

◇ 資 料 ◇

トーマス・クラウセン

ローラント・フライスラーと  
イエーナ大学法学部（2・完）

本 田 稔\*（訳）

目 次

- 一 序 論
- 二 法律家と国家社会主義者としてのフライスラー
- 三 第一次世界大戦と捕虜収容所
- 四 経済法の展開
- 五 フライスラーの学位論文
- 六 1924年以降のフライスラーとヘーデマン (以上、415号)
- 七 国家社会主義の独裁
- 八 結 論
- 九 戦 後
- 解題 現代ドイツ法理論史におけるローラント・フライスラー研究  
の意義 (以上、本号)

七 国家社会主義の独裁

法廷弁論術

フライスラーもまたヘーデマンの思想との接点を再び発見した。それは、二人を結ぶ際立った視点、すなわち弁論術である。フライスラーは、ヘーデマンの弁論術を賞賛し、それに「学問的」な装いを凝らした。フライスラーは、1938年4月24日、ゲオルク・アントン・レーニンクおよびハンス・カール・ニッパードと共同してヘーデマン60歳の記念論文集を編集した。フライスラーは、そこに「刑事手続における法廷弁論術」という論文を献呈した。彼は常套句を常用する悪趣味の持主であるとの評判があったが、彼は論文においてその悪趣味を凝らして、「精神的・

---

\* ほんだ・みのる 立命館大学法学部教授

霊的な雰囲気<sup>119)</sup>を作り上げた。彼が後に民族裁判所長官に昇進したことを念頭に置くならば、言うまでもなく、彼が論文で述べたこの発言に注意を払う必要がある。彼は、例えば彼自身の経験を振り返りながら、進む道を指し示して、次のように定式化した。「様々な世界観を土台にして権力の獲得を試みる政治集団が民族および国家をめぐる争っている時代に、民族と国家の弁護人が到達しうる最高の完成形態は、真の政治的弁護人である。しかも、それが行う弁護が政治闘争であるところの弁護人だけが真の政治的弁護人である」<sup>120)</sup>。記念論文集の性格にも負うところもあるが、フライスラーはヘーデマンに一人の先駆的思想家の姿を見た。

「法廷弁論術の手引書などあろうはずもない。本稿もそのようなものを求めない。しかし、内容と形式の点において調和のとれた一人のドイツ人法学教師の弁論術がある。遠大な思想に基づき、また適確に個別的な事例を示す点において非常に調和のとれた弁論術は、神々しい火花の力の概念を法の擁護者に——そして著者にも——与える。その法学教師を祝賀するにあたり、感謝の贈り物として、法廷弁論術に関する統一的な見解をこの論文集に刻み込もうではないか！」<sup>121)</sup>。

フライスラーは、このように弁論術の際立った役割を指摘した。それは、彼が「全くもって普通の法律家」であったのかという問いに答える鍵になる——より詳しく言うと、その問いに否定的に答える意味で鍵になる<sup>122)</sup>。1933年以降、政治目的とパフォーマンス目的のために法を利用することは実質的に変化しなかった。国家社会主義の勢力が飛躍的に増大し、暴力の連鎖が一層そして意識的に強化され、エスカレートした。その作用は、拡大鏡のように広がった。ヴァルター・ポリーは、国家社会主義者の権力掌握にとって重要な意味のある事例として帝国議会議事堂放火令を挙げ、それが帝国大統領の非常事態権限を濫用したワイマールの先駆者の連続形態であったと強調した<sup>123)</sup>。この指摘は、フライスラーの場合、中心的な意味を持つ。フライスラーは、まさに暴力とテロを行い、それを賛美した。非常事態権限を彼の政敵に行使することを求めた。もちろん、それが彼をヘーデマンやそ

119) Freisler, „Gerichtliche Redekunst im Strafverfahren“, 164.

120) Freisler, a.a.O., 173.

121) Freisler, 178.

122) これに関しては、また次のものを参照されたい。Grunwald, „Der Gerichtssaal als ‚revolutionäre Tribüne‘ Ideologische Selbst-Inszenierung im Medium politischer Prozesse der Weimarer Republik“; das Konzept der „politischen Anwälte“ findet sich unter ganzlich anderen Vorzeichen auch diskutiert in Seliger, Politische Anwälte?, 20–29.

123) Pauly, „Brandbeschleunigung“.

の他の保守主義的な法律家から区別する特徴であることは言うまでもないが、同時に法律家に対する大規模な暴力——それは国家社会主義者にとって正当性の根源として役立った——の恐怖が、いかに法律家を国家社会主義の計画に組み込んだかを示している。それゆえ、国家社会主義ドイツ労働者党が権力掌握後にとった行動（共産主義の敵対的暴力テロに対する国家社会主義の報復的司法テロ）の意味を理解するために、その直前の決定的に重要な数年間において、党がいかに先行形態であるワイマールの司法と関わったのかを正確に見極めることが重要である（それによってフライスラーの法廷弁論術の意義が明らかになる）。その場合、特に重要な意味を有しているのは、ポテンパの謀殺事件である。フランスの歴史家ヨハン・シャプトは、最近発表した論稿において、その事件を「ワイマールの謀殺」と呼んだ<sup>124)</sup>。

### ポテンパの謀殺事件

1932年、市街戦と爆弾テロが頻繁に起こった。7月10日および17日のオーラウとアルトナの「血の日曜日」事件は、帝国議会選挙のための暗い伴奏曲をつけた。政府は、この暴力——それはもちろん新聞などのメディアによって不当に利用され、また選別された——に対して一連の対抗措置を講じた。この対抗措置の中にワイマールの崩壊を確認することができる。対抗措置には——温泉の流行を規制する「ツヴィッケル令」のような——他愛もない強制力の行使もあったが、それはプロイセン・クーデターという決定的措置にまで及んだ（1932年7月20日にパーベン帝国首相がプロイセン州帝国長官に就任し、プロイセン州の諸権限を帝国政府に移管した）<sup>125)</sup>。フライスラーの経歴を知るにあたって特に重要なのは、1932年8月9日の政治テロに対する帝国大統領令である。それは、同日の特別裁判所設置に関する帝国大統領令と同時に施行された<sup>126)</sup>。これらの法律によって、政治的暴力行為——とくに左派の暴力行為であるが、もちろん右派の暴力行為も含まれた——が鎮圧された。「政治的動機」から行われた故殺罪に死刑を科すことができ、これらの事案の手続は特別裁判所で行われることが認められた。この——ワイマール共和国において長い歴史を持つ——特別裁判所と第三帝国の国家社会主義の特別裁判所の間に重要な質的相違があるのはもちろんである。1933年以降の司法史を理解するためにその相違の

---

124) Chapoutot, Le meurtre de Weimar.

125) Grund, Preussenschlag und Staatsgerichtshof im Jahre 1932; Frotscher, „Der Zwickel-erlaß oder: wie die Republik baden ging“.

126) „Verordnung des Reichspräsidenten gegen politischen Terror vom 9. August 1932“; für Kontext: Gusy, Weimar - die whrlose Republik?, 211-12.

意義を過小評価してはならない。

この特別裁判所大統領令によって最初に捕らえられたのは、共産主義者ではなく、突撃隊の構成員であった。彼は、オーバーショレーゼンの都市ポテンパにおいて、ポーランド人労働者をその母親の目の前で殺害した<sup>127)</sup>。ボイテン特別裁判所は同令に基づいて、この政治的動機に基づく殺人（故殺）を行った実行犯を死刑に処した——それは国家社会主義者にとって、しかもヒトラーにとっても衝撃であり、彼らに対する一般国民の信頼が失墜したことは言うまでもない。ヒトラーは、これに激しく反発した。とくにディルク・ブラジウスが『ワイマールの終焉』の中で述べたように、ヒトラーは「民族の監視人」（1932年8月24日付け）において呼びかけ文を公表した。そこにおいて初めて1918年11月を引き合いに出した。「国内において行われた11月の犯罪人のテロは、外国の敵から継続的に仕掛けられたテロ現象に呼応している」。そして彼は、突撃隊の構成員に対する死刑判決に目を向けた。「フォン・パーベン氏よ、私は貴方の血塗られた客観性なるものを知らない。……この血塗られた判決に直面して我々に与えられたのは、生の内実、ただそれだけである。それは、闘うこと、不断に闘うことである」<sup>128)</sup>。すでにカール・ディートリヒ・ブラッハーのところでは、次のような明確な分析が見られる。「4週間前に起こったプロイセンにおけるパーベンのクーデターが民主政を維持するための試金石であったように、ポテンパはテロから国民を守る道義的な力のテストケースであった。この2つは政治的な力試しであった。それは独裁ないしテロに有利な結果をもたらし、ヒトラーは自由走行可能な路線を手に入れることができた」<sup>129)</sup>。

ポテンパの謀殺事件、その政治的扱い、そしてメディアによる取り上げ方は、ワイマールの国内政治のみならず、国境を接した非交戦状態にあったポーランドとの関係においても決定的に重要な意味を持っていた。ルイーザ・フルスロイが事例を挙げて説明したように、ここで重要なのは階級闘争と人種闘争の暴力的合成であった。その闘争において国内外の敵と闘うための本質的な防衛力が突撃隊であった<sup>130)</sup>。

「ポテンパ事件」は、国家社会主義ドイツ労働者党の司法政策の転換点であった。ヒトラーが呼びかけ文を出した1週間後、多くの人々がそれに続いた。その中にフライスラーの独自の判決分析があった。「ボイテン——司法の死相」という表題で、

127) Kluke, „Der Fall Potempa“; Bessel, „The Potempa Murder“.

128) Zit. nach Blasius, Weimars Ende, 91.

129) Bracher, Sauer und Schulz, Die Nationalsozialistische Machtergreifung, 861.

130) Hulsroj, „The Potempa Murder and Political Violence in Germany's Interwar Borderlands“.

彼は「ライン川の農夫とヘッセンの農夫」の中で次のように説明した。

「そのとおりである。ボイテンの裁判官殿が、法創造的行為を行う勇氣のある裁判官であるなら、形だけの客観性を斥け、真の意味における客観性に有利になるようにしたのであろう。同一の所為、外形的に同じ事象を伴った行為事象を等しく評価することに意味などない。行為事象は、それと最高位の法律との関係に基づいて判断されねばならない。それは、民族の生命力を闘い取り、それを維持するためである。国家を否定する裏社会の人物が、ある人の死を惹起する民族破壊的なテロ行為を行ったとする。そして、民族の統一と民族の生存のために行動する闘士が、寄る辺なき絶望という最高度の緊急事態において、ある人の死を惹起する行為を行ったとする。これらの人の死の惹起は、異なるものとして評価されるべきである！裁判官席に座る法創造的な革命家は、認識するであろう。テロの産みの親はマルクス主義であり、そのテロ組織であること、それゆえテロ対策令はその意味に従えばテロ防衛行為には適用できないこと、その行為は他の刑罰規定に該当することがあろうとも、死刑を威嚇する規定には該当しないことを認識するであろう」<sup>131)</sup>。

### 国家社会主義の法廷弁論術

ここでは、フライスラーが法をどのように理解し、どのように不法を理解しているのか、さらにどのようにそれをポテンパの謀殺事件に結びつけているが示されている。彼は弁護士として活動し、プロイセン州議会の調査委員会を介して訴訟に直接的な影響を行使しようとした<sup>132)</sup>。ここにはヘーデマンの砂蒔き義務に関する説明に似たものが認識できる——そして同時に根本的な相違を認識できる。ヘーデマンは、新たに生起したものに適合するために、いかなる立場から法を柔軟に適用し、活動の余地を広げねばならないかを賢明な分析に基づいて示した。フライスラーと国家社会主義者にとって、ヘーデマンが活用した一般条項という標語は、法治国家の破損箇所を確認する——つまり法治国家を蹂躪する——ための指針であった。

## 八 結 論

### 生に企投する法

それでは、フライスラーとイエーナ大学およびヘーデマンとの関係は、どのよう

---

131) Freisler, „Beuthen: Der Todesschatten der Rechtspflege“.

132) Steffani, Die Untersuchungsausschüsse des Preußischen Landtages zur Zeit der Weimarer Republik.

に評価されるべきか。ハンブルク大学国立図書館で閲覧できるヘーデマンの民法史第三巻には、ドイツの過去の克服から派生した問題を見ることができる<sup>133)</sup>。その表紙には、ヘーデマンがフライスラーに捧げた賞賛の辞——もっとも、それは1968年未改訂版では消されている——の横に、ヘーデマンが連邦共和国で教鞭をとった時期がフライスラーといかに関係があるかを問題にする不愉快で侮辱的な落書きが何者かによって書き込まれている。論争史的に見れば、その書き込みでは、ヘーデマンが批判的な解釈学と大学の巨塔の間のどこかに住みついて、外見上は苦勞することもなくワイマールからナチの独裁を経て、そして最終的にはボンへと流れ着いたことが、いかに精神的な一貫性を欠いたものであるかが示されている。ヘーデマンは、1935年に民法史第三巻をフライスラーに献呈した。1945年以降、彼はフライスラーと共同研究したことについて「深く後悔している」、その当時フライスラーを「早熟で優秀な学生であると見ただけで、決して煽動家だとは思わなかった」と述べた<sup>134)</sup>。ハインツ・モーンハウプトは、ヘーデマンは国家社会主義における法と政治の複合的な絡み合いという現象から事後的に課題を抽出するために、自己防衛策としてフライスラーとの関係を「司法試験領域」に限定したのだと指摘した<sup>135)</sup>。ヘーデマンは、しばしば学生を賞賛して接近し、時には大学教育における非常に進歩的な方法で対応したが、それは結局なんの功も奏さなかった。ヘーデマンの民法史は、1910年から1930年まで長い期間において、その前半部分が二巻の書物として出版された。そこにおいて示されたのは、ヘーデマン自身が長く法と政治の均衡関係の維持に困難を抱えていたこと、そしてこの均衡関係を特に望ましく価値あるものとは捉えていなかったことである。それとは反対に、法は「生に近接」して形成され、包括的に「現実」に方向づけられるべきものとされた<sup>136)</sup>。帝政時代にはなおも進歩的な楽天主義として妥当しえたが（一般条項を活用した法創造的解釈学の提唱——訳注）、それも敗戦と革命の重たい気分のもとでは負い目になった。もはや古い理論では、新しい現実には適合できなかった（敗戦国の惨めで哀れな現実とは法の発展方向を指し示す羅針盤にはなりえなかった——訳注）。さらに厄介なことには、法と生が密接に関連するなかで、新しい生の世界が法に迫り、浸透しつつあった（世界に冠たる強いドイツを取り戻す民族運動が法発展の原動力として動き始めた——訳注）。

133) Staats- und Universitätsbibliothek Hamburg - Carl von Ossietzky, Signatur: A/5000: 2, 2.

134) Mohnhaupt, „Justus Wilhelm Hedemann als Rechtshistoriker und Zivilrechtler vor und während der Epoche des Nationalsozialismus“, 112.

135) Mohnhaupt, 113-13.

136) Wegerich, Die Flucht in die Grenzenlosigkeit, 105-7.

## 劣勢から順応と接近へ、そしてその先へ

同時にヘーデマン祝賀論文集は、ヘーデマンとフライスラーが1933年以降いかなる協力関係にあったのかを説明する一つの史料である——ドイツ法学協会の共同研究にその具体的な現れを見出すことができる。ヘーデマン祝賀論文集は、決まり文句と学問、イデオロギーと法が並列的な関係にあることを証明する一例である。そのような並列的關係があったからこそ、例えばイエーナ大学教授のマックス・ヒルデベルト・ベームは、「帝国におけるドイツ人の民族生活からユダヤ人を排除すること」を求めたのである（常套句である反ユダヤ主義イデオロギーを法学の専門用語で表現することができた——訳注）。モーンハウプトによると、そのような発言は様式の点においても内容の点においてもヘーデマンには当てはまらないが、ヘーデマンが民法学者として成功を収められた歴史的脈絡を示している<sup>137)</sup>。ヘーデマンは、劣勢、順応、接近の幅の間を激しく揺れ動いた。1933年、ヘーデマンは、「人格権」に関する著作の中で次のように説明した。「それゆえ、異人種はドイツにおいては全くもって『無権利』である」。そして彼は、家族を持つ権利、相続する権、訴える権利を持たないことを例として挙げた<sup>138)</sup>。それと同じ時期に——同じ場所で——ハンス・フランクがより急進的なことを求めた。「ドイツの法生活にとっても究極の目的として妥当するのは、ユダヤ的要素を完全に除去することである」<sup>139)</sup>（確信的なナチの法学イデオログの過激な言葉よりも、ナチのイデオロギーに距離を置く法学教授の穏健な言葉の方が学問的に耳障りがよい——訳注）。しかも、ヘーデマンと国家社会主義との関係は、1937年の「ヘーデマン記念杯財団」の設立によって明らかにされた。それは次のように記されている。「ヘーデマン記念杯は、常に若者たちと共にあり続けてきた。だから、その若者たちは、新生ドイツの翼の羽ばたく音を最初に聞き、その意味を最初に理解したのである。運動に寄せられた信頼は、それを理解した者たちに、新しい呼びかけ、新しい任務、そして新しい表彰を与えた」<sup>140)</sup>。ヘー

137) Max Hildebert Boehm, Volksumswechsel und Assimilierungspolitik 157; Heinz Mohaupt, Rechtsgeschichte und Recht in Festschriften für Rechtshistoriker und Juristen zwischen 1930-1961, 159-60.

138) Justus Wilhelm Hedemann, Recht der Person, 7 f.; Siehe Mohaupt, „Justus Wilhelm Hedemann als Rechtshistoriker und Zivilrechtler vor und während der Epoche des Nationalsozialismus“, 147.

139) Mohaupt, „Justus Wilhelm Hedemann als Rechtshistoriker und Zivilrechtler vor und während der Epoche des Nationalsozialismus“, 148.

140) Universitätsarchiv Jena, Bestand K, Signatur 503, fol. 19.

デマンはナチに対して用心深く距離を置きながらも、後の共同作業の脈絡においても問題を残した。フライスラーは、ヘーデマンが1936年にベルリン大学に移籍する際に彼を支援し、民族法典の計画を支援することを試みた（最終的には徒勞に終わった）<sup>141)</sup>。さらに特筆すべきことがあった。ヘーデマンがその後1944年に——ドイツで唯一の教授として司法省に明示的に希望を申請し、そのおかげで——実に内密的な関係の「裁判官書簡」を受け取ることができるようになった<sup>142)</sup>。彼は希望を申請するにあたって、次のように理由を示した。「オットー・ゲオルク・ティーラック帝国司法大臣殿、貴殿は、現実の生が脈打っていることを大学教授陣に実感させ、それを生きた司法に結びつけるべく任務に従事しておられる。それは私も同じです」<sup>143)</sup>。ヘーデマンが大学教授陣の申請者代表としてこの書簡を取りまとめたことは、ここでも史料批判的に注意しなければならない。しかし、そうは言っても、彼が「健全で、新鮮で、民族的な法のために数十年にわたって取り組み、そのことが認められた先駆者」として自身の姿を鮮明にしたことは言うまでもない。その鮮明さは、ヘーデマンが「生」に焦点を当てて世界を見た視点がいかに順応性があったかを際立たせている<sup>144)</sup>。このことは、また別の状況からも示されている。フライスラーは、学位を取得するにあたって、「マンチェスター学派の自由主義的な全体観から、公共の利益を前面に押し出した思考様式」へと変えたと記した。そのことから、彼がヘーデマンとの一致を意識していたこと、そして彼が「公共の利益は個人の利益に優先する」という公式によって、それが「第三帝国」においても通用すると信じていたことは明らかである<sup>145)</sup>。それゆえ、その代償は高くついた。その事例としてイエーナ大学法学部について言えば、例えば1933年に亡命せざるをえなかったバルトールト・ヨーゼフィ教授の運命である<sup>146)</sup>。彼の家族、とくに母親のアンナは、テレジエンシュタットで謀殺された<sup>147)</sup>。

141) そのようにヘーデマンに対して賛辞を送ったことに関して、z.B.: Freisler, „Von der Arbeit am Volksgesetzbuch”. フライスラーに関するヘーデマンの言及は、Hedemann, Das Volksgesetzbuch der Deutschen, 46. その脈絡に関して、Hattenhauer, „Das NS-Volksgesetzbuch”; Schubert, Volksgesetzbuch.

142) Boberach, Richterbriefe; Wahl, „Die Richterbriefe“, 19; Schädler, Justizkrise' und Justizreform' im Nationalsozialismus. Das Reichsjustizministerium unter Reichsjustizminister Thierack (1942-1945), 180-89.

143) Brief an Erich Schmidt-Leichner vom 4. 12. 1944, BAArch Berlin-Lichterfelde, R 3001/24160, fol. 10.

144) A.a.o.



## 九 戦 後

### 「文字は運命を負う」

1945年以降、ヘーデマンはもはやフライスラーとの関係を公の場で話題にしなくなった。上述したように、1968年の民法史の最新版では、それまで捧げられてきた賛辞は知らない間に消されていた<sup>145)</sup>。1958年にハインリヒ・レーマンとハンス・カール・ニッパードイによって編集されたヘーデマン新祝賀論文集には、祝辞の消去に似た——その時代に典型的な——浄化措置過程を確認することができる。そこには祝賀を受ける者の著作一覧表が整理され掲載されているが、フライスラーとの関係が分かるものが残されなかったことは言うまでもない<sup>149)</sup>。上記に引用された甥の発言を度外視するとしても、それでもヘーデマンと「第三帝国」との複雑な関係に光を当てた文書が存在する。1948年5月1日、70歳の誕生日に彼は元同僚と友人宛てに手紙を書き、その中で自己の人生を振り返った<sup>150)</sup>。ヘーデマンは、「瞬間の重要性」を念頭に置きつつ、即座に想い出せる瞬間の記憶を走馬灯のように巡らせた。彼は落馬による負傷のことを思い出した。そのため、士官としての経歴を重ねることができなかった。第一次世界大戦中にマケドニア戦線で講演をしたことを思い出した。そして、1928年に彼が在外研究のためにパリに滞在したときに「ヨーロッパの連帯の小さな息」を実感したことを思い出した<sup>151)</sup>。1938年、「盛大」に祝われた彼の60歳の誕生祝賀会のことを思い出した。元同僚と友人にあてた手紙には、次のように書かれていた。

「あの時の来賓、来客の皆さん。1938年、全ての人の心に歓声が湧き、平穏が

---

145) Freisler, Betriebsorganisationen, 8. その前後の公共の福祉に関して, Stolleis, Gemeinwohlformen, im nationalsozialistischen Recht.

146) Opitz, „Die Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Jena und ihr Lehrkörper im ‚Dritten Reich‘“, 478.

147) Schulz, Verfolgung und Vernichtung, 85-86, 102. ナチの独裁体制の期間のイエーナ大学法学部について, Wolf, Das Jenaer Studium der Rechte im Dritten Reich.

148) Hedemann, Die Entwicklung des formellen Bodenrechts. その新版は未改訂であった。ただし、奥付は訂正された。

149) Lehmann und Nipperdey, Recht und Wirtschaft, vii-xii.

150) この書簡は、ヘーデマンの秘書であるポール女史によって保管され、ハインツ・モーンハウプトの私的文書館で発見されたものである。私はそれをその場所で閲覧することができた。モーンハウプト氏に感謝する。

151) A.a.o., 1-2.

訪れた。政治はどうだったか。そう、同じであった。しかし、それは誰のためだったのか。民族全体を遠くまで見通せる目を持った人がいたかという、ほとんどいなかった。私たち教養人、友人、親類、関わりのある全員が、善意、純粹、無知に囚われていた」<sup>152)</sup>。

特徴のある行間だらけのこの表現の後には、その時に招待された99人の人々の運命の回顧が続いた。それは人を暗くさせる弁論術であった。あれから10年後、ヘーデマンはそのうちの33人の生存と安否を確認した。彼は1938年の祝賀会で受け取った手紙を捨てることを約束した——「文字は運命を背負う (habent sua fata epistolate)」と、彼は親密な読書会仲間に説明した。彼はそうすることによって、このように原史料を乏しい状態にしたが——歴史家は今日それを分析しなければならない——、それが意識的な史料否定であることを同時に記憶させた<sup>153)</sup>。

## 宣誓の弁明

ヘーデマンは説明した。戦後、信仰と「神の言葉」に引き寄せられて歩んできた。それは、様々な運命による痛みを慰め、忘れさせた。彼が同僚に宛てた手紙の中で挙げた人々と並んで——ここでは「シュレージエンの故郷」をなくした人を挙げることができよう——、おそらく彼の息子の運命を挙げることもできよう。彼の息子は、法律学を学んだ後、精神的な病に倒れ、バーテルに移送され、かろうじて戦争を生き延びた。息子の最初の妻のヘートヴィヒは、1942年にこの世を去った<sup>154)</sup>。これに対して、ヘーデマンは、彼自身が国家社会主義に取り込まれたことを深く考えた。宣誓を思い起こすことによって、ただ間接的に考えた。そこで彼は、ブレスラウにおいてようやく学位を取得し、教授資格を得た際に行った宣誓を引用した。彼は大学の宮殿講堂においてラテン語で宣誓した最後の一人であった。その後、彼はイエーナ大学から招聘を受けた。ヘーデマンは、手紙で次のように書いた。

「イエーナで再び誓った。最初に誓ったのは、准教授として。今回は、四人の侯爵と共に誓った。なぜならば、ここは単一の州の大学ではなく、『イエーナ大公および侯爵のザクセン総合大学』だからである。あの時から三年半が経過して、この度は正教授となり、上級州裁判所判事としての職務に任ぜられた。私は九人の封建

152) A.a.O., 3.

153) A.a.O., 3.

154) シュレージエンに関して、a.a.O., S. 7. 彼の息子についても、Wegerich, Die Flucht in die Grenzenlosigkeit, 80-81.

領主に対しても忠誠の辞を送った。なぜならば、『共同体的なチューリンゲン上級州裁判所』は、九の州を管轄し、その中にはプロイセンも入っていたからである。私は士官候補生としてプロイセン国王に誓った。護衛兵開拓大隊の副官が私に差し出した光り輝く勇士の剣を持って、九人の封建領主に忠誠を誓った。では宣誓はその後どうなったのか。それは、共和国、ワイマール共和国への官吏宣誓に置き換えられた。その後は、国家社会主義の帝国総統および帝国首相への官吏宣誓によって置き換えられた。私は次から次へと宣誓を行い、その時々々の宣誓を破ったのか。世にも恐ろしい出来事がこの宣誓の連続に映し出されている。時代という鏡を覗き込めば、今日70歳の誕生日を迎えた私を捕らえて離さないのは、その時々々に宣誓を行ったときの深い真剣さである。学位を取得したときに宣誓をした。いかなる時も私は忠実であった。忠実であり続けた。私が宣誓した背景には、政治的な出来事などなかった。私にあったのは学問だけであった」<sup>155)</sup>。

手紙では学者としての経歴が手短かに振り返られた。招聘が受け入れられたこと、また退けられたことが振り返られた。それでも彼はフライスラーの方を向いていた——少なくとも間接的に。1935年、彼はライプツィヒから招聘を受けた。

「私は、当時使用していた書類カバンを開けた。そこから私に向かってある物が飛び出してきた。当時の辛かった出来事を記録しようと思う。それは、1935年当時受け取った招聘状であった。内容が明瞭で丁寧に書かれていた。それは今日、刑事裁判で裁きを受けるために、私たちの前で悲劇的な死の形相をして立っている人に結びついていた。この手紙を書いている日は、まさに3件の事件の裁判が行われる日であった(シュヴェルツェル事件)。1935年8月、私の控え目な個人的な出来事に関して私に手紙を書いてきたのは、当時ライプツィヒ市長のゲルデラーであった」<sup>156)</sup>。

ゲルデラーは、ヘーデマンをライプツィヒ大学に招聘するために、その申し入れを強調するために友好的な言葉を述べた。ヘーデマンはその言葉をしみじみと想い出した。「悲劇的な死の形相をした人物」のために3件(!)の刑事手続がとられ、それらは不思議なことに相互に関わることなく進められた。「第3」の刑事手続——「シュヴェルツェル事件」——は、疑いもなくヘレーネ・シュヴェルツェルに対する刑事手続のことであった。シュヴェルツェルは、1944年7月20日の事件に関与した逃亡犯のカール・ゲルデラーと知り合いになり、彼をゲシュタポに密告した

---

155) A.a.o., S. 8.

156) A.a.o., S. 10.

女性である（ゲルデラーは民族裁判所のフライスラー長官によって死刑に処された——訳注）。1946年1月、彼女は逮捕され、1年半後、モアビット州裁判所から15年の懲役刑を受けた<sup>157)</sup>。ヘーデマンはここでゲルデラーを密告した女性に対する戦後の刑事手続（ヘーデマンがその担当弁護人——訳注）を民族裁判所の手続と並べた。すなわち連合国による戦後処理の刑事手続と、ヘーデマンのもとで博士論文を執筆したかつての教え子であるフライスラーが周知のとおりゲルデラーに死刑を言い渡した刑事手続とを並べた。それは、ヘーデマンが国家社会主義の遺産に向き合い、また国家社会主義が近時の法律史に及ぼした影響に向き合うのがいかに重苦しいかを強調している。

### 革命の精神病から憎悪の精神病へ

「法」と不法は、第三帝国において緊密に一体化し、しばしばそれらは識別不可能になるほど絡み合っていた。それは、フライスラーが後に犠牲者となる人々と共著で書いた様々な著作に示されている。フランツ・シュレーゲルベルガー祝賀論文集では、あのカール・ゲルデラーがフライスラーと連名で論文を献呈した。1943年のヨーロッパ手引書では、フライスラーの名前はウルリヒ・フォン・ハッセル（1881年11月12日-1944年9月8日。駐イタリア・ドイツ大使。7月20日の事件の首謀者の一人）と並んでいた。その2つの論文は、物事を厳格に見る方法と様々な角度から接近する方法の必要を訴えた<sup>158)</sup>。同時に、そしてこれが本稿の本来的な核心命題なのであるが、フライスラーの作業は権力およびテロと不可分であった。テロとは、制度的で政治的な権力の威力を特徴づける可視的略語に尽きるものではなかった<sup>159)</sup>。国家社会主義が政敵や外国勢力を迫害し、絶滅するための法の形式を装った手続、すなわち国家社会主義の司法テロが重要であることは言うまでもなかった。しかも、彼は国家社会主義の理念的世界にとって政治的暴力がどのような役割を果たすか、その特徴はどのようなものであるかを明らかにした。法と暴力が空間的に重層的な構造をなして成立していることが最終審級（民族裁判所）において強調された。それは、国家社会主義の自己抑制の効かない段階的拡大過程であり、最終的に「第三帝国」における法学的なものの限界をも示していた。

フライスラーは、どこにでもいるような普通の法律家だったのか。いや、そうで

157) Marßolek, Die Denunziantin.

158) Bumke/ Hedemann/ Wilke (Hrsg.), Beiträge zum Recht des neuen Deutschland: Festschrift für Franz Schlegelberger zum 60. Geburtstag.

159) それに関しては、Hikel, „Unsichere Republik?“, 127-38.

はなかった。彼は、法曹養成と学位取得を通じて得られた社会的・学術的資本のおかげで、国家社会主義運動の内部において指導的法曹の役割を果たした法律家であった。フライスラーは、法哲学と法実務において、国家的に保障された法秩序を最終的に「民族共同体」に有利になるよう除去することを目指した。そこに定型性を欠いた内容が意識的に盛られ、それがイデオロギー的変換と暴力行使のための「自己授権」へと扉を開いた<sup>160)</sup>。その場合とくに重要なのは、「最終的」という概念である——なぜならば、フライスラー自身はそれを法律家として(も)理解していたからである。彼は法廷において自制心を欠いた行動に出て、そのイデオロギーを表明した。それでも、彼は常に法制度と国家社会主義の多頭支配制度(Polykratie)をつなぐ接点として役に立った。フライスラーとヘーデマンの関係は、前者が国家社会主義の新しいタイプの法律家——ここでは例えばラインハルト・ヘーンの名を挙げることができる——、後者が保守主義の古いタイプの法律家であり、そのような新旧の法律家の関係を象徴的に示している<sup>161)</sup>。彼らは相互に利用し合った——それは「上手くいかなかった飼いならし」でもあった。国家社会主義は、到達段階を一気に引き上げるために、戦争に打って出て、暴力を用いる準備をした。彼らは最終的にそれを貫徹した<sup>162)</sup>。その結果は、いかなるものであったか。それは、フライスラーが1935年に大学評議会議事堂に招いたカール・ヘルトリヒの運命に示されている(1935年にギュルトナーと共にフライスラーがイエーナ大学を表敬訪問した際の大学主催の歓迎祝賀会で式辞を述べたローマ法講座の若手教授)。ヘルトリヒは、1939年9月のポーランド侵攻の最中に死亡した。追悼の辞では、道半ばで倒れた法律家の初心について語られた。「悪意に満ちたヴェルサイユの老人たちの忌むべき憎悪の精神病によってドイツ東部国境はむりやり切断されてしまった。しかし、それは長くは続かなかった」<sup>163)</sup>。革命の精神病から憎悪の精神病へ。これは私には「戦慄の法律家」フライスラーにも当てはまる性格付けのように思われる<sup>164)</sup>。

160) Stolleis, „Gemeinschaft und Volksgemeinschaft“; als Pionierstudie zum Volksgemeinschaftsbegriff: Wildt, Volksgemeinschaft als Selbsttermächtigung; zur Debatte aktuell: Schmichen-Ackermann, >Volksgemeinschaft< !? Vom Streit um Begriffe und Konzepte zur Erweiterung der Forschungsperspektive.

161) Wildt, Generation des Unbedingten. ここでも区別はもちろん必要である。Wolf, „Methode und Zivilrecht bei Heinrich Lange (1900–1977)“.

162) Jasper, Die gescheiterte Zähmung

163) Siber, „Karl Heldrich“, 1.

164) 「戦慄の法律家」の概念について、Stolleis, „Furchtbare Juristen“. 近時のものとして、Maas, Furchtlose Juristen.

## 解題 現代ドイツ法理論史における ローラント・フライスラー研究の意義

### （1）ローラント・フライスラーとは何者か

ローラント・フライスラーは、1893年10月3日に生まれ、1912年にイエーナ大学に入学した。第一次世界大戦の勃発直後に学業を中断して志願兵として戦地に赴き、ロシア軍捕虜となり、敗戦後しばらくして帰還し、再び学業を再開した。ユストゥス・ヴィルヘルム・ヘーデマンのもとで経済法の研究に従事し、経営協議会法に関する論文で法学博士の学位を取得した後、弁護士となった（1922年）。その後、カッセル市議会議員（ナチ党の偽装政党大ドイツ民族共同体とドイツ民族自由党の選挙戦共同組織公認）、ヘッセン・ナッサウ州議会議員、プロイセン州議会議員（1932年）、プロイセン州司法省事務次官、帝国司法省事務次官（1934年）、民族裁判所長官（1942年）に就任した。異例のスピードで出世した稀有な法律家であった。1944年7月20日のヒトラー暗殺・クーデター未遂事件、ミュンヘン大学の白バラ運動事件において無慈悲な死刑判決を言い渡した死刑執行人（Hinrichter）の異名をとる。1945年2月3日、裁判の執務中に米軍の空襲により「殉職」した（未亡人のマリオン・フライスラーに最高額の遺族年金が支給された）。

20世紀前半のドイツは文字どおり激動の時代であった。戦争から敗戦へ、帝政の崩壊から動乱を経て革命へ、共和政の樹立後の経済的混迷と文化的混沌、1920年代末の世界恐慌、それらを経て国家社会主義の国民革命へと向かった。その後は、経済の復興、民族主義の台頭、異民・異教徒への族排外主義、そして再び戦争の時代に突入し、敗北に終わった。時系列で素描しただけでも、平穏と安定、自由と平等、平和と民主主義のない時代であった。その後の時代はどうであったか。現代において平穏と安定はもたらされたのか。自由と平等、平和と民主主義は揺るぎないものになったのか。そのような実感はあるのか。あの国で、あの地域で真逆の事が起こっているのではないか。それが自己と無関係でないというなら、現代もまたフライスラーの生きた時代と同質であるといえよう。それは、フライスラーのような法律家の再来の予兆であろう。激動する混迷と混沌の時代に企投し、その激流と逆流の渦の中で国家と法の革新の契機をつかみ取ろうとする野心的な法律家を生み出す精神的土壌が準備されているのかもしれない。トーマス・クラウセンのいう「革命と憎悪の精神病」を生み出す土壌である。クラウセンのフライスラー論から、激動期を生きた法律家ローラント・フライスラーの法思想の展開過程を知ることができる。

## (2) 法と不法のアマルガム

ローラント・フライスラーの法律家像を一言で言い表すならば、テロ法曹または法学的テロリストという言葉が適しているであろう。法は正義であり、テロは暴力であり、両者は対局の関係にあると思われがちである。テロは暴力・犯罪であり、それに歯止めをかけれるのは法だけである。法によってテロが克服され、正義が回復される。そう信じられている。しかし、それは法とテロ、法と不法を二項対立的に捉えた場合の話である。既存の国家が反体制活動を行う内外の勢力を反国家団体、テロ組織と認定し、それに法による制裁を加え、封殺することを想定した場合の話である。そこでは国家によるテロは想定されていない。しかし、国家もまたテロを行うことがありうる。クラウセンは、このような法とテロの関係をテロの法化、法のテロ化、法と不法のアマルガムと特徴づける。

法と不法はいかに融合するのか。通常の法、日常の法を異常で非日常のテロに結びつける契機は何か。それはイデオロギーである。法は文字によって定型化される。イデオロギーが文字化され、また文字にイデオロギーが注入されることによって、イデオロギーに即した法が定立される。法律家は法律の意味と適用対象を判例や学説などを踏まえて明らかにすることを責務とする。とりわけ伝統的な法学を修めた法律家は、文字で書かれた法律の条文の論理構造と他の条文との整合的關係などを踏まえて、自己完結的で論理矛盾のない法解釈の体系化を目指す。罪刑法定主義を明記したドイツ刑法(旧) 2条に「健全な民族感情」のような一般条項語が取り入れられた後(1936年刑法改正)、帝国司法省は必要な処罰を実現するために法とイデオロギーを使いこなし、機動的に動くことができるようになった。総統官房がある殺人事件につき総統が死刑を望んでいることを司法省に伝えれば、司法省は検事局に判決破棄のための特別抗告や異議申立を命じ、裁判所に判決を破棄するよう圧力をかけた。また、最高刑が死刑でない犯罪の場合には、ヒトラーは死刑を定めた特別刑法を制定し、検事局と裁判所はそれを週及適用して平然と死刑を言い渡した。その際に重視されたのが「健全な民族感情」の要件であった。司法機関は「健全な刑事司法」を実現するために、裁判機関を自由自在に操り、ヒトラーのテロ要求に応えた。

このような法律家は、いつ、どこで養成されたのか。クラウセンは、師弟の知的継承過程と激動する政治過程とを重ね合わせて論じた。帝政からワイマル共和政を経てナチの第三帝国へと続く変革期において、保守的法律家ユストゥス・ヴィルヘルム・ヘーデマンは、ワイマル共和国の成立直後、偶然にも飛び抜けて優秀な学生を教えることになった。フライスラーは、第一次世界大戦が勃発するや否や、



志願兵として戦地に赴き、終戦・抑留を経て帰還した後、指導教授のもとで新時代の経済法と労働法を研究し、学位論文を執筆した。師弟の関係から、それを超えて、新しい時代の法を共に探求した。教師としての生き甲斐は、学生の喜びでもあった。その後、国家社会主義運動が起こり、フライスラーはそれに接近し、党と行政機関の内部において頭角を表した。なぜなのか。彼が過ごした生育過程や法律家を目指した法曹養成課程に「血塗られた裁判官」（Blutsrichter）の形成要因があったのだろうか。彼の生い立ち、兵士として従軍した経験、博士論文の準備過程において指導教官から受けた影響など、いずれもが日常の出来事であった。しかし、普通の色彩のピースをつなぎ合わせていくと、褐色の法律家の立体像が出来上がった。それはなぜだったのか。

### （3）有限を超える無限の可能性

ローラント・フライスラーという法律家を理解するために、彼の履歴に当時の社会状況を重ね合わせてみる。

フライスラー自身はツェレの生まれであり、父親の出身地であるズデーテン地方（ポーランド南部とチェコ・スロヴァキア北部の国境の山間部）の気質を引き継いでいた。自身の出自を他人に話すときの心境はいかなるものであったか。国家社会主義ドイツ労働者党に参加し、カッセル市議になった当時、フライスラーは、「ドイツ国境の僻地の出身であることは恥ずべきこと」ではないと述べたという。それがズデーテン地方のことなのか、他の地方のことなのかは明らかではないが、ドイツ国境の僻地を取り上げて公言したことは興味深い。

カッセルは、フランクフルト・アム・マイン、ヴァイスバーデンに次ぐヘッセン州第3の都市であるが、アメリカ独立戦争時、ヘッセンの領主がその領民を傭兵としてイギリスに売り渡し、出発前に彼らを待機させた場所でもあった。よそ者に対して「とっとと、うせろ」と吐き捨てるとき、また両親が子どもに対して「もう寝なさい」と言うとき、「Ab nach Kassel!」という言葉が使われるそうである。そのような意味で「カッセル」は、領民を外国に売り渡す場所、ドイツの都市でありながらドイツではない場所であった。ただし、このような歴史を負ったカッセルであっても、ドイツ中部の大都市であり、かつてはヘッセン州の首都でもあった。その議会においてフライスラーが「ドイツ国境の僻地の出身であることは恥ずべきこと」ではないと述べたのは、負の歴史を負う都市の住民と議員に対して、その輝かしい歴史を想起し、誇りを取り戻すことを促すためであったと思われる。さらには、ドイツの州間・都市間のヒエラルヒー、格差と差別の構造の中において、いつ



の日かそれを打破し、国の中心地で活躍することを夢見ていた彼の野望の密かな告白でもあったと推測される。

フライスラーにとって、父親の出身地であるシュレーゲンは、民族的・人種的に多様で、それゆえドイツ人にとって窮屈で限界づけられたものだった。しかし、ドイツ帝国は国家社会主義の法思想によって一元的に基礎づけられ、それゆえ無限の可能性を秘めていると感じられた。フライスラーは、国境の限界都市にルーツがあることを苦々しく思いながらも、それを越えて中央の晴舞台でスポットライトを浴びることを夢見たのであろう。民族的多元性・人種的対立性を内部から打ち破り、それを国家社会主義の思想によって統一する民族と国家の歴史的責務を自身の履歴に刻み込もうとしたのであろう。第一次世界大戦における敗戦と帝政崩壊の辛酸をなめ、1920年代から30年代にインフレと緊縮財政政策によって社会的苦境にあえいだ民族が、ヨーロッパ中部にある狭い領域から抜け出して、その覇権をヨーロッパ全域に広く及ぼす無限の可能性を現実たらしめようとしていた。フライスラーは、そのような時代に、ズデーテンの僻地からカッセルを経てベルリンの中央舞台へと登り上がった。一地方の法曹政治家がプロイセンと帝国の中央管制塔において法を語った。彼はズデーテン魂を持ち続け、あえてお国訛りで話すことによって劣等感の座標軸を逆転し、自己の有限性を無限性へと変革したのである。

#### (4) 新時代の法学研究

フライスラーは、最優秀成績で高等学校を卒業した後、1912年の冬学期にイエーナ大学に学籍を登録した。2年後の1914年6月末のサラエボ事件を端に第一次世界大戦が始まり、フライスラーは8月14日（ドイツの大学制度では夏学期修了後の休暇中）に志願兵として入隊し、前線での戦いに参じた。ロシア軍の捕虜となった後、実家から取り寄せた法学文献を読んで学習を続けただけでなく、ロシア語の習得のための学習も行ったという。息子の姿を想像した母親は何を感じたのか。よく勉強のできる、親孝行で、お国のために身を奉げた息子を誇りに思ったのか。息子は立派に任務を遂げてきますと述べて戦地に向かったが、死なせたくはないと心の中で呟いたのか。

師のヘーデマンは、若い頃に一度は入隊したものの、落馬による負傷のため軍役には就けない身体になっていた。その代わりに戦地で戦う若者のために、とくに法学徒のために文章や詩を書いて後方から支援した。戦後処理の作業に関わり、賠償問題を検討する委員としても尽力した。戦地から戻ったフライスラーの研究指導を始めたとき、ヘーデマンはその姿に何を感じただろうか。身体と心に敗戦の後遺症

を負いながらも、新時代の経済法制と労働法制の研究に取り組むフライスラーに若い共和国の可能性を見たのか。軍歴に終止符を打ち、そこから一歩踏み出して新しい時代の法制度を研究する若者の姿に、戦争に敗れたものの、それでも前へと進んでいく国家の不屈さを感じたのか。

フライスラーは、フェルディナント・ホートラーの絵画に表された躍進性・創造性と若者の楽天性が信じられた時代にイエーナ大学に入学した。ホートラーは、19世紀初頭にナポレオンの侵略軍と戦うために出陣するドイツ軍の隊列の後ろで、馬に乗り、声高らかに歌を歌い、戦闘服の袖に腕を通して参戦の準備をしている若い兵士の姿を描いた。そこには祖国愛と国家への無条件の信頼、笑顔のナショナリズムがある。しかし、その絵画は、終戦間際にある事情から封印された。それが解かれたのは大戦後になってからであるが、絵画からは若者の祖国愛とナショナリズムは感じられない時代に変っていた。絵画には、敗残兵として帰還したドイツ軍兵士の後ろで、終戦を迎えて馬に乗るのを止め、着かけた軍服を脱ぎ、「平和」が訪れたのを喜び、呑気に歌って踊っている若者の姿が描かれていた。敗戦は、国家と民族に革命と政変をもたらした。それが新時代の始まりでもあった。ヘーデマンとフライスラーは、その革命の調べに合わせて経済法の研究を共同して進めた。ただし、その革命の気運は、クラウセンによると、後に憎悪の世相に変わっていった。

## （5）一般条項による創造的法解釈

19世紀の法学研究では、国家学・国法学を中心に、民法学・刑法学の研究が盛んであったように思われる。領邦体制時代からフランス革命の余波を受けて、民法学においては来るべき統一ドイツの民法のあり方、その法典の編纂の方法が論じられ、刑法学においては罪刑法定主義を基調とした刑法典の草案が提起され、その議論が始まった。それらが本格的に動き出すのは、ヘーゲル没後、知の体系が崩れ、科学と思想が個別領域に分散化してからであった。

資本主義経済の伸長と産業革命の進展、自然科学の発達を受けて、古典的な領域に留まっていた法学にも新たな社会法の分野、とくに経済法と労働法が登場し、その全体が大きく変化し始めた。市場の拡大と産業の成長、分業と協業を通じて生産様式が飛躍的に大規模化する中で、トラストやカルテルなど新しい企業組織形態が出現した。また、様々な社会問題が起こった。もはや民法や刑法の古典的な解釈学だけで対応できる状況にはなかった。ましてやローマ法やゲルマン法を振り返ってみても、そこには問題を解く鍵などあろうはずもなかった。20世紀に入って生じた新たな社会現象を解き明かす「歴史的土台を確保すること」が求められた。ヘーデ

マンはそのためにヨーロッパ諸国の法制度の比較研究、とりわけ自由な人格の承認の歴史的背景について研究した。クラウセンによると、そこには2つの重要な点がある。一つは、後のフライスラーの博士論文の主題につながっていく法人格の問題である。フライスラーは、ワイマール憲法が想定する経済・労働法制、とくに「経営協議会の法人格」を研究したが、その着想がヘーデマンの先行研究に見られたことである。もう一つは、概念法学に対する痛烈な批判である。

法の世界には、現実の世界において起きる様々な問題を解決する鍵がある。現実の世界が一定の法則に基づいて運動している場合、その運動法則を成文化したものが法律であるならば、法律に反する作用（不法行為、無免許営業、犯罪など）は、あらかじめ準備された法律効果としての反作用（損害賠償、改善命令、刑罰執行など）によって解消される。したがって、裁判官は法律および法源の意義と概念を論理的・整合的に解釈・適用すればよい。それに欠損や欠缺があるかのように論じて、それを補うと称して人間の信義や誠実、人間社会の慣習・礼儀のような定型性を欠いた規範に依拠する必要はない。ヘーデマンが全面的な批判を浴びせたのは、このような法律至上主義と概念法学に対してであった。もはや古典的な法原則では対応できない問題が生じ、それに対応しなければならない。「前世紀の大規模な経済発展がもたらした数多くの暗部と闘うために、現代の暗部との闘いにおいて、重要な役割を果たすのが、一般条項である」。ヘーデマンは、頑なな実証主義的法解釈から距離を置いて、自由な法解釈の方法を一般条項に求めた。彼は、時代の変化の中で、一般条項がそれに適応できる、一般条項は社会の進歩を促す法的歯車になりうると信じた。この着想が後にフライスラーにも影響を及ぼしたことは十分に想像できる（ただし、それがカール・シュミット流の具体的普遍や「健全な民族感情」という前法的観念に基づく法解釈を生み出すことまで予見できたかは分からない）。

戦争のない時代、経済的に安定し、倫理観や道徳観が均一化し、国民のまとまりや一体感がある時代であれば、一般条項の解釈・適用は、実社会に適合し、実態経済にも資する。しかし、戦争の経験は社会構造を戦争対応型の経済体制に変えた。個人主義を基調とした自由主義から集団主義・共同体主義の色彩を帯びた戦時社会主義へと変化した。戦争と敗戦、社会的混乱と革命、共和制の樹立と極度のインフレは、政治・経済のあり方だけでなく、文化と社会倫理をも変化させた。一般条項の活用による民法の解釈・適用の有効性だけでなく、新たな法領域の必要性を痛感させた。1916年の救護活動法は後の経営協議会の先駆的形態として見直された。諸外国との通商関係は、それを促せば自己経済に有益であるが、それを遮断すれば他国経済に不利益を与えた。それは他国の国力に対する直接的な打撃であった。大戦

後のドイツ経済は、益々戦時対応型になっていった。もはや平時と有事の区別は無用になった。

#### （6）経営協議会法研究の意義

ヘーデマンがフライスラーの研究指導を始める前に、すでにイエーナ大学法学部は1910年に「法と倫理」協会を設置し、カール・ツァイス財団の財政援助を受けて1919年に経済法研究所を設立した。敗戦は、保守的なヘーデマンにとって衝撃的であり、彼を動揺させたが、それでも彼は経済法研究所の設立に進歩の好機を見た。マルクス主義とボルシェヴィズムが台頭し、ソ連型社会主義の計画・統制経済の優位性が高唱されていたが、ヘーデマンには、ワイマール憲法下の経済・労働法制である経営協議会と経営自己決定の制度が革命と立憲主義の均衡を図る上で有効であると思われた。彼が戦地から復員したばかりのフライスラーにその研究を勧めたのは、新時代の経済・労働法制の研究を担えるのは、新時代の若い法学徒以外にはないと感じたからであろう。

フライスラーの研究の基本姿勢は、クラウセンによると、非常に進歩的でかつ批判的であった。第一次世界大戦においてドイツが敗北したにもかかわらず、その後の革命を経て成立したワイマールの共和主義と立憲主義を受入れ、それに歩調を合わせて研究を始めた。そして、革命以前の古いものを全面的に斥け、新しいものに取り替えた。彼は戦前は学生であり、戦争に関わったのも一兵卒としてであった。敗戦によって失ったものは多くはなかった。国家の名誉、民族の誇りが失われたとはいえ、革命の伊吹はその空白を埋めるのに十分であった。フライスラーの研究は、それ以前にはなかった、全く新しいものになるのは必然的であった。それには確信に満ちあふれた若者らしさがあった。

彼は、経営協議会法を研究主題に選んだ。戦後の社会制度・法制度には新しいものが数多くあったが、なぜ経営協議会法を選択したのか。もちろん、ヘーデマンがその専門家であったことが理由としては大きかったに違いないが、なぜ経済法・労働法にまたがる経営協議会の法制度を研究対象にしたのだろうか。クラウセンが指摘しているように、経営協議会が「完全に新しい時代の精神」の表現だったからである。それはどのような意味においてか。フライスラーは、国家と経営体は相似関係にあると捉えた。国家は戦前の立憲君主制から戦後の共和制へと移行した。経営体はどうであったかという、経営体は生来の身分・地位によって構成された支配従属的な組織体から、対等な関係によって構成された相互依存的な組織体へと変化した。フライスラーが言う「生得的に構成された経営体から議会のように運営され

る経営体への移行」というのは、帝政から共和政への国家形態の移行、半封建的な支配従属的な人間集団から近代的な対等平等な組織体への企業構成の移行、君主の経営者による専断的で一方的な決定システムから労使間における民主的協議を踏まえた共同決定システムへの企業運営の移行に対応している。

経営協議会とは、一言で言えば、労働条件のみならず、経営体の運営方針に関する労使の共同決定制度である。古典的な労使関係は、資本家と動労者の対抗関係を軸に形成された。賃労働契約によって雇用者・被用者の関係にあり、相互に債権・債務の関係にあった。資本家は労働者に作業に従事させる権利と賃金を支払う義務があり、労働者は労働の義務を果たした対価として賃金の支払いを要求する権利があった。この形式的な対等平等な法的関係がそのまま実質化しているならば、「搾取」や「収奪」という理不尽なことは起こらないはずであった。労働過程は、労働者にとっても、また雇用者にとっても契約の履行過程であった。しかし、労働者には契約どおりの賃金が支払われはするが、労働に従事していない雇用者は巨大な富を手にすることができた。労働者はその労働力を時間・日数単位で売り、資本家はそれを買ひ、彼らを作業に従事させるが、彼らの労働過程は雇用者にとっては富を生み出す価値増殖過程であった。これが労使の法的な平等関係に隠された搾取のメカニズムであった。この形式に隠された搾取と収奪の実態をリアルに暴き、真に対等な関係を確立するためには、労使の生産関係における矛盾、生産の社会化と利潤の私的取得の関係を止揚する以外になかった。それは労使間の激しい交渉、資本家の代理人である政府に対する批判に始まり、さらには個々の労働者の組織化、共同と連帯の司令塔となる政党の結成と強化、全社会的規模における階級闘争の激化へと向かった。貧困と差別、疾病と頹廢の諸悪の根源である生産関係の矛盾の止揚こそが、資本家による階級的支配を打破し、労働者を真の意味において自由な人間として解放する道であった。これを信じて、多くの労働者が闘争に参加した。そして、多くの者がその理念に命を捧げた。

フライスラーが研究課題として選んだ経営協議会法は、現代的な労使関係を基盤とした労使間の紛争解決方法であった。個別または産別の経営体における労使間の対話と交渉を経て、経営体の経営方針と労働条件を共同決定する場が経営協議会であった。これを可能にするためには、経営体の代表機関と従業員組織が対等平等な関係にあり、そして自由に発言して対話と交渉ができ、その結果として成立した交渉結果に各々が責任を負う必要があった。つまり、民法上の契約のような関係が労使間においても認められることが前提であった。経営体の代表機関も、従業員組織も、契約を締結できる法的主体であることが必要であった。そのためには、それに

法人格が認められなければならない。フライスラーがそれらの法人格の考察に関心を抱いたのは、法人格があるからこそ、経営協議会における対話と交渉に契約的性質が付与され、その法的効力が発生するという点に理由があった。

このような経営協議会の性質を見れば明らかなように、フライスラーは、ワイマール憲法の経済法制と労働法制を大前提として受け入れている。そのような彼が、学位論文を執筆した直後の1923年以降、保守主義・民族主義へと変貌し、最終的には国家社会主義へと向かったことは、彼の研究主題からは直接予想することはできない。かりに労使協調型の経営協議会と民族共同体との間に共通の形相を見い出せるならば、それも可能であるかもしれない。労使関係が階級的な対立関係から法的に対等な関係へ変化し、労使が異なる立場を超えて一体となって経営体の運営方針を共同決定できるのであれば、国民が意見の違いを超えて国家・社会のあり方を議論して決定し、さらには民族的・人種の同一性に基礎づけられた共同体を指向することもありえよう。フライスラーが経営協議会法に見た法的理念が自己展開すれば、そのような方向もありうるかもしれない。ただし、その展開の契機は、国家社会主義がワイマール憲法を事実上廃止したのと同じように、フライスラーがワイマールのものを否定する、つまり自己否定することが必要である。それについては後に言及することにした。

#### （7）ドイツ民法が歩む固有の道

フライスラーの学位論文の審査に当たったのは、ヘーデマンと行政法専門のケルロイター（行政法教授）であった。主査のヘーデマンは、フライスラーの学位論文を高く評価したが、副査のケルロイターはそうではなかった。フライスラーは、第一次世界大戦の敗北からワイマール革命の戦利品を得た。それが経営協議会法であった。ケルロイターはそのことを指して、フライスラーは考察対象を批判的に論じていない、それを所与の前提にしていると非難した。ケルロイターもまた第一次世界大戦に従軍した軍歴の持主であった。第三上級アルザス野戦砲兵連帯第80連帯に入隊し、西部戦線に派遣され、第一鉄十字章、ツェーリンガー獅子十字章、カール・フリードリヒ功労勲章騎士十字章を授与された。泥沼でロシア軍に拘束され、捕虜として収容されたフライスラーから見れば、ケルロイターは雲の上の存在であり、彼らの間には文字通り雲泥の差があった。ケルロイターに言わせれば、おそらく第一次世界大戦での敗北は屈辱以外の何ものでもなかったに違いない。共和主義や経営協議会を革命の戦利品として諸手を挙げて喜んだフライスラーの論文を読んで、不愉快に思ったのかもしれない。ケルロイターは、学位審査報告書に「勝ち取



られたもの」を有難く受け取るだけで、「経過の全過程」を無視していると書いたが、革命の戦利品としての経営協議会法に目を奪われて、開戦—従軍—敗戦—革命—条約締結という全過程を無視した若者を許せなかったのかもしれない。

ローラント・フライスラーの学位論文は、あまり好評を博さなかった。このままでは法律家として世に出ることは難しかった。学位取得後、1922年から23年にかけて、彼はチュービンゲン州に行き、州の行政機関の職を手に入れた。チューリンゲン州政府は、ドイツ共産党が閣僚を務めた社会主義的な州政府であり、その時点では経済状況は良好であった。このことから見ても、フライスラーがワイマールの経済制度を肯定的に受け止めていたことが伺える。その経済・労働制度を労使の望ましい協同のあり方として理解していたことも分かる。しかし、フライスラーがチューリンゲンを訪れたその時期から状況は大きく変化した。クラウセンが指摘したように、フライスラーは、ドイツ民族党から帝国議会選挙に出馬し、1925年には国家社会主義ドイツ労働者党に入党した。この思想的変化の過程と理由を資料に基づいて裏付けることはできないが、その前後の経済状況の推移を見れば、経済制度や労働制度が絵に描いたとおり運用されなかったことは誰の目にも明らかであった。フライスラーは一度はそれを信じて世に出ることを夢見たが、その野望は打ち砕かれた。ハイパーインフレにより国民生活が窮乏したこと、フランスがルール地方を占領し、国民的にも民族的にも惨めで哀れな状況に置かれた。これらのことが複合的に重なり合って、フライスラーはワイマール革命の精神を捨て、逆にそれを憎悪し、ヒトラーの国家社会主義運動へと接近したのではないと思われる。

フライスラーが学位論文の執筆後、1923年にチューリンゲンのドイツ民族党の陣営に接近し、1924年に弟のオズワルトとともにカッセルで法律事務所を開設した（フライスラーが刑事事件を、オズワルトが民事事件を担当）。同年、フライスラーはドイツ民族党から帝国議会選挙に立候補し、1925年には国家社会主義ドイツ労働者党に入党した（弟のオズワルトも翌年に入党した。彼は1920年にゲッティンゲン大学で名誉刑に関する論文で学位を取得し、1939年に自殺した）。フライスラーは、1932年にプロイセン州議会議員になった。

ヘーデマンは、というと、ワイマールの政治状況について即断するのを避け、少しあたり民主政と折り合いをつけていたようであるが、ワイマールの末期の1930年に公刊された『土地法要綱』（Das materielle Bodenrecht）第二巻のはしがきには、1927年時点で彼が抱いていたドイツ史と民法史の発展方向に関する複雑な思いが記されていた。クラウセンが引用したヘーデマンの文章は、当時の彼の心情を知る上で重要であると思われるので、ここに再び引用する（ヘーデマン『土地法要綱』は全二

巻からなり、第一巻は1910年に、第二巻は1930年に第一巻と合本されて、『一九世紀における民法の進歩——ドイツ、オーストリア、フランス、スイスにおける民法の展開の概観』（第一巻）として公刊された。クラウセンは1930年に『土地法要綱』（第二巻）が公刊されたと書いているが、それは合本された『一九世紀における民法の進歩』（第一巻）のことである。なお、『一九世紀における民法の進歩』（第二巻）は1935年に出版された）。

「第二巻の前半部分の旧稿が手元にある。それは、1911年から1924年までに執筆された。それをウィーンで数週間かけて校正を試みていることを告白する（1927年11月）。草稿を執筆した時期は、私の人生の中でも最も恐ろしい時期であった。私はもはやあの時のように自分自身を認識してはいない。あの若手研究者の威勢のよさは、どこかに残っているのだろうか。1908年、その人物はベルリン法学協会において『民事立法の頂点に立つスイス』に関して研究報告を行い、自身の研究計画を初めて大まかに示した。その時以来、精神の底に深く沈んだのは、戦争の運命の重さ、飢餓の時代の予感、ドイツ民族が抱いた悲哀であった」

ヘーデマンが『土地法要綱』（第二巻）の前半部分の草稿を準備したのは、1911年から1924年、つまり第一次政界大戦から敗戦と革命を経て、共和国の樹立後のインフレによる経済不況を克服するまでの時期であり、それはヘーデマンだけでなく、当時のドイツ人の人生の中でも「最も恐ろしい時期」であった。このような辛く苦い経験から「あの時」を振り返ってみたが、もう「あの時のような自分自身」はいなかった。「あの時」、つまり1908年、「あの若手研究者」がベルリン法学協会において「民事立法の頂点に立つスイス」に関して研究報告をし、研究報告を大まかに示した時である。非常に威勢がよかった。19世紀におけるヨーロッパ諸国、ドイツ、オーストリア、フランス、スイスなど民法の動向を研究し、その頂点にスイスが立っていること、他の諸国はそれに続いていくことを彼は予見した。しかし、ヘーデマンはもう「あの時のような自分自身」はいないと呟いた。「あの時のような自分自身」とは、「あの若手研究者」のことであろう。それが誰なのかは、「はしがき」には明示されていないが、それはおそらくヘーデマン自身であろう。彼は、19世紀末以降、ヨーロッパ諸国の民法が相互に影響を受けながら、一様に足並みを揃えて進歩することを夢見て、その中でもスイスの民法がその頂点に（an der Spitze）位置していること、ドイツはそれに続くべきことを「威勢よく」主張した。しかし、その後のヨーロッパ諸国はどのような関係になったか。一様であったか、足並みを揃えたか。残念ながらそうはならなかった。とくに1911年から1924年までの間は、戦争、飢餓、悲哀の言葉で形容される恐ろしい時代であった。その時代を経験したヘーデマンが、もはやあの時のように威勢よく振舞えなかったのは当然で



あろう。ドイツはヨーロッパ諸国と一様に足並みを揃えて進歩することはできない。ドイツにはドイツが歩むべき道がある。ドイツにはドイツ固有の民法がある（クラウゼンの引用したヘーデマンの文章には、「19世紀における民法の進歩というテーマを扱うのは容易ではない」という言葉が続く）。

その後、ヘーデマンは、1935年に公刊された『一九世紀における民法の進歩』の第二巻を、国家社会主義ドイツ労働党再建期の党员で、帝国司法省の最高位の官僚法曹（an der Spitze）に捧げた。それは彼の一つの決意の現れであった。その年にフライスラーはギュルトナーと共にイエーナ大学を訪問した。その翌年、ヘーデマンはフライスラーの後援を受けて、ベルリン大学（an der Spitze）に移籍した。ドイツ民法にはそれが歩む固有の道がある。ヘーデマンはフライスラーを同伴者として同じ道を歩み始めた。

#### (8) 過渡期としてのビスマルク的宰相像

もっとも、ヘーデマンはフライスラーのように一気に国家社会主義に接近したわけではなかった。ワイマールから第三帝国に向かうまでには「過渡期」があった。さしあたり、ワイマールの民主政と折り合いをつけた。ワイマール共和国憲法において私有財産制度が保障されたことに安堵し、個人の自由のと平等を尊重することを国家に求め、社会福祉政策や社会的市場経済政策など国家の施策の必要性を重視した。しかし、果たしてそれを現在の国家・政府にできるだろうか疑問を呈し、「理念へと向かう我々の意思には逃げ場は残されていない」と述べて、『土地法要綱』（第二巻）（『一九世紀における民法の進歩』〔第一巻〕）を出版した翌年の1931年に国家社会主義運動に接近した。その接近方法は、フライスラーのような直線的な歩み方（革命から憎悪へ）ではなく、「世代間の連帯」（ドイツ帝国と第三帝国の連続）を求める方法、ビスマルク的な宰相像を『我が闘争』の章句に結びつける方法であった。

フライスラーたち若者世代は、革命の精神に酔い痴れてワイマール共和政に身をゆだねたものの、それに裏切られるや否や、憎悪の精神病に悩まされてワイマールと袂を分かち、新しい運動に引き寄せられていった。それは、非常にラディカルでドラスティックな展開であった。それに対してヘーデマンの世代は、統一されたドイツ帝国とその宰相に対する郷愁があったため、国家社会主義には馴染めなかったのかもしれない。とくにビスマルクの政治的手腕に対する畏敬の念が深かったため、ワイマールの政府に失望したのかもしれない。目を閉じてビスマルクの時代を思い出し、そして目を開いたときに国家社会主義運動を指導するヒトラーが目に入り、それにビスマルク的な宰相像を重ねたのかもしれない。ヘーデマンが述べた

「世代間の連携」とは、新旧の世代間の継承であると同時に、ビスマルク級の政治手腕を持ち、力強いドイツの復興を目指す若い宰相の出現への期待であった。フライスラーとヘーデマンは、1924年以降、別の道を歩んだが、それは同じ目的地に向かう道であった。

#### （9）フライスラーの法廷弁論術

フライスラーは、1938年にヘーデマンの60歳の誕生日に合わせて祝賀論文集を編集し、そこに「刑事手続における法廷弁論術」を献呈した。フライスラーは、ヘーデマンの法廷弁論術を賞賛して、その遠大な思想性と論点提示の個別性の調和のとれたものであると高く評価した。ヘーデマンの法廷弁論術とはどのようなものだったのか。フライスラーのそれはどのようなものだったのか。両者はいかなる関係にあるか。

弁論術とは一般に、自己が特定・少数または不特定・多数の人々に一定の事柄を伝える方法である。伝えるべき事柄の分野と領域を特定し、問題を設定し、あらかじめ仮説を提示する。そして、問題設定から仮説に至るまでの道筋を大まかに示し、段階を経ながら論を進めていく。問題の性質にもよるが、政治的・社会的な争点、是非を争う論点の場合、それに関する賛否を平等に比較検討して、一定の価値判断や利益衡量を踏まえて結論を導く。また、歴史的事象の評価が論点であるならば、事象を時系列で整理し、さらに歴史に対する自身の姿を示して結論を導くことになる。もちろん、それは論理的であるだけでなく、相手や第三者の共感を呼ぶものでなければならない。ただし、弁論が他者の共感を呼ぶためには、弁論の構成、結論を導く展開が論理的であるだけでは足りないことがある。人は物事を論理的に考え、理論に合わせて合理的に判断するが、それに尽きるものではない。人は論理の体系性と一貫性、整合性と完結性を重視した思考に慣れ親しんでいるが、それだけで共感が呼び起こされるわけではない。論理は重要であるが、それだけが確信の根拠になるわけではない。論理の定型性や数学類似の公式性の思考の枠組みによって一定の安心感が得られはするが、何か味気無さや物足りなさを感じることもある。人は結論を導く論理だけでなく、それを説く人の熱意、結論に込められた情熱に感銘を受けることもある。（現在の）理に合わないことであっても、それに引き寄せられていくこともある。人は直線的で最短の道を歩むことに最大の費用対効果を求めることもあるが、ときには回り道をして迷い、また寄り道をしたくなることもある。安定的で将来予測が可能な時代であれば、論理性と体系性を重視した議論によって納得できても、不安定で不確実な時代、価値の座標軸が揺らいでいる時代に

は、安定的なもの、定型的なものに何かシラケのようなものを感じることもある。それよりも、より実質的で心に沁みる弁論が望まれることがある。しかも、その弁論は坦々とした抑揚のない電子音声のような話し語ではなく、時には声を荒げ、慟哭し、また時には小声で呟き、すすり泣くような話し方、「精神的・霊的な雰囲気」の語り口調の方が人の耳に鮮明に届く。論を弁ずる者は、たとえパフォーマンスと揶揄されようと、あえて形式や理念の枠から外れた実質的な情念の回路を通過する話術をも備えておかねばならない。それが弁論術である。

フライスラーは、ヘーデマンの弁論術を「法廷弁論術」と呼んだ。弁論の場が法廷である。それは法廷にいる人々に向けられる。原告と被告、検察官と被告人および弁護士が両脇に座って対面し、その間に離れた少し高い座席に裁判官が座っている。民事であれ刑事であれ、当事者が対峙する法廷における弁論術はいかなるものか。勝敗を決する場において、相手を論駁するだけでなく、裁判官を説得しなければならない弁論術はいかにあるべきか。事実認定の客観性、適用可能な条文解釈の精密性、その射程範囲、過去の裁判例との整合性など、法学的思考には固有の作業が求められる。その限りでいえば、このような要請を満たした弁論によって、裁判の勝敗は（いずれの当事者に軍配が上がるかはともかく）大まかに見通すことができる。極端な言い方をすれば、たとえ電子音声のような抑揚のない弁論であっても、勝敗を決することができる。ただし、それは古い伝統的な法律学的思考に従う限りにおいての話であって、それを打ち破り、時代の変化を反映した新しい法学的思考の立場から見た場合、勝敗それ自体の意味が変わってくる。新しい法学的思考は、古い伝統的な法理と論理を護持するのではなく、新しい革新的な時代の法理と論理を創造する。新しい法学的思考は、過去の裁判官が遺した遺産の利息で生計を立てるのではなく、自らの頭で考えて行動し、汗まみれ血まみれの闘争によって獲得したものを生の養分にする。古い法律学的思考は、判断の根拠を尋ねる者に対して、その顔を見ずに判例集と評釈集のフレーズを暗唱するが、新しい法学的思考は、自身の生立ち、政治的遍歴、その思想を背景にしながら自身の法思想を語る。新しい時代の法廷弁論術の課題は、法服を着た古典的な法学エリートを説得することではなく、名もなき人々に新しい法学の到来を予告し、それを担う意欲ある若手法曹を発掘し育成することである。クラウセンは、「ポテンバの謀殺事件」に関するフライスラーの法廷弁論術を紹介している。

#### (10) 「ポテンバの謀殺事件」判決批判

「ポテンバの謀殺事件」とは、1932年8月9日から10日にかけてオーバーシュ

レージエンのポテンパで起こった政治的謀殺事件である。1937年7月の帝国議会選挙の前後において政治的な暴力行為や暴動が数多く起こった。「ポテンパの謀殺事件」は、その最中に国家社会主義ドイツ労働者党の突撃隊員が引き起こした殺人事件であった。

パーベン政府は、事件発生当日に政治的動機からの殺人に死刑を科す帝国大統領令を公布した（政治的動機殺人罪の条文は政府によって事前に準備されていたと思われる）。9人の被疑者が逮捕された。当地のボイテン特別裁判所は、そのうち突撃隊の構成員4人に死刑に処した。当時のドイツ刑法によると、殺人の罪のうち死刑が科されるのは謀殺罪（刑法211条）であり、それは熟慮に基づく殺人であった。それに対して、熟慮に基づかない殺人、例えば突発的な殺人は、故殺罪（刑法212条）であり、その刑は5年以上の懲役刑であった。帝国大統領令によれば、「ポテンパの謀殺事件」は、政治的な動機による殺人であり、たとえ熟慮によらずに激情的・突発的に行われたものであっても謀殺罪と同様に死刑が科された（ゆえにポテンパの「謀殺事件」と呼ばれた）。ボイテン特別裁判所は、被告人が突撃隊員であったことから、それによって政治的動機があったことを根拠づけて死刑に処したのである。ただし、その時期に政治的動機から暴動などを行っていたのは国家社会主義者や突撃隊員だけでなかった。共産主義者による暴力行為もまた過熱していた。ヒトラーはボイテン特別裁判所の死刑判決に対して「民族の監視人」紙上で批判文を公表し、パーベン政府を次のように指摘した。

「フォン・パーベン氏よ、私は貴方の血塗られた客観性なるものを知らない。……この血塗られた判決に直面して私に与えられたのは、生の内実、ただそれだけである……」。

これは判決を批判するものではないので、「判決批判」としては的を射てはいない。裁判所が突撃隊員の殺人に死刑を科したのは、その行為が帝国大統領令に規定された政治的動機殺人罪の形式的要件を満たしていると判断されたからであった。この判断を批判するためには、法文の解釈と適用の形式論理を批判しなければならなかった。ヒトラーの批判文にはそのような事柄が書かれていたわけではないが、それを読み解いていくと、批判的な実質論理が浮かび上がってくる。「血塗られた客観性」と「生の内実」という言葉を読み解いていけば、刑法学と刑事司法が無批判的に是としてきた論理に対する力強い批判が迫ってくる。例えば、人間存在を意思と身体、精神と肉体に分析し、その行為を主観面と客観面に分割し、それを概念構成という観念的作業によって総合する方法二元論に対するヒトラーの哲学批判が理解できるように思われる。この一文が多くの人の心に響いたか、国家社会主義

への支持・賛同が寄せられたかは分からないが、その真意を一人の法律家に知らせるには十分であった。その法律家がフライスラーである。

フライスラーは、ヒトラーの批判文が出された1週間後、ボイテン特別裁判所判決を「ボイテン——司法の死相」という表題の文章において批判した。クラウセンが引用した一節をもう一度繰り返す。

「そのとおりである。ボイテンの裁判官殿が、法創造的行為を行う勇気のある裁判官であるなら、形だけの客観性を斥け、真の意味における客観性に有利になるようにしたのであろう。同一の所為、外形的に同じ事象を伴った行為事象を等しく評価することに意味などない。行為事象は、それと最高位の法律との関係に基づいて判断されねばならない。それは、民族の生命力を闘い取り、それを維持するためである。国家を否定する裏社会の人物が、ある人の死を惹起する民族破壊的なテロ行為を行ったとする。そして、民族の統一と民族の生存のために行動する闘士が、寄る辺なき絶望という極度の緊急事態において、ある人の死を惹起する行為を行ったとする。これらの人の死の惹起は、異なるものとして評価されるべきである！裁判官席に座る法創造的な革命家であれば、認識するであろう。テロの産みの親はマルクス主義であり、そのテロ組織であること、それゆえテロ対策令はその意味に従えばテロ防衛のための行為には適用できないこと、その行為は他の刑罰規定に該当することがあろうとも、死刑を威嚇する規定には該当しないことを認識するであろう」。

フライスラーの判決批判の結論は、その冒頭に書かれているとおり、「裁判官は勇気ある法創造者たれ！」である。近代以降、法は宗教や道徳から峻別され、慣習や習俗、歴史や伝統などからも峻別された。法は、人の信仰心や道義的観念、礼儀や作法など内心の心情や情操には関心はなく、ただ外部的に秩序づけられた共同体の秩序とその成員の財の保護に関わるとされた。財を侵害するのは人間の行為であり、それが犯罪であり、それに刑罰が科される。そのこと明記したのが刑法であった。財や利益の保護を刑法の目的とすることは共同体の維持と成員の保護に適い、理に合ったものであり、そのために刑罰という手段を用いることは目的に沿うものであった。財の保護という目的合理性と刑罰という手段合目的性は、近代社会における刑法の正当性を揺るぎないものにした。それによって刑法の適用対象である行為を形式化・客観化し、法適用の中立と適正の保障、かつ濫用と恣意的発動の防止を可能にした。このような刑法観と犯罪観が是とされてきた。

フライスラーの批判は、この刑法観と犯罪観に向けられた。刑法は人間と国家に関わる問題である。人間は生きた存在であり、国家は人間によって形成された歴史と伝統の凝縮である。その内実は、人間の道義や仁義、倫理や情理である。した

がって、犯罪とは何であるのか、刑罰とはいかにあるべきかの問題は、人間存在、国家の歴史・伝統、法における道義と倫理と無関係に論ずることはできない。しかし、犯罪概念の形式性と客観性、法適用の中立性と適正性を標榜する刑法からは、法と国家の本質が抜け落ちているのではないか。XとYの2人の行為者が外形的に同じ行為を行った。それが同じものと評価されるのは、その外形的同一性ゆえにではない。2人の行為者が同一の心情に基づいて行ったがゆえにである。異なる心情から行われたのであれば、外形的に同じ行為であっても異なるものとして評価せねばならない。例えば、Xは外国の手先となってドイツ国家の破壊という政治的動機からドイツの民族主義者を殺害した。それに対して、Yはドイツの国家を危機から救うという政治的動機からコミンテルンの共産主義者を殺害した。2人は政治的動機から謀殺を行った。ボイテンの裁判官は、両者とも政治的動機謀殺罪に該当し、帝国大統領令によって死刑に処されると判断するであろう。しかし、それは行為の形式と外形だけを見て、その本質と内実を見ていないからである。帝国大統領が命じた刑罰令の文字だけを読み、それを実証的に解釈・適用しているだけだからである。裁判官は法律の文字を読んではいるが、そこに法を読み込んではいない。2人の行為は帝国大統領令の下で等しく評価されてはならない。2人のうち、いずれの行為が政治的動機殺人罪にあたるか否かは、ドイツの最高位の法に照らして判断される。すなわち、ドイツ民族の歴史的使命と国家の任務、失われた民族の名誉と誇りを取り戻し、ヨーロッパの最強国として復興する国家の最重要任務が刻まれた最高位の法に照らして判断される。ボイテン特別裁判所の裁判官殿！貴殿の法廷の被告人席に座っている人を見よ。彼らは突撃隊員であり、まさしくドイツ民族の歴史的使命を果たし、国家の任務を遂行した英雄である。その事実だけで、彼らがいわゆるテロリストでないことは明らかであろう。むしろ彼らは共産主義のテロから民族と国家を救った防衛行為者であったことが分かるであろう。真に裁かれるべき謀殺者とは誰なのかを知ることができよう。帝国大統領令の政治的動機殺人罪の規定を「血塗られた客観性」において捉えてはならない。形式的で表層的な犯罪概念の死の相に「生の内実」の光を当て、それを真の意味における実質的な犯罪概念へ止揚しなければならない。このような解釈・適用ができるのは、法創造的行為を行う勇気のある裁判官、法創造的な革命家だけである。裁判官殿！貴殿は帝国大統領令を実証主義的に適用し、民族の英雄を処刑台に追いやった。形式法理によって共和国司法の死相を覆い隠し、その内部から躍動し始めた生に止めを刺した。裁判官殿！ドイツ民族は貴方の血塗られた客観性を絶対に許さない。フライスラーの主張はこのように言い換えることができよう。



フライスラーの「ボイテン——司法の死相」の文章には、「精神的・霊的な雰囲気」が漂っている。彼はヘーデマンから法廷弁論術を学んだというが、実はその着想はポテンバの謀殺事件直後のヒトラーの呼び掛け文にもあったようである。むしろ革命的な法創造は、ヘーデマン由来のものである。クラウセンが指摘しているように、フライスラーは帝国大統領令を最高位の法律という普遍的規範に照らして革命的に解釈したが、そこには「ヘーデマンの砂蒔き義務に関する説明に似たもの」があった。それは、民法が新たに生じたものに適合するために、その一般条項をいかに理解し適用せねばならないかを賢明に分析する態度であった。ヘーデマンの法廷弁論術は、フライスラーのような抑揚のある激情的な語り口調ではないが、法律をして法たらしめる高位の規範の存在を承認し、それを一般条項から導き出し、それに基づいて他の規定を解釈する方法は、新しい時代の要請に正面から応えようとする法創造的な解釈論であった。フライスラーが政治的動機殺人罪の適用を斥ける法解釈をしたのは、ヘーデマンの一般条項論の刑法分野における応用であったと言えることができる。

#### (11) 生と現実を指向する法

クラウセンは、以上の考察を踏まえて、ヘーデマンとフライスラーの関係をまとめる。ヘーデマンとフライスラーの関係は、教師と学生、論文指導教官と学位取得者の関係から、恩師と帝国司法省事務次官、ベルリン大学教授と民族裁判所長官へと変わった。その間に共同研究、記念論文集の編集が行われ、非常に友好的な関係が続いた。ヘーデマンは、フライスラーを指導したのは「司法試験」に関してであったとか、法と政治の問題に関する考察にあたってフライスラーに言及しただけであったと述べたが、2人の関係は決してそれに尽きるものではなかった。ただし、ここで重要なことは2人の間にあった関係の性質である。

2人は友好的な関係であったが、それ以上に重要なのは、現実の政治に対する彼らの法学研究の基本姿勢であった。法と現実の関係、法と生の関係をどのように扱うのか。その間の距離を維持しながら均衡を図るのか。それとも、法に軸足を置き、現実や生に適合できるような法運用を模索するのか。帝政時代にイエーナ大学に経済法研究所が設立された当初、ヘーデマンは現実の社会において生起する様々な問題に対して民法の一般条項を用いて解決を図ることを考えた。国王たる法には市井のことを対処できる威力があると高を括っていた。しかし、法はそのような高位に座していなかった。法はもはや対処方法を提供する規範ではなかった。法は生に適合して規範となり、現実に向きつけられて初めて拘束力を持ちえた。ヘーデマ

ンはこのことを敗戦と革命を機に悟り、以前の態度に負い目を感じた。

事態は、法と生の融合、法の生への浸透という現象をもたらした。法と生が融合し、法が生に浸透した後では、思想も哲学も、そして法学も、もはや自然や理念の世界に留まることは許されなかった。生起する現実、躍動する生に企投することなく、知性としての法学の存在を証明することはできなかった。19世紀末から20世紀初頭にかけて法学を支配してきた自然主義的な実証哲学も、新カント主義の価値哲学も、現実と生から距離を置いて、それを客観的・表層的に観察・批判する立場に固執し続ける限り、それを深層において理解することはできなかった。現実と生は、その外側からではなく、内側からでなければ理解することはできないのである。法学（者）は、現実と生を内側から理解するために、その激動する現実の激流と逆流に身を投ぜねばならなかった。ヘーデマンは1936年に、国において権利を有するのはドイツ人であり、ゆえにユダヤ人には権利はないと述べた。彼がこのように述べたとき、彼は現実と生の中にあった。ヘーデマンの法学は国家社会主義と第三帝国の中にあった。

#### (12) 戦後のヘーデマン

フライスラーは、1945年2月3日、帝国裁判所の公判中にアメリカ軍の空爆により「殉職」したので、彼は自身の法律家および国家社会主義者としての履歴を語ることはもうできない。「ローラント・フライスラーとイエーナ大学法学部」について、またフライスラーと恩師ヘーデマンとの関係について語ることができるのは、ヘーデマンだけである。しかし、彼は戦後フライスラーとの関係を語ろうとはしなかった。著書に記された「フライスラーに捧ぐ」の文字も改訂に合わせて消去した。それが著書の浄化であり、脱ナチ化であった。過去を知らない若い世代には、フライスラーとヘーデマンの関係をもはや知る由もなかった。文字を消すことで、二人の出会いも、それによって背負った運命もないことになった。

同じことが、1938年の60歳の祝賀会の参加者に宛てられたヘーデマンの手紙の中においても繰り返された。1948年5月、ヘーデマンは10年前の祝賀会の参加者に対して、そのとき受け取った手紙を捨てることを約束した。「文字は運命を背負う」。彼はその運命から逃れるために、手紙を廃棄した。文字を消した事実が彼に新たな運命を背負わすこととなると分かっているにもかかわらず、今ある運命から逃れた。

70歳のヘーデマンは、その経歴を時系列にたどりながら思い返した。学位を取得したとき、イエーナ大学に助教授として就任したとき、正教授として就任し、上級州裁判所判事に任命されたとき（もちろん、ベルリン大学に就任したときも）、ドイツ帝



国からワイマール共和国を経て第三帝国へと続く中で、彼はその度毎に宣誓した。いかなる時も忠実であることを誓った。では、誰に対して宣誓したのか。民族と国家に対してか。政府に対してか。彼は学問に対して忠実であることを誓ったと回想した。そして、信仰と「神の言葉」に導かれて人生を歩んできたと述べた。

ヘーデマンは、自身の戦前の過去を戦後において肯定的に語ることはできなかった。それは当時のドイツ人に共通することであった。とはいえ、それを全面否定することもできなかった。それは、なかったことにすることはできないという意味ではなく、何か得体の知れない重圧に抗う気持ちがあったからであろう。ヘーデマンがマリー・ヘレーネ・シュヴェルツェル (Marie Helene Schwärzel) の事件に弁護側から関与したことに彼の複雑な心境を読むことができる。

1944年7月20日、ライプツィヒ市長のカール・フリードリヒ・ゲルデラーがクーデターグループの1人としてヒトラー暗殺を企てた。その後、逃亡中にヘレーネ・シュヴェルツェルと知り合いになった。彼女はゲルデラーが7月20日の事件に関与したことを知り、それをゲシュタポに密告した。そのためゲルデラーら関与者の多くが逮捕され、民族裁判所によって死刑に処された。1948年、占領下のベルリン・モアビット地方裁判所は、シュヴェルツェルの行為が密告罪 (Denuntiation) にあたるとして懲役15年の刑に処し、控訴審は懲役6年に減軽し、裁判が確定した。

民族裁判所長官フライスラーは、ゲルデラーを死刑に処した。その発端は、シュヴェルツェルによる告発にあった。それは当時、適法であり、正義に適っていた。しかし、戦後、それは一転して、不法であり、不正である糾弾された。それゆえに、シュヴェルツェルは不法で不正な密告を理由に訴追され、法廷に立たされた。ヘーデマンはシュヴェルツェルを防禦する側にいた。彼はおそらく次のように考えたのではないだろうか。シュヴェルツェルが行った行為は、あの当時、適法だった。少なくともそう信じられた。それを今になって、あの時すでに不法であったのだと言い換えられるのか。あの時の体制が適法と判断した。だから彼女は告発した。今、あの体制は不法であったと断罪されている。だから彼女が行った行為もまた不法である。法とは体制の意思をその時々において実定化したものであって、革命によって体制が変わればその意思も変化する。そのことは理解できるし、経験もしてきた。しかし、現在の観点から過去の法を不法とすることまで許されるのか。法思想や法哲学はその問いに対して消極的な答えしか持ち合わせていないように思われる (「あの時、法であったものを、今になって遡って不法であると言うことはできない」)。しかし、そのような消極的な思考に執着する古い法思想は、敗戦と非ナチ化の精神によって一蹴されてしまった。それは、フライスラーがワイマール共和国と

ヴェルサイユ条約を唾棄した憎悪の精神と同じである。フライスラーは学生の頃、革命の精神に魅了されて、成立したばかりのワイマール共和国（経営協議会法）を受け入れた。しかし、その共和国は安定と平穏をもたらさなかった。共和国は彼を裏切った。だから彼は憎悪ゆえに共和国を根こそぎ否定する国家社会主義へと接近したのである。ヘーデマンは、第三帝国の若い首相にビスマルク的宰相を重ね合わせ、国家社会主義の現実に企投し、その革命の精神に導かれて民法の歩む道を模索した。しかし、その数年後の現実は何れもを崩壊させた。彼はそれを憎むことができたか。フライスラーがワイマールに向けた憎悪の精神を持ちえたか。彼は持ちえなかった。だからシュヴェルツェルを弁護したのである。ゲルデラーを密告したシュヴェルツェルを弁護した。それは、ゲルデラーを死刑に処したフライスラーをも弁護することを意味した。

ヘーデマンは、第三帝国の熱狂と占領下のドイツの焦燥の間で揺れ動いたようである。戦前は終わり、戦後が始まった。バスは走り出した。しかし、彼はそれに乗れなかった。戦前と戦後を分け隔てた水門が開き、戦後の水が勢いよく流れ出し、それによって戦前が洗い流された。しかし、彼の水路に戦後の水は一滴も流れなかった。時計の針は「零時刻」のままであった。

### (13) 謝 辞

本稿は、トーマス・クラウセン「ローラント・フライスラーとイエーナ大学法学部」(Thomas Clausen, Roland Freisler und die Juristische Fakultät der Universität Jena; in: Promotion eines furchtbaren Juristen Roland Freisler und die Juristische Fakultät der Universität Jena im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena herausgegeben von Walter Pauly und Achim Seifert, 2020 Tübingen, S. 1-52.)の邦語訳である。

ローラント・フライスラーに関しては、すでに多くの文献によって、帝国司法大臣事務次官の時代の刑事立法作業や民族裁判所長官の時代の裁判運営などが知られ、司法ジャーナリストのヘルムート・オルトナー（須藤正美訳）『ヒトラーの裁判官 フライスラー』（白水社、2017年）も読まれている。それは国家社会主義時代のフライスラーの活動を詳細に伝え、司法、裁判、法律家がどのように独裁に関わり、それを支え、主導したのかを明らかにしている。それは、同じ誤りを繰り返さないために、現代において重要な教訓として批判的に継承されるべき事柄である。

クラウセンは、このように論じられてきたフライスラーを母校イエーナ大学との関係、とくに恩師の民法学者ユストゥス・ヴィルヘルム・ヘーデマンとの関係に焦

点を当てて考察している。歴史学の研究では、人物の生立ちに遡って、その人格の形成過程を歴史の展開過程と重ね合わせて考察することは珍しくないが、法律家の人格形成過程だけでなく、その研究対象と方法などの理論問題を関連づけて、その全体像に迫るというのは非常にユニークな研究方法であると思われる。

なお、原著は10章構成で書かれており、章の表題以外に節や項などの項目はない。邦語訳するにあたり読み易くするために、訳者の方で便宜的に項目を付けた。また、原著第10章にはフライスラーの学位請求の直筆書類の写真などが計17点掲載されている。これらはイエーナ大学の文書館所蔵の資料である。著作権などの関係から本邦語訳では省略せざるをえなかった。

トーマス・クラウセン氏からは、2024年10月14日の書簡において邦語訳の承諾を得ることができた。重ねて感謝申し上げます。

(2025年1月6日)