4に、責任主義の要請から、非難可能性を内容とする有責性も必要とされる。

[犯罪の成立要件]

①行 為 — 意思に基づく身体の動静

②構成要件 {
 ・客観的構成要件 — 主体・客体・行為・結果・因果関係
 ・主観的構成要件 {
 ・故意又は過失
 ・主観的違法要素・主観的責任要素

③違 法 性 {
 ・違法性阻却事由の不存在
 ・可罰的違法性

④有 責 性 {
 ・責任能力（39条1項、40条）
 ・責任故意又は責任過失
 ・適法行為の期待可能性

5. 故意犯又は過失犯

刑法上の犯罪は原則として故意犯であり、その成立には「罪を犯す意思」という意味での故意が必要である（38条1項本文）。故意とは、構成要件該当事実の認識・認容を意味する構成要件の故意と責任故意の2つからなる。

38条1項が「罪を犯す意思がない行為は、罰しない。ただし、法律に特別の規定がある場合は、この限りでない。」と定めていることから、過失犯は、法律により過失犯処罰規定が設けられているものに限り、処罰される。

刑法上は、過失致死傷罪（209条、210条）、業務上過失致死傷罪（211条前段）、重過失致死傷罪（211条後段）、失火罪（116条）などが規定されている。

例えば、過失による窃盗罪（235条）、過失による横領罪（252条）、過失による器物損壊罪（261条）など、法律により過失犯処罰規定が設けられていない犯罪については、過失犯として処罰することができない。

<故意犯処罰の原則>

第38条（故意）

- ① 罪を犯す意思がない行為は、罰しない。ただし、法律に特別の規定がある場合は、この限りでない。
- ② 重い罪に当たるべき行為をしたのに、行為の時にその重い罪に当たることとなる事実を知らなかった者は、その重い罪によって処断することはできない。
- ③ 法律を知らなかったとしても、そのことによって、罪を犯す意思がなかったとすることはできない。ただし、情状により、その刑を減輕することができる。

<故意犯の例>

第199条（殺人）

人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の拘禁刑に処する。

第235条（窃盗）

他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、10年以下の拘禁刑又は50万円以下の罰金に処する。

第252条（横領）

- ① 自己の占有する他人の物を横領した者は、5年以下の拘禁刑に処する。
- ② 自己の物であっても、公務所から保管を命ぜられた場合において、これを横領した者も、前項と同様とする。

第261条（器物損壊等）

前3条に規定するもののほか、他人の物を損壊し、又は傷害した者は、3年以下の拘禁刑又は30万円以下の罰金若しくは科料に処する。

＜過失犯の例＞

第209条（過失傷害）

- ① 過失により人を傷害した者は、30万円以下の罰金又は科料に処する。
- ② 前項の罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない。

第210条（過失致死）

過失により人を死亡させた者は、50万円以下の罰金に処する。

第211条（業務上過失致死傷等）

業務上必要な注意を怠り、よって人を死傷させた者は、5年以下の拘禁刑又は100万円以下の罰金に処する。重大な過失により人を死傷させた者も、同様とする。

6. 刑法の総論と各論

刑法では、民法のパンデクテン方式と似た構造を採用しており、殺人罪（199条）、名誉毀損罪（230条）、窃盗罪（235条）、横領罪（252条）といった各犯罪に共通する事項（実行行為、因果関係、故意、正当防衛、責任能力、共犯など）について、犯罪ごとに規定するのではなく、第1編（総則）でまとめて規定している。

普段の学習でも、第1編（刑法総則）で各犯罪に共通する事項から勉強し、その次に、第2編（刑法各論）でその犯罪に固有の事項（主として、犯罪ごとの構成要件）を勉強することとなる。

7. 窃盗罪

以下では、典型的な犯罪として、窃盗罪を取り上げる。

第235条（窃盗）

他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、10年以下の拘禁刑又は50万円以下の罰金に処する。

第242条（他人の占有等に係る自己の財物）

自己の財物であっても、他人が占有し、又は公務所の命令により他人が看守するものであるときは、この章の罪については、他人の財物とみなす。

（1）犯罪の性質

窃盗罪は、財産を客体とする財産犯であり、そのうち、他人の財物の効用の取得による財産侵害を要件とする領得罪に位置付けられる。

また、他人の占有に属する財物を自己（又は第三者）の占有下に移転するものであるために移転罪に位置付けられ、占有移転が相手方（元占有者）の意思に反する点において盗取罪に位置付けられる。

(2) 保護法益

窃盗罪の保護法益は、(第一次的には) 財物に対する事実上の占有それ自体である(占有説)。

(3) 構成要件

ア. 「財物」

- ・「財物」は、明文で「財物」とみなすと規定されている「電気」(245条)を除き、有体物(個体・液体・気体)に限られる(有体物説)。
- ・「財物」は、財産権ことに所有権の目的となり得るものであることを要する。
- ・「財物」は、財産的価値を有することを要する。
- ・「財物」は、「窃取」の対象となるものであるから、他人の占有に属することを要する。

イ. 「他人の」財物

「他人の」とは、他人の所有権を意味する。

242条は、「自己の財物であっても、他人が占有…するものであるときは、この章の罪については、他人の財物とみなす。」と定めているから、自己所有物であっても、「他人が占有…するもの」であるならば、「他人の財物」として窃盗罪の客体となる。

問題は、「他人が占有…するもの」とは、本権(賃借権など)に基づき適法に占有する物に限られるのか(本権説)、それとも本権に基づかずに事実上占有するにとどまる物も含まれるのか(占有説)である。判例は占有説である。

<最三小決平成元年7月7日>

事案：被告人Aは、BがA所有の自動車を本権に基づかずに事実上占有していたところ、Bの自宅、勤務先等にある自動車の保管場所に赴き、レッカー車に牽引させて、Bに断ることなしに自動車を引き揚げた。

判旨：「Aが自動車を引き揚げた時点においては、自動車はBの事実上の支配内にあつたことが明らかであるから、かりにAにその所有権があつたとしても、Aの引揚行為は、刑法242条にいう他人の占有に属する物を窃取したものとして窃盗罪を構成するというべきであり、かつ、その行為は、社会通念上Bに受忍を求める限度を超えた違法なものというほかはない。」

ウ. 「窃取」

「窃取」は、窃盗罪の実行行為及び結果に対応する要件であり、①占有者の意思に反して、②財物に対する他人の占有を排除し、財物を自己又は第三者の事実的支配下に移したことをいう。

②まで認められて窃盗罪が既遂になるところ、②は、財物の大小・性質・形状、所在場所、搬出の容易性、窃取行為の態様などを総合考慮して判断される。

なお、窃盗罪の「実行に着手」したにとどまり「窃取」には至っていない場合には、窃盗未遂罪(235条、243条)が成立するにとどまる。

エ. 構成要件の故意

窃盗罪は故意犯であるから、その成立には窃盗罪の故意として、「他人の財物を窃取」という構成要件該当事実の認識・認容が必要である。

オ. 不法領得の意思

不可罰な使用窃盗及び毀棄罪との限界を画するために、窃盗罪の成立には、書かれざる構成要件要素として、不法領得の意思が必要であり、その内容は、①権利者を排除して他人の物を自己の所有物として振る舞う（扱う）意思（権利者排除意思）、②その経済的用法に従い利用又は処分する意思（利用処分意思）であると解される（判例）。

例えば、窃取した後に直ぐに返還するつもりであった場合には、①権利者排除意思を欠き、単なる嫌がらせ目的で窃取したにとどまり、窃取した財物を何ら利用するつもりがなかった場合には、②利用処分意思を欠くとして、窃盗罪の成立が否定される。

8. 短答式のチャレンジ問題

<問題>

次のアからウまでの各記述について、それぞれ正しい場合には○を、誤っている場合には×を選びなさい。

ア. Aは、過失により、Bが所有する花瓶を床に落として壊してしまった。この場合、Aには、器物損壊罪が成立する。

イ. Aは、数日前にBから自己所有の時計甲を盗まれたため、Bの隙をついて、Bから時計甲を取り返した。この場合、Aには窃盗罪が成立する。

ウ. Aは、Bの自宅に行った際、専らBに嫌がらせをするつもりで、Bの自宅にあったB所有の時計甲を持ち帰った。この場合、Aには、時計甲を利用・処分するつもりがなかったとしても、窃盗罪が成立する。

<正答・解説>

ア. ×

確かに、Aは、Bが所有する花瓶を床に落として壊してしまったのだから、「他人の物を損壊…した者」として、器物損壊罪（261条）の客観的構成要件に該当する。

しかし、刑法上の犯罪は原則として故意犯であり、過失犯は、法律により過失犯処罰規定が設けられているものに限り処罰される（38条1項）。

そして、器物損壊罪は、故意犯として規定されており、法律により過失犯処罰規定が設けられていない。

したがって、過失しか有しないAには、器物損壊罪は成立しない。

よって、選択肢アは誤っている。

イ. ○

時計甲は、Bが占有する「財物」であるが、Aの自己所有物であることから、「他人の財物」に当たるかが問題となる。

242条は、「自己の財物であっても、他人が占有…するものであるときは、この章の罪については、他人の財物とみなす。」と定めている。

そして、「他人が占有するもの」については、本権（質権、賃借権など）に基づき適法に占有する物に限られるとする本権説と、それとも本権に基づかずに事実上占有するにとどまる物も含まれるとする占有説が対立しているが、判例（最三小決平成元年7月7日）は占有説の立場である。

そうすると、時計甲は、Bが本権に基づかず事実上占有するものにすぎないが、242条の適用により、「他人が占有するもの」として「他人の財物」とみなされ

るから、窃盗罪の客体となる。

したがって、Aには、「他人の財物」である時計甲を「窃取」したとして、窃盗罪が成立する。

なお、AがBから時計甲を盗まれたのは数日前であるため、「急迫不正の侵害」も被害回復の緊急性も欠き、正当防衛(36条1項)も自救行為も成立しないから、違法性は阻却されない。

以上より、選択肢イは正しい。

ウ. ×

Aは、Bの自宅に合ったB所有の時計甲を持ち帰ったのだから、「他人の財物を窃取」したとして、窃盗罪の客観的構成要件に該当する。また、窃盗罪の故意を否定するような事情もない。

しかし、窃盗罪の成立には、書かれざる構成要件要素として、不法領得の意思が必要であり、その内容は、①権利者を排除して他人の物を自己の所有物として振る舞う（扱う）意思（権利者排除意思）、②その経済的用法に従い利用又は処分する意思（利用処分意思）であると解される。

Aは、専らBに嫌がらせをするつもりで時計甲を持ち帰ったのであり、時計甲を利用・処分するつもりはなかったのだから、少なくとも②利用処分意思を欠く。

したがって、Aには、不法領得の意思を欠くため、窃盗罪は成立しない（なお、器物損壊罪が成立する余地はある。）。

よって、選択肢ウは誤っている。

9. 論文式のチャレンジ問題

<問題>

(事案)

Aは、数日前にBから自己所有の時計甲を盗まれたため、従来通り時計甲を自分のものとして利用するために、Bの隙について、Bから時計甲を取り返した。

(設問)

甲の罪責について、論じなさい（特別法違反の点は除く。）。

<答案>

1. Aが、Bから時計甲を取り戻した行為について、Bに対する窃盗罪（刑法235条）が成立しないか。

2. 時計甲は、Aの自己所有物であり、しかも、Bは時計甲について賃借権等の本権を有しないから、時計甲は「他人の財物」に当たらないのではないか。

(1) 確かに、窃盗罪の保護法益を他人の占有の基礎にある所有権その他の本権と理解する本権説からは、242条でいう「占有」は本権に基づく占有だけを意味する。

この見解からは、Bが事実上の占有を有するにすぎない時計甲は、「他人が占有…するもの」に当たらないから、242条の適用により「他人の財物」とみなされることはない。

(2) しかし、本権に基づく自力救済を禁止することで事実としての財産状態を尊重しようとする占有訴権制度（民法197条以下）の趣旨に照らし、窃盗罪の保護法益は占有それ自体であると解すべきである（占有説）。

この見解からは、他人が本権に基づかないで事実上占有する自己所有物も「他人が占有…するもの」として「他人の財物」とみなされる。

したがって、時計甲は、Bが事実上の占有を有するものである以上、「他人が占有…するもの」として「他人の財物」とみなされ、窃盗罪の客体となる。

3. 「窃取」とは、占有者の意思に反して、財物に対する他人の占有を排除し、財物を自己又は第三者の事実的支配下に移したことをいう。

Aは、Bの隙について、Bから時計甲を取り返したのだから、Bの意思に反して、時計甲に対するBの占有を排除し、時計甲を自己の事実的支配下に移すことにより「窃取」したといえる。

4. 窃盗罪の成立には、故意（38条1項本文）に加え、権利者排除意思・利用処分意思を内容とする不法領得の意思が必要である。

Aは、時計甲が数日前にBから盗まれた自己所有物であることを認識しながら1の行為に及んでいるから、「他人の財物」とみなされる時計甲を「窃取」する認識・認容があるといえ、窃盗罪の故意がある。

Aは、従来通り時計甲の自分のものとして利用するつもりで1の行為に及んでいるのだから、権利者排除意思と利用処分意思の双方が認められ、不法領得の意思

もある。

したがって、Aは、窃盗罪の構成要件に該当する。

5. もっとも、Aは窃盗犯であるBから時計甲を取り戻すために1の上記行為に及んでいることから、正当防衛又は自救行為による違法性阻却が認められないか。

しかし、AがBから時計甲を盗まれたのは数日前であるため、「急迫不正の侵害」も被害回復の緊急性も欠き、正当防衛（36条1項）も自救行為も成立しないから、違法性は阻却されない。

6. 以上より、Aには窃盗罪が成立する。

なお、盗まれた自己所有物を取り返すための窃盗であったという点は犯情として量刑上考慮されるから、上記結論でも不当ではない。 以上