

戦後のわが国における近代刑法史研究 (四)

内 田 博 文

目 次

- 一、はじめに
 - 二、戦前のわが国における近代刑法史研究 (以上『神戸学院法学』八巻四号)
 - 三、戦後第一期における近代刑法史研究 (以上『神戸学院法学』九巻二・三号)
 - 四、戦後第二期における近代刑法史研究 (以上『神戸学院法学』九巻四号)
 - 五、戦後第三期における刑法と刑法学の一般的動き
 - 一、刑法の動き
 - 二、支配的刑法学の動き
 - 三、戦後「市民刑法学」の動き (以上本号)
 - 四、「民主主義刑法学」の動き
 - 六、戦後第三期における近代刑法史研究
 - 七、戦後第四期における近代刑法史研究
- 戦後のわが国における近代刑法史研究 (四)

五、戦後第三期における刑法と刑法学の一般的動き

一、ここでは新安保条約成立(昭和三五年六月一九日)以降のいわゆる「六〇年代」における刑法と刑法学の一般的動きを取り扱うこととするが、その理由とするところは、右の「六〇年代」に入ると、戦後第二期の刑法状況と比較して幾つかの重要な変化が現われ始めたという点に存する。

すなわち、そこでは、「高度経済成長政策」の本格的展開によって大規模な経済的・社会的変動がもたらされたが、このような新しい社会的条件の下に、「大衆化社会」・「高度工業化社会」における複雑な社会的利益を調整する、あるいはまたその「ひずみ」を是正するという名目で、国家が国民の経済・社会生活に対して全面的に介入するという状況(社会福祉国家)が現出することになり、その結果、刑事政策が右の経済・社会政策の一環としてより明確に意識されるとともに、その積極的な運用が図られることになった。換言すれば、「市民的安全」の要請でさえも自律的な処理の限界を超えて国家の意識的な政策による介入の中に取り込まれざるをえないような状況が発生するに至ったといえよう。ところで、このような刑事政策の積極的展開は、一面では、刑法を合理化することによってより有効なものへと転化させるという試みを促進せしめることになったが、しかしながら、他面で、それが本質的限界をもたざるをえなかったことに注意しなければならぬであろう。けだし、国民の経済・社会生活に対する国家の全面的な介入が「体制」の維持ないし強化を目的とする限り、したがってまた、右の合理化が刑事政策

の対象とされるべき人々の「人權」保護の要請（憲法的要請）としてよりも、むしろこれに対するより有効な「支配」と「管理」の要請（体制的要請）として打ち出される限り、個々の側面における開明的な姿勢と内容にもかかわらず、究極的には治安的観点を併有せざるをえないと考えられるからである。例えば、この期においては、「市民的安全の擁護」の名の下に「酔っぱらい防止法」（昭和三六年五月）や「迷惑防止条例」（同三七年一月東京部など）の制定、あるいはまた「暴力行為等処罰法」の改正強化（同三九年六月）などが行なわれているが、これらの立法においても、既に治安的観点からのきめの細かい配慮によって国家刑罰権を市民の日常生活の隅々までに浸透させようとする傾向が顕著にあらわれつつある点を指摘することができるのである。なお、このような傾向は「改正刑法草案」（昭和四九年五月）において表面化することになるが、それが近代刑法の諸原理を崩壊せしめる危険性をも内包することはいうまでもなからう。

これまで国民の日常生活とのかかわりで「六〇年代」における刑法状況の変化を述べてきた訳であるが、⁽¹⁾「六〇年代」における刑法状況の変化との関連で見逃すことができないのは「政治的」治安立法の動きである。この期においては、「護憲運動」の定着と拡がりの結果、「政治的」治安立法の制定および適用が著しく困難となり、「破壊活動防止法」の日常版・普及版といわれる「政治的暴力行為防止法」が立案（昭和三六年四月）されたものの、「政治的」治安立法のそれ以上の拡大は見送られることとなり、他方、既存のものについてもその適用は大幅に制限されることになったといえよう。例えば、「破壊活動防止法」や刑法上の騷擾罪の規定も表面上はその機能を停止したかのようにみえた。その結果、この期においては、右のような「政治的」な治安立法に代えて、市民的生活

秩序の維持あるいは一般行政目的の達成を立法趣旨とする刑罰法規を利用して政治的秩序を維持することが目ざされたといえよう。⁽²⁾しかしながら、このことは、「安保体制」を維持し強化する方向でこれまで着々と形成されてきた、そして「五〇年代」後半に一応の体系的完成をみた「政治的」治安立法の役割が減少したことを意味するものでは決してなかった。ただし、右の治安立法を生み出したところの「安保体制」にもとづく基本的な矛盾はこの期においても厳然として存在していたからである。むしろ、「新安保条約」の成立によって矛盾が一層拡大された結果、右の治安立法の役割は前期にも増して高まっていたといえよう。この期においても「政治的」治安立法を強化する試みが着々と進められていたことに注意しなければならぬであろう。「政治的」治安立法の第一次的な運用主体ともいべき警備公安警察がこの期に著しい拡充・強化をみたこと、あるいはまた「改正刑法準備草案」を受けた「改正刑法草案」の作成作業において国家犯罪の整備・強化（例えば騒動予備罪の新設など）が一貫して推進されたことからそれは明らかであろう。有時（＝戦時）を想定した治安立法さえもが秘密裡に準備されつつあった（「非常事態法」構想）のがこの期の現状である。ただ、これらの動きが水面下にとどまっておらず、その結果、表面的にみれば、比較的静かな動きを示したところに、この期の「政治的」治安立法の特徴的な動きが存するといえよう。

その意味では、「六〇年代」の刑法状況をもって「二重の反動化過程」と規定することは誤りではないように思われる。⁽³⁾

もっとも、このような「二重の反動化」は国民の側に刑法の「民主化」という観点からの強い反対運動を惹起せ

しめることになったが、右の反対運動は前期のそれにも増してはるかに前進した、かつ広範な拡がりをもつものであったということが可能であろう。けだし、「安保改訂阻止闘争」に結集した国民の民主主義運動はこの期においては軍事的・政治的・社会的・経済的なすべての領域の問題をとりあげることによって更に発展していったが、それは必然的に刑法状況の「二重の反動化」に対しても向けられることになったからである。とりわけ「六〇年代」後半においては「高度経済成長政策」の生み出した諸矛盾に直面して国民の生活と生存を守る闘いが大きく前進したが、この闘いを通して、「典型的」な治安立法に対してもみならず、国民の日常生活とのかかわりにおける刑法状況の「反動化」に対しても反対することの重要性が現実の生活の場で具体的に人々の意識をとらえていったといえよう。

最後に、この期の刑法状況を考察する上で忘れてならないのは、右の反対運動のもりあがりとも関連するが、「六〇年代」が戦前のそれに比較してはるかに近代化された戦後「市民社会」の本格的開花の時期⁽⁵⁾でもあるという点である。換言すれば、社会の近代化が深部にまで及び、「社会構造的」近代化が遂行されることによって、市民の意識の中で国家主義から個人主義への大規模な「価値観の転換」⁽⁶⁾が実現された時期でもあるという点である。けだし、そのことは、戦後の一部改正によっても右の「価値観の転換」が十分に反映されたとは必ずしもいえない刑法の領域においては、とりもなおさず、市民の意識と現実の制度との間に大きな落差が生じたことを意味するからである。そこから右の落差を埋めることがこの期の重要な市民的課題の一つとなっていた。戦後「市民社会」において果すべき刑法の役割と機能が模索されることになった。そして、それは複雑化し多様化したこの期以降の刑

法学の動向を大きく規定する要因の一つとなつていったが、問題はこのような動きと前述した刑法状況の「二重の反動化」との関係である。

ところで、右の「二重の反動化」が立脚する戦後の国家主義は、戦前の「天皇制国家主義」を単純に再生したもではなく、戦後の歴史的諸条件に対応した構造をもっており、とりわけこの期においては福祉国家論的な色彩を強めていたといえよう。⁽⁷⁾ 例えば、「市民的安全の擁護」の名の下に国家刑罰権を国民の日常生活の隅々にまで浸透させようとする動きの場合などがそれである。そして、このように「市民的安全の擁護」が問題とされる場合、兩者の間には一定の理解と行き過ぎの警戒という「複線的」な関係が成立することに注意しなければならぬであろう。すなわち、わが国では今後、社会の都市化その他の原因によって市民的安全の確保に占める国家刑罰権の役割が高まるものと予想されるとして、このような領域における国家刑罰権の拡大・強化に一定の理解を示しつつも、他方で、右の拡大・強化が治安刑法的に乱用される危険性をもつことを十分に意識し、市民的自由を不当に阻害しないように古典的な刑法の保障原則との間に合理的な調和が図られなければならないとして、その行き過ぎを警戒するという関係がそれである。もともと、現実にはいづれかの関係が選択される訳であるが、その選択は必ずしも一義的ではなく、事案により、あるいはまた社会の状況により異なるといえよう。⁽⁸⁾ しかしながら、ここで重要なことは、この期における「二重の反動化」の集約的な動きを示した「改正刑法草案」の作成作業に対しては少くとも前者の理解ではなく後者の警戒の方が採択されたという点である。けだし、敗戦によつても否定されることなく温存された旧憲法的な国家主義的イデオロギーに立脚するものであり、日本国憲法の個人主義に矛盾する時代錯誤以

外の何物でもないという批判が加えられたからである。とすれば、刑法の近代化・市民化の動きをもって、一定の矛盾を内蔵しつつも、この期においては保障原則の擁護にまわっており、その限りで刑法の「民主化」の動きとの間に一種の共働関係が成立したものとすることが可能であろう。ここに戦前の「市民刑法学」と本質的に異なる戦後「市民刑法学」の進歩的側面が存するように思われる。

以上を要するに、「六〇年代」をもって、一方における近代刑法の、したがってまたその保障原則の定着と、他方におけるその崩壊という基本的な矛盾する二重の刑法現象が相互に対立し合いながらも同時併行的に進行する時期であったと特徴づけることが可能であろう。

(1) 中山研一『現代社会と治安法』〔昭和四五年、岩波書店〕一一二―一三三頁および一三三―一四四頁を参照。

(2) 前掲・中山研一『現代社会と治安法』一四五頁以下は、これを「機能的治安法」と呼ぶ。なお、同書によれば、前述の「市民的安全の擁護」の名の下に国家刑罰権を国民の日常生活の隅々にまで浸透させることを目的とする刑罰法規をもって「機能的治安法」の側面をもつものとされる。右の刑罰法規が「政治的」治安立法の代役を果しうること、そしてまた現に果しているということは確かに同書の指摘する通りであろう。しかしながら、それが右の刑罰法規の基本的な役割を「政治的」治安立法の代役に求めることを意味するとすれば、それは問題があるように思われる。ただし、右の刑罰法規の基本的役割は市民の秩序の「実力的」貫徹にあると考えられるからである。とすれば、政治的秩序の「実力的」貫徹を基本的役割とする「政治的」治安立法と対置させる意味において、これを「市民的」治安立法とも呼びえないであろうか。

(3) 刑法状況の「二重の反動化」については前掲・中山『現代社会と治安法』を参照。

(4) 渡辺洋三他編『現代日本法史』〔昭和五四年、岩波書店〕一三三頁。

(5) 渡辺洋三『現代法の構造』〔岩波書店、昭和五〇年〕三四〇頁。

(6) 平野龍一「現代における刑法の機能」〔平野龍一編『講座現代法11・現代と刑罰』(岩波書店、昭和四〇年)、後に平野龍一『刑法の基礎』(東大出版会、昭和四一年)に所収) 五頁。

(7) 戦後の新しい国家主義の特徴を整理するとともに、右の諸特徴と刑法「改正」のイデオロギーとの関係を詳細に跡づけるものとして、斉藤豊治「刑法改悪のイデオロギー」(風早八十二監修・前野育三他著『刑法改悪』(新日本出版社、昭和五年)一六三頁以下)が存するが、注目されよう。

(8) なお、福井厚「刑法学の方法論の動向」(中山研一編『現代刑法入門』(法律文化社、昭和五二年)七八頁以下)は、戦後「市民刑法学」の代表と位置づけられる(例えば木田純一『戦後民主主義と刑法学』(一粒社、昭和五三年)九〇頁など)平野刑法学を取り上げ、その基礎には現代福祉国家論の国家観があるとして前者の側面を強調するが、この点は今後、論議を呼ぶものと思われる。もっとも、戦後「市民刑法学」自身がいづれの関係に傾斜しがちであるかという問題は必ずしも解答の容易な問題ではない。戦後「市民刑法学」がその細部にまで恒って十分に検討されたとはいえず、既に検討された分野でも基本的な見解の相違が散見されるなど、その評価に未確定な部分が数多く残されているからであり、更には戦後「市民刑法学」の動向自体も流動的だからである。

(9) 例えば、平野龍一「概括的批判」〔平野龍一＝平場安治編『刑法改正』(日本評論社、昭和四九年)六頁以下)などがそれである。

二、このような刑法状況の変化は刑法学の動向にも多大の影響を与えることになり、ここに戦後第一期の刑法学から区別される戦後第三期の、複雑かつ多様な性格をもつ刑法学が形成されることになった。

もっとも、昭和四〇年頃までは未だドラスティックな潮流の変化は実現するに至らなかったといえよう。ただし、そこでも目的的行為論が支配的な潮流を構成していたようにみうけられるからである。しかしながら、それは前期

までの目的的行為論とこの期におけるそれとが同一だということを意味するものでは決してない。むしろ、両者の間には重大な変化が存することに注意しなければならないであろう。すなわち、前者においては犯罪論体系の再構築ないし再編成という側面に多大のエネルギーが費されたのに対して、後者においては実践的な側面つまり犯罪論の実践的性格ないし機能に関して一層の深化が図られたという点がそれである。体系的側面が再び脚光を浴びることはなかったといえよう。

問題は、支配的な刑法学における何らかの動きを示すと思われるこのような変化の意味であるが、この問題を明らかにするためには、その前提作業として目的的行為論の体系的提言および実践的提言のもつ戦後刑法理論史的意義を検討しておくことが必要であろう。もっとも、それは必ずしも容易な作業ではない。ただし、従来、精神的に試みられた目的的行為論批判の多くは、解釈論的観点からの個別的評価にとどまり、このような歴史的评价を意図したものは必ずしもいえないからであり、更には目的的行為論自体も未だ流動的な状態にあると認められるからである。その意味では、右の作業は未だ時期尚早の感がないでもないが、問題整理という観点から作業を進めることにしよう。

ところで、目的的行為論の体系的提言の戦後刑法理論史的意義については既に「戦後第二期における近代刑法史研究」で触れた。⁽²⁾すなわち、ここでは目的的行為論の体系的提言が大きく取り上げられたことをもって、当時の学界を風靡した「学派の争い」の「止揚」という観点からの犯罪論体系的の再構築ないし再編成の動きと関連づけて一応、説明した。しかしながら、そこでも暗示しておいたように、より重要な問題はその先にあるというべきである

う。けだし、実はこのような説明によっても依然として問題は残されているからである。それは目的的行為論の体系的提言をもって一の「止揚」説と位置づけたにすぎず、その戦後刑法理論史的意義について言及するところは少ないからである。

その意味で注目されるのは、目的的行為論の体系的提言をもって、戦後資本主義の再編に照応して昭和二十七年頃より本格化した伝統的な法解釈学の復権を図る傾向を刑法において代表するものと位置づけられる前野教授の見解である。もっとも、このような位置づけに関しては次の点に注意しなければならないであろう。すなわち、右の位置づけをもってその前提に、戦後刑法が民法などと同様に法解釈学の崩壊、解体そして「新たな反動化」⁽³⁾の中の再建、権威の回復という過程を辿ったとの認識が存すると即断するならば、それは誤りだろうという点である。けだし、刑法においては、刑法典の全面改正がなされなかったこともあって戦前と戦後の強い連続性が意識され、その結果、戦前の伝統的な法解釈学それ自体は一定の変容を受けながらも崩壊することなく存続した、といえるからである。その意味では、前述の前野教授の位置づけは、昭和二十七年頃より他の法領域で本格化する法解釈学の復権現象を背景として刑法でもそれまで温存されてきた法解釈学が過渡期を経て新たな段階——戦後刑法解釈学の「再編」期とでも呼びうるであろうか——を迎えることになるが、このような「再編」された戦後刑法解釈学を代表する学説が目的的行為論の体系的提言である、として理解することが適当であるように思われる。前野教授の見解をもって有力な手掛りとするのもこのような理解においてである。けだし、このような理解によれば、目的的行為論の体系的提言の戦後刑法理論史的意義が何よりも戦後刑法解釈学を「再編」した点に求められることになるから

である。ただし、それは未だ一般論の域を出るものではない。目的行為論の体系的提言が何故、戦後刑法解釈学の「再編」を意味しえたのか、ここでは全く明らかではないからである。

しかしながら、この点についてもわれわれは貴重な手掛りをもっているといえよう。すなわち、「立法者をも法理学をも拘束する『事物論理的構造』があることを強調するのが、現在の目的行為論の背景にある基本的法思想である。それは、法的評価の対象の世界が、立法者と法律学にとって重要な意味をもつことをあきらかにしようとする。そして、このような思考は、立法者の恣意に限界をあたえようとする点において、また、立法者と法律学が歴史学・社会学・心理学・生物学等の諸科学によってえられた認識から多くのことを学びとらなければならないことを示そうとする点において、注目に価するといえよう。しかし、他方、『事物論理的構造』の強調は、現状維持的な態度と結びつく危険をもっていることを忘れてはならない。『事物論理的構造』に『永遠の真理が存在する』という思考は、現実の社会に価値が実現されているとする態度と結びつく可能性をもつからである。この危険は、『事物論理的構造』が何を意味しているかが、かならずしも明確といえないことよって、より一層つよめられる⁽⁴⁾という内藤教授の法思想的観点からの分析がそれである。けだし、われわれの問題からみれば、何よりも戦後刑法解釈学についての方法的提言を内包するものであり、かつ右の方法的提言が、法の「存在」拘束性を強調することによって一方で刑法解釈の「近代化」を図るとともに、他方でその「存在」を一面化することによって「近代化」を限界づけ、ひいては刑法解釈に現状（＝戦後刑法状況）追認機能を営ませる、という二面性を有するが故に、目的行為論の体系的提言は戦後刑法解釈学の「再編」を意味しえた、と示唆されておられるようにうけ

とれるからである。

以上、数少ない歴史的観点からの研究成果を手掛りとしつつ目的行為論の体系的提言の戦後刑法理論史的意義を探ってきた訳であるが、このような問題提起に関しては次の点に注意しなければならないであろう。すなわち、それは目的行為論の体系的提言の戦後刑法理論史的意義をその内包する方法論的提言に求めることを意味するものであって、目的行為論の体系的提言をめぐる占領後期以来の論争の中心が右の方法論的提言に置かれたことまでも意味するものではない、という点である。むしろ、右の方法論的提言が十分に検討されたとは必ずしもいえないような印象をうける。とすれば、右の論争が消極的・否定的な形で落着したことをもって、目的行為論の体系的提言が戦後刑法学における支配的地位を握るかにみえた一時の隆盛に別れを告げつつあったことのすべての原因であるとは一概にいえないように思われる。右の論争によって明らかにされたように目的行為論の体系的提言自体が多くの矛盾をかかえていたことは確かであろうが、このような内在的原因にも増して、大規模な経済的・社会的変動に伴なう戦後刑法状況の新たな展開という環境の変化の影響が大きかったといえよう。⁽⁵⁾

次に目的行為論の実践的提言の戦後刑法理論史的意義であるが、この問題に早く注目されたのは中山教授である。もっとも、「……その『存在』認識は経験というよりはむしろ直観の産物であり、さらに規範の領域に引き上げられてから以降は（つまり構成要件論以降は）従来の規範的刑法学の方法論と本質上異ならず、むしろ従来の考え方がまだ自然主義的であるとして、むしろ唯物論の克服を目ざしているようにさえ思われる。そして刑法の主観化傾向については、そのいわゆる行為無価値から人的違法論、答責性倫理から刑法の社会・倫理的機能の

強調に及ぶ考え方の中に、目的的行為論の最もいちじるしい、そして最大の特徴を見出すことができるのである⁽⁶⁾という理解自体には特に目新しい点は認められない。ただし、中山教授によれば、目的的行為論の実践的提言をもって刑法の「新たな」規範化・主観化傾向を促進するものと規定されたといえるが、目的的行為論の実践的提言がこのような傾向をもつことは従来の解釈論的観点からの個別的検討が既に明らかにしていた点だからである。中山教授自身がそこで指摘しておられるように、戦後刑法理論史的意義という場合、重要な点はむしろその先にあるとすべきであろう。すなわち、このような傾向を推進してくる実践的要請とは何か、換言すれば戦後刑法状況とのかかわりを如何にみるか、という点がそれである。

この点に一步、足を踏み込まれるとともに、それを端的に、前述の「市民的安全の擁護」の名の下に国家刑罰権を国民の日常生活の隅々にまで浸透させようとする傾向に求められたのは宮内教授である。「国家刑罰権の拡大強化傾向の中で、帝国主義段階における最も基本的な現象がいわゆる治安立法である。」⁽⁷⁾「しかしわれわれは、このような典型的な意味での治安立法ではなく、機能的な意味の治安立法あるいは、一般法規の治安立法化に注目しなければならぬ。その際基本的なイデオロギーは人格の保護・暴力追放である。」⁽⁸⁾「このような傾向を根本的に支える刑法理論は現代ではリストの主観主義・実証主義の形をとらない。現代における若干の典型をひろってみると、西ドイツの刑罰理論ではヴェルテンベルガーに代表される行為者主義的理論・人格責任論があげられ、また犯罪論ではヴェルツェルの行為不価値と人的不法の理論をあげることができるであろう。」⁽⁹⁾なお、右の本質規定はわが国の刑法理論を直接の対象とするものではないが、わが国の「機能的」治安立法の叙述に際して右の本質規定を示して

おられる点からも容易に理解されるように、宮内教授によれば右の本質規定がわが国においても基本的に妥当すると指定されたように思われる。確かに、このような本質規定に立てば、目的的行為論の実践的提言が「六〇年代」に多くの研究者の関心を集めたことが十分に説明されよう。右の傾向がとりわけ顕著となってくるのは「六〇年代」だからである。しかしながら、ここで何よりも注意しなければならないことは、目的的行為論の体系的提言に關する前述の内藤教授の分析と右の宮内教授の本質規定とがいわば連結しているという点である。すなわち、目的的行為論の体系的提言が「現状」追認機能をもつと前提すれば、「市民的」治安立法が「現状」となってくる戦後第三期において、右の「現状」追認機能が「市民的」治安立法を理論的に支える機能としてその実践的提言の中に具体化されるとみえることは、むしろ当然の論理的帰結だといえるように思われるからである。その意味では、内藤教授の分析は宮内教授の本質規定を論証する役割をも果しているといえよう。それ自体としてみれば、未だ理論仮説にとどまり、したがって、その論証作業が残されているようにみうけられるにもかかわらず、本稿が宮内教授の本質規定に注目する理由もこの点に存する。⁽¹⁰⁾

これまで、目的的行為論の体系的提言および実践的提言のもつと考えられる戦後刑法理論史的意義を検討してきた。もちろん、それは始めに断っておいたように従来の研究成果の整理の域を少しも出るものではなかった。しかしながら、このような整理を通して、支配的な刑法学の関心が目的的行為論の体系的提言から実践的提言に移ったことの意味は何かというわれわれの本来の問題に対して、一定の結論を用意しえたように思われる。すなわち、それは、戦後資本主義の再建に照応して前期に目的的行為論の体系的提言などを通して戦後刑法解釈学の方法論的

「再建作業」を一応、完了した支配的な刑法学がこの期に、「高度経済成長」の本格的展開によってもたらされた大規模な経済的・社会的変動という新しい社会的条件の現出に伴なう戦後刑法状況の新たな展開（Ⅱ「市民的」治安立法）に対応して、新しい刑法の機能の理論化を、目的的行為論の実践的提言を主要な軸として、犯罪論において追求し始めたことを意味する、という結論がそれである。「今後の刑法理論は、いかなる見地に立つにしても、目的的行為論と対決することなくしては前進することが困難、否、不可能といつてよいであろう」という木村博士の現状認識も、このような動きとの関連で理解することができるように思われる。

とすれば、支配的な刑法学が交通事犯、経済事犯、行政事犯などを中心として新しい犯罪現象の分析を促進したことも、右の動きと表裏一体をなすものとして、同じような観点から位置づけることが可能であろう。ただし、ここでは、現実に生起する様々な経済・社会問題を刑法で積極的に規制するという立場から、各問題ごとに有効な規制の在り方が、換言すれば犯罪化の程度と範囲が立法論的に、また解釈論的に追求されたからである。判例研究の活発化、あるいは『犯罪白書』の刊行（昭和三五年以降）およびその検討などを通じて、わが国の刑事司法の実態が「解明」され始めたことも、これと密接なかかわりをもつように推測される。犯罪論における各論的研究の重要性が自覚され始めたといえようか。もつとも、それは、犯罪論における各論的研究の重要性の自覚が支配的な刑法学に固有の特徴だということの意味するものでは決してない。後にみるように、それはこの期以降の刑法学一般に共通の認識であり、したがって、本質的な対立は、各論的研究が重要か否かということにはではなく、重要性の内容を如何に把握するかということにあったからである。なお、この期においては、前述したように、「政治的」治安

立法に代えて、市民的生活秩序の維持ないし一般行政目的の達成を立法趣旨とする刑罰法規を利用して政治的秩序を維持することが目ざされており、それを解釈論的基礎づけるといふ必要から支配的な刑法学において各論的研究が促進された側面も見落してはならないであろう。

「最近の刑法学の中には、概念的な体系構成の方向から個別問題をみるというのではなく、個別問題の累積から体系を導こうとする傾向が見受けられる⁽¹²⁾」という指摘も、これまでみてきたような犯罪論における支配的な刑法学の新しい動きをも踏まえたものとして受けとめることができるように思われる。

他方、支配的な刑法学における新しい動きの第二は、刑罰論・処遇論に再び精力が注ぎ込まれ始めた点である⁽¹³⁾。刑法全面「改正」作業の進展が大きな刺激となっていることは否定しえない事実であるが、より根本的には、右にみたような犯罪化現象を含めた戦後刑法状況の新たな展開そのものが、それに対応する新しい犯罪対策の推進を必然化せしめたといふべきであろう。その意味では、右の研究をもって新派的な社会防衛思想の単なる延長線上にあるものと位置づけることは正確ではなからう。むしろ、両者の間には重大な質的变化が存することに注意しなければならぬ。すなわち、そこでは、いわば社会そのものを施設化することによって、国民総ぐるみのきめの細かい、かつ戦後めざましい発達を遂げた人間諸科学を利用した犯罪対策が、犯罪者および国民に対する「福祉」という観点から模索されつつあったからである。実務家による積極的な発言がみられ始めたことに加えて、フランスのマルク・アンセル等により提唱された「新社会防衛論⁽¹⁴⁾」がわが国に導入され始めたことも、このような模索を示すものとして理解することが可能であろう。右の研究によれば、新派的な社会防衛思想の「現代の変容⁽¹⁵⁾」が図られつつあ

ったといえよう。右の研究が「改正刑法準備草案」の単なる正当化にとどまるものではなかった理由も、この点に存するように思われる。ただし、このような「現代の変容」の試みについては、(一)犯罪者および国民に対する「福祉」という観点が強調されるにもかかわらず、そこでは現実の社会的枠組みを前提とした、その枠内における「福祉」が問題とされているにすぎない。(二)また、ここでは「科学主義」が強調されるあまり、人間諸科学の成果は未だ不十分であるという科学主義の限界に関する視点が欠如している(三)その限りで、右の試みは、体制の防衛という観点からのより強化された合理化された犯罪対象を、換言すれば人権保障面でのある意味ではより後退を、犯罪者および国民に対する「福祉」という名の下に、更には「科学主義」の名の下に正当化する危険性を多分にもつ、等の強い批判⁽¹⁶⁾が存することを忘れてはならないであろう。

以上、支配的な刑法学の動きを概観してきた訳であるが、このような概観だけからでも重大な変化が現われつつあったことは明らかであろう。現代の刑法状況への対応を示すという意味において、それを刑法学の「現代化」と呼ぶるように思われるが、このような傾向は昭和四〇年代に入るといよいよ明確化されることになったといえよう。

(一) 三井誠「刑法学史(二)日本・戦後」(中山研一他編『現代刑法講座第一巻刑法の基礎理論』(昭和五二年、成文堂))一六一―一六七頁。

(二) 拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究(三)」(『神戸学院法学』第九巻第四号(昭和五四年))一九一頁以下参照。

(三) 前野育三「刑法解釈学と刑事政策」(中山研一編『現代刑法入門』(法律文化社、昭和五二年))二八頁。

(四) 内藤謙「目的的行爲理論の法思想的考察(二)」(『刑法雑誌』九巻二号(昭和三三年))六二頁。

(五) その意味では、「戦後第一期における近代刑法史研究」の「止揚」説のその後の運命に関する記述は不正確であったよ

うに思われる。

- (6) 中山研一「民主主義刑法学の課題」(『法律時報』三七卷九号〔昭和四〇年〕) 五三頁以下。
- (7) 宮内裕「現代刑法における行為責任主義の原則」(『岩波講座現代法11・平野竜一編『現代法と刑罰』〔岩波書店、昭和四〇年〕) 一六五頁。
- (8) 同一一六六頁。
- (9) 同一一六七頁。
- (10) もっとも、そこから直ちに宮内教授の位置づけをもって今日の一般的理解を示すものとすることは早計であろう。むしろ、それは「目的的行為論の残した実質的な面での問題提起は多様な議論を呼び始めた。責任説、行為支配説などがそうであるが、端的な一例は人的違法観にもとづく行為無価値論の是非である。これは違法の本質論にとどまらず、根本的には刑法の機能をいかに考えるのかの点と結びつく」(『前掲「刑法学説史(二)日本・戦後」一五九頁) という三井教授の記述などに示されているように思われる。その意味では、宮内教授の位置づけと今日の一般的理解との間に一定の距離が存するといえるが、しかしながら、それも僅かなものといふべきであろう。ただし、三井教授によれば、目的的行為論の実践的提言は究極的には、昭和三〇年頃より始まった「高度経済成長」に伴なう大規模な経済的・社会的変動という新しい社会的条件の下における刑法の機能という問題に連なり得るものであり、それ故に右の実践的提言が多くの論議を呼び始めたと分析されておられるように解されるからである。
- (11) 木村亀二「刑法理論の十五年」(『法律のひろば』一六卷一〇号〔昭和三八年〕) 九頁。
- (12) 西原春夫・岡野光雄「学界回顧・刑法」(『法律時報』三八卷二三号〔昭和四一年〕) 一四頁。
- (13) なお、戦後のわが国における刑罰論・処遇論の歴史的展開に関しては前野教授による貴重な先駆的研究が存する。例えば前掲「刑法解釈学と刑事政策」や「戦後刑事政策の展開」(『刑事政策と治安政策』〔法律文化社、昭和五四年〕) 二二頁以下) などがそれである。

(14) 沢登俊雄『犯罪者処遇制度論(下)』(大成出版社、昭和五〇年)一四〇頁以下によれば、アンセルの「新社会防衛論」と従来の社会防衛論との基本的な相違が次のように整理される。(一)新社会防衛論の処遇体系は、社会復帰の権利を中軸とする福祉政策的理念(保護主義)に支えられているのに対し、従来の社会防衛論は、犯罪者から社会を防衛するという刑事政策的観点にとどまっている(二)従来の社会防衛論では、「犯罪の危険性」の解明に力点が置かれたが、新社会防衛論にあつては、改めて「人格」に対する徹底した研究が要求される(三)処遇体系一本化の主張は、刑法および刑法理論の変革を要求する従来の社会防衛論は、刑事政策目的を強調するあまり、刑法の存在意義を否定したり、刑法を純粹な行為者に還元しようとするが、この点で新社会防衛論の主張は、はるかにモデレートである。すなわち、新しい処遇理念の実現を妨げられる極端な法律論を強く排斥する一方、刑法および刑法理論が現実にも果している固有の機能、とくにその人権保障機能を尊重し、これを維持しようとするのである。したがって、客観主義の刑法理論それ自体の変革を求めるのではなくて、処遇体系の一元化という目的に従つて、いわば外部から、その修正を求めるところに与つてゐる。しかし、その修正要求は、責任論の変革、刑事裁判手続の二段階区分、刑罰と保安処分一元化にまで及んでゐる。以上が沢登教授の整理である。

もつとも、このような整理をもつて「現代」社会防衛論と従来の社会防衛論との基本的な相違点を抽出したものと一般化しないことはいうまでもなからう。けだし、アンセルの「新社会防衛論」と異なるラジカルな「現代」社会防衛論が存するからである。イタリアのグラマチカなどが主張する社会防衛論がそれである。そして、「現代」社会防衛論という意味では、その典型はアンセルよりもむしろグラマチカに反映されているように思われるが、それはともかく、「現代」社会防衛論に共通の特徴という場合は、福祉的観点と科学主義の二点のみにとどめることが適当であらう。

(15) 森本益之「刑罰論の基本問題」(前掲『現代刑法入門』)一五八頁。

(16) 例えば前掲・森本論文一五八頁以下などがそれである。

三、しかしながら、このような変化にも増して我々の興味を引く点は、「六〇年代」に入ると新しい潮流が生ま

れたという点である。そして、それは昭和四〇年頃以降、刑法学の動向を大きく規定する要因の一つとなっていた、否それどころか、支配的な刑法学を圧倒し始めたという点である。すなわち、戦後「市民刑法学」の成立がそれである。その背景に、「六〇年代」が戦前のそれに比較してはるかに近代化された戦後「市民社会」の本格的開花の時期だという事情が、換言すれば、社会の近代化が深部にまで及び、「社会構造的」近代化が遂行されることによって、市民の意識の中で国家主義から個人主義への大規模な「価値観の転換」が実現されたという事情が存することは既に述べた通りである。ただし、そのことは、戦後の一部改正によっても右の「価値観の転換」が十分に反映されたとは必ずしもいえない刑法においては、とりもなおさず、市民の意識と現実の制度との間に大きな落差が生じたことを意味するからであり、そこから右の落差を埋めることがこの期の重要な市民的課題の一つとなっていたからである。

ところで、この「市民的刑法学」については、戦後第三期における刑法状況において、「二重の反動化」との関係を中心として簡単に触れたが、ここでは、右の市民的課題との関連で如何なる研究が展開されたかを、戦後「市民刑法学」の代表と位置づけられる平野理論を手掛りとして、もう少し詳しくみることにしよう。

まず始めに、何よりも重要な動きとして、刑法研究の方法論が正面から論じ始められたことを挙げるべきであろう。それは「従来刑法学では、刑法の解釈とくに犯罪論の理論構成に力が注がれてきた。この刑法の解釈や犯罪論の理論構成も、もともとは刑法のもつべき社会的機能いかんという観点からなされるべきであろうが、ともすれば理論がひとり歩きし、理論の精密さ、その体系的整合に関心が傾きがちであった。これはわが国の法律学一般につ

いてもいえることであるかも知れないが、刑法学ではとくに著しかったように思う⁽²⁾との反省から、刑法を一つの社会統制手段として自覚的にとらえ、果すべき役割とその限界を経験的・機能的に分析しようとするものである⁽³⁾。もっとも、このような刑法学における機能的考察方法の重要性および必要性の自覚それ自体は、必ずしも戦後「市民刑法学」に固有の特徴ということはできない。けだし、それは、前述したように、支配的な刑法学においても強調されつつあったからである。問題は、右の機能的考察に際して刑法の社会的機能を如何に把握するかということであり、むしろ、この点に、その他の潮流から区別される戦後「市民刑法学」の歴史的意義が存するように思われる⁽⁴⁾。

右の研究によれば、戦後「市民社会」において果すべき刑法の役割と機能が追求されたことはいうまでもないが、その追求は初期「市民社会」における刑法の機能を再確認することから始められた。そこから、戦後「市民社会」における刑法の機能として次の二つの原則がうちたてられることになった。その第一は保護的機能に関する。刑法の目的は国家を保護することにあるとする考えが旧憲法的（≡前近代的）なものとして明確に、かつ全面的に退けられることになった。また、それとの関連で、刑法の目的を個人の保護をこえた「倫理秩序」の維持にあるとして、法による倫理の実現を主張する「リーガル・モラニズム」や、個人の利益保護にかかわりのない刑法の家長的干渉を主張する「バターナリズム」という考え方も否定されることになった。そして、現行憲法（≡戦後「市民社会」）における刑法の目的、少くともその主たる目的として「市民的安全の要求」あるいは「市民的保護の要求」が、すなわち個人の生命・身体・自由・財産の保護が提起されることになった⁽⁵⁾。他方、第二の原則は、刑法の保障的機能に関してであるが、「もっとも、このような市民的安全のためには、常にただちに刑法が発動してよい

というわけではない」⁽⁶⁾として、刑法には次のような性質があるとされた点である。「その一は、刑法の補充性である。市民的安全についても、他の手段例えば慣習的、道徳的な制裁すなわち地域社会のインフォーマルなコントロールや民事的なコントロールが十分でないときに、はじめて刑法が発動する。」「その二は、刑法の断片性である。右のように刑法が補充的なものだとすると、刑法が働く場合はおのづから断片的にならざるをえない。」「その三は、刑法の寛容性である。あるいは自由尊重性といってよい。たとい市民的安全が侵され、他のコントロールの手段が十分に効果を發揮しないと、刑法はこれをあまざずもらざず処罰する必要はない」⁽⁷⁾。戦後「市民社会」における刑法の機能として以上の原則がうちたてられたが、これらの原則が初期「市民社会」における刑法の機能をふまえたものであることは改めて詳述するまでもなからう。刑法の目的が個人的自由の保護にあるということ、したがって、それを強調しすぎるあまり、かえって個人の自由な活動を阻害することがあってはならないということは、歴史的にみれば、近代市民刑法のそもそもの出発点であったからである。その意味では、右の研究によれば、まず刑法の近代化が図られたといえよう。

しかしながら、ここで注意しなければならないことは、戦後「市民社会」はもはや初期「市民社会」すなわち初期ブルジョア社会における古典的な市民社会ではなく、いわば現代「市民社会」とでも称すべき現代資本主義における市民社会だという点であり、資本主義の発達からいえば、古典的自由主義・個人主義の思想が大幅な修正を余儀なくされる段階だという点である。それは、既に述べたように、⁽⁸⁾ 支配的な刑法学において「現代化」が試みられつつあったことから容易に理解されよう。そして、それは当然、右の研究にも反映されることになった。「社会

の都市化にもなつて地域社会の統制力は次第に弱まりつつある。もちろん、それにもかかわらず地域社会の統制力の強化をはかることは望ましいことである。……しかし、わが国においては、さしあたり統制の公式化すなわち裁判所という公式の機関の統制の範囲の拡大はさけられない現象であろう。都市化にもない生命・身体に対する犯罪が、日頃からの知人ではなく、人的関係のむすびつきの薄い人々によって行なわれることが多くなると、この要求は一段と増大させられる⁽⁹⁾等の現状認識から、このような領域における国家刑罰権の拡大・強化に対して一定の理解が示されることになった。ところで、このことは、換言すれば、「市民的安全の要求」のためには刑法の保障的機能がある程度、後退せしめる場合があつてもやむをえないという主張を意味するが、刑法の保障的機能に関する右の原則は「あくまで一応の原則であり、他の事情も影響してこの原則どおりにゆかないこともある⁽¹⁰⁾」との記述も、このような主張を表現したものとしてうけとめることが可能であろう。

とすれば、ここで当然、刑法の「現代化」の動きとの関係が問題とならう。ただし、刑法の「現代化」の動きとは、一面では、何よりも「市民的安全の要求」の拡大・強化をめざしたものであるからである。ただし、この問題については前にも触れたので、ここでは次の点を指摘するにとどめよう。すなわち、「市民的安全の要求」の拡大・強化が「治安刑法的に乱用される危険も警戒しなければならぬ⁽¹¹⁾」とされている点がそれである。右の研究によれば、近代化を前提としない「現代化」は新派の悲劇を再現することになりかねないとの警戒から、換言すれば、社会の近代化が未だ十分に実現されたとはいえないわが国においては「市民的安全の要求」の一面的強調は「機能的」治安立法への道を開くことになりかねないとの警戒から、「市民的安全の要求」の拡大・強化に

関してはその必然性を是認しつつも、刑法の保障的機能との間に合理的な調和が図られなければならないとされたものといえよう。戦後「市民社会」≡現代「市民社会」における刑法の機能として刑法の謙抑性(補充性・断片性・寛容性)という原則が冒頭にあげられた理由も、この点に存するように思われる。その意味では、刑法の「現代化」との対抗関係においてではなく、治安刑法ないし「機能的」治安立法との対抗関係において保障的機能がもたらされている点に注意しなければならないであろう。

戦後「市民社会」における刑法の社会的機能をこのように把握された平野教授はその後、右の把握にしたがって刑法ないし刑法学の全面的洗い直し作業を進められることになったが、右の洗い直し作業において刑法における伝統的な国家主義を何よりも批判の対象とされたことはいうまでもなからう。そこから、平野教授によればとりわけ次の各点が批判の対象とされることになった。その第一は、刑事責任の根拠を道義的な非難にあるとして自由意思を有する者がその自由意思にもとづいて違法な行為をなしたというところに道義的な非難が加えられるものであるとする道義的責任論、および道義的責任論の立場を採りながら当該行為だけでなくその背後に行為者人格を考慮これに責任の基礎を置く人格(形成)責任論であった。道義的責任論および人格(形成)責任論のいう自由意思、主体性は科学的根拠を欠いた幻想にすぎず、無原因な「自由」に刑罰という非難の論拠を求めても、それが因果法則をこえたものである以上、刑法は犯罪を抑止する効果(「市民的安全の保護」という機能)をもちえない。反対に、意思自由を基礎とする責任論は、責任を道義的、倫理的に把握することによって、「責任あれば刑罰あり」(積極的責任主義)という形で、刑法的保護の範囲をこえた反道義的な行為、反倫理的な行為に対する国家による権威主義

的な責任の追求を、したがってまた刑の執行を正当化することになりかねない。これが道義的責任論および人格(形成)責任論に対する理論的批判の中心であったが、その背後に、「近代の刑罰イデオロギーが非決定論と無関係であるのは、その典型的な主張者であるフォイエルバッハや……ホンメルが決定論者であったことから明らかではなからうか。」「道義的責任論が主張されたのは、プロイセン国家主義のもとにおけるヘーゲル学派の人々によってであった。……わが国でいえば道義的責任論が天皇制イデオロギーのあらわれ、ないしそれと密接な関係をもったものであることは否定できないであらう」という歴史的分析が存することは改めて詳述するまでもなからう。平野教授によれば、刑事責任は決定論を前提としないかぎり無意味だとの結論が導かれることになった。

とすれば、右の道義的責任論に照応する刑罰観たる応報刑論(刑罰を加えることによって犯罪防止の効果があるか否かに関係なく、「正しい」応報であること「それ自体で」刑罰は正当化されるとする刑罰観)および応報刑論にもとづく刑罰の運用に対しても、批判の眼が向けられたのはむしろ当然のことであったといえよう。時期的には少しずれ戦後第四期に発表されたものであり、かつ「改正刑法草案」の概括的検討の中で展開されたものであるが、応報刑論に対する右の批判が端的に表現されている部分があるので、それを紹介することによって、平野教授によれば応報刑論が如何に論難されたかの記述に代えることにしよう。「……積極的責任主義は、応報刑論、しかも絶対的応報刑論の別名だといってよい。すなわち、およそ責任ある行為に対しては、応報としての刑罰が加えられるべきだ、という主張である。しかもその責任は、道義的、倫理的な責任として把握される。それで、およそ反道義的な行為、反倫理的行為であれば、国家は刑法でこれを犯罪として刑罰を加えるべきだ、ということになりかねない

い。このように、国家に倫理秩序を維持する任務を負わせるのは、国家が、『最高の道義態』だということである。したがって、同じ反道義的な行為でも、個人に対するものよりも、国家に対するものが重視される。刑法は、『国家的道義を維持する』ことを任務とする、ということになる。⁽¹⁴⁾「このような応報・責任の強調は、どうしても(刑罰の目的と有効性から出発する)刑事政策の発展を妨げ、とくに受刑者の社会復帰に感情的に反発し、冷たい態度をとらせることになる。」⁽¹⁵⁾(括弧内引用者挿入)。

非決定論↓道義的責任論↓応報刑論という論理体系が一体として厳しく攻撃されていることが容易にうかがわれよう。なお、ここで重要なことは、いわゆる旧派が前期旧派と後期旧派とに二分され、右の論理体系は後期旧派の所産であり、前期旧派のそれとは本質的に異なることが説かれている点⁽¹⁶⁾であるが、この点については後に詳しくみることにして先を急ぐことにしよう。

一 応報刑論に続く批判の第三は、各則をめぐるものである。「現行刑法典では、国家に対する罪、すなわち内乱罪、外患罪などは、各則の巻頭におかれている。これはやはりこれらの罪が、個人の生命・財産に対する罪より重要なものであるという考えを示すものであるといわなければならない。たしかに、内乱外患などは、多くの人々の生命・財産を侵害する点で、個々人の生命・財産に対する罪よりも重大であるかもしれない。しかし、国家に対する罪が個人に対する罪より優先的な序列を与えられているのは、それだけの理由でもなさそうである。それは国家が個人を越えた独自の存在、それ自身が自己目的をなす存在であり、そのような国家が、個人より上位の価値を持ち、個人の奉仕と犠牲を要求しうるものである、という観念に基づくものと思われる。内乱外患だけでなく公務執行妨

害などおよそ国家の作用に対する罪が個人に対する罪より先順位におかれていることは、現行法が右のような国家優位の考え方に基づいている証拠だといってよいであろう。すでにフォイエルバッハは、犯罪は個人の権利の侵害であるという考えにもとづいて、個人の生命と財産に対する罪を、その起草したバイエルン刑法典の各則のはじめにおいた。しかし、保守的なプロイセン刑法は、国家に対する罪を優先させ、ドイツ現行法もこれに従ったのである。わが法はこれを受けついだ。しかし、スイス刑法は、すでに戦前から、個人に対する罪を優先させていた。そして、戦後のドイツ、オーストリアなどの刑法草案は、みなこの体系に従っている。ところが、わが国では戦後このような刑法改正が行なわれなかつただけでなく、準備草案はいぜんとして、国家に対する罪を優先させようとしている。しかも、学界においてさえ、これに対する批判はほとんど聞かれ⁽¹⁷⁾ない。「現在の憲法の下における価値観からすれば、個人の生命・身体・自由・財産こそ、最も優先的に刑法によって保護すべきであろう。そして国家はむしろ、個人の生命・身体・自由・財産を保護する機構としてのみその価値が認められるべきであろう⁽¹⁸⁾」。

しかしながら、各則に対する批判はこれにとどまるものではなかつた。「国家法益の重視」に加えて、リーガル・モラリズムやパターナリズムにもとづく「犯罪化」が粗上に載せられることになった。「積極的責任主義は、『犯罪化』の道に通じる⁽¹⁹⁾」が、しかしながら、「行為が反倫理的であるというだけの理由でこれを処罰するのは、自己の趣味を他人におしつけることになりかねない。それはまさに近代社会の『共通の価値』である個人の自由を脅やかすことになる。個人の自由とは他人に害を及ぼさないかぎり、他人の気にいらぬことでもやることのできる自由なのであるから。また国家の名において、何が倫理的に正しいかをきめようとするのは、国家が倫理の源泉だとす

る国家主義的な考え方にも通ずるといわなければならない。⁽²⁰⁾「単なる倫理の問題は、刑罰以外の手段に委ねるのが妥当だといわなければならないのである。⁽²¹⁾」

刑法における伝統的な国家主義をこのように批判された平野教授は、いよいよ独自の刑法理論の構築にとりかかれることになった。問題は、右の構築作業においていわばその理論的基礎を提供したものは何であったかという点であるが、「前期旧派」理論が重要な役割を果たしたことは、必ずしも誤りではないように思われる。ただし、ここでは、「前期旧派」理論は、一八世紀末から一九世紀初頭にかけてベッカーやフォイエルバッハによって主張された考え方であり、これはまさに、わが国の憲法の根底にある個人主義思想にマッチしたものであるであろう。⁽²²⁾として、「前期旧派」理論の今日的意義が高く評価されているからである。その意味では、「両者（前期旧派と後期旧派）はともに自由意思を認め、その発動である客観的な行為に対して応報としてこれに相当する刑を科すべきだとする。しかし、前期旧派のいう自由意思とは、利害を合理的に配慮し、これに従って行動しうる能力（＝「経験的自由意思」）をいうのであったのに対し、後期旧派のいう自由意思とは、いわば形而上学的な自由意思であった。そして前期旧派は法と倫理とを区別し、その応報は一般予防を目的とするものであったが、後期旧派は法と倫理とを同一視し、そのいう応報は絶対的な応報、いいかえると贖罪のための応報であった。⁽²³⁾」前期旧派は生じた害に応じた刑罰を必ず加えようとする点に、そのねらいがあるから、客観主義と必然的なむすびつきがあるといてよい。しかし後期旧派は自由意思にもとづく行為に倫理的な非難を加えようというのであるから、結果の発生、あるいはその危険のいかんにかかわらず、『悪しき意思』そのものを処罰することも可能であり、現にナチス

においては、ある程度それが認められた。⁽²⁴⁾ (括弧内引用者挿入) との分析が、右の構築作業に重大な影響を与えたということが可能であろう。

もっとも、そのことは、平野理論と「前期旧派」理論とが同じだということを意味するものでは決してない。ただし、平野教授によれば、「前期旧派」理論の今日的意義とともに、その「限界」が意識されたからである。次の叙述もこのような観点から理解することができるように思われる。「現在の社会では、単に罪刑法定主義を強調するだけでは、法律で規定しさえすれば処罰は常に妥当であるということになってしまっておそれがある。しばしば引用されるように、『法は莊嚴な平等性をもって、富める者にも貧しき者にも、ひとしく橋の下で眠ることを禁止、路上でもの乞いをしたまパンを盗むことを禁止している』(アナトール・フランス)。階級対立の社会においてこそ、実質的な平等を確保するためには、刑事政策的思考が必要であつて、単なる罪刑法定主義と応報刑だけでは不十分なのである。そこに瀧川博士の前期旧派としての限界があるように思われる。」⁽²⁵⁾ (傍点引用者)。

とすれば、平野教授が右の構築作業のための第二の理論的基礎をいわゆる新派理論、なかでもリストのそれに求められた理由も容易に理解されよう。その「刑事政策的思考」を評価されたものといえよう。ただし、ここで注意しなければならないことは右の評価の意味である。すなわち、「彼(リスト)は旧派の個人主義的な理論を基礎として、これを社会主義的な時代の要求に適合させようとしたといえるであろう。標語的にいえば、……新派は『社会自由主義』である。」⁽²⁶⁾ (括弧内引用者) という一般的な位置づけにもとづいて、新派の「刑事政策的思考」が次のように評価された点である。「フォイエルバッハは、人間は快樂苦痛の原則に従つて行動することを前提として、

その刑法理論をくみたてた。この快樂苦痛の原則が人間の行動を大きく支配していることは現在でも否定できないが、同時にそれだけではないこともまた事実である。同じことは是非善悪の判断についてもいえるであろう。……犯罪行動は種々の原因によって決定されているのであって、社会的非難という意味をもった苦痛を加えても、あるいは少くともそれだけでは行動を変容できない場合が多い。いわゆる常襲犯人といわれる人々の場合がとくにそうである。新派の人々、たとえばリストなども、威嚇ということをいっさい排斥したのではなく、とくに常襲犯人に対しては効果がないことを主張したにとどまる。もっとも、これらの常襲犯人でも、生理的人格的な異常さが直接的に犯罪として表出されるものではない。したがって常襲犯人に対しても、単なる身体医学的な治療だけによって改善することはできない。むしろその価値体系や行動様式を変化させるためには、社会的非難が有効なことさえある。しかしそれだけでなく精神医学的な心理学的な治療方法、あるいは、社会学的方法を加味しなければ有効でないのである。このことは常襲犯人でない者についても多かれ少かれ妥当する。⁽²⁷⁾「抑止刑論は、一般人に対しても犯罪者自身に対しても、苦痛による威嚇で犯罪を抑止しようとする。しかし一般人に対してはとにかく、犯罪者自身に対しては、このような威嚇では効果があがらないだけではなく、むしろ反対の効果さえ生むのではないか。これが、新派が前期旧派に対して『修正』を要求した理由であった。そして、その主張は、しばしば『刑罰は教育である』というような美しいことばで表現され、苦痛によって行動を統制しようとするのは非科学的で野蛮であり、犯罪者を教育し改善するのが科学的であり、人道的だというような形で表現されることもある。しかし、行為者の再犯の防止ということは、『それだけで』刑罰一般を正当化する根拠にはなりえないであろう。改善の必要があると

い・う・こ・と・が、それだけでだ・だ・に・刑・罰・を・正・当・化・す・る・と・は・い・え・な・い・か・ら・で・あ・る。ま・た・再・犯・の・お・そ・れ・が・全・く・な・い・場・合・で・も、刑罰を加える必要があることも否定できない。それにもかかわらず、刑罰を加えるに際して、犯罪者の改善更生、その社会復帰を強調することは可能であり、必要でもある。(28) (傍点引用者)。平野教授によれば、「前期旧派」理論にとってかわるものではなく、それを「修正」するもの、ないしはそれに「加味」されるものであるという歴史的規定のもとに、新派の「刑事政策的思考」が評価されたものといえよう。したがって、その枠をこえるもの、例えば、新派の「刑事政策的思考」のもつ主観主義的傾向、あるいはまた社会的責任論などに関しては、むしろ消極的に評価されている点に注意しなければならぬであろう。「この見解は、功利性を重要視する点で新派に近似するが、その功利性も一般予防を基軸にして、刑罰権の発動を合理的枠内に抑えようとするものであるから、実質上新派とは異なる」と分析される所似も、この点に存するよう思われる。平野教授によればベンサム刑法理論が注目されたこと(29)、同様の観点から理解することが可能であろう。

新派の「刑事政策的思考」に関していま一つ注意しなければならない点は、それは文字通り新派の刑事政策的「思考」が評価されたこと—もちろん、それは右にみたような歴史的規定の下においてであったが—を意味するだけであって、それをこえて新派の刑事政策的「提言」までも支持されたことを意味するのでは必ずしもないという点である。すなわち、右の枠内であれば新派の刑事政策的「提言」は今日でもそのままの形で十分通用しうると考えられた訳では必ずしもない、という点である。ただし、平野教授のいわれる刑事政策とは後にみるように何よりも「現代の刑事政策」(31) だったからであり、その意味から、新派の刑事政策的「提言」には今日の経験科学の水準が

らずれば時代遅れの面があることは否定できないとされているからである。

以上、平野教授の歴史分析を中心として、そのいわば理論的基礎を探ってきたが、以下では、このような歴史分析の上に如何なる理論構築作業が具体的に行なわれたかを簡単にみることにしよう。ところで、右の理論構築作業は具体的には刑罰論・処遇論→責任論→犯罪論→各論という順序で進められているが、それはある意味では必然であつたといえよう。ただし、「平野理論の『犯罪』論は『刑罰』論から説明される」⁽³²⁾からであり、また「刑法の機能的考察は、……犯罪学や刑事政策学の合目的的观点を固有の刑法学の分野に貫徹してゆくことを意味し、具体的には犯罪論優位の構成ではなく、刑罰論の側から見た犯罪論の再構成を促進することになる」⁽³³⁾からである。もっとも、各論の分野における理論構築作業が体系的に発表され始めたのは次の戦後第四期に入ってからのことである。⁽³⁴⁾また、その犯罪論が一応の確立をみるのも次の戦後第四期である。⁽³⁵⁾したがって、ここでは刑罰論・処遇論および責任論に絞って右の理論構築作業をみることにしよう。

まず始めに右の理論構築作業のいわば出発点となつた刑罰論・処遇論の分野であるが、ここで重要なことは、苦痛ないし害悪を内容とする刑罰の正当根拠は犯罪抑止効果、すなわち、それを科することによって一般人が将来、犯罪に陥るのを防止し、犯罪者が再び犯罪を犯すのを抑止することにある（「抑止刑論」）、とされた点である。もっとも、そこにいうところの「抑止刑論」は、実質的には、一般予防論に近いものであることに注意しなければならぬ。ただし、平野教授によれば、刑罰の主たる効果は一般予防効果にあり、特別予防効果は右の一般予防効果に付随するもの、ないしは一般予防効果の犯罪者自身に対する側面だといつてよい、とされているからである。

しかしながら、それが、平野教授が犯罪者の改善更生を軽視されたということの意味するものでは決してなかったことは、すぐ後にみる通りである。平野教授の「抑止刑論」に関して注意しなければならないことの第二は、犯罪防止の効果があれば、どのような刑罰でも正当化されるのではなく、「正しい抑止刑」であるための要件として「均衡の原則」が要求される、とされた点である。「均衡」関係を媒介とする「抑止刑」が主張されたものといえよう。注意しなければならぬことの第三は、たとえ、「均衡」関係を媒介とする「抑止刑」であっても、苦痛を加えることによって犯罪を防止しようとするのはそれ自体としては好ましくないことであり、刑罰はいわば必要悪であるから、もし他の方法によっても犯罪の防止が可能であるならば、できるだけ刑罰の使用を制限しなければならないと理解され、そこからとりわけ次の各点が考慮されなければならないとされた点である。すなわち、(一)犯罪を防止するには、行為を非難するという方法をとるよりも、社会福祉的な施策による方が効果が大きい場合がある。(二)また行為を非難するという場合でも、他の「社会統制の手段」(近隣の人々の評価、職業的社会における地位と信用の失墜、マス・コミュニケーションを通じての一般の人々の反応など)が適切に働くときは、刑罰は必ずしも必要でない場合がある(三)更には刑事司法の内部においても、刑罰だけが孤立して機能をいとむわけではなく、逮捕・勾留・公判への出頭強制、裁判の言渡なども現実には刑罰的機能をいとむわけではなく、刑罰の執行による抑止的效果が欠くべからざるものでもないこともある、の各点であった。平野教授によれば、犯罪抑止(一般予防および特別予防)の手段を刑罰だけに求めることは必ずしも必要ではなく、他の手段によって代替することも可能であり、むしろ、その方がより効果的な場合さえある、と主張されたものといえよう。その意味では、右の「抑止刑論」を

「消極的抑止刑論」とでも呼びうるであろうか。

このように述べてくると、平野教授の「抑止刑論」と「前期旧派」のそれとが極めて親密な関係に立つことが容易に是認されよう。

しかしながら、平野教授の刑罰論・処遇論は右の主張に終わるものではなかった。むしろ、「社会復帰論」(改善刑論・教育刑論)が「抑止刑論」、とりわけその特別予防論を補完するものとして併せて主張されたところに、その最大の特徴が存するといっても過言ではなからう。平野教授が「社会復帰論」を主張された論拠およびその内容は次のような点であった。すなわち、特別予防という観点だけからみれば、犯罪者に対する刑罰の執行では十分な効果を期待しえない場合が少くない。それどころか、反対に犯罪者を改悪することさえ珍しくない。その意味では、より効果的な方策を講じる必要があるといえよう。もっとも、一般予防という観点からみた場合には、犯罪者に対する刑罰の執行が必要とされる場合が依然として多いことであろう。しかしながら、このような場合でも、刑罰の改善的效果をたすけ、少くともその改悪的效果を防止するために、刑罰の執行に際して犯罪者の改善更生、その社会復帰を強調すること(例えば、受刑者の人権の確立、改善教育という観点からの刑務作業の位置づけおよび単一刑化、心理的処遇その他の刑務作業以外の処遇方法の導入など)は可能であろう。更には、一般予防という観点からみても、犯罪者に対する刑罰の執行が欠くべからざるものでもない場合もあろう。当然ながら、このような場合には、特別予防という観点から、刑罰の執行に代えて犯罪者の改善更生、社会復帰のための手段(改善保安処分)を追求することは可能であろう。例えば、刑の猶予(刑の宣告猶予、刑の執行猶予、仮釈放)を認められた者に対

する保護観察、短期自由刑に代わる週末拘禁、犯罪少年に対する保護処分、心神耗弱者に対する治療処分、常襲犯罪者に対する保安処分などがそれである。同様に、責任無能力を理由として無罪とされ、したがって、刑罰の執行がそもそも問題とならない犯罪者についても、特別予防という観点から右の改善保安処分（触法少年に対する保護処分や心神喪失者に対する治療処分）を考へることは可能かつ必要であろう。

「社会復帰論」の論拠およびその内容とされた点はおよそ以上であったが、沿革的にみると、その「抑止刑論」と同様、この「社会復帰論」も刑法全面「改正」作業の進展に大きな刺戟を受ける形で形成されてきたということができると思われる。「いよいよ刑法の全面改正が、法制審議会できとりあげられることになった。しかし、そもそもいま刑法を全面的に改正する必要があるだろうか。たしかに現行刑法は、制定後すでに五〇年を経ている。

その後社会の変化も著しいし、刑法理論にも進展があった。全面改正を考へるのに時期として早すぎるといえないかもしれない。しかし内容的に考へてみると、全面改正の必要はそれほど大きくないように思う。刑法典は大きくわけると、犯罪一般の規定、刑罰の規定および各則の規定になるが、このうち犯罪一般と各則は、一部改正ですませることもできる。これに対して刑罰の部分は、新たに設けられる保安処分と一緒にして、全面的に改正する必要があるように思われる。⁽³⁶⁾「実質的に改正の必要があるのは、刑罰の部分である。⁽³⁷⁾」しかるに「戦後の刑法学界の関心は、ほとんど訴訟法と犯罪論に集中し、刑罰その他の犯罪者処遇法の諸問題はあまり顧みられなかった。刑法改正の準備作業に従事して、私は私自身の無知をいまさらのように反省させられた。⁽³⁸⁾」刑罰論・処遇論の諸問題についての多年にわたる研究成果をまとめられた『犯罪者処遇法の諸問題』（昭和三八年）の冒頭に置かれた文章である

が、平野教授の刑罰論・処遇論と刑法全面「改正」作業との間に密接な原初的關係があったとする仮定は、この文章からも容易に証明されよう。そこから、前述した「社会復帰論」の内容にも示されているように、平野教授の刑罰論・処遇論は、既成の刑罰制度の根拠づけにとどまらず、刑法改正の指針を明らかにするという問題意識から、数多くの立法的提案を含むことになった。もっとも、右の原初的關係は、平野教授の刑罰論・処遇論と刑法全面「改正」作業とがその後も運命を共にしたことを意味するものでは決してなかった。むしろ、それは、法制審議会刑事法特別部会において進行していた「部会草案」の作成の過程でまつまりつあつた刑罰制度と次第に対置されることになつていった。ただし、平野教授によれば、右の刑罰制度には基本的な疑問があるとして次のように批判されたからである。すなわち、(一)自由の拘束と作業の賦課とが苦痛としての刑罰の内容であるとする立場を固執する(二)懲役と禁錮とを存置する(三)短期自由刑を拡大強化しようとする(四)刑の執行猶予や仮釈放についてもほとんど変更はみられない、等の点からも容易に理解されるように、それは依然として広報刑論にもとづいており、その結果、受刑者の社会復帰に感情的に反発する傾向をもつ。他方また、それは、(一)常襲犯人に対して相対的不定期刑を導入しようとする(二)精神障害犯罪者に対して治療より社会の保安を重視した治療処分制度を設けようとする、等にみられるように、広報刑論の延長線上に「保安主義」を強調する。この二点である。

ところで、このような平野教授の批判は、その「社会復帰論」の性格を探る上でも極めて重要であるように思われる。平野教授の批判を要すると、右の刑罰制度の中には「国家主義」を維持ないしは拡大、強化しようとする方向が見い出されると論難されたものといえるからである。その限りでは、平野教授の「社会復帰論」は、その抑止

刑論と同様に、刑法における伝統的な国家主義に対抗して刑罰制度の近代化を図るという性格をもつと規定するところが可能であろう。確かに、このような観点からみると、平野教授の「社会復帰論」には注目すべき数多くの提案が存する。例えば、刑罰の執行に伴なう改悪的效果を避けるための受刑者の人権の確立、教育的・改善的観点からの刑務作業の位置づけ（開放処遇など）、心理的処遇その他の刑務作業以外の処遇方法の導入、更にはまた刑の猶予制度（刑の宣告猶予、刑の執行猶予、仮釈放）や社会内処遇制度の強化、拡充などの提案がそれである。これらの制度は、確かに平野教授のいわれるように、まさに経験と知識の積み重ねにもとづく「現代の刑事政策」として、思想的な差異にもかかわらず、ある程度のコンセンサスがえられるところのものであろう。

しかしながら、これをもって、平野教授の「社会復帰論」が刑罰制度の近代化という性格だけをもつと即断することは誤りである。けだし、ここでは、現代「市民社会」とでも称すべき現代資本主義における市民社会の刑罰制度のあり方が模索されているからである。換言すれば、「市民的安全の要求」の拡大・強大という観点から特別予防のためのより効果的な方策が積極的に追求されているからである。例えば、常襲犯罪者や精神障害犯罪者に対する一刑罰に「代わる」ものとしての一保安処分という提案などがそれである。ただし、平野教授の保安処分の提案に関しては次の点に注意しなければならない。すなわち、それは社会の保安よりも犯罪者の改善更生ないし治療を重視したものである、という点がその第一である。注意しなければならないことの第二は、「改善保安処分には、自由の拘束その他の苦痛が多かれ少なかれ伴うものであるから、やはり『均衡の原則』が要求される。すなわち、どのような重大な法益を、どの程度侵害する危険性があるかと、どの程度自由を拘束するかとの間に、均衡を必要

とする。改善保安処分であれば、およそ行為者の危険性があるかぎり何時までも拘禁していいというわけではない。それだけでなく、危険性の判断が極めて不明確である現在では、その使用には、慎重でなければならない。そして、それは、ほぼ刑による自由の制限が正当化される範囲内で、すなわち原則として『刑にかえて』行なわれるべきであらう⁽³⁹⁾として、その乱用がいまいじめられた点である。その意味では、右の模索にもかかわらず、平野教授の「社会復帰論」と新派のそれとを、更にはまた新派的な社会防衛思想の「現代の変容」を示すと考えられるこの期の支配的な刑法学のそれとを簡単に同視するという態度は厳に慎まなければならないといえよう。

しかしながら、それにもかかわらず、「著者（…平野教授）は、常襲犯人や精神異常犯人に対しては刑罰よりも保安処分をもって対抗することがより有効であり、それは市民的安全保護の要求にも合致するとし、積極的な姿勢を示されている。たしかに保安処分の導入は被害者の保護にかない、有効性の観点からすれば刑罰よりもすぐれているかもしれない。しかし同時に処分をうける者のこうむるであろう人権侵犯の危険をみのがすことはできないであらう。もっとも著者は、他の箇所で、保安処分もまた実質的な身柄拘束の害悪処分なのであるから、条件も手続もきびしくして乱用の危険をいまいめるべきだとされている。たしかに刑罰ならば安心して保安処分ならば危険だなどと単純にいうことはできないであらう。しかし保安処分にはより合目的的色彩が濃く法的保障には親しみにくい点をもっていることはみとめなければならない。危険な者は負担を甘受すべしという傾向に流れ易いし、治安刑法的観点から運用される危険も消えてはいないといふべきであらう⁽⁴⁰⁾」（括弧内および傍点引用者）などの批判は、依然として有効であるように思われる。もっとも、平野教授の「社会復帰論」がわが国の刑事政策の発達に与えた大

きな影響は正當に評価されるべきであらう。なお、このような平野教授の刑罰論・処遇論はその後の監獄法全面改正の動きの中でその理論的支柱の一つとなっていくことになった。⁽⁴¹⁾

次に、わが国の刑事責任論に大きな刺激を与え、貴重な問題提起をなしたと一般に位置づけられる平野教授の責任論の分野における理論構築作業をみることにしよう。もっとも、既に指摘されているように、右の理論構築作業は未だこの期においては骨組みの段階にあつたといえよう。したがって細部にまでわたってそれを確定したものとしてみただけにとどめることにしよう。

まず始めに問題となるのは、右の骨組みにおいていわば大黒柱の役割を果たしたのは何かという点であるが、決定論にもとづく「責任非難」という考え方の中にそれを求めることが適當であらう。すなわち、決定論から「責任非難」を根拠づけることは十分に可能であり、かつ必要であるという考え方がそれである。ところで、このような考え方は、(一)刑事責任は決定論を前提としないかぎり無意味である(二)刑法上の責任は「責任非難」でなければならぬ、という二つの基本命題を合成せしめることによって生み出されたものといえるが、前者の刑事責任は決定論を前提としないかぎり無意味だとの基本命題は、⁽⁴³⁾もちろん、前述したように、意思自由論を基礎とする道義的責任論および人格(形成)責任論に対する批判的検討の中から導き出されたものであり、右にみたような「抑止刑論」からの論理的帰結であつた。これに対して、後者の刑法上の責任は「責任非難」でなければならぬとの基本命題は、新派の社会的責任論に対する次のような分析から導き出されたものであつた。⁽⁴⁴⁾ すなわち、社会的責任論とは、

「社会にとって危険な者は、社会のこれに対してとる防衛手段を甘受せざるべからず」ということだとされる。精神病患者や幼年者でも、社会にとって危険であれば、精神病院や教護院に強制的に収容して隔離し改善する必要がある。精神病患者や幼年者もこの強制を忍受する義務がある。このような義務を負うことを(社会的)「責任」がある、というのである。このような義務があることを「責任」と呼びたければ呼んでもよい。しかし、それと責任非難という場合の責任とは違った「ことがら」であることに注意しなければならない。それは「同じことがら」についての見解の相違ではなく、「違ったことがら」が同じ(責任という)名前で呼ばれているにすぎないのである。刑法上「責任」とは刑罰という非難を加えるための要件をいう。精神病患者や幼年者には、刑罰という非難を加えることができないから、「責任がない」とされるのである。そして社会的責任論者も、このような意味での「責任」という概念が必要であることを実質上認めている。同じ社会的責任を負う者の中に、刑罰という防衛処分を忍受しなければならぬ者と、精神病院収容という防衛処分を忍受しなければならない者とがあることは、社会的責任論者も認めるからである。したがって、刑罰という非難を加えるための要件を「責任」と呼ぶことにするかぎり、社会的責任という語はただ混乱を招くだけだということができよう。少し長くなつたが、これが社会的責任論に対する分析である。その意味では、平野教授の責任論をもって、道義的責任論および人格(形成)責任論に対するアンチ・テーゼとしてのみ位置づけることは正確ではなからう。もっとも、平野教授によれば、右の分析にもみられるように、刑法上の責任としては社会的責任という語は不適当だとされただけで、社会的責任という考え方それ自体は必ずしも全面的に否定されておられない訳であるから、社会的責任論よりは道義的責任論および人格(形成)責任論の方

により厳しい本質的批判を加えられたということが可能であろう。なお、平野教授は、道義的責任論および人格（形成）責任論と社会的責任論の双方から区別されるこの決定論にもとづく「責任非難」という考え方を、まだ熟したことはではないがとの留保つきで、「可罰的責任論」⁽⁴⁵⁾と名付けられることになった。

しかしながら、右の考察には特に目新しい点はない。これらは既に一般に指摘されていることばかりだからである。むしろ、ここでより重要なことは他の点にあるというべきであろう。すなわち、この決定論にもとづく「責任非難」という考え方それ自体は必ずしも平野教授の独創になるものではなかったという点がそれである。それは、「わたくしとしては当然のことをいっただけで、けっしてこと新しいことをいっただけでもない。むしろこのような主張をあらためてしななければならないところに、わが国の刑法学のゆがみがあるようにさえ思う。」⁽⁴⁶⁾と自ら述べておられるところからも明らかであろう。とすれば、当然、その沿革が問われなければならないことになるが、「近代初期の個人主義的な自由主義の地盤の上に成立したものと」⁽⁴⁷⁾と本質規定された「前期旧派」理論の発掘作業の中から得られたものであった、とすることは誤りではないように思われる。けだし、平野教授によれば、近代の刑罰イデオロギーは非決定論と無関係であり、したがって、「後期旧派のいう自由意思とは、いわば形而上学的な、原因がないという意味での自由意思であった」のに対して、「前期旧派のいう自由意思とは、利害を合理的に配慮し、これに従って行動する能力をいうものであった」と分析された上で、⁽⁴⁸⁾この「前期旧派」理論の今日的意義を、わが国の憲法の根底にある個人主義思想にマッチしたものと見えるであろうとして高く評価されたからである。ただし、そのことは、これまでほとんど顧られることのなかったこの「前期旧派」以来の決定論にもとづく「責

「任非難」という考え方を平野教授が発掘し継承されたことを意味するにとどまり、平野教授の責任論は「前期旧派」のそれをそっくりそのまま現代に再現したものである、ということを経結するものでは決してない。もっとも、「前期旧派」現論の全貌が十分解明されたとは必ずしもいえない今日の段階では、両者の関係を正確に位置づけることは必ずしも容易な作業ではない。更には、果して「前期旧派」理論に、今日いわれるような意味での責任論がそもそもあったのか、もしあったとすればそれはどのような形で存在したのか、ということさえも未だ必ずしも明らかではないのである。右の作業の困難さは増すばかりであるが、しかしながら、少くとも、平野教授の責任論が「前期旧派」のそれをそっくりそのまま再現したものでなかったことだけは、次の叙述からも容易にうかがわれよう。「この（刑罰による）動機づけの過程は、初期の一般予防論者フオイエルバッハやベンサムが考えたような単純なものではないことに注意する必要がある。すなわち、人間の行動を決定するものは単なる快樂苦痛の法則だけではない。犯罪行動の過程は人間の行動の法則が完全に解明しつくされないかぎり、明らかににはならないであろうが、」⁽⁴⁹⁾「その後の犯罪学の研究は、頭蓋骨の中にはいつてゆき、人の心、規範意識の中に犯罪の原因を求めようになった。……そうだとすると、……改善も、この規範意識に訴え、あるいはこれを変えることによって行なわれる。したがって、非難や刑罰も少なくとも改善の一つの方法でありうるわけである。」⁽⁵⁰⁾（括弧内引用者挿入）。なお、それは平野教授が繰り返し指摘された点でもあった。

とすれば、右の大黒柱を軸として如何に骨組みされたのかの考察が是非とも必要になろう。ところで、平野教授自身の表現を借りれば、その骨組みは、「因果性（法則性）と有責性（非難可能性）は二律背反の関係にあるもの

ではなく、むしろ有責性は因果性を前提とするものであることを論述しようと試みた⁽⁵²⁾部分と、「右の考え方の上に立って、刑法上の責任は行為責任であるべきであるが、この行為責任は実質的に把えられなければならない、実質的に考えると、行為は、なかんずくそれが行為者の規範的人格要素に相当なものであるほどその責任は重いとしなければならぬ、という主張をした」部分⁽⁵³⁾とから成り、更に前者は人間の行為の因果性と意思の自由に関する部分と人間の責任に関する部分とから成るとされるが、これらを要すると次のようにまとめることが可能であろうか。

決定論と自由とは矛盾せず、むしろ決定論のもとではじめて責任というものは意味がある。このような主張は「やわらかな決定論」と名付けられる。「かたい決定論」が自由意思を否定するのに対し、この決定論は、この決定論と自由意思との両方を認めようとするものだからである。ところで、人間が自由であるか、自由でないかは、決定されているかいないかにあるのではない。自由であるか否かは「何によって」決定されているかによるのである。ラッセルはいう。「自由とは、われわれの行動がわれわれの意欲の結果であり、外の力の強制によるものではないことをいう。」と。もつとも「わたくし自身」が原因であれば自由だとはただちにいえないのであろう。わたくし自身のなかにも生理的な衝動や傾向がある。これが原因である場合には自由であるとはいえない。しかし、この生理的な層のうえに、われわれは意味の層あるいは規範心理の層とでも呼ぶことのできるものの存在を認めることができる。このような層によって決定されているとき、「わたくし自身」によって決定されている、あるいは「自己決定」というのである。自由とは、自己の人格の規範心理的層によって決定されていることを意味するのである。それでは、このように人間の意思や行動が決定されているとするならば、なぜ、われわれはこれに責任を問

うことができるだろうか。責任を問うことができるのは、「他の行為をすることも可能であった」場合に限りなればならないのではなからうか。しかし「他の行為が可能であった」という命題は、定言的なものではなく、仮言的なものである。そして、ちがった動因をもつ「べき」であった、より強い合法的な規範意識をもつ「べき」であった、という判断の告知が非難なのである。ではなぜこのような仮言的な判断をするのであろうか。それは、非難とは、誰を非難すべきであるか、誰を処罰すべきであるか、という実践的な問題だからである。この非難や処罰は、ふたたび同じようなことが本人および一般人におこらないように加えられるものだからである。非難や処罰は、この意味で、将来に向かって加えられるものであり、単に過去に向かって加えられるものではない。非難や処罰が、このような効果を發揮するためには、その対象たる「意思」が非難ないし処罰によって影響を受けるものであることが前提とされなければならない。もし、犯罪を行なうか行なわないかが（非決定論的）自由意思によるものであり、非難によっても決定されえないものであるならば、処罰を加えることは無意味である。しかし、「やわらかな決定論」は、非難ないし処罰によって影響を受けうる規範心理の層が存在することを主張するものである。そして、この処罰という制裁によって影響を及ぼしうる心理状態にある場合を自由といい、そこに責任非難が加えられるのである。このような考えにもとづくならば、どの程度の処罰を科するかは、犯罪的な意思がづくりあげられる可能性の強さによることになる。犯罪を行なおうとする強い動機をもっているときは、それだけ重い刑罰が必要であろうし、犯罪的な動機をもつ強い可能性のある性格であるならば、それだけ重い刑罰が妥当だということになる。いいかえれば、行為が人格相当であれば、それだけ責任が重いのである。規範心理的人格の妥当

性に対しては、「どのような原因によってそうなったものであれ、人は現在の人格に対して責任を負う」ということがいえるのである。したがって行為がそのような人格の層に対して相当であるときには、その行為については重い責任を問うことができる。このように実質的行為責任は、「行為の背景として人格ないし性格を考慮するものである。もっとも、それは行為責任であり、いわば「正しく理解された行為責任」であって、本来の意味の人格責任ないし性格責任ではないことに注意しなければならない。実質的行為責任は、ただこのような行為をするなど命ずるだけだからである。危険な人格をもつ者に対してはより強く命ずるというにすぎないからである。しかし、この行為の人格相当性は、責任の軽重を決定する一つの要素ではあるが、唯一の要素ではない。環境にも、人格に生理的な層と規範心理の層とのちがいがあのように、物理的な環境と規範心理的な環境とがあり、そして、後者では、人格と環境とは一応区別できるけれども、両者は連続しているからである。

整理が長くなってしまったが、重要な点なので、できるかぎり原文に即して正確に整理することに努めた。平野教授によれば、「生理的決定論」に対していわば「規範心理的決定論」とでも呼ぶべきものを対置することによって人間の行為の因果性と意思の自由を説明された上で、それを基礎として、この規範心理の層によって人間の行為が決定されていることのなかに責任非難の可能性（根拠）と必要性（有効性）が見い出されるとの考えを構築されることも、更にそこから行為は人格相当であればあるほど責任、したがって刑罰も重いというその実質的責任の理論を導かれたことは改めて指摘するまでもなからう。

問題は、このような平野教授の骨組みが「前期旧派」以来の決定論にもとづく「責任非難」という考えを「正し

く」発展させたものといえるか否かである。それは、平野教授の責任論を性格づける上で避けて通ることのできな重要な問題といえよう。もっとも、その解答が未だ容易でないことは先に述べた通りである。本稿も、この困難な問題にいたずらに紙幅を費すことは避けたいと思う。右の解答は将来の課題に委ねられなければならない。しかしながら、次のような評価が存することだけは述べておかなければならないであろう。すなわち、ここでは刑罰の機能と有効性の観点からのアプローチが前面に出て、刑罰によって決定されることが自由であり、刑罰が作用する限りにおいて責任が問題とされることになる。道義的責任という言葉も魔術的観念であるとして退けられ、經驗的で合理的な分析が押し出される。確かに、道義的責任という「魔術的観念」を捨て、現代經驗科学の成果にもとづいて、刑罰を将来に向かっての新たな「条件づけ」の体系として合理的に位置づけることは、より「科学的」であるように思われ、それはまた刑法を「社会統制」の手段として犯罪闘争に対する有効な機能を發揮させようとする「現代」の要請にも合致するであろう。刑罰の有効性の観点からすれば合理的に説明可能であろう。しかし刑罰の正当性の観点からはなお問題が残るように思われる。果してこれによって責任概念と責任原則が真に確立されたものといえるであろうか。けだし、一般には、人格へと還元されただけでは責任は根拠づけられないからである。むしろ、「やわらかな決定論」と「実質的行為責任」によって理解された責任非難は将来に対する条件づけにとどまる限り本来の「非難」とはいえず、新派の危険性に墮するのではないか。したがって、この際、決定論に立ちながら行なわれた犯罪に対する責任非難を根拠づける方向はとれないものであるうか。科学として成立するために要求される決定論をもっと端的に採用して、なお責任論を變質せしめることなく維持する方法はないものであろうか。

という評価がそれである。⁽⁵⁴⁾ けだし、それは、ある意味では、平野教授の骨組みをもって「前期旧派」以来の決定論にもとづく「責任非難」という考え方を「正しく」発展させたものと位置づけることに對する「異議の申し立て」と受けとれないこともないからである。⁽⁵⁵⁾ 新派の危険性に墮するか否かは別としても、平野教授の骨組みがいわば責任を問う側からみた責任非難の根拠づけに力点を置いており、この点で新派と共通性をもつこと、⁽⁵⁶⁾ したがって、「刑罰という苦痛を科せられる側にそれを忍受しなければならぬ理由の存すること」⁽⁵⁷⁾ が責任であるとして責任を問われる側からみた責任非難の根拠づけを重視する立場との間には微妙な相違が存することは、右の評価がいうとおりであろう。その意味では、平野教授の責任論をもって「前期旧派」以来の決定論にもとづく「責任非難」という考え方を「正しく」発展させたものとは必ずしもいえないように思われるが、それはともかくとしても、少くとも、「正しく」発展させたものと位置づけることに對して疑問が残されていることだけは確かであろう。もっとも、右のような評価に對しては、それは「本来的意味」の責任であるという反論⁽⁵⁸⁾ が平野教授によってなされていることは周知の通りである。

これまで、主として「二面性」という観点から平野理論を検討してきた。もちろん、この他にも検討すべき数多くの残された問題点が存することはいうまでもない。更には右の検討においても、冗長な整理にいたずらに紙幅を費したのではないかとの危惧も強い。しかしながら、平野理論を手掛りとしてこの期における戦後「市民刑法学」の動きを探るといふ本稿の目的は右の検討によってもある程度、達成されえたように思われる。最後に、このような平野理論に對しては前述の小田中教授や福井助教授による総括的評価の外に、「日本の刑法および刑法学の近代

的合理化とそのため機能的考察方法の多くのものに賛成であるが、同時に他方それが『原則』とくに形式的保障をほりくずす危険があること、つまりそれだけではなお将来の刑法を見通すことができないのではないかと考えている。(中山教授)⁽⁹⁵⁾、「最も重要な点で、いつの間にか市民的要求が、国家独占資本主義の擁護とすり替えられはしないかとの疑いも生じてくるのである。」⁽⁶⁰⁾「しかし、……なお若干の観念論打破の積極的役割を平野刑法にみつけたのである。」⁽⁶¹⁾(木田教授)、「現実を理想化して、法の定立や運用をいかに有効にこの『現実』に適合させるかということのみが問題となつて、現実に対する批判的研究がおろそかになりかねない。」⁽⁶²⁾(村井助教授)などの総括的評価が、主として刑法の「民主化」という観点から加えられていることを紹介して、これで右の検討をひとまず終えることにしよう。

(1) なお、小田中聡樹「木田純一『戦後民主主義と刑法学』」(『法律時報』五一卷二二号〔昭和五四年〕一一二五頁は、平野理論をもって戦後「市民刑法学」の代表と位置づけられる木田教授などに対して次のような疑問を提起している。すなわち平野氏の理論が果たして『市民主義』が一般的にもっている『反国家主義』という契機⁽⁶³⁾をもっているかどうかについては、その方法的基礎をなす機能主義的社会統制の理論と関連させつつ慎重に検討されなければならない。そして実は、木田氏自身が本書(『戦後民主主義と刑法学』)に先立つ著書『戦後日本の刑法学』において鋭く指摘しているように、平野氏の国家理論は不明確である。それは非国家主義的であるとはいえるかもしれないが、反国家主義的であるといえるかには疑問がもたれる。それどころか、木田氏の指摘するように「いつの間にか市民的要求が、国家独占資本主義の擁護とすり替えられ」る危険を孕む理論なのである。以上が小田中教授の提起された疑問である。

平野理論がそのような「危険性」を内包するということが、したがって、その点を絶対に看過してはならないということは確かに小田中教授の説かれる通りであろう。福井助教授も、そこから平野理論の基礎には現代福祉国家論の国家観があると

規定されたものといえよう。しかしながら、右の「危険性」をもつということから直ちに平野理論をもって戦後「市民刑法学」と位置づけることに對する疑問が導れるものであろうか。ただし、戦後「市民刑法学」とは何よりも現代「市民刑法学」だからであり、右のような「危険性」は平野理論に限らずとも現代「市民刑法学」一般が多かれ少なかれ共有する特徴であるように思われるからである。

(2) 平野龍一「現代における刑法の機能」(平野龍一編『講座現代法11・現代法と刑罰』(岩波書店、昭和四〇年)、後に平野龍一『刑法の基礎』(東京大学出版会、昭和四一年)に所収)三頁。

(3) 三井誠「刑法学説史(二)日本・戦後」(中山研一他編『現代刑法講座第一卷・刑法の基礎理論』(成文堂、昭和五二年)一六四頁)。

(4) 村井敏邦「刑法各論の方法論序説―刑法における機能的考察方法に關して―」(『一橋論叢』七五卷四号(昭和五一年)九三頁は、平野教授の「機能的考察」方法を次のように特徴づける。すなわち、それは「刑法が現実社会の中でどのように活動し、作用しているかという現実的機能の分析を主眼とするよりも、むしろ、刑法のあるべき機能を規定して、この機能を実効的に發揮させるためには、いかに立法し、解釈するかを考察することである」と。他方また、同論文八六頁は、平野教授における「社会統制」の意味についても、それが極めて個人主義的発想にもとづくものであり、したがって「パウンド、パインズ流の社会統制論とは、いささか趣きを異にしている」ことを注意する。

(5) 平野・前掲「現代における刑法の機能」九頁。

(6) 同二二頁。

(7) 同二二―二二頁。

(8) 渡辺・前掲『現代法の構造』三六〇頁。

(9) 平野・前掲「現代における刑法の機能」二五頁。

(10) 同二二頁。

- (11) 同二六頁。
- (12) 三井誠「刑事責任論の諸問題」(三井誠・町野朔・中森喜彦著『刑法学のあゆみ』〔有斐閣、昭和五三年〕一七七頁以下。
- (13) 平野龍一「刑事責任について―批判に答えて―」(『法学協会雑誌』八二卷三号〔昭和四三年〕、後に『刑法の基礎』に所収)四五―四六頁。
- (14) 平野龍一「概括的批判」(平野龍一・平場安治編『刑法改正』〔日本評論社、昭和四九年〕一〇頁。
- (15) 同二三―一四頁。
- (16) 平野龍一「刑法の基礎①第一章刑罰理論(1)」(『法学セミナー』一二二号〔昭和四一年〕五四―五八頁。
- (17) 平野・前掲「現代における刑法の機能」七―八頁。
- (18) 同九頁。
- (19) 平野・前掲「概括的批判」一七頁。
- (20) 平野・前掲「現代における刑法の機能」一八頁。
- (21) 同一九頁。
- (22) 平野龍一「刑法改正案の総括的批判(1)」(『法学協会雑誌』八九卷一号〔昭和四七年〕)四頁。
- (23) 平野・前掲「刑法の基礎①刑罰理論(1)」五七頁。
- (24) 同五八頁。
- (25) 平野龍一『刑法・総論Ⅰ』〔有斐閣、昭和四七年〕一五頁。
- (26) 同一一二頁。
- (27) 平野龍一「刑法の基礎②刑罰理論(2)」(『法学セミナー』一二二号〔昭和四一年〕三四―三五頁。
- (28) 平野・前掲『刑法・総論Ⅰ』二五頁。

- (29) 三井・前掲「刑事責任論の諸問題」一七八頁。
- (30) 拙稿「わが国における『ペンサム刑法理論』研究」(鈴木茂嗣他編『平場安治博士還暦祝賀・現代の刑事法学(上)』(有斐閣、昭和五二年)一五一頁、拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究(二)」(『神戸学院法学』九卷二・三号(昭和五三年)九四頁以下を参照されたい。
- (31) 平野・前掲「刑法改正案の総括的批判(1)」八頁以下。
- (32) 木田純一『戦後日本の刑法学』(一粒社、昭和四七年)二二五頁。
- (33) 中山研一「刑法における機能的考察方問とその問題点」(『法学論叢』八一巻二号(昭和四二年)、後に『現代刑法学の課題』(日本評論社、昭和四五年)に所収)九〇頁。
- (34) 例えば「刑法の基礎・刑法各論の諸問題」(『法学セミナー』一九七号(昭和四七年)を皮切りとして『法学セミナー』誌上で展開された刑法各論研究などがそれである。なお、予知的にいえば、その特色として、(一)非犯罪化(二)個人的法益に対する罪の「純化」などをあげることが可能であろう。
- (35) 前述した『刑法・総論I』(昭和四七年)などがそれである。
- (36) 平野龍一「刑法改正の指針―犯罪法典と処遇法典との分離―」(『犯罪者処遇法の諸問題』(有斐閣、昭和三八年)一頁。
- (37) 同二頁。
- (38) 同「はしがき」一頁。
- (39) 平野・前掲『刑法・総論I』二七頁。
- (40) 中山・前掲「刑法における機能的考察方法とその問題点」九四頁。
- (41) これまで刑罰論・処遇論における平野教授の理論構築作業をみてきたが、右の考察を終えるにあたって一つ補足しなくてはならないことがある。それは、既にみたような平野教授の刑罰論・処遇論がそのすべての明確な表現をこの期に得たものでは必ずしもないという点である。正確にいえば、むしろ、それは次の戦後第四期に求められるべきであろう。ただし、こ

ここでは、たとえそのすべての明確な表現は欠いていたとしても、少くともこのような考え方自体は既にこの期にほぼ完成をみていたように思われるという意味において、戦後第四期に始めて得られたような表現もこれをあえて用いることとした。

- (42) 木田・前掲「戦後日本の刑法学」二三三頁。
- (43) 平野龍一「意思の自由と刑事責任」(尾高邦夫追悼論文集『自由の法理』(有斐閣、昭和三八年)八頁。
- (44) 平野・前掲「刑法の基礎②刑罰理論(2)」三三頁。
- (45) 同三三頁。もつとも、その用語が流動的であることは木田・前掲「戦後日本の刑法学」二三三頁が指摘する通りである。
- (46) 平野・前掲『刑法の基礎』序文一一二頁。ただし、学界の受けとめ方はむしろその反対で、決定論にもとづく「責任非難」という考え方はこれまでなかった全く新しいものであるとの評価が一般的であったように思われる。例えば、福田平「現代責任理論の問題点」(『ジュリスト』三三三三号〔昭和四〇年〕五八頁以下)もその一つといえようか。
- (47) 平野・前掲「刑法の基礎①刑罰理論(1)」五七頁。
- (48) 同五七頁。
- (49) 平野・前掲『刑法・総論』二二頁。
- (50) 平野・前掲「刑法の基礎①刑罰理論(1)」五九頁。
- (51) 平野・前掲「刑事責任―批判に答えて」八二頁。
- (52) 平野・前掲「意思の自由と刑事責任」。
- (53) 平野龍一「人格責任と行為責任」(『刑法講座』3〔昭和三八年〕
- (54) 例えば、中山研一「刑事責任と意思の自由」(『法学論叢』七七卷三号〔昭和四〇年〕)、同「刑法における機能的考察方法とその問題点」(『法学論叢』八一巻二号〔昭和四二年〕)、同「刑法における意思自由論のイデオロギー的基礎」(佐伯千仞博士還暦祝賀『犯罪と刑罰(六七)』(有斐閣、昭和四三年))、前野育三「意思の自由と刑事責任」(前掲『現代の刑事法学(上)』(昭和五二年))などである。

なお、中山教授や前野教授によれば、そこから「道義的責任」概念の再評価に向かわれるが、この点は疑問である。

(55) もっとも、前野教授によれば、「前期旧派」をもって意思自由論とされており（前掲「意思の自由と刑事責任」二三八頁）、このような理解にもとづけば、平野教授の骨組みをもって「前期旧派」を「正しく」発展させたものか否かという設問自体がそもそも無意味だということになろう。

(56) ただし、これをもって両者の共通性を強調しすぎることは危険であろう。ただし、新派による責任の功利的基礎が国家刑罰権のいちじるしい拡大を導いたのに対して、平野教授によるそれは国家刑罰権の発動を合理的枠内に抑えようとするものだからである。もっとも、平野教授によれば、「市民的安全の保護」の要求の増大に伴う国家刑罰権の拡大・強化に対して一定の理解が示されていることは前述した通りである。その意味では、「二面性」が責任論においても貫かれているといえよう。

(57) 前野・前掲「意思の自由と刑事責任」二四六頁。

(58) 平野・前掲「刑事責任―批判に答えて―」八二頁。

(59) 中山・前掲「刑法における機能的考察方法とその問題点」一〇四頁。

(60) 木田、前掲『戦後日本の刑法学』二二四頁。

(61) 同二四三頁。

(62) 村井・前掲「刑法各論の方法論序説」四五六頁。

(63) なお、三井・前掲「刑法学説史(二)日本・戦後」一六四頁も、「このような方法論は、旧来のドグマ克服を強調するあまり、他の法とは異なった刑法理論、刑法体系のもつ独自の性格―形式的保障原理―をも洗い流す危険性がある。」とする。

(未完)