

二〇二〇年度 法学部研究教育振興会主催 講演会

刑法の意義について

熊本大学法学部教授

岡田 行雄

九州大学名誉教授

内田 博文

一 近代刑法の誕生

(1) Ancien régime (アンシャンレージュ：古い体制) 下の  
刑罰制度

内田：ただいまご紹介頂きました内田です。こうやって皆さん方の前でお話する機会を頂きましてとても嬉しく思っています。「刑法の意義について」というテーマで少しお時間を頂いてお話をさせていただきます。事前にお手元にレジュメをお配りし

て頂いているかと思います。そのレジュメの順番に従ってお話しさせていただきますので、よろしく願います。

最初に、近代刑法の誕生ということについてです。刑法は全く異なった二つの顔を持ちます。国家権力などによる人権蹂躪を正当化するという顔がその一つです。アンシャンレージュの刑法の顔は、専らそのようなものでした。フランス語に言うアンシャンレージュとは、フランス革命以前のブルボン朝、特に一六世紀から一八世紀にかけての絶対王政期のフランスの政

治・社会体制を指します。アンシャンレージュムの刑罰制度は、王権神授説と結び付く贖罪応報思想と、絶対王政の権威を示す一般威嚇思想とに基礎付けられていました。法と宗教道徳との不可分性、身分による不平等性、罪刑専断主義、刑罰の過酷性、連座・縁座制などがその特徴でありました。ここに罪刑専断主義とは、何が犯罪で、どんな刑罰が科せられるかは事前に決まっておらず、裁きの場で裁判官などが即決することが専らというものでした。どの犯罪に対してどの刑罰、死刑、肉体刑などが科されるかは事前に決まっておらず、裁判官などがその場で刑を一方的に決めました。法と宗教道徳とは不可分で、犯罪は不敬罪と不敬神罪が中心でした。不敬罪とは国王の権威を犯す罪で、権威を犯したかどうかは国王が判断しました。何が不敬罪になるかを人々は事前に知ることはできませんでした。不敬神罪は国教とされる正統キリスト教を信じない罪です。異端とされる非正統キリスト教や、キリスト教以外の宗教を信じるなどが犯罪とされました。正統かどうかはキリスト教会が一方的に決定しました。正統といくら信じて異端とされることは少なくありませんでした。百年戦争において危機的な状況にあったフランスを救い、国民から「神の使い」として崇められたジャンヌ・ダルクは、イギリス軍によってですが、異端の罪で火炙りの刑に処せられました。今は、彼女は聖人として敬われています。刑罰の中心は残虐な死刑、例えば引き裂き刑などや、手足、耳、目などを切断する肉体刑などでした。罪人に

は刺青も入れられました。死体を埋葬することも認められませんでした。連座・縁座というのも特徴でした。連座・縁座とは、重い罪については犯罪者の家族、縁者、その他の関係者が連帯責任として罰せられることでした。自殺者の死体は燃やされた上で、町中を引きずり回され、ゴミとして捨てられました。遺族も処罰されていました。魔女狩りに関して魔女とされ、火炙りに処された者の子どもも鞭打ちに処せられたという例が報告されています。没収刑として、全ての財産を没収する全財産没収が行われました。お金の他、土地、家屋、家財、その他一切の物が没収されたために、罪人の家族は放浪の旅に出ざるを得なくなりました。家族に宿を提供したり、食べ物や飲み物を提供することも禁止されました。

有罪とするためには自白が必要だということから、自白を獲得するために様々な拷問、例えば鞭打ち、石抱、海老責、釣責などが考案されました。釣責とは、容疑者の両腕を背後にねじり上げ、両腕を縛り上げてから吊るすというものでした。鉄の処女という拷問もありました。容疑者は、この鉄の処女と呼ばれる鉄製の像の内部の空洞に入れられ、扉を閉じられました。像の内部には金属製の鋭利な針が網の目のように張り巡らされていた。容疑者が少しでも動くと、この鋭利な針が突き刺さって激痛が走る。その苦痛で顔が歪むのを遠くから見ると笑って見える、このような拷問具でした。人間の内心に潜む非人道性により、ありとあらゆる身震いするような残虐な死刑、

肉体刑、そして拷問が考案されました。同じ罪を犯しても、身分によって刑は不平等でした。熱した鉄アイロンを身体にあてる刑も、貴族などに対しては冷えた鉄アイロンをあてる刑にしばしば変更されました。イタリアのベツカリーアなどが代表する啓蒙主義思想は、刑法のパラダイムの転換を図ろうとしました。刑法の役割を、市民の生命、身体、自由、財産を保護し、国家権力による人権蹂躪を防止することに置きました。刑法制度を宗教と王権の権威から解放し、人間の合理性、理性によって基礎付けようとなりました。刑罰権の根拠と限界を社会契約説によって基礎付けることから出発し、合理的、目的論的刑罰観に基づいて次のような主張を展開しました。法と宗教道德の峻別、犯罪刑罰における平等、罪刑法定の厳守、罪刑均衡の厳守、過酷な刑の廃止、個人責任（犯罪行為を行った者だけを処罰する）。こういった原則がそれでした。

## （二）刑罰制度の改革は市民革命の改革課題

一七八九年に始まるフランス革命の発端は、王政の象徴とされたバステュー監獄の襲撃でした。アンシャンレژیムの不正の中でも、最も不正なものが刑罰制度であると人々は考えたからです。それほど人々はアンシャンレژیムの刑罰制度に怒りを抱いていました。フランス革命の勃発直後に、国民議会が制定した「人及び市民の権利宣言」、いわゆるフランス人権宣言は、野蛮に満ち満ちた刑罰制度を、理性と文明に裏付けられ

る刑罰制度に転換させることを意図しました。刑罰制度におけるパラダイムの転換も、人権宣言の大きな狙いでした。内心の自由を始め、市民の様々な自由を最大限に尊重するという観点から、内心は犯罪の対象としてはならない、行為のみが犯罪の対象になる、かつその犯罪の対象となる行為は、人の死など社会に有害な結果を引き起こす行為でなければならぬとされることになりました。行為であつても社会有害結果を発生させないものは、犯罪の対象から除かれるということになりました。これは社会有害原則と呼ばれました。

世界最初の人権宣言である一七八九年のフランスの「人及び市民の権利宣言」は、その第四条で自由とは他人を害しない全てのことを為し得ることにあると規定し、またその第五条で、法律は社会に有害な行為しか禁止する権利を持たない、法律によって禁止されていないすべての行為は妨げられず、また何人も法律が命じていないことを行うように強制されないと規定しました。内心の自由を含む自由を保障すると共に、この自由の保障に基づいて社会有害行為のみを犯罪にし得るとしました。これにより、犯罪観の大転換が図られることになりました。人権宣言は第八条後段で、何人も犯行に先立つて設定され、公布され、かつ適法に適用された法律によらなければ処罰されないと規定しました。この規定により、罪刑法定原則が近代刑法の基本原則とされることになりました。何が犯罪で、それに対し科される刑罰が何かを、国民の代表者から構成される議会で制

定された法律であらかじめ規定しておかなければならないとされることになりました。人権宣言は第八条前段で、法律は厳格かつ明白に必要な刑罰でなければ定めてはならないと規定しました。

残虐な刑罰の禁止は、フランス人権宣言では明文では謳われませんでした。暗黙の前提とされました。刑罰も残虐な刑罰から人道的な刑罰へと転換が図られました。死刑廃止、肉体系刑の合意が市民の間で形成されました。残虐な刑罰は第八条前段で言う「厳格かつ明白に必要な刑罰」には該当しないとされました。死刑、肉体系刑に変わって自由剥奪刑、懲役刑や禁錮刑、財産刑、罰金刑などが人道的な刑罰だと考えられるようになります。全財産没収も禁止されました。身分による不平等も禁止されました。人権宣言の第六条は、法律は保護を与える場合にも、処罰を加える場合にも、すべての者に対して同一でなければならぬと規定しました。前近代的な団体責任は退けられ、個人責任が謳われることになりました。罪を犯した本人だけでなく、犯人と何らかの関係を持つ一定範囲の他人にまで連帯責任としての刑を科す連座・縁座も個人責任に反するとして禁止されることになりました。人権宣言は、拷問の廃止、その他刑事裁判の人道化、適正化についても規定しました。第七条は、何人も法律が定めた場合でかつ法律が定めた形式でなければ訴追され、逮捕され、または拘禁されない、恣意的な命令を要請し、発令し、執行し、または執行させたものは処罰され

なければならぬと規定しました。被疑者・被告人の防御権の保障という観念が初めて打ち立てられることになりました。またその第九条は、何人も有罪と宣告されるまでは無罪と推定される、故に逮捕が不可欠と判断された場合でも、その身柄の確保にとって不必要に厳しい強制は、すべて法律によって厳重に抑止されなければならぬと規定しました。自由の保障という観点から、未決段階の有罪推定から無罪推定へと大きくパラダイムが変換しました。自白獲得のための拷問なども、もちろん禁止されました。

### (三) フランス一七九一年刑法典の制定

一七八九年のフランス人権宣言を受けて、世界で最初の近代刑法と言われる、フランス一七九一年刑法が国民議会によって制定されました。市民による、市民のための、市民の刑法という意味で、市民刑法と呼称されました。その意義も、市民の利益を守るということに求められました。イタリアの啓蒙思想家のベッカリアなどの個人主義的な刑法理論の強い影響を受けて罪刑の法定、罪刑の均衡、刑罰の一身専属制、残虐な刑罰の禁止などの近代刑法の諸原則が明文で盛り込まれました。一七九一年刑法典では、犯罪の保護法益は市民の利益とされました。責任原則、連座・縁座の廃止も採用されました。原案の段階では死刑は全廃とされていましたが、議会のその後の審議で復活され、一部の重大犯罪に限って死刑が認められることに

なりました。ただし、残虐な死刑執行は嫌われ、最も苦痛の少ない絞首刑、考案者の名前をとってギロチンと言いますけれども、が規定されました。

犯罪は国家に対する罪と、個人に対する罪とに分類されました。フランス人権宣言第二条は、国家の意義は時効によつて消滅することの無い人の自然的な諸権利の保全にある。これらの諸権利とは自由、所有、安全及び圧政への抵抗であるとし、第三条はすべての主権の淵源は本質的に国民にある、いかなる団体も、いかなる個人も国民から民主的に発しない権利を行使することはできないと規定しました。この国民国家、市民国家の存立と作用を守ることが国家に対する罪の意義とされました。自由、所有、安全及び圧政への抵抗という、市民の自然的な諸権利の保護と矛盾するような国家に対する罪、例えばアンシャンレジームに見られるような不敬罪、不敬神罪などは認められないということになりました。個人に対する罪は自由、所有、安全及び圧政への抵抗という市民の自然的な諸権利を保護するものとされました。これらの犯罪は、重罪、軽罪、違警罪に分類され、刑もそれに従つて区分されました。裁判所の管轄や手続もこれに応じて区分されました。刑の中心は懲役刑、禁錮刑、罰金刑などに置かれました。

ナポレオンが一八〇四年に即位し、帝政になったことから、刑法も一八一〇年に全面改正されました。総則規定は置かれず、各罪を規定する中で正当防衛などの規定も置かれました。多く

の特別刑法犯も規定されました。自由主義的な性格はかなり後退しました。それでも一八一〇年刑法は、個人主義刑法、市民刑法の枠内に留まるものでした。日本の刑法にも大きな影響を与えました。

日本における最初の近代的な刑法は、一八八〇年(明治一三年)にフランスの一八一〇年刑法をモデルにして制定された旧刑法でした。明治維新の王政復古から旧刑法の制定に至るまでに、一八六八年の仮刑律、一八七一年の新律綱領、一八七三年の改訂律令が制定されました。仮刑律は、七世紀初頭の大宝・養老の律に拠りつつ、中国の明律、清律をも参考にし、徳川幕府の公事方御定書なども加味したものでした。裁判準則に過ぎず、公に発布されたものではありませんでした。一九二条からなる新律綱領は、官吏に対して発布され、諸藩も含めて全国的に施行されましたが、その体裁は仮刑律と異なりませんでした。改定律令は逐条体の体裁をとり、欧米の近代刑法の影響を受けて刑罰を簡略化して残酷な刑を廃止し、懲役、禁錮刑を採用しました。しかし、その他の内容形式は封建刑法のままでした。罪刑法定原則を正面から否定する規定が置かれました。封建的身分による差別的処遇も是認されました。明治一三年の旧刑法により、罪刑法定原則が日本で初めて規定されました。旧刑法は犯罪の成立要件に故意、過失、責任能力を要求し、結果責任主義を退け、近代刑法の基本原理である責任主義を確立しました。そしてそれまでの刑律にあった、僧や武士といった特

定の身分に対する優遇措置を廃止しました。しかし旧刑法は、諸外国との間に結ばれた不平等条約を解消するための対外的なデコレーションという側面が強く、刑事政策の実際は一八八七年の保安条例、一九〇〇年の治安警察法などの治安刑法や、一八八四年の賭博犯処罰規則、一八九〇年の「命令ノ条規違反ニ関スル刑罰ノ件」などの行政刑法が担いました。旧刑法の施行直後から、明治維新体制に見合った刑法にすべきだとの全面改正の動きが政府から出てきました。一九〇七年(明治四〇年)の現行刑法の制定へとそれが繋がっていきました。

岡田…オンラインで聴講している学生から次のような質問がありました。フランスの刑法では、元々人権宣言の段階では死刑の廃止ということも念頭に置かれ、そして一七九一年刑法では、死刑というのは出来るだけ少なくしていましようとなっていたにもかかわらず、一八八〇年の日本の旧刑法では必ずしもそうなっているのは何故か?というものです。

内田…旧刑法を制定する過程で、フランスのお雇い外国人のボアソナードは自分の母国のフランス刑法を参考にしたような条文にしたんですけれども、その後日本の内部で、そのボアソナード原案をチェックするという過程でかなり修正が加えられました。つまり、原案があまりにも過激すぎる、急進的すぎるということ、かなり骨抜きと言いましょいか、修正されました。

その結果として旧刑法になったという訳ですので、旧刑法というのは、フランスの一八一〇年刑法をモデルにしていますけど、全くそのコピーではなくて、かなり日本的な変容が加えられたものだと思えます。

岡田…続いての質問です。これはフランスの場合にも当てはまるだろうと思うのだが、例えば、フランスの一七九一年刑法、あるいは一八一〇年刑法ができたように刑法が新しく生まれ変わったときに、それ以前の刑法で処罰された、つまりアンシャンレژیムの刑法で処罰された人たちの扱いというのはどうなっていたのか?つまり、新しい法改正によって、以前の刑法で罰されていた人たちの扱いはそのままなのか、それとも変わるのか、という点です。

内田…刑法では事後法の禁止というのがありまして、刑罰が新たに變更されるとか、新たに犯罪が規定されるとい場合、それを遡ってその法律制定以前の犯罪行為にそれを適用するということは一般的には事後法の禁止ということで認められていないんですけれども、例外はありまして、その行為者とか被疑者、被告人に有利な方向で事後法を適用することは認められています。おそらく、アンシャンレژیム期の非常に酷い刑罰制度の下で、有罪にされたとか、獄に囚われていた人たちは、フランス革命によって釈放するということが行われたんだろうと

思います。但し、その段階では事後法の禁止というような刑法ができていない段階ですけれども、アンシャンレージュの非人道的な刑罰制度の下で獄に繋がれた人たちを、それこそ釈放するというのが、革命の非常に大きな眼目の一つになりますので、監獄を襲って、そこに収容されている人たちを解放するということが行われたと思います。

## 二 治安維持法の猛威

(一) 一九二五年に共産主義運動を抑圧することを名目に制定  
一九二五年(大正一四年)に治安維持法が制定されました。治安維持法は市民刑法と言わば対極にある法律でした。治安維持法というのは単一の法律ではなく、改正される毎に全く新しいものになるというものでした。ホップ・ステップ・ジャンプという形で拡大していきました。一が百になり、その百が一万になる、点が面になる、面が日本全体を覆う、日本人全体に適用される、こういう形で幾何級数的に拡大していきました。治安維持法の前身となったのが、関東大震災の混乱に備えるということを名目にして一九二三年(大正一二年)に制定された、緊急勅令の治安維持令でした。

この治安維持令に変えて治安維持法が制定されました。同じ治安維持という言葉を使っていますが、中身は全く違っていました。治安維持令は、いわゆる言論出版規制でしたが治安維

持法は結社規制、団体規制を内容としていました。当初政府は、共産党とか非合法政党を取り締まるための法律だと説明していました。ただ、共産党とか無産政党などの名称を条文で使うと、党名を変えて、別の政党名に変えてしまった場合には取り締まることができない。そこで国体変革とか私有財産制度否認といった言葉を用いて、警察官がそれを融通無限に運用して共産党や無産政党を取り締まると説明しました。帝国議會で野党議員から無限定で恣意的に使うのはよろしくないのではないか、刑法の基本原則に反するのではないかなどの質問が出ました。これに対して政府は、刑法の基本原則というのはあくまでも市民刑法に使われるものであって、治安維持法という治安を目的とする治安刑法には刑法の基本原則は適用しなくてもいいんだ、曖昧な概念を使っても構わないなどというものでした。もともと曖昧な概念だということを承知の上で使った、それが治安維持法の制定の経緯です。当然ながら檢察官、思想検事は自分の欲するままに治安維持法を運用していくことになりました。司法大臣、今で言えば、法務大臣は帝国議會での野党議員からの質問に対して、この治安維持法というのは思想を弾圧するものではありません、研究に干渉するものではありません、善良な国民を規制するものではありません、普通の学者とか研究者を規制するものではありません、などと説明しました。これが嘘の答弁であったということは、その後の運用で明らかとなりました。

ホップ・ステップのステップにあたる一から百になる段階というのが一九二八年（昭和三年）の緊急勅令です。治安維持法の改正を緊急勅令という形でしています。法律案という形で帝國議會に出すと、反対が多いかもしれない。だから緊急勅令という形で公布してしまおう。そして既成事実を作った後に、議會に承認して下さいと言え、議會も承認せざるを得ないと言うことで緊急勅令という形で出されました。この改正では、国体変革結社の罪と私有財産制度否認結社の罪とが分離されることになりました。どうして分離されたかというと、国体変革結社の罪に対して死刑とか無期懲役刑とかを選択刑として科したいからです。死刑とかを科すのに政府はどういう説明をしたかと言うと、国体変革結社というのは思想的な内乱罪であり、思想的な外患罪である。国を思想的に内から、外から破壊する。そういうものだから、刑法の内乱罪、外患罪と同じように死刑を科してもいいんだ。こういう説明をしています。当初治安維持法を制定するときに、刑法と治安維持法は全く別ですよ、こういう説明をしたんですが、この段階になるとそういうことは忘れてしまつて、同じようなものだから死刑を科していいという説明に変わっています。説明がコロコロ変わるというのが治安維持法の特徴でした。ただ日本において、治安維持法事件で死刑が言い渡されたということはありませんでした。死刑が言い渡されたのは、植民地であつた朝鮮などでした。治安維持法は、植民地支配の強力な道具という意味も持っていました。

一九二八年（昭和三年）には、もう一つの重要な改正が行われました。何かというと、結社目的遂行行為の罪の新設です。どんな行為でもこの罪に問うことが可能でしたので、その後治安維持法で逮捕されたのは、ほとんどがこの結社目的遂行行為の罪ということになりました。この時期になると徹底した取締りのために、共産党とか非合法の無産政党などの活動はほとんど休止状態となっていました。にもかかわらず、治安維持法が改正されました。改正治安維持法が適用されたのはどこか、というと共産党や無産政党ではなくて労働組合や合法政党でした。共産党などの外郭団体と称して、この外郭団体の規制という形で合法政党や労働組合が立件され、起訴されました。合法政党や労働組合などの活動が、結社目的遂行行為の罪に当たるかどうかは、専ら思想検事が独断で判断しました。彼らがあたると言えばあたるということになりました。被告弁護人がいくらか論理を尽くしてあたらないと反論しても、問答無用で聞く耳を持たないというのが、その当時の大審院、今で言えば最高裁の態度でした。被告弁護側は、これは稀代の悪法だという法廷闘争をしばしば展開しましたが、どんなに悪法でも国民は服従する義務がある、たとえ国民全てがおかしいと言つても服従する義務があるというのが大審院の考えでした。弁護人の発言を停止したり、公判の公開を停止したりして、国民の目に見えないようにする、国民が悪法批判に同調しないようにさせるという方法もよく使われました。偽装する共産主義運動というの



大審院がしばしば用いた有罪とするための論法でした。例え表面的には合法的な活動を行なっていたとしても、検察官がその内実が非合法活動だとみなせば、有罪にできるというめっちゃくちゃな論法でした。

## (二) 一九四一年に抜本的に改悪され、自由主義・民主主義も弾圧

ホップ・ステップ・ジャンプの最後のジャンプの段階に進むのが、一九四一年(昭和一六年)の治安維持法の改正でした。最初の治安維持法では、条文はわずか七箇条だったのですが、この一九四一年改正では六五箇条にも膨れ上がりました。

新たに刑事手続の部分や、予防拘禁の部分も追加されました。刑事手続の部分というのは、有罪判決を迅速に出して直ちに刑務所に送ってしまうための仕組みを、戦時特別刑事手続という形で定めたものでした。そこで主な柱になったのは何かというと、一つは捜査段階の自白調書でした。それまでの日本では、重罪事件については捜査段階での自白調書を有罪の証拠として使うことを、帝国議会は建前としては一切認めていませんでした。それを認めると捜査官が自白調書を取るために拷問したり、人権蹂躪したりする。それを抑えるために捜査段階の自白調書を有罪証拠にしない、少なくとも重罪事件については認めないと帝国議会は拒否し続けました。しかし、ついに治安維持法違反事件とか国防保安法違反事件などについては、検察官

が作成した自白調書を有罪証拠にしていいたいということになりました。改正治安維持法にその旨が規定されることになりました。もう一つは強制処分権です。逮捕、勾留、家宅搜索、押収、こういった強制捜査権・強制処分権は、従来は捜査官には認められていませんでした。裁判官にしか認めていませんでした。それを認めたら、人権蹂躪が引き起こされる危険性が強いということで、帝国議会は拒否し続けてきました。ところが治安維持法の一九四一年改正で念願であった強制捜査権・強制処分権を検察官は手に入れることになりました。検察官の裁量で逮捕したり、勾留したり、家宅搜索したり、押収したりすることができるようになりました。従来は三審制でしたけれども、有罪確定まで時間がかかり過ぎるということで、控訴審が省略されることになりました。これによって一審で有罪判決が出た場合、被告人側は大審院へ上告するしか道がないということになりました。大審院はほとんど事実認定をせず、証拠調べを行わないために、第一審で有罪が事実上確定するということになりました。国が作成した名簿に登録された人だけが弁護人になることができるという指定弁護人制度も導入されました。治安維持法は悪法ではないと考える人だけを指定弁護人として登録し、そしてその中から実際の弁護人を選ぶという形になりました。被告人の弁護を受ける権利が事実上剥奪されてしまうということになりました。被告人は、検察官、裁判官のみならず、弁護人からも糾弾されることになりました。

一九四一年改正では、もう一つ重要な制度が導入されました。それは思想犯の保護観察制度と予防拘禁制度でした。予防拘禁制度がどうして導入されたかというと、治安維持法違反の罪で有罪になって刑務所に入っても、満期になれば出所してくる。その中には転向しない人もいる。満期釈放で転向しない人をそのまま社会に出す訳にはいけない。予防拘禁という形で刑事施設に拘禁する。そのために導入された制度が予防拘禁制度でした。一回の期限は五年となっていました。何回更新しても良かったので、死ぬまで拘禁することも可能でした。国にとつてもう一つの問題は、転向した人をどうするかということでした。転向した人をそのまま無条件に社会に出すということは出来ない、監視を付けようということで、思想犯の保護観察制度ができました。そして、この思想犯保護観察制度は、四つの段階に分かれていました。再犯をしないということを要求する段階から、次々に段階を上げていつて最終的に何を要求したかということ、自ら志願して戦地に赴いて、戦死してもらうということでした。そのためのプレッシャーをかけるために、動員されたのが家族でした。家族を、保護観察対象者の保佐につける。そうすることで、「あなた、お国のために死んでください」と家族に言わせる。こういう思想犯保護観察制度が導入されました。

一九四三年（昭和一八年）の段階に入りますと、治安維持法による取り締まりの対象はほとんどいなくなりました。それでどうしたかというと、自分が助かりたかったら、隣の人を治安

維持法違反で密告しろという形で住民同士に密告を奨励しました。そのために、一九四三年以降になると、全く活動歴のない普通の人が被告席に座するという事態になりました。普通の国民の普段の生活さえも、治安維持法で間接されることになりました。治安維持法の度重なる改正と大審院による逸脱適用により、取り締まりの対象は、共産党関係者から、その外郭団体関係者、そしてついには労働組合と合法左翼政党とその外郭団体関係者、さらには大日本帝国憲法でさえもその活動を認めていた自由主義、民主主義を学ぶ大学生などのサークル活動関係者にまで及びました。新興宗教団体までもが、取り締まられるようになりました。なぜ新興宗教団体を取り締まりの対象になったかというと、戦争が泥沼化し、人々の心が不安定になる、そのような人たちが心の平和を願って新興宗教にたくさん集まる。政府は、それが反政府運動、戦争反対運動につながるかと恐れ、取り締まりの対象にした、というわけです。従来の国体変革とか私有財産制度否認という概念だけでは、新興宗教団体を捕捉できないので、法改正して、国体否定の罪とか皇室冒涇の罪などを追加して摘発にあたった、こういうわけです。

ここで、治安維持法違反被告事件の事例を一つ紹介させていただきます。ある家庭で、妻が夫のために食事を作った、そして夫のために少しのお金を用意した。これが治安維持法違反事件として起訴され、懲役刑、それも実刑が言い渡されました。妻が夫のために食事を作るなどは、当時としてはごくごく当たり

り前の日常光景でした。それが摘発され、実刑判決までも言い渡されました。どうしてそういうことになったかというところ、この夫が日本共産党の中央委員会委員長だったからです。家族も取り締まりの対象になっていく、というのが治安維持法の特徴でした。食事を作るとか、お金を用意するというのも結社目的遂行行為の罪と問擬されました。この段階になると、政府は合法的な政党が議会活動の一環として、福祉政策をもっと充実させるような法案を帝国議会に出すこと自体も国体変革結社の罪に当たる、私有財産制度否認結社の罪に当たるというようになりしました。大日本帝国憲法は、立憲君主制を定め、政党活動を認めていたのですが、先ほどの政府の態度は事実上のクーデターに等しいということになります。治安維持法というのは、大日本帝国憲法に違反するだけでなく、立憲君主制や議會制を否定する、クーデターの法律だったとも言えます。

### (三) 戦後も治安維持法のレガシーがむしろ強化されて残存

戦後、治安維持法はGHQ、連合国軍最高司令官総司令部の一九四五年(昭和二十年)一月四日付けの日本政府あての「政治的、民事的、宗教的自由に対する制限の撤廃に関する覚書」、いわゆる人権指令により廃止されました。そのために多くの国民は、もはや治安維持法は過去のものになったと思ひ込んでいます。法律家にもそう考える人が多いようです。

誤解は、戦後の一九四八年(昭和二十三年)に制定された、現

行刑事訴訟法についても見受けられます。日本国憲法の施行をうけて制定されたものだから、きつと日本国憲法の三大柱の一つとされる、基本的人権の尊重の精神に沿ったものだと思っておられるからです。しかし、そうではありません。現行刑事訴訟法は、戦後の未曾有の社会的混乱に対処するための応急法という性格を持つものです。日本国憲法の規定に違反する、あるいは矛盾する規定は少なくありません。例えば、刑事訴訟法第三十九条第三項の検察官による接見指定などはその一例です。この点をGHQから衝かれた日本政府は、日本国憲法に沿った刑事訴訟法は、日本が独立を回復し、社会が安定した段階で制定したいので、しばらくは応急刑事法で対応させてほしいと約束し、了承を得ました。この日本政府の約束は、今も実現されていません。政府が約束した日本国憲法に則した刑事訴訟法の制定は棚上げ状態にあります。それどころか、日本国憲法に違反する、あるいは矛盾する規定について最高裁が次々に合憲判決を出した結果、刑事手続における違憲状態は今も続いています。多くの人はそれを無自覚に、あるいは知らないままに受け入れています。

応急法という性格に加えて、現行刑事訴訟法は、治安維持法にみられる戦時特別刑事手続を平時の刑事手続に衣替えして、刑事訴訟法の中に取り組むという性格を持つものです。治安維持法の遺産、つまりレガシーは、むしろ、より強化された形で戦後の刑事手続の中に住み続けることになりました。検察官の

みならず、警察官にも強制処分権を付与した。検面調書、検察官面前調書のみならず、員面調書、司法警察員面前調書にも有罪の証拠能力を付与した。上訴理由を制限し、被告人側からの上訴を制限した。未決勾留期間を延長し、一事件について最大限二三日間とした。これらがその一例です。その結果、戦前の無罪率は二〇〜三〇％、陪審裁判の場合は一〇％をはるかに超えていましたが、戦後の刑事裁判の無罪率はそれらを圧倒的に下回り、〇・一％と逆に低下しました。検察司法と揶揄されている所以です。GHQは、捜査機関に強大な権限を付与するのであれば、警察、検察の権限乱用をチェックする第三者機関を設置してはと日本政府に迫りましたが、日本政府はこれも敗戦後の社会的混乱を理由に受け入れませんでした。現在もそのような第三者機関は設置されていません。二〇〇九年に発生した大阪地検特捜部主任検事による証拠改ざん事件は、まだ私たちの記憶に残っていますが、このような事件が発生しても、第三者機関の設置は見送られています。治安維持法事件で拡大適用された共謀共同正犯論は、戦後、最高裁により一般事件にも適用されることが承認されました。二〇一七年には、二一七の罪について共謀だけで処罰し得る共謀罪も新設されました。治安維持法は決して過去の問題ではないのです。現在進行形の問題なのです。

岡田…オンラインで聴講している学生から次のような質問があ

りました。治安維持法などによる起訴、裁判を担った検察官や裁判官が、戦後、責任を問われて追放されることはあったのか、それともなかったのかというものです。

内田…結論的に言えば、追放されることはありませんでした。公職追放の対象には、裁判官、検察官はなりませんでした。先程ご紹介した思想犯保護観察という制度に関与した検察官だけは、追放されましたけれども、その他の検察官は追放されませんでした。裁判官も当初、公職追放されるのではないかと恐れていましたけれども、追放されなかったもので、戦後そのまま横滑りになりました。「菊の御紋」の裁判所の裁判官が、そのまま日本国憲法のもとの裁判官に横滑りした、というわけでした。したがって、意識は全く変わらない、という形で日本国憲法の解釈運用に携わったということになります。

岡田…続いての質問です。日本と諸外国を比べた場合、日本の場合は確かに近代刑法を受け入れたはずだけでも、戦争を通して治安維持法という法律ができてしまった。それでは、諸外国でも同じようなことは起こったのか？例えば、フランスやイギリスでそういったことは起こったのか？さらに、フランスやイギリスでそういったことが起こっていないとしたらなぜなのか？

内田…治安維持法に似たようなことがみられたのがヨーロッパ

ではイタリアとか、ドイツです。たしかにフランスとかイギリスでもそういうものが部分的に見られましたけれども、やはり市民の反対が強かったというので、治安維持法という形のものではできませんでした。戦後、ドイツは、日本の治安維持法に似たようなものができたというのを深く反省して、二度とそういうものを作らないようにしようということで、主権者としての国民の教育に非常に力を入れています。その教育に際しては、戦前こういうことがありましたよ、国民も賛成してこういう悪法を作ったんですよ、だから国民もそのことをよく踏まえて今後その悪法を作らないようにしましょう。仮に悪法ができた場合には、違憲立法審査権の行使を通して、その悪法を無効にしましょう、ということに合意しているわけです。それでは、ひるがえって日本の場合、悪法を無効にするような違憲立法審査権を裁判所が積極的に行使しているかという点と、欧米諸国に比べて、極めて消極的にしか行使していない、ということになります。日本国民は、自分たちが過去にそういう過ちを犯したということこそを本当に反省しているのか、その反省に踏まえて国民としての権限を行使するという点に臨んでいるのか、この点には少し疑問があるように思います。

### 三 「自己決定・自己責任」論

#### (一) 日本型と欧米型の二つの「自己決定・自己責任」論

新型コロナウイルス感染症の拡大が衰えを見せない中で、人々の不安も一向に収まる気配がありません。不安に端を発した感染者への誹謗中傷もむしろ拡大の傾向を示しています。人権侵害の防波堤となるべき公的機関が逆に差別や偏見を助長してしまふ、こういうケースも出ています。コロナ差別については、いろいろと取り上げられています。問題の一つは、一九九〇年代以降、新自由主義の影響を受けてより強まった「自己決定・自己責任」論の影響がみられるという点です。新型コロナウイルスの流行をめぐり、「感染は本人のせい」ととらえる傾向が欧米に比べて日本は突出して高いということが、大阪大学などの調査でわかったと報道されています。感染も自己責任ということになりますと、新型コロナウイルス感染者を責めたり、謝罪を求めたりすることも当然、社会的相当性を有する行為ということになります。加害意識のない加害者になっています。注意しなければならぬことは、ここで言う自己責任論は日本的なものだ、すなわち、強固な同調圧力によって構成される村社会の掟を破った者に対して、容赦なく差し向けられる類の自己責任論だという点です。自己責任論の出発は、自己決定論であるのかかわらず、むしろ日本では「自己責任」論は、人々から自己決定権を奪うための道具として使われている点に特徴が

あります。つまり、自己責任を過剰に要求することで、自己決定権の行使を反対に抑制し、下命服従の村社会の維持に奉仕する、という形になっているところ です。他人に迷惑をかけてはならないという規範も他人に迷惑をかけることは自己決定権の範囲を超えており、その行為を行ったものに對していかなる批判も攻撃も正当化される。それらの批判や攻撃は、その行為を選択したものが自己責任の結果として受忍しなければならぬ。このように説かれています。しかし、科学的根拠はなく、異なる人への社会的バッシングの一形態でしかありません。バッシングは本人のみならず、家族にも及んでいます。「感染は本人のせい」ととらえる傾向が欧米に比べて日本は突出して高いというのも、このような日本型の「自己決定自己責任」論の影響ではないかと思われます。日本国憲法第一三条では、「すべて国民は個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と規定しています。日本型自己決定自己責任論は、この憲法で保障された個人の尊重に反している。にもかかわらず、憲法違反ともいえる日本型自己決定自己責任論が世論となっています。そのことを顕在化させたのが、コロナ禍ではないかと言われています。

もう一つの問題は、同調圧力、同調社会という点です。日本型自己決定自己責任論が世論になっているのもこの同調圧力、

同調社会によるところが大きいからです。ネット社会の急激な進展のもとで、この同調圧力、同調社会は、より強まっています。二〇二〇年五月に総務省が実施し、調査結果が六月に公表された、新型コロナウイルス感染症に関する情報流通調査によりみると、九五%以上の人が平均して一日に一回以上、二割程度の人が一日に一〇回以上、新型コロナウイルス感染症に関する情報やニュースを見聞しており、新型コロナウイルス感染症に関する間違った情報や誤解を招く情報について、一つでも見たら聞いたりしたと答えた人の割合は七二%にも上ったとされています。新型コロナウイルス感染症に関する間違った情報や誤解を招く情報を見聞きした人のうち、正しい情報であるものと信じて共有、拡散したことがある人は三五・五%で、若い年代ほど、共有、拡散傾向が高いという傾向がみられる、このように集計されています。このように、同調というような形でなされる差別、明確な理由がない差別だけに、エスカレーターの危険性は強いものがあります。現に、エスカレーターしています。その防止もより困難となっています。

## (二) 国民は日本型「自己決定 自己責任」論に基づいて犯罪・刑罰を理解

日本型「自己決定・自己責任」論の影響が一番強いのが犯罪・刑罰の分野だといえます。欧米では一般に、犯罪は社会の矛盾と理解されています。しかし、日本では、犯罪は自己決定によ

るもので、刑罰も自己責任だと理解されています。少年非行についても、この日本型「自己決定・自己責任」論が援用されています。家族の謝罪が迫られています。中世の連座、縁座を彷彿とさせます。

宮城県で、二〇一〇年二月に、いわゆる石巻三人殺傷事件が発生しました。石巻市で犯行当時一八歳の少年Aが元交際相手の少女をめぐって、少女の親族、知人三人を殺傷したという事件です。Aは少年でしたが、刑事裁判で裁かれることになりました。仙台地裁は、裁判員裁判で求刑通り死刑判決を言い渡しました。最高裁も、上告を棄却し、死刑判決が確定しました。彼は、裁判員裁判では初の少年死刑囚となりました。それでは、被告人が犯行当時一八歳七か月の少年だったということは本判決ではどのように考えられているのでしょうか。この点について、仙台地裁は次のように判示しています。

「弁護人は被告人が本件当時一八歳七か月の少年であることを指摘するが、この点は被告人の刑を決めるにあたって相応の考慮を払うべき事情ではあるが、先に見た本件犯行対応の残虐さや被害結果の重大性に鑑みると、死刑を回避すべき決定的な事情とまでは言えず、総合考慮する際の一事情にとどまり、ことさらに重視することはできない。また弁護人は被告人の鑑別結果において更生の可能性があると判断されている旨主張している。しかし、弁護人が指摘する鑑別結果の総合所見については、生育環境上の問題に根ざした人格の偏りは大きく、暴力や

共感性などの問題は深刻で、その更生には相当の時間を要するという点に主眼があるというべきであって、他方、更生可能性を認める根拠は、被告人の年齢などの抽象的なものによらず、当裁判所が認定した上記事実を排斥してまで被告人の矯正可能性を認める根拠にはなりがたい。さらに弁護人は被告人の不安定な家庭環境や、母から暴力を受けるなどといった生い立ちが本件犯行の遠因であるとして、この点を被告人に有利に考慮すべきである旨主張するが、弁護人が主張するおりの事情が認められたとしても、本件犯行態様の残虐さや被害結果の重大性に照らせば、この点を量刑上考慮することは相当ではない。」

本判決によると、被告人が事件当時一八歳七か月の少年であったということがこのように判断されています。本死刑判決の特徴は、なによりもこの点に見られます。犯行当時一八歳七か月という事情は、総合判断にあたつての一要素に過ぎないとされています。裁判後、裁判員は「大人と同じ刑で判断すべきだ」と語つたとされていますが、まさにその通りの事実認定、量刑判断になっています。弁護人の挙げた、被告人は矯正可能性があるという根拠も被告人の年齢などによる抽象的なものに過ぎず、当裁判所が認定した上記事実を排斥してまで被告人の矯正可能性を認める根拠にはなりがたいとして退けられています。裁判員から見ると、検察官の論告求刑に比べて弁護人の弁論はわかりにくいとされます。この傾向は少年事件になると、より強いものがあります。検察官は成人事件と少年事件を区別する

ことなく論告求刑しているのに対して、弁護人は成人事件と少年事件とでは弁論の方法を変えているからです。裁判員は、この区別に戸惑っており、時には少年に甘すぎるとして嫌悪感を抱くと言います。本判決では、被告人の生い立ちを考慮すること、本件犯行態様の残虐さや被害結果の重大性に照らせば相当ではないとされています。少年事件が逆送された後の刑事裁判の判決では、犯行態様の残虐さや被害結果の重大性に鑑みて、その生い立ちを考慮しないことが許されるとなれば、少年事件の刑事裁判では、少年法の趣旨が援用されなくてもよいということになります。事実上の法改正だと言ってもよいかと思われます。

日本弁護士連合会は、この石巻事件の裁判員裁判における死刑判決に対して、少年事件については死刑を回避すべきだという旨のコメントを発表しました。この裁判で真に俎上に挙げられるべきは、家庭裁判所の少年審判なら格別、刑事裁判では少年といえども大人と同じように扱ってよいという理解と、それに基づく事実認定及び量刑判断でしょう。本判決の事実認定で驚くべきことは、この事実認定では事件当事者のプロフィールが全く浮かんでこないという点です。どのような家庭で育ったのか、育てられ方はどうだったのか、親から虐待を受けたことはなかったのか、家庭の経済状況はどうだったのか、学生生活はどうだったのか、いじめを受けたことはなかったのか、学業はどうだったのか、クラブ活動はしていたのか、高校を卒業し

たのか、就職はできたのか、等々、生育環境上の事情については、本判決では全くつまびらかにされていません。そもそも、掘り下げようとする意識が感じられません。判決では、被告人には他人の痛みや苦しみに対する共感が全く欠けており、その異常性やゆがんだ人間性は顕著であると言わざるを得ない、また被告人の上記言動からすれば、他者への共感の前提となる周囲の者の言動に関する認識自体に、相当な歪みも認められる、生育環境上の問題に根ざした人格の偏りは大きく、暴力や共感性などの問題が深刻でその更生には相当な時間を要すると判示されています。しかし、このような共感性のなさ、異常性、ゆがんだ人間性、人格の偏りがどうして形成されたかについては語るころは少しもありません。日本型自己決定・自己責任によるものでしょうが、このようなことで有罪確定者の更生を図ることが本当にできるのでしょうか？再犯防止を図ることはできるのでしょうか？できないことは明らかではないでしょうか。ただ処罰すればいい、厳罰に処せばいい、と言っているのに等しいからです。矯正の現場では、多くの職員の方々が日夜を分かたず、受刑者などの改善更生のために必死の努力を重ねています。本裁判員死刑判決は、その努力を否定するものと言って決して誤りではありません。

### (三) 刑法の「個人責任」原則と矛盾

どの刑法総論の教科書を紐解いても、現行刑法に明文規定は



ないものの、個人責任の原則を採用していると書かれています。例えば、川端博『刑法総論講義第二版』五六頁によると、次のように記述されています。

「近代刑法において責任主義は、第一に結果責任または客観的責任を排除し、責任能力及び故意または過失要件として、行為について行為者を非難できる場合のみ、責任を課とする主観的責任を意味する。そして、第二に、個人はその犯した犯罪についてのみ責任を負い、他人が犯した犯罪について責任を課されることはないとする、個人責任を意味する。」

問題は、日本でこの個人責任の原則が守られているかです。二重の意味で守られていないと言えます。裁判所などによる刑法の解釈運用のレベルで守られていないということも一つです。共謀共同正犯は、個人責任原則に違反し、憲法違反の疑いが強いとされます。にもかかわらず、最高裁は合憲とし、順次共謀、現場共謀、黙示の共謀を認めることによって、共謀共同正犯の適用範囲をむしろ拡大し続けているからです。さきほどご紹介した石巻事件でも、少年のプロフィールをほとんど検討することなく、死刑判決を確定させています。同調圧力が高まる中、人々の自己決定権がどんどん奪われていっています。とりわけ、少年たちの自己決定権にはその傾向が強いと言えます。にもかかわらず、そのことを無視して、自己責任だけを押し付ける。少年事件の被告人とされた少年たちに憲法第一三条の「個人の尊重」の保障が及んでいるのでしょうか。このような憲法

的な発想が、今の日本の裁判所ではそもそもないのではないのでしょうか。

個人責任の原則が守られていないということの意味の二つ目は、国民・市民のレベルです。たとえば裁判所がそうだとしても、国民・市民のレベルでは個人責任の原則は守っている、そのように言えるのでしょうか？ 残念ながら、否と言わざるを得ません。国民・市民に根強い日本型自己決定自己責任論は個人責任の原則に反しているからです。欧米では、犯罪者の家族は社会から糾弾され、謝罪を迫られていることはありえないとされています。しかし、日本ではあちこちでそのような光景が見られます。日本国憲法の前文では、「日本国民は国家の名誉にかけて全力を挙げてこの崇高な理想と目的を達成することを誓う」と謳われています。憲法擁護義務を定めた第九九条は、「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官、その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負う」とし、国民の憲法擁護義務については触れていません。しかしそれは、当然のことと言えます。国民は当然憲法を擁護し、尊重すると考えられているからです。しかし、現実はどうでしょうか。国民・市民が、無意識に憲法違反を犯すということも少なくないのではないのでしょうか。コロナ禍における自粛警察などによる数々の逸脱行動も、その一例ではないでしょうか。犯罪と刑罰の領域では、国家と国民・市民による二重の憲法違反が見られると言えます。それはハンセン病における「無らい県」運動に類似していま

す。国は「癩予防二関スル件」、旧「癩予防法」、そして、新「らい予防法」を制定して、誤ったハンセン病強制隔離政策を九〇年以上の長きに渡って続けました。そして、裁判所から三度違憲判決を言い渡されました。このような誤ったハンセン病強制隔離政策を下支えしたのが官民一体で展開された「無らい県」運動です。戦後は、住民の関与は飛躍的に増大しました。「らい予防法」で許された範囲を超えた専門家、市民の暴走によって患者、元患者、その家族の人権は、根こそぎ侵害されました。PTAが患者の子どもの通学拒否運動を繰り広げた龍田寮児童通学拒否事件もその一つです。龍田寮児童通学拒否事件とは、国立ハンセン病療養所菊池恵楓園付属の熊本市内にある、龍田寮という、菊池恵楓園に入所している父母を持つ子どもが生活する施設の児童が地元市立黒髪小学校に通学することに、PTAの間から感染を恐れて反対の声が上がった、という事件です。市の教育委員会が、新学期から龍田寮の児童を通学させると通告したところ、これを不満としてPTA反対派は同盟休校に入り、黒髪小学校校門にビケをはるとともに、大きな字で「らびょうのこどもといっしょにべんきようせぬように、しばらくがっこうをやすみませう」などと書かれた貼り紙をしました。同盟休校は続き、全校児童一九〇〇人のうち竜田寮の子ども四人を含む二七五人の児童だけが教室で授業を受けました。これに対し、反対派は寺院、銭湯などで、寺子屋式の自習教室を開いたため、教育委員会が調停に乗り出す事態になりました。恵

楓園入所者自治会も、事態の打開のために協議に参加しましたが、反対派の態度は強硬で、事態は深刻化してきました。熊本商科大学長が、龍田寮の子ども四人のうち三人を引き取り、そこから通学させるということで、ようやく一応の解決になりました。しかし、その後、龍田寮は閉鎖され、龍田寮の子どもたちは各地の施設に分散させられていきました。子どもたちの、憲法で保障された教育を受ける権利は、侵害されました。誤った国策で生み出された差別構造を専門家、そして国民・市民が具体化し、増幅していくという構図がそこには見られました。しかし、加害者として差別に直接、間接に関わったということに、専門家、住民が気づくということとは長らくありませんでした。

犯罪と刑罰についての二重の憲法違反についてはどうでしょうか。私たちは、そのことに気付いているのでしょうか。無実の罪で死刑判決が言い渡され、死刑判決が確定し、死刑が執行された人のご遺族の方から、あなた方は刑法の授業で何を教え、何を学んだんですかと聞かれたら、私たちはなんと答えればいいのかでしょう。

#### (四) 法の意義

古来から法学は、神学、文学、理学、医学と並ぶ「文明の幹」とされてきました。神学、文学、理学、医学と並んで、博士号の対象とされてきました。どうしてでしょうか？どうして法学

はそれほど重要視されてきたのでしょうか？それは、人間が社会的動物だからです。弱い動物である人間が発展してきたのは、社会生活を送ってきたからです。戦争に象徴される分断、対立は社会生活、人間を破滅に至らせる、それに対し、連帯、信頼などに基づく、自分の利益と他人の利益を共に大事にする自利・利他は社会生活、人間を発展させる。こう信じてきました。戦後、国際連合が真っ先に取り組んだのが世界人権宣言の採択でした。一九四八年十二月一〇日の国連総会で採択された世界人権宣言は、前文の中で「人間が専制と圧迫とに対する最後の手段として反逆に訴えることがないようにするためには、法の支配によって人権を保護することが肝要であるので、すべての人民とすべての国とが達成すべき共通の基準としてこの世界人権宣言を公布する」と謳っています。法の意義もこの点にあります。刑法の役割も同じです。市民の生命、身体、権利、財産などを保護するとともに、国家権力による人権蹂躪などを防止すること、加えて、犯罪等によって生じる対立関係を修復し、共生社会、ともに助けられて生きていく社会の秩序維持などに努めることです。この刑法の役割、意義は、人類が長年にわたって築き上げ、今も発展させようとしている「文明の英知」なのです。刑法学者の観念的な、頭で考えた所産では決してありません。多くの犠牲と過ちの中からたどり着いた結論なのです。私たちは、私たちの生活の多くを先人の知恵に負っています。先人からバトンを受け継いで、今の生活を営んでいます。法、

刑法もまた、このバトンタッチの一つなのです。このバトンを皆さん方がしっかりと受け取ってくださいることを最後に願っています、時間が来たようですので、私の話は以上にさせていただきます。どうもありがとうございました。

岡田…ありがとうございます。オンラインで聴講している学生から次のような質問がありました。日本は同調圧力社会だから、新型コロナウイルスの感染を防げているという部分はあるのではないかと？そうすると、同調圧力というのは必ずしも悪ではないと言えないか、というものです。

内田…例えば、感染してしまった方にとってはできるだけ早い機会に治療を受けられて、重症化が防がれることが非常に大事だと思うのですけれども、しばしば、その感染された方がおっしゃるのは、感染したということを言うものすごいバッシングを受ける。だから言えない。黙ってしまう。そのことが感染拡大防止に逆行している。こういう事態が起こっているということをご本人が言われていますし、各都道府県の知事の方々も、記者会見して同じようなことを言ってるわけですね。そのように「自己決定自己責任」でバッシングすると、逆に感染防止にとってマイナスになります。「私は感染した」と言っても、「そうですか。それでは治療を受けなさい」という形にしてほしいと盛んにおっしゃっていると思います。ご存じのよ

うに岩手県は、長い間、陽性反応を確認された方が一人もでなかったところなんですけど、最近、ある会社の社員の方に陽性反応があり、その会社は、社員に陽性反応があったことを公表するというのが社会的な義務だということで、「うちの社員が感染しました」と公表したんですけど、公表した途端、バッシングのメールがその会社のホームページに殺到して、その会社の業務がほとんどできなくなった、こういう事態が起こっています。そこで、岩手県知事は覚悟を決めました。こういう誹謗中傷のメールに対しては、刑事告訴で対応しますと。ここまで知事が言わざるを得ないようなこういう事態が起こってきているということです。

岡田…続いての質問です。なぜ、日本には独自の「自己決定・自己責任論」や同調圧力が強いと先生はお考えでしょうか？

内田…一人一人の方たちに、「個人の尊重」が十分に保障されていないということが一つ。それから、「ひとりひとりの個性」を十分に尊重するような教育が十分にできていないということが大きい理由ではないかと思えます。例えば、フランスに比較しますと、フランスの学校教育では、「自分の頭でもつとよく考えなさい」「誰かの意見ではなく自分の意見を言いなさい」ということが強く求められます。個性や独自性が尊重されます。フランスの方に「日本ではそうではない」と言うと、

「ちょっと信じられない」とよく言われます。フランスに在住のある日本人のお母さんは、フランスの学校に通うお子さんから、「お母さん、もつと考えなさい」とよく注意されるといっておられます。

## 付記

本稿は、二〇二〇年一〇月六日火曜日一二時五五分から一時二五分の刑法総論の講義時間帯に九州大学名誉教授内田博文先生をお招きして実施されたご講演と質疑応答の内容をまとめたものである。

内田先生は、近代刑法学が、それまでに流された無辜の者の血を踏まえて築き上げた罪刑法定原則、責任原則などの諸原則を、戦後の日本の刑法学がその解釈論において適切に継承・展開してきたのかを鋭く問う『刑法学における歴史研究の意義と方法』（九州大学出版会・一九九七年）を皮切りに、『日本刑法学のあゆみと課題』（日本評論社・二〇〇八年）などの公表を通して、無史観に陥りがちな日本の刑法学に警鐘を鳴らしてこられた。

他方、「らい予防法」がもたらしたハンセン病患者やそのご家族への人権侵害を検証し、その検証に基づき人権救済制度などを構築することの重要性を説かれた『ハンセン病検証会議の記録』（明石書店・二〇〇七年）、『求められる人権救済法制の論点』（解放出版社・二〇〇六年）など、マイノリティの人権

保障に向けた数々の著作も公刊しておられる。

近時は、日本の刑法学が十分に検討してこなかった治安維持法についての重厚な研究書である、『刑法と戦争』（みすず書房・二〇一五年）、『治安維持法の教訓』（みすず書房・二〇一六年）を公刊されただけでなく、非行少年への特別法たる少年法のあるべき姿についても、『法に触れた少年の未来のために』（みすず書房・二〇一八年）で検討しておられる。

本講演は、右で挙げた諸文献の成果をまとめられたものであり、内田先生のこれまでのご研究で磨き上げられた「パトン」を熊本大学法学部で刑法総論を受講している学生に渡そうとされたものとまとめることが許されよう。

なお、本講演の反訳については、熊本大学法学部二年生の岩井美沙紀さん、田端京菜さんにお世話になった。記して謝意を表したい。

最後になるが、ご多忙中にもかかわらず、熊本大学法学部の刑法総論受講生のために、貴重なお話をしてくださった上に、受講生からの数々の質問に丁寧にお答えくださった内田先生に改めて心から感謝申し上げる次第である。

岡田行雄