

戦後のわが国における近代刑法史研究（八）

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』一〇巻三号）
 - 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(八) 内田

- 二 「民主主義刑法学」における近代刑法史研究―その一―(以上『神戸学院法学』一四卷三号)
- 三 「民主主義刑法学」における近代刑法史研究―その二―(以上『神戸学院法学』一四卷四号)
- 四 「民主主義刑法学」における近代刑法史研究―その三―
- 五 「市民刑法学」における近代刑法史研究
- 六 その他の動き(以来本号)
- 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

四 前節では、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において新たな飛躍が図られつつあったことの第二のあらわれとして、昭和四三年に相次いで発表された一連の罪刑法定主義研究をまず考察したが、そこで取り上げた沢登佳人「罪刑法定主義の歴史的意義への反省」および横山晃一郎「罪刑法定主義概念の再構成」がその還暦を祝った佐伯博士がくしくも同四三年に出版された『刑法講義総論』における「刑法史のくわしい叙述の部分の復活」⁽¹⁾もまた、同様に、右のあらわれとの関連において考察されなければならないであろう。すなわち、第一編第二章「刑法の歴史」および同第三章「近代における刑法思想の展開」がそれである。けだし、何よりも「新総論」は、「戦後の簡略された刑法総論(昭和二七年)を今一度戦前の旧総論(昭和一九年)にまで引きもどし今日の段階において再検討を加えたいと集大成されたもので、まさに学会にとって待望の書であった」⁽²⁾が故に、右二章もまた、沈黙を破った佐伯歴史理論の新たな到達点が集大成されているのではないかとの期待を集めるこ

とになったからである。

とすれば、「旧総論」(昭和一九年)の歴史理論との比較検討から、右二章の考察に入ることが必要であろう。

ところで、「旧総論」において刑法史の分析にあてられている部分は第一編第二節および第三節であるが、その表題および構成からみても、「旧総論」第一編第二節と「新総論」第一編第二章が、また「旧総論」第一編第三節と「新総論」第一編第三章が酷似していることは明らかであろう。「旧総論」第二節および「新総論」第二章はともに「刑法の歴史」と表題されており、日本刑法の歴史が詳しく扱われるが、その構成もまた、「旧総論」では(一)氏族時代(二)前期王朝時代(三)後期王朝時代(四)初期武家法時代(五)中期武家法時代(六)末期武家法時代(七)明治時代(八)刑法改正事業その他、というのに対して、「新総論」では(一)氏族時代(二)律令時代前期(三)律令時代後期(四)武家法時代初期(五)武家法時代中期(六)武家法時代末期(七)明治時代(八)ヨーロッパ法体系の導入(九)現行刑法以後(十)刑法の全面改正、というように酷似しているからである。のみならず、それは「旧総論」第一編第三節と「新総論」第一編第三章の場合も同様であって、前者によれば「西洋近世に於ける刑法思想の変遷(主観主義と客観主義)」とされるのに対して、後者によれば「近代における刑法思想の展開」とされるように表題的には多少の変化がみられるものの、両者はともに近代刑法思想の発展を扱っており、その構成も、「新総論」で新たに追加された全体主義の刑法論の部分と第二次大戦後の刑法思想の部分とを除けば、全く同じだからである。すなわち(一)アンシャン・レジームの刑法制度(二)啓蒙思想の刑法思想(三)フォイエルバッハの刑法思想(四)古典学派の刑法思想(五)新派刑法学、という構成の部分がそれぞれである。しかしながら、両者の酷似はこのような形式面だけではない。内容的にみても、両者においては多くの叙

述が共有されているといえよう。例えば、「新総論」第一編第二章の氏族時代から武家法時代末期までの叙述はほぼ「旧総論」のそれが踏襲されており、このような態度は明治時代以降の叙述に際しても基本的に維持されている。もっとも、「新総論」では、既に述べたように戦後の部分が新たに追加され、刑法の一部改正の動きと並んで全面改正の動きが簡潔に整理されており、加えて、旧刑法から現行刑法への改正過程の叙述においても、新派の主観主義刑法論の主張がいろいろ採り入れられたとの注目すべき指摘が新たにみられるものの、しかし、それも右のような印象を大きく変えるものではない。若干の加筆修正にとどまるとの見方が出てもおかしくないぐらいである。そして、それは、「旧総論」第一編第三節と「新総論」第一編第三章とを比較した場合、より強いものがあるといえよう。ただし、ここでは、前者の分析の大部分が後者において採用されていることに容易に気づくからである。

それでは、「新総論」の右二章をもって、沈黙を破った佐伯歴史理論の新たな到達点を集大成したものとみることには誤りなのであろうか。それは文字通り「刑法史のくわしい叙述の部分の復活」にとどまるものなのであろうか。しかしながら、結論的にいえば、我々は次の理由から右二章によれば我々の期待が実現されたと考える。すなわち、その理由とは「新総論」第一編第二章にかかわるが、ここでは前述したような表面的な類似性にもかかわらず、その深部においては「旧総論」との間に重要な変化が生じている、という点にある。ただし、「旧総論」によれば、既に拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究」^(六)で触れたように、「固有史」的立場が前面にうちだされてきたのに対して、「新総論」を注意して読めば、このような「固有史」的立場にかかわる叙述がここでは数多く削除されていることが理解しえるからである。すなわち、これによれば、「新総論」では「固有史」的立場、刑

罰寛恕あるいは刑政は最も慎重なることを要することをもって東洋古来の刑法思想の具体的内容との立場は別にしても、少くとも我国家の維持発展との関連で日本刑法の歴史を根拠づけようとの立場だけは明確に消去されていることがうかがえるからである。もっとも、このように述べると、「固有史」的立場の単なる消去といった消極的な変化をもって佐伯歴史理論の「新しい」到達点といえるのかとの疑問が生じるかもしれないが、しかし、ここで我々が想起しなければならないことは、これも既に前記拙稿で紹介したように、佐伯博士によればこの「新総論」の公刊に先立ち発表された「刑法学史」（昭和四二年）において、近代刑法の特殊日本の発展の批判的考察という博士自身の歴史理論にとってもいわば「残された」課題に「学説」を軸として真正面から取り組まれることによつて近代日本刑法史研究の新しい地平を切り開かれるなかで、「旧総論」の「固有史」的立場とは明確に異なる佐伯歴史理論の文字通り新たな到達点を既に明らかにされておられたという点である。というのも、「新総論」における「固有史」立場の消去の意味も、このような状況との関連において評価されなければならないと考えられるからである。このような状況をふまえた場合、右の消去をもって単なる消極的な変化にとどまるものとうけとめることはできなくなるからである。「旧総論」から「新総論」への変化が、たとえ文字の上では「固有史」的立場の消去という消極的な形でしか示されなかったとしても、両者の間には、「旧総論」にみられるそれから「刑法学史」にみられるそれへという積極的な変化が介在しており、その意味で、「新総論」における「固有史」的立場の消去の奥にはこのような「書かれざる」積極的な変化が秘められていることを忘れてはならないからである。先に我々が重要な変化が生じていると述べたのも、このような意味においてだったのである。

なお、右第二章と異なり、第三章では、第二章にみられるような実質的な変化は認められない。基本的には「旧総論」との間に何らの変化も生じていないといっても必ずしも過言ではないように思われる。しかしながら、それは佐伯博士にとってむしろ当然のことであったといえよう。ただし、佐伯博士によれば「新総論」においても「旧総論」のそれを要する必要はいささかもなかったからである。戦前の牧野博士による「法治国思想」¹⁾「罪刑法定主義」から「文化国思想」²⁾「自由法論」への社会の進化に伴なう「旧派刑法理論」(啓蒙主義刑法理論あるいはフランス折衷主義刑法理論)の「新派刑法理論」による克服—刑法の「社会政策化」³⁾「人道化」—という近代刑法発達の一般的図式化、あるいは木村博士による刑法の「公法的見地」の徹底化に伴なう「旧派刑法理論」(ドイツ旧派(後期旧派)刑法理論)の「新派刑法理論」による総合という一般的図式化との対抗のなかから形成された自己の刑法におけるマグナ・カルタ的機能の回復という観点からの、それ故右のマグナ・カルタ的機能をもつとも体現すると考えられる啓蒙主義刑法理論をもって「新派刑法理論」に對置せしめるとともに「ドイツ旧派(後期旧派)刑法理論」からも峻別せしめるといふ、「フオイ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)や「刑法における人間観の問題」(同一七年)等で示された、そして「旧総論」でも維持された一般的図式化³⁾が、前述の沈黙中においてもいささかの揺るぎもみせなかったということが可能であろう。戦前の佐伯歴史理論の到達点の高さに改めて驚きを禁じえないが、それはともかく、ここに佐伯歴史理論は、近代西洋刑法発達の一般的図式化における従来の見解の維持と近代日本刑法史研究におけるその変化によって「旧総論」でみられたような「矛盾」を解消し、刑法におけるマグナ・カルタ的機能の回復、そしてまた近代刑法の特殊ドイツ

的あるいは日本の発達の批判的考察という視点の下に統一されることによって、一応の完成をみるようになったといえよう。我々が「新総論」によれば期待が実現されたと結論した真の理由もこの点に存したのである。

しかしながら、ここで我々がより問題としたいことは実はその先にある。すなわち、戦前と戦後における佐伯歴史理論の機能の変化がそれである。というのも、前述したように、戦前における佐伯歴史理論の主たる機能は牧野博士や木村博士のそれに対抗するという点に求めたのに対して、戦後の佐伯歴史理論は、拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究」(一)以下がその検討を試みたような戦後刑法状況の新たな展開のなかで、右にみたような佐伯歴史理論自体の発展とあいまって次のような性格を付与されることになったからであり、むしろこの性格が前面に押し出されることとなっていったからである。すなわち、戦後第二期の木村、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、そして戦後第三期においても福田教授や庄子教授などによって基本的に保持された「学派の争い」の「止揚」という観点からの近代刑法史研究に対抗するという性格がそれである。前掲「刑法学史」の紹介に際してこの点に触れたが、それは、「新総論」の近代日本刑法史の部分を読む場合のみならず、「旧総論」の見解が維持された近代西洋刑法史の部分を読む場合においても留意しなければならない点であろう。ただし、佐伯博士の如く、「ドイツ旧派(後期旧派)刑法理論」をもって明確に啓蒙主義刑法理論から峻別し、むしろそれは特殊ドイツ的な所産であり、啓蒙主義刑法理論に対する反動として興ったロマンティックの刑法理論であるとの見解によれば、近代刑法史に共通の現象たる「学派の争い」という図式のもつ虚構性が浮き彫りになり、ひいては戦後刑法学の進むべき方向を「学派の争い」の「止揚」に求めることの当否までもが俎上に上げられることになるから

である。現に、この期においては、戦前のわが国における刑法ないし刑法学の在り方に対する二重の歴史的反省、すなわち木村博士や小野博士などに典型的に反映された戦前のわが国の刑法ないし刑法学における封建的Ⅱ国家主義的側面に対する反省と、牧野博士などにみられるような戦前のわが国における刑法の「市民化」の動きが味わった「悲劇」に対する反省とにもとづいて、戦後刑法学の進むべき方向を「学派の争い」の「止揚」のなかにはなく、それとは明確に異なる方向に見い出そうとする戦後「市民刑法学」の動きが活発化し始めていたが、このような状況にあつて、佐伯歴史理論が、「民主主義刑法学」のそれに対してのみならず、戦後「市民刑法学」の歴史理論に対しても大きな影響を与えたことは想像に難くなからう。後に取り上げる平野龍一博士の近代刑法史研究と佐伯博士のそれとが、「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」をもって啓蒙主義刑法理論とは異質のものを含んでいることを強調する点で立場を等しくするのも、このような意味において理解することが可能であろう。

しかしながら、もちろん、そのことは、佐伯歴史理論が戦後「市民刑法学」のそれだということの意味するものでは決してない。けだし、我々は、佐伯博士の近代刑法史研究のなかに、近代刑法のもつ本質的限界に十分に留意しつつも、そのマグナ・カルタ的機能は未だ今日においても刑法の「民主化」にとって重要な意味をもちうるとの観点から、近代刑法のマグナ・カルタ的機能を集中的に表現すると考えられる啓蒙主義刑法理論の発掘に向われた風早博士の近代刑法史研究と同質のものを感ずるからである。すなわち、佐伯博士の近代刑法史研究が「学派の争い」の「止揚」という観点からの近代刑法史研究と対置されるのは、既に繰り返し指摘したように、何よりもそれが刑法におけるマグナ・カルタ的機能の回復を立脚点にしているが故にであつて、それ故、そこには、「ドイツ旧派

(後期旧派) 刑法理論」にみられるような保障原則の成立を阻む特殊ドイツ的ないし日本的原因の批判的考察という側面と並んで、他方で近代刑法の保障原則を崩壊に導く本質的原因とは何か、従ってまたそれを成立せしめるための本質的条件とは何かという問題意識が伏在しているように思われるからである。佐伯博士の近代刑法史研究によれば、リストをその代表者の一人とする「新派刑法理論」が帝国主義の刑法理論という歴史的性格をもち、「法的安全」を強調するか否かは別にしても「旧派(前期旧派)刑法理論」と本質的な相違をもつとの平野義太郎博士や風早博士らの分析が前提とされており、その結果、「新派刑法理論」一般をもって「社会自由主義」と規定し、「新派は『社会主義的』であることに伴う個人の自由の過渡の制限に陥る危険を蔵してはいる。しかし、基本的には個人主義的である」として、「旧派(前期旧派)刑法理論」との一定の相違を意識しつつも、その「旧派(前期旧派)刑法理論」との共通性、すなわち自由主義的側面を重視される平野龍一博士の近代刑法史研究との間に微妙な相違がみられることになったのも、その証拠の一つとしえようか。その意味では、平野博士の近代刑法史研究によれば「後期旧派刑法理論」の批判的考察という限りにおいて佐伯研究が支持されたとみる方がより正確であろう。前述の沢登教授や横山教授の一連の罪刑法定主義研究が、風早博士の近代刑法史研究と並んで佐伯博士の近代刑法史研究の存在を強く意識しているのも、右のような佐伯博士の近代刑法史研究の性格と関連づけて理解することが可能であろう。「新総論」と同様、その歴史理論も「民主学派の拠点」であつたといえよう。本稿が冒頭で「新総論」の歴史理論をもって、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において新たな飛躍が図られたこと、この第二のあらわれとの関連において考察されなければならない、と述べたのもこのような意味だ

ったのである。右の歴史理論によれば、佐伯博士の近代刑法史研究の新たな到達点が集大成され、かつそれは、戦後「市民刑法学」の歴史理論に大きな影響を与えたのみならず、この期以降の刑法の「民主化」という観点からの近代刑法史研究の発展のいわば跳躍台となっていたのである。

ただし、それだけに、右の発展に際して問題となった、佐伯博士の近代刑法史研究とりわけ近代西歐刑法史研究における残された若干の問題点をここで指摘しておくことが必要であろう。

その第一は、「刑法思想史的に見ると右の啓蒙的刑法思想はフォイエルバッハによって理論としての完成を与えられた」⁽⁸⁾との、滝川幸辰博士にもみられる佐伯博士のフォイエルバッハ評価にかかわる。ただし、「フォイエルバッハにも、法を宗教・道徳から峻別し従って刑法の妥当範囲を制限しようとする啓蒙主義的意図があり、そこに国民の立場から国家権力を制限せんとする進歩的意義を認めうることは確かであるが、……この点は別の見方からすれば……当時のドイツ社会の階級的基盤に立って絶対王権を安固ならしめんとする意図の反映であって……、絶対主義国家権力に対する抵抗の理論たる人権宣言八条の思想の進歩性と同一視することはできない。」⁽⁹⁾との沢登佳人教授の分析や、「ひとり、フォイエルバッハの言説の中に、こうした点(ブルジョアによる立法、ブルジョアによるブルジョアの刑法作成の要求)が明確でないのは、彼の生きたドイツの後進性、つまり、ブルジョアの立法参加の現実的可能性が殆んどなかったという事情によるものであろう。しかし、彼の主張した『あらゆる立法者の法律であり、あらゆる立法にとっての永遠の規範』としての理性の法律という考え方は、ブルジョアによる立法が不可能であったドイツに生まれた、ブルジョアの法意識を国家法の上に反映させる論理にほかならなかったのである。」⁽¹⁰⁾

(丸括弧内引用者挿入)との横山教授の分析、あるいはまた「フォイエエルバッハが刑法の最高原則として定式化した罪刑法定原則の、『法律なければ刑罰なし Nulla poena sine lege』(法律による可罰性の根拠づけ)、『犯罪なければ刑罰なし Nullum crimen sine poena legati』(権利侵害の法律による明確化)」という公準は、領邦国家、啓蒙専制君主の支配するプロイセン王国の『哲学的統治』の影響のもとにたっていたのである。ここでは、民主主義や人民主権の原理は完全に否定されざるをえない。⁽¹¹⁾との桜木教授の分析などにみられるように、フォイエエルバッハの刑法理論については、「ドイツ旧派(後期旧派)刑法理論」との峻別においてその啓蒙主義的側面、進歩的側面を高く評価しつつも、啓蒙主義刑法理論の完成者とエスカレートせしめることなく、ドイツ啓蒙主義刑法理論の完成者との評価にとどめることによって、それが内包する特殊ドイツ的側面、その光と影が、後に、フランス啓蒙主義刑法理論などとの対比において問題とされることになったからである。すなわち、ここでは、従来のフォイエエルバッハ研究においては「担い手論」、つまりフォイエエルバッハがその「刑法改革」の主体を誰に求めたのか、という点の検討が必ずしも十分ではなかったことが問題とされることになったからである。もちろん、その背景には、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という認識から、罪刑法定主義の主張が歴史的に登場したときにもっていた、とりわけブルジョアによる刑事立法の要求という民主主義的側面を歴史的に発掘することによって罪刑法定主義概念の再構成を図ろう等の問題意識が存したことは、既にみた通りである。⁽¹²⁾

とすれば、問題はひとりフォイエルバッハにとどまらず、他の啓蒙思想家にも及ぶことになるが、しかしながら、前掲・沢登佳人「罪刑法定主義の歴史的意義への反省」も指摘するように、佐伯博士によればその「啓蒙時代と犯罪類型」などにおいてしばしばモンテスキュー理論の温歩的で不徹底な性格とベッカー理論の急進的、徹底的性格とが対比させられており、その意味では、佐伯博士の啓蒙主義刑法理論研究によれば早くも戦前に、右のような民主主義的側面との関連における啓蒙主義刑法理論の精密な位置づけの重要性と必要性が示されていたという点は注目されなければならないであろう。

他方、問題点の第二は、右のフォイエルバッハ評価という問題点ともかかわるが、佐伯博士の近代西欧刑法史研究の中心はドイツのそれに置かれており、その結果、世界に先駆けて市民革命を、そしてまた産業革命を実現したイギリスや、牧野博士が近代市民刑法の発達の典型をそこに求められたフランスのそれは、その多くが今後に残されることになったという点である。例えば、団藤博士や大塚教授などによって「相對主義刑法理論」の系譜と位置づけられ、⁽¹⁴⁾そして平野龍一博士によって既に戦後第一期に「これまで全く対照的だとされていた、ベッカー、フォイエルバッハとフェリー、リストとの間にベンサムを通じて、共通の功利主義的傾向を看取することができる……」⁽¹⁵⁾として、そのイギリス近代刑法史研究における重要性のみならず、広く近代西欧刑法史研究一般に占めるその重要性が暗示されたベンサム刑法理論の研究などが、その一例である。もっとも、そのことが、佐伯博士がこのような研究を必要だとされたということを少しも意味するものでないことは改めていうまでもない。むしろ、佐伯博士によれば他の誰にもましてその必要性が強く意識されていたことを看過してはならないであろう。佐伯博士が

右の「啓蒙時代と犯罪類型」において、一般に市民革命の典型と位置づけられるフランス革命の法的所産たる、それ故、近代市民刑法の原理がそこにもっとも典型的に反映されていると考えられる一七九一年刑法典などの検討を通して、啓蒙主義刑法理論が如何に実定法化されたかを探ろうとされたこと、更にはまたその「刑法学史」において「フランス折衷主義刑法理論」に言及され、それがフランス一八一〇年刑法典の社会防衛的性格の批判のなかから生み出されたものであり、したがってその応報思想と功利的目的主義を結合させようとする立場も、「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」にみられるような国家刑罰権の絶対的正当化を図るものではなく、刑罰の応報性を承認し、犯罪を社会的害悪であると同時に道德的悪であると解することよって結局、処罰される行為の範囲と程度を違法にして且つ有責な行為の範囲内に限定しようとする自由主義的なものであったと注意されたことからも、佐伯博士がドイツ的なそれとは異なる近代刑法のフランス的発達に対してなみなならぬ関心を抱いておられたことは明らかであろう。

ここで指摘しておかなければならない問題点の最後は、「新派刑法理論」とりわけその代表者の一人であるリストのそれをどのように評価するののかという点である。もっとも、ここで問題だという意味は、「新派刑法理論」に甘いのではないか、という意味ではもちろんない。この点に関する佐伯博士の立場については既に触れた。したがって、ここで問題だという意味も、滝川幸辰博士をして第二期「自由主義刑法」と位置づけせしめたところのリストにおける「法的安全」の思想、あるいはまた後に平野龍一博士をして、刑法学の進むべき方向の一つを「前期旧派」理論にとつてかわるものではなく、それを「修正」するもの、ないしはそれに「加味」されるものとしての

「刑事政策的思考」に求められたこととの関連において、リストを「社会自由主義」と規定するに至らしめたところのリストにおける「罪刑法定主義・客観主義」の強調と、帝国主義の刑法理論というその本質とがどのように結びついているのか、またこのような結合は近代刑法の特殊ドイツ的発達とどのようにかかわっているのか、の分析がそこではもう一つ明確ではなく、今後に残されることになったのではないか、という意味にとどまる。もっとも、佐伯博士によれば、その「刑法学史」において、わが国における「新派刑法理論」の代表者である牧野博士をとりあげられ、刑法における「市民法学」と高く評価され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ておられたところからみると、右の問題に対しても、少くとも頭の中では既に一定の解答を用意しておられたといえるかもしれない。¹⁹⁾

ところで、目を他に転じると、この期においては、「何がブルジョア刑法の基本原理であったかを歴史的に明らかにすることが必要であり、それを前提としてはじめて、その後の刑法思想や理論の変容の過程とその意味を明らかにすることが可能となるであろう。以上の観点から、何よりもブルジョア社会創生期の刑法原理を明らかにすることが本質的な意味を獲得する。これがブルジョア啓蒙主義の刑法原理である。ところが、これまで啓蒙主義の刑法理論については、正当な関心が払われず、あたかも、いわゆる旧派刑法理論からブルジョア刑法思想がはじまるかの如く一般には観念されていたのである……」²⁰⁾との問題意識から中山教授の啓蒙主義刑法理論研究が発表されているが、これも、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において新たな飛躍が図られつつあったことの第二のあらわれとして考察することが許されよう。すなわち、「ホンメル」の刑法思想(一)(二)——刑法にお

るドイツ啓蒙主義の「典型」⁽²¹⁾（昭和四〇—四三年）が、それである。ただし、同論文がドイツ啓蒙主義刑法理論研究の対象とするのは、従来、佐伯博士などによって「啓蒙主義の勇敢な代表者である」と規定されてきたフォイエルバッハではなく、「フォイエルバッハについては、啓蒙主義の刑法論者といえるかどうか、なお検討を要する点が残されていると考えられる。……東独ゲラーツなどの評価はむしろ否定的である。」⁽²²⁾として、右の表題からも明らかのように、ゲラーツなどによってドイツ啓蒙主義の最大の刑法思想家と位置づけられたホンメルだったからであり、ここに我々は、中山教授のドイツ啓蒙主義刑法理論研究の新規性と、従来のドイツ啓蒙主義刑法理論研究をのりこえようとの試みを感じるからである。

なお、中山教授の近代西欧刑法史研究としては、「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観——いわゆるブルジョア刑法理論の方法論的本質の解明のために——」（昭和三一年）が既に前期に発表されており、この期においても、右ドイツ啓蒙主義刑法理論研究に加えて「ブルジョア刑法および刑法学に対する批判」（『ソビエト法概論刑法』〔昭和四一年〕第二章）が発表されているが、前者は既にみたようにピョントコフスキーや宮内教授の「虚構としての意思自由論」をその有力な分析視角としており、後者もその中心はゲラーツの見解の紹介に置かれていること、更にはまた、ここにとりあげようとするホンメル研究も中山教授自身が断っておられるようにツァーン⁽²³⁾の見解に基本的に依拠するものであることから推察すると、社会主義国の刑法学者、とりわけソビエトや東独のそれによるいわば外在的批判を有力な指針としてその近代刑法史研究を進めようとしておられるところに、宮内教授のそれと同様、中山教授の近代刑法史研究の大きな特徴の一つが存するといっても必ずしも誤りではなからう。

中山教授のホンメル研究は、「序」、「時代的背景—刑法における啓蒙主義—」、「ホンメルの人と業績」、「ホンメルの刑法哲学」、「ホンメルの意思自由論」、「ホンメルの刑法理論」、「ホンメルの刑法改正提議」、「結語」にわかれ、最後に「附・資料」として「グロービッシおよびフスターの刑法的見解」に関するゲラーツ論文が要約・紹介されるが、「時代的背景—刑法における啓蒙主義—」ではまず刑法における啓蒙主義とは何かが一般的に問題とされ、(一)刑法における啓蒙主義者にとっては何よりも封建刑法の苛酷刑を減輕することがその実践的課題であったが、その際、啓蒙主義者が武器としたのは、何よりも人間性とその創造力に対する信頼を基礎とする人間的テーゼ（ヒューマニズム）、つまり「自然法の理論」であった。(二)そして、刑法における啓蒙主義者がこのような自然的、理性的な法原理として提起したものは自由、平等、安全および所有という観念であった。(三)このような啓蒙主義者の刑法的見解は近代資本主義的生産方法とその国家および法秩序を内容的に予定しかつこれを反映したものであるが、この段階ではまだその主眼が封建的・絶対主義的抑圧かつ自由と、神学的専制裁判に対する斗いと置かれていたために、啓蒙主義者はブルジョアの要請を完全にかつ内的正当性をもって、人間性および人間と市民の権利の表現として一般に主張しえたのである、と刑法における啓蒙主義を性格づけたあとで、「ブルジョア自由主義刑法理論」とブルジョア創生期の啓蒙主義刑法理論との質的相違に言及し、それが次のように説かれる。「権力に就いたブルジョアジーが、反封建の批判的精神を失い、新生の第四階級を抑圧して自己の経済的・政治的特権を維持するために、ユンケルとの妥協を開始する時期になると、以上のような抽象的な刑法原理は、人間一般を代表し得るような批判精神を失って、純粹に弁護的な、最初は保守的で終極的には反動的な役割を果たすようになる。ブルジョア自

由主義の刑法理論とは、まさにこの時期以降の理論をさすのであって、啓蒙主義の刑法理論との相異は、上述のような歴史的基礎を背景としてもっているのである。道義的応報を内容とするいわゆる旧派刑法理論は、実はブルジョア反動期以降の典型的なブルジョア自由主義刑法理論であり、ブルジョア創生期の啓蒙主義刑法理論とは、単に方法的に異なるのみでなく、歴史的時代的基礎において質的に異なるものといわなければならない。⁽²⁴⁾と。

前に、中山教授によればその「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」において、「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」の特殊ドイツ的側面に留意されつつも、結論的には「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」の「非決定論」をもって「産業資本主義時代の刑法形態」の「典型」と規定され、そこから「新派刑法理論」との対立をもって「産業資本主義時代の理論」と「帝国主義時代の理論」の対立と「一般化」されたことをみたが、右叙述によれば、このような近代刑法発達の一般的図式化がそのドイツ啓蒙主義刑法理論研究においても前提となっていることが、容易に理解されよう。

次の「ホンメルの人と業績」では、ベッカリアの影響をうけ、そこに共鳴と自信を得て、刑法の分野におけるドイツ啓蒙主義の最大の担い手として公然と自己を主張しはじめる過程が跡づけられ、更に「ホンメルの刑法哲学」では、ホンメルの一般哲学的な基本思想がその自然法論を中心として概観される。

中山教授の近代刑法史研究における主要な関心の一つが、「過去に存在しまた現在存在する刑法の諸理論・諸学派（いわゆる旧派理論・新派理論・人格責任論・規範的責任論・目的々行為論・ナチス刑法理論および社会主義刑法理論等）の哲学的・方法的な本質が、この意思自由と刑事責任の問題の中に最も端的に表現されているのでは

ないか⁽²⁵⁾」という問題意識から、「上記の刑法諸理論・諸学派がこの問題に対して採っている立場その見解」を、「これらの理論の哲学的・イデオロギー的基礎およびその歴史的役割」との関連で明らかにすることにあり、ということとは既に暗示したところであるが、このような問題関心はホンメル研究においても貫徹され、意思自由と刑事責任の問題に対するホンメルの見解が、その刑法理論の検討に先立ってとりあげられる。これが第四章を構成する「ホンメルの意思自由論」である。そして、ここでは「上述したところから、ホンメルが人間の意思の自由……の中に、刑法、したがって刑罰の根拠を求める立場（一九世紀以降のドイツ旧派理論はまさにこの立場に立つものであった）を決定的に排除しようとしたことは明らかであろう。つまりホンメルは、哲学的決定論のモラルおよび刑法の世界への全面的妥当性をみとめたといえることができる。しかしその論証の過程においては、いくつかの問題があり、不明な点ないし疑問な点が存在することもたしかである⁽²⁶⁾。」と結論づけたうえで、そのまゝに代えて、フォイエルバッハの決定論および旧派の意思自由論との比較におけるホンメルの決定論的刑法観の特徴と問題点が次のように整理される。「まず第一に、ホンメルが刑法や道徳というものを社会生活の維持と円滑な運営のために必要な手段と考える合理主義的、相対主義的な基本的観点を堅持している点が注目される。この点は明らかに啓蒙主義哲学の唯物論的な算術合理主義の志向を反映するものであり、その後の旧派刑法理論が、……絶対主義的な基本的観点に立つ点に比して対照的である。……ただし、第二の点として、ホンメルが道徳と刑法、したがってモラルと法を通常並列的に叙述し、両者の間に妥当原則の相違をみとめていないと思われる点が、とくにフォイエルバッハの場合と比較して注目される……⁽²⁷⁾。」と。

このようにして中山教授によれば、啓蒙主義の哲学的基礎が決定論に置かれており、刑法の責任（非難）も右の決定論から根拠づけようとされた、との近代刑法の発達にかかる一般命題がホンメルにおいても妥当することが論証されることになったが、しかしながら、それだけに、それは中山教授の近代刑法史研究の内包する問題点をも逆に浮かび上がらせることになったといえよう。すなわち、前掲の「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」における、「旧派による非決定論とそれに基く刑事責任の理解は、いわゆる近代刑法の責任原則に対応する」⁽²⁸⁾との分析と、右の分析との斉合性という問題点が、それである。ただし、中山教授は本論文において、「われわれは以上のような啓蒙主義刑法理論の中に、その後のブルジョア刑法理論がその範とすべきブルジョア創生期の最も典型的な刑法原理を見出すことができるし、また見出さなければならぬ。」⁽²⁹⁾と繰り返し訴えておられたからであり、このような中山教授の主張からすると、近代刑法の責任原則も、啓蒙主義がその哲学的基礎とした決定論との対応においてその歴史的意義が発掘されなければならないということになるが、しかし、中山教授が既に発表された「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」において求めておられた方向は、これとは明らかに異っていたからである。なお、この点が後に平野龍一博士によって「意思自由論」論争に関連して問題とされることになることは、周知の通りである。

第五章の「ホンメル（1）の刑法理論」は、ツァーンの時期区分に従って、（一）初期の自然法的刑法観（二）「ヨッホ」の時期の刑法理論（三）ベッカリアの影響以後の刑法的見解、の三期に分けてホンメル（1）の刑法理論の発展を検討する。

初期の自然法的刑法観においては相対主義と決定論はいまだ顕在化せず、むしろ素朴な応報的刑法観が支配して

おり、その展開は「ヨッホ」の時期以降に待たねばならない。「ヨッホ」の時期によれば、相対的かつ合理主義的な刑法理論の樹立が目指されていることは明らかであるが、しかし、そこでも応報思想は完全には克服されておらず、自然法的刑法観自体は維持されたといえよう。なお、刑罰の恐怖によって犯罪の実行を抑止しようとするホルメルホルメルの相対主義的な考え方は、ビンディングビンディングがかって「平衡理論」と名づけた思想につながるものと考えられるが、ただし、ここで注意しなければならないことは、フォイエルバッハフォイエルバッハのような一般予防一辺倒の心理強制的見解は展開されていないことである。刑法の根拠を単に形式論理的な平面における論証に限定せず、封建司法に対する改革的な実践的立場からのアプローチを志向したことによるものといえよう。ベッカリアの「犯罪と刑罰」に接したホルメルは、ベッカリアの命題および提案の大部分を支持し、その影響の下に、自己のかつての自然法的刑法哲学の中に見られたところの応報刑思想の残滓とそれへの妥協を清算することになったが、しかしそれにもかかわらず、若干の重要な点において、両者の間に見解の相違が認められる。ただし、ホルメルは、刑罰の目的として、むしろ第一に犯人の改善をあげ、一般予防の目的はやや後方に退いているように思われるからであり、また犯罪の分類も、ホルメルの方がより詳しく、ベッカリアのそれを補充し新しいものを加えているからであり、更にはその犯罪概念の限定の帰結として、宗教犯罪を国家刑罰の体系から除外すべきことをより具体的に主張しているからである。ホルメルホルメルの死刑論が、結論的にいえば、ベッカリアを踏襲せず、むしろ逆に死刑の存続を積極的に強調しようとしていっている点も右の相違点に加えることができるが、しかし、この点はむしろその啓蒙主義的刑法観との明らかな矛盾として注目されなければならないであろう。

しかしながら、中山教授のホンメル刑法理論に対する検討はこれにとどまらず、刑法に固有な総論および各論の諸問題に対するホンメルのアプローチにも言及され、ツァーンの紹介するところにしたがって、問題が整理される。

第六章の「ホンメルの刑法改正提議」では、ホンメルの実践的提議の部分がまとめて取り扱われ、ベッカリアの影響の前後にわけてそれが紹介される。一七六五年の著作 *principi cura leges* に展開されたベッカリアの影響以前の時期の実践的提議をまず要約し、それを、(一)ザクセンの年少選挙候のために書かれた現実的提案であって、当時のドイツにおける保守的な領主にとっても十分実現可能な現実性をもっていた。(二)その実践的提議の多くは既にモンテスキューの「法の精神」にみられるところのものであるが、しかし、それは、フリードリッヒ大王の場合と同じように、ホンメル自身の青年時代から続けられてきた独自の思索の結晶であって、単なるモンテスキューの模倣ではなかった。と位置づけた後で、次に、ベッカリアの影響以後の時期の実践的提議に移る。そして、ここでは、(一)法律の制限的適用という方向での裁判官の法律解释权をみめるといふ立場を一貫して変えなかった、そしてこの点では、裁判官の解释权の一般的拒否という啓蒙主義の時代思潮がドイツにも多くの賛成者を見出していた当時において、ホンメルの考え方は、ある意味では特異な立場を代表していた、(二)ベッカリアが認めていたところのいわゆる追放刑および嫌疑刑の例外を、ザクセンにおける追放刑廃止の立法的動きなどを背景として許されないものとして主張した、(三)その死刑論も漸進的な制限説の域を出なかった、(四)領主による恩赦権の行使に何ら反対することなく、むしろ積極的にこれを推進する態度を示している、(五)手続の過程における裁判官のいわゆる「誘導尋問」についても、これを必ずしも無条件で非難する強い立場を貫かず、むしろ条件付で賛成している、等といったベッカリアと

の相違点を抽出することによって、ホンメルの実践的提議のもつ現実妥協的性格が浮き彫りにされるが、しかし、「ホンメルのような考え方が、……ドイツの裁判の古い側面の擁護という側面をもたなかったかどうかを、何よりも当時の刑事裁判の状況との関連においてさらに考察されるべきものと思われる」として、ホンメルのような現実的提案の方が法哲学的に健全な思想に立脚していたと積極的に評価するツァーンの位置づけに対しては、その結論が留保される。

最後に、中山教授によれば、その「結語」において、ホンメルの実践的提議の与えたザクセンの司法実務に対する影響や、ホンメル of 刑法思想のドイツにおける後継者達に触れられつつ、刑法の一貫した決定論的基礎づけと、当時のドイツ・ザクセン地方の司法にしっかりと足をおろした現実主義者として、基本的にはベッカリアにしたがいつつも、ドイツの条件を考慮した彼独自の提案をも少なからず用意し展開していたその実践的提議などにおいて、ホンメルは、刑法の分野におけるドイツ啓蒙主義の一つの典型的な反映形態として、歴史的に固有のかつ独立の意義を与えられるべきものと考えられる、と結論して、そのホンメル研究をひとまず終えられる。

以上、中山教授のホンメル研究を概観してきた。啓蒙主義刑法理論と自由主義刑法理論を「古典派」の名の下に包括することは誤りで、両者はその歴史的な性格を質的に異にしており、啓蒙主義刑法理論の中にこそブルジョア創生期の基本原理が存在することに最大の注意を向けるべきだ、との社会主義国の刑法学者の見解をわが国に紹介し、その導入を図ることによって、風早博士や佐伯博士などの切り開かれた啓蒙主義刑法理論研究の重要性を改めて訴えらるとともに、そこから、滝川幸辰博士などによってドイツ啓蒙主義の輝ける刑法思想家の一人に分類されてきた

にもかかわらず、従来あまり顧られなかったホンメル刑法思想をはじめてとりあげ、その具体的内容を明らかにしたことなど、本研究の意義として語るべきことは少なくないが、なかでも特筆しなければならないのは、本研究によって、啓蒙主義の哲学的基礎が決定論にあったとの近代刑法の発達にかかる基本命題に更なる証拠が追加された点である。ただし、これによれば、中山教授自身の意図からは離れることになるが、近代刑法の責任原則もこのような決定論との対応においてその歴史的意義が発掘されなければならないということになるからであり、その意味において、それは啓蒙主義刑法理論研究における新しい課題を設定することになったように思われるからである。もっとも、本研究による課題設定はこれにとどまらない。「フォイエルバッハについては啓蒙主義の刑法論者といえるかどうか、なお検討を要する点が残されていると考えられる。……ホンメルとフォイエルバッハの相異、そしてフォイエルバッハと典型的なブルジョア自由主義的旧派理論との相異が、興味のあるところであるが、この点は次の研究課題としたい。」⁽⁹¹⁾とされた点も、注目されなければならないであろう。ただし、何よりもそれは、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に共通のそれにかかわるからである。すなわち、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においては、罪刑法定主義概念の再構成などとの関連において、啓蒙主義刑法理論におけるとりわけブルジョアによる刑事立法の要求という民主主義的側面の歴史的発掘が問題となってきたからであり、そのなかで、このような「担い手論」的観点からフォイエルバッハの刑法理論を再検討するという課題が新たに浮上しつつあったからである。ただし、中山教授の右の問題提起が、このような「担い手論」的観点からのフォイエルバッハ刑法理論の再検討の必要性の主張をこえて、フォイエルバッハをもって封建的

絶対主義との妥協と上からの改革への途を旨とした非革命的な妥協的ドイツ・ブルジョアジーの代表者と規定するゲラーツへの「傾斜」において、「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」と峻別することによってその啓蒙主義的側面、進歩的側面を高く評価してきた佐伯博士などのフォイエルバッハ刑法理論研究に対する「異議申立」をも含むものであったことは、既にみた通りである。その意味では、右の問題提起と、例えば横山教授などにみられるそれとの間には一定の距離が存するようにみうけられるが、しかしながら、そのことは、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新たな飛躍を求めて「模索期」に入ったことを逆に示しているといえないこともなからう。前述した中山教授の近代刑法史研究における一定の矛盾の存在も、このような模索との関連において評価されなければならないであろう。なお、中山教授によれば、本論文の末尾で、ドイツにおける刑法の近代化の検討に当っては特に各ラント毎の特殊性を考慮した立法、裁判、理論の細かい資料的跡づけが必要とされるであろう、と注意されておられるが、この点も近代ドイツ刑法史研究の進むべき一つの方向を示されたものとしてうけとめることが可能であろう。

我々が、右中山論文のなかに、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において新たな飛躍が図られつつあったことの第二のあらわれを求めるとする主な理由も、これらの模索にかかわるが、しかしながら、その模索が、従来のドイツ啓蒙主義刑法理論研究をのりこえようとするあまり、そのフォイエルバッハ刑法理論の再検討の必要性の主張ともからんで、ホンメル刑法思想のもつ啓蒙主義的側面を少し強調しすぎることになったのではないか、との疑問が残ったことは卒直に表明しておかなければならないであろう。ただし、ホンメルの、とりわ

けその実践的提議のもつ現実妥協的性格、そしてまたその刑法改革の主体がザクセンの年少選挙候に置かれており、したがって当然そこではブルジョアによる刑事立法の要求がみられないことは、何よりも中山教授自身が分析しておられた点だからである。もっとも、このような疑問に対しては、次のように説かれるかもしれない。現実妥協的性格、そしてブルジョアによる刑事立法の要求がみられないということは、ホンメルに限らず、ドイツ啓蒙主義の刑法思想家に共通にみられる傾向である。したがって、そのことは、ホンメルをもって刑法におけるドイツ啓蒙主義の一つの典型的な反映形態として位置づけることの何らの妨げとならない、と。しかし、それでは、フォイエルバッハは何故に啓蒙主義刑法論者から切り離され、封建絶対主義者との妥協と上からの改革への途を旨とした非革命的な妥協的ドイツ・ブルジョアジーの代表者と位置づけられるのであろうか。少くともその答が右の現実妥協的性格に求められてはならないであらう。それはホンメルにもみられる点だからである。しかしながら、ここでも、次のような説明が用意されるかもしれない。フォイエルバッハとホンメルとは、同じく現実妥協的性格をもつといってもその内容が大きく異なる。すなわち、後者にまがりなりにでもみられる、啓蒙主義刑法思想家に共通の封建刑法の苛酷刑の減輕と犯罪概念の限定という批判的性格は、前者では、その心理強制説にもとづく罪刑法定主義の形式化、刑事政策的理論化の影に後退し始めるからであり、そこで前面に押し出された法規的処罰という主張は法規にあらわれた階級的意思の合法的貫徹を保障する以外の何ものでもないからである、と。⁽³²⁾しかし、果してそうであらうか。ただし、このような説明の前提には、「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」をもってブルジョア自由主義刑法理論の典型と位置づけ、そこから、ドイツ啓蒙主義刑法理論からフォイエルバッハを経て「ドイツ旧

派(後期旧派)刑法理論」への発達の説明も、資本主義の一般的な発展法則のなかに求めるといふ基本的な分析視角が存するようにみうけられるが、しかし、右の説明を資本主義の一般的な発展法則のなかにだけ求めるのは少し無理があるように思われるからである。というのも、「ドイツ旧派(後期旧派)刑法理論」とはブルジョア自由主義刑法理論の典型ではなく、何よりもその特殊ドイツ的変容形態だからであり、したがって、ドイツ啓蒙主義刑法理論からフォイエルバッハを経て「ドイツ旧派(後期旧派)刑法理論」への発達の説明も、資本主義の一般的な発展法則ではなく、何よりもその特殊ドイツ的発展法則のなかに求められるべきであると思われるからである。

もつとも、このような疑問は、中山教授に対してというよりは、むしろグラーツやツァーンに対して向けられるべきかもしれない。中山教授によれば、ホンメルの実実妥的側面をどうみるかについてはその結論を留保され、またフォイエルバッハの刑法理論についてもその再検討は今後の課題にしたいとされておられたことからして、このような仮定の議論にいたずらに紙幅を費すことは必ずしも適当ではなからう。また、ここでの本稿の課題も、中山論文のなかに脈うつ新たな飛躍の動きを考察することにあり、その問題点を云々することが主たる課題ではない。そして、このような課題からすれば、右の断片的かつ粗雑な概観によってもある程度の目的を達成しえたように思われるので、新しい問題に移ることにしよう。⁽³³⁾

(1) 中山研一「大谷実「学界回顧・刑法」『法律時報』四一巻一四号(昭和四四年)一五頁。

(2) 同頁。

(3) この点については拙稿「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))を参照

されたい。

- (4) 同「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〕一九頁以下参照。
- (5) 前掲「戦後のわが国における近代刑法史研究(一)」参照。
- (6) 平野龍一「刑法、総論I」(『有斐閣、昭和四七年〕一頁。
- (7) 木田純一「戦後日本の刑法学」(一粒社、昭和四七年)一八三頁。
- (8) 佐伯千仞「刑法講義(総論)」(『有斐閣、昭和四三年〕五八頁。
- (9) 沢登佳人「罪刑法定主義の歴史的意義への反省」(団藤重光他編『佐伯千仞博士還暦祝賀・犯罪と刑罰(上)』(『有斐閣、昭和三年〕七〇頁。
- (10) 横山晃一郎「罪刑法定主義概念の再構成」(同『犯罪と刑罰(上)〕九四頁。
- (11) 桜木澄和「初期市民刑法における自由と人権の諸規定——一九九一年のフランス刑法典の構造と論理——」(高柳信二・藤田勇編『資本主義法の形成と展開I』(『東京大学出版会、昭和四七年〕二四八頁。
- (12) 拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究(上)」(『神戸学院法学』一四卷四号〔昭和五九年〕一頁以下)。
なお、刑法の「民主化」という観点からのものとは必ずしもいえないが、この期の近代刑法史研究におけるフォイエルバッハ研究として、山口邦夫「フォイエルバッハの刑法理論——その理論的基礎の批判的考察——」(『法学新報』第七二卷第七・八号〔昭和四一年〕五七頁以下)の存在も忘れてはならないであろう。ただし、同論文は、フォイエルバッハが法と道徳を明確に峻別し、刑法においては決定論、これに対して道徳の世界では非決定論という二元的な立場を採用したとして、佐伯博士のそれと同旨の分析を展開するからである。もっとも、そのことは同論文が佐伯博士の問題意識をも共有するということを意味するものではない。同論文の問題意識は、「近代では法の領域は実践的領域であり、そこにおいて基本的人権の保障という実践的要請を維持・発展させるためには『自由意志を持った人間』を前提としなければならぬと考える。これは戦後のわが国における近代刑法史研究(六) 内田

基本的人権を保障するという近代法における実践的要請を確保するために必要・不可欠の公理なのである。」との観点から、「フォイエールバッフの刑法論、心理強制説は、法と道徳を峻別した後、自由を法の領域から追放したが、現在ではこの立場を支持することは出来ない。」と論難することにあつたからである。

(13) 同沢登論文六六頁など。

(14) 拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究(白)」(『神戸学院法学』九卷四号〔昭和五四年〕一九〇頁以下参照)。

(15) 平野龍一「ラジノヴィッツ・イギリス刑法史」(『法律タイムス』四卷五号〔昭和二五年〕三二頁)。

(16) 同「刑法学史」(『日本近代法発達史II』(勸章書房、昭和四二年))一九頁以下)。

(17) 滝川幸辰「自由主義刑法」(『法律新報』七二三号〔昭和二二年〕二二頁以下)。

(18) 拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究四」三一頁参照。

(19) なお、中山研一「ブルジョア刑法および刑法学に対する批判」(『ソビエト法概論刑法』(有信堂、昭和四一年)一四頁以下)は、右の問題を次のように説くゲラーツの見解を紹介する。「リストはロンブローゾと異って、罪刑法定主義の原則を直接攻撃はしなかったが、逆に彼はこの原則の維持をむしろ彼のプログラムの本質隠蔽のために利用したのである。」という見解が、それである。

同旨の見解を展開するものとしては、藤尾彰「リストの刑法思想の現代的意味」(『新潟大学法経論集』一四卷四号〔昭和四〇年〕八九頁以下)が存するが、同論文は、リストにおける「罪刑法定主義・客観主義」の強調と、帝国主義の刑法理論というその本質とがどのように結びついているのか、またこのような結合は近代刑法の特殊ドイツ的發展とどのようににかかわっているのか、という問題を正面からとりあげ、リストの犯罪原因論、行為者類型論とその処遇論、マグナ・カルタの思想と目的思想を詳しく分析したうえで、次のような注目すべき結論を導く。

「リストの刑法思想を全体として評価するならば、結局、それは、法治国原理の制限と行政国家的合目的性原理の強調に

より、客観的には、一九世紀七〇年代に始まる経済的政治的後進国ドイツに特殊な産業資本主義の急激な発展とこれに直接つながる二〇世紀初頭以来の独占資本主義段階へのその急速な転化過程に基づく階級矛盾の激化、そして、このような情勢のもとでの下からの徹底的民主化運動の発展とそれに伴う表見的にのみ強力であったユニカール的大工業資本的国家権力の内部的弱体化の再編補強のため、いかなる手段に訴えてもこの運動を可及的に速やかに克服することを必要とした当時の支配層の要請を反映したものであるということができよう。そして、同時にそれは、法イデオロギー的には、その形式的、自由主義・形式的、法治国思想により、ナチズムに対して思想的武装解除を行ない、実際的には、その状態犯人無害化の理論により、直接ナチズムにつながったということができるのである。(傍点引用者挿入)。

- (20) 後掲「ホンメルの刑法思想(一)」一一二頁。
- (21) 『刑法雑誌』一四卷一号一〇九頁以下、同一四卷三・四号七九頁以下、同一六卷一号一五四頁以下。
- (22) 同「ホンメルの刑法思想(一)」一一三頁。
- (23) 拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究(三)」一五六頁以下参照。
- (24) 前掲「ホンメルの刑法思想(一)」一一八頁。
- (25) 前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」(『法学論叢』六一卷六号「昭和三十一年」)二〇頁。
- (26) 前掲「ホンメルの刑法思想(一)」八八頁。
- (27) 同八九頁。
- (28) 前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」二九頁。
- (29) 前掲「ホンメルの刑法思想(一)」一一九頁。
- (30) 同「ホンメルの刑法思想(三)」一二二頁。
- (31) 同「ホンメルの刑法思想(一)」一三三頁。

戦後のわが国における近代刑法史研究(八) 内田

(32) 前掲「ブルジョア刑法および刑法学に対する批判」二八頁以下参照。

(33) なお、既に紹介したように、この期の中山教授の近代刑法史研究としては、右ホンメル研究に加えて、「ブルジョア刑法および刑法学に対する批判」が発表されているが、中山教授は、ゲラーツの見解の紹介に際して、特に次の点に注目される。すなわち、ゲラーツが近代市民刑法理論を資本主義の発展との対応において啓蒙主義刑法理論、ブルジョア自由主義の刑法理論、帝国主義の刑法理論に区分し、更に従来、「古典派刑法理論」(道義的責任論)からの必然的「発展」として評価されてきたいわゆる「規範学派」を、事実に対する価値、法規に対する法の優位の主張によって、つまり規範主義的な操作によって、ブルジョア刑法の進歩的諸原則を實質的に掘り崩すところの、「新派刑法理論」と並ぶ一の帝国主義刑法理論として本質規定した点が、それである。「この規範学派とよばれるものは、現在のブルジョア刑法理論の通説をなすものであり、……この点に関する上述の批判は重大な意味をもっているといえよう。」(四二頁)とされる。

我々も、中山教授の注目されるように、ゲラーツが社会経済史的視角にもとづいて近代刑法の発展を三段階に区分し、「規範学派」を一の帝国主義刑法理論と本質規定するとともに、とりわけ産業革命以降、独占資本主義以前のブルジョア刑法理論をもって「自由主義の刑法理論」と段階づけ、啓蒙主義刑法理論から切り離すことによって独立の地位を与えたことを高く評価するものであるが、しかし、ブルジョア刑法のイデオロギー分析という観点からみた場合、ゲラーツが従来を通説的ともいべき近代刑法史理解と資本主義の一般分析とを単純に連結せしめているようにみえる点は気にかかる。

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における新しい動きとして最後に述べておかなければならないのは、犯罪論や刑罰論上の個別問題あるいは各論上のそれに対して歴史的アプローチを試みる研究が盛んになり始めたという点である。なお、このような動きはとりわけ次期以降になると顕著となり、またそれは、必

ずしも「民主主義刑法学」にのみ特有の動きとはいえず、後にもみるように、むしろ、それは、この期以降の刑法学に一般的に認めうる特徴的な現象の一つといえるが、にもかかわらず、「民主主義刑法学」におけるそれを他から區別するのは、「二重の反動化」に対する「全面的対応の開始」を背景として犯罪論や刑罰論あるいは各論上の諸問題に対して独自の対応を模索するなから、このような歴史のアプローチが生み出されることになった、という点に存する。すなわち、これらの問題に関する立法、判例、学説の発展を詳細に歴史的に跡づけることによって、換言すれば、近代刑法の発達をいわば各論的に掘り下げることによって、罪刑法定主義を始め行為主義や責任主義といった近代刑法の基本原則を現代のわが国において実質化する方向とは何かを、各問題ごとに探ろう、という点がある。このような動きとして、井上祐司「英米刑法における過失概念の展開」(昭和三七年)と並んで、これからとりあげようとする眞鍋毅「過失犯の歴史的研究―ドイツ十八世紀まで―」(昭和四一年)および同「十九世紀ドイツにおける過失犯理論の展開」(昭和四三年)が次のような問題設定から出発していることから、この点はいかがいしることができると思われる。「……過失を刑事責任から除外してゆく方向を、これまでの過失犯の立法史、学説史じたいのなかにさぐり当てようとするのが私の意図である。おもうにこの問題は、単に論理的な解釈学の面や、便宜的、合目的々な政策の面からだ、け、では到底解決出来ない。むしろ過失犯の立法史、学説史じたいのなかに、内在的に、自らを否定する契機がひそんでおり、それを歴史的、社会的、経済的背景と照応させることから解決の道もひらかれると考える」⁴⁾。

上述したようなこの期の刑法の「民主化」という観点からの近代刑法史研究の新しい動きをもって、近代刑法の

基本原則あるいは近代刑法の一般的な發展法則をめぐり、その意味では、いわば近代刑法史研究における総論的部分、「全体的本質把握の部分」⁽⁵⁾をめぐりそれと喩えることが許されるとすれば、これから考察しようとする最後の動きは、いわばその各論的展開を旨とするものと評しえようか。それ故、ここでは、総論的な部分においてと同様に、否それにも増して、「理論刑法学内部の回顧……に終始」⁽⁶⁾し、「理論のおかれてゐる歴史状況との関連を追求するよう……問題意識を本質的に脱落」⁽⁷⁾するものではあつてはならず、「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」⁽⁸⁾ことが強調されたことはいうまでもなからう。ただし、「歴史」と遮断された立法、判例、学説の単なる「時間的配列」からだけでは、近代刑法の基本原則を現代のわが国において実質化する方向を探るといふその課題を達成することは不可能だからである。すなわち、上述の総論的諸研究が等しく説いていたように、近代刑法の基本原則を現代のわが国において実質化するといふのは、何よりもその歴史的意義を、例えばこれを罪刑法定主義についてみれば、罪刑の限定（宗教犯罪の廃棄、社会的侵害行為への刑罰の限定）とブルジョアによる立法という二つの要求に示されたそれを、現代のわが国において發展させるための理論的枠組みを立法論的に、また解釈論的に構築するということであつて、立法、判例、学説の發展を詳細に跡づけることによって各問題ごとにこのような理論的枠組みを探らうとする場合、当然、右の發展のもつ歴史的意味を解明することがその前提とされなければならないからである。

しかしながら、ここで注意しなければならない点は、そのことは「民主主義刑法学」におけるそのすべてが「歴史」と遮断された立法、判例、学説の単なる「時間的配列」を克服しえたといふことを意味するものでは残念

ながらない、ということである。むしろ、未だ「歴史的、研究」の域に達しない研究も少なからず存したようにみうけられる。その意味では、右に「各論的展開を目ざすもの」云々と述べたが、それとして位置づけえるものは実はそれ程多くないといえようか。とすれば、問題は、何故、これらの研究が上述したような近代刑法の基本原則や近代刑法の一般的な発展法則にかかる優れた研究の成果を十分に生かされなかつたのか、換言すれば、何故、それとの間にこのような乖離が生ずることになったのかということになるが、それは次のような点と必ずしも無関係ではなからう。前に、この期の「民主主義刑法学」の動きの素描に際してその評価に触れ、「憲法的観点」と「歴史的観点」にもとづく「分析」と「対応」の必要性和重要性が説かれたにもかかわらず、この期の「民主主義刑法学」の多くによれば、「歴史的観点」は未だ「ドグマティック史観」の再検討を意味せず、その影響の下に、刑法学ドグマティックの存在は少くともこれまでは実体刑法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として、前者の「憲法的観点」も刑法ドグマティックに連結され、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」と「歴史的観点」(Ⅱ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」と「対応」の主要な側面とされた、と述べておいたが、すなわち、この点がそれである。

いささか前置きが長くなってしまったが、これぐらいにして、井上教授と真鍋教授の過失犯の歴史的研究に入ることしよう。まず井上教授のそれであるが、そこにおける井上教授の課題設定とは次のようなものであった。「ソビエト・東独の刑法理論から私が今までに学んだものは規範主義刑理論体系の徹底的な否定評価であった。私のそ

の後の関心はそういう角度から違法論発生の歴史とその社会的背景の研究へ目をむけさせ、その焦点を過失の違法性、就中『許された危険』の法理の実態の究明においた。本稿は過失の違法性の研究の一部として英米における刑事過失概念の展開を通じて、ここにも大陸法と同じように許された危険の法理・過失犯における違法性への傾向が見出せるかどうかをさぐるうとするものである。⁽¹⁰⁾

ただし、本研究における英米刑事過失概念の展開の跡づけは、残念ながら、*misadventure* の抗弁制約の要請から生じた過失概念が封建的残滓をまといながら、やがて近代資本主義に照応して「高度の過失」に到達するまでの過程で終わっている。井上教授がそこで何よりも明らかにしようとされた英米法においても大陸法と同様に刑事過失の違法性への志向が現われていること、の跡づけに当てられた「*civil negligence* と *criminal negligence* との異質性の追及」という後半の部分は、「紙面の関係で稿の後半を別の機会にゆずることにした」として、そのアウト・ラインが「むすび」で予告されるにとどまる。その意味では、本研究をもって完成されたものとみることではできず、本研究の意義も、英米刑事過失概念が封建的なそれから近代的なそれへと展開する過程を、すなわち *manslaughter* の中から *misdemeanour* = *manslaughter doctrine* の支配を排除して、あくまでも死の結果に対する刑事過失を *manslaughter* の心理的要素とするに至る過程を判例・学説の分析を通して始めて跡づけ得た以上に出ない、とされるかもしれないが、しかしながら、「予告」にとどまるとはいえ、近代刑法の発達に一般的にみられる刑事過失の違法性への志向という傾向の存在に加えて、それは「産業革命後における近代危険企業が過失犯の構成に対して好むと好まざるとにかかわらず要求する」ものであることを示唆された先駆的意義も少なく

といえよう。ただし、それはひとり井上教授の進むべき方向を示したにとどまらず、より広く、この期以降の

「民主主義刑法学」における過失犯の歴史的研究の進むべき方向をも示したものとみることができるところである。

なお、井上教授によれば、このような歴史的アプローチを基礎として、後にいわゆる新過失論批判に進まれ、その「過失犯の若干の問題」（昭和四〇年）などにおいて、「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」という観点から、新過失論を厳しく論難され、そして、それが、次期以降における「民主主義刑法学」の新過失論批判の有力な論拠の一つになっていったことは既に周知の通りである。⁽¹¹⁾

ところで、右にみた井上教授の過失犯の歴史的研究が、英米刑法を対象とする主として違法論からのそれであったのとは対照的に、次にみる真鍋教授のそれは、ドイツを対象とする責任論からのそれであった。ここでは、真鍋教授の兩論文を一括して考察することにしよう。

「過失犯の歴史的研究——ドイツ十八世紀まで——」によれば、上述したような問題設定から、ゲルマン古代、ローマ刑法、ゲルマン部族法、中世ドイツ法、中世イタリア法学、近世ドイツ法における過失犯の発展過程がとりあげられ、詳細かつ精緻な検討にもとづいてそれが次のようにまとめられる。少し長くなるが、右のまとめを紹介することにしよう。

結果刑法であったといわれるゲルマン古代にも不可罰の典型的構成要件なる *Ungefahrwerk* が存した。この基礎には、結果の認識ある行為もしくは結果を意欲した行為のみが社会的反作用を受けるに値いする、という古代社会人の生活感情をみることができよう。われわれは責任観念の根深さを知る。

これは国家形成過程を経て、刑法の責任として故意のみを考える故意原則となってあらわれる。しかし国家権力の伸張とそれに伴う社会変動のなかで原則離脱の現象が生じる。一方で故意―死刑の緩和から、不十分な故意、推定的故意を軽く処罰する方向、他方で違法な結果惹起をその先行行為もしくは原因行為においてとらえる方向がある。この未必的故意、過失、偶然的混在したカズスイティシユな可罰的一群があらわれ、その代表的な用語にローマの *culpa lata* があつた。

ドイツ封建制の再編期に入り、権力分散の動向、複雑な身分関係の変動、教会教義の影響を背景として、行為と行為者との心理的関連に眼が向けられ、深められる。過失と偶然を区別する契機は、まず違法結果と因果的に結ばれた行為の危険性、その不注意な態様に向けられる。火事、溢水、殺人の *warlose* な惹起ということの中に、すでに、過失の実体をみることができる。

これを理論化したのがドイツ皇帝のイタリヤ政策に奉仕した中世イタリヤ法学であつた。彼等は「予見可能性」という概念でもって、*culpa* を特徴づける。故意、偶然との区別が明確に問題意識にのぼっており、過失は行為と行為者の心理的関係モメントとして構成されることとなる。

ドイツ的な資本原蓄過程Ⅱ絶体主義の条件下にイタリヤ法学を媒介としたローマ法が継受されCCCに結実する。そこには四つの過失犯規定がはじめて立法上定着する。故意から脱落して来た *Gailheit* と、偶然からすくいあげられた *Unfleiss* とが合流して現在の *Fahrlässigkeit* にほぼ見合う内容のものが存する。普通刑法法学はCCCとイタリヤ法学を素材として、過失を理論化し一般化した。予見可能性ないし注意義務違反という過失の本質理解

に到達し、個別的な過失犯罪から犯罪要因としての過失への途をひらく。

以上が真鍋教授のまとめであった。しかしながら、我々が真鍋教授の到達点の高さに驚くのは、むしろ次の点に存する。すなわち、このようなまとめに続いて、「右の過程からわれわれは何を学ぶであろうか」として、最後にそれを次のように整理されるなかで、過失犯の展開をもたらした諸要因とは何かを抽出しておられる点である。本論文の獨創性も、この点に求めることができるように思われる。ただし、数は必ずしも多くはないが、類似の研究が後にも発表されており、例えば内田文昭「過失犯の史的展開(一)(二)」⁽¹²⁾（昭和四七—四九年）などは、「理論固有の発展史」についてみれば、本論文以上に詳しいものがあるといえるからであり、その意味では、本論文をもって他からぬきんじせしめているところのものは、何よりもそれが過失犯の展開をもたらした諸要因の抽出にまで到達している点に存するように思われるからである。重要な点なので、右の整理の部分を引用することにしよう。

第一に、過失というものが、日常経験する事態であるにもかかわらず、その実態、本質を刑法上把握するのにかくも長い時間を要したということである。このことは故意原則の根強さを意味すると同時に、故意との統一的理解の困難をあらわしている。そこには、過失の現在の刑事責任における地位を再検討する契機がふくまれているであろう。第二に、にもかかわらず過失犯の立法上、理論上の定着を押しすすめて来たものが何か、ということである。一つには、故意の純化、合理化により故意から脱落する部分、今一つには処罰拡張の要求から不可罰の可罰へ転化した部分が考えられる、処罰合理化という下からの要求と処罰範囲の拡張という上からの要求の矛盾、緊張が原動力といえるであろう。第三に、過失の発展には訴訟手続上の問題が与って力あったといえよう。厳格な法定手続が

打破されてゆく過程と過失の発展は、パラレルであった。このことは同時に理論の果した役割も大きかったことにつながる。最後に、十八世紀末から以降、産業革命、啓蒙思想を経て、過失理論の発展がさらにくりひろげられるが、そこでの課題がそれまでの過程から提起されることである。即ち、過失犯になお色濃くつきまどっている封建法理 *versari in re illicita* の除去、故意との統一契機の探求、すでに明らかにされている過失の諸メルクマールの体系への位置づけ(行為、違法、責任の各々へ因果関係、注意義務違反、予見可能性の各々を)である。⁽¹³⁾

以上が真鍋教授の整理である。これによれば、過失犯前史における諸要因の抽出にとどまらず、近代以降の過失犯の展開におけるそれをも予測していることが容易に理解されよう。近代刑法史研究を対象とする本稿が右論文をとりあげる所以である。

他方、右論文の続稿とされる「一九世紀ドイツにおける過失犯理論の展開」であるが、ここでは、右の「予測」にもとづいて、すなわち、処罰合理化という下からの要求と処罰範囲の拡張という上からの要求の矛盾、緊張を原動力として、故意との統一的理解の困難に悩みつづ、過失を故意、偶然から明確に区別するなかから予見可能性ないし注意義務違反という過失の本質理解に到達するに至った過失犯前史は、近代に入ると啓蒙主義や産業革命を経て新たな展開を生じることとなり、個別的な過失犯罪から犯罪の一般要件としての過失への途を歩むなかで、それまでの過失犯になお色濃くつきまどっていた封建法理を除去しつつ、故意との統一的契機および過失の諸メルクマールの体系への位置づけを探求することになる、との「予測」にもとづいて、一八世紀末から一九世紀にかけての近代ドイツにおける過失犯の展開が学説の検討を通して跡づけられる。理論史的にいえば、ドイツ啓蒙主義刑法

理論から「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」を経て「ドイツ規範主義刑法理論」に至る時期がそれである。

第一節では、過失犯の展開に「新しい光をあてたのは、いわゆる啓蒙哲学である。神学的体系から解放された概念論的体系の樹立、歴史の担い手としての市民的合理性、法と道徳の観念的峻別等々が、過失理論の新しい展開を生み出す触媒として働いた。だが、この展開の基盤となり、また限界づけたのは、それが正にドイツの啓蒙であった、ということである。」⁽¹⁴⁾として、啓蒙主義刑法理論の個別的検討に先立ち、過失理論の新しい展開を生み出す触媒として働いた「ドイツ的啓蒙」のもつ「矛盾」とは何かをまず問題とし、それを次のように規定する。すなわち、その合理精神によって故意を純化、合理化し、それまでの故意に含まれていた *versari in re illicita* 法理あるいは間接故意の理論等を脱落せしめるが、しかし、他方で、その結果、残される裸の危険行為、有害結果を因果的に伴う行為を、資本主義的生産様式の浸透に伴って拡大されるかかる行為の増大と、資本主義「合理人」を単位的とする行為の一般的予測（ないしは予見）可能性の拡大とを基盤として、警察行政国家に対する反発から、従来のような警察犯あるいは私法上の問題としてではなく、刑法上の問題としてその可罰要求を正面に据えざるを得なくなる、という規定がそれである。そして、そこから、真鍋教授によれば、いよいよ啓蒙主義刑法理論の個別的検討に入られ、クライン、フォイエルバッハ、ステューベル、アルメンディンゲン等の検討を通して、一方で故意を純化しつつ、他方で、過失致死、同致傷、失火などに限ってはあが、過失犯の可罰要求を正面に据える矛盾から生じる、過失の中に故意と同じものを見出そうとする苦悩の営みを鋭くえぐられる。過失を意志責任から（従って刑事責任から）放逐し、代わりに特別予防の観点から過失犯の処罰を正当化するアルメンディンゲンや、結果惹起

ではなく先行する危険行為の故意犯と構成することによって過失を故意に解消し、その処罰を基礎づけつつも、右のアルメンディンゲンの影響をうけて、意識されざる危険化の処罰は「言葉の固有の意味における」刑罰によるものではないとし、結論的には過失の処罰は、故意危険化犯に転化されるものを除けば、保安的・教育的な「刑」で処理されるに止まるとするステューベルの理論は、過失犯の処罰を刑事司法から追い出して警察行政に委ねる結果になるとの反発から、少数説に終わった。むしろ、あくまでも過失を意志責任として基礎づけようとするクラインやフォイエルバッハの、すなわち、過失は結果の意欲ではないがなお意志責任であり、結果の意欲という意志の内容にはなく、一定の意志作用の不存在という意志の属性のなかにその意志責任が存するとし、「消極的な悪しき意志」のなかに過失の責任性を求めるクラインや、意志責任の立場から一般的注意義務違反の意識を要求することによって生ずる過失の処罰をほとんど認めないという結果を避けるために、外部行為の不作為のみならず内部行為の作為に対しても一般的注意義務を拡大し、結果予見義務の意識的侵犯を過失とすることによって、その処罰を図ろうとするフォイエルバッハの考え方が、主流になっていった。これがそこから導き出された真鍋教授の結論であった。

第二節及び第三節では、「その後の学説の発展」が追跡され、次のように分析される。

一九世紀に入ると、学説の主要な流れはほとんどフォイエルバッハないしクラインの考えにくみしている。ここに過失は結果の意欲ではないがなお意志責任であるとする通説が形成されることになる。しかし、それにもかかわらず、そこには微妙な、しかし重要な変化がみられる。フォイエルバッハにあって多少とも過失の「意志」責任性を担保していた予見義務の「故意的」侵害ということが、クライン流の考えの影響もあって、次第に稀薄になって

いき、「恣意的」「消極的」「有意的」なそれへと変化してゆく、ということである。けだし、そのことは、過失の意志責任性の基準が意志の内面を離れて外部へ移っていくということ、したがって一般的な注意義務違反性の重視・過失違法論への端緒の形成を意味するからである。もっとも、このような意志の属性を問題とする通説の動きとは異なり、意志責任である以上、意志の内容こそが問題だとし、過失も結果を意欲すると構成しようとする理論的な動きが存したことも忘れてはならない。一つは、「結果」概念を拡げて、結果の意欲をその条件の意欲にすりかえることによつて意志をカヴァーさせようとするヘーゲリアナーの動きで、ここでは過失は結果をその「現実的可能性」あるいは「その条件」において意欲したものとされる。今一つは、これとは反対に「意志」概念を拡張することによつて発生した結果をカヴァーさせようとするヘーゲリアナー以降の動き（例えば、ベッカー、ブルック、ビンディングなど）で、ここでは、惹起されたもの全てが意欲されたものであるという観点から、過失は「意識なき意欲」と扱えられる。

最後に、真鍋教授によれば、「総括と展望」において、(一)このような意志責任を緩和することによつて過失犯をそのなかにとりこもうとする流れは、まだこの段階では責任論の対象と評価への分離の分岐点を形成するに止まっていたが、やがて、新カント派価値哲学を媒介として、責任とは評価そのものであるとする規範的責任論につながっていく、そのなかから、注意義務の分析を通して、過失違法論が生み出されることになる、(二)他方、意志責任を厳格に解するステューベル等の流れも、意志責任以外の過失犯の処罰の基礎づけを求めて行為者の性格に遡及し、やがて社会的責任論、性格責任論、さらには人格責任論とつながっていく、とその後、今日に至る動きを展望され

る。そして、「通説といえどもいわゆる *versari in re illicita* 法理を完全に克服したわけでは決してない。むしろ逆に、とくに資本主義が高度に発展した独占段階に入って社会が益々複雑多様化すればするほど、一般的予測可能性の得られる程度が減少し、と同時に規範意識も分裂し、その非合理性を露わにしているのではないか。」⁽¹⁵⁾として、前者の流れに疑問を呈することによって、今後の過失犯理論の進むべき方向は「過失を刑事責任から除外してゆく方向」にあるのではないかとの冒頭の問題意識に返られる。しかし、そのことが、真鍋教授にとって、後者の流れの評価を意味しなかったことはもちろんである。けだし、真鍋教授は、アルメンディンゲンやステューベルが過失の本質理解において正しいものを持ちながら少数説に止まり、むしろ社会的責任論へとつながっていく「悲劇」を避けるためには、何よりも、ドイツ近代過失犯理論の展開を大きく方向づけ、一方で故意たらざる過失に故意と同じものを見出そうとの論理矛盾でさえある「虚構」の営みを強いるとともに、他方で意志責任を貫徹する結果、意志責任を放棄するという矛盾を生ましめた、過失の可罰要求を克服する必要があることを示唆して、本論文を閉じられるからである。

以上、真鍋教授の二つの論文を一括してみたが、ここに至ると、井上教授のそれとの関係も既に明らかである。井上教授のそれによれば、「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」との観点から、近代刑法の発達に一般的にみられる刑事過失の違法性への志向という傾向の存在に照射することによって、その問題を批判的に検討しようとしたのに対して、真鍋教授のそれによれば、それにとどまらず、刑事過失の違法性への志向という傾向を生み出すそもその遠因が過失の刑事責任を肯定する考え方

にあるのであって、過失の刑事責任という考え方を反省しなければ刑事過失の違法性への志向を克服できない、という観点から、右のような考え方を生み出す要因とは何か、そこにおける論理矛盾とは何か、このような矛盾から生み出される新たな矛盾とは何か、を問題として設定されたからである。もつとも、そのことは、両者の間に本質的な差異が存するということを少しも意味しない。両者の相違を強調しすぎることは誤りであろう。両者の問題意識はともに、過失犯の歴史的研究を通して、責任主義を現代のわが国において実質化する方向とは何かを探ろうとする点にあるからである。右の相違も、そのための多様な模索の一つのあらわれとしてうけとめることができるように思われるからである。

そして、このような観点からすれば、我々は一大橋頭堡をもつことになったということが可能であろう。ただし、井上教授の場合、そこで何よりも明らかにしようとした英米法においても刑事過失の違法論への志向が現われていることの具体的跡づけは、そのアウト・ラインの予告にとどまったことは既に紹介した通りである。真鍋教授の場合も、過失の可罰要求の実態分析は、「この時期の過失立法を検討することによって別の機会に検討したい」として残される。また、警察国家に対する反発、すなわち過失犯の処罰を刑事司法から追い出して警察行政に委ねることになるとの反発からステューベルやアルメンディンゲンの考えが少数説にとどまった、と分析される点に関しても、それがドイツにおける罪刑法定主義概念の、とりわけ「形式的」罪刑法定主義概念の展開とどのようにかわっているのかという点の掘り下げは、未だ残されているような印象をうける。しかしながら、そのことは右の評価を少しも減じるものではなからう。両研究をもって、この期の刑法の「民主化」という観点からの近代刑法史研

究の新しい動きの一つとして、そしてまた、次期以降とりわけ顯著となる犯罪論や刑罰論上の個別問題あるいは各論上のそれに対して歴史的アプローチを試みる研究のいわば先駆者として位置づけることは、誰しも異論のないところである⁽¹⁶⁾。

以上をもって、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素描を終えることにするが、最後にそのまとめに代えて、次の点を補足することにしよう。「護憲」民主主義としての歴史的意義を高く評価されつつも、この「護憲」民主主義の故に、それを「現代」民主主義から明確に区別され、現論的にみれば、それは「ブルジョア民主主義諸原則擁護論」の段階を出るものではなく、「市民刑法学」と同一のものであって、この点で「市民刑法学」に吸収された、と評価される木田教授の問題提起を⁽¹⁷⁾どのよう⁽¹⁷⁾にうけとめるべきか、という以前留保しておいたこの期の「民主主義刑法学」の一般的評価にかかわる問題が、それである。既に中山教授のプログラムにみたように、この期の「民主主義刑法学」によれば、「歴史的観点」にもとづく「分析」と「対応」の重要性と必要性が強調され、そこから近代刑法史研究が「民主主義学」の本質的部分を構成するものと位置づけられた、といえるが、とすれば、右の問題も、何よりも、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検討のなかから、その解答の大きな部分を用意することができるように思われるからである。

そして、我々の以上の検討によれば、少くとも近代刑法史研究の分野からみる限りでは、この期の「民主主義刑法学」をもって理論的には「ブルジョア民主主義諸原則擁護論」の段階を出るものではなく、この点で「市民刑法学」に吸収されたと評価することは、二重の意味で少し無理があるのではないか。これが、木田教授の問題提起に

対する我々のうけとめの第一である。

一つは「民主主義刑法学」サイドの理由である。伝統的な罪刑法定主義研究や啓蒙主義刑法理論研究に象徴されるように、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、近代刑法の保障原則のもつ歴史的意義を発掘するということがその基本的なモチーフを構成しており、このような伝統はこの期にも営々と脈うっており、むしろ、そこではそのより深化が図られたということは確かであるが、しかし、そのことは「ブルジョア民主主義諸原則擁護論」にとどまることを何ら意味しなかった、という点である。ただし、その前提にあったのは、何よりも、わが国の場合、近代刑法の保障原則は「労働勤労人民自体の自由と人権防衛の原理に転化する」⁽¹⁸⁾との認識、これを現代的にいえば、「ブルジョア民主主義諸原則の古典的原型を生み出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」⁽¹⁹⁾しようとの認識だったからである。

今一つは「市民刑法学」サイドの理由であって、近代刑法の保障原則の歴史的意義を今日でも一貫して発掘——つとも、それは右のような意味での「発掘」であるが——しているのは「民主主義刑法学」であって、「市民刑法学」ではない、といっても必ずしも誤りではないように思われる、という点である。この期の「市民刑法学」における近代刑法史研究は後にみるが、戦前と大きく異なり、ここでは刑法の近代化という観点から近代刑法の保障原則のもつ重要性が強調されるようになった、ということは確かに否定しえない事実であろう。しかし、他方で、それが「ブルジョア民主主義諸原則」を実質的に修正ないし形骸化せしめていく側面をも内蔵していることを忘れてはならないからである。というのも、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、結論的にいえば、「民主主義刑法学」は、「市民刑法学」との共働関係に配慮しつつも、そこから相対的に独立した「民主主義刑法学」ならではの独自の理論体系を追求しようとしたといえるのではなからうか。これが我々のうけとめの第一である。

しかしながら、これをもって、我々のうけとめのすべてとすることはできない。それはあくまでも近代刑法史研究という、いわば基礎研究のレベルでの話、換言すればこの期の「民主主義刑法学」の原理論についてみた場合の話であって、その具体的な展開の場ともいうべき、したがって「民主主義刑法学」の真価もまさにそこで問われることになる、(一)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、(二)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、(三)刑罰論・処罰論における新しい動きをめぐる諸問題、(四)目的的行為論・人格形成責任論などのいわゆる「止場説」や「機能主義刑法理論」をめぐる理論上の諸問題、(五)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諸問題、(六)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、などに関するこの期の「民主主義刑法学」の動きを個々にとりあげてみた場合には、少し事情が異なる。既に拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究(五)」で素描したように、この期の「民主主義刑法学」によれば、これらの問題に対する「全面的対応」が開始され、「憲法的観点」と「歴史的観点」にもとづく「分析」と「対応」を何よりも強調することによって、例えば刑法全面「改正」問題や治安刑法問題については、「民主主義刑法学」がその批判に指導的役割を果し、また行政事犯・経済事犯などの新しい犯罪現象や刑罰論・処遇論における新しい動きをめぐる問題についても、

「民主主義刑法学」ならではの視点を対置する、等の成果を生み出し得たものの、それ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、当時の学界の状況を反映して、その力点も「刑法ドグマテイク」に置かれた結果、右の「分析」と「対応」が「刑法ドグマイク」の枠内のそれにとどまる場合が少なくなかったようにみうけられるからである。「市民刑法学」の問題提起を正面からうけとめえない局面が時として生じることになったのも、これと必ずしも無関係ではなからう。「歴史的観点」の弱さ、換言すれば「ドグマテイク史観」の克服の弱さに由来するものと思われるが、とすれば、近代刑法史研究からみた場合とは反対に、ここでは、木田教授の評価は少し甘すぎるといえるのではなからうか。これが我々のうけとめの第二である。ただし、ここで忘れてはならないのは、とりわけ次期以降の「民主主義刑法学」によれば、上述したように、犯罪論や刑罰論上の個別問題あるいは各論上のそれに対して歴史的アプローチを試みる研究が盛んになるということである。ただし、これらの研究は、ある意味では、右のような状況を克服しようという動きとして位置づけることができるように思われるからである。そして、このような研究が既にこの期に現われ始めていることは既に紹介した通りである。我々のうけとめの第二についても、このような留保が必要であろう。

- (1) 『法政研究』二八巻四号一頁以下。
- (2) 同三三巻一号二七頁以下。
- (3) 『佐賀大学経済論集』一卷二号八一頁以下。
- (4) 前掲「過失犯の歴史的研究」二八頁。

戦後のわが国における近代刑法史研究(Ⅶ) 内田

- (5) (6) (7) (8) 中山研一「民主主義刑法学の課題」(『法律時報』三七卷九号〔昭和四〇年〕五〇頁)。
- (9) 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)一二卷三号〔昭和五六年〕八一頁以下。
- (10) 前掲「英米刑法における過失概念の展開」一一二頁。
- (11) 前掲「戦後のわが国における近代刑法史研究(四)」六七頁以下参照。
- (12) 『上智法学論集』一六卷一号三頁以下および一七卷三号一頁以下。
- (13) 前掲「過失犯の歴史的研究」七八―七九頁。
- (14) 前掲「一九世紀ドイツにおける過失犯理論の展開」八二頁。
- (15) 同一二二―二三頁。
- (16) なお、このような観点からみた場合、木村静子「責任理論の或る史的考察」(『法学論叢』七二卷二号〔昭和三七年〕一頁以下)の存在も重要であろう。ただし、同論文によれば、「帰責論は客観的な因果関係論とは別ものである。帰責論は単に刑法上の行為の客観的性格を規定するものでもないと思う。非難可能性の意味における責任が今日の責任論の中核であることには異論ないが、それと帰責性の問題とのつながりを断ち切ってしまうことはなお考慮しなければならないのではなからうか。」という問題意識から、「責任理論の発展史」を批判的に検討し、「近代における刑事責任の理論は、法典上の二つの主観的態度形式である故意および過失から責任概念を展開するという解釈的試みによってはじめられた。しかしその結果は、心理的關係としての故意・過失からその上位概念としての責任概念を導くことが不可能であることを自覚させられた。そこで責任の理論構成をめぐる努力は次第に故意・過失から離れ、規範的価値に対する主観的態度の法的評価の問題に中心が移っていった。」「目的的行為論は故意を責任論から追い出し、……責任の性格を純粹に『非難可能性』の評価に限定する。……心理的責任論から規範的責任論への発展過程をたどった刑事責任論の必然的に到達すべき結論である……」として、前述の真鍋論文につながる視点を呈示するからである。

(17) 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。

(18) 風早八十二「牧野刑法学への総批判(試論)・8」(『法律時報』五〇巻九号〔昭和五三年〕八一頁)。

(19) 小田中聡樹「木田純一著『戦後民主主義と刑法学』」(『法律時報』五一巻二号〔昭和五四年〕一一七頁)。

五 この期の近代刑法史研究における第三の潮流は平野龍一博士のそれである。ただし、戦後一早く、その「ラジノヴィッツ・イギリス刑法史」(昭和二五年)において将来の登場を予告された、木村博士や小野博士の、更にはまた牧野博士の近代刑法史研究に對置される、それ故、右のいわば延長線上に位置すると考えられる「学派の争い」の「止場」という観点からの近代刑法史研究にも對置される独自の歴史理論が、『刑法の基礎』(昭和四一年)の出版や『法学セミナー』誌上への「刑法の基礎」の連載開始(昭和四一年)、あるいはまた时期的には少しずれるが『刑法 総論1』(昭和四七年)などを始めとする体系書の出版開始からも容易にうかがえるように、その刑法理論がその全貌をみせ始めるなかで、いよいよ発表されることになったからである。例えば、「刑法の基礎第一章 刑罰理論⁽¹⁾」や「刑法理論の系譜」(『刑法総論1』第一編第一章)などがそれである。平野刑法理論をもって戦後「市民刑法学」の代表と位置づけ得るとすれば、右の歴史理論もまた戦後「市民刑法学」の歴史理論の典型としてうけとめることが許されよう。

「刑罰理論⁽¹⁾」では、近代刑法理論を「旧派の理論」と「新派の理論」に大別し、更に前者を「前期旧派」と「後期旧派」に細別したうえで、その刑罰論・責任論とその思想的基盤が探られるが、ここで注目されるのは、

「前期旧派のいう自由意思とは、利害を合理的に配慮し、これに従って行動しうる能力をいうのであったのに対し、後期旧派のいう自由意思とは、いわば形而上学的な自由意思であった。そして前期旧派は法と倫理とを区別し、その応報は一般予防を目的とするものであったが、後期旧派は法と倫理とを同一視し、そのいう応報は絶対的な応報、いいかえると贖罪のための応報であった。それは倫理秩序を維持するための応報、いいかえると行為が悪であることを明らかにするためのものであり、ヘーゲルのいう『犯罪は法の否定であり、刑罰はその否定の否定である』ところの応報刑であったのである。」^③「したがって、経験的に刑罰の目的と限界を考察する点では、前期旧派と……後期旧派とが対立するといってもよいのである。」^④と分析される点である。ただし、平野博士は、このような相違が生じる原因を、「新派」と共に「刑法学派の争い」を構成した、ドイツではビンディング、ベールング、ブルクマイヤーなどを代表者とする「後期旧派」は、「個人の自由を確保し伸張するために、国家権力の援助を必要と」^⑤し、「他方、国家は個人の自由な活動によって、その国力を増強しようとする」^⑥結果、「個人が国家から十分解放されず、国家とのむすびつきが倫理的なものとされる一方、個人の自由の保障がはかられる」^⑦後進資本主義国家の「国家主義的自由主義」を地盤としたものであったのに対して、ベッカーやフォイエルバッハなどの「前期旧派」は、「近代初期の個人主義的な自由主義の地盤の上に成立したものであった」^⑧、という点に求められるからである。「刑法理論の系譜」においても、このような分析が示されるが、ただ「刑罰理論(1)」との違いは、「わが国における対立」が新たに追加され、「刑罰理論(1)」では、「わが国では、この三つの刑罰思想が、ほぼ時を同じくして主張された。ごく大まかにいえば、滝川幸辰博士は前期旧派であり、牧野英一博士は新派であり、小野清一郎博士は

後期旧派に属するといふことができよう。⁽⁹⁾とされるにとどまっていたのに対して、「刑法理論の系譜」では、これら三家の刑法理論がより詳しく紹介され、更に小野博士などの「後期旧派」の見解が「団藤重光博士……」によって受け継がれおし進められた。教授は、一方ではより形式的に犯罪行為の『定型性』を強調されるが、他方では人格形成責任論を主張され、刑罰は現実的贖罪であり倫理的改善がまさに問題なのだとして、人格形成の過程にまで刑罰による非難を及ぼそうとされるのである。⁽¹⁰⁾との分析が補足され、その射程が戦後にも及んでいる、という点である。

右の補足からも、平野博士が自らの刑法理論の主要な対抗関係を小野博士から団藤博士へと流れる刑法理論に設定しようとしておられることを垣間見ることができ、とすれば、平野博士の歴史理論の主眼の一つが、「前期旧派刑法理論」からの峻別において、「後期旧派刑法理論」を批判的に検討する点に置かれたことも、容易に首肯しうるところといえよう。

佐伯博士の歴史理論との間に極めて近いものを感じるのは必ずしも筆者だけではなからう。周知のように、佐伯博士は既に戦前において、「啓蒙思想の刑法思想」と「古典学派」とでは重大な質的相違が存することを説いておられたが、右の平野博士の「前期旧派」と「後期旧派」の区分は、佐伯博士の「啓蒙思想の刑法思想」と「古典学派」の区分にほぼ対応するものといえるからである。なお、中山教授によれば、いわゆる「旧派刑法理論」を資本主義の発展との対応において「啓蒙主義刑法理論」、「ブルジョア自由主義の刑法理論」、一の帝国主義刑法理論たる「規範学派」に区分するデラーツの見解の承継において、「後期旧派刑法理論」という名称を平野博士のそれよ

りはもっと限定的な意味に、つまり「規範学派」の同義語として用いておられる点は、佐伯博士や平野博士との重大な相違点として注目されなければならないであろうが、⁽¹⁾しかし、当面の我々の問題にとって重要なことは、このことではなく、右に述べた佐伯博士と平野博士の歴史理論に極めて近いものを感じるということは、しかしながら、平野博士のそれが佐伯博士のそれの単なる延長線上に位置するということを意味しない、ということである。「後期旧派刑法理論」の批判的検討という観点からみた場合、「フランス革命が代表した啓蒙思想の算術的な合理主義と功利主義（合目的主義）とに対する反動として興った伝統尊重の歴史主義、特にロマンティック思想の刑法的表現として考えることができるのではないか」と解釈される佐伯博士に比して、後進資本主義国家の「国家主義的自由主義」のイデオロギーにもとづくものと、より一般化され、そこからドイツ同様、後進資本主義国家であったわが国においても「後期旧派刑法理論」が存在したとの問題意識にもとづいて、それを小野博士から団藤博士への潮流に求めておられる点は、平野博士の新規性として評価しなければならぬであろう。前に、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て、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と述べたのも、平野博士の歴史理論のもつこのような側面に着眼してのことだったのである。

しかしながら、これをもって、平野博士の歴史理論のすべてとすることはもちろんできない。平野博士の歴史理論にはもう一つの重要な側面が存するからである。「新派の理論」の位置づけの部分がそれである。これを「刑罰理論(1)」についてみれば次のように叙述される部分がそれである。すなわち、「新派の考えは、社会主義的自由

主義といふことができよう。それは社会福祉の要求に應じて、前期旧派の主張を修正しようとしたものだからである。⁽¹²⁾「經驗的に刑罰の目的と限界を考察する点では、前期旧派と新派の間にむしろ共通性があるのであって、これと後期旧派とが対立するといつてもよいのである。」⁽¹³⁾「ある意味では、牧野博士と滝川博士の間に親近性があることに注意しなければならない。」⁽¹⁴⁾

それは「刑法理論の系譜」でも同様であつて、そこでもまた次のように説かれるのである。「このようにリストは、一方では、改善刑・不定期刑を主張し、他方では、罪刑法定主義・客観主義を強調した。新派は罪刑法定主義を否定し、主観主義を主張するものだと速断している人たちは、これを『矛盾』だとする。しかし、必ずしも矛盾とはいえない。もちろん、リストの見解にも、なおパイオニアらしい單純さは否定できないが、彼は旧派の個人主義的な理論を基礎として、これを社会主義的な時代の要求に適合せよとしたといえるであろう。標語的にいへば、旧派は『個人自由主義』であり、新派は『社会自由主義』である。新派は『社会主義的』であることに伴う個人の自由の過渡の制限に陥る危険を感してはいる。しかし、基本的には個人主義的である。その主張する『社会防衛』における『社会』も、個人の集合としての社会であつて、個人を超えた社会ではない。」⁽¹⁵⁾

ちなみに、これを、刑法の「民主化」という観点からの近代刑法史研究に伝統的な「新派刑法理論」をもつて一の帝国主義刑法理論との本質規定と比較すれば、平野博士の右のような位置づけのもつ獨創性もおのづから明らかであろう。「後期旧派刑法理論」の批判的検討においてみられたような、刑法の「民主化」という観点からの近代刑法史研究との間の共働關係が、ここでは對抗關係に転化していることが容易に理解されよう。

とすれば、このような側面との関連で問題となるのは、牧野博士の近代刑法史研究との関係である。というのも、何よりも先進国型の発達を問題とされ、「旧派刑法理論」についてもその中心を「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」ではなく、「フランス折衷主義刑法理論」あるいは「啓蒙主義刑法理論」に求められ、そこから近代刑法発達の主要な対抗軸を「フランス折衷主義刑法理論」あるいは「啓蒙主義刑法理論」と「新派刑法理論」との間に設定され、その上で近代刑法の発達を、「法治国思想」||「罪刑法定主義」から「文化国思想」||「自由法論」への社会の進化に伴う、「旧派刑法理論」の「新派刑法理論」による克服―刑法の「社会政策化」||「人道化」―と図式化された牧野博士の近代刑法史研究との間に、多くの類似点を見出すことは必ずしもそれ程、難しい作業ではないからである。

しかしながら、ここで注意しなければならないのは、これらの表面的な類似性にもかかわらず、基本的なところで両者の間に微妙な差異が存するという点である。上に引用した平野博士の「新派刑法理論」の位置づけを注意して読むと、牧野博士との間に微妙な差異が存することに気付くからである。例えば、「新派」の考えは「前期旧派の主張を修正しようとしたもの」である、と分析される部分、あるいはリストは「旧派の個人主義的な理論を基礎として、これを社会主義的な時代の要求に適合させようとしたといえるであろう」と分析される部分が、それである。「旧派刑法理論」と「新派刑法理論」の関係をもって後者による前者の「克服」と段階づけられる牧野博士と、それを後者による前者の「修正」と段階づけられる平野博士との距離は、単なる言葉以上のものがあるといえよう。牧野博士によれば「旧派刑法理論」と「新派刑法理論」の関係がいわば対立的に扱えられるのに対して、平野博士

によればそれが共通のものとして扱えられる、と喩えることができようか。前掲の「ラジノヴィッツ・イギリス刑法史」の分析と重ね合わせると、ベッカリア・フォイエルバッハ↓ベンサム↓リストの流れをもって近代刑法の発達における主たる潮流としていわば連続線上に位置づけておられる点に、平野博士の近代刑法史研究の大きな特徴の一つを認めることが可能であろう。平野博士によれば、牧野博士のような「旧派刑法理論」ととってかわるものとしてではなく、それを「修正」するもの、ないしはそれに「加味」されるものとして、「新派刑法理論」が評価されていることに注意しなければならぬであろう。「新派刑法理論」の評価に際して、「新派は『社会主義的』であることに伴う個人の自由の過渡の制限に陥る危険を蔵してはいる。」として、一定の留保を付けておられるのも、このような意味において理解することが可能であろう。

とすれば、「新派刑法理論」の位置づけをめぐって、刑法の「民主化」という観点からの近代刑法史研究との間に形成された対抗関係についても、この点を割り引くことが必要とならう。その内容を本質的なものとみるか、あるいは部分的なものとみるかは別にしても、少くとも「新派刑法理論」から歴史的反省を導き出さなければならぬ点では、両者の間に一定の合意が成立している、といえるからである。もともと、それは、両者にのみ固有の認識というよりは、むしろより広く、戦後のわが国の刑法学一般に共通のそれというべきものであった。

以上、他の潮流あるいは従来の潮流との関係を中心として、平野博士の近代刑法史研究のもつ多様な側面を探ってきた。これによれば、本稿がこの期の近代刑法史研究における第三の潮流を平野博士のそれに求める理由はある程度、明らかにしえたように思われるが、残された問題は、このような「後期旧派刑法理論」の分析あるいはまた

「新派刑法理論」の分析が、平野博士の刑法理論を媒介として、戦後刑法学の展開にどのような影響を与えることになったのか、という点である。⁽¹⁷⁾最後に、右の問題を検討することによって、平野博士の近代刑法史研究の考察をしめくくることにしよう。

しかしながら、実をいうと、それはそれ程、解答の困難な問題ではない。けだし、我々は右の影響を測定するための有力な手掛りを既に数多くもっているからである。なかでも、内藤謙『刑法講義総論(上)』第一編第六章は最たるものである。同章によれば、右の問題が正面から論じられ、平野博士の歴史理論をもって本稿とはほぼ同じように理解したうえで、このような歴史認識が戦後のわが国の刑法学の「第二の基本動向」の前提となっていること、裏返していえば、このような歴史認識のなから「第二の基本動向」が生み出されることになったことを、次のような表現において証言するからである。

第二の基本動向は、「刑罰理論と犯罪理論のいずれについても、国家の任務を個人の生活利益の保護と人権の保障から出発して考える自由主義的・人権保障的思考によって国家刑罰権に抑制を加えようとする」とともに、刑法の形而上学的・国家道義思想的根拠づけを排除して道義的応報思想を拒否し、刑法の機能的考察と結びつく合理的・経験的思考によって、犯罪者処遇の問題を重視するとともに、非犯罪化論・非刑罰化論をはじめとする現代的な問題に答えようとする考え方があるといえよう。そして、この第二の動向は、近代刑法学の原点としての前期・古典学派に注目することから出発して、刑罰理論においては近代学派の問題をうけとめつつ、犯罪理論においては前期・後期古典学派の客観主義の立場を基本的に受け継いで、それぞれを人権保障の見地から再検討し、発展させよ

うとするとともに、非犯罪化などの問題については前期・古典学派が示した方向をさらにおしすすめようとする。いずれにしても、それは、後期・古典学派にも近代学派にも含まれていた国家主義的・権威主義的側面からは脱却しようとして試みているといえよう。わが国の戦後刑法学における第二の基本動向も、戦前の明治憲法下における学派論争にあつては、『古典学派』にも『近代学派』にも、その主流に国家主義的・権威主義的側面が濃厚にあらわれていたことを自覚して……、それからの脱却を試みているのである。⁽¹⁸⁾」

以上が内藤教授の証言部分であるが、平野博士の歴史理論が戦後刑法学の展開に与えた影響の大きさは、右の証言だけからでも十分に測定可能であろう。刑法理論の系譜論的にいえば、「前期旧派刑法理論」を基礎としつつ、それに「新派刑法理論」のとりわけ「刑事政策的思考」を加味することによって、両者とともに「修正」し、「前期旧派刑法理論」から「新派刑法理論」へと連なる線の「発展」線上に戦後刑法学の進むべき方向を求める、戦後刑法学の一大潮流が形成されることになったといえよう。

ここに我々はまた、戦後刑法学の展開に大きな影響を与える歴史理論をもう一つ持つことになった。

- (1) 『法律タイムス』四巻五号二七頁以下。
- (2) 『法学セミナー』一九六六年四月号(No.一一二号)五四頁以下。
- (3) (4) (5) (6) (7) (8) (9) 同五七頁。
- (10) 『刑法総論1』〔有斐閣〕一五頁以下。
- (11) 中山研一『刑法総論』〔成文堂、昭和五七年〕二八頁以下など。

いわゆる「旧派刑法理論」を「啓蒙思想の刑法思想」と「古典学派」に二分される佐伯博士や、「前期旧派刑法理論」と

「後期旧派刑法理論」に二分される平野博士に対して、佐伯博士にいう「古典学派」や平野博士における「後期旧派刑法理論」を、更に資本主義の発達との関連において産業資本主義段階のそれと独占資本主義段階のそれ（規範学派）とに細分し、全体では三つに区分される中山教授の方法は、確かに、佐伯博士や平野博士のそれと比べた場合、より一歩進んだものということが可能であろう。我々もこのような三分法を基本的に支持するが、しかし、それにとどまらず、産業資本主義段階の刑法理論の典型をイギリスの例えばベンサムやフランスの「折衷主義刑法理論」ではなく、ドイツのそれに求めておられるようにみえる点は賛成できないということは既に指摘したところである。

ただし、本稿で用いる「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」という語は、今日一般に用いられている用語に従うという意味で、佐伯博士や平野博士の二分法に拠っている。

(12) (13) (14) 前掲『法学セミナー』五七頁。

(15) 前掲『刑法総論Ⅰ』一〇頁以下。

(16) 前掲「戦後のわが国における近代刑法史研究(一)」参照。

(17) 平野博士の歴史理論とその刑法理論の関係については、前掲「戦後のわが国における近代刑法史研究(四)」一九頁以下参照。

(18) 前掲『刑法講義総論(上)』〔有斐閣、昭和五八年〕九四頁。

もっとも、内藤教授によれば、平野刑法理論と「新派刑法理論」との関係は、刑罰理論においては近代学派の問題提起をうけとめつつ、それを人権保障の見地から再検討し、発展させようとするものと位置づけることによって、平野刑法理論と佐伯刑法理論とともに「第二の基本動向」の下に収斂せしめている点は多少気にかかるが、しかし、内藤教授の意図が、両者の間に差異があることを意識されつつ、あえて両者を「第二の基本動向」の下にくくることによって、「第一の基本動向」との差異をより強く訴えることにあるとすれば、この点はあまり問題にならないといえるかもしれない。

六 上述したように、この期の近代刑法史研究は、前期以来の對抗関係の存在に加え、近代刑法の発達における主要な対抗軸を「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」に措定しつつも、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」の、更にはまたその「止揚」の動きの「前時代性」を強調するとともに、たとえ微温的にせよ「止揚説」の論者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研究に対して積極的な取り組みを示さなくなる藤木教授や、近代刑法の発達における主要な対抗軸を「前期旧派刑法理論」から「新派刑法理論」への流れと「後期旧派刑法理論」との間に求め、前者の流れの「発展」線上に、換言すれば「前期旧派刑法理論」と「新派刑法理論」の「止揚」のなかに戦後刑法学の進むべき道を見出そうとされる平野博士の登場といった新しい動きもあって、益々複雑な様相を帯びることになった。しかしながら、この期の近代刑法史研究の様相を複雑化ならしめている要因はこれだけではない。次のような動きの存在も忘れてはならないであろう。すなわち、前にも述べた、犯罪論や刑罰論上の個別問題あるいは各論上のそれに対して歴史的アプローチを試みる研究が盛んになり始めたという点である。既に取り上げた諸論文を除くと、中義勝「消極的構成要件要素の理論―その理論史的研究(一)―」⁽¹⁾（昭和三三―四五年）、小暮得雄「違法論の系譜と法益論」⁽²⁾（同三九年）、内藤謙「刑法における法益概念の歴史的展開(一)」⁽³⁾（同四一―四二年）、小野坂弘「近代的自由刑の発生と展開(一)―ヒッペル説をめぐる学説史的展望―」⁽⁴⁾（同四四年）などが、その一例である。戦後刑法状況の新たな展開、そしてまた、それに伴なう戦後刑法学の新たな展開がこれらのいわば「温故知新」の動きを促進せしめ

たことは、右各論文の表題だけからでも容易に推測することが可能であろう。

「法益」概念は、わが国の学説・判例において犯罪の分類、刑法の解釈、違法性の有無の決定、そしてまた犯罪の個数の決定などに重要な機能を営んでいる。しかし、今日、この「法益」概念に対しては数々の疑問が投げかけられている。例えば、「法益」概念自体の定義にかかわる疑問や、違法性を法益侵害につきるとするのはおかしいとの「法益」概念の違法論上の地位にかかわる疑問、更にはまた、ブルジョア合法性の破壊に寄与してきたのではないかとの「法益」概念の歴史的意義にかかわる疑問などが、それである。小暮論文および内藤論文は、このような現状認識から出発するからである。現在においても必ずしも明白であるとはいえない「法益」概念がどのような思想的・社会的背景のもとに形成・展開されてきたのかを考察し、このような歴史的考察を手がかりとして、「法益」概念は今日でも未だ犯罪成立の限界を劃する上に貴重な自由主義的貢献を果しうるとの展望の下に、「法益」概念の意味、その刑法学における地位と機能の問題を考察することによって、前述の疑問に答える。これが両論文の課題設定だったからである。

もっとも、小暮教授によれば、形式的違法性論対実質的違法性論、あるいは客観的違法性論対主観的違法性論といった違法論の系譜と法益説とのかかわりの検討を通して、「法益説が、伝統的な犯罪本質論の系譜をつなぎながら実質的違法性論の中核を形成し、他方、規範構造との関連においては、論理的に客観的違法性論に親しむことを知った。」⁽⁵⁾との結論を導き出すことによって、右論文をひとまず締めくくられる。「問題は、まさしく、ここからはじまる」とされる「いわゆる法益説の意義・内容を確認し、かつは、そのはたしてきた史的役割を見さだめる」作

業は、「やがてこの問題にアプローチすることを期しつつ、……」として、今後に譲られる。これに対して、内藤論文は右の問題に大きく踏み込む。フォイエルバッハの権利侵害説の「批判」のなかからビルンバウムの「法的な財」概念が生み出される、いわゆる「法益」概念の形成過程を考察した後、この「法的な財」概念が「法益」概念に至る過程を、ヘーゲル学派における「法的な財」概念、実証主義刑法学とりわけビンディングとリストにおける「法益」概念を通して詳細に跡づける。

ここで注目されるのは、ビルンバウムの「法的な財」概念はフォイエルバッハの権利侵害理論との継続という一面をもっていた。すなわち、それは、フォイエルバッハの権利侵害理論にみられるような、実質的に犯罪概念を規定することによって法的安定性と市民的自由を確保しようとする自由主義的傾向の継続としての側面をもっていたのである。「当時の市民的自由の刑法における表現であったのである。」⁶⁾『『法的な財』……、すなわち法益……の概念の実証主義的側面は、その後、一八七〇年代以降、多くの関心を集め、ビンディングの法実証主義的犯罪論とリストの社会学的・実証主義的犯罪論において、重要な地位を占めるにいたった。しかし、法益概念の歴史的・自由主義的内容は、その後の刑法学において、十分に意識されることはなかった。』⁷⁾「ヘーゲル学派刑法学においては、『法的な財』もしくは『特殊な法』の概念は、実質的な犯罪要素として犯罪の客体を限定するという機能を失なわざるをえなかった」⁸⁾。ビンディングも、「法益概念の内容が立法者の価値判断により法共同体(国家)のために価値があるか否かによって決定されるとする点において、法益概念を形式化した。このようにして、法益概念が形式化するとともに、犯罪概念の実質的要素としての機能は失われることになる」⁹⁾。そもそもビンディングによれば「法

益侵害は、犯罪概念の必然的要素とは考えられていなかった。⁽¹⁰⁾「このようにして、ビンディングの法益概念においても、法益概念がその形成過程において『法的な財』の概念としてもっていた機能は、その多くが失なわれるほかになかったのである。」⁽¹¹⁾と分析される点である。

ちなみに、このような分析を、木村亀二「刑法における法益の概念」⁽¹²⁾における次のそれと比較してみよう。「成程、法益論が、そのビルンバウム当時の思想としては啓蒙的・個人主義的・功利的なものであったことは否定しがたい。……法益概念は利益説の段階における或るものに在っては個人主義的・唯物的・功利的といはれるに足る要素を持ち、従って、そこには自然主義的と考へられ得る傾向もないではなかった。然し、……法益概念は百五十年の経過において醇化せられ精神化せられ、その内容も亦既に指摘したるがごとく『共同体的価値』の意義において理解せらるることとなっている。」⁽¹³⁾内藤教授によれば、實質的に犯罪を規定することによって法的安定性と市民的自由を確保しようとする自由主義的傾向の継続としての側面をもって「法益」概念の形成期の歴史的内容と把握され、その積極的評価という観点から、その後の「法益」概念の展開が批判的に検討されるのに対して、反対に木村博士によれば、その後の展開こそが重要であるとして、それを「法益」概念の醇化・精神化という観点から積極的に評価される。というように、両者の評価は極端に別れるが、右の評価の前提となっている歴史分析に関しては両者の間に基本線での一致がみられることが容易に解るのである。

「法益」概念のその後の展開に関する内藤教授の分析が待たれることになったが、しかし、当初予定されていた「新カント学派刑法学と法益概念」、「ナチス刑法学と法益概念」、「現代刑法学と法益概念」といったテーマを残し

て、同論文は何故かここでうちきられるのである。このようにして内藤論文もまた未完に終ることになった。⁽¹⁴⁾

しかしながら、そのことは両論文のもつ先駆的意義を少しも減じるものではない。両論文が適格にも指摘するよ
うに、「法益」概念のはたしてきた史的役割を明らかにすることによって始めて我々は、「法益」概念を維持すべ
きか否か、維持するとした場合、その刑法学に占める地位および機能とは何か、したがってまたそれに与えられる
概念内容とは何か、という現代刑法学に不可避の問題の一つに進みうるからである。

他方、中論文もまた戦後のわが国における構成要件論の展開と深く結びついている。人權の観点からする罪刑法
定主義の再確認という状況の下で構成要件論に注目が集まり、構成要件中心の犯罪理論が多くの者の支持を得るな
かで、構成要件の機能、すなわち保障機能、犯罪個別化機能、故意規制機能といった機能のうちどれを重視すべき
かが、構成要件と違法性、責任との関係如何という論議を通して最大の争点として浮上することになったからであ
る。もっとも、同論文の関心は、誤想防衛などの違法性阻却事由の錯誤が故意を阻却するとするために違法性阻
却事由も消極的な構成要件要素だと解さなければならない、とのその「消極的構成要件要素の理論」を過去の学説
の検討を通して論理的に基礎づけるという点に置かれており、そのためか、ドイツにおける過去および現在にわた
る多種多様な「構成要件」概念が一つ一つ丹念に跡づけられるにもかかわらず、このような各「構成要件」概念が
どのような社会的背景の下に成立したのか、そのはたしてきた史的役割とは何か、また内藤論文の指摘するような
フォイエルバッハにみられるような「理性的要求」に由来する哲学的・思弁的傾向から一九世紀初頭のドイツ資
本主義社会の成立を背景とする「穏健な法実証主義的傾向」へ、更にはヘーゲル学派にみられる観念的・思弁的傾

向への復帰を経て一八七一年のドイツ帝刑法典の成立を契機とする規範論理的法実証主義の登場、そして目的論的・社会学的・実証主義による対抗といった思想史的流れとそれはどのようにかかわっているのか、といった現代構成要件論の帰趨に本質的につながるような問題についての中教授の見解は、同論文では十分に聞くことができなかったような印象が残る。構成要件に関する本格的な歴史的研究も次期以降に残されることになった。

小野坂論文は、その題名通り、近代の自由刑の発生・展開に関するヒッペル説およびその後の論争を跡づけようとする。しかし、これも、「その後の論争の跡づけ」に入ることなく、ヒッペル説の紹介でうちぎられる。⁽¹⁵⁾

その意味では、犯罪論や刑罰論上の個別問題あるいは各論上のそれに対して歴史的研究のアプローチを試みる研究が盛んになり始めたといっても、この期のそれはまだ手探りの域を出なかったといえるかもしれない。⁽¹⁶⁾

- (1) 『関西大学法学論集』八巻四号一四頁以下、五号三六頁以下、六号五二頁以下、一九卷一・二・三合併号四六頁以下、四・五・六合五号一頁以下、二〇卷一五七頁以下、二号四五頁以下。
- (2) 『法学協会雑誌』八〇巻五号三九頁以下。
- (3) 『東京都立大学法学会雑誌』六巻二号四七頁以下、七巻二号一二九頁以下。
- (4) 『法政理論』二卷一・二合併号五一頁以下。
- (5) 前掲『法学協会雑誌』一〇五頁。
- (6) 前掲『東京都立大学法学会雑誌』六巻二号七四頁。
- (7) 同頁。
- (8) 同雑誌七巻二号一三八頁。

(9) (10) (11) 同一四九頁。

(12) 木村亀二『刑法の基本概念』〔有斐閣、昭和二四年〕八五頁以下所収。

(13) 同書一四五頁。

(14) なお、内藤教授の「法益」概念形成過程の分析についてはもう一点補足しておかなければならないであろう。すなわち、内藤教授によれば、フォイエルバッハの権利侵害理論に対する批判の中心が、権利侵害理論では本来的には「違警罪」を犯罪に含ましめえない（もつとも、フォイエルバッハは「狭義の犯罪」の外に、個々の禁令命題によって国家に与えられる権利に対する侵害と虚構することによって「違警罪」の概念を認めていた）が、これは犯罪の不当な限定であるという点に置かれた、と分析され、市民的刑法秩序の実定法による現実化に際して違警罪を犯罪に含ましめるといふ問題が、右の「法益」概念の形成過程に大きくかわわっていたこと、したがって、それはある意味では犯罪概念の拡張の理論的追認という側面をも持っていたことを示唆される点である。

(15) 小野坂教授のこの期における行刑史研究としては、右論文の他に、「明治初年行刑資料―栃木県を中心として―」（『法政理論』二巻・二号〔昭和四五年〕三〇頁以下）が発表されている。

(16) ドイツ刑法学説史研究に加えて、英米刑法学説史研究やフランス刑法学説史研究が現われ始めたことも、この期の特徴の一つといえよう。例えば、前掲・井上論文や江口教授による一連のフランス刑法学説史研究などがそれである。ただし、江口教授の精力的な研究は次期以降も続けられていることもあって、ここではその存在の指摘にとどめ、その考察は次期の近代刑法史研究の考察の機会に譲ることにした。