

牧野英一のネクロロジー

——自由法論を偲んで——

堅 田 剛

I 牧野の書斎

牧野英一が晩年を過ごしたのは、茅ヶ崎の別荘である。小石川にあった本宅が戦災で消失して以来、牧野はここを本拠に、なおも旺盛な執筆活動をつづけた。当時書生であった土本武司は、茅ヶ崎の牧野の書斎について、次のように描写している。

「書斎は、和風の八畳間で、その真中に、先生愛用の両袖の大きな木机が置いてあり、その東と南の二面は庭に面していて、総ガラスの窓からは、松や芝生の緑、飛び交う野鳥の姿が臨まれる。書斎の四方の小壁には、荒井陸男画伯の手になる先生自身の肖像画および上半身の写真のほか、先生の師であり、学友であつた人の写真が額に納めて掲げられてあつた。リスト、フェリー、イエーリング、ザビニー、そして日本人では、岡田朝太郎、梅謙次郎、穂積陳重等々が12枚ほど。その中には、自署したものもあり、特に、先生が机に向つた際の、その正面に1904年撮影の、葉巻を手にした Von Liszt の写真があるのが印象的だつた¹⁾。」

土本の案内にしたがって、牧野の書斎をもう少し見回しておこう。まず書斎の西側の壁には、「Il faut traiter humainement/les choses humaines/

1) 土本武司「書斎の牧野英一先生」『書斎の窓』222号、1973年、13頁。

英一 —J. E. Labbé」と墨書した額が掲げられていた。牧野自身の訳によれば、「人間の事物は人間らしく取扱はねばならぬ」という意味だ。末尾のラッベとは、フランスの民法学者である²⁾。土本はこの額にこそ「牧野法学の基本的理念」が集約されているという。そういわれてみれば、なるほどこのモットーには、教育刑論の根底に流れるある種のヒューマニズムがうかがえる。

南側の書棚には、英・独・仏・伊・露・羅・西・希、等の辞書類と、各国の刑法典が置かれてあった。これも土本の解説によれば、「法律の神様」であり「語学の神様」であった牧野の比較法的学識の象徴である。

また西側の書棚には、英・米・独・仏・瑞・白、等の各国から送られてくる法律雑誌が並べられ、東側の書棚から溢れた本や雑誌の列は、母屋へとつづく細長い曲がりくねった廊下をへて、居間から玄関にまでつながっていた。ただしここに描写された書籍群は、2万5千冊を数えた蔵書を空襲ですべて消失したあと、齢70をすぎた牧野が蒐めなおしたものにすぎている。

ふたたび書斎に戻ると、北側の壁に最も大きな書棚がみえる。これこそ書斎の奥の院である。ここに納められた本について、土本は次のように紹介する。

「北側にある、最も大きな書棚の上2段には、先生の名著『刑事学の新思潮と新刑法』『日本刑法』『刑法総論・各論』『刑法研究』全20巻（当時は17巻まで）等が、先生の業績の偉大さを物語るがごとく、背文字を光らせていた。そこには、邦人学者の著書も散見されたが、『法律進化論』、『祭祀及礼と法律』等穂積陳重氏の著書が多かつた³⁾。」

学者にとって、書斎はその頭脳の中身を外部化した空間にほかならない。とすれば、とりわけ壁に飾られた写真と北側の書棚は、期せずして、牧野法学の

2) 牧野英一『急急如律令録』日本評論社、1939年、124頁。同『法律学の課題としての神』有斐閣、1938年、155頁。

土本はLabbiとして紹介しているが、Labbéの誤りである。なお、ここにいうラッベは、パリ大学でボアソナードの同僚であった。この点につき、大久保泰甫『日本近代法の父 ボワソナード』岩波新書、1977年、31頁以下、19頁参照。

3) 土本「書斎の牧野英一先生」14頁。

神髄を示しているにちがいない。それは要するに、法律進化論と近代派刑法学、つまりは穂積陳重とフランツ・フォン・リストであった。

牧野英一の92年にもおよぶ生涯とその業績は、穂積の法律進化論とリストの自由法論的刑事学のあいだに位置づけることができる。もちろん、こうした言い方は単純にすぎよう。牧野は膨大な著作を遺しており、それは最終的には刑事政策論に集約されるにしても、ほぼ法学の全領域を網羅するものであったからだ。だが、たとえ牧野英一の完全な著作目録を作成しえたとしても⁴⁾、それは長大なものとなりすぎて、かえって牧野の本当の姿を見失わせてしまう。彼の仕事を理解するには、いずれにせよ何らかの座標軸を設けざるをえないのである。

こうした座標軸の一つとして、牧野の手になるネクロロジーがある。彼は自身が長生きしたこともあって、先達の学者につき多くの追悼文を書く機会に恵まれた。もっとも、彼の書いたネクロロジーは葬儀に際しての儀礼的な追悼の辞ではない。そのことごとくが、死者に託してみずからの立場を確認する、思想史的な論文となっているからだ。牧野の立場とはいわゆる自由法論であるが、したがって彼のネクロロジーは、自由法論を思想史的に位置づけるための恰好の資料集となるのである。

牧野英一を思想史として捉えるにあたって、まずはネクロロジーに焦点を定めて検討してみたい。これだけでも牧野の関心の広がりや、自由法論の裾野の広さを確かめることができるはずである。以下のネクロロジー一覧⁵⁾、当然

4) 牧野の著作目録としては、「牧野英一博士『主要著作年表』』『書斎の窓』189号（牧野英一先生を偲ぶ）、1970年、49頁以下、が今のところ最も詳しいが、まだまだ完全なものではない。他に、野村平爾「牧野先生の民法主要著作の事項索引」、小林高記編『法律における思想と論理——牧野英一先生還暦祝賀論文集——』有斐閣、1938年、549頁以下。常盤敏太「牧野博士の著述」『一橋論叢』13巻3号（牧野名誉講師特輯号）、1944年、39頁以下。市川秀雄他「牧野先生の主要著作の目録」『季刊刑政』新2巻5号（牧野博士喜寿祝賀増刊号）、1954年、91頁以下。北村長右衛門「牧野英一博士の著作年表」『飛騨春秋』第5年9号、1960年、8頁以下。

5) ネクロロジー一覧に掲げた論文のうち、のちになって著書に収められたものは次のとおり。

②→『刑事学の新思潮と新刑法』増訂版、有斐閣、1919年

④⑤⑥⑦⑧⑨⑩⑪→『刑法と社会思潮』増補再版、有斐閣、1921年

⑫⑬→『法律に於ける具体的妥当性』有斐閣、1925年

ながら彼の著作のごく一部にすぎないし、これとて完全なものではない。しかしそれでも相当に長い。ちょうど、牧野の別荘の細長い曲がりくねった廊下のように、そのネクロロギーは彼の書齋へとつうじている。

- ①「チェザーレ、ロンブローゾ教授逝く」(1909年)
- ②「法学者より見たるチェーザレ・ロムブローゾ」(1919年)
- ③「サレイユ博士逝く」(1912年)
- ④「アルフォンス・ベルチーヨン氏の業績——法治主義より科学主義へ——」(1914年)
- ⑤「ハンス・グロース教授の憶ひ出——刑法に於ける生活の実際の研究——」(1916年)
- ⑥「『博士梅謙次郎』を読む——新らしき自然法と意思の法律学——」(1917年)
- ⑦「エミール・デュルケーム教授の訃——正規的現象としての犯罪の社会的作用——」(1918年)
- ⑧「噫フランツ・フォン・リスト教授——目的刑論の樹立と力あり生命ある比較法学の提唱——」(1919年)
- ⑨「アドルフ・プリンス教授の長逝——刑法に於ける最小の刑罰と最大の社会防衛——」(1920年)
- ⑩「ヨゼフ・コーラー教授に就て——智識と創造と技術とに依る世界の支配——」(1920年)
- ⑪「カール・ビンディング教授を弔す——法律学に於ける論理的分析的方法——」(1920年)
- ⑫「ギールケ教授の永逝を聞きて——人の人たる所以としての結合の本質——」(1922年)

⑭→『法律における倫理と技術』有斐閣、1934年

⑮→『刑法研究』第四、有斐閣、1933年

⑰⑱⑲⑳㉑㉒㉓→『法律における理論の論理』有斐閣、1953年

㉔→『刑事司法と刑事政策』(刑法研究 第13巻)有斐閣、1950年

㉕→『刑法の国際化』(刑法研究 第15巻)有斐閣、1956年

- ⑬「ラカッサーニュ教授の訃を聞きて——自然的衡平と科学的法則——」
(1925年)
- ⑭「ヘーゲルの百年——法律における進化と進化に内在する精神——」
(1931年)
- ⑮「刑法における新機運の半世紀——リストのマルブルヒ大学綱領五十年に
際して——」(1933年)
- ⑯「富井先生の憶ひ出」(1935年)
- ⑰「ティボー、スタムラー及びトエンニース」(1941年)
- ⑱「オットー・フォン・ギールケの生誕百年」(1941年)
- ⑲「ルードルフ・フォン・イエーリングの永逝五十年」(1942年)
- ⑳「目的刑論とイエーリング永逝五十年」(1942年)
- ㉑「梅謙次郎先生と穂積八東先生——その三十三回忌とその三十年祭——」
(1942年)
- ㉒「ウィンドシャイドとイエーリング」(1942年)
- ㉓「ランペール教授の訃」(1949年)
- ㉔「リスト教授の生誕百年——1951年3月2日——」(1951年)
- ㉕「穂積陳重先生の永逝二十五年」(1952年)
- ㉖「フェリー先生の永逝二十五年」(1954年)
- ㉗「穂積陳重先生の生誕百年」(1955年)
- ㉘「穂積(陳重)博士の生誕百年記念会」(1955年)
- ㉙「フェリー先生の生誕百年」(1956年)
- ㉚「デュルケームの生誕百年」(1958年)
- ㉛「ラードブルッフの永逝十年」(1960年)
- ㉜「レオン・デュギーの生誕百年」(1960年)
- ㉝「カール・シュリター氏の永逝」(1960年)
- ㉞「ロンブローゾ逝去五十年」(1961年)
- ㉟「梅先生の永逝五十年及び富井先生の永逝四半世紀」(1961年)
- ㊱「フランソア・ジェニー教授を憶う——刑法と自由法とについてのわたく

㉚㉛→『刑法の在りかた』(刑法研究 第16巻)有斐閣, 1958年

しだけのいささかの事ども——」（1961年）

ヘーゲルからラートブルフにいたる多彩な面々について、その死の直後にかぎらず、生誕や死去から数えて50年や100年といったきりのいい機会を捕らえては、牧野はネクロロジーを書きつづけた。このこともあって、上のネクロロジー一覧には、追悼と呼ぶにはあまりにも時機を失したものも混じっている。しかしここでは、ほかならぬ「ネクロロジー」として書いたという、牧野本人の意志を尊重しておきたい。とはいっても、以下でそのすべてを論じるわけにはいかない。だが道筋の見当はすでにつけてある。穂積の法律進化論から出発してリストの近代派刑法学へといたる、いわば牧野における自由法論形成の思想的道程である。

しかしながら、わざわざネクロロジーの一覧を掲げたのに、穂積とリストについてしか述べないというわけにもいくまい。したがって現実的な方策として、この二人のほか何人かのネクロロジーを素材にしながら、牧野の自由法論を検討することにした。公平を期すためにも、内外から同人数を選んでみよう。すなわち、日本人から、穂積陳重、富井政章、梅謙次郎の三名、外国人からは、イエーリング、リスト、ジェニーの三名である。

いうまでもないと思うが、これらは任意に選抜したのではない。穂積・富井・梅は牧野にとって「三人の先生」であったし、イエーリングとリストとジェニーはいずれも牧野に先行する自由法運動の旗手であったのだから。この意味で、彼らこそは牧野の書齋を飾るに最もふさわしく、また牧野がネクロロジーを書くのに最もふさわしい先達であったはずである。

II 「三人の先生」

穂積陳重、富井政章、梅謙次郎は、そろって牧野の学生時代の恩師であった。牧野は彼らから受けた学恩につきりかえし語っており、それはたとえば『刑法の三十年』（1938（昭和13）年）のなかの「民法起草者たる三人の先生」の章や、『法律との五十年』（1955（昭和30）年）における「三人の先生」と題

した個所にまとめられている。

たしかに、彼らは牧野にとっての「三人の先生」であった。先に挙げたネクロロジーのうち、標題をみればすぐわかるように、②⑤「穂積陳重先生の永逝二十五年」、②⑦「穂積陳重先生の生誕百年」、②⑧「穂積（陳重）博士の生誕百年記念会」は穂積に対して、①⑥「富井先生の憶ひ出」は富井に、⑥「『博士梅謙次郎』を読む」と②①「梅謙次郎先生と穂積八束先生」は梅に、また③⑤「梅先生の永逝五十年及び富井先生の永逝四半世紀」は梅と富井のために書かれたものである。

あらためていうまでもなく、穂積・富井・梅の三人はわが民法典の起草者である。そして牧野英一は、これまで一般に刑法学者と考えられてきた。ここからすれば、刑法学者の牧野が民法家の彼らを恩師と呼ぶのは奇妙だし、刑法の学説史を主題とした書物に「民法起草者」の章が現われるのもいかにも唐突に映る。けれども、実はここにこそ、民法と刑法をつらぬく牧野法学の秘密が隠されているのである。

牧野が大学に入学したのは、民法典が施行された翌年の1899（明治32）年のことであった。だが彼が民法起草者の三人の先生から学んだのは、実質は民法学でも刑法学でもなかった。それはむしろ法学方法論であり、穂積の用語を借りればまさしく「法理学」にほかならなかったのである。

このことは牧野英一の学者としての生涯を大きく規定することになる。彼は民法学の領域でも多くの業績を残した。だがそれらは民法解釈上の仕事ではなく、法学の方法をめぐる考察であった。同様に、彼は刑法学者に分類されているが、ここでの仕事も刑法解釈論というよりは、結局のところ方法論か政策論に帰着する。とくに、民法と刑法にまたがる牧野の方法論的研究は、のちに「自由法論」として総括されることになる。そして牧野の自由法論は、三人の先生との出会いなしには生まれえなかったのである。

このことを確認するために、まずは穂積陳重へのネクロロジーから検討してみよう。牧野は「穂積陳重先生の永逝二十五年」において、穂積の著書から3点を選んで論じている。すなわち、『法律進化論』『隠居論』『実名敬避俗研究』の三著である。このうち『法律進化論』が牧野の書斎のいわば奥の院に置かれ

ていたことは、すでに土本の証言によって明らかである。

そもそも『法律進化論』とはいかなる書物であったか。以下に牧野による紹介を引いておく。

「先生のこの著は、その数多い著作の中で最も大きなものであるが、また、法律学に関するわが国の文献の中で最も重要なもの、少なくともその一つである。同時に諸国に対しわが法律学の誇りとすべきものと考えらるべきであろう。先生の法律論一般にわたって考えると、その資料とせられているものが、ヨーロッパ及びアメリカのものの外に、わが国のものは勿論、中国のもの、また印度のものと、広く東洋にもわたって居るところに、重要な特色があるが、更に、それが法律的な資料である外に、神話乃至宗教に関するもの、また、一般史籍はいうまでもなく、その他、稗史、小説乃至軍記のようなものの類も普ねく利用せられ、しかも、民衆の間における日常生活の尋常茶飯事たる風俗慣習の間にも重要な法律的意義が認め採られているのである。そこに、その見識がうかがわれるのであるが、この著においてもその特色が鮮やかにせられているのである⁶⁾。」

穂積陳重の未完の大著『法律進化論』を、牧野は「法律学に関するわが国の文献の中で最も重要なもの」「わが法律学の誇り」とまで絶賛した。だが『法律進化論』の構造や内容については、ここでは述べない。穂積に対する牧野の関心が、古今東西にわたる法慣習の歴史的＝比較的方法に向けられていたことを示せば足りるからである。さらに牧野は、難解の法文は専制の表徴であり平易なる法文は民権の保証である、という命題にも着目している⁷⁾。これこそは、穂積の法典論の最大の主張であり、つまりは民法典編纂の原理となったものである。

ところで、穂積の『法律進化論』には、牧野の業績について言及した個所がある。いずれも自由法運動に関わる個所であるが、そのうちの一つは次のよう

6) 牧野「穂積陳重先生の永逝二十五年」、『法律における理論の論理』224頁以下。

7) 同、229頁。穂積陳重『法律進化論』第二冊、岩波書店、1924年、300頁参照。

な文章であった。すなわち、「本邦に於ても、自由法説を論評したる著書、論文は極て多いが、就中之に關する牧野英一博士の論文は、蓋し其数及論旨の精緻なる点に於て白眉である」と述べて、穂積は牧野の論文をいくつか紹介しているのである。別の個所でも、「本邦における自由法論者」として牧野の名前を挙げている。牧野がこれに喜び感謝したことはいうまでもない⁸⁾。穂積の法律進化論と牧野の自由法論とは、このようにして直接に結びついたのであった。

また穂積の『隠居論』は、隠居制度の進化論、換言すればその歴史的＝比較的研究である。彼はそのなかで権利を分類して、その各々に人類権・親族権・国民権・社会権の名称を与えるのだが、牧野が注目したのはそのうちの社会権であった。穂積は、「老人が特に社会の一員として有する権利、例へば養老期金権の如きは、之を社会権と称するを以て最も適當とすべきなり」と述べて、社会権なる概念のもとに老人の生存権を位置づけた。牧野はこれを受けて、そもそも「社会権」なる言い方は穂積の創意にかかる用語であったことを指摘している⁹⁾。彼らは19世紀的な個人主義の向こう側に、20世紀の課題として社会的な観点を対置した。これが緩やかな意味での社会主義を展望するものであったことを、穂積も牧野も否定していない。

『実名敬避俗研究』についても述べておこう。これはいわゆる忌み名の研究であって、天皇など貴人を直接名指すのを避ける習俗について論じたものである。これは牧野の示唆するように、穂積にとっては「タブーと法律」をめぐる諸問題の一環をなし、したがって『法律進化論』にいずれ組み込まれるべき論題であった¹⁰⁾。もっとも、穂積がややもすると歴史に埋没する傾向があったのに対して、牧野は非合理的なものの合理化を必然の流れとみていた。ともに法の「進化」を語りながら、両者の差違はこの点に現われる。とくにタブーの問題などは、法的言語の非合理性に関わるがゆえに、おそらく牧野が一番苦手と

8) 穂積『法律進化論』第一冊、岩波書店、1924年、220頁、254頁以下。 牧野『法律における価値の論理』（民法の基本問題 外編第一）有斐閣、1930年、23頁参照。

9) 牧野「穂積陳重先生の永逝二十五年」244頁、242頁以下。

穂積『隠居論』復刻版、日本経済評論社、1978年、694頁以下参照。

10) 牧野「穂積陳重先生の永逝二十五年」246頁。

するところであったにちがいない¹¹⁾。

さて、富井政章に対してはどうか。あまり知られてはいないが、富井は大学の講義で民法以前に刑法を担当していたことがある。このこと自体は当時の法科大学にあって必ずしも特異なことではない。けれども、刑法から民法に移った富井は牧野とはちょうど逆の方向を歩んだのであり、両者の思想史的關係はそのすれちがいの際に生じたとみることができる。

「富井先生の憶ひ出」等によれば、牧野が富井から影響を受けたのはその著『刑法論綱』にみられる次の一節であった。「刑法は畢竟一国社会の存立安寧を維持する要具に外ならず。故に、刑法にして此目的を達するに必要な限りは如何なる規則を設くるも可なり。故に、又其目的を達するに必要なるときは、濫に刑罰を名として吾人の最も貴重する生命自由財産等の権利を奪ふことある可からず¹²⁾。」牧野はこれを、個人主義的自由主義を超えた「刑法新派の理論」を採用したものと解釈している、牧野にとっての富井は、なによりも主観主義的刑法学の先駆者として理解されていた。

だがそればかりではない。牧野の学生時代の追憶にしたがえば、彼にガロファロの『犯罪論』を贈ったり、ジェニーやサレイユの研究を紹介したのは、ほかならぬこの富井であった。刑法と民法の二つの領域にまたがる広義の自由法論は、富井によって牧野に手渡されたのである。もっとも、富井自身はその橋渡しをしただけで、自由法論に対しては法治国になじまない理論として批判的な態度をとっていた¹³⁾。この点は穂積も梅も同様である。自由法論をめぐる三人の先生との立場のちがいつき、牧野は富井へのネクロロジーのなかで次

11) 穂積の「タブーと法律」および『諱に関する疑』に触発されたものとして、牧野「言葉の魔術化と詩化」がある。だが牧野の論調は、言語のもつ魔術的性格や詩的性格を「科学に依つて醇化」すべしという、きわめて単純なものである。彼ははっきりと、「私は言語学の議論をする積もなければ文学論をする考もありませぬ」としている。牧野「言葉の魔術化と詩化」『法学志林』21巻8号、1919年、109頁。21巻9号、1919年、121頁。

12) 牧野「富井先生の憶ひ出」『法律時報』7巻10号、1935年、4頁。同『刑法の三十年』有斐閣、1938年、25頁、26頁以下。

富井政章「刑法改正案ノ要点」『法学志林』9巻3号、1907年、20頁以下参照。

13) 牧野「富井先生の憶ひ出」4頁、3頁。同『刑法の三十年』25頁、27頁。同『民法の基本問題』第一、有斐閣、1924年、4頁以下参照。

のように整理している。

「わたくしは、ジェニーとサレイユとに依つて示唆され展開されてゐる系統において、自由法論の研究を進めてゐる。ジェニー・サレイユの一派には、富井先生ばかりでなく、穂積梅両先生も亦十分の同情を持たれなかつたのである。しかし、これ等の先生たちは、わが民法の起草者であられたことを忘れてはならぬ。われわれは、この三先生の手に依つてできたわが民法の上に、自由法論を展開し、法律における事物の本質の考察として、事を研究してゐるのである¹⁴⁾。」

自由法論を展開するためには、その前提として、たとえば民法典の綻びが認識されていなければならない。自由法論とはこの綻びを繕う司法的論理にはかならないからだ。だが皮肉にも、牧野の三人の先生はそろって立法者であった。立法的論理は原理的に法の欠缺を認めないものであるから、そもそも司法的論理とはなじまない。というのも裁判官は、理論的にはともかく、現実的に実定法の欠缺に直面した場合、「自然法」への逃避を論外とするならば、みずからの裁量で「自由法」なるものの選択を迫られるからである。

梅謙次郎は、自然法論者であるが同時に反自由法論者でもあった。したがって、牧野からみて、梅との関係は他の二人以上に緊張感に満ちたものとなるはずだ。しかしながら期待に反して、梅へのネクロロジーは、他人の著書に仮託したり穂積八束や富井政章と合わせて論じたりで、いささか歯切れの悪いものになっている、もっとも、梅が三人の先生のなかで最初に死去したこともあり、牧野にしても間合いの取り方がむずかしかったことは推測できる。

牧野の比較的初期の論文に『博士梅謙次郎』を読む』と題した書評形式のものがある。ちなみに、書評の対象となった本は東川徳治著『博士梅謙次郎』で、梅の七回忌にあわせて出版された。牧野はすでに原稿の段階で目をとおしていたようだが¹⁵⁾、刊行後に書評を書くことによって、間接的な仕方ではある

14) 同「富井先生の憶ひ出」4頁。

15) 東川徳治『博士梅謙次郎』復刻版、鳳出版、1985年、2頁。

けれども、これにネクロロジーとしての意味を付与した。梅が韓国で急死したのは1910（明治43）年のことであるが、別のネクロロジーによれば、牧野はこのときちょうど欧州留学を控えており、「梅先生の亡くなられるや、その葬儀に列したのち、あわただしく留学の途に上つた」のであった¹⁶⁾。

牧野と富井の関係を逆方向のすれちがいとすれば、梅との関係はまさしく敬して遠ざかるといったものであった。牧野はすでに高等学校時代に、和仏法律学校（法政大学の前身）で民法典に関する梅の講演を聴いているし、帝大卒業後は梅の後継者として、和仏法律学校の『法学志林』誌の編集責任者となったほどだから¹⁷⁾、本来ならもっと親しくても不思議はない。だが穂積や富井に対する態度とくらべても、牧野は梅に対してあえて必要以上の距離をとっているように思える。

牧野と梅の距離は、つまりは「自由法」と「自然法」の位置関係にほかならない。梅は自他ともに認める自然法論者であった。しかしながら、牧野の目に映った梅は自然法論者ではなく、民法典の編纂者にして解釈学者としての梅謙次郎であった。牧野はこう述べている。

「転じて、梅先生の学的風貌を考えて見よう。先生の学説として、まず気づくところは、その自然法論である。明治30年代は、民法の実施を承けて、自然法論の最も振わなくなつた時代であつた。そうして、われわれは、穂積先生の憲法論において強い自然法否定論を聴聞した耳に、梅先生の自然法論をむしろ異様に思つたのであつた。しかし、また、梅先生は、その民法の講義の緒論においてしかく自然法論を説かれるのであつたにしても、その精緻にして微妙な解釈論は、いわば全く自然法論を持ち出す余地のないものであつたのである。わたくしは、梅先生が果して自然法論者であられたのかを疑わねばならなかつたのである¹⁸⁾。」

16) 牧野「梅謙次郎先生と穂積八束先生——その三十三回忌とその三十年祭——」、『法律における理論の論理』254頁以下。

17) 同『博士梅謙次郎』を読む、『刑法と社会思潮』増補再版、348頁。同「梅謙次郎先生と穂積八束先生」257頁。

18) 同「梅謙次郎先生と穂積八束先生」265頁以下。 念のためにいえば、引用文中

民法典の編纂を機に、梅は自然法を捨てたのか。おそらくそうではあるまい。彼の自然法は、みずから起草した民法のなかに溶け込んだのである。しかしながら、実定法に内在する自然法とは、あるいは「新しい自然法」とは、実は自由法の別名にはかならない。とすれば、法典が完成したあとに自由法運動が登場してきた以上、もはや自然法論はその存在意義を失うはずである。

だが見方を変えれば、新自然法論が認知されるところに、ことさらに自由法論の出幕はないともいえる。牧野英一と梅謙次郎の緊張関係はここにある。同様の確執は、やがて牧野と田中耕太郎のあいだでも繰り返されることになるだろう。

それはともかく、梅の葬儀に参列したあと、牧野英一は三人の先生のもとを離れてあわただしく旅立った。行く先は、まさに自由法運動たけなわの欧州法学界であった。

Ⅲ イェーリングによってイェーリングの上に

「三人の先生」が民法典の起草者であったことは、牧野英一の自由法論にとって決定的な意味をもつことになる。法典論争から民法の編纂をへて牧野法学へとつながる一連の流れは、ドイツにおける歴史法学から自由法運動にいたる経緯をそっくり再現しているからだ。あるいはこうした言い方は単純にすぎるかもしれない。だが注目すべきことに、当の穂積陳重自身が日独の法典論争をそのように重ね合わせている。すなわち、穂積はみずからが渦中にあった法典論争を回顧して、この論争は今世紀初頭にドイツで起きた「ザヴィニー、ティボーの法典争議とその性質において毫も異なる所はない」とまで断言しているのである¹⁹⁾。

の「穂積先生」とは陳重の弟の八束のことである。法典論争に際して、「民法出テ、忠孝亡フ」を書いた穂積八束とボアソナード民法の断行論者であった梅謙次郎とは、奇しくも同年（1860（万延元）年）の生まれであった。

- 19) 穂積陳重『法窓夜話』岩波文庫、1980年、343頁。わが国の法典論争の性格については多くの「客観的」な解説がなされてきたが、論争の当事者がどう理解していたかという肝腎な視点がまったく欠落している。穂積は引用部分にわざわざ傍点を付して強調しているのだが、その意味にこれまで誰も気づかなかったようである。

穂積の理解によれば、ドイツの場合も日本の場合も、法典論争はなによりも歴史法学と自然法学の争いであった。ここにはサヴィニーの歴史法学に対するティボーの自然法学という図式のみならず、これをわが国に引き移して、歴史法学派の穂積と自然法学派の梅という思想史的構図が示唆されている。この視点に立つかぎり、穂積陳重は日本のサヴィニーであり、梅謙次郎は日本のティボーにほかならない。穂積は論争ののち両派が握手して法典編纂に努めたことを強調するが、こうした物言いは論争に敗れた梅ら断行派への彼らしい気くばりにほかならなかった²⁰⁾。

だとすれば、穂積の弟子たる牧野は、さしずめ日本のイエーリングということになるだろう。このことは誰よりも本人が自覚していた。彼はイエーリングの『ローマ法の精神』を徹底して読み込み、『イエーリング研究』と題して公開する計画さえもっていた。結局これは実現しなかったけれども、三冊まで出た『急急如律令録』はイエーリング研究のための覚書と解することができる²¹⁾。ちなみに「急急如律令」なる奇妙な文句は、急ぎ律令のごとくということで、のちに悪霊祓いの呪文になったものだという。ここでの律令はローマ法を指すとして、牧野にはその精神はいずれ追放すべき悪霊にみえたということだろう

20) 前掲書、348頁。同じことを牧野も梅へのネクロロジークのなかで次のようにいっている。「昔チボーは法典編纂を論じてザヴィニーに破られた。而も、独民法が20世紀の一大モニュメントとして成立して居るのは、それがチボーの理想を実現したるものなるの点に於てである。〔梅〕先生は法典断行論で敗れたのであつたが、若し先生なかりせば、我法典が果して爾く適当に制定され得たであらうか。(固より我法典が先生単独の事業であつたと謂ふのではないけれども)。右の意味に於て我民法は先生の最も大なる学術的述作であると指称することが出来よう。」 牧野『博士梅謙次郎』を読む」350頁。

21) 『ローマ法の精神』と『急急如律令録』ないし『イエーリング研究』との関係につき、牧野はこう述べたことがある。『ローマ法の精神』は、これを理解するのにローマ法に関する深い教養を予定したものである。わたくしは、くり返しこれを読んだのであるけれども、固より、その歴史的研究の部門については、喩を容れる資格がない。ただ、わたくしとしては、別にわたくしとして、その著を読みつつ、特に感興をおぼえた語句を拾つて、わたくしだけのいささかの註解を試みることにした。わたくしの『急急如律令録』『続急急如律令録』及び『第三急急如律令録』に収めたものがそれである。『第四急急如律令録』の草稿はすでに整理せられて、そこに、『ローマ法の精神』3巻4冊に対するものが、一応、終了したのである。『イエーリング研究』とでもして、とりまとめたものにする機会を得たいとおもっている。」 牧野『法律学を志す人人へ』有斐閣、1953年、328頁。

か。

ところで、ドイツの歴史法学派はサヴィニーの『立法と法学に対する現代の使命について』を綱領論文として登場したが、イエーリングは歴史法学的ローマ法学から出発して、やがてこれに自前の目的法学を対置した。例の「ローマ法によってローマ法の上に」なるモットーは、サヴィニーを越えたところに独自の法学を築かんとする決意の現われであった。

同じことは牧野についてもいえる。彼は穂積の歴史的＝比較的な法学を越えたところに、みずからの自由法論を樹立しようとしたからである。穂積はサヴィニーと同じく立法と法学に対する使命を抱いて、明治期のわが国に民法典と法律進化論をもたらしした。まことに急急如律令、急ぎ定立された立法と法学に対して、牧野はあたかも悪霊を祓うかのように異を唱えたのであった。本来歴史法学の徒でありながら、その影響下の立法と法学から解放されんとした点で、牧野とイエーリングの自由法学はかくも完全に一体化している。

ここは牧野のネクロロジを紹介すべき場所であった。あらかじめ示しておいた一覧に戻れば、イエーリングを対象とするネクロロジとしては、①「ルードルフ・フォン・イエーリングの永逝五十年」、②「目的刑論とイエーリングの永逝五十年」、③「ウィンドシャイドとイエーリング」を挙げることができる。これらによって牧野のイエーリング観をあらためて確認しておこう。

「ルードルフ・フォン・イエーリングの永逝五十年」のなかで、牧野は「ローマ法によってローマ法の上に」なるモットーとの出会いにつき述懐している。すなわち、帝大入学後、彼はまず戸水寛人のローマ法の講義を聴いてこの言葉に刺激を受け、さらに穂積陳重の法理学においてはやはりイエーリングの「目的は全法律の創造者なり」との標語に目を覚まされた思いがしたという²²⁾。いうまでもなく『ローマ法の世界』と『法における目的』はイエーリングの前期と後期を代表する著書であるが、この両著の位置関係はそのままに「ローマ法によってローマ法の上に」の方向を体現している。

牧野が指摘するように、「ローマ法によってローマ法の上に」の標語は

22) 牧野「ルードルフ・フォン・イエーリングの永逝五十年」、『法律における理論の論理』79頁以下。

『ローマ法の精神』第一部と、いわゆるイエーリング年報第一巻所載の論文「我々の任務」との双方にみられる²³⁾。このことの指摘そのものも、イエーリングに名を借りて牧野自身の立場を表明したものとして読むことが可能である。

「さて、かような年代的な事項に関する調査のことは、その向の人人にねがわねばならぬこととして、わたくしは、かように二個所に示されている両つのおなじ言葉の間に一種の進化的関係と論理的関連とを認め得るようにおもうのである。『ローマ法の精神』に示されているところでは、ローマ法の沿革に関する社会学的な考察がこの語に依つて説かれているようにおもう。ローマ法が今日なおその生命を持続しているのは、ローマ法が常にローマ法の上に出でつつあるからである。かようにわたくしには解せられるのである。これに対し、『われわれの綱領』においては、現代の法律に対するドグマティックにつき、規範論的な提言としてその語が用いられているのである。現代の法律は、これを更に発達せしめねばならぬのであるとし、そうして、それについては、ローマ法に依つて、しかし、ローマ法を超えねばならぬものとせられているのである²⁴⁾」

牧野によれば、「ローマ法によってローマ法の上に」の標語には、進化的関係と論理的関連の二つの意味が付与されているという。これは歴史法学と自由法学的方法的相違として整理できるだろう。前者はローマ法の現代的慣用を企てたサヴィニーの方法であり、後者はこれを乗り越えようとしたイエーリングの方法である。もちろん、イエーリングが自覚的に目的法学を提唱したのはもう少しあとになる。しかし目的法学つまりは自由法学への方向性は、彼がローマ法学的概念法学にどっぷり浸かっていたころからすでに芽生えていたにちがいない。

23) Rudolf von Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 1. Neudruck, Aalen, 1993, S. 14.; ders., Unsere Aufgabe, in: Gesammelte Aufsätze aus Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 1, 2. Neudruck, Aalen, 1981, S. 45. イェーリング「我々の任務」大塚滋訳, 『東海法学』6号, 1991年, 193頁参照。

24) 牧野「ルードルフ・フォン・イエーリングの永逝五十年」82頁。

歴史法学と自由法学の相違は通時的にはサヴィニーとイエーリングの関係であるが、共時的にはヴィントシャイトとイエーリングの関係でもあった。この二人は生没年のほとんど変わらない同時代人である。周知のように、ヴィントシャイトはドイツ民法典を編纂して、サヴィニー以来の立法と法学の使命を完遂した。歴史法学の主流はサヴィニー、プフタ、ヴィントシャイトの系列によって形成されたが、イエーリングは彼らの方法を概念法学と名づけることにより、あえて主流から外れて新たな境地を開拓した。いうまでもなく、牧野はヴィントシャイトの構成論的法律学ではなく、イエーリングの目的論的法律学の側にいる²⁵⁾。彼の論文「ウィンドシャイトとイエーリング」は、この二人に対するネクロロジであると同時に、歴史法学への訣別の書でもあった。

ところで、民法を編纂した歴史法学派とは、牧野からすれば単にヴィントシャイトを指すのではあるまい。わが国にあって立法と法学の使命を引き受け、これを『法典論』と『法律進化論』として提示し、のみならず民法典の制定事業を指導したのは、「三人の先生」の筆頭たる穂積陳重その人ではなかったか。穂積は、実にサヴィニーとヴィントシャイトの役割を一身に担ったのである。ということは、ヴィントシャイトへのネクロロジは、また穂積への弔辞でもあったということになる。

いずれにせよ、ヴィントシャイトに対するのとは異なって、牧野はイエーリングの自由法論的傾向には賛辞を惜しまない。けれども、牧野はさらにイエーリングの先を行こうとする。彼はいう。「イエーリングは、歴史派と法律実証主義とを批判することに因つて、二十世紀の法律学のために道を拓いたのであつた。われわれは、今、イエーリングに依つてイエーリングの上に出でねばならぬのである」と²⁶⁾。

<イエーリングによってイエーリングの上に>の決意を胸に、牧野英一は「三人の先生」のもとを離れ、欧州留学へと旅立った。彼の留学は自由法論の遍歴であったのだが、このことは別に述べる。ここではリストとジェニーにか

25) 同「ウィンドシャイトとイエーリング」、『法律における理論の倫理』111頁以下参照。

26) 同「ルードルフ・フォン・イエーリングの永逝五十年」91頁以下。

ぎって論じることにはしたい。彼らの刑法学と民法学は、牧野にとって自由法論の恰好のモデルとなったものだから。

牧野はリストのために、⑧「噫フランツ・フォン・リスト教授」と⑨「リスト教授の生誕百年」を書いた。リストはドイツにおけるいわゆる新派刑法学の提唱者として著名だが、もともとはイエーリングの門下生であった。そして牧野は、1910年から12年にかけてベルリンのリストの刑法研究室で学んでいる。イエーリングの目的法学は、リストの目的刑論を介して、牧野の教育刑論につうじるといふことである。

リストとイエーリングのつながりは、牧野自身も強調するところだ。彼によれば、リストの目的刑論に影響を与えたのは、ひとしく進化論とはいっても、ロンブローゾの人類学ではなくイエーリングの社会学であった。「噫フランツ・フォン・リスト教授」において、牧野は次のように述べる。

「さは謂へ、教授はロムブローゾよりもイエーリングの大きな影響を受けられたのであつた。教授は実にイエーリングの門に学んだ人であつたのであるが、イエーリングの進化論を以て、ロムブローゾの進化論に臨むに於ては、イタリア学派の人類学的見解は、当然、社会学的に拡大されねばならぬものである。教授は其の論述に於て屡イエーリングの語句を引用されたのである²⁷⁾。」

イエーリングがロンブローゾを評価しないのは、要するに、彼がイタリア人であつてドイツ人ではなく、医学者であつて法学者ではないからである。このことは牧野も認める。けれどもそれはそれとして、牧野は進んでリストとイエーリングを結びつけようとする。ここではイエーリングの進化論の内実については論じないが、彼らに共通するのは法における「目的」の観念である。リストの場合、刑法の目的が犯罪からの社会防衛であつたことはよく知られている。リストの目的刑論は、牧野もいうように、イエーリングの社会学的な進

27) 同「噫フランツ・フォン・リスト教授——目的刑論の樹立と力あり生命ある比較法学の提唱——」、『刑法と社会思潮』増補再版、257頁。

化論に裏打ちされていた。

牧野はリストに関して、「その標語たる『目的刑』というのをわが学界に持ち込んだのはわたくしであつた」と言明している。こうした自負の念は、リストとの親密な交際に支えられたものであった。リスト邸でのビールの夕べにしばしば招かれたことを、牧野は留学時代の思い出として誇らかに語っている²⁸⁾。

リスト刑法学の第一人者という矜持は、いかなる者にせよこれへの批判を容認しない。それが木村龜二のように、いわば牧野の身内であってもである。この意味で「リスト教授の生誕百年」にみられるリスト擁護論はおもしろい。というのも、木村の論文のなかに「リストは遂に19世紀の一般法学とイエーリングの進化論以上に出ることが出来なかつた」とあるのを受けて²⁹⁾、牧野は奇妙な弁明をしている。その弁明とは、リストはドイツの哲学よりはフランスの社会学に近かったというもののだが、これはそのとおりだとしても反論としてはいかに弱い。リストには哲学がないというのに対して、いや社会学があると論点をすり替えたにすぎないからである。

木村が直接述べたのはリストには哲学がないということだが、実をいえばイエーリングにも牧野自身にも、もっといえば自由法論そのものについても、しばしば哲学の欠如が指摘される。木村の批判は自由法論の弱みに関わるがゆえに、牧野は動揺しそのあまりに過剰に反応してしまったようだ。だが視点を変えれば、牧野はここで自由法論とフランスとのつながりを示唆しているのである。自由法論はイタリアに対してはドイツ的であり、ドイツ内部にあってはフランス的だということだろうか。

牧野に対してフランス法学、というよりはジェニーとサレイユを紹介したの

28) 同「リスト教授の生誕百年——1951年3月2日——」、『法律における理論の論理』164頁。リスト邸でのビールの夕べ (Kriminalistischer Bierabend) につき牧野はこう記している。「忘れ難きは其の『クリミナリスト麦酒会』である。隔週に開かれる研究室の大討論会果ててのち、若干の者が晚餐に招待されるのである。討論会が、午後8時に終わると、我等は、カント街の研究室から出て、ザヴィニー広場を斜に横ぎり、ハルデンベルク街の静かな通りを上つて、8時半にはリスト邸に集まるのであつた。」同「噫フランツ・フォン・リスト教授」259頁。ザヴィニー広場を斜に横ぎり、とはなかなか意味深長な記述である。

29) 木村龜二「リスト」、『法律思想家評伝』日本評論社、1950年、213頁。牧野「リスト教授の生誕百年」166頁参照。

は富井政章であった。³⁰「フランソア・ジェニー教授を憶う——刑法と自由法とについてのわたくしだけのいささかの事ども——」には、牧野が帝大に入学した1899（明治32）年にジェニーの『私法解釈方法論』が出版されたこと、そして富井からこれを教わったことが記されている。これにつづけて牧野はいう。「法科大学の一年生がそのむづかしい書物に喰いさがつたということは、甚しく大胆なことであつたとせねばならぬ。しかし、それが、法律学に対してわたくしの眼をさました最初のものであり、その後60年間、この書を、（イエーリングの書と共に）、今日に至るまで読みつづけ読みかえしているのである³⁰⁾」と。

フランスの自由法論者でジェニーと並び称されるのはサレイユである。彼の死の直後に、留学中の牧野は③「サレイユ博士逝く」を書いたが、これは短かいものでとくに言及するまでもない³¹⁾。それよりも、ジェニーへのネクロロジーにみられる次の一節のほうが彼らに対する牧野の理解をよくまとめている。ここではまたしても富井政章が、媒介者として重要な役を演じることになる。

「しかし、ただ実定法を論理的に分析するだけのもの足りなさを以つて富井先生に訴えるや、先生は、当年の新著ジェニー教授の『法律解釈方法論』を読めと教えられたことであつた。そうして、その書を繙くことにおいて、まず、その著に書かれたサレイユ教授の序文に接し、そこで三つのことを知らされた。その一は、立法者というものは『想像的な、神話的な、恒久的な人格』であるということであるし、その二は、法律の『進化的解釈』ということであるし、その三は、方法としての比較法ということである。そうして、更にジェニー教授の語としてその書物の最後の章における『科学的自由探究』というのを眼新しいものであるとおもつた³²⁾。」

30) 牧野「フランソア・ジェニー教授を憶う——刑法と自由法とについてのわたくしだけのいささかの事ども——」『季刊刑政』新9巻4号、1961年、83頁。

31) 同「サレイユ博士逝く」『法学協会雑誌』30巻8号、1912年、176頁以下。

32) 同「フランソア・ジェニー教授を憶う」85頁。

リストと同様、サレイユもイエーリングの影響を強く受けた法学者であった。イエーリングの進化論的自由法論は、サレイユの「進化的解釈」を経由してジェニーの「科学的自由探究」へと到達したのである。さらにジェニーの提言は再びドイツに戻って、いずれヘックの利益法学を生み出すことだろう。それはともかく、リストの場合と同じく、牧野はサレイユとジェニーの方法論のうちに、＜イエーリングによってイエーリングの上に＞を目指す独自の方向性を見出したのであった。

牧野英一がサレイユとジェニーの自由法論やリストの目的刑論に学んだのは、結論からいえば民法や刑法の解釈の技術ではない。むしろ、解釈学とは原理的に相いれないものだったとさえいえる。そのあまりに過激な方法論については、体勢を立て直して次節で論じることとする。

Ⅳ さよなら民法、さよなら刑法

牧野英一の自由法学は、イエーリングはもとより、ジェニーやリストや、その他のいわゆる自由法運動のどの担い手たちよりも過激な方向を指し示している。なぜならば、牧野の自由法学は文字どおりの自由な法学であって、民法にせよ刑法にせよ、こうした条文の解釈を本質的に逸脱する意志を秘めていたからである。

たとえばジェニーとサレイユの自由法学は、けっして既成の法解釈学から大きくはみ出そうとはしなかった。牧野は⑤⑥「フランソア・ジェニー教授を憶う」において、ジェニーの『私法解釈方法論』とこれに付されたサレイユの序文とに言及しつつ、後者の「進化的解釈」と前者の「科学的自由探究」に関して次のように総括している。

「わたくしは、特に、ジェニーの著におけるサレイユの序文に動かされたのであることは右に述べた如くである。わたくしは、サレイユとジェニーとの両家の比較ということをわたくしの大学院の仕事とし、その後それについて多くのものを書いた。両家の所説の比較から、民法に依つて民法の上にとい

うことと、民法の上に民法に依つてということの差異を考えた。その差異を考えることに因つて、まず、民法についての自由法を考えた。ジェニー教授自身は、刑法には罪刑法定主義の結果として科学的自由探究を論ずるの余地はないものと考えられたらしい。しかし、サレイユの進化的解釈に依れば、それに依つて刑法に罪刑法定主義の展開ということがあり得るものとわたくしは考えたのであつた³³⁾。」

牧野の方法論を要約的に示す一文であるが、まずは「民法に依つて民法の上に」もしくは「民法の上に民法に依つて」という文言に着目しておこう。上の引用部分からはわかりにくいけれども、この標語はそれぞれジェニーとサレイユの民法学に対する端的な表現となっている。すなわち、両者の差異は、ジェニーが民法解釈学からの解放を主張したのに対して、サレイユは進化論の民法解釈学への応用を模索した、という点に求められよう。もっともそれは決定的な相違点ではなく、せいぜいニュアンスの差にすぎないともいえるのだが。

実は同様のことは、ジェニーの生前、というよりはサレイユの死去に際して、『法律に於ける実証的と理想的』（民法の基本問題 第二編）のなかでも論じられている。先のネクロロジー一覧には挙げなかったが、牧野の言によればこの本の第二章第二節はサレイユに捧げられたネクロロジーであつた³⁴⁾。ここで話を整理すれば、1925（大正14）年に公表されたサレイユへのネクロロジーと1961（昭和36）年のジェニーへのネクロロジーの双方で、牧野は彼らの方法論を確認していることになる。

行きがかり上、『法律に於ける実証的と理想的』にみられる類似の表現についても紹介しておく。ここではジェニーの科学的自由探究論は「法典に依つて、しかし法典の外に」（Par le Code civil, mais au-delà du Code civil）の立場であるが、サレイユの進化的解釈論は「法典の外に、しかし法典に依つて」（Au-delà du Code civil, mais par le Code civil）の立場である³⁵⁾。牧

33) 同、86頁。

34) 同「わたくしの著述」、小林編『法律における思想と論理』544頁。

35) 同『法律に於ける実証的と理想的』（民法の基本問題 第二編）有斐閣、1925年、30頁。牧野は出典を明示していないが、この二つの標語は、ジェニーの『私法解釈

野がみずからフランス語の原文を併記していることもあって、あるいはこちらのほうが理解しやすいかもしれない。

つまり、ジェニーは民法典 (Code civil) から出発し、サレイユは逆に民法典へと向かう。だが結局は、二人ともに法典の枠を突破してしまう。いずれにせよ、両者に共通する「民法によって民法の上に」の標語が、彼らの自由法論についての牧野流の定式化であったことは疑いない。そして、この定式がイエーリングのモットー「ローマ法によってローマ法の上に」(durch das römische Recht und über das römische Recht hinaus) を踏まえたものであることも、ことさらに指摘するまでもないところである³⁶⁾。

だが本当の問題はその先にあるのだろう。牧野によれば、ジェニーの方法はたとえ民法典の条文を超えたとしても、かろうじて民法学の範囲に収まっている。これに対して、サレイユの方法は民法学のみならず刑法学でも応用可能なもので、近代刑法における罪刑法定主義の大原則さえも根底から揺るがしかねない側面をもっていた。もちろん、ここには牧野自身の見解が多分に込められている。「サレイユ・ジェニーの比較研究からわたくしがほしいままに考え出した標語は『法律の解釈は無限なり』ということであった³⁷⁾。」彼はこのように述べて、法律から無限に自由な法学をも構想したのであるから。

たしかに、無限の解釈とはすでにして法典の解釈ではありえない。牧野はジェニーはもとよりサレイユの解釈学をも超えて、そもそも法典の解釈そのものと訣別しようとしていたのではないか。そういえば、『刑法研究』第十のはしがきには、以下に示すような衝撃的な一節が登場する。

「1919年のワイマール憲法が、かくして、その基本権に関する規定においてその転回点を示したといふことにならう。それが、やがて、昭和期の法律思想にまで展開することになったのである。一方において、今、国家的といふ

方法論』に付したサレイユの序文の末尾に現われる。Raymond Saleilles, Pré face, in : François Geny, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique, 2.ed., Tome 1, Paris, 1954, p.XXV.

36) 同『急急如律令録』309頁以下。

37) 同「フランソワ・ジェニー教授を憶う」88頁。

ことが伝統的な法治国思想における自由といふことに代らうとすることになつてゐる。それにつれて、他方には、『民法よ、さやうなら』といふことが主張されることになつた。わたくしは、それにつれて、『刑法よ、さやうなら』ともいひたいと考へてゐる。すなはち、刑法において、犯罪の要件を数え、その法律的效果を論定するについては、明治から、かやうに、大正を経て、昭和の今日に至り、思想がいかに生成し、いかに発達したかを論定せねばならぬことになるのである³⁸⁾。」

このはしがきは1942（昭和17）年に書かれたもので、ここにある種の時代的気分が現われていることは否定できない、しかしながら、牧野にとって時代的气分とは、必らずしも「非常時」の日本やドイツの国家主義とは同義のもではなかつた。彼の関心は「19世紀の法律と20世紀の法律との比較」に向けられており、この観点に立てば、1919年のワイマール憲法こそ世紀の転換を象徴する契機となるからである。

ワイマール憲法がなにゆえに画期的であつたかといへば、それは所有権に対しはじめて社会的な制約を加へたことによる。これが社会法的観点からする近代的自由主義への挑戦である以上、ひとり憲法の問題に留まらず、その影響は民法や刑法にもおよばずにはいない。周知のように、ドイツに始まつたこの挑戦はやがてわが国をも襲わずにはいなかった。

牧野は旧刑法（1880（明治13）年）の罪刑法定主義、旧憲法（1889（明治22）年）の臣民の権利義務、そして現行民法（1896（明治29）年）の所有権および契約自由を総括していう。すなわち、「この意味において、明治の法律文化は、世界的には19世紀の法律文化として、所有権及び契約の自由並に罪刑法定主義を基本としたものであつたのである。称して個人主義的自由主義であるとしてもいいし、又、一般に唱へられるところに依り、資本主義といふ名称に従つてもいいであらう」と³⁹⁾。

38) 同『刑法研究』第10、有斐閣、1942年、はしがき、4頁。

原文では「1819年のワイマール憲法」となっているが、これは明らかに1919年の誤まりである。なお、14頁以下参照。同様の表現は『刑法の三十年』はしがき、1頁、および『急急如律令録』375頁以下、にもみられる。

39) 同『刑法研究』第10、6頁以下。

牧野英一は、19世紀の個人主義的自由主義もしくは資本主義の転換点に、ワイマール型の社会民主主義を位置づけた。もっといえば、社会民主主義の延長線上にはナチス・ドイツの「国民社会主義」が出現する。口には出さないまでも、たぶんロシア型の国家社会主義もこれと同列に考えられていたはずである。いずれにせよ、こうした反個人主義・反自由主義・反資本主義の諸傾向が牧野のいう20世紀の法律文化であるかぎり、ここからナチズムへの共感のみを取り出して彼の法学を批判するのは狭きにすぎる。牧野を本気で批判しようとするならば、彼が乗り越えようとした個人主義や自由主義や資本主義に対する立場を、批判者みずからがまずもって明確にする必要があるということだ。蛇足ながら、それは近代をいかに評価するかという問題にもつながる。

牧野の自由法論は、近代民法の原則たる所有権の絶対性と契約の自由を攻撃する。そして返す刀で近代刑法の成果としての罪刑法定主義にも斬りかかる。「民法よ、さやうなら」「刑法よ、さやうなら」とは、既成の法典や法解釈学の彼方に自由な法学を樹立せんとすの決意表明にはかならなかった。ただし、牧野のいう「自由」とは、近代の自由主義とは正反対に、法を社会的制約のもとに据え直そうという意味である。この自由を刑法学の領域でも貫こうとすると、罪刑法定主義からの解放と、刑法解釈学から刑事政策学への転換という、新たな問題が浮上してくる。

ところで、刑法からの逸脱と刑事政策の提唱は前もってリストによって先鞭をつけられていた。^④「リスト教授の生誕百年」のなかで、牧野はリストの社会防衛論を大いなる共感をもって擁護している。その刑事政策論に対しては、「リストは刑法を廃絶せしめようとするのか」との非難が加えられたようだが、これは牧野自身についていっそう該当するにちがいない。というのも、リストは罪刑法定主義の否定にまではいたらなかったけれども、牧野には刑法解釈学を刑事政策学に一元的に書き換えようとする傾向が顕著であったからだ⁴⁰⁾。

刑法学が刑法解釈学に留まるかぎり、「犯罪人のマグナ・カルタ」たる刑法典そのものを廃棄したり、罪刑法定主義を根底から疑うことには、当のリストさえも躊躇せざるをえなかった。ところが、牧野の自由法論は明らかにこうし

40) 同「リスト教授の生誕百年」172頁、174頁以下。

た方向を目指している。

牧野英一の『刑法の三十年』は、1938（昭和13）年の三月に彼が大学を退官するにあたって公刊した書物である。はしがきには、「刑法は刑法の外に、刑法の上に、刑法を超えて、さうして恐らくは遠く刑法を離れて、その分野を拡大せねばならぬのである」と記されている。これこそ彼にとっての刑法の進化にほかならなかった⁴¹⁾。このはしがきを書き終えて、牧野は東京帝国大学の刑法研究室を去った。それは同時に刑法学界からの訣別を意味していたのではなかったろうか。

その後も相変わらず旺盛な執筆活動がつづいたとはいえ、牧野の晩年は孤独なものであった。だがみようによって退官後の戦争を挟んでの30年間こそ、牧野法学の本領が発揮された時期だったともいえる。もっともこれを論じるためには、彼における戦前のナチス刑法への接近と戦後の刑事政策論とを恣意的に分断するのではなく、これを総括的に検討したうえでその自由法論を批判する視点が求められよう⁴²⁾。

しかし、刑法学の自己否定にもつながりかねない牧野の徹底した所論には、さすがに弟子たちもついていけなかった。彼の自由法論も民法学の領域ではある程度の成果を収めたが、刑法学の場面では罪刑法定主義の壁によってはねつけられてしまった。その死後に「書斎の牧野英一先生」を書いた土本武司によれば、優れた弟子たちも「そのほとんどが先生を離れ、先生に反発し、先生を敵とした」という⁴³⁾。

こうした牧野への否定的評価は今日にいたるもなんら変わることなく、したがって牧野英一についてのまともなネクロロジーもいまだに書かれていない。主を失なった書斎には、多くの書物のほかには、生前の牧野が慕った自由法論の先駆者たちの写真と、彼らに献じられたネクロロジーが残されているばかりである。

41) 同『刑法の三十年』はしがき、14頁。

42) 牧野法学の総括といえば、彼の死後、弟子の風早八十二の書いた「牧野法学への総批判（試論）」『法律時報』49巻8号～52巻5号、1977～1980年、がある。だがこれは足かけ4年におよぶ長期連載の大論文であるにもかかわらず、マルクス主義法学の立場からの自説の展開に、ときどき牧野への私怨を折り込んだものであって、とうてい「総批判」といえるようなものではない。

43) 土本「書斎の牧野英一先生」12頁。