

わが国の近代化と外国刑事法の影響

——その序説としての試論——

須々木 主一

- 一 はじめに
- 二 「近代化」の意義
- 三 「刑事法の近代化」の意義
- 四 刑事法の特殊性と外国法の影響
- 五 おわりに

一 はじめに

以下の所説は、わが国における近代的な刑事法の法制史的概要の説明でもなければ、近代における刑事法の個別的な問題の検討を意図するものでもない。『わが国の近代化におよばした外国法の影響』を刑事法の観点からながめるために一つの準備的な作業を試みるにすぎない。

わが国の近代化と外国刑事法の影響

近代化という言葉はきわめて広い分野にわたって用いられているため、この意味内容を一義的に確定することはかならずしも容易ではない。とくに、社会が近代化されたという場合と社会生活の場における個々の事象ないし事物が近代化されたという場合とでは、おなじ近代化という言葉をつかいながら、その意味内容には多少の相違があるように見うけられる。ある国が近代化されたということとその国の刑事法制が近代化されたということとは観念上は別個の問題である。わが国が近代化されたかどうか、わが国の刑事法が近代化されたかどうか、この二つは各別に論じられるべき性格のものであろう。そこで、まず、近代化とはなにを意味するかを確認しておく必要があると考える。ところで、ここで要求されているのは、わが国の近代化におよぼした外国法の影響を刑事法の観点よりみるということである。ある国の刑事法が直接無媒介で他の国の近代化に影響をおよぼすということは考えられないが、ある国の刑事法が他の国の刑事法制に影響を与え、これと関連してその国またはその国の社会一般に変化を与えるということは、一応考えられることである。それ故、共同研究の問題を刑事法の観点よりながめるというためには、刑事法と社会との関係の仕方一般および刑事法の外国法制への影響の仕方一般を検討する必要があると考える。さらに、ある国が近代化されているというためにはその国の刑事法制も近代化されていることを事実上予想するであろうから、刑事法ないし刑事法制の近代化ということも、以上との関係であらかじめ検討を加えておく必要があるであろう。

以下にのべることは、近代化の意義、刑事法の近代化の意義、刑事法の特殊性と外国法の影響という三つの問題である。上記の理由により、この三点にふれることによって、共同研究の問題を刑事法の観点よりながめると

めの序説またはその研究の総論としての責めは、果しうるものと考ええる。

二 「近代化」の意義

一 「近代化」ということの意味内容は、曖昧である。各論者のいう近代化という觀念が不明確であるというのではない。各論者の理解にはすべて正しい契機を含んでおるように思われながらその内容が同一でないという意味である。このような場合、各論者間に立場の相違があるとすれば、他の論者の所説を批判することはごく簡単な論理的操作であると考えられる。しかし、それでは議論が枝葉末節におちいる危険もなしとせず、また生産的な考察態度ともいえない。必要なのは概念の根本的分析であろう。その言葉の用いられる社会的背景、独自の見地よりする概念の制約などをはなれ、白紙にかえった概念内容の把握こそが、必要であると考ええる。

ところで、近代化ということでは、とくに近代「化」という点に着目すれば、形式的に三つの意味のあることが考えられる。すなわち、(i)近代的にすること、(ii)近代的になること、(iii)近代的事であること。

(i)の『近代的にすること』という理解は、近代化ということを積極的・能動的な変革の過程としてとらえることに通ずる。このような理解の仕方は論者の実践的な態度に親しみやすいように考えられる。もっとも、それは事実的關係としてかんがえられるというにとどまり、両者のむすびつきに論理的な必然性はない。近代化ということを経代的にすることとうけとる場合には、方法論的にみて、近代化されたものすなわち歴史的・社会的所与をみるよりも先にそれを造りだしてゆく動因、近代化させてゆくものが重視されることになる。しかし、ここで

しばしば最も重要な役割を演ずる主体的存在の学問的把握はときにはきわめて困難であり、また場合によってはそのような主体的存在を度外視して近代化の観念が用いられる。たとえば、住いの近代化ということがいわれる場合には、近代的にするものよりも近代になるもののほうが観念上は重視されている。ここで近代にするもの、の重要性を論ずることはもとより可能であり、場合によってはその必要もあろうが、すくなくとも住いの近代化という標題のもので近代的にする者のことを論ずるのは、本筋をはなれたものであることは認められる。しかし、社会の近代化を論ずる場合には、かならずしもこれと同じではない。誰がまたは何が社会を近代的にするにあたって積極的な機能をいとなんだのかそして誰がまたは何がこれを阻害したのか。この問題の重要であることは多言を要しない。ただ、近代化ということを近代的にすることと一義的にきめてかかることは危険であり、そのような理解がすべてではないことは認めるべきである。

(ii) の『近代になること』という理解は、近代化ということを、消極的・受動的な変化の過程としてとらえることに通ずる。このようなとらえ方は、論者の傍観的・第三者的な見る者の態度に親しみやすいとかがえる。これも、もとより、事実的関係として考えられるにとどまり、両者のむすびつきに論理的必然性はない。近代化ということを近代になることと解する場合には、方法論的にみて、まずもって近代になったものすなわち歴史的・社会的所与を重視することになる結果、事態を見る目は回顧的になるが、就中、主体的存在という客観的（その意味では学問的）把握の困難な関係項にわずらわされる危険を回避しようという利点がある。とくに視野を社会学の領域に限定せずに近代化の観念をひろく用いようとする場合にはこれをとるべきであると考える。しかし、

この理解は、社会的、実践的な関心をうとんずる結果になりがちである点よりすれば、(イ)の展望的方法をあわせ採用する必要があるとがんがえられる。

(イ)の『近代的事であること』という解釈は特殊な理解方法である。いふなれば『近代化』という用語を完了形としてとらえたことになる。近代化の觀念についてこのような理解が可能である所以はわれわれの研究テーマの用語法そのものが表明する。いわく、わが国の近代化におよばした外国法の影響。このテーマの背後にはすでにわが国が近代的な国家である、という先取りされた考えがひそんでいると考えられる。仮りに全的に近代的であるとみていないとしても、すくなくとも部分的には近代的である、ことを予定している。ここに『近代的事である』という意味は『近代的にされてある』ということまたは『近代的事になってある』という意味であるから、(イ)と(ロ)の理解と無関係ではない。完了形というのはその意味である。(イ)の理解にたてば、社会的所与において近代的特徴が一応の完結態で存在することが予定されることになる。このような理解は、事實上、論者の現状肯定的な態度とむすびつく可能性をともなっており、これを方法論的にみれば、当該社会的所与のせまい枠内で歴史を過去にさかのぼり、その範囲内で現在にいたる過程をながめることになりかねない。それは、社会的所与における前近代の要素を度外視することに同じ、いわば閉された盲目的な方法として、将来にたいする展望を欠くことになり、その意味では研究の実践的意義に乏しい。われわれの共同研究のための方法論としては、用語法自体の問題として不自然であることを避けるという意味においてはかりではなく、現状肯定的な安易な態度を回避するという意味で(イ)の理解はとるべきでないと考ええる。もっとも、『近代的事である』という觀念自体は『近代的事にする』とい

う觀念や『近代的になる』という觀念に内在しており、かつその概念内容を指導する要因であると考えられるから、その限度内でこの觀念をうけいれなければならず、そしてまたもっぱらその限度内で受け入れさえすれば足るものと解することが許されるであろう。

(1)、(4)、(5)の各理解はそれぞれに無関係ではない。この三者は、一つの過程的現象を能動面と受動面そして結果面においてとらえたものにすぎず、三者の相互制約的關係を確認したうえでそれぞれの觀念を方法的に生かす努力をすべきものであると考える。

二 近代『化』の形式的理解が以上の範囲につきるとすれば、次に確認しなければならないのは、『近代的』という形容句の意味内容である。何故なら、『近代化』ということは、近代的にすること、近代的になること、近代的であることという以外に理解しえないということであつたから。

近代的という形容句はこれを形式的にみれば歴史的な時代区分としての『近代』と無関係ではない。『近代』と呼ばれる時代における社会的・文化的諸特徴を総括するところの形容句、これが『近代的』ということであるとするとも一応ゆるされると考える。近代における社会的・文化的諸特徴の把握は一定の方法論（とくに歴史観）の存在を予定しているから、何がその特徴であるかを安易に口にすべきではないし、またそれを一義的に決定することにはかなりの無理がある。しかし、すくなくとも、近代的という形容句が近代という歴史的時代区分と無縁でないと考えるのが自然であろうから、その前提に立つて次のような帰結をもち出すこともとめられるべきであろう。

第一に、近代のという形容句は、他の實質的な諸觀念の便宜的な言換えとしての性格をもつ。仮りにここでもならかの着色を論ずるとすれば、他の實質的な諸觀念に歴史的な現実性を与えるという点を指摘しうるとどまる。この歴史的現実性を付与するということの重要な意味については後にふれる。

第二に、近代における社会的・文化的特徴は、觀點(歴史觀ではなく)の相違に依じて種々難多でありうる。したがって近代のという形容句の意味内容を一義的に決定することは不可能である。川島武宣は、ホール論文を参照しながら『「近代化」ということばで表現されようとしている歴史的变化の基本的方向は、結局は、広汎な人々の解放(ひろい意義での)にむかつての急速な社会的変化であり、そうだとすると、第一次的には、経済的には無生物的エネルギーの管理(制御・適用)による労働生産力の増大とそれに伴う相互依存關係の増大、および広汎な人々への公正な分配、社会的には個人による行動選択の拡大、したがっていわゆる動化の程度の拡大、および広汎な人々の相互作用の可能性、政治的には、個人に対する力の支配の国家独占、広汎な人々の何らかの政治参加(イニシアティヴの可能性)、と普遍主義(“universalism”) (特定主義 particularism に対する意味での)の貫徹、思想・文化の平面では、いわゆる合理主義の貫徹であり、さらに第二次的派生的のものとして、他の諸指標を考えてよいのではないか』(川島武宣、「近代化」の意味、思想 四七三号 六頁)とするが、これなどは、近代のという形容句の内容の説明として聞くこともゆるされるであろう。

以上の二点はあくまで思考過程における判断であることを注意していただきたい。仮りに近代のという觀念の分析が以上の点につきたならば、それは歴史的事実に密着した事柄の理解にとどまり、近代のという觀念がまさ

に形容句であつた点を無視することになる。歴史的事実としてはしばしば相反する社会的または文化的現象もみられるようにも思う。近代制という觀念を歴史的時代と結びつけて意味内容を理解するということは、事實的な現象面に即した概念内容確定の操作をおこなうと同時に、他方においては『近代』という時代区分をあらしめたもの、すなわち歴史觀と関連させてその内容を純化することでもなければならぬ。そこでは、歴史的な事象のなかにあらわれたある種の指向ないし特徴をみとめこれを手がかりとして『近代』という歴史的時代区分がうまれたはずだという反省が加わる。仮りにここで特定方向よりする歴史的現象の透視を拒絶する態度をとるとすればもとより近代制という觀念の分析はここで終る。そしてその結果近代制ないし近代化という觀念を用いる必然性は否定され、たんなる便宜、しかもつねに誤解の危険をはらんだ便宜的な用語法ということになりおわる。

ところで、歴史觀の種類ということではあまりにも多種多様のものが理解される。觀念論的歴史觀あり、唯物論的歴史觀あり。歴史を進化の過程としてとらえるものあり、退化の過程としてとらえるものあり。歴史的事象をそれぞれ完結的なものとしてとらえる立場あり、一つの過程としてとらえる立場あり。等々。もつとも、その一つ一つにわたつてここで検討を加える必要はあるまい。われわれの共同研究で問題となつてゐる枠内でみるならば、一つの点を指摘するだけで充分であると考ええる。それは、われわれが歴史を問題解決の過程としてとらえているということである。つまり、未来に人間の、人間社会の理想的な状態を各人の仕方て想定し、その方向に歴史は流れてゆくまたはゆかなければならぬと考えている。そのような態度自体に対する反省も必要であるとは考えるが、この枠内であれば次の点に注意すべきことになるであらう。

それは、歴史は自由の意識の進歩であるというヘーゲルの言葉と、マルキシズムはヒューマニズムであるというキャッチフレーズである。田辺元の解説（田辺元、『哲学入門』補説第一、一二頁）によればヘーゲルは人間の自由解放の自覚の進歩を歴史にみていたということである。また、被支配階級における人間疎外に対する洞察から人間性回復への指向を重視するのがマルクスの立場であり、それが史的唯物論の底流であると一般に理解されている。ヘーゲルとマルクスとはそれぞれ観念論的歴史観と唯物論的歴史観を代表するもののようにいわれ対立的関係で理解されたりするが、いずれの見地にたっても、次の点だけは肯定することができるのではないかと考える。すなわち、人間が自我に目覚め、独立自尊の主体的存在として社会生活の場に自己をまさに自己の本質にふさわしく位置づける過程が歴史のなかから読みとられる、または読みとられなければならないということ。このような文理の背後にどのような実体が設定されるかは彼此相へだたるものがあるとしても、すくなくとも共通の言葉にかえて共同研究が可能となることはほぼ明らかであると考える。『近代的』という観念がこのように限定された意味での歴史観によって方向づけられるとすれば、次の点が指摘可能となる。

第一に、近代的という観念は歴史的発展の方向によって概念的に制約される結果、その方向に反するまたはその方向と無関係な社会的・文化的特徴は近代的という観念から排除される。その意味でも上掲の川島論文の指摘には学ぶべきものがあると考える。

第二に、近代的という観念は、肯定的な意味内容、すくなくともそれへの傾きはともなうことになり、その結果、近代化ということは、理想化という観念に親近関係をもつことになる。

第三に、近代的という観念は歴史的事実にあらわれた文化的特徴をはかる尺度でもある。尺度であるということは用語として程度の観念をゆるすということである。したがって近代化という観念も、それが過程を把握するという意味のほかに、この関係からつねに評価的な意味の介入をゆるすことが考えられる。

第四に、近代的ということの概念内容が雑多であることに相応して近代化ということでも雑多な現象を把握することが可能である。しかし、そこにはつねに歴史的現実に反映した社会的一般的視野における自我の発展・拡充への指向が読みとられなければならない、それにさからう限りにおいては川島論文に掲げられた各指標も具体的関係において、近代的ないし近代化の範疇から捨てられる。それがまさに指標としての限界であると考ええる。

三 以上の結論として言いたいことは、ここで近代化というのは社会的・一般的視野においてとらえられた自我の発展・拡充への指向であるということである。これを社会生活の場における個々の事象ないし事物について言うならば、それにみられる特徴が自我の発展・拡充への指向をものがたっているということになる。そして、近代化ということを論ずるにあたっては、回顧的であると同時に展望的でなければならず、とくにこの観念を現状肯定的に用いることは避けるべきであろう。中村吉三郎教授はいう、『人は、（中略）自らすすんで敢て自我を社会と対決させ（自我の意識とともに、併せて他の自我をも意識して）、そこに自我を発見、ないしは、回復することにより、はじめて社会のなかに自我を確認、ないしは、確立させることができる。かくて、ある社会が、その構成員に均しく右のような意味での自我の確認、ないしは、確立なさしめるように仕くまれたとき、その社会の近代化は、はじめて、緒についたといえる。そして、さらに、その仕くみがすすみ、自我の防衛体制の完備により、

ついに、自我の「拡充」へと発展していくとき、その社会の近代化は、まさに、完成（定着）にちかづきつつあるといえよう』（中村吉三郎、日本の近代化ということについて、比較法学 一号 五頁）と。近代化ということを経るのうちに、このように理解する理由についてはつまびらかでないが、すくなくとも結果的には、ほぼこの見解にしたがうものと考ええる。

近代化ということを以上のように社会的・一般的視野においてとらえられた自我の発展・拡充の過程として理解する場合には、一つの点に注意する必要がある。それは、人間は利害関係を同じくする限度でのみ共同生活を可能にする存在であり、無限の自己主張は人間社会の分裂以外のものではなく、したがって、自我の発展・拡充ということのうちには主体的な積極的な自己否定の面もふくまなければならないのではないか、そしてさもないければ近代化の観念それ自体が内部的に破壊される危険がでてくるのではないかという点である。自己と他者との利害関係を調整し、個人自由の保障と公共の福祉の実現とをあわせはかるということがいかに言葉の緩にちかいかをわれわれはよくわきまえている。また、ラートブルッフが正義と合目的性と法的安定性とを矛盾としてとらえる場合にそれを法の理念の矛盾（Antinomien der Rechtsidee）となづけていたことを想起する。近代化が理想化に通ずるとはいっても、そこでいう理想化ということは問題性の全的な解消を意味するものではない。したがって、近代化の完成ないし定着ということを歴史的事実に直結して論ずることには疑問があるとすべきであらう。

三 「刑事法の近代化」の意義

一 『刑事法の近代化』ということでは、概念のうえで三つのことが理解される。すなわち、(イ)刑事法を近代的にすること、(ロ)刑事法が近代的になること、(ハ)刑事法が近代的であること。これは、近代化ということでは三つの方向への理解が可能であったことに相応する。上記の三つの意味理解は、さらに、(イ)刑事法を近代的刑事法にすること、(ロ)刑事法が近代的刑事法になること、(ハ)刑事法が近代的刑事法であること、と読みかえることがゆるされるであろうから、ここで考えなければならないのは、『近代的刑事法』とはどのような刑事法をいうのかということである。

刑事法は、国家刑罰権の発現過程を規制するところの法体系である。近代的という形容句がここで意味するものは、自我の発展・拡充を不当に阻害せず、むしろ消極面よりこれを支援し、しかも国家刑罰権の内容を合目的に実現せしめるということではなければならない。つまり、近代的な刑事法というのは、国家刑罰権発現の全過程において国民各自の自由または基本的人権をただに形式面においてのみならず実質面においても客観的に最大限に保障する法体系であると同時に、その公法としての性格上、国家生活関係の場における社会秩序の維持・実現の目的を達成するものでなければならない。刑事法は、公共の福祉の維持の要請と個人の基本的人権の保障の要求との鋭角的な接点に立たされている。しかし、すくなくともそれが近代的刑事法である以上、個人の自由ない

し基本的人権の保障という点を度外視したものであってはならず、とくにこの点に着目した概念構成が必要であると考えられる。何故なら、刑事法がおよそ刑事法であるかぎり、そして公法であるかぎり、それがいかに近代、近代的なものであらうとも社会秩序の維持・実現の要請をはなれては在りえないからである。この点をことさらに近代、近代的刑事法の特徴として論ずることはゆるされない。このことはたしかである。しかし、ただ、ここで単なる社会秩序の維持・実現という中性的な観念を用いずに、あえて公共の福祉という豊潤な観念をとりだすようになれば、問題は別である。

例えば、社会主義国家における自由の制限の問題を考えよう。その制限の理由として、理想に到達する過程であるからとか、全体の利益のために必要であるからとかいうだけでは足りない。さらに、また、自我の發展拡充のためには自己否定の面もなければならぬからとするだけでも十分でない。より本質的なことは、その態度のなかにもまた自由そのものを見出すことができるということである。より良き社会の実現のために自己の自由にたいする制約を自己の決断において肯定・是認するということは、積極的意味に評価されるべきである。公共の福祉の観念は本来的にはそのような態度によって基礎されるべきものであらう。したがって、公共の福祉の観念と個人の自由ないし基本的人権の保障の観念とを無造作に対立させて考えることにはたしかに問題がある。それにもかかわらずここで矛盾・対立が云々されるのは、公共の福祉の名のもとに個人の自由ないし基本的人権に対する制約が要求されるものになっているからである。自由は自発性を本質的要件とする。ところが公共の福祉との関係では特定の方角への自発的、態度決定を強要される、かたちになる。これは文字どおり矛盾であらう。われわ

れの現在の問題にとって重要なことは、社会秩序の維持・実現という方向においても近代化の要因を見出しえないわけではない、という点である。しかし、以上の説明においてすでに明らかなごとく、社会秩序の維持・実現ということのなかに近代的要因を見出しうるという意味は、要するにそのなかに個人の自由尊重への指向を見出しうるということにほかならず、したがって、ここでは、ことさらにその方向に検討をすすめる必要はないと考える。

二 近代的刑事法は、まず、その形式面でみればその構成が体系的に整備されていることが必要である。この点は、刑事実体法、刑事訴訟法、犯罪者処遇法のいずれにも共通していえることである。もとより、信賴の原則のおこなわれるところではそのような点については文字どおり形式的意義しかみとめられないであろうが、懷疑の原則のおこなわれるところでは実質的な意味をもつ。この点についてはとくに説明の必要をみとめない。

刑事法の各分野について、より実質的なたちでそれらの近代的特徴をたづねてみれば、それは、ほぼ次のようになると考えられる。

第一に、刑法において、個人の自由ないし基本的人権の尊重の建前は、個別的にたずねれば、さまざまな特徴となつてみいだされる。例えば、個人の法益にたいする犯罪の重視、国家権力のもとにおこなわれる個人の自由ないし基本的人権に対する侵害とくに職権濫用罪等の重視、社会的・階級的身分の差異をみとめない立法形式とくにある種の身分犯の減少や閹刑の廃止、等。このような個別的視点をはなれ近代的刑法の基本原則をたずねるとすれば、それは、やはり罪刑法定主義と責任主義ということになる。罪刑法定主義とは、周知のごとく、犯罪と刑

罰とはあらかじめ明文の法規（とくに国の最高の立法機関の定める法規）に規定すべしとする主義であつて、ここにおいて刑法は国家刑罰権によつて担保された倫理的最少限をあらかじめ明示するかたちとなり、結果的に国民の自由な社会的活動を保障する、国家権力にたいする制約原理としての機能をいとなむことになる。刑法上、類推解釈は禁止され、刑法の遡及は否定される。慣習法（不文法）はその曖昧さの危険ゆゑに法源性をみとめられず、絶対的不定期刑は排斥される。ところが、また、罪刑法定主義に立つ刑法は国家権力による刑罰権実現の正当化原理としての機能をもいとなまなければならない。すなわち、犯罪と刑罰とがあらかじめ明文の法規にうたわれている以上、国家は、社会倫理的価値体系の実効性を担保すべく、その機能を最大限に發揮することが要求される。罪刑法定主義をめぐつて刑法の制約原理としての側面を強調するか、それとも正当化原理としての側面を強調するかは、刑法学のわかれ目である。後者を強調すれば刑法の定める枠内で犯罪者はかならず処罰されなければならない、前者をとつた場合のように犯罪者に利益な方向への罪刑法定主義の緩和などはおよそみとめられないことになる。むしろ処罰の方向にむかつて拡張解釈的技巧を最大限に發揮することになるであらう。これに對し前者すなわち制約原理としての側面を強調すれば、例えば被告人の利益となる類推はゆるされ、被告人の利益のために刑法の遡及もみとめられる。このいずれにかたむくかは刑法学上はきわめて重要な問題であるが、ここでことさらに論ずべきことではない。ただ、罪刑法定主義と関連して注意すべきは、刑法を端的に社会防衛法とする見地、刑事政策的考慮を強力に導入する立場のことである。それは近代科学の学問的成果を高く評価し、科学主義的に、合理的・合目的に刑法をとらえ、刑法よりもさらにすぐれた法体系をつくりだそうとしたところに

特徴がある（（牧野英一、刑事責任の理論について、ジュリスリスト 三一〇号五四頁以下参照））。しかし、そのような見地は科学主義的であつたところに限界があり、個人の自由ないし基本的人権を守るべき法体系をまた別個に考慮しなければならぬ破目にたちいたり、結局のところ、刑法の一面の強調におわっている。このいわゆる新派の努力は、たしかに近代の特徴をある意味ではいちじるしく鮮明にうちだしているが、偏向という点でなお検討の余地を残していたと考えられる。

次に、責任主義は、責任なければ犯罪なし、責任なければ刑罰なし、刑罰は責任の程度にしたがうという三つの命題によって表現されるところの主義である。責任の本質を行為者にたいする非難可能性とみるかそれとも行為者の社会的危険性とみるか、非難可能性の観念と社会的危険性の観念は矛盾しないものであるかどうか、責任の程度とは何をいうのか、等、その内容に一步たちいると困難な問題が山積するが、要するに、たんなる違法行為の存在ではなく、行為者の属性である責任を加えてそれを国家刑罰権発現の要件としたところに、人間をまさに人間として尊重する基本的態度が明らかである。この点はさらに犯罪者処遇法との関係で考えることになる。

第二に、刑事訴訟においては、『およそ司法作用は、国家的公共社会の人倫秩序を維持し、そこにおいて正義を実現しようとする統治作用である』（小野清一郎、刑事訴訟法概論、五頁）とされているごとく、その目的が、『刑事訴訟による正

義』の実現にあることはまずみとめられなければならない。刑事訴訟の目的が刑事訴訟法のありかたを否みがたぐ方向づけている以上、国家刑罰権の迅速確実な実現を保障する合理的・合目的な規制を内容とすることが近代的刑事訴訟法の要件であることは、否定できない。これは、いわゆる技術法たることからする当然の帰結である。しかし、それと同時に、刑事訴訟の内部において個人の自由ないし基本的人権に対する不当な侵害のおこな

われないよう積極的に配慮することが近代の刑事訴訟法における要請であることが、より本質的な関係において強調されなければならない。証拠裁判主義の確立、しかも法定証拠主義から自由心証主義に移行する過程における拷問の廃止、糾問主義をはなれた国家訴追主義ないし当事者訴訟形態への移行、弁護士制度の採用、上訴制度の確立、審判公開主義、等、要するに『刑事訴訟における正義』が客観的に形式のうえでも確保されているならば、当該刑事訴訟法は近代的なものとしてできる。実体的真実主義を一方的に強調することによって被疑者ないし被告人を証拠方法の地位におしこめてしまうようなことがあってはならない。『犯罪は、実体的には手続上の認定を超え、或る意味では刑法の法律的形式さえ超えたものである』（小野、上掲七頁）し、また、『訴訟法は実体法の実現を助けるといふ目的に奉仕すべきである。併し、訴訟法は無条件的に妥当し、従って法の実現といふ目的には仕へず、寧ろその妨げすらするやうな場合でも妥当するのである』（田中眞・ラードブル）
（ツフ、法哲学二六二頁） Verl. Radbruch, Rechtsphilosophie, 5. Aufl., 1966.）。実体的真実主義を名分として刑事訴訟における信頼の原則を一方的に強調するものであればならない。被疑者または被告人といえども人格の主体としてつねに訴訟の主体・当事者としての地位が確保され、その自由ないし基本的人権が不当に侵害されることのない規制が要求される。事後的救済ないし補償は第二義的な問題である。もともと、ここで注意しなければならないのは、刑事訴訟の全過程をとおして刑事政策的要請をうちだす立場のあることである。犯罪者のなかには一定の素質を有するゆえに犯罪におちいるものがあるという点を拡大視して、刑事訴訟に診断的性格を強力にもちこもうとする。これもまた近代の特徴、とくに科学的態度、合理的・合目的の態度によって支えられている。ただ、その際、犯罪者の主体的側面が軽視される結果に

つまり、問題性は犯罪者処遇法との関係でさらに深刻なものになることを記憶すべきであろう。

第三に、犯罪者処遇法については、犯罪者の処遇の内容が法的に規制されているということ自体がすでに近代的現象である。犯罪者の処遇とくに処罰ということでは端的にその者の法益の剝奪がなされるが、その関係とくに権威主義的考慮がおし出されまたいわゆる特別権力関係の觀念が極端にあらわれることになれば、行使される刑罰権の具体的個別的内容は、刑罰の目的によって指導されるかぎり、法的な個別的規制なしに、したがってほとんど無制約にその機能をいとなむことがゆるされる。そこでは、処罰するにせよゆるすにせよ人は人間を人間のにみなければならぬという要請（*cf. Radbruch, a. a. O., S. 362*）の客観的な保障は見出しえず、法益の剝奪が同時に人間性剝奪につうずる危険を宿すものといわなければならない。犯罪者処遇法の存在自体が近代的な現象であるというのは、その意味である。したがって、犯罪者処遇法の形式ということについてその体系的整備が刑法および刑事訴訟法の場合よりも近代化との関係で重要なことは多言を要しない。次に、刑罰その他の処分において犯罪防遏の目的を達成すべくその目的実現過程の規制が合理的・合目的であることが強度に要求される。それは、当該法体系が技術法的性格を有するからというにとどまらない。刑罰の純化ということが要求されるからである。例えば、自由刑における自由の剝奪が身体的自由の制約をこえて精神的自由にたいする侵害となるならば、言渡された刑の範囲をこえた害悪がそこで新たにつけ加えられたことになり、犯罪者の地位が法的に確保されていないという意味で、犯罪者処遇法の本来の目的が達成されなかったとせざるをえない。犯罪者を法的主体として位置づけ、刑罰の純化を客観的に保障するところの犯罪者処遇法こそが、近代的なものであると考えられる。ただ、こ

こで注意しなければならないのは、犯罪者における自然科学的条件の問題である。一定の素質のある者はその素質のゆえに犯罪を反覆する。刑罰は、その者がかつて犯罪を犯したから将来ふたたび犯罪をおかすことのないように科せられるところの、苦痛を内容とする害悪であると同時に教育手段であり、さらにそれをこえて治療的処置であるところのあるものである。刑罰が応報としての害悪であるということ、および刑罰が教育であるということ、これらは一方が視点を過去にもち他方が視点を将来にもつという意味で相反してはいるが、いずれも犯罪者が主体的存在であることを前提としているといつてよい。ところが治療的処置としてとらえられる場合の刑罰は人間をたんなる対象としてみているにすぎない。保安処分においてはこの問題はさらに露骨である。たんなる対象ということであれば、極端に言つて、主体的存在としての人間にしかみとめられない自由ないし基本的人権は無用な装飾となりおわる。この場所では法的規制をなすかは刑事政策的要請とあいまってさらに問題を将来に残すことになるであらう。

四 刑事法の特殊性と外国法の影響

一 わが国の近代化におよばした外国法の影響を刑事法の観点からたずねるといふ場合には、刑事法と社会との関係の仕方および刑事法の外国法への影響の仕方を一般的に確認しておく必要がある。さもないと、わが国の刑事法のわが国の社会にたいする関係の仕方も、外国刑事法の日本刑事法への影響の仕方も的確には把握しえず、さらには外国法のわが国への影響、わが国の近代化におよばした影響も鮮明なたちではとらえにくいこと

になると考えられるからである。

二 刑事法と社会との関係の仕方を見るためには、刑事法の法としての特殊性をみる必要がある。

まず、第一に、刑法（刑事実体法）は、一方においては個別的に国家刑罰権が発現するための要件を、他方においてはそれぞれに相応する個別的な国家刑罰権の内容を、規制する。刑法学ではこの関係を比喩的に表現して刑法とは犯罪と刑罰とにかんする法であるとしたりする。しかし、厳密にいつてその表現の正しくないことは明らかである。何故なら、犯罪とは刑事実体法上の法律要件（構成要件）に該当するところの社会的事実をいうのであり、極端な言い方をすれば、刑法は犯罪それ自体とは間接的に関係をもつにすぎない。また、刑罰というところで、正しくは各個の刑事実体法上の法律要件に対応する法効果の具象化・具体的内容を意味するはずであるから、その限りにおいて、刑法と刑罰とはこれまた間接的にしか関係をもたないというほうがむしろ事柄を適切に表現することになる。以上の点をわきまえたうえであれば、現象面からの説明として、多少の誤解をまねくおそれはあるが、刑法とは一定の規範違反の行為に対し制裁としての刑罰を科す法規の総体をいうと説明することもゆるされるであろう（（斉藤金作、刑法総論改訂版（昭和三十六年、二頁以下参照）））。刑法の厳密な理解ということは、刑法学の学問的性格との関係でとくに明記されるべきことと考える。そして、それは、後述のごとく、われわれの共同研究と直接的な関係をもつことである。ところで、刑法の社会的機能には二種類のものが考えられる。その第一は社会倫理的機能であり、その第二は予防的機能である（（vgl. Weizel, Das Deutsche Strafrecht, 8. Aufl., 1963, S. 4ff.））。共同研究の問題を考えるために重要なのは、前者の社会倫理的機能である。ヴェルツェルはこれを『刑法の課題は、社会共同生活の基本的諸価値を保護する

ことである』と言ひ、また、それは、『基本的な社会倫理的な価値を保護することによってなされる法益の保護である』とする。この言葉からしてすでに明らかなごとく、刑法は既存の社会倫理的価値体系の上に構築された法体系であつて、それらの価値体系またはそれを造り出す諸要因に奉仕する機能をいとむにすぎない。

この点を理解するためには多く説明を要しないと思うが、なお念のために付言すれば、刑事実体法上の法律要件の中核をなす違法性の観念の性格がこの間の事情を明白に物語るものとして注意したい。『違法』とはその概念を形式的に解するならば『法』に反することである。『法』というのは、故和田小次郎教授の定義にしたがえば、国家権力によって組織的に保障される強制的な社会規範である（和田小次郎、法学序説二頁）。法の実体が社会規範たるところにあるとすれば、違法すなわち法に反するということは『規範違反』の観念をはなれてはありえない。すなわち、違法の観念は『法』の存在を論理的に前提としており、社会規範の存在を予定しているものといわざるをえない。その意味で、刑法はこれに論理的に先行する法体系のうえにのみ成りたちうるものであり、刑法それ自体には社会規範を構成する機能は本質的に備わつておらず、ただ、既存の構成的諸規範の実効性を担保するものとして背後的位置づけのみが可能であると考えられる。もっとも、違法の観念については法の理念に反するものとしての性格づけも必要であり、また、事実上の問題としてみれば刑法が構成的な役割を演ずることがないわけではなからうが、刑法の本質的特徴としてはやはりまずもってそれが既存の社会倫理的価値体系のうえに成り立つ法体系であることを認める必要があらう。憲法、民法、労働法等のように社会倫理的価値体系を直接構築する点に社会的機能が認められる法体系とは一応區別してその性格を理解する必要があるとかがえる。

第二に、刑事訴訟法は、刑事訴訟を規制する法体系である。国家刑罰権行使の全過程、これが刑事訴訟（広義）である。学者の説くところによれば、『刑事訴訟法は、国家的刑事司法の手続を対象として、それを訴訟的に規整し、その手続における矛盾を法律的に、すなはち正義によって解決しようとする法律体系である。凡そ司法作用は、国家的公共社会の人倫的秩序を維持し、それにおいて正義を実現しようとする統治作用である。（中略）しかるに、その司法を行なふ場合、殆ど必然的に個人の自由や名誉や財産の侵害を生ずるのであるから、その作用を文化的条理にしたがって限定しなければならない。司法手続を規律する法律体系の必要はここから理解される。（中略）刑事司法において公益のために国家の科刑権が滞りなく行なはれることが必要であると同時に、被告人その他の者の自由その他の利益が不当に浸害されることがないやうにしなければならない。この国家的公共利益と個人的利益との対立矛盾を現実の社会的文化の条理に即して解決するのが刑事司法における正義であり、それを実現することが刑事訴訟法の任務である』（小野、上掲五頁以下）と。刑事訴訟法の法的性格は、それが刑事実体法を社会生活の場を実現する過程を規制するという意味においてばかりでなく、上記のように、公益の矛盾対立を現実の社会的文化の条理に即して解決することがその任務であることからして、やはり、既存の価値体系への依存という特徴点に制約されることが認められる。手続の規整という技術的性格を強調するあまり、既存の社会倫理的価値体系への依存という点を軽視してはならないと考える。

刑事法の第三は犯罪者処遇法である。裁判によって観念的に個別化された国家刑罰権の内容をさらに現実的に具体化する過程を規制するのがこれである。規制の対象となる国家刑罰権の内容の現実的具体化の過程は目的

考慮によって強くいられる。一般予防の目的はここでは背後にしりぞき特別予防の目的が前景に立ちあらわれる。とくに現行法制上もっとも重要な自由刑においては犯罪者の教化・改善ということが圧倒的な比重をもって上述の過程に關与し、犯罪者処遇法は特別予防の目的を達成する過程を規整する法体系であるといつてもよいような状態にある。ところで、この特別予防ないし犯罪者の教化・改善ということの意味は、一般に理解されているところによれば、犯罪者をして理想的とはいえぬまでも平均的な市民として違反なき社会生活をいとなみうる状態にまで造りあげること、である。換言すれば、犯罪者処遇の過程は、既存の社会生活秩序を破壊することのない社会にとって有益なとはいわぬまでも無難な人間を造り出す過程であるということになる。そしてそれ故に、犯罪者処遇法を指導する理念は、既存の社会倫理的価値体系の上に構成されたものでなければならず、その営むべき機能も既存の社会倫理的価値体系の枠内にとどまらざるをえないと考える。仮りにここにおいていわゆる相対主義的考慮を容れていかなる意味でも特別の価値体系を強要すべきでないとする観点を強調してみたところで、所詮は相対主義というイデオロギーの枠内で問題の解決がはかられているにすぎない。

以上、刑事法の特殊性を社会との関係の仕方においてとらえてみれば、それは要するに既存の社会倫理的価値体系に依存しているということ、それをはなれては刑事法はありえないということを、うかがい知ることが出来る。刑事実体法すなわち刑法と、刑事手続法すなわち刑事訴訟法および犯罪者処遇法とのあいだには、後者の技術的性格にかんがみ既存の社会倫理的価値体系への依存の程度に相違はあるが、手続法といえども単なる技術規範にとどまるものではなく、それを越えて法規範となっているのであるから、すくなくとも、ここで社会倫理的

価値体系にたいする構成的機能を本質にかかわる問題として論ずるべきではないと考える。

二 刑事法と社会との関係の仕方が上述のとおりであるとすれば、一国において社会倫理的価値体系がかわれば刑事法そのものも変化をうけることは明らかである。刑事法も、他の法体系と同様に、意味の統一的全体である。もとより、刑事法がかわるという意味は、刑事法の法規を構成する個々の法文がかわるということではない。その法文をとおして表現されていることを構成部分としているところの一つの全体が変化する、という意味である。部分が変わっても全体は変わらないということもないわけではなからうが、部分が変わることによって全体が変わるのが普通である。構成部分の全部がかわらなければ全体がかわらないとすることはナンセンスである。例えば、およそ刑法が刑法である以上、殺人を犯罪としない刑法は考えられない。全体としてはまったく性格を異にする刑事実体法のなかにまったく同じ殺人罪の規定が存することがあったとしても、それはなんら奇異とするにはあたらない。また、例えば、わが国の刑法二八条に規定する仮出獄の場合、かつては恩典すなわち過去にむけられた制度的本質を有する処分として理解されたものが、最近ではむしろ犯罪者の社会復帰を促進する措置すなわち将来にむけられた制度的本質を有する処分として理解されるにいたっている。つまり、法文のうえでは同一の規定が相反する方向にむかって機能することになった、法的位置づけに一八〇度の転換がなされたというわけである。これなどは、とりもなおさず、刑事政策的研究の進歩をうながした社会倫理的価値体系の変化に相應する現象であって、これに類した例は他にも容易に見出すことができる。これは、社会的事物ないし事象にとってごく自然な変容方法であると考えられる

（拙稿、単一刑論の問題点
法律のひろば一八巻八号二三頁以下参照）。

いふなれば、刑事法体系は社会倫理的価値体系ないし社会的背景と法規との函数である。社会的事物としてこれをみれば、法規そのものは社会的事物における基体であり、当該基体を社会的事物にまで高める意味づけにおいて本質的な役割を演ずるものが、国家権力によって支援された社会倫理的価値体系であり、また社会的背景である。このようにして、刑事法の存在自体を決定する刑事法の法規と社会倫理的価値体系または社会的背景とはつねに一体のものとして考える必要があるものと解する。

以上の見地をとおして刑事法の外国法への影響をみれば、次の諸点が注意すべきこととなる。

第一に、社会倫理的価値体系を異にする他の国の刑事法の継受はほとんど不可能ではないかと考えられる。刑事法の法規そのもとをとり入れるということはもとより可能であり、場合によってはかなり容易なことでもあらうが、ただそれだけでは、ある国の刑事法の構成部分をとりいれたという以上に出ない。当該法規がそのなかで客観的に意味づけられて社会的事物となり、そのうえにたつて機能しているところの社会倫理的価値体系または社会的背景を度外視しては、社会的事実としての刑事法自体をとらえることができない。しかし、逆に、社会倫理的価値体系や社会的背景を同じくするかぎり刑事法の継受はスムーズにおこなわれうることになる。ただ、まったく同じ社会倫理的価値体系というものが二つ存在しうるものかどうか、これはきわめて疑問である。

第二に、外国刑事法の継受ということは、その刑事法のなりたつ社会倫理的価値体系をもあわせ継受するといふことでなければならぬ。それ故、外国刑事法を継受する過程は法規を継受する過程であると同時にすくなくともその国の社会倫理的価値体系を継受する過程でもあり、さらに視野をひろくとれば、外国の文化を消化吸収

する過程であるとしなければならない。外国法を継受したということはすなわち社会倫理的価値体系をも継受したということである。しかし、外国の社会倫理的価値体系をとりいれ、外国の文化を消化吸収したということがただちに外国の刑事法を継受したことを意味するものでないのは当然である。しかも、その外国の刑罰法規自体はむしろ不完全であり、その社会倫理的価値体系をよりよく生かす刑罰法規をまた別途に造り出すということも充分に考えられるところである。

第三に、刑法すなわち刑事実体法と異り、刑事訴訟法や犯罪者処遇法は技術法としての性格を多分にもつものであるから、当該法体系のなかで社会倫理的価値体系の占める地位は刑法におけるほど重大なものではないと考えられる。しかし、それにかわって、ここでは、それが現実に機能をいとなむ場における（社会的・文化的）諸条件がおおきな意味をもつてくることが考えられる。刑事訴訟法についていえば、例えば、裁判所の構成や裁判官・検事・弁護士の社会的地位、捜査機関の社会的立場、等、犯罪者処遇法についていえば、施設における設備の状況、スタッフの状況、人種的特殊性、犯罪者に対する社会一般の態度、等、技術法には技術法としての特殊な関係項の問題が発生するはずである。そして、そこで論ずべきことは、上で刑法とくに社会倫理的価値体系との関係について述べたところとはほぼ同一であると考えられる。

第四に、刑事法をこのように法規それ自体と社会倫理的価値体系ないし社会的背景との函数として把握する場合には、外国法の継受の問題は、学説や判例の研究と不可分の関係に立つことが明らかである。学説や判例は刑罰法規をてがかりとして法を探求する過程ないしは過程的結論にはかならず、したがって、外国法の継受はその地

において行なわれている学説および判例の内容を受け入れることにも通ずる。もとより、学説や判例にはその国その社会の特殊事情しかも偶然的事情が多分に関係しており、とくに学説のごときは、その場所の法の客観的把握というよりも学者自身の主観的な個性的な判断としての色彩をより強くあらわすことがないわけではないが、その国その社会で行なわれている法を的確に知るうえには、その理解も必要不可欠であると考えられる。

このようにして、刑事法の外国法への影響の仕方は、社会倫理的価値体系ないし社会的背景との関係でなめられなければならない。視点は刑事法の法規それ自体をはなれひろく文化的交流ということから検討されるべき問題となると考える。しかし、ここでわれわれの共同研究との関係でひとつの点をあらかじめことわっておく必要がある。

それは、刑事法を法規それ自体と社会倫理的価値体系ないし社会的背景との函数として把握する場合には事柄をあくまでも実質的に検討することを必要とする結果、法の継受ということの判定がきわめて困難な問題になるという点である。何故なら、比較すべき二つの法体系のあいだで刑罰法規そのものも社会倫理的価値体系ないし社会的背景もかなり相違しているにもかかわらず、刑事法体系そのものとしては彼此まったく同一であるという場合も考えられるからである。卑俗な例をとれば、12という数値は3に4をかけることによって得られるが、6に2をかけることによって得られる。すくなくとも観念的にはこれと同様の経緯を刑事法という場面で考えることも可能はずである。したがってこのような徹底的な事態の分析を要求される法の比較は、事実上不可能であるとされる危虞もなしとしない。たしかに、外国の刑事法を継受したということはただ単に刑事法の法規をう

け入れた意味にすりかえられてはならず、外国の社会倫理的価値体系をうけ入れたことがただちに刑法を継受したように読みかえられてはならないはずであり、また、社会倫理的価値体系ないし社会的背景を異にするかぎり外国刑事法の法規をそっくりそのまま（文理解釈による意味内容を同じくして）とり入れた場合にはまさに外国法を継受しなかつたことになり、外国の刑罰法規をとりいれずにその国の社会倫理的価値体系を全面的にとりいれたとすればこれまた外国法を継受しなかつたことになるのはほぼ確実であるが、このように観念的に最後まで筋をとおしてゆくことがこの際学問的必要性ととの関係でまた実用的観点において妥当な方法でありつづけることができるかどうか、なお疑問をとどめざるをえない。

三 明治に入つて、外国刑事法の日本社会への影響はまず形式面にあらわれる、すくなくともその面で容易に事態を認識することができるようである。諸外国とのあいでの条約改正の必要にせまられて、就中刑事法制の整備は急務とされた結果、刑事立法のうごきは比較的早期よりこれを見ることができ、それらにはいずれも外国法の影響のいちじるしいものがあつたとされている。明治三年一二月の新律綱領は唐明律にならつて作成されており、明治六年六月の改訂律例も一八一〇年のフランス刑法を参酌したとはいへ中国法をとおくはなれるものではなかつた。明治一三年七月の刑法はフランス刑法による影響がいちじるしく、明治四〇年の刑法になると一八七一年のドイツ刑法による影響があらわれる。刑事訴訟法についてみれば、明治一三年七月の治罪法は一八〇八年のフランス治罪法にならつて編まれたものであり、明治二二年一〇月の刑事訴訟法も基本的にはそれにたちながら、一八七七年のドイツ裁判所構成法ならびに刑事訴訟法を参酌したものであつた。さらに、明治五年一二

月、世界諸国にさきがけて制定されて犯罪者処遇法たる監獄則も、かなり進歩的なものであったとされているが、その実体は東洋における欧米の植民地の行刑制度に学んだ態のものであった。

西欧諸国の例にならないその形式をまづもってとのえようとする政治的配慮によってみちびかれた歴史的背景にてらし、渡辺洋三はいう、『日本では市民社会の内部で、自生的に近代化がすすみ、それが国家法制度のうえで実現されてゆくというプロセスをとらず、逆に、国家法制度のうえで近代制法制度がまず実現され、それが市民社会の中に滲透してゆくという形が一般に見られた。すなわち社会から法への方向ではなく、法から社会への方向が近代化の基本的な方向であつた』（渡辺洋三、日本社会の近代化、思想四七三号二頁）と。これに類した説明は随所にみいだすことが

できるが、その表現が比喩的であるだけにその意味内容はかならずしも理解しやすいものではない。まず形式をまなんだ、そして政治的必要性に応えようとした、しかし彼地にあってその形式をまさに法として支えていた社会倫理的価値体系ないし社会的背景はそこに見出すことはできなかった——仮りにこのような理解をここで読みとるとすれば、それは、まさに、近代的な法体系はすくなくとも外国法の継受という形では存在しなかったことを物語る。結果現象としてみれば法制度から社会へという方向で近代化が見られたとはいっても、実質に触れた説明にはならない。法規や法制度は、いわば内容空疎な器にすぎない。このような形式的な要素が実質的な機能をといたなむというのは本来的に形容矛盾であり、比喩的な表現としてもはたして成りたちうるかどうか疑問が残る。何故なら、比喩的な表現が多少とも学問的領域で通用するのは事柄の本質にふれた的確な説明になるためであるから。したがって、渡辺洋三にみられる通説的表現方法の背後からわれわれが読みとるべきは、すくなくと

も明治時代の当初にあって法の継受は行なわれなかった、ということであろう。明治時代において近代的法制度がヨーロッパ諸国のそれにならって造られた結果、当時のわが国における社会倫理的な価値体系ないし社会的背景とのあいだに間隙が生じた、これを補填すべく諸々の啓蒙運動が作用し、より具体的には法理論がその役割を演じたものとみることが出来る。このように刑事法学は西欧の土壌にそだった刑事法を日本の土地にそだてようとする努力のあらわれとして理解さるべきであろうから、外国法の継受という視点よりすれば、当時のわが国の刑事法学は諸外国のそれに追隨した刑事法学でなければならなかったわけであり、その意味では、最近の刑事法学とは性格を異にしていたという見方も可能であろう。

外国刑事法の日本社会への影響の仕方という点についても、上記の考察方法をとくに変える必要があるとは考えられない。つまり、形式面から実質面への影響とか法制度から社会への滲透とかを過程的に追及する実益はなく、極言すればその必要もないと考えられる。法規面における影響、社会倫理的価値体系ないし社会的背景における影響および学説面における影響の三者を論ずる必要があることは当然として、さしあたりこの三者をみるだけで充分であると考ええる。

五 おわりに

わが国の近代化におよぼした外国法の影響を刑事法の観点からながめるといことは、不可能とはいわぬまでも、他の法領域にくらべてかなり困難であるとかんがえられる。そのために、便宜的方法として、法規の比較検

討、社会倫理的価値体系ないし社会的背景の比較検討、学説・判例の比較検討の三者に焦点をあわせるのが妥当であるとした。しかし、このような便宜的方法によっても事態が簡単になるわけではない。昭和三年

(一九六〇年)

四月二七日未定稿として公表されたわが国の改正刑法準備草案第四七条にうたわれた責任主義の

原則は、一九六〇年一月三日に発表されたドイツ刑法草案第六〇条とはば同様の規定形式をとっている。わが国の刑法改正事業にあたる者たちはドイツのそれに多くのものを学んでいるわけであるが、この規定、それもきわめて重要なこの規定にかんしドイツに先立ってその規定形式をとったかたちになっている。もっとも容易であろうと考えられる法規の比較検討についてもかくのごとくである。しかも、これに加えるにきわめて多義的とされる『近代化』、しかも『わが国』の近代化が問題となる。近代化ということについては、近代的にすることと近代的になることを方法論的に区別しながら、それを社会的・一般的視野においてとらえられた自我の発展・拡充の過程として把握し、近代的刑事法ということでは個人の自由ないし基本的人権を客観的に保障しうるところのものを理解したが、これをわが国の具体的状況のもとで考えてゆくとなれば、刑事法学以前の多くの未解決の問題に直面する。その障碍を回避しようとすることはわれわれの問題の解決を断念するにも等しい。

うえにのべたところはさらに個々の問題を検討しながら補足・修正されてゆくべき性格のものとかんがえる。本稿が序説としての試論であるというのは、ただ、単に、以上の所説を支えた考え方自体になお検討を要するものがないわけではないという意味ではない。これにつづく個々の問題の検討にあたってその内容に多少の修正もありうることを、了承していただきたいと思います。

（附記）

参考文献としては、他の報告者と重複するものはのぞき、本稿との関係で、とくに、
牧野英一、刑法における法治国思想の展開（昭和六年）
市川秀雄、刑法における市民法思想と社会法思想（昭和三八年）
団藤重光、刑法の近代的展開（昭和二七年）
社会主義国家の刑法（季刊法律学二七卷）（昭和三四年）
齊藤金作訳、イエシエツク比較刑法について（昭和三七年）