

三井誠・町野朔・中森喜彦 著

刑法学のあゆみ



有斐閣新書

刑法学のあゆみ

三井誠・町野朔・中森喜彦著

● 著者紹介

みつ い まこと
三井 誠

昭和17年1月4日佐賀県に生れる。昭和39年九州大学法学部卒業。東京大学大学院博士課程を経て、現在、神戸大学法学部教授。第2編第1章、第3編担当。

まち の さく
町野 朔

昭和18年9月17日東京都に生れる。昭和41年東京大学法学部卒業。東京大学助手を経て、現在、上智大学法学部助教授。第1編担当。

なか もり よし ひこ
中森喜彦

昭和19年5月11日奈良市に生れる。昭和42年京都大学法学部卒業。京都大学助手を経て、現在、京都大学法学部助教授。第2編第2章～第6章担当。



有斐閣新書

刑法学のあゆみ

1978年9月20日 初版第1刷印刷
1978年9月30日 初版第1刷発行 ©

	三	井	誠
著者	町	野	朔
	中	森	喜彦
発行者	江	草	忠允

発行所 株式会社 有斐閣

〒101 東京都千代田区神田神保町2-17
電話 (03) 264-1311 振替 東京6-370
京都支店〔606〕左京区田中門前町44

落丁本・乱丁本はお取替えいたします 理想社印刷・明泉堂製本

★定価はカバーに表示してあります

はしがき

大学構内で法学部学生が議論している姿に時折り出会う。口角泡を飛ばす論はしばしば刑法上の問題である。飛び交う言葉にしばしば「何々説によれば」とか「何々論に立てば」との表現がでてくる。他の分野ではあまりみられないことであろう。

たしかに、刑法学では、他の領域に比べると、学説や理論の数が非常に多く、またそれらの対立が激しい。これは刑法のもつ本質的性格に由来するのであるが、理論の一貫性を尊ぶ学生にとって多彩な理論・学説の対立がかえって議論を沸騰させる要因になるのかもしれない。刑法学は初学者にとってとっつきやすいと時に指摘されることがあるが、その一因もこのあたりに見いだせよう。

しかし、その学生達に自己のとする理論や学説が全体の状況において占める位置とかそれが登場してきた歴史的背景を問うてみると、必ずしもその返答は要領を得たものではない。刑法でも修得すべきことは少なくないが、やはり学びの原点はここにあるというべきであろう。

そう思って私達は自分達の勉強もかねて、「刑法学のあゆみ」を執筆することとした。本書は全体を三編で構成しているが、時代的には第2編および第3編はいずれも戦後のわ

が国の動きであり、近代刑法学の成立より、ドイツおよびわが国の戦前までの「あゆみ」を第1編としてまとめてみた。また、アプローチも、第2編・第3編では個別問題毎に理論の進展を追うのに対し、第1編では、グローバルに学派・学者の思想を基軸として刑法理論や犯罪論体系の変遷を描出するというようにいくらか違った形をとっている。ドイツ刑法学の動きが第1編のかんりの部分を占めるが、これは日本の刑法学の土台を読者により深く理解してもらいたいためのものと受け取っていただきたい。新書版であるので、むしろ十分に意を尽くすことはできなかったが、コンパクトな中にも、中心的な問題を落とさず、また、わかりやすい記述を心がけたつもりである。主唱者の文献をいちいち引用していないが、巻末の「文献案内」でより深く学ぶ手がかりを得てもらいたいと思う。

そうはいっても、私達はいずれも研究生生活に入ってからこれまで十余年を経たにすぎない。紙数の制約もさることながら、「あゆみ」を書くには率直に言って荷が重く筆は鈍りがちであった。三人の原稿を回覧したり持ち寄ったりして調整に努めはしたが、諸種の点でお互いの考え方のちがいも自覚せざるをえず、内容的にはほとんど各自の判断に任せることにした。

本書でふれることのできなかった刑法各論や刑事政策の部分を補填し、より内容の充実したものにするのを私達の今後の課題としておきたい。そのためにも、読者の方々からどしどし御意見をお聞かせ下さるよう切に願っている。

なお、本書は、歴史的な流れを骨太に描き出すことを主眼としたため、諸先達の理論をあまねく取り上げることはできず、また論及した学説についても、敬称や文献の出所を省略している。事情をくんで、御寛恕いただければと思う。

最後に、私達の遅々たる「あゆみ」を厳しくかつ暖かく見守り、多くの助力を惜しまれなかった有斐閣編集部の大橋祥次郎氏に心よりお礼を申し上げます。

昭和五三年八月

著 者

〔執筆分担〕

三井 誠	第2編第1章、第3編
町野 朔	第1編
中森喜彦	第2編第2章、第6章

《有斐閣新書》の刊行に際して

今日ほど教育の問題が関心を集めた時代がかつてあったでしょう。戦後の教育改革からすでに三十年、昨今の高校・大学進学率ひとつをとってみても、そのはげしい変化には驚くべきものがあります。これらの変化は高度経済成長がもたらした「消費革命」とはまったく質を異にする新しい時代の到来を感じさせます。それは一種の「意識革命」というべきものかも知れません。このような時代のなかで、きわめて多数の人びとが、主体的にあるいは創造的に「学び」かつ「知る」という欲求を強くもちはじめています。大学をはじめとするさまざまな学校、市民生活の場としての地域や職場で多種多様な講座がもたれるようになりました。現代が「開かれた大学の時代」とか「生涯教育の時代」とよばれるゆえんであります。

小社は、これまで《有斐閣双書》《有斐閣選書》をはじめとする出版活動をとおして、社会科学・人文科学の諸分野にわたる専門知識を広く社会に提供する努力をつづけてまいりましたが、このたび「専門知識を万人に」の願いをこめて、新しい時代にふさわしい出版企画《有斐閣新書》を、創業百周年記念出版のひとつとして発足させることにいたしました。

《有斐閣新書》は、現代人の多様な知的欲求に応えようとするものであり、小社が永年培ってきた学術出版の伝統を生かした新しいタイプの基本図書であります。この点で、本新書は、これまでの一般教養向きの新書とはまったく性格の異なる出版企画であり、現代における学術知識の普及への新しい使命をになうものと言えますでしょう。

《有斐閣新書》は、新書判というハンディな判型の中で最新の学問成果を平明に解説し、必要にして十分な内容を取りめるとともに、古典の再発見に努めるなど、現代に生きるすべての人びとにとって、学問の扉をひらく際のよきガイドブックとなることを意図しております。読者のみなさまの一層のご支援をお願いしてやみません。

(昭和五十一年十一月)

目次

第1編 近代刑法学のあゆみ……………1

第1章 近代刑法学のスタート……………2

1 — 国家刑罰権の成立 2

2 — 啓蒙主義と刑法の改革 7

3 — 近代刑法学の出発点 13

第2章 犯罪と刑罰 — 刑法学派の系譜……………14

1 — ドイツ刑法学発展の基礎 14

2 — 旧派刑法学の形成 16

3 — リストと新派刑法学 23

4 — 刑法学派の争い 30

第3章 形式的法治国思想の犯罪論体系……………34

1 — 刑法解釈の指導理念 34

2 — 法実証主義の興隆 35

3	——ベーリングによる犯罪論体系の基礎付け	39
---	----------------------	----

第4章	法の理念と犯罪論の展開	46
-----	-------------	----

1	——自由法運動と価値哲学	46
---	--------------	----

2	——価値哲学による犯罪論の展開	50
---	-----------------	----

3	——実質的犯罪概念と犯罪論体系の変質	59
---	--------------------	----

第5章	日本刑法学の展開	69
-----	----------	----

1	——旧刑法の制定と日本刑法学のスタート	69
---	---------------------	----

2	——新派刑法理論の輸入と「新刑法」の成立	75
---	----------------------	----

3	——日本における「刑法学派の争い」とその特色	80
---	------------------------	----

4	——可罰性の理論と犯罪論の展開	95
---	-----------------	----

第2編	刑法の基礎	107
-----	-------	-----

第1章	戦後の日本刑法学	108
-----	----------	-----

第2章	罪刑法定主義	115
-----	--------	-----

1	——伝統的理解における罪刑法定主義	115
---	-------------------	-----

2	——罪刑法定主義の新たな理解	118
---	----------------	-----

第3章 行為・因果関係	122
1 行為	122
2 因果関係	126
第4章 構成要件	132
1 構成要件とは何か	132
2 その他の理論的展開	136
第5章 違法性	140
1 違法性とは何か	140
2 違法性の阻却	148
第6章 未遂・共犯	154
1 未遂	154
2 共犯	158
第3編 刑事責任論の諸問題	169
第1章 刑事責任の本質論	170
1 社会的責任論と道義的責任論	170

2	— 人格責任論をめぐる論争	174
3	— 自由意思をめぐる問題	177
第2章	責任主義の徹底化——戦後、責任主義はまもられたか——	180
1	— 責任主義	180
2	— 現行法上の問題点	182
3	— 立法上の問題点	186
第3章	故意および過失をめぐる理論の展開	190
1	— 故意論はどのように展開したか	190
2	— 錯誤論の問題点	197
3	— 過失論の展開	207
4	— 期待可能性の理論——その衰微——	213
第4章	責任能力	217
1	— 責任能力の有無判断では心理学的要素を重視すべきか	217
2	— 原因において自由な行為——間接正犯の論理構造と同質か——	224
文献案内		229

第1編
近代刑法学のあゆみ



中世ドイツの拷問による取調風景

第1章 近代刑法学のスタート

1——国家刑罰権の成立

▽未開社会の刑法はどのようなものだったか

六法全書の中の「刑法」というところをみると、たとえば一九九条には、「人ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役ニ処ス」と書かれている。この条文によって、国家は、「人殺し」をした者を死刑に処し、あるいは一定期間、ときには終身まで刑務所に入れることができるわけである。さらに六法全書を繰ってみると「刑事訴訟法」がある。それは、警察等の捜査機関が事件を捜査し、犯人を逮捕し、検察官が彼を被告人として公訴を提起し、裁判所がそれに有罪・無罪等の判決を下し、最後に刑が執行されるまでの手続について、多くの条文を費やして、詳細な規定を置いている。このように、刑罰という制裁を科す権利が国家機関のみ独占されていること、刑罰が科されるべき犯罪、刑罰の種類、刑罰を科す手続が法律によって定められていることが、われわれの刑罰制度の当然の前提になっている。

しかし、このような制度は、人類の歴史が始まったときから存在したわけではない。未開社

会においては、犯罪行為とその制裁は、不文の慣習・習俗などに従ってきめられていた。また、制裁を加える権限も、必ずしも統一的な公的機関に独占されていたわけではない。たとえば、氏族社会においては、家に属する妻、子弟、奴隷に対しては、家長が包括的な懲戒権を有していた。氏族内部の犯罪、とくに宗教的犯罪、軍事的犯罪に対しては、犯罪者を氏族外に追放するなどの制裁を加える権利が氏族にあり（いわゆる「内部的刑法」）、氏族の一員が他の氏族の構成員を殺害したような場合には、被害者の氏族が加害者の氏族全体に対して血讐をもって臨むという「外部的刑法」があった、といわれる。

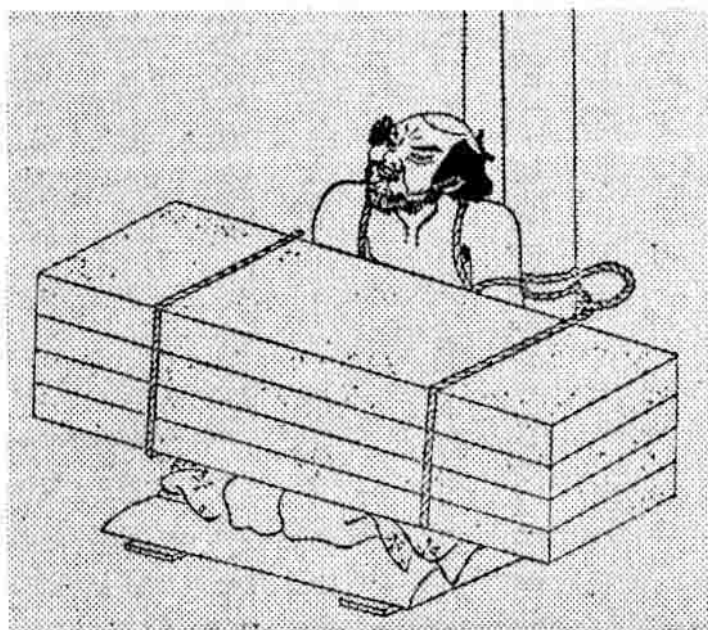
もつとも、現在の法人類学者が未開民族を調査した結果からもわかるように、このような制度が世界各地でまったく同一の形態で存在したわけではない。しかし、いずれにせよ、刑罰が集団の秩序維持のために必要と考えられた程度は、現在に比べていちじるしく低いものであった反面、宗教的・呪術的要素が色濃いものであったと思われる。日本でも、上代の末、六世紀ごろには、農耕生活の秩序を乱すものとされた「国津罪^{くにつづみ}」のほかに、宗教的タブーに反する多くの「天津罪^{あまつづみ}」があり、これらの行為に対しては、身体的苦痛をとまなう「祓^{はらい}」によって身を清めることが行なわれたといわれている。また訴訟手続においても、盟神探湯^{くかだち}（古代、審理の決しにくいときに、正邪をさばくため、神に誓って手を熱湯に入れさせたこと。正しいものはただれないとされた）等の神判が行なわれた。

▽日本の刑法はどのように形成されていったか

統一的な国家が形成されるにもなつて、刑罰権も国家に集中されるようになる。他方では、従来の慣習的な刑法を取り入れつつ、国家によって刑法が成文化されるようになってくる。だが以上のような過程も、世界各地でまったく同じだったというのではない。

日本は、七世紀中葉の大化の改新によって、唐を模範とした官僚制中央集権国家の道を歩み始め、「大宝律令」（七〇一年）等が制定された。律が刑法にあたる。それが模範とした唐律は、当時の世界の中でもっとも整備された成文法体系であつた。律は、刑罰として、笞・杖・徒・流・死を規定していた（五刑制）。だが、その後、日本は固有法の時代に入る。荘園制度が発達した平安朝中期以降になると、律令制度は実効性を失い、檢非違使庁の慣例法であるところの、簡明な庁例が律にとってかわる部分が多くなつた。このような方向をさらに発展させたのが、鎌倉幕府の北条泰時の制定した「御成敗式目」（一二三二年）に始まる武家法である。この時代には、ほかにも律令を中心とする公家法、荘園の領主が、国家権力の介入を拒否する不輸不入の特権に基づいて裁判権を行使する際によりどころとした、本所法も併存することになる。武家法が、武士の間に「道理」として考えられていた慣習法を成文化したものであつたことにも現われているように、当時は、一般的に慣習法が刑法についても主要部分であつて、成文法は、その補充的意味をもつにすぎなかつた。

戦国時代に入ると法権（法をつくり執行する権限）がさらに分裂し、諸国の家法・分国法が併



江戸時代の石抱責拷問の刑

立した。これらは、当時の社会的混乱、治安の悪化に対処するため、威嚇主義的な色彩を強く帯びていた。喧嘩両成敗法が一般化したほか、犯人以外の親類縁者の連帯処罰を定める縁坐・連坐制度の拡大利用、磔、耳そぎ・鼻そぎなどの残酷な刑罰が行なわれるようになった。やがて、豊臣秀吉による戦国の統合を経て徳川幕府に至り、近世的な封建制度が全国的に成立することになる。「武家諸法度」(二六一五年)をはじめとして、諸法典が作られるようになったが、八代將軍吉宗が制定した「公事方御定書」(二七四二年)は、民刑事の裁判について、従来の先例・慣例主義からの転換を示すものであった。この時代にも、諸藩ごとに領主法があり、その

内容は徐々に幕府法と接近していったとはいえ、刑罰権と刑法は依然として多元的なままであった。

▽西欧の場合はどうだったか

一方、ヨーロッパ、とくにドイツにおいては、フェーデ、すなわち復讐・血讐の制度の制限と、公的刑罰の拡張とが行なわれていった。フェーデの状態は、加害者側が、被害者側に賠償金を支払うという贖罪契約によって終了しうる。すなわち、被害者側は自力救済的に復讐をなすか、加害者側の賠償金の支払で満足することができるのである。これが「刑法の私法的把握」、あるいは「私法的刑法」といわ

れる制度である。このような制度のもとでは被害者が弱者であるときには救済されることは困難である。しかも、贖罪契約が結ばれないときは、フェーデは戦争状態にまでなり、社会に混乱をもたらすことがあった。非金銭的な刑罰も、自由人については賠償金化して、ほとんど無機能な状態にあった。徐々に強化されつつあった国家権力、とくにフランク国王は、贖罪契約の締結を強制し、贖罪金の一部を平和金として自己に収めさせることを行なうようになった（これが、現在の罰金刑の萌芽だといわれる）。だが、このような贖罪金制度も、被害者側の告訴によつてはじめて働くものであり、依然として私法的性格をとどめていた。のみならず、フェーデ自体を廃絶することはできなかった。

しかし、都市やランデスヘル（大土地所有者）が権力を集中するに従つて、公的刑罰が成立するようになってくる。すなわち、騎士のフェーデを制限しようとする、教会による一一世紀の「神の平和」の運動は、各地の「ラント平和令」に受けつがれ、重要な違法行為には、自由人に対しても、過酷、ときには残酷な生命刑、身体刑を科すことが認められるようになった。そのための訴訟手続としても、公的な権力のイニシアティブによつて犯人を訴追するという糾問主義訴訟がとられることになっていった。このようにして、刑法は私法と分離することになるのである。

このような刑法制度は、イタリア法、教会法の影響を受けつつ合理化され、ドイツ帝国の統一刑事法典である、カルル五世の「カロリナ刑法典」（一五三二年）が成立し、以後、ドイツ各