

韓国制憲憲法の成立期におけるユダヤ系亡命法学者の役割

——アメリカ統治下朝鮮（韓国）におけるエルンスト・フレンケルの活動を中心に——

渡 辺 暁 彦

はじめに

- 一 韓国制憲憲法の制定過程
- 二 亡命法学者フレンケル ーワイマール・ドイツからアメリカ、そして朝鮮半島へー
- 三 アメリカ統治下朝鮮におけるフレンケル ー大陸法とコモン・ローの狭間でー
- 四 アメリカ占領体制とユダヤ系亡命法学者
おわりに

はじめに

日本国憲法が制定されて間もない頃、隣国の大韓民国（以下、「韓国」とする。）においても、新しく「制憲憲法」（建國憲法）が制定されている。何れもアメリカ占領統治下の所産として、ほぼ同時期に誕生した憲法典であり、両者は内容的に共通する部分も少なくない。

それにもかかわらず、大きな相違点もまた存する。その最たるものは両国の統治形態であろう。それに着目すると、一方の韓国では大統領制を、他方、わが国では議院内閣制が採用されていることが分かる。また、韓国ではこれら統治形態を含む大掛かりな憲法改正がこれまで幾度か行われたのに対して、日本は一度も憲法改正を経験していない。これはいかなる理由によるものであろうか。^①

ほぼ同時期に、アメリカの強い影響下に作られた憲法典であるにもかかわらず、右のような相違が見られる点は、比較憲法的に見ても興味深い事例であろう。右のような問いに答えるには、先ずもって両国の憲法制定過程にまで立ち返った詳細な研究・分析が不可欠であると考えられる。多かれ少なかれ、それが戦後の政治的枠組みを決定つけたからである。

しかるに、わが国では韓国の制憲憲法制定過程に対する関心は必ずしも高いとはいえず、これまで十分に顧みられることがなかったように思われる。かねてより「アジア諸国法の研究・教育」^②の必要性が叫ばれて久しいが、今なおそれは途上にあるといっても過言ではない。このような研究状況のなか、本稿では韓国制憲期の諸相の一端を参酌し、それを通して両国の憲法制定過程の共通性や相違点等につき、さらなる考察の手がかりを得んとするものである。

その際、本稿では特に一人のユダヤ系亡命法学者に焦点を当てて、その当時の様子を振り返ってみることにしたい。その人物とは、ナチス台頭によりアメリカに亡命を余儀なくされたユダヤ系の法学者、エルンスト・フレンケル（田

Fraenkel)である。ユダヤ系ドイツ人であるフレンケルについては、その主著『二重国家』の著者として、わが国でもよく知られている。しかしながら、彼が一九三〇年代後半にアメリカへ亡命し、その後、その法的な専門知識をかわれて、アメリカ軍政庁の職員として占領下朝鮮で民主主義の確立に寄与した事実はあまり知られていない。

かように亡命法学者（亡命法律家）の役割に考察対象を限定することは、憲法改革という国家的な事象を、特殊な人的関係の問題に矮小化するかに映るかもしれない。しかし逆に、それによって、第二次大戦後の諸外国の憲法制定過程を広く捉え直す手がかりが得られるのではなからうか。^③こうした視点から、あらためて日本国憲法及び附属法の制定當時を振り返ってみると、ほぼ同時期に占領下日本で活躍した一人のユダヤ系亡命法律家アルフレッド・オプラー（A. Oppler）の名が想起されよう。

以下、具体的考察の流れとして、まず始めに韓国制憲憲法の制定過程を簡単に振り返り、第二次大戦後の朝鮮半島の状況やアメリカ軍政庁の果たした役割について概観する（一）。次に、軍政庁でリーガル・アドヴァイザーとして職務に従事したフレンケルに焦点をあて、彼の人物像や学問的営為を素描する（二）。その後、韓国における近時のフレンケル研究を踏まえて、韓国の制憲憲法の運用や法制度の確立に果たしたフレンケルの理論的貢献について若干の考察を加え（三）、最後に占領下の憲法制定過程における亡命法学者の役割について検討することにした（四）。

一 韓国制憲憲法の制定過程

(1) 韓国憲法史概略

韓国では、現在に至るまで九度にわたる改憲が行われている。現行憲法は、一九八七年に制定された第六共和国憲法

である。⁽⁴⁾ 第二次大戦後の六〇年余を振り返ってみても、韓国では憲法規範の移り変わりがめまぐるしい。

韓国憲法史に見られる特徴の一つとして、統治機構にかかわる条項の頻繁な改変を指摘することが許されよう。⁽⁵⁾ その証拠に、これまで行われた改憲の大部分が、大統領の選出方法やその権限規定に関するものであった。第二共和国のごくわずかな時期を除き、韓国では一貫して大統領制が採用されてきた。もつとも、ひとくちに大統領制といっても、その時々々の政治状況や憲法規定のあり方に応じて、多様な形態・運用がみられることに注意を要しよう。

その一方で、韓国では常に議院内閣制への移行が叫ばれてきたことも事実である。この種の議論は、すでに一九四八年の制憲法（「第一共和国憲法」）の制定過程にも見られる。大統領制か議院内閣制かという問題は、その当時から大きな争点であった。最終的に、採用されたのは大統領制であったが、議院内閣制を支持する見解も決して少なくなかった。大統領制か議院内閣制かという二者択一は、「韓国の憲法史を貫く最も大きく、かつ、根の深い」問いである。その問題は、今日に至るまで、特に大統領選挙の際にはしばしば俎上に乗ってきたところである。

(2) 植民地支配からの解放

ここでは、韓国制憲法が制定される前後の状況について、簡単に振り返っておきたい。一九四五年八月一日、日本が連合国に無条件降伏をしたことで、朝鮮半島の人々は長かった植民地支配から「解放」された。人々は歓喜をもってそれを迎えた。がしかし、それは同時に南北朝鮮の分断の始まりでもあった。朝鮮近現代史研究で知られるB・カミングス(B. Cummings)は、一九四三年から約一〇年あまりの朝鮮半島の出来事を知らずして、今日の朝鮮の問題は何も理解できないとまで断言する。そして、一九四五年の「解放」から、二つの国家が成立した一九四八年までの三年余を「熱情」という言葉を用いて特徴づけている。⁽⁷⁾

一九四五年八月の「解放」と時を前後して、呂運亨を中心に建国準備委員会が結成され、広く民衆の支持を集めながら活動を行っていた。翌九月には、建国準備委員会が「朝鮮人民共和国」の樹立を宣布するが、それはアメリカ軍により否定された。アメリカ合衆国は、九月一日にアーノルド少将を軍政長官に任命し、一〇月一〇日、「軍政庁は南朝鮮における唯一の政府である」と宣言した。アメリカは朝鮮半島で軍政を布き、直接統治を行ったのである。⁸⁾この軍政の三年間（一九四五年九月～一九四八年八月）こそ、「韓国の政治構造の原型〔が〕形成された」⁹⁾時期でもあった。一方、ソ連側も朝鮮人民共和国を承認せず、一月一九日には北朝鮮五道行政局が設置された。¹⁰⁾

同年一二月、米・英・ソ三国外相会議で朝鮮半島の信託統治案が具体化された。これは、朝鮮独立の前提として、朝鮮民主主義臨時政府の樹立をうたい、その準備のために米ソによる共同委員会を設置するという内容であった（モスクワ協定）。¹¹⁾これに対して、朝鮮の人々は激しく反発し、「反託運動」が展開された。

こうした一連の経過を経て、三八度線の南側では一九四八年八月一日に朝鮮半島の南側に大韓民国が、北側では翌九月に朝鮮民主主義人民共和国がそれぞれ樹立されることとなる。

(3) 韓国制憲憲法の制定過程

① 制憲国会での作業とアメリカ軍政庁

国連の監視のもと、朝鮮半島の南側部分だけで初の総選挙が五月一〇日に実施された。南朝鮮全域（済州島を除く）から選出された一九八名の議員によって、五月三二日に制憲国会が構成された。制憲国会では、アメリカ帰りの李承晩を議長として、さまざま憲法制定作業に取り組んだ。実質的な作業は、六月三日に発足した憲法草案委員会において行われた。

憲法草案委員会¹²⁾では、専門委員である兪鎮午博士による憲法草案を軸に、権承烈氏の案を参考案として審議が重ねられた。両案はいずれも、議院内閣制の採用を企図するものであった。委員会で得られた最終案でも、引き続き議院内閣制の導入が予定されていたが、それに対して、李承晩とアメリカ軍政庁側から大統領制の採用を主眼とした反対意見が提出された。結果的に、その意見が通り、大統領制が採用されることとなったのである。

七月一七日、制憲憲法が公布、二〇日に制憲国会は初代大統領に李承晩を選出した。そして、八月一五日に大韓民国が樹立された。韓国では、すでに一八八九年に「大韓民国制」という成文憲法が制定されているが、これは皇帝の地位と権限を定めたものに過ぎなかったため、制憲憲法は「初の実効性のある立憲主義的憲法」¹³⁾として公布されたのである。ところで、これら憲法制定に携わった者の多くが、日本に留学経験をもつか、あるいは日本の植民地時代に教育を受けた者であったことにも留意すべきであろう。そのため、明治憲法下の主流であった大陸法系の思考に強く影響された部分が少なくなかったのも想像に難くない。¹⁴⁾

制憲憲法及び附属法の制定にアメリカ軍政庁も無関心でないわけにはいかず、司法部 (Department of Justice) の職員を中心に、そうした動きに関わっていくこととなる。その中心となった人物として、パーグラー (C. Parger)、ウッドール (E. J. Woodall)、そして本稿で取り上げるフレンケルの名前を挙げないわけにはいかない。

なお上記、韓国側の制憲憲法草案に先駆けて、すでに早い段階で、ウッドールが制憲憲法の草案 (The Constitution of Korea) を起草していたとされるが、この草案はまだ発見されていないといふことである。¹⁵⁾

② 制憲憲法の特徴

数々の妥協を重ねたうえで公布された制憲憲法は、前文と一〇章一〇三箇条から成る。これら制憲憲法の特徴として

真つ先に指摘されるべき点は、大統領制の採用であろう。大統領制が採択された理由は、李承晩の「権力掌握意図」⁽¹⁶⁾にあったとされる。表向きは、政党政治の未成熟を挙げつつも、実際は、彼に敵対する政党（韓国民主党）を排除しようとした。とはいえ、韓国民主党の主張も部分的に取り入れられ、国務委員制度と国務総理制度が導入された。これにより、部分的に議院内閣制的要素が加味されることとなったのである。結果、大統領制と議院内閣制との混合型が生まれたのである。

これ以後、大統領制を強化するか弱体化させるべきかという問題は、ときの政局を巻き込みながら、常に韓国の統治機構をめぐる主たる論点となっていく。⁽¹⁷⁾

その他、制憲憲法の規定によれば、大統領は国会（二院制もしくは単院制）で無記名投票により選出される。任期は四年で、再任は一回認められる。重要政策については、大統領と国務総理、国務委員から構成される国務会議において審議決定される。また司法については、大法院長以下すべての法官の任命権を、大統領が有している。憲法委員会には、法律の合憲性審査権が与えられた。

他方で、基本権については法律の留保規定がおかれるなど、そこには当時の韓国社会における「近代憲法の精神的基礎をなす自由意識の貧困」⁽¹⁸⁾が現れている。

二 亡命法学者フレンケル ―ワイマール・ドイツからアメリカ、そして朝鮮半島へ―

(1) フレンケル再評価の機運

上述の通り、制憲期の混乱の時代に、法律家として朝鮮半島の復興に寄与したのがフレンケルである。フレンケルと

はいかなる人物であったのか。以下、ごく限られた範囲であるが、近年のフレンケル再評価の動きとともに、彼の人物像について簡単に振り返っておくことにしたい。

一九九九年一月、ドイツでは、一人の学者の生誕一〇〇周年を記念するシンポジウムが開催された。その学者とは、フレンケルその人である。彼は、まさに二〇世紀の歴史に翻弄された人物の一人である。二〇世紀を目前にした一八九八年にドイツで生まれ、第一次世界大戦を経て、ワイマール共和国の誕生と崩壊をつぶさに体験し、ナチスのユダヤ人迫害とともにアメリカに亡命を余儀なくされた。戦後は、旧西ドイツにおいて、民主主義の復興に寄与した人物である。フレンケルの名前は、わが国でもつとに知られてきたところである。とりわけ、彼の名著『二重国家 (Dual State)』¹⁹⁾は、ナチズム期のドイツ政治・司法・社会論として、今日でも高い評価を得ている。F・ノイマン (F. Neumann)、O・キルヒハイマー (O. Kirchheimer)らと並んで、ワイマール共和国の終焉を目の当たりにし、ナチスによる迫害から亡命を余儀なくされた左翼知識人として捉えられるのが一般的である。とはいえ、わが国ではフレンケルに対する関心はそれほど高いとはいえない。同時代の知識人、例えば、C・シュミット (C. Schmitt) などとは比べるまでもなく、またフレンケルの師である労働法学者H・ジンツハイマー (H. Sinzheimer) などと見比べてみても、その学問的な関心度は大きく見劣りする。

もっとも、右のような過酷な時代状況のなかで、彼が多方面にわたる活躍を果たしてきたことは疑い得ない。近年公刊された著作集の一冊を手にとれば、その活動の一端をうかがうことができる。逆説的な言い方であるが、このような激動の時代であったからこそ、数多くの学問的成果を残すことができたともいえよう。

近年ドイツでは、フレンケルに対する再評価の機運が高まっている。そうした動きは、上記著作集の刊行と無関係ではなからう。従来ほとんど顧みられなかった論説が日の目を見たことで、あらためて彼の学問的営為に関心が寄せられ

たといえる。ドイツに帰国した後の政治教育への積極的な取り組みを含め、フレンケルの理論的営為と実践の全体像を理解するには、彼のライフ・ヒストリー全体に目を向けねばなるまい。なかでも、とりわけ後に展開される彼の多元主義的な民主主義論に決定的な影響を及ぼしたと考えられるのが、アメリカへの亡命と朝鮮半島における占領体制の経験である。アメリカ軍政府の一員として民主主義の復興に携わった彼の生活体験への目配りは、その意味でも不可欠であると考えられるが、この点については、ドイツでもいまだ研究が立ち遅れている状況にある。

(2) 人物像

① 実務家としてのワイマール時代

フレンケルは一八九八年二月二六日ドイツ西北部の都市ケルンに生まれた⁽²⁾。若くして両親を失ったため、一九一五年フランクフルトに住む親戚、J・エプスタイン (J. Epstein) 一家の下へ移り住む。J・エプスタインは、フランクフルト大学附属研究所の物理学教授であった。

青年フレンケルは、ハイデルベルク大学やフランクフルト大学で、法律学や歴史学を学んだ。その間、第一次世界大戦に従軍している。彼の生涯に決定的であったのは、フランクフルト大学でのジンツハイマーとの出会いであった。労働法の大家ジンツハイマーの指導の下に、フレンケルは博士論文『無効な労働契約』を執筆して、法律家として一歩を踏み出している。一九二一年には社会民主党に入党している。

多方面にわたるフレンケルの著作やその実践を理解するには、これまでわが国で一般に理解されてきたような政治学者としてのみならず、法律家及び法学者としての彼の業績にもひろく焦点があてられてしかるべきである。

ワイマール共和国末期、彼はワイマール憲法に関する論文をいくつか『社会』(Die Gesellschaft)誌上に寄稿している。

なかでも、『憲法改正と社会民主主義』（一九三二年）はワイマール末期の公法学の状況を如実に映し出しており、注目すべき論稿である。これらワイマール憲法の規定と運用に関する論説は、現行の一九四八年ドイツ基本法にも、一定の影響を及ぼすことになる。⁽²³⁾ 諸説あるものの、現行ドイツ基本法が定める建設的不信任投票制度（基本法第六七条）などは、しばしばその代表例として挙げられる。⁽²⁴⁾

ナチスが権力を掌握した後も、フレンケルはしばらくの間、いわゆる「前線条項」⁽²⁵⁾により職を失うことはなかった。その後も、しばらくは危険を冒してドイツに留まったが、結局、一九三八年九月末に亡命を余儀なくされた。一九三三年から一九三八年の間、彼は法廷でナチスに敵対した人びとの弁護活動を行うとともに、そのような経験から、憲法及び行政法理論を集中的に研究したと述べている。⁽²⁶⁾

もつとも、ここで次のような疑問が湧く。ユダヤ系の出自をもち、かつ社会民主党系の理論家でもあった彼が、どうしてナチス体制の下で弁護士として活動できたのか。フレンケルの生涯には「謎が少なくない」⁽²⁷⁾といわれるが、最大の謎がこれである。

② アメリカへの亡命

苦難の末、フレンケルがイギリスを経てアメリカに到着したとき、彼の手許にはわずかに一〇ライヒ・マルクしか握られていなかったという。亡命後、彼は「専門職職員のための研究助成委員会（American Committee for the Guidance of Professional Personnel）」⁽²⁸⁾の奨学金を得て、シカゴ大学ロー・スクールで学んだ。そこで、アメリカとドイツの法文化・政治文化の違いを認識することとなる。

一九四一年には、ナチス体制を分析した『二重国家』を出版した。さらに続けて、軍事占領に関する法的諸問題を扱

う『軍事占領と法の支配』（一九四四年）を公刊するなど、この時期、戦後のドイツの非武装化、民主主義の復興に関する研究に取り組んでいた。⁽²⁹⁾これと並行して、ニューヨークにあるニュー・スクール・フォー・ソーシヤルリサーチ（New School for social Research）⁽³⁰⁾では、「比較法」の授業を行っている。⁽³¹⁾

さらに一九四四年からは、ワシントンDCにある「対外経済局（Foreign Economic Administration, FEA）」で働くことになる。彼が渡米後はじめて得た定職である。FEAでは、中央情報局（CIA）の前身である戦略情報局（OSS）の調査分析部（R & A）と共同で、占領体制に関する分析等を行っている。⁽³²⁾こうした経験と識見から、戦後ドイツの占領政策に協力するよう請われるが、彼はそれを断っている。その代わりに、全く見ず知らずの異国の地、朝鮮半島における民主主義の復興に携わることを選択したのである。

この時期、フレンケルと同じように、数多くのユダヤ系知識人がアメリカに渡っている。⁽³³⁾その多くが第二次大戦後は、アメリカ占領軍の一員として、母国や敗戦国の復興支援に関わっていくこととなった。亡命知識人が、アメリカ政府の戦時体制及び戦後の占領体制に組み込まれていったのである。彼（女）らのなかには、その後アメリカ国籍を取得し、そのまま母国に戻らずアメリカで暮らすものも少なくなかった。

③ ドイツへの帰還と政治教育への情熱

アメリカ占領下朝鮮でのフレンケルの任務や活動については次章で取り上げることとし、ここでは、簡単にその後の足跡を辿っておくこととする。

一九四九年夏には、アーベントロート（W. Abendroth）がヴイルヘルムスハーフェン単科大学の一般法学のポストをフレンケルに提示するなど、何度かドイツから招聘があったようであるが、彼はすべて丁重に断っている。⁽³⁴⁾そうこう

している間に、朝鮮半島での職務は、一九五〇年六月の朝鮮戦争(六・二五動乱)³⁵の勃発により、突如終わりを迎えた。やっとの思いで朝鮮半島を脱出したフレンケルは、しばらく日本に滞在する。日本滞在中にフレンケルがどのような活動を行ったのか、またGHQなどのかかわりについては、目下のところそれを推し量る資料を見出せない。³⁶

一九五一年四月、アメリカ国務省からの要請、さらには親友O・ズーア(O. Stier)の度重なる働き掛けなどもあって、彼は二度と戻らないと誓ったはずの母国ドイツへ帰国する。帰国後のフレンケルは、教育政策の支援・促進業務に従事する。彼は、ラジオ放送や様々な成人教育施設における講演等を通じて、とりわけ政治教育に力をそそいだ。一九五三年には、再開されたばかりのドイツ政治大学(後の「ベルリン自由大学」)の教授職を得て、それ以後亡くなる一九七五年まで、ドイツ政治学の復権に尽力した。

フレンケルがドイツ政治大学において担当した講義は、彼の経歴ならではともいえる多種多様なものであった。なかでも、『民族団体、国際連合、地域協定』、『国際連合の諸問題』などに関する講義は、韓国における体験が反映されたものであったとされる。³⁷ また、彼が身をもって体験・摂取したアメリカの政治システム等に関する理解と紹介は、後のドイツでのアメリカ政治学研究に大きく途をひらくものであったといえよう。

三 アメリカ統治下朝鮮におけるフレンケル ―大陸法とコモン・ローの狭間で―

(1) 軍政下朝鮮のフレンケル

一九四五年八月、日本のポツダム宣言受諾により、アメリカによる占領体制が始まる。当初、フレンケルは法律の専門家として日本で勤務することになっていたが、直前で行き先が朝鮮半島に変更された。³⁸ いずれにせよ、実に齢四七歳

にして、またもや新たな挑戦を行うこととなったのである。

アメリカ軍政下の朝鮮（後に韓国）において、フレンケルはほぼ五年にわたって職務に従事する。法律家としての専門性を買われ軍政庁の司法部に配属されたフレンケルは、日本からの解放後に惹起された種々の紛争に対して、法的な見地から助言を与えることを主たる任務（リーガル・アドヴァイザー）とした。民事紛争から拘留の是非を問うもの、さらには行政権限に関するものなど様々な法的紛争に対して、一年間で実に一〇〇件を超える「意見書」を執筆したといわれる。また同時に、朝鮮半島の統一に向けたロシア・アメリカ合同委員会のアメリカ側代表団の一員なども務めていた。

さらに、これら通常の業務に加えて、フレンケルは制憲憲法の制定過程やその運用に対しても、後述するように、幾ばくかの寄与を果たしたと考えられている³⁹。また、ソウル大学で憲法及び国際法に関する講演等を行うなど、民主主義教育の面にも力を注いだ⁴⁰。

大韓民国が樹立された後も、引き続き同地に留まり、マーシャル委員会 (Economic Cooperation Administration Mission to Korea, ECA) において法的助言を行っている。

ところで、近年ドイツでは、フレンケルの政治理論・民主主義論にあらためて脚光が集まっていることは先述した通りである。著作集の刊行により、これまで散逸していた文献や存在すら知られていなかった資料に光が当てられたことで、多面的・総合的な検証が可能となったこともその一因である。特に、従来ほとんど顧みられることのなかった朝鮮での軍務は、今後のフレンケル再評価に欠かすことのできない視点を提供してくれるものと思われる。朝鮮半島の解放から民主主義定着の過程に至るまでをつぶさに経験したことは、フレンケルの民主主義理論にも大きな影響を与えたことは想像に難くないからである。

とはいえ、フレンケルの朝鮮滞在期の資料はまだまだ乏しく、特に憲法制定過程への直接的かかわりを示すものは何から見出せない。筆者は、後述の崔鐘庫氏が言及する「数冊の日記帳」に関心を抱くものであるが、目下のところ所在不明のようである。⁽⁴⁾

(2) 制憲憲法および憲法附属法規の制定

① 憲法草案への論評

韓国制憲憲法の起草に、フレンケルはいかなる程度寄与し得たか。これは「韓国憲法史における重要な問い」とされているが、それに対する十分な答えはいまだ得られていない。⁽⁵⁾

ここでは、まず韓国での先駆的研究である崔鐘庫『西洋法受容史』（一九八二年）に依拠しながら、フレンケルと制憲憲法との関わりについて見てみたい。同書では、この点につき、憲法草案委員会の中心人物であった兪鎮午博士の回顧談に依拠している。具体的には、兪博士の一九五三年の論説と一九八一年に行われた兪博士への聞き取り調査がそれである。

前者（一九五三年の論説）のなかには、憲法草案中の基本権条項について、フレンケルと意見を交わした旨の記述がある。基本権規定における「法律の留保」について、フレンケルは人権保障の見地から次のように批判している。

「当時アメリカ軍政庁の法律顧問をしていたフレンケル博士は、私（兪鎮午博士）に『あなたがたのように、国会にそれほど大きな権限を与えて、もし国会が基本権を全く認めない法律を制定することがあったとしたら、どうするつもりか』という質問をしてきた。私は、『仮に国会がそのようなこととしたら、その時にアメリカ流

の基本権が保障されていたとしても、いかなる効果があるのか』と答えるよりほかなかった。⁽⁴³⁾（括弧内は筆者）

また後者（一九八一年）のヒアリングでは、兪博士とフレンケルとの当時のやり取りについて、次のように述べられている。

「兪博士の案を基礎にしてできた憲法草案が国会に上程されたとき、フレンケルが一度会おうと言ってきて、徳寿宮のなかで一度議論したことがあった。黄聖秀氏も同席したその場で、フレンケルは兪博士の憲法草案の趣旨についていくつか質問したが、兪博士の記憶にもっとも明瞭に残っているのは経済に関する条項であった。草案第八七条に『対外貿易は国家の統制下におく』とあるが、その『統制』という言葉は何を意味するのか、それは危険な表現ではなからうかと指摘されたという。これに対して兪博士は、それは『監督』よりは強く『管理』よりは弱い概念だと説明したということである。⁽⁴⁴⁾」

近年、右のような兪博士の回顧談の内容を裏付けるかのような、フレンケル自身の手になる覚書きが、韓国人研究者によって「発見」⁽⁴⁵⁾された。この覚書きは、一九四八年七月一日付け、つまり制憲国会の第一読会で草案審議がなされた翌日に書かれたものである。

内容的には、大略五つの事項について言及がみられる。つまり、①軍政庁の権限との関係（草案第七条、九九条）、②議員の資格審査及び除名（草案第四四条）、③人権保障のあり方全般（草案第二章）、④条約等の批准・締結に対する大統領権限（草案第四一条、五八条）、⑤結社・団体形成の自由と法律の留保（草案第一三条、一八条）である。

このうち、先の兪博士の記憶と共通するのは、最後の⑤であろう。ここでは、特に労働者の「組合を結成する権利」を挙げながら、草案の規定によれば「労働者はただ法律に制限された範囲内でのみ、組合を結成する権利を持っている」ことになり、本来的な結社の自由の意味が失われると批判した⁽⁴⁶⁾。フレンケルは、議会が法律という手段を用いて、国民の権利を制約することに強い懸念を示したのである。

フレンケルの制憲憲法への関わりが以上のようなものであったとすれば、総じて「実際に彼が草案を作成したとか審議に関わったとかという意味ではなく、……一法律家として非公式かつ個人的に関心をもった」⁽⁴⁷⁾にとどまるといってよいのかもしれない。

先述の覚書きを紹介した崔京玉教授も、「残念ながら、Fradeiのような論評をよく理解したうえで、それを国会法や憲法に積極的に受け入れたならば、もつと民主的で、人権が保障された憲法を制定することができた」⁽⁴⁸⁾のではないかと述べている。

② 制憲憲法制定以後

制憲憲法の制定過程での貢献については先述の通りであるが、その運用面等にまで考察の範囲を拡げてみると、制憲憲法に対する当時のフレンケルの考えが推察できる。上記、覚書きにも若干の言及が見られたが、推し量るに、フレンケルは制憲憲法の勘所であった大統領制に対して当初より懸念を抱いていたように思われる。

この点については、フレンケルの手になる『韓国制憲憲法の改正案に対する法的分析』⁽⁴⁸⁾が参考になる。これは、おそらく一九五〇年一月二八日に韓国民主党が提出した憲法改正案を念頭において執筆されたものと考えられる。同論説で

は、大統領の地位や権限について、議院内閣制における内閣総理大臣のそれと比較しつつ、その時点で組上に上がっていた憲法改正案及び政府組織法改正案に対する詳細な分析を試みている。

フレンケルは、まず考察の手始めに、制憲憲法の大統領制に関する一般的な記述を行うとともに、草案の段階ではむしろ議院内閣制が採用されていたこと、そして制憲憲法と同時に施行された政府組織法が実質的に大統領権限を拡大させていることについて論及している。大統領権限の拡大については、「大統領は、この国のすべての行政機関が担う日々の行政運営全般に対して拒否権 (veto power) を行使することで、思いのままにそれらに干渉する権限を有する」と指摘している。⁽⁴⁹⁾

また、政府組織法が各行政庁の管轄を定めているものの、制憲憲法では重要政策について国务会議の決定に従うことを各大臣に義務づけていることから、結果として国务会議 (State Council) の長である大統領の意向に逆らえない構図となっているに言及する。さらに大統領は、政策案件について私的アドバイザーに問題を諮ることが少なくないが、それらが常態化すれば、むしろ政府権限の要は大統領を中心としたそれら一団に移行してしまう。だとすると、韓国では「大統領の私設顧問団が、憲法上明記されたはずの国务会議の存在を薄いものにさせることは必定」⁽⁵⁰⁾だと案じている。その他にも、大統領の行政人事権の掌握、主務大臣による副署の形骸化など、大統領の強い権限に関する問題点を幾つか指摘している。

その上で、次にフレンケルは現下の憲法改正案について検討を加えていく。改正案は、大統領の独裁化傾向に歯止めをかけるために、野党側から提出されていたものである。それゆえ、改正案は総じて大統領権限を弱体化させる内容となっており、例えば国务会議の運営を國務総理主導に改める、大統領拒否権を制限する、人事権を廃止する、大統領にかわり国务会議が司令官の任命はじめ軍を統制する、といったものである。

これら改正案は多くの点で、イギリスの議院内閣制に範を仰いでいるが、政党政治の伝統も国民の政治意識も大きく異なるなかで、イギリスのような政権運営ができるのか。フレンケルならずとも疑問が呈されよう。憲法改正が実現すれば、即座にイギリスのような議院内閣制が生まれるかのように考えるなら、それは現下の韓国の大統領制が即座にアメリカのそれと同様であると決めてかかるのと同じくらい誤解を招くものである、とフレンケルは言い放つ。そして、議会主義の伝統や市民の政治的素養、成熟した政党制度をもたない「この国〔韓国〕では、憲法改正案の採択が不安定な政府という帰結を導くであろう」と喝破する。その上で、「ワイマール共和国の歴史が教えるのは、専断主義体制の脅威を減することのできない無益な議会制度は、大統領独裁の確立に道を開くことである」と、半ば自戒の念をこめつつ中間総括を行っている。⁽⁴¹⁾

では、現状をそのまま追認すべきなのか。そこでフレンケルが提案するのは、政府組織法の改正である。同法の適切な改正及び解釈を通して、憲法改正を伴うことなく、大統領の国事行為にかかわる広範な権限を制約しようというのである。

例えば改正法によれば、大統領が有する政府高官の任免権は、國務會議の多数決による決定と國務總理・國務大臣の副署に拠るものとされた。このように任免権が「法律」で制約されるのならば、「國務總理を解任する場合には、国会が新しい國務總理の任命を承認するまで、前任者が職務を果たす旨、改正法で規定することも可能である」というのである。そこには、政治の空白を生み出さない仕組みへのフレンケルの強い意思を見て取れよう。⁽⁴²⁾

また、大統領を補佐するスタッフの人事権についてであるが、憲法は何ら明記しておらず、それに何らかの制約を課すとするれば、憲法改正によって國務總理の推薦等を要件とすることなども考えられるとフレンケルは指摘しつつ、しかし「國務會議の権限を事実上上回る、現下の非公式な大統領の私的アドバイザーの影響力を取り除くには、〔むしろ〕

政府組織法の改正こそ相応しいであろう」と論評している。⁽⁵³⁾

これらの考察を踏まえ、「権限の分割という精神に則し、チェック・アンド・バランスの原則によって生命を吹き込まれた政府組織法の改正が実現されるなら、現行の制憲憲法の規定が、今国会で採めている改正案の賛同者、反対論者の双方にとって、あらためて十分満足いく内容であることを示すであろう」と結論づける。⁽⁵⁴⁾

こうした論評からも、フレンケルが大統領を中心とした政府形態のあり方に強い関心を有していたことが見て取れる。フレンケルにとつては、韓国の現状をワイマール時代の政治状況と重ね合わせるところがあったのかもしれない。彼にとつては、とりわけ政治の安定と国会による適切な民主的コントロールの仕組みを、いかに韓国に根付かせるかが最大の関心事であったといつてよい。

以上、本章で見えてきたように、制憲憲法の制定にフレンケルが直接関わったとはいえないとしても、第一にそれについての批評等を通して制憲憲法の意義と課題を明らかにするとともに、また第二に、様々に惹起されている私的紛争や社会問題について韓国の伝統的思考にも配慮しつつ法的解決を図ろうとしたこと等により、概して韓国社会における立憲政治確立の道筋をつけたと評することが許されよう。

あわせて、韓国制憲憲法の「はじめての」⁽⁵⁵⁾英訳に携わるなど、第二次大戦後の韓国の民主化の取組みや、韓国が置かれた状況を彼の幅広い人的交流を通してひろく世界に知らしめた点は決して過小評価されてはならないであろう。

四 アメリカ占領体制とユダヤ系亡命法学者

(1) 二人の亡命法学者

前章では、アメリカ占領下朝鮮における憲法及び附属法制定過程の一諸相を、フレンケルというひとりの人物に着目しつつ垣間見てきた。占領下朝鮮で復興に携わった者のなかには、様々な経歴を有する人物がいたが、先ずもって、ユダヤ系亡命法学者であるフレンケルの経歴の特殊性が際だっている。

ところで、ひとたび占領下の日本に目を転じれば、まさしくフレンケルと類似した経歴をもつ人物がいたことに気付かされる。フレンケルと同様、ワイマール時代に法律家として活躍し、ナチスの迫害によりアメリカに亡命、数々の苦難を乗り越えて、占領下日本の戦後復興に携わった人物、それがA・オプラー (Alfred C. Oppler) である。オプラーは、すでによく知られているように、戦後日本の法制改革に多大な貢献を行った人物である。とりわけ、裁判所法の立案作業に深くかわり、戦後わが国の司法制度の基盤を築いたと評される。

彼らのような亡命法学者が占領体制において果たした役割に着目することで、占領下の憲法及び附属法制定過程に対する日本・韓国比較のための一つの視座を見出すことができるのではなからうか。さしあたり、ここではフレンケルとオプラー、両者に共通してみられる学問的態度や法制改革に対する姿勢などを中心に、その点について若干の考察を試みたい。⁽⁵⁶⁾

① A・オプラー (Alfred C. Oppler, 1893—1982)

オプラーの経歴についても簡単に確認しておく。⁽⁵⁷⁾ オプラーは当時ドイツ領であったアルザス・ロレーヌの地で生まれ

た。ドイツ各地の大学で法律を学び、国家試験に合格した。ワイマール共和国の誕生を支持し、ワイマール憲法ともつとも親和性のあるドイツ民主党に入党している。その後、大蔵省の法律顧問や裁判官として活躍し、三八歳で最高行政裁判所の陪席判事に任命されている。しかし、ユダヤ系の出自であったために一九三九年に亡命を余儀なくされる。アメリカに渡ったオプラーは、苦勞の末、幸運にもフレンケルと同じく「専門職職員のための研究助成委員会 (American Committee for the Guidance of Professional Personnel)」の奨学金を得ることができた。その後、ハーヴァード大学で研究助手等の職に就く。一九四四年には、フレンケルも勤務したワシントンの対外経済局 (F E A) に移り、そこで戦争後の占領政策等に対する研究に従事した。

第二次大戦が終結してまもなく、オプラーに対して日本での勤務が打診された。その背景について、彼の上司であったケイデイスは次のように語っている。「日本の法制はヨーロッパ大陸法系なのであるから、日本の法制改革のために G H Q には大陸法の専門家が必要だと早い時期から意識して」いたので、「ワシントン D C の陸軍省に電報を書いて、民間人の人事部局で、大陸法に造詣の深い民間人を雇って G H Q に赴任させて欲しいと要請した」とのことである。⁽⁵⁸⁾

G H Q に勤務することとなったオプラーであるが、彼の法律家としての専門性の高さとその仕事ぶり、またその温厚な人柄によって、占領する側からもされる側からも高い信頼を得ていた。交友関係もひろかったようである。⁽⁵⁹⁾ その著書『占領下日本の法制改革 (Legal Reform in Occupied Japan)』(一九七六年)⁽⁶⁰⁾ は、特に戦後の司法改革の様相を克明に記した資料として有用であると同時に、多くの日本人識者との交流の記録としてもたいへん興味深いものである。

② 二人の接点？

オプラーの経歴を振り返ってみると、フレンケルのそれと多くの部分で共通する点が見て取れる。例えば、ユダヤ系

の出自であったこと、ワイマール体制を擁護したこと、ワイマール時代からナチス体制下においても法律家として実務に携わっていたこと、そしてナチスによる迫害からアメリカへ亡命したことなどである。さらに渡米後には、同じ奨学金を得ている。この両者が、国は違えどともに極東アジアという異国の地で、司法・法制面から、両国の戦後の民主化作業に深くかかわったことは何かの巡り合わせかもしれない。

それでは、二人の間に交友関係があったのであろうか。フレンケル自らの言及は見あたらないが、オプラーの言葉を借りれば、二人は「古い友人」であり「ワシントン時代の同僚」であったという。もつとも、それ以上に二人の関係を示す記述は見出せない。

例えば、極東アジアでそれぞれ職務に従事していた際、お互いに連絡を取り合っていたのか、日本や韓国の法システムに対して議論を交わしたのか等、様々な興味をかき立ててくれるが、そのあたりをうかがい知る資料は現時点では不明である。

あまり知られていないが、朝鮮戦争勃発をうけて、フレンケルは急遽日本に避難し、そこで半年あまり引き続き職務に従事していた。⁽⁶¹⁾ だとすれば、オプラーと日本で直に合う機会もあったと考えられるが、これらの点も含めて、現時点では当時の二人の交友関係をつなく手掛かりは何ら見出せない。

とはいえ、二人はお互いに何らかの連絡をとりあっていたと考える方が自然であるように思われる。オプラーの著書には、法律に詳しい二人の軍人が、朝鮮から日本の法制司法課に移ってきたという記述があるが、彼らはフレンケルから日本で法律家を求めているという話をきいたという。⁽⁶²⁾ また民政局内には朝鮮課がおかれ、オプラーの同僚であったJ・ネピア (J. Napier) は、職務として数回にわたりソウルを訪れ、「李承晩の身の廻りの世話」をしている。⁽⁶³⁾ さらに、すでにフレンケルがドイツに帰国した後ではあるが、オプラーは統合参謀第五部の一員として、朝鮮問題を担当すること

になる。オプラーは「韓国の」憲法の発展、政府の政策、党の政策及び反対運動を観察・分析し、一九五二年五月には調査のために韓国を訪れている。李承晩と彼の政治手法に対するきめ細やかな分析は、あらかじめその筋に詳しい人物から何らかの情報を得ていたことをうかがわせる。

(2) 占領下の憲法及び附属法制定におけるユダヤ系「命法学者」の役割

① 橋渡し役としての亡命法学者

フレンケルとオプラーは、ともに大陸法系の国でそれぞれ法的思考を育み、その後アメリカへの亡命という特殊な事情によって、否応なく英米法的思考に接することとなった。両法体系の相違や利点及びその特徴について、多くの障害と困難を乗り越えてやっとそれらを会得することができたのである。

日々の職務のなかで、両者が念頭においていたのは次のような点である。オプラーは自著のなかで、性急なアングロ・サクソン法的概念を日本に持ち込むことに繰り返し警鐘を鳴らしている。「大陸法とアングロ・サクソン法双方の長所の組み合わせ」「アメリカの制度と日本の制度の『統合』」といった表現は、彼が好んで用いたフレーズである。

他方、同様の認識をフレンケルも有していた。彼が著名な法哲学者G・ラートブルフ(G. Radbruch)に宛てた書簡には次のように書かれていた。「大陸法とコモン・ローという両法体系に学んだものとして、私には、朝鮮の法律家にアメリカの占領法規を、そしてアメリカ人には朝鮮(つまりドイツ法系)固有の法を、それぞれ説明する責務があると考えています」⁽⁶⁵⁾。

このような両者の基本姿勢は、大陸法的な伝統が色濃く残る日本と韓国が、アメリカの法制度を受容していくにあたって、まさしく好都合であったといえる。

② ワイマールの教訓

オプラーとフレンケルは、それぞれ日本そして韓国の憲法制定に直接的に携わったわけではない。「憲法の制定という」この冒険的で驚くべき仕事⁽⁶⁶⁾に就くには、双方とも配属先への着任が少しばかり遅すぎた。とはいえ、両者ともに、極東の地における戦後の復興・民主化に熱意をみせ、特にその象徴である憲法の制定及び運用については並々ならぬ関心を示した。母国ドイツのそれに重ね合わせるところもあつたのであろう。

後年、フレンケルは「日本からの解放を経て新国家の樹立、そして南北の分断といった韓国政治の展開に」母国ドイツで起こっている動きをいつも対照させていた⁽⁶⁷⁾と述懐している。そうであるからこそ、ナチスによる政権奪取を防ぐことができなかつたワイマール憲法体制の教訓を常に念頭に置いていた。ドイツ憲法史の苦い教訓として、いかに憲法を機能させるかということこそ、フレンケルにとって本質的かつ喫緊の課題であつた。憲法が機能するには、成熟した国民の政治意識が不可欠である。フレンケルは、「ワイマール共和国では、民主的な憲法秩序をその敵対者から守り抜くことができなかつたし、ドイツ国民の政治意識のなかに憲法の基本原理をしっかりと根づかせることができなかつた⁽⁶⁸⁾」として、憲法規範の問題というよりも、むしろそれを支える国民の政治意識の側にも問題があつたと述べる。

同じく、オプラーも「ナチ体制下での経験は、立法府や行政府の不法かつ専断的な行為から個人を保護すること」の重要性を、自らに確信させるに至つたと述べる⁽⁶⁹⁾。その意味で、個人の権利救済の砦として日本国憲法に新たに司法審査制が導入されたことは、オプラーの経験からすると必然であつた。そのような認識をもつたうえで「日本人が新憲法の諸原理を実現すること」⁽⁷⁰⁾に貢献しようとしたのである。

以上の通り、アメリカの占領統治体制において、なかならず憲法及び附属法の運用過程においても、ユダヤ系亡命法学者の存在は決して看過され得ないものである。彼らは、占領する側・される側双方をつなぐ架け橋としての役割を忠

実に果たしたといつてよい。

たしかに、両者の役割について過大評価することは慎まなければならない。とはいえ、彼らの存在こそ「占領期法制改革においては、占領者・被占領者の双方にとって幸運なことであつた」⁽⁷¹⁾といえよう。

かつて長尾龍一教授は、暗黙の時代に民主制を擁護しようとしたケルゼンの言葉を引きながら、戦後に活躍したオプラーらワイマール知識人（ユダヤ系亡命法律家・法学者）の姿を印象深く素描された。すなわち、彼らの生涯は「ワイマール共和国という難船から、民主主義の旗を固守して浮かび上がり、地球の裏側で、別の難船の補修の助力をした物語である」⁽⁷²⁾。本稿で取り上げたフレンケルにもそれは当てはまる。「補修」された船が、はたして安全に航行を続けているのかどうか。それはまた別の大きな物語である。

おわりに

第二次大戦後のアメリカによる占領政策を検証するにあたり、日本と朝鮮半島、さらにはドイツ等を含めた、占領政策に対する「横断的比較研究」の必要性がかねてより指摘されてきたところである⁽⁷³⁾。

このことは、憲法制定過程の状況についても同様である。特に、日本と韓国はアメリカの占領統治のもと、英米法的思考の影響を強く受けながら、ともに戦後の復興に向けて力を尽くした。そして、そうした復興の基盤となったのが法律であり、なかんずく「最高法規」としての憲法であつた。

しかしながら、日本と韓国の憲法制定過程について、アメリカ占領統治の意図や当時の国際情勢等に照らし合わせながら、詳細に比較・検証した研究は管見のかぎりほとんど見出せない⁽⁷⁴⁾。本稿では、一人のユダヤ系亡命法学者に焦点を

あてながら、アメリカ占領下朝鮮の制憲憲法をめぐる一諸相を素描しようとした。

良きにつけ悪しきにつけ、二〇世紀は「憲法の世紀」であった。これほどまでに「地球のすみずみまで憲法が行き渡ったのは、今世紀の現象であ」り、権力制限規範としての憲法の意義は、今日あらためて繰り返すまでもないかのである。しかしながら、現実とは言えば、権力の濫用とともに数々の人権侵害の実態が見られることも紛う方なき事実である。「憲法をいかにして機能させるか」ということが、これ程までに憲法が世界に広まった今日における最大の現代的課題」だとされる所以である。⁷⁶⁾

第二次大戦後、新たな憲法の制定に携わった人びとは、様々な政治的理由や思惑が絡んでいたとはいえ、少なからず憲法をいかに機能させるかに意を注いだ。その際には、その国の法文化、伝統的思考との整合性、あるいは制度的経験の有無なども考慮事項とならざるを得ない。その点では、本稿で取り上げたフレンケルら亡命法学者が、いかなる理念に基づきいかなる手段でもって、日本及び韓国の伝統的法思考にアメリカ型法システムを接ぎ木しようとしたのか。さらに彼らの試みが、具体的な制度モデルの場面での程度実際に機能したのか、なぜ他の制度モデルを採用しなかったのか等、あらためて丹念に検証されるべき課題は少なくないのではなからうか。さしあたり本小論は、ユダヤ系亡命法学者という「激動の時代の生き証人」に着目し、アメリカ占領下の両国の憲法制定過程を比較検証する視座を構築しようとする試みに他ならない。

(1) このような疑問について、金哲洙教授も、「日韓軍政司令部の意図が違った理由はまだはっきりしていない」と述べている。金哲洙「外国憲法が韓国憲法に及ぼした影響」自治研究六三巻二号(一九八七年)一一二頁。

(2) 杉原泰雄「アジア諸国法の研究 教育を」法学セミナー四二九号(一九九〇)一八頁。本号では、「いま韓国法を学ぶ」という特集が組まれている。

(3) 石田憲『敗戦から憲法へ』(二〇〇九年、岩波書店)一〇頁以下は、「ほぼ同時期に並行して体制変革を迫られた国々と比較できれば、従来の憲法

論とは異なる側面に光を当てることが可能となる」と述べる。筆者も同様の認識をもつものである。

- (4) 現在に至る韓国憲法の変遷については、さしあたり、金哲洙『韓国憲法の五〇年』(一九九八、敬文堂)一頁以下を挙げておく。なお、現在の韓国は一般に第六共和国と呼ばれる。近時、このような時代区分に対して異論もみられるが、本稿では従来通りの区分基準に従う。なお、粗っぽいものではあるが、拙稿「韓国憲法略年表」『ジュリスコンサルタス』一四号(二〇〇四)四九頁以下を参照されたい。

- (5) ソウル大学の金哲洙教授も、このような目まぐるしい韓国統治機構の変遷は、「逆説的に比較憲法の宝庫」であると述べる。金哲洙・前掲書、i頁。

- (6) 尹龍澤「大韓民国憲法の概要」衆議院憲法調査会事務局『大韓民国憲法』衆憲資第一八号(二〇〇三)二九頁。

- (7) ブルース・カミングス(横田安司ほか訳)『現代朝鮮の歴史』(二〇〇三、明石書店)三〇一頁以下では、その時期の様子が克明に描かれている。

- (8) このあたりの状況について、李景珉『増補 朝鮮現代史の岐路』(二〇〇三、平凡社)が詳しい。以下、歴史的な記述の多くは同書に依拠した。また、両国の占領政策の違いについては、南基正『朝鮮「解放」三年史』と日本占領「中村政則ほか編『世界史のなかの一九四五年』(二〇〇五、岩波書店)二〇三頁以下。

- (9) 孔義植ほか編『韓国現代政治入門』(二〇〇五、芦書房)一三頁(鄭俊坤執筆)。

- (10) 武田幸男編『朝鮮史』(二〇〇〇、山川出版社)三二七頁以下(橋谷弘執筆)。

- (11) モスクワ協定の内容やそれをめぐる韓国の状況について、李景珉・前掲書、一三九頁以下。

- (12) 閔炳老「韓国の憲法事情」国立国会図書館調査及び立法考査局『諸外国の憲法事情3』(調査資料二〇〇三―二)四〇頁。制憲憲法の制定過程について、特に鯨鱗午博士の憲法思想に焦点をあてて詳細な分析を行った邦語文献として、國分典子「韓国憲法思想の淵源」『青丘學術論集』二〇集(二〇〇二)一八二頁以下を挙げないわけではない。

- (13) 金哲洙・前掲書、四〇頁。

- (14) 池東旭『韓国大統領列伝』(二〇〇二、中公新書)七頁。

- (15) 崔京玉「米軍政下の司法部と制憲憲法の成立過程」京都大学大学院法学研究科二世紀COEプログラム「二世紀型法秩序形成プログラム」B-1「国家アクター」班日韓国際シンポジウム『東アジア諸国の憲法と統治機構』報告書(二〇〇五)四〇頁。

- (16) 森山茂徳『韓国現代政治』(一九九八、東大出版会)一四六頁。

- (17) 今日議論状況について、さしあたり拙稿「韓国大統領制の諸問題」『ジュリスコンサルタス』一三号(二〇〇五)六四頁以下。

- (18) 韓泰淵・葛泰根『韓國憲法論』(一九七八、洋販出版) 二二頁。
- (19) 邦訳として、E・フレンケル(中道寿一訳)『二重国家』(一九九四、シネルヴァ書房)を、またフレンケルの二重国家論に対する研究として、舟越耿一「フレンケルの『二重国家』論」日本法哲学会編『法哲学年報』(一九七七)、同『二重国家』論をめぐって」長崎大学教育学部社会科学学叢書 三二号(一九八二)、同「ナチズムの法と国家」現代の法思想(一九八五、有斐閣)、中道寿一「二重国家」に関する一考察(一)(二)『北九州大学法政論集』二三巻一・二合併号、同三・四合併号(一九九五)を挙げておく。
- (20) A. v. Brinneck, Ernst Fraenkel's Urdoppelstaat von 1938 und der Doppelstaat von 1941/1974, in: H. Buchstein/G. Göhler (Hrsg.), Vom Sozialismus zum Pluralismus, Baden-Baden (2000), S. 29.
- (21) 中道寿一「シュミットとフレンケル、キルヒハイマー、ノイマン」初宿正典・古賀敬太編『カール・シュミットとその時代』(一九九七、風行社) 一八七頁。クリス・ソーンヒル(安世舟ほか訳)「フランチ・ノイマンとオットー・キルヒハイマー」『現代ドイツの政治思想家』(二〇〇四、岩波書店) 一五一頁以下。
- (22) フレンケルの略歴について、H. Buchstein/R. Kuhn, Vorwort zu diesem Band, in: H. Buchstein u. a. (Hrsg.), Ernst Fraenkel Gesammelte Schriften Bd. I, Baden-Baden (1999), S. 15ff. を参照した。邦語文献では、久保敬治『新版 ある法学者の人生 フーゴ・ジンツハイマー』(二〇〇一、信山社) 二〇七―二六頁が詳しい。同書ではジンツハイマーの弟子としてのフレンケルが描かれており、本稿も多くの示唆を得た。
- (23) A. ボラツフィ(古賀敬太訳)「憲法危機と社会民主主義」Ch・ミュラー/I・シユタフ編(安世舟ほか編訳)『ワイマール共和国の憲法状況と国家学』(一九八九、未来社) 一〇六頁。中道・前掲論文、二〇二頁。
- (24) フレンケルの考え方が、基本法第六七条の規定にもっとも近いと評するものとして、A. M. Birke, Das konstruktive Misstrauensvotum in den Verfassungsverhandlungen der Länder und des Bundes, ZPrL (1977), S. 81, FK-Fronme, Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz, 3. erg. Aufl., Tübingen (1999) S. 110f. など。なお、このあたりの学説状況については、拙稿「ドイツにおける議院内閣制と政権の安定」同志社法学 五二巻二号(二〇〇〇) 三五五―三五七頁において、幾ばくかの検討を行った。
- (25) 哲学者レーヴィットは、「前線条項」について次のように振り返っている。「前線で戦ったのだからというこの論拠は、いたるところで承認を得ており、そして、このことに見あって、だれでも、その他のユダヤ人たちの解雇と名誉毀損とは、これを自明なことと受けとめた」。カール・レーヴィット(秋間実訳)『ナチズムと私の生活』(一九九〇、法政大学出版局) 一八頁。
- (26) フレンケルが奨学金申請に際してまごめた履歴事項による。引用は、S. Ladwig-Winters, Ernst Fraenkel als Stipendiat des American Committee

in Chicago, in: H. Buchstein/G. Göhler, a. O., S. 61. に依拠した。

(27) 久保・前掲書 二二五頁。

(28) これは、その当時いくつかあった亡命者救済組織の一つであるが、特に亡命法律家を対象とするものであった。発起人は、ハーヴァード大学のC・J・フリードリヒ(Carl J. Friedrich)である。とりわけ、委員会において指導的な役割を果たした人物として、D・リースマン(David Riesman)の名前を挙げることできる。そのほか、コロンビア大学のW・ゲルボン(Walter Gellhorn)などが奨学金受給者の選任作業にかかわった。奨学金は、一九三九/四〇年に八名、四〇/四一年に二八名の計三六名に支給されたが、財政難のため一九四四年にその活動を終えた。S. Ludwig-Winters, Ernst Fraenkel, Frankfurt/Main (2009), S. 45ff. なお、『重国家』の出版にあたり、フレンケルは数多くの知人に謝辞を述べているが、そこにもフリードリヒやリースマンの名前が見られる。そこには、単なる謝辞以上のものがあつたと思われる。

(29) その時期にものされたものとして、例えば『ビトラー以後のドイツにおける法治国家の再建』(一九四三年)、『第二次大戦後ドイツの非武装化に関する覚書』(一九四三年)、『ラインラント占領一九一八—一九三三』(一九四四年)などがあつた(それらはすべて、著作集第Ⅲ巻に所収)。

(30) 当該機関は、ロックフェラー財団によるヨーロッパ知識人の救済計画のために、その「受け入れ窓口」として機能していた。桜井哲夫『占領下パリの思想家たち』(二〇〇七、平凡社新書) 一二三頁、一二七頁以下。

(31) G. Göhler/D. R. Schumann, Vorwort zu diesem Band, in: G. Göhler u. a. (Hrsg.), Ernst Fraenkel Gesammelte Schriften Bd. III (以下、GS III) 4⁹⁰), Baden-Baden (1999), S. 12.

(32) 戦略情報局 (Office of Strategic Service, OSS) の調査分析部 (Research and Analysis Branch) では、戦後のドイツや日本の民主化に関する構想が練られた。ここでは、多数の亡命ユダヤ系知識人、日系アメリカ人がかかわっていたといわれる。フレンケルも、OSSで働いていたキルヒハイマーらと、占領に対する手引冊子などを作成した。OSSの調査分析部については、加藤哲郎『象徴天皇制の起源』(二〇〇五、平凡社新書) 四七頁以下を参照。GS III, S. 15.

(33) 例えば、桜井・前掲書 一二三頁以下では、フランスから亡命した知識人のニューヨークでの生活が描かれている。

(34) S. Ludwig-Winters, a. O. (Anm. 28), S. 234.

(35) E. Fraenkel, Evacuation from Seoul, GS III, S. 456ff. に、ソウルから脱出し日本の博多に到着するまでの状況が時系列的に生々しく描かれている。フレンケルは、翌一九五一年四月まで日本に滞在し、引き続きマリーシャル委員会のリーガル・アドヴァイザーを務めたとされる。G. Göhler/D. R. Schumann, Die Plannungen Ernst Fraenkels zum Aufbau der Demokratie in Deutschland und Korea, in: H. Buchstein/G. Göhler, a. O., S. 68.

韓国制憲法の成立期におけるユダヤ系亡命法学者の役割

同志社法学 六四巻七号 七六九 (二二七九五)

- (36) 筆者も、ドイツ連邦公文書館 (Bundesarchiv) に遺された文書のなかにその答えを見出そうとしたが、日本滞在に関する記録を終に見出せなかった (二〇〇五年夏、筆者調査)。
- (37) 為政現代『戦後ドイツにおける政治学と政治教育の交錯』(博士論文) 九二頁。政治教育に対するフレンケルの積極的な姿勢をみるとき、ワイマール体制の崩壊過程と朝鮮半島での民主主義の勃興という、二つの直接的な体験が大きく作用していることを、考えずにはいられない。この点については、いずれ稿をあらためて論じたい。
- (38) S. Ludwig-Winters, a. a. O. (Ann.28), S.210f.
- (39) G. Göher/D. R. Schumann, a. a. O. (Ann.35), S.68 によれば、一九四六年以降、フレンケルは制憲議会で作業がすすめられている憲法制定について、法的見地から助言を行ったとされている。もともと同論文には、明確な裏付けが示されておらず、どの程度の助言を行ったかは明らかでない。
- (40) ドイツ帰国後は、韓国からドイツに来た留学生に対する支援等を積極的に行っていたといわれる。
- (41) この日記帳については、ドイツ人研究者による著作集編纂作業のなかでも「見つけられなかった」とされる (G. Göher/D. R. Schumann, a. a. O. (Ann.35), S. 65.)。
- (42) 崔鍾庫『西洋法受容史』(一九八二、博英社(ハンクル語))二五五頁。
- (43) 崔鍾庫・前掲書、二五六―二五七頁。
- (44) 崔鍾庫・前掲書、二五七頁。
- (45) 崔京玉・前掲論文、三九頁。
- (46) 崔京玉・前掲論文、四六頁。
- (47) 崔鍾庫・前掲書、二五九頁も、「フレンケルが憲法制定に直接影響力を及ぼすことはなかったとしても、それを外国に広めることに貢献した」と述べ、その一例として、世界的な比較憲法学者であるK・レーベンシュタイン (K. Lowenstein) が、度々韓国について言及していることを挙げ、その背景にフレンケルとの交流とそこから得られた情報があると指摘する。
- (48) E. Franke/ Legal Analysis of the Proposed Amendment to the Constitution of the Republic of Korea, in: GSIII, S. 447f.
- (49) GSIII, S. 449.
- (50) GSIII, S. 450f.
- (51) GSIII, S. 452f.

- (52) GSIII, s. 453f.
- (53) GSIII, s. 454.
- (54) GSIII, s. 455.
- (55) 崔鍾庫・前掲書、二五八頁。
- (56) こうした視点から、占領下の司法制度の比較を試みたものとして、拙稿「占領下における司法」京都大学大学院法学部研究科「二世紀COEプログラム」二世紀型法秩序形成プログラムB-1「国家アクター」班日韓国際シンポジウム『東アジア諸国の憲法と統治機構』報告書（二〇〇五）六一頁以下を参照されたい。
- (57) 経歴等については、オプラーの自著に詳しい。A・オプラー（内藤頼博監訳）『日本占領と法制改革』（一九九〇、日本評論社）三頁以下。また、オプラーに関する最近の研究として、出口雄一「『亡命ドイツ法律家』アルフレッド・C・オプラー」『法学研究』八二巻一号（二〇〇九）八四五頁以下が目される。
- (58) ケイデイスへのインタビューについて、和田幹彦『家制度の廃止』（二〇一〇、信山社）四三六頁。
- (59) 彼の人柄をうかがわせる当事情報者の証言は少なくない。例えば、J・ウィリアムズ『マッカーサーの政治改革』（一九八九、朝日新聞社）九一頁、またJ・ネビアの証言（竹前栄治『GHQの人びと』（二〇〇二、明石書店）一七三頁）や、T・A・ピッソン（中村政則ほか訳）『日本占領回想記』（一九八三、三省堂）一八二頁。日本側からは、例えば、根本松男「オプラー博士とブレイクモア氏」『法学セミナー』一八五号（一九七二）九五頁。また、自由人権協会との関係では、森川金寿『昭和入権史への証言』（一九八〇、時事通信社）四〇一四二頁。
- (60) A・オプラー・前掲書。原著に対する書評として、ここでは特に田中英夫「紹介」『法学協会雑誌』九四巻二号二五一頁以下のみを挙げておく。田中教授は、同書には若干の誤解等が見られるものの、それは「戦後の日本における法改革のすぐれた鳥瞰図である」と高く評価する（同二六三頁）。
- (61) 先に述べたとおり、フレンケルの日本での滞在先、業務内容等に関しては、全く手掛かりが得られていない。ドイツ連邦公文書館のフレンケル文書のなかにも、日本との関係がうかがわれる資料を見出すことができなかった（二〇〇五年夏、筆者調査）。
- (62) A・オプラー・前掲書、六一頁（原著七〇頁）。オプラーは、「フレンケルが」李承晩大統領の顧問のような仕事をしてい」としているが、李承晩の権力濫用的姿勢に批判的であったフレンケルの立場からしても、それはオプラーの誤解ではないかと思われる。
- (63) 竹前・前掲書、一七三頁。
- (64) A・オプラー・前掲書、二六三頁。

- (65) その際に、フレンケルは自らを、「法律問題に対する、朝鮮の人々とアメリカ人との間の連絡将校のような役回り」であると説明している。尾高朝雄ほか訳『ラートブルフ著作集第四巻 実定法と自然法』（一九六一、東大出版会）一〇八頁（一部訳文を改めた）。
- (66) A・オプラー・前掲書、一五頁。
- (67) E. Praetzel, Vorwort zu: Politikwissenschaftliche Abhandlungen, in: GS III, S. 635.
- (68) GS III, S. 636.
- (69) A・オプラー・前掲書、六三頁。
- (70) A・オプラー・前掲書、六三、六四頁。
- (71) 出口・前掲論文、八四六頁。
- (72) 長尾龍一「ドイツ民主党の衰亡と遺産『争う神々』（一九九八、信山社）一七三頁。
- (73) 竹前栄治『GHQ』（一九八三、岩波新書）二二二頁は、「日本の占領と朝鮮、ドイツ、オーストリアなどの第二次大戦後の横断的比較研究が必要であらう」と指摘する。
- (74) 例外的に、平井一臣「戦後東アジアの変動と憲法」同時代史学会編『日本国憲法の同時代史』（二〇〇七、日本経済評論社）は、日本本土、沖縄、そして韓国の占領政策の違いを考慮したうえで、日本と韓国の憲法制定過程の相違及び特徴を指摘している。
- (75) 以上の点について、釜田泰介「憲法の世紀、憲法の課題」法学教室二二二号（一九九八）四頁。