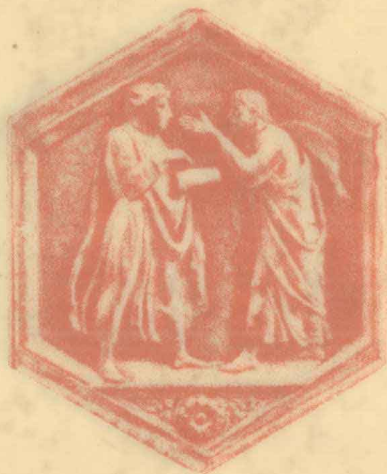


新 **NHK** 市民大学叢書 14

刑法とはなにか

植松 正



植松 正 (うえまつ・ただし)

- 1906年 千葉県に生まれる
1929年 昼間会社などに勤めて夜の日本大学法
文学部卒業(心理学専攻)
同大学講師(心理学・哲学)
1935年 東北大学法文学部卒業(法律学専攻)
検事, 判事, 台北帝国大学助教授・教
授(刑事法学担任)を歴任し
1950~69年 一橋大学法学部教授(同上担任)
現 在 一橋大学名誉教授・弁護士
著 書 『民族と犯罪』(有斐閣), 『犯行の心理』
(立花書房), 『裁判』(角川書店), 『裁
判心理学の諸相・新版』(有信堂), 『証
言の信頼度』(有斐閣), 『刑事法学研
究』第一巻(有斐閣), 『刑法エッセイ』
正・続(勁草書房), 『刑法評論』I・II
(勁草書房), 『法の映像』(帝国地方行
政学会), 『法のうちそと』正・続(ダ
イヤモンド社), 『新版・供述の心理』
(成文堂), 『再訂・刑法概論』I・II(勁
草書房), 『刑法教室』(大蔵省印刷局),
『刑事訴訟法教室』I・II(第一法規出
版社), 『去日來日』正・続(勁草書房)
ほか

新NHK市民大学叢書14

検印廃止

刑法とはなにか

定価 900円

昭和58年5月20日 第1刷発行

著 者 植 松 正

発行者 藤根井 和 夫

印刷 安信印刷

製本 明 泉 堂

発行所 日本放送出版協会

東京都渋谷区宇田川町 41-1

郵便番号150振替東京1-49701

落丁本・乱丁本はお取替いたします

ISBN4-14-012052-5 C1332 ¥900E Printed in Japan

刑法とはなにか

植松 正

まえがき

この本を書くようにという依頼を受けたのは、だいぶ以前のことだった。私は期限を定めずに書くことだけ約束して、気ままに時を過ごしていた。一九七五年の三月二二日（日本での放送開始五〇年目の放送記念日）に、私は「放送文化賞」というものを頂戴する機会に巡りあわせた。そうして、その年の暮になって、ふと思いついたのが、この本の現実の起稿であった。動機はこの受賞の年のうちに書き始めるということに記念の意味があると思ったからである。ほかに、内容についても、ちょっとしたヒントがあつたからでもある。

私には、自分の刑法学の体系書としては、すでに二つの著書がある。いずれも二冊ものだが、一つは『刑法概論』（勁草書房）であり、他は『刑法教室』（大蔵省印刷局）である。前者はいわゆる専門書であり、後者は一種の入門書である。これは出版をお役所の商法でやっているせいか、読者は手に入れるのに少々苦勞するそうである。地方都市なら官報販売所、東京のような所なら政府刊行物販売所へ行かないと、入手しにくいとのことである。だが、今またさらに簡約したこのような入門書を一本加えるとなれば、それなりになにか新鮮味がほしいと思った。そうして、あれこれ思いわずらっているうち、体系を隅々まで書こうとするよりも、社会一般の人たちに興味のありそうな話題を選び、それに少し深く立ち入りつつ、ほぼ刑法の全体系に及ぶという方針にした。それは、社会人にとっては門

にはいりやすい気持を誘うだろうし、法学生に対しても、理論を実際の例に適用するとどうなるかを学習するのに役立つだろうと思つてのことである。

こんな気持で、まず、ある具体的事件のことを判決文に即して記述してみたのだが、この流儀ばかりでゆくのも不適當と思つたので、そのあとは自分の気分まかせに書き綴つた。こうして具体的事件に取っ組みながら、読者を理論の世界に導入しようと試みた。だが、それだけでは、理論の脱落が起ころので、そのほかの部分は、ただ読者が全体の構造を察知できるように輪郭を示そうと心がけてある。

それから、法文というものに日ごろ縁遠い生活をしている読者には、法文の文句を見ただけで、堅苦しく感ぜられやすいものである。まして、六法全書を開いて条文を参照などすることは、おっくうだろう。けれども、法の解釈は法文の正確な理解が基である。そう思つて、なるべく自然に法文を読まざるをえないように仕向けることにした。できるだけ、条文の文句をそのまま引用しながら説明文を組み立てるよう心がけ、読者が解説を嚙呑みにしないようにした。片仮名で文語体という今時としては読者のうっとうしがりそうな文言を比較的多く挿入したのは、筆者のそういう意図が潜んでいる。それがうまく融け込んでいくかどうかは、読者の評価を待つ。用語その他の説明をしなければ正確な理解を期したいところも、紙幅の都合で、省かざるをえなかった。一応は読者持ち合わせの常識で分かるはずだと思ふからだ。それ以上には、さきあげた他の二著などを見ていただきたい。

法解釈学の世界では、疑問に対する回答はおおむね条文に示されている。学者の説明はその手がかりの一助となるにすぎない。要は、読者みずから条文に取っ組んで納得するにある。これをしなければ

ば、現行法の学習はものにならない。その道の権威者とされる人の言うことでも、ただそのまま受け取っていたのでは、進歩はない。学問研究の世界はみなそうである。出来の悪い学生は概して受身の態度で学習しているようだ。司法試験その他の国家試験などで、口述試問の相手をしてみると、自分の読んだ本を暗誦するかのように、目をつぶって答えたりするのがいる。そういうのは頭が堅い。頭がはたらかないから、自分で考えるより人の説明を暗記しようとするのだろう。法解釈学のことに關心を持つ人々よ。どうか条文を軽視しないようにと願いたい。

ほかのことならいざ知らず、新法案の可否を論ずるについてさえ、条文そっちのけで、政治的意図からするデマゴグ（demagog）の言いなりに、その結論だけに取りすがっているような国民性が治らないかぎり、日本に真の民主主義は育たない。

最後に、ほんのちよつとしたことだが、この本にはもう一つの新工夫が試みられている。それは若干の主要な犯罪について現実に言い渡される刑の「相場」を示したことである。たとえば、法文に「十年以下ノ懲役ニ処ス」と書いてあると、慣れない人は、とかく一〇年近くの刑が言い渡されるもののように思い込みがちであるが、そうではなく、その罪には、実は「一年」くらいの刑の言い渡されるのが通例だというような実態を示すようにしてある。これによって、実際に宣告される刑の実情を伝えるように努めてある。

一九八三年 初夏

目次

まえがき 3

I 刑法とは

9

- 1 意志の自由と犯人の責任 10
- 2 罪と刑とを予告する法——罪刑法定主義 17
- 3 刑法の適用される時と所と人 20

II 犯罪とは

25

- 1 犯罪成立の三要素 26
- 2 故意と過失 32
- 3 意図と実現との食い違い 35

III 合法・違法と責任

47

- 1 正当防衛とその行き過ぎなど 48

- 2 安樂死論議——正当行為・作為と不作為 57
- 3 緊急避難と期待可能性 64
- 4 責任追及に値する人格 69

IV

未遂と既遂

81

V

正犯と共犯

89

VI

刑罰について

101

- 1 法定刑から処断刑を経て宣告刑へ 102
- 2 刑の軽重 108
- 3 刑の執行猶予・刑の消滅・刑の期間 111
- 4 死刑 122
- 5 刑の時効 128

VII

国家に対する罪

133

- 1 内乱（革命） 134
- 2 外患と国交を害する行為 136
- 3 公務執行妨害と逃走 138

- 4 犯罪を取り巻く四つの罪 142
- 5 瀆職 150

VIII 社会に対する罪

163

- 1 公共の平穩を害する罪 164
- 2 公衆の衛生に関する罪 172
- 3 公共の信用を害する罪 176
- 4 風俗を害する罪 183

IX 個人に対する罪

193

- 1 生命・身体に対する罪 194
- 2 自由に対する罪 207
- 3 財産に対する罪 219

I 刑法 とは

1 意志の自由と犯人の責任

古典学派と実証学派の対立

素朴に考えると、人間は自由に罪を犯すこともできれば、犯さないこともできるように見える。現在われわれが自分自身のことを個人的に考えてみても、自分で自分の意志を統御できると自覚している人は、自由意志で行動していると思っている。

しかし、もう少し掘りさげて根源的に考えてみると、そう自由にはいつていないことが分かる。自分で自分の意志を上手に統御していると思っていられるのは、そういう素質を持って生まれ、そういう統御の方法を後天的に学習する機会に恵まれたからなのではないか。われわれ日本人は皮膚は「黄色」と形容されるような色素を沈着させているし、髪の毛は黒色直毛である。先天的にそうなっているという現象は、自分の意志で統御できることではない。とすれば、脳味噌の中味も同じような遺伝の支配を受けていると考えなければならぬ。

親子兄弟の顔を見くらべると、似ている。むろん、遺伝因子の組み合わせは複雑多様であるから、結びつきかたによつては、親子兄弟でも、あまり顔の似ていないものもあるが、他人同士よりは似ているのが通例である。精神構造についても同様である。また外観はそう似ていないが、心理傾向では大いに似ているものもある。要するに、一個の個体としては、他人間におけるよりも近親間に相似の著し

いことが原則的には明白である。たとえば知能検査をやってみても、近親間の近似を示す相関係数は高い。こういう関係のもっとも顕著なのが一卵性双生児相互の間に見られる。このようなことは各人のすべてを決定するものではないが、基本にこういう遺伝の支配の及んでいることは看過しえない。それが個体の宿命の起点である。

受精卵としての個体発生の直後から環境の後天的影響が開始される。環境は同じでも、それから受ける影響は個体によって異なる。同じ太陽の光のもとにあっても、陽に焼けやすい素質の人とそれほどでない素質の人とがあるように、同じ映画を見ても、画中の善人に共鳴する者もあれば悪漢に同化される者もある。その意味では遺伝が窮極的には最大の要因であるが、環境も作用する。つまり、遺伝と環境とが意志を支配している。遺伝と環境とどちらが大事かなどということは計算できないから、私は両方五分五分だと考えておくことにしている。とにかく、両者の作用で一個の人間が出来上がる。出来上がると、そのように、その個体は行動する。そういう根本を考えると、意志自由があるように見えるのは表面だけのことで、実は意志は宿命的に決定されている。

犯罪の方でも、一卵性双生児の研究などから、遺伝があずかって大きいことが明らかにされている。そういう双生児の一方が罪を犯すと、他方は別の環境で育っても、やはり罪を犯す例が多いということが証明されている。環境については、たとえば戦争末期から戦後へかけての食糧欠乏状態のもとでは、食物窃盗が続発した。そのほか、物資不足の環境下では泥棒は衣類などを盗むが、今日のように物資が十分になってくれば、泥棒は物品よりも現金を盗む。その方が足がつかなくて都合がいいのだから、そうするのが常識というものだろう。環境が犯罪現象を左右することは、この一例でも明

らかである。遺伝・環境を通じて、緻密にその影響の様相を考えてみると、実に人間生活の隅々にまでその作用の及んでいることに気づかずにはいられない。哲学者ライプニッツ(Leibnitz)の口吻を借りれば、それは予定調和である。宗教的に考えればすべては神の力によって定められているということになるであろう。だが、人間には意志自由はないと言い切ると、いやがる人も多い。そういうことになる、人間の主体性を尊びたいと思う立場からは、面白くないからである。そこで、意志が全面的に決定されるとまでは考えないという妥協的な立場に立つ者が多い。しかし、かりにそう考えても、大部分が宿命的に決定されてしまっているということは認めないわけにはいかないだろう。

そこまで徹底的には考えなかったにしても、前世紀末から今世紀初頭にかけて、そういう決定的な面を強調する思想が犯罪観のなかに現れた。そちらから見ると、犯罪者は宿命的にそうなるように運命づけられているということになり、普通の見かたのように、道徳的非難の対象として犯罪を見るわけにはいかなかった。新派刑法理論というのがそれである。イタリアから起こったからイタリア学派とも言う。近代になって生じた考えだから近代学派とも言うが、主張者みずから名づけて呼んだのは「実証学派」(Scuola Positiva)であった。これに対し、犯罪に対する犯罪者の責任ということを考えると、犯人が自由な意志によって犯罪への道をみずから選んだのなら、その行為は道徳的に非難すべきだし、したがってこれに対する刑罰も懲戒的意味を持つ。そういう考えかたは、古くからあるので、「古典学派」と名づけられる。ドイツにおいて精緻な理論を展開したことから、これを「ドイツ学派」と称する人もある。刑法理論の上で二大学派の対立ということがよく言われるのは、このことである。

現実的な対応

古い時代には、遺伝や環境のことにあまり関心を払わずに犯人の責任を追及することを考えていたのは、たしかに一面的にすぎた。その意味では、実証学派の功績によって、今では、誰でも犯人の気の毒な遺伝的負因や環境的条件を考慮して、その罪責を考えるようになった。これは大きな進歩である。しかし、実証学派のような考えを徹底すると、責任というものが考えられなくなる。「自分が悪いのじゃなくて、遺伝が悪い、環境が悪いのだ。」というように考えるのでは、行為者を非難できない。道徳的責任もなくなる。道徳の崩壊した社会は、それ自体が犯罪誘発の環境となる。それでは社会の秩序が保てないという悩みがある。

犯罪を遺伝と環境との宿命だと見るのは、認識としては正しくても、現代社会の秩序を保つ手段としては、うまく適合しない。犯罪とか刑法とかいうことを考えるには、そこまで根源的なものの見かたをしなくても、解決の道はある。ほどほどにその宿命的な面をも考慮に入れるのが実際的だということになるのではなからうか。現に、裁判の実際はそうやっている。「ほどほどに」などというのは、生ぬるい妥協にすぎないのであるが、現実の社会がほんとうの意味ではみんなこういう宿命を持った人間によって構成されているのであるから、そこを出発点にして考えようということである。ここでは、意志自由があるかないかが問題なのではなく、結局は意志自由がないにかかわらず、それあるがごとくに行動している人間どもの集団が作っている社会の規律をどうするかが問題なのである。その結果は、人間の社会的行動に責任を負わせなくては社会秩序が保てないという認識を原点とすればよいということになる。そういう平凡な常識的次元のところでは責任を考えていく方が社会の実情に沿う。そこで、私は古典学派的思考で刑事責任を論ずることになっているのである。

刑法学者たちの多くは、この二つの学派の対立をなんとか発展的に解消したがっている。私もその一人であり、私なりに古典学派的色彩の強い解決に達してはいる。けれども、現にその理論体系のなかで個々の犯人の刑事責任を論ずるとき、割り切れない気持を持たされることがある。それは顕著な精神病者が放火・殺人などの重大な違法行為をやった場合についての処置である。現在日本の刑法での処置は、多くの文明国におけると同様に、その種の精神病者を犯人として罰することはしない。そうして、そのことは世間一般にもよく理解されていて、世人もまた「狂人を罰せよ」などとは言わない。そこまでは、それでいいのである。だが、そこに刑法学の根本理論にまつわる悩みのあることは否定できない。

狂人は責任を負わない。狂人のやったことは犯罪ではない。そのように刑法は規定している（第三九条第一項）。その規定は「心神喪失者ノ行為ハ之ヲ罰セス」というのであって、そこに「狂人」とは書いてない。狂人もこれに含まれるけれども、一般に精神障害の程度の高い者を指している。そういう障害の程度の高い者は、社会常識的な意味で意志の不自由度が通常人より格段に強いので、刑事責任追及の^{うち}域外に置かれる。刑法はあくまで通常人を標準として責任のことを考えているのである。したがって、通常人（平均人）が持っている程度の意志の不自由度は計算外に置いて考えてもよいことになる。

さて、精神障害者のなかには、全く責任を問えないほどの著しい障害ではないけれども、通常人よりは責任を軽減するのを相当とすべき精神障害者もいる。そのことを定めたのが「心神耗弱者ノ行為ハ其刑ヲ減輕ス」という規定（同条第二項）である。



宮本英脩（明治15年～昭和19年）
（京都新聞社提供）



牧野英一（明治11年～昭和45年）

こういうわけで、今の刑法は、通常人を標準にして、自分の行為には行為者自身に責任があるとの根本思想の上に築かれている。その限りにおいて、それは道徳規範とも一致するし、古典学派的思考が基調になっている。無論、すでに実証主義の洗礼を受けたことだから、単純に行為に釣り合う刑罰

ということばかり考えているのではなく、行為者がどのような人間かということも考慮にはいれるけれども、基調は古典学派的だと言ってよい。これは刑法という法規の構造がそうだからなのである。

実証学派の主張は一時はなはだ華やかであり、イタリアのフェリ(Ferrero)の作った草案を初めとして、この学派の思想を実践に移すための刑法草案もいくつか工夫されたほどであった。それに比べれば、今は、実証学派の思想は、古典学派的基調のなかに吸収できる限度で法規のなかに生存しているという感じがする。わが国では大正期から昭和初頭にかけて、牧野英一（東大）と宮本英脩（京大）^{ひでなぐ}とが中心となり、実証学派の思想に立脚して華やかな活動を展開したが、今はその勢力が表面上は影をひそめたかに見える。しかし、実証学派の思想は、古典的外装のなかに大きく潜入して立派に生き続けている。すでに指摘したよう