

## 川島武宜 第六章 罪と罰についての意識（転写校訂）

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2015-05-29 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 村山, 眞維 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10291/17272">http://hdl.handle.net/10291/17272</a>

【資 料】

# 川島武宜

## 第六章 罪と罰についての意識

村山眞維・転写校訂

### 校訂者解題

本資料は、札幌大学図書館・川島文庫に収録されている川島武宜の未完の手書き原稿、川島文庫目録 [川島先生の著作の部] 295 罪と罰についての意識 [「日本人の法意識」に掲載されなかった章の原稿ほか] をワードプロセッサの文章に直したものである。原著原稿には、表題の前に章番号が入れられ、「第六章 罪と罰についての意識」と書かれている。上記資料タイトルに「原稿ほか」とあるのは、執筆にあたり構想を練るために書かれたと思われる原稿用紙 27 枚と横書ノート用紙 1 枚にわたるメモと、新聞記事の切り抜き 7 枚を指している。これらは本資料には含めていない。

原著原稿は縦書 200 字詰の原稿用紙に縦書きで書かれており、頁番号は打たれていない。原著原稿は、寄贈後に 2 分冊に仮綴されて保存されている。

本資料作成にあたっては、明らかに見出しと思われる記載を除き、欄外のメモ書きと思われる記載は含めていない。本文として書かれているものはすべて書かれている通りに本資料に再現されている。ただし、当初の構想が途中で放棄されたためであると思われるが、原稿には、第一節のふたつのバージョンが書かれており、また後に書き込みを予定してそのままにされている箇所もある。原著原稿の最後から 4 枚目の原稿は明らかにどこかからの続きの文章であるが、先行する原稿の部分は存在しておらず、失われた可能性が高い。

原著原稿をワードプロセッサの文章に直すにあたって、文中の空白箇所は□あるいは□□のように表記し、読み取ることができなかった文字は■あるいは■■の

ように表記しているが、他にも読み取ることが難しい箇所は■で示した。原著原稿の強調傍点は×で傍点を振ってある。原著にない説明文はかぎ括弧をつけイタリックで記した。

原著原稿中には執筆当時のものと思われる法律の条文の引用や言及がなされている。本文における漢数字とローマ数字の表記は原著のままである。これらの条文や現行法との相違は脚注に記載した。脚注における条文内容はひらがな表記とした。原著の補足等も脚注で行なった。脚注はすべて校訂者によるものである。

川島文庫収録資料については、川島文庫目録（札幌大学図書館編、1995年）が作成されており、そのなかの〔川島先生の著作の部〕は札幌大学リポジトリーからダウンロード可能である。以下のURLに掲載されているファイルのうち、SULB00000009-1.pdfがそれである。

[https://sapporo-u.repo.nii.ac.jp/index.php?active\\_action=repository\\_view\\_main\\_item\\_detail&page\\_id=13&block\\_id=17&item\\_id=6278&item\\_no=1](https://sapporo-u.repo.nii.ac.jp/index.php?active_action=repository_view_main_item_detail&page_id=13&block_id=17&item_id=6278&item_no=1)

本資料をこのような形で公開することをお許しいただいた川島照氏、貴重な資料の閲覧についてご配慮いただいた札幌大学図書館と渡部毅氏に、心からの御礼を申し上げる。当初の資料閲覧にあたっては、松村良之北海道大学名誉教授と北海道大学大学院生・橋場典子氏にお世話になった。ここに記し御礼を申し上げたい。また、原著を復元した原稿を読んで誤りを指摘してくださった加藤哲実教授に感謝したい。

村山眞維

## 第六章 罪と罰についての意識

### 一 問題

一般に、どの社会においても、社会秩序があり、して「よい」ことと「わるい」ことが区別され、「よい」行為および「わるい」行為に対する反応として、行為の「よい」、「わるい」の評価を行為者に示す一定の型の行為（サンクション）がおこなわれる。そうして、当該の社会で「わるい」と評価される程度の特<sup>ニ</sup>に<sup>ニ</sup>高<sup>ニ</sup>い<sup>ニ</sup>行為

は、「罪」と呼ばれ、そのような評価を表示する特定のサンクション（「罰」と呼ばれる）がおこなわれる。

そのような現象の一つとして、政治権力が一定の行為を「罪」として評価し、その行為者に「罰」を加える、という事実がある。しかし、罪に対して罰を加えるという社会的過程は、政治権力がこれを行う場合には特殊な形態をとるのが普通である。すなわち、多くの社会では一特に文明社会或いは民主主義社会では一、政治権力に支配される人々（被治者）と政治権力のにない手とのあいだに、何らかの対抗関係（力の抑制、均衡の関係）—その程度、すなわち両者のあいだの力の強弱、には種々の差はあったが—があり、その結果、罰を科する政治権力をコントロール（制御）する方法として、何が罪であるか、罪に対してどのような刑罰を科するか、の決定にたいして一定の判断規準を設けておき、それに従った決定によるのであれば罰を科することができないものとする制度ができています。（ルス・ファースト「南アフリカ—七日獄中記」（昭和四一年、理論社）は、政治権力が裁判なしで逮捕監禁し得ることを広汎に認めている南アフリカの現状を述べるが、文明社会における稀な例の一つである。）これが刑事裁判である。

刑事裁判をめぐる人々の法意識には種々の内容があるが、ここでは、はじめに指摘した問題に焦点をあわせ、それに関連する法意識をとりあげることは、前数章におけると同様である。ところで、私は、これを次の三つの側面からとりあげる。第一は、刑事裁判をコントロールするための裁判規準（法律）にあらわれている法意識、第二は、刑事裁判のための訴訟手続を始める役割を担当するところの・検事の行動にあらわれる法意識、第三は、そのような刑事裁判の規準のもとでなされる裁判にあらわれる法意識、である。

いうまでもなく、広範な一般の国民がもっている法意識がどうであるかということは、はなはだ興味のある問題である。しかし、直接にそれを対象としてなされた研究は、今までのところまだなされていない。したがって、ここでは、右の三つの側面の分析を通じて、広範な一般国民の法意識を推測するにすぎないのであるが、後に述べるように、裁判というものの性質上、右の三つの側面は何らかの程度で一般国民の法意識を反映している、と推測することが許されるように思われるのである。

## 一 問題

それぞれの社会で、人々の行為は、「よい」、「わるい」—或いは「是認する」、「是認しない」—という観点から評価され、そのように評価された行為に対する反応として、そのような評価をその行為者や他の人々に伝達する行為がおこなわれる。(そのような特殊の内容をもつ伝達行為は社会的サンクションと呼ばれる。) 社会的サンクションのうちで、或る行為を「わるい」と評価することに対応する(或いは、基づく)もの(いわゆる「消極的サンクション」negative sanction、或いは罰的サンクション)は、その行為者に何らかの不利益を与えることを目的としており、その不利益の内容には次の三つを区別することができる。すなわち、

(イ) 評価された行為の行為者(以下では「行為者」とカッコつきでいうことにする)のからだに不利益を加えるもの(たとえば、つかまえて閉じ込めておく、なぐる、殺すなど)(肉体的サンクション)、

(ロ) 財貨を「行為者」からうばったり、或いは「行為者」が財貨やサービスを得られないようにする、という方法によって、「行為者」に経済的不利益を加えるもの(たとえば、「行為者」の財産をとりあげる、「行為者」には物を売らない、分配してやらない、農事や婚礼にてだすけをしてやらない、など)(経済的サンクション)、

(ハ) 「行為者」に不愉快な気持を起こさせるもの(たとえば、非難する、「村八分」にする、名誉とか面子をきずつける、恥ずかしいおもいをさせるなど)(心理的サンクション)。

それぞれの社会(家族、村落、同業者団体、部族、国など)には、人の行為を「よい」、「わるい」と評価する種々の型(種々の規準、また「よい」、「わるい」の強さの種々の程度)があり、それに対応して、種々の罰的サンクションのシステムがある。

(イ) 一般にどの社会でも昔から、政治権力が刑罰を科するか否かにかかわらず、当該の社会で「わるい」と評価される程度の高い行為は、そうでない他の「わるい」行為から区別されて、「罪」(crime, Verbrechen など)と呼ばれ、またそのような行為にたいしては、「わるい」と評価される程度の高さに対応する何らかの「罰」(punishment, Strafe, peine など)が加えられるのが常であった。

(ロ) また多くの社会では政治権力が「行為者」の人身に対する強制力を行使することによって「行為者」に加える一定の消極的サンクション(特に肉体的サンク

ションおよび経済的サンクション、時には心理的サンクション)も、「罰」(peine、Strafe など)と呼ばれ(我が国では「刑罰」と呼ばれるのが普通であるが)、そのような「罰」が加えられる行為は「罪」(crime、Verbrechen など)と呼ばれてきた(我が国では「犯罪」と呼ばれるのが普通であるが)。

右の二つの種類の行為とサンクションとが同じことばで呼ばれるということは、たいへん興味深いことである。すなわち、いずれにおいても、或る社会で「わるい」と評価される程度の高い行為は「罪」と呼ばれるのである。しかし、(ロ)の意味での罪についての「わるい」という評価の主体は、そのような行為に対して刑罰を科することを定めた人々、という特定の範囲の人々である。もちろん、この人々の評価は、かならずしもその社会の他の人々の評価と異なるわけではなく、むしろ両者の評価は同じである場合が多いであろう。しかし、ともかくもそこでは、何を罪とするかの評価をする人々が具体的に明確であり限定されている。これに反し、(イ)の意味での罪についての「わるい」という評価の主体は、ほとんど常に明確ではなく、「罪」と呼ばれる行為は、多くの場合には当該の社会の大部分の人々によってそう評価されているであろうが、時にはそうでない場合がある。そうして、そのようなこととの関連において(ロ)の意味での罪が(イ)の意味での罪でない場合、および(イ)での罪が(ロ)の意味での罪でない場合、がそれぞれあることが忘れられてはならない。しかし、それにもかかわらず、(ロ)の意味での罪(法律上の犯罪)は、(イ)の意味での罪によって裏づけられている場合が多かったのである。

刑事裁判において何が犯罪とされこれにどのような刑罰が科せられるかということは、前述の(イ)の意味での罪および罰についての人々の意識によって、種々のしかたで決定される(もちろん、意識だけによって決定される、と言うわけではない)。この問題を考えるにあたっては、特に次の点に注意する必要がある。

罪および罰に関する人々の意識は、それぞれの社会において様ではない。それは、それぞれの個人ごとに異り得るし、また種々の集団ごとに異り得る。そうして、それらの差異は、経済的利害・社会的環境(特にパーソナリティの形成にとって重要な成育期における)・思想・それらと結びついた政治的利害等と関連している。ことに刑事裁判にとって重要なのは、権力の実質的なない手や権力行使担当者の意識と、権力によって支配される人々(被治者)の意識との関係(これらの人々の意識の共通或いは分裂・対立)である。したがって、個々の具体的な問題ご

とに、これらの二つのグループの人々の意識は異り得る（必ずしも常に異なるというわけではないが）。要するに、それぞれの社会の中で、罪と罰に関する意識には種々のものがあり、安易な一般化は許されない。しかし、また同時に、それぞれの社会（たとえば、日本、アメリカというように）ごとに、或る程度に共通した一すなわち、比較的多数の人々がもっている一意識があり、また時には、いくつかの社会のあいだにも同様の事実が見られる。私が以上で犯罪および刑罰に関して人々の意識を問題とする場合にも、当然右のことを前提しているのである。ただ今のところ、具体的な調査データがないので（私自身も他の学者も、まだ科学的調査をしていない）、以下には一おうの問題提起の意味で、比較的多くの人々に共通に見られる意識をとりあげるのである（このことは、本章以外の他の章についても同様である。）。

[以下の段落は、原著原稿では上部欄外左に376 から382 までの番号が原稿用紙一枚毎に振られている。この部分は他の部分に比べ字の大きさが大きく、インクも他の部分よりも明るい青で書かれている。強調は傍点ではなく傍線で示されており、以下では原稿と同じ傍線と二重傍線で強調を示した。]

「日本の法理の自覚的展開」<sup>(1)</sup>という本ですが、この本にこういうことが書いてあります。日本の刑法においては西洋のタリヨ一的応報観念のごときはまったく存在しない、日本では自業自得というのが厳粛なる道義の法則である、己れに出るものは己れに返らなければならない。そういう考えだから、人に罰せられるんだけど、しかしそれは日本の自業自得という観念のなかには、その人が心をいれかえて悪を善にかえるという、どんな悪いやつでもけっきょく最後は許されるという、一種の慈悲心というものが日本の思想のなかを貫通しているということがいわれるわけです。そしてまたさらに別のところで、日本の刑法の根底には仁慈の精神がある。刑は国家的、公共的な道義秩序を維持し、官制化せんがために、眞にやむことを得ずして、折伏である、さればできる限りこれを慎み、刑をするのはできるだけ慎み、これをおしむのが東洋の法理である。東洋全体がどうであるか私は知りませんが、日本法理であることはたしかですね。日本人は刑罰をするときに非常に

(1) 小野清一郎『日本の法理の自覚的展開』有斐閣、1942年。引用されている部分は、最初に収録されている論文「日本法理の自覚的展開」の「七 刑法理論の日本法理的再検討」（98—120頁）のなかの一部である。

遠慮して、なるべく刑罰を課したくないというのが日本の心理であります。悪い人だけれどもそう悪くないというのが、黒と白がはっきりしないんですが、仏教の慈悲心、あるいは儒教的な王道思想の影響によって養われたものであるが、しかし日本の刑法は上代において残虐なものではなかった、云々というんで、要するに日本人の法理思想のなかに、そういう敵討ち的にやるという考えはなくて、絶えず刑罰をするのに遠慮し、一種の抑制を感じる。したがって、これから あやまれば、ああよしよしあやまったんだからというんで、許してやるという思想なんです。

## 二 罪と罰に関する法律の規定

どのような行為を罪として、これにどのような罰を科すべきであるか、についての裁判の判断規準を示しているのが、刑法という法律である。

個人の自由を政治権力の濫用に対して防衛するという民主主義的要請にもとづいて、現代の文明国ないし民主主義国では、罪と刑（すなわち、罰）とを具体的に且つ明確に法律（そのもっとも主なもの刑法である）で規定しておくということが、重要な原則とされている。したがって、種々の法律の中でも特に刑法においては、そのことば的表現を明確且つ固定的なものにするということに対し、特別の注意が払われている、と言うことができる。そうして、さらに法律学は、そのような刑法の規定の意味を明確且つ固定的なものにするために、大きな努力を払ってきているのである。

このことの重要な結果として、私は次の二つの点をあげる。

その第一は、罪の種類をなるべく細かく具体的に区別し、それに対応して、それぞれの罪に対する刑罰を個別的に規定する、という規定のしかたである。このことは、同じく「不法」—法律上許されない—な行為について損害賠償を規定する場合と比較すると、きわめて明瞭である。日本のみならず外国の民法では、殺人であろうと傷害であろうと他人の財産の破壊であろうと、故意によるものでであろうと過失によるものでであろうとを問わず、全て「不法行為」という一種類の行為に包含され、わずかの場合に、賠償すべき損害の範囲について特別の規定（たとえば、旅館や湯屋などでお客の持ち物が滅失毀損した場合についての商法第五九四条以下のごとき）があるだけである。

ところが、各国の刑法は、殺人・傷害・窃盗、物件損壊等を区別しているだけで



なく、右のそれぞれについて、さらにこまかく種類を区別しているのである。そのもっとも著しい例として、殺人に関するアメリカの諸州の刑法の規定を見ると、次のとおりである。すなわち、

[以下原稿用紙の残りが空白]

ところが、西洋の文明諸国の刑法を見ならってつくられたわが国の刑法は、この点が大へんに特色を持っている。すなわち、わが刑法は、殺人の予備・教唆・幫助・未遂（201～203条）[201条が殺人予備、202条が殺人の教唆・幫助および囑託殺人、203条が未遂の規定である]以外の殺人そのものについては、わずかに「尊属殺人」を区別するだけで（200条）[現行法では削除]、全ての殺人について「人ヲ殺シタル者ハ・・・」という第一九九条があるだけである。

第二に、わが刑法は、「罪」の評価における裁判官のひろい裁量権に対応して、「罰」についてのひろい裁量権を裁判官に認めている。すなわち、――

職業裁判 [上部欄外]

(ロ) [原稿用紙一枚残りの部分空白]

量刑ノヒロサ [上部欄外]

(イ) [原稿用紙一枚残りの部分空白]

執行猶予 [上部欄外]

(ハ) [原稿用紙一枚残りの部分空白]

このような刑法の規定のしかたのもとでは、罪と罰が、どれくらいに不確定的、非固定的なものになっているかということ、殺人の場合を例として見ると、次のとおりである。

「人ヲ殺シタル者」に対する刑罰は、「死刑又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役」<sup>(2)</sup>というひろい範囲の中で、それぞれの事件ごとに個別的に決められるのであるが、さらに「酌量減刑」の規定（六八条三号）<sup>(3)</sup>によって、一年半の懲役にまで減刑することができ、その結果、一年ないし五年間その刑の執行を猶予することができることになる。（二五条）<sup>(4)</sup>。言いかえれば、殺人犯人は、極端な場合には、一年半の

(2) 刑法 199 条に定める殺人罪の現在の法定刑は、2004 年の改正により、「死刑又は無期若しくは 5 年以上の懲役」となっている。

(3) 「有期の懲役又は禁固を軽減するときは、その長期及び短期の二分の一を減ずる。」

(4) 刑法 25 条の規定は次の通り。

「次に掲げる者が三年以下の懲役若しくは禁固又は五十万円以下の罰金の言渡しを受け

刑に処する判決をうけ、且つ、もしその時から一年内に罪を犯さなかったら（その詳細については二六～二六ノ三条参照）<sup>(5)</sup> 「刑ノ言渡ハ其効力ヲ失フ」、<sup>(6)</sup> すなわち、全く刑罰を科せられなくなってしまうのである。

このような日本と外国の刑法のちがいは、どのように人々の法意識のちがいに裏づけられているのか。

従来、一般に法律学者は、これらの規定を、犯罪者の更生教化を刑罰の目的として考える「教育刑」、或いは「特別予防」（犯罪者個人が将来罪をおかすのを予防する）の思想、で説明している。法律の規定に望ましい意味内容を与え且つその正当性を論証することを任務とする実用法学が、今日の時点での合目的性の立場から右のように説明するのは、もとより当然であろう。しかし、歴史的事実として、刑法の前述のような規定が、そのような思想にもとづいて成立したのかどうか、ということとは別の問題である。

今日における右のような刑法の姿を決定した最初の段階は、明治三八年の執行猶予の制定<sup>(7)</sup>であったから、まずそれから出発しよう。まずわれわれの注目をひくのは、当時の日本よりもはるかに社会思想が進んでおり且つ民主主義的であった西洋の文明諸国で、執行猶予ないしそれに類似する制度の導入に対しつよい抵抗があったということ、その結果西洋の諸国では執行猶予或いは類似の制度の採用が日本よりもおくれたということ、それに反しわが国ではほとんど抵抗なしにこの制度—しかも、もっとも大はばに刑罰を軽減する制度—が導入されたという事実である。当時日本で執行猶予制度が採用されたのは、犯罪者個人の更生教化という個人主義的

---

たときは、情状により、裁判が確定した日から一年以上五年以下の期間、その執行を猶予することができる。

一 前に禁固以上の刑に処せられたことがない者

二 前に禁固以上の刑に処せられたことがあっても、その執行を終わった日又はその執行の免除を得た日から五年以内に禁固以上の刑に処せられたことがない者」

この執行猶予に関する刑法 25 条は、2013 年法律 49 号により改正されたが、2014 年 11 月現在、未施行であり、2016 年までに施行されることになっている。

(5) 刑法 26 条から 26 条の 3 までの条文は、いずれも刑の執行猶予の取り消しに関する規定である。

(6) 刑法 27 条の全文は「刑の執行猶予の言渡しを取り消されることなく猶予の期間を経過したときは、刑の言渡しは、効力を失う。」現行法のこの規定は 2013 年法 49 号により改正されたが、2014 年 11 月の時点で未施行であり、2016 年までに施行されることになっている。

(7) 「刑ノ執行猶予ニ関スル法律」明治 38 年 3 月 31 日法律第 70 号。

思想にもとづく教育刑理論によるのではなく、次のような事情によるのであった。

*[以下原稿用紙の残りが空白]*

問題であるのは、そのような意図をもってする執行猶予制度の導入に対して、西洋諸国におけるような抵抗がなかったということである。それは、罪と罰とについて一般国民の次のような意識があったからだ、と私は考える。私の考えるところによれば、それは次の二点に要約できる。その第一は、罪と罰とは、あらかじめ確定的・固定的な類別で定めることはできない（或いは、定めるべきではない）ものであり、具体的な行為ごとに、行為当時の種々の事情のみならず行為後の事情をも考慮して（したがって罪の性質は行為後にも変り得る）判断されることを要する、という考えであり、その第二は、罪と罰は論理や理性だけで判断されるべきでなく、

*[以下原稿用紙の残りが空白]*

罪と罰とについてのこのような意識を指摘するのは、小野清一郎博士である。

*[以下原稿用紙の残りが空白]*

ここに説かれているところを私のことば—概念スキーム—で言いなおすと、次のとおりである。すなわち、日本人は、罪と罰との確定的・固定的な対応関係を承認しない、或る行為の「罪」としての性質は確定的・固定的に定めることはできず、罪をおかしてもその罪としての性質は確定せず、行為者のその後の心情や被害者の心情等によって罪は変り得る、したがってそれに対応して罪もまた不確定的であり、また、それゆえ人は処罰を決断することをちゅうちよするるのである。このような意識ないし態度が、直接に仏教によって決定されたものであるのか、それとも仏教によって言語的表現を与えられたものであるのか、はなはだ興味のあるところであるが、それは歴史学者や思想史学者の研究にゆずるほかはない。ともかくも、このような法意識があるところでは、執行猶予制度を導入することに何の抵抗もおこらないのは当然であり、むしろ法律の規定の固定性を緩和するために望ましいのである。

このような意識から見れば、刑法の規定において罪および罰の内容の確定性の程度が低いことは、当然であるのみならず、むしろ望ましいものとなる。殺人という、もっとも「わるい」行為について見ても、それに対する刑罰との対応関係は、確定的・固定的なものではなく、具体的な諸事情のもとでその対応関係は多様であり得ることが、予定されているのである。また、後に述べるように、その「罪」

〔「わるい」という性質〕は、犯罪行為の後の事情—特に、行為者の後悔とか陳謝とか、或いは被害者の宥恕とか—によって、変り得るのである。

文明の未発達な社会においては、罪と罰の関係についてタリオ **talio** というものがある。タリオというのは、いわゆる「目には目を、歯には歯を」ということばで表現されるように、罪によって第三者に与えた害ないし苦しみと同じ害ないし苦しみを、罰として、罪を犯した者に加える、という制度、或いはそのような罪と罰との対応を当然と考える（或いは、要求する）意識ないし考え方である。タリオは、犯罪者或いは当該の社会に罰がもたらす効果についての「合理的」な考慮の結果考えたものではなく、いわば罪に対する怒りからでた情動的反応である。そうして、このような反応—或る意味では、原始的な反応—は、今日の文明諸国においても容易にはなくならないで、種々の犯罪と刑罰との対応関係として根づよく残存しているのであるが、わが国においても決してなくなっているのではないように思われる。そのもっとも印象的なできごとは、松川事件<sup>(8)</sup>の被告人に対し無罪の判決が下されたとき、松川事件で家族を失った遺族が、この判決に対して次のようなことばを語った（と伝えられている）ことである。

*[以下原稿用紙の残りが空白]*

そこでは、罪に対する報いとしての罰がつよく希望されていること、だから罰が下されるまでは怒りの感情はしずめられないこと、そうして、そのような感情から出発して、犯罪が立証されなかった被告人に対する処罰すら希望されているかにみえること、がきわめて印象的のうかがわれるのである。だから、わが国民だけが、西洋諸国にくらべてはるかに早い時期に、罪に対するこの非合理的な反応から脱却して高度に合理的な—今日の西洋諸国民もまだ達していないほど高度に合理的な—考え方に到達していた、と考えるのは、いささか—或いは、はなはだ—早計である。要するに、私をも含めて日本人一般に一理性的な考えかたになれている少数の人々をのぞいて—、罪と罰とのあいだのタリオ的観念が存在する、と考えてよいように思われる。問題はむしろ、タリオ的観念のあり方にある。すなわち、西洋社会では、罪そのもの、したがってまた罪と罰との対応を確定的・

(8) 1949年8月に福島県松川町を通過中であった東北本線より列車が脱線転覆し、蒸気機関車の乗務員3名が死亡した事件。当時解雇されていた元国労組合員と、国労福島支部および東芝松川労組の幹部が起訴された。

固定的なものと考えのに対し、わが国では、罪と罰の対応を肯定しつつ、罪一行為の「わるい」程度一を常に確定的・固定的でないものとして予定しているから、それに対応して罰も不確定的・非固定的なものとならざるを得ないのであり、そのようなものとしては、罪と罰とのあいだにはやはり応報的な対応関係が肯定されているのではないか、と思われるのである。

\* 私がここに述べたところは、わが国には応報の観念がないと言われる小野博士の見解と、実質的には矛盾するものではなく、博士がそのようなことばで言われるところを、別の解釈で説明しようと試みたものであるように思われる。

罪についての右のような意識は、刑罰についてのわが国の思想とも深く関係している。西洋諸国では、刑罰には、一般社会人に犯罪行為を思いとどまらせる作用があるのだという一いわゆる「一般予防」(一般社会人の犯罪行為を予防する)一、目的=合理的(zweck-rational)な説明が有力であるが、わが国では「一般予防」という考え方は、「全く」と言ってよいほど無力であり、刑罰についての目的=合理的な説明としては、犯罪行為をした者が再び犯罪行為をしないように予防する一いわゆる「特別予防」或いは「教育刑」一という考え方が、圧倒的に有力である。ひとしく、刑罰について目的合理的な考慮をめぐらす場合に、西洋と日本とのあいだにこのような正面からの対立があるのは、おそらく、わが国では行為者の心情によって罪の「わるさ」の程度を考え、それに応じて刑罰を考える、という前述のような伝統的な法意識があり、そのような意識一おそらくは心理の深層にある非合理的な反応一の基礎の上で、問題を考えるからである。ことに、今日の社会学の理論として、サンクションが一般社会人に対し、当該行為に対する社会の反応を知らせることによって、当該行為が起るのを予防する作用をもつことが、経験的事実として述べられているのに、わが国の法律家ないし法律学者が、刑罰のこの側面に全く関心を示さないのは、そのような機能の存在を知らないからではなくて、これを是認しないからであり、そうしてそれは、罪についての前述したような意識の基礎の上で刑罰の目的=合理的な説明を求めているからである、と私は考えるのである。

この点に関連して興味があるのは、先年日本とアメリカの新聞をさわがしたジラード事件<sup>(9)</sup>に対する社会の反応である。まず事件は次のようなものであった。

(9) 1957年1月に群馬県の米軍演習場で葉莢拾いをしていた主婦が、米軍兵士ウィリアム・

[以下原稿用紙の残りが空白]

アメリカ諸州の法律によれば、殺人事件は陪審にかかるから、陪審が事実をどう判断するかという問題はのこるが、もし日本の官憲が調査した裁判所が裁判によって認定したように、年老りの婦人をねらって射ちころしたのだとすれば、いわゆる一級殺人 (first degree murder) であり、死刑をまぬかれないはずである。アメリカでジラードに対する日本の裁判権を否定するつよい政治的動きがおこったことには、この場合の殺人に対してこのような刑が期待されたという事情が影響していたと想像される。ところが、アメリカ人よって「犬」とののしられた日本の裁判官は、ジラードに対して執行猶予の判決をした (東京地方裁判所昭和〇〇年〇月〇〇日判決〇〇〇〇)<sup>(10)</sup>。そうして、ジラードは英雄のごとく意気揚々と日本を去った、と伝えられた (〇〇〇〇〇〇〇〇もし、この新聞報道が正しかったとすれば、そのような彼の態度は、死刑或いはそれに近い刑罰をおそれていた彼が、無罪判決にも近い裁判をうけて意外に思い、アメリカ合衆国ないしアメリカ合衆国軍隊が日本の裁判所に与えた影響力の偉大さを感じて、征服者の優越感を感じたからであろうか、と思われる。だが、興味があるのは、ジラードの反応だけでなく、この判決に対する日本人およびアメリカ人の反応である。私は、この判決の後まもなくアメリカに行ったとき、この問題について私が話をしたアメリカ人の大部分の人々にとっては、ジラードに対する執行猶予判決は全く意外であったようで (多くの人は、日本刑法の「執行猶予」が事実上の無罪判決にひとしいことを知らなかった)、私はしばしば次のような質問をうけた。「日本の裁判所があのような軽い刑罰を科したのは、アメリカ政府や軍隊が種々の形で圧力を加えたからだというふう感じて、日本の人々はアメリカに対してつよい反感を感じているのではないか。」

[以下原稿用紙の残りが空白]

しかし、日本における反応は、これとはよほどちがっていたように思われる。ねらいを定めて射ち殺したという行為に対する刑罰としては軽すぎるという感じはあったが、後に述べるように、横断歩道にあるいている子供の一群のなかにトラックを疾走突入させた運転手に対してさえ、〇〇〇〇〇〇の判決が下されるのを知って

---

ジェラードに射殺された事件。

(10) ジラード事件の判決は、前橋地方裁判所昭和 32 年 11 月 19 日判決である。判決文については、参照、「いわゆるジラード事件の判決」判例時報 131 号 (1957 年) 4—7 頁。

いる日本人にとっては、ジラード裁判は、少なくともアメリカ人に与えたほどのショックはなく、裁判前にアメリカ政府や軍隊から日本の政府や裁判に加えられた一種の圧力を思いだして、それとの関連で不愉快になる、という程度のことが、多くの人々の反応ではなかったかと思われる。このようなわれわれ日本人の反応は、殺人に対する刑罰が固定的にきまっていないで、それぞれの場合の事情に応じて殺人に対する道徳的且つ法律的評価が変り得るものであることを豫定し、それに対応して刑罰も変り得ることを豫定しているからだ、と私は考えるのであるが、これは殺人だけに限定されているのではなく、ひろく罪と罰一般について見られる現象であることは、以下に述べるところからも推測されるのである。

同様のことは、「罪」の限界的な場合に一そう明瞭にあらわれる。いわゆる「やみ米」の売買を禁止する食糧管理法の規定（同法の現在の規定では、第八條ノ四第二項第三項・第三一條・第三二條第一項第二号）<sup>(11)</sup>や、自動車のスピード違反や駐車違反を罰する道路交通取締法の規定（同法第七條・第二八條第一号、第二一條・第三〇條）<sup>(12)</sup>は、日常生活の中では「罪」の意識を伴わない行為を、あらたに法律で禁止して処罰するものである。したがって、これらの規定ができて、直ちに一般国民がそれらの行為について罪の意識をもつようになるわけではない。

- (11) 食糧管理法第8条の4第2項「販売業者は農林大臣の指示及第8条の2第2項の規定による都道府県知事の指示並に前条の購入券の記載する所に従い且当該購入券と引換に又は当該購入券に必要な事項を記入するに非ざれば米穀類を売渡すことを得ず」。同法同条第3項「販売業者又は消費者は購入券の記載する所に従い且当該購入券と引換に又は当該購入券に必要な事項の記入を受くるに非ざれば販売業者より米穀類を買い受くることを得ず」。同法第31条「第8条の4第1項若は第2項若は第8条の5の規定又は第9条第1項若は第10条の規定に依る命令に違反したる者は10年以下の懲役又は10万円以下の罰金に処す。同法第32条第1項第2号「左の各号の一に該当する者は3年以下の懲役又は3万円以下の罰金に処す。二 第8条の4第3項の規定に違反したる者」。
- (12) 道路交通取締法第7条第1項で「車馬又は軌道車の操縦者は、無謀な操縦をしてはならない。」と規定し、同条第2項本文と第5号で「前項において無謀な操縦とは、左の各号の一に該当する行為をいう。」「五 法令に定められた最高速度の制限を超え又は他の交通に対し不当に迷惑を及ぼすような方法で、諸車又は軌道車を運転すること。」と定めている。第28条は第7条第1項の禁止規定の違反者に対し、3ヶ月以下の懲役、5千円以下の罰金又は科料の法定刑を定めている。また、同法21条第1項は「停車若しくは駐車の意義若しくは方法又は停車若しくは駐車を禁止する場所について必要な事項は、命令でこれを定める。」とし、同法30条は、この命令の違反に対して、3千円以下の罰金又は科料の罰則を設けることができる、としている。交通取締法は1960年に道路交通法へと全面改正がなされた。岩波新書『日本人の法意識』は1967年に刊行されているが、原著原稿は1960年以前か、以後でもあまり間のない時期に執筆されたと推定される。

だから、これらの行政罰をもってする禁止に対しては、おそらくこの国でも、一般国民の違反が起こりがちである。そこで、このような事態に対して、違反行為の処罰を担当する政府機関はどのような態度をとるか、ということが問題となる。

やみ米の売買や自動車の交通法規違反に対する警察の取締方針は、きわめて特色的である。今日では、やみ米売買の取締は無いのにひとしいが、「職務完遂」のために取締らなければならなかった時でさえ、その取締の基本方式は今日の交通取締と同様であった。すなわち、警官は違反を発見しても必ずしもこれを送検せず、むしろ、はじめて発見された者は説諭して見のがし、そのかわり時々、一定の期間を定めて取締を強化し、その期間中に発見された違反に対しては処罰を原則とする、というやり方がそれである。今日の自動車交通取締も全くこれと同じで、スピード違反を見つけても必ずしも処罰しない、むしろ運転免許証に前科の記録がない場合には見のがしてくれる、そのかわり時々「交通安全週間」とか「交通非常警戒」を宣言し、その期間中は厳格に法律にしたがって処罰し、それがすぎると監視をゆるめ、処罰もゆるめ、交通危険週間がはじまる、というやり方である。私は、このような法の実施方法について何回か反対をとなえたことがあるが、常に処罰によって交通規則を守らせることはできない、という反対論を聞くのであった(私が知っているかぎりでは、馬場義統氏(現検事総長)が、食糧管理法実施当初に、違反者を例外なく処罰するという方針をとらなかったことは、失敗だった、と私に語られたのが、ただ一人の例外である)。

思うに、このような法律の実施方法は、右に述べたような法意識によって裏づけられているようである。これらの違反に対しては、一般国民のあいだには、殺人や窃盗に対するような強い罪の意識がなく、たとえ法律で刑罰をもって禁止されていても、「一回くらい違反してもいいじゃないか」という気持—あたかも家賃の支払が「一日や二日おくれてもいいじゃないか」(■■■■の衆議院議員の発言参照)と思うのと同じように—が支配している。取締にあたる警官も、警官を指揮する検察当局も、そのような日本国民であり、またそのような国民の意識を理解し、その結果、取締のしかたもそのような意識に対応して調整される。だから、「一回や二回違反してもいいじゃないか」というのが、今日の交通取締の基本方針となっている(少なくとも、国民には、そう見える)のである。

ここには、西洋の考え方との決定的な対立的な差異がある。西洋では、免許証が



「きれい」であるか否かは問題にせず、いやしくも違反があれば必ず処罰される。私は、ドイツの山の中で、追越禁止の線に入った直後のところで追越をして、停止を命ぜられ、数マルクの罰金を現場で払われた経験がある。「追越禁止ラインに入ったばかりだから、いいじゃないか」などという考え方は通用しない。法律は機械のごとく適用される。罰金を払ったら、警官は受けとり（金額が印刷されていた）をくれて、Danke schön. Glückliche Reise!（「有難う、よいご旅行を」）とあいさつをしてくれた。アメリカのカリフォルニアでは、「アメリカ自動車協会」（American Automobile Association）の事務所に行って、自動車旅行の地図をもらい説明をきいているうちに、駐車時間が終わりそうになったので表へ出ていったら、運わるく一分すぎであったのに、違反のチケットがワイパーにはさんであった。これを払わなければ、最後は車のナンバーをとられてしまうのだそうである。

このような厳格な機械のような処罰は、わが国では行ってなく、「杓子定規」の、「ゆう通がきかない」、「情容赦のない」やり方であると思われがちであり、また取締る側もそう思っているのではないかと推測される。事実、交通取締にあたる警官は、「交通安全週間」でないかぎり、西洋諸国にくらべると大へんにやさしく、いんぎんていねいにあやまったり免許証に前科の記載がなかったりすると、違反を見のがす、という「温情あふるる」取締をするのが常である。もちろん例外もあり、機械のごとく法規を適用する警官もあるが、そういう警官は、「ゆうづうのきかぬ、杓子定規な人間」として非難される（少なくとも、当該の違反者から）。要するに、わが国では、「法」について民衆がもっているイメージは、はなはだ特色的である。西洋諸国では、民衆が「法」についてもっているのは、「権威ある厳格な父親」のイメージであると言われるが（Jerome Frank: Law and the Modern Mind 19□□）〔刊行年は1930年〕、それに比較すると、わが国における法のイメージは、「幼い子を甘やかしてくれる温情ある母親」である。

だが、このようなイメージのもとになっているところの右のような法の実施方法では、まだ「罪」の意識が確立していないような違反行為をなくして、一定の行動の型を厳格に守らせるという行政の目的を達することはできない。交通の安全を保持し人身と財産とを守るためには、「例外なく」法を順守させることが必要である。それには、処罰によって一般社会人に法の禁止事項を知らせ印象づけ（このことは、好むと好まざるとにかかわらず存在するところの・社会的サンク

ションの重要な機能である)、その違反について罪の意識を植えつけることが必要である。殺人窃盗のように、すでに当該行為についての罪の意識が高い程度に普及し確定されている場合には、「特別予防」的な政策的考慮で処罰をすることによって法律の目的を達することができるであろうが、そうでない行政上の禁止については問題は同一ではないのである(アメリカのいわゆる「西部」辺境地区であるカリフォルニアでは、自動車の運転は「荒っぽく」、「無謀操縦」が多かったが、警察による厳格な取締を行った都市から順々に(自治体警察制度)交通規則が守られるようになった、と言われている)。それにもかかわらず、現在のような取締方法が維持され、法が依然として母親のごとく機能しているのは、国民の心の深層部にある右のような法意識のゆえであろうと思われる。

右に述べたような罪と罰との意識の例証となるもう一つの制度は、刑事訴訟法(第二四八条)に規定されている起訴便宜主義と呼ばれる原則である。それは、「犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の情況により訴追を必要としないときは、[検察官は]公訴を提起しないことができる。」というのである。

この規定は、たとえ法律の規定するところによれば罪に該当する行為であっても、もっぱら犯人個人の事情から見て(すなわち、「特別予防」の見地から)「訴追を必要としない」という検事の考え一つで、起訴しないことができるというのであるから、罪と罰との対応ということを確定的固定的なものとして考える立場に立つならば承認され得ないものである。しかし、前述したように、刑法自身が罪について柔軟な考えを持っているのであり、そうして、刑罰というものをもっぱら犯罪行為者本人の教育という「特別予防」の立場からのみ考えるかぎり、法律が検察官に右のような権利を認めるのは、言わば当然である。そうして、このような制度に対しても、罪と罰との対応ないし「一般予防」という立場からの批判ないし反対がほとんどとなえられたことがない、と言う事實は、あたかも執行猶予制度に対して同様の反対ないし批判がなかったという事実とともに、罪と罰についての前述したような国民一般の意識を反映している、と考えられるのである。

類似の制度として、

[以下原稿用紙の残りが空白]

[以下の段落には明らかに先行頁があると思われるが、原著原稿には含まれていない。上部欄外右側に執行猶予という記載がある。]

することは、無理であることは言うまでもない。日本ではようやく第一次大戦後になって民主主義的思想が或る程度社会の中で、また法律の上で、承認されるようになったのであり、また合理主義的な考えかたも、ようやく今日になって徐々にわれわれの生活のなかに根をおろしはじめたにすぎないからである。

また、当時の日本人—特に法律家や議員たち—が教育刑理論、刑罰の個別予防主義という進歩的な思想を理解したからだ、という説明も適用しがたい、と私は考える。たしかに、進歩的思想をもつ法律家や議員が当時いたであろうことは、推測することができる。しかし、そのことと前述のような法意識とは別の問題である。もし当時の議会の議員の過半数が、罪と罰とを、ヨーロッパやアメリカの人々のように確定的且つ固定的なものとして考えていたとしたら、執行猶予制度が抵抗なしに議会で承認されるはずはなかったのである。また、日本では、裁判官が尊敬され信頼されていたとか、執行猶予制度によって刑が軽くなるのだから国民に不利益はない、ということも理由にはならない。何故かと言うと、法律家や議員たちは、自ら刑が軽くなることによって利益をうけることを予想するはずはなく、むしろ社会を犯罪からまもることを考える立場、犯罪者を処罰することの方に焦点をおいて考える立場にあるのであり、またもし罪と罰との対応を確定的且つ固定的なものとして考える意識をもっていたとしたら、刑が不確定・非固定的なものとなることに対して理論をこえた反情を示すはずだからである（罪および罰については、今日でも多くの文明社会では、理性や理論によってよりも、怒りや悲しみや同情などの感情によって、判断する傾向がつよく、このことは今日のわが国においても異なる）。

[原著原稿終わり]