

歴 史 と 刑 法 学

本 田 稔*

- 一 はじめに
- 二 内田博文『日本刑法学のおゆみと課題』の問題提起
- 三 内田博文『日本刑法学のおゆみと課題』の構成
- 四 内田博文『日本刑法学のおゆみと課題』の意義
- 五 む す び

一 はじめに

「ジュリスト」(第1348号・2008年1月)は、「刑法典の百年」と題して、3部から構成される特集号を組んでいる。その第1部では、「刑法の解釈」をテーマに、構成要件論、違法論、責任論、未遂犯論、共犯論が論ぜられ、第2部では、法人処罰、刑事制裁・処遇のあり方、経済刑法、情報犯罪・サイバー犯罪、テロ・組織犯罪対策、医療と刑法、精神障害者の犯罪、少年非行・少年犯罪など刑事政策や刑事立法に関するテーマが取り上げられている。そして第3部では、比較刑法研究をテーマに、フランス、ドイツの刑法の最新動向、EUや国連などの国際機関における刑事立法とその日本刑法への影響が考察されている。このような特集が組まれた背景には、現行刑法が制定されて100年を迎え、国際化の波のなかで「新たな時代」に入ったという認識がある。山口厚は、特集の巻頭言の「刑法典 過去・現在とその課題」の冒頭で、100年を迎えた現行刑法の意義を次のように述べている。

* ほんだ・みのる 立命館大学教授

「刑法は犯罪と刑罰を定めた法律であるが、何を犯罪とするかは、政治体制、社会の価値観等に左右されるところが大きい。それにもかかわらず、刑法は、旧憲法から現行憲法への変革を乗り越え、制定後100年の長きにわたり、法律としてその同一性を保ちながら、今日にいたるまで適用され続けてきたのである。／このようなことが可能となったのは、旧刑法を全面改正して制定された現行刑法が刑事政策の領域において、当時の先端的な考えを導入した、当時としてはいわば『大変良くできた』法律であったことによるものと思われるが、法定刑の幅広さに如実に現れているように、裁判官の裁量を広く認めたことによって、柔軟に運用することが可能であったことによると思われる。さらには、新たに必要となった措置が、刑法以外の刑事特別法として制定され、刑法の役割を補完してきたことも指摘し得る。もちろん、刑法典自体についても、時々必要に応じて、一部改正が施されてきたところである」¹⁾。

1つの刑法が大きく改正されずに今日あることは、世界ではあまり例のないことである。明治憲法下で制定され、その後幾つかの戦争と2つの大戦を経ても、さらに現行憲法下の政治的・経済的な激変に直面しても、基本的な枠組に大きな改正を施されることなく長きに渡って妥当してきた理由には、山口が指摘しているように、制定当時のヨーロッパで隆盛を誇った刑事政策的思考が取り入れられていることがある。既存の刑罰法規の整合的で体系的かつ自己完結的な解釈と適用を探究しながらも、同時に日々変化発展する犯罪現象に機動的に対応するための視点が、同害報復・犯罪必罰主義としての応報主義を斥け、常習者や初犯者などの犯罪者の個別的性格の検証に基づく開かれた量刑判断を可能にする目的主義をもたらし、それを保障すべく総則・各則の諸規定も一般的かつ包括的に定められている。現行刑法がこのような特徴を持っているからこそ、時代の変遷に応じて必要となった新たな措置を一部改正を施すことで取り入れることができ

たのである。時代の変化によって刑法が受動的に改廃されるのではなく、むしろそれに能動的に働きかけるべきものであるなら、刑法の現代的課題もその方法を踏襲しながら達成されていくことになるであろう。山口は、過去20年間にに行われた危険運転致死傷罪や法定刑の引き上げなどの刑法の一部改正を振り返りながら、今後の立法課題について次のように述べている。

「こうした近時の立法に特徴的なことは、すでに繰り返し指摘されていることであるが、『厳罰化』と『処罰の早期化』であり、そして、『国際化』である。『国際化』には、犯罪に対処しようとする国際社会の一員であることからくる『犯罪化』の問題も含まれる。さらには、こうした背景には、テロ・組織犯罪やサイバー犯罪、また腐敗(汚職)等への対応という国際的な動きが存在しているのである。／犯罪現象から国民を保護することは立法の任務であり、それを憲法上の制約の中で適切・有効に行うことは立法府に課された重要な課題である。また、犯罪化された行為に対して科される刑は、被侵害法益に対する相対的評価を適切に反映したものであることが要請される。近時の立法はこうした課題に対する立法府としての回答を与えたものであるが、今後こうした課題に対する対応が、従来の刑法の基本原則にとってどのようなインパクトを有するのか、逆に、譲られるべきでない刑法の基本原則を踏まえ、どのような評価・対応がされるべきなのか、『新たな時代』に入った刑法の課題は極めて大きく、かつ重いものといえよう²⁾。

山口は、現代の刑法が「厳罰化」、「処罰の早期化」、「国際化」という特徴を備えた刑事立法の過程を経て、さらにテロ・組織犯罪やサイバー犯罪への対策、共謀罪の立法化など国際社会から寄せられる要請に対応すべき「新たな時代」に入ったという状況認識のもとに、こうした課題への対応が刑法の基本原則にどのような影響を与えるのか、譲ることのできない基

本原則を踏まえ、どのような評価・対応をなすべきなのかと問いかけている。山口がいう「譲られるべきでない刑法の基本原則」とは何か。現行刑法は、政治体制や価値観が変遷しながらも、また法秩序の基本的土台が旧憲法から現行憲法へと大きく変革されるなかにおいても、100年の長きに渡りその同一性を維持し続けてきた。それは、現行刑法の基本原則が時代の要請に応える柔軟性と対応能力に富んでいることの証左である。その基本原則が「譲られるべきでない」とはいうものの、国際社会からの要請に慎重な態度を示し、それを制約する厳格な原則が否定されつつあるとか、またなし崩し的に侵食されそうになっているなどと心配する必要はない。山口が現行刑法の基本原則を踏まえて評価・対応すべきであると説くとき、それは刑法の基本原則を侵害する立法や理論からそれを擁護すべきであるというのではなく、国際社会から投げかけられる要請に対して、過去20年に渡って対応してきたように、あるいはそれ以上に、どうすれば憲法とバランスを取りながら刑事政策な対応を講じていけるのかを考えようという呼びかけでしかない。そこからは、「刑法の百年」の歴史を振り返り、批判的に総括するなかから刑法の基本原則の現代的なありようを探っていくことはあまり期待できない。

それに対して、立法者や裁判官による刑罰権の行使に対抗して、自由と権利を擁護し実現するために身を投じてきた民衆や市民の闘いに、また彼らとスクラムを組み共に闘ってきた法律家や刑事法研究者の理論的実践に刑法の基本原則のありようを見出そうとする立場からは、現行刑法の100年の歴史は違ったように映るであろうし、重罰化や処罰の早期化のための刑事立法に対しても、また国際社会からの要請に対しても違った対応をとることになるであろう。そのような立場から日本刑法学の歴史を振り返り、直面する現代的課題を浮き彫りにしようとする一つの試みが、内田博文『日本刑法学のあゆみと課題』である。

二 内田博文『日本刑法学のあゆみと課題』の問題提起

内田は、日本刑法学の歴史を総括するに至った動機を、著書の「はしがき」のなかで次のように述べている。被疑者・被告人の基本的人権を擁護する刑事法の理念や原則が、厳罰を求める市民的感情や社会の雰囲気によって攻撃され、それに正論で向き合おうとしているジャーナリズムさえもが自信喪失の状況に陥っている。市民もジャーナリズムも「国家の立場」に対して距離を置き、それを批判することで「個人の自由」を守り抜いてきたが、それが今や「国家の立場」に自己を全面的に同一化させ、「個人の自由」を喪失し始めている³⁾。「あとがき」では、次のようにも述べている。学問を軽視する風潮が社会に蔓延し、社会問題を論ずるメディアにおいても門外漢の素人談義が横行している。かつて侵略戦争に突入した時代のように、理性的な批判ではなく感覚的な直観が世論を支配し始め、そのような世論の濁流に刑法の基本原則が飲み込まれつつある⁴⁾。内田は、この状況を「ねじれ」と捉え、「どうして、このような『ねじれ』が生じたのであろうか」と問いかけ、それを解き明かす鍵を中野敏雄の大塚久雄論に求めている。中野の議論は、おおよそ次のようなものである。

マックス・ヴェーバーの『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』は、プロテスタンティズムの倫理観が奢侈と怠惰を排し、資本主義的生産力の合理的な発展に寄与したことを説いたが、そこには伝統的な賤民資本主義の反倫理性を戒め、世俗の「職業(召命)」に専心しようと努める神中心のキリスト教徒の経済的倫理観があり、それはキリスト教徒としての大塚の学問的モチーフともなった。しかし、1930年代後半において大塚は、そのプロテスタンティズムの経済的倫理観の解釈を「神」に代わる「国家」(ないし国体)奉仕の生産的倫理観へと変質させ、総力戦を支える生産力の向上へと国民を動員する理論を主張した⁵⁾。

だが、その大塚が奇妙なことに戦後は打って変わって戦後啓蒙家として

出現した。彼は、戦後の自由主義に先立つものとして「近代的人間類型」を定立し、それに特徴的な精神的態度として「勤労」と「質素」という徳性を挙げ、これこそが自由主義社会を豊かにし、個人の自由と独立の足場になると説いたのである。敗戦後の日本の復興において何が必要かという点、それは東洋に位置する封建的な日本が近代的な西洋に対してとっている「遅れ」を克服することであり、「遅れ」を克服するためには、復興を支える生産力の向上が必要である。その担い手になりうるのは「近代的人間類型」であり、日本国民は倫理的徳性を備えた自由で独立(自律)した個人にならねばならないと論じたのである⁶⁾。個人の自由と独立の必要性を説くこのような論調が、戦後のリベラルな社会思潮のなかで、大塚のイメージを「市民社会派」ないし「近代主義者」として固定したのであるが、中野は大塚が戦中・戦後において生産力の向上への国民の動員を一貫して主張している点に着目して、その「近代主義者」の陰に戦中からの思想的連続性が隠されていること見抜き、そこに批判の照準を合わせて次のように指摘する。すなわち、「日本が戦って敗れたこの戦争の問題を、世界制覇の争奪戦の結果としてではなく、日本の『遅れ』の問題として『東洋と西洋』と『封建制と近代性』という二つの軸で捉えようとすることは、実は二重の意味で決定的な視野狭窄を伴わざるをえないことになる⁷⁾と。「二重の視野狭窄」とは、すなわち日本が戦った戦争は、封建的な東洋を近代的な西洋から解放する戦争ではなく、「帝国主義的な覇権争奪戦」であったという事の本質を見誤り、さらに日本を地政学的な意味での「東洋」に位置付け、他のアジア諸国と同列視することによって、それらを侵略し植民地化したことへの反省が忘れ去られてしまうことを指す。明治維新後の経済構造の資本主義化は国家の統治機構や社会制度の「近代化」を伴ったが、領土の拡張と資源の争奪のために他国を侵略する帝国主義的・軍国主義的な植民地主義は、「近代化」と無縁な現象ではなく、明治維新以降の近代的な日本国家が対外的にとった政策の一つであった。中野は、このような認識に基づいて、日本帝国主義の侵略戦争は「近代という時代

そのもののひとつの帰結」であると指摘している。

中野の大塚久雄批判を手がかりに、日本刑法史の課題を設定するならば、次のようになる。すなわち、帝国主義的な侵略戦争の時代において、総力戦を展開する高度国防国家体制へと国民を動員するために主張された刑法理論とはどのようなものであったのか。そして、戦後の自由主義の下で、個人の自由と自律性の実現に向けて再構築された刑法理論は、それとどのような関係にあるのか。それは、アジア諸国に対する侵略と略奪に向き合ってきたのか。絶対主義的天皇制の支配に協力した日本法理運動が対外的な侵略戦争と国内的な思想弾圧のために刑法学説を動員したことは今日知られているが⁶⁾、それに責任の全てを押しつけることはできない。なぜならば、問われているのは「近代という時代そのもののひとつの帰結」としての「刑法」だからである。

「個人の自由」を「国家の政策」に対置させてきた近代的な市民が、「国家の政策」に自己を同一化させて「個人の自由」を喪失しつつある現代の「ねじれ」は、1930年代の世相と非常に似た状況を示している。この「ねじれ」の原因を刑法学の立場から解明し、それを解きほぐし、個人の自由を犠牲にして国策に動員されることのない刑法理論を築き上げなければならない。「二重の視野狭窄」に囚われたままでは、日本刑法学の進むべき方向を見出すことはできない。このような視点から日本刑法学のあゆみを総括する内田の問題提起は頗る斬新である。

三 内田博文『日本刑法学のあゆみと課題』の構成

内田博文『日本刑法学のあゆみと課題』は、序章「刑法学における歴史研究の意義と方法」、第2章「日本の刑法の歩み」、第3章「日本における刑事裁判の歩み」、第4章「日本における刑法学の歩み」、第5章「日本の刑法の課題」の5章から構成されている。刑法が現実の社会においていかに行使されたか、それを学説がいかに支え、またいかに批判したか。判例

と学説が絡み合う複雑な刑法史を分析的に解明し、また刑法学を学ぶ者がそこから多くを学び取るための理論的工夫をこらしていることが、この章構成からうかがわれる。

(1) 序章では、刑法学の研究対象である刑法が一般刑法と特別刑法として位置づけられ、行政機関の権限強化に伴い立法府たる国会の地位が相対的に低下するなかで、政府の諸政策を行政的に管理・遂行するための法的領域が特別刑法（行政刑法）の名の下で肥大化し、それにより一般刑法の基本原則が侵食されていることが指摘されている。刑法の機能には総体として規制的功能、保護的功能と保障的功能の3機能があるが、権利の保障機能が斥けられ、国家の行政管理目的を遂行する傾向が強まっている。刑法理論は、それを弁証するかのように規制的功能と保護的功能を強化している。そこでは、権利侵害だけでなく非法的利益（社会倫理）の侵害の規制が一般論として位置付けられ、それを担保するために法益概念の規範化・主観化が惹き起こされている。個人の自由に隣に国策が座っているかのようである⁹⁾。

近代が刑法に付与した任務、すなわち「市民刑法」の任務は個人の自由を法制定権者と法執行権者による刑罰権の行使から防御（保障）することであったにもかかわらず、行政管理目的が要保護性を有する「法益」として位置付けられ、保障的功能を抑制しながら規制と「保護」の方向が強化されている。この傾向を直接的に表現しているのが「治安刑法」である。刑法学の現代的課題は、戦前の暗黒時代に刑法が治安維持のために動員された歴史的事実を踏まえ、その現代的現象である刑法の市民的治安主義化の傾向を批判することである。刑法が個人の自由の犠牲の上に国策へと動員されることを阻む刑法の基本原則の再定立は急務の課題である。

(2) 第2章では、近代黎明期に成立したヨーロッパの刑法の歴史的意義が確認された上で、戦前日本の刑法史が概観されている。「明治維新」という急速な資本主義化と復古主義化の矛盾のなかで旧刑法が制定され、それが改正されて現行刑法へと至った経過を分析し、明治時代の法制定者と法

執行者が搾取にあえぐ労働者・農民の抵抗や自由民権運動を弾圧するために、また資本主義的矛盾の現象としての刑法犯の急増に対処するために刑法を用いたことを解明している。日本の資本主義的「近代化」は近代的な市民刑法の形式を伴った刑法典をもたらしたが、その内実には治安警察法などの治安刑法群とあいまって国家の諸政策を遂行する役割を發揮した。そのことは治安維持法の制定以降、侵略戦争の時代においてますます鮮明である。日本刑法史は、資本主義的蓄積の推進とそれに敵対する勢力の弾圧のために動員された国策刑法として始動したことが指摘されている。

戦後は日本国憲法の制定とともに、治安維持法などの軍国主義的な治安法群が改廃され、刑法は憲法の原則と理念に方向づけられた全面改正の課題に直面した。しかし、それは実現しなかった。それどころか、刑事応急措置法による戦時刑事特別手続の温存、連合国の占領管理法の国内法化、破壊活動防止法などの制定によって、治安維持を目的とする行政刑法群が強大化した。1960年代以降もその領域の拡大傾向は続き、「国民生活の安全の保護」の徹底のために、前段階的規制の強化、警察による情報収集活動の日常化、警察と国民の連携が促進され、刑法の保障的機能や明確性の原則の緩和傾向が顕在化した。それは今日の刑事立法の特徴である「厳罰化」や「処罰の早期化」につながり、しかも「市民的」な装いをまとめて進められ、共謀罪立法など「国際化」の要請を受け入れる方向で加速化している。

内田は、以上の分析を踏まえて、戦後日本の刑法状況を「未定着の市民刑法が、日本国憲法の下でも、治安刑法や行政刑法などによって浸食されて続けてきた」¹⁰⁾と総括する。つまり、日本刑法史において、いわゆる「市民刑法」というものは未だ定着しておらず、現存するのは種々の政策目的のために動員された似非市民刑法である。刑法の100年は、「目的」のための「手段」という点において戦前・戦後一貫している。それは、「犯罪現象から国民を保護することは立法の任務である」という一般的な議論で済まされるような話ではない。

(3) 第3章では、戦前・戦後の日本の刑事判例が概観されている。内田は、戦前の刑事判例の特徴として、固有法の立場から刑法60条の解釈論として共謀共同正犯が肯定されてきたこと、刑法改正作業と連動して、国体の安寧秩序に敵対する結社・団体とその思想を危険視する治安刑法が「狂気」のように適用されたことを挙げている。戦後においても共謀共同正犯が肯定されていることに変わりはなく(最判昭23年1月15日刑集2巻1号4頁)、その要因として日本国憲法のもとで裁判官の法意識に顕著な変化が見られなかったことが指摘されている。

「火炎びん」が爆発物取締罰則にいう「爆発物」に該当しないとして、無罪の原判決を維持した昭和31年6月27日の最高裁大法廷判決(刑集10巻6号921頁)もあったが、それは例外でしかなく、戦後の判例は「日本国憲法よりも国益を重視する」ものであり、看過し得ない数多くの問題点が内在している。また、死体に対する殺人未遂を認めた昭和36年7月10日の広島高裁判決(高刑集14巻5号310頁)や福岡青少年保護育成条例の「淫行」処罰の明確性を肯定した昭和60年10月23日の最高裁大法廷判決(刑集39巻6号413頁)には「市民刑法的な説明」が付されているが、それは「化粧にとどまり、実相を示すものではなく」、「市民法的な説明」の背後に治安的規制と保護の強化傾向が隠れている。覚せい剤の故意と麻薬の故意の符合を認めた法定的符合説の拡大適用(最決昭和54年3月27日刑集33巻2号140頁)、「黙示の共謀」を根拠にした共謀共同正犯の拡張(最決平成15年5月1日刑集57巻5号507頁)、既遂成立の結論先ありきのような因果関係の認定(最決平成2年11月20日刑集44巻8号837頁〔大阪南港事件〕、最決平成4年12月16日刑集46巻9号683頁〔夜間潜水訓練事件〕、最決平成15年2月17日刑集58巻2号169頁〔高速道路侵入事件〕、最決平成16年10月19日刑集58巻7号645頁〔高速道路駐車・衝突事件〕)など、国家刑罰権の正当性を大きく揺るがす判断が続いている。

内田は、以上のような判例の動向を踏まえて、最高裁は「憲法の番人」という役割を果たすことなく、また現行刑法を憲法の観点から「改鑄」す

る役割をも棚上げしてきたと批判する¹¹⁾。国益や治安という「目的」に動員されない刑法理論を構築し、それを盾に判例に対抗していく必要がある。(4) 第4章では、戦前・戦後における刑法学の意義と限界が明快に総括されている。戦前の日本刑法学では、19世紀末葉から20世紀初頭にかけてのドイツの学派の争いの影響を受け、新旧両学派の間で論争が繰り広げられ、戦後も行為無価値論と結果無価値論の争いが展開されてきたが、内田はこのような学説の動向を次のように特徴づけている。

「一見すると、戦前と戦後の日本では、刑法学の様相に大きな変化が生じているようにもみえる。戦前の刑法学では、主観主義刑法学が優位を占め続けたのに対して、戦後の刑法学では、主観主義刑法学の支持者はほとんど存在しない。刑法の基本原則についての態度も、表面的には一変したかのようである。戦前の刑法学では、罪刑法定主義を擁護する見解は少数説にとどまっていたのに対して、戦後の刑法学では、罪刑法定主義を否定する見解を見出しえない。日本国憲法の制定がこのような変化を促したことは確かであろう。／しかし、この変化を過大評価することは妥当ではない。一皮めくると、別の姿が浮かび上がってくるからである。例えば、戦前の学説では、判例の共謀共同正犯論を否定する見解が主観主義刑法学を含めて多数であったのに対して、戦後の学説では、肯定説が多数を占めるにいたっている。学説の判例に対する態度は、『指導』から『追認』へと転換したかのようである」¹²⁾。

内田は、以上のように日本刑法学のあゆみを総括し、そして「より大きな問題は、日本の刑法学が、立法、とりわけ治安刑法の動き、そして治安刑法との溝を埋めるための刑法全面改正事業に対してどのように対応してきたのかである」と問題を提起し、戦前の学派の争いが「国家刑罰権を正当化ないし合理化する『コップの中の争い』に過ぎなかった」ために「ファシズム刑法によって止揚されていった」限界を指摘し、「この教訓が、

戦後の刑法学において十分に生かされてきたであろうか。戦後の刑法学は、ファシズム刑法に対して防波堤の役割を果たしているのであろうか。否といわざをえない」と戦後刑法学の限界を指摘する¹³⁾。戦後刑法学は、刑法の領域において「近代化」という課題を追求し、無視しえない成果を、例えば「改正刑法草案の挫折」という成果を収めたが、1970年代に入って刑法学の基本的立場に看過し得ない変化が生じていることを次のように警告している。

「1970年代以降は、刑法の近代化は既に達成されたとし、刑法の保障的機能をいたずらに強調することはもはや妥当ではないとして、『国民の処罰要求』に柔軟に対応することが新たな刑法の課題になっているとする見解が支配的になっている。……1980年代以降の『刑事立法のラッシュ』の一翼を刑法学が担っている。行為無価値論と結果無価値論の『論争』も様相を変えつつある。市民的治安主義による止揚が進行しており、1930年代に近い状況が出現しつつあるといっても過言ではない。／これには、戦後の刑法学が、ファシズム刑法の克服という課題に取り組むことを回避してきたことが大きな影を落としているように見える」¹⁴⁾。

内田は、戦後日本刑法学の動向を以上のように分析し、「市民の刑事政策」が市民性を仮装した刑事政策と結合して、政府が推進している重罰化と処罰の早期化のための刑事政策を後押ししていることを指摘している。法務省や警察庁が作り上げた「安全神話の崩壊」や「体感治安の悪化」などの刑事政策のシナリオ。メディアによるその無批判な流布。批判的専門性に対する非難と迎合的素人談義の横行。多くの市民がそれを鵜呑みにするような社会風潮。国家の刑事政策とメディアと世論とが響き合い、「国家の立場」を自己を全面的に「シンクロ」させ、別の仮定や異論をすべて排除するという志向。これらの動きが、日本国憲法のもとで進行しつつある。内田は、「1930年代に似た状況が出現しつつあるといってもよい」と

警告を發し、「日本の刑法学を『再建』し、『市民の、市民による、市民のための刑事政策』を真に実現するためにはどうすればよいのか。この難問に直面しているのが今の日本刑法学である」¹⁵⁾と述べて、日本刑法学が当面する緊急の課題を提起する。

(5) 第5章では、「日本の刑法の課題」として、刑事立法、刑事判例および刑法学の三つの領域に渡って課題が整理されている。

まず、刑事立法の課題として指摘されているのは、第一に「刑事立法のラッシュ」と評される刑事立法の氾濫状況に抗して、刑法の謙抑主義の観点からそれを制約するための理論を提示することである。法益侵害に対する評価の変化を理由にした厳罰化、処罰の早期化、捜査機関の負担軽減、組織犯罪からの社会と市民の保護、国際社会の要請である共謀罪立法に対して、「冷静かつ慎重に見極め」、「それを国民、市民にいかにして迅速かつ的確に伝えていくかも大きな課題である」という。そして第二に、憲法や国際人権法の観点からの刑法の改正である。戦後直後の刑法改正には積極的な側面もあったが、十分なものではなかった。代用監獄制度の廃止、被疑者・被告人の防御権の保障、死刑制度の廃止、死刑確定者の処遇改善、人種差別立法など国連の自由権規約委員会や人種差別撤廃委員会が勧告している法的措置を早急に講ずる必要がある。厳罰化や処罰の早期化のために国際社会の要請を引き合いに出しながら、被疑者・被告人の防御権や国民の基本的な人権の保障を求める国際社会の世論を無視する日本政府のダブル・スタンダードを批判していかなければならない¹⁶⁾。

次に課題として指摘されているのは、主観主義的な現行刑法の枠をも超えた柔軟な解釈が継承され、刑罰権を規制する行為主義や責任主義などの刑法の基本原則が緩和され、「刑事立法のラッシュ」に見られる「重罰化」や「処罰の早期化」の動きが加速されるなかで「より多くの矛盾を露わにするに至っているという点」である。柔軟な立法に柔軟な解釈が重ねられた場合、市民生活にどのような悪影響が生ずるかは、計り知れないものがあるが、裁判所はそれを躊躇するどころか、逆に拡大させている。法治国

家が消滅するような事態をこれ以上加速させないために、「このような流れを食いとめることこそが裁判所の存在意義ではないか」と改めて問い質している¹⁷⁾。

最後に刑法学の課題として整理されているのは、国益と治安を重視する刑事立法や刑事判例が市民性を偽装して推進されるなかで、また被疑者・被告人と市民を分断する「敵・味方刑法」のイデオロギーが台頭するなかで、国家による不当な刑罰権の行使に対して人権擁護の立場に徹する刑法学を復権させ、「市民の、市民による、市民のための刑事政策」を実現することである。戦前の厳しい試練を耐え抜いてきた風早八十二の罪刑法定主義論、佐伯千仞の可罰的違法論や期待可能性論が、被疑者・被告人の人権を「救済」するための「闘いの武器」としての意義を持っていたことの意義を改めて踏まえ、彼らの理論闘争の歴史を継承し、概念的固定化を排しながら、現在の社会状況のなかで「闘いの武器」として鍛え上げ、具体化すべきことを指摘している¹⁸⁾。

四 内田博文『日本刑法学のあゆみと課題』の意義

内田博文『日本刑法学のあゆみと課題』の内容は以上の通りである。そこにおいて扱われているテーマは、刑事立法・刑事判例・刑法学説の全領域に渡り、量・質ともに内容が膨大であるため、それらを相互に関連づけて正確に読みこなすことは容易ではない。ここでは、若干の論点に関して、その意義を確認することにしたい。

(1) まず、第1点は内田が日本の刑法学のあゆみを総括するに至った動機についてである。内田は、被疑者・被告人の基本的な人権と市民的世論やジャーナリズムの間に「ねじれ」が生じ、それが「個人の自由」という憲法の理念を否定し、かつての侵略戦争と言論封殺の時代を想起させる危険な徴候を示しているという状況認識のもとに、この「ねじれ」の原因を解明する糸口として中野敏雄の大塚久雄批判に注目している。

中野によれば、大塚はヴェーバーの議論に基づいて国体奉仕の生産的倫理観を説き、戦中の総力戦を支える生産力向上に国民を動員する経済学説を主張したが、戦後は打って変わって啓蒙家として登場し、「東洋」の遅れた「封建的」な日本を復興するために国民は自由で独立した「近代的人間類型」たらねばならないと説いた。中野は、大塚の戦中と戦後の主張の間に「生産力向上への動員」という思想的連続性が潜んでいると分析したが、この方法を刑法学史の分析に援用するならば、戦後の自由主義のもとで個人の自由と自律性の実現に向けて再構築された刑法理論のなかに戦前・戦中に国策に動員された刑法理論の「思想的連続性」が潜んでいないのか、そしてアジア諸国に対する侵略と略奪に戦後の刑法理論が向き合えるのが問題として提起されることになる。日本帝国主義の侵略戦争が「近代という時代そのもののひとつの帰結」であるならば、前近代的な刑罰制度の批判のうえに成立した「近代」の日本刑法がそれと無関係であるはずがない。戦後刑法学のもとにおいて、個人の自由と独立という「近代」の価値が探究されるべきであっても、自由で自律した経済体制を支えるための個人の政治的自由と権利を指向した刑法理論が構築されるだけならば、中野が大塚に発したのと同じ問いを戦後刑法学にも向けなければならない。「ねじれ」という内田の認識からは、中野と同じ問題関心がうかがえる。

(2) 第2点目はヨーロッパの刑法史の歴史認識に関する問題である。それは第1点目の問題と関わるが、内田は刑法の近代化を方向付けた原動力として啓蒙思想を挙げ、ベッカリーアもホンメルもそれに基づいて刑法や刑罰制度を構想したという。内田も記しているように、ベッカリーアの『『犯罪と刑罰』の内容が立法化されたのは、改良主義や穏やかな近代化ではなく、革命方式による急激な近代化を実現したフランスにおいてであり、1789年のフランス人権宣言を受けて制定された1791年の刑法典¹⁹⁾においてであった。しかし、啓蒙の刑法思想がそのまま現実のものとならなかったことに留意する必要がある。色鮮やかな人権保障の理念は革命の直後の

人権宣言や刑法典において実定化されはするが、その後はナポレオンの権威主義を反映した苛酷な刑法、すなわち1810年刑法典によって否定されたのではなかったのか。内田は、「ナポレオン体制による修正を受けた1810年の刑法典でも、近代化の基調が変わることはなかった」²⁰⁾と述べているが、「近代化の基調」には二つの矛盾する契機があったことがここでは重要であろう。すなわち、封建的な刑罰制度を批判し、人権保障の理念を掲げる革命性、すなわち刑法の保障的機能を強化する側面と、ブルジョアジーによる権力掌握の後、労働者・農民の抵抗を抑圧する反革命性、すなわち体制防衛をはかるために刑法の規制的機能・保護的機能を強化する側面である²¹⁾。刑法の近代性はこのような歴史の推移と発展段階においてブルジョアジーを担い手とせざるをえなかった。そこには内田が問題視する「ねじれ」と同じ現象がある。「ねじれ」のない近代の革命性は、内田が依拠する「市民」によって担われうるのが問われねばならない。

(3) 第3点目は、日本刑法史の歴史認識に関する問題である。いわゆる市民革命を経験しないまま明治維新による資本主義化が推進されたため、日本の資本家階級は半封建的勢力と結びつき、しかも復活した天皇制を権力の頂点に置いた。内田が論ずるように、旧刑法はその前後に制定されていた治安警察法などの一連の治安刑法とあいまって、自由民権運動を抑圧し、半封建的隷農制の上に立つ国家の介入による急速な資本主義的發展に奉仕する道具として機能した。その旧刑法でさえ、資本主義の矛盾として溢れ出した犯罪の増加現象に対処しえないと批判され、「先端的」な刑事政策的思考を取り入れた現行刑法へと改廃された。幅の広い法定刑、裁判官の量刑裁量というその特徴は、資本主義的蓄積の推進とそれに敵対する勢力の弾圧のために動員された国策刑法へと結びついた。

このような特徴を基本原則として持つ現行刑法の解釈・適用を主導したのが牧野英一の主観主義刑法学であり、それに対して異を唱えたのが小野清一郎や瀧川幸辰の客観主義刑法学であった。内田は、小野清一郎が『刑法講義』(1932年)で展開した罪刑法定主義論や瀧川幸辰が「罪刑法定主

義の再認識」(1935年)および「犯罪の防衛が犯人のマグナ・カルタか」(1935年)で論じた罪刑法定主義擁護論を紹介しながら、小野がその後徐々に軟化し、「法理学的普遍主義」(1936年)では国家的道義を説き、その後は日本法理運動に関与していったその限界と問題点を指摘している。内田は、それは「戦時という状況によるのではなく、彼の、所謂普遍主義の当然の帰結であった」²²⁾、つまり小野はファシズムと戦争に突き進んでいく当時の国家政策に服従せざるをえなかったのではなく、「法理学的普遍主義」が小野をして無理なく国家の現実に道義性を見出させ、その政策を積極的に推進させたというのである。内田は、日本法理運動の検証は「ファシズム刑法を総括し、その再発を防止するために必須不可欠の作業といえよう」²³⁾と述べているが、その作業を行うためには、小野刑法学を体制批判から体制迎合へ、さらには日本法理へ導いたこの「法理学的普遍主義」の理論的正体を明らかにする必要がある。1930年代の初頭には「文化的共同社会」の理念から日本国家の現実を批判し、とりわけ現実の刑罰権に対して個人の自由を一度は擁護した小野が、1930年代後半以降、「日本の国家的精神」から皇国の法理を、とりわけ醇風美俗の擁護を弁証する刑法理論を「ねじれ」ることなく唱えられた理論的転換の経緯を解明しなければならない。

(4) 第4点目は、この問題と関わって、内田が戦後日本刑法学が被疑者・被告人の人権救済のための「闘う武器」として継承すべきと説く佐伯や風早の刑法思想に関する問題である。

佐伯が刑法解釈論として展開した可罰的違法論と期待可能性論は、刑法における人間的暖かみ、寛容さ、情け深さを法解釈論に取り入れたものと評され、それは戦前の刑法学のなかでも異彩を放つ理論として特筆に値する。しかし、佐伯も戦中は小野清一郎とは違った形で、同じ方向を歩まざるを得なかったことに目を向けねばならない。

佐伯は、1946年に京大法学部の教員適格審査委員会が氏に「教員不適格」と判断したことに対して、「京大学園新聞」(1946年11月11日)に反駁

文を發表している。審査委員会は、佐伯が1943、44年頃の著作において「極端な国家主義」を鼓吹したことを不適格の根拠として挙げているが、佐伯の反駁文はそれに抗議するものである。中山研一²⁴⁾は、この時期の佐伯の刑法学説には審査委員会が判断したような「極端な国家主義」も「超国家主義」も見られないと分析し、佐伯が日本法理研究に従事したのは、当時の刑法学界に蔓延していたナチス刑法学への追従傾向と厳罰主義の風潮に対抗するために、日本刑法学の真の伝統が自主、寛大、淡泊、道理、慎重の点にあったこと示すためであった点を積極的に評価しているのであるが、しかしその限りにおいて、佐伯は日本国家の現実に対しても、また日本法理運動に対しても批判的な姿勢をとらなかったのである。ナチス刑法学に対する外在的な批判の視点が、日本法理に対して内在的に向けられなかったのは何故なのか。それが「戦時という状況」に後押しされた結果なのか。それとも小野の「普遍主義」のような何らかの思想によるものだったのか。日本法理に傾倒していく弱点が佐伯刑法思想のどこにあったのかを検討し、可罰的違法論や期待可能性論を人権を「救済」²⁵⁾するための「闘う武器」として批判的に「改鑄」することが求められているといえよう。

風早は、1930年に末弘巖太郎監修『現代法学』の第30巻に「治安維持法」を著したが、政府はそれに発禁処分に対応した。1932年に野呂栄太郎の推薦により非合法下の日本共産党に入党した氏は、1933年に治安維持法違反で検挙され、2年間の拘留の後、1935年に懲役2年、執行猶予3年の言い渡しを受けた。その後、1938年にベッカリーア『犯罪と刑罰』(岩波文庫版)の邦訳を出版し、刑法研究者として新たな活動に入ったが、1940年に日本共産党再建の嫌疑による治安維持法違反で再検挙され、1943年に仮釈放され、そのまま終戦を迎えた。科学性と階級性を自覚した実践的な刑法研究者の風早は、それゆえに絶対主義的天皇制によって自由と自律性を剥奪された犠牲者でもあった。罪刑法定主義がその苦い経験と教訓を踏まえて主張されるとき、それには国家刑罰権からの個人の自由と独立を擁

護する羅針盤としての意義があると断言できる。

しかし、その当時、「政党政治の悪弊」を是正する新しい「国の方針」を策定するために、国家の経営技術官僚を基盤とする「昭和研究会」が設立され、風早もそこに属していた²⁶⁾。1938年頃の研究大綱には、「対外的には当面の事変收拾の為に如何なる一般的外交方針を採るべきか、事変の世界戦争への転化を如何にして防止すべきか。日本を中心とする亜細亜ブロック体制は如何に形成すべきか。……対内的には此の未曾有の難局に対して、国の経済、政治及び文化を……日本の新地位に対応して如何に再建すべきか。……以後十年乃至二十年を目安としての……見透しを大体的に確立して……」云々という基本方針が掲げられ、文化部門や経済部門などの専門部門に集う文化人・研究者がそれを個々に具体化していった²⁷⁾。風早もまた、科学と国民を基礎にしなが、いかに時局を收拾すべきかについて腐心したが²⁸⁾、その直後に治安維持法違反で再検挙され、言論活動を再開するには戦争の終結を待たねばならなかった。内田は、「昭和研究会」の一員としての風早の研究活動に「戦時という状況」に置かれた知識人の苦悩を見ているのだろうか。また、それと刑法理論との関係をどのように捉えているのだろうか。

(5) 第5点目は、市民的治安主義における「市民的安全の要求」を批判する理論的拠点をどこに求めるかという問題である。「市民的安全」が国家の治安政策の論理に組み込まれた場合、事前予防主義的な治安政策を強化し推進する機動力を発揮する。市民性を仮装した治安刑法には刑法の保障的機能の擁護が対置されなければならないが、「市民的安全の要求」それ自体に刑法の保障的機能を制約する契機があるか否かは、あまり問題にされてこなかったように思われる。それは、かつて平野龍一が、憲法の価値観から「市民的安全の要求」を無視できないとして、個人の生命、身体、自由、財産とあわせて保護すべきことを主張し、刑法はその目的達成の手段として「いくら積極的になってもよい」²⁹⁾と論じた点と関わる。フランス人権宣言は「安全」を自由、所有権、圧制への抵抗とならぶ自然権の

一つとして実定化しており(2条),歴史的に「市民的安全」それ自体には治安的性格は潜んでいないというのである。現行憲法が「市民的安全」を基本的人権として発展させるなら,刑法の基本原則がこの脱治安的な「市民的安全」にどのような態度をとるのか,純然たる「市民的安全」をも保護法益として位置づけうるのかが検討されなければならない。

(6) 第6点目は,戦前の日本刑法史は対外的な侵略戦争と植民地主義,そして国内的な思想弾圧を抜きに論ずることはできないが,その時代を刑法理論的にどのように捉えるのか,つまり刑法による「過去の克服」をどのように捉えるのかという問題である。例えば,戦後の占領下のドイツでは,刑法典のなかのナチ規定やナチズム関連の特別刑法が改廃され,さらにナチ党や政府関係者だけでなく,司法省の官僚や民族裁判所の裁判官,安楽死計画に関わった精神科医などが裁かれた³⁰⁾。戦後の日本では,現行刑法の一部改正と治安維持法の廃止など脱軍国主義化・民主化の積極的な措置が講ぜられたが,それ以外の課題は手つかずのまま放置されているといってもよい。何故なのか。それは,現行刑法が「柔軟に運用することが可能であり,」時々必要に応じて,一部改正が施され」ることで,その役割を果たすことができるので,脱軍国主義化と民主化のためには一部の改正で足りると認識されていたからなのか。もしそうであるならば,現行刑法それ自体には克服されるべき過去など一切存在しないことになる。不法に仕え,そして今度はそれを反省することなく法に仕えられる鶴のような刑法などありえない。内田が主張するように,憲法と国際人権法のもとで新しい刑法を,すなわち個人の自由のみを指向し,予防主義や治安主義のような国策に決して動員されない刑法を再生させなければならない³¹⁾。

(7) 第7点目は,これは吾々自身の課題でもあるが,内田は自己の見解を提示する際に,風早八十二や横山晃一郎らの含蓄ある言葉を引用し,その現代的意味を噛みしめ,それを現代の刑法学研究において継承しようとしている。日本の刑法史を振り返りながら,自由と権利のために命を賭けて闘った民衆と市民の歴史のなかから刑法の基本原則を発掘し,それを再確

認し、継承・発展させていくことこそ刑法学の現代的課題であり、先人の言葉はその研究と実践の方法的羅針盤である。

五 む す び

内田博文『日本刑法学のあゆみと課題』において扱われているテーマは、刑事立法・刑事判例・刑法学説の全領域に渡り、その内容も量・質ともに膨大であるため、それらを相互に関連づけて正確に読みこなすことは容易ではない。重罰化、処罰の早期化、国際化を特徴とする「刑事立法のラッシュ」の状況が今後加速されることが予想されるなかで、その動きを正確に認識し、一つ一つの立法に的確な批判を加えていくことが急務になっている。刑法学の過去の歴史が、異なる装いまたいながら再び繰り返されそうとしているとき、その本質を見抜き、自由の防波堤としての刑法学を確立することが今ほど求められているときはない。内田博文『日本刑法学のあゆみと課題』の問題提起は、その困難な課題に立ち向かうための理論的・実践的な指針である。本書は、刑法学研究に従事する者、そしてこの問題に関心のある市民に読まれるべき書物である。

- 1) 山口 厚「刑法定典 過去・現在とその課題」ジュリスト1348号(2008年1月1-15日合併号)2頁。
- 2) 山口・前掲論文7頁。
- 3) 内田博文『日本刑法学のあゆみと課題』(2008年)「はしがき」頁以下参照。
- 4) 内田・前掲書285頁参照。
- 5) 中野敏雄『大塚久雄と丸山眞男』(2001年)44頁以下。
- 6) 中野・前掲書70頁以下。
- 7) 中野・前掲書71頁以下。
- 8) 前田 朗『ジェノサイド論』第5章「侵略の刑法学 日本法理の歴史意識」243頁以下参照。前田は、絶対主義的天皇制の時代に一人の国家主義刑法学者としての小野清一郎が、どのような思想と論理に基づいて侵略戦争を合理化し、どのような法イデオロギー的転倒を主体的に実践したのかを事実に基づいて検証し、それが日本刑法学の方法にとっていかなる意味をもたらしたのかを解明する必要があるが、それが十分になされてきたとはいえず、しかも小野が戦後直後に追放処分を受けたことにその原因の一端があると論じている。小野は、戦中に侵略戦争を合理化した刑法学説を説いたことの責任として戦後直後に追放

処分を受けたのであるが、「追放」によって小野の刑法思想は「過去のもの」、「克服されたもの」となったがゆえに、理論的に検討されることなく、放置されることになったことを指摘している。

- 9) 内田・前掲書2頁以下。
- 10) 内田・前掲書48頁。
- 11) 内田・前掲書104頁以下参照。
- 12) 内田・前掲書107頁以下。
- 13) 内田・前掲書108頁。
- 14) 内田・前掲書108頁以下。
- 15) 内田・前掲書235頁以下参照。
- 16) 内田・前掲書241頁以下。
- 17) 内田・前掲書260頁以下。
- 18) 内田・前掲書274頁以下。
- 19) 内田・前掲書20頁。
- 20) 内田・前掲書20頁。
- 21) 佐伯千仞・小林好信「刑法学史(学史)」鶴飼信成・福島正夫・川島武宜・辻 清明編『講座日本近代法発達史・第11巻』225頁以下は、フランス革命の刑法思想の意義と限界を次のように整理している。すなわち、フランス革命の刑法思想は、ベッカリーア、ルソー、ベンサムなどによって開拓された啓蒙的功利主義、目的主義の立場に立つものであり、その特色は、一方で旧体制下の宗教と癒着した応報思想を否定し、刑法を目的合理的な思想の上に乘せ、他方で官憲の専断に対して人民の自由を防御するために罪刑法定主義を確立し、一般予防的な見地を優先させることにあった。その思想は、1791年の革命刑法において極端なまでに貫かれ、1810年のナポレオン刑法もなおその支配下にあると考えられる。もっとも、1791年の刑法が刑罰の寛大化と裁判官の専断防止に熱中したあまり融通の効かない固定刑主義をとり、結局非現実的なものとなったので、ナポレオンはそれを修正して、その実用化を図り、役に立つ刑法にしようとして企てたのである。例えば、裁判官の裁量の範囲を広め、あるいは犯罪類型や刑罰手段の内容についても、犯罪の鎮圧という功利的目的主義の立場から、その強化徹底を図った。だが、こうして実際にできあがったものは、ナポレオンの権力主義を反映したすぎる過酷な威嚇的刑法であった。

啓蒙功利主義が刑法を目的のための手段として合理的に説明し、その目的に個人の自由の保障を位置付ける限り、刑事立法においても、また刑法解釈においても、その問題性が直接表面化することを回避できる。しかし、その「目的」に超個人的ないし国家的な利益が位置付けられたときには、それは異なる。フランス革命の刑法思想がこのような自己否定の弁証法的過程を歩まざるをえなかった思想的原因には、国家の側からの予防主義や治安主義をも包摂する啓蒙功利主義と目的主義がある。それをベッカリーアの近代刑法思想に遡って考察するものとして、Wolfgang Naucke, Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2000, S. 25f; ders, Beccaria – Strafrechtskritiker und Strafrechtsverstärker, in: Cesare Beccaria (übersetzt von Thomas Vormbaum), Von den Verbrechen und von den Strafen (1764), 2004, S. XL ff.

22) 内田・前掲書141頁。小野清一郎「法理学的普遍主義」中央公論(1936年1月号)9頁、35頁以下によれば、「普遍主義」は国家・社会を個人の集合体ではなく、民族の歴史的・文化的な具体的な統一体において、「普遍主義的法律観」は法律秩序を具体的・歴史的な社会生活の文化論理において捉える。法治国の観念はヨーロッパでは自由主義的な法律観に基づくが、「東洋」においては普遍主義的な「法」観念に基づく。ゆえに「東洋の刑法」は、「西洋の刑法」と違い、「援引比附」を許し、「軽き不應為の罪」を認めることができ、そこに「東洋の刑法」における罪刑法定主義の普遍主義的な意義がある。瀧川は罪刑法定主義を支持しているが、それは自由主義の立場からのもので、普遍主義の立場から主張しなければ「今やほとんど迫力がない」という。

23) 内田・前掲書146頁。

24) 中山研一「佐伯博士の刑法思想と『日本法理』(中)」判例時報2015号9頁以下。なお、中山論文には、佐伯の反駁文「刑法に於ける私の立場 追放の判定を駁す」の全文が掲載されている。

日本法理運動やそれに親和性を示す刑法理論の特徴として、日本の伝統や日本精神を強調し、それらが日本史の全体において、また日本の民族生活の隅々において貫かれ、そのことが日本にだけ存在する固有の刑法理論の本質をなしていると論ずる点を挙げることができる。ただし、一般に歴史は生成・発展を意味し、民族の生活そのものも歴史的に生成・発展してきたものであり、それを貫く「日本精神」も生成・発展してきたものである。しかし、日本法理運動がいう「日本精神」は、そのような精神面における歴史的現象ではなく、国家や民族生活の歴史を貫く本質であり、ヘーゲル哲学で謂う所の具体的普遍である。津田左右吉「日本精神について」『思想』第5号(1934年)6頁以下によれば、このような考察方法は、日本史における過去の時代から任意にある事象を取り出し、それを全体の民族生活と歴史から切り離して、そこに日本精神を確認しようとするものでしかなく、多くの場合は、あるがままの精神を捉えるのではなく、あるべき精神を描き、その美化された精神を遠い過去に反映させて、日本民族の歴史にはこのような精神が脈々と流れてきたと論ずる方法である。また戸坂潤『日本イデオロギー論』(1935年)25頁は、1930年代に「自由主義思想」の一形態として、ありのままの事物を分析してその本質を得るのではなく、事物の「意味」を解釈するだけの「解釈哲学」が台頭していたことを指摘している。それは、現実の問題を論じているように見せかけて、実際には観念に属する「意味」を論じ、しかもそれを「歴史」や「古典」に根拠を求めるというものであり、「古典が成立した時代に於いてしか通用しない範疇」を現代に適用するため、「現在の実際的な現実界の持っている現実はどこかに行って了って、その代わりに古典的に解釈された意味の世界が展開する」とその理論的特徴を論じている。日本法理運動も、津田や戸坂が論じた視点から再検討されねばならないように思われる。

25) 生田勝義「佐伯刑法理論の思想的背景 その国家像・人間像」刑法雑誌第48巻第1号(2008年)97頁以下によれば、佐伯の国家観・刑法観は、現実の国家の刑法適用が「自然法」によって制約を受ける、つまり現実の国家刑法の適用が「自然法」の世界において理念化された「国家刑法」の違法観や責任観によって制限されるという理解に基づいていない。逆である。現存する国家が自然法によってもたらされる法創造的発見や法律の理想化

を制約するのである。つまり佐伯は、現存する国家の存在の正統性ないし正当性を承認したうえで、自己制約の可能性を持つ現存する国家が、よりましな制約、より悪くない制約を自ら行うと論じているのである。そうすると、可罰的違法論も期待可能性論も、刑法を現実に解釈・適用している国家のために提供された理論ということになる。美しい理念は醜い現実によって斥けられるが、醜い現実も過去には美しいとき(自主、寛大、淡泊、道理、慎重の伝統)があったのであるから、今もそのように振る舞った方がよいし、また振る舞えるということなのである。「救済の理論」と評価されてきた可罰的違法論や期待可能性論がそのような思想に基づいて主張されていたとするならば、一方で「よりましな制約」で個人の自由を救済しながら、他方で醜い国家を補完する理論のように思えてならない。

- 26) 荒川幾男『昭和思想史 暗く輝ける1930年代』(1989年)210頁以下参照。
- 27) 中野・前掲書125頁によれば「言論封殺の時代は、同時に、政治参加の時代でもあった」のであり、それゆえに「昭和研究会」に集った文化人・研究者はそれぞれに「東亜共同体論」を論じたのである。米谷匡史「戦時期日本の社会思想」『思想』第882号(1997年)67頁以下は、この時代を「弾圧によって社会思想が閉塞した『暗い谷間』の時代」ではなく、「社会思想が時局を左右するキャスティング・ボートの賭金となり、社会変革が具体的に日程のぼったと考えられた変革の時代」とであると評価している。
- 28) 風早八十二『治安維持法50年 市民的政治的自由のために』(1976年)の「著作文献総目録」の1940年の箇所には、再検挙される直前に発表された「科学と国民との基礎に立つ時局收拾への途」中央公論(1940年1月号)などの論文が挙げられている。
- 荒川・前掲書215頁以下によれば、「東亜共同体論」の基調には1930年代末に日本社会が「東亜共同体」へと転換する基本方向を思想的に支える「協同主義」があり、それは「近代のゲゼルシャツト的文化」の抽象性が克服された「新しいゲマインシャツト的文化」の直接性に依拠していたという。文化部門の責任者の三木清もそれを理論化するために「協同主義の哲学」を論じたが、1943年には戦地へと出陣する学徒に対して「人間は伝統において死ぬことができる」、「もし君が死の問題について何か躓くことがあるなら、伝統の問題に通路を求めて戴きたいと思う」と語りかけもした。この発言は自由な言論が封殺された時代に「昭和研究会」を拠点に政治参加を試みた「協同主義の哲学」と無縁のものではないであろう。「協同主義の哲学」が行き着いた先は、「生」の抽象性の克服のうえに成り立った、天皇と国体のために潔しとされた「死」の直接性であったといえる。それは浪漫的な美学であるが、三木の死はそれに比べ余りにも哀れであった。三木は獄中の不潔と栄養失調から、疥癬に全身を冒されて肝臓障害を起こし、「死の苦悶に独房のベッドに起き上がり、独房のベッドに起き上がり、転げ落ち、死んだ」のである。荒川は、三木の死に様に、言論が封殺された「苦悶」の時代に、あえて政治参加へと「起き上がった」知識人の姿を見ているようである。
- 29) 平野龍一「現代における刑法の機能」『刑法の基礎』(1966年)121頁参照。
- 30) 1946年から47年にかけてニュルンベルク国際軍事裁判が開かれ、ナチ党の戦犯を裁いたが、その後、1947年から49年にかけて、アメリカ占領地域で法律家や医師を裁く12の裁判が行われた。これを「継続裁判」(Folgeprozesse)という。ナチの法律家を裁いた裁判に

については, Klaus Kastner, „Der Dolch des Mörders war unter der Robe des Juristen verborgen“ – Der Nürnberger Juristenprozeß des Jahres 1947, in: Journal der Juristischen Zeitgeschichte – Zeitschrift für die Rechtsgeschichte des 19. bis 21. Jahrhunderts, Jahrgang 1 Heft 3 (Juli 2007), S. 81 ff. (本田稔「クラウス・カストナー『謀殺者の短剣は法律家の法服の下に隠されていた 1947年ニュルンベルク法律家裁判』立命館法学第325号(2009年)63頁以下), Klaus Bästlein, Der Nürnberger Juristenprozeß und seine Rezeption in Deutschland, in: Peschel-Gutzeit (Hrsg.), Das Nürnberger Juristen-Urteil von 1947, 1996, S. 9 ff. が詳しい。また, ナチの医師を裁いた裁判については, 小俣和一郎『ナチス もう一つの大量』(1995年)170頁以下, 同『検証・人体実験 731部隊・ナチ医学』(2003年)87頁以下, ティル・バスチヤン/山本啓一訳『恐ろしい医師たち ナチ時代の医師の犯罪』(2005年)115頁以下参照。

- 31) かつて刑法は時代の要請と国策に奉仕する従順な下僕として不法に仕えた。その全体像は, 刑法典だけを考察の対象にしては見えてこない。前田 朗「批判的刑法学のために(5)」救援第475号(2009年)は, 今日の「日本」領土における刑法だけでなく, 「植民地」における刑法(植民地刑法)を含めた「宗主国と被植民地国における刑法総体」を分析・検証の対象に据えるべきことを強調している。

刑法をその時々国家の諸政策の道具にさせないためには, どうすればよいか。かつて刑法が独裁者によって自由自在にされた経験を踏まえるならば, 刑法の「妥当する規範」だけでは制約原理としては不十分である。刑法の外部に由来し, 歴史的・社会的な経験に基づいた「自由」だけが, 刑法を国家の政治に対置させることができる。このように主張するものとして, Peter-Alexis Albrecht, Die vergessene Freiheit – Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte, 2.Auflage, 2006, S.14.

- * 本稿は, 2009年3月28日に開催された民主主義科学者協会法律部会春季合同合宿(鹿児島)の刑事法分科会において行った報告を補正・加筆したものである。本研究は, 平成21年度・日本学術振興会科学研究費補助金(基盤研究(C))研究題名「刑法史学におけるナチズムの過去の歴史認識に関する総合的研究」(研究代表者・本田稔 課題番号20530014)の研究成果の一部である。