

植田重正教授

「刑法要説(總論)」——昭和二十四年

中 義 勝

本書の公刊せらるゝや私は最も早くこれに接し得た一人であるが、一読、その体系の嚴正さに寧ろ息苦しきまでの圧迫を感じ、再読、現代刑法学の背負ふ各理論域毎の問題点乃至盲点に対するその大胆な然し慎重な剔抉と理論構成に今更ながら彫鏤の跡の深きを見た。凡ゆる學派的偏見を退け、諸概念の混淆を整一し、虚心に理に即せらるゝ態度こそ、本書の全卷を一貫する高潔なるライトモチーフである、とは卷を伏せておのずから湧出する歎声でなければならぬ。今機会を得て本書の紹介を試み得るは私にとつて何か偶然ならざる使命感をすら覚えるものがあり、敢て秃筆をもちからず黃嘴に物言ふ次第であるが、所詮紹介と雖も私の深さにおける限りのそれであり、裏面から言つて私の浅薄さだけそれだけの限度

において把握されたものたるを免れない。従つて著しく本旨に恃りこれを傷つけるものなる事は深く自ら省みて畏怖する次第であるが、万一にも拙稿が直接本書に接せらるゝ所縁ともなり得るならば望外の喜びとせねばならぬ。教授並に読者の御寛容を乞ふ所以である。

派の偏見を退け、諸概念の混淆を整一し、虚心に理に即せらるゝ態度こそ、本書の全卷を一貫する高潔なるライトモチーフである、とは卷を伏せておのずから湧出する歎声でなければならぬ。今機会を得て本書の紹介を試み得るは私にとつて何か偶然ならざる使命感をすら覚えるものがあり、敢て秃筆をもちからず黃嘴に物言ふ次第であるが、所詮紹介と雖も私の深さにおける限りのそれであり、裏面から言つて私の浅薄さだけそれだけの限度

所論の体裁はほゞ普通の形式に従はれ、緒論(刑法学の根本主義他四章)に始つて總論(第一部犯罪論・第二部刑罰論)を展開する、而して犯罪論は行爲、違法性、可責性(第二章犯罪の一般要件)に並置して犯罪の態様(第三章)及び罪数(第四章)他に分説され特に異を樹てられる所がない。以下紙幅の許す限り順を追つてその大体をスケッチする。

植田重正教授「刑法要説(總論)」——昭和二十四年 (中)

一、所謂刑法学の根本主義に関し、教授は先づ一般予

防刑主義、特別予防刑主義特に応報刑の思想につき、夫々の概念が可能的に内含し得且つ現実の学説にも見られた多義性を犀利な観察によつて分析された後、これらの対立特に応報刑主義か教育刑主義かの抗争は「從來それぞれの観点から見た相互の弱点のみを一方的に摘示して、これを論難するに嚴であつて、翻つて自説を自省するに寛であつた恨があると思ふ」とされ、両説は「しかく激しく相互否定的に対立する程に異質的なものであり得ない」ことが素直に肯定されねばならぬとされる。

従つて「今日に於ては、孰れかと言へば、この両説がそれぞれを能ふ限り探究する事を念とすべきであり、而してそれによつて徒に観念化せんとする対立の弊を是正することこそ望ましいといはねばならぬ」。以て教授の根本的態度を窺ふべきである。さてかやうな立場からは「刑罰が犯罪を理由として科せられる害苦であることは、一切の刑罰の前提的理論を離れて、虚心に考へるとき、素直に肯定され得るところである」と共に、「刑罰が右の如く害苦であり従つて又苦役であるにしても、受刑者が

たゞ漫然とその害苦を受けたまゝに放置されて刑期を待つ、といふ如き消極的贖罪に止まらず、その贖罪生活を通じて能ふ限り教化改善される事を期待することは、こられた凡ゆる刑罰理論の論議を越えて支持されるべき主張であるといはねばならぬ」。蓋し所謂教育刑論と雖「刑それ自身に内在する害悪性そのものを否定せんとするものでなく、たゞかゝる害悪性を自己目的とする事、即ち害悪のための害悪として行使する事を否定せんとするものにすぎない」と解さるべきであり、又茲に所謂贖罪とは「現実に関した罪を消滅せしめることを言ふのである、經驗的には、自己の罪を自覚して何らかそれに相当する痛苦を負担する、といふ意味」に解するならば、受刑者が斯く「自己自らの罪責を自覚し、而してその贖罪として自己が罰せられてあること、の自覚を何らかの程度に於て前提とする」ことこそ刑に固有の意義であり、「眞に道義的責任の見地に立脚し、受刑者が自己の責任を自覚して受刑生活を自己自戒の場所たらしめ、その忍苦を通じて受刑生活を長養せしめることこそが、むしろ正しい意味において刑の教化目的を完ふする所以であ

る、とする主張すら存する」とされる。最後に教授は以下の如く自説の誤解を予防される所がある。「或はかく言へば殊更に刑罰理論の対立を回避してその妥協をはからんとするものである、との非難があり得ると考へるが、しかし卑見によれば既述の如くこの種の対立は余りに一方的であつて、むしろ事相の自然に遠ざかる恨があるかと思はれる。故に逆説的のやうであるが、この調和にこそ素直な真相があると考へる次第である。但しかゝる刑罰観を応報刑論と呼ぶか教育刑論と呼ぶかは全く別論であつて、固より關心する所ではない」。

二、犯罪は何よりも先づ行爲において成立する。従つて教授に於ても犯罪の一般要件として説かるべき第一は行爲の意義でなければならぬ。さてこれが爲には、所謂行爲の概念は(1)、普く一切の犯罪を包み得る外延性をもたねばならぬ、(2)、かゝる外延性の下に行爲に固有の問題として別に刑法上論すべき問題(例へば因果關係)を可能ならしめる概念たる事を要す、(3)、右の二つの制限を満すべき行爲の概念であつても、その内容が日常經驗的な行爲の意義と余り背馳する時は無用の疑義

混乱を生ぜしめるから、それと徒に離反しない限度における概念たる事を要す。「以上の点を考慮して、刑法上犯罪の一般的要件の一要素としての行爲の意義は、これを『行爲主体の意思の支配に基く身体の挙止動靜』と解する事が妥当である。茲に意思とは、所謂有意(若しくは選択)的意思の外衝動的意思をも含む広義のものであり而して又かゝる意思に基く支配とは、現実的な支配の外可能的支配をも含む同様に広義のものである」。問題となるは衝動的意思の支配と云ふ事であらう。教授はかく答へられる。固衝動的意思とは、外界からの刺戟によつて生じた表象が情緒や本能等と結合して一定の動機を形成しこれから一定の外界の実現を欲求する慾望が生ずるのであるが、その際その慾望の適否や実現手段の可否等につき思慮反省が行はれる事なく、慾望の生じ赴くまゝに身体的動作を行はんとするものを指称するものであり、従つて衝動的意思も行爲主体の人格の内面にその始源性を有し、かゝる意思の支配に基く身体的動作は一般に行爲主体の人格の表現としての意義を有するものとなし得る。かくして行爲主体の現実的若しくは可能的意思

支配に属さない身体的動作は行爲でない。但し注意を要するのは、右の如き身体的運動がたとへそれ自体としては直接犯罪の一般要件たる行爲に該当しなくとも、かゝる身体運動が若し行爲者の意思の現実的又は可能的支配に服し得るものなる限り、尙行爲として理解し得る場合がある事である。例へば母親が嬰兒を睡眠中乳房を以て

その鼻腔を圧して窒息せしめた場合の如きこれだ。「かく解すべきものとすれば、行爲とは必しも各瞬間における身体の挙止動靜そのものをいふのでなく、一定の始期から一定の終期をもつ一の全体的な意味を宿すものとして把握されねばならぬ」。かくて從來刑法上因果關係の問題として考察されて來たものは行爲の類型性の問題として考へらるべく、従つて平等條件説や差別條件説の如く個別具體的な考察方法を採らず、我々の經驗的思惟に基く一般化的觀察上行爲の範囲を限定せんとした適當條件説は正しい態度を示すものと考へられる。然もかく行爲の類型を問題とするのは、一般に我々がその行爲(若しくは結果)に対して責任を負ひ得る事を基礎とし前提とする事に由來する。従つて行爲の類型は帰責可能の範囲

即ち人間の予見又は予見可能の範囲内に限定されねばならぬ。この点客觀説は帰責可能の範囲を不当に拡大し、主觀説は各人によつて行爲は自らその範囲を異にする云ふ歸結に導かれる。折衷の適當條件説を妥當とする。而して以上の理はすべて不作爲の因果關係にもあてはまる。

以上教授の行爲論は、行爲を單なる挙動とし、因果關係を自然的因果關係と解する見解と著しき対照をなすものであるが、私は、これを行爲の目的論的構造を見定められた把握であり、因果關係を所謂意思の因果關係として把握せられたものとして、やがて説かるべき責任論における「自律的な性格の必然性」と云ふ事と相呼応する緊張關係、その体系的意義と云ふものにつき思ひを致して見るのである。固より行爲の目的論的構造とか意思の因果關係とかは教授の用語に見ざる所であり、恣意的に借り來つた所である事を断つておかねばならぬ。

三、次に犯罪とは違法な行爲である。違法論中最初に問題となるのは所謂主觀的違法説か客觀的違法説か、の問題であるが、教授によれば、從來主觀的違法説と同じ

規範論に立脚しながら、而も規範の受命者は責任能力者に限定さるべきでないとする見解、或は客観的違法説に立脚しつゝ電撃死や震災死等の如き自然現象は違法たり得ないとする見解の外、両説の内部に於ても諸種の立論上の陰影色調が見出される。これは畢竟規範及び当爲の意義が一樣でなく、人々によつて夫々異なる理解を前提とする事に由る。されば一応（この法的）規範及び当爲の意義並にこの両者の關係につきこれを明かにする事を要す。「これについては所謂規範は、その本質的屬性として必ず命令を具有すべきであり、法的当爲は人間の相互生活關係につきあるべき様相をその固有の内容とし、而して法的規範は恒にかゝる法的当爲をその内容としつゝ且つこれを根拠としてそれへの命令遵守が可能とせられる、と解する」。この意味では命令の規範論理的前提として法的当爲の存在を主張した客観的違法説が正当だ。「然し翻つて考へると、違法の判断を右の如き意味における規範の違反と見るか（主観的違法説）、当爲の違反と見るか（客観的違法説）の問題は、根本に於て法の見方による相違に帰するのであつて、理論的には孰れの一

方に必然性があるわけではなく、共に可能な考察であると
言はねばならぬ」。「従つてこの問題の解決は卑見によれば、その理論内容よりも寧ろ専ら合目的性の見地から判定さるべきものと考へる。即ち今日の諸種の法学的考察において孰れの違法論がより平明統一的に法律理論の構成や法律制度（特に民法上の無過失賠償制度、刑法上の保安処分）の理論、その他の諸種の社会立法制度）の理解に役立ち得るか、の問題である」。「而してこの見地から見る時は主観的違法説よりも客観的違法説がより適当な見解たるべきものとされねばならぬ」。

さて教授が法的当爲を、人間の相互生活關係につきあるべき様相をその固有の内容とする、とされた事は、延いて宛名人なき評價規範と云ふものに否定的であり、翻つてその固有の宛名人を人間に求め、違法判断の対象を人間意思の支配可能なりし出来事に限る、と云ふ趣旨に導き得ないものであらうか。私には茲にこそ教授の行爲論はその充分の意義を發揮し得る如く思はれるのであるが、たゞ独断と歪曲を畏れる。尙この他教授は形式的違法か実質的違法か、構成要件は違法性の認識根拠か実在

根拠か、等々の問題につき独自の理論を構成せられるのであるが一先づ次へ移ることとする。

四、犯罪の一般要件として最後に論ぜらるべきは所謂可責性である。従来茲にも所謂社会的責任か道義的責任か、の問題として鋭き学派的対立の一面が伏在するが、教授は先づ、行爲者の性格の中にその行爲の必然性を見る、と云ふ事に責任の根拠を規定められた上（性格責任或は人格責任）、一方に於て、その性格を専ら諸環境の所産に過ぎぬとする決定論の立場に立つ限り、性格は更に遡つてその原因を追求し得る事となるから論理的には責任は行爲者を越えた所に向けられねばならぬ事となり畢竟責任そのものを否定する事に外ならぬとされ、他方、虚心に観察して性格は環境によつて規定されつゝ尙自律性をもち自己原因性を具へるものなる事を承認するならば、かゝる自律的な性格の必然性によつてこそ始めて責任が可能となる、とされる。かゝる帰責論が教授の行爲論と密接な裏打ちの關係に在ると解すべき事については先に触れた如きである。而して教授によれば性格の自律性は性格の刑罰応当性に外ならず、その必然性は性

格の危険性に外ならぬ、且つ前者は刑法上責任能力の問題であり後者は責任条件の問題である。そこで責任能力論における問題点、犯罪能力か受刑能力か、に關する教授の見解を窺ふに、結局両者はその實質的内容において差異があるのでなく謂はゞ同一内容のものゝ表裏からする説明の差に過ぎない。次に教授は、故意及び過失にとつて眞に重要な意義を持つものは類型要素の認識の存否でなく、實質上は違法性の認識の存否に存するとされ、前者は後者の前提条件ではあるが、眞に規範の命令に準拠して我々が身を処し得るは後者の評價的認識に由るからだとされる。更に教授は故意と期待可能性の關係に触れられては、これを第三の責任要素として期待不可能性を責任阻却原因として把握する事を、故意概念の日常經驗的概念と一致せしめ、且つ學說上特に異を樹てるの弊を慎む上から適当とされ、未必の故意をめぐる觀念主義と意思主義の対立に臨んでは、通常例外の認識が強度であればそれだけ認容性も微少となり、反対に例外の認識が弱まるに依じて認容性も大となると考へられる、と云ふ事理を挙げられ素直に通説に従はれる。かくして現代

刑法学の最大の盲点の一たる錯誤論に入られるわけであるが、茲に於ては、從來の抽象的符合説、可罰的符合説等を法定的符合の限界を超える符合を認める説と言ふ意味で超法定的符合説と名付けられた上、牧野・宮本・草野諸博士の所説を批判、その内在的矛盾を深刻に剔抉される所があるが、これが極めて意義深く且つ独自の寄與であるだけに、その詳細は寧ろ本書及び教授の近稿「超法定的符合説について」(関西大学、人文科学論集第二号)に譲りたい。只一言、かく完膚なきまでに超法定的符合説を批判した所説を他に私は知らない。最後に教授は、法律の過失は法そのものに対して無關心たるべきでないと云ふ根源的法的義務に違反する行爲(即ち怠慢)として把握されるべく、かゝる義務違反性を欠く過失(單なるあやまち)とは当然異なるものと理解されるべきだとされ、従つて前者は刑法三八條三項に従つてこれを理解し、原則として故意犯に準じ情狀により其刑を減輕し得る、と解すべきだとされる。蓋し上來の教授の責任論から推して当然とせねばならぬ。尙重要な論点を見残しつゝ次に移る。

五、最後に犯罪の態様論は、これこそ最も教授本來の面目躍如たる理論域であり、その深き思索と明快なる論理に触れては何人も読書半ばにして長歎を禁じ得まい。少稿を草するに先立ち、私は、寧ろこの部分のみを摘示して本書の学界に占むる意義を紹介しようかと考へた。それが却つて、見る如き体裁のものとなつたが、尙かにこれを他日に期したからに過ぎぬ。従つて茲では余りにも語る事多きが故に余りにも語る所少い事情を酌まれたい。さて教授は、先づ一般論として所謂刑罰擴張原因及び構成要件の修正形式なる思想を俎上にせられ、かゝる理論構成も決して誤謬若しくは不可能ではないが、体系的には、未遂犯や共犯を異型兇視する事なく、一切の犯罪を包み得る犯罪概念が構成され要求されるべき事を説かれ、実行著手(未遂犯)の概念につき、從來の主観説とせられるものも結局実質的には客観説に帰したゞ説明の形式を変へただけに過ぎぬとするそれ自体卓れた解明に更に一步を進められ、所謂犯意の飛躍的表動と構成要件の一部該当行爲とが必しも相伴わぬ場合のある事を挙げられ、一見無益に見える両説の抗争も茲にその融和し難

い対立の實質的理由があるとされる。更に共犯論に於ける教授の見解は刮目すべきものがある。教授は、從來共犯論上（1）、事実共同説か犯罪共同説か、（2）、独立

犯説か從屬犯説か、（3）、極端從屬形式か制限從屬形式か、（4）、擴張的共犯論か限縮的共犯論（從つて限縮的正犯論か擴張的正犯論）か、等々の理論的対立があり、これらの諸概念の意義そのものが必しも平明でない上更にこれらが相互浸透錯綜する事により、共犯理論の解明を極めて複雑難解なものとしてゐるとされた上、（1）及び（3）は共犯の共犯性、（2）は共犯の実行性、（4）は共犯の可罰性の問題であるとされる。嘗て刑法論上の暗黒点と歎かれ、今尙諸説錯綜する共犯論は、教授によつて始めて光明を與へられたと言つて過言でない。詳細は本書の他、教授の旧稿「共犯論への一考察」（関西大学研究論集、法律・政治篇第一一号）を參看されん事を切に奨めたい。

以上極めて粗雑な、就中未熟な私見をも交へた紹介を試みたわけであるが、浅慮の致す所、意外の歪曲と冒瀆を敢てしてゐる事であらう。この点は残余の貴重な論説

を紹介し得ずに終つた不手際、並に上來すべて頁数の指しを割愛した不備と共に重ねて御寛恕を乞ふ所以である。

関西大学 法学論集第二号予告

行政事務の再配分について

中谷敬壽

手形関係と原因関係との牽連

―その法理と判例―

池垣定太郎

法と権力の問題

石尾芳久

營業的商行爲と貨金營業的商行爲

との限界

岩本 憲

目的的正犯概念とその批判

中 義勝

自救行爲に関する我國の判例研究

明石三郎