

Title	慶應法学の第二世紀
Sub Title	Wohin führt der Weg der rechtswissenschaftlichen Forschungen an der juristischen Fakultät der Keio-Universität im 21. Jahrhundert?
Author	宮澤, 浩一 (Miyazawa, Koichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1992
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.65, No.1 (1992. 1) ,p.11- 40
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	十時巖周教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19920128-0011

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.

慶應法学の第二世紀

宮澤浩一

はじめに

- 一 慶應法学の創生期
 - 二 法律学研究に存する問題点
 - 三 法学研究の方法上の問題点
- むすび

はじめに

慶應義塾大学法学部法律学科は、一九九〇年に創立一〇〇周年を祝い、記念論文集の出版、記念国際シンポジウム「法の役割と法学の使命」⁽¹⁾と連続記念講演会「慶應法学」を開催した。本稿は、一〇一年目、つまり、慶應義塾の法律学が第二世紀に入った一九九一年四月に、記念行事の連続講演会の一環として行なった講演⁽²⁾を基にして、その一部を書き改めたものである。

第二世紀目に入った今日、慶應法学は、いかにあるべきか、過去一〇〇年にやり残した重要な事柄のうち、今後、継続すべきもの、発展させるべきものは何かについて、日頃考えていることを申し述べる。法律学科の研究者が取り組む学問対象は、言うまでもなく法律であり、法律学である。もっとも、ひと口に法律、法律学といっても、そこにはさまざまな法分野があることは、改めて説くまでもなからう。ひと昔前のように、法規が整備されず、法律学自体が欧米のそれに追いつけ、追いこせとはかりに、輸入にはげみ、自国の学問について未開の地を開拓するようなつもりで、海外の学説や理論をまぎ散らすことで能事終われりとしていた時代であればともかく、曲りなりにも法律が整備され、各分野ともに、一応の体制がととのい、さらには、内外の立法、判例、学説の動きに呼応して、一層の発展をとげつつ、大きく前進している今日の状況においては、各分野の研究者の問題関心が個別問題に向けられ、特殊なテーマに目配りをするようになってきている。このような状況にあつては、余り概括的な話をしては始まらない。私自身、刑事法学に身を投じ、爾来、三〇年間、此の分野にかかわり、或る程度の見通しを持つに至っている。そこで、刑事法学の勉強を通じてえた経験に基づき、これまでやり残してきたと思われるもの、これまで自分がやってきた仕事への自己批判を加え、今後、向うべき研究の対象とそれへの取り組み方を提示することによって、おそらく他の法分野の研究にたずさわる仲間にとつても、何らかの参考になる話題を提供しうるのではなからうかと考えた。慶應法学の過去と現在については、刊行予定の「慶應義塾大学法学部法律学科一〇〇年史」⁽³⁾（仮題）において詳しく紹介されることになっているので、必要最小限度、これにふれることにする。

* * *

本稿を捧げる十時嚴周君とは、一九五五年四月、ともに法学部助手として学問生活に入った。その当時、私は刑法理論学を手がけ、主として西ドイツの刑法理論に関心を持っていたのであるが、十時君との議論を通じて、次第に「実法学」に関心を持つようになった。一九五六年の夏休みに、同君からさそわれるままに栃木県的那須温泉の昭和産

業という会社の寮の一部屋を借りて、三週間ほど勉強をしたことがある。その仕事の成果として、「死刑廃止の歴史」という本を精読し、詳しい紹介を書きあげたのであったが、十時君は、ジュリアン・スチュワードの文化変容の理論を精読して⁽³⁾いた (Julian H. Steward, *Theory of Culture Change: The Methodology of Multilinear Evolution*, 1955)

その後、私は、ドイツ学術交流会 (DAAD) の奨学生としてハイデルベルヒに留学し、十時君は、ハーバード大学のビジネス・スクールに留学した。われわれ二人は、その後も、英語圏とドイツ (ヨーロッパ) というように、方向こそ違ったが何回となく海外での研究・教育の機会を持ち、慶應義塾の学問を内のみならず外にも広める努力を重ねて今日に至った。その間、十時君は、一九七七年から八〇年まで、法学部長として、法学部の学問水準の向上と国際交流に尽力された。その任期中、几帳面な性格そのままに、細かな点にまで神経のゆき届いた学部運営を心がけられ、心身ともに相当に疲れて四年間をつとめあげ、その後は、顧問役として学部の運営に対し適切なアドバイスをし、さらに、評議員として大学の経営にも参画された。私は、その間、相も変わらず一介の研究者として勉強三昧の生活をし、求められるままにあちこちと海外に出張し、学会報告や講演をするという気楽な日々を送ることができた。

一九九二年四月、十時君をはじめ、法律学科の先輩教授の多くが法学部を去られることとなり、あろうことか私が最年長グループの一人となる。これまでは、十時君に委せておけば間違いないとばかりに、かなり気ままに振る舞い、三田の地を留守がちであったが、今後は、他人を頼りにするのではなくて、自分が姿勢を正さねばならないと覚悟を決めた。私も残すところ、あと四年、現役のスタッフとして慶應法学を支え、内外にその存在をアピールしてゆかねばならない。

いろいろな感概をこめて、本稿をわれわれの友情の記念として、十時殿周君に捧げるものである。

(1) 一九九〇年九月二六日から二八日まで、三田キャンパスの旧図書館大会議室で開催した。ジュネーブ大学のルシアス・カフリッシュ教授 (Lucius Callish)、ザール大学のゲオルク・レス教授 (Georg Röss)、ザンクト・ガレン大学のステファン・

トレクセル教授 (Stefan Trechsel) らの海外からの参加者、山本草二上智大学教授、渥美東洋中央大学教授、釜田泰介同志社大学教授など国内学者の参加をえた。その折の報告（オリジナルと邦訳）の出版を予定しているが、まだ、公刊のはこびになっていない。その基調報告は、宮澤浩一・法の課題と法学の役割、三田評論一九九〇年二月号、二二頁以下、ルシアス・カブリッシュ、二十一世紀における法と法学の役割、同号、三二頁以下にある。

(2) 一九九一年四月三〇日、三田校舎二一番教室で行なった。本稿は、当日の講演原稿にその後のデータを加え、最少限の注をつけたものである。

(3) 慶應義塾百年史 別巻（大学編）に、法学部史があり、法律学科は、手塚豊・向井健両氏の手でまとめられている（一九五八年）。なお、手塚豊・明治法学教育史の研究、一九八八年、一八七頁以下に、慶應義塾大学法学部法律学科小史がある。その後の動向を加えた法律学科一〇〇年史は、近く公刊される予定である。

(4) Bernhard Dusing, *Die Geschichte der Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland, 1952*（資料・宮澤浩一・死刑廃止の歴史 西ドイツ連邦共和国を中心として——）(1) 法学研究二九卷一〇・一一号、一九五六年。

(5) 十時殿周・社会諸科学の総合研究について—Julian H. Stewardの理論に関する若干の考察、法学研究三〇巻二号、一九五七年、四二頁以下。

一 慶應法学の創生期

一 慶應義塾の法律学科が開設された明治二三年（一八九〇年）一月の時点で、いわゆる法学校として法学教育を施していた学校のうち、東京大学は明治一〇年に組織が確立し、明治一九年三月に帝国大学法科大学に改組された。その間、明治一四年一月創立の明治法律学校（仏法系、現在の明治大学）、明治一五年一〇月創立の東京専門学校法律学科（英米法系、現在の早稲田大学）、明治一八年七月創立の英吉利法律学校（英米法系、現在の中央大学）、その後、明治一二年創立の東京法学校と東京仏学校とを合わせて、明治二一年一〇月に開かれた和仏法律学校（現在の法政大学）が法学を教えていた。慶應義塾より少し遅れて、明治二三年三月に開校された日本法律学校（現在の日本大学）は、最初か

ら日本の法律を教授する学校として発足した。⁽⁶⁾慶應義塾の場合、ハーバード大学から、ジョン・ウィグモアを初代の学部長として迎え、⁽⁷⁾刑事法の分野では、ウィグモア自身がイギリス刑法と刑事訴訟法を担当し、日本刑法については、実務家の石渡敏一⁽⁸⁾が講義を担当した。

二 明治二三年という年は、いわゆる六法が制定・公布され、近代的法治国家の体裁が整った年でもあった。大日本帝国憲法は、明治二二年二月に公布、二三年一月二十九日に施行された。刑法は、それより先、明治一三年に布告、一五年一月一日施行され、⁽⁹⁾刑事訴訟法は、刑法と同じ年に制定・施行された。「治罪法」を明治二三年に「刑事訴訟法」と改称して改めて公布し、明治二六年に施行した。⁽¹⁰⁾明治二三年に制定された法律のうち、いわゆる旧民法は、明治二六年に施行予定であったが、「法典論争」により延期された。旧商法は、その一部が明治二六年に施行され、後に、明治三二年公布・施行された現行商法に代った。また、民事訴訟法は、明治二四年一月一日に施行されている。

刑法について一言つけ加えておくと、明治二五年に司法省内部に刑法改正のための委員会が発足した折に、それを指導した横田国臣は、明治五年に慶應義塾に入り、一〇ヶ月ほど在籍した経歴の持ち主であり、⁽¹¹⁾後に横田案と呼ばれる刑法草案を起草した。その後、明治三四年二月、第一五帝国議会に提出された三〇〇条から成る改正刑法草案は、ドイツ法をモデルとした内容のものであったが、この方向づけをしたのは、「横田案」であった。これに手を加え、明治四〇年一月、第二三帝国議会に提出した二六四条から成る改正刑法草案が、現行刑法となったのである。

慶應義塾の刑法講座は、その後、もっぱら外部講師を頼りにして、実務家の古賀廉三、東大教授の岡田朝太郎、大審院判事の泉二新熊が担当した。慶應義塾出身の刑法講座担当者として登場したのは、大正三年にドイツ留学から帰国した西村富三郎であり、大正四年に開講した。西村は、昭和五年まで、刑法と刑事訴訟法を担当したが、その間、何らの著作を公刊しないまま、塾の理事となり、学問の世界から消えた。西村が常任理事となった前後に、当時大審

院判事で、後に中央大学教授となった草野豹一郎が刑法を担当した。昭和七年には、実務家の尾後貫荘太郎が刑法演習を担当し、昭和八年には、ヨーロッパ留学から戻った永澤邦男（後に、法学部長、塾長となる）が刑法と刑事政策・犯罪学を担当した。

慶應法学が世の注目をひいたのは、明治三五年にドイツ留学から戻り、法律科の卒業生としてはじめて教壇に立った民法の神戸寅次郎¹⁴と商法の青木徹二¹⁵、大正二年に留学から戻り、教壇に立った商法の西本辰之助¹⁶の活躍に負うところが大きい。これらの人々が活躍する以前の慶應法学は、すでに指摘したように、その多くを実務家に負っていた。これらの実務家は、法学教育を司法省法学校¹⁷や東京大学で学び、フランス法学や英米法学の授業を受けていた。実務家のなかには、フランス系の法制度の下にあって、次第に、ドイツ法学の研究を始める者もいた。ドイツ法制への転換は次第に進展していったが、此の気運のなかにあつて、ドイツに学び、ドイツ法制をモデルとする「新法」に解釈論をそのままの形で用いることができたのであるから、その当時の日本の法律解釈学に「慶應法学」の存在を問うことが容易となったものと思われる。

三 ここで、日本の法律学がフランス法学と英米法学の影響から離れて、圧倒的にドイツ法学の影響を受けるようになった理由を考えてみることにする。

それは、おそらく、一八七一年一月一日に誕生した「新ドイツ帝国」が、四〇ほどの領邦国を統一して成立したため、それらの性質を異にし、隣接する外国の法制から影響された諸領邦の法制との妥協により、統一後に、ライヒ法制を徐々に整備した新興国家であったためであると思われる¹⁸。ナポレオン法典が制定された一八世紀から一九世紀へと移行した社会と比べて、一八七〇年代は、産業も経済も大きく変っていた。遅れて発達した資本主義社会であり、旧制度から脱却しきっていない大小の旧領邦国をかかえながらも、法制度の近代化へとつき進んだドイツ帝国¹⁹の法の

近代化は、日本社会にとってモデルにふさわしいものであった。殊に、諸領邦国の法律が錯綜するだけでなく、それぞれの判例が複雑にからみ合っていたために、新しい統一国家の法制度との間に理論的な筋道をつける役割を学説が担った。そこで次第にまとまっていた「法律学説」がすっきりした理論を形成したので、その理論体系が日本人の好みに合ったと言えるのである。

四 ドイツの法理論に対する日本の法律学者の対応は、法分野によって異なっている。

刑事法では、旧刑法の解釈に、オルトランらの古典派刑法学とフランス注釈学派の手法とを加味した手堅い法解釈が主流を占めていたが、明治三〇年代の後半になってドイツの刑法理論に影響を受けた議論が登場した⁽²¹⁾。その際、フランツ・フォン・リストの刑法教科書が多く参照された。現行刑法制定の前後から、牧野英一⁽²²⁾がいわゆる近代派の理論に依拠し、古典派の解釈論を徹底的に批判し、その論理は、実定法規の解釈の枠を超え、イエーリングの目的法学、それを敷衍した自由法学派の主張をそのまま刑法解釈に転用した。牧野は、v・リストの学説やその權威をしばしば援用したが、刑罰の目的論や刑事政策の分野での主張であればともかく、刑法理論学の分野ではv・リストの理論をはるかに離れた内容であった。刑事責任論の分野であればともかく、行為論、違法論、未遂論、共犯論では、v・リストの法治国思想に基づいた抑制的な理論の枠組をはるかに超えた。そうした所説には、リスト学派に属する学者の理論で、v・リスト自身から批判を受けた、行きすぎた論旨のものに、「リストの刑法論」のレットテルをはって喧伝した⁽²³⁾。従って、罪刑法定主義・法治国原理の観点の下で、牧野説は危ういものと思われるような主張をほらむものとなった。時代思潮の変化にもよろうし、主張者の性格や包容力の差異にもよろうが、牧野説を支持する者の数が次第に減じ、今では殆ど数える程にしかすぎない。「主観主義刑法学」と比べて、v・リストの系統をひく刑法学者は、(西)ドイツの学界で多数派を占め、また、多くの国の学問や立法に大きな影響を与えた理由は、こうし

た点に見られるのではないかと考⁽²⁵⁾える。

ついでに一言すると、牧野は刑法のほか、その自由法の方法論を用いて民法、さらに戦後は憲法にも多くの論文を公表したことも知られているが、興味あることに、その牧野の民法研究の一部に、慶應義塾の商法研究者の西本辰之助が厳しい批判を加えた。⁽²⁶⁾

慶應私法学は、神戸、青木、西本らの著作に見られるように、法律学の伝統的方法論である「概念法学」の伝統に依拠して論陣をはったが、ここでは単なる条文の操作に終始していたわけではなかった。条文解釈を中途半端ではなく文言をぎりぎりまで追及し、然る後、慣習法、そして条理へと考察を加えるという手堅い正道を歩んだのである。

他方、わが国では、私法学者の間に、概念法学を徹底的に窮めること半ばで、当時、ドイツやオーストリアの学問のなかに次々に現われた「目新しい傾向」、すなわち“自由法”⁽²⁷⁾、“生ける法”、そして“法社会学”といった方法論に目を奪われていった。この動きは、それが主張された時代背景と無縁ではなかった。ハプスブルク家のオーストリア帝国、ホーエンツォーレルン家のドイツ帝国の持つ社会的矛盾、殊に前者の法律の蔽い難い古さに対する批判、権力を掌握している旧勢力によって社会の動きに対応し切れない法の革新への幻滅、さらには、ドイツ帝国が倒れ、ワイマール時代となり、法律や法律制度に対する信仰が薄らいだことと無縁ではなかった。さらに、一九世紀後半になり、大衆の心をとらえたマルクス・エンゲルスの社会批判、法と経済のかかわり合い、市民法とは異なる価値観と法律観、端的に言うると、法の予想する人間像の違いに基づく概念構成の相違を強調することにより、社会法という分野の独自性を主張する見解が有力となった。⁽²⁸⁾

慶應法学は、こうした新しい動きに対応し、手堅い解釈論を維持しつつ、わが国では不当にも低い評価が与えられていた「利益法学」⁽²⁹⁾に関心をもち、それを方法論として概念法学の手法で対処し切れない問題の解決に資する工夫をする者と、「具体法」⁽³⁰⁾という理論を用いて、個別事件の解決の具体的妥当性を求める者のほか、法曹派社会主義とよ

ばれる学問傾向に傾斜する者などに分れた。

五 その後、わが国は大正デモクラシーを謳歌し、労働階級の自由を享受する束の間の自由と平和の時代から言論の弾圧、戦争遂行のための法秩序の強化、至るところに現われた強権化、戦争目的のための統制強化、野郎自大的な国粹主義、総力戦という空しいかけ声に充ちた社会となったが、国力の差はいかんともしがたく無計画な戦争の継続が不可能となり、敗戦を経験した。それ以後、戦後経済復興のための経済統制の維持、労働運動の自由化、新憲法による価値観念の転換など、分野によっては一八〇度の転回をとげたのであるが、一九一二年から四五年、すなわち大正元年から敗戦の年までの社会の大きな変化に直面し、日本の法学、應慶法学は自由主義から全体主義へ、価値の転倒を通じて新たな自由主義の局面へという工合に、目まぐるしく変化する社会の荒波にもまれた三〇年を経験した。その間、大多数の慶應法学の担い手は、時流に乗ることなく、沈黙をするか或いは内にこもって充実をはかることに没頭したが、広い意味での慶應法学のなかに、荒唐無稽な国体思想やファシズムの論陣に加わり、時代思想の提灯持ちをした少数の者が居たという汚点も残している。

第二次大戦後、殆どの法分野にアメリカ法の影響が見られるようになった。帝国憲法から現行の民主主義的憲法へと移行し、法制度の根幹をなす基本的な価値観念が大きく変化した。国民主権も基本的人権の思想も、もともと福澤先生の「天は人の上に人を造らず」という発想の具体的現われであるから、第二次大戦後の社会の変化は、むしろ自然の流れとして受け容れる余地を慶應法学は有していたと言っても過言ではない。基本理念としてはそうであるが、学問の世界のなかで、慶應法学が他の学説（学問の流れ）から独立し、しかもその存在が認められ、かつ各学問分野の発展に寄与してきたかどうかは別問題である。

(6) 以上の諸校につき、手塚・向井・前出（注3）、四二六頁以下参照。

- (7) ウィグモア関係の文献については、平良・法律学科とジョン・ヘンリー・ウィグモア、慶應義塾大学報、一一七号、一九〇八年、八頁。なお、手塚・向井・前出（注3）、四三二頁以下、手塚・前出（注3）、二〇〇頁以下。
- (8) 明治一七年慶應義塾卒業、司法省民刑局長、内閣書記官長、東京ガス社長歴任。手塚・向井・前出（注3）四四〇頁、手塚・前出（注3）、二〇九頁。
- (9) 増補 刑法沿革綜覧、一九九〇年。
- (10) これらにつき、刑事関係旧法令集（刑法編）、一九六九年、同（刑事訴訟法・矯正保護法編）、一九七〇年。
- (11) 手塚・向井・前出（注3）、四一九頁、手塚・前出（注3）、一九六頁。
- (12) 増補 刑法沿革綜覧・前出（注9）、一六一頁以下。
- (13) 手塚・向井・前出（注3）、四六〇頁、手塚・前出（注3）、二〇九頁。
- (14) 神戸寅次郎氏については、手塚・向井・前出（注3）、四四四頁以下、手塚・前出（注3）、二〇二頁以下。なお、神戸寅次郎先生記念論文集、法学研究三八巻一号、一九六五年のほか、神戸寅次郎著作集上下、一九六九、七〇年参照。
- (15) 青木徹二氏については、手塚・向井・前出（注3）、四五〇頁以下、手塚・前出（注3）、二二二頁以下。
- (16) 西本辰之助氏については、手塚・向井・前出（注3）、四五五頁以下、手塚・前出（注3）、二一五頁以下。なお、板倉卓造・西本辰之助先生謝恩記念論文集、法学研究二九巻一・二・三号、一九五六年、西本辰之助先生八十歳祝賀論文集、同誌三八巻一二号、一九六五年のほか、西本辰之助・私法学の諸問題、一九六五年参照。
- (17) 手塚豊・明治法学教育史の研究・前出（注3）、三頁以下、参照。
- (18) 宮澤浩一・刑事政策、石部雅亮・村上淳一編・ドイツ近代法事典、一九九二年刊行参照。
- (19) この点につき、特に、F.-W. Henning, *Die Industrialisierung in Deutschland 1800 bis 1914*, 1973 v. Werner Pöls (Hrsg.), *Deutsche Sozialgeschichte 1815-1870. Dokumente und Skizzen*, 1979 を参照。
- (20) 澤登俊雄・フランス刑法継受の時代―明治前期の概観、法律時報五〇巻四号、一九七八年、八三頁以下。
- (21) その代表的な論客は小崎伝である。宮澤浩一・小崎伝の刑法学、法律時報五〇巻八号、一九七八年、八二頁以下参照。
- (22) 中山研一・牧野英一の刑法理論―刑法の基礎理論、法律時報五一巻四号、一九七九年、八一頁以下、同・2―刑法解釈論、同誌五一巻五号、七八頁以下。
- (23) これらの点につき、宮澤浩一・刑法学説の種々相（その1）（その2）、刑事法学の常識・非常識、時の法令一三五四号、一三五八号、一九八九年。

- (24) 宮澤浩一編西ドイツ刑法学・学者編、一九七八年参照。
- (25) *Gedächtnisschrift für Franz von Liszt*, Zur 50. Wiederkehr seines Todestages am 21. Juni 1919, ZStW Bd. 81, Heft 3, 1969. 所載の論説参照。
- (26) 手塚・向井・前出(注3)、四五八頁、手塚・前出(注3)、二一六頁。なお、西本辰之助・仮小屋と火災保険問題、法学研究三巻一号、一九二四年、一〇七頁以下参照。
- (27) エールリッヒの自由法学に西本氏が関心を寄せていたことは興味がある(法学研究七巻一号、一九二八年)。西本・前出(注16)、七七一頁以下に再録。
- (28) これらの動きに、敏感に対応していたのは峯村光郎氏であった。同・近代法思想史、一九五七年に、フェルチナンド・ラッサールとアントン・メンガーの法思想・法理論を扱っている。
- (29) 津田利治氏の研究の集大成は、同・ヘック・利益法学、一九八〇年に見られる。
- (30) ジェームス・ゴールド・シュミットとウィルヘルム・ザウアーの所説にヒントをえて、民事訴訟法の分野(民事訴訟の目的論)にこれを展開したのは、故宮崎澄夫名誉教授であった。この問題につき、伊東乾・民事訴訟法研究、一九五九年、三七頁以下、同・民事訴訟法研究、一九六八年、三一頁以下、三四九頁以下参照。
- (31) 予科教授の蓑田胸喜と法学部政治学科教授の山崎又二郎である。

二 法学研究に存する問題点

一 法学は、法律を研究対象とするから、どうしても法律によって制約される。良い法律があって、法学も良くなる。良い法学が良い法律を生み出すこともある。法治国では、法律は立法者により創られる。立法者が法の理念について見識を持ち、社会の動きとそれにより生じる新しい法律問題に正しい認識を持ち、法の機能や役割を洞察し、しかも良い法律を制定する力を持っていれば、社会生活を正しく規律し、適切に規制する法律を創造し、それによって法学も発達する。ところで、法律は、その本来の性質上、対立する利害の調整を絶えず考慮しなければならない。

何故なら、新しい社会現象により引き起された新しい事象を規制しようとする場合、すべての当事者に満足を与える規制を実現することは至難のわざだからである。

殊に、プレッシャー・グループが活発に動く法分野の場合は問題が多い。対立するグループの一方が自分に有利な展開をはかろうとして立法を促そうとする場合は勿論、業界の利益のために、その権益を守ろうとする考えから法改正を働きかける場合にも、法の歪曲がはかられる。殊に、私法関係のうち、利益集団の迷惑により、法の存るべき姿が見失われる例は少なくない。³² 組織されていない国民の多数にとつて不利となる法律が創られることも不幸であるが、本来、主権者である国民、市民のために創られる筈の法案が、その法律により規制を受けると不利であると考える業者団体の圧力で骨抜きとなり、国会で審議される頃には大幅に内容が後退し、成立したときには、元の姿をとどめぬ程に無残な法律となってしまうという例も少なくない。

法律制定や法改正のスピードと比べて社会の動きの方がはるかに早い。過去の立法者が考えもしなかった新たな出来事に、古い法律を適用するためには、ただ単に頭の回転が速く、目の前の事態を解決することに知恵を出すのは危険である。全体の仕組みとの整合性を失ってしまうと、場当りの思いつきで解決することはできても、次々に出てくる矛盾に應對しているうちに、乞食の着物のような不恰好な法律、法解釈を生み出すことになる。

民事法の場合、法律がないからといって、裁判を拒否することはできないので、既存の法規を検討し、先例を求め、条理をたずね、裁判官による法の創造、新たな法の発見により具体的に妥当な解決の道を見出すことが期待される。法律や制度の沿革に遡り、立法者の意志を探り、諸外国での解決を参考とする。

刑事法の分野では、「罪刑法定主義」の原則が働き、「法律なければ犯罪なし」という命題に忠実である限り、適用すべき法規がなければ、無罪にするのが筋というものである。しかも、罪刑法定主義の派生原理として、類推禁止が強く主張されている。右の原則にいう「法律」とは、本来、立法機関により制定され、立法手続をふんで生み出され

た法律を意味する。ところが、日本の立法者、殊に第二次大戦後の刑事立法者は、立法の掌に当る者に期待された役割をはたしていないために、社会の変化に応じた小まめな法的対応ができていない。その結果として、無罪にするわけにはゆかない事態に適用すべき法規を、裁判官が「解釈」という方法により実質的に創造しているとしたか説明できない事態に終始している。

試みに、わが国と対遮的な(西)ドイツと比較してみる。日本では、明治四〇年(一九〇七年)制定の刑法は、八四年たったなかで、わずか一二回の改正を数えるにすぎない。これに対して、(西)ドイツ刑法は、一八七一年五月一日に公布されて後、今日までの一二年間に大小一三〇回ほどの改正を経ている。⁽³³⁾ そのうち、第二次大戦後の四五年間に八〇回ほどの改正を数える。わが国の一部の者は、刑法のような基本的法典は、頻繁に改正すべきでないとする。しかし、罪刑法定主義だ、類推の禁止だと言っておきながら、立法者が社会の変化に応じて生じる新しい犯罪に有効に対抗することに異議を唱えるということになると、新たな社会的事態が起き、国民に被害が生じても、それがどのように不正義であろうとも拱手傍観せざるをえないか、さもなければ、裁判所の良識ある対応にすべてを委ねざるをえないことになる。裁判所としては、たとえ今回の事件は無罪としても、現在の国会、殊にその法務委員会の体たらくでは早急の改正も期待しえない。⁽³⁴⁾ しかも事案は、これを無罪放免とするには悪質であり、大幅な起訴裁量権を持つ検察官が起訴をしたよくよくの事件であるとなると、法文の解釈の枠を多少超えても有罪とする判断を下さざるをえないということになる。かくして、写真コピーの原本性を肯定して文書偽造とし、テレフォンカードの磁気テープに記録されたデータに関して有価証券性を肯定する⁽³⁶⁾ という解釈をうち出さざるをえないのである。クレジットカードや銀行のキャッシュカードについて、ヨーロッパの国々では、刑法改正によって対応する例が多いのである。

二 憲法の改正について、門外漢ではあるが一言したい。現在、PKOとして自衛隊を海外派遣させることについて、

デリケートな議論が展開されている。この問題に限らないが、若い世代のなかに、憲法の見直しの一つとして、九条を改正し、自衛のための軍備を持つことを正式に認めるべきであるという主張をする者がいる。しかし、これを実現するに先立ち、日本政府として太平洋戦争の前後に侵略をし多大の人的・物的損害を与えたアジアの諸国に公的に過去の罪業をすべて清算するという手順なしに取りかかることは国際政治の状況からして不可能であり、仮に出来たとしてもやるべきではない。それというのも、日本国政府は、現行憲法の制定・施行以来、この九条により、日本は平和国家として再出発したと繰り返し説明してきた。そして今、日本の平和に対する脅威がなくなった状況で、九条を改正する合理的かつ近隣諸国を説得しうる根拠は何もない。この種の改憲論の真意は、経済大国にふさわしい軍勢力を公然と持ちたいという一部の保守的な政治家の野心であろう。日本が、今よりも不必要に軍備を大きくしていった行手に立ちほだかるのはアメリカであり、中途半端に軍備を大きくし、一部の国民に妙な好戦的気分をかきたてる可能性を生み出すことの結果として、軍事力を行使する相手は又再びアメリカとなりうるということを予期すべきである。慶應法学第二世紀を思うとき、此の種の危ない火遊びの御先棒をかつぐことは蔽につつしむべきである。

三 慶應法学の第二世紀を担う者の心構えを身につけるに当り、これまでの生き方を再考しておく必要がある。そのことは、従来の日本の法学研究の在り方への自己反省でもある。すでに一言したように、法学は、裁判官による法の発見、法創造とかかわりをもっている³⁷⁾。判例が「法」を創造するのを助けるための理論を提供することもあるし、法学が漠然とした判例の動向に筋道をつけるための理論化をはかることもあるし、それとは逆に、判例のゆきすぎを批判することもある。判例は、個別事件における妥当な解決をはかろうとするから、そこに示された法判断には、他の規定、従来の法判断と平仄の合わないこともある。或いは、逆に、法規の文言に拘泥し、過去の判例のしがらみを断ち切れず、従って社会的変化、歴史の流れに逆行する固定的な価値観に足をとられて、動きがとれないことも見

受けられる。

不幸なことに、いついかなる場所でも起りうることであるが、或る種の事件において、公正な世論と称せられるマスコミに動かされて、原告・被告が法による裁判を受ける権利が妨げられることも少なくない。⁽³⁸⁾ 小さな地方で発生した「凶悪事件」に対し、冷静な法判断のできない程に住民の怒りが向けられることもある。⁽³⁹⁾ 死刑事件が殊にそうである。又、行政官庁のからむ事件については、他に波及することが大きいとなると裁判所は及び腰となり、行政官庁の立場を擁護し、国民の権利を考慮することが少なくなるきらいがある。こうした場合、学説の役割は法的判断の筋道を示して異論を唱え、法判断の誤りを少なくするように努めるべきであろうが、なかには権力の側に受け容れやすい理屈を提供することに汲汲とする例も少なくない。

四 わが国の学説と判例との関係について、一言すべきことがある。それは、法律学の論文の書き方にみられる一つの傾向である。私の専門の関係で（西）ドイツを例にとるが、事柄はおそらくアメリカについても同じ様なものではないかと思われる。勿論、ひと頃と比べれば少し下火にはなったが、しかし依然として（西）ドイツの「理論」、なかには「論文」を下敷にして論文を生産する例がある。過去の学説や隣接科学の理論を借りて新しい論旨を展開した論著を利用する場合は、アイディアの盗用という別の問題があるが、ここでは触れない。疑問とするのは、判例の集積を前提として新たな理論構成をした論著を利用する場合、前提条件が欠けると思われる点である。わが国も、形式的にみれば、「法治国」であるが、法治国の根幹を支える裁判制度一つをとっても、それを支える法曹人口は少なく、年間に公刊される判例——しかも法理論にとつて刺激となるすぐれた判例——は多くない。日本は、人口一億二〇〇〇万人をかかえる大きな国であるが裁判官の数は、簡易裁判所判事を加えても三〇〇〇人足らずである。これに対して、（西）ドイツは、六二〇〇万人の人口で裁判官は一万三〇〇〇人を超え、それに加えて合議体に多数の素人裁判官

（参審裁判官）が参加している。⁽⁴⁰⁾ もっとも、人口一七〇〇万人を擁する旧東独には、一二〇〇人ほどの裁判官しか居らず、統一後の資格審査により、そのうちの三分の一しか採用されないという状況もあるので、統一後の新しい五州を「法治国」に再編成することはかなり困難な作業のように思われる。この点も、ここでは一応措くことにする。弁護士の数について言えば、わが国には一万五〇〇〇人を切る登録人数であるのに対して、（西）ドイツは五万五〇〇〇人ほどが居るとされている。（西）ドイツでは、自分の権利を裁判上争い、それを守ろうとする者は、金がなくても訴訟費用援助制度により弁護士に依頼して権利主張をすることができ、依頼された弁護士は勝訴をすれば訴訟額に応じた報酬を受け取ることができ、敗訴すれば手数料しか入らない。⁽⁴¹⁾ 従って、法廷で真剣な法律論が戦わされ、それによって学問的にも興味のある判例が出る。刑事事件では、わが国の検察官は大幅な起訴裁量権を持ち、有罪の見込みがないと余程のことでない限り起訴をしない。有罪の見込みがあっても、起訴猶予でかなりの数の事件を手元で処理する。

立証が難しいと、立証の容易な罪名で起訴をする。（西）ドイツの場合、特に、「重罪（Verbrechen）」に関しては、検察官だけで起訴を手控えることは困難であり、多くの事件が起訴される。⁽⁴²⁾ もっとも、起訴後に、事前手続（Vorverfahren）において裁判官が手続の中止を決めることはある。裁判官の指揮で手続が進行し、裁判官は納得するまで調べ、その心証に基づいて判決をするから学問的に興味のある判断が示される。適用すべき法規がないと考えれば、無罪判決を出すのに躊躇しない。判例の数も多い。従来の理論では説明できない法判断が示されるし、従来の考えでは解決できない事件を処理するのに適した学説を探すことも少なくない。事件の解決と判例との間にかなり密切な対応関係がある。多岐にわたる判例に筋道をつけるために、学説の側が「理論」を構築する例も多い。

これに対して日本では、学問的に興味のある事件の多くは、公刊されない起訴猶予事例のなかに眠り、その種の事件が裁判上争われ、新判例となる場合は多くないのである。このように、彼我の学説と実務の対応の在り方は大きく異なる。外国の新理論の多くは判例から生まれた理論であったり、理論を参考にして展開した実務の成果であるから、

土壌が異なる日本に直ちに持ち込むには無理がある。これまでのわが国の法理論展開の在り方に對して木に竹をついだよ様な理論化のやり方についても、方法的な反省をする必要があろう。

五 これまでの法律学にみられた「比較法」についても反省の余地は多分にある。比較法という名の「比較条文」は言うに及ばず、「法規」の背後にある法制度の違い、法曹人口の違いなどに目を配らない「比較法」にまで批判的に立ち入る余裕もない。ここでは、主として連邦国家の法・学説・判例と取り組む場合の問題性を考えてみよう。もっとも、ひと口に連邦国家といっても多様である。実体法のみならず手続法も州の法律に依存し、連邦法は一部の事項に限られるという北米合衆国、実体法の多くは連邦法であるが、手続法はカントンの法律によるというスイス連邦、主要な実体法・手続法は連邦法で、細かな行政法規は州法により、司法と行政の大部分を州の実務にまかせるというドイツ連邦共和国というようにいろいろな形態がある。連邦国家に共通することは、各州の司法・行政当局の考え次第で制度が運用され、その具体的内容は州によりかなり異なるという現実である。これは中央集権的な制度に慣れているわれわれになじみの薄い現実であり、従って、実務とかかわりのある内容の論文を読むときに、特に気をつけるべき事柄である。

刑事政策関連の論著を例にとると、矯正・保護の現状批判や改革の提案を内容とする論稿は、それを執筆した人の立場により、書いてあることと現実とが必ずしも同じとは限らないことに注意すべきである。現状を正しく認識した上で批判的に書いているのか、他の州や外国の状況と比べて、自分の州の未来にどのような政策を取り入れるべきだと希望を述べているのか、財政事情を考えて、現状と妥協するための方策を模索しているのか、理想論をぶちあげて、中央政府に認められようと考えている野心家の筆になるのか、理想家というよりも夢想家のような論者なのか、この辺のところを見窮めないと見当違いな評価を下し、ピントのはずれた紹介をすることになりかねないのである。⁽⁴³⁾

六 比較法の前提となる制度史に関しても、根本的に考え直す必要のある重要な問題がある。

日本の法律学に少なからぬ影響を及ぼしたドイツ法学についてのわれわれの知識の正確さの問題である。過去一〇〇年来、多くの先人の努力で、一八七一年一月の統一国家・ドイツ帝国成立以後の法律やその学説については、かなりの研究の蓄積があり、慶應法学もその一端を担ってきた。問題は、このドイツ法やドイツ法学説が、日本の明治維新のときのように一八七〇年を境として過去と断絶して成立したものであるかという点、実はいろいろな点で連続しているのである。ドイツの統一は、一般に知られているように、一八四八年、四九年に一度試みられ、失敗した。一九世紀のドイツの法律雑誌⁽⁴⁾をつぶさに調べてみると、一八三〇年代の後半から一八五〇年頃にかけて有力な領邦国で創刊され、その多くが一八七〇年以降まで続いているのであり、統一後、しばらく後まで刊行され、やがてその使命を終えた例もみられる。私の知見は刑事法に限られるが、民事法や公法系統の雑誌も同様の例があるのではなからうか。刑事法関係の法律雑誌のなかで、プロイセン王国系のもの数が多いが、さらには、バーデン大公国、ブラウンシュワイヒ公国、ハノーバー王国、ザクセン王国の司法関係者が、それぞれの領邦で法律雑誌を出し、ドイツ統一のための法律情報を提供し合い、共有し合っていたことにも注目すべきであり、各領邦の最上級の裁判所は、統一後に上級地方裁判所となり、新法と旧法時代の判例とのすり合わせに努力をした。これを全体としてみると、法律の性分にかかわらず、連続性の維持に努力をしたのである。一八七一年以降の立法、判例、学説の動きを正確に知るためには、この連続性を検討し、正確に知る必要があったのである。例えば、ベルナーのように、ベルリン大学に所属していた者は、統一前後でそれほど大きな法改革を経験しなかったから、体系書の記述に大幅な手を加える必要はなかったであろうが、多くの領邦国の刑法学者で一八七一年のドイツ統一前後にわたり体系書・教科書を公刊した人の例を分析・検討することにより、学説の連続性、法統一の際の継続性への配慮の現実を知ることができると思われる。

もとより、法制度や法律学の性格上、余りにも細部にわたり気を取られ、全体の動きを見失ってはならないが、権

利と権利の衝突、新しい制度の設定と既得権の擁護は、法律の永遠の課題であり、社会の進展に伴い、法規や法慣習がどのように対立し、紛争をどのように解決したかについて、一応の見通しをつけた方がよいのではないか。しかも、急いで統一後の事務処理をした当時の人によって書かれたものではなくて、今日のわれわれ外国人の目を通じて、法の変革ともいべき大きな出来事があった一八六〇年から九〇年にかけての三〇年間の動きをつぶさに検討してみても興味のあることである。しかも、一七、一八世紀とは違って、一九世紀も後半になると、オリジナルの文献は殆ど完全に残っており、草案の類の複製も最近矢継ぎ早に出版されている。勿論、外国人の行った著作に依拠するなど二番煎じでないことが不可欠である。こうした地道な努力の結果を一つの座標軸に据えて見直すことにより、これまで分らなかった多くの問題を説明する手がかりが得られるのではなからうか。

七 この反省は、次に、これまでのわれわれの外国の理論、学説のとらえ方が正しかったか、そしてその後の学説の動きを正しく認識しながら、今日のわれわれの学説へと反映させ、発展させているかを問わねばならない。いつの間にか軌道がおかしくなり、ふり返ってみたら、日本の学問の在り方がかなりゆがみ、発展の方向がそれってしまったというのではないか。この点について、問題意識を同じくする者が、少なくとも日本の学説に何らかの影響を及ぼしたものと評価しうる、アメリカ、イギリス、フランス、ドイツなどの学問動向を正確に知り、それと日本の動きとを比較してみると良い。ここでは、ごく限られた(西)ドイツの刑法学という対象領域について考察する。

(西)ドイツの場合、すでに述べたように、第二次大戦後、「法治国家」の理想を実現するべく、ボン基本法にそれを明規するとともに、「社会国家」をも併せて実現すべく努力をして今日に至った。⁽⁴⁵⁾ドイツ国民が等しく豊かで平和な市民生活を享受しうるよう、「社会的法治国家」の理想を実現するべく、経済の復興と発展につれて、着実に、法制度、殊に司法制度、法曹教育、法学教育に莫大な国費を注ぎ込んだ結果が今日のドイツの法制度であり、司法・行政

の面での人的・物的な充実となっている。⁴⁶それは同時に、大学や研究所の施設面、スタッフ面、図書、研究支援体制の確立でもある。日本とは違って、特定の大学に必要な以上のレベルをはらない代りに、投資の仕甲斐のある個人や研究所に集中的な投資をし、うまく回転して業績が上れば、大きくするし、後継者に人をえなければ縮小する。対等な立場で業績を競い合う。良い学説、すぐれた理論を提示しあう。若い世代は、ゆきずまった局面を打開しようとして、他の人文科学・社会科学の領域の成果を積極果敢に取り入れ、新しい試みを提示しようと苦心をしている。日本の法学が各分野で、いわゆる比較法的に（西）ドイツの法理論を勉強し、それを受容しようとする際に、こうした努力のどれだけに共感し、わが国の理論の発展に反映させているであろうか。刑法学に関して言えば、少数の例外を除き、日本の通説的学説が「ドイツの刑法理論」と称して利用しているものの大部分は、一九三〇年代のはじめまでに一応完成したものであり、それらを基本にしながら発展させ、今や多岐にわたっている現代の刑法理論には理解がゆき届いていないのである。そしてわが国の現代刑法理論と称せられるものの実態は、袋小路のなかで堂々めぐりをしている閉塞状態にある。⁴⁷

八 最後に、立法に対する法学の寄与のあり方について一言する。

第二次大戦後に、各省庁は審議会を設置し、その主管にかかる法律の立案に学識経験者として研究者を加えている。この審議会のうちの最も歴史のあるものが法務大臣の諮問機関である法制審議会であり、その下にある民法、商法、民事訴訟法、刑事法などの各部会があり、多くの大学関係者が参加している。

それぞれの部門にいろいろな問題がある。今日、余り機能していない法制度をいかに能率よく活用しうるかの工夫であるとか、利害関係を反映し、業界の要望をいかに法改正に取り入れるか、逆に、業界の不祥事にいかに有効に対抗するかなど、同じ主務官庁としてその応接も多様であるという。

立法作業へと参加する場合、慶應法学はいかにあるべきか。ここでも、私は慶應法学としては基本的なスタンスを維持する寄与の仕方をとるよう提唱したい。

まず、理論的な筋道を通すことであり、安易な仲介者となるべきではないと主張したい。頭の回転の速さを頼りにして、場当りの結論の見事さを競うコンクールに参加することなど、空しいスタンドプレーである。そうではなくて、正統的な法解釈の筋道を守り、あとになって辻つまを合わせるのに苦勞するような解決にならぬよう、きちんとした態度を守るべきである。

そして、日本と同じように、新しい社会の発展に伴う社会事象に対処するために苦心している、欧米諸外国の立法・判例・学説の動向に怠らず目を向けている必要がある。この場合、今の役に立つ知識・情報の蒐集に力を貸そうという近視眼的な対応では研究者の本分に反する。そうではなくて、広い視野に立ち、いつ利用しうるかという短兵急な態度ではなく、広範にわたって資料を集め、検討し、見通しを立てておくことが肝要である⁴⁸。各法分野で地道な努力を重ねていることが望まれる。

(32) いわゆる損失補填の問題が明るみに出た後、大蔵省の証券取引法改正に際しての態度は、既得権益の確保と業界保護のため、なりふりかまわぬ様子であった。

(33) 例えは、*Drehen-Tröndle, StGB 45, Anl., 1991, LXI-LXX* の改正一覽を参照された。

(34) 尊属殺人にかかる刑法二〇〇条の規定は、昭和四八年四月四日の最高裁判所大法廷判決により、憲法一四条一項に違反するとされたが、一八年経過してもこの規定は削除されず、爾来、尊属殺人は一九九条の普通殺人の規定で処罰されている。

(35) 最判二小昭五一・四・三〇刑集三〇・三・四五三、最決一小昭五四・五・三〇刑集三三・四・三三四、最決三小昭五八・二・二五刑集三七・一・一。私は、最高裁判例に先立ち、写真コピーの原本性を認める見解を支持した。宮澤浩一・フォート・コピーと文書偽造罪上中下、判例タイムズ三二三、三二七、三三五号、一九七五、七六年。なお、同・文書犯罪、西原春夫他、判例刑法研究7、一九八三年、川端博・文書偽造の理論、一九八六年参照。

- (36) テレホンカードの有価証券性を肯定する判例として、東京高判平成二・六・二五判時一三六四、一九九〇年。なお、宮澤浩一・平良木登規男・島岡まな・改変テレホンカードと変造有価証券交付罪の成否、判時一三四三、一三四六、一三四九、一九九〇年。
- (37) ハイデルベルヒ大学創立六〇〇年祭を記念した論文集は、裁判官による法の形成というテーマで多くの法分野の学者が寄稿した。*Rechtliche Rechtsfortbildung. Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen. Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1986.*
- (38) 公害犯罪の場合、被告会社側の証人に対する圧力、弁護側申請の鑑定証人への威圧が問題となり、三重県鈴鹿市での隣人訴訟事件では、電話による脅迫などの圧力で、原告・被告とも多大の迷惑を受けた。
- (39) 一九八六年一月に石垣島で発生した幼児誘拐殺人事件では、世論、殊に傍聴に米た住民の怒りが激しく、冷静な法判断のできる状態ではなかったという。
- (40) 宮澤浩一・ドイツの統一とその法律問題―司法制度と刑事法を中心として―付矯正の状況、刑政一〇二巻六号、一九九一年参照。
- (41) 村上淳一・ハンス・ペーター・マルチュケ・ドイツ法入門、一九九一年、二〇二頁以下、畔柳達雄・ドイツにおけるリーガル・エイド制度の現状―「助言援助法」、*「訴訟費用援助法」の実施状況管見*、自由と正義、四二巻一二号、五三頁以下をも参照。
- (42) もっとも、(西)ドイツの検察官も、ある程度の起訴裁量権を行使しているという実態調査がなされている(例えば、*Sesser - Blankenburg - Steffen, Die Staatsanwaltschaft im Prozess sozialer Kontrolle, 1977*)。さらに一九七九年の刑訴法の一部改正により、検察官による手続の打ち切りの範囲が広がった。
- (43) 矯正施設の現状、保護観察・行状監督の現状などについて、スイス(シュトラーパーンウェルトとノルを中心とした研究グループ)や(西)ドイツ(マックス・ブラック外国刑法・国際刑法研究所、ハノーバーの犯罪学研究所、ボンの保護観察協会)に、近時、次々と実証研究が公刊され、連邦国家の矯正・保護の光と影の部分が明らかとなっている。ここでは、細かな文献の指示は省略する。
- (44) 宮澤浩一・一九世紀ドイツ刑法学研究 序説、西山富夫教授還暦祝賀論文集、名城法学三七巻別冊、一九八八年。そこに分析した雑誌を徐々に買い集めている。
- (45) Ernst Forsthoff (Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Essays, 1968* この問題に関する論

文が集められている。

(46) その概観は、村上・マルチヤケ・前出(注41)、三〇頁以下。なお、Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 17. Aufl., 1990, S. 73ff. (本書の第一三版の邦訳・阿部照哉・初宿正典・井口文男・永田秀樹・武永淳訳・西ドイツ憲法綱要、一九八三年、九三頁以下)。

(47) 戦後、一時期、わが国で多くの者が関心をもった「目的的行為論」に対する反動なのかも知れないが、違法性に関して、その行為の主観面をも考え併せ、故意を違法要素とすることに否定的な見解が多くの共鳴者を集めつつあるが、この考え方は、ドイツのみならず、オーストリアにおいても目的的行為論を採らない者の間に共有財産として支持を得、それを前提として理論が発展しているのである。従って、この点にいつまでもこだわらず、結果侵害、結果発生の危険を「客観的」に把握するといふ一九世紀への先祖返りのような見解に固執する限り、日本の刑法理論学は孤立化せざるをえなくなる。

(48) 此の点については、すでに、宮澤浩一・比較刑法のための基礎作業、井上正治博士還暦祝賀論文集、一九八〇年で詳しく論じておいた。

三 法学研究の方法上の問題点

若い研究者のなかには、法学学のように歴史と伝統の古い分野では、すでに重要な基本問題点は研究し尽されているとの認識のもとに、特殊な個別問題に取り組む例が増えている。勿論、適確な見通しに立って、特殊問題を手がけるのであれば問題はないが、誰もやっていないので手早く業績にまとうるという狭い(低い)意識で小さなテーマを扱うことは、ひと時の成功をうるかも知れないが、その自分との妥協の心根は持続する魂を持った研究者への出発点として好ましいかどうか疑問であり、危険でもある。

二一世紀の慶應法学を担う、若い馬力のある後継者が多く出ることを期待しつつ、慶應法学第二世紀を旨とする者の基本的な学問態度について私見を申し述べることにする。

まず、第一に、多くのテーマはすでに開拓されつくしているという幻想を疑う必要がある。

例として、刑事法を用いることが適切かどうか自信はないが、私見によれば、学問の後進国の宿命として性急に先へ進もうとした余り、これまで多くの重要なことをやり残し、いつてみれば点と線をつなげるような学説の継受をし、学問の展開をしてきたということを自覚し、正確な知識の再整理とそれに基づいた真面目な取り組みが必要である。⁽⁴⁹⁾

第二に、法律学は社会的紛争の解決を任務とするから、社会の変化に応じて生じる新しい事象に対応し、新たに生じた葛藤に筋道をつけて解決することを求められる。しかも、そのような事態は多方面に見られる。応接にいとまのない新しいテーマに時間をとられ、関心方向が分散すると、じっくりと腰を落ちつけて根本問題に取り組む困などないとい自己弁護をして、次から次と小器用にこなすことに気をとられることになる。だが、新しいテーマであるとはいっても、それが大きな広がり的一端であり、過去の法の遺産とつながりを持っていることを忘れてはなるまい。たしかに、一見新しい現象らしきものに幻惑されるのも仕方ない面はあるが、良く考えてみると、人類は過去数世紀にわたり、常に「新しい事象」を前にして、既存の法規や慣例などを手がかりにして、何とか解決してきたのである。法律学者は、その職分からして、未来学者のようにつかみどころのない対象を解決するために空想をもて遊ぶのではなくて、過去においてなされた法的解決の例を参考にして一見新しいと思われる事象の解決に当るとい方法工夫すべきであろう。

一つの具体例を示したい。一九八六年から八七年にかけての冬学期に、私はゲッティンゲンに出かけ、その大学図書館の教員読書室に日参し、一九世紀の刑事法雑誌論文を徹底的に調べたことがある。大小さまざまな三七種類の法律雑誌、刑事法専門雑誌をほぼ全巻、文字通り一冊ずつ手に取り、頁をめくり、論文や事件例、統計、公的資料など気づいた限りメモし、必要なものはコピーをするという作業のくりかえしであった。その過程でブラウンシュワイヒという公爵領で一八五八年に創刊され、一九三六年の第八二巻をもって、他の二、三の法律雑誌とともにヒトラー

政権の圧力で終刊した法律雑誌の記事に注目した。⁽⁵⁰⁾ ブラウンシュワイヒには、今日、上級地方裁判所があり、時として注目をひく判決が出、その長官として注目すべき著作を出すことで有名なルドルフ・ワッサーマン⁽⁵¹⁾が長い間活躍をしていた。このブラウンシュワイヒ公爵領は、ハノーバー王国の中に飛び地のような地位を占め、東西ドイツに分かれていた当時は、旧西ドイツの東の端にあったが、全ドイツ領でみれば、ほぼ中央にあり、交通の要衝の地であった。一八一五年のデータであるが、面積わずか三七〇〇平方キロ、人口二十万人の此の小さな領邦国が、創刊後、殆ど休刊することなしに八〇年ほどの長きにわたり、法律雑誌を公刊しえたのは、一体、何故なのだろうと思いつながら、論説と判例解説を拾い読みしていた。そして、一つのヒントらしいものに気づいた。それは、此の小国の領地に鉄道が東西南北に敷設された折に、土地の利用に関する同国の法規や判例、慣習法と衝突し、かなり多数の事件が裁判所に係属し、判例の集積が認められたのである。その他、社会の変化に伴う社会事象を対象とする法判断、殊に、一八七一年の統一ライヒの法律と同国の旧法令や判例との整合性の問題など、刑法専攻者である私の目からみても興味のありそうなテーマの、民事関係の論文が多数見受けられたのである。

ドイツの地に鉄道がひかれたのは、一八三五年に、ニュールンベルヒとフルト間であり、爾來、急速に拡がった。それは、当時大小四〇ほどに分かれていた領邦国の国土に敷設されたから、それぞれの国の法律や慣習、判例と衝突し、絶えず新たな解決に迫られ、社会問題と法律問題の交錯する難問を生み、苦心して解決をはかる工夫の連続であったと想像しうる。⁽⁵²⁾ これらの「新しい法律関係」の合理的解決を通じて、所有権・占有権・用益権などの概念が洗練されていったのではあるまいか。新しい社会的必要性にに応じて、既存の法概念とのすり合わせの必要は、水道、下水、ガス、電気などの近代生活に必需ともいふべき供給システム（インフラストラクチャー）が拡大するに伴って新たな「法律問題」に直面するたびに起きたであろう。従って、過去の法律実務、立法、法解釈を検討し、そうした解決のプロセスを研究することで、現代のわれわれが当面している「新しい」社会問題を解決するための「ヒント」をうることに

ができないであろうか。これまでの知識や経験では解決できない「全く新しい問題」に直面した、発想の転換が必要だなどと浮き足立つ前に、過去の智慧から学ぶことも大事だと言いたいのである。法律的思考は、全体との関連とか過去の積み重ねという面から離れると、バランスを失し、或いは際限のない個別具体論に陥るおそれなしとしない。

三番目に強調したいのは、他人の作ったデータに全面的に依存するのではなくて、自分の努力で学問情報を獲得する努力をすべきであるという点である。社会が複雑多様になり、かつ印刷技術の進歩により、莫大な量の情報があふれると、コンピュータの助けを借りて、学説や判例をデータ化したデータ・ベースを通じて知りたい文献などを手軽に入手しようとする。法分野によっては、最新の情報を集め、分析することが大切な仕事と考えられるものもありうる。殊に、新参の法分野で歴史と伝統のないところでは、それで済ますことができるようである。しかしながら、基本的な法判断を求められる分野では、この種の大量処理に親しまないところに知識の源泉があることを知らねばならない。データ・ベースの作成過程を考えてみると、その作業に参加している人は、目の前に集められた文献を整理し、一応内容をチェックし、決められたキーワード、シソーラスに従って記号化し、さらに必要な要約を作成し、データ化する。これらの作業は、真の意味で専門的知識の必要な分野においては、殊に、社会的・歴史的背景についての理解なくしては処理することのできない一〇〇年前、一五〇年前の著作物の情報化には適さない。さらに、ワープロやパソコンの画面に出てくる著者名、雑誌論文名は、インデックスによりよび出されるが、そこに列挙された文献が主要なものすべてを網羅しているという保証はない。情報検索システムは、たしかに便利ではあるが、それにより、従来通りの手作業により、図書館や資料室のカード・ボックスを検索しているうちに、思ってもみなかった著書や論文の所在を知り、メモするという楽しみが失われる。問題は、それでよいかということである。他人の作成にかかる文献リストは、或る意味では網羅的すぎて玉石混淆であるからどの程度それを切り捨てるかに利用者の見識が現われる。⁵⁴

四番目は、二一世紀を間近に控えた慶應法学にとって、法哲学・法思想史、比較法、法社会学といった基礎法の分

野に専門スタッフを擁する必要があるのである。比較法に関して欲を言えば、イギリス法、ドイツ法、フランス法の専門家を置き、これらの国の立法、判例、法制度がどのように動いているか、学説の動向、学会の状況はどうかについて絶えず最近の情報を掌握し、求めに応じてホットなニュースを提供する体制が整われるようになりたいものである。

さしあたって最後の五番目の考えを述べると、アジアの法制と取り組む専門スタッフを充実させることが望まれる。現地人の書いた欧米語の紹介文で済ませたり、欧米人の書いたアジア法制、アジア法学によるのでは、いかに不完全であるかは、日本法や日本の学説を欧米の文章で書いたものがいかに不完全・不十分かをみれば分ると言うものである。国際社会における日本の重要な立場を考え、かつ国際社会で多くの国の理解と協力をえて活躍するに当り、近隣諸国であるアジアに根を下ろす必要性は大きい。現地語に通じたアジア法制の専門家の数を増やすことが大切であり、これらの地道な努力を重ねることで学問的地盤を強固にすることが、真の意味での第二世紀への着実な歩みを進める道であると思われる。

そのためには、次の世代を支える有為な人材が多数出ることを心から希望するものである。

(49) 本稿ですでに指摘したように、学説の連続性、理論と実務の対話について、自分の目で検証する作業が残っている。(西) ドイツの場合、今日の状況の下で、余りにも多くの判例が出ており、論文も多数、生産されるから、その応待で過去をふり返る余裕がない。幸か不幸か、わが国の場合、目新しい判例は多くないし、従来の理論を否定せねばならない程のインパクトを持った判例は出る雰囲気ではない。従って、発表される論文の多くは、焼き直ししないしは海外の文献を換骨奪胎した態のものが多い。こういう場合にこそ、歴史的なパースペクティブを持った立場の者が、先人のやり残した分野に切り込む精神的ゆとりをもっていると思うが、どうであろうか。

(50) それらをあげると、次の通りである。Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogthum Braunschweig, 82 Bde, 1854-1936; Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte-Badische Rechtspraxis und Annalen der Badischen Gerichte, 102 Bde.

1832-1936: *Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft*. 55 Bde. 1881-1939.

(15) *Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag* herse. von Christian Broda et al. 1985 の略歴。巻末著作目録参照。

(52) 林健太郎編・ドイツ史(新版)・一九七七年・二四二頁。

(53) Reinhard Rürup, *Deutschland im 19. Jahrhundert*. Deutsche Geschichte Bd. 3. 1985. 特に「四七頁以下の工業化と経済成長」六八頁以下の社会構造と社会関係参照。

(54) (西) ドイツでも、近時、文献の洪水に見舞われ、重要なものをいかに選択するかに困難をきたしている。この点につき宮澤浩一・学生・教員の山、そして出版物の洪水、西ドイツの場合、前出(注23)・一三七〇号、一九九〇年。なお、Günter Arzt, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft zwischen Studentenberg und Publikationsflut*, in: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1988, S. 839 ff. v. Friedrich-Christian Schroeder, *Die Last des Kommentators. Zum strafrechtlichen Publikationswesen in der Bundesrepublik Deutschland*. Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, 1989, S. 77 ff.

むすび

慶應法学の第一世紀を省みると、私が法学部助手となったのが一九五五年のことであるから、その三分の一にあたる最後の三五年間をともし歩んだ勘定になる。しかし、駆け出しの頃の一〇年間は、修業時代であるから、慶應法学の一翼を担ったと言えるのは、四分の一世紀にしかすぎない。しかし、それもあつと言ひ間に過ぎてしまった。今後、何年、現役の研究者として慶應法学を支えることができるかは私自身も分らないが、常にベストを尽くしたいと思う。慶應法学への私の寄与のささやかな実践の一つとして、助手になった一九五五年から今年まで、書評を一本しか提出しなかった年もあったが、まがりなりにも毎年、何らかの形で「法学研究」に寄稿し続けてきた。死が私の手から万年筆を奪うまで、此の習慣を持続したいと願っている。私の学問的出发点が、法学部の機関誌「法学研究」に負うて

いたからには、今、それを支えるのは当然の責務であらうと思うのである。

伝統のある大学で育ち、それに属することは心理的に負担である。伝統とは、絶えないからこそ伝統であるが、いたずらに長いだけでは取得はないし、ただそれを維持するというだけでは「保守」であり、「墨守」である。少しでも新しいものを加え、それを受け継いだときよりも充実させて、次の世代に手渡してこそ、伝統に生きる者のつとめと信ずる。そのためには、自分と妥協してはなるまい。軽薄な世評に踊らされて、手を休めてはなるまい。殊に気をつけるべきことは、自戒の心を忘れることであり、自分を見失うことである。

本稿に書きとめた事柄は、自分の仕事をふり返り、一九七〇年代に入る以前の暗中模索時代の習作から脱却するために、いろいろと工夫し、時間をかけて体力づくりともいべき資料の収集と分析をしたらうえて、或る程度の見通しをつけたときに思いついたことや、さらに学説史やその背景の時代についての知見の収集につとめて、改めて見直しをして思いついたことなどを吐露したものである。

自分自身に言いきかせるつもりで書いたものであるが、同時に、他の人々にも当てはまることも多かろうと思う。研究上の方法で、行きづまりを感じている人に、何らかの参考になればよいと考えている。もとより、或る程度のところ、我が事成れりと考え、あとはファミリー・レストランの料理のように、そつなくいろいろな材料を用い、見た目に美味そうな態の論著を書いている極楽トンボのような研究者の目からみれば、本稿で述べた事の多くは非生産的な話だと読みとばされるであらう。しかし、そうした「研究者」は、私のような立場をとる者にとって、所詮、縁なき衆生というものである。

此処に書きとめたことの少なからぬものが、三五年もの間、折にふれて議論をし、知的刺激を受けた十時巖周君の批判に身をもって応えた仕事の成果に負うている。われわれは、相互に、慶應義塾法学部を常に意識しながら、お互いに補い合って今日に至った。十時君は、研究・教育環境を充実させるといふ面で努力しながら、香港の中文大学、

北京の日本研究センター、パリの政治大学院で「日本の近代化」を講じ、学問の国際交流につとめて今日に至っている。その影響で、私も、ヨーロッパ一辺倒からアジアへと関心を向けるようになった。

慶應義塾法学部の今日の「名声」に満足し、それを利用することは易しい。だが、皆が皆、そのような安楽椅子を志向すれば、白い巨塔はたちまちのうちに「虚塔」となる。次第にその数が減ってゆくのは、いささか心もとない限りであるが、書生の魂を持った研究者が支えなければ、次第に立ちゆかなくなる状態に陥るであろう。私自身、これまで一介の書生のように学問の道を歩んできた。その私を省りみると、慶應法学を支えようと努力していた自分は、十時殿周君の掌の上で走り廻っていた孫悟空のような存在であったのかも知れない。