

戦後のわが国における近代刑法史研究(六)

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『神戸学院法学』一〇巻二号)
 - 四 「民主主義刑法学」の動き(以上『神戸学院法学』一二巻三号)
- 六 戦後第三期における近代刑法史研究
 - 一 支配的刑法学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(六) 内田

(五〇五) 二二五

二 「民主主義刑法学」における近代刑法史研究―その一―(以上本号)

三 「民主主義刑法学」における近代刑法史研究―その二―

四 「市民刑法学」における近代刑法史研究

五 その他の動き

七 戦後第四期における近代刑法史研究

六 戦後第三期における近代刑法史研究

一 先に我々は戦後第三期の刑法と刑法学の一般的動きを素描したが、ここでは、このような新たな動きとの関連において、この期の近代刑法史研究の発展を、とりわけそこに形成された各潮流およびその対抗関係、そして前期のそれと比較した場合のその変化を中心として考察することにしよう。

まず始めに支配的な刑法学における近代刑法史研究であるが、右の研究と密接な関係をもつ支配的な刑法学の戦後第三期における一般的動きについては、既にそれを次のように特徴づけた。すなわち、(一)戦後資本主義の再建に照応して前期に目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は、「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。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可能であろう。けだし、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、また解釈論的に模索されたからである。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、これと密接なかわりあいをもつように推測される。なお、この期においては、「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いるが、それを解釈論的に基礎づけるという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。(二)他方、支配的な刑法学における重要な動きの第二は、刑罰論・処遇論に再び精力が注ぎ込まれ始めた点である。刑法全面「改正」作業の進展が大きな刺激となつてゐ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もの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ない。右の研究によれば、新派的な社会防衛思想の「現代の変容」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のみうけられる。(三)以上を要すると、右の動きをもって現代の刑法状況への対応を示すという意味において刑法学の「現代化」の動きと呼びう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

をなすものとして同じような観点から位置づけること可能であろう。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、また解釈論的に模索されたからである。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、これと密接なかわりあいをもつように推測される。なお、この期においては、「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いるが、それを解釈論的に基礎づけるという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。(二)他方、支配的な刑法学における重要な動きの第二は、刑罰論・処遇論に再び精力が注ぎ込まれ始めた点である。刑法全面「改正」作業の進展が大きな刺激となつてゐ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もの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ない。右の研究によれば、新派的な社会防衛思想の「現代の変容」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のみうけられる。(三)以上を要すると、右の動きをもって現代の刑法状況への対応を示すという意味において刑法学の「現代化」の動きと呼びう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。

我々は支配的な刑法学の戦後第三期における新しい動きをこのように特徴づけた。ただし、この点に関して補足しておかなければならないことは、支配的な刑法学によればこのような新しい動きが「新しい刑法学」の名の下に総合され始めるのは次の戦後第四期以降のことだという点であり、それ故、右の特徴づけも、断片的な特徴の抽出を通じて支配的な刑法学が戦後刑法状況の新たな展開に対応して如何なる歩みを示し始めたのかを探ったにとどまり、「新しい刑法学」の性格をどのように位置づけるべきかについてはその多くを今後に譲らざるをえなかつたという点である。したがって、例えば、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という動きに関して、それが「六〇年代」の後半から大きく前進する、「高度経済成長政策」の生み出した諸矛盾に対して国民の生活と生存を守る闘い、とりわけ公害反対や消費者保護などにみられる住民運動・市民運動⁽²⁾とどのような関係に立つのか、あるいはまた政治倫理の確立などに向けられた同種の運動とどのような関係に立つのか、といった右の本質規定に直接つらなるような重要な問題⁽³⁾の掘り下げは未だそこでは留保されている。それは他の動きに関しても同様である。

予告的にいえば、それは次稿以降における主要な課題の一つということになるが、しかしながら、このような断片的な特徴づけによっても、支配的な刑法学にある種的地殻変動が起きつつあったと結論することだけは可能であろう。とすれば、我々の当面の課題にとって重要なことは前述のような変化が支配的な刑法学の近代刑法史研究に

如何なる影響を及ぼし始めたのかということになるが、少くとも表面的にみる限りでは、この期の近代刑法史研究全般に右の影響を認めることはできない。むしろ、この期の近代刑法史研究一般によれば、戦後第二期の、すなわち木村、植松、団藤各博士あるいは大塚教授などのそれに代表される近代刑法史研究の水準が^④基本的には保持されたといえよう。ただし、この期においては上記の諸家に加えて福田教授や莊子教授などによってその刑法理論の到達点を示す体系書が順次、発表され、そのなかでその刑法理論が従来のそれと如何なる関係に立つのかを明らかにするという問題意識から近代刑法ないし刑法学の発達に関する各自の見解が簡潔に叙述されているが、^⑤個々の叙述における微妙なニュアンスの相違にもかかわらず、これらはいづれも、「啓蒙主義刑法理論」と「ドイツ旧派(後期旧派)刑法理論」との間に看過しがたい一定の差異が存することに注目しつつも、結論的には近代刑法学の発達における主要な対抗軸を後者の「ドイツ旧派(後期旧派)刑法理論」と「新派刑法理論」とのいわゆる「学派の争い」に措定し、その「止揚」のなかに自らの刑法理論の進むべき方向を見出す、という従来の一般的図式を依然としてその骨組みとしていたという意味において、教科書的叙述に伴なう各種の制約の存在という事情をそこから割り引かなければならないとしても、基本的には戦後第二期の「学派の争い」の「止揚」という観点からの近代刑法史研究と同一の範疇に属するものと位置づけても必ずしも誤りではないように思われるからである。

もっとも、大勢はそうだとしても、この期の近代刑法史研究に前述の影響を全く汲みとることができないという訳でもない。右の影響との関連で見逃すことができないのは藤木英雄『刑法(全)』(昭和四二年)、および時期的には少しずつれ次の戦後第四期に発表されたものであるが、同『刑法』(昭和四六年)である。

ただし、見逃せないというのは、そこで近代刑法ないし刑法学の発達が詳述されているという意味ではない。量的にみても、近代刑法ないし刑法学の発達に該てられた紙幅はそれ程、大きくはない。むしろ反対に、教科書全体に占めるその枚数的割り合いは、前述の体系書に比すとより小さいとさえいってもよからう。そもそもそこで、「刑法ないし刑法学の歴史」といった類の項目は独立にたてられておらず、「刑法と刑罰理論」⁽⁶⁾あるいは「刑法の意義および理論的基礎」⁽⁷⁾という項目のなかでそれが簡単に振り返られるにとどまるのである。また質的にみても、個々の記述それ自体には特に目新しい点はみあたらない。藤木教授によれば、「主観主義刑法理論」と「犯罪徴表説をとる新派刑法学理論」の、そしてまた「客観主義刑法理論」と「伝統的な応報主義の刑法理論」の結合は必ずしも論理必然的なものではなく、その時代の社会状態のもとでの歴史的結合にすぎないとされ、他方、刑罰の基本観念においても、「目的主義」を「初期の目的主義」と「近代派の目的主義」に二分された上で、実は応報刑主義論者の多くは応報としての刑罰が同時に犯罪の一般予防的效果をもつことを重視し、「初期の目的主義」としての「一般予防主義」と結びついていた(相対的応報理論)とされるが、しかし、このような見解も藤木教授の独創になるものということはできない。けだし、これらは既に前述の近代刑法史研究によって明示的にせよ黙示的にせよ指摘されていた点だからである。⁽⁸⁾

藤木教授においては近代刑法史研究に対してあまり関心が払われていないようにみうけられるが、とすれば問題はこのような消極的態度が何に由来するののかということになる。しかし、それはある意味では解答の容易な問題である。けだし、藤木教授によれば前述の「刑法と刑罰理論」あるいは「刑法の意義および理論的基礎」のなかで右

要なことは何が違法な行為であるかについては両派がその認識を共通していたということであり、これまでの「学派の争い」を中心とした刑法理論の興味の重点が、体系構成上の論争を別にすれば、実質的論点としては責任論あるいは刑事政策論におかれており、違法な行為とは何かが特に争われなかったということである、と総括されるのである。

これが「刑法と刑罰理論」あるいは「刑法の意義および理論的基礎」における藤木教授の論理展開であるが、これによれば藤木教授が近代刑法史研究に対してあまり関心を払われなかったその理由も既に明らかであろう。すなわち、(一)戦後刑法学を永きにわたって支配してきた「学派の争い」の「止揚」の動きは、新派刑法学の長所をとり入れつつ基本的に旧派刑法理論に立って刑法の解釈、運用を行なうという形で一応の終息をみた。しかし、その反面、今日では、社会変動の急速な進行・価値観の多元化に伴ない、これまでにはみられなかったような全く新しいタイプの問題が浮かび上がってきてきつつあるのである。現代社会型犯罪がそれであり、これとの関連で罰せられるべき行為とは何かを改めて問い直さなければならないという情況がそれである。(二)その意味では、現代における刑法理論の課題は、もはや右の「止揚」ではなく、その一步先に、つまり現代社会型犯罪への理論的対応とりわけ処罰の対象となる行為の輪郭をはっきりさせる点にあるといえよう。(三)ところが、このような観点からみた場合、「学派の争い」を構成した旧派刑法理論も新派刑法理論も右の理論的対応のための何ら有効な鍵を我々に与えてくれるものではない。けだし、「学派の争い」において実質的争点とされたのは責任論や刑事政策論だったからであり、その前提ともいえるべき罰せられるべき違法な行為とは何かという点に関しては両派はむしろ共通の土俵に立って

たからである。両派はそれを自明のこととして伝統型犯罪に求めていたのである。という認識がそれである。そして、それは何よりも藤木刑法理論の本質に深くかかわっていたといえよう。近代刑法史研究に対する消極的態度の背後にはこのような重大な認識が隠されていたのである。

とすれば、我々はまた、このような認識のなかに近代刑法ないし刑法学の発達に関する藤木教授の独自の見解が秘められていたことに注目しなければならぬであらう。ただし、ここでは「学派の争い」に関してその問題設定の「前時代性」という、したがってまたそこからの「完全な別離」の必要性という観点がはっきりと前面に押し出されているからであり、更には「学派の争い」の「止揚」の動きについても右の観点が維持されているようにみうけられるからである。従来の「学派の争い」の「止揚」という観点からの近代刑法史研究にはみられなかった新しい傾向ということが可能であらう。個々の記述には特に目新しい指摘が認められないにもかかわらず、本稿が藤木教授の前記著作をもって見逃せないとした真の意味もこの点に存する。

しかしながら、右の新しい傾向に関しては次の留保が必要であらう。すなわち、その第一は、藤木教授によればその刑法理論の基本的な課題が「学派の争い」の「止揚」とは異なる平面、つまり「刑法における市民法学的研究方向の推進」にある旨が繰り返し主張されるにもかかわらず、「学派の争い」に象徴されるような近代刑法の特殊日本的、後進国型の発展や「新派刑法理論」による刑法の「帝国主義化」を歴史的に反省しようという姿勢は何故かうかがえないという点である。そこでは、前述したように、依然として近代刑法ないし刑法学の発達における主要な対抗軸が「学派の争い」に置かれるとともに、「応報刑主義」に関しても、「応報刑主義は、刑罰の具体的な内

容について積極的なものをもたらし得なかつたが、目的主義の逸脱を抑制し、刑罰を正義の観点からは認でざる程度に止まらせるという点において、歴史的にも重要な役割を演じた……」⁽¹¹⁾と評価されるのである。刑法における伝統的な国家主義を批判するという観点から「応報刑主義」を厳しく論難された平野博士と比べると、それは対照的であるとすらいえよう。更には、ここでは、前述の諸家にみられるような、「新派刑法理論」成立の歴史的背景に關する、「一九世紀後半に入ると、資本主義が次第に高度化するにともない、ヨーロッパ大陸においては犯罪の驚くべき増加、ことに累犯の激増という現象が出現した。ドイツにおいても、一八五〇年代からようやく勃興はじめたドイツ資本主義が七〇年代に入つて、産業革命を経過して、工場の技術化が完成し、部分的に独占資本主義形態が出現をみるに至り、……プロレタリア階級の發生は、常習犯、累犯、少年犯罪の激増という現象を産み出した。」⁽¹²⁾等の記述さえも落ちているのである。個々の歴史分析のなかに右の反省を見い出すことは何故かできないのである。

他方、留保しなければならないことの第二は、藤木教授によれば「刑法における市民法学的研究方向の推進」の具体的内容の中心が「現代社会型犯罪」に対する「市民法学」的対応に措定されるものの、その必須の前提作業ともいふべき、「現代社会型犯罪」のもつ歴史的性格、とりわけ前述したような刑法状況の「二重の反動化」との關係を如何におさえるかという問題の分析は特に試みておられないという点である。むしろ、「現代社会型犯罪」を批判的に検討することなく、所与の前提としたうえで、ただその処罰の対象となる行為の輪郭だけをはっきりさせることによって刑法の保障的機能との調和を図ること（＝「積極的罪刑法定主義」）をもって右の「市民的」対応

と理解しておられるかのような印象をうける。例えば、そこでは、刑法の特殊日本の発展と「現代化」に関する平野博士におけるような、社会の近代化が未だ十分に実現されたとは必ずしも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容認しつつも、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するような歯止めも特に付されていないのである。ここでも、近代刑法の特殊日本の発展や「新派刑法理論」による刑法の「帝国主義化」の克服という課題の意識において問題を考えようというような姿勢はうかがえないのである。

それでは、このような楽観的な態度はどこからくるのであろうか。思うに、藤木教授によれば、「新派刑法学の長所をとり入れつつ、基本的に旧派刑法理論に立って刑法の解釈、運用を行なうのが、現在の刑法理論および実務の支配的傾向であると言ってよい。」⁽¹³⁾とのその現状分析において暗示されているように、戦後のわが国においては「学派の争い」の「止揚」の動きなどによって、近代刑法の特殊日本の発展や「新派刑法理論」による刑法の「帝国主義化」を克服するという課題は既に達成されており、その意味で、刑法の「現代化」に際して平野博士の示されるような警戒はもはや不要だと楽観的に考えられたためではなからうか。そして、このように解すると、藤木教授の歴史分析には、近代刑法の特殊日本の発展や「新派刑法理論」による刑法の「帝国主義化」を歴史的に反省しようという姿勢は何故かうかがえない、という前述の疑問もただちに氷解するのである。というのも、このような判断に立てば、その歴史分析において右の反省をことさらに再現しなければならぬ積極的な理由はなくなるから

である。その意味では、藤木教授の立場では、「刑法における市民法学的研究方向の推進」¹⁴という課題と現実の歴史分析との間には何ら乖離は存しなかったといえよう。その「市民法学」的立場とは、近代刑法の特殊日本の発展や「新派刑法理論」による刑法の「帝国主義化」を歴史的に反省し、この反省に立脚して構築されるところの「市民法学」的立場を意味しなかったからである。

確かに、「学派の争い」の「止揚」の動きによれば、近代刑法の特殊日本の発展や「新派刑法理論」による刑法の「帝国主義化」を克服するという課題に対して一定の取り組みがなされたことは、藤木教授の暗示される通りであろう。主観主義刑法が要請する性格の危険性除去や早期の刑罰権の干渉といった考えに対する警戒から客観主義刑法が支配的となり、主観主義刑法の退潮は否定すべくもなく、と同時に右の客観主義刑法に対しても、その内蔵してきた前近代的要求の排除という形で、一定の反省が迫られることになった、という事実のもつ重要性を忘れてはならないということは、確かにその通りであろう。¹⁵しかしながら、これをもって藤木教授のように右の課題は既に過去のものになったという評価までも導くとすれば、それは行き過ぎであろう。ただし、上記の取り組みに關してはその「受動性」「消極性」を、したがってまた「微温性」を払拭しきれないからであり、更には、何よりも刑法全面「改正」作業に示される戦後刑法状況の展開がこのような楽観的な態度を許さなかったからである。右の評価には問題があるといわざるをえないように思われるが、とすれば、「新派刑法理論」の歴史的性格の、そしてまた近代刑法の特殊日本の発展の分析が不足したために、歴史的範疇としての「新派刑法理論」をもってその理念的範疇たる「人道主義的主観主義」と同視し、その結果、「新派刑法理論」による刑法の「帝国主義化」一般のみ

ならず、特殊日本の「帝国主義化」をも刑法の「人道化」として美化するに終った牧野博士における悲劇の遠因の一つともなった、「法の解釈がその変化につれて進化して行かねばならぬとされる『社会の要求』なるものの実体と歴史的性格に対する分析不足」⁽¹⁶⁾、つまり「無史観」⁽¹⁷⁾という批判が藤木教授に対しても成立するのではないか、という危惧が生じることになり、ひいては、この「無史観」の故に「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」⁽¹⁸⁾という疑問にさえも遭遇することになるが、これが留保しなければならぬことの第三である。しかしながら、この問題をここで検討することは適当ではなからう。ただし、それはとりもなおさず、次の戦後第四期に「新しい」刑法学の名の下に総合をみせ始める藤木刑法理論の全面的検討に入ることを意味するが、ここでの課題は戦後第三期における近代刑法史研究の考察にとどまるからである。ここでは、このような問題の存在の予告にとどめるのが適当であろう。

ただし、ここでも次の結論を導くことだけは可能であろう。すなわち、それは藤木教授の近代刑法史研究の系譜にかかわるが、歴史分析と現状分析とは表裏一体の関係に立つという意味において、その現状分析の「甘さ」はその歴史分析の「甘さ」をも同時に帰結するという点、それである。これを具体的にいえば、歴史的反省をことさらに強調する必要はないというその判断のなかに、実はその歴史的反省の弱さが内包されていたという点、それである。先では藤木教授の近代刑法史研究における新規性を説いてきたが、ここに至ると、右の新規性にもかかわらず、藤木教授の近代刑法史研究と従来の支配的な近代刑法史研究との間には、この歴史的反省の弱さという点で一定の連続性が存することが顕在化してきたといえよう。その意味では、藤木教授の近代刑法史研究をもって客観

的には「学派の争い」の「止揚」という観点からの近代刑法史研究の発展線上に把えることは、あながちの外れでもないように思われる。

以上、支配的な刑法学における近代刑法史研究を簡単にみてきたが、最後に補足しなければならないことは、支配的な刑法学における近代刑法史研究は次の戦後第四期以降になると、犯罪論や刑罰論上の個別問題に関する学説の発展、とりわけドイツにおけるそれを詳細に跡づけようとする論稿が増加するものの、「史観」を射程とする研究は全体としてみればむしろ低調となるが、そのような意味の学説「史」つまり「歴史」と遮断された諸学説の「時間的配列」を除けば、次第に薄らぎつつあった、という点である。その「止揚」説の歴史的必然性を基礎づけるという観点から近代刑法史に積極的に取り組み、一つの「史観」を呈示することによって学界に対して大きな影響力を誇った前述の諸家にみられるようなそれから、自己の刑法理論をもつてはや「止揚」説と異なるものと位置づけ、そこから「学派の争い」、更にはその「止揚」の動きの「前時代性」を強調するとともに、たとえ徹底的にせよ前述の諸家には意識されていた近代刑法の特殊日本の発展の克服などの課題に関しても、もはやそれは達成されたとして、この両方の意味から近代刑法史に対して積極的な取り組みを示さなくなる藤木教授にみられるようなそれへと、支配的な刑法学における近代刑法史研究の中心が静かに変わりつつあったことを物語るものと解しえようか。とすれば、少くとも表面的にはこの期の近代刑法史研究に支配的な刑法学における新しい動きの影響を認めることができなかつたことも、このような消極的な変化との関連において理解することが可能とならう。そして、それはこれ

以降、近代刑法史研究が従来のようなある「史観」対ある「史観」の対立という形の「激しい対決の時代」¹⁹から、「無史観」対「史観」の対抗という、その意味では表面的にみれば顕著な対立関係を抽出し難い「静かな対決の時代」へと向かいつつあることを予感せしめるものであった。

ともあれ、支配的な刑法学における近代刑法史研究は、刑法の「民主化」という観点からの近代刑法史研究による批判に加え、平野博士の近代刑法史研究の登場などもあって、この期に入るとその影響力が急速に後退することになったが、この点は以下でみることにしよう。

- (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』十卷三号「昭和五四年」一頁以下)及び「同(五)」(『神戸学院法学』一二卷三号「昭和五六年」三五頁以下)参照。
- (2) 渡辺洋三他編『現代日本法史』(昭和五四年、岩波書店)一三二頁。
- (3) なお、予知的にいえば、この問題における中心的な論点の一つは、右の動きによればそれが何よりも現代刑法状況への「市民的」対応、すなわち「市民の要求」に立脚するものだと主張をどのように評価するかという点にあるように思われる。ただし、「戦後」の国家主義、とりわけこの期以降のそれは他方で、「市民的」外皮をまとう傾向にあり、ここに「戦前」の国家主義から区別される「戦後」の国家主義の、ひいてはまた「現代型ファシズム」のもつ複雑かつ巧妙な一側面が存するように考えられるが、とすれば右の主張をもって単なる「市民的」外皮にすぎないと評価するのか、あるいは文字通り「市民的」対応と客観的にもいいうると評価するのが問題となるからである。もちろん、その結論は、右の動きのもつ積極的側面と消極的側面とをその方法論をも含め個別問題ごとくに正確に測定することによって始めて可能となるのであって、国家によって誘導されうる「市民の要求」との表面的な符号性のみに目を奪われてはならないことは改めて注意するまでもなからう。

- (4) 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』九巻四号「昭和五四年」)一九〇頁以下参照。
- (5) 例えば福田平「刑法思想の歴史的展開」(『刑法総論』「有斐閣、昭和四〇年」五頁以下)、木村亀二「近代刑法学の歴史」(『刑法総論』「青林書院新社、昭和四四年」一五頁以下)、莊子邦雄「刑法の歴史」(『刑法と保安処分』「刑法総論」「青林書院新社、昭和四四年」一五頁以下)などがそれである。
- (6) 前掲『刑法(全)』「有斐閣」一頁以下。
- (7) 前掲『刑法』「弘文堂」二頁以下。
- (8) なお、藤木教授によれば、後に『新しい刑法学 刑法の現代課題』「有斐閣、昭和四九年」に収録された昭和四七年六月のNHKラジオ市民大学講座における「犯罪と刑罰」という表題の放送のなかで、近代刑法ないし刑法学の発達を回顧されており、更に昭和五四年に発表された「刑法における学派の対立―旧派・新派、客観主義・主観主義―」(『ジュリスト増刊・刑法の争点』四頁以下)のなかで右の作業をより詳しく行っておられるが、これらは、とりわけ後者はその発表された時期からみて藤木刑法の歴史理論の到達点を示すものと位置づけることが可能であろう。もっとも、その基調は前記『刑法(全)』や『刑法』と同様であって、この意味では『刑法(全)』や『刑法』においても既に右の歴史理論の重要な部分が現われていたとみることは必ずしも誤りではないように思われる。本稿が『刑法(全)』や『刑法』をもって藤木教授の近代刑法史研究を採る有力な手掛りの一つとする理由もこの点にある。
- (9) 前掲『刑法』一四頁。
- (10) 同一五頁。
- (11) 同七頁。
- (12) 前掲・福田平『刑法総論』一四頁以下。
- (13) 前掲「刑法における学説の対立―旧派・新派、客観主義・主観主義―」六頁。

- (14) 前掲『刑法』一五頁。
- (15) 三井誠「刑法学説史(二)日本・戦後」(中山研一他編『現代刑法講座第一巻刑法の基礎理論』(成文堂、昭和五二年))一五五頁以下参照。
- (16) 佐伯千仞・小林好信「刑法学史」(『日本近代法発達史II』(勁草書房、昭和四二年))五一頁。
- (17) 平野義太郎「史観と法律史の方法」(『法の研究』創刊号「昭和八年」、後に長谷川正安・藤田勇編『文献研究・マルクス主義法学〔戦前〕』(日本評論社、昭和四七年)一七頁以下に再録)参照。
- (18) 木田純一『戦後日本の刑法学』(一粒社、昭和四七年)一一四頁。
- (19) 前掲・拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究(三)」一一三二頁。

二 支配的な刑法学における近代刑法史研究の変化をもつて以上の如く特徴づけようとすれば、この期の近代刑法史研究における大きなうねりはむしろ刑法の「民主化」という観点からのそれに求める方が正確かもしれない。この期に入るとそれまでの成果を基礎として新たな飛躍が図られることになったからである。そして、これがこの期の「民主主義刑法学」の動きと密接に関わっていたことは既に述べたところである。すなわち、そこでは、「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ー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。』という問題意識から、「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からであり、そこから、(一)戦前のわが国における近代刑法の特殊日本の発展の過程を学説史や思想史あるいは立法史をも含め総体としてわが国の近代史(『近代資本主義発達史』)との対応において明らかにすること、(二)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か、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)を明らかにするとともに、これとの関連で、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、などが「民主主義刑法学」における歴史研究の主要な課題として設定されたからである。その意味では、歴史研究は「民主主義刑法学」にとってその本質的部分を構成するものを位置づけられていたといえよう。⁽¹⁾

ところで、刑法の「民主化」という観点からの近代刑法史研究によれば、戦後第二期に、戦後治安立法の復活^{II}再編に対応して、右の戦後治安立法と実質的な深い歴史の連続性を有する戦前の「天皇制治安立法」の分析が再開され、「天皇制治安立法」に関する一般的図式が導き出されたものの、時間的制約もあって、多くの重要な問題が

後日の課題に譲られることになったと前に指摘したが、この期に入ると、「民主主義刑法学」において治安立法研究がようやく本格化を迎えるなかで、これらの問題もいよいよ手がつけられることになった。例えば、宮内裕「治安警察法序説」(一)(三)⁽⁴⁾「昭和四一—四二年」および同「天皇制と治安法制」(昭和四三年)などがそれである。

これによれば、「天皇制治安立法」についての本格的な検討に着手されることになったが、しかしながら、ここで重要なことは、前にも注意したように、右研究の意義がそれだけにとどまるものではなく、壮大な構想を立てておられた「天皇制刑事立法史」分析のいわば出発点ともなるべきものだったという点である。けだし、宮内教授によれば、「治安立法において、刑罰権の最も本質的なものが典型的にとらえられる」と考えられ、このような視点から「天皇制刑事立法史」分析の軸が「天皇制治安立法」に措定されたからである。前者の「治安警察法序説」の「序言」が、『講座日本近代法発達史』(昭和三三年発刊開始)によって採用された、明治維新以降敗戦までの日本の法体制の発展を(一)第一期 法体制準備期(明治維新—明治二二年)、(二)第二期 法体制確立期(明治二二年—大正三年)、(三)第三期 法体制再編期(大正四年—昭和六年)、(四)第四期 法体制崩壊期(昭和七年—昭和二〇年)、の四期に時代区分する方法を刑事立法の分野にもあてはめて、「天皇制刑事立法」の発展を同じく四期に区分し、各期におけるその動きのことも問題点を一般的に抽出するとともに、「天皇制治安立法」の発展に同じく同様のことがいえるとして、(一)集会、結社の規制に関する、(二)新聞紙、出版物の規制に関する、(三)軍事的観点からの、(四)その他、特高警察の法的手段としての、「天皇制治安立法」の各期における発展を本論に先立ち予め方向づける作業に該てられていること、更にはまた、宮内教授の遺稿となった「集会結社規則—集会条例から治安警察へ」が、「治

安警察法序説」を受けて、法体制準備期から法体制確立期に至る刑法典の発達のもつ問題点を同期の「天皇制治安立法」の動きとの関連において予め指摘する作業から出発しており、それが右遺稿の序説に当たる部分とされる後者の「天皇制と治安法制」の中心的内容をなしていること、などからみても、それは明らかであろう。これらは、宮内教授の「天皇制治安立法」研究の目的がどこにあるのかを如実に示すものであったといえよう。

もっとも、宮内教授によれば、「大まかにみて天皇制治安立法は、明治憲法制定以降、各種の領域に広がり、各段階の新たな立法が錯そう重複して、次第にぼう大な体系を形成するにいたったものである。天皇制統治機構の中でその全体系を把握し、相互の関係を明らかにし、また近代法発達のなかにおけるその位置をとらえたと共に、その役割を明確にすることは、大変な難問題であるように思われる。」⁷⁾として、「治安警察法序説」などではひとまずその検討対象を限定され、「天皇制治安立法」研究の始めとしてとりあえず集社、結社規制の「天皇制治安立法」、それも法体制準備期から法体制確立期に至るそれを、すなわち「治安警察法制定前史」を取り上げられることになった。したがって、同時期の刑法典がどのような動きを示したのか、そしてそれは集会、結社規制の治安警察法への発展とどのように対応していたのか、といった宮内教授にとっていわば究極的な課題の検討は、問題設定的なそれを除けば、ここでは慎重に留保されておられるといえよう。前述の「天皇制と治安法制」における問題点の指摘も、基本的にはこのような意味においてうけとめることができるように思われる。

さて、「治安警察法序説」であるが、宮内教授は、「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」とする治安立法の分析にとっては、特に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における守られるべき治安の政治的内容ないし性格の解明が必須の前提でなければならない、この方法論から、まず始めに法体制準備期における明治藩閥政府の「治安体制」を問題とされ、平野義太郎『日本資本主義社会の機構』（昭和二四年）に依拠しつつ、「以上のような本源的蓄積の過程と階級関係から、法体制準備期の全過程をいろいろるものは、農民一揆、騒擾事件と自由民権運動に対する明治藩閥政府の治安体制であった」ことを再確認される。そして、次に宮内教授は、「治安立法を考えるべきは、単に法律の形式だけでなく、その運用を担当する国家機構の性格が決定的に重要であり、これとの有機的関連なくしては正しく理解されない」という分析視角から、「天皇制治安立法」の運用主体としての「軍事機構」と「警察機構」の問題に進まれ、先進資本主義国がブルジョア革命の過程で武器を手にした国民から近代的軍事力が作られていくのと違い、富国強兵の要請の下に明治政府が上から作り上げていった「皇軍」の創立過程と秩父暴動（明治一七年）などにおける「軍事弾圧」の歴史を跡づけられるとともに、とりわけ後者の「警察機構」については豊富な資料を駆使して本格的な検討を加えられる。すなわち、ここでは、「警察機構が、天皇制統治機構の中核としての原型を確立するのは、明治憲法制定前後と考えられるが、それまでの発展段階は大まかにみて、大政奉還から廃版置県までの段階、司法省管轄の時代（明治四年から六年）、内務省移管以降（七年以降）と分けてみる事ができる。」との時代区分の上に、「警察機構」の「原型的完成」に至る過程が各段階ごとに詳細に考察され、そのまとめとして、右のようにして完成された「警察機構」の「機能上の特徴」が整理されたからである。少し長くなるが、右の整理を紹介することにしよう。（一）警察は広範な権限をもっていた。政治警察・司法警察の作用と並んで、広範な行政警察的権限をもっていた。それは

戦後のわが国における近代刑法史研究(六) 内田

まさに「日本の執行部中の最も重要な機関」と評されるべき所以のものであり、「その影響力をすべての家庭の中心まで拡張し、誕生から生にいたるまで日本国内のあらゆる個人生活の日々に綿密な細目の上に絶えざる監視の目をみはっていた」ところの権限でもあった。他方、このように広大なすそ野をもつ警察は極度の中央集権警察でもあった。それは、たとえみせかけにせよ「地方自治」に対抗する中央政府の「触角」としての意味をもっていた。(一)警察は更にその思想において幾つの特徴をもっていた。天皇主義的、国家主義的、帝国主義的立場に立って警察の使命、意義を論じる思想がそれであり、人民をもつて幼者とみて、そこから保傳の役割を警察にあてがう思想がそれである。それは人権の承認とその上に人権の保護という職能の自覚とは全く無縁のものであり、後見人的思想であった。(二)警察は、当初から政治的目的を追求していた。近代国家形成の過程で、軍事機構が確立し、次第に軍事機構から警察機構が分離独立し、近代的警察と行政警察の観念が明確化して行く過程で、いわゆる政治警察もその観念を明確化して行った。我々は、国事警察から高等警察への政治警察概念の発展の過程において治安政策の経緯の総括をみる事ができるように思われる。(三)ところで、このような政治警察の機能の最も重要な特徴としてはスパイ活動をあげなければならない。その伝統は戦後の警備情報の収集活動へと引き継がれるのであるが、その原型は既に明治の警察により完成されたとみられるであろう。(四)警察が人民の個々の家庭を監視するに当り決定的な法的手段となったのは、「戸口調査」の制度である。全人民を警察監視の網の目の下に置くこの体制は、天皇制政府の治安体制として不可欠の作用を果たした。(五)「戸口調査」をもって人民の日常の動静に深く食いこんでいった明治政府の警察は、「警察裁判権」の権力的手段を手中にすることによって人民を威圧した。以上が宮内教授の整理

であった。

宮内教授によれば、このような予備作業の後、いよいよ本題に入られ、集會結社規制の治安警察法への發展を自由民権運動との対応関係において位置づける作業を開始される。ただし、そこでは右の作業に先立ち一章が設けられており、「もつとも有司専制政府の自由民権運動に対する治安立法的対応関係は、……新聞・出版規制にはじまる。むしろ集會条例は、自由民権運動の發展に対応して、有司専制政府の治安政策・治安立法が、出版・新聞紙規制から、新しい段階に發展したものとみることができ⁽¹²⁾。」という理解の下に、明治一〇年までの治安政策を特徴づけるものとしての新聞紙・出版規制が同じく初期の自由民権運動との対応関係において意義づけられる。そして、これをもって、「初期の自由民権運動は、土族インテリゲンチヤによって担われていた（土族民権）。……したがってその運動も、少数のインテリゲンチヤの建白書・新聞等による政府批判に止まり（未だ大衆の多くは新聞を読めなかつた）、その下に大衆を組織することはできなかつた。したがって政府は、農民暴動に対して軍事弾圧を、地域的土族暴動に対しても軍事弾圧を、そして啓蒙的自由民権の主張に対しては、言論規制をすれば足り、未だ集會規制はその治安政策として必然性をもたなかつたと思われる。」と結論される⁽¹³⁾。いわば、ここでは初期の「天皇制治安立法」の性格とその機能が検討されたといえよう。

集會結社規制の治安警察法への發展に対しては三章があてられているが、それは明治一一年七月一五日太政官布告二九号から出発し、集會条例（明治一三年四月五日太政官布告一二号）、集會条例の改悪（明治一五年六月三日太政官布告二七号）、保安条例（明治二〇年一二月二五日勅令六七号）を経て、集會及政社法（明治二三年七月二

五日法律五三号)へと着実に進む。しかしながら、右の作業は予定の治安警察法(明治三十三年)にまで迫りつくことなく、突然うちきられることになった。けだし、資本主義の発展と新たな階級関係の形成に伴う労働運動・農民運動に対する新たな治立法的対応としての集会及政社法から治安警察法への発展過程については「他日の機会をまちたい」とされることになったからである。なお、前述の「集会結社規制―集會条例から治安警察法へ」はその表題からみて恐らく右の残された作業を補充することをその内容としていたように推測され、この意味から注目されるが、しかしながら、これも今日まで未刊であるため、その内容を知ることができない。

宮内教授の「治安警察法」研究はこのようにして未完に終った。のみならず、それがその後、教授自身によって完成されることもなかった。いうまでもなく宮内教授が急逝されたからである。そして、それは、ようやく緒に付いたばかりの刑法の「民主化」という観点からの「天皇制治安立法」研究全体の、ひいてはそれは軸とした「天皇制刑事立法史」研究全体の中断をも結果することになった。この期の刑法の「民主化」という観点からの近代刑法史研究が未だ特定の研究者による個人的努力にその多くを依存していたことを示すものといえよう。なお、予知的にいえば、その一部は中山研一「戦前治安法の体系と思想」⁽⁴⁾(昭和四五年)等によって次の戦後第四期に実現されることになるが、ここで重要なことは、前述の「天皇制と治安立法」における、「天皇制治安立法」の発展がその基礎法たる刑典法の発展とどのような関係に立つのかという点に関する現行刑典の制定過程を対象とした問題設定的分析が、「治安警察法序説」にみられる分析視角と並んで、共に継承されており、それが右の実現のための有力な手掛りとなっている点である。けだし、そのことは、「天皇制治安立法」を軸とする本格的な「天皇制

刑事立法史」研究のためのいわば基礎理論が既に戦後第三期に、宮内教授の未完の前記研究などによって確立されていたことを意味するといえるからである。

とすれば、残された「天皇制と治安法制」をここで改めて、もう少し詳しくみておくことが必要とならう。ところで、同論文によればその第二章「刑法典の発展と治安立法」で上述の問題設定的な分析が展開されているが、ここでは、新律綱領・改定律令から旧刑法・現行刑法への刑法典の発展が、犯罪類型を中心とした検討を通してまず始めに次のように段階づけられる。(一)新律綱領はもちろん典型的な封建刑法ともいうべき「幕藩」刑法とはちがうが、その重点は多分に封建的従属関係・身分関係に置かれていた。明治三年新律綱領制定に続いて、その部分的改定が行なわれ、明治六年改定律例と発展するが、この基本的性格は変化しなかった。その本質はブルジョアの刑法要求とは縁の遠いものであり、そこにまた、「断罪無正条」「不応為」条項の根拠があった。(二)明治一五年一月一日施行の旧刑法の基本的性格はブルジョアの刑法要求を具体化したものであり、自由・私的所有・安全というブルジョアの刑法要求がそこでは独自の法益として登場する。もっとも、ここで注意しなければならないことは、天皇制確立の過程で有司専制を追求する政治権力の意思は刑法的にも反映され、抽象的たるべきブルジョア国家の刑法的保護は、皇室に対する罪を国家犯罪の頂点とすることにより「人格」化し、「身分」化したことである。家族関係における身分秩序がほぼ全体的に後退したものの、祖父母父母に対する罪については身分的加重が残されており、「有夫ノ婦姦通」が可罰的とされていること等も同様の観点から理解することが可能であろう。それはまさに天皇制刑法における天皇危害罪・不敬罪と対応するものというべきであり、その限りにおいて封建的身分秩序は残存し

たからである。他方、注意しなければならないことの第二は、新律綱領以来の大衆運動とくに農民一揆弾圧の主要な法律的武器であった「兇徒聚集罪」がそこでも放棄されず、抵抗罪の一種とみるべき新律綱領の「拒殴官司差人」の規定も、近代的な形式をととのえて第一三九条以下の公務執行妨害罪の類型となり、改定律令の罵官吏律や罵官吏条例がその第一四一条において整理されていることであり、更には、新律綱領職階律にみられるような支配機構内部における身分的秩序・忠勤義務の刑法的保護を全面的に削除した代わりに、新たに軍事弾圧における支配者意思の貫徹を保障しようという観点から陸海軍将校不服従罪等を新設したことである。注意しなければならないこと第三は、有司専制政府は未だ旧刑法制定の段階では労働問題を治安問題として実感をもって意識していなかったが、刑法典のブルジョア化の過程でその不可分の一体として導入された工業妨害罪が旧刑法施行後一〇年余りにして適用され始めるに至ったということである。(三)旧刑法そして治罪法は、明治一五年から施行されたのであるが、天皇制支配体制の構築を急ぐ有司専制政府はこれらの法律に対して批判的であり、また旧刑法違警罪と治罪法は、従来の違式註違条例と警察裁判権を否認したにもかかわらず、政府は早くもそれを排除して警察裁判権を保持し、やがて明治一八年違警罪即決令としてこれを固定化している。(四)明治四〇年現行刑法は一八七〇年ドイツ刑法の継受というよりは、一八七〇年刑法典に対する主観主義的批判を継受したもので、当時の世界のブルジョア刑法の立法例としても珍らしく主観主義化したものであった。日清・日露の戦争を経て、帝国主義的進出を着々と準備するがたわら、産業資本主義から急速に独占資本主義の段階に突入しつつあるわが国の支配階級がこのような主観主義刑法をとることを必然的なものたらしめたのであった。ある意味では、法体制再編期を先取りしたものとともいえる。

それは本来法規に超越するものを本質とする天皇制支配機構にふさわしいものであると同時に、独占資本の支配体制を固めるのにもふさわしいものであった。このように明治四〇年刑法典は、帝国主義段階における資本主義秩序を維持するための法形態へと発展すると同時に、旧刑法と同様、天皇制支配秩序の刑法的保護を継承し、皇室に対する罪と家族制度の刑法的保護をほとんどそのまま維持し、天皇制支配体制を防衛しようとしているのである。

紹介がかなり長くなってしまったが、これが新律綱領・改定律令から旧刑法・現行刑法への刑法典の発展に関する宮内教授の段階規定であった。そして、宮内教授は、「以上の概観からわれわれが……注目させられるのは、国家刑罰権・刑事法の領域では、……既に明治三年新律綱領から法典化に着手していることである。」⁽¹⁵⁾「明治政府は幕藩体制に対する攻撃として、封建刑法にかわって中央集権的刑法典をいそぎ、権力掌握の一環として刑罰権を自己の手中におさめようとした努力のあらわれともみられるだろう……。」⁽¹⁶⁾「明治一三年刑法も近代刑法典としては、他の法領域に比してはるかに先行したものであったし、また明治四〇年刑法典も明治憲法下近代的法典編纂作業が他の法領域で展開される過程で（明治二九年民法典、明治三二年商法典）、早くも、帝国主義段階のブルジョア刑法への移行を遂げている。」⁽¹⁷⁾と指摘され、右の段階規定のまとめとされる。

もっとも、この段階規定自体をもって、この期の刑法の「民主化」という観点からの近代刑法史研究の成果とみることはできない。けだし、宮内論文では何故か言及がないが、このような段階規定自体は既に古く戦前の、例えば平野義太郎「刑法発達史についての一考察」（昭和一〇年）等はその原型を求めることができるからである。⁽¹⁸⁾旧刑法の本質規定に際して宮内教授が注意された諸点も、既に右の平野論文によれば旧刑法のもつ「絶対主義的色彩」

あるいは「日本資本主義の下における非民主的性質が、したがって政治形態がもつ特質」が最も強く反映している罪として性格づけられていた点だからである。ただし、基本的にはそうだとしても、そこに微妙なニュアンスの相違を認めることは可能であろう。例えば、何が旧刑法の急速な編纂を必要たらしめたのかという問題に関して、平野論文によれば条約改正のための法律体制の整備という対外的要因が強調されるのに対して、宮内論文では治安体制の確立という対内的要因が重視されているようにみうけられる、等の点がそれである。

しかしながら、ここで重要なことは、新律綱領・改定律令から旧刑法・現行刑法への刑法典の発展に関する個々の段階規定におけるこのような微妙なニュアンスの相違ではない。この期の刑法の「民主化」という観点からの近代刑法史研究の成果との関連で重要なことは、未だ平野論文によれば刑法典の発展と治安立法の発展とがいわば併列的に置かれていたのに対して、宮内論文では両者の発展が有機連関的に捉えられ、そこから、前述のような段階規定を叙述した後、ただちに右の有機連関の問題に移り、「上のような刑法の発展に治安立法をのせてみると、治安立法の発展には、次のような特徴をみとめられる」として両者の発展に関する次のような関係式を示し、これをもってその「刑法典の発展と治安立法」のしめくりとしている点である。すなわち、(一)治安立法はいわば刑罰権の最も尖鋭な部分であるが、それだけに治安立法は刑罰権の確立整備の中で刑法典より先行している。(二)治安立法は絶対主義的形態のものであって、刑法典の絶対主義的部分に対応するものであった。(三)明治一三年旧刑法・治罪法にみられるブルジョア刑法的諸原理は、それを基礎として構築されるべき刑事立法体系と矛盾する治安立法群により浸蝕されていた。(四)この両者の矛盾を解消したのは、現行刑法の制定により、帝国主義的性格の刑法典が、刑

事立法体系の基礎にすえられることによってであった。という関係式がそれである。けだし、この関係式によれば、新律綱領・改定律令から旧刑法・現行刑法への刑法典の発展に関する平野義太郎博士以来の段階規定に新たな意味づけが与えられることになったからである。本稿が、前記「治安警察法序説」に加えて、「天皇制と治安法制」に注目する所以である。それは、この期の「天皇制刑事立法史」研究が「天皇制治安立法」を媒介として新しい段階に入りつつあることを示すものだったといえよう。⁽¹⁹⁾

とすれば、次にみる佐伯千仞||小林好信「刑法学史(学史)」(昭和四二年)は、その姉妹作とも喻えられるべきものである。けだし、これまでみてきた宮内教授の近代刑法史研究が、戦前のわが国における近代刑法の特殊日本的発展を「天皇制治安立法」を軸としていわば「立法」レベルで批判的に検討しようとするものだとすれば、右の「刑法学史(学史)」はそれを「学史」レベルで説明しようとするものだからである。そして、ここで注意しなければならぬことは、戦前はむしろ「日本近代法発達史ではなく、近代法不発達史であった……ほんとうの近代法の発達史は、実は敗戦から始まる」という発刊に当たっての座談会における編者の発言に端的に示されているような共通の問題意識から、戦前のわが国における近代法の特殊日本の発展の過程を学史をも含め総体としてわが国の近代史(「近代資本主義発達史」)のなかに位置づけようとする画期的な大事業が、『日本近代法発達史』講座(昭和三三年発刊開始)として着々と進行中であり、その刑法の部分、それも「治安法」と「学史」の部分を担当したのが、宮内裕「集會結社規則―集會条例から治安警察法へ」及び佐伯千仞||小林好信「刑法学史(学史)」だったという点である。つまり、これらは、この期に本格化する日本近代法史という共同研究の一翼を担っていたという

点である。肝心の「刑法典」の発達に関しては法体制準備期や法体制確立期のそれを除けば執筆分担者が決まらなかったこと等からみても、右の共同研究に十分に参加しえたとは必ずしもいえない刑法の分野の一般的状況に比すれば、これらの研究の「突出性」は特筆に値いしよう。⁽²²⁾

ところで「刑法学史」であるが、執筆者の一人であられる佐伯博士は、改めて紹介するまでもなく、その「フォエルバッハの責任能力論」(昭和八年)や「啓蒙時代と犯罪類型」(同一三年)等によって、風早博士や滝川幸辰博士と共に、刑法におけるマグナ・カルタの機能の「再認識」という観点から右のマグナ・カルタの機能をもっとも体现する刑法理論として啓蒙主義刑法理論に早く注目され、その歴史的発掘を通してこれを、(一)自然法の一八世紀的形態たる社会契約論にもとづく国家刑罰権の基礎づけ、(二)マグナ・カルタ思想および三権分立論の刑法的反映たる罪刑法定主義の擁護、(三)意思決定論にもとづく目的刑主義(心理強制説)、(四)罪刑均衡主義及び客観主義、と定式化されたのみならず、木村亀二『刑法解釈の諸問題』(昭和一四年)に対抗して発表されたその「刑法における人間観の問題」(同一七年)において、啓蒙主義刑法理論と「ドイツ旧派(後期旧派)刑法理論」との間には本質的な相違が存するとの問題意識にもとづいて両者を詳細に比較検討し、それを意思決定論にもとづく心理強制説に対して意思自由論にもとづく「道義的応報」と区別される等、戦後の刑法の「民主化」という観点からの近代刑法史研究に連らなる独自の近代刑法史研究を切り開いてこられた方である。⁽²³⁾ただし、佐伯博士の近代刑法史研究は、その刑法理論が戦後しばらく「内省」の時期を迎えるのに伴ない、活発な動きをみせる滝川博士の近代刑法史研究とは対照的に「静」といふべき状態にあり、このような状態は前期まで続いたので、その意味ではこの「刑法

学史」は戦後における佐伯博士の近代刑法史研究の新たな発展を示すものだったといえよう。ただし、戦前における佐伯博士の近代刑法史研究によれば、その中心が西ヨーロッパのそれに求められており、近代刑法の特殊日本の発展の過程は一応その射程外に置かれていたようにみうけられるが、これに対して、「刑法学史」は、前述したように、この残された問題を「学説」を軸として真正面から取り上げているからである。⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾

「刑法学史」は、『日本近代法発達史』講座の採用した時代区分に従って、戦前のわが国における刑法ないし刑法学の発展を、(一)維新当初の刑律と近代的刑法思想の誕生(法体制準備期の一)、(二)旧刑法と刑法学(法体制準備期の二、準備期から確立期へ)、(三)刑法改正をめぐる論争(法体制確立期の一)、(四)現行刑法の施行と刑法学(法体制確立期の二)、(五)大正から昭和初期にかけての刑事立法と刑法学(法体制再編期)、(六)戦時下の刑法学(法体制崩壊期)、の六期に区分し、各期における刑法ないし刑法学の動きを詳細に検討する。

「維新当初の刑律と近代的刑法思想の誕生」では、「我国における刑法学史は、明治維新の変革と混乱のなかに始まる。明治維新は、王政復古というその別名が示すように、その指導者達の意識では一つの復古―古の天皇親政の制度への復帰―でなければならなかった。……明治元年の仮刑律、その後の新律綱領、改定律例なども、実はその体裁内容ともに残存せる大宝養老律に明清律や徳川刑法を加味したものである」⁽²⁶⁾「しかし維新という名称ですべり出した社会の大変革が、千余年も前の王朝の制度を復原することで賄えるはずはない。躍動する社会的現実と復古的法形態との矛盾は、直ちにあらわになり復古的刑政に対する批判と改革の要求となって現われたのである。そして、かような批判と改革要求のなかに、我々は、わが刑法思想の、従ってまた刑法学の誕生を見出さなければなら

らない。⁽²⁷⁾」との前書きのもとに、前掲・宮内「天皇制と治安法制」が仮刑律、新律綱領、改定律例など明治初期の刑事立法のもつ封建刑法的性格を主として犯罪類型の面から浮彫りにしたのに対して、同様の結論を罪刑法定主義を始めとする近代刑法の保障原則の存否との関連で導くとともに、そこから次の段階、すなわち西欧法制の理解者―例えば神田孝平、津田真道、箕作麟祥、西周等々―による近代的な立場からの右の復古的刑政批判Ⅱ改革要求に進み、それが(一)身分主義の否定、(二)刑罰の一身専属性、(三)寛刑論、特に死刑論、(四)訴訟法、特に拷問批判、(五)罪刑法定主義、等の主張からなりたっていたことを明らかにする。⁽²⁸⁾

「旧刑法と刑法学」において注目されるのは、旧刑法の「生みの親」であったボアソナードの刑法理論がフランス折衷主義のそれであり、このボアソナードによって育てられた刑法家、例えば宮城浩蔵等の折衷的刑法理論は「当初旧刑法の解釈についての通説的地位を誇るかに見えたが、その期間は極めて短く、まもなく強力な新学説による批判にさらされることになった。かような事態を惹起したのは、明治維新による旧社会の解体とそれに続く急激な社会の再編成がもたらした社会的混乱による犯罪の激増であった。」⁽²⁹⁾「それらの現象を旧刑法と折衷主義的刑法理論の責任だとする非難が抬頭してきたのである。しかしそれが当時ヨーロッパで勢力を得つつあった新派刑法学の理論をいち早く学んだ学者によって代表された所まで酷似している。これらの学者として、富井政章、穂積陳重、古賀廉造等の名前を挙げるができる。」⁽³⁰⁾として、大塚仁『刑法における新・旧両派の理論』（昭和三二年）によれば、旧刑法の施行に伴ないその理論化という観点からの主として法学校系刑法学者によるフランス折衷主義刑法理論の導入という事実を指摘しつつも、「国権主義法学」の立場から旧刑法を批判するとともに現行刑法の制定に

大きな影響を与えた帝大系刑法学者をわが国の刑法学の先駆者として高く評価し、そこから右の帝大系刑法学者に着目して、「明治中期までのわが学界においては、徹底した意味における学派的な理論の対立はみられなかったと
いってよいのである。」⁽³¹⁾「旧派の見解は、当時の学界にはなお出現するにいたっていない。」と結論するの⁽³²⁾に反して、「明治中期まで」に既にわが国においては「旧派刑法理論」が存したこと、そしてこの「旧派刑法理論」は、大場博士に始まりその後の学界においていわば嫡流をなした「旧派刑法理論」とはその性格を異にしていたことを暗示する点である。とすれば、旧刑法から現行刑法への刑法典の発展がどのように位置づけられたかも自ずから想像されよう。「我々は、そこに、旧刑法によって一応確立されたかみえた刑事法体制が、その対犯罪鎮圧策としての無力さからひいてはその起案者の個人主義、自由主義的立場まで攻撃され、より強力且つ合目的な刑事法体制の確立という要請のもとに新派理論が滲透して行く姿を見ることができであろう。」⁽³²⁾これがその位置づけであった。そして、それが単なる理論仮設の設定にとどまるものでなかったことはいままでもない。けだし、「法体制確立期の一」をもって「刑法改正をめぐる論争」と表題されたところからも明らかのように、前掲・宮内「天皇制と治安法制」によれば旧刑法から現行刑法への刑法典の発展が「天皇制治安立法」との対応において分析されるのに対して、両家の分析の中心は「刑法改正をめぐる論争」に置かれていたからであり、旧刑法の全面「改正」作業の過程で主要な論点とされた問題、例えば、(一)執行猶予(二)未遂罪(三)刑罰量定範囲の拡大(四)死刑存廃論、などが新派的主張の勝利に終わったことを確認することによって、右の位置づけを裏証しているからである。⁽³³⁾

「現行刑法の施行と刑法学」も、このような分析の延長線上に存する。すなわち、そこでは、大塚教授によって

「わが国において、真に刑法学的論争が展開されたのは、明治末期以降であり、その徹底した意味における新派の理論家は、牧野英一博士をもって嚆矢とするであろう」と評価された牧野博士をまず取り上げ、同博士をもって「新派に属する論客のいささか強引な努力によって、種々の重要な問題について新派の主張を法典化した」現行刑法を「富井以来の新派路線に沿うて……理論化に乗り出した」者⁽³⁴⁾と分析する。ただし、ここで注意しなければならぬのは、「牧野の主観主義は、以前の古賀廉造などの……厳罰主義的主観主義とは異なっていたのである。ただ彼のこのような人道主義的主観主義も、法の解釈がその変化につれて進化して行かねばならぬとされる『社会の要求』なるものの実体と歴史的性格に対する分析不足のために……、後年反動的な帝国主義の刑法イデオロギーであるという批判を受けなければならなかった」⁽³⁵⁾と補足されている点である。というのも、それは、平野義太郎「史観と法律史の方法」(昭和八年)が指摘した牧野博士における「無史観」に着目することによって、同じく『日本近代法発達史』講座に寄せられた磯村哲「市民法学(上)(中)(下)」⁽³⁶⁾が刑法における「市民法学」と高く評価するような牧野刑法学のもつ積極的側面と、他方でそれがもつ帝国主義の刑法イデオロギーと批判されるような反動的側面との間に、架橋を試みようとするものをうけとめることができるからであり、予知的にいえば、このような試みは後に横山晃一郎「刑事法解釈論批判―罪刑法定主義と刑法の解釈―」(昭和五二年)によって受け継がれ、「治安維持法を中核とする治安法体制再編以前には、……自由法運動が、明治期に制定された絶対主義的・警察国家的治安警察法規の―そして時には四〇年刑法の―ブルジョア的、あるいはプロレタリアの立場からする『改鑄』の原理として、なお一定の積極的意味を持ちえたのに対し、天皇制と私有財産制度の防衛を直接の狙いとする治安法再

編後は、これらの法規の『改鑄』を支持する勢力の孤立化・弱体化によって、『改鑄』という現実的期能を失い、かえって、これらの法規の官憲による拡大適用を正当化する論理としてののみ、機能し始める⁽³⁸⁾という見解が生み出されることになるが、それは必然的に「刑法学史」の切り開いた近代日本刑法史研究を新しい局面にいざなうことになるからである。なお、「現行刑法の施行と刑法学」によれば、牧野博士に続いて、「牧野の新派理論に対する反対」者として泉二新熊、大場茂馬の両刑法理論に照明があてられるが、「牧野の新派刑法学に対して、旧派理論を代表して真正面から戦いをいどんだのは大場茂馬であった。彼はドイツでリスト派の新派刑法学と激しく抗争したビルクマイヤーに学び、その旧派（古典派）刑法学とともに新派に対する抗争をもわが国にもち帰ったのである⁽³⁹⁾。」とされる点も含め、前掲・大塚『刑法における新・旧両派の理論』とはほぼ同様の理解といえよう。

「大正から昭和初期にかけての刑事立法と刑法学」及び、最後の「戦時下の刑法学」は、文字通り、法体制再編期から法体制崩壊期における刑事立法と刑法学の動きを扱う。「刑事立法」の動きでまず問題とされるのは、大正一年の刑事訴訟法の改正、大正一二年の陪審法の制定、大正一四年の治安維持法の制定、大正一五年の暴力行為等処罰法の制定と治安警察法一七条の廃止であるが、そこでは右の複雑な動きが、「民本主義思想と大衆運動の高まり」を反映して、この期の政府の施策には、一面民衆の不平を静めるための民権拡張的な法改正と、他面擡頭する『危険思想』を抑圧し封じ込めべき弾圧期構の確立との両面があり、両者が巧妙に組み合されていた⁽⁴⁰⁾という観点から説明される。しかしながら、「刑事立法の動き」として両家が何よりも重視されるのは、「刑法改正ノ綱領」（大正一五年）から「刑法改正予備草案」（昭和二年）を経て「改正刑法仮案」（同一五年）へと至る刑法の全面

「改正」の動きである。そして、それが右の「弾圧機構の確立」との関連において次のように分析される。「改正事業の指針を与えるものは……『刑法改正ノ綱領』であったが、それは、まず、……いわゆる危険思想に対して団体と家族制度の旧体制を擁護する方針を明らかにするとともに、実際面では、……刑罰網の一層の拡充を図っている。さらに大事なことは、……激化しようとする大衆運動に対して立向う姿勢を示していることである。」⁽⁴¹⁾「そして、それに従って作られた……予備草案も仮案も、ともに、この綱領の趣旨を実現することを目指していることは疑い⁽⁴²⁾ない。」ちなみに、この分析を、「ヨーロッパ諸国の刑法改正運動に刺戟され、わが国においても、大正期から昭和一五年にいたるまで、有力な学者・実務家の参画のもとに、政府の手によって刑法改正の努力がつつけられたのである」が、「これらは、旧派的理論の伝統の上に多分に新派的主張を盛り込んだ折衷的立場に出るものである」⁽⁴³⁾との大塚『刑法における新・旧両派の理論』のそれに対置すれば、右の分析のもつ批判的性格がより一層、明確となろう。

しかしながら、刑法の全面「改正」の動きに対する両家の分析はこれに尽きない。けだし、その分析は刑法学が右の「改正」事業にどのようにかかわったかという問題にも及んでいいるからであり、そこでは、「わが国の学派的論争も、一面において刑法改正事業とからんで展開されたのであった。」⁽⁴⁴⁾「改正事業の過程において、新・旧両派の学者の間にはしばしば熾烈な理論的対立がみられたのであった。論争に参加したものととして、牧野・小野・滝川・草野・久礼田・木村・安平等諸家の名をあげることができる。そこには、あたかも、今世紀初頭のドイツにおけると酷似した様相が至されたといえるであろう。」⁽⁴⁵⁾との大塚・前掲書の分析を右の批判的観点から更に一步押し進めて、

これらの刑法学者が刑法全面「改正」事業にどのようなにかかわったかが簡潔に整理されるからである。すなわち、「その起案及びでき上った草案をめぐる議論の際、……刑事政策的側面を重視する論者と、むしろ……淳風美俗等の維持という精神道義的側面を重視する論者とが分れていた。前者の統領が牧野⁽⁴⁶⁾で」「これらに対し、応報刑論と客観主義の立場から、抗争を試みたのは、東京大学の小野清一郎、京都大学の滝川幸辰、東北大学の久礼田益喜等であるが、これらの……陣営は、やがて綱領の淳風美俗的な保守的立場に赴く小野、久礼田等と、反権力的方向を辿る滝川と袂をわかつことになる。」⁽⁴⁷⁾という整理がこれである。

他方、「刑法学」の動きでは、それを大きく大正から昭和初期にかけての刑法学の動きと戦時下の刑法学の動きとに二分し、「オーソドックスの刑法学」、「刑法理論の展開」、「マルクスの刑法理論」という三つの角度から前者の動きを検討した後、後者の動きを「進歩的刑法論の終焉」、「ナチス刑法論の影響」、「日本法理運動」の各段階を追って考察する。ここで注目されるのは、(一)「この期を代表するオーソドックスの刑法理論家は、牧野のほか前記の宮本英脩、小野清一郎、滝川幸辰等であるが、そのいずれの理論にも、時代思潮の反映がみられた。」「当時の人権重視の風潮の高まり」を反映して「この期の刑法理論では、刑事手続における人権の保障が強く要求せられ、牧野等の教育刑論はそれに対する防戦に大童にならねばならぬ程であった。」「牧野派の主張は、余り学界の支持を得ることができなかつたのである。」(二)もっとも牧野派「に反対して罪刑法定主義を強調した側でも、当初の間は、単に罪刑法定主義の擁護という題目を唱えるだけで、例えば刑罰規定の類推適用による処罰に対して異論を唱えるまでには至らなかつたのである。滝川さえも、類推は法適用の原理であって、刑法についてだけそれを拒否する根

拠はないと説いていたのである。これに対して、本当に罪刑法定主義を重視するのならば、やはり処罰する方向への類推を拒否しなければならぬとする声は、罪刑法定主義の再認識を強調した風早(八十二)や佐伯(千仞)等によって揚げられ、それはやがて滝川等によって受入れられることになったのである。(三)なお「当時は、社会科学という呼び方で、マルクスの思想が学界の各領域に大きな影響力を発揮していたのであって、特に刑事法の領域では、それが顕著だったのである。」その影響はオーソドックスの刑法理論家にも及んでおり、彼らにおいても、自己の理論の正当化に際して、あるいは論敵の非難に際して「マルクスの表現や発想法の用いられていることが多い。」として、前者の動きがもった一定の進歩的側面、すなわち「革新的、人権擁護的傾向」⁽⁴⁸⁾と、それがマルクスの思想の影響によるところが大であったことを導いた後で、「しかし、それは雑誌論文等の上だけのことで、司法の現実を動かす実力の世界では、反対の暗い影が激しく動いていたのである。」⁽⁴⁹⁾との前書きの下に、刑法学が右の「暗い影」に吸収されていく過程を、(一)「刑法学の領域でこの時代の暗転を端的に表現したものは、……昭和八年……強行せられた滝川の京大教壇からの追放であった」「刑法改正ノ綱領」において国体と淳風美俗の擁護を叫んだ国粹主義者、家族主義者がいよいよ表に現われて刑法学におけるいわゆる危険思想の弾圧に乗り出したのである。(二)「予想された通り、ナチス刑法理論は、わが刑法学界に大きな影響を及ぼした。」「法律学における政治的決断の優位ということも、多くの学者においては別段の抵抗もなくむしろ当然のこととして受け入れられた。」「刑法における類推許容(罪刑法定主義の解消)も肯定された。殊に旧派にとっては、ナチスの贖罪思想は応報刑論の一形態として容易に受け入れられたし、客観主義と相いれないと思われる意思刑法論さえ、一度犯罪に対する迅速

且つ峻厳な鎮圧を主張する權威主義が肯定された上は、受けいれ難いものではなかったのである。他方、新派の陣営でも、……罪刑法定主義の解消とか意思刑法論あるいは現実のナチスの刑事政策……は、むしろいずれも新派の主張を實行したものにほかならぬことが指摘せられたのである。」(三)「この間、日本政府は国際連盟を脱退しさらに満州事変は支那事変に拡大し(昭和一二年)、それを受けて国家総動員が制定せられて(昭和一三年)、いわゆる国防国家の戦時体制が着々固められていた。イデオロギーの面でもそれに呼応した動きが強くなり、「昭和一五年には、……『日本法理研究会』が設立され、……『日本法理叢書』を逐次刊行して行った。」、刑法学においても、「比較法論」の立場からの牧野や木村等による日本法理論、あるいは「固有法論」の立場からの小野や佐伯等による日本法理論が生み出されることになった、と段階つけた点である。ただし、既に木田純一『戦後日本の刑法学』(昭和四七年)が指摘するように、大塚『刑法における新・旧両派の理論』とのもつとも重要な相違も、この点に求めることができるように思われるからである。すなわち、同書によれば、「新旧両派が、ナチズムおよび日本法理に流合されてゆく歴史的過程」を完全に無視したとはいえないまでも、右の歴史的過程がわが日本の刑法学における「夾雑物」として極めて小さく扱われ、その結果、「大塚説の昭和期は、『戦時中』を抜きにして、『戦争開始前』から『終戦後』に直結」され、「終戦前と終戦後は一体として把握され」るの(51)に対して、「刑法学史」によれば、「戦後と結びつくものとして」の法体制再編期における刑法学の「革新的、人権擁護的傾向」が評価されるものの、それは「戦時中」を抜きにした「戦争開始前」と「終戦後」の直結を意味せず、「新旧両派が、ナチズムおよび日本法理に流合されてゆく歴史的過程」、更にはまた刑法全面「改正」事業に流合されて行く歴史的過程に照明をあ

てることによって、戦前の刑法学の連続線上に戦後のそれを構築することを戒められているようにみうけられるからである。

出来る限り原文に即して正確に紹介することを試がけたため少し冗長に流れたのではないかとの危惧が強いが、およそ以上が、戦前のわが国における刑法ないし刑法学の発展に関する「刑法学史」の分析であった。刑法学の発展がたえず刑法典の発展との対応において追求された結果、「刑法史」研究をも兼ねるとともに、「刑法学史」に關しても単なる「理論固有の発展史」に終わることなく、刑法典の発展に關する社会経済史的分析が刑法学の分析にも投影されることになった、しかしながら、それにもかかわらず、社会経済史的分析に依々にしてみられがちな一般論にとどまることなく、各期の刑法学の動きがその期の代表的な刑法学者の動きを中心として理論的にも深く掘り下げられていることなど、右の分析の特徴としてあげるべき点が多いが、ここではこれらの特徴に立ち止まることなく、ただちに収束作業に入ることにしよう。次の確認がそれである。すなわち、冒頭で結論を先取りして、「刑法学史」をもって戦前のわが国における近代刑法の特殊日本の発展をいわば「学説」レベルで説明しようとするものだと述べたが、上の紹介によればそれが確認されることになったという点である。それは、ボアソナード門家のフランス折衷主義刑法理論が主観主義刑法理論にとってかわられることになった歴史的過程、あるいはまた新旧両派がナチズムや日本法理に吸収されて行く歴史的過程に照明が当てられていることなどからも容易に理解されよう。ここに我々は、大塚『刑法における新・旧両派の理論』に對置される、明治初期から敗戦までの全体を通観する、近代刑法の特殊日本の発展を批判的に考察するという観点からの「刑法学史」研究を始めてもつことになっ

たといえよう。

ただし、それだけに、近代刑法の特殊日本の発展の批判的考察というその問題意識からみた場合、若干気にかかる点が残ったことは、これを卒直に表明しなければならぬであろう。法体制準備期から法体制確立期にかけての分析において、フランス折衷主義刑法理論の立法的所産たる旧刑法に対して新派刑法理論の強い影響下に成立した現行刑法という牧野博士の手にかかる図式が一面的に強調されすぎた結果、平野義太郎「刑法発達史についての一考察」や前掲・宮内裕「天皇制と治安法制」によって留意されたとりわけ旧刑法のもつ特殊日本の側面の批判的検討が欠落しているかのような印象を与える。これがその第一である。他方、気にかかる点の第二は、中山研一「改正刑法仮案の歴史的考察」（昭和三五年）による「仮案」の本質規定に関する理論仮設の設定、あるいはまたそれを媒介となされた日本ファシズムによる「学派の争い」の「止揚」の論理構造の一般的図式化にかかわる。ただし、中山論文によれば、既に紹介したように、「仮案」を流れる二つの指導的な基本的理念つまり「社会防衛論」と「淳風美俗論」は必ずしも対立するものではなく、「動かし難い事実」は当時の時代的背景が同時に両者の要求を現実に必要なとしたということである、日本ファシズムにとっては、国家に新しい權威を賦与する非合理主義的な罪と応報の道義刑法と、裁判官に広い裁量を賦与し犯罪でなく犯人の危険性に重点を置く主観主義的意思刑法とは何ら矛盾しなかつたばかりか、その両者を共に必要としたのである」と本質規定した後、それを媒介として「学派の争い」の日本ファシズムによる「止揚」の論理構造を、「仮案に体现された……二つの基本理念は、実は客観主義と主観主義のいづれについてもその悪しき側面をとり入れ、当時の日本ファシズムの下にこれを統一したものと

して基本的に規定し得るのではないかと思われる」「仮案の立法事業をめぐって外見上華やかに展開されたかに見えるわが国における客観主義対主観主義の争いも、日本ファシズムの前にはそのいづれも自ら屈服または屈服を余儀なくされ、その対立は日本ファシズムの完成の方向において統一・止揚され、遂には共に、ファシズムのイデオロギーとなつていったのである」、すなわち「旧派からはその権威主義的な応報と贖罪の理念をとつて、その市民的・自由主義的側面を捨て、他方新派からは行為者刑法と裁判官の裁量権拡大の理念をとつて、その唯物論的・合理主義的側面を捨てることによりここに啓蒙期の刑法原理とは全く対蹠的な原理を集大成するに至つた」と図式化されたが、⁽⁵²⁾「刑法学史」では、この点がどのように理解されたかがもう一つ明瞭ではないような印象をうけるからである。とりわけ、「学派の争い」の日本ファシズムによる「止揚」の論理構造に関してこのような印象が強い。「旧派にとつては、ナチスの贖罪思想は応報刑論の一形態として容易に受け入れられたし、客観主義と相いれないと思われる意思刑法論さえ、一度犯罪に対する迅速且つ峻厳な鎮圧を主張する権威主義が肯定された上は、受け入れ難いものではなかつたのである。他方、新派の陣営でも、……罪刑法定主義の解消とか意思刑法論あるいは現実のナチスの刑事政策……は、むしろいづれも新派の主張を實行したものにほかならぬことが指摘せられたのである。」⁽⁵³⁾との前述の分析をもつて、ナチズムにとどまらず日本ファシズムにも基本的にあてはまるものと観念されてきたとうけとめることは十分に可能であり、むしろ、そのように拡大解釈する方が両家の分析の意により沿うように思われるが、しかしながら、それも右の印象を大きく変えるものではない。その意味では、「学派の争い」の日本ファシズムによる「止揚」の論理構造に関する右の一般的図式の検証は、ここでも残されることになつたと

いえよう。

とすれば、これとの関連で、大正から昭和初期にかけての刑法学の動きの分析についても少し触れておかなければならない。というのも、「刑法学史」では、法体制再編期から法体制崩壊期における刑法学の動きの分析に際して、「戦後と結びつくものとして」積極的に評価するという観点から、大正から昭和初期にかけての、すなわち法体制再編期における刑法学の動きもつ「革新的、人権擁護的傾向」を理論的に掘り下げることにより関心が示されたために、法体制崩壊期における日本ファシズムによる「学派の争い」の「止揚」の論理構造を解明するための前提作業ともいうべき、法体制崩壊期に先立つ法体制再編期における「学派の争い」のなかに内蔵されていた、日本ファシズムによる「止揚」を許すことになった「弱点」ないし「限界」とは何であったかという問題の検討が残されるとともに、その「戦時下の刑法学」の分析に対する影響として、法体制崩壊期における日本ファシズムによる「学派の争い」の「止揚」についても右のような印象を招くことになったのではないかと推察されるからである。少し触れておかなければならないことがあるといったのは、「戦時下の刑法学」の分析と密接にかかわる法体制再編期における刑法学の動きに対するこのような評価だったのである。その意味では、これも気にかかる点といえようか。ただし、右の積極的評価は法体制再編期の「革新的、人権擁護的傾向」を対象としており、法体制再編期における「学派の争い」の全面的評価を少しも意味しなかったこと、更には大塚『刑法における新・旧両派の理論』にみられるような「戦時中」を抜きにした「戦争開始前」と「終戦後」の直結をも意味しなかったことは改めて説くまでもなからう。そして、より重要なことは、前に佐伯博士の刑法理論は戦後しばらく「内省」の時期を経験し

たと述べたが、右の評価はこの「内省」の方向と必ずしも無関係とはいえないように、その限りでは、戦後の「佐伯刑法学は、若手の、いわば戦後派刑法学者の意識の土台である『新』憲法的感覚にマッチするという側面と、佐伯教授自身のうちにあった『旧』憲法的感覚の残存によるオールド・ナシヨナリズムの郷愁へのマッチという側面が、かなり微妙にからみあったものである。両側面のうちの前者、すなわち、新憲法的人権派としての特色が、現在ではかなり強調したかたちであらわれており、したがって、そこに京都学派の反中央的勢力の集結がみられることになるが、しかし戦前派（戦中派）的な異質性も指摘されなければならないであろう。このことは、より動態的にみれば、戦時中につくられた佐伯理論の戦後における転向でもあり、克服でもある。しかし、この転向は、決して木村亀二教授がみせたような戦時中の理論の放棄から出発したのではなく、戦時中の理論の純粹化、抽象化という枠組のなかでの転向であり克服であったのである。このことは、戦後をはじめてその理論構成を試みたものには計ることのしれない苦闘であったと思われる。」⁽⁵⁴⁾との木田『戦後日本の刑法学』の見解に対して、「新しい」判断材料を付加するといっても必ずしも誤りではないように思われる点である。すなわち、佐伯刑法学にとって「戦時中」から「戦後」へ「進む」ということは、ある意味では、法体制崩壊期から法体制再編期へ「回帰する」ことでもあったといってもあながち的外れではないのではないか、そして、木田教授のいわれる佐伯刑法学における戦後への出発は「戦時中の理論の純粹化・抽象化という枠組のなかでの転向であり克服であった」という前提には、基礎理論におけるこのような「回帰」が伏在していたのではないか、という点がそれである。もっとも、以上の点は想像の域を少しも出るものではない。その検証は、奥深い基礎理論にもとづく壮大な体系と「練りに練った思索の凝結

としての、巨匠のいぶし銀のような風格をもった解釈論⁽⁵⁵⁾の上に構築された佐伯理論の詳細な検討にまたなければならぬ。「民主学派の拠点⁽⁵⁶⁾」としての佐伯理論における戦前と戦後の関係を知る上で、ひいてはまた佐伯理論に木田教授のいわれるような「旧」憲法的感覚あるいは戦前派（戦中派）的異質性が残存しているのかどうか、してゐるとすればそれは何かを知る上で避けて通ることのできない問題であるが、機会を改めることとしたい。

「刑法学史」の分析に関して若干、気にかかる点をあげてきたが、もちろん本稿の問題にとって肝心なことは、これらの点を強調することではない。ただし、当時の近代刑法史研究の置かれた一般的状況からすれば、その「突出性」はこれによってもいささかも損なわれることはなかったからである。戦後のわが国における近代刑法史研究に占めた同論文の地位の重みを改めて噛みしめることによって同論文からひとまず離れることにしよう⁽⁵⁷⁾。

これまで、近代刑法の特殊日本の発展を批判的に考察するという観点からの本格的な近代日本刑法史研究の誕生をみてきた。とすれば、その第三として吉川経夫「日本における罪刑法定主義の沿革⁽⁵⁸⁾」（昭和四三年）を次にとりあげることが必要とならう。ただし、その「はしがき」で明確に語られているように、「……戦前・戦後を通じて、罪刑法定主義そのものは未だかつて争われたことはない。……戦前の厳しい統制時代においても、学説は勿論、実務上においても、未だかつて罪刑法定主義が否定されたことはない」との小野博士の記述に代表される刑法学界の当時の通説的理解に抗して、「むしろ、わが国においては、その資本主義発展の特殊性を反映して、真の意味での基本的人権保障の原理としての罪刑法定主義は、未だかつて確立されたことがなかったというべきなのではないか⁽⁵⁹⁾」との疑問から、「明治初年以降のわが国刑事法の歩みを素描することによって、この問題に若干の検討を加え

てみたい⁽⁶¹⁾」というのが、同論文の課題設定だったからである。

ところで、同論文は、「明治初年の刑法と罪刑法定主義」、「旧刑法と罪刑法定主義」、「現行刑法と罪刑法定主義」、「日本国憲法下の罪刑法定主義」の四節からなるが、右の検討にあてられているのは前三節である。「明治初期の刑法と罪刑法定主義」で仮刑律、新律綱領、改定律例を祖上にあげ、「本質的には中国古来の刑法に淵源するものであって、……その内容においても、いちじるしく権威主義的・威嚇的であり、犯人の身分による刑の差別(閏刑)をみとめている等、封建刑法の枠をほとんど一歩を出るものではなかった。」⁽⁶²⁾「その本質は官僚にたいして示された職務上の基準であるにすぎず、これによって国家と国民とのあいだに刑罰法律関係を形成するという近代刑法に固有の機能をなら営むものではなかった。」⁽⁶³⁾「こうした刑法典のもとにおいては、形式的にもせよ罪刑法定主義がみとめられていなかったことは当然であった。」⁽⁶⁴⁾と結論した後、同論文は次に第二節では旧刑法をとりあげるが、そこで問題とされたのは、刑法学界の定説となっていた「旧刑法第二条(法律ニ正条ナキ者ハ何等ノ所為ト雖モ之ヲ罰スル「ヲ得ス)をもってわが国に罪刑法定主義がはじめて取り入れられた」とする理解であった。

同論文は、旧刑法の法的性格にまず疑義をはさむ。「罪刑法定主義の本質的な人権保障的価値は、人民の意思を代表する立法機関の定立する法律によって、行政権、司法権による恣意的な処罰を制約するという点にある」⁽⁶⁵⁾が、「当時の日本においては、いまだ民選の議会は存在しておらず、この旧刑法自体」⁽⁶⁶⁾「その本質において一種の行政命令にすぎず、国民の意思を反映して決定された『法律』ではなかった」⁽⁶⁷⁾。しかしながら、同論文が、旧刑法第二条の規定の存在にもかかわらず、旧憲法施行前のわが国においては罪刑法定主義が存在しなかったと結論するのは、

これだけの理由からではない。けだし、「旧刑法は、……絶対主義的天皇制を支えるための半封建的な残滓をなお数多温存していたとはいえ、……いちおう自由主義に立脚する近代市民刑法としての装いをまとして登場したものであった。そして、第二条による『罪刑法定主義』の採用も、先に指摘したような本質的な制約をともなったものであったとはいえ、少なくとも可罰的行為の予測可能性を約束したという限度では、人権保障上一の進歩をとげたものであった」⁽⁶⁸⁾ことは、同論文も一応これを認めているからである。その意味では、同論文が重視するのは、むしろ次の点にあるといえるかもしれない。すなわち、旧刑法第二条の「罪刑法定主義」は、可罰的行為の予測可能性の約束という機能さえも現実には發揮できなかった、という点がそれである。その前提となったのは、いうまでもなく、(一)条約改正交渉の必要上、ひたすら西欧風の法典の体裁を整えることを庶幾してつくられた旧刑法は、当時の日本にあっては所詮異質的な存在であることを免れず、国内的には市民刑法の原理を貫徹する基盤はなお存しなかった、(二)その結果、刑罰法規運用の重点は必然的に特別刑法に置かれることとなり、旧刑法成立の前後を通じて制定された讒謗律以下、もっぱら自由民権運動、農民運動を弾圧することを直接の目的として制定された数多くの特別刑法は、旧刑法の「罪刑法定主義」によって一応約束された人権保障をその最も重要な部分において画餅に帰せしめてしまった、との分析であった。

それでは旧憲法施行後はどうであろうか。というのも、旧憲法施行後においては、旧憲法施行前と異なり、旧刑法の法的性格云々という疑義はまがりなりにも解消されることになるからである。旧憲法によってまがりなりにも独立の立法機関が設けられたことよって、旧刑法第二条という「法律」が文字通り立法機関の制定する「法律」

を意味しうる客観的条件が一応整えられたことになるからである。しかしながら、同論文はその実体に着眼する。旧憲法施行後も、旧刑法第二条にいう「法律」とは、立法期間の制定する「法律」に限定されず、依然として「命令」をも含んでいたことに着眼する。そして、そこから「旧刑法第二条は、旧憲法施行の前後を問わず、罪刑法定主義保障規定としての固有の役割を演ずることができなかった」⁽⁶⁹⁾との最終的な結論に至るのである。

このようにみてくると、前述の平野義太郎「刑法発達史についての一考察」や宮内裕「天皇制と治安法制」などとはほぼ同様の認識が示されていることに気付かれたことであろう。その意味では、このような認識が、刑法の「民主化」という観点からの近代刑法史研究に共通の財産となりつつあったといえようか。

最後に「現行刑法と罪刑法定主義」が対象とされるが、そこでも問題とされたのは、現行刑法が旧刑法第十二条に相当する条文を置かなかつたことに関する、「旧憲法第一三条がすでにこれを規定しているから重ねてこれを刑法に規定する必要をみないためであり、罪刑法定の原則そのものが放棄されたわけではない」との、わが国の刑法学界に支配的な見解であった。そして、(一)西欧諸国において、つとに刑法の全面的改正が提案されながらも、市民刑法の伝統への執着がなおその断行をためらわしている間にあって、つとに刑法の全面的改正が提案されながらも、市民刑法においては、世界にさきがけて、独占資本の要請にもつとも忠実な新刑法を成立させたのであり、このような刑法にあっては、罪刑法定主義は固有の基盤を見出しえない、(二)はたせるかな、日本における新派刑法学の代表的イデオログ牧野英一は罪刑法定主義の解消を声大にして唱道した、(三)刑罰法規運用の重点が特別刑法に置かれる傾向は、現行刑法施行後も依然として改まらず、治安維持法以下、国民の基本的人權にたいする重大な侵害を内容

とする幾多の特別刑法があいついで制定されたが、これらの法律の規定の多くは、どのような対象をも包含させることができるような弾力性にみちた文言をもって綴られていたのであった。国家総動員法に至ると、法律による処罰の原則は、全く空文に帰してしまった、(四)このように裁判官の刑罰法規への拘束が極度に弛緩しているわが刑法典ならびに特別刑法のもとでは類推による刑罰法規の超法規的適用の必要性に乏しいことは当然であったにもかかわらず、自由法論に立って法解釈の無限性を強調する牧野の学説は、学界に大きな影響を及ぼし、刑法の解釈方法として類推を禁止すべきではないとする傾向がしだいに強くなった。判例においても、正面から類推許容をうたつたものは絶無といってもよいが、目的論的解釈に名を借りた刑罰法規の超法規的な運用はしばしば行なわれたのであった、この例証にもとづいて「旧刑法第二条は、いわば削除されるべくして削除されたのであった」と結ばれるのである。

「このようにみれば、戦後に至るまでわが国においては、罪刑法定主義の原則は、真の意味において確立したことはなかったと断言することも、けっして奇矯の言辞を弄するものとはいえないであろう⁽²⁰⁾。これが以上の検討をしめくくる言葉であった。

しかしながら、本稿が吉川論文に注目するのは、実はこの点ではない。日本国憲法の制定によって罪刑法定主義がわが国において始めて実質的に確立されたという問題意識から、戦前のわが国における罪刑法定主義の存在を歴史的に反省することそれ自体は、吉川論文が始めてではないからである。既に古く滝川春雄『罪刑法定主義』(昭和二七年)が存したことは前に指摘したところである。もともと、右著作によれば戦前のわが国における罪刑法定

主義の存在に対する消極的な疑問の一般的表明にとどまったのに対して、吉川論文では、(一)旧刑法制定前(二)旧刑法制定後、旧憲法施行前(三)旧憲法施行後(四)現行刑法制定後、の各期ごとにそこにおける罪刑法定主義の存在が、社会的条件、憲法、特別刑法、学説、判例との関連において多角的に検討され、それにもとづいて戦前のわが国における罪刑法定主義の存在が明確に否定される等、両者の間には大きな前進がみられることを決して看過してはならない、ということはその通りであろう。しかしながら、ここで重要なことはこのことではない。重要なことは、滝川『罪刑法定主義』においても必ずしも十分にうけとめられたとはいえなかった、明治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の下における罪刑法定主義の意味の質的転換を探ろうとする姿勢が後者の吉川論文においては強く感じられるという点である。「日本国憲法における罪刑法定主義」と題された最終節の冒頭において、

「旧憲法下において形式的に罪刑法定主義がみとめられていたにしても、それは、司法権および行政権にたいする制約原理にすぎず、刑罰法規の内容について立法権をも制約するものとは考えられていなかった。」⁽⁷²⁾「裁判所に違憲立法審査権をみとめた日本国憲法のもとにおいて、刑罰法規の内容の適正を要求し、罪刑法定主義を立法権にたいする制約原理でもあると解することは、罪刑法定主義を再びこのような単なる法実証主義に墮せしめないための一つの歯止めとなりうるであろう。」⁽⁷³⁾と注意されておられることから、それは明らかであろう。旧刑法第二条の「罪刑法定主義」をもって「可罰的行為の予測可能性の約束」との前述の分析も、このような意味において理解することが可能であろう。同論文が戦前のわが国においては罪刑法定主義が存在しなかったという場合の「罪刑法定主義」とは、「司法権および行政権に対する制約原理」として「可罰的行為の予測可能性」を約束する罪刑法定主

義にとどまらず、「立法権に対する制約原理」として「刑罰法規の内容の適正」を要求する罪刑法定主義をも意味していたことに注意しなければならないであろう。滝川『罪刑法定主義』に比して大きな前進がみられたことの原因も、この点に求めることができるように思われる。

以上、この期の刑法の「民主化」という観点からの近代刑法史研究が、戦前のわが国における近代刑法の特殊日本的発展の過程を、学説史や思想史あるいは立法史をも含め総体としてわが国の近代史（Ⅱ近代資本主義発達史）との対応において明らかにする、という作業に本格的にとりかかりつつあったことを探ってきた。このような問題意識から、本稿では、右の作業のいわば頂点に位置すると考えられる上記三研究を中心として取り上げた。もちろん、そのことは、右の作業が上記三研究にとどまることを少しも意味しない。これ以外にも注目すべき研究が、量的には必ずしもそれ程多くはないが、発表されていたことは既に紹介したところである。ただし、紙数の関係もあって十分に取り上げることができなかった。その意味では本稿のそれは部分的な考察にすぎないといえるが、しかしながら、このような考察によっても、次の結論がある程度検証され得たことは必ずしも誤りではないように思われる。すなわち、この期の「民主主義刑法学」によれば、刑法全面「改正」作業の進展にみられるような刑法状況の「二重の反動化」に対する「全面的対応の開始」のなかで、「憲法的観点」と「歴史的観点」にもとづく分析の必要性と重要性がより強く認識されることになったが、近代刑法史研究の領域においては、このような認識を背景として、新たな飛躍が図られつつあった、という本節の冒頭で先取りした結論がそれである。とすれば、上記三研究を始めとする本格的な近代日本刑法史研究の誕生をもって、その具体的なあらわれの第一と位置づけるこ

とが可能であろう。

最後に若干の補足を行って、次節に移ることにしよう。その第一は、重要なことは「治安立法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」ということであり、「天皇制治安立法」との関係を決えず追求することによって戦前のわが国における近代刑法の特殊日本の発展の過程を明らかにすることも始めて可能となる、という宮内教授の近代日本刑法史研究の出発点となった分析方法が、既にみたように、他の研究においても大なり小なり共有されていたということであり、このような分析方法を採用したことが、右の飛躍を図りえた理論的原因の一つともなっていたということである。ただし、その意味では、このような分析方法の具体的適用をもって、この期の刑法の「民主化」という観点からの近代刑法史研究を彩る最大の特徴の一つにして、最大の成果の一つといえないこともないからである。他方、補足しなければならないことの第二は、上記研究の問題点である。ただし、個々の研究のもつ問題点については既に触れたので、ここでは全体的な問題点を指摘することにしよう。ここでは、まず研究者の層の薄さを指摘しなければならないであろう。宮内教授の突然の逝去といった個人的事情が「天皇制治安立法」研究の中断を表面的には一時招いたこと、あるいは『近代日本法発達史』講座に刑法の分野が十分に対応しえたとはいえずともいえないことが、等はその一例であろう。新たな飛躍が図られつつあったにもかかわらず、それは、特定の研究者の個人的努力に負うところが未だ大きかったことを示すものといえよう。そのためか、そこでは、例えば治安警察法以降の「天皇制治安立法」の発展、日本ファシズムによる「学派の争い」の「止揚」の論理構造、明治憲法体制下における罪刑法定主義の意味、といった重要な問題が次期以降の課題として繰り越される

ことになった。これが次に指摘しなければならないことである。本稿がこの期をもって、刑法の「民主化」という観点からの本格的な近代刑法史研究の「確立期」としてではなく、その「創生期」と段階づける所以である。⁽⁷⁴⁾

- (1) 拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究(五)」(『神戸学院法学』一二卷三号〔昭和五六年〕三五頁以下)参照。
- (2) 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』九卷四号〔昭和五四年〕一四七頁以下)。
- (3) 『法学論叢』七九卷一頁以下、八〇卷四号二三頁以下および同五号一頁以下。
- (4) 『法律時報』四〇巻五号四九頁以下。
- (5) 前野育三「斉藤豊治」生田勝義「上田寛」宮内刑事法学の残したものの(『法の科学』五号〔昭和五二年〕一一二〇頁参照)。
- (6) 「現代刑法における行為責任主義の原則」(講座現代法一一卷『現代法と刑罰』〔昭和四〇年、岩波書店〕一六九頁)。
- (7) 前掲・宮内「治安警察法序説(一)」(『法学論叢』七九巻五号)一〇頁。
- (8) 前掲・前野他「宮内刑事法学の残したものの」一二二頁参照。
- (9) 前掲・宮内「治安警察法序説(一)」一三頁。
- (10) 『戦後治安立法の基本的性格』〔昭和三五年、有信堂〕はしがき五頁。
- (11) 前掲・宮内「治安警察法序説(二)」(『法学論叢』八〇巻四号)二四頁。
- (12) 前掲・宮内「治安警察法序説(三)」(『法学論叢』八〇巻五号)三頁。
- (13) 同八頁。
- (14) 『現代社会と治安法』(昭和四五年、岩波新書)一五頁以下。
- (15)(16)(17) 前掲・宮内「天皇制と治安法制」五四頁―五五頁。

戦後のわが国における近代刑法史研究(六) 内田

- (18) 拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究(一)」(『神戸学院法学』八巻四号〔昭和五三年〕七六頁参照)。
- (19) なお、宮内「治安警察法序説」および同「天皇制と治安制」に先立ち発表された中山研一「治安と刑法」(前掲『現代法と刑罰』所収)によれば、その日本の近代治安刑法の通史的研究のなかで、戦前のわが国における「天皇制治安立法」の発展が簡潔に整理されているが、その理解は基本的に宮内教授のそれと同様である。
- (20) 『日本近代法発達史』一一巻「勅草書房」二〇七頁以下。
- (21) 同二巻「昭和三三年」三三四頁。
- (22) なお、刑法研究者の手になるものとは必ずしもいえないが、右共同研究において法体制準備期における刑法典の発展を分担した中村吉三郎「刑法(法体制準備期)」(『日本近代法発達史』九巻〔昭和三五年〕一頁以下)の存在も忘れてはならないであろう。ただし、同論文によれば、平野義太郎「刑法発達史についての一考察」とほぼ同様の分析が散見されるからである。
- (23) 前掲・拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究(一)」参照。
- (24) ただし、この点に関しては若干の補足が必要であろう。ただし、昭和一九年に出版された『刑法総論』(弘文堂)によれば、その「刑法の歴史」のなかで、日本刑法の歴史的発展がかなり詳しく取り扱われているからである。しかしながら、ここで注意しなければならないことは、右研究が、「問題はむしろ現行刑法制度の一見西洋的な形式の内面にも、実は強く我国固有の刑法意識並に感情が脈うち流れていること、而もそれは今日と雖も決して死してゐないのみならず、更に復興しようとしてゐることを自覚することにある」という「固有刑法史」の立場からのものだという点である。というのも、右研究によれば、「日本刑法は日本国家の刑法である。故に日本刑法の根本主義とは、結局日本国家の根本原理、即ち我国体、くがらの刑法的表現に外ならぬ訳である。」「刑法は日本国家の道義的秩序を維持し発展せしむることを使命とする法規であつて、それ自らが此の道義的秩序の重要な一部分をなしてゐる。それは法律の諸領域中でも最も濃厚に道義的なる領

域であつて、此のことは時に刑法の道義的（又は規範的）責任主義に現れてゐる。」という立場から、氏族時代、前記王朝時代、後期王朝時代、初期武家法時代、中期武家法時代、末期武家法時代における日本刑法の歴史的發展を詳しく考察した後、近代における日本刑法の歴史發展の検討に移り、それが次のように分析されたからである。

すなわち、(一)明治時代の刑法はまずわが王朝の律への精神的復古として出発した。明治初期の刑事立法はいづれも明治維新の復古精神を反映したものであつて、それが現実的には刑法の寛大化としてあらわれたのであつた。(二)しかしながら、この復古運動はやがて一変して、今度は一見それと逆にみえるような、西欧の刑法制度の熱心な撰取へと移つていった。このことは明治維新が王政復古であると同時に、開国であり進んで西欧文物を採り入れることでなければならなかつたことと想応するものである。旧刑法によつて我國の刑法は従來の律の形式から西欧風の刑法典に移行した。そこにおける罪刑法定主義の採用は日本刑法史における劃期的出来事であつたが、かかる西洋的刑法原理は一応明治維新の刑罰寛恕の精神に合致し、更に遡つては刑政は最も慎重なることを要するとする東洋古來の刑法思想と調和するものとして受容せられたのである。(三)明治四〇年に現行刑法が制定されたが、しかし旧刑法がフランス刑法の模倣であると同じ意味において、現行刑法がドイツ刑法の模倣であると考えらるならば、それは誤謬であるといわなければならない。それはあくまでも我國独自の立場から旧刑法適用の經驗を生かしつつなされたところの我國の獨創的立法なのである。犯罪類型が包括的で、刑の量定範圍が広汎なのは我國の法的伝統によれば執行者たる裁判官は國民にとつて信頼すべき人であつて、決して西洋法の考へるように法規をもつて拘束しておかねばどんな非違をするかも知れぬような危険な存在でないということによるものである。(四)刑法改正事業は一方において刑法を我國固有の刑法的伝統に適合せしめると共に、他方刑法の犯罪対策としての合目的性を高めようとする両面の希望を表現したものである。戦時下に入ると一般的刑法改正事業は一頓挫を來したけれども、現実の改正は特別立法の形式によつてかえつてどんどん進歩し始めた。我々は最近の刑事立法として国防保安法、治安維持法、戦時刑事特別法、刑法中改正法律等をあげることができ、刑法体系はこれ等によつて、今日国防刑法的色彩を濃厚に加味しつつあるのであ

る。更に従来の動向としては、我国固有法精神が一層自覚的主体的に働くことが期待せられるのである。要約すると、おおよそ以上がその分析であった。この時代の佐伯博士によれば、「固有史」的立場を採用し、我国体の維持発展とその法的表現という、西洋刑法のそれと本質的に異なる日本刑法の使命、したがってまたその根本原理を前面に押し出す反面、刑罰寛恕あるいは刑政は最も慎重なることを要するをもって明治維新の王政復古の精神、更には遡って東洋古来の刑法思想の具体的内容たることを強調し、その実現ないし保障を裁判官ひいては天皇に期待することによって、その刑法理論の活路を見出し、出そうとされていたことがうかがえるが、それはともかく、これによれば、それまでの啓蒙主義刑法理論研究にみられるような、罪法定主義に象徴される刑法のマグナ・カルタ的機能の回復という観点からの「比較法史」の立場からの「転回」は明らかであろう。とすれば、このような「転回」の結果、戦前の佐伯博士においては、それまでの啓蒙主義刑法理論研究の発展線上に位置づけられるような近代日本法史研究は残されることになったといえよう。近代日本刑法史研究をもって戦前の佐伯博士における残された問題としたのも、このような意味だったのである。

(25) 他方、もう一人の執筆者であられる小林教授が、佐伯博士の指導の下に近代刑法史研究をそのライフ・ワークとされ、既に古く戦前から、新律綱領・改定律例から旧刑法の制定に至る刑法典の発展を対象として、一連の明治初期刑事立法史研究を発表されてこられたことも改めて紹介するまでもなからう。例えば、「明治維新と刑法の撰定―新律綱領並に改定律例を中心として―」(『法学論叢』四八巻五号〔昭和一八年〕八〇九頁以下)、「新律綱領並に改定律例の歴史的使命」(同五〇巻五・六号〔昭和一九年〕四六三頁以下)、「旧刑法制定の思想史的基盤」(同五二巻五・六号〔昭和二一年〕三三三頁以下)、「綱領律例の家族制度を対象とする犯罪類型について」(同五四巻三・四号〔昭和二年〕九八頁以下)などがそれである。ここでとりわけ注目されるのは「旧刑法制定の思想史的基盤」である。ただし、既に西原春夫「刑法制定史にあらわれた明治維新の性格―日本近代化におよぼした外国法の影響―裏面からの考察―」も指摘するように、『天は人の上に人を造らず人の下に人を造らず』の啓蒙的な雄叫によって、人としての自覚の高まる時代には、東洋法系に属する刑法の如きは

到底存続するを許されなかった。社会に於いて個の自覚の高まる処、近代的意味の罪刑法定主義は、有司専制への反抗として、それ自体の成文化を要求することは当然と言ふべきであろう。斯様な次第は、明治初期の如く、封建的経済体制の解体による資本主義経済の漸次的な発達、加ふるに教育制度の整備確立による国民の知識の向上は、綱領並に律例の改廃を要求するに至る必然的な条件であった。」とのその結論に示されているように、ここでは、明治一三年に至り近代的な旧刑法が制定されたことをもって、明治維新後一〇余年の間に日本の資本主義が急速に発展した結果、それまでの古い絶対主義的な法律制度に代えて、これに見合うような新しい市民社会的な法律制度を要求するようになった、と理解する見解が採用されており、予知的にいえば、それが「刑法学史」にも引き継がれているように思われるからである。

(26)(27) 「刑法学史」二二〇頁—二二二頁。

(28) なお、「刑法学史」に先立って發表された佐伯千仞「刑法学の黎明」(『立命館法学』六五号 [昭和四一年] 一頁以下)によれば、明治初年の刑事法とそれに対する西欧法制の理解者による近代的な立場からの批判が問題とされるが、その分析は「刑法学史」のそれと同様である。その意味では、「刑法学史」の「維新当初の刑律と近代的刑法思想の誕生」は、右論文に依拠して書かれたものということが可能であろう。

しかしながら、この期の動きに関する佐伯博士の検討はその後も続いており、「刑法学史」發表直後も「元老院の不応為律廃止論—明治初年における罪刑法定主義—」(『立命館法学』七五・七六号 [昭和四二年] 一頁以下)をあらわされているが、ここでは、既に明治九年の元老院會議の第三説会において不応為律の廃止が多数をもって可決されていることが判明したとして、元老院において不応為律が問題とせられ、その廃止を建議したのは既に旧刑法が布告された後のことであり、それまでは、援引此附とか、不応為律のような規定を一掃すべきであるとするまでの徹底した議論は、津田真道や神田孝平等のそれ以外にはあまりなかった、との「刑法学史」の結論を訂正するとともに、その補充をも兼ねて右元老院會議における論議の内容を詳しく紹介される。

- (29) (30) 「刑法学史」二二八頁―二二九頁。
- (31) 前掲・拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究(三)」二〇〇頁以下参照。
- (32) 「刑法学史」二二七頁。
- (33) なお、小林教授はこの「刑法学史」を發表後、その分析をより深めるといふ問題意識から、「刑事法評林と刑法学」を佐伯博士還曆祝賀論文集『犯罪と刑罰(上)』(昭和四三年、有斐閣)に寄せられ、花井卓蔵や鶴沢総明などの法曹によって結成された「日本刑事学会」がその「刑事法評林」(明治四二年九月創刊―大正元年二月廃刊)を通して明治四〇年刑法の運用に対して行った批判を改めて取り上げておられる。右批判が明治四〇年刑法のもつ「国権主義」的性格、具体的には社会防衛主義に立脚する主観主義と刑事政策に向けられていたことを明らかにする等、興味深い分析が展開されるが、ただし、「これらの執筆者である鶴沢にしても天野にしても、旧派の立場を貫くために徹底した態度決定がなされているのではなく、「刑法学説史的観点から考察する場合、純粹の意味での旧派刑法学の樹立は、江木衷や大場茂馬の活躍によることが大であったと、いいうるのである。」とされる点は疑問である。けだし、それまでに一定の「旧派的立場」が存在したことは「刑法学史」自身が暗示していた点だからである。
- (34) 「刑法学史」二五五頁。
- (35) 同二五七頁。
- (36) 『日本近代法発達史』七卷八九頁以下、九卷一六三頁以下および一〇卷一七一頁以下。
- (37) 天野和夫他編『マルクス主義法学講座⑦』(昭和五二年、日本評論社)一三三頁以下。
- (38) 同一五〇頁。
- (39) 「刑法学史」二五九頁。
- (40) 同二六六頁。

- (41) (42) 同二六九頁。
- (43) 前掲・大塚『刑法における新・旧両派の理論』五三頁。
- (44) (45) 同五二頁―五三頁。
- (46) (47) 「刑法学史」二七〇頁。
- (48) (49) 同二八三頁。
- (50) 同書二七頁。
- (51) 前掲・拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究(三)」二〇二頁以下参照。
- (52) 同一五一頁以下参照。
- (53) 「刑法学史」二八四頁以下。
- (54) 前掲・木田『戦後日本の刑法学』一八三頁。
- (55) 同一八二頁。
- (56) 同一二二頁。
- (57) なお、昭和四三年から『法律時報』誌上に連載が開始された「刑事法学の動き」はその第一回目として「刑法学史」をとりあげているが、執筆者であられる西原教授は同論文をもって「政治・経済との関連や、社会の変遷との相関関係」「をも顧慮した包括的な刑法学史は、本論文をもって嚆矢とすることができよう」とまず位置づけた上で、「論文の前半、すなわち明治維新から現行刑法制定まで……の叙述は、……かなり重点的であり、また客観的である。」「このような重点的、客観的な叙述によって得られた新しい大きな収穫は」「旧刑法以前の刑法学的な見解が、断片的ではあるが、すくいあげられ、紹介されたこと、その第二は、旧刑法制定当時を支配したポアソナード流の折衷主義的な刑法理論に、その直後から新派刑法学的な思潮が対抗し、やがて現行刑法制定の一つの端緒を作り出したことが浮き彫りにされていること、その第三は、旧

刑法末期における論争が、……集約的に紹介されたこと……である。「ただ、この期の叙述の中で画竜点睛を欠くと思われるのは、わが国の刑法学が明治三〇年代の半ばごろ、完全にフランス一辺倒からドイツの方へ傾斜していった事情の説明がないことである。」「以上のような前半の叙述に対して、後半、すなわち現行刑法制定から終戦にいたるまでの時期……についての記述は、筆者が現実研究者として呼吸した時代だけに、すばらしく盛り上っている。政治・経済との関連もよく理解できるし、刑法学の流れも切れ目なく叙述されているといつてよい。」「しかし、この期の叙述に対しても、望ましいものがないではない。その第一は、牧野刑法学の政治・経済史的意義づけである。」「次に、この期における刑法学史上当然ふれなければならなかった出来事と思われるのは、昭和のはじめから一〇年代にかけての刑事判例研究の流行である。」「とその内容を批評される。

- (58) 東京大学社会科学研究所編『基本的人権』4〔東京大学出版会〕五頁以下。
- (59) 刑法改正準備会『改正刑法準備草案・附同理由書』〔昭和三六年〕八八頁。
- (60) 前掲・吉川「日本における罪刑法定主義の沿革」六頁。
- (61) 同六頁。
- (62)(63)(64) 同八頁。
- (65)(66)(67) 同一三頁。
- (68) 同一四頁。
- (69) 同一七頁。
- (70) 同一五頁。
- (71) 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〕八五頁以下参照。
- (72)(73) 前掲・吉川「日本における罪刑法定主義の沿革」二九頁。

(74) なお、必ずしも刑法の「民主化」という観点からのものとはいえないが、西原春夫「刑法定史にあらわれた明治維新の性格―日本の近代化におよぼした外国法の影響・裏面からの考察―」（『比較法学』三卷一号「昭和四二年」、後に『刑事法研究』第二巻「昭和四二年、成文堂」二二三頁以下に再録）の存在を、この期の近代日本刑法史研究という場合、看過することはできない。

まず始めに同論文は、明治時代における刑法定史は明治一三年の旧刑法定を境として全くその原理を異にするが、それでは明治維新の本質はどちらに反映されているとみるべきであろうか、と問題提起するとともに、筆者の問題関心が明治維新の性格をもって絶対主義的変革とみるか、あるいはブルジョア革命とみるかという昭和初頭の有名な日本資本主義論争以来興味ある議論が展開されてきた問題と深く結びついていることを明らかにする。次に同論文は、「旧刑法以前の刑法は、たしかに暫定的な法律であった。しかし、もし明治維新の思想というものが、この旧刑法にあらわれているような近代的なものであったとすれば、旧刑法以前の刑法は、存在するのにも前近代的であり、封建的にすぎた。それらは暫定的な法律ではありながら、やはり明治維新の絶対主義的性格を消極的に表現したものとみないことには、その存在を肯定することはできないであろう。」等の理由から絶対主義的変革説の立場に至ったことを帰結し、続いて旧刑法が制定されたことに對する「別個」の理由づけの検討に入る。そして、そこで同論文が採用したのは、その頃絶対主義が終りを告げ、市民社会の時代に移行したと解する考え方ではなく、何らかの理由で本質と異なるものが単なる装いとして登場したにすぎないと解する考え方であった。「旧刑法の制定については、もっと他律的な動因を重視すべきではなからうか。」「明治維新は、元來絶対主義的変革であった。しかし、その内部には、不平等条約を解消するために当時の西洋諸国と同様な近代的な国家制度を早急に作らねばならぬという課題が秘められていた。」「旧刑法の制定は、そして旧刑法による日本の近代化は、元來そのような政策の一環であり、極端にいえば、それは、不平等条約解消という悲願を達成するための、単なる装いにすぎなかつたとみるべきではなからうか。」「いったん『刑法定史』制定史の枠を越え、『刑法定史以外の刑罰法規』の制定史、とくにい

わゆる治安立法の制定過程に考察の目を向けてみると、その確信はもはや動かぬものとなつてくるのである。」。

このようにみてくると、本稿が同論文をもつて看過できないとした理由の一端も既に明らかであろう。旧刑法自体のもつ絶対主義的側面の掘り下げにやや物足りなさを感じるものの、右分析をもつて上述の刑法の「民主化」という観点からの近代日本刑法史研究のそれを連想された読者は決して少なくなかろう。しかしながら、本稿が同論文をもつて看過できないとした理由はこれだけではない。けだし、同論文によれば以上の問題に加えて現行刑法の制定が問題とされるからであり、ここでは上記諸研究と異なる評価が引き出されるからである。本稿が看過できないとした理由の中心もこの点に存する。

すなわち、次のような評価がそれである。「旧刑法が刑事制度の分野でわが国の近代化を促進した三つの点、つまり罪刑法定主義の確立、身分による差別待遇の撤廃、責任主義の確立という点について現行刑法がどのような態度をとったかという点、それは、旧刑法の原理を前進も後進もさせなかったと評価することができる。」「罪刑法定主義については、現行刑法はこれに関する規定を削除してしまつた。」「もつとも、このことは、……一般に説明されているように、もはや重ねて刑法の中に罪刑法定主義の規定を設ける必要を認めなかっただけのことだと解するのが相当であろう。」「もつとも、現行刑法は他の分野でやはりわが国の近代化をおしすすめていると思われる」が、「その第一は、現行刑法が旧刑法にくらべて規定を単純化したことである。」「犯罪類型の単純化、法定刑の幅の拡大ということは、二〇数年にわたる裁判所の量刑実務の経験によるところも多大だったとみるべきであろう。」「現行刑法が日本の近代化に寄与した第二の点は、刑罰制度全体を整理・改善し、とくに短期自由刑制度の弊害を回避するために執行猶予制度を採用し、また従来の監視の制度を廃止したことである。」「以上を総括してみると、……現行刑法は、端的に表現するならば、主としてドイツ刑法を参考としつつ実務の経験にもとづいて旧刑法を改善したもの、と特徴づける方が正確であるように思われる。」

そして、このような評価から外国法の影響に対する次のような結論が導き出されることになつた。「外国法は、決して、単に条約改正のときにだけ着する装いを提供したにとどまつたのではなかつた。ひとたび摂取した外国法は、学説・判例

をとおして、やがて社会の意識の深層に浸透していく。旧刑法以前の封建的な制度は、やがて外国法思想の前に忘れ去られ、現行刑法制定のころには、思い出すすべもないほどに市民社会的な思想の底に埋没してしまっていたのである。ここに、外国法思想の浸透現象のひとつを見出すことができるであろう。」

これによれば、同論文が、旧刑法制定頃のわが国では未だ市民社会が成立しておらず、したがって旧刑法も条約改正のための単なる裝飾にすぎなかったと消極的に評価するのに反して、現行刑法制定時のわが国は既に市民社会の時代に入っており、このような市民社会的要求にもとづいて現行制定が制定されたのであり、現行刑法が旧刑法のもつ近代的な性格を更におしすすめることができた遠因もこの点に存する、として現行刑法の制定をもって積極的に評価していることが、容易に理解されよう。上記諸研究にみられるような「西欧諸国において、つとに刑法の全面的改正が提案されながらも、市民刑法の伝統への執着がなおその断行をためらわしている間にあつて、市民刑法を聞いて取った歴史をもたないわが国においては、世界にさきがけて、独占資本の要請にもつとも忠実な新刑法を成立させたのである。」との評価と比較した場合、その差は歴然となろう。

しかしながら、このような現行刑法の制定に対する積極的評価が西原教授の歴史理論一般のなかでどのような地位を占めるのか、ひいてはまた西原刑法理論の本質とどのようにかかるのかという重要な問題については、残念ながらここではその検討を留保しなければならない。この点については機会を改めることとしたい。ただし、この期においては、「総論の基本問題三〇項目に対する解説を内容とするが、そこでは通説に対抗して、新しい世代感覚を背景とする実質的アプローチが意識的に追及されている。」と位置づけられる、その意味では右の問題を検討する場合、もつとも有力な手掛りになると考えられる西原春夫『刑法総論』〔昭和四三年、成文堂〕が出版されているが、そこでもその歴史理論一般は未だ示されていないからであり、更にはその刑法理論の進むべき方向をどこに見出されたかに関しても、まとまった形では未だ展開されていないからである。右の検討資料をこの期の西原教授のそれに求めることは時期尚早といえよう。

ただし、ここでも次の点を指摘することだけは可能であろう。すなわち、西原教授によれば、戦前のわが国における近代刑法の発達における、とりわけ外国法との関係における「主体性」が強調されており、そしてそれは、上記発達の考察に際して刑事実務の動きを重視するという態度と結びつくことによって、右発達のいわば「健全性」を帰結しているように思われるという点である。この点において、戦前のわが国における近代刑法の発達をもって西ヨーロッパ型、とりわけその縮図たるフランス型のそれと同視された牧野博士や、「日本刑法は単なる社会防衛処分の法でないのと同時に、また西洋の自然法または神学的な絶対正義を原理とするものでもなく、日本国家の法としてあくまでも日本の道義に基づかなければならぬ」という問題意識から戦前のわが国の近代刑法の発達における特殊日本性を跡づけようと言われた小野博士のそれとの間に重大な差異が存するようにみうけられる。

その他、小野清一郎「旧法とボアソナードの刑法学」(『杉山教授還暦祝賀論文集』〔昭和一七年〕)後に『犯罪の本質について』、その他『昭和三〇年、有斐閣』四二五頁以下に再録)等に依拠しつつ、わが国刑事立法および刑事法学の「黎明」期の形成に力があった「お雇い外人」ボアソナードの法思想、就中、刑事法思想を論究する山中俊夫「明治初期刑事法思想の研究—ボアソナードの思想を中心として—」(『同志社法学』第一〇四号〔昭和四二年〕一頁以下)、あるいは「商経法論叢」(一五巻二号〔昭和三九年〕および同四号 昭和四〇年)と『神奈川法学』(一巻一号〔昭和四〇年〕)七巻一号〔昭和四六年〕)に一四回にわたって発表された岩崎二郎「明治初期日本刑法学の研究」による仮律律研究に加えて、武安将光「犯罪現象の研究大正昭和初年」〔昭和四〇年、有信堂〕の存在も忘れることはできない。ここでは、犯罪社会学の観点から、大正初年—昭和一一年の間の犯罪現象が、刑事法制や刑事政策の動き、更には政治・社会・経済情勢の変動との関係において詳細に検討され、一般犯罪のみならず社会運動・国粋主義運動及び国家主義運動関係の犯罪、労働関係の犯罪、売春関係の犯罪についても独自の分析が展開される。実務家ならではの貴重な研究といえよう。