

# グスタフ・ラートブルフ：法哲学入門(1948年)(下)

上 田 健 二 (訳)

## 内 容

第一章 法についての諸科学	10
…… 本誌329号	
第一節 より狭い意味における法学	10
第二節 法史と比較法	12
第三節 法社会学	13
第四節 法心理学	15
第五節 ルドルフ・イエーリング (1818-1892年)	17
第六節 法哲学の諸々の課題	18
第二章 法の理念	23
第七節 正義	23
第八節 合目的性	26
第九節 法的安定性	28
第十節 価値諸理念の順位	30
第三章 実定法	30
第十一節 法の概念	30
第十二節 法の妥当	33
第四章 法と他の諸々の文化形式	35
第十三節 法と道徳	35
第十四節 法と習俗	37
第十五節 法と宗教	39
第五章 偉大な諸々の法文化	42
第十六節 ローマ法	42
第十七節 英米法	44
第十八節 市民法典 (Der Code civil)	47

第十九節 ドイツ民法典 (Das BGH)	48
第二十節 カノン法典 (Der Codex Juris Canonich)	50
第六章 法の諸様式	52
第二十一節 主観的法と客観的法	52
第二十二節 公法と私法	55
第二十三節 実体法と手続法	57
第七章 法学における諸方向	2
…… 本誌本号	
第二十四節 法学における 画期的な時期	2
第二十五節 法学的実証主義	17
第二十六節 自由法運動	18
第八章 法の歴史哲学	21
第二十七節 歴史の法哲学	21
第二十八節 法史の法哲学	22
第九章 法の美学	24
第二十九節 法の諸々の表現形式	25
第三十節 絵画における法哲学	26
第三十一章 法と文芸作品	30
第一〇章 法哲学の時事問題	35
第三十二節 法概念としての人間性	35
第三十三節 社会法	37
第三十四節 民主政の思想	41
第三十五節 世界法	44
第三十六節 法律を超える法	48

## 第七章 法学における諸方向

### 第二十四節 法学における画期的な諸時期

以下の節はヘルマン・カントロヴィッツ (*Herrmann Kantrowitz*) によって1914年7月の雑誌『実行 (Die Tat)』のなかで刊行されている (Vgl. *Radbruch, Nachruf für H. K. in d. Schweit. Ztsch. f. Strafr.*, Bd. 60, 1946) ←。この情熱に満ちた論文は、それが個別的な点でその著者の後の諸々の研究を通して時代遅れのものになっているとされようとも、その価値を保持している。

われわれが包括的な視野をもって法学の歴史の変遷を見渡すときには、つねに変化している諸々の形式と名称の背後に同じ対立がつねに新たに、すなわち形式主義と目的主義との対立が立ち現われていることに、やがて気付くことになるに違いない。

法学における形式主義の方向は言文化されたある法命題から、ある法律の正文から出発する。それが問うているのは、「どのようにして私は、かつてこの正文を言文化した意志に相応するためには、この正文を解釈しなければならないのか」ということである。この意志からそれは次いで——見かけのうへでは純論理的に処理しつつ——いっさいの現実的もしくは考えられる法的問題がそれらから必然性をもって生じるべきである【178】諸々の概念と命題とのひとつの閉じられた体系が読み取られるのである。

目的論的な方向は——それらがこのことを知っていようと知らなくとも——本からではなく、社会的、精神的、倫理的な生活の価値に満ちているとみなされる諸々の目的と欲求から出発する。この方向が問うているのは、「生活の諸目的を充足するためには、どのように私は法を取り扱い、形態化しなければならないのか」ということである。このような目的に則してこの方向はいまや形式的な法の無数の疑問を解決するのであり、それはその無数の欠缺を充足する。かくして前者の方向はある与えられた公式にひとつの意味を探究し、後者の方向はある「与えられた意味」について公式を探究するのである。

基本的な諸様相のこのような対立に、導き出された諸々の差異が対応する。形式主義的な方向の性格はより多く言語重視主義的、理論的、消極的、受身的かつ保守的なものになり、目的主義的な方向はより多く実在主義的、実践的、批判的、生産的かつ進歩的なものになる。前者は視野を好んで過去に向け、それを現在において生活に則して維持することに努め、後者はそれを現在に向け、それをドイツの諸々の努力のひとつの生命力のある将来のなかで切り開こうと試みるであろう。そこから形式主義は

文献学からひとつの作業手段を読み取り、歴史研究に深化を求め、神学のなかに方法的な模範を見出すであろう。形式主義は哲学を最高の諸目的と諸価値のために自らの支えとしなければならず、そして心理学と社会科学が諸科学のランクを獲得するや否や、それらから最も重要な補助手段を請い求めることになる。

「形式主義」と「目的主義」は、この場合には標語以外の何ものでもないであり、すでにそれゆえに一面的であり、歪みが生ずることなく互いに対置されていないのであり、容易に誤りへと導く思想の諸々の結びつきを負っているのであるが、しかしそれでも誤解されることが最も少ない。それでもなおそれを用いることにためらう者であれば、言語主義と実在論、実証主義と合理主義、歴史主義と近代主義、文献学的方法と目的論的方法という言い方をすることもできよう。もしくは彼がその民族性と柔軟性と明確性とを犠牲にするつもりがあるのであれば、より厳格な方向とより自由な方向という言い方をすることもできよう。いずれにせよ、それは、このような諸方向がどのように名付けられようともひとつの交互作用であり、それは法学の進行を大体においてほとんど一世紀以来規定してきたのであるが、しかしそれでもすべての時代が両者の方向を代表しているとしても、しかしあるときにはひとつのものが、あるときにはもうひとつのものが支配したというようにしてである。同様に、これらの方向においてローマ時代の終焉以来ヨーロッパにおいて続いている諸学派の何れもの独自性をなしているということは、導き出された諸々の差異性のより強い形式か、それともより弱い形式である。【179】

I. 古代ローマ法の展開の終極に偉大なユステニアヌス←の法典編纂←が位置している。それはこれまでの法的思考を総括するとともにそれより多くを求めた。すなわちそれは、学問上の継続的展開を不可能にするような窮極的な完結であろうとしたのである。皇帝にはその作品が「調和せるものの、論理的に一貫せるものの一団 (Una concordia, una consequentia)」←であるかのように見えるのである。諸々の矛盾や欠缺は浅見的な者にとってのみ存在しているにすぎないのである。それでもこの場合に「むしろ歪曲というべき法律の解釈 (legum interpretationes, immo magis perversiones)」←があるとすれば、これを何とすべきか。

どのような絶対主義も自由な学問に向けられるあの不信に満たされて、機械的なものを越えゆく法源の、とくに主要部分の、すなわち学説集成 (Digesten) のどのような加工も偽造者に加えられる刑罰のもとに禁止される。このビザンチン人のこのような言葉のなかには——しばしば教えられるように、中世の権威信仰のなかにはではなく——「立法者の侍女」としての法律学のより後の見解の歴史的根源が置かれているのである。

II. 近世の法律学の最も古い時期、6世紀から11世紀の始まりまでに属している「中

世初期」は、このような命令のひとつの忠実な遵守であるかのような様相を呈している。ゲルマン民族およびローマン民族による古代文化の残骸の苦難の多い、[62] 幼稚な習得の時代であったこの時代の教養段階は、法源とのこれ以外の関係を許さなかった。どのような法学校も存在していなかった。駆け出しの「法律家」は先ずはじめに幼年学校で個々の基本的な知識を、とくに法的な用語と修辭的な技能を、次いで公証人の事務所です慣用の書式を習得したのである。彼もまたあの時代の無教養な審判人を前にして学問的な諸論拠をもって何ごとを成し遂げることができたのであろうか。同様に、法源の、とくに学説集成の難しいラテン語を究める言語上の可能性というものも存在していなかった。まさにローマの諸法に従って生活していた教会だけが、つねに入れ代わって生じてくるその諸要求をこのような法に根拠づけることができるために、その技術的な取り扱いを必要としていたのである。そしてそこから当然のこととして、次いで「むしろ歪曲というべき法律の解釈 (legum interpretationes, immo magis perversiones)」が成り立ったのである。教会の諸々の偽造は、とくに有名な擬似-イシドールのそれは明敏な感覚と学識についてのその内実において、たとえ学問的な諸々の意図と業績にとつてではなくとも、それでもこの時代における学問的能力にとつて唯一の証しである。他の諸々の作品は純機械的な、もしくは文法的な類のもの、すなわち諸々の抜粋、言い換え、章句集、書式、言葉の説明である。これがすべてであった。諸々の文書のなかにはしばしば「法に精通せる者 (iuris periti)」もしくは「法律博士 (legis doctor)」に出遭うことを通してひとは惑わされた。これらは、時代の遊戯的な趣味における審判人の修辭的な呼び名である。それだからこれらを真に受け止めるのは、われわれの子供がインディアンの酋長もしくはメキシコの徒党の頭を將軍として真に受け止めるのと同様である。【180】確かに法学の真の教師は存在してはいたのであるが、しかし彼らは秘蔵の手書きのなかで沈黙していたのである。

Ⅲ. ユスチニアヌスの学説集成、すなわちローマの法律家たちの著作に由来する名句集はこの全時代に知られないままであった。603年から1076年までの間ではたったひとつの引用にさえ出遭っていない。あちらで一人、こちらで一人というように修道士が写し本を見つけて頁を捲り、すぐさま放り出していたということはあったかも知れない。一部だけが保存されていたのであり、11世紀の終わり頃に、多分1072年にイタリアのどこかで再び立ち現われた。これは、良きにつけ悪きにつけ法学の運命を今日に至るまで決定づけたひとつの世界史的な偶然であった。今日ではフローレンスにあるこの写し本の写しが一人の天才的な男子の手に落ちたことは、もうひとつの偶然であった。彼を文法学者であるボローニャのグアルネリウス (*Guarnerius von Bologna*) ←と同定することが試みられたのであるが、彼を後の時期は(われわれはその理由を正しく知っていない)イルネリウス (*Irnerius*) と呼んだ。この人はこの

本を先ず文献学者の眼識をもって研究した。彼はそのテキストをおそらくユスチアヌス時代に由来する学説集成の抜粋のひとつと比較し、その両者から卓越した判断力をもってひとつの新しいテキスト、学説集成の普及版を合成したのであり、これがその後19世紀に至るまで通用したのである。この写し本にすべての【63】学説集成の写し本が例外なく由来している。しかも——学説集成を読みかつ理解するということが意味しているのは法律家になるということである。そこでわが文献学的法律家たちはその研究の諸成果を無数の注釈のなかに書き留め始めた。彼らはまことに唯一無類の法的天分を証している。しかしイルネリウスは一冊の法書に立ちとどまっただけではなかった。驚きの念をもってわれわれはすでに学説集成の最も古い写し本のなかに、文字通り数千を数え、しかも疑いもなくその大部分がイルネリウスに帰着しているこの法書の内外における並行箇所を随所に見る。このような注釈は、すでにイルネリウスがほとんどローマ法大全のすべてを知っていたことを証明している。ユスチアヌスの新勅法からの抜粋というものに代わってこの新勅法それ自体を定立したのも、まさに彼であった。同様に、それまでは抜粋としてしか知られていなかった法典の完成もまた、彼および彼の弟子たちによって終えられた。間接的に今日でもなおローマ法の体系的な精通は完結した法源群のこのような完結的な精通に基づいている。このように形式的な、文献学的業績がその入り口に置かれているということは、注釈学者たちの、その主要部門の、イタリアのローマ法学者（Legisten）の全学派にとって特徴的であり、法学の全発展にとって重要である。すなわち数多くの古い書籍の発見、そのテキストの古い書籍からの改善はその課題が現在の生活の秩序であるような学問を切り拓いているのである。すでにこのことが、【181】注釈学者たちの学問が当時の一般的な学問形式、すなわちスコラ学<sup>3</sup>の諸様相を担うであろうことに気付かせる。彼らは実際のところ、良きにつけ悪きにつけこれを担っていたのである。注釈学者たちがローマ法大全をそのごく繊細な分枝に至るまで精通していたことは、注釈学者たちのスコラ学的な学殖を、一群の判読、解釈、解釈の試みおよび区別が彼らの明敏な感覚を、諸々の一覧表と細分化への好み、様々に異なっている原典からなるひとつの膨大な資料を統一へと組み立てる彼らの能力を、教会法の基本書である（1140年の）*グレゴリアヌス法令集*（*Gregorian Decretum*）←よりも優れた作品が他にはないほどに証明している。スコラ学派の長所の裏面もまた欠けてはいなかった。人々は形式主義的であった。一冊の本を書こうとした者は、それを全くの通例として法的諸問題の実質的な諸関連について書くのではなく、外面的な諸視点に従ってきわめて様々な議論を組み立てた。このようにして諸々の区別（*distinctiones*）、係争問題（*dissensiones*）、いまだ教育にはいくらかも役立つていなかった法的諸事例（*questiones*）、法律上の諸構成要件（*casus*）、法の基本的諸原則（*brocardica*）、諸々の矛盾（*contrarietates*）の集積が、

そしてとくに法文の順序に従った諸法典の章句についての注釈と議論 (apparatus und sumae) が生じた。この後者の [64] の最も有名な作品がアツォー← (Azo, 1230年頃没) のコデックス集成とアクルシウス (Accursius←, 1260年頃没) の全市民法典に関する考証資料である。人々は小事にこだわっていて、無用な係争問題と諸々の区別を好んだ。人々は学術的であったのであり、たとえば疑いもなく正しい意見をも賛否両論法の十字放火にさらさなければならぬと信じたというようにして、それが不適切になっていたところであってもうえに挙げられた思考諸形式を図式通りに貫徹した。人々はとりわけ盲目的に権威を信仰していたので、スコラの医学が古代およびアラビアの医師たちの書物が諸々の現実と比較することなく注解されることに成り立っていたように、スコラ学的法律学もまた、いまやまさに一千年も前に書かれていたユスタヤヌスと彼によって抜粋された言葉を解釈し、完全に変化していた現在に適用することを試みることに成り立っていた。彼らに固有の生活は無視された。彼らの法的諸命題、諸欲求および諸制度にはほとんど言及されなかった。われわれはここに——子供じみた思考方法というもうひとつの特徴と並んで——それに固有の時代の外で生きている完結した歴史主義とこれに対応して歴史的感覚のほとんど全面的な欠如というものを眼前にしているのである。生活と学問はそれぞれに別の道を歩んだのである。

VI. われわれは視点をもう一世紀先へと、すなわち14世紀中庸へと向けられると、もうひとつの新しい世界を見るように思う。【182】ここではしばしば、後期注釈学者の学派による注釈学派の解体という言い方がされる。しかし何も述べていない第二の名称の変わりに審議法学者 (Conciatoren) という名称が推奨される。それというのも諸々の審議、鑑定こそいまや法学上の文献の中心点であり、最盛期をなしているからである。このような鑑定活動を通していまや法学者たちは新しい法的な諸々の見方と、新しい諸々の事情および要求と取り組むことを、とりわけローマ法を、彼らの叡智をそもそも利用することができるようにしておくために、このような諸々の見方、事情、要求に適合させることを余儀なくされたのである。これと同時に、ときには審議法学者たちのなかで形づけられた基本的諸原則をテキストの解釈のために利用し、ときにはあの審議法学者たちにとって必要とされた基本的諸原則をテキストから展開するような文献が成り立たなければならなかった。正当にも最も有名な審議法学者は、14世紀の半ば頃に生きて、実に大きな働きをしたということで確かに最も影響力のあるバルトロ・ダ・サツフェラート (Bartolo da Sassoferrato) ←である。彼が、今日ではしばしば認められているように、彼が長らく非難されてきた後に、偉大でもあったのかは、これとは別の問題である。それというのも彼の作品が仔細に見られるならば、決定的な箇所であつていの場合に彼の師チノ・デ・ピストリア (Cino de

*Pistoria*) ←からの引用が見られるからである。ピストリアはダンテの友人であり、イタリアの抒情詩の新規創始者であり、多くの詩作をする法律家のひとりであったのであるが、しかし、これはまれなことであるが、法律家として偉大であったのと同様に詩人として偉大であった。ところで彼が抒情詩のなかに、周知のように南フランスの愛の詩のイタリアスコラ学的学殖とのひとつの結びつきを表わしている甘き詩形 (*dolce stil nuovo*) を、ダンテの新曲のなかにその不滅の表現を見出したような様式を打ち立てたように、彼は法律学においてもフランス文化のイタリアへの仲介者であることを意味していた。実際のところ彼の諸々の作品からは、フランスの法律家たちの全く決定的な影響が、当時ではそう言われていた「アルプスの向こうの博士 (*doctor ultramontani*)」とか「現代派 (*moderuni*)」を証明することができる。とくに重要であるのはピエール・ド・ベルペルシュ (*Pierre de Belpelsche*) ←と、13世紀の半ば頃に生きていたいくらか年長のジャック・ド・レヴィニ (*Jacques de Revigny*) ←である。これは驚くほどのことではないのであって、それというもこの世紀ではフランスは文化において最も進歩していたヨーロッパの国であったからである。社会的および経済的な諸事情は、そこではイタリアにおけるよりも先へと発展していた一方で、そこではローマ法は、そしてそれゆえに注釈学派もまたイタリアにおけるほどには深く浸透していなかったのであり、そして結局のところフランスは実につねに良識 (*bon sens*) の、実際的な見識の国であったのである。とりわけ当時のそこでは哲学が、もしくはそう呼ばれたように、弁証論 (*dialectica*) が栄えたのであり、そしてそのようにして特徴的なことにすでにジャック・ド・レヴィニは中世において弁証論を法律学に導入していた者として行き渡っていた。もちろんこれらの作品の様式はわれわれにとって全く「甘い」ものであることの実を示していないのは、われわれが神曲をスコラ的な寓意ゆえに享有しないのと同じである。【183】詰まるところ、あの人々がそれらをもってローマ法の形態化と補充に接近する生活諸目的の實在主義的な諸考量については、このような作品のなかでは詳細にはほとんど触れられていないのである。われわれはそれらを諸帰結から、つまりはそれらの果実に則して推論するほかはないのである。そしてそれらをわれわれはもちろん、われわれの口に合うようにさせることができる。われわれはいまや、われわれの今日の審議法学者たちが、彼らがローマ私法を講義室や研究室から生活のなかに移し変えてそもそもはじめて適用可能なものにしたというようにして、その大部分を作り出したということを知っている。彼らはしかし、ローマ私法の諸命題を大小を問わずドイツ的、教会的およびロマン的な法思想の意味において改造したばかりでなく、深く手出しをしてこの宝庫から創造的に、国際私法、団体理論、国家理論の基本的様相、刑法および刑事訴訟法の総論をほとんど全く新たに形態化したのであり、それらの創造活動が今日に至るまでに遠大な

影響を及ぼすことになったのである。

しかし方法論上の自己説明が全く欠けていたし、権威信仰の中世的な捕らわれが彼らの精神にとっても振幅を支えていた。スコラ学的な形式主義に代わってわれわれはいまやこれに劣らずスコラ学的な目的主義を知るようになっていく。いまだあれほど新しい、あれほど非ローマなどの理論も、もっぱら権威的なローマ法大全のテキストから創造されたと見られるほかはない。これが次いで法律の言葉の乱暴な転訳を招いたのであり、この転訳はあれほどに笑うべきこじつけの前に尻込みすることも全くなかった。そのさい何が誤解であり、何が意図であったのかはきわめて疑わしい。もちろん無意識的な意図が誤解のなかにも表現されていた結果として、願望は考えられていることの父であった。このことがわれわれにとって耐え難い弁証論の諸形式の濫用へと導いた。欠如しているか、もしくは刑罰をもって固く禁じられている真の理由の代わりに、適合しているのもしていないのも混然とした一体をなして権威、注釈、章句の際限のない隊列が行進しているのである。そしてこれらすべてがきわめて大幅な議論のなかで推し進められたのであって、それというのも実践的な法学は決議論的でなければならないし、決議論は幅広いものでなくてはならないからである。それだからこの時代の方法はいまだ確かにスコラ哲学的ではあるが、しかしそれは内容を偉大な自然主義の運動から汲み取っている。この運動は13世紀以来、すべての民族とすべての文化領域に浸透しており、それとスコラ学との関係は、この運動の具体的に明白な表現以外の何ものでもないゴテックのロマネスク様式との関係と同じである。われわれはこの運動を——その先端部分だけを挙げるならば——自然科学においてロジャー・ベーコン (Roger Bacon) ←による経験的研究として、哲学においてはオッカムのウィリアム (Wilhelm von Occam) ←による唯名論の再生として、神学においてはマイスター・エックハルト (Meister Eckhardt) ←とアシッシのフランツ (Franz von Assisi) ←における神秘論の覚醒 (それゆえに宗教的な心情の諸欲求という意味における狭義の解釈) の教義の解釈として、彫刻においてはあらゆるゴチックの様式化にもかかわらず情熱的-自然主義的な芸術、ジオバンニ・ピサノ (Giovanni Pisano) ←による擬古的図式主義の超克として、【184】 絵画においては、同時代の聖人伝のその描出が金の下地を我慢しないジオット (Giotto) ←の様式として、詩歌においてはチノ (Cino) の「甘き新詩形 (dolce stil nuovo)」として、そして法学においてはこの同じ巨匠の審議法学者の術として知っている。

V. 数世紀後にはわれわれはまたしても、ここで同じ闘争が演じられるのを見る。スコラ学的形式主義には15世紀末以来先ずはイタリアにおいて、そこからルネサンスとともにアルプスを越えてフランスとドイツに人本主義的な法学派が続いたのであり、この学派には17世紀以来、理性および自然法という名称のもとに合理主義的な目



的主義というものが対立したのである。両者の危機はきわめて激しい闘争と相互的な誹謗のもとに生じた。

ユスチニアヌス以前のほとんどわれわれの全宝庫を発掘もしくは発見し、編集しかつ説明する、キュジャス (*Cujas*) ←のなかに、われわれのモムゼン (*Mommsen*) ←に至るまでは現存していなかったような法的学殖の文献学と歴史との統合をもたらしたフランス人における、輝きに満ちてはいるが、しかし決して争いの余地がなかったわけでもない人本主義の学派については、われわれはここで立ち入ることができない。この方向と同時代のドイツにおけるそれとの間にひとつの鋭い切れ目がつけられるのをつねとしている。そして確かにドイツの継受法学家たちは、メルツァー・ハロアンダー (*Meltzer-Haloander*) ←を例外として、ロマン語圏の歴史学者に匹敵するものを果すことは決してなかった。彼らは大体において、多様な人本主義的もしくは弁証論的-体系論的な飾り立てを蔑視したことのない実際のな心構えの人々であったのであるが、しかし全体としてはそれでも「イタリア風に (*mode italicus*)」、言い換えれば、イタリアの審議法学者たちのやり方に忠実であり続けた。彼らは彼らの法、すなわち近代化され、イタリア化されたローマ法を受け継いだことを通して、彼らはその継受をそもそもはじめて可能にした。この従属が進行した限りで、注釈に付せられなかった箇所はどのような妥当性もドイツにおいて妥当性を保持することはなかった。それにもかかわらず彼らは、純粹な「皇帝の」法を所持していると確信していたのであり、これに彼らは古典的古代の一片として偶像化された尊崇の念を払った。しかしドイツの法律家たちは彼らの模範に決して相応しいものとしての実を示すことはなかった。彼らは確かに近代的ではあるが、しかしそれでもまさに外国のこの法を、それがあったままに受け継ぎ、自国の諸事情、たとえば農民の所有権秩序を、その特有性を広い範囲にわたって無視してこれに従属させたのは、あたかも同時代の建築技術を、古代の技術に習熟し、ヴィルトルヴィスを掌中にしているかのように、ドイツの農民の家屋の正面にイタリアの円柱様式【185】を、その本質を、諸々の均衡を受け継ぐことなしに据え付けると考えたのと同様である。彼らはこれによって、数世紀を通してぶつぶつ文句を言い続け、農民戦争において溜飲を下げ、そしてなおドイツ民法典の作成に当たって爆発したローマ法に対するあの根深い憤激の念を醸し出した。ドイツにおけるローマ法の全継受を、そこから「概念法学」の、その諸概念を実際的な諸帰結を顧慮することなく構成するか、もしくはどこからか借り受けたうえで、あれほど固有性に富んだ類の諸事情に適用する、法学的思考のあの混乱のひとつの魁として把握することができるのである。それゆえにわれわれは16および17世紀のドイツの実務家たちを、われわれがここで取り組んでいる視点のもとでもやはり、もうひとつのあの視点からは全く異なっているこの時代のフランスの学派をひとつの段

階に置くことができるのである。すなわち両者はともに純受身的に現存している法素材を、かじこでは純然たるローマ法の素材を、ここではイタリア化されたローマ法の素材をというように、それを十分に適合させるか、もしくは継続形成することなしに受け容れている、ということである。それだから果たしてまた、この時代はひとつの形式主義的な時代として特徴づけられなければならないのである。ひとは注釈学派の場合と同様に、外国人の仕事を通していつの日にか文言化されたテキストから出発するのであって、現在の諸目的を気遣うことをしない。スコラ学的-非歴史的な形式主義が現在をその対立性においてほとんど顧慮しなかったのに対して、人本主義的-歴史的な形式主義がそれをまさにその対立ゆえにこれを無視し、このような心情から「源泉に立ち返れ！ (ad fontes)」と呼びかけたことに、両形式主義は区別されるのである。

VI. 1625年のオランダ人ヒューゴ・ド・グロチウス (*Hugo de Groot*s) の作品『戦争と平和の法 (de iure [68] belli ac pacis)』以来、凱旋行進を始めた自然法論は他の源泉に向きを転じた。とはいえ、自然法思想がかつて欠如していたかのように言うのではない。しかしグロチウスが自然法の父と呼ばれる場合、このことは果たしてまたひとつの優れた意味を有しているのである。彼こそまさに、自然法を法の適用に役立たせ、実践に奉仕させた人であった。彼は何よりも先ず、実証的な素材がそこではごくわずかなものでしかなかった領域の、すなわち、果たしてまた今日に至るまで、とくに外国において、他のどの部門におけるよりも密接に法哲学と結び付けられていた国際法の実践に奉仕した。これと同じことは刑法にとって、そして後には——彼の帰依者たちを通して——民法にとっても生じた。ところで自然法の時代がここで採られた視点から評価されるならば、自然法哲学と自然法それ自体の間が明確に区別されなければならない。自然法哲学は、人間の理性的本性のなかに、もしくは、最終的に教えられたように、法の本性のなかに根拠づけられた、この源泉に即して無制約的に、永遠かつ至る所で妥当しているような法が存在していると想定することにおいて成り立っている。このような哲学は克服されているのであり、【186】カントとモンテスキュー以来、18世紀の理性批判と法哲学によって取って代わられている。このうちのひとつは、実践的理性が諸々の形式とカテゴリーを有してはいるが、しかし内容をもって満たされた、適用可能なような命題をも含んでいないことを証明した。もうひとつは、すべての法が特定の歴史的な諸事情のもとにある一定の時点において特定の人々によって創られていると把握した。それゆえに、自然法哲学に相応しているどのような法も存在していないのである。しかしこのことをもってしては、では、無数の教科書のなかで誤って自然法 (*ius naturae*) として特徴づけられたところのものはいったいどのような形象のものであったのかという問いには、いまだ決着がつけられて

いない。ところでこれについては、すでに18世紀に熟考されている。すでに当時に『自然法から剥がされた仮面（Die dem Naturrecht abgerissene Larve）』という特徴的な表題をもつデジング（*Desing*）←といったような人物の著作が存在していたのであり、そのなかで、永遠の理性法であると称された諸命題が、近代的な法的諸要請をもって粉飾された、歴史的な法以外の何ものでもないことが詳述された。そして百年後にはギールケが←、まさに予期され得たように、言うところのこのような超民族的な自然法のなかにはゲルマン的な法理念のひとつの頑なな核心が差し込まれているのであり、それがこのような包装を纏ってローマ法に逆らったということを示すことができた。このことが今日でもなお十分に知られていないのであれば、その理由は、このような事態が自然法論者たち自身によく知られていなかったということにある。彼らは、彼らの生活経験や感情から近代的な諸々の欲求をもって学んできたものを、先験的な諸々の思弁を通して証明することがきるだけでなく、根拠づけることもできると、大真面目に信じたのである。それゆえにわれわれは、自然法論者の諸々の演繹におけるあの実践的な考慮が審議法学者のそれと同様にほとんど言明されていないのを見るのである。それだからこの時代は合理主義的な目的主義の時代であり、スコラ学的目的主義の時代とは方法を規定する権威の交替を通して区別される。すなわちある本、ローマ法の書かれたる理性（*ratio scripta*）に代わって、人間理性の永遠の立法、もしくはそのように考えられたものが立ち現われるのである。ここにはまたしても「生命を付与する幻想の力」が確証される。まさにその憶測された、形而上学的な重要性を通してあの思想の実践的かつ民族的な内実があれほどに説得的で衝撃力のあるものとなったのである。このような民族的核心がなかったとすれば、自然法もまた、プロイセン、フランスおよびとくにオーストリアの法典編纂に見られるような活気のある、邁進的な立法の基盤もしくは導き手になることはなかったであろう。まさにこれを通して自然法は、実定法の適用や補完に当たって裁判官にとって法源として役立つことができたのである。自然法時代のなかで遂に、どのような判定も法律もしくは慣習法から導き出されなければならないというドグマが破られる。【187】実務のなかにはじめてこの両者と並んで第三の法源が、そしてそのなかで法学的価値理念の最初の体系が現われるのである。当時では緊密に織り合わされていた理論と実務の際立った進歩を、とくに「総論」の仕上げをわれわれはこの法源に負っているのであり、これは考え方から見て、そして部分的に今日の内容から見ても、徹頭徹尾18世紀の創造物である。このようにして普通私法、パンデクテンの近代的慣用（*usus modernus pandectarum*）は同時に近代化され、そして学問化されたのである。そして国家法と国際法が自然法を通してはじめて学問として実存在するようになる。しかしその内容から見られても、自然法は測り難いものを達成した。自然法は人間性にとって人間性

が鎖に繋がれていることを示し、そしてそれはこれを通して、この鎖を断ち切ることができることを教えた。自然法は、自由という不可侵の人間の権利の名のもとに農民の農奴としての身分と隷属、夫の利己主義のもとへの妻の従属、ツンプトという黄金の籠のなかへの町民の閉鎖と戦った。自然法は政府の絶対主義を、そして世襲的な支配関係を揺り動かした。自然法は、真摯なものから嘲笑的なものにまで及ぶあらゆる手段を尽くして教会による精神の自由の奴隷化と闘った。自然法は警察による諸々の干渉の恣意に対して人格性を確保し、法治国家の理念を掌握した。自然法は恣意的な司法の克服と特定された諸構成要件の呈示を通して刑法を根底的に改善した。自然法は人間の尊厳とは調和しないものとして人間を損傷する身体刑を、そして刑事訴訟においては拷問を除去した。自然法は魔女迫害者を追撃した。

もちろんこのような創造についてすでに当時に、自然法の人々は、そのこのような法源に支えられて、他の諸々の法源を、とくに法律を意識的に無視したというようなことが主張されている。しかし、それがきわめて平衡なものであるという理由から、どのような改革の努力に対しても、サヴィニー (*Savigny*) とイエーリング (*Iehring*) のそれに対しても異議を申し立てられたこのような主張は、当時でも誤っている。そうであれば、自然法論者たちがある法命題を今日は侵害しておきながら明日には再び適用したというような場合には、彼らは現行法を意識的に無視してしまったということになるであろう。しかし法律家たちはこのようなことをしたのではなく、もしこのようなことをしたのであれば、それは法律家たる名にも値しないであろう。そうではなくて彼らは、もちろんつねに自然法上の根拠づけをもって、国家権力がその形式的な除去のために何もしない場合には、現在の文化に背馳するより古い時代の法的諸命題をもはやまさに現行法として扱わないことにしたまでのことである。われわれがもはや妥当させないこのような法の廃絶をもって彼らは、もちろんひとつの漠然とした規準を用いる。だがそれにしても、ある法律がその妥当を通してのみならず、部分的に廃止する慣習法を通して、不適用を通して、国家の変革を通して失うとわれわれが教える場合に、これとは異なるどのようなことをわれわれはするのか。【188】それゆえにわれわれは自然法論者に、たとえば彼らが立法の影響を通してばかりでなく、実務の影響を通して19世紀をカール五世の刑事裁判例の文字通りの適用という恥辱から擁護したことに対して躊躇うことなく感謝することができよう。自然法がどれほど法律に敵対的でなかったかは、自然法が——絶対的な国家の子として——実定法のためにあらゆる幸運を立法に期待し、ここに周知のようにその最高の勝利を祝ったことからして明らかである。しかし自然法はここドイツにおいてはなくてはならないものではなくなくなったのであり、またどのような法典編纂にも至らなかったところでは、それは結局のところ挫折しないわけにはゆかなかつた。自然法が呼び求められていた

のは、そのなかに法律のなかの法律（lex legum）を、普通法の混乱のなかに確固とした原理を見出すことである。そしてそれに代わって現われたものは、自らが法的不安定性に寄与したということであった。方法論的な自覚の欠如が、自然法哲学と自然法それ自体との矛盾が報いを来たしたのである。自らの法意識が普遍的に妥当する法源として考えられることに慣れ、紙は嘘でも何でも書けるということで紙に書いただけのものが自然の声だと申し立てられたときに、恣意のどのような制約も脱落し、結局のところすべてが動揺に陥らないわけにはゆかなかつたのである。名目上は自然に、実際のところはきわめて主観的な意見に支えられたこのような体系の矛盾は、最終的にはその全くの甚だしさにおいてあからさまになった。フランス革命は諸民族とそれらの指導者に、理性の諸要求が結局のところ狂乱の陶酔というものに導き得たことを教えた。ひとは世界の改革に倦みだして存在していたもの、生成したもののなかに理性を見出そうと試みたのであり、自然法の哲学的な時代にかつて人本主義的美学的なそれが交代したように、哲学的な時代もいまや歴史的な時代にとって代わられた。

VII. まさに一世紀前にサヴィニーからその綱領を受け取った歴史法学派は、その思想財を部分的に18世紀の偉大なイギリスとフランスの思想家と学者から、モンテスキューと [71] ヴォルテール (Voltaire) から、ヒューム (Hume) とパーク (Burke) から、部分的には同時代のドイツの哲学者、とくにシェリング (Schelling) から読み取った。モンテスキューは1748年の『法の精神』を、法律は独創的な頭脳の恣意的な命令としてではなく、——不滅の言葉はこのように始まる——「事物の本性に由来する必然的な諸関係 (les rapports nécessaires, qui delivent de la nature des choses)」←としてみなされなければならないことに見出していた。そしてこのような自然を彼は次いであらゆる生活の物理的な諸条件のなかに、風土と地勢のなかに、その人間的な諸活動のなかに、経済のあり方、人口密度、福祉、国家体制、軍隊、宗教、習俗および国民精神のなかに見出した。同時に彼はこれらすべての要素への法の反作用を教えた。サヴィニー(彼の数多くの弟子が愛と同時に畏敬の念を注いでいるその人格性、[189] その際立った歴史のおよび法学的な天分にもかかわらずその法哲学上の見解の貧弱さをもはやいつまでも無視されるべきではないであろう)はこの反作用を抹消し、あらゆる要素のなかからただひとつの——想像を絶しているがゆえに学問的には使用可能でない要素、すなわち民族精神しか承認しなかった結果として、法のすべての発生はこの民族精神の放射として慣習法という仕方に従って現われた。ここにサヴィニーの理論はひとつのロマン主義的なそれであることの実が示されている。そして確かにこのロマン主義的な形式主義が問題となっているのである。すなわち、法の「発展」がもはや恒常的な自己-変化の無-目的なもの、無-意味なものしか意味して

いないということを通してシェリングの発展理論がいつそう通俗化された、ということである。これについての罪は、盲目的な反抗によって満たされた自然法の否認であり、これとともに同時に、理由づけのための一言もなしに、法哲学一般が追放されたことであった。これとともにいっさいの目的主義的な、評価的な考察に対する敵意、したがってまた形式主義への復帰が自ずから生じた。いまや再びあらゆる研究に値することになった表現形式を、ロマン主義者の分派はローマ法大全のテキストのなかに、ゲルマン主義者の分派は全く圧倒的に蛮族法 (leges barbarorum) のテキストのなかに、そして諸々の法書のそれのなかに、したがって、それがすでに文言化されていた限りで慣習法のなかに見出したのであり、そこから慣習法は社会学的方法に代わって文献学的なそれに親しんでいたものであり、そしてこれをいまや法律と同様に扱うことができたのである。しかしいまやこのような表現形式は法律家の眼をもってというよりも、歴史家の眼をもって考察されたのであり、このことはまた、あらゆる学問を歴史学として把握しようとしたロマン主義のひとつの成果であった。同時にモンテスキューの影響もまた、彼から諸権力の分離についての理論が受け継がれるとともに、裁判官を他の権力によって定立され、取り扱われた法的諸命題の適用に制限しなければならないと信じられた限りで眼に見えてくるのである。これらすべての影響が相互に作用する結果として、法学上の活動がすべての価値と意欲を締め出すような純認識的なそれとして把握された。このことが立法に対して、法を確認するばかりでなく、[72] 変更するすべてを「恣意的である」として斥けることへと導いた。いまや全く片づけてしまうことができなくなっている新しい法典編纂との教示的で著作者的などのような取り組みもまた「非学問的である」として排斥された。このことは、あれほどに影響力を及ぼした綱領の二つの要点であると同時に、否認されることのなかった唯一の要点である。解釈論においてはロマン的な歴史的形式主義は、一方では純粹主義に、すなわちロマン法を可能な限りその古代の段階に、ドイツ法を可能な限り中世の段階に遡らせようとする試みに、他方では、サヴィニーの弟子であるプフタ (Puchta) ←がそこへと登りつめようとした外見的には論理的な、現在のいっさいの要求に対しては無関心な態度をとる「概念法学的な」解釈方法へと導いたのである。【190】法史においてもひとつの純形式主義的な、法と文化とのいっさいの関連を断ち切ってしまう取り扱いが席を占めたのであり、このような扱いは同時に古代主義的な仕方でも新しい展開の前に立ち止まったのであり、それゆえにロマン的な民族精神論とも矛盾した。この結果は、ドイツでは今日でもなお継続しているゲルマン主義者たちとロマン主義者たちとの間の学派の分裂である。その効果は大まかに言って、そのうちのひとつがもうひとつと同じほどに非学問的になった理論と実践との完全な分離であった。これに対してより鋭敏な原典批判とより細密な概念構成は、三月革命前

の諸政府のもっともな好意によってほとんど無制約的な力にまで高められたこのような方向の積極面で書かれるとってよい。

幸いにもドイツ法学の将来は、もちろん後世の賞賛によって熱狂的に歓迎されたということではないが、しかしそれだけにいっそう全幅の同情に値する、これ以外の人々に委ねられることになった。解釈論上の実益追求のためではなく、もっぱら惑わされることのない認識衝動から研究したハウボルト (*Haubolt*) ←、ビーナー (*Biener*) ←、ヴェンク (*Wenck*) ←、ヘネル (*Hänel*) ←、ハイムバッハ (*Heimbach*) ←といった「古風な」法史家たちのライプツツヒ・サークルが現に存在している。ガンス (*Gans*) ←、ミッテルマイアー (*Mottermeier*) ←といった先駆的な法史家のまことに歴史的な見解を有している集団が、経済生活の源泉から汲み取ることを知っていたアイネルト (*Einert*) ←、リーベ (*Liebe*) ←、テル (*Thöl*) ←といった商法学者たちが、コッホ (*Koch*) ←、ヴェヒター (*Wächter*) ←のように、現行の地方方法の人々、それゆえにこの時代の最も優れた法律家たちが、さらには18世紀の法文化の遺産であり、新しい立法の必然性の洞察に満ちた説法を教えたチボー (*Thibout*) ←とゲンナー (*Gönner*) ←が、最後に、そしてとりわけカントとヘーゲルの哲学に支えられた刑法学者と民法学者たちが、フォイエールバッハ (*Fererbach*) ←、グロールマン (*Grolmann*) ←、キエルルッフ (*Kierulff*) ←の誇り高い系列が現に存在している。これらすべての集団のなかで——このことをここでは、たとえ暗示的であるにせよ明らかにすることができないのであるが——歴史学派を混乱しているものとして受け止め、そのようなものとして闘争に挑まなかったどのような集団もない。ただそれは、ヴェンク (*Wenck*) ←の適切な発言『法学者の神秘主義について (*de mysticismo iuriconstrorum*)』のように、しばしば秘密裏に保たれた意見表明もしくは必要に迫られて未発表のままにとどまっている著作物のなかであった。そしてこのような方向の何れもが同時にある意味もしくはこれとは別の意味において歴史主義の洪水のなかでのひとつの目的主義的な底流を表わしているのである。

Ⅷ. 前世紀の半ば頃にロマン主義的な気分が実在主義的なそれに席を譲ったときには、このような底流は徐々に表流水を獲得した。今日でもなお支配しているより若い歴史学派を、——そしてこのなかに保持されている、ここで打ち立てられた構成もまた——形式主義的な諸要素と目的主義的なそれらとの混合としてのみ把握することができる。【191】この学派はより古い歴史主義者たちのあの論敵からひとつの「生産的」かつ実践的な教科としての法学を読み取ったのであるが、しかしあの歴史主義者たちとともにこのような目標のための手段をもっぱら概念的な構成のなかに求めたのである。同時代の哲学と認識論の不振はそこに横たわっている矛盾を見破れなくさせる一方で、依然として歴史研究のなかに法律家のひとつの大きくかつ十分な教養手段を認

めさせるのに対して、より重要な心理的-社会的な課題はその視界の外にとどまった。これらすべての方向に向けてこの学派はその綱領を、その第二期に由来するルドルフ・イエーリングの著作物、とくに彼が『われわれの課題』という表題を付けた1856/57年の有名な綱領書のなかに受け取った。ビスマルクがドイツの思考一般に、イエーリング自身の思考にも刻印を押ししたように、とにかくもこの時代のドイツの法的思考に刻印を押ししたのは、ドイツの最も偉大な法律家のどっしりしたイエーリングという人物像であり、この像は、ゲルバー (Gerber) ←、ヴェヒター (Wächter) ←、ベッカー (Bekker) ←、ブリント (Brinz) ←といった共同闘争者たちよりも、この時代のドイツの法的思考に押ししたデルンブルク (Dernburg) ←、ヴィンドシャイト (Windscheid) ←、バール (Baer) ←およびウンガー (Unger) ←の刻印よりもはるかに強い刻印を押ししたのである。今日ではきわめて様々な、そしてもっともでさえある理由からイエーリングという名称が色褪せようとしているのに対して、ロマン系およびスラヴ系の外国がイエーリングのなかに近代の法学の中心的な人物像を賛美していることからして、いまだにサヴィニーが所持しているドイツの法律家たちの心のなかに占めている榮譽ある場所を彼のためにここで要求されるべきであろう。確かにこの嵐のような心の持ち主は、——彼がファウスト的な衝動に駆り立てられてつねに自分自身を乗り越えようとしていたという理由から——どのような偉大な作品をも完成に至るまで熟されることはなかった。確かに彼の矢は、——このフリースランド人を夜だけが狩りと冒険に誘ったという理由から——ほとんど正確に目標を射抜くことはなかった。それにもかかわらずこの偉大な雄弁家の影響には、著述家として卓越している数少ない法律家のなかでも計り知れないものがあつた。実際のところ彼はより古い歴史的な方向（彼自身ははじめにこれに従い、そのうえに匿名で公刊されたために知られないままになっていた著作物のなかでこれを正当化しようとしていた）を決定的な効果をもって攻撃したばかりでなく、その第三期においても彼に固有の作品は同様に呵責のない激情をもって『諸謔と眞摯』←とともにより若い歴史学派との闘争に挑んだ。ここで彼は [74] は、彼が主観的な法 [権利] においては「利益」に、客観的な法においては「目的」に榮譽をもたらしたというようにして、この学派の歴史的、概念的な諸要素をその实在主義的で目的主義的なそれらから区別した。透徹した自覚を有しているこのような仕事を通して彼は、目的主義の第三の、方法論的な形式に道を切り拓いた。彼のこのような思想の完全かつ体系的な進展というものだけが——ドイツにおけるのに劣らず外国においても——われわれを全面的に熱狂させる自由法運動を意味している。この運動は、これに反対している人々にも少なくない感動を与える。【192】このような方法論上の内実は、目的主義の最新の形式をスコラ主義的、合理主義的な先駆者たちが陥った運命から擁護するであろう。なぜかと言うに、



この内実は目的主義の諸々の限界を認識させ、それゆえにまたその正当な核心を永続的な成果として守り続けることを教えるからである。

## 第二十五節 法学的実証主義

法学の展開の最近の二つの時期、すなわち法学的実証主義と自由法運動にここで特別な考察を払うことが求められる。

I. 法学的実証主義とは、実定法から純知的な手段を用いて、自らは評価することなしに、法学上のどのような問いへの答えも見出すことができると考える、法学における方向である。

II. このような法学的実証主義はもっぱら論理的な根拠諸命題を通してだけではなく、とりわけ法の基本的諸原則を通して規定されている。

1. 裁判官にとっては法創造禁止が妥当する。法の創造は、権力分立論によれば、もっぱら国民代表に留保されていなければならない。モンテスキューは、裁判官の完全に非創造的な、純再生産的な任務を極端な言い回しにおいて要求することに満足することができない。判決は決して法律の正確なテキスト以外の何ものでもあってはならず、裁判官は法律の言葉を語る口以外のものであってはならず、その妥当をもその厳格さをも緩和することのできないひとつの魂が吹き込まれていない存在でなければならぬとされるのである。裁判官は、法律がこの所為のために課しているものしか語らないのであり、このためには、彼はその眼以外に何も必要としていないとされる。モンテスキューが法自動装置というこのような像を、まさに裁判官法 (judge-mede-law) の国であるイギリスにおいて獲得されたと思いついでいるのは、奇妙なことである。

2. 裁判官にとってはしかしまた、フランス市民法典 (code civil) 第4条が「法律がこの場合には触れていないとか、それが曖昧もしくは不明瞭であるといったことを口実にして回答を与えないような裁判官は、司法拒絶に基いて訴追されることがあり得る」と規定しているように、法拒絶禁止が妥当する。法学はひとつの実践的な学問であり、それは実践的な諸要求に対して、学問がいまだ提示された問いへのひとつの判定に達していないということを楯に取ることができないのである。法的な問いが明らかならずということ (ein non liquet) は締め出されているのである。

3. 法創造禁止と法拒絶禁止とは第三の条件、すなわち法律に欠缺がなく、矛盾がなく、それが余すところなく明瞭である、もしくは少なくとも【193】欠缺があり、矛盾に満ちているか、もしくは不明瞭な法律に基づいて純粋に合理的な手段をもっていっさいの法的問題のひとつの一義的な法的判定を獲得することができるという条件

のもとでのみ調和することができる。これは、法律のとまでは言わないにしてもそれでも法秩序の要請もしくはひとつの擬制である。

Ⅲ. 法律が不完全である場合であっても一義的な判定を見出すことに、法学的解釈学が法学のために役立つ。解釈学が法学に、文理的解釈か、それとも論理的解釈か、拡張的解釈か、それとも縮小的解釈か、類比か、それとも反対からする論証 (argumentum a contrario) かという対立した二つの解釈手段の何れかをそのつど適用しなければならないことを告げることなく、解釈手段を、対をなして役立つことができるというのは、どもまでも奇妙なことである言うほかはない。これらの解釈手段のなかから裁判官は、(構成を通して) 法律の根本義 (ratio legis) の助けを借りるか、もしくは (体系から) 法の根本義 (ratio iuris) の助けを借りて選択をしなければならないのである。法律家は、その起草者によって意識的にしまいこまれているものよりもいっそう多くのものを法律から読み取るができるということは、これを否認することができない。この意味において「法律は立法者よりも賢明」であり、法学的解釈は——文献学的解釈のように——前もって考えられたものを単に追考することではなく、考えられたものを突き詰めて考えることである。このようにして実証主義の解釈論はそれ自体を超えてゆく方向を指し示している。どのような法秩序もただひとつの統一的な目的に向けて創られてはいないことから、法の根本義の適用にはすでに裁判官に固有の諸々の価値判断が隠されているのである。

文献：Radbruch, Archiv f. Sozialwissenschaft u. Sozialpolitik, Bd. 4, 1905.

## 第二十六節 自由法運動

I. 実証主義的な解釈論が法の創造禁止と [76] 法の拒絶禁止から法秩序の完結性を法学上の要請として生ずるといふ、法学上の基本的命題に根拠づけられたとすれば、いまや自由法運動はこのような完結性で問題になっているのはひとつの要請もしくはひとつの擬制にすぎないことを論理的および心理学的な手段をもって示すことから始まった。解釈が法律をその起草者よりもうまく理解することができるというのは確かなことであるが、法律は起草者よりも賢明であると考えればかりでなく、まさにそれゆえに全知である、ただ可能でしかないどのような法的問題にも答えることができることを説明するのは、擬制的である【194】——これまでに気づかれていなかった新しい技術的発明の出現だけでも考えてみるがよい。裁判官を認識主体として、一個の単なる自動装置として、実定法の単なる奉仕者として考え、彼に対してはどのような法的評価も義務づけておらず、それゆえに正義の奉仕者ではなく、単に法的安定性の一人の下僕であるとなすことができると思えるのは空想的であり、また決して喜

ばしいことでもない。法律とその論理的な解釈にしがみついているこのような見解は、まさにこの法律を通して論駁される。それというのも衡平、信義誠実、善良な風俗といった一般条項を通して立法者それ自身が一定の限界内で裁判官に創造的な権能を与えているからである。このような条項によってはもちろん、形式的には法秩序の簡潔性は依然として擁護されるのであり、裁判官は一定の限界内でのみ、価値から自由な法律の言葉のもとへの従属から免れているにすぎない。法秩序の完結性という擬制と、裁判官による法創造禁止が裁判官を法律の欠缺の早計な想定から、そして自らの法的創造の早計な投入から守るのに適していたということも、無視されてはならない。しかしこの完結性がひとつの擬制であるということは、確かに否定し得べくもない。ここに自由法の有効性が始まるのである。

Ⅱ. 自由法運動は法律の欠缺の承認に、このような法律の欠缺の限界内での裁判官の創造的な任務の認識を結びつける。この運動は、その反対者が繰り返し非難したように、法律を無視する裁判官の権能を主張しているのではない。この運動はむしろ、判決の法律との調和を要求しているものであり、どのような判決も法律から導き出すことができるということだけを否認しているのである。それだから自由法運動は裁判官にどのような新しい権利をも与えようとしたのではなく、それを自認することなく、またおそらくはそれを自覚することなく行っていたことを、つまりは裁判官自らの力で法律を補充し、これを支援していることを、彼に意識されようとしたのである。

Ⅲ. 法律の無欠缺性に対する、そして裁判官による判定〔77〕が評価から免れていることに対するこのような消極的な態度において自由法運動の様々な方向は互いに一致している。これに対して、創造的な欠缺補充の方法については、この運動は様々な表現形式に至っている。概念法学に対する闘争を、『法における目的』という表題のもとにすでにイエーリングが開始していた。自由法運動という名称と、それまでに結びついていなかった個別的な意見表明の統一的な運動への総合は、【195】1906年に『法学のための闘争（Das Kampf um Rechtswissenschaft）』という表題をもってグナエウス・フラヴィウス（Gnaeus Flavius）という匿名のもとに刊行された一冊の小冊子の成果であり、その著者であることを後にヘルマン・カントロヴィッツ（Hermann Kantorowicz）が告白した。その少し前にはルドルフ・シュタムラー（Rudolf Stammler）がその正しい法についての理論を公刊していたのであるが、しかしながらこれはひとつの方法というよりもひとつの認識論、ひとつの総合というよりもひとつの分析を、内容的な性質のものよりも形式的な性質のものであった。それより前にはすでに利益法学という思想が展開されていた（ヘック（Heck））←のであるが、諸々の利益がどのような比重をもって互いに衡量されなければならないのかについては、何ら決定的なことは言われなかった。エデュアルト・フックス（Eduard Fuchs）←

フーゴ・ジンツハイマー (Hugo Sinzheimer) ←はさらに、社会学的な方法という思想を法学に告知した。この決まり文句のもとでは、「生ける法」← (オイゲン・エーアリッヒ (Eugen Ehrlich) ←) というそれのもとでと同様に、そして最近ではいくらかはこれと同じ意味をもっている「具体的秩序の思想」←という用語で、事物の本性からの法創造を強調するということがほかの言葉をもって強調されている。目的論的な概念構成もしくは (カントロヴィッツによれば) 目的主義的な概念構成という言い回しを通して裁判官の創造的な活動がまたしても別様に書き換えられる。ここでは、法の発見は窮極的な目的から、それゆえに法の理念から考えられている。すべての自由法論者の総括的な信条告白としてスイス民法典第1条におけるオイゲン・フーバー (Eugen Huber) の次のような表現形式をみなすことができる。「法律は、それが文言もしくは解釈からしてあるそのために規定を含んでいるすべての法的问题に適用される。法律からどのような規定をも読み取ることができないときは、裁判官は慣習法に従って判定しなければならず、慣習法が欠如しているところでは、彼が立法者として呈示したであろう原則に従って判定しなければならない。」自由法運動はますます立法に、そして法の言い渡しに浸透している。充足を必要としている価値定式の枠内における裁判官の評価は、遂には、「一般条項への逃避」← (ヘーデマン (W. H. Hedemann) ←) に対して警告を発することが法的安定性の利益において必要であったほどの程度にまで入り口を見出した。インフレーションの時代における超法規的な緊急避難や事情変更の原則 (clausula rebus sic stantibus) の適用は、ライヒ裁判所の創造的な判例←の重要な例である。遂には国家社会主義が全面的に自由法運動の思想をわがものにしたのであるが、それはもはや法律の範囲内で (intra legem)、そして法律と並んで (praeter legem) 単に欠缺のある法律を補充するためにばかりでなく、法律に反して (contra legem) までもそのようにしたのであり、このことで自由法運動は不当にも非難されたのである。「確かに裁判官は法律に拘束されている。しかしその任務と尊厳は、【196】法理念と明らかに、そして甚だしく矛盾している法律、国民のなかに生きている法と不法に対する感覚を、国民の道徳性をまさに面と向かって辱めるような規範← (Georg Dahm←, Deutsches Recht, 1944) を彼が適用しなければならないということを許さない。この命題は今日でもなお、これを維持することができよう。もちろんその適用の結果は、この命題を形づけ、それを想定した人とは全く別の方向において進展するであろう。しかし根本原理としては、今日ではひとは自由法運動の確定している諸帰結をというのではそれほどなく、この運動の諸々の努力に対して法的安定性の必要から設定されている諸々の制約の法を強調しなければならないであろう。

文献：力を込めてまさに法学の初学者には法学の歴史に関する次のような作品が指示

されなければならないであろう。*Stinzig-Landsberg*, *Gesch. d. dt. R. W.; Erick Wolf*, *Große Rechtsdenker und „Schweizer Juristen der letzten 100 Jahren“*, herausg. v. Schulhess, Zürich, 1945. [75]

## 第八章 法の歴史哲学

### 第二十七節 歴史の法哲学

法の歴史哲学上の意義は法の静態的性質の歴史の動態との対立のうえに根拠づけられる。法は歴史的な諸々の事象に対する全面的支配を自らのために要求しないではいられない。どのような新しい法状態もそれ以前の法状態から発展しなければならず、歴史の経過においてはどのような法的亀裂も存在してはならないのである。これが正統性という標語の意味である。

これに対して歴史の動態は大変動を通して、法の破局からのつねに新しい現発生を通して、ゲオルク・イエリネク (*Georg Jellinek*) ←によって「事実的なものの規範力」←として特徴づけられている現象を通して進行する。法の全面的支配は歴史においてその限界を一方において、これまでにどのような世界国家的な法秩序によって覆い尽くされることなく並存してきた主権に、そしてそれゆえに戦争において、他方では、新しい体制が古いそれから合法的な方法で展開することが可能でないことにおいて、そしてそれゆえに革命においてその限界を見出す。ゲーテは『私生児の娘 (*Natürliche Tochter*)』のなかで裁判官に諦念【197】をもって次のように語らせている。「閉じられた範囲のなかでわれわれは、/法律に従って厳格に、生活の中くらしいの高さのなかで繰り返して起こる事柄の裁きを、指揮してゆくのです。/ところが上の方の測り難い空間のなかで/甚だしくまれなことがあちこちで蠢いて/評議も判決もなしに/縦に生かしたり殺したりするのでありますが、/そういうことは別の尺度、別の計算に従って、/おそらくは測られるのでありましようが、われわれにとってはどこまでも謎めいたことです。」←今日の政治の世界において革命的な地盤に根差していないような存在がどれほど多く存在しているのか、とビスマルクは言った←。繰り返し戦争と革命を通して破られる歴史的展開に対立しているのは、もっぱらカトリックの位階秩序であり、それは使徒たちから今日に至るまですべてのカトリックの司祭にまで続いている按手の決して中断されることのない鎖である。

このような歴史的断絶性に対して法が歴史に対する全面的な支配をも要求するので

あれば、このことは平穏な時代においては往々にして好ましからざることとして感じられる。何と言ってもモルトケ (Moltke) ←は永遠の平和をひとつの夢とは称したが、しかしひとつの美しい夢とは決して言わなかったのであり、ヤコブ・ブルククハルト (Jakob Burckhardt) ←は皮肉にも「市民的安全」について、そしてまさに物情騒然たる時代における高貴な文化的諸業績について語り、そしてニーチェ (Nietzsche) は「危険な生活」を称揚した。おそらくわれわれは今日では、不安で危険であった生活のここ数十年を通して、その歴史が単調である諸国民に対してモンテスキューが賛辞をもって讃えたことに対して感じやすくなっているであろう。

## 第二十八節 法史の法哲学

I. 法史の法哲学上の基本的な問題は次の通りである。そもそも内在的な法史というものは存在しているのか。法の自己法則的な歴史は存在しているのか、それとも法の分化史、経済史および精神史しか可能でないのか。これらの問いは、法の素材と形式との間の関係から答えられる。

1. ここでは二つの相異なる理論が対峙している。すなわち自然法論は法の素材の法の形式に対する抵抗力を零に等しいものにすることができると考える。これによれば、法の理念は素材に対する制約されていない支配、それどころかそれは法の素材というものをそもそも見出さない。それは、法を形態化しなければならないある一定の状態から出発するのではなく、言うところの自然状態から出発するのである。しかしこのような自然状態はどのような社会学的な関係でもなく、個々人のひとつの完全に非社会的な並存——万人に対する万人の戦い (*bellum omnium contra omnes*) ←——であり、この個々人の間に何よりも先ず社会的な諸関係を創り出すことが法理念に留保されているのである。しかし法理念は【198】は永遠であり、法の歴史的な変遷を、単にそれが見出す経済的および社会的な諸関係から説明することしかできないことから、自然法論は法素材の抵抗力とともに法の変異性をも否認する。法理念の抵抗のない実現をもって法史は永遠に沈黙を守るほかはないであろう。

2. 法の形式の全能についての自然法の理論には唯物史観のその無能についての理論が対峙する。法は単に経済のひとつの現象形式にすぎないのであり、法形式はもっぱら法素材によって条件づけられているのであり、法は形成する形式ではなく、素材がそこに押し込まれるような形式ではなく、単に素材が抵抗なしに受け取る形成された形式にすぎない。法は徹底的に歴史のかつ社会学的であり、法的な自己法則性というものを有していない。マルクスとエンゲルスは彼らの『ドイツ・イデオロギー』の構想のなかで、「法は宗教と同様に、自己の歴史というものを有していない」←と記

している。

3. 以前の考察のなかで、一方で法理念は事物の本性によって規定されているのであり、自然法が主張しているように、法の素材から全く独立していないこと、他方で唯物史観の信奉者も後には、[81] 法形式にある程度の自己法則性と歴史的な影響を認容することが余儀なくされていると見たことが指摘された。原則的に法形式と法素材との尺度関係を規定することは、ほとんど可能ではないであろう。多くの法秩序においては形式的な要素がきわめて優勢であるために、それらは本質的な変更なしに、社会的な諸々の変遷を正当に評価することができるのである。現にローマ法はコルプス・イuris (corpus iuris) という形式において、多くの世紀の後に全く変化した世界のなかで再び支配することができ、とくに資本主義への大きな変化を耐え抜くことができることを実証した。ある法秩序が生活に接近し、具体的になり、決議論的になればなるほど、それだけにいっそうそれはその文化的および経済的な素材に結びつけられているのであり、またこれとともにうつろいやすくなる。これに対して法秩序が生活遊離的になり、抽象的になり、全般化的になればなるほど、それだけいっそうそれは歴史的に強固になり、恒常なものになることが実証されよう。

II. 法の歴史哲学への第二の問いはこうである。すなわち、発展はより多く法生活の諸々の変遷のなかで経過するのか、それともより多く法的諸規範の諸々の変革のなかで推移するのか、その担い手はより多く生ける法であるのか、それとも制定法であるのか、それはより多く無意識的な生育において成し遂げられるのか、それとも意識的な創造のなかで成就されるのか、ということである。自然法は、現にある法から永遠に妥当する法への決定的かつ窮極的な方向転換を理性になかに【199】求める。法の発展のこのような合理的な見方に、歴史学派は非合理的な、有機的な、静かに働きかける諸力を通しての、それが主として慣習法にその表現を見出しているように、民族精神を通しての法の変遷を対置する。この学派は法の発展を言語のそれと比較する——しかし今日ではわれわれは、偉大な著述家の意識的な作用を無視しないであろう。法の発展のためにイエーリングは、立法のなかにその定着を見出すような、民族精神説に、意識的な法の目的設定を、意識的な権利の闘争を対置する。社会学および民俗学的法律学の台頭とともに、たとえばテンニース (Tennies) が「共同社会 (ゲマインシャフト)」に「利益社会 (ゲセルシャフト)」を、ヘンリー・サムナー・メイン (Henry Sumner Maine) が身分 (status) のうえに根拠づけられた法秩序に契約 (contractus) のうえに根拠づけられたそれを対置しているように、目的合理的な諸々の諸々の動機づけによる非合理的で無意識的な動因諸力の進展する解消が強調された。そのさい、人間はその意識的な諸々の目標設定をもってしてもしばしば、その意識のかなたに置かれている諸目的を促進するということが見過ごされてはならない。

ヴント (Wundt) ←はこれを「諸目的の相対成長」←として、ヘーゲルは「理性の狡知」←として特徴づけた。その一例が陪審裁判所の歴史である。

## 第九章 法の美学

### 第二十九節 法の表現諸形式

法と法律家の言語はしばしば難詰されるが、しかしそれは相対立する諸々の理由からである。すなわち法律の言語が無味乾燥で貧弱であることが非難されれば、派手で不純な法廷弁論が咎め立てもされる。

I. 実際のところ法律の言語は、それに特有であるものを通してよりも多くそれがはねつけるものを通して特徴づけられている。

1. 法律の言語は何よりも先ず、説き伏せるような文体を排斥する。それは数学の公式の情動から免れていること、無感情であること、濃淡の差がつけられていないことを要求する。しかし、それほど遠くまで遡ることを要していない時代の立法者（そしてまたしてもその前文における国家社会主義の立法者）たちもなお、雄弁的な感情が横溢したあらゆる手を尽くす。【200】 彼らとはとくに大逆罪、宗教犯罪および風俗犯罪の嫌悪すべきことについて乱暴な形容詞を使って憤慨し、荘重な言語で虚飾して尊敬を勝ち取ろうとするのであるが、しかしこれによって、彼らの権威の力よりも多く彼らの雄弁の印象を当てにしているのではないかという嫌疑に自らをさらすだけである。現代の立法者は、彼に似つかわしいことは説き伏せるのではなく、命令することであるということ洞察した。

2. さらに現代の法律言語は説得の様式を排斥する。啓蒙絶対主義の時代において、そしてはたしてこれと全く同様にごく最近の国家社会主義の時代においては、実際にせよ、見かけのうえだけにせよ、好意的な立法者は法律の根本義 (ratio legis) をも、その目的をも表現することを好み、そのようにして名宛人自身の理解において服従を獲得しようと努めた。しかし腰を低くしてその命令の合目的性を説得する者は、受命者が納得しない場合には、服従を諦める。それがあつた目的のために発せられるとしても、それでもこの目的のためにだけ妥当するのではなく、またこの目的に役立つ限りでのみ妥当するのではなく、むしろ無条件的な服従を命令するということが、法規にとって特有のものである。現代の立法者は「であるがゆえに」という言葉を決して口にしない。現代の法律言語は、これと同じようにいっさいの根拠づけを断念するような軍隊の命令の荒々しさを身につけた。[83]



3. 最後に、現代の法律言語は教示という様式をも排斥する。何が法に適っているのかを報告したり教示したりすることではなく、当に何が法に適っているべきかを指令することが立法者にとって似つかわしいということは、長期にわたる発展においてはじめてその意識に、さらに後にはその表現方法に刻印づけられたのである。現に中世は、慣習によってすでに妥当している法的諸命題を記す法書と、そのものが法的諸命題の源泉である法書との間の区別をいまだ全く知らなかった。アイケ・フォン・レプゴヴ (*Eike von Repgov*) ← (1225年頃) は私的な法の記録であるザクセンシュピーンゲルに法典というほとんど無制約的な権威を手に入れることができたのであり、古いドイツ帝国の刑法典であるカロリナ刑事法令 (1532年) は、一冊の法書に対する任意な服従よりもいまだに多いものではなかった。近世もまた諸々の法典には差し当たりは、もちろんもはや慣習法ではなく、自然法である、他の法源によってすでに妥当している法を記録するという任務しか割り与えなかった。諸法典は権威のあるものであっても、自然法の教科書になるのであり、立法者が法を出来上がったものとしてあらかじめ見出すのではなく、その諸規範を通してはじめて生み出すという認識がすでに浸透している場合にのみ、徐々に教示的な講義調がなくなってゆくのである。これに対して【201】現代の法典は、命令もしくは命令の構成部分でないどのような命題をも含んでいないのであり、名宛人の分かりの悪さ、忘れっぽさそして注意力のなさに備えて不変化詞、隔字体印刷、繰り返しの通して加勢することを斥ける。快い流暢な語りかけも法律言語には無縁であり、個々の法命題は唐突に置かれている、それどころか条とか項とかを通して無理やりに分けられていて並存している。法律——そしてこれとともに通俗的な分かりやすさを脱ぎ捨てた法律——は油断のない聴衆を前提としているのである（法は注意深き者のために書かれたり (*ius vigilantibus scriptum*))。

II. 偉大な法廷弁論は権利のための闘争の本質的な諸様相を示している。それは情熱と冷静のひとつの混合として演じられる。冷静は普遍的な諸概念において思考し、情熱はこの普遍的な諸概念に、ほかでは生き生きとした個性に与えられるような熱狂をもって魂を吹き込む。もちろんドイツでは、洗練された話術はそれに相応しい評価を享有しない。「理性と正しい感覚が/技巧をもってせずに自らを申し述べる。」←ドイツ人はむしろ、詰まる所その誤って考えられた不純さゆえに、道徳的にかがわしいと考えることに傾いている。話術は実際にも不純であるが、しかし意識的に技巧を施した形成であればどのような類のものも存在しているのである。しかし不純さは、純粹さ尺度として日常の生活が選ばれるならば、話術が自己演出であるが、しかし演出が日常の自分よりも高いところに置くからそれゆえに不純が見られるのである。しかしわれわれの意見はこうである。まさに日常を超えて高められた希な瞬間において人間はその日常の広い大通りにあるよりもその真なる本質に接近する、ということである。

ある。このことを偉大な雄弁家自身が、人間がつねにそこで生きなければならないのであろうが、しかし希にしか生きていない神もしくは理念の近辺へと彼を引き上げると感じている。雄弁な人自身にも、彼が魅了した人々にとっても雄弁の横溢は危険であり、そしてまさに激越な法廷演説の危険もまた過少に評価されてはならない。——ローマン民族系の人々には雄弁の天分と同時にこれと同じくらいの量の懐疑をわがものにしているのであるが、これが、われわれには欠けているのである。それにもかかわらずひとは、演説は——すでにそれが技巧のひとつの形式であるという理由で——倫理的にいかがわしいものとするあの俗物的な類の批判に対しては抵抗しなければならないのである。

Ⅲ. 法の認識もまたしばしば美学的な諸価値で測られる。法学上の諸問題の「優雅な」解決という言い方がされ、その美しさのなかにその真理性のひとつの規準が見出される。美的に感じるすべての人間に対して、法学上の諸認識の評価に当たって美学的な諸価値も影響を有する。分類学における対照性の価値、配分に当たって引きたてられる数とあまり好まれない数、【202】歴史的および論理的な展開に当たってのジグザグコースの排斥と亀裂のないカーヴの優先など。この種の美学的な作用は、ドイツ的思考とイギリスの思考との対立が示されてもいるであろうように、危険にもなりかねない。法においても政治におけるの同様に、はるかに遠く予見する計画を斥け、諸事物の展開を待ちとおし、次いで状況から教訓を獲得する。その強みは、急激に舵の向きを変えることを、ジグザグコースという美しくない像を厭わずにそのつど必要なことをなすことにある。これに対してドイツ人は、はじめにチョッキのボタンが誤って掛けられると、第二の、第三の、そして最後のボタンも同じ意味で掛けられ続けるというように、いったん選ばれた路線を、首尾一貫性するばかりでなく、孤を描いたカーヴとか絶たれていない直線への美学的な欲求からも頑なに固執することに傾いている。とは言うものの、解決の優雅さはその正しさにとってのあまりにしばしばひとつのきわめて人を欺くような徴候でしかない。

### 第三十節 絵画における法哲学

I. 読書術があまねく普及していなかった時代は、人々は諸々の絵画を読み込むことと諸々の寓意を解することを今日よりもいっそう多く心得ていた。直観からの進展する離脱と諸概念との向かい合いとともに、寓意はわれわれにとってますます価値評価を失った。かつては寓意的な芸術形式というものが、すなわち寓意画が存在したのであり、数世紀を通して人々がこれに魅了され、これと取り組んでいたことが、今日ではほとんど知られていない。まさに一人の偉大な法律家、アンドレアス・アルチア

トス (*Andreas Altiatus*) ← (1494 - 1550年) がそれに基礎を置いたのである。もちろんこのような寓意画は、付け加えられた詩句がなければ理解することができないほどに複雑であったことから、すでに絵画と言葉の綜合作用に基いていた。それゆえにレッシング (*Lessings*) のラオコーン (*Laokoon*) ← 以来支配的になっている諸芸術の自律、それゆえに言葉による芸術と絵画による芸術との文理が寓意画の終わりを準備したのである。一般的にいてそれ以来、寓意への愛好は完全に枯渇している。「冷たい」が、諸々の寓意に与えられる不断の形容詞になっているのである。

II. 正義の女神 (*Justitia*) という寓意についてわれわれにアウルス・ゲリウス (*Aulus Gellius*) (紀元後130年生れ) ← は哲学者クリシッポス (*Chrysippus*) ← の次のような意見表明を伝えている。Forma atque filo virginali aspectu vehementi et formidabili, luminibus oculorum acribus, neque humilis neque atrpcis, sed revarandae cuiusdam tristitiae dignitate ← (鋭い眼光、捕らわれても挑発しているのでもなく、畏怖に満ちたある種の悲しみをもった処女の美しさと容姿、厳かで恐ろしげな眼差しを備えて)。もっともアウルス・ゲリウスは、【203】クリシッポスの心の繊細な多くの読者が正義の像よりも多く残酷さのそれを見出したことを語っている。しかし正義の女神のこのようなギリシャ人の像について注目すべきことは、それが月並みないっさいの付属物を欠いていること、それが純然たる直観において生きている民族という類に従ってもっぱら寓意的な形態の形式と表現を通して自ずとその意義を可視的なものにした、ということである。もちろんすでに当時では剣はテミス (掟の女神) とデイケ (正義の女神) の付属物として知られていたし、続いてローマ人は衡平 (*aequitas*) にその付属物として秤を与えた。秤と剣とを正義の形態のなかに統合するということは、しかしながらようやく中世初期になってからのひとつ仕事であった。

優れた寓意であればいっさいがそうであるように、秤と剣もまた数多くの解釈の可能性をそれ自体のなかに担っている。これらを判決と執行の、それゆえに法と実力の意味象として、民法と刑法の象徴として、もしくは刑法の両側面、すなわち責任の量定と刑罰の表現として、もしくは最後に均分的正義と配分的正義の付属物として考えることができる。ギリシャ人にはすべてを語っている姿そのものはこのような付属物を背後にしますます背景のなかに退いていった。フランクフルトの「ローマの泉」は特別に生き活きとして捉えられた正義の女神を示している。それは秤を高くかざし、下ろしてはいるが、しかしいつでも使えるように構えている剣をもって、それは決然たる歩を一步前に踏み出している。とはいえ、それは、その多くの姉妹像のように、寓意として賛嘆の念を起こさせるために、単にそこに立っているのではない。

ニュールンベルクの都市改正法のためのアルブレヒト・デュラー (*Albrecht Dürer*) の表題の木版画はわれわれに謎を投げかけている。天使によって支えられた

ニュールンベルクの紋章と帝国のそれとの上方に二つの像が雲の上に座しており、両者の間にある板片に「聖なる正義の女神 (sancta Justitia)」と記されている。おそらく正義のこの二重の像の一方は均分的正義の、もう一方は配分的正義の形態化であると解すべきであろう。しかしそれらの付属物はこの解釈に賛成しているのではない。両者のうちの一人は王冠、剣および秤によって、もう一人は花輪によって特徴づけられ、一方の手にはすべてをおちまけて空になった財布が、もう一方の手には燃え上がる焔が握られている。空になった財布が意味しているのは蔑むべき贈収賄を、焔は、古い寓意作家の指示によると、理想へと向かう努力である。

正義の概念ほどに男らしい概念は、たとえば最後の審判の絵では剣と秤をもって現われている大天使ミカエルのように、女の姿にでなく、男の姿に具現されていたほうがよいと考えられましょう。ハンス・ブルクマイヤー (Hans Burkmaier) ←はその正義の女神の像に、珍しくも男の衣服、ポッカーズのズボン、膝までの長靴下を着用させた。それは剣のほかになお付属物として地球儀を持ち込んでおり、【204】その内部には秤が取り付けられている——これは地球圏に対する法の支配の意味形象である。

これに対してアルプレヒト・デューラーが正義を男の姿に、星座として考えられた獅子座のうえに座し、頭上に後光のように日輪、正義の女神の太陽 (sol iustitia) を戴いた、一人の若者に描き出したとき、それは寓意的にではなく、占星術的に考えられている。

これに対して正義の女神の目隠しは構成の付加物である。それは実に他の二つの付加物である秤と剣とは矛盾している。秤を見て剣を差し向けなければならない眼が閉じられているからである。目隠しは、差し当たりは嘲笑画として成り立った。セバスチヤン・ブランツ (Sebastian Brant) ←の『馬鹿者の船 (Narrenschiff)』(1495年)の初版における木版画では、ある馬鹿者が正義の女神の目に目隠しをしている。シュヴァルツェンベルグ (Schwarzenberg) ←は1517年のバンベルク刑事裁判令のなかで全裁判官合議体に馬鹿者の帽子と目隠しを着せて次のよう書いている。「法に逆らい/悪い慣習に基いて判決を出す。これぞこの盲目の馬鹿者の生業なり。」これに対してゲーテのヴァイマルの家に保存されているペーター・ヴィシヤ・ジュニア (Peter Vischer dem Jungeren) ←の手になるスケッチでは、正義の女神は王位にある皇帝にさえ目隠しを装着させている。それゆえ、この間にそれは正義の戯画から正義の付属物に、「人物の名声を顧慮しない」裁判官の絵画化になっているように思われる。

法書もまた継受以来ようやくにして、そしてこの場合でもそれほど頻繁にではなく正義の付属物として、差し当たりはまたしても戯画に観察することができる。ある一

枚版の木版画はその法書を持った法律家、その〔87〕貸金簿（利息表）を持った高利貸しと並んで前掛けを着けた娼婦が描かれており、またしてもハンス・ブルクマイヤーは机のうえに開かれた法書について互いに争っている法律家たちを描いている。これに対してハイデルベルクの古い橋では、正義の女神は五つ折り本に、最初に考えられた法についての学殖の意味形象として寄りかかっている。

Ⅲ. とはいえ、正義の女神についての戯画は、宗教改革の頃には真面目に書き出されたものよりもほとんど多い。ミッヘルヘルダーの絨毯を写した有名な木版画には『詐欺』という傍注を付して一人の裁判官が描き出されているのであるが、彼の側にはさらし台に繋がれた蜜の徳があり、そのなかのひとつが正義である。傍注には次のようにある。「陸に海に奪う者多し。/されど袖の下の裁判官はなお多くを奪う。」法典の公定版における何という警告画であろうか！

Ⅳ. このような警告画は、裁判所のあるところでは至るところで見られる。ゲルマン博物館にはライネンバーガー (*Leinenberger*) ←のひとつの木造が保存されている。【205】そこでは裁判官は体がライオンであり、頭と翼は禿鶯であるグリフィンの上に座っていて金持ちと貧乏人との間にいるのであるが、しかし金持ちのほうに傾いている。すでにザクセンの都市法←はさらに一步進んで、裁判官席のうえには最後の審判が、裁判官もまたいつかは自分が裁かれるという警告として描出されなければならないと定めている。これとは別の正義についての像は、繰り返し立ち帰るテーマをもって、その後続いて市役所にはソロモンの判決←、アベレスの名譽毀損←、カムビゼエの裁判←、トラヤヌスの正義←および他の諸々の像は正しい裁判官の像の模範と不正な裁判官への警告を表わしている。とはいえ、ドイツの法廷では法律家の、とくに法学部の守護神である聖イヴォ・ヘルリ (*Ivo Helori*) ←ほとんど姿を現していない。けれども彼は多くの法学部の、とくにフランクフルト・アム・ブライスカウ大学の印章には姿を現している。

Ⅴ. 死の舞踏の絵画には裁判官や代言人の姿がほとんど欠けている。ハンス・ホルバイン (*Hans Holbein*) ←はその死の舞踏の木版画のなかで、欺いている後見人と欺かれている被後見人の間にあって死神がそのために司法杖を折っている裁判官を、そして、その金持ちの依頼者が金を支払っている一方で、背景では貧乏な被告が不安げにこれを見詰めている代言人を指し示している。諸々の身分誌では法律家も描かれているのであり、現にヨスト・アマン (*Jost Ammann*) ←の身分誌では法律家も描かれており、一人の社交上手に装いながらも高慢不遜な男が、それもハンス・ザックス (*Hans Sachs*) ←が酷評的な詩を付して描かれている。これに対してヴァイゲル (*Weigel*) ←の身分誌では、権利を求める者にこう呼びかける。「この世の肩にけんか口論は相応しくないがゆえに黙せよ。」〔88〕

VI. われわれが正義の女神と法律家の諸々の描写の多様性を瞥見するとき、批判のある種の動機、すなわち裁判官の取賄性、弁護士たちの物欲、両者の狡猾さと国民離れをしていることが絶えず繰り返されることがひと目を引く。このような裁判戯画は、結局のところ後の滑稽新聞の登場人物たち、憂さ晴らし教授とうっかり学生のそれと何ら変わりはない。それらは、もはやその正当性を検証するのではなく、ただ単に快哉を呼ぶ嘲りと真面目な警告の出発点としてありきたりに受け継がれたものにすぎない。深く個々人の心に染み入る、諷刺画による裁判批判は19世紀がようやく、とりわけ司法の偉大な風刺画家であるオノレ・ドーミエ (*Honore Daumier*) ←の芸術を生み出す。

文献：G. Frommbald, Die Idee der Gerechtigkeit in der bildenden Kunst; U. Lederle, Gerechtigkeitsdarstellungen in deutschen und niederländischen Rathhäusern, Heidelberger philosoph. Diss. 1937. Abbildungsmaterial; Franz Heinemann, Richter und Rechtsweg in der deutschen Vergangenheit; [206] Hans Fehr, Das Recht im Bild; Cornelius Veth, Der Advokat in der Karikatur. Heinerth, Das Heilige und Das Recht; Radbruch, Das Buch als Weltliches Symbol im Reallexicon der deutschen Kunstgeschichte, Bd. II; Radbruch, Kalkaturen der Justiz Honnore Daumier, 1947.

### 第三十一節 法と文芸作品

ゲーテはかつて詩人であり、法律家でもある友人に宛てて「君は、富と強欲の神とキリストという相敵対する二つの神に仕えている」と書いている。法学の研究に反撥を感じていた、それどころか吐き気さえ感じていた他の詩人たちもまた、法律学への罵詈雑言を記名簿に書き連ねている。「わが心のやみがたさに反して/私が法に勤しむとき……」←という言葉をもってウーラント (*Uhland*) の詩は始まっており、シェッフェル (*Schefell*) のおどけたため息「ローマ法よ、私はお前を忘れない、/それは悪夢のように心に突き刺さる、/それは礪臼のように私にもたれつく、/頭はまるで板に打ち付けられている」←は有名である。このような見本をいくらでも続けることができよう。しかし別の詩人たちは法律学とうまく折り合っている、それどころか親しく馴染んでいるのである。現にE・T・A・ホフマン (*E. T. A. Hoffmann*) は詩人の空想の世界と冷徹な法律学の世界での二重生活を送り、宮廷裁判所判事として困難な政治上の問題においても気骨のある男子のようにふるまった。とはいえ、われわれが、芸術的な人々の法学に対してしばしば見られる嫌悪の理由がどこにあり得るのかを自問するならば、われわれは法的な「即物性」を、すなわちまさに人間的に重要な本

質的諸様相からの法的な抽象を指摘しなければならない。たとえば法は、愛についてではなく、婚姻についてしか、友情についてではなく、債権関係しか知らない。それにもかかわらず法についての詩人たちの諸々の発言は法律家たちのそれらよりも幾重にも重要かつ証明力に富んでいるのであって、なぜかと言うに、彼らの発言は、単に思考のなかにだけでなく、全人格性のなかに、もしくはテンニースとともに言うならば、選択意志のなかにではなく、本質意志のなかに実存的に深く根を下ろしているからである。

1. 1. 法はしばしば文芸作品におけるひとつのモチーフである。賢明な裁判官は——日本の奉行大岡忠相の人情裁判からパウリ (*Pauli*) 『侮辱と真摯 (*Schimpf und Ernst*)』 ←のおよびヴィックラム (*Wickram*) の『荷馬車冊子 (*Rollwagenbüchlein*)』 ←を経てヘーベル (*Hebel*) の『宝の小箱 (*Schatzkästlein*)』 ←に至るまで、世界文学に属している。このような物語のひとつが聖イヴォ (*Heilig. Ivo*) に受け継がれている。それによれば、ある金持ちがある貧乏人を、この者が主人の台所のおいしそうな匂いを日常的に吸い込んでいたということを理由にして損害賠償を求めて訴えた。イヴォは金持ちの請求には根拠があると説明したうえで貧乏人から一個の金貨を自分の手に渡させ、それを机のうえで鳴り響かせたうえで、ロースト・ステーキの匂いには一個の銅貨の響きが相当すると判定した。とはいえ、このような物語の大多数は【207】法の驚嘆に値する発見にはなく、裁判官の策略による事実関係の究明にかかわっている。ソロモンの裁きについての物語は模範的である。賢明な裁判官による上首尾な誘導についてのこのような物語は今日の犯罪小説のなかにその洗練された継続を見出しているのであり、ただ、そこでは賢明な裁判官に代わって抜け目のない探偵が立ち現われているだけのことである。

2. 逆に、法の抜け目のない策略をその対象としている大衆的な物語もほとんどまれではない。ライネケの狐 (*Reineke Fuch*) ← という不滅の叙事詩、グリム (*Grimm*) の童話に出てくる盗賊の頭 ←、ツンデルフリーダーとツンデルハイナーについてのヨハン・ペーター・ヘーベル (*Johann Peter Hebel*) の物語 ←、そしてなおゲルハルト・ハウプトマン (*Gerhart Hauptmann*) のビーバーの毛皮 ← だけでも考えてみよ。これらの物語は、オエゲンシュピゲル (*Eugenspiegel*) ← の類似した物語と同様に、小さくて貧しい、抑圧された者の金持ちで力のある者に対する復讐を、抜け目のないサトルヌスの子らの不器用なマルスの息子たちに対する復讐を、もしくはまさに狐の狼や熊に対する復讐を描いている。ここでは、打ち砕かれた法は強調された契機として現われてくることはない。

3. 同様に重大な犯罪の心理学的分析、たとえばシラーの『失われた名誉からなす犯罪者 (*Verbrecher aus verlorener Ehre*)』 ←、主人公がシラーの小説と同様である

ヘルマン・クルツ (*Hermann Kurz*) の長編小説の『太陽旅館の亭主 (Sonnenwirt)』←およびフォイエルバッハの古典的な名著の『注目すべき犯罪の記録による描写 (Aktenmäßige Darstellung merkwürdiger Verbrechen)』←は、法的な問題をというよりも、どのような人間の魂にも当てはまる際立った可能性と危険を犯罪を通して描き出すという関心事をめぐるものである。

2. 文芸作品のモチーフとして法は、主として戯曲のなかに現れる。悲劇の本質は解決し難い二律背反であり、そしてまさに法は二律背反と反定立の、たとえば存在と当為の、実定法と自然法の、正統な法と革命的な法の、自由と秩序の、正義と衡平の、法と恩寵等々のそのうえに築かれている。ゲオルク・イエリネク (*Georg Jellinek*) は古代の戯曲と現代のそれとの間の根底的な対立を指摘した。古代の戯曲では、法は個人々に無制約的に勝っているひとつの運命として対峙したのであり、これに対しては個人々の反抗はいささかも通用しなかった。アンチゴネーにおけるように、見かけのうえでは個別的存在者が法に反抗しているところでも、実際に問題になっているのは相異なる法秩序の相互間の、たとえば世俗法と神の法との間の争いである。これに対して現代の戯曲の諸々の葛藤は、キリスト教が各人の魂の固有の価値を発見して以来、法と個別的人格性との間で進展する。←ひとつの際立った法の戯曲が、シェークスピア (*Shakespeare*) の『尺には尺を (Maß für Maß)』であり、これはもともと悲劇的なテーマをもったひとつの喜劇であり、このことが十分にはこなされていない。【208】代官であるアンジェロの裁判官による誤審は、単なる恩赦の言い渡しによって償うにはあまりにも重大であると思われる。その本質からして無目的である恩赦は、その効果からその意味を獲得する。倫理的世界における一種の奇蹟としてそれは、恩赦を受ける者の魂のなかに、まさにそれに値しないことを通してそれとは気づかれなかった諸々の変化を誘発する。『尺には尺を』では、アンジェロは恩赦の言い渡し後も全く黙ったままである。— われわれは、恩赦によるあの変化が暗示されていなければならなかったはずのあの三つの行がないのを残念に思う。シェークスピアの『ヴェニス商人 (Kaufmann von Venedig)』の恩赦の歌声は素晴らしくこだましているのであるが、しかしそれはここでも聞き届けられない警告として響き渡る。またしても悲劇が、シャイロックの悲劇が喜劇を追い出そうとするのである。イエーリングは、シャイロックが法のひとつの曲解を通して、契約の言葉の文字通りの適用を通してシャイロックに不正が行なわれたことで憤慨した←し、法史では老朽化した法はこのように曲がった方法で新たに形態化されるのをつねとしている←というコーラー (*Kohler*) の異論はこのイエーリングの異議申し立てを片づけることができない。シャイロックに不正が行なわれたのは結果においてはではないが、しかしその理由づけにおいてであることは、そこでは何ら変わりがないからである。シェークスピアが見



出した話には、明らかにこのような不正を語っていない——それは真面目に受け止められない低価値の類の人間、まさに一人のユダヤ人の無思慮な取り扱いであったのである。しかしシェイロックの姿が彼の諸手のもとで笑うべき腹立たしい脇役から一人の悲劇的な人間に成長し、このようなものとして陽気な周囲の人々の影を薄くしたことは、シェークスピアの偉大さを生み出している。一人の偉大な俳優、シルトクラウト (*Schildkraut*) ←がシャイロックをこのような仕方であつて演じたのであるが、しかしこれとともに芸術よりも多く人間性に奉仕したのである。もし芸術として奉仕したのであれば、シャイロックに加えられる不正の全体の喜劇的精神に対して即座に忘れ去られるひとつのエピソードとして弱められて交代させることがまさに必要とされたのであろう。

ゲーテとシラーは、両者ともにその劇作を、ゲーテは『ゲッツ (Götz)』のなかで、シラーは『群盗 (Räuber)』のなかでというように、法に対する否認の賛美をもって始める。両者にあつては、後になってようやく法への積極的な態度が展開される。ゲーテの後期の立場は『マインツの包囲攻撃 (Belagerung von Mainz)』のなかでの彼の有名な、もしくは悪評の高い言葉によって特徴づけられる。「ところで私はこんな性格の人間だ。私は無秩序として堪えるよりもひとつの不正を犯すことを愛したい。」←しかしこの言葉は秩序の俗物的愛好者の立場から、市民的安全の立場から語られているのではない、それはむしろ、ひとつの全体的な世界観における一契機である。「宇宙」がギリシャ人にとって秩序とともに世界をも意味していたのと同様に、ひとはこのような見解を宇宙的であると呼ぶことができる。同じ思想から革命的な正義を斥けるのと同様にゲーテは、地質激変についての理論をも斥ける。彼は【209】地質学上の変動を、灼熱した地殻による爆発的な噴火よりも水の静かな働きによる水成的なものとして説明するほうを好むのである。彼の植物変態論←は、ヨブ記から採った「看よ、彼は我が前を過ぎ給う。然るに我これを見ず、彼進み行き給う、然るに我これ覺らず」を題辞として載せている。これと同じ意味においてゲーテの倫理学は「連続」の、一貫性の、持続性の、創造的な忍耐の概念に方向づけられている。全生涯の持続的な活動のうゑに最終的に彼は、墓場のかなたにまで続く生命と創造というものを、魂の不滅を求める権利を根拠づけるのである。「それというのも、この世の日々に持続しているものこそ、われわれに永遠の存続を保証しているからである。」しかし彼の法理念が秩序と正義との間の緊張を欠いていること、彼が一方的に秩序の側に立つてこの緊張を緩和しているということは、ゲーテが何よりも先ず劇作を天職とはしていなかったことを示している。彼は、悲劇を詩作するにはあまりにも和解的であり、悲劇的な諸々の矛盾の不可解性は彼のやり方には合っておらず、彼が悲劇を書くという試みをしたときは、それは彼をまさに台無しにしてしまうであろうとは、何と

言っても彼自身が語ったことである。これに対してシラーの場合では、法の理念はそのあらゆる緊張とともに彼の劇作の中心点に立っているのであり、とくに法的な秩序と倫理的な自由との間の二律背反がそうである。すでにポーザ侯 (*Marquis Poza*) の偉大な演説のなかに、国家に対する倫理的な人格性の自由の要求が鳴り響いているのであり、ヴィルヘルム・テルのなかに、星辰それ自体のように天上にかかっている、不可譲かつ不可侵であるあの諸権利を手を伸ばして掴み取るという偉大な言葉が載っている。

とはいえ、法に関するドイツの詩作者のなかでも最も偉大であるのはハインリッヒ・v・クライスト (*Heinrich v. Kleist*) である。その『破瓶 (*Zerbrochenen Krug*)』←と [92] その『ミハエル・コールハース (*Michael Kohlhaas*)』←のなかでは、彼の本質をなしている過剰と牽強付会がまだ克服されていないのであるが、『ホンブルク公子 (*Prinz von Homburg*)』←のなかでは、彼は法の二律背反的な諸対立の調和のある均衡に到達している。偉大な選帝侯とホンブルクの公子とは、最終的には彼らの立場の完全な和解のなかで出遭っているのである。すなわち、公子はその不服従の廉で彼に下された死刑判決を最終的には肯定し、選帝侯は、規律の侵害を通して獲得された勝利に対する恩赦という美しい奇蹟にまで切り抜けた、ということである。法と恩赦、即物性と人間性、プロイセンとドイツの南部とは最終的には互いにひとつの美しい和音のなかに溶け合うのである。

Ⅲ. 互いに争い合っている二つの価値の、人格性と法秩序との葛藤が戯曲のなかで生き生きと演じられるとすれば、二律背反的な均衡に代わってある契機か、それともこれとは別の契機が優勢的に立ち現われることもあり得る。法の人間的なものとの関係における価値は世俗的な懐疑か、それとも宗教的なパトスかというように。人間性に対する即物性を疑う、それどころか否認することさえあり得るのである。法の価値の懐疑からする溶解は、【210】 アナトール・フランス (*Anatole France*) の小説『クランクビユ (*Crainquebille*)』←ほどに印象深いものはどこにも見られない。これを、どのような法律家も読まずにはいられないであろう。これに対して山上の垂訓のひとつの極端な解釈から法を否認するということが、トルストイ (*Tolstoi*) の長編小説『復活 (*Auferstehung*)』←を支配している。法律家であれば誰もが法のこのような根本的な否認と内面的に対決すべきであろう。その崇高さと同時にその深い問題性をどの瞬間においても自覚するというのは、法に従事するという天職にとってどこまでも避けられないことである。

文献：H. Fehr, *Das Recht in der Dichtung*; G. Müller, *Recht und Staat in unserer Dichtung*, 1924; *Dietlinde v. Kümßberg*, *Das Recht in Paulis Schwankssammlung*, Heidelberg phil. Diss. 1939; *Th. Württenberger*, *Die*

deutsche Kriminalerzählung, 1941; *Radbruch*, Gestalten und Gedanken（そこでは『尺には尺を』について、そしてゲーテと法について述べられている）；さらに、個々の文芸作品に関する *Eick Wolf* と *Eugen Wohlhalter* 様々な著作；*Ingeborg Becker*, Die Todesstrafe in der Dichtung H. v. Kleists; ungedr. Freiburger Diss. [93]

## 第十章 法哲学の時事問題

### 第三十二節 法概念としての人間性

第一次世界大戦のさなかにある伍長はその新兵たちに対して、「わしはお前たちのためにできるだけ心配をしている。だが、人間性に墮するなんてことは許されないのだ！」という意味深長な言葉を吐いた。それほどまでにすでに当時では人間性という概念は価値のないものになっていたのである。これに続いてその後には、「ドイツの教養の道は人間性から国民性を経て獣性へと歩む」←という Grillparzer (Grillparzer) の予言が恐ろしいまでに現実のものになった。「法とは、民族にとって有益なものである」、「公益は私益に優先する」（各人に固有の価値にも、とわれわれは補うことができよう）および「汝は何者でもなく、汝の民族こそすべてである」という国家社会主義の三つの選言が等しく人間性と人間的諸権利の否認を表現している。

人間性 (Humanität) という概念は誇り高い歴史を有している。ローマ人がギリシャ文化をわがものにしたときに、humanitas という言葉が刻印づけられたのであり、それはキケロ (Cicero) の言葉であって、彼にあってはヘレニズム文化という意味における人間のおよび精神的な教養を意味している。アウルス・ゲリウス (Aulus Gellius) は [211]、その時代に humanitas という概念が、ギリシャ語の „paideia“、すなわち諸々の学問と芸術における教養 (bonae artes) と同じ意味をもつものからギリシャ語のピラントロピア (philanthropia)、人間的友愛性という意味に変形されたことをわれわれに証言している。人間性という概念が人本主義に変更されたのである。いまや人間性は古代文化の „humaniora“ の諸価値を、それゆえに再びキケロの場合と同様に、ある一定の種類の精神のおよび倫理的な教養を意味しているのである。第三回目には、人間性の理念は、それがとくに Lessing (Lessing) の「ナータン」と Mozart (Mozart) の「魔笛」のなかに表現を見出したように、フリーメイソンの思想の協働がないでもなく、ドイツの古典的な時代の新人本主義において支配

的な意義を獲得した。ヘルダー（Herder）の人間性に関する諸々の書簡←、ゲーテのイビゲネイア、ヴィルヘルム・フォン・フンボルト（Wilhelm von Humbolt）の人文主義的ギムナジウム←の構想は、更新された人間性思想のより進んだ段階である。とりわけカントは人間の尊厳という意味における人間性の思想を、どのような人間も自己目的として尊重されなければならない、何人も他人のための手段としてのみ用いられてはならないという思想を形づけた。かくして人間性の思想は三つの側面に向けて方向を転じる。すなわち非人間的な残虐に対する人間の友愛としての、非人間的な貶めに対する人間的尊厳としての、非人間的な文化破壊に対する人間的教養としての側面である。人間性という概念は、それも法秩序の三つの箇所についてひとつの法概念になっているのである。

1. 義務履行のために不可欠である外的自由の、そしてこれとともに人間の尊厳の保障としての人間的諸権利のなかで。これについてはすでに先に、必要なことが言われた。第八節Ⅳ参照。

2. それがニュールンベルク軍事法廷←および管理法令第10号←のなかに記述されているような「人間性に対する犯罪」のなかで。この両箇所では新しい犯罪にただ名称が付けられ、いくらかの例を通して裏づけられているだけであるが、しかしいまだ構成要件としては形態化されていない。この新しい諸規定が意味しているのは、法の言い渡しを通して人間性に対する犯罪の個別的な種類を構成要件的に形づけることを裁判所に授權していることである。謀殺、傷害、侮辱、自由剥奪といったような、今日でもドイツ法に従って処罰可能な人間性に対する犯罪の個別的な諸事例もまた非人間性という新しい視点のもとにひとつの新しく深められた評価を被るのであり、それはひとつの特別な、そして拡大された刑罰枠を表現している。人間性に対する犯罪は人類に対する犯罪として把握される。この犯罪が自国籍者もしくは無国籍者に向けられる限りであっても国際法の干渉権、とりわけ国際裁判所による最終有罪判決の権利が成り立つ。各国における国家指導の人間性のための共同保障を人類が引き受けるのである。【212】

3. 国内刑法のなかでも人間性の思想は表現されていなければならない。目的思想の一面的な強調は、どのような人間もひとつの自己目的として尊重されなければならないというあのカントの原則に反している。すでにフランツ・フォン・リスト（Franz von Liszt）は目的思想にマグナー-カルター-思想←を、要するに刑法は社会の犯罪者に対する安全だけでなく、個々人の恣意的な刑罰の前の安全のために役立つという思想を対置した。このマグナー-カルター-思想のなかには人間性の概念が含まれている。リスト自身はもちろん、人間性の思想をひとつの独立した指導思想として承認することを憚った。刑法において人間性の要求をきわめて明瞭に要求したのは、モーリツ・リー

ブマン (Moritz Liepmann) ←の功績である。刑罰は一方で、犯罪者を人間として尊重し、他方で、刑罰は、それを科し、そしてそれを執行しなければならない人々にとって、非人間的な処罰を通してその諸価値に損害を与えることもあり得る全社会にとって何を意味するのかという問いが投げかけられなければならない、というのである。このような基盤に基いてモーリツ・リープマンは死刑の反対者であった——1933年までの10年間における死刑廃止の最も熱心な先駆的な闘士であった。死刑は、すべての体罰刑、とくにいまや再び廃止された去勢←と同様に、それが人間を純肉体的な存在に貶めるがゆえに、人間性の立場から非難すべきものである。しかし名誉刑もまた、それが確信犯人に向けられる限りで、人間の尊厳へのひとつの侵害を意味している。刑法上の諸問題を人間性の思想から新たに考え抜くことは、招来の刑法学の最も重要な課題であり続ける。

文献：Süddeutsche Juristenzeitung, Sondernummer über Vbr. g. d. Menschlichkeit, 1947.

### 第三十三節 社会法

社会法の思想が意味しているのは、資力のある者のためのひとつの特別法であるのみならず、法一般のひとつの新しい様式である。

I. 社会法は、法における人間についてのひとつの新しい見解の帰結である。立法者の念頭に置かれている人間像の諸々の変遷は、法的思考のこれとは別の何らかの契機にはほとんど見られないほどに法の画期的な変遷を規定している。それというのも法秩序というものは、現実の個々人の誰にも、そして人格性のあらゆる陰影に合わせて裁断するということができないからである。すなわち、「万人に気に入られるということは可能ではない」ということである。個々人のそれぞれの個別性が出发点とされるならば、【213】必然的に法秩序の否認へと、無政府主義へと流れ込む。どのような法秩序も人間のある一般的な、ある平均的な像から出発しなければならないのである。

ある一定の法秩序が根底に置いている人間の像は、それが何を権利にまで、何を義務にまで形態化しているのかに注目が向けられるならば、これを認識することができるようになるであろう。法秩序は法的諸義務の履行とほとんど同じほどに諸権利の行使を重視している。法秩序は、それが同じ方向に向けられた人間の諸々の欲動を通してその意志の充足を予期することができると信じるところで権利を与え、このような欲動がその意志に逆らっていると考えるところで義務を課す。したがって法秩序はそれによって創設された諸権利と諸義務を通して、どのような欲動を人間のなかに与え

られ、また効を奏しているものとして前提としているのかをはっきりと認識させるとともに、法秩序が念頭に置いている人間の像が明らかになる。

Ⅱ. 現に個人主義的な法観は、きわめて怜悯であり、きわめて利己的であり、孤立していると考えられる人間に方向づけられている。このような人間は他のすべてと等しく、社会的に結びつけられていないと考えられる。このような像は、古典的な国民経済学における経済人 (homo oeconomicus) という擬制に相応している。

このような擬制は、法的な交わりのひとつの形姿において、すなわち承認において社会的な現実になる。商人は実際のところ、もっぱら利己心と怜悯によって、利潤追求と計算によって導かれた、社会的な諸々の拘束から解放された個人というものの代表者である。つまりは「商売には情けは禁物」というわけである。個人主義的な法は、いっさいの権利主体を一人の商人のように把握して取り扱い、商法に全市民的な法にとっての先駆的な意義を承認することに傾いている。

しかし、法の個人的な様式は民事訴訟法において特別に可視的になる。法が社会生活の形式であるならば、民事訴訟法はこの形式の形式、最高度の潜在能力における形式であり、そのようなものとして時代精神の変遷にとってとくに敏感である。個人主義的な民事訴訟法を特徴づけているのは厳格に貫かれた弁論主義である。それは訴訟手続きを当事者間の自由な勝負にするのであり、当事者を二人の熟達した将棋指し、自分の利益をよく理解したうえで互いに対等な、裁判官による支援を必要としない二人の敵対者と見る。

刑法について言えば、個人主義的な法観はその表現をとくに、結果の快と不快とを意識的に計算した【214】うえでその理解され尽くした自分の利益を追究する人間を前提としている心理的強制についてのフォイエルバッハの理論に見出した←。

国家法においては個人主義的な思想はその表現を社会契約に見出すのであり、この社会契約は、国家の構成員である各個人がよく理解され尽くした私益の前に正当化することができるような擬制的な国家の像より他の何ものでもない。

ただ家族法だけが個人主義の時代においてもこれとは別に、よく考え抜かれた、単に怜悯と私利によって支配されていないような人間像から出発する。家族法は妻に対する夫に、子供に対する両親に義務に則した行使を予期して諸権利をゆだねてもよいと信じている。家族法は夫の、そして両親の人格のなかに愛と答責任が現存していることを考慮に入れているのである。

公法においてもまた、決して経済人の理念を根底に置くことはなかった。選挙権は選挙義務であるという周知の標語に従うならば、このことを通して、家族法と同様に公法もまた権利を賦与するに当たって権利によってのみ規定されるのではなく、義務を通して規定される人間の像から出発していることが明らかになる。

Ⅲ. 人間についてのこのような個人主義的な見方の表現が、人格という法概念である。この概念は、そのなかで人間のあらゆる差異を均等化するような平等の概念である。人格は持てる者にも持たざる者にも、か弱き個々人にも巨大な力を有する団体人にも均並に妥当する。人格の概念のなかには、万人の平等、等しい所有の自由および等しい契約の自由がともに考えられている。しかし法の現実においては経済的弱者の所有の自由は物に対する任意処分から人に対する任意処分の自由になる。すなわち、生産手段、労働の諸々の可能性を支配する者は、被雇用者に対する命令権をも有する、ということである。それが物に対してばかりでなく、人に対しても支配力を与える限りで、所有権をわれわれは資本と呼ぶ。所有の自由と結びつけられた契約の自由は社会的権力を有している人々の独裁の自由であり、社会的権力を有していない人々の隷属の自由である。それだから契約の自由と結びついた所有の自由は、人格の形式的な平等概念という地盤のうえに資本主義の、そしてこれとともに事実上の不平等の法的基盤を形成する。

Ⅳ. 必ずしもすべての人間が合理主義的な時代のあの擬制的な像に相応しているとは限らないということが、すでに自由主義的な法時代において徐々に明らかになった。そこからこのような像に合わせて裁断された法はこれとは異なる種の者にとって【215】は有害とならないわけにはゆかなかった。その最初の突破口を、軽率な者、未熟な者、困窮状態に陥っている者を彼自身から守ろうとした暴利取締り立法において社会法が見出した。この方向へ向けての次の一步は、経済的弱者の労働力の搾取からの保護による契約の自由の制限であった。このようにして労働者保護立法は幼児および婦人労働の制限を設け、労働時間を制限し、日曜日の休息を取り入れた。

やがて民事訴訟法においても社会的思想は真価を發揮した。フランツ・クライン (*Franz Klein*) ←はオーストリアにおいて社会的な民事訴訟法というもの、もはや当事者間の自由な競演に基いているのではなく、むしろ裁判官をして補助的に、そして指揮的に手続きに介入させるような民事訴訟法の思想を実現した。

Ⅴ. このような展開過程から徐々に社会的に結びつけられたひとつの新しい人間類型、すなわち社会法の基盤としての集団人が生じてきた。

1. 人格という個人主義的な平等概念は様々に異なる類型に分解される。このような人格概念の均等化する抽象の背後に個別的な特性が可視的になってくる。社会法は個々の人格ばかりでなく、雇用者と被雇用者、労働者と社員を、社会的刑法は行為者ばかりでなく、機会犯罪者と慣習犯罪者、改善可能者と改善不能者、完全責任能力者と限定責任能力者、青少年と成人を知るようになるのである。

2. このような諸類型の形成は、個々人の社会的に優勢な地位と社会的に劣勢な地位を可視的にし、そしてこれとともに社会的に劣勢な者の支援を、社会的に優勢な者

に対する制限の設定を可能にする。

3. 社会法の個本思想はもはや個々の人格の平等の思想ではなく、むしろ等しくない個別的人格を調整するという思想である。平等は法の出発点であることをやめ、法秩序の目標になるのである。

4. それゆえに経済は諸力の自由競争に、すなわち私法にゆだねられたままにしておくことができない。ほとんどどのような私法関係の背後にも利害関係を有する第三の当事者、すなわち公共というものが立ち現われる。社会法にとって特徴的なのは私法の公共化、これまでの純私法関係への公法の介入、たとえば借家借地人保護立法、居住地管理、価格監視である。

a. これを通して公法と私法との変化した位置関係というものが生じてくる。個人主義的な法秩序にとっては、公法【216】は司法を取り巻く狭い枠というものしか有していないのに対して、社会法にとっては逆に私法は、全能な公法の枠内でのひとつの限界づけられた、条件づけられた、いつでも取り上げることができる余地にすぎない。

b. これとともに諸権利にはひとつの義務内実が、それも倫理的な義務内実ばかりでなく、ますます法的でもあるそれが賦与される。「所有権は義務づける。その行使は同時に公共の最善のために奉仕しなければならない」とヴァイマル憲法のなかで謳われるならば、親権がますますゆだねられた公共教育として把握されるならば、これらの義務の履行はますます法的強制の、たとえば社会化、公的任用、保護教育の可能性を通して保障される。[99]

VI. 個人主義的な法にとって商法が先駆的な地位を占めていたように、社会法にとっては駆動力は経済法と労働法のなかに置かれている。両者の本質は、もはや孤立した個人をではなく、具体的で社会化された人間を目標としていることにある。すでに示唆されているように、両者の差異は、経済法が社会的な優勢を、たとえばカルテル立法を通して制限することに決定づけられており、労働法は社会的な劣勢を支援することに努められていることにある。

1. 労働法は、これまでに純社会学的な性格を有していたある種の事実が法的な意義にまで高められたときに成り立った。「事物の本性」は、ここでも新しい法形式にとって決定的であった。

2. 労働法では人格の平等概念の背後に雇用者と被雇用者の、労働者と社員の形姿が、それも彼らの社会的被規定性において、言い換えれば、彼らの労働組合と経営者団体への、事業者と授業者への社会化において可視的になった。

3. 雇用者と被雇用者との個別な契約の背後にその集団的な労働契約の基盤として労働組合と経営者団体との間の賃金協約が法的にも立ち現われる。賃金協約は個別



的な契約にとって決定的なものになる。

4. 個人主義的な法によれば、経営は同じ雇用者と、互いに結び合っていない被雇用者との個別的な契約の総体であったのに対して、労働法においては経営と全従業員が単一体として法の視界のなかに、たとえば経営協議会体制の形をして現われる。

5. 最後に、労働法にとって特徴的であるのは、素人が裁判に関与するという新しい形式である。参審裁判所と陪審裁判所では【217】素人の陪席は「抽象的な国家公民」として、個々の人格としてその社会的地位を考慮に入れなくて任命されていたのに対して、労働裁判所では素人の陪席はいずれにせよ社会化されて階級に結びつけられた人間、彼らの階級の代表者としての雇用者と被雇用者として席に着く。このようにしてどのような法的係争も党派に捕らわれない裁判官の前ではひとつの包括的な階級闘争の個別事例として演じられるのであり、たとえ労使の代表者が互いに相手を打ち負かして個別的な判定のために締め出すものであるとされたとしても、裁判官は個別的な判定の射程をこのように眼前にありありと現われることを通して、彼が陪席なしでそうするよりもはるかに実質に則して判定を下すことができるのである。[100]

Ⅶ. 社会法は、共同体のすべての権利に先行するあの諸権利に、すなわち外的な自由を保障するとともに倫理的な内的自由を可能にすることをその本質としている人間的な諸権利にその限界を見出す。所有権がなければどのような自由もなく、所有権は一個の人格権であり、人格性の投影であり、人格性の表現である。社会のおよび社会主義的な法観もまた資本主義的な私的所有権に、すなわち単なる物権から他人に対する支配へと変質している私的所有権に対して異議を唱えるだけであって、手工業者または農民の生産手段である所有権に異議を唱えるのではなく、使用財や享有財の個人的な私的所有権に異議を唱えるのではさらさない。このようにして社会主義的な法秩序の内部においても私権はその失われることのない場所を確保しているのである。

文献：Radbruch, Der Menschen im Recht, 1927; Vom individualist. Zum sozialen Recht, Hanseat, Rechtschr., Jg. 73, 1930; Kulturlehre des Sozialismus, 2. Aufl. 1927.

### 第三十四節 民主政の思想

1. ケルゼン (Kelsen) ←の理論によれば、民主主義的な法思想の出発点は相対主義である。民主主義とは、その政治上の信念の内容を顧慮することなくそのつどの多数派に国家に対する支配をゆだねるという意志である。そこから民主主義的な国家はある一定の目的信条に結びつけられているのではない、それは信念を欠いていてすべての世界観に対して中立的であるということになるであろう。それだから1933年に反民主主義的な多数派が民主主義国家をわがものにし、これを意のままにすることが

できたのである。民主政が信条のないものではなく、一種特有の信条を有していることが、承認されないわけにはゆかない。相対主義、中立性、寛容という思想の背後には、【218】 法治国家の肯定としての自由が、人格性の栽培地としての自由が、文化創造の基盤としての自由が置かれているのである。民主政のこのような自由のバトスが、ツキテイデス (*Thukydides*) ←によってわれわれに伝えられている戦没者に向けてのペリクレス (*Perikles*) の演説←におけるほどに、偉大なアメリカの大統領アブラハム・リンカーン (*Abraham Lincoln*) のゲテイスバーグの演説←におけるほどに、ゴットフリート・ケラー (*Gottfried Keller*) の長編小説『七人の実直な歩兵隊 (*Das Fähnlein der sieben Aufrechten*)』←におけるほどに美しく感動的にはどこにも表現されていない。

II. 民主主義の本質は、国家権力が国民から発していること、国家のすべての機能が国民選挙に由来していることである。だが、[101] 候補者の擁立のために、そして実質的な対立点の暫定的な解明に役立つ事前の集団化というものがなければ選挙も国民投票も可能でない。この必然的な仕事を成し遂げることができるのは政党を通してのみである。すなわち、国民支配が意味しているのは政党支配である、ということである。諸政党の成立に異議を申し立てる者は、民主政に異議を申し立てる者である。

政治家、ステーツマンは政治の窮極的な目標を決定しなければならないのであり、このような目標が一義的でも証明可能でもないことから、これについては自らが決断を下さなければならないのである。これに対して行政に携わる者は定められた政策上の諸目的を達成するための手段を確定し、準備しなければならないのであり、またこれを科学的な普遍妥当性をもってなすことができる。ステーツマンと行政に携わる者は、それゆえに根本的に異なる、それどころか対立しさえする類型であり、官憲国家においてステーツマンがその官吏としての出世街道の最高段階にあったとき、もしくは後に「専門大臣」という要求が提示されたとき、それはひとつの自己矛盾であった。政治の専門家はまさにあれほど多く罵られた職業政治家もしくは「政党ボス」であり、それゆえに民主政をボス政治として嘲笑するのは意味のないことである。

これに対して、わが国の現在の政党制度に対する批判には根拠がある。諸政党の多様性と硬直性に対して正当にも諸々の非難が加えられるのである。

1. 諸政党の多様性は連立政府の必要性を根拠づけるのであるが、しかし連立政府は必然的に議会と諸派閥に依存している。連立政府は、指導するということの代わりに、絶えずその追隨者を省みなければならない、それが支えとしている政治的ブロックが何かひび割れを来たしていないかを確かめていなければならない。強力な諸政府は、絶対的多数によってのみ支えられ得るそれらでしかなく、それゆえに二大政党の現存だけを前提としている (アメリカ合衆国の二党制および根本的には今日ではなお

イギリスもそうである)。【219】

2. わが国の政党制度の硬直性はいつそう不利な影響を後々までに及ぼしている。完全に柔軟なフランスの政党制度（どのような硬直した綱領も、どのような固定した組織もない）に対して、イギリスとアメリカ合衆国の半分硬直した制度（固定した組織はあるが、どのような綱領主義的な拘束もない）に対して、ドイツは今でもなお完全に硬直した政党制度というものを有している。ドイツの諸政党は世界観の諸政党であり、それらは、それらが演説するだけで、何ら言うべきものを持ち合わせていなかった官憲国家から引き継がれている。すべての政党が全体政党として永続的に単独支配の資格を有していなければならないと信じている。それらが単独政党国家への推定的な継承見込み者のようにふるまっているのに対して、政党（Partei）が意味しているのは何と言ってもやはり「部分（Teil）」、すなわち部分的真理、一面性である。政党政治の必然的な本質の様相は、それゆえに政府における諸政党の〔102〕の交替であり、それを通してあの諸々の部分的真理と一面性が互いに相前後して補い合うのである。

Ⅲ. わが国の政党制度のこの二つの弊害は選挙民の誤った見解に基いている。選挙で決めるということが意味しているのは信念ではなく、どのような政党が統治すべきであるかの決断である。比例代表選挙法は、選挙で決めるということをひとつの信仰告白と見る、選挙をこの信仰告白の国民における流布の縮図と見る、あの誤った見解に基いている。比例代表選挙法はある種の数学的正義を実現しはするが、しかし政治上の合目的性とは矛盾している。選挙がどの政党が統治すべきであるかを意味しているのであれば、選挙は統治能力のある政党を、すなわち決定的な多数派を明らかにしなければならないのである。したがってそれは絶対多数に伴う単独選挙であり、必要とあらば決選投票によらなければならないのである。

Ⅳ. 民主政は、絶対的もしくは立憲的な国家の形式における官憲国家に代わって現われている。官憲国家においては国家権力は国民に由来していなかったのであり、政府は議会の、国民の信任にではなく、国家元首の信任にしか依存しなかった。

1. 直接民主政と代表民主政：直接民主政は、小さい国家形態においてのみ、たとえばスイスの諸州の「小地方自治体」においてこれを余すところなく実現することができる。けれども代表民主政の枠内で直接民主政の現象形式として国民発案と国民投票が定められることがあり得る。

2. 権力分立的民主政と議会制的民主政：議会制的民主政、たとえばイギリスでは、政府は議会の信任に依存している。君主または大統領は代表的な人物【220】にすぎず、議会的民主制と共和國的民主制との間には、政治的に本質的な差異というものも成り立っていない。はるかに決定的であるのは、議会的民主制と権力分立的民主制と

の差異である。たとえばアメリカ合衆国におけるように権力分立的民主制では、行政府と立法府とが厳格に区別されており、國務長官は議会の信任を必要とすることなく、国民によって選ばれた大統領によって自由に決定される。ドイツは議会主義をもってほとんど鼓舞される経験をしていないが、しかし権力分立的な大統領制共和国はドイツにとっていまだ危険であろう。それというのもドイツ人にはその指導者に対する健全で民主主義的な不信がまだ欠如しているからであり、それというのもドイツ人はつねに、政治上の行為と政治上の答責とを、それに理由があろうとなかろうと、偉大であるとみなされた政治上の指導者に追い遣ることに傾いているからである。それだからやはり何と言っても議会制的な政府に立ち戻られなければならないのであるが、しかしそれには、議会に対する政府の権威と安定性の強力な法的保障が伴っていないなければならないのである。

3. 集権的民主政と分権的民主政：民主主義的単一国家には、アメリカ合衆国におけるように、さらにはまたこれまでのドイツにおけるように分権的な民主政として多かれ少なかれ連邦主義的な形式の連邦国家が対抗する。民主政の内部における分権化というものが意味しているのは都市と地方自治体における自治行政であり、これはフォン・シュタイン男爵 (*Frh. v. Stein*) ←の都市条例 (1808年) に始まった。ドイツの数少ない建設的な政治家の一人の作品として、また偉大な大都市の市長のきわめて成果豊かな地方自治政策というものの実証された基盤としてこのドイツ人の偉大な政治的業績はドイツ新構築の出発点をなすはずのものであった。

分権：Max Weber, *Politik als Beruf*; Radbruch, *Die politischen Parteien*, in Anschütz und Thomas's Handbuch des dt. Staatsrechts, Bd. I, 1930.

### 第三十五節 世界法

I. 国際同盟と同様に、国際連合もまたひとつの条件が満たされる場合にのみ、すなわち大きな超国家的な課題のために超国家的な人々をも任意に用いることができる場合にのみ、成功への、とりわけ永続的な平和確保への見通しを有している。標語的に総括するならば、超国家的な共同体意識というものがいまだ存在していなかった前に、国際的な紛争の裁定を創り出そうとすることがこれまでの平和運動の弱点であった。仲裁は、単なるに国家間の不偏不党性の立場から仲裁するということは、可能ではない。このような基盤のうえでは、確かに不法を两部分に等しく配分する妥協的な解決を考えることができるが、【221】しかしこれは、優越している法を不法から選別する真の紛争裁定では決してない。不偏不党的であるばかりでなく、超党派であるためには、裁判官と仲裁人は単に紛争にかかわる利害関係を互いに衡量し合い、調停

するだけではなく、彼らはこのような利害関係をこれよりも上位に置かれている利害関係という高いところから——まさに超国家的な共同体意識という立場から——裁かなければならないのである。現在の増大した国家間の諸関係はこの種の共同体意識をこれまで生み出すことができなかつたのであり、それらは逆に国際的な摩擦の諸々の可能性と戦争の危険を強めてきた一方で、超国家的な共同体意識は衰弱の進展というものを経験している。

政治は諸国家を互いに分離し、文化はそれらを互いに結びつける。諸国民の国家間の諸々の関係づけ [104] とならんで、諸国民はかつてそれらの文化全体の超国家的な組織と言うものが存在した——すなわち、中世のカトリック教会である。当時では全キリスト教界がひとつの団体的な宗教上の統一体であったのであり、国際的な広がりをもった数多くの宗教上の特殊な諸々の組織が、とりわけ聖堂騎士団が諸国民を横切って置かれていた。教会の法衣のもとに全文化が保護と育成を求め、これを通して教会の超国家的な性格に与っていた。キリスト教芸術はヨーロッパ的な一体であったのであり、様式観の諸々の変遷にはすべての国民が等しく関心をもった。教養ある人々のひとつの世界言語、すなわちラテン語は統一的なヨーロッパの学問というものを、統一的なヨーロッパの著作というものを可能にした。法王の特権を通して設立される諸大学はあらゆる国民の学生たちを教師の教壇の前に統合し、国や言語の限界を顧慮することなくヨーロッパのある大学から他の大学へと移動した。これらの大学の影響のもとにひとつの国際法が、すなわちローマ・カノン法がヨーロッパに対するその支配を開始した。宗教改革以降になってはじめて国家は、教会から文化領域を次から次へと奪い取り、これらを自らのなかに組み入れることに成功した。かつては諸国家に対して文化の全体を代表していた法王座の主権の形態をして、今日でも少なくともなおひとつの文化の領域、すなわち宗教がその先端を国際法の領域へと聳え立っている。国際法学は法王の主権を歴史的にのみ説明することができる変則であるとみなすのをつねとしている。すなわち、諸国家のみが真の国際法上の主体であり得るのであり、法王の座はただひとつの国際法上の主体のように扱われるだけである、とされるのである。ヴァチカン市国の創建もこのことをいささかも変えなかった。相も変わらず主権は、ヴァチカン小国の [222] の元首としてではなく、精神の世界における一人の権力所持者として法王に属しているのである。しかし精神的な権力の所持者としての法王の主権は、実際には単に一個の歴史的な遺物ではなく、それはむしろ将来性に満ちた国際法上の新形成の模範であるとみなされなければならないであろう。そのローマ・カトリック的な形態における宗教にとってうってつけであるもの、それは宗教の他のあらゆる形態にとって、たとえば他のキリスト教諸教会の連合した全体にとってだけでなく、文化の他のあらゆる領域にとってももったもなものとされてしか

るべきであろう。たとえば「識者-共和国」、「世界文学」は理念もしくは決まり文句にとどまるばかりでなく、諸々の組織になってしかるべきであろう。それらは諸国家と等しい段階で交渉する、法王席と同じ権限を賦与された国際法上の主体になるか、もしくはそうでなくとも、世界の世論のなかでそれらの声を諸国民の会議のなかで聞き漏らすことができないほどの比重をもった私的な諸団体になってしかるべきべきであろう。

有効ないっさいの国際法上の平和活動の前提である超国家的な共同体感情は、[105] その本質からして超国家的な諸力、すなわち学問と芸術、宗教と法、そして最後に——これには特別な一章があつてしかるべきであろう——資本の側からにせよ、労働の側からにせよ経済から出発される場合にも、これを充足することができるであろう。彼らにゆだねられた諸価値の超国家的な性格にもかかわらず、何ゆえに「知識人たち」がこれまであれほどまでに超国家的な意識を示さなかつたどころか、むしろまさに率先して国家主義的な心理の手に落ちてしまったのかと、あるいは問われましょう。しかし人間の精神は平均において抛り所を必要としているのであり、個々人としてその道を見出すほどに十分に勇氣はなく、彼が準拠することができる指導的な人々や諸々の団体に差し向けられているのである。超国家的な諸々の文化価値は、文化の優れた代表者たちのスタッフのなかに、それもまさに彼らの超国家的な使命のなかに、人格的および社会学的な姿をとる場合にのみ、超国家的な共同体意識の出発点になることができるのである。意志が国家的なものに限界を乗り越えて、彼らの意識のなかにあるすべてとともに超国家的なものに奉仕することについていくらかはなし得る心積もりができていよう人々が存在していなければならないのである。国際的な「知識人の共同作業」という目的に単に適合していることだけが彼らの課題をなしているのではなく、彼らにはむしろ、その人格とその仕事において彼らにゆだねられた文化領域の超国家的な全パトスを印象深く表現することが求められるのである。しかし個々の偉大な人間がこのように国家の懐から出て超国家的な諸価値の世界に向けて育っていくことを厭わしいと、それどころか腹立たしいとさえ思いたい者には、彼がこれとともに国際法上のいっそうの発展のすべてにとっての第一条件を否認していることを、はっきりと認識されているべきである。法秩序というものは、法共同体の特定された成員【223】が彼らの特別な利益によってばかりでなく、秩序の根底に置かれているあの法的信条によって満たされている場合にのみ、生き続けることができるのである。超国家的な法秩序というものは、いくらかの超国家的な人々のなかに具現されなければならない。前もって世界市民が存在している場合にのみ、世界裁判官は存在することができるのである。

諸国家と国際法上の主体としての文化的諸団体との並存からは、すでにつねに国家

と教会との並存から生じてきたような重大な諸々の緊張が生じ得るということには、全く疑問の余地はない。この種の緊張が生ずることはないのであれば、組織の全二重性はそもそも無意味であろう。もともと全体であることを志向する諸国家に、文化の自律を通して設定されている諸々の限界について警告を発し、個別的な国家の利益に、複数の国家の偶然にしか共通していない利益に超国家的な共同体の利益を対置すること、これこそまさに超国家的な諸々の組織の意味である。諸国家が任意にあればほど不快な警告者を国際法の主体として向かい入れるであろうということは、これまでは期待しがたいところであった。公論のなかに強い反響を見出したであろうような強力な、超国家的なパトスだけが文化的な諸団体に国際法上の承認を強いることができるのである。われわれが体験している時こそ、このようなパトスの時である。原子爆弾に至るまで窮め尽した第二次世界大戦の恐るべき体験は、われわれをして世界の平和か、それとも世界の滅亡かの選択肢の前に立たせる。世界の心ある人々が人類とその精神にとっての恐るべき危険をいまだ適時に把握し、これを払い除けるであろうという望みを、われわれは放棄するわけにはいかないのである。

II. 将来にとっての、とくに平和保障にとっての、国連よりも大きな見通しを意味しているのがニュールンベルク訴訟<sup>←</sup>である。ニュールンベルク判決<sup>←</sup>のなかには、英米司法の模範的な客観的精神において崩壊した不法体制の恐るべき姿が意図的に眼を閉じない者の眼前に消し去り難く現われている。その価値は国際法の将来にとって次の三つの新しい思想を含んでいる。それは国際法が義務づけるものとして諸国家にのみではなく、個々の政治家や国家市民にも向けられているのであり、これとともに国際的な法というものから世界法というものへ発展を決定的に促進するという認識が流布するのを助けた。

2. それは、国際法上の不法である戦争犯罪という古い類型に新しい二つの類型、すなわち攻撃戦争の惹起という犯罪と人間性に対する犯罪を同等のものとして評価した。人間性に対する犯罪に関する国際法上の干渉権と国際的裁判権【224】のなかに国際法から世界法に向けてのもうひとつの一步を、つまりは人間性に対する犯罪は、たとえそれが自己の国民に対して犯されたものであっても、全人類にかかわっているという認識を認めることができる。

3. 最後に、ニュールンベルク訴訟は、政治家および他の人々によるこのような国際法上の不法に対する保護のために国際刑法というものを創設した。法律なければ刑罰なし（*nulla poena sine lege*）という原則に反して新しい国際刑法が遡及効をもって施行されていること、このことが、管理委員会がドイツ刑法に課した*nulla poena sine lege*原則の復活と矛盾しているということに、しばしば異議が申し立てられている。このような異論は、新たに遡及効を認める刑法の創設の禁止が刑法の法典化とい

うものの枠内でのみ妥当し得るが、しかし刑法が裁判官法として形成されつつあるところでは妥当し得ないことを無視している。裁判官法にとっては、あの原則はどのような妥当をももち得ないのであり、またそれはドイツの裁判官法の枠内でもどのような妥当をも有していないのである。ドイツにおいても、たとえばライヒ裁判所の判例が、それまでは同裁判所によって処罰されないとみなされていた良俗に反する諸契約の場合の詐欺を処罰することができると言明し、この新しい法思想を必然的かつためらいもなく直ちに、新判例への契機を与えはしたが、しかしそれ自体ははまだ古い法の見方のもとに成り立っていたあの新しい事例に適用したときには、何人もこれを遡及処罰として異議を申し立てることはなかった。先取りをする法の定立を通してというよりもある事例から他の事例へと漸増的な法の形成を通して継続的に形成されてゆくというのが、国際法にとって全く特有のものである。

もちろんニュールンベルクの作業はほんの端緒にすぎない。その国際法上の諸々の革新は、戦勝列強の軍事法廷によって敗戦国の政治家と国家市民に対して適用されるのではなく、国際的な裁判所というものを通して敗戦したのでもない重大な犯罪者に適用される場合にはじめてそのようなものとして強化されるであろう。このことをアメリカの首席裁判官であるロバート・H・ジャクソン (*Robert H. Jackson*) が国際軍事法廷を前にしたその最初の演説のなかで次のように明瞭に言明した。「この法律は、確かにここでは差し当たってドイツの攻撃者に適用されるが、しかしそれは、それに有益であることが求められるならば、いまここで裁判席に着いているものの国が例外とされるのではなく、他のいっさいの国の攻撃を断罪することを含んでいるのであり、また含んでいなければならない」←。

### 第三十六節 法律を超える法

文献：*Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Südd. Juristenzeitung, 1946. Auch in: GRGA Bd. 3, Rechtsphilosophie III, 1990, S. 83 ff. [225]*

「法律は法律だ」という定式のなかに標語的に総括することができる実証主義はドイツの法学と司法を、それらが当時の権力掌握者たちによって法律の形式のなかにもたらされた限りであれほどの甚だしい暴虐と恣意に対して無防備にした。それどころかなお、このような法律上の不法の効力の事後的な法的清算にとってもなお生きている実証主義からつねに新たな諸々の困難が生じている。

ナチス不法国家の崩壊はドイツの判例を、伝統的な実証主義が答えることができな



い諸々の問題の前に立たせている。ニュールンベルク人種諸法に基いて科せられている諸々の処分をそのままにしておいてよいのか。ユダヤ人の財産の押収は、それがその時にはナチス時代の現行法に基いていることができたとはいえ、今日でもなお法的妥当性を有しているのか。ナチスの司法に対応して敵国の放送の聴取に反逆罪として死刑を科したような判決を、われわれは法的に有効なものとして甘受しなければならないのか。このような判決へと導いていた密告を、われわれはいまだに合法的なものであるとみなさなければならないのか。ヒトラーが厳格な秘密を課して【226】施設大量謀殺を開始したあの名状し難いユダヤ人一掃が、われわれにとってもいまだ法律であることの意義を有しているのか。支配権を獲得した政党が、それ自体によって犯された諸々の犯罪行為をそれを通して処罰から免れさせたような特赦にそれが該当するとされる場合に、このような犯罪行為が処罰されないうままであることを、われわれは今日でもなお強いられているのか。一党支配を意味してはいたが、しかし他の政党のすべての息の根を止めてしまうような国家は、そもそも法的な意味において一個の「国家」であったのか。

伝統的な法学的実証主義であるならば、このような問題の立法による解決を指示したであろう。現実にはそれらの一部分がナチズムの不法の原状回復に関するアメリカ占領地区の諸法律を通して、他の部分はニュールンベルク規定と管理委員会法を通して清算されている。しかしこれに対してまさに実証主義が、これらの法律が自らのために遡及効を要求しているという、第二の異議を申し立てている。このような異論は、このような法律それ自体でなくとも、その内容がすでに、あのような事態が発生したときに、あのような行為が犯されたときに、この法が個別的にどのように呼ばれようとも、それが神の法、自然の法、理性の法と呼ばれようとも、それらが法律を超える法に相応しているという証明を通してのみ、これを論駁することができる。

このようにして、それに照らしてみると実定的な諸法律も不法であることが明らかになり得る法律上の不法という理念が【226】法学的実証主義の一世紀の後に力強く復活した。正義と矛盾している実定的な諸定立を法的に無効であるとみなすべきことを、正義はどの程度まで要求しているのか、制定された法がその不正義にもかかわらず妥当性を有しているものとして承認されることを、法的安定性はどの程度まで反対要求を立てることができるのか、これらの問いにはすでに以前の諸章のなかで答えられている。このような解答の方向は、法哲学に関するこの講義が、講義目録のなかで副題として予定されていたことからしてすでに明らかである。それはこの数十年來使わなくなっていたものであり、その題名とはつまりはこうである。

## 自然法

- (1946) : ヘルマン・カントロヴィッツの追悼文は *Schweizerlischen Zeitschrift für Strafrecht*, 60. Jg. (1946), S. 262–273 = GRGA Bd. 16, S. 75–88 に刊行された。
- 【180】(ユスチニアヌス) : *Justinian*, 482年もしくは483年に生まれ、565年に死す。527年以来ヴィザンチン帝国の皇帝。528年以降ローマ法大全 (das *Corpus iuris civilis*) [これについては【298 f.】を見よ] を編成させた。
- (consequentia) : この引用を確認することができなかった。
- (perversionis) : この引用を確認することができなかった。
- 【181】(Guarnerius von Bologna, Irnerius と呼ばれる) : *Irnerius* は1050年の後に生まれ、遅くとも1130年に死す。彼は若い数年間には学芸学院の弁証論とレトリック論の教師であった。ローマの法学校でユスチニアヌスの諸々の法書を研究した後、イルネリウスはそこで法学者としての能力を発揮し、*Quaestiones de iuris subtilitatibus* という著作を起草した。後に彼はボローニアで法学校と創設したとされる。
- 【182】(Gratian) (*Decretum*) : *Gratian*, 遅くとも13世紀の初めに生まれ、1179年の前に死す。Kamal – dulenser – 修道会の会員で Hl. Nabor と Felix zu Bologna 修道院の修士。グラチアンは1140年頃に *Concordia discoordantium cannonen*, 一致していないカノン法のひとつの概観を創り出し、これが後に *Corpus iuris canonici* の第一部をなした。
- (Azo) : *Azo*, 1150年ボローニアに生れ、1235年の前にボローニアに死す。注釈者であり法学者。アゾーは1190年頃にボローニアの法学校で教え、1210年頃に *Summa Codicis* と、Kodex および *Institutionen Justinianus* のための *Summa Institutionum* を書いた。
- (Accursius) : *Franciscus Accursius*, 1185年にフローレンス近郊に生れる。1263年にボローニアに死す。アゾーの弟子であり法学者。1221年以来ボローニアで学び、1228年に、注釈者のコメントールの集成であるユスチニアヌス法典についての *Glossa ordinaria* を起草した。
- 【183】(Sassoferrat) : *Bartolo de Sassoferrat*, 1314年にサツソフェラートに生まれ、1357年にベルギアに死す。後期注釈者であり、*Corpus iuris civilis* のための注釈ならびに諸々の法的鑑定と小冊子の起草者。
- (Pistoria) : *Cino de Pistoia*, 1270年にピストイアに生まれ、1336年もしくは1337年にピストイアに死す。法学者であり詩人。*Bartolo de Sassoferrat* の先生。
- (Pierre de Belperche) ; どのような伝記上のデータをも見つけることができなかった。

- (Jacques de Revigny) : どのような伝記上のデータをも見つけることができなかった。
- [184]** (Bacon) : *Roger Bacon*, 1215年頃グロセスターの近郊に生まれ、1292年にオックスフォードに死す。イギリスの神学者であり自然哲学者。オックスフォードの教授。ベーコンはその理論をもってアウグスチヌスの伝統に立っていた。
- (Occam) : *Wilhelm von Occam*, 1285年にオッカム（サリー）に生まれ、1347年と1350年との間にミュンヘンに死す。フランチスカ派の神学者であり哲学者。オッカムは普遍論争における唯名論的立場の哲学および神学上の創始者として通っており、1324-28年に異端を理由にアヴィニヨンの法王の法廷での手続きに巻き込まれた。
- (Eckehart) : 1285年頃にホッホハイムに生まれ、1328年の前に死す。ドミニカ派の修道会の会員。エッケハルトはケルンで哲学と神学を研究し、1293/94年には格言の朗読者 (*Lector sententiarum*) であり、そこで1302年に修士号を取得した。1311-13年にはパリで教戒師。その後はケルンで説教師で教戒師。エッケハルトは神秘的な敬虔体験の基盤に立つ思弁的な神学者として通っている。その死後に法王ヨハネス二十五世によって彼の理論の諸部分が異端として断罪された。
- (Franz von Assisi) : *Franz von Assisi*, 1181/82年にアシッシに生まれ、1226年にそこに死す。修道会設立者。24歳の年齢で孤独に引きこもり、自由意志で隣人愛をもって貧困者に、そして教会の再建に献身した。1209年以來フランスは、禁欲的な規則のもとに友情へと合体する帰依者の増大を獲得した。1223年に教会内での論争の後に — 弱体化された — 修道会規則が最終的に承認された。1228年には聖と呼ばれ、1939年にフランスはイタリアの守護聖に指名された。
- [185]** (Pisano) : *Giovanni Pisano*, 1250年にピサに生まれ、1314年の後に間もなく死す。中世の最も著名なイタリアの彫刻家。ピストリアの聖アンドレアの説教壇やピサの塔の説教壇を作り上げ、また棟梁としても活動した。
- (Giotto) : *Giotto di Bandone*, おそらく1266年にフローレンス近郊の Colle di Vespignano に生まれ、1337年にフローレンスに死す。イタリアの画家で建築家。1334年以來フローレンスのドームの棟梁。その記念碑的な様式は、イタリアの新しい全画風にとっての基盤になった。
- (Cujas) : *Jacques de Cujas*, 1522年にトゥルーゼに生まれ、1590年にブージェに死す。フランスの法律家。1547年以降トゥルーゼにて教授として教え、後にブージェにて優雅な法律学 (*Elegante Jurisprudenz*) の学派の主唱者として教えた。この学派は、後期注釈者のイタリア法学派に対して、諸典拠の人文主義

的—文献学的解釈というものを提唱した。

- (Mommsen) : *Theodor Mommsen*, 1817年にガルディングに生まれ、1903年にシャルロッテンブルクに死す。歴史家であり政治家。1848年にライプツヒでのローマ法教授。1851年に三月革命への関与を理由に官職が解かれた。1852年にチューリッヒでの、1854年にプレスラウでの教授。1858年以降はプロイセン科学アカデミーの役員。1861年以降はベルリンでのローマ史のための教授。1863-66年と1873-79年にはプロイセン議員宿舎会の会員。1881-84年にはライヒ議会の議員。1902年にはその名著『ローマ史』のためにノーベル文学賞。
- (Meltzer-Haloander) : *Gregor Haloander* (本命 : *Meotzer* ) , 1501年にツヴィッカウに生まれ、1532年にヴェニスに死す。法律家。ニュールンベルク評議会の要請をもってハロアンダーは、手書きで注釈された最も重要なローマ法源を引き合いに出して『パンデクテン (Pandectae)』(1529年)、『法学提要 (Institutiones)』(1529年)、『ユスチニアヌス法典 (Codex Justinianus)』(1530年)、『改正勅法 (Novellae Constitutiones)』(1531年)の刊行にまで行き着いたのであるが、これらはドイツ法学における人本主義的な学殖の最も重要かつ最も偉大な業績のひとつとして通っている。
- 【187】 (Desing) : *Anselm Desing*, 1699年にアムベルクに生れ、1773年に (エンズドルフに?) 死す。エンズドルフ司教区大修道院長。一時的にフライジングの教師。デジングは、フーゴ・グロチウスによって刺戟された新しい自然法上の諸理論に闘いを挑んだのであるが、その理由はこれらの理論には道徳、神学および市民法との関連が失われているからである。自然法に関する著書 : *Iuris naturrae larve detracta libris Puffendorffianis, Wolffianis, Heineccianis etc.*
- (Gierke) : *Otto von Gierke*, 先の 【268】 を見よ。
- 【189】 ( 刑 事 裁 判 令 ) : *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser V. von 1532* [ *Constitutio Criminalis Carolina*, [短くは、*Carolina* というラテン名のもとで知られている] は、ラートブルフの *Reclam - Ausgabe* として編集され、説明されている。それは、この間に *Arthur Kaufmann* によって編集された第6版 (1984年) に通覧される。
- (choses) : これについては、先の 【296】 のモンテスキューの引用を見よ。
- 【191】 (Puchta) : *Georg Friedrich Puchta*, 1798年にカドルツベルクに生まれ、1846年にベルリンに死す。法学者。エアランゲン、ミュンヘン、ライプツヒでのローマ法教授、1842年以降はサヴィニーの後継者としてベルリンでの教授。より若い歴史法学派の頭目として通っている。

- (Haubold) : *Christian Gottlieb Haubold*, 1766年にドレーズデンに生まれ、1824年にライプツッヒに死す。1796年以降ライプツッヒの法学部でザクセン法の教授。
- (Biener) : *Christian Gottlob Biener*, 1748にツエーリッヒに生まれ、1821年にライプツッヒに死す。1782年以降、自然法と国際法の員外教授、1709年に諸法の教授に任用され、1808年にライプツッヒの正教授。ビーナーの著作 „*Commentarii de origine et progressa legum iuriumque Germania*“ (2. Bd. 1787 u. 1795) は、ドイツ法史についてのこの時代の最も重要な作品のひとつとして通っている。
- (Wenck) : *Feiedrich August Wilhelm Wenck*, 1741年にイドシュタインに生まれ、1810年に死す。哲学者であり法史家。1771年以降は哲学の正教授、1780年にライプツッヒ大学の歴史の正教授に招聘される。
- (Hänel), *Albert Hänel*, 1833年にライプツッヒに生まれ、1819年にキールに死す。国法学者。1860年にケーニヒスベルクの、1863年にキールの教授になる。1867-88年にプロイセン議員宿舍会会員。プロイセンの憲法紛争中はビルマルクに対して激しい反対の立場を採る。
- (Heimbach) : *Karl Wilhelm Ernst Heimbach*, 1803年にメルゼブルクに生まれ、1865年に死す。1828年からイエーナにてザクセン法の教授。1832年にはイエーナの高等控訴院判事。地域法研究に立ち向かい、この領域ならびに法史の領域に数多くの公刊物がある。
- (Gans) : *Eduard Gans*, 1798年にベルリンに生まれ、1839年に当地に死す。法律家であり法哲学者。ヘーゲルの弟子であり、カール・マルクスの先生であり、サヴィニーの反対者。1825年からはベルリンでの諸法の教授。ドイツにおける比較法学の創始者。
- (Mittermaier) : 1787年にミュンヘンに生まれ、1867年にハイデルベルクに死す。法学者であり政治家。1811年にはランズフートの、1819年にはボンの員外教授。1835年、1838年および1847年にはバーデン州身分集會第二部会議長。1848年に予備議会議長。ミッテルマイアーは政治的には穏健な議會議主義を提唱し、法学においてはとりわけ刑事訴訟法と監獄制度の改革についてのその諸々の作品を通して知られた。
- (Einert) : *Karl Einert*, 1777年にライプツッヒに生れ、1855年に当地に死す。法律家であり法学者。1816年からライプツッヒの法学部の構成員。1828年に商事裁判所の所長。1835年に審議官として司法省に招聘され、ザクセン王国のための手形法改正の完成を委託された。1847年にはライプツッヒ手形法會議におけ

るザクセン州の代表者。

- (Liebe) : *Friedrich August Gottlieb Liebe*, 1909年にブラウンシュヴァイクに生まれ、1885年に死す。法律家であり政治家、1848年にはドイツのための一般手形法の諮問委員会委員。1861年からブラウンシュヴァイク大公国務省枢密院議員であり代弁者。
- (Thöl) : *Johann Heinrich Thöl*, 1807年にリュエックに生まれ、1884年にゲッチンゲンに死す。法律家であり法学者。ローストック (1842年) とゲッチンゲン (1849年) での教授。体系的商法学の創始者。1861年の一般ドイツ商法典の審議委員会委員。
- (Koch) : 1798年にメーリン [ケーニヒスベルク近郊] に生まれ、1872年にナイセ [シュレジエン] に死す。コッホはプロイセン法のほとんどすべての領域を実務のためのコメンタールのなかで扱った。その『一般ラント法のためのコメンタール (Commentar zum allgemeinen Landsrecht)』(1852-56, 4 Bde.) は、法実務にとって卓越した意義を有していた。
- (Wächter) , *Karl Georg von Wächter*, 1798年にマルバッハ・アム・ネッカーに生まれ、1880年にライプツヒに死す。1819年にチュービンゲンでの、1833年からはライプツヒでの教授。1836年にはライプツヒ大学の事務局長。1851年からリュエックの高等控訴院院長。1852年から再びライプツヒの教授。フォイエルバッハとビンティングとならんで18世紀の最も著名な刑法解釈論者の一人である。
- (Thibout) : *Anton Friedrich Justus Thibout*, 1772年にハーメルンに生れ、1840年にライプツヒに死す。キール、ハイデルベルクおよびイエーナでの教授。その時代の民法と方法論の著名な代表者。ドイツ市民法典 (1814年) へのその肩入れはサヴィニーの反論書に刺戟を与えたのであり、その反論書が歴史法学派の綱領となった。
- (Gönnner) : *Nikolaus Thaddäus Gönnner*, 1767年にバンベルクに生まれ、1824年にミュンヘンに死す。法学者であり政治家。1789年にバンベルクでの諸法の教授。1799年にインゴールシュタットでの国家法の教授。1811年にはミュンヘンのバイエルン立法委員会に招聘される。1817年に枢密院および国家審議官に任命される。ゲンナーは哲学—法学派の代表的人物として通っている。
- (Feuerbach) : *Paul Johann Anselm Feuerbach*, 1775年にイエーナ近郊のハイニヒェンに生まれ、1833年にフランクフルト・アム・マインに死す。法律家。1801年ではイエーナでの、1802年にはキールでの、1404年にはランズフートでの教授。1805年にフォイエルバッハはある同僚との諍いから教職から去り、バイ

エルンの司法職に立ち入った。刑事訴訟法と1813年のバイエルン刑法典の草案の改正者。後にバンベルクとアンスバッハの控訴院長。フォイエルバッハは〔罪刑法定主義（*Nulla - poena*原則）を言い表した〕法治国家的刑法理論と一般予防理論〔心理学的強制説〕の創始者として通っている。

- (Grolmann) : *Karl Ludwig Wilhelm Grolmann*, 1775年にギーゼンに生れ、1929年にダルムシュタットに死す。法学者であり政治家。1800年にギーゼンでの諸法の正教授になった。1815年には大学の事務局長。1819年に国務大臣。1821年にヘッセン州内務大臣、司法大臣そして総理大臣。グロールマンはとりわけ特別予防上の路線へのその理念を通して知られた。
- (Kierulff) : *Johann Friedrich Martin Kierulff*, 1804年にシュレスウィックに生まれ、1888年にハルツベルクに死す。法律家であり法学者。キールとローストックでの教授。リュウベックの高等控訴院長。主著：『一般民法の理論（*Theorie des gemeinen Zivilrecht*）』。
- (Wenck) : 上の【191】を見よ。
- 【192】 (Gerber) : *Karl Friedrich Wilhelm Gerber*, 1821年にエーベルエーベン（チューリンゲン）に生まれ、1891年にドレーズデンに死す。国法学者であり政治家。1846年にエアランゲンでの、1851年にチュービンゲンでの、1852年にイエーナでの、1863年からライプツッヒの教授。1871-81年にザクセン州文化大臣。1891年には総理大臣、ザクセン州の福音—ルター派の教会と専門大学を改革した。
- (Wächter) : *Karl Georg von Waechter*, 先の【191】を見よ。
- (Bekker) : *Ernst Immanuel Bekker*, 1827年にベルリンに生まれ、1916年にハイデルベルクに死す。法学者。1853年にハレでの、1857年にグラウフスヴァルトでの、1847年からはハイデルベルクでのローマ法の教授。
- (Brinz) : *Alois von Brinz*, 上の【175】を見よ。
- (Dernburg) : *Heinrich Dernburg*, 1829年にマインツに生まれ、1907年にベルリンに死す。デルンブルクはローマ法、プロイセン法および新ドイツ民法を古典的な作品において改訂した。
- (Windscheid) : *Bernhart Windscheid*, 1817年にデュッセルドルフに生まれ、1892年にライプツッヒに死す。法学者。パンデクテン法学の指導的な提唱者としてヴィンドシャイドは新ドイツ市民法典の草案の完成のための委員会の委員であり、これに彼は大きな影響を占めた。
- (Baer) : おそらく *Karl Ludwig von Bär* であろう。1836年にハノーヴァーに生まれ、1913年にフォルケストネに死す。法律家。1866年にローストックでの、

1868年にプレスラウでの、1879年からはゲッチンゲンでの刑法と民事訴訟法の教授。1879年からハーグの国際仲裁裁判所と国際法研究所の参事。

- (Unger) : *Joseph Unger*, 1828年にウィーンに生まれ、1913年に当地に死す。オーストリアの法律家であり政治家。最初はプラハでの、1855年からウィーンでの教授。ドイツ自由主義者として1867年以来ライヒ参議院の議員、1869年からは貴族院の議員。1871-78年には無任所大臣。1881年以来オーストリア・ライヒ裁判所長官。
- (真摯) : ラートブルフはここで、イエーリングの著作『法律学における諧謔と真摯 (Scherz und Ernst. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum)』の表題を仄めかしている。
- 【196】 (Heck) : *Philipp Heck*, 1858年にザンクト・ペテルスブルクに生まれ、1943年にチュービンゲンに死す。法学者。ベルリン、グライフスヴァルト、ハレおよびチュービンゲンでの教授。ヘックはいわゆる自由法運動の指導的な提唱者として通っている。
- (Fuchs) : *Ernst* (本文で *Eduard, W. H.* となっているのは誤り) *Fuchs*, 1859年に生れ、1929年に死す。弁護士。フックスはいわゆる自由法運動の熱心な提唱者であった。
- (Sinzheimer) : *Hugo Sinzheimer*, 1875年にヴォルムスに生まれ、1945年にプローメンダール (オランダ) に死す。労働法学者であり法理論家。1919年には労働の学校の共同設立者。1920年から1933年までフランクフルト・アム・マインでの教授。移民後はオランダの占領に至るまでアムステルダムでの教授。1919年のヴァイマル国民集会の憲法委員会の委員。
- (法) : ラートブルフはここで、オイゲン・エーアリッヒの『生ける法の研究 (Die Forschung des leben Rechts)』(1909年)の研究プログラムの題名を仄めかしている。これは、*M. Rebbinder*, *Recht und Leben*[Ges. Schriften Eugen Ehrlichs]. 1967, S. 11 ff., に転載されている。
- (Ehrlich) : *Eugen Ehrlich*, 1862年にチェルノヴツイーに生まれ、1922年にウィーンに死す。チェルノヴツイーでの教授。自由法運動の提唱者でありドイツ法領域における法社会学の創始者。
- (秩序の思考) : ここで仄めかされているのは、*Carl Schmitt*, *Die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934という作品である。
- (逃避) : *Justus Wilhelm Hedemann*, *Die Flucht in die Generalklauseln*, 1933.
- (Hedemann) : *Justus Wilhelm Hedemann*, 1878年にブリークに生まれ、1963年にベルリンに死す。プレスラウ、イエーナおよびベルリンでの民法、経済法お



よび近代私法史の教授。

- (判例)：ラートブルフはここで、ライヒ裁判所の次の二つのセンセーショナルな判決を引き合いに出している。1. *RGSt 61, 242*の判決のなかでライヒ裁判所は、妊婦における自殺の危険を除去するための妊娠中絶は超法規的緊急避難という視点のもとで罰せられないと認定した。*RGZ 100, 129*のなかでは、いわゆる事情変更の原則 (*clausula rebus sic stantibus*) という視点から経済的な諸事情の転倒や激変の場合では契約の履行要求にとっての取引基盤が脱落することがあり得るということが認定された。

【197】(規範)：Georg Dahm←., Deutsches Recht, 1844, S. 118.

- (Dahm)：Georg Dahm, 1904年にアルトナに生まれ、1963年にキールに死す。法学者。1933年以来キールでの、1939年にはライプツッヒでの、1941年にはシュトラスブルクでの、1951年にはダッカ（パキスタン）での、1955年からは再びキールでの教授。刑法と刑法史に関する諸々の作品が、国際法と法百科事典についての諸々の作品がある。

- (Jellineck)：Georg Jellineck, 1851年にライプツッヒに生まれ、1911年にハイデルベルクに死す。国法学者。ウイーン、バーゼルおよびハイデルベルクでの教授。

- (規範力)：Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, (復刻版) 1960, S. 337 ff.

【198】(謎めいたことです)：Goethe, Die natürliche Tochter, Vierter Aufzug, Zweiter

Auftritt, in: Werke (WA) I, Abt., Bd. 10, S. 339:

“Nach abgeschloss'nen Kreisen lenken wir,

Gesetzlich streng, das in der Mittelhöhe

Des Lebens wiederkehrend Schwebende,

Was droben sich in ungemessenen Räumen,

Gewaltig seltsam, hin und her bewegt,

Belebt und tödtet, ohne Rat und Urteil.

Das wild nach anderm Maß, nach andrer Zahl

Vielleicht berechnet, bleibt uns rätselhaft“.

- (と言った)：Otto Fürst von Bismarck, Gedanken und Erinnerungen, Bd. I, 1898, S. 176.

- (Moltke)：Helmut Graf von Moltke, 1800年にバルヒムに生れ、1891年にベルリンに死す。プロイセンの陸軍元帥。

- (称したが、)：Moltke, Gesammelte Schriften und Denkwürdigkeiten, Bd. 5, S. 194: „Der ewige Friede ist ein Traum und nicht einmal ein schöner“.

- (Burckhardt)：Jacob Burckhardt, 1818年にバーゼルに生れ、1897年にバーゼル

に死す。スイスの文化史および芸術史家。チューリッヒ（1855年）での、そして1858年から1883年までバーゼルでの教授。ブルクハルトの悲観主義的な文化批判はニーチェに強く影響した。

- (omnes) : この引用は *Thomas Hobbes, Leviathan* [hrsg. von Iring Fetscher] , 1984, S. 95 ff.,に見られ、関連箇所では次のように言われる。「それだから人間の本性には主として次の三つの諍いの原因が存在している。すなわち第一は競争であり、第二は不信であり、第三は名誉欲である……。ここからは、人間は、彼らが彼らを繋ぎとめる一般的な権力というものなしに生活している間では、戦争と呼ばれるような、それも万人の万人に対する戦いにおけるような状態にあるということが明らかに生ずる。」

【189】(有していない) : *Karl Marx, Die Deutsche Ideologie – Entwürfe –* , MEW 3, S. 539: 「政治の、法の、科学等々の、芸術の、宗教のどのような歴史も存在しない。」

【200】(Wundt) : *Wilhelm Wundt*, 1838年にネッカーラウに生まれ、1920年にライプツッヒ近郊のグロスポータンに死す。医学者、哲学者であり心理学者。1874年にチューリッヒでの教授、1875年からはライプツッヒでの哲学のための正教授。そこでの実験的心理学第一研究所の創立者。

— (相対成長) : この引用を見つけることができなかった。

— (狡知) : 上の【141】を見よ。

【201】(Reggow) : *Eike von Reggow*, 1180年頃に生まれ、1233年の後に死す。レップシャウ (アンハルト) 出身の高貴で自由なザクセン人。ニーダーザクセンとオーバーザクセン、チューリンゲンおよびブランデンブルクにおける諸侯の顧問として1224年から31年の時間帯のなかで「ザクセンシュピーゲル (*Sachsenspiegel*)」を書き留めた。

【202】(申し述べる) : *Goethe, Faust I, Faust zu Wagner in der Nachtszene*, in: *Werke (WA)* ; I. Abt., Bd. 14, S. 34.

— (Altiatus) : *Andreas Alciatus*, 1492年にマイラント近郊のアルツアトーに生まれ、1550年頃にパヴィアに死す。ローマ法の教師。ブドー (*Budaeus*) とともにブージェに人文—歴史的な法学派を創始した (1535年頃)。その寓意画による表現形式 (1531年) は影響力に富んでいた。

【203】(Lessings Laocoon) : *Gotthold Ephraim Lessing*. 1729年にカーメンツ (ラウジッツ) に生まれ、1781年にブラウンシュヴァイクに死す。詩人、批評家、哲学者であり、ドイツの啓蒙の著名な提唱者であり、その影響はこの時代を超える。その作品『ラオコーンもしくは絵画と抒情詩詩の限界について (*Laocoon*

oder über die Grenzen von Malerei und Poesie)』(1766年)をもって彼は絵画と抒情詩とを限界づけるために類型論的な研究を用いてドイツ古典の芸術的見解とその実行を決定的にともに規定した。

— (Gellius) : *Aulus Gellius*, 古代主義的な作風のローマの著作者。彼は170年頃に『アッチカの夜 (Noctes Atticae)』と題する20巻からなる作品集を、哲学、法学、歴史および修辞学からの精選された古代的な詳細のひとつの多彩な帰結を起草した。

— (Chrysippus) : *Chrysippo*, 紀元前205年ころに死す。ソロイ出身のギリシャ哲学者。アテネにおけるストア学派の長期にわたる統括者であり、ゼノン (*Zenon*) と並ぶストアの最も重要な思想家であり、その理論体系の第二の創始者である。

— (dignitate) : クリシッポスは、*Aulus Gellius*, *Noctium Atticarum* [Post Martinum Herzt ed. Carolus Hosius], 1805, Liber XIV, Caput IV, では、次のように引用される。

„Quod apte Chrisippus et graphice imaginem Iustitiae modus coloribusque verborum depinxit》forma atque filo verginali, aspectu vehementi et formidabili, luminibus oculorum acribus, heque humilis heque atrocis, sed reverendae cuiusdam tristitiae dignitate 《”.

【204】(Burgkmeier) : *Hans Burgkmeier d. Ä.*, 1427年にアウグスブルクに生まれ、1532年に当地にて死す。画家、線描画家であり木版彫刻家。1473年来アウグスブルク画家ツンフトの組合員、1505年と1508年にヴェニスに滞在。ブルックマイヤーはデューラー時代のアウグスブルク画壇の最も著名な画家であった。その諸々の作品は、イタリアルネッサンスの諸要素を認識させるドイツ芸術では最も初期のものに属している。

【205】(Brant) : *Sebastian Brant*, 1457年にシュトラスブルクに生まれ、1521年に当地にて死す。バーゼルにおける書籍印刷者の同業者であり相談役。ライン上流地方の人本主義の主唱者。とりわけドイツ語による道徳風刺詩とピラを通して影響を及ぼした。ほとんどすべてのヨーロッパ語に移し変えられている『馬鹿者の船』のなかでは、木版としかるべき文言において諸々の人物、職業および身分の悪徳と愚考が記録されている。

— (Schwarzenberg) : *Johann Freiherr von Schwarzenberg*, ニューレンベルクに1963年に生まれ、1528年に死す。1501年にバンベルクの司教の執事人になり、1507年にバンベルク誌を起草した。シュヴァルツエンベルクは16世紀の最も著名な刑法上の思想家として、またカロリナの朗読者の精神として通っている。政治的には、彼は宗教改革のフランケンへの導入を促進し、1526年にあるブレ

ヒト公爵によって召喚され、そこで国家制度を新たに整えた。

- (Vischer) : *Peter Vischer d. J.*, 1487年にニュールンベルクに生まれ、1521年に当地にて死す。彫刻家であり鑄造師。初期ルネサンスの代表者であり、諸々の墓碑、ブロンズ製工芸品、メダル、記念バッジやペン画を作った。
- (Leinenberger) : *Hans Leinenberger*; 1980/85年頃にランズフート (?) に生まれ、1531/35年頃に当地にて死す。16世紀初期の最も著名なバイエルンの彫刻家であり、とりわけにランズフートと皇帝の宮廷のために活動した。取り換えようのない自らの様式のなかに、バロックのパトスで満たされている、主観的に捉えられた諸々の人物の記念碑的な形態化を示している。リリーフ、祭壇、人物画、墓石などを創作した。
- 【206】(都市法) : ザクセン都市法 (*Das Sächsische Weichbildrecht*) は、14世紀の始めにマグデブルクとマグテブルクの参審裁判法に関するある真理の処理から成り立っている中世の一法典であり、北ドイツとスラヴ東部に広い流布を見出した。
- (ソロモンの判決) : およそ紀元前965-926年のユダヤ人とイスラエルの王であったソロモンは、オリエントの伝承のなかで聡明かつ力強い支配者の象徴として通っている。ソロモンの判決は旧約聖書1. 烈王記3、16-28のなかで報じられている — これによれば、ソロモンは、彼の前に持ち込まれたある子の母であることを求める二人の女の争いに直面してその子を分割するように命じたところ、偽の母がこれに同意したことを通して正体を暴露した。
- (アペレスの名誉毀損) : 紀元前四世紀のギリシアの画家であり、アレクサンダー大王の友人である *Apelles* は、その作品のどれもが保存されていないにもかかわらず、古代の最も著名な画家として通っている。名誉毀損 (*Die Verleumdung*) という題名をもつ絵画からルキアン (*Lukian*) が紀元後二世紀の半ば頃にひとつの書き物を伝承したのであるが、それは、ボテツチェリ (*Botticelli*) に、フローレンスのウフィツイ美術館で見られる絵を刺激した。
- (カムビゼスの裁判) : 紀元前529年から522年までペルシャの王であった *Kambydes* は、紀元前525年のそのエジプトへの攻撃とメンフィスの占領を通して歴史のなかに登場するのであり、エジプト文化へのその冷酷無情さが伝承されている。
- (トラヤヌスの正義) : 98年からローマの皇帝であった *Trajan*, (53年に生まれ、117年に死す) は、その統治の間にローマ法を最大限にまで拡大し、それに相当する文化政策という付属物を含んでいた文化的な最盛期へと導いた。
- (Helori) : *Ivo Herori*, 1253年にケルマルタン (ブレターニュ) に生まれ、1303

- 年に当地にて死す。司祭であり代弁者。およそ1284年に司祭に任命される。1297年に彼は司祭職から引退してその死に至るまで寄る辺がなく、抑圧された人々の代弁者として立ち現われた。1347年に聖人の列に加えられた。貧者、ろくろ細工師、裁判所吏員、法律家、官吏、公証人、牧師、弁護士、裁判官および孤児の守護聖人。フランス、ベルギー、イタリアおよびブラジルでは、イヴォー信仰団体が貧者の法的保護のための職能代表組織として成り立っている。
- (Holbein) : *Hans Holbein d. J.*, 1479年にアウグスブルクに生まれ、1543年にロンドンに死す。ドイツの画家であり線描画家。ドイツルネサンスの最も重要な代表者として通っている。1536年からはハインリッヒ八世の宮廷画家。
- (Ammann) : *Jost Ammann*, 1539年にチューリッヒに生まれ、1591年にニュールンベルクに死す。およそ1560年頃からニュールンベルクで数多くの、時代の生活にとって記録となる著名な木彫の挿絵を創作した。主要作品：聖書のための挿絵（1564-79）、ハンス・ザックスの韻を含んだあらゆる職能の記述（1568年）。
- (Sax) : *Hans Sax*. 1494年にニュールンベルクに生れ、1576年に当地にて死す。巨匠歌人であり詩人。16世紀の市民文学の最も知られた代表者であり、生産的な抒情詩人であり劇作家であって、宗教改革に加担した。実直な、小市民的な表象世界に適合する彼の諸作品は教示的で風刺的な性格を有している。最も著名なのは、ニュールンベルクの伝統に立っている、ドラスチックなコミックによって特色づけられるその笑劇であり、彼はそれを巨匠劇にまで育て上げた。
- [206]** (Weigel) : *Valentin Weigel*, 1533年にグロッセハイン（ザクセン州）の近郊のネンドルフに生まれ、1588年にチョパウに死す。福音派の神学者。1567年来牧師として活動した彼は、ひそかに神秘的一心霊術的な思想を信奉していた。アルント、パーメおよびライプニッツへのその影響を通して彼はドイツ観念論の準備者になった。
- (Lebnitz) : *Gottfried Wilhelm Leibniz*, 1646年にライプツツヒに生まれ、1716年にハノーファーに死す。哲学者、数学者、物理学者であり技術家。法律家であり政治上の著作者、歴史および言語の研究者。
- (Daumier) : *Honore Daumier*, 1808年にマルセイユに生まれ、1897年にヴァルチモアに死す。フランスの画家、線描画家であり彫塑家。ドーミエはとりわけその社会および司法批判的な戯画をもって有名になっている。
- [207]** (勤しむとき) : *Ludwig Uhland*, *Die neue Muse*, in: *Uhlands Werke in 3 Bänden* (Hrsg. *Adalbert Silbermann*) , Bd. 1, 1908, S. 67.
- (られている) : *Joseph Victor von Scheffel*, *Der Trompeter von Säckingen*, 1924,

S. 22. 頁の指示はそこは大きく書かれる。

- (真摯) : *Johannes Pauli*, Schimph und Ernst [アレマン訛りの笑話集]、(初版 1522年) 復刻版 1987年。
- (荷馬車冊子) : *Jörg Wickram*, Das Rollwagenbueuchlin [笑話集]、(初版 1555年) Reclam – Ausgabe 1968.
- (宝の小箱) : *Johann Peter Hebel*, Schatzkästlein des Rheinischen Hausfreudes, (初版 1811年)、in: Werke (Hrsg. *E. Meckel*) , Bd. 1, 1968.
- 【208】(狐) : *Goethe*, Reineke Fuchs, in: Werke (WA) , I, Abt., Bd. 50.
- (盗賊の頭) : *Brüder Grimm*, Der Meisterdieb, in: Geschichte vom Zundelfrieder, (Insel – Taschenbuch) 1977.
- (物語) : *Johann Peter Hebel*, Eine Geschichite der Zundelfrieder, (Insel-Taschenbuch) 1977.
- (ビーバーの毛皮) : *Gerhardt Hauptmann*, Der Biberpelz. Eine Diebkomädie (初版 1837年) , (Ullstein Theater-Texte) 1977.
- (オイゲンシュビーゲル) : *Till Eugenspiegel*, 北ドイツ出身の道化者で中世の笑話集の立役者であり、その人物の同定は争われている — 申し立てによると、1300年にブラウンシュバイク近郊のクナイトリンゲンに生まれ、1352年にメレンに死んだと言われている。
- (犯罪者) : *Friedrich von Schiller*, Der Verbrecher aus verlorener Ehre, WA Bd. 16.
- (太陽旅館の亭主) : *Hermann Kurz*, Der Sonnenwirt, in: Sämtliche Werke (Hrsg. *H. Fischer*) , Bde. 5 und 6.
- (記録による描写) : *Paul Anselm Feuerbach*, Aktenmäßige Darstellung merkwürdiger Verbrechen, [初版 1827/29年。二巻本] 新版 (Hrsg. *R. Schrage*) .
- (進展する) : *Goerg Jellinek*, Die Idee des Rechts im Drama in ihrer historischen Entwicklung in: *ders.*, Ausgewählte Schriften und Reden, Bd. I, 1911 (復刻版 1970)、S. 208-233, 参照。
- 【209】(憤慨した) : *Rudolf von Ihering*, Der Kamph ums Reccht, 3. Auflage 1873, S. 81 ff. (bes. Anm. S. 87) .
- (つねとしている) : *Josef Kohler*, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, 2. Auflage 1919, S. 165 ff. (*Excurs: Die Gnase*) .
- (Schidkraut) : *Rudolf Schilkraut*, 1862年にコンスタンチノーブルに生まれ、1930年にハリウッドに死す。役者。ウイーンとハンブルクを経てウイーンにやって来て、彼はそこでマックス・ラインハルトの演出のもとにシャイロックと

メフィストを演じて大きな成功を祝った。1920年に彼はアメリカ合衆国に移住し、そこでイデッシュ語の劇場を創建した。

—（愛したい）：*Goethe*, *Beragerung von Meinz*, in: *Werke* (WA) I, Abt., I., Bd. 6. 23–94.

—【植物変態論】：*Goethe*, *Die Metamorphose der Pflanzenen*, in: *Werke* (WA) II, Abt., Bd. 33, S. 315.

—（破甕）：*Heinrig von Kleist*, *Das zerbrochene Krug*, in: *Sämtliche Werke* (WA) (Hrsg. *H. Sembdner*) , Bd. 2, 4. Aufl. 1965.

—（Kohlhaas）：*ders.*, *Michael Kohlhaas*, a.a.O. (Bd. 2) .

【210】（Homburg）：*ders.*, *Prinz Friedrich Homburg*, a.a.O., S. (Bd. 1) .

—（Crainquebille）：*Anatore France*, *L affaire Crainquebille*（初版 1901）, dt.: *Der Fall Crainquibille*, (dtv-zweispachige) 1978.

—（Aufstehung）：*Lew Tolstoi*, *Aufstehung*, 1956.

—（Tolstoi）：*Lew (Leo) Nikolajewiwitsch Graf Tolstoi*, ヤスナヤ・ポルヤナ（トウラ州）に1828年に生れ、アスタボヴ（タムボヴ州）に1910年に死す。ロシアの詩人。

—（獣性へと歩む）：問題になっているのは、1849年に由来する *Grillparzer* の次の寸鉄詩である：新しい形成の道は人間性から国民性を経て獣性へと歩む。

【212】（人間性に関する諸々の書簡）：*Johann Gottfried Herder*; 1744年にモールンゲン（東プロイセン）に生まれ、1803年にヴァイマールに死す。著作家、神学者であり哲学者。1793–97年に人間性を促進するための諸々の書簡 (*Briefe zur Beförderung der Humanität*) を起草し、それらのなかで彼は、彼にとって盛んに歓迎されたフランス革命に直面して人間性の思想からその時代の状況とその課題を規定しようと試みた。

—（ギムナジウム）：*Wilhelm von Humboldt*, 1767年にポツダムに生まれ、1853年にベルリンテーゲルに死す。学者であり政治家。1809年に文化および教育制度の指導者としてプロイセン内務省に招聘され、そこで新人本主義の精神のもとにベルリン大学（後のフンボルト大学 (*Humboldt-Uni - versität*) と、そこではラテン語とギリシャ語が主要科目になったギムナジウム (*Gymnasium*) を構想した。

—（軍事法廷）：国際軍事法廷のための規約。In: *Der Prozeß gegen die Hauptkriegerverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof*（公用語）, Bd. 1, 1974, S. 10 ff.

—（管理員会法第10号）：1946年1月30日の管理員会法第10号（Das

Kontrollgesetz Nr. 10 vom 30. Januar 1964) は次のような文言を有していた。「犯された諸々の残虐行為に対するヒトラーの手先の答責に関する」1943年10月30日のモスクワ宣言および「ヨーロッパ枢軸国の主要戦争犯罪者の訴追と処罰に関する」1945年8月8日のロンドン協定は、現在の法律の不可分の構成部分として採択された。連合の一国がロンドン協定の諸規定に同意しているという事実は、このことが第V条に定められているように、この国にドイツにおける管理委員会の高権における現在の法律の施行に関与し、もしくはその遂行に介入権限を賦与するものではない。

## 第II条

1. 以下の諸構成要件の何れもが一個の犯罪を表わしている：

a) 平和に対する犯罪。国際法と諸々の国際条約を侵害して攻撃戦争を企てることであり、これにはしかし、前記の構成要件には尽くされていない次のものが含まれる。すなわち、ある攻撃戦争の、もしくはある国際上の諸条約、協定または確約を侵害したある戦争の計画、準備および実行。ある共同計画への参与、実行された上記の犯罪のひとつを実行することを目的とした共同謀議への関与。

b) 戦争犯罪。戦時法規または戦争慣習を侵害して犯された身体、生命または財産に対する暴力的な諸々の所為または違反行為。これには前記の構成要件には含まれていない次のような例が含まれる。占領地域の住民の謀殺、虐待もしくは強制労働への、または他の目的のための彼らの拉致、戦争捕虜もしくは海外にある人々の謀殺または虐待、人質の殺害、公的もしくは私的な財産の略奪、都市もしくは地方の勝手気ままな破壊、軍事的必要性によって正当化されていない諸々の荒廃化。

c) 人間性に対する犯罪。上記の構成要件には、しかしながら尽くされていない次のような諸例を含む暴力的な諸所為と違反行為：謀殺、絶滅、奴隷化、強制的拉致、自由剥奪、拷問、暴行もしくは住民に対して犯されたその他の非人間的な行為；政治的、人種的もしくは宗教的理由により迫害であって、行為がそのなかで犯されているラントの国内法が侵害されているか否かは顧慮されない。

d) その犯罪的な性格が国際軍事法廷によって認定されている犯罪団体もしくは組織の一定のカテゴリーに属していること。

2. 次の者は、その国籍または特性を顧慮することなく、本条第1号の基準に従って有責であるとみなされる。

a) 正犯として、もしくは、



b) この種の犯罪の実行に関与しているか、またはこれを命令しているか、もしくは犯罪後のこれを庇護しているか、もしくは、

c) その同意を得てこれに関与しているか、

d) その計画または実行に関係していることを自白したか、もしくは、

e) その実行と関係していたような組織または団体に所属していたか、もしくは、

f) 番号1 a) が問題になってくる限りで、ドイツにおいて、もしくはドイツと結びついていたその側で戦っているか、もしくはドイツに服従している諸国において（参謀本部における何らかの地位を含む。上級の政治的、国家的もしくは軍事的または財政的、産業的または経済的生活におけるこの種の地位を占めていた者。

3. 上記において挙げられた諸々の犯罪のひとつに責任が認められ、それを理由に有罪が言い渡されるている者には、裁判所が適正な者として決定した次のような刑罰が科せられる。

a) 死刑、

b) 強制労働を伴うか、もしくは伴わない終身刑、時間を限定した自由刑、

c) 罰金刑および、その支払い能力のない場合では、強制労働を伴うか、もしくは伴わない自由刑、

d) 財産剥奪、

e) 不法に取得された財産の変換、

f) 市民としての名誉権の全面的もしくは部分的な喪失。

その剥奪もしくは変換を裁判所によって命じられている財産は、ドイツのための管理委員会に別段の処分を目的として交付される。

4. a) それが国家元首であれ、もしくは責任のある政府の官僚であれ、何人かが官職上の地位を占めていたという事実は彼を何らかの犯罪に対する答責性から解放するものではなく、どのような減輕事由にもならない。

b) 何者かがその政府の、または上官の命令のもとに行っていたという事実は、彼を何らかの答責性から解放しない。しかしその事実は刑罰を緩和するものとして顧慮されなければならない。

5. 上記の犯罪を理由とする刑事手続きもしくは審理においては、1933年1月30日から1945年7月までの時間間隔が問題になっている限りで、被告人は時効を援用することができない。同様にナチス体制によって保障された不逮捕特権、有罪判決または処罰の恩赦または特赦はこれを妨げるものではない。

第三条

1. 占領軍諸当局は、それぞれの占領地域において次のような処分を下すことができる。

a) ある地区内に居住してある犯罪の嫌疑のある犯罪の実行について嫌疑のある者については、連合国の一国の側から見て犯罪の嫌疑があると見られる人々を逮捕することができる。その所有権に属しているか、もしくはその処分権に服している不動産または動産は、最終的に処分されるまでは監視のもとに置かれなければならない。

b) 司法管理局には、ある犯罪の嫌疑のある人の名前、大砲・拘留の理由と場所ならびに承認の名前と滞在地が報告されなければならない。

c) 承認と証拠手段は、それらを必要とされる場合に任意に用いることができるために、適切な処置が採られなければならない。

d) 占領軍当局は、収監されており、起訴されている人々を、他のある当局への引渡しがこの法律の基準に従ってなされていないか、もしくは彼らが釈放されていない限りで、それに適している裁判所の審理に送致する権限を有している。ドイツの国家市民もしくはドイツ国籍を有している者が他のドイツの国家市民もしくはドイツ国籍を有している者に対して、もしくは無国籍者に対して犯した犯罪の有罪判決については、占領軍当局はドイツの裁判所に管轄権があることを宣言することができる。

2. 諸地区命令権者は、現在の法律のもとである犯罪の嫌疑を受けている人々を有罪判決に処することが求められる裁判所の地区ならびにそのさいに適用されるべき手続法を決定するか、もしくは指示することができる。現在の法律の諸規定は、しかしながらどのような仕方であっても地区命令権者によってそれぞれの地区において設立されるか、もしくは将来において設立することになっている何らかの裁判所の管轄権もしくは権威を侵害するか、もしくは制限するものであってはならない。これと同じことは、1945年8月8日のロンドン協定に基いて設立された国際軍事裁判所についても当てはまる。

3. 国際軍事裁判所における有罪判決が必要とされている者に対しては、主告訴人の委員会の同意を得てのみ有罪判決を下すことができる。要求に基いて地区命令権者は、その地区内に居住している人をこの委員会に委ね、彼に証人と証拠手段を接近させなければならない。

4. 何人かに他のある地区において、もしくはドイツの外部において有罪判決が必要とされることが知られている場合には、この条項の番号1. b) に従って彼が捕らえられている事実について報告がなされ、この報告の後の3ヶ月という期間が経過し、第IV条に従った判定が下される前に、彼に有罪判決を下すこ

とができる。

5. 死刑の執行は、死刑判決を受けた者の尋問がその地区の内部もしくは外部のある手続きにおける証人として価値がある場合には、延期されなければならないが、しかし判決が確定力に達した以降では、1ヶ月以上も長きにわたってはならない。

6. 地区命令権者の何れもが、管轄権を有している裁判所の判決が、法律によればその管轄に服している財産に関して、その見方によれば正義に相応するように実行されるよう配慮しなければならない。

#### 第四条

1. ドイツ地区に居住している何者かに、第II条の諸構成要件のひとつを充足し、ドイツの外部で、もしくは他のある地区で犯された犯罪の責任が負わされる場合には、当該国家もしくは当該地区の命令権者は被告人の居住している命令権者に、彼を逮捕し、彼に有罪判決を下すために、その犯罪が実行された国家もしくは地区に引渡しを要請することができる。この引渡しの要請に対して地区命令権者は、彼の見解によれば、被告人は有罪判決のために、もしくは証人として国際軍事法廷もしくはドイツの、もしくは要請をする国家以外の裁判所に送致することが必要とされる場合、もしくは地区命令権者が引き渡し要請に応じられるべきことに確信を有していない場合は別として、効果をもたらさなければならない。このような事例では、地区命令権者は、引き渡し要求を管理委員会の司法管理局に提出する権利を有している。このような手続きは、証人と他のすべての種類の証拠手段に相応に適用される。

2. 司法管理局は提出された諸要請は審査し、以下の諸原則の基準に応じて、次いで地区命令権者に報告するための判定を下すものとする。

a) 有罪の言い渡しのために、もしくは証人としてある国際軍事法廷に出廷することが要求されている者は、ドイツの外部での有罪の言い渡しのために、次の場合にのみ引き渡され、ないしはドイツの外部での証人としての証言のために次の場合にのみ留め置かれる。すなわち、1945年8月8日のロンドン協定に従って設置された主要国訴人の委員会がその同意を与える場合である。

b) ある被告人が、そのなかでのひとつが国際軍事法廷ではない複数の当局によって有罪の言い渡しへと要求されている場合では、引き渡し要請は以下の順序の基準に従って判定される。

1. 被告人が、彼が居住している地区での有罪の言い渡しへと要求されている場合には、彼は、行なわれる外国の外国の審理からのその帰還のために安全措置が施されている場合にのみ、引き渡される。

2. 彼がその滞在地以外のある地区で有罪の言い渡しを受けるために必要とされる場合には、彼は先ず、行なわれている外国での審理の後の必要としている地区へのその帰還のために安全措置が施されている場合は別として、彼がドイツに引き渡される前に要請している地区に引き渡される。

3. 彼がドイツの外部で連合国の2カ国もしくは複数の国による有罪の言い渡しを受けることが必要とされる場合には、その国籍を彼が有している国家が優先権を有する。

4. 彼が有罪の言い渡しをドイツの外部で複数の国家によって受けることが必要とされており、連合国に属していない国がこれらのなかにある場合では、その国籍を彼が有している国が優先権を有する。

5. 彼が有罪判決をドイツの外部で連合国の2カ国または複数の国によって受けることが要求されている場合では、番号3における諸規定を留保して、証拠手段を通して最も重いことが是認された起訴を提起する国が優先権を有する。

#### 第V条

この法律の第四条の基準に従って有罪の言い渡しを受けることを目的として執り行われる被告人の引渡しは、国家の諸政府および地区書命令権者の申請に基づいて、ある犯罪者のある高権領域への引き渡しの前に滞在していた地区の命令権者の要請に基いて地区に連れ戻されなければならない。

[213] (マグナー-カルター思想) : *Franz von Liszt*, Über den Einfluß de soziologischen und anthropologischen Forschungen auf Grundbegriffe des Strafrechts, in: *ders.*, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. 2, 1905 (復刻版 1970), S. 80. ここでは、「私見によれば、それがどのようにパラドックスに聞こえようとも、刑法典は犯罪者にとつてのマグネ・カルターである」と言われている。

— (Liepmann) *Moritz Liepmann*, 1869年にダンツッヒに生まれ、1927年にハンブルクに死す。刑法学者。キールとハンブルクでの教授。社会学的刑法学派の信奉者。Die Justiz 1928/29 (IV), S. 1 f. = GRGA Bd. 16, S. 63におけるラートブルフの*Moritz Liepmann*への追悼文を参照。

— (去勢) : 1933年11月24日の「危険な常習犯罪者に対する、そして保安および改善処分に関する法律」を通して「危険な風俗犯罪者」ととしての処分として刑法のなかに第43条において去勢 (*Entmannung*) が導入された。

[215] (見出した) : その *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts* [1847], §§ 8 - 14 のなかでの「国家における心理学的強制というものの必要性」についての *Feuerbach* の詳説を参照。

[216] (Klein) : *Franz Klein*, 1854にウイーンに生まれ、1926年にウイーンに死す。

オーストリアの民法学者であり政治家。1891年から司法省で活動し、1906年から1916年まで、そして1916年にオーストリア司法大臣。クラインは、社会的な民事訴訟のモデルとして通っている1989年のオーストリア民事訴訟法の起草者である。

**[218]** (ケルゼン): *Hans Kelsen*, 1881年にプラハに生れ、1973年にバークリーに死す。国法学者、法理論家1917-1890年ウイーンでの教授。オーストリア政府の法律顧問であり、1920年のオーストリア刑法の共同起草者。1930-1833年にケルンでの教授。1933年国外亡命。1940年までジュネーヴでの（1936年—38年では同時にプラハの）教授。1942年から54年までバークリーでの教授。ケルゼンはケルゼンはその『純粋法学（Reine Rechtslehre）』をもって法実証主義の指導的な提唱者として学派形成的な働きをした。

— (ツキティデス): *Thukydidēs*, 紀元前460年頃に生まれ、紀元前400年頃に死す。ギリシャの歴史記述家。

— (ペリクレスの演説): *Perikles* 紀元前500年に生まれ、紀元前429年に死す。アテネの政治家であり、461年に急進的な民主政の指導者になり、スパルタとペルシャに対する戦争を指導し、アッチカの制海権の承認にまで至り、最終的に443年からアテネを統治した。その統治期間に文化的最盛期という事態に至った（いわゆるペリクレス時代（*Perikleisches Zeitalter*））。

— (ゲッテイスパークの演説): リンカーンは1863年11月19日にゲッテイスパークの戦場でのこの演説のなかでその政治の基本的な諸原則を確認した（「人民の、人民による、人民のための政治」）。

**[219]** (歩兵隊): *Gottfried Keller*, *Das Fählein der sieben Aufrechten*, in: *Sämtliche Werke* (Hrsg. *Heselbaus*), Bd. 2, 1958.

**[221]** (シュタイン): *Karl Reichsfreiherr vom und zum Stein*, 1757年にナッサウに生まれ、1831年にシュロツ・カッペンベルクに死す。政治家。1780年からプロイセンの國務次官に、1804年からプロイセンの宰相になった彼は数多くの改革の駆動力であったのであり、現に彼は1807年に農民解放を実施し、1808年には都市条例を通して都市共同体に自治行政を与えた。

**[224]** (訴訟): ここで考えられているのは、1945年11月20日から1946年10月1日までのニュールンベルクにおける国際軍事法廷での主要戦争犯罪者に対する訴訟である。起訴理由は平和に対する犯罪、[攻撃戦争]、戦争犯罪および人間性に対する犯罪である。

— (判決): 1946年10月1日の判決の言い渡しを通して12人の被告人[そのなかにはゲーリング、リッペントロップおよびシュライヒャーが含まれている]が死

刑に処せられ、7人 [そのなかにはヘスとシュペールが含まれている] に禁固刑が処せられ、3人の被告人に無罪が言い渡された。

- (いなければならない) : *Robert H. Jackson*, Erste Anklagerede vor dem Internationalen Militäre - gerichtshof, in: *Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher. . .*, Bd. 2, 1947, S. 182.

注

- 1 「法律学 (Jurisprudence)」、わが国では法学 (Rechtswissenschaft) は、フランスでは裁判所の諸判定のなかに定着している法を、イギリスでは、わが国では法の一般理論が占めている法学の最高かつ最も一般的な段階を意味している。