

## わが刑法学とドイツ刑法学との関係

福田 平

### 一 旧刑法時代

わが国における近代化は明治維新に始まるとされているが、刑事立法の分野では、維新後、矢継ぎ早に制定された、仮刑律（明治元年、一八六八年）、新律綱領（明治三年、一八七〇年）、改定律例（明治六年、一八七三年）は、いずれも明律、清律を参酌して律令系刑法の復古をはかったものであって、形式はともかく内容的には、徳川幕府の刑法を引き継いだ点も多く、およそ近代刑法の性格を備えたものではなかった。

わが国における最初の近代的刑法典は明治一三年（一八八〇年）に発布され、同一五年一月一日から施行された、いわゆる旧刑法である。この旧刑法は、フランス

の刑法学者ボアソナード（Gustav Emile Boissonadé, 1825—1910）が起草した草案を基礎として作成されたもので、一八一〇年のフランス刑法典を模範としたものであった。この旧刑法によって、わが国は、はじめて西欧流の近代的刑法典を持つことになったのであるが、同時に、当時のヨーロッパの刑法思想が輸入されることになり、わが国の刑法学が発足することとなった。ところで、旧刑法の理論的基礎をなしたものは、当時のフランス刑法思想、とくに、旧刑法の性格に決定的影響を与えたボアソナードが支持していた折衷主義（L'école eclectic）の刑法理論であった。折衷主義の刑法理論はオルトランをその代表者とする理論であって一九世紀前半におけるフランスの通説ともいへべきもので、刑法の基

本を正義と公益とに求め、絶対的正義主義と社会功利主義とを調和させようとする立場で、ここから、道德上の悪であると同時に社会公益に害のある行為のみが犯罪として処罰されるものであると解している。

こうした折衷主義をその理論的基礎とする旧刑法の制定と当時のわが法学界におけるボアソナードの指導的役割とが、あいまって、わが国において、まず、フランス流の折衷主義の刑法理論が展開されることになる。すなわち、旧刑法制定後、はじめてわが国に輸入された西欧流の刑法学を指導したのは、フランス流折衷主義の刑法理論であった。<sup>(2)</sup>

このように、旧刑法の施行を契機として、まずわが刑法学を支配したフランス流折衷主義の刑法理論は、その土台ともいべき旧刑法そのものの地位が不安定であったために、その指導的役割を長く維持することができず、明治二〇年代の始めには、新しい理論的立場から攻撃をうけることになった。すなわち、旧刑法が範としたフランス刑法は、ナポレオン時代の權威主義の影響のもとにあるとはいえ、その思想的基調が啓蒙思潮的な自由主義であったことは否定できず、したがって、旧刑法もこう

した性格を担うものであった。そして、こうした旧刑法に対しては、施行当初から批判が加えられたのである。

その批判は、一方では、旧刑法のもつ自由主義的性格が保守派の感情的反発を招いたことによるものもあった<sup>(3)</sup>が、主たる批判は、ヨーロッパの新しい刑法思潮の影響にもとづくものであった。というのは、一八一〇年のフランス刑法を範とした旧刑法が成立した一八八〇年には、ヨーロッパではすでに犯罪原因についての実証的研究が進み、犯罪は行為者の反社会的性格(社会的危険性)の徴表であり、刑罰は、社会的に危険な者から社会を防御するための手段であり、刑罰は主として犯罪者の改善にあるとする、いわゆる近代学派が台頭しており、この新しい刑法思想がわが国に流入しつつあったからである。すなわち、旧刑法が施行されて間もなく、明治一〇年代の終りごろから、わが国においては犯罪の激増という現象が出現した。これは、明治維新後の急激な社会的変革にもとづく混乱によるものであったが、近代学派の刑法理論を学んだ人々(富井政章、穂積陳重、古賀廉造等)は、この犯罪の激増は、旧刑法の応報刑主義、權威主義が社会防御の必要を満足せしめるものでないことによる

ものであると主張して、犯罪の激増を旧刑法とそれを支える折衷主義の刑法理論の責任に帰し、社会防衛主義、目的主義を高唱し、この立場から刑法改正の必要を説いたのである。

こうした状況のもとで、明治政府は刑法改正作業を開始したが、その過程において、フランスを範とした立法作業がプロイセン・ドイツを範とした立法作業に移行するという一般的傾向に依じて、刑法改正作業においても一八七〇年のドイツ刑法典が参照され、フランス刑法の影響力はドイツ刑法によって次第に排除されて行くこととなった。もっとも、前述の富井政章、穂積陳重、古賀廉造等の主張は、一般威嚇と懲戒を中心とした社会防衛論であって、ドイツ刑法学が彼等の視野に全く入っていなかったものではないが、当時のドイツにおけるリストを中心とする近代学派の理論を取り入れたものではなく、ドイツ刑法学の影響はきわめて稀薄であった。

明治二〇年代において、いちはやくドイツ刑法学を学んで刑法の体系的叙述をした学者として江木衷を挙げることが出来る。彼は、国粹主義的立場から旧刑法、そして、フランス・ポアソナード的刑法学に対して、はげし

い批判を加えた学者として知られているが、彼の刑法論は、ドイツのヘーゲル学派の刑法学者として知られるベルナー (Albert Friedrich Berner) から学んだものであり、保護法益を比較的重視する犯罪論と応報主義的な刑罰論とに特色がある。ドイツ刑法学は彼によってはじめてわが刑法学に取り入れられたものといっても過言ではなからう。

次いで、当時、リスト (Franz von Liszt) とビルクマイヤー (Karl von Birkmeyer) との論争を中核として展開されていたドイツにおける新旧両学派の争い、いわゆる学派の争 (Schulstreit) をわが国に紹介し、はじめてこの新旧両派の理論について詳細な検討を加え、その意義を明らかにしたのは、勝本勘三郎であった。<sup>(4)</sup> こうして、当時のドイツ刑法学の状況がわが国において次第に認識されるようになったが、ドイツ刑法学の本格的な導入は岡田朝太郎によってであった。明治三三年、ドイツ留学から帰朝した彼は、明治三六年に「刑法講義」を公刊したが、この書物においては、それまでのフランス刑法系の学者の知らなかった、因果関係、不作為犯、間接正犯について論及されており、ドイツ刑法学の影響が

大きいことを知ることができ、この書物は、ドイツ的概  
念構成によって構築されたわが国における最初の刑法書  
ということができよう。なお、彼は、ドイツにおいてリ  
ストに学んだので、その刑法理論は主観主義的であり、  
そうした立場から旧刑法を改正すべきであるという立法  
論も提言している。

このように、明治三〇年代に入ると、ドイツ刑法学と  
の接触が次第に緊密となったのであるが、明治三六年に  
は、吾孫子勝、乾政彦によってリストの刑法教科書が翻  
訳公刊されている。<sup>(3)</sup>この当時において、フランス刑法の  
影響の強い旧刑法をドイツ刑法学的思考によって解釈し  
ようとした者として、小疇伝を挙げなければならない。

彼の「日本刑法論」(総則明治三七年、各則明治三八年)  
は、リストの刑法教科書に全面的に依拠しており、独創  
性を見出すことはむずかしいが、随所にドイツ刑法学の  
概念が用いられ、過失の共同正犯を否定し、不作為犯、  
間接正犯を論じ、原因において自由な行為にもふれられ、  
その後のわが国の刑法学で論ぜられる諸問題がすでに指  
摘されている。彼が全面的に利用したのは前述したよう  
にリストの刑法教科書であったが、この教科書において

リストが示した解釈論は客観主義的であったので、彼の  
書物においては、近代学派の祖として実証主義的刑法理  
論を展開したリストの新しい主張を新旧両派の争という  
問題状況のもとで把握するという視点は欠落していた。  
こうしたところから、ドイツにおける学派の争を自覚的  
にわが国に導入したその後のわが刑法学において、彼の  
著作はあまり問題とされていなが、やがてドイツ刑法  
学を範としてドイツ刑法学の発展と平行的に展開して行  
くわが刑法学の先駆者としての意義を否定することはで  
きないであろう。

## 二 現行刑法時代

明治四〇年(一九〇七年)に現行刑法が成立する。旧  
刑法から現行刑法への移行は、わが刑法学がフランス法  
からドイツ法へ大きく転回する過程において進められた  
刑法改正作業にもとづくものであったので、現行刑法は、  
一八七一年のドイツ刑法典を参考にするとともに、ドイ  
ツにおける近代学派が提唱した新しい刑事政策的思想を  
取り入れたものであった。

このドイツ刑法の影響をうけた新しい刑法のもとで、

当時、ドイツにおいて盛であった新旧両派の争、いわゆる学派の争がわが国に自覚的に導入されることとなり、この過程において、わが刑法学とドイツ刑法学との関係はいよいよ密接なものとなった。

このように、いわゆる学派の争がわが国において本格的に展開する口火を切ったのは牧野英一であった。牧野は、ドイツにおいてリストに学び、近代学派の刑事政策的思想を高唱し目的刑論、主観主義の刑法理論を展開する。リストの思想は、彼によって全面的かつ正確にわが国に伝えられた。また、彼はテザール (Otto Tesar) の理論をいちはやく紹介し、犯罪徴表説を採用している。

この牧野の近代学派の刑法理論に対して、まず批判を加えたのは大場茂馬であった。彼は、ドイツにおいてリストの論敵であったビルクマイヤーに学び、その立場を継承展開している。すなわち、彼は、古典学派の立場から牧野の主張する近代学派の理論に対し、ビルクマイヤーがリストに加えたと同じ非難を加え、その犯罪論体系もビルクマイヤーのそれにならったもので、彼の刑法学は応報刑論、客観主義であった。このように、彼の刑法学がビルクマイヤーの強い影響のもとにあることは否定

できないが、因果関係論、不能犯論、共犯論にみられるように、ビルクマイヤーの刑法理論のみきうつしではない。彼が当時の代表的なドイツの学者の書物を参考にし、その刑法理論を構築していることは、詳細精緻さにおいて当時他に類をみない彼の刑法教科書において、多くのドイツ文献が引用されていることから推測することができよう。

牧野、大場とほぼ同時代の著名な刑法学者として泉二新熊がいる。彼は、犯罪論において客観主義、刑罰論においては予防主義、目的刑主義を採り、全体として折衷的態度を示しているが、これは後に大審院長にまでなった彼の優れた実務家としての感覚によるものであろう。彼は、明治四十一年に「改正日本刑法論全」を刊行しているが、その序において、同書を書くために主としてドイツ書を参照したと述べ、その最も主なものとして、ビンディング (Karl Binding)、フランク (Reinhard von Frank)、リスト、メルケル (Adolf Merkel) 等を挙げている。

こうして、明治末期以降、わが国の刑法学は、ドイツ刑法学の発展に注意を払い、ドイツ刑法学を撰取するこ

とによって、その理論的發展をはかることになる。そこで、それ以後の刑法教科書においては、ドイツの刑法教科書が参考文献として挙げられるのが一般であり、人により粗密の差はあるがドイツ学説が紹介され、また、學術的論文においては、とくにドイツ文献を渉獵して、その批判的検討を通じて自説を展開するという態度が一般化し、また、そうした研究の副産物として、ドイツ文献の紹介も盛んになされるようになる。こうしたところから、わが刑法学とドイツ刑法学との密接な関係が生まれ、両者はバラレるな發展をすることになったといっても過言ではなからう。

以下、牧野、大場、泉二に続く次の世代以降の代表的な学者について、ドイツ刑法学とのかわり合いをみて行くこととしよう。

宮本英脩は、独自の思索から主観的違法性論および規範的責任主義の刑法理論を構築したので、その学問的態度からみて、ドイツ刑法文献の引用検照が少ないのは当然であるが、それでも、初期の論文である「不作為と因果關係」(京都法学会雑誌一一卷一二号)、「法益論」(同上二二卷三号)においては、そのテーマに関する当時の

ドイツ学説が紹介され、数多くの学者の見解が検討の対象とされている。

小野清一郎は、構成要件理論と道義的責任論とを二大支柱とした刑法理論を樹立したが、彼の刑法理論の影響は大きく、滝川幸辰とともに、構成要件理論を中核とする客観主義刑法理論をわが刑法学における通説的地位にまで高めた。小野は、彼自身がとめているように、ペーリング (Ernst Beising) および M・E・マイヤー (Max Ernst Mayer) に学ぶところが大きであった。彼は、ペーリングの構成要件理論および M・E・マイヤーの新カント主義の価値哲学を基盤とする犯罪論体系を批判的に摂取し独自の犯罪論体系を構築した。彼の構成要件理論の研究は綿密かつ広汎にわたっているが、彼はペーリングの晩年の見解である指導形相としての構成要件概念を抽象的すぎると批判し、構成要件を犯罪類型の輪郭とした初期の見解を支持し、さらに、構成要件は単なる違法類型ではなく違法有責類型であるとしている。なお、小野は、研究の副産物として数多くのドイツ刑法文献の紹介批評を行なっている。そのうちには、たとえば、「構成要件理論の一研究」(Hermann Bruns, Kritik der

Lehre vom Tatbestand, 1932)、「刑法に於ける自然主義と価値哲学」(Hans Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935)、「メッゲル著、ドイツ刑法綱要」(E. Mezger, Deutsches Strafrecht. Ein Leitfaden, 1936)など、当時のドイツ刑法学の状態を知るのに重要な文献も含まれている。

次に、わが刑法学とドイツ刑法学との関係の密接化に大きな役割を果たした学者として滝川幸辰をあげることができる。滝川は、小野と同じく応報刑論、客観主義の刑法理論を展開したが、ドイツにおいてM・E・マイヤーに学んだ彼の理論には、M・E・マイヤーの影響が強く、構成要件の機能を重視し、その犯罪論体系もはじめはM・E・マイヤーのそれにならったものといえよう。もっとも、後年の書物である「犯罪論序説」(昭和十三年)においては、メッガー(Edmund Mezger)の影響が大である。なお、彼は、比較的初期から、ドイツ近代刑法学の祖といわれるフォイエルバッハ(Anselm von Feuerbach)に関する論稿を数多く発表しているが、これはドイツ刑法思想史への視野を開いたものとして注目に値するものといえよう。

小野、滝川に続き、わが刑法学のドイツ刑法学との関係の深化に寄与した学者として木村亀二をあげることができる。牧野門下の木村の刑法理論は、目的刑論、主観主義を基調とするものであったが、彼の研究は、該博な外国文献に関する知識と精緻な論理構成を特色としたものであったので、彼の研究を通じてドイツ刑法学の数多くの重要文献がわが国に紹介されている。たとえば、規範的責任論の中核をなすところの期待可能性の思想も彼によってはじめて系統的な紹介がなされたものであり、また、後述するように、彼は、戦後、いちはやくヴェルツェルの目的的行為論を紹介し、昭和三四年には、この理論を基本的に取り入れた独自の刑法理論を展開している。佐伯千偲は、木村によって系統的に紹介された期待可能性の思想に関するドイツ文献を網羅的かつ綿密に検討し、大著「刑法における期待可能性の思想」(昭和二二—二四年)を公刊したが、この書物は、期待可能性に関するドイツ文献と比べて少しも遜色がなく、わが刑法学がドイツ刑法学とパラレルの発展をしていることを示すものと評価できる。彼は、その他にも、同時代の新しい理論、たとえば、主観的違法要素などに関するドイツ文

献を検討した諸論文を発表し、ドイツ刑法学の普及に与って力があつた。

ユルドシュミット (James Goldschmidt)、ザウアー (Wilhelm Sauer) の訴訟理論を参照して独自の刑事訴訟法理論を展開した団藤重光が、メッガーの行状責任 (Lebensführungsschuld)、ボッケルマン (Paul Bockelmann) の生活決定責任 (Lebensentscheidungsschuld) にヒントをえて、独特の人格責任論を展開したのも、わが刑法学のドイツ刑法文献に関する蓄積を基礎にしたものといえよう。

その他にも、飯塚敏夫、島田武夫、久礼田益喜、安平政吉、不破武夫、日沖憲郎、植松正、竹田直平、斎藤金作等の学者によって、ドイツ刑法文献が数多くわが国に紹介されている。とくに、斎藤金作は、ビルクマイヤーの共犯論、ビンディングの刑法論 I を翻訳し、さらに、わが刑法典を独訳し、またドイツ語によるわが刑法の紹介を行ない、わが刑法学とドイツ刑法学との関係の密接化に大いに寄与している。

### 三 第二次大戦後

以上、明治以降、第二次大戦によって、わが国とドイツとの交流がとだえるまでのわが刑法学との関係をみてきたのであるが、ここから、わが刑法学がドイツ刑法学と密接な関係を保ちつつ、バラレルな発展をしてきたことを知ることができよう。

第二次大戦後、数年間は日独の交流は断絶されたままであつたが、昭和二十七年(一九五二年)に両国の交流が再開されて以降は、戦後における技術文明の急速な発展により、わが国と世界各国との距離がせまり国際化が促進されたことにもない、學術研究の面でも外国情報の入手が容易になつたという一般的傾向によるものではあるが、わが刑法学とドイツ刑法学との関係は、益々緊密の度を加えたばかりでなく、ほぼ同時に同じ問題について同じ水準の意見を交換しうるようになって来た。すなわち、第二次大戦前までは、情報がわが国に一方的に流入するという感が深かつたが、今日では、その点がかなり改善されて、わが刑法学とドイツ刑法学との相互的交流が期待できる状況が生れてきているものといえよう。さて、ここで、第二次大戦後、今日に至るまでのわが刑法学とドイツ刑法学との関係を網羅的に考察すること

は、その量と質とからみて不可能であるので、以下では、両国の刑法学の密接な関係の一例として、目的的行為論に対してわが刑法学がどのように対応したかをみて行くこととしたい。なお、ここで、目的的行為論を一例として取り上げたのは、目的的行為論の主唱者であるハンス・ヴェルツェル (Hans Welzel) の書物ほど、多くのわが刑法学者が問題とした書物は、わが刑法学とドイツ刑法学とが密接な関係を保ってきた長い歴史の裡でも、きわめて稀なことであると思えるからである。

目的的行為論の主唱者であるヴェルツェルの書物については、前述したように、すでに昭和一三年に小野清一郎が「刑法における自然主義と価値哲学」を紹介している。この書物は、ヴェルツェルの教授就職論文 (Habilitationsschrift) であるが、この書物において、ヴェルツェルは、リストの実証主義的刑法学と新カント学派の価値哲学およびこれにもとづく規範主義的刑法理論に対する批判を通じてその刑法学の哲学的基礎をあきらかにしている。すなわち、ヴェルツェルは、ここで、新カント哲学は、盲目的・機械的因果性を範疇とする実証主義的实在概念をそのまま保持しており、ただそのような没意

味的实在に対して非实在的世界に属する価値を外から付加してこれを補充するものであって、それは「実証主義の補充理論」(Komplementärtheorie des Positivismus) にほかならないと批判し、そして、この新カント哲学に基礎をおく規範主義的刑法学が自然主義を克服できず、实在を没意味的・機械的因果過程とみていることを批判し、法的概念は、無定形な素材を方法的に加工するものではなく、すでに形成された存在を記述するものであり、本質的に存在関係的であり、刑法学は、刑法の対象の存在論的構造の基礎の上にきずかるべきであると主張している。小野は、この書物につき、「ヴェルツェルによって示された論文は刑法学のイデオロギー的批判としてもかく一つの注目すべき文献であると思ふ」「ヴェルツェルの批判は遙かに精緻であり、周到であるのであって、啓発される点尠くないと思ふ。ドイツ刑法学とはば並行的な進行をしてゐる我が刑法学にとつても其は貴重な反省の資料たることを失はぬであらう。」(小野・法学評論下一二六頁)と述べて、本書を詳細かつ好意的に紹介している。こうして、ヴェルツェルの理論は、第二次大戦前、すでにわが国で未知の理論ではなかった。

しかしながら、ヴェルツェルの目的的行為論がわが国で本格的に取り上げられたのは、第二次大戦後のことである。第二次大戦後、いち早く目的的行為論を取扱った論文として、平野竜一の「故意について」(法協六七巻三号、四号、昭和二四年)と平場安治の「刑法における行為概念と行為論の地位」(小野還暦記念論文集(一)、昭和二六年)とを挙げることができよう。平野は、現在では見解を変更しているが、上記論文においては、ヴェルツェルの初期の見解を支持して故意を主観的違法要素と解する結論に賛成している。平場は、上記論文において、ヘーゲル以来の行為論を検討することによりヴェルツェルの初期の目的的行為論を支持する旨の結論を導き出している。

上記二つの論文は、第二次大戦後、まだ日独両国の交流が断絶していた時期にそれまでにわが国にあった文献を利用して書かれたものであった。ところが、昭和二七年に両国の交流が再開されるとともに、新しいドイツ刑法文献が輸入されることになるが、そのうちには数多くの目的的行為論に関する文献が含まれており、これらを通じて、わが刑法学は目的的行為論の新しい展開を知る

ことになる。こうした新しいドイツ文献を検討して、目的的行為論の意義と価値とを明らかにした論文として、木村亀二の「刑法における目的的行為論——その意義と価値」(季刊法律学一四号、昭和二八年)と福田平の「目的的行為論について」(神戸経済大学創立五十周年記念論文集・法学編、昭二八年)とを挙げることができよう。この二つの論文によって、目的的行為論はわが国でも一般に知られるところとなったのである。そして、その後しばらくの間は、わが刑法学は目的的行為論との対決に大きなエネルギーを注ぐことになったのである。従来に牧野流主観主義刑法理論から離れて目的的行為論を導入した新しい犯罪論体系にもとづく刑法総論を書いた木村亀二は、その書物の序文で、「今日刑法総論を書く者は、主観主義を採る者であれ客観主義を採る者であれ、目的的行為論と対決することなくしては学問的責務を果したといひ得ないことになっている。それほど大きな問題を目的的行為論は今日の刑法学に対して投げかけている。」と述べているが、これは、当時のわが刑法学の目的的行為論に対する対応を示したものといえよう。目的的行為論をめぐることは、一〇〇以上の論文、翻訳、紹介がわが

国において発表されている。その間にあって、目的的行爲論をその基本的立場として採用した刑法総論の教科書として、平場安治「刑法総論講義」(昭和二七年)、木村亀二「刑法総論」(昭和三四年)、福田平「刑法総論」(昭和四〇年)が公刊された。また、昭和三七年には、福田平、大塚仁によって、ヴェルツェルの「目的的行爲論序説」(Das neue Bild des Strafrechtssystems——Eine Einführung in die finale Handlungslehre——, 1961)が翻訳、公刊され目的的行爲論の普及に寄与した。なお、昭和四一年には、ヴェルツェル自身、わが国を訪問し、日本各地でいくつかの講演をしたが、その講演を翻訳収録した「ハンス・ヴェルツェル 目的的行爲論の基礎」が昭和四二年に公刊された。

このように、わが刑法学は、目的的行爲論に大きな学問的関心を示したが、わが国では多数の者が目的的行爲論を支持することにはならず、むしろ反対の見解の方が有力である。にもかかわらず、目的的行爲論ほど、わが刑法学が活発に論議の対象としたドイツ学説は、きわめて稀であるといえよう。

ところで、一九七〇年代に入ると、ドイツにおいても

わが国においても、目的的行爲論そのものが取上げられることが少なくなっている。しかしながら、目的的行爲論が刑法理論学において示したいくつかの帰結、たとえば、主観的違法要素としての故意、人的不法論、社会的相当性の思想、過失犯における客観的注意、責任説、目的的行爲支配といった問題は、今日、わが刑法学にとってもドイツ刑法学にとっても、その重要なテーマであることを失っていない。

そこで、国際化社会、情報化社会といわれる現状のもとで、わが刑法学は、孤立することなく、諸外国との学問的交流をはかることが大切であるが、とくに三世代にわたり密接な関係を保ち、近年ではバラレルな発展をとげてきたドイツ刑法学との交流、しかも真の意味での相互的交流をはかることは、わが刑法学の発展にとって望ましいことといえよう。

(1) 仮刑律は、明律、清律、御定書、肥後藩法を参酌した古色蒼然たるものであったし、新律綱領、改定律例は、官吏をその名宛人とした官吏の職務上の準則とされておられ、またそこでは、類推適用をみとめる比附援引、類推適用すべき法規がないときでも条理による処罰をみとめる不応為律、遡及処罰の肯定、身分による刑の区別が維持されてい

た。

(2) 旧法時代の代表的法学者であつた宮城浩蔵の著書「刑法正義」(明治二六年)の序文を書いた岸本辰雄は、「嘗テ刑法講義二巻ヲ著ハス、大ニ法学者間ニ行ハレ、声名洋溢、需用日ニ盛ンニ、改版五回、発行部数ノ多キ、実ニ三万有餘ニ及ヒ、為メニ世ノ学者ヲシテ殆ト其觀ヲ改メシメタリ、世遂ニ君ヲ目シテ東洋ノオルトラント謂フ」と記している。このように、東洋のオルトランと称することが、賛辞として通用したほど、オルトランを代表者とするフランス流折衷主義の刑法理論が支配的であつた。

(3) たとえば、江木衷は、旧刑法の皇室に対する罪の規定が君臣の名分を失しているのは、旧刑法の起案者がボアソナードであることによるものであるとし、「我が刑法ノ起案者ハ共和国ノ平民ナリ君臣ノ名分臣子ノ本務ニ至リテハ豈ニ能クボ氏ノ弁ズル所ナランヤ」。「ルーソー輩ノ民約説其ノ他利益主義ハ能ク現行刑法ノ精神ヲ支配シ得タリト謂フベシ噫」。「現行刑法ノ起草者ハ『カトリック』教旨ノ信徒ナリ。耶蘇基督ノ前ニハ万民同一ニシテ君臣ナク父子ナシ。忠ト孝ト豈ニ現行刑法ノ維持スル所ナランヤ」。「我帝國臣民ヲ挙テ遂ニ加特力教旨ノ拘束スル所トナラシメタリ。

八万四千ノ光明モ亦之ヲ照スノ勢ナク科戸ノ神ノ神風モ亦之ヲ払フノ力ナシ」。「今ヤ誤謬ノ折衷論ト民約説ト加特力教旨トヲ以テ悉ク我國固有ノ美質ヲ打破シ了レリ」と述べている(「現行刑法原論」(二版・明治二七年) Ⅱ「冷灰全集第一巻(昭和二年) 四三二—四三六頁)。

(4) 勝本は、明治四三年、京都法学会雑誌五巻五号、六号、一二号に「保護刑ノ代表者タルリスト氏ト応報刑主義ノ代表者タルビルクマイヤー氏トノ論争ヲ批判シテ我刑法ノ規定ニ及フ」というかなり長文の論文を発表している。

(5) 吾孫子勝、乾政彦によるリストの教科書の翻訳は、独逸刑法論(法律叢書)として明治三六年に初版が公刊されたが、これは原著一一版の総則部分の翻訳であり、明治四一年に刊行された同書の再版では、原著一四—一五版の総則および各則が翻訳されている。

(追記) 本稿は、昭和六二年一月二九日に行なつた私の最終講義の草稿の一部に、若干の注を加筆したものである。なお、学史的叙述の性格から、文中の人名については敬称を省略させていただいた。

(一橋大学名誉教授)