

## ハメルの見た旧刑法

青 木 人 志

### 一 はじめに

オランダの刑法学者ハメル(Gerard Anton van Hamel)は、一八八九年にドイツのリスト、ヘルギーのプリンスと協力して、新派刑法学の牙城となる「国際刑事学協会」(Internationale Kriminologische Vereinigung)を設立したことで知られる。しかし、彼の業績のなかに、明治十三年に公布され同十五年に施行されたわが国の刑法典(以下「旧刑法」という)についての批評が含まれていることを知る人は少ない。

本稿では、一八八二年(明治十五年)の『国際法・比較立法雑誌』(*Revue de droit international et de législation comparée*)に掲載されたその批評を紹介し、それ

を手がかりに、わが旧刑法の比較刑法史的な位置づけの方法につき、若干の考察と提言を試みる。<sup>(2)</sup>

### 二 ハメルの生涯と思想

一九一七年三月一日、ハメルがその生涯を閉じたとき、三十年來手を携えあってきたリストは、第一次大戦の勃発により、すでに三年以上このオランダの盟友と分かたれていたが、さっそく『全刑法雑誌』(*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*)に、友情あふれる追悼文<sup>(3)</sup>を書いた。まずは、それに依拠しつつ、ハメルの生涯を簡単に紹介しておこう。

一八四二年、オランダのハーレム(Haarlem)に生まれたハメルは、二三歳のときライデン大学より両法博

士の称号を受けた。その後、検察官や軍事省の法律顧問を経て、一八八〇年、アムステルダム大学の刑法の教授に就任。「刑法支配の限界」と題した就任演説では、極端な応報思想を排しつつ、刑罰は犯罪と闘う唯一の手段ではなく、謙抑的に適用されねばならないと説いた。以後三十年間ハメルは同職にあるが、一八九〇年と九一年には、同大学の学長 (Rector magnificus) もつとめた。教師としてのハメルは学生に慕われ、一八九八年、大病の後大学に復帰した際には、花の飾られた教室で鳴り止まぬ拍手に迎えられたという。座右の銘は「真実の探究」で、これはドレフュス事件の反省による。

ハメルは学者生活の最初の十年間は、新派刑法学が急速に勃興した時期でもあった。一八八二年、マールブルク大学に就任したリストが「刑法における目的思想」と題する就任演説を行う。「マールブルク綱領」とも称されるこのマニフェストに感銘を受けたハメルは、さっそくリストに書簡を送った。八五年、ハメルは国際刑務会議において、裁判官の量刑における裁量を広く認めるべきだという報告を行う。これは、母国オランダの新刑法(同年施行)の立場でもあったが、この報告を通じて、

ハメルはいよいよ刑罰の目的についての反省へと誘われ、同年七月マールブルクのリストを訪問、意気投合した二人はその後の協力を誓い合った。翌八六年、リストの『全刑法雑誌』(八一年創刊)に触発されて『オランダ刑法雑誌』(*Tijdschrift voor Strafrecht*)を創刊した。また、同年、プリンスの『犯罪と鎮圧』(*Criminalité et répression en science pénale et droit positif*)が刊行された。同書に対するリストの書評が契機となってプリンスも交流の輪に加わり、八九年一月一日、国際刑事学協会の発足をみることになる。

ハメルは、政治の才にも恵まれ、一九〇五年には司法大臣への就任要請を受けているほどである。彼は、この要請を、他の閣僚と一緒に仕事をするのは性に合わないという理由で断るが、五年後の一九一〇年、下院議員に選出され、法律の規定に従い大学教授を辞職する。さらに四年後の一九一四年一月二四日、ベルリンで開催された国際刑事学協会二五周年祝賀会に、ハメルは元気に出席した。しかし、これが、リストのみたハメルの最後の姿となった。

学者としてのハメルは、刑事政策・犯罪学、刑法学、

法制史、憲法・行政法、国際法、比較法にわたる広い仕事を遺した(その主要な業績は一九一二年に自ら編纂した二巻の論文・講演集(*Verspreide opstellen*)に収められている)。数からいえば、刑事政策・犯罪学に関わる論文・報告が断然多いのだが、リストがもっとも高く評価しているのは、刑法学の領域における著作、『刑法序説』(*Inleiding tot de studie van het nederlandse Strafrecht*)第一巻(総論)である。一八八九年に初版が出た同書は、一九〇七年の二版で大きく増訂され、リスト、プリンスの二人に献呈された。リストは追悼文の後半で、同書の内容を紹介しているが、ここでは、ハメルが国際刑事学協会で行った二つの報告を素材に、彼の犯罪観・刑罰観を一瞥しておく。

一つ目は、「刑法における結果に対する責任」と題された一九〇二年の報告<sup>(4)</sup>である。ハメルはつぎのように主張する。犯罪者が処罰されるのは、ある行為について責任があり、その行為の結果として処罰されるのではなく、むしろ、処罰は彼が犯罪者であるがゆえに、そしてそのことがある行為によって判明したがゆえに行われる。刑罰の基礎、あるいは、適切な処分の基礎は、ある結果に

対する行為者の責任のうちには存しない(犯罪行為は処分の法的条件にすぎない)。したがって、処分の選択は、「行為」ではなく「行為者」の道徳的・社会的価値によることになる。現代的な犯罪学の成果は、一方で、こういった処分の多様化(説諭・条件付有罪判決・被害者への賠償・罰金・拘禁・教育施設収容・労働施設収容・危険な精神障害者の施設収容・生来性犯罪者や後天的常習犯罪者の隔離・不定期刑など)を要求し、他方で、民法理論のくびきの下に、故意過失行為、結果、そして、それらの間の因果関係を問題とする刑法理論を、もっと単純化することを要求するものである。

このようなハメルの見解は、一九〇四年に行われた「刑法思想の最終的具体化」と題する報告<sup>(5)</sup>において、さらに一歩進められる。そこでハメルは、「報復原理」(*principe vindicatif*)と「教育原理」(*principe éducatif*)を対比し、前者が通説たりえている理由を、誰もが応報を求めるといふ「心理的必然性」(*nécessité psychologique*)と「歴史的起源」(*origine historique*)の二点に求める。そのうえで、心理的必然性という理由については、平衡を求める心理自体は必然的であっても、盗

賊は復讐をもって平衡を得るが、キリスト教徒は右の頬を打たれたら左の頬を出すことからわかるように、いかにして平衡を得るかは、人それぞれであると反駁する。さらに、歴史的起源という理由についても、家族や部族の「外」と「内」を区別して考えると、たしかに「外」

に対しては、応報のための戦争や復讐がなされてきたとしても、「内」に対しては、歴史的にみても和解や矯正などの教育原理が支配してきたとして、その不十分さを指摘する。そのうえで、彼は、刑法思想の最終的具體化として、刑事制裁はもっぱら教育原理に基づくべきだとする。これは、いわゆる「教育刑」の明快な主張にほかならない。

### 三 ハメルの旧刑法批評

ハメルが「日本の新刑事立法」という論文を発表したのは、一八八二年のことであるから、彼自身はアムステルダム大学教授に就任してまだ三年目、そしてそれは、リストがマールブルクでの就任演説を行ったまさにその年のことである。この時期のハメルが、後年のようなはっきりした志向をもっていったかどうかは問題だが、彼自

身の就任演説の内容や、リストのマールブルク綱領に即座に共鳴していることなどから、すでにこの時期から、主観主義的傾向は多分にあったと推測してよからう。以下紹介する旧刑法批評も、そのような背景を考慮に入れつつ、検討すべきであろう。

まず、ハメルは論文の冒頭で、西欧文明諸国をずっと一緒に大きくなってきた「家族」にたとえ、日本は「外で育ち、成長してから、家族に加えてくれと言ってきた息子」だとする。そのような観点からは、文明の遅れたアジアに位置する日本が、はたして西欧家族の一員としての資格、すなわち一定の文明水準に到達しているかが問われることになる。そのうえで彼は、旧刑法を、おもに、①基本原理、②刑罰体系、③一般理論（総論部分）、④各論部分、⑤裁判官の裁量、という五つの観点から紹介し、批評を加えているので、以下この順番でその内容を見てゆくことにする。（なお、同論文においては、旧刑法とあわせて治罪法についても検討・批評が加えられているが、本稿では割愛する。）

#### ①基本原理

基本原理のなかでまず取り上げられるのは、重罪・軽

罪・違警罪という犯罪の三分法である(旧刑法第一条)。

これらはフランス刑法にならったものだが、その区別には、陪審審理を行うもの(重罪)とそうでないものを分ける意味がある。しかし、日本は周知のとおり陪審制を導入しなかったわけで、この点がさっそく注目される。

犯罪三分法はもともと便宜的なものであるから、日本は陪審を導入しなかったのならば、オランダ新刑法同様その区別をやめてしまってもよかったというのが、ハメルの見解である。

つぎに旧刑法の全体の編別が問題となる。同法は、第一編・総則、第二編・公益に関する重罪軽罪、第三編・身体財産に対する重罪軽罪、第四編・違警罪、という四編からなる(原文は片仮名だが本稿では平仮名表記とする。以下同様)。これについてハメルは、旧刑法はフランス刑法はもちろん、ドイツ刑法よりも統一性があるとする。

さらに、「法律に正条なき者は、何等の所為と雖も之を罰することを得ず」(第二条)、「法律は頒布以前に係る犯罪に及ぼすことを得ず」(第三条第一項)、「若し所犯頒布以前に在て未だ判決を経ざる者は、新旧の法を比

照し、軽きに從て処断す」(同条第二項)という、罪刑法定主義関連規定が検討され、これらの文言はフランスやドイツのそれより正確だとされる。しかし、それら罪刑法定主義規定のもつ、わが国刑法史上の画期的意義についてのはっきりとした言及はなく、したがって新律綱領や改定律例との対比もない。

## ② 刑罰体系

どのような内容の刑罰が規定されているかが、次の検討課題となる。

まず死刑について。ハメルは、監獄内絞首という執行方法がイギリス流(フランスは公開斬首、ドイツは監獄内斬首)であることを指摘し、死刑犯罪の数は決して多すぎず、犯罪の内容からみて苛酷でも不当でもないことすらもともと、尊属に対する致死犯罪に死刑が規定されているのは、日本の立法が家族の絆に価値をおいていることを示しているが、「祖父母、父母に対したる殺傷の罪は、特別の宥恕及び不論罪の例を用ふることを得ず」とする第三六五条の規定によって、尊属に対して正当防衛ができないのは、行き過ぎだとされる。

その他の主刑、すなわち、徒刑・流刑・懲役・禁獄

(以上重罪刑)、禁固・罰金(以上軽罪刑)、および拘禁・科料(以上違警罪刑)については、「徒刑の囚六十歳に満る者は、通常の定役を免じ、其体力相当の定役に服す」という規定(第十九条)が、あたかも通常は体力不相応の定役が課されるかのようで奇妙なこと、そして、独房拘禁(détention cellulaire)についての規定がないので、たとえばドイツ刑法のようにせめてその期間についての規定だけでも刑法典のなかに置くべきことが指摘される。一八七一年のドイツ刑法第二二条の独房拘禁(Einzelhaft)規定は、本人の承諾がないかぎり、その期間が三年を超えてはならぬとするもので、独房拘禁を制限する方向の規定である。しかし、ハメルはむしろ、独房拘禁の積極的な刑事政策的効果に着目していたらしく、もし日本に、雑多な犯罪者を一緒に拘禁する監獄しかないのなら、法典がどんなに素晴らしくとも、悪い結果しか生まれないだろうと述べている。

旧刑法は、附加刑として、剝奪公権、停止公権、禁治産、監視、罰金、没収の六種を規定した(第十条)。ハメルは、祖国オランダでは一八一三年に廃止された監視をいまだ日本が規定しているのは、国情からみて必要な

らば致し方ないとしつつも、フランス刑法にならって公権剝奪のような名譽刑(peine infamante)が維持されたのは刑法学者として非難せざるをえないという。ハメルの比較基準には母国法がつねに念頭にあり、名譽刑はドイツではまだ残っているが、この支持しがたい制度をオランダの新刑法は全面的に廃止したと付け加えている。

その一方で、ハメルが褒めているのは、当時のフランスにはない仮釈放制度<sup>(6)</sup>を、イギリス・ドイツにならって導入したことである。第五三条は、「重罪軽罪の刑に処せられたる者、獄則を謹守し改悛の情ある時は、其刑期四分の三を経過するの後、行政の処分を以て仮に出獄を許すことを得」(第一項)、「無期徒刑の囚は、十五年を経過するの後亦同じ」(第二項)と規定している。ただし、同条の先進性が称揚される一方で、仮出獄の停止に関する第五六条は、厳しく批判された。「仮出獄中更に重罪軽罪を犯したる者は、直ちに<sup>(7)</sup>出獄を停止(する)」<sup>(8)</sup>というのがその規定内容だが、仮出獄者があらたな犯罪を犯さなくとも、遵守事項に違反するなどの非行があれば、仮出獄停止の条件としては十分なので、立法者はここで「大きな過誤」(Grande faute)を犯したという。

しかし、このような問題点にもかかわらず、ハメルは、旧刑法の刑罰体系を、文明国たる水準に達した「第一級のもの」であると結論づけている。

### ③ 一般理論

ついでハメルは、一般理論(総論)および各論規定の検討にうつるが、これらの部分は内容が多岐にわたり煩雑なので、以下ではその要点だけを列挙することにする。

a 正当防衛規定(第三一四条)が、フランス刑法に  
 ならない「殺傷に関する宥恕及び不論罪」のなかにあるが、  
 正当防衛行為は殺傷行為に限られないので、この位置は  
 不適切である。ただし、規定の文言は正確である(とくに  
 第三一五条)。

b 第七五条には、フランス法流に「強制」を規定する  
 一方で、ドイツ法的な「緊急避難」(Nothstand)も  
 規定している。

c 「瘡啞者罪を犯したる時は、其罪を論ぜず。但、情  
 状に因り、五年に過ぎざる時間、之を懲治場に留置する  
 ことを得」という第八二条の規定は、瘡啞者の不処罰を  
 拡大しすぎである(ドイツ刑法には賢明な制限がある)。

d 数罪俱発(併合罪)の刑罰につきフランス流の単

純な吸収主義(第一〇〇条)は不適當である。

e 数人共犯の部分(第一〇四条以下)はおおむね学  
 問上認められた原理に従い、フランス法以上に配慮が行  
 き届いている。ただし、教唆の手段がなんら限定されて  
 いない(第一〇五条)のは不適切である。

f 未遂の定義はフランス刑法から借りたもので、第  
 一一一条が予備の原則的不可罰を規定している以外、特  
 記すべきことはない。

g 日本の立法者は、故意についての一般的定義を置  
 くという困難な仕事を試みた(第七七条)。立法者は、  
 難しい学理を明文化することにより、裁判官の困難を軽  
 減する必要性と重要性を認識している。学問上しばしば  
 問題になる誤殺傷(錯誤)についても、明文規定を置い  
 た(第二九八条、第三〇四条)。

### ④各論部分

a 謀殺・故殺・過失致死、窃盜・強盜・遺失物理蔵  
 物に関する罪など、犯罪の定義はおおむね正確で配慮が  
 行き届き、表現も適切である。

b 文書偽造罪規定は、ドイツ法同様、偽造と行使が  
 ともに行われてはじめて可罰的となる(第二〇三条、第

二〇八条)が、通貨偽造罪についても偽造と行使を同一人に要求する(第一八二条以下)のは行き過ぎである(ドイツ法も通貨偽造についてはこれを要求しない)。

c 兇徒聚衆罪(第一三六条以下)・内乱罪(第一二一条以下)・囚徒逃走罪(第一四二条以下)などの賢明な規定により、公の秩序の維持が図られている。「私に軍用の銃砲彈薬を製造し及び所有する罪」(第一五七条以下)の刑罰が重いのは、内戦に懲りた日本の政府が、それによって国民がこうむる悲惨さを知り、二度とそれを起こすまいという堅い決意をしていることを示す。

d 国民の幸福とその平和裡の発展についての関心は、阿片罪についても見いだせる。

e 「阿片烟に関する罪」「飲料の浄水を汚穢する罪」「伝染病予防規則に関する罪」「危害品及び健康を害す可き物品製造の規則に関する罪」「健康を害す可き飲食物及び葉剤を販売する罪」の五節からなる「健康を害する罪」(第五章)は、外国人にとってこれほど興味深い規定はない。他国の立法例は同様の行為を違警罪(形式犯)として規定するのに対し、日本の立法者は故意についての適切な規定(第七七条)を置きつつ、これらを通

常の重罪・軽罪としている。国民の健康という利益を高く位置づけ、守ろうとするそのやり方は正当である。

f 風俗を害する罪(第二五八条以下)および猥褻姦淫重婚の罪(第三四六条以下)の法定刑は、西欧に比べて軽い。とりわけ第三四六条(一二歳未満の男女に対する猥褻行為等)、第三四七条(一二歳未満の男女に対する暴行脅迫による猥褻行為等)、第三四八条(一二歳以上の婦女に対する強姦等)などに、それは著しい。このような犯罪についての定義はフランスにならない、おおむね満足がゆくものだが、たとえば姦通罪(第三五三条)はフランス以上に男女不平等である(フランスには蓄妾罪がある)。なお、ドイツ刑法にある近親相姦罪は日本にはない。

g 官吏瀆職罪(第二七三条以下)の法定刑は軽い。とりわけ第二七八条(不法逮捕)、第二八九条(官吏財産に対する罪)の刑は軽すぎる。

h 「死屍を棄毀し及び墳墓を発掘する罪」(第二六四条以下)には日本固有の考慮がある。概してこの章の犯罪の処罰は重いが、その一方、礼拝所不敬罪・説教妨害罪(第二六三条)の法定刑は単なる罰金刑である。罰金

刑の濫用および自由刑と罰金刑の併科は、旧刑法の欠点。

i 殴打創傷の罪については、古いゲルマン的なタリオの規定(第三〇〇条以下)が残っている。

j 「刺文」は違警罪(第四二八条第九号)であるが、立法者はここで、既婚婦人が眉を剃りおはぐるをする風習を念頭に置いているのではないか。

#### ⑤裁判官の裁量

さきに述べたように、ハメルは、この問題について国際刑務会議で報告したことがあり、その立場は、個々の犯罪ごとに規定されている刑の上限と、刑種によって一律に決まっている下限との間で自由に量刑できるとするオランダ刑法と同じく、裁判官の裁量を広くみとめるというものであった。一方、わが旧刑法は、そのような道を選ばず、犯罪ごとに刑の上限・下限を決め、同時に法律上の宥恕事由や加重・減輕事由を細かく定めるというフランス流の規定を設けた。

ここは当然批判が予想されるところであるが、意外にもハメルは、このような旧刑法の行き方を、「大いに賢明だ」とする。その理由を一言でまとめると、条約改正のためには、西欧諸外国が、日本の裁判官に自国民の権

利を託するに足ると判断しなければならぬが、旧刑法の量刑に関する細かな規定は、(いまだ信頼をかちえていない)日本の裁判官に対して、念入りな手引きを与えるからだという。

#### 四 ハメルの批評から学ぶもの

ハメル論評には、現在の目からみると、いくつかあきらかな欠点がある。まずなによりも、絶対的な情報不足がある。たとえばハメルは、旧刑法の罪刑法定主義規定がわが国刑法史上にもつ重大な意義について論じていない。ひとつには、罪刑法定主義がすでに西欧では所与のものであったため、わが国におけるその意義についての感覚が鈍くなっていたこともある。だがそれ以上に、新律綱領・改定律例などについて正確な情報を得られなかったという理由のほうが大きいのではないか。あるいはまた、「刺文」と「おはぐる」を一緒にしているもの外れであるが、これも情報不足に由来するのだろう。さらに、ハメルが冒頭述べているように、アジア非文明、西欧文明という単純な図式が、彼の批評の背景をなしている。このような西欧中心の単線的進歩主義は、

もはや現在では受け入れられないだろう。

しかし、それにもかかわらず、ハメルの論評から、旧刑法の比較刑法史上の位置づけにつき、いくつかの教訓を引き出すことはなお可能であると考ええる。その内容を論じる前提として、現在旧刑法がどのように評価されているかを、簡単に整理しておく。

内藤謙教授(註)によると、旧刑法には、①近代刑法典(罪刑法定主義、責任主義、身分刑法廃止)、②折衷主義刑法理論の立法化(未遂犯・従犯の必要的減軽、故意・法の不知に関する規定、酌量減軽)、③天皇制国家の刑法(兇徒聚衆罪、皇室に対する罪)といった特質がある。

さらに教授は、旧刑法と対比した場合の明治四〇年刑法の特徴として、①犯罪類型が包括的である、②法定刑の幅が広く裁判官の裁量の余地が大きい、③未遂犯の任意的減軽、④刑の執行猶予制度、⑤仮釈放の要件緩和、⑥厳格な累犯加重といった点を挙げておられるので、これをそのまま裏返した、①詳細な犯罪類型、②法定刑の幅が狭く裁判官の裁量の余地が小さいこと、③未遂犯の必要的減軽、④刑の執行猶予制度の不存在、⑤仮釈放の要件が厳しいこと、⑥累犯加重がさほど厳格でないことが、

明治四〇年刑法と対比した旧刑法の特質ということになるだろう。

これらの現代的評価と、三で紹介したハメルの論評の内容を子細に比べてみると、現在われわれが重視している点につき、ハメルはまったく触れていないか、あるいは少々の言及があってもその視点が違うことがわかる。では、いったいわれわれは、そのような論評から何を学ばばいいのか。

教訓の第一は、ハメルが旧刑法の条文に即して、その長短を具体的に指摘していることである。これらの指摘のうち、犯罪三分法の廃止、尊属に対する正当防衛の制限廃止、付加刑としての監視・剝奪公権の廃止、仮出獄停止の要件に遵守事項違反を加えること、正当防衛行為を殺傷行為に限らずその規定を総則に置くこと、瘡啞者の処罰(ただし減軽)も可能にすること、併合罪の刑の加重、通貨偽造罪の成立要件として現実の「行使」は要らずその「目的」で足りるとすること、傷害罪を被害程度によって段階づけるタリオ的規定の廃止、猥褻罪や公務員職権濫用罪の法定刑の大幅引き上げなどは、明治四〇年刑法でさっそく実現したし、両性の平等の観点から

姦通罪の廃止が昭和二二年に実現したことは周知のとおりである。これらの事実は、主観主義刑法学者ハメル

の指摘の多くの的確であったことを物語っているが、これをもってわが刑法が主観主義化した証左とすべきであろうか。なるほど、ハメル

の指摘は、処罰範囲を拡大する方向のものが多く、そういう評価も成り立ちうる。しかし、わたくしは、これらの指摘は、行為者やその意思の危険性を重視するという抽象的で理論的な観点からなされたものというよりも、むしろ、もっと具体的に実際の観点から、いわば「法典の使い勝手」を念頭に置いてなされた指摘ではないかとおもう。ちなみに、ハメルの新派Ⅱ教育刑主義と対照的な旧派Ⅱ応報刑主義に与し、その意味で旧刑法と理論的基盤を共有していたはずのドイツのベルナーが、やはり旧刑法を批評して多数の実際の不備を指摘しているが、その中にはオランダ人ハメル

の指摘と共通するものが散見される。ベルナー批評の詳細は別稿で検討する予定であるが、この事実は、当時の西欧理論家の批判のなかには、「主観主義的」とか「ドイツ的」といった形容をするまでもない、いわば「実務的なバランス感覚」に由来するものも多数含まれ

ていることを示している。

従来、旧刑法から明治四〇年刑法への移行を論じるにあたっては、フランス法の衰退とドイツ法とくに新派刑法学の興隆といった法学史および刑法思想史の大きな潮流の変化や、資本主義の発展にともなう犯罪の激増といった法典外在的要因が指摘されてきたが、旧刑法それ自体に多くの実際的欠陥が内包されていたこと、そしてそれが公布・施行後すぐに日本の当路者に認識されたことが、旧刑法改正の理由のひとつとして、少なくともその出発点においては、考慮されなければならぬ<sup>(9)</sup>。このことは当たり前すぎて、あえて言うまでもないのかもしれないが、これまでわれわれは、旧刑法につきそのような現実的欠陥を具体的条文に即して摘出し、裁判例の検討などを通じてそれを確認する作業を、あんがい怠っていたのではないか。

第二に、ハメルが驚いたり、興味を示している部分を拾うことにより、同時代の西欧の目から見た旧刑法の比較法文化的特質が明らかなるはずである。しかし、たとえばハメルが特記している猥褻・姦淫罪の法定刑の軽さや、罰金刑規定の多さ、または「健康を害する罪」の諸

規定などにより、旧刑法の性質を特徴づける試みは、これまでほとんどなされていない。その一方で、現在の日本の論者が重視する兇徒聚衆罪や皇室に対する罪に、さほど関心が払われない理由もまた探究する必要があるだろう。おそらく、それは、同種の犯罪規定が、当時の西欧においても決して珍しいものではなかったからだと推測されるが、そうだとしたら、これらの規定については、西欧と共通する部分と日本独自の部分をさらに細かく腑分けする必要がある。

このように「ヨコの視点」を意識しつつ西欧法の日本化の過程を研究することは、比較法文化論的な関心に応えるのみならず、立法者、裁判所、そして解釈学者が、わが国固有の問題に立ち向かう際の基礎的な情報を提供することに<sup>(1)</sup>もつながるであろう。

第三に、裁判官の裁量についてのハメル<sup>(2)</sup>の論評から、歴史状況に応じた評価の重要性という教訓を引き出すことができよう。さきに論じたとおり、本来、主観主義刑法学の立場から教育刑を是としたハメルが、裁判官の裁量の幅が小さい旧刑法の規定を、積極的に評価しているのは示唆的である。すなわち、このことは、旧刑法にお

ける裁判官の裁量の幅の問題を、当時の裁判官の資質という具体的な歴史事実と無関係に、抽象的な理論の次元だけで論じることはできないことを示している。旧刑法の法定刑の幅の狭さは、現在どちらかといえば否定的に評価されているが、判事登用規則(明治一七年二月二十六日太政官達)すら制定されていなかった当時のわが国の状況を考えると、信頼すべき裁判官が育たないうち、彼らの裁量に期待するより、むしろ法律によって細かな量刑指針を与える方が賢明であるというハメルの評価にも、相当の理由があったといわねばならない。

(1) van Hamel, "La nouvelle législation pénale du Japon", *Revue de droit international et de législation comparée*, tome 14, 1882, pp. 490-523. なお、この論文は、パリ大学のデジャルダン、ラベ、エスマンの三教授の旧刑法(草案)批評とともに、俣野時中訳『日本刑法叢評』(明治二〇年)として、わが国に紹介された。

(2) わたくしは、平成八年一〇月六日、同志社大学で開催された第四回法制史学会研究大会において、「西欧の目に映った旧刑法」と題する報告を行い、ハメル、ベルナー、マイヤーという三人の西欧刑法学者による旧刑法批評を紹介しつつ、本稿の結論をより詳しく論証した。その内容は

いずれ別稿で発表するつもりである。

- (3) Liszt, "G. A. van Hamel", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd 38, 1917, SS. 553-569
- (4) Hamel, "La responsabilité pour la résultat dans le droit pénal", *Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung*, Bd 10, 1902, SS. 381-388
- (5) Hamel, "La dernière incarnation de l'idée pénal", *Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung*, Bd 11, 1904, SS. 104-107. なお、この報告については、牧野英一『刑法研究・第四巻』(一九三三年)五五頁以下に紹介がある。
- (6) フランスで仮釈放制度が導入されたのは一八八五年である。
- (7) 内藤謙「日本における「古典学派」刑法理論の形成過程」『法学協会百周年記念論文集・第二巻』(一九八三年)五一〇頁以下。
- (8) ヘルネル氏(宮嶋鈴吉訳)『日本刑法ニ関スル意見書』(明治一九年)。なお前出注(2)参照。
- (9) たとえば、内藤謙「日本における『古典学派』刑法理論の側面―旧『刑法』から現行『刑法』への移行についての理解と評価―」『刑事法学の歴史と課題』(吉川経夫先生古稀祝賀論文集、一九九四年)一頁以下に紹介されている。

る諸見解を参照。

- (10) 法制史家の見解のなかには、たとえば旧刑法から新刑法への制定過程を四段階に分けて考える見解がある(吉井蒼生夫「現行刑法の制定とその意義」杉山晴康編『裁判と法の歴史的展開』(一九九二年)四六一頁以下)。このような歴史研究は、もちろん、旧刑法や新刑法の刑法思想史的評価と無関係ではありえない。
  - (11) この意味で、「西欧法の日本化」をテーマに、本学の竹下守夫教授(現名誉教授)も参加して一九八八年七月にチュービンゲン大学で行われたシンポジウムは注目すべきものである。同シンポジウムの内容については、竹下守夫「西欧法の日本化・憲法と民事訴訟法」ジュリスト九三二号(一九八九年)、および、平野龍一「刑法及び刑事訴訟法における『西欧法の日本化』」警察研究第六一卷第三号(一九九〇年)三頁参照。
- 〔追記〕本稿作成のための文献の収集・閲覧に関しては、岩谷十郎(慶応義塾大学)、佐々木和夫(専修大学)の両氏から、親切な御教示と御協力を賜った。ここに、厚くお礼申し上げます。

(一橋大学助教授)