

刑事法学の諸相(上)

井上正治



井上正治博士還暦祝賀

刑事法学の諸相 (上)

昭和五十六年十一月二十日 初版第一刷印刷
昭和五十六年十一月三十日 初版第一刷発行

井上正治博士還暦祝賀

刑事法学の諸相(上)

定価 五六〇〇円



編集代表

井上 西山 富夫
祐司

発行者

江草 忠允

発行所

株式会社 有斐閣
東京都千代田区神田神保町二丁目十七番地

電話 東京(二六四)一三一一(大代表)

郵便番号(10) 振替口座東京六一三七〇番

本郷支店(113) 文京区東京大学正門前
京都支店(606) 左京区田中門前町四四

印刷 株式会社理想社印刷所
製本 牧製本印刷株式会社

© 1981, 西山富夫・井上祐司. Printed in Japan
落丁・乱丁本はお取替えいたします。

ISBN 4-641-04057-5



井上正治博士近影

謹んで還暦をお祝いし

井上正治博士に捧げます

執筆者一同

執筆者紹介（掲載順、なお掲載の順序は論文提出順による）

青山学院大学教授	西村克彦	慶応義塾大学教授	宮澤浩一
東北大学教授	莊子邦雄	金沢大学教授	岡部泰昌
海上保安大学教授	大國仁	京都大学教授	鈴木茂嗣
八幡大学教授	湯川洋	一橋大学教授	福田平
名城大学教授	西山富夫	広島大学教授	大野平吉
関西大学教授	中義勝	立命館大学教授	井戸田侃
京都大学教授	中山研一	九州大学教授	井上祐司
中京大学教授	庭山英雄	近畿大学教授	平場安治
熊本大学助教授	中村直美		

目次

刑法学者の使命	西村克彦	一
刑法解釈論と存在論	莊子邦雄	三
——ヴェルツェルの未遂Ⅱ既遂同置論を機縁として——		
漁業権侵害罪試論	大國仁	四
イギリスにおける精神病者の取扱い	湯川洋	五
未遂犯の違法性と責任性	西山富夫	三
カント刑法論における人間	中義勝	九
消極的身分と共犯	中山研一	二三
千葉大チフス菌事件と悪性格証拠	庭山英雄	二三
パターナリズムの概念	中村直美	二五
比較刑法研究のための基礎作業	宮澤浩一	二九
違法捜査と公訴提起の効力	岡部泰昌	二八
再審手続の基本構造	鈴木茂嗣	三〇

方法の錯誤に関する覚書……………福田 平…三

——法定的符合説についての再考——

軽微な犯罪の処理……………大野 平吉…三七

——西ドイツの輕微犯罪論——

上告棄却の決定……………井戸田 侃…三六

監督者の刑事過失判例について……………井上 祐司…三五

過失犯の構造……………平場 安治…三〇

井上正治博士略歴・著作目録……………卷末

刑法学者の使命

西村 克彦

一

この標題をえらんだときに私の頭の中にあつたのは、哲学者フィヒテによる「学徒の使命」という一連の講演である。⁽¹⁾その中のひとつで彼は、哲学的探求の最初の課題は「人間一般の本分は何か」ということであると前提したうえで、その最後の課題は「最も高く最も真実な人間の使命は何か」ということだと規定している。

こうして、真理のためにつかえる人の特質を、「真理を友として選んでいる人達、生死変らず真理に与^よする人達、真理が全世界から放逐せられてもそれを拾い上げる人達、真理が誹^{そと}られ罵^{のの}られてもそれを公然と擁護する人達、真理の爲には、貴族がずるく裏に隠しておる嫌惡、精神耗弱者の無氣力な嘲り、小人どもの肩をすくめて垂れる憐憫に、喜んで耐える人達⁽²⁾」と表現している。

さらに彼は、このような学徒の日常の態度は、つぎのようなものであるべきだという——「彼の職分と學問に対する此の愛に彼は全身を献げる。彼の仕事の本質は、學問が、殊には、彼が學問をそこから把握しているところの側面が、彼の内に於いて絶えず新しく生々と花を咲かせるということに存する。彼は此の新鮮な精神的青春の状態を何時までも失わない。如何なる形態も彼の内に於ては凝固せず石化しない。毎日の日の出が、彼の仕事に対する新しき喜びと愛とを、また之と共に新しき見解を彼に齎^{もた}らす⁽³⁾」と。

私にとって、実はフィヒテの哲学や知識論はどうも難解であり、その刑罰理論のように、理解できそうでも賛同し

がたい所説もあるが、右に引用した部分にかぎっていえば、その誇張した表現には嫌味があるにもかかわらず、なお琴線に触れるものがある。

もちろん、法学における真理とは何かという問題は、哲学におけるそれとは次元がちがうのかもしれない。価値の相対性ということが、ことに最近の法学の世界では顕著な傾向であるともいえよう。しかし、そうだからといって、われわれは、より正しいと信ずるものを求める志操までも放棄するには及ばないだろう。

いま、法学者の使命というとき、法学者一般の使命のほかに、民法学者とか刑法学者とかの特殊な使命もありうると思われる。刑法学者に独特の使命は何かといえ、おそらく、強力な国家権力である刑罰権を基礎づけ、またはこれを限界づけるという課題に、どのように対処するのが妥当であるか、という点にその独自性があるといえようか。刑法学と民法学との皮相な対比からいっても、たとえば類推解釈の許容性という問題、あるいは「生ける法」に対する評価において、刑法学者には、民法学者や法社会学者とはことなる姿勢が必要とされるであろう。いうまでもなく、罪刑法定主義という「越えることのできない防壁」(リスト)が存するからである。

このような問題意識から出発して、私は本稿において、主として刑法解釈学者として、真理のために何を寄与すべきかを考えてみたい。その場合、罪刑法定主義のわくの中で可能な正しい解釈は何かを探索するのであるが、解釈ではまかなえない問題に対しては、正しい立法は何かを示唆するのも、やはり刑法学者の職分に属する。ただ、解釈論と立法論とを混同することは許されない。ここまでは解釈論、これからさきは立法論というように、それぞれの領域を分けて論ずることは必要である。

裁判例に対する態度としても、単なる判例解説の域を越えた批判的研究が、学者の職分であることは言うまでもない。いわば副業として判例解説に寄与することは、その人の自由であるが、抜本的な批判が学者の本領であることを忘れてはならない。この点で、いわゆる強盗殺人罪をめぐる判例に対する学者先生たちの取り組みかたよりは、あの

大津事件に対する当時の大審院判事の態度のほうが立派であったと私は思っている。

およそ、立法と判例にまぬがれない欠陥を是正しないかぎり、学者は無用の精力を解釈にそそがなければならず、しかも、そこに出現する無理な説を、あたかもリーガル・マインドの発露のようにつくろわざるをえない。これでは三百代言とことならないのではないか。そのために解釈の妥当性はそこなわれ、立法における改善もどこおることになる。

本稿は、このような観点からする論考であって、特定の新しいテーマと取り組んだものではないが、還暦を迎えられた井上正治博士に対して、従来からの研究の成果の一端を報告するものである。

二

罪刑法定主義との関係から考察をはじめると、「法規自体が無罪を定めている場合にしか無罪の判決はできないし、法規が有罪と定めている場合にしか有罪の判決はできない」(フォイエルバッハ)という命題は、後半は正しいが前半は正しくないと思われる。現に、可罰的違法性とか期待可能性のないことを理由とする無罪は、明文が存しないのに認められてきている。その適用の詳細については、意見の一致がえられないのは当然としても、そのような無罪の可能性を認めること自体には反対がないのである。問題は、それら以外にも、なお、法定のものでない無罪がありうるかという点にあらう。私は、その可能性はあると思うので、このような分野の開拓を刑法学者の使命のひとつだと信じている。そのためには、罪責の構造を表から裏からも省察しなければならない。いわば、フォイエルバッハによる Revision の現代版をつづるのである。⁽⁴⁾

つぎに、法定刑のない罪として、個々の未遂犯と従犯とがあるが、これを放置してよいかという問題がある。むしろ、手当をするとなると立法論になるが、現行法の運用にはどうしても矛盾がある。たとえば、殺人未遂罪の従犯

が成立する場合、法律上の減輕事由が二つあつても、そのような刑の減輕は一回しかできないため（刑六八条）、殺人既遂罪の法定刑を減輕するというのが、現行法の解釈運用である。しかし、殺人未遂罪というのに法定刑があるべきだとすれば、事情はかなりちがつてくるし、すべての未遂罪のための法定刑を設けることは不可能ではない。ところが現状では、未遂罪に対しては、はじめから処断刑が割り出されるにすぎない。これでは罪刑法定主義の精神に沿わないことは明らかである。

右の設例の場合に、殺人既遂罪の法定刑のなかの有期の懲役を選択し、さらに、事案によっては酌量減輕をも活用するならば、二個の減輕事由のあることに対応する妥当な宣告刑は得られるであろうが、これは運用の問題である。しかし理論的にいって疑問のあるのは、つぎのような場合である。

(1) 法定刑の上限が懲役一〇年であるA罪と、上限が一五年であるB罪の未遂とが、観念的競合または牽連犯の關係で成立している場合、その行為の「触れている罪名」には未遂罪があるのに、「最も重い刑」として、その既遂のための法定刑がえらばれるのは矛盾している。かりに、B罪の未遂のための法定刑が一〇年よりも低かったとすれば、A罪の刑のほうが重いはずである。

(2) 右と同様のことは従犯についても考えられるのだが、この点についての判例は、「一個ノ行為ニシテ數個ノ罪名ニ触ルル場合ニ於テ、其ノウチ従犯ニ該当スルモノアルトキハ、先ヅ従犯ノ成立スル各本条ノ罪ノ法定刑ヲ以テ比照ノ標準ト為シ、刑法第五四条第一項前段、第一〇条ヲ適用シ、右従犯ノ罪ノ法定刑ヲ重シトスルトキハ、其ノ刑ニ付キ選択ヲ為シタル上、従犯ノ減輕ヲ為シ、其ノ刑ノ範圍内ニ於テ処断スベキモノトス⁽⁵⁾」としている。ここで「従犯の罪の法定刑」というのは、実は正犯のための法定刑を指しているのである。

(3) 未遂罪または従犯に相当するものに累犯加重の要件が存在する場合において、「其罪ニ付キ定メタル懲役ノ長期」（刑五七条）として、既遂または正犯のための法定刑をいわば借用して、「同時ニ刑ヲ加重減輕ス可キトキ」を前

提とする刑法第七二条（加減の順序）によるとするのは、やはり不合理である。

(4) 障害未遂のための減軽と、中止未遂のための減軽とで、おなじく既遂のための法定刑をもとにしてゐるのが現状であるが、未遂罪のための法定刑が存するなら、中止未遂ではそれをもとにして、より軽い処断刑が割り出せる。

(5) ある罪の未遂におわつた過剰防衛または過剰避難に対して、情状により刑を減軽する場合、現状では一回しか刑の減軽ができないのは不合理である。かりに刑を免除するにしても、既遂の刑を免除するというのは妥当でなからう（同様のことは、未遂におわつた親族相盗でも生じてくる）。

——以上のような事態を匡正するためには、すべての未遂罪について法定刑を設け、従犯については総則の中に一般的な規定を置くようにするしかないが、共犯はすべて「正犯に準ずる」ことにすれば、あとは酌量減軽の問題になる。つまり、従犯に対しては任意的な刑の減軽を認めるにとどめようとする案と、結果においては大体おなじことになるであらう。

三

テキストには欠陥のないことを前提とする聖典の教義学とちがつて、おなじドグマティックでも法解釈学の場合は、法典に欠陥のありうることを前提としてよいのである。法典には欠陥がありうるからこそ、本当の意味での改正もありうる。改正をまたないで更正解釈ということも許されるのである。たとえば、刑法第一〇九条（非現住建造物放火罪）に「現二人ノ住居ニ使用セス又、ハ、人ノ現在セサル」とあるのは、「現二人ノ住居ニ使用セス且、ツ、人ノ現在セサル」のことであると読まなければならないのがそれである。そうでないと、右第一〇九条は第一〇八条とおなじ内容のものになってしまうからである。

これとほぼ同様の趣旨で、論理的に言えば刑法の条文を更正して読むべき理由がありそうに思われるのは、自殺関

与罪と強盜致死傷罪の未遂を罰するものとしている各条項であらう。

まず、刑法第二〇三条では、第二〇二条の未遂罪を罰することになっているが、実行行為としての性格を有する囑託殺人罪と承諾殺人罪については未遂が可能であるのに反して、正犯のない特殊な関与形態である自殺関与罪については、実行行為の觀念を容れる余地がないことは明白であるから、その未遂を罰することは論理的に成り立たないというべきである。したがって、右第二〇三条のこの部分は、「前条後段ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス」と読むのが更正解釈である、ということになる。⁽⁷⁾

つぎに、刑法第二四〇条の規定が前段・後段ともに結果的加重犯を想定しているものとすれば、第二四三条においてその未遂罪を罰しているのは、これまた、実行行為の觀念を容れる余地のないものに未遂罪を認めていることになる。ここでも、第二四三条にふくまれていて第二四〇条の結果的加重犯の未遂というのを、実は無いものと読むのが更正解釈であらう。第二四一条後段の強盜強姦致死罪についても同様である。

実務の上では、結果的加重犯を意味するものとしか読めない右第二四〇条に、「強盜が人を殺す罪」がふくまれていると解して、それで右第二四三条のなかの第二四〇条の未遂というのを生かしてきているのであるが、その前提となつていふ説も更正解釈のつもりであらうか？ 通説はそうは言わないで、いわゆる「刑の権衡論」を根拠として強盜殺人罪をつくりあげている。強盜致死罪の法定刑が死刑または無期懲役であるのに、強盜が人を殺したのに対して強盜罪と殺人罪との競合犯を認めるときは、有期懲役の科せられる可能性が出てくるところに、刑の権衡を失するものがあるというのである。

しかしこのような権衡論は根の浅いもので、強盜致死罪の法定刑から死刑を除きさえすれば、まかり出てくる余地もないのである。他方、強盜犯人が自己の尊属を殺した場合には、強盜致死罪と尊属殺人罪との觀念的競合を認めた大審院の判決⁽¹⁰⁾もあるのは、この場合には有期の懲役の科せられるおそれはないからであらうが、強盜罪と通常殺人罪

との競合する場合でも、死刑または無期懲役を科することには障害はない。本当に権衡を失っているのは、強盜致死罪の法定刑なのである。それとの権衡ばかりを気にして、明文のない強盜殺人罪なるものを認めるのは、更正解釈といったものではなくて、罪刑法定主義の精神にもとる牽強附会の説にほかならない。⁽¹⁾

このような性格の権衡論は、いつでも台頭する可能性があつて、それだけに警戒を要するのであるが、以下には、代表的な二例をあげるにとどめたい。

(1) 予備の中止について、判例はこれを無視する態度に出ているのに反して、通説はここに刑法第四三条但書の準用を認めるべきことを主張しているのは、周知のとおりであるが、これでは本当の意味での権衡はたもてない。中止未遂に対する処遇よりも、予備の中止に対する処遇のほうが一段と軽くなって、はじめてバランスがとれると言えるからである。

このような形でのバランスではなくて、中止未遂に対する処遇をきびしくすることによって目的を達することも、形式論理としては可能であろう。そこに目をつけたものと思われる説は、あるいは、予備罪に対して刑の免除を認めていない場合（たとえば強盜予備罪）では、その罪の中止未遂の刑を免除することを否定すべきであるといふ。⁽¹²⁾あるいはまた、予備を罰していない罪（たとえば窃盜罪）の中止未遂にかぎって、刑の免除を認めるべきであるといふ。⁽¹³⁾なるほど、これで「刑の権衡」はたもたれようが、刑法総則の公言している原則を、これだけの理由で制限することが許されるとは思われない。

(2) 強盜強姦罪の未遂といえ、強姦が未遂になった場合をいうものと解するのが通説であるが、このような事案において刑を減輕するものとして、無期ではなく七年以上の有期懲役を選択すると、処断刑の下限は三年半の懲役となる。ところが、強盜をしただけでも五年以上の有期懲役に処せられるのだから、ここにも刑の不権衡が出現する。そこで一説は、この不権衡を排除しようとして、明文上は結合犯であることに疑問のない強盜強姦罪を分割可能と

みなして、設例のような事案に対しては強盜既遂罪と強姦未遂罪のほかに強盜強姦未遂罪をも活用して、これら三罪の競合犯を認めるべきことを主張する⁽¹⁴⁾。なるほど、これなら強盜罪との刑の権衡はたまたれようが、刑法第五十四条第一項が、右のような形の競合犯——論者によれば「科刑上の一罪」に準ずるもの——を想定しているとは思われない。

四

右に述べた強盜強姦罪は結合犯である。ところが結合犯の未遂については、元来、通常の解釈論では解明の不可能な問題があった。たとえば、強盜強姦罪の未遂というのが、強盜の既遂・未遂を問わず、強姦が未遂となった場合を指しているとするれば、強姦を中止した者に対して刑を免除すると、強盜のほうは帳消しになってしまう。性欲のほうを中止すれば、先行する物欲の充足は不問に付されるのである。

もともと刑法第四三条の未遂罪の規定は一個の実行行為を要素とする罪を予定したものであるのに、そのイメージに合致しないのが結合犯にほかならない。実行行為にあたるものが数個——たいていは二個——ある一罪について、何をもちて実行の着手とし、何をもちてその障害未遂あるいは中止未遂とするかは、本当を言えば答えられない問題なのである。しかし解釈論としては、これらに対して刑法第四三条が適用不可能であるとは言えない。そこで、およその見当として、罪の性格に応じて、あるいは先行行為の未遂をもって、あるいは後行行為の未遂をもって、その結合犯の未遂としてきているのだが、そこから前述のような矛盾の生ずるのは当然である。

強盜強姦罪の未遂よりもさらに不可解なのは、事後強盜罪の未遂であろう。そこでの後行行為である暴行・脅迫については、切りはなして考えれば未遂を考ふる余地がないこともあって、この罪の未遂は強盜が未遂である場合をいうと解するのが通説である。しかし、強盜犯人が事後的に暴行・脅迫に出ることによってはじめて強盜をもって論ぜられる罪について、先行行為である強盜の未遂がこの罪の未遂であるというのは不可解である。この疑問は、事後強

盗罪の中止未遂とは何かということ、さらに、事後強盗罪の予備が当然に罰せられるかという疑問にまで発展する。

窃盗罪よりもはるかに重い罪、たとえば殺人罪の既遂または未遂を犯した者が、逮捕を免れるために第三者または被害者に対して暴行または脅迫をした場合でも、そのために加重される罪——旧刑法第二九六条の罪のようなもの——は、現行法には存在しない。せいぜい、それぞれの罪の情状として不利な評価を受けるにとどまるのである。それなのに、窃盗罪との関係についてのみ、このような加重類型を認めているところに問題の根源がある。

なるほど、本来の強盗罪と事後強盗罪とは、それぞれを構成している二種の行為、つまり暴行もしくは脅迫と窃盗罪との出現順序が逆になっているだけで、その各要素の合計においては変りがないから、事後強盗が強盗と同一視されるのは当然ではないか、という議論もありえよう。しかしこの論は、さきにビールを飲んでから井飯を口にするのと、その逆の順序で飲食するのでは、胃袋に入る物量の合計はおなじであるから、どちらにしても飲食者の満足度に変りはないというのとおなじである。

これは事後強盗罪についての考察であるが、とにかく、刑法第二三八条の規定があつてはじめて、このようなのが強盗をもつて論ぜられるのである。その趣旨の明文をまたないで同様に解することは許されないように、強姦をしたのちに同一被害者に対して強盗をはたらいた者を、強盗強姦罪に問うことは許されないはずである。ところが通説・判例は、強盗が人を殺したものが刑法第二四〇条だけで罰せられるという「附会の説」を根拠にして、さらに、人を殺して財物を奪取した者も同様であると解して怪しまないでいる。

本来の結合犯の未遂および中止未遂という問題にもどるが、そこに前記のような矛盾の生ずることは、考えてみれば不可避の結果であつて、解釈によってこれをつくろうことには限度がある。そこで立法論としては、すべて結合犯の未遂にあたるものに対して特別の法定刑を設け、これに対する刑法第四三条本文および但書の適用を排除することにするほかに、名案はなさそうに思われる。本当は結合犯であるものを身分犯であるかのように扱つてみても、右の