

戦後のわが国における近代刑法史研究（その一）

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（以上本号）
- 三、戦後第一期における近代刑法史研究
- 四、戦後第二期における近代刑法史研究
- 五、戦後第三期における近代刑法史研究
- 六、戦後第四期における近代刑法史研究

一 はじめに

いうまでもなく歴史は一の客観的存在である。しかしながら、歴史を如何にみるかは研究者の問題意識、より一般的にいえば研究者の歴史観に規定されるといえよう。ところで、研究者の問題意識あるいは歴史観はそれを自覚

戦後のわが国における近代刑法史研究（その一）

（四八五） 六五

するか否かにかかわらず、研究者個人の主観にとどまらない。それは究極的には研究者のおかれた時代の客観的な問題状況を投影したものと考えられる。その意味において歴史研究は究極的にはその時代の問題状況に規定されるということが可能であろう。

しかしながら、右の事実は歴史研究の価値相対性を意味しない。ただし、時代の問題状況がその時代の固定化にとどまる限り、それに基礎づけられた歴史研究は特殊性を帯びざるをえず、究極的には歴史の矮少化に向かわざるをえないからである。時代の発展という問題状況に支えられることによって始めて歴史研究は全体性を、したがってまた科学性を獲得する可能性を保障されるものといえる。換言すれば、歴史研究が科学性を追求することによって始めて時代の展望という本質的意義を取得しうるものといえよう。

ところで、今日のが国においては近代刑法史研究が学界において一定程度、市民権を獲得しつつあるようにみられる。例えば現象的にみれば研究者の層が厚くなるとともに、その研究対象も飛躍的に拡大されつつあるといえよう。しかしながら、このような量的拡大にもかかわらず、右の視角にもとづく自覚的な歴史研究はそれ程、多くないようにみられる。今日のが国における近代刑法史研究の基本的な問題もこの点に存する。その意味において、今日のが国における近代刑法史研究のあり方が今日のが国の置かれた刑法状況との関連において正しく問われるとともに、更には右の作業にとって不可欠の前提作業をなすと考えられるにもかかわらず従来ほとんど看過されてきた、戦後のが国における近代刑法史研究の戦後刑法状況との対応における位置付けが早急に行なわれる必要があるように思われる。⁽¹⁾

本稿の課題はこのような問題の存在の意識にもとづいて、戦後のわが国における近代刑法史研究の一般的整理を試みることにあるが、既に述べたように戦後のわが国における近代刑法史研究は究極的には戦後のわが国の刑法状況に規定されたと考えられ、その意味において右の本格的整理は戦後刑法状況、換言すれば現代刑法状況に関する多角的かつ詳細な歴史的分析を前提として始めて可能だといえよう。しかしながら、従来なされた「理論史的分析」の多くは戦後における刑法理論の展開を戦後史あるいは現代史において位置づけることを主たる目的としたものとは必ずしもいえず、むしろ、そこでの重点は「理論固有の発展史」を考察するという点に置かれていたようにみうけられる。一部の研究者によるその必要性の指摘⁽³⁾にもかかわらず、今日までのところ右の歴史的分析は僅かの先駆的分野を除いてほとんど未開拓の状態にあるといえよう。本稿においてもこの点の分析は極めて不十分である。その補充は他日を期したいが、戦後のわが国における近代刑法史研究を早急に整理しなければならないとの前述の必要性に鑑み、敢えてこのような一般的な整理を試みる次第である。

なお、本論に入る前に幾つかの点で予め断っておかなければならない。その一つは本稿の考察対象たる近代刑法史研究の意味およびその範囲である。近代刑法史研究が文字通り近代刑法、すなわち近代刑法理論（「刑法概念」を用いて体系化された「近代刑法観念」の総体）およびその立法的所産に関する歴史研究を意味することはいうまでもないが、ここにいう「近代刑法」とは「現代刑法」⁽⁵⁾と対比的に用いられる資本主義の特定の発展段階に対応する刑法体系としてのそれではなく、より広く非近代社会とりわけ封建社会に対比される近代Ⅱ資本主義社会の刑法体系としてのそれを意味する。したがって、厳密にいえば現代刑法史研究と位置づけられるべきものもここでは一

応、近代刑法史研究として本稿の考察対象に含めることとした。ただし、戦後刑法史の研究は除いてある。この点については稿を改めることとした。次に、近代刑法史研究という場合の「歴史研究」の意味であるが、これも厳密に言えば特定の分析方法にもとづくものに限定することが可能であり、むしろ今日的段階ではその方がより正確であるといえるが、右の意味での「歴史研究」の水準に達していたとは必ずしもいえない戦後のわが国における近代刑法史研究を整理するという本稿の性格に鑑み、ここでは「歴史研究」をより広い意味で用いることとした。したがって、厳密には「歴史研究」といえるのか議論が別れるものもここでは一応、近代刑法史研究として本稿の考察対象に含めることとした。最後に、本稿では右のような意味での近代刑法史研究のうち、近代刑法理論およびその立法的所産における基本的な法観念に関する歴史研究をとりわけその中心的な考察対象とすることとした。また歴史研究を取扱うという観点から本稿では、歴史研究にとどまらずその研究者の理論体系に消化されているものについてはこれを省くこととした。

断っておかなければならない第二の点は戦後のわが国における近代刑法史研究の時期区分の問題である。原則的にいえば、戦後刑法状況に究極的に規定されたと考えられる限り、戦後刑法状況に関する時期区分がそこでも基本的に導入されるべきであろう。しかしながら、前述したように戦後刑法史研究は僅かの先駆的分野を除いてほとんど未開拓の状態にあり、戦後刑法状況全般の時期区分についても未だほとんど検討が加えられていないというのが今日の実情であろう。その意味において右の導入は必ずしも容易ではない。ところで、対象をより拡げて戦後法状況全体についてみれば、そこでは精力的な分析が試みられ一定の区分方法が確立されつつあるといえよう。もちろ

ん、右の区分方法は一般論の域を出るものではなく、したがって、それを個別法状況の区分方法として用いるためには詳細な消化作業が必要であるといえるが、このような消化作業は別の機会に譲ることとして、ここではその原則的有効性という仮定の上に右の一般的な区分方法を戦後刑法状況の区分方法として参照することとした。⁽⁸⁾

(1) この意味において刑法理論史研究会の成果が注目される。

(2) 「理論史的分析」の今日的水準を示すものとして木田純一『戦後日本の刑法学』(一粒社、昭和四七年)、三井誠「刑法学史(二)日本・戦後」(『現代刑法講座第一巻刑法の基礎理論』(成文堂、昭和五二年)一四九頁以下)などの貴重な労作があげられる。ともに戦後のわが国における刑法理論の展開を全体的に考察するものであるが、前者においては佐伯博士や団藤博士を始めとして十数名に及ぶ戦後の代表的な刑法学者の業績が「民主主義刑法学」の立場から個別的に検討されるところも、右の詳細な検討を通して複雑かつ多様な戦後刑法理論の諸潮流の整理が試みられる。これに対して、後者の特徴は戦後刑法学の展開を昭和二〇年代前半、後半、昭和三〇年代前半、後半、昭和四〇年代前半、後半の六期に時期区分するとともに、各期における学界状況の詳細かつ網羅的な検討を中心としてこれを戦前刑法学との連続と乖離、目的的行為論の抬頭、刑法学の多様化、責任の本質論の反省、刑法学研究の方法論の反省、処遇論への重点の変遷として位置づけた点に求められる。戦後刑法理論史の時期区分およびその位置付けを試みる最初の本格的研究といえよう。

(3) 中山研一『現代刑法学の課題』(日本評論社、昭和四五年)五頁以下など。

(4) 例えば戦後治安立法の歴史的分析がそれである。そこでは星野安三郎「戦後治安立法の制定過程」(『法律時報』三〇巻一三三号〔昭和三三年〕五五頁以下)、宮内裕・杉村敏正・片岡昇「戦後治安立法の発展と特質」(同二九頁以下)、宮内裕「戦後治安立法の基本的性格」(『有信堂、昭和三五年〕、夏目文雄「戦後治安立法史」(『愛知大学法経論集』二二―二八号〔昭和三三―三四年〕)、同「治安立法の研究」(『愛知大学法経論集』三一―四四号〔昭和三五―三九年〕)、小林好信「戦後にお

る我が治安立法の発展」(『天理大学学報』四卷二—三号〔昭和二七—二八年〕)などの多く研究が発表されている。なお、これらの研究成果は後に中山研一『現代社会と治安法』(岩波新書、昭和四五年)七一頁以下においてまとめられることになったが、ここでは戦後治安立法の復活Ⅱ再編が(一)民主化から反共への占領政策の転換に伴う民主化運動抑圧のための占領軍自身による治安立法の復活(二)サンフランシスコ平和条約およびこれと結合した日米安全保障条約体制の維持と強化に奉仕するための右の占領管理法体系の国内法体制への再編(三)現安保条約の出現に伴う治安体制の強化およびそれにもとづく治安的観点からの国内法の整備、として位置づけられる。戦後治安立法研究の確立した水準を適格に示すものといえよう。

他方、「刑法改正準備会」の設置(昭和三二年)および「刑法改正準備草案」の発表(同三六年)から法制審議会による「刑法改正草案」の答申(同四九年)へと至る戦後の刑法「改正」作業についても数多くの研究が発表されているが、そのうち刑法学者の手になるものとして桜木澄和「刑法『改正』の思想と論理」(『法の科学』二号〔昭和四九年〕五五頁以下)、沢登俊雄「法と人権—刑法改正の思想的背景」(『現代と思想』一七号〔昭和四九年〕五四頁以下)、小田中聡樹「日本の民主主義と刑法『改正』」(『労働法律旬報』八六二号〔昭和四九年〕七頁以下)、風早八十二監修Ⅱ前野育三他著『刑法改悪』(『新日本新書、昭和五一年』)などが存する。ここでは右の「改正」作業の基本的特徴が、「仮案」を基礎としながらも実はそれをモデル化することによって「必要な修正」を越え「現代の要請」に適合せしめるべく、一方で国家刑罰権を異常に拡大するとともに、他方で全犯罪類型を弾力的かつ恣意的に操作することを可能ならしめ、これに対応して刑罰体系を多様かつ機能的に結節せしめようとする点に求められる。そして、そこから更に戦後の犯罪現象や社会情勢の変動の詳細な歴史的分析にもとづいて右の「現代の要請」なるものの本質が明らかにされるとともに、それとの関連で刑法「改正」作業における犯罪類型の増設および再編の意味が位置づけられる。

(5) 「現代法」に対応するものであるが、近年、この「現代法」の意義を従来の支配的見解のように「独占資本主義段階の法」一般に解消するのではなく、世界大戦とロシア革命Ⅱ社会主義の国家と法の成立を画期とする資本主義世界の一般的危

機の状況下に成立、発展する国家独占資本主義の法を特殊に「現代法」として解釈すべきであるという見解が主張されている。例えば、稲本洋之助「資本主義法の歴史的分析に関する覚書」(『法律時報』三八卷一二号〔昭和四一年〕一六頁以下)などがそれである。

(6) 従来、「近代法」に関する「歴史研究」という場合、近代の歴史過程に即して「近代法」の「歴史的分析」を試みるというよりも、むしろ市民革命を主導した自然法思想や自由主義・個人主義の哲学思想・世界観からの論理的演繹によって「近代法」の諸標識を析出したり、あるいは資本主義経済の原理的仕組みに対応する法的カテゴリーの編成によって「近代法」を構築しようとする傾向が強かったといえる。もちろん、このような「理念的分析」は、戦後の日本社会が封建的要素の克服という観点から「近代法の創出」というすぐれて「戦後的」課題を追求した時期においては重要な意義を担う社会批判の視座となりえたといえるが、今日、「近代法」研究の課題が「現代法」批判へと移行する中で、右の「理念的分析」のもつ「原理論的」非歴史的性格が問題となり、改めて「近代法」の「段階論的」歴史的分析」の重要性が注目されることになった。そこから「歴史的分析の方法」が精力的に検討されるとともに、前掲・稲本「資本主義法の歴史的分析に関する覚え書」などの研究が発表されることになった。天野和夫他編『法学の基礎(入門編)』九八頁以下参照。その意味において「近代法」に関する「歴史研究」という場合、今日では右の「歴史的分析」に限定することが適当であろう。

(7) 例えば渡辺洋三他編『現代日本法史』(岩波新書、昭和五一年)などがそれである。ここでは、日米両国の関係が戦後史を一貫して規定する基本的な要因であり、また(一)ポツダム宣言受諾(二)占領(三)サンフランシスコ講和条約(四)一九五二年安保条約(五)六〇年安保条約(六)沖繩施権返還の四つを右の日米関係の主要な「転換」基点とみることで、戦後日本法史を一般史のそれと同様に、第一期(一九四五―五二年)、第二期(一九五二―六〇年)、第三期(一九六〇―七〇年)、第四期(一九七〇年以降)の四期に時期区分する。

(8) なお、前述の戦後治安立法および戦後刑法「改正」作業に関する歴史的分析も右の時期区分を基底に置くものといえよ

う。

二 戦前のわが国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の考察に先立って、右の研究に良かれ悪しかれ非常に大きな影響を与えたと考えられる戦前のわが国における、とりわけそれが本格的に展開された大正期以降の近代刑法史研究を、各潮流を代表する研究者の見解を中心として簡単にみておくことにしよう。⁽¹⁾

ところで、戦前のわが国における近代刑法史研究の一の潮流を牧野博士に求めることは誰しも異論のないところであろう。というのも第一次世界大戦以後、高揚した大正デモクラシーを社会的背景として刑法体制の再編という観点から本格的な近代刑法史研究を開始されるとともに、その「新派刑法理論」の立場から近代刑法史を体系化されたのが牧野博士だったからである。その意味において先ず始めに牧野博士の近代刑法史研究をとりあげることにしよう。

大正から昭和期にまたがる牧野博士の歴大かつ多岐にわたる研究を簡潔に整理することは必ずしも容易な作業ではないが、その主要な業績を分類すると、それを(一)十八世紀末から十九世紀後半のフランスを中心とする西ヨーロッパにおける近代刑法の発達に関するもの⁽²⁾(二)旧刑法の制定から現行刑法の制定を経て大正期および昭和期における「学派の対立」へと至る戦前のわが国における近代刑法の成立およびその展開に関するもの⁽³⁾(三)第一次世界大戦以後とみに活発化した刑法「改正」の世界的傾向および「刑法改正の綱領」から「改正刑法仮案」へと流れる戦前のわ

が国における刑法「改正」作業の歩みに関するもの⁽⁴⁾、の三つの領域に区分することができるよう思われる。第一の研究において牧野博士は近代刑法の発達の「世界的傾向」を問題とされ、その「法社会学的分析」にもとづいて「法治国思想」⁽⁵⁾ Ⅱ「罪刑法定主義」から「文化国思想」⁽⁶⁾ Ⅱ「自由法論」への社会の進化に伴なう「旧派刑法理論」の「新派刑法理論」による克服という一般命題をうちたてられることになった。他方、第二の研究ではわが国における「世界的傾向」の存在という問題意識にもとづいて戦前のわが国における近代刑法の発達が跡づけられ、そこから「旧派刑法理論」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図式が導かれることになった。このような問題意識は第三の研究においても維持されているといえよう。けだし、そこでは「新派刑法理論」の浸透という刑法「改正」の「世界的傾向」が論じられるとともに、戦前のわが国における刑法「改正」作業の歩みも専ら右の「世界的傾向」において把握されているからである。

以上が牧野博士における近代刑法史研究の骨子であるが、その特徴として次の各点を指摘することが可能であろう。すなわち、牧野博士によれば何よりも先進国型の発達が問題とされ、その結果、近代市民刑法の発達の典型が後年にみられるようなドイツではなくフランスに求められ、また「旧派刑法理論」についてもその中心が「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置かれたという点がその特徴の第一である。⁽⁵⁾ 特徴の第二は、牧野博士によれば社会問題や労働問題に対する同情的立場からそれまでのような「敲罰主義的主観主義」ではなく「人道主義的主観主義」⁽⁶⁾ が「新派刑法理論」の内容として意識され、このような「新派刑法理論」による「旧派刑法理論」の克服という一般命題が刑法の「社会政策化」⁽⁷⁾ Ⅱ「人道化」

という観点からうちたてられたという点である。特徴の第三は、大正期における一定の近代化を基盤として戦前のわが国における近代刑法の発達が西ヨーロッパ型、とりわけその縮図たるフランス型の発達と同視され、そこから旧刑法や現行刑法の、更には刑法「改正」作業の先進性が強調されたという点である。その意味において牧野博士の近代刑法史研究を一応、大正デモクラシーを社会的背景とする刑法の「社会政策化」Ⅱ「人道化」および「国際化」という問題意識にもとづく近代刑法史研究として位置づけることが可能であろう。

それはともかく牧野博士の近代刑法史研究によってわが国の近代刑法史研究は飛躍的な発展を遂げるようになったといえよう。ただし、ここでは詳細な分析をふまえて「旧派刑法理論」の歴史的品格およびその「新派刑法理論」による克服という「世界的傾向」が明らかにされるとともに、他方で明治維新以来のわが国における近代刑法の歩みが詳細に跡づけられたからである。わが国の近代刑法史研究に対する牧野博士の貢献を看過することはできない。

しかしながら、このような牧野博士の近代刑法史研究も「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品格に対する分析不足」のために後にみるような多くの矛盾を内包せざるをえなかったことは悲劇というべきであろう。矛盾の第一は、「新派刑法理論」の歴史的品格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」が牧野博士の理念的範疇たる「人道主義的主観主義」と同視され、「新派刑法理論」による刑法の「帝国主義化」一般が刑法の「人道化」として把握されることになったという点である。その結果、帝国主義段階における「旧派刑法理論」のもつ積極的意義が否定され、「旧派刑法理論」

は過去の遺物であり克服の対象にすぎないとされることになった。矛盾の第二は、「世界的傾向」の存在の主観的強調において戦前のわが国における近代刑法の特殊後進性が見落され、先進国型の発達と同視されることになったという点である。その結果、旧刑法および現行刑法のもつ特殊日本の性格が看過されることになったが、このような矛盾は刑法「改正」作業の分析に関してとりわけ著しいといえよう。ただし、ここでは既に述べたように戦前のわが国における刑法「改正」作業の歩みが「新派刑法理論」の浸透という「世界的傾向」において把握され、刑法「改正」作業のもう一つの柱をなす特殊日本的な「皇道論」「淳風美俗論」も国際的な「生存権の原理」に読みかえられることになったからである。⁽⁸⁾

ここに牧野博士の近代刑法史研究が客観的には刑法の「帝国主義化」一般を美化するにとどまらず、特殊日本的「帝国主義化」をも美化する役割を果す結果に終わった原因が存するといえよう。ここに「後年、反動的な帝国主義の刑法的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」⁽¹⁰⁾牧野博士の近代刑法史研究の本質的限界をみることができるように思われる。ただし、それをもって牧野博士の近代刑法史研究を刑法の特殊日本的「帝国主義化」という問題意識にもとづくものと決めつけてしまうことは適当ではなからう。けだし、例いその結果がどうあれ少くとも牧野博士の近代刑法史研究が大正デモクラシーを社会的背景として刑法の「人道化」および「国際化」を歴史的に跡づけるという問題意識から出発したことは否定しえない事実であり、他方、後にみるように文字通り刑法の特殊日本的「帝国主義化」という問題意識にもとづく近代刑法史研究を他に求めることができるからである。

以上、牧野博士における近代刑法史研究をみてきた訳であるが、このような牧野博士の近代刑法史研究は大正デモクラシーの分極化に伴ない大正後期に入ると、とりわけマルクス主義法学の陣営からの強い批判にさらされることになったといえよう。

右の批判にその基本的視座を提供したのは牧野博士における社会経済史的視角の欠如という観点であった。すなわち「無史観」という指摘がこれである。それは後に平野義太郎「史観と法律史の方法」⁽¹¹⁾（昭和八年）において結晶化されることになった。そこから社会経済史的分析にもとづく牧野批判が展開されることになった。例えば平野義太郎「刑法発達史についての一考察」⁽¹²⁾（昭和十年）などがそれである。ここでは旧刑法と現行刑法が主にとりあげられ、日本資本主義発達史との関連においてその特殊日本の歴史的な性格が明らかにされることになった⁽¹³⁾。他方、牧野博士によって刑法の「人道化」とされた「新派刑法理論」の歴史的な性格については直接これを取りあげた研究はみあたらないが、熊倉武「近代刑法思想の発展と科学的精神」⁽¹⁴⁾（昭和一二年）などにもみられるように、ここでは社会主義国の刑法学者による近代刑法の外在的批判の成果の吸収において、「新派刑法理論」をもって帝国主義の刑法理論との位置づけが共通の認識になっていたといえよう⁽¹⁵⁾。

このようなマルクス主義法学者による刑法の社会経済史的な分析は従来の刑法学のあり方に大きな反省を加えることになった。すなわち、刑法の「人道化」および「国際化」は牧野博士のいわれるような刑法の「社会政策化」によってではなく、むしろその反対に克服の対象とされ過去の遺物とされた刑法のマグナ・カルタの機能の回復によってこそ実現されるとの見解がこれである。罪刑法定主義に象徴される刑法のマグナ・カルタの機能の帝国主義段

階における積極的意義が改めて見直されることになった。⁽¹⁷⁾そこから右のマグナ・カルタの機能を集中的に表現すると考えられる「旧派刑法理論」とりわけベッカリアを始めとする啓蒙主義刑法理論の分析が強く要請されることになった。

マルクス主義法学の立場から右の研究に早く着手されたのは風早博士であった。⁽¹⁸⁾その成果の一端が「ベッカリアの刑罰制度批判の歴史的意義」⁽¹⁹⁾（昭和四年）などの優れた労作において発表されることになった。風早博士によればベッカリア刑法理論の歴史的意義が何よりも問題とされ、社会経済史的分析にもとづいてそれが封建的刑罰制度に対する新興資本主義的批判に求められるとともに、その理論的特徴も新興資本主義的個人主義・自由主義・社会功利主義・法律的世界観との関連において解析されることになった。啓蒙主義刑法理論の歴史的意義の検証は学界の一部にも大きな刺激を与えることになり、⁽²⁰⁾京都学派の人達を中心として啓蒙主義刑法理論およびその立法的所産における基本的な法観念の発掘が精力的に行なわれることになった。滝川幸辰「啓蒙時代の刑罰思想」⁽²¹⁾（昭和八年）、同「罪刑法定主義の再認識」⁽²²⁾（同十年）、同『刑法雑筆』⁽²³⁾（同十二年）、佐伯千仞「フォイエルバッハの責任能力論」⁽²⁴⁾（同八年）、同「啓蒙時代と犯罪類型」⁽²⁵⁾（同十三年）などの一連の研究が戦時下にもかかわらず相次いで発表され、啓蒙主義刑法理論の理論的特徴がその創始者とされるベッカリアの刑法理論あるいは理論的完成者と目されるフォイエルバッハの刑法理論を手掛りとして大旨、次のように定式化されることになった。すなわち、(一)自然法の十八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)その帰結たる罪刑均衡主義お

よび客観主義、の四点がそれである。⁽²⁶⁾ ただし、右の定式化をもって滝川・佐伯研究が単なる法観念の発掘にとどまるものとみることには誤りであろう。ただし、ここでは社会経済的分析の必要性という視角が存したといえるからである。それは啓蒙主義刑法理論における刑罰権の社会功利的基礎づけを高く評価されつつも、それを一義的に評価することなく刑罰権の制限との関連において評価されていることからも容易に理解されよう。この点で前述の風早研究の影響を指摘することができるようにみうけられる。⁽²⁷⁾

なお、大正後期から昭和初期にかけての小野博士による「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」研究も刑法のマグナ・カルタの機能の積極的評価という側面をもち、⁽²⁸⁾ その限りで一定の進歩的役割を果したということが可能であろう。しかし、それが小野博士の近代刑法史研究の本質的側面をなすものでなかったことは後にみる通りである。⁽²⁹⁾

このようにして刑法の「人道化」および「国際化」という観点からの近代刑法史研究が一応、確立されることになったが、現実の刑法体制はむしろその反対に特殊日本的「帝国主義化」の動きを一段と強めていたといえる。そして戦時下に入って一部の人達を除いて学界全体が右の動きに繰り込まれていく中で、学問の自由を奪われた進歩的刑法学者の最後の砦であった近代刑法史の領域においても、牧野博士と異なり直接的にそれを基礎づけようとする研究が現われることになった。すなわち木村博士および小野博士の研究がそれである。ここに戦前のわが国における近代刑法史研究の新しい対抗関係が形成されることになった。

戦時下における近代刑法史に関する木村博士の業績としては『刑法解釈の諸問題』（昭和一四年）がとりわけ注目されよう。そこには「ヘーゲルの刑法理論の現代的意義」⁽³⁰⁾（同六年）、「刑法に於ける類推解釈」⁽³¹⁾（同十一年）、「刑

法に於ける人間⁽³²⁾」(同二年)、「刑法における客観主義と主観主義⁽³³⁾」(同三年)などの重要な論文が収録されているが、右の研究を整理すればそれを次のように特徴づけることが可能であろう。特徴の第一は、法観念の「形而上学的還元」にもとづいてヘーゲル刑法理論すなわち「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を止揚するものと位置づけられ、牧野博士と異なりそれが「旧派刑法理論」の中核に据えつけられた点である。それは「旧派刑法理論」の刑罰観をもって意思自由論にもとづく「道義的応報」としておられる点からも明らかである。その結果、「旧派刑法理論」の特色も、牧野博士におけるような刑法のマグナ・カルタの機能にではなく、「ドイツ旧派(後期旧派)刑法理論」によって徹底せしめられたところの刑法の「公法的見地」という点に求められるとともに、「旧派刑法理論」において真に克服されるべきは右の「公法的見地」ではなくその「下半身たる刑罰量定の原理⁽³⁶⁾」であるとしてその現代的意義が高く評価されることになった。これが特徴の第二である。他方、特徴の第三は「新派刑法理論」に関してであるが、木村博士によれば従来の「新派刑法理論」は「單純に功利的なものであり動もすれば社会に於ける多数若は支配的部分の爲めに他の部分が犠牲とせられることの論理的不可避性を否定し得ない或るものを蔵して居った⁽³⁷⁾」として刑法の「公法的見地」からのその「淳化⁽³⁸⁾」が説かれるとともに、右の「淳化」された「新派刑法理論」をもって真の「新派刑法理論」であると捉えられた点である。そこから、牧野博士によって「法治国思想」Ⅱ「罪刑法定主義」から「文化国思想」Ⅱ「自由法論」への社会の進化に伴なう「旧派刑法理論」の「新派刑法理論」による克服として定式化された近代刑法発達の「世界的傾向」も、木村博士によれば刑法の「公法的見地」の徹底化に伴なう「旧派刑法理論」の「新派刑法理論」による総合として理解されることになっ

た。これが特徴の第四である。そこでは「新派刑法理論」と「旧派刑法理論」とが必ずしも完全に対立するものはされていない点に注意する必要がある。特徴の第五は、更にそこから西ヨーロッパにおける近代刑法の発達の典型が、牧野博士におけるようなフランスではなく、右の「学派の対立」の主舞台たるドイツに求められることになった点である。以上を要するに、木村博士によればドイツなどの特殊後進国型の発達をもって近代刑法史一般が規定されるとともに、それが牧野博士のいわれるような刑法の「人道化」としてではなく、むしろより直截に刑法の「公法的見地」の徹底化として基礎づけられたといえよう。その意味において右の木村博士の近代刑法史研究をもって刑法の特殊後進国型の「帝国主義化」を基礎づけるという観点からの近代刑法史研究として位置づけることができるように思われる。

ところで、右の木村博士の近代刑法史研究が特殊後進国型の発達一般を基礎づけることによっていわば間接的に特殊日本の発達を基礎づけるという性格をもつのに対して、次にみる小野博士の近代刑法史研究は文字通り特殊日本的発達を問題とするものであったといえよう。戦時下における小野博士の近代刑法史研究としては「刑法学小史」(昭和一七年)⁽³⁹⁾や「旧刑法とボアソナードの刑法学」(同年)⁽⁴⁰⁾などが認められる。前者によれば戦前のわが国における刑法学の展開がとりあげられ、それが東京帝国大学の動きを中心として概観される。他方、後者では牧野博士によってフランス折衷主義刑法理論およびボアソナード刑法学の立法的所産とそれぞれ位置づけられたボアソナード刑法学および旧刑法がとりあげられ、罪刑法定主義を柱としてそれが回顧されるが、これらの研究の底を一貫して流れていたのは『日本法理の自覚的展開』(昭和一七年)において強調された「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かなければならぬ⁽⁴²⁾という問題意識であったといえよう。そこから当然、啓蒙主義刑法理論やフランス折衷主義刑法理論が否定されることになったが、それにとどまらず大正デモクラシー期において小野博士自らが精力的に研究された「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」さえもが「日本の道義」の擁護という観点からみて不徹底であるとされ、他方、これに対して小野博士によれば必ずしも「新派刑法理論」一般は排斥されず、「日本の道義」の擁護の名の下に厳しく批判されたのは木村博士がいわれるところの「淳化」された「新派刑法理論」ではなく、牧野博士などによって主張された「新派刑法理論」であったことは注目されよう。ただし、このような「日本の道義」の擁護というその問題意識にもかかわらず、右の研究それ自体には、旧刑法の施行に伴ないフランス折衷主義刑法理論の立場からその理論化を担当した宮城浩三、井上正一などの法学系刑法学者の扱いが小さいのに比して、「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制定に大きな影響を与えた富井政章、穂積陳重、江木衷などの帝大系刑法学者が明治刑法学の発足に貢献した学者として高く評価されている点を除き格別、目新しい点は認められない。ただし、既に平野義太郎博士によってなされたような戦前のわが国における近代刑法の特殊日本の発達に関する新しい事実の指摘が行なわれたようにには思われなからである。むしろ、そこでは前述した牧野博士の図式が基本的に踏襲されているようにみうけられる。その意味において、右の小野博士の研究は特殊日本性を跡づけるというその問題意識を強調したにとどまるものといえよう。

このような木村博士および小野博士の近代刑法史研究に対しては直ちに批判が加えられることになったが、右の

批判はとりわけ木村博士の「旧派刑法理論」分析に向けられることになった。ただし、木村博士によれば前述したように「旧派刑法理論」の中核は「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」に置かれるべきであり、したがって、その特色も刑法の「公法的見地」の徹底に求められるべきであるとされるが、それは啓蒙主義刑法理論をもって「旧派刑法理論」の中心に据えられる⁴⁴とともに、その歴史的意義を刑法のマグナ・カルタの機能に認められる滝川博士や佐伯博士の分析と根本的に対立するものであったからである。ところで、このような木村博士の分析は「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を止揚するものとの位置づけに由来するといえよう。そこから木村批判の前提として両者の異質性および「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」の特殊性の解明が問題とされることになった。

右の問題に一早く取組まれたのは佐伯博士であった。すなわち、木村『刑法解釈の諸問題』の出版直後に発表された「刑法における人間観の問題」⁴⁵（昭和一七年）という論文がそれである。ここでは啓蒙主義刑法理論と「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」との間には本質的差異が存するとの問題意識にもとづいて両者が詳細に比較検討され、それが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」として図式化されることになった。とすれば、そこでの残された課題として、このように啓蒙主義刑法理論と異なる「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」が何故、発生することになったのかという点が問題となるが、この点に関して佐伯博士は次のように答えておられる。すなわち、それはロマンティクスの刑法理論として登場し、その限りにおいてそれは啓蒙主義刑法理論を否定するものであった。これが佐伯博士の回答である。もちろん右の見解は博士自身が指摘されるよう

に理論仮説の域を出るものではなく、その当否は「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」に関する詳細な歴史的分析にまたなければならぬが、それはともかく、ここに特殊後進国型の発達の批判的考察という観点からの本格的なドイツ近代刑法史研究の口火が切られることになった。

これに反して小野博士の日本近代刑法史研究に対する批判的研究はみあたらない。その理由として小野博士の日本近代史研究は前述したように「日本の道義」の擁護というその問題意識を除くと内容的には牧野博士の日本近代刑法史研究と余り大差なく、したがって小野博士の日本近代刑法史研究を多くとりあげて批判しなければならぬ問題性はそれ程、強くは感じられなかったという点に加えて、仮に小野博士の問題意識を歴史的に批判しようとするれば「刑法改正の綱領」から「改正刑法仮案」へという歩みに端的に表現される近代刑法の特殊日本の発達を問題とせざるを得ず、その直接的批判は当時の刑法学の置かれた状況の厳しさからみて容易なことではなかったとい⁽⁴⁶⁾う点が指摘されるように思われる。この点で、牧野博士の「無史観」批判に由来するものであり必ずしも小野批判を主眼とするものではなかったが、前掲・平野義太郎「刑法発達史についての一考察」の先見性は特筆されよう。

以上、戦前のわが国における近代刑法史研究を概観してきた訳であるが、ここでは三つの潮流(一)牧野博士を中心とする潮流(二)マルクス主義法学者および京都学派の人達を中心とする潮流(三)木村博士および小野博士を中心とする潮流が形成されており、とりわけ大正デモクラシー期においては前二者が、また戦時下においては牧野博士の近代刑法史研究が木村博士および小野博士の近代刑法史研究に克服されることによって後二者が対抗していたといえよう。そして、右の戦時下における対抗関係が戦後にも受け継がれて行くことになった。

(1) したがって、本稿では(一)明治初期における復古的刑政(明治元年の仮刑律、同三年の新律綱領、同六年の改定律令など)批判という観点からの主として「自由民権法学者」によるベッカー刑法理論、ベンサム刑法理論あるいはフランス折衷主義刑法理論研究(二)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研究(三)旧刑法の「改正」という立法論的観点からの主として帝大系刑法学者によるドイツ近代刑法史研究(四)現行刑法の施行に伴ないその理論化という観点からの明治末期から大正初期にかけての牧野博士の「新派刑法理論」研究および大場博士による「ドイツ旧派(後期旧派)刑法理論」研究などについてはこれを省略することとした。ただし、既に風早八十二『犯罪と刑罰』(刀江書院、昭和四年)五頁以下、小林好信「旧刑法定定の思想的基盤」(『法学論叢』第五二巻第五・六号〔昭和五年〕八一頁以下)、佐伯千仞・小林好信「刑法学史」(『日本近代法発達史』第一巻〔勁草書房、昭和四二年〕二〇八頁以下)、拙稿「わが国における『ベンサム刑法理論』研究」(『平場還暦祝賀論文集・現代の刑事法学(上)』〔有斐閣、昭和五二年〕五〇八頁など)によって指摘されているようにわが国における近代刑法史研究が「自由民権運動」を背景としてベッカー刑法理論、ベンサム刑法理論あるいはフランス折衷主義刑法理論研究から出発したこと、そして、それが「国権主義」の抬頭により衰退するとともに近代刑法史研究の対象がドイツ近代刑法史に移って行ったことは注目される。なお、本稿で考察しようとする牧野博士の近代刑法史研究はこのような状況の下で出現することとなったが、それは大正デモクラシーを背景として問題意識的には右の明治初期における近代刑法史研究に親近性を示すものであったといえよう。しかし、それとは質的相違をもたざるをえなかったことは後にみるとおりである。

(2) 「刑法および刑法理論の進化」(『改訂日本刑法全』〔有斐閣、大正八年〕三七頁以下)、「罪刑法定主義とフランス革命」(『刑事学の新思潮と新刑法』〔有斐閣、大正八年〕三三頁以下)、「罪刑法定主義の歴史的考察」(同四四頁以下)、「監獄改良論より新派への転移」(同六〇頁以下)、「フランス刑法の発達」(同四一七頁以下)、「刑法における新機運の半世紀」(『刑法研究』第四卷〔有斐閣、昭和八年〕二頁以下)、「ガロー教授についての回想」(同四一頁以下)、「リストの刑事政策」(『刑

法研究』第五卷〔有斐閣、昭和十年〕二八四頁以下〕、「ベッカリアの生誕二〇〇年」〔『刑法研究』第十卷〔有斐閣、昭和七年〕二二八頁以下〕など。

(3) 「刑事学の新思潮と新刑法」(前掲『刑事学の新思潮と新刑法』一頁以下)、「明治の法律文化としての法律の法典化」(『刑法における重点の変遷』(有斐閣、昭和四年)七四頁以下)、「刑法の三〇年」(『刑法の三〇年』〔有斐閣、昭和一三年〕一頁以下)など。

(4) 「刑法における重点の変遷」(前掲『刑法における重点の変遷』一頁以下)、「現代法制の発達における刑法改正の意義」(同七四頁以下)、「刑法における法治国思想の展開」(『有斐閣、昭和六年』、『刑法改正の諸問題』(良書普及会、昭和九年)、「刑法改正仮案」(『改正刑法仮案とナチス刑法綱領』〔有斐閣、昭和一六年〕一頁以下)など。

(5) なお、前掲『改訂日本刑法全』四九頁以下によれば意思自由論にもとづく「応報主義」をもって個人主義的自由主義をその骨子とする「旧派刑法理論」の創始者と位置づけられるベッカリアは必ずしも応報を明らかにせず、むしろその反対に功利主義者であったことが指摘される。

(6) 佐伯千仞Ⅱ小林好信・前掲「刑法学史」五一頁。

(7) 佐伯千仞Ⅱ小林好信・前掲「刑法学史」五一頁。

(8) 牧野・前掲「刑法改正仮案」三七頁以下。ここでは「生存権の原理」が「刑法によって国家がその保全を全うし、刑法によって犯人さえが国民としてその生を遂げること」と理解され、このような意味での「生存権の原理」は「現代的なものであり、また伝来的のものであるが、しかし、同時にそれはわが古典において日本民族の精神とされているところのものではなかるうか」とされる。

(9) なお、右の刑法「改正」作業と一体をなす治安維持法(大正一四年)およびその前身たる過激社会運動取締法案に対す

る牧野博士の肯定的態度については既に吉川経夫「刑法学とマルクス主義」(天野和夫他編『マルクス主義法学講座』第一巻〔日本評論社、昭和五一年〕)一〇三頁以下が指摘するが、このような牧野博士の態度も同様の観点から位置づけることが可能であろう。

(10) 佐伯千仞・小林好信・前掲「刑法学史」五一—五二頁。なお、磯村哲「市民法学(上)(中)(下)」(『日本近代法発達史』第七卷八九頁以下、第九卷一六三頁以下、第十卷一七一頁以下)は牧野博士の刑法学をもって刑法における「市民法学」と位置づけるが、このような牧野刑法学の評価に関する落差は牧野刑法学、より一般化すれば大正デモクラシー期における「市民法学」のもつ二面性に由来するものといえよう。

(11) 『法の研究』創刊号、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。同論文は牧野博士の「自由法学・法社会学」をとりあげ、その本格的批判を試みるものであるが、そこでは「無史観」批判という観点から牧野博士の「自由法学・法社会学」が次のように分析される。すなわち「自由法論は、曾て、社会法学と手を携えて……概念の形式論理的方法を批判した。しかしながら、それが曾て主張せるところの実証的研究は、毫も社会的・経済的構成態の全構造にむかって、研究を伸展せず、そのいわゆる実証的研究も、ただ超法律的の『実生活』『社会現象』を抽象的に規定するにおわり、その実生活、社会現象が、資本主義社会のいかなる物質的階級の諸関係によって構造づけられているかを分析せず、同様に、法律の歴史的發展を経験的所与としてうけとりながら、一方では、法律の歴史を、ただ、法律のみに局限せる狭隘な法律家的見地に立ち、他方では、この歴史が、社会のいかなる構造的矛盾によって發展をなし、いかなる階級によって推進せられたかの考察を拒否することによって、法律の文化現象たる規範性に収斂する」(二四頁)。なお、右の平野義太郎博士の「無史観」批判について論じたものとして森英樹「平野義太郎における法学と社会科学」(天野和夫他編・前掲『マルクス主義法学講座』第一巻七三頁以下)が存する。

(12) 『歴史科学』四卷四—五号、後に『日本資本主義社会と法律』(法政大学出局、昭和四六年)一九一頁以下に再録。

(13) 平野義太郎博士によれば旧刑法および現行刑法の特殊日本的な歴史的性格が次のように規定される。すなわち従来、牧野博士などによってわが国における近代刑法の起源と位置づけられてきた旧刑法は人権保障の法治主義を何らその本質とするものではなく、条約改正のための法律体制の整備という意味しかもたなかった。したがって三権分立、市民の意思による立法そして司法権の行政権からの分離という思想と相連関してのみ意味をもちうる罪刑法定主義はそこには存在しなかった。むしろその反対に当時の未成熟な資本主義段階に対応して封建的色彩を濃厚にもつ旧刑法はその後、形成された一連の刑罰法規と相まって自由民権運動を抑圧することによって半封建的隷農制の上に立つ組織的国家権力の介入による急速な資本主義的發展に奉仕した。

また現行刑法の制定も日本資本主義の急激な帝国主義化に対応したものにすぎず、ここでは自由主義的發展を基礎としてのみ可能であるような人道主義的、社会政策的な法制度は当然ながら完全に排除され、むしろ日本資本主義の發達がそれを利用することによってのみ可能であった封建的關係の残存が帝国主義的独占を補強するためにそこでも維持された。以上が平野義太郎博士の規定である。

(14) 『唯物論研究』昭和十二年二月号、後に『刑法と民主主義』（彰考書院、昭和十三年）三頁以下に再録。

(15) ピョントコフスキー・井藤誉志雄訳『マルクス主義と刑法』（京都共生閣、昭和六年）三七頁以下。

(16) なお、右の紹介にとどまらず唯物史觀の近代刑法史研究への導入を積極的に図るものとして奈良正路「刑法の進化と重点の趨移」(『刑法の基本問題』〔浅野書店、昭和七年〕三三九頁以下)が注目されよう。

(17) 滝川博士によればショットレンダーの罪刑法定主義の歴史的考察の紹介(資料「罪刑法定主義の歴史的考察」(『法学論叢』第一卷第六号〔大正八年〕五六頁以下)を基礎として罪刑法定主義の現代的意義が次のように認識された。すなわち「社会の内部には種々の要素が対立し、強者は弱者に対して圧力を加える。強者の圧力が無制限に加わるところに専制主義が現われる。罪刑法定主義は当時の市民が封建的専制裁判に苦しみ抜いた過去を顧みて、その禍根を絶つために『苦い経験

と辛い闘争の後に』始めてこれを獲得したのである。罪刑法定主義は啓蒙思想と自然法的人権思想の表現であるが、その精神は強者から弱者を擁護する点に置かれているのである。社会の内部に強者と弱者の対立が存する間は、罪刑法定主義は刑法上の鉄則でなければならない(後掲『罪刑法定主義の再認識』一〇頁以下)。まさに至言といえよう。ところで、佐伯小林・前掲『刑法学史』七一頁によれば罪刑法定主義の現代的意義を一早く強調したのは風早「罪刑法定主義を復活させよ」(『法律春秋』三卷八号「昭和三年」、後に『政治犯罪の諸問題』「研進社、昭和三年」一六九頁以下に再録)や佐伯「刑法に於ける法治国思想の展開」(『法律時報』第三卷八号「昭和六年」五八頁以下)であり、それが後に滝川博士などに受け入れられ、右のような認識を生むことになる。なお、滝川博士の罪刑法定主義観については小林好信「滝川幸辰と罪刑法定主義」(『大阪学院大学・法学研究』(昭和五年)第一卷第一・二号一五頁以下)が詳しい。

(18) 風早博士の一連の刑法史研究、例えばベッカリアの刑法理論に関する翻訳・ベッカリア『犯罪と刑罰』(『法律学研究』二五卷九号―二六卷一号「昭和三十四年」、後に『犯罪と刑罰』(刀江書院、昭和四年)九頁以下に再録、後掲「ベッカリアの刑罰制度批判の歴史的意義」、ブルジョア・イデオロギイとしての法曹派社会主義―菊地氏の批判の批判」(『法律時報』二卷五・六号「昭和五年」、後に前掲『政治犯罪の諸問題』二五七頁以下に再録)など。またアンシャン・レジームの刑罰制度に関する「アンシャン・レジームの刑法制度に就て」(『法学新報』三八卷七・八・一〇号「昭和三年」)、「フランス革命前の社会経済的犯罪に就て」(『法学新報』三八卷二二号「昭和三年」)。更にはデュルケーム学派に関する「デュルケーム学派の刑事責任論に就て」(『法学新報』四〇卷一・三号「昭和五年」、後に『政治犯罪の諸問題』一八七頁以下に再録)、「プチ・ブルジョアの犯罪理論」(『中央公論』一九三〇年一月号「昭和五年」、後に『政治犯罪の諸問題』一三五頁以下に再録)については吉川・前掲『刑法学とマルクス主義』九四頁以下が詳しいが、ここでは右の風早博士の刑法史研究をもって戦前のマルクス主義刑法学における一大金字塔と位置づけられる。

(19) 『法学新報』三九卷五・七・九号、後に前掲『犯罪と刑罰』三二二頁以下に再録。

(20) 右の刺激については例えば滝川・書評「風早八十二訳・ベッカリアの『犯罪と刑罰』」(『法学論叢』一三三卷二号〔昭和五年〕一二二頁以下)をみよ。

(21) 『刑法史の或る断面層』(京都書籍)一六一頁以下。

(22) 『公法雜誌』一卷四号一頁以下。

(23) 『京大訣別記念法学論文集』(政経書院)四二一頁以下。

(24) 『法学論叢』三九卷三六九頁以下。

(25) 滝川・前掲「啓蒙時代の刑罰思想」二二七頁など。

(26) なお、滝川『刑法読本』(大畑書店、昭和七年)一九頁はベッカリアをもって意思自由論とするが、この点は後に改められることになったといえよう。ただし、博士自身が『刑法雑筆』五〇頁においてフォイエルバッハの刑法理論が完全に意思決定論であること、また心理強制説は意思決定論的犯罪理論のコレラートでなければならないことを明言され、他方、「啓蒙時代の刑罰思想」二一〇頁においてベッカリアが右の心理強制説の先駆者であると位置づけられるからである。

(27) 佐伯・前掲「啓蒙時代と犯罪類型」一九頁以下。

(28) 佐伯・小林・前掲「刑法学史」六六頁以下参照。ただし、このような小野博士の「ドイツ旧派(後期旧派)刑法理論」研究が必ずしも刑法のマグナ・カルタ的機能の全面的評価を意味するものではなかったことは右のマグナ・カルタ的機能を象徴的に表現すると考えられる罪刑法定主義に対するその「不明確な」態度にも示されているといえよう。なお、右の「不明確な」態度については木田純一「小野刑法学と『刑法改正』」(『法律時報』四七卷五号〔昭和四九年〕一二二頁以下)が既に指摘する。

(29) 木田・前掲「小野刑法学と『刑法改正』」は、小野理論を「ドイツ旧派(後期旧派)刑法理論」に属するものとし、更に右の「ドイツ旧派(後期旧派)刑法理論」を「一九世紀後半、プロイセンの国家主義とヘーゲルの哲学とを基盤として形成された戦後のわが国における近代刑法史研究(その一)」

されたものである」(平野竜一「平場安治編『刑法改正の研究』I〔東京大学出版会、昭和四七年〕五頁)と性格づけられる平野教授に対して小野刑法学を次のように指摘される。すなわち「たしかに小野刑法学には、ドイツ後期旧派の撰取プロセスがみとめられ、体系的論理の内容となっているが、しかし、より原理的な根底には、ヨーロッパに排他的に対峙した東洋主義の精神があることを見逃すわけにはゆかないのである」。これが木田教授の分析であるが、小野刑法学をめぐることのような微妙な評価の相違は大正デモクラシー期から戦時下にかけての小野博士の変容あるいは理論的發展に由来するものと考えられる。

- (30) 『法学志林』第三三卷第一一号二九頁以下。
- (31) 『法学志林』第三八卷第二号一一頁以下。
- (32) 『法学』第六卷第四号一頁以下。
- (33) 『法学協会雑誌』第五六卷第六号二七頁以下。
- (34) 木村・前掲『刑法解釈の諸問題』一〇頁以下。
- (35) 木村・前掲『刑法解釈の諸問題』三四頁。
- (36) 木村・前掲『刑法解釈の諸問題』四六頁。
- (37) 木村・前掲『刑法解釈の諸問題』五七頁。
- (38) 木村・前掲『刑法解釈の諸問題』五八頁。
- (39) 『東京帝国大学学術大観・法学部』八〇頁以下。後に『刑罰の本質について・その他』〔有斐閣、昭和三〇年〕四〇九頁以下に再録。
- (40) 『杉山教授還暦祝賀論文集』(岩波書店)四三頁以下。後に前掲『刑罰の本質について・その他』四二五頁以下に再録。
- (41) その他、この期における小野博士の刑法史研究としては「日本刑法の歴史的発展」〔『国家学会雑誌』五五卷〔昭和一六

年) 九号一頁以下・一一号三二頁以下) などが存する。

(42) 小野・前掲「旧刑法とポアソナードの刑法学」七頁。

(43) そこから「わが国においては、最初に新派の見解があらわれ、遅れて旧派の主張が登場した」(大塚仁『刑法における新・旧両派の理論』(日本評論社・昭和三三年) 五九頁)との位置づけが生み出されることになったといえよう。

(44) なお、佐伯博士によれば「ドイツ旧派(後期旧派) 刑法理論」をもって「古典学派」あるいは「旧派」とされ「旧派刑法理論」に特殊な意味を付与されるが、ここでは「旧派刑法理論」をより広い一般的な意味、すなわち帝国主義段階の「新派刑法理論」と本質的に対立するところの近代市民革命段階および産業革命段階の個人主義的自由主義を基礎とする刑法理論(啓蒙主義刑法理論および自由主義刑法理論など)の意味で用いることとした。

(45) 『法学論叢』四七卷七三二頁以下。

(46) 吉川・前掲「刑法学とマルクス主義」一〇四頁によれば、「滝川にしても『治安維持法の如き、それが弁証法的発展の過程から見ても明かに無意味な反動としか思われない刑法』といったたぐいの片言隻語はあるものの、これに対する本格的な批判を展開することはなかった」と分析される。他方、「刑事法より見たる日本の伝統」(『法学論叢』第五〇巻第五・六号[昭和一九年]三五九頁以下)などに示される佐伯博士の小野・前掲『日本法理の自覚的展開』に関する対応については佐伯・小林・前掲「刑法学史」二八七頁以下がそれを次のように位置づける。すなわち、それは小野博士の「日本法理」分析と基本的には同様であるが、もっと帰納的に日本人が従来、外国法文化の継受に当って示してきた態度、受け入れ方のなかに日本法の特徴が見い出されはしないかと模索するものであり、そこでは日本人の国民性をその矛盾的な姿でとらえるという和述哲郎がその『風土』の中で用いた方法などが応用された。博士自らが認められるように、それが小野『日本法理の自覚的展開』の積極的批判を試みるものではなく、その意味でいわば消極的対応にとどまざるをえなかったことは明らかである。この点をもって京都学派の本質的限界とみるべきか否かについては議論の別れるところといえるが、少くとも風早

「治安維持法」(『現代法学全集』第三〇巻「日本評論社、昭和五年」、後にその一部が「治安維持法の批判」として前掲『政
『治犯罪の諸問題』一頁以下に再録)を始めとするマルクス主義法学者による精力的な治安立法批判とは一定の相違がある
ように思われる。なお、右の治安立法批判については吉川・前掲「刑法学とマルクス主義」一〇三頁以下が詳しい。

未完