



自由法論とナチズム —オットコ・ベーレンドス「自由法運動から具体的秩序および形成思想へ」について(文献研究)—

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2013-08-27 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 佐野, 誠 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10271/214

自由法論とナチズム

— オッコ・ペーレンドス「自由法運動から具体的秩序および形成思想へ」
について (文献研究) —

佐野 誠
(法学)

Freirechtslehre und Nationalsozialismus

— Okko Behrends ; » Von der Freirechtsbewegung zum konkreten
Ordnungs- und Gestaltungsdenken « (eine Literaturbesprechung) —

Makoto SANO
Rechtswissenschaft

Abstract: Im folgenden Aufsatz resümiert der Verfasser die 1989 in der von R.Dreier und W. Sellert herausgegebenen Schrift erschienene Abhandlung von Okko Behrends „ Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken « und bespricht kurz und einfach.

Die Resümierung wie die Besprechung von seiner Abhandlung werden versucht für eine Vorarbeit des Forschungsthemas von dem Verfasser „ Carl Schmitts Auffassung von der Freirechtslehre « .

Zehn Überschriften der Abhandlung von Behrends sind wie folgt;

- (1) Freirechtslehre und Nationalsozialismus
- (2) Die romantische Wurzel der Freirechtsbewegung
- (3) Die Beschäftigung der Romanistik mit dem klassischen römischen Recht
- (4) Die Methode der Abhandlung
- (5) Kohlers Rechtslehre und Jehring
- (6) Schmitts Rechtslehre
- (7) Ehrlichs Rechtslehre
- (8) Kantorowicz's Rechtslehre
- (9) Fuchs' Rechtslehre
- (10) Schluß

Key words: Freirechtslehre, Freirechtsbewegung, Neuhegelianismus, Nationalsozialismus, Schmitt, Ehrlich, Kantorowicz, Fuchs

目 次

1. 序
2. オッコ・ベーレンドス「自由法運動から具体的秩序および形成思想へ」について
3. 若干の問題点

1. 序

カール・シュミットは自由法論についてどのように考えていたのか。この問題は、19世紀末から20世紀初頭にかけて興隆したドイツ自由法論とナチズムの法史的関係を考える上での前提条件と言ってよいだろう。また、ヴェーバーとシュミットの思想史的差異を探る上での必須の課題でもあろう。私は先の著作で、マックス・ヴェーバーの「自由法論」観については論じたが、シュミットのそれについては論及しなかった⁽¹⁾。現在、この問題に取り組んではいるが、いまだ私自身の見解を公表するには至っていない。というのも、この問題に答えるためには、第2帝政期からヴァイマル期、ナチズム期に至るシュミットの膨大な著作・論文を解説していく必要があり、今少し時間を要するからである。

従って、本稿では、「シュミットの『自由法論』観」という課題の予備作業として、自由法論とナチズムの関係をテーマとしたオッコ・ベーレンドスの「自由法運動から具体的秩序および形成思想へ」を紹介し、若干の問題点を指摘しておきたいと思う⁽²⁾。この論文を考察の対象とするのは、この論文がエールリッヒ、カントロヴィチ、フックスといった自由法運動の主唱者からシュミットを経て、ナチズム期のイェナ学派に至るまでの自由法思想の変質過程を扱った数少ない論文であり、私の問題関心と一致するからである。シュミットの「自由法論」観を「自由法論とナチズム」という総体的なテーマの中で浮彫りにした論文がドイツでもわが国でも稀少なだけに、ベーレンドスの論文は実に貴重である⁽³⁾。

論文の紹介に入る前に、まずはドイツ自由法論の性格をごく簡単に纏めておこう。大体以下の5点に集約できる⁽⁴⁾。

- (1)19世紀末から20世紀初頭に興隆した反概念法律学の運動、すなわち可変的な現実に対して固定的な法律を適用することの困難性を認識した法学者や法実務家らの法学・司法改革の運動（＝自由法運動）とその理論の総称。
- (2)国家の制定法を唯一の法源と考えた概念法律学に対して、現実社会に存在する生ける法の探求と裁判官の法創造的機能の強調。言い換えれば、法源を成文法に限定せず、社会慣習や文化規範、正義・公平の理念、条理といった不文法へと拡大。
- (3)法律の万能性や論理的充足性を排し、法律体系の欠缺を肯定。

(4)法解釈学の実践的性格の強調。

(5)裁判官の法解釈や法創造的機能の客観的基準となる法社会学の推進。

今日的に見れば、以上の5点は法学や司法の領域では認められた主張と言ってもよいだろう。裁判官の自由心証主義は近代的訴訟形態の一つとして、今日では自明のものであるし、脳死や臓器移植、尊厳死や安楽死などの生命倫理をめぐる問題、あるいはコンピューター犯罪なども、法律体系の欠缺に関わる重要課題である。また法社会学も大学法学部の講座の一つとして完全に市民権を得ている。問題は裁判官の自由裁量や自由心証をどこまで認めるのかといった裁判官の裁量の限界の問題であろう。この「限界」の問題、すなわち感情法学への可能性とそれに対する危惧の念こそが今世紀初頭の自由法論者に投げつけられた疑問であり、以下で紹介するベーレンドスの論文の要点となる事柄なのである。

2. オッコ・ベーレンドス

「自由法運動から具体的秩序および形成思想へ」について

『第3帝国における法と司法』(1989年)に所収されたオッコ・ベーレンドスの「自由法運動から具体的秩序および形成思想へ」(S.34-79)は5つの章から成り、それらがさらに10の小項目に分けられている。項目の冒頭に著者による見出しはついていないが、便宜的につければ次のようになる。

- I. (1)自由法論とナチズム
- II. (2)自由法運動のロマン主義的な根源
 - (3)ロマニスティクの古典的なローマ法との取り組み
 - (4)本論文の方針
- III. (5)コーラーの法理論とイエーリング
- IV. (6)シュミットの法理論
 - (7)エールリッヒの法理論
 - (8)カントロヴィチの法理論
 - (9)フックスの法理論
- V. (10)総括

(4)に本論文の方針が述べられているように、前半の(1)~(3)までは自由法論とナチズムの関係を総論的に扱い、後半(5)~(9)までは自由法論の主張者のどこにナチズムの法理論に繋がる思想的契機があったのか各論的に探求するのである。以下順次、ベーレンドスに語らせるという形で紹介していこう⁽⁵⁾。

(1)自由法論とナチズム (S.34-45)

まず著者は、ナチズムが法 (Recht) を、人権のようなあらゆる人間実存に不可欠なものとしてではなく、生物学的に規定された唯一の民族の生活目的に奉仕するものとして設定したと言う。法が人種的=生物学的な国家目的理論に仕える場合には、ナチズムは自国領土でも、征服領土でも旧来の法的束縛から自由に行動することができたのである。法は、ナチズムにとって秩序や支配の道具であり、イデオロギー上の敵と戦い、イデオロギー上の敵を法秩序から除外する課題を担う。さらに法は、生物学的=人種的な原理に基づいた新たな民族に、人口統計学上および経済上の資源の可能な限りの利用を保証すると同時に、かかる民族国家に領土拡張政策をも可能にするような目標を設定するのである。

著者はこのようなナチズムにおける人権的基礎づけの排除の責任を、法律実証主義に求める思考 (ラートブルフ) にも、法律 (Gesetz) に対する裁判官の自由に求める思考 (リューターズ) にも反対する⁽⁶⁾。かかる二者択一的な論議では、ナチズム法理論の包括的な性質が見過ごされてしまうからである。むしろナチズムのイデオロギーは、法律と裁判官両者を、新たな国家目的に奉仕するように仕向けたのである。このことはナチズム期に民族裁判所の長官を務め、「死刑執行人」とまで言われたローラント・フライスラーの言葉によって証明できる⁽⁷⁾。リヒャルト・ダインハルト — ナチ黨員となったイエナ学派の自由法論者で、元来は著名な自由法論者エルンスト・フックスの忠実な弟子 — に献呈されたフライスラー、ヘーデマン編の『ドイツ民族法のための闘争』(1940年)に寄稿したレーヴィシュの論文「イエナ学派の見解および今日の見解からする裁判官の立場と課題」の中で、レーヴィシュは次の2つのフライスラーの言葉を引用している⁽⁸⁾。

「立法者と裁判官—両者は共に法を創造するのであるが—は、もちろん別個に存在する。裁判官は立法者が法を明確に創造したとき、その法を間接的に取り出さなければならない。とはいえ裁判官も [立法者のように] 認識の泉へと歩み寄ることができるし、また歩み寄るべきである。憲法に基づいた排他的な裁判官の法律への拘束に代わって、総統への忠誠において行使される裁判職が登場するのである」。

「ヴァイマル憲法は、裁判官の排他的な法律拘束性を自由な法という真理へと発展させる新たな憲法的現実にとって代わられるのである」。

さらにフライスラー自身が同書で次のようなダインハルトの言葉を引用して自らの理論の権威づけをしている⁽⁹⁾。

「裁判官と立法起草者は、民族共同体および総統の意思の担い手として、また形成者として、同等の価値と責任を持つのである」。

このように、ナチズム期の裁判官は新たな法律に対しては厳密かつ忠実に従うよう義務づけられているが、古い法に対しては、自らを民族共同体を形成する新たな国家意思[総統ヒトラー]

の機関として意識し、この国家意思に従う限りで、自由に法を形成することができたのである。

以下で著者は、かかるナチズム法理論の諸前提を自由法運動の中に跡づけようとする。特に著者に特徴的なことは、ドイツ第2帝政の最初の10年にその端緒があるとする新ヘーゲル主義の法理論との比較を通してこのことを試みることである。著者によれば、内容的にも、人物的にも、自由法運動と密接な関係にある新ヘーゲル主義——たとえばヴィルヘルム時代の法律家ヨゼフ・コーラーはどちらの思考伝統にも入る——は、ナチズム法理論の準備や形成にかなりの役割を果たしたのである。とはいえ、自由法論者がナチ党員の原型であったなどと言うのではない。そのように言うのは馬鹿げたことであろう。なぜなら、自由法論者にとってナチズムの特殊性、すなわち生物学的に根拠づけられた人種主義など全く無縁な事柄であったからである。論証すべきは、自由法論者が法律的心性形成の極めて効果的な段階で、ナチズム期における裁判官の役割に対する裁判官の自己了解を準備していたことである。

自由法論者によれば、裁判官の創造を可能とする最高の準拠枠は、歴史的な意思力によって形成された社会的現実そのものであり、衰弱した過去に属する法の文字ではなかった。ヒトラーの権力掌握直後、ナチズム運動に適合する法および裁判官に関する理論が吹き出したのであるが、これはかなりの程度まで自由法運動がその土壌を準備・形成していたのである。すなわち自由法運動の伝統に対する敵対性、法理論的主意主義、法様式の根本的な変化や真なるドイツ民族への要求、さらには裁判官の抽象的・体系的な法律概念への拘束の拒絶等がそれである。

政治的に見れば、自由法論者は一様ではなかった。自由法論者の多くは、進歩的で、かつ国家信奉的な自由主義者であった。ラートブルフやジンツハイマーのような社会民主党の信奉者は稀であり、特に影響力があるとは言えなかった。また労働運動は自由法に懐疑的であった。というのも、労働運動は裁判官身分に全く信頼を置かなかったからである。自由法運動は、労働運動の側から出される厳密な法律拘束への要求と対決しなげなければならない。さらにラートブルフの思考に見られるような新カント主義的思考、すなわち形式と価値、存在と当為の厳格な対立なども自由法の歴史とは無縁であった。カントロヴィチが明らかに述べているように、自由法論者にとっては、存在と当為の新カント主義的な対立の克服こそがその課題なのである。結局のところ、自由法運動を一つにするものは、一方では生活からかけ離れたスコラ主義的な概念法律学という共通の敵の存在、他方では同時代の正義の要求を直接的に現実化する新たな半神、すなわち裁判官王の要請である。

友愛的な目標を担う自由法論者の欠点はその未熟さにある。彼らは法の世界に非常な興奮を持ち込み、法に対しての自由を叫ぶあまり、何故に法が厳格に定立されなければならないのかといった問題意識をほとんど持たなかったのである。結局のところ、ナチズムは彼らの民族性や生の真実性への渴望を満たすものとして受け取られたのである。しかもそれは、自由法論者の重要な構成部分がユダヤ人のドイツ法律家であったという事実妨げられることなしにである。カントロヴィチやフックスのような自由法運動の代表者が、ドイツのユダヤ人であったと

いう事実自由法運動の特質を見る見解（ラムバルディ）には賛成できない⁽¹⁰⁾。それは運動の中に社会主義的要素を認め得ないのと同様である。むしろ、その樂觀主義とドイツ民族の中に潜んでいる力への信仰によって刻印された自由法運動は、帝国創設以来のドイツ精神状況の帰結なのである。

自由法運動の第3帝国への移行については、イエナの自由法グループに属するレーヴィシユの既に言及した論文の中で本質的な事柄が述べられている。レーヴィシユによれば、イエナ学派は裁判官職の本質についてのナチズム的理解の先駆者であり、開拓者に他ならず、それは裁判官の法感情を判決の拠り所にすべしという主張の中に見出される。第3帝国は、ドイツ民族の血および土地の保護という統一的な世界観によって結びつけられた同志的な裁判官に、裁判官の良心および感情から法創造を行なう課題をためらわずに委ねることができたのである。旧来の法律に拘束された裁判官よりも、かかる自由な立場にある裁判官の方が一層正当な裁判をなし得るといった点に疑念の余地はなかった。なぜなら、ナチズムにとって真の裁判は生の芸術であり、いかなる裁判活動も、生そのものが大きな創造から成り立つように、創造的行為であるべきであったからである。

創造的な裁判官の自由法的理想は、裁判官の価値観と裁判官に法を求める民族の価値観との完全な一致を前提とするだけではなく、完全に同質的な生活諸関係をも要求する。しかしかかる同質的な生活諸関係は、第2帝政においてもヴァイマル共和政においても問題にはなり得なかった。そこでは法律によって社会的な争いに決着をつけようとする妥協が存在したのであり、ナチズムが強制的な手段で形成しようとした同質性など存在しなかったからである。従って、1933年にナチズム運動に遭遇したイエナの自由法論者ダインハルトが、早くも1920年に彼の師であるフックスに宛てた書簡の中で、自由法は「世界観の問題」であり、「法律雑誌の外」で決着がつけられなければならないと述べたことは不当ではなかったのである⁽¹¹⁾。

このような単純な真理——正義の自由な発見は、正義が利害関係人〔ここではナチズム〕の生活諸関係に有用な秩序として存在する場合にのみ発見可能——が自由法論者によって見過ごされたことは、彼らのロマン主義的な未熟性に関わっている。深刻な社会的緊張によって特徴づけられた時代にこそ、社会的な争いに決着をつけるべき法理論が必要であるにもかかわらず、彼らはこのことを誤認した。自由法論者のロマン主義的な正義への確信——真の裁判官は正義を直接にその時々存在する具体的な裁判の中で発見する——は、ナチズムの危険性を曇らせた。彼ら自由法論者は、ナチスが独裁権力を握り、ナチス固有の正義に基づく自由法の可能性を顧慮することなど全くできなかったのである。

II. (2)自由法運動のロマン主義的な根源 (S.45-48)

自由法運動のロマン主義的な根源は、歴史法学派に、すなわち歴史法学派のロマン主義的な側面に帰着する。エールリッヒにおいて明らかに認識されたように、自由法運動は、民族精神の理論に結びつくことによって、歴史法学派のロマン主義的な側面のみを受け入れたのである。歴史法学派のサヴィニーは、19世紀の初頭に立法作業を認めなかったが、理論と実践を統一するという法学の重要な任務は肯定した。サヴィニーによって主張された法学の課題——これは全くもってロマン主義的な思考——は、古典期ローマの法律家に可能であった事柄、すなわち、あらゆる人間に有効な普遍妥当な諸原理に導かれながら、国家によって組織化された民族の生活諸関係に直接対応するような法秩序を形成することであった。サヴィニーによれば、ローマの法律家がこのことをなし得たのは、ローマ民族、すなわち古典期の法民族があらゆる諸民族に妥当する法諸原理との歴史的な関わりを失わなかったからであり、同時にかかる原理が民族全体の組織的な構成要素であったからである。

模範的なものが直接的に発見され得たローマの模範文化と、意識的にそれに準拠せねばならない現在とのロマン主義的な葛藤は、歴史法学派最後の重要人物R・V・イエーリングの著作の中に再現される。もっともイエーリングは、当時の法律家にサヴィニーほどにローマ人の直接性に立ち帰るべきことを訴えようとはしなかった。イエーリング——法における社会学的な目的思考の重要な推進者ではあったが——は法的妥当のためには形式が必要なことを主張したのである。そのため、自由法論者から「隠れた社会学」(Kryptosozologie)という非難を浴びなければならなかった。自由法論者は、歴史法学派がローマにおいて発見したと確信した法学の黄金時代を自分たちの時代に呼び戻す要求を保持した。と同時に歴史法学派の民族精神論は、決定的な点で変化させられたのである。すなわち、法律家が自らの民族の中で感じ取る事柄は、あらゆる民族に対して妥当する、民族固有の衣装をつけた普遍的な法の諸原理ではもはやなく、民族の生の営みを形成する、民族の中で働く現実の意思力なのであった。自由法論者が歴史学派から受け継いだものは、法的諸力の形成は直接感じ取られ、直観的に知覚できるという、古典期ローマの法律家民族に代表される確信であった。

(3)ロマニスティクの古典的なローマ法との取り組み (S.48-52)

ロマニスティク——ローマ法に関する近代の学——による古典期のローマ法との取り組みは、比類のない刺激を与えた。ローマ人から学び得たことは、法律の諸概念だけではなく、それとは全く異なる事柄、すなわち、社会と民族の完全な調和の中にあるローマの法律学がいかにか機能したのかということである。ロマニスティクは、ローマ人の自由法的な解釈や、古典ローマの法律学とパンデクテンの不毛な概念法律学を論争的に対立させる可能性を受け入れただけで

はなく、規則への拘束についてのローマの法律家の著名な命題を新たな視角から捉え直す自由法についてさえ学んだのである。

「法が規則から取り出されるのではなく、規則が存在する法から生じるように」は著名なディゲスタの命題である⁽¹²⁾。従来この命題は、「個々の法規則は絶えず全体として考慮された法の表出と見做される。従って、修正が必要な場合でも全体としての法の見地から修正されうるのである」と解釈されてきた⁽¹³⁾。しかし抽象的な法律に対する自由法の敵対性からすれば、かかる命題は次のように解釈がえされるのである。すなわち「個々の事件の判決が規則から生じるのではなく、判決が下されるべき個々の事件から規則が生じるのである」と⁽¹⁴⁾。

このようにディゲスタの命題は、「存在する法」を個々の事件の法に関係づけることによって、経験からのみ創造される帰納的な、そして抽象的な概念に依拠しない直観的な法発見の綱領命題となったのである。内面的な制約なしに出現したかかる理論に対する深刻な疑念は当初ほとんど見られなかったが、ナチズム期に明るみに出ることになる。というのも、個々の事件の規範に対する優位は、「意思力によって形成された現実」の法に対する優位を意味し、それは結局、強力な生の力が社会の中で権力を握るや、法に固有のあらゆる秩序づける力の廃棄を意味するからである。

ローマの法律家に対する自由法的な意味づけのロマニスティクへの完全な受容は、第2次大戦後のマックス・カーザーの著作『ローマの法発見の方法について』（1962年）でようやくなされた。この研究では、「直観的な（すなわち、直接的な）法発見」がローマの法律家を理解する鍵であった。カーザーは先程のディゲスタの命題を終始一貫自由法的に解釈した。すなわち、「規則は法的認識の独立した源泉ではない。むしろ規則は決疑論的な判決の中で宣告された法のみを反映するのである」と⁽¹⁵⁾。

ナチズム時代に現われたロマニスティクにおけるナチズム擁護の著作はごくわずかであった。ロマニスティクに見られるローマの法律家に対する自由法的な意味づけは、非難を受けることがなかった。というのも、その受容の時期が、自由法のナチズム法理論への合流時期と同じではなかったからである。とはいえ、次のような核心的問題は残されている。すなわち、自らの時代や裁判事件が何を必要としたのかを天才的な直観によって常に意識してきたローマの法律家には、事件の形式や価値を通して反省される憲法や私法を必要としなかったのだという主張が、ロマン主義的な法観念を要請するということである。かかるロマン主義的な法観念は、法律家が完全に同質化された現実に出会い、自らをかかる現実の一部として感じ取る場合にのみ意味を成すものである。そして法をその本質からすれば廃棄することなしに、かような状態は可能であり、形成できるという誤った観念が自由法導入の基礎づけとなっており、その帰結がナチズム時代に現象したのである。

(4)本論文の方針 (S.52-53)

以下の考察目的は、第2帝政期に歴史法学派の伝統との断絶がなされ、後には新ヘーゲル主義と共にナチズム法理論へと流れ込んだ自由法運動の経過を描き出すことである。その際問題となるのは、既に触れられたように、全体として統一的な法律的心性形成のプロセスである。叙述は以下の2つの方向でなされる。第1は、新ヘーゲル主義の流れ、すなわち、ヴィルヘルム期の指導的な法律家で、最初の新ヘーゲル主義者であるヨゼフ・コーラーから、すぐれてナチズム的な刻印を帯びたキール学派への流れ、第2は、第2帝政において重要な働きをした自由法論者オイゲン・エールリッヒとヘルマン・カントロヴィチから、ヴァイマル期のきわめて有力な自由法論者エルンスト・フックスを経て、具体的秩序および形成思想のナチズムの理論家カール・シュミットへの流れ、これである。この自由法運動は、「法律上の青年運動」(juristische Jugendbewegung)と見做すことができ、時代遅れになったもの、因習、規則、そして旧来からの形式に生活が縛られること等に対する挑戦であった。但し、自由法運動によって解放された生活諸力が受け入れるべき具体的な方向については明確に定義づけられはしなかった。法における目的は、ある程度まで実存的に体験できると説明された個々のケースの正義であったが、新ヘーゲル主義者にあっては、帝国の内面的および外面的な力の実存的に体験できる増大が法の目的となっていたのである。

法にまで及ぶこの壮大な運動の最も重要な哲学者は、フリードリッヒ・ニーチェであった。ニーチェは、彼の精神的な師であるアーサー・ショーペンハウアーのきわめて悲観主義的、かつロマン主義的=神秘主義的な意思の形而上学を、反形而上学的な英雄主義的=貴族主義的な意思実証主義へと転換させたのである。そしてニーチェは、不確かな未来へと志向する新たな貴族主義的な力および生の価値を終始一貫告知した。このような力および生の価値は、旧来の哲学的および神学的な伝統に由来するそれらを妨げようとする全ての事柄を断ち切るしなければならなかったし、また断ち切る必要があったのである。

(5)コーラーの法理論とイエーリング (S.53-57)

ヨゼフ・コーラーは彼の『法哲学綱要』(1907年)において——この中で自由法的な解釈論にも賛同しているが——明らかにニーチェを受け入れ、同時にニーチェの理論を非常に粗雑なやり方でヘーゲルに結びつけた⁽¹⁶⁾。コーラーに思想的に近い法学および社会学者ベロルツハイマーは、彼を「新ヘーゲル主義の祖」として歓迎した。ヘーゲルの法哲学は、歴史法学派のサヴィニーや、とりわけその弟子プフタが示唆した欠点にもかかわらず、強力な自由主義的要素を内包している。国家は、個人の自由が客観的精神と一致する限りにおいて、個人の自由を現実化する客観的精神である。ヘーゲルにとっては、かかる自由の国家を越えた発展は存在しな

い。自由の国家は最終地点である。新ヘーゲル主義者は、このヘーゲルの法理論を——特にその後のナチズム期においても強調したが——自由主義的として非難した。ヘーゲルの自由の国家主義ではもはや満足が行かなかったからである。

新ヘーゲル主義にあっては、ニーチェのモチーフに決定的な影響を受けながら、ヘーゲルの弁証法的に基礎づけられた歴史理論、すなわち自由の国家は最終到達点という思考が拒否された。国家の目的は、理性的な自由の組織の中ではなく、直接的な力および生の目的の実現の中に見出されたのである。個々人の自由が国家目的の犠牲になること、すなわちコーラーが明らかに述べているように、個々人が必要であれば完全に「抑えつけられ」ねばならないことは自明のことであった。ヘーゲルの思弁的な理性の国家主義に代わって、あり得べき生を目指す国家主義が登場したのである。

ヨゼフ・コーラーは『法律学の法廷の前のシェークスピア』という著作の第2版(1919年)の序言の中で、自身をニーチェから借用したフレーズを用いて「自由法の曙光」と見做した⁽¹⁷⁾。それは彼が、かの有名なイエーリングとの論争に対していかに正しかったのかを明らかにしようとするためである。この論争は裁判権力の限界というきわめて自由法的なテーマに関わっていた。すなわちそれは、外見上は奇怪に見えるが、法律学的には有益なシェークスピアの『ベニスの証人』における判決の場面をめぐってのものである。

イエーリングはベストセラーになった『権利のための闘争』の中で、支払能力のない債務者の心臓部分から1ポンドの肉を切り取る権利をユダヤ人シャイロックに与えた契約が、善良の風俗に違反する事柄だったのだろうかと書いた⁽¹⁸⁾。裁判官が最終的に債務者を救済した論法は、「少しでも多くの肉を切り取ってはならぬ。一滴の血を流してもならぬ。さもなくば死刑」という全くの恣意的なものであった。シェークスピアはこの場面で中世ユダヤ人の底知れぬ権利のなさといったものを浮彫りにしようとした。人は法廷の前でさえ中世ユダヤ人に恣意的な態度を取ることができたのである。

これについてコーラーは、『法律学の法廷の前のシェークスピア』の中で、かかる判決を裁判権によって推進された法的進歩として称賛した。裁判官は——『ベニスの証人』のこの場面が示しているように——進歩的な目的であれば、誤った理由や心穏やかでない理由をも凌ぐことができるのである。イエーリングはこの解釈の問題性を認識し、彼の中になおも潜んでいたパンデクテン法学、すなわち歴史法学の思考を自覚した。イエーリングは自由法論者ではなかった。むしろ彼は、法の概念を厳格に適用する必要性を、彼の円熟期の批判的法理論の中心に据えたのである。従って、裁判官が最も承認された原理を脇へ押しやるような恣意的論議で一時しのぎをすることなど認めようとはしなかったのである。

論証的に確定した明確な成文法を乱暴なやり方で解釈がえしたり、脇へ押しやってしまうこと——ナチズム時代に新ヘーゲル主義が理論においてだけでなく、裁判への一定の影響力を保ちながらこの罪を犯すことになる——に対するイエーリングの激しい抵抗は正しかった。ナチ

ズムのイデオロギーである人種理論が、国家体制の新たな進歩的生活原理として受け入れられたとき、粗雑な弁証法的技巧によってドイツ民法第1条(「人の権利能力は出生とともに始まる。それゆえに人の権利能力に出生以上の事柄は要求されない」)の帰結を回避することなどいとも簡単であったのである。

(6)シュミットの法理論 (S.57-63)

いまや我々が自由法の主要潮流とナチズム理論との結びつきを考察するとき、具体的に言えば、カール・シュミットの法理論から出発し、3人の自由法論者エールリッヒ、フックス、そしてカントロヴィチへと遡って考察するとき、かかる結びつきは新ヘーゲル主義の場合に劣らず明らかであることがわかる。自由法、特にフックスやカントロヴィチにおいてもニーチェのモチーフの強力な存在が強調される。自由法運動は新ヘーゲル主義から実体的にはそれほど区別されるものではなく、主意主義的に刻印された社会的現実の規範性は両者に共通である。両者が区別されるとすれば、自由法運動がよりニーチェに近いという限りにおいて形式的な教義というものをことごとく拒絶した点であろう。かかる特質は、カール・シュミットに見られるように、自由法運動の暗黙の受容に一役買ったのである。

カール・シュミットはナチスの権力掌握後すぐにナチズムに出会い、1933年以後の数年間法律家として卓越した役割を果たした。ベンダスキーがシュミットを「第3帝国の理論家」と呼んだのも当然である⁽¹⁹⁾。ヒトラーのレーム殺害の正当化は有名である⁽²⁰⁾。それは厄介者となった革命同志から旧来の敵に至るまでの様々な人たちの犠牲を伴った長いメスの夜を、総統の直接的裁判行為の理論によって、最高の裁判可能行為にまで高めたのである。にもかかわらずシュミットは不運に見舞われた。シュミットに失望した一人の弟子が外国からオポチュニストの烙印を押したからである。それに対してシュミットは法文献をユダヤ人から解放する目的のための会議を開いたが、それはもはや彼の地位を守るものではなかった。彼はナチズム体制最後の年にサヴィニーに立ち戻ることを公言することによって、戦後の大学世界への復帰を企図したが、十分には成功しなかったのである⁽²¹⁾。

ここでのテーマの中心は、シュミットによって定式化された「具体的秩序および形成思想」である。その基本理念は単純で素朴である。ナチズムはあらゆる事物の新たな具体的秩序を権力掌握によって作り出した。人々はこの理論を「具体的な秩序思想」と短縮形で引用し、本来は攻撃的な要素である「形成」(Gestaltung)を省略するが、この形成の概念は、既に1922年にイエナの自由法論者ダイnhルトの示唆に富む著作の書名に登場していたのである⁽²²⁾。

シュミットの構想で主導的役割を果たすものは、革命的権力、指導者、党、運動によって支配され、その意味で具体的な社会的および経済的な民族の現実性である。かかる現実性は目的そのものであり、この現実性から権力的手段、すなわち国家によって上から実現される基準

が引き出されるのである。シュミットはかかる思考を「法学的思考の3つの種類について」という1934年の講演で明らかにした⁽²³⁾。この講演で彼は自由法への依拠を曖昧なままにした。むしろ自由法運動が一方で法律と決断思想の区別を、他方で法律と具体的秩序の区別を明確にしてこなかったことを主張したのである。もっとも、後述するように、エールリッヒ以来この区別は自由法運動にとって本質的な事柄であった。別な箇所ではシュミットは規範思想と秩序思想の間の区別は「最近の10年の間に急激に台頭し、意識されるようになった」ことを認めている。さらに別の箇所では、シュミットが自ら進んで引き合いに出すサンチ・ロmanoやオーリウのようなイタリアおよびフランスの著作者の活動とドイツ自由法運動が同時期の出来事であったとしている。

シュミットによれば、具体的秩序思想はゲルマン的であった。それに対して規範主義は「土地も、国家も、教会も持たず、ただ『律法』(Gesetz)の中にのみ生きる」民族、すなわちユダヤ人に特有のものであった。カール・シュミットが19世紀全体を形式的合法主義と判断し、読者に1892年に公刊された最大の実証主義者カール・ベルグボームの『法律学と法哲学(Jurisprudenz und Rechtsphilosophie)』が世紀全体にとっての代表であるかの印象を持たせようとするとき、それは自由法的論駁の典型的な様式に従っているのである。多くの人たちによって自由法運動の推進者の一人として数えられるエリッヒ・ユングでさえも、シュミットにあっては時代遅れの実証主義者として位置づけられたのである。ここでの独立した考察でも、後に述べるエールリッヒ、フックス、カントロヴィチという3人の自由法論者の理論との比較においても示されるように、シュミットの立論の核心に少なからず自由法的な依存性があることは明らかである。

シュミットによって構成された法的思考様式の3つの型、すなわち規範主義、決断主義、そして具体的秩序および形成思想の中で、規範主義と決断主義は実証主義の変形された型である。第1の規範主義の場合には規範が、第2の決断主義の場合には権限を持つ決断の担い手が支配する。両者の純粋な形式は拒絶される。しかしそれら両者を統合する結合形式、シュミットによれば19世紀の実証主義を担った規則と決断および規範主義と決断主義の結びつきも拒絶されるのである。この決断と規範に限定された法思考の欠点は、独立した対抗物として考えられる社会に、社会から生成するはずの規範命令や憲法秩序・法秩序が付与されるということである。具体的な秩序思想および形成思想においては、法は社会から生じるのである。従って、カール・シュミットもまた「法は規則から取り出されるのではない」という典型的に自由法的な解釈を採用するのである。シュミットの言葉を用いれば、規則は秩序を形成するのではない。むしろ規則が秩序の構成要素や手段にすぎないのである。それゆえ、あらゆる法はナチズム運動に奉仕することになる。

結局カール・シュミットも唯一のカテゴリー、すなわち民族固有の歴史的秩序経験によって構成され、規定された「具体的な民族」というカテゴリーで終始一貫思考して行くのである。個別的な自由を保証するあらゆる規則は、この全体性の中に溶け込んでしまう。シュミットに

よって構成された国家・運動・民族という秩序系列の中で、法の番人である国家は機関、すなわち運動の指導者の道具にすぎなくなる。あらゆる法規則は——文字どおり——「新たな一つの共同体やその具体的な生活秩序および形成の本質的要素」へと組み入れられるのである。

実務的に見れば、シュミットの思想的帰結は、将来に亘って全司法装置や全国家装置が指導者の世界観へと整序され、新たに作り出された秩序に忠実でなければならないというフランクやフライスラーのような指導的ナチ党員が主張した事柄と異なるものではない。その核心にあるものは、正義と直接的な関係を築こうとする自由法的な願望、言い換えれば、抽象的な、あるいは非ドイツ的な概念によっても破壊されない関係を築こうとする旧来からの自由法的な願望である。このような夢の実現はいまや可能である。というのも、1933年のドイツは完全に自らを取り戻し、自らの秩序を発見したからである。

自由の観念の現実化がプロイセン国家であることをヘーゲルが証明したように、——実際シュミットは講演の中で、ヘーゲルが具体的秩序の思想家であることを主張する——シュミットはドイツ民族にとって有効な具体的秩序がナチズム運動によって形成されたことを証明するのである。自由主義的モメントを排除する具体的秩序思想家としてのヘーゲル解釈は、新ヘーゲル主義の解釈とその特徴において一致しているのである。

(7) エールリッヒの法理論 (S.63-68)

カール・シュミットの理論との関連で、以下では3人の自由法論者（エールリッヒ、カントロヴィチ、フックス）が取り上げられる。まず最初に「自由法の父」であり、法社会学の創始者の一人であるエールリッヒが論じられる。エールリッヒの理論については何人かの先駆者がいる。特にオスカー・ビューローは、1885年に出版された『法律と裁判職 (Gesetz und Richteramt)』の中で一般的な規則が法ではなく、裁判官が具体的な判決の中で命ずる事項が法であるということを示した。この書は後の自由法運動の基本書になるのである。またグスタフ・リューメルンはその1891年の研究論文「民法における価値判断と意思決定 (Werturteile und Willensentscheidung im Zivilrecht)」の中で次のようなポイントを提示した。すなわち、法の持続的な形成は決断や価値の優位、すなわち意思決定に基づくということ、これである。

エールリッヒはいまや彼の著作『自由な法発見と自由な法学』(1903年)と『社会学と法律学』(1906年)において⁽²⁴⁾、既に見たカール・シュミットの3種の法的思考に影響を及ぼした一つの区別を導入した。エールリッヒの専門用語を用いれば、法は2通りあり、それは社会的な生活そのものの組織形態か、住民および官吏裁判官に対して向けられる抽象的な決定規範かのいずれかである。「生ける社会的領域」と「抽象的な規範的領域」という2つの法領域は、全く独立して並存することができる。エールリッヒはそれを『社会学と法律学』の中でオーストリア領ブコヴィナの事例で説明している。そこに住んでいるルーマニア農民の家族法は伝統的な家父

長的習俗に基づいており、オーストリア一般民法典の啓蒙的な規則は全く影響力を持たなかった。ここではイェーリングが分析し、奨励したような技術的な法発見の方法が宗教的なパトスによって「神聖な霊に対する罪」として拒絶されるのである。エールリッヒによれば、ドイツ民間伝承の中の悪魔は賢明な弁証家であることがきわめて多いが、そのことには深い英知があるのである。

かかる2つの法領域を提示するエールリッヒの情熱の根底には、偉大な裁判官の人間性によって形成されるべき新たな憲法という現実への願望がある。それはまた「官僚国家」ではなく「法治国家」への欲求でもある。エールリッヒによれば、法を国家のみの命令と見做したり、技術的＝形式的な法律学の対象たる規範と見做したりする思考は、1世紀前の官僚国家や官吏裁判官のものであり、「既に克服されてしまった国家論」に属するものなのである。従って、国家に奉仕する官吏裁判官に対する過去の自由主義的な不信——それは国家権力の限界や権力の分離というなお支配的な観念に由来する——はもはや見当違いと言ってよいのである。エールリッヒにとってはそこから、抽象的な「法規則」と具体的な「生の規則」の間の対立を克服しようとする自由法に道が開かれることになるのであり、それは法命題を「生ける力」として捉える創造的な裁判官によってなされるのである。かかる裁判官は「社会的事象の本質についての鋭い洞察と現在の必要性に対する強い感受性を持つと同時に、法において社会的に生成したものへの不断の接触を持つ」、そのような人物である。

とはいえ現実にはこの定式どおりに事は運ばない。裁判官は内面的な拠り所も外面的な拠り所も持つことなしに、社会の中でその時々作用する力に身を任せてしまうのである。エールリッヒにおいては、法の究極的な準拠点は社会的な生の内面的な動力であり、原理的には価値自由なものであったのだが。

このような観点は、1915年にハーバード・ロー・レビューに公表された「モンテスキューと社会学的法律学」でも示唆されている⁽²⁵⁾。この論文の中には共和政に対する大胆な信条告白が見出されるが、モンテスキューの権力分立論や、モンテスキューには欠けている社会的発展の内面的な動力に対する感覚への批判も見出されるのである。

結局オイゲン・エールリッヒは、『法律的論理』（1918年）の中でも指摘しているように⁽²⁶⁾、法を社会学化によって全く意識的に「社会の中で作用している諸力」にのみ関係づけ、法をこれらの諸力に従属させるのである。立法、法律学、司法は「応用社会科学」としてこれらの諸力を方向づけるものであった。

このような首尾一貫した社会学的な態度は過去にも向けられる。エールリッヒによれば、法はただ一つのカテゴリーにのみ属するものではない。19世紀の古典家が対象としたローマ普通法的な諸概念が普遍妥当的というのは、これらの概念が「その本質からして社会科学的な概念」であることを示しているのである。ここでエールリッヒが「普遍妥当的」と呼ぶ諸概念に「超実定的な自然法的真理」というような意味を与えるとすれば、それは誤謬であろう。というの

も、エールリッヒは社会理論的な一元論から自らを解放しておらず⁽²⁷⁾、社会の中に存在するダイナミックな諸力が法となる可能性に普遍妥当的な制約が設けられるべきかどうかといった自然法上不可避な問題を考慮していないからである。

エールリッヒが首尾一貫して論駁するのは、古典的法律家の研究やサヴィニーからイエーリングに至る歴史学派の研究によって導き出された見解、つまりは「概念法律学とその法律的論理の中に裁判官の恣意に対する市民的自由の防壁」が見出されるという見解である。もちろんエールリッヒは伝統的な教義学の可能性の限界を、戦争で発砲された銃弾の所有権は誰にあるのかとか、帝国裁判所は狩猟権を債権法的に把握するための十分な論理的根拠を持つのかといったような些末的な事例で説明しようとした。しかし彼は、自らが提起した問題の理性的・概念的な位置づけや解決への関心を示しはしなかった。また実り豊かな法体系が歴史の中で成し遂げた事柄に正面から取り組むことさえ彼にはなかった。それに対する洞察力がエールリッヒには欠けていたのである。

(8)カントロヴィチの法理論 (S.68-70)

エールリッヒの理論は、彼より15歳若いヘルマン・カントロヴィチによってさらに先鋭化される。カントロヴィチはハイデルベルクで同志と共に、特にその中でも若いラートブルフと共に一時的に新しい運動の中心となり、有名な自由法学派の宣戦布告の書『法学のための闘争』(1906年)をグナエウス・フラビウスという匿名で出版した⁽²⁸⁾。この著作は、法学の魂(Seele)をめぐる闘争の書であった。

もっともこの書の中で自由な法創造が主張されたとはいえ、かかる法創造がどのような価値に仕えるべきなのかといった決定的な問題については論議されないままであった。自由法論者たちは、新カント主義者のラートブルフが提起するような価値判断の司法への影響という法哲学的問題については真剣に受け止めてはこなかったのである。実際彼らはこの基本問題を、おそらくはその主意主義的=社会学的な傾向ゆえに全く受け入れることができないであろう。

このことは、カントロヴィチが『法学のための闘争』の中で価値問題に対して提出する解答にも現われている。すなわち自由法が不断に変化し発展して行く世界の自然法であり、法は精神科学の主意主義的段階には意思——この意思は存在と当為の深淵というカント的二元論を超越する存在としての意思である——として現象するという信念・思考から、カントロヴィチは裁判官に対して国家権力の現実的な意思の探求を要請するのである。このような国家権力の意思は、不確かな法律を裁決するだけではなく、認識可能な場合には明確な法律の文言にも優先するのである。両場合とも裁判官は、現在の国家権力が当該の個別事案を思い浮かべたならば下したであろう裁決を下すべきである。国家権力の現実的な意思が認識不可能な場合にのみ、裁判官は独自の自由な法に基づき裁決することができるのである。既にエールリッヒにおいて

見られた裁判官の国家意思への委任が、カントロヴィチにおいてはより直接的な形で現われている。裁判官が決定的な問題において法律に従うことができず、国家権力の保持者に従う必要があるとき、裁判官の人格性や創造性へのあらゆる誓いは何を意味するのであろうか。カントロヴィチの「法への意思」は卑小な力への意思から分離されてはいないのである。

基本的にカントロヴィチは、裁判官の役割をカール・シュミットやフライスラーとは何ら異なることなく規定した。フライスラーは1939年の寄稿論文で裁判官の意思や創造、そして形成の課題を称賛したが、結果的には共同体の秩序ある精神や意思に裁判官が拘束されるがゆえに、全裁判官を「総統の特殊部隊」にまで格下げしたのである⁽²⁹⁾。

ローマ人や歴史学派が提示した教義学の有効性に対する理解もカントロヴィチには見出されない。ローマ人の教義学はあっさり否定され、歴史法学派は悪しき概念法律学の創造者とされたのである。「我々にとってサヴィニーとは何か」(1911年)というテキストの中でも吐露されているこのような見解は⁽³⁰⁾、サヴィニーを精神なき概念固執者と見做し、究極的にはサヴィニーに別れを告げるものとなるのである。

(9)フックスの法理論 (S.70-74)

以下では指導的自由法論者の最後の一人としてフックスが論じられる。彼は1859年に生まれ、エールリッヒよりも3歳年長であるが、1929年の死に至るまで精力的な文筆活動を続けた人であった。彼はカールスルーエの弁護士として法律実務にも多大の貢献をした自由法論者であった。彼の書いた様々な批評論文は刺激的で、今日に至るも教えられるところ大である。中でも自由法論の「情熱的な擁護者」であったことは特筆に値する。

明敏で情熱的な自由法論者であった彼の理論は、細部においては多くの場合正しかった。しかし全般的に見るとその理論は全く間違っていたのである。法史家であるパウル・コシャーカーは有名な『ヨーロッパとローマ法』(1947年)の中でフックスのローマ法に対する非難の事例を引用している⁽³¹⁾。たとえば、ローマ法大全は「恐るべき法の混乱」「ローマのタルムード」「倒錯した詭弁を弄する怪物」であり、「今日の詭弁的司法の悲惨な状況」の責任はローマ法大全からパンデクテンを経てドイツ民法典へと至る影響連関にある等々である。さらにコシャーカーは注の中で次のような補足をしている。「カントロヴィチの支持者[フックス]の断固たる反ユダヤ主義が……後のナチ党員への資質を予感させる」と。

この言明は誤りであった。フックスは既に1929年に亡くなっており、ナチズムのイデオロギーの洗礼を受けなかったからである。この点では共和主義者と見做され、社会主義の洗礼を受けずに活動したエールリッヒやカントロヴィチについても同様である。とはいえ、コシャーカーの指摘は全く意味のないことでもなかったのである。自由法運動についての研究者で、この運動に共感を寄せるロンバルディでさえ、自由法運動および他ならぬフックスの中に、文字どお

り「人種かつ国民としてのドイツ民族という神話の気がかりな兆候」を認めるのである。実際、フックス自身も敵に対しては病気・狂気・墮落、味方に対しては健全・民族性を知覚するという問題視点の危険な平板化に苦悩したのである。根本においてフックスは、論駁の対象となった概念実証主義者たちを精神病院に送り込みたかった。なぜならば、「構成法学」は「すぐに訴えを起こそうとする狂気に近い精神病質の現われである」からである⁽³²⁾。

フックスが直接的な法的効果をもたらす社会生活それ自体から正当な構造が認識されうると確信したことは認めなければならないが、それはカール・シュミットが法学的思考の正当な型として提起した事柄とも一致するのである。フックスによれば、「新たな民族＝法治国家」は「法制度全体を根底からドイツ的、民族的に再形成」しなければならない。「完全に非ドイツ的・抽象的なロマニズムと……自由に、すなわち公平に思考するゲルマニズムの古くからの争い」においては、「ただ自由なゲルマン的な法の精神に立ち帰ることだけが有益」であった。かかるゲルマン的な法の精神だけが「はかり知れないほど数多くの現象を正当に評価することができる」のである。この「社会学的方法」にあつては万事がロマン主義的な方法で精神化された社会的現実委ねられる。従つて、万事が首尾一貫して「法感覚の本能の確かさ」、あるいは自由な創造的法発見を可能とする「国王裁判官」に委ねられるのである。

しかし、このような国王裁判官が社会的現実の中で自らを国家意思と宣言するものへと不可避的に組み入れられることは、インフレーションが原因となって生じた増額評価問題へのフックスの対処の仕方からして明らかである⁽³³⁾。この件に関してフックスは、当時の支配的な理論を受け入れ、形式的には憲法に適合する法律に反して行動したのである。当時、超法律的な統制原理として論議の的となつていた「善良の風俗」や「信義誠実」というような法価値は、その限りで裁判官の個人的な世界観として理解されることになる。そしてフックスは、規則の目指す意味や目的という観点から、法律に反してでも広範囲に亘る自由を裁判官に要請するのである。

結局のところ、自由法的な裁判官は、法理論的には社会的現実を形成する実際上の意思の機関であり、この意思に従うことが他ならぬ自由なのである。ナチズムはこのような自由法的な裁判官像のアンビバレンツ性を利用した。このアンビバレンツ性によって、ナチズムは裁判官の創造性を保証し、同時に裁判官を新たな民族秩序やその指導的価値へと義務づけることができたのである。かかる裁判官のアンビバレンツ性を巧みに捉えたシュミットのテキストにおいても次のように言われている。具体的な秩序が指導性を発揮するのは裁判官に委託された形成においてである、と。

(10)総括 (S.74-79)

以上からペーレンドスは次のように纏めている。箇条書きにしておこう。

- ① フックスに代表されるような自由法論者たちの反ロマニズム・反規範主義は、どのような条件、またどのような範囲で概念的なものが法において必要であったのか、また必要であるのかという今日的な問題設定に到達することができない。今日支配的と見做されうる評価法学（Wertungsjurisprudenz）への現代的な発展は、利益法学を主唱したフィリップ・ヘックから始まる。その意味で自由法運動は過去に属する。
- ② 自由法運動は、ドイツ法思想がナチズムの法政策に対して無抵抗であり、かつ従順であったことに関わりを持つ。特に、法を所与の生活諸現象に直接的に帰着させるという思考が、ナチズムへの関与を容易にしたのである。言い換えれば、法を民族の生活原理に帰着させる可能性の中には、民族の中で権力を「掴み取った」生活形成的な諸力に対する評価基準は存在しないのである。重要なことは、このような生活諸力の成果・現存在・実存であった。
- ③ 才能豊かで創造的な裁判官王への政治的に未熟で夢想的な熱狂が、結局は裁判官王を民族の中で作用している生活諸力（＝ナチズム）の機関にしてしまった。自由法論者はこの生活諸力に、白紙委任の形で出された全権を与えてしまったのである。
- ④ 後年の歴史は、ナチズムの権力掌握をナチズム自らによって主張された「革命」とは見做さなかった。というのも、後年の歴史は「革命」という名を、普遍的な人間性のテーマが問題となる事案にのみ与えるからである。「人種の優位」の宣言は革命の名に値しない。一方、自由法の中に息づいている社会学的な生氣論は、このような差異を認識することができなかったのである。
- ⑤ 自由法的な裁判官像と革命的な支配の類似性をカール・シュミットほどうまく理解した人はいない。シュミットはこの類似性を、ヒトラーによって実行されたレーム殺害を用いて説明しただけではなく、大胆にもこの殺害行為に応用したのである。ライバルや敵の直接的な殺害を裁判官職の活動として、また具体的な裁判官形成として捉える思考は、主意主義的で反規範主義的な、そして究極的には法ニヒリスティックな思考方向を最も極端化したものであった。
- ⑥ この研究の目的は、ナチズムに対する責任を特定の法理論に取らせるという点にあるのではなく、今日の状況にとっても有効な一定の法史的な時代構成の試みにあった。ここで強調さ

れるべきは、自由法運動も新ヘーゲル主義も、結局はナチズム法理論の思考形態へと流れ込むことになるのだが、その源流は第2帝政の創設直後の時代にあったということである。この時代に、ヨーロッパ共通の偉大な法理論を提起した歴史学派との思想的断絶が生じたのである。この歴史学派の法理論は、あらゆる意味で、歴史的に具体的なもの、歴史的に特殊なものに対して普遍主義的に思考した理論であった。歴史法学派の思考は、自由法的＝ナチズム的観念とは相容れないのである。

⑦ 実定性と普遍的な価値との結びつきが再び求められている法的思考の今日的状況の中にあつては、歴史法学派の立場への接近が行なわれているように見える。マックス・ヴェーバーが自由法の非合理主義を拒絶した「法社会学」の中で、その時々々の現行法を内容的な神聖性を一切持たない「技術的装置」と見做したとき、その根底には新カント主義によって刻印された観念があつたのである。しかしながら法価値は、歴史的＝人類学的に見れば必ずしも非合理的ではないし、合理主義的に追求された目的全てが法の領域にあるというわけでもないのである。

⑧ 自由法の反実証主義的な闘争の成果はほとんど残されなかった。とはいえ自由法論における継続的な心性を形成する力は過小に評価されるべきではない。自由法論は裁判官を直観的・直接的な創造へと駆り立てることによって、結局は不当で超法的な意思力で裁判官を委ねてしまったのである。

3. 若干の問題点

以上、かなり詳しくベーレンドスの所説を紹介した。この論評についてより詳しくは、続編に予定している「カール・シュミットの『自由法論』観」の中で展開したい。ここでは若干の問題点をごく簡単に指摘しておこう。

その第1は、エールリッヒ、カントロヴィチ、フックスら草創期の自由法論とナチズム期におけるイェナ学派の自由法論をあまりにも短絡的に結びつけているために、両者の思想史的差異が見えてこないということである。たとえば、カントロヴィチなどは「形式法は自由法に優先する」という命題を堅持し、制定法に反する裁判を否定した。特に裁判の種類を「制定法に反するケース」「制定法に基づくケース」「制定法のないケース」という3つの種類に分け、最後の「制定法のないケース」で自由法の発見と法社会学的考察の必要性を主張したのである⁽³⁴⁾。カントロヴィチも依拠するスイス民法典第1条では、制定法のないケースの判決は、(1)慣習法、(2)確定した学説と伝統、(3)裁判官の法創造に基づいて行なうべきことが明記されており、裁判官の法創造は、(1)や(2)がない場合の最後の手段なのである。その意味で、「裁判官の創造を可能とする最高の準拠枠は、歴史的な意思力によって形成された社会的現実そのものであり、衰弱

した過去に属する法の文字ではなかった」(S.38)という自由法論の一側面だけを取り上げて、ナチズムに繋げる手法は問題であろう。

また草創期の自由法論者が活躍した時代はヴァイマル共和政以前の第2帝政期であり、イエナ学派の方はヴァイマル共和政末期からナチズム期にかけてである。背景をなす政治体制が全く異なっているわけで、両理論を政治的、社会的文脈に関連づけて捉えることも必要であっただろう。つまりは、両者の歴史的・社会的・政治的意義の相違を顧慮すべしということである。

それと関連して第2は、自由法運動の歴史的意義を過小に評価していることである。そもそもドイツ自由法運動発生の一因は、1900年に施行されたドイツ民法典(Bürgerliches Gesetzbuch)が有産階級である市民(Bürger)を名宛人にしてきたために、この民法典によっては興隆しつつある労働者の賃金問題や住宅問題に対処できないということにあった。言い換えれば、ドイツ資本主義の独占段階への移行とそれに伴う労働問題の噴出がその背景にある。自由法論者は低賃金や時間外労働のような法律に欠缺のある事案に対しては、裁判官が社会慣習や文化規範、あるいは正義や公平の理念に基づいて裁判すべしと主張したわけで、これはあくまで非特権階級や社会的弱者の擁護の目的から主張されたものである。また法社会学の必要性も、裁判官の感情的かつ恣意的な裁判行為を阻止し、可能なかぎりの客観的判決を追求するためであった。

ベーレンドスの問題点は、自由法論における裁判官の自由な法創造の局面を強調するあまり、自由法論者が提唱した「法社会学」の意義を等閑視してしまったことである。ベーレンドスが高く評価する歴史法学派のサヴィニーの「社会学的」法理論を継承したのは、他ならぬエールリッヒであったはずである。エールリッヒの法社会学に関する諸著作が現代においても読むに値する理由の一つは、国家が制定した法律のみを法とする思考にアンチテーゼを突きつけたことである。このエールリッヒの思考は——ベーレンドスの主張とは異なり——ナチズムの抵抗原理としても十分可能なのである。

最後に第3は、カール・シュミットの自由法論に対する見解を、1934年の講演「法学的思考の3つの種類について」とヒトラーのレーム殺害事件に対する法的対応(「総統は法を守る」)のみから考察していることである。周知のようにシュミットの学説の展開は、第2帝政期、ヴァイマル共和政期、ナチズム期といった激動する時代に応じて変化・発展していった。シュミットの「自由法論」観を正確に把握するためには、それらの時代に出版・公表された数多くの著作・論文を解読することが必要であろう。少なくとも、上に挙げた2つの資料の解読だけで「シュミットの立論の核心に少なからず自由法的な依存性がある」(S.61)と言い切ることは無理がある。

とりわけ、シュミットの『法律と判決』(1912年)「法律的擬制」(1913年)における法律意思や立法者意思の擬制の主張と裁判官への決断の要請、「哲学的体系の外にあるショーペンハウアーの法哲学」(1913年)におけるショーペンハウアーの主意主義への批判、「教会の可視性」(1917年)『政治神学』(1922年)における新カント主義的二元論の批判と二元論を克服するための媒

介概念の導入、「ライヒ大統領の独裁」(1924年)「憲法の番人」(1929年)におけるヴァイマル憲法第48条第2項の非常大権の解釈、『憲法論』(1928年)における絶対的な憲法と相対的な憲法律の区別の提示、そして「裁判実務にとっての新たな指導命題」(1933年)における一般条項の基準としてのナチス原理の強調などは自由法論の問題に絡めて考察する必要があるだろう。冒頭でも触れたように、「カール・シュミットの『自由法論』観」というテーマを今後の課題にするのも、このような数多くの文献に当たる必要性からである。

ともあれ、以上のようなベーレンドスの論文が、「自由法論とナチズム」問題に取り組む者にとっての重要な踏み台であることだけは間違いないのである。

註

- (1) 拙著『ヴェーバーとナチズムの間』, 名古屋大学出版会, 1993年, 105頁以下。
- (2) Behrends, O., Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken, in: *Recht und Justiz im »Dritten Reich«*, Hg. R. Dreier/W. Sellert, Frankfurt am Main, 1989, SS. 34-79.
- (3) *Recht und Justiz im »Dritten Reich«*, S. 360ff. に「ナチズムと法」に関する文献目録が掲載されている。
- (4) 自由法論について基本的なものとして, 平野敏彦「自由法運動」, 長尾龍一・田中成明編『現代法哲学』2, 東京大学出版会, 1983年, 237頁以下。
- (5) ベーレンドスの論文で用いられる“Recht”は「法」, “Gesetz”は「法律」として訳し分けてある。
- (6) Radbruch, G., *Rechtsphilosophie*, 6Aufl., 1963, S. 352. (田中耕太郎訳『法哲学』, 東京大学出版会, 1961年)。
Rüthers, B., *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen, 1968,
- (7) フライスラーについての簡単な略歴については, 広渡清吾「人名索引・人物略伝」, 同『法律からの自由と逃避』所収, 日本評論社, 1986年, 11頁以下。
- (8) *Kampf für ein deutsches Volksrecht*, Hg. R. v. Freisler/J. W. Hedemann, 1940. 引用されたフライスラーの著作は, *Wiedergeburt strafrechtlichen Denkens*, 1940, S. 35. および, *Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht*, 1940, S. 169.
- (9) *Kampf für ein deutsches Volksrecht*, S. 47.
- (10) Lombardi-Vallauri, L., *Geschichte des Freirechts*, Frankfurt am Main, 1967, S. 41.
- (11) Fuchs, E., *Gesammelte Schriften III*, Hg. S. Foulkes, Darmstadt, 1975, S. 395.
- (12) D 50, 17, 1.
- (13) Savigny, F. C. v., *System des heutigen römischen Rechts I*, Berlin, 1840, S. 47.
- (14) Lombardi, *Ebenda*, S. 106.
- (15) Kaser, M., *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, 1962, S. 67, S. 54ff.
- (16) Kohler, J., *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1908.
- (17) Kohler, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, 2Aufl., Berlin, 1919, S. V.
- (18) Jhering, R. v., *Kampf um's Recht*, 9Aufl., 1888, S. 58ff. (村上淳一訳『権利のための闘争』, 岩波書店, 1982年)。

- (19) Bendersky, J.W., *Carl Schmitt. Theorist of the Reich*, Princeton, 1983. (宮本盛太郎・古賀敬太・川合全弘訳『カール・シュミット論』, 御茶の水書房, 1984年)。
- (20) Schmitt, C., Den Führer schützt das Recht, in: *Deutsche Juristen-Zeitung*, Bd.39, Heft 15, 1934, Sp.945-950.
- (21) Schmitt, Die geschichtliche Lage der deutschen Rechtswissenschaft, in: *Deutsche Juristen-Zeitung*, Bd.40, Heft 1, 1936. Sp.15-21. (初宿正典・吉田栄司訳『ヨーロッパ法学の状況』, 成文堂, 1987年)。
- (22) Deinhardt, R., *Volkstümliches Recht. Ein Mahnruf zu volkstümlichem Rechtswillen und zu deutscher Rechtsgestaltung*, 1922.
- (23) Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, 1934. (加藤新平・田中成明訳「法学的思惟の3種類」, 『危機の政治理論』所収, グイヤモンド社, 1973年, 245—294頁)。
- (24) Ehrlich, E., *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, 1903. (法学理論研究会訳「自由な法発見と自由法学」, 『法学論集』(西南学院大学), 第14巻第3号, 第4号, 1982年, 65—86頁, 21—44頁)。
Ehrlich, Soziologie und Jurisprudenz, in: *Österreichische Richter-Zeitung*, Bd.3, Heft 1, 1906, Sp.57-72. (法学理論研究会訳「社会学と法律学」, 『法学論集』(西南学院大学), 第15巻第1号, 1982年, 24—46頁)。
- (25) Ehrlich, Montesquieu and the Sociological Jurisprudence, in: *Harvard Law Review*, 29, 1915/1916, S. 582-600.
- (26) Ehrlich, *Die juristische Logik*, Tübingen, 1918, 2A Aufl., 1925, S.310. (河上倫逸・M・フープリヒト訳「法律的論理」, みすず書房, 1987年)。
- (27) この点についてはベーレンドスの見解に賛成である。拙書, 139頁。
- (28) Gnaeus Flavius, *Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1906. (田村五郎訳「法学のための戦い」, 同訳『概念法学への挑戦』, 有信堂, 1958年, 79—132頁)。
- (29) Freisler, *Richterarbeit—Lebensgestaltung. Ein Bekenntnis. Erwin Bumke zum 65. Geburtstag*, Berlin, 1939, S.31ff., 37.
- (30) Kantorowicz, H., Was ist uns Savigny?, in: *Recht und Wirtschaft*, 1, 1911.
- (31) Koschaker, P., *Europa und das römische Recht*, Berlin, 1947, S.309.
- (32) Fuchs, *Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, 1909, S.59.
- (33) フックスの増額評価問題についての法的対応については, 明坂満「一般条項と自由法運動」, 『阪大法学』第79号, 1971年, 41頁以下。
- (34) 拙書, 134頁。

平成7年1月9日受理