

## 刑法のイデオロギー的基礎と法学方法論

本 田 稔\*

### 目 次

- 一 序 論
- 二 近代刑法の基本的特徴
- 三 近代刑法の方法論的特徴
- 四 「刑法改正ノ綱領」と刑法改正作業
- 五 刑法学の諸潮流
- 六 近代刑法批判とその超克
- 七 結 論

### 一 序 論

1 刑法のイデオロギー的基礎に関する研究は、かつて日本刑法史において論ぜられた重要なテーマである。考察の対象とされたのは、論者によって様々であるが、一般的には刑法の階級的な性格であり、特殊的には1930年代の日本資本主義の強欲な階級性、そしてそのイデオロギー的支柱であった半封建的制度とその観念であった。それらは、いずれも明治維新以降の日本の資本主義化と近代化を促進し、かつそれを阻害した要因であった<sup>1)</sup>。刑法も他の法分野と同様に近代化の洗礼を受け、その初期段階では

---

\* ほんだ・みのる 立命館大学法学部教授

1) 本稿は、戦前日本資本主義の基本構造の認識に関して、いわゆる「講座派」の理論的立場に依拠している。すなわち、寄生的・半封建的地主階級と資本家階級と絶対主義的天皇制の三極構造が基本構造であるという認識である。絶対主義的天皇制は、地主階級と資本家階級による搾取と収奪を支える強固な背骨の役割を果たし、それはあらゆる国家機構によって支えられていたので、日本における革命の第1課題は、資本家階級の支配を打破する社会主義革命ではなく、地主階級と絶対主義的天皇制の支配を打ち破るブルジョア民主主義革命として捉えられる。このような認識は、コミンテルン執行委員会西欧ビュー

フランス流のリベラルな刑法思想が継受され、その後は刑事政策的思考を重視したドイツの刑法思想が取り入れられたが、1930年代の後半からは国家主義的な刑法思想が台頭し始め、それが1940年頃から天皇制イデオロギーを基盤にした「日本法理運動」のもとに統合された。日本法理運動の目的や課題は明瞭であったが、その法思想的基盤や刑法学の方法論については、仏教を土台に据える者もあれば、純粹に国学に求める者もあり、多種多様であったといえる。第二次世界大戦とアジア・太平洋戦争が終結した後、その日本法理運動もその歴史的役割を終え、刑法史の過去の出来事として扱われた。フランス流の自由主義的な刑法思想やドイツ的な刑事政策論から離反し、日本法理運動において展開された刑法思想、またその基礎にあったイデオロギー論や法学方法論は、十分な理論的総括を経ないまま歴史となり、徐々に記憶から消えていった。戦後の日本刑法学は、このような歴史の忘却によって戦前から切り離され再出発した。

2 日本の近代化は、19世紀中葉まで存続してきた幕藩体制が欧米の資本主義諸国から市場の開放を迫られ、その圧迫を受けて崩壊したことを契機にして始まった。それは、政府による上からの経済的基盤の強化と社会制度の整備によって促進されたが、意識や思想のレベルにおいてそれを支えたのは、資本主義的近代化に典型的な自由主義思想ではなく、数千年も前に遡る古来の天皇親政制度と伝統的な封建思想であった。「維新」という名称のもとに全国家的な規模で始まった19世紀後半の大改革は、それまでの古い日本を欧米の資本主義諸国に追いつくほどの近代国家へと発展させ、科学・技術、思想・文化などのあらゆる面において未知の世界へと導いた社会発展の過程であったが、それは同時に鎖国状態から解放された日本が世界、とりわけ「西洋」という「他者」と遭遇することによって、そ

---

▼ローの「日本の情勢と日本共産党の任務に関するテーゼ」（32年テーゼ）を理論化したものである。

れまで自覚することがなかった「日本」という未知の「自己」を発見し、再確認する自己認識の過程でもあった。発見され確認された「日本」とは、どのようなものであったのか。それは、二千六百年もの長きに渡る皇国の歴史を持ち、そこにおいて脈々と流れ、受け継がれてきた不滅の精神、高貴な伝統と文化を誇る日本であった<sup>2)</sup>。日本の歴史と伝統を発見し、日本の精神を自己のものにしていく思考の歩みは、日本が世界に向けてその勢力を拡大し、アジアを制覇し、統一することを世界史的任務とする日本主義思想の形成過程でもあった。

3 資本主義は、一般には発展する生産力とそれを促進してきた封建的生産関係との矛盾を原動力として成立する。生産力の発展が既存の封建的経済制度によって促進され、かつそれによって制約されるとき、生産力のさらなる発展を促すのは、封建的生産関係に代わる生産関係、すなわち資本主義的生産関係である。そのような生産関係は、宗教的な因習や秩序、身分などの前近代的で封建的な足枷が取り払われ、全ての人間は自由で平等であるという理念が社会的に共有されることによって成立する。この理念は、母親の母胎にいる胎児のように、封建主義のなかで生成し、その殻を破って現実化していく。フランス革命において典型的に見られるように、封建主義の非合理的な支配体制のなかで、自由、平等、友愛の理念が求められ、それが実践的なイデオロギーとなって支配体制の解体と自由の伸長が実現したのである。自由と平等という理念は、資本主義的生産関係に限界

---

2) 歴史家の津田左右吉「日本精神について」『思想』第5号(1934年)6頁以下によれば、このような日本の自己認識は日本浪漫派に典型的に見られる。その特徴は、日本史における過去の時代から、ある時期の事象を任意に取り出し、それをその当時の社会生活状況から切り離して、そこに日本の精神を確認しようとする姿勢である。それは、ありのままの時代精神を捉えるのではなく、任意の事象のなかに「あるべき日本の精神」を見出し、それによってその日本の精神が過去にあり、さらにその精神が日本民族の歴史に脈々と流れ、受け継がれてきたと論ずる歴史の認識論である。本稿で問題にする日本法理運動における固有法論にも同様の傾向があるように思われる。

づけられていたため、それが全面的に開花することはなかったが、それでも普遍的な人間の自由や平等の理念が封建主義の内部で自生的に発展し、資本主義社会の成立を促した歴史的な意義は大きいといえる。

しかし、日本における資本主義化の様相は全く異なるものであった。日本が欧米の資本主義諸国の強烈な外圧によって世界資本主義の渦の中に投げ込まれた時、世界はすでに市場確保のための植民地分割競争を激しく闘わせていた。日本は、その激烈な競争のなかで資本主義化の道を歩み始めたため、それは欧米諸国のように自由や平等の理念を掲げた市民（ブルジョアジー）によって担われず、国家によって上から行政的に組織され、強力で押し進められた。そのために用いられたイデオロギーは、近代社会を創造するための市民的理念ではなく、現存する社会を統合するための古い紐帯、天皇親政制度を中心とした前近代的な封建思想であった。その思想は、資本主義化による弊害が顕在化しても、それを覆い隠し、そのほころびを取り繕う規範として機能した。また、そのイデオロギーの本質を批判し、資本主義体制を変革しようとする政治組織と構成員に対する弾圧を容認し、社会全体を現状のまま統合するイデオロギーとして威力を発揮した。資本主義的近代化と前近代的な天皇親政制度は、論理的には矛盾関係にあるが、社会的現実の場面においては相互補完の関係にあったといえる。

しかし、資本主義の弊害を隠蔽しようとしても、また社会を現状のまま統合しようとしても、それは必ず限界に突き当たる。資本主義一般が賃労働の搾取と収奪によって維持・存続している以上、また帝国主義一般が搾取と収奪の矛先を自国の労働者・農民だけでなく他国へも向け、その地を植民地化・従属国化することによって成り立っている以上、帝国主義諸国間の競争は、市場の拡大と資源の確保の経済的競争から、軍事的な緊張と対立、最終的には戦争へと突入する。搾取と収奪にあえぐ労働者・農民は、搾取と収奪からの解放なしには自由になれないため、それを目指して政治化・革命化していく。植民地における労働者・農民もまた、植民地主

義の根源にある帝国主義的支配を打倒するために、民族解放運動、民族独立運動を組織化していく。それらの運動は、究極的には帝国主義戦争に反対し、歴史を進歩させる運動へと統合されながら進んでいく。日本資本主義の構造的矛盾を根本的に解決し、労働者・農民を解放することを歴史的使命とする共産主義運動は、その矛盾の本質を理論的に暴き、それを根本的に止揚するために、また資本主義の弊害を覆い隠してきた天皇制を打倒するために闘争し、それゆえに天皇制政府の警察権力の凄まじい弾圧に直面することになる。革命化した労農運動が、1930年代の初頭に天皇制政府の苛烈な弾圧と暗黒裁判の犠牲となり、その組織が壊滅的な状況に追い込まれたのは、その意味において「必然」であった。警察署の留置場のなかでも共産主義の法則的理性への献身と信念を貫いた者は、ファナティックな天皇制の思想警察の凄まじい拷問とリンチの餌食となり、絶命せざるをえなかった。それに対して、監獄のなかで沈思黙考を重ねた結果、マルクス主義科学の軽薄さを自戒した者のなかには、それに代えて日本仏教の深遠な教理へと身を寄せていく者もあった<sup>3)</sup>。あるいは、独居居の窓の外に見える四季の移ろいの美しさ、素朴な木造建築から母のような暖かさを感じた者は、革命による人民の解放と歴史の進歩に真実を求めるのではなく、今ここにある日常的な情景の中に日本の伝統美と安らぎを求めていった<sup>4)</sup>。真理とは何であるか。虚偽とは何であるか。善と悪は、何をもって分けうるのか。美しさと醜さとを隔てるものは何なのか。革命運動の理念

---

3) 小野清一郎「思想犯と宗教」『法学評論・下』(有斐閣・1939年) 395頁以下参照。共産党員の転向の典型として、佐野学と鍋山貞親「共同被告人同志に告ぐる書」がある。彼らの転向は、天皇制と日本主義に帰依しながらも、社会主義思想については余地を残したのであった。1930年代の共産主義者の「転向」に関する総合的な研究としては、思想の科学研究会編『共同研究 転向(上・中・下)』(平凡社・1960年)を参照されたい。

4) ありふれた日常の風景や風土に歴史の深遠さを感じるのは、人間の自然な感情の表れである。例えば、1930年代の日本文芸評論の世界において活躍した保田與重郎『新版・日本の橋』(初版1937年、新版2001年)によれば、人と物が行き交う「橋」にでさえ、日本独自の美的情緒が刻み込まれているという。

と現実の過酷さが共存しえない暗黒の時代において、真・善・美と偽・悪・醜は、もはや分別することを許さないほどの厳しさを持っていた。真理へと突き進んでいく者も、虚偽へと転向していく者も、今のままの自己であり続けることは許されなかった。

4 刑法家は、このような時代にどのような帰趨をたどったのであろうか。刑法家のなかには、刑法にある封建的残骸を批判し、また犯罪発生の根本的原因として社会経済的要因を重視して、刑罰による犯罪予防策に限界があることを指摘し、国家による刑法の実際的な運用を批判した者もいたが、そのような刑法家は、革命家と同じ運命をたどることはなかったものの、その本質的でラディカルな刑法思想ゆえに大学から追放され、沈黙を余儀なくされた。しかしながら、刑法家の多くは時代に適合し、その要請に応える刑法学説を説くことを自己の任務とした。天皇制国家の世界史的任務を自覚し、それに刑法家としての自己の責務を同化させて、日本法理運動へと身を投じていった。また、時局が悪化の一途をたどることが明らかである以上、自己になしうる最後の良心の抵抗は、時局に関与することによって最悪の事態を回避することであると悟った者もいた。しかし、いずれの立場からも時局を好転させることはできず、アジアにおける皇国の刑法の発展の理念的正当性を競い合うだけであった<sup>5)</sup>。暗黒の時代は、知性をして沈黙させるだけでなく、決断させる時代でもあった。

1930年代に革命運動が壊滅的な打撃を受け、批判的な刑法家が大学から

---

5) そのような刑法家の戦前の理論的態度について言及したものとして、村井敏邦「戦後刑事法学に反省はあったか」法律時報80巻10号（2008年）83頁以下参照。ここでは、「大東亜共栄圏」を樹立するために、刑法理論の側面から「大東亜戦争」に協力・加担した刑法家の戦後の弁明ぶりが厳しく批判されている。ただし、どのような事柄が反省すべき問題であるかについては必ずしも明瞭ではない。他国家と他民族に対する侵略と植民地支配を反省すべきなのは当然であるが、重要なのは刑法理論面における協力・加担の内容、その刑法思想の傾向と方法論の特徴を明らかにし、それを批判することである。本稿の問題関心は、この点に向けられている。

追放された後、刑法学研究が向かった理論的方向を考察することが本稿の課題である。現代の世界においては——そこにはもちろん日本も含まれているが——、民主主義の政治的要求が国家の強制力によって弾圧される状況が今なお続き、またたとえ民主化を勝ち得た国であっても、それを実現する社会過程において、民主主義社会における刑法の課題、政治と刑法の関係はいつそう複雑かつ不透明になり、その実相はかつてほど簡単に見極められない状況にある。社会主義の政治的・経済的關係を確立した国では、そのもとで刑法のあり方を模索する努力が続けられているが、米ソの軍事的・イデオロギー的対立が激烈であった「冷戦」の時代ほどには、「社会主義刑法」の優位性や階級性<sup>6)</sup>はあまり強調されなくなっているようである。いずれの国においても、刑法が法益保護と犯罪予防の手段であることを前提にして、それに役立つ刑法と刑法理論をいかにして考えるか、国際的な標準に沿いながら、かつ人権親和的に構築するかが重要な

---

6) 中山研一「刑法とイデオロギー」中山研一・西原春夫・藤木英雄・宮澤浩一 編『現代刑法講座・第1巻 刑法の基礎理論』(成文堂・1977年)によれば、社会主義刑法の特徴は、刑法のイデオロギー性・階級性を公然と認めるところにあるという。すなわち、刑法は超歴史的・超階級的なものではなく、一定の歴史的な段階における社会の経済的・物質的な諸条件に規定され、社会主義国においては社会主義的経済關係に規定され、国家的計画経済・管理統制経済に規定されるがゆえに、刑法は計画的な犯罪統制・管理の合目的的手段であるというのである。旧ソ連の公式の見解では、犯罪現象は基本的に資本主義体制と資本主義的法意識に由来するものであり、社会主義は本来的に犯罪とは無縁な社会であるが、国家と法が死滅するまでは、その途上において刑法の必要性和積極的利用が求められるという。そのため、中山は「一方では、罪刑法定主義、責任主義など、刑罰権を制約する保障原則の意義が積極的に評価されるとともに、他方では、より効率的な刑事政策のために刑法を有効に利用することの必要性も強調されていて、現象的に見る限り、問題状況は資本主義刑法の場合と質的に異なるものとは思われない」と、旧ソ連の刑法の複合的な側面について消極的に評価している。ただし、社会主義国では、資本主義国において対立的に捉えられる国家的利益と個人的利益は統一され、罪刑法定主義による刑法適用の規制か、それとも自由な解釈による刑法適用の拡大かという問題、あるいは刑罰権の行使からの人権の保障か、効果的な刑事政策による治安の維持かという問題は二項対立的な形では現れないという。同じ様に、法益侵害か倫理違反かという違法性の実質概念の問題も、道義的責任か犯罪の危険性かという刑事責任の本質の問題もまた同様であるという。

テーマになっているのではないだろうか。確かに、その作業は重要であるが、現在の「時局」——もちろん、かつての「時局」とは内容的に異なる——に参与していることの自覚はあまりないようである。かつての時代とは異なる時代においても、いや異なる時代だからこそ、刑法の理論的な位置関係を測定する規準が必要であると思われる。このような問題意識に基づいて、日本における近代刑法の成立過程を跡づけながら、刑法家が日本国家の世界史的任務の実現に奉仕することを目指した1930年代以降の刑法理論の特徴を明らかにし、そのイデオロギー的基礎と法学方法論の意義を考察する。

## 二 近代刑法の基本的特徴

### 1. 問題の所在としての小野刑法学

#### ① 小野刑法学を考察対象にする理由

本稿は、1930年代における刑法のイデオロギー的基礎と法学方法論の一例として、小野清一郎（1891-1986年）の刑法学説を取り上げて考察することを予定している。あらかじめ小野刑法学の概略を見ておく。

小野は、1920年代から刑法学の研究に取り組み、その当時のドイツの法理学（法哲学）と刑法学を学び、比較的リベラルな立場から国家の刑事実務や刑法改正作業を批判し、理想的な刑法を探求していた。しかし、1930年代後半から一転して国家主義的立場に転じて、絶対主義的天皇制国家のありのままの刑法を講ずるようになり、1940年代にはその理論的实践としての日本法理運動に関わり、『日本法理の自覚的展開』（1942年）を著して、その中心的存在となった。第二次世界大戦後は、日本法理運動を指導する立場から軍国主義的な刑法理論を主張したことの責任を問われ、大学と公職から追放処分を受けた（1950年代に解除）。小野の刑法思想において、リベラルな体制批判的立場から国家主義的な体制迎合的立場への移行はいかにして成し遂げられたのか。1930年代の後半は、日本が世界を相手

にして戦争へ突き進んでいく時代であった。小野は、その時代の流れに抵抗できずに、不本意に迎合的な刑法学説を講じたのか。それとも、積極的にそれを講じたのか。体制批判的な立場から体制迎合的な立場へと移行させた理論的契機は、どのようなものであったのか。このような問題意識から、小野の刑法思想の展開過程を分析することによって、現実政治に対する刑法的知性の強さと弱さの矛盾する二つの側面、また「理念」に基づいて「現実」を批判する立場から「現実」のなかに「理念」を見出す立場へと変容する刑法学方法論の理論的特質を明らかにできるのではないかと思われる。それは、現代の激変する国内外の情勢に自覚的に関わろうとする刑法学と刑法学者にとって無関係ではない理論問題でもある。本稿において、1930年代における刑法のイデオロギー的基礎と法学方法論の一つの実例として小野清一郎の刑法学説を取り上げて考察する理由は、近代刑法や近代刑法学の歴史的位関係性を明らかにして、そこに自己省察の理論的契機をつかみ取るためである。

## ② 小野刑法学の基本的性格

1 刑法学者としての小野清一郎の戦前の学問的軌跡を簡単にたどっておく<sup>7)</sup>。小野清一郎は、1891年に生まれ、東京帝国大学を卒業後、検察官として刑事実務に従事していたときに執筆した論文が牧野英一（1878-1970年）の目にとまったことがきっかけで、東京帝国大学助教授に就任するこ

---

7) 小野清一郎の略歴とその学問的業績については、小野清一郎「刑法学小史」『東京帝国大学学術大観・法学部』（1942年）80頁以下（小野清一郎『刑罰の本質について・その他』（有斐閣・1995年）409頁以下）、小田中聰樹「日本刑法学者のプロフィール 小野清一郎（1891-1986）——客観主義と国家主義の理論」法学教室第157号（1993年）70頁以下、宮澤浩一「小野清一郎の刑法理論」吉川経夫・内藤謙・中山研一・小田中聰・三井誠編『刑法理論史の総合的研究』（日本評論社・1994年）475頁以下、前田朗「侵略の刑法学——日本法理の歴史意識」『ジェノサイド論』（青木書店・2002年）225頁以下、中山研一「小野博士の刑法思想」『刑法の基本思想』（増補版・成文堂・2003年）52頁以下、内藤謙『刑法理論の史的展開』（日本評論社・2007年）284頁以下、中山研一『佐伯・小野博士の「日本法理」の研究』（成文堂・2011年）113頁以下を参照されたい。

とになった。1919年にフランスに留学し、その翌年に第一次世界大戦後の落ち着きを取り戻したドイツのベルリンで研究生生活を送るなかで、M・E・マイヤー（Max Ernst Mayer 1875-1923年）によって主張された構成要件論を学び、1922年に帰国した後、それに基づいて刑法理論を大系化した。1932年に公刊された『刑法講義総論』はその集大成である。

小野の刑法学方法論と刑法解釈学にはどのような特徴があったのか。それについては、小野自らが「刑法学小史」（1942年）において総括的に説明している。それによれば、次のように述べられている。すなわち、「刑法における政策、即ち目的合理性の上に道義的価値合理性としての応報の理念を認め、その理念を中心として国家共同体における文化的秩序の強力的保障としての刑法の理論的展開を考えようとする」ところにあり、その刑法解釈論の特徴としては、「ドイツのベーリングおよびエム・エル・マイエルに学ぶところが多い」と説明されている<sup>8)</sup>。エルンスト・ベーリング（Ernst Beling 1866-1932年）の構成要件論は1906年に発表されたものであるが、当時はフランツ・フォン・リスト（Franz von Liszt 1851-1919年）を代表とする近代学派が隆盛を極めていたために、ドイツではあまり顧みられなかったが、M・E・マイヤーがそれに基づいて刑法総論を体系化したことから、一躍注目を浴びるようになった<sup>9)</sup>。マイヤーがその体系化の方法論として新カント主義（Neukantianismus）を用いたことから、小野も同様に新カント主義の方法論に基づいて、構成要件論を土台にすえた刑法理論の体系化を試みた。ただし、それは近代学派の刑法理論に対立するものではない。近代学派の刑法理論は、犯罪予防政策の目的合理性とそれを達成する刑罰の手段合理性を重視する理論であり、日本においては

---

8) 小野・前掲注(7)「刑法学小史」『刑罰の本質について・その他』421頁以下。

9) M・E・マイヤーの略歴と学問的業績については、小野清一郎「法律規範と文化規範」『法理学と「文化」の概念——同時に現代ドイツ法理学の批評的研究』（有斐閣・1928年）187頁、瀧川春男「M・E・マイヤー」木村亀二編『刑法学入門』（有斐閣・1957年）187頁以下、井田良「ドイツ刑法学者のプロフィール M・E・マイヤー（1875-1923）——薄幸の理論刑法学者」法学教室第138号（1992年）58頁以下。

牧野英一によって主張され、大きな影響力を誇っていた。小野は、むしろその理論を一応の前提としながら、それを新カント主義によって補完したのである。つまり、予防刑の科学的合理性を応報刑の道義的合理性によって補完した、あるいは近代学派の自然主義的・実証主義的な刑法理論を理念的・規範的な刑法理論によって補完したといえる。小野は、刑罰が応報刑であることを認めるが、それはイマヌエル・カント (Immanuel Kant 1724-1804年) やゲオルク・ヘーゲル (Georg Hegel 1770-1831年) が論じたような「絶対的応報刑論」ではない。小野の応報刑論は、国家の刑法には国家の法秩序を刑罰の強制力によって保障 (維持・強化) する任務があり、その任務を全うするために刑罰という手段が行使されると考えるもので、目的と手段の関係において刑法を位置づける点では近代学派の目的刑論と同じ立場に立っている。異なるのは、刑罰の意義は犯罪予防効果によって実証できても、本質的には国家刑法の「道義的価値合理性」、すなわち刑罰の理念によって正当化されるというのである。このような刑法理論を展開するために新カント主義を方法論的基礎に位置づけたところに小野刑法学の特徴がある。

2 小野が20世紀初頭に新カント主義を自己の刑法学方法論として取り入れた意義は後に説明するが、ここで重要なことは、刑事政策的思考を重視した近代学派が理論的にも実践的にも限界に達していたこと、それに代わるべき刑法を構想することが急務の課題として認識されていたことである。小野の目に映った近代学派の理論的・実践的限界とはどのようなものであったか。小野はなぜそれを新カント主義によって批判しようと考えたのか。小野の刑法思想の意義、その刑法思想史上の位置を確認するためには、それに先行する刑法と刑法学の内容を概括しておかなければならない。すなわち、明治維新を契機にして促進された日本刑法の近代化にはどのような特徴があったのか。それはいかになる限界に達していたのか。そして新カント主義の方法論がどのような意味においてそれを克服しようと

解されたのか。このことを明らかにしておく必要がある。その後、小野は新カント主義の方法論をも放棄して、それを超える法学方法論を模索していくが、その意義と必然性を認識するためにも、まずは日本における近代刑法の成立過程を素描しておきたい。

## 2. 日本における刑法の近代化の過程

### ① 1880年刑法の特徴

明治政府は、明治維新を契機にして、資本主義経済の基盤強化と国家機構の全国的統一化を図った<sup>10)</sup>。刑罰制度としては、さしあたり徳川幕府時代の刑法を踏襲しながら、大宝律令、養老律令、唐律、明律、肥後藩の刑法草書などを参考にして、まず仮刑律（明治元年・1868年）を、ついで新律綱領（1871年）、改定律例（1874年）を制定した。それらは天皇親政制度への回帰という明治維新の思想的側面を反映したものであったため、類推解釈（援引比附）、慣習法・条理による処罰（不応為）、士族に対する身分刑（閏刑）などの封建的な性格を残し、またその名宛人も国民ではなく、官吏でしかない前近代的な刑法であった。このような性質の刑罰制度に固執し続けるならば、諸外国との間で締結された種々の不平等条約の改正を求めることはできないため、西洋的な体裁を備えた刑法典を編纂し、制定しなければならなかった。明治政府は、そのために西洋の刑法学を日本に取り入れるため、フランスからボアソナード（Gustave Emile Boissonade 1825-1910年）を招いて、刑法教育と刑法草案の作成作業にあたらせ、彼の指揮下において日本で最初の近代的な刑法典（1880年）が制定された。これは、フランス新古典派の折衷主義的刑法思想に基づいて作

---

10) 小野・前掲注(7)「刑法学小史」『刑罰の本質について・その他』421頁以下、佐伯千鶴・小林好信「刑法学史（学史）」鶴飼信成・福島正夫・川島武宜・辻清明編『講座・日本近代法発達史 第11巻』（勁草書房・1967年）209頁以下、堀内捷三「法典編纂と近代法学の成立 刑事法」石井紫郎編『日本近代法史講義』（青林書院新社・1972年）113頁以下参照。

られたもので、近代刑法の大原則である罪刑法定主義の明文規定を規定し、自由刑を中心に体系化し、封建的身分関係によって軽重が決まる前近代的な身分刑を廃止した。また、フランス刑法にはない未遂犯と幫助犯の必要的減輕主義を規定し、また刑の酌量減刑を規定するなど、総じて客観主義刑法学に基づいた自由主義的な性格を有していた。

## ② 1907年刑法の特徴

1 日本における最初の近代刑法は、この1880年刑法によって確立したが、19世紀末から資本主義化の弊害の現れとして犯罪の急増傾向が顕著になり、このような自由主義的な刑法では犯罪対策の効果が期待できないと批判された。1880年刑法では、犯罪類型が細分化され、法定刑の幅が狭く、裁判官の自由な裁量が制限されているため、刑罰権の機能的で機動的な運用が望めないと非難され、それに代えてより強力で合目的な犯罪予防政策を担いうる刑法が確立されるべきであると主張された。1889年にプロイセン憲法を模範にして大日本帝国憲法が制定されたことをきっかけに、刑法学においてもドイツ刑法学の影響が強くなり、刑法改正作業においてもドイツにおいて隆盛を極めていた近代学派の刑事政策的思考を重視した刑法理論が注目されるようになった。そのような事情を背景にして成立したのが現行刑法典（1907年）である。

2 1907年刑法の基本的な特徴としては<sup>11)</sup>、まず第1に強力な刑事政策によって犯罪の急増傾向に対応するために、犯罪現象を包括的に捉えられるよう、罪刑法定主義の規定が放棄されている。第2に、罪刑法定主義を放棄したことの論理的な帰結として、犯罪の成立要件（構成要件）が概括的・包括的なものになるよう条文が簡略的に定められ、それに科される刑罰の種類と量も裁判官の裁量に委ねられるように規定されている。例えば、旧刑法では殺人の罪は謀殺罪と故殺罪などに区別されて規定されていた

---

11) 現行刑法の成立過程についても、前掲注(10)に掲げられた文献が詳しい。

が、現行刑法では殺人罪（刑法199条）の一箇条しか設けられていない。また、例えば未遂における必要的減輕主義が任意的減輕主義（刑法43条）へと変更されているように、量刑における裁判官の裁量権が拡大されている。そのために、第3の特徴として、一定の定型的な犯罪の種類に対応させて個別の刑罰の枠組みを確定するという罪刑均衡の原則が弱められ、旧刑法にあった重罪・軽罪・違警罪の犯罪の段階構造と刑罰の階梯もなくなっている。第4に、量刑判断における裁判官の自由裁量が拡大した結果として、行刑の運用も弾力化されている。例えば、犯罪の成立要件が全て満たされても、刑の執行が猶予できるようになり、また刑の執行中であっても、仮出獄ができるようにされている。犯罪の急増に伴う刑務所の過剰収容状態を緩和する行刑政策上の必要から、このような柔軟な刑罰経済思考が取り入れられたのであるが、ここに刑罰制度の運用に関する原則が古典学派の一般予防主義・応報刑主義から近代学派の特別予防主義・改善刑主義へと変更されたことが確認できる。そして、第5に刑法の場所的適用に関して、属地主義を基本としながらも（刑法1条）、皇室に対する犯罪や内乱罪などが、外国において、外国人によって行われた場合でも日本の刑罰権が行使できるように保護主義が取り入れられている（刑法2条）。日本資本主義はすでに日清戦争と日露戦争において、朝鮮半島における経済的権益を確保しつつあったので、そこでの日本の法益を保護するために、刑法を国境を越えて適用できるように準備されたといえる<sup>12)</sup>。

### 三 近代刑法の方法論的特徴

日本における刑法の近代化の過程は、明治維新を背景にして、フランス新古典学派の折衷主義的刑法思想の影響のもとに自由主義的な刑法を制定

---

12) 現行刑法の基本的性格を分析したものとして、桜木澄和「刑法『改正』作業の思想史的源流」法学セミナー1972年11月号50頁以下、永野周志「刑法と支配の構造」（社会評論社・1975年）43頁以下が詳細である。本稿はそれらから重要な示唆を受けている。

したことに始まり、後に悪化の一途をたどる犯罪現象に対応するために、ドイツ近代学派の刑事政策的思考を取り入れた現行刑法へと展開していった。

### ① 1880年刑法のイデオロギー的基礎

1 1880年刑法がその基礎としたフランス新古典学派の折衷主義的刑法思想とは、どのようなものであったか。それを明らかにするために、まずそれに先行するフランス革命の刑法思想の特徴を見ておく。フランス革命の刑法思想は、イタリアのベッカリア (Cesare Bonesana Beccaria 1738-1794年)、フランスのルソー (Jean-Jacques Rousseau 1712-1778年)、イギリスのベンタム (Jeremy Bentham 1748-1832年) などの啓蒙思想家によって開拓された啓蒙主義の功利的で目的主義的な立場に基づいていた。その特徴は、フランスの「旧体制」の時代における宗教的観念と結合した応報刑思想を斥けたこと、人間の理性と意思自由を認めたこと、刑法を犯罪予防のための合理的手段として位置づけたこと、そして刑罰権の濫用と恣意的な行使から人民の自由を防御するために罪刑法定主義を重視したことにある。1791年のフランス革命刑法にその思想が端的に表されているが、ナポレオン (Napoléon Bonaparte 1769-1821年) はその刑法が硬直的で融通の効かない「固定刑主義」であると非難し、刑罰による犯罪の鎮圧という功利的目的を全面に押し出して、裁判官の裁量権を拡大した過酷な刑法を作りあげた (1810年ナポレオン刑法)。そのような過酷な刑罰を抑止するために、カントは刑罰は目的に奉仕するのではなく、犯罪に対する純然たる応報 (絶対的応報刑) であると捉えるべきことを主張した。このような事情を背景に登場したのが折衷主義的刑法思想である。それは、カント的な刑罰の応報的性格を承認しながら、それに自由主義的な功利的目的主義を結合させて、両者の妥協を図ろうとした立場である<sup>13)</sup>。それは、

---

13) 佐伯・小林・前掲注(10)225頁以下参照。カントは、ナポレオン刑法が目的合理主義の立場から刑罰の合目的性を強化し、その合理主義ゆえに過酷な刑法が作り出されたたゞ

犯罪予防目的の合理性を承認し（目的合理性）、その手段としての国家刑罰の合理性をも認め（手段合理性）、そしてこの合理的な目的手段関係において刑法を位置づけ、同時に刑罰の応報的性格によって限界づけようとする立場であった。近代の科学や思想に特有の合理主義の思考方法が刑法の方法論として取り入れられた結果、犯罪と刑罰の対応関係を刑法によって事前に明らかにし、理性的な人間の自由意思に働きかけることによって合理的な犯罪統制を進めていくという予定調和的な刑法思想が成立したとすることができる。それは、犯罪の成立要件を事前に明らかにし、その解釈を厳格に行っていくことによって、刑法の解釈・適用に対する信頼を高め、犯罪予防効果を発揮する資本主義の初期段階に照応する刑法学方法論である。

2 しかし、日本の資本主義は、フランスなどのようにブルジョアジーが封建制を打破して発展したのではなく、世界的に植民地分割競争が激しく戦われている帝国主義時代に国家主導で形成されたものであったために、日本ではそのようなりべらるな刑法思想は自生しなかった。日清戦争（1894-1895年）において、日本は近代的な軍事組織によって清軍に破壊的な打撃を与え、この戦争における勝利をきっかけに産業革命を飛躍的に発展させ、本格的な産業国家へと発展していった。さらに清から奪い取った賠償金を基にして軍事組織を拡大・強化して、日露戦争（1904-1905年）に備えた。日露戦争を経て、朝鮮半島における権益を確保した日本は、アジアに対する帝国主義的植民地政策を本格化させ、1910年には朝鮮半島を併合するに至った。

このような資本主義化の進展によって、労働争議や小作争議は急激に増加し、また政府に対して不満を持つ知識人・文化人は無政府主義や社会主

---

ㄨめ、それに歯止めをかけるために、刑罰概念から目的合理性を排除し、絶対的応報刑論を唱えた。

義の思想へと引き寄せられていった。政府が、このような批判的な社会勢力とその行動に対して公権力によって対抗するためには、客観主義的な犯罪論に基づいた自由主義的な1880年刑法では限界があり、それに代わるより強力で自覚的な犯罪対策刑法が必要視されたのであるが、その背景にはこのような資本主義化に伴う社会矛盾があったのである。しかも、1880年刑法が制定される以前に、すでに自由民権運動に対する弾圧を強化するために新聞紙条例(1873年)や集会条例(1880年)などが制定され、また言論・出版の自由を抑圧するために新聞紙条例(改正・1883年)や出版条例(改正・1883年)が事後法禁止の原則を無視して適用されていたのであるが、1880年刑法の制定当時、このような刑罰法規がすでに制定され、それが群れをなして1880年刑法を取り囲んでいたのであるから、罪刑法定主義をはじめとする自由主義的な性格は実質的には無いに等しい状況であった<sup>14)</sup>。客観主義的な刑法理論と自由主義的な刑法論に代えて、行為者の主観的側面に犯罪の本質を見出し、それに照準を合わせて刑罰権を行使していく主観主義的で予防主義的な刑法を制定する作業は、このような事情を背景にして迅速に進められた。

## ② 1907年刑法のイデオロギー的基礎

1 ドイツの近代学派は、フランス新古典派の折衷主義刑法思想と同じように、目的手段関係において刑法を捉える合理主義的な立場に立っているが、異なるのは自然主義と実証主義の影響を強く受けていることである。その科学的な知見にもとづいて、刑罰の手段合理性はさらに強化され、行為者の主観的側面や性格・人格の内面にまで刑罰のメスを入れ、改善・矯正の治療を施していくような刑法学が誕生した。資本主義の未来予測が当初予定していた通りにはいかず、体制に対して不満を示し、また反抗する動きが活発化したため、それに十分に対抗できるような科学的で合目的な刑法理論が追求された。1907年刑法の成立に大きな影響を与えた近代学

---

14) 桜木・前掲注(12)51頁参照。

派の刑法学方法論の特徴は、次のようなものであった。

ドイツ近代学派の代表であるリストは、30才のとき（1881年）、マールブルク大学の教授に就任した。そのときに行った就任記念講演「刑法における目的思想」は、彼の刑法研究の基本的立場を表明したものとして非常に有名である。彼は、刑法学の通説的な立場であった古典学派の応報刑論（折衷主義的刑法思想）を批判して、目的刑論、とくに特別予防刑論を主張した。リストが通説的な刑法学を批判したのは、従来の刑法学が、哲学的な思弁を繰り返り広げ、その概念を論理的に操作することに終始してきたからである。刑法学とは、犯罪の要件とその概念を理論的に構成し、刑法を整合的に適用するために体系的な解釈論を展開することにあると解されてきたため、刑法は内向きの学問、閉鎖的な学問になってしまい、現実の社会から刑法学者の目を遠ざけたと批判した。リストにとって刑法学の目的とは、現実に生起している犯罪現象の原因と対策を研究することであるので、それは刑事学などの隣接分野と統一された全刑法学（gesamte Strafrechtswissenschaften）でなければならない。現象にはそれが発生する原因がある。自然現象は、自然界を支配する因果法則に基づいて発生し、変化し、そして消滅する。一定の条件と原因がそろえば、法則的に一定の結果が発生するので、その原因を除去すれば、その結果は発生しない。リストは、このような自然科学的な実証的考察方法を社会現象としての犯罪現象に応用して、犯罪の原因を明らかにし、それを行った者からその原因を取り除けば、彼が再び犯罪を行うことはなく、それによって法益の保護という刑法の目的を達成できると考えたのである。刑法学とは、犯罪とは何か、刑罰とは何かという問題を考える学問であるが、それは哲学や思想研究のように頭の中で思索をめぐらして永遠の真理を追い求めるというようなものではなく、実社会に密着し、犯罪の予防、とくに再犯の予防という社会の要請に応える「技術学」でなければならない。リストの発想には、今でも非常に魅力的である<sup>15)</sup>。

---

15) 刑事政策において科学的・合理的手段を追求することは、それ自体として否定される。

2 リストはこのような立場から、自然科学と実証科学の方法を用いて合理的な刑法学を作り上げた。彼は、近代科学・哲学の基本的作法、すなわちデカルト流の二元主義に基づいて、人間の行為を内面的な心理過程と外部的な身体運動過程の二側面に分析して、犯罪の要因はそれを行った人間の心理過程にあるという理解に基づいて、その人間を犯罪行動へと駆り立てた犯罪的意思や危険な性格を刑罰の教化力を用いて除去し、また犯罪以外の行動へと誘導するより強い動機を刑罰を用いて付加することによって、再犯を防止できると論じた。応報刑論は、犯罪を行う者はその自由な意思に基づいて一定の価値選択を行い、行動を決行すると考えるが、人間にそのような意思自由があるというのは幻想であり、行為者は内的な素質と外的な環境によって犯罪行動を行うよう法則的に決定されているのである。例えば、有体物（鉄片）が、外的作用（磁力）によって上下左右に誘導されるのと同じ様に、人間もまた内的・外的な要因によって決定されて行動するので、その行動が法敵対的ではなく法適合的に決定されるように、刑罰によって内的・外的な原因を除去・緩和すればよいのである。このような刑罰観によれば、国家が犯罪行動の予防のために科す刑罰には、自然科学的・実証科学的な改善・矯正の意味があるだけで、価値的・規範的・倫理的な意味はない。刑罰は、犯罪が予防された事実によって正当化されるだけであって、道徳的非難によって規範意識や忠誠心を覚醒させることで正当化されるのではない。

このような刑罰観に対応する犯罪概念として、リストは犯罪概念の基底

---

べきことではないが、それによって犯罪予防策を強化し、また有罪認定の証拠として用いる場合は慎重でなければならない。犯罪対策閣僚会議の「犯罪に強い社会の実現のための行動計画」(2003年)では、「犯罪捜査をより効率的に行うことができるよう、過去の犯罪者に関する情報の分析結果や DNA 型鑑定結果の捜査への活用に向けた必要な検討・制度整備を進めるとともに、画像の高度解析技術、顔認証技術等の先進的な技術の開発や犯罪捜査への活用を推進する」ことが方針化されているが、ずさんな DNA 型鑑定の結果や監視カメラの不鮮明な映像が有罪認定の証拠として用いられたために、冤罪が発生したことを想起しなければならない。犯罪捜査や刑事裁判による人権侵害や冤罪の発生を未然に防止するための政策を同時に追求していかなければならない。

に没価値的・没規範的・没倫理的な人間の行為を据え（自然主義的行為概念または因果的行為概念）、この行為の外部的な身体運動の側面を違法性（物理的違法）として、内面的な心理的側面を有責性（心理的責任）として構成して、客観主義的な犯罪体系を主張した。刑罰論においては特別予防論（主観主義）を、犯罪論においては客観主義を主張し、さらに刑事政策の考慮による行き過ぎから人権侵害が生じないようにするために、罪刑法定主義を重視したのである。「刑法は犯罪人のマグナカルタである」、「刑法は刑事政策の越えられない壁である」というリストの言葉は、リスト自身が犯罪予防と人権擁護のはざままで苦悩していることを告白したものだと思われる。

3 牧野英一は、1907年刑法の制定直後にリストのもとで学び、当時の最先端の刑法学を吸収して日本に取り入れたが、リストの特別予防刑論の基本的な考えを犯罪論にも広げ、犯罪の本質を行為者の意思や性格において捉えた<sup>16)</sup>。客観主義的犯罪論によれば、外部的な行為を基準にして定型化された犯罪類型に該当しない行為は、どのようなものであっても刑罰の対象にはできないことになるが、犯罪予防の個別的な実効性を重視する特別予防刑論を推し進めるならば、このように刑罰権を類型的思考で規制するのは刑罰権の機能的で機動的な行使を阻むだけで、望ましいことではない。犯罪の本質は行為者の意思や性格にあり、それは行為のように類型化できないものなので、罪刑法定主義の思想は主観主義的犯罪論には不適合であると主張したのである。犯罪を外部的行為を基準にして形式的・客観的に捉える客観主義から、行為者の意思や性格を基準にして犯罪を実質的・主観的に捉える主観主義への移行は、自由主義や人道主義を経験する

---

16) 牧野がその後数十年にわたって主張する近代学派の主観主義刑法理論の原形は、『刑法通義』（1907年）において述べられている。それは富井政章（1858-1935年）の影響によるところが大きい。富井は刑法改正作業において、近代学派の立場から、刑罰による社会防衛と犯罪の主観主義的理解を主張し、1907年刑法の制定に大きな影響を与えた。

ことなく近代学派の理論を学んだ牧野にとっては論理必然的であったと思われる<sup>17)</sup>。それゆえ、牧野にとっては現行刑法が罪刑法定主義の明文規定を欠いていることも違和感はなかったのである。

#### 四 「刑法改正ノ綱領」と刑法改正作業

1 このようにして刑法学は、自然科学と実証科学を応用した「技術学」として立て直され、それによって犯罪対策が実施された。しかし、早くもその限界が露呈し始めた。政府は、その限界に対処し、新たな刑法の制定作業を準備した。

ヨーロッパの資本主義諸国は、帝国主義的な市場分割競争を闘った末に、1914年に第一次世界大戦へと突入し、1917年のロシア革命、翌年のオーストリア帝国の解体とドイツ革命によって落ち着きを取り戻すが、ロシアに社会主義を目指す国家が出現したことによって、資本主義が永遠の経済体制でないことが世界的に知られ、その影響を受けて日本でも天皇親政政治と妥協・協調を図りながらではあったが、普通選挙制度を求める運動が起こり、また労働者・農民の運動に支えられて「大正デモクラシー」や社会主義思想が普及され始めた。1918年には米騒動が全国的規模で起こり、労働争議や小作争議が激化・多発し、1919年には植民地支配下の朝鮮では3・1民族独立運動が、北京では5・4運動が起こり、日本の帝国主義的植民地政策に対する批判が公然化した。1922年にはコミンテルン

---

17) 近代学派の立場に立つものが全て牧野のような刑罰論に行きつくわけではない。この時期に牧野と同じ立場に立ちながら、刑罰による犯罪予防効果を全面否定する主張がなされていたことに注目すべきである。甘粕勇雄は、『犯罪論』（巖松社・1909年）において、社会制度を整備し、私有財産制を廃絶し、国民の生活を保障すれば、ただちに犯罪は減少する、すなわち職を失った者が浮浪乞食となり、腕っ節が強い者が強盗に走り、悪知恵を働かせる者が詐欺を働き、何も持たない女子が売春婦になるのは、犯罪がすべて私有財産制度の弊害に起因しているからであると断言している。甘粕の辛辣な社会科学的発想方法は、ヨハン・ゴットリーブ・フィヒテ (Johann Gottlieb Fichte 1762-1814年) に由来する。

日本支部として日本共産党が結成され、全国の大学・高等専門学校では社会科学思想（とくにマルクス主義）を研究する「社会科学研究会」の運動が拡大していった。日本資本主義は、欧米の資本主義諸国と対抗するために、帝国主義的植民地政策を進め、軍備拡張政策を強化していかざるをえず、その費用を調達するために、国内における労働者・農民の搾取と収奪を一層強化せざるをえなかった。また、植民地支配を維持するために、その地の民族を支配・管理する膨大な費用を投じなければならず、植民地における抑圧と収奪を一層強化せざるをえなかった。このように国内外における搾取と収奪を繰り返すほど、抵抗は過激になり、反体制的な社会思潮も拡大していった。

このような矛盾を抱えたまま、自然科学的・実証科学的な刑事政策を講じても、それによって得られる成果に限界があるのは当然である。心理過程にある犯罪的要因を刑罰によって教化したり、感化するような刑罰論では、例えば「確信犯」の前では空回りし、期待された効果をあげられないのは言うまでもない。確かに、科学的な知見に基づいて刑法学を構想し、学問の目を法律という条文群から、それが適用される社会や犯罪現象にも向け、刑法学の課題を問い直したことの意義は大きかったが、「技術学」としての刑法学は犯罪の原因を行為者から取り除こうとするだけで、現実の市民社会に潜んでいる様々な問題や矛盾、犯罪の究極的な原因にメスを入れるものではない。その限りにおいて、現存する社会関係を据え置き、犯罪の本質的原因を棚上げしたまま、その根絶を現象面において図ろうとしても、限界に突き当たるのは目に見えている。このような意味において、近代学派的刑事政策的思考<sup>18)</sup>は、犯罪の究極的な原因である社会的・

---

18) 山口厚「刑法典——過去・現在とその課題」ジュリスト1348号（2008年1月1—15日合併号）2頁では、制定後100年を迎えた現行刑法の特徴と意義に関して、次のように述べられている。「刑法は犯罪と刑罰を定めた法律であるが、何を犯罪とするかは、政治体制、社会の価値観等に左右されるところが大きい。それにもかかわらず、刑法は、旧憲法から現行憲法への変革を乗り越え、制定後100年の長きにわたり、法律としてその同一性を

経済的関係、とくに不平等と貧困の根源である資本主義的生産関係に批判のメスを入れるのを阻んだということもできる。犯罪の原因が人間の内面的な心理過程に潜んでいるとだけ考えて、それを刑罰で感化することによって人間の行動を法適合的な方向に誘導できると信じたのは、本質を見誤った議論であったといわねばならない。

2 しかし、政府は犯罪の究極的な原因にメスを入れるようなことはしなかった。政府は、それとは別の方策を取り始めた。その特徴を一言で言い表すならば、日本の道義的精神に基づいて国民の規範意識に訴え、働きかけて、刑法の正当性を確証する方法である。1918年、臨時教育会議は、国民の思想が慌ただしく、日本古来の醇風美俗が汚されている状況を憂慮して、その維持に適さない法律を改正するよう政府に要請した。政府はその要請を受けて、臨時法制審議会に対して、現行刑法の改正の要否を諮問した。臨時法制審議会は、1926年に40項目におよぶ改正点をまとめた「刑法改正ノ綱領」を策定し、その原則として、「危険思想」から「国体」、日本古来の醇風美俗と家族制度を保護すること、実務面においては種々様々な刑事政策的要求を取り入れること、さらに激化する大衆運動に対して強固な姿勢で臨むべきことを明らかにした。また、政府はそれに先だって「過激社会運動取締法」(1921年)を制定し、次いで関東大震災後の混乱に乗

---

↘保ちながら、今日にいたるまで適用され続けてきたのである。／このようなことが可能となったのは、旧刑法を全面改正して制定された現行刑法が刑事政策の領域において、当時の先端的な考えを導入した、当時としてはいわば『大変良くできた』法律であったことによるものと思われるが、法定刑の幅広さに如実に現れているように、裁判官の裁量を広く認めたことによって、柔軟に運用することが可能であったことによると思われる。さらには、新たに必要となった措置が、刑法以外の刑事特別法として制定され、刑法の役割を補完してきたことも指摘し得る。もちろん、刑法典自体についても、時々の必要に応じて、一部改正が施されてきたところである」。刑法が柔軟な構造をなしているため、量刑の判断が柔軟にでき、また特別刑法とも整合性が取れることはその通りである、それによって目論まれた犯罪予防効果が引き出しているかは別の問題である。この点については、拙稿「歴史と刑法学」立命館法学第326号(2009年)1頁以下参照。

じて「治安維持ノ為ニスル刑罰ニ関スル件」（1923年）を、そして衆議院議員選挙法を改正して普通選挙制度を取り入れ、それとの抱き合わせで治安維持法（1925年）を制定した。政府はこの「刑法改正ノ綱領」に基づいて、「刑法改正準備草案」（1927年）、「刑法改正草案（総則）」（1931年）、「刑法改正草案（各則）」（1940年）を策定し（この総則・各則が「改正刑法仮案」である）、これを基にして刑法改正作業を推し進めていった（ただし、それは戦争によって中断され、1958年に再開される。それを指導したのは、公職追放処分が解除された小野清一郎である）。

この刑法改正作業の特徴は、刑法の正当性を科学的方法に基づく犯罪予防の実効性ではなく、日本の国家的精神や道義的精神の正当性に求めている。日本国家の刑法は日本国家の歴史と伝統、文化と慣習などが凝縮された法であり、そのような価値を保護するがゆえに、刑法として正当化されるのである。それは科学の言葉ではなく、日本的伝統と文化の非合理的な教理で語られている。西洋科学に慣れ親しんだ知識人にとって、それは非合理であっても、新鮮で意義深いものとして受け入れられたようである<sup>19)</sup>。

---

19) 例えば、小野・前掲注(3)395頁以下は、日本共産党幹部の佐野学の「転向」の過程について興味深い事実が紹介されている。「佐野の思想的動揺がやや表面に現はれたのは昨年10月12日で、この時佐野は富永教諭師に日本の国体、仏教思想等に関する書物を求め、『日本思想史』を読み、次いで同月17日には『日本仏教史の研究』、同25日には『大乘起信論義記講義』等を借読し、特に大乘起信論については翌月2日藤井教諭師に対して『全部読みきらぬが深遠な教義に驚いた』とさえのべた。かくて本年1月12日になつて佐野は大坪看守長に心境の変化して来た事をのべ、翌13日に接見に来た妻の佐野でる子にやはり心境の変化を漏らしたのであった」。日本のマルクス主義者は、仏教教理の深遠な意義によって開眼させられ、そこから天皇制へと転向していくというのである。その理由を、日本のマルクス主義がロシア的共産主義の思想であり、そこに天皇制へ転向する規則性があると指摘するものとして、桶谷秀昭『昭和精神史』（文春文庫・1996年）18頁以下参照。日本法理運動における小野の刑法思想にも仏教教理の影響が見られるが、仏教教理は小野にとって、新カント主義から新ヘーゲル主義、日本法理への転向を促した思想的契機であったように思われる。

## 五 刑法学の諸潮流

### 1. マルクス主義刑法理論

リスト・牧野流の自然主義的・実証的な犯罪予防刑法に対して刑法学者はどのような態度をとったのだろうか。まず指摘しておきたいことは、マルクス主義の立場から主張された刑法理論があったことである。1920年代の終わりころには、例えばパシュカーニス (Evgenii Bronislavovich Pashukanis 1891-1937年) の『法の一般理論とマルクス主義』やピョントコフスキー (Andrei Antonovich Piontkovskii 1898-1973年) の『マルクス主義と刑法』、クルイレンコ (Nikolai Vasil' evich Krylenko 1885-1938年) の『ソビエト権力の刑事政策』などが翻訳されていた。このことから、日本の法学者が革命後のソビエト科学に急接近していたことがうかがえる。牧野英一もまた、ソビエトの刑法や労働改善法の教育刑論などを参照し、ソビエト刑法の理論傾向が自己の特別予防刑論と整合性があると論ずるほど、ソビエト法学の影響は無視できないものであったようである。しかし、マルクス主義を自称する日本の刑法研究者の一般的な傾向としては、従来までの刑法学の理論的な蓄積に関する研究が浅く、刑法の運用面に関して学説や判例などの研究を積み上げていなかったために、既存の刑法学者を「ブルジョア刑法学者」として一括りにして扱い、ソビエト刑法の優位性を宣伝するだけに終わり、内容豊かな仕事はできなかつたと評価されている<sup>20)</sup>。

---

20) この点については、佐伯・小林・前掲注(10)280頁以下参照。マルクス主義において国家と法の一般理論が語られる際、経済的土台と法律的・政治的上部構造、社会的意識形態との関係を定式化したマルクス『経済学批判』の序言の文章が引き合いに出される。国家と法が経済的土台に規定される上部構造であり、それが相対的に独自の機能として経済的土台に反作用するというこの定式は、国家と法を経済的土台、とくに生産関係を維持・存続するためのイデオロギー的装置・道具として捉える理解を促してきた。中山・前掲注(6)で述べられているプロレタリア独裁期における「刑法の必要性和積極的利用」もこゝ

ロシア革命が資本主義的生産関係を根本的に変革することによって、非現実化した理念を現実のものにするための物質的基盤を準備した意義は高いが、そのことをもって日本資本主義を批判し、また日本の刑法状況を批判しても、実際には状況を変えることも、また近代学派の刑法学の限界を超えることもできなかった。それに代わる刑法理論と法学方法論が問われていたのであるが、マルクス主義刑法学者にはマルクス主義刑法に固有の法学方法論を模索することの意義が重視されていなかったようである。

## 2. 二人の客観主義刑法理論家

牧野の特別予防主義と主観主義刑法に対して批判的であり、かつ刑法改正作業に対しても慎重な立場をとった刑法学者として、滝川幸辰と小野清一郎の名前をあげることができる。

### ① 滝川幸辰の刑法理論

1 滝川幸辰（1891-1962年）は、1891年に生まれ、1915年に京都帝国大学を卒業した後、1918年に同大学の助教授に就任し、1922年にドイツに留学して、M・E・マイヤーの理論研究に従事した。滝川の刑法認識には若干の変遷がある。滝川は、当初はM・E・マイヤーにならって犯罪論の基礎に構成要件論を取り入れ、違法性の実質について「国家的条理違反」と解していたが、その後は「生活利益の侵害」、「法益の侵害」と解して、後に結果無価値論と呼ばれるようになる違法概念の原形を形作っていった。小野清一郎の刑法理論の説明のところで詳しく論ずるが、滝川はM・E・マイヤーから構成要件論を学んだが、新カント主義の方法論を取り入れることはしなかった。滝川は小野と同じ様に罪刑法定主義と構成要件論に基

---

↘のような理解に従っており、それが社会主義ソビエトの刑法理論と資本主義における近代学派の刑法理論との現象面での類似性を肯定する根拠とされているように思われる。このようなプロレタリア独裁の権力論が体制内思想と化し、社会主義が掲げていた自由や人間性の復権の理念が失われたことを指摘するものもある。三島淑臣『法思想史（新版）』（青林書院・1993年）342頁以下参照。

づいた客観主義刑法学を主張したが、犯罪論の方法論としては新カント主義ではなく、むしろリストと同様に自然主義的・実証主義的な方法を採用し、刑罰論においては応報刑論を維持したようである<sup>21)</sup>。

2 構成要件論は、簡単に説明すれば、行為者が行った行為（実在的概念＝自然主義的行為概念・因果的行為概念）が、法文から導き出される犯罪の要件（構成要件）に該当しているかどうかを判断する理論である。一般に構成要件に該当する行為は、違法であるとの推定を受けるが、それは構成要件が違法行為を類型化したものであると考えられているからである。その場合、構成要件該当性の判断は、実社会や具体的な個人の利益が侵害されたかどうかという事実の有無に基づいてなされるので、何らかの価値基準にもとづいて規範的な判断を加える必要はない。違法性の実質を「生活利益の侵害」と解する滝川の違法概念は、このような実在的な事実的要素を重視した構成要件論に支えられているといえる。これに対して、構成要件を何らかの理念的な（例えば国家的条理であるとか、社会的相当性のような）規範によって概念化するならば、生活利益が侵害されていても、それが国家的条理に反しないと判断されたり、社会的に相当であるとみなされる場合には、構成要件該当性は否定され、ゆえに違法であるとの推定を受けないことになる。新カント主義の理論的特徴は、存在と当為（規範）、事実と価値、現実と理念の二元主義に基づいて、犯罪の成立要件をリストや滝川のように存在と事実のレベルにおいて捉えず、当為と価値のレベルにおいて、端的にいえば観念の世界において捉えるところにある。滝川が、1920年代という日本資本主義の危機が深まる時代において、また日本国家の歴史と伝統、文化と慣習を梃子にして刑法改正や刑事政策が推し進められた時代において、実在するものを重視する方法論（それは素朴

---

21) 滝川の刑法理論の特徴については、佐伯・小林・前掲注(10)274頁以下参照。刑法学説史においては、滝川個人の思想の社会的・政治的傾向が指摘されているが、その法学方法論については明瞭に述べられてはいない。

な唯物論という意味である）に基づいて、事実と存在の世界にとどまって犯罪の概念を論じた意義は、今日的にも大きな意義がある。1920年代に学生の社会科学研究会の活動が活発化し始めたことは先に触れたが、それは滝川が勤める京都大学において非常に顕著であった。社会の問題や不正に対して非常に敏感に反応する学生の行動は、滝川の社会問題への関心を刺激し、現体制の法秩序や刑法の在り方に対する批判的な立場を確立させ、また当時の「大正デモクラシー」の社会的風潮も、彼の学問的関心に大きな刺激を与えたのではないと思われる。そのような影響を背景にして、滝川はそれを刑法学説において明確な形で主張したのである。

3 滝川は、1930年代に、『刑法講義』（1930年）のなかで資本主義社会において最も重要な位置を占める犯罪としての財産犯は、貧困、失業、その他の生活不安が原因で行われるものであって、その原因は社会組織の非合理性のうちにあると断言している。さらに、現在の社会には労働力を売る以外に何らの生活保障を持たない無産者階級（プロレタリアート）とその労働力を買って剰余価値を搾取する資本家階級（ブルジョアジー）の二つの階級が対立し、深刻な階級闘争を引き起こしている。労働者階級は、民族と国境を超えて国際的な団結の力によって、資本家階級の束縛から自己の解放を試みるが、労働者階級の利益を擁護する主張と運動は、それが現存する社会の法秩序に反する場合には、現行刑法によって違法視され、犯罪として処罰される。社会組織の現状を維持しようとする資本家階級の利益とその変革を通じて自己を解放しようとする労働者階級の利益の狭間において、刑法は資本家階級の側から行使される保守的で体制維持的な法律という性格を持つが、そのような性格を持つ法律だからこそ「犯罪人のマグナカルタ」として解釈・適用されねばならないと、刑法の資本主義的階級性とその制限的な適用の必要性を指摘している。さらに、その延長線上において、『刑法読本』（1932年）には、1907年刑法に規定されている「姦通罪」が女性を差別する封建的な性格を温存させていることを指摘し、現

状の社会を是とし、異なる世界観に基づいて内乱罪を犯す「確信犯」に対しては、破廉恥罪に科される懲役刑を科するのは不当であり、名誉刑としての禁錮刑が相応しいと述べるなどして、刑法改正作業の持つイデオロギー性を批判している。とりわけ重要なのは、近代学派の目的刑・教育刑は罪刑法定主義の廃棄によってのみ実現されるもので、それは法治国家から警察国家へと逆行することを認めない限り不可能であると論じて、応報刑と罪刑法定主義を擁護することが強く主張されたことである。文部省は、このような滝川の発言を口実にして、1933年、滝川の『刑法読本』の記述内容や言動がマルクス主義的であり、日本の国体、醇風美俗、家族制度を脅かす反国家的な危険思想の現れであると決めつけて、滝川に休職処分を言い渡した。滝川は、それをきっかけに京都大学を辞職することになった<sup>22)</sup>。

## ② 小野清一郎の刑法理論

1 小野は、すでに述べたように、ドイツ留学から帰国してからは M・E・マイヤーの構成要件論に基づいた犯罪論の体系化を進めた。小野の構成要件論もまた、滝川と同じ様に罪刑法定主義の思想に基づくものであって、それを不要とする1907年刑法や牧野の主観主義刑法に対しては批判的な意味があった。罪刑法定主義は、ある人に刑罰を科そうとするならば、その人があらかじめ刑法によって定められた犯罪を行っていない限り、つまりその人の行為が違法行為類型（構成要件）に該当していない限り、ならないとするもので、罪刑法定主義と構成要件論は、ともに客観主

---

22) 「滝川事件」は、滝川が1932年10月、中央大学法学部で行った講演「『復活』を通して見たトルストイの刑法観」の内容が無政府主義的であるとして文部省・司法省の内部でも問題化したことに端を発する。1933年4月、内務省は滝川の著書『刑法読本』に対し、その中の内乱罪、姦通罪に関する見解などを理由として発売禁止処分を下し、翌5月には京大総長に滝川の罷免を要求したが拒絶されたため、文部省は滝川の休職処分を強行した。これを受けて、京大法学部は教授31名から副手に至る全教官が辞表を提出して、学問の自由と大学の自治に対する権力の介入に対して抗議の意思を表明した。その詳細については、松尾尊允『滝川事件』（岩波現代文庫・2008年）を参照。

義刑法理論を構成要素として表裏一体の関係にあった。このような罪刑法定主義を主張すること自体が、その当時の官憲による刑罰権の拡大適用に対して国民の自由を擁護し、また牧野の主観主義刑法に対して批判的な意義を持っていたのである。小野は、例えば「刑法総則草案に於ける未遂犯及び不能犯」（1933年）<sup>23）</sup>のなかで、主観主義的犯罪論の論理を徹底するならば、ある一定の行為において行為者の犯罪的意思や危険な性格が徴表されている以上、未遂も予備・陰謀もすべて処罰しなければならない。しかし、そのように行為者の主観を過度に重視する考えは「国家絶対主義イデオロギー」であって、そのような処罰は今の刑法を18世紀の警察国家的な刑法状態に戻してしまうことを意味する。そのような刑法改正を実現するならば、「金融資本主義的・帝国主義的政治勢力の絶対的支配」を覚悟しなければならない。行為者の意思や性格を重視すればするほど、法益侵害行為の類型（構成要件）によって犯罪の成立範囲を限定する意味はなくなり、また行為者の主観は法文において記述できないものなので、法文において犯罪を事前に告知することを求める罪刑法定主義も不要になる。小野はこのような主観主義刑法の危険性を指摘したが、それは原則的・的を射たものであった。

2 小野が刑法改正作業や牧野の主観主義刑法に対して、このような批判的立場をとれたのは、現実の国家と刑法、刑法改正作業の意味を認識し批判するための理念的基準があったからである。つまり、国家は文化的共同体でなければならない、法律はその文化的共同体にふさわしい文化的な法律でなければならない、その法律は文化的正義観に基づいて解釈・適用されなければならないとする理念・理想があったからである。ここに新カント主義の方法論の影響がある。それは、客観的な事実（天皇制国家、主観主義

---

23) 小野清一郎「刑法総則草案に於ける未遂犯及び不能犯」『犯罪構成要件の理論』（有斐閣・1953年）277頁以下。

刑法、刑法改正作業)を対象に据えながら、先験的な理念(文化的共同体とその刑法)を基準にして、客観的な事実の意味を認識・批判する方法である。小野によれば、現実の国家は社会生活における実際上の経済的・文化的な関係を反映した社会であって、それが経済的な関係において搾取する階級と搾取される階級に分裂している以上、その社会は支配階級の社会であって、それを理想的な文化的共同体と同一視することはできない。現実の国家は文化の理念によって制限されねばならず、とくに国家的強制力が最も顕著に現れる刑法と刑罰の行使に対しては、文化の理念、文化的正義を対置させて、個人の自由や被支配階級の自由を擁護しなければならないと説いたのである。

3 このように新カント主義の立場に立つならば、刑法において考察の重点になるのは、現実や事実ではなく、理念や意味である。犯罪の実質も、事実関係それ自体ではなく、事実関係の持つ意味に求められることになる。重要なのは現実の国家ではなく、理念としての文化的共同体であり、考察されるべきは経験的事実としての刑法、つまり「今ここにある刑法」ではなく、「本来あるべき刑法」である。刑罰に関しても、「犯罪予防に相応しい文化的共同体のあるべき刑罰」が問題になる。小野は、このような立場から、先に述べたように「刑法における政策、即ち目的合理性の上に道義的価値合理性としての応報の理念を認め、その理念を中心として国家共同体における文化的秩序の強力的保障としての刑法の理論的展開を考えよう」としたのである。犯罪の認定についても、文化的共同体や文化的刑法、文化的正義という先験的な理念に基づいて法文を解釈して、違法・有責類型(構成要件)を導き出し、そして行為者によって実際に行われた行為(没価値的・没規範的・没倫理的な实在概念)がその理念的類型に該当するかどうか判断されたのである。その犯罪概念としては、行為が現実の社会において個人や社会の法益を侵害し、行為者がそれを認識ないし認識可能であったことが重要なのではなく、その法益侵害が文化的共同体の

理念に照らして「構成要件」に該当し、「違法」であると判断でき、かつ行為者の主観的な心理内容が「有責」であると判断できるか否かが重要なのである。

4 小野は、1930年代の初頭においては、「文化」という理念に基づいて現実の国家と刑法を批判した。日本資本主義は、日清戦争と日露戦争をきっかけにして、帝国主義的植民地政策をとり、経済的に増強されていったが、その裏側で恐慌と不況、失業とインフレ、人心の不安と苛立ちが蔓延していた。そのため犯罪もまた増加していた。資本主義が切り開く未来には自由と平等と友愛が約束されると信じられていたが、「今ここにある資本主義」こそが、労働者・農民にとって「あるべからざる資本主義」であることが露わになってきた。国家も刑法も刑法改正作業も、そのような資本主義を支えている限り、「あるべからざる国家」、「あるべからざる刑法」、「あるべからざる刑法改正作業」であった。小野は、このような国家と刑法と刑法改正作業に対して、文化的共同体の理念に基づいて、「あるべき国家」、「あるべき刑法」、「あるべき刑法改正作業」を対置させることができたのである。それゆえに、刑法改正作業の主観主義的傾向に対して「国家絶対主義的イデオロギー」、「18世紀の警察国家の法律状態」、「金融資本主義的・帝国主義的政治勢力の絶対支配」というマルクス・レーニン主義の経済学用語まで用いて果敢に批判できたのである。しかし、それにもかかわらず、小野は滝川のように大学から追放されなかった。それはなぜか。その要因は、小野が依拠した文化的共同体の理念に基づく新カント主義の法学方法論にあった。それは、滝川のように文部省から敵視され、大学を追放されずに済んだ小野刑法学の理論的脆弱性の現れであり、後にその方法論的立場を投げ捨て、国家主義と日本法理運動へと突き進んでいった理論的柔軟性の萌芽であったと思われる。

## 六 近代刑法批判とその超克

小野は、新カント主義の方法論に基づいて、理念を基準にしてあるべき国家と刑法を構想して、現実の国家と刑法を批判したが、1930年代後半にはその立場から徐々に離れて、今ここにある国家（絶対主義的天皇制国家）、今ここにある国家の刑法（絶対主義的天皇制国家の刑法）の正当性を論証し始め、1940年代には日本法理運動へと関与していった。1933年頃までの小野の立場と1940年代の日本法理運動の立場の間には、内容的にも方法論的にも大きな違いがあるが、小野は無分別に立場を変えたのではない。そこに至るまでには、法思想的な内省の積み重ねの過程があった。その時期に小野が書き残した膨大な量の著作のなかから、その思考の過程を解明する糸口を探しあてるのは容易ではないが、1938年から1939年にかけて公開された『法学評論』（上・下）がさしあたり手掛かりになるように思われる。小野刑法学を現状批判の理念的刑法学から現状肯定の現実的刑法学へと変化させた転換点は何であったのか。理念的な文化的共同体論や文化的正義観から彼を離反させ、天皇中心の大東亜共栄圏論や日本法理的正義観へと接近させた分岐点はどこにあったのか<sup>24)</sup>。

### 1. 過渡期における『法学評論』

#### ① 二つの法学方法論の混在

1 『法学評論』は、小野が様々な機会に発表した評論、研究の覚書、文献批評、判例評釈などのうち、刑法、刑事訴訟法などに関する論稿を『法学評論』上巻（1938年）に、法理学、法思想史、刑事学などに関する論稿をその下巻（1939年）にまとめたものである。それらの論稿が執筆された

---

24) この問題に関して、拙稿「刑法史における法理学的普遍主義の展開」立命館法学第333・334（2011年）1297頁以下、拙稿「刑法史における過去との対話（2）」法と民主主義第463（2011年）82頁以下において考察した。

時期は、1925年前後から公刊直前の1938年頃までであり、その間における小野の刑法思想の変転を垣間見ることができる。

上・下巻のそれぞれの序文には、小野がそれまで行ってきた刑法と刑事訴訟法の研究姿勢、また必要とされている日本固有の法理学の建設の意義が総括的に記されている。例えば、「歴史的・精神的な現実としての現行法」、「わが民族の道義的精神を表現し、その文化を保護し、進展せしむる軌範としての現行法」であるとか、「日本の憲法なり、刑法なりの根底に在る具体的な精神的理義」、「国家的・民族的な人倫生活及び文化の条理」などの言葉が序文に見られる。さらには、「今やわが日本民族は古き東洋文化の総合的把持者として、又西洋近世文化の明敏なる修得者として、新なる極東の文化圏を確立すべき任務を負わされている。法律学の一角からこの世界史的過程にささやかなる貢献を為すことこそは著者の心からなる念願である」とか、日本国家および国法の倫理としての「法理学は、単に西洋近代の法理学説を学ぶことによって獲得されない。何故なら、具体的な国家及び国法は常に歴史的なものであり、民族的なものであり、文化史的・精神史的なものであるからである。我々は歴史的に其の由来するところを知らなければならない」、「我々は我が日本の文化史・精神史の中における国家及び法律思想の展開を見、其の精神的伝統を明らかにしなければならない」というような研究方法やその究極的目標が述べられている<sup>25)</sup>。これは、新カント主義の方法論によって説明できるだろうか。理念的な国家を文化的共同体として捉え、そこにおいて刑法のあるべき姿と内容を構想してきた小野の立場と一致するであろうか。答えは、おのずと明らかである。

2 『法学評論』の序文には、このように国家主義的・民族主義的な言葉によって書かれた文章が見られるが、そこに収められた論稿の全てがその

---

25) 小野清一郎『法学評論・上下』（有斐閣・1938年・1939年）の序文参照。

ような論調で書かれているわけではない。そのなかには、価値や理念の世界から現状を批判する姿勢を確認できるものもある。例えば、「刑法各論の対象及び方法に就いて」(1925年)では、「固有の法律学に於ける認識の対象は経験的事実としての法律、すなわち『ある法律』には非ずして、『あるべき法律』であり、「実証的なものと理想的なものとを混同して、其の認識対象が同一の平面上に在るものの如く考ふることは理論上到底許すべからざる誤りである。……経験的法律現象はすべて——国家の成文法と雖も——規範的論理の発展に於ける機縁となるに過ぎない」と述べて、価値・理念の視座から現行刑法の正当な意義を批判的に認定しようとする立場に立っていることが確認できる<sup>26)</sup>。具体的には、現行刑法の各則体系における保護法益の3分法を原則的に承認しながら、社会的法益に対する罪として分類されている住居侵入罪と秘密漏洩罪については、「個人の利益を保護する刑罰法規」に編入すべきであると論ぜられている。また、ジーゲルト『新国家における刑法要綱』(Siegert, Grundzuege des Strafrechts im neuen Staate, 1934)の書評として書かれた「ナチス刑法学の一体系」(1934年)では、ナチスが国家社会主義的世界観を刑法の理論的展開の契機として位置づけたことに対して、国家社会主義が「国民と其の文化」に奉仕しようとするのは良いことであるが、「自由主義の下に於いて発達した刑法総則の諸概念が法律的文化として相当の価値を有することを思わねばならぬ」と批判し、ドイツ刑法総則を支える自由主義的法律観の価値をナチスの世界観から擁護しているのである<sup>27)</sup>。このように小野が、日本刑法の各則における法益体系を絶対視しなかったのも、またナチス刑法学の理論的動向に同調しなかったのも、西洋近代の法学を通じて法的価値と理念を修得し、それに基づいて日本やドイツの刑法状況を客観

---

26) 小野・前掲注(25)「刑法各論の対象及び方法に就いて」『法学評論・上』110頁以下参照。小野がこの論文において住居侵入罪と秘密漏洩罪を社会的法益に対する罪から個人的法益に対する罪へと捉えなおしている点は興味深い。

27) 小野・前掲注(25)「ナチス刑法学の一体系」『法学評論・上』97頁以下参照。

的に捉えて自由な言論を行ってきたからであり、また西洋近代の法理学を学ぶことによって文化的な法理念を獲得し、それを刑法学の方法論的基礎に据えてきたからである。しかし、このような小野の立場は、法理学の研究を進める過程において変質し始めた。

3 小野は、「『法理学』という語について」（1937年）のなかで、法理学の意義について次のように述べている。19世紀中葉のドイツにおいて観念論哲学が没落した後、哲学と思想の世界を支配したのは自然主義と進化論であったが、それに対抗して興ってきたのが新カント主義の哲学であった。新カント主義の哲学は、大正時代の日本において一世を風靡し、哲学者だけでなく法学者もそれを日本に取り入れ紹介したが、その体系を見ることのないまま「新カント主義の克服」が声高に叫ばれるようになった。新カント主義の主たる性質は「科学方法論」であり、それが法学者に対して方法論の必要性を促した功績は高く評価されねばならないが、それは主観的観念論の方法論であり、かつ形式論理的な性格を持つにとどまっていた。法理学にとって必要な方法論は、観念や形式によって法律を捉えるためではなく、「法律的な事態そのものの对象的乃至実体的な把握」のための方法論である。それは法的実践でもある。それゆえに、法理学は法的実践のための哲学である。実践は主体の行動であり、それは価値と理想によって導かれる文化的な行動である。従って、実践哲学としての法理学は価値および文化の法哲学でなければならない。価値および文化の法哲学は、確かに新カント主義の法哲学によって開拓されたが、それは「抽象的な認識論・方法論」にとどまっていた。我々が求めているのは、「より具体的な歴史的事態の下に於ける法律実践そのものの理論」なのである。社会や人間の人生は、物質的であると同時に精神的であり、必然的であると同時に自由であり、実在的であると同時に価値的であるが、法理学はそのような社会と人生のありのままを論ずることができる総合的な見識を獲得させる学問でなければならない。それは思惟の過程としては弁証法的で

あり、我々の内面的な体験と直感による「悟り」を必要とするものである。それゆえに、法的実践は法の具体的な価値と文化をありのままに認識する主体の行動であり、法理学はそのような法的実践によって獲得される具体的な価値と文化の実体的論理を探るための形而上学である<sup>28)</sup>。小野は、法理学の意義をこのように述べたのである。

4 小野は、1920年代にドイツに留学し、そこで M・E・マイヤーの刑法理論、新カント主義を法学方法論として取り入れた刑法理論を学び、帰国後は自らもその体系化を図り、その集大成として『刑法講義総論』(1934年)を著したが、その3年後に「その体系を見ることのないまま『新カント主義の克服』が声高に叫ばれるようになった」と総括したことには、驚きを禁じ得ない。また、新カント主義の方法論が「主観的観念論」であるとか、「形式論理的」であるとして消極的に評価されていることも解せない。小野は、刑法総論の体系を新カント主義の方法論を用いて体系化したし、また新カント主義が理念を重視する主観的な方法論であったがゆえに、現実の国家や刑法に埋没することなく、それに対して距離を置き、批判的な立場を維持することができたのである。また、方法論が形式論理的であったがゆえに、文化的共同体としての国家の刑法を措定し、そこにおいて犯罪とされるべき定型的な行為(犯罪の観念的形象=構成要件)を観念することができたのである。だからこそ、構成要件論による犯罪概念の形式的把握によって刑罰権の行使を制限し、また犯罪概念において行為者の意思や性格を過度に重視する主観主義刑法や刑法改正作業を批判できたのである。もしも、小野がこのような新カント主義の方法論を維持し続けていたならば、法理学にとって必要なのは「法律的な事態そのものの対象的乃至実体的な把握」ではなく、あるべき法律的な事態であったはずである。求められるべきは「より具体的な歴史的事態の下における法律の実践

---

28) 小野・前掲注(25)「『法理学』という語について」『法学評論・下』12頁以下参照。

そのものの理論」ではなく、文化的共同体において法律の実践を導くことができる理念であったはずである。そして、もしも「法律的な事態そのもの」や「より具体的な歴史的事態の下における法律の実践」が「18世紀の警察国家的法律状態」やその法律の実践に舞い戻るようなことがあるならば、それらは「金融資本主義的又は帝国主義的政治勢力の絶対支配を意味する」がゆえに、厳しく批判されねばならなかったはずである。しかし、小野はそのようには考えなかった。小野は自らがかつて依拠していた法学方法論から離反し始めたのである。

## ② カントからヘーゲルへ

1 『法学評論』における小野の発言によれば、新カント主義の法学方法論は価値や理念の世界から法的事態やその実践を批判するだけのもので、主観的で抽象的なものであって、もはや時代遅れであると一蹴されているが、価値や理念が法理学や法的実践にとって無意味になったとか、不必要になったわけではない。無意味になったのは主観的観念論の抽象的な価値や理念であって、法理学にとって重要なのは、客観的観念論の具体的な価値や理念であるという。小野のこのような思想的省察に影響を与えたのは何であったか。それは、ユリウス・ビンダーのヘーゲル主義的法哲学であった<sup>29)</sup>。これによって、小野の法理学的認識の核心はカントにおける

---

29) 小野・前掲注(25)「ヘーゲル主義的法律哲学——Binder, Grundlegung zur Rechtsphilosophie (1935)』『法学評論・下』61頁以下参照。ビンダーの法思想が新カント主義から新ヘーゲル主義へと移行したことを指摘するものとして、末川博・天野和夫『憲法と法学』（大明堂・1966年）180頁参照。また、その変遷過程を詳細に分析したものとして、竹下賢「法思想における全体主義への道——ユリウス・ビンダーの軌跡」ナチス研究班『ナチス法の思想と現実』関西大学法学研究所研究叢書第3冊（1989年）3頁以下参照。竹下は、ビンダーが新カント主義から新ヘーゲル主義へと移行した思想的契機を3点にわたって整理している。第1は、法的理念は現実の法的実態を評価するだけでなく、それを構成する機能も持っているので、法的理念が妥当であれば、それによって構成された法的現実の人々によって支持されること、第2は道徳は自律によって成立するが、法は他律、すなわち国家的強制によって成立するので、その担い手はカント流の「個人」ではなく、「全体」という国民(Nation)であること、そして第3は法規範の名宛人は法執

主観的で先験的な理念からヘーゲルの客観的で実在的な理念に替えられた。

2 ユリウス・ビンダー (Julius Binder 1870-1939年) は、その研究生生活をシュタムラー批判から始めて、新カント主義の西南ドイツ学派のリッケルト、ラスクから影響を受けて、それに依拠しながら新カント主義の立場に立って理念的な法の認識方法を論じたが、ナチスが政権を掌握する1930年代 (ヘーゲル没後100周年) に新ヘーゲル主義へと傾斜し、法哲学におけるヘーゲル・ルネッサンスの先駆者として活躍した法哲学者である。彼は、法哲学の根本課題が実在する法の把握の方法を考察することにあると説いた。実在する法の把握とは、実在する客観的精神としての法を把握し、獲得することである。この客観的精神とは、生き生きとした民族の共同体に内在し、そこにおいて実在する民族の客観的精神であって、実在する法を超越した先験的な主観的理念などではない。新カント主義によれば、現実的なものと理性的なものは区別され、現実的なものが持つ意味はそれ自体においてではなく、理念や理性を基準にして認識されてきた。それに依拠した法哲学や刑法学においても、文化や正義などの主観的で抽象的な理念に基づいて法の意味や犯罪の要件が論ぜられてきた。これに対してビンダーは、「現実的なものは理性的であり、理性的なものは現実的である」とする先師の哲学的真髓を復興させ、ヘーゲル主義の普遍主義的倫理の法哲学を、つまりドイツ民族と国家の法の理論を説いたのである。法が実定法として妥当しているのは、それが理性的だからであり、また法は理性的であるから、実体法として妥当しているのである。犯罪の成立要件

---

↘ 行官である裁判官に限定されるので、法概念が個人から切り離されて観念されることである。小野の法思想の展開との関連では、第1の契機が重要であると思われる。法的理念に妥当性があり、それが法的現実を構成しているならば、法的現実の正当性を無条件に肯定できるのは当然である。小野が文化的共同体の理念を天皇制国家の現実において見出したとき、彼が新カント主義にこだわる理由はもはやないであろう。

も、主観的で抽象的な価値の問題としてではなく、客観的で具体的な不法（法の否定）の問題として捉えねばならない。それは批判的法理学ではなく、弁証的法理学である。しかも、カント的な個人主義的倫理的法理学ではなく、ヘーゲル的な普遍主義的倫理的法理学である。ビンダーのこのような哲学は、その当時、政治的に台頭し始めたナチスの法イデオロギーとしての機能を担うものであった。小野はこのビンダーの主張を高く評価して、自己的法理学と刑法学に取り入れ、それを「法理学的普遍主義」として理論化していった。

## 2. 法理学的普遍主義

1 法理学的普遍主義における「普遍主義」<sup>30)</sup>とは、「個体主義」に対置される概念であり、「全体主義」と同義である。個体主義は、モノを個別において見る立場であり、普遍主義はモノをその普遍の姿において見る立場である。この普遍主義に立って社会を捉えるならば、社会はその構成員である個人の単なる集合体ではなく、有機的につなげられた全体であり、精神的・文化的に統一された全体である。ゆえに、個人と社会、個体と全体は対立するものではない。普遍主義と全体主義は、個人と個体を超越しながら、同時に高次の次元において個人と個体を生かすことができる。国家と民族が今日の生活の現実において高い意義を持っているのは、その下に経済的側面、政治的側面、文化的側面など複雑な社会的分岐が存在し、各々が独自の理念と法則をもって相対立しながらも、それらを同時に統一し、包括しているからである。このような観点から国家を定義するならば、それは民族の歴史的・文化的な生活の全体、とくにその政治的・法的側面における統一的共同体、あらゆる個人を包摂する全体的・有機的生命体であるといえる。

このように定義された国家における社会生活の規範的な秩序と統制の全

---

30) 小野・前掲注(25)「法理学的普遍主義」『法学評論・下』42頁以下参照。

体が法である。法は、国家生活における客観的精神の規範的・統制的な意思の表現である。その限りにおいて、観念的であると同時に実在的なものである。存在と当為、事実と価値、現実と理念、実在と観念は、新カント主義では統一されない永遠の対立関係にあったが、普遍主義では生活における実践と文化の発展の過程において統一される。新カント主義の法哲学においては、現実の国家は国家の理念から離れた実在であり、国家の法もまた国家の法的理念から離れた実在であったが、普遍主義の法哲学においては、国家の理念は実在する国家において現実化し、国家の法的理念もまた実在する国家の法において現実化する具体的普遍である。しかも、法的理念はカントが論じたような個人の道徳的实践によって実現される主観的な観念ではなく、国家の法において顕現される客観的な精神である。小野は、法理学における普遍主義をこのように説いて、罪刑法定主義を擁護したが、その法が国家の理念が顕現した刑法であることはいうまでもない。滝川が主張したがゆえに追放された「罪刑法定主義」は、19世紀の個人主義・自由主義的なものであって、「今や殆ど迫力が無い。私は罪刑法定主義の原則的重要性を認めるのであって、罪刑法定主義の解消には断固として反対する。しかし其は瀧川教授の如き自由主義的立場からではない。普遍主義の立場からである」と明快に述べて、自らが擁護しているのは普遍主義の罪刑法定主義であることを強調して、滝川との思想的相違を明確にし、また牧野の主観主義刑法がそのような罪刑法定主義をも不要としていると言い換えて、高飛車な姿勢で牧野を批判したのである。

2 このように小野の法理学的普遍主義は、ビンダーの新ヘーゲル主義法哲学の影響によるところが大きいと思われるが、小野はそれを全面的に支持・賛同したわけではない。小野はビンダーの法哲学のなかに「主観と客観、精神と物質、普遍と特殊、殊に共同体と個人との間に於ける対立・矛盾を十分に把握せざる弱点がありはしないだろうか」となおも問題のあることを指摘している。ビンダーは二つの対立的契機の弁証法的統一を論ず

るが、それらが思惟の上における統一にとどまる限り、「現実における厳しい対立」を克服することはできないというのである。そして、「我々は思惟に於ける統一を良くすると共に対象に於ける限りない非合理性を把握せんと欲する。殊に意識とか、意思とか、自我とかいう如きものに於いても、理性が支配すると同時に非合理的なものの存在することをも認識せざるをえない」と述べて、現実における共同体と個人の激しい対立・矛盾において、合理性与非合理性とが弁証法的に統一されること、合理的なものと同時に非合理的なものが個人の意識や自我を支配していることに言及している<sup>31)</sup>。小野は、この論理の展開によって何を論証しようとしたのだろうか。小野は、共同体と個人という二つの対立的契機を観念的に統一させても、それらが現実において激しく対立している以上、両者の対立と矛盾は弁証法的に止揚されず、またその対立と矛盾を統一するために、「対象に於ける限りない非合理性」を把握する必要があると主張したのである。対象における非合理性とは何か。それは定かではないが、おそらく人間でありながら、それを超越する神のような存在。科学的に説明できなくても、「神話」の世界において当然のものとして日本人に受け入れられている存在である。それは天皇をにおいて他に存在しないであろう。1930年代の後半の「現実における対立」は、革命運動が壊滅的な打撃を受けた後の対立であり、資本家階級と労働者階級との階級的対立などではない。それは、法理学の対象である国家と刑法という合理的な存在と現人神の天皇という非合理的な存在の対立である。そして、その対立がなぜ「厳しい」のかというと、それは文化的共同体の理念によって現実の国家と刑法を批判的に認識してきた小野の前に、現実の非合理的な天皇制が立ちはだかり、小野が天皇制と闘争して、それを否定することによって対立を止揚するのか、それともそこに身を捧げて自己の立場を否定することによって対立を止揚するのかという厳しい選択を迫られていたからであろう。

---

31) 小野・前掲注(29)61頁以下参照。

3 小野は、1920年代に西洋の学問とドイツ刑法学を学び、それに感化されて当時の学術界の一世を風靡していた新カント主義の方法論を用いて刑法学を論じたが、「満州事変」(1931年)以降の日本社会にはすでに暗い世相が蔓延していた<sup>32)</sup>。刑法学の領域においては、すでに述べた滝川事件(1933年)が、憲法学の領域においては「天皇機関説事件」(1935年)が起こり、また治安維持法違反により無期懲役刑に処せられた日本共産党幹部の佐野学と鍋山貞親が獄中から「転向声明」を発表するなど、思想と言論に対する厳しい状況が進行していた。哲学者の間では、レフ・シェストフ(Lev Isaakovich Shestov 1866-1938年)の『悲劇の哲学』(1934年)が読まれ、小野もまたそのなかで精神的な苛立ちと焦りを感じ、何らかの方法で——もちろん革命運動へ関与するというのではなくて——その状況からの脱却を模索していたに違いない。小野は、ビンダーの所説を引きながら法理学的普遍主義を論じたとき、日本の国家や法の理念を現実たらしめている非合理的な天皇制国家に直面していたのではないか。それまで小野が国家と法を論ずる際に理念として位置づけてきた文化的共同体のなかに、日本の歴史と伝統、文化と慣習の一切を凝縮した天皇制が流入し始めていたのではないか<sup>33)</sup>。理念のなかに現実が侵入してきた瞬間、小野はその理

32) 哲学者の三木清が1933年に書いた「不安の思想とその超克」『三木清著作集』第13巻(1950年)133頁以下に、その当時の知識人を覆った「不安」の様相が記されている。それは、何であるかは特定できないが、思想の世界において、これまでとは異なる新しい思惟の傾向であったようである。魅力的な何かが強く惹きつけ、目を見張らせるというようなものではなく、得体のしれないものが覆い被さってきて、そこから逃れられないような重苦しい状況が、思想や哲学の世界において進行していたという。

33) 戸坂潤『日本イデオロギー論』(岩波文庫・1935年)25頁以下は、1930年代の「自由主義思想」が日本主義へと帰着する論理的過程を分析している。この「自由主義思想」とは、現実から距離を置いて自由な発想で思考する理論傾向であるが、戸坂はその思想の一形態として、ありのままの事物を分析して、その本質を得るのではなく、事物の「意味」を解釈する「解釈哲学」を取り上げて、その限界を論じている。この「解釈哲学」は、新カント主義を指しているものと思われる。それは、現実の問題を論じているように見せかけて、実際には観念に属する「意味」しか論じず、しかもその根拠を「歴史」や「古典」に求める点に特徴がある。戸坂は、「古典が成立した時代に於いてしか通用しない範

念と現実に奉仕する日本法理運動へと身を投ずる決意を固めたのではないか。

### 3. 刑法における自然主義と価値哲学の超克

1 ビンダーのヘーゲル主義法哲学が小野の法理学と法思想に与えた影響は、以上のようなものであったと思われる。では、刑法理論に対しては、どのような影響があったのだろうか。

小野は、ハンス・ヴェルツェル（Hans Welzel 1904-1977年）がその教授資格請求論文として執筆した『刑法における自然主義と価値哲学』（Hans Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht-Untersuchungen ueber die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, 1935.）を読み、その詳細な書評を發表している<sup>34</sup>）。ヴェルツェルの論文は、その表題にあるように、それ以前の刑法学のイデオロギー的基礎、すなわち近代刑法学の法学方法論を分析し、それに代わる新しい時代の法学方法論を提示しようとしたものである。これを読んだ小野は、それまでの自らの方法論的立場を回顧して、次のように述べた。すなわち、自己が主張してきた新カント主義的な構成要件論と目的論的概念構成の解釈方法論（客観的解釈論）には「片面的な主観的解釈」に傾斜する傾向があったこと、その

---

「崎」を現代に適用するため、「現実の実際的な現実界の持っている現実はどこかに行って、その代わりに古典的に解釈された意味の世界が展開する」とその特徴を指摘し、理念と観念の世界への逃避が最終的に日本主義に帰着すると批判した。この戸坂の指摘は、1930年代後半の小野清一郎の理論を分析するにあたって重要な意味を持っていると思われる。

34) Hans Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht-Untersuchungen ueber die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, 1935. 小野清一郎「刑法に於ける自然主義と価値哲学」『法学評論・下』125頁以下、その邦訳として藤尾彰訳「刑法における自然主義と価値哲学——刑法学におけるイデオロギー的基礎の研究」新潟大学法経論集17巻3・4号（1967年）213頁以下、新潟法政理論5巻1号（1972年）66頁以下参照。藤尾訳の「はしがき」によれば、ヴェルツェルはドイツ刑法の変革は躍動するナチスの政治的台頭と一体的に推進することができると述べたが、日本語訳にあたっては、その個所を削除するよう藤尾に要請したという。

思想的基盤である自然主義的・実証主義的な世界観によっては事物の表面を考察し、その表層を知りうることはできても、事物の本体に迫って、その深層において本質を捉えることはできないこと、さらに認識の基準である価値や理念といったものも主観的で抽象的でしかなく、著者ヴェルツェルが新カント主義の理論的弱点を「実証主義の補完理論」として衝いたのは的を射たものであったことを告白している。これはまさに「自己批判」である。小野は、1920年代にドイツ刑法学界で影響力を増していた構成要件論とその法学方法論としての新カント主義に惹かれ、それに基づいて刑法理論の体系化を図ったにもかかわらず、そのような理論では物事の表面しか認識できず、その本質に迫れないと自分の理論の限界を率直に認めたのである。ヴェルツェルの理論が小野にいかに関し激しい衝撃を与えたかが分かる。

2 それでは、ヴェルツェルの理論の特徴、とくに目的的行為論の基礎理論となったといわれている理論にはどのような特徴があったのか。ヴェルツェルはその理論によって刑法のあり方をどのように変革しようとしたのか。ヴェルツェルによる自然主義と価値哲学の方法論的批判は、刑法思想史上、どのような意義を持っていたのか。ヴェルツェルが挑んだ課題はいったい何であったのか。それは、直接的にはリストの自然主義的・実証主義的刑法学とその補完物であるエルンスト・ベーリングの刑法解釈論を批判することであり、より根源的には自然主義的・実証主義的な世界観、近代の科学観・哲学観の基礎にあるデカルト流の主観・客観の二元主義を打ち破ると同時に、その世界観の欠陥を理念的・価値的な考察方法と法の理念的目的を媒介にした概念構成方法によって補完した新カント主義をも思想的に乗り越えることであった。それは、次のようにまとめることができる<sup>35)</sup>。

---

35) この点については、前掲注(24)「刑法史における過去との対話(2)」84頁以下で言及している。

自然主義は、その考察対象を、外界において因果法則に従って生起し、実証的に認識できる自然現象に限定することによって、その生成と消滅の必然性を説明し、それを外的に管理・統制することが可能であると論ずる。それによれば、人間の行為もまた自然現象と同様に一定の原因によって生成する産物、すなわち心理的な意思活動に起因して惹起される身体的な運動過程として捉えられる。リストはこの理解を刑法学に適用して、人間の行為を心理過程と身体運動過程に分析し、人間を犯罪行動へと駆り立てる心理的要因を刑罰によって管理・統制できると考えた。しかし、このように犯罪現象を自然主義的方法に基づいて没価値的に考察する刑法学によってもたらされたのは、刑法の精神的空虚であった。自然主義的な方法によって、その考察対象が因果法則によって実証的に認識される物質界に限定されたために、霊魂や情念などの精神界に属する事柄は、形而上学的なもの、非合理的なものとして斥けられ、それによって刑法から本来的に備わっている精神性や倫理性が放逐されてしまった。合理主義を自負する自然主義と実証主義によって、例えば国家の精神、民族の固有性、あるいは国家や法をして民族の国家、民族の法たらしめている客観的精神に対して非合理主義の烙印が押され、それらは刑法の外に放り出されてしまったのである。あたかも精神的支柱を失った人間が生きた屍であるかのように、主のいない故郷の生家が廃墟となっていくように、民族の自覚と誇り、その世界史的使命を忘れた国家と法は、因果法則によって支配された社会機構の歯車になってしまい、市民社会の揉め事に対処するための制度・装置になり下がってしまった。刑法学の対象である人間の行為も、その犯罪概念も、精神的な虚脱状態に陥り、いわば抜け殻のようになってしまった。

このような自然主義と実証主義の方法論に対抗して登場したのが、新カント主義の価値哲学であった。新カント主義によれば、「認識」には自然科学的認識から相対的に区別された文化科学的・規範科学的認識という独自のレベルがある。経験的・実証的に認識される外在的な実在の「意味」は、その先験的な理念と価値に基づいて認識され、さらに法的に規制すべ

き対象であるか否かが議論される。つまり、ある物が存在していること、ある事象が生起していることを経験的に認識できても、それが何であるか、それにどのような意味があるのか、法的に規制すべきかどうかという問題は、理念形式や価値基準に関係づけて判断しなければ明らかにならない問題であり、経験的認識とは異なる次元にある価値的・理念的認識の問題なのである。このような価値関係的な認識論は、国家と刑法が因果法則に従って運動する機械的な存在ではなく、固有の意味や価値を備え、また目的や使命を担った存在であることを気づかせたところに大きな意義があったが、自然主義・実証主義によって国家と刑法から形而上学的・非合理主義的であるとして排除されたものを復権させ、精神的な虚脱状態を克服することはできなかった。新カント主義によれば、認識対象は依然として没価値的・没規範的・没倫理的な外在的實在であり、その意味の認識・批判は、先験的で観念的な価値や理念から獲得されるにとどまっていた。刑法学においても、認識対象は自然的・因果的な行為概念、すなわち意思活動に基づく身体運動によって惹起された外的変化という没価値的な外在的實在のままであった。それが刑法的に見て何であるか、それにどのような刑法的意味があるかという問題は、外在的事実を超越する法的価値・理念に則して判断しなければ認識されないと考えられていた。つまり、外在的な行為が犯罪概念の理念的定型である構成要件に該当し、違法性と有責性という無価値性を備えていると認識される場合にだけ、その行為が犯罪としての価値と意味を備えていると認識されたのである。犯罪としての性質とその特性は、外在的な行為に備わっているのではなく、法的判断を行う人間の閉ざされた主観の中にしかなかったのである。新カント主義は、自然主義・実証主義が排除した理念や価値の意義の重要性を気づかせたのであるが、それでも価値や理念は観念の世界にあり、墓場の周辺を徘徊している幽霊のようであった。魂と精神は自分の肉体を求めてさまよっていた。自然主義・実証主義によって非合理なものとして斥けられた精神性・倫理性は、本来的な実体に戻れないでいた。国家と刑法は、民族の精神を

取り戻せない抜殻のままであった。自然主義によって作り出された精神的空虚は、新カント主義によって克服されるどころか、補完され、固定化されてしまった。

3 ヴェルツェルが、このように国家・民族・刑法における客観的精神の不在を嘆いた背景には、ヴェルツェルが生きた当時のドイツ社会に要因があったのではないかと思われる。つまり、第一次世界大戦においてドイツが敗北し、帝政が崩壊したこと、ワイマール共和国が成立し、西洋（Abendland）の思想とイデオロギーが流入し始めたこと、戦勝国に対して多額の賠償金を支払わなければならなかったため、極度のインフレーションと失業問題が発生し、文化的退廃と厭世的風潮が社会に蔓延していたこと、このような情勢を背景にして社会不安から多くの国民が安定と安堵を望んだこと、さらには失われた祖国ドイツを復興させることへの期待が強まり、民族的精神と民族国家の使命を熱く語る政治的リーダーシップの出現を多くの国民が望んだことなどである。ヴェルツェルは、国家と法を取り巻くこのような社会状況のなかで、国家と刑法における精神的空虚を作り出した元凶である自然主義・実証主義に対して、さらにその補完役を買って出た新カント主義の価値哲学に対して批判の矛先を向け、国家から形而上学的であるとして排除された客観的精神を取り戻し、そして刑法学が顧みなかった目的性、心情、客観的義務を行為概念において位置づけたのである。自然主義が人間の行為を意思活動（主観）と身体運動による外的変動（客観）という構成要素へと解体し、その関係を因果法則に則して説明することに終始したのに対して、それを「目的性」という精神的韌帯によって統一し、行為の全体的な意味を主観的な認識の側からではなく、生き生きとした客観的な存在の位相において捉えたのである。

近代の啓蒙的理性は自らが発見した法則や定立した規準の枠組のなかで事物のあり方を考察し、科学や哲学は因果法則や合目的性の尺度によって事物を観察・認識してきたため、その規準や尺度によっては計り知れない

ものを非合理的・形而上学的であるとして斥け、その枠組の外へと追いやってきた。それに野蛮であるとか、非合理主義的ロマン主義であるなどの烙印を押して、抑圧してきた。そうすることが理性的であり、正しいことだと主張されてきた。その理性と正義は常に啓蒙の理性の側に、自然主義と実証主義の側にあると信じられてきたため、その抑圧の論理がいかに暴力的であるかについては自覚されることはなかった。ヴェルツェルは、そのような近代の理性の目的合理主義的な支配に対して、差別され抑圧されてきた本能的なもの、差異と個性に満ち溢れたものを奪い返すために、そして歴史と伝統に由来する本来的なもの、刑法をして刑法たらしめ、犯罪をして犯罪たらしめる本質的なものを復権させるための思想闘争を開始したのである。人間の行為という自然的でありながら精神的でもある存在を「分析」して観念的な技巧を施してバラバラに解体し、今度はそれを「総合」して、つなぎ合わせても、その本来的な生の意味を知ることはできない。また、ありのままの具体的な存在に向き合わず、そこから逃避して、観念の世界から眺めても、それが本来的に備えている価値を知ることはできない。国家と刑法に生き生きと現れている客観的精神を体感し、それに向かって企投する法学方法論、人間の行為が本来的に備えている目的性という本質的なものを復権させる思惟の立場によって刑法学を革新しようとしたところに、ヴェルツェルの自然主義・価値哲学批判の刑法学的意義、目的的行為論の刑法思想史上の意義があったのではないか。ヴェルツェルによる刑法の革新の背景には、このような近代の超克と本来性への回帰という社会哲学・法哲学があったのではないかと思われる。

4 小野は、このようにビンダーのヘーゲル主義法哲学に影響を受け、近代刑法を超克するヴェルツェルの刑法学方法論に惹かれて、それまで依拠していた新カント主義の立場を放棄して、新ヘーゲル主義の立場へと接近していった。客観的な実在から距離を置いて、理念と価値の世界からそれを認識・批判することに法学方法論の意義を確信していた小野は、彼らの

近代法批判の思想に接して、自分があたかも外的実在の周辺を徘徊している幽霊であるかのように感じたのではないだろうか。1930年代後半の日本の時局に対して、自分自身はその周辺を幽霊のように浮遊しているだけの孤独な存在に思えたのではないだろうか。しかも、小野は時局がそのような浮遊状態を許さないことを承知していたのではないだろうか。小野は、ビンダーとヴェルツェルの理論に導かれて、日本の国家と刑法の本来性へと回帰し、そして日本法理運動へと向かって歩み始めることを決意したのではないだろうか。

#### 4. 刑法における日本法理運動

1 日本が国際連盟を脱退し（1933年）、「満州事変」が「支那事変（日中戦争）」（1937年）へと拡大し、それを受けて国家総動員法（1938年）が制定されて国防国家体制が固められた1930年代末、哲学、思想やイデオロギーの全分野で、それに呼応する動きが強まった。法学の分野において起こったのが、いわゆる「日本法理運動」と呼ばれる日本法の革新運動である。1939年、日本諸学振興会は、「日本精神」を法律学について検討し始め、司法省は「肇国の精神」をもって法律の改正作業を進めていた。1940年には司法大臣のもとにおいて「日本法理研究会」が設立され、「国体の本義に則り、国民の思想、感情及び生活の基本を訪ねて、日本法理を開明し、以て新日本法の確立及びその実践に資し、延いて大東亜秩序の建設並びに世界法律文化の展開に貢献する」ことが鮮明に打ち出され、活発な研究会活動が展開された<sup>36)</sup>。

---

36) 佐伯・小林・前掲注(10)283頁以下参照。佐伯・小林は、近代日本刑法史を、① 法体制準備期（明治維新直後の西洋刑法思想の継受）、② 法体制確立期（1880年刑法の成立、刑法改正論争、1907年刑法の成立）、③ 法体制再編期（大正から昭和にかけての刑法学の進展）、④ 法体制崩壊期の4つの時期に区分している。そして、最後の法体制崩壊期においては、進歩的刑法理論が終焉するなかで、ナチスの刑法理論の影響が強まると同時に日本法理運動が起こってくるのが叙述されている。この時期に終焉を迎えた進歩的刑法理論としては滝川の刑法理論が挙げられているだけで、小野の名前は見られない。おそら

2 日本法理運動のもとにおいて進められた刑法研究には「比較法論」と「固有法論」と呼ばれる潮流が併存していた。比較法論とは、日本法理運動が開明しようとする刑法における日本法理は、ひとりよがりの日本精神論によってではなく、諸外国の法学との比較法的研究によって明らかにされるべきであると主張する流派であり、代表的な論者は牧野英一であった。牧野は、「私の目的刑、主観主義乃至教育刑の理論は、徒らにヨーロッパ諸国のことを羅列しているものではない。二十世紀における日本法的なものとして、世界に対してその地位を主張し得べく、構想を考え、さうして、年来、現に、世界の学界に向かって、その主張を兼ねているものなのである」と強調して、近代学派の目的刑・教育刑や主観主義刑法理論が世界に向かって日本法理を代表しうる理論であることを主張した。それに対して、固有法論とは、大宝律令(702年)・養老律令(757年)の時代の唐律の継受と明治以降の西洋法学の継受という外国法の継受の仕方、その取捨選択や消化の仕方のうちに日本的な特色を看取することができるかと主張する流派であり、その代表的な論者が小野清一郎であった。小野は、中国の儒教と法制度、インドの仏教の継受が日本の国民性を形成するうえで大きな役割を果たしたこと、これを摂取した日本こそがアジア全体を代表する立場にあること、さらに明治以降は西洋文化や法思想を摂取し、そこにおいて東洋と西洋を一つにする世界史的に見ても新しい世界文化が形成されつつあることを指摘して、それこそが「日本精神の自覚的展開に依る主体的・自主的文化創造の過程」であると主張した。日本法理もそのような日本精神の自覚的展開によって認識される。そのために何よりも重要なのは、「日本民族的・日本国民的・日本臣民的体験」であり、この「日本的体験」に基づいて日本史から学ぶことによって、日本史に内在し、か

---

↘く、法体制崩壊期に小野の「進歩的刑法理論」が終焉しながら、同時に小野の「日本法理運動」が台頭するのは「矛盾」するからであろう。しかし、その「矛盾」は、小野の新カント主義の刑法思想が否定されて、それとは異なる新ヘーゲル主義の刑法思想、日本法理運動の刑法思想へと展開する弁証法の論理によって説明することができる。

つそれを貫く具体的普遍である日本精神を体感することができ、そしてそれによって日本の精神史と日本刑法史を我がものとすることができる。小野は、このように論じて、『日本法理の自覚的展開』（有斐閣・1942年）を著し、日本法理運動における刑法研究を指導していった<sup>37)</sup>。

3 日本法理運動の時代は、1937年の日中戦争から引き続いて、その戦域がアジア・太平洋の全域に拡大され、アメリカ、イギリス、オランダをも相手にして太平洋戦争（1941年）が開始された時代であった。その戦争は、長期にわたる帝国主義的植民地政策の行き詰まりと国際的な孤立の中で、資源・エネルギーの不足による経済の疲弊を打開するために開始されたが、その末路がどのようなものであったかは周知の通りである。小野は、『日本法理の自覚的展開』が公刊された1942年に執筆された「刑法学小史」において、自らの刑法学方法論と刑法解釈学の特徴を総括したとき、「ドイツのペーリングおよびエム・エル・マイエルに学ぶところが多

---

37) 小野清一郎『日本法理の自覚的展開』（有斐閣・1942年）参照。小野は、その序文で、その当時の心境を次のような言葉で表した。「近年東亜における政治的事態の推移に伴い、文化のあらゆる方面において日本的なるものの反省が重要視されて来た。『日本法理の自覚的展開』というごとき課題の意識も、勿論この客観的位相に其の根源を有するのである。しかし、私としては、単に時の問題を採りあげたいというごときものではないつもりである。西洋文化に対する日本文化、ひろくは東洋文化の固有価値の問題は、過去30年の間追えども去らざる私の関心事であったのであり、時に日本仏教の精神的価値は私の抜きがたき確信となっている。私は自ら西洋法学を学びかつそれを継承しておりながら、しかも私の体験の深みにおいて日本的なるもの、東洋的なるものの存在とその道義的・法理的意義の認識とを抑えることが出来なかった。私は決して西洋法学の文化的意義を過小に評価しているのではない。その法律技術的文化としての価値を十分に認めている。しかもなお根本法理としては日本道義、日本精神でなければならないと信ずるのである。……私は日本の法理学というものは、現実具体の日本法に内在する実体的論理の把握でなければならぬと考える。日本法の実体的論理とは即ち日本倫理であり、日本道義である。……かかる私の考え方に対して種々の批判があり得るであろう。しかし、日本民族の道義意識・文化意識が如何に強靱性をもっているかは過去の歴史がこれを実証している。私は私の如き考え方が寧ろ若き法律学徒によって理解されることを期待しかつ念願するものである」。

い」とその理論的系譜の出自を説明した。小野はベーリングとマイヤーから構成要件論とその方法論としての新カント主義を学び、それに基づいて刑法理論を体系化した。それは1930年代前半までのことであり、その後はビンダーの新ヘーゲル主義法哲学とヴェルツェルの価値哲学批判に影響を受け、それまでの立場を否定したのである。しかし、小野は「刑法学小史」のなかでその事実に触れなかった。それは何故か。自らが指導している日本法理運動についても言及しなかった。何故なのか。『刑法講義総論』(1932年)を超える体系的な刑法書をまだ著していなかった。刑法学史における自己の刑法理論に確固たる位置づけを与えることができなかったからか。そのような事情があったのかもしれない。しかし、日本国家がその世界史的任務の実現に向けて邁進し、法学者が日本法理研究会に集結して世界法律文化の展開に貢献し、そしてその刑事法部会の責任者として運動を牽引し、自らも『日本法理の自覚的展開』を著したにもかかわらず、その刑法学方法論と刑法解釈論の特徴を日本法理運動との関わりを抜きにして、新カント主義的であると現在形で説明したのは、一定の理由がなければできないことであるし、また理解できないことである。日本法理運動における刑法思想の淵源が新ヘーゲル主義という外国産の理論であることを語りたくなかったためなのか。それとも、実は運動に対して確信を持ちきれず、それを刑法史に刻むことに一抹の不安、ためらいを抱いたからなのか。その詳細は明らかではない。しかし、そのような問題も敗戦とともに問い返されることなく、歴史の中に忘れられてしまった。

## 七 結 論

日本刑法の近代化の過程が、このような過程をたどることを誰が予期しえたであろうか。このような結末を迎えるとは、誰にも予想できなかったであろう。しかし、別のコンテキストにおいてそれを予見しえた人がいる。それはヘーゲルである。ヘーゲルは、光り輝く近代市民革命が克服不

可能な矛盾と葛藤を内在させた近代的世界を作り出したこと、そして近代科学と哲学の根本にある主体と客体、主観と客観の二元化が近代の諸科学とその社会に不断の動揺と不安定をもたらした究極的な病根であったことをいち早く見抜いた哲学者であった<sup>38)</sup>。

ヘーゲルが近代の幕開けを告げるフランス革命に遭遇したとき、「人間が頭の上に、すなわち思想の上に立ち、思想にもとづいて現実界を築きあげるようになることは、全くわれわれの夢想だにしないところであった。……人間は今やはじめて思想が精神的現実化を支配すべきものだということに認識する段階にまでも達したのである」と、近代思想とその理念がフランスを革命へと動かし、現実のものとなったことを歓迎した。ところが他方で、近代思想が主体を絶対的な存在として措定したことによって、主体と客体の間に分裂と対立をもたらしたこと、自由の主体として絶対化された主体がありとあらゆる客体——それが自然であれ、社会であれ、人間であれ——を支配し、それに対して自己を貫徹したこと、そしてこの絶対的自由が必然的に「恐怖」へと廃頹せざるをえなかったことを問題視し、主客の分裂の超克に向けて思索を続けた。この主体と客体の分裂こそ、デ

---

38) 三島淑臣・前掲注(20)301頁以下参照。三島によれば、ヘーゲルのフランス革命との対決は、近代世界の病巣である「主体と客体の分裂」、カントやフィヒテすらそこから自由でなかったこの分裂を根本的に克服しうる思想的拠点、あるいはこの分裂が十分に癒されるような地平を探求し、その解決の方向性が『キリスト教の精神とその運命』(Der Geist des Christentums und sein Schicksal)のなかで明瞭に示されているという。ヘーゲルは、外的自然や他民族を自己に疎遠(femd)な対象として対立させ、それを全能の神やハヴェエの力を借りて自己の支配下に置こうとするユダヤ人の精神に対して、「愛と運命との和解」の立場に立つイエスの精神を対峙させた。「ユダヤ人の精神」とは、疎遠なものとして自己に対立させられた客体を無限の主体によって支配・篡奪しようとしている近代人の精神的原型であり、「イエスの精神」とは、主体と客体の分裂を超えた、あるいは分裂以前の全一的生に回帰し、そこに恵まれてくる無限の生命の促しに聴き従うこと(それが愛である)によって、この主体と客体の分裂の彼方に出てゆくという方法(それが和解である)によってユダヤの運命を克服しようとする立場である。三島は、この「愛による運命との和解」というイエスの立場に、主客分裂という近代的運命の超克に賭けたヘーゲルの思想的拠点の一つが置かれていたという。

カルトに遡る近代の科学観・哲学観の根本原理であった。ヘーゲルは言う。デカルトの哲学は、西洋の近代文化に現れている普遍的で包括的な二元論を哲学的に定式化した。生きた自然のあらゆる側面は、その近代文化から救済されるべく、救いの手立てを求めていた。主体と客体、人間と自然、人間と社会、さらには心と物、精神と物質、悟性と信仰などの二分法によって論ぜられている対立を止揚することが理性の唯一の関心事であらねばならなかった、と。カントは実在や経験ではなく理性によって先験的に洞察される理性法を主張し、またフィヒテはそれをさらに先鋭化してラディカルな理性法を主張したが、ヘーゲルは客観的精神が実在性と客観性をもって現実化したものが法であると捉えた。その思想的な背景には、このような主体と客体の対立、精神と物質の二元的分離を克服する意図があったからである。ヘーゲルの死後、その問題が再び提起されるのは、資本主義が行き詰まりを見せ始めた19世紀末から20世紀初頭であり、法哲学と刑法においてその問題提起に応えたのが、ドイツでは少なくともユリウス・ビンダーとハンス・ヴェルツェルであり、日本では小野清一郎であった。いずれも近代の合理主義的思想とそれに基づく法学方法論を超克することに学問的使命を見出し、時代の歴史的課題に向かって企投し、敗戦によってその使命を果たせずに終わった法学者である。戦争が敗北に終わり、その意義の一切が否定されたために、刑法学方法論の問題提起にどのような刑法思想史上の意義があったのかは再び考察されることのないまま、その一部は「歴史」となり、また一部は記憶から消えていった。

ヘーゲルが主体と客体の対立、物心の二元的分離の克服を模索したのは、フランス革命の近代法が恐怖、野蛮という対立物に転化していく過程に直面して、その根源を問い直すためであった。小野がビンダーとヴェルツェルの法哲学的・刑法的言説に基づいて自然主義と新カント主義を批判したのは、差し迫る時局に企投するためであった。両者の間には法思想的課題に対する立場において根本的な相違があるが、主観と客観の観念的な統一を図る客観的観念論を方法としていた点においては共通性がある。

私は、ヘーゲルが直面した課題を継承しながら、ビンダーや小野とは異なる方法によって、その課題の実現に着手したいと思う。刑法における近代の超克という課題は、敗戦によって過去のものとなったが、過去のものとなったのは客観的観念論による解決の試みであって、それとは異なる哲学的思惟による解決はまだ着手されていない。現代の刑法的課題に対してビンダーや小野がとった解決方法を繰り返すのではなく、200年前のヘーゲルの課題意識を継承しながら、それとは異なる解決方法を提示することが求められている。目指されるべきは、刑法における近代の超克（Ueberwindung）ではなく、近代の止揚（Aufhebung）である。それは、近代刑法学と法学方法論の研究における未完のプロジェクトである。

\* 本稿は、2012年2月3日に開催された日韓刑法理論史研究会（立命館大学）において準備した報告原稿を加筆・補充したものである。