

# 刑 法

福 田 平  
村 井 敏 邦

## 一 東京高等商業学校時代

1 刑法の専任教官は、昭和二四（一九四九）年に発足した新制一橋大学にむかえられた植松正博士が最初であるが、刑法の講義自体は、東京高商時代の明治三二（一八九九）年から聞かれている。八〇年の歴史を誇る古い授業科目である。東京高商時代は、民法、商法などが本科の科目であったのに対して、刑法は憲法とともに専攻科目として開講されていた。高等商業学校であるという性格にもよるのであろう。

明治三二年から同四五（一九一二）年までは、古賀廉造博士が「刑法大意」と題して今日という刑法総論を講じていた。古賀博士は、明治三二年当時は大審院検事であり、のちに大審院判事（明治三五年）となり、さらには警保局長、貴族院議員と専ら実務家、政治家としての道を歩んだ人であったが、同時に、東京高商において刑法を講じる前年の明治三一年には、『刑法新論』を著わし、刑法学者としても著名であった。古賀博士の刑法理

論は、極めて峻厳な社会防衛論を基礎とし、犯罪の結果よりも「犯人ノ心術」という主観面を重視して罪責の軽重を量るといふ明確な主観主義に拠っていた点に一大特徴がある。「刑法新論」を著わしたばかりの古賀博士が、東京高商の講義においても、「犯罪ハ社会ノ公敵ナリ犯人ハ良民ノ大讐ナリ」と犯罪と犯罪人の糾弾に熱弁をふるったであろうことは、推察するに容易である。

古賀博士の刑法理論の特徴は、その犯罪論にも見られる。「犯罪ノ事実」と「犯罪ノ責任」とに二分する犯罪論がそれである。前者が犯罪の客観的要件ならば、後者がその主観的要件というところである。「犯罪ノ事実」と「犯罪ノ責任」という二大要件を柱に犯罪を論じる古賀博士の理論は、当然のことながら「刑法大意」の講義の内容をも構成していた。因みに、明治三二年の専攻部講義要綱における「刑法大意」の講義内容は、以下の通りであった。

#### 「第一編 犯罪

第一卷 犯罪ノ事実（日本刑法沿革大意、刑罰権論ノ大意、犯罪ノ定義、犯罪ノ区別、犯罪ノ時、場所、人）

第二卷 犯罪ノ責任（責任ノ原則、責任ノ例外、責任ノ軽減、責任ノ加重、数罪ノ責任、共犯ノ責任）

#### 第二編 刑罰

刑罰総論、主刑附獄制論大要、附加刑、刑期計算、期滿免除」

2 大正二（一九一三）年からは、ヨーロッパ留学から帰国したばかりの新進気鋭の東京帝国大学教授牧野英一博士が、古賀博士にかわって刑法の講義を担当している。古賀博士から牧野博士に交代した経緯は定かでない。あるいは、古賀博士が貴族院議員に勅任された（大正元年）ことと関係があるかもしれない。古賀博士の後

任に牧野博士がなったということも、偶然ではないであろう。牧野博士を後任とすることについて、古賀博士の意志が実際にどの程度働いたかは、今となっては知り得べくもないが、前期新派ともいうべき古賀博士の後任としては、新派刑法学のわが国における集大成者である牧野博士ほどふさわしい人はいない。しかも、博士は、二年間のヨーロッパ留学によってその理論に一層の磨きをかけ、新しく成った刑法のもとにおける第一人者としての地歩を確立しつつあった。

講義は、「刑法」と題されていた。大正六年の専攻部講義要綱によると、講義内容には総論のみならず各論という項目も掲げられているが、各論はその項目だけであって、おそらくは総論主体の講義であったものと思われる。牧野博士の講義は、学生に非常な人気があったようである。創立七五周年記念の座談会「一橋法学の七十五年」(「一橋論叢」二四巻四号)に、牧野博士の講義をしのぶ次のような会話がある。

「田中(誠) では牧野英一先生について商大との関係でお伺いしたいと思うのですが、近時法律思潮というのは東大ではやっておられなかった講義で、商大だけでやっておられた。牧野先生は聴講生が多く、自分の説が商大に進展して、経済、商業の方の人にまで影響を及ぼしたということが得意なようでしたね。」

松本 それは事実でしたね。あれは大正十二年、大学一年のときですが、われわれ法律学に興味を持った最初でしたが、非常な人気で、法律を専攻する者もしない者もほとんど全部講堂満員で、またお話がお上手だし、一番楽しみな講義の一つでした。美濃部先生とまた違った型で、流暢でした。

町田 短かく筆記させる、それからあとはペラペラと話が出て、おもしろかった。

松本 私は刑法を聞いたのですが、いくらか調子は違いますが、これはまた御親切に試験を受ける者

なんかにとっては非常に都合のいいように終りにまとめて急所をずつと言ってくたさる。

.....

田中(誠) とにかく牧野先生というのは東大では非常に怖くて、点も辛いので有名だが、商大ではやさしくて信望のある先生ということになっていて、非常に人気があるのだね。

大平 美濃部さんと同じように人気があったばかりでなく、美濃部さんの考え方と牧野さんの考え方が一橋法学の中に融け込んでいたという感じがするね。つまりああいふ自由主義的な理論や進歩的態度が、商大に具合が合ったんじゃないかな。」

ここで語られているのは、商大時代の講義についてであるが、高商時代の講義も同様であったであろう。

## 法 学

### 二 東京商科大学時代

東京商大となって、刑法は本科選択科目となった。学則上は、刑法の授業科目は総論と各論の二科目であったが、担当者の都合から、実際には一科目しか開講されないという年もあったようである。担当者は、総論は牧野博士が高商時代から引き続いて、各論は、専門部教授の常盤敏太博士が兼任した一時期(昭和一〇年〜一二年)を除いて、大体は、草野豹一郎判事が講師として講義を担当するという形であった。

草野豹一郎判事は、大正三年の東京地方裁判所判事から出発して、昭和二一年に大審院部長を退官するまで終始一貫実務の人であったが、同時に、「司法部内随一の刑法学者」として自他共に認める存在であった。東京商

大で講義を担当しはじめた大正九年当時も、東京地方裁判所判事であったが、判例研究を中心として理論家としての活動も展開し、団体主義的共犯理論にもとづく共同意思主体説の主唱者として著名であった。こうしたところから、おそらくは牧野博士の推薦によって草野判事が刑法を担当することになったのであろう。しかし、残念ながら、草野判事の講義がどのようなものであったかを伝える資料が今はない。ただ、一橋大学の教官室の雑用をやっている中年の婦人の言として植松正博士が記されるところのものがあるので、それを引用させて頂こう。

「草野先生がおなくなりになったそれで、ほんとうに惜しいことを致しました。御立派な方でしたのにねえ。よく下々のことまでおわかりになっていらして……。ここにも随分大家の先生方が沢山お集りですけれども、あんな立派な方はなかなかありません。」(植松正「片貌」『法学新報』五八卷一一号二二〇頁)

なお、草野判事が大阪控訴院長に転出した昭和一八、一九年の二年間は、大審院部長判事であり、名著『裁判の書』も著わされて刑事裁判の大家として自他ともに許す三宅正太郎判事が刑法の講義を担当していた。

### 三 一橋大学となつて

1 新制一橋大学となつて法学社会学部が生まれたが、このときはまだ刑法は草野豹一郎中央大学教授(当時)に講師を依頼していた。法学部創設にあつて、当時法制意見第一局付検事であつた植松正博士を刑法の専任教授として迎えることになった(昭和二五年六月)。植松博士の本学教授就任にあつての最大の推薦者は草野教授であつたが、牧野博士も植松教授誕生について賛同の手紙を寄せられたとのことである(『座談会法学部の草創期を顧みて』九頁)。ここに、牧野、草野両先学の一橋大学刑法学との深いかかわりが見出されるであらう。

う。

植松正教授を得て、本学の刑事法講座は新たな発展の途にいった。就任当時の植松教授については、大平善悟名誉教授がその人となりや次のように的確に表現されている。

「千葉県の出身、苦学力行の人であるが案外に明るい性格だ。多年司法畑で叩きあげ正義観に強く、仕事はきびきびして、すべてに厳正、能筆雄弁の士。草野、小野両先輩の推挙によって一橋陣に投ぜられたが、今後の自由豁達の活躍を期待する。」（『一橋創立七十五周年記念アルバム』一一九頁）

その人柄の通り、植松教授の講義は、厳正な中にもわかりやすくユーモアがあり、学生に人気のあるものであった。その講義の内容の一端を伝えるものとして、御本人の書かれた昭和二六年度の講義要綱を引用しておく。

## 法

「刑法学については、本年は総論に重点を置き、来年度において各論に重点を置き、それぞれの角度から全体を講ずる。古典学派と実証学派との論争を止揚し、行為（客観）を契機として行為者（主体）を見、その道義的責任を追及して道義の覚醒を中核とする改善刑が応報的正義の裏付において成立すべきものであることを出発点とし、普通の刑法学の体系に従って講ずる。すなわち、刑法の学説史、法規の発達、時間的、場所的人的効力範囲、違法性とその阻却、責任、犯罪の特殊形態、刑罰体系、刑の適用等を経て、国家の法益に対する罪、個人の法益に対する罪等に論及する。」

2 植松博士の経歴と業績については、村井敏邦「心理学と刑法学との交錯——植松正先生の人と学問——」『一橋論叢』六二巻四号一頁以下に詳しく触れられているので、ここではそれを参考にして、博士の業績の紹介

を行なうことにする。

博士の研究者としてのスタートは、日本大学本科助手兼予科講師（昭和四年）であった。この時の博士の専攻は、芸術心理学である。博士の日本大学卒業論文は、「絵画発達の心理学的研究」であり、処女論文は、「文学作品の評価にはたらく諸要因の軽重」（教育心理研究八巻二号・昭和八年）である。こうした心理学者としてのスタートを振り返るとき、後に博士が裁判心理学の分野において先駆的役割をはたされるのも、もっともなことであり、肯かれるのである。

それだけではない。心理学者としての側面は、博士の刑法研究にも色濃く見られる。博士の刑法学分野における処女論文は「瘡啞者の刑事責任能力」（法曹会雑誌一五巻一号、昭和一二年）である。この論文において、博士は、瘡啞者の心理状態、他国の立法例等を考察して、瘡啞者が必ずしも心神の障害者ではないことを指摘し、「瘡啞者ノ行為ハ之ヲ罰セス又ハ其刑ヲ減輕ス」としている刑法四〇条の削除を主張した。その結論の先駆性・正当性は、現在、他の点では意見のわかれることの多い法務省と弁護士会の双方ともに、刑法四〇条の削除という点では一致していることにも、示されている。しかし、この論文の特色は、その結論部分よりも、その方法にあると言わねばであらう。すなわち、博士は、自己の結論の正当性を東京聾啞学校における瘡啞者の可罰的認識力の検査結果という実証的研究によって裏付けるという方法をとった。ここに、博士の心理学者としての面目躍如たるものがある。

このように、博士は、心理学者として実証的研究を重視したが、刑事責任論においては、むしろ、小野清一郎博士らの古典学派の主張に組した。昭和一八年の「刑法的価値概念としての『心神喪失』と『心神耗弱』」（佐伯

千俣編『現代刑事法学の諸問題』、翌一九年の「刑法における道義性の要求」（台北帝国大学文政学部年報）に

おいて、博士は独特の意志自由論に相対的意志自由論を基礎にして、道義性こそ刑事責任の基礎であると主張して、牧野博士の主張する社会的責任論を排斥した。

学

しかし、博士の刑事責任論が体系的に展開されるのは、本学教授就任後の昭和二八年発刊の『刑法学総論』においてである。この中で、植松博士は、「真理はたゞ一つあるのみである」という基本姿勢に基づき、実証学派と古典学派の止揚を主張している。すなわち、一方において、刑法の道義的背景を重視し、刑罰の本質を応報的に見るとともに、他方において、行為が行為者を離れて存在するものではないことを認め、行為を手がかりとして行為者を刑法的に評価しかつその更正を期するところに刑罰の機能を認め、これによって、実証学派と古典学派との抗争は止揚されるべきであるというのである。こうした「止揚的態度」は、後に大塚仁名古屋大学教授によっても示され、現在では多くの論者の採るところとなっているが、博士の主張の特色は、これを先に触れた意志自由論を基礎に展開した点にある。

法

博士によると、経験科学的には人間の意志は遺伝と環境に決定されていて自由ではない。しかし、規範科学としての刑法学において論じられるべきは、こうした事実としての意志自由ではなく、規範的要請としての意志自由である。前掲論文に示されたように、刑法において道義性は不可欠のものであり、この道義的非難を加えられるものとしての人間は、意志自由なるものとして措定されなければならない。ここに規範的公準としての意志自由の必要性が問題となるのである。しかも、その場合の意志自由は、絶対的意味における意志自由ではなく、遺伝と環境とに制約された不自由度の程度の差で表わされる「相対的意志自由」にすぎないのである。



博士の意志自由論は、一見するとイデオロギー虚偽としての意志自由論と同一のようであるが、「遺伝と環境」とに制約された不自由度の程度の差」という量的概念の導入によって意志自由を根拠づける点において、これも異なる。博士独自の意志自由論と評価すべきであろう。

以上のような刑事責任論の上に立って、博士は、本学就任後も刑事責任に関する論文を精力的に発表し続けた。日本刑法学会編『刑事法講座』第二巻所載の「責任能力」（昭和二七年）をはじめとして、「犯罪と責任」（昭和二八年）、「責任能力をめぐる医学と法学との境界問題」（昭和三三年）、「精神障害と刑事責任能力」（昭和三七年）、「抗拒不能の衝動」と刑事責任」（昭和四二年）、「激情行動と責任能力」（昭和四三年）などの責任能力に関する論文、「酩酊中の行為に対する刑事責任」「酩酊中の違法行為と刑法の理論」（昭和三二年）、酩酊者に対する立法措置」（昭和四四年）などの酩酊と刑事責任との関係を取り扱った論文は、いずれも刑事責任を論じる際には逸することのできないものばかりである。

博士には、刑事責任論の分野だけではなく、違法論や各論の領域においても貴重な先駆的業績が数多い。たとえば、違法論については、「安死術の許容限界をめぐる」という昭和三八年の論文において、いち早く安楽死の許容限界を具体的に示した。また、「角膜移植をめぐる法律問題」（昭和三三年）や「心臓移植・死体損壊・死の判定」（昭和四三年）を通じて、法的説明が急務とされていたながらも、刑法学者の医学的知識の乏しさのためにとかく放置されがちな問題に、深く鋭いメスを入れた。

狭義の刑法学の領域においても、植松博士の業績は、以上に示した程度にとどまらず、きわめて多岐にわたっている。ここでは、さしあたり、博士の刑法理論の特徴の一端を示したにすぎない。さらに、博士の業績につい

て述べる場合には、犯罪心理学や裁判心理学の領域における数々の先駆的業績を忘れることはできない。とくに、「応用心理学の一分科として、捜査ならびに裁判における諸般の心理過程に関する体系的知識」を「裁判心理学」として体系的研究の対象とした業績は、心理学と法律学の双方の領域にとつて前人未踏のものとして高く評価されている。なお、博士の検事時代の昭和一五年に司法研究第二八号として発表した「証言信憑力の性的年齢的変異」が、昭和三四年に日本刑法学会選書『証言の信頼度』として公刊され、今日なおこの分野における最高度の研究として評価されていること、また、この研究によつて、博士は、昭和三七年三月三十一日、東北大学より文学博士の学位を授与されたことを指摘しておこう。

3 植松博士は、昭和四四年三月に定年退官され、名誉教授となられたが、その間、刑法講座の充実に力を尽くされた。当初は、刑法一講座で、前引用の講義要綱にもあるように、総論と各論を重点の置きどころを変えて隔年に講義するという形であったが、昭和三二年からは、各論を法学部二年生対象に前期で、総論を後期で開講するようになった。刑法各論を総論にさきがけて、しかも二年生対象に講義するというのは、本学独自の方式であったが、刑法学教育の方法としては一つの見識であったと考えられる。ただし、しばらくは前期科目を圧迫しないという配慮から、法学部学生にだけ開かれた例外的に前期で聴講しうる後期科目としての形をとっていた。

刑法各論が正規の前期専門教育科目として位置づけられるのは、昭和四六年になってからである。

スタッフの面では、昭和四三年四月、司法修習を終了した村井敏邦（現）教授が助手に就任した。また、植松博士が定年退官後、同四四年五月、東京教育大学教授福田平博士が併任教授として刑法講座を担当し、翌四五年四月には専任教授として本学に着任した。昭和四四年度は、福田教授が刑法総論を、鴨良弼教授が刑法各論を担

刑 法

当した。四五年度以降は、総論、各論とも、福田教授が、その講義を担当していた（なお、昭和四六年度は、鴨教授も後期で刑法各論の講義を担当した）。