

牧野英一の法理学

——法律進化論から自由法論へ——

堅 田 剛

I 「牧野志林」

牧野英一は多作家であった。明治・大正・昭和をつらぬく92年の長い生涯のなかで、その著書は主なものだけでも百冊を優に越え、論文にいたっては無数で、本人を含め誰も数えきれないほどである¹⁾。彼は法理学や比較法学に方法論的関心を向けるとともに、民法学と刑法学の境を越えてこの間を縦横に涉猟し、時事評論にも健筆をふるい、さらに何冊かの歌集をも物にした。

もとより、こうした膨大な文献をここで一挙に論じることとはできない。まずはなんらかの視点を定めて、牧野法理学の生誕の秘密を探ることから始めるしかあるまい。その手がかりとして、いわゆる牧野志林がある。牧野が研究を始めるうえで、「牧野志林」すなわち『法学志林』は、恰好の媒体となったからである。

『法学志林』は1899（明治32）年に和仏法律学校（法政大学の前身）の機関誌として創刊されたが、その初期には「梅志林」とか「牧野志林」と呼ばれた一時代があった。すなわち、1905（明治38）年に同校々長の梅謙次郎が主筆となり、つづいて翌年からは牧野英一が代わって編集主任となって、いずれもき

1) 「牧野英一博士『主要著作年表』」『書斎の窓』189号（牧野英一追悼号）、1970年、49頁以下参照。大内兵衛の証言によれば、当時の学生たちは牧野の多作ぶりを同姓の著名な映画監督になぞらえて「牧野プロダクション」と呼んでいたという。同誌、9頁。なお、牧野英一「わたくしの著述」、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、511頁参照。

わめて個人色の強い誌面を作ったのである²⁾。当時の梅は東京帝国大学の現職教授であるが、和仏法律学校とは創設時から密接に関わっており、この関係で牧野を後任の編集責任者に推薦したようだ。牧野はそのころは帝大の新進の講師であり、和仏法律学校でも刑法の講義を担当していた。

梅謙次郎が主筆であった時期にかぎれば、「梅志林」はわずか一年ほどの短かいエピソードにすぎない。だが「牧野志林」の時代は、牧野英一がはじめて編集に参加した1903（明治36）年から数えれば、最終的に手を引いた1935（昭和10）年にいたるまでの、実に三十年以上におよぶ長期にわたっている。この意味で、法学の志林は「梅」によって彩られたのではなく、「牧野」の上に育てられたといえる。

牧野英一は『法学志林』の編集主任として、巻頭にみずからの論文を掲載し、また刑事法の判例研究を執筆した。その連載は彼の欧州留学の際にも、まったく途切れることがなかった。本務校に『国家学会雑誌』や『法学協会雑誌』があるにもかかわらず、牧野は毎号の『法学志林』に厩大な文章を書きつづけた。それも牧野英一の名前だけでなく、ときには大塚郷二なるペンネームの論文まであって、この雑誌への執着ぶりはまことに徹底していた³⁾。『法学志林』は「牧野志林」の名にたがわず、文字どおり個人誌の観を呈していたのである。

しかも同誌へのこのような肩入れは、彼の学説形成史からみれば、ある明確な意図のもとに位置づけられていた。以下に掲げるのは牧野本人による証言である。

「帰朝後のわたくしの仕事は、梅先生没後の法学志林を編輯することであ

2) 『法政大学八十年史』法政大学、1961年、382頁、400頁。『法政大学百年史』法政大学、1980年、153頁。牧野「わたくしの著述」517頁参照。

3) 風早八十二「牧野法学への総批判（試論）」『法律時報』49巻9号、1977年、50頁。風早によれば、牧野は『法学志林』に載せた刑法論文を「刑法研究」シリーズとして次々に公刊したが、風早が同誌に載せた論文を本人に無断で採録したこともあったという。風早「法人の刑事責任について」、牧野『刑法研究』第三、有斐閣、1927年、465頁以下参照。

つた。それと同時に、『刑法通義』を新たに書きなほすことであった。法学志林においては、その後に至り、わたくし自身が敢て多く巻頭論文を書くことにもなつた。わたくしは、志林が多くの読者を得るわけにゆかないことを考へて、そこに一般的な法律学の論文を蒐めるよりも、志林に特殊な資料を編輯することに因つて、固有な面目を保持せしめようとする事になった。それは民法の領域において自由法論を展開することであり、刑法の分野において教育刑論を強調することである。さうして、かやうな主張は、他の法律諸雑誌において必しも旗幟の鮮明にされたるものなきところであつた⁴⁾。」

牧野のねらいは、民法の領域で自由法論を展開し、刑法の分野で教育刑論を強調することにあつた。要するに、自前の牧野法学を樹立するという明瞭な戦略的意図をもって、彼は『法学志林』を主宰し、あえていえば私物化したのである。なお上掲の回顧によれば、『法学志林』との関係は留学から帰つてのちに始まったかのようなが、実際にはそれ以前からであつたことは前述のとおりである。

ついでにいえば、民法的自由法論と刑法的教育刑論という課題の立て方は、わかりやすいだけに批判的に受けとめておく必要がある。内容的検討はあとまわしにするけれど、教育刑論は自由法論の刑法的応用にほかならないし、また自由法論の出自を民法学に求めることができるとしても、これが方法論上の問題提起であるかぎり、まさに法理学の領野で検討されるべきものであるからだ。

これはなにも一般的な指摘ではなく、とくに牧野英一の場合にそうであつた。結局のところ、彼の法学は自由法論にほかならず、民法学も刑法学もこの方法を検証するための実験場にほかならなかつた。だからこそ、牧野の業績は実定法学では今日の意義を失なつたとしても、法思想史的にはいまだ検討に値するのである。

ところで、牧野の著書の標題でもある〈法理学〉であるが、これにつき彼は以下のように述べている。

4) 牧野「わたくしの著述」519頁以下。

「されば、わたくしは、この著を、やはり、ただ『法理学』とするに止めたい。『法理学』の語はもう古いともいい得よう。〔モードから外ずれているかにもおもわれる。しかし、わたくしは、この著において考えた比較法的にして進化論的な、そうして社会学的にして人性論的なものを穂積（陳重）先生の『法理学』の講義から学んだのであり、わたくしの担当した講義は、東京帝国大学においても、東京商科大学においても、『法理学』であつたのである。わたくしは、由来かような法理学をたずねたのであり、今、その抱え得ただけのいささかをこの著にして見たのである⁵⁾。』

牧野英一の『法理学』が現われたのは、1949(昭和24)年のことである。法の基礎理論や法学の方法論を扱う学問の名称としては、すでに大正時代から「法律哲学」があり、昭和に入ってから「法哲学」という用語が定着しつつあった⁶⁾。にもかかわらず、牧野は古めかしい〈法理学〉の名をあえて自著に冠した。

念のためにいえば、〈法理学〉なる名称は、穂積陳重が帝大に講座を開設するにあたって意識的に採用したものである⁷⁾。だとすれば、牧野が同じ名前を用いたことの意味は、単なる担当科目名や教科書の標題に留まるはずがない。牧野は『法理学』を出版することによって、穂積法理学の後継者であることを公然と明らかにしたのではなかったろうか。ちなみに『法理学』第一巻の献辞には、「穂積陳重先生の御霊に捧げ奉る」と記されている。

学生時代に穂積の講義を聴いたとはいえ、牧野英一は穂積陳重の通常の意味での弟子ではない。というより、穂積は法理学の講座をつくったものの、後継者を育てることはなかった。けれども、穂積の「比較法的にして進化論的」な法理学は、現に牧野によって発展的に継承されたのである。少なくとも、牧野

5) 同『法理学』第一巻、有斐閣、1949年、4頁。

6) 牧野の〈法理学〉に先立って、たとえば恒藤恭は新カント派的「法律哲学」を提唱し、尾高朝雄は「法哲学といふ新用語」の一般化を企てている。恒藤『批判的法律哲学の研究』内外出版、1921年、1頁。尾高『改訂法哲学』日本評論社、1935年、改訂版序、1頁以下。同『法哲学』といふ用語について『法律時報』11巻10号、1939年、17頁以下参照。

7) 穂積陳重『法窓夜話』岩波文庫、1980年、174頁以下。

自身はそうした自負の念を抱いていた。

穂積と牧野の関係は、サヴィニーとイエーリングのそれに似ている。サヴィニーの歴史法学を受けてイエーリングは目的法学を提唱したが、これと同様に、穂積の法律進化論を牧野は自由法論として展開しようとした。「ローマ法によってローマ法の上に」というイエーリングの標語を牧野は好んで用いたけれども、これはサヴィニーと穂積の法学を二重写しにしたうえで、みずからイエーリングになぞらえてのことであつた。穂積陳重が日本のサヴィニーであつたとすれば、牧野英一は日本のイエーリングであつた。牧野はまさに穂積法理学を越えたところに、自身の法理学を構築しようとしたのである。

だが結論を出すのはまだ早い。今は牧野の法理学を概観して、刑法学者の枠からはみ出たその方法論を確認することで足りるとしよう。

さて、『法学志林』はある時期牧野英一の個人誌であつて、彼はそれを私物化したといった。とはいっても、『法学志林』が牧野の書く文章のみによって埋め尽くされたわけではない。牧野は帝大の研究室から有能な後輩を抜擢しては、彼らに論文発表の機会を提供しているからである。たとえば「牧野志林」最後の十年から主なものを抜粋すれば、以下のような論文リストができあがる⁸⁾。

田中耕太郎「技術法としての商法」28巻3号(1926年)

牧野 英一「価値の法律学と法律学の価値」29巻2号～4号, 11号～12号
(1927年)

我妻 栄「近代法に於ける債権の優越的地位」29巻6号～7号, 9号～
10号, 30巻3号～6号, 10号～11号, 31巻2号～4号, 6号,
10号(1927年～29年)

牧野 英一「法律に於ける価値の論理」30巻1号～4号(1928年)

末川 博「フランス法に於ける権利濫用の理論」31巻1号～2号(1929
年)

8) 『法政大学八十年史』405頁以下。当時、田中耕太郎・我妻栄・牧野英一は東大教授であり、末川博は京大、小町谷操三は東北大の教授であつた。

牧野 英一「法律に於ける道德的規範」32巻2号～4号(1930年)

牧野 英一「刑法における法治国思想の展開」32巻5号～12号(1930年)

小町谷操三「英法に於ける海上運送賃の研究」33巻2号～4号, 6号(1931年)

牧野 英一「全法律と信義誠実の原則」35巻1号～4号, 6号～7号, 9号～12号(1933年)

牧野 英一「法律における信義の要請と保護」36巻6号～12号(1934年)

寄稿者のうち、我妻栄は、それから四十年後の牧野の死に際して、当時をふりかえってこう回想している。すなわち、「私の専攻の民法で先生のお教示を受けたことは、いまさらくり返す必要もないかもしれない。一生の記念となった『近代法における債権の優越的地位』は、先生の真似をして債権法の開講の辞をやろうとしたことが動機となって生まれ、先生の教導と激励とによって法学志林に書き続けたものである」と⁹⁾。「牧野志林」の最大の成果は、彼自身のものを別とすれば、我妻のこの論文を世に送り出したことにあった。ここに挙げた寄稿者は、のちに一家をなした法学者ばかりである。だが彼らの多くは、やがて牧野の法理学に批判的な立場をとった。また、刑法学にかぎっても牧野には少なからぬ弟子たちがいた。しかしその弟子たちも、ことごとく師から離れていった。

牧野英一の長い生涯は、その意味で孤独なものであった。彼の龐大な著作群も実はほとんど読まれることなく、埃をかぶって歴史から忘れられつつある。けれどもかえってこの故に、その進化論的・自由法論的な法理学は、法思想史にとっていまだ知られざる宝の山でありつづけている。

Ⅱ 進化・普遍・自由法

牧野英一における民法的自由法論と刑法的教育刑論の二つの方向は、おそらく広義の〈自由法論〉のもとに一元化して理解することができる。そのために

9) 我妻栄「牧野英一先生の想い出」『書斎の窓』189号, 13頁。同『近代法における債権の優越的地位』有斐閣, 1953年, は鳩山秀夫とともに牧野英一に捧げられた。

も、問われるべきはその法理学的系譜である。これに関してはただちにジェニーやソレイユの名前が想起される。あるいはリストの名を加えてもいいだろう。だがその前に、牧野の身边に思想史の照明を当ててみたい。

たとえば団藤重光は、牧野への追悼文のなかで、穂積陳重の法律進化論と梅謙次郎の自然法論と富井政章の比較法学を並べ、これらの影響が留学前の牧野の出発点であったと述べている。さらに、牧野は「歴史法学派と自然法学派の一種の結びつけ」を試みたとも指摘する¹⁰⁾。

この指摘は、牧野法理学の成立の根源にもつうじる重大なものである。周知のように、穂積・梅・富井の三人はともに民法典の起草委員であり、このことによってわが国の近代法学の第一世代を形成することになる。彼らは民法典の編纂をめぐる、まさに自然法学と歴史法学の一大論争のなかから浮上してきた法学者たちであった。

実は団藤の指摘を待つまでもなく、牧野自身もことあるごとに彼らからの影響を告白している。たとえばラジオ講演『法律との五十年』の第三話「三人の先生」によれば、牧野は学生時代に富井からフランス法とドイツ法の比較の必要を学び、梅からは法解釈の根拠としての自然法論を学んだ。しかし最も強烈な刺激を受けたのは、穂積の法律進化論であったという。穂積にみられる「古今東西にわたる広い大きな構成の比較法」は、富井や梅のそれをはるかに超えるものであった¹¹⁾。

とはいえ、穂積陳重の法律進化論に深く傾倒しながらも、若き牧野は一方に偏することなく、梅謙次郎の自然法論とのあいだで学問的平衡を保とうとしたふしがある。本人による以下の回想は、団藤の追悼文とも重なる。おそらくは、これこそが牧野の生涯をつうじての学的方法であったにちがいない。

「わたくしは、穂積先生から教えていただくことのできた法律の進化という
ことと、梅先生から学ぶことのできた自然法ということとを結びつけまし

10) 団藤重光「牧野英一先生の御逝去を悼む」『刑法雑誌』17巻1＝2号、1970年、3頁。

11) 牧野『法律との五十年』有斐閣、1955年、29頁以下。

て『自然法の進化』というように考えることにしました。そうして、それについては、フランス民法とドイツ民法との比較に依って、すなわち、十九世紀当初の法律思想と二十世紀におけるそれとの比較に依って、理解を進めて見たいということになったのであります¹²⁾。」

「自然法の進化」なる発想は、穂積に梅を接ぎ木したようで、いかにも折衷的でもしるい。ここには、法の進化を肯定しながらなお普遍的な法にこだわる、牧野の基本姿勢がくっきりと現われている。そして同様の折衷的態度は、「法律の進化」そのものに対しても貫かれることになる。

すなわち、穂積は『法律進化論』の冒頭において、法現象の静状の原理を究める法律静学と、その動勢の原理を究める法律動学とを区別した。彼によれば、法律進化論が法律動学に属することはいうまでもない。ところが牧野はこれを受けて、電気窃盗という実際問題に即してではあるが、「立法に依る法律の進化」に対して「解釈による法律の進化」ということを提唱している¹³⁾。

牧野のねらいを整理すれば、法律の進化を認めたくえてこれを解釈の次元に引き寄せ、しかも法律解釈の背景に進化を超えた普遍を想定する、ということになるだろうか。このような要約は図式的にすぎんぎらいはあるが、しかし牧野自身がこれを裏づける本を公刊している。『法律における進化的と普遍的』(1937(昭和12)年)である。

『法律における進化的と普遍的』は、牧野の他の多くの著書と同様、すでに法律雑誌等に発表した論文を集めたものである。ここには「自由法と進化的及び普遍的」「法律の進化における普遍的意義」「世界法における進化的意義」の三本の論文が収められている。各論文の標題および書物そのものの標題からいって、これが彼の法学方法論を集約した本であることは明らかなだ。すなわち、〈進化〉と〈普遍〉そして〈自由法〉という、三つのキーワードからなる法理

12) 同書、34頁。154頁には、「自然法の進化」について、「比較法に依って、法律の進化の間に、自然法を認識する」という表現がみられる。

13) 牧野「価値の法律学と法律学の価値——最近の二三の論述を読みつつ——」(一),『法学志林』29巻2号,1927年,4頁以下。穂積『法律進化論』第一冊,岩波書店,1924年,自序1頁,総論2頁以下参照。

学の試みであるが、それはとりわけ第一論文において顕著である。

論文「自由法と進化的及び普遍的」は1934（昭和9）年に書かれた。この直接のきっかけとなったのは、同年に刊行された『穂積陳重遺文集』第四冊と田中耕太郎の『世界法の理論』第三卷である。いうまでもなく、穂積の法律進化論は自然法論に対する真っ向からの挑戦であったし、田中のいう世界法はカトリック的自然法の復権を志向するものであった。

考えてみれば、〈進化〉と〈普遍〉に〈自由法〉をブレンドしたような標題はみごとに折衷的で奇妙である。だがこの奇妙さこそ、そのまま穂積・田中・牧野の微妙な位置関係を示唆している。ほかならぬ牧野自身がそれをよく自覚していた。

「されば、まづ、故穂積先生の所論に就いて法律の進化性を考へることができよう。さうして、新しく田中教授の主張に就いて法律の普遍性を論ずることができよう。……しかし、その対蹠的とも見らるべき両者の間に位して、わが自由法論の融合的意義が成立してゐるのである¹⁴⁾。」

さきに穂積と梅の位置関係を確認した。それとくらべると、ここでは梅謙次郎の自然法が田中耕太郎の世界法に代わっただけで、法律進化論対自然法論、および両者の「融合」としての自由法論、という構図はそのまま維持されている。牧野は〈進化〉と〈普遍〉と〈自由法〉の関係をヘーゲルの弁証法的論理に託して説明したつもりでいるようだが¹⁵⁾、残念ながらそれはほとんど説得力をもたない。というのも、彼は自由法論の融合的意義というばかりで、法律進化論でも世界法論でもない、自由法論の独自性についてはいまだなにも述べていないからである。

「自由法と進化的及び普遍的」という、牧野法理学の根幹に関わる標題を付した論文であるにもかかわらず、意外にも肝腎の〈自由法〉について積極的な

14) 牧野「自由法と進化的及び普遍的」、同『法律における進化的と普遍的』（民法の基本問題 外編第三）有斐閣、1937年、2頁以下。

15) 同論文、8頁、注(3)。

位置づけはおこなわれていないのだ。

ただし、〈自由法〉を「新自然法」と呼んだ個所はある。「すなはち、一方、実証的に法律現象の進化性を探究することに因つて、そこに法律の合理性を論じ、さうして、他方、その合理性に基いて法律に内在する価値を止揚するところに、法律の普遍的な理念が構成されるものと考へるのである。」相変わらず法現象の進化と普遍的理念の融合を試みて、ここに自由法論の意義を見出しているわけだ。そしてこのように論じたあとで、牧野はいきなり新自然法なる名称を提唱するのである¹⁶⁾。

けれども、自由法を新自然法と名づけたとしても、これだけではなんの説明にもならない。それどころか、こうした読み替えは自由法論が自然法論に屈服したかのようであって、〈進化〉と〈普遍〉の弁証法的止揚として〈自由法〉を論じようとする牧野の戦略からすれば、完全に失敗としかいいようがない。現に「新自然法」なる用語に対しては、田中耕太郎がただちに興味を示して、その世界法の理論に取り込もうとした¹⁷⁾。

論争における敵と味方の別や勝ち負けにこだわるのではないが、牧野英一の側に立てば、こうした言い換えはあまりにも不用意である。なるほど、カトリックの新自然法論は歴史的自然法論であるから、これ自体が〈進化〉と〈普遍〉の融合であるといいたい気持ちはよくわかる。しかし、それではことさらに〈自由法〉を持ち出さなくとも、新しく歴史的な自然法で充分だということになりかねない。牧野の折衷的態度は、こうしたところで大きな弱点を露呈してしまう。

牧野は自由法論を法理学的に根拠づけることに失敗した。このことに彼も気づいており、だからこそ、自由法論が法律解釈の方法論にすぎないことを強調する¹⁸⁾。

では牧野にとって、法律の解釈とはなにか。これにつき、彼は法律解釈の使

16) 同、3頁以下。

17) 同、4頁、注(2)。田中耕太郎『世界法の理論』第三巻、岩波書店、1934年、465頁、注(2)参照。

18) 牧野「自由法と進化的及び普遍的」5頁、8頁。

命として次の三点を挙げる。すなわち、①成文法制定当初の社会的必要を明らかにすること、②成文法制定以後の社会的必要に適應すること、③成文法がいかなる社会理念のもとに成立すべきかを明らかにすること、の三つである。これを牧野流に要約すれば、「解釈は、過去に依拠し、現在を満足せしめ、将来を保障するものである」ということになる¹⁹⁾。

牧野の提唱する方法は、法律の解釈を成文の文言のみに依拠するのではなく、ここに社会的必要や社会理念を加味しようというものだ。これは法現象の進化を認めつつ同時に法の普遍的理念を信じるという、彼の基本的立場にも合致している。しかしながら、こうした解釈の方法が単なる折衷以上の意味をもつためには、あらためて〈進化〉と〈普遍〉と〈自由法〉の相互のつながりに目を向けてみなければならない。

そもそも穂積陳重の法律進化論は、「進化論」なるイギリス的な言い方にもかかわらず、ドイツの歴史法学から大いに触発されて生まれた経緯がある。彼は進化の理法を求めてついに果たせなかったから、その法律進化論は進化の方向を法則的に示すものではなく、むしろ古今東西の多様な法制度を比較紹介したに留まっている。穂積の研究が実際に遺した成果は、この意味で法の進化論というよりは法の民俗学に近い。彼にとっての「進化」とは、この意味で歴史法学のいう「歴史」にはかならないのである。

次に梅謙次郎の自然法論だが、これはフランスの啓蒙主義的な理性法論を受け継いだものである。梅は司法省法学校と和仏法律学校をとおして、ボアソナードの最愛の弟子であった。彼らが歴史を否認したとまではいわないが、やはり最大の関心は、歴史や民族を超えた法の「普遍性」にあったことは疑いない。ついでに言えば、田中耕太郎の場合も同様である。田中のいう「世界法」は、歴史と普遍の総合としての新自然法にはかならなかった。

ところで、穂積の法律進化論にしても梅の自然法論にしても、これが立法の原理であったことは看過すべきでない。彼らは法典論争に際して、それぞれ歴史法学派と自然法学派の論客として対立する立場にあったが、にもかかわら

19) 同、10頁以下、16頁以下。

ず、民法典の編纂のために一致協力してこの事業をなしとげた。わが国の法学界を二分した大論争の直後にこうしたことが可能であったのは、穂積と梅の法学がともに立法論を含んでいたためである。

だが牧野英一の法学は、基本的には法律解釈の方法論である。彼に残された仕事は、既成の法律の枠組みの中での縮小再生産に甘んじるか、それともこれを乗り越えて新たな地平を拓くかのいずれかでしかなかった。ちょうど「ローマ法によってローマ法の上に」をモットーとしたイエーリングのように、牧野は穂積の〈進化〉と梅の〈普遍〉の彼方に〈自由法〉を模索したのである。

牧野英一をイエーリングに見立てれば、その自由法論の思想史的位置もいっそう明らかとなる。穂積陳重は日本のサヴィニーを自任していたが、この伝でいけば梅謙次郎はちょうどティボーの役割を果たしたといえようか。穂積がわが国の法典論争をドイツの法典論争になぞらえて、これを自然法学と歴史法学の争いと規定したことを踏まえるならば、歴史法学から出てこれを越えようとしたイエーリングと牧野英一を二重写しにしても、あながちでたらめな類比にはならないはずである。

なによりもこのことは牧野本人が示唆している。たとえば、『自由法と進化的及び普遍的』の結論部分には、以下のような文章が現われるからだ。

「かくして、イエーリングは、歴史派の新説に批判を加へ、目的観をもつて法律の理解を処理せねばならぬことを説いた。さうして、法律を縦に進化するものとして説いた。イエーリングの流を追ひつつ、横に、法律の比較を明かにした者としては、わたくしは民法において特にサレイユを回想し、刑法において格別にリストを追憶せざるを得ないのである²⁰⁾。」

これこそが牧野のねらいであった。牧野は日本のイエーリングとして、〈進化〉と〈普遍〉によって、その上に〈自由法〉を置こうとした。その民法版が狭義の自由法論で刑法版が教育刑論であったことはいうまでもない。

20) 同、30頁。

Ⅲ 日本のイェーリング

牧野英一は日本のイェーリングである。こう言い切ることにより、牧野の思想史的位置が明瞭に浮かび上がってくる。彼は刑法学者や民法学者である前に、一貫して法解釈の方法論を追求した法理学者であった。しかしながら、彼のこの側面は今にいたるも正当に評価されていない。

そもそも牧野によるイェーリングへの関心は、大学入学以前に培われたものであった。牧野ははじめ京都の第三高等学校法学部に進んだが、のちに上京して第一高等学校に転学した。本人の証言によれば、そのきっかけはイェーリングであったという。要するに、彼はイェーリングを学ぶべく大学をめざしたのである。

「そこで、わたくしは、当年の法学通論の講義に、吉田作弥先生がイェーリングの名を教へられたのであることを特に記憶してゐる。勿論、わたくしは、その後、大学の講義において、いろいろの先生からイェーリングについて注意を喚起されたのであつたが、しかし、既に吉田先生からイェーリングのいかなる学者であるかを教へられてゐたのである。何とかしてイェーリングの論著を読んで見たいといふの念に堪へなかつた。父は、わたくしを實際家にするつもりであつたから、専門学校の教育で十分だとしたのであつたが、イェーリングといふことを教へ込まれたわたくしとしては、帝国大学に入学するに非ざればイェーリングを理解するによしなき次第だと考へねばならなかつたのである²¹⁾。」

そういわれてみれば、牧野はその著述のいたるところでイェーリングに言及している。ここでイェーリングの多彩な法思想そのものに立ち入ることはしないけれども、その歴史法学ないし比較法学、概念法学およびその批判、進化論

21) 牧野『刑法の三十年』有斐閣、1938年、33頁以下。北村長右衛門「飛驒高山と牧野法学」『書齋の窓』189号、43頁参照。

と功利主義、利益法学や目的法学や自由法論等々のすべてが、後世の法学に決定的な影響をおよぼした。牧野もまたイェーリングのすべてから影響を受けたが、それはもちろん〈自由法論〉のうちに集約される。

牧野英一にとって、イェーリングの偉大さはなによりも自由法論の先駆者としてのそれであった。しかも自由法論は、自然法学と歴史法学の融和、もしくは弁証法的止揚であるところに意義があった。彼は『法律に於ける進化と進歩』(1924(大正13)年)のなかで、「法律思想の発展」と題して、自由法論の出現にいたるまでの法思想史を概観したことがある。

それによれば、近世以降の法思想は、①自然法学派、②歴史法学派、③功利法学派、④社会法学派、の順に発展してきた。この明解だが単純な段階説は、穂積陳重の法律進化論の叙述スタイルを連想させるが、それについてはここでは問わない。とりあえずは牧野自身の説明を²²⁾、若干敷衍しながら紹介するに留めておく。

まず自然法学であるが、これは実定法とは別に理想法を想定するがゆえに基本的に「法律二元論」である。それは政治的には社会契約論として登場し、たとえば、グロティウスは人間の本性を社交性に見出したし、ホッブスは万人の万人に対する闘争こそが自然状態だと説いた。またルソーは社会状態の基礎を一般意思に求め、カントは法の根拠を理性による定言命法に求めた。自然法もしくは理想法とは、空間と時間を超えて普遍的に存在する法にほかならない。

ところが歴史法学は、これとは正反対に、法を民族精神の所産と解し、空間的にも時間的にも変化する歴史的なものとみる。これは歴史的な法のみが存在するという「法律一元論」である。その代表はサヴィニーだが、彼は自然法ならぬ自然的法、つまりは慣習法の認識を優先させ、法典の編纂には消極的であった。歴史法学の特長は、法と社会生活の有機的連関を明示した点にあり、このかぎりでは実証主義的な法学を構築しえた。

歴史法学の実証主義と自然法学の理想主義を総合したのが、イェーリングの

22) 牧野『法律に於ける進化と進歩』有斐閣、1924年、51頁以下。もっとも、ここにみられる発展段階説は、直接には穂積陳重ではなく、穂積重遠『法理学大綱』岩波書店、1917年、26頁以下、63頁以下、69頁以下、81頁以下の記述に依拠している。

功利法学である。彼の功利論は目的論と一体のものであるが、それは法の目的としての平和を闘争という手段によって達成するとの主張に端的に現われる。ここでは共同体の平和と個人の利益とが予定調和的に結びつけられている。イエーリングは法学に進化論を採り入れて、生存競争の原理から「権利のための闘争」を導き出した。

最後の社会法学は、功利法学の延長線上に登場した。というのも、社会法学は功利法学の個人主義を克服して、直接に法の社会的意義、つまり社会生活における「協働関係」を説くからである。たとえばシュタムラーは、内容の変化する自然法というまさに歴史と自然の折衷において、社会的共同体と法的正義の和解を図った。またコーラーは観念的進化論から、デュギーは社会連帯論から出発して、ともに社会的理想のうちに法を位置づけた。そしてジェニーとカントロヴィッツの自由法論も、この社会法学の一種である。

ここまでの牧野の所説は、いわば教科書的な記述であってとくに新味はない。むしろイエーリングの功利法学を、社会法学とりわけ自由法論にとっての批判対象とする言い方のほうが気になる。牧野にとってジェニーやカントロヴィッツは同時代人でありイエーリングは十九世紀の法学者であるから、この間に一線を引きたい気持ちはわかるが、両者の断絶をいうよりはその連続に着目するほうが、かえって彼の立場を強化することになるはずだ。

実際、総じてみれば、牧野はイエーリングを自由法論の先駆者とみている。すなわち、イエーリングの功績は、概念法学的法実証主義から法学を解放して、これを自由法論ないし社会法学に手渡した点にこそ求められる。以下に掲げるのは、牧野の『法理学』第一巻第三章「近代法律思想」からの引用である。

「イエーリングの影響はこれを二つの方面に別つて考えることができよう。その一は比較法的なものである。ローマ法の進化を論じて普遍史的に批判したところから、最近の比較法学が受けた感化は多大であるとせねばならぬ。そうして、比較法的考察と目的論との結合に因つて最近の自由法論が構成されることになつたと為し得よう。サレイユが特にその代表者である。その二は、その目的論の刑法における展開である。刑罰の目的を論じ、これを社会

的に考察するところから最近の目的刑論が成立し、その目的刑論が更に教育刑にまで醇化せられ、刑事政策にまで拡充せられることになった。これは主としてリストの仕事であつた²³⁾。」

すでに述べたように、牧野において民法上の自由法論と刑法上の教育刑論は広義の〈自由法論〉のうちに括することができる。この意味での自由法論の担い手がほぼ出揃ったところで、このへんで彼らの業績を簡単に整理しておこう。

ドイツにおける自由法論の旗手となったのは、カントロヴィッツである。彼は1906年に『法学のための闘争』を発表して、法解釈の補充的法源として「自由法」(freies Recht)なる方法を提示した。イエーリングはダーウィンの「生存のための競争」(Der Kampf ums Dasein)を意識して『権利のための闘争』(Der Kampf ums Recht)を提唱した²⁴⁾、カントロヴィッツの『法学のための闘争』(Der Kampf um die Rechtswissenschaft)は明かにイエーリングとの連続性を踏まえている。

フランスでは、サレイユとジェニーの名前を挙げなければならない。サレイユは法学に「進化的解釈」(interprétation évolutive)を導入し、ジェニーはこれを受けて法の「科学的自由探求」(libre recherche scientifique)を主張した。彼らの理論は主に民法の領域で、大きな反響を引き起こした。

また刑法の分野では、ドイツのリストが自由法論の応用として、いわゆる新派の刑法理論を形成した。とくに彼の教育刑論は、刑罰の目的を犯罪者の改善のためとするもので、このためには裁判官の裁量を広く認めることになり、ここに自由法論との接点が認められる。

さて、牧野英一がドイツやフランスの自由法運動と連携して、民法的自由法

23) 牧野『法理学』第一巻、129頁。

24) ただし「生存競争」と『権利のための闘争』を無関係とするベーレンズの見解もある。vgl., Okko Behrends, Rudolf von Jhering und die Evolutionstheorie des Rechts, in: ders. (hrsg.), Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken, Köln, 1993, S. 19. もちろん、イエーリングはダーウィン流の生物進化論を法現象に直接適用したのではない。しかし進化論なしにはイエーリングの功利主義は成立しなかった。それはベーレンズの「イエーリングと法の進化論」という論題そのものに端的に表現されている。

論と刑法的教育刑論の普及を目指したことは前述した。彼は自由法論の担い手たちと同時代人で、実際にリストの刑法ゼミナールに参加し、またジェニーとも親交をもっている。

しかしながら、牧野にとって、リストやジェニーは自由法運動の同志ではあっても、到達すべき理想の師ではなかったのではあるまいか。牧野が真に師匠と仰ぐ存在は、あるいはイエーリングと穂積陳重の二人だけだったのではなかろうか。

彼らの位置関係は、すでに述べてきたことを総括すれば、歴史法学と自由法学の枠組みのなかでより明瞭なものになる。たとえば、ドイツにおけるサヴィニーとイエーリングの関係も、わが国では穂積陳重と牧野英一のそれとして展開できるのである。

サヴィニーの歴史法学は、歴史をみずから切り捨てることで概念法学と化した。イエーリングの概念法学批判は、すでにこのなかに自由法論の萌芽を含んでいるのであって、法における目的的要素や利益的要素の発見によって始めて自由法論への展望が開けたわけではない。だがあえて図式化すれば、イエーリングは歴史法学に目的法学を対置したといっていよいだろう。

同様のことは、穂積と牧野についてもいえる。穂積陳重の法律進化論は、言葉の本来の意味での歴史法学である。「進化論」なる言い方に幻惑されて、これをイギリス法理学の範囲でのみ論じようとする向きもあるが、十九世紀末のイギリス法理学それ自体がドイツ歴史法学の強い影響下にあったことを忘れてはならない。穂積はこの時期のイギリスとドイツに留学することによって、立法論までを射程に入れた歴史的＝比較的法学を持ち帰ったのである。

牧野英一の法理学は、穂積陳重の歴史法学つまり歴史的＝比較的法理学を自家薬籠中のものとしている。なるほど、牧野は自分の立場を「歴史法学」と呼んだことはない。けれどもそれは穂積も同様であって、法の歴史を「進化」として語ることの共通性が、かえって両者の重なりを証明するように思える。

というより、イギリス産の生物進化論や社会進化論をどの程度理解したかはともかく、当時は〈進化〉という言葉が流行しており、これにイエーリングも穂積も牧野も飛びついたとしたほうが、案外本当のところかもしれない。こう

いったとしても、彼らの仕事をけっして貶めることにはならない。流行に敏感なのも、思想家として大きな能力にはちがいないからだ。

こうして、穂積の法律進化論と牧野の自由法論の関係は、サヴィニーの歴史法学とイェーリングの目的法学の関係に対応させることができる。念のためにいえば、このことを穂積も牧野も自覚していたふしがある。穂積は二十世紀のサヴィニーたることを自負していたし、牧野もまた二十世紀のイェーリングたらんとしていた。あまり知られていないが、穂積には「十九世紀ザビニーありき 二十世紀には穂積ありき」の歌がある²⁵⁾。また牧野の著書『刑事学の新思潮と新刑法』(1909(明治42)年)の扉には、「目的はすべての法律の創造者なり」というイェーリングの銘が記されている。まことに、牧野英一は日本のサヴィニーたる穂積陳重を意識しつつ、みずからを日本のイェーリングに擬したのであった。

それはともかく、牧野は歴史法学と自然法学を止揚して、独自の〈自由法論〉を樹立せんとした。次に引用するのは、『法律における矛盾と調和』(1919(大正8)年)からの一節である。

「彼の研究方法が所謂哲学的でなく、歴史的事実的であつた点に於ては、彼は歴史派の人である。併し、法律の目的を論じて理想主義を唱へた点に於ては、彼は自然法論者である。通常、彼は歴史派でも自然法派でもないとして取扱はれて居るが、実は歴史派と自然法派との調和者であると見ても宜いのである²⁶⁾。」

これは、歴史派に対するイェーリングの目的論、という項目のもとに書かれた文章である。したがってこの箇所は、直接にはイェーリングについて牧野が語っている部分なのだが、しかし、これを牧野自身についての評価と読んでもまったく違和感がない。彼もまた「歴史派と自然法派の調和者」であつたのだから。

25) 穂積重行『穂積歌子日記 1890—1906——明治一法学者の周辺——』みずす書房、1989年、586頁。同『明治一法学者の出發——穂積陳重をめぐる——』岩波書店、1988年、335頁参照。

26) 牧野『法律における矛盾と調和』有斐閣、1919年、35頁。

牧野英一は日本のイエーリングだといったが、これは日本のサヴィニーとしての穂積陳重との思想的緊張関係において、はじめて意味をもつ性格のものである。もちろん、牧野がイエーリングに触発されたのはまちがいないし、サレイユやジュニーヤリストとの関わりもそのとおりである。さらには梅謙次郎からの影響もあっただろう。けれども、それを承知のうえでいうのだが、牧野は他の誰よりもまさしく穂積の弟子であった。法律進化論のみならず、〈進化〉という言葉へのこだわりが、なによりも雄弁にそれを物語っている。

Ⅳ ネクロロジー

牧野英一は、折々に実に多くのネクロロジー（追悼文）を著した。おそらくこれを一冊にまとめれば、立派な法思想史の研究書ができたことだろう。だが不思議なことに彼はそうしなかった。牧野によるネクロロジーは、その都度公刊した論文集に載せられることはあっても²⁷⁾、結果として書き散らされたままに、やがて忘れられようとしている。

わざわざネクロロジーを書くからには、その対象となった思想家たちは、牧野法理学の形成になんらかの意味で寄与した人物にちがいない。だとすれば、これを再構成することで、牧野自身を対象とした思想史が描けるはずである。

まずは「わたくしの著述」と題する彼の回想録から、関連する個所を抽出してみる。

「わたくしは、努めて学恩ある人人のネクロロジーを書くことにした。明治四十三年に歿せられた梅先生のために、大正十五年に喪はざるを得なかつ

27) 一種のネクロロジー集として、牧野『法律における理論の論理』有斐閣、1953年、がある。ここに収録された13編の論文のうち、8編がいわゆるネクロロジーである。だがこの本の標題にみられるように、牧野の意図はせいぜい法学方法論についての論文集を公刊することであって、ネクロロジーを集成して思想史としてまとめることまでは考えていない。また、『刑法と社会思潮』増補再版、有斐閣、1921年、にも付録として8編のネクロロジーが収められている。これも再版に際して付け加えたものであって、初版は留学先からの「通信」を集めた刑法学的紀行文集であった。

た穂積(陳)先生のために、さうして昭和十年に終に永眠された富井先生のために書いた。小河博士のために、次いで勝本(勘)博士のために、さうして、岡田先生のために書いた。ロンブローゾのことは上に挙げた。リストに、フェリーに、ガローに、グロースに、プリンスに、コーラーに、デュルケムに、ベルチャーヨンに。さうして、イエーリングについては、ヘーゲルの死百年とリストのマルプルヒ綱領五十年との間にイエーリングの死四十年として追慕の辞を書いた。サレイユに対しては、『民法の基本問題』第二編の第二章第二節がネクロロジーに代へられたものである。わたくしは、留学中、ベルリンから、ローマを終へて、パリーに移らむとした際、不幸にもその計を耳にしたことであつた。リストとフェリーとに就いて親しく教を受けることのできたことは無上の幸福であつたと考へてゐる。しかし、すべての人、今や、皆、亡し²⁸⁾。」

梅や穂積や富井、あるいはリストやフェリーといったように、直接に教えを受けた先達に対してネクロロジーを書くのならわかる。しかし牧野の筆はヘーゲルやイエーリングなど、面識のありようのない者にまでおよんでいる。また死の直後に書くのならともかく、彼はその人物の死から何十年もたったところで書くことが多かった。

つまり、牧野によるネクロロジーは本来の追悼文ではない。それというのも、彼は、思想家の死去のみならず、ときには生誕から数えて区切りのよい時点を捕らえては、そのいわゆるネクロロジーを公にしているからである。もしかすると、あらかじめ原稿を書いておいて、頃合いをみては順次活字にしていってのはあるまいか。そういいたいくなるほどに、牧野のネクロロジーには、生誕〇〇年とか逝去〇〇年とかいった標題のものが多し。

区切りのよい時点といったけれど、牧野はまた数多くの記念論文を物している。いわく、「憲法三十年」「民法三十年」「刑法の四十年」といったふうのだ。旧憲法の発布、および民法と刑法の施行から30年もしくは40年が経過した時機

28) 牧野「わたくしの著述」544頁。

に、そのつど公表されたものである。このほかに、『法律との五十年』のように彼の学究生活を基準にした本や、『法律文化の五百年』といった単なる時間的経過のほかには意味を見出しにくい著書まである。ここまでくると、〇〇周年記念ということが完全に自己目的と化しているが、この傾向は多少ともネクロロジーにも反映している。

牧野の手になるネクロロジーのうち、目についたものを掲げてみよう。

「オットー・フォン・ギールケの生誕百年」(1941年)

「ルードルフ・フォン・イエーリングの永逝五十年」(1942年)

「リスト教授の生誕百年」(1951年)

「穂積陳重先生の永逝二十五年」(1952年)

「フェリー先生の生誕百年」(1956年)

「ロンブローゾ逝去五十年」(1961年)

「梅先生の永逝五十年及び富井先生の永逝四半世紀」(1961年)

こうしたネクロロジーからは色々なことが推測できる。当たり前だが、牧野が関心をもった法学者は誰であったかがわかる。また、牧野法理学がいかにして形成されたかを、かなり明瞭に跡づけることができる。さらには、彼がネクロロジーを献じた法学者のなかで、とくに誰を評価していたのかもおのずと明瞭になるだろう。ここでは詳しい検討はしないけれど、おおよその方向だけを示しておく。

イエーリングとギールケから始めよう。彼らはドイツ歴史法学派に属し、各々ロマニステンとゲルマニステンの流れをくむ。この二人を並べたとき、牧野がイエーリングを評価するのは容易に理解できるが、ギールケについて論じるのはやや意外な感じがする。

ところが、牧野英一はギールケの死の直後に「ギールケ教授の永逝を聞きて」(1922年)を著し、その二十年後に「オットー・フォン・ギールケの生誕百年」を書いた。二つのネクロロジーをつうじて彼が評価するのは、ドイツ民法草案に対するギールケの批判である。ギールケはヴィントシャイトが作成した第一

草案を、ローマ法的個人主義が強すぎるとして、これにゲルマン法的団体主義を対置した。牧野はこのギールケを、通常分類と異なることを承知であえて自由法論者に数え入れる²⁹⁾。ここにいう第一草案が、わが国の民法典編纂に際して、穂積たちが直接参考にしたものであったことはいうまでもない。

ギールケの団体法論は、イエーリングの功利主義の弱点を補う意味をもつ。なぜなら、イエーリングの「権利のための闘争」は個別的な利害が先に立って、法の目的たる平和は予定調和的にしか期待できないけれども、ギールケの団体主義は「私法の社会的任務」を掲げて、社会法の可能性を大きく展望したからである。牧野にとって、社会法 (soziales Recht) は自由法 (freies Recht) の発展的応用にほかならなかった。

次に、穂積陳重と梅謙次郎と富井政章の「三人の先生」であるが、彼らと牧野の関係についてはすでに概略を示した。富井政章はともかく、穂積と梅を比較したとき、実定法学の範囲でみれば、本来なら梅と牧野の関わりのほうが密接であってしかるべきはずである。

牧野英一の「自由法」的解釈論が梅謙次郎の「自然法」的解釈論とどの程度重なっていたかは、ここでは問わない。実は牧野は梅が自然法論者であったことさえ疑って、「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ったにしても、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ったのである」と述べている³⁰⁾。けれども、こうした言い方は、梅の自然法色を薄めて自分の自由法論につなげるための伏線と読まねばなるまい。田中耕太郎との関連でも同じことがいえるように、牧野の自由法は新自然法の一種とみることが十分に可能であるのだから。

案外、梅の民法解釈と牧野の刑法解釈はその基本的姿勢において連続性をもっていたのかもしれない。『法学志林』の編集の継承、つまり梅志林から牧野志林への移行はこうしたつながりを示唆してはいないだろうか。

29) 同「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——」『法学志林』24巻1号、1922年、107頁以下。

30) 同「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』266頁。

だがにもかかわらず、牧野英一は穂積陳重の弟子であった。穂積の法律進化論は、実定法学にはとうてい収まりきらない広がりをもち、牧野はそこに魅力を感じていた。彼は穂積へのネクロロジーにおいて、『法律進化論』を「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」と最大限に称えている³¹⁾。たしかに、牧野自身は法律進化論の彼方に自由法論を展望したけれども、しかしこれが成功したか否かはおのずから別問題である。というのもこれは、はたしてイェーリングはサヴィニーを越えたか、という問題とまったく同質のものであるからだ。

ともかく、穂積陳重の法律進化論を法解釈の領域で継承すべく、牧野英一は〈自由法論〉の旗を揚げた。この作業は、民法学のサレイユやジュニー、また刑法学のリストやフェリーやロンブローゾからの影響を受けてなされたというよりは、彼らと牧野は自由法運動の同志であって、それぞれの自由法論は同時に展開されたとみるべきである。

ところが、牧野によれば、ジュニーの「科学的自由探求」は「法典に依つて、しかし法典の外に」(Par le Code civil, mais audelà du Code civil)と称すべき立場であり、またサレイユの「進化的解釈」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)というべきものである³²⁾。つまり重心の置き方に相違はあるものの、いずれも「法典の外に」の標語のもと、民法典の外側に新しい民法学を求めようとする方法論の追求にほかならなかった。

同じことはリストについてもいえる。リストの刑法学は、そして牧野のそれと同様だが、罪刑法定主義を越えたところに、つまりは刑法典の外側に構築された。彼らの刑法学は、解釈学ではなく立法論にほかならなかったし、その意味でいわゆる刑法学から刑事政策学に変質すべきものであった。

牧野英一は、みずから会長を努めた刑務協会の機関誌『刑政』を、1952（昭和27）年に復刊した。晩年の彼は主にこの『季刊刑政』を舞台に、ますます旺盛

31) 同「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。

32) 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。

な執筆活動をつづけたのである。この雑誌の体裁は、刑政時評・論文・海外思潮・問題と文献などからなるもので、牧野はただに編集のみならず、所載の文章までをほとんど一手に引き受けていた。すなわち、一時期の『法学志林』とまったく同じく、『季刊刑政』もまた、実態は「牧野博士の個人誌」であったということにほかならない³³⁾。

ここにいたって、ようやく牧野法理学の全体像が浮かび上がってきたように思う。彼の歴大な著作群は、青年時代の「牧野志林」と『法学志林』と、晩年の「個人誌」『季刊刑政』とのあいだにすべてを位置づけることができる。それは彼自身も認めるように、民法的自由法論と刑法的教育刑論としてまとめることが可能だし、この二つを広義の〈自由法論〉として括することも困難ではない。

だが〈自由法論〉が、結局のところ、「法典の外に」という法学方法論の模索にすぎなかったとすれば、それはいまだイエーリングの問題提起の範囲内のものでしかない。イエーリングは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)を生涯のモットーとした³⁴⁾。一見してわかるように、サレイユやジュニーの立場もリストの立場も、いまだイエーリングの視野の内部に留まっている。ちなみに、リストはイエーリングの弟子であったし、サレイユもまたイエーリングから大きな影響を受けていた。

そして日本のイエーリングたる牧野英一の場合も、その〈自由法論〉は法学の新たな方向を指し示しえたとしても、だからといって実践的に自由法論的な法学を構築しえたかは疑わしい。自由法論は、概念法学と自然法学のせめぎ合いのなかで咲いた徒花にすぎなかったのか。牧野は歴大な著作を遺し、そのい

33) 佐藤昌彦『牧野刑法学説の研究』良書普及会、1981年、5頁。

34) Rudolf von Jhering, Unsere Aufgabe, in: Gesammelte Aufsätze aus den 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。ders., Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 1, Neudruck, Aalen, 1993, S.14.

たところでイエーリングの例のモットーをくりかえしたけれど、ついにイエーリングを越えることはできなかったのではあるまいか。

念のためにいうが、このイエーリングにしてもサヴィニーあつての存在である。同様に、牧野英一も穂積陳重あつての存在であった。イエーリングのモットーがサヴィニーの歴史法学に向けられたように、牧野の〈自由法論〉は穂積の法律進化論を乗り越えるべき高峰として想定していたのではなかったか。

だとすれば、穂積の法理学と牧野の法理学は一連の作業として捉えられねばなるまい。牧野英一はなによりも法理学者であった。刑法や民法の解釈の実際などは、牧野法理学の観点からすれば、ほんの余技にすぎない。真に問われるべきは彼の〈自由法論〉に含まれた方法論的考察であって、その実定法学上の応用などではないのである。

牧野英一は多くのネクロロジーを書いた。だが、牧野へのネクロロジーは、いまだ書かれていない。