

刑法史における法理学的普遍主義の展開

本 田 稔*

目 次

- 一 時代の情況
- 二 理性の墓標
- 三 法理学における「転向」
- 四 浪漫主義の法理学
- 五 結 び

一 時代の情況

荒川幾男は、その著書『昭和思想史』の第1章「天皇制とプロレタリアート」の冒頭、野呂栄太郎が『日本資本主義発達史』（1930年）の緒言において予期した「大破局」がプロレタリア革命の挫折と党組織の壊滅に終わり、それが当時の知識人の胸のうちに「深い陰翳」を刻んだ過程を克明に跡づけている¹⁾。

野呂は、第1次世界大戦後の世界資本主義、とりわけヨーロッパ資本主義が、ロシア、ヴァイマルにおける革命運動の高揚期において、一旦はその生産水準の低下を余儀なくさせられたが、その発展の第2期において戦前の水準を回復し、さらにそれを突破する第3期を画するに至った背景には、資本主義的トラスト化、カルテル化の急激な進行と資本主義的合理化の強行があったこと、すなわち生産水準の発展が失業者群の増大と労働者の生活水準の引き下げによって得られたものであったことを解き明かし

* ほんだ・みのる 立命館大学法学部教授

た。労働者の生活と権利の犠牲なしに達成されえない資本主義的生産力の発展は、究極的には社会的生産力の破壊、労働の生産力の発展の阻害を引き起こし、資本主義経済それ自体を停滞させる。世界資本主義は、その矛盾構造から脱却して活路を開くべく死に物狂いの闘争を開始するが、それは市場の拡張、原料資源の独占と収奪、資本輸出と投資の勢力圏の拡大等を目的とした帝国主義的な植民地再分割闘争へと行き着く。帝国主義諸国の闘争は、国際機関における諸交渉を通じて破局の危機を先送りできても、それは一時的なものでしかなく、不可避的に共存不可能な軍事的対立へと、すなわち帝国主義戦争へと発展する。それと同時に、それを否定する帝国主義諸国における革命的労働・農民運動の胎動と植民地支配下における民族独立運動の高揚という対立的契機を生み出す。野呂は、このような世界資本主義の現状分析に基づいて、「これ等の諸対立の先鋭化が、如何なる形態と時期とにおいて、大破局に導かれるかは、今や、一つに主観的条件の成熟如何にかかっている」と述べて、日本における革命勢力の主体的・組織的強化が急務であることを説き、自らも日本共産党に入党して革命運動に身を捧げた。

1932年5月、コミンテルン執行委員会西欧ビューローが「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)を発表し、それが同年7月に非合法機関紙「赤旗」に掲載された。32年テーゼは、日本におけるプロレタリア独裁に向かう道程には、「封建制の異常に強力な要素」の除去という戦略的な課題が横たわっており、これを成功裡に収めるブルジョア民主主義革命の段階を避けて通ることができないことを指示した。その封建的要素とは、寄生的・半封建的地主階級と強欲な資本家階級に依拠しながら、これらの階級的首脳層と緊密かつ永続的な同盟を結び、絶対的な性格を保持している天皇制を指す。資本主義的・半封建的搾取と収奪の強固な背骨をなし、全国家機構によって支えられている天皇制を打倒することが、日本における革命の第1任務であるとされたのである。32年テーゼによって理論武装した若き革命家たちは、帝国主義戦争反対、帝国主義戦

争を内乱へと転化せよ、資本家と半封建的地主に支えられた天皇制を打倒し、労働者・農民のソヴィエト政府を樹立せよなどの闘争スローガンに掲げて、民主主義的・革命的勢力に対してこの闘争に結集するよう呼びかけ、自らもこの法則的理念に献身した。

野呂が地下活動に入った1933年2月、『蟹工船』、『党生活者』などを書き、同じく地下に潜行していたプロレタリア作家同盟（ナルプ）書記長・小林多喜二は、治安維持法違反の嫌疑で東京・築地署の特高警察によって検挙され、3時間に及ぶ拷問と凄惨なリンチのなかで絶命した。多喜二の両足の太股は、「墨と赤インクでもまぜて塗ったかと思うほどの恐ろしいほどの色」をし、「いつもの多喜二の足の二倍にもふくらんでいた」。11月には「大森ギャング事件」を契機に共産党中央と1500名の関係者の一斉検挙が行われ、党組織は壊滅状態に追い込まれた。中央委員の岩田義道も多喜二と同様に特高警察の容赦のない拷問の犠牲者となった。その膝の関節には鉄鎖が食い込んだ跡が見られ、その胸部と大腿部はどす黒く紫色に腫れあがっていた。野呂は、崩壊しつつあった党と共産主義運動を再建するため、他の若い幹部とともに党中央を構成し、その委員長となっていたが、同月に逮捕され、いくつもの警察署の留置場をたらい回しされた挙げ句の果てに、翌年1934年2月に品川警察署で死亡した。

野呂が予期した「大破局」をプロレタリア革命によって打開するには、官憲の凄まじいテロとリンチにあえぎながら死を覚悟せざるをえなかった。彼らが理論の科学性と理念の法則性を実証するためにテロとリンチに不屈に耐え忍びながら命を落としていったことが知られたとき、それでも彼らが灯した抵抗と解放の炎は、当時の知識人の位置関係を測定する絶対的で唯一の尺度であった。またそれは、理念への献身的な自己犠牲性の美学の炎でもあった。しかし、その炎は当時の不安の時代思潮²⁾の中にあった知識人にはあまりにも美しすぎた。美しい炎の陰に己の醜い姿が映し出されたとき、彼らはその醜さを憎み、またその美を呪った。醜を憎む美は彼らをして絶望へと向かわせ、美を呪う醜は彼らに醜を受け入れさせた。「美

と醜はほとんど分別を許さぬきびしさをもっていた」。荒川がいう知識人の胸のうちに刻み込まれた「深い陰翳」とは、この美学の炎の陰影であった。また同時に、「それはどんな形であれ、なんらかの『革新』の切迫を予期する暗い情熱の青い炎」でもあった。野呂が抵抗と解放の炎を「大破局」の現実には抗して燃え上がらせ、それがプロレタリア革命の挫折と党組織の壊滅のうちに燃え尽きた後、知識人はその「暗い情熱の青い炎」をそれとは違った形で燃え上がらせたのであった。

二 理性の墓標

第1次世界大戦後の世界資本主義は、ロシア革命などにおける社会主義運動の高揚に抗して、その生産水準を戦前の状態にまで回復させ(第2期)、さらに資本主義的トラスト化とカルテル化、資本主義的合理化の強行によってさらにそれを突破したが(第3期)、この時期に猛威を振るっていたのは、多喜二、岩田、野呂たちを天皇制の警察的専制権力と治安維持法の餌食に仕立て上げた法衣をまとった不法であった。日本資本主義における第3期の段階に照応する法思想は、この治安維持法の法理に見出すことができよう。従って、それに抗する正法の理論もまたその犠牲をこうむらざるをえなかった。荒川は、1933年5、6月頃に起こった「理性の墓標」として暗い衝撃を広げた2つの出来事を挙げている。1つは京都大学の滝川事件であり、もう1つは日本共産党幹部の佐野学・鍋山貞親の「共同被告人同志に告ぐる書」(いわゆる「転向」声明)である³⁾。

(1) 体制批判の刑法学

刑法学者・滝川幸辰が1930年前後に説いた刑法学説のなかにマルクス主義の影響を受けた叙述が見られることは周知のところである⁴⁾。滝川は説く。資本主義社会において最も重要な位置を占める財産犯は、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

不合理性のうちにある。資本主義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労働者階級とその労働力を買って剰余価値を搾取する資本家階級の2つが対立し、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実践は、それが現存する社会の法秩序に反する限り、違法であり、犯罪とならざるをえない。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との狭間において、刑法は資本家階級の側から行使される保守的な法律であるが、それでも、否そうだからからこそ「犯罪人のマグナカルタ」として解釈・適用されるべき法律であらねばならない。滝川は、このように資本主義刑法の階級性に関する原則的な認識に基づいて、2つの階級が対立する現実の資本主義社会においては罪刑法定主義と応報刑論を採るべきこと、治安維持法に関しては構成要件の漠然性ゆえに犯罪の成否の判断につき判然としない場合が多いこと、国体と私有財産制度を否認する確信犯人を重く処罰するその教育刑の理念は刑法理論そのものの抛棄することに他ならず、彼らには名誉刑としての「監禁」（禁錮刑）が妥当であることを主張した。

このような体制批判的な刑法学説に類似する考えは、小野清一郎によっても主張されていた⁵⁾。小野は、1920年代後半から1930年代初頭にかけて仏教教理と新カント主義、とくに西南ドイツ学派の文化哲学の影響を受けながら、「文化主義的正義観」に基づく刑法学説を形成したが、その功績は刑法学説に構成要件論を取り入れ、客観主義の犯罪体系論の礎石を固め、何よりもその当時隆盛を極めていた主観主義に対抗したことにあった。それは、官権による刑罰権の拡大適用に対して国民の自由を擁護するという重要な意味があったと高く評価されている。治安維持法に関して言えば、それに関する直接的な批判は行われていないものの、当時の刑法理論と刑事実務の全般的な傾向を意識したと思われる興味深い叙述がなされている。例えば、「刑法総則草案に於ける未遂犯及び不能犯」（1933年）⁶⁾において、

未遂のみならず予備・陰謀をも処罰し、不能犯をも未遂犯として処罰すべきと論ずる主観主義の刑法理論は「国家絶対主義のイデオロギー」を根拠とするものであり、このような主張は「第18世紀の警察国家的法律状態に帰ることであり、今日の刑法に於いて見るとせば、其はおそらく金融資本主義的又は帝国主義的政治勢力の絶対的支配を意味することを覚悟せねばならぬであろう」と断じたのである。小野が現実的な歴史認識に基づいてこのような批判的な主張をなしたのは、彼の「文化主義的正義観」、現存する帝国主義国家に對置される理念としての「文化的共同社会」があったからであり、それゆえに経済的・文化的な勢力関係が反映する支配社会、すなわち資本家階級による労働者階級の支配が貫徹される現実の階級社会もまた「文化」のために制限を受けねばならず、現実の国家刑罰から諸個人の自由、被支配階級の自由が擁護されねばならないと豪語できたのである。ここに新カント主義の価値関係的思考の小野刑法学における顕著な表れが見て取れる。その意味において、小野の刑法学説も滝川のそれと同様にそのままの内容では日本資本主義の第3期の段階における不法の法理と共存することは困難であった。また、それゆえに文部省は体制批判的な刑法学説を封殺しようと努めたのであった。しかし、文部省から辞任要求を突き付けられ、大学を追われたのは滝川だけであった。

(2) 「転向」の深層

1929年4月16日の事件で無期懲役に処せられ獄中であつた佐野と鍋山が発表した「転向」声明は、当時の労働者・農民を代表する指導者の自己批判であつただけに、その後の「転向」の雪崩現象を引き起こすほど激しい衝撃を与えた。「転向」声明の発表後1ヶ月もしないうちに、高橋貞樹、三田村四郎、中尾勝男ら獄中の幹部が転向を表明し、共産主義運動はもはや回復し難い困難に直面せざるを得なくなった。

彼らの「転向」声明には2つの内容が含まれていた。1つは、コミンテルンの官僚主義的・セクト的指導からの転向であつた。コミンテルンとソ

連共産党を絶対化してきたこと、そこから出される方針を教条のごとく公式化してきたことに対する反省である。ソ連共産党内部でスターリン体制が確立する1930年前後において、コミンテルンはソ連一国のための組織と化し、国際共産主義運動と世界革命運動の指導機関ではなくなっていた。それゆえ、コミンテルンと絶縁して、10数年の自己の経験と伝統を踏まえて一国社会主義の道を歩み進めていくべきと主張した。そこには後の歴史研究によって明らかにされる当事者の経験と心境に裏づけられた1つの真理があった。もう一つは、32年テーゼが日本におけるブルジョア民主主義革命において打倒すべき「封建的要素」として位置づけた天皇制への転向であった。人民大衆の胸の内には、皇室を日本民族の統一の中心と感ずる社会的感情があり、日本の共産主義者は先ずはその感情をありのままに把握する必要がある。コミンテルンから発せられる空疎で観念的な革命路線を盲信してきたがゆえに人民大衆の胸の内を察することができず、彼らから遊離してきたことを率直に反省すべきである。共産主義者もまた1人民である限り、同じ感情を共有し、身も心も人民と同じ立場に立たなければ、日本における一国社会主義の実現は不可能である。いわゆる帝国主義戦争は、アジアの後進国と勤労者人民をアメリカ・ヨーロッパの帝国主義諸国から解放する世界史的意義のある進歩戦争に転化しうるし、また転化させねばならない。そして、日本・台湾・朝鮮を1つのブロックとして1国社会主義を建設し、人民政府となった中国と同盟して社会主義連邦を形成し、将来的には満州・中国をも含んだ1個の巨大な社会主義国家を建設すべきであると主張したのである。佐野・鍋山は、帝国主義戦争反対のスローガンも、天皇制打倒の綱領も、アジアの植民地の解放の政治的要求もすべて誤りであったことを認め、その後は共産主義運動から離反していった⁷⁾。

この「転向」声明においては、コミンテルンの指導のあり方の評価よりも、天皇制への転向がより重要であり、本質的である。何故ならば、それは彼らが離反していった共産主義運動はコミンテルン日本支部におけるそれであって、彼らなりの一国社会主義の革命路線はなおも堅持されており、

その限りにおいて私有財産制度の否認の姿勢は大筋で崩れていなかったからである。ゆえに、当時の共産党員と知識人に衝撃を与えたのは、天皇制への転向であったと思われる。もちろん、転向には真意のものと、虚偽のものともありうる。「転向者」のなかには、生命の危険を回避すべく緊急避難のように天皇制への回帰を誓った者もあったであろうが、真偽のいずれであっても論理が必要である。とりわけヨーロッパの発展する科学に学び、それを自己の世界観形成の指針として位置づけ、厳しい革命運動に身を投ずる覚悟を決めた知性の持ち主であるならば、その場しのぎの便宜的な理屈で「転向」を表明することはできなかったであろう。真・善・美への接近であれ、また偽・悪・醜への回帰であれ、いずれもそこへ向かうためには内省の積み重ねが必要であろう。佐野、鍋山ら転向者が、どのような内省の積み重ねの過程を経て、諦観するに至ったかは非常に興味のあるところであるが、そこには非合理の一言では片づけられないほど強い天皇制イデオロギーの呪縛があり、その歴史の意義深さから学ぶことなく西洋的啓蒙思想や社会主義を観念的に語ってきた己の軽薄さに対する自戒の念のようなものがあつたのではないか。天皇制は現実の所与として立ちはだかり、思想する者は否応なしにそれに直面せざるをえなかったのではないか。理念や観念の世界へ逃げ込み、そこから現実を論評するなどという文化主義、自由主義はもはや通用しなかったのではないか⁸⁾。問われたのは「決断」であり、「投企」であつた。現実を受け入れ、それを思想の枠組として位置づけることなしに、思想の自律的営みは期待すべくもなかつた。文芸評論家の桶谷秀昭が論ずるように⁹⁾、昭和の共産主義者はヨーロッパ近代の限界を克服する理論的本能ゆえにロシア共産主義を信奉したが、その本能は共産主義運動の崩壊後に日本的なものへと回帰し顕在化した。「暗い情熱の青い炎」は、日本的なもの、すなわち天皇制に回帰し、それを思想の枠組とすることで燃え始めたのであつた。

三 法理学における「転向」

佐伯千仞と小林好信は、『講座・日本近代法発達史』（第11巻）に収められた「刑法学史（学史）」（1967年）において、近代日本刑法の成立過程を、法体制準備期、法体制確立期、法体制再編期、そして法体制崩壊期の4つの段階を順に跡付け、法体制崩壊期における日本法理運動の内容と結末を分析している¹⁰⁾。

(1) 法体制崩壊期の日本法理

1931年の「満州事変」の後、日本政府は国際連盟を脱退し、それを「支那事変」へと拡大させ、国家総動員法の制定（1938年）と高度国防国家の戦時体制の構築を着々と進めた。1939年には日本諸学振興委員会は、この動きに呼応して、「日本精神」を基本とした法律学のあり方を検討し、司法省は「肇国の精神」をもって法律の改正を企てた。1940年には「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、感情および生活の基本を訪ねて、日本法理を闡明し、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」ことが目指された。日本精神、肇国の精神、日本的道義などの語が用いられて日本法理が説かれたが、「その中味は一般に酷く抽象的で内容のあるものは稀であった」。このような時代のなかで、小野は、「日本法理の自覚的展開」（1942年）において、大宝養老年間の唐律の継受と明治以後における西欧法の継受という大きな外国法継受の仕方、その取捨選択や消化の仕方のうちに日本的な特徴を看取できるとする固有法の立場から、中国の儒教、法制やインドの仏教の継受が日本の国民性を形成する上において重要な役割を果たし、日本はこれを摂取することによって東洋一般を代表することができ、さらに明治以降は西洋の文化や法思想を摂取・消化し、そこに東洋と西洋とを1つにつなぐ世界文化が形成されつつあると論じた。

そして、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」であり、主体的・自主的な文化創造の過程において、日本法に内在し、その本質を規定している事理、道理、すなわち日本法理を自覚的に展開せねばならないことを説いた。さらに、その事理、道理を認識するためには、日本民族的・日本国民的・日本臣民的体験に基づかなければならず、この日本的体験に基づいてこそ、日本歴史を認識でき、日本歴史に内在する日本精神すなわち日本法理をさとることができると主張したのであった。佐伯・小林は、日本法理はこれ以外にも種々の立場から様々な思惑をはらみながら、いろいろと論議されたが、「一般的に見て声のみいたずらに高く実りは乏しいままに終わった」¹¹⁾と総括した。

「満州事変」以降の15年にわたる帝国主義的な侵略戦争が日本帝国主義の敗北に終わったことで、それを支えてきた戦前・戦中の法体制が崩壊したのは歴史の事実であるが、それが「実りが乏しいままに終わった」とはいかなる意味か。それは、佐伯・小林自身の日本法理運動への関わり方を分析することを踏まえなければ明らかにできないが、ここで語られるべきは、日本法理の内容とその結末だけでなく、日本法理を胚胎した法理論の思想的基盤ではなかったか。小野の刑法学説との関係でいうならば、滝川事件の後に彼を日本法理へと向かわせた理論的契機こそが解明されるべき問題であったのではなかったか。小野の刑法学説は、新カント主義に基づく体制批判的な刑法学説から日本法理の体制迎合的なそれへと変転を遂げたのであるが、いかなる内省の積み重ねを経てそこに到達したのか、そこへと向かわせた法思想はどのようなものであったのか。この問題こそが問われるべきではなかったか。小野が書き残した膨大な著作のなかから、それを解明する手がかりを拾い上げるのは容易なことではないが、1938年から39年にかけて公刊された『法学評論』が差し当たり手がかりになるように思われる。

（2）日本法理への里程標

『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、刑事訴訟法等に関係する論考を『法学評論』上巻（1938年）に、法理学、法思想史、刑事学等に関係する論考をその下巻（1939年）にまとめたものである。それらが執筆された時期は1925年前後から刊行直前の1938年頃にまでであり、その間の小野の刑法思想の変転を垣間見ることができるが、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。そこには、「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は獲得されない。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」というように研究方法やその究極的目標が述べられている。これは正しく日本法理へ向かう里程標である。

とはいうものの、『法学評論』の論考の全てが、日本法理へと向かう里程標に導かれていたわけではない。叙述のなかには、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）において（「対象と方法」という表題にすで

に批判的傾向が現れているが),「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ことは論理上到底許すべからざる誤である。……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」¹²⁾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確定しようと努め,具体的には現行刑法の各則体系における保護法益3分法を原則的に承認しながら,例外的に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」に編入させるべきことを論じた。また,ジークルト『新国家における刑法要綱』(Siegert, Grundzüge 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)において,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るナチス刑法学の立場に対して,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想わねばならぬ」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擁護した¹³⁾。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動向に同調しなかったのも,西洋近代の文化を通じて修得された価値と理念に基づいて日本やドイツの刑法の現状を客観的に捉え,それに対して自由な言論を行うことができたからであり,また西洋近代の法理学を学ぶことによって獲得された「文化主義的正義観」を刑法学説の思想的拠点に据えることができたからである。しかし,その思想の名残も否応なしに現実と直面することを余儀なくされた。小野は自己の思想的枠組である新カント主義を自己批判し始めた。

(3) カントからヘーゲルへ

小野の新カント主義的で体制批判的な立場が変質し始めたのは,法理学

においてであった。そのことは、「『法理学』という語について」（1937年）¹⁴⁾から確認することができる。小野は法理学の意義について、次のように述べている。19世紀中葉にドイツにおいて観念論哲学が没落した後、思想と哲学の世界を支配したのは自然主義と進化論であり、それに抗する形で興起したのは新カント主義であった。大正時代の日本において新カント主義の法理学が紹介されたが、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。新カント主義の法理学の主たる性質は「科学方法論」であり、それが法学研究者に方法論的反省を促した功績は高く評価されなければならないが、それは主観的観念論的で、形式論理的であった。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」である。それは法的実践であり、法理学は法的実践の哲学である。実践は主体の行動であり、価値と理想に導かれる文化的なものである。従って、実践哲学としての法理学は価値および文化の哲学でなければならない。確かに価値および文化の哲学は新カント主義の西南学派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」である。それ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人生と社会の如実を示すところの総合的識見を獲得させるものでなければならない。それは思惟過程としては弁証法的なものであり、我々の内面的体験と直観による「さとり」を必要とするものである。法理学は、文化的行動としての法的実践の最も深い実体的論理を探る文化の形而上学である。

小野がかつて依拠していた新カント主義をそのまま維持していたならば、批判的に認識されるべきは「法律的な事態そのもの」ではなく、法的事態のあるべき理念であったはずであり、また批判的に理論化されるべきは「より具体的な歴史的事態の下に於ける法律実践」ではなく、「文化的共同社会」のもとにおける法的実践の理念であったはずである。もし「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於ける法律実践」が、「第18世紀の警察国家的法律状態」やその実践に回帰するようであれば、「金融資本主義的又は帝国主義的政治勢力の絶対的支配を意味する」法的事態や法的実践として厳しく批判されねばならなかったはずである。小野の言説からは、価値や理念の世界から法的事態やその実践を批判する新カント主義の法学方法論が過去のものとして斥けられていることが分かる。しかし、価値や理念は法理学や法的実践にとって無意味なものになったのではない。無意味になったのは主観的観念論の価値や理念であって、客観的観念論のそれではない。カントにおける主観的で先験的な理念は、ヘーゲルにおける客観的で実在的な理念に替えられた¹⁵⁾。小野は、このヘーゲル流の客観的価値と理念を重視する。小野がその理論の手がかりとしたのは何か。それはユリウス・ビンダーのヘーゲル主義法哲学である。ビンダーは、その研究活動をシュタムラー批判から出発し、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、それに依拠して法哲学を講じたが、その後はヘーゲルへと傾斜し、法哲学におけるヘーゲル復興の先駆者となったが、小野はこのビンダーの所説を手がかりにして、新カント主義の後の法哲学を模索したのである¹⁶⁾。

小野によれば、シュタムラーはカント哲学が徹底できなかった法的世界における存在と当為、事実と価値の二元論的な考察方法を完成させたが、ビンダーは法哲学の課題が経験的な法を価値関係的に批判することや、その概念を主観的に構成することにあるのではなく、その経験的な法の把握の仕方を考究することにあると説いた。経験的な法の把握とは、「実在に於いて活ける客観的精神としての人の主観的精神に依って認識され、承認され、人を支配し、義務づける、さうして学問に依り把握される法律」の理念を獲得することであり、この法的理念は、実在する法を超越した先験的な理念ではなく、実在する法そのものに顕現する理念、ヘーゲル法哲学にいわゆる「具体的普遍」である。新カント主義は、現実的なものと理性的なものを区別し、理性の視座から現実を批判的に認識し、その法哲学

も（また刑法学も）正義や文化などの理念に基づいて現行法を批判的に解釈・適用したが、新ヘーゲル主義は、「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」とする師の哲学的神髄を復興させ、法哲学もまた現実に実在する法に具現されている正義や文化などの法的理念の把握を課題とすべきであると説いた。それは批判の法理学ではなく、弁証の法理学である。しかも、カント的な個人主義的倫理の法理学ではなく、ヘーゲル的な普遍主義的倫理の法理学である。小野はビンダーの主張を高く評価して、自らも「法理学的普遍主義」を説いた。

（4）法理学における普遍主義

法理学的普遍主義における「普遍主義」¹⁷⁾とは、個体主義に対置される観念である。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。この普遍主義から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、その有機的な全体であり、精神的・文化的な統一体である。個人と全体、個体と普遍は対立するものではない。全体主義・普遍主義は、個人・個体を超越しながら、同時に高次において個人・個体の実在を生かす。国家、民族が今日の生活の現実において高き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、包括するからである。このような観点から「今日の国家」を考えるならば、それは民族の歴史的・文化的生活の全体であり、とくにその政治的・法的側面における統一的共同社会であり、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とができる。

この国家における社会生活の規範的な秩序と統制の全体が法である。法は、国家生活における客観的精神そのものの規範的・統制的意思の表現である。その限りにおいて観念的なものであると同時に実在的なものである。理念と現実、価値と存在、観念と実在は、新カント主義においては統一さ

れない永遠の対立関係にあったが、普遍主義において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べき2つの契機である。新カント主義の法哲学においては、国家は国家の理念から、国法は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、国法は法的理念を顕現させた実在であり、法的理念は国法において顕現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に個人の道徳的实践によって実現されるべき主観的観念ではなく、国法において顕現される客観的観念である。小野は法理学における普遍主義をこのように説いて、国家の刑罰権の行使を国法に基づいて限界づけ、正当化する罪刑法定主義を擁護した。滝川が主張したがゆえに弾圧された「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乎として反対する。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」¹⁸⁾と明快に述べたのであった。

小野の法理学における普遍主義は、ピ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だが、それを全面的に支持していたわけではない。小野はピ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、「弁証法的統一というも、それが思惟の上に於ける統一に止まる限り、現実そのものに於けるけはしい対立、鋭い矛盾は超克されない。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、共同体と個人の対立・矛盾のなかに合理性と非合理性とが弁証法的に統一されていること、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¹⁹⁾。「対象における非合理性」が何を指すかは明瞭ではないが、非合理的なものが法理学にとっても現実の

所与として立ちはだかり、直面せざるをえない対象であったことだけは確かなようである。小野が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ものの実在に直面することを覚悟していたのではないか。国家や法の理念を日本の非合理的な文化に求める以外になかったのではないか。小野の法理学的普遍主義は、そのまま「非合理性」と関わらざるをえない状況に置かれていたのではないか。

四 浪漫主義の法理学

この「非合理性」が、野呂が命と引き替えに対峙し、また佐野・鍋山が諦観して共産主義運動から離反していった「天皇制」であったことをその叙述から確認することはできないが、思想犯が内省的な積み重ねを経て「転向」に至ることを論じた「思想犯と宗教」(1937年)²⁰⁾のなかで、小野は佐野・鍋山の「転向」声明のなかに、共産主義者の「転向」が「共産主義からの転向」ではなく、日本民族や東洋文化の自覚、すなわち「日本的なものへの転向」であったことを指摘している。小野によれば、それは1933年6月10日に東京地方裁判所検事正・宮城長五郎の談話として伝えられた次の話しに現れている。

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誨師に日本の国体、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『大乘起信論議記講義』等を借読し、特に大乘起信論については翌月2日藤井教誨師に対して「全部読み切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てる子に矢張り心境の変化を漏らしたのであつた。……

小野は、佐野のこのような心境の変化を「共産主義理論の清算」としての「転向」に分類しながらも、その背後には「国民的立場の自覚」があったこと、「しかも単なる国家主義に満足することができないところから、日本の文化的伝統の反省となり、仏教を理解しようとする努力になったものと思われる」ことを述べている。また小野は、社会科学研究会事件に連座して獄中にあった学生共産党員の「転向」の手記について、手記者は「検挙されて後も容易に其の理論的確信に動揺を来さず、疑惑がおこれば同じ屋根の下に呻吟している同志のことを思って自らの弱い心を鞭打った」が、「判決が確定し松山刑務所に送られてからは、その風土と、その木造建築と(！)、さうしてT看守の親切とが手記者の心をやわらげた。……篤実熱血のF教誨師は個人的教誨に骨折つた。かくて此の手記者はマルクス主義を理論的に克服するというよりは、宗教的信仰に沈潜することによって自然にマルクス主義から離れて行ったのである」²¹⁾と記している。どのような「宗教的信仰」が学生党員の「転向」のきっかけになったのかは明らかではないが、マルクス主義からの離反が遠大な心の変化によって引き起こされたものであることは明らかであろう。

革命運動が危機に見舞われ、党組織が壊滅的な打撃を受け、また自己も獄中で精神的・肉体的に追いつめられているとき、共産主義の学説によって心身を支えてきた者は、本能的にそれに代わる理論を求めざるをえなかったと思われる。それが自分が触れたことのない理論であればあるほど新鮮に感じられ、論理的に説明のつかない非合理的なものであっても、合理的な理論に慣らされた心身には感慨深く受け止められたのではないかと考えられる。それまでは気に止めることもなかった日本の伝統的な木造建築でさえ、奥深いものとして迫ってくる何かがあったのであろう。小野が学生党員の手記の「その木造建築」の箇所に(！)の記しを付けたのは、小野自身がそれまで考察の対象としてこなかった日常の風景に対して、何らかの哀愁を感じ始めていたからではないかと思われるのである。文芸評論の世界において、保田與重郎が『日本の橋』を書いたのが1937年であっ

た。尾張の国熱田の精進川に架かる裁断橋の擬宝珠の銘文にでさえ、子を失った母の深く押し込められた悲しみの心が彫り刻まれていること、子を思う純粹で素直な日本人女性の真実の声、永遠に変わることのない深い愛情が時空を超えて人々の心を打つこと、それに美を見出した者は自然と涙せざるをえないことを保田は「日本の橋」に感じ取ったのである。それを形而上学と笑う者は笑えばよい。それを深読みと侮る者は侮ればよい。しかし、日本の風土や日常の景色にこそ、また庶民が建てた素朴な建造物にこそ、日本の古き伝統を、小さく貧しきものへの哀愁、ロマンを感ずることがきるのである²²⁾。このように小野は、学生黨員が日本の伝統建築によって心が和らげられたのと同じように、「日本の橋」、「日本の風土」、「日本の家」に、そして「日本の法」に日本的ロマンを感じ始めていたのではないだろうか。それは小野が新ヘーゲル主義を理論的基盤としながら日本法理へと「転向」するに至ったの内省の契機であったのではないだろうか。小野は日本法のなかに浪漫主義の色をして燃える「暗い情熱の青い炎」の美を見たのではないだろうか。

五 結 び

小野は、刑法学説の形成過程の発端において、仏教教理と新カント主義の価値哲学に基づいて「文化主義的正義観」や「文化的共同社会」の刑法の理念があることを明らかにし、その視座から現存する国家の刑法の現実を批判する刑法学説を主張し、諸個人の自由、被支配階級の自由を守るべく構成要件論を主張した。その後は新カント主義から新ヘーゲル主義に転じたユリウス・ピンダーの強い影響を受けながら、ピンダーと同じように新ヘーゲル主義に移行して法理学的普遍主義へと、そして日本法理へと向かった。本稿の考察の仮説的結びとして、そのように定式化しておきたい。ただし、小野の刑法学説の展開過程における内省の積み重ねの様相が十分に説かれていないところに問題があることは自覚している。1930年代の日

本の思想界ではヘーゲル主義といかに向き合うかが重要な課題であり、それに向き合う姿勢のいかんによって、その後の思想の歩みも決まってしまうのをえなかったのであるが、言論が封殺され、戦争へと向かう時代に、ドイツの法哲学書を読むだけで時代の流れを諦観できるほど世相は単純ではなかったであろう。そこには「決断」と「投企」があったに違いない。だが、その内省の進展の様子はまだ分からない。小野の仏教への信奉が日本的なものへの憧憬を準備したと説明することもできようが、想像の域を超えるものではない。また、新カント主義の文化哲学にいう「文化」の概念が多義的であり、合理的な「文明」に対置される非合理的な「文化」をも包摂しうるものであったために、実在する非合理的な文化(すなわち天皇制とそのイデオロギー)に対しても盲目的になり、現実と観念の境目が無くなってしまったと論ずることもできようが、それは結果から原因を説明しているだけでしかない。この問題については今後の考察の課題とするほかない²³⁾。

*

*

*

「暗い情熱の青い炎」。1930年代の精神状況を特徴づけた荒川幾男のこの言葉を読んだとき、心が揺り動かされた。日本法史の研究に向かう意気込みが活気づけられたというより、むしろ刑法史における進歩と反動の弁証法的過程を表面的に考えてきた己の軽薄さに対する自戒の念が頭をよぎったというのが偽らざる事実である。ゆえに書けなくなったし、書かなくなった。しかし、何もしないわけにもいかない。刑法史において燃え上がる「暗い情熱の青い炎」をまずは眺めることから始める以外にはない。それゆえに「日本法理運動について考えてみようと思っていますが……」と話しを切り出した。「へえー、是非やってよ」と言葉が返ってきた。日本法史研究においてすでに確かな研究が積み重ねられ、生半可な気持ちではそれに及びもしないことを知りながら考察を始めた。考察はまだ

終わっていない。立命館大学法学部を御退職される大平祐一先生に、未完成であるが、本稿を捧げさせていただく。

- 1) 荒川幾男『昭和思想史 暗く輝ける1930年代』（1989年）4頁以下。
- 2) 1933年に書かれた三木清「不安の思想とその超克」『三木清著作集』第13巻（1950年）133頁以下で、当時の知識人を覆った「不安」の様子が記されている。
- 3) 荒川（注1）・70頁以下。
- 4) 滝川の刑法学説については、中山研一『刑法の基本思想』（1979年）80頁以下、内藤謙『刑法理論の史的展開』（2007年）284頁以下が詳しい。また、滝川事件そのものについては、松尾尊兌『滝川事件』（2005年）がある。
- 5) 小野清一郎の刑法学説については、中山（注4）・52頁以下、内藤（注4）・284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・小田中聰樹・三井誠編『刑法理論史の総合的研究』（1994年）475頁以下。
- 6) 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』（1953年）277頁以下。
- 7) 佐野学・鍋山貞親「共同被告人同志に告ぐる書」の全文は www.marino.ne.jp に掲載されているものに拠った。
- 8) 戸坂潤『日本イデオロギー論』（1935年）25頁以下は、1930年代において、「自由主義思想」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」を解釈するだけの「解釈哲学」が台頭していたことを指摘している。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」を論じ、しかもその根拠を「歴史」や「古典」に求めるというものである。「古典が成立した時代に於いてしか通用しない範疇」を現代に適用するため、「現在の実際的な現実界の持っている現実はどこかに行ってしまって、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」とその理論的特徴を論じている。戸坂は、理念と観念の世界への逃避は最終的には日本主義に行き着くと指摘した。
- 9) 桶谷秀昭『昭和精神史』（1996年）18頁以下。
- 10) 佐伯千仞・小林好信「刑法学史（学史）」鷗飼信成・福島正夫・川島武宣・辻清明『講座・日本近代法務達史』第11巻（1967年）283頁以下。
- 11) 佐伯・小林（注10）・289頁。
- 12) 小野清一郎「刑法各論の対象及び方法に就いて」『法学評論・上』（1938年）110頁以下。
- 13) 小野清一郎「ナチス刑法学の1体系」『法学評論・上』（1938年）97頁。
- 14) 小野清一郎『法理学』という語について『法学評論・下』（1939年）12頁以下。
- 15) 小野清一郎「法理学的普遍主義」『法学評論・下』（1939年）42頁。
- 16) 小野清一郎「ヘーゲル主義的法律哲学 Binder, Grundlegung zur Rechtsphilosophie (1935)」『法学評論・下』（1939年）61頁。ピ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『法学と憲法』（1966年）180頁を参照。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・ピンダーの軌跡」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に移行した思想的契機を3点にわたって整理している。それは、(1)法の理念は現実の法実態を評価するだけでなく、それを構成する機能をも持つこと。従って、法の理念が正当であればあるほど、それによって構成された現実へと人々を駆り立てることが可能となること。(2)道徳は自律によって成立するが、法は他律によって、すなわち国家的強制によってしか成立しないこと。従って、その担い手はカント流の「個人」という主体ではなく、「全体」という国民(Nation)であること。そして(3)法規範の名宛人は法執行官である裁判官に限定されること。従って、法概念は個人から切り離されて観念されることの3点である。小野清一郎の法思想的展開との関連では、第1の契機が重要であると思われる。

- 17) 小野(注15)・40頁以下。
- 18) 小野(注15)・59頁以下。
- 19) 小野(注16)・70頁以下。
- 20) 小野清一郎「思想犯と宗教」『法学評論・下』(1939年)395頁以下。
- 21) 小野(注20)・397頁。
- 22) 保田與重郎『新版・日本の橋』(2001年)65頁以下。その意義の詳細な解説は、吉見良三『空二も書カン 保田與重郎の生涯』(1998年)153頁以下参照。また、保田の『日本の橋』に見られる「幼児性」を指摘するものとして、本村敏雄『作家論集・秧鶏の旅 ソルジェニツィン・保田與重郎・島尾敏雄・他』(1994年)138頁以下。なお、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、日本浪漫主義に見られる考察方法は、日本史における過去の時代から任意にある事象を取り出し、それを全体の民族生活と歴史から切り離して、そこに日本精神を確認しようとするところに特徴があると指摘する。それは、あるがままの精神を捉えるのではなく、あるべき精神を描き、その美化された精神を遡い過去に反映させて、日本民族の歴史にはこのような精神が脈々と流れてきたと論ずる方法である。小野の日本法理における「固有法論」の立場もまた、このような考察方法を反映させたものであるといえる。
- 23) 橋川文三『日本浪漫派批判序説』(1998年)202頁以下では、共産主義者の「転向」が、家族=郷土=国家を「実感」することへの回帰を梃子として行われたこと、このような「実感」は究極的には没思想=没論理に帰着せざるをえないこと、その1つの極が神話的自然への回帰であり、他の1極が世代的(戦後直後の30才代)自然への回帰であったことが指摘されている。「実感」とは現実を思考することではなく、現実を感ずること、体感することである。それを支えるのは論理ではなく、心理、情理である。それゆえ、現実とは変革の対象ではなく、投企や受容の対象となる。このような「体感」の思想と論理は、「日本法理」の思想と論理と同種のものであると思われる。

* 本稿は、平成22年度・日本学術振興会科学研究費補助金(基盤研究(C))
研究題名「刑法史学におけるナチズムの過去の歴史認識に関する総合的研究」
(研究代表者・本田 稔 課題番号20530014)の研究成果の一部である。