

戦後のわが国における近代刑法史研究 (二)

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(以上本号)
 - 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
- 三 戦後第一期における近代刑法史研究

敗戦からサンフランシスコ講和条約発効(昭和二七年四月二八日)までの占領期は戦後刑法史的にみれば二つの大きな歴史的転換を経験することによって戦後刑法状況における基本的な對抗関係の原理的枠組みが与えられた

時期であったといえよう。けだし、敗戦から昭和二三、四年までの占領前期⁽¹⁾においてはポツダム宣言にもとづいてまがりなりにもわが国の「非軍事化」・「民主化」が図られ、「天皇制治安立法」が撤廃されるとともに、国民主権・平和主義・基本的人権の擁護を三つの柱とする「憲法体系」が成立し、それを受ける形で刑法においても応急的なものにとどまったとはいえ原理的には極めて重要な意義をもつ刑法の一部改正(昭和二二年・法律二二四号)が実現されるなど、戦後の刑法の「民主化」の動きのいわば礎石が築かれることになったからであり、これに対して昭和二四年頃から講和条約発効までの占領後期⁽²⁾においては占領政策の転換に伴ない、前期の「非軍事化」・「民主化」措置を制限し撤回する逆行的な「管理法体系」⁽³⁾が登場して「憲法体系」との間に矛盾が生じるとともに、「天皇制治安立法」⁽⁴⁾に代わる新たな治安立法が輩出するなど、新憲法的観点からの全面改正ではなく「上から」の近代化⁽⁵⁾という観点からの、その意味では「軍事化」・「治安化」という観点を併有し戦前の全面「改正」作業との間に一定の連続性⁽⁶⁾を有する戦後の刑法全面「改正」路線の伏流が形成されることになったからである。

その意味において、戦後刑法状況の「創世期」とでも喩えられるべき右の占領期における近代刑法史研究を戦後第一期における近代刑法史研究としてまず始めに取り上げることになろう。

ところで、この期の近代刑法史研究においては占領前期における刑法状況の「民主的」な一大転換に対応するという観点から幾つかの新しい研究が生み出されることになった。⁽⁷⁾すなわち、ここでは新しい刑法の基礎として罪刑法定主義を始め罪刑均衡主義や責任主義など刑法のマグナ・カルタ的機能を表現すると考えられる諸原理の重要性が改めて再確認⁽⁸⁾され、そこから右の諸原理の歴史的意義の発掘に関する戦前の、とりわけ滝川(幸)博士の研究成

果がその「殉教者」のイメージとあいまって高く評価されるとともに、その発展が博士自身をも含めて試みられることになった。⁽¹¹⁾

とくに罪刑法定主義については活発に考察が行なわれることとなり、その成果が時期的には少し遅れ講和条約発効直後に出版された滝川春雄『罪刑法定主義』(昭和二七年)などにおいて集約されることとなったが、ここでは日本国憲法の制定を受けて新たに二つの問題が検討されることとなった。すなわち、その一は日本国憲法が英米法の影響の下に制定されたという経緯から従来、大陸法的に理解されてきた罪刑法定主義と日本国憲法との関係が論議され、⁽¹²⁾そこから英米法における罪刑法定主義の存在が問題とされたという点がそれである。そして英米法においても大陸法とは異なる形態および範囲で罪刑法定主義が存在することが肯定されることになったが、しかしながらここで注意しなければならない点は右の検討が明治憲法体制の下における罪刑法定主義理解の基礎となった大陸法とりわけドイツ法的な罪刑法定主義理解を比較法的に反省するという問題意識にもとづくものでは必ずしもなかったという点である。⁽¹³⁾したがって、ここでは右に述べたような英米法における罪刑法定主義の存在の消極的指摘にとどまり、英米法における罪刑法定主義の意味の積極的検討にまで進むことはなかったといえよう。⁽¹⁴⁾他方、新しく追加された第二の点は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が歴史的に反省されたという点である。その結果、旧刑法において宣言された罪刑法定主義も封建主義の残滓によって無力化され、むしろ刑法運用の重点は自由民権運動などの抑圧を目的として制定された讒謗律以下の特別法規に置かれていた。また現行刑法は日本資本主義が帝国主義段

階に転化する過渡期に施行されたものであり、その結果としてそこでは封建的専制主義から個人の自由・権利を保障した罪刑法定主義は日本資本主義の防衛にとって桎梏となるという理由から必然的に削除された⁽¹⁶⁾。などの社会経済的分析の下に戦前のわが国における罪刑法定主義の存在に対して疑問が投げかけられている点は注目する必要がある。ただし右の社会経済的分析それ自体は一般論の域を出るものではなく、かつそれは既に戦前において平野義太郎「刑法発達史」についての「一考察」によって明らかにされた点であり、戦前の水準を大きく越えるものは必ずしもなかったといえよう。また、そこでは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表明にとどまり、明治憲法体制の下における罪刑法定主義の意味の積極的な検討にまで進むことはなかったといえよう。このようにこの期の研究においては重要な問題が残されることになったが、その原因としてそこで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体制の下における罪刑法定主義の意味との質的転換が必ずしも十分には受けとめられなかったという点が指摘されうるように思われる。右の受けとめにもとづく罪刑法定主義研究の展開は戦後第二期以降に譲られることになった。

他方、この期の近代刑法史研究において深化が図られることになった第二の点は戦前の研究によって刑法のマグナ・カルタの機能を集中的に表現すると考えられる啓蒙主義刑法理論の理論的完成者と位置づけられてきたフォイエルバッハの刑法理論に関するものである。すなわち滝川幸辰「自由主義刑法」⁽¹⁷⁾（昭和二年）およびその発展としての官内裕「C. G. r. Waechter によつて——自由主義刑法のフラグメントとして——」⁽¹⁸⁾（同二年）などがそれである⁽¹⁹⁾。前者においては、フォイエルバッハによって理論化・体系化された「罪刑法定主義の刑法」をもって「自由主

義刑法」と名称されるとともに、戦後の日本における「自由主義刑法」の復活・強化の必要性という問題意識からフォイエルバッハ以降の「自由主義刑法」の発展がドイツを対象として考察され、それがフォイエルバッハからヴェヒターへの第一期「自由主義刑法」、リストを代表者とする第二期「自由主義刑法」、そしてマルクス主義の影響の下に発生し、全体主義国家の刑法思想たる「権威主義刑法」と勇敢に闘った第三期「自由主義刑法」に段階づけられることになった。いわば「自由主義刑法」の発展を一つの座標軸としてドイツ近代刑法史が通観されたといえるが、右の通観で注目される点は、リストの根本思想が「自由主義刑法の第一期と甚しく趣を異にし、むしろ自由主義刑法の克服という観がある」⁽²⁰⁾と分析されつつも、「リストを創立者の一人とする国際刑事学協会の設立せられた頃は資本主義の黄金時代であった。資本主義の生産組織は高度に発達し、無産者の生活も相対的に向上し、社会は資本家と労働者の妥協によって平和裡に社会主義社会に移ると考えられ、改良理論が革命理論にとってかわった時代であった。社会組織の根幹をゆるがす組織的の犯罪（後に確信犯と呼ばれるもの）は甚だしく、非組織的な財産犯罪の常襲者が刑法上の問題となっていたにすぎない。社会は国家と裁判官に信頼を置いて安心ができたのであ」⁽²¹⁾り、リストの刑法はこのような雰囲気の下に発生し発達した結果、「自由主義の共同財産ともいふべき刑法思想を『刑法は犯罪人のマグナ・カルタである』という言葉で以って端的に宣言し、社会自体の安全よりもその法秩序に重きを置くという立場に終結した」⁽²²⁾として、リストを「自由主義刑法」の系譜に属するものと位置づけられた点である。滝川博士によれば、リストにおける「社会防衛」⁽²³⁾的側面の登場に注意されつつも、リストに支配的なのは右の「社会防衛」的側面ではなく、従来、牧野博士などによってリストの不徹底さを示すものとして批判的に理解さ

れてきた⁽²⁴⁾「法的安全」の思想がリストにおいても未だ支配的であったと理解され、その結果、牧野博士などと異なり、リストをもって右のように「自由主義刑法」の系譜に属するものと位置づけられたといえよう。⁽²⁵⁾その意味では滝川博士の真意は牧野博士とリストの相違を浮き彫りにするという点にあったと推察されるが、しかしながら、右の浮き彫りにとどまらず、更に一步を進めてリストの本質を「法的安全」の思想と規定しておられる点は問題とされよう。ただし、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いうことに既に戦前の近代刑法史研究が明らかにしていた点だからである。⁽²⁶⁾とすれば、右の滝川研究の意義はむしろ次の第一期「自由主義刑法」の分析にあったとみるべきであろう。すなわち、その第三期「自由主義刑法」という立場からフォエルバッハ刑法理論の限界を指摘し、そこから「自由主義刑法を最後の点まで追求した」⁽²⁷⁾人としてヴェヒターを高く評価したという点がそれである。ただし、右のフォエルバッハ分析が心理強制論の論理的に内包する矛盾の指摘にとどまり、後にみられるようなフランス啓蒙主義刑法理論との比較におけるその特殊ドイツ的問題点の解明でなかったことは注意する必要がある。その意味では戦前のフォエルバッハ研究の枠を出るものではなく、依然としてそこではフォエルバッハをもってドイツ啓蒙主義刑法理論にとどまらず、啓蒙主義刑法理論一般の完成者と位置づけられているようにみうけられる。

他方、滝川博士のヴェヒター分析も問題提起の域を出るものではなかったが、右の問題提起は直ちに受けとめられるところとなり、本格的なヴェヒター研究が生み出されることとなった。すなわち前述の宮内論文がそれである。⁽²⁹⁾

宮内論文によれば「自由主義刑法」の保障原則が(一)罪刑法定主義(二)応報刑の原則(三)形式的責任概念などに公式化されるとの前提認識から、滝川博士によって「自由主義刑法」を究極化させたと位置づけられたヴェヒターを手掛りとして右の公式の検証が図られることになった。検証の第一は応報刑の原則に関してであるが、ここでは次のような注目すべき見解が発表された。すなわち「ヴェヒターは要するに(刑罰の法的根拠と目的に関する)相対論に対しては絶対論の支柱たる均衡の理論をもつてのぞみ、『法の領域で犯罪人に帰せられる責任の存在とその程度により制約を受ける刑罰のみ』が公正な刑罰である。法と道徳とを峻別する法治国の理念にしたがって、均衡の原則を無視して法以外の要素(道徳・心情)あるいは達成すべき国家目的の導入をしりぞけたけれど、この反面従来の絶対論、応報刑論に対して合理的刑罰という要請にもとづいて批判を加えた」(傍点部分引用者導入)という指摘がそれである。前段の相対論に関する叙述は直接的には「威嚇論」(＝一般予防論)や「予防論」(＝特別予防論)に対するヴェヒターの批判的立場を明らかにしたものであるが、それにとどまらず、ヴェヒターの証言を借りて、啓蒙主義刑法理論によって主張された刑罰権の社会功利的基礎づけは論理的には必ずしも罪刑の均衡を伴うものではなく、「新派刑法理論」にみられるように「社会防衛」目的と結合することによって刑罰権の拡大を導きうるのに対して、「自由主義刑法」が「責任に対する公正な応報としての刑罰」概念を採用し、それによって均衡原則を基礎づけたことを述べたものといえよう。他方、後段の絶対論に関する叙述はヴェヒターの刑罰論とヘーゲルなどにみられるような従来の絶対論、応報刑論との相違を端的に示すものであるが、ここではヴェヒターの刑罰論が次のように解析される。ヴェヒターの刑罰論はヘーゲルの強い影響のもとにある理論であるが、一般の応報論にかけて

いる合理的という要素が組み合わされている。前段で述べたようにヴェヒターは相對論に抗して均衡の原則を忠実に守り「自由なる個人」を尊重したが、のみならずこの「自由なる個人」の保護のための法秩序を重視して二重の意味で個人の自由を守らんとした。すなわち個人の國家からの解放のみを重視したのでなく、比較的忘られがちである自由保護のための法秩序維持を強調し、これを「合理性」なる概念において反映せしめているのである。ただし法秩序自体、個人の自由保護という合理的な目的を有する存在であって決して無目的なものでないから、その維持および回復のための刑罰も合目的なる存在であって合理的存在である。晦渋な精神に支配されているタリオ刑や、絶対的応報の刑罰ではない⁽³¹⁾。以上がその解析である。結論的にいえばヘーゲルなどの「道徳的応報主義」とは異なる、むしろそれをその自由主義的な法治的國家觀にもとづいて転換せしめたところの「法的応報主義⁽³²⁾」としてヴェヒターを位置づけた点に右の解析の特徴が存するといえよう⁽³³⁾。このようにして宮内論文によれば「自由主義刑法」の刑罰論は相對論や絶対論ではなく「法的応報主義」であるという結論が得られることになった。

検証の第二は責任概念に關してである。ここでは右の検証をふまえて「自由主義刑法」の責任概念が次のように定義されることになった。「自由主義刑法」においては刑罰は侵害せられた法秩序の原状回復にとどまるべきであって、犯罪人の人格を教育しその性格を評価することはできない。かく刑罰が法秩序の回復と考えられ、行為者の人格・性格に対する干渉でないと解せられ、刑罰が犯罪人の性格を対象とした場合、行為が罰せられるのであって「行為者が罰せられるのではない」との命題が成立する。この命題は責任概念に対して限界を設けるものである。すなわち責任は個々の行為との關係においてのみ存在するのであって、結局、それは「個々の行為の責任」

(Ⅱ「形式的責任概念」ということになる。「自由主義刑法」はこの原則に反する「性格責任」)(Ⅲ「実質的責任概念」を認めない。⁽³⁴⁾以上がその定義である。しかしながら宮内論文の検証は右の定義にとどまらず、ヴェヒターの「形式的責任概念」が自由意思論にもとづくということをもその対象とするものであった。すなわちヴェヒターによれば、「主体に出来事の責任を帰し得るため」には帰責能力責任形式を必要とするとして、かかる人間の自由あるいはより高度の人間の恣意が法的帰責の根拠を構成するとして、完全に意思自由の立場を守っている。この意思自由の立場に立って、さらに帰責能力の条件として法秩序とその要求「したがって法あるいは不法および可罰的行為一般を認識する能力」を要求している。⁽³⁵⁾との叙述がそれである。それはまた啓蒙主義刑法理論と「自由主義刑法」との相違を暗示するものであったといえよう。けだし啓蒙主義刑法理論が意思決定論の立場に立つことが既に戦前において指摘されていたからであり、宮内論文もこの点は暗黙の前提としていたと考えられるからである。このように宮内論文によれば「自由主義刑法」の責任概念が自由意思論にもとづく「行為責任主義」として理解されることになったが、ここで注意しなければならない点はその肯定的理解にもかかわらず右の意思自由論が虚構にすぎないとい批判された点である。それは後に発表された「罪刑法定主義の再確認―その懐故と展望」(昭和二三年)において文章化され、「自由主義刑法」の基礎をなす『孤立した個人』とその自由なる意思に依る社会契約・社会及び国家権力の成立、これは全く我々の経験科学の教えるところと無関係な、形而上学的思弁的フィクション以外の何物でもない⁽³⁶⁾」と述べられることになった。その意味では戦後の「刑事責任論争」において一つの重要な論争点となった「虚構としての意思自由論」の主張の基礎が右の検証において確立されたものといえよう。⁽³⁷⁾

以上、刑罰論および責任概念に関する検証を中心として宮内論文をみてきた訳であるが、右の「自由主義刑法」に関する詳細な理論的検証は幾つかの点で宮内刑法理論の出発点をなすとともに、宮内教授の地位とあいまって刑法の保障的機能の復活・強化の必要性という観点からの戦後刑法学の展開に大きな影響を与えることになった。その意味ではまさに戦後第一期にふさわしい研究であったといえよう。ただし「自由主義刑法」における保障原則を理論的に確認ないし検証するというその課題設定からみた場合、重要な問題の検討が残されることになったようにみうけられる。ただし次のような理論仮設が佐伯博士によって既に提起されていたからである。すなわち意思自由論にもとづく「道義的応報」を中心的な観念とする「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」はフランス革命の啓蒙思想の算術的合理主義、功利主義に対する反動として興ったロマンティック思想の刑法的表現である。しかしながら地面においてロマンティックの思想はフランス革命に対する反動としては未だ不徹底なものであった。フランス革命が与えた個人の自由はロマンティカーも大いにこれを多とし、あるいは一般社会人以上にそれを享樂したかも知れない。これは刑法においても、一方その只管なる目的手段的解釈を否定して刑罰の形而上学的性質、応報性を強調しつつも、他方において裁判官その他の官憲の専断に対する完全なる保護、すなわち罪刑法定主義の尊重を叫ぶ声となり、それはまた法の前における万人の平等の要求と結合して啓蒙思想家達と同じように犯罪の客観的側面を重視するところの所謂客観主義に至ったのである。「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」の理解を困難ならしめているところのそれにおける国権主義と自由主義との相矛盾する契機は、右のようにそれをロマンティック思想の矛盾的傾向と結合することにより容易に説明できるように思われる。しかしながら、ここで特に注意して置かねば

ならぬことは右の「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」における客観主義的傾向はその応報刑思想にとつては、いわば周囲から強制された配偶なのであって、決して応報刑思想そのものの本質からの要請に基くものではないということである。引用が長くなったが、これが佐伯博士の提起された理論仮説である。³⁹したがって、右の理論仮説を肯定する限り、宮内論文のようにヴェヒターを手掛りとして「自由主義刑法」の保障原則を検証しようとする場合、その当然の前提作業としてヴェヒターと「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」との関係を位置づけ、それを通してヴェヒターにおける、「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」にみられるような国権主義的傾向の不存在を確認しておくことが必要であるといえるからである。もちろん宮内論文においても例えば刑罰論の検証に際してヴェヒターが従来の応報刑論に対して合理的刑罰という要請にもとづいて批判を加えたことが強調され、両者の相違が暗示されているが、しかしながら、それは未だ部分的にとどまり、その結果、ヴェヒターにおける意思自由論にもとづく責任概念と「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」における意思自由論にもとづく責任概念との関係の分析は全くみられない。「自由主義刑法」の保障原則の検証という観点からみた場合、残念ながら不完全といわざるをえない。

これまでにみてきたところからも明らかのように、刑法状況の「民主的」な一大転換に対応しようという観点からの研究は量的にもそれ程、多いとはいえず、また質的にも課題設定の弱さあるいは掘り下げの不足といった問題をかかえるなど、必ずしも刑法状況の「民主的」な一大転換の意味が十分に受けとめられたとはいえないが、その重要な原因の一つとして戦前の連続性という点が指摘されうるように思われる。すなわち、ここでは右の対応とい

う観点から戦前の、とりわけ滝川(幸)博士の研究を基礎としてその発展が図られることになったが、実際にはその継承の方がより強く出た結果、戦後の近代刑法史研究としてみた場合に滝川研究のもつ個人的ないし時代的限界が前述の諸研究に投影されることになったという点がそれである。ただし、これをもって両者を完全に同視するとは誤りであろう。けだし、そこには僅かではあるが戦前の滝川研究からの発展の萌芽が認められるからである。その意味では前述の諸研究の意義は右の萌芽にあるということが可能であろう。本稿がこれらの研究をもって刑法状況の「民主的」な一大転換に対応しようという観点からの近代刑法史研究として位置づけた理由もこの点に存する。

このように前述の諸研究においては戦前からの自立は必ずしも十分ではなかったのに対して、右の研究とは異なる立場においては、戦前からの乖離を徹底化する動きが現われることになり、そこからイギリスにおける刑法の発達を考察する必要性が主張され始めたのも戦後第一期における重要な特徴として指摘することが可能である。その火蓋を切ったのは平野龍一「ラジノヴィッツ・イギリス刑法史」(昭和一五年)である。ここではラジノヴィッツ『イギリス刑法史』⁽⁴²⁾の紹介という形式において右の必要性が早く問題提起されることになった。ここで注目しなければならない点は、それが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に生起するものだということである。すなわち、その第一は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ものである。その結果、そこでは右の近代化Ⅱ市民化との関係において先進国型の発達が問題とされることになった。その限りでは平野教授の問題提起は木村

博士や小野博士の近代刑法史研究に対する将来の批判を予想させるものであったといえよう。⁽⁴³⁾ しかしながら、これをもって右の問題提起の新規性のすべてとみることはできない。ただし、前述したように刑法の近代化Ⅱ市民化という動きは既に戦前においても認められるからである。例えば牧野博士などがそれである。⁽⁴⁴⁾ 平野教授の問題提起の新規性の第二は、それが戦前における刑法の近代化Ⅱ市民化という動きに対する歴史的反省をふまえたものだという点である。すなわち、そこでは右の動きのもつ限界が強く意識され、その克服との関係においてイギリス近代刑法史研究の必要性が提起されたという点がそれである。以上を要するに、平野教授が提起されたイギリス近代刑法史研究はその新しい、かつ全面的な、解釈論にとどまらず立法論をも含む刑法の近代化Ⅱ市民化を方向づけるためのいわば基礎作業としての性格を担うものであったといえよう。なお右の方向性については平野紹介では必ずしも明確ではないが、「これまで全く対照的だとされていた、ベッカーリア、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とすれば、従来の旧派、新派の圧制にもまた再考すべきものがあるといわなければならない」⁽⁴⁵⁾と述べておられる点からみると平野教授が右の方向性を「功利主義」に求められたものと考えられる。ただし、ここで注意しなければならない点は、右の「功利主義」評価が必ずしも「新派刑法理論」の全面的評価を導くものではなかったという点である。⁽⁴⁶⁾ そこでは、「刑罰の有効性」という観点にもとづく一定の自由主義的配慮が認められるからである。⁽⁴⁷⁾ それは平野教授が右の紹介においてイギリス近代刑法史研究におけるベンサム研究の重要性を暗示しておられる点からも容易に想像されよう。⁽⁴⁸⁾ したがって、平野教授の右の紹介は単にイギリス近代刑法史研究の必要性を指摘するにとどまらず、より広く戦後刑法学の進む

べき一つの方向を示唆されたものといえよう。まさに戦後第一期にふさわしいスケールの大きな問題提起であった。ただし、このような平野教授の問題提起が、階級対立の存在を前提として刑法のマグナ・カルタ的機能を堅持するという観点からの前述の戦後第一期における近代刑法史研究と本質的な相違をもつことは説明するまでもなからう。しかしながら、これをもって右の問題提起の意義を否定することはできない。けだし、既に述べたようにそれは二重の歴史的反省にもとづくものであり、その限りで戦後の刑法状況の「民主的」な一大転換をふまえており、一定の進歩的側面をもつものであるという点を看過することができないからである。戦後の刑法全面「改正」作業にみられるような刑法の「上から」の近代化との相違は明らかであろう。

予知的にいえば、戦後刑法学の方向に関する平野教授の右の示唆はその「功利主義」刑法学⁽⁴⁹⁾の樹立によって具体化されることになり、それを通じて次第に多くの研究者の受けとめるところとなっていくが、しかしながら、その前提作業ともいべきイギリス近代刑法史研究とりわけベンサム研究は今日までのところ活発であったとは必ずしもいえない。むしろ、平野教授を始めとする一部の研究者を除けば、ほとんど研究されることはなかったとしても言い過ぎではなからう。⁽⁵⁰⁾その理由として平野教授のベンサム研究がまとまった形で発表されることはなく、その結果、右の受けとめにかかわらず、必ずしも多くの研究者の興味をひくには至らなかったという点が指摘されるように思われるが、いづれにしても、それは右の受けとめの弱さを端的に物語るものであろう。ところで、この期においては数少いベンサム研究⁽⁵¹⁾が発表されている。すなわち安平政吉「ベンサムの刑法理論―その『最大幸福の原理』を主題として―」(昭和二六年)⁽⁵²⁾がそれである。今日までのところ、まとまった唯一のベンサム研究とい

えよう。そこでは基本的人権を事実上、侵害する刑罰が、基本的人権の擁護を一の柱とする新憲法下において如何に根拠づけられうるのかが問題とされ、右の問題との関連で「公共の福祉」という觀念が議論の対象とされなければならぬと説かれたが、この「公共の福祉」と「各個人の自由ないし福祉」との関係は必ずしも明らかではないとして、その解答に一定の方向を示唆していると考えられるベンサムが探られることになった。いわば新憲法との関連で自由主義刑法における刑罰権の基礎づけがベンサムの刑罰論を手掛りとして検討されることになったといえよう。

ベンサムの刑罰論のうち安平論文で検討の対象とされたのは二つの点である。その第一は刑法ないし刑罰の存在理由であるが、そこではそれが次のように分析されることになった。ベンサムは始めに「自然は人類を苦痛と快樂という、二人の主権者の支配の下に置いてきた」という有名な教義を立てる。そして、そこから「功利の原理」が一個人のすべての行為についてのみならず、政府のすべての政策についての唯一の評価基準であるとの命題が導かれることになったが、ベンサムによれば「功利」とは、「その利益が問題となっている当事者に利益、便宜、快樂、善、幸福を生み出す傾向もしくは危害、若痛、害悪、不幸を防止する傾向をもつところのある事物の性質」を意味するものであった。例えば当事者が社会全体である場合には社会の幸福を生み出し、あるいは社会の不幸を防止することが「功利」であり、それが特定の個人である場合には、その個人の幸福を生み出し、あるいは不幸を防止することが「功利」であるとされた。しかしながら、ベンサムによれば社会とは「その成員を構成すると考えられる個々の人々から形成される擬制団体」にすぎず、社会の利益もまた「社会を構成している個々の成員の利益の総計」

にはかならなかつた。したがって、ある政府の政策は「社会を構成している個々の成員の利益の総計」を増大させる傾向が、それを減少させる傾向より大きい場合に「功利の原理」に適合しているとベンサムは主張する。ところで政府の政策を規定するのは「主権者」の意思たる立法である。その意味において立法は政府の政策を「功利の原理」に適合するように規定しなければならない。けだし、「功利の原理に適合している行為については、それはしなければならない行為である。または少なくともしてはならない行為ではないと、いつでもいうことができるからである」。このようにしてベンサムによれば、その「個人的功利主義」にもとづいて立法の基礎が与えられることになつた。しかしながら、ベンサムの考察はこれにとどまらず更に展開する。ここでベンサムは「自己選択の原理」を持ち出す。「すべての人間をして、その営むすべての行為に際し、自らの最大幸福にもっとも貢献すると思われ行動を追求するように導く」性が人間性に存するとベンサムは考える。ここからベンサムは立法の消極的性格に至る。各人が「自己選択の原理」にもとづいてその最大幸福を追求することによって「最大多数の最大幸福」は本質的に実現されるのであって、立法は「最大多数の最大幸福」の実現を名として右の追求に直接介入してはならない。立法の存在理由は、他の人々の幸福を減少させる行為を防止することによって右の追求を間接的に保護し、いわば「最大多数の最大幸福」を消極的に実現することにあるという点がそれである。そして、最後に刑法ないし刑罰の存在理由が帰結される。法律の一種たる刑法ないしその手段たる刑罰も、その存在する所以は「害悪の排除」にあることはいうまでもない。⁽⁵³⁾ その論旨とりわけ「自己選択の原理」の位置づけは必ずしも明確ではないが、および以上が刑法ないし刑罰の存在理由に関する安平論文の分析であつたといえよう。しかしながら、右の分析それ自

体には特に目新しい点は認められない。けだし、それらは既に戦前においても指摘されていた点だからである。⁵⁴ 更
にいえば、例え専門領域は異なるにせよ、戦後一早く本格的なベンサム研究が再開されるなかで、立法論的観点か
らベンサム法理論とりわけその立法形式についての側面が始めて取り上げられ、その成果が内田力蔵「ベンタムの
立法理論研究への序説」⁵⁵（昭和三年）などのすぐれた研究において発表されていたにもかかわらず、安平論文にお
いては右の成果の反映は必ずしも認められない。戦前の水準にとどまるようにみうけられる。その意味では、安平
論文の新規性は右の分析ではなく、それを基礎として刑法学の立場からベンサムの刑罰目的論および罪刑均衡論
が始めて取り上げられたという点に求められるように思われる。すなわち第二の検討がそれである。第二の検討に
おいてまず最初に対象とされた点はベンサムの刑罰目的論であるが、ここでは刑罰の目的に関するベンサムの有名
な四原則、すなわち(一)刑罰の第一の目的は、どのような犯罪も行なわれないようにすることである(二)次の目的は、
犯罪がどうしても行なわれるとすれば、有害性の多い犯罪よりも有害性の少ない犯罪を選ぶように導くことである
(三)第三の目的は、ある人が犯罪を決意した場合に、その目的に必要である以上の害悪を生み出さないようにしむけ
ることである(四)最後の目的は、刑罰によって防止しようとする害悪がどのようなものであっても、できる限り安価
な費用で防止することである、という公式が紹介されるとともに、これらの原則がベンサムの「犯罪予防主義」
(一一般予防主義)に派生することが指摘された。なお安平論文によれば右の刑罰の目的との関連で「刑罰に相当
しない場合」が問題とされたが、ここでも「刑罰に相当しない場合」に関するベンサムの、(一)刑罰を科する根拠が
ない場合(二)刑罰の効果がない場合(三)刑罰が不必要な場合(四)刑罰が不利益な場合、という四つの原則が紹介されると

ともに、それらは、刑罰の目的を前述のように考えるベンサム立場からすればその当然の帰結である旨が記された。ところで、このような刑罰の目的についての検討は必然的に安平論文をベンサムの罪刑均衡論の検討に導くことになった。ただし、ベンサムは刑罰の目的に関する右の四原則を実現するためには何よりも刑罰を犯罪に均衡させることが必要だとして、犯罪と刑罰の均衡に関して十三の原則をあげているからである。安平論文においては右の十三原則のうちから主要な幾つかのもの、例えば(一)刑罰の価値は、いつでも犯罪の利益の価値を圧倒するのに十分なものでなければならぬ(二)犯罪の害悪が大きい程、刑罰は厳しくしなければならぬ(三)二つの犯罪が競合する場合には、大きい方の犯罪に対する刑罰は、犯罪者に小さい方の犯罪を選ばせるに足りるものでなければならぬ(四)刑罰の価値が犯罪の利益をうまわるようにするために、刑罰の確実性が欠けている場合には刑罰を重くしなければならぬ(五)各犯罪者に実際に刑罰を科する場合には犯罪者の感受性に影響を与える諸事情が考慮されなければならない、などが紹介された。⁽⁵⁶⁾以上、ベンサムの刑罰目的論および罪刑均衡論に関する検討をみてきた訳であるが、右の概観からも容易に理解されるように、その多くは紹介の域を出るものではない。従来刑法学におけるベンサム研究の蓄積の不足、より強くいえば蓄積の不存在を如実に示すものであるが、それにとどまらず、新憲法との関連でベンサムの刑罰論を手掛りとして自由主義刑法における刑罰権の基礎づけを探るといふその問題意識の掘り下げの不足、換言すれば右の問題意識の前提たる歴史的反省の弱さを物語るものである。ただし、右の問題意識それ自体には平野教授の問題提起との親近性が感じられるにもかかわらず、ここでは平野教授によって暗示されたような啓蒙主義刑法理論との比較におけるベンサム刑罰論の刑事政策的側面の解明、あるいは「新派刑法理論」との

比較におけるその自由主義的側面の考察という視角が欠落しているからである。したがって、ここではベンサムはベッカリアの刑罰思想の影響を受けて「犯罪予防主義」を採るもベッカリアよりも更に実証的である。⁽³⁷⁾ またモンテスキューやベッカリアは犯罪と刑罰との間に一定の比例が存在しなければならぬことを主張したが、彼らはただこれを推挙したにとどまり、如何なる比例が存在しなければならぬかについて説くところがなかったのに対して、ベンサムはこの欠陥を補充し、この点に関するいわば算術的・道徳的法則を定立しなければならぬとする。⁽³⁸⁾ などの刑法史的にみて興味をひく事実が指摘されているにもかかわらず、その本格的な掘り下げは認められない。安平論文によれば「公共の福祉」との関係上、ベンサムが刑法ないし刑罰の基礎を「最大多数の最大幸福」に置いたという点に検討の主眼が置かれたという点を割り引くにしても、右の問題意識の消極性ないし受動性は否定しえないように思われる。しかしながら、これらの弱点にもかかわらず、とにかく刑法学の立場から始めてベンサムの刑罰論をとりあげ、かつその後の本格的なベンサム研究のためのいわば素材を提供したという安平論文の先駆的意義を看過することはできない。ただし、今日まで右の本格的な研究がまとまった形では発表されていないこと、既に述べたところである。

以上、戦前との連続性あるいは乖離という点をも意識しつつ、刑法状況の「民主的」な一大転換をめぐる二つの異なる新しい動きを、宮内論文および平野紹介を中心として探ってきた訳であるが、もちろん、この期の近代刑法史研究が右の新しい動きに尽きるものでないことはいうまでもない。ただし、戦前の支配的な研究者の側からも、右の新しい動きに対抗する形で研究成果の発表あるいは再発表が行なわれているからである。したがって、以下で

はこれらの研究を、とりわけ活発に発表を行なわれた牧野博士および木村博士を中心としてみることによって、刑
法状況の「民主的」な一大転換をめぐるこの期の近代刑法史研究のもう一つの動きを探ることにしよう。

まず始めに牧野博士であるが、牧野博士の近代刑法史に関する研究活動は戦後においても継続され、「刑法の四
十年」⁽⁵⁹⁾(昭和二十三年)、「非常時立法の文化的意義」⁽⁶⁰⁾(同二十三年)、「刑法二十世紀の五十年」⁽⁶¹⁾(同二十五年)、「最近五十年
の刑法問題」⁽⁶²⁾(同二十五年) などがこの期において発表されるとともに、サンフランシスコ講和条約発効以降もその
活動は止まることはなかった。⁽⁶³⁾したがって、牧野博士の戦後の研究活動を戦後第一期に限定した形でみることは必
ずしも正確ではないが、牧野博士の戦後の研究活動のいわば原点がこの期に在り、その後の研究活動は右の連続線
に位置づけられるという意味において、戦後第一期の検討を通して牧野博士の戦後の研究活動の意味ないし特徴一
般を推定することは許されるように思われる。ところで戦後第一期の牧野博士の近代刑法史研究において注目すべ
き点は、右に述べたような新たに発表された論文においても基本的には従来の見解が踏襲されており、それ程、大
きな見解の発展ないし転回は認められないということである。ここでは戦前の研究成果が原則的に維持されたとみ
ることが可能であろう。とすれば、ここで右の諸研究を概観してみてもそれ程、重要な意味があるとは思われな
い。むしろ、ここで必要なことは戦後の刑法状況の一大転換にもかかわらずこのような連続性が指定された、その論理
と意味を解明することにあるといえよう。

牧野博士によれば右の連続性が指定された論理と意味が「刑法の一部改正」⁽⁶⁴⁾(昭和二十二年)および『新憲法と法律
の社会化』(同二十三年) などにおいて次のように展開された。すなわち、表面的にみれば新憲法と旧憲法との間に

大きな質的転換がなされたかのようにもうかがえるが、しかしながら、これをより深く検討すると実は両者の間に連続性を認めることができるのである。旧憲法が廃止され新憲法が制定されたということは「事物の理解に必ずしも根本的な変動があったことを意味するものではない。それはいわば認識が批判的に純化せられて、次程を一段高めたというだけのものである」⁽⁶⁵⁾。例えば、旧憲法の下においても「本来、皇位の基礎は国民の総意に在ったのであり」、⁽⁶⁶⁾新憲法はそれを明示的に確認したにすぎないのである。新憲法は第一条で皇位が国民の総意にもとづくとして規定し、神権説を明確に否定したが、しかしながら、「神権説は、必ずしも新憲法に依ってはじめて捨てられたのではない。わが学界は、一部の人人を除いて、むしろはじめから、神権説を肯定していたのではない。皇位の神秘性などということとは、学界の承認していたところではないのである」⁽⁶⁷⁾。また新憲法は議會主義を強調するが、旧憲法の下においても「天皇はその統治権を行使せられるのについて、常に國務大臣の輔弼に依られたのである。そうして、憲法のその規定の外に、政治の実際においては立憲君主の道德律があることも予定せられていたのである。されば、旧憲法の第一条が天皇の統治権をかように規定しているからといって、天皇は專制的にその権力を行使せられたのではない」⁽⁶⁸⁾。旧憲法下においても「わが国の立憲政治は議會を基礎として内閣制を採ることに向つて發展しつつあったのである」⁽⁶⁹⁾。「事実の正常な發達としては、立憲政治のおのずからなる帰結が旧憲法の下においても待ち設けていたのであった」⁽⁷⁰⁾。「要するに、旧憲法に対して、新憲法のこの点に具有する差異はいかにと考えてみると、議會主義の原則が明白にせられたということになるのであり、またそれだけのことに外ならぬのである」⁽⁷¹⁾。かくして新憲法の下においても旧憲法の下においてと同様に「天皇制は護持せられるのである」⁽⁷²⁾というのが牧野博士による論理づけ

の第一である。ただし、このように統治機構に関してではあるが旧憲法と新憲法との間に連続性が認められるとすれば、両者における質的転換すなわち「民主化」の意味は右の連続性の中に解消されることとなり、その結果、新憲法制定の意義が「民主化」、すなわち牧野博士のいわれるところの「解放」にではなく、別のところに求められることになるからである。そこから牧野博士は右の意義を「文化国」の理念に求められることになった。「新憲法を解放に原則に依ってながめる限り、それは消極的な退嬰的なものであるであろう。しかし、統治の原理に依って理解するとき、それは積極的な発展的なものとせられるのである」⁽⁷³⁾との指摘はそれを如実に示すものである。ただし、⁽⁷⁴⁾「牧野博士によれば「文化国」の理念は何も事新しいものではなく、二十世紀の憲法の一般的な特色をなすものとされている点は、論理づけの第二として注意する必要があるであろう。ただし、その限りでは、前述したように牧野博士が新憲法制定の意義を「文化国」の理念に求められたことをもって、文字通り、その前提に、敗戦に伴なう「法治国」から「文化国」へのドラスティックな国家観の転換という認識、すなわち旧憲法Ⅱ十九世紀的な「法治国」の理念に対して新憲法Ⅱ二十世紀的な「文化国」の理念という認識が存したとはみることとはできないからである。むしろ旧憲法の下においても発展しつつあった「文化国」の理念を、新憲法の制定を契機として次程を一段と高めなければならないという点に、牧野博士の右の指摘の真意が存したものと考えられるからである。とすれば、「文化国」の理念という点においても質的転換ではなく、基本的には戦前との連続性が想定されたものといえよう。牧野博士による論理づけとの関連で問題となる第三の点は、「文化国」の理念からみた場合、新憲法はむしろ不十分だといわざるをえないと分析され、そこから「しかし、今、われわれは、立法論の時代を経過して解釈の時代に入り

込んだ⁽⁷⁵⁾」のであって、立法論的解決ではなく解釈論的解決を図るべきであり、「ポツダム宣言受諾に因る新憲法を、わたくしは文化国の基本法として解釈し運用してゆきたい」として、「文化国」の理念にもとづく「新憲法の解釈」の重要性が導かれることになった点である。ただし、それは直接的には戦後の牧野法学ないし刑法学の課題を対象とするものであるが、前述の第二の論理づけ、とりわけ「文化国」の理念においても戦前との連続性が想定された点とも考え合わせると、右の課題設定にとどまらず、戦前と戦後における牧野法学ないし刑法学の連続性を「新憲法の解釈」の名の下に正当づけられたものとみることができるところである。それは、例えば、新憲法下における刑政の主眼が「新憲法はこの点については明らか規定を示すところがない。……しかし、新憲法が、一方において公共の福祉を高調し、他方において個人の尊重を重要視しているところからいえば、観念的な応報刑論はもはや許されないので、専ら公共の福祉を基礎としてすべてが考えられねばならぬのであるし、そうして、公共の福祉を保持することが個人の尊重と調和せねばならぬものとせられるのであり、この調和の関係を明らかにするのが改善刑教育刑の原則であるの外ないのである⁽⁷⁷⁾」とされるとともに、刑法の一部改正も右の改善刑教育刑の立場から理解され、その解釈ないし運用が考えられるなど、牧野博士の戦前からの主張が「新憲法の解釈」の必然的帰結として再び説かれていることから明らかであろう。

牧野博士によれば、このような論理と意味の下に牧野刑法学の連続性が前面に押し出されることになったが、とすれば右の牧野刑法学を歴史的に基礎づけるという性格をもつ牧野博士の近代刑法史研究においても連続性が措定されたことはむしろ当然のことであったといえよう。ここに我々が始めに提起した疑問を解く鍵が潜んでいるよう

に思われる。

このように牧野博士が連続性を措定することによって刑法状況の「民主的」な一大転換の意義を完全に捨象されるのに対して、それをもう少し積極的に理解しようとする動きが戦前の支配的な研究者の側からも表われることになった。すなわち木村博士の動きがそれである。この点でまず始めに刑法状況の一大転換に関する木村博士の見解をみることにしよう。ところで、木村博士みずから右の見解をまとめられ『新憲法と刑事法』（昭和二五年）として発表されている。したがって、以下では右の著作に依拠しつつ博士の見解を整理することにしよう。

木村博士によれば、新憲法制定の意義が次のように記された。新憲法の中心思想は民主主義の根幹たる主権在民ということであり、その当然の帰結として、ここでは神権的な天皇から国民の総意に基くところの民権的な天皇へ、主権者であり国の元首たる天皇から象徴としての天皇へという根本的な変革が成就せられたが、それにとどまらず右の国内的な変革に應ずるものとして対外的な変革が実現せられた。戦争の放棄ということであるが、それは国際的民主主義を意味するのに外ならない。新憲法は、国内的民主主義を確立すると同時に、戦争放棄によって国際的民主主義を実現しようとするのである。ところで、右のような国内的民主主義と国際的民主主義とを実現するためには、その根本条件として自由が確保せられねばならないが、自由は、他からの影響・強制を排除しようとする消極的側面と自ら自律的に決定しようとする積極的側面とを持っている。個人と国家との関係についていえば、前者は自由主義的自由であって国家的強制から出来るだけ個人を解放しようとするものであり、後者は民主主義的自由であって個人が出来るだけ国家的機能に平等に参与する機会を持つようとするものである。このような自由主義的自由

由と民主主義的自由が、個人に対して平等に保障せられることによって民主主義が実現せられ得るのである。新憲法は、右のような自由を基本的人権として国民に対して保障することにした。このようにして新憲法は基本的人権の保障を基礎として民主主義を確立し、旧憲法に対して根本的変革を遂行した。これは流血なくして成就せられた革命である⁽⁷⁹⁾と見るべきである。

木村博士によれば、新憲法制定の意義がこのように認識され、「新憲法の民主主義は一応形式的に完成せられたが、そこになお残された二つの課題がある。……その二は、新憲法の民主主義の原則から見、従来の法律の中には、なお多数の改革を要するものが残存しているし、又、多数の新たに作らるべきものが残っている。……法学の問題は、右の課題の後者について、それが、いかに遂行せられつつあるか及び遂行せられねばならぬかを批判検討するにある⁽⁸⁰⁾」との問題設定の下に、刑法一部改正の内容およびその意義が明らかにされることになった。ここで注目すべき点は刑法一部改正は「新憲法の精神から見必要なものとせられる主要点に対する改正であって、その改正の目標は、はじめから限定せられていたのである。従って、右の点をも含めた全面的な刑法の改正は今後に残されている⁽⁸¹⁾」とその消極的性格が規定された上で、右の主要な改正点としてとりわけ不敬罪および姦通罪の廃止がとりあげられ、新憲法との関連でその意義が、不敬罪はポツダム宣言の受諾の日以来、實質的には刑法上、消滅していたのであり、一部改正はこのような天皇の地位および権能に対する根本的変革を刑法的に確認したものである⁽⁸²⁾。また姦通罪の廃止の主たる理由は新憲法の夫婦同権・男女平等の原則に求められると指摘された点である⁽⁸³⁾。ただし、刑法の一部改正が応急的なものにとどまるとはいえ、原理的には極めて重要な意義をもつことが暗示されたといえ

るからである。

刑法状況の一大転換に関する木村博士の見解がこれに尽きるものではないが、木村博士が刑法状況の一大転換をいかに理解されたかは既に述べたところで明らかであろう。右の見解をみる限りでは、牧野博士との相違はいうに及ばず、「ファシズム刑法のイデオログ」から「民主主義刑法学の旗手」に敗戦を契機として一八〇度、轉身されたかの観があるが、しかしながら、重要なことは右の見解を「徹底的な自己批判」にもとづいてその刑法理論に正しく内在化させることである。けだし、このような内在化を伴わない限り、刑法状況の一大転換の「民主的」意義をいくら言葉の上で強調してみたところで、それを真に理解したことはないからである。この意味において次では木村博士における右の内在化の基本方向をみることにしよう。

ところで、木村博士によれば前述の著作において右の内在化の基本方向が暗示されたといえよう。けだし、そこでは新憲法との関連で新しい刑法の基礎が検討されているからである。検討の第一は刑罰の理念に関してである。

木村博士によれば、「新憲法は第三六条において、……残虐刑の禁止の原則を掲げている。……ところが、残虐刑とは苦痛のための苦痛……を内容とする刑罰であって、それは応報刑に外ならない。そうすると、残虐刑の絶対禁止の規定は応報刑を絶対に禁止し排斥したことを意味するものといわねばならない⁽⁸⁴⁾」として、そこから「しからば、新憲法の刑罰理念は何であるかという、それは教育刑の理念である。その根拠となるのは憲法第一三条と第二五条である。……新憲法は犯罪人たる国民に対し、善良で有用な社会の一員として社会に復帰し得る能力を認め、国家が犯罪人の社会復帰のために最善の努力をすることを保障したものと解さねばならない。このことは結局、刑罰

の内容として犯罪人の改善・教育を認め、教育刑の理念を確認したことを意味する。……新憲法の刑罰理念たる教育刑の思想は、刑法の一部改正法律の中では、執行猶予の条件の緩和……等の中に表現せられている。しかし、刑法の一部改正法律は、なお教育刑の理念を真に徹底するに十分の努力をなしたとはいえない。ここに、われわれは、新憲法の下における刑法改正について、今後のもっとも重要な課題の一つを見出さねばならない⁽⁸⁵⁾との牧野博士と同様の結論を導き出された。木村博士が内在化の第一の方向を教育刑の発展という点に求められたことは説明するまでもなからう。

問題は右の教育刑の理念がいかなる「自己批判」にもとづいて帰結されたかということであるが、この点は前述の著作では必ずしも明らかではない。ただし、『刑法の基本概念』（昭和二四年）の序において「教育刑の理念は、もちろん、新憲法によって突然に採容られたものではなく、既に久しく世界の刑法思想において、又、わが刑法学界において、発育し成長して来ていたものである。その意味において、それは思想としては別に新しいものではない」と述べておられるところから推測すると、教育刑の理念に関してはこのような「自己批判」は全く不必要であり、むしろ反省すべきは、戦前のわが国において教育刑の理念の発展が必ずしも十分ではなかったことであると認識に立たれたものと考えられる。それは木村博士が教育刑の理念に関する戦前からの理論活動の成果⁽⁸⁶⁾を前記の『刑法の基本概念』において再確認されておられる点からも容易に想像されよう。この期においては教育刑が要請する性格の危険性除去といった考えに対する警戒が刑法学界内部の共通認識になりつつあった⁽⁸⁷⁾にもかかわらず、このような歴史的反省は牧野博士と同様、木村博士にも全くみられない。その結果、教育刑に関してなされた滝川

(幸)博士の⁽⁸⁸⁾、教育刑は罪刑法定主義に矛盾するとの批判も右の再確認において再び退けられた。⁽⁸⁹⁾木村博士が新しい刑法の基礎として検討された刑罰論は実際には戦前のそれと質的に異なるものでなかったといわざるをえない。

しかしながら、これをもって木村博士が牧野博士と同様、戦前のそのすべての立場を固執されたと速断することはできない。主観主義犯罪論の主張する早期の刑罰権の干渉といった考えが新憲法の保障原則に対立するという警戒が刑法学界内部の共通認識となり、その結果、全体としては古典的な主観主義犯罪論が大幅な後退を示す中で、木村博士もその犯罪論に関して「徹底的な自己批判」を加えたと明言され、「学派の争い」の「止揚」という標題のもとに旧派的立場へ接近を図られたからである。⁽⁹⁰⁾そして、その前提として罪刑法定主義を承認され戦前の立場を修正しておられるが、これが新しい刑法の基礎に関する木村博士の検討の第二である。なお、この期における木村博士の罪刑法定主義に関する思想的⁽⁹¹⁾研究も同様の観点から理解することが可能であろう。

木村博士によれば、右の検討において、新憲法が刑事事後法の禁止・刑法の効力不遡及の原則を明確にし、新しい刑法の基礎として罪刑法定主義を強化したと把握され、そこから類推解釈および絶対不定期刑に関して次のような結論を導き出された。類推解釈の問題は二つの意義、すなわち類推解釈を許容する法律を刑法上制定し得るかという問題と、法律をもって規定せられた刑法を適用する場合に、その刑法の解釈に際していかなる限度において類推解釈をなし得るかの問題を持つているが、第一の類推許容の刑法的規定を設け、個人自由を脅かすことは新憲法の大精神に反すると解さねばならない。また第二の刑法の規定の解釈についても、個人自由の保障の大精神からみ

て、被告人に不利益な類推解釈は憲法違反と解すべきである。次に絶対不定期刑であるが、絶対不定期法定刑および絶対不定期宣告刑を認めることは結局、刑罰を裁判官又は刑務官の擅断に任せ、個人自由に重大な脅威を与えることは明白であり、それを認めることは新憲法の精神に反し、憲法違反であると解さねばならない。これが木村博士の結論である。⁽⁹²⁾

しかしながら、ここで注意しなければならない点は、「旧刑法第二条には罪刑法定主義の規定が設けられ、……又、わが旧憲法は……罪刑法定主義を規定していた。……ただ現行刑法には罪刑法定主義の規定が存在していない。しかし、旧憲法第二三条の当然の結論として現行刑法典も亦罪刑法定主義を予定し、その下に立つものであると解せられてきたのである。このようにして、わが国の法律特に刑法の領域には既に古くから罪刑法定主義の思想は大陸系統の立法の影響の下に導入せられ、根を下したのである。ところが、新憲法も亦その思想を採り上げ、第三一条において、……罪刑法定主義の原則を掲げることにした⁽⁹³⁾」と分析され、そこから旧憲法と新憲法の相違が、新憲法は旧憲法においても明白には表わされていなかった刑事事後法の禁止・刑法の効力不遡及の原則を明確にしたという点に求められたことである。前述したように滝川春雄『罪刑法定主義』においては、新憲法の制定によってわが国において始めて罪刑法定主義が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が歴史的に反省されているが、木村博士にはこのような問題意識は全くみられない。⁽⁹⁴⁾そこでは旧憲法下の罪刑法定主義をもって新しい刑法の基礎と主張されたものとみうけられる。しかしながら、このような旧憲法下の罪刑法定主義が新しい刑法の基礎とならないことはいうまでもなからう。とすれば、木村博士が右の罪刑法定主

義を前提としてその上に構築しようとした新しい犯罪論体系はその前提からして、新憲法下の犯罪論たりうるかについて大いなる疑問を抱かしめるものであった。

木村博士における内在化の考察を通じて、右の内在化と刑法状況の一大転換の「民主的」意義の強調との間における重大な乖離、より強くいえば、内在化に際しての「民主的」意義の矮少化をみてきた訳であるが、次に残された問題は、古典的な主観主義刑法理論の大幅な後退の下における主観主義の陣営からの「学派の争い」の「止揚」、現実には折衷にとどまるが、一つの動きを示すと考えられる右の内在化の意味、とりわけ戦後における刑法の近代化⁹⁵と市民化の動きとの関係である。この点で注目しなければならないのは平野教授の次の指摘である。すなわち新派および後期旧派は共に改善教育、あるいは倫理的応報の名の下に国家刑罰権の積極的役割を重視し、その結果、犯罪概念の範囲を拡大するとともに主観的なものにする「可能性」をもっているとの指摘がこれである。⁹⁶右の平野教授の指摘は、前述した戦後の刑法の近代化と市民化における「二重の歴史的反省」を端的に記されたものと推察されるが、とすれば右の問題を解く上で重要なことは木村博士がこのような「二重の歴史的反省」を共通されたか否かという点である。推測的にいえば、否といわざるをえない。けだし、教育刑を堅持されたところからも容易に理解されるように、木村博士が新憲法の刑罰論として排斥されたのは倫理的応報の名による国家刑罰権の權威化であって、国家刑罰権の積極的役割の重視という考え方そのものではなかったからである。もちろん、右の結論は木村博士の新しい犯罪論体系に関する詳細な分析⁹⁶を始めて始めて可能であるといえるが、既に我々は牧野博士および木村博士の検討にひまどり過ぎた。ここではこれ以上、右の問題に深入りすることは避けよう。

ところで、右にみたような木村博士の新しい立場はこの期の博士の近代刑法史研究に重大な影響を与えることになった。けだし、そこでは黙示的にはあるが、刑法の「公法の見地」の徹底化に伴なう「旧派刑法理論」の「新派刑法理論」による総合という、近代刑法発達の「世界的傾向」に関する戦前の見解が事実上、修正され、それに変わって「学派の争い」およびその「終結」という図式が新たに前面に押し出されることになったからである。⁽¹⁷⁾ただし、ここで注意しなければならない点は、戦後の近代刑法史研究における重要な主題の一つとされることになる「学派の争い」およびファシズム刑法によるその「終結」に示される特殊後進国型の性格を批判的に検討するといった問題意識が全くみられないという点である。したがって、そこでは依然として「新派刑法理論」と「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」との「学派の争い」をもって新・旧両派の対立とする従来の見解が維持されるとともに、ファシズム刑法による「学派の争い」の「終結」という事実の存在も完全に捨象されている。しかしながら、これをもって、その趣旨が戦前と同様、特殊後進国型の発達を積極的に基礎づける点にあったということはできない。むしろ、それは、近代刑法史一般に共通の現象たる「学派の争い」およびその「終結」の存在を虚構することによって、一方において「学派の争い」およびファシズム刑法によるその「終結」に対する批判的検討を回避する⁽¹⁸⁾とともに、他方でその「学派の争い」の「止揚」という新しい立場を基礎づける点にあったとみるべきであろう。ただし、右のように虚構すれば「学派の争い」およびその「終結」のもつ特殊後進国型の性格は隠蔽され、したがって、その批判的検討を回避しようとするとともに、右の虚構された「学派の争い」の「終結」をもってその新しい立場と連結させるからである。その意味では右の木村博士の近代刑法史研究はより広く、昭和二四年（日本刑法学会設立）

頃より活発化した戦後刑法学の再建の動きにおいて一の対抗軸を形成した「学派の争い」の「止揚」の動き一般をも基礎づける性格をもちえたということが可能であろう。右の木村博士の近代刑法史研究が多くの研究者によって支持・継承されるとともに、その後、永きにわたって一の支配的地位を占めるに至った原因もここに存すると思われる。

戦前の支配的な研究者のうち、牧野博士および木村博士がこのように活発な発表活動を展開されたのに対して、この期の小野博士の近代刑法史研究には特に目立った動きはみられない。僅かに『新訂刑法講義総論』（昭和二十三年）や『刑法概論』（同二十七年）などにおいてその研究成果が概述されたにとどまるが、右の概述からうかがう限り、戦前の見解を修正ないし発展されたようには思えない。小野博士によれば、牧野博士と同様、戦前の見解を維持されたものと推察される。⁹⁹ただし、牧野博士においては前述したように消極的にしる新憲法を前提として、すなわち新憲法の「読みかえ」によって戦前と戦後における牧野刑法学の連続性を基礎づけられ、そこから戦前の近代刑法史研究の成果を維持されたのに対して、小野博士において新憲法を直接的に否定することによって、すなわち新憲法の制定によっても失われることのなかった「日本法の連続性」¹⁰⁰をもって小野刑法学の連続性を主張され、そこから戦前の近代刑法史研究の成果を再確認されていることに注意する必要がある。その限りで、小野刑法学およびその近代刑法史研究はこの期においては、牧野博士以上に、大幅な影響力の後退を示すことになったが、その反面、占領後期における刑法状況の再転換およびその延長線上に位置づけられる戦後の刑法全面「改正」作業の中心で復活する「可能性」を保障されたものといえよう。

以上、我々は占領前期における刑法状況の「民主的」な一大転換がこの期の近代刑法史研究に与えた複雑かつ多様な動きを探ってきた訳であるが、我々に残された次の大きな課題は占領後期における刑法状況の再転換がこの期の近代刑法史研究にいかなる影響をもたらしたかを明らかにすることである。しかしながら、結論的にいえば右の影響をここで明らかにすることはできない。けだし、この期においては未だ右の影響は表面化・顕在化していないからである。⁽¹⁰⁾予知的にいえば、それは時期的に少し遅れ、次の戦後第二期において顕在化することになる。したがって、その考察は次の戦後第二期における近代刑法史研究の検討の中で行なうことにして、戦後第一期における近代刑法史研究の検討はここで一応、終えることにしよう。最後に戦後第一期における近代刑法史研究のまとめであるが、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。(一)戦前の支配的潮流を形成した牧野博士および小野博士の近代刑法史研究がこの期において大幅な後退を示したこと(二)右の後退にもかかわらず木村博士の近代刑法史研究は一定の修正を施すことによってこの期においても影響力を保持し、むしろこの期の近代刑法史研究における一の支配的潮流を形成するに至ったこと(三)戦前の支配的な研究者の側からのこれらの動きに対して、刑法の近代化⇨市民化という観点から戦後の近代刑法史研究のとるべき新しい方向に関する問題提起がなされたこと(四)刑法のマグナ・カルタ的機能の強化という観点からとりわけ滝川(幸)博士の研究成果が継承されとともに、右の継承にとどまらず不十分ながらも新しい動きが出てきたことなどがそれである。そして、結論的にいえば、この期の近代刑法史研究における主要な対抗関係がとりわけ右の(二)と(四)の動きの間に構成されたとみることが可能であろう。⁽¹¹⁾

(1) (2) 渡辺洋三「戦後法社会学の回顧と展望・1」『法律時報』三七巻五号〔昭和四〇年〕二〇頁以下〕は占領期をこの戦後のわが国における近代刑法史研究(一)

ように前期と後期に分ける。

- (3) 前掲・渡辺洋三他編『現代日本法史』四〇頁。
- (4) 前掲・中山研一『現代社会と治安法』二〇頁。
- (5) 前掲・渡辺洋三「戦後法社会学の回顧と展望・1」二二頁。
- (6) 前掲・桜木澄和「刑法『改正』の思想と論理」参照。
- (7) なお、熊倉武「近代刑法思想の発展と科学的精神」が『刑法と民主主義』（昭和二三年）において再発表されていることなども同様の観点から理解することが可能であろう。
- (8) 前掲・中山研一『現代社会と治安法』七六頁以下。ここでは現行刑法が「一部改正の時点で憲法による洗礼をうけ実質的な全面的改正をうけたものと考えなければならぬ」と分析される。
- (9) 宮内裕・滝川春雄「罪刑法定主義の再確認——人権保障のためのたかいたかとして——」（『法律文化』三卷七・八号〔昭和二年〕一四頁以下）。
- (10) なお、この期においては滝川博士自ら戦前からの近代刑法史研究の成果を活発に発表しておられるが、それを集大成したものととして『刑法講話』（日本評論新社、昭和二六年）六五頁以下などを指摘することが可能であろう。
- (11) これに対して、佐伯博士の戦前からの近代刑法史研究の成果の集大成および発展は時期的に少し遅れ、戦後第三期に入ってからのことである。
- (12) 日本評論新社版、法理学論篇二二一。
- (13) 例えば佐伯千仞「新憲法と罪刑法定主義」（『法律新報』七三八号〔昭和二年〕一四頁以下）などがそれである。
- (14) その結果、そこでは罪刑法定主義の基礎が前掲・滝川幸辰「罪刑法定主義の歴史的考察」と同様、自然法思想、三権分立主義および心理強制主義に求められている。

- (15) 前掲・滝川春雄『罪刑法定主義』四〇頁以下。
- (16) 前掲・滝川春雄『罪刑法定主義』二二頁以下。
- (17) 『法律新報』七三三号、二二頁以下。
- (18) 『法と経済』九七号四二頁以下。
- (19) なお、滝川春雄「フォイエルバッハから現代へ—自由主義刑法の発展—」(『同志社論叢』八九号〔昭和三年〕一頁以下)も同系列の研究として位置づけることが可能であるが、その多くは滝川(幸)博士の戦前からのフォイエルバッハ研究の成果を確認するものであり、新規性はそれ程、存在しないようにみうけられる。
- (20) 前掲・滝川幸辰「自由主義刑法」二四頁。
- (21) 前掲・滝川幸辰「自由主義刑法」二四頁以下。なお、このような分析は既に戦前の『刑法読本』(昭和七年)二七頁以下にみられるところである。
- (22) 前掲・滝川幸辰「自由主義刑法」二四頁。なお、このようなリスト分析は後に『刑法講話』一三五頁以下において詳細に展開されている。
- (23) もちろん、近代市民刑法一般にみられる社会防衛的側面を意味するものではなく、帝国主義段階の近代市民刑法のもつ「社会防衛」的側面を意味する。
- (24) 木村亀二「リストの刑事政策的基礎観念—『刑法における目的観念』五十年—」(『刑事政策の諸問題』〔有斐閣、昭和八年〕一頁以下)七頁、牧野英一「刑事政策に関する若干の問題(一)—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)二九五頁以下など。
- (25) 同様に平野龍一『刑法・総論I』〔有斐閣、昭和四七年〕九頁以下は、リストにおける罪刑法定主義・客観主義を強調した側面を積極的に評価し、リストを次のように位置づける。すなわちリストは「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、なおバイオニアらしい単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させようとしたといえるであろう」との位置づけがそれである。のみならず、「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度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する。

(26) 右の見解を継承するものとして中山研一「ブルジョア刑法・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〕三五頁、佐伯千仞「近代における刑法思想の展開」『刑法講義（総論）』〔有斐閣、昭和四三年〕六五頁以下などが存する。ともに「旧派（前期旧派）刑法理論」と「新派刑法理論」の異質性を重視するものであるが、とくに前者においてはリストにおける罪刑法定主義・客観主義の強調の意味が問題とされ、社会主義国の刑法学者によるブルジョア刑法理論の外在的批判の成果の紹介においてそれが次のように分析される。すなわち「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」。

(27) 前掲・滝川幸辰「自由主義刑法」一三三頁。

(28) 桜木澄和「初期市民刑法における自由と人権の諸規定」〔高柳信一・藤田勇編『資本主義法の形成と展開』〕〔東京大学出版会、一九七〇年〕二四八頁。ここでは「フォイ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』（法律による可罰性の根拠づけ）、『犯罪なければ刑罰なし』（法的に必要な前提としての客観的行為の存在）、『法律上の刑罰なければ犯罪なし』（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」と分析される。

(29) なお、前述の宮内論文については生田勝義「宮内刑法理論について」(『法の科学』第五号〔昭和五二年〕二二四頁以下)が宮内刑法理論の発展という観点から詳細な分析を行なっている。

(30) 前掲・宮内裕「C. G. r. Weachter についで」五二頁。

(31) 前掲・宮内裕「C. G. r. Weachter についで」五三頁以下。

(32) ただし、その意味は「一般予防効果」をもつ「応報論」ということであろうか。

(33) この点で「自由主義刑法」の刑罰観をもって「応報刑」と位置づけたバッシュェーカーニス(稲子恒夫訳『法の一般理論とマルクス主義』〔日本評論社、昭和三三年〕一八七頁以下)に対するピオントコフスキーの次のような批判(井藤誉志雄訳『マルクス主義と刑法』〔京都共生閣、昭和六年〕二二頁以下)と共通するものがあるといえよう。すなわちバッシュェーカーニスは、責任に対する公正な応報としての刑罰という形態がブルジョアジーの階級的道徳を絶対的公正の見地から大衆にうけつけ、これによってイデオロギー的な支配を貫徹し、一般予防効果を高めるものであることを軽視しているとの批判がそれである。なお、右の批判に注目するものとして斉藤豊治「刑法の歴史と学派の争い」(中山研一編『現代刑法入門』〔法律文化社、一九七七年〕四四頁以下)が存する。

(34) 前掲・宮内裕「C. G. r. Weachter についで」五七頁以下。

(35) 前掲・宮内裕「C. G. r. Weachter についで」五七頁。

(36) 前掲・宮内裕「罪刑法定主義の再確認―その懐故と展望―」一六頁。

(37) 前掲・生田勝義「宮内刑法理論について」一二五頁。

(38) その他の検証としては罪刑法定主義に関するものがあげられるが、そこではヴェヒターが、フォイエルバッハにみられ

るような心理強制論を前提としての罪刑法定主義の要請を否定し、これとは離れた別の根拠から罪刑法定主義の必要性を認めていると指摘されたにとどまり、右の新しい根拠づけについては言及するところがない。法律実証主義にもとづく新しい根拠づけを暗示されたものか否か不明であるが、ヴェヒターにおける罪刑法定主義の基礎づけの解明はヴェヒターの歴史的位置を知る上で極めて重要な作業であるといえよう。

(39) 前掲・佐伯千仞「刑法における人間観の問題」四三頁以下。

(40) このような限界として、罪刑法定主義の基礎づけ、「自由主義刑法」の保障原則の定式化の二点を既にとりあげたが、滝川幸辰「戦後立法の発展・刑事法」(『季刊法律学』第十一号〔有斐閣、昭和二年〕二九頁以下)も右の限界を示すものであるといえよう。ただし、ここでは、戦後の刑法状況の「民主的」な一大転換との関連で、戦前においては留保されていた戦前のわが国における近代刑法の発達が特に立法史を中心として始めて体系的に概観されることになったが、そこでも「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牧野博士の図式が基本的に維持され、旧刑法あるいは現行刑法のもつ特殊日本の性格が捨象されるときにも、「刑法改正の綱領」から「改正刑法仮案」へという刑法の特殊日本的「帝国主義化」の動きに対しても、「仮案は仮案に相違ないが、多年の年月にわたる関係者の努力の成果であって、高く評価せられてよい。敗戦後の刑法の一部改正も、仮案を参考にして立案せられてゐる。やがて行われるであろう刑法の全面的改正も、技術的面は、仮案がある程度の基礎を提供するであろう(仮案の思想的背景はもはや役に立たないと思うが)」と述べられるぐらいで、十分な歴史的反省が加えられたとはいえないからである。なお、牧野博士は右の滝川博士の日本近代史研究の批評を「戦後刑事法の発展」(『警察研究』第三卷第一号〔昭和二七年〕六頁以下)において行なわれ、その中で、滝川博士が「(現行刑法)が、当時の世界で最も型の新しい刑法である」という意味は、単に制定の年が若いということばかりでなく、いわゆる主観主義刑法、即ち、犯罪という事実に基づいて刑を科するのではなく、犯人という人物を標準にして刑を科する、という思想を大きく取入れたことでは、世界に類がない、という意味である」

とせられるのに対して同意を留保しておられるが、その趣旨は「新派刑法理論」の強い影響下に成立した現行刑法という戦前の図式、それは既に述べたように例えば『刑事学の新思潮と新刑法』に典型的にみられるが、を改説するというのではなく、現行刑法制定の段階では未だ十分な発展を示していなかった「新派刑法理論」を完成させるとともに、右の完成された「新派刑法理論」による現行刑法の解釈を通して現行刑法の「主観主義化」を立法者の意思を超えて更に促進せしめたのが牧野博士であるということを主張する点にあったようにみうけられる。

(41) 『法律タイムス』四卷五号二七頁以下。

(42) L. Radziewicz, A History of English Criminal Law, 1948.

(43) 予知的にいえば、それは「刑法の基礎①刑罰理論①」(『法学セミナー』一九六六年四月号五四頁以下)において実現されることになった。

(44) 横山晃一郎「刑事法解釈論批判―罪刑法定主義と刑法と刑法の解釈―」(天野和夫他編『マルクス主義法学講座⑦』(日本評論社、昭和五二年))は、詳細な検討にもとづいて治安法体制再編の前においては刑法における自由法運動が「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」と分析するが、それは、風早博士(前掲「罪刑法定主義を復活させよ」一七四頁以下)などによって「帝国主義の反動攻勢に役立つ御用理論」と厳しく批判された牧野刑法学が、治安法体制再編の前においては、刑法の保障原則を崩壊させるという本質的「危険性」―それはとりわけ治安法体制再編の後に現実化されることになったが―を内蔵しつつも、「国権主義法学」に対しては刑法の近代化Ⅱ市民化という相対的進歩性をもちえたことを明らかにするとともに、その限りで牧野博士の刑法学をもって刑法における「市民法学」と位置づけた磯村評価(前掲「市民法学」)に対する支持を暗示したものと見えよう。その意味では従来、牧野刑法学の理解を著しく困難ならしめてきた二面性の謎に始めて突破口が開かれたものと考えられる。なお、牧野刑法学に対する歴大な批判的研究が

風早博士によって発表されつつあることはいうまでもなからう。

(45) 前掲・平野龍一「ラジノヴィッツ・イギリス刑法史」三一頁。

(46) それは平野教授が前掲『刑法・総論I』四一頁において「新派および後期旧派の場合には、それぞれ改善教育、あるいは倫理的応報の名のもとに、犯罪概念の範囲が拡大され、主観的なものになる『可能性』をもって」と指摘されており、それ点からも容易に想像されよう。

ただし、平野教授が他方で前述したように「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」として「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点は看過することができない。思うに「旧派（後期旧派）刑法理論」に対する「新派刑法理論」の相対的進歩性を強調されたものといえるが、それにとどまらず「新派刑法理論」をもって「基本的には自由主義的である」（前掲『刑法・総論I』一一頁）と好意的に評価しておられる点は、平野教授の近代刑法史研究の重要な特徴の一つとして指摘することが可能であろう。なお、平野教授の「新派刑法理論」評価に関しては、中山研一「刑法における機能的考察方法とその問題点」（『法学論叢』八一巻二号「昭和四二年」、後に『現代刑法学の課題』（日本評論社、昭和四五年）一〇六頁以下に再録）が「新派の危険性刑法に対する評価は、卒直に甘すぎはしないであろうか。……新派が時代的に後期旧派とならぶところの、まさに独占資本主義の段階に対応して生れた理論であることも忘れてはならないものと思われる」と批評するが、これらの点については戦後第三期における近代刑法史研究の検討において詳しくみることにしよう。

(47) 平野龍一「現代における刑法の機能」（『講座現代法11・現代法と刑罰』（岩波書店、昭和四〇年）、後に『刑法の基礎』（東京大学出版会、昭和四一年）九三頁以下に再録）によれば、「社会防衛という、個人を越えた社会ないし社会体制を防衛するかのよう解されがちであるが、社会防衛論の根底にある思想は個人主義であり、それはまさに（刑法の目的たる）市民的安全の保護の要求にはかならないのである。したがって、それ自体のなかに謙抑性をも内包している」（前掲『刑法の

基礎』(一二三頁)と指摘されるが、これをもって平野教授が「新派刑法理論」における「社会防衛論」を全面的に評価されたものとみることができない。それは平野教授が右の「社会防衛論」の例としてアンセルの新社会防衛論を持ち出しておられる点からも明らかであろう。その意味では右の指摘は「社会防衛論」の分析の名を借りて、平野教授の新しい「社会防衛」観を示されたものといえよう。

(48) 福井厚「刑法学の方法論の動向」(前掲・中山研一編『現代刑法学入門』)八〇頁以下は、ベンサム刑法理論の平野刑法学に与えた影響を強調する。

(49) 大谷実「日本の法制度と英米法④刑事法・実体刑法」(『ジュリスト・日本法と英米法の三〇年』六百号〔昭和五〇年〕二五四頁)。

(50) 拙稿「わが国における『ベンサム刑法理論』研究」(『平場安治博士還暦祝賀論文集・現代の刑事法学(上)』〔有斐閣、昭和五二年〕四九八頁以下)参照。また、より広く戦後のわが国における英米刑法研究の現状と問題点を取り上げたものとしては前掲・大谷論文が存する。その中で、教授は右の問題点を次のように指摘される。「イギリス刑法研究は、ほとんど試みられていないだけでなく、アメリカ刑法の場合も、断片的研究がなされているだけで総合的な刑法の研究がなされていないのが実情であろう。したがって、いま必要なのは断片的な知識ではなく、実体刑法の歴史的背景、理論の整理、そうして何よりも重要判例の精読といった地道な研究であると思われる」。

(51) なお、今日、西村教授によって陸奥宗光『利学正宗』(明治二六年)の改訳という形式において Bentham, The Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1789. の翻訳が発表された(『』)。

(52) 『刑法雑誌』二卷一号三〇頁以下。

(53) 前掲・安平「ベンサムの刑法理論」二一四が右の分析にあてられている。

(54) 戦前のわが国におけるベンサム研究については前掲・拙稿「わが国における『ベンサム刑法理論』研究」五〇七―五〇

戦後のわが国における近代刑法史研究(一)

(二九一) 一三三

九頁参照。

- (55) 『社会科学研究』一巻一号二三頁以下。
- (56) 前掲・安平「ベンサム刑法理論」五および六が右の分析にあてられている。
- (57) 前掲・安平「ベンサムの刑法理論」五一頁。
- (58) 前掲・安平「ベンサムの刑法理論」五六頁。ただし、前掲・平野龍一「ラジノヴィッツ・イギリス刑法史」によって指摘された、ベンサムが罪刑の均衡の要求を承認しながらも他方で「刑罰個別化の原則」をいち早く採り入れていることについては特に大きな注意は払われていない。また、ベンサムの刑事責任観念を理解する上で極めて重要な意味をもつと考えられるその「自己選択の原理」についても同様である。
- (59) 『法律時報』二〇巻一号一七頁以下。
- (60) 『新憲法と法律の社会化』〔有斐閣、昭和二三年〕二二五頁以下。
- (61) 『警察研究』二二巻一号〔昭和二五年〕、後に『刑法研究第十四巻・理論刑法と実践刑法』〔有斐閣、昭和二七年〕四五頁以下に再録。
- (62) 『警察研究』二二巻二号〔昭和二五年〕、後に前掲『理論刑法と実践刑法』五九頁以下に再録。
- (63) 例えば「最近百年の刑法の発達」〔警察研究』二四巻一号〔昭和二八年〕三頁以下〕、「リスト及びラードブルッフ兩教授についての追憶」〔季刊刑政』一巻三号〔昭和二八年〕、後に『刑法研究十五巻・刑法の国際化』〔有斐閣、昭和三一年〕三九八頁以下に再録〕、「国際刑事学協会についての回想」〔季刊刑政』二巻一号〔昭和二八年〕、後に前掲『刑法の国際化』三六七頁以下に再録〕、「フェリー先生の永逝二五年」〔季刊刑政三巻一号〔昭和二九年〕、後に前掲『刑法の国際化』三六〇頁以下に再録〕、「世界における刑法の最近五十年」〔刑法研究十七巻・刑法内外の動き』〔有斐閣、昭和三五年〕一頁以下〕、「刑法における思想、理論及び技術」〔刑法研究二十巻・刑法における思想、理論及び技術』〔有斐閣、昭和四二年〕

一頁以下) などがそれである。

(64) 『警察研究』十八卷九号、後に前掲『理論刑法と実践刑法』七七頁以下に再録。

(65) 前掲『新憲法と法律の社会化』一三頁。

(66) 前掲『新憲法と法律の社会化』一三頁。

(67) 前掲『新憲法と法律の社会化』一二頁。

(68) 前掲『新憲法と法律の社会化』一一頁。

(69) 前掲『新憲法と法律の社会化』一四頁。

(70) 前掲『新憲法と法律の社会化』一四頁。

(71) 前掲『新憲法と法律の社会化』一四頁。

(72) 前掲『新憲法と法律の社会化』四二頁。

(73) 前掲『新憲法と法律の社会化』一九〇頁。

(74) 前掲『新憲法と法律の社会化』八四頁以下。

(75) 前掲『新憲法と法律の社会化』八七頁。

(76) 前掲『新憲法と法律の社会化』一九〇頁。

(77) 前掲『新憲法と法律の社会化』一八八頁。同様の見解は日本国憲法公布(昭和二十一年十一月三日)直後に発表された

「新憲法下の刑法理念」(『法律時報』一九卷二号〔昭和二年〕一三頁以下)においても展開されているが、小野博士によればその「旧派刑法理論」の立場から、このような牧野博士の解釈に対して「新憲法を特に新派刑法学の立場に有利であるかのように解する学者もあるが、それは概ねこぢりつけである」(後掲『刑法概論』三五頁)と批判された。戦前の「学派の争い」が新憲法の解釈をめぐるって再燃したものと見える。ただし、このような「学派の争い」が戦後においてはもはや、そ

れ程、大きな影響力をもたず、したがって戦後刑法論争の主流となりえなかったことはいうまでもなからう。なお右の小野博士とは異なり「学派の争い」の「止揚」という観点から牧野博士の見解を批判するものとして植松正「刑法改正問題と刑罰論争」(『法律時報』一九卷二号〔昭和二年〕)および団藤重光「刑法の改正について」(『法律新報』七三六号〔昭和二年〕)が存する。しかしながら、これらの批判が刑法のマグナ・カルタ的機能の再確認という観点からのものでなかったことは注意する必要がある。

- (78) 前掲「刑法の一部改正」参照。
- (79) 前掲『新憲法と刑事法』〔法文社〕八〇頁以下。
- (80) 前掲『新憲法と刑事法』八六頁以下。
- (81) 前掲『新憲法と刑事法』八八頁。
- (82) 前掲『新憲法と刑事法』九三頁以下。
- (83) 前掲『新憲法と刑事法』一〇四頁以下。
- (84) 前掲『新憲法と刑事法』一二六頁。
- (85) 前掲『新憲法と刑事法』一二七頁以下。
- (86) 例えば、前掲『刑事政策の諸問題』に再録された「行刑の上より見たる刑罰の本質」ドイツ行刑法草案とリープマンの教育刑論―(『法学志林』三〇卷一〇・一一号〔昭和三年〕)、「教育と教育刑の観念」(『刑政』四四卷九・一〇号〔昭和六年〕)、「リストの刑事政策的基礎観念―刑法における目的観念」五十年―(『法学志林』三四卷一〇号〔昭和七年〕)などがそれである。

(87) 前掲・三井誠「刑法学史(二)日本・戦後」一五五頁。

(88) 滝川幸辰「確信犯人と教育刑」(『法学論叢』二五卷四号〔昭和六年〕)五〇七頁以下。

(89) 前掲『刑法の基本概念』〔有斐閣〕一九頁。

(90) 木村亀二『新刑法読本』〔法文社、昭和五年〕参照。

(91) 木村亀二『英米刑法と罪刑法定主義』〔刑法雜誌〕二卷三号〔昭和二六年〕一頁以下)、同「罪刑法定主義」〔刑事法講座Ⅰ〕〔有斐閣、昭和二七年〕三三頁以下)など。

(92) 前掲『新憲法と刑事法』一一二頁以下。

(93) 前掲『新憲法と刑事法』一一四頁以下。

(94) なお、このような歴史的反省の欠如は牧野博士にもみられるところであるが、その後、団藤重光『刑法綱要(総論)』〔創文社、昭和三二年〕三四頁、植松正「罪刑法定主義」〔刑法講座〕〔有斐閣、昭和三八年〕二七頁以下)などによって継承されることになった。これに対して戦前のわが国における罪刑法定主義の存在をむしろ積極的に虚構するものとして小野清一郎・刑法改正準備会『改正刑法準備草案・付同理由書(序説)』〔大蔵省印刷局、昭和三六年〕八八頁が存する。そこでは「戦時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かった。一貫して法律の規定による構成要件の事実にもとづいてのみ処罰が行なわれた」と強弁される。

(95) 前掲『刑法・総論Ⅰ』四一頁。

(96) 前掲・木田純一『戦後日本の刑法学』一二八頁以下などは右の分析を試みている。

(97) 木村亀二「刑法学派の争」〔前掲『新刑法読本』四〇頁以下)。

(98) 「刑法改正の綱領」から「改正刑法仮案一へ」と至る戦前のわが国の刑法全面「改正」作業の理解においても同様の虚構がみられる(前掲『新憲法と刑事法』八八頁以下など)が、それは後に「刑法改正の世界史的系譜」〔法律時報〕二九卷二号〔昭和三二年〕一四〇頁以下において詳細に体系化されることになった。ただし、ここでは右の事実の存在の指摘にとどめ、その詳しい検討は次の戦後第二期における近代刑法史研究に関する考察、とりわけ戦後の刑法全面「改正」作業の表面

化が近代刑法史研究に与えた影響に關する考察の機会に譲ることにしよう。

(99) なお、戦前と戦後の小野刑法学の連続性については前掲・木田純一「小野刑法学と『刑法改正』」が詳しい。

(100) 前掲『刑法概論』(法文社)三四頁は「日本法の連続性」を次のように叙述する。すなわち「敗戦と新憲法の制定とは、日本国家と日本法の深刻な変革をもたらしたが、しかし、幸にして日本国家の生命とその法秩序の連続とを失うには至らなかった。刑事法の面においても亦、変革うらけつつ日本法の歴史的連続は破られていない。刑法(実体法)において特にそうである」。

(101) この期においては、僅かに風早博士が「今日の内外情勢は世界資本主義の一般的危機のかつてない深刻化の上に、ファシズムの性格が、著しく染め出されている。立法においても、かつての治安維持法とまでゆかぬとしても、……ファシズムの性格をもった反動攻勢が急速に高まりつつある。当時のファシズムに対する抵抗線として公表したこれらの諸論文が、今日のファシズムに対する読者諸君の闘争に対しても役立つであろうことは、断言しうるところである」との問題意識にもとづいて、戦前の近代刑法史研究の成果などを『政治犯罪の諸問題』(昭和十三年)と題して再発表されているが目立つぐらいである。

(102) 戦後第一期における刑法学の全般的な動きについては前掲・木田純一『戦後日本の刑法学』二〇頁以下および前掲・三井誠「刑法学史(二)日本・戦後」一五二頁以下が詳しい。