

Title	刑法学研究の基礎：一九世紀ドイツ刑法学の論文集成を終えて
Sub Title	Grundlagen des vergleichenden Studiums der Strafrechtswissenschaft : unter besonderer Berücksichtigung der Aufsatzensammlung aus den Fachzeitschriften im 19. Jahrhundert
Author	宮澤, 浩一 (Miyazawa, Koichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1978
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.51, No.5 (1978. 5) ,p.51- 87
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	中村菊男先生追悼論文集
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19780515-0051

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

刑法学研究の基礎

——一九世紀ドイツ刑法学の論文集成を終えて——

宮澤浩一

昭和三十六年の暮だつたと思うが、中村菊男先生から、西ドイツに一月くらい、一緒に旅行をしませんかという話があつた。聞けば、連邦新聞・情報局の招待旅行で、東西ドイツの政治情勢の推移を視察し、社会民主党の党勢を占うというテーマであるとか。同行者の役割は、通訳兼道案内ということであつた。

昭和三四年五月に、ハイデルベルヒでの留学を終え、帰国後、今後、何としてでも五年に一度は国外に出て、外から日本の学問を見直すことにしようと思つていたので、この話は渡りに舟であつた。しかも、ミュンヘン、ボン、西ベルリン以外の都市は、私の旅行計画を大幅に採用するという条件であり、途中で一週間、別行動も可能であるという魅力的な話であつた。

此の旅行は、今考えてみると、私自身のその後の研究については勿論、塾法学部のためにも、大きな意味をもつものとなつた。一つは、開所したばかりのグスタフ・ラートブルフ・ハウス(フランクフルト・プロイゲスハイム)を見学し、西ドイツでの刑事施設の近代化の胎動を見学したこと、二つは、スウェーデンに行き、同年に施行された児童福祉法を持ち帰り、併せて、少年刑務所の若干のものを視察して、同国のすぐれた刑事政策の現状にふれたことであり、三つ目は、ザール大学を訪問し、当時、建設途上であつた「法経学部」の研究施設を見て、ここに、従来の西ドイツの大学とは異なる研究体制の合理化のモデルを見出したことである。帰国後に、内池慶四郎君から留学地の相談を受けたとき、この体験をふまえて、ためらうことをなく、ザール大学

をすすめたのであつた。一九六〇年に、親しき友のアルトゥール・カウフマンが同大学の正教授となつていたのだが、若し、あのとき、ザール大学を中村先生と一緒に訪問していなければ、同僚の多くを同大学へと送りこむような気持は抱けなかつたであらう。

その後、私自身を含めて、石川（明）、内池、阪埜、新田、金子（晃）、坂原、加藤（修）、斉藤といった、法学学科の若手教員の大多数がザール大学で研究生活を送つたのである。

中村先生とは、学問分野が違ふので、その御業績を適切に評価する能力は私にはない。ただ、法学研究が発刊されることに、その誌上にしばしば御名前が登場するのを目にし、政治学科の存在を世に問う役割を演じて居られることを推測していた。

西ドイツを旅行中、いろいろな話をうがしたが、印象に残っているのは、真面目な人柄であるということ、塾の法学部の将来が常に念頭にある方だということだつた。先生は、その当時、美食家であり、かつ、かなり大食漢であつた。しかし、その後、体をこわされ、好物が食べられないという話をうかがい、大へん気の毒に思つていた。そして、読書をし、論文を書くということのほかには、殆んど趣味らしいものもないと言つておられた先生が、最近、体力的に相当おとろえられ、あまり仕事もできないと言われたとき、胸の痛い思いがした。

法学部は、中村先生の健筆に支えられていた頃と比べると、今日ではスタッフの数も揃い、それらの人々の仕事の量・質も、ずい分、良くなつてきた。しかし、今、冷静に自分達のことを見つめると、何か、形容しがたい沈滞を感じないわけにはゆかない。多勢で、やつさ、もつさと仕事を我武者羅にやつていた時代の雰囲気は、現在、一体、どこに行つてしまつたのだろう。殊に、講師、助手諸君の見せる妙に老成したような、変に世間慣れのした風体・言動は、どうしたわけなのだろう。学問の道をひた走りに走る者は、もつと書生面をした者共の集団であるべきではなからうか。

中村先生が最後までそうであつたように、私は管理者の顔ではなく、書生の心と顔をもち続けたいと思う。そういう者がいなくなれば、大学という小社会が掲げている学問の府という看板が音たててずり落ちるからである。私は信ずる。

はじめに

一九五七年にハイデルベルヒ大学に留学し、法学部のゼミナールの図書室で勉強していた折に、刑事法の読書室などで博士論文の準備をしている学生や助手の仕事ぶりをしているうちに、日本の学問のあり方に対し、次第に疑問をもつようになってきた。それと同時に、ドイツの若い研究者の基礎的な文献の集め方にも、若干の疑問を抱くようになった。同じような経験は、ザール大学でも、ミュンスター大学でもくりかえされたので、おそらく一般的であると思われるが、テーマに関する文献の蒐集は、基本的なモノグラフィや体系書の文献欄を頼り、それらをたぐつて過去に遡つてゆくことが多かった。研究室や図書館でのカード・ボックスなどに、事項別や人名別の雑誌論文カードが数世代にわたつて揃つているところは、殆んどなかつたといつてよい。今日の若い研究者がそうであるなら、なおさらのこと、かつての若者たちも、又、同じように、視野の狭い仕事のくりかえしではなかつたか。われわれは、これまで、遠くの方から、印刷された本や論文——しかも、そのうちの入手したごくわずかなもの——に現われた限りでの思考の展開を読み、自分達の知らないことが多くでているのに幻惑されて、本来は不十分な考証であるのに、それがすばらしいものであると錯覚を起していたのではなかつたか。その間違いを避けるには、評価する主体の側に、客観的な尺度がなくてはなるまい。それは何か。それが、ビブリオグラフィである。一体、それはあるのか。ハイデルベルヒ大学の法学部ゼミナールのレファレンス室のベテランの秘書に聞いてみた。「若干の雑誌⁽¹⁾には、総合レジスターがあります。しかし、戦後のものには、それもあります。全部の法学文献についての総合レジスターは勿論ありませんし、どういふ学者が活躍しているかも、一覧にしたものは今のところありません。雑誌室にある各大学の講義要綱から、自分で抜き書きして造るのが、一番よい方法でしょう」ということだつた。

ビブリオグラフィを造る。そのために、まず、基礎作業を行う。このときの秘書さんの言葉を契機として、その後の二

○年間の私の仕事が始まったといえる。もつとも、助手になつて最初に手がけたのが、全刑法学雑誌の全論文をカードに書くことであつたから、こういうことに向く性癖であつたのは、事実である。

ハイデルベルヒでは、とりあえず、刑法学者の現有勢力について調べ、不完全ながら、彼らの主要著作のリスト・アップをしておいた。一九六四年に、半年、ザール大学で研究生生活を送つた折、刑法の教授陣はその後の五年間にどういふ顔ぶれになつたかを調べたりえて、祝賀論文集や雑誌に発表された論文を抜き書きした。各人に大版の紙一枚ずつをあて、見つけた論文を書き加えてゆくという方法をとつた。物故教授は除いたが、大体、今世紀の初頭以後の資料についてカバーすることができた。⁽³⁾

その後、この仕事は、追録を四回出し、⁽⁴⁾今も断えず、続けている。

西ドイツを調べながら、併せて行なつたのは、ドイツの周辺諸国の状況の把握である。比較的まとめやすかつたオーストリアについては、すでに発表したが、⁽⁵⁾目下、スイスの整理の最終段階に入つている。スイスについては、これまで、その状況は日本には殆んど知られていないので、各大学に法学部の歴史を問う質問表を送つた。その回答を整理し、スイスの全大学の法学部の刑事法スタッフの歴史を調べた上で、出版にふみ切ろうと考えている。

ベルギーについては、全論文をカード化し、人名と事項に分けてタイプにとり終えたので、最終的な整理作業に入りたいと思つている。

全刑法雑誌は、利用することも多く、私自身を含めて、最も合理的に利用するために、どういふ形で整理するのがよいかを考えている。二枚ずつのカードを作り、人名別・事項別に並べ、工夫している。一応の形が思いついたら、タイプにうつつもりでいる。

月刊犯罪学と刑法改正誌、クリミナリストークは、やや性格の異なる資料であるから、別建てとして処理し、これもカ

ード化を終つた。

一般雑誌⁽⁶⁾の刑事法関係の文献も、とりあえず第二次大戦後の分をカードにとり、各雑誌ごとにタイプして整理し終えたので、これを学者と実務家に分け、後者について、今後、整理をするつもりである。

右とともに、犯罪学・刑事政策の分野について、一九七〇年以降の分を英・米・カナダ・仏・オランダなどの文献⁽⁸⁾を特に念入りに整理し、これらの国における学問の発展に注意を払っている。この分野は、動きがはげしく、その進展のテンポに遅れると意味がないので、どうしてもこの措置は必要であつた。

以上の作業は、一九世紀末から今日までの比較的最近の動きを把握するための基礎資料に関連する。

だが、学問の伝統は、連続した知識の集積の上に築かれている。より確固とした基礎⁽⁹⁾に立つて学問を推進するには、もう一歩進まねばならないという考えから、昭和四五年に「刑法雑誌」に西ドイツ刑法学の現況に関し一応のまとめを発表した頃から、一九世紀刑法学の調査にとりかかつた。軍事機密と同様、次の新しいものが出来る見通しが立つたとき、公開するというのが常道であろう。

単行本や論文の一つ一つを手にとつて自分でタイプにうつたり、メモをとつたりしてお蔭で、これらの資料の大略が頭に入つた。無駄な努力のように思えたが、結果的には、他人の造つた資料整理を利用するのでは得られない物の見方が次第に身についたように思う。

雑誌によつては、人名別・事項別の索引が整つたものもある。一〇年分、五〇年分をまとめたものである。ダウ⁽¹⁰⁾の仕事や比較法学会の「ドイツ法ビブリオグラフィ⁽¹¹⁾」もある。だが、それらを利用すれば、誰がどういうテーマをいつ書いているかを知ることができるが、雑誌の発行年度⁽¹²⁾ごとにどういうテーマが扱われ、それが次第にどう移り変つていつたかを、時間という縦軸にそつて見渡すことはできない。それをするには、一〇〇年、二〇〇年分の雑誌を一冊ずつ自分で見ていつて、

メモをとることしか手はない。

それを行なつた者は、刑法学の流れ、学者や実務家の顔ぶれとその構成の変化はもとより、彼らの問題関心がどう動いたか。政治や社会や経済の動きとどうからんで学説が発展したかについて、一、二世紀におよぶ資料という全く客観的な材料を通じて、はつきりと認識することができるのである。⁽¹²⁾ ドイツでの自由な時間の大半が、それに当てられたことだつた。

人の書いた通史を利用するのは、その時代に生き、問題解決に悩んだ学者や実務家の問題意識や、努力を間接的にもせよ、感じとることはできない。

外国人の書いた本の文献欄を利用するのは、われわれの知りたいと思う点が必ずしも伝わらない。第一、彼らも、物事の発展について、正確な見通しをつけて書いているわけではない。

こういう点をふまえて、これから、従来の「学説史」が犯していた誤まりを一つ一つ正してゆきたいと思う。

今、資料全部について見通した段階において、内外の多くの体系書やモノグラフィ、論文を見てみると、ずい分、いかげんで、不充分で、不正直なものが多くことに気づくのだが、しかし、今はそれを言うまい。テーマについて、何か書くときに、必要な限度で指摘しよう。本当のことは、しばらくふせておいて、次の世代に宛てたメモの形で残しておくことにする。

(1) *Archiv des Criminalrechts, Archiv für Kriminologie, Deutsche Juristen-Zeitung, (Goldammer's) Archiv für Strafrecht, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* など一〇年分、五〇年分まとめられたテキストであった。

(2) 研究者の陣容のみ紹介したものが、法学研究三一巻八号に発表された「ドイツ語圏の各国大学における刑事法関係研究者総覧」である。最近の状況は、西ドイツ刑事法学の研究体制 付オーストリアおよびドイツ語圏スイスの状況、法学研究四七巻三三〇頁以下にある。

興味あることに、西ドイツでも、遅ればせながら、法学部教授陣の一覧を出している。例えば、Rechtslehrer an Universitäten und Hochschulen, in: Juristen-Jahrbuch, Bd. 10, 1969, S. 189 ff. これは、一九六九・七〇年度の講義要綱によつたものである。

(3) 法学研究三八巻八号六四頁以下。

- (4) 追録・法学研究四〇巻三号八八頁以下、四一・四五巻九号八七頁以下、一〇号七一頁以下、四八巻六号五三頁以下、四九・五〇巻四号七四頁以下。
- (5) オーストリア刑法雜誌論文目録、法学研究四一巻七号四五頁以下、オーストリア刑事法学の一断片、法学研究四一巻一二号五一頁以下。昭和四三年。
- (6) 雜誌名をドイツ語順に並び、次の通りである。
Deutsche Richterzeitung, Juristische Rundschau, Juristenzeitung, Monatsschrift für deutsches Recht, Neue Juristische Wochenschrift.
- (7) 著者については、近へ、西ドイツ刑法学研究資料(仮題)第一巻——学書編——として公刊する。
- (8) 註文をドイツ語順に列挙するが、次の通りである。
Acta Criminologica (Canada), British Journal of Criminology (England), International Journal of Criminology and Penology (Holland), International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology (England), Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, Journal of Police Science (since 1973 USA), Kriminologisches Journal (West Germany), Revue Internationale de Criminologie et Police Technique (Switzerland), Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé (France), Scandinavian Studies in Criminology, Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe.
その他、最近、Canadian Journal of Criminology の全巻を入手し、整理して入っている。
その他、英米の文獻は Radzinowicz-Hood, Criminology and the Administration of Justice. A Bibliography, 1976 の巻を参照。
カペーラ等。
- (9) 西ドイツ刑法学一人の業績(註)、刑法雜誌一七巻一・二・三・四号。
- (10) Helmut Dau, Bibliographie juristischer Festschriften und Festschriftenbeiträge 1945-1961, 1962; do, 1962-1966, 1967; do, 1967-1974, 1977. この著作は、それ自体として貴重ではあるが、若干誤植が見える。
- (11) Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Bibliographie des deutschen Rechts, 1964, 2 Ergänzungsbände(1964-1968), 1969; (1969-1973), 1974. ドイツ法の全領域をカバーするものであり、貴重であるとは思いますが、各分野は、重要なものが限られており、専門の研究者にとってはこれだけでは勿論、充分とはいえない。ドイツの文獻に慣れない外国人用に、一般向けに造られたビブリオグラフィといえるだろう。
- (12) 明らかに付言すれば、主要な研究者や実務家の略歴、出身、師弟関係、時代背景などをまとめた「ビオグラフィ」をも出来るだけ集めることは、この種の研究にとって、不可欠な補助手段になる。

一 学説と資料

一 あらゆる学問分野に共通のことと思われるが、そこに展開される概念、用語、理論について歴史的な発展過程を正確に跡づけておく必要がある。理論史あるいは学説史とよばれる研究分野がこれである。現行法の規定の解釈論者とは異なり、解釈論に理論的支柱ないし方向性を与えるという実践的な意図のもとで仮説を提供する理論家は、えてして、先人の考え、書き残した文献を無視し、若干の資料を材料にして、加工し、大胆な仮説を提供することが多い。そして、仮説として一般向けするものは、往々にして雑駁である。事柄を単純化し、余計な枝葉を切り捨てた結果、表面的にすつきりし、何か一切の事象を説明しきれたような外観を呈する「学説」となるので、大方の支持を受けるようである。だが、そうした作業の所産は、長い学問的な評価に堪えうるであろうか。一時の「知的興奮」をそそることはあつても、その種の気のきいた「業績」に、永遠の生命があるとは思えない。又、あつてはならない。大向うの喝采を拍する仕事は、往々にして、人の意表をつくアクロバットのなものである。しかし、その印象は長く持続するものではない。もつとも、神話化し、語り継がれば話は別だが、そのためには、熱心なエピソードが長期間にわたり、沢山いる必要がある。学問の世界に、この種の出来ごとがあつてよいか。私には、そうは思えない。学問の世界には、表面的に華やいで見え、一時の人気をはくする種類の学説がいつもでてくる。学問にたずさわる人々のすべてが、必ずしも、真面目に真理を求めているとはかぎらず、流行の権威によりかかつてお茶をにごすことがありうるからである。

二 刑法学は、その他の多くの学問分野と全く同様に、長い学問の歴史をもつている。今日、われわれが当然の事理として用いている「理論」や「用語」や「概念」の殆んどすべては、これを遡れば一六、一七世紀の近代の学問の発祥の時期に至る。そこまで遡ることは、研究資料の上で無理としても、一八世紀末のフォイエルバハ、グロールマンらの活躍した時期

以後の学問的展開へと遡ることは、刑法学研究の上で可能であり、必要でもあった。

事実、一九世紀末、一八九三年に創刊された刑法叢書⁽¹³⁾ (Strafrechtliche Abhandlungen) に、その多くの例がある。この叢書は、当時の全ドイツの刑法学者の支援で次第に内容が充実してゆき、個別テーマを扱った著作の多くのものは、学説史の形で冒頭の部分において歴史的な考証を加えている。

このほかにも、フランツ・フォン・リストの主宰するハルレ大学⁽¹⁴⁾、ベルリン大学の刑法ゼミナール叢書⁽¹⁵⁾、ライプツヒヒ大⁽¹⁶⁾学法学叢書などにも、刑事法関係のすぐれたモノグラフィ⁽¹⁶⁾が出た。いずれも、学説史的な考察をふまえた密度の高いものを含んでいる。

わが国の刑法学研究が本格的に始まったのは、ドイツの文献に接するようになった明治三〇年前後、すなわち一八九〇年代の中頃である。当時、ベルナーやV・リストの体系書を媒介とするドイツ刑法学の祖述をもつて、日本の刑法学は開始されたといつてよいだろう。⁽¹⁷⁾

その後、牧野、小野、滝川、佐伯といった学者の努力で、今世紀初頭の刑法学の動きをとらえ、法哲学や法思想の動向をもふまえた学問上の成果があがつていった。第二次大戦後は、以前にもまして、「刑法学の現状」を正確に捕捉する仕事は、多くの人々の努力に支えられ、推進されて今日に至っている。ドイツ刑法学にいささか偏りすぎているが、刑事法の分野の比較法研究は、相当のところまでいつている。

三 西ドイツで、わが国のドイツ刑法学研究の広さを評価する学者が増えている。多くの研究者が、各地で研究生活を送り、その事実を知らせたからであると思われる。興味のあることは、その研究の基礎資料としての「西ドイツ刑法学の現状」が、彼らに与えたインパクトが極めて大きかったようである。西ドイツになく、長い間、必要だと感じていたものが日本で造られたという出来事は、余程、衝撃的であつたようである。チュービンゲン大学法学部が、この仕事を評価したのは、理

由のないことではなかつた。

ところで、或る国の学問の全体像をとらえるのは、その渦中にあつて、自分も一緒に学説上の争いに身を投じている者よりも、その局外にあつて、外から論争の推移・動向を見つめる者の方が、より正確に、事態を客観視できるものである。原典にかえつて、学説の展開の現実に迫るといふ仕事は、単なる模倣ではない。断片的な材料をつぎはぎする仕事は、日本でこそ新しいもののように扱われるが、外国で通用するわけがない。いくら、日本でオリジナリティーがあるとしてもはやされても、所詮、アイディアの盗作であるものは外国に出せるわけがない。そのようなことは、学問上の自殺行為だからである。日本語という言語の壁に救われている類の学説が横行しているうちは、大きな飛躍は望めない。

四 ところで、すでに述べたように、現代の刑法学・刑法理論の研究状況を全体として把握するという仕事の対象は、西ドイツに限られるわけではない。スイス、オーストリアをはじめ、西欧の刑事法学の動向に対する現状分析にも当然向けられるべきである。それと同時に、現在の学問状況を正確につかまえるために、ある程度、過去に遡つて学説のルーツを見究めることの重要性をも顧慮すべきである。

わが国の学説の最大の欠陥は、実は、この点の厚みに欠けるところにあつた。刑法学の全体の流れを考えるグローバルな視野にせよ、はたまた個別問題の学説史的検討にせよ、これまでに見られる大部分の研究成果は、自分で原資料に當つて探した例は稀で、その多くは、ドイツのモノグラフィや雑誌論文の説明に依拠していた。勿論、私自身も、かつては従来の日本的「研究」方法を踏襲していた。だが、すでに述べたように、手本としたドイツの文献すら、必ずしも、自分自身で過去の業績を掘り起すのではなく、二次資料によつて例が多い。個別問題についてもそうである。

まして、グローバルな見地に立つて、ドイツを中心とする刑法学説史、若干の刑法学者の業績を時代思潮や哲学の流れ、精神史との関連で位置づけをする仕事は、かなり問題である。それらはずいぶん分数多く残されている。しかし、その多くは、

あらかじめできあがつている概念図式に恰好よく当てはめるように、過去の業績のうち都合のよい部分を選び出してまとめたものではなかつたか。比較的よくまとまつているシュミットのドイツ刑事司法史入門も、資料を厳密に渉猟し、文献を分析した所産とはいいい難い。

五 どうも、学問の流れを資料的な裏づけをえて正確にキャッチする努力は、従来の仕事の中で、何人も真に試みたことはなかつたように思われる。私は、文献による学説史の追求に関する仕事の準備段階で、知り合いの西ドイツの友人達に右の意図をあかし、その感想を求めてみた。その回答をまとめると、一九世紀の刑法学の実態を知りたいとは思っている。しかし、論文の所在を正確につかみたいとは思つても、それをするための根気がつかない。若し、雑誌論文の全容が分れば、学説史を書き変える重大な仕事になるだろう、との答えだつた。一方で、現在の学説の動きに対応しつつ、同時に、過去の学説を整理する閑があるのかと、真面目に心配し、無理だからやめた方がよいと忠告してくれた人もいた。誰しも抱く当然の質問であり、疑問であつた。だからこそ、やらねばならないというのが、私の結論である。そして、この仕事は、今、まとの段階に入つた。さし当つて出来たのが、雑誌「ゲリヒツザール」の執筆者別目録⁽¹⁹⁾であつたが、今、四種類ほどの刑事法関係の雑誌の内容が大体分つた。その主な論文にも、大体、目を通すことができた。全体的な見通しのついたところで、これまで、一般に通用していた「学説史的」所見なるものに対して、私の根本的な疑問を提示してみた。

六 以下、注をできるだけ少なくしておきたい。何故なら、それはきりのないことであり、ここで述べる論点の多くは、現在、予定している外国刑事法文献集成第五卷「一九世紀ドイツ刑事法雑誌」に整理される論文を読んで得た感想であるからにはかならない。

これらの論文は、その一つ一つを文字通り手にとり、自分でタイプし、興味のあるテーマのものについては、目を通し、

必要と思われるものはコピーにとり、事項ごとにファイルし、そして要点をメモに残した。要するに、目をつぶつて思い出すと、その全体像が浮んでくるまでに、筆者と一体化しつつある。

しかし、そうはいつても、他の研究者に役立てるためには、最少限の注は必要と思われるので、その限度で引用することにした。

雑誌によつては、筆者名が明示されず、内容的に面白い論文が少くない。殊に、ゴルトダンマー刑法誌の最初の頃の二〇巻くらいまでは、この種の論文が相当あつた。文体からみて、どうやら、編者のゴルトダンマーの手になる論文ではないかと考えているが、よくは分らない。

(13) 此の叢書は、一九四二年まで、全四二七冊が公刊され、戦前の研究者は、かなり重宝して利用した。だが、これを全巻揃つて所有している例は、わが国においては限られていた。慶應義塾には、ラインハルト・フランク文庫として一括して購入されていたが、整理の途中で戦争となり、図書館の地下に死蔵されているうちに、戦災で殆んど失なつた。今回、その復刊がなされたことは、極めて有意義である。

第二次大戦後に、わが国の学界で多くの業績がでたが、この叢書の多くのものが利用され、結局、この叢書の有無と利用の能力が、一時期の「学者誕生」を左右したといつて過言ではない。なかには、利用しつつも「引用しない」といつた「知能犯」もいる。

(14) *Abhandlungen des Kriminalistischen Seminars zu Halle.*

(15) *Abhandlungen des Kriminalistischen Seminars an der Universität Berlin.* これは、一九一四年の *Abhandlungen des Kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin* となり、第二次大戦の末期に終焉した。

(16) *Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien.* これは、一九七〇年に、東独の古書店 (Zentralantiquariat) が写真版で復刻した。

(17) 法政大学の吉川経夫教授を中心にして、有志の刑事法研究者が共同して、刑法理論史研究会を造り、明治初期以後の日本の刑事法の理論史を三年にわたり研究し、本年から、その成果を逐次公刊することにしてゐる。

(18) *Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege.* 3. Aufl., 1965. 勿論、いろいろ評価をしたことは、本書の学生向け入門書としての生い立ちをわきまえての話である。ゲルマン法の成立から今日までの法の発展状況を手きわよく説明している本書は、もとよりすぐれた作品であるといえる。

しかし、何といつても、本書は戦争中に書かれ、戦後の混乱期である一九四七年に初版が出た。一八世紀以後の叙述をみても、その資料の多くは、体系書によつてゐることが明瞭である。真の意味での学説の展開を究明するためには、雑誌論文によるべきではないかというのが、私の基本的な疑問

である。

(19) 宮沢浩一編・外国刑事法文獻集—ゲリヒツザール、昭和五十一年。この資料集は、さし当つて、五巻から成る筈である。このほかに、西ドイツ刑法学
研究についての三巻から成る資料集を用意している。

西ドイツ(ドイツ)に、やや比重がかかりすぎているが、これは、私の能力の限界によるものである。ただ、私としては、この仕事に刺戟されて、
同僚の中から、フランスやイギリスについて、同じような基礎的な研究資料集を造る人が出てきて欲しいと思つてゐる。

二 一九世紀刑事法関係雑誌の概観

一 私がこれまでに調べた一九世紀のドイツ刑法学の雑誌文獻は、「ゲリヒツザール」を除くと、次の四点である。それ
らを、創刊号の発刊年次順にあげると、次の通りである。それぞれについて、簡単にコメントをつけよう。

1. *Bibliothek für die Peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde* (ビブリオテーク)

この雑誌は、アルメンディンゲン(ヘルボン大学)、フォイエルバハ(イエーナ大学)、グロールマン(ギーセン大学)を編
者として、一七九七年に創刊され、一八〇四年に廃刊になつた。

この雑誌に発表された全論文をみると、執筆者として、アルメンディンゲンとフォイエルバハの名しかでてこないが、無署名
論文は、グロールマンの手になるものかも知れない。全部で三巻しか公刊されず、一八〇一年から一八〇三年までは一冊
も出なかつた。一八〇四年に発表されたフォイエルバハの有名なクラインシュロート刑法草案批判第一部、第二部を最後と
して、突如廃刊になつた。

生命の短かい割には、フォイエルバハの刑法学上の重要な論文(故意・過失論、刑罰本質論)のほか、アルメンディンゲン
のフランス刑法の研究、過失犯論など、重要な論稿が登載された。⁽²⁰⁾

2. *Archiv des Criminalrechts* (アルヒーフ)

この雑誌は、クライン（ハルレ大学）とクラインシュロート（ヴュルツブルク大学）により創刊された。第一巻は一七九九年に公刊され、第七巻一八〇六年までは、この二人が主として執筆していた。一八〇三年頃から、ハルレ大学のコノバク教授と、アッシェンブレンナー、アイゼンハルトらの名も散見しうるようになる。

ところで、本誌は、一八〇六年から一八一五年まで、休刊した。恐らく、プロイセンとフランスとの戦争のために、ドイツ内の小国が双方に分れて対立した結果、学術雑誌の公刊が事実上、不可能になつたものと思われる。

一八一六年に、*Neues Archiv des Criminalrechts* と改称し、第一巻が公刊された。ちなみに、一八一五年に、ドイツ連邦が発足している。

この体裁で一八三三年（一三巻）まで、断絶なく公刊されるが、この時期に注目すべきことは、執筆者の顔ぶれが多彩になつてきたことである。クラインは、一八一〇年に、ベルリンで死去したが、クラインシュロートは、依然、活躍をしていた。ランズフト大学のミッターマイヤー（後に、ボン、次いでハイデルベルヒ大学）、ハルレ大学のホフバウアー、テュービンゲン大学のホフアッカー、ボン大学（後にベルリン大学）のヤルケ、ルーバン大学（後に、フライブルク大学）のビルンバウム、プレスラウ大学のアベック、ライプツヒヒ大学のウエヒターなどが次々と登場する。

一八三四年以後、同誌は三たび名称を改め、*Archiv des Criminalrechts* にもどり、*Archiv des Criminalrechts* にもどり、*Archiv des Criminalrechts* を採用し、巻数の表示をやめた。これは、一八五七年まで続き、同年、総目次、事項索引などを付けて最終巻とした。

一八三四年以後は、複数の編集者の合議制となつた。編者に名を連ねているのは、アベック（プレスラウ大学）、ビルンバウム（フライブルク大学）、ヘフター（ベルリン大学）、ミッターマイヤー（ハイデルベルヒ大学）、ウエヒター（ライプツヒヒ大学）の五人である。編者のほかに、執筆者として特に活躍した人々は、これを登場順にあげると、ゲッティンゲン大学のツァーハリエ、テュービンゲン大学のヘップ、エアランゲン大学のグリュンダー、ギーセン大学のミューラーなどである。⁽²¹⁾

勿論、実務家も数多く登場している。第二期から、執筆者として名をつらねはじめるが、特に、アーノルト、ポップ、ヤーゲマンらの活躍がめざましい。

アルヒーフが、その使命を終えたとして、廃刊した理由は良く分らない。私の推測では、一八四九年に創刊され、多彩な執筆陣を揃え、しかも、体裁もスマートな「ゲリヒツザール」との競争に敗れたのではないかと思われる。

3. *Zeitschrift für Strafrecht*

この雑誌は、誌名が示すように、刑事訴訟関係のものであつたが、内容的には、行刑、さらに、実体法をもカバーした。一八四一年に、実務家のルートウィヒ・V・ヤーゲマン⁽²²⁾とフリードリヒ・ネルナーを編者として公刊された。この前年には、プロイセンのフリードリヒ・ウィルヘルム四世が即位をしている。刑事訴訟についての雑誌を公刊した理由は、これまで、刑事手続を独立の学問分野とするには、大方の関心が極めて薄かつたが、平和な時代が続ぎ、全ドイツ的な規模で刑事訴訟の分野において国家と市民との関係を統一的に規律する必要性が認識されるに至つたので、刑事手続一般のほか、捜査学、判決術、弁護術、警察制度、さらに、外国の制度との比較論などの論稿、判例批評を広く実務家、専門学者から求めたいとしている。⁽²³⁾ 本誌は、一八四六年に、テンメ判事をも編者に加え、全ドイツ的な視野での刑事訴訟法学の発展を期待し、新第一巻として再出発を試みた。そして、新第四巻（一八四七年）には、刑務所制度をも包括すべく *Zeitschrift für Strafrecht verfahren einschließlich des Gefängniswesens* と改称し、新第五巻には、V・ヤーゲマンの二五二頁にわたる大論文「刑務所における独居制の原則の法的根拠づけと実現」の中で、ブルフザール刑務所をモデルとした「独居拘禁論」が展開されたが、何のことわりもなしに、この巻で廃刊になつた。⁽²⁴⁾

フランスにおける革命騒ぎ、ドイツにおける帝制への移行の騒ぎなど、政治的に騒然とした当時の社会情勢が、マイナスに作用したのかも知れない。

4. *Goltammer's Archiv für Strafrecht* (ホルトダンマー)

この雑誌は、ゴルトダンマーを編者として、一八五三年に創刊された。創刊の当初は、*Archiv für das Preussische Strafrecht* という名称であり、編集協力者として、ハイデルベルヒ大学のミッターマイヤー、ハルリン大学のハフターのほかは、プロイセンの各邦国の実務家が参加し、文字通り、プロイセン刑法と刑事立法に関する雑誌であった。

ところで、一九卷(一八七〇年)の編集を終えた頃、創刊者のゴルトダンマーが死去し、マーガーを経て、二〇卷五号から、C・ハーンが編集主任となり、雑誌の名称も、*Archiv für gemeines deutsches und preussisches Strafrecht* と改められた。一八七一年に、ドイツ(第二)帝国が発足し、ドイツ民族の統一がなつたので、本誌も、全ドイツの刑事法をカバーする雑誌に発展したのであつた。

一八八〇年(二八卷)になると、編集の主体が「数人の刑事法専攻者(mehrere Kriminalisten)」と表示され、その誌名も *Archiv für Strafrecht* に三たび改められ、通称として、「ゴルトダンマー刑法誌とよばれるようになった。そして、三八卷(一八八七年)から、ライヒ裁判所のメベス判事が編者となり、従来よりもまして、実務家の寄稿する割合が増えてきた。全刑法雑誌も、この頃、すでに公刊され(後述)、実務家の発言の場を確保する必要があること、さらに、ライヒが発足し統一国家の基礎が固まり、実務家も広い視野で物を考える習慣が定着したためであろう。

その後、本誌には微妙な変化が起る。ベルリン大学のヨーゼフ・コーラーの存在である。コーラーは、四三卷(一八九五年)ごろから執筆者に名を連ねはじめ、四六卷に、共編者となり、そして四七卷(一九〇〇年)には、編集主任となつた。そして、編集協力者として、オルスハウゼン、ローテリンクラ一〇名の実務家とV・バール、ビルクマイヤー、V・カルカーら一三名の教授、さらに、ルッチーニ(ローマ)、サレイユ(パリ)の外国人編者をも加え、誌名を四たび改めて、*Archiv für Strafrecht und Strafprozess* とした。以後、学者の寄稿も次第に増えたが、ジュームス・ゴールトシュミットなど、

若手の研究者を登用することが多くなつた。

勿論、コーラーは、数多くの論文を発表していた。六七卷（一九一九年）の途中で、コーラーが死去し、それをうけてペルリン大学教授を兼ねているが、本務はベルリンのカンマー・ゲリヒトの判事クレーが編集主任となつた。再び、やや、実務家にウェイトのある雑誌となる。そのためか、時流に乗り、その名声に汚点を残すこととなつた。ナチスが政権をとつた年の七七卷（一九三三年）で従来⁽²⁵⁾の誌名をやめ、ドイツ刑法 (*Deutsches Strafrecht*) として、一九三四年に新第一巻を出して、新発足し、爾後、ナチス刑法学の牙城そのものといつた感じの雑誌に変わりはてた。本誌は、比較的長く生きのびたが、それでも、一九四四年に第一巻一〜三月合併号をもつて廃刊⁽²⁵⁾となつた。クレーの死亡記事が最後の頁にあるという象徴的な終り方であつた。戦後、一九五三年に復刊し、今日にいたつている。

× × ×

二 刑法関係の雑誌として、このほか、*Allgemeine Deutsche Strafzeitung zur Förderung einheitlicher Entwicklung auf den Gebieten des Strafrechts, des Strafprocesses und Gefängniswesens, sowie für strafgerichtliche Medizin* があつた。ミュンヘン大学のフランツ・V・ホルツェンドルフを編者とし、ベルナーやミッターマイヤーらの学者とシュワルツェらの実務家を協力者として、一八六一年に創刊された。これは、一〇巻まで大版であつたが、一八七一年の一一巻から、新第一巻として小版の型で再発足した。編者として、かなり学者の数が増えた。ガイヤー、クラフト・エビング（精神医学者）、リーマン（法医学者）、オーゼンブリュッケン、ゼーガー、タイヒマン、ワールベルクラの名が連なつている。誌名が示すように、ドイツ統一に向けて、国内の気運が高まつた時期に、刑事法の全領域について全国的な規模で論陣をはらうとする意気込みが感じられる。

現在までのところ、ごく一部のみしか内容を検討していないので、⁽²⁶⁾ 確定的な論評は控えたいが、一八六〇年以降のドイツ

及び当時の周辺の国々の立法の状況、学説の発展状況について、これらの多方面の法分野について報告が出ている。雑誌の性質上、詳しい論稿ではないが、概観をうるには、極めて有用な資料といえることができるであろう。ただ、手元に全部が揃っていないので、近い将来、補完しなければならぬ。

III 以上は、Archiv f. das Civil- und Criminal-Recht der Königl. Preuß. Rheinprovinzen. Herausgegeben von G. Sandt. I. Bd., 1890〜がある。

これは、主として判例とその解釈を登載している。判例は、右にあげたすべての雑誌、特に、ゴルトダンマー誌に最も多く再録されているが、右のライン地方の民・刑法に関する雑誌は、今世紀の初頭まで、実務に大きな影響を及ぼしたと思われるが、学説史を研究する場合には、参考となることは少い。

× × ×

四 その他、民法法関係ではあるが、Archiv für die civilistische Praxis が一八二〇年に創刊され、第二次大戦中に一時期中断し、一九四九年に一五〇巻として復刊し、一九七七年に七七巻を算える。この雑誌の創刊号に、当時、ランズフート大学教授で、翌一八二一年に、ボン大学教授となつたC・J・A・ミッターマイヤーも名を連ね、主として訴訟法関係の論文を出している。詳しく調べれば、刑罰の基本問題や犯罪と不法行為などに関する論文も或いは出てくるかも知れない。

同じく、主として民法法関係の文献を収録してつた Beiträge zur Erläuterung des Preussischen Rechts durch Theorie und Praxis が、一八五七年に創刊されてゐる。創刊者の名をとりつ、Gruchot Beiträge と略称されてゐる。これは一八七二年に、Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts と改称され、新第一巻として発足し、一九三三年頃まで継続した。

一応、一九世紀の部分について内容を検討したが、刑事法関係の文献は見つからなかった。

五 刑事法関係の雑誌の歴史をたどると、第二の彼が一九世紀の八〇年代から興ってくるのが分る。言うまでもなく、フランソワ・V・リストといわゆる新派刑法学の影響、特に、ヨーロッパ各国での比較法研究の気運の増大がその原因をなす。

今後は、これらの文献から二〇世紀前半の刑法学の発展を正確に資料化することを考えている。ついでに、一八七〇年に、ドイツ帝国の成立と期を同じくして創刊された一般雑誌の刑事法関係の文献の整理も併せて行えば、すべては終る。創刊の順に整理しておく、次の通りである。

Juristische Wochenschrift, 1871.

Juristische Blätter, 1872.

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1881.

Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 1888.

Deutsche Juristen-Zeitung, 1896.

Schweizerische Juristen-Zeitung, 1906.

Revue de Droit Penal et de Criminologie, 1907.

Österreichische Zeitschrift für Strafrecht, 1910-1920.

(20) 此の雑誌の意義については、はじめ明確な形で意識したのは、Radbruch, Johann Paul Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben, 1957, S. 50.であった。ラートブルフ・菊池栄一・宮沢浩一訳、法律家の生涯、昭和三八年、七三頁。

(21) アベック、ビルンバウム、ハプター、ハップ、ミッターマイヤー、ウエヒター、ツアハリエという名前からすでに明らかのように、一九世紀前半中葉にかけて大活躍をし、多くの優れた業績を残した者がこの雑誌を舞台にしていた。

(22) フラウアーの編纂した当時の刑事司法についての学説、実務などが分るマキノン、Ludwig v. Jagemann-Wilhelm Brauer, Criminallexikon. Nach dem neuesten Stand der Gesetzgebung in Deutschland, 1854 が一九〇五年に、東独の Zentralantiquariat から復

刻・出版された。

(23) 第一巻の編者の序言参照。

(24) 私が入手したのは、一九七一年に、西独のフェルディナント・カイプ社が写真版で複製出版したものである。

(25) ゴルトダンマー誌は、ラインハルト・フランク文庫にあつたものである。この雑誌はパウ・ハイルブロンという弁護士の所有物であつたものが、フランクの手に渡つたようである。フランクの手書の書き込みがあつたりして、大いに興味深い。一九三三年以後の分は一九七一年にカイプ社の複製・出版したものを個人的に買つた。

(26) 一九七三年八月と七五年一月に、フライブルクに行つたとき、マックス・フランク研究所の書庫でカードにとつた。さすがのイエシエックの研究所でも、この雑誌は、当時は、全部揃つていなかった。

三 一九世紀「刑法学説」の検討に際しての若干の所見

一九世紀のドイツの刑事法関係の論文を整理しながら、これまでわが国の学者達がオリジナルに當つて検討することを怠つてきたために、見落していた点、殆んど意識していない点、中途半端な割り切り方で片づけていた点などに気づいた。それらは、今後、一つ一つ細かく論証をしてゆきたいと思つているが、さし当つて、問題提起の形で、私の考えているところをメモ風に、若干の論点ごとに指摘しておきたい。

(イ) 一九世紀のドイツ刑法学を研究する意味

外国の刑法学説、殊に、ドイツ一国のそれ、しかも、一九世紀の学説を調べることに、何の意義があるのかと問う人が必ずいるだろう。何しろ、ドイツ刑法学会日本支部などとレットルをはつて、仲間の研究態度を揶揄する手合いにことかかない「研究者」団体のことである。では、そういう論者は、一体、何程の仕事を残しているのか、それが一体、どういふ質の仕事であるのかとよく見ると、あちこちの「外国学説」を受け売りしたり、日本の「学説を」つぎはぎしたり、要するに道

化の服のような仕事しかしていない者だから、お話にならない。こういうのには、言わしておくだけにしておこう。そうではなくて、真面目に、この種の資料を追う努力の意味合いを問う人のために、私なりに到達した結論を述べたいと思う。

若し、「われわれの学問、現代に生きるわれわれの刑法学は、今、現に交わされている議論、つまり、現代社会に特有の問題を解決するという課題から離れるべきではない。従つて、過去の学説とはいつても、今日の状況とはあまりかけはなれた時代の学説は、参考にならないのではないか」という疑問が出されるならば、次のように答えたい。

今、われわれが当然の前提として用いている概念や暗黙の了解のうちに用いている学説や理論は、一九世紀末から今世紀の二〇年代に一応の完成をみたものではないか。それと現代とは、一体、接点があるのか、ないのか。若し、あるとすると、何故、そこで切断して、それ以前のものゝ用なし」といえるのが疑問である。勿論、こういう考え方に対して、その当時の概念や理論に固執して、現代社会の悩んでいる問題の解決に寄与しようとしないう研究の在り方は間違いだとする再批判もあるだろう。しかし、それは、応用能力の問題であつて、概念や理論を用いる者のセンスに帰する。概念や理論の成立の事情に通じ、ダイナミックな対応を考える者なら、四角四面な考え方はとらない。もとより、理論に通じている者は、理論のおそろしさも又知つている。「現代の犯罪」なるキャッチフレーズで、すべてを合理化し、過去の約束事を無視するのは危険この上ない。歯どめがなくなつてしまうからである。或るグループを処罰することが「社会的要請に應える」所以であるとして、処罰の枠をあげたとき、他の者も又、拡がった処罰の枠に入らない保障はなくなる。それが、刑法学者の知恵というものだろう。あまり、物分りのよい刑法学者は、或る意味では、危険な存在であるといつてよい。⁽²⁷⁾

本題に戻つて、現代の刑法学説の研究にとつて必要な「学説史的研究」を、一九世紀の八〇年代以後のそれに限定する態度は、現代の理論学の「おごり」であるという理由は、それがあまりにも御都合主義だからである。何故、その時期に線を

ひくのか。突如として、学説が生まれるなどということはありえない。常に、学問的継受という手続をふんで、そこに至つた筈である。従つて、今、われわれが当然の前提として、理論や概念を洗い直すためには、一九世紀の刑法学説の展開過程全体との関連づけをした上で、見つめ直す必要があると思う。それが終つたら、さらに一八世紀へと遡るといふことになるが、私にその余力があるかどうか疑問である。

では、何故、そういうことをする必要があるのであるのか。

日本の刑法学が多くを学んだ西欧の刑法学、そして、特にドイツの刑法学の地理的、歴史的條件を考えれば、このことはすぐ分ることだろう。

それらは、日本の刑法学のように、突如として、降つて湧いたような騒ぎで始められた学問ではない。過去とは無関係に、周囲の国との法的・社会的關係などを一切考慮せず、その影響を受けることもなく、それまで殆んど考えたこともなかつた学説、それはかりでなく用語をすべて新らしく造語して、全く関連のなかつた法律や学説を急いでとりこんだ日本と西欧の場合とは、学問の在り方もその内容も全く異なる。

一八世紀末にフォイエルバハラが、一六世紀のカロリナ法典の規定の解釈論を手がけていた⁽²⁸⁾という事実が示すように、過去の法や学問との不連続の上すべてが組み立てられていた。しかも、後にも示すように、当時の先進国とその法制度がドイツの各邦国をぐるりととり囲んでいた。それらを意識し、その影響をうけながら自己の特性をもうち出していつたのが、ドイツ刑法学である。しかも、後にも説くように、一八七〇年を境として、それ以前の学説や判例と以後のそれらとは、政治的・社会的状況が大いに變つていたのである。

そして、このことは、ドイツ人なら百も承知のことであらうし、それだけに、案外、見落している事実が多いのではないかと思われる。しかし、彼らは、無意識にせよ、発想の転換をはかるとき、何か新しいアイデアを得ようとするとき、過

去の文化遺産に戻り、その宝庫から、必要な材料をとつてくる。私の見解によると、その場合のドイツ人達の材料のとり方が、やや、アトランダムであり、素材の取捨選択において、情報の集積が組織的に行なわれていないために場当りの感を免れないものがある。いずれにせよ、過去の学説から断えず学び直すという作業がなされているところに、西欧の学説には、幅がある。これに比べると、日本の学問は、いかにも狭く、浅い。ローマ法に対する教養を欠き、小廻りのきく議論で小手先の解決をはかる民法学者の研究態度と同じように、日本の刑事法学者の多くの著作にも、何か浮草のような底の浅さがついて廻っている。一本の筋金を通し、場合によつては、西欧の刑法学者が気づいていない材料を掘り起すことは、この一九世紀の刑事法の資料を全部、目の前に置いて、よく見据えることから始まる。そういう仕事が無駄だと思ふ人は、共に語る必要のない縁なき衆生である。

(四) ドイツ刑法学と比較法

ドイツ刑法学を資料的に整理して、全体を眺めてみると、比較法的な研究が三つの時期に分れて重要な役割をはたしていることに気づく。興味のあることは、そのいずれも、それぞれの時代の社会的・政治的要請に應ずるところが大きく、中心をなす人物によつて推進されているのである。便宜的に、その三期について、特徴をあげてみよう。

第一期 フォイエルバハ時代からドイツ帝国成立まで

この時期は、ドイツは小国に分裂していた。プロイセンとバイエルンのほかに、大小さまざまな王国や大公国、侯国などが割拠し、これらが、当時の二大勢力であつたフランス（ブルボン王朝により統一され、以後、先進文明国として有力であつた）、ハプスブルクのオーストリアと同盟を結び、その影響下にあつた。そして、大陸からやや離れ、それだけに陰然たる勢力をもつていたイギリスからも多くの影響を受けていた。フォイエルバハの伝記を読むと、ホップスらのイギリスの思想を学

び、立法者として、ドイツ諸邦の法典は勿論、当時のヨーロッパの多くの国々の刑事法を比較研究した様子が分る。又、刑法の改正について、フランスの実情を学ぶために、パリに滞在し、法廷の見学を熱心に行なつたことも、ラートブルフの筆により紹介されている。⁽²⁹⁾この状況は、オーストリアとフランスの間にはさまつた、バイエルンの政治情勢を抜きにしては考えられない。

一八〇六年に神聖ローマ帝国が消滅し、以後四〇もの独立主権国が併存する状態となつたドイツは、たえず、ナポレオンの影響下で不安定な社会生活を送つていた。プロイセンとフランスとの争いは、何回となく軍事的こぜり合いをくりかえし、ナポレオンの没落までこの状況は続き、一八一五年に、オーストリアも加わつてドイツ連邦が結成された。

ドイツの刑法学者は、この頃から、しきりに西欧の主要国の法制度の比較研究を行つてゐる。連邦構成国のうち、比較的大国の王や為政者は、争つてすぐれた学者を集め、これらの人々に比較法制の研究を行わせ、自国の法制度を最も近代的なものにするべく努力をしてゐた。⁽³⁰⁾複雑な国際情勢をふまえ、法によるドイツ諸邦の連繫を心がけた様子を読みとることができ。これら諸邦は、やがて、ドイツ帝国へと統合してゆくのであるが、それに至る時期には、統一刑法典を生み出すための努力が傾けられ、その後、刑訴法典の制定が問題となつたときにも、諸外国の立法の状況⁽³²⁾について沢山の情報が集められた。興味のあることは、この前後に、オーストリアのサムエル・マイヤー⁽³³⁾が精力的に比較刑事法の研究を行い、一八九六年の刑事訴訟法の制定に多大の貢献をはたしているという事実がある。

第二期 v・リストを中心とする新派と刑法改正運動

この時期の動きについては、主として滝川幸辰らの努力で紹介がなされているので、詳しく論ずる必要はあるまい。一八七〇年に制定された帝国刑法典の施行と、ドイツに特有な哲学的基礎づけをもつ荘麗な古典刑法学の完成がみられた頃に、ヨーロッパの各地で、犯罪と刑罰についてこれを合理主義的な見地から見直そうとする動きが始まつた。

自分自身、オーストリアの出身で、ハンガリー系の血が入っているV・リストは、若い頃から、刑法の研究を制度的、比較法的に分析・検討する傾向を示していた。当時、フランス、ベルギー、オランダ、スイス、イタリアなどの多くの国々で、新しい視野に立つて刑法を見直し、刑罰制度を改革するという動きが活発であつたので、リストは、国際刑事学協会を造り、全ヨーロッパの刑事法改革運動の推進をはかつた。⁽³⁴⁾

この時期は、国内政治的な要請に伴なわれた比較法への志向を示すのではなくて、最も遅れて統一国家となり、しかし、当時、日の出の勢いを示した新興ドイツ帝国の学者達が、学問の世界においても自信をもつて発言したのであり、いかにも自閉的なドイツ的刑法学の牙域にとじこめるのではなく、諸国に胸を開いた、国際性のある刑法学を旨とした努力の結集期であるといつてよい。

この努力は、第一次大戦で中断するが、しかし、ワイマール共和国時代には依然として続いていた。もつとも、今世紀に入つてから、多くの刑法学者の関心は、むしろ、いわゆる「刑法理論学」に向けられ、抽象的な体系論に集中してゆく。⁽³⁵⁾

比較法的に物を考えようとする大きな視野をもつ者は、次第に刑法学の周辺グループに追いやられてゆく。そして、一三三年以後は、ナチス刑法の支配と没落により、ヨーロッパの刑法学におけるドイツの地位は、完全に地に墮ちた。この時期、わずかに、フライブルク大学に、アドルフ・シェンケの努力で、比較法の火が消えずに残された。

第三期 シェンケ、イェンエックの寄与

西ドイツの比較刑法は、フライブルクにあるマックス・プランク・外国・国際刑法研究所を中心として行われている。そして、今や、西ドイツの刑法学を代表する顔となつたといえる。

この研究所について、これまで、多くの人により紹介され、知られているので、詳しい説明は不要であらう。⁽³⁶⁾

戦時中に、シェンケにより創設され、一九五三年、その急死にもかかわらず、キールワイン、ラング・ヒンリクセンを経

て、イェシュェックが所長となるや、ドイツ人の組織力とイェシュェックの強烈な個性と政治力により、次第に内容が充実し、さらに、一九六六年七月に、マックス・プランク研究財団に編入され、財政的基盤が確立した。⁽³⁷⁾ その後の同研究所の人的・物的充実が目ざましく、多くの研究員により、質量ともにもすぐれた業績が続々と生み出されている。

この研究所は、刑事法の改正に対する正確な情報の提供、その他、国際犯罪に関する判例の形成に多大の寄与をするなど、多方面の活躍をしている。外国法典の独訳のほか、多様なテーマのプロジェクトを組み、比較刑法叢書にその業績を、次々と公刊している。一九七〇年には、ギェンター・カイザーを迎え、犯罪学部門をも併せもつようになった。最近、叢書「刑法と犯罪学」をも公刊し、文字通り、比較刑法の分野での大きな推進力となつている。

一体、ドイツの刑法学における比較法の比重は、どうであろうか。率直にいうと、ドイツ刑法学全体からみると、比較法的な視野で考える立場の者は、依然として少数派であるといえる。この傾向は、一九世紀当初から変りなく、一貫しているといつてよい。ドイツ刑法学の本流は、どちらかというところ、「理論学」に関心を示す人、細かい条文解釈に関心を持つ人（主として実務家）により構成され、外国の学説・立法、判例の動向には関心がない人によつて占められている。

しかし、此の傾向は、フランスやオーストリアにも見られるので、ドイツに固有な現象とはいえないが、「刑法総論の理論学に偏愛をもつ」度合いは、他国に見られぬ現実である。勿論、公刊されている刑事法関係の文献の圧倒的多数は、実務上の問題解決に資するものであり、条文の解釈、判例の動向をテーマとする実用的性格の論著が多い。

(ii) ドイツ刑法学と実務家の役割

ドイツ刑法学は、思弁的であり、理論的であり、論理を追うことに偏つているという批判がある。しかし、これは、一面の真理をついているにすぎない。そうではなくて、むしろ、大多数の業績は(ii)で指摘したように、地道な解釈論であり、実

務家の日常の用に供せられる性質の作品が大部分であるといえる。大学教授のうち、少なからざる人が、高裁の判事を兼ねている。注釈書の種類も数も多い。これらは、まさに、実務を志向している。

私の調べた限りで、若干の推測を述べると、ドイツでは、一八一〇年代の後半になつてはじめて、実務家が積極的に発言するようになったように思われる。「ピプリオテーク」は、編者が殆んど執筆をして居り、このような狭量な態度が、廃刊のやむなきに至らしめたのであつたらう。ところが、「アルヒーフ」の場合も、一卷から七巻までの旧巻には、殆んど毎号のように、編者のクラインとクラインシュロートの論文がのり（殊に、最初の二巻）、その後、執筆者の数は次第に増えたが、その多くは、大学関係者であつた。特に、ハルレ大学のコノバクが活躍している。

ところが、すでに述べたように、一八一六年に復刊し、新第一巻となつてから、かなりの数の実務家が登場してくるようになる。ウェーバー(38)的故意という学説で今日もその名をとどめている当時エスリングン刑事裁判所の判事であつたH・B・ウェーバーなどは、その有力メンバーの一人であつた。

その間の事情として次のような事実を指摘しうる。一九世紀初頭に、ドイツの若干の国で刑法草案が発表された。殊に、クラインシュロート案が有名であるが、その後、主としてフォイエルバハやゲンナーの努力で造られたバイエルン刑法典が一八一三年に制定されている。草案として公表されたものや制定された法の解釈は、行政官僚にとつてお手のものである。かくして、次第に、細かな解釈論が実務家の手で書かれるようになってくる。一八四〇年代、五〇年代に、次々とヤーゲマンとかゴルトダンマーといった実務家が、編集責任者として法律専門誌、刑事法専門誌を創刊し、彼らが長期間これを維持していつたのは、ドイツ社会に、法曹階層が職業集団として定着し、根強い存在となつていつたことを意味する。丁度、その頃、ドイツ連邦発足の動きが活発化した。ドイツ帝国を近代的な統一国家として編成するために、帝国議会に憲法草案が提出され、国家体制の整備がはかられた時期でもあつた。

ところで、実務家と大学教授の関係はどうであつたか。大学教授も当時は、その所在地の王国、大公国の主権者により任命されるものではあつたが、しかし、その名声や業績によつて、「他国」から招聘され、転任することは自由であつた。これに対して、実務家は、行政官であれ、司法官であれ、「他国」に引き抜かれるということは稀であり、プロイセンのよりに広大な領土をもち、ナポレオンやオーストリアとの争いで、領土を失つたり、回復したりした国は例外として、殆んど「自国」で働らき、「他国」へ移動することはなかつた。判例や法規については、実務家の方が日常生活と密着していただけに、それによく通じていた。教授の立場として、ドイツ内の「各国」とヨーロッパの諸外国の刑法典や実務の運用から抽出する一般原理を考えると、その役割を持たざるをえなくなる。細かい法規の解釈では、実務家の方がより良い「法技術者」になつたからである。そのほか、その属する国の各官庁から、鑑定を依頼されたり、ゼミナールに加入し、ドクターを取得しようとする実務家との接触を通じ、現実社会に生起する具体的事件の解決について、一般性をもつた「原理」や「理論」を提供するという役も演じたことであろう。このように、大学教授の使命として、全体を見渡すことのできる立場から、抽象的・一般的な理論の提供者という役が割り当てられることになる。体系書を書くというのも、右のような関係で、その勤務地の特殊事情を捨象した「理論化」が意図された。注釈書についても、最初は、多くの国の法規や法実例を集め、全体についての見通しをつける形のもので、学者の手になつた。殊に、枢密顧問官の形で「各国」の立法に参画し、資料を手にした人が注釈書を出した。国王の勅許をえなければ、注釈書が書けないという当時の習慣は、国王のお気に入りの方、国王やその助言者によつて他大学から引き抜かれたという特殊な信頼関係のある学者が、注釈書をまとめる優先権をもつことができた。⁽³⁹⁾

しかし、統一国家への途上で、次第に強力な中央官庁の官僚群が育ち、さらには、ライプチヒにライヒ裁判所が設立されると(一八七九年)⁽⁴⁰⁾、判例の整理や分析などは、むしろ、実務家の方が御手のものになつてゆく。ゴルトダンマー誌をはじ

めとする刑事法関係の雑誌に、判例が登載され、当初はプロイセンの裁判所判例をとりあげていたのが、次第にドイツ内の他の邦国の判例をも載せるようになり、実務家も、自分の属する「国」のみではなく、全ドイツに一般に妥当する法原則の具体化としての判例を考えるようになり、やがて、上級審の判例による下級審判例の調整の問題が意識されるようになる。

そして、注釈書は——フランクのものは例外であるが——むしろ実務家の手で書かれるようになり、学者は、テーマ別の総合判例研究、そして比較法的な知見の提供というように、仕事の内容が變つてゆく。その役割の独自性を發揮するために、哲学・時代思想・関連学問領域・外国の思想などをとり入れ、「理論化」をはかることによつて、学者としての存在の意義を問うたのである。

(二) 刑法学説と哲学・思想の影響

一体、刑法「学説」に、カントやヘーゲルがどういう形で影響を及ぼしたと考えるべきであるか。この点について、従来、フォイエルバハに対してカントが影響を及ぼし、ヘーゲルの思想は、一八四〇年以後に次第に力をえていつたヘーゲル学派とよばれる一連の刑法学者の努力で次第に刑法学説に浸透し、遂に、ビンディングにおいてヘーゲル哲学の刑法学的咀嚼が一応完成したとされている⁽⁴⁾。

はたして、これは、文献的に正確であろうか。私には、どうも、そうは思えない。たしかに、断片的には、カントやヘーゲルの影響はありえた。しかし、大半の刑事法関係の文献、特に、論文は、はるかに現実に密着しており、カントやヘーゲルの影響は薄い。どうやら、新カント派や新ヘーゲル派の人々の議論によつて、われわれは、刑法学説に及ぼしたカントやヘーゲルの影響について、現実のその姿からかなり変形されたイメージを持たされたのではないかと思われる。

たしかに、フォイエルバハの場合は、カント哲学を自覚的に刑法体系の中にくみ入れ、自由主義的国家観の哲学的基礎づ

けとしたことは明らかである。しかしながら、同時代人やその弟子達、例えば、アイゼンハルトやツァハリエ⁽⁴³⁾、そしてミッターマイヤー、その他、ベルナー⁽⁴⁴⁾らが活躍する以前の刑法学者に、カント・フォイエルバハの影響はどのくらい大きく作用していたらうか。現実には、殆んどなかつたといえる。

ヘーゲルの場合も同じであろう。ヘーゲルの強調した国家理性の優位の哲学は、ドイツが弱小の国に分裂し、時としてフランスに支配され、オーストリアの圧力におののいていたときは、講壇の上での抽象的な議論にすぎなかつた。それが、一八七〇年のドイツ帝国の成立により、国家の哲学的基礎づけとして便利であつたところから、にわかに注目され、法治国の理念として再構成されたということはありうるだろう。だが、このような事態に立ち至つたからといつて、ヘーゲル哲学が刑法学説に深く浸透したということにはならないし、又、それは不可能なことだつたであらう。

いわゆる古典派とよばれる刑法学者達に、カント、ヘーゲルの哲学が何らかの意味で影響を及ぼし、殊に、刑罰の本質観、その他、細かい議論というよりは、大雑把な立論の枠のようなものとして「利用」されたということはあるだろう。しかし、刑法学のように、きめの細かい議論をつみ重ね、押し進めなければならぬ学問領域にとつては、哲学者の概念論は、ストレートにこれをとり入れることはできなかつた筈であり、刑法学者の中にエピゴーネンが輩出することによつて、哲学学説が「刑法理論化」したといえる。

ところで、カントの学説やヘーゲルの思想をとり入れた「刑法学」や「刑法理論」の实体、その比較、そしてそれらの今日的意義について、原典にあたつてまともにとりあげたものがこれまであつたか。

カント、フォイエルバハ、ヘーゲル、ヘーゲル学派の思想財を図式的にとらえ、特に、それぞれの哲学や時代思潮ごとに分析をして、その差異を見てゆくという方法がある。例えば、佐伯千仞の戦前の刑法総論の教科書は、この点において、古典派に二つのタイプがあり、それぞれについて異なつた時代的背景をふまえた説明がなされている。⁽⁴⁵⁾最近、平野竜一が旧派

を前期と後期に分け、前期旧派と近代派との思想的類似性をあげているが、この作業も、分類の命名は目新しいが、⁽⁴⁶⁾佐伯説の発想やシュミットの学説史における説明以上のものではない。ヘーゲルの刑法理論を紹介した木村亀二の論文も、その考証に用いた材料は、殆んどが二〇世紀になつて書かれたセコンド・ハンドの資料を手ぎわよく解説したもの⁽⁴⁷⁾にすぎない。

要するに、今後のわれわれの志向すべき方向は、オリジナルな資料に當つて、刑法理論の中に、いかなる時代思想、哲学が入りこみ、方向づけをしたかについて、厳密な検討を行うことにある。外国人の目を通して整理されたものは、どうしても、バイアスがかかつている。特に、その著者が何か新しい見解をうち出そうとする場合には、それを理由づけるために、過去の学説の推移を都合よく取捨選択し、一つの方向から色づけて整理する時が少なからずある。第二次大戦前の刑法学の業績をみると、それがはつきりする。例えば、新カント派、新ヘーゲル派とよばれた人々の残した業績とそれに依拠して書かれた日本の業績とを比較すれば、オリジナルに当らずに、セコンド・ハンドの資料でカントやヘーゲルの刑法学に及ぼした影響を論ずることの冒険さ加減が分らうというものである。

そうではなくて、とらわれない心で学問の発展を見つめてゆく必要があることを強調したい。

この点について、行為論についてのモノグラフを一つの例として、私の考えるところを明らかにしてみたい。

行為論について、ラートブルフ⁽⁴⁸⁾やブブノフ⁽⁴⁹⁾がその歴史的展開過程を分析し、刑法体系の中に行為が一つの確固とした位置を占めるについて、ヘーゲル学派の努力に負うところが多いと指摘している。ところで、ラートブルフも、ブブノフも、この論証に用いているのは、殆んどが「体系書」であり、この重大な学説の動向について、雑誌論文での論証は、両者ともに不十分である。勿論、このテーマを扱つたとき、二人とも二〇代の前半の若い学生であり、過去の著書・論文について、これを充分に見通すだけの用意はなかつたから、主要な著書（モノグラフを含む）を材料にして、「ヘーゲル学派」の意義を論じたとしても不思議はない。しかし、それらは、刑事法の業績全体からみたら、殆んど氷山の一角にすぎないような量の論稿であ

つた。こういう考えに対して、まさにその部分が、むしろ最も重要であつて、その他の大部分の著作は、学説史の上で無意味だという見解もあるだろう。しかし、何故、無意味だということが分るのか。幾多の先人の残した論文の多くは、賽の河原のくずれた石くれなのであろうか。その小石の一つ一つを手にとつて、価値をたしかめもしないで、何故、河面の泡かも知れない表面にある、目につきやすい物を「より貴重だ」と判定しうるのか。ドイツの学者がその事実について発言してはいないからであるという理由なら、これもおかしい。彼らも、本当に対象をすべて検討した上で発言してはいないのである。

一つ一つ手にとるようにして集め、表題について、興味のあるものはコピーにして目を通し、論文目録のタイプのほかに書きためたメモをくつてみることによつて、刑法総論、各論、刑事訴訟法、刑事政策その他、あらゆる刑事法の論点が、一九世紀の一〇〇年間に、どういう人の手でどういう形で論じられ、推進され、二〇世紀に及んでいるかが分るのである。

そして、一九四五年までの人々の加工をへて、現代の西ドイツ刑法学者の理論にどう生きているかが、はつきりと見通せるのである。つまり、大体、二〇〇年にわたるドイツの刑法学の動きが、このような作業を通じておほろげながら、やつと分つてきたのである。

そして、このような目でもつて、今、目の前で展開される内外の業績の実態を見ると、誠実な仕事と不誠実な仕事とが一目瞭然になる。大へん興味深いことではある。

(27) この点について、宮沢浩一・犯罪論体系の意義、現代刑法講座第一卷二二〇頁。

(28) ビブリオテーク第一巻に、恐らく、グロルマンの論文と思うが、ビガミー、強盗、危険な窃盗の重罰について三編の論文があり、単なる法史的な興味というよりは、法解釈への指針として書かれていることが分る。フォイエルバハも、一八〇〇年に、カロリナ法典の一五九条の解釈についてかなり長い論文を書いている。

(29) 前出、ラートブルフ・一法律家の生涯、二三七頁以下、フォイエルバハに引く、Eberhard Kipper, Johann Paul Anselm Feuerbach. Sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter, 1969 があるが、資料的には、殆んど新しい味はない。

(30) 一八一〇年代から、比較法制研究の第一人者として、ミッターマイヤーをあげることができる。彼は、ランズフト（ハイエルン王国）、ボン）プロ

イセン)、ハイデルベルヒ(ヴュルテンベルヒ王国)の各教授を勤め、プロイセンを含むほとんどの王国の法制の近代化に大きな役割を演じた。

一八四〇年代になると、ヘッセン・ダルムシュタット大公国のポップ、ザクセン公国のシュワルツェらがプロイセンの法制の整備を念頭に置きながら、当時のヨーロッパ諸国の刑事立法法の推移をにらみ、それぞれの国の法制の近代化を推進すべく仕事を行っていた。

(31) もつとも、一八四二年には、ヴュルテンベルヒ、シュレズウィヒで、四三年には、ヘッセンとザクセン、四四年にはバーデンで刑訴法の立法提案が相いついでなされ、統一刑法典が制定された後に、しばらく、刑訴法の立法をめぐる、各州でのイニシアティブをめぐる争いが見られた。アルヒーフに発表された論文にも、この状況は刻明に現われている。刑訴法雑誌にだけ目を向けると、事態の推移を正確にキャッチすることはできない。

(32) 一八四〇年代には、監獄制度の比較的研究も盛んになった。ヤーゲマン、アーノルト、ネルナーといった実務家の活躍もめざましいが、この分野でも、一八四三年にアルヒーフ誌上に発表されたヨーロッパとアメリカの監獄制度に関する論文を皮切りに、ミッターマイヤーの仕事が数多く残っている。(33) サムエル・マイヤーの存在は、これまであまり意識されなかつたが、ゴルトダンマー誌上に一八七八年に登場し、それ以後、二〇編を越える論稿をヨーロッパの殆どの国の刑事立法法について書き残している。日本の刑事立法にも、短かい論文を書いている。

(34) リストのアイデアを生かして、外国刑法とドイツ刑法の比較研究が二度にわたつて行われ、その他、各国刑法の独訳が相次いで公刊され、今日にも多大の影響を及ぼしていることは、改めて指摘する迄もあるまい。

(35) もつとも、比較法にあまり関心を示さず、もつばら「刑法理論学」にのみ没頭する学者が多かつたのは、一九世紀とても同様である。アベック、ベルナー、ヘップ、ツァハリエなどは、もつばら「刑法総論、各論の解釈論を手がけていた。

(36) 最も代表的なものだけあげておくと、西原春夫・比較刑法学のあゆみ・刑事法研究第一巻、昭和四二年、一八七頁以下、特に一九一頁以下。

(37) マックス・プランク財団に承継されたときのヴュルテンベルガーの式辞は、*ZstW. Bd. 79, 1867, S. 125 ff.*にある。

(38) 内田文昭・ウェーバーの概括的故意について、研修二八九号、三頁以下。H・B・ウェーバーは、エスリング地裁、シュトゥットガルト高裁判事をへて、一八二五年頃に、テュービンゲン地裁の副所長となつた実務家で、アルヒーフに、一〇点近くの論文を寄せた。

(39) 一八二三年のバイエルン刑法典の註釈書の作成に関するフォイエルバハとゲンナーの争いについて、ラートブルフ・一法律家の生涯、一三三頁にある。私の手元で、Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Bayern, 1838 があるが、おそらく、これが勅許を受けて作成されたその公的註釈書であると思われる。

(40) ライオン裁判所に *Dr. Radbruch, Das Reichsgericht und die Politik. DRZ 4. Jg. 1949, S. 433f.* 参照。

(41) 木村亀二・ヘーゲルの刑法理論の現代的意義、刑法解釈の諸問題 第一巻、昭和一四年、三〇頁以下、斎藤金作・ヘーゲル学派の刑罰理論、法曹時報 第一巻三号、昭和二四年。

(42) アイゼンハルトは、アルヒーフの第三巻、一八〇一年に、刑罰の意義に関する懸賞論文に応募し、入選したことで知られている。フォイエルバハの刑罰論を念頭に置き、犯人に対する予防と裁判官の恣意に対する措置とを調和させることに苦心した大きな論文である。その後、実務家となつたのであるうか、その業績はあまり知られていない。

- (43) ツァハリェは、長くゲッティンゲン大学教授として活躍し、多くの業績を残した。アルヒーフの三巻にアイゼンハルトと同じく、刑罰の本質論に対する懸賞論文に応募した。ツァハリェの主な論文は、アルヒーフに発表されている。
- (44) アルヒーフに、一八四八年に、正当防衛論を発表して登場した。この人は、体系書でよく知られているが、論文はあまり書かなかつた。編者として参加した「一般刑法新聞」にも、創刊号に、比較的長文の一八六〇年バイエルン刑法草案批判の論文を書いただけである。学問の発展に対する影響という点からみて、体系書と論文といずれが重要な寄与をはたすか。体系書の方が、苦勞なく多くの人の手にゆれるという意味で影響を及ぼすといえうだが、思索の内容の濃さからいうと、本格的な勝負は論文にあると思えるのだが。
- (45) 佐伯千賀・刑法総論、昭和十九年、七〇頁以下と七五頁以下。ロマンティク思想としてとらえるところが卓見である。
- (46) 平野竜一・刑法総論Ⅰ、昭和四七年、五頁以下と一一頁以下。学說的にいうと、リストらの新派の主張に対応する形で自説をより洗練させたものが、本来の意味での後期旧派というべきであろう。ビンディングは、新派に対抗しているという考え方は、ビンディングの叙述に関する限り正確ではない。むしろ、ビンディングに対抗する形で新派が衆をなして論陣をはったというのが実態であつた。ビンディングについて、ホジティビストということがしばしばいわれるが、これは、法律実証主義者、ということであつて、リスト一派の、いわゆる「実証主義」とは異なる。このような頑固なまでのリゴリズムが一方において完成したことが、他方において「近代派」の活躍に刺戟を与え、いれば跳躍台を与えたことになる。中途半端な学説同志では、妥協は容易だが、理論の発展はない。
- (47) 註41の論文をよ。
- (48) Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik, 1904, Neudruck, 1967. この著作により行為論をまとめたものとして、平場安治・刑法における行為概念と行為論の位置、小野清一郎博士遷居祝賀論文集・刑事法の理論と現実(II)刑法、昭和二十六年、三三三頁以下。
この論文は、ラートブルフ自身が認めているように、極めて短期間の間にベルリンの刑事学研究室でまとめものである。ラートブルフ・山田晟・心の旅路、昭和三十七年、七四頁以下。
- (49) Eckhart von Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966 (紹介・内田文昭・判例タイムズ二二八号、五七頁以下)

むすび

刑法学は、長い伝統の上に築かれている。幾世代もの人々の残した思想財は、数限りなく残つている。それぞれの人が活

躍した時代に、その時代としては「新しい社会問題」が起り、そのたびに、従来の学説の伝統を背負い、考え方の筋道を順序だてて考えようとした学者達は、「新しい」解決を求めて、模索をしたことだろう。われわれは、その先人達の苦闘からより多くのものを学ぶ必要がある。われわれが今目にはしているものは、これまでの人類が経験したことのない「新しいもの」であるから、過去の学説は、これを詮索しても意味がないという人が必ずいるに違いない。これは、思いあがりというべきである。今の時代に生きる人間が、人智の発展の最先端にいるなど、誰が断言できるのか。早い話が、二十五年前には、テレビが社会問題になることなどなかつたではないか。五年前には、高度経済成長の夢を皆が皆、追い求めていたではないか。どの時代でも、その瞬間、瞬間のベストをつくそうとして、各時代の智者が苦心を払つていたのである。過去をたずねるといふことは、その学説を検討し、その智恵を現代に生かすことができないかを探ることではないか。智恵を残した人は、世を去つた。残された「学説」を学ぶことが、後の世に生れた者の仕事であり、埋もれた智恵を掘り起すのが、学問をする者の楽しみであり、喜びであらう。

今の世の中に、つまらない思いつきをひけらかし、頭の回転の速さだけを頼りにしたような者が提唱しているスケールの小さな議論を追いかけるなどいふことは、あまり意味がないことではなからうか。哲学もなければ、歴史的視野もなく、志も低いような目はしのぎいた学者の考えることなど、一体、永遠を相手にする者のなすべきことであらうか。「これからの法律学」などいふテーマで物を考える場合、今、自分の前にある「学説」「目の前で起つている現象」にとらわれ、過去・現在・未来という大きな流れの中に身を置いて自分の立場が見えないというのは、情ない話ではないか。それとも、現代社会では、小廻りのきく、目はしのぎ者しか重宝がられないというのであらうか。だとすると、現代社会は群盲の割拠する愚者の園といふことになる。しかし、それほど見捨てたものだらうか。そうではなくて、学会という小社会だけが、妙にいじけて、常にリーダーを求める模範生の群がるところなのかも知れない。そして、この学会の風景は、どうやら、日本的

現象であるようだ。

われわれは、もつと目を大きく見開き、遠くの方を見るべきだ。過去という意味でも、又、外国という意味でも、つまり、時間的にも空間的にも遠くを見て、そして身近で展開されている「学問」の正常性と異常性を批判的に検討するための材料とすべきである。このような仕事は、不可欠なのである。不可欠ではあるが、あまりにも閑がかりすぎるので、手つかずの状態であつたのだ。

雑誌「ゲリヒツザール」の論文の目録は、この点で便利な資料として迎えられたのである。日本でも同様と思うが、西ドイツやスイスで、文献の渉猟に重宝がられ、殊に、若手の助手達に刺戟を与えているのは、理由のないことではない。一九世紀の刑事法関係の論文目録が整理され、やがて公刊されるというニュースが、驚くほどの速さで伝わり、協力の申出があと次いでいるのも、本気で勉強しようとする者の間で、「資料」の意義が確立したコンセンサスになつていればこそである。「資料」をおろそかにする者は、結局、「資料」に泣かされることになるだろう。学問は、人間の思考の所産であるからには、徹底的な追究を試みる者がその分野での最後の勝者となるべきである。中途半端な妥協は、退歩の始まりである。

われわれは、何のために、自分自身との妥協を排して、一身不乱に勉強を続けるのであろうか。それは、われわれの仕事に、終りがなからであり、仕事という客観的なものを残すことによつて、次の世代に寄与をはたしうると信ずるからである。私の確信によれば、先人の残した仕事のうち、埋もれたものを白日のもとにさらし、整理・分類し、思考の発展のために利用しやすいものにすることが、学問の展開にとつて不可欠な作業である。自分のために苦勞するのは勿論であるが、仲間や、後からくる者のためにも、やらねばならない基礎作業なのである。この種の「基礎」が欠けていたところに、日本の学問の脆弱さがあり、発展性のない思いつきの横行する余地があつたのではないか。

「基礎」を造つておけば、真面目に勉強しようと志す者は、下らない「権威」などに幻惑されないうで、自分が或る時期、それを追及することに最大の価値を見出しうるテーマについて、誰が、いつ、どこに書き残しているかを一つ一つ見つけ、自分の手元を集め、読み、メモをとり、他人の思索のあとをたどりながら、自分の考えをまとめてゆくという努力をしさえすればよいのである。学問の本道が定着する社会になれば、ヨーロッパの学問社会のように、強い意志とねばり強い性格の者が、結局、通用する本当の意味での学者の社会がくるだろう。

小利口で、小器用なものが、他人のアイディアを盗用し、あたかも知恵者であるかのような風体を装うのは、情報が不足し、情報が一部に偏在していればこそその話である。そういう時代は、虚飾にみちている。学問的真理の世界という尺度からみれば、笑うべき知的独占の小世界でのみ許される虚構である。日本の学問が、この種のスケールの小さな少数の者により弄ばれているうちは、国際競争に勝ち抜くことはできない。日本語という難しい言語の障壁に守られた、日本の学界という陰湿な小社会の風習は、次第には正されてゆくに違いない。いつまでたつても、どこに出してもまともに相手にされないような仕事が横行しているのは、全く見るにしのびない。

自分達の世界で通用しているものが、本当の意味で「オリジナルな学説」なのか、そして、学説史の上で発展の正道にのり、継承と展開というルールに沿うものかどうか。学問の進展のための「導きの星」なのか、邪道へと導く「鬼火」なのか。その判別のための「基準」が、今後、次第に蓄積されてゆくだろう。