

犯罪構成要件の理論と刑法の解釈

設 楽 裕 文

- 一 はじめに
- 二 『犯罪構成要件の理論』における小野構成要件理論
- 三 小野構成要件理論についての考察
- 四 新たな理論についての覚書
- 五 むすびに

一 はじめに

本稿の目的は、小野清一郎の著書『犯罪構成要件の理論』¹⁾に収められた諸論文を素材として、小野の構築した構成

犯罪構成要件の理論と刑法の解釈（設楽）

要件理論(本稿においては、「小野構成要件理論」と呼ぶことにする)及びこれと関連する刑法解釈論を検討し、その問題点を踏まえて構築されるべき新たな理論の枠組を提示することである。

小野の経歴は、宮澤浩一のまとめたところによると、^②一八九一年一月一日生、一九一七年に東京帝国大学法科大学卒業、検察官として実務に従事し、一九一九年一月に同大学助教授に就任、欧州留学から帰国後、一九二三年八月に同大学教授に昇任、高等文官試験委員等を歴任し、法学博士の学位を得たものの、一九四六年に公職を追われ弁護士登録、その後、一九五二年には法制審議会委員となり、一九六三年には同会刑事法特別部会の部長として刑法改正案作成の責任者となり、一九八六年三月九日没、といったものになる。また、小野が一九三八年創設の刑事判例研究会に晩年に至るまで出席して指導に当たったこともあって、小野を追悼する文集として、同会の会員を主な執筆者とする『小野先生と刑事判例研究会』^③が公刊されている。同書は、もとより学術書ではないものの、小野の人となりや考えを知る手掛かりとなる貴重な資料であるので、本稿の注記において度々引用することにする。

小野の法理論、法思想については、既に多くの研究があり、批判がなされている。例えば、町野朔は、「小野にとつては、刑罰は文化的共同社会実現という理念に奉仕するものであり、刑法は終局的にはこのような『国家的道義』にほかならなかつた」のであり、「小野は、〔…〕構成要件該当性の要請は罪刑法定主義に超越して存在する法理的な要求だとする。そして、刑罰による文化の保護は、個人の自由の保護より高次にある刑法の目的であり、刑罰法規から構成要件が導出される場合でも、その解釈は目的論的に行なわれるべきだとする」のであって、「小野の構成要件—違法—責任という犯罪論体系も『反文化的・反社会的行為』、すなわち『道義的責任』という犯罪の本質を概念的に把握するための道具にすぎなかつたのである」と評価している。^④また、中山研一は、小野は、「罪刑法定主義の

下でもその内容は誇張されてはならず、刑法の解釈はかなり自由かつ合理的なものでなければならぬ」としていたところ、後には、日本法理の影響を受けて、「日本の道義観念による道義的価値合理性こそが最終の解釈基準たるべきものとされるにいたった」のであり、初期の理想（文化と正義）と現実（国家刑罰権の適用）との区別が曖昧になつて「人倫と道義が国家的道義となり国家的秩序と同一視される傾向が生じたことはいなみがたいように思われる。そして、その点にこそ、真の問題性があるように思われるのである」と評価している。⁽⁵⁾とはいえ、小野の解釈に（少なくとも一時期）限定的で自由主義的なものがあつたことも指摘されている。⁽⁶⁾また、小野の理論・思想が罪刑法定主義を蔑にし国家的道義を刑法によって実現しようとするものであるなら、第二次世界大戦後の日本において支持を得ることはできなかつたように思う。とすると、小野構成要件理論には、積極的に評価され、今後の刑法理論の構築に生かされるべきものがあるのではないか。本稿は、このような問題意識に基づくものである。

次章から小野構成要件理論の検討に入る。なお、引用部分の表記については、旧字体を用いないなど一定程度の変更を加えた。

一一 『犯罪構成要件の理論』における小野構成要件理論

1 『犯罪構成要件の理論』所収の諸論文

『犯罪構成要件の理論』（以下、本章においては、「本書」という）は、六篇の論文から成っている。これを本書の「発表年譜」（四八五頁）によつて発表年月日順に並べると、次のようなものになる。

- ① 一九二八年一月一日発表の「構成要件充足の理論」
- ② 一九三二年一月五日発表の「構成要件の修正形式としての未遂犯及び共犯」
- ③ 一九三三年四月二〇日発表の「刑法総則草案に於ける未遂犯及び不能犯」
- ④ 一九三八年三月二〇日発表の「構成要件概念の訴訟法的意義」
- ⑤ 一九四三年一月一〇日発表の「犯罪の単複と構成要件」
- ⑥ 一九五二年中に一部を発表し、全体を本書において発表した「犯罪構成要件の理論」

これらの論文のうち、⑥の論文は、一九五二年四月二八日に日本国との平和条約が発効し公職追放令が廃止された後に全体が発表されたものであり、小野構成要件理論の初期の姿を表わすものとはいい難い。そのような姿を表わしているのは①ないし⑤の論文、とりわけ、①ないし③の論文である。そこで、本章においてはこれらの五論文を基に、小野構成要件理論の生成と変化の過程を検討してみることにする。

これらの五論文は、第二次世界大戦に向かう激動の時代に発表された。①の論文を発表した一九二八年の六月には、満州某重大事件が発生し、翌一九二九年一〇月には世界恐慌、一九三一年九月には満州事変が起こっている。②の論文を発表した一九三二年には、満州国建国宣言がなされ、五・一五事件が起こる。翌一九三三年には、河上肇、小林多喜二が検挙され、③の論文が発表された翌月（五月）には、小野と同じく構成要件理論を唱える瀧川幸辰に関わる瀧川事件（京大事件）が発生している。⁷⁾一九三五年には天皇機関説事件、一九三六年には二・二六事件、一九三七年には、盧溝橋事件、矢内原忠雄筆禍事件が発生し、④の論文を発表した一九三八年には、国家総動員法が公布され、河合栄治郎の著書が発禁になり、翌一九三九年には、平賀肅学、第二次世界大戦勃発、一九四〇年には、日独伊三国間

条約が調印され、大政翼賛会、日本法理研究会が発足し、一九四一年には対米宣戦布告がなされる。このような内外の状況は五論文の内容に相当な影響を及ぼしたものと推察しうる。

2 「構成要件充足の理論」

「構成要件充足の理論」は、「概念構成は、すべての学問に於ける要素であり帰趣である。苟くも『学問』である以上、何等かの概念構成を有せざるはない。而して真理を追ふものとしての学問的努力は、常に、より正確にして、しかもより妥当なる概念及び論理の思想的構造を求めて止まないものである」という高い調子の文章で始まる。この後には、法律の社会学的観察及び法理学的考察によって従来の概念法学が没落せしめられ、「新なる歴史的事情に適應せる概念法学」が準備されるべき状況下で、法律社会学や法律哲学とは異なる、「『より正確にして』且つ『より妥当なる』概念及び論理の構造」の発見及び「新なる概念法学の建設」こそが「法律学徒の真の仕事」であり、「此の建設的努力を缺ける法律学は、法律学たるに値せぬのである」という意気軒昂な文章が続き、「以上の如き方法的思想を基底として、私は、刑法に於ける謂ゆる刑法理論（哲学）及び刑事政策に注意を払ひつつ、しかも現行刑法の学としての独自の理論的体系の建設的考察の必要あるを認め、此の方面に於てささやかなる寄与を為さんことを一つの志願としてあるのである」という態度が表明され、一九二三年の中央大学における刑法の講義以来、刑法総論における犯罪論の一般概念の一要素として「構成要件の充足」ということを説いているのは、「『構成要件該当性』の理論」に修正を施して日本の刑法学に導入しようとする試みであることが示される（一九五〜一九六頁）。

ここで小野が「構成要件該当性」の理論と呼んでいるものは、いうまでもなく、Beling (Ernst von Beling) 及び Mayer (Max Ernst Mayer) の理論である。Beling の影響を既に受けた日本の学者の著作として宮本英脩の『刑法學綱

要』があげられ、そこでは *Beling* が構成要件該当性と同じ意味に用いている、犯罪の「類型性」*Typizität* の概念を借りて犯罪の一般的要件の一として指摘される。ただし、小野は、宮本においては、その刑法論の全体構造から見て、「類型性」の概念には、従来の「『有責且つ違法にして、刑を以て威嚇されたる行為』といふ場合に於ける『刑を以て威嚇されたる』に当るべき体系的地位しか認められて居らぬ」とする (二〇二頁)。

その後で、小野は、牧野英一の「行為の危険性」の概念と *Beling* の「構成要件該当性」を同一視する。「だが、茲に注意すべきことは、牧野博士が『行為の危険性』なる概念に刑法総論の体系上可成り重要な地位を認められてゐることである。此の『危険性』の概念は恐らくイタリア学派に於ける危険性 *pericolosità* 又はドイツ社会学派の謂ゆる社会的危険性 *soziale Gefährlichkeit* に由来する概念であつて、『危険なる行為にして初めて危険なる性格の徴表と為すことを得べし。』といふ犯罪徴表的論理の下に『危険性』を『犯人の』危険性から『行為の』危険性に移して考へられたるものと思はれるのである。しかし、『行為の危険性』は犯罪の『客観的要件』として第一に挙げられてゐる。しかも、其の『危険性』は、牧野博士によつて可成り特殊的・法律的な意味を帯びさせられ、『各本条に危険なる行為の内容を列挙して犯罪の内容を限定す。即ち、犯罪の成立には、行為が先づ、各本条に規定せらるる事実が該当することを要するなり。』と説かれてゐるのである (日本刑法七五頁)。然るに、此の如く特殊的・法律的に概念化された危険性こそは、ベーリングの意味に於ける『構成要件』に外ならないであらう。即ち、私見によれば、牧野博士の『行為の危険性』なる概念とベーリングの『構成要件該当性』とは、本質的に同一のものである。此の点に付ては牧野博士自ら *Tatbestandsmäßigkeit* の語を『事実性』と訳して『危険性』の語に添へて居られることも一つの証拠となるかも知れない。されば、私の『構成要件充足』の理論は、ベーリング及びマイヤーを祖述する点多きに拘は

らず、また牧野博士の『行為の危険性』の概念を發展せしめ、徹底せしめようとする一つの試みとして理解されることを希望するものである」というのである(二〇二―二〇三頁)⁽⁸⁾。

小野は、この後、「ベーリング及びマイヤーに於ける『構成要件該当性』の学説」と題する章(二章)において、Beling 及び Mayer の学説を紹介し、後者の学説が論理的により正確(二〇八頁)、純粹(二二一頁)であると評価しつつ、前者の学説が構成要件には価値判断を含まないとしている点、後者の学説が「構成要件該当」の概念を制限して客観的要素のみに対する該当を指すものとしている点を、それぞれ批判して、自己の学説を展開する布石を打っている(二二二―二二四頁)。のみならず、小野は、Beling が自らの理論の思想的根拠を罪刑法定主義に求め、「類型性」を「構成要件該当性」と同一の意味に用い、非類型的な行為はいかなる場合も犯罪となることはない、としていること(二〇四頁)については、「法律の全体を実証的な法令の規定のみに拠って論ぜんとする法律実証主義的思想は私の極力否定せんとするところ」であるという意味において「ベーリングの根本思想には従ふことができぬ」と否定的に評価している(二〇六頁)。この点は、三章「構成要件充足の理論的基礎付け」において、Beling が罪刑法定主義をその理論の根拠とすることを批判する Goldschmidt (James Goldschmidt) の所論を評価しつつ、次のように展開される。「蓋し、罪刑法定主義は、ヨーロッパ大陸に於ける啓蒙期以後の特殊なる国法思想に胚胎する原則であつて、今日に於ては少くとも其の当初に於ける重要性を失ひ、個人の自由よりも寧ろ有効なる社会防衛を先とするに至り、最近の刑事立法は再び裁判官の自由裁量の範囲を拡張するに傾き、各個の犯罪に関する規定の如きもより簡略なるものとし、其の概念をより抽象的ならしむることによつて其の適用範囲を寛かにするに傾いてゐる。此は我が旧刑法と現行刑法とを比較するも明かである。而して学説上に於ても、罪刑法定主義そのものはともかく、之を基礎として主張され来

た解釈の嚴格、類推の排斥、刑法の不遡及、絶対不定期刑の排斥等あまたの原則的要求は其の妥当性を疑はれつつあるのである。「ここで牧野の『罪刑法定主義と犯罪徴表説』を頁数を示すことなく引用する」さりながら、構成要件該当性の理論は、果して罪刑法定主義の原則の根拠に於てのみ支持され得べき理論であらうか。私は其の然らざるを信ずるものである。蓋し、『構成要件該当』の概念に依つて必要とされるのは、単に犯罪の成立が一定の(特別)構成要件に該当する事実の存することに過ぎずして、其の構成要件が成文上嚴密に規定されてゐなければならぬといふことではない。而して、たとへ罪刑法定主義の原則が全然否定されるとしても、単なる『構成要件該当』の要求、即ち犯罪の成立には違法とか、有責とか、因果関係とかいふ如き普遍的な思想の外に、一定の特殊的に構成された法律的概念に該当する行為を必要とするといふことは、今日の刑法上到底否認すべからざる原則的要求である。此の原則的要求は、罪刑法定主義から独立な、論理上罪刑法定主義に先行する一の法理的要求である。何となれば、慣習法、判例法乃至は条理に依る刑罰法規の認めらるる場合に於てさへも、此の要求は尚妥当する。『構成要件該当性』の理論は此の点に其の法理的根拠を求むべきものである⁹⁾。このように、小野によれば、理論の基礎は、「特殊的概念構成の必要」に置かれるべきであつて、罪刑法定主義に置かれるべきではなく、「不應為律」が認められる法制の下でも「『構成要件充足』の理論を支持する余地は充分にある」ということになる(二二八頁)。とはいへ、小野といへども、罪刑法定主義が「到底疑ふべからざる一原則である以上、現行法の問題としては、結局構成要件は法令に於ける処罰規定の解釈によつて定まるといふことになる外ないのである」とは述べる。それでも、処罰規定の解釈においては「法令の用語及び其の形式的論理に囚はれてはならぬ」とする(二二五頁)。「即ち、処罰規定の解釈に當つては、刑法理論及び刑事政策的利益較量を必要とし、殊に當該刑罰法規に於ける利益

保護の精神及び其の必要限度を考覈せねばならぬ。其の実証的資料としても、法令の成文以外に、判例、慣習其の他社会生活に現はれた事実及び思想の一切を参考すべきである。此等の実証的資料は、第一次的法源たる法令に対して、いはば第二次的法源ともいふべきものである。此の点よりして私は寧ろ単なる法律実証主義的なベーリングの思想にあきたらざるものである」というのである(二二六頁)。ここまでの小野の主張は、ともかくも法令の用語が第一次的なものであることは認めているように見える。ところが、小野は、法令の用語が日常用語的語義によつて解釈されるべきことさえ否定する。「尤も、ベーリングと雖も、構成要件の意味は法令の用語のみに依りて決すべからざる、其の暗黙に了解されたもの *subintelligenda* の助けを借らなければならぬといふことを説いてゐる〔…〕。だが、最も重要な場合に於て、構成要件の内容を決するに『自然的語義』 *natürlicher Sprachgebrauch* 又は『單純なる生活上の用語例』 *einfacher Lebenssprachgebrauch* の問題に過ぎずとすることは〔…〕到底同意し難い」というのである。とはいへ、構成要件の内容は各個の刑罰法規の解釈の問題であるから、具体的にいかなる範囲の事実が犯罪として処罰されるべきかは、まず法令の解釈上認められる構成要件に該当する事実があるか否かということ、即ち「特殊的に構成された法律的概念に対する当嵌め *Subsumtion* の問題」になる。この意味で、「構成要件の特殊内容を超越した因果関係とか危険性とかいふ如き抽象的な概念により演繹して論理的に処罰の範囲を解決し得べしと考える古い形式の自然法論的な考へ方」は、小野の立場からは「断然否定せんとするところである」ということになる(二二六頁)。

以上のように「構成要件充足の理論」の形成を論じた後、構成要件の一般的形式及び構成要件の充足に関して生ずる一般的問題として、同理論による個別問題への解答が示される。構成要件の一般的形式に関しては、行為、結果、処罰条件、身分犯などについて、多少の相違はあるものの、今日の小野・団藤学派の研究者において受け入れられて

いる理論が展開される。目的犯の目的はもとより殺人罪の殺意のような故意犯における結果の認識も主観的構成要件要素であるとされ、規範的構成要件要素も承認される(二三三頁)。そして、構成要件の充足に関する問題として理論的考察において重要なものは、第一に「実行行為」(法律上の構成要件に該当する現実の行為)の概念であり、第二に「構成要件該当なる結果」(法律上の構成要件の概念的要素に該当する現実の結果)の概念であることが示され、①不作為犯の問題はいかなる場合に不作為が一定の構成要件に該当する実行行為として取り扱われるべきかという問題であり、②因果関係の問題は構成要件該当なる結果があるか否かという問題である、とする(二三五～三三六頁)。①については、不作為犯の成立には実行行為として認められるべき不作為が必要であり、「其のためには第一に行為者が事実上結果防止の可能な地位にありたること、第二に行為者が其の結果の防止に関して法律上特に義務づけられた者なることを必要とする」という(二四〇頁)。②については、相当因果関係説を「其の素朴なる日常経験を基礎とする点及び之を一般化した法則的思考に重きを置く点に於て理論的に不可である」と排斥し、牧野が因果関係を「危険関係」としたことを「頗る意味あること」と評価しつつ、「私は、其の『危険関係』といふことを各個の刑罰法規に於て予想された『行為の危険性』と考へたいのである。換言すれば、構成要件上『結果』と認めらるる現実の出来事を要するの意味に過ぎないと考へるものである。更に換言すれば、結局『構成要件該当なる結果』ありや否やといふことに過ぎぬと考へるもの」であり、「当該刑罰法規の解釈上、果たして或る実行行為の『結果』と認むべきものありや否やを、其の刑罰法規の意味及び目的の見地に於て具体的に決定する」こと¹⁶によって構成要件の要求する因果関係の範囲は決定できるとする(二四二～二四四頁)。

3 「構成要件の修正形式としての未遂犯及び共犯」

未遂犯、共犯の修正された構成要件について、「構成要件充足の理論」では、小野が構成要件と呼ぶものは「即ち普通に犯罪の『特別』構成要件と称するものに当るのである。（但し未遂犯及び共犯の如き総則的規定によつて修正された場合を含む）」という程度に触れられているに過ぎない（二二〇頁）。これに関する理論は、「構成要件の修正形式としての未遂犯及び共犯」で展開されることになる。それによれば、構成要件の全部的該当、「換言すれば完全なる該当（充足）あるを俟て其の法律効果たる可罰性が発生すると考へなければならぬ」ところ、この構成要件を刑法各本条の構成要件（特別構成要件）と考えると、未遂犯、共犯においては構成要件の部分的該当はあつても充足はないのではないか、という疑問を生じることになり（二五二頁）、この疑問を解決するため、小野は、未遂犯、共犯を「修正された構成要件」とするのである。未遂犯について、小野は、四三条によつて各本条の「独立なる構成要件」を修正することにより成立する観念形象は一つの特別構成要件であり、これを充足する具体的事実が生じるときは特別構成要件の充足があり、「即ち刑法総則に於ける犯罪の一般的概念要素としての構成要件の充足ありと謂ふべき」であつて、Beling が「修正せられたる構成要件該当性」として特殊の犯罪現象形式において構成要件該当性が拡張された意味で認められるとしたのに対し、「之に反して私は、構成要件の修正形式を考へる。即ち未遂犯又は共犯の規定によつて各本条の構成要件そのもの、即ち其の観念的内容が修正されると考へるのである。其の修正された観念的形象は、それ自身一の構成要件、しかも『特別』構成要件である」（傍点原文）とする（二五五～二五六頁）。ところが、小野は、修正された構成要件については、それが特別構成要件であるにもかかわらず、類型性を必要としないとする。即ち、Beling が類型性を構成要件該当性の同意語として用いた点を再び批判し、さらに、「類型」は本来社会学的な概念で

あるとしつつ、犯罪の構成要件は「反社会的乃至反文化的行為の『類型』を其の原質とする」ものの、「其の社会的な『類型』そのものではなく、法律上の『構成要件』として刑罰権発生の原由たるものである」として、構成要件の充足という場合の構成要件は特別構成要件であるところ、「但し、其は、社会学的には各種の反社会的乃至反文化的行為の類型にちがひないが、法律上に於ては専ら其の法律上の観念的形象が経験的事実の上に実現されたかどうかの問題に為るのである。而して此の場合に於ける『特別』構成要件は必ずしも其の直接に刑法各本条に於て規定された、『独立なる』構成要件たるを要しない。其の『修正されたる』ものも亦『特別』構成要件であり、斯くて、此の關係に於ては『類型』なる概念は必要でないことになる」とするのである(二五八―二六〇頁)。

そのようにはいうものの、小野は、未遂犯の要件である実行の着手については、犯罪の「実行」とは犯罪構成要件に該当する行為であり、「着手」とは実行を開始すること(構成要件の一部を実現すること)であつて、「其の基本的構成要件に対する部分的該当性を有するものである」とする。ここで、牧野や宮本の主観説が「極めて抽象的」であると批判される。予備行為があるといえるのか実行行為があり実行の着手があつたといえるのかについては、「社会的観察上構成要件の観念する反文化的行為の類型性を有するに至れば、其はすでに実行行為があつたもの」であり、「実行行為ありや否は類型的な反文化性の有無に依り判断されなければならぬ」というのである(二六四―二六七頁)。

共犯についても、「常に或る犯罪の構成要件を基本としてのみ考へられる」のであり、六〇条の「犯罪の実行」とはある一つの犯罪構成要件に該当する行為をいうのであつて、「即ち構成要件に該当する行為に加功したる者に非ざれば共同正犯たること得ぬのである」という。二人以上の行為が実行行為を分担するものであるか否かは「共同行為の全経過に於て各の行為が構成要件の予想する類型的反文化性を有するものであるかを標準として判断すべき」であり、

例えば、見張行為は一般的には幫助行為に過ぎないとする（二六九～二七〇頁）¹¹。しかし、教唆犯、従犯となると、「一種の一般的な行為類型である」ものの、教唆行為、幫助行為は、「特定の構成要件に於ける行為概念に關係せしむるることによって其の具体的内容を思考し得るものでありながら、しかも其の構成要件上の行為概念の範囲に入らざるもの」であり、「此の点において、かの予備行為と其の性質を同じくする」ということになる。とはいっても、予備行為や教唆行為、幫助行為を独立犯として処罰することについては、「現在の社会事情の下に於て果して正義且つ合目的であるか、私は之を疑ふ。何故なれば其は苛察なる警察政治を齎す虞があるからである」という。また、教唆犯、従犯の未遂については、当時の六一一条に「正犯に準ず」と規定されていることから、教唆犯の未遂犯は処罰可能であるものの、従犯の未遂犯は処罰できないとする。もともと、後注によれば、教唆犯の未遂犯を処罰可能とした点は、間もなく変更している（二七一～二七六頁）。

4 「刑法総則草案に於ける未遂犯及び不能犯」

「刑法総則草案に於ける未遂犯及び不能犯」において、小野は、未遂犯の規定における客観主義を正当とし、牧野、宮本の主観主義を批判している。小野の主観主義批判は、その「イデオロギー的根拠」に遡って展開される。「私見によれば主観説は国家絶対主義的イデオロギーを根拠とする未遂犯論である。之に反して客観説は自由主義的イデオロギーを根拠とする未遂犯論である。近世の法律思想に於て二つの基本的な潮流がある。一は国家絶対主義・超個人主義の思想であり、他は個人主義・自由主義の思想である。此の法理的対立は未遂犯論に於て主観主義及び客観主義の対立として現はれる」として、牧野の見解を含む主観説を批判し、『犯意』中心の主観説は必ずしも目的主義又は社会防衛論の必然的帰結ではないのではないか」とさえいう（三〇六頁）。

もつとも、小野は、国家絶対主義・超個人主義と対立する個人主義・自由主義に左袒するわけではなく、「国家及び個人の上に更に文化的共同社会を建設することが人類の文化理想である」という思想を唱える（この思想を、ここでは「文化主義」と呼ぶことにする¹²⁾）。それでも、小野は、「国家を以て直ちに理想的な文化的共同社会であると為すことは出来ない。其は寧ろ其の現実的地盤たる社会生活に於ける経済的、文化的勢力関係を反映する一の支配社会である」という認識は有しており、「支配階級のイデオロギーは国家を文化的共同社会と一致せしめ、其の観念上理想化された国家を絶対的なるもの、無制限に服従すべきものとして主張せんとする。此れ国家絶対主義の立場である」ところ、国家において完全な文化理想が実現されているなら刑罰と法律は廃止されて然るべきであり、教育刑はおろか純粹の教育の必要さえもないということになるかも知れないものの、「だが、苟くも支配的関係の存続する限り、国家と其の威力的強制は必然的であり、教育と教化とも亦必然である。其の限りに於て強制の最も顕著なるものとしての刑罰に対して個人の自由、否被支配階級の自由が見失はれてはならぬ」とする。さらに、小野は、牧野においては国家が犯罪人を教育して社会に同化させるように行動する場合は「その行動に対して無限に服従せねばならぬ」ということになるのに対して、「国家は全文化的立場から見ても一の部分的社会であり、其の文化的理念も亦部分的理念である。従って、国家の理念がひとり無限に妥当することを得るものではない、と私は考へるのである」とし、「私は、文化国家の立場に於て、道義的目的を有する刑罰的応報の超個人主義的な必要を認めるが、たとへそれが如何に人道化され、教育化されても、苟も其が人の生命、自由乃至財産の剥奪を以て脅威するものである限り、其は個人的自由に対する關係に於て法律的に限界されなければならぬ。是れ実に刑法本来の任務である」として、「文化主義の見地からの自由主義」とでも呼ぶべき見解を唱えている（三〇四～三〇八頁）。

右のような文化主義の見地からの自由主義に基づいて、未遂犯における主観主義は排斥される。具体的に批判の対象となるのは、牧野、宮本の見解である。小野は、「宮本教授は『厳格なる理論より謂へば予備陰謀を処罰することは例外にあらずして、寧ろ処罰せざるべきものが例外たるべきもの』とされ、牧野博士は『主観主義からいへばすべての犯罪が形式犯でなければならぬ』とされるのであるが、しかし、此は第十八世紀の警察国家的法律状態に帰ることであり、今日の刑法に於て其の実現を見るとせば、其は恐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らう」と述べ、「国家は自ら其の統制を以て直ちに完全なる共同社会的なものであると誤信してはならぬ」のであり、「宮本教授の謂ゆる『謙抑主義』なるものは此の点に触れるものである。但しすべての予備を処罰すべしなどといはれる態度は事実に於て全く謙抑主義を裏切るものである」とする（三二三四頁）¹³。

この後、小野は、刑法四三条（当時）、刑法総則草案二二条の「犯罪の実行に着手し之を遂げざる者」に即して自説を展開する。それによれば、「構成要件の修正形式としての未遂犯及び共犯」で述べたところと同様に、犯罪の「実行」とは各本条における犯罪の構成要件に該当する行為であり、「実行に着手し」とは、このような行為そのものを開始することである、ということになる。ただ、「構成要件の修正形式としての未遂犯及び共犯」では、「実行行為ありや否は類型的な反文化性の有無に依り判断されなければならぬ」とされていただけであるのに対し、ここでは、「法益の権衡」という考慮要素が登場する。そもそも、「実行行為とは何ぞや」という問題は「各本条における語義によつてすべてが解決するといふのではない」のであり、構成要件が各本条の規定を基礎とするものであるとはいっても、「之に対して適當なる解釈を施すことは何等禁ぜられたるところではないのみならず、実に適當なる解釈を施す

ことよつてのみ其の規範としての具体的内容を認識することを得るのである。而して刑罰法規の解釈に於ては其の目的とする法益が何であるかを認識することが必要である」という。それでも、小野は、法益を保護するためなら大いに拡張解釈をしてよい、といった考えは採用しない。「しかしながら、刑罰法規の目的自体が決して単純に或る一つの法益を保護するとは限らない。公益的見地を主としつつ、同時に私益的見地を交ふるものがある(例、誣告罪)。しかのみならず、刑法は法益を保護せんがために之を攻撃する者より法益を剥奪するものである。然る限り、社会防衛の見地に於て苟も保護さるべき法益の存在する限り之を保護せんとするが如き解釈は、不当に構成要件の解釈を拡張するに至るものである」として、窃盗罪の客体である「財物」は物理的管理の可能なもののみを意味するのであって、権利窃盗は認められないとする。「真の規範的・目的論的解釈は、全体的な正義の立場に於て、種々なる個々の『目的』乃至『法益』の間に於ける権衡を考へなければならぬ。社会的利益と個人的利益との調和こそは刑罰法規の解釈に於ける根本的な問題であるのである」というのである(三一四～三一六頁)。具体例として、さらに、①窃盗の目的をもつて他人の住居に侵入した場合に窃盗未遂罪が成立するか、②保険金騙取目的で自己所有の家屋に放火して焼燬したもののいまだ保険金の請求をなさざる場合に詐欺未遂罪が成立するか、という問題が検討される。①については、何が「他人の財物を窃取する」行為であるかは単にその文字だけでわかることではないので社会観念の助けを借りて具体的内容を明らかにすると、「夜間、殊に『門戸牆壁を踰越損壊し若しくは鎖鑰を開き邸宅倉庫に入り』(旧刑法第三六条、盗犯防止法第一条)たる如き場合」は窃盗罪の実行の着手が認められ窃盗未遂罪が成立するものの、「昼間正門より侵入するが如き」では同罪の実行の着手は認められないとし、②については、主観説によれば放火行為によつて犯意が遂行的かつ確定的に明らかにされ、ないしその飛躍的表動があつたと見るべきであるように思われるも

の、客観説により詐欺罪の実行の着手は認められないとする(三一八～三二〇頁)。ここでは主観説よりは限定的な見解が客観説として示されているものの、その前に言及された「法益の権衡」がどのように考慮されているのかは明確ではない。むしろ、法益に対する危険の切迫性を考慮しているように見える。

実行行為と行為の危険性との関係は、不能犯に関して論じられる。小野は、未遂犯は、その要素として、「犯罪の実行即ち各本条に於ける犯罪構成要件に該当する行為あることを必要とする」ところ、「構成要件に該当するや否」は、「定型的な反文化的行為ありや否、其が法律上の構成要件を充足するや否の問題である」とする(三二〇～三二二頁)。ここまで読むと、実行行為に該当するか否かは定型的な反文化的行為か否かを社会観念によって判断することにより決定されるのかと思える。しかし、小野は、続けて、「さはいえ、其の構成要件上の行為そのものが、少くとも刑事犯に関する限り、原則として一定の法益侵害の結果又は其の危険を以て其の内容とするものである。即ち其は侵害犯であるか或ひは危険犯である。刑事犯としては形式犯は例外的現象にすぎない。其の限りに於て結果発生危険なき行為は実行行為ではないと解釈せねばならぬ。換言すれば、実行行為は常に構成要件的结果を生ぜしむるに足る行為でなければならぬ」とする(三二二頁)。小野は、前述したように、「構成要件充足の理論」において、同理論が「牧野博士の『行為の危険性』の概念を発展せしめ、徹底せしめようとする一つの試みとして理解されることを希望するものである」と述べているところ(二〇三頁)、不能犯に関し、「其の行為が危険であるかどうかは、『其の行為』、即ち其の具体的な行為として重要な性質を見失ふことなしに、しかも之を社会生活の経験に依り類型化して考へ、而して斯かる行為を以て危険なるもの、即ち犯罪の完了する蓋然性あるものと然らざるものを分たんとするのである」とし、具体的な危険性評価は、「指導的文化層に於ける社会観念」を顧慮して裁判官の立場から、(行為者で

はなく) 行為についてなされるべきであるとする。しかも、この評価は、「行為全体、其の主観的(心理的)方面と其の客観的(物理的)方面とを觀察して総合的に」なされるものであって、「行為者の主観も亦危険性を評価すべき要素である」という(三二二～三二四頁)。このように考えると、反文化性の評価と危険性の評価は混和し一体化することになるように思う。

小野は、自己の見解を、定型的な危険性を考える点で危険説であり、「しかも其の定型化には多かれ少かれ抽象化を必要とする意味に於て抽象的危険説である」と述べている(三二七頁)。とはいっても、この見解は、行為者の表象したところが事実であったと仮定して危険性を評価するものではない。具体例として、①懐中物を強取しようとして通行人に暴行を加えたものの、たまたま懐中物がなかった場合や②かねて用意したピストルで人を射撃したものの誰かがひそかに弾丸を抜いておいた場合は、不能犯ではないものの、③砂糖を昇汞と思って毒殺を試みた場合は、主観説のように殺人未遂罪の成立を肯定することはできないとする(三二四頁)。③については、当該砂糖が昇汞である可能性が極小であるときは殺人罪の構成要件に対する関係では非定形的なものであって、不能犯になるとするのである(三二八頁)。

5 「構成要件概念の訴訟法的意義」

「構成要件の訴訟法的意義」の中で、小野は、「構成要件の理論は我が邦に於ても今や其の理論的価値が認識され、其の新なる展開が考へられてゐる」として、瀧川、宮本のほか、佐伯千仞「タートベスタント序論」などの論文について論評しているもの(四二二～四一八頁)、文化主義の見地からの自由主義に基づく主観主義批判は見られない。かえって、小野は、「さて刑法におけるわが構成要件の理論も実に此の近代ドイツ法学における自由主義、法律実証

主義、而して論理主義的傾向の下に生まれたものであると謂ひ得る」として、このことは、Belingが、思想的根拠を罪刑法定主義に求めたこと、構成要件概念の重要性を認めることは刑法論の実証化を徹底せしむる所以であるとしたこと、構成要件を違法性と峻別して価値判断を含まない叙述的内容を有するに過ぎないものとしたこと等によって明らかであるところ、「ところで、これらのすべては私の最初から否認したところであつた」として、構成要件を純客観的・叙述的なものであるとするBelingの見解はもとより、これを不法類型と見るMezger (Edmund Mezger) などの見解とも異なつて、「私は構成要件を以て違法にして且つ道義的に責任ある行為の定型と見るものである。其は違法性と道義的責任との理念を具現化するものであり、しかも政治的・社会的な処罰の現実的必要によつて定型化されたものである。即ち、私見によれば、構成要件は不法類型であると同時に又責任類型でもあるのである」とする。しかも、「元来違法性と道義的責任とは、倫理的・道義的な否定判断として其の本質を同じくし、しかも実際的には渾然として殆ど分つべからざる意識的複合」であつて、分別の契機として、「第一に行為そのものに着眼して其が国家的法律秩序の一般軌範的要求に反するといふ意味に於て違法であるといふこと、而して、第二にその行為を行為者に關係せしめて其の行為体験を批判するに、正しくその行為者の義務違反として道義的に非難せらるべきものであるといふ意味に於て責任があるといふことが考えられる故である」という(四三三～四三六頁)。目的犯の目的や不法領得の意思などの主観的要素は「構成要件に属すると同時に違法性の要素であり、亦道義的責任の要素でもある」のであり、「分割的思考は事態の本質を把握するものではない」のであつて、道義的責任の形式である故意・過失も「それが刑法各本条の解釈上犯罪を特殊化し、個別化する要素である限りに於て」構成要件要素に含まれるとする(四三〇～四三二頁)。しかも、構成要件は罪刑法定主義以前のものであり、「或る定型的行为を犯罪として之を可罰的なもの

とすることは本来国家的必要に基くのであって、従って其は公益的意義のものである」といい、「即ち構成要件理論の政策的意義は第一に公益的なものであり、併せて個人的自由保障の意義を有するものなので、後者のみに着眼するのは第十九世紀のイデオロギーに囚はれた見方にすぎないのである」ともいう(四三七～四三八頁)。ここでは、文化主義の見地からの自由主義は大きく後退し、処罰の国家的必要に基づいて定立された規範の要求に反したことが違法であり、そのような義務違反に対する道義的非難が責任である、という考えが前面に出てきている。

6 「犯罪の単複と構成要件」

『日本法理の自覚的展開』の公刊(一九四二年)を経て発表された「犯罪の単複と構成要件」になると、小野の考えに日本法理が加味されて独特の色合いを見せるようになる。そこでは、「日本国家における歴史的伝統と民族精神の地盤の上に在る法律的体系としての刑法」としての「日本刑法」の立場に立つことが宣言され、主観主義に対しても「問題は主観主義といふ概念にあるのではなく、具体的に如何なる世界観的態度の下に犯人そのもの又は其の主観を評価するかである。抽象的公式主義に終始する従来の刑法理論は今や清算されなければならない。さうしてそれに代って何よりもまづ我が日本刑法の具体的精神を領解し、其の内在する日本法理を自覚することが必要である」といった言明がなされる(二九二～二九三頁)。もつとも、ここに至っても、小野の考えは、国家的道義の見地から秩序維持のために徹底して処罰範囲を拡張する、というようなものにはなっていない。それは、「日本道義を規定とする日本刑法の精神は単なる治安ないし保安の目的にあるのではなく、『道』であり『法』である」のであって、日本刑法は「決して行為者たる人そのものを否定しない」といい、国民が「履むべき道に迷へる姿」が犯罪であり、「しかも其の罪を悪んで其の人を悪まず、国家的道義のために己むことを得ずして刑罰を行ひつつも、其の国民的生命をい

たみ、其の道義的自覚を祈り、其の道義的更生を助けるのが日本刑政の精神である」と述べるところに表出する（三九四～三九五頁）。また、「罪とは事実としての行為ではなく、行為を対象とする国家の道義的・法律的な否定的判断であり、責任判断である。茲に反道義性とは刑法総論における違法性と道義的責任とを包含する。だが其は法律的に構成要件として定型化されている。それ故にしばらく法律的に一般化して考へるならば、犯罪とは構成要件に該当する行為、構成要件を充足する行為であるとも謂へる」という辺りには、国家の道義的・法律的な判断により自然的な行為が犯罪とされる、という当時の刑法適用の現実的な姿を慨嘆しているように読めなくもない（三九六頁）。いずれにせよ、小野の犯罪論、構成要件理論は、この時点において極端化した姿を見せているとはいえる。

三 小野構成要件理論についての考察

小野構成要件理論について、その背後にある考えも含めて、考察を加えてみる。

小野が罪刑法定主義の重要性が失われ、「解釈の厳格、類推の排斥」などの原則的要求は妥当性を疑われているとし、「法令の用語」や「自然的語義」、「単純なる生活上の用語例」によつて刑罰規定の解釈はなされるべきではないとした点は疑問である。罪刑法定主義が「啓蒙期の特殊なる国法思想に胚胎する原則」であるとしても、〈刑罰はそれを受ける者にとつて有害なものであり、自由保障はどの時代の法制下でも重要である〉という事実は無視できない。この事実は、小野も意識しており、前掲のように、「私は、文化国家の立場に於て、道義的目的を有する刑罰的応報の超個人主義的な必要を認めるが、たとへそれが如何に人道化され、教育化されても、苟も其が人の生命、自由乃至

財産の剥奪を以て脅威するものである限り、其は個人的自由に対する關係に於て法律的に限界されなければならぬ。是れ実に刑法本来の任務である」と述べている。このような、〈個人的自由保障のために刑法によって刑罰を限界づける必要〉が現実に存在していたことは、当時の社会情況を見ても明らかである（もとより、限界づける解釈が展開できる状況にあつたか否かは別の問題である）。そして、刑法による刑罰の限界づけのためには、条文の文言につき言葉の日常用語的語義による解釈を第一にすべきである。そのようにして解釈したのでは、具体的事案に適用できるほどに具體的な解釈論上の結論が導出できないとか、導出した結論がいかにも妥当性を欠くとかいうときに、第二段階として法の趣旨・目的を意識した解釈をなすべきなのであり、それも無限定に許容されるものではない。小野も述べているように、このようなときこそ目的と法益の権衡を考へて基準設定をしなければならないのである。ただし、刑法の任務ないし目的が刑罰を限界づけて個人の自由を保障し人権を擁護することであることからすれば、そのような任務の遂行あるいは目的の達成のためには、最後の手段として、当該法令の文言・趣旨・目的に反する解釈が許されないではないと思う（例えば、罪刑均衡を失するような法令が立法された場合は、同法令をほとんど無力化するような解釈も許されないではない。もとより、現行法制化ではそのような法令は憲法三一条等に反するものとして無効化されるといのが筋ではある）。

小野が構成要件を社会学的には「反社会的乃至反文化的行為の類型」であるとし、実行行為の存否は類型的な反文化性・危険性があるかについての「社会観念」による判断により決定されるとした点も疑問である。構成要件の基礎となる社会学の類型の存在は実証されていない。むしろ、構成要件は立法者が定めた条文によって示される特定の犯罪の型に過ぎない、と考えるべきであろう。したがって、実際に定められた各条文の文言から「犯罪の型」は導出されるべきものであつて、社会観念によって定められるべきものではない。また、「社会観念」、「社会通念」、あるいは

「社会倫理」といった具合に、「社会」という言葉を冠しても、その実は、解釈者又は判断者の観念・通念・倫理に過ぎない。このことは、小野が危険性評価は指導的文化層における社会観念を顧慮して裁判官の立場からなされるとしていることから明らかである。さらに、小野が反文化性を反国家的道義性に置き換えるときは「社会観念」への顧慮さえ失われているといわざるをえない。

小野は、「刑法総則草案に於ける未遂犯及び不能犯」においては、文化的共同社会と国家とを区別し、現実の国家は、文化的共同社会ではなく、また、「一の部分社会」であって、国家の理念が無限に妥当するものではないとしていた。しかし、「構成要件概念の訴訟法的意義」においては、国家的必要により定立された規範に反することが違法であるとし、「犯罪の単複と構成要件」に至っては、国家の道義的・法律的判断により否定的評価を下されたものが犯罪であり、これを定型化したものが構成要件であるとしている。その変容は著しい。小野が構成要件理論を導入するに際して影響を受けたMayerは¹⁴、法の正当化と法律の拘束力は個人が認識し承認する文化規範と法規範とが一致することから認められるものであり、文化規範は法規範とは別のものであるとした¹⁵。そして、Mayerは、法命題の保障機能は法律家が第一に考えるべきもので、法学の本来の主題であるとし¹⁶、さらに、法の侵害は生活によって作り出され法規範によって承認された利益の侵害であり、民衆の文化規範は、このような利益を害さないような法的命令を求めるものであって、法秩序の機能は利益から法益を作り、法益の保護を保障することのみであるとして、「利益の保護は法の本質である」というListzt (Franz von Listzt) の言葉を引用している¹⁷。こうしたMayerの所説には、第二次大戦後に日本でも主張された、社会的相当性の理論や(本来の)法益保護主義の思想と相通じるものがある。小野構成要件理論は、Mayerの理論とも大きく異なったものになってしまったように思う。

ただ、小野が主観説に比して限定的な解釈を展開した点は積極的に評価されてしかるべきである。いかに国家主義的に見える言説を表明しようと、個々の解釈が謙抑的、合理的、人権擁護的なものであるなら、イデオロギー的な言説の当否はさほど重視すべきものではないともいえる。刑法は具体的事件において適正・妥当な結論を導くための道具であり、解釈は道具を正しく用いるための技術である。小野は、窃盗罪の客体である「財物」を物理的管理可能性のあるものに限定し、砂糖が昇汞である可能性が乏しいのに行為者がこれを昇汞と誤って毒殺を試みた場合は不能犯として殺人未遂罪は成立しないと、昼間、住居に正門から侵入しただけでは窃盗罪の実行の着手は認められないとし、見張行為は一般的には共同実行ではなく補助行為に過ぎないと解している。そこには、当時としてはかなり限定的な解釈をしようとする態度が見られるのである。小野の個々の解釈を精査した上でなければ、小野の思想や小野構成要件理論を国家主義的であると批判することにさほど意義があるとはいえないように思う。¹⁸⁾

四 新たな理論についての覚書

小野の構成要件理論及びその背後にある考えは、現行の日本国憲法を頂点とする法制度の下では維持できない。そのような法制度に相応しい新たな理論が構築されなければならない。筆者は、そのような理論構築を志向している。¹⁹⁾ここでは、紙幅の関係もあり、簡潔な覚書として理論の枠組を示すに止める。

罪刑法定主義に代表される基本原則は、日本国憲法の下で再構成されなければならない。古典的な罪刑法定主義が二〇世紀、二一世紀の法制度にそぐわないものであることは、確かに牧野や小野が指摘したとおりである。しかし、

罪刑法定主義が妥当しないからといって刑罰が不合理に用いられることによる脅威に人々がさらされてよいわけはない。日本国憲法一一条は、「国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない。この憲法が国民に保障する基本的人権は、侵すことのできない永久の権利として、現在及び将来の国民に与へられる」と規定しているのである。そして、三一条以下には、刑罰に対抗する人権保障の規定が並んでいる。このような憲法の下では、古典的な罪刑法定主義ではなく、〈基本的人権保障主義〉といった新たな原則によつて、刑罰による人権侵害の防止に役立つ刑法理論が構築されなければならない。

行為者に不利益な類推の禁止は、基本的人権保障主義から導出されるべきである。小野は、すでに旧憲法下において、国家は「一の部分社会」であり、その理念も「部分的理念」であると喝破した。まして、日本国憲法の下では、「国家」は国家機関、より率直にいうなら公務員の組織に過ぎない。しかも、この組織による国政は「国民の厳粛な信託」によるものであり、組織構成員の所為は国民の人権を擁護する限りで正当化されるものである（九七条、九八条一項、九九条）。この組織は、国民といわば契約をしているのである。立法機関によつて制定された刑法の条文は、「このような場合には、ここまで刑罰権行使を認める」という内容の契約条項である。そのような条項は、文言に従つて解釈されるべきであり、「国民の側がどこまで予測できるか」とか「社会通念によればどう解されるか」といったことにより、文言の日常用語的語義から離れたものを意味すると解釈されるべきものではない。

ある行為がある犯罪の実行行為に該当するか否かの判断は、刑罰法規の条文の文言を基にして当該条文の文言にあてはまるかにより判断されるべきである。これを「類型性評価」と呼ぶことができる。これは、厳密には構成要件該当性の判断ではなく「条文該当性」の判断とでもいうべきものである。そして、類型性評価により、例えば一九九条

の「人を殺」す行為に該当しないと判断されたなら、いかに危険性が認められる行為でも同条の「人を殺」す行為には該当しない、とすべきである。また、未遂犯の要件である「犯罪の実行に着手して」（四三条）の解釈においても、文言の日常用語的解釈によつて、右のような実行行為を開始して（結果発生に至る）切迫した危険を発生させたときに「犯罪の実行に着手し」と認められると解する。他にも刑法典第二編を含めて解釈論を展開したい所は多々あるものの、本稿においては、このあたりで止めるしかない。筆者は、「構成要件」という概念をなるべく用いない犯罪論を現在構築中であり、いずれ機会があれば公表したいと思つている。

五 むすびに

若干の感想を記してむすびとする。

『犯罪構成要件の理論』、特にその五論文を読むと、恩師牧野の主観主義と調和させようとして叶わず、文化主義の立場から客観主義的解釈を唱えれど時世の波に吞まれ、それでも、親友瀧川や瀧川事件に際して退職した人々のように大学を去ることはせず、後に心ならずも大学を追われ、年月を経て復活する、といった研究の途を歩んだ小野の苦悩が伝わって来るようである。²⁰ 仏教学者としても知られる小野は、歎異抄の「親鸞は弟子一人ももたさずさふらふ」の言について、「何という無我の心境であろうか」、「親鸞の非政治的態度を物語るものといえる」と述べている。²¹ 公職追放となるまで東京大学の研究室に留まり、多くの弟子の指導に心を砕いた小野は、容易に無我の心境には達しえなかつたのではないかと想像される。それでも、小野が構築した理論と思想は古典と呼ぶに相応しいものであり、その

論文が二一世紀の刑法研究者が克服すべく読み込む価値のあるものであることは疑いない。守から破を経て離に至ることこそ、後進の指導にも力を注いだ小野に報いる途の歩みであり、後に続く法律学徒の任務である。

注

- (1) 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』（有斐閣、初版一五刷、一九七七年―なお、初版一刷は一九五三年）を意味する。
- (2) 宮澤浩一「小野清一郎の刑法理論」吉川経夫ほか編著『刑法理論史の総合的研究』四七五頁以下（日本評論社、一九九四年）の四八一―四八八頁参照。
- (3) 平野龍一編『小野先生と刑事判例研究会』（有斐閣、一九八八年）を意味する。なお、筆者は、「親鸞は弟子一人ももたずさふらふ」の言に反するものいいをあえてするなら、小野のいわば曾孫弟子の一人にあたるものであるけれど、その聲咳に接したことは一度もない。
- (4) 三井誠ほか著『刑法学のあゆみ』九〇―九三頁（有斐閣、初版五刷、一九八七年）参照。なお、同書の初版一刷は一九七八年九月三〇日に出版されているので、この記述を小野が読んでいる可能性は高い。ただ、町野の回想によれば、「子どもの小著は、小野先生のところにも送られた筈である。だが、先生がそれを読まれたかどうかは分らない」ということである（平野・前掲注(3)二二―四頁参照）。本文で述べたように小野が没したのは一九八六年三月であり、小野は七年以上の間、刑事判例研究会の会員であった町野に対し何も語らなかったということになる。
- (5) 中山研一『刑法の基本思想』七五―七九頁（成文堂、増補版、二〇〇四年）参照。
- (6) 宮澤・前掲注(2)四九九―五〇一頁、中山・前掲注(5)五五―五六頁、各参照。
- (7) 小野は、後年、「瀧川とは」細かい点ではともかく、大筋では考え方を同じくし、競争者というよりは協力者として終始親しい交際を続けた。刑法学における親友としては彼を措いてない」と述べている（小野清一郎『刑法と法哲学』四六八頁「有斐閣、一九七一年」参照）。また、これも後年、小野が、川口莘に水道橋近くの公園で「私がこのベンチに腰掛けていたら、

向うの家のラジオが京大の瀧川事件を報じていた。その頃、私は少し体を悪くしていたが、この辺まで散歩に来ていたのだよ」と語った(平野・前掲注(3)七四頁)とか、一九六二年に瀧川が他界した直後、京大出身の吉川経夫を「君とゆっくり瀧川君のことを偲びたいんだ」といって自宅に誘い、思い出を語った(平野・前掲注(3)七九〜八〇頁)とかいったエピソードも伝えられている。③の論文発表直後の瀧川事件の発生が小野に衝撃を与えたことは想像に難くない。

(8) 宮澤浩一は、小野は「構成要件充足の理論」では、牧野の著作に対して敢えて異を唱えるものではないとし、たいへん気を使っている」と述べ、そのような特徴を示す個所として、この部分をあげている(宮澤・前掲注(2)四九五〜四九六頁)。

(9) 小野の恩師牧野は、罪刑法定主義は一八世紀から一九世紀にわたる社会変革と相まって意義を有していたものであり、大日本帝国憲法二三条の下では刑法においても類推解釈が許容されるのであって、法は「現代の合理的国民精神の表示」として解釈されなければならない旨主張した(牧野英一『罪刑法定主義と犯罪徴表説』一四頁、一一〇頁〔有斐閣、四版、一九二九年―初版発行は一九一八年〕参照)。このような主張は、主観主義に基づくものでは必ずしもなく、小野にとつて受継しやすきものであったといえる。この頃は、瀧川さえ、牧野の影響を受けて、類推を刑法から排斥しようとする見解は「一ノ『メルヘン』ナリ」といっていた(瀧川幸辰「罪刑法定主義ノ歴史的考察」法學論叢一卷六号五六頁以下〔一九一九年〕の八二頁参照)。

(10) 小野は、自己の見解を後に「構成要件的・定型的な因果関係論」と呼び、「このやうな因果関係の概念においては、構成要件的行為の面と構成要件の結果の面とは相即相入する、相照応したものでなければならない。行為には結果発生の原因となる可能性、すなはち危険性がなければならぬし、結果はその危険性の現実化でなければならない」としている(前掲注(1)七五〜七九頁)。

(11) その後、小野は、窃盗の現場において見張をするのは実行を分担するものであるといえるとしている(前掲注(1)一一五頁)。また、『新訂刑法講義総論』二〇五頁(有斐閣、一五版、一九五六年)では、共謀共同正犯につき否定的な立場を採りつつ、「但し、実行行為の有無は二人以上の行為を全体として観察すべきであり、個々の行為のみを切断して観察すべきではない。此の意味に於て直接手を下さなくても、犯罪を共謀し且つ其の見張を分担するが如きは、幫助でなく共同正犯と認むべき

であらう」としている。

(12) 小野は、『法理學と「文化」の概念』（有斐閣、一九二八年）において、「『法律の理念』としての『正義』を以て『文化一般の統一的理念体系を、経験的現実の社会生活に応じて実現する』ことだと考へる」とし、これは、「客観的及び主観的文化の全部を含む総合的価値体系」であるところの「文化一般の統一的理念体系、即ち全文化価値の超越的総合体系」を実現しようとする理想に奉仕するものが正義であるとする考えで、「私の正義観は恐らく一種の『文化』至上主義と呼ぶべきであらう」と述べている（三七一―三七四頁）。

(13) 牧野が停年退官したのは一九三八年三月であるから（平野・前掲注(3)一五五頁参照）、小野が「刑法総則草案における未遂犯及び不能犯」を発表した当時、牧野は現役教授であった。小野が牧野らの主観主義を批判する論文を公表することには相当な決心が必要であったのではないかと想像する。ちなみに、同じく刑法総則草案の未遂犯規定に関する論文であっても、一九三三年二月一〇日に発表された「刑法総則草案と中止犯」（小野清一郎『刑罰の本質について・その他』二七五頁以下〔有斐閣、一九五五年〕所収）においては、牧野、宮本の主観主義に対する激しい批判はなされず、特別予防に方針づけられた政策的理由は中止犯の立法理由として妥当性を有するとし（二八〇頁）、中止行為をしたのに結果が発生した場合を中止犯として扱う牧野の見解にもある程度の賛意を示し、任意的な刑の減輕事由とする立法を提案している（三〇一―三〇三頁）。もっとも、小野は、このような場合は「褒賞的応報による道義的責任の解除」があるとしており、これを処罰限定志向の考えと評価できなくもない。

(14) Mayer の理論は「構成要件充足の理論」の中で検討され、Beling の理論より評価されている。また、『法理學と「文化」の概念』（前掲注(12)）の第五章（一八七―二二〇頁）では、Mayer の『法律規範と文化規範』（原著は後掲注(15)）等に見られる見解が検討されている。さらに、小野が後に中野次男に「先生はベーリングの影響が一番大きいのですか」と尋ねられて「いや僕はM・Eマイヤーだよ」と答えたというエピソードも伝えられている（平野・前掲注(3)一七四頁参照）。

(15) Vgl., *Max Ernst Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen*, Ernst Beling (Hrsg.) *Strafrechtliche Abhandlungen*, Heft 50, 1903, S. 16-17.

- (16) Vgl., *Mayer, a.a.O.* (Anm. (15)), S.50.
- (17) Vgl., *Mayer, a.a.O.* (Anm. (15)), S.60.
- (18) 白井滋夫は、一九四五年春、海軍予備学生の試験に応募し、口頭試問の際、試験官の海軍大佐に、当時読み終えたばかりの『日本法理の自覚的展開』の論旨を「多分に国家主義的・国粹主義的に修正しつかいつまんで述べたところ、『ふーむ。帝大法科にもなかなか立派な教授がおるのう。』といたく感心された体であった」と回想している(平野・前掲注(3)二四七～二四八頁参照)。「多分に国家主義的・国粹主義的に修正」したという辺りを読むと、『日本法理の自覚的展開』で述べられた小野の言説は、当時としてはさほど過激なものではなかったといえるのかも知れないと思える。もとより、現行法制下では日本国憲法に適合した法理が主張されるべきである。
- (19) 新たな理論の具体的な展開の試みとして、設楽裕文『刑法の目的と解釈』(八千代出版、二〇一九年)参照。
- (20) 小野は、『犯罪構成要件の理論』(前掲注(1))の「あとがき」(四八七頁)で「結局、構成要件の理論は、私の『悲しき玩具』であったとおもはれる」と述べている。日沖憲郎は、「小野先生の思い出」の中で、小野が刑法改正を「あれは私の悲しい玩具ですよ」といった旨を間接的に聞いたときのことを思い出しつつ、小野は「巧みな諧謔に託して悲痛な吐息をお漏らしになったのではあるまいか」と述べている(平野・前掲注(3)一八九頁参照)。右の「あとがき」からも悲痛な吐息が聞こえてくるようである。
- (21) 小野・前掲注(7)の四九〇頁、五一五頁から引用した。