

# 内田文昭先生を囲む座談会

## 戦後刑法学を振り返って

語り手  
聞き手

司会

内田 文昭  
吉井蒼生夫  
山火 正則  
野澤 充  
岩井 宜子  
郷田 正萬  
公文 孝佳  
(発言順)

吉井 最初に、この座談会の趣旨についてお話をさせていただきます。

実は、法学研究所では、一昨年から、戦後日本の法学の展開について、研究者・教育者として同時代を歩んでこられた先生方からお話をお聞きするというもので、こうした企画をやっております。

第一回目は、民法の清水誠先生をお招きして、先生の主張しておられる市民法論を中心にお話を伺いました（『研究年報』23、一―三頁以下参照）。そして、第二回目を内田文昭先生にお願いして、戦後の刑法学についてお話を聞きしようということになった次第です。

内田先生は、一九九一年に本学法学部の教授になられまして、以降、特任教授、非常勤講師等、都合一七―一八年の長きにわたって本学で教育・研究に当たってこられました。

きょうは、後ほどご紹介いただきますけれども、専修大学法科大学院教授で内田先生の刑法学の良き理解者であります岩井宣子先生にご参加いただきまして、内田先生からお話をお聞かせ願うということでこの座談会を進めさせていただきますと思います。

それでは、司会の公文先生に進行をお願いします。

公文 司会の公文でございます。

本日は、こういう座談会で、神奈川大学の刑事法スタッフが、内田先生からお話を伺う会というのを設けさせていただいたのですが、ゲストとして、専修大学法科大学院より岩井宣子先生にお願いしております。

岩井先生は、神奈川大学に在籍して教鞭をとられたこともあり、内田先生の刑法学にも関心がおありのうえ、学会でもお親しい間柄ということで、本日のご参加をお願いした次第です。

まず、最初に内田先生から、大きなテーマとして、戦後の刑法学についてのお話を伺いたいと考えております。内

田先生は、新制大学で教育を受けられて研究生生活に入った最初の世代の方です。この意味で、まさに、戦後の刑法学をあらゆる立場から、あるときは学生として、あるときは助手として、そして、講師、助教授、教授として体験されることになったわけです。そこで、戦後新たに再編された大学の情景、内田先生のいまの刑法学に影響を与えた戦後の大学の情景といった点のお話から伺いたいと考えております。

いただいた資料ですと、先生の大学のご入学は、昭和二六年ですね。これは、新制大学の発足間もないころであるのですが、戦後刑法学を、内田先生のお立場から振り返っていた前にも、いわば、その前史として、内田先生御自身のプロフィールのようなものからお話をいただければと考えております。

当時は、旧制大学の予科が、新制大学の改変に際して、文系学部として再編されていた時期に当たりますが、そのころ、内田先生が在籍された北海道大学法学部というのは、どういった雰囲気の大学だったのでしょうか。まずその辺からお話しいただければと思います。

内田 法学部ではないんですね、初めは。我々は法経学部に入ったのです。しかし、その前は、法文学部なのです。法文、法経、法学部。あつという間になりましたが。

出来たてで、そんなことはあんまり刑法に関係ないんだけど、法文学部をつくるのに学生が鉛筆を売ったんです。鉛筆を売って資金にした。その人たちも法文学部学生として入学したのではなくて、理科系の予科、北大予科の中から、法文学部に進みたいような人というので、それが選ばれて入学したのだけれども、ある意味では、当時、北海道には文科系の大学がなかったんです、大学が。小樽商大だけでした。そこで法学部の必要性が特に叫ばれて、つくるのにも、学生が、将来進むべき法学部への予備隊として、予科の学生が街路に立って鉛筆を売って資金づくりをしたというような状況で、我々が入るときも、なんで北大なんかへ行くのと言われたのですよ。

公文 そうすると、やはり小樽高商のほうが伝統があるからいいのではないかと、お考えになったのですか。

内田 そうそう、伝統のある小樽高商へ行かないで、北大の新しい法文学部なんて、変なところへと、高校の先生が言っておられた状況でしたね。

公文 そこをあえて、北大に進学されたわけですね。ところで、先生はお生まれが小樽ですね。

内田 そうなんです、小樽だから、小樽の連中はみんな商大へ行くに決まっていたんです。

だけど、ある高校の先生が、北大にやがて法文学部ができるけれども、そういうところへ行つたほうがいいよと言うんです。その一言に非常に強く印象づけられた。

というのは、北大には東京から、京都から、いい人が集まってちゃんと非常勤が集中講義でやるから、変なやつから勉強を聞くよりも、集中して夏にうんと聞いたほうがはるかに実りがあるというんです。そういうふうなことで、確かにそうだなという気持ちがあつて、行つたんです。それが昭和二六年だから、そのとき既に法文学部から法経学部になって、あつという間に増えたんです。それで今度は、学部へ進むときはもう法学部なんです。だから、法経に入つて、学部はもちろん法学部卒で。

そのときの刑法という、教科書がなかった。団藤先生の『刑法』というのが弘文堂から出て、後で藤木さんなんか、書き直して、いま西田君がやっている『刑法』というのを、それを団藤先生が初めてつくつたのが昭和二九年かな。それが初めての本です。もちろん、小野先生とか、牧野先生の古い本はあつたよ。滝川先生の『犯罪論序説』もあつた。だけど、我々が勉強する教科書、現役の先生の教科書というのは団藤先生が初めです。だから、教科書というのは、いまのように雑然と教科書があるわけではなくて、もう決まっています。

そういうことで勉強したんです。

公文 歴史に詳しい方から、北海道大学も文科系学部をつくって、充足して時間がたっていないということで、図書館もそれほど本がなかったというのを伺っております。そんな中で教科書もなく、自分で勉強しようにもなかなか大変だったのでないでしょうか。

内田 そうですよ。

いまでこそコピーできるよ。昔はコピーなんてできない。複写なんてできない。だから結局ノートを取るしかない。だから、ノートを取ることが勉強だったね。判例なども、図書室のその場でノートを取る。ノートを取ることが我々の勉強のスタートです。だから大変でしたよ。

公文 当時は、一学年何人くらいでしたか。

内田 法学部は八〇人。いまでこそ二〇〇人もいるけど、当時は少なかったよね。

公文 その人数だと、お互いの顔もわかるし、教える側の方も、学生一人一人の顔が見えますね。

内田 そうそう。四〇〇人、五〇〇人というのはちよつといただけじゃないな、そういう意味で、いまの大学というのは。昔からみたら全然違うでしょう、基本が。どつちがいいかというとも言えないですが。

公文 その当時、八〇人で教員がいるという状況で、授業、演習というのはどういう形でやっていたのでしょうか。

内田 二時間ですよ。九〇分じゃなくて一二〇分。それでおもしろいんですよ。一般教養科目もみんな一二〇分なんです。語学もね。

公文 いまは大学設置基準のしびりが厳しいですよ。

内田 そんなことはないよ。確かに全部四単位だったし、体操だけかな、二単位かなんかというのは。

それで、朝八時半から一〇時半まで、一〇時半から一二時半まで。昔の大学はそういうふうに、休み時間でない

ですよ。八時半から一〇時半までやって、次にどうするのということになるでしょう。北大は広いんだから、こっちから歩いてあっちへ行くのに一〇分はかかる。先生の研究室はもつと遠いんです。そうすると先生がこう言うんだ。「俺は八時半に研究室を出るから」と。だから、講義は八時半に始まるわけではない。それから、一〇時半というのは「俺が研究室に入るのが一〇時半だから、一〇時半までは当然やらな」と。だから、適宜、時間を見積もって君らも何かやっていればいいと。それは現実には、まさに休み時間をつくってくれているんです。だけど、時間割には八時半から一〇時半、一〇時半から一二時半。しかも、カリキュラムは全く簡素で「刑法一」「刑法二」「民法一」「民法二」。特殊講義というのはありません。だけど、カリキュラムそのものは全く単純でしたね。

いまは、あまりにも科目が増えすぎて、收拾つかないでしょう。大体、時間割で、厚い時間割表を持っているというのはどういうことでしょうかね。ゼミはずつと後ろのほうで、八時か九時までもやってもいいというわけです。

そして、助手になってからだけでも、徹夜もできたんだよね。だから、冬なんか、家に帰るよりも、ストーブ炊きながら、薄野へ行って飲んできてまた勉強というのは大いにあることで。能勢君の生きざまを我々は常にやっていたということですね。

公文 学部の授業で、一二〇分というところ、いまから言うところかなり長時間ですね。その授業で当時先生が惹かれたもの、熱心に聴講されたものなど、ご記憶のものがあれば。

内田 それに関しては、東大から見えた集中講義の先生がよかったね。

公文 東大からは、集中講義という形でたくさん先生の先生が出講されていたのですか。

内田 兼任教授だもの。

公文 確かに、戦後の一時期、そういう形で講義が行われていたと僕も聞いています。

内田 兼任教授がおられなければやっていけない、北大は、新しい大学は。兼任教授の名前を申し上げれば、菊井維大先生、もう知らないかもわからないね。宮沢俊義先生、田中二郎先生、鈴木竹雄先生、そういう人から聞くのだから、いいじゃない。集中講義でも。二、三日なり一週間、体張ってずっと聞いていればいいですよ。だからみんな興味があった。

公文 普段、ずっと札幌にお住まいで講義されている方というのはいらつしやらなかったんですか。

内田 いました。それは荘子先生、五十嵐清先生もいた。たくさんいましたよ。今村成和先生、小山昇先生。だけでも、兼任でそういう先生が来ていたから豊富だったね。それは恵まれていました。だから、北大を選んだことは、もちろん間違いはなかったという感を強くしましたね。

公文 大体そうやって陣容が整ってきて、集中講義などがなくなっていく時期というのはいつごろでしょう。

内田 それは経験ない。つまり四年間、実際は学部での二年半だけど、常に集中講義の恩恵を受けていたので。あとは、専任の先生では、荘子先生です。それから今村先生。小山先生。いい先生で、これは影響受けたね。

公文 ゼミは、荘子先生ですか。

内田 ええ。

公文 荘子先生のゼミにお入りになった動機について伺いたいのですが。

内田 それはやはり、講義が興味深かったから。そのみです。

公文 荘子先生の講義のどこに惹かれたのでしょうか。

内田 熱意があるんだよ。荘子先生が講義を始めたのは、僕らが初めてだった。

公文 荘子先生の、いわば一期生というわけですね。

内田 そうそう。九大で助教授だったけど、それは講義じゃないんだ、外書講読とか、ゼミとか、そういうので、本当に講義を始めたのは僕らのときです。だから非常に張り切っておられましたよ、先生は。こっちも張り切ってますから、おもしろい。

そのかわり、こういうことなんです。刑法総論なんて、どこで終わったと思う。違法までもいかない。試験の問題がこうなもの。「主観的構成要件要素」。

公文 莊子先生は、講義されるときには、テキストはどのようなものをお使いだったのでしょうか。

内田 ノート。

公文 ご自身の講義ノートで講義をされたわけですね。

内田 だけど、いろんな参考書を挙げてくれて。だから団藤先生の『刑法』もいいし、小野先生、滝川先生、牧野先生。それは、参考書です。だけど、講義は自分の講義ノートでしたね。東北でもそうじゃない、初めは。もう御自身の教科書ができていたかね。

山火 まだないですね。

内田 そうでしょう。

山火 我々が大学院を終わるところですから。

内田 それまではノートですよ。

山火 我々のところはノートもご覧にならなかったですね。授業の進度はあれですね。

内田 遅い、遅い。

山火 総論の講義は、目的行為論を中心としたものでした。



内田 そういものなんだよね。僕はそういうのが大学の講義で基本だと思うのね。初めから終わりまで全部やって、うわべだけやってわからせようたって。それがいまの大学教育ならやめたほうがいいと思うのですね。やはり、自分のやりたいところをやって、あとは、おまえら自習しろと、昔の先生はみんなそうよ。

山火 そうですよね。

公文 一つのテーマを論じ尽くすほど論じ尽くしていたわけですね。

内田 そうそう。そこはやはり惹かれるでしょう。

山火 そんな感じでした。

内田 そうなんです。大学というのは、初めから終わりまで丁寧に教えるという必要はないよ。

吉井 いろんな法分野がありますけれども、刑法に行かれたというのも、偶然ですか。

内田 そうなんです。専門科目のはじまりが、刑法だったのです。当時の、一年半たったら学部へ行つてという制度では、文類で成績の良いのが法学部、理類で遊んだのが水産学部といった具合にわかれたわけで、刑法をきけるのは誇りだったということでしょう。だけど水産は水産でまあいいんだよね。バンカラで。

山火 あれは函館でしたよね。

内田 そうそう。だから、函館行きというとお母さんなんかに叱られると言つてたけど、本人は意気揚々と行って、函館水産というのはまた特徴あつておもしろいね。入学二年目の秋からあつたのは、憲法、刑法一部、民法一部、それだけです。それでまた教養の部が残っているから、ドイツ語とか。だから、法学部といたつて、憲法、民法、刑法でしょう。刑法に興味を持つのは当然でしょう。

野澤 憲法に興味を持つということもあるかもしれないですし、民法に興味を持つということもあるかもしれない

のに、三つのうち、あえて刑法にというのは。

内田 そこは、やはり先生だね、はつきり言う。やはり、情熱が違っていたのね。

公文 まだ、荘子先生が三三―三四歳くらいですね。

内田 昭和二六年だからね。大正九年生まれでしょう。計算したら何歳になる。

公文 荘子先生は一九二〇年のお生まれですよね。ですからまだ三一―三二歳ですね。

内田 要するにフレッシユマンだったんだよね。

わかるでしょう、刑法を選んだという理由は。

それで、二時間の講義のうち、大体みんなそうで、八時半に研究室を出て、一〇時半にはもう自分の研究室に入っているけれども、荘子先生は八時半にちゃんと来るんだよね。だから人によるね。「僕は八時半に研究室を出る」という先生は、心理学だった。それがまたいい先生でね。だから、心理学に行こうかなと思ったこともあるんです、おもしろくて。ゲシュタルト心理学の谷田部達郎さんのお弟子さんで、北大の心理学はすごくよかったです。哲学がすごくよかったです。伊藤吉之助先生がつくったのです、初代の法文学部部長です。

また、くだらない話になりますが、法学部で初めからやろうなんていう気持ちは最初はあまりなかったもので、どうしようかなと考え、ロシア文学というのがあって、露文を勉強しようかなと思って、一般教養の事務へ行つて、ロシア文学を勉強したら語学は何をやったらいんですかと聞いたたら、北大にはロシア語という語学はないというのです。それで僕は怒ったんだ。露文があつて、ロシア語がないという大学はあるのかと。そしたら事務の人が、別に北大の学生を露文で採るわけではない、あちこちからロシア語をやったやつが露文に入ってきたらいいでしょうと。これは確かにいいわね。だけど北大でロシア文学をやりたいやつはどうするのといったら、返事がない。早稲田

へ行けというか、転学してこいというかね。それくらい、本当に学生のことを考えないのが初期のあれですよ。それほどこの大学もそうですね。学生のことを考えるのは最近の大学です。特に神奈川大学は一番考えていて。

みんなそうだよね。専修だってそうだろうし、早稲田だってそうだし、東大だってそうなんだよね。

岩井 このごろは専修大学でも一生懸命やっています。しかし、私は神奈川大、金沢大、専修大を通じてゼミ指導は熱心に行っています。

公文 荘子先生の熱意に惹かれて刑法学をご専攻されたわけですが、当時、先生は荘子先生のゼミにお入りになっただけですね。

内田 そうです。

公文 当時のゼミというのは、資料や教材もあまりないような時代ではあるわけですが、どういうふうに行っていたのでしょうか。

内田 だから、難しかったね。荘子先生は、フランクの刑法の設例を自分で訳してこられて、それで言うから書けと言いで書くんです。いまのように判例大系なんていうのはないわけだから。短くて良い問題をつくってくれ。それをみんな書いて、一つ一つやっていけばいいでしょう。それは可能ですよね。

公文 問題集を荘子先生がつくっていたわけですね。

内田 フランクの設例を、日本語に訳して。

公文 それをお一人あるいは二人で報告していたわけですね。

内田 そうなんです。後で、僕もずっとそれを真似してやっていたんだけど、あんまり発表者とか報告者というのは固定しないことにしているのです。問題を与えているんだから。こっちは、どうだって聞けばいいんです。

公文 すると、いまのロースクールで求められているような教育だったわけですね。

問題をただ与えておいて、準備してきてと。

内田 それは、準備は全ての学生の責任ですよ。当てられるか当てられないかわからないわけだよ。  
公文 なるほど。

内田 だって、報告者を決めていたら面白くないじゃない。報告は通り一遍の報告で、A説、B説、俺はC説、そういう勉強はやめたほうがいいよね。この設例にはどういう問題があつて、俺はどう考えるかと。すぐ次に、「おまえ」と当てるわけです。当てていけばそれぞれわかるでしょう。そうすると、こつちからそつちはA説、こつちからこつちはB説。まとめて議論し合えと。これができますよね。だから判例集がなくても、教材がなくても、簡単な設例で、簡単といつてもある程度難しいけれども、議論できるでしょう。それでやるとおもしろいです。だから、四時くらいから七時、八時、それくらいは平気だね。だから、ゼミは常に、時間割中の最後に充てられる。そして一週間に一回、疲れたら薄野へ行く。そういう生活でしたね。

公文 そうした学生生活の中で、学部生時代にゼミを、お話のような形でやつておられたわけですけども、何か、そのときから惹かれる問題があつて後に研究生活に入られることになるわけでしょう。

内田 結局、目的的行為論だったんです、当時。学生時代から。昭和二十七年、八年、九年、ずっと、目的的行為論が盛んな時代です。木村亀二先生が目的的行為論でしょう。福田平先生が目的的行為論でしょう、みんなそうでした。内田 藤先生も目的的行為論には賛成ではないけど、好意的な面があつたでしょう。やはり、目的的行為論は避けられなかった。

公文 それは荘子先生の学部の講義でも、既に論じておられたのでしょうか。

内田 そうなんだよね。ただ、やはり、好意的に批判するといふのかな。べたつとは言っていなかったね。だから、後年、客観的・目的的行為論と教科書に書いている。木村先生や、あるいは福田先生なんかは、主観的・目的的行為論なんです。エンギッシュが自分で客観的・目的的行為論と言っているのだけれども、それに近かったね。

だけど、何とも言えないね。

公文 目的的行為論への対応というか、ご研究というのは、この後に本題として刑法の先生、山火先生、野澤先生にお話しいただくとして、先生は、北大ご卒業後、助手として研究生生活をスタートされておられますね。私も北大で助手の経験があるのですが、学卒助手というのは、聞いたら、空前絶後、先生を含めて二〜三名だったというふうに通っているのですが、当時の助手というのは、どういう性質のものだったのでしょうか。

内田 制度としては大学法学部を出て助手になることができる制度だったらしいよ。毎年募集していたもの、一〇月に。だけど行く人がいなかった。あるいは、アプライしたけど落ちていくか。どっちかではないかな。

公文 大学院、修士課程はもう既にそのときにはできていたのですか。

内田 昭和二六年にはありましたよ、もちろん。だから、両立できるんです。

僕の場合は、たまたま揭示見たら「助手を募集する」と。莊子先生のゼミだし、助手に応募していいですかと言ったら、「そういう考えもあるな」と言われた。

しかし、その条件があるんです。論文を書かないと駄目。

助手論文というのは、本当の意味で助手論文というのは助手が終わって書くものだと思っている、いまでもそうです。しかし、助手になるための論文もあるんです。それもやはり助手論文と言っていたよ。それで僕がそのとき書いたのが、「目的的行為論における目的性」というテーマで書いた、二〇〇字八〇枚。苦勞した。それがどうい

か、そんなことうまくいかないと思っただけで、いったんです。だから、初めての助手なんだよね。

もう一人、政治の吉川君という人がやはり助手になったんです、同時に。それからずっとしばらくいないんです。いまでもいなんじゃないか。だから、たまたま一時期に二人、政治と刑法があつて、その後はやはり大学院だよ。

公文 助手として北大に残られて、莊子先生の助手に対するご指導というのはどのようなものだったのでしょうか。

内田 いろいろあるよ。オフレコから言うと、当時、北大の人々は、春・秋の学会が楽しみなんです。家庭を持っている先生方はみんな、奥さんを連れて東京へ出ることが楽しみなんです。それはしょうがないんです。何と違って、北海道はシベリアだと思つているんだから、東京の人は。だから、奥さんが悲鳴上げているんだよね。旦那さんは勉強してという気持ちで、シベリア部落へ来るけど、奥さんはそういうわけにはゆかない。寒いです、風が。

公文 そのころのお住まいは官舎ですか。

内田 官舎、シベリア部落というんです。年に二回、奥さんを連れて里帰りしたい、皆さん。だから一週間はいいんです、学会へ行くと。いろいろあるんです。

そのときに、莊子先生に「君、ちよつと家の番兵をしてくれないか」と言われている。だから年に二回番兵したよ。それがオフレコの部分。

あとは、勉強になった。

公文 莊子先生から、外国文献についての御指導はあったのでしょうか。

内田 ヴェルツェルの一九五三年の『目的的行爲論の領域における現実的諸問題』、これは北大論集に「紹介」に書いた。あれを助手一年目から毎週読まされた。

公文 一対一でおやりになったのですか。

内田 一対一で。こういうのはいい。できればそういうことをしたいね、助手とかそういう人に対しては。

公文 それは本当に、一語一語きっちり、疎かにせずには訳されたわけですね。

内田 そうなんです。

公文 緻密に検討していくという形だったわけですね。

内田 そうです。冬休みだつて、日曜日に呼ばれて行つたよ、随分。

あれは絶対感謝しているね、あの一対一の勉強というのは。

公文 ある意味、内弟子のようなものですね。

内田 そうだよ。内弟子だよ。だつて、春と秋は留守番に行つていて、ときどきは家にお邪魔して、一緒にドイツ語をやつて、ご飯ご馳走になつて帰るんだから、いいでしょう。

あとはほとんどないね。だから勉強しろです。試験のときの監督とか、何とかはあるよ、助手の義務として。だけど、それ以外はほとんどない。そこが東大と違ふところね。東大の助手は使われるでしょう、いろいろ。例えば刑事判例研究会とか。僕は、あれをやつてよく東大の人は勉強できるなと思つて感心したものだ。

岩井 でも、私が助手をやつていたときには刑事判例研究会の事務だけで、それもそんなに大したことはなかつたです。

内田 そうですか。そういうものすらなかつたからね。

ただ、北大法学会の助手みたいなのを、一週間に一回、黒板に、次の法学会のスケジュールを書いて、それが仕事。これは学部の仕事だね。助手というのは学部の助手だからね。だから学部の仕事をすることはあつたよ。

公文 その法学会のことだと思うのですが、たまたま僕が今村先生の追悼文集を読んでいたときに、内田先生が

寄せた文章の中で、先生が憲法の判例の報告をして、今村先生から注意を受けたというのを目にしたのですが……。

内田 叱られたんですよ。つまり、さっき言ったように、A説、B説、C説を並べて、それで判例批評になるかと判例が何を言っているか考えないと駄目だと。そのとおりですね。

公文 では、その当時は、教授、助教、それから助手も一緒に研究を行っていたわけですね。

内田 一緒に研究報告や、書評会をやったり、一週間に一回必ずやりました。だから、有益だったね、あれは。やはり、そういう研究会をやらないと駄目よ。

公文 そういった助手生活というのが大体何年間ですか。

内田 五年やった。後半の二年は東大へ、内地留学へ行ってくることを認められた。これも感謝しないとならないことです。

公文 内地留学ではどなたの御指導を受けられたのでしょうか。

内田 平野先生。ある年は春、次の年は冬と、そういう半年ずつ二年。足掛け二年。そのときに皆さんに、岩井さんもそのときだものね。

岩井 そんなことないですよ。そんなときもないですよ。でも、藤木先生がいらしたから、そのときにお知り合いになられたんじゃないですか。

内田 そうそう、藤木先生に。だから恵まれていたよ。団藤先生、平野先生、藤木先生。そして、助手は田宮先生。公文 田宮先生は、北大に後に赴任されているのですね。

内田 そうそう。だからよかったよ。やはり、さっき公文さんが言っていたように、学卒助手ということのもう一つは、勉強してこいと言われたことがよかったですね。



おかげで、全く違う勉強ができたもの。

公文 内地留学では主にどういうことに関心を持たれて、研究されたのでしょうか。

内田 そのあたりに「過失の共同正犯」を考えたのです。

公文 それは何かきつかけが……。

内田 やはり、「目的的行為論」一辺倒的でしょう。それで、過失の目的性というのが問題だったでしょう。ないに決まっているというのが通り相場です。だから判例も、昭和二八年の有名な判例があるでしょう。あれに関して、すぐ、九大の井上先生が、あれは単純行為犯だからであって、結果犯には過失の共同正犯はないんだというような反論というか、批判をして、それが「判例にあらわれた過失犯の理論」という書名で、酒井書院から出た、あれもい本です。ああいうのがあったので、そうかなと。「目的的行為論」は、過失にも妥当するし、これは協業とか分業には当然あつてしかるべきだと。これをやってやろうと思つたのがスタートです。

それで、東大の内地留学時代は東大の法学部の図書館の、それに関連する本をあさつて読みました。だけど、あんまりないんです。それがよかったです。たくさんあつたらお手上げだったんだけど、わりあい少ない。一〇もない、論文としては。あとは教科書です。書きやすかったです。

そのときに、さつきとちよつとつながるけれども、北大では当時まだコピーができないんです。ところが、東大では、初期のコピー機があつた。

岩井 二枚になつてはいるのですね。

内田 そうそう。そして、酢酸の臭いがすごいです。

岩井 一枚取つておいて、またそれをつかつて複数するのです。

野澤 青くなるコピーですか。

岩井 そう。

内田 臭いがしたよ。湿式というか。

山火 原液の臭いがするんですね。

内田 それで、朝から夜まで、東大の図書館などところのコピーの、酢酸臭い嗅いをかきながらやっていたら、体が悪くなるけど、きょうはコピーと決めたらそれでやるでしょう。

公文 では、内地留学のときは、そういう資料収集という点では破格に恵まれたわけですね。

内田 うん。だって、北大にはなかったもの。アプハンドルンゲンなんかないからね。だから、僕は食欲に本を探したいと思ったのは、北大になかったということがプラスに影響している。あつたら、当たり前まえたと思うけど、ないから、揃えなくてはならないと思うのはそういうことです。だから、本に関する食欲さというのは、ないこと。貧乏人がやはり勉強するのはそういうことだと思うよ。

公文 助手生活を五年間終えられてから赴任されるのは、北海学園大ですね。

内田 そのときも、内地留学当時に、例えば団藤先生が、金沢へ紹介してくれたんです。金沢へ行っていたかも知らない。香川先生が学習院に移られ、その後というので。ところが、それはちよつとうまくいかないことがあつてなくなつた。それと、明治もあつたんです。だけどみんな駄目で。そのあたり、何とかなるだろうと高を括っていたところがあるんだな、確かに。助手で結婚して、高を括るといのはちよつとまずいよね。

北海学園で、法学部をつくるからというので、行くかというので、どこでもいいよと言って。初めは経済学部です。公文 では、準備、設置委員会みたいな形で行かれたわけですね。

内田 そうそう。それで、つくらないうちに上智に移ったから、怒られたよ、みんなに。

岩井 北海学園は何年いらしたのですか。

内田 三年。法学部をつくるのに多少お手伝いできたら無駄ではないんじゃないの。それで上智に来た。

公文 北海学園大学赴任から上智大学という話が出てきたところで、この辺でいよいよ研究者内田先生のお話を持つていきたいと思うのですが。

本題として、戦後刑法学と内田先生ということで、刑法をご専攻の野澤先生、山火先生を中心にお話ししていただきます。

野澤 既にお話も出ているところですが、やはり、内田先生といえ、最初のモノグラフィー、「刑法における過失共同の理論」があります、あれで博士号も取ったという形ですか。

内田 「過失共同正犯の成否」というものです。北大法学論集。

野澤 それと、出版されたあの本との関係は。

内田 その中に入っています。

野澤 それでモノグラフィーを出されたわけですね。すなわち「過失の共同正犯」が、まさに先生の最初の大きな業績ですが、それは、先ほどお話があったとおり、「目的的行為論」の影響が強かったからなんです。

内田 ええ、強くて。目的的行為論を取ったら、過失共同正犯を認めるべきだというのが僕の結論だから。

野澤 その当時の流れとしては、それは両立しない、相容れないものだということのような感じですね。

内田 それに対して、相容れるという主張をしたつもりなのです。例えばロキシンあたりも、過失共同正犯は認めているんですよ、最近。共同義務の共同違反だという最初の考え方から進んで、より積極的に過失の共同正犯を認

めてちつともかまわないということを書いていますよね。刑法総論の第二分冊の新しいので。

岩井 昭和三十九年ですよね、上智大学にこられたのは。そのときに、刑法学会賞を、「過失の共同正犯」で取られたんですよ。

内田 昭和四〇年度。書いたのはずっと前からためておいて。

直接のあれは、総合判例研究叢書に書かせてもらったのがそれなんです。だから「過失と共犯」という判例研究、あれがメインだったのです。だから、いつ書いて、そのうちどれでもらったのかというのはわからない。だってみんなそうですよ。福田先生だって、目的的行為論でもらったんだけれども、どれなのかという点では、必ずしもはっきりしない。はっきりしている人と、はっきりしていない人がいるんです。一連のものにくれるというのと、田宮先生みたいに、「一事不再理の効力」、それでいいというものもあるし、我々のように三つか四つ束ねてようやく一回もらえるのと、それはいろいろあってもいいんじゃないのかな。

野澤 法学博士を受けられて、それですぐに上智大学に移られると。

内田 そうですね。

岩井 あのと、かなり藤木先生が力を尽くされたということだったですね。

内田 そうなんです。青柳先生に藤木さんが紹介してくれたんです。

岩井 私が卒業して助手になり刑法学会へ入ったのが、ちょうど同じ昭和三十九年の四月なんです。内田先生を少壮の刑法学者として藤木先生にご紹介いただきました。

内田 岩井先生もすぐ助手だからね。

岩井 東大はいまもそうですね。

内田 そうなんです、いまも。だから、助手と大学院と二つに分かれるんですね。

岩井 そうですね。

内田 それで、助手ができるんで、やはり。しようがないんだよね。

山火 そうですね。東北もそうですね。助手は学部から普通だったと思います。

内田 岡本君なんかがそうだよ。

山火 そうですね。岡本、その後の成瀬君もそうですね。

内田 岩井先生にはそのあたりで紹介されたんですね。藤木先生から。それで、京都の学会で一緒に京都タワーに登ったでしょう。

岩井 三年目位だと思えますが、私はその時期に覚えていただいたおかげで私がその後勤めた法務総合研究所やめて弁護士登録をし、細々と勉強しているときに、山火先生から神奈川大学での「刑事政策」の講義の非常勤のお声をかけていただいたのですが、その推せんをして下さったのが、内田先生だったそうです。教職につくきつけかけを作っていたことを本当に感謝しております。内田先生は多くのお弟子さんをしつかりと面倒をみていらつしやいます。そして、お弟子さんたちと議論をして共に学ぶという姿勢をくずさなかつたですね。

野澤 上智大学で、ずっと一〇年。

内田 一一年です。

野澤 「過失の共同正犯」だけでなく、刑法からのお話を伺いたいというような形で、やや時間軸をずらして話をさせていただきたいのですが、先生は、歴史的な観点からのご論文が非常に多くて、それが非常に際立っていると思います。教科書も、本当に昔の刑法典とかからのお話も豊富で、各論も、昔のドイツの刑法の立法なんかをかなり踏

まえてお話しされておられる。先生がそのような、歴史を前提にした形での刑法をやるうとしたというのは、何かきつかけがあったり、昔のところで、例えば莊子先生からそのような形での指導があったとか、そんなところはあったのですか。ほかの先生と比べて、先生の刑法学に関して言うと、このところが、ものすごく特徴的で、際立っていると思うのです。そのところはどこから来ているのでしょうか。

内田 はつきりとはわからないんだ。

公文 莊子先生は、フォリエルバッハの研究で、論文集というか、研究書がございますよね。先生は、助手時代に、ご指導を受けておられたときに、フォリエルバッハについて何か莊子先生からのご指導があったとか、そういうことはあったのでしょうか。

内田 莊子先生がフォリエルバッハを特にやられるようになったのは、東北大学に移ってからだと思う。北大時代はむしろペーリングの勉強をしていたよ。

それで、東北に移った一つの理由は、北大の本はまだ足りない。東北はあると。今村先生や小山先生に引き止められたけれども、やはり移ると。だから、ある意味では北大を捨てているよね。だけど、人間で、捨てなければいけないでしょう。捨てていいと思うのです。捨て方の問題だと思うけれども。

例えば、フォイルバッハのノイエスアルヒーフ、古い、一八〇〇年あたりから。あれが全部あったんです、東北には。アプハントルンゲンはもちろん、アルヒーフがあった。それで莊子先生はあるときに、東北のアルヒーフは刑法の宝庫だと言っていた。あれで勉強しないやつは嘘だということで、それで、クラインとかフォリエルバッハとか、ああいうのを一生懸命読んで、ときどき教えてくれる。

教え方もおもしろいよ、司法試験委員で上京してくる。終わると、必ず電話をよこすんだ、上智に。それで、ちょ

うど教授会にぶつかっているときが多くて、教授会なんですと言うと、「エッ」「エッ」と言っ、行くと言うまで電話切らないんだ。だから、教授会をフツ飛ばしても、しようがないから上野まで行く。上野の地下の日本食堂とかへ行っ、ビアホールみたいなのがあつて、そこでビールを飲みながら、莊子先生はマグロのぬたを食べるのよ。食堂でそれをやっ、帰る電車の時間で、さよならで帰ってくるんだけど、そのときにフォイエルバッハとかクラインとかの話をして、僕は聞きながら、うれしいやら、悲しいやらです。時間の問題もあるし、教授会に戻るわけにもいかないし。そんなようなことで、その影響はあつたと思います。

それから、やはり、勉強していたらそういう昔のものに行きたいと思うのは人間の常であるべきだと僕は思うのです。だから、小山昇先生に、あるとき言われた。「みんなローマ法に行きますよ」と。それでまあまあだつて言うんだ。小山先生はローマ法のコルプス・キピリス・ユリスあたりを、民訴の目から見ているよ。そういう影響もあるのです。

やはり、当然、歴史に目が向くんじゃありませんか。そういうのは、吉井先生の言う、法制史の研究のスタートでもあると思うのです。やはり、歴史に興味を持つ解釈論者というのが普通だと思ふね。どうですか。野澤さんの論文だつて歴史じゃないですか。だから、自分でやっているのが聞きたくなつたのかもわからないけど。

野澤　でも、変わっているという扱いをされてしまうとところが残念ながらちよつとあると思うのですね、いまの刑法学会の流れからすると。

内田　それがあると思う。僕はそれは意に介しないね。変わっていたつていいじゃない。ちよつとみんな新しいものを見すぎるよ。

野澤（私も） 同じ意見ではありませんけれど。

公文 僕も、昔教わった人に、岩井先生ではないですけども、歴史研究は自己目的化しちゃうからねと、牽制とは言わないにしても、クギを刺されたことがあります。だから、やっぱりそういう目で見られるのかなというふうに考えたことがあったのですけれども。

内田 それでいいじゃない。その意味がちよっとわからないけどね、自己目的化というのは。

公文 僕もお話を聞いていて思ったのは、やっぱり、現在に至るまでに、切り捨てられてきた部分で、もう一度拾い直さなければいけない部分が多いのではないかということですね。

内田 それは当然でしょう。

公文 原理原則なんかの研究ということになると、むしろ、現在だと抽象化されすぎてしまって、逆に実効性実践性を欠いているように思うのです。歴史を調べることで、さらに実体的な肉付けができるのではないかというふうに僕は考えているのですが……。

内田 そうでしょうね。だから、医学とか語学は、古いものは捨てるというのはそれなりにいいと思うのです。文明は捨てるべきだと思のです、古いものを。だけど文化は心ですから、古いものを愛さないと文化なんて出てくるわけないでしょう。まさに温故知新でしょう。

野澤 なんでいま自分がここに立っているのかという位置を確認するためには、どこを歩いてここまで来たのかをわからないと、じゃ、それを基にして、どこに進めばいいかというのがわからないというところもあると思うのですね。やっぱり歴史研究というところを欠かすのは、個人的には、私の感想としては、ちよっとそれは落としたら駄目だなということは思っております。

いま、上智大学の時期に、そういうような荘子先生のお話を伺ったというのは、时期的には、実は先生、合うんで



すよ。上智大学から北海道大学に移られるのが七六年ですね。それで、その七六年の直後に「刑法総論」の最初の教科書ができて、二年後に「各論」の教科書ができるというような形で、積み重ねて歴史の話を勉強して行って、それで教科書に結びついた、というふうなことに、時期的には結びついていると思いますので、そのところがやっぱり莊子先生の影響というようなところは大きかったのではないでしょうか。

内田 もちろんですね。影響を受けたという点では、小山先生、今村先生、みんなですよ。それから、平野先生、団藤先生だって同じことなんです。書いておられることだけで、ご自分の中では成熟したものを持っているからね、皆さん。

野澤 北海道大学に移られたのは。

内田 五一年一月一日。

野澤 一月一日採用ですか。

内田 そうなんです。一月一日採用というのがあるんです。祝日とかそういうのは関係ないんだね。

公文 国立は結構、そこは柔軟にやりますね。

内田 柔軟というより、辞令を一月一日と書けばいいんだから。もらうのは何日か後です。一月一日に来ないよ。もらいに行かない。

野澤 年度で切ったりしないのですか。四月一日採用とかそうじゃなくて。

内田 いつでもいいんです。

野澤 これは何かきつかけがあつてですか、上智から北海道大学というのは。

内田 能勢君というのが、おまえ来いと言つて。

野澤 能勢先生が引つ張ったというか。

内田 それは、小暮先生とかみんなだろうけれどもね。使者に立ったのは能勢君で。学会で札幌へ行つたときに、どっか変なところへ連れて行かれて、「絶対来るべきだ、来るんだ」「おまえ、来い」だもの。その場所も覚えてる。「ひまわり」というスナック。

僕は、ああ、そうだなと思って、すぐその場で約束した。いろいろ話を聞いてみたら、それはそうかなと思ってね。

吉井 そのとき、小暮先生の回想というのがありますよね、『日本刑法学会五〇年史』に。先生が北大に来られたときの回想で、これは北海道部会のものなんですけれども。（「北海道部会―回想半世紀―」同書二四―頁以下）。

先生が北大に行ったときの様子を、小暮先生が、「刑事法学の”申し子“のように、あいついで大著を物されて、学会に重きをなしていた」と、このように書かれているのですけれども。進行上問題がなければ、学会についても聞きたいと思っておりますが、この年から先生は、刑法学会の理事になられて、常務理事も兼ねて、相当長きにわたって務めておられますね。

内田 定年までいました。

吉井 先ほど、莊子先生のこととかいろいろお話を聞きましたけれども、学会での活動や動向について、あるいは先生の研究に学会が与えた影響など、そういうことについてお聞きできればと思いますけれども。

野澤 まさにこの年からそういうふうな立場に立たれたわけですから、そのお話をぜひ。

吉井 もう少し先生に学会の話进行起こしてもらうために話をしますと、いま五〇年史で調べたのですが、先ほど、刑法学会賞をもらう『過失と共犯』（昭和四十一年度）の話がありましたね。先生が最初に学会報告をされたのは第二二回大会で、一九六〇年五月の京都大学で、「過失の共同正犯」と題するものです。次が第三六回大会で、一

九六八年一〇月に同志社大学で報告されています。これは共同報告だと思えますけれども、「目的的行爲論をめぐって」というテーマで、中義勝、金澤文雄、米田泰邦といった諸先生と内田先生の四人で報告されている。

さらにもう一回ありまして、第四六回大会で、一九七三年四月に、場所は兵庫県民会館と書いてありますが、共同研究「刑法における信頼の原則」の報告をされています。井上祐司、荒石利雄といった先生方と一緒にのですけれども、先生の報告のタイトルは、「信頼の原則の体系的地位」というものです。これは学会報告ですね。

その後、上智大学に行かれて、三年後ですけれども、そこからは、理事、常務理事になられ、一九九一年五月から三年間、刑法学会誌の編集委員長を務められています。そこで刑法学会について、何かお話が聞ければと思いますけれども。

岩井 私は助手を終わってから法務総合研究所に行ったので、刑法学会とはちょっと遠ざかったのですけれども、助手の当時、ちょうど、三九年に内田先生が上智にいらして、そのころは、そういう若手の人たちを束ねていたのが藤木先生ですよ。香川先生や田宮先生なんか一緒に研究会をやっていました。私は、助手的な役割で参加させてもらったのですけれども。だから、何か、内田先生は、その藤木先生とのつながりで東大の若手刑事法グループと学会活動などを共にやるといったところが、あつたのかなというふうに思いますけれども。

内田 そうですよ。だから、学会というのは、いまでこそあんまり縁がないけど、当時は、三〇代、四〇代、五〇代くらいは学会というのは特に意識しないんだよね。異質のものではないし、かといって、同質でもないし、当然入って勉強し合う。だから共同研究の場とか、あそこはいろんな位置づけでしかなかったんじゃないかな。

それからもう一つは、いまでは誰でも言っていると思うけれども、学会は遊びに行くところだよ。

岩井 東大の刑事判例研究会にも内田先生はずっと出ていらして、東大の刑事判例研究会がやはり、刑事法の研究

では中心的役割を果たしてきたから。

内田 つまり、こういう面もあるのです。学会は、年に一回、二回、みんなであってガヤガヤ話し合う、旧交を温める場所という意味もありましたね。確かにそういう面もあったよね。だから、莊子ゼミのコンパというのはずっと、いまだに続いているんですね。

岩井 そうですね。

内田 だから、肩肘張って、「学会とは……」というほどの問題でもないんですね。

岩井 昔は、学者の数が少なかったですね。

内田 少なかったからね。だから、旧交を温めた。

岩井 国立大学に一人か二人。あとは有名私立大学。

山火 そうですね。各大学の法学部の刑法の教授のうち一人は理事だと。

岩井 全部理事。だからものすごく数がいたのですね。

内田 それをやめたんですね。

岩井 そうです。

内田 増えすぎると言ってます。学会の技術的な側面になってくると、いろんな問題がありますよ。例えば理事長の選び方とか、何派が多いとか。そういうことを言われているものね。そんなことを超越してしまえば、楽しいところですよ。

岩井 選挙になったのはいつなんでしょうね。

山火 七〇年くらいですね。

内田 昔は割り当てだったから。

岩井 そうです、法学部に一人とかということですね。

内田 今度は、二人いたら困るんだよね、どっちにするか。前任がなるわけでしょう。だけど後任のほうができたりする場合があるから。その場合、やはりちよつと問題があるのね。だから、それも選挙の原因になったんじゃないの。東大だけは二人いたのかな、例外で。東大、京大くらいで、あとはみんな一大学一教授一理事。

公文 その辺のいきさつは、五〇年史の中で吉川先生かなり激しいことを書いていますよね。吉川先生がある年の理事会で、会場から発言を求めて、理事の選挙に関して、ちゃんとしてくれというようなことを言ったというくだりが出てきますよね。

内田 だから、そういう面もあるけれども、あんまり、そんな要求をしても、学会というのはやはりそういう場ではないんだと思うんですね。だから、もうちよつと歌ったり騒いだりするのも一つのあれで、あと勉強を報告をするならそれで。やはり僕は親睦団体だと思うんだ、学会というのは。

どう思いますか。

吉井 刑法学会、あるいは刑法学という学問の性格でしょうか。戦後法史ということとも関係していくのですが、例えば、法社会学会では、戦後社会の展開と学会の共通テーマとが密接に関係しているところがあるのですが、刑法学はあまりそういう関係というのはいないでしょうか。しかし、例えば刑法改正問題がありますよね。五〇年史を見ていても、共通テーマで取り組まれた時期が随分あるようですけれども、こういうような問題については、やはり学会が取り組んでいますので、そうしたときに、先生は、どんな思いでこの問題をなげられていたか、というようになことをお聞かせいただければと思いますけれども。

野澤 理事をずっとされておられたわけですし、事務運営なんかで、この辺苦労したとか、あのとき大変だったとか、そういうふうなお話があればぜひ。

内田 刑法改正に関する小野先生の、つまり皆さんが参加された昭和四九年の改正草案の最後のは。

山火 法制審議会の最終決定は四九年でしたね。

内田 ああいうのを、極端にいいと言う必要もないし、極端に否定する必要もないので、一つの考えで、あれはあれでいいんじゃないかなと思います。だけど、むしろいまの新しい刑法、新しい刑法の口語訳のほうには、僕は問題があると思う。だって、「教唆は正犯に準ず」でなしに、「教唆には正犯の刑を科する」というでしょう。何ですか、正犯の刑を科するっていうのは。正犯とどこが違うのか。「準ず」のほうがよっぽどいい。

公文 改正刑法の草案が出てきたころと比べて、その時期は、対案グループが日本でもありましたよね。総論、各論で分冊の本まで出している。ただ、口語心に関しては、対案というのは出てきてなかったのではないですか。

内田 ないうちにやった。

公文 ただ、僕が覚えている限りだと、放火罪の焼燬というのを、「焼損」にしましたよね。それについて、斉藤誠二先生がかなり詳細な批判を加えられている論文があるくらいで。

内田 焼損といったら、焼け落ちるということ。

公文 ええ、全焼。焼き「こぼ」つ……。

内田 それはそうだけど、団藤先生は同じだと言っている。焼燬も焼損も区別なしに。同じでいいじゃないか。

山火 刑法の平易化を目的とした改正ということで、いかなる学説からも中立にという前提でなされましたよね。だから、「損」を入れると、いわゆる一部損壊説に有利になるのではないかというような趣旨を。

内田 それはあるね。

公文 そういう趣旨でしたね。

内田 だけど、学説が、立法は全てに平等にというのはいかがでしょうか。そんなこと言ったらドイツの新しい責任説はとんでもない話で。

野澤さんは、責任説を取るの。

野澤 (急に逆に質問されたので動揺しながら) わりと、責任説でもいいところはあるかなとは思いますが。

内田 日本は責任説有力だね。ドイツはそんなに有力でない。あの一六条がやはり、僕に言わせればとんでもない立法だと思っているのです。故意説が正しいでしょう。一方的に責任説を採用したとしかいいようがないでしょうね。

野澤 それは当時のドイツでもいろいろ議論があつたところだと思つうので。

内田 故意説の譲らないところだね。

野澤 そうです。人間が持つ主観面の対象は当然、構成要件の事実だけでなくて、違法性の評価だつて当然含むものだというのは、故意説の当然とする立場であり、昔からの原則的な立場ですね。

内田 そうです、ローマ法以来の、そういう意味もあるんです。歴史ということの。ヴェルツェルの責任説というのは、勝手に勝手すぎるんだよ、あれ。僕は、目的的行為論は、認めるし、いいと思うけれども、あの責任説だけは妥当ではないと思つている。

野澤 歴史を研究する意味はそこにもあるのですね。単純なA説、B説、C説の羅列では、どういう経緯でその説が対峙するようになったかわからない。原則としてはこのように考えるべきだろうという考え方があつて、それに對

して、それはちよつと不都合なところがあるというふうに考えた人がいて、そこでちよつと修正して、別の考え方が出てきた。だから、厳格故意説からちよつと修正して制限故意説が出てきたわけですし、制限故意説の中で、違法性の意識の可能性がない場合は、もう、故意犯どころか過失犯を成立させるのもおかしいではないかというような考え方が出てきて、じゃ、それも故意犯と過失犯に共通する責任要素にしようではないかといって、責任説が生まれたというような経緯があるわけですし、どういうふうな趣旨でそのような考え方をとるのかということの前提として、考えの流れをたどるために、やっぱり歴史を研究することが必要不可欠だと思います。

責任説のよしあしとか、故意説のよしあしそのものについては、また別なところで、それを踏まえた上で、歴史を踏まえないで言うのは駄目ですしね、やっぱり。

内田 『神奈川法学』に、それで「常習犯と違法性の意識」というので書いたつもりなんです。

それで僕は、ヴェルツェルとかクルトシュナイダーの責任説の考えはまずいのではないかなと考えて書いたわけです。

山火 責任説だと、故意が重い理由を説明できるのでしょうか。

内田 できないと思うんだよね。

山火 難しいですよ。

内田 うん。

山火 別のところで問題がある。

野澤 確かに、事実認識だけで故意があることになりましたが。

公文 故意のお話を聞いていると、これは学生時代から僕のずっと抱えている疑問なんですけれども、ただ複雑な



議論をしているだけというふうにもみえるのです。そのため実相を反映していないのではないかとも思えるのですが……。

内田 責任説がでしょう。故意説も？

公文 故意説もそうなのではないでしょうか。

内田 そうかな、故意説は故意を最もシンプルにとらえている。

野澤 公文さんの言われるのは、裁判上の、維持をすることを前提にしたうえで話をしているのかという趣旨だと思うのですが。

岩井 やっぱり、犯罪は行為なんだから、行為は何かという点で本質的な問題じゃない。

野澤 主観面としての故意を立証するというふうなことを考えたうえで故意論というものを考えなければ意味がないんじゃないかという、そういう趣旨ですよ？

公文 その意味で細かく議論するのはわかりません。認定レベルという話をさっきしましたけれども、例えば、法定証拠規則というものがかつてはありましたよね。あれの重要な役割の一つが、故意の認定であり、故意がある場合がどのような場合かということ、人間の経験から抽出したものであったわけですよ。ところが、自由心証主義になってから、法定証拠規則というのとはなくなったのですけれども、刑法理論の方が、「事実認定」に対応することをせずに、いたずらに概念操作のみをして、故意論を複雑にしまったのではないかという印象を持っているのですけれども。

内田 それは、技術的にはそうかもしれないけれども、僕は率直に言うと、わからなければ故意を認めるなど言いたい。認定できなければ仕方がないじゃない。やがて本人が良心の呵責に耐え切れなくなるでしょう。人は欺けても

自分を欺くことは不可能ですからね。

そういう考えを持たないと、シュルトプリンツィプは成り立たないよ。

公文 それはわかりますけれども、では、先生のそのお考えだと、どのレベルまで求めるのですか。認識対象として、故意では。

内田 どういう事実認識があったかと、それだけでいい。それがあれば、違法性の意識があるに決まっているのです。事実認識がわからないようなときが問題なんだよ。事実認識があったら、違法の意識があるに決まっている。だから判例でいいんだよ。だけど、説としては故意説しかない。だから、判例と故意説の距離は全くないのです。それがあると云っているから駄目なんです。それが難しくしている所以だと思うよ。

公文 なるほど。

内田 単純明快だよ。

野澤 認識の対象として、事実そのものと、それに対する評価の部分の切り分けること自体が、やっぱりナンセンスというか、おかしいというお考えなんですね。

内田 うん。事実というのは、評価も入っているんです。事実って、事実だけ認識している人間いる？

公文 いや、いないでしょう。

内田 事実の持つ意味でしょう。ロキシンが言っていたんだけど、不法認識というんだよね。構成要件事実認識では足りないよ。不法認識って、要するに違法事実の認識。それがあれば、違法の意識は当然あっていい。当然ある。ところがロキシン先生、違法の意識は可能性でいいよ。それはまたいい加減なんだよね。

野澤 昔から言われるのは、(厳格故意説だと)行政犯とかの場合に、法令の存在を勘違いしたような場合は、故

意で処罰できないじゃないかと。

内田 勘違いは過失でしょう。しかし、最近の一〇〇円札模造事件などでは、警察官の助言で処罰されることはあるまいと「楽観」したというだけでは故意がないとはいえないわけで、事件の解決として妥当ですね。

山火 違法の意識はあるんですよね。

内田 あるんだよ、やはり。

山火 知らないのと抗弁は違いますけど。法令を知らなかったなどと。

内田 そうそう。抗弁に裁判官が負けるようでは、裁判できないんだよ。もっと強くなってもらわないと。

野澤 同じような系列の考え方で、法律を知らない人間がいること自体、それは、政府の怠慢であって、ちゃんと法律があるということを国民に知らしめることのほうがやっぱり重要なんだという考え方もあります。

内田 なるほど。それはまた一つの考え方です。それはわかるけれども、法律のあることを知らせる政府の責任というのは、やはり知るべき義務と言ったっていいんじゃないの。

野澤 国民の側が。

内田 うん。

公文 行政犯の場合に関しては、そこは言いやすいですね。ある特殊なことをやるためには、それは適法かどうかということについて、知る義務があるということは言えるかもしれないわけです。

内田 自分がやる行為は、これはどうなんだということを考えないでやる人間で、いるのかね。良いか・悪いかしかないんだよ。どうでもいい行為でないでしょう、世の中に。

山火 例えば物価統制令違反とか、関東大震災のときに石油を法外に高く売ったというような場合には、裁判にな

ったときに、そういう法令が出ていたのは知らなかったという抗弁が出ますけれども、悪いことをしていたという意識があるんですよ。

内田 そうだよ。だから、人間の行為にはもう……

山火 だから、抽象的な言葉ではなくて、全体の状況の中での問題だと思う。

内田 良いか・悪いかしかないでしょう、人間の行動は。どうでもいいというのはないんだよね。それを、「法的な」とか言っているけど、それは学者の変な論理であって、一般の人に、法に無関係な空間ありますかといったら、みんな「ノー」と言うよ。

山火 余りにも概念的に議論するのではなく、人間の行為を現実的にありのまま見て考えるべきなんですよ。

先ほどの過失の共同正犯も、事実をありのままにみれば、当然成り立ち得るのではないかと思うのです、例えば、たばこを吸ってはいけないような危険な状況の中で、二人が不注意にたばこを吸って、火災をひき起こした場合、それは過失行為ということになりますけれども、不注意というレッテルを張られる行為を、お互いに一緒にやろうと言ったことは、やはり、不注意な行為についての意思の連絡をして、これを共に行ったことになるわけですよ。

内田 目の色を変える問題ではないと思うな。

山火 過失の共同正犯ということはありうるか、過失行為に果たして意思の共同がありうるかということですが、社会的な事実は、不注意だ過失だと言われることを一緒にやろう、火事になりそうな場所で一緒にたばこの火をつけようと言ったら、それはやっぱり不注意なことを一緒にやろうと言ったんですよ。そういう意味で、意思の共同というのはやはりある。

先生のお考えは、そういうご趣旨だと理解しています。

内田 まさにそのとおりなんです。

山火 具体的事実を前提にして、概念的に説明する、そういう単純な方が良いように思いますけれども。

内田 そうなんだよね。それをビンディングのように、「無意識の意思」なんて言うのと、今度は「無意識の意思とは何か」と怒る。だからそんなこと言わないで、もうちょっと説明しやすいように。故意の場合には、悪いと思っ  
ているでしょうと。それでいいんだよ。

野澤 判例などは、この違法性の意識のところは、大体、判例に出て争われているのは、意識があるというような視点をかりですね。

内田 そうなんです。だから、要らないと言っている。不要だということではないんだ、あえて訴訟の場で議論する必要はないという不要説だというふうに、僕はずっと思っ  
ているからね。

野澤 相当の理由がある場合に限っては、限定的に……

内田 悪いかいいか悩むでしょう、人間ていうのは。これをやっていいかと悩んで、いろんな人に聞くじゃない。聞く人によっては、相当の理由を認めてもいいんじゃないの。

野澤 そういう場合に故意責任がなくなる。

内田 だから、弁護士程度では駄目だというんだな。大学の先生はもちろん駄目なんだよ。

野澤 判例でそのよういのがありましたっけ。

内田 公権的な政府の解釈とか何とか、そういうのを入れざるを得ないんだよ。それはしようがないよね。大学の先生は駄目だというのは、僕は言うんだけど、俺らだから駄目なんで、もつとえらい先生なら信用できるとね。

野澤 実際、確かに、相当の理由に基づいて、故意責任を否定した事例というのは、石油闇カルテル事件くらいなもの。

内田 そうでしょう。でもあれはあれでいいと思うんです。行政官庁がオーケーしていれば。

野澤 通産省がずっと黙認していて。

内田 それだったら、それ以上何をやる。だから、それはまさにそれでいいんです。だけど、その根っこにあるのは、やっていいんだろうかと迷ったから聞いたわけでしょう。

野澤 公正取引委員会も、もう何十年と動かなかったという事実もあって、許されていると思っていたと。

内田 だからいいんです。やはり違法性の意識はないんだよ。「相当の理由」ではないんだよ、違法性の意識がない。

野澤 違法性に結びついているところについての、悪い犯罪事実についての認識がない。

内田 ない。

野澤 そういうことになるんですか。

内田 そう思うのです。

山火 推定するような形は可能ですか。違法性の意識はあると推定されるのだと。

内田 難しいね。

山火 特別な事実がある場合にはそれを立証すれば。

内田 こういうことをやっていれば推定できると、違法性の認識を。

山火 もし推定が崩れるようなことを被告側が立証すれば、故意なしになる。

内田 ちよつと被告側の負担が……

山火 確かに大きいような気がしますね。

違法性の意識がない場合というのはあり得ますかね、認識していても。

ドイツに仿きにきていたギリシャ人の父親殺しの例がありましたよね。

公文 平野先生の教科書に出ている判例ですね。

山火 あの場合はやむを得ないという感じもしますけれど。でも、本当に知らないかどうか。

公文 それでもやはり、殺すことそのものが悪い。けど許されているという認識でしようから、悪いという認識はあるんですよ。

山火 まず、ある。

公文 殺人にすらならないという認識まではないと思うのですけれども。

内田 そこは難しいね。

蚊を殺すのと、正当防衛で人を殺すのは同じだというような、それをまじめに言っているんだからね。コールラウシュなんかそういう考えで。

公文 血を吸っている、自分に危害を加えているのをたたくということだ。

内田 それと人殺しはイコールにはならないんだよね。人を殺すのはやはり原則許されないというのはそのとおりだよ。蚊も、本当は許されないんだ、生物だから。だけど、許すのが人間の通例なんだよね。同じだと思う。大体生物ならみんな同じでしょう。だから、コールラウシュには正しい面はある。だけど、考えてみれば、多くの人間が蚊をたたき殺すのと、人を殺すのを同視しないところに、人間のいいところがあるんだよね。だから、もうそうなっ

たら理屈を超えて、何かそういう法感覚というか、人間感覚というか、そういうものにすぎないんじゃないのかな。

( 休 憩 )

公文 一息ついたところでまた議論に戻っていきたいと思います。

山火 細かい解釈論に直接関係するところは野澤さんのほうからまた後で出ますが。

例えば、先生が、研究に入られたところは、先ほどのお話のように、目的的行為論が非常に勢いがあつた。私はずっと後ですけれども、そのころもまだそうでした。一方で、滝川先生のように、早くから批判的な人もおられたということも聞いたことがあります。そこで伺いたいのですが、当時、目的的行為論が日本であれだけ積極的に受け入れられたのは、どういう理由によるのでしょうか。それに対して滝川先生などが反発された理由はどこにあつたのでしょうか。それから、あの頃は、全体の法状況として、新憲法の公布・施行から数年後で、人権ということが新鮮味をもつて強調されてきましたよね。そういうものと、この目的的行為論に対する対応の仕方との間に関係はあつたのでしょうか。

内田 後者に関しては、僕は何とも答えられない。憲法と目的的行為論というのは予想もしてなかつた問題ですけど、前のほうは、滝川先生などの言う、あるいは佐伯先生も、ちよつとは違いかもわからないけれども、わりあい似たような感じ。

僕は、滝川・佐伯説、それから日本の通説、ドイツのかつての通説は妥当でないと思うのですよ。それは、どこか



ら来るかという点、主観と客観を無理に分離するという基本的な点にあると思うのです。主観と客観を分離しても何の意味もない。だから、極端に言うくと、違法に振舞う自然という怪物、ああいう議論をすること自体に意味がないと思うのです。それを修正しようとしたのが目的的行為論で、主客の一体化。つまり、義務違反のない法益侵害なんていうのは法益侵害ではないということなのです。逆に、結果無価値のない行為無価値なんていうのも無意味なんです。昔はあまりに極端に対立させすぎた。違法に振舞う自然という怪物を否定したかと思えば、今度は、気違いは悪いことをしないとね。主観的違法論も極端すぎて常識に合わないですよ。自然や動物も違法に振舞えるという極端な客観的違法性と同様、非常識です。やはり、常識に合わせる結論、僕は、目的的行為論が一つの終着点だと思うのでね。

平野先生も、メツガーをいかに超えるかを努力しているとおっしゃっていたことがある。それと同じだと思うのです。メツガーもやはり、滝川・佐伯先生流の主観と客観の分離でしょう。分離を統合しよう、統合しようとして、いまの刑法の考えがあるとすると、それに向けて努力を傾注しようとしたところが、僕は目的的行為論の功績だと思うのです。

山火 ドイツの場合、目的的行為論は戦前から始まっていますけれども、先生がおっしゃった主観的違法論と客観的違法論の対立があつて、恐らく主観と客観の極端な分離という状況があつた、それを統合しようとしたということでしょうか。

内田 そうなんです。それは、目的的行為論の功績なんじゃないかと思うのです。思想的には全体主義的な面がありますからね。

山火 戦後の日本では、海外の文献が自由に入ることになってからのことですが、主観と客観の分離からの統合へ

といく同じ流れではないですか。

内田 と思うのです。それと、やはり韓国、ブラジル、それからギリシャあたりも、ロキシンのところに行っているんだよね、いま。だけど、ロキシンの考え方の基本にあるのは、やはり、目的的行為論を否定しているけど、同じことだと思うよ。だって、あの人は人格行為論でしょう、ロキシンのというのは。人格行為論と目的的行為論は何も変わらない。

野澤 ドイツの刑法学者で、目的的行為論の影響を全く受けていない人っていうのは、目的的行為論を採用するかわりにかに関わりなく、絶対いないと思います。

内田 いない。

山火 日本ほどでは、なかったのですかね。

内田 だから、そこは日本人が勉強家だというか。

野澤 ドイツ人よりもですか。

内田 うん、ドイツ人より。

山火 滝川先生なども、主観と客観の統一という存在論という点では、恐らく否定はできないでしょうね。だから、客観的目的的行為論であれば、滝川先生も批判はしなかったですね。

内田 あまりにも木村先生的な主観主義を後退させることですよ。

さらに、ヴェルツェルは主観的違法性論だと言われてもしょうがないと思うんだよ。そういう面があるんですよ。

山火 そうですね。

内田 そうなんです。だから、そこにあまり意地を張ってないで、自然に見たら人間の行為なんて、目的的行為に

決まっているでしょう。

山火 と思いますね。

内田 無目的行為なんかあり得ないよ。散歩だつてみんな目的的に歩いているよ。過失だつてそうだと思うのです。山火 だから、体系論に入れる入れ方に問題があつたんですね、結局は。

内田 そう思うんです。

平野先生は前に、目的的行為論の特徴は、違法論にあると言つてたんだよ。僕はそのときわからなかつた、意味が。だけど、違法論なんだよね。要するに、主客を分離しない違法論というのが目的的行為論なんだよね。責任も違法に影響されているんだよね。だから、責任と違法の分離というのは、例えば、違法共犯論が、違法は「連帯」責任は「個別」というのは、僕は正しいと思つてないんです。違法も個別化しなければならない、ある意味で。

野澤 あのテーゼを絶対視するのはちよつと危ないというのとはときどき聞きます。

内田 あの考えは佐伯(千仞)先生の考えなんです。平野先生も近かつたと思うのです。だけど、違法共犯論というのは、あんまり違法を共同させてはならない。違法も個別化しないとね。だからこそ、六五条二項が個別化を宣言しているわけです。あれはあたりまえのことなのです。親殺しと普通殺が一緒になつて、親殺しになるわけではない。息子は親殺しだけど、友だちは他人殺しに決まっているじゃない。それを、一応は親殺しにした上で六五条二項で割り引いてやるという、そういう議論、それを通用させるというのは自然に合わないと思うのです。

野澤 二項の考え方はそうなんです。でも一項は…

内田 一項はできそこないだ。無理やり「連帯」させようというのだから。

野澤 やつぱりそういう評価になりますよね、その考え方は。(一項には)批判強いですよね、本当に。同じよう

に処罰すると。佐伯先生なんかも、あれはおかしいんだと。減輕規定を早くつくれというふうに昔から言っていたようです。

内田 だから、改正草案は、任意的に減輕していくよう規定にしましたよね。だから、違法共犯論も少し考えてみる必要がある。

ただ、山火先生が指摘されていた憲法とどう関連するというのは……

山火 滝川先生の批判が、あの当時の状況の中で、人権というようなことを意識されていたのかなと思いますね。そういうことは全然うかがわれるようなことは。

内田 どうですか。

野澤 私もあまり（知りません）。

山火 当時の目的行為論は主観的目的行為論のことですね。主観と客観を分離できない統一体として、違法まで全面的に及ぶという考えだから、これを批判して、客観的目的行為論になるわけですね。主観的目的行為論だと、違法にまで主観が入るから、昔から言われている、情操刑法とか、思想処罰につながるという発想があつて、滝川先生なども批判的だったのではないかと。

内田 そういう面はあります。それは、ヴェルツェルに対する批判として、刑法の倫理化を批判するという意味での行為無価値説に対する強い批判は、これはドイツで非常に強くあつて、それは正しいと思うのです。ただ、そこへ行く必然性がないんです。

野澤 懸念があつたというところなのかもしれない。

内田 そうそう。しかし、その程度では理論の決め手にはならないでしょう。

山火 そうだとは思いますが。ただ、体系論の組み換えだけです。

内田 そうそう。だから、そこはちょっと踏み込みすぎていた、批判のほうが先に立ってという感じがするね。

公文 心情刑法に達するという批判は、ドイツでは出ていましたよね。

でも、ドイツの場合は、まさにナチス期を経てまた戦後の話で、刑法が一定の価値に奉仕させられる、倫理の押し付けになるということに対して、ナチス期を経ているわけだから、リアルな恐怖感というのがあったと思うのです。それがあつたから、そこは日本とはやはり土壤が違うんじゃないでしょうか。

内田 それはあるかもわからないね。情操刑法という観点を入れると、目的的行為論に対する批判という意味では、憲法批判的な側面がある。思想処罰法。

山火 主観的目的行為論ですね。

内田 それは確かにそういう面はあるね。そう言われればそう。

山火 滝川先生も、書かれたものにははつきり出ていたわけではありませんが、そういうことは考えておられたのでは。

野澤 時期的にも、刑法改正がもう一回、戦後になったので始めようではないかというときに、小野清一郎先生の、昔の、仮案を前提にした形での、国家の淳風美俗論、ああいうような形の刑法改正作業が行われて、それは(ちよつと)というような状況があつた時期です。

内田 そういう意味ではわかる。確かに、ヴェルツェルは、淳風美俗論を評価しているよね。法益保護よりもっと大事なものは社会倫理的機能の強調である。法益保護論は今日・明日を見るが、社会倫理的機能は永遠を見ていると。

山火 戦前にもう既に、ヴェルツェルの考えの中に出ていますよね。あれは、ナチス的なものと関係があるんじゃないかね、意識するか、しないかにかかわらず。

内田 あるね。

公文 平場先生は『刑法における行為概念の研究』という本のはしがきで、ヴェルツェルの考え方を見つけたときに、「ナチス期に登場し、支持されたこの見解に乗るのはためらわれた」というようなことをお書きになっているんですよ。

内田 その点に関してだけでしよう。それ以外は、目的的行为論をとられているんだよ。体系論は、目的的行为論で書くと書いておられるんだからね。

公文 そこまで、さっき言ったような、新憲法との関係で言えば、個人の尊重というのをまさにうたったわけですから、そこまでいけば、その個人の尊重云々というところと刑法理論が関連するのではないかというふうに思うんですけども。

野澤 そこが、たぶん、山火先生が言われたように、使い方というか、やり方の問題だったと思います。ナチスのなどころの要素もあつたけど、それは原則的な枠組みのところであつて、社会倫理というようなものについても、社会倫理に基づいて処罰する、という方法ではなくて、逆に、社会倫理的にみんな許容している。みんな（そのような行為を）認めているではないか。どんなに危険な行為だとしても、高速度交通を認めているではないか。だったら許してやれよという、そういう発想に使えば、非常にいい方法だったと思うのです。許された危険ですから。

内田 ヴェルツェルはそういうことを言っているわけです。

山火 そういうふうに受け止められれば問題ないですね。

野澤 そうなんです。許された危険とか。

山火 だから、法益侵害を前提としたうえで、最終的には行為の態様も考慮し、社会的相当性を超えた法益侵害だけを違法とすることですね。福田先生は、そういう趣旨を明確にされています。ただし、このような基本的理解と各論などの問題との整合性の検討は必要だと思いますが。

こういう議論に関連して、結果無価値一行為無価値に関する議論が随分活発に行われました。改正刑法草案の作成される頃だったと思いますが。

内田 行為無価値、結果無価値というのは、結局ヴェルツェル以後だものね。ヴェルツェル以前はそんなこと言っていない。ヴェルツェルの考えは、やはり、結果無価値はもちろんのこと、行為無価値をもっと大事にしないと駄目よというわけで、それが倫理機能の効用であるというのですが、理屈は通るけれども、ちょっと言い過ぎかと思うんだね。行為無価値を強調しすぎたのではないかと思う。結果無価値を前提にしない行為無価値なんて考えたって意味がないと思うのです。

だから、おもしろいのは、不能犯のとらえ方がちょっと、ヴェルツェルははつきりしない。迷信犯は笑って見逃すが、不能犯は処罰していいと。だけど、迷信犯と不能犯は、区別する根拠ないよ。

野澤 不能犯の主観説だと。

内田 だから、ドイツは日本より主観的すぎる。ドイツでは、未遂の処罰根拠はまさに行為者の主観でしょう。日本はあんまり主観と言わないよね。

野澤 ドイツでは主観的な考え方がずっと続いていて、最近になってようやく、客観的な未遂のとらえ方をしているのではないかというような動きが、見られるようになっていきます。

内田 だから、日本のほうが、客観的な考えが強かったと思いますね。ドイツはどうも、ブリーリーの主観的共犯論にしろ、迷信犯のあれにしろ、主観説が強いですね。要するに未遂の処罰根拠は主観にあると。それはあるに決まっているんだけど、それだけでは話にならないので、それはまさに思想処罰だから、それはやめないと。

公文 それはやはり、処罰する場合には、結果としての危険が必要となりますよね。

内田 最小限度。それは危険という言葉を使わないと駄目よ、憲法違反になる。

公文 裏口から忍ばせていると……。

内田 言い逃れかもわからないけど、客観的な危険が露出することが条件であつて。

山火 悪い意思に注目しすぎたんですかね。

内田 そうなるのかな。

山火 何についての悪い意思かを考えるべきですね。

内田 うん。

だから、やはり、宗教的なカソリック固有の一つのとらえ方があるんじゃないかと思うのです。教会刑法とドイツ刑法と、あまり変わらなないと思うんです。

野澤 ヴェルツェルの主張は、行為無価値を重視したことによって、故意犯と過失犯でも、そもそも行為が違うのだと。だから、要するに、主観面が違うのであれば、評価が違っているじゃないかと。そうすることによって、だから、犯罪の本身には故意も十分に含まれるのであつて、そこから、構成要件の故意と過失という名前が出て。だから、それ以前は、過失犯と故意犯は、前半の違法論までは一緒だったんですね。そこは、だから、故意犯と過失犯は体系が違うのだというようにところに持っていったのは、そここの議論の帰結については、ヴェルツェル業績に



なるんじゃないかと思えます。

内田 それはそうだよ。それがテーマの一つだったんです。だけど、いまは、故意と過失は違法で違うんですね。

野澤 違法で違って、その違法を類型化した構成要件でも違い、責任でも違ってると。

内田 違法で違い、責任で違うので、違いは明白になっているというので、説明しないでしょうがない。

そうするとこういう反論があつたんです。過失のほうが大勢の人が死んでいると。確かに、殺人の数より業務上過失致死の数のほうが多い、日本で、世界中で。だからといって、違法が重いとは決して言えない。それは結果として多いだけでね。そんなこと言ったら日本人も、世界の人も、人を殺すつもりで自動車を運転したらどうなるか。それはもう火を見るよりも明らかです。過失より増えるに決まっている。殺すつもりで車を運転されたらかなわない。

野澤 そこでだから、また、ヴェルツェルの社会的相当性とかの考え方で、先ほど言った使い方、みんな許容しているのではないかと。それならいいじゃないかと、そういうふうな発想で不処罰にする。だから、バランスは取れているのです、非常に。

行為無価値を重視しすぎるといいういはちよつとあれですが、行為無価値という点を意識することによって、故意犯と過失犯の体系を構成要件と違法性の段階においても分けたという、それが大きい。

内田 そう。だから、違法論が特徴だというのは、ようやくそういう意味で理解できるのだと思います。なぜ目的的行為論が違法論なのかというのは。やはり、平野先生は天才だから、そのあたりを見抜いているんだろうな。

吉井 話は変わりますが、『刑法理論史の総合的研究』という本に、先生は、泉二新熊の刑法理論について書かれています。本になったのは戦後五〇年前後ですが、刑法理論史研究会自体は、七〇年代の後半からスタートしていたようです。本の副題に「我が国の刑法学を築いた先人たちの人と業績の総合的研究」とありますが、刑法学を築いて

きた先人の業績を見直そうという機運、背景に何があつたのでしょうか。それと、先生は泉二を何故選んだのでしょうか。お聞せ願えればと思います。

内田 その刑法史研究は、刑法研究会という会のあれなのであつて、結局、つくられたのは平野龍一先生と吉川先生なんです。二人が中心で、あと、内藤先生をはじめ、西原さん、宮沢さん、そして我々くらいまで。

それは意味があるよね。ドイツであろうと日本であろうと、先人はいいんであつて、それは飛びついたよね。もつとも、担当は偶然。割り当て。

吉井 割り当てだとしても、取り組まれてみて何か気がつかれたことがおありでしたでしょうか。

内田 それで、奄美大島に行かないとならないと思つて、調べにね。だけど行けなかつたんです。それで、どうやつたかというところ、国会図書館に学生だつたのがいて、当時の研究を調べないとならないから、文献探しと書いてくれといたら、持つて来た。国会図書館は何でもあるんです。それで勉強して書いた。

刑訴は田宮先生、泉二の刑訴でね。二人でやつたのが多いね。おもしろかつたよ。

山火 泉二先生は、莊子先生が随分評価されていましたよね。

内田 そうなんです。あれはやはり、中庸を得て、単なる折衷説ではないんですね。中庸というのは何かというと、主観説と客観説をちゃんとまとめれば中庸になるんです。

野澤 泉二先生は、もともと司法省の刑事局長であつて、最終的には枢密院の顧問までやつた。だから実務畑であるわけですけども。

内田 だから、法務大臣と最高裁長官と一緒にやつたというようなものなんだよね。

野澤 そういうふうな実務家の刑法理論というところ、何か思うところとか、感じられたところは。

内田 やはり、いいよね。泉二さんと牧野さんは、同じ時代に法務省でやつたらしいんです。それで、牧野先生は、飛騨の山猿なんです。泉二先生は奄美大島の何とか熊かな。熊がいるかどうかわからないけど。そういうことで、切磋琢磨したというんですね。それは何かで書いていたね。

牧野先生の話をするとおもしろいのでね。僕は、平野先生の研究室にご厄介になっていて、内地留学のとき。滝川先生が見えたんです。「平野君いますか」と。見たら滝川先生だったので、僕なりに丁寧にならざるを告げました。それでよかったですけれども、次に、牧野先生が来たらしいんです、平野先生の研究室に。全然、牧野先生の顔を、論文中で写真は見ていたけど、実物は全然知らないで、けんもほろろに帰したららしいんです。僕はどこのおっさんが来たのかと思つてましたね。また牧野先生は目が悪いんだ。それで、平野君は冷たくなつたと言つて。牧野先生は僕を平野先生だと思われて、平野君は冷たくなつたとみんなに言つたららしいんです。後から聞いてびっくりしたけど、そういうこともありました。

だから、大したことではないけど、幸いなことに、小野先生でしょう、牧野、滝川、佐伯、木村の各先生、みんな知っているのね。知らないのは泉二さんと大場さん。だけど、戦後の刑法の人は、熊倉武さんも知っているよ。ほとんど知らない人はいないな。

そういう意味では、戦後を生きたという意味にはなるね。ただそれだけだよ。勉強には関係なく、顔だけ知っている。それでも知らないよりはいいよね。

山火 熊倉先生はどこでお会いになつたんですか。

内田 学会じゃないかな。

山火 宮内先生はご存じですか。

内田 知っています。僕が新幹線で宮内さんに、田宮先生と二人でご馳走になって、いたくうれしかったことがあるね。京大のときにね。あれから留学して亡くなったんです。

それから、前田信二郎さんも好きだよ。

山火 刑法の法社会学的研究の。

内田 そうそう。団藤先生にもときどき勉強に来たりしていた。前田信二郎さんと滝川春雄さんは、どういうわけか僕をかわいがつてくれてね。

岩井 先生が国内留学にいらしたときに、団藤先生はあまりかわらなかつたのですか。

内田 ありましたよ。研究室が平野先生のところだったというだけです。団藤先生のところは、田宮先生が既にいた。それから、熊本の村崎さんもいた。だから人数の関係で駄目なんです。だけど、団藤先生は、週に一回か月に一回はゼミをもたれていたし。平野先生は、ドイツの刑法改正の代案か何かのお勉強をしてたんです。だから、週に二回はそれぞれの勉強は入れている。だから、非常に。

野澤 全然交流がなかつたわけではないんですね。お互いというか。

内田 交流はあったよ。だから、某大学と違うんだよ。交流のない研究室単位の大学つてあるじゃない。

岩井 東大は本当に、全部一緒に、共同で指導するという姿勢になっています。

内田 あれが、研究指導体制の基本ね。それを北大も受け継いだ、東大のおかげでね。やはりそれが研究室というものでしょう。縄張り争いしたって、勉強できるようにならないよ。

立命館はどうですか。

野澤 あんまりそういうことにこだわりなく、集団指導体制でした。

内田 そうなんだよ。北大も集団指導体制で。

野澤 生田先生の授業も受けましたし、松宮先生の授業も受けましたし。刑訴は井戸田先生を受けたりしてしましたし。

内田 だから、自信がある先生は共同指導体制するよね。自信がなくて、縄張り争いしなくてはならないほど見が狭いということだね。

公文 最後に、吉井さん。

吉井 最後の前に、何故『刑法理論史の総合的研究』を話題にしたかといいますと、私が法制史ということもありますけれども、刑法学者にもう少し日本の刑法史や日本の刑法学者の理論史に関心をもってほしいと思っているからです。内田先生と山火先生といっしょに詳細な資料を集めて明治四〇年刑法の資料集を発行しましたがほとんど利用していただきたいと思います。

内田 それは吉井さんのおかげです。

吉井 誤解を恐れずに言えば、日本の刑法学者なんですから、日本の刑法の歴史もしっかり研究してほしいという思いがあるのですけれども。これは内田先生からお聞きするというよりも、若い人たちが、ああした刑法資料集を今後どういうふうに生かしていこうと思われているかということかもしれません。

内田 いまは、残っているのは、第一巻の二になるのが、それが一つだけ残っている。

吉井 これは、現行刑法が公布されて、今年で一〇〇年ですので、何とか完結したいと考えています。

内田 だから、学部長からそろそろ解放されるから、もうそれにかかりきりになってもらって。

山火 ボアソナードのフランス文の改正案のところは除いてやりますかね。

内田 次に、せっかくやったんだから、やはり、いまの平野先生、吉川先生の、人の総合研究は一応あれでいいんだから、我々としては、刑法の理論的發展そのものをやればいいんだよ。

野澤 刑法理論史の総合的研究の、たしか、まえがきだったと思うのですが、人の研究はこれで一段落で、次の段階に入るべきだというフレーズがあつたかと思うのです。人の研究もこれまで結構やって、歴史というと人物史というものが多かったですけども、今後は、解釈論に生きる形での研究ということになると、例えば、私だつたら、中止犯での分野での研究とか、詐欺罪であれば、詐欺罪の理論的な歴史とか。

内田 それを、この大学がたまたまできるんです。みんなそれぞれ歴史的な興味を共通に持っている、たまたまね。  
野澤 そうですね。

内田 だから、そういうのを結集して、幸い、山火先生もこれで学長をめたく終えられるわけだから、また法学部へ戻って、吉井先生も学部長を辞めたら、今度は研究体制をまさに確立して、頑張れば、大いに結構ではないの。どうなんですか。僕はそう思うけれども。

皆さんどうですか。

野澤 ぜひそういうふうな形で。非常に特徴的な布陣にはなっていると思うので、

内田 そうなんですね。たまたまできるんだよね。

あとは、吉井先生にいろいろ、骨折ってもらって、山火先生には、復活してもらって、六年の長きにわたってご苦労いただいたから、みんなで少し慰労を含めて、盛り上げるといふのをやるのが、我々のこれからの務めですよ。僕はその部外者で、引退したから。

野澤 いえいえ、もうちよつとお願いします。

山火 我々は、明治四〇年刑法の立法資料は、間もなく終わりますけれども、あの当時の学者を含めた関係者の研究がないんですね。

内田 そうなんです、横田とかね。

山火 岡田朝太郎なども含めて。

内田 「刑法理論史」に載ってない方々ね。旧刑法の人たちはこれに入っていないんですね、大場さん以後だからね。それも一つだね。

山火 立法当時の人についても研究する必要があります。対象となる人と業績のリストは作ってあります。これに手を入れ、取捨選択して。

吉井 郷田さん、何か。

郷田 私の専門は、刑法ではなくて政治学や国際法ですけども、そのような立場からいまの話聞いてみると、先ほど新憲法の問題も出てきたんですけども、ドイツも日本も、結局、戦後アメリカの占領を受けた国なので、それから、日本の場合も、一九四九年ですか、刑法が部分改正されたのは。だから、アメリカの占領によって従来の刑法の解釈論もかなり変わるような傾向が出てきたのではないかなというように、漠然として推測するわけですが。

内田 尊属殺の削除は、アメリカとは直接関係ない。

郷田 それと同時に、ドイツだって変わっていると思うんですね。

そうしますと、日本の刑事法学の、いわゆる主流の変わり方と、ドイツの法の主流の変わり方というのはどうなっているんだろうなと。

内田 それは難しいよ。そう簡単には言えないね。ただ、ドイツのほうがアメリカナイズされているよ。日本は、

簡単にはアメリカナイズされないね。

郷田 その理由はこういうことですか。

内田 それは、やはり日本人の国民性でしょうね。ドイツには、伝統的なゲルマン魂が残っていますね。

野澤 根底にはあると言われていますね。

山火 あるんでしょうね。

内田 だから、血湧き肉躍るといふのがあるんだよ。ブラームスを聴けば泣くというんだからね、ドイツの聴衆は。

山火 田舎のお祭へ行つても、いろんな音楽隊がいるでしょう。あれは要するに、殆どが行進曲ですよ、ちよつと異様な感じのしたこともあります。

内田 日本人は、かなりマイルドだね。ドイツ人はゲルマンの血が煮えたぎっていると思うのです。ただ、勉強はわりあい先進国だから学ぶけれどもね。

郷田 今度、日本の刑法を本格的に研究する必要がある出てきたんですね、そういう意味で。

内田 そう思いますよね。

山火 また逆に、韓国の刑法も少しずつ。先ほど、責任説の話もありましたけれど、五一年の韓国刑法は。責任説ですね。

内田 韓国はあまりにもドイツになびきすぎている。日本とはかなり違う。

郷田 戦前は完全に日本の法律がそのまま。それで戦後はかなり韓国人はドイツへ留学したり、アメリカへも留学したり。

内田 一流はドイツへ行つた、一流はヴェルツェルに師事したわけです。それが帰つてきて韓国の理論的指導者に。



郷田 ですけど、日本とまた違う形での刑事法学の展開を。

内田 だけど、ドイツ一辺倒すぎるよ。

郷田 ドイツが多いですよ。本当に多いです。

内田 国民性が似ているところがあると思うんだな、ゲルマン民族と韓国民族は。

山火 総則はドイツの刑法理論をそのまま受け入れた感じですね。

郷田 ですから、我々は、高校時代、入ったらドイツ語をすぐ習いましたね、高校一年から。

内田 ドイツ語を高校から。

郷田 そうですよ。ですから、僕も、大学に入ってからにはあんまりやってないですが、かなりドイツ語はやりましたね。

内田 中国は自国主義だね。それはまた偉いんだよね。容易に英語とか外国語を使わないものね。テレビは電視台だしね。

そういうことでどうですか。将来の展望もできたとし、ちょうどいいじゃない。

公文 では、時間も押してきましたので、きょうはこの辺で閉めさせていただきます。

どうもありがとうございました。

内田 こちらこそありがとうございました。

(本座談会は二〇〇七年二月十三日に行われた。)