

戦後のわが国における近代刑法史研究(三)

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』九巻一・三号)

四 戦後第二期における近代刑法史研究(以上本号)

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

四 戦後第二期における近代刑法史研究

一 サンフランシスコ講和条約発効から新安保条約成立(昭和三五年六月)までの戦後第二期は、戦後刑法史的にみれば占領後期における刑法状況の再転換に続く「新たな反動化過程」¹⁾であったといえよう。ただし、サンフラ

戦後のわが国における近代刑法史研究(三)

(五〇五) 一四五

ンシスコ講和条約にもとづく法形式上の主権の回復はわが国の法状況、したがってまた刑法状況に何ら本質的転換をもたらすものではなく、占領下における「管理法体系」はその国内法化という形を通じて再編され、依然として事実上、憲法に超越する地位を占め続けるとともに、更にはこのような承継にとどまらず、アメリカの強い指導の下に独占資本の復活およびそれを支える軍事・統治機構の整備が図られる中で破壊活動防止法(同二七年七月成立)を中核とするより強力な治安立法が登場するなど、占領後期における刑法状況は右の再編を通じて飛躍的に強化されることになり、それを基礎として憲法「改正」作業の制度化(同三一年六月憲法調査会設置)に対応する形で刑法全面「改正」作業が開始され(同三一年一〇月刑法改正準備会発足)、同準備会案が「改正刑法準備草案」として公表(同三五年四月)されることになったからである。

(1) 前掲・渡辺洋三他編『現代日本法史』六六頁。

二 その結果、この期においては右のような「新たな反動化」に対抗して占領前期における刑法状況の「民主化」を更に前進させるという一般的な課題設定の下に、(一)治安立法および刑法全面「改正」作業を批判的に分析すること(二)民主的諸権利とりわけ労働者権を刑罰的抑圧から保護するための解釈論を樹立すること(三)「労働刑法」という新しい理論領域を構築すること(四)近代市民刑法に對置される社会主義刑法の理論的成果を撰取すること、などの個別課題が精力的に追求されることになったが、近代刑法史研究の領域においても右の個別課題との関連において幾つかの注目すべき研究が発表されることになった。

その一は、戦後治安立法の復活⁽¹⁾再編に対応してその歴史的批判という観点から右の戦後治安立法と実質的な深い歴史的連続性をもつ戦前の「天皇制治安立法」の分析が戦前の蓄積を基礎として再開されたという点に求められる。例えば『法律時報臨時増刊・治安立法その過去と現在』(二〇〇巻一三三号、昭和三三年)に所収された戒能通孝「戦前における治安立法体系」、滝内礼作「旧日本における治安取締と人権―警察犯処罰令、新聞紙法、治安警察法等にみる―」、池田政章「戦前における治安立法の運用とその実態」の論文などがそれである。ここでは治安維持法を筆頭として新聞紙法、出版法、治安警察法などの戦前の治安立法の適用とその実態が取締対象とされた社会運動の展開との関連において大審院判例を中心として全般的に跡づけられ、そこから戦前の治安立法に関して(一)旧憲法下の日本政治は民衆の利益のために行なわれず、特定の人々、わけても政権担当者ならびにその直接の支持者のために行なわれた(二)それだけに政府担当者は明治維新の当初から被害感に脅かされた(三)したがって治安維持要求は近代政府出現の当初から日本政治の基本的目標であり、警察国主義は日本政府にとって本質的であった。すなわち現実の治安系乱の取締りを超えて現実中存在していない治安の系乱を想像し、その仮想的な治安系乱を予防的に鎮圧する手段を常に保持しなければ安心できないという態度が継続的に採用された(四)日本政府は右の手段を警察力その他の物理的強力に求めた(五)そのために警察は市民的安全に対する保護者とならず、出発点より政府の手足にすぎなかった。警察の目的は個人の権利と自由の保護よりは社会の安寧秩序を維持することにあるとされ、その目的を完全に遂行するために、事を未然に鎮圧するにとどまらず進んでその原因を除去し、それも単に社会運動がもたらす政治的障害を除去するのみならず経済、文化等社会各般の事象につき国家の安寧秩序を乱すものを取締り、

国家の運命に重大な結果を招来するものはいち早くこれを除去し、国運の進展に資さねばならぬと考えられた(六)「特高」警察の存在およびその発展はそれを端的に物語るものである(七)このような「特高」法規として治安維持法などの治安立法が制定され、右の警察目的にもとづいて「狂気のように」解釈され運用された(八)それは大審院によつてもまた肯定された(九)このような国家の秩序維持のために国民の権利を警察目的より制限する考え方の根拠は旧憲法二九条の「日本臣民ハ法律ノ範圍内ニ於テ言論著作印行集会及結社ノ自由ヲ有ス」の文字に求められた。すなわち、これらの自由は法律をもつて容易に、更には命令をもつても制限できると考えられ、その結果、これらの自由は法律・命令という国家意思の表現に従つて、あるいはそれを超えて国家―警察―目的からの蹂躪にまかされた。との一般的図式が導き出された。ただし、これらの研究は急速に復活Ⅱ再編されつつある戦後治安立法に対してとりそぎ歴史的批判の先鞭をつけなければならないとの時間的制約の中で発表されたものであり、したがつて、右の一般的図式の掘り下げ、更にはまた戦前のわが国における近代刑法の発達一般へのその展開は後日の課題に譲られることになつたようにみうけられる。予知的にいえば、それは次の戦後第三期において発表されることになるが、その意味では、この期の治安立法史研究をもつて戦後第三期におけるその本格的展開のためのいわば端緒期あるいは蓄積期とみることが可能であろう。(三)

他方、「刑法改正の綱領」から「改正刑法仮案」への戦前における現行刑法全面「改正」作業に対する批判的分析もこの期に再開されることになつた。(四)すなわち中山研一「改正刑法仮案の歴史的考察」(昭和三五年)^(五)がそれであるが、「改正刑法準備草案」の公表がその契機となつたことはいままでもない。けだし、そこでは「今日、現行

刑法の全面的改正事業に当って、大正十一年以来約二〇年の歳月を費し当時の学界・実務界の権威を集めて作り上げられた仮案が最も大きな遺産として、その土台とされるということは一面十分の理由が存することはみとめられる。しかしそれには同時にまた本質的な留保が必要であることも決して忘れられるべきではない。それは一言にしていえば敗戦という契機の介在である。「当時はわが国固有の国体の護持と日本の淳風美俗の維持発展が一貫して中心テーゼであったことは否定できない。そして新しい日本国憲法下の今日、このような考え方を刑法改正の指導理念とすることが許されないことは明白だといわなければならない」「より基本的な問題は、土台となった仮案から何を継承し何を排除するかについての明確な基準が確立されているかどうかという点に存在する。仮案を出発点とするならば、その前に、仮案、とくにその基本理念に対する今日の立場からの全面的な批判的検討がなされることとが是非必要があったと考えられる」との問題意識から、「改正刑法準備草案」の本質規定の前提としてその土台となったと思われる「改正刑法仮案」(昭和一五年)についてその基本的特徴と今日の立場からその歴史的性格を検討してみたいという課題設定がなされたからである。

中山論文によれば、まず始めに「仮案」を流れる指導的な基本理念および総則・各則規定の基本的特徴が問題とされ、それが当時の著名な刑法学者の見解を手掛りとして検討されることになった。そして右の検討にもとづいて、「仮案」が「社会防衛論」と「淳風美俗論」という二つの基本理論を共に体现していたことは明らかなどころであると結論されるとともに、総則・各則規定の基本的特徴も右の基本理念との関係で次のように整理されることになった。「仮案」の総則のうち犯罪に関する規定では犯罪概念を別にすれば現行刑法と本質的な変化はなく、む

しる法律の錯誤や結果加重犯においては責任原則が現行法より一步進められているのは注目されてよいであろう。また共犯についても総則では教唆の独立犯化は認められなかったが、ただし、この点については「刑法改正の綱領」の趣旨が各則における独立教唆罪の構成要件の新設という形で具体化されるに至った点が注意されなければならない。他方、刑罰に関する部分については「綱領」の趣旨を受けた改正点が数多く存するが、一貫して流れる理念は刑事政策の推進と刑の適用における裁判官の裁量権の拡大であるといえよう。ただし量刑の一般基準が設けられ、懲役・禁錮・罰金の適用に当っては情状によって軽い刑への換刑および酌量減免の広い裁量権が与えられ、逆に一定の条件があればより重い刑への換刑あるいは併科の可能性が与えられたからであり、更には執行猶予や仮釈放の要件が緩和され宣告猶予制度が採用されるとともに、加重方向において常襲累犯者に対して不定期刑が科され、新たに四種の保安処分が導入せられたからである。次に「仮案」の各則部分からその本質的特徴ともいふべき点を若干、拾ってみると、(一)法定刑が一般に峻厳化されたこと(二)国家的法益についての著しい保護の強化(三)「淳風美俗論」の影響、などが指摘されよう。以上がその整理である。

しかしながら、右の「仮案」の整理には特に目新しい点は認められない。ただし、「仮案」における総則規定の立案に当っては犯罪論に関する部分については原則的に「新派」の側からの妥協として成立し、刑罰論に関する部分については逆に大部分「旧派」の側からの妥協として成立したという牧野博士の見解⁸⁾にも示されているように、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。その意味では中山論文の新規性は従来、対立的に理解されてきた「仮案」⁹⁾を流れる二つの指導的な基本理念、すなわち「社会防衛論」と「淳風美俗論」について、

両者は必ずしも対立するものではなかったとの新しい理解を呈示した点に求めることが可能であろう。そこから中山論文によれば「問題は両者がどのような形式と方法で統一され、また統一されようとしたかという点に存する」と提起されることになった。そして戦前のマルクス主義刑法学者による「仮案」をもって「刑法のファシズム化」との社会経済史的な一般規定と前述の理論分析を結合させることによって、「仮案」の基本理念をなす「社会防衛論」と「淳風美俗論」の関係について、注目すべき理論仮設が設定されることになった。「動かし難い事実は当時の時代的背景が同時に両者の要求を現実に必要なとしたということである。日本ファシズムにとつては、国家に新しい権威を賦与する非合理主義的な贖罪と応報の道義刑法と、裁判官に広い裁量を賦与し犯罪でなく犯人の危険性に重点を置く主観主義的意思刑法とは何ら矛盾しなかつたばかりか、その両者を共に必要としたのである」⁽¹⁰⁾「仮案に体现された以上二つの基本理念は、実は客観主義と主観主義のいづれについてもその悪しき側面をとり入れ、当時の日本ファシズムの要求の下にこれを統一したものとして基本的に規定し得るのではないかと思われる」という理論仮設がそれである。

ところで、このような「仮案」の本質規定は必然的に、牧野博士や小野博士を中心として展開された戦前のわが国における「学派の争い」の日本ファシズムによる「止揚」という刑法理論史的な主張を含むものであった。それは中山教授が「仮案」の本質規定に際して「仮案の立法事業をめぐって外見上華やかに展開されたかに見えるわが国における客観主義対主観主義の争いも、日本ファシズムの前にはそのいづれもが自ら屈服しまたは屈服を余儀なくされ、その対立は日本ファシズムの完成の方向において統一・止揚され、遂には共に、ファシズムのイデオロギ

一となつていたのである」牧野・小野兩博士の見解によつて代表される仮案の二つの基本理念は、互にその進歩的側面を攻撃し合うことによつて、日本ファシズムの刑法原理への途を開くものであったことが再確認されるであらう⁽¹²⁾と叙述されておられる点からも明らかであらう。その意味では、中山論文が「仮案」にとどまらず、それを媒介とすることによつて「学派の争い」の「止揚」をもその射程に入れるものであったということが可能であらう。中山論文の新規性の第二もこの点に求められようように思われる。ここに日本ファシズムによる「学派の争い」の「止揚」という歴史的事実の存在が始めて明らかにされることになったが、しかしながら、中山論文の検討は右の存在の指摘にとどまらず、その論理構造をも検討対象とするものであった。ただし、ここでは佐伯博士のドイツ近代刑法史研究の成果あるいは社会主義国の刑法学者による近代刑法史の外在的批判の成果に依拠して、「学派の争い」を構成した「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」および「新派刑法理論」の一般的な歴史的性格を、啓蒙主義刑法理論を座標軸として、「歴史的に見るならば、ブルジョア市民社会の理論たるいわゆる旧派理論が成立する以前に、啓蒙期の刑法原理が存在する。それは旧派理論の場合に見られる特殊ドイツ的（＝特殊後進国的）な非合理的応報・贖罪の理論ではなく、いわゆる社会契約説にもとづく目的刑と合理主義の原理であった。しかもそこでは同時にあくまでも行為刑法の原則を守り、裁判官の裁量を強く制限しようとしている点が注意されねばならない。いわゆる新派の合理主義はこれと異つて、独占段階における秩序と防衛の要請から何よりも主観主義と結合し、またせざるを得なかつたのである」⁽¹³⁾（丸括弧内引用者）と位置付け、「学派の争い」のもつ特殊後進国型の性格を暗示するとともに、このような「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」および「新派刑法理論」に関する一般的位置づけ

を組み合わせることによって、「学派の争い」のファシズムによる「止揚」の論理構造を次のように図式化したからである。すなわち「旧派からはその権威主義的な応報と贖罪の理念をとって、その市民的・自由主義的側面を捨て、他方新派からは行為者刑法と裁判官の裁量権拡大の理念をとって、その唯物論的・合理主義的側面を捨てることによりここに啓蒙期の刑法原理とは全く対蹠的な原理（＝ファシズム刑法の原理）を集大成するに至った⁽¹⁴⁾」（丸括弧内引用者）という図式がそれである。なお右の図式はファシズムによる「学派の争い」の「止揚」の論理構造を直接、取り上げたものとは必ずしもいえないが、日本ファシズムによる「学派の争い」の「止揚」の論理構造を直接、取り上げたものとおられる点からも容易に理解されるように、中山教授によれば右の一般的な図式が後者においても基本的に妥当すると仮定されたものといえよう。

以上、「仮案」の本質規定に関する理論仮設の設定あるいはまたそれを媒介としてなされた日本ファシズムによる「学派の争い」の「止揚」の論理構造の一般的図式化を中心として中山論文をみてきた訳であるが、残された最後の問題はその近代刑法史研究に占める意義である。結論的にいえば、戦前の近代刑法史研究の諸成果を「仮案」および「学派の争い」の「止揚」に関して集約することによって、戦前のわが国における近代刑法の特殊日本的な発達を批判的に分析するための第二の橋頭堡⁽¹⁵⁾、すなわち前述の「仮案」の社会経済史的な一般規定を理論史的に堅めるための仮設を設定したものと評価することが可能であろう⁽¹⁶⁾。その限りで、それは右の特殊日本的な発達を基礎づけるという性格をもつ戦前の牧野博士や小野博士の日本近代刑法史研究に対する本格的批判を意味したが、しか

しながら、それにとどまらず、客観的には戦後の木村博士などに代表される「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する批判をも兼ねることになったといえよう。ただし、戦後第一期における近代刑法史研究についての考察において既に述べたように、右の研究においては近代刑法史に一般的な現象たる「学派の争い」およびその「止揚」という図式が新たに前面に押し出されることになったが、中山論文によればこのような図式の虚構性が浮き彫りにされることになるからである。更に、この期においては後にみるように木村博士によって「仮案」研究が中山論文に先立つ形で発表されており、予知的にいえば、ここでは戦前のわが国における「改正刑法仮案」に至る刑法改正事業の採ってきた基本的な方向が「資本主義的独裁国家」の刑法改正運動ではなく、「資本主義的民主国家」のそれであったと位置づけられたが、中山論文が右の木村博士の「仮案」研究とも対抗関係に立つことはいうまでもなからう。

(1) 中山研一「治安と刑法」(『岩波講座・現代法一一巻』(昭和四〇年)三三三頁以下。後に『現代刑法学の課題』(日本評論社、昭和四五年)に所収。なお、宮内裕『戦後治安立法の基本的性格』(有信堂、昭和三五年)二一三頁は、戦前の治安立法と戦後のそれとに共通の基本的特徴として次の四点をあげる。「第一にその立法企図は、政府の政策実現のため、国民の反抗を権力的に抑圧し、支配体制を維持し強化することを目的としている。したがって、それはすぐれて政治的な意図をもつものである。第二にこのような政治的意図に照応して、治安立法は政治的予防主義を原則としている。すなわち『国家の敵』が、その行為により国家の安全に何等かの侵害をもたらす前に、これを捕足するのである。したがってたとえば刑法的にいえば、結果発生あるいはその客観的危険性を待たず、いわゆる前段階的諸行為において、これをとらえようとする。たとえば、結社罪・宣伝罪・表現罪・目的遂行のためにする罪(目遂罪)等々である。第三にこのような原則の当然の反映として、それらの類型は主観的危険性Ⅱ思想の危険性を決定的メルクマールとすることを可能とすると共に必然的としてい

る。いわゆる心情（刑法）主義化している。第四に、構成要件行為の記述が、不確定概念あるいは一般条項でおこなわれてゐる。

(2) 戦前の、マルクス主義刑法学者による治安立法の批判的研究については、吉川・前掲「刑法学とマルクス主義」一〇三頁以下が詳しい。

(3) この期における、その他の「天皇制治安立法」研究としては、「特集・治安維持法第二回、治安維持法はどう運用されたか」(『ジュリスト』一九五二年七月一五日号、一頁以下)に所収された木村亀二「治安維持法について」、伊達秋雄「治安維持法の拡張解釈について」、海野普吉「治安維持法運用の跡を顧みて」などが指摘されよう。ただし、いづれも序論の域を出なかったように思われる。

(4) 戦前におけるマルクス主義刑法学者による批判的分析については、吉川・前掲「刑法学とマルクス主義」一〇六頁以下が詳しい。

(5) 『法律時報臨時増刊号・改正刑法準備草案の総合的検討』二八九頁以下。

(6) 中山・前掲「改正刑法仮案の歴史的考察」二八九頁。なお、このような問題意識は、宮内裕「保安処分についての若干の問題」(『法律時報・特集刑法の改正』二九卷二号〔昭和三二年〕一〇頁以下)などを受け継ぐものといえよう。

(7) 『法律時報』一一卷七号〔昭和一五年〕に所収された牧野英一「刑法の改正における妥協と進歩」二頁以下、小野清一郎「刑法における道義と政策」九頁以下、木村亀二「刑法草案各則の比較的考察」二六頁以下などがそれである。

(8) 牧野・前掲「刑法の改正における妥協と進歩」四一五頁。

(9) 大塚仁・後掲『刑法における新・旧両派の理論』(日本評論社、昭和三二年)五二一五三頁。

(10) 右の一般規定については吉川・前掲「刑法学とマルクス主義」一〇六―一〇七頁を参照されたい。

(11) 中山・前掲「改正刑法仮案の歴史的考察」二九三―二九四頁。

(12) 中山・前掲「改正刑法仮案の歴史的考察」二九四頁。

戦後のわが国における近代刑法史研究(三)

(13) 中山・前掲「改正刑法仮案の歴史的考察」二九四頁。

(14) 中山・前掲「改正刑法仮案の歴史的考察」二九四頁。

(15) 第一の橋頭堡は、いうまでもなく平野義太郎「刑法発達史についての一考察」である。

(16) ただし、中山論文によれば、「仮案」の本質規定の前提としてその前身である現行刑法、あるいはまた旧刑法の本質規定が行われているが、その際、「旧派（前期旧派）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手になる図式が滝川（幸）博士を媒介として継受され、平野（義）博士によって指摘されていた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ている点は問題とされよう。

(17) 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。

(18) その結果、中山教授の「仮案」研究に対しては、牧野博士によって反論が加わられることになった。すなわち、『刑法』における思想、理論および技術・刑法研究第二十巻』(『有斐閣』昭和四二年)四三頁以下がそれである。

(19) 木村亀二「刑法改正の世界史的系譜」(前掲『法律時報・特集刑法の改正』第二九巻二号)一四五頁。

三 右にみた中山教授の「仮案」研究および前述の治安立法研究が近代刑法の特殊日本の発展を問題とするものであったといえるのに対し、次にみる諸研究はより原則的な問題すなわち近代刑法の一般的発展を扱うものであった。例えば、中山研一「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―」(昭和三二年)⁽¹⁾、桜木澄和「マグナ・カルタの神話」(同三三年)⁽²⁾、平野義太郎「ジャン・ポール・マラー―刑事立法のプラン」(同三五年)⁽³⁾などがそれである。

前者によれば、宮内教授の影響の下に、「過去に存在しまし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るのではないか」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」が「これらの理論の哲学的・イデオロギーの基礎およびその歴史的役割」との関連で詳細に検討されることになった。

「一般的に云うならば、資本主義社会における意思自由と刑事責任の本質と内容は、その根元的な規定者と見られる資本主義社会の基本的構造への定着によってのみ正しく解明され得る」として、ブルジョア刑法理論を「産業資本主義時代の理論」と「帝国主義時代の理論」の二期に区分し、「いわゆる客観主義刑法理論（旧派—古典派）は、上記産業資本主義時代の刑法形態の反映として成立したのである」という一般的な位置づけの下に、この「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」における意思自由と刑事責任の問題がまず始めに取り上げられ、パシュカーニスの「法の商品交換理論」⁽⁵⁾を意思自由論と結びつけることによって導かれたピオントコフスキーや宮内教授の「虚構としての意思自由論」⁽⁶⁾の承継においてそれが近代資本主義社会の構造との関連で次のように分析されることになった。

すなわち、既に明らかのように「旧派刑法理論」は「原則として意思自由論に立脚」⁽⁷⁾するものであるが、このような「旧派」の意思自由論は「いわゆる刑法におけるヘーゲル学派の主張のなかにその典型的な反映を有するのである」⁽⁸⁾。もちろん「人間の意思はさまざまな外的・内的原因に条件づけられつつも、最後の一点において独立して

決心を選択する自由をもつ」とする「旧派」の意思自由論は「意識の存在による規定的制約に例外を設け、因果律からのまたは因果律を超えた人間の意思を主張する限りにおいて、さまに觀念論であり、形而上学的自由であった」といわざるをえない。それは「虚構」にすぎない。しかしながら、重要なことは右の「虚構」が刑法学者の個人的な誤ちに由来するものではなく、近代資本主義社会の構造自体にもとづくものだという点である。それは「各々の商品所有者が自由な主体として自己の意思決定にもとづき商品を交換し得る市場関係の反映」なのであり、「近代資本主義社会の構造自体が孤立せる抽象的個人の自由（意思）を前提とせざるを得ない」のである。その限りで「旧派による非決定論とそれに基づ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」ものである。⁽¹³⁾

「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」における意思自由と刑事責任の問題をこのように分析された後、中山教授は更に「帝国主義時代の理論」における意思自由と刑事責任の問題の検討に進まれることになったが、そこでは次のような注目すべき見解が示された。「帝国主義の時期においては、……人間の自由意思は現実に毀損され、主体性は喪失されて行く（人格の自己疎外は回復されることなく強化される）のであるが、かかる人間の自由意思を正面から放棄する新派理論の外に、この期の刑事責任の根拠付けに当って、自由意思をめぐって種々の理論や提議が入り乱れる。しかもかかる種々の理論や提議も、まさに帝国主義イデオロギーとしての本質的性格とその役割の故に、帝国主義社会の現実の階級の本質と内容を明らかにし得ないことは特徴的である」⁽¹⁴⁾。ところで「典型的な帝国主義イデオロギー」たる「新派の理論は、決定論の立場に立つことによって旧派の非決定論に方法論的に対立し、人間を素質と環境の必然的産物と考えることによって自由意思は形而上学的幻想であるとしたのであるが」⁽¹⁵⁾、かか

る新派の理論については次の点が重要であろう。すなわち新派の決定論が「実は機械的決定論」であり、その限りにおいて「観念的唯物論」だという点である。⁽¹⁶⁾ 新派は「旧派がその前提とした意思の自由を幻想として放棄」⁽¹⁷⁾したが、右の意思自由に代えて新たに「機械的決定論」を虚構したのである。それが「帝国主義の時期における社会の矛盾によって増大する犯罪からの可及的速やかな社会の防衛の必要性を、その社会的・歴史的地盤としたものである」⁽¹⁸⁾ことはいうまでもなかるう。ここに自由意思論に立脚した近代刑法の責任原則は消失せしめられ、「旧派の意思責任・行為責任は、新派によって「性格責任」に転化」せしめられることになるが、「その「社会的責任」という名称にも拘らず、かかる責任は既に本来の意味における責任ではない」⁽²⁰⁾。ただし「新派刑法理論がたとえ機械論的であらうとも」犯罪の原因を唯物論的に説明しようとし、また刑罰をば応報としてではなく、防衛のための目的的処置として合理的に説明しようとした点などは正当に評価されなければならないであろう」⁽²¹⁾（丸括弧内引用者）。

他方、いわゆる規範学派（規範的責任論）であるが、規範的責任論の通説は新派と同様に「法的責任と倫理的責任の分離と対立と共に刑事責任の根拠としての人間の自由意思を放棄」⁽²²⁾するにもかかわらず、他方で「他行行為の可能性」をその中核として認め、そこから刑事責任を根拠付けようとする。⁽²³⁾「そしてかかる責任の根拠付けと決定論との矛盾が、標準を平均人におくことによって解決されていることは特徴的である。すなわち犯人の行為が彼の自由意思によったこと、したがって彼自身が行為時において他行々々の選択可能性を有したかというものは問題とされず（決定論からはかかる可能性は存在しない）、ただ彼は平均人の立場から非難可能か否かによって、犯罪行為の帰属者・一原因者として責任を負担することになる」⁽²⁴⁾。しかしながら「かかる理論構成は、私見によれば、他

行々為の可能性、期待可能性、非難等の言葉にもかかわらず實質的には新派の社会的責任論と相同じ地盤に立っている⁽²⁵⁾といえるのである。ただし「かかる規範的責任論の理解においては、その決定論的前提の故に、『平均人による他行々為の可能性』の名称にもかかわらず、すでに本質的意味の選択可能性、したがって倫理的非難としての責任の本質は失われざるを得ないと考えられるからである」⁽²⁶⁾。「結論的に云うならば、平均人を標準とするところの決定論の立場からする、非難としての規範的責任論の通説(メッガー・ゴールドシュミット・エシュミット等)は、實質的内容において新派の理論と選ぶところがないと思われる」⁽²⁷⁾。平均人・国家構準説に立つことによって犯罪者に加えられる非難は「本来の意味における非難ではなく、まさに非難の擬制にすぎないと思われる」⁽²⁸⁾。もちろん規範的責任論の中核とせられる期待可能性の思想の成立地盤は「むしろ帝國主義時代において必然的な法意識の分裂(具体的には裁判官が有罪とすることについて民衆が納得しないという関係)の激化であり、その間隙をうづめるために登場したものととして評価されなければならない」⁽²⁹⁾が、しかしながら右の規範的責任論は「その成立と共に反動化し、かかる帝國主義的責任関係、殊に法意識の分裂を救済する役割から転じて、それを隠蔽し、合理化しようとする方向に転ずべき宿命を持っていたのではなからうか」⁽³⁰⁾。私は「確信犯人の問題の中に、規範的責任論のいわば方向転換を明瞭に観取し得ると思う」⁽³¹⁾が、このように「規範的責任論がその最初の意図に反して歪曲化されて行く過程、そしてその結果、期待可能性の思想を認めた本質的意義が喪失され、結局新派の側からの橋渡しをも可能にするに至った秘密は、まさに上記の帝國主義時代の現実の反映として存する」⁽³²⁾のである。

このように規範的責任論の通説は意思決定論から出発しているが、しかしながら「規範的責任論の論者のすべて

が決定論者でない」ことも事実である。規範的責任論の陣営においても「種々の形で非決定論的見解が事実存する」⁽³⁴⁾のである。ただし、ここで注意しなければならないことは、かかる非決定論も「また同じ帝国主義の現実のなかにその根拠を有した」⁽³⁵⁾という点である。すなわちピントコフスキーの指摘する如く「かかる傾向（観念論的傾向）は、資本主義の一般的危機の時期における、毀損したブルジョア諸原則、殊にいわゆる『成文法・不法文の權威』の復活再建の必要性にその原因を有するのであり、刑事責任から倫理性と価値を剝奪することから生ずる憂うべき結果を避けるための理論的試みとして説明」することが可能であろう。⁽³⁶⁾「新派は決定論に立つことによつて形而上学的自由を放棄したが、同時に責任から本来の意味と倫理的内容を奪ってしまったのであり、その結果倫理の意味をも含めてブルジョアジーによるイデオロギー的攻撃（道義的非難）は不可能となる。そこで決定論によつて克服された筈の非決定論がふたたび登場する。それは古典派の非決定論とその内容を同じくしつつも、その本質的役割は、自由の最も毀損された帝国主義の時期において、全体主義法律観と倫理観に基いて自由意思とそれに伴う責任を全く恣意的に創造することにあつたとみられる」⁽³⁷⁾。「しかも重要なことは、かかる自由意思の積極的主張が、ブルジョア社会において人間の自由意思が最も毀損され、人間が極端な自己疎外をうける時期——例えばナチスおよびかつての日本——において最高頂に達するという点である。ここでは法的義務が道徳的または宗教的義務と同一視されるに至つたのである」⁽³⁸⁾。

紙幅を費し過ぎたが「これが帝国主義時代の理論」に関する中山教授の分析である。⁽³⁹⁾

このようにして、中山教授によれば、近代刑法理論の発展が詳細に整理されることになつた訳であるが、右の整

理において注目される点として、次の点をあげることが可能であろう。「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」の「非決定論」と「新派刑法理論」の「決定論」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」の対立として「一般化」されるとともに、「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」の「非決定論」のその後の「変容」をもって、資本主義社会の発達に伴なう「一般」現象として理解されている点がそれである。もっとも、近代刑法理論の発展における主要な対抗関係が「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」と「新派刑法理論」の間にあり、かつ右の対立の社会的背景が「産業資本主義」と「帝国主義」にあるという分析それ自体は、特に目新しいものではない。ただし、前者の分析は既に木村博士などによって提唱されていた点だからであり、また後者の分析は社会主義国の刑法学者によってつとに指摘されていた点であるが、それは熊倉博士などによって既にわが国に紹介されていた点だからである。その意味では、中山教授の新規性は、右の一般的な分析を理論史的に社会経済史的に更に掘り下げられ、宮内教授などの「虚構としての意思自由論」を近代刑法史研究において展開させるという観点から、刑事責任と意思自由の問題を座標軸として、近代刑法理論の発達を詳細に検討され、「産業資本主義時代の理論」と「帝国主義時代の理論」の理論的特徴を整理されとともに、右の各理論のもつ歴史的意義ないし虚構性を「産業資本主義」および「帝国主義」の「一般」構造と関連づけられた、という点に求めることが可能であろう。

ただし、ここで注意しなければならないことは、「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」の「非決定論」に関する中山教授の分析が、右に述べたところに必ずしもとどまらないということである。ただし、戦前の佐伯博士の「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」に関する「今日古典学派とか応報刑論とか呼ばれる刑法思想は、フォイエエルバッ

ハの刑法思想の直系の子孫ではない。むしろそれは反対にフォイエルバッハの刑法思想の否定者として誕生したものである。私見によればそれは、恰も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⁽⁴¹⁾という歴史的位置づけを他方で承認しておられるからである。すなわち、「周知の如く十八世紀の啓蒙主義哲学（ホッブス・ルソ・ベッカリア等）は刑罰権の基礎を解して、各人が社会の安全のために契約にしたがい抛棄した自由の一部分の総量であるとし、刑罰権の根拠はしたがって各人が刑罰に同意したという点に求められる事になる。勿論かかる見解は虚構である。しかしそれは中世的な専制裁判および贖罪的応報の神秘性に対して、フランス革命の生んだ種々の近代的（ブルジョア的）諸原則を擁護し発展させる上に大きな進歩的役割を果たしたのである。そしてカントに始まるドイツ観念論は、かかる合理主義的『社会契約説』の打破であり、アプリアオリーの援用による積極的な国家権力の權威の付与であったのであり、合理主義はふたたびここに非合理主義・權威主義へと変容する。そしてこれに対応して、意思自由と応報刑の上に立ついわゆる旧派（古典派）刑法理論が成立するわけである⁽⁴²⁾」という指摘がそれである。この点で、「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」のもつ特殊ドイツ的側面を完全に象捨される木村博士の分析と重大な質的相違が存するようにみうけられるが、しかしながら、ここでより重要なことは、中山教授が右の点に留意されつつも、結論的には「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」の「絶対的応報刑論」をもって「産業資本主義時代の刑法形態」の「典型」と位置づけられるとともに、罪刑均衡原則と応報刑思想との論理的な必然性に疑げかけられる佐伯博士の見解とは異なり、「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」の「形而上学的」な意思自由論と近代刑法の責任原則との論理的な必然性を強調

され、「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」の「形而上学的」な意思自由論が「資本主義社会の構造自体から生ずる形式的自由の反映であり、したがって何よりもよく近代刑法原則に対応する」⁽⁴⁴⁾、「性格の危険性への国家刑罰権の干渉を防ぎ、行為責任の原則を守るためには、意思の独立性を当然、前提とせねばならなかったことが注意されねばならない」⁽⁴⁵⁾と理解されている点である⁽⁴⁶⁾。

なお、中山教授はこのような歴史的分析を基礎として、後に「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」の「形而上学的」な意思自由論の現代的意義の問題を扱われ、それを平野龍一「意思の自由と刑事責任」⁽⁴⁷⁾（昭和三八年）に対抗して発表された「刑事責任と意思の自由」⁽⁴⁸⁾（同四〇年）のなかで展開されたが、その反批判等を目的として発表された「刑事責任について―批判に答えて―」⁽⁴⁹⁾（同四三年）において平野教授は右の中山教授の分析を取り上げられ、それを次のように批判された。⁽⁵⁰⁾「中山教授によれば、『責任の道義的内容を否定することは責任そのものを否定するとわたくしは考える。……道義的責任という概念自体は歴史的な概念であり、それは何よりも近代刑法の責任原則に対応するものであった』として道義的責任を高唱される。しかし果してそうであろうか」「近代の刑罰イデオロギーが非決定論と無関係であるのは、その典型的な主張者であるフォイエルバッハや助教授（＝中山教授）が紹介されるホンメルが決定論者であったことから明らかではなからうか」「道義的責任論が主張されたのは、プロインセン国家主義のもとにおけるヘーゲル学派の人々によってであった。……わが国でいえば、道義的責任論が天皇制イデオロギーのあらわれ、ないしそれと密接な関係を持ったものであることは否定できないであろう」⁽⁵¹⁾（丸括弧内引用者）。平野教授によれば、中山教授とは反対に、「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」の「絶対的応報刑

論」およびその「形而上学的な」意思自由論のもつ特殊ドイツ的⁽⁵²⁾後進的性格が何よりも重視されたものといえよう。その限りでは、「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」をもって「ロマンティック思想の刑法的表現」と位置づけられた佐伯博士の見解を更に発展させられたものとみることができるよう⁽⁵³⁾に思われる。なお、中山教授の分析に対する平野教授の批判は「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」に関するものであるが、間接的には、「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」の「非決定論」のその後の「変容」をもって資本主義社会の発達に伴なう「一般」現象とされた中山教授の分析にまでも及ぶものといえよう。

以上、近代刑法理論の発展に関する中山教授の整理を、それに対する平野教授の批判をも含めて概観してきた訳であるが、平野教授が批判されるように、「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」の「絶対的応報刑論」およびその「形而上学的な」意思自由論をもって「産業資本主義時代の刑法形態」の「典型」として理解されている点はやはり気にかかる。ただし、平野教授の指摘されるように、近代の刑罰イデオロギーは、「非決定論」ではなく、やはり「決定論」にあると解されるからである。しかしながら、そのことは、「産業資本主義時代」の「決定論」が「意思の自由」という観念、そしてまた「責任非難」という観念を否定したことを意味するものではない。むしろ、事實は反対であろう。「産業資本主義時代の理論」が「意思の自由」および「責任非難」という観念を維持したことは中山教授の分析もともと、中山教授によれば、そこから「産業資本主義時代の理論」をもって「非決定論」とされるが、⁽⁵⁴⁾からも明らかであろう。私見によれば、「決定論」と「意思の自由」および「責任非難」という観念が矛盾しなかったところに、換言すれば両者が「市民的自由」によって「止揚」されていたところに「産業資本主

義時代の理論」の特徴が、したがってまたその歴史的意義が存するようと思われる。⁽⁵⁵⁾ただし、これをもって「決定論」一般と「意思の自由」・「責任非難」との論理関係を強調することは問題であろう。「決定論」を強調される平野教授に対して、「帝国主義時代」の「決定論」における責任は「性格責任」であり、もはや本来の意味における責任ではありえないと指摘された中山教授の分析は極めて正当であろう。「産業資本主義時代」の「決定論」と「帝国主義時代」の「決定論」が重要な質的相違をもつことに注意しなければならぬであろう。とすれば、両者の相違を—前者の「決定論」が「意思の自由」・「責任非難」を否定しなかったのに対して、後者の「決定論」が「意思の自由」・「責任非難」を明確に放棄したといった点を含めて—その社会的背景との関連で詳細に検討する必要があるといえるが、それはさておきとして、中山教授のように「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」とすることは、したがってまた責任原則の論理的前提が「形而上学的な」意思自由論にあったとすることは無理があるような気がする。「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」の「非決定論」と「産業資本主義社会」の「一般」構造とを直結することには方法論的な問題があるように思われる。歴史分析という点からすれば、むしろ、何よりも「ドイツ産業資本主義」との関連の中でその歴史的性格を明らかにするという態度こそが必要であるように思われる。

しかしながら、これをもって、戦後刑法学において一の時代を画した「止揚」説に対抗して日本国憲法の下における新しい刑法に新しい解釈論体系を構築するという観点から、戦後刑法解釈学上のもっとも主要な論争点の一つとなった責任の本質の問題を—早く取り上げられ、その歴史的分析を試みられた先駆的意義が何ら減殺されるもの

でないことはいうまでもなからう。その意味では、その「実質的責任関係の理論」を構築されるための基礎作業であったといえるかも知れない。ただし、そこでは、「止揚」説に対する批判のあまり、「学派の争い」を中心として展開されてきた「伝統的」な刑法解釈学に対する一定の傾斜が残存しているように、そしてそれが「伝統的」な責任論の歴史的意義の強調に示されているようにみうけられること、既に述べたところである。

(1) 『法学論叢』六一巻六号一九頁以下。

(2) 『法学新報』六五巻十号四一頁以下。

(3) 『法律時報臨時増刊号・改正刑法準備草案の総合的検討』二二六九頁以下。

(4) その基礎には、中山教授の次のようなパシュカーニス理解が存するといえよう。すなわち、結論的にいえば、パシュカーニスは、犯罪人の抽象的「自由」による責任の清算という商品生産社会からの不可避的テーゼを非決定論に結びつけているように思われる。それは彼が、「責任という法律的概念は、非決定論の矛盾に直接に通じているから非科学的である」(パシュカーニス)稲子恒厘訳『法の一般理論とマルクス主義』(日本評論社、昭和三三年)一九一頁)ことをみとめた上での議論であることからも明らかであろう。つまりパシュカーニスによれば、資本制社会においては、人間の労働力が商品化され等価交換の過程にくみ込まれる中で、人格が物化されることによって「自己疎外」をうけ、商品物神性に反映することによって、抽象的個人の自由と責任との等価的清算という刑法イデオロギーが反駁の余地なく成立するのだということになる。以上がその理解である。なお、この点については、中山研一「刑法における意思自由論のイデオロギー的基礎」(佐伯千仞博士還暦祝賀論文集『犯罪と刑罰・上』(有斐閣、昭和四三年))三七六頁参照。

(5) パシュカーニス)稲子恒夫訳・前掲『法の一般理論とマルクス主義』

(6) ピオントコフスキー)井藤蒼志雄訳『マルクス主義と刑法』(京都共生閣、昭和六年)二四頁は直接、次のように述べている。すなわち、「一般にはブルジョア思想家、特殊にはブルジョア・クリミナリストの非決定論的見解(自由意思)は、

各々の商品所有者が形式上自由にも、もし希望するならばその商品を交換しうるところの、市場関係の反映である」。他方、これに対して、宮内教授は次のように評価される。「罪刑法定主義あるいは犯罪主義という刑法諸原則は、近代民主主義国家の基本的理論構成と『孤立した個人』に由来するものであって、これらの刑法的諸原則に対する矛盾と否定は、近代刑法の自己自らの根拠の否定であり、自己矛盾である。個々の行為責任の原則は、仮令個人の自由意思という虚構を前提とするも、この論理的前提の論理的帰結なのである」(滝川春雄Ⅱ宮内裕Ⅱ平場安治『刑法理論学総論』(有斐閣、昭和二五年)一六一頁)。

- (7) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」二五頁。
- (8) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」二七頁。
- (9) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」二六頁。
- (10) 中山・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。
- (11) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」二二頁。
- (12) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」二三頁。
- (13) 中山・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。
- (14) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」四三頁。
- (15) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」四五頁。
- (16) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」五八頁。
- (17) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」四三頁。
- (18) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」四三―四四頁。
- (19) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」四五頁。
- (21) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」四六頁。

- (22) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」四九頁。
- (23) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」四九頁。
- (24) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」四九—五〇頁。
- (25) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」五〇頁。
- (26) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」四七頁。
- (27) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」五〇頁。
- (28) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」五三頁。
- (29) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」四八—四九頁。
- (30) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」五一頁。
- (31) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」五一頁。
- (32) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」五一頁。
- (33) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」五四頁。
- (34) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」五四頁。
- (35) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」五四頁。
- (36) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」五四頁。
- (37) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」五八頁。
- (38) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」五四—五五頁。
- (39) なお、右の分析の最後で、人格責任論と目的的行為論がとりあげられているが本稿ではこの点の考察を省略した。
- (40) 戦前の木村博士の近代刑法史研究については、拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究(一)」七八頁以下を参照されたい。ただし、それと戦後の木村博士の近代刑法史研究との間に一定の変容がみられることに注意しなければならない。

- (41) 佐伯・前掲「刑法における人間観の問題」四三頁以下。
- (42) 中山・前掲「刑事責任と意思自由に関する理論の歴史的概観」三五頁。
- (43) 佐伯・前掲「刑法における人間観の問題」四三頁以下。
- (44)(45) 中山・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。
- (46) その基礎に、中山教授の前述したようなパシユカーニス理解が存することはいうまでもなからう。
- (47) 尾高邦夫追悼論文集『自由の法理』〔有斐閣〕三頁以下。
- (48) 『法学論叢』七七卷三号一頁以下。
- (49) ここでは、後述するように、「責任の道義的内容を否定することは責任そのものを否定すると考える。……道義的責任という概念自体は歴史的な概念であり、それは何よりも近代刑法の責任原則に対応するものであった」(二九頁)と評価された。
- (50) 木田・前掲『戦後日本の刑法学』二四二頁も、「中山説は旧派(＝後期旧派)に甘いという反論がなされるであろう」(丸括弧内引用者)と指摘する。
- (51) 平野・前掲「刑事責任について―批判に答えて―」(『法学協会雑誌』八二卷三号〔昭和四三年〕四五一―四六頁)。
- (52) なお、平野教授は、パシユカーニスの見解についても、中山教授と異なり、次のように理解される。すなわち、パシユカーニスの語も非決定論を基礎づけるものではない。「いわゆる絶対的刑罰論が、一片の理論的批判だけで追いはらうことのできる偽りの見解、まちがった思潮にすぎないと思うことはあやまりである。現実には、等価というばかばかしい形態は、個々の刑法学者の誤りによって生み出されたものではなく、商品生産社会の物質実体から生じ、それによって育てられているのである。」これはまさに等価交換というイデオロギーが、犯罪に応じた刑罰を正義と感しさせ、犯罪防圧の効果を発揮した「法則性」を、「合理性と科学」を社会現象に適用することによって解明したものである。以上が平野教授のパシユカーニス理解である。

(53) 平野教授の近代刑法史研究については戦後第三期における近代刑法史研究において詳しくみることにしよう。

(54) 平野教授が、近代の刑罰イデオロギーを決定論に求められつつも、他方で、「前期旧派」をもって「意思の自由」を認めていたものとされるのも同じ趣旨であろう。

(55) 中山教授も、前掲「刑事責任と意思の自由」において、「決定論からも責任非難は十分に可能であるというべきではないかとわたくしも考える」(三三頁)と指摘される。

四 次に桜木澄和「マグナ・カルタの神話」であるが、結論的にいえば、それは滝川(幸)博士の「罪刑法定主義は三つの異なる根本思想によって支持せられたのである。第一は英吉利の自由の礎石であるマグナ・カルタ思想である。一二一五年ジョン王は自由な市民に、自由刑及び財産刑が法律に基いてのみ科せられること、また、それが裁判上の手続を通過した後に執行せられること(三九条)を約束した。これは憲法における罪刑法定主義の出发点である。この思想は海を渡って一七七四年のフィラデルフィアの国民総会の宣言となって、人権は法律によるにあらざれば絶対に奪われないことを記録し(五条)、再び海を渡り返して一七七九年の人権宣言となって、法律は絶対に必要な刑罰の外はこれを定め得ないこと、何人も行為以前に定められ、公布せられ、適法に適用せられた法律にあらざれば罰せられないこと(八条)を保障した。斯くてこの宣言は一八一〇年の仏蘭西刑法四条に掲げられ、ここに刑法上の基本原則となったのである」という叙述等にも示されているマグナ・カルタの大陸法的な伝統的理解、あるいはまた母国イギリスにおけるマグナ・カルタをもって「英国人の自由の守護神」あるいは「英国憲法の源泉」という理解が何故、発生したかを、大陸あるいはイギリスの社会構造の近代的展開すなわち封建制社会から

資本制社会への推転との関連で明らかにしようとするものである。

桜木論文によれば、まず始めにマグナ・カルタの歴史的性格が論点とされ、それが次のように規定された。マグナ・カルタは、しばしばいわれるように、単なる偶然的契機——ジョン王の暴庄と失政——の所産ではなく⁽²⁾。基本的には、初期封建制の下で余りにも早期に成熟した中央集権制に対する反動から生じたものであり、封建制末期の絶対制の構造矛盾が必然化したところの、市民革命によって購われた自由の条章とは歴史的范围を異にする。従って、マグナ・カルタは、さまざまな封建階級——封建領主、地方的大立者、大小の土地保有者、僧侶、大商人、大封建領主等——の不満に対応した。そのような歴史の制約は、古典的封建制への復帰を目指す数多くの条項に発見される⁽³⁾。その意味では「マグナ・カルタは、『歴史における一つの偉大な標識』ではなく、むしろ、その意図と効果とにおいて封建的反動であるが故に、『進歩の過程における障碍物』であったともいえる⁽⁴⁾。以上が、マグナ・カルタの歴史的性格に関する桜木教授の本質規定である。

とすれば、問題はこのような歴史的性格をもつマグナ・カルタが何故、その後、『英国人の自由の守護神』あるいはまた『英国憲法の源泉』といわれるに至ったのかということになるが、桜木教授は右の原因をマグナ・カルタの「象徴化」に求められた。この点に関する桜木教授の歴史的事証は極めて詳細かつ精緻であり、それを簡潔に要約することは必ずしも容易ではないが、敢えて要約すると桜木教授の分析を次のように指摘することが可能である。すなわち「英国刑法は、……十七世紀に貫遂された二つの市民革命を媒介として、社会の構造転化——資本制社会の展開——に対応し、新しい時代を踏み堅めて行くことになる⁽⁵⁾」が、しかしながら「それは、周知のように、アカデミ

ックなローマ法の伝統を承継する大陸法的な論理的抽象形式による合理化の遂行ではなかった」。(6)「イングランドにおいては、大陸におけるような明晰性と簡明性をもった近代法典によって、共同体規制が破棄されたのではない」。(7)。「近代社会の展開過程の裡に、大陸でみられるような市民法といわれるところの法体系の合理化を徹底する契機が存在しなかった」。(8)その結果、イングランドにおいては「法曹の実用的思考様式が刑法近代化の展開基軸となった」。(9)つまり、そこでは、イギリス絶対王制の特殊性に由来した中世的な『法(コモン・ロー)の支配』を、右の「法曹の実用的思考様式」を用いて、「社会の構造転化―資本制社会の展開―に対応」するように再構成し、この再構成された『法の支配』をもって伝統的絶対制強化すなわち「絶対制維持のため新しい社会構造の変化に対応した封建的強制―規制への緊縛」(10)の強化の『象徴』たる『国王の大権』に優越せしめ、よって封建絶対制の刑罰的規制体系の解体―刑法の近代化を図るという経過が辿られた。そして、ここに、「チューダー―絶対王制の下で……抵抗の『象徴』として『国王の大権』という伝統的『象徴』との抗争の中で、法(コモン・ロー)の優越性を貫徹する槓杆の役割を担って蘇生」(11)したマグナ・カルタは『法の支配』の優越性を刻印づける『象徴』として定着するに至る。ただし「それは、決して無媒介に推転されたのではない。十七世紀の過程において貫透された二つの革命という高価な代価が支払われなければならなかった」(12)のである。という見解がそれである。

イギリスにおけるマグナ・カルタの「象徴化」をこのように詳細に分析されたのに対して、残されたもう一つの問題である大陸におけるマグナ・カルタの「象徴化」については、その存在を指摘されるのみで、分析はみあたらない。しかしながら、桜木教授によれば、イギリスにおけるマグナ・カルタの「象徴化」の歴史的経緯を明らかに

した以上、大陸におけるマグナ・カルタの「象徴化」の歴史的経緯は既に明らかにしたも同然であるとして省略されたものと推察される。その意味ではイギリスにおけるマグナ・カルタの「象徴化」を基礎として大陸におけるマグナ・カルタの「象徴化」を位置づけられたものとみることが可能であろう。すなわち、「法の支配」↓「法治主義」を媒介として、「法治主義」の「象徴」がマグナ・カルタに求められるとともに、そこからマグナ・カルタをもって罪刑法定主義の淵源と理解されることになったという推論がそれである。

そして、まとめとして桜木教授は、このような歴史的経緯の下に「マグナ・カルタが近代市民刑法の象徴性を担うことになった。その限りでは「この伝統的なマグナ・カルタの理解は、近代市民社会の『法』と『自由』とについての理念的基礎といつてよい。かかる『マグナ・カルタの神話』は、多かれ少かれ近代刑法理論のドラマティックな根底を支えてきたように思う。というのは、刑法におけるこのような仮説が、市民社会の近代的構成に対応し、従って歴史的には、封建刑法と切離・対向していると同時に、近代市民社会が存続する限りの基礎的法範疇である」と叙述され、その分析をしめくくられた。⁽¹⁴⁾

桜木論文によれば、このようにして「マグナ・カルタの神話」の歴史的経緯が明らかにされた訳であるが、ここで我々にとって重要なことは桜木教授が右の説明を通して何を歴史的に再確認しようとしたかという点である。もちろん、桜木論文によれば、マグナ・カルタをもって罪刑法定主義の淵源と素朴に位置づけてきた伝統的理解の誤り、より正確に言えばその「非歴史性」が直ちに導かれることになるが、桜木教授の問題意識が右の伝統的理解の「観念性」の単なる検証にのみあつたとみることができない。ただし、そこでは、「マグナ・カルタの神話」の

歴史的経緯が主要な検討対象とされていることから容易に理解されるように、右の「観念性」の指摘を超えた、その「歴史性」の、換言すればマグナ・カルタをもって罪刑法定主義の淵源という観念的な理解の中に如何なる歴史の意味が込められているかの分析が問題とされたからである。そして、まさにこの点に桜木教授の基本関心があつたということが可能であろう。なお、桜木教授によれば、前述の歴史的経緯の解明を通じて右の歴史の意味が、封建制社会から資本制社会への推転という社会構造の近代的展開に対応して形成され、市民革命という高価な代価を支払うことによつて一般的法認が確得されたところの「市民」的自由の主張にあることが再確認されることになつたが、例えば「マグナ・カルタが近代市民刑法の象徴性を担う精神的背景には、不羈独立の人間像が理想型として立ち顕われる、と考えられる。というのは、近代国家の統治構造が、論理的には、支配者 *souverain* と被支配者 *sujet* とを同一の相互関係に立たせ、その理念が『市民』という語の下に合一包括される、という前提仮設をもつ、という限りにおいて、国家刑罰権が存在理由を与えられるからである。しかし、そのような人間像は、歴史具体的には、領主と教会との二重支配を基軸とする封建絶対制それ自体を絶えず再張産し続けたところの物質的基礎、とりもなおさず、絶対制の構造基盤たる共同体 *Korporation* とその強制⁽¹⁵⁾ *Zunftzwang* との解体過程—同じことではあるが、『労働の自由』、『産業の自由』、『取引の自由』の一般的法認—から生誕する」という叙述等はそれを端的に示すものであろう。

その意味では、桜木教授によれば、「マグナ・カルタの神話」の歴史的経緯の解明を媒介として、近代刑法の根本原則たる罪刑法定主義の歴史的意义が、より一般化すれば「刑法は犯罪人のマグナ・カルタなり」という定義に

示される近代刑法の歴史的意義が再確認されたといえるが、しかしながら、ここで注意しなければならないことは、桜木教授が右の歴史的意義の再確認に際し、「市民」的自由に関する「一つの展望」という形式において、次のような本質的留保を付けておられる点である。「市民革命は、有産市民階層を中心に、広汎な農民層・プロレタリア階層の反封建闘争を基軸として展開され、その限りにおいての近代市民社会の基礎構造——私的所有者 *Besitzende*, *possédantes* と非所有者 *Nicht-besitzende*, *non possédantes* の分離を普遍的に貫徹することによって成立する資本制社会——に規定されている。それは、封建制を破棄し、その逆働に対向する側面において、封建的緊縛からのすべての人間の解放、すぐれた近代の意味における『自由』の歴史的範疇を意味するが、同時に『自由』それ自体の普遍性において蔽い尽されているところの、『自由』の現実的不等質性、市民的なパトスとしての『平等』の空洞化において激しく矛盾する契機を内在せしめていたのである。従って、近代市民社会のこのような基本的矛盾は、資本制の発展過程において具体的な形姿を整えて顕在化する」⁽¹⁶⁾しかし、近代市民社会、同じことではあるが、近代資本制社会における私的な所有と非所有との基本的矛盾は、実に市民革命の過程において透視される」⁽¹⁷⁾「刑法の現代的課題の基底には、実にわたくしは、市民革命それ自体において内包されていたこのような矛盾が胎芽されていたようにおもふ。近代市民刑法の制約は、市民社会の構造矛盾の限界において存在する。実体的平等の貫徹とそれを逆働させる形式的平等の相剋こそが、刑法の存在構造を『自由』のパトスにおいて規定しているようにみえる。それは、正に刑法における現代的課題であるが、実は、近代市民社会の誕生の時から現代に至るまでの長い間、未だわれわれによって決定的な解決を得ていないところのものではなからうか。近代刑法におけるマグナ・カルタの

象徴―歴史的には近代市民社会が存続する限りの基礎的法範疇たるものであるが―の後背には、実にこのような重大な問題が潜んでいるようにおもわれる⁽¹⁸⁾という留保がそれである。近代刑法の歴史的意義の、したがってまたその本質的限界の一般的再確認が行われたものといえよう。

なお、桜木教授によれば、そこから、いよいよ、近代刑法の構造と論理に関する詳細な検討を媒介とするその具体的再確認作業に進まれることになり、予知的にいえば、右の成果の一部が、「初期市民社会における自由と人権の諸規定―一七九一年のフランス刑法典の構造と論理―」（昭和四七年）などにおいて発表されることになったが、その意味では、前述の桜木論文をもって、戦後第三期以降、精力的に追求された教授の近代刑法史研究のいわば先駆けをなすものであったと位置づけることが可能であろう。しかしながら、我々にとってもっとも興味ある点は、右の桜木教授の一連の近代刑法史研究が系譜的にみれば、戦前の、とりわけ風早博士や佐伯博士の切り開かれた啓蒙主義刑法理論研究の延長線ないし発展線上にあるということである。そこでは、「上から」の近代化⇨合理化路線を批判し、新しい刑法の理論的基礎を確立するという観点から、「新派刑法理論」と対立するとともに、「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」からも区別される啓蒙主義刑法理論およびその立法的所産の歴史的意義を検討することの重要性と必要性が何よりも強く意識されたものといえよう。この点で、前述の中山論文との間に一定の相違が存するようにみうけられる⁽¹⁹⁾。

(1) 滝川幸辰「罪刑法定主義の再認識」『公法雑誌』第一卷第四号（昭和十年）四頁。

(2) 桜木・前掲「マグナ・カルタの神話」四三頁。

- (3) 桜木・前掲「マグナ・カルタの神話」四四頁。
- (4) 桜木・前掲「マグナ・カルタの神話」四六頁。
- (5)(6) 桜木・前掲「マグナ・カルタの神話」六一頁。
- (7) 桜木・前掲「マグナ・カルタの神話」五三頁。
- (8) 桜木・前掲「マグナ・カルタの神話」四二頁。
- (9) 桜木・前掲「マグナ・カルタの神話」六一頁。
- (10) 桜木・前掲「マグナ・カルタの神話」五七頁。
- (11) 桜木・前掲「マグナ・カルタの神話」五八頁。
- (12) 桜木・前掲「マグナ・カルタの神話」五七頁。
- (13) 桜木・前掲「マグナ・カルタの神話」四八頁。
- (14) 桜木・前掲「マグナ・カルタの神話」四一—四二頁。
- (15) 桜木・前掲「マグナ・カルタの神話」四八頁。
- (16) 桜木・前掲「マグナ・カルタの神話」六一—六二頁。
- (17) 桜木・前掲「マグナ・カルタの神話」六二頁。
- (18) 桜木・前掲「マグナ・カルタの神話」六三頁。
- (19) なお、この期においては、大野真義教授によって「イギリス刑事人権論」が精力的に追求されており、その一環として「マグナ・カルタと罪刑法定主義(一)(二)(三)(四)」(『阪大法学』一三三号「昭和三二年」二二頁以下、二七号「同三三年」二七頁以下、三三三号「同三四年」三三頁以下、三三三号「同三四年」二二頁以下)が発表されているが、前述の桜木論文と並ぶ重要なマグナ・カルタ研究として見逃すことのできない論文であろう。

大野論文においても、桜木論文と同様に、マグナ・カルタと罪刑法定主義の関係が問題とされたが、桜木論文と異なる点

は、マグナ・カルタをもって罪刑法定主義の淵源との理解の原因が、桜木論文によれば「マグナ・カルタの象徴」に求められるのに対して、大野論文によれば「マグナ・カルタの歴史的意義」に置かれた、という点である。すなわち、「いうまでもなく、封建中世に確立されたマグナ・カルタそのものと、近代法治主義を前提として確立された罪刑法定主義との間には、あまりにも大きな懸隔の存することを認識せざるを得ない。しかしながら、そのことと、マグナ・カルタが後世の人権思想上に果たした役割とは、一応別個に考えねばならない」「マグナ・カルタが罪刑法定主義の淵源をなすという場合、とかく近代的な自由の觀念や近代法の概念と結びつけて誤解を生じ易いが、それは飽くまでも、歴史的淵源を意味するものであることに留意せねばならない。そして、その人権思想上に果たした役割を深く顧慮する必要がある。即ち、人権尊重の理念が罪刑法定主義の根幹をなす思想である限り、マグナ・カルタは、……この原則の歴史的且つ思想的淵源をなすものといわねばならない」という分析がそれである。大野論文によれば、マグナ・カルタと罪刑法定主義との歴史的範疇の相違に留意されつつも、両者は「人権保障の思想」において発展線上に位置づけうる、換言すれば、マグナ・カルタの「発展」として罪刑法定主義を位置づけうると理解されたものといえよう。この点で、両者の歴史的範疇の相違を前提として、そこから、マグナ・カルタの「読みかえ」によるマグナ・カルタと罪刑法定主義との連続性の措定、という理解に向われた桜木教授との間に重要な差異が存するように思われる。

しかしながら、大野論文の意義は、右の分析よりは、むしろ、次の点に求められるようにみうけられる。すなわち、大陸法的な「法治主義」にもとづく保障原則（罪刑法定主義）との比較において、イギリス法的な「法の支配」にもとづく保障原則（法の適正手続）の原則・司法先例の原則・厳格解釈の原則・疑わしきは被告人の利益に従う「解釈など」を詳細に検討するとともに、他方で、イギリスにおける「刑事人権思想」の発展を、ブラックトン、コーク、ブラックストーンを中心として跡づけようとした点がそれである。戦後第一期の近代刑法史研究が精力的に追求した「英米刑法と罪刑法定主義」というテーマを、刑法のマグナ・カルタ的機能の擁護という観点から更に発展させて、「英米刑法と人権保障思想」というテーマに深めるとともに、このテーマの下に、右のような検討を行なわれたものといえよう。

しかし、このようなテーマ設定にもかかわらず、右の検討が、イギリス法における人権保障思想ないし原則の確認にとどまり、大陸法的な、とりわけ、ドイツ法的な罪刑法定主義を比較法的に反省するというものではなかったこと、したがってまた、ドイツ法的な「法治主義」とは質的に異なるイギリス法的な「法の支配」のもつ世界的意義の積極的検討を意味するものではなかったことに、注意しなければならぬであろう。戦後第一期に平野龍一教授がイギリス近代刑法史研究を問題提起された背景には、歴史的反省にもとづくいわば戦後史的必然性のような積極的契機ももちろん、それは、マグナ・カルタの機能の擁護という契機ではなかったが、存したといえるが、大野論文においては、このような積極的契機、換言すれば、イギリス近代刑法史を研究することの必然性のようなものは必ずしもそれ程、強くは意識されていないようにみられる。そのマグナ・カルタの機能の擁護という観点も、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を十分にふまえた上でのものだと、必ずしもいえないように思われる。社会経済史的分析の弱さに帰因するものと考えられるが、前述の桜木論文との差異もこの点に由来するものといえよう。その意味では、大野論文をもって、自覚的なイギリス近代刑法史研究の第一歩と位置づけることは必ずしも適當ではないように思われる。むしろ、前期の近代刑法史研究との継続性が強いが、しかし、無自覚的にせよ、これらの研究を通じて、実は、本格的なイギリス近代刑法史研究のための準備が進められていたといえるべきかも知れない。

五 最後に平野義太郎「ジャン・ポール・マラー刑事立法のプラン」であるが、それは、ロベスピエールやダントンと並んで、「フランス革命における最左翼」たるモンタニャールジャコブンの「三巨頭」の一人と称せられるマラーの、したがってその意味ではモンタニャールジャコブンの刑法思想を典型的に表現すると推測される、『刑事立法のプラン』(Plan de Législation Criminelle, 1780)の紹介を内容とするものであった。

ところで、『刑事立法のプラン』は四部から成り、前二部が刑法、後の二部が刑事手続に充てられ、更に前二

部のうち、第一部が「よき立法の基礎原理について」と題して総論上の基本問題を扱っているのに対して、第二部は「犯罪と刑罰について」という表題の下に各論上の諸問題を検討しているが、平野博士はまず始めに「よき立法の基礎原理について」を取り上げられ、ゲルツェンゾンのマラー評価に依拠しつつ、マラーの刑法思想を次のように紹介された。

(一)マラーは「序言」において、刑事立法の根本的性質が「政治組織体系と必然的に結びついている」政治制度であることを、すなわち、専恣の専制主義政治にはその権力と結びつき、それを擁護する刑法があり、正義と自由の支配する社会の政府には、人権を重んじ、そして被告人の人権をも重んずる刑事訴訟手続とともに、たとえば職権を濫用し人民に損害を与えた官吏を国家犯罪として重く罰する刑法があるように、刑事立法が「各々の特定の政府状態と本質的に一致したものである」ことをあきらかにし、『刑事立法のプラン』が「自由な人間のために書かれたものであることを宣言する(二)そして、マラーは「序言」に続く「刑事立法のプラン」の項において、正義と自由の支配する社会における、犯罪に対する刑罰・刑事訴訟の目的を定義づける。「正義を害することなしに犯罪を罰する」ということは、悪人を弾圧し、無実の冤罪者を保護し、弱い者を抑圧者から解放し、暴政者からその剣を奪い、社会における秩序を維持し、そして社会の仲間に安全を保障することである」と。マラーが「弱者や貧乏人を抑圧者から解放する」(権力を濫用する権力者を罰する)ことを刑法の目的とする点は、ベッカーリアの思想よりもはるかに根本的に発展したものであり、「暴政者からその剣を奪う」ことを刑法の目的とする点は、フランス革命憲法(一七九三年)の革命権・抵抗権を刑法で具体化するものである(三)正義と自由の支配する社会における刑事法の目

的をこのように定義したマラーは、「法律について」と「法律に服従する義務づけについて」という項において、正義と自由の支配する社会のみが、したがってまた「一般意思」の体現たる法律のみが社会構成員に対して法律への服従を義務づけうることを、法律に違反した者を罰する権限をもつことを指摘する。すなわち、その成員のすべてに対して（生活保護）義務を履行した後に始めて、社会はその法律に違反した者を罰する権限をもつと理解する。ただし、マラーによれば、国家のすべての成員がその制定にあたり参加しないような、そしてまた最大多数の最大幸福をめざさないような「偏頗な」法律は、「傲慢な支配者の命令」以外の何ものでもなく、その支配は「ごくごく少数の者が大多数の人民に加えている仮借ない暴政」に他ならないからであり、「ただ不利益だけで社会と結びつけられている」貧乏人はブルジョア法律を尊守する義務がなく、むしろ抵抗権と生きる権利をもつからである。「良き」刑事法の前提として、「人類の犠牲において少数の個人を富ますために作られた専恣の法律を消滅させねばならぬ。国民のある階級を他の階級の敵とするあの醜態な不平等を消滅させねばならぬ。そして、ごく少数者の幸福のために大多数が病み衰え、ごく少数者が大多数者の幸福を恐れねばならぬあの醜態な不平等をこの世からかき消さねばならぬ」とマラーは主張する。法が最大多数の最大幸福をめざすことは既にベッカーリアによって述べられてきたが、マラーは更に貧乏人の大衆に着眼するに到り、しかもブルジョア革命の真只中で庶民・貧乏人の最も能動的な民主主義的性質を高調しジャコバンの法思想を展開している。ここでマラーは「人類の犠牲において少数の個人を富ますために作られた専恣の法律」やブルジョア国家権力の正体をつきとめ、ベッカーリアを超えて階級闘争の見地に立っており、ロベスピエールとともに人間の不平等の起源は私有財産（富）にもとづくものと考えてお

り、フランス革命の平民的民主主義を徹底的に貫徹するに従い、共産主義者バブーフの「平等者の宣言」に發展する基礎をこの書の出た既に革命以前に（一七八〇年）しかも刑法論の中で展開したのである（四最後にマラーは「刑法について」、「法律のサンクションについて」および「刑罰について」の項において、「正しい、そして賢い刑法の本質」を列挙する。「重要なことは、何が犯罪で何が刑罰あるかという構想の中に少しの不明、何らかの不和、そしていささかの専恣も支配してはならないということである。なぜならば、すべての人々が法律を完全に理解し、法律を侵せばいかなる危険にさらされるかを理解することが重要だからである」「刑法は明白に社会の利益になるところの特定のことからについてのみ規定すべきであり、人間の自由を不必要に狭めてはならない。一般の福祉にとって意義のない諸規定で人間にあまりに多くの負担をかけることは、逆って必ず法律の権力を破壊することになる」「刑法典が公布されたら、それが尊敬されるにもっともふさわしい形態ですべての人々が知れわたさるべきである」「よく整った社会では犯罪を罰することよりも予防することをより重要な問題とし、それはしばしば軽い刑罰で成功する。だが、人がこの二つのことをただ分離するならば、よい立法の担務に関する理解を著しく欠くことになるであろう」「刑罰は犯罪の軽重と釣りあいとれていることが社会の利益である。なぜならば、社会を単に侵害する犯罪よりも社会を破壊する犯罪を避けるのが社会の利益だからである」「軽微な法律違反を嚴重に処罰することは国家権力をしていたらずに奔命に疲らさせるだけで何の利益をもたらさないばかりではない。むしろ犯罪を多角化させ悪質化させ犯人を極度に行き過ぎの犯罪に導くことを意味する」「刑の慘酷は法律の執行をほとんどいっつでも妨げるものである。つまり加罰に止め度の標準がなくなれば、単なる軽微な犯罪にだけ責任ある不

幸な人に、重く罰する刑罰を裁判所が避けるようになる」「正義は刑罰が常に犯罪に釣りあい、相当することを要求する以上、人間性は刑罰が決して惨酷であってはならないことを要求する。寛大な刑で目的が達せられるならば、その方がより有益の値うちをもつ。被告人を処罰するにあたり、裁判所は法律違反に対して応報する態度をとるよりも、むしろ法律を破るようになった者を抑制するような態度をとるべきである。刑の厳格が犯人を畏怖させるということを信じるのは誤りである。そんな考えはたちまちに吹きとばされる」「刑罰を確定するにあたっては、犯罪によって侵害せられた秩序を回復し、贖罪させるように、犯罪の性質と同一の基準において努めねばぬ。犯行から刑罰を結論するということは、それ故に刑罰が犯罪と合致することが最良の方法である」。ここでマラーは、一貫して刑法・刑罰による法律・刑罰万能思想を排斥しているのであるが、道徳・習俗に対してむしろ補充的性質をもつという刑法本来の使命と限界を意識し、かつよい道徳・習俗を教育を通して発展させることが肝要であることを明確に指摘している。立法者および裁判官は犯罪に対して刑罰を加えるのであるが、それよりも犯罪の予防と犯人の教育の方に重きを置き、また刑罰と教育の両者を結合させるべきであり、しかも、犯罪の予防・犯人の教育は刑法の変革のみならず社会それ自身の変革をも前提とし、それと結合してのみ可能であることをマラーは指摘している。

マラーの刑法思想を右のように紹介された後で、続けて平野博士は『刑事立法のプラン』の第二部「犯罪と刑罰について」を取り上げられ、とりわけ国家犯罪・所有権を侵害する犯罪・風俗犯罪に関するマラーの見解を紹介された。そして、マラーが、専制主義の下にある犯罪と正義・自由の支配する新社会の犯罪とが根本的に本質を異に

すること、重刑に処すべきは勤労者の人権や人民の利益を裏切り、祖国を裏切る支配階級や官吏の反革命的な重罪であること、君主に対する弑逆罪も單純謀殺罪にすぎないことを指摘するとともに、他方で、いたるところで犯罪を生み出す経済社会の実体を刑法の根本問題として提起し、財産(富)の偏った分配、支配階級の淫乱が諸種の財産犯、風俗犯の原因であることを明確にし、この原因を取り除くことなしに犯罪を撲滅することはできないことを指摘している点に注目される。

このように述べてくると、平野博士がマラーおよびその『刑事立法のプラン』をどのように評価されたかは既に明らかであろう。すなわち、「マラーをベッカーとならんで、たんに進歩的な人道主義とだけその地位を歴史的に位置づけるのは誤である。ベッカーは專制的封建刑法・裁判を根本的に批判し罪刑法定主義をうちたて、人道に立脚する刑事立法の改革をめざしたが、マラーはそれを基礎としながらも、フランス革命の真只中で権力に到達しつつあるブルジョアジーの法思想と対決し、ロベスピエールとともに、搾取者と反革命犯を弾劾し、自由・平等だけでなく友愛の民主主義革命をブルジョアジーに押しつけ、ブルジョアジーをこえてフランス革命を推進した勤労人民の法意識を基礎としながら、人民の民主主義を刑法・裁判のなかで発展させようとしていたからである。したがってマラーの『刑事立法のプラン』は、資本主義社会の刑罰法規にたいする仮借ない闘いをふくむものであって、この法的な闘いは、こんにちの刑事立法にたいしても、きわめて適切な示唆をふくんでいる」という評価がそれである。いわば、「人道主義」刑法思想⇨啓蒙主義刑法思想から区別される「革命的民主主義」刑法思想と位置づけられた点に右の評価の特徴が存するといえよう。

とすれば、平野博士が、「改正刑法準備草案の総合的検討」にあてられた特集号のなかで、マラーの『刑事立法のプラン』という稀有の珍しい古典をわざわざ紹介された理由も容易に想像されよう。平野博士によれば、マラーの刑法思想をもって「革命的民主主義」と位置づけられ、そこから、マラーの刑法思想の発掘および紹介が、「刑法・犯罪や刑罰を根本的に再検討して刑法編纂に系統だった新しい理念をうちたてる必要がある」⁽²⁾ 今日、極めて重要な現代的意義をもつことを問題提起されたものといえよう。マラーの『刑事立法のプラン』の紹介を通して、「改正刑法準備草案」などに示される「上から」の近代化という観点からの、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を有する戦後の刑法全面「改正」路線とは本質的に異なる、刑法の「民主化」という観点からの全面改正作業の必要性およびその進むべき方向を、いわば間接的に示唆されたものとみることが可能であろう。

なお、既に暗示したように、マラーの刑法思想をもって「革命的民主主義」、その社会的背景をもって「ブルジョアジーの法意識ではなく、都市ならびに農村の勤労者の法意識」⁽³⁾との位置づけはゲルツェンゾンに由来するものであるが、もちろん、右の社会経済的分析は仮設の域を出るものではない。⁽⁵⁾ また、ゲルツェンゾンが啓蒙主義刑法思想とマラーの刑法思想との「異質性」を過度に強調した点は問題とされよう。ただし、一定の重要な相違、換言すれば対立をもつにもかかわらず、基本的には共に「市民」的刑法思想という歴史的範疇に属するものと考えられるからであり、この点に留意する必要があるように思われるからである。⁽⁶⁾ その是非はフランス革命の詳細な検討にまたざるをえないが、しかしながら、マラーの刑法思想が、「都市ならびに農村の勤労者の法意識」にもとづく

か否かは別にしても、したがって「市民」的刑法思想の枠内にとどまるか否かは別にしても、近代刑法の本質的批判へと連なる視点をも内包し、この点でベッカリアの刑法思想と重要な相違をもつことは、「刑事立法のプラン」の論理的分析からも明らかであろう。その意味で、「従来の刑法学界からネグレクトされてきた」マラーの刑法思想の現代的意義を問題提起された平野博士の先駆性は高く評価されるべきであろう。風早博士などによって切り開かれた啓蒙主義刑法理論研究とは異なる、近代刑法史研究の新しい領域に研究対象を開拓されたものといえよう。ただし、これをもって両者の研究の本質的相違を導くことは誤りである。両者の基本的関心はともに近代刑法の歴史の意義を、したがってまたその本質的限界を論じるところにあるからであり、その意味では、歴史的分析を媒介として刑法の「民主化」のためのいわば理論的基礎および社会的基礎を追求するものだからである。ただ、「民主化」の具体的内容を何に求めるのかという点の理解を異にされた結果、風早博士の啓蒙主義刑法理論研究、およびその延長線ないし発展線上に位置づけられる桜木教授の一連の近代刑法史研究が、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右の「民主化」にとって重要な意味をもちうるという観点から、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考察に向ったのに対して、平野博士のマラー紹介においては、「人民の民主法学」⁽⁸⁾としての刑法学の樹立という観点から、マラーの歴史的証言を借りて近代刑法の本質的限界を批判することに重点が置かれたといえよう。⁽⁹⁾ここに、前者の研究がその後刑法学界に大きな影響を与えたのに反して、後者の問題提起が十分に受けとめられたとは必ずしも今日までのところいえない⁽¹⁰⁾ことの理由の一端が存するよう思われる。

以上、占領前期における刑法状況の「民主化」を更に前進させるという観点からのこの期の数少ない近代刑法史研究を考察してきた訳であるが、最後に、これまで述べてきた諸研究の中にみられる特徴を指摘して右の考察をひとまず終えることにしよう。すなわち、この期においては、新しい刑法の理論的基礎として、罪刑法定主義を始めとして罪刑均衡原則や責任原則など刑法のマグナ・カルタ的機能を表現すると考えられる諸原理の意義を歴史的に再確認しておくという作業の重要性和必要性が「護憲運動」との関連で前期以上に痛感され、その一層の発展が図られる中で、戦前の、とりわけ風早博士の切り開かれた啓蒙主義刑法理論研究を継承することが強く意識され始めるとともに、他方で、占領後期における刑法状況の再転換そしてそれに続く「新たな反動化過程」によって近代刑法の保障原則が突き崩される危険を目の前にして、近代刑法の保障原則が何故、崩壊されざるをえないのかその特殊日本的原因ないし本質的原因とは何かを、したがってまたそれを成立せしめるための「二重」の前提条件とは何かを歴史的に分析することの必要性和重要性が戦前に引き続いて再び強調され始めた、という指摘がそれである。その意味では、戦後第一期と比較した場合、新しい傾向も⁽¹⁾っとも、それは相対的なものすぎないが⁽²⁾出てきたといえるかも知れない。

(1) 平野・前掲「刑事立法のプラン」二七〇—二七一頁。

(2) 平野・前掲「刑事立法のプラン」二七一頁。

(3) 平野・前掲「刑事立法のプラン」二六九頁。

(4) A. A. Herzenson, einem Vorwort zur russischen Ausgabe, in Plan einer Criminalgesetzgebung, Veb Deutscher Zentralverlag, Berlin, 1955.

(5) なお、ゲルツェンゾンはその後、『ジャン・ポール・マラーの刑法理論』(A. A. Гершензон, Уголовно-Правовая Теория Жана Поля Марра, 1956.)などを発表し、右の評価を更に展開しているが、それを紹介するものとしては、佐藤雅美「マラーの革命的刑法理論」について(佐藤雅美・鯉越溢弘・植田弘・吉村弘「マラー・ノート」『法の科学』四号[昭和五〇年])が存する。

(6) なお、マラーの刑法思想に関して、右の平野博士と異なる理解を示すものとして拙稿「マラーと刑法」(『愛媛法学会雑誌』一卷一号[昭和四九年]三七頁以下)が存する。それは、マラーの刑法思想の「市民」的刑法思想という側面に焦点を置くものである。

(7) 平野・前掲「刑事立法のプラン」二七一頁。

(8) 平野義太郎「法律学、昔と今」(『法律時報』四二八号[昭和四〇年]四八頁以下)。

(9) なお、木田純一「戦後民主主義と刑法学」(一粒社、昭和五三年)は、「戦後民主主義法学」のとらえ方に関する風早博士と平野博士の関係を次のように叙述する。すなわち、「風早氏は、一方で、プロレタリア的マルクス主義の立場に立ちながら、他方で、ブルジョア民主主義の立場に立っているのである。そして、その二つは、二つの異なった立場としては認識されずに、マルクス主義の立場を基盤とすると意識され、そのうえに、プロレタリア科学とブルジョア科学が統合されるのである。そして、それは、特に『新派』に対峙するかぎりで一致する。そのようないわば二元論的刑法学が風早理論の基潮となっており、一方は基本的立場で背後にあり、他方は武器論あるいは戦術戦略的立場で『同盟』あるいは『統一戦線』路線での包括が試みられている」(五九頁)。「ブルジョア刑法学を武器にとり、その社会的変革は、社会政策論でアローチした」(六一頁)。これに対して、「平野義太郎氏は、……戦前の法学を『官僚法学と自由民権法学』にわけ、戦前の民主主義法学を官僚法学に対決する自由民権法学として規定し、戦後の民主主義法学は『ブルジョア民主主義法学から人民の民主主義法学へ』移行するものとする」(『勤労人民が私有財産制度(こんにちの国家独占資本主義)を基礎とする『法の支配』と対決し、ほんらいの法の合則性の基礎にあるべき民主主義的諸権利と基本的人権をまもり、おしすすめ、搾取と圧迫のない社

会をつくりだす、社会主義展望のたたかいのなかでこそ、新しい人民の民主主義的な法秩序が創造される。」ものとする。平野氏は、市民法学からブルジョア民主主義法学へ、そしてさらに人民の民主主義へという図式を呈示する。ここに現代『民主主義法学』を、ブルジョア民主主義法学として規定する沼田理論と、人民民主主義法学として規定する平野理論が存在していることが分る。しかし、両者は論争をしないまま併存している。両者の相違は、市民法学をどのように扱うかにあるように思われる。平野理論によれば『市民法学、法社会学を批判せねばならない』とされ、沼田理論によれば、反ナチである限り、観念論であっても包括すべきものとす(七一頁)。

(10) その数少ないマラー研究として、前掲「マラー・ノート」が注目されよう。ここでは、マラーが多角的に検討される。(11) 木田・前掲『戦後民主主義と刑法学』は、戦後第一期(教授によれば一九四〇年代後半)の「民主主義」、戦後第二期および第三期(五〇年代および六〇年代)の「民主主義」、戦後第四期および現代(七〇年代)の「民主主義」を区別し、その各々を次のように規定する。すなわち、「初期」民主主義、「護憲」民主主義、「現代」民主主義という規定がそれぞれである。そして、「護憲」民主主義をもって次のように特徴づける。それは「体制」に対決する抵抗の中で形成されたものであり、その意味では、「抵抗」民主主義であり、したがって、それは単に理論として形成されただけでなく、何よりも「民主主義運動」として展開された。

六 しかしながら、このような新しい傾向の出現にもかかわらず、この期の近代刑法史研究における支配的潮流を右の諸研究に求めることができないことは前期と同様である。この期においても、前期に引き続いて、木村博士の近代刑法史研究が、その戦後刑法学に占めた影響力の大きさ⁽¹⁾とあいまって、一の支配的地位を維持し続けた。それどころか、むしろ、現象的にみれば、木村博士をも含む多くの研究者によって一層の充実が図られたときえいえよう。

充実が図られた第一の点は「学派の争い」および戦前におけるその「止揚」の動きに関してである。すなわち、この期においては、「学派の争い」および戦前におけるその「止揚」の動きがより詳細に整理されることになった。ただし、戦後、「学派の争い」が刑法学界の主要な関心対象から急速に去り、その「止揚」が問題とされる中で、西ドイツ刑法学の影響を受けて占領後期以来、展開されてきた目的的行為論や人格責任論などはこの期にその「新しい」「再編成された」解釈論²⁾犯罪論の構築作業を一応、完了したが、ここでは、その目的的行為論や人格責任論による「止揚」の前提として、「学派の争い」および戦前におけるその「止揚」の動きが詳細に総括されるとともに、右の総括がその「新しい」「再編成された」解釈論³⁾犯罪論体系のための歴史理論として発表されたからである。例えば、大塚仁『刑法における新・旧両派の理論』(昭和三二年)や団藤重光『刑法綱要総論』(同三二年)に所収された「刑法理論」(一二頁以下)などがそれである。これらの研究の多くは、「止揚」された「旧派理論」の主張者によるものであり、したがって「新派理論」を基礎としつつ、そこから「止揚」を図られた木村博士の前期以来の研究との間に一定の重要な相違が存するようにみうけられるが、それにもかかわらず、戦後第一期における木村博士の近代刑法史研究が、「止揚」された「旧派理論」の主張者によっても、「学派の争い」および戦前におけるその「止揚」の動きに関して、より深められたところに、その意味では両者の近代刑法史研究が全体として一つの潮流を形成していたところに、この期の支配的な近代刑法史研究における特徴的な動きの一つが求められるように思われる。そこで、以下では、木村博士の戦後第一期における近代刑法史研究の発展という視角から、右の「止揚」された「旧派理論」の主張者による近代刑法史研究をみることにしよう。

なお、その前に植松正『刑法概論—総論』(昭和二八年)に所収された「刑法学における学派抗争の展開」「刑法学における学派抗争の止揚」などの研究に触れることが必要であろう。けだし、それは右の研究のいわば先駆けをなすものであり、そこでは、近代刑法史研究は何よりも「止揚」された「刑法理論」を再構築するための前提作業として捉えられるべきであり、したがってその中心的な課題も「学派の争い」および戦前におけるその「止揚」の動きの検討に置かれるべきであるという課題設定が極めて素朴に表現されているからである。すなわち、ここでは、「この両学派の抗争は、特にわが国においては、とかく極端化して論ぜられ、その学的抗争が全く質的相違に基づくもので、全然相互に相容れる余地がないかのように言われてきた。しかし真理は一にして二あるものではない。真理を求める者はしいて既存の何々主義にこだわることなく、真実を直視して論理を進めるべきである。上叙の学派対立は学説史の自然的経過のうち形成されたものであるが、今日、これを理論上として見るとき、学理を歴史の偶然的絆から解放して、純理の上のうち立てなければならぬ。そこに両派の抗争を止揚する道程が開けるのである」⁽⁴⁾との問題意識の下に、「学派の争い」が概観され、「右の概観を基礎として、その「主要な対立点」が、「両学派の対立を約言すれば、(一)古典学派は(1)意志自由を前提とし、(2)犯罪人の道義的責任を追究し、(3)犯罪行為の客観的表現ことに結果を重視し、(4)刑罰については一般人に対する予防効果の実現を期し、(5)正義の実現として応報刑論の立場に立つのに対して、(二)実証学派は(1)意志自由を否定し、(2)犯罪人には社会の成員として刑罰に服すべき責任があるが、(3)その意味での責任判定は行為の結果よりは行為者の性格に準拠して行なわれるべきであり、したがって、(4)刑罰はその犯罪人に対する対策として特別予防の機能を営むものであり、

(5) その者の改善を目的とするとの立場に立っている。この五つの特色的対立は、(一)意志自由論と意志決定論、(二)道義的責任論と社会的責任論、(三)客観主義と主観主義、(四)一般予防主義と特別予防主義、(五)応報刑主義と目的刑(教育刑)主義という関係になる」と位置づけられるとともに、その「止揚」が理論的に検討されているからである。ただし、右の研究それ自体は、序論の域を出るものではない。詳細な理論史的検討は後日に譲られることになったといえよう。その意味では課題設定にとどまったといわざるをえないように思われる。

(1) 木田・前掲『戦後日本の刑法学』五一頁は「かつての牧野・小野と並んだ權威を、戦後は、木村・団藤が受け継いだともいえるのである」とする。

(2) 三井・前掲「刑法学説史(二)日本・戦後」一五八—一五九頁。

(3) なお、時期的には少しずつれ次の戦後第三期に発表されたものであるが、福田平「刑法思想の歴史的展開」『刑法総論』「有斐閣、昭和四〇年」五頁以下)なども同系列の研究として位置づけることが可能であろう。

(4) 植松・前掲『刑法概論—総論』一五頁。

七 右の課題設定を受けて、「正しい理論を追求して展開された両派間の真摯な抗争は、むろん高く評価されるべきであるが、今日の時代的要求と社会的必要とは、すでにさような相剋を根本的に統合する新たな理論の出現を期待しているといわねばならない。そうして、最近の理論的動向こそ、まさに、このような期待に応えようとするものにはかならずである。かようにして、刑法学の新しい理論を理解し、その今後の発展を論ずるためには、従来の新・旧両派の理論的対立の実相を明確に認識することからはじめられねばならない。矛盾し合う各契機を適切

に把握することによってこそ、それらの止揚の可能性は招来されるべきだからである」というより鮮明な問題意識の下に、「学派の争い」および戦前におけるその「止揚」の動きを詳細に理論史的に検討されたのは大塚教授であった。すなわち、「新・旧両派の刑法理論とその止揚の動向」(昭和三十一年)に全面的に加筆して発表された『刑法における新・旧両派の理論』がそれである。いわば大塚教授によって、植松教授が提起されたような意味での近代刑法史研究が完成せられることになったといえよう。同書をもって、この期の支配的な近代刑法史研究におけるもっとも重要な作品の一つであるとすることは誰しも異論のないところであろう。

同書によれば、「ヨーロッパにおける刑法学派の争い」および「わが国における刑法学派の争」が詳しく考察された後で、右の考察を基礎として、戦前のわが国における「犯罪論における新・旧両派の理論的対立」「刑罰論における新・旧両派の理論的対立」が細かく整理された。もちろん、同書の中心が後者の整理にあることはいうまでもないが、この点については、「著者は、刑法の解釈論につき、両派の人人がいかに所見を異にするかと列挙していられる。まず、『犯罪論の体系』をはじめとして、刑罰論の解釈方法、いわゆる罰型論、故意過失、責任、違法性、未遂、共犯、罪数論、更に刑罰における一般予防特別予防及び刑と保安処分との二元主義か両者の一元化かという点にわたり、詳細にわたって諸家の見解の異同を論じていられる。坊間行なれる便覧の類には、この種の併列比較が試みられていて、頗る便宜を感じるものがあるが、著者は単に異同を挙げられるだけに止まらないので、学派の対立ということを用意して事を論ぜられるのである。そこに、科学的にして論理的なものがあり、わたくしとして、頗る多きを学び得たものがあるのである。これは、詳細にして適切な論述であることにおいて、特に著者を

してはじめて為し得られるところとおもうのである外に、更に、抽象的な学派の争を具体的な適用の論述において指示せられるところが、方法的に考えて、用意が周到であるといわねばならぬ。議論が空漠に流れてしまわないわけである⁽³⁾という適切な評価を紹介するにとどめ、ここでは、右の整理の前提となった前者の「ヨーロッパにおける刑法学派の争」および「わが国における刑法学派の争」を取り上げることしよう。ただし、そこには大塚教授の「学派の争い」およびその「止揚」を中心とする近代刑法史研究の基本的な性格がより端的に表われているように考えられるからである。

「ヨーロッパにおける刑法学派の争」は、その表題にもかかわらず、専らドイツにおける「学派の争い」を論じているが、ドイツにおける「学派の争い」をもって「ヨーロッパにおける刑法学派の争」と表題されたところに、教授のドイツ刑法学史研究の真骨頂が存するように思われる。すなわち、(一)「時期的な多少の先後と、熾烈さの程度のうちがいこそあれ、学派の争は、ほぼ、世界的な現象であったといえよう」⁽⁴⁾として、近代刑法史一般に共通の現象たる「学派の争い」を措定された後で、(二)「学派の争い」の中心をなしたのは、一九世紀末葉以後とくに二〇世紀初頭におけるドイツの学界であった、という事実を摘示され、(三)その帰結として、近代刑法史一般に共通の現象たる「学派の争い」は、ドイツにおける「学派の争い」に典型的に反映されていると評価される、という三段論法がそれである。その意味では、ドイツにおける「学派の争い」をもって「ヨーロッパにおける刑法学派の争」と表題されたのは、むしろ当然のことであったといえよう。そこから、ドイツにおける「学派の争い」の詳細な検討に進まれ、まず始めに、右の「学派の争い」に理論的基礎を提供した「旧派刑法理論」および「新派刑法理論」の形

成過程が概述されることになった。そして、「旧派刑法理論」の形成過程に関して、「旧派の刑法理論は、本来、アーン・レジームの封建的桎梏に対して、個人の自由を高調した近世の啓蒙主義的法治国思想をその背景とする。それは、ベッカーの主張に端を発し、カント哲学の影響をうけつつ、フォイエルバッハ以来のドイツ刑法学によって、漸次具体的形態を与えられ、かつ一応の完成にみちびかれたものであるといえよう」⁽⁵⁾「ベッカー以来の諸家の見解には、個々的には、かなりなニュアンスがともなうのであるが、いずれも、ほぼ、罪刑法定主義と結んだ自由主義的観点において、客観主義を採用し、かつ応報刑論を基調とする点に、一応の共通性をもつものといえよう。そこに、いわゆる旧派の刑法理論が形づくられるのである。それらは、刑法学に統一的体系を付与し、かつ、犯罪における各種の概念・定義を明らかにした点に、いちじるしい功績があるものとされている。近代刑法学の理論的骨子は、実に旧派によって形成されたのであった」⁽⁶⁾と理解されたが、特徴の第二として右の理解を指摘することが可能であろう。ただし、ベッカー等の啓蒙主義刑法理論と「ドイツ旧派(後期旧派)刑法理論」との、例えば「相対主義」に対する「絶対主義」などの相違が十分に意識されつつも、基本的には両者の連続性が措定され、「旧派刑法学」なる名称の下に包摂されているからである。その結果、「旧派刑法学」一般の自由主義的側面が強調されるとともに、右の「旧派刑法学」の完成者として「ドイツ旧派(後期旧派)刑法理論」が位置づけられることになった。それは、「新・旧両派の刑法理論の対比」に際して、「まず、その思想的・国家観的背景としては、旧派の見解が、近世の啓蒙主義的でないし、合理主義的精神に胚胎し、自由主義的法治国思想を基盤として、犯罪および刑罰の法律的把握を志すに對し、新派の立場は、政策的任務を担う社会的国家の観念を基底におき、実証科学的

見地において犯罰の原因を探究し、その除去についての目的意識的な方法を論じようとするものである⁽⁷⁾「犯罪觀念の把握については、旧派の見解が、一般にいわれる非決定論に立つて、自由意思を有する理性人を理論的前提とし、その外部的・現実的に発現した個々の犯罪行為およびその結果に着眼して、いわゆる行為主義・現実主義および客観主義を採るに對し、新派の見解は、決定論に立つて、罰せられるべきは、素質と環境とによって宿命的にみちびかれる犯罪行為ではなく、行為に徴表される社会的危険性ないし危虞性を有する犯罪人じたいであるとして、いわゆる行為者主義・徴表主義および主観主義を主張する⁽⁸⁾」(傍点引用者)と叙述されておられる点からも明らかであろう。特徴の第三は、「新派刑法理論」の形成過程に關してである。大塚教授によれば、「リストは、ベンサム、イエーリング等の社会功利主義的目的思想を繼承して、これを刑罰理論に適用し、刑罰は国家的なものである以上、原始的な本能的・衝動的なものであるべきでなく、それじたい必要性と合目的性を具有しなければならぬとして、いわゆる目的刑論を説き、また、刑罰によって一定の法益を保護することを期していわゆる保護刑論を唱えた⁽⁹⁾」彼の立場は、イタリア学派の主張に比して、はなはだしく隠健であるが、さらに、たとえば、刑法に犯罪人のマグナ・カルタとしての機能をみとめる点等において、新派理論の本来的傾向を多分に修正して、實際的妥当性を付与したものと見えよう、体系論的にも解釈論的にも旧派の伝統を踏襲するところが少なくないのである。そうして、その立場が、爾後における新派の刑法理論の礎石とされたのであった⁽¹⁰⁾」(傍点引用者)と把握されたが、「彼(ベッカリア)によれば、立法の目標は、最大多数人に分配された最大幸福であり、社会全体の幸福を維持する必要なかり、各人はその自由の一部分を犠牲に供しなければならぬ。刑罰権は、かような社会契約の範囲内において

行われるべきであり、かつ、犯罪と均衡するものとして、法律によってのみ高められるべきである。刑罰の本質は、応報ではなく、犯人に対する将来的な犯罪の予防と社会一般人に対する警告とにあるのであり、その必要を超える刑罰は、惨虐・不正であって、死刑は例外なばあいを除いては廃止されねばならない。すなわち、彼の主張においては、罪刑法定主義が闡明されるとともに、犯罪に関するいわゆる客観主義および刑罰に関するいわゆる相対主義が採用されている」⁽¹¹⁾「……相対主義的見地において、刑法理論を構成したのは、フォイエルバッハであった。彼も、啓蒙主義的合理主義を根拠として、法の規則にしたがった人間の共同生活の目的に反する一切の行為を防止するために、国家は種々の物理的強制を加えうるのであるが、その前提としてさらに心理強制がみとめられねばならないとする。すなわち、犯人は犯罪によってえられる満足感のゆえに法を侵害するのであるから、犯罪に対して必然的に科せられる刑罰の苦痛が、犯罪を思いとどまることによって生ずる不快感よりも大きいことを知らせることによってその防止は期せられるべきであり、国家は、法律によって犯罪とこれに対する刑罰とを予告して一般人に警告し、犯罪から遠ざからせねばならぬと説くのである」⁽¹²⁾(丸括弧内および傍点引用者)などの叙述と考へ併せると、ベックリア・フォイエルバッハ・ベンサム・リスドという社会功利主義・相対主義の系譜をほめかされたものといえよう。ただし、それにもかかわらず、「旧派刑法学」の完成者として「ドイツ旧派(後期旧派)刑法理論」を位置づけられた結果、近代刑法史における主要な理論的対立を、右の系譜上にはなく、むしろ「ドイツ旧派(後期旧派)刑法理論」と「新派刑法理論」との「学派の争い」に置かれていることに注意しなければならないであろう。「旧派刑法理論」および「新派刑法理論」の形成過程がこのように分析された後で、いよいよ、ビルクマイエ

ルとリストを代表者とする「学派の争い」の模様が詳述されることになったが、そのまとめに代えて、「学派の争い」のその後の経緯が簡単に触れられることになった。そこで注目される点は、「ドイツにおける学派的論争は、一九二〇年代において急激に下火になった。とくに、両派の代表と目されたリストとビルクマイエルとが、それぞれ一九一九年および二〇年に相継いで他界したことは、事実上論争の焰を吹き消したものと見てよいであろう。そうして、ナチス政権の出現は、この傾向にさらに拍車をかけたのであった。そこでは、周知のように、理論上新派的・主観主義的な意思刑法論と旧派的な贖罪論とが結びつけられて展開されたのであるが、刑法に関する学界じたいについても国家的統一が企てられ、一九三三年、従来対立を示してきた国際刑事学協会のドイツ部会とドイツ刑法協会とが統合され、新たに両派の学者を含めてのドイツ刑法協会が組織されたのであった。これによって、両派の対立は、事実上、終止符を打たれたわけである。かようにして、その後のドイツにおける刑法学上は、旧派的な規範的思考方法と並んで、しだいに新派的な事実学的研究態度が併せ考慮される傾向にあるのであり、それは戦後にいたっていよいよいよいよいえるであろう。また、刑法改正事業の経過をかえりみても、根本において刑法の応報的性格は保持されつつも、同時にその一般予防的および特別予防的機能が強調されることとなっている等、両派の主張の実際的統合の様相を知りうるのである」として、基本的には戦前における「学派の争い」の「終結」と、戦後における「止揚」とを連結しておられる点である。ただし、これをもって、大塚教授が、ナチスによる「学派の争い」の「止揚」と戦後における「止揚」とを連続線上に位置づけられたものとみることとは早計であろう。ただし、ナチスの意図した止揚とは新派的・主観主義的意思刑法論と旧派的な贖罪論を結びつけること

であったと規定されるのに対して、「その後のドイツにおける刑法学上は、旧派的な規範学的思考方法と並んで、しだいに新派的な事実学的研究態度が併せ考慮される傾向にあるのであり、それは戦後にいたっていよいよいよいよじりしいといえるであろう」(傍点引用者)と定義されるからである。その意味では、大塚教授によれば、ナチスの「止揚」と刑法学上の「止揚」とを慎重に区別され、後者の刑法学上の「止揚」をもって近代刑法史一般に共通の現象と理解され、戦後における「止揚」と連結されたとみれないであろうか。

他方、「わが国における刑法学派の争い」は、「学派の争い」を通じて、戦前の刑法学史全体の概観になっているといえよう。ここでは、刑法学史が三段階、すなわち、(一)「明治中期まで」(二)「明治末期・大正期」(三)「昭和期」に区分される。そして、まず始めに「明治中期まで」がとりあげられ、「旧刑法制定の直後から明治三〇年代にいたるまでは、わが刑法学界には、学派的意識はなお明瞭にあらわれていなかったといえよう」(15)「かようにして、明治中期までのわが学界においては、徹底した意味における学派的な理論の対立はみられなかったといつてよいのである」(16)と結論されることになった。その理由として大塚教授があげられる点は二点である。一つは、「すでに明治の二〇年代において、富井政章、穂積陳重の両博士によって、新派的理論が示されているが、いずれも断片的な主張にとどまり、まだ必ずしも十分ではない」(17)「ヨーロッパにおける学派の争を明確に意識しつつ、新派の根本思想を採択されたのは、まず、古賀廉造博士であり、また勝本勘三郎博士であった」(18)が、「古賀・勝本両博士においても、さような新派的根本思想を刑法解積論の隅にまで十分滲透させられているわけではない」(19)い、という点である。二つ目の理由は、「旧派」側の事情であるが、「このような新派的根本主張に対抗すべき旧派の見解は、当時の学界には

なお出現するにいたっていない。たとえば、岡田朝太郎博士にしても、小疇伝氏にしても、その学派的立場は明確とはいえないのである⁽²⁰⁾という点がそれである。もつとも、大塚教授によれば、他方で、「解釈論における両家（「古賀博士および勝本博士」の所説は、むしろ堅実な旧派的立場を基調としたものといわねばならない）」⁽²¹⁾（丸括弧内引用者）とされるのであるから、「明治中期まで」における一定の「旧派的立場」の存在、すなわち、旧刑法の施行に伴ないその理論化という観点からの主として法学校系刑法学者によるフランス折衷主義刑法理論の導入を全く否定される訳ではない。しかしながら、それにもかかわらず、「旧派の見解は、当時の学界にはなお出現するにいたっていない」とされた点は前述のとおりである。それでは、右の二つは論理矛盾の關係に立つものであろうか。答は否であろう。むしろ、「明治中期まで」においては、一定の「旧派的立場」の存在にもかかわらず、その後の学界におけるいわば嫡流をなす「旧派刑法理論」はまだ出現するにいたっていない、ということをいわんとされたもののようにみうけられる。そして、そこから前述の結論に到られたものと考えられるが、とすれば、そこに大塚教授の日本刑法学史研究の重要な特徴の一つがあらわれているように思われる。すなわち、「国権主義法学」の立場から旧刑法を批判するとともに現行刑法の制定に大きな影響を与えた帝大系刑法学者がわが国の刑法学の先駆者として高く評価されるとともに、右の帝大系刑法学者に着目して、まだ「学派の争い」はみられないとされた点が、それである。その結果、「わが国において、真に刑法学派的論争が展開されたのは、明治末期以降であり、その徹底した意味における新派の理論家は、牧野英一博士をもって嚆矢とするであろう」⁽²²⁾「この牧野博士の立場に、ま

ず対立を示されたのは、大場茂馬博士であり、また泉一新熊博士であった」⁽²³⁾と評価されることになった。ここで

注目される点は、牧野新派があらわれ、次に大場旧派があらわれたことをもって、「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」⁽²⁴⁾「これはヨーロッパ諸国におけるとはまさに順序を逆にするものにほかならない」⁽²⁵⁾と総括された点である。⁽²⁶⁾ただし、それは大塚教授にすればむしろ当然のことであったといえよう。けだし、前述したように、「旧派の見解は、当時の学界にはなお出現するにいたっていない」とされた以上、大場博士をもってわが国における「旧派刑法理論」の出現と位置づけられたのは、むしろ当然のことだからである。「昭和期」においては、「昭和期に入ってから以後、学派的論争は新たな様相を帯びることとなった」⁽²⁷⁾「論争はさらに峻烈化し、刑罰理論についてはもとより、犯罪における微細な解釈論をめぐってもくりひろげられたのである」⁽²⁸⁾「なお、わが国の学派的論争も、一面において、刑法改正事業とからんで展開されたのであった」⁽²⁹⁾「改正事業の過程において、新・旧両派の学者の間にしばしば熾烈な理論的対立がみられたのであった」⁽³⁰⁾「そこには、あたかも、今世紀初頭のドイツにおけると酷似した様相が呈されたといえるであろう」⁽³¹⁾と分析されるとともに、この期における両派の論争およびその理論的相違が整理されることになった。しかしながら、「昭和期」に関する大塚教授の考察はこれにとどまらない。この期における「学派的争い」の「折衷」の動きにも触れられることになった。すなわち、「ヨーロッパ諸国の刑法改正運動に刺戟され、わが国においても、大正末期から昭和一五年にいたるまで、有力な学者・実務家の参画のもとに、政府の手によって刑法改正の努力がつけられたのである」⁽³²⁾「これらは、旧派的理論の伝統の上に多分に新派的主張を盛り込んだ折衷的立場に出るものである」⁽³³⁾という叙述がその第一である。その意味では、大塚教授の日本刑法学史研究は「新旧両派が、……日本法理に流合されてゆく歴史的経過」を完全

に無視しているという木田教授の批判は、必ずしも全面的に支持できないが、それはともかくとしても、少くとも、右の「歴史的経過」に関する大塚教授の扱いが極めて小さいことだけは確かであろう。日本ファシズムによる「学派の争い」の「折衷」ないし「止揚」の動きをもって、わが日本の刑法学史における「夾雑物」とされたものといえよう。その結果、大塚教授によれば、この期における「学派の争い」の本来的な到達点だが、次の「理論的な動き」に求められることになったように推察される。すなわち、「この期においては、両派ともにしだいに理論的接近の様相を示している」「そうして、最近にいたっては、なんらかの観点において、新・旧両派の特論的対立を止揚しようとする学問的意図が顕著となりつつある」という第二の叙述が、これである。「大塚説にあっては、終戦前と終戦後を一体として把握されており、終戦による断絶をみとめない」という木田教授の評価は的を得ているように思われる。戦前の「理論的な止揚の動き」をもって新憲法下においても一定程度、評価できるものと理解され、そこから戦後における「止揚」の動きと連結されたものといえるが、この点も、大塚教授の日本刑法学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。そして、最後に、大塚教授は、以上のような日本刑法学史研究のままとめとして、「わが国における刑法学派の争いの特色」を総括されるとともに、「かようにして、わが国における刑法学派の争は、明治末期から昭和期にかけて展開されてきた。その中心にあったのは、旧派の側において、大場・小野・滝川の各博士であり、新派の側にあつて、牧野・宮本・木村の各博士であるといえよう。それゆえ、これらの諸家の説かれるところを、個々の対比・検討することによって、従来のわが国における新・旧両派の刑法理論の概貌を覚りうべきである」という問題設定の下に、本論、すなわち、前述した戦前のわが国における「犯罪

論における新・旧両派の理論的対立」「刑罰論における新・旧両派の理論的対立」の詳細な整理に向かわれることになった訳である。

「ヨーロッパにおける刑法学派の争」「わが国における刑法学派の争」を通して、大塚教授の近代刑法史研究の基本性格を探ってきた訳であるが、その豊富な知識にもとづいて近代刑法史、とりわけ刑法学史を極めて精密かつ具体的に検討されていることに加えて、より客観的な叙述を試がけられていることが、まず注目されなければならないであろう。例えば、ナチズムおよび日本法理による「学派の争い」の「止揚」という重大な歴史的事実の暗示、あるいはベツカリア・フォイエルバッハ↓ベンサム↓リストという社会功利主義・相対主義の系譜の暗示、更には「昭和期」における両派の論客およびその理論的相違の整理などは、それを雄弁に物語るものである。しかしながら、ここでより重要なことは、それにもかかわらず、基本的な枠組みにおいては、木村博士の戦後第一期における近代刑法史研究の図式が堅持されているという点である。すなわち、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」ないし「止揚」という図式が、それである。そして、前者の近代刑法史一般に共通の現象たる「学派の争い」という点において、戦前の木村博士や小野博士の「学派の争い」を中心とする近代刑法史研究の基本命題が継承されるとともに、その深化が図られることになったといえよう。その意味で、大塚教授の近代刑法史研究をもって、右の基本命題における同一性の故に、戦前の木村博士や小野博士の近代刑法史研究の延長線上に位置づけることは、必ずしも正確ではないように思われる。ただし、そこには観点の相違がみられるからである。すなわち、後者によれば「対立」という観点から「学派の争い」が考察されるのに対して、前者によれば「止

揚」という観点から「学派の争い」が詳細に検討されたという点が、それである。本稿が大塚教授の近代刑法史研究をもって木村博士の戦後第一期における近代法史研究の発展線上に位置づけた理由の一つも、この点に存する。ただし、大塚教授の近代刑法史研究が、その基本的枠組みを木村博士の戦後第一期における近代刑法史研究の図式に負う限りにおいて、その精密性あるいはまたその相対的客観性にもかかわらず、右の図式のもつ虚構性をも発展させることになったことは前述の特徴よりも明らかであろう。ここに大塚教授の近代刑法史研究の基本性格が存する⁽³⁹⁾ように思われる。

- (1) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』ii頁。
- (2) 『法律時報』二八卷二号三九頁以下。
- (3) 牧野英一「兩つの学派の対立と止揚」『刑法内外の動き・刑法研究第十七卷』〔有斐閣、昭和三五年〕八八頁。
- (4) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』一三三頁。
- (5) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』四頁。
- (6) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』一一頁。
- (7) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』三二―三三頁。
- (8) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』三三頁。
- (9) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』一八一―一九頁。
- (10) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』一九―二〇頁。
- (11) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』四―五頁。
- (12) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』五―六頁。

戦後のわが国における近代刑法史研究(三)

- (13) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の特論』二九頁。
- (14) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』二九頁。
- (15) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』三八頁。
- (16) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』四〇頁。
- (17) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』三八頁。
- (18) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』三八頁。
- (19) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』四〇頁。
- (20) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』四〇頁。
- (21) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』四〇頁。
- (22) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』四三頁。
- (23) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』四四頁。
- (24) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』五九頁。
- (25) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』五九頁。
- (26) この点には後に牧野博士によって強く批判されることになった。前掲「両つの学派の対立と止揚」七七―七九頁参照。
- (27) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』五〇頁。
- (28) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』五一頁。
- (29) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』五二頁。
- (30)(31) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』五三頁。

(32) 「昭和期」においては、旧派の陣営に「新たにベーリングおよびエム・エ・マイエルの影響のもとに、刑法解釈論の支柱として構成要件論を用いられる小野清一郎・滝川幸辰の両博士があらわれ、また、新派の陣営には牧野博士門家の木村亀

二博士が加われることになったのである。小野博士は、国家的道義秩序の維持を高調する文化至上主義的立場において、瀧川博士は、社会自由主義的見地、またマルキシズムに好意的な立場において、いずれも客観主義・応報刑論を基調として新派の理論を批判され、木村博士は、根本において牧野博士の主観主義・教育刑論を継承されつつも、同時に多分に規範主義的色彩を加味したいわゆる団体主義的立場において、これに対峙された⁽¹⁾「なお、わが国における新派の刑法学者としては、宮本英脩博士の名を忘れることはできない。博士は牧野博士と並んで、大正期から昭和期にかけて新派陣営に大きな地位を占められたのであった。だが、博士の立場は、……単なる実証主義的見地を超えた人格主義的傾向を帯び、主観的違法論を前提としつつ、……伝統的な社会的責任論に対して、……独自の規範的責任主義に立たれる点に牧野博士とはいちじるしく趣を異にするものがあるのである」と整理される。

(33) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』五三頁。

(34) 木田・前掲『戦後日本の刑法学』二七頁。

(35) 木田・前掲『戦後日本の刑法学』二七頁。

(36) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』五二頁。

(37) 木田・前掲『戦後日本の刑法学』二七頁。

(38) 大塚・前掲『刑法における新・旧両派の理論』五三頁。

(39) なお、大塚教授の「止揚」説の特徴については、木田・前掲『戦後日本の刑法学』六八頁以下がその分析を試みる。

八 大塚教授の近代刑法史研究が右のように極めて歴大なものであるのに比すれば、次にとりあげる団藤博士のそれは、発表されたものをみる限りにおいては、必ずしもそれ程ではない。しかしながら、戦後刑法学におけるその「権威」的立場からみて、その近代刑法史研究のもつ影響力の大きさを看過することは不可能であろう。問題は、

団藤博士の近代刑法史研究を知る上で有力な手掛りをなすものは何か、ということであるが、前掲「刑法理論」をあげることは誤りではないように思われる。ただし、それは、何よりも団藤「綱要」の歴史理論を示していると考えられるからである。「刑法理論」は、「古代」「中世」「啓蒙思想と刑法理論」「ベッカーとフォイエルバッハ」「カント」「ヘーゲル」「ベンディング」「古典派と近代派」「学派の争いと社会的地盤」「刑法理論と人間像」「新しい立場へ」から構成されており、その中、「啓蒙思想と刑法理論」「ベッカーとフォイエルバッハ」「カント」「ヘーゲル」「ベンディング」が、「古典派(旧派)」の「思想系列」を扱うのに対して、「古典派と近代派」は、主として「近代派(新派)」を対象とするものである。また、「学派の争いと社会的地盤」「刑法理論と人間像」は、文字通り、両派の社会的地盤および人間像の相違を内容とするものである。なお、「新しい立場へ」は、戦前における「学派の争い」の「止揚」の動きではなく、むしろ、博士の「新しい」刑法学的立場(＝人格責任論)の紹介にあてられており、その意味では、近代刑法史に関する部分は「啓蒙思想と刑法理論」以降、「刑法理論と人間像」までであるといえよう。そこで、以下では、これらに依拠しつつ、団藤博士の近代刑法史研究の特質を探ることにしよう。

ところで、団藤博士は、右の考察の冒頭で、近代刑法における二つの異なる「思想系列」の存在を指摘される。「啓蒙思想にあらわれた刑法理論は、すべてを人間の理性から割り出そうとする。人間が人間として発見されたのであり、そこに近代的な私の自覚が見出されるのである。啓蒙思想家の説く『自然状態』とか『社会契約』とかは歴史的事実としては架空のものというほかないが、かような思索を通じて人間性が追求され、それによって、また、国家的制度の合理的基礎が追求されているのである。しかし、その中には、すでに、少くとも二つの方向のめばえ

が包蔵されている。一つは、理性的思惟にもとづく効用の追求であり、ベンサム以降の功利主義的な相対主義刑法理論として展開される。ベッカーリア、フォイエルバッハなども多分にかような色彩をもつのであり、やがて、おなじ功利主義思想はイエーリングを通じてリストにまでつながる。ベッカーリアやフォイエルバッハは客観主義・一般予防主義刑法理論の樹立者であり、リストは主観主義・特別予防主義の首唱者であって、その理論体系はまさに対蹠的であるが、同時にかような思想系列をもみのがすことはできないとおもう。もう一つ、方向は、理性そのものの哲学的反省であり、カント、ヘーゲルのドイツ観念論の発展となつて現われる。ここでは刑法理論は、さきの場合とは反対に絶対主義となるのである⁽²⁾（傍点引用者）。右の引用からも明らかのように、博士の指摘される二つの「思想系列」とは、「相対主義刑法理論」と「絶対主義刑法理論」である。ベッカーリア・フォイエルバッハ（客観主義・一般予防主義）からリスト（主観主義・特別予防主義）へという「相対主義刑法理論」の系譜を明示されるとともに、それにとどまらず、右の系譜をもつて「絶対主義刑法理論」の系譜から明確に区別されている点は注目されよう。その限りでは、大塚教授の近代刑法史研究を更に一步、進められたものといえるように思われる。そこから、団藤博士は、「ベッカーリアとフォイエルバッハ」という項において、そして「カント」「ヘーゲル」「ピンディング」という項において各々、「相対主義刑法理論」（客観主義・一般予防主義）および「絶対主義刑法理論」（客観主義・応報主義）を跡づけることによつて、「相対主義刑法理論」と「絶対主義刑法理論」という相異なる二つの「思想系列」に属する相異なる二つの「古典派（旧派）」の存在を指摘されることになつた。前述したように、大塚教授によれば、両者の関係が基本的には発展線上に位置づけられているのに対して、団藤博士においては、

それが併列的に理解されている点は、より客観的な叙述が実現された点として注意しなければならないであろう。

しかしながら、これをもって、団藤博士が近代刑法の発達の「世界的傾向」を前者の「相対主義刑法理論」の系譜に、すなわち、ベッカー・フォイエルバッハ（客観主義・一般予防主義）とリスト（主観主義・特別予防主義）との間に求められた、とまで評価するとすれば、それは行き過ぎであろう。けだし、団藤博士には、いづれの「思想系列」をもって近代刑法の発達の「世界的傾向」とみるべきかという問題視角が認められないからである。より正確にいえば、このような問題の設定を回避しておられるようにみうけられるからである。団藤博士の指摘は、あくまでも右の区別にとどまるといえよう。それは、相異なる二つの「古典派」の存在を指摘されたにもかかわらず、「古典派」の本質的意義はどちらに存するかという点を論じることなしに、「以上きわめて大ざっぱではあるが、啓蒙思想ないし合理主義的自然法思想以来の刑法理論の発展のあとをたどってみた。それぞれの社会的・歴史的背景のもとに、かなり大きな思想の推移があり、また、個々の学説相互のあいだに種々の差異があるが、根本において人間の理性から出発し、犯罪と刑罰との均衡を考える点に、ほぼ共通の特徴がある。犯罪に対する責任を問うものである点で道徳的責任 (*responsabilité morale*) であり、犯罪と刑罰との均衡を考える点で—それが絶対主義の見地から考えられるにせよ、相対主義の見地から考えられるにせよ—応報主義である。かようにして、個々の学説的差異はあっても、特徴的にはこれを一連の思想系列としてとらえることができる。これが刑法学における古典派（旧派）にほかならない⁽³⁾」として、両者を単純に「古典派」の名称の下に包摂されるときにも、それをもって「近代派」と対立せしめておられる点からも明らかであろう。

問題は団藤博士が何故、右のような分析を回避されたかということであるが、その理由として次の点をあげようように思われる。すなわち、「絶対主義刑法理論」のもつ、ひいては「学派の争い」のもつ特殊ドイツ的¹¹後進国的性格の批判的検討を遮断するという点がそれである。とすれば、木村博士の戦後第一期における近代刑法史研究との間に、基本的な同一性が存するということが可能であろう。

その結果、「学派の対立の問題は、……社会的地盤をはなれて理解することはできないのである」⁽⁴⁾と説かれたのとは裏腹に、「学派の争いと社会的地盤」という項においても、「近代派」の社会的地盤に関するマルクス主義的分析が紹介されただけで、「古典派」の社会的地盤については全く言及を欠くことになった。そして、むしろ、「経済的条件が人間を規定するのではなく人間が経済的条件を規定することのできる社会を実現することそれじたいが、人間の主体性を認めることなしには考えられないことである。倫理は人間性の本質に深く根ざしながら、しかも、現実には社会意識としてあらわれる。社会意識は社会の構造と密接な関係をもつ。この点を強調すれば、倫理も経済的地盤の上に立つ上部構造にすぎないことになる。しかし、それがより深く、人間の、本質に根ざすものであることを否定することはできないのである」⁽⁵⁾(傍点引用者) という観点から、「刑法理論は……世界観の問題であり、どのような人間像を前提とするかの問題である」⁽⁶⁾として、社会的地盤とは一応、別個の「人間観」を中心に「学派の争い」を整理することに、力点が置かれることになった。ただし、「抽象的な理性的人間像」対「具体的な宿命的人間像」というその図式それ自体は特に目新しいものではなく、既に戦前においても木村博士などによって指摘されていた点である。その意味では、「学派の争いと社会的地盤」および「刑法理論と人間像」という項は、より

正確にみれば、団藤博士の近代刑法史研究における方法論的立場ないし基本視角の表明を内容とするものであったかも知れない。大塚教授の近代刑法史研究に比して、その方法論的立場がより鮮明化されている点も、団藤博士の近代刑法史研究の特色といえようか。

「刑法理論」に関して残された最後の問題は、そこでは、戦前における「止揚」の動きがどのように扱われているのかという問題である。結論的にいえば、前述したように、それ自体としては全く論じられていないのが実情である。大塚教授の近代刑法史研究にみられるような、戦前における「止揚」の動きを「政治的な動き」と「理論的な動き」に細別し、後者をもって新憲法下においても一定程度、評価しうるもの理解し、戦後における「止揚」の動きと連結するという叙述はみあたらない。また、団藤教授が如何なる理由で右の叙述を行なわれなかったのかも必ずしも明らかではない。⁽⁷⁾戦前における「止揚」の存在そのものを否定された結果である、と取るのがもつとも素直な理解かも知れないが、しかし、このような理解を採用することはできない。ただし、右の存在が事実であることは、この期の近代刑法史研究が一般的に承認していたところだからである。団藤博士が、あえて、これに異を唱えられたとみる積極的な理由は存しないように思われる。他方、団藤博士が、戦前における「止揚」の動きに関する「二つの道」、すなわち、ナチズムや日本法理による「止揚」の道と近代法史一般に共通の「止揚」の道という図式を拒否されたとみることもできない。ただし、それは、とりもなおさず、ナチズムや日本法理による「止揚」と「理論的な動き」との、ひいては、それと深い連続性をもつその「新しい」刑法学的立場との基本的な同一性の承認を意味することになるが、団藤博士がそれを肯定されたとは考えられないからである。その意味では、何らかの

理由で、右の「相異なる」二つの「止揚」の存在の明示を省略されたものとみるべきであろう。思うに、団藤博士によれば、(一)戦前の「理論的な動き」と戦後の「止揚」の動きとを併せて、全体をその「新しい立場」によって象徴せしめられた結果、戦前の「理論的な動き」の叙述が省略された、(二)他方、ナチズムや日本法理による「止揚」は、「夾雑物」であってとりたてて述べる程のこともない、という二つの理由から右の省略がなされたものと推測されるが、このような理由から戦前における「止揚」の動きが全く扱われていないとすれば、それをもって大塚教授の近代刑法史研究などとの間に本質的な差異が存する、とみることはできないのは当然であろう。むしろ、戦前における「止揚」の動きに関する「二つの道」という大塚教授の図式を継承されるときにも、戦前の「理論的な動き」と戦後の「止揚」の動きとの連続性を、そしてナチズムや日本法理による「止揚」の「夾雑性」を大塚教授以上に強調されたとみるべきであろう。

我々の目的は、団藤博士の近代刑法史研究の特質を探ることにあったが、それは、「刑法理論」に関する以上の考察によってある程度、達成されえたように思われる。ただし、以上の考察から既に一定の輪郭が浮かび上ってきたからである。「学派の争い」およびその「止揚」を形而上学的な「人間観」の問題とする方法論的立場をより明確に採用するというその特徴にもかかわらず、本稿が、大塚教授の近代刑法史研究などとともに団藤博士の近代刑法史研究をもって、木村博士の戦後第一期における近代刑法史研究の発展線上に位置づけた理由も、この点に存する。⁽⁸⁾

(一) 団藤博士の「止揚」説については、木田・前掲『戦後日本の刑法学』五一頁以下がその分析を試みる。ただし、分析の中心は、団藤博士の「止揚」説がもつ理論的特徴ないしその問題点を抽出することに置かれており、ようにみうけられる。し

たがって、右の「止揚」説を推進してくる時代思潮とは何か、あるいはまた、その戦後刑法史とのかかわり方をどのようにみるべきかといった本質的な問題の検討は、未だ、そこでは、留保されているように思われる。この点は、前述の大塚教授の「止揚」説に関する分析においてもみられる共通の特徴といえよう。

これに対して、平野・前掲『刑法・総論Ⅰ』一五頁以下は、団藤刑法理論を次のように本質規定する。「わが国では、ドイツにもまして国家主義の地盤は強かった。わが国で戦前、後期旧派が有力であった理由もそこにある。その代表的な主張者が小野清一郎博士である。博士は一方では『法は理論である』として道義的責任を強調され、他方では構成要件の理論にもとづく客観主義の犯罪論、すなわち『類型説』を展開される。しかし、その構成要件は違法・有責な行為の類型なのであり、また、違法性の実質は国家的道義の違反なのである。そして罪刑法定主義を維持はされるが、必ずしも類推を否定はされない。さらに戦後も姦通罪の廃止に反対されるなど、立法による犯罪の処罰、すなわちいわゆる『犯罪化』にはかなり積極的である。このような傾向は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理論を主張され、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」。

もっとも、このような、団藤博士の刑法理論をもって小野博士の刑法理論との密接な関係において位置づけようとする態度は、木田・前掲『戦後日本の刑法学』にもみられる傾向であり、その意味では、団藤博士の「止揚」説の国家主義的側面は、必ずしも明示されなかったとはいえ、木田教授によっても暗黙の前提とされていたように推察される。そして、それは、今日一般的な傾向であるといえよう。

ただし、右の本質規定が、戦前との連続性の一面的な強調にとどまるとすれば、換言すれば、団藤博士の「止揚」説をもって戦前の国家主義のいわば残滓ないし残存物との規定を意味するとすれば、それは問題であるように思われる。ただし、団藤博士の「止揚」説が国家主義的側面をもつとしても、それは、「戦前」の国家主義ではなく、何よりも「戦後」の国家主義だからであり、両者の間には一定の変容が介在しているからである。

(2) 団藤・前掲「刑法理論」一四—一五頁。

(3) 団藤・前掲「刑法理論」二〇—二二頁。なお、ここで団藤博士が、「道義的責任」という概念ではなく「道徳的責任」という概念を使用されるとともに、「応報主義」も、「刑罰は犯罪に対する非難として加えられる」ことを意味するのみで、それ以上の意味をもたないと定義(団藤・前掲『刑法理論・総論』三六四頁以下)しておられる点は注意しなければならないであろう。

(4) 団藤・前掲「刑法理論」二四頁。

(5) 団藤・前掲「刑法理論」二七頁。

(6) 団藤・前掲「刑法理論」二五頁。

(7) 『刑法綱要・総論』のいわば土台となった『法律学講座・刑法』(弘文堂、昭和二十七年)においても同様である。

(8) なお、木村博士は、「主観主義の基本的見地に立って、理論的自己反省をすると同時に客観主義理論との総合を意図するにとどまらず、「わが刑法の解釈論として目的的行為論を採り容れることに努力した」、その意味では、「著者の三十余年にわたる刑法研究の総決算をするつもりで執筆した」と博士自らが位置づけられた『刑法総論』(有斐閣・昭和三四年)をこの期に出版されており、そこでも「刑法学派の争」をとりあげておられるが、その説かれるところは基本線においては戦後第一期と同じである。ただ、第一期と比較して、注目すべき点は、ここでは、「止揚」に際して「もっとも重要な問題は刑罰及び犯罪の本質、並びに、自由意思の問題である」として、これらの問題に関する「学派の争い」が詳細に整理ないし総括されている、という点である。その主張される「止揚」が、「主観主義刑法理論」と「客観主義刑法理論」の単なる「折衷」の段階を越えて、その具体的方向性を目的的行為論の中に見い出したことを反映したものとさえいえる。

九 このようにして、木村博士の近代刑法史研究は、「学派の争い」および戦前におけるその「止揚」の動きを

中心にして一層の充実が図られることになったが、他方、戦前の刑法全面「改正」作業の系譜も、この期に充実が図られた第二の点として指摘することが可能である。ただし、この期においては、前述したように、「改正刑法準備草案」が公表されており、その評価との関連で戦前の刑法全面「改正」作業の系譜をどのように位置づけるのかということが、近代刑法史研究上の一つの重要な問題とされることになった。そして、そこから、中山研一「改正刑法仮案の歴史的考察」などの研究が生み出されるに至ったことは既に述べたが、支配的潮流においても、中山論文に先駆けて、右の位置づけが早く発表されていたからである。すなわち、木村亀二「刑法改正と世界観」⁽¹⁾「刑法改正の世界史的系譜」⁽²⁾(昭和三三年)などがそれである。

前者が、「刑法改正の綱領」から「改正刑法仮案」へと至る戦前のわが国における刑法全面「改正」作業の分析に充てられているのに対して、後者は、文字通り、「刑法改正運動の世界史的動向」を対象としている。

まず前者からみることにしよう。そこでは、「新聞紙の報ずるところによると、今回の刑法の全面的改正の基礎としては昭和十五年に発表された『改正刑法仮案』が置かれるとのことである。……ところが改正刑法仮案の指導原理となったものは、いうまでもなく、大正十年の政府による臨時法制審議会に対する諮問理由と、これに対して大正十五年に答申された『刑法改正ノ綱領』である。臨時法制審議会に対する政府の諮問理由は、三つの見地から現行刑法の改正の要否を問うたものであって、……換言すると、美風良習の見地、人身及び名誉の保護の見地、刑事政策的見地の三つの見地から刑法改正の必要が問われたのである」⁽³⁾として、「改正刑法仮案」の指導原理となつた右の三つの見地が、「果してそのまま今回の刑法の全面的改正の原理となし得るか」という観点から検討される

ことになった。そして、始めに、「美風良習の見地」が問題とされ、その非民主主義的ないし反民主主義的性格が強く批判された。「これらの思想は、いうまでもなく、旧憲法下において特に強調せられた国体観念や旧民法下に重要視された家族制度の思想であって、特に戦時下の一部思想の支配の下においては一時は極端化されたものであるが、終戦後の憲法の改正にともない根本的な価値の転換を成就した。従って、今日の民主主義国家の刑事立法の指導原理として、右のような具体的意味における、わが国固有の道德および美風良習ということや、淳風美俗とか忠孝その他の道德というような見地を採用することは許されない」⁽⁴⁾。これに対して、第二の「人身及び名譽の保護の見地」は、むしろ、自由主義とその根幹たる基本的人權の保障を旨とするとして積極的に理解されたといえよう。ただし、「これは新憲法の下では、その第一三条の個人尊重の原則という基本的人權の保障の当然の結論であって、今回の刑法改正においても当然採り上げられねばならない。そして、既に昭和二十二年の刑法の一部改正法律によって実定法となっているから、現行刑法の規定を維持し徹底させる必要がある」⁽⁵⁾と総括されているからである。最後の第三の「刑事政策的見地」については、「現行刑法において特に欠けているため現行刑法の改正上その制定の必要が痛感せられて来たものであるから、今回の改正において特に考慮せられねばならないものである」⁽⁶⁾と叙述されるだけで、「改正刑法仮案」の「刑事政策的見地」をもってどのように位置づけられたのかは必ずしも明らかではない。ただし、後に、「刑事政策は一定の世界観の上に立ってはじめて可能となるのである。それでは刑事政策の必要を主張し自覚させるにいたったところの新派刑法理論の世界観はいかなるものであったか」「新派理論の社会観・世界観は統一的自覚的であったとはいいい得ないが、社会的自由主義と民主的な福祉国家の上に立って

いるということができ⁽⁷⁾る」と定義されておられるところから推測すると、右の「刑事政策的見地」をもって、自由主義と民主的な福祉国家の理念の上に立つものと位置づけられたようにみうけられる。

木村博士によれば、「刑法改正の綱領」から「改正刑法仮案」へと至る戦前のわが国における刑法全面「改正」作業の歩みが、二つの相異なる側面、すなわち、いわば「自由主義のないし民主主義的側面」と「国家主義的側面」を併有するものと分析されたといえよう。そこから、木村博士は、戦後の刑法全面改正作業においては前者の側面だけを継承すべきである、その限りにおいて戦前の「改正」作業が基礎とされるべきである、と結論されることになつたが、しかしながら、ここで注意しなければならない点は、その「止揚」説の立場から、戦前の刑法全面「改正」作業、とりわけ、その「自由主義のないし民主主義的側面」に対しても一定の反省を加えられている点である。けだし、「新派理論の社会観・世界観には統一的・自覚的なものが欠けていたし、旧派理論のそれには内面的矛盾や非現実的なものが包含せられていたといわなければならない。これらの社会観・世界観はそのまま、今回の刑法改正……を指導する原理とすることはできない」「新憲法の基本精神たる平和主義・民主主義・自由主義……にまで、右の新派並に旧派の社会観・世界観が修正せられ、高められねばならぬことになるのである」「新憲法の自由主義は、基本的人權の保障の中に表現せられ、そこから理解せられるように、その内容・意義については厳密な批判を必要とする概念であるが公共の福祉という社会的見地によって制約せられたところの自由主義であつて、社会的自由主義である。その意味において、旧派（『ドイツ前期旧派法理論』）の個人的自由主義が修正せられ新派の社会的自由主義の理論を徹底する必要がある。又、新憲法の民主主義は法治国の上に立っているが、同時に社会

保障を強調するものであるから単なる法治国でなく、福祉国家であり、文化国家である。福祉国家、文化国家の理念は個人の福祉を増長し、国民の文化を深化させることを任務とする国家であって、個人に優位し、個人に対して権威と強力をふるうところの権威国家・強力国家ではない。その意味において新憲法の民主主義は旧派理論（Ⅱドイツ後期旧派刑法理論）の権威主義と強力国家の観念を排斥し、新派の福祉国家の理念を徹底させたものである。そして、最後に、新憲法の平和主義は……いわば国家相互の関係における民主主義にほかならない。この点は新派・旧派の社会観・世界観において共通に欠けたものであって、両者に対して補充を必要とするものである⁽⁸⁾（丸括弧内引用者）として、「第二の人身及名誉の保護の見地を、さらに広く、新憲法の平和主義・民主主義・自由主義の見地に拡充⁽⁹⁾」なければならぬと指摘されるとともに、「今回の刑法の全面的改正の指導原理たる刑事政策的見地と憲法の根本精神たる平和主義・民主主義・自由主義の見地は、必然的に結合した統一的原理となるものであって、その統一的原理の下に改正事業が遂行せられてはじめて有意義な改正となり得るものと考え⁽¹⁰⁾」と強調しておられるからである。

ただし、右の反省が根本的なものでなかったことは、木村博士が、「改正刑法仮案」の指導原理となった「人身及び名譽の保護の見地」および「刑事政策的見地」をもって、基本的には自由主義的でないし民主主義的性格をもつものと位置づけておられるところからも明らかであろう。そして、それは、博士の主張される戦後の「止揚」された刑法全面作業が、実質的には、戦前の「刑法改正の綱領」から「改正刑法仮案」へと至る刑法全面「改正」作業に対する徹底的な批判的検討から導き出されたものでなかったことを、その限りでは、博士のいわれるような新憲

法下のそれではなく旧憲法のそれとの間に一定の連続性をもつものであったことを如実に物語るものと考えられる。すなわち、木村博士によれば、「刑法改正の綱領」から「改正刑法仮案」へと至る戦前の刑法全面「改正」作業に対する批判的検討を「美風良習の見地」のみに限定するために、一定の自由主義的ないし民主主義的側面の存在を措定し、それによって、戦前の刑法全面「改正」作業を部分的に憲法下のそれと同視する、あるいは、その前段階と捉えるという読みかえを行なうとともに、その「止揚」上に自己の「改正」案を位置づけられたといえよう。ここに、木村博士が、戦前の刑法全面の「改正」作業における一定の自由主義的ないし民主主義的側面の存在を虚構された真の理由が存するように思われる。

他方、前掲「刑法改正の世界史的系譜」であるが、ここでは右のような図式が世界史的規模にまで拡大されることになった。ただし、同論文によれば、「刑法改正運動の世界史的動向」が、第一次世界大戦までの段階、第一次世界大戦の終結から第二次世界大戦に至るまでの段階、第二次世界大戦終結後から今日に至るまでの段階、の三期に区分された上で、右の各段階の刑法改正運動のもつ基本的な性格が次のように規定されたからである。第一期においては、刑事政策的要請が刑法改正運動の原因又は動機となった。これに対して、第二期における改正運動、とりわけ、資本主義国家のそれは、更に資本主義的民主主義国家の道と資本主義的独裁国家の道とに細分することが可能であるが、前者の資本主義的民主主義国家の刑法改正運動が、第一期の連続線上に位置するのに反して、後者の資本主義的独裁国家、例えばナチス・ドイツやファシスト・イタリアのそれは、本質的には応報主義的観点からのものであり、第一期の刑法改正運動とは著しく本質を異にするものである。戦後の資本主義諸国の刑法改正運動は、第一

期および第二期のうちの資本主義的民主国家の刑法改正運動を止揚させる方向でなされている。以上がその規定であるが、そこでは、「資本主義的民主国家」における「刑法改正運動」の系譜という虚構を指定することによって、戦前の「刑法改正運動」全般に対する批判的検討を「資本主義的独裁国家」のそれのみ限定するとともに、他方で、右の虚構された「資本主義的民主国家」の「刑法改正運動」の「止揚」として戦後の「刑法改正運動」を位置づけようとしておられることが、容易に理解されよう。

なお、「刑法改正運動の世界史的動向」を右のように構成された木村博士は、「この刑法改正の世界史的動向において、今回のわが刑法改正の意義を検討し、その進むべき方向を考えてみよう⁽¹¹⁾」という問題意識から、再び、わが国における「刑法改正運動」を取り上げておられるが、前述の「刑法改正と世界観」における分析と比較した場合、その注目すべき点として次の点があげられるように思われる。すなわち、「わが刑法改正が最初に着手せられたのは大正十年（一九二一年）であって、国際的には第一次世界大戦後の刑法改正運動の段階に属し、国内的には日露戦争以来だんだんと資本主義体制が確立せられ帝国主義・独占資本主義の段階に転化し、それにもない犯罪の増加特に少年犯罪や累犯の激増が見られ出したときである。『刑法改正の綱領』が決定せられたのが大正十五年、刑法改正予備案が発表せられたのは昭和二年である。改正刑法仮案が発表せられた昭和十五年は第二次世界大戦の一環たる太平洋戦争のはじまる前夜であった。満州事変・日華事変とともに、ファシズム的傾向が、わが国特有の形式で強化せられ、その影響は改正刑法仮案の中にも跡づけることができる⁽¹²⁾」(傍点引用者)として、「刑法改正の綱領」から「改正刑法仮案」へと至る歩みの中に「資本主義的独裁国家」の「刑法改正運動」の影響の痕跡が存在

することを注意されたにもかかわらず、「今回のわが刑法改正は刑法改正の世界的動向における第三の段階に属する」「それでは、わが刑法改正はいかなる方向において遂行されねばならないか」「そうすると、結局、わが刑法改正の進むべき方向は、嘗てナチ政権以前においてドイツ刑法の改正が進められ、又、第二次大戦後において西ドイツ刑法の改正が進められつつある方向であり、スイス刑法改正が成熟したところをさらに批判的に進める方向であるといわねばならない。そして、それは、又、基本的には、従来の、わが改正刑法仮案に至る刑法改正事業が採つてきた方向であつた」⁽¹³⁾(傍点引用者)と総括され、戦前のわが国における「改正刑法仮案」に至る刑法「改正」事業の本来の基本的な方向が「資本主義的独裁国家」の「刑法改正運動」ではなく、「資本主義的民主国家」のそれであつたと位置づけられた点が、それである。木村博士によれば、戦前のわが国の刑法「改正」事業の本来の軌道は「資本主義的民主主義」のそれであつたにもかかわらず、日本のファシズム化に伴ないその影響が右の「改正」事業の中に段々と反映されることになつた、といわんとされたものと考えられるが、戦前のわが国の刑法「改正」事業における「本来の軌道」と「日本のファシズム化に伴なうその影響」とを区別されている点は、戦前のわが国の刑法「改正」事業のもつ相異なる二つの側面という前述の図式を更に発展せられたものとみることが可能であろう。大塚教授は、前述したように、その「学派の争い」および「止揚」を中心とする近代刑法史研究において、「止揚」の二つの道という図式を設定され、ナチズムや日本法理による「上から」与えられた「止揚」の道と、理論的な本来的な「止揚」とを区別されているが、右の木村博士の図式もこれと極めて類似した発想に出るものといえよう。

これまで、戦前の刑法「改正」作業に関する木村博士の研究を概観してきた訳であるが、問題は、他の研究者と

りわけ「止揚」説の主張者に与えたその影響である。発表されたものをみる限りでは、右の影響を測定することは不可能である。しかしながら、これをもって、右の影響に触れずに通り過ぎることは適當ではなからう。木村博士の図式の中に、「新派理論」を基礎とするその「止揚」説の特徴が濃厚に投影されているということは確かである。例えば、「応報主義的観点」をもって「資本主義的独裁国家」の「刑法改正運動」、「刑事政策的見地」をもって「資本主義的民主国家」の「刑法改正運動」と対応せしめておられる点などは、「止揚」された「旧派理論」の主張者にとつては絶対に承服できないところであらう。また、日本国憲法の根本的精神たる平和主義・民主主義・自由主義をもって「社会的自由主義」「福祉国家」を内実とするものと理解され、そこから「新・旧兩派」の社会観・世界観の「止揚」を標榜されるのを投影して、木村博士によれば、戦前のわが国の刑法全面「改正」事業の指導原理となつた三つの見地、すなわち、「美風良習の見地」・「人身及び名誉の保護の見地」・「刑事政策的見地」が、旧憲法的なものかあるいは一定の「止揚」を施すことによつて新憲法の「社会的自由主義」「福祉国家」になじむものかという基準から分類されているが、この分類基準も、「止揚」説の論者すべてに共通のものとは到底いえないであらう。団藤博士などのように、日本国憲法の根本的精神を形而上学的なものに還元され、右の観点からの「止揚」説を主張される立場にあつては、「美風良習の見地」をもって旧憲法的なものとは一概にいえないように思われるからである。その限りでは、右の木村博士の研究はその「止揚」された戦後の刑法全面「改正」提案のための歴史理論という個人的な枠を出るものではない、との指摘はその通りであらう。しかしながら、それが右の木村博士の基本的な図式が「止揚」説の論者、とりわけ、団藤博士や大塚教授などの研究に与えた影響の大きさを否定す

るものであるとすれば、それは誤りであろう。ただし、戦前の刑法全面「改正」運動を更に「二つの道」に、すなわち、ナチズムや日本ファシズムなどによる「上から」の「押しつけられた」ものと、「本来的な」ものとに峻別し、そのことによって、戦前の刑法「改正」運動に対する全面的批判・根本的批判を回避し、右の批判を前者の「刑法改正運動の世界史的動向」における「夾雑物」に限定するとともに、他方で、後者の「本来的な」ものをもつて一定の積極的評価を加え、その「止揚」上に戦後の刑法全面「改正」運動のあるべき方向を措定する、という基本的な図式それ自体は、如何なる基準によって両者を区別するか、したがってまた、何をもつて「本来的な」ものと規定するかという点を別にすれば、「止揚」説の論者の多くに共通の図式とみることができからである。本稿が、右の木村研究を大きく取り上げた理由もこの点に存する。その意味では、木村博士によって、戦前の刑法全面「改正」作業の系譜に対する歴史的位置づけが、支配的潮流を代表する形で、発表されたとみることが可能であろう。

- (1) 『ジュリスト』一一二号二五頁以下。
- (2) 『法律時報・特集刑法の改正』二九卷二号一四〇頁以下。
- (3) 木村・前掲「刑法改正と世界観」二五—二六頁。
- (4) 木村・前掲「刑法改正と世界観」二六頁。
- (5) 木村・前掲「刑法改正と世界観」二六頁。
- (6) 木村・前掲「刑法改正と世界観」二七頁。
- (7) 木村・前掲「刑法改正と世界観」二九頁。

- (8) 木村・前掲「刑法改正と世界観」二九頁―三〇頁。
- (9) 木村・前掲「刑法改正と世界観」二七頁。
- (10) 木村・前掲「刑法改正と世界観」三〇頁。
- (11) 木村・前掲「刑法改正の世界史的系譜」一四五頁。
- (12) 木村・前掲「刑法改正の世界史的系譜」一四五頁。
- (13) 木村・前掲「刑法改正の世界史的系譜」一四五頁。

十 以上、この期の支配的な近代刑法史研究を、それらの相互関係にも留意しつつ、個別的に検討してきた。そして、右の個別的検討の結果、各研究の間には、その「止揚」説の相違を反映して一定の相違が存すること、それにもかかわらず、それを明示するか否かは別にして、一定の基本的な図式が共存し、その意味において、全体として一つの潮流を構成するとともに、学界に対して大きな影響力を誇ったことなどが理解された。ここでは、右の考察を終えるためにあたって、若干の補足を行なうことにしよう。これらの研究のその後の運命がその第一である。予知的にいえば、これらの研究の影響力は、次の戦後第三期に入ると、刑法の「民主化」という観点からの近代刑法史研究による批判に加え、平野龍一教授の近代刑法史研究の出現などもあって、急速に後退せしめられることになる。しかし、これらの研究の影響力の源泉が、「止揚」説の歴史理論を提供するというその本質に大きく依存する限りにおいて、それらは基本的には「止揚」説と運命をともにせざるをえないという基本命題を前提にすれば、この期の末頃には、右の後退のためのいわば内在的な条件が醸成されつつあったというべきかも知れない。ただし、

「止揚」説は、その中心をなした目的的行為論や人格責任論をめぐる前期以来の論争―そして、それは次の戦後第三期にまで継続されることになるが―に一応の決着がつけられ始めるとともに、戦後刑法学における支配的地位を握るかにみえた一時の隆盛に別れを告げつつあったからである。もっとも、それが、目的的行為論や人格責任論が「現代刑法学に対して、どの分野においていかなる変化をもたらしたか、またもたらそうとしているか」といふ点、とくにそれが近代刑法の出発点となった原則の中から何を捨て何を守ろうとしているのか、それが自己の敵対物としていかなるものを指定しこれを克服しようとしているのか、そのよって立つ方法論ないし哲学は何か、さらにこの理論を推進してくる時代思潮と実践的要請は何か⁽¹⁾といった本質的なものも重要な側面が十分に解明された結果だとは、必ずしもいえないように思われる。刑法典の全面改正がなされなかったこともあって戦前と戦後の強い連続性が意識され、日本国憲法の制定に伴う人権尊重の理念の影響の下に「主観主義刑法理論」の後退⁽²⁾の強い「客観主義刑法理論」の優位という解釈論体系内における力関係の変化がみられるにもかかわらず、戦前の「学派の争い」の基礎の上に蓄積されてきた伝統的な刑法解釈学それ自体は、一定の変容を受けながらも、崩壊することなく存続し、昭和二四年頃より活発化した戦後刑法学の再建作業においても支配的な方法論の座を占め続けたのを反映して、むしろ、批判の中心は、右の伝統的な刑法解釈学の枠組み内での議論の上に築かれていたといっても過言ではないように思われる。その意味では、目的的行為論や人格責任論の実質面での問題提供の評価は残されることになったようにみうけられるが、それはともかく、目的的行為論や人格責任論が学界における中心的なテーマの座をあげわたしつづつあったという事実は、目的的行為論や人格責任論を生み出した「上から」の近代化＝合理化路

線に微妙な変化がみえ始めたことに対応するものといえよう。

なお、予知的にいえば、右の問題提起の評価は、伝統的な刑法解釈学そのものの再検討が本格化することになる⁽⁴⁾次の戦後第三期以降において、とりわけ展開されることになるが、このような努力にもかかわらず、目的行為論や人格責任論の戦後刑法史、とりわけ、「上から」の近代化Ⅱ合理化路線とのかかわりあいをどのようにみるべきかという点の掘り下げは、戦後刑法史研究における今なお残された課題の一つといわざるをえないように思われる。戦後第二期の法状況との類似性がとりだたされる今日、このような作業のもつ意義は、その重要性を一層、増しているといえるが、ここでは、右の問題の存在を提起するにとどめ、先へ進むことにしよう。すなわち、その具体的ななかかわりあいをどうみるべきかは別にしても、右のような問題を設定すること自体が誤りでないとすれば、この期における「学派の争い」の「止揚」という観点からの近代刑法史研究は、より正しくは、「上から」の近代化Ⅱ合理化のための近代刑法史研究として規定すべきであったかも知れないという点である。

補足しなければ第二の点は、これと関連するが、戦後第一期における「学派の争い」の「止揚」という観点からの木村博士の近代刑法史研究と、この期における、木村博士をも含めて多くの研究者によって追求された「学派の争い」の「止揚」という観点からの近代刑法史研究との関係をどうみるべきかという点である。これまで、両者の連続性を説いてきた。また、それは、前述の検討によってある程度、証明されえたといえよう。両者がともに「学派の争い」の「止揚」という観点から出発しており、後者の研究が、系譜的にみれば、前者の発展線上に位置するということは確かであろう。本稿が両者の連続性を説いてきたのも、このような平面においてであった。

しかしながら、右の連続性に関しては、次の点を補足しなければならないであろう。戦後第一期、とりわけ、占領前期にみられるような「止揚」説と、この期における「止揚」説とは、その機能ないし内容において一定の質的变化が介在しているという点がそれである。けだし、占領前期の「止揚」説、とりわけ、木村博士のそれが、占領前期における刑法状況の「民主的な」一大転換に対する自己の対応―ただし、既に見たように、それは矮小的な対応にすぎなかったが―を「止揚」の名の下に根拠づけるという機能をもち、したがって、その内容も「客観主義刑法理論」への一定の接近を意味するにすぎなかったのに対して、この期の「止揚」説は、目的的行為論や人格責任論の中にその具体的方向性を見出し出しており、したがってまた、戦後刑法史とのかかわりあいにおいて一定の積極的な機能を果たしたといえるからである。とすれば、その系譜的な連続性あるいは観点の同一性をもって、戦後第一期における木村博士の近代刑法史研究のもつ意味と、この期における「学派の争い」の「止揚」という観点からの近代刑法史研究のもつ意味とを単純に同視することは厳に慎まなければならないであろう。その果した機能、もしくはその果そうとした機能という点からすれば、むしろ、両者を明確に峻別することが必要であろう。現象的にみれば、前者の研究が後者によって発展させられたといえる真の原因もこの点に存するように思われる。

(1) 中山研一『現代刑法学の課題』〔日本評論社、昭和四五年〕一七―一八頁。

(2) 刑法学は「法社会学論争」に無関心であり、かかわらなかつたとする中山教授の分析(『現代刑法学の課題』四頁)を、木田教授はその『戦後民主主義と刑法学』五四頁以下において否定されるが、その際、次のような注目すべき指摘をおこなわれる。すなわち、「法社会学論争に関連して」熊倉武教授も、いくつかの論文を発表しているし、また、宮内裕教授も私も、この問題については関心をもった。当時の刑法学者として、法社会学と新派を結びつけ、旧派の立場から批判したのは

滝川春雄教授であり、宮内教授もそれにある程度同調しているように思われた。そして、そのことは、実は、プロ科(Ⅱ—一九二九年一〇月創立のプロレタリア科学研究所)の、伝統的な見解でもあった(丸括弧内および傍点引用者)という指摘がそれである。ただし、木田教授によれば、刑法学の「法社会学論争」へのかかわりあい、法社会学Ⅱ新派という図式を媒介としてなされたこと、換言すれば、刑法学は、戦前の例えば平野義太郎「史観と法律史の方法」(昭和八年)などによる牧野博士の「自由法・法社会学」批判という蓄積を基礎として、新派批判を通じて、「法社会学論争」に一定のかかわりをもちえたことが暗示されたものといえるからである。ただし、その詳細な検討は戦後刑法史研究における残された重要な課題の一つといえよう。

(3) この期においては、伝統的な法解釈学の復権が図られる中で、法学界全般にまたがって、「法解釈学論争」が燃え上り、旧来の法解釈のあり方に対して方法論的な反省が加えられることになったが、しかし、刑法学の領域においては、右の「法解釈学論争」で提起されたような法解釈の存在それ自体についての立入った分析という問題は結局は受け止められることなく終わったといえよう。

(4) 三井・前掲「刑法学説史(二)日本・戦後」一六三・一六四頁。ただし、そこでも、「法解釈学論争」での前述したような問題提起が果して十分に検討されたのかという問題が残るように思われる。むしろ、そこでの議論は、「機能的考察方法」および刑事政策的観点の導入を軸として展開されたかのような印象をうける。とすれば、問題は、「民主主義」刑法学の陣営において、何故、このような動きが出てこなかったのかということになる。その解答は必ずしも容易ではないが、この期の「民主主義」刑法学の陣営の多くが、わが国の伝統的な「客観主義刑法理論」の擁護にまわったことと無関係ではないように思われる。

なお、長谷川正安『法学論争史』(学陽書房、昭和五一年)一四三頁以下は、刑事法の分野では、一九五〇年代に「法解釈学論争」への反応が非常にぶかったが、それを反省するよりは当然とする空気が今日なお強いと評価する。そして、その原因として、刑法学者は「刑法解釈には、罪刑法定主義の原理が不可避的につきまとう。したがって……法規の形式的、技

術的な論理操作で片づけなければならないという面もある」という点をあげるが、国家権力の発動に人権擁護の立場からわくをはめなければならぬ事情は憲法でも同じであるにもかかわらず、憲法では民法同様、解釈論争がさかんであり、右の刑法学者の主張はおかしいと批判される。

ただし、今日の刑法学において前述の問題提起を真剣に受けとめようとする動きのあることに注意しなければならないであろう。例えば、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〕一三三頁以下などがそれである。

十一 この期の近代刑法史研究の動きを、刑法の「民主化」という観点からの動きと「学派の争い」の「止揚」という観点からの動きとを中心としてみてきたが、そこで見逃してはならないのは小野博士の動きである。ただし、博士自ら戦前の近代刑法史研究、とりわけ、日本近代刑法史研究をまとめて昭和三〇年に再び発表されているからである。すなわち『刑罰の本質について・その他』⁽¹⁾がそれである。この期における小野刑法学の復活現象と必ずしも無縁ではないように思われる。ただし、この点については、「すでに歴史上の過去の理論として埋設したかに思われた小野理論が、いまここに戦後の装いをととのえて再登場しようとしている。しかし、その理論は、すでに国民に、あるいは学生に直接呼びかけるものではなく、保守政権の強力な背景を唯一の支えとして、『刑法全面改正』という『未代にまでのこる』業績にその名をとどめようとしているのである」⁽²⁾という適格な分析に注目しなければならぬであろう。ただし、とすれば、そこから、小野刑法学の復権をもって、展後刑法学ないし刑法学界に対する影響力の回復というよりは―もちろん、団藤博士や大塚教授などを媒介とするその間接的な影響力を過少評

価することは厳に慎まなければならないが、むしろ、「上から」の近代化という観点からの、その意味では「軍事化」・「治安化」という観点を併有し戦前の刑法全面「改正」作業との間に一定の連続性を有する戦後の全面「改正」路線における一定の指導的地位の確立と受けとめるべきだと結論が、導かれることになるからである。したがって、その意味では、前述の、戦前の小野博士の近代刑法史研究がこの期に再び発表されていることをもって、右の全面「改正」作業の開始と関連づけて理解することは、ないしは両者の関係について少くとも次のような一般的可能性を措定することは、許されるように思われる。すなわち、戦前の小野博士の日本近代刑法史研究が何よりも「改正刑法仮案」へと至る戦前のわが国の刑法「改正」作業、とりわけ、その一つの柱をなした「わが国固有の国体の護持と日本の淳風美俗の維持発展」を歴史的に正当づけるという性格をもつ限りにおいて、それは、一定の修正を施すことによって、右の「改正刑法仮案」を基礎として出発した戦後の刑法全面「改正」の歴史的正当化にとっても一定の役割を果しうるといふ一般的可能性が、それである。

とすれば、前に考察した「学派の争い」の「止揚」という観点からの近代刑法史研究の動きと、この期における小野博士の近代刑法史研究の動きとは、一方は学界サイドの動きであり、他方は政府サイドの動きであるというようにその平面を異にし、かつ具体的な内容においても多くの重要な相違点が存するにもかかわらず、「上から」の近代化＝合理化という点では何らかのつながりをもちえた、そして、全体としてこの期の近代刑法史研究における支配的な地位を占めていたとみることは、必ずしも誤りではないようにみうけられる。本稿が、この期の近代刑法史研究における主要な対抗軸を、刑法の「民主化」という観点からの近代刑法史研究と右の兩者との間に設定する

とともに、この期の近代刑法史研究をもって、「激しい対決の時代」と特徴づける理由もこの点に存する。

(1) そこには、「刑法学小史」(昭和一七年)や「旧刑法とポアンナードの刑法学」(同年)などが再録されているが、これらの研究の特徴については、拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究」(『神戸学院法学』八巻四号〔昭和五三年〕八〇頁以下を参照されたい。

(2) 木田・前掲『戦後日本の刑法学』一四頁。

(3) 問題は、牧野博士と右の全面「改正」路線とのかかわりであるが、ここでは次の事実を指摘するにとどめることにしよう。すなわち、すくなくとも、現象的には、牧野博士は右の作業から離れたところにおられたという事実がそれである。もちろん、それが、牧野刑法学に内在する理論的制約によるものか、あるいは牧野博士の個人的制約にもとづくものかは必ずしも明らかではなく、更には戦前、牧野刑法学が「刑法改正の綱領」から「改正刑法仮案」への歩みにおいて利用されたという点からすれば、右の歩みと一定の連続性を有する戦後の全面「改正」作業の理論的な基礎づけとして再び利用されるという一般的可能性を一概に否定し切れないようにも思われるが、しかしながら、このような理論上の可能性は別にして、少くとも、現象的には利用されなかったことだけは右の事実からも明らかであろう。その限りでは、牧野刑法学が占領後期以降の刑法状況の再転換に何らかの積極的な関係をもちえたとすることは必ずしも適当ではないように思われる。ここに戦前と戦後の刑法全面「改正」作業の関係を考察する上での一つの鍵が存するようになりうけられる。

未完