

## ナチス体制確立期までのグスタフ・ラートブルフによる法哲学上の重要作品選①

上 田 健 二 (訳)

### 訳者はしがき

以下に訳出されるグスタフ・ラートブルフの諸論文はアルトウール・カウフマンによって総編集されたグスタフ・ラートブルフ全集前10巻のうち主として第1巻 (Gustav Radbruch Gesamtausgabe [=GRGA] Band 1, Rechtsphilosophie I bearb. von Arthur Kaufmann, 1987) と第2巻 (GRGA Bd. 2, Rechtsphilosophie II bearb. von Arthur Kaufmann, 1993) のなかに収録されているナチス体制確立期 (1933年-1945年) までの法哲学上の重要作品を選定し、それに他の巻で収録されている刑法改正に関連する二つの論文を加え、それぞれの巻の校訂者の注釈をも含めて全訳したものである。ナチス体制崩壊後からその死 (1949年11月23日) までの法哲学上の作品はこの全集の第3巻に収録されており、そのなかの主要作品であり、ラートブルフの最後のまとまった著作物である『法哲学入門』の私によるこの巻における翻訳はすでに本誌60巻1号12頁以下、同60巻2号1頁以下に訳出されている。その他の主要作品の私による訳文も本誌次号に掲載される。なお、この全集の第1巻における主要作品である『法学入門』(Einführung in die Recheswissenschaft 1. Aufl. 1910, 7./8. Aufl. 1929)、第2巻における主要作品である『法哲学綱要』(Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1. Aufl. 1914) と『法哲学』(Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1932) の私による訳も引き続き試みられている。グスタフ・ラートブルフの主要作品のこのような訳業の趣旨およびこれがドロテア・カウフマン未亡人の了承と激励のもとで行なわれていることについては、すでに本誌第326号1頁以下に述べられている。

1914年の『法哲学綱要』と1932年の『法哲学』に先立って論文を中心とするその他の小作品の翻訳を先行させたのは、ラートブルフに関する諸著作物

(その文献目録は本誌327号78頁以下に登載されている)のなかで最も熱く議論されている二つの論点、すなわちグスタフ・ラートブルフはナチス体験を契機にして法律実証主義のザウロから自然法のパウロに変貌したのか、またこれと密接に関連して彼の法哲学上の思考はその出発点である新カント主義的な価値二元論に基づく相対主義をその生涯の思索過程の究極において克服したのか、またどの程度までかを追思考するうえであらかじめこれに関する主要な小作品のすべてを念頭に置いておくことが不可欠であると思われるからである。それに加えて訳者自身の生涯の恩師であるアルトウール・カウフマンの法哲学およびこれに基づく刑法学を根底的に理解してわがものにするためにはその法哲学の立脚点になっている基盤をも十分に把握しておくことも是非とも必要であると思われるからである。(なお、このような観点からするごく最近のドイツにおける試みとしてすでにシュテファン・グローテの博士論文『第3の道』を求めて:アルトウール・カウフマンの法哲学』(*Stefan Grote, Auf der Suche nach einem „dritten Wege“: Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns. Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, hrsg. von Prof. Dr. Robert Alexy und Prof. Dr. Ralf Dreier, Band 45, 1. Aufl. 2006*)があり、これもすでに私による訳文として本誌第320号1頁以下、第322号1頁以下、第323号17頁以下に登載されている。さらにカウフマン自身によるその師の法哲学の総括的叙述としては、この全集の第1巻の冒頭論文である『グスタフ・ラートブルフ — その生涯と作品』(*Arthur Kaufmann, Gustav Radbruch - Leben und Werk, in: GRGA Bd. 1, Rechtsphilosophie II 1987, S. 7 ff. [本誌第326号1頁以下]*) およびカウフマンの学問的人生行路のいわば終着駅と言うに値するその大著『法哲学』の第4章「自然法と法実証主義のかなた」(*Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1997, 4. Kap. Jenzeit von Naturrecht und Rechtspositivismus. [上田健二訳『法哲学 第2版』(ミネルヴァ書房、2006年) 49頁以下]*)をも参照。

ここで、そして本誌次号で掲載されるはずのグスタフ・ラートブルフの法哲学上の諸作品の彼の生涯にわたる法思考の流れのなかに占める位置価値についての私自身の評価を詳細に展開する場所はここにはない。それは、今後予定されている私の刑法哲学上の研究作業の進行のなかで個別に必要に応じて展開されるほかはない。ここでは、これらの作品が掲載されている各巻の校訂者による懇切かつ適切なコメント(全体の評価についてはアルトウール・カウフマン『グスタフ・ラートブルフ — 生涯と作品』、ナチス体制確立までの作品については、個別にラートブルフ全集第2巻法哲学IIのた

めのカウフマンの序文（本誌第327号13頁以下）、それ以降の作品については同全集第3巻法哲学Ⅲのためのヴィンフリート・ハッセマーの序文（同42頁以下）を指示するだけにしておきたい。とはいえ、カウフマンこの全集の第1巻が刊行された後の1991年にいま一度改めて『民主制——法治国家——人間の尊厳：グスタフ・ラートブルフの法哲学について』と題する論文（*Arthur Kaufmann, Demokratie - Rechtsstaat - Menschenwürde: Zur Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs* (1991), in: *Gustav Radbruch und die Kieler Volkshochschule; Gedenkschrift zum 70-jährigen Bestehen der volkshochschule der Landeshauptstadt Kiel. Kiel, 1991, S. 24 ff., auch in: ders., Über Gerechtigkeit, 1993, S. 465 ff.*）のなかでラートブルフの法哲学の総合的な評価を凝縮された形でやっている。これはきわめて印象深くかつ教示に富んでいると私には思われるので、ここでその最も重要な箇所を引用しておきたい（なお、本文では多くの参考文献を伴っているが、ここではそれらは除かれている）。

「ラートブルフに関する文献のなかでは、彼の生涯において、とくにその法哲学において『大変革』というものが、『ダマスカス体験』というものさえあったのか、もしくは彼の場合に疑いもなく確認することができ、彼によっても否認されない諸々の変化は亀裂することなく前へと進展する発展の表現にすぎないのではないかについて激しい論争が燃え上がった。極端な言い方をすると、かつての『実証主義者』グスタフ・ラートブルフからナチス不法体験のもとに一人の『自然法論者』に変わったのか、ということである。

ラートブルフの作品には、この種の大変革を裏づけることができよう数多くの箇所が存在している。しかしまた反対の意味をもつ重要な諸々の引用も挙げることができる。すでに1917年には、ラートブルフは実証主義を『権力の偶像崇拜』として特徴づけていたし、1932年の『法哲学』のなかには、『明白に不正な法の妥当のためにはどのような正当化も案出することができない』という文章が載っている。……他方でラートブルフは不法国家の印象のもとで完全に法実証主義から離れることはなかったのであり、彼は法理念のひとつの構成要素としての法的安定性を自然法というもののために犠牲にすることはなかったのである。ラートブルフがかつて、実体的に把握された自然概念というものから客観的でつねに真なる法的諸命題の全体系というものを導き出すことができるとする『古典的な』自然法の革新というものを考えていたというようなヒントは全く存在していない。彼が自然法とみなし、また承認していたものは国家的立法に先置きされていて任意処分から免

れているが、しかしそれにもかかわらず歴史的である類の人間の主観的な諸権利であり、それゆえにわれわれが基本のおよび人間的諸権利と呼んでいるところのものである。基本的諸権利が定められているわれわれの基本法第1節（第1条から第9条まで）は、グスタフ・ラートブルフの精神である。ラートブルフはなお基本法の発効を体験しており、彼はそのうえに、彼がその生涯にわたって非人間的な刑罰として闘ってきた死刑の廃止（基本法第102条）を熱烈に歓迎した。

ラートブルフは昨日の諸立場に架かっているひとつの橋であり、彼の法哲学は、それが正しく見られさえすれば、その足場を実証主義と自然法とのかなたに有している。このことは、全く明瞭に彼の法概念から明らかになる。この法概念はとりわけ価値に関係づけられた概念であり、それが言わんとしているのは、法とは、法的価値すなわち正義に奉仕するという意味を有する現実であるということである。その限りでは、ラートブルフには初期と後期との間にどのような大変革も存在していなかった。これを必要ともしていなかったのである。それというのもラートブルフの法概念は前々から次の二つの特有性を呈示しているからである。すなわち第1に、それは実証主義的ではない。実証主義の法概念が意味しているのは、法とは形式的に正しく発せられた任意な内容の諸規範のひとつの総体であるということではしかない。これに対してラートブルフは、正義に関係づけられ、それに方向づけられている諸規範だけが法たる性質を有していることを強調する。これは根底的な意義を有しているのであるのであって、何故かと言うにすでにこここの法概念において、ラートブルフの後の『法律上の不法』についての理論がすでに1932年の『法哲学』のなかに、厳密に考えられるならばすでに、1914年の『法哲学綱要』のなかに備えられていたからである。第2にラートブルフの法概念は、『正しい法』が絶対的な法価値と同視されていないことから、自然法的ではない。法は確かに法理念に方向づけられていなければならないのであるが、しかしそれはいっさいの視点のもとで自然法と一致していない場合であっても、それと全般的に矛盾してない限りでは法である。彼によれば『おおよその仕方』でしか正しい法は存在していないのである。

ラートブルフはその法の定義から法の正しい諸内容を哲学し、それゆえに正義の理論というものを展開しようと考えていた。そしてこれは、実質的な法哲学というものに向けての突破という彼の構想の新規なものである。ヘーゲルの死以来、数少ない部外者を除いてはこのようなものは存在していなかった。法哲学はもはや法の諸々の形式、概念、構造としかかかわっていなか

った『法の一般理論』にまで萎縮していたのである。それというのも諸内容は、カントの批判主義以来、それ自体として認識することができないものとして通ってきたからである。

これはもちろん、ラートブルフの見解でもあった。それにもかかわらず彼は法の諸内容を求める問いを回避しなかった。法理念の実質化のために彼が贖わなければならなかった代償が、価値論的相対主義であった。この相対主義は大いに難詰されるが、しかしながら批判者の誰一人として、ひとはどのようにしてそれを克服することができるのか、言い換えれば、ひとはどのようにしてより確実な価値的諸判断に到達することができるのかを言明することができなかつたのである。このことは別にしても、ラートブルフの相対主義と寛容を倫理的な無差別主義と同義のものともみすのは、ひとつの誤解である。答責と寛容が、その法哲学のなかでひとつの際立って大きな役割を演じているのである。ゲーテと等しく、彼にとってもまた『汝自身を知れ!』ではなく、『汝自身を試せ!』が解法として妥当したのである。1934年にリオンで行なわれた講演『法哲学における相対主義』[本誌次号]が読まれるならば、まさに闘争的な相対主義という言い方をすることができるのである。とはいえラートブルフは、マックス・ウェーバーと同様に、主観的な価値諸判断を認識と呼ぶことを否認しているのである。

そしてひとは、とりわけラートブルフの相対主義の倫理的な側面をもよく考えなければならない。相対主義は、彼にとってはとりわけ寛容と民主主義を意味している。寛容は、ラートブルフの人格性のなかでひとつの全く中枢的な位置を占めていた。まさにキールの国民大学の創設を契機としたその講演を読む者であれば誰もが、このような本質的様相をきわめて明瞭に見出すであろう。ラートブルフは、国民大学は知識だけでなく、世界観をも伝えなければならないことを、力を込めて強調する。しかし彼は同時に、次のように警告する。『学ぶ者たちをある一定の世界観に導くという僭越は、……われわれからはるかに離れている。われわれにとっては、そのみが至福をもたらすというような世界観を通してどのような啓示も成り立っていないのである。われわれは世界観上の諸々の可能性を学ぶ者たちの前に披露するであろうが、しかしそれらのひとつに興味を喚起しようと努めるのではなく、誰をも助けて彼の世界観を見出させるのである。』ラートブルフは寛容と民主主義を、もともと絶対的なものと考えていた。国家における多数派はすべてを、彼らは民主政と多数派原理をさえ除去することができると言うのである。1934年には、しかしながらこのことが別様に聞こえる。『民主主義はすべ

てをなすことができる——ただし、それ自体を窮極的に断念することだけはできない。相対主義はいつさいの意見に堪えることができる——ただし、絶対的であることを主張する意見だけは除いて……。相対主義は普遍的な寛容である——ただし、不寛容に対しては寛容でないだけのことである。』これとともに民主主義の実質的な見解への突破が果されている。これは全く首尾一貫して前国家的な人間的諸権利の承認へと、またこれとともに、同様に理解された法治国家思想の民主主義思想に対する優先へと導くのである。すでに有名になっている1946年の論文『法律上の不法と法律を超える法』は次の文をもって閉じている。『民主主義は確かにひとつの賞賛するに値する財である。しかし法治国家は日々のパン、飲むための水、呼吸するための空気であり、そして民主主義について最善のものは、そのみが法治国家を保障するに適しているということ、まさにこのことである。』（本誌次号）哲学および政治的な経験の背後に立ち帰るどのような道も存在してはならないのである。

現代の法哲学には再び形式主義への移動というものを顕著に認めることができる。機能主義的な方向には諸内容が任意なものとして、そしてそこから互換が可能なものとしてさえ現われる。ただ、今日では好んで『法理論』として特徴づけられる法哲学のより形式的な方向から存在根拠が奪われるならば、それは確かに全く失当であろうということのみである。分析的な法理論、法学的論理学および規範理論は、この三つだけ挙げるとすれば、科学的な要求を伴う法哲学というものにとっては全く不可欠である。それらは、ラートブルフがかつて言い表したように、『可能ないっさいの法哲学に通じる非常に賞賛に値する玄関であるが、しかし母屋それ自体ではない。』ただ憂慮すべきは、分析の上に綜合が、形式の上に内容が無視される場合のみである。19世紀と20世紀の前半において正しい法的内容を求める問いが無視され、ナチス・独裁の比類のない法の転倒がそこからの帰結であった——このような転倒は実証主義的にも自然法的にも裁可された——後となっては、どのような法哲学ももはや内容的な諸々の問いから逃れることはできないのである。ここではいつさいの法哲学が、それらがラートブルフによって標識づけられた水準に到達しているか否か、またどの程度までそれを超えているのかが、それで測られなければならないのである」（Kaufmann, a. a. O. S. 474 ff.）。

要するに、ラートブルフの法思考の全過程のなかに存在していたのはその時々における力点の移行以外の何ものでもないということである。そしてこのような「力点の移行」であるならば、それはラートブルフの場合ではつね

に存在していたことを、彼の生存中の友人であり、彼の『法哲学』の第7版(1965年)の編者であるエリック・ヴォルフがその有名な『ドイツ精神史の偉大な法思想家たち』のなかでより具体的に、次のように描写している。「諸価値の同順位から安定性と合目的性に対する正義の優越的順位へと『転向』というものの可能性は……相対主義それ自体のなかにつねに備わっていたのである。……その実行は彼を超えていなかった。三位一体的な全体のひとつの分枝が機能的な『優先』を獲得するというようにして、諸分枝の原理的な『等価性』は放棄されるのではなく、むしろ強調されるのであって、それというのも相対主義それ自体の『正義』は、現実の歴史的な『状態』を通して脅威的に迫られているまさに当の価値の他の諸価値に対する力点の移行をつねに要求しているからである。現に1914年頃に(官憲的に統治された司法国家において)は、三つのアンチノミー的な価値のすべての力点の配分という要求が生じていたのであって、何故かと言うにそれが『状態』に相応したからである。現に1922年頃の『状態』は(社会的法治国家のために)法における合目的性を必要とした。1932年ではとりわけ、福祉国家の全体化というものが迫っていたがゆえに、法的安定性が問題であった。けれども1933年には、形式的な『合目的性』が実質的な不法を覆い隠そうとしたときには、正義が強調されなければならなかった。1945年には、司法なき権力国家というものの反復を阻止するということが妥当したのである」(Erick Wolf, *Großen Rechtsdenker der deutschen Geistgeschichte*, 4. Aufl. 1963, S. 754 f.)。アルトゥール・カウフマンの高弟の一人であり、現在ではドイツ連邦憲法裁判所の裁判官であるヴィンフリート・ハッセマーはラートブルフ全集第3巻の校訂者によるその序文のなかでこれと全く同じ意味において「ラートブルフは1933年の、そして1945年の印象のもとにその法哲学の基盤を取り替えたという判断は、以上のようなテキスト解釈学的諸熟慮によって相対化されるばかりでなく、テキストそれ自体によって論駁される。このことをすでに、時代の一般的な政治的およびイデオロギー的な諸傾向を対象としている1933年以降のラートブルフの意見表明への一瞥が確認している。このような意見表明は一貫したものであり、診断において明瞭であり判断において明白である」として、このようなテーゼを諸々の時代に即して詳細かつ具体的に裏づけている(これについては、本誌397号55頁以下を参照)。

さて、以上のような諸々の「証言」によればラートブルフの思考過程における一貫性と可変性との並存はもはや動かし難い事実であるように思われる。それは何よりも最初期の論文『法の創造としての法学』(本誌 48 頁)

と前期最後の論文『刑法改正と国家社会主義』（本誌次号）を対比するだけでも一目瞭然である。前者のなかで裁判官による一定限度のもとに法創造規範を認めること自体がすでに、裁判官の盲目的な法律への拘束を要求する法律実証主義への挑戦であり、後者のなかで全体主義的な国家観の不寛容それ自体に対して「積極的な相対主義」が果敢に宣戦を布告しているからである。このような文脈において以下の諸作品がいまや再読吟味されるべきであろう。

### 法の創造しての法学（1906年）： 法学的方法論争のための一寄与←

法律家の当の課題は一見して文献学者のそれに密接に類似しているように見える。「解釈（Interpretation）」という言葉が両者を特徴づけているのである。けれどもより厳密な考察は、法律家の解釈は文献学者の解釈とは目標と方法からして根本的に異なっていることを教える。

文献学上の解釈は意味ありげな標識から、それに著作者がそれを通して表現しようとした思想を推論しようと努める。この思想の推理をもってそれが正しいか、それとも不当であるか、首尾一貫しているか、それとも矛盾に満ちているか、完結的であるか、それとも欠缺が付着しているか、明瞭であるか、それとも不明瞭であるかを問わず終結する。これを修正し、補充し、もしくは明確にすることは、実にポエック<sup>(1)</sup> (Boeckh) によれば、事物それ自体の認識をではなく、「認識の認識」しか目的としていないのである。

ところでこのような文献学上の解釈の対象はきわめて確かに法律でもあり得るのであるが、しかしそれを単なる理論的な関心において行なう歴史家は確かし文献学的解釈で満足することができるけれども、それを実践的な適用を目的とするために実行する法律家は満足することができない。裁判官は法を求める当事者たちの申し立てを、法律がそれらに関しては欠缺しており、矛盾に満ちているか、もしくは不明瞭であることから答えることができないというようにして却下することができない。市民法典 (Code Civil) [355] もバーデン州ラント法←も、「法律が当該事例に触れていないこと、

(1) Enzyklopedie und Methodologie d. philolog. Wissenschaften, 1877, S. 10.

それが曖昧もしくは不十分であることを口実にして解答を拒むような裁判官は、司法拒絶の廉で訴追されることがあり得る」と述べている。←ところでしかし法律の文献学的解釈のやり方では、すでに法律の起草者が考え得るどのような構成要件 [もしくは要件事実……以下同じ] も明瞭であり、矛盾していないと考えていたのであろう場合のみ、裁判官は考え得るどのような構成要件に関しても明瞭かつ無矛盾的な判決に到達することができたのであろう。しかしある法律を文言化するに当たって以前に発せられた見渡すことができないほどに数多くの法律諸規範のいっさいの矛盾を、誰が避けることができようか。まったくもって浜辺に打ち寄せられるほどに無限に多様な形態をした生活を誰が予見することができるのか。たとえば誰が【40a】ユスチニアヌスの時代に現代の工場労働という社会現象に気づかせることができたのであろうか。かくして法律の起草者が考え得るどのような構成要件をも前もって明瞭かつ無矛盾的に規定することができなかったにもかかわらず、考え得るどのような構成要件のためにもひとつの明瞭かつ矛盾から免れた判決をもぎ取らなければならないのであれば、それは文献的解釈とは本質が別のものでなければならぬのである<sup>(2)</sup>。文献学的解釈者が——すでに作品の起草者が論理的に考えていたところで心理学的解釈にすでに含まれており、それゆえに余計であるときに、このことが当たっていないところで心理学的解釈に矛盾があり、それゆえに誤っているときに——「論理的な解釈」をその諸々の課題の数から除去しても間違いではない<sup>(3)</sup>のに対して、法律制定者のきわめて不明瞭で矛盾に満ちている思想をも明瞭かつ無矛盾的に解釈しなければならない法学的解釈者は論理的解釈をまさにその特殊な課題であるとみなさなければならないのである。それゆえに彼は法律を一個の機械のように、意志を通してどこにも支配されないか、もしくは混濁されることのない知識だけの産物のように扱わなければならないことから、この産物の主知主義的な見方、そしてこれとともに解釈との亀裂を通して特徴づけられる解釈学 (Hermeneutik) は法学的的方法論を、痕跡を残さずに通り過ぎることしかできなかったのである。[356]

現代の神学および哲学的解釈学の創始者であるシュライエルマッハー (Schreiermacher)<sup>(4)</sup> は、それゆえに法学的解釈学を次のような理由づけをもって本質的に異なっているものとしてその作業領域から排除した。「それは大部分において諸法律の範囲

(2) Reinach, Über den Ursachenbegriff im geltenden Rechts, 1905, S. 1-11はこのことを見過している。Deutsche Literaturzeitung, 1905 Nr. 35, Sp. 2155, 2156参照。

(3) Steinthal, Über die Arbeiten und Formen der Interpretation (Verhandlgn. d. 32. Versamlg. deutsch. Philologen und Schulmänner 1878), S. 31, 参照。

(4) Dilthey, Die Entdeckung der Hermeneutik (in den Philosophischen Abhandlungen zu Sigwart's 70. Geburtstag, 1900), S. 197-202, 参照。

の規定と、すなわち、それらのなかでもにも考えられなかった普遍的な諸命題とかかわっている<sup>(5)</sup>」。

ところでしかしこのような思考過程には、法律制定者によって考えられたものの追思考よりも、文献学的解釈よりもいくらか異なっているものであることを法律解釈に禁じようとしたもうひとつのものが立ち塞がった。すなわちモンテスキュー(Montesques)の権力分立論である<sup>(6)</sup>。それは、一個の人格における法の形成と法の言い渡しを禁じている。**【410】**法の言い渡しが法創造的であろう場合には、諸判決は予見可能ではなく、法の安定性は廃棄されるであろうし、その結果として諸判決は、諸判決の正義よりも多く啓蒙時代にかかわってくるであろう<sup>(7)</sup>。それまではいまだ、ひとは当然のこととして裁判所内に裁判官活動の理想像としてソロモンの判決の画像を掲げて置くことができていた。それは法の創造であったのであり、不完全な法律を補充するための法の創造、時宜を失した法律を犠牲にした法の創造でさえあったのである——パンデクテンの現代的適用(usus modernus Pandectarum)を、そしてカロリナ<sup>(8)</sup>の解釈<sup>(8)</sup>を考えてみよ、今日でもなお隆盛しつつある英米の実務<sup>(9)</sup>を、その諸制度からモンテスキューがひとつの類まれな「世界史の狡知」を引き出そうとして大陸での裁判官による法の創造を終わらせた国の実務を考えてみよ！——法の創造という課題を通してあの時代の裁判官の[357]理想は条件づけられていたのである。法の創造に、法的諸規範の産出に、価値的諸判断によって裁判官はその全人格性をもって、その認識する側面だけでなく、その評価する側面をもって、知性だけでなく性格をもって関与しているのであり、性格への諸要求こそ、それらからシュヴァーベンシュピーゲル<sup>(8)</sup>が感動的なパトスをもって、カロリナがより醒めたその言葉をもってその裁判官理想を形づけている当のものである。すなわち「いかなる裁判官も次の四つを所持

(5) Über den Begriff der Hermeneutik (Sämtl. Werke, Abt. III, Bd. 3), S. 347.

(6) 法学的解釈学へのその影響についてはとくに、Hatschek, *Englisches Staatsrecht I*, 1905, S. 155, 157-148.

(7) *Esprit de Lois* (『法の精神』) L. XI, ch. 6: „Mais si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étoient une opinion particulière du juge, on vivroit dans la société sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte.” 「判決が固定されてはならないとしても、判決は、法律の正確な文面以外のものでは決してないというほどにまで、固定されていなければならない。判決が裁判役の個人的意見であるとしたら、人は社会において結んだ約束を正確に知らずに社会生活をするようになる。」【野田良之他訳『法の精神』(岩波文庫上) 294頁】←参照。

(8) 法の言い渡しとそれとの関係について適切であるのは、Kantrowicz ←: *Goblers Karolinen-Kommentar*, 1904, S. 51.

(9) *Hatschek*, S. 101-105, 110-112, 137-142.

していなければならない。第1は正義であり、第2は賢慮であり、第3は毅然であり、第4は節度である」(Swps L. § 86) というものであり、裁判官と審判人は「敬虔な、実直な、思慮のある、経験に富んでいる人物」でなければならない (CCC. Art 1)。そしてクリスチャン・ヴォルフ<sup>(10)</sup> (*Christian Wolf*) はなお「何人に対しても誠実な愛情を！」というものをさえ要求している。全人間性を利己心と狡知とに解消している啓蒙時代がこのような非合理的諸要素を頼りにすることができるはずもなかった。人間の最も奥深い性格の様相が利己心であるならば、性格の法の言い渡しへのどのような影響も排除されなければならない、裁判官の独立の諸保障を通して性格から注意深く切り離された叡智だけが法の言い渡しに働きかけることが許されるにすぎない。裁判官【411】は裁判官席にあっては、評価を欠如しているがゆえに個性を欠如している知性という新しい裁判官の思想像が他になおどのように表現されようとも、ひとつの包摂装置、ひとつの判断機械、一個の無生物 (in etre inanimé) より他の何ものでもないのである<sup>(11)</sup>。ところで叡智はどのような価値判断をも生み出すことができないのであり、単に叡智として機能しているにすぎない裁判官はどのような法的諸規範をも創り出すことができないからには、裁判官の活動は法律制定者によって前もって考えられていたことの追思考でしか、つまりは文献学的解釈でしかあり得ない。

この点でわれわれの二つの思考過程は互いに衝突し合う。第2の思考過程は、権力分立論から出発して、法学的解釈が法律の制定者によって前もって考えられていたものの追思考でしか、つまりは文献学的解釈でしかないということを要求する。これに対して第1の思考過程は、[358] 法の拒絶禁止から出発して、法学的解釈が、法律の制定者が考え得るどのような法的事例も前もって明瞭かつ無矛盾的に規定していたであろう場合は別として、文献学的解釈よりも、法律制定者によって前もって考えられていたものよりも多くのものでなければならないことへと導いた。権力分立論、法の拒絶禁止および諸法律の不完全性が互いに折り合うことはなく、この三つの部分のひとつが席を譲らなければならないのである。

このために諸法律の不完全性が選ばれたのである。どのようにして啓蒙時代が諸法

(10) Politik, 4, A. 1736, S. 524.

(11) *Montesquieu* Esprit des Loix, L. VI, ch. 3: „lé juge prononce la peine que la loi inflige pour ce fait, et, pour cela, il ne lui faut qua des yeux“ [「被告人が有罪と宣告されると、その事実に対して法律の科する刑罰を裁判役 [判事] が言い渡す。そのために、裁判役に必要なのは眼だけである。」] (野田良之他訳『法の精神 上』(岩波文庫) 141頁) と、L. XI. Ch. 6: „L. XI, ch. 6: „Les juges de la nation ne sont, que la bouche, qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la regueur“ [「だが、国民の裁判役は、前にも述べたように、法律の言葉を発する口にすぎず、その力も厳しさも緩和することができない無生物である」] (上掲訳書302頁) は、『法の精神』におけるきわめて明白な箇所である。

律の詳細を極めた決議論、諸々の法律委員会の設置<sup>(12)</sup>、注釈書の禁止を通してそれに対応しようと試みていたのかは、よく知られている。そこで適正な時期に、實際上除去することができなくなっていたものを否認するというひとつの手段が立ち現れた。すなわちどのような法律をも、たとえその制定者がどれほど不明瞭に考えかつ語ったにもせよ、どれほど諸々の矛盾に巻き込まれているにせよ、どれほど多くの生活関係を完全に忘れ去っていたにもせよ、明瞭な、無矛盾のかつ無欠缺的なものであると説明するという手段である。法律制定者の法律外の諸々の意見表明の、とくに法律諸素材の権威的な解釈手段<sup>(13)</sup>としての承認の帰結に対して抱かれる疑念がどのようにして諸前提が誤りでなければならぬという洞察へと導いたのかを、ここで繰り返される必要はなく、法学的解釈の対象は法律制定者の、もしくは、彼が【413】が誤ってそう呼ばれたように、「立法者」の意志ではあり得ず、「法律の意志」でしか、つまりは法律のなかで語っている本来的な立法者の、つまりは国家の意志でしかあり得ないのである。その場合ではある個人の言葉が他の個人の言葉から、国家の意志が法律制定者の言葉から推論されることになろうという異論には、「機関説」が、国家の意志は国家の言葉からも推論され、法律制定者の言葉は国家の言葉であり、法律制定者において、より厳密には、法律制定者の言葉をその本来の言葉にまで作り出す立法諸要素において国家は語るのであり、それらは国家の機関としてのみ語ったのであるという主張を対置する。法律制定者がそれゆえに [359] 法律の言葉を機関としてのその地位において語るのに対して、これとは異なって彼がああ言葉のなかに定着させようとした意志は単にその個人的な人格性に属している。すなわち法律制定者の言葉は国家の言葉であるのに対して、法律制定者の意志と国家の意志とが厳格に分離されなければならない結果として、彼によってあの言葉と結びつけられている意志についての法律制定者の諸々の意見表明は国家意志の解釈のための手段としてではなく、あたかも任意な第三者の意見表明のように、試みとしてみなされなければならないのである。したがって国家の意志は法律制定者の意志の不完全性を分かち合うことも必要としていない。物理的な個人という、経験的に与えられたこのような意志がその全体的な不完全性において甘受されなければならない一方で、ひとは超人間的な「法人」という、単に構成された意志に任意な完全性を構想することができるのである、ひとは彼に、権力分立論と法拒絶禁止とが他では互いに折り合わないことからして、明瞭性、無矛盾性および無欠缺性を（もしくは積極的に用いられる表現をもって言えば、完結性を）割り当てることができるのである。国家は、立法者は法律制定者よりも賢明であり得

(12) この種のものを、*Christian Wolf*, *Politik* 4. A. 1736 §421が提案していた。

(13) このことが今日なされているよりもはるかに原理的に、すでに *Thibaut*, *Theorie der logischen Auslegung*, 2. A. 1806, § 9 が同じ問題を提起している。

る、もしくは、諺のようになっていより不正確な言い方にとどまるならば、法律は立法者よりも賢明であり<sup>(14)</sup>、卵は鶏よりも賢明であり得るのである。これこそ支配的な、その逆説にもかかわらず今日の法律家の血となり、肉となっている学説である！

とはいえ、つねに明瞭な、無欠缺的で無矛盾的な国家の意志が、必然的に不明瞭な、欠缺があって矛盾に満ちているその意志をそのなかに書きとめて置くために、法律制定者が選んだのと同じ言葉で表現されなければならないというのは、何とも奇妙なことである！*ディルタイ (Dilthey)* もまた*シュライエルマッハー (Schreiermacher)* とともに、「著者を、彼が自らを理解したよりもよく理解することが解釈学の手続きの最終目標である」と言明している。←【414】あたかもひとつの予定調和によって立ち現れるかのように、あるより深い内実の制定者によって意図された意味とのこのような合致の必然的な諸前提として、彼はしかし直ちに同じ言葉のなかに形而上学的な、より内的な経験から永久に奪われている諸事実という想定を、すなわちロマン主義的な「無意識的創作の理論」を、「その働きと形成を意識することのない、最初の諸々の刺戟を感受して形態化される、統一かつ創造的に働きかける能力」という理論を承認するのである。<sup>(15)</sup>ところで実際のところ芸術的な創作がこの種の神秘とみなされることもあり得ようし、また美学的な解釈に、芸術家がそれにこのような意味を埋め込んでいることを意識していたかどうかを顧慮することなく芸術作品にある意味を付与し、芸術作品から、それが芸術家の歴史的な人格性の諸様相を担っているのかどうかを顧慮することなく、ひとつの芸術的な人格性を構成することを法が当然の権利として承認されなければならないこともあり得よう<sup>(16)</sup>が、しかし*サヴィニー (Savigny)* のロマン主義的な法哲学とともに無意識的な創作の理論を法の成り立ちに移し変えることと、法律ほどに醒めている事物を芸術作品と同視することには、今日ではほとんど傾いていないと言ってよい。そして仮に傾いているとしても、それでもそれは、法律は法律制定者がそのなかで言わんとしていたよりも多くを述べていることを説明しようとしているにすぎないのであり、法律は、明瞭に、無欠缺的で無矛盾的にすべてを述べているという、求められた証明をもたらずことはできないであろう。このこと

(14) *Thöl*, Einleitung i. d. dt. Privatrecht, 1851, S. 150.

(15) 先の脚注(4)で引用された論文の202、198頁を参照。

(16) *Simmel*, Kant 1904, S. V. 3 参照。さらに哲学史的方法 (*Die Philosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts*, II, 1905) についての*ヴィンデルバンド (Windelband)* の次の論述をここで引用されなければならないであろう。「われわれはある偉大な思想家の理論に彼自身の人格性よりも多くのものを見る、われわれはそのなかに濃縮され、概念的に形態化されたその時代の理性内実を認める」(S. 186)。*Blass in v. Müllers Handbuch der klass. Altertumswissenschaft* I, 1892, S. 176もまた、哲学史と神学にとって彼によってそう呼ばれた「先験的解釈」に根拠があることを承認している。神学については後ほどに。

をなし得るのは、その根拠としてわれわれが無意識的創作の理論にここで触れていたあの構成だけである。その構成とは、この理論によれば法律から推定し、そして法律制定者から区別されなければならない「その諸部分の実質的な、内面的な関連の表現もしくは象徴として業績それ自体のなかでのみ生きている理念的な人格性」(ジンメル←)の本来的な立法者、国家とを同一視することであり、また国家に単に構成されたにすぎない法人として必要に応じて任意に完全な意志というものを構成によって賦与することができるという思想である。

この理論の証明力を検証するためには、われわれの論究を法学的方法論の方法論というものにまで高められなければならない。【415】それが、なお証明されなければならないように、神学的方法と分かち合っている特有性こそ、その課題がまさに、どのようにして法律制定者 [361] の不明瞭な、欠缺と矛盾に満ちている作品からひとつの明瞭な、完結的で無矛盾的な法体系を、法解釈者が法創造者になることなしに展開され得るのであるところのものであるのであり——この問いはその課題を単に認識目的によってだけではなく、実定的な定立、すなわち法拒絶禁止と権力分立論によって規定されるということである。もちろんこの定立は直接的には裁判官にのみ向けられているのであり、それゆえに差し当たりは法の言い渡しの方法論にとってのみ妥当するように見えるのであるが、しかし法学上の理論は、それが、実務が次いで個別的な法事例にまで降ろして継続する法的演繹の最初の段階を実施するというようにして、実務の予備以外の何ものでもあろうとしないことから、法の言い渡しにとって妥当しているものは、法学方法論にとっても決定的である。——このような特有性から区別されなければならないであろうもうひとつのものは、あの課題の解決もまた論理学的な考察にだけではなく、法学的考察にも服している、ということである。しかしそれが法律家として観られるならば、その場合では、他のどのような法学的解釈と同様に、法秩序の無矛盾性が前提とされなければならない——前提にするということはすなわち、法拒絶禁止と権力分立論とが諸法律の不完全性にもかかわらず互いに調和しているということであり、このことが他のどのような前提のもとでも可能でないがゆえに、それでも何らかのより深い、もしくはより高い意味において諸法律の完全性、それらの明瞭性、無欠缺性および無矛盾性を前提にするということである。それだからこのような法学的考察の場合では、諸法律の無矛盾性というドグマは自分自身で髪の毛を掴んで沼から引き上げているのであり、それは証明されるのではなく、前提とされるのであって、その正当性は他の諸概念との折りに依りながら依存させられるのではなく、それらがそれらで正当であり続けるためには、他の諸概念がそれに応じて形態化されなければならないのである。——ところでわれわれの問題のこのような法学的考察は、法拒絶禁止を権力分立論と結びつけることにおいて要求された法律の完全性を

救出するために、国家意志がそれから法律家によって推論されるべき内容のために明らかにされ、法人という単に構想されたにすぎないこのような意志にいまや必要とされる完全性が賦与された場合であっても当のものであった。法学的方法の論理的考察は、そういうものとして法学がはじめて道を指し示そうとするのであるが、立法者の概念、法人の概念といったような諸概念を、つまりは法学それ自体を基盤として生み出される諸概念をもって作業をすることはできないであろう。[362] そして法学それ自体によって産み出されたこのような諸概念の構成に当たって【416】権力分立論と法拒絶禁止との無矛盾性を根拠づけるそれらの適性が顧慮され得たのに対して、論理的考察はそれらを単に法学上の諸要求を顧慮することなく創作された他の科学、すなわち論理学に応じて判断するのであり、したがってそれらをおそらくは否認しなければならぬであろう。とはいえ、論理学はこのようなことをすることが許されるのであって、それというのも法学的考察が、法律の無矛盾性という呪縛に自ら屈して法の拒絶禁止と権力分立論との調和可能性を不可侵のドグマとして固執することを強いられるのに対して、論理的考察にとって不可侵的であるのは単に論理的な諸規範であり、そしてこれらはあの二つの定立の調和可能性の否認を要求することができるからである。法拒絶禁止と権力分立論との関係のこのような論理的考察は、しかしここでわれわれの課題である。その場合では法律はとくにこの目的のために誤りのない意志というものをもって賦与された法人というものの完全な作品であるとみなされることはできないのであって、何故と云うに論理的考察は法学によってはじめて作り出された諸概念をもって作業をすることが許されないからである。それはむしろ法律を経験的な法律制定者の不完全な作品として甘受しないわけにはゆかないのである。<sup>(17)</sup>

かくしてわれわれは改めて権力分立論と法拒絶禁止の前に立っているのである。すなわち権力分立論は裁判官を文献学的解釈に制限しようとし、法拒絶禁止は彼を諸法律の避け難い不完全性にあってはそれらの文献学的解釈を超えてそれらの明瞭化、補充および修正へと、独自の法創造へと迫るのであり、権力分立論は裁判官席を知性の類縁台にすることを望み、法拒絶禁止は法創造へのそのやむにやまれない欲求をもって彼をその全人格性を、その知性ととも性格をもって法の言い渡しに引き寄せるのであって、それというのも純知性的な諸々の操作を通してある精神的な産物からその制定者が提起したのとは別の問いへの解答をもぎ取るということは、スコラ哲学のひとつの克服し難い誤謬だかである。論理的な思考が現存している思考内容を整理することができるだけであり、それを豊かにすることはできないということ、すなわち「エ

(17) 前出の *Sternberg, Allgemeine Rechtslehre*, 1904, S. 140-142 参照。

マナチオ論的論理」←というものと同様に「論理的な拡張力<sup>(18)</sup>」というものはひとつの形容矛盾 (contradictio in adjecto) であるということはもはや証明を必要としていないのである。形式的論理の給付能力の過大評価だけに、それがクリスチアン・ヴォルフ (Christian Wolf) に特有のものであったように、裁判官の全活動のひとつの三段論法的手続きへのありきたりの還元【417】が前提として<sup>(19)</sup>の法命題と法事例および結論としての判断を伴って基づくことができたのである。権力分立論とそれから流出する法創造禁止を一方とし、法拒絶禁止を他方とする両者の間の衝突を、それゆえに諸法律が不完全である場合には調整することができないのであり、裁判官はひとつのものを他のものを犠牲にしてのみこれに従うことができるのであり、そして法律の不完全性が不可避的であることから法拒絶禁止は不可欠であり、彼は権力分立論、法創造禁止を超えてこのような義務衝突に陥っているのである。権力分立論は法創造禁止をもって与えられた諸事情のもとに充足することができないひとつの要求を立てているのであり、それは確かに除去されないが、しかし、裁判官の活動と立法者のそれとの限界は法の適用と法の創造との間の限界とは合致しているのではなく、まっすぐに後者を貫徹するという意味において修正されなければならないのである。その経過のより厳密な規定にとつてはとくに、裁判官の法創造は立法者の法創造とは反対に個別事例にとってのみ妥当を要求するという事情が考察の対象となる。その克服を権力分立論が目的としている法的不安定性、予見することができない裁判官の恣意にとってそれはその新しい形態において古い形態におけるよりも調整に役立っているのである。それというのもそれは裁判官に、彼が今日では占めているような権力しか確かに与えないからである。法の言い渡しと法学は権力分立論にもかかわらずつねに法創造的であつたのであり、またつねにそうであり続けるであろう。そして今日の法律家をつつての法律家から、そして願わくば未来の法律家からも、後者が公然として認容しているものを彼が隠蔽しているという点においてのみ区別されるのである。

ところで、実際には法律にこじつけられているところでのようにして法律を解釈しているかのような見せかけが喚起されるのかについての理論が【364】が法学的解釈学である。それが最近の数年間においてなされている (後に書き留められるべき) 豊富にして価値に満ちた諸研究にかんがみて、どのようにして必然的に不明瞭な、欠缺があり、矛盾に満ちた法律制定者の諸作品から明瞭な、矛盾と欠缺のない法体系というものが生じてくることができるのかという耳寄りな指図をそれが提供していないということの証明を、ここではきわめて短く把握しておくことができる。それは確か

(18) Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1892, S. 140-142.

(19) Politik, 4, A. S. 520-522を参照。

に解釈の諸々の種類の分類を与えるのであるが、しかしいつある種類が、そしていつもうひとつの種類が適用のために要求されなければならないのかという、このことについてはそれは沈黙しているのである。ところでわれわれは厳格に、拡張的にもしくは縮減的に解釈しなければならないのかどうか、実行されなければならないのは類比か、それとも反対からの論証 (argumentatio a contrario) にかつて決定するのは何であるのか。それは結果の不合理からする論証 (argumentum ad absurdum)、ただこれだけである。「實際上背理的な諸帰結にもしくは明確化された法律の意志との矛盾へと導いている【418】教義的な諸々の表現形式と抽象化は、これを提示するに当たって何らかの誤謬が犯されているにちがいないという判断を同時に自らに対して下すことを意味している。」「実際の帰結は理論的な思考の修正役を務めなければならないのである」と、イエーリング (*Jhering*)<sup>(20)</sup> がこのような論証の種類を定式化している。帰結、その実際上の背理性か、それとも望ましさが、それゆえにわれわれが決断しなければならないのが厳格解釈か、縮減的解釈かそれとも拡張的解釈を規定し、類比が、それとも反対からの論証のために決定しなければならないのである。ところでしかしどのような超実定的な諸規範が帰結のあの実践的な背理性もしくは望ましさを規定するのか。「事物の本性」を通して決定するのではない——存在からひとは、カントの理論に従えば決して当為を取り出すことができないのである。「法律の精神」を通して決定するのでもない——これはいまなお幽霊のように姿をあらわしているこのようなモンテスキュー (*Montesquieu*)<sup>(21)</sup> の精神であり、「そのなかで法律が映し出される主たる神々に固有の精神」としてとうに承認されているのであって、それといのも「法律の精神」はひとつの「正しいものへの強制的試み」← (シュタムラー (*Stammler*)) としてつねに正しい法が妥当するということにしか行き着かないのであり、しかしどのような法律が正しいのかは、裁判官がその胸に抱いている諸規範によって単に規定されるだけである。このような諸規範は、それゆえにわれわれがそれらの探究の途上にある諸規範でなければならないのである。法の科学的な取り扱いはその実践的な[365]適用と同様に、したがって可能な複数の解釈との間に、そして互いに矛盾している複数の法的諸命題の間に選択を下して、立法の欠缺のなかに入り込む固有の価値的諸判断という意味において実定的な法的諸命題を明確化し、修正しそして補充することに成り立っているのである。そしてあの新しい創造に同様に、これにも裁判官

(20) Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 8. 1900, S. 346, 347.

(21) Esprit des Loix, L. VI. ch. 3: „Dans les états monarchiques il y a une loi, et là où elle est précise, le juge la suit; là où ne l'est pas, il en cherche l'esprit" ← 「君主国家には法律がある。そしてそれが明確である場合には、裁判役はそれに従い、明確でない場合には彼はその精神を探究する。」(野田他前掲訳163頁)]

と法理論家はその全人格性をもって、その思考をもってだけではなく、その感情と意欲をもって関与するのである。

裁判官または法理論家の単なる知性的な、非創造的な諸々の操作をもって不明瞭な、矛盾に満ちている、欠缺のある諸作品から完全な法体系をもたらしすることができるという、スコラ哲学的に支配的な見方をもって法学は、今日では孤立している。以前では法学はプロテスタント的な教義学の仲間ということで名声に浴することができたといってよい。ここでは類似した諸根拠が思いがけずも類似した思考過程を産み出すことができたのである。カトリック教は伝統をも、現代のプロテスタンチズム宗教上の意識をも啓示の淵源として承認しているのに対して、歴史的には両者の間に立っている旧プロテスタンチズムは【419】啓示を聖書のなかにのみ求めた。ところで信者はどのような疑問事例にも神の採決を求めるからには、その精神的な助言者はしたがって採決を拒絶することが許されていない一方で、信者は信仰と生活におけるどのような疑問事例についてもひとつの神の採決を求めるからには、その精神的な助言者はひとつの採決を、したがって自分の胸から創造することも許されていないのであることから、法拒絶禁止と権力分立論の影響のもとで法律に完全性が帰属されるのと同様に、ここで聖書に完全性が帰属される。このことは、聖書の働きについての理論 (Lehre von des affectiones scripturae sacrae) においてなされる。すなわち法律の無欠缺性に、その法律外の諸評価に対する完結性に相応しているのが、ここでは完全 (perfectio)、充実 (sufficiencia)、自足 (plenitudo) および聖書に備わっている自己開明力 (Die semet ipsam onterpretandi facultas scriptarae) であり、法律の明瞭性に相応しているのが聖書の明瞭性 (perspictuitas scripturae) である。そして上の自己開明力が新旧約聖書の全部分に (veteris et novi testamenti omniumque partium) その驚くべき調和と最も正確な一致 (inter se mira harmonia et exactissimus consensus) ←がそれから帰結される限りで、時間的にも事物的にも最も広く離れている諸法律にまたしても無矛盾性が相応するのである。それゆえにこの見方は適切にも聖書の見解として「教義法典 (Lehrgesetzbuch)」と特徴づけられたのである<sup>(22)</sup>。法律学と同様に、さらには神学もまたその典拠のこのような完全性を人間的な不完全性から引き離された一個の人格に、すなわち前者では国家に、後者では神に還元しているのである。そして、その場合ではある人格の——国家の、神の——意志が他の人格の——法律制定者の、新旧聖書の作者の——言葉から引き出されるのではないかという異論には、前者では機関説をもって、後者では靈感説をもって答えられるのであり、この両者は制定者たちを、彼らを通してより高い本質的存在を語る道具として現象させるのであると

(22) Volck in Zöckers Handbuch d. theolog. Wissenschaft I, 2. A, S. 769.

答えられる。つまりは法律が国家の、聖書が「神の言葉」になる、ということである。今日では聖書の働きについての理論はもはやほとんど完全に破壊されつくしているのであり、<sup>(23)</sup> もはや聖書だけでなく、それと並んで宗教意識もまた啓示の源泉として承認されて以来、それは余計なものになっているのである。そしてこのようにして、これに類比して法律学もやがて法律と並んで法律学も法意識もまた法源として承認され、このようにして法律の完全性というドグマがなくても済ませられるようになるという、根拠のある期待が生じてきているのである。

法学のある種の教科はこのドグマを全く知らなかった。法律の完全性は、それがなければ【420】法拒絶禁止が権力分立論とそれから流出する法創造禁止とは調和することができないがゆえにのみ要請されるのであり、ある事例の法的評価に関して不明瞭である（non liquet）場合に禁止が成り立っている法拒絶禁止は、しかし法の実際の適用を職務とする人々もしくは実際の適用のために法の準備に献身している人々にとってのみ妥当し、これとは別の意図において企てられた法の探究にとっては、欠缺というもの、不明瞭性というもの、矛盾というものの確証をもってよしとすることにどのような障害も、法律の完全性を前提とすることのどのような強要も成り立っていないのである。単に理論的な意図においてわれわれはしかし、過去の法と外国の法を考察する。しかし国内で妥当している法もまた適用を目的としてだけでなく、たとえば改善という目的のために究明される。法史のおよび比較法的考察にとって [367] 法律をまさにその明瞭性、無欠缺性および無矛盾性に向けても検証しようとする法政策的批判にとっては、それゆえに法律の完全性のドグマは妥当しない。このようにして法律という衣裳は法律家にとって、彼がそれをわが身に纏っている限りでは、ひとつの王服であるが、彼がそれを脱ぎ捨てたか、もしくは脱ぎ捨てようとする、もしくは他人がそれを纏うや否や、穴だらけで汚れた乞食のマントになるという芝居がわれわれの供覧に付せられるのである。しかしまた法律の完全性というドグマはもとより、このドグマに準拠した、あの完全性の開明に方向づけられた教義学的方法もまた法史、比較法、法政策の手から脱落する。過去の、外国の、法政策上の意図のもとに究明される国内の法は、法史家、比較法学者、法政策家によって可能な限りの明瞭性、無欠缺性および無矛盾性という意味において加工が施されてはならないのであって、たとえいまだそれほど不明瞭であっても、過去の、外国のもしくは国内の実際的な適用と理論的な考え方においてそれが生きてきたか、もしくはは生きている欠缺も矛盾もない形態<sup>(24)</sup>においてありのままに叙述されなければならないのである。ある法律が失

(23) けれどもなお、Luthard, Kompendium der Dogmatik, 10. A. 1900 §68. 参照。

(24) これに対して、Binding, Handbuch des Strafrechts I, 1885, S. 4 Anm. 1は「すべての法史はその継続形成における法の解釈論以外の何ものでもない」と言う。

効するや否や、もしくは、ある法が——国内の外国法として——そもそも効力を有していない場合、もしくはある法律が失効しているとみなされる場合では、それは「諸々の意義の複合体」として学問の関心を引くことをやめるのであり、それはもはや「實在的な文化要素」としてしかかかわらないのであり、それは法律学の領域を超えて「法の社会理論」【421】に、規範科学の領域から事実科学の領域に踏み込むのである。<sup>(25)</sup>

しかしまたその適用を目的とした現行国内法の取り扱いにとっても、法教義学〔法解釈論〕にとっても法の完全性についての、そしてそれに方向づけられた方法についてのドグマからますます激しく権利が否認され〔368〕、それ自体として不明瞭な、欠缺があって矛盾に満ちた法の説明、補充および修正が創造的な法の言い渡しと法学を通してますます頻繁に弁護される。「自由な法発見と自由な法学」を、「利益衡量を通じた法発見」と「利益法学」を、「法律に対する裁判官の開放」と「現実的な方法」を、「価値的諸判断と意志的諸決断」による、「文化的諸規範」と「正しい法」への影響を求める要望がここ数年において繰り返し、ときにはここで、ときにははかして、互いに独立してはいるが、それらのなかに抗い難い力をもって貫徹している時代精神の共通の依存性を指し示している諸々の意見表明のなかに立ち現われている。その先駆者としてイエーリング (*Jhering*) が通っているといつてよい。その方法を彼がその『ローマ法の精神 (*Geiste des Römischen Rechts*)』のなかで展開している、彼によってそのように呼ばれている「生産的法律学 (*produktive Jurisprudenz*)」<sup>(26)</sup>は確かにこれには属しておらず、むしろまさに敵対する理論の古典的な表現である。「私がそれらのもとは実証主義者の束縛から解放されたと信じた全概念はいったい何であったのか」と彼自身が後に告白している、<sup>(27)</sup>「それは実定的な法的諸命題の堆積以外の何ものでもない」。次いでしかしその『諧謔と真摯 (*Scherz und Ernst*)』は支配的な方法論への挑戦状であり、上述 (S. [365]) のような諸見解をもってわれわれは彼を、その方法論が『法における目的』の終章をなしているというべき創造的な法学の承認の途上にあると見る。しかし O. ビューロー (*O. Bülow*) (『法律と裁判官職 (*Gesetz und Richteramt*)』(1885年) もって始めて、それ以来途絶えることのない一連の決定的な意見表明が始まる。ドイツではとりわけ Fr. アディッケス (*Fr. Adickes*)、シユロ

(25) このアンチテーゼについては、*Lask*, *Rechtsphilosophie*, S. 31 (in *Windelbands Philosophie im Beginn des 20. Jahrh. I*, 1905) を参照し、その全論稿については、*Seeliger*, *Juristische Konstruktion und Gerechtforschung* (*Historische Vierteljahrschrift VIII*, S. 161-191), しかしとくに、*Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, 2. A. 1905, S. 50, 51 (同時に *Radbruch*, *Über die Methode der Rechtsvergleichung*, *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform II*, 1905, S. 424-425)。

(26) *Jahrb. F. Dogmatik I*, S. 4.

(27) *Scherz und Ernst*, 8. A. 1900 S. 342.

ツスマン (*Schloßmann*)、コーラー (*Kohler*)、M. リューメリン (*M. Rühmelin*)、E. I. ベッカー (*E. I. Becker*)、A. メンガー (*A. Menger*)、イェリネク (*Jellinek*)、ブルーノ・シュミット (*Bruno Schmidt*) であり、しかしとくに最近では、エーアリツヒ (*Ehrlich*)、シュテルンベルク (*Sternberg*)、ヴルツエル (*Wurzel*) が【422】同じ意味において際立っている。コールラウシュ (*Kohlrausch*)、M. A. マイヤー (*M. A. Mayer*)、グラーフ・ドーナ (*Graf Dohna*) はある刑法上の特殊問題において、責任と違法性の構成に当たって、超実定法的な諸規範に関係づけることが余儀なくされているとみた。そしてドイツ法曹時報 (*Die Deutsche Juristen Zeitung*) のなかでごく最近、シュタンペ (*Stampe*) とヘック (*Heck*) を一方とし、ランズベルク (*Landsberg*) を他方とする両者の間で法学方法論上争いの前哨戦を始めた。最後に【369】、この関連でシュタムラー (*Stammler*) という名称をも欠くことは許されない。確かに彼は、実定法が明示的にそれを指し示しているところでのみ、超実定的な価値諸判断の法の言い渡しへの影響というものを受けた。しかしあの価値諸判断のその認識批判を通して彼は、彼がそれをなすときにひとつの遠大な影響を与えた人々の謝意を求める権利を獲得した。<sup>(28)</sup> ←これに対してこの新しい潮流はそれほど徹底した反論をいまだに被っていない。あらゆる超実定的な法の最も辛辣な迫害者であるベルグボーム (*Bergborm*) ←の本は、この論争が実際に始まる前に出ていたのである。

ひとつの大きな課題がこの潮流を待っている。すなわち法と国民との和解である。今日の「司法への不信」はとりわけ法秩序の完全性というドグマに基づいている。それによって裁判官が不明瞭な、欠缺のある、矛盾に満ちたひとつの法典から考え得るどのような法的事例にとっても明瞭で矛盾のない諸判決を導き出すことができると申し立てる秘密に満ちた思考過程は、1848年にフォン・キルヒマン ← (*v. Kirchmann*) が見事に描き出したように、素人にはつねに理解し難く疑わしいものであり続ける他はない。裁判官による法創造への誠意のある信条告白だけが「法と国民との疎遠」を除去することができるのである。

### 【校訂者 (アルトウール・カウフマン) による注解】

- 409 *Gustav Radbruch, Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung*, in: AfS 22 (1906), 355-370 (4. Band der neuen Folge) [Auf in: Gustav Radbruch Gesamtausgabe Band I, Rechtsphilosophie I, S. 409-422. 田村五郎訳「法の創造としての法学」ラートブルフ全集第5巻『法における人間』(東京大学出版会、1962年) 27-52頁]

(28) *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtsw.*, Bd. 24 ff. の法哲学についての文献報告における文献指示。

- (バーデン州ラント法 (Badische Landrecht) : バーデン州ラント法は1810年1月1日にバーデン州大公国において発効し、*J. N. F. Brauer*によって起草された市民法典 (ナポレオン法典) のドイツ語訳が民法典 (1900年) に至るまで効力を有していた。
- (と述べている) : ナポレオン法典 (Code Napoléon) 第4条は次のように謳っている。„Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi coupable dédéné de justice.“
- 411 (カロリナ) : 1532年のカロリナ刑事裁判令 (Constitutio Criminalis Carolina)、皇帝カール十五世の刑法典。
- (シュヴァーベンシュpiegel) : Schwabenspiegelはおよそ1275年に制定された。
- 412 (Contracte) : L'Esprit des Loix, 1749, Liv. XI. Chap. VI., S. 155. そこでは次のように言われている。„Mais si les Tribunaux ne doivent être fixes, les Jugemens doivent l'être à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la Loi. S'ils étoient une opinion particuliere du Juge, on vivroit dans la Societé, sans scavoir précisément les engagemens que l'on y contracte.“
- 413 (言明している) : *Wilhelm Dilthey*, Die Entstehung der Hermeneutik, in: Philosophische Abhandlungen, Christov Sigwart zu seinem siebzigsten Geburtstage, 1900, S. 185ff., 202. 引用は、原典では次のよう言われている。「解釈学的手続きの最終目標は著者を、彼が自分自身を理解したよりもよく理解することである。」
- 414 (ジンメル) : *Georg Simmel*, Kant, 1904, S. 3. この箇所は、原典では次のよう言われている。「このような人格性だけが……業績それ自体のなかでのみ生きているような理念的形象である……。」
- 416 (論理) : 「エマナチオ論理 (Emanatistische Logik)」 : エマナチオ (流出) について。新プラトン主義に由来する概念であり、それは、すべての事物は不変的な、完全な、神の二者から生じてくることを意味している。
- 418 「強制的試み」 : この概念は、Kap. II des 1. Abschnitts des 1. Bandes von „Die Lehre von dem richtigen Recht“ の表題、すなわち、„Das Recht als Zwangsversuch zum Richtigen“ に見られる。
- (l'esprit) : L'Esprit des Loix, 1749, Liv. VI. Chap. III., S. 75. そこでは、次のように言われている。„Dans les Etats Monarchiques il y a une Loi; & là où elle est présente le Juge la suit, là où elle ne l'est pas il en cherche l'esprit.“
- 419 (Consensus) : とりわけ次のような聖書の特性が数え立てられる。完全性、創造的な性格、自ずから理解することができるという聖書の力、聖書の明瞭性、旧約聖書と新約聖書との、そしてすべての部分の驚嘆すべき相互的な調和と共鳴。
- 420 (形態 (Gestalt)) : この箇所の文言は次のようでなければならない。「欠缺がなくて矛盾に満ちている形態」。
- 422 (獲得した) : この全集の445頁以下参照。
- (ベルクボーム) : *Karl Bergbohm*, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, I, Bd. 1892.
- (フォン・キルヒマン) : *Jurius Hermann von Kirchmann*, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. 1848年にベルリンの法曹協会で行なわれたひとつの講演。S. 29 ff., 参照。キルヒマンは1802年にメルゼブルク (Merseburg) に生まれ、1884年にベルリンに死す。法律家、検察官、哲学者、政治家であった。とりわけ経済および交通政策で議会において真価を発揮した。キルヒマンの意義は、彼自身の理論によるよりもむしろ古典的な諸々の哲学者の翻訳とコメンタールにある。1868年に「哲学図書館」を設立した。

## 法感情について（1914/15年）←

法秩序の創造と維持に関与してもいよう魂の諸力が認められるならば、考量する理性、鋭敏な意志が挙げられるであろうが、暖かい感情が挙げられることはほとんどないであろう。伝統的に正義を象徴しているかの峻厳な婦人像はその〔337〕諸手に秤と剣を持ってはいるが、しかし彼女の多くの姉妹のように髪に花輪を付けてはいない。そして、歴史の証言によれば彼女に最も有能に奉仕してきた人々は怜悯と実行力を通して逞しくはあったが、しかし心情には乏しかった。しかも他の諸民族にあっては法の領域を感情生活の中枢に結び付けている、法の起源は神にあるという信仰は、ローマ人にあっては祭司に関する狭い領域に限定されていた。創造力に富んだ心温かい人であれば誰もが、法的な文化のより深い段階で法のなかで、そして法とともに戯れてもいようが、しかし彼らはローマ法を取り巻く圏外に追放されている。「法における詩←」について、「法におけるユーモア←」について二人の偉大なゲルマニストが扱っているが、ロマニストであればとても扱うことができなかったであろう。そして、ソロモンの判決からヴェニス商人に至るまで賢明な——よりうまくは：機知に富んだ——裁判官についての物語は様々に異なる民族文学の好個な題材になっているのであるが、しかしまさに偉大な法民族にとってそれらは全く疎遠なものであり続けている。法は過酷で冷酷な容貌を有しているとロマニストであるプフタ（Puchta）は述べているのであるが、これこそまさに諸感情の戯れる快感を不気味であると思わせる不安定な空想力である。

あらかじめこうした観察をしておくことを通してひとははじめて「法感情」という語を完全に理解することができるのである。——疾風怒涛とロマン主義の答えであり戦場の雄叫びである、またこれを通してはじめて言葉がその今日的な意味において正しく解明されるような若い語である——「感情」という語幹と同様に、合成語である「法感情」もまたひとつの綱領的な語、すなわち経験によってではなく、憧憬によって——法と、まさに開明されてはいるが、しかしそれとはあれほど隔たっている感情の王国との間に諸々の関係を発見するか、もしくは作り出したいという憧憬によって——刻印づけられている語である。したがってそれは、その意味がはじめて発見されるか、もしくは作り出されなければならないような語であり、それゆえに今日まで多義的な意味を有している語である。三回にもわたって法感情は（必ずしもつねにまさにこのような呼び方においてではなくとも）法学の革新というものを求める闘争において雄叫びとして用いたのであり、それも三回ともそれぞれに異なる意味において！

いまからまさに百年前に十九世紀の法学にその道を指し示した著作、歴史学派の

【423】の創設の書であるサヴィニー (Savigny) の小冊子『立法と法学にとっての現代の使命について (Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)』←は、法は悟性によって発見されるのではなく、恣意によって押し付けられるのではない、それはむしろ言語、芸術、全文化によって創り出される以外の何ものでもなく、民族精神によって、民族の信念によって、民族の確信によって [337] — 法感情によって支えられるという理論のうえに根拠づけられていた。ロマン的な気分浸っていた法律家の世代があればほど無味乾燥のように見える彼らの作業領域にも、あらゆる最高の文化価値の非合理的な根源から発する地下の源泉を通して流れ込んでいることを祝ってよいと信じたとしても、それは無理からぬことである。とはいえ、新しい非合理主義的な正面玄関の背後には古い主知主義的な営みが継続されていたことにやがて気づいて、多くの人が幻滅を感じたことでもあろう。法感情の役割は伝来の法の妥当を根拠づけることでしかなかったのであり、その解釈と適用を創造的に規定するというではなかった。すなわち、法学は依然として、以前よりもまして (サヴィニーの表現に従えば) 感情抜きで「諸概念をもって計算すること」であり続けた、ということである。それだけにいっそう、わずかに数十年後には歴史学派のこのような概念法学に新しい概念法学というものを対置すべき秋であると思われたのである。

狂乱の年を告げる時化鳥には J・H・v・キルヒマン (J. H. v. Kirchmann) の有名でもあり悪評も高い演説『学問としての法学の無価値性について (Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft)』(1847年) ←が属していた。民衆は学問的な法律家に倦んでいるのであり、司法は国民に、健全な人間悟性に — 法感情に返されなければならないと、彼は宣言した。これとともに歴史学派には、今日では自由法運動によって凱旋へと導かれるにいたった当の宣戦が布告された。もちろんこの運動は「概念法学」の撲滅においてのみキルヒマンと協調することを心得ていたのであるが、しかし感情法学の要求において心得ていたのではない。どの概念法学にも避け難い危険、つまりはそれには統制が効かないということ、低地ドイツの次のようなユーモアに実に見事に具象化した。„Dem Gefühl nah hett de Mann Recht', sä de Awekat, - as em Eener en Lujedor in de Hand schöw.“←

しかしながら歴史学派に対する闘争では、キルヒマンの闘争はほんの前哨戦にすぎなかった。ルドルフ・フォン・イエーリングがこの闘争に介入したときにはじめて、決勝戦が始まったのである。歴史学派が考えている法感情は実行力のない民族の確信であって、法に存続を賦与するためには十分なものではないと、イエーリングはその火を噴くような著作『権利のための闘争』(初版、1872年)のなかで言う。すなわち法が必要としているのはいっさいの法的成員の信念だけではなく、仕事である。個々

人がその権利を無防備に侵害させない場合にのみ、当の権利は成り立つことができるのである。権利のための闘争は [425] 倫理的な義務であるが、しかしこの闘争の駆動力、これこそまさに——法感情である！

「法感情」という言葉の可能な諸々の意義はこれによって尽くされていると言ってよい。それらは十分に異なっている。サヴィニーの場合では法感情はより多く法の妥当に、キルヒマンの場合ではより多くその内容にかかわっている。すなわち前者では法感情は、何ゆえに何かが正しいのかという問いに、後者では何が正しいのかという問いに答えるのである。法感情はサヴィニーの場合ではより多く性格の特性、すなわち畏敬の念をもって与えられた秩序に結びつけられていると感じる順法性、法的感覚であり、キルヒマンの場合ではそれはより多く知性的なものの明敏さ、すなわち回りとどくあれこれと穿鑿して結論に至るというようなことなしに直観的にその帰結を先取りする、長年の実務で鍛え上げられた判断力、正しいものに対する法的な感覚である。しかし法感情がサヴィニーとキルヒマンの場合では等しく客観的な法、つまりは法秩序に向けられているとすれば、イエーリングの場合ではそれは、主観的な法の、——それをもって連帯していると感じる自己または他人の——権利が与えられているという感情、権利を有しているという信念、権利を保持しようとする意志である。キルヒマンの意味における法感情は、ひとは正しくて分別のある裁判官というものに具現されていると考えたい気にもなるであろう。しかしイエーリングの意味における法感情は裁判官の可能などのような付属物でもない。それは確かに情熱であり、情熱的に当事者に加担することであり、高貴な情熱ではあるが、しかし情熱が裁判所で席を占めることはできないのであり、当事者が裁判官であることは許されないのである。これとは逆に「崇高な犯罪者」が代表しているのはイエーリングの法感情だけであって、サヴィニーとイエーリングのそれでもあるのではない。「彼を——ミヒャエル・コールハーズを——盗賊にもし、謀殺者にもした」もの、これこそまさに法感情であるとクライストが述べている。←サヴィニーの場合では法に服するという法感情、キルヒマンの場合では判決を下すという法感情、イエーリングの場合では憤激する法感情——これら三つは根本的に異なっている心理的な事実であり、それらはあたかも一人の忠実な市民であり、一個の法的な頭脳であり、ひとつの倫理的な闘争本能であるかのように、互いに異なっている！しかし法感情の諸概念の互いに異なるこのような連続的生起のなかにひとつの特徴的な発展が成し遂げられているのである。すなわちサヴィニーの場合ではその感情的な性格を最も純粋に保持している法感情は、彼以後では直ちに再び他の内心的な能力に、悟性と意志に接近するものであり、キルヒマンの場合では主知主義的に、イエーリングの場合では主意主義的に彩られるのである。ところで順法性という意味における法感情は倫理学上の徳論にその承認された場所を

有しているのであり、法実務における熟達した判断力という意味における法感情は、それ以外の何ものでもないものの対象による直観的認識の特有の仕方であることから、論述はいまからは法感情の第三の種類ものに、すなわち自己の権利の感情に制限される——実際のところこの感情こそ演繹することができない特有性を有しているのであり、良心と同様に根源的であり、良心と多様な仕方では対立してはいるが、しかしそれでもこれに結びついているからである。[340]【425】

何よりもまずひとはどのような人間の内奥にもある倫理的な呼び掛けのこのような二重性の問題性を正しく自覚しなければならない——すなわち、一方ではつねに義務のみを課する倫理上の立法の問題と、他方では権利が根拠づけられていることを要求するそれとの問題である。一方では意志を拘束し、逆に他方では意志を解放する。前者は利害を忌み嫌って利己心を鎖に繋ぎとめようとし、後者は利益を是認し、利己心と同盟を結ぼうとする。われわれは両者の対話の一瞬に耳を傾けて見よう。

良心は言う：汝の右の頬を打つ者には、もうひとつの頬をも向けよ。汝を訴えて上着を取ろうとする者には下着をも与えよ、←と。しかし法感情はこれに答える：「君たちの権利を罰せられないままに踏み躪らせてはならない。←自らを虫けらにしてしまうような者は、自分が足で踏み躪られたとしても、後から文句を言うことができない←と（カント）。「されどわれ汝らに告ぐ」と良心は改めて説き始める、「汝らは悪に逆らうことなかれ」←と。しかし法感情はしつこく主張する：「私が足で踏みつけられなければならないのであれば、一人の人間よりも一匹の犬であるほうがましだ！」←と（クライスト）。そして良心はまたしても言う：「汝の敵を愛せよ、汝を悪し様に罵る者のために祈れ」←と。そしてこれに対して法感情が言う：「権利のための闘争は道徳上の自己保持の命令である」←と（イエーリング）。「平和を好む者に幸いあれ」←と良心は言うが、しかし法感情は「権利はわが方にありと思う者は堂々と立ち振る舞わなければならない。慇懃な権利というものとは全く何ものをも意味しようとしなさい」←（ゲーテ）と言う。こう言われたからといって、良心は黙り込ませられない。われわれがこの両者のどちらかに最後の言葉を語らせるのをどれほど好まないにしても、われわれはこの果てしない対話に耳を傾け続けるわけにはゆかないのである。

われわれは、われわれの誰もが、二つの倫理的体系の、すなわち義務の体系と愛の体系との、平和と謙譲の体系と権利および矜持のそれとの、一見して克服し難い劇場である。キリスト教が受け容れられて以来、個々人すべての倫理的世界、倫理的生活を通してひとつの裂け目が生じている。すなわち、われわれのキリスト教的な良心には、それとは無媒介にキリスト教以前の法感情が並び立っている、ということである。われわれはたとえば、敬虔なキリスト者であると同時に確信に満ちた決闘信奉者であ

る、もしくはわれわれは神の愛と等しく戦争への権利を信じている。イプセンのドラマ化された倫理上の決議論はわれわれの魂のこのような矛盾を窮極の深みに至るまで追跡している。彼にあっては繰り返し——アルヴィング婦人において、ロスマーにおいて、建築家グルネッスにおいて——抑圧された生への諸権利がそれらの倫理的な要求を諸権利の生に敵対する専制に対して主張している。彼にあっては繰り返し、キリスト教が妖怪にまで貶めた「魔物たち」、すなわち古い神々がキリスト狂的な良心に反抗している。【426】

相敵対するこの両者の倫理的価値的世界をその思考過程を通して融和させることができたのはカントがはじめてであり、後にイエーリンがこの思考過程にその雄弁の火を与えた。同じ倫理的なパトスが——と、たとえば彼らは次のように考えたのもあろう——私の義務についての思想にも私の権利についての思想にも基いているのであり、ここでもかきこでも、それらがそれらを支配している包越的な意識を畏敬の念をもって自覚される場合には個々人の魂がつねに感得することができる高貴の感情である。この同じパトスが法感情にとっても良心にとっても同じ源泉から流出しているとされるべきではなからうか。それゆえにたとえば、権利は義務のためにのみ実存在しているがゆえに、それは義務の倫理的なパトスという反射光というものによって照らし出されるとされるべきではなからうか。権利は義務の履行を可能にすることを目的としている。われわれの権利は義務履行の可能性への権利というものであり、われわれの義務を果す権利である——それゆえにまた逆に、われわれの権利を守ることは義務である。われわれの義務はわれわれの権利である——そしてそれゆえにわれわれの権利はわれわれの義務である。権利と名誉を求めていつでも闘いに備えている矜持は、平和を好んで義務と愛に献身する謙譲が有しているのと同じ場所にその根源を有している。その場所とはすなわち、そのあり様からして決して完全に充足することができないとはいえ、それによってそもそも失われ難い人間の尊厳に託されている人間の使命である。

これとともに権利のための闘争は倫理的な義務充足の可能性のための闘争として、倫理的な自己主張として特徴づけられている。もちろんこれはもはや理想的な場合にしか当てはまらないのであって、それというのも権利と義務とは確かに結びつけられてはいるが、しかし決して溶け合っていることにまではもたらされていないのであり、権利は確かに人倫の可能性として性格づけられるが、しかしこれと全く同様に悪徳の可能性としても性格づけられるからである。それだから権利のための闘争の、ひとがそのなかでその利益の形態においてその倫理的な人格性を擁護する闘争の理想型は、対立する両極端を許している。すなわち、それは一方で、自己の利益を顧慮しないその倫理的人格性のための闘いにまで、(クライストがそれをミヒャエル・コール

ハーズに則して示しているように) 自己破滅に至るまで高めることができるとともに他方で、いささかも利害関係を含んでいない全く空虚な独善的主張という [342] 単なる権力闘争にまで墮することにも確かになり得る。権利がこのようその道徳上の、もしくは功利主義的でしかなくとも、目標を顧慮することなく権利それ自体のために実現されようとするならば、ひとはこれを嫌がらせと呼ぶのであり、「ヴェニスの商人」は——彼がいったん有名な模範に従ってひとつの法哲学上の公式に引き出されようとするならば——他のあれほど多くの名裁判官の物語と等しく、どのようにして権利が、嫌がらせにおいて自己自身が矛盾同着に陥りつつ、【247】 反対の嫌がらせを通していわば自己を回復してゆくのかを示している——権利に内在化している倫理的な目標志向性はそれほどまでに強いのである！

カントが、そしてイエーリングがそれを描いているような、法感情と良心との間の均衡、権利の義務に対する従属性がつねに自覚されている「節度のある決然とした態度」、諸義務の負担のもとに権利を要求することを忘れていない「強靱な良心」は確かにひとつの理想ではあるが、しかし決して心理的な現実ではない。法感情と良心はこのような様々に異なる条件に結びついている——それらがどれほど異なっており、また調和し得ないものであるかは、好訴妄想癖者の頑なな権利要求と憂鬱病患者の罪責妄想における精神病理学的な純粹培養のなかに描き出される——結果として、それらが同じ人間のなかに等しい強度をもって見られることはほとんどない。読者は自分自身の周囲を仔細に観察しさえすればよい——一見しただけでも主として良心に恵まれた人々と、とくに権利感情が強い人々とが、柔和な人々と怒りっぽい人々が、善良な人々と気性の荒い人々が、聖人のような人々と英雄豪傑のような人々が、陰険な人々と喧嘩好きな人々が、雌羊のような人々と雄羊のような人々が互いに目だって立ち現われる。それゆえにカント以降においても、自らを全面にわたる体系論者であるよりも倫理学者であると感じている哲学者たちは、一面性をそれに対立する一面性を通して治癒することを職命とすることになるのであろう。彼らは繰り返し倫理学をもつばら権利感情によるか、それとも逆にもつばら良心によって構築しようとし、ときとして義務に対して権利を最高のものとして称揚し、ときとして義務にいつさいの権能を否認しようとする。現代において前者を成し遂げたのはニーチェであり、後者を成し遂げたのはトルストイである。「高貴な人間は」とニーチェは言う、「その諸々の特権とそれらの行使が彼の義務に属していると考えなければならぬ」。トルストイによれば、悪に逆らわず、不正をなすところなく耐え忍ぶことはわれわれの本分である。

しかしながらうまく形成された法感情というものの希少性は、このようなものと並んで同様にうまく形成された良心というものを必要としているということからのみ、

これを説明することができるのではない。これにはむしろ、法感情は、良心とは全く違って、活動的な知性というものを前提としているという事情が付け加わるのである。[428] 個別的な事例におけるわれわれの義務を良心が告げるのであるが、それに先立って、この義務がそれによって根拠づけられる普遍的な格率が意識のなかに登場していなければならないということはない。これに対してわれわれの権利は、この権利がそこから流出する全般的な規範への思念を通してのみ、われわれに意識されるのである。それというのも倫理規範はそれぞれに個別化されている人々にとって妥当し、法的な規定はそれぞれの相互関係における人々にとって妥当するのであり、それゆえにまた、それが同じ状態にある他の人々に対しても妥当を要求しているのか否かを顧慮することなく私に承認を命じているとすれば、私がそれを同じ状態にある他の人々にも容認する心積もりがある場合にのみ、私は自分に概念必然的にある権利を賦与することができるからである。【428】このような一般化がなければ諸々の要求はつねに恣意の感情をもってしかこれをなすことができないのであり、決して権利が賦与されるという感情をもってなすことができないのである。それゆえに法感情は特殊なものから一般的なものへ、そして一般的なものから特殊なものへと移り変わる俊敏は精神というものを要求しているのである。権利のための偉大な闘士にとって特徴的であるのは、冷静と情熱とが一種特有な仕方では混交しているということである。冷静すなわち主知主義は、それだけが個別的なものを一般性にまで高めるといようにしてそれについての正義の判断を下すことができるのであり、情熱的であることは、それだけが抽象的な正義の思想を個別的な生の活力のある焔をもって満たすことができるのである。このような心的状態の適切な表現形式、法理念の特殊な表現形式がレトリックであって、それというのも特殊なものを一般的なものの含意をもって「象徴的に」装備するのが詩作芸術のあり方であるように、一般的なものに特殊なもの現実性と実効性を賦与することは雄弁術の本質に属しているからである。しかしレトリックについては、そしてそれが表現しているものについても、ゲルマン精神よりもなおいっそうラテン精神とユダヤ精神のほうが天分に恵まれているように見える。この両者は互いに結束して近代史が知る最も偉大な権利のための闘争を貫徹して勝利を勝ち取った。すなわちドレフェス事件である←。

1899年9月9日に、すべての法律家の職業上の聖人の特別の保護を享有しているまさにこの町リネス (Rennes) をひとつの有名な誤判の劇場にしたのは歴史の皮肉である。この町は聖イヴォ・フォン・ヘロニ (*Ivo von Heroni*) のもとにある。聖人伝は(そして、聖イミグナゴ (St. Imignago) のソドマ (Sodoma) のフレスコ画によるわずかな描出もまた) 彼をわれわれの前に裁判的な人であるよりもむしろ僧侶的な人として、正義の女神というよりも隣人愛の具現として、権利のための闘争における一

人の指導者としてではなく、[344] 被後見人のための裁判官や貧者のための弁護士にとっての親しみ深い温かな模範像として現わさせている。とはいえ、自らを法律家皇帝の言葉に従って法の一兵士であると感じている者であれば、彼はもうひとつの模範像を、防具と武器を身に着けたもう一人の聖者を、すなわち勇ましい大天使であり、悪竜の退治者である聖ミカエルを望むことであろう。[345] [429]

### 【校訂者アルトウール・カウフマンによる注解】

[423] *Gustav Radbruch*, Über die Rechtsgefühl, in: Die Tat. Sozial-religiöse Monatschrift für deutsche Kultur 6 (1914/16), S. 335-345. Auch in: GRGA Bd. 1, Rechtsphilosophie I, 1987, S. 423-427. [初訳: 小林直樹訳「法感情について」『法における人間』ラートブルフ著作集第5巻(東京大学出版会、1962年)所収81-98頁]

— (詩): *Jakob Grimm*, Von der Poesie im Recht, in: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 2 (1816), 25.

— (ユーモア): *Otto Gierke*, Der Humor im deutschen Recht, 1963.

[424] (使命について): この著作は1814年に由来している。

— (無価値性について): Wertlosigkeit という語は原典では「Werthlosigkeit」と書かれている。

— (schöw): これを標準ドイツ語に直せば, „dem Gefühl nach hat der Mann Recht“, sagt der Advokat, „als ihm einer einem Lousidor in die Hand schob.“ (「感情からはこの男に権利はあると弁護士は述べた、——彼にある者が1ルイドールを手渡したときに」)となる。

[425] (述べている): これについては、*Rudolf von Ihering*, Der Kampf um's Recht, 3. Aufl. 1873, S. 84 ff., insbes. S. 88, 参照。もっとも正確な引用はそこには見られない。

[426] (与えよ): マタイ福音書5, 39, 40.

— (踏み躪らされてはならない): *Immanuel Kant*, Metaphisik der Sitten, in: Kant's gesammelte Schriften, hrsg. von der königlich preußischen Akademie der Wissenschaften, 6. Bd., 1907, S. 436. ここでは次のように言われている。„Laßt euer Recht nicht ungeahndet von Anderen mit Fößen treten.“ (「君たちは罰せられることなく他人に足を踏み躪らせてはならない。」)

— (文句を言うことができない): a.a.O., S. 437. ここでは次のように言われている。„Wer sich aber zum Wurm macht, kann nachher nicht klagen, daß er mit Fößen getreten wird.“ (「しかし自分を虫けらにしてしまう者は、彼が足で踏み躪られたからといって後になってから文句を言うことができない。」)

— (悪に逆らうことなかれ): マタイ福音書5, 39.

— (犬であるほうがまだ): *Heinrich von Kleist*, Michael Kohlhaas, in: Heinrich von Kleists Werke, hrsg. von *Erich Schmidt*, 2. Aufl. (o. J.) 6. Bd., S. 24.

— (祈れ): マタイ福音書5, 44.

— (命令である): *Rudolf von Ihering*, Der Kampf um's Recht, 3. Aufl. 1873, S. 42. この引用はここではこう言われている。「不正に対する抵抗は義務であり、権利が賦与された者の自身自身に対する義務であって——それというのもこの抵抗は道徳上の自己保持のひとつの命令——共同体に対する義務——であるからであり、それは——上首尾であるためには——ひとつの公共的なものでなければならないからである。」

— (幸いあれ): マタイ福音書5, 9.

— (意味しようとしなさい): *Johann Wolfgang Goethe*, Maximen und Reflexionen, in: Goethes

Werke, hrsg. von *Erich Tranz* (Hamburger Ausgabe), 12. Bd., 1. Aufl. 1953, S. 410, Nr. 329.

- 【429】(ドレフェス事件)：ユダヤ人であるフランス砲兵大尉アルフレッド・ドレフェスに対する反逆罪訴訟は世紀の変わり目頃にフランスの公衆を甚だしく揺り動かした。諸々の、とりわけエミールゾラの介入後に彼に対して下された判決は1906年に破棄され、ドレフェスの権利は完全に回復された。

## 法理念と法素材

## 一個のスケッチ (1923/24年) ←

理念は、素材を支配するという要求を高める。これが意味しているのはしかし、理念はある一定の素材にとって妥当し、この素材に組み込まれる——それゆえにそれが支配しようとする素材によって再びともに規定される、ということである。芸術家の理念が材料に順応し、それがブロンズのなかに化体されようとする場合と、それが大理石のなかに化体されようとする場合とでは別々のものになってくるように、どのような理念であっても材料に適合しているということは、本来的に備わった性質である。われわれはこのことを、われわれはこのような呼び方の——素材に向けて規定されるがゆえに、素材を通して規定されるという——二重の意味を意識的にわがものにするというようにして、このような関係を理念の素材被規定性と呼ぶ。そしてわれわれは理念を、それがあらゆる素材被規定性の前に、そしてそれには依存せずに思考する限りで、理念の純粹形式と名づける。

われわれが考えているこの関係がひとつの経験的因果関係であると誤解されてはならない。このような関係は二つの事実の間でしか成り立ち得ない。しかしわれわれは理念のもとに事実として価値表象というものではなく、超現実的な価値それ自体を理解する。環境、歴史、性格による人間の価値諸表象への影響がここで問題になっているのではなく、ここで問題として提起される関連づけが演じられるのは社会学的な、歴史的な、心理学的な世界のなかでではなく、むしろ論理的な領域においてである。しかしそれはさらにひとつの形式論理的な関係を、たとえば、帰結として理念を根拠づけるために、形式と素材とが互いに入り混じっているような包摂関係を表わしているのではない。それというのも形式と素材とは、それらをもって形式論理的に操作することができるといった出来上がった思想ではなく、むしろ理念は素材被規定性なしにはそもそも考えることができないからである。その素材による理念の規定にとっての体系的な場所は、それゆえに思考諸対象それ自体の構造をもって把握されるあの論理学、すなわち先驗的論理学である。

ところでしかし、先驗的論理学にとっては、それが思考諸対象を確かに分析することはできるが、しかし産出することができないということが特有のものである。それは、ある因果的判断において因果性の形式がある具体的な現象系列との素材とが互いに結びついていたということを事後的に証明することはできるが、しかし自ら因果形式と所与性とをひとつの因果判断へと組み合すことは決してできないのである。ある因果判断が下されるときに、[343] 因果形式がそれを通して特定の所与に向けて引き

寄せられると感じられる吸引力、因果形式がその素材に向けて整えられるということは、どこまでも秘密に満ちたままであり、【453】またどのような仕方で理念において形式がこのような素材に向けられているのかということも、秘密に満ちたままである。与えられた理念が純粹形式のその素材による触発というものを通して成り立っているのであって、形式的な要素を素材なしに表現し、その素材による規定を実験的にもくろみ、その程度を確実に算定することができないことを確認することに自らを制限されなければならないのである。理念の形式的な要素はつねに素材的な要素とのその関連においてのみ考えられ得るのであり、それだから理念の先験論理的な批判は現実の次元においてでは確かになく、しかしまた純然たる超現実的な領域において演じられるのでもなく、それはむしろ形式と素材との間の絶え間のない行きつ戻りつ(Hin und Herr)というものに比せられなければならないのである。これを現実的なものの理念化としてともに、その素材的な基体を顧慮した価値理念の規定として叙述することができる——厳格な方法二元論のドグマをいくらかは和らげるに適しているひとつの洞察である。

理念の素材被規定性は、これを法理念に即せばとくに啓発的に具象化することができる。自然法論を一方とし、歴史主義および史的唯物論を他方とする両者の争いは、法理念の素材被規定性の程度についてのひとつの争いだとすれば、最もうまく把握され得る。

自然法論は、理念に対する素材の抵抗力を零と同置することができると思う。法の素材は自然法論から完全に消し去られるのである。それは法理念の素材としてある一定の歴史的状况ではなく、自然状態を見るのであり、この自然状態をひとつの社会学的な関係としてではなく、個々人の非社会的なひとつの並存として、彼らの間では現存しているどのような社会学的な拘束を通しても妨げられず、共同社会的な諸関連を何よりも先ずもたらずことはどこまでも法理念に留保されているのである。そして自然法論がどのような歴史的还是社会的な素材の抵抗を知らないがゆえに、それは、全く空虚であり、それゆえに全く普遍的な純粹形式にではなく、その素材による具体的な要素に発することができる法理念の可変性を否認するのであり、それはひとつの永遠な、すべてにわたって等しい法の理想を主張するのである。

どのようにして自然法論に対して、それによって否認された素材の抵抗が報復を加えてきたのかは、どのようにしてそれが無時間的な理性という法理念の見せかけのもとで、実際のところは迫りつつある個人主義的な [344] 時代の、上昇しつつある第三階級の法理念が弁護されたのかは、しばしば描出されている。そしてこのようにして自然法論は、それとの厳格な諸対立のなかで法理念の形式的な要素を零と同置し、法理念を【454】を単に——いまや国民精神もしくは精神と呼ばれる——法素材の現

象形式として把握した歴史主義によって、そして後には史的唯物論によって解消され、これに対して自然法論は自己法則的な運動に無抵抗に従うのではなく、徹底的に時間と国民性を通して条件づけられるのである。しかしフリードリッヒ・エンゲルスにおいてさえ思いがけずも、差し当たりは「見かけ」のうえのみ相対立している利害のうえに、社会のうえに立っているものとして描かれる法と国家も「ある種の自立性を保ち」、「社会から多かれ少なかれ疎外してゆく」←ことがあり得るという告白が忍び込んでいる。このようにして法理念の法素材との関係にとつては、相対的な依存性における相対的な独自性という像が生じてくる。もちろんわれわれがここで本来的に置かれているのは、先験論理学上の問題の基盤のうえにではなく、問題となっているのが超現実的な法理念の純粹形式のその素材的な要素との関係ではなく、現実的に支配的な法観と法秩序のその時代の社会的現実性との歴史的な関係である。しかし、すでに以前の論述のなかで、この先験論理的な程度関係を、証明力をもって確定することができないということが明らかになっていた。その時代の法的な歴史的諸現実の社会的なそれらとの経験的な諸関係に則してのみ、それを具象化することができるのである。

法形式と社会状態との間の変化する緊張度を指摘し、社会状態が法形式のなかで表現される変化する程度を指し示すことは、法の歴史哲学の最も主たる課題のひとつである<sup>1)</sup>。それが時代と啓蒙時代に表現されるように、個人主義的な時代の歴史哲学は、法の形式と素材との間のきわめて高い緊張度を確認しなければならないであろう。伝統的な私法は等しい者の間の権利というものを意識的に問わず、たとえば企業家と労働者との合い対立する類型については何も知らない。それは、組織化というものがある背後に置かれていない場合には、法的現実において社会的に依存している者に向けてその反対物に転化する、契約の自由というものから出発する。【455】それは、その背後に置かれている、本当に契約を締結する団体の諸力については何も漏らさない個人契約しか知っていないのである。同様に民主政の公法は、それが各人に一票を、そしてただ一票を保障するというようにして平等を、それが最も個人的な決断の帰結としての票を、多数派と少数派をたまたま等しい個人々の事後的に引き出された総計と

(1) どの程度まで法素材が法形式のなかに表現されるのかという問いは、どの程度まで法素材が法形式に働きかけるのかという、もうひとつの問いから区別されなければならないであろう。前者の意義連関と後者の因果連関とは決して合致しないのである。個人主義的な法観は、本文で示されているように、その時代の社会状態を甚だしい路線の移行をもってのみ表現しているのであるが、しかし勃興しつつある市民階級の諸欲求を通して、それゆえに法素材を通して徹底的に規定される。われわれの考察にとつては、結局のところ法理念が、ひとつの純粹の意義が妥当するのであるが、しかしあの意義連関しか問題となってくることはない。

してしまひなさいというようにして自由を、それが国民代表に縮小されてはいるが、しかし国民全体の忠実な映像を、憲法に適合した多数意志を摩擦なく、そして余すところなく実現する官僚制をひとつの装置と見るといふようにして代議可能性を擬制的に前提としているのである。これに対して民主政社会の社会学的な考察は、所有の、教育の、素質の、指導者と被指導者の不平等を、自由な個人的決断からではなく、きわめて多様な集団的暗示の影響のもとで選択し、調子を合わせる団体人を、自由な個人々の決断の事後的な集計ではなく、個人的な賛成票をはじめから決定している社会学的な諸力を化体している多数派を、決して国民全体の映像ではなく、きわめて強力な社会学的特別運動を伴う社会学的な特別映像である諸々の国民代表を、そして決して議会の多数派の掌中にあるのではなく、むしろ重要な自己意志である官僚制を示している。

これに対して社会政策と経済民主政が意味しているのは、——そして職業階層的な全体体制<sup>(2)</sup>が意味しているであろうものは——法形式の法素材へのひとつの再接近である。もはや擬制的な自由で平等な個別的な存在者ではなく現実的に社会化されている人間がいまや法秩序の出発点になる。利益社会がもたらしたのであるが、しかし法が無視してきた多彩な諸々の集団化がいまやその圏内に登場する。名簿式比例代表選挙では政党という社会学的形象が法的な実在性を獲得する。職業裁判所と商人裁判所の設置に当たっては素人裁判官の階級所属性が法秩序によって考慮されているが、参審員と陪審員の選任の場合ではいまだ顧慮されていないのである。賃金法では、法学的考察の場合ではこれまで舞台裏に隠れており、そこではこれまで個人々の相手方としての役割しか演じていなかった巨大な経済団体が舞台の上に登場した。【456】経営協議法においては、これまでは同じ雇用者の互いにどのような法的団体とも結びついていない使用者のひとつの集まりにすぎなかった経営はひとつの組織された単一体になる。

ここから、自由主義的および民主主義的法理念に比較して社会的法理念の場合では素材被規定性のより強い程度というものを確認しなければならないであろう<sup>(3)</sup>。

われわれはこれまでの諸々の考察のなかで法の形式と素材を二つの未知なるものをもって計算した。いまや法理念の素材を、もしくは、同じに帰着することになるので

(2) これは憲法によってその大きな素材への接近にもかかわらず否認されるのは、ちょうど民主性その擬制的な性格にもかかわらずそれによって肯定されるのと同様である。法形式と法素材との間を離隔と接近による区別とは価値判断は結びついていないのである。

(3) とはいえ、この種の信頼できる確認を目的として法的な諸構成事実の社会的な諸事実関係との関係ばかりでなく、あの構成事実と結びついた法的諸効果の事情もまた検証されなければならないであろう。

あるが、法の素材をより厳密に規定されなければならない<sup>(4)</sup>。

法と法理念が適用を見出そうする基体とは何であるのか。それというのも法の適用が意味しているのは法的諸事例を法的諸命題に当てはめること〔包摂すること〕だからである。諸概念のもとに当てはめるといことはしかし、概念的に形態化された所与以外のものではあり得ない。それゆえに法学はその素材の概念的な前形態化を前提としているのであり、自然科学のように概念的な原産ではなく、二つの等級のものの概念的加工である。

自然法論は、自然主義的な諸概念を介して前形成された所与から出発する。それは法によってはじめて作り出されたのではないような、どのような社会も知らない。それは、前法的な社会については、単に自然主義的な諸カテゴリーによって装備された眼をもってしかそれを、すなわち結びつけられていない個々人の核化された総計を見ることができない。しかし実定法学においてもひとつの素朴な自然主義が、たとえば行為概念が刑法の隅柱と【457】とみなされ、行為は、外界へのある種の変更を呼び起こす有意的な身体運動として規定される場合に、素朴な自然主義がひとつの役割を演じる。行為の自然主義的な概念は、構成要件該当性、違法性および帰責可能性といった他の犯罪諸要素の担い手として役立てるのには全く適していないのである。ある犯罪の構成要件、その違法性を根拠づける諸事実およびこれとともに故意の表象内容、特定の種類の身体運動と外界の変動であるにすぎない過失を、侮辱というものをたとえば咽喉運動、音波の刺戟、聴覚の反応および大脳の成り行きを表現することを試みてみよ——最も本質的なこと、すなわち侮辱の言語的な意味と社会的な意義が構成された概念の全く外にとどまり続けるのである！ 侮辱すること、ほかならぬ虐待をすること、猥褻行為をされること、文書を偽造することを、またどのような構成要件が選ばれようとも、特定の種類の自然主義的に考えられた行為として把握することはできないのであり、それらをむしろはじめから社会生活のひとつの出来事としてのみ把握することができるのである。刑法の原素材は社会的な諸概念を媒介として前形成された諸所与である。

さらに言えば、たとえばある売買の締結のためには、契約の当事者が特定の種類の音波の一点に収斂する二つの系列の出遣いまたは特定の種類のインクの線を備えた二

(4) 法理念の純粹形式をこの関連のなかで規定することは求められない。けれどもそれは、それ自身が素材的要素を免れていないからには、概念規定というものが可能であろう。法理念の純粹形式とはすなわち、素材である法によって規定される理念そのものとして表わされる。理念そのものの純粹形式を、もはやそれによって理念がまさに理念である特性としてしか規定することができない。(意義の細分化についてのラスク (Lask) の理論←は、このこととともに全論述に影響をおよぼした。)[347]

つの文書の交換が意識されていたということでは十分でなく、彼らは——法的な意味において売買をなしている法的諸命題の総体ではなくとも、しかし通常の生活のなかで売買と呼ばれる事実関係を彼らの意思のなかに取り込まれていたのではなければならないのである。またしても自然主義的に考えられた経過ではなく、社会的な諸概念を媒介して前形成された所与が契約意志の内容を、契約法の原素材をなしているのである。

ここからは結論的に、法の素材は社会的な諸概念<sup>(5)</sup>を媒介として前形成された所与であると言うことができるのである。

このような社会的諸概念は前法的な類のものであるが、しかしそれらは法的な諸概念に相応している、よりうまくは、それらに法的諸概念が相応しているのであり、これらを含み込み、法的な取り扱いへと導くことができるために、社会的な事実関係に、力量相応に適合させられるいわば法秩序の概念的鋏道具である。これこそまさに、それらから法律上の諸構成要件が【458】構築されている諸概念である<sup>(6)</sup>。法を適用する場合には社会的な諸概念を介して前形成された所与が後形成された構成要件上の諸概念に包摂される。このようにして所為に応答し、法的な問いに応答する場合に一致した諸概念が現われるのであり、このような諸概念を事実の認定として用いるのか、それとも法的評価として用いるのかは随意の事柄に属することになり、このような対置のうえに根拠づけられた援用と修正との区別は、陪審裁判手続きにおいて周知のように事実の問題と法の問題との区別であることの実を明らかにしているように、その結果として責任問題と刑罰問題との間の区別に席を譲らなければならなかったのと同様に貫徹できないことの実を明らかにしている。

当てはめ〔包摂〕の錯誤の本質もまた、このような関連のなかで明らかになる。刑法学はしばしば当てはめの錯誤を法律の錯誤に算入する。実際のところでは、なおざりにされるのは——それが現に存在していることを行為者がむしろそもそも知っていたことをではなく、法律もまたそれらに従っている諸概念を知っていたことを必要としている法律の構成要件の諸概念といったものではなく——法律上の構成要件の諸概念が相応している、まさにあの社会的な諸概念の事実である。当てはめの錯誤は、か

(5) 社会的な諸概念を私は社会科学の諸概念と呼ぶのであるが、これには社会科学の領域には前科学的な諸概念が属しているのである。

(6) 私は他の箇所でも、法的諸命題を任意に使用する内実（諸々の権利、義務、法的な関係）を概念的にわがものとするために法学がはじめて作り出す「狭い意味における法的諸概念」に対して「法的に重要な諸概念」として対置したのであるが、その理由は、それらが法学によってはじめて作り出されるのではなく、社会科学もしくは前科学から（「実用性」という関心のもとで必要とされる法技術上の諸々の修正をもって）受け継がれるということにある。

くして法律の錯誤ではなく、事実の錯誤に寄せ集められなければならないのである。

とりわけしかし、上述のことから獲得された洞察は「事物の本性」という標語を解明する。法の素材から法的諸判定を根拠づけるということは、法素材が社会的諸概念によって前形成されたひとつの所与を表わしているがゆえにのみ、たとえば売買に関する法的諸命題の素材が社会生活の事実としての売買であるがゆえにのみ可能である。事物の本性に従って判定するということが意味しているのは、このような社会的生活事実をわがものとし、(現象学的に)突き詰めて考え抜くということである。もちろんひとはある法的判定を法的な類のある社会的事実からのみ導き出すことができる。実際のところたとえば売買、質貸借、婚姻は、それらが法の素材を形成しているように、法的な諸事実であり——そのようにしてわれわれは、法の素材には法それ自体も属している！という背理に到達しているように見えるのである。【459】

実際のところでは、このような循環はここには現存していないのである。それというのも、それが社会生活の関連のなかに解き難くもつれ込んでいるような法は、そして諸法律の内容をなしている法は、法的現実と法秩序は、権力としての法と(アドルフ・メルケル (*Ad. Merkel*)) ←とともに語るならば) 教説としての法は、前者は他の社会的諸事実のもとでのひとつの世界であり、後者は非現実的な諸々の意義のもうひとつの世界であるというように、十分に明瞭に区別されなければならないのである。十分な意味をもって法的現実を法の素材と法理念に算入し、法理念の素材被規定性を問う問題を、どの程度まで既存の法が、獲得された諸権利が、与えられた法的諸事実が法理念にとってともに規定的であるのかというようにも用いることができるのである。自然法が対立している諸側面の一方から、正統性原理がもう一方から極端な形で答えているような問題を、しかしゲートは(遍歴時代のなかで)、彼がそのつど獲得された国家形式を無視することもなく神聖視することもなく、むしろまさに与えられたものとして甘受し、理知に富んだ鋭さにおいて次のように解いている。彼は「どのような国家形式にそれが従っているにもせよ、市民社会をひとつの自然状態とみなす」←つまりであると。【350】 【460】

#### 【校訂者(アルトウール・カウフマン)による注解】

【453】 *Rechtswegriff und Rechtssjoff*, ARWP 17 (1923/24), 343-350; auch in: Kant-Festschrift für Internationalen Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 1924, S. 183-190; wieder abdruckt in: Die ontologischen Begründung des Rechts hrsg. von *Arthur Kaufmann*, 1965, S.

5 ff. [in: GRGB Bd. 2, Rechtsphilosophie II, bearb. von Arthur Kaufmann, 1993. 初訳：野田良之訳『法における人間』ラートブルフ著作集第5巻（東京大学出版会、1962年）67頁以下]

- 【455】（疎外してゆく）：Friedrich Engels, Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats, 1884, 4. Aufl. 1892, in: Karl Marx, Friedrich Engels, Werke, hrsg. vom Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der EED, 21, Bd., 1962, S. 165 [エンゲルス（戸原四郎訳）『家族・私有財産・国家の起源』（岩波文庫）]「したがって、国家は、けっして外部から社会におしつけられた権力ではない。同様にそれは、ヘーゲルが主張するように、『人倫的理念の実現』、『理性の形態および実現』でもない。むしろそれは、一定の発展段階における社会の産物である。それは、この社会が、解決できない自己矛盾にまきこまれて、自分では取り除く力のない、融和しがたい対立物に分裂したことの告白である。しかし、これらの対立物が、すなわち抗争しあう経済的利害をもつ諸階級が、無益な闘争のうちに自分自身と社会とを消尽させないためには、外見上社会の上立ってこの抗争を和らげ、これを『秩序』の枠内に保つべき権力が必要となった。そして、社会から出てきながらも、社会の上に立ち、社会からますます疎外してゆくこの権力が、国家なのである。」

【457】（理論）：Emil Lask, Gesammelte Schriften, hrsg. von Eugen Ehrlich, 1. Bd. 1923, S. 275 ff.

【459】（個所）：Gustav Radbruch, Der Handlungsbegriff und seine Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik, 1903 参照。

【460】（メルケル）：Adolf Merkel, Juristische Enzyklopädie, 1885; 第1章第1節には「理論と力としての法」という表題が見られる。

—（みなす）：Johann Wolfgang Goethe, Wilhelm Meisters Wanderjahre oder die Entsagenden. 2. Buch 11. Kap. (Wilhelm in Natalien), in: Goethes Werke, (Weimarer Ausgabe), I. Abt., 26 Bd., (I. Abt.), 1895, S. 54. そこでは次のよう言われている。

「彼は市民社会を、どのような国家形式にそれが服していようと、その善と悪を有している、その通例の生活経過が、豊かな年と困窮した年とが交代しながら、偶然でなくもなしに、突然の激しい霰、洪水および火災に見舞われるような自然状態とみなした。善は掴み取られ、利用されなければならず、悪は回避されるか、または堪えられなければならない。他のどのような条件にも依存しない、普遍的な善き意志の普及よりも望ましいことは何もないと彼は思った。」

## 法における人間 ハイデルベルク就任講義 (1927年) ←

私が法における人間を話題としようとするとき、私のテーマは、法は人間をどのように評価するのか、または法は人間にどのように作用するのか、もしくは作用すべきであるのかといったことではなく、むしろ法は、それが作用を及ぼすことを意図している人間をどのように思い浮かべているのか、どのような種類の人間にねらいを定めているのかということであることが求められる。私のテーマは現実の人間ではなく、法の念頭に置かれている人間の像であり、それに向けて配列されているのである。

この像は法発展の様々な時期において移り変わってきた。法の歴史において「新時代を画している」もの、これこそ念頭に置かれている人間の像の変遷である。法が準拠している人間観ほどにある時代の様式にとって決定的であるのは何もない。この地球上をぶらついている現実的な個々人に合わせてではなく、むら気、気まぐれ、奇矯に合せて、【467】われわれが人類と呼んでいる風変わりな植物の全標本が裁断され得るのである。道は経験的一具体的な人間からある法秩序ではなく、何らかの法秩序の否認に導いているのである。マックス・スチルナー (*Max Stirner*) ←とともに「唯一者」←から出発する者であれば、彼は一貫するところとしてアナーキズムをもって終わることしかできない。法命題はその一般性において人間の一般類型に向けてしか整えられることができない——そして多様に異なる人間の諸特性は様々な法時代に法的な規範化にとって [5] 類型的な、本質的な、決定的な作用点として現われる。

人間のある一定の法秩序の見解は、その注意がこの法秩序が権利に向けて、それが法秩序に向けて形態化されているものに向けられるならば、明瞭に認識することができよう。法秩序は諸権利の主張というよりも諸義務の充足にあてがわれているということが出発点とされてよい——イェーリンク (*Jehring*) ←は、法秩序はその諸義務が充足されない場合ばかりでなく、その諸権利がもはや追求されない場合にも崩壊しないわけにはゆかないことを強烈に示した。法秩序に与えられる諸権利においてもそれによって与えられる諸義務においても、それゆえに相応の態度に向けられる法秩序の意志というものが表現されている。ところで法秩序はいつこのこのような法という形態をしたその意志に表現を与えるのか、義務という形態においてはいつか。法秩序は、それが同じ方向に向けられた人間の諸々の衝動を通してその意志の充足を考慮に入れることができると考えるところで諸権利を与えるであろうし、それがその願望に背馳する諸々の衝動に反対動機を投入しなければならないと信じるところで、それは

義務を課することになるであろう。それゆえに法秩序によって根拠づけられた諸々の権利と義務を通して法秩序は、それがどのような衝動が人間において与えられて効を奏していると想定しているのかを明瞭に認識させる。

中世——ドイツ法とその根底に置かれている人間像については、私は素人であり、さらに検討を必要としているという留保のもとでしか話題とすることができない。私にはこの法時代にとって特徴的であると思われるのは、義務の浸透した、義務によって支えられた諸権利の、義務に即した行使が期待されるなかで保障される諸権利が通例であった、ということである。この種の権利に危なげなく機能することが求められるならば、それらは習俗を通して、宗教を通して義務と共同体に結びつけられている人間を前提とする。実際のところ中世の経済および国家秩序は〔6〕人間についてのこのような見解に基づいて設えられていた。ツンフト秩序とは、ツンフトの名誉が質の高い作品の供給のための十分な要因になるであろうという信頼のもとでの独占の保障を意味していた——そしてこの信頼は実際のところ、〔468〕数世紀にわたって実証されたのである。レーン秩序とは、これに対してレーンに対する忠誠の精神においてこれを行使するという、ほとんど監督することも強制することもできない条件のもとにきわめて広範な権利が与えられたことを意味していた——が、この条件は結局のところ役に立たなかった。レーンの領主はラントの領主になり、ライヒは崩壊したのである。それが崩壊したのは、いよいよ不適切なものになった法における人間の構想によってである。

ルネッサンス、宗教改革、ローマ法継受は個人を共同体から解放した。それらは共同体から解放された、もはや義務によってではなく、利益によって支配された個人を法の出発点にもする。法におけるこの新しい人間の類型は、完全に利潤追求と打算に終始する商人を模範として形態化されている（「商売に感情は属していない」）。商人の要求がローマ法継受の、そしてこれとともに法の新しい人間類型への転換の本質的な原因のひとつであったのであり、それ以来は、いくらかの誇張をもって、法は誰をも商人と同一視し、労働者さえ「労働」という商人の売り手であるとみなしたとすることができる。

利己主義の化身として捉えられた人間の法時代は、警察国家と啓蒙の二つに分かれる。警察国家はいまだ法に服する人々の知力を信頼せず、彼ら自身の誤謬に対しても彼らを保護し、彼ら自身の意志に反してまでも彼らを喜ばせることにねらいを定めた。警察国家は、(1966年のバーデン宮廷条例の言葉に従えば)その臣民の当然の後見人であり、彼らの意志に反してまでも、彼らがどのように家計を整えるべきかを教示しようとする。〔7〕しかし十分に正しく理解された利己主義が同じ方向を指し示している場合であっても、それゆえにしばしば諸権利ばかりでなく、諸義務が根拠づ

けられる。禁じられていないことは——命じられているのであり、端的に許されているものは何もない、というわけである。法秩序がその名宛人として念頭に置いている人間とは、確かにもつばらその利益によって自らを支配させるほどに十分に利己主義的ではあるが、しかしまだその利益を自分でも認識するほどには十分に分別を持ち合わせていない。

啓蒙と自然法がはじめて、すでにローマ法に発していたあの人間類型に向けて法秩序を整えた。それはきわめて利己的であるばかりでなく、その私利においてもきわめて惨憺な個人であり、それは単に十分によく理解したその利益を追求しているにすぎないのであって、そこでは社会学的なあらゆる拘束から免れており、法的な諸々の拘束に服するにしても、それが十分によく考えた個人的な利益をそれに結びつけたがゆえにそうしているにすぎないのである。そこには不滅の方法論的洞察と同時に、過渡的な、歴史的に条件づけられた見解が存在している。実際のところ突き詰めればいっさいの立法者はその法律を【469】、あたかも人間は、もし彼に対して法的制約が設けられていなかったのであれば、見境もなくその利益を追求するほどに利己的であるほどに、また彼がこの制約のどのような隙間をも直ちに見抜くであろうほどに惨憺であるかのように形態化しなければならず、その法律は（カント←とともに言えば）悪魔の国民にとってさえ、彼らが悟性を持ち合わせている限りで適合しなければならぬ——同じ意味においてすでにマキャヴェリが「人間を悪と前提しないのであれば、何人も共和国に憲法もしくは法律を与えることはできない」と述べており、またすでに古い法諺に「悪しき習俗が良き法律を作る」と謳われる。かくしてどの法律もきわめて利己的できわめて惨憺な人間の擬制的な構成に準拠し、自らを確かめなければならぬのである。しかしあの法時代にとってはこのような人間像は擬制的な構成より以上のもの、つまりはひとつの経験的な平均類型であった。すなわち古典的な国民経済学に劣らず同時代の〔8〕自然法論もまた、人間はその多数において経済人（homo oeconomicus）の像に合致していると信じているのである。明るくて生気に満ちた時代にとっては、人間をその多数において利己的で分別を有して、活動的ではなく、善意であっても愚鈍で屈託がないと見ることは、とても気に入るところではなかったのである。

われわれが驚かずにはいられないほどの一貫性をもって全法秩序を新しい人間像のうえに設えることをこの時代に可能にさせたもの、それこそ人間についてのその見解が現実のものであるというこの素朴な信念に他ならない。中世・家父長的な法の形態化の残滓は消滅した。義務に即した行使という欺瞞的な条件のもとに与えられたあの権利のすべてが特別な権利と特別な義務にきれいさっぱりと分解された。自己のためのものであってもそれとは気づかれていない利益において義務づけられている者の警

察法上の諸々の義務づけも取り除かれる。すでに利己が同一の方向において効を奏しているところでは、そのうえになお義務が課せられるのではなく、むしろ権利だけが保障される。恩典は強制されない (beneficia non obtrudentur)。欲していない者はすでに有している、人間の意志こそ天国である、というわけである。そこでは、利益とそれを実現する手段を、法的手段をも認識しかつ実行に移す伶俐さと活動性が前提とされる。法の不知は害す (ignorantia juris nocet)。法は目覚めたる者のために書かれたり (jus vigilantibus scriptum) —— 法は寝坊助を決して顧慮しない！ 十分によく理解された利益を妨げかねない拘束のすべて、法それ自体によって設けられたそれを除いて、社会的および経済的な拘束のすべては無視され、法律上の可能性は事実上の可能性と同視され、たとえば形式的・法的な契約の自由は現実的な契約の自由とみなされるのである。全員が利己的で分別があり、活動的で自由であると考えられた人間は、まさにその理由からも互いに平等であると考えられる。契約の相手方たちは互いに鏡のなかにおけるその映像のように等しく、法生活においてきわめて多様な役割において、何千回となく【470】繰り返されて [9]、青ざめた幽霊のような分身においてつねに等しい人間が互いに対峙するのである。

ごく最近に至るまでのわれわれの全法思想は、われわれが自覚し、真に望んでいた以上にこのような人間観によって支配されていた。それは先ず私法に始まったのであるが、次いでしかし、とくに一貫して民事訴訟にも強い影響を残している。すなわち弁論主義が意味しているのは、訴訟は、あたかも対等の力のある二人の棋士が、十分によく理解された利益によって支配されている、裁判官による支援を必要としていない二人の老練な敵対者が対等の力において相対峙しているかのように形態化されなければならない、ということである。刑法は、フォイエルバッハを通してこれと同じ見解の支配のもとに置かれた。彼の心理強制説<sup>4</sup>は、純利己的かつ悟性に従っていっさいの衝動や良心の負担もなく彼が企てた犯罪の快と不快の結果の計算を試みたうえで、十分によく理解された利益を追求するという人間を前提としている。最後に公法もまた、社会契約説において自由かつ平等な人間の十分によく理解された個人的利益によって根拠づけられ、支えられるものとして把握される。これを背景にしたたとえば選挙権の行使は個人的な利益の純粹に私的な表明として、ある選挙で多数であるか少数であるかは、事後的に集められた偶然に帰する等しい利益表明の総計として現われる。しかし個別的な投票の社会的背景は、政党とか階級は、法の視野の外にとどまり続ける。ルソーは政党の形成に、それが個人的利益の表明を誤らせるという理由から反対していたとすれば、それほど遠くない過去の国法と国法学は、それにもかかわらず強力に発展した政党を、少なくとも無視していた。政党は法的な権威のない純社会的形象として現われ、法にとっては個々の選挙民が存在しているにすぎなかったの

である。このようにして法はその [10] すべての領域において個人主義的および主知主義的な人間類型に準拠していたのであり、法秩序のある片隅においてのみ、すなわち家族法において義務によって担われ、義務によって浸透された諸権利という古い家父長的な思想がまだその限られた露命を繋いでいたにすぎない。自分の妻と自分の子供に対しては夫と父に依然として義務に従った行使という期待のもとに諸権利をゆだねてよいと信じられたのである。しかし家族法においてもまた、ますます夫権と親権の義務に従った行使のための法的保障が組み込まれるようになった——少年審判法、少年福祉法を考えてみよ。ここでも、義務によって浸透された諸権利の利己的な諸権利と利他的な諸義務への分解が準備されていたのである。【471】

しかしながらこの間、自由主義的な法時代の、誤ってそう考えられた経験的な平均類型がどれほど虚構のものであるかが、ますます白日のもとにさらされている。確かに人間は必ずしもつねにその利益を認識するか、もしくは認識したその利益をつねに追求するとは限らず、また彼は必ずしもつねにその利益を通してのみそもそも動機づけられているとも限らない——そして未熟さ、窮迫状態、軽率といった事例のすべてにおいて、伶俐な、自由かつ打算的な人間に合わせて裁断された法というものは、それとは性質を異にする者を破滅の淵に陥れずにはおこなったのである。暴利取締法をもって法に服する人々のための法的保護が彼らに対しても新たに設けられる。労働者保護法における契約上の諸々の制約のなかにも、それは継続される。民事訴訟では、——差し当たりオーストリア民事訴訟（1895年）において——当事者の自由なチームワークのなかにまさにこれらの当事者の利益において裁判官が補助的かつ指導的に介入しており、弁論主義はますます打ち碎かれる。刑法ではフォイエルバッハ←の威嚇物理学が難破の憂き目を被っている。犯罪者はその態度のもたらす諸々の利害得失を互いに冷静に衡量し、彼にとって最も有利な道を選び取ることができる状態にあることからにはるかにかけ離れていること、むしろ彼はいよいよもって改善されなければならないこと、言い換えれば、彼に固有の利益を理解し、彼に固有の十分によく理解された利益を追求しさえすることへと向けても高められなければならないことが指摘される。そしてこの改善思想は（これもまた新しい人間についての生成しつつある像にとって本質的であることの実が明らかになっている）行為者の単調な類型の背後にきわめて多様な心理学上の類型を、機会犯人と常習犯人、改善可能者と改善不能者を法的にも重要なものとして登場させる。新しい刑法理論は、それがこれまでは一連の社会学的にすぎなかった諸事実を法的に重要なものにまで高めているという理由で、正当にも社会学的刑法理論と呼ばれてよい。

人間についての新しい像は、自由主義時代の抽象的な自由、利己および伶俐図式と比較して、権利主体の知的、経済的、社会的勢力状態もそこでともに考えられるよう

な、はるかに生活に接近した類型である。法における人間はそれ以来、もはやロビンソンやアダムではなく、もはや孤立した個人ではなく、社会における人間、集団人である。法的な人間タイプの社会的現実へのこのような接近とともに、しかしながら同時に権利主体は社会的な、しかしいまや法的にも重要である多数の類型に分裂する。これらすべてが、社会的な時代にとっては、【472】自由主義時代にとって商法がそうであったのと同じ意味において指標的である労働法において特別に具象的なものにさせる。

私法、「市民」法が知っているのは、両方から自由な決定に基づいて互いに契約を締結する等しい権利主体だけであって、企業主に対しては劣勢に置かれている労働者ではない。それは、[12] 個々の労働者の企業主に対する劣勢を調整しようとする労働者階級の連帯性についても何も知らず、その労働協約をもって労働契約の本来の契約締結者である大職能団体についても何も知らないのであって、それが見ているのはもっぱら個々の締結者と個々の労働契約のみである。結局のところそれは、企業の団体的一体性については何も知らないのである。すなわち市民法が見ることができるのは、同じ雇用者の決して法的団体を通して結ばれていない被用者たちとの労働契約の多様性だけであるが、しかしひとつの完結した社会学上の単位としての企業の事業者団体ではない。それはまさに木を見て森を見ていないのである。しかしより大きく生活に接近していること、このことがまさに労働法の本質である。それは、抽象的な市民法のように個々の人格をだけでなく、企業主、労働者、社員を、個々人をだけでなく、諸々の団体と企業を、自由な諸契約をだけでなく、見かけのうえだけで自由なこのような契約の背後を形成している重要な経済上の権力闘争をも見ている。それが見ているのは、その団体の、その企業の、そして結局のところ、それらから生じてくる諸動機のすべて、われわれが連帯と呼んでいる共同意識の、もしくは少なくともあの拡大された利己主義の動機を伴っている全経済と社会の成員としての個々人である。

すでにして公法もまた、人間についてのこの新しい見解に捉われる。われわれは、民主政の概念を根本的に考え直す真っ只中にいる。孤立した個人のうえに調整された民主政の思想が集団人の概念から考え直されるのである。すでに民主政がわれわれにとって意味しているのはもはや「人間の顔付きをしている者のすべて平等」ではなく、そのほとんど反対のもの、つまりは「指導者選出」の最善の方法である。それがわれわれにとって——これと関連して——意味しているのは、個々人の集計というものはもはやなく、社会的な諸々の集団、階級、政党といった、はるかに錯綜した社会学上の全体である。このことは民主政の社会学のおよび政治的概念にだけでなく、民主政の法的概念にも当てはまる。すなわち、比例選挙法という形においてあの諸々の集団が法的重要性にまで高められるのである。つい最近まではいまだ舞台裏にあった政

党は、いまや国家の重要な機関として国法と国法学の舞台のうえに登場しているのである。【473】

集団人としての法における人間を考えるということは、しかしながら一片の集団的エトスというものをそのなかでともに考えることを意味している。法の新しい倫理化というもの、義務内実をもって法を新たに充足することが行なわれるのである。「所有権は義務づける」、「選挙権は選挙義務である」と言われ、すでにイエーリングは印象深く権利のための闘争を倫理上の義務にまで高めたのである。法のこのような義務浸透性ととともに社会法の時代は家父長法の時代の思想を新たに取り入れる。すなわちわれわれにとってはどの権利も全体からのひとつの単なる貸与として現われるのである。しかしこの義務浸透性は社会法時代にとっては、家父長時代とは異なって同時にひとつの義務被拘束性でもある。すでに戦争経済はわれわれをしてどの権利も、個々人に義務に合った行使という期待のもとに当分の間ゆだねられるような暫定的な権利と見ることに慣れさせている。立法者はつねに、その諸権利を義務に従って行使しない諸集団からこのように濫用された諸権利を剥奪する用意を整えている。すべての権利がわれわれにとっては、撤回可能な権利になっているのである。

ところでしかし、法秩序の客体としての人間についての様々な見解についての以上のような概観をもってしては、われわれのテーマはいまだ尽くされていない。もちろんいっそう大まかな様相においてであるが、法はその主体としての、その創造者としての人間をどのように思い浮かべているのか——いやむしろ、法はそもそも人間である立法者をその原 [14] 因者であると考えているのかをスケッチふうに描き出すことが必要なのである。それというのも、立法者としての人間は決して自明のことではなく、むしろ歴史における後の一成果だからである。

ゲルマンの太古にとっては法、習俗、倫理、宗教はひとつのものであって、法は同時に祖先の叡智、民族の良心の声、神々の意志であり、それゆえに人間による立法から免れていた。諸々の法律書、古判例集において法の継続形成が行なわれたが、そこでは新しいものであっても古いものとして与えられた。いまだザクセンシュピーゲルの序文には次のように謳われている。「この法は私自身によって案出されたのではない。それは古くにわれわれの良き祖先がわれわれにもたらしたものである。」←

最初の立法者は、それゆえに穢れた手をもって神々の体験を侵す人間として現れないわけにはゆかなかった。ドイツにおいては人間による立法への道はことに遅く、それも緩慢に踏破されている。ひとつの決定的な転機を意味しているのが、メロヴィング朝とカロリング朝の諸法律である。直接に民衆のために法を創るということは、王にはいまだにできなかったのであるが、しかしその官吏に彼が命令するということではできた。制定法は官吏法でしかなかったのであり、またこの官吏法は国王裁判所を

義務づけたにすぎず、民衆と民衆裁判所は引き続いて伝統的な民衆法に従って生きていた。なお長きにわたって官吏法と民衆法との間で支配を求める闘争が続くのであるが、【474】それも「法と国家との永遠の争い」のつねに回帰する現象諸形態のひとつとしてである。

いまやわれわれはもうひと飛びして近代にまで踏み出すことにしよう！ いまだ近代の深部に至るまでも法学と法実務は単に法律ではなく、それを補強するために他の多様な諸々の権威を、聖書や古代の古典に拠り所を求めるのをつねとしていた。これとともにそれらは、それらが国家の法律の、今日では無条件に義務づけている力をいまだ知らないことを表現している。われわれは実に、すでにそれが国家権力によって命令されているという理由からではなく、その内容の正当性という尺度に従ってのみ実定法に効力を承認する自然法の時代にあるのである。ホッブスはいまだこのような法観に対して、「法は助言するのではなく、命令するのである (that law is not counsel, but command)」←ことを、繰り返し強調しないわけにはゆかなかった。

ローマ法の、ドイツ帝国においては先駆者とみなされていたローマ皇帝の成文法の継受が法律としての国家意志の妥当を切り開いていたのであるが、しかしそれをはじめて貫徹したのは絶対的国家であった。官僚国家においてはじめて官吏法が勝利したのである。啓蒙ははじめて民族精神の衝動的意欲を国家的立法者の目的意欲によって置き換えるのである。言語はここでもまた、意識の遂行された転換にとつての最善の証しである。ほとんど一挙にして現代の法律用語が立ち現われるのである。その法定立の権力を意識するようになった国家権力の言語、定言的な命令の驚くほどに一貫した言語、それは自らをますます鋭く説き伏せること、説得すること、教示することに対して限界づける。ついに絶対的支配者という形態において人間が立法者として歴史の検舞台に登場するのである。

絶対的国家から立憲的国家への展開が意味しているのは、国家意志のなかに国民意志が取り入れられること、法が改めて非人格化され、共同体化されるということである。今日では立法はすでもはやもっぱら国民代表にだけでなく、全国民の基いている。専門家と利害関係人たちはますます広い範囲にわたって部分的には非公式に、部分的には——ライヒ経済審議会におけるように——憲法に即した諸形式においてその準備作業のために招致される。法律は新しい類の民族法というものになっているのである——もはや未組織の [16] 民衆の衝動的意欲ではなく、徹底的に組織化された国民意志の目的意欲という意味において。

かくして歴史の歩みは無意識的な共同意志から意識的な個人意志を経て立法者としての意識的な共同意志へと進んでいるのであり、そのようにして法の主体としての人間についての、そして客体としての人間についてのわれわれの考察の厳密な相応化と

いうものが生ずるのである。【475】すべての法は先ず主観的な意味においても客観的な意味においても共同体法、共同体人にとっての共同体意識の法であり、次いでこの二重の意味において個人法、無関係と考えられた個人にとっての個人的立法者の法であり、最後に再び二重の概念において共同体法であるが、しかしもはや家父長的な共同体の法ではなく、組織化された共同体の法である。

これとともにわれわれは再び、法の客体としての人間に立ち戻っているのである。これについてなされた諸々の考察は決して先例のないものではない。もうひとつの形式において歴史上の諸々の透き通ったヴェールのもとでそれらは以前からなされるのをつねとしている。すなわち自然状態についての諸理論において。自然状態のもとに理解されるのは、根本的に言えば法がそれを前もって見出し、それを出発点にしている、人間の本源的精神状態以外の何ものでもない。諸々の法時代は交互に、「社会的本能 (appetitus societatis)」（グロチウス←）と「人は人に対して狼である (homo homini lupus)」←（ホッブス）という標語によって特徴づけられているこの精神状態の二つの対立する見解に耽っている。ゲオルク・イエリネク (Georg Jellinek) は、あれほどに才気に満ちても素材に富んでもいるある講演のなかで、古い諸々の国家論がどのようにしてそれぞれの出発点に置いた人間類型を、人類の始祖の歴史的な諸々の像のもとに考えるのをつねとしていたのかを示した。古いアダムはその歴史的な現象および見解諸形式において転変する——これが法における人間である。

ともあれ、私が挙げた名とともに [17] 思い出は誉れ高いわが大学の最も誉れ高い諸時期のひとつを、ゲオルク・イエリネク←の、ウィルヘルム・ヴィンデルバンド (Wilhelm Windelband) の、エミール・ラスク (Emil Lask) の、エルンスト・トレルチ (Ernst Trötsch) の、エーベルハルト・ゴータイン (Eberhard Gothein) の、そしてマックス・ヴェーバー (Max Weber) のハイデルベルクを呼び起こす。このハイデルベルクに私は私の精神的成型を負っているのであり、私の精神の古い郷里に再び立ち入ることが私にいまや許されているとすれば、これらの偉大な巨匠たちへの信奉よりも優れたたのような誓いの言葉をも、私は知らない。しかしまれに見る摂理が、二人の偉大な人物がハイデルベルクに確かにその働きの場所をではないが、しかし彼らの最後の安らぎの場所を見出すことを望んだ。私にとって私の生涯の仕事の二つの領域でより狭い意味において恩師であり、師父であり、慈父のような友人であったのは二人の男子、すなわちフランツ・フォン・リスト (Franz von Liszt) とフリードリッヒ・エーベルト (Friedrich Ebert) である。私にとってこのような厳かな時間に決して消えることのない崇敬と感謝の念において彼ら二人の名前を挙げることを許されたい。彼らの面影を偲びつつ私はこの新しい耕地で手を犁に置くことにしたい。

日々の仕事をわが手により為せ、  
それを遂ぐること、そは高き幸せ  
(Schaff, das Tagwerk meinr Hände,  
Hohes Glück, daß ich vollende!) ← [476]

- [467] *Gustav Radbruch*, *Der Mensch im Recht*, in: *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, 1927, S. 5 ff. [in: GRGA Bd. 2, *Rechtsphilosophie II*, bearb. von Arthur Kaufmann, 1993, S. 467-476. 桑田三郎・常盤忠充訳「法における人間」『法における人間』(東京大学出版会、1962年) 3-26]
- [468] (スチルナー) : *Max Stirner*; 1806年にパイロイトに生まれ、1956年にベルリンに死す。その実名はヨハン・カスパー・シュミット (*Johann Kasper Schmidt*) である。哲学者、教師、ジャーナリスト。ヘーゲルとフォイエルバッハから出発しつつ彼は極端な個人主義(独在論)を提唱した。彼は „Der Einzige und sein Eigentum“, 1. Aufl. 1845, 3. Aufl. 1901を書いた。
- ([唯一者]) : *Max Stirner*; *Der Einzige und sein Eigentum*, 1. Aufl. 1845, 3. Aufl. 1901. [ステイルネル (草間平作訳) 『唯一者とその所有』上下 (岩波文庫)]
- (イエーリング) : *Rudolf von Jhering*, *Das Kampf ums Recht*, 3. Aufl. 1873. [イエーリング (村上淳一訳) 『権利のための闘争』(岩波文庫)]
- [470] (カント) : *Immanuel Kant*, *Zum ewigen Frieden*, 1795 (第2章第1補節: 永遠の平和の保証について), in: *Kant's gesammelte Schriften*, hrsg. von der *Königlich preußischen Akademie der Wissenschaften*, 8. Bd., 1912, S. 366. [カント (遠山義孝訳) 『永遠の平和のために』カント全集14 (岩波書店、2000年) 286頁]
- 「国家樹立の問題は、どんなにそれが困難に聞こえようとも、悪魔たちからなる民族にとつてすら(悪魔が悟性をもってさえいれば) 解決可能な問題であつて、それは次のように言い表される。すなわち、『理性的な存在者の多くは、全体では自分たちを保持するために普遍的法則を要求するが、しかしそれぞれ個別にはひそかにその普遍的法則から逃れようとする傾向がある。そこで、そうした理性的存在者の集まりに、たとえ彼らが個人的な心情においては互いに対抗し合つていても、私情を互いに抑制し、公けの行動の場合では、そうした悪い心情をもたなかったのと同じ結果をもたらす秩序を与え、体制を組織することが問題なのである』と。」
- [471] (強制説) : *Johann Anselm von Feuerbach*, *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, 1847.
- [472] (フォイエルバッハ) : 上の「強制」を参照。
- [474] (である) : *Sachsenspiegel, Landrecht*, hrsg. von *Karl August Eckhardt*, 1933, S. 14.

この引用は次のように言う。

„Diz recht hân ich selbe nicht indâcht,  
iz habent von aldere an insich gebracht  
Unse gûten vorevaren.  
mach ich ouch, ich wil bewaren,  
Daz mîn scatz under der erde  
mit mir nicht virwerde.  
Von gottis halben diu gnâde mîn”

sal alle der werlde gemeyne sîn.“

- 【746】(Command) : *Thomas Hobbes*, Of Commonwelth, Part II, Ch. 26., in: The English wrks of Thomas Hobbes of Malmesbury; now first collected and edited by Sir *William Molesworth*, 3. Bd. 1839 (2. Reprint 1966), S. 251: „And first it is manifest, That law om general, is not councel, but command: nor a command of any man to any man; but only of him, whose command is addressed to one formaly obliged to obey him”.
- 【476】(グロチウス) : *Hugo Grotius* (1583-1645), De iure belli ac pacis, 1625, in: Klassiker des Völkerrechts, hrsg. von *Walter Schätzel*, 1. Bd., 1950.
- (Lupus) : *Thomas Hobbes*, De cive. The Latin Version entiteled in the first edition *Elementarium philosophiae sectio tertia de cive* (Paris 1642), Oxford 1983, P. 73: “Perfecto utrumque vere dictum est, Homo homini Deus, et Homo homini lupus.” “lupus est homo homini” という言い回しはすでに *Plautus* (Komödien, 1987, S. 83) に見られる。
- (イエリネク) : *Georg Jellineck*, Adam in der Staatslehre. この講演は1987年にハイデルベルクで歴史哲学協会において行なわれた。In: *Ausgewählte Schriften und Reden von Georg Jellineck*, 2. Bd., 1911, S. 23 ff.
- (vollende) : *Johann Wolfgang Goethe*, Artemis-Gedenkausgabe der Werke Bd. I, 1948, S. 72. この引用は「希望」という詩のなかに見られる。