

瀧川 幸辰 著

## 『犯罪論序説』

常盤 敏太

序曲といひ序説といふと、それが鳥瞰的であり通覽的であると同時に、何かこじんまりとささやかな或るものを感じさせるものである。しかるに本書『犯罪論序説』はなかなかその小さやかさに反するものであつて、序言の二〇頁と條文索引一八頁を除いても三六二頁に及ぶ刑法總論の大冊である。ところが、瀧川先生に教を受け或は瀧川先生に學問上で接觸を持つた人は誰でもこの『序説』の語があるものを思ひ當らしめなくては措かないであらう。それは先生の麗はしい文章をもつてするからでもあらうか、酌めども盡きることなき先生の思想の泉は決してエポックや限界あるものでないといふ感じを抱かせられるからである。この講演や講義やは先生の次の講演や講義を約束せしむる多くのものを含み示唆してゐる。この一冊の著書は限りなき思想の展開を物語つてゐるからである。次に來るべき本格的な樂章の數々が楽しみに待たれる意味で、序説といふ本書の提言は讀者を肯かしむるものがあらう。

わたくしが先生の講義に列したのは、大正十年であつたと思ふ。先生には京都帝大でのその講義が、たしか二回目であつた筈である。さうして、この講義を最後に、歐米に留學せられたのであつた。ベールン張りの刑法に、本場ドイツの磨きがかつたことは申すまでもあるまい。當時、初めて法律を聴講するわたくしには、怖いと期待したこの刑法といふ科目が、むしろ、優美に感じられ、楽しく親しめたのである。願れば、それは先生の麗はしい文章ともの柔かい熱情のためであつたのである。これを境に、東京に在つたわたくしは、不幸、先生の驟かに接することが稀であつた。しかし、先生は歸朝後も引續いてこの怖い刑法に愛情の限りを盡され傾けられてゐたことは、これを昭和四年の刑法講義や有名な同七年の刑法讀本によつて窺ふことが出来たのである。かたはら『法と經濟』紙上に多くの判例批評のなされてゐるのを通じて、先生のそこはかの消息を知り得、前後『公法雜誌』『民商法雜誌』によつて先生の老いざる思想を喜こんだことであつた。

本書の生立を先生自身の言葉によつて觀れば、京都帝國大學法學部における昭和七―八年度の刑法講義中、犯罪論の部分に多少の修正を加へられたものである。しかし、小野博士もいはれた如く『私の通讀後における感想を率直にいふなら

ば、これは講義でもなく、教科書でもない。實に小論文の連續的集成である『法報十月號四三頁』のである。しかし、小野博士がこれに次いで心配せられたやうに『恐らく學生に對して少くとも著者の「刑法講義」なり「刑法讀本」なりの豫習を命ぜられたものに違ひない。何故なら、此は刑法全體について一通りの豫備知識なくしては到底追ひつけない「講義」である。若し又、これを教科書のつもりで讀む學生があつたら、その學生は或る焦燥に悩まされることがないであらうか……』といふのは、必ずしも當つてゐないやうである。わたくしは、又、わたくしはベールン張りの複雑に錯綜する學說のノートを以つて、先生はベールン張りの複雑に錯綜する學說のノートを以つて、學生に臨まれてゐたのであつた。むしろ、直接受ける感じは『犯罪論序説』のその比ではなかつたと思ふ。これはわたくしが、刑法に親しんで年久しい今日からの判斷の結果では斷じてない。先生のあの講義から受ける感じは、この論理の難解をすら熔し去つてゐたのである。さればにや、諸生は皆、當時の何れの講義よりもその講義を楽しむことが出来たのであつた。先生の門に集ふ學生の市をなしたのも宜なる哉である。京都には遊ぶ學生が多いと、世は傳へてゐる。さうであるかも知れない。しかし、先生の講義に列したほどの者は皆よく先生

に追隨して行つたのである。少くと焦燥の氣などなく、愉快に追隨せんと努力したのであつた。これは先生の文章か人格か、わたくしには分らない。實際、文は人ででもあるのであらうか。今又、本書に讀み耽つて見て、究學の鬱勃として誘發されるものがあり、困難なる理論も錯雜の學說も、その困難とその錯雜とを以つて現はれて來ず、ひたむきに心ひかるる戯曲のやまを窺むるの感があるのである。

先生、益々旺んなりの感を抱きつつ、この書が佐々木博士の還曆祝賀のために捧げられてゐることを思ふと、學の功績に更に華を添へて、佐々木博士を通じて學徒の態度と研究心への惜しみなき情熱が捧げられてゐることを忘れてはなるまい。佐々木博士は人も知る京都帝大法學部の持つた學聖であるのである。

さて、本書の詳細なる批評については、その世界觀的立場よりする小野博士の發表があり（時報十卷十月號）技術的立場よりする佐伯教授の論述がある（論叢三九卷一號）から、敢てわたくしの蛇足を必要としないであらう。

さもあらばあれ、小野博士のいはれる刑法の基本的立場の決定せらるべき文化的東洋主義・日本主義と個人的・自由的西洋の主義對立においても、知識としての罪刑法定主義の重要性、その個人の自由を保障する機能が、全體主義の足下に踏みにじ

らるべきであらうか。今日の國際場裏における國家、或は原始時代の強者のものをいふ社會の下においては、罪刑を規定する法令の國家的權威の象徴であり、同時に民族的道德意識の表現とせられてゐることは争ふべくもない事實である。それがために却つて、この方面の刑罰法の作用がひたすら、民族的道義觀念の強化を目的とすべきものであり、社會的保安を目的とすべきであることは、當然の要請である。この點でわたくしも罪刑法定主義の要請の全體主義的のそれに先行すべきであるとはいふまい。しかし、白人に限らず、刑法學研究の始められた社會自由主義時代以前に出來上つてゐた佛教思想・儒教精神で強行軍する譯にも行かなかつたのではあるまいか。國の富むには民も富まねばならぬ。國の強きには民も強くなくてはならぬのである。國の平和たらんとするには民も平和であつてならぬことはあるまい。實に罪刑に關する法令は國家的權威の象徴である。神の如く峻嚴でさへなければならぬ。しかし、或はこれと同時にゲーテの印度の神とバイデーレによせた言葉・人世觀が思ひ起されてはいけないであらうか。

……Soll er strafen oder schonen,

Muss er Menschen menschlich sein.

政策として、生活として、現はれる迄に、學問はわれわれ人

類生活の凡ての時代、凡ての面、凡ての條件を考慮せねばならぬ。先生の『犯罪學序説』は先生の情熱を以つて時代に超越した刑法學を生けるが如く描出してゐるのである。全く時代に超越した、所謂學問の爲の學問に生命を與へることの如何に困難なるかはわれわれ學徒の皆等しく體驗してゐるところである。敢然と純理の上に立ち續ける人の勇氣と苦心とを忘れてはならない。勿論、わたくしは學問が生活の中に、生活と離れずになければならぬことを信じ、これが、達成に努力してゐる者ではあるが、先生の學問的達觀も亦一應理解せられなければならぬと考へてゐる。先生は、かつて『最近の大審院刑事判例研究』昭和十年において『……判決が事實に即して妥當であるか否かの點は、私には、はつきりはわからない。従つて私の判例研究は、判決を通じて輪廓のみを知り得た事案に對する法律適用といふ一觀點から、これを眺めたものに過ぎない。謂ば砂上の樓閣を見て、その地盤を知らないものである。ここに、私が、一般に判例批評を重く見る氣持になれない第一の理由がある』とせられ『更に學者の判例批評は理論探究からの逃避ではないかを私は常に恐れて居る』とせられるのであつた。批評が如何に價値あるものとしても、結局は創作に寄生してゐるといふのである。ここに一種の先生の立場があられる譯であらう。今日の法

律の實證的研究に反情を示されると同時に近代の判例研究の現實を輕視せられるのであらうか。

かくして、先生はひたむきに罪刑法定主義の地盤の上に刑法の研究をせられるのである。成る程、犯罪史上から通觀すると世界殊に歐洲の天地は暴虐なる君主の專斷に苦しんだことである。この悲しき史實の廣く且つ長かりしが故に、刑法學は『法なければ刑なし』の主義を中心として生れ、成長して來たといつても過言ではなからう。この言葉は先生のいはれる如く、正に『異常の魅力をもつ言葉』となつたのである。しかし、罪刑法定主義は今日の世の中、殊にわが邦においては最早老いて、人にそれほどの魅力を與へなくなつたこともこれを認めない譯に行かない。

過去百五十年の長きに互つて一つの原則がかくも不動に遵奉せられたことは、法律學に多くの分科があるけれども、その類例を見ることを得ない。しかし、先生自身も認められてゐる如く、この原則にも、社會的意義についての疑問が起ることをどうにもすることを得なかつたのである。同じく、このことを認められた、牧野博士が早くから、罪刑法定主義のコペルニクス的轉回を唱導せられるのに對し、先生は専らこの牙城に立て籠られるのであらうか。先生も、罪刑法定主義が法治國思想か

ら生れたことの正當なるを認め、法治國の思想源泉たる啓蒙時代の見解が過去のものになつた事實をも否定せられるのではない(序二二頁)。「しかし、この制度が存在理由を失うたと断定することは出来ない。制度の適否はその營む役割を、その據つて立つところの社會的地盤との關係において批判して始めてこれを決すべきである」とせられ、『罪刑法定主義は啓蒙思想と自然法的人權思想の表現ではあるが、その精神は強者から弱者を擁護する點におかれて居る』から、今日の如く、尙『社會の内部にと強者弱者の對立が存する間は、罪刑法定主義は刑法上の鐵則でなければならぬ』との見解を有せられるのである。これも、先生が牧野博士の主張せられる如き、多數者と少數者・強者と弱者・幸福者と不幸者をその中に包容し・救護し・各その生を遂げさせる理想的・平和的・道德的・文化的な國家を現實のそれとして認識し得ないからに歸せられるやうである。この點では先生は却つて實證的立場をとられてゐるかにも見える。果して、かくの如き社會的地盤は單なる現念に止まるものであらうか。先生の人間味は必ずやこの理念を理想としてその罪刑法定主義を止揚せられねばならぬ筈である。

とまれ、『本書は罪刑法定主義の鐵則を守つて犯罪理論を叙述したものである。』かくて、本書は傳統的犯罪理論に従ひ、

犯罪を構成要件に該當する違法・有實の行爲と見、これを根本として、犯罪の概念構成をせられるのである。これが爲に小論文態のテーマは順次に犯罪論の概念(一一二〇頁)・行爲(二〇一五八頁)・構成要件(五八一八九)・違法乃至違法阻却(八九一三二頁)・責任乃至責任阻却(二三一—二一七頁)・錯誤(二一七—二二三八頁)・未遂(二三八—二六四頁)・共犯(二六四—三三七頁)の十項目を選ぶこととなつたのである。この外に先生の早くより得意とせられる罪數論が餘論として二十六頁を占めてゐる。

わたくしは、繰返す迄もなく、これらの詳細の研究を詳細に批判するの烏滸がましきをみづから知る者でもあるが、紙數の許さぬままに、先生のこの序説に現はれた示唆に富む多くのテーマが更に美事なる大樂章に展開せられむことを祈りつつ、筆を擱かう。