

戦後のわが国における近代刑法史研究 (五)

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』八卷四号)
 - 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』九卷二・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』九卷四号)
 - 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『神戸学院法学』一〇卷三号)
 - 四、「民主主義刑法学」の動き (以上本号)
 - 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(五) 内田

五 戦後第三期における刑法と刑法学の一般的動き

四 ここでの課題は、戦後第三期における「民主主義刑法学」の動きを素描することにあるが、右の作業に入る前に、その準備として次の問題を検討しておくことは必ずしも無駄ではなからう。すなわち、この期の「民主主義刑法学」を現実に担った人々によれば、如何なるプログラムの下に、この期の「民主主義刑法学」を構築しようとしていたのか、という問題がそれである。けだし、この検討は右の素描を行なうための一の重要な指針を我々に提供してくれるように思われるからである。

ところで、このような観点からみた場合、我々は右の検討のための有力な手掛りをもっているということが可能であろう。すなわち中山研一「民主主義刑法学の課題」(昭和四〇年)⁽¹⁾がそれである。けだし、同論文はその題名が端的に示しているように、右のプログラムを真正面から取扱っているからであり、更にはまた、木田教授が戦後「民主主義刑法学」の系譜を熊倉武、宮内裕、吉川経夫、中山研一と辿られたところからも容易に理解されるように、同論文の執筆者たる中山教授は戦後「民主主義刑法学」の構築、とりわけこの期以降のそれに多大の指導力を發揮された方であり、その意味で、同教授の見解をもって、この期の「民主主義刑法学」の構築に関する指導的なプログラムの一つと位置づけることは必ずしも誤りではないように思われるからである。

同論文は、主として序―問題提起、基本的観点、理論的諸問題、実践的諸問題の四つの部分から成るが、論述形式上の特徴として次の点をあげることが可能であろう。すなわち、中山教授自身が「問題提起」の中で述べておら

れるように、同論文は、戦後二〇年（昭和四〇年）に当り各法律雑誌が企画した「戦後の日本における法律学の回顧と展望」に関する特集号に掲載された刑法関係の諸論文に對置する形で発表されたものであり、それ故、同論文はこれらの論文の反省ないし批判を通して「民主主義刑法学の課題」を追求しようとしている、という点がそれである。そこから、同論文によれば、まず始めに、右の諸論文が戦後刑法学をどのように回顧しているかが取り上げられ、それが次のように批判されることになった。それは、「理論刑法学内部の回顧……に終始していて、理論のおかれている歴史状況との関連を追求するような……問題意識が本質的に脱落しているように思われてならない。」⁽³⁾とすれば、同論文が如何なる回顧をもってその「あるべき姿」と考えていたかは既に明らかであろう。「戦後日本の刑法学の回顧は、何よりも戦後二〇年間の歴史（上部構造だけでなく、下部構造も含む）に即して、その全体的な関連の中においてのみ行なわれるべきであり、またその場合にのみ正しく行なわれるというのがわたくしの基本的な立場である。」⁽⁴⁾これが同論文の主張する「あるべき姿」であった。

しかしながら、この点に関する中山教授の主張はこれにとどまるものではなかった。中山教授によれば、そこから更に進んで、戦後刑法学を戦後史の中に位置づけようとする場合、何よりも問われなければならないのはその「基本的観点」、すなわち「日本の刑法学者が戦後の歴史をいかに見るか」という点であるとして、右の「基本的観点」をもつことの必要性和重要性が説かれたからである。もつとも、それはある意味では、当然のことを述べられたにすぎないともいえよう。どのような「基本的観点」にせよ、それをもつことなしに戦後刑法学を戦後史の中に位置づけることは、実際に不可能であろう。とすれば、中山教授の新規性はむしろ次の点に求めることが適當であろう。

中山教授によれば、「基本的観点」の必要性と重要性の指摘にとどまらず、そこから更に一步、踏み込んで、日本の刑法学者は右の「基本的観点」として具体的に如何なる立場を採用すべきかが問題とされた、という点がそれである。それでは中山教授の呈示された「基本的観点」とは一体どのようなものであったか。もちろん、それは、「戦後史の最近の状況がいわゆる『戦後民主主義』の制限からさらに否定へと進む危険をもっており、戦後合法性の最大の支柱であった『憲法』自体の改正が日程に上りつつあるような困難な状況の中に刑法学者がおかれている」ということの自覚において、「戦後『憲法』の下に新しい体制が生れたが、今日、この憲法体制を擁護する運動の中で、何よりもこの憲法との関連をくり返し追求することによって、日本の刑法学の基本的姿勢を確立することが必要である」という問題意識から、ファシズムに突入した戦前の歴史とこれに積極的または消極的に協力した戦前の刑法学をいかに反省し、戦後民主主義とその最大の法的支柱たる憲法とをいかに評価し、また「現代」にいかにアプローチするのか、という点についての明確な基本的態度決定を行なうこと、⁽⁷⁾を意味した。まとめると、これが中山教授の拠って立つ「基本的観点」であった。ここに至ると、戦後刑法学の回顧に関する中山論文と前述諸論文との質的相違はもはや明白であろう。中山教授によれば、戦後刑法学を回顧する必要性と重要性が、そして、それとの関連において戦前の刑法学を回顧する必要性と重要性が説かれたのも、まさにこのような「基本的観点」からであった。

それは必然的に、同論文をして、右の回顧に関する詳細な課題設定に赴かせることになったが、このような課題設定が右の「基本的観点」を具体化するという意味をもつものであったことは改めていうまでもなからう。以下で

は、少し長くなるが、重要な点なので、出来る限り原文に即して、右の課題設定を紹介することにしよう。(一)まず第一に、戦前における日本の刑法および刑法学の歴史的検討が行なわれなければならない。この中には、全体的本質把握の部分と、個々の立法や学説を検討する部分が含まれるが、まず前者についていえば、刑法および刑法学史は何よりも日本の近代史(＝近代資本主義発達史)の中で位置づけられなければならない。また後者については、個々の立法や学説の個別的検討が常に全体の歴史的関連の中で意識的に行なわれる必要がある。なお、この分野でさらにいくつかの問題をあげてみると、明治初期における近代刑法および刑法思想の創生過程を明らかにすること、旧刑法の導入過程と旧刑法(フランス法)のイデオログ達の業績、自由民権運動の刑法的反映、それから現行刑法(ドイツ法)への転身とそのイデオログ達の見解を明らかにすること、大正デモクラシーの下におけるいわゆる自由民権運動の刑法への影響、とくに満州事変以降の学期における学派の争いの終結過程、特別法とくに戦前の治安立法の特質の解明、ナチス刑法学の方が国への影響、それから日本ファシズムに奉仕した刑法改正事業、とくに「仮案」のイデオロギーの批判的考察などの問題の中に含まれるであろう。(二)次に、戦争直後の時期における歴史的な戦前治安立法の廃止と「憲法」にもとづく刑法典の一部改正にあらわれたところの、立法およびこれを支える刑法思想の変革過程をより詳細に跡づけることが必要であると考えられる。ただし、それはわが国における民主主義刑法および民主主義刑法学の創生期に当るわけであり、今日の立場からすれば、この戦争終結時における刑法的「変革」の不徹底さと限界性こそが明らかにされなければならない。(三)次に、かくして生じた民主主義刑法学および刑法学がその後、現在にいたるまでどのような変遷過程をたどってきたかを、何よりも戦後史の中へ位置づけること

によってこれを法的に明らかにすることが必要である。刑事立法についていえば、刑法典そのものの一部改正と、とくに現在、進行中のあらたな刑法全面改正運動の本質と役割、それからとくに戦後の治安立法を中心とする巨大な特別法体系の歴史的分析が重要な意味をもっている。(四)最後に「現代」の刑法および刑法理論の全体的解明と本質規定に当っては、何よりも「現代」の社会・経済のおよび政治的状况の分析がその前提とならなければならないと考えられる。次々と提起される現代の刑法理論ないし学説は、一方で、それを生み出す現代の実践的要請に根ざしたものであるとともに、そのよって立つ方法論ないし哲学的立場の必然的な多元性に対応している。したがって何よりもこれらの理論の基本的性格と現代におけるその実践的役割に注目しなければならない。以上が中山教授の設定された課題であった。今日からすればむしろ当然のこととして見落されがちであるかもしれないが、当時においては極めて大胆な、かつ勇氣ある発言であったということは、絶対に看過してはならない点であろう。もっとも、右の課題設定が誰をその名宛人としているかは改めて問題とされなければならない。けだし、同論文によれば、一応、広く日本の刑法学一般をその名宛人とするかのように叙述されているからである。しかし、ここで注意しなければならぬことは、既に述べたように、右の課題設定は前述の「基本的観点」を具体的化したものというべきであり、その意味では、前述の「基本的観点」を前提として始めてこのような課題設定が可能だという点である。とすれば、現実の名宛人は実際にはもっと制限されているといえよう。そして、同論文によれば、このような「基本的観点」に立脚する刑法学をもって「民主主義刑法学」と観念されている訳であるから、右の制限された名宛人がとりもなおさず「民主主義刑法学」を意味することは改めて詳述するまでもなからう。本稿が右の課題設定をもつ

て「民主主義刑法学」における歴史研究の課題とうけとめる理由もこの点に存する。

歴史的回顧に関してこのように考察した同論文は、次に、理論的諸問題及び実践的諸問題の検討に向うことになったが、ここでも上述諸論文の批判的検討を通じて「民主主義刑法学の課題」が追求されたことは、歴史的回顧の場合と同様である。以下では、これらの点を少し詳しくみることにしよう。まず始めに理論的諸問題に関してであるが、そこでは、上述諸論文に対抗して、戦後二〇年間にわたって展開されてきたところの刑法学者の理論的活動が次のように批判されることになった。「戦後二〇年間にわたって展開されてきたところの、個々のテーマにわたる刑法学者の理論的活動が、その『形式』においてもまたその『内容』においても果して十分であったかどうか、むしろ本質的欠陥はなかったかを検討してみる必要がある。結論的にいうならば、まず研究体制の面では個々の刑法学者による研究は通常孤立しがちであって、共同研究体制へと組織化される傾向はむしろはなはだ弱いといわざるをえないし、また、したがってその研究課題や内容についても、若干の共同研究の成果を別とすれば一般に相互に無関連で孤立している状況が見られる。そしてそこから個別問題の検討に当たっても、それが刑法学全体の課題や状況との関連で、いかなる位置を占め、またいかなる意味をもつのかといった大きな視野からのアプローチに欠ける傾向にあるように思われるのである。」⁽⁸⁾「重要なことは、刑法学の全体像と全体的な歴史的課題の中で、それが占めるべき位置を自覚的に確定し、その課題との関連で、これを促進するよう方向づけることにある。」⁽⁹⁾

そして、中山教授によれば、このような批判を基礎として、理論的問題に関して幾つかの課題が設定されることになった。すなわち、(一)われわれが近代刑法の原則とよんでいるものが、歴史上どの時期に、どのような形で典型

的に打ち出されたか、そしてそれがその後の歴史（近代史、とくに近代資本主義社会の歴史）の中でどのように変容され、またされざるをえなかったという、近代刑法の全体史（ブルジョア合法性の確立とその変遷史）との関連で、いわゆる旧派理論と新派理論の対立抗争および妥協の歴史を跡づけることが必要である。(二)「現代」は価値相対主義と不可知論のいわば巨大なるつぼであり、刑法の根本主義および学派の争においても、典型的な対立の必然性にもかかわらずそれは後方にしりぞけられ、表面的には「折衷主義」が一つの流行となってきた。しかしこの折衷主義そのものが現代の反映であり要請であるとしたならば、われわれは積極的にこの折衷主義に立ち向わなければならぬ。現代社会の矛盾そのものの中に身をおいて考えれば、現代折衷主義が果して近代刑法の遺産の中から何を擁護し何を捨てようとしているのかを当然明らかにしなければならぬし、何よりもその折衷の基準と方法が問われなければならないであろう。(三)旧派の流れについては、現代旧派理論の典型的反映形態を性格づけることが必要であり、とくにそれが、かつての典型的な旧派理論（一九世紀前半の時期の古典的形態）の原則をどの程度踏襲しないし擁護し、逆にどの程度またどの方向にこれを変更しましたよとされているかを明らかにしなければならぬと考えられる。(四)新派理論については、やはり、何よりも、その基本的観点と、近代刑法の保障原則との関連が問題とされなければならない。またその方法論的基礎、したがって時代哲学との関連も検討されなければならない。(五)最後に、最近日本の法学界に顕著な影響を与えはじめているアメリカ経験法学の刑法学への影響についても十分な検討が必要であろう。

中山教授の課題設定はおよそ以上であったが、そのうち、理論的問題に関する固有の課題ともいべきものが(二)、

(三)、(四)、(五)であったことは多言を要しないところであろう。とすれば、ここで問題とされなければならないことは、中山教授が何故、これらの固有の理論的課題に先立って、冒頭に(一)の課題を置かれたのかという点である。思うに、中山教授によれば、それは(二)、(三)、(四)、(五)にとってのいわば前提課題と意識されたのではなからうか。すなわち、現代旧派、現代新派、現代折衷主義、更には経験法学を含む現代刑法学の分析ないし評価は、何よりも近代刑法の全体史の中でなされなければならない、そのためには近代刑法の全体史が明らかにされなければならないと考えられたのではなからうか。このように理解すると、中山教授が固有の理論的課題の前に(一)の課題を置かれたことも十分説明されうるように思われる。その意味では、中山教授の右の課題設定をもって歴史的観点を強調するものと特徴づけることは必ずしも誤りではないようにみうけられる。

しかしながら、中山教授の課題設定が歴史的観点からの分析ないし評価の必要性の指摘にとどまるものでなかったことは前述の歴史的回顧の場合と同様である。ただし、右の課題設定は、憲法にもとづく「民主主義刑法学」を樹立しなければならぬとの確固とした問題意識に裏うちされているからである。中山教授が前述諸論文に自らの論文を対置された真の理由もここにあったと考えられる。とすれば、ここでも、右の課題をもって「民主主義刑法学」における理論的課題を設定しようとしたものとうけとめることが可能であろう。もともと、ここで気にかかっているのは、そこにいる憲法にもとづく「民主主義刑法学」が何を意味するかを具体的に定義した箇所がみあたらないという点である。しかし、中山教授によれば、この点はそれ程、問題にされなかったのではないかと思われる。それはむしろ既知のこととして、その前提の上に右のような「民主主義刑法学」における理論的課題を帰結されたよ

うに思えるふしがある。けだし、中山教授によれば、既に紹介したように、右の課題設定において、近代刑法の全体史の基軸を近代刑法における保障原則の成立、その後の変容に求められるとともに、現代刑法学をそれとの関連で分析ないし評価することの必要性和重要性が説かれたが、このような主張の前提には、「民主主義刑法学」に対する一定の理解が存在するといえるからである。すなわち、憲法にもとづく「民主主義刑法学」の主要なメルクマールは近代刑法における保障原則の擁護にあるという理解がそれである。ここに至って、中山教授の立場はより明確になったということが可能であろう。

最後の問題は、中山教授が刑法における実践的問題をどのように検討され、そして、そのなかから如何なる課題を設定されたかという点である。しかしながら、ここでの中山教授の論述は一般論の域を出るものではなく、具体的な課題設定はみられない。すなわち、ここでは、「現代の刑法学界の状況から見ると、刑法学者の主要な関心は何といつても刑法ドグマティックに集中しており、実践的問題へのアプローチの面はまだまだ弱いといえるのではないかと思われる。」⁽¹⁰⁾との反省ないしは批判から、「現代日本の具体的な刑法状況、たとえば犯罪現象とその対策、治安刑法、労働刑法、暴力団対策、少年犯罪と少年刑法の理念、精神障害者の処遇、交通犯罪、それから裁判所および刑務所の改善問題などの重要な実践的問題が、もっともっと幅広い固有の研究対象にされてよいのではないかと考える。」⁽¹¹⁾と一般的に指摘されたにとどまる。もっとも、それもある意味ではむしろ当然の結果といえるかもしれない。けだし、中山教授によれば、最も重要な実践的問題たる刑法全面「改正」問題を既に歴史的回顧のなかで詳しく取り上げておられたからである。更にここで注意しなければならないことは、中山教授が右の指摘の後で、次

のように実践的問題にアプローチする際の基本視角あるいは方法論に言及されておられる点である。「ただそれはまさに『現代』の分析なのであるから、『現代』をいかに見るかという基本的観点から出発して、法学の他の分野は勿論のこと、社会科学の他の領域、たとえば社会学、心理学、政治学、そして経済学、さらには自然科学の隣接領域との連携が必要となってくるであろう。そしてここから、刑法の領域への法社会学的方法の導入とその限界といった論争が刑法でも必要とされるであろう。『刑法』と『刑事学』とは、これまでどのような関係にあったのかを反省して、それが今後どうあるべきか、そこでの関係は何か、といった点が原則的に問題とされなければならないと考えられる⁽¹²⁾」。ただし、それは、中山教授が歴史的回顧などにおいて繰り返し強調されていた点であり、中山教授の論述を前述の諸論文から質的に区別せしめるところのものと考えられるからである。

これまで中山教授のプログラムを順を追って考察してきた。右の考察を通じて明らかとなったことは、これらのプログラムの底を一貫して流れるのは次のような問題意識だということであった。すなわち、戦後民主主義の最大の法的支柱たる憲法との関連をたえず追求することによって「民主主義刑法学」を樹立しなければならぬ。しかし、戦後史の流れは憲法の制限から否定へと進んでおり、刑法ないし刑法学もこのような動きと無関係ではありえない。そして、それは、近代刑法史的にみればとりもなおさず近代刑法における保障原則の後退ないし崩壊を意味する。したがって、刑法学者は、従来の実践と遊離しがちな刑法ドグマティックの思弁的傾向を克服し、このような刑法ないし刑法学の動きを戦後史的に、更には近代刑法史的に位置づけることによってその複雑多様な様相と意味を解明するとともに、それに自らを厳しく対置させることによって始めて、上述の憲法にもとづく「民主主義刑

法学」を構築することが可能となる。という点がそれである。⁽¹³⁾それが『護憲』民主主義を刑法学において反映しようとしたものであることはもはや改めて説明するまでもなからう。その意味では、中山教授のプログラムは、まさに「六〇年代」にふさわしい問題意識に支えられたものであったといえよう。

以上、我々は、この期の「民主主義刑法学」を現実に担った人々によれば、如何なるプログラムの下に、この期の「民主主義刑法学」を構築しようとしていたのか、という問題を検討してきた。もちろん、それは部分的・断片的なものでしかなく、かつ右の極めて狭い限られた範囲内での検討においてさえも、その掘り下げは必ずしも十分なものとはいえない現状である。したがって、未だ検討すべき多くの論点が残されていることはいうまでもない。しかし、最初に断っておいたように、我々が右の問題を検討したのは、戦後第三期における「民主主義刑法学」の動きを素描するための指針を得たいという点からであった。そして、このような観点からすれば、右の粗雑な検討によっても、その目的はある程度、達成されえたとように思われるので、以下では本稿の中心的な課題たる戦後第三期における「民主主義刑法学」の動きを具体的に追うことにしよう。

(1) 『法律時報』三七卷九号四九頁以下。

(2) 木田純一『戦後民主主義と刑法学』(一粒社、昭和五三年)二六頁。

(3) (4) (5) (6) (7) 中山・前掲論文五〇頁。

(8) (9) 同五二頁。

(10) (11) (12) 同五五頁。

(13) なお、中山教授によれば、その『現代刑法学の課題』(日本評論社、昭和四五年)はしがきにおいて、同論文を次のよう

に自らまとめておられる。すなわち、「戦後二〇年を経た時点におけるわが国の刑法学の問題状況を反省し、基本的な理論的・実践的問題について若干の課題設定を行なったものである。そこでは、憲法と戦後民主主義の擁護を基本的観点として確立すべきことのほか、実践と遊離しがちな刑法ドグマティク⁽¹⁾の思弁的傾向の克服、学派対立の現代的様相と意味の解明、外国刑法研究における主体性確立の必要性などが問題とされて」いると。

戦後第三期における「民主主義刑法学」の動きを一旦見てまず始めに感じることは、この期の「民主主義刑法学」が、前期のそれなどに比して、はるかに広範な問題を取り上げているということである。その外在的要因として、この期においては刑法状況がより複雑となり、その結果、この期の刑法学は多様な問題をかかえることになった、そして、それは「民主主義刑法学」の課題をも規定することになったという点をあげることが適当であろうが、しかし、このような広範な問題に対応することが可能となった「民主主義刑法学」の側における主体的力量の増大も、右の外在的要因と並んで見逃すことのできない重要な点といえよう。もちろん、それは、前述したように、国民の民主主義運動が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ことと密接な関連を有するように思われるが、それはともかくとして、この期の「民主主義刑法学」によれば、この期の刑法学における主要な問題点がほぼ網羅されることになった。例えば、交通事犯・経済事犯・行政事犯などを中心とする新しい犯罪現象や労働事件・公安事件などをめぐる各論上の諸問題、政治的暴力行為防止法案や「機能的治安立法」などの治安刑法をめぐる諸問題、刑罰論・処遇論における新しい動きをめぐる諸問題、目的的行為論・人格形成責任論などのいわゆる「止揚説」や「機能主義刑法理論」をめぐる理論上の

諸問題、更にはこれらの問題と密接に関連するが、違法論や責任論といった犯罪論上の個別諸問題、およびその理論的基礎をなす罪刑法定主義をはじめとする刑法の基本原則に関する諸問題、最後に以上の問題の総決算ともいえるべき刑法全面「改正」問題などがそれである。

もっとも、これらの問題のうち刑法全面「改正」問題、治安刑法問題や労働事件・公安事件をめぐる各論上の諸問題、「止揚説」をめぐる理論上の諸問題などは、前期の継続的側面が強いといえる。したがって、これらの問題に関しては、この期の「民主主義刑法学」の動きをもって単純に前期のその延長線上に位置づけることも一応は可能であろう。しかし、前期と比較した場合、重要なことは、この期においては右の諸問題が一層、掘り下げられ、その結果、例えば刑法全面「改正」問題に関してはその本質的批判への展望が切り開かれ、また治安刑法問題や「止揚説」問題などに関しては前期以来の批判的検討の蓄積が集大成され、それをもとにして次の新たな飛躍が図られたという点である。これらの問題に関しては、「民主主義刑法学」がその批判に指導的役割を果たした、あるいは少くともその重要な一翼を担ったといっても必ずしも過言ではないようにみうけられる。なお、労働事件・公安事件に関する各論研究も当然のことながら「民主主義刑法学」の独壇場の観を呈しているが、ここで特記すべきは、その犯罪論とりわけ違法論上の成果である。すなわち可罰的違法性理論がそれである。それは労働者権を刑事罰から解放しようとする闘いにその理論的基礎を提供したものとすべきであって、まさに「民主主義刑法学」の犯罪論における一大成果であったといえよう。

これらの問題と異なり、その他の問題の多くはとりわけこの期以降に惹起されたものと考えられるが、そこでの

「民主主義刑法学」の動きは、未だ特定の研究者による個人的努力に負うところが大きく、全体としてみれば、必ずしも鋭いものであったとはいえないのが実情であろう。むしろ、卒直にいえば、その弱さを否定しきれないようにも思われる。その限りでは、この期の「民主主義刑法学」の動きをもって「蓄積期」とのみ位置づけることも可能であろう。しかしながら、右の動きに関しては、たとえその対応が未だ必ずしも充分なものでなかったとしても、そこでは「民主主義刑法学」ならではの視点が既に提起されており、その意味では後年の展開のためのいわば基礎が既にこの期に築かれていたことを忘れてはならないであろう。右の動きに関する評価の中心も、この点に置かれるべきであろう。とすれば、これも軽視することのできない動きといえよう。

なお、この期の「民主主義刑法学」においては、刑法の原則問題を再検討しようとする作業が活発に行なわれているが、これもこの期の「民主主義刑法学」を色どる重要な特徴の一つといえよう。例えば、近代刑法の大原則とか人權擁護の理論とか呼ばれるにふさわしい内容を与えるという観点から罪刑法定主義に関する研究が精力的に発表されたことなどがそれである。もっとも、罪刑法定主義研究をもってこの期にのみ固有のものということとはできない。むしろ、それは戦前以来の「民主主義刑法学」の伝統だったからである。その意味では、この期の罪刑法定主義研究をもって従来のそれから全く切り離して理解することは誤りであろう。ただし、ここで注意しなければならぬことは、この期の罪刑法定主義研究によれば、旧憲法体制の下における罪刑法定主義の意味と日本国憲法体制の下における罪刑法定主義の意味の質的転換が強調され、その結果としてここでは罪刑法定主義概念の再構成が問題とされたということである。本稿が罪刑法定主義研究などをもってこの期の「民主主義刑法学」の重要な特徴

の一つと評価するのもこのような意味においてである。そして、それは、角度を変えてみれば、前述の諸研究のためのいわば基礎作業という性格をも担っていたとみることが可能であろう。

しかしながら、右の記述は「見出し」の域を出るものではない。これらの動きをもう少し個別的に掘り下げてみる必要があるように思われる。ただし、ここでは、右の掘り下げを第一および第二の動きに絞ることとし、第三の刑法の原則問題をめぐる動きについては、それが主に歴史研究という形で展開されたこともあって、次の戦後第三期における近代刑法史研究のところに譲ることとしたい。

とすれば、まず初めは第一の動きということになるが、これらの動きのなかでもとりわけ重要なのが刑法全面「改正」問題をめぐる動きであることはいうまでもなからう。ところで、周知のように、有力な見解によれば、「六〇年代」における刑法全面「改正」問題に対する学会の対応をもって次のように評価するのが一般的である。⁽²⁾すなわち(一)刑法全面「改正」問題は、法制審議会刑事法特別部会における審議と並行して学会でも順次審議されたが、前期に比すと、批判的視点がより鮮明になると共に、批判の論拠も鋭くかつ多様化した。特に「六〇年代」後半に入ると、学会における今次の「改正」作業に対する批判的姿勢が犯罪論や各則部分に関して一段と明確化することになった(二)犯罪論や各則の問題点がかなり洗い出されたこともあって、「六〇年代」後半に入ると、学会の関心対象は処遇の問題に移り始めた。不定期刑や保安処分につきその具体的な草案規定の内容をめぐる論説が多発したのはそれを示す。前者については、受刑者の人権保障の不十分性、その効果の乏しさが多面的に論じられ、後者については草案規定のもつ「保安的色彩」が問題視され、「治療的」色彩の強い別案の可否に審議が集中した。刑の量定問題に

対する多角的な照射も同じ視点でとらえうる(三)刑法改正の動きは世界的な潮流であることもあって、西ドイツを中心とする諸外国の刑法改正問題との比較検討が、平板な各国の条文紹介ではなく、その国の実情把握をも加味しながら推進され、わが国の置かれている状況が立体的に浮き彫りにされた。おおよそ以上が学会の対応に対する一般の評価であるが、我々の問題との関連で重要なことは、「民主主義刑法学」がこのような学会の対応において注目すべき役割を果たしたという点である。ただし、ここでは、憲法にもとづく刑法の「民主化」、具体的には刑法における保障原則の確立という立場から、「仮案」との思想的連続性、したがってまた憲法との乖離、そこにおける保障原則の後退ないし否定という戦後の刑法全面「改正」作業にひそむ基本的な問題点が厳しく追及されたが、それは、戦後「市民刑法学」による「機能的」批判と並んで、刑法全面「改正」作業批判のための鋭い論拠を構成したからである。もっとも、このような視点は、戦後第二期における近代刑法史研究のところで紹介したように、既に古く戦後第二期においてもみられたところであり、その意味ではこの期の「民主主義刑法学」が始めてもちえた視点とは必ずしもいえないが、この期の「民主主義刑法学」によれば、右の視点がより深められ、一般論にとどまることなく、詳細な個別的検討の裏づけのもとにより具体的な形で展開されたといえよう。

しかしながら、そのことはこの期の「民主主義刑法学」の刑法全面「改正」問題に対する取り組み方に全く問題がなかったということの意味するものではない。むしろ、次のような質的な問題点の存在はこれを率直に認めなければならぬように思われる。すなわち、刑法全面「改正」作業を戦後史のなかに位置づけることによって同作業のもつ本質と役割を解明する努力は、中山教授等によるその必要性の指摘にもかかわらず、必ずしも十分であった

とはいえない、という点がそれである。その結果、個々の問題点の掘り下げにしても「刑法ドグマテイク」の枠内での批判にとどまらざるをえなかったようにみうけられる。「前期に比すと、批判的視点がより鮮明になると共に、批判の論拠も鋭くかつ多様化した」が、全体の傾向としては、批判はなお断片的であり、……刑法学界による草案批判の微温性を指弾する声を刑法学界以外の分野の論者から聞くことさえ少なくなかった」との⁽⁴⁾評価をもって「民主主義刑法学」と全く無縁のものと断言しえない一因も、この点に存するように思われる。この期の「民主主義刑法学」によれば、刑法全面「改正」問題に関して重要な検討課題を残すことになったといえよう。

予知的にいえば、それは次の戦後第四期に実現されることになるが、この期においても、このような「限界」を突破し、本質的批判への展望を切り開こうとする真摯な努力が一部の人々によって積み重ねられていたことを看過してはならないであろう。例えば、宮内裕「改正刑法準備草案の体制的意義」(昭和三五年)、同「安保体制下における刑事立法」(昭和三七年)⁽⁶⁾などがそれである。けだし、同論文によれば、刑法全面「改正」作業をもって「戦後治安立法体系の基本法の確立をめざすもの」と本質規定されたからであり、そして、それは中山教授等によって継承されるとともに、刑法全面「改正」問題に関する戦後第四期以降の「民主主義刑法学」の議論の方向をある意味では決定づけたといっても過言ではないように思われるからである。本稿がこの期の動きをもって「本質的批判への展望が切り開かれた」と評する所以であるが、斎藤教授が適確に分析される如く、宮内教授の治安刑法研究が、個々の法律の批判的検討にとどまらず、治安立法体系を明らかにし、それらと刑事基本法との相互関係の法則性を把握することを重視したことが、このような刑法改正問題の本質的把握を可能にしたといえよう。

とすれば、次に治安刑法問題をめぐる「民主主義刑法学」の動きをみるのが是非とも必要となろう。もつとも、治安刑法という場合、「政治的」治安刑法に必ずしも限定されず、より広い対象をもちえるように思われるが、ここでは「政治的」治安刑法を中心としてこの期の「民主主義刑法学」の動きを追うことにしよう。

ところで、この期に先立つ戦後第二期の「民主主義刑法学」によれば、「五〇年代」後半に一応の体系的完成をみた戦後治安刑法およびその運用に対する批判的分析が他の法領域の研究者の協力を得て展開されたが、そこでは戦後治安刑法の発展を何よりも戦後史との関連において位置づけ、その法形態ないし法体系の構造を解明するという分析方法を採用することによって、戦後治安刑法の発展に関する一定の図式、すなわち(一)初期の民主化に伴なう戦前の「天皇制治安刑法」の廃止(二)占領政策の転換に伴なう「占領管理法体系」の出現(三)サンフランシスコ講和条約・安保条約の発効に伴なう「占領管理法体系」の国内法化および更に強力な治安刑法の登場、という図式が成立することになった。そして、それは当然のことながら根本的な検討課題を学界に提起することとなった。⁽⁸⁾しかしながら、それにもかかわらず、戦後第二期の治安刑法研究をもって「本格的展開の時期」と位置づけることはやはり困難であるようにみうけられる。むしろ、拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究(三)」で暗示した如く、戦後第三期以降におけるその本格的展開のためのいわば蓄積期と位置づける方が適当であるように思われる。けだし、この期に入ると、右のような「蓄積」を基礎としてその体系化が図られるとともに本格的研究が開始されることになったからである。すなわち、ここでは、それまでの治安刑法研究を安保体制と治安政策という観点から総括する作業が精力的に行なわれ、⁽⁹⁾そのなかで前述の戦後治安刑法の発展に関する一般図式に加えて、治安刑法の本質ならびにそ

の法形態の特徴に関する(一)治安刑法とは「支配階級が政治的支配秩序を維持し政策の障害物を排除することを目的とし、その攻撃目標を市民的自由・社会権など基本権に向けている立法」をいう(二)したがって、それは市民刑法原理ないし刑法の民主的原理を否定し、基本的人権を破壊する特殊な政治的性格・ファシズム性、具体的にいえば既遂類型から前段階的諸類型への移行にみられる政治的予防主義、行為者の主観・思想を決定的なメルクマールとする心情主義化および構成要件の不明確性によって特徴づけられる⁽¹⁰⁾との規定が「個別的な治安立法についての『市民主義的』な断片的な批判のもつ限界を克服し、社会の階級的編成と国家権力の構造と特質、これに規定された階級闘争との関連で治安立法を分析する視点を与える」ものであり、また「治安立法の分析における『政治主義的偏向』を回避し、憲法の民主・平和・人権保障条項を武器として、その違憲性を明らかにし、解釈と運用に対する歯止めをかける手がかりを提供する」ものである理由から再確認され、同問題をめぐるその後の議論の出発点とされるとともに、その上に次のような本格的研究が開始されることになったからである。例えば戦後治安刑法を全体的・統一的に取り上げようとする研究(夏目文雄「治安刑法の研究」(I)〔XI〕〔昭和三五—三九年〕等)、戦前の「天皇制治安刑法」に関する詳細な個別研究(宮内裕「治安警察法序説」(一)(三)〔昭和四一—四二年〕等)、更には日本の近代治安刑法の通史的研究(中山研一「治安と刑法」〔昭和四〇年〕等)⁽¹⁴⁾がそれである。そして、ここで重要なことは、ここでは「治安刑法において刑罰権の最も本質的なものが典型的にとらえられる」として基本法との関係が絶えず追求されているということであり、その意味ではこれらの研究は本格的な近代刑法史研究でもありえたというのである。ただし、これらの研究は、その一大推進者であられた宮内教授の突然の御逝去といった不幸な事

情も加わってこの期に完成をみることは残念ながらできなかった。その完成、更にはまた近代刑法の発達一般へのその展開は次期以降の「民主主義刑法学」の重要な課題として残されることとなり、予知的にいえばその一部は中山教授等の努力により戦後第四期において実現されることになった。

以上にみた如く、この期においてはいわば治安刑法の歴史とその基礎理論を探る本格的研究が開始されているが、しかしながら、これらの研究をもってこの期の「民主主義刑法学」における治安刑法研究のすべてということではできない。けだし、そこでは右の基礎研究の成果の上に戦後第三期における新たな動きに対しても国民の広範な反対運動を背景にした鋭い反応が認められるからである。例えば「政治的暴力行為防止法案」（昭和三三六年）に対して、それは「破壊活動防止法」の日常版・普及版であり、新安保体制下における治安刑法の中核の形成を意図したものであるとの本質規定の下に精力的な批判活動が理論的・実践的に行なわれていること、あるいはまた「非常事態法」構想批判が比較法研究という形を通じて開始されていることなどがその一例である。なお新しい動きに対する反応とは必ずしもいいきれないが、このような新たな状況のなかで、表面的にはその機能を停止したかのようにみえる「破壊活動防止法」や刑法の騒擾罪規定等、既存の治安刑法のもつ問題点を改めて検討し直すという観点からそれまでの破防法裁判や騒擾罪裁判の軌跡とそこにおける理論的ないし解釈論的問題点を詳細に整理する論稿が数多く出されたことも、この期の重要な成果の一つとして看過することはできないであろう。しかしながら、ここでより注目すべきことは、批判の対象が右のようないわゆる典型的な治安刑法にとどまらず、「酔っぱらい防止法」〔昭和三六年五月〕や「迷惑防止条例」（同三七年一月東京都など）の制定、「暴力行為等処罰法」の改正強化（同三

九年六月)、更には昭和三三年の刑法一部改正で導入された兇器準備集合罪の運用等にみられる新しい動きに対しても厳しい監視の目が向けられていることである。⁽¹⁸⁾ けだし、それらは何よりも「市民的安全の擁護」の名の下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にまで浸透させようとする新しい傾向を端的に示すものであると理解されたからである。なお、宮内教授によれば、これらの法律ないし条例をもって、「本来的な治安立法」から区別され、「機能的な意味の治安立法」と分析されたこと、⁽¹⁹⁾そして右の分析がその後、中山教授等によって継承・発展せしめられ今日、一般化しつつあることは周知のところであろう。

この期の「民主主義刑法学」の第一の動きに関する次の掘り下げは、この期の「民主主義刑法学」によれば、労働・公安事件をめぐる各論上の諸問題が如何に取り組まれたかであるが、公安事件のそれについては既に治安刑法研究の紹介のところで若干、触れたので、ここでは労働事件に絞って右の掘り下げを試みることにしよう。

ところで、労働刑事事件という場合、そこには相異なる二つの形態、すなわち労働力の法的保護にまつわる労働刑事事件と労働組合運動の法的規制にまつわる労働刑事事件とが混在することは夙に指摘されている点であるが、この期の「民主主義刑法学」における労働刑事事件研究も両者を含むものであったことに注意しなければならない。もっとも、その重点が後者に置かれていたことは否定しえない事実であろう。しかし、それも当然のことといえるかもしれない。けだし、「労働刑法」という場合の刑法学者の関心がどうしてそちらにいくかということを若干考えてみますと、労働保護法違反の犯罪主体は、通常使用者側ですね。ところが労働基準法等の罰則というのはなるほど条文としては書いてあるけれども現実にはほとんど動いていないんじゃないですか。そこで判例等を通じて特別

の理論を引き出すという契機に乏しい。これに反して（労働者側を犯罪主体とする）労働刑事事件というのは、ひんぱんに、あまりにもひんぱんにおこってくる。それらに対してやはり解釈論上の操作として市民刑法原理に対する修正ということが現実を意識されざるをえなくなってくるのではないか。」⁽²¹⁾（丸括弧内引用者挿入）と意識されていたからである。とすれば、まず始めに後者の研究を取り上げることが適当であろう。

後者の研究で注目されるのは、全通中郵便判決（昭和四一年一〇月二六日）や都教組事件および仙台高裁事件判決（昭和四四年四月二日）を通じて、公務員並びに公共企業体職員の争議行為禁止と処罰規定の是非およびその解釈をめぐる最高裁の最初の判断が示されたのを契機として、「公務員の争議行為に対する現行の法的規制、とくに刑法的規制の構造とその解釈上の基本的な問題点について再検討を加えることによって、本判決が提示した積極的な点を再確認すると共に、将来の課題として残されるべき問題とその解釈方向を展望してみたい」という観点から、公務員法上の争議行為禁止と処罰にかかる規定のもつ問題点が、従前の精力的な下級審判例研究の成果の基礎の上に、詳細に検討されたことである。国公法九八条五項や地公法三七条一項前段の規定する「おおりの行為」概念等のもつ市民刑法上の、更には憲法上の問題点が立体的に浮き彫りにされることになった。そして、そこから、右概念等を限定解釈する必要性が改めて強調されることになったが、このような状況の中で、可罰的違法性という考え方を労働刑事事件にもっと導入することによって右の限定解釈を根拠づけるべきだという佐伯博士等の提案の⁽²³⁾も理論的・実践的重要性が、前記最高裁判決が採用したこともあって、人々の感知するところとなり、刑法学界においても右の可罰的違法性という考え方が急速に定着することとなった。⁽²⁴⁾ もっとも、この点については若干の補足が必要

要であろう。ただし、学界においては、右の佐伯説と並んで、藤木教授の主張される可罰的違法性の理論も有力な地位を占めていたからである。ただし、両者は、その名称を同じくするにもかかわらず、その実質的内容は大きく異にし、かつ藤木説に対しては中山教授や井上(祐)教授等により強い批判が加えられていたことは周知のところであろう。その意味では、この期の「民主主義刑法学」によれば、佐伯説が支持ないしは主張されたものといえよう。なお、このような「民主主義刑法学」の指向性に対しては、市民刑法の「労働法的修正」という観点からの犯罪論の見直しが労働法学者との交流を通じて一般的に論議されるなかで、労働争議行為等の原則的な権利性を考えると、やはり違法性のところまでもってゆくまでもなく、構成要件の解釈上その該当性そのものを阻却すること(26)がもっと出てきてよいのではないか、という労働法学者からの注文が提出されていたことを付言しなければならぬ(27)。

このように、この期の「民主主義刑法学」によれば、その重点は主として労働組合運動の法的規制にまつわる労働刑事事件に置かれていたといえるが、しかしながら、としても、もう一つの労働刑事事件、すなわち労働力の法的保護にまつわる労働刑事事件に関する研究が全く見当たらないという訳ではなく、この分野における野心的な研究が、一部の人々によってではあるが、開拓されつつあったことを忘れてはならない。例えば熊倉教授の一連の「労働刑法」研究(28)がそれである。ここでは、労働法の刑法〔刑罰法規〕という意味において一般刑事事件から明確に區別して概念され、限定づけられなければならない「労働刑法」に、市民刑法の原理が果してそのまま妥当するのか、という問題意識から、「労働刑法」と既存の犯罪論の関係がとりわけ犯意を中心として検討されるとともに、このよ

うな一般的検討を背景として、労働災害事件や労働基準法六三条二項違反事件に対する刑事責任追求の可能性を解
釈論的に探る努力が積み重ねられたといえよう。もっとも、労働保護法の罰則は現実にはほとんど適用されず、判
例等を通じて特別の理論を引き出すという契機に乏しいこともあって、残念ながら右の論議は机上の域を出るもの
ではなかった。また、ここでは、市民刑法の労働法的修正が強調されるあまり、「労働刑法」において市民刑法の原
理を緩和した場合、その一般刑事事件への「はねかえり」をどのように手当てするのかという問題が軽視されてお
り、そのことが、多くの研究者の共感を集めえたとは必ずしもいえない一因となったようにみうけられる。しかし
ながら、これらのことは、労働保護法の罰則体系に関する研究が量的に不足しており、理論的あるいは質的な点が
十分に確立されていなかった当時であって、右の罰則体系の法的構造、更にはその基礎をなす社会経済的構造に鋭
く切りこまれるとともに、労働力を保護法益とする犯罪をもって今日では労働者の基本的人権を侵害する犯罪と規
定すべきであり、単なる取締り法違反ではないと規定されたことの、教授自身の表現を借りれば、「労働刑法」をも
って行政刑法ではなく刑事刑法であると定義されたことの先駆的価値を、いささかも減じるものではなからう。

なお、この期の「民主主義刑法学」によれば、「六〇年代」の労働刑事事件の基本的性格に関する、更にはまた労
働刑事事件の歴史的展開一般に関する社会経済史的的分析が試みられているが、⁽²⁹⁾前述の熊倉論文による構造分析と併
せて、「民主主義刑法学」ならではの視点を提供するものといえよう。

第一の動きに関する最後の掘り下げは、「止揚説」をめぐる理論上の諸問題である。

ところで、「止揚説」の中心をなした目的的行為論は、戦後第一期以来の論争に一応の決着がつけられ始めた

こと、更にはまたより基本的には、「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もとで、刑法学の基本関心がその重点を犯罪論体系の再編成^{II}再構築から右の新しい社会条件下の刑法の機能に移し始めたこともあって、前期の末頃には、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が、しかし、そのことは、目的的行為論の影響力が「六〇年代」に入ると全くなくなったということとを意味するものでは決してなかった。けだし、既に拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究^四」で述べたように、昭和四〇年頃までは未だ目的的行為論が少くとも表面的には学界における支配的潮流を構成していたようにみうけられるからであり、のみならず昭和四〇年以降も、体系的提言は別にしても、その実践的提言とりわけ「行為無価値論」は学界において強い影響力を行使し、更なる発展が図られたからである。そして、ここで重要なことは、目的的行為論をめぐるこのような環境の変化に伴ない、「民主主義刑法学」の対応もまた昭和四〇年頃を境として重大な変化を来たしているということである。つまり、昭和四〇年頃以前は、対応の中心が、従来の解釈論的観点からの個別的批判を総合することによって目的的行為論の体系的提言をめぐる戦後第一期以来の論争に一応の終止符をうつとすることに置かれ、その結果、吉川経夫『刑法総論』〔法律文化社、昭和三八年³⁰〕などが発表されたのに対して、昭和四〇年に入ると、右の業績を基礎として次の新たな飛躍が試みられることになったからである。すなわち、そこでは、「現代刑法学」に対して、どの分野においていかなる変化をもたらしたか、またもたらさうとしているかという点、とくにそれが近代刑法の出発点となった原則の中から何を捨て何を守ろうとしているのか、それが自己の敵対物としていかなるものを措定し、これを克服しようとしているのか、それによって立つ方法

論ないし哲学は何か、さらにこの理論を推進してくる時代思潮と実践的要請は何か、といった本質的なそもとも重要な側面⁽³¹⁾の評価という残された課題が、新しい社会条件との関連で追求されることになった。例えば、宮内裕「現代刑法における行為責任主義の原則」(昭和四〇年)や一連の「行為無価値論」批判などがそれである。前者は目的的行為論の実践的提言と戦後刑法状況のかかわりを追求するものであり、後者は、このような提言に対する、「目的行為論の個々の論点の帰結については、わが国の学界にはなお賛否両論があるが、その惹起した行為無価値論の考え方自体はすでにほとんど無批判的に一般的に受け入れられているのが現状であるように思われる。しかしわたくしには、これを許容することは、近代刑法の原則である処罰範囲の客観的明確化と形式的保障を本質的に危険ならしめるものと思われる。」⁽³²⁾という観点からの「反撃」を内容とするものであった。

ただし、目的的行為論の体系的提言のもつ戦後刑法理論史的意義については、あまり興味が示されたとはいえず、それは基本的には「民主主義刑法学」の場合も同様であったように思われる。もっとも、そのことは、この期において右にみたように目的的行為論をめぐる論議の中心がその実践的提言に移っていったということによって一応は説明されるが、しかし、ここで注意しなければならないことは、そのことは目的的行為論の体系的提言のもつ戦後刑法理論史的意義が既に十分解明されていたことを決して意味しないことである。ただし、戦後第二期においても、内藤謙「目的的行為理論の法思想的考察」(昭和三三年)などを除けば、右の問題はほとんど深められていなかったからであり、それは基本的には「民主主義刑法学」の場合も同様だったからである。なお、戦後第二期におけるこのような状況については、それを、伝統的な法解釈学の復権が図られる中で法学界全般にまたがっ

て「法解釈学論争」が燃え上り、旧来の法解釈のあり方に対して方法的な反省が加えられたにもかかわらず、右のような方法的反省は刑法学の領域では結局受け止められることなく終ったということと結びつけて理解しうるように思われるが、とすれば、この期においても状況が依然として変わらなかったということは、「法解釈学論争」で提起されたような問題がこの期においても十分受け止められなかったことを帰結するといえないであろうか。

以上、目的的行為論をめぐる「民主主義刑法学」の動きを追ってきたが、これによっても、目的的行為論に対しては並々ならぬ関心が払われていることが容易に看取されよう。しかるに、「止揚説」のもう一つの中心である人格（形成）責任論に対しては、中山教授によるその必要性の指摘にもかかわらず、書かれたものを見る限りでは、関心はほとんど示されていないようにみうけられる。僅かに前掲・宮内論文が人格（形成）責任論をもって、「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を根本的に支える刑法理論の刑罰論における典型⁽⁵³⁾、と本質規定するにとどまる⁽⁵⁴⁾。この期が、戦後刑法学上のもっとも主要な論争の一たる責任論争が「民主主義学」をまきこむ形ではなばなく展開された時期にあたり、かつその中で人格（形成）責任論に対して、その基礎をなす「意思自由論」は刑法における権威主義ないし国家主義を象徴するものだと激しい批判が刑法の近代化という観点から加えられたことを考えると、更にはまた人格（形成）責任論の主唱者の一人であられる団藤博士については、この期の「民主主義刑法学」の最大の批判対象ともいふべき刑法全面「改正」作業に対して積極的推進の立場を採っておられるとの評価が後年一般的であったことを併せ考えると、奇異な感じを抱くのはあながち筆者だけではないように思われる。もっとも、戦後第二期においても人格（形成）責任論の評価という

問題を正面から扱った論稿があまり見当たらないというところをみると、このような現象はこの期の「民主主義刑法学」の特徴とばかりは必ずしもいえないように思われる。しかし、とすれば、それは何故かというより根本的な疑問が直ちに浮んでくることであろう。ただし、同問題は戦後「民主主義刑法学」の体質に連なる複雑かつ困難な問題であり、ここで簡単に解答することは不可能であるが、次のような事情がその背景の一つに存したということは必ずしも誤りではないように思われる。すなわち、「民主主義刑法学」によれば、道義的責任が科学的に論証不可能な「魔術的観念」であり、刑法の絶対化と神秘的な観念論的応報刑という消極的側面ないしは限界をもつことを認めつつも、責任から道義性を排除した場合、刑罰の正当性およびその限界が曖昧にならないかという懸念から、その多くは結論的には道義的責任論の擁護にまわっており、その結果、人格（形成）責任論との対立よりはむしろ新派の性格的責任論との対立の方がより重視され、前述の責任論争においていわば口火を切られた平野教授のいわゆる「性格論的責任論」についても、新派の性格的責任論との親近性が問題とされた、という事情がそれである、とすれば、「後期旧派」に甘いという評価も一概に否定しきれないところであろう。

もっとも、右の指摘は推測の域を出るものではなく、その詳細な検証は将来にまたざるをえないが、としても、この期の「民主主義刑法学」における「止揚説」批判が、一定の弱点を感しつつも、前期に比した場合は、対象の變化に対応して、新たな飛躍を図りつつあったことだけは、少くとも確かな事情であろう。

(1) 拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究(四)」(『神戸学院法学』一〇卷三号(昭和五四年))二頁以下参照。

(2) 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』(昭和五二年、成文堂))一

- 力行為防止法案について」(『ジュリスト』二九号〔昭和三六年〕二四頁以下など、
- (17) 宮内裕「資料・西独非常事態法ノート」(『法学論叢』八四卷四号〔昭和四四年〕七七頁以下、前野育三「資料・西独の非常事態法にかんする資料」)(『静岡大学法経研究』一七卷三号〔昭和四四年〕七一頁以下など。
- (18) 佐伯千仞「迷惑防止条例」(『立命館法学』五三号〔昭和三九年〕一頁以下、吉川経夫「兇器準備集合犯罪―その「兇器」の意義をめぐる」(『法学セミナー』一五四号〔昭和四四年〕)など。
- (19) 前掲・宮内「現代刑法における行為責任主義の原則」一六六頁。
- (20) 中山研一「現代社会と治安法」(昭和四五年、岩波新書)一四五頁以下。
- (21) 吉川経夫「宮島尚史」六川常夫「労働法と刑法の交錯」(『法律時報』三六卷七号〔昭和三九年〕三三二頁。
- (22) 中山研一「公務員の争議行為と刑事罰―都教組および仙台高裁事件最高裁判決を契機に」(『判例タイムズ』三四号〔昭和四四年〕九頁。
- (23) 佐伯千仞「可罰的違法性序説」(末川先生古稀記念論文集「権利の濫用上」〔昭和三七年、有斐閣〕)二二二頁以下。
- (24) 前掲・中山「公務員の争議行為と刑事罰」一四頁。
- (25) 中山研一「大谷実」(『法学界回顧・刑法』(『法律時報』三九卷一四号〔昭和四二年〕一三三頁、井上祐司「地方公務員法三七条、六一条四号の合憲性および同条により禁止される争議行為の範囲」(『法政研究』三五卷五号〔昭和四四年〕二二九頁以下。
- (26) 前掲・吉川「宮島」六川論文参照。
- (27) 平川亮一「可罰的違法性の理論と労働刑事事件」(『三重法経』一三三号〔昭和四五年〕五一頁以下。
- (28) 熊倉武「労働刑法」(昭和四一年、法政大学出版局)所収の一連の論文などがそれである。
- (29) 宮内裕「労働者権と刑罰権」(『法律時報』三六卷七号〔昭和三九年〕四頁以下。

戦後のわが国における近代刑法史研究(五) 内田

(30) ここでは目的的行為論の体系的提言が次のように論難される。すなわち、「この理論の犯罪論体系上の最大の難点は、過失犯の取扱いに存する。ただし、故意を行為の本質的要素と解する以上、このような要素を欠く過失による結果惹起は、行為と称しえなくなるからである。」(七九頁)と。

(31) 前掲・中山「民主主義刑法学の課題」五三頁。

(32) 中山研一「刑法における新旧両派理論の再検討」〔法学セミナー〕一四五号〔昭和四三年〕一三三頁以下。

(33) 前掲・宮内「現代刑法における行為責任主義」一六七頁。

(34) ただし、佐伯千仞『刑法講義・総論』〔昭和四四年、有斐閣〕二三二頁は、人格(形成)責任論に対して、それは人格の潜在的な深みにまで刑罰的干渉を許容するものである、と厳しく批判する。人格(形成)責任論は「現実の行為者人格のうち、非難を根拠づけられるものと然らざるものとの区別が、ことに現在の裁判制度を前提とするかぎり、かならずしも明確になしえないという難点をもっている。」(前掲・吉川『刑法総論』一五五頁)などの一般の批判と比べると、佐伯批判の本質性はより明らかであろう。

(35) なお、わが国の学界によれば、少くとも戦後第一期、「刑法の近代的展開」で示した民主主義路線(木田純一『戦後日本の刑法学』〔昭和四七年、一粒社〕六七頁)という表題に端的に示されているような評価が団藤博士に与えられていたことは事実であるが、その残影が残っていた結果、人格(形成)責任論に対する批判の鋒先が鈍ったという事情も右の理由として加えないであらうか。

次に第二の動きをみることにしよう。交通事故犯・経済事犯・行政事犯などを中心とする新しい犯罪現象や刑罰論・処遇論における新しい動き、更にはまた「機能主義刑法理論」などに対してこの期の「民主主義刑法学」が如何

に対応したか、ということがここでの主題である。ところで、右の動きについては、前に次のように指摘した。すなわち、右の動きに関しては、たとえ、その対応が未だ必ずしも充分なものでなかったとしても、そこでは「民主主義刑法学」ならではの視点が既に提起されており、その意味では後年の展開のためのいわば基礎がこの期に築かれていたことを忘れてはならないであろう、と。したがって、以下では、如何なる視点が提起されているかを中心として、右の動きを少し詳しく追うことにしよう。

この期の支配的な刑法学によれば、「高度経済成長政策」の本格的展開によってもたらされた様々な経済・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、あるいはまた解釈論的に追求されたことは前述したとおりであるが、新しい犯罪現象への「民主主義刑法学」の対応が、このような追求を俎上にのせることによって、形成されていったことは改めて説明するまでもなからう。ただし、ここでは犯罪化のもつ種々の問題点を析出することによって、刑罰という安易な解決手段ではなくもっと根本的な解決手段を講じる必要性があるということが強く訴えられたからである。例えば、これを交通事故についてみると、そこでは、増加する交通事故を迅速かつ客観的に処理するとともに、その処罰を合理的な枠内に制限する理論として華々しく登場し、おおかたの受け容れるところとなった、結果回避義務違反を中核とするいわゆる新過失論が俎上にのせられることになった。井上祐司「過失犯の若干の問題」⁽¹⁾（昭和四〇年）などの批判がそれである。同論文は行為と結果との因果関係および主観的予見可能性を基軸とする伝統的過失論の立場から新過失論を批判するものであり、「伝統的過失論の主観説の背景とする個人主義的原理は今日においても妥当させ

ねばならない」という問題関心から具体的に新過失論を次のように論難している。すなわち、新過失論は、(一)個人の能力に応じた義務づけではなく、社会的に必要な能力の予定とそれ以下の無能力者への刑罰による教育(二)平均的な結果回避義務措置をとりさえすればそれで刑事責任から解放される(三)各個人の現実の能力が事実上斟酌されにくい状況が生れ、責任じたいの客観化への傾向を生む、という機能を果たすために登場してきた理論であるが、その前提とする法益較量の思想は基本的人權の尊重と調和しない側面があり、のみならず具体的過失の認定にとっても必ずしも有用な概念用具ではなく、(一)法益の危殆―法益較量、つまり「構成要件―違法」という形で過失犯を構成するとき、そこには本来の過失犯の実体とは無縁な、行政秩序上の違法評価や、経営ないし行政学的な諸考慮が、無媒介に過失論の理論構造の中にとりいれられることになる(二)右の構成は、過失犯の一部をベルサリ・イン・レ・イリキタの法理で構成した封建的な刑事過失論に親近性を示すものである(三)以上の難点を避ける為には、事実上は具体的予見可能性という責任判断を違法論の中に先取りせざるを得ない、などの理論的弱点をもつ、と。もつとも、この批判をもってこの期の「民主主義刑法学」の立場を代弁するものといいきることに問題があるかもしれない。ただし、この期の「民主主義刑法学」によれば、新過失論を如何に評価するかで十分な議論がなされていたとは必ずしもいえないからである。しかし、ここで重要なことは、右の批判が次期以降の「民主主義刑法学」の新過失論批判において有力な論拠の一つになっていったということである。その意味では次期以降の議論を先取りするものであったということが可能であろう。

なお、このような批判の背景には、「激増する交通事故、企業災害などにおいて、これらを刑事的な側面から過失

犯として処理することには限界が来ているのではないか。事態はむしろ民事もしくは社会政策・行政的方面からみとらえる方がより正しく把握できるのではないか。」との深い疑問が横たわっていることはいうまでもなからう。とすれば、交通事故等を中心とする過失犯の当罰性そのものを問う研究が発表されたのもむしろ当然のことといえよう。

他方、行政事犯についてみると、ここでは、次のように説かれている。すなわち、「行政犯に関する最も重大な問題は、それに対する制裁がいかなるものであるべきかということである。もしそれが、本当に刑事犯と質的に異なるものであるならば、それに対する制裁もまた、当然に、刑事犯に対するそれとは異なるものでなければならぬ。反対にそれに対する制裁が、ともに同じ刑罰である以上は、行政犯についても、刑事犯について要求されるのと少くとも同じ要件が要求されなければならぬのであって、その成立要件を刑事犯より寛大にすることは、人権保障の立場からして、容易に承認しがたいのである。」ところが、わが国の行政違反取扱いの現状は、まるでその反対で、刑罰以外の制裁としては免許、許可の取消しなどのほかに『過料』などがあるけれども、殆どどの行政違反は、正しく『行政犯』として、何の顧慮もなく、刑事犯と同一の「刑罰」が科せられており、そこには、まことにおそるべき刑罰の濫用がみられるのである。このことが、学界で殆んど問題にされていないようにみえることは、まことに不思議である。」「行政違反に対して、刑罰を科すべきかどうかは、それが果して刑罰に適した刑罰を必要とする可罰的違法性を有するかどうかに依存するのである。私は、いわゆる行政犯のうちの多くのものは、刑罰に適しないもの―すなわち可罰的違法性のないもの―であって、それらについては、右のように刑罰以外のものと有効で

しかも侵害性の少ないものが、その手続規定とともに、真剣に研究実施せられるべき段階にきていると考えるものがある⁽⁴⁾。

この期の「民主主義刑法学」によれば、行政事犯をめぐる支配的な刑法学の動き、つまり刑事犯と行政犯の区別を専ら刑法の枠内で論じ、「行政犯」の特殊性を認めることによって、議論を右の「行政犯」に刑法総則の規定を適用する場合、特別の考慮を必要とするか否かの点に集中せしめ、しかもその際、「行政犯」に対して刑罰を科すことは当然視するという動きが、如何に厳しく批判されたかは右の引用によっても既に明らかであろう。もっとも、この期においては、先の課題設定をうけてその消化を企てる論稿⁽⁵⁾が幾つか発表されたものの、全体としてみれば、問題提起ないし行政事犯を考える場合の基本視角の確認にとどまり、詳細な個別的検討をふまえたその具体的展開は後日に譲られることになったようにみうけられる。

なお、これらと異なり、経済事犯については特に目立った動きはみあたらないが、もちろん、そのことは、この期の「民主主義刑法学」が経済事犯をめぐる活発な動きを示していた支配的な刑法学に贅意を表明していたことを意味するものでは決してない。事実はむしろその反対であろう。けだし、交通事犯や行政事犯にみられる前述の基本視角を敷衍すれば、それは経済事犯においても共通の前提となるからであり、その意味では、たとえその精緻な論述は次期以降にまたざるをえないとしても、そこではいわば暗黙の批判が存したといえるように思われるからである。

しかしながら、「民主主義刑法学」の対応は必ずしも以上に尽きるものではなく、その他の新しい犯罪現象について

も鋭い批判の眼がむけられていることを忘れてはならないのであろう。ただし、この点に関しては若干の留保が必要であるようにみうけられる。けだし、公害事犯については「民主主義刑法学」がその批判で一致していた訳では必ずしもなく、一定の疑問ないしは条件を付しつつも、基本的にはそれに賛成する有力な見解もみられたからである。例えば、「現在の段階ではなお、公害罪の理論的必要性とその運用面での欠陥とは區別して考えておいた方がよい。運用面での欠陥を直ちに理論的な必要性へと結びつけて、みすみす強力な「武器」の誕生を流産させるべきではない。」⁽⁶⁾などの見解がそれである。新しい犯罪現象の中でも公害事犯のような、わば強者の犯罪については、その対応をめぐって「民主主義刑法学」の陣営に今日まで連なるような重大な考え方の相違が存したといえよう。

なお、この期においては、性的表現に対する罪の成立範囲を限定しようとする動きが、善良な性秩序の維持を強調し、文書による表現の自由という憲法的契機を捨象ないし軽視する結果、判例理論を本質的に踏襲し、これを整理するという範囲にとどまる、換言すれば、右の罪をもって風俗犯罪であり社会的法益としての健全な性秩序・性的道義観念を保護するものであって、抽象的危険犯としての性格を有し、文書自体が猥褻であるかどうかの判断も判例の示している三原則が基準となる、と解する伝統的な刑法学の批判の中から生まれてきているが、これもこの期の「民主主義刑法学」の各論研究における重要な動きの一つとして見逃すことができない。けだし、既に紹介した新しい犯罪現象への対応が主に「刑法の現代化」をめぐってのものであったといえるのに対して、右の動きは「刑法の近代化」をめぐってのものであったといえるからである。とすれば、当然、問題は、次の戦後第四期に入ると平野教授の問題提起もあってとりわけ活発となる「刑法の近代化」という観点からの各論研究との関係がどの

ように意識されたか、ということになるが、ここでは解答を留保せざるをえない。ただし、そこでは右の関係は未だ必ずしも明確には展開されていないからである。ただし、「表現の自由」や「学問の自由」との調和を図るという憲法的視点が繰り返し確認されているところをみると、たとえ自覚的な形では展開されていないとしても、そこには後年、明確となる右の関係のいわば萌芽がみられたといえないこともなからう。

第二の動きをめぐる紹介の第二は、刑罰論・処遇論における新しい動きに対してこの期の「民主主義刑法学」が如何に対応したかということである。なお、刑法全面「改正」作業への「民主主義刑法学」の対応については先に取り上げたが、そこでは刑法全面「改正」作業が如何に本質規定されたかという点を中心とした結果、刑罰論・処遇論についてはあまり詳しく触れられなかったので、ここで改めて紹介しておくことにしよう。というのも、刑法全面「改正」作業の進展が刑罰論・処遇論の新たな展開に大きな刺激となったからであり、とすれば、まず刑法全面「改正」作業との関連で刑罰論・処遇論における新たな動き、そしてそれに対する「民主主義刑法学」の対応をみておくことが必要だといえるからである。

ところで、周知のように「改正刑法草案」(昭和四九年五月)はその刑事政策上の施策として死刑の存置、懲役刑と禁錮刑の一元化の不採用、短期自由刑の拡大・強化、法定刑の全般的引き上げ、常習累犯者に対する相対的不定期刑制度の採用・保安処分制度(治療処分、禁絶処分)の導入、現行執行猶予・仮釈放・保護観察制度のほぼ踏襲準備草案にみられた宣告猶予制度の削除などを規定しているが、重罰化という点を別にすれば、これらの規定のうちその審議過程でとりわけ論議を呼んだのが不定期刑と保安処分であったことは改めて指摘するまでもなからう。

けだし、右の二制度が種々の問題点を蔵していたということに加えて、その他の規定の多くは、「全面的に改正する必要がある」⁽⁹⁾との主張もみられたにもかかわらず、現行法を大きく超えるものではなく、その結果「守旧に偏した」との批判を除けば、実質的な批判の対象にはそれほどならなかったからである。草案規定をめぐって多くの論稿が発展されたが、不定期刑については受刑者の人権保障の不十分性、その効果の乏しさが多面に論じられ、保安処分については草案規定のもつ「保安的」色彩が問題視されたこと、既に引用したとおりである。もともと、この点については若干の補足が必要であろう。けだし「準備草案」(昭和三五年四月)が発表された当時、草案の全体に対する批判にはある程度、厳しいものがみられたにもかかわらず、例外的に刑事政策上の新設諸制度だけは学界において好意的に迎え入れられたからであり、その意味では、右の諸制度に対しても批判的な空気が高まるのは、法制審議会刑事法特別部会の審議が終わりに近づきつつあった「六〇年代」後半、とりわけその後の方になってからのことだといえるからである。保安処分に關しては特にこのような傾向が著しかったといえよう。⁽¹⁰⁾更にここで重要なことは、昭和四四年一二月に刑事法特別部会で採択された保安処分規定に対して批判が高まったといっても、そのなかには「積極的保安処分論」⁽¹¹⁾とでも称すべき立場からのものも含まれており、学界全体が保安処分反対でままとまっていた訳では必ずしもないということである。むしろ、保安処分反対論自身はそれ程、多くなかったといえるかもしれない。⁽¹²⁾

このように不定期刑や保安処分に關しては学界の論議に大きな変化が生じたが、それは「民主主義刑法学」の場合も例外ではなかったといえよう。けだし、「民主主義刑法学」においても、その初期には、草案規定に対する危惧

の表明が一方であったにもかかわらず、他方では刑罰の部分に関する改正作業の進展に対して樂觀主義的傾向もみられ、特に保安処分については改正の必要性を承認する見解もみられたのに反して、後の方になると、その全体が草案批判、そして保安処分については保安処分反対論へと動いていったからである。もともと、総じてみると、右の草案批判にしても未だ慎重な論調が目立ち、後年の明確な反対論と比べるとその差は歴然となる。しかしながら、ここで指摘したいことはこのことではない。そこでは既に、刑事政策的施策については「憲法的契機」の決定的優位とその介在によって責任主義原則の保障的側面の再確認と刑事政策に対する樂觀主義のいましめを主体的に引き出すことが重要である⁽¹⁶⁾、との視点から問題が説かれているということである。その意味では、これらをもって次期以降の対応のいわば源流をなしていたということが可能であろう。

以上、不定期刑と保安処分を中心としてみてきたが、刑罰論・処遇論における「改正」作業への「民主主義刑法学」の対応がこれら二制度に限られなかったこと勿論である。その他の論点についても幾つかの論稿が発表されている。ただし、ここではその個別的紹介は控えて、一般的傾向を記すだけにとどめよう。すなわち、これらの論稿が発表されたのは部会審議がまだそれ程、煮つまっていない段階においてであり、その結果、刑罰論・処遇論における「改正」作業は今後の行刑ないし犯罪者処遇のヴィジョンを描く創造的な面での作業が多いという認識もあってか、外国法制やわが国の現状をもふまえて論点を詳細に整理した上でより慎重かつ十分な審議の必要性を強調する論稿が多い反面、当面の「改正」作業とは切り離して長期的視野の下に問題を考えようとする傾向も強い、という点がそれである。もともと、これらの領域においても、部会審議が進むにつれて、研究者の関心が草案批判へ

と収斂していったこと、不定期刑や保安処分の場合と同様である。

しかしながら、刑罰論・処遇論における新たな動きのすべてが刑法全面「改正」作業に反映されたとは決していえない。むしろ、一般に指摘されているように、「改正」作業における刑事政策的発想は「仮案」時代から一歩も出ていない、いわば四、五〇年昔のものであって、その刑事政策上の諸制度も戦前の知識にもとづく、いわば時代遅れのものが多かったといえよう。とすれば、次に、この期の「民主主義刑法学」が刑罰論・処遇論における新たな動きそのものに如何に自らを対置せしめようとしていたかをみておくことが、必要であろう。

もっとも、発表されたものをみる限りでは、この点に関する「民主主義刑法学」の対応は活発であったとはいえない。この問題を正面から扱った論稿がみあたらないからであり、更には刑罰論・処遇論に関する論稿自体がそもそもそれ程、多くはないからである。次期以降と比較すると対照的でさえある。しかし、それもある意味では無理もないことといえるかもしれない。ただし、この期の「民主主義刑法学」によれば、学界の主要な関心を反映してその対応の力点も刑法ドグマティクにおかれており、実践的問題への対応はまだまだ弱く、かつそこでもその対応の中心は刑法全面「改正」作業に向けられていた結果、刑罰論・処遇論における新たな動きへの対応は比較的、手薄にならざるをえなかったことに加えて、刑罰論・処遇論における対応という場合、今後の行刑ないし犯罪者処遇のヴィジョンを描く創造的な面での作業が少くなく、それだけになおさら、研究者の層の薄さの問題は別にして、慎重な検討のための時間を一層、多く要したからであり、この期をもってその蓄積の期間といえなくもないからである。

しかしながら、このことは、この期の「民主主義刑法学」が右の対応に関しては未だ基本的な構想さえもっていないかったということの意味するものでは決してない。一部の研究者によってではあるが、右の基本構想の下に地実な研究が開始されていたことを忘れてはならないであろう。ただし、この点に関しては前野教授の分析が存するからであり、前野教授の分析によれば、宮内刑事学を対象としてはあるが、右のような基本構想の存在が暗示されているからである。⁽¹⁸⁾すなわち、「法的安定性と責任主義を重視し、犯罪者の『改善』が一人歩きしがちだった当時の刑事学の一般的風潮といちじるしい対照を見せている。」「社会政策や福祉政策を実質的に理解することによって、当時の刑事学の一般的傾向に対して大きな特徴をもっていた。」「社会政策や福祉政策の形式化と闘い、犯罪を生み出す環境の改善の必要性を指摘されるとともに、社会政策の形式化による治安政策との結びつきを鋭く批判されたのであった。」⁽¹⁹⁾とすれば、この期の「民主主義刑法学」が刑罰論・処遇論における新たな動きに対して如何に自らを対置せしめようとしていたかは既に明らかであろう。「科学主義」批判を除けば、「福祉主義」批判に関してはほぼ今日と同様の視点が既に形成されていることが容易に理解されよう。

第二の動きをめぐる紹介の最後、そしてこの期の「民主主義刑法学」の動きをめぐる紹介の最後は、「機能主義刑法理論」への対応である。ところで、この「機能主義刑法理論」のこの期における活動については、前に戦後「市民刑法学」という位置づけのもとに整理を試みた。⁽²⁰⁾すなわち、「六〇年代」に入ると新しい潮流が生れた、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。とすれば、これまで概観してきたのが主に支配的な刑法学との関係であったのに対

して、ここでの作業は戦後「市民刑法学」との関係を探ることが課題になるといえよう。

結論的にいえば、右の対応は学界一般のそれに比較しても極めて迅速で、「機能主義刑法理論」という名称のいわば由来となった「現代における刑法の機能」(昭和四〇年)を含む関係論文を一書にまとめた平野龍一「刑法の基礎」(昭和四一年)が出版された翌年には早くも、同書は「現代の日本の刑法学のあり方に対して基本的な問題を提起し、その反省をせまるものとして重要な意味をもつものと考える。……わが国の刑法学者としてこの問題提起に対する何らかの応答を回避することはできないように思われる。」⁽²¹⁾という受け止めのもとに、その問題提起の意義を検討する論稿が発表されているのである。中山研一「刑法の機能的考察方法とその問題点」がそれである。これによれば、平野説が伝統的刑法学の閉鎖的完結性のドグマを打破しようとする点で評価できるとしつつ、しかし合目的な有効性という量的問題の経験科学的解明のみでは問題は解決せず、刑法学は現代における国家刑罰権の歴史的性格とその基礎となるイデオロギー的考察を必須の内容とすべきであり、これを欠けば新派理論におち入るであらうとする。ただし、右の分析は未だ理念的所産の域を出るものではなく、「機能主義刑法理論」が過去の「学派の争い」を如何に「克服」し、これに自らを対置せしめようとしているのか、またそれは刑法の社会的機能を如何に理解しているのか、換言すればそれが抛って立つ社会観とは何か、といったより重要な、そして本質的な問題の検討にもとづいて導き出されたものでは必ずしもなかったようにみうけられる。他方、気にかかることの第二は、右の理念的所産とも関連するが、同論文によれば、「わたくしは結論として……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……」⁽²²⁾と評価するも、この点についてはそれ以上つめら

れることなく、どちらかといえばその批判に急なことも手伝って、「機能主義刑法理論」の問題提起とりわけその刑法における国家主義批判のもつ戦後刑法理論史的意義、ないし「六〇年代」に本格的開花を迎える戦後「市民社会」との関係の追求は比較的、軽視されたようにみえるということである。その意味では、同論文によっても「機能主義刑法理論」の実際の評価は依然として残されることになったように思われる。予知的にいえば、この作業は他の研究者によっても受け継がれることなく、次の戦後第四期以降にまでもちこされることになったが、とすれば、この期をもって一部の研究者による、いわば理念的対応の時期といえようか。もっとも、これによって、「機能主義刑法理論」の動きを早く感知し、その検討を開始するとともに、それは他方で新派理論におち入る危険性をもつとの、今日の「民主主義刑法学」に共通の認識に連なるような視点を既に形成していたこの期の対応の鋭さとその重要性をいささかも看過してはならないであろう。

しかしながら、このことは「機能主義刑法理論」に対する対応が右の時期に開始されたことを意味するものではない。むしろ、それはもう少し早い時期に求めることが適当であろう。けだし、意思自由論に基礎をおく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爲者人格を考えこれに責任の基礎をおく人格（形成）責任論を「機能主義刑法理論」が激しく攻撃することによって燃え上った刑事責任論争に「民主主義刑法学」の陣営も参加するなかで、右の対応は、未だ部分的なものであったとしても、事実上その火ぶたが切られていたと考えられるからである。すなわち、ここでは「民主主義刑法学」の陣営の主たる論争相手は道義的責任論や人格（形成）責任論ではなく、「機能主義刑法理論」のそれ、いわゆる性格論的責任論に求められたからであ

る。ただし、その主張は必ずしも一様ではない。中山研一「刑事責任と意思の自由―最近のソ連における論議と関連して」⁽²³⁾(昭和四〇年)は、平野教授が決定論に立ちながら責任非難を根拠づけることに成功しているかは別にして、論理的には決定論からも責任非難は十分に可能であり、決定論による問題解明の方向を否定するものではなく、それはむしろ一般的傾向であり、それを推進する物質的基礎も存在し、拡大しつつあると考えられる、としつつも、しかし問題は決定論による問題の解明が真にその課題を達成しうるような社会的基礎の創造、つまり刑法および刑法イデオロギーの虚構性および虚偽性の真の意味での克服、を歴史的に展望しうるかどうかにかかっているのである、と指摘した上で、歴史的経験と実際に足場をおいて考えれば、相対的非決定論と道義的責任論がたとえ科学的に論証不可能であり、あるいは一つの虚構であるとしても、近代刑法の責任原則を含む基本的な保障原則がそれによりよく対応するという意味において、階級社会の条件下においてはこれを是認する、または認せざるをえないとの主張が十分の正当性をもって登場しうるのである、とする。これに対して、井上祐司「決定論と責任の基礎」⁽²⁴⁾(昭和四一年)は、同じく唯物論の立場によりながら、無原因としての意思の自由は否認されるが、個々の意思過程は環境と性格から相対的に独立しており、この相対的独立性から意思の自由が生まれ、自己答責というものが生ずる、という意味において、唯物論哲学でいう決定論のもとでもなお選択の自由(＝環境と性格からの意思決定の自由、意識の能動的役割)が認められる、とする⁽²⁵⁾。これによれば、「民主主義刑法学」の陣営内においても責任の基礎をめぐって重大な見解の対立が存したということが容易に窺えよう。予知的にいえば、このような対立は今日でも未だ解消されたとはいえないが、しかし、ここではこれ以上、右の主張に立ち入らない。ただ我々の問題との関

連で重要なことは、結論的には両者ともに道義的責任論の弁護にまわっているように思われるということであり、その結果、そこでは、「性格論的責任論」については厳しく検討され、その新派の社会的責任論との類似性ないしは親近性が指摘されたのに対して、「機能主義刑法理論」による道義的責任論および人格（形成）責任論批判のもつ戦後刑法理論史的意義、換言すれば道義的責任論の見直しについては、それが論証不可能な「魔術的觀念」であり、刑法の絶対化と神秘的な觀念論的応報刑という消極的側面をもつということを指摘するにとどまり、それ以上、深められることはなかった、ということである。前述の中山「刑法の機能考察方法とその問題点」の場合と同様の傾向がここでもみられるといえよう。

とすれば、問題は何故かということになるが、その理由は、中山教授自身が明らかにしておられるように、同論文が「機能主義刑法理論」の波に対する何よりも刑法ドグマティークの側からの抵抗であったという点に求めることが可能であろう。ただし、中山教授によれば、刑法ドグマティークをもってそこで「刑法ドグマティークの存在は、少なくともこれまでは実体刑法上の諸原則の定立とその貫徹を保障するものと考えられてきたことも事実である。いわゆる概念法学的分析方法が法学の他の分野にくらべて刑法学にとくに目立った形で今日まで存続してきた理由は、法律実証主義のもつ形式的保障性と無関係ではないように思われる。」⁽²⁸⁾と歴史的に位置づけておられるからであり、このような位置づけを知ると、憲法に基く「民主主義刑法学」の主要なメルクマールを近代刑法における保障原則の擁護に求められた中山教授が、従来の実践と遊離しがちな刑法ドグマティークの思弁的傾向を克服しなければならぬとのその指摘にもかかわらず、基本的には「機能主義刑法理論」への対応に際して刑法ドグマティ

「批判」よりも、その「弁護」の途を選ばれたことも、容易に首肯できるからである。そして、それは必ずしも中山教授一人の傾向ではなかったといえよう。むしろ、この期の「民主主義刑法学」に共通のそれと一般化するかも知れない。

なお、これまで述べてきたところは、「機能主義刑法理論」に対する「民主主義刑法学」の主として理論的対応の側面であって、実践的対応の側面では、刑法全面「改正」作業批判にみられるように、多くの点で両者がいわば共働関係にあったことを忘れてはならないであろう。

以上、この期の「民主主義刑法学」の動きをいわば「全面的対応の開始」という観点から素描してきた。もちろん、これ以外にも期待可能性の理論を始めとして検討すべき数多くの重要な問題が残されていることはいうまでもない。更にはまた、右の限られた素描においても多くの誤ちを犯したのではないかとの危惧も強い。しかし、右の限られた素描によっても、この期の「民主主義刑法学」の全体像がある程度、つかめたように思われるので、その総括に代えて、この期の「民主主義刑法学」によれば本稿の最初に紹介した中山プログラムが如何に「消化」されたかを補足して、これでひとまず右の素描を終えることにしよう。ただし、この作業は、この期の「民主主義刑法学」に対するそれを現実に担っていた人々によるいわば自己採点を探るといふ意味もつからである。

確認的にいえば、前述の中山プログラムの底を一貫して流れるのは次のような問題意識であった。すなわち、戦後民主主義の最大の法的支柱たる憲法との関連をたえず追求することによって「民主主義刑法学」を樹立しなければならぬが、しかしながら、戦後史の流れは憲法の制限から否定へと進んでおり、刑法ないし刑法学もこのよう

な動きと無関係ではありえない。そして、それは近代刑法史的にみれば、とりもなおさず近代刑法における保障原則の後退ないし崩壊を意味する。したがって、刑法学者は、従来の実践と遊離しがちな刑法ドグマティックの思弁的傾向を克服し、このような刑法ないし刑法学の動きを戦後史的に、更にはまた近代刑法史的に位置づけることによってその複雑多様な様相と意味を解明するとともに、それに自らを徹しく対置させることによって始めて、上述の憲法にもとづく「民主主義刑法学」を構築することが可能となる。という問題意識がそれである。いわば「憲法的観点」と「歴史的観点」にもとづく「分析」と「対応」の必要性と重要性が説かれたといえようか、ところで、このうち「憲法的観点」についてみれば、この期の「民主主義刑法学」はそれを貫徹させていたと評価することも一応は可能であろう。ただし、この期の「民主主義刑法学」によれば憲法にもとづく「民主主義刑法学」の主要なメルクマールが近代刑法における保障原則の擁護に求められたからであり、そしてこの保障原則の擁護という観点から「分析」および「対応」が精力的に展開されたからである。しかしながら、今日からみて注意しなければならぬことは、この期の「民主主義刑法学」の多くによれば、刑法ドグマティックの存在は少くともこれまでは実体刑法上の諸原則の定立とその貫徹を保障するものと考えられてきたことも事実であるとの位置づけを媒介にして、「憲法的観点」と刑法ドグマティックが連結されているということであり、その結果、刑法ドグマティックにもとづく「分析」および「対応」をもって基本的には右の「憲法的観点」（＝刑法における保障原則の擁護という観点）にもとづく「分析」および「対応」の主要な側面とされているということである。「憲法的観点」が貫徹されたとの前述の評価もこのような意味においてである。

これに対して、「歴史的観点」の評価はより一層、複雑である。少くとも発表されたものをみる限りでは、「歴史的観点」は第一の動きにおいても第二の動きにおいてもそれ程、強くないように表面的には映るからである。むしろ、そこでは刑法ドグマティークにもとづく「分析」そして「対応」の方がより前面に押し出されていたようにみえるからである。しかしながら、ここで重要なことは、刑法ドグマティークの存在に関する右の位置づけは何よりも近代刑法理論の発達に関する一つの「歴史観」、いわば「ドグマティーク史観」に由来するものだという点であり、この「ドグマティーク史観」を基本的に承認する立場に立てば、この期の「民主主義刑法学」は少なくとも理論史的には「歴史的観点」を前提としており、その上に自らを構築していたとの評価も成立しうる、ということである。もっとも、中山プログラムによれば、他方で戦後史とドグマティーク史をつなげなければならないと強調しており、このように「歴史的観点」をもって戦後史とドグマティーク史を「つなげる」ことだと理解する立場に立つと、右の評価だけでは不十分だということになろう。ただし、ここでは戦後史とドグマティーク史とが未だつながっていないからである。

ちなみに、これを次のような立場と比較してみよう。すなわち、「歴史的観点」とは単純に戦後史とドグマティーク史を「つなげる」ことではなく、前者によって後者を再検討すること、換言すれば「ドグマティーク史観」それ自体を再検討することだと解する立場がそれである。現にこの期の「民主主義刑法学」においても、戦後第三期における近代刑法史研究のところでは後述するように、歴史研究の分野では「ドグマティーク史観」それ自体を再検討する作業が着実に進行していたのである。ただし、このような立場に立つと、右の作業の進行にもかかわらず、少

くとも第一の動きおよび第二の動きにおいては「歴史的観点」は弱かったとの評価が導かれることになるからであり、それはひいては「憲法的観点」の評価にも大きな影響を及ぼすことになるからである。右の対比によれば、中山プログラムにおける「歴史的観点」の意味が、更にはまたこのような「歴史的観点」から導き出されるであろう評価の意味がより明らかになったことであろう。「歴史的観点」についてみれば、この期の「民主主義刑法学」は未だ不十分であったとの評価も、このような意味においてであることを忘れてはならないであろう。

- (1) 『法政研究』三三卷一―六合併号三三二―三三三頁以下。
- (2) 真鍋毅「過失犯の歴史的研究―ドイツ一八世紀まで―」(『法政研究』三三卷一号〔昭和四一年〕二二八頁)。
- (3) 同「過失犯の当罰性について」(『佐賀大学法経論集』一四卷一号〔昭和四二年〕一〇三頁以下)。
- (4) 佐伯千仞「可罰的違法性序説」(末川先生古稀記念論文集『権利の濫用上』〔昭和三七年、有斐閣〕二四二頁以下)。
- (5) 例えば井戸田侃「行政法規違反と犯罪―行政刑法序説―」(佐伯博士還暦祝賀論文集『犯罪と刑罰上』〔昭和四三年、有斐閣〕一五三頁以下)、中川祐夫「行政刑法序説」(同『犯罪と刑罰上』一六九頁以下)などがそれぞれである。
- (6) 庭山英雄「公害問題と刑法上」(『判例タイムズ』二四二号〔昭和四五年〕)五頁。
- (7) 中山研一「猥褻文書頒布・販売罪(刑法一七五条)(一)―その構造と可罰性の限界―」(『法学論叢』八三卷五号〔昭和四三年〕一頁以下)など。
- (8) なお平野龍一「概括的批判・概説」(平場・平野編『刑法改正の研究1概説、総則』〔昭和四七年、東京大学出版会〕)一〇頁は、「刺戟」の意味を「反面教師」という点に求めている。
- (9) 同『犯罪者処遇法の諸問題』〔昭和三八年、有斐閣〕二頁。
- (10) 吉川経夫「安保健分と人権」(『ジュリスト臨時増刊・医療と人権』〔昭和四八年〕六一頁以下参照)。

- (11) 大谷実「保安処分に対する批判的視点」『法律時報』四六卷六号〔昭和四九年〕二一九頁。
- (12) この点で、昭和四四年春季の第三八回刑法学会での不定期刑と保安処分に関する共同研究の内容を収録する「特集 不定期刑と保安処分」(『刑法雑誌』一七卷一・二号三一頁以下)は貴重である。
- (13) 風早八十二「『保安処分』のねらい」(『前衛』一九六六年一月号五九頁以下)など。
- (14) 吉川経夫「刑法改正の現状と問題点」(『法学セミナー』一二四号〔昭和四一年〕)六頁など。
- (15) 中山研一「刑法改正案の批判的検討5保安処分」(『法学セミナー』一九七号〔昭和四七年〕)六七頁。
- (16) 同「不定期刑―刑法改正問題への提言―」(『法律時報』四一卷二号〔昭和四四年〕)四〇頁。
- (17) 例えば竹田直平博士・植田重正博士還暦祝賀『刑法改正の諸問題』〔昭和四二年、有斐閣〕所収論文の幾つかがそれである。
- (18) 前野育三「宮内教授の刑事学研究」(『法の科学』五号〔昭和五二年〕一三九頁以下)。
- (19) 同一四一頁。
- (20) 拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究四」(『神戸学院法学』一〇卷三号〔昭和五四年〕)一九頁以下。
- (21) 中山研一「刑法の機能的考察方法とその問題点―平野龍一「刑法の基礎」を読んで―」(『法学論叢』八一巻二号)八五頁。
- (22) 同一〇四頁。
- (23) 『法学論叢』七七巻三号一頁以下。
- (24) 『法政研究』三三巻一号一頁以下。
- (25) なお西原春夫・岡野光雄「学界回顧・刑法」(『法律時報』三八巻二三号〔昭和四一年〕)一二頁は、井上論文をもって決定論を排斥するものと評価するが、それは新派にいう決定論を排斥するとの意味であらうか。

(26) 前掲・中山「刑事責任と意思の自由」四頁など。

(27) 中山研一・大谷実「学界回顧・刑法」(『法律時報』三九卷一四号〔昭和四二年〕) 一三頁。

(28) 前掲・中山「刑法の機能的考察方法とその問題点」九〇頁。

最後に、この期の「民主主義刑法学」の評価に関する今日の議論を紹介して本稿を終えることにしよう。

ところで、周知のように、木田教授によれば、戦後「民主主義」の発展を総括する中で一九五〇年代および六〇年代の「民主主義」をもって「護憲」民主主義の段階と規定され、その特徴を次のように分析された。すなわち、「護憲」民主主義は、支配層の憲法改悪の動向に対して、改悪阻止運動の基本的理念として樹立され、抵抗権、権利闘争、二つの法体系、現代法といういろいろな基礎理論が構築された。それと同時に、憲法の空洞化をも、実質的な改悪として反対し、それが当初はブルジョア的民主主義の擁護論として形成されていた。いずれにしても、支配層のブルジョアの合法性の破壊にたいしての闘争であった。従って、「護憲」民主主義は、「初期」民主主義が「体制」民主主義であったのに反して、「体制」に対決する抵抗民主主義として形成される。そして、その民主主義は、単に理論として形成されただけでなく、民主主義運動として展開されたということが特徴的である。そこで、運動論と一般理論とが統合された。

これが一九五〇年代および六〇年代の「民主主義」に関する木田教授の分析であるが、右の分析の意味を知る上で重要なことは、木田教授が一九七〇年代および八〇年代の「民主主義」をもって一九五〇年代および六〇年代の

「民主主義」から区別し、「現代」民主主義と規定されるとともに、それに「特定の意味あい」⁽²⁾つまり一九五〇年代および六〇年代の「民主主義」の「より発展した形態として、その相対的独自性を認めよう」⁽³⁾とされている点である。「私が、『護憲』民主主義と『現代』民主主義とを区別したのは、『護憲』民主主義の段階では、消極的な抵抗という側面が強調されていたという点と、権利擁護という場合にも、国民の権利というよりは『ブルジョア民主主義』⁽⁴⁾の権利という把握が強かったように思われるが、『現代』民主主義の段階になると、形式的なブルジョア民主主義という把握ではなく、より実質的な国民の生活に密着した権利の擁護が主張され、それが、政治的には、国内における『反体制』民主主義ブロックの力量の増大と、国際的な反帝・反独占民主主義の増大とした力量との連帯の強化によって、日本における独自の社会主義への展望が試みられることになり、それとの関連のうえで新しい展望的な民主主義理論の構築という可能性が生じてきたことによる」⁽⁴⁾。というのも、右の比較のなかで、一九五〇年代および六〇年代の「民主主義」をもって「護憲」民主主義と規定されたことの意味を自ら明らかにされておられるからである。すなわち、一九五〇年代および六十年代の「民主主義」は、理論的にみれば、「ブルジョア民主主義の諸原則擁護論」の色彩が強く、「現代」民主主義とはいえない。むしろ、それは「現代」民主主義の前段階的性格が強い。という点がそれである。その意味では、木田教授の場合、一九五〇年代および六〇年代の「民主主義」に対していわば過去形の評価がなされているということが可能であろう。

そこから、木田教授によれば、一九五〇年代および六〇年代の「民主主義刑法学」の評価にむかわれることになった。もっとも、この評価に直接、該てられた部分は必ずしも多くはない。右の部分としては、「刑法学の分野においては、

すすみゆく安保体制に対する批判的分析として、宮内裕『戦後治安立法の基本的性格』に続いて中田直人・渡辺脩『安保条約下の治安体制』、中山研一『現代社会と治安法』が出される。そのほか、諸々の裁判闘争、司法反動化に対する闘争が展開された。さらに『悪法』反対闘争が展開されたが、なかでも、刑法全面改正事業に対する反対運動が最も特筆すべきものであろう。⁽⁵⁾等の叙述が認められるにすぎない。しかし、当然のことながら、それは木田教授が一九五〇年代および六〇年代の「民主主義刑法学」に対する評価を留保されたことを意味するものではない。その反対である。けだし、木田教授によれば、その「現代民主主義刑法学」に対する評価を留保されたことを意味する形で、戦後「民主主義刑法学」を教授一流の情熱と精緻さをもって詳細に総括されておられるからであり、そして、それは必然的に一九五〇年代および六〇年代の「民主主義刑法学」に対する評価をも包含していると考えられるからである。むしろ、それどころか、その中心は右の評価に置かれているといっても過言ではなからう。その意味では、木田教授によれば、一九五〇年代および六〇年代の「民主主義刑法学」に対する評価を、戦後「民主主義刑法学」の総括といういわば総論のなかで展開されたということが可能であらう。とすれば、木田教授が一九五〇年代および六〇年代の「民主主義刑法学」を如何に評価されたかを知るためには、その前提作業としてこの総括を整理することが必要不可欠となるが、この点に関する優れた研究が既に発表されており、もはやそれに付け加えるべき何ものもないように思われるので、ここでは右の適格な整理を基礎として直ちに結論に移ることにしよう。

結論的にいえば、木田教授の評価を次のようにまとめることが可能であらう。治安立法に対する優れた批判的分析を生むとともに、諸々の裁判闘争、司法反動化に対する闘争、更には「悪法」とりわけ刑法全面改正事業に対す

る反対闘争を果敢に展開した一九五〇年代および六〇年代の「民主主義刑法学」は、理論的にみれば、同時期の「民主主義」が「護憲」民主主義（「ブルジョア民主主義的諸原則擁護論」という一般的性格をもつに対応して、罪刑法定主義を軸とする刑法のブルジョア民主主義的諸原則を擁護することをその課題とした。すなわち、ここでは、「ブルジョア階級性を免れない刑法準則」を武器として治安主義、治安立法、法の治安主義的解釈適用と闘うことがこの期の「民主主義刑法学」の課題であると主張された。問題は何故、このような課題設定がなされたのかという点であるが、反ファシズム民主主義統一戦線の形成が強く意識されたといえよう。ただし、「ブルジョア民主主義的諸原則擁護論」とは何よりも、「反ファシズム民主主義統一戦線の綱領的理論として設定されたものとみることができるよう思われる」⁽⁷⁾からである。その意味では、罪刑法定主義、行為主義、市民法益保護原則、消極的責任主義は、「市民法学と民主主義法学との共同綱領」⁽⁸⁾ではないかと思われるのである。とすれば、この期の「民主主義刑法学」は、内容的にみれば、「市民刑法学」と同一のものであって、「その点では、『市民刑法学』に『民主主義刑法学』は吸収された」⁽⁹⁾ということが可能であろう。もっとも、そのことはこの期の「民主主義刑法学」が果たした歴史的役割をも否定することを意味するものでは決してない。むしろ、その反対である。ただし、ブルジョア民主主義をファシズムが蹂躪しようとするのに対して抵抗することが民主主義運動の課題であった段階では、それは正しい課題設定であったといえるからである。しかしながら、現代の「民主主義刑法学」が依然として把えられるべきではなく、よどまるとすれば、それは疑問である。現代の「民主主義」は「護憲」民主主義として把えられるべきではなく、より進んだ、まさに「現代」民主主義として把えられるべきであり、したがって、現代の「民主主義刑法学」もまた

それにふさわしい課題が設定されなければならない。「現代」民主主義段階の罪刑法定主義もはや「ブルジョア民主主義的制約原理」としてではなく、より積極的な人民的民主主義の行動の原理でなくてはならない。

これが木田教授の一九五〇年代および六〇年代の「民主主義刑法学」に対する評価であるが、そこで重要なことは、木田教授が一九五〇年代および六〇年代の「民主主義刑法学」が果たした歴史的役割を高く評価されつつも、他方で、(一)理論的にみれば、それは「ブルジョア民主主義的諸原則擁護論」の段階を出るものではなく、その点で「市民刑法学」に吸収されていた(二)したがって、現代の「民主主義」が「護憲」民主主義にとどまりえないのと同様に、現代の「民主主義刑法学」もまた「ブルジョア民主主義的諸原則擁護論」とどまることはできず、「現代」民主主義にふさわしい新たな課題を設定しなければならない、と評価されておられる点である。もっとも、このようにまとめることに對しては異議が提出されるかもしれない。というのも、右の評価のうちその多くは、前述の整理にも示されているように、直接には風早八十二監修・前野育三他著『刑法改悪』(新日本出版社、昭和十一年)等の著作に向けられているからである。しかしながら、『刑法改悪』等に対する評価をもって一九五〇年代および六〇年代の「民主主義刑法学」に対する評価と一般化することは必ずしも誤りではないように思われる。ただし、木田教授によれば、『刑法改悪』等の路線をもって一九五〇年代および六〇年代の「民主主義刑法学」を現代において展開するものと前提認識されておられたようにみうけられるからである。本稿が一九五〇年代および六〇年代の「民主主義刑法学」に対する木田教授の評価を右のようにまとめた理由もこの点にある。

もちろん、それは静かではあるが、しかし極めて深刻な論議をとりわけ「民主主義刑法学」の陣営に惹起するこ

とになった。ただし、今日までのところ、論議の中心は前述の木田教授の評価のうち主として(一)の部分に置かれていたということが可能であろう。しかし、それも、むしろ当然のことであったといえるかも知れない。ただし、(二)の評価は、何よりも現代の「民主主義刑法学」を如何に構築すべきかというすぐれて実践的な、かつ「民主主義刑法学」の陣営にとって最も重要な問題と密接にかかわっていたからであり、右の評価における木田教授自身の基本的な問題関心もまたこの点にあったからである。

ところで、木田教授によれば、現代「民主主義刑法学」を如何に構築すべきかという実践的課題との関連で、一九五〇年代および六〇年代の「民主主義刑法学」の今日的意義が消極的に理解されたことについては既に紹介したが、しかしながら、結論的にいえば、このような木田教授の評価は必ずしも多くの支持を集めたとはいえないように思われる。むしろ、論者の多くは右の評価自体に対しては多分に批判的であったようにすらみえる。ただし、ここでは「現代の特徴は、一方において(そして又それが基本的には主要な局面なのだが)人間の生存と尊厳を中心とする民主主義が政治制度として実施されうる展望が存在すると同時に、他方では、この政治的危機を政治反動の強化ファッシヨの統治体制の実現を通して乗り切ろうとする政治的・経済的支配層の動きも活発化しており、いわば現代ファシズムの危険が前述の展望と背中合わせに存在しているという点にある。」⁽¹⁰⁾等の現状認識から、「木田氏のいう『現代』民主主義Ⅱ『抵抗』民主主義もまた『現代』民主主義の一側面だといっているのではないだろうか。」⁽¹¹⁾として、一九五〇年代および六〇年代の「民主主義刑法学」の今日的意義が依然として積極的に理解されているようにみうけられるからである。ただし、ここで注意しなければならないことは、そこでは木田教授の評価が必ずしも

全面的に否定された訳ではなかったという点である。その秀でた問題提起、とりわけ「現代」民主主義刑法学の展望的課題に関する問題提起に対しては深甚な敬意が表されていることに注意しなければならないであろう。その意味では、右の論者によれば、木田教授が「現代」民主主義のもつ「護憲」「民主主義」「抵抗」民主主義という側面を軽視ないし捨象し、その結果、「現代」民主主義をいわば展望的側面にのみ限定されたことに対して批判が加えられたということが可能であろう。

もっとも、これをもって一般化することは危険であろう。それとは異なる批判が存することも確かであろう。風早博士の批判にはより厳しいものがあるといえよう。けだし、「木田君が本書で設定した『現代民主主義』の特徴づけについては、卒直に言って、その前提となる情勢分析における若干の樂觀的傾向など、なお検討の余地が残されている⁽¹²⁾。」と評されているからである。小田中教授が指摘されるように、⁽¹³⁾風早博士によれば、ブルジョア民主主義的外皮をまとった現代型ファシズムへの傾斜が著しい今日にあって、「護憲」「民主主義」「抵抗」民主主義に代えて民主主義的変革のみならず、社会主義を展望する「現代」民主主義をわが国で論じ、それを刑法学の理論展開の前提とすることに一体どのような意義があるのか、という疑問を端的に表明されたものといえよう。

それにしても、木田教授の問題提起のうち(二)の論点に関しては肯定説の方が有力であったことは疑いなかろう。しかしながら、ここでも、次の点に注意しなければならない。右の肯定説、なかでも前述の小田中教授のそれは、一九五〇年代および六〇年代の「民主主義刑法学」の今日的意義に対する全面的肯定を必ずしも意味しないという点が、それである。小田中教授によれば、他方で、「もっとも、現代ファシズムに対しいかなる思想、理論、組織を

もって対すればこれによく抗しうるかは、重要な問題である。ファシズムがブルジョア民主主義的諸原則を真正面から蹂躪し破壊しつつその支配を貫徹しようとするときには、これに抵抗するために右の諸原則を擁護せよとすることが反ファシズム勢力の統一的綱領となりうる。しかしファシズムがブルジョア民主主義的諸原則を利用しつつ（勿論それに修正を施したりそれを形骸化したりしてであるが）その支配を貫徹しようとするとき、単なるブルジョア民主主義的諸原則擁護論は、反ファシズム勢力の統一的綱領とはなりえないであろう。むしろ、ブルジョア民主主義的諸原則の古典的原型を生みだした歴史的基盤を探り、その『現代的発展』形態をもってファシズムに対抗することが必要であろう。」と説かれて⁽¹⁴⁾いることを看過してはならないであろう。

とすれば、既に読者は、残された(一)の論点に関しては小田中教授も木田教授に近い立場を採用しておられることに気付かれたことであろう。ただし、右のような小田中教授の理解の前提には、一九五〇年代および六〇年代の「民主主義刑法学」は「ブルジョア民主主義的諸原則擁護論」の域を出るものではなかった、あるいはたとえそこまで断定することができないとしても少くともそのような側面が強かったことだけは確かであろうという認識が伏在している、とみる方が自然なように思われるからである。木田教授の評価をめぐる論議の中心が主として(二)の部分に集中されてきたことの真の原因もこの点にあったといえるかも知れない。その意味では、木田教授の評価のうち(一)の部分、実は、今日までのところ、有力な論者による暗黙の了解を得てきたということも可能であろう。

ただし、風早博士が同じ立場を採用されたか否かは別の問題である。というのも、既に述べたように風早博士が(二)の論点に関して木田教授といわば対極する地位におられるという事実からみた場合、(一)の論点に関して木田教

授と異なる見解をもたれておられる可能性が強いという推測がなりたちうるようにも思われるからである。例えば、次のような見解等がそれである。すなわち、一九五〇年代および六〇年代の「民主主義刑法学」は、木田教授が主張するような単なる「ブルジョア民主主義的諸原則擁護論」にとどまるものではなく、小田中教授の表現を借りれば、そこでも、「ブルジョア民主主義的諸原則の古典的原型を生みだした歴史的基盤を探りつつ、その『現代的発展』形態をもってファシズムに対抗」しようとする努力が、必ずしも十分なものではなかったとしても、行なわれていたといえるのではないか。とすれば一九五〇年代および六十年代の「民主主義刑法学」をもって「市民刑法学」に吸収されていたとみることは無理があるのではないか。他方、また、「市民刑法学」をもって単純に「ブルジョア民主主義的諸原則擁護論」と割り切れるものであろうか。少くとも戦前のわが国の歴史的事実—もちろんそれはわが国の特殊性に由来するものであるが—は、「ブルジョア民主主義的諸原則」を一貫して擁護するとともに、その質的発展を図ってきたのは「民主主義刑法学」であって「市民刑法学」ではなかったという教訓を我々に示しているのではなからうか。もっとも、それをそのまま戦後「市民刑法学」に該てはめることは確かに困難であろう。戦後「市民刑法学」が戦前のそれに比較してもつ進歩的側面を過少評価することは誤りであろう。しかし、それにしても、戦後「市民刑法学」が右のような側面とともに、他方では、「ブルジョア民主主義的諸原則」を実質的に修正ないし形骸化せしめていく側面をも多かれ少かれ内蔵していることを忘れてはならないであろう。そこには何よりも現代「市民刑法学」という性格が投影されているからである。したがって、結論的には、一九五〇年代および六〇年代の「民主主義刑法学」は、「市民刑法学」と一定の共働関係を保ちつつも、理論的にみれば、そこから相対的に

独立した進歩的側面を維持してきたといえるのではないか。という見解等がそれである。けだし、風早博士によれば、「日本における民主革命と罪刑法定主義実現の担い手はブルジョアジーではなく、プロレタリアートであ」⁽¹⁵⁾り、したがって、「ブルジョアジーが民主革命の担い手であったフランスの場合の罪刑法定主義の意義は、封建制の圧制に対するブルジョアジーの自由と人権防衛の原理たるにあったが、ブルジョアジーが封建勢力と妥協して国家権力を構成し、はじめから労働者農民労働人民と階級的対立関係に入った日本の場合、罪刑法定主義の意義は、何よりも、資本地主の国家権力に対する労働者人民自体の自由と人権防衛の原理に転化する。」⁽¹⁶⁾と繰り返し説かれておられるからである。もっとも、右の風早博士の分析は戦前のわが国を対象としたものであり、したがって、この分析をもって、一九五〇年代のおよび六〇年代のわが国における罪刑法定主義の意義を分析されたものと単純に同視することは拙速の謗りを免れないであろう。しかし、風早博士が「罪刑法定主義の問題をとりあげることの重要性は、私をはじめその復活を提唱した一九二八年（昭和三）年の時点ではもちろん、複雑かつ陰湿な方法・形態の下での新しい型のファシズムの足音がきこえる現在の時点においては、むしろかつてなく増大している」⁽¹⁷⁾と警鐘を鳴らしておられるところから類推すると、右の戦前の分析が戦後のわが国においても基本的に妥当するものと考えておられるようにみうけられる。とすれば、前述のような推測もあながち誤りとはいえないように思われる。その意味では、風早博士の見解を是非とも伺いたいところである。更に、小田中教授が暗示されておられるように、前述の木田教授の評価がとりわけ風早博士を強く意識して導き出されているという事実は、このような気持を一層、高める。しかしながら、ここでは右のような可能性の存在を指摘するにとどめ、早計な結論はこれを慎しむことと

したい。

これまで、木田教授の見解を中心として戦後第三期の「民主主義刑法学」が今日どのように評価ないし総括されているかをみてきた。もちろん、それは粗雑な概観の域を少しも出るものではなかった。しかし、このような概観だけからでも、次のような結論を導き出すことは可能であろう。すなわち、戦後第三期の「民主主義刑法学」の評価をめぐっては重要な見解の相違がみられるということ、あるいはその可能性が強いということ、それは、戦後第三期の「民主主義刑法学」の中心的な柱ともいうべき罪刑法定主義を始めとする近代刑法における保障原則の擁護論の歴史的意義を具体的に何に求めるのか、更には、そこから派生して、「市民刑法学」との関係をどのように把握するのかといった基本的な問題にまで及んでいる、ということがそれである。

とすれば、ここで、これらの点を検証しておくことが必要となるが、しかしながら、それは簡単な作業ではない。また、前述の中山プログラムをもって検証の手掛りとすることもできない。けだし、既に述べたように、ここでも、これらの点に関しては必ずしも明らかではないからである。この点に関する突っ込みは全くといってよいぐらい存しないからである。しかし、それも当然のことといえるかもしれない。けだし、右の問題が一般に意識されるようになり出したのはまさに今日であって、「六十年代」ではなかったからであり、しかるに同論文が執筆されたのは当然のことながら「六十年代」だったからである。右の問題に対する論述が欠落していることは同論文の価値をいささかも減じるものではなからう。今日の論議をもって過去の論議を律する誤ちは厳に慎まなければならぬであろう。したがって、ここでは次の点を指摘するにとどめたいと思う。すなわち、中山教授が同論文において、

「近代刑法の全体史（ブルジョア合法性の確立とその変遷史）」（傍点引用者）という表現を使っておられるという点である。つまり、中山教授によれば、近代刑法における保障原則をもって「ブルジョア合法性」と規定されておられるという点である。もっとも、そのことは、中山教授が「ブルジョア民主主義諸原則擁護論」に立たれたとの結論を直ちに導くものではなからう。けだし、近代刑法における保障原則が「ブルジョア合法性」を意味したということは一つの歴史的事実であり、この歴史的事実を中山教授が指摘されたのか、それとも、右の指摘の範囲を越えて特別の意味、例えば今日、近代刑法における保障原則を擁護することは「ブルジョア民主主義的諸原則擁護論」の枠内にとどまり、将来を展望するものとは必ずしもいえないが、しかし、それは、ファシズムが「ブルジョア民主主義的諸原則」を蹂躪し破壊しつつその支配を貫徹しようとする状況においては、それに抵抗するための反ファシズム勢力の統一的綱領として依然として必要不可欠である、などの意味を右の規定に付与されたかは、同論文だけでは依然として不明だからである。早計な結論は危険であろう。

右の検証は別の機会に譲ることとして、これで戦後第三期の「民主主義刑法学」が今日どのように総括されているかの問題の考察をひとまず終えることにしよう。

(1) 木田純一『戦後民主主義と刑法学』（一粒社、昭和五三年）一五頁以下。

(2) 同二八頁。

(3) 同一九頁。

(4) 同二二頁。

- (5) 同一六頁。
- (6) 例えば小田中聡樹「木田純一著『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〕一一三頁以下)だがそれである。
- (7) (8) 木田・前掲書二〇頁。
- (9) 同九二頁。
- (10) (11) 小田中・前掲書評一二六頁。
- (12) 風早八十二「編者の言葉」(木田・前掲書) ㄨㄨ頁。
- (13) 小田中・前掲書評一二七頁。
- (14) 同二二六頁以下。
- (15) 風早八十二「牧野法学への総批判(試論)・8」(『法律時報』五〇卷九号〔昭和五三年〕)八一頁。
- (16) 同「牧野法学への総批判(試論)・21完」(『法律時報』五二卷五号〔昭和五五年〕)八三頁。
- (17) 同「牧野法学への総批判(試論)・8」七八頁。