

中山研一著 「現代刑法学の課題」

大谷 実

現代社会がどのように規定され、いかなる名称で呼ばれよう

とも、それが、きわめて複雑かつ錯綜した時代であり、歴史的にどのような位置を与えられるのか予想さえできない状況にあることは、なんびとも認めるところである。このような現代の国家的・社会的状況と刑法学とが無縁であるはずはない。刑法は、社会の変動とともに動くのであり、刑法学はどの時代でも、社会の動向にもっとも敏感な学問であった。したがって、現代という歴史的時点に立って、刑法学の研究者すべてが、刑法学のあり方を根本的に反省し、従来の刑法学の分野から、なにを捨てなにを残すべきなのか、それとも、これまでの刑法学の延長線上では、もはや現代社会の要請する刑法学は確立でき

ず、全く異なった方法と技術を使用した新しい内容の刑法学を樹立する必要があるか、といった問題を自己の課題として設定する義務があろう。

もとより、かかる課題に答えるためには、刑法学という閉鎖的分野にのみとらわれていたのでは、とうてい、なしがたいのであって、歴史的方法、比較法的観点、そうしてなによりも、社会科学の基本的問題に、たえず関心を払い、造詣を深めておく必要がある。このように、全体の学問の流れの中で刑法学を把握するという手法をとらないかぎり、右の課題に解答を出すことは不可能だと言ってよい。中山教授は、おそらく、こうした問題に対処しうる数少ない刑法学者の一人だと思われるが、教授は、本書において、正面から現代刑法学の課題に答え、刑法学の現代におけるあるべき姿と、将来にわたる展望を示され

るに至った。

われわれとしては、本書にまとめあげられた一つの方向づけを基点として、ここからなにを学びとり、これになにを補足すべきなのか真剣に考えざるをえない。というのは、これまで、法学の課題を、本書のような形で提起した者は少なかったと言つてよいし、しかも、マルクス主義的観点を刑法学の根底に据える立場から、かような課題に正面から取り組んだ者も、かつてはなかったと思われるからである。その意味で本書は、「問題を含む」書であると同時に、学界に一つの波紋を投ずる書であるとする事ができよう。そこで、以下各章ごとに紹介と若干のコメントを付け（各章独立の論文なのでやや平板になるがこの方法による）、最後に若干の感想を述べてみたい。

二

一 第一章 民主主義刑法学の課題

この分野は、全体の総論的部分となっており、ここで著者の日ざす現代刑法学への道が、ほぼスケッチされる。著者によれば、わが国の刑法学においては、戦前戦後をつうじて、理論刑法学が圧倒的優越性を示してきたのであり、戦後の他の分野における法学論争にほとんど関与しなかったのも、日法刑法学界全体に根ざす理論刑法学一点ばりという「現実」からの遊離傾向にある。したがって、著者においてはまず、この状況が、新たな課題を生みだす土じょうとなるのである。

では、こうした刑法学における「現実」からの遊離傾向を支えるに至った理論刑法学には、なにが決定的に欠けていたのであろうか。この点に関する基本的視点として「憲法体制を擁護する運動の中で、何よりもこの憲法との関連をくり返し追求すること」が必要であり、戦前の歴史に対する反省と、戦後民主主義への評価なくして、刑法理論の歴史的回顧や将来へ向けての課題設定はなしえないとする。要するに憲法体制下の刑法学を自覚的に展開することが、現実に根をおろした刑法学を生みだすことになるのであり、かかる方法が、とりもなおさず、民主主義刑法学の根本視点に置かれるべきであるということになる。そのさい(1)刑法および刑法学を日本の近代資本主義発達史の中でとらえること、(2)その中から戦後における刑法的「変革」の不徹底さと限界性を明らかにすること、(3)民主主義刑法および刑法学の変遷過程をあとづけること、(4)現代の社会的・経済的・政治的状况の分析を前提とすることを、個別的な課題として抽出している。

こうした方法論上の課題を前提といたうえで、まず、理論的側面にかかわる問題としては、(1)いわゆる「学派の争い」が「現代的反映形態」であることを自覚するとともに、現代の国家的社会が価値相対主義と不可知論の巨大なる、つぼである以上、刑法学派の争いは折衷主義の道を進まなければならない。しかし(2)旧派に対しては、現代旧派理論が現代社会の典型的反映形態となっており、それは、規範化と主観化として性格づけ

ることができ、次に(3)目的的行為論に対してはそれがかような旧派形式としての発展形態の極限にあることを学界に自覚させようとする。つづいて(4)新派理論については、近代刑法の保障原則との関連およびその方法論的、哲学的関連が追求されるべき課題とされる。さらに(5)平野教授を中心とする経験法学的手法に対しては、アメリカ社会学の限界から見ても刑法の分野におけるブルジョア合法性を掘りくずす危険な側面をもつことを指摘することによって、こんにち提案されている学問的流れのあらましにつき、一応の批判的な検討を試みる。次に、実践上の問題については、第一に、刑法学者に対し解釈論に関する社会的責任を自覚するよう警告するとともに、他方、精神障害者の処遇問題や交通犯罪などの「生きている刑法」の研究を要請している。最後に比較刑法の領域でも、従来の研究の無定見な態度が指摘され、「民主主義刑法学をいかにして樹立し発展させるか」という点から外国刑法の摂取をなすべきであるとして、第一章を結んでいる。

以上から判断しうるように、中山教授の関心は、従来の理論刑法学、とくに概念の操作と体系構築を主軸とする解釈学に疑義を示し、刑法学の科学化を目ざすものとして、いわゆる法の科学性、社会科学としての法律学を追求する学問的流れに属することは、あえて指摘するまでもなからう。そうして、その研究にあたっては、刑法および刑法学における歴史性、階級性の認識が必要であることを強調するとともに、刑法を現代社会の

反映形態として眺め、少なくとも現代日本の最低の価値基準として定着している憲法的観点から刑法および刑法学に反省を迫られており、この点、正しい方向を示すものと言えよう。われわれとしては、大いにこれらの警告に耳を傾け、「憲法変われど刑法変わらぬ」という戦後刑法学の状況を主体的に受けとめる必要があるものと思われる。ただ、現在の状況から見れば、理論刑法学が圧倒的優越性を示した時代は、一応終わりを遂げたと言つてよく、単なる体系上の論議や、概念の操作を論じたような研究が一部にあることは確かであるが、それが学界の主流をなしているとはとうてい言えないであろう。さらに、第一章から受ける全体の印象として、理論刑法学が閉鎖性と自己完結性のゆえに他の領域から隔絶されているように論じられている感があり、たしかにかかると一面があったことは否定できないのであるが、しかし、教授も言われるように「刑法理論は一つのイデオロギー（社会的発現形態）」である以上、理論そのものとしては存在しようがなく、それが何らかの実践的意義をなっていたことは、学説史を回顧すれば明りようであつて、教授のいう「現実から遊離した労作」などありようがなく、かかる研究はたんなる駄作にすぎないはずである。これは、中山教授もおそらく否定しないところと思われる。にもかかわらず、従来の刑法ドグマティックに不満を示されるのは、教授のいだけられる実践的視点が、理論刑法学に反映されていないからだと思われる。そうだとすると、民主主義刑法学を標榜する場合、そ

の内容として、どのような体系を念頭に置かれているのかが、われわれとしては是非知りたいところである。現代の刑法学が現代社会形態の反映であり、それが刑法学の折衷主義として現われざるをえないとすれば、その折衷主義の典型が現代の刑法学であるはずであって、民主主義刑法学は、これらの理論傾向とどのように異なったものとして提示されるのかが、重要であろう。

二 第二章 改正刑法仮案の歴史的考察

第一章で重視された歴史的研究の一つとしてここでは、準備草案の発表を契機として、これと仮案との関連を解明したものであり、さらに、仮案の歴史的な性格と、戦前の日本史全体の流れを土台として明らかにしようとした、本格的な歴史的研究である。ここでは、仮案の根本理念を、「日本の軍事的帝国主義」と「淳風美俗論」であると、これら二つの理念は「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おく主観主義意思刑法とは何ら矛盾しない」ものとして、具体的な仮案の規定の骨子となったという指摘がなされる。そうして一部に仮案の合理的側面を強調する見解のあることに対しその不当性を明らかにして、仮案は、客観主義と主観主義のいずれについてもその悪しき側面をとり入れたものと断定する。さらに準備草案、あるいは現在進行中の改正事業が、仮案の延長

線上にあるとすれば、日本刑法学が再びファッションズの従僕になる危険があると警告する。ここでの叙述も、十分説得的であり納得のゆくものであるが、ただ、歴史的研究としては、立法化が日程にのぼった段階でのより緻密な資料、当時における現行刑法と国家体制の矛盾、臨時法制審議会での審議の過程、さらにけっきょく現行刑法が基本的に改正されなかった根拠などを教えてはしかったと思うのは、筆者ばかりであろうか。

三 第三章 治安と刑法

前章が著者の歴史的研究の必要性を示したものとすれば、本章は、「生きた刑法」、ないし刑法の実践的側面に対するアプローチとして特色づけることができよう。中山教授はここで、「治安刑法の内容と性格の解明は、刑法一般、したがってそれを推進する支配階級の刑事政策、それからさらにそれを生み出す社会的矛盾の解明にとって本質的意義をもっている」とし、治安刑法の役割の変遷、戦前における治安立法体系、戦後民主化政策と旧治安立法の廃止、戦後治安立法の復活と再編成という順序で、治安法の成立を促した歴史的、社会的、政治的背景を克明に論じつつ、現代治安立法の本質に及んでいる。そうして、現代治安法が(1)日米軍事同盟を前提とし、(2)国内的には支配秩序の維持強化として現われていること、国家独占資本主義体制に内在し日々拡大される矛盾そのものが、社会悪としての暴力団組織を育成し、市民間の秩序と平和をむしろ破壊してゆ

く傾向と、これらの矛盾を解消しようとする大衆運動、この両者に治安法が向けられているといった面に、現代治安法の特徴を見いだそうとする。と同時に、これを支えるイデオロギーこそ福祉国家論であるとし、これは、現存体制とその反動的傾斜を肯定し、資本主義体制における矛盾を表現している労働運動、大衆運動を権力の中に丸かえしようとするイデオロギーであり、けっきょく軍国主義と「産業報国会運動」に通ずるファシズムのイデオロギーであると断定する。こうして、現代の犯罪状況は、体制そのものに深く根ざしたものであり、支配者は、自己の生み出している矛盾を直視すべきであるとする。そうしてこれらに関する治安対策は、地道な社会保障政策と、真の民生安定のための具体的施策をもって足りるとする結論に達するわけである。

ところで、この部分は、中山教授の現代に対する分析をもつとも鮮明に示したものと見て看却しえないと同時に、他面、刑法の社会的機能についての結論が浮きぼりにされている点、重要な意味をもつ。そうして、治安刑法を含めて、およそ刑罰法規が、国家による「強権的な治安刑法的抑圧措置」として現われざるをえない事態が、きわめて説得的に展開されており、貴重である。また、そこから生ずる治安法の展望も、教授の指摘されるとおりであろう。ただ、ここにかかる刑法現象を培っているものは、国家独占資本主義↓安保体制↓軍国主義化という路線であるから、したがって、現行治安刑法に対する批判は、

現存体制そのものへの批判と現状変革への志向として現われるとする政治論が展開されていることが問題である。もとより、中山教授も、治安法の合法性を「憲法」の定めるブルジョア合法性の原則に適合することによって確保しようとして法性があるが、ブルジョア合法性の維持そのものが現状の変革なくしては、不可能だとされるのであるから、やはり独占資本主義の変革なくしては、ブルジョア合法性さえ確保できないという結論になりはしまいか。さらに、現今体制の変革が憲法の確保と実践的にどう結合するのといった問題も生じよう。もちろん、本章では、単純にかかる論理が使用されているわけではないが、前提から結論をとおして見ると、わたくしとしては、こう考えざるをえないわけであって、そうだとすると「刑法と刑法学の存在理由はなにか」という基本的問題にまでさかのぼらなければならなくなる。

四 第四章 刑法における新旧両派理論の再検討

ここでは、第一章に示した手法を用いて、現在の学界の状況をふかんしたものである。まず、従来の学界における「歴史的认识の甘さと貧困」が、学派対立の展望を見失わせているという前提と、刑法の世界における世界史的動向を直視し、その現代的意義を定立すべきであるとする立場から、学派の争いを眺める必要があるとされる。そうして、旧派理論と新派理論の問題状況を素描したあと、平野教授にとくに関心を示され、教授

の理論は、新派の系譜に属しつつ、旧派理論との対立を止揚するものとして、正当に位置づけられている。結論として、こんにちの理論状況においては、まことに「折衷主義」が支配しているが、それは、「現代」という歴史的性格のゆえに、解決の方向を展望しえない状況にあるとする。したがって、今や端的に、憲法の精神に立ちかえれと呼びかけられている。これまで見られなかった視点から学説の整理を行ない、現在の学界における問題状況を正確にスケッチされているが（たとえば学説百年史刑法・ジュリスト四〇〇号と対比すれば、この正確さと現在の問題の指摘がかくも異なるものかという点がわかる）ただ、たびたび引き合いに出される「憲法」の精神が、現代刑法学の陣営のうち、どちらの陣営のどの部分で欠落しているのかという点も、ここでは指摘してほしいところであるし、憲法学界はもうそんなこと、刑法学界においても、憲法と刑法とは、直接かかわらないとする見解が多数を占めている現状について、それらに対する著者の態度を明確にしてほしかったように思われる。

五 第五章 刑法における機能的考察方法とその問題点

本章は、早くから平野教授の刑法理論に注目していた著者が、平野教授の著書「刑法の基礎」を素材として、経験法学的手法による平野教授の、きん 新たな刑法理論を批判的に検討したものである。わが国の刑法学者の多くが、まだ平野刑法学に十分着目していない現状にかんがみ、これはやくこれに注目し、詳細

に分析した点、中山教授の、けい 眼に敬意を表さざるをえない。ここでは要するに、平野刑法学を経験法学的方法に色づけられたものとしてその性格を規定し、それが英米刑法の研究の必要性と実用性を示した点を高く評価し、日本の刑法および刑法学の近代的合理化のために果たすであろう役割を評価しつつも他方、平野刑法学は近代刑法の原則とくに形式的保障をほりくずす危険があるという点に批判的観点を置いている。なお、平野刑法に対する根本的視点は、第七・八章においても提起されている。

六 第六章 ソ連における刑法学方法論の動向

本章は、第一章の課題の一つである比較法的研究の一環として示されたものである。ここでは、刑法と刑事学との関連、とくに現在世界的な問題となっている刑法学におけるドグマティズムの克服と社会学的方法の導入、法的分析と社会学的分析との結合、刑事政策における合法性の保障といった問題についての、ソビエトにおける理論状況を適切に整理し、資本主義刑法学との関連に及んでいる。社会主義国家における、この問題のレベルとその展望、資本主義国家における現実との差異を眺望できて有意義である。

七 第七章 刑事責任と意思の自由

著者は、研究生活の出発時期から「意思自由の問題」に特段

の関心を示されていたのであるが、ここでは、再燃した意思自由論争に促されて、ふたたび、ソ連における論議をふまえて意思自由論を展開したものであり、ここでも、平野教授の主張に対峙する姿勢から、いわゆる「やわらかな決定論」批判を展開する中で「意思自由論争」の本質を見きわめようとされている。そのさい、著者は、意思自由論を前提とした道義的責任論の側に組し、道義的責任論は、たしかに魔術的観念であるときれる面もあるが、他方、その積極面から見れば、それは歴史的概念であり、当該の国家・社会が犯罪の社会的原因の除去と予防にどれだけとりくんでいるか、つまり市民に対して、犯罪行為にいたらない「自由」をどの程度保障しているか、といった問題としてとらえるべきだとする。これに対しては、すでに学界でも批判的見解が述べられ(平野、井上(祐)、大谷)ているが、なお、ここに提起された問題について十分論じつくされているとは言えない。とくに、道義的責任観が歴史的観念であるときれ、他方現代的状況の中で、それが貫徹される必要があるときれるばあい、その責任観の歴史的土台と現代社会とにいかなる共通性が認められるのか、といった問題は、第八章の課題をも含めて、学界におけるより一層の論議が望まれる。いずれにしても、中山教授のこの問題に対する見解は、わが国における意思自由論争をリードするものとして、一段と光彩を放つものであって、これに対する態度を決定せずして意思自由の問題を論ずることは不可能であろう。

八 第八章 刑法における意思自由論のイデオロギイ的基礎
第七章につづいて、ふたたび意思自由論の検討がなされる。

ここでは、意思自由を非難のための擬制として構成した同教授に対する平野・井上(祐)両教授の批判に反論を試みるものがねらいとなっている。そこで、虚構ないし擬制としての意思自由論の基礎となったパシュカーニスの見解を、やや詳しく紹介することから出発し、資本制社会においては抽象的個人の自由と責任という等価的清算という刑法イデオロギイが論議の余地なく成立するとし、ブルジョア・イデオロギイは、これを正当な刑罰として是認してきたものだとする。平野教授は、これに対し、この見解は「資本主義弁護のための理論」だとして、例によって逆説的に批判を試みたが、井上(祐)教授は、中山説を擬似意思自由論とした。この論争は、中山教授の実質的責任関係と意思自由論の関連、さらにマルクス主義と非決定論との関連をめぐって興味がつきない。

九 第九章 資本主義の刑法と社会主義の刑法

ここでは、体制の異なる国家間における比較刑法の方法と意義を検討する。そのさい、両体制間における刑法的問題の処理と説明に当たっては、体制下の状況がいかなる意味をもつかという点の理論的実践的検討が中心にならなければならないとき、平面的な資料の紹介がいかに無意味かつ有害であるかを指

摘する。他方、犯罪闘争という抽象的次元では、両体制に共通したものがあつて、合理的犯罪闘争にとっては、共通した手段の発見という「平和共存」の余地が十分ありうるとする。しかし決定的なことは「社会主義刑法のみが自己自身を止揚するという歴史的展望を与えられる」という点である。つまり社会主義刑法は、刑法自体を止揚することを歴史的使命とするところの、まさに『過渡期の刑法』として性格づけられる。したがつて、刑法の『死滅』を展望する過渡的性格とその移行過程の分析をはなれて、社会主義刑法の機能や役割を論ずることはできないと論定する。そうして、ここからブルジョア刑法の本質規定と現状分析を行ない、民主的改革への方向づけをなすべきであるという結論にいたるわけである。

長年、社会主義刑法研究にたずさわっている著者からすれば、この分野は、自家葉籠中のものであり、それだけに、その発言には重みがある。しかし、社会主義刑法の中に、先進資本主義刑法にとつて、どれだけモデルとすべき素材があるのか、しかも、社会主義への道を歩むとしても、民主的改革の過程で撰取すべき材料が、社会主義刑法の中にどれだけあるのかといった問題はいぜん残るであらう。

三

以上、本書の内容を紹介しながら、思いつきの感想を述べてみたわけであるが、最後に、これらをまとめる意味で成果と課

題を記しておきたいと思う。ところで、本書を形成している柱は(1)憲法的観点からの刑法学の樹立、(2)歴史的・比較的手法による刑法ドグマティックからの脱皮、(3)平野説との対決等に求めることができる。そうして、その基調をなすものは、言うまでもなくマルクス主義である。したがつて、本書の論評は、同じマルクス主義の陣営からは容易になし得ようが、そうでない世界観、方法論をとる者の側からは、かなり困難だと言つてよい。とくに、日本刑法学の現状から見ても、いわゆる方法論の問題にまで掘りさげて自覚的に展開される例は少なく、それだけに、本書を論評する場合、一方ではマルクス主義に対する態度表明を迫られるとともに、他方で自己の方法論を明確に打ち出さなにかぎり、著者にはとうてい太刀打ちできない。したがつて、ここに提起された問題が、ややもすると学界において素通りされてしまふ危険は十分ある。もちろんわたくしも、かかる論評能力を持ちあわせているとは思っていないが、しかし、刑法ないし刑法学の使命と課題は、体制のいかんを問はず、当該国家に生ずる矛盾の解消にあり、その解消手段の合理性と科学的いかえれば、個人の人格的尊重と矛盾解消への有効性の合理的・科学的探求にあるものと思われる。そう解しないかぎり、刑法学は政治的实践に直結する危険性があるのではなからうか。従来の刑法理論が、イデオロギーの問題にまで直接に立ち入らなかつた理由も、おそらく、この辺にあるものと考えられる。

この問題との対決はいずれ別の機会にゆずるとして、著者

は、かかる手法を用いながらも、学界という全体のワクの中で、論陣を張り、立場を異にする者に対しても影響力を与えらるるのに成功している。その理由は、おそらく、本書にも現われているように、マルクス主義の図式を巨視的観点から、画一的に適用し、公式的に割り切るといふ仕方を極力さけて、より緻密な内在的、具体的な検討を行なっていることにあると思われる。こうした手法はたとえば第四・五章の分析中に典型的に現われており、本書における著者の問題提起が、ことごとく、現代刑法学における重大な欠落を補うものとなっているのも、著者のこうした研究姿勢にあるといえよう。こうして、本書は、マルクス主義の立場をとるかどうかということとは無関係に、わが国刑法学界の貴重な共有財産となったことを強調しておかなければならない。

ただ、おりおりに指摘したように、本書のような観点をとつた場合、犯罪論は、おそらく保障原則の貫徹といった問題が主柱になると思われるが、そうだとすると、そのモデルとなる刑法理論は歴史的には、近代市民革命前後のものとならう。また、実質的責任関係の前提として非決定論を引きあいに出し、産業資本主義時代の抽象的個人として人間をとらえる人間像を示されるが、現代社会が、まさに独占資本主義社会であり、刑法は社会の反映形態だとすれば、右のような立場から刑法理論を樹立するのは、教授の歴史的的手法に矛盾しないか、といった疑問は、残らざるをえない。われわれとしては、本書に示され

たような現代刑法学の視点を柱とした刑法体系の出現を期待して止まない次第である。

以上、日ごろ御教導を受けている気やすさも手伝って、失礼をもちえりみず、勝手なことを書きつらねた次第である。理解を誤り、見当違いの批評をしている部分が多々あるものと、深くおそれる次第であるが、その点、著者に御寛容を賜わりたいと願うこと切である。

——日本評論社刊——