

【論説】

統制・道義・違法性
——小野清一郎の「日本法理」をめぐって

出口雄一

1. 序
2. 小野清一郎と「道義」
3. 経済統制と「日本法理」
4. 結びに代えて

1. 序

クラウス・ロクシンは、刑法を専門としない「門外漢」が「決して戸惑いを覚えてたたずんでしまう」ような「刑法の体系的努力の多様性」について、その抽象性に起因する様々な危険を指摘しつつも、「法的素材を体系化することによって、個々の法規範の内在的関連性への洞察と法規範の目的論的基礎が提示され、創造的な、法の発展的形成も可能になる」ことの意義を述べる⁽¹⁾。我が国の刑法学にこのような「体系」をもたらしドイツ刑法学は、フランス法を模範とした旧刑法（1880（明治13）年公布、1882年施行）の下で、明治20年代には既に先駆的な形で紹介されており⁽²⁾、いわゆる「学派の争い」の導入を経て、現行刑法（1907（明治40）年公布、1908年施行）の制定を帰結する。現行刑法の制定は、明治国家全体において進んでいたドイツ法への転回の方向性を踏まえ、法学界および法曹界において「より一層のドイツ法全盛時代」を決定づける役割を果たすことになる⁽³⁾。このような状況下で、いわゆる「新派」刑法学に依拠した刑法理論が牧野英一によって体系化され、宮本英脩・木村亀二らによって展開されたのに対し、いわゆる「旧派」刑法学に依拠した刑法理論が大場茂馬により主張され、瀧川幸辰・小野清一郎らに引

き継がれて体系化されたことは、周知の通りである⁽⁴⁾。

ところで、上記の「学派の争い」の過程を含み、我が国の刑法学は、吉川経夫他編著『刑法理論史の総合的研究』（日本評論社、1994 年）等に代表されるような、歴史的視点を踏まえた学説史の検討を夙に行ってきた⁽⁵⁾、戦前においてその歩みを「東京帝国大学を中心として概観」した先駆的な業績とされる「刑法学小史」を 1942(昭和 17)年に手がけたのが、旧派刑法学の立場で刑法理論を構築した小野清一郎であったことは、本稿にとって興味深い現象である。小野はこの論文の中で、自らがその主な担い手となった「昭和になつてからの刑法学」について、「刑事政策の必要性を認めつつしかも政策を超える道義的な刑法の自己法則性を明にし、其の理論的構成をより実際のならしめ、刑事司法的実践における体験と一致せしめようとする傾向」が看取されると述べた上で、「眞に日本的な刑法及び刑法学の現はれるのはこれからのことであろう」とする⁽⁶⁾。この課題が、現在においてもなお小野刑法学についての評価を困難なものとし、その検討に際しては「今日のように、勝手放題な議論が許されない時代であったろうし、理不尽がまかり通った偏狭な思想の横行する時代」であり「今日の規準で安易な批判をなしうる事情でなかった時代的背景をわきまえながら」行うことを意識することを要請する、小野の「日本法理」との関わりへと接続していることもまた、周知のことであろう⁽⁷⁾。

本稿は、1930～40 年代に広く展開されていた「輸出入品等ニ関スル臨時措置ニ関スル法律」（以下「輸出入品等臨時措置法」）や国家総動員法に基づく委任法令の形をとる経済統制法令に対する違反行為の刑法理論上の位置づけ、具体的には、経済刑法における「違法性の意識」についての議論を手がかりに、当時の「学知」としての法学において重要かつ特異な位置を占めていた「日本法理」について、小野刑法学の歴史的文脈との関係を意識しつつ、断片的ながら検討を試みるものである⁽⁸⁾。無論、「違法性」といった刑法学の「体系」の根幹に関わる概念について検討することは、刑法解釈学における行為無価値論・結果無価値論の位置づけにも関わる慎重な考察を要する上、刑法理論と実務についての具体化と抽象化という矛盾した要請を調和させるという大きな困難を伴う営

為であろう⁽⁹⁾。刑法学を専門としない「門外漢」としては、本稿の試みが、大いに戸惑いを覚えながらの作業であることを率直に告白せざるを得ない⁽¹⁰⁾。

2. 小野清一郎と「道義」

(1) 小野清一郎の刑法体系と「道義的責任」

小野清一郎の刑法体系は、上述のように、いわゆる旧派刑法学に基いて構築されたものであり、とりわけ「構成要件」論をドイツ刑法学から受容し体系化したことは、その後の我が国の刑法学に大きな影響を残している⁽¹¹⁾。「違法で且つ道義的に責任のある行為を類型化した観念形象（定型）で、刑罰法規において科刑の根拠として概念的に規定されたもの」として要約され、「行為の違法性と同時に、行為者の道義的責任を類型化してゐるのであり、違法で且つ有責な行為のうち科罰的なものを法律的概念的に規定したもの」とされる「構成要件」の概念は、小野においては、違法性・道義的責任と「論理的に並列すべきものではなく、重なり合つてゐるもの」と捉えられているが、「構成要件」の「背後的、実体的な意味」としての「違法性および道義的責任」は「ともにもと倫理的、軌範的な判断」とであるとされている⁽¹²⁾。

ところで、ビンディングの所説を紹介する1925（大正14）年の論文中で初めて用いられた「道義的責任」の概念について⁽¹³⁾、その内実に関する小野の意味付けは、初期の「文化的正義観」に基づく立場から「国家的道義性」を強調する立場へと遷移していきが、その転換点として重要な位置を占めるのが、1940（昭和15）年の「刑法に於ける道義と政策——改正刑法仮案に対する概括的批判」と題する論文であった⁽¹⁴⁾。周知のように、臨時法制審議会に対する1921（大正10）年10月の刑法改正の要否に関する諮問第四号、すなわち、現行刑法の規定について「我国固有ノ道德及美風良習ニ稽ヘ」また「人身及名誉ノ保護ヲ完全ニスル為」に改正を要すること、及び、「輓近人心ノ趨向ニ見テ犯罪防遏ノ効果ヲ確実ナ

ラシムル為刑事制裁ノ種類及執行方法ヲ新ムル必要」があることという、「現行法の主観主義化」と「淳風美俗論」の二つの契機に導かれた刑法改正作業は、同審議会からの「刑法改正ノ綱領」(40 項目)に基いて、刑法改正原案起草委員会、及び、刑法並監獄法改正調査委員会の下に設けられた刑法改正起草委員会において議論が行われ、1931 (昭和 6) 年に総則、1940 (昭和 15) 年に各則が完成し、いわゆる「刑法改正仮案」として同年 4 月に公表された⁽¹⁵⁾。刑法並監獄法改正調査委員会の幹事でもあった小野は、「司法作用において取りあぐべき類型的規格を示すものにすぎない」ものである構成要件に対して「行為と行為者とに対する道義的価値批判を通して国家的道義の自覚と形成とを促進せんとする」ものとしての違法性と道義的責任の重要性を説き、「道義的共同体としての国家の自覚が今や刑法に於ても中心概念たるべき」であり「我々の刑法は我が日本国家の自覚に立つて日本民族、日本国民的道義を明徴ならしむるものであらねばならない」と述べた上で、「国民的道義の大局から見て、特にその総則における犯罪の規定が謂ゆる目的主義・主観主義の主張を容れることによつて却て「本邦ノ淳風美俗」を害することなきかを疑ふ」と「刑法改正仮案」を批判する⁽¹⁶⁾。後述のように、やがて「日本法理」を呼び込むことになる小野刑法学における「道義」や「倫理」の概念は、戦後の出発点において道義的責任論が抱えていた「国家的倫理の高調から個人的・市民的倫理の強調にいたるまでのニュアンス」を媒介し得る、「倫理的・道義的という「魔術的言葉」」の刑法学における意味についての問いへと接続するものであった⁽¹⁷⁾。

(2) 「文化」と「歴史」

小野清一郎が司法官を経て東京帝国大学法学部助教授となったのは 1919 (大正 8) 年、1922 (大正 11) 年に留学から帰国してまず担当したのは刑事訴訟法講座であり、牧野英一の定年退官を受けて刑法第一講座の担当となったのは 1938 (昭和 13) 年のことであった。刑法第一講座を牧野から引き継いだ翌年には、小野は法理学講座を兼担しているが、後年

「いわゆる新派・旧派の理論的矛盾からの脱出を哲学に求めてきた」と述べているように⁽¹⁸⁾、刑法理論の形成過程においてその基礎づけを求める過程で法哲学への関心を強めた小野は、1925（大正14）年から公表した論稿をまとめて『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）を上梓している。小野は同書において、「人類に依る価値実現の過程」として「文化」を捉えた上で、「文化現象」の一つとして「法律」を捉える「文化主義的正義観」を展開したが⁽¹⁹⁾、本稿において注目したいのは、同書の中で展開される「法律学に於ける方法の問題」である。「往時の自然法論の如く、正義の理念から出発して、演繹的にあらゆる具体的な問題を解決する理想的法律体系を描き出さんとする」ことや「一定の理想的法律体系を永遠不易なるものとして考へるが如き」ことを明確に退けつつも、「人類の歴史的文化に対する超越的批判によつて見出さるべきもの」すなわち「超越的文化哲学」によって見出される「正義の規制的原理」としての「法律の理念」の必要性を説く小野は⁽²⁰⁾、その方法論について以下のように論じる。

其の検討の手續に於ては歴史を基礎とせねばならぬが、其の論理的方法に於ては全然先験的・超経験的でなければならぬ。一般に文化の理念が発生的には経験的文化の認識より生ずるが如く、法律の理念も亦法律の経験的認識より生ずる。しかし、一般に文化の理念が論理的に経験的文化に先行する如く、法律の理念も亦論理上経験的法律の認識に先行するのである。法律の理念は歴史的な法律文化に即して認識されるけれど、歴史的法律文化から論理的に引き出されるものではない。其処には経験的理論以外に新なる価値そのものの直感を必要とする。歴史的文化の方面からいへば、其の止揚であるが、認識する者の方面からいへば、全く新なる発見である⁽²¹⁾。

それでは、法の「歴史」を取り扱う「法制史」はどのような学であり得るのか。小野はその「理念」を「経験的法律現象の歴史学的認識」であるとし、同じく「経験的文化科学」である「法律社会学」と共に「文

化理念の学たる法理学又は文化規範の学たる法律学とは全く異なる論理的構造を有する」ものとして「体系的に截然分別すべき」と述べる。「法制史の認識する歴史的事実は、畢竟歴史的「事実」であつて、「理想」とはならぬ」と断言する小野にとって⁽²²⁾、法制史は以下のような学問として位置づけられることになる。

法制史は一の歴史学として法律文化的事実の個性的認識を目的とするものである。其の叙述に於て概念的・論理的要素を必要とする。しかし、其は畢竟或る特殊な事実を觀照せしむるための理論であつて、究極の認識帰趣は事実そのものを明白にするにある。即ち其は其の本質上個性記述的 *idiographisch* なものである。而して狭義の法律史即ち法制史の外、法律学史、法理学史なども亦同一の系統に属する。法律学又は法理学に於ける理論的構成も一旦其の歴史的事実の世界に置かれた以上は、やはり一の具体的な經驗的事実として取扱はれる外ないのである⁽²³⁾。

このような法と歴史の取り扱い方を含み込んだ小野の法理論は、「文化」概念を觀念的に構成し、かつ、歴史的主体の存在を看過しており、現実の実定法体系とその論理が孕む問題を指摘することを困難にするという構造的な欠陥を有し、総力戦体制下においては権力肯定の論理へと容易に反転し得るものであったことが指摘される⁽²⁴⁾。「日本法に内在する理、即ち其の本質を規定する事理であり、道理である」ものとしての「日本法理」に関する小野の思惟が『日本法理の自覚的展開』(有斐閣、1942年)に掲載された諸論考に帰結したことは周知の通りであるが⁽²⁵⁾、本稿の問題関心からは、「文化」と「歴史」の観点からの日本の法学についてのこの時期の小野の思索が注目される。上述したように、この時期の小野には、明治期以降の我が国の法学を歴史的に把握しようとする業績が見られるが⁽²⁶⁾、その位置づけについては、「今日までの日本法学は何といつても西洋法学の移植であり受容であり」「或はフランス法学、或はイギリス法学、或はドイツ法学であつた」ために「真の日本法学はまだ樹立されていない」

こと、また、「従来の法学が西洋法学を学んだことは誤ってゐない」ものの「日本法理を忘れ、日本道義を自覚しなかつた点に其の誤謬があつた」ことが述べられる⁽²⁷⁾。

かつて小野は、「固有の意味における（狭義の）法律学 Jurisprudenz」について「一定の実証的法律、殊に国家の制定せる法令又は社会に行はるる法律的慣習を其の形式的淵源（法源）とし「経験的法律」をその研究対象とする以上は法制史・法律社会学とは異なるものの、「経験的文化事実としての法律を認識せんとするもの」ではなく「理念によって意味づけられた、実践的に正しい法律を認識せんとするもの」であるという点で「一の規範学」であり、法制史・法律社会学と「認識の帰趣を異にする」と述べ、この観点からは「あらゆる固有の法律学も之を経験的に観察するに於ては、其は法律学的価値の実現に関係せる「学説史的」事実たるに過ぎぬ」としていた⁽²⁸⁾。「規範学」としての法律学のあり方を担保するための「正義」や「理念」が「歴史的文化に対する「超越的批判」によって発見されるために「全く別種の直感を必要とする」ことを一貫して是認する小野において⁽²⁹⁾、この構造は、明治期以降の外国法継受に基づく「法学」の歴史、すなわち、我が国において展開した概念法学・社会学・自然法学の歩みを「道義的・文化的意義」の希薄なものと定位し、そのあり方を「個性記述的」な「経験的事実」の次元のものと捉える態度へと繋がる。これに対置されるのが、「非連続の連続」としての「歴史性」を帯びて「民族的・場所的・時間的限定」をもちながらも「具体的特殊性において却つて絶対的・普遍的な意義をもつ」ものとしての「日本法理」であった⁽³⁰⁾。このような文脈において把握される「日本法理」におけるその「脱歴史性」は⁽³¹⁾、総力戦体制下において喧伝された「国体」をめぐる言説の空虚さや、「日本主義」的な運動の自己言及的な性質そのものの反映でもあった⁽³²⁾。

ところで小野は、築地本願寺で 1922（大正 11）年に行った講演において、「私は元來法律の一学究であるが、しかも法律の世界だけではどうしても満足をすることが出来なかつた」として、「法律の世界を超越する何ものかを認めずしては、法律の世界そのものを理解することが出来ぬ」と述

べた上で「不思議の因縁に依つて仏教を信ずることとなり、之によつて法律を以ては満たすことの出来ぬ或るものが満たされた経験をもつてゐる」と自らの体験に触れている⁽³³⁾。「道義」を重んずる小野の刑法体系が、理論的には仏教思想により支えられていたことは良く知られているが⁽³⁴⁾、総力戦体制下における仏教思想は、「東洋的なもの」への思惟を媒介として「東亜共同体論」などの言説へと接続していく性質を帯びてもいた⁽³⁵⁾。小野の「日本法理」を構成する「東洋的なもの」に関する知的営為は、ここでもやはり「脱歴史的」な色彩を帯びざるを得ない。継受法としての日本法の「自己」同一性への問いかけが、やがて「時局の国体論の迷宮の内に絡め取られる」さまが、ここには看取される⁽³⁶⁾。

3. 経済統制と「日本法理」

(1) 経済刑法における「違法性の意識」

東京帝国大学法学部助教授であった団藤重光らの発案を受ける形で⁽³⁷⁾、東京帝大の関係者のうち旧派刑法学の立場を採る者と実務家を集めて「刑事判例研究会」が小野清一郎の下で組織されたのは、小野が刑法第一講座担当となったのと同年の 1938 (昭和 13) 年夏のことであった⁽³⁸⁾。同会の成果は、同会の編集による『刑事判例評釈集』として上梓されたが、小野は、追放下の数年間を除いて、刊行の際の序文を寄稿し続けた⁽³⁹⁾。1941 (昭和 16) 年にその第一巻を上梓するにあたって寄せた序文において、小野は「我々の法理学は…日本国民の生活の裡なる日本法理の探究を目標とし、法律学は其の具体的形成を論ずるものでなければならない」として、判例研究は「裁判に現はれた具体的事件を研究すること」により「西洋法律学の形式主義」を「超克する一のよき方法」であるとの持論を展開しているが⁽⁴⁰⁾、戦前に公刊された最後の巻である第 3 巻の「序」においては、同巻が扱っている 1940 (昭和 15) 年について「国際関係は漸く險悪の度を加へ、国内における秩序は高度国防体制に移りつつあつた年」であり、前年度において現れはじめていた「戦時法規、殊に経済統制法

規に関する判例」が「断然多く」なり、それが「刑事法の全体に互って種々の問題を提供して」おり「刑事法学における相当根本的な点に触れるものが少なくない」旨を述べている⁽⁴¹⁾。

本稿の冒頭において言及したように、総力戦体制下においては、1937（昭和12）年に制定された輸出入品等臨時措置法、及び、翌年に制定された国家総動員法に基づく広範な経済統制が行われた。既にこれらに先立って、第一次世界大戦後には軍需工業動員法や「重要産業ノ統制ニ関スル法律」（重要産業統制法）が定められていたが、日中戦争の勃発により、委任法令の形による経済統制が本格化したのである⁽⁴²⁾。これらに対する違反行為が本格的に「経済犯罪」として検挙され始めたのは1938（昭和13）年6月以降のことであり、翌年に国家総動員法に基づく価格等統制令が定められると、同令違反を中心として経済犯罪検挙数は激増し、1940（昭和15）年は「実に我が国経済犯罪史上に於て、最も波乱に飛んだ年」となると評されるまでになる⁽⁴³⁾。その翌年には、経済秩序の維持及び既存の治安立法の補充を企図した刑法改正が行われ、更には、戦時刑事特別措置法・戦時緊急措置法等が制定されるに至っている⁽⁴⁴⁾。

ところで、経済刑法・経済犯罪の性質については、その法体系上の位置づけや刑法の諸原則の適用可能性が刑法学において議論されてきているが⁽⁴⁵⁾、総力戦体制下におけるその議論の中心は、経済犯罪を刑事犯・行政犯のいずれとして把握するかというところにあった⁽⁴⁶⁾。この問題に関して、輸出入品等臨時措置法違反事件の大審院判決（昭和15年5月9日、刑集19巻8号290頁）について刑事判例研究会で評釈を行った小野清一郎は、刑事犯と異なり「行政犯にあつては其の行為規範は国民生活の条理そのものには求められず、寧ろ国家の立法及び行政作用によつて形成され、創造せられるもの」であり「自己の行為が違法であることを意識するためには少くともこれを禁ずる法規のあることを知つておかなければならない」ことを是認した上で、「国家的法秩序は法令と条理との総合された統一的全体」であるとして、これに反するという意味において「行為の違法性に二つはない」と述べている⁽⁴⁷⁾。

この評釈は1941（昭和16）年5月の『法学協会雑誌』に掲載されたが、

その翌月から小野は同誌に「経済刑法と違法の意識」と題する論説を 2 号に分けて公表し、この問題についての自説を詳細に展開した。「単に従来の自由主義経済を統制するだけでなく、新なる経済的生活秩序を成立せしめつつ」あり「必ずしも臨時的なものでなく、其の基本傾向は将来に向つて継続するものと考へられる」ものとしての「統制経済」についての検討を行おうとする小野は、行政刑法の一部ではなく「刑法そのものの一部」であり、刑事犯と行政犯と含んだ統一的な領域としての「経済刑法」を検討することが可能な段階になった旨を述べ⁽⁴⁸⁾、この文脈における刑事犯と行政犯の関係について以下のように述べる。

刑事犯とは国民の歴史的生活に於て其の道義的秩序の根幹となつてゐる軌範に反するものである。これを自然犯といつてもよいが、西洋的な超時間的・抽象的な自然法の觀念に於てでなく、時間的・具体的な東洋的「自然」の意味に於て考へなければならぬ。之に対して行政犯又は法定犯とは国家の立法的・行政的作用によつて創造されつつある道義・文化の秩序に反するものである。前者が生活秩序違反であるのに対して、後者は行政秩序違反であるともいへよう。しかし、両者は二律背反的なものとして区劃されるものではない。寧ろ統一的な法律秩序の内部に於て国民の生活秩序そのものになりきつた層と立法的・行政的作用によつて創造されつつある層とがあるのであり、この二つの層こそは刑事犯と行政犯とを区別させる社会科学的な地盤である。されば亦其の分界の如きも流動的・相対的なものであつて、固定的・絶対的なものではない。…時間の推移と共に国民がひとしく統制経済の必要を自覚するに及んで、今や其の経済的合目的性とともにも其の国民的倫理性が意識されつつある。而して、それに伴つて其は単なる行政秩序から生活秩序そのものに変化しようとしてゐる。茲に於てか経済統制違反は行政犯でありながら、刑事犯の性格を帯び来りつつある。法定犯から自然犯へに移行しつつあるともいへよう⁽⁴⁹⁾。

この観点から小野は同論文において、美濃部達吉の行政犯についての

理解を批判する。美濃部はその行政刑法についての著作において、「行政犯は行政上の目的の爲めにする国家の命令又は禁止に違反するが故にのみ、犯罪として刑罰の制裁を科せられるる行為」であり、その制裁は「其の行為が社会上の害悪であるが爲めではなく、専ら命令又は禁止に違反した爲め」であるとして、「刑事犯が社会的の悪行であるに対し、行政犯は単純な公法上の義務違反である」とこれらを区別する立場をとり⁽⁵⁰⁾、経済統制法令違反が数的に増大を見せた後にも「決して行政犯が倫理的に無色であり、反道徳性を有しないと爲すのではない」が「其の反道徳的であり社会的罪悪である所以は、一に国法の命ずる義務に違反したことにより、其の命令を離れて行為それ自身に罪悪性を有するものとして認識せられて居るものでない」との説を堅持した⁽⁵¹⁾。美濃部の説は当時においては少数説にとどまり、刑法学の側から強い批判が浴びせられたが⁽⁵²⁾、小野もまた、美濃部の見解を「ひたむきに論理的」なものであり「国家を単なる権力国家又は夜警国家と考へる自由主義思想の下に於てはともかく、道義的国民共同体としての国家を考へる場合、国家の命令に服することはやがて国民の道義的義務でなければならない」と批判している⁽⁵³⁾。

続いて小野は、刑事犯と行政犯の区別を自然犯と法定犯の区別と一致させる見解を様々な著作・論文で展開していた牧野英一に言及し、美濃部に比すと「事態を社会科学的に観てゐる」ものの「法定犯といふものを専ら法的強制に基くものとし、其の倫理的・文化的意義を看過してゐる」ことを批判するが⁽⁵⁴⁾、この論点は、経済刑法をめぐる「違法性の意識」に関わる問題へと接続する。言うまでもなくこの問題は、故意との関係、刑法 38 条 3 項の解釈、違法性の錯誤の取扱いをめぐって、刑法学において現在でも激しく学説が対立している点である⁽⁵⁵⁾。「違法とは法に違ふことであり、それ故に違法性の観念は遡って「法」の観念如何にかかるとして、それを「法令の形式と民族的生活の条理との総合的全体として観なければならぬ」と述べる小野は、当時の通説であり判例の採る立場でもあった違法性の意識不要説、及び、新しく唱えられるようになった違法性の意識の可能性必要説を退け、故意は違法の意識を含むという違

法性の意識必要説を採る。その上で、この立場から、自然犯については違法性の認識を必要としないが、法定犯については違法の認識を必要とすると述べる牧野の主張は「一応理解され得る」とするものの、「自然犯についてこそ道義的責任が強く考へられるべきであり、それ故に理論上違法の意識もまづ此について考へられなければならぬ」として、「斯の如き顛倒した理論を生ずる所以のものは畢竟牧野博士に於ては法は道義的に基礎づけられてゐないからで」あり「刑法は社会防衛の手段にすぎないとしながら、法定犯について違法の認識を必要とするのは或る意味に於て矛盾であるが、此は特別予防主義の一方的高揚と寧ろ形式的な違法概念とによつて理解し得るであろう」と厳しく批判する⁽⁵⁶⁾。1930年代前半から旧派の立場を明示し、新派刑法学と距離をとりつつあった小野は、牧野と同じ「文化」概念を媒介としながらも、そこに「日本法理」を呼び込むことにより、牧野と激しい対立を見せるに至っていた⁽⁵⁷⁾。

それでは、同じ旧派の立場を採る瀧川幸辰についてはどうか。小野は、「違法性の意識」について「我が邦に於ては瀧川幸辰氏がエム・エ・マイエル〔M. E. Mayel〕を学んで条理違反の認識を故意の本質とするとされたのが最初である」として「わが邦の刑法学説史において氏の功績は没すべからざるものがある」と評価する一方で、瀧川が実質的違法性の内実について当時「社会的有害性」の観念を採るようになっていたことを「寧ろ一の退歩である」と批判する⁽⁵⁸⁾。この時期の小野と瀧川の刑法理論は、新派との対抗関係においては一致点を見せつつも、思想・世界観の点で乖離を見せつつあったが⁽⁵⁹⁾、このことは、経済刑法への対応についても現れる。1933（昭和8）年に京都帝国大学を離れていた瀧川は、刑事犯と行政犯の流動性を強調する小野を含めた当時の刑法学の議論について「世俗の賛成を得るかも知れないが理論的には無意味である」として「行政犯が知らず知らずのうちに刑事犯に転化することはあり得ない」と批判し、経済犯罪について過失犯を処罰するかどうかという具体的な論点に言及して「この問題は立法的解決によつてのみ解決せられる」と述べる⁽⁶⁰⁾。この点について、「立法論としては法令に於て過失犯を処罰する場合を明かに規定すべきであると思ふが、解釈論としては個々の罰則につき其の規

定の趣旨を按じて決定する外はない」とした上で、行為の態様、業務者の責任、刑の種類の一つの契機を手がかりとして、当該経済統制法規の行政上の目的を「道義的責任の理念に照して」考えるべき旨を述べ、更にその背景として、「歴史的事実に徴するも日本民族は常に深い道義的意識をもつて生活して来たのであり、それがやがて法律生活の上にも現はれている」が「明治以後西洋の刑法学が入つてから却つて此の道義的觀念から遠ざかつてしまつた」と主張する小野との距離はやはり大きい⁽⁶¹⁾。

(2) 総力戦体制下の法学者・法律家集団

このような経済刑法・経済犯罪に対する法学者たちの理解の相違は、第一次世界大戦後に顕著になった法体制の「再編」、とりわけ、ドイツにおいて盛んに主張された「経済法」や「社会法」概念の受容を踏まえ、総力戦体制下において広範に展開された経済統制をどのような性質の法現象として把握するか、という点とも連動していた⁽⁶²⁾。このことを分析する上で本稿が着目するのは、1940（昭和15）年頃から激増した経済法令違反に対して、法学者・法律家が分析を行おうとする際の組織や集団のあり方である。

よく知られているように、戦時下における法学者の重要な役割は、輸出入品等臨時措置法・国家総動員法に基いて出される膨大な委任立法についての「解説法学」に従事することであったが⁽⁶³⁾、総力戦体制が進行すると、法学者達には経済統制法令についてより動的な関与が求められるようになる。経済統制法令の運用と解釈の統一を図るために設置された中央物価統制協力会議の統制法規部会に、東京帝国大学の田中二郎・川島武宜が参加していたのは、このことを象徴する動きである。同部会には「業界に於ける統制法規の疑義に答ふると共に一般業界に対し統制法規の適正なる理解を与へ且つ統制法令の解釈の統一を期せんとする」ことを目的として「経済法規相談所」が設けられたが、そのメンバーを主な対象として、田中二郎を中心に経済統制法令に関する判例研究を行う研究会が組織されていることは注目される⁽⁶⁴⁾。1941（昭和16）年から『警察研究』

誌に掲載された「統制法判例研究」において、その劈頭で輸出入品等臨時措置法違反事件の大審院判決(昭和 16 年 2 月 6 日、刑集 20 卷 1 号 1 頁)について取り上げた田中二郎は、「経済統制の地盤の変遷に伴つて、自然的なものに転化して行く傾向に在ることはこれを認めねばならないが、今日直ちにこれを自然犯であるとし、その行政的な特色を否定し無視する考へ方に対しては、俄に賛意を表し難い」として、基本的に美濃部の見解を継承する⁽⁶⁵⁾。一方、この判例について、刑事判例研究会で自ら評釈を行った小野は「刑事犯と行政犯との限界は国民の伝統的道義概念を標準とする相対的且つ流動的なものにすぎない」との自説を繰り返し、「我が近時の刑法学は美濃部博士の見解に満足せざるのみならず、従来ドイツ刑法学に明かに一步を進めている」との自負を示している⁽⁶⁶⁾。総力戦体制下において頻発する経済統制法令違反の解釈を巡って、東京帝国大学の内部における公法学と刑事法学の距離は広がりを見せていた⁽⁶⁷⁾。

ところで美濃部は「経済生活に関しては公法と私法とが密接の関係を有するに至つた」ことを認めながらも「法律学の体系としては、公法と私法との伝統的な種類分けは、尚ほ之を維持することが正当」であり「経済法」といふやうな新概念を定めて之に代ふことは、理論上之を正当と為すべき理由を見出し難い」と述べている⁽⁶⁸⁾。「経済法」を独自の法分野として措定しようとする立場の法学者・法律家が、東京商科大学の「経済法研究所」に事務所を置く「日本経済法学会」を組織し、既存の東京帝国大学を中心とする法と法学を相対化する動きを見せていたことが、この言説と対応している⁽⁶⁹⁾。ここで本稿が注目したいのは、第二次近衛内閣の下で「新体制運動」が複雑な様相を見せながら進展する中で、1940(昭和 15)年 11 月に開催された同学会の第 2 回大会において牧野英一が行った「新体制と経済法」と題する公開講演である。19 世紀の「法治国主義」から 20 世紀の「文化国主義」への法律思想の変遷について語る牧野は、「新体制」の下での「公益優先」と「最低生活の保障」の二つの原理と、そこから派生する「総力主義」「科学主義」「勤労主義」の三つの原理の重要性を説き、近時の立法の特色として「執行権の強化」「企業法の新しい構成」「労働法の台頭」「刑法における教育刑主義」の四種を挙げ、

「新体制下においては、経済法を中心として全法律の組織が新たにされるといふことにもなるのでありませう」と述べる⁽⁷⁰⁾。とりわけ、「科学主義」に関する以下の言及は、当時の法学という「学知」のあり方を考える上で示唆的である。

国家の総力を発揮するについては、科学主義といふことが特に重要なわけであります。総力主義を功利主義と嘲る一派の人人の間では、科学主義を斥けて一種の日本主義を主張してゐるのがあります。工学的技術の方面においては竹槍をもつて戦車火焰車に対するに十分であるとするやうな議論がそれでありますが、文化的倫理的の方面においても、素朴的な道德観をふり廻してゐる論者が見受けられるのであります。…法律家の間には、今、二様の学説が行はれてゐるのを見受けます。その一は、技術の故に倫理を無視するもので、これは、特に商法の分野において主張されてゐるところであります。その二は、倫理の故をもつて技術を斥けるもので、これは、特に刑法の領域において論ぜられてゐるところであります⁽⁷¹⁾。

このように述べる牧野は、経済刑法に関する「違法性の意識」のあり方に関しても、小野に対して同時期に盛んに反論を行っている。明治末年からこの問題に取り組み、通説である違法性の意識不要説への対案として自然犯・法定犯区別説を唱えたことから説き起こす牧野は、小野をはじめとする旧派の立場では「社会保全が全うされない」として「観念的なものは実証的なものに依つて批判されねばならぬのであり、浪漫的なものは、信念であり得ても、科学ではあり得ない」と述べる⁽⁷²⁾。そして、小野の上掲の論文「経済刑法と違法の意識」に対して詳細な反論を行い、刑事犯と行政犯を区別する「社会科学的地盤」は小野が主張するような「観念的形式論理的なものではなく、実証科学的なもの」であるとした上で、「今や、統制政策を刑法の一角から論ぜんとするについては、まづ、この区別が超法規的に、すなはち実体的に、承認されねばならぬことになつた」として「反自由法的態度をいかに揚言するにしても、これは事物の必然

である」とまで述べる⁽⁷³⁾。新派的な「科学」や「技術」によって旧派的な「道義」や「倫理」に対峙する、という構図は、先に言及したように、小野と牧野によってそれぞれ代表される、当時の刑法学の「学知」の基礎をなすものであった。しかし、法領域を問わずに既存の法と法学を乗り越えようとする牧野の壮大な企図は、刑法解釈学を刑事政策学へと一元的に統合して把握し、刑法学そのものの否定へと繋がりがねない危険性を孕む営為でもあったのである⁽⁷⁴⁾。

それでは、「技術」によって「倫理」が無視されていると牧野によって指弾される商法学はどうであったか。当時の商法学においては、商法の性質をめぐって商的色彩論と企業法論が対立していたが、このうち后者は、総力戦体制の進展に伴って「経済法」との距離を縮める傾向にあった⁽⁷⁵⁾。上述の講演において牧野もまた「企業法においては公法と私法とが相錯綜してゐるわけで、従来の法律論が公法と私法とを区別することの上に構成されてゐるのに対し、全く面目を異にするわけであります」と述べている⁽⁷⁶⁾。このことと関連して興味深いのは、牧野の公開講演と同じ日本経済法学会第 2 回大会において行われた、東京商科大学の常盤敏太による「経済犯の基礎としての経済倫理」と題する報告である。「固有な意味での経済法が実在して、其処から独自固有に発生する」ものとしての「経済倫理」の存在を主張する常盤は、「倫理の主体としての人間」は「自然とは独立の存在」であることに加えて「複数の人間であることを更に一つの必要条件」とする「人間の相関関係である」として、「殊に経済法と云ふ近代の共同乃至は社会的科学を取り扱ふに付いては寧ろ其個人よりも先に社会から考へて行かなければならないと思ふのであります」と述べる⁽⁷⁷⁾。常盤は後に牧野の自然犯・法定犯区別説と、美濃部の刑事犯・行政犯の論理的区分とを踏まえつつ、経済法の法領域としての独自性に鑑み、「経済法領域における独立固有の法益」としての「共同経済倫理」を措定して「経済犯を対象とする経済刑法は刑事犯の刑法及び行政犯の行政刑法と共に各々その分野を確保する」と主張するに至るが⁽⁷⁸⁾、その「共同経済社会」の内実について説明する際には、以下の様な「非歴史的」な言説へと絡め取られることになる。

我々日本人の生活が家族主義を基礎とし倫理を中心に全体的共同的に考へられて居る事が、此の支那伝来の倫理といふ言葉を使つて居る処によく看取されると思ふのであります。支那における人倫五常即ち君臣・父子・夫婦・昆弟・朋友の五つの間柄といふのは今日の社会から我々の側に於て観察せられる限りでは、同時に五つの秩序を意味する事になるのであります。実質的には仁義礼智信ともなり、全く我々国民・家族間にとり入れられて完全なる状態に迄到達し得たのであります。此の人倫五常や五徳がすぐ経済法の中の経済倫理に取り入れらるべきかどうかと云ふ事を、私は此処ではまだ議論するつもりはありませんが、兎に角、倫理とは間柄の問題を、我々の他の生活領域においても示して来て居ると云ふ事は申上げてても好いと思ひます。斯くの如く倫理は自然を離れ、人間の個から相関関係に、さうして、又我が共同体的或は全体的国民生活の上に秩序をもたらして来たのであります⁽⁷⁹⁾。

以上のような、東京帝国大学法学部関係者による「解説法学」と連動した判例研究、及び、日本経済法学会における経済刑法の新たな意味付けの動きとは別に、東京刑事地方裁判所判事及び司法省刑事局の経済関係官等によって「経済刑法研究会」が1941（昭和16）年11月に組織されている。同会の会員は「司法部関係者のみで、終始三十名前後」であり、毎月一回以上研究会を開いているが、本稿が注目するのは、同会が「現在は日本法理研究会と提携し、協力一致して日本経済刑法の樹立に努めつゝある」とされているところである⁽⁸⁰⁾。経済判例研究会による判例評釈は『法学志林』誌上に連載され⁽⁸¹⁾、後に『経済判例研究』として公刊されたが、「今後、経済刑法は社会主義的諸行動に対する国体明徴の武器として現はれることにならうし、また資本主義的諸行動に対する国体明徴の武器として現はれることにならう。大東亜戦争勝利への努力を通じて、聖なる日本国を創成せんがためである」といった言辞に彩られた序文にも関わらず⁽⁸²⁾、同書に収められた判例評釈は実務的な性格のものが殆どであ

り、「日本法理」に直結するような記述は目立たない。本稿で取り上げている「違法性の意識」に関しても、「経済統制法規の如く画一的な励行が其の生命とされる法規にあつてはその違反を行政犯と解するか否かは暫く措き、之に対して行政犯と同様否一層強い理由により犯意なき行為（犯意なしと主張する行為）と雖も処罰（取締）の対象とする必要は十分あると考へられる」といった評釈がある一方⁽⁸³⁾、「法律を誤解するに付一般社会通念に照して已むを得ない事情のある場合法律の認識の可能性のない場合は犯意はなく何等の責任もないと解すべきではないだろうか」といった評釈も併載されている⁽⁸⁴⁾。「日本法理」に参加した法学者・法律家の内部にも、そのスタンスにはかなりのグラデーションが存在していた⁽⁸⁵⁾。

4. 結びに代えて

第二次世界大戦後の連合国による占領管理の下で、小野清一郎は戦時における言説が問題視されて 1946(昭和 21)年 9 月に公職を追われたが⁽⁸⁶⁾、占領終結に伴い追放が解除された後は法務省特別顧問に就任し、法制審議会における刑法改正作業において中心的な役割を果たした。この刑法改正作業が、小野がかつて批判した戦前の「刑法改正仮案」の延長線上にあったこと等から、小野の弟子たちを含めた多くの刑法学者の批判を招いたことは良く知られている⁽⁸⁷⁾。小野は戦前の「日本法理」に関する言説について後年「戦時的環境の下で、いささかなショナリズムの行き過ぎがあったとも反省するが、基本的には、それ以前にも、また以後にも、私の思惟方針は一貫しているつもりである」と述べているが⁽⁸⁸⁾、牧野英一の影響下で「日本法理」と距離を取りつつ「経済倫理」を説いた常盤敏太もまた、戦後に教職追放処分を受け、これを不服として反駁している⁽⁸⁹⁾。牧野英一の影響下において新派からナチス刑法へと接近した木村亀二や、マルクス主義から「転向」して新体制運動に参加した風早八十二等の戦時の言説なども視野に入れるならば⁽⁹⁰⁾、戦後に「追放」という形で明示的に指弾された小野刑法学、あるいは「日本法理」の周囲だけが、法学者・法律家を巻き込む「時局の国体論の迷宮」であったわけではない。この

ような磁場を備えた「学知」のあり方をこそ、歴史的手法を用いて問い直す必要があるであろう⁽⁹¹⁾。

ところで、本稿の問題関心から興味深いのは、冒頭において言及した『刑法理論史の総合的研究』が、小野が主導した刑法改正作業の過程で表面化した「価値観の対立と将来の見通しの不透明さ」が「あらためて今日の刑法思想や理論が形成されてきた歴史的な過程を原点に立ち返って跡づけてみよう」という共通の問題関心⁽⁹²⁾を導いたとされる点である⁽⁹³⁾。占領管理体制下において法典のレベルでの大きな改革を被らなかった刑法学は、小野の説く旧派刑法学の強い影響の下で、他の領域の「戦後法学」とは相対的に距離を取りながらその戦後の歩みを始めたが⁽⁹⁴⁾、旧派刑法学を「前期」と「後期」に区分した上で小野刑法学を「後期旧派」として批判的に捉え、その「道義性」を排除し「体系的思考から問題的思考へ」との提言を行う平野龍一によって、その学問状況は転轍されることになる⁽⁹⁴⁾。しかし、「違法性の意識」をめぐり、戦後にドイツ学説の導入によって「責任説」が通説化したとされる現在においても、小野の主張した議論が「厳格故意説」に組み込まれていることが示すように⁽⁹⁵⁾、旧派と新派の争いが「止揚」され、結果無価値論が「自覚的」に展開された後も、小野刑法学は「体系」の要素として現在の刑法学の中に遍在し続けている⁽⁹⁶⁾。「命題を羅列することで事足りるのでなく、犯罪論を構成する認識の全体を「秩序付けられた総体」となるように分類し、同時に、個々の教義の内的関連性を可視的にしようとする」ものとしての刑法解釈学に対して⁽⁹⁷⁾、歴史的な方法論を用いてどのような接近が可能か、問いはなお開かれたままである。

【注】

- (1) クラウス・ロクシン／平野龍一監修、町野朔・吉田宣之監訳『ロクシン刑法総論〔第3版〕(1) 基礎・犯罪論の構造』信山社（2003年）206頁以下。松宮孝明「犯罪体系を論じる現代的意義——企画趣旨」『法律時報』84巻1号（2012年）6頁。
- (2) 青木人志「明治期法学協会にみるドイツ刑法学の受容」（福田雅章他編『刑

- 事法学の総合的検討 上』有斐閣 (1993 年) 所収) 320 頁以下。
- (3) 吉井蒼生夫「現行刑法の制定とその意義」(同『近代日本の国家形成と法』日本評論社 (1996 年) 所収) 161 頁以下。
 - (4) 大塚仁『刑法における旧派・新派の理論』日本評論新社 (1957 年) 43 頁以下、名和鐵郎「日本における「学派の争い」の現代的意義——行為無価値論と結果無価値論の原点」『静岡大学法政論集』5 巻 1 号 (2000 年) 35 頁以下、内藤謙「刑法理論の歴史的概観 (日本)」(同『刑法理論の史的展開』有斐閣 (2007 年) 所収) 565 頁以下等。
 - (5) 佐伯千仞・小林好信「刑法学史」(鶴飼信成他編『講座日本近代法発達史 (11)』勁草書房 (1967 年) 所収)、三井誠・町野朔・中森喜彦『刑法学のあゆみ』有斐閣 (1978 年)、内田博文『日本刑法学のあゆみと課題』日本評論社 (2008 年) 等。
 - (6) 小野清一郎「刑法学小史」(同『刑罰の本質について・その他』有斐閣 (1955 年) 所収) 420 頁以下。
 - (7) 宮澤浩一「小野清一郎の刑法理論」(吉川他前掲『刑法理論史の総合的研究』所収) 476 頁以下。なお、小野の略歴及び業績については、「小野清一郎教授略歴並びに著作年譜」『愛知学院大学法学研究』21 巻 4 号 (1978 年) を参照。
 - (8) 「日本法理」に関しては、松尾敬一「『日本法理』の思想」(小林直樹・水本浩編『現代日本の法思想』有斐閣 (1976 年) 所収)、同「戦中戦後の法思想に関する覚書 (未完)」『神戸法学雑誌』25 巻 3・4 号 (1976 年)、白羽祐三「『日本法理研究会』の分析」中央大学出版部 (1998 年) 等がある。
 - (9) 吉田宣之『違法性の本質と行為無価値』成文堂 (1992 年)、291 頁以下、同『違法性阻却原理としての新目的説』信山社 (2010 年)、3 頁以下。
 - (10) 従って、もっぱら筆者の能力不足から、本稿においては刑法学において行われているような専攻業績の網羅的な参照を行うことが出来ていないことを予めお詫びしておく。なお、本稿における史料の引用においては、旧漢字は原則として新漢字に改め、中略部分を「…」で表記し、本文における改行を適宜省略した。筆者による補足は [] で示した。引用文献の初出時の書誌情報、及び、書籍採録時との異同については、必要に

応じて適宜本文中に示し、注においては逐一示していない。また、刑法学の作法とは異なるかもしれないが、本稿が歴史的分析であることに鑑み、本文中の敬称はすべて略させていただいた。ご海容を乞う。

- (11) 小野清一郎の刑法理論に関しては、宮澤前掲「小野清一郎の刑法理論」475頁以下の他、中山研一「小野博士の刑法思想」（同『刑法の基本思想〔増補版〕』成文堂（2003年）所収）52頁以下、内藤謙「〔古典学派〕刑法理論の形成過程」（同前掲『刑法理論の史的展開』所収）318頁以下、伊藤研祐「日本の犯罪体系論：いわゆる小野・団藤体系」『法律時報』84巻1号（2012年）9頁以下等を参照。
- (12) 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』有斐閣（1953年）11頁以下。なお、伊藤前掲「日本の犯罪体系論」9頁以下。
- (13) 小野清一郎「公刑罰の成立について」（同『刑法と法哲学』有斐閣（1971年）所収）、185頁以下（なお、初出時から若干の字句修正及び追記が附されている）。
- (14) 宮澤前掲「小野清一郎の刑法理論」494頁以下、内藤前掲『刑法理論の史的展開』322頁以下。
- (15) 戦前における刑法改正事業の経緯については、林弘正『改正刑法仮案成立過程の研究』成文堂（2003年）、小幡尚「昭和戦前期における監獄法・刑法改正事業」『高知大学学術研究報告』人文科学編54号（2005年）等を参照。
- (16) 小野清一郎「刑法に於ける道義と政策——改正刑法仮案に対する概括的批判」（同『日本法理の自覚的展開』有斐閣（1942年）所収）204頁以下。
- (17) 真鍋毅「戦後刑事責任論の軌跡——道義的責任論の立場から——」『刑法雑誌』24巻1号（1980年）、58頁以下。
- (18) 小野清一郎「わが道、刑法学」（同前掲『刑法と法哲学』所収）475頁。
- (19) 内藤前掲「〔古典学派〕刑法理論の形成過程」318頁以下。
- (20) 小野前掲『法理学と「文化」の概念』370頁以下。
- (21) 同前、371頁。
- (22) 同前、386頁以下。小野は、コーラーのような「普遍法律史」の試みもまた「其の議論の根本対象が経験的法律現象なる点」において「経験的

事実」を対象とする法制史と「全く同一」であるとしている (同 388 頁以下)。

- (23) 同前、390 頁。なお、言うまでもないことだが、歴史叙述を「個性記述的」なものとして把握すべきか否かという問題は、隣接諸科学の「法則定立的」な性質との関連から、歴史学方法論における本質的な論点を形成している (ゲオルグ・G・イッガース/早島瑛訳『20 世紀の歴史学』晃洋書房 (1996 年) 27 頁以下、渡邊二郎『歴史の哲学 現代の思想的状況』講談社学術文庫 (1999 年) 230 頁以下、遅塚忠躬『史学概論』東京大学出版会 (2010 年) 64 頁以下等)。
- (24) 千葉正士「戦前におけるわが国法哲学の法思想史的再検討 上」『法学新報』72 卷 1・2・3 号 (1965 年) 22 頁以下。なお、本田稔「刑法史における過去との対話 (2)」『法と民主主義』463 号 (2011 年) 83 頁以下、同「刑法のイデオロギー的基礎と法学方法論」『立命館法学』344 号 (2012 年) 598 頁以下を参照。
- (25) 小野清一郎「日本法理の自覚的展開」(同前掲『日本法理の自覚的展開』所収) 41 頁。その内容については、中山研一『佐伯・小野博士の「日本法理」の研究』成文堂 (2011 年) 113 頁以下において、刑法学の立場から詳細な分析が行われている。
- (26) 小野清一郎『法律思想史概説』日本評論社 (1929 年)、同「日本刑法の歴史的発展——一つの概観」「旧刑法とボアソナードの刑法学」(同『刑罰の本質について・その他』有斐閣 (1965 年) 所収) 等。
- (27) 小野前掲「日本法理の自覚的展開」2 頁以下、及び、48 頁。
- (28) 小野前掲『法理学と「文化」の概念』394 頁以下。
- (29) 同前、349 頁。千葉前掲「戦前におけるわが国法哲学の法思想史的再検討 上」24 頁以下。
- (30) 小野前掲「日本法理の自覚的展開」51 頁以下、及び、76 頁。この観点から小野は「継受法に対する意味で日本において発達した法制を指すもの」としての「固有法」について、「其の歴史的発展を認識し又其の内在的精神を探ることは正しいが、継受法に対立する別個の法として体系化し、例へばローマ法に対するドイツ固有法の体系が論ぜられる如くに、

日本固有法の体系を論ずるが如きは、発展的なる日本法を過去の歴史的
形式に固定せしめて之を現行法と対立せしむるもの」として「かかる意
味の日本固有法論に大なる疑問をもつのである」と述べている（同 38
頁以下）。

- (31) 吾妻光俊「日本法理の探究——戦時法理論の回顧——」『一橋論叢』16
巻3・4号（1946年）145頁以下。
- (32) 松浦寿輝「国体論」（小林康夫・松浦寿輝『表象のディスクール（5） メディ
ア 表象のポリティクス』東京大学出版会（2000年）所収）309頁以下。
当時の「日本主義」の動向については、田中康二「日本精神論の流行と
変容」（緒方康編『一九三〇年代と接触空間——ディアスポラの思想と
文学』双文社出版（2008年）所収）、昆野伸幸「日本主義と皇国史観」（苅
部直他編『日本思想史講座（4）——近代』ペリかん社（2013年）所収）
等を参照。
- (33) 小野清一郎「金剛不壊の真心」（同『仏教と現代思想』大雄閣（1925年）
所収）62頁以下。なお、団藤重光「小野清一郎先生の人と学問——ご
逝去を悼んで」『ジュリスト』861号（1986年）60頁、平川宗信「主体
性と刑事責任」（平場安治他編『団藤重光博士古稀祝賀記念論文集（2）』
有斐閣（1984年）所収）122頁以下も参照。
- (34) この観点から小野刑法学の分析を試みるものとして、古賀勝次郎「小野
清一郎——仏教と古典派刑法学」（同『近代日本の社会科学者たち』行
人社（2001年）所収）、佐々木聰「小野刑法理論の思想的・哲学的背景
——仏教思想を中心として」『東洋大学大学院紀要』38集（2001年）、同「小
野清一郎の倫理的刑法観に関する一考察——改正刑法準備草案および改
正刑法草案に対する批判とその反論を中心にして——」『東洋大学大学
院紀要』40集（2003年）、宿谷晃弘「小野清一郎博士の罪刑法定主義論
および構成要件論の背景的思想に関する一考察——現代刑法学の古層の
探求あるいは修復的司法／正義論へのプロローグ——」『早稲田大学大
学院法研論集』1100号（2004年）、同「大日本帝国の刑罰思想における
「内部」と「外部」 刑罰思想史ノート」『東京学芸大学紀要 人文社会系』
II -64号（2013年）等を参照。

- (35) 末本文美士「〈東洋的〉なるものの構築——戦時下京都学派における東洋と日本」(池上良正他編 宗教 (4) 根源へ』岩波書店 (2004 年) 所収) 245 頁以下、同「近代仏教とアジア——最近の研究動向から」(同『近代日本の思想・再考 (2) 近代日本と仏教』トランスビュー (2004 年) 所収) 243 頁以下。なお、当時における天皇制と「東亜」の関係については、さしあたり、米谷匡史「日中戦争期の天皇制——「東亜新秩序」論・新体制運動と天皇制——」(小森陽一他編『岩波講座 近代日本の文化史 (7) 総力戦下の知と制度』岩波書店 (2002 年) 所収)、同『アジア／日本』岩波書店 (2006 年) 等を参照。
- (36) 岩谷十郎「日本法の近代化と比較法」『比較法研究』65 号 (2004 年) 32 頁以下。
- (37) 小野に刑事判例研究会の創設を働きかけたのは、団藤の他、岸盛一、出射義夫の計三名であったという (団藤重光「小野清一郎先生と刑事判例研究会」(平野龍一編『小野先生と刑事判例研究会』有斐閣 (1988 年) 所収) 154 頁以下)。
- (38) 団藤重光は「牧野先生あたりと瀧川先生、小野先生あたりとが一緒になって研究会をなさるといことはほとんど考えられないことでありました。…東大には刑事判例研究会というのが戦前の昭和 13 年からありましたが、むろん牧野先生にも御参加いただければそれに越したことはなかったと思うのですが、そういうことは全く不可能な状況で、小野先生を中心に作られたわけです」と回顧している (団藤重光「日本刑法学会創設の頃」日本刑法学会編『日本刑法学会 50 年史』有斐閣 (2003 年) 所収) 6 頁)。
- (39) 小野慶二「父と刑事判例研究会」(平野編前掲『小野先生と刑事判例研究会』所収) 43 頁以下。
- (40) 小野清一郎「序」(刑事判例研究会編『刑事判例評釈集 第 1 巻』有斐閣 (1941 年) 所収) 1 頁以下。
- (41) 小野清一郎「序」(刑事判例研究会編『刑事判例評釈集 第 3 巻』有斐閣 (1943 年) 所収) 1 頁以下。
- (42) 山中敬一「統制経済刑法の展開とその評価」(京都学園大学ビジネスサイ

エンス研究所編『経済刑法の形成と展開』同文館出版（1996年）所収）68頁以下。なお、新倉修「戦前日本の経済統制刑法について」『早稲田大学大学院法研論集』15号（1977年）139頁以下、拙稿「戦時・戦後初期の日本の法学についての覚書（1）——「戦時法」研究の前提として——」『桐蔭法学』19巻2号（2013年）127頁以下も参照。

- (43) 関之『経済犯罪概論』松華堂（1943年）31頁以下。横山実「戦争遂行に伴う犯罪と刑法改正——昭和16年の刑法改正をめぐって——」『犯罪社会学研究』2号（1977年）149頁以下も参照。
- (44) 横山前掲「戦争遂行に伴う犯罪と刑法改正」152頁以下、及び、小幡尚「一九四一年刑法改正について——「安寧秩序ニ関スル罪」の新設を中心に——」『高知大学学術研究報告』58巻（2009年）122頁以下。
- (45) 齊藤豊治「経済刑法・経済犯罪研究における視座の変遷」『刑法雑誌』30巻4号（1990年）455頁以下、吉岡一男「経済犯罪・経済刑法の総論」（齊藤豊治他編『神山敏雄先生古希祝賀論文集（2） 経済刑法』成文堂（2006年）所収）27頁以下、嘉門優「経済刑法と刑法の諸原則」（神山敏雄他編著『新経済刑法入門〔第2版〕』成文堂（2013年）所収）45頁以下等。
- (46) 山中前掲「統制経済刑法の展開とその評価」111頁以下、齊藤前掲「経済刑法・経済犯罪研究における視座の変遷」459頁以下。
- (47) 小野清一郎「経済統制違反と違法の意識」（刑事判例研究会編前掲『刑事判例評釈集 第3巻』所収）123頁以下。
- (48) 小野清一郎「経済刑法と違法の意識」（同前掲『刑罰の本質について・その他』所収）224頁以下（なお、初出時から若干の字句修正が行われている）。
- (49) 同前、230頁以下。小野はここで「ドイツに於てナチスの経済法は「倫理的基礎」をもつものであることが力説されている」と注記している（232頁。なお、宮澤前掲「小野清一郎の刑法理論」501頁以下を参照）。
- (50) 美濃部達吉『行政刑法概論』有斐閣（1939年）4頁以下。
- (51) 美濃部達吉『経済刑法の基礎理論』有斐閣（1944年）1頁以下。
- (52) 島田聡一郎「経済刑法」『ジュリスト』1348号（2008年）95頁。定塚道雄は、美濃部の『経済刑法の基礎理論』について「極端に異色ある見解

に充ちているのであり、通説に対しての強い抗議であることは勿論、法の実際の適用という意味における刑事司法に対して、痛烈なる反撃を試みたものに他ならない」とした上で「行政刑法総則を一学者の着想によって創造し得るものとするは、余りに空想的である」と述べている(定塚道雄「経済事犯と犯罪理論」(植松正他編『小野博士還暦記念 刑事法の理論と現実 (1) 刑法』有斐閣 (1951 年) 所収) 382 頁)。

- (53) 小野前掲「経済刑法と違法の意識」228 頁。
- (54) 同前、229 頁。
- (55) 松原久利「違法性の意識」(西田典之・山口厚・佐伯仁志編『新・法律学の争点シリーズ (2) 刑法の争点 (ジュリスト増刊)』(2007 年) 所収) 70 頁以下、同「違法性の意識」(川端博他編『理論刑法学の探究 (2)』成文堂 (2009 年) 所収) 105 頁以下。なお、同『違法性の意識の可能性』成文堂 (1992 年)、同『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』成文堂 (2006 年) 等を参照。
- (56) 小野前掲「経済刑法と違法の意識」246 頁以下。
- (57) 宮澤前掲「小野清一郎の刑法理論」489 頁以下。
- (58) 小野前掲「経済刑法と違法の意識」252 頁以下。
- (59) 内藤謙「『古典学派』刑法理論の一断面——瀧川幸辰と小野清一郎の相互の理解と評価——」(同前掲『刑法理論の史的展開』所収) 412 頁以下。
- (60) 瀧川幸辰「経済事犯の死点」『法律時報』15 卷 9 号 (1943 年) 19 頁以下。なお、伊藤孝夫『瀧川幸辰——汝の道を歩め——』ミネルヴァ書房 (2003 年) 233 頁以下を参照。
- (61) 小野前掲「経済刑法と違法の意識」240 頁以下。一方瀧川は、後述の日本経済法学会と近い雑誌にも経済刑法に関する論稿を寄せていることは興味深い(瀧川幸辰「経済事犯の違法と責任」『統制経済』3 卷 2 号 (1941 年) 118 頁以下)。
- (62) 丹宗昭信「経済法」『ジュリスト』400 号 (1968 年) 195 頁以下、金沢良雄『経済法の史的展開』有斐閣 (1985 年) 12 頁以下、丹宗暁信・伊従寛『経済法総論』青林書院 (1999 年) 49 頁以下等。なお、前掲拙稿「戦時・戦後初期の日本の法学についての覚書 (1)」137 頁以下も参照。

- (63) 利谷信義『新装版 日本の法を考える』東京大学出版会(2013年)51頁以下。
- (64) 前掲拙稿「戦時・戦後初期の日本の法学についての覚書(1)」132頁以下。
- (65) 田中二郎「絲配給統制規則違反の幫助と刑法総則の適用」『警察研究』12巻10号(1941年)77頁。
- (66) 小野清一郎「経済統制違反と共犯」(刑事判例研究会編『刑事判例評釈集 第4巻』有斐閣(1949年)所収)2頁。同巻以後は戦後の刊行であるが、同巻の序文には「経済犯をはじめ各種の行政犯の類」について「かような事件は、もはや意味を失っているのではないかということも、たしかに一理あることである」が「経済刑法ないし行政刑法の基礎理論的な方面において、実定法の変動にかゝらない基本的なものがある」こと、及び「経済統制はその技術性の面でも、実定法の変動を超える意味をもっている」として、「経済統制の継続あるかぎり——しかもそれは少なくともさしあたりは必然的である——こうした事件の重要性は減じるものではない」と述べられている(1頁以下)。
- (67) 例えば、団藤重光は美濃部の著作の書評において「著者は小野博士が経済刑法に刑事犯と行政犯とを併せ含むものとして理論構成をしてをられることに反対されるのである。これは経済犯が行政犯から刑事犯に転化することを強く否認される著者の立場から由来する」と述べ、「おもふに行政犯と刑事犯の区別は二つの異なる視角から考察されるべきではないであらうか。第一はその反道義性ないしは罪悪性の程度といふ観点から、第二は行政的目的性の観点からである。まづ第一の観点からすれば、両者の区別は静的にも動的にも相対的・流動的である」とする(団藤重光「〈紹介〉美濃部達吉、経済刑法の基礎理論」『法学協会雑誌』64巻3号(1946年)186頁以下)。
- (68) 美濃部達吉「経済法に付いての一般的考察」『法律時報』12巻8号(1940年)2頁以下。経済刑法についても「単に経済事犯に対する複雑な罰則規定を統括して之を秩序的に説明解説するといふだけの実際的な見地からは兎も角も、学問上の理論的な研究として、経済事犯に対する罰則だけを他の一般の行政犯罪に対する罰則と区別し、之を独立の一法系と為すことは、十分の理由あるものとは認め難い」とする(4頁)。

- (69) 前掲拙稿「戦時・戦後初期の日本の法学についての覚書 (1)」143 頁以下。
- (70) 牧野英一「新体制と経済法」(同『非常時立法考』中央公論社 (1943 年) 所収) 65 頁以下。
- (71) 同前、80 頁以下。なお、牧野のこの時期の思想については、近時、その「信義誠実」や「生存権」に関する言説を素材として、新たな角度からの検討を試みる業績が現われている(林尚之「帝国日本のなかの「生存権」の起源」(同『主権不在の帝国 憲法と法外なるものをめぐる歴史学』有志舎 (2012 年) 所収) 114 頁以下)。
- (72) 牧野英一「法律の錯誤と権威的及び合理的」(同『法律の錯誤』有斐閣 (1949 年) 所収) 72 頁以下。なお、林弘正『相当な理由に基づく違法性の錯誤』成文堂 (2012 年) 48 頁以下を参照。
- (73) 牧野英一「法律の錯誤と統制法規違反」(同前掲『法律の錯誤』所収) 137 頁以下。
- (74) 堅田剛「牧野英一のネクロロジー——自由法論を偲んで——」(同『独逸法学の受容過程——加藤弘之・穂積陳重・牧野英一——』御茶の水書房 (2010 年) 所収) 218 頁以下。とりわけ、その「無限解釈論」が持った意味については、服部寛「20 世紀の日本における法律学方法論の史的展開に関する一考察 (1)」『東北学院法学』70 号 (2010 年) 22 頁以下、同「1953——日独の法律学方法論の転換点とその意義の再検討——」『松山大学論集』23 卷 6 号 (2012 年) 197 頁以下を参照されたい。
- (75) 米谷隆三「企業法より経済法へ」『東京商科大学研究年報 法学研究』5 号 (1941 年) 1 頁以下、鈴木竹雄「経済統制法と商法」(同『商法の企業法的考察の意義』勁草書房 (1958 年) 所収) 99 頁以下。なお、倉沢康一郎・奥島孝康編『昭和商法学史』日本評論社 (1996 年) 93 頁以下も参照されたい。
- (76) 牧野前掲「新体制と経済法」84 頁。同講演以外の場所でも「企業法は公法的の法規と私法的の法規とから成立する混合体であると見ることに」なり「企業といふ立場から一元的に考察するならば公法と私法との区別は、もはや、理論的に重要性を持たないことになるので、そこに、全く新しい法律的思惟の範疇が構成されねばならぬ」といった主張がなされ

ている（牧野英一「法律における新体制」（同『非常時立法の発展』有斐閣（1941年）所収）243頁）。なお牧野は、その企業法論を米谷隆三の論述への批評として展開した旨を明示している（米谷隆三の戦前の法理論についての「制度法学」の観点からの接近可能性については、小島慎司『制度と自由——モーリス・オーリウによる修道会教育規制法律批判をめぐって』岩波書店（2013年）24頁の指摘が興味深い）。

- (77) 常盤敏太「経済犯の基礎としての経済倫理」（日本経済法学会編『経済法の諸問題（2）』有斐閣（1941年）所収）73頁以下。
- (78) 常盤敏太「経済刑法序説」（同『ラートブルッフと団体法』鳳社（1967年）所収）89頁以下（なお、初出時からかなりの字句修正が行われている他、「時代と共に生み生まれるは大和民族の世界観でもある。欧米の分析的観念に映せられてはならぬ」といった文章は段落ごと削除されている）。
- (79) 常盤前掲「経済犯の基礎としての経済倫理」76頁。
- (80) 経済刑法研究会「序」（経済刑法研究会編『経済刑法研究（1）』みたま出版（1944年）所収）3頁。ここで、同会が司法官のうち判事のみを会員としていることには、当時の司法部における経済検察と思想検察の対立関係が反映している可能性も考えられるが（差し当たり、山本祐司『東京地検特捜部 正・続』現代評論社（1980～83年）等を参照）、本稿では立ち入る準備がない。
- (81) 経済刑法研究会「経済刑法研究録（1）」『法学志林』44巻2号（1942年）73頁以下。『法学志林』誌は30年以上牧野英一が編集主任となっていたが、1935（昭和10）年にその独占的な編集から離れた（堅田剛「牧野英一の法理学——法律進化論から自由法論へ」（同前掲『独逸法学の受容過程』所収）165頁以下。宮澤前掲「小野清一郎の刑法理論」488頁も参照）。
- (82) 経済刑法研究会前掲「序」3頁。
- (83) 荒川省三「一、アルミニウムホイル箔はアルミニウム製品なりや 二、アルミニウム製品に該当することの認識の欠如と錯誤」（経済刑法研究会編前掲『経済刑法研究（1）』所収）56頁。
- (84) 戸田善一郎「明太魚を原料として製造したる「そぼろ」は昭和十五年商

工省農林省告示、第十三号に所謂「もみたら」に該当するや。右の「そぼろ」を該告示に所謂「もみたら」に非らずと誤信せるは事実の錯誤なりや法律の錯誤なりや」(経済刑法研究会編前掲『経済刑法研究 (1)』所収) 69 頁。

- (85) 上述のような経済統制法令違反に関する判例評釈を緻密に比較検討することによって、当時の法学者・法律家の学説や思想の内実に迫ることが可能であるかもしれないが、本稿においてはその準備がない。
- (86) 東京大学百年史編集委員会編『東京大学百年史 部局史 (1)』東京大学 (1986 年) 255 頁。追放理由は「著書」とされている(総理庁官房監査課編『公職追放に関する覚書該当者名簿』日比谷政経会 (1949 年) 490 頁)。
- (87) 平野龍一・平場安治編『刑法改正の研究 (1) (2)』東京大学出版会 (1972 ~ 73 年) 等を参照。
- (88) 小野清一郎「三十年前の八月十五日と私」『法学セミナー』242 号 (1975 年) 8 頁。なお、前田朗「侵略の刑法学——日本法理の歴史意識」(同『ジェノサイド論』青木書店 (2002 年) 所収) 227 頁以下を参照。
- (89) 西堀弥寿雄「常盤先生の最高の著作を私は知っている」(団体法研究所編『人間・空間・時間——常盤敏太博士喜寿記念論集 断章・随想篇』和広出版 (1976 年) 所収) 122 頁以下。なお、小野と同じく戦時に「日本法理」を説き、戦後に教職追放となった佐伯千仞も、その追放処分に対して反駁を行っている(中山前掲『佐伯・小野博士の「日本法理」の研究』56 頁以下。なお、佐伯千仞『疾風怒濤 一法律家の生涯——佐伯千仞先生に聞く——』成文堂 (2011 年) 145 頁以下を参照)。
- (90) 村井敏邦「戦後刑事法学に反省はあったか」『法律時報』80 卷 10 号 (2008 年) 83 頁以下、本田稔「刑法史における過去との対話 (1)」『法と民主主義』462 号 (2011 年) 35 頁以下。
- (91) 岩谷前掲「日本法の近代化と比較法」39 頁。この点については、別の機会に検討を行う予定である。
- (92) 吉川経夫他「はしがき」(吉川経夫他前掲『刑法理論史の総合的研究』所収) v 頁。なお、中山研一「刑法理論史研究の今日的意義——「刑法理論史の総合的研究」の刊行に寄せて」『法律時報』67 卷 1 号 (1995 年) 6 頁

以下を参照。

- (93) この点は例えば、1950年代の所謂「法解釈論争」との距離にも反映している（横山晃一郎「刑法解釈についての覚書——法解釈論争と刑法学——」『法政論集』70号（1977年）1頁以下。なお、内田博文「刑法学における歴史研究の意義と方法」（同『刑法学における歴史研究の意義と方法』九州大学出版会（1997年）所収）1頁以下を参照）。
- (94) 中山研一「平野博士の刑法思想」（同前掲『刑法の基本思想〔増補版〕』所収）162頁以下。平野龍一『刑法総論Ⅰ』有斐閣（1972年）i頁、及び、大谷實『刑法講義総論〔新版第3版〕』成文堂（2009年）94頁以下を参照。もっとも、平野自身の刑法学は「きわめて体系的」であるとも評される（浅田和茂「佐伯・平野刑法学の犯罪論体系」『法律時報』84巻1号（2012年）16頁）。
- (95) 松原前掲『違法性の意識の可能性』11頁以下。
- (96) 内藤謙「戦後刑法学における行為無価値論と結果無価値論の展開」（同前掲『刑法理論の史的展開』所収）218頁以下。
- (97) ロクシン前掲『ロクシン刑法総論〔第3版〕（1）』191頁。

※本稿は、第64回内務省研究会における報告「法制史と政治史の対話可能性——戦時下の刑法学の動向を素材に——」を元にし、史料などを補充して加筆・訂正して執筆した。報告に際して、数々の有益なご教示をいただいたことを感謝したい（なお、題目に示されているように、報告においては方法論的な問題についても言及を行ったが、紙幅の都合もあり、この点は本稿では触れていない。他日を期したい）。

また本稿は、平成26年度科学研究費基盤研究（C）「占領管理体制下における「戦後法学」の形成過程に関する法史的観点からの再検討」の一部である。

（でぐち・ゆういち 桐蔭横浜大学法学部教授・日本法史研究所員）