

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 (二・完)

上 田 健 二 (訳)

階級法と法理念 (1929年) ←

法は、歴史的な法として言語と同様に意図的でも闘争的でもなしに民族精神から流出するとか、それは不変的かつ超国家的に自然的な法として理性から生ずるということが教えられている。圧倒的に幸福を享有している者であれば、法の成り立ちをそのように考えましょう。主として法秩序の圧力を背負っている人々ならば、このような理論に美しい夢だけを見ることであろう。人々は民族精神のなかに沈んでしまった黄金時代という過去の夢を、自然法理論のなかに来るべき第三帝国という将来の夢を見るのである。しかし彼らは現在の法を思考から、感情から導き出すのではなく、感情を欠く非理性的な意欲から、利益から、意欲から導き出すであろう。現にイエーリング (*Ihering*) ←は法について考えた、法は彼にとって「力の政策」である、と。そしてカール・マルクス (*Karl Marx*) とフリードリッヒ・エンゲルス (*Friedrich Engels*) も法の成り立ちと本質をこのように把握する。法律諸関係は法形式に移し変えられた社会的な権力関係であり、法的に確認された支配階級の権力状態であり、それゆえに階級なき国家では、被抑圧者に対する権力とともに、われわれが今日法と呼んでいるものも消滅し、人間に対する統治もひとつの単なる「講事物の管理」←⁽¹⁾に取って代わられるであろう。[23]

経済史観はこれとともに二つのこと、すなわち、法は社会的な権力関係のひとつの単なる「上部構造」として仮象的な現存在 (*Scheindasein*) というものにはか導かないということ、およびこの仮象的な現存在もまた暫定的なものにすぎない、ということである。階級なき社会においては強制、刑罰、国家、法もまた消滅する、「死滅する」であろう。

(1) 法の唯物史観に対する *Rudolf Stammer*←の批判については、*Karl Kautsky*, „Die materialistische Geschichtsauffassung“, I 1927, S. 833 ff., の適切な詳論を参照せよ。

このようにほとんど無政府主義的に極端化された形態においてロシアの共産主義は法についての経済史観をわがものにした。「法」とは、とロシア刑法の公式の主文に言う、「支配階級の利益に相応していることから支配階級によって組織化された権力(国家)によって維持される社会的な諸関係のひとつの体系である」。←資本主義的な過去の法だけでなく、プロレタリアートの独裁の法もまた階級法である。ただ、一方は誠実な、「飾り気のない」階級法であり、他方は、これとは逆にまさにプロレタリアートのな予兆をもった階級法であるにすぎない。【477】階級法と階級司法に対して文句をつけるのは愚かなことである——苦情を申したれるべきは、階級法を作り、階級司法を実施する階級が自己の階級ではないということに対してである。問題となっているのはただ、階級なき社会においてある階級の支配とともに法の強制的支配もまた終結するまでの間に、資本主義的な階級支配にプロレタリアートの階級支配が取って代るだけのことである。かくして権利のための闘争ではなく、支配のための闘争——すなわち階級闘争である⁽²⁾。

もしそうであるとすれば、法律の前の平等を実現しなければならない裁判官 [24] 職と内的に結びつくことができないのであって、それというのも階級闘争が意味しているのは不正義だからであるという、そのミュンヘンでの演説のなかでのジモンス博士 (*Dr. Siemons*) の周知の発言は正しかったことになるであろう。これに対して社会主義者の側からは、階級闘争は一方の側に、すなわち階級闘争についての理論を提唱している側にはなく、むしろ階級司法の危険はまさに支配階級からの無意識的な、素朴な階級闘争者の側に置かれているということが主張されている。支配階級の階級闘争者はまさにその階級の諸々の長所を吟味抜きで正義の自明の前提であると考える傾向にあるのに対して、社会主義者の階級意識は自己の法観が階級的に条件づけられているという意識をもそれ自体のなかに含んでいるのであるから、それは、自己の法観が自己批判と自制なしに自明のこととして甘受することがないように警告するような警告板を意味している。

その場合ではもちろん、自己の階級の利益よりも別のものであり、またそれより多くのものであるような正義への義務と意志が前提とされる。ロシアの現実主義者たちはそのあらゆる現実主義にもかかわらず、一群の現実を無視している。すなわち生き生きとした労働運動の心理学的な諸々の現実であり、このような現実には「プロレタ

(2) *Stutschka*, „Das Problem des Klassenrechts und der Klassenjustiz“, 1922; *S. Heesen*, „Die Rechts- und Staatsphilosophie des bolschewistischen Kommunismus“, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, Bd. 19, 1925-26, S. 3 ff.; *Maurach*, „System des russ. Strafrechts“ (Qellen und Studien des Osteuropa-Instituts in Berlin) 1928, S. 7 ff.

(3) *Justiz*, Bd. II, 1927, S. 332における正規の文言は、書簡←転載されている。

リアートは法を信じる (das Proletariat glaubt an das Recht)「⁽⁴⁾ ← という、正義感情の強いパトスが属している。階級法、例外法規、階級司法に対する憤激の勃発は、他の階級法、例外法規、階級司法に向けられるだけではなく、階級司法、例外法規および階級司法一般を非難するような心情に由来するのであり、それが意味しているのは【478】、このような墮落はもはや許されてはならないというような法への信仰告白である。われわれ労働者階級の心に最も近い闘争歌が「法と真理を尊重する者よ、いざ!」という歌詞で始まるのも理由のないことではない。ロシアの [497] 共産主義者自身は、彼らの法律なき時代において彼らの裁判官にたとえばプロレタリアートの利益をではなく、「革命的な法意識」を指し示し、新しい経済政策とともに「革命的合法則性」もやってきたとき、この言葉を二重の意味を「容認する」立法がなされ、そこでは、これによって「全員にとって等しい程度において」「法律の確固とした基盤」が根拠づけられ、かくして法は支配的なプロレタリアートの単なる支配から広く解放されたことが力を込めて強調された。⁽⁵⁾

労働運動をこのように把握することは、しかしながら結局のところその理論家の真の立場にも相応している。すでにイエーリングは法のなかに力の政略を見ることを教えていたのであるが、それは裸の力ではなく、賢慮から法という衣を纏っていると、法は単に力にすぎないものとはいくらか別のものであり、法それ自体がひとつの現実、自らの側に権力をも有することを幸せと評価するような力である。現にマルクスもまた観念的なものを「人間の頭のなかに移し変えられ、翻訳された物質的なもの」←と呼んでいる。彼の見解によっても法的な諸関係は単なる経済上の諸関係ではなく、別の言葉に翻訳された、別の音調に移調された権力関係である。この音調とは、この言語とは何であるのか。そしてラサーユ (Lassalle) が憲法を確かに事実上の権力関係と同視するが、しかしこの事実上の権力関係が成文憲法のなかに露骨に表現されているとは見ず、むしろ「はるかに洗練された仕方で」←表現されていると見るとき、この洗練された仕方とは何であるのか。

諸々の例がわれわれに答えを与えよう。自由への要求は勃興しつつあるブルジョアジーの利益と力に発していた。しかし彼らが考えた自由は自分自身にとっての自由であるばかりでなく、全員にとっての [26] 自由である — それもまさに彼らがこの自由を彼らの権利として要求したがゆえに。権利〔法〕はその本質からして正義を求める要求を高めるのであるが、しかし正義は法命題の普遍性を、法律の前の平等を要求する。ある要求を法という形式において立てるということが意味しているのは、ひと

(4) Ernst Fraenkel, „Zur Soziologische der Klassenjustiz“, 1927, S. 32がこのように言う。

(5) Stitschka, a.a.O., S. 48 参照。

が自らのために要求するものを他人にも認容するということである。ブルジョアジーが法という形式において自由を要求したがゆえに、この自由は万人にとっての自由となったのである——それゆえにこの自由は闘争しているプロレタリアートにとっての同盟の自由としても【479】効果を現わすことができたのであり、そしてそのようにして、その利益がもともと彼らに発していたのと同じブルジョアジーに対する闘争手段になったのである。そして自由にとって当てはまることは、同様にブルジョアジーによって自己の利益において貫徹された民主政にとっても当てはまるのである。しかしそれは法という形式において貫徹されたがゆえに万人にとっての、またプロレタリアートにとっても、民主政になり、そしてそのようにして、その利益のために民主政という旗を掲げていたまさにブルジョアジーに対する闘争においてプロレタリアートの進軍形式になったのである。

この例は次の三つのことを示している。先ず第一に、経済上の諸々の利益と力が法という文化形式に「移し換えられ、翻訳される」ということが意味しているのは、経済上の利益の支配からますます免れてゆく法形式の自己法則性の解放である。次に、自己法則的に進展するこのような法は、それはそれでそれがそこから発しているまさに経済上の権力関係に対して変異的に反作用を及ぼすことができるということ、それゆえに経済上の基盤と法イデオロギー上の上部構造との間にはひとつの交互作用が成り立っているということである。最後に、この自己法則性と交互作用のために被抑圧階級もまた支配階級によって定立された法の実現に利益を有することができるということである。(このさい、ブルジョアジーとプロレタリアートとの間の力の今日的な配分 [27] 関係の場合ではブルジョアジーの生粋の階級法というものはずすでもはや存在しえず、むしろきわめて様々な程度の妥協と認容を通して弱められた市民的階級法しか存在していないという事実が、このような図式的な見方では考察の外に置かれている。)このようにしてまさに被抑圧階級は法〔権利〕のためのまさに多種多様な闘争において、支配階級が彼らに課したまさにその法秩序の庇護者になるのである。なぜかと言うに、このような法は確かに階級法であるが、しかしまさに階級法であるからであり、それが支配階級の利益を剥き出しにではなく、法という衣を纏って見せつけるからであり、また、法の内容がどのようなものであろうとしても、法の形式がまさにつねに被抑圧者に奉仕するからである。プロレタリアートに「弾性に富んだゴムのような法律」をあらゆる法律のなかでも最悪のものとするのを教え、彼にそもそもその極度に形式主義的な法的思考を吹き込むのは、ひとつの洗練された階級本能である。法形式主義だけが、階級の敵対者の掌中にある立法と司法の恣意的な諸々の

行動から被抑圧者を保護することができるのである。⁽⁶⁾【480】

経済史観を全くここでなされた叙述の方向において明確にしている、もしくは継続している1893年7月14日付のメーリング (*Mehring*) に当てられた書簡⁽⁷⁾のなかでフリードリッヒ・エンゲルスは、マルクスと彼が史的唯物論を構想した当初に「形式的な側面を内容的なそれに対して等閑に付していた」ということを告白している。諸々のイデオロギーの自己法則性と反作用は実際のところ、経済的な領域から立ち上ってくる諸々の努力が文化的な諸形式によって把握され、形態化されるということに基いている。それらは、それらが効力をもたない場合であっても、いずれにせよ経済時代より以前に存在していて経済時代の諸帰結にそれらが文化的な表現を助けるために現にあったのであり、なお多くの [28] 経済時代を超えて持続するのである。法という名称を自らのために要求するものすべてに刻印づけられる普遍性と平等という文化形式は、論理的な不可分性をもって経済的に条件づけられた法的イデオロギーを自らに取り込んでいるような「カテゴリー」として把握される必要はないのであるが、しかしそれは、これらのイデオロギーが因果的必然性をもって捉えるような力強い現実である。権力に到達しつつある階級の法的諸努力は確かに法的に空虚な領域のなかで実現されるのではなく、むしろ既存の法的諸制度の機能変化を通してか、もしくはある⁽⁸⁾与えられた法体系に新しい法制度を付加することを通して実現されるのであり、この両者の場合においてそれらは、それらによって詳細な点においてのみ変更されたひとつの巨大な法的建造物の建築様式のなかに組み込まれ、この様式を通して逃れ難く規定されるのである。しかしわれわれはいったん、ある上昇しつつある階級がそれに固有の利益のために根本からして新しいひとつの法制度を創造する場合を考えてみよう——このような制度もまた因果的必然性をもって普遍性と平等という伝統的な法形式を、どのような仕方であれ自らのうちに担っていなければならないのである。ある階級がその諸々の要求に表現を与え、これらを実現しようとする機関が政党である。しかし政党というものは社会学的な必然性をもって少なくとも、それによって代表される階級の利益が公共の利益と合致していると申し立てなければならないのであり、その階級上の自己利益が要求しているものが公共の最善を通して動機づけられており、それゆえに自己の階級が要求するものを全員が認容するというような綱領を示さなければならないのである。政党は、場合によってはその言うところのイデオロギーを真

(6) Ernst Fraenkel, は、先に挙げられた優れた著作S. 39 f., のなかでこのように言う。

(7) *Mehring*, „Geschichte der deutschen Demokratie“, 6. u. 7. Aufl., Bd. I, 1919, S. 385 ff., に復刻されている。

(8) 喜ばしいことに新版が見込まれている、*Karl Renner* (Joseph Karner) „Die soziale Funktion der Rechtsinstitut“ (in den Marx-Schriften, Bd. I, 1904←) という重要な著作を参照。

撃なものにもしなければならぬのであって、なぜかと言うに、そうでなければ政党は、【481】それが階級的にそれと結びついた利害関係者の範囲を超えてまさにその綱領を通して獲得した帰依者たちを失ってしまうであろうからであり、[29] また政党はその帰依者によってもその敵対者によってもその綱領に「釘付け」にされるからである。自己の利益においてある理念を拠り所とした者は、その理念が彼に奉仕することを止める場合であっても、それを実現することを余儀なくされているということは、ヘーゲル (Hegel) ←によってそのように言われた「理念の狡知」である。それだから政党は、二つの社会学的な力のひとつである——もうひとつの力は法曹階級である。法は法を創造する政治家たちから法を擁護する法律家たちの、すなわち彼ら自身の現存在の正当化根拠を、彼らの生活上の諸利益を、彼らの階級の品位を、彼らの職人としての誇りを、そして彼らの慎重な職業上の日常をまさに法形式に求めるような職業階級の手に移行する。政治的なものの領域において階級利益に法という形式が強いられたとすれば、法的なものの領域において法形式はますます階級利益によって規定されたその内容に対して独立してゆくのである⁽⁹⁾。その結果は、与えられたある法的状態は確かにその核心において権力であるが、しかし法形式において高貴なものにされた、強化されると同時に弱化された権力である。弱化されたというのは、権力はいまやもはや少なくとも正義の外観なしには真価を発揮することができないからであり、強化されたというのは、権力は、それがなお真価を発揮することができる限りで、正義の尊厳を自らのために要求することができるからである。

もともと、平等とか普遍性といった空虚な形式もまた永遠かつ不可変的なものではない、法内容と同様に法形式もまた経済上の諸関係によって洗い漱がれているにすぎないのであって、いつかは新しいもうひとつの経済秩序によって洗い流されるという見解はある。現にエンゲルスは法学的世界観を、封建時代の神学的世界観と交代した「ブルジョアジーの古典的な世界観」←と呼んだ⁽¹⁰⁾のであるが、このような思想がさらに追及されたならば、法形式は流通経済のイデオロギーとして把握され、これとともに成り立ち、これとともに転げ落ちることになる。カール・マルクスは、平等のイデオロギーが市場と金銭の社会学に基いていること、諸々の商品間のあらゆる質的な差異を消滅させてしまう金銭が同時に商人たちの間の種的な差異を均等化すること、市場ではもはや人々が彼らの全具体的な特有性において対峙するのではなく、買い手は【482】売り手に、商人は商人にというように、両者が互いに、彼らが交換する商品と

(9) とくに、Ehgels, Feuerbach, „Neue Zeit“, 1886, S. 206. (Sonderdruck, 5. Aufl., 1910, S. 51 ff.) は法曹階級のこのような社会的機能を描いている。

(10) „Neue Zeit“, 1887, S. 49 ff., の (アントン・メンガーに対する) „Juristen-Sozialismus“ という匿名の論文のなかで。

同じように等価的に相対するというを示した。市場が問うのは「汝は何者か」ではなく、「汝は何を持てるか」である⁽¹¹⁾。しかしすでにこの流通経済の黄昏とともに法形式の死滅もまた告げられている、と言われる。「司法の公共化」という標語のもとに総括される諸々の現象、自由契約の経済のこれらすべての破綻と規制、経済的により強い契約の当事者の犠牲において経済的により弱い契約の当事者に有利な結果になるような法秩序のこれらすべての支援のための給付、たとえば労働法全体は、法が「民法の狭い地平」(マルクス←)からの、民法の伝統的な法形式からの脱出を意味しているのであり、社会主義的な共同体において完全に消滅してしまうであろうような法的思考自体の溶解を意味しているのである。「法は市民の上昇の合言葉であった」←、「プロレタリア的な社会主義の法は自らを葬り去る法であり、その内容は形式の死滅へと導く」⁽¹²⁾←。[31]

われわれは法形式が永遠なものであることを証明することができない、われわれは法の前もって把握されたある概念からしかそれを「証明する」ことしかできないであろう。しかし増大する私法の公共化、すなわち社会化とともに、それゆえに社会主義的進展とともに法形式は死滅するという、いましがた述べられた考え方の成り行きが決して必然的ではないということ、少なくともこのことだけは論証され得る。この場合では、アリストテレスが法哲学にもたらした不滅の思想から、すなわち均分的正義と配分的正義との区別から出発しなければならない。均分的正義とは諸々の給付の交換における絶対的な平等であり、配分的正義は利益の分配もしくは負担の賦課における相対的な平等であり、それらの割り当ては考えられた人々の事情、種類および状態に応じてなされる。前者は少なくとも二人の前提とし、後者は少なくとも三人の人々を前提とし、上位に置かれている第三の人によって二人は利益を分配されるか、もしくは負担が課せられるのである。均分的正義が私法の正義であり、配分的正義が公法の正義であることについては、どのような証明も必要とはしていない。これに従えば、私法の公共化、法秩序の社会化が意味しているのは、法が均分的正義【483】の支配からますます配分的正義の支配のもとに立ち現れるということである。それが意味しているのは決して、それまでに法と呼ばれていたものが正義の、すなわち平等の領域からそもそも抜け出すということではなく、給付と反対給付との絶対的な平等およびそこから帰結する、それらを交換する人々の絶対的な平等に代ってますます、その特有性または【32】状態、その給付または需要に応じて各人を異なって扱いはするが、し

(11) *Bogle, Les Idées égalitaires*, 3. ed., 1925, S. 199 f. 参照。

(12) *Paschukanis* („Allgemeine Rechtslehre und Marxismus“, 1924, ロシア語で) に倣って *Rappoport* の „Die marxistische Rechtsauffassung“, に関する価値ある論文 1924, S. 37, 24でこのように言う。

かしそれでも全員を同じ基準に従って取り扱う比例的な平等が立ち現れてくるということである。しかし法形式はあの第一の平等に結びつけられているのではなく、それが意味しているのは、その規定が「恣意的な」、つまりは理由もなく相異なる効果を個々の法的成員に及ぼしてはならないという、それ自体として本来的な要求であり、言い換えれば、同一に帰するすべての事例にとってそれ自体として普遍妥当的であり、この最も広い意味において平等の思想によって支配されているということにすぎない。この意味において正義、平等、法および法形式は社会主義的な共同体というものにおいても、それどころか何よりも先ず社会主義的な共同体において実現されるであろう。それというのも均分的正義の絶対的な平等、社会的に等しくないものを法律的に等しいものとする、たとえば雇用者と被用者との間の司法的平等は現実においては強者を強くし、弱者を弱くすることを意味しているからである。「持てる者には与えられ、持たざる者は、彼が持てるものを奪われる」——これは諸権利の平等であるが、しかし適用される基準の不平等、それゆえに諸権利の比例的な不平等である。これに対して、まさに人々の、そして彼らの状態の所与の差異という尺度に従って異なって取り扱うことになか、配分的正義の比例的な平等のなかに尺度の平等が表現されている——これが真かつ究極的な平等である。

平等、法形式、法は、かくして社会主義者にとっても単なる市民的な偏見ではない。それが法である限りで階級法でさえ、被抑圧階級にとっても尊厳と利益を有するのである。社会主義的な共同体というものの秩序はまさにひとつの法秩序以外の何ものでも全くあり得ないのである。この新しい法秩序を、確かに法を通してもたらすことはできない。このような迷信が「法曹社会主義」と呼ばれるのであれば、われわれはこれを拒絶する。しかしまた経済的な発展を通して上方へと支えられた新しい社会秩序も法の形成的な諸力を決して欠くことができないのであり、この意味においてアントン・メンガー (*Anton Menger*) という人物の法曹社会主義は、社会主義的社会的経済的に条件づけられてはいるが、それでも自己法則的な法的諸形式を配慮しようする試みは、ひとつの不滅の功績である。[34] [484]

【アルトゥール・カウフマン (*Arthur Kaufmann*) による校註】

[477] (法理念) : *Gustav Radbruch*, *Klassenrecht und Rechtsidee*, in: *Zeitschrift für soziales Recht* I (1929), 75 ff., auch in: *GRGA Bd. 2, Rechtsphilosophie II*, 1993, S. 477-484. [山田晟訳「階級法と法理念」ラートブルフ著作集『社会主義の文化理論』第8巻(東京大学出版会、1961年)151頁以下]

—— (イエーリング) : *Rudolf von Jhering*, *Der Zweck im Recht*, 1. Bd., 4. Aufl. 1904, S. 193. この引用はそこで強調されている。

- (諸事物の管理) : 「人々に対する統治に代って事物の管理が立ち現れる」とエンゲルスに言われている。 *Friedrich Engels, Die Entwicklung des Sozialismus von der Utopie zur Wissenschaft*, 1891, in: Karl Marx, Friedrich Engels, Werke, hrsg. vom *Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED*, 19 Bd., 1962, S. 224. ここでは、「人々に対する統治に代って諸事物の管理と生産諸過程の指導が立ち現れる」と言われている。
- (体系である) : *Peter I Stutschka, Die revolutionäre Rolle von Recht und Staat*, 1924, 3. Aufl. 1969, S. 65: 「私法のための国民委員会によるロシア・ソヴィエト共和国の刑法上の諸原則の編集を契機としてわれわれはわれわれの『ソヴィエト的な』法概念を定式化し、次のような公式を見出した。『法とは、支配階級の諸利益に相応し、組織化されたその権力によって維持されるような社会的諸関係の体系（もしくは秩序）である。
- (*Stammler*) : Vgl. *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 1. Aufl. 1896, S. 484 ff.
- [478]** (Rech) : 原典では、この „das“ という言葉が大文字で書かれている。
- (書簡) : 1926年11月26日付のライヒ裁判所長官の挙げられた書簡はラートブルフに宛てられている。ここでは次のように言われている。「しかしいっさいの階級闘争は、別の階級の成員が原則的に自己の階級の成員とは別様に取り扱われる限りで意識的な不正義と結びついている。私見によれば、このような態度は、法律の前の平等を実現しなければならない裁判官職に内的に調和することができない。いっさいの類の階級闘争者をわれわれは裁判官として用いることができない。」
- (物質的なもの) : *Karl Marx, Das Kapital*, Nachwort zur 2. Aufl. 1873, in: Karl Marx, Friedrich Engels, Werke, hrsg. vom *Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED*, 23, Bd., 1983, S. 27. ここでは「移し変えられた」と「翻訳された」という言葉は強調されていない。
- (仕方) : *Ferdinand Lassalle, Ueber Verfassungswesen*, Vortrag von 1862, in: *Ueber Verfassungswesen. Drei Abhandlungen von Ferdinand Lassalle*, hrsg. und eingeleitet von *Eduard Bernstein*, 1907, S. 23: 「このような事実上の権力諸関係は一枚の紙面に書き留められ、それらに書面による表現が与えられるのであり、それらがいまや書き留められているならば、それらはもはや事実上の権力関係ではなく、それらはいまや法的、法的な諸制度になっているのであり、これに反抗する者は罰せられるのです！
- 同様に、紳士諸賢よ、あの事実上の権力的諸関係がこのように書き留められることで、それらがいまや法的なものにもなることを通してどのように動き始めるのかはかは、あなた方には自ら明らかになりました。
- ボージック氏は憲法の一部であり、メンデルスゾーン氏は憲法の一部であるというように書き込まれるのではなく、このことがはるかに洗練されたやり方で表現されるのです。」
- [481]** (1904) : 65-192. これ以外に、*Karl Renner, Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*, 1929.
- [482]** (*Hegel*) : *Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Phänomenologie des Geistes*, in: *ders.: Sämtliche Werke*, hrsg. von *Hermann Glockers*, 2. Bd., 1954 (mit einem Vorwort von *Johannes Schultze*), S. 49 ff.; ferner 3. Bd., S. 52 ff. und *ders., Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, a.a.O., 11. Bd. (mit einem Vorwort von *Eduard Gans* und *Karl Hegel*), 1949, S. 63 f.
- (世界観) : *Friedrich Engels, Juristen – Sozialismus*, in: *Neue Zeit* 5 (1887), S. 49 ff. Auf in: Karl Marx, Friedrich Engels, Werke hrsg. vom *Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED*, 21. Bd., 1962, S. 492: 「宗教旗は最終的に17世紀のイギリスではたみき、ほとんど50年後にフランスで、ブルジョアジーの古典的なそれになるはずのものであった新しい世界観が飾り立てなく立ち現れた。」

【483】(マルクス) : *Karl Marx*, Randglossen zum Programm der deutschen Arbeiter Partei („Kritik des Gothaer Programm“), 1891, in: a.a.O., 19., Bd. 1962, S. 20-21: 「……その場合にはじめて市民法の地平を踏み越えることができる……。」

— (合言葉であった) : *Anatol Rappoport* の博士論文では37頁で次のように言われている。「法は市民階級の上昇の時代における合言葉であった。法の理想のなかには国家の理想だけでなく、社会の理想も埋没した。まさに法は、自然法は、ときとしてG・ラートブルフが表現しているように、フランス革命の武具であった。」

【483】(死滅へと導く) : a.a.O., S. 42:

「しかしこのプロレタリアの、社会主義的な法は自らを葬り去る法である。その内容は形式の死滅へと導く。ソヴィエト国家では法はどのような自己価値でもない。全世界において法についてのどのような意見表明にもあらゆる相対主義にもかかわらず、それでもなおいくらかはすべての宿命を生き抜く基準が付着しているのに対して、ここでは法は永遠性といういっさいの微光が奪い去られ、過ぎ去った目的のためのはかない、あまりにもはかない手段としてしか役立っていない。」

個人主義法から社会法⁽¹⁾へ (1930年) ←

今日では50歳にもなる人々がいまだ若かったときには、彼らの会話のなかである種の偉大な言葉が繰り返された。すなわち人格、天才、超人！という言葉である。今日ではこれらの言葉はその輝きを失っている。それらにはもうひとつの言葉が、もっともすでに再び用いられて輝きを失っているとはいえ、これに取って代わっている。すなわち共同体である。

この種の言葉を通して特徴づけられる個人主義的な世界観というものから社会的なそれというものへの変遷を全文化のなかに感じ取ることができる。芸術においてはそれを叙情的な文化から建築学的なそれへの変遷と呼ぶことができよう。今日では年をとり始めている人々の青春時代は、詩作によって、それとは気づかれずにもうひとつの心が耳を傾けることが許されるあの独り言によって生きていた。今日では芸術作品がそもそもなお心をとらえる限りで、それはもはや詩作ではなく、建築物、それゆえに共同体から出て共同体へと戻る芸術作品である。しかしながら学問における、すべての精神生活を社会生活と視点のもとに置くような新しい研究領域の成立と進歩におけるあの変遷を最も顕著に感じ取ることができるもの、それはすなわち社会学である。すでに社会学は、それを個人主義的な時代には哲学が果していたのと同様の支配を、他の諸科学に対してし始めているのである。

このような変遷は偶然に生じたのでも、精神の何らかの気紛れから生じたのでもない。それは経済的な諸々の大変革のひとつの帰結である。資本主義的な経済秩序においてはプロレタリアは何よりも先ず、彼は個人としては無であること、彼はその階級とともにしか【485】浮き沈みすることができないことを自覚していた。しかし資本主義の自由主義経済から拘束された経済への発展は企業家にその社会的拘束をも不可

(1) たとえば *Schlegelberger*, (Die Entwicklung des deutschen Rechts in den letzten 15 Jahren, 1930, S. 41.) もまた「法の個人主義的な態度から共同体思想←へ」ということを話題にしており、*Geiler* (Gruchots Beiträge, Bd. 68, S. 612 ff.) は、「われわれはほとんどすべての文化国家の法と経済のなかに個人主義的-資本主義的テーゼの社会主義的-資本主義儀的アンチテーゼとのジレンマというものが切り拓かれているのを見る」←と言い、*Wertheimer* (Entwicklungstendenzen im deutschen Privatrecht, 1928, S. 31) は、「いわゆる自由主義的な時代は……大体においてその終焉を見出した。共同体思想は……再び目覚めている……。社会的な時代が切り開かれている……」と述べている。これに対して *Hedemann* (Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, 1929, S. 2) は、たとえば社会的な時代または集団主義的な時代もしくはこれに類するものが話題とされ、これに相応して社会法または集団主義的な法というものが現在の一般的な時代想であり、支配的な様相の反映として提示されるならば、それはあまりにも狭く、あまりにも偏った側面に向けられている」←と述べている。

避的に意識させた。文化の社会的な発展は社会的な経済というものの生成の反映にすぎないのである。

法もまた、このような展開に従っている。われわれは、多くの人によってそれとは気づかれないか、もしくはよく考えていないが、われわれの法のひとつの画期的な変革を、継受や自然法よりも少なくない意義を有しているひとつの法的な転換期を経験しているのである。「この時代は個人主義的な時代から社会的なそれへの移行を通して特徴づけられている」と、ライヒ裁判所の五十年祭に当たってライヒ司法大臣が述べ、ライヒ裁判所所長が直ちにこれを受け容れた。

しかし、われわれが社会法のもとに単に、経済的弱者の安寧と福祉 [36] に配慮を示すような法を理解するならば、われわれはこのような社会法上の発展をその深部において把握していない。社会法は、むしろすべての法的思考の構造的変化というものに、人間についてのひとつの新しい概念に基いているのである。社会法は、個別性を欠いている、その特有性を剥奪されている、孤立化しているものと考えられ、その社会化から免れている個人にはなく、具体的で社会化された人々に合わせて裁断されているような法である⁽²⁾。法がこの種の人間の像に切り替わるといふにはじめて、それらを顧慮することが社会法のあのより顕著な印象を規定している、社会的に権力を握っている地位と社会的に無力な地位との諸々の差異をそもそも視界のなかに登場するのである。

これに対して伝来の個人主義的な法秩序は、個性を欠いて孤立化していると考えられた個人に方向づけられていた。それはただ単に木々を前にして森を見ようとせず、——ただ単に個々人を見て彼らの社会を見ようとしなかった。このような見方の表現が人格という法概念であった。人格のこのような概念は、そのなかで人々のあらゆる差異が平準化される平等の概念である。持てる者も持たざる者も、弱い個々人もマンモスのように強大な団体人も等しく人格である。人格という概念のなかには全員の法的な平等、等しい所有権の自由、等しい契約の自由がともに考え込まれている。しかし現実においては所有権の自由も契約の自由も社会的強者の手にある場合では、社会的弱者の手にある場合とは本質的に異なっている。持てる者の所有権の自由は物に対する処分⁽³⁾の自由 [286] というものから人に対する処分の自由というものになる。すなわち労働手段を提供する者は、労働者に対する指令権をも有しているのである。それが権力を物に対して賦与するばかりでなく、人に対して賦与する限りで、われわれは所有権を [37] を資本と呼ぶ。すなわち人格の平等概念を基礎として契約の

(2) Radbruch, Der Mensch im Recht, 1927⁴⁻; Sinzheimer, Der Wandel im Weltbild des Juristen, Zeitschr. f. soziales Recht, Jg. I, S. 2 ff.

自由と結びついた所有権の自由、これが資本主義の基盤である⁽³⁾。しかし資本が独占的に集中すればするほどそれだけにいっそう高い程度において人間に対する力になる——いまやもはや労働者に対してばかりでなく、彼らに資本がその価格を強制することができる消費者に対しても、彼らから資本がその供給者と顧客を奪うことができる競争者に対する力になるのである。所有権から発する被所有権者に対する強制は、しかし自由な契約という法形式において実行される。法的な契約の自由は社会的現実において社会的強者の独裁の自由に、社会的弱者の独裁への隷属になるのである。社会的に等しい強者の社会というものにおいてのみ、単なる小所有権者の社会においてのみ所有権の自由は物に対するその任意処分⁽⁴⁾の自由としてのその本来的な性格を、そして契約の自由はその全面的な平等を保持することができた。しかし資本主義の発達は、法の現実がますます法の形式との矛盾に陥るとのことへと導いた。法の形式からは等しい所有権の自由、等しい契約の自由を持つただ単に平等な諸人格には、法的現実においては平等な諸人格の代わりに持てる者と持たざる者、全側面にわたる契約の自由の代りに経済的に [38] 権力を握っている者の独裁の自由、経済的に無力な者の独裁服従、所有権への隷属が、そしてこれとともにいまや物に対する力だけでなく、人に対する力をも意味している所有権それ自体の本質的な変更⁽⁵⁾がもたらされるのである。

これに対して社会法⁽⁶⁾の思想は次の四つを意味している。社会法は何よりも先ず、人格概念の平準化する背後に [487] 個人的な特有性を、社会的に権力を握っている者と無力な者を可視的なものにする。それはもはや諸人格だけでなく、雇用者と被用者との、労働者と社員とを、刑法においてはもはや行為者だけでなく、機会犯罪者と慣習犯罪者を、改善可能者と改善不能者を認める。個々人の社会的に権力を握っている地位と無力な状態に置かれている地位の可視化とともに、さらに何よりも先ず後者に考慮を払うこと、社会的無力者を支援することおよび社会的に権力を握っている者に対する制約が可能になる。個人主義的な法がその根底に平等の思想を置いているのに

(3) Diebl, Die rechtl. Grundlage des Kapitalismus 1927. ←参照。

(4) フィヒテ (Fichte) が所有権法にある擬制的な所有権契約における、その相手方がそれゆえにその所有権者だけであり、所有権者にとって拘束的でないような所有権契約のうえに根拠づけるとき、このような法社会学的な諸事実を法哲学上の理論という形態において表現しているのである。「何人もその市民としての所有権を、すべての国家市民が彼の物によって生活することができる限りでのみ、そしてそれを条件としてその市民としての所有権を所持するのである。現に何人かが困窮している瞬間から、彼を困窮から救い出すために必要とされる部分はその所有権には属さず、それは法的に困窮している者に属しているのである。

(5) 資本主義的な経済秩序のもとでの法の形式と法の現実とのこのような矛盾がカール・レンナー (Karl Renner) の本『私法の法的諸制度とその社会的機能 (Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion)』(1929) ←のテーマである。

対して、社会法は調整の思想に基づいている。前者では均分的正義が、後者では配分的正義が支配しているのである。しかし個人々人が一個の社会的存在として把握されるというようにして、さらには最も私的な法律関係もまたそれに関与する私的な諸人格の関心事としてだけでなく、社会的な関係として把握される。関係する私的な諸人格の背後に、第三者と主要関与者として、監視しながらいつでも干渉する心構えができて、そしてまたしばしば干渉する偉大な国家の姿が立ち現われるのである。とはいえこれにもかかわらず、——これは社会法の第四の特徴である——社会法はひとつの新しい平面のうえに法の形式と法の現実との間に調和を作り出すのである。[488]

社会法のこのような本質的様相は、次の三つの面に表現される。何よりも先ず公法と司法との変更された法律関係においてである。個人主義的な法秩序にとって公法は、国家は私法と私的所有権の周囲に置かれている狭い保護枠にすぎないのとは逆に、社会的な法秩序にとっては、私法はいっさいを包括する公法の範囲内における私的な発意のために暫定的に空けておかれている、ますます狭くなってゆく余地にすぎない。それは、私的な発意が同時に公共の利益に役立つであろうという前提のもとに、またこの予期が充足されない場合にはこれを剥奪することができるという前提のもとに空けておかれているのである。社会的な法秩序というものにおいては、私法と公法とは明確は限界をもって並存しているのではなく、それらはむしろ互に入れ代わっているのである。私法の公法とのこのような絡み合いは、とりわけ労働法と経済法という新しい法領域において生じているのであり、それらのなかで私法と公法とを確かに区別することができるのであるが、しかし分離することができずに共存している。私法のこのような公共化と関連して、しかしまた第三に、社会的な義務内実を伴う私権の浸透というものが立ち現われる。現にライヒ憲法はゲーテの『所有と公共善 (Besitz und Gemeingut)』⁽⁶⁾についての理論をわがものとしている。【488】「所有権は義務づける。その行使は [40] は公共の最善のために奉仕するものとする」(第157条)というように。社会法は中世のレーン法と同じような構造を示している。レーン法もまた奉仕の実質的な基盤として諸権利を与えたのであるが、もともとそれらは時の経

(6) 遍歴時代、第一部、第6章。所有権に関するこのような、そしてまた別のような所見は、以前には(ゲーテについても社会主義についても偏った味方において)よく社会主義的に理解されている。Ferd Gregorovius, Goethes Wilhelm Meister in seinen sozialistischen Elementen, 2. Aufl. 1855; Karl Rosenkranz, Goethe und seine Werke, 2. Aufl. 1856, S. 253 ff.; Karl Grün, Ueber Goethe ← von menschlichen Standpunkte, 1846, S. 381 ff., 参照。グリユンはゲーテの『教理問答』という詩の意味を次のような総括している (S. 253)。「所有権は盗みである (La propriété c'est le vol)」であり、そして「私がプルードン (Proudon) にこのことを語ったとき、この男は、私はゲーテをほとんど読んでいないが、私はつねにゲーテを洞察力のある男だと思っている (Je l'ai toujours cru un garçon intelligent)」←と語った。

過とともに権利は奉仕のために与えられるのではなく、官職が諸権利のうえに根拠づけられてそれ自体がひとつの特権として現われるという効果を伴った。しかし社会法は、行動に移る準備が整っている立法がつねに、義務に則して行使されない諸権利を制限するか、もしくは剥奪するということに監視することを通してこれに類する悪化から保護しているのである。このようにして私的所有権のうえには、ヴァイマルのライヒ憲法によって公的取用、社会化というダモクレスの剣が吊るされているのである(第153、155、156条)。

これまでに一般的に示されたことを、いまや個別的法領域に則してスケッチふう⁽⁷⁾に具象化してみよう。何よりも先ず私法について。もちろん階級的な意味において「市民的な」、つまりは個人主義的なわが民法典の緻密な継ぎ目のなかに新しい社会的精神ははまだ浸透することができなかった。しかし、古い規範状態が維持されているにもかかわらず、それでも包括的な機能の変化というものが生じているのは、紛れもないことである——あらゆる法領域のなかでも最も個人主義的であり、個人主義的な法の成立に当たって試験的かつ先駆的な領域であった法領域、すなわち商法においてさえそうである。たとえば株式会社法の改正なしにどのようにしてその本質が根底から変わってきたのか、もはや株主の個人的な私益目的ではなく、企業家それ自身の経済目的がどのようにして株式会社の生命を支配しているのか、株主がどのようにしてますます単なる債務者に成り下がり、株式会社の役員がどのようにして彼らに委託された資本の受託者になる[41]ばかりでなく、同時に公共の受託者になるのが強烈に示されている⁽⁸⁾。しかし新しい社会精神はこれまでのところ民事法上の両法典の枠内においてではなく、むしろ一般的な民法典と並んで【489】新たに形成された法領域、すなわち労働法と経済法に立法上の表現を見出した。この両者の本質は、もはや孤立化されて個別性を欠いている個人をではなく、具体的で社会化された人間を目標としているということであり、ひとはこの両法領域の差異を、労働法は社会的無力者を支援し、経済法は社会的優勢者を制限すべく決定されていることに求めることができる。

労働法が社会化された人間を目標としていることについては、どのような詳細な説明をも必要としていない。労働法は人格の平等概念の背後から雇用者と被用者、労働者と社員という類型を持ち出し、個々の労働者の労働組合および鉱山労働組合における社会化を法的な意義にまで高め、個別的な労働契約の基盤として集団的な労働協約を、賃金協定を法の視界のなかに押し出す。団体人と諸団体それ自体が、これまでの個人主義的な法を無視して、近代労働法においては法的な視界のなかに登場するので

(7) Hedemann, Das bürgerl. Recht und die neue Zeit, 1919, 参照。

(8) Geiler, Die wirtschaftliche Methode im Gesellschaftsrecht (Gruchots Beiträge, 68, 1927, S. 594 ff.) 参照。

ある。

労働法がすでにひとつの完全な体系を表わしているのに対して、経済法はこれまでのところ、綱領であり、断片であるにすぎない。カルテル立法と賃借人保護において、休坑の諸制限と耕作の諸義務において、最後に強制シンジケート化の諸端緒において経済法は最も明瞭に現れる。どのような私法上の関係も【42】全体経済と全体社会に埋め込まれていてそれらのなかで遠大な諸々の効果がもたらされること、所有権の行使は所有権者に、契約の締結は契約の相手方にかかわるばかりでなく、より大きな第三者、すなわち社会、そしてその組織化としての国家にかかわるということは、われわれの戦争経済の恐ろしいまでに狭隘化された余地において十分に苦々しく獲得されていた洞察に基いているのである。社会の利益のために国家が規制しながら、また組織化しながら干渉するところに経済法は成り立つ⁽⁹⁾。それゆえに個人的な法律関係を社会的なそれと認識し、かつ取り扱うことが経済法の本質である。

もっとも、私法のもうひとつの大きな領域で、つまりは家族法において、その傾向が財産法の展開方向とは差し当たり矛盾しているように思われるような展開が生じている。財産法では、展開が社会的な諸拘束を顧慮するという方向づけられていた【490】のに対して、家族法では、それがこれとは逆に、伝統的な社会的諸拘束を無視し、緩和することを目標としているように見える。夫婦の完全な同権化を貫徹し、離婚を容易にし、非嫡出子の法的状態を嫡出子のそれと同等にしようとする試みには、婚姻にもはや夫婦に関するある固定した秩序、すなわち「婚姻状態」をではなく、広く当事者の意思に委ねられた契約関係を見ようとする見解が表明されている。家族世襲財産の廃止のなかに、また共同体または国家の相続権に有利になるようにするための無制限な血族相続権に対する闘争のなかに、あれほどまでにかけ離れた血族にまでもなお互いに結びつけているような全体としての家族の概念もまた、家族を家族の成員の間のひとつの個人的な関係として見る見解に対して、すなわち伝統的な大家族が個人主義的な小家族に対して後退しているのである。しかしまさにこれによって少なくとも、法改正を社会的な現実に適合させようとする社会法の傾向があからさまになっているのである。婚姻法と家族法の解体は、家屋敷を、経済的統一体としての家族の絆を破壊し、家族の成員を職業的に引き裂き、きわめて様々に異なる経済的統一体の成員に、たとえば夫を工場における、妻を他人の所帯における、息子を事務所における、娘を雑貨屋における一員にした、それどころか彼らを洗濯業、パン製造業、紡績業、園芸業といった特別の経営の対象にするというようにして、彼らの消費的な

(9) 「組織化された経済に特有の法←」としての経済法という見解を、Hans Goldschmidt, Reichswirtschaftsrecht. 1923, S. 6 ff., が根拠づけた。

経済任務から家族を奪ったあの資本主義の発達の表現にすぎないのである。このように観られるならば、家族法上の展開もまたこれまでの社会的な諸関係のひとつの非社会化としてではなく、社会的な諸形象が他のそれらに取って代わられたことの現われである。このような家族法上の展開の真の意味は、教育権への一瞥を通してわれわれに完全に明らかになる。民法典の教育権は親権に、両親の本来的な権利に基いている。ライヒ憲法(第120条)もまたこれを「両親の最高かつ自然の権利であり、その行使を国家的共同体が監視する」と宣言している。しかし少年福祉法←と少年裁判所法は、明言こそしていないものの、その諸規定のなかで教育権を親権から国家共同体に移すことを示している。その諸規定によれば、家族教育は結局のところ委託された共同体の教育であり、それは共同体の利益に則して行使されるであろうし、この信頼が裏切られた場合には剥奪することができるという前提のもとに委託されているのである。このようにこの【491】新しい教育権は、より包括的な社会組織の諸権利を拡大するために、より狭い社会組織の諸権利を制限しているにすぎないのであり、それゆえにこの権利は徹底的に社会法上の展開に順応しているのである。

刑法においては、行為者概念は民法の人格概念に相応する。伝統的な私法において労働者がその労働力の個性を欠いている所持者、「労働という商品」の売り手であるように、伝統的な刑法において法背反者はその所為の個性を欠いている行為者である。労働関係の古い見解によれば、ひとは労働力という商品を売却したように、刑法の古い見解によれば、ひとは犯罪を償うのである⁽¹⁰⁾。そして新しい労働法が、労働力が人間から切り離すことができる何かではなく、ある一定の視点から見られた全人間であるということを認めたように、新しい刑法は犯罪から切り離された何かではなく、再びある一定の視点のもとでの全人間であることを認めるのである。ひとは新しい刑法を「行為ではなく、行為者である」という標語のもとに置いた。「行為者ではなく、人間である」と、ひとは言うべきであろう。その心理学的、社会学的な特性を持った人間が法の視界のなかに登場するのである。行為者という概念は多面的な性格学的、社会学的な類型に、慣習犯罪者と機会犯罪者に、改善可能者と改善不能者に、成人と青少年に、完全責任能力者と限定責任能力者に分解されるのである。それだから新しい刑法学派は正当にも「社会学派」←と呼ばれてよいのであって、それというものこの学派は、これまでは社会学にのみ属していた諸事実を法的な視界のなかに押し込んだからである。

新しい刑法観は、しかしながら刑事訴訟のなかにも反映されていなければならない。これまでは刑事訴訟上の展開の進歩は刑事訴訟のある争訟手続きの前進する形成

(10) E. Paschkanis, Allgemeine Rechtslehre und Marxissumus (1927), S. 149 ff., 参照。

[492] にあると見られ、対立する両側の証拠手段の交互的な、対象をくっきりと現わせるような光線を通して判定へと導くべく決定されていた。この被告人はこの所為の行為者であるのか、それとも彼はそうではないのか、というように。将来の刑事訴訟にはこれと並んで、犯罪者的な人間のひとつの像を浮き彫りにするという困難な課題が課せられる。すなわち、天使か、それとも悪魔かというひとつの選択肢の判定ではなく、無数の解釈の可能性の慎重な分析、その何れもが全体像を規定し、その何れもが変化して全体像が別のように形態化されるであろう無数の画線からなるひとつの像を輪郭づけるという課題である。この新しい刑事訴状上の課題のための新しい機関が生成中である。【492】すなわちそれは裁判所による社会的な支援であり、この新しい機関を伝統的な刑事手続きのなかに法的に組み込むという困難は、この機関とともにひとつの新しいページを刑事訴訟の歴史のなかで切り拓くのであり、自由主義的な刑事訴訟の社会的なそれへの移行が遂行されることを示している⁽¹⁾のである。

これに相応して、それには民事訴訟における私法上の展開が表現されていなければならない。私法上の法律関係が関与者のひとつの純然たる法律関係であることを止めるときは、私法上の法的係争もまたはや当事者のひとつの純然たる私的関心事であることを止める。自由主義的な国家の消極的な地位に経済の自由な活動が対しているのと全く同様に民事訴訟においては、当事者の争いに対する裁判官の消極的な地位が対応していた。しかし、フランツ・クライン (*Franz Klein*) によってそのように呼ばれた「社会的民事訴訟」の本質は、当事者および彼らの弁護人との関係において裁判官の権力を強化し、裁判官の支配と答責を根拠づけることである。しかしこの民事訴訟の社会的把握もまた結局のところ、人間についてのもうひとつの構想に発している。すなわち、民事訴訟における当事者はよく理解された自己の利益を通して確実に導かれた人格としてではなく、頼りげがなく援助を必要としている、過重な負担を負った弁護士によってつねに十分に支援されているとは限らない人間として——具体的な社会的個性として把握される、ということである。

社会化された人間を目標とすることは、しかしながら裁判所構成において、つまりは古い様式の素人裁判官と新しい様式のそれとの差異においてとくに顕著に立ち現われる。古い素人裁判所、参審裁判所および陪審裁判所における素人は、その職業および階級従属性を無視した抽象的な国家市民であった——とはいえ、これによってそれらの影響力を排除することは決してなかった。しかし新しい様式の素人裁判員は労働裁判所の陪席員である。彼らは企業家として、役員として、労働者として、まさにあれこれというように社会化された人間が裁判官席に召喚されるのである。古い様式の

(11) *Radbruch, Strafrechtsreorm und Strafprozeßreform, Juristische Rundschau, 1928, S. 189 ff.*, 参照。

素人裁判官への信頼が疑いもなく被った損失に、素人裁判員への広い国民層の増大する信頼に、前者が過ぎ去った社会的時代に、後者が新しいそれに属していることがあらわになる。【493】

そして公法の高みに至るまで法秩序の社会化された個性への転換を跡づけることができる。伝統的な民主主義イデオロギーは個人主義的であった。それは個人々の総計としての国民の主権に、人々のより多くのもしくはより少ない数の偶然に一致した選挙判定の総計としての多数と少数に、これらの人々の間の、そしてこれを超えるあらゆる社会関係の、あらゆる集団の、あらゆる階級の、あらゆる党派の無視に方向づけられていた。国民国家はそれをただ単に平等で自由な個人々からなる一個のレンガ建築として現わしていた。われわれにとって国民国家はすでに、諸々の集団、階級および党派のきわめて様々に強度が異なる切り石からなる一個の建造物として現われる。古いイデオロギーは [47] その表現を人間の顔付をしている者すべての平等という標語に求め、新しいイデオロギーは、これとはほとんど逆に民主政を指導者選別として、組織化された貴族政として把握し、それゆえにもはや国民国家の原構成部分としての孤立化された個人々ではなく、その信奉者を従えた指導者を把握する。この新しいイデオロギーはすでに法的な表現にまで迫っている。比例選挙において諸政党は、議会の議事日程において諸党派は法的に機関であることをもって装備されるのであり、そしてこのような展開は疑いもなくようやく緒についたばかりである⁽¹²⁾。

しかしながらまさに社会法上の展開の公法上の方向転換がわれわれに社会的な方思想のひとつの危険をも示している。危険というのは、社会的現実の共同体形成がではなく、あたかもそれらが現に存在しているかのように、単なる社会的な願望諸団体が出発点とされるということである。これは詰まるところ職能身分的な国家思想の本質であり、このような思想は至る所で労働諸共同体をもってある民族共同体の内部において、おそらくは望ましいが、しかし確かにいまだ実現していない共同体を支配しているのである。しかし1923年2月6日のライヒ裁判所の有名は判決 (Bd. 106, S. 273 ff.) もまた、それが部分的ストライキに関して企業家と坑山労働組合との間にひとつの「経営の基盤を形成している労働共同体が成立している←」と考える場合には、ある擬制的な労働共同体を現実として扱っているのである。ここでは資本主義的経営の支配団体がひとつの擬制的な「社会的な労働および経営共同体」←に同業組合的に転写されているのである。[48] 【294】

しかしこれは、その妥当を問いのなかに提示することができないような思想の濫用

(12) Radbruch, Die Politischen Parteien im System des deutschen Verfassungsrechts, in Anachütz- Thoma: Handbuch des deutschen Staatsrechts, 1929, S. 285 ff., 参照。

である。それ自体が偉大にして印象深いものである法の社会的な発展は、ある綱領の実現としてではなく、意識を超える歴史的必然性として現われるのであり、この必然性は、それが認識されるよりも前に現に存在していたのであり、あらゆる抵抗よりも強力であり、個々の人間のあらゆる誤解よりも目標意識的である。この発展の惑わされることのない、そして抗うことができない進行は、遠くにすでに可視的なその目標を熱い心をもって希っている人々に深い満足をもたらすにちがいない——その目標とはすなわち、もはや労働君主と労働奴隷をではなく、もはや労働市民しか知らないであろうような、より正義に適った社会制度である。[49] [495]

【アストゥール・カウフマン (Arthur Kaufmann) による校註】

[485] *Gustav Radbruch*, Vom individualistischen zum sozialen Recht, in: *Hanseatische Rechts- und Gerichts-Zeitschrift* 13 (1930), 458-468., auch in: GRGA Bd. 2, 1993, *Rechtsphilosophie II*, S. 485-495.

— (共同体思想) : 原典ではこの引用は強調されている。

[286] (見る) : *Karl Geiler*, Die wirtschaftliche Methode im Gesellschaftsrecht, in: *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts*, 68 (1972), S. 610, 613, 参照。もっとも正確な引用は個々には見られない。むしろ想定されなければならないのは、ラートブルフにはガイラーの引用にさいして誤謬が紛れ込んでいるということである。原典の箇所では次のように言われている。「今日ではほとんどすべての文化国家の法と経済において試みられているのは、一種の個人主義的-資本主義的テーゼの社会主義的-集団主義的アンチテーゼとのジステーゼより他の何のもでもない。」

— (向けられている) : 「社会的」および「集団主義的」という言葉は原典では行間を空けて印刷されている。

[487] (1927) : *Gustav Radbruch*, Der Mensch im Recht, in: *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, 1927.

[487] (1929) : とくにS. 7 ff., を見よ。

— (Götbe) : *Karl Grün* は „Göthe“ と書いている。

[488] (intelligent) : この引用は次のように言っている : „Als ich Proudhon das Ding erzählte, meinte ich dieser: Er habe wenig von Göthe gelesen; aber er habe ihn stete für einen einsichtigen Burschen gehalten. *Je l'ai toujours cru un garçon intelligent!*“

[490] (法) : この引用は *Goldschmidt* のモノグラフィーのS. 12に見られ、そこでは次のように言われている。「……それだから経済法は組織化された経済に特有の法である。」

[491] (少年福祉法) : たとえば保護観察と養護教育に関する1922年7月9日の少年福祉法第56条以下を参照。

[492] (社会学派) : これについては *Franz von Listet*, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I. Bd., 1905, 190.

[494] (成立している) : この引用は挙げたれたライヒ裁判所判決のS. 257に見られ、次のように言われている。「……経営の基盤を形成している労働共同体、……。」

— (経営共同体) : *Ernst Fraenkel*, 10 Jahre Betriebsrätsgesetz, in: *Gesellschaft* 7 (1930), 117 ff., 121. 「労働および経営共同体」という概念は、そこでは「社会的」という形容詞なしに見られる。

法哲学と法実務 (1932年) ←

同じ年にゲーテが死んだ日の百年目を迎え、スピノザが生まれた日の三百年目を迎えるということ、このゲーテ年が同時にスピノザ年であるということは、ひとつの意味深い偶然であろうとしている。ゲーテのスピノザとの関係はある弟子の師匠との関係ではなく、ある主権者のもう一人の主権者との関係であるというようにわれわれのより狭い専門領域のある偉大な人が数十年前にある見事な研究⁽¹⁾のなかで二人の間の関係の特徴づけた——この人こそゲオルク・イエリネク (Georg Jellinek) である。考え方においてはあれほど異なっているながらも思想においては類縁している二つの気質の精神的な紐帯の追憶は、不幸にして両者からはるかに隔たっているような時代に更新される——そしてこれはまさにそれゆえに有益な自己省察に役立つことができるのである。この時代の自己観察がゲーテを鏡にして必然的にひとつの自己批判になったとすれば、ほとんどいっそう多く現代のスピノザの物静かで純粋な像は批判的な自己思念に役立たなければならぬのである。至る所で血が精神のうえに、多くの教壇でさえ非合理的な陰鬱さが清明な理性のうえに高められているこの日々なかで、盲目的な諸々の情熱が暗闇のなかで互いに衝突し合っているような世界のなかで諸々の根柢が理性の曇りのない光のなかでもはや互いに測り合うことがなくなっているのは、いったいどこか——この世界のどこになお、現存在のあらゆる事物を幾何学的方法で観察し、人間の情熱を【496】も厭うでもなく嘲笑うでもなく、ほかならぬ幾何学的な線、面および体積として把握しようとしたあの高貴な冷静沈着さがあるのか。そして主知主義と同様に個人主義は悪口になり、自由な世界観は「自由主義的な」それにまで貶められ、スピノザがそのために闘い、悩み、思想家として証しを立てた個々人の精神の自由、共同体の寛容は脅かされている。日常闘争の塵埃からその視線を星座にまで高めるか、もしくは自らとその闘争をさえ星空を見詰める目をもって、世界中を見詰める目をもってその真なる尺度を——永遠の姿のもとに (*sub specie aeternitatis*) 見ることができる者は結局のところどれほど少ないことか。われわれが、われわれ自身の仕方、われわれ自身の専門領域を永遠のすがたのもとに、その究極的な価値目標のもとに見るという義務を自覚するというようにして、われわれはスピノザの追憶に敬意を表するものである。それはすなわち、法哲学の法実務との関係を考察することである。

「自分の成し遂げることをよく考えなかった無能な男をひとは軽蔑しなければなら

(1) Auflage und Reden, Bd. I, 1911, S. 173 ff.

い。」法哲学がはじめて法律家にその学問的な手続きを意識させるのである。法学的方法は、それが暗闇のなかでは、意識という光のない場合では的を外してしまうほかはないほどに独自かつ無類な、きわめて錯綜した類の手続きである。法学的思考は解釈である——そして解釈以上のもの、つまりは立法者によって考えられたものを突き詰めて考えることである、それは論理学である——そして論理学以上のもの、つまりは目的論理学である、それは経験科学である——そして経験科学以上のもの、つまりは実定法の批判と継続形成、法政策そして結局のところ法哲学である。それは対立する諸々の要素から巧妙に合成されているのであり、それらの要素の意識的な分離と結合だけがある領域の別の領域への波及を阻止することができるのである。われわれの法学的方法の偉大な革新が、自由法運動を通して法哲学に、実務の法哲学的分析（グナエウス・フラヴィウス（*Gnaeus Flavius*）←）を一方とし、実務から法哲学への突破（エルンスト・フックス（*Ernst Fuchs*）←）他方とした両者がうまく出遇っていることにおかげを被っていることを、われわれは忘れていない。

法哲学の帰結さえ、しかし法哲学上の思念の新しい法学的方法を完結と絶頂としてばかりでなく、それどころか必然的な構成部分として要求する。[3737]すでにルドルフ・シュタムラー（*Rudolf Stammler*）は、「正しい法」←への多少とも明瞭な関連づけを含んでいる、「善良の風俗」、「公序良俗」等々といったあの実定法の諸概念を指摘した。次いで自由法運動が、これらの場合における明瞭な関連づけばかりでなく、暗黙のうちに至る所で実定法がその補充を、その欠缺を正しい法を通して充足することを要求していることを証明した。[496]端的にすべての法概念の規範的な性格を証明した新しい方法上の思慮は、実定法は、これを正しい法の枠内でのみ理解することができるということに完全に極まった。そして裁判官の裁量に関する新しい諸々の研究は、裁判官の自由な裁量は実際のところ正しい法への奉仕であるという思想に行き着いている。法感情において直感的に見出された正しい法の偶然かつ検証が可能でない幸運の代りに法の窮極的な目的への意識的な思慮とこれを通して必要とされる手段を設定すること、これが法哲学の課題である。すでに法学の方法上の自己運動は、かくしてかつては自然法の領野であった平坦な耕地を耕やすことへと導かないわけにはゆかなかつたのである。それ以来はカトリックの法哲学の他にも徐々に再び、たとえそれが文化の諸々の変化に、諸国民の諸々の差異に服している「変化する内容をもつ自然法」でしかなくても、自然法を話題とする勇気が見られた。1925年にフーゴ・グロチウス（*Hugo Grotius*）←の追憶のためにテオドル・ニーマイヤー（*Theodor Niemeyer*）によって開催された「自然法と万民法（*Ius naturae et gentium*）」のアンケート調査は自然法への数多くの信仰告白を明らかにした。ライヒ裁判所さえ、かつて非難された次の言葉を口にするのを憚らなかつた。「客観的な意味における自然

法のもとに、全人類がそのために義務を負っている、実定的な定立を通してはじめてではなく、自然それ自体を通して成り立っている法秩序の総計が理解された。このような法秩序には、しかしどのような公民も祖国と国民に負っている忠誠義務が属している」(RGST. 62-67←)。内容的に特定された超実定的な自然法の諸命題を承認することには決めることができなかつたであろう場合であっても——自然法の最小限というものがなければ法哲学はそもそも可能ではない。まさに実証主義的な法哲学というものもまた実定法の妥当のためには同様に超実定的な、それゆえに自然法的な支点を、根本規範というものを必要としているのであって、それもまた「すべての人、うえにある権威に従うべし」(ローマ書13、1)というパウロの言葉の使い方に従った事実上の権力の自然法上の裁可でしかないであろう。

しかし法の本性だけでなく、「事物の本性」もまたその法のなかに組み込まれているのである。実定的な諸法律から展開されていることはなくとも、それでも事物必然的に強いる確信力を所持している法的諸命題が存在していることは、これを疑い得ない。ひとは故意と過失についての刑法上の理論を想起すればよい。それが出発点としている諸々の熟慮は、法律上の規定から出発することができなかつたのであるが、それにもかかわらず、「支配的な意見」という単なる【497】慣例をではなく、必然的な知見を意味している共通の確信へと導いたのである——刑法典の諸草案がそれを提案したような故意と過失の法定定義は、事物の認識に代えて言葉の争いを始めるであろうがゆえに、余計であるばかりでなく、有害でさえあると見られたほどにまでにさえ。このような超実定的な熟慮の確信が本来どこに基いているのかを確定し、そしてこれとともにいまだ全く謎にとどまっている事物の本性の本質とその限界を窮極的に開明することは、ひとつの原則的に重要な研究であろう。法哲学における現象学的な方向がこのような課題の着手を意味しているのであれば、それは法哲学の将来にひとつの重要な使命を充足するであろう。

これらすべての現象に直面して、しかしすでに今日に、ただ新たな崩壊に終わりがねないような自然法的思考の過度な緊張には警戒されなければならない。もちろん伝統的な自然法とは内容的に徹底して対立した新しい諸理論、権威的-有機的な類の諸理論は宗教上の啓示というやり方によって自らに自然法上の普遍的妥当性を要求し、独善的に「大衆自由主義的な」、「自由主義的な」諸理論を、倫理的に劣っているわけでもないところで時代遅れの誤りとして烙印を押した。これに対して法の価値と目的についての様々に異なる見解の何れもに相対的な、しかしまた相対的でしかない権利を賦与すること、それらを論駁することができないこと、しかしまた証明することができないことをも明らかにし、これを通して法政策上の諸々の見方の争いに、これに対してたとえは決然とした態度をとるのでなく、反対側の見解への尊重を保障するこ

とが、法哲学の課題でなければならないのである。この意味においてごく最近、J・K・Vのフランクフルト集会で権威的-有機的な法観と自由-社会的な法観との間の際立つて特徴的な論争が徹底的に交わされた。政治的な諸対立を同じ精神的な次元にもたらすということ、これは、諸々の世界観集団がもはやボクシングのなかで出遭おうとしているとしか思われないうような時代において、政治上の諸対立を確かに締め出すことはできないが、しかし科学的な討議の言語としきたりにまで強いることは確かにできよう社会科学上の諸々の諸々の組織と集会の重要な使命である。これを通して科学的および政治的な諸発言は、しかし必然的に哲学上の議論にまで高められる。そしてこれがまさに法哲学の実務との最も重要な関連づけ、すなわち政治上の攻撃の最前線を対立性と類縁性において明らかにするということである。政治上の党派闘争が一方で法哲学を精神の領域に移調するのであれば、他方で政治上の党派闘争は同時に【498】ひとつの大きかりな法哲学上の議論として現われる。「法哲学は世紀を尺度とした政治であり、政治は法哲学の小銭である」と、ある老練の哲学者はかつて述べた。政治家にだけでなく、まさに実践的な法律家にも法哲学は、法を担い、そして変える大きな政治上の時代的諸潮流を意識させることが求められる。彼がどこからやってきてどこへ赴くのかを知ることなく、発展の流れによってわが身を持ち去らせるのは、彼に似つかわしいことではない。どのような法律家にも一片の法史が成し遂げられるのであり、自らを死せる道具として歴史に用いさせるのは精神的な人間に相応しいことではない。その小さな部分で歴史をとともに作ること、これだけが相応しいのである。自由な経済秩序から連帯したそれへの、個人主義的な法秩序から社会的なそれへの画期的な発展、資本主義的な諸努力と社会主義的なそれらの闘争におけるそれらの進歩と後退、これと密接に結びついた民主政と独裁との間の格闘は、彼らに向けて成し遂げられる歴史の盲目的な奴隷ではなく、このような事象を意識した共同作業者を要求しているのである。

その偉大な諸々の時代では哲学はいまだつねに生活に接近していた。世間離れた哲学者という像はストア学派のひとつの許されざる一般化である。とくに法哲学は繰り返して政治上の歴史、その革命およびその反動という大変革の時には、その序幕をでさえなくとも付添い人の役割を演じた。「哲学者」であると自らを十八世紀の啓蒙主義者、博愛主義者そして社会批判者たちは呼んだ——そして哲学は当時ほどに偉大な文明的功績を自慢することが決してできなかった。彼らにはその主知主義と個人主義をもって、その国家契約の理論とその精神の自由の要求をもってスピノザが先行している。彼もまた生のための一人の思想家である——というのも彼が、きわめて抽象的な理論上の諸々の公理から幾何学的なやり方に従って帰結から帰結へと進行するその体系に、哲学のまさに実践的な教科の名称を、すなわち「倫理学」という名称を与え

るのである。[3738] 【499】

【アストウール・カウフマン (Arthur Kaufmann) による校訂】

- 【495】(法実務) : *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie und Rechtspraxis, in: JW 1932, S. 3737, 3738, auch in: GRGA Bd. 2, Rechtsphilosophie II, 1993, S. 495-499.
- 【496】(67) : RGSt62, 63には次のように言われている。「それというのも客観的な意味における『自然法』のもとには自然それ自体を通してではなく、実定的な定立を通してはじめてそのために全人類が義務づけられている法的諸規範の総計が理解されるからである。このような諸規範には、しかしどの国家市民もその祖国と民族に負っている忠誠義務が属している。」
- (*Gunaeus Flavius*) : *Hermann Kantrowicz*の筆名であり、この名のもとに彼は1906年に作品『法学のために闘い (Der Kampf um Die Rechtswissenschaft)』を書いた。
- (*Fuchs*) : たとえば、*Ernst Fuchs*, Schreibjustiz und Rechtskönigen, 1907; Jurisischer Kulturkampf, 1912; Rechts und Wahrheit in unserer Heutigen Justiz, 1908.
- (正しい法) : *Rudolf Stammler*, 1856年にアルスフェルトに生まれ、1938年にヴェルニゲローでに死す。ドイツの法哲学者であり、法哲学における新カント主義の指導的な提唱者。「正しい法」とは、シュタムラーによれば、そのもとでわれわれがある法内容を見るひとつのカテゴリー上の思考形式にすぎないのであって、この法内容の正当性を証明することはできない。この関連では、„Die Lehre von dem richtigen Recht“, 1. Aufl. 1902が挙げられる。
- 【497】(*Grotius*) : *Hugo Grotius* (1585-1645), *De iure belli ac pacis*, 1625, in: *Klassiker des Völkerrecht*, hrsg. von *Walter Schazel*, 1. Bd. 1950.
- (67) : RGSt 62, 63のなかでは次のように言われている。「それというのも客観的な意味における『自然法』のもとに、実定的な定立を通しはじめてではなく、自然それ自体を通して全人類のために義務づけられている法的諸規範の統計が理解される。このような法的諸規範にはしかし、どのような国家市民もその祖国と民族に負っている忠誠義務が属している。」

刑法改正の精神的状態 (1932年) ←

刑法改正を話題とすることが意味しているのは、ひとつの追悼の辞を述べることである。それは、ますます作業不能状態に陥っているライヒ議会とともに徐々に病み衰えている。それは、ヴィルヘルム・カール (*Wilhelm Karl*) ←が目を永遠に閉じたときに死んでいる。しかしそれは構造的な欠陥に、生まれつきの老衰に病んでいる、それは老朽化した「自由主義の」時代のひとつの後期産物であると主張する多くの人々が存在している。「権威的な国家指導」と自由-社会的な国民国家との間の闘争は刑法をも捉えた。問題は誰よりも先ずエーベルハルト・シュミット (*Eberhard Schmidt*) ←によってその論文『刑法改正と文化的危機』のなかで認められ、そして提起された。事態は、今年の9月の国際刑法学者協会 (IKV) でこれについて論争するまでに至った。そこではコールラウシュ (*Kohtrausch*) が改正のこれまでに精神における継続を代弁したのに対して、グライスバッハ伯 (*Graf Gleispach*) ←があからさまな国家社会主義的な改正綱領を起案し、これによって「青年保守主義者」と呼ばれたより若い刑法学者たち←の喝采を見出した。これによって切り拓かれた討議は継続している。コールラウシュはそれを彼の学長演説←のなかに採り入れる一方で、二人の若い刑事学者の一冊の闘争の書の刊行をその後約束した。同時に世代間のひとつの闘争でもあるこの世界観の闘争がこれまでにひとつの高い精神的な次元にまで動いたということは、今日においてとくに強調するに値する。

刑法改正の現在の闘争状態は、われわれが1870年の現行刑法の精神をよく考えて見る場合にのみ理解されるであろう。それは自由主義的であるのと等しく権威的である類まれな混合形態に置かれている——ちょうどビスマルクのライヒが法治国家であると同時に権威国家であり、ひとつの「国家自由主義的な」構想であったように。1870年の刑法になかには、名前を挙げるならば、一方ではフォイエルバッハ←から、他方ではヘーゲル←から出発している二つの潮流が交じり合っているのである。

刑法の領域のうえに法治国家を根拠づけたこと、これこそフォイエルバッハの功績である。すなわち法治国家上の諸々の理由から彼は「犯罪なければ [73] 刑罰なし (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*)」という言葉を言い表した、彼は法律による刑法の限界づけを提唱したのである。法治国家上の諸々の理由から彼は法と人倫の分離へと、倫理学に対する刑法の自律へと突き進んだのである。

ヘーゲルから、そしてその刑法上の後継者たちから、もしくはより詳しくはシュタール (*Stahl*) ←からも「応報思想」が到来した。「多数派ではなく、権威である」【323】と、シュタールの周知の公式は謳っている。国家は権威国家であり、それだから犯罪

による権威の侵害は権威を擁護する刑罰に値する。

しかしその権威的な性格とならんで応報思想は法治国家的-自由的な側面をも有している。応報刑はまさにこの意味において「法的な刑罰」である。それは刑罰の程度を、行為者の人格性ではなく、所為に依存させる。「人格の声望なしに」というのは、しかしまたひとつの法治国家的な標語であり、自由な法的安定性思想からのひとつの帰結であって、それというのも諸々の事実認定はその一義性をもってこれをなすことができるのであるが、しかし人格性心理学はその微妙な差異性において諸々の誤謬をそれ自体のなかに含んでいるからである。自由-法治国家的な見解が個別性の代わりにおおびらに等しい「法的主体」と認めるように、この見解にとっては労働者はその労働力の「手」、非人格的な所持者、売り手であるように、それは法背反者のなかに「行為者」を、その所為の非人格的な主体を見る。

ドイツ権威国家のこのような刑法にとって代表的なのが、カール・ベンディング←の刑法理論である。その規範説は犯罪を法以外の、倫理的な、宗教的な、社会的な諸関連から切り離し、それを国家と法に対するひとつの純然たる不従順に、刑罰が権威擁護して、応報として対峙する権威侵害にする。しかし権威的思想はベンディングの解釈論に由来するばかりでなく、それは、その厳格な実証主義において、法的諸規範と道徳的諸規範との明確な分離において自由なバトスによっても担われているのである。ベンディングはその気風においてばかりでなく、その自由な基本的態度においてもその偉大なフランクフルト同郷の人フォイエルバッハに似ているのである。

刑法改正への権威国家の自由-権威的な刑法の激変はベンディングの偉大な敵対者であるフランツ・フォン・リスト(*Franz von Liszt*) ←から出発した。ベンディングと同様に彼もまた自由主義者であったのであるが、しかし彼の場合には権威的な痕跡はなく、個人的にはその弟子たちに対する無制約的な寛容においてもその解釈論においても啓蒙時代の一人の真正な後裔であった。その刑事政策が完全に行為者人格性という内面的なものに照準を合わせていたリストがその解釈論においては至る所で——単に自然主義的な時代観にだけでなく、自由主義的な法的安定性の要求にも服して——外面的な、可視的な、把握可能な諸要素を、客観的な理論を優先したことについてひとはしばしば驚かされた。

しかしリストは自由主義のひとつ遺産であったばかりでなく、同時に社会的な法観の一人の先駆者でもあった。彼は犯罪を規範説によるその法的な孤立化から引き出した、彼はそれを二重の意味において社会的な現象として、つまりは一方では反社会的な行為として【324】として、他方ではしかしまた再び社会的に条件づけられた態度として把握する。彼はこれに相応して刑罰に本質的に犯罪者の再社会化を見る。そして彼は法背反者のなかに「行為者」ばかりでなく、かくかくの性情にある生物学的-

社会的な類型を、警告されるべき機会犯罪者を、改善されるべき改善可能な犯罪者を、無害化されるべき改善不能な犯罪者を見る。単調な行為者概念の背後に個人的な人間が立ち現われるのである。しかしこのような個人主義化は自由主義的な個人主義 [74] ではない——自由主義的な個人主義はまさにその反対物である。すなわち人格を見極めることである。個人主義化が生ずるのは個人の利益のためではなく、再社会化という目的のためである。

それだからリストによって開始された刑法改正が「自由主義的である」と見られるならば、それはひとつの根拠のない非難である。反対に社会的な刑法思想の採用からは同時に、すでに今日まで影響を及ぼしている自由な刑法の硬直した諸形式のひとつ軟化が生ずる。もちろん「法律なければ犯罪なく、刑罰もない」という、自由な刑法のすべての原則が揺るがせになるということはない。ドイツでは社会的な法思想が自由な刑罰観を制約したが、しかし、そこでは各則が反社会的な諸行為の不完全かつ、判例を通して補完可能な例示集しか意味していないソヴィエト・ロシアにおけるように、完全に押し退けていない。このことがそこでは実質的な、言い換えれば社会的な犯罪概念の形式的な、すなわち法的なそれに対する勝利であるとして称揚される。しかしたとえ被告人の負担になるためではなく、彼に有利になるためにはわが国においても実質的な犯罪概念が、すなわち反社会的な性格の欠如を理由とする構成要件に該当する態度の不処罰がますます真価を発揮している。ライヒ裁判所によって創設された超法規的緊急避難という正当化事由を、理論においてしばしば弁護された適法な態度の期待不可能性という免責事由を想起することしか、私には必要としていない。このような超法規的刑罰阻却事由のなかには同時に、刑法草案のなかでさらなる諸々の進歩をなしている裁判官権限の嵩上げというものが告げられている——それもまた刑法改正のどのような「自由主義的な」様相でもないのであって、それというのも自由主義的な見解によれば裁判官は実に「法律の口」でしかあってはならないからである。

リストと改正運動に対して繰り返して加えられた度を越した人間性という非難も同様に根拠がない。刑法改正の構想にあっては個人主義的な人間性がどれほど前面に置かれていなかったのか、社会的な目的思想の一面性がどれほど恐るべきものであるかを、1988年11月21日付のドッショヴ (*Dochow*) ←に宛てたりリストの手紙が示している。【325】「私は1)、機会犯罪者のための短期の、集中的な(一般予防!)自由刑、2)、改善を必要としておかつ改善可能な犯罪者のための長期の、漸進的な、共同体拘禁において終る自由刑、3)、慣習犯罪者のための保安拘禁を区別することを知りたいのです。労役所は、たとえ奴らが破滅しようとも軍事的な厳格さをもって諄いもなく可能な限り安上がりには。殴打の刑は不可欠です。私は、第1群と第2群とが第3群と

同様に扱われることに対して抗議します。そしてこのことが今日では行なわれていません。慣習犯罪者(私は法秩序の原理的な敵対者を考えています)は、それもわれわれの経費においてではなく彼の経費において無害化されなければなりません。彼に食料を、空気を、運動を合理的な諸原則に従って分配することは税金支払人の濫用です。このような人間を現代様式の独房に置くことは月並みな人間性です。]

ここで問題になっているのが29歳になる人の私的な意見表明であることをよく理解したうえで私はこれを引用したのであるが、その理由は私がそれを肯定したいからではなく、また私がそれを成熟したリストにとって特徴的であると見たからでもなく、むしろもっぱらどのような心情に刑法改正が由来しているのかを示すためにである。すなわち、それが由来しているのは個人主義的な心情からではなく、社会的なそれである、とうことである。

1918年の国家大変革以来すでに部分的に実現されている改正運動が、それが法は違反者にとって利益になる限りでのみ実現したということ、このことはもちろん認容されなければならない。すなわち自由刑の代わりに罰金刑が、刑罰の代わりに執行猶予、教育的諸処分が、広い範囲にわたる恩赦が置かれたのである——が、しかし改善不能の職業的犯罪者に対する保安拘禁は置かれなかった。ドアがある人間の後ろで閉じられてしまっているところで「改善不能」という言葉を発言するのが憚れるということもまた全く分からないことではない。現に「改善不能」という言葉は行刑の最近の用語では「教育が極度に困難な」という言葉によって置き換えられている。何人をも何をも諦めないということ、(リープマン (*Liepmann*) ←の言葉とともに)改善不能性という事実は理論的な真理にとってのみ当てはまるのであるが、しかし誰かある者の改善可能性をひとつの教育学上の格率とみなすこと、改善可能性には生徒の無能力は存在していないこと、このことは実際のところ行刑教育学者の精神であり、またあらねばならないのである。しかし刑事立法者は改善不能性という悲しむべき真実に目を閉じることは許されず、また刑法改正運動は決して、改善が可能なる者の改善とならんで改善不能者に対する保安を強調することを忘れなかったし、IKVがその最近の会議において繰り返し、そして力を込めて一方的に被告人に有利に作用する刑法改正というものの危険を指摘した。【326】

刑法改正運動に対してはさらに第二の批判を加えることが試みられる。過去数年の最も重要な刑事政策上の現象、ドイツの裁判所の量刑実務に関するエクスナー (*Exner*) ←の本は、——まさに著者が数字に語らせ、その明瞭な言葉が可能なり独自の諸評価をしまい込んでいたがゆえに——ドイツの刑事司法におけるますます進展する刑罰の縮小を特徴づけた。重懲役刑はひとつの死にゆく刑罰であり、自由刑はますます短縮され、ますます罰金刑によって追い遣られ、軽減する諸事情はひとつの

例外から多数回にわたってしばしば適用される原則になっており、いっさいの減軽手段は完全に尽くされるが、しかし最高限刑は用いられないのも同然である——これがドイツの量刑の現在の光景である。しかしこのような動きは改善説の支配のもとではなく、応報および威嚇思想のもとに遂行されているのであり、それはもちろん、成長している社会的感性が、応報および威嚇刑のように、痛い目にあわせよとしかしないような刑罰のいよいよ頻度を高める諸事例に対立しているがゆえに遂行されているのである。社会的に考えられた、受刑者にも社会にも等しく役立つ刑罰に犯罪の社会的な見方がこの程度までには作用しなかったのであろう。われわれが観察している刑罰の縮小は、それゆえにこれを刑事司法のなかにも改正思想が半ばまでしか取り入れられていないこと、確かに社会的な犯罪観は入り口を見出しはしたが、しかし刑罰の社会的な見方はそれを見出していないということに還元することができるのである。

このようにして刑法改正は、それに固有の理念の力からそれに非難が加えられる諸々の誤謬を克服することができるのである。そのためにはその進行方向の切り替えというものを必要としているのである。しかしヘーゲルの弁証法の三拍子は多くの意見に対してひとつの魔法の力を行使する。そしてそのようにして1870年の自由-権威的な刑法が社会的-自由的な刑法に取り替えられたように、これはこれで社会的-権威的な刑法に席を譲らなければならないことが要求されたのである。刑法改正のこのような方向転換に肩入れする「青年保守主義者」であるより若い刑事学者たちはわれわれに、来るべき権威的な刑法のなかに先行する諸時期の社会的な諸成果を、とくに現代的な行刑を取り付けることをわれわれに約束する。しかし彼らの国家社会主義的なそり作りが要求しているものは、社会的な全思想を締め出したひとつの純然たる権威的な刑法である。[76]

「ドイツ国家に侵入している外国の法思想を悉く選別除外すること」と、グライスパッハ伯はわれわれに告げている。継受と啓蒙時代以来の近代的な刑法が【327】国際的な協働の帰結であることから、この種の国家社会主義的な刑法改正はまさに遠くドイツの過去に、遠くカロリナの背後に、おそらくはタキトゥス←にまで、„Traditores et transfugas arboribus suspendunt, ignovas et imbelles et corpore infames coeno ac palude iniecto insuper crate submergent” という文にまで遡らなければならないのであろう。これがドイツ語で国家社会主義的に意味しているのはこういうことであろう。「文献上の国家反逆者たちと10月革命者たちは木に吊るされ、平和主義者たちは泥沼に沈められたうえに柳の絡みが投げ込まれる。」

国家社会主義的な刑法思想が社会的な痕跡のない全くの権威的なものであるということは、私にそう思われようとしているように、これをいまや以下の6つの争いの余地のない命題で証明することが求められる。

1) 国家社会主義は社会的な犯罪観に対して反対行動をとる。それはその人種論に基いて素質論を更新し、犯罪のなかに墮落を、法背反者のなかに生まれつきの下等人間を認める。

2) この種の生まれつきの下等人間は再社会化が可能ではない。それゆえに刑罰は改善を目的とすることができず、威嚇か、それとも選別化でしかあり得ない。国家社会主義のこのようなテロリズム的-選別的な刑法においては死刑と終身拘禁とならんで強制的断種がひとつの重要な役割を演じないわけにゆかない。優生学的な諸理由からしておそらくは得策なその導入は国家社会主義がそのなかで下等人間の適応性をあれほど際限もまく広く捉える現時点は、もちろんひとつの重大な危険を意味している。

3) このような刑法は、イタリアのファシズムをもって言うならば、*difesa sociale* というものではなく、*difesa proprio dello stato* というもの、つまりは社会の保護ではなく、国家への組み込みを意味している。このことは犯罪行為のひとつの全く別の価値段階へと、つまりは政治的犯罪と低俗な犯罪との間の序列関係の変更というものへと導く。刑罰はこのような見解にとってまさに国家の権威のひとつのシンボルもしくはこのような流行語を用いるならば、国家のひとつの統合であり、死刑はまさに国家法上のひとつの秘蹟である。このような意味においてファシズムのイタリアは死刑の再導入をまさに熱狂をもって歓迎したのである。「このような改正は」と、アルフレド・ロッコ (*Arfredo Rocco*) ←はその法典の理由づけのなかで言う、「イタリア国民の変化した精神の、われわれの民族の再び獲得された男らしさと行動力の、われわれの法的および政治的文化的外国のイデオロギーの影響からのもうひとつの幸運な前兆を意味している」——外国のイデオロギーとはつまり、これまではイタリア国民の精神的英雄に算入されていた死刑の偉大な敵対者である【328】チェザーレ・ベッカリアーのイデオロギーである。死刑の歴史は多くの注目すべき転変を指し示しているのであるが、しかしベン・アキバ (*Ben Akiba*) ←にもかかわらず死刑の導入が歓喜の歓声に伴われるということ、これははじめてのことである。

4) 刑罰を国家に準拠させるということが意味しているのは、ある国家理想への方向づけ以外のものではあり得ない。等しく根拠のある国家的諸理想の競争、政党に関する諸々の見方に対する寛容は国家社会主義にとっては存在していない。刑法は国家社会主義にとってその絶対化された国家理想への強制教育である。新しい刑罰諸規定はドイツ民族とその英雄たちの名誉と尊厳の、ドイツの人種とドイツの国民性それ自体の実り豊かさの保護のために要求される——国家社会主義がこれらの価値を[77]理解しているように。グライスバッハ伯でさえ1928年←の国家の保護のための法律の国家社会主義の草案を学問的な調査と形態化にとって価値があるとみなしたのは驚くべ

きことである。

5) 国家社会主義は法と道徳との自由主義的な分離に対して反対行動をとる。この二つの規範体系の間の矛盾というものの許容性は徹底的に否認される。これが意味しているのは、刑罰目的は道徳と一致しているあの絶対化された国家社会主義の政党理想であり、言い換えれば考え方を異にする法背反者は処罰されるばかりでなく、ひどい仕打ちを受けもするのであるが、しかし自由な寛容の最も美しい果実、すなわち確信的行為者の思想はあっさりとは片づけられなければならないということである。

6) 最後に国家社会主義は可罰行為の動機を、もちろん各個人がその態度の法律として自ら形態化することができるのでは無く、民族仲間の内部における絶対的な妥当性への要求をもって考えられている諸規範で測られるべきものとされる倫理的な動機を顧慮することを要求する——かくしてまたしてもあの絶対化された政党理想の諸規範である。これとともに政党の意味における善き心情の持ち主にとって法というものと悪しき心情の持ち主にとっての他の法というものと二重の法という思想が全面に押し出される。

このような改正思想のなかには驚くべき仕方で、どれほどの広い範囲にわたって国家社会主義が伝統的な諸宗教のあらゆる欠陥と危険を伴う一種の代替宗教に、狂信主義、不寛容および異端裁判になっているのかが表現される。民族と国家のこのような偶像崇拝に対して社会主義の内部でも死が宣告された自由主義がひとつの新しい復活を体験するであろう。すでに今日では鉄の前線←の呼び声がこれである：「自由」。

ドイツがアメリカへの反動で失ってしまった一人のあのドイツ人への、不当にも忘れられたドイツ系アメリカ人の国法学者で刑事学者であるフランツ・リーバー (*Franz Lieber*) ←への想起をもって締め括らせてもらいたい。[329] 彼はワートルローで祖国のために血を流し、プロイセンの監獄で自由のために苦しんだ。彼はアメリカの詩人とともに祖国に呼びかけることができた。「そして汝は私を無保護のままに、私が私の青年時代に汝をより少なく、そしてより多く私自身を愛することを理解しなかったがゆえに追い立てた。そしてそれにもかかわらず私は汝を、わが祖国を愛す。」彼の作業室には次のよう言葉が取り付けられていたのであり、これに私は諸価値の国家社会主義的図表を対置した。„*Paria cara, carior liberitas, veritas carissima*”。私は私の祖国を愛するが、しかし私には自由のほうが貴重であって、なぜかというに祖国愛とはすなわち個人的な祖国愛の争い、競争だからであり、自由においてのみ可能であり、自由を通してのみ真理への道が導くからである。自由と真理、真理はそのなかでも最大のものである。[78] 【330】

【ルドルフ・ヴァッサーマン (Rudolf Wassermann) による校訂】

- [323] *Die geistesgeschichtliche Lage der Strafrechtsreform*: フランクフルト・アム・マインでの1932年11月28日の中部ドイツのための共和国法曹同盟の会議での講演。Hermann Krämer, Strafe und Strafrecht im Denken des Kriminalpolitiker Gustav Radbruch, Wissen (Sieg) 1956, S. 73 ff., に転載。講演の内容はFrankfurter Zeitung vom 18.11.1932, S. 2 (「生まれつきの下等人間の理念」) に詳細に報告されている。ひとつの短い報告はFrankfurter Zeitung vom 18.11.1932, S. 2 (「刑法改正から何が生ずるのか」) に刊行されている。Auch in: GRGA Bd. 9, Strafrechtsreform, 1992, S. 323-330.
- (カール): Wilhelm Kahl, 1849年6月17日に生まれ、1932年5月14日にベルリンに死す。
 - (シュミット): Eberhardt Schmidt (1891-1977)、ラートブルフと同様にリスト学派に属している彼はプレスラウ (1921年)、キール (1926年)、ハンブルク (1929年)、ライプツヒ (1935年)、ゲッチンゲン (1945年)、ハイデルベルク (1948年) での刑法の正教授であった。ここでラートブルフによって引用された論文はRecht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 79, 1931のシリーズの刊行されている。Eberhardt Schmidtについては、1978年6月8日のハイデルベルクの学部での追悼祭におけるRichard Langeの演説を参照。Eberhardt Schmidt – Seine Stellung im Wandel strafrechtlichen Denkens, JZ 1978, 541 ff.
 - (コールラウシュ): Eduard Kohlrausch (1874 – 1948) については、Radbruchs Nachruf in: SJZ 1938, Sp. 222 f, およびこの全集のEd. – ber, von Guner Spendel Bd, 16, S. 376を見よ。Kohlrauschはナチス時代ではライヒ司法相Franz Gürtnerによって招聘された刑法委員会の委員であった。
 - (学長演説): Eduard Kohlrausch, Die geistgeschichtliche Krise des Strafrechts, Berliner Rekrats-rede, 1932.
 - (グライスパツハ): Wenzelau Graf Gleispach (1876 – 1944) . グラーツ上級裁判所長官でありオーストリア司法相の息子。彼はフライブルク/スイス (1902年)、プラハ (1906年)、ウーン (1915-1933年) およびベルリン (1934-1942年) での刑法のための大学教授であった。彼はオーストリアの司法省で1912年の刑法草案に協働し、ワイマール時代にはドイツオーストリア刑法会議に参加し、1933年にオーストリア政府によって早期に退職させられ、国家社会主義の刑法改正に、とりわけライヒ司法省の政府刑法改正委員会の委員として積極的にかかわった。
 - (刑法学者たち): Georg Dahm/Friedrich Schaffstein, Liberales oder autoritäres Strafrecht?, Hamburg o. J. (1933), Dahm (1904-1963年) と Schaffstein (1905年生まれ) については、Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, hrsg. von Werner Schubert, Jürgen Regge, Peter Rieß und Werner Schmid, II. Abt., Bd, 2, 1, hrsg. von Jürgen Regge und Werner Schubert, 1988, S. XX, XXI, XLI 参照。
 - (フォイエルパツハ): ラートブルフがその生涯の長きにわたって取り組んだPaul Johann Anselm Feuerbach (1775-1833年) についてはとくに、Gerd Kleinbeyer/Jan Schröder, Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, 2. Aufl. 1983, S. 79 ff.を見よ。
 - (ヘーゲル): Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831). ヘーゲルにとっては、国家は「倫理的理念の現実態」である。それは「即自かつ対自的に理性的なもの」である。彼は「個別的なものそれ自体は客観性しか有しないのであるから、客観的な精神は、それがそのひとつ分枝であるときに、真理かつ人倫である」と言う。Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1982, neu hrsg. von Georg Lasson, 1911, S. 195 f. 参照。

- [323] (シュタール) : *Friedrich Jurius Stahl* (1770-1831年) は、「キリスト教の世界観を基盤とした法および国家の理論」とうものを展開した。これは、2. Abteilung des 2. Bandes der 2. Auflage einer Philosophie des Rechts, 1846 (3. Aufl. 1854-1856, Neudruck 1963) の表題になっている。伝記的な事項については、*Gerhardt Kleinbeyer/Jan Schröder*; *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, 2. Aufl. 1983, S. 255 ff., 参照。
- (ビンディング) : いわゆる古典学派の頭目であり、リストの対蹠者である *Karl Binding* (1841-1920年) については、*Gerd Kleinbeyer/Jan Schröder*; *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, 2. Aufl. 1983, S. 36 ff. を見よ。
- [324] (リスト) : *Franz von Liszt* (1851-1919年) については、*Gerd Kleinbeyer/Jan Schröder*; *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, 2. Aufl. 1983, S. 165 ff., を見よ。
- [325] (ドッショヴ) : 1872年からその死に至るまでハレでの刑法のための正教授であった *Adolf Dochow* (1844-1881年) については、*Liszt's Nachruf in: Franz von Liszt*, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1. Bd., 1905, S. 79 ff. を見よ。
- [326] (リープマン) : 死刑に対する偉大な闘争者であった *Moritz Liepmann* 1869-1923年) については、この全集のグスタフ・ラートブルフの追悼文Bd, 16 S. 63 および ebenda S. 360の *Günter Spendel* の注釈を見よ。
- (エクスナー) の *Franz Exner*; *Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Geschichte*, 1931. *Franz Exber* (1881-1957) については、この全集の第16巻についての *Günter Spendel* による編集者校訂460頁を見よ。
- [328] (タキトウス) : この引用は *Cornelius Tacitus* (55-120 n. Chr.) のゲルマニアの有名な第12章に由来しており、そこで彼はゲルマニア刑法のひとつ特徴を与えている。De origine et situ Germaniae cap. 12.
- (ロッコ) : ファシストの司法相であった *Alfredo Rocco* はその理由づけをラートブルフが引用している1930年のイタリア刑法の創設者として通っている。 *Marc Ancel*, *Die Neue Sozialverteidigung*, 1970, S. 138 を見よ。ラートブルフはその論稿 *Von Cesare Beccaria zu Alfredo Rocco* in: *M. Schr. Krim.-Psych.* 22 (1931), 365, のなかでロッコに携わっている。Die Einführung in die Begründung des Gesetzbuchs und die grundsätzlichen Ausführungen des italienischen Strafgesetzbuchsはいくらかの変更を加えてファシズムを超えて継続したのであるが、しかしたとえ理由づけが当時の司法相 *Alfredo Rocco* の署名を担っているとしても、*Alferdo Rocco* ではなく、*Arturo Rocco* 教授によって書かれている。 *Sivio Ranieni*, *Franz von Liszt und die positive Strafrechtsschule in Italien*, in: *Franz von Liszt zum Gedächtnis. Zur Wiederkehr seines Todestages am 21. Juni 1919*, 1969 (= Bd. 81, Heft 3), S. 156, 175 Anm. 71 参照。
- (ベッカリア) : *Marchese Cesara de Beccaria Bnasana* (1738 - 1794年) はそのあらゆる文化言語に訳されている『犯罪と刑罰』(1767年)を通して人道的な刑法の闘士になった。
- [329] (ベン・アキバ) : *Rabbi Ben Akiba. Karl Gutzkow* の悲劇 „Uruel Acosta“ のなかの登場人物。「すべてがそこにある」という発言を通して知られている。
- (1928年) : 1928年の民族の保護のための法律のナチス草案は、これを確認することができない。In der aus dem Vortrag hervorgegangenen Abhandlung *Autoritäres oder soziales Strafrecht?*, in: *Die Gesellschaft* (1933), Heft 3 (März) = *Gustav Radbruch*, *Der Mensch im Recht*, 1957, S. 74なかでラートブルフは1930年3月12日という日付を伝えている。
- (前線) : 鉄の前線は1931年12月に国家社会主義者の防衛のために創設された上部組織であり、それには社会民主党、自由労働組合、黒-赤-金ライヒ軍旗団その他多くの労働者スポーツ団体が属している。鉄の前線の実効性については、*Heinrich August Winkler*; *Der Weg in die*

Katastrophe, Arbeiter und Arbeiterbewegung in der Weimar Republik 1930 bis 1933, 1987, S. 514 ff. 参照。

- (リーバー) *Franz Lieber* (1798-1872) については、本全集第16巻についての *Günter Spindel* による編集者校訂461頁参照。これによればリーバーをドイツ語圏における「刑法学者」と呼ぶことができない。

刑法改正と国家社会主義（1933年）←

刑法改正は死んでいる（そうでなくとも仮死状態にある）が、しかしその棺に付添っている人々はそれについてはよく言わない。彼らはそれを、「自由主義的」であったという、侮辱語のなかでも最も侮辱的なものになって表れる言葉をもって誹謗する。そして彼らがそもそもそれでもそれに信条を告白するときには、彼らはこのような信条に直ちに、それは「新しい精神的諸潮流と政治的諸力の関係における諸々の変更の影響は別にして」当てはまらなければならないであろうということを付け加えるのを必要としていると考える——このような様相を、昨年←9月のフランクフルトのその会議での国際刑法学者協会は示していた。この間に生じているひとつの「力強い民族運動」が指摘され、ある力の背後にある意味をも探し求めようとする精神的な人々の欲求に従って、窮迫、憎悪および無理解を通して一塊になった沈鬱で盲目的なこの大衆事象のなかにひとつの「新しい精神的方向づけ」を認めようとする。上に触れられた国際刑法学者協会のフランクフルト会議でグライスバッハ（伯）（Graf）Gleispach）←教授は賛嘆すべき仕方、われわれがそう思いたいように、彼自身によっては余すところなく肯定されていない国家社会主義的な国家および刑法観に肩入れし、われわれにはっきりと、どのような刑法を国家社会主義者たちはその原則的な態度の一貫した適用においてわれわれに予期させなければならないのかを示した。よろしい：自由的であると同時に社会的である国家および刑法観というものの提唱者であるわれわれはいまや、われわれが戦いを挑まなければならない敵対者を知るに至っているのである。

あたかも30年以上にもわたって営まれた自由・社会的な刑法改正が望むべき何ものをも残さなかったかのように言うのではない。1918年の国家大変革以来少しずつ実現されている刑法改正は憂慮すべき一面性においてこれまで改正思想が、自由刑に替わる罰金刑、行刑に替わる執行猶予、刑罰に替わる教育処分、広い範囲にわたる恩赦というように、それが法背反者に利益になる限りでのみ、現実に移された——が、しかし改善不能な職業犯罪者に対する保安拘禁は実現されていない。「改善不能な」という言葉を発言することが憚れるというのも全く分からないことではない。それは何といても、自分では決して再び開けることができない人間の背後でドアがガチャリと閉まっていることを思わせる言葉である。そこからそれは行刑の最近の用語では「教育が極度に困難な」という言葉によって置き換えられる。何人をも何ものをも諦めないこと、改善不能性という事実は（リープマン（Liepmann）←の美しい言葉をもってすれば）ひとつの【331】理論的な真理であるが、しかし誰かある者の改善可能性

はひとつの教育学上の格率であるとみなされなければならないこと、改善不能性のなかなか生徒の無能力をではなく、教育者のそれを認めるということ——これは実際のところ行刑の教育学であるし、またあらなければならないのである。しかし刑事立法者は改善不能性という悲しむべき真実から目を閉じることは許されておらず、刑法改正運動は改善能力のある者の改善と並んで改善無能力者に対する保安を強調することも決して忘れていない。繰り返し刑法改正を脅かしている危険の認識においてその最終の会議で国際刑法学者協会は被告人にとって一方的に作用する刑法改正の疑わしさを指摘した。

フランツ・フォン・リストにとって犯罪はひとつの徹底的に社会的な現象であり、反社会的であると同時に社会的に条件づけられた行為である。これに対して国家社会主義の刑法観には「素質理論への傾向と環境理論からの離反またはその弱体化」があるとグライスパッハ伯は言う。その観察の中心点には「墮落した犯罪者」が置かれている。国家社会主義の用語法で言うならば、この種の生まれつきの「下等人間」は、しかしながら改善が不能であり、「選別」と「全般的動機づけ」が、うまいドイツ語で言うならば「無害化」と威嚇が彼らに対する刑法の態度を特徴づけている。それゆえに死刑はグライスパッハにとって「正常な刑罰体系のひとつの必然的な構成部分」である——彼もまた死刑の導入をほとんど賛歌のようなあの歓声をもって歓迎したのも、アルフレド・ロッコがイタリアの刑法典のためのその理由づけのなかで謳い上げたのとはかけ離れてはいない。「このような改正が意味しているのはイタリアの国民の、われわれの民族が再び獲得した男らしさと行動力の、外国のイデオロギーの諸々の影響からのわれわれの法的小おび政治的文化の完全な解放のもうひとつの幸いなる前兆である。」

もともとグライスパッハ教授は特別予防を全面的に締め出そうとしているのではない。「まさに民族共同体の立場からは、いま救出することができる善良な性質を持つ個人は、彼を無目的な過酷さ、さらには残酷な刑罰を通して壊滅してしまうことが許されるであろうよりもはるかに価値がある。したがって行刑における教育もまた決して【332】あつさり否認されてはならないのであるが、しかし教育的行刑は……有罪判決を受けた者のすべてのほんのわずかな小さい部分にとってしか問題になり得ない。」もちろん国家社会主義者たち自身はこの問題についてのその見せかけだけの解釈者よりも厳格である。高い程度国家社会主義者であるヘルムート・ニコライ(Hermut Nicorei) ←はその『人種法律の法論』のなかであらさまに次のように述べている。「刑罰は犯罪者を改善するか、もしくは浄化することを目的としていない。欠陥のある素質を変えるということは誰にもできない。」国家社会主義者たちが権力を握っているところでは、彼らは現代の教育的行刑についての彼らのこのような見方

をすでに実行に移し始めてもいるのである。ごく最近ではチューリッゲンで青少年のためのある模範的な行刑施設の信頼のおける長がその官職を解任された。

若い現代的な教育的行刑を根こそぎにするということは、ほとんどこれに属していない。現代的な行刑は今日でもなお多くの行刑実務家にとっていやいやながらに担われているひとつの負担である。どのような理論もはや安逸さにおもねるような結果以外の結果への見通しを有していない。しかし行刑実務家にとっては、受刑者の多数の教育可能性への信頼を放棄することが許されるならば、その仕事は較べものにならないほどに安逸になるであろう。

このように特徴づけられたテロリズム的-選別的な刑法は、法一般と同様に「ドイツ民族共同体の品種改良」に役立つべきものとされる。したがってそれは各個人の総計としての社会の幸福ではなく、「全体の幸福」に方向づけられているのである。ところで、教育が再社会化として、社会への組み入れとして把握されるならば、いくらかの普遍妥当性をもって教育目標を規定することができるであろう。たとえば誠実さ、勤勉さ、温和さは、それがそもそも可能である限りで、諸々の世界観の争いの外に置かれているのである。しかし超人格的に考えられた民族共同体の諸価値はそれぞれの世界観、それぞれの国家観、それぞれの政党によって異なって規定され、そしてそれに刑法が準拠するということが意味しているのは、このような諸々の見方のひとつを普遍的に、一般的に妥当するものへと持ち上げるということである。現にグライスパッハ伯もまた「各個人にその行為の全体として形態化することができるのではなく、徹底して客観的に民族の圏内において絶対的な妥当性への要求をもって考えられている諸規範」という言い方をしている。「相対主義に別れが告げられる」のであり、等しい根拠を有している国家理想、政党の諸々の見解に対する寛容は国家社会主義にとっては現存していないのである。自由な刑罰観がそこにひとつの劣等を【333】ではなく、ひとつの考え方の違いしか認めない確信的行為者の概念は刑法から再び消滅しなければならないのである。すなわち、国家社会主義的でない色彩の確信的行為者は、「マルキスト」はあらゆる墮落した者のなかでも最も墮落した者であり、まさに本来的に下等人間である、ということである。

国家社会主義は、グライスパッハ伯の説明によれば法と人倫との関係のひとつの新しい見解を要求する。法と道徳とを分離すること、ドイツ観念論哲学のこの偉業は国家社会主義者にとってはひとつの単なる自由主義的な偏見にすぎない。

「この二つの規範体系の間の矛盾というものを許容することは徹底的に拒絶される。」「法と道徳」が意味しているのは、しかし「刑罰は誹謗である」ということ以外の何ものでもない。考え方を異にしている者を誹謗するということは、それゆえに——グライスパッハによって確かに肯定されていないが——国家社会主義的な刑法思

考の必然的な帰結である。

このような刑法観の綱領的な法典編纂が、国家社会主義の見方から民族および祖国に敵対する心情表明に対して数多くの死刑を用いている1930年3月12日のドイツ国民を保護するための法律という、悪名高い草案であった。私はこの草案を笑うべきものであるのと同じ程度において恐るべきものと見るのであり、国家社会主義者たち自身にとっては、それはこの間にひとつの当惑になっているように見えるのである——少なくとも国家社会主義者ファブリキウス (*Fabricius*) ←はごく最近、IKVのベルリン集団の意見交換の夕べでこのような法律草案は「それらからはどのような帰結をも引き出すことができないような日常政治上の性格しか有していないであろう」と説明している。しかしグライスパッハ伯は自らこの草案のなかにひとつの「学問的に研究し、形態化するに値する思想的な内容」を見出し、「ドイツ民族とその英雄の名誉と保護、ドイツ人種の実り豊かさおよびドイツの民族性それ自体」についての刑罰的保護を要求している。まさにここに彼は「ドイツ刑法からの開国の法思想の選別除外」を求める努力には忠実になっていないのであって、それというのもきわめて類似していることがファシズムの刑法典のなかに読み取ったことが想起されるからである。

ところで、このような背景からグライスパッハ伯によって国家社会主義者とともに要求された「行為の動機の慎重な顧慮」はいよいよもってその全く危険な意義をあらわにする。実にこのような動機は行為者に独自の確信についてではなく、特定の世界観のおよび政治的な見方の「客観的な」尺度で測られるのである。これとともに——確かに再びグライスパッハ伯の見解とは異なって——二重の法的道徳というものの危険が、二重の法というものの、固有の党員にとっての法というものの、政治的敵対者にとってのもうひとつの法というものの危険が前面に押し出されるのである。グライスパッハ伯が行為の動機という【334】危険な公式を形づけるに当たっては、先ほど「フェルキッシュ・ペオバハター」のなかでアルフレード・ローゼンベルク (*Alfred Rosenberg*) ←がポテンパ←判決からなしていたあの論述の意味においてどれほど容易に彼の言葉が誤解されかねないかを念頭に置いていなかった。この論述は言う。「この判決はわれわれの思想と自由主義との間のひとつの深い亀裂を暴いた。支配的な自由主義的な法は、人間は人間に等しいと主張する。これはアメリカにおいても承認される。しかしそこでは、白人と有色人種との間に克服し難い障壁が存在している。黒人は白人女性と結婚することが許されないばかりでなく、白人と同じワゴンでドライブすることも全く許されない。ある白人女性を強姦した黒人はリンチに架けられる。これはもちろん「よくない」ことであるが、しかし白人種を防衛するためには必要なことである。世界大戦のはじめにはフランスの平和主義者ジョレス (*Jaurés*) ←が謀殺された——裁判所は謀殺者に無罪を言い渡した。しかしクレマンソー

(Clemenceau) ←に暗殺を企てた者は絞首刑に処せられた——この二つの事例でフランスはその生存利益に調和して行動したのである。五人の男が、彼らが、なおそれに加えてヴォルシェヴィキであった一人のポーランド人を殺したことを理由に死刑判決を受けている。裁判所のこの言い渡しは国家の自己保存という基本的な感情に逆らっている。われわれはわれわれの攻撃を自由主義者の世界観へと同様にマルキストのそれへと導く。われわれにとってはひとつの魂はもうひとつの魂と同じではなく、一人の人間はもう一人の人間と等しくはなく、われわれの目標は強いドイツ人であり、不平等への信念だけがドイツに政治的自由を手に入れさせるであろう。しかしこのような論述がどのような即興でもなく、国家社会主義者たちの恒常的な確信であったことは、国家社会主義者のファブリキウスが先に触れた国際刑法学者協会のベルリン東集団の意見交換の夕べで、彼が、等しい法が全員にとって妥当しなければならぬということはひとつの完全に逆転した立場であり、政治的なすべての動機を一緒くたに扱うことは不可能であり、祖国愛から動機を誤った行為者に、その動機が民族に対して向けられているもう一人の行為者と同じ刑に服させることは可能でないと述べたというようにして確証した。

無精神の下に精神が置かれるところでは、この矛盾の解き難さからしばしばひとつの特別な、玉虫色の類の深い意味が、精神的なもののために無精神を覆い隠すことを通して、突然に精神の仮面の背後でずうずうしくも恐ろしくも無精神が覗き見をするようになるような危険な深い意味が生ずる。その精神にその無精神から与えようとすることほど危険なものは何もない。精神のこのような高貴な危険にグライスパッハ伯はその国家社会主義との関係において圧倒されているように私には思われる。

【ルドルフ・ヴァッサーマン (Rudolf Wassermann) による校訂】

[331] *Strafrechtsreform und Nationalsozialismus*: in: Die Wiener Neue Freie Presse, Ausgaben Nr. 24548 vom 15. 1. und Nr. 24554 vom 22. 1. 1933. [Auch in: GRGA Bd. 9 Strafrechtsreform bearb. von Rudolf Wassermann, 1992 S. 331-338]

グスタフ・ラートブルフは、主として1932年9月のフランクフルト国際刑法学者協会会議でのウイーン大学の刑法の教授であるグライスパッハ伯の論述を手がかりとして国家社会主義の刑法観と対決しているのであり、それゆえに彼が居住しているウイーンに敵対者を訪問しているのである。Die Wiener Freie Presseは指導的なオーストリアの日刊紙であった。Gustav Radbruch, *Autoritäres oder soziales Strefrect?*, in: Die Gesellschaft, Bd. X, H. 3 (März 1933) を見よ。

— (昨年): この会議は1932年9月11-14日にフランクフルト・アム・マインで開催された。刑法改正の継続についてコールラウシュ (ベルリン) とグライスパッハ (ウイーン) という二人の大学教授が報告した。Gustav Radbruch, Die IKV in Frankfurt, in: Die Justiz, Bd. VIII (1932/33), S. 58 f. および *Felisch* in: JW 1932, 3047 f. の報告を見よ。

- (グライスパッフ) : *Wenzelau Graf Gleispach* (1876-1944). グラーツの上級地方裁判所所長であり、オーストリアの司法相である *Johann Graf Gleispach* の息子。彼はオーストリア司法省で刑法改正に協働し、それを1912年のオーストリア刑法：草案にまで導いた。大学教授として彼はフライブルク/スイス (1902年) で、プラハ・ドイツ大学 (1906年) およびウィーン大学 (1915-1933年) で刑法と刑事訴訟法を教え、そこで彼は1929年に学長にもなった。オーストリア政府によって政治上の理由から早期に退職させられ、彼はベルリン大学の正教授になった。グライスパッフ伯はドイツ・オーストリア刑法委員会に所属してライヒ司法相 *Gürtner* に招聘されてドイツ政府刑法改正委員会の委員になった。Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, hrsg. von *Jürgen Regge, Peter Rieü und Werner Schmid*, II. Abt., Bd. 2 Protokolle der Strafrechtskommission des Reichsjustizministeriums, I. Teil, 1. Lesung, hrsg. von *Jürgen Regge und Werner Schilert*, 1988, S. XXVI 参照。
- (リープマン) : *Moritz Liepmann* については、本誌本号34頁を見よ。
- [332] (ロッコ) : *Alfredo Rocco* については、本誌本号34頁を見よ。
- [333] (ニコライ) : *Hermut Nicorei*, Die rassengesetzliche Rechtslehre, Grundzüge einer nationalistischen Rechtsphilosophie, 1. Aufl. 1932, 2. Aufl. 1933, S. 47 参照。 *Nicorei* (1895-1955年) は1932年に国家社会主義ドイツ労働者党 (NSDAP) ライヒ指導部の国内政治部門の長であり、1933年には先ずマグデブルク政府長官に、次いで官房長官に、そしてライヒ内務省における憲法部門の長になった。1935年にはこの官職が解かれ、ベルリンで租税審議官として生きた。 *Dieter Rebenitsch*, Inner Verwaltung, in: Deutsche Verwaltungsgeschichte, hrsg. von *Kurt G. A. Jeserich/Hans Pohl/ Georg-Christoph von Unruh*, Bd. 4, 1985, S. 741 ff. 参照。
- [334] (ファブリキウス) : 法学博士 *Heinz Fabricius* (1893-1945年) は1930年から1945年まで国家社会主義ライヒ議員であり、ドイツ・アカデミーのための官吏法委員会の委員であったのであり、そこで彼は行政と官吏制の国家社会主義的再編に肩入れした。その論文 *Gedanken über nationalsozialistische Verwaltungspolitik*, in: *ZakDR 2* (1935), 46 ff.; *Das Deutsche Beamtengezetz*, in: *ZakDR 4* (1937), 98 ff. 参照。
- [335] (ローゼンベルク) : ヒトラーの最も古い協働闘争者の一人であり、NSDAPのライヒ指導者である *Alfred Rosenberg* (1893-1946年) は指導的な国家社会主義の理論家として通っていた (『20世紀の神話』 (1930年)) は、占領された東地域のためのライヒ国務相 (1941-1945年) としての犯罪を理由に1946年に国際軍事法廷によって死刑判決を受け、処刑された。
- (ポテンパ) : 五人の親衛隊隊員が『オーバーシュレジエンのポテンパ地域で一人の共産主義者の鉱山労働者を残忍粗暴に踏み殺し殺した廉で1932年8月22日の政治的テロルに対するライヒ国務相の命令に基いて死刑が言い渡された。ヒトラーはポテンパ-謀殺者たちに対して一本の連帯電報を送った。 *Paul Kluge*, Der Fall Potenpa in: *Vierteljahresschrift für Zeitgeschichte* 14847, 279 ff. 参照。
- (ジョレス) : *Jean Jaurés* (1859 - 1914) , フランスの社会主義の指導者であり、1914年にある国家主義者によって謀殺された。ジョレスについては、 *Heinz Abasch*, *Jean Jaurés*, Die vorgebliche Hoffnung, 1986を見よ。
- (クレマンソー) : *Georges Clemenseau* (1884-1929), フランスの政治家、1906-1909年および1917-1920年国務相。偽造された記録に基いて国家反逆罪を有罪判決を受けたアルフレッド・ドレフェスに肩入れし、彼は1906年に権利が回復された。