はじめに――訳者の前書き――

1　アドルフ・ユリウス・メルクル（Adolf Julius Merkl: 1890年３月23日生誕～1970年８月22日逝去）は、オーストリアが生んだ最も偉大な現代法学者の一人（einer der größten österreichischen Juristen der Gegenwart）であり[(1)]、また、最も重要な行政法学者・法理論家の一人（einer der bedeutensten Verwaltungsrechtswissenschaftler und Rechtstheoretiker）でもあり[(2)]、祖国オーストリアの賢人（die Weisen seines Heimatstaates Österreich）の一人として挙げられる[(3)]。また、メルクルは、ハンス・ケルゼン（Hans Kelsen）を中心として形成されたいわゆるウィーン学派、すなわち、法実証主義（Rechtspositivismus）に基づくウィーン法理論学派（die Wiener rechtstheoretischen Schule）の共同創始者（Mitbegründer[(4)]）かつ主要論者（Hauptvertreter[(5)]）の一人として世界的に知られている。

ケルゼン（1881年生誕）とメルクルの学問的な交流は、若き日のケルゼンがウィーン大学において私講師（Privatdozent）として講義していた国法学の授業を、メルクルが同大学学生として聴講したことから始まり[(6)]、ケルゼンとメルクルは年齢差９歳の師弟関係にあった。ケルゼンは、かつての弟子メルクルの還暦に際し、祝賀の記を「オーストリア公法雑誌」（Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht）に寄稿しているが、そこで、半世紀を感慨深く回顧しながらメルクルを高く評価し、メルクルがまだ20代で法理論に関する優れた論文の数々を既に執筆していたことからみても[(7)]、メルクルは「法学的思考における真の天才」（ein wahres Genie rechtswissenschaftlichen Denkens）であると記している[(8)]。これらの20代の論文の中で、特に、「適用の観点からみた法」（Das Recht im Lichte seiner Anwendung）および「法の二面性」（Das doppelte Rechtsantlitz）においては[(9)]、法創設と法適用の対立の相対性（die

Relativität des Gegensatzes von Rechtserzeugung und Rechtsanwendung）に関する根本的意義をメルクルがはじめて認識し[10]、これに基づいて、法律により完結すると解する伝統的法学を批判するとともに、法の動態的考察（die dynamische Betrachtung des Rechts）に基づく法秩序の段階構造の理論（die Theorie vom Stufenbau der Rechtsordnung）の基本的特徴を論じていたのである[11]。その上で、メルクルは、こうした法段階構造論をさらに30代に継続的に発展させ、1923年に『法の概念から展開される確定力に関する理論』（Die Lehre von Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff）を公刊し、さらに、1927年に『一般行政法』（Allgemeines Verwaltungsrecht）を公刊している[12]。そして、メルクルは、41歳の時に、ケルゼンの生誕50年祝賀論文集に大作「法段階構造の理論に関するプロレゴメナ」（Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues）を寄稿し、法の段階構造の全容を法の動態的考察に基づいてより包括的に論究している[13]。そこでは、法内容（Rechtsinhalt）と法形式（Rechtsform）の区別、法の構造的相違（die Strukturunterschiede des Rechtes）、法規形式の分類（die Gliederung der Rechtssatzformen）、法律より上位の行為および法律より下位の行為の法規性（die Rechtssatzeigenschaft über- und untergesetzlicher Akte）、法規形式の段階構造（der Stufenbau der Rechtssatzformen）および法の段階構造の認識に基づく帰結などについて、詳細に論じている[14]。法形式に関するメルクルの法段階構造論は、世界的に有名であり[15]、現代においても、その理論的・実務的意義が再認識されているのである[16]。

ケルゼンは、メルクルの法段階構造論について、実定法を正確に認識して客観的に記述するための最も重要な貢献の一つであるとし、我々は、メルクルの法段階構造論によってはじめて、法秩序の内部構造を理解するようになったと評価している[17]。また、メルクルの法段階構造論は、ケルゼン自身の法理論にも大きな影響を与えている。例えば、ケルゼンの主要著書を概観すると、1911年の『国法学の主要問題』（Hauptprobleme der Staatsrechtslehre）において

は、基本的に静態的考察方法（eine statische Betrachtungsweise）に基づき、法秩序を「それ自体として静止した一般的規範の体系」（ein in sich ruhendes System genereller Normen）として捉えていたが[18]、しかし、1923年の『国法学の主要問題〔第２版〕』の序言（Vorrede）においては、メルクルの法段階構造論が純粋法学の本質的要素（ein wesentlicher Bestandteil）となったことを強調しており[19]、また、1925年の『一般国家学』（Allgemeine Staatslehre）および1934年の『純粋法学〔初版〕』（Reine Rechtslehre）においては、メルクルの法段階構造論に基づいて法の動態的考察を展開している[20]。そして、こうしたケルゼンによる法段階構造の理論はメルクルの功績によるものであることを、ケルゼン自身が再三にわたり強調していたとされている[21]。また、ケルゼンは、確定力の理論に関するメルクルの上記著作について、「実定法の理論にとって重要な当該問題に関する最も鋭い研究」（die scharfsinnigste Untersuchung dieses für eine Theorie des positiven Rechts bedeutsamen Problems）と評価している[22]。さらに、メルクルの著作『一般行政法』も、純粋法学を大幅に補充するもの（die großartige Ergänzung der Reinen Rechtslehre）であり[23]、ケルゼンも、本書において、メルクルが純粋法学における諸原則（die Grundsätze der Reinen Rechtslehre）を行政という国家的機能に適用し[24]、行政を法的機能（Rechtsfunktion）として理解しつつ、これを法秩序の段階構造の中に組み入れたと指摘しているのである[25]。

ケルゼンは、1969年２月15日のメルクル宛ての書簡において、率直に、メルクルの著作が純粋法学にとって重大な意義を有していることを認めていたのであり[26]、また、オーストリア公法雑誌への上記寄稿においても、メルクルを「純粋法学の共同創始者」の一人として公認しているのである[27]。

そこで、以上のような法理論上の意義に鑑みて、私は、法秩序の段階構造に関するメルクルの基幹的思考を包括的に詳細に整序した重要論文である「法段階構造の理論に関するプロレゴメナ」に着目し、その邦訳を2011年に「山梨学院ロー・ジャーナル」（山梨学院大学法科大学院紀要）に掲載した[28]。

2　しかし、メルクルの学問的功績は、こうした「法形式」（法規形式）に関する法理論にとどまるわけではない。メルクルは、きわめて多角的な研究を行い、その成果に基づいて実に多くの著作を執筆しているのである。その貴重な各論稿は、1993年より Duncker & Humblot 社より刊行された『アドルフ・ユリウス・メルクル著作集』（Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften）に収録され、偉大な「結晶」として我々の法の世界に遺されている[29]。このメルクル著作集は、ドロテーア・マイヤー－マリー（Dorothea Mayer - Maly）、ヘルベルト・シャンベック（Herbert Schambeck）およびヴォルフ－ディートリヒ・グルスマン（Wolf - Dietrich Grussmann）の共同編集の下に６つの分冊（Teilband）により刊行され、合計367もの珠玉の作品の数々を収録している。本著作集の Band I/Teilband 1（1993）と Band I/Teilband 2（1995）は、法哲学・法理論・法倫理を中心とする法の基礎（Grundlagen des Rechts）に関する著作、Band II/Teilband 1（1999）と Band II/Teilband 2（2002）は、憲法および国際法（Verfassungsrecht・Völkerrecht）に関する著作、Band III/Teilband 1（2006）と Band III/Teilband 2（2009）は、行政法および同時代の人々の思考の評価（Verwaltungsrecht - Zeitgenossen und Gedanken）に関する著作を収録しているのである。

メルクルは、ドグマの塔の構築（ein dogmatischer Turmbau）をするような学者ではなく[30]、法の現実をも直視しつつ、「法内容」に関する研究をも精力的に行っている。そこでは、法理論を補充する法倫理（Rechtsethik）の究明をも重視しており、その傾向は、特に、第二次世界大戦における過酷な体験を通じて、さらに強くなったといえよう[31]。メルクルは、こうした研究の中でも、とりわけ、①国家の目的、法の目的・理念、法治国家（Rechtsstaat）の理念および「自由と正義」（Freiheit und Gerechtigkeit）に関する考察を重視し[32]、また、②「道徳規範と法規範の衝突」、「宗教規範と国法規範の衝突」または「自然法と実定法の衝突」（Kollision von Naturrecht und positivem Recht）と、それらに基づく義務の衝突（Pflichtenkollision）の問題、さらに、それら

とリンクする抵抗権（Widerstandsrecht）の問題にもきわめて強い関心を寄せていた[33]。そして、これらの問題の重要性を数多くの具体例に基づいて示してきたのである。

また、メルクルは、ケルゼン生誕80年の祝賀に際し、「純粋法学と道徳的秩序」との関係について考察する論文を「オーストリア公法雑誌」に寄稿している[34]。メルクルは、ケルゼンと同様に、法と道徳の原則的な独自性（die grundsätzliche Eigenständigkeit von Recht und Moral）を認め、原則として法的判断と道徳的判断の本質的相違を肯定していた[35]。しかし、他方で、メルクルは、法と道徳の関連の余地（die mögliche Beziehung von Recht und Moral）をも考慮していたのであり[36]、次のように論じている。すなわち、①「法と道徳は、場合により同一の名宛人に向けられ、広範に同一の名宛人が対象とされる。しかし、法と道徳は、必ずしも同一の行為を要求するわけではなく、同一の名宛人に対して異なる行為を広範に要求する。図式的（schematisch）にいえば、法と道徳は、相互に交差する二つの円（zwei einander schneidende Kreise）のような関係にある。それゆえ、こうした規範を定立する二つの権威（die beiden normsetzenden Autoritäten）が同一人に対して同一の要求または異なる要求をし、しかも、いずれにしても、一方の要求の妥当性しか認められない場合が生ずる」と論じており[37]、同一の名宛人における「道徳規範と法規範の衝突」またはそれに基づく「道徳的義務と法的義務の衝突」を問題としているのである[38]。また、②「法の段階構造においては、法と道徳の矛盾（der Widerspruch von Recht und Moral）が法構造における派生的段階（下位の段階）の一つではじめて生じ、さらに下位の法段階に至ると、それが同様に存続しまたはさらに強まる可能性が認められる。これに対し、上位の法段階において発生した矛盾が、それ以下の段階において弱まったり消失したりすることはありえない。法は、より上位の段階、つまり、憲法の段階では原則として道徳的に中立（in der Regel moralisch neutral）であるが、こうした本来的に空虚な領域（der ursprüngliche Leerraum）を法律、命令、司法および行政におけ

る個別的行為によって内容的に補充し、これにより一般的または個別的な決定を行う過程で、当該決定が道徳的秩序の要求と相容れないことが理論上ありうることから、こうした事態が明らかになる」と論じており[39]、「法の段階構造」における法の創設過程との関係をも考慮しつつ、道徳規範と法規範の衝突の問題について考察している。そして、メルクルは、③道徳的に要求される当為の観念（die Vorstellung des moralisch Gesollten）は、規制原理（das regulative Prinzip）であり、したがって、その程度に相違はあるが、実定法の最終的な根源（die letzte Quelle des positiven Rechtes）であると解しているのである[40]。

また、メルクルは、自然法（キリスト教的自然法を含む）と実定法の関係について、基本的に次のように考察している。まず、①メルクルは、24歳のとき（1914年）に、エーリヒ・ユング（Erich Jung）の著書『自然法の問題』（Das Problem des natürlichen Rechts, 1912）に関する書評を処女作として公表し[41]、既にその中で、「実定法に対する超法規的な規制原理となる自然法の使命」（die Mission des Naturrechts, außerrechtliches regulatives Prinzip des positiven Rechts zu sein）を認めていた[42]。その後も、こうした見解を他の複数の論文において同様に主張しており[43]、また、メルクルは、1952年の自伝においても、この点を再確認している[44]。そして、②正義（Gerechtigkeit）の役割として想定され法倫理的に要請されるのは、法に関する規制原理（ein regulatives Prinzip für das Recht）としての役割であり、それは、法の創設（Rechtserzeugung）に関しても、法の適用（Rechtsanwendung）に関しても要請されると考え[45]、法の段階構造の中で実定法に対する規制原理の機能を検討している。また、③純粋な実証主義（ein geläuterter Positivismus）においても、一定の自然法命題（Naturrechtssätze）が実定法に対して優位し、これを最上位の行為規範（oberste Handlungsnorm）とすべき場合が認められると論じている[46]。

さらに、メルクルは、法の理念に関する考察を重視し、上記の自伝においても、「国家の命令は、その根源からではなく、法の理念と一致することから拘束力を授かる」（der staatliche Befehl empfängt seine verpflichtende Kraft

nicht aus seinem Ursprung, sondern aus seiner Übereinstimmung mit der Idee des Rechtes）と明言しているのである。(47)

3　メルクルは、純粋法学の認識方法（Erkenntnismethode）を単なる形式論（bloße Formenlehre）または法内容の認識を放棄するもの（Verzicht auf die Erkenntnis von Rechtsinhalten）と解するのは、一般法学における初歩的な誤解（ein anfängliches Mißverständnis der allgemeinen Rechtslehre）であり(48)、したがってまた、純粋法学における「純粋性」（Reinheit）について、内容空虚なもの（Inhaltsleere）または法形式の問題に限定するものと考えるのは、誤解であると指摘している(49)。法形式と法内容とが相俟って個々の法規および法全体を形成するのであり(50)、また、法秩序の基盤となる理念的要求の作用（die Wirkungen der idealen Forderungen, aus denen sich eine Rechtsordnung aufbaut）が、実定法の認識を超えて、つまり、いわば（内在的）法内容に対立するメタ法的な内容（der metarechtliche Inhalt im Gegensatz zum (immanenten) Rechtsinhalt）として理解されなければならないと論じている(51)。メルクルは、たしかに、純粋法学に共同して取り組み、法段階構造の理論によって純粋法学を動態化して補完した（die Reine Rechtslehre dynamisieren und komplettieren）が、実定法における前実定的関連（der präpositive Bezug des positiven Rechts）をも常に考慮していたのである(52)。

メルクルは、純粋法学の基盤とされる法実証主義の概念を精査し、①国家を最高価値として、いわば国家の道徳的アウタルキー（eine moralische Autarkie des Staates）を主張する価値論的性質（axiologische Natur）の法実証主義、または、世界観としての法実証主義（der Rechtspositivismus als Weltanschauung）と、②法の認識方法としての法実証主義（der Rechtspositivismus als Erkenntnismethode des Rechtes）を厳格に区別し、後者の立場に立っている(53)。そして、後者の法実証主義の任務は、「事情により異なった根拠から派生するが、唯一の有効な権威に帰属される規範の全体を一つの法体系として捉え、かつ、そのように把握された規範の宝庫（Normenschatze）から、他の根

源に基づく主観的要求および客観的要求を厳格に排除することにある。したがってまた、このような法実証主義は、およそ自然法を拒否するものとされるが、しかし、それは、自然法の価値や、実定法の規制原理となりうる自然法の機能を否認するという趣旨ではなく、自然法規範と実定法規範を一つの『体系』の中に混在させることは許されないという趣旨にすぎない」のであり、「この種の実証主義においては、より高次の規制原理について思考する可能性（die Denkmöglichkeit eines höheren regulativen Prinzipes）は、制限されない」と論じているのである。(54)

シャンベックによれば、メルクルは、特に1938年以降、全体主義および法実証主義の濫用の結果（die Folgen des Totalitarismus und eines mißbrauchten Rechtspositivismus）を自ら体験したことから、法倫理的問題への取組みを強化し始めたとされている。(55)そして、メルクルは、純粋法学における厳格な実証主義（der strikte Positivismus der Reinen Rechtslehre）から離れ、オーストリアの国法学および憲法裁判所の判例において今日では支配的となっている、価値志向的な穏健な実証主義の方法論的立場（die methodische Position eines wertorientierten gemäßigten Positivismus）の基礎を築いたと評価されているのである。(56)

4　そこで、今回の翻訳（特集）においては、以上の思考内容とその評価を踏まえた上で、法内容の法倫理的問題に関するメルクルの研究に焦点を当て、Duncker & Humblot 社から刊行された『アドルフ・ユリウス・メルクル著作集』（Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften）の中から精選し、次の著作を紹介することとしたい。

（1）　第一に、「道徳規範・宗教規範と国法規範の衝突」または「自然法と実定法の衝突」と、それらに基づく「義務の衝突」、さらに、それらとリンクする「抵抗権」の問題に関するメルクルの著作の中で、最も重要とされる次の著作である（メルクル著作精選1＝下記の著作①②③④）。

①「カトリック国家観における国民の義務」（Die Staatsbürgerpflichten

nach katholischer Staatsauffassung, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 277 ff.）

② 「キリスト教道徳からみた国家権力に対する抵抗権」（Das Widerstandsrecht gegen die Staatsgewalt im Lichte christlicher Ethik, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 611 ff.）

③ 「兵役拒否と平和運動」（Kriegsdienstverweigerung und Friedensbewegung, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 511 ff.）

④ 「抵抗！　1809年におけるティロル人の民衆蜂起――法史研究――」（Widerstand ! Volkserhebung der Tiroler 1809 - Eine rechtshistorische Untersuchung, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 631 ff.）

（2） 第二に、法治国家の理念および「自由と正義」に関するメルクルの次の著作である（メルクル著作精選２＝下記の著作⑤⑥⑦）。

⑤ 「法治国家思想の変遷」（Die Wandlungen des Rechtsstaatsgedankens, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 251 ff.）

⑥ 「学問的な認識対象としての正義と国家」（Gerechtigkeit und Staat als Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnis, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band 1, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 607 f.）

⑦ 「ジャーナリストとしての自由の意識――ハンス・マウテの思い出――」（Journalistisches Gewissen der Freiheit - Erinnerungen an Hans Mauthe, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band III, Verwaltungsrecht - Zeitgenossen und Gedanken, Teilband 2, 2009, S. 509 ff.）

法治国家の理念に関する上記⑤の著作は、ナチス・ドイツ（第三帝国）によるオーストリア合邦（der Anschluß Österreichs）の前年（1937年）に公表された論文であり、そこでは、「古代ギリシアにおける法治国家」、「古典的ドイツ哲学における法治国家」、「立憲主義的国家論における法治国家」および「権威主義的国家論および全体主義的国家論における法治国家」について客観的な比較的検討を冷静に行っている。メルクルは、その後も、法治国家の理念について生涯にわたり考察を続けていたのであり、1971年のケルゼン生誕90年祝賀論文集（Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag, Wien 1971）にも、メルクルの遺稿「法治国家の理念とその形態」（Idee und Gestalt des Rechtsstaates）が収録されている（本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 737 ff. にも収録されている）。ぜひ、併せてお読みいただきたい。

メルクルは、1938年４月に、オーストリアにおける国家社会主義政権により教職追放の処分を受け、ウィーン大学の教授職を解任された。その後、1941年にテュービンゲン大学教授となった後、ようやく戦後の1950年にウィーン大学教授に復帰した。以来、メルクルは、同大学法学部において、「自由と正義」（Gerechtigkeit und Freiheit）というテーマに焦点を当てながら、各学期のゼミナールを系統的に行っていた[57]。上記⑥の著作は、その間の1957年11月８日に、オーストリア科学アカデミー総会において行われたメルクルの講演からの抜粋である。

また、メルクルは、「自由と正義」を現実的に追求するため、法律専門誌だけでなく、新聞各紙にも数多くの論説を投稿して、法の現状の問題性を大衆にも訴えてきた。新聞におけるメルクルの論評の鋭さとその影響は、あたかも偉大なジャーナリスト（ein großer Journalist）ともいえるものであったとされている[58]。「ウィーン時事新報」（Wiener Neueste Nachrichten）の編集者ハンス・マウテ（Hans Mauthe）は、メルクルとともに、とりわけ、いわゆる「諸民族の牢獄たるオーストリア」（Völkerkerker Österreich）という伝説と戦

い[59]、また、ナチズムに傾斜した1930年代のオーストリア内政の諸問題に対して批判論を展開してきた同志であり、上記⑦の著作は、同志マウテへの追悼の記である。

（3） さらに、このたびの翻訳に関しては、メルクル著作集の共同編者のそれぞれの先生方からきわめて貴重な「解題」を執筆していただき、この上ない格別の御配慮と御指導をも賜った。これらの貴重な解題の翻訳と本誌掲載についても、先生方に寛大なお許しをいただいた次第である（メルクル著作集共同編者の解題＝下記論稿⑧⑨⑩）。

⑧ ドロテーア・マイヤー－マリー「アドルフ・ユリウス・メルクルの人柄」

⑨ ヘルベルト・シャンベック「アドルフ・ユリウス・メルクルにおける法の段階構造論と法倫理的考察」

⑩ ヴォルフ－ディートリヒ・グルスマン「メルクル研究のルネサンス――日本の読者に向けて――」

マイヤー－マリーとシャンベックは、メルクルのウィーン大学時代の最後期に、ウィーン大学国法・行政法研究所（das Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien）においてメルクルの助手をつとめ[60]、メルクルから直接に多大な学識を伝授された学者であり、今日では学会の重鎮の方々である。お二人の解題には、当時の貴重な格別の情報も多分に披瀝されており、また、まさに研究者としての学問に対する熱い思いがそれぞれ込められている。また、グルスマンは、30年以上にわたりメルクル研究に打ち込んできた専門的研究の第一人者の一人であり、ハンス・ケルゼン研究所の叢書の一つとして公刊されたグルスマンの著作『アドルフ・ユリウス・メルクル　生涯と業績』（Wolf - Dietrich Grussmann, Adolf Julius Merkl - Leben und Werk, Schriftenreihe des Hans Kelsen - Instituts, Bd. 13, Wien 1989）は、特に有名である。グルスマンの解題では、とりわけ、今日の欧米における「国際的なメルクル研究のルネサンス」（internationale Merkl - Renaissance）の状況も紹介され

ており、メルクルの見解を理論的に応用した新たな展開を理解することができ、きわめて有益である。

メルクル著作集共同編者の三人の先生方から格別の御配慮と御指導を賜ったことに、この場をおかりし、心より感謝の意を申し上げたい。

注

（1） この点については、*Max Imboden/René Marcic/Kurt Ringhofer/Robert Walter/Dorothea Mayer - Maly*, Vorwort, in: Festschrift für Adolf J. Merkl zum 80. Geburtstag, 1970, S. 7. また、本誌後掲のドロテーア・マイヤー－マリー「アドルフ・ユリウス・メルクルの人柄」をも参照されたい。

（2） この点については、*Friedrich Koja*, Nachruf, Adolf J. Merkl, Juristenzeitung (JZ) 1971, S. 68.

（3） この点については、*Herbert Schambeck*, Adolf Julius Merkl 70 Jahre, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 1960, S. 260 ff., insbes. S. 262.

（4） この点については、とりわけ、*Felix Ermacora*, Widmung, Juristische Blätter (JBl) 1965, S. 536; *ders.*, Adolf Merkl, Juristische Blätter (JBl) 1970, S. 520 ff., insbes. S. 521; *Wolf - Dietrich Grussmann*, Adolf Julius Merkl - Leben und Werk, Schriftenreihe des Hans Kelsen - Instituts, Bd. 13, Wien 1989, S. 13〔本書の書評として、*Karl Korinek*, Zeitschrift für Verwaltung (ZfV) 1990, S. 23 ff. がある〕。また、ヴォルフ－ディートリヒ・グルスマン「解題」山梨学院ロー・ジャーナル6号（2011年）199頁参照。

ウィーン法理論学派（die Wiener rechtstheoretische Schule）に関しては、とりわけ、*Métall*, Hans Kelsen und seine Wiener Schule der Rechtstheorie, in: Hans Kelsen zum Gedenken, Schriftenreihe des Hans Kelsen - Instituts, Bd. 1, Wien, 1974, S. 15 ff.; *Gerhart Wielinger*, Rechtstheorie in Österreich: Hans Kelsen und die Wiener rechtstheoretische Schule, Österreichische Philosophen und ihr Einfluss auf die analytische Philosophie der Gegenwart, Sonderband, Conceptus 1 (1977), S. 365 ff. を参照されたい。また、黒田學『ウイン學派の法律學と其の諸問題』（大鐙閣、1927年）、上山安敏「ウィーン学派と世紀末」『岩波講座：社会科学の方法〔Ⅱ〕 二〇世紀社会科学のパラダイム』（岩波書店、1993年） 1頁以下参照。

（5） この点については、*Koja*, a. a. O. (Anm. 2), JZ 1971, S. 68. また、*Karl Korinek*, Adolf Merkl zum 80. Geburtstag, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 1970, S. 193;

Grussmann, Adolf Julius Merkl - Leben und Werk, a. a. O. (Anm. 4), S. 13 参照。

Ermacora, a. a. O. (Anm. 4), JBl 1970, S. 521 は、ウィーン法理論学派の代表的論者として、メルクルの他に、とりわけ、A. Verdross、H. Kelsen、F. Weyr、F. Sander、J. Kunz、F. Kaufmann、L. Pitamic を挙げている。このうち、ハンス・ケルゼン（Hans Kelsen）、アドルフ・ユリウス・メルクル（Adolf Julius Merkl）およびアルフレート・フェアドロス（Alfred Verdross）が執筆した重要論文の数々（合計107作品）を四つの分野（①形而上学と法の認識論、②一般法学、③国家秩序、④国際秩序（国際法））に分類して収録した著作選集として、Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross, Salzburg und München: Europa Verlag, Band 1 und Band 2, 1968 がある（本書は、2010年に復刻されている）。

（6） *Hans Kelsen*, Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960, Österreichische Zeitschrift für öffentliche Recht (ÖZÖR), Bd. 10 (1959/1960), S. 313. メルクルのウィーン大学在籍当時および卒業後におけるケルゼンの指導内容については、また、*Adolf Julius Merkl*, Lebenslauf (Autobiographie), in: Nikolaus Grass (Hrsg.), Österreichische Rechts- und Staatswissenschaften der Gegenwart in Selbstdarstellung, Innsbruck 1952, S. 137 ff.〔この自伝は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. XXI ff. に収録されている。上記内容は S. XXI f.〕; *Grussmann*, Adolf Julius Merkl - Leben und Werk, a. a. O. (Anm. 4), S. 13 f., S. 18 ff. 参照。

（7） ケルゼン（*Kelsen*, a. a. O. (Anm. 6), ÖZÖR 10 (1959/1960), S. 313）は、この点につき、特に、メルクルの次の諸論文を挙げている。*Adolf Julius Merkl*, Zum Interpretationsproblem, Grünhut'sche Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 42, Wien 1916, S. 535 ff.〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 63 ff. に収録されている〕; *ders.*, Die Unveränderlichkeit von Gesetzen - ein normlogisches Prinzip, Juristische Blätter (JBl) 1917, S. 97 ff.〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 155 ff. に収録されている〕; *ders.*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, Sonderabdruck aus der Deutschen Richterzeitung (DRiZ), Hannover: Helwing 1917〔本著作は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 85 ff. に収録されている〕; *ders.*, Das doppelte Rechtsantlitz. Ein Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes, Juristische Blätter (JBl) 1918, S. 425 ff., S. 444 ff., S. 463 ff.〔本論文は、Adolf

Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 227 ff. に収録されている〕。

（8） *Kelsen*, a. a. O. (Anm. 6), ÖZÖR 10 (1959/1960), S. 313. また、この点につき、*Korinek*, a. a. O. (Anm. 5), DÖV 1970, S. 194; *Grussmann*, Adolf Julius Merkl - Leben und Werk, a. a. O. (Anm. 4), S. 33 をも参照。

（9） *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, a. a. O. (Anm. 7), DRiZ, Sonderdruck, 1971; *ders*., Das doppelte Rechtsantlitz, a. a. O. (Anm. 7), JBl 1918, S. 425 ff., S. 444 ff., S. 463 ff.

（10） *Kelsen*, a. a. O. (Anm. 6), ÖZÖR 10 (1959/1960), S. 313. この点については、*Korinek*, a. a. O. (Anm. 5), DÖV 1970, S. 193 をも参照。

（11） *Kelsen*, a. a. O. (Anm. 6), ÖZÖR 10 (1959/1960), S. 313. メルクルの初期の論文「適用の観点からみた法」および「法の二面性」と法段階構造の理論との連関については、また、*Merkl*, Lebenslauf (Autobiographie), a. a. O. (Anm. 6), in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. XXVI, S. XXVIII; *Schambeck*, a. a. O. (Anm. 3), DÖV 1960, S. 261; *Robert Walter*, Adolf J. Merkl - Persönlichkeit und wissenschaftliches Werk, in: Robert Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, Ergebnisse eines Internationalen Symposions in Wien (22. - 23. März 1990), Schriftenreihe des Hans Kelsen - Instituts, Bd. 14, 1990, S. 9 ff., insbes. S. 13, S. 15 参照。さらに、メルクルの『確定力に関する理論』と法段階構造の理論の関係については、*Adolf Julius Merkl*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 437 ff., insbes. S. 472 f., S. 489, S. 491 をも参照されたい。

（12） この点につき、*Schambeck*, a. a. O. (Anm. 3), DÖV 1960, S. 261.

（13） *Adolf Julius Merkl*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Alfred Verdross (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht, Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, Festschrift für Hans Kelsen zum 50. Geburtstag, Wien 1931 (Neudruck Frankfurt a. M. 1967), S. 252 ff.〔本論文は、Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross, Salzburg und München: Europa Verlag, Band 2, 1968, S. 1311 ff. に再録された後、さらに、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 437 ff. に収録されている〕。

メルクルの法段階構造論に関しては、とりわけ、本誌後掲のヘルベルト・シャンベックの解題、ヴォルフ－ディートリヒ・グルスマンの解題およびグルス

マン・前掲（注４）山梨学院ロー・ジャーナル６号199頁以下をも参照されたい。

法秩序または法規の「動態的考察」（die dynamische Betrachtung）の意義については、とりわけ、*Stanley L. Paulson*, Zur Stufenbaulehre Merkls in ihrer Bedeutung für die Allgemeine Rechtslehre, in: Robert Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, Ergebnisse eines Internationalen Symposions in Wien (22. - 23. März 1990), Schriftenreihe des Hans Kelsen - Instituts, Bd. 14, 1990, S. 93 ff., insbes. S. 94, S. 95, S. 101 ff. 参照。

（14） *Merkl*, Lebenslauf (Autobiographie), a. a. O. (Anm. 6), in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. XXXIII.

（15） *Herbert Schambeck*, Adolf Julius Merkl, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (ÖZÖR), Bd. 21 (1971), S. 1 ff., insbes. S. 3.

（16） この点に関しては、特に、本誌後掲のグルスマンの解題および同所引用の諸文献を参照されたい。

（17） *Kelsen*, a. a. O. (Anm. 6), ÖZÖR 10 (1959/1960), S. 313.

（18） *Hans Kelsen*, Vorrede, in: ders., Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl. 1923, S. XII. また、この点については、*Jürgen Behrend*, Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkls und Hans Kelsens, 1977, S. 51; *Schambeck*, a. a. O. (Anm. 3), DÖV 1960, S. 261. また、ケルゼンの『国法学の主要問題〔初版〕』（1911年）における法の動態的考察の部分的志向について、*Behrend*, a. a. O. (Anm. 18), 1977, S. 51 f. 参照。

（19） *Kelsen*, a. a. O. (Anm. 6), ÖZÖR 10 (1959/1960), S. 313. また、この点に関しては、*Behrend*, a. a. O. (Anm. 18), 1977, S. 49 u. Fn. 171, S. 51 f., S. 52 f. 参照。

（20） *Schambeck*, a. a. O. (Anm. 3), DÖV 1960, S. 261. 純粋法学における法の静態的考察から動態的考察への変化とメルクルの法段階構造論の影響については、*Koja*, a. a. O. (Anm. 2), JZ 1971, S. 68 をも参照。また、メルクルの法段階構造論の受容の前後におけるケルゼンの法理論の実質的変化、法の段階構造に関するメルクルの見解との対比に関して詳細には、とりわけ、*Behrend*, a. a. O. (Anm. 18), 1977, S. 49 ff., S. 52 ff. を参照されたい。また、*Paulson*, a. a. O. (Anm. 13), in: Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, S. 101 f. をも参照。

（21） *Imboden/Marcic/Ringhofer/Walter/Mayer - Maly*, a. a. O. (Anm. 1), in: FS für Merkl, 1970, S. 7.

（22） *Kelsen*, a. a. O. (Anm. 6), ÖZÖR 10 (1959/1960), S. 314. また、*Ermacora*, a. a. O. (Anm. 4), JBl 1970, S. 521 は、メルクルの確定力の理論により市民的法治国家の本質的要素（ein Wesenselement des bürgerlichen Rechtsstaates）が明らかにされたと評価している。

(23) *Ermacora*, a. a. O. (Anm. 4), JBl 1970, S. 521.

(24) *Kelsen*, a. a. O. (Anm. 6), ÖZÖR, 10 (1959/1960), S. 314. *Koja*, a. a. O. (Anm. 2), JZ 1971, S. 68 はより厳密に評価し、「メルクルは、方法的観点（methodische Hinsicht）として、法的機能の体系としての国家に関するケルゼンの洞察を、行政という国家的機能に適用することを重視していた」と指摘している。さらに、メルクルの『一般行政法』と純粋法学との関係について、*Merkl*, Lebenslauf (Autobiographie), a. a. O. (Anm. 6), in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. XXXI; *Koja*, a. a. O. (Anm. 2), JZ 1971, S. 68; *Walter*, a. a. O. (Anm. 11), in: Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, S. 23 をも参照。

(25) *Kelsen*, a. a. O. (Anm. 6), ÖZÖR 10 (1959/1960), S. 314. また、*Ermacora*, a. a. O. (Anm. 4), JBl 1970, S. 521 によると、メルクルは、著書『一般行政法』において、法律国家における行政の形式的構造要素（die formalen Strukturelemente der gesetzesstaatlichen Verwaltung）を明らかにし、これにより、市民的法治国家という国家形態に常に妥当する適切な体系を創設したと評価している。

(26) *Hans Kelsen*, Brief in Faksimile, in: Festschrift für Adolf J. Merkl zum 80. Geburtstag, 1970, S. 11.

(27) Kelsen, a. a. O. (Anm. 6), ÖZÖR 10 (1959/1960), S. 313. また、この点につき、Behrend, a. a. O. (Anm. 18), 1977, S. 49 参照。

(28) アドルフ・ユリウス・メルクル / 勝亦藤彦 = 小田桐忍訳「法段階構造の理論に関するプロレゴーメナ」山梨学院ロー・ジャーナル 6 号（2011年）143-198 頁。本論文の解題として、グルスマン・前掲（注 4 ）山梨学院ロー・ジャーナル 6 号199-208 頁をも参照。

また、本論文のイタリア語の翻訳として、*Adolf Merkl*, Prolegomeni ad una teoria della construzione a gradi del dritto, in: Adolf Merkl, Il duplice volto del diritto, Il sistema kelseniano e altri saggi, a cura di Carmelo Geraci, Milano: Giuffrè, 1978, S. 1 - 65 がある。また、本論文のスペイン語の翻訳として、*Adolf Merkl*, Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (I) (II), Traducido del alemán por Juan L. Fuentes Osorio/Miguel Azpitarte Sánchez, Revista de Derecho Constitucional Europeo (ReDCE) No. 2 (2004), S. 235-259 und ReDCE No. 3 (2005), S. 301-324 がある。

(29) ただ、誠に残念なことに、メルクルは、第二次世界大戦の過酷な体験の中で、それまでに執筆した原稿の数々を失ってしまっている。

(30) *Ermacora*, a. a. O. (Anm. 4), JBl 1970, S. 521.

(31) この点については、*Herbert Schambeck*, Ethik und Demokratie bei Adolf Merkl, in: Robert Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit,

Ergebnisse eines Internationalen Symposions in Wien (22. - 23. März 1990), Schriftenreihe des Hans Kelsen - Instituts, Bd. 14, 1990, S. 267 ff., insbes. S. 269; *Schambeck*, a. a. O. (Anm. 15), ÖZÖR 21 (1971), S. 4 参照。また、本誌後掲のシャンベックの解題をも参照されたい。

(32) この点につき、*Schambeck*, Ethik und Demokratie bei Adolf Merkl, a. a. O. (Anm. 31), in: Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, S. 271 参照。また、本誌後掲のシャンベックの解題をも参照されたい。

(33) *Imboden/Marcic/Ringhofer/Walter/Mayer - Maly*, a. a. O. (Anm. 1), in: FS für Merkl, 1970, S. 8 によれば、1930年代の権威主義体制により政治的自由に対する脅威がもたらされ、メルクルが国家権力と鋭く対立したことから、特に、抵抗権の問題がメルクルの研究の中心的テーマとなったとされている。また、抵抗権の問題などに関するメルクルの特別な関心については、*Schambeck*, Ethik und Demokratie bei Adolf Merkl, a. a. O. (Anm. 31), in: Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, S. 270 参照。

(34) *Adolf Julius Merkl*, Zum 80. Geburtstag Hans Kelsens, Reine Rechtslehre und Moralordnung, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (ÖZÖR), Bd. 11 (1961), S. 293 ff.〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 629 ff. に収録されている〕。

(35) *Merkl*, Reine Rechtslehre und Moralordnung, a. a. O. (Anm. 34), in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 636.

(36) この点については、*Schambeck*, Ethik und Demokratie bei Adolf Merkl, a. a. O. (Anm. 31), in: Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, S. 267.

(37) *Merkl*, Reine Rechtslehre und Moralordnung, a. a. O. (Anm. 34), in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 637. また、この点につき、*Schambeck*, Ethik und Demokratie bei Adolf Merkl, a. a. O. (Anm. 31), in: Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, S. 267.

(38) 不道徳な法（amoralisches Recht）または道徳と国法の不一致（die Disharmonie von Moral und staatlichem Recht）の根源については、*Merkl*, Reine Rechtslehre und Moralordnung, a. a. O. (Anm. 34), in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 639 ff., S. 649 ff. 参照。

宗教規範と国法規範の衝突または宗教的義務と法的義務の衝突については、*Adolf Julius Merkl*, Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 277 ff. 参照。

(39) *Merkl*, Reine Rechtslehre und Moralordnung, a. a. O. (Anm. 34), in: Gesam-

melte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 638 f.

(40) *Merkl*, Reine Rechtslehre und Moralordnung, a. a. O. (Anm. 34), in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 655. この点については、*Schambeck*, Ethik und Demokratie bei Adolf Merkl, a. a. O. (Anm. 31), in: Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, S. 269 f. をも参照。

(41) *Adolf Julius Merkl*, Rezension von: Erich Jung, Das Problem des natürlichen Rechts, Leipzig 1912, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (ÖZÖR), 1. Jg. (1914), S. 570 ff.〔本書評は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 3 ff. に収録されている〕。

(42) *Merkl*, Rezension von: Erich Jung, a. a. O. (Anm. 41), in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 18. また、この点につき、*Schambeck*, a. a. O. (Anm. 3), DÖV 1960, S. 262; *ders*., Ethik und Demokratie bei Adolf Merkl, a. a. O. (Anm. 31), in: Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, S. 270 参照。

(43) とりわけ、*Adolf Julius Merkl*, Neue Naturrechtssysteme im heutigen Deutschland als Ausdruck der Krise des gesatzten Rechtes, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 503 ff., insbes. S. 511; *ders*., Einheit oder Vielheit des Naturrechts? - Die ewige Auseinandersetzung von natürlichem und positivem Recht, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 513 ff., insbes. S. 514.

(44) *Merkl*, Lebenslauf (Autobiographie), a. a. O. (Anm. 6), in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. XXIV.

(45) *Adolf Julius Merkl*, Gerechtigkeit und Staat als Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnis, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 607 f., insbes. S. 607.

(46) *Adolf Julius Merkl*, Rezension von: Helmut Conig, Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts, Heidelberg, 1949, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 499 ff., insbes. 501. また、実定法に対する自然法の優位性に関しては、*Merkl*, Neue Naturrechtssysteme im heutigen Deutschland, a. a. O. (Anm. 43), in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 507 をも参照。

(47) *Merkl*, Lebenslauf (Autobiographie), a. a. O. (Anm. 6), in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. XXIV. この点に関しては、また、*Schambeck*, Ethik und Demokratie bei Adolf Merkl, a. a. O. (Anm. 31), in: Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, S. 270; *Grussmann*, Adolf Julius Merkl - Leben

und Werk, a. a. O. (Anm. 4), S. 45 をも参照。

(48) *Merkl*, Lebenslauf (Autobiographie), a. a. O. (Anm. 6), in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. XXXI.

(49) *Merkl*, Reine Rechtslehre und Moralordnung, a. a. O. (Anm. 34), in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 632. さらに、法形式の考察を超えて、国家目的や法内容にも取り組むメルクルの思考は、それ以前の彼の形式的な法学的態度と矛盾するものではないと評価するものとして、*Schambeck*, Ethik und Demokratie bei Adolf Merkl, a. a. O. (Anm. 31), in: Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, S. 275.

(50) *Merkl*, Lebenslauf (Autobiographie), a. a. O. (Anm. 6), in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. XXXI. また、*Merkl*, Reine Rechtslehre und Moralordnung, a. a. O. (Anm. 34), in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 632 をも参照されたい。

(51) *Merkl*, Lebenslauf (Autobiographie), a. a. O. (Anm. 6), in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. XXXI.

(52) *Schambeck*, Ethik und Demokratie bei Adolf Merkl, a. a. O. (Anm. 31), in: Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, S. 270.

(53) この点について詳細には、*Merkl*, Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, a. a. O. (Anm. 38), in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 313 ff. また、法実証主義に関するメルクルの分類については、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O. (Anm. 43), in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 515 をも参照されたい。

(54) *Merkl*, Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, a. a. O. (Anm. 38), in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 314.

(55) *Schambeck*, a. a. O. (Anm. 15), ÖZÖR 21 (1971), S. 4. また、ナチス・ドイツ（第三帝国）における法実証主義の濫用とその意義に関しては、とりわけ、本田稔「ナチス刑法における法実証主義支配の虚像と実像」立命館法学363・364号（2015年）750頁以下、特に752頁、754頁、755頁、758頁、760頁、763頁、764頁、778頁以下、781頁以下（具体例については、763頁、778頁以下、783頁）参照。また、特に、ナチス刑法およびナチス経済刑法の問題性については、田中良弘「行政刑法と秩序罰――ナチス経済刑法の歴史的考察――」一橋法学14巻３号（2015年）985頁以下、特に987頁以下参照。

他方、ヴァイマル共和国およびナチス・ドイツの法学・司法と法実証主義との関係に関するいわゆる「ラートブルフ・テーゼ」（die Radbruchsche These）または「実証主義伝説」（die Positivismus - Legende）の問題性について検討す

るものとして、とりわけ、*Micha Brumlik*, Gesetzliches Unrecht, Die Wehrlosigkeit des wissenschaftlichen Rechtspositivismus gegenüber nationalsozialistischen Staatsverbrechen, in: Fritz Bauer Institut (Hrsg.), Gesetzliches Unrecht, Rassistisches Recht im 20. Jahrhundert, 2005, S. 15 ff.; *Horst Dreier*, Die Radbruchsche Formel - Erkenntnis oder Bekenntnis?, in: Festschrift für Robert Walter zum 60. Geburtstag, 1991, S. 117 ff.; 本田稔「M. ヴァルター『法実証主義は第三帝国の法律家から抵抗力を奪ったのか』〈紹介〉」警察研究62巻11号（1991年）76頁以下、ディーター・ダイゼロート / 本田稔訳「責任は実証主義にあったのか ?――1933年 1 月30日から80年目のテーマ『法律家とナチ体制』に関する評論――」立命館法学360号（2015年）135頁以下、特に137頁以下（また、本論文の「解説」につき、本田・立命館法学360号149頁以下参照）、本田・前掲論文（注55）立命館法学363・364号764頁以下、青井秀夫「実証主義伝説の謎――戦後法哲学の現実と課題」『阿部純二先生古稀祝賀論文集　刑事法学の現代的課題』（2004年）１頁以下、上田健二「ラートブルフ公式と法治国家性原理――いわゆる DDR 政府犯罪についてのドイツ連邦憲法裁判所第二小法廷1996年10月24日決定を契機にして――」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第四巻』（1998年）387頁以下、足立英彦「ドイツにおける『壁の射手』訴訟とラートブルフ公式」東北法学16号（1998年）193頁以下、足立英彦「『ラートブルフ・テーゼ』（実証主義は法律家を無防備にする）について」青井秀夫＝陶久利彦編『ドイツ法理論との対話』（2008年）289頁以下、川口浩一「ナチス国家権力を背景とした犯罪の処罰とラートブルフ公式」奈良法学会雑誌12巻１号（1999年）51頁以下、酒匂一郎「ラートブルフ・テーゼについて」法政研究78巻２号（2011年）169頁以下および同所引用の文献参照。

(56)　*Korinek*, a. a. O. (Anm. 4), ZfV 1990, S. 23; *Schambeck*, Ethik und Demokratie bei Adolf Merkl, a. a. O. (Anm. 31), in: Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, S. 268 f. また、*Schambeck*, a. a. O. (Anm. 3), DÖV 1960, S. 262 は、メルクルは「純粋な法実証主義の基盤」（der Boden des reinen Rechtspositivismus）から出発したが、後にそこから離れたと指摘している。さらに、19世紀および20世紀の法実証主義における自然法的基盤について、本田・前掲論文（注55）立命館法学363・364号758頁、782頁参照。

(57)　この点につき、とりわけ、*Schambeck*, a. a. O. (Anm. 15), ÖZÖR 21 (1971), S. 2; *ders.*, Ethik und Demokratie bei Adolf Merkl, a. a. O. (Anm. 31), in: Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, S. 268; *Imboden/Marcic/Ringhofer/Walter/Mayer - Maly*, a. a. O. (Anm. 1), in: FS für Merkl, 1970, S. 8; *Grussmann*, Adolf Julius Merkl - Leben und Werk, a. a. O. (Anm. 4), S. 45 f. 参照。

(58) *Ermacora*, a. a. O. (Anm. 4), JBl 1970, S. 521.

(59) 「諸民族の牢獄たるオーストリア」(Völkerkerker Österreich) の伝説について詳細には、*Adolf Julius Merkl*, Die Legende von österreichischen „Völkerkerker", in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 615 ff. 参照。

(60) マイヤー－マリーは、1953年から1959年までメルクルの助手をつとめ、その後任として、シャンベックが1959年から1964年までメルクルの「最後の助手」をつとめている。

メルクル著作集の編纂当時、マイヤー－マリーは、ザルツブルク大学の法哲学・法学方法論・一般国家学研究所顧問 (Hofrätin am Institut für Rechtsphilosophie, Methodologie der Rechtswissenschaften und Allgemeine Staatslehre an der Universität Salzburg) という要職の地位にあり、また、シャンベックは、リンツ大学正教授 (公法・政治学・法哲学) およびオーストリア共和国連邦評議会議長 (Präsident des Bundesrates der Republik Österreich) の重責を担っていた。また、もう一人のメルクル著作集共同編者であるグルスマンは、当時、ザルツブルク大学助教授 (憲法・行政法) の地位にあった。

〔勝亦　藤彦　記〕

カトリック国家観における国民の義務

アドルフ・ユリウス・メルクル
勝　亦　藤　彦　訳

1　カトリシズムにおける国家理念

「わたしの国はこの世のものではありません」（Mein Reich ist nicht von dieser Welt）というキリストの御言葉からすると〔訳注１〕、そもそも、**カトリック国家観**（katholische Staatsauffassung）や、**カトリシズムにおける国民の義務**（Staatsbürgerpflichten im Sinne des Katholizismus）が何故に論じられるのかが問題となる。たしかに、カトリック教会は、現世を超えた世界に必然的に眼を向けていることから、そのごく自然な態度として、この世、特に、国家のような現世の社会制度には関心がないように思われる。もっとも、このような推定は、本質的に限定した上で、正当とされるにすぎない。一般に、現世の領域では、特に国家の領域では、宗教的に重要な分野と宗教的に重要でない分野を区別しなければならない。教会の形而上的任務からすると、まさに、特に**国家制度**（staatliche Einrichtungen）などの俗事の**非重要性の原則**（die Regel der Irrelevanz irdischer Dinge）が定立されよう。しかし、宗教的教義からみて現世の事象が来世にとって重要とされる場合には、このような原則的に無関心な態度は、また原理的に制限される。この点は、積極的な評価であろうと消極的な評価であろうと、教会の道徳律の見地から評価される、人の作為または不作為のすべてに妥当するのである。しかも、たぐい稀な厳格主義により、人の生活

全般を律するだけでなく、国家情勢や国家の作為または不作為についても人に無類の負責をするのが、キリスト教道徳律の特質である。**カトリック道徳哲学の裁定によると、国家は、善悪を超越した超人その他の独特の有機体ではなく、また、特別の道徳律に従う精神物理学的な組織体でもない。**むしろ、キリスト教道徳によれば、国家の作為または不作為は、個人の功績または人的責任として**一定の人に帰責される**。第一に、道徳的理念の実現に資する完全社会（societas perfecta）としての国家に対して、道徳的に要請される内実をもたらしたか否かに応じて、適法な機関に帰責される〔訳注２〕。また第二に、人民が法的に可能な範囲で国家活動に及ぼした影響の善悪に応じて、人民に帰責される。したがって、国家活動について、教会が中立性を保つ**道徳的に重要ではない領域**（Bereich moralischer Irrelevanz）と、教会道徳による多数の要求と関連する**道徳的に重要な領域**（Bereich moralischer Relevanz）が区別され、後者における要求はすべて、機関か人民かを問わず、何らかの形で国家を具現する人を名宛人としているのである(1)。また、キリスト教道徳秩序によると、例えば、国家には人の生命、健康、自由および財産に関する処分権が認められるが、人には同胞のそうした財（Güter）に関する処分権は認められないものとされ、国家行為、より正確には、国家の名による人の行為には、私的領域における行為とは異なった評価基準が一部に妥当することもあるが、これによって、国家に対する人の責任の原理に支障をきたすわけではない。こうした点があるとしても、カトリシズムにおける国家道徳（die Staatsmoral des Katholizismus）は、特定の国家秩序の下で国家のために行為する権限を有しかつ義務を負う**個人**（Einzelmenschen）の道徳が内容的に分化したものにすぎない。

宗教的見地からは、国家制度の一部には重要でないものがあり、それゆえ、こうした国家活動の領域に対して教会は中立的態度をとっているが、しかし、それは、国家秩序と教会秩序の原理的な二重性または二元性の本質的かつ必然的な表れにすぎない。それは、カトリック教会の精神的指導者の世俗的国領を別とすれば、カトリック教会が国家の外に超国家的にまさにカトリックの教義

に従って最初にもたらした、精神的権威と世俗的権威の関係なのである。

国家と教会は、それぞれ独立に成立し、それぞれ独立に服従を要求する二つの異質な秩序であるが、それらの妥当要求が同一の人―― 一方で信者たる人であり、他方で臣民たる同一人――に向けられることがある。国家と教会の原理的な二元主義は、教皇領においては、歴史的偶然から例外的に破られ、両権威の同一性が生じたが、それ以外では、この二元主義に基づいて、教会には、あらゆる関係で原理的に超越する教会秩序につき評価の完全な自由（die volle Freiheit der Bewertung）が認められているのである。

二つの規範体系の関係は、超越（Transzendenz）の関係とも、内在（Immanenz）の関係ともなりうる。また、宗教秩序（religiöse Ordnung）については、形式的観点からそれ自体が分類されるが、ここでは総体（Einheit）としてみると、宗教秩序は、例えば、文法や美学あるいはこれらの分野に属する規範的秩序とは無関係である。すなわち、文法規則については、宗教的観点からは積極的評価も消極的評価もされない。それゆえ、どんなに著しく文法規則に反した者であろうと、宗教的な価値体系からは、なお何ら非の打ちどころのない人とされうる。また、たとえ優れた文法学者がその手腕を示したとしても、一片の宗教的功績も認められないのである。さらに想定されるその他すべての価値体系との関係を同様に検討することは、本稿では割愛することにする。一方で宗教道徳、しかも特定のカトリック道徳と、他方で国法との関係のみが問題となるからである。

この関係を正しく評価するために念頭におくべきことは、国家に対して教会は距離をおいているが、国家は教会にとって害悪でも必要悪でもなく、道徳的に必要なものとされる、という点である。この点は、ライフワークとして国家と教会の隔たりを最も広く解していたとされる、聖アウグスティヌス（Augustinus）にも妥当する。たしかに、教父アウグスティヌスは地上の国（civitas terrena）について痛烈に批判し、神学の文献では最も反国家的な考えを示したとされているが、しかし、宗教哲学者ハインリヒ・ショルツ（Heinrich

Scholz）が著書『世界史における信仰と不信仰』（Glaube und Unglaube in der Weltgeschichte, 1911）において行ったこの概念の分析によると、その批判は、理念的にそもそも国家という社会制度に関してなされたものではなく、むしろ、こうした地上の国は、信仰なき世俗の国（das irdische Reich des Unglaubens）を示す寓喩（Allegorie）にすぎない。もっとも、この教父の見解によれば、――せいぜい彼が知る歴史の一定期間におけるユダヤ人国家を除いて――歴史上の国家はすべてこうした信仰なき世俗の国とされ、その点では批判されよう。しかし、皇帝と教皇が激しく対立していた中世の時代に、教皇や神学者がさらに激しい論調で批判していたとしても、それは、教会の原理的な反国家性を表すものではなく、神聖ローマ帝国の一定の代表者またはその代表者が主張する一定の政治理念を拒否していたにすぎないと解されよう。また、領主と人民のいずれが具現する世俗的権威であれ、世俗的権威の究極的な起源は神にあると認めるかぎり、中世の神学者が形成した人民主権論（die Lehre von der Volkssouveränität）は、近代の神学者がしばしば是認していた領主主権論（die Lehre von der Fürstensouveränität）に劣らず、こうした宗教的国家観と調和するのであり、それは、国家の権威、特に皇帝の権威を否認するのではなく、その支配を原理的に承認しながらも、反抗的な支配者に対する闘争手段とされていたにすぎないと解されるのである。教皇グレゴリウス七世（Gregor Ⅶ.）のみが、カトリシズムにおける原理的な国家承認の原則に対する例外（eine Ausnahme von der Regel der grundsätzlichen Staatsbejahung）を認めていたように思われる。ゲオルグ・イェリネック（Georg Jellinek）がこの偉大な教皇について述べるところによると、教皇は果敢にも「国家秩序そのものがサタンによる虚構であると表明し、為政者に対してその奉職の事実のみから罪人の烙印を押した」とされている。上記に引用した国家学者は、自己の判断を一般に慎重に下してきたが、この点に関しては、グレゴリウス七世が司教ヘルマン・フォン・メッツ（Hermann von Metz）に宛てた書簡を援用しており、そこには、「王侯の成り立ちは、神の知らぬ間に犯した高

慢・略奪・背信・殺戮、つまり、そもそも、この世を支配するサタンが犯したあらゆる種類の罪によるのであり、盲目的な欲望と耐え難い傲慢からあなた方に対する支配を求めてきた所業によるのです」と記されている(2)。しかし、キリスト教国家観に関する上記の証拠を我々に提示した同人の次の論述からは、このように辛辣な言葉でさえも、例外なき絶対的な国家批判とは解されず、過去の為政者の大部分に関して酷評した概括的批判にすぎず、こうした批判をもってしても、なお可能な国家の正当化の条件を上限に引き上げたにすぎないといえよう。すなわち、「帝国は、常に、原罪により堕落した人間の本性の所産であり、人間は、非難すべき心情から、いわば無理やり神の許しを得た。それゆえ、アダムの原罪に由来する世俗的な為政者は、キリストの代理者の足元にひざまずき、神の御籠の仲介を懇願しなければならない」と述べている(3)。したがって、教皇の仲介の下に、キリストの犠牲の死のおかげで、このような原罪の所産――国家――も正当化されることになるのである。

国家に関する諸教皇の見解の論調や内容には、明らかに、その時代の情況による制約がみられる。教皇の所見として、教会の形而上的任務が全般的に国家により保護されているときは、国家制度に関する評価は、当然、歴史的な対立状況における評価よりも親和的であるといえよう。19世紀および20世紀には、一定の反動があり、特に、教皇の世俗的支配の崩壊（1871年）やビスマルク（Bismarck）による文化闘争などの顕著な政治的事件があったが、国家の問題に関する教皇の声明においては国家主義的傾向がある程度示されていた。なぜなら、この当時の情況においては、従来の精神的権威や世俗的権威のすべてを脅かし、教会の精神的支配および国家の世俗的支配を同時に危険にさらす急進的な動向に対して、国家が常に明白な保障人となっていたからである。また、フランシスクス・マリア・シュトラートマン（Franziskus Maria Stratmann）正教授は、重要な著作『世界教会と世界平和』（Weltkirche und Weltfriede, 1924）の中で、次のように論じている。すなわち、「往々にして、国家は、イエス（Jesus）にとって取るに足りぬもの（quantité négligeable）とされるの

であり、たしかに、人は国税を払って国家を尊重すべき点で意義があるが、しかし、神の国にとってはおよそ重要とされないように思われる。……国家や軍隊に関する福音書の考え方は、このような精神的優越性という点から理解しなければならない」と述べている〔訳注３〕。さらに、国家の問題に関する近時の教皇の声明をみると、少なくとも、国家が特定の道徳的課題を解決するよう教皇が期待していたためというわけではないが、永遠の相の下に（sub specie aeternitatis）みると、教会が国家に大きく歩み寄り、さらに、それに応じて、多数の市民に従って諸々のカトリック信仰国が教会に歩み寄る姿勢も示されているのである。

2　国民の服従

キリストの教えに従い、既に使徒パウロ（Paulus）は、「ローマ人への手紙」（Römerbriefen）の中で、キリスト教徒に対し、為政者を敬わなければならないと戒め、次のように述べている。すなわち、「人はみな、上に立つ権威に従うべきです。神によらない権威はなく、存在している権威は神によって立てられたものです。したがって、権威に逆らう者は、神の定めに背くことになるのです。これに背く者は、自分の身に裁きを招きます。それゆえ、あなたがたは、ただ刑罰を恐れるからではなく、そもそも良心の問題（Gewissenssache）として、義務を果たして従いなさい」と述べている（Römer, XIII）〔訳注４〕。また、使徒ペテロ（Petrus）の次の言葉も、明らかに同旨の戒めである。「人が創ったすべての制度に、主のゆえに従いなさい。それが王であっても従いなさい。彼は最上の統治者だからです。また、総督であっても従いなさい。それが神のみこころだからです」と述べているのである〔訳注５〕。

そもそも、カトリシズムにおいては、制約はあるものの国家を承認しており、その論理的帰結として、国家により課される義務や強制をも同様に承認し、特に、国民の服従を是認している。服従義務（Gehorsamspflicht）の教えは、キリスト教創世記からの教えであるが、この教えについて、19世紀から20

世紀の規範的資料を見渡すと、1864年12月８日に発布された教皇の回勅「クアンタ・クーラ」（Quanta cura）に添付されている「**誤謬表**」（Syllabus）[4]、すなわち、「教皇ピウス九世（Pius Ⅸ.）の通達またはその他の使徒書簡の中で指摘されていた当時の主要な誤謬をまとめた教書」において[訳注６]、決疑論的な説明と詳細な理由が示されている。この資料においては、「適法な支配者に対して服従を拒否することができ、適法な支配者に対して反抗することもできる」という命題を明示し、これを非難している（Nr. 63）。これにより、適法な支配者に対する国民の服従を義務づけている。もっとも、その適法性の基準とされるのは、必ずしも実定法ではなく、実定法と自然法が衝突する特定の場合には、後者が基準とされるのである。

1881年６月29日に発布された教皇の回勅「ディウトゥルヌム・イルード」（Diuturnum illud）[訳注７]においては、根本的に**支配**（Herrschaft）の問題についても論じており、使徒パウロの教導の例を挙げて、霊魂の牧者（Seelenhirten）が「支配者たちや権威者たちに対して従順に服従する」よう絶えず民衆に説教してきたこと[訳注８]、さらに、牧者は万人のために、特に「王や高位者すべてのために」神に祈りを捧げてきたことを示している[訳注９]。また、そこでは、アテナゴラス（Athenagoras）も引用されており、彼は、帝位についた最も邪悪なテロリストの一人とされる皇帝マルク・アウレール（Mark Aurel）に対して、キリスト教徒が国家に服従しているのにキリスト教徒を迫害するのは矛盾すると非難し、「あなたは、我々が何ら悪事を行わず、むしろ、神と陛下に従って敬虔な正しい生活を送っているのに、我々が迫害され、略奪され、追放されるのを許しているのです」と指摘したとされている[訳注10]。さらに特徴的なのは、教父テルトゥリアン（Tertullian）の言明であり、彼は、「キリスト教徒は、誰の敵でもなく、特に皇帝の敵ではありません。なぜなら、キリスト教徒は、皇帝が神により任命され、それゆえ、皇帝が神を愛し、神を崇めて敬い、また、神とローマ帝国全体のために安寧をもたらそうとすることを心得ているからです」と述べたとされる[訳注11]。そして、キリスト教徒が増加すればするほど、帝国の敵がそれ

だけ減少すると、皇帝を諫めたという。[訳注12] また、たしかに、宗教に敵対する国法（das religionsfeindliche Staatsgesetz）に対しては服従を拒否するが、しかし、国家による強制や刑罰がいかに不当なものであろうと、それらに対する抵抗は行われないとしている点も、注目に値する。[訳注13] さらに、回勅「ディウトゥルヌム・イルード」においては、諸国家にキリスト教徒の支配者が現れるようになると、教会が**支配者の高権に内在する神聖性**（die Heiligkeit, die der Hoheit des Herrschers innewohnt）をさらに強調して公示してきたことをも確認している。[訳注14] このような権威の象徴が、まさに、支配者の宗教的叙階（die religiöse Weihe der Herrscher）であったといえよう。

この回勅「ディウトゥルヌム・イルード」を読むと、――世俗のはかない――各支配と敵対すれば、教会は国家と運命を共にするものと自認していることが判明する。教会の権威を否認すれば、国家の権威を否認することになり、また、その逆も同様とされるのである。それゆえ、教皇は、民衆の欲求について、「今日では、従前よりもはるかに反抗的に統治権を拒否している」ことを批判しており、また、さらに、きわめて放縦となって反乱や紛争が頻発し、為政者への服従拒否が多々みられ、ひいては、為政者の身の安全がたびたび脅かされることをも批判している。[訳注15] したがって、まさにこの点で、そもそも、それぞれの支配を廃絶しようとする政治活動と闘うことになる。それゆえ、この回勅は、アナーキズム（Anarchismus）を根本的に批判することになろう。

このような思考は、回勅「インモルターレ・デイ」（Immortale Dei）においても論じられているが、[訳注16] この回勅には、回勅「ディウトゥルヌム・イルード」とは異なり、国家秩序に関する積極的なプログラムも含まれている。回勅「ディウトゥルヌム・イルード」では、キリスト教の反国家性の伝説（die Legende der Staatsfeindlichkeit des Christentumes）を論駁していたのに対し、1885年11月１日の回勅「インモルターレ・デイ」では、いわば、国家の必要性を神学的に論証するとともに、キリスト教における国家の最低要件を定立している。国家共同体において生活することは、人間の本性によるものとさ

れる。[訳注17] 人間はひとりでは自らの生活に必要なもの（Lebensbedürfnisse）を入手できず、自らの精神的資質を発展させることもできないため、社会が必要となる。そして、社会は、指導・統制を行うようになり、さらに、国家を生み出してゆく。社会それ自体と同様に、国家の高権も人間の本性に基づき、それゆえ、その究極の起源は神そのものにあるとされる。[訳注18] そのため、この回勅では、国家に対する服従義務がさらに明確に強調され、何度も表現を変えて、神による世俗的権威の委託（die Delegation der weltlichen Autorität von Seiten Gottes）が基礎づけられている。例えば、再び、「ローマ人への手紙」第13章を参照しており、「人はみな、上に立つ権威に従うべきです」、「権威に逆らう者は、神の定めに背くことになり、これに背く者は、自らの身に裁きを招きます」と記されているのである。[訳注19]

このような古典的な言葉には、国家に対する教会の基本的態度が表れている。すなわち、**国家の義務を履行することは宗教上の義務とされ、国家の規範は教会の命ずる規範とされる**（Erfüllung der staatlichen Pflicht ist religiöse Pflicht, die staatliche Norm ist kirchlich gebotene Norm）。国家は、その特定の領域内において、――公益をもたらすために**必要**なことだけでなく、公益に**反しない**ことをも――すべて命ずることができ、教会は**国家の命令を受容して教会の命令に昇格させる**ことから、そこでは、国家に対する教会の同意（Zustimmung）と道徳的な支え（moralische Unterstützung）が認められる。それゆえ、強制機構を有する国家の権威に対して教会の権威が加わり、前者を後者が補充し確証するものとされる。このように**世俗の規範的領域を宗教的に認可**（Approbation）しているが、そこでは、**ある規範的秩序を他の規範的秩序が受容する歴史上最も雄壮な事態**として、特に、宗教的当為秩序による国法秩序全体の受容（die Rezeption der sämtlichen staatlichen Rechtsordnungen durch die religiöse Sollordnung）が認識されよう。(5) ある世俗的法秩序を他の世俗的法秩序が受容する事例が歴史上散見され、それらは、特に革命的変革やクーデターの後に生じ、また、ドイツ国民の神聖ローマ帝国（das Heilige

Römische Reich Deutscher Nation）によるローマ法の受容という時代的に制約された特殊な受容もその一例であるが、しかし、これらの場合とは異なり、教会は、全時代におけるあらゆる民族の法秩序全体について包括的委任または包括的受容を表明しており、しかも、特別な義務内容からではなく、単なる国家的義務という性質から、いわばそれ自体として道徳的に重要でない義務（例えば、警察上の義務、納税義務および兵役義務など）をも承認しているのである。それゆえ、表見的なパラドックスとして、同一の教会の構成員たちがそれぞれ祖国の国法秩序に基づいて国法に従い、しかも、教会の命令により、開戦の暁には相互に敵として対峙して加害行為を行うべきことになるが、むろん、それは、構成員らにそのような義務を課す教会のためではなく、自国のために忠実に身を捧げる臣民として行うにすぎない。

経験的にみて、宗教秩序により多種多様に受容される個々の国法秩序において、人民の服従義務に非常に差があることから、国法秩序における拘束力の程度には大きな相違がみられる。過激な独裁的秩序においては、人民の行動の自由はきわめて狭く、したがって、他の秩序、特に宗教秩序の要求に適合する可能性も非常に限られている。これに対し、自由民主的秩序においては、人民に対する要求は概して柔軟であり、国家の下で認められる人民の自由が宗教的な行動規準により決定されうるため、異なる宗教秩序が義務を課す権威として広範に現れる。このように、宗教的命令からみて国家に対する人民の拘束性や服従義務の程度に相違がみられるが、こうした事実は、きわめて異なる国家秩序に対する宗教秩序の広範な中立性の帰結（eine Folge der weitgehenden Neutralität der religiösen Ordnung）にすぎない。もっとも、こうした中立的態度は、例えば、国家形態に関しては制限されない〔訳注20〕が、しかし、法内容に関してはきわめて広範に制限される。まさに、教会の命令からみて、国民の服従の規準を国法とすることが疑問とされることもある。

これまで引用した資料においては、特に、人民の服従義務に関する**事実**（Tatsache）が確認されているが、1890年１月10日に発布された教皇レオ十三

世の回勅「サピエンティエ・クリスティアーネ」（Sapientiae christianae）から[訳注21]は、他のすべての資料よりも明確に、この服従義務に関するキリスト教の**モチーフ**（Motiv）が判明する。これによると、宗教的な国家承認により、国家的義務が宗教的義務に昇格する。「もっとも、公権力の名はキリスト教徒にとって神聖であり、公権力に相応しくない権力者であっても、キリスト教徒にとっては、一定の意味で神の威厳を反映した者とされる。それゆえ、キリスト教徒は、権力や刑罰への恐怖からではなく、義務の意識から、正当なしかるべき畏敬の念をもって法律を尊重するといえよう（Sanctum igitur christianis est publicae potestatis nomen, in qua divinae maiestatis speciem et imaginem quamdam tum etiam agnoscunt, cum geritur ab indigno: iusta et debita legum verecundia, non propter vim et minas, sed propter conscientiam officii.）」（Nr. 3）[訳注22]。したがって、国家の命令は、正しい者（der Gerechte）の発令によりはじめて公正とされるわけではなく、国家の命令であるがゆえに、不正な者の妥当要求（Geltungsanspruch des Ungerechten）も公正とされるのである。このように、本来、国家が神聖なものとされることから、後述する唯一の前提の下で、キリスト教徒にとって、国家の意思表示はその内容を問わず神聖なものとされる。カトリックの見解によると、人（der Mensch）は一定の限界内で人に逆らうことが許され、また、人間（die Menschheit）は無制限に自然法則の支配、つまり神の意志による創造の現れに逆らうことが許されるのに対して、国家権力は、はるかに細密な意味で神の創造物とされ、まさに教会と同様に、神の意志に基づくものまたは神の代弁者とされることから、人は国家権力に逆らうことにより永遠の断罪（die ewige Verdammnis）を招くことになる。このような説明には、カトリシズムにおける国家主義的国家論の極致が窺えるといえよう。

カトリックの見解によると、国法規範に対する宗教的服従義務は、**宣誓**（Eid）にみられるような、義務者に対する特別な宗教的拘束によって生ずるわけではない。国家と教会の分離を基礎としない多くの法秩序においては、国家

的義務を課す際に、**宣誓**が必要的または任意的な行為として定められている。その例として、憲法上の宣誓[訳注23]、服務上の宣誓、軍人の宣誓、官吏の宣誓、証人の宣誓などがみられる。国家規範それ自体がこれを義務づけるのは、いったい何のためなのだろうか。

そのような法制度の目的は、明らかに、法的義務を負う者に対する精神的な動機づけを強化し、あるいは、そもそも初めてこうした動機づけを生じさせることにある。すなわち、特定の不法効果を伴う法的義務だけでは義務者にとって十分な義務づけの根拠とされない場合、あるいは、法秩序が例外的に法的制裁をおよそ放棄している場合（国家元首が問責されない場合）に、義務者に宣誓違反の効果を意識させて法的義務を履行するよう促すことにある。つまり、宣誓という国家制度の立法政策的理由は、法的義務違反の場合における実定法上の不法効果の予告に対する代用または補充（Ersatz oder Ergänzung der Androhung positivrechtlicher Unrechtsfolgen für den Fall der Rechtspflichtverletzung）という点にある。立法者がこうした宗教的動機づけを採用し、いわば神と来世への信仰を国家目的のために利用する場合、宗教秩序が信者に国家に対する服従を義務づけ、このような利用がなくても、宗教秩序が立法者に権威を認めていることは、立法者にはたいてい意識されていないといえよう。しかし、こうした事実を認識している場合においても、宣誓の下に国法上の義務を課すことには、たしかに十分な意義がある。国家秩序またはその個別的規範に対する宗教共同体の態度は、決して統一的なものではなく、特にカトリック教会のような、同一の宗教共同体の歴史においても、一定の変動がみられるからである。また、国家は、宣誓という宗教的手段を自律的に援用して、国家的領域に対する宗教的承認を受容することにより、国家に対する宗教共同体の態度から一定の程度まで自立することになる。もっとも、それは、宗教共同体が国家的義務に対して中立的態度をとる場合に限られる。こうした場合には、国家的義務が宣誓によりはじめて宗教的義務とされるが、しかし、このようにいえるのは、国家的義務が宗教的義務と矛盾しないからなのである。いずれに

せよ、宗教による消極的評価を宣誓を介して覆そうとすることは、不能な手段による試み（ein Versuch mit untauglichen Mitteln）といえよう。なぜなら、そのような宣誓は、強制による宣誓（erzwungener Eid）とされ、また、これが任意になされたときは、許されざる宣誓（unerlaubter Eid）とされ、拘束力が認められないからである。さらに、宣誓に基づく宗教的義務を介して法的義務を強化するもう一つの理由は、教会の委任または受容により国家の命令に宗教的拘束性が認められることが、ほとんど知られていないことにある。たしかに、元来、宗教的義務をきわめて厳密に考える信者は数多くいるが、しかし、そこでは、国家的義務（例えば、警察上の義務や納税義務など）が、宗教的権威をきわめて明白に表すと考えられるとしても、宗教的拘束力があると解されるとは、予想していないのである。

しかし、国家的動機づけと宗教的動機づけを結合させる理由として、最も根本的で、無条件に常に妥当するのは、次の点である。すなわち、国家を宗教的に承認しているとしても、宣誓によって、国家規範の宗教的拘束性が強まり、その拘束性が昇格するという点である。たしかに、そもそも純然たる国家的義務に違反した者は、国家に対する義務履行が宗教規範に対する義務違反とされないかぎり、それにより同時に、宗教的義務にも違反する。しかし、国家的義務が宣誓を介して課される場合には、国家の命令に違反した者は、原則として高次の義務を課す付加的な宗教規範にも違反することになる。すなわち、「国家のものは国家に与えなさい」（Gib dem Staate, was des Staates ist）という**白地規範**（Blankettnorm）だけでなく、「あなたが宣誓により約束したことを果たしなさい」（Erfülle, was Du eidlich gelobt hast）という具体的な本来の宗教規範にも違反することになる。しかも、後者は、国家の規範的領域を指示する宗教的な白地規範とは異なり、信者が一般に完全に意識している宗教規範なのである。

もっとも、国家目的のために宣誓を利用することに対しては、宗教の本質から一つの制約がある。宣誓によって、対立する宗教的義務に内容的に矛盾する

宗教的な作為義務または不作為義務を基礎づけることはできない。国家が要求する宣誓を介して宗教上有効に承認されるのは、それ自体が既に**宗教的に命じられる行為**、または宗教的見地から**中立とされる行**為に限られる。他方で、宣誓に基づく第一次的義務または付加的な宗教的義務は、宣誓により保護される国情の改正が宗教的に望ましいというだけで消滅するわけではなく、こうした事情の維持が**宗教的義務**に矛盾する場合にはじめて消滅するのである。

宣誓により、事実的状況に対する宗教規範の保守的機能（die konservierende Rolle der religiösen Norm）が増強される。それゆえ、宣誓は、一般に法違反に対して、特にクーデターや革命による憲法違反に対して、宗教的な保障（eine religiöse Sicherung）となる。宗教的な価値序列（die religiöse Werthierarchie）の内在的構成については、本稿では割愛せざるをえないが、宗教的な価値序列においては、受容により宗教的義務とされるにすぎない国家固有の義務のすべてに対して宗教固有の義務のすべてが優越することから、現に宗教的義務を負う者にとっては、純粋な国家的義務がいかに認め難いものであっても、宣誓がそれより強く拘束する。あらゆる国家的義務に対する宣誓の神聖性は、とりわけ、教皇ピウス九世が当時の最も主要な謬説を非難した誤謬表における第 64 テーゼから明らかになる。そこでは、「最も神聖な宣誓の違反であったとしても、宣誓の違反が祖国愛（Liebe zum Vaterland）からなされたときは、非難されず、あくまで許され、絶賛される」という見解は謬説とされている[訳注24]。教皇は、このような義務の位階に関する謬説を斥け、あらゆる国家的義務、さらに、あらゆる国家的利益に対して、その宗教的義務の絶対的優位性（unbedingter Vorrang der religiösen Pflicht）を要求しているのである。

結局、国家的権威に対する宗教的服従義務は、国家的権威の構造や、国家的権威に服す人の地位に左右されない。また、宗教共同体は、例えば、宗教共同体にとって決定的な独自の国家組織に王位を認めたり、独自の組織的ヒエラルキーを構築したりするわけではなく、信者に国家規範の遵守を要求する際、あくまで**自律的な国家秩序**（die autonome staatliche Ordnung）を前提としてい

る。国際法共同体（Völkerrechtsgemeinschaft）もその内部の国内法を前提としており、この点で、教会の態度は国際法共同体の態度と同様である。したがって、絶対的君主制においては、まさに君主の意思が、教会にとって決定的な宗教規範とされる。また、直接民主制においては、人民全体の意思がそのように解され、しかも、人民自身が人民の規範定立権限または他の任意の機関（君主あるいは議会）の権限の究極の源であるとする、人民主権の教理を教会が否認したとしても、同様に解される。したがってまた、議会の支配の下では、共和制型でも君主制型でも、議会が決定的な最高権威とみなされ、その他の機関はすべて、人民と同様に、国家に対して一般的に要求される服従義務を負うものとされる。前述したように、国家形態に対して教会が中立的態度をとっていることから、国家形態の相違による国家的権威の拘束力の区別については、問題とされない(6)。教会秩序は、国法秩序に対して、服従義務の対象となる最上位の名宛人（den obersten Adressaten der Gehorsamspflicht）を定めるよう委ねている。その点では、国家の組織的ヒエラルキーが宗教的領域にとっても重要となる。

宗教共同体そのものが国家的権威に対する服従を要求する場合、この宗教的義務は、当該規範に服するすべての者、少なくとも、個々の平信徒に無差別に向けられている。人民または国家機関のヒエラルキーがありうるとしても、規範服従者（Normunterworfenen）の法的地位に関しては何ら区別されず、自らの上に立つより上位の国家的権威（eine höhere staatliche Autorität ober sich）が問題となるにすぎない。ただし、国法秩序の内部において問責されないまさに最上位の国家機関については、国家に対する宗教的服従義務は観念されない。しかし、さらに以下で明らかにするように、このように認識したとしても、革命やクーデターを宗教的に評価する際、宗教的見地からは、国家、特に、国家独自の匿名の最高権威たる憲法に対して、異なる方向から服従を拒否する二つの方法として、これらを区別することはできない。

一部の関係資料の論述によると、教会による国家承認および国家的権威に対

する教会の従順性は、自己否定の限界の一歩手前まで至るものとされている。

しかし、このような柔順性または従順性には制限があり、このような国家への歩み寄りは、日和見的な態度ではなく、原理に基づくものであり、また、国家への絶対的服従を意味するものではなく、教会の道徳的優位性を十分に意識した限定的承認にすぎないことが、明らかに認識されるのである。

二つの完全社会として国家と教会の二元性が認められ、それらの規範定立は相互に独立に行われることから、それらの妥当要求の衝突の可能性（Kollisionsmöglichkeiten）が生ずることになる。それゆえ、衝突する規範、すなわち、国家規範と宗教規範の名宛人が同一であるとき、その名宛人はいかなる態度をとるべきかが問題となる。

3　服従義務の限界と義務に基づく不服従

既に他の点との関係で検討した、教皇レオ十三世による1855年11月１日の回勅「サピエンティエ・クリスティアーネ」においては〔訳注25〕、**規範の衝突**（Normenkollision）の問題の論理的前提として、**規範二元論**（Normendualismus）の問題を展開している。

そこでは、**義務二元論**（Pflichtendualismus）の序論として、次の点を確認している。すなわち、「明らかに、カトリック教徒は、実生活において、……カトリックの教えを信仰しない者よりも、より多くの重要な義務を履行しなければならない（Esse in usu vitae plura ac maiora catholicorum officia quam eorum, qui sint fidei catholicae ..... expertes dubitari non potest.）」と述べている〔訳注26〕（Nr. 3）。そして、教会はより上位の国家である（die Kirche ein Staat höherer Ordnung sei）と類推して、国家に対する義務（die Pflicht gegenüber dem Staat）を教会に対する義務（die Pflicht gegenüber der Kirche）と対比している。しかし、国家に対する義務の根拠とされるのは、教会の国家類似性（die Staatsähnlichkeit der Kirche）や、その逆の、国家の教会類似性（die Kirchenähnlichkeit des Staates）ではなく、自己を犠牲にしても祖国に服従す

るよう義務づける自然法（natürliches Gesetz）であるとする。すなわち、「私たちは、**自然法**に従って、自分たちが生まれ育った国家に特別な愛情と愛着をもたなければならず、善良な市民は祖国のために死をも恐れてはならないのであり、同様に、キリスト教徒は、いかなるときも、教会に対して心からひたむきな愛情をもたなければならない。教会は、まさに神の聖都であり、神によって創られ、神によって立てられたからである（Nunc vero si civitatem in qua editi susceptique in hanc lucem sumus, praecipue diligere tuerique iubemur, *lege naturae*, usque eo, ut civis bonus vel mortem pro patria oppetere non dubitet, officium est, christianorum longe maius simili modo esse in Ecclesiam semper affectos. Est enim Ecclesia civitas sancta Dei viventis, Deo ipso nata, eodemque auctore constituta.）」と論じている（Nr. 3）〔訳注27〕。そして、人間の上に立つ二つの権威はいわば姉妹の関係にあるとして、国家への愛着と教会への愛着について、さらに次のように対比している。すなわち、「さらに、私たちは、教会に対する超自然的な愛情と祖国に対する自然的な愛情が同一の永遠の源から生ずることを理解しなければならない。これらは、いわば双子の姉妹なのであり、いずれも神を父として生まれている。それゆえ、また、それらの義務が矛盾することはありえない（Ceterum vere si iudicare volumus, supernaturalis amor Ecclesiae patriaeque caritas naturalis geminae sunt ab eodem sempiterno principio profectae caritatis cum ipse sit utriusque auctor et causae Deus: ex quo consequitur, non posse alterum officium pugnare cum altero.）」と論じている（Nr. 3）〔訳注28〕。したがって、教皇の見解によれば、両者の権威は同様に神を起源とすることから、国家に対する義務と教会に対する義務の衝突はありえないとされる。また、上記の引用箇所においては、例えば、中世の両剣論（Zweischwertertheorie）が比喩的に表現しつつ要求していた、国家に対する教会の遺伝的優位性（ein genetischer Primat der Kirche über den Staat）が放棄されている点が注目される〔訳注29〕。教皇レオ十三世の当該回勅における論述によると、国家は、教会と同様に神により創設され、その支配の全権が委ねられ

たとされる。しかし、まさに、このような二つの権威の遺伝的独立性（genetische Selbständigkeit）から、両者の権威が同一の権威服従者（Autoritätsunterworfenen）に対して矛盾した行為を要求する場合には、およそ仮象的な義務の衝突（vorläufige Pflichtenkollision）にすぎないとしても、義務の衝突が問題となる。すなわち、両者の権威の間における矛盾を否定するとしても、そのような矛盾、したがって、双方の要求の間における義務の衝突という外部的事態（der äußere Tatbestand einer Pflichtenkollision）が事実的にありえないとされるわけではない。義務の衝突は、双方の規範複合体の体系的統一性に基づいて、解釈により止揚されるにすぎない（Die Pflichtenkollision kann nur infolge der Systemeinheit der beiderseitigen Normkomplexe im Auslegungswege aufgehoben werden）。周知のように、教会は、その権威により、双方の義務を解釈する権限、したがって、特に国家の意思に基づく義務についても、宗教的規制原理、すなわち、神法および自然法（ius divinum et naturale）との整合性に関して解釈する権限を要求している。いずれにしても、このように、善悪を区別してこれを国家の命令に適用する権限、つまり、信者を義務づける行動規準とそうでない行動規準を区別する権限を有する点に、国家に対する教会の優位性、すなわち、姉妹とされる世俗的国家秩序に対する宗教秩序の価値論的優位性（ein werthafter Primat）が表れている。このような認識に基づいて世俗的秩序を宗教秩序に整合させることによってはじめて、対等とされる二つの規範的秩序の競合から不可避的に生ずる、規範の衝突および義務の衝突（Normen- und Pflichtenkollision）が止揚されるのである。

このように、両者の要求範囲の対立を解消し、したがって、義務の衝突を解消する点に、価値論的優位性（ein axiologischer Primat）の要求がみられるが、むろん、これにより、双方の妥当要求の調整内容が先取りされるわけではない。双方の行動規準の内容が矛盾する場合には、原理的に決定権限を主張するが、しかし、こうした内容的矛盾がある場合において、少なくとも、教会の要求する行動が神の命令の現れとみられないときは、――国家規範を規準とす

ることが国民の自由に委ねられるか、まさに国民の義務とされるかは別として――究極的に神の意志の現れともされる国家の命令に優位性を認めることは、教会に委ねられている。むろん、このような衝突の解決（eine solche Lösung des Konfliktes）は、この場合に教会の命令が衝突する国家の命令に対して後退すること、または、教会の命令が狭い範囲の義務者、特に最上位の国家機関に限定されることを意味することになる。この後者の場合には、宗教的義務は、万人の義務ではなく、重責を負う国家機関の義務とされるにすぎない。例えば、支配者が不正戦（ungerechter Krieg）を布告する場合、支配者は宗教規範に違反するが、臣民が兵役義務その他の戦時徴発義務に従って不正戦に関与しても、臣民は宗教規範に違反するわけではない。「不正戦」（injustum bellum）への積極的関与という同一の事態が正反対の評価を受けるという表見的なパラドックスは、まさに、臣民には服従義務が認められるため、戦争か平和かという選択の下で戦争遂行を決断した責任は、国制上この権限を有する機関のみにあると考えることにより解決される。むろん、このように外見的な義務の衝突（die scheinbare Pflichtenkollision）を解決するとしても、例えば、――命令によるものでも任意なものでも――宗教秩序により**絶対的**に禁止されている戦争手段を用いる場合のように、下位の機関または臣民が機関の義務（Organpflicht）または臣民の義務（Untertanenpflicht）を履行する際に宗教的義務に反することもありうる。また、同様に、公正な司法を求める宗教的命令は、憲法に基づく裁判権者（生殺与奪の権を握る支配者（Herrn über Tod und Leben））に限定され、任命された裁判官または補助機関は、司法権を行使する際に、委託者が宗教的観点から責任を負うべき行為を委託に基づいて行っても、責任を問われない。まさに、キリスト教的自然法（das christliche Naturrecht）は、たしかに、形而上の最高目的を志向するため最も厳格なものと考えられる**理念的要求**（ideale Forderung）をも、国家に向け、それゆえまた、国家の代表者にも向けているが、しかし、法服従者（Rechtsunterworfenen）には、国法秩序の世俗的な一過的要求に対しても、広く寛容を示してい

る。換言すれば、キリスト教的価値体系における最大要求と最小要求のスパンは、思考上最大なものとされる。しかし、そこでいう最大要求の履行が最小要求の履行より常に優先すると解することは、この価値秩序を誤解するものといえよう。むしろ、宗教共同体の構成員は、たとえ宗教的価値秩序からみて望ましい行為とかけ離れているとしても、宗教規範により、極限に至るまで国家の命令に対して服従義務を負うものとされるのである。

キリスト教的自然法の妥当要求は、確固不動のものではなく、内容の異なる実定法に対して一定の範囲で譲歩する。宗教規範が信者に一定の作為または不作為を絶対的に要求する場合にのみ、信者は、国法が要求する**矛盾**した行為を回避しなければならず、したがって、世俗的命令に対する不服従の権利を有し、かつその義務を負う（zu Ungehorsam gegenüber dem weltlichen Gebote berechtigt und verpflichtet sein）。しかし、国家の命令が宗教的起源に基づく理念的要求と相容れない場合に、信徒は国家の命令を即自に否認しうるというわけではない。**国家の不正だけでは、未だ人民の不服従は正当化されない**（Unrecht des Staates legitimiert noch lange nicht Ungehorsam des Untertanen）。換言すれば、宗教共同体は、信徒に対して、自己が属する世俗的秩序の妥当要求に関する**制限的な審査権**（ein beschränktes Prüfungsrecht）を認めるにすぎない。**特定の瑕疵**、すなわち、**神の命令に対する明白な矛盾**（der zweifelsfreie Widerspruch zu einem göttlichen Gebote）のみが、キリスト教徒の**不服従の正当な理由**とされ、その**審査の対象**とされる。ここでは、宗教共同体は、キリスト教的自然法に基づいて宗教的権威により委任された国家的権威およびその人民に対して、国家的権威がその機関および人民に対してとる態度と同様の態度をとっている。世俗的な規範的領域においても、規範解釈者と規範服従者の間や、上位の規範解釈者と下位の規範解釈者の間に、衝突の可能性がある。周知のように、こうした衝突の典型的な解決の仕方として、上位者または機関の命令に著しく明白な瑕疵があるために下位者または人民が服従しないという場合でないかぎり、**人民**に対する**機関**の解釈や行動要求が優位し、

または**下位機関**に対する**上位機関**の解釈や行動要求が優位するものとされる。さもなければ、客観的秩序がこうした機関の主観的恣意へと歪められるからである。このような世俗的国家秩序の態度の特徴は、オーストリアの法秩序の態度にみられ、そこでは、上位機関が管轄の範囲内で行為し、かつ、刑法に違反する要求をしないかぎり、下位機関には上位機関に対する服従が義務づけられる。このような真の国家的権威とその機関の間における潜在的衝突の解決は、1920年10月１日のオーストリア連邦憲法の特色とされ、1934年の憲法に受け継がれたが、こうした解決は、――意識的なものではなく、偶然的なものであろうが――宗教秩序とその委任に基づく国家的法命令の衝突に関する教会の解決と酷似している。信徒は、権限のある世俗的・国家的権威が自己に対して当該行為を現実に要求しているか否か、また、この要求がいわば宗教的な最低存立条件（religiöses Existenzminimum）に適合しているか否か、すなわち、この要求が最上位の宗教的命令に矛盾しないか否かについて、審査することができるのである。このような国家秩序に対する宗教秩序の態度は、法学および実定法に特有のフレーズでいえば、**国家規範の拘束性の推定**（die Vermutung der Verbindlichkeit der staatlichen Norm）と表現することも可能であり、この推定は、国家規範がまさに宗教秩序から派生するものとされることから、宗教規範の優位性に矛盾するものではないといえよう。

このように、宗教的価値秩序と完全には一致しない瑕疵ある世俗的行動規準に対して寛容を示したとしても、特に、宗教的権威が広範な要求を放棄しないかぎり、宗教的権威が退位する（abdizieren）わけではない。むしろ、宗教的権威は、人民ではなく国家的権威の機関を名宛人として、こうした高度の要求をするのである。しかも、事情により、その要求内容に応じて、すべての機関に要求することも、最高機関のみに要求することもある。一般的には、国法により機関が裁量の自由を有する場合、当該機関は、信徒として、宗教規範に従って裁量を行う義務を負うといえよう。これに対し、下位機関が国家秩序により一定の行為を行うよう絶対的に義務づけられている場合には、それが**権限**

のある国家的権威に基づき、かつ、宗教的価値秩序に照らして**本質的内容の最低条件**（Minimum inhaltlicher Natur）に適合するときは、下位機関は、宗教的命令に基づいて国家の当該命令に従わなければならない。したがって、国法により**制約されない世俗的権威のみ**が、**完全な厳格主義による宗教規範の名宛人**（der Adressat der religiösen Normen in ihrem vollen Rigorismus）とされる。国家機関が宗教上も容認される内在的な国家規範により**拘束**されない場合、すなわち、国家機関が国法秩序において人民に対する創設者、つまり、最広義の**支配者**（Herrscher）とされる場合に、当該国家機関は、**宗教規範に無条件に服し、それを履行する責任を負う**ものとされるのである。

このように、宗教的命令は世俗的命令に譲歩して自らいわば任意法（jus dispositivum）となり、衝突する国家的命令により排斥されうるが、その理由についてはさらに検討を要する。宗教秩序は、世俗的秩序の人民でもある構成員を、良心の葛藤（Gewissenskonflikte）に絶えず直面させるわけではなく、また、あらゆる国家規範が宗教共同体の理念的要求と整合するか否かという、実際に解決不可能な検討課題を構成員に課すわけでもないといえよう。まさに宗教秩序の形而上的性格からすると、宗教秩序が最小限のプリミティヴな行動規準で満足することはありえず、ますます決疑論的となる国家の規範体系に対し、少なくとも同様に決疑論的な自己の規範体系により対応するように思われる。しかし、他方、まさに宗教秩序は、規範服従者の側の認識または認識可能性に基づいて公正に義務を課さなければならないのであり、一般人に対して、妥当要求に差のある精巧な当該規範体系の全体をマスターするよう期待・要求することはできず、――道徳的必要性から――一般人に対して世俗的秩序に従うよう指示せざるをえない。もっとも、この世俗的秩序は最終決定ないし最高権威ではないのであり、この点は、個々の信徒に対して次のように示される。すなわち、きわめて狭い範囲の明白な宗教的義務（ein ganz kleiner einleuchtender religiöser Pflichtenkreis）――例えば、モーゼの十戒（Dekalog）とこの規範群に基づくごく簡明な帰結――が、世俗的命令より優位する決定的

な最終的義務として観念されるものとするのである。平信徒に広範な審査の責任を負わせる場合には、技術的に、これを実現する方法として、教会組織が宗教秩序と国家秩序との狭間で義務の衝突（Pflichtenkollisionen）に陥った信徒に対する助言者となり、したがって、教会組織が国家的命令および国家組織に関する内部的審判者となる必要があろう。しかし、これにより、教会組織は、課題を負うことになり、固有の宗教職から離れて、国家的権威と恒常的に衝突する危険にさらされることになる。それゆえ、瑕疵ある国家秩序に対して寛容を示し、国家秩序の行動規準に対して宗教特有の服従義務をも認めるという形で、国家的権威と妥協するのであり、その理由は最も根本的な宗教的利益に求められるのである。

教皇の回勅においては、前世紀の回勅だけでも、国家と教会の関係ないし国家の義務領域と教会の義務領域の関係が、教会の側から以前より詳しくより明確に解明されたといえるのであり、そこには、国家に対する多数の要求がみられるが、しかし、そのすべてを国民に対する要求と解することはできない。

最も多く引用される、1931年５月15日の回勅「クアドラジェジモ・アンノ」（Quadragesimo anno）の中核部分に焦点を当てて考えてみよう。〔訳注30〕そこでは、教皇は、国家に対して、職能団体に基づく社会秩序を整備し、少なくともこれを自発的に成立させること、〔訳注31〕また、幸福主義（Eudämonismus）に支配された絶対的警察国家、または国家社会主義（Staatssozialismus）に影響された立憲的法治国家において、〔訳注32〕国家が補充性の理念に反して引き受けてきた任務の大部分を、（7）補充性の原理（das Prinzip der Subsidiarität）に従って職能団体に委ねることを期待している。〔訳注33〕従来、オーストリア以外の国家は、このような課題に取り組んでこなかったため――周知のように、この回勅では、ファシズムによるこの課題の処理の試みに対して、国家主義的な色彩（職能団体の国家機関性！）が強すぎるとして批判している〔訳注34〕――、教皇の要求とほぼすべての世俗的国家の態度との間には、隔たりがある。しかし、教皇の見解によると、それでも、国民は祖国に対して服従を拒否することは許されず、例えば、その手段と

して、国家が補充性の原理に反して要求する給付を拒否することは許されない。また、教会は、世俗の宗派共同学校（die interkonfessionelle weltliche Schule）を禁止している。にもかかわらず、カトリック教徒の両親は、こうした教会の立場から、何らかの方法（子供の通学拒否、試験の放棄、料金や税金の不払いなど）によりこの種の学校をボイコットするという結論を導くことは許されない。また、教会は、母国語による宗教教育を受ける人間の自然権（ein Naturrecht des Menschen auf Religionsunterricht in der Muttersprache）を認めているが、同時に、外国語のみによる宗教教育をボイコットすることが許されるわけではない〔訳注35〕。さらに、教会は、家庭で幼児教育をする自然権（ein Naturrecht auf häusliche Kindererziehung）を認めている。しかし、もし国家がプラトン流の教育制度を設けた場合には、教会の見解からも、両親は、国家の教育施設に自分の子供を引き渡すことを拒否できないといえよう〔訳注36〕。それどころか、神の第五命令（das 5. Gebot Gottes）に反する重大な罪とされる不正戦が勃発した場合に、兵役義務者たる人民が兵役を拒否する権利を有し、またこれを拒否する義務を負うとする点につき、神学者の見解の一致があるとはいえないのである。例示した諸事例ではいずれも、国家との協調方式（modus vivendi）によるために、**教会は、国家に対する教会の要求に相応する行為を人民たる信者に要求することを放棄している**。そのため、こうした領域では、たしかに、国家の見解は原理的には失当とされるが、しかし、――人民の服従義務を維持することにより――事実的にも規範的にも容認されることになる。

それでは、国家に対する服従が許され、また、これが義務とされる限界はどこにあるのであろうか(8)。教会が国家の命令に宗教的拘束力をも認める条件は、**国家の命令と神の命令との一致ではなく、国家の命令と神の命令との両立可能性である**といえよう。国家的命令は、特定の宗教的要求と矛盾しない場合にのみ、人民を義務づける拘束力を有する。それゆえ、少なくとも、国家的命令の拘束性の推定は、教会の領域にとっても有用となる。人民が国家に対する服従を教会からも義務づけられる要件として、世俗的命令と宗教的命令の内容的な

一致が確定される必要はない。もしそのような積極的要件を認めると、国家服従義務（die Pflicht zum Staatsgehorsam）は、例えば、モーゼの十戒に刑法の強制力を与えるように、いわば国家が教会の職務を執行する場合に限られることになるが、まさに、そのように道徳律を補充する国家の法律の機能は、教会の立場からは、幻想的なものとされ、少なくとも保護されないといえよう。**神の命令と国家の命令が矛盾する場合にのみ、国家の命令は、宗教共同体にも属する国民に対して、教会の服従命令による庇護（den schützenden Arm des kirchlichen Gehorsamsbefehls）を失うことになる**のである。

回勅「ディウトゥルヌム・イルード」においては、次のように論じている。〔訳注37〕「人々が服従を拒否すべき唯一の理由となるのは、自然法または神法と明白に矛盾することが人々に要求される場合である。すなわち、およそ自然法または神の意志に反することは、これを命ずることも、これを実行することも、罪とされる。したがって、神の命令と為政者の命令のいずれに違反すべきかを決断する状況におかれた者は、イエス・キリストに従わなければならないのであり、キリストは、『カイザルのものはカイザルに返しなさい。そして、神のものは神に返しなさい』と命じられている。〔訳注38〕また、使徒行伝においても、人に従うより神に従わなければならないと教えている。〔訳注39〕」と述べているのである。また、このように服従拒否を命ずることにより、いわば不服従の権利を授け、したがって、原理的反逆者が是認する考えと基本的に同様になるという憶測に対して、この回勅は明らかに異議を唱えている。すなわち、「また、これにより、服従に背いたとはいえない。なぜなら、支配者の意志が神の意志または神法と衝突する場合には、支配者は権限の範囲を逸脱し、正義に反しているからである。その場合には、支配者の権威は認められない。正義のないところには、権威それ自体もありえない」と、教皇は述べている。〔訳注40〕したがって、教会の見解によれば、教義違反の命令に対して服従を拒否した者は、価値の低い義務に対して価値の高い義務に優位性が認められる義務の衝突（eine Pflichtenkollision, in der man der einen höher gewerteten Pflicht gegenüber einer

minderwertigen Pflicht den Vorrang gibt）の下で行為したのではなく、偽りの義務（die Pseudopflicht）に反して真の義務（die wahre Pflicht）に従う決断をしたものとされる。教会の見解によれば、まさに自然法が規制原理（das regulative Prinzip）とされ、実定法はこの規制原理に即して解されなければならず、また、実定法がそもそも法の性格（Rechtscharakter）を有するためには、この規制原理と調和しなければならないとされるのである。

義務に基づく服従拒否（pflichtmäßige Gehorsamsverweigerung）の領域については、別の箇所でやや異なった表現で再論されている。ここでは、教皇は、「世俗法が教会に対して不正をなす場合、つまり、世俗法が信仰生活上の義務に反する場合、または、教皇が化身として示すイエス・キリストの権威を侵害する場合」には、国家秩序の包括的受容または国家秩序への包括的委任から世俗法を除外するものとしている。そして、「その場合には、抵抗は義務であり、服従は罪とされ、また、信仰に対する罪は国家の不利益にもなるため、そこから不利益が国家自身に生ずる」と述べている（Enzyklika „Sapientiae christianae“ vom 10. Jänner 1890, Ziffer 13）[訳注41]。このような不服従の権利（das Recht auf Ungehorsam）または不服従の義務（die Pflicht zum Ungehorsam）の理解において注目に値するのは、国家の理念に基づいて正当化されている点であり、この点でも、国家は本質的に罪と対立するものとされ、したがって、神の威光を授かるものとされているのである。しかし、国家の命令に対する不服従が許容され、また、義務に基づく場合でも、国民の不服従は最後の手段（ultima ratio）とされることから、世俗的権威に非道徳的命令を放棄させるためには、他の可能な法的措置、特にいわゆる法律上の手段（Rechtsmittel）を用いなければならず、また、国家の命令に対する明白な反抗が許されるためには、そのような手段を極限まで利用し尽くさなければならないといえよう。例えば、警察命令などの行政命令に対抗するための法的措置が、合法的な法定的抵抗権の一種（eine Art legalisierten, kodifizierten Widerstandsrechtes）とされることをも考慮すると、国家服従義務を原則としながらも、**合法的抵抗**

（der legale Widerstand）に**成果がない**ことが判明した場合にはじめて、いわば**非合法的抵抗**（der anarchische Widerstand）が**許容**されるものと解される。例えば、いわゆる公序良俗に反する契約（unsittlicher Vertrag）の不履行は、宗教的立場からは、二つの条件の下で許容されるにすぎない。すなわち、当該契約が契約当事者に対して道徳に反する作為または不作為を要求するという意味で公序良俗に反し（契約当事者に耐え難い重責を負わせるだけでは、そのようにはいえない）、かつ、公序良俗に反する契約責任を免れるために、実定法上の手段をすべて利用した場合でなければならない。

しかし、国家の命令に対する信者の服従義務は、宗教上の理由以外にも、国家秩序における事由に基づいて後退することもある。この点は、自明なことを確認しているようにも思われるが、抵抗権（Widerstandsrecht）および緊急権（Notrecht）という事象との関係で、より詳細な検討を要する。神により委託された世俗的権威に対する服従を極限まで要求する規範体系においては、人民は自己に向けられた宗教的命令にやむをえず違反することになるが、その場合に、この命令に対して消極的抵抗ないし積極的抵抗が許容されるものと解したり、または、緊急権を援用してこの命令の違背が許されると解することは、背理であるといえよう。

キリスト教的宗教秩序における**抵抗権**に関する態度を認識するためには、**実定法上の抵抗権**（positivrechtliches Widerstandsrecht）と**自然法上の抵抗権**（naturrechtliches Widerstandsrecht）を区別しなければならない。上述したように、超実定的な自然法が抵抗権として承認されるのは、極限の場合に限られる。換言すれば、宗教秩序は、宗教秩序の基盤が脅かされないかぎり、構成員一般に対して、国家秩序に基づく人民の義務を履行するよう指示する。それゆえ、**自然法上の抵抗権は、いわば例外事象**であり、限られた範囲で認められるにすぎない。これに対して、国法に**内在する抵抗権**は、国法全体とともに、宗教秩序によって委任または受容されたものであり、したがって、国家的命令に対する服従義務の原則の例外（ein Ausnahme von der Regel der

Gehorsamspflicht gegenüber dem staatlichen Gebot）ではなく、国家的命令自体における内在的な突破口としての例外（eine Ausnahme, eine immanente Durchbrechung des staatlichen Gebotes selbst）である。この点は、特に、抵抗権を国家の法的保護制度の体系内に組み入れ、この体系の枠内で、抵抗権を人民による許された自救行為（Selbsthilfe）の限界事例として認識する場合に、明らかとなる。例えば、訴訟の提起や抗告の申立てなどのような、法秩序における典型的な法律上の手段を国家または国家機関に対して用いることは、宗教共同体の立場からも人民に許されなければならず、また、技術的に不完全な法秩序においては、当時の状況に特徴的にみられるように、違法と推定される国家的要求または現実に違法な国家的要求に対して対抗行為（Abwehrhandlungen）を行うことも、人民に許されなければならないのであり、例えば、国家の名において権限のある機関が行為したか否か、当該機関が適法に行為したか否かという点について、人民が審査権を行使すること、また、この審査の結果に応じて服従を拒否し、消極的抵抗（passiver Widerstand）を行うことや、――事情により、常に当該国法秩序の枠内にとどまるかぎりで――積極的抵抗（aktiver Widerstand）を行うことが許されなければならない。また、そのような国法秩序により承認される真の権威のみが、教会により委託された権威とみなされるのである。その場合、人民は、そもそも国家に対して抵抗するのではなく、国家の権威を装って行為する人間に対して抵抗するにすぎない。そのように宗教秩序の立場から国家に委ねられた抵抗の許容性は、さらに別の考慮からも確証される。法秩序が、国家行為の適法性、より正確には、国家的権威を標榜して行われる人間の行為の適法性に関する審査を、人民――中世ドイツにおいては等族――にではなく、分業的に機能する機関に委ねて、国家行為の無効宣告や責任機関（国家元首をも含む）の解任を判決の形式で行うことを認める場合にも、宗教的立場からみて許容性に疑いのある手続でも、不服従とは解されないといえよう。また、歴史上みられる一定の国民による抵抗権は、たいてい、特権を有する人民（等族）によるものであり、事情は同様であ

る。そこでは、統制手続は、未だ分業的に組織化されておらず、自救行為のように人民に委ねられているのである。これに対し、実定法に明確な根拠をもつにすぎず、宗教的立場から疑問とされて、自然法に反した不服従（naturrechtswidriger Ungehorsam）と解される場合には、いわゆる抵抗権そのものとはされない。少なくとも、実定法で認められた抵抗権の手段のすべてが許容されるのか否か、また、事情により、そもそも抵抗権の行使が許容されるのか否かが問題とされよう。また、たしかに、法秩序の内在的考察（eine immanente Betrachtung）に関しては、「自身の権利を用いる者は、誰も害しない」（qui jure suo utitur, neminem laedit）という格律が妥当しうる。しかし、超越的考察（eine transzendente Betrachtung）に関しては、この格律は決して妥当しない。そこでは、人民は、宗教的命令に従って、国家の法的義務をほぼ極限まで履行しなければならないとされる。人民は、例えば、所有権、債権者の権利、雇用者の権利や、特に、人民の権利（抵抗権は特殊な人民の権利である）などのような単なる権利を、宗教秩序の規準に従って行使することが許されるにすぎない。むろん、これを行使しないときは、国家的義務に違反しないことになるからである。したがって、宗教秩序に基づいて決定されるのは、抵抗権それ自体ではなく、その行使の態様であると解され、神学にもみられる一定の暴君殺害（Tyrannenmord）による君主擁立を国家権力に対する抵抗の許容形態とする説は、宗教的立場からは謬説とされなければならないといえよう。

国家的命令の拘束力の例外とされる「**緊急権**」の役割は、「抵抗権」の役割とは若干異なっている。まず、国法に内在する緊急権（ein dem staatlichen Recht immanentes Notrecht）と国法を超越する緊急権（ein dem staatlichen Recht transzendentes Notrecht）を区別しなければならない(9)。前者は実定法の構成要素であり、後者は自然法の構成要素である。実定法の構成要素としての緊急権は、原則的秩序に対する体系内の例外（systemzugehörige Ausnahmen von der regelmäßigen Ordnung）である。例えば、緊急立法（Notgesetzgebung）は、憲法が予定する立法方法であり、憲法上の要件の下で通常

（normal）の立法方法に代えて行うことができる。また、緊急避難（Notstand）は、作為または不作為について通常なら（normalerweis）認められる違法性を法規範に基づいて否認する事由である。それゆえ、この意味における緊急権は、不法行為（Unrecht）ではなく、法秩序による原則に対する例外（Ausnahme von der rechtsordnungsmäßigen Regel）にすぎず、異常な事情に基づいて正当化される例外である。宗教秩序の立場からは、こうした緊急権は、通常法（Normalrecht）と同様に正当化され、その理由は、通常法と同様に、実定法に属すことに求められる。もっとも、原則法（Regelrecht）と同様に、実定的な例外法（Ausnahmsrecht）としての緊急権も、より高次の宗教的な対立規範に対して後退する。むろん、こうした実定法において、実定法に認められる宗教的拘束力が変化するのは、規範の適用範囲によるのではなく、もっぱら規範の内容によるのである。

また、「緊急権」の下では、実定法に内在する規範ではなく、実定法を超越し、実定法規範を偶発的に破る規範（eine dem positiven Recht transzendente und die Norm des positiven Rechtes gelegentlich durchbrechende Norm）も理解される。例えば、国家機関や人民は、事情により、憲法上予定されていない要件または形式で国家の憲法を改正するとしても、正当化されるものと考えよう。また、機関は、緊急権として、法律上認められていない警察権限を要求する。このような憲法を変更する緊急権または憲法に反する緊急権は、これにより侵害される法秩序の外に根源を有しており、それゆえ、実定法より上位にある規範的秩序に基づいてのみ正当化される。しかし、宗教秩序においては、国家の原則法を遵守すると不可避的に宗教的義務に違反する場合に限り、そのような緊急権が認められる。つまり、宗教秩序の立場からは、人民が服従義務の違反について実定法を超越する緊急権を援用しうるのは、不可避的な宗教的自然法と合致する場合に限られる。緊急権は、国家に対する不服従について、それ以上に新たな正当化を認めるわけではないのである。

抵抗権および緊急権は、基本的に、硬直的な国法規範に対する適法な違反と

いう同一の理念を表す二つの類型であり、世俗的な革命的イデオロギーに由来し、神学の文献では、一時、特に、国家と教会が激しく対立していた時代に、宗教的自然法として承認され、正当化されていた。特に、緊急権は、硬直的な制定法に対する**リベラル**な対抗権（liberales Gegenrecht）として、文献上注目されてきたといえよう。むろん、このような資料によると、**人民緊急権**（Notrecht des Volkes / Volksnotrecht）がまず認められていたにすぎず、これにより、国家の支配は人民が耐えうるよう行うべきものとされていた。その後、保守的な国家的イデオロギーによって、こうしたリベラルな根拠に基づく緊急権に対して、――支配者の緊急権（Notrecht der Herrschenden）を意味していた――**国家緊急権**（Notrecht des Staates / Staatsnotrecht）が対置され、これにより、革命により生じた国家行為の障害に対して、「国家的必要性」（Staatsnotwendigkeiten）、つまり、現実的には支配層の政治的要求を貫徹しようとした。そしてさらに、立憲国家の法理においては、このような国家形象の妥協的性質、つまり、専制的・権威主義的要素と自由主義的要素、また時に民主主義的要素との混合とまさに対応して、**国家緊急権と人民緊急権が対等に承認**され、したがって、少なくとも主観的な感覚として調和のとれた、保守的な自然法と自由主義的・民主主義的な自然法との妥協がみられるようになった。そこでは、**人民緊急権**は、実定法秩序における専制的な構成要素を自然法により補整するものとされ、**国家緊急権**は、法秩序における自由主義的または民主主義的な構成要素を補整するものと考えられるのである。

教会は、国家秩序と規範服従者の関係に関する近代の一般的声明において、抵抗権や緊急権が革命的なものでも保守的なものでも、世俗的自然法については言及していない。教会は、ひたすら永遠の使命に基づいて厳格に、――規範服従者が**人民**であろうと**機関**であろうと――**規範服従者に対する国家規範の不可侵性**（die Unverbrüchlichkeit der staatlichen Norm gegenüber den Norm-unterworfenen）を認めている。ただし、このような国家秩序の妥当要求に対する**無条件の承認**は、教会の根本的要求に矛盾しない領域に限られており、教

会には、こうした制限を超える国家の妥当要求に対して、**絶対的に拒否する道徳的な力**（die moralische Kraft des absoluten Vetos）や、**規範的な最低存立条件**（normatives Existenzminimum）に適合しない国家に対して、**信者に不服従をアピールする力**（die Kraft zum Ungehorsamsappell an die Gläubigen）が認められる。教皇レオ十三世は、1878年９月28日の回勅「クォド・アポストリチ」（Quod Apostolici）[訳注42]において、このような国家に対する絶対的服従と絶対的不服従の領域を明確に区別し、次のように対置している。すなわち、「時折、支配者が公権力を軽々しく過度に行使することがあるが、カトリック教会の教義においては、独断でこうした支配者に対して反抗して、安寧秩序を乱したり、社会に著しく損害を与えたりすることは許されない。また、他に救済の見込みがないと思われるときは、カトリック教会の教義では、キリストの教えに従って忍耐し、心から神に祈りを捧げて、その功績により救いを促すよう教えている。しかし、立法者や支配者の法令が神法または自然法に矛盾することを規定したり命令したりする場合には、キリストの御名による義務と尊厳、そして、『人に従うより、神に従うべきです』という使徒の箴言[訳注43]を忘れてはならない（Si tamen quandoque contingat temere et ultra modum publicam a Principibus potestatem exerceri, catholicae Ecclesiae doctrina in eos insurgere proprio marte non sinit, ne ordinis tranquillitas magis magisque turbetur, neve societas maius exinde detrimentum capiat. Cumque res eo devenerit, ut nulla alia spes salutis affulgeat, docet christianae patientiae meritis, et instantibus ad Deum precibus remedium esse maturandum. —— Quod si legislatorum ac principum placita aliquid sanciverint aut iusserint, quod divinae aut naturali legi repugnet, christiani nominis dignitas et officium atque Apostolica sententia suadent obediendum esse magis Deo quam hominibus.）」と述べているのである（Nr. Ⅶ, C. I. C. F., Vol. Ⅲ, B. 128/9）[訳注44]。

ここで、抵抗権や緊急権の文献全体に突きつけられるのは、「キリストの教えに従って忍耐し、心から神に祈りを捧げて、その功績により救いを促す

（christianae patientiae meritis, et instantibus ad Deum precibus remedium esse maturandum）」という言葉である。しかも、それは、耐え難い絶望的な状態となった政治状況を前提としている（こうした前提は、信者が国家的支配の決定に参与する場合にはおそらく認められず、信者が国家的支配における意志なき客体（willenlose Objekte）となる場合に限られよう）。たとえこうした状態になったとしても、信者は、合法的な圧制者に対して反抗するのではなく、もっぱら**「キリストの教えに従って忍耐し」、ひたすら神に祈りを捧げる**ことにより、これを克服しようとしなければならないとしている。また、ここでは、国家に対する抵抗権や緊急権の**能動性**に対し、**宗教的領域**における**能動性**および**国家的領域**における**受動性**の要求が対置されている。キリスト教の立場からは、抵抗権や緊急権は、実定法化されて国法領域に内在する場合にのみ承認され正当化されるが、国法領域を超越する場合には非難される。こうした原則については、国家的命令が神法または自然法に反する行為を要求する場合に、唯一の例外が認められる。しかし、支配者が「軽々しく過度に」（temere et ultra modum）支配権を行使したとしても、また、支配が強まり状況がまさに絶望的になり、したがって、現世の最大の苦悩が要求されたとしても、まだこうした限界に達したとはいえず、信者の魂の救いを脅かすような作為または不作為が要求されてはじめて、この限界に達するものとされるのである。

したがって、革命および――その変種（Spielart）としての――クーデターは、カトリックの立場からは、自然法に基づく抵抗権または緊急権により正当化されず、世俗的権威に反抗する服従拒否の極致として、宗教規範とも相容れず対立することになる。テル（Tell）〔訳注45〕やエグモント（Egmont）〔訳注46〕は、カトリシズムにおいては英雄とはされない。彼らには、了解ではなく、キリストの教えに基づく許しが認められるにすぎない。抑圧された人民が自由を切望したとしても、また、民族的、宗教的または社会的な少数者として迫害されたとしても、暴力に訴えることは許されない。彼らには、純正な権利のみが、唯一の正当な武器とされる。カトリックの立場においては、このような認識に基づく教

義により、国家の変革のたびに法的継続性を保つための努力が不可欠とされるのである。

4　服従規範の問題性

一方で、カトリックの宗教的立場には、国家の諸要求に対して教会が従順な姿勢を示している点で驚嘆するが、他方、キリスト教徒に国家秩序に対する服従を厳格に要求すると、革命またはクーデターの形態による服従違反はもちろんのこと、あらゆる服従違反が禁じられることになる。カトリック道徳における国民の国家服従義務は、無類の過酷な厳格主義（ein einzig dastehender unerbittlicher Rigorismus）によるからである。これに対しては、次の点を看過することはできない。すなわち、許容される不服従の領域が狭く限定され、作為または不作為により国民が神の命令に反して罪を犯すことになる場合に限られており、また、国家史によくみられるように、過剰な権力が国家的権威の現れとして行使され、法的な外観を装うことから、人民は際限なき過剰な権力に抵抗するすべもなく身を委ねることになる。私人による同種の過剰な権力に対しては、対抗行為が信者に純正な権利とされるとしても、――神の権威に基づく受任者としての――国家に対しては禁じられるのであり、抵抗できないことになる。ソクラテス（Sokrates）は、毒杯をあおぐよう道徳的に義務づけられていた[訳注47]。また、魔女は、義務に従って火刑場の薪の山に登っていったのである。

こうした厳格主義は、次の事実によりその極致に達する。すなわち、教会が否認する行為であっても、信徒が服従を拒否してこれを否認することは許されず、また、**国家の専断による被害者が自ら罪を犯さずに忍耐する場合にも、国家機関の罪深い行為を尊重しなければならない**ことになる[(10)]。しかも、こうした厳格主義は、いかなる事情があろうと不正を行うこと（Unrechttun）を禁じ、不正を忍ぶこと（Unrechtleiden）を称揚する道徳観から導かれる必然的帰結なのである。

しかしながら、カトリシズムを志向する文献や社会的実践においては、こうしたきわめて厳格な態度が必ずしも堅持されているわけではないのであり、それは何ら不思議なことではない。国家の実情として、例えば、政敵に対して寛容になると、民主主義が損われるのと同様に、既存の国家秩序に忠実になると、カトリックの利益（das katholische Interesse）が損われることになる。なぜなら、カトリック教徒の政治家は、その道徳により、既存状態を非合法に変更するチャンスを放棄するよう義務づけられるが、道徳的に抑制されない政敵は、こうしたチャンスを自己の利益のために利用するであろうからである。もっとも、当該状況でカトリックの教えに反する手段（unkatholische Mittel）を用いることに関しては、例えば、民主主義を危険にさらすファシズムやナショナリズムなどに対抗するために非民主主義的手段も許されると解する、似非民主主義者（Pseudodemokraten）の多くが当該状況でとる方策に比べて、はるかに予断が介在するといえよう。たしかに、カトリック重視の国家政権に対する服従義務は、より強く重視され、それゆえ、こうした政権に対抗する革命的反乱は、不信仰者ないし異端者の国家政権に対抗する革命よりも、より強く否認されるが、これは心理的に理解されよう。また、国家政権をカトリックの立場に有利に形成するクーデターは、逆の効果を生ずるクーデターよりも寛大に評価されるが、それは人間の本性に根ざしている。それは、**超人的に崇高な自制的規準を運用する際にみられる、無理からぬ人間の弱さ**（begreifliche menschliche Schwächen）であるといえよう。他方、時としてみられるような、服従規範それ自体を都合よく修正して（ad usum Delphini）解釈する試みには、はるかに疑念が生じよう。率直にいうと、例えば、特に不信仰者にとって、服従義務は、カトリック重視の政権による政治的支配を保障するものとされるが、非カトリックの国家政権に対立する信者にとっては、そうではないというように、解釈を修正する試みである。そのような解釈やこれに類する解釈は、服従規範を歪曲することになろう。なぜなら、国家的権威の担い手が「神の恩寵」（Gottes Gnaden）による支配者とされるのは、カトリックの国民に

多少なりとも親和的な態度を示すからではなく、そもそもその地位によるのであり、こうした国家的権威の代表者に対する中立性が、当該規範の最も特徴的なメルクマールとされるからである。

また、革命やクーデターが失敗した場合については、神により任命または許容された国家的権威に対する反抗として評価するが、革命やクーデターが成功した場合については、全般的にあるいは少なくとも利益状況に応じて理解を示す解釈も、服従規範を正当に評価するものとはいえない。もっとも、正統性は国家秩序の拘束性の条件とはされないというカトリックの見解からは、まさに、こうした区別が容易に想起されるようにも思われる。革命の成功は新体制の始まりであり、それは、革命家が排斥した体制と同様に、神の意志によるものと評価されるからである。このように革命やクーデターを結果によって肯認したり否認したりする解釈は、――罪の所産を是認しなければならない――必要に迫られて、禍を転じて福となす（aus der Not eine Tugend machen）、すなわち、新体制を導いた革命やクーデターそれ自体をその結果を理由として、つまり、精神的な創造主には功績とされない理由により是認することになり、他方で、革命やクーデターの失敗それ自体は罪とみなされないことになる。このように革命やクーデターに関する評価をその結果に応じて区別する考えは、カトリックの歴史考証においてもみられるが、しかし、それは道徳論的（moraltheoretisch）に支持されない。行為については、それが行われた時点で道徳的か否か（moralisch oder unmoralisch）が判断されなければならない。このように将来的な結果に応じてその評価を区別すると、個人は、いかなる行為をすべきか、また、いかなる行為が許されるかを、現場において認識できないことになる。**行為を結果に依拠させる**と、あまりにも**道徳を相対化させる**ことになるのである。

このようにみると、革命やクーデターの評価に関しては、教皇の回勅における厳格主義に太刀打ちできるものは認められず、それ以外の評価はカトリックの教えに即したものとはいえない。特に、ある国家または民族の特異な利益状

況に基づいて、教皇の革命理論と肩を並べて主張しうるような、国家主義的または民族主義的な革命理論を形成することはできない。まさに、**カトリックの厳格な階級的組織体系においては、二重の道徳的真実は認められない**（die streng hierarchische katholische Ordnung schließt eine doppelte moralische Wahrheit aus）。カトリックの立場からは、約二千年の伝統に基づく道徳的テーゼを、時間的・場所的に制約された必要性のために犠牲にしないようにしなければならない。一度でも、革命規範（Revolutionsnorm）が権限のある注釈者の意のままに柔軟に解されると、革命規範は、もはや由緒ある伝統的権威によって歴史的事象の道徳的規準とはされず、また、いずれの革命家にも行為規範として提示されず、さらに、永劫の罰を下す認識根拠（Erkenntnisgrund eines Verdammungsurteiles）として援用されないことになる。

しかし、カトリシズムにおける革命規範については、一定の**問題性**を看過することはできない。その問題性は、超越的立場に起因するのではなく、カトリックの規範体系の完結性（die Geschlossenheit des katholischen Normsystems）によるものといえよう。まず、上述のような革命規範では、為政者として振る舞う権力者の要求をなお尊重すべきか否かが、事情によって不明確となる。周知のように、カトリックの考えによると、人民は従来の権力者に対して服従義務を負い、革命派に対する反抗が許され、また、反抗しなければならない。しかし、カトリシズムにおいては、国家的権威の根拠、したがって服従義務の根拠として系統的正統性が不要とされるため、革命が目的を達して新たな国家体制が成立すると、信者は革命による権力者に対して服従義務を負うことになる。すなわち、服従すべき権威が、革命またはクーデターの成功により変更することになる。新たな権威に対する服従の要件として、当該権威が国際法上承認されることは必要とされない。それゆえ、服従の要件について、さらに、新体制に対して道徳的義務を負うとみなされるのは承認手続のどの段階か、特に、一定の国家による承認がその必要十分条件とされるのか、という問題は未定のままとすることができよう[(11)]。むしろ、カトリック国家道徳は、国家

承認に関して、不文のためやや不明確ではあるが、独自の法を有していると認められよう。いずれにしても、革命派の支配権が安定したときは、既に義務づけられることになる。しかも、いわば「従前の権威による命令の拘束性の推定」（eine Vermutung für die Verbindlichkeit der Befehle der überkommenen Autorität）が認められ、そのように推定するとしても、事実上、一定の時間的・空間的な段階において、信者は従前の権威の命令と革命による権威の命令のいずれに服従すべきかという点があくまで問題となりうる。すなわち、カトリックの革命規範においては、信者は、一定の時点までは、従前の政権に服従して革命に対抗しなければならないのに対し、一定の時点からは、もはや法的権威となった革命派に服従し、これまで革命反対運動の代表者であった従前の支配者に対して服従を拒否しなければならない。このように命令権者が変遷することから、カトリシズムの政治的代表者が革命運動の間はしばしば決断を控えて傍観し、政治的状況の全容が再び明らかになってはじめて旗幟を鮮明にして、しかも、通例あくまで義務に従って勝者に与することも、理解されよう。理念的には敵対者の一方のみが命令権を有するが、少なくとも一定の流動的状態の間は、信者がいずれの側についたとしても、また、信者が内政闘争の現場の両前線に立ったとしても、罪として帰責されない。上述の場合には、従前の権力者がなお権限のある国家的権威とされるのか、それとも、革命による権力者が既にそのようにみなされるのかを識別することは困難であり、まさにこの点に問題がある。例えば、ドイツ国においては、1918年の11月革命の後、一定の正統主義派は、ホーエンツォレルン家の君主をさらに存続させるべきものと考えていたのに対し、カトリック中央党は、既に人民委員と協議していた。オーストリアにおいては、当時、キリスト教社会党が既に社会民主党とともに共和制連立政府を形成していたのに対し、正統主義の支持者はカール皇帝をなお至上の君主として扱っていたのである。

革命を道徳的に禁じながらも、服従義務の要件として正統性を不要とする場合には、革命という不道徳な起源による権威に対して国民は服従義務を負うこ

とになるが、こうした事実から、国民の服従に関する規範について、さらに問題が生ずる。単なる権力により法を創設することは、他の場合には正当にも断固として否認されるのであり、この点は、このように国民の服従義務を確定する場合にも、同様に問題となる。信者は義務に従って革命派と闘った後、権力を掌握して勝利した革命派に対して降服しなければならないが、これは、革命派の勝利という事実が規範的な力をもつことを意味している。新政権は、革命に由来する罪を背負い、旧政権より内容的に不正とされ、したがって、道徳的な観点からは少なくとも退化（Rückschritt）を意味するともいえようが、しかし、従前の体制を暴力により回復する試みは禁じられ、そこでは、義務を課すのである。カトリックの国家観によると、単なる権力が法を創設し、しかも、道徳的な素性を顧慮せず、宗教的に拘束する権威とされることになるが、その第二の場合として、次の点が問題となる。すなわち、これによると、戦争により国家的権威を根絶させることが、まさに無制限に承認されることになる。戦争のモラルを向上させたのは、カトリック倫理学の功績であり、これにより、正戦（gerechter Krieg）の条件が著しく引き上げられた。[12]〔訳注48〕しかし、戦勝国、特に、戦争により成立した国家の支配権は、勝者が正戦（bellum justum）を行い、敗者が不正戦（bellum injustum）を行ったことに依拠するわけではない。また、不正戦の勝者や、不正戦により成立した国家は、その命令の拘束性が否定されるという形で否認されるわけではない。たとえ、両者の交戦国が不正戦を行っていたとしても、また、教会の見解からみて、戦勝国が不正戦を行い、敗戦国が正戦を行っていたとしても、戦争の結果が承認されることになる。不道徳な侵略者でさえも、神の意志に基づく世俗的権威とされることになる。奇襲によって永遠の法（ewiges Recht）が創設され、受難者がその法を免れるすべは、罪とされるにすぎない。こうした表見的なパラドックスは、もっぱら次のように説明されよう。すなわち、強者の体制それ自体が、その由来を顧慮することなく、また、一定の程度までその内容を顧慮することもなく、キリスト教徒の世俗的な生活条件とされ、制約はあるが、神の意志によ

る有益なものとみられ、そのために、信者に服従も要求されるのである。このため、領土内における平和状態を最大限有効に保障する世俗的権力は、神の意志に基づく権威として正当化され、信者はこれに対して服従義務を負うものとされる。たしかに、権力者が手当たりしだい恣意的に下す強権的命令に、このような道徳的拘束性を認めることは、カトリックの法秩序の理念に合致するものではないが、しかし、世俗的失陥の現れとして甘受されることになる。

カトリシズムにおいては、宗教規範と国家規範の衝突（die Kollision zwischen religiöser und staatlicher Norm）の問題は、明示的な衝突規範（ausdrückliche Kollisionsnorm）または補充的な解釈（ergänzende Interpretation）により明白に解決される。これに対して、宗教規範と国際法規範の衝突（die Kollision von religiöser Norm und Völkerrechtsnorm）という類似の問題は、教会資料では比較的軽視されている。ましてや、国法と超国家的世俗法（überstaatlich - weltliches Recht）の関係については、教会資料の視野に入ることはほとんどない。超国家的な法的義務（überstaatliche Rechtspflichten）を介して宗教的道徳秩序と国法秩序の関係を理解する考えは、稀にしかみられない。通例、道徳的義務により制限されないかぎり、国家は主権国家として扱われる。例えば、「合意は遵守されるべきである」（pacta sunt servanda）という命題のように、道徳的に承認されるかぎりで、国際法上の義務（Völkerrechtspflichten）が生ずるものとされる。まさに、教会の保守的な国家政策の下では、国家に対する新たな要請は、長期にわたる賛否両論の評価の中で醸成されるにすぎない。しかし、19世紀および20世紀に、社会的分野における消極的態度について論断した教皇の回勅が発布されたように、将来、国家に対して超国家的または国際的な義務を課しまたはこれを警告する教会の声明が出されることも予測されよう[(13)]。こうした領域においては、国際的共同体に対する個別国家の道徳的義務が、国家に対する個人の義務に類似するか否か、あるいは、理念的にはあくまでキリスト教的であるが、個々の法的要求が権力的様相をあまりにも多く示す体制に対して、個別国家が国際法上の措置を超えて道徳的な抵抗

権をも有するものとされるのか否かは、現在なお未解決の問題なのである。

5　国家服従と国家学

国民の服従義務の範囲に関する認識は、国家学の対象や方法にも驚くべき影響を与える。カトリシズムが明らかに極限まで国法秩序に従うことから、カトリシズムが一定の公認の国家学に従属すると想定したり主張したりすることは、むろん、完全な誤りといえよう。その点で、序論では、カトリックの国家観における国民の服従の範囲と限界について洞察し、これにより、国家学および国法学の対象と方法に関する神学の通説的見解について再検討することを意図していたのである。また、いわゆる実証主義法学は、国内法の諸文献では支配的となっているが、過去数十年における神学の文献では、こうした傾向を断固として拒否してきた。このような態度は、一方で、根本的にカトリックの世界観に基づいているが、しかし、他方で、カトリックの国家観、特に、国民の義務の理解と思考上矛盾しており、それゆえ、その点で内在的な批判があり、支持しえない。

いわゆる**法実証主義**（Rechtspositivismus）に反対する論者[(14)]は、この名称に相当する概念には二つのものがあり、これらを厳格に区別すべきことを看過している。一方の意味での法実証主義は、価値論的性質（axiologische Natur）のものである。すなわち、それは、国家を最高価値として、いわば国家の道徳的アウタルキー（eine moralische Autarkie des Staates）を主張するものであり、それゆえ、法形式に措定された国家意思を規制原理としての自然法に基づいて評価することを否認する。この種の実証主義の主張者は、一般に、国家秩序を道徳秩序に従属させることを否認し、または、国家に特有の国家道徳として、そもそも自律的な国家道徳（eine autonome staatliche Moral）を要求する。この種の実証主義は、国家に最高価値として最高権威を認めるラディカルな政治的普遍主義の現れ（Ausfluß eines radikalen politischen Universalismus）である。このような世界観に基づく法実証主義（weltanschauungsmäßi-

ger Rechtspositivismus）は、とりわけ、ヘーゲル（Hegel）、シュタール（Stahl）およびトライチュケ（Treitschke）を精神的創始者とし、これらの思考に基づくものであるが、法実証主義の主要論者とされるベルクボーム（Bergbohm）の思考によるものではないことは、明らかであろう。

もう一つの法実証主義は、一定の**法の認識方法**（Erkenntnismethode des Rechtes）にほかならないといえよう。とりわけ、ハンス・ケルゼン（Hans Kelsen）により主張された実証主義法学は、経験的に認められる規範的素材の中で、特に個別国家だけでなく国際法秩序をも含めた、一定の規範定立権威の妥当要求を分別し、この個別的特性を認識することを課題としている。この意味の法実証主義においては、認識の純粋性を実定法に応用することが認識批判の任務（die erkenntniskritische Aufgabe）とされる。もっとも、実証主義者が制定法規範のみを具体的法秩序の認識対象とするとみることは、場合によって、こうした実証主義者を誤解するものとなる。この種の実証主義の任務は、事情により異なった根拠から派生するが、唯一の有効な権威に帰属される規範の全体を一つの体系として捉え、かつ、そのように把握された規範の宝庫（Normenschatze）から、他の根源に基づく主観的要求および客観的妥当要求のすべてを厳格に排除することにある。したがってまた、このような法実証主義は、およそ自然法を拒否するものとされるが、しかし、それは、自然法の価値や、「実定法」の規制原理（regulatives Prinzip des „positiven Rechtes“）となりうる自然法の機能を否認するという趣旨ではなく、自然法規範と実定法規範を一つの「体系」の中に混在させることは許されないという趣旨にすぎないのである。そもそも、一定の権威の妥当要求を認識しようとする者は、これを他の権威の主観的要望や客観的要求と混同して不透明にしてはならないのである。こうした法学的方法の成果として、オーストリア法、ドイツ法、フランス法またはイギリス法により様々な行為が要求されている。しかし、この種の実証主義の考えによると、そのような判断は、当該行為が任意の他の規準、特に、宗教的・道徳的規準からみて正当または有益とされることを意味するわけ

ではない。この種の実証主義においては、より高次の規制原理について思考する可能性（die Denkmöglichkeit eines höheren regulativen Prinzipes）は、制限されない。むろん、個人主義者や、国家以外の権威を価値序列の頂点（der Gipfel der Werthierarchie）とみる普遍主義者もすべて、こうした立場をとることが可能といえよう。(15)

世界観としての法実証主義（der Rechtspositivismus als Weltanschauung）は、明らかに、**カトリシズム**の教義とは**相容れない**。道徳と国家の制定法の双方に絶対的拘束性を認めることはできない。歴史の過程では、ある権威の命令や行為は、道徳に適合することもあるが、道徳に著しく反することも少なくとも同様にあり、こうした権威に対して、教会が自ら無条件に服従したり、信徒を無条件に服従させたりすることはできない。教会が国家の作為または不作為に対する批判の自由を放棄するときは、教会は自らをも放棄することになる。

これに対して、**法の認識方法としての法実証主義**（der Rechtspositivismus als Erkenntnismethode des Rechtes）は、**カトリシズムと調和する**。なぜなら、そこでは、国家の命令定立を絶対的拘束性を有する最高価値の人間行為とみることを、あくまで忌避しているからであり、また、カトリシズムにおける国民の義務に関する考えは、まさに、このような実証主義的方法を前提としているからである。**カトリックの国家観によると、そもそも一定の範囲で、国法が宗教的にも拘束するものとされるが、その場合には、内容は様々であるが共通の根源の下に統一的に捉えられる、行動規準の総体としての国法を純粋に示すことが、必須の認識課題（eine unter allen Umständen zu leistende Erkenntnisaufgabe）とされる**のである。国法秩序の妥当要求が明確にされてはじめて、道徳的に異議のない規範（die moralisch einwandfreie Norm）と道徳に反する規範（die amoralische Norm）とが区別され、また、特に、道徳に反する命令に対し、不正を忍ぶよう求める要求としてこれに服従すべきなのか、それとも、不正な行為の要求としてこれに抵抗すべきなのか、という問題にも答えることができる。「道徳的に誤っていることは、法的に正しいとはいえな

い」とよくいわれ、そこでは、たしかに、認識方法としての法実証主義が否認されるように思われるが、しかし、これは誤った思考（ein Fehlgedanke）であり、これを演繹すると、国民の服従に関するカトリックのテーゼをも否定することになる。法実証主義に基づく論理的判断においては、認識された当該国家規範の絶対的拘束性を主張するわけではなく、一定の内容の行動規準が一定の規範体系に帰属すること（die Zugehörigkeit der Verhaltensregel eines bestimmten Inhaltes zu einem bestimmten Normensystem）を主張するにすぎない。法実証主義における法の認識とは、一定の行動規準の体系的帰属性の認識（die Erkenntnis der Systemzugehörigkeit einer bestimmten Verhaltensregel）にほかならない。認識方法としての法実証主義は価値中立的であり、そこでは、妥当性（および規範の体系的帰属性）の判断によって、当該規範体系における規範違反の行為から不法効果（とりわけ、刑罰や強制執行）が生ずることを認めるにすぎず、規範の名宛人が認識された行動規準に従って行為すべきこと、あるいは、そうした行動規準に対する服従を拒否して予告された不法効果を甘受することが、道徳的に正しい行為とされないのかを確認するわけではないのである。

世俗的な現世の秩序と形而上的な神の秩序との二元論に鑑みると、法学者が嗜好や任意の客観的規準に従って、自己の眼前にある世俗的な国家規範ではなく、宗教規範を認識課題としたり、また、少なくとも、法学者が国家秩序の妥当要求を宗教秩序に相応するよう修整したりすることは、異様な規範的混乱（eine groteske Normenkonfusion）とされることになろう。いずれの種類の実証主義をも否認する論者は、こうした曖昧な態度をきわめて不明確に想定しているが、そこでは、問題となる秩序はいずれも適切に理解されず、皮相の学問的帰結として、神法と世俗法の異様な混和（eine groteske Mischung von göttlichem und weltlichem Recht）を生ずることになる。

カトリック国家観によると、国家の行動規準が拘束力をもちうるとしても、それには制約があり、すなわち、当該規準が信者に道徳に反する一定の行為を

要求しないことを条件とするが、こうした条件を充たすか否かを検討するためには、行動規準の内容を明確にしなければならない。したがって、**カトリックの立場**からみると、まさに、**厳密な実証主義法学**（die streng positivistische Rechtswissenschaft）が**倫理学の補助科学**（eine Hilfswissenschaft der Ethik）とされよう。ここでは、この法学の認識に基づいて、いかなる範囲で国家の行動規準が宗教的にも義務づけるか、すなわち、いかなる範囲で実定法がより高次の意味でも法とされるかという認識課題を確定しなければならないのである。

むろん、行動規準の遵守が道徳的義務とされ、その援用が道徳的権利とされるためには、法実証主義によって認識された行動規準が、より高次の価値に照らして評価されなければならないのであり、そこでは、実効的な国家的権威による妥当要求の総体を法（Recht）といい、それらの妥当要求を評価する基準とされる規制原理を道徳（Moral）というのか、それとも、神学の文献の用語法に従って、法という名称を、一方で、人の行為に関する非実定的規準（die apositiven Richtlinien menschlichen Handelns）について用いつつ、他方で、この規準に従った国家の行動規準や国際法の行動規準についても用いるのかは、用語の問題にすぎないが、しかし、この点は多くの誤解を招いてきた[(16)]。また、後者の用語法においては、たしかに道徳的批判には耐えられないが、それでも、不正を忍ぶよう求めて服従義務を課す国家制度についていかに称すべきかは、むろんなお懸案とされよう。その例として、不道徳な起源から生ずる道徳的義務が挙げられるが、また、それは、カトリシズムにおいて極限まで国家を承認する証左ともされよう。

国家観と国家学的方法の本質的並行論（der naturgemäße Parallelismus von Staatsauffassung und staatswissenschaftlicher Methode）については、カトリック律法者が**非実証主義**または**反実証主義**を唱えていた初期キリスト教および中期キリスト教における**相対的国家懐疑論**（die relative Staatsskepsis）にも、その表れやそれに相当する思考がみられることからも、理解されよう。し

かし、国家および法の認識の領域において、近代キリスト教の**相対的国家主義**（der relative Etatismus）に適合するのは、**学問的方法**としての**実証主義**のみなのである。

注

（1） カトリシズムにおける国家道徳（die Staatsmoral des Katholizismus）の問題に関しては、とりわけ、*Ottmar Dittrich*, Die Systeme der Moral, Geschichte der Ethik von Altertum bis zur Gegenwart, 1923; *Emil Erich Hölscher*, Sittliche Rechtslehre, Der Versuch einer objektiven Erforschung des Rechts (2 Bde.), 1928; *J. J. Baumann*, Handbuch der Moral nebst Abriß der Rechtsphilosophie, 1879; *Heinrich Rommen*, Der Staat in der katholischen Gedankenwelt, 1935 参照。さらに、オットー・シリング（Otto Schilling）の次の二つのモノグラフィーをも参照されたい。*Otto Schilling*, Die Staats- und Soziallehre des hl. Augustinus, 1919 [2. Aufl. 1930]; *ders.*, Die Staatslehre des hl. Thomas von Aquin. プロテスタンティズムにおいて類似の立場を示すものとして、とりわけ、*H. von Mühler*, Grundlinien der Staats- und Rechtslehre nach evangelischen Prinzipien. また、近時の文献として、特に、*Hans Gerber*, Die Idee des Staates in der neueren theologischen Ethik, 1930; *Paul Althaus*, Staatsgedanke und Reich Gottes, 3. Aufl. 1926 [4. Aufl. 1931]; *Emil Brunner*, Der Staat als Problem der Kirche; *Josef Bohatec*, Calvin und das Recht, 1934.

（2） *Georg Jellinek*, Adam in der Staatslehre, in: Ausgewählte Schriften und Reden von Georg Jellinek, Bd. 2, Berlin 1911, S. 25 f. また、政治的自由のために果たした教会の役割に関しては、とりわけ、*Guido de Ruggiero*, Geschichte des Liberalismus in Europa, deutsche Übersetzung, München 1930 における「カトリック教会と自由」（Die katholische Kirche und die Freiheit）の章の中で評価されている。また、自由権の法典化のために果たした宗教一般の役割は、特に、次の文献から明らかになる。*Saltet*, L'origine religieuse de la déclaration des droits de l'homme, Paris 1903; *Paul F. M. Méaly*, Origines des idées politiques libérales en France, Les publicistes de la Réforme sous Francois II et Charles IX, Paris 1903.

（3） *Jellinek*, a. a. O., S. 26. また、国家は神に由来するかサタンに由来するかという問題に関しては、*Julius Kern*, Gottesgnadentum und Widerstandsrecht 参照。また、国家に対する教会の態度が「国家における個人の自由」（die persönliche Freiheit im Staate）の問題に与えた意義について、私は次の論文において評価

を行っている。*Adolf Julius Merkl*, Die individuelle Freiheit im autoritären und ständischen Staat, Juristische Blätter 65. Jg. (1936), S. 265-273〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 201-225 に収録されている〕。

（４）　教会資料については、優れた翻訳として、*Dr. Karl Lugmayer*, Die gesellschaftlichen Rundschreiben Leos XIII. があり、以下では、特段の指摘がないかぎり、そこから引用する。本書は、まさに、カトリック教徒の政治家および国民にとって不可欠の案内書といえよう。むろん、より詳細な研究を行うためには、教会法令集（Codex juris canonici）その他の公式資料をも検討する必要がある。

（５）　この点については、既に、私の論文 Das Problem der Rechtskontinuität und die Forderung des einheitlichen rechtlichen Weltbildes, Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. 5 (1926), S. 497 において論じている〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 385-422 に収録されている〕。

（６）　周知のように、このような中立的立場を最も明確に説明しているのは、1885年11月１日の回勅「インモルターレ・デイ」であり、そこでは次のように述べている。すなわち、「命令権は、それ自体として、必ずしも国家形態と結びつくものではない。国家社会は、公共の利益または公共の福祉を促進するのに適しているかぎり、自由にその形態を選択することができる」としている。また、既に、1881年６月29日の回勅「ディウトゥルヌム・イルード」においても、同様の立場が示されている。神学者が国家形態のいずれかを支持することが時にあり、それは、決して君主制だけでなく、中世の神学の文献が示すように、人民主権による共和制の支持も時々みられるが、それらは拘束力のない個人的見解（unverbindliche Privatmeinung）である。教会の見解によると、上記の引用部分に示されている国家形態の条件が充足されるか否かの判断は、人民や国家機関には委ねられない。また、既存の国家形態が公共にとって有害であると**確信**（Überzeugung）している場合、さらに、それが**事実**（Tatsache）とされる場合でも、国家権力に対する反抗は決して正当化されない。

（７）　カトリック教徒の著者ハインリヒ・ロメン（Heinrich Rommen）は、その功績として、社会の解体または破壊に関する絶対主義の責任について、次のように確認している。すなわち、「個人と国家の対立は、個人の良心と教会の対立を世俗的に表現したものであり、その対立は、一方で、全能の国家がすべての中間組織を――それゆえ、国家の介入に対して個人を保護する『ヴェール』（Hüllen）をも――吸収するとともに、教会を国教会として併合する場合に、はじめて

発生しうる」と論じている（*Heinrich Rommen*, Der Staat in der katholischen Gedankenwelt, 1935）。私自身は、絶対主義による社会の個別的破壊に関する事実について、次の論文において強調している。*Merkl*, Der staatsrechtliche Gehalt der Enzyklika “Quadragesimo anno”, Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. 14 (1934), S. 208〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 129-164 に収録されている〕。

（8） 政府に対する抵抗権に関する世俗的理論または神学的理論については、とりわけ、*Fritz Kern*, Gottesgnadentum und Widerstandsrecht, Leipzig 1914; *Kurt Wolzendorff*, Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt, Breslau 1916 参照。抵抗手段としての殺害に関する神学者の見解については、特に、Die Lehre vom Tyrannenmord in der christlichen Zeit, Festrede in der bayrischen Akademie der Wissenschaften von Max Lossen, München 1894 参照。国政からみた類似の理論に関しては、*Walter Platzhoff*, Die Theorie von der Mordbefugnis der Obrigkeit im 16. Jahrhundert, Berlin 1906 参照。

（9） *Adolf Julius Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 51 ff., S. 166 ff. 参照。

（10） 例えば、*Walter Platzhoff*, Theorie von der Mordbefugnis der Obrigkeit, Historische Studien, Bd. 54 や、*Albert Elkan*, Die erste Publizistik der Bartholomäusnacht, 1905 において論述されているように、高権による殺害（der obrigkeitliche Mord）を受忍すべきか否かという点については、問題となりうる。

（11） 私のみるかぎりでは、国際法における国家承認の問題やこれに関する豊富な文献については、神学の文献では注目されていない。

（12） 正戦（gerechter Krieg）に関するカトリックの見解を示す文献として、とりわけ、*Thomas von Aquin*, Summa; *Franciscus de Vitoria*, De jure belli; *Suarez*, De bello; *ders.*, De legibus がある。また、上記本文において引用した *Franziskus Maria Stratmann*, Weltkirche und Weltfriede, 1924 をも参照されたい。

（13） また、近い将来、教会は、人間が生存目的や人間の役割を誤解して現世の支配者として過度に利用または強制してきた、人間外の自然の生物（außermenschliche Geschöpfe der Natur）に対しても、人道的態度（Menschlichkeit）を求める警告を発することになろう。

（14） 例えば、*Viktor Cathrein, S. J.*, Recht, Naturrecht und positives Recht, Freiburg 1909.

（15） 私の論文 Individualismus und Universalismus als staatliche Baugesetze, Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, 8. Jg. (1934), S. 243-265 を参照され

たい〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 85-114 に収録されている〕。

(16)　また、この点については、ブダペスト大学教授 Julius Moór の次の重要論文をも参照されたい。*Julius Moór*, Das Problem des Naturrechts, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Bd. XXVIII (1934/35), S. 325 ff.

訳注

〔訳注１〕『新約聖書』における「ヨハネの福音書」第18章36。キリストのこの御言葉は、“My kingdom is not of this world.”と英訳される。また、この点の国法上の意義に関しては、*Adolf Julius Merkl*, Der staatsrechtliche Gehalt der Sozialenzykliken und die Möglichkeit ihrer Verwirklichung in der Gegenwart, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 645 ff., insbes. S. 646 参照。

〔訳注２〕 完全社会（societas perfecta）の意義については、例えば、前田光夫「近代諸教皇の回勅に現れたカトリック国家学説」『小林直樹先生還暦記念　現代国家と憲法の原理』（有斐閣、1983年）75頁参照。

〔訳注３〕 本書（*Franziskus Maria Stratmann*, Weltkirche und Weltfriede, 1924）の内容・評価に関しては、さらに、*Adolf Julius Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, Die ewige Auseinandersetzung von natürlichem und positivem Recht, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 513 ff., insbes. S. 551 f.; *ders.*, Kriegsdienstverweigerung und Friedensbewegung, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band 1, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 511 ff., insbes. S. 515 をも参照されたい。

〔訳注４〕『新約聖書』における「ローマ人への手紙」第13章１～５参照。

〔訳注５〕『新約聖書』における「ペテロの手紙　第１」第２章13～15 参照。

〔訳注６〕 誤謬表（謬説表）とは、教皇によって誤謬（謬説）と宣告された異端の説をまとめて収録した教書であり、1864年と1907年に公示されている。1864年の誤謬表は、教皇ピウス九世により公布されたものである。1864年12月８日に発布された教皇ピウス九世の回勅「クアンタ・クーラ」（Quanta cura）およびこれに添付された誤謬表のラテン語原文およびその独訳については、*Helmut Schnatz* (Hrsg.), Päpstliche Verlautbarungen zu Staat und Gesellschaft, Originaldokumente mit deutscher Übersetzung, 1973, S. 1 ff., S. 21 ff. をも参照。また、この回勅と誤謬表の内容およびその評価と波紋に関しては、とりわけ、P. G. マックスウェル－スチュアート／高橋正男監修『ローマ教皇歴代誌』（創元社、

1999年）274頁以下、ブレンダ・ラルフ・ルイス / 樺山紘一監修 / 高尾菜つこ訳『ダークヒストリー４　図説ローマ教皇史』（原書房、2010年）249頁以下、松本佐保『バチカン近現代史――ローマ教皇たちの「近代」との格闘』（中公新書、再版、2013年）50頁をも参照されたい。また、特に、1864年の誤謬表（Syllabus）と信仰・良心の自由との関係などについては、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注３）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 525 Fn. 4 をも参照。

〔訳注７〕 回勅「ディウトゥルヌム・イルード」（Diuturnum illud）は、1881年６月29日に教皇レオ十三世（Leo XIII.）が発布した回勅である。この回勅のラテン語原文およびその独訳については、*Leo XIII.*, Diuturnum illud, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注６）, S. 69 ff. 参照。また、この回勅の内容・意義については、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注３）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 532 f., S. 533 f. をも参照されたい。

〔訳注８〕 この点については、『新約聖書』における「テトスへの手紙」第３章１参照。また、*Leo XIII.*, Diuturnum illud, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注６）, S. 82, 83 参照。

〔訳注９〕 この点については、『新約聖書』における「テモテへの手紙　第１」第２章１～３ 参照。また、*Leo XIII.*, Diuturnum illud, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注６）, S. 82, 83 参照。

〔訳注10〕 この点に関しては、*Leo XIII.*, Diuturnum illud, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注６）, S. 84, 85 参照。

〔訳注11〕 この点に関しては、*Leo XIII.*, Diuturnum illud, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注６）, S. 84, 85 参照。

〔訳注12〕 この点に関しては、*Leo XIII.*, Diuturnum illud, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注６）, S. 84, 85 参照。

〔訳注13〕 この点に関しては、*Leo XIII.*, Diuturnum illud, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注６）, S. 86, 87 参照。

〔訳注14〕 この点に関しては、*Leo XIII.*, Diuturnum illud, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注６）, S. 86, 87 参照。

〔訳注15〕 この点に関しては、*Leo XIII.*, Diuturnum illud, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注６）, S. 70, 71 参照。

〔訳注16〕 回勅「インモルターレ・デイ」（Immortale Dei）は、1885年11月１日に教皇レオ十三世により発布された。この回勅のラテン語原文およびその独訳については、*Leo XIII.*, Immortale Dei, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注６）, S. 97 ff. 参照。

〔訳注17〕　カトリシズムにおける「国家の本質」と「人間の本性」に関しては、前田・前掲論文（訳注２）74頁以下をも参照されたい。

〔訳注18〕　この点に関してより詳細には、*Leo XIII.*, Immortale Dei, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注６）, S. 100, 101 参照。また、国家権力の起源に関するカトリック教会の見解については、*Albrecht Beckel*, Christliche Staatslehre, Grundlagen und Zeitfragen, 1960, S. 34 f.; *Hugo Schmieden*, Recht und Staat in den Verlautbarungen der katholischen Kirche seit 1878, 1959, S. 57 ff. 参照。

〔訳注19〕　この点に関しては、*Leo XIII.*, Immortale Dei, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注６）, S. 102, 103 参照。また、『新約聖書』における「ローマ人への手紙」第13 章２ 参照。

〔訳注20〕　国家秩序または国家形態に対するカトリック教会の中立的態度については、*Leo XIII.*, Immortale Dei, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注６）, S. 100, 101 参照。また、*Adolf Julius Merkl*, Das Widerstandsrecht gegen die Staatsgewalt im Lichte christlicher Ethik, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 611 ff., insbes. S. 624; *ders.*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注３）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 533 ff., S. 541; 前田・前掲論文（訳注２）81頁以下をも参照。さらに、カトリック教会と国家の関係について、*Beckel*, a. a. O.（訳注18）, S. 52 ff. をも参照されたい。

〔訳注21〕　1890年１月10日に発布された教皇レオ十三世の回勅「サピエンティエ・クリスティアーネ」（Sapientiae christianae）のラテン語原文およびその独訳については、*Schnatz* (Hrsg.), a. a. O.（訳注６）, S. 189 ff. 参照。

〔訳注22〕　この点に関しては、*Leo XIII.*, Sapientiae christianae, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注６）, S. 196, 197 参照。また、*Adolf Julius Merkl*, Die Enzyklika gegen den Kommunismus, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 269 ff., insbes. S. 273 をも参照されたい。

〔訳注23〕　例えば、ドイツ連邦大統領が就任に際して行う宣誓について、ドイツ連邦共和国基本法 56 条参照。そこでは、宗教上の誓言は任意的なものとされている。また、オーストリア連邦大統領が就任に際して連邦集会の前で行う宣誓については、オーストリア連邦憲法 62 条参照。

〔訳注24〕　この第64テーゼの全内容のラテン語原文およびその独訳については、*Pius IX.*, Syllabus complectens praecipuos nostrae aetatis errores, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注６）, S. 40, 41 参照。また、教皇ピウス九世の誤謬表に関しては、前掲訳注６を参照されたい。

〔訳注25〕 Merkl は、本論文のこの箇所で、die Enzyklika “Sapientiae christianae” des Papstes Leo XIII. vom 1. November 1855 と表記している。しかし、この回勅「サピエンティエ・クリスティアーネ」(Sapientiae christianae) は、1890年１月10日に発布されたものである。この点については、本論文における前述の箇所（Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 286）および訳注21に引用した文献をも参照されたい。

〔訳注26〕 この点に関しては、*Leo XIII.*, Sapientiae christianae, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注６）, S. 192, 193 参照。

〔訳注27〕 この点に関しては、*Leo XIII.*, Sapientiae christianae, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注６）, S. 194, 195 参照。また、*Merkl*, Das Widerstandsrecht gegen die Staatsgewalt im Lichte christlicher Ethik, a. a. O.（訳注20）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 621 をも参照。

〔訳注28〕 この点に関しては、*Leo XIII.*, Sapientiae christianae, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注６）, S. 194, 195 参照。また、*Merkl*, Das Widerstandsrecht gegen die Staatsgewalt im Lichte christlicher Ethik, a. a. O.（訳注20）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 621 をも参照。

〔訳注29〕 両剣論（Zweischwertertheorie）とは、いわば教会の剣と世俗の剣とがあり、神は一方の剣（教剣＝教権）を教皇に、他方の剣（俗剣＝俗権）を皇帝に授けたとする、教会と国家の統治関係に関する教理（聖俗二権論）をいい、その内部では実質的な相違がみられる。13世紀のカトリック教会の絶頂期においては、聖俗二剣の対等・協調型の両剣論ではなく、教剣が俗剣を併呑する教会優位型の両剣論が高唱されていた。そこでは、一方で、教会は神から直接に聖俗二剣を与えられたのであり、教皇は、「神の代理者」または「キリストの代理者」として、そのうちの俗剣を世俗の支配者に教会の管理の下に貸し与えたとされ、他方で、世俗の支配者は単なる人民や領域の保護者に格下げされ、教皇と世俗君主の関係はいわば領主と家臣の封建的関係として扱われていた。この点に関しては、とりわけ、柴田平三郎「〈血の滴る剣〉――ソールズベリのジョンにおける『教会と国家』」同『中世の春――ソールズベリのジョンの思想世界』（慶應大学出版会、2002年）263頁以下、特に272頁以下、276頁以下、柴田平三郎「《神の統治》と《人間の統治》――トマス・アクィナスにおける『教会と国家』」獨協法学86号（2012年）39頁以下、64頁および同所引用の文献参照。メルクルが本論文のこの箇所で想定している両剣論は、こうした教会優位型の両剣論であるといえよう。メルクルによる両剣論の理解に関しては、また、*Merkl*, Das Widerstandsrecht gegen die Staatsgewalt im Lichte christlicher Ethik, a. a. O.（訳注20）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 621 を

も参照。

さらに、両剣論の神学的意義およびその歴史的変容については、とりわけ、*Hartmut Hoffmann*, Die beiden Schwerter im hohen Mittelalter, Deutsches Archiv für Erforschung der Mittelalter, 20 (1964), S. 78 ff.; J. ゴンサレス / 鈴木浩訳『キリスト教神学基本用語集』（教文館、2010年）94頁以下参照。

〔訳注30〕 回勅「クアドラジェジモ・アンノ」（Quadragesimo anno）は、教皇ピウス十一世（Pius XI.）が1931年５月15日に発布した回勅である。この回勅のラテン語原文およびその独訳については、*Pius XI.*, Quadragesimo anno, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注６）, S. 401 ff. 参照。さらに、この回勅に関して詳細には、特に、*Adolf Julius Merkl*, Enzyklika “Quadragesimo anno” und Verfassungsfrage, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 115 ff.; *ders.*, Der staatsrechtliche Gehalt der Enzyklika “Quadragesimo anno”, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 129 ff.; *ders.*, Der staatsrechtliche Gehalt der Sozialenzykliken und die Möglichkeit ihrer Verwirklichung in der Gegenwart, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 645 ff., insbes. S. 647 ff.; *ders.*, Lebenslauf (Autobiographie), in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. XXI ff., insbes. S. XXXIII f.; *ders.*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注３）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 528, S. 534;『カトリック的社會秩序改新策　教皇ピオ十一世回勅「クヮドラジェジモ・アンノ」』（岩波書店、1931年）、テォドール・ゲッペルト編『基督教と社會再建――レオ十三世 ・ピオ十一世回勅』（エンデルレ書店、第３版、1954年）26頁以下、98頁以下、198頁以下、岳野慶作訳解『ピオ十一世回勅　クアドラゼジモ・アンノ――社会秩序の再建』（中央出版社、1966年）、岳野慶作訳解「ピオ十一世教皇回勅　クアドラジェジモ・アンノ――社会秩序の再建」中央出版社編『教会の社会教書』（中央出版社、1991年）119頁以下参照。

〔訳注31〕 この点に関して詳細には、とりわけ、*Merkl*, Der staatsrechtliche Gehalt der Enzyklika “Quadragesimo anno”, a. a. O.（訳注30）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 133 ff.; *ders.*, Der staatsrechtliche Gehalt der Sozialenzykliken und die Möglichkeit ihrer Verwirklichung in der Gegenwart, a. a. O.（訳注30）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 648 f. 参照。

また、複数の職能団体への重畳的帰属による義務の衝突（Pflichtenkollision）の問題性に関しては、*Merkl*, Der staatsrechtliche Gehalt der Enzyklika “Quadragesimo anno”, a. a. O.（訳注30）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2,

S. 144 f. 参照。

〔訳注32〕 法治国家の概念については、とりわけ、*Adolf Julius Merkl*, Die Wandlungen des Rechtsstaatsgedankens, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 251 ff.; *ders.*, Idee und Gestalt des Rechtsstaates, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 737 ff. 参照。

〔訳注33〕 補充性の原理（das Prinzip der Subsidiarität / das Subsidiaritätsprinzip）とは、自助に対する補充的な公的援助の原理である。すなわち、国家を構成する個人および各種の共同体が自己の固有の課題を自ら処理しえない事態が生じた場合にのみ、上位の共同体または国家がそれらの生活領域に介入し、それらの固有の課題の達成を援助する機能を果たすものとされている。カトリシズムにおける補充性の原理に関しては、とりわけ、*Adolf Julius Merkl*, Zum 80. Geburtstag Hans Kelsens, Reine Rechtslehre und Moralordnung, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 629 ff., insbes. S. 643 f.; *ders.*, Das Widerstandsrecht gegen die Staatsgewalt im Lichte christlicher Ethik, a. a. O.（訳注20）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 624; *ders.*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注３）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 541 f.; *ders.*, Der staatsrechtliche Gehalt der Enzyklika “Quadragesimo anno”, a. a. O.（訳注30）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 132, S. 150, S. 156 f.; *ders.*, Der staatsrechtliche Gehalt der Sozialenzykliken und die Möglichkeit ihrer Verwirklichung in der Gegenwart, a. a. O.（訳注30）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 649, S. 663, S. 665 ff.; *Beckel*, a. a. O.（訳注18）, S. 21 f.; *Schmieden*, a. a. O.（訳注18）, S. 85 ff., S. 92 ff.; 前田・前掲論文（訳注２）77頁以下参照。また、カトリシズムにおける補充性の原理と個人主義との異同について、*Merkl*, Der staatsrechtliche Gehalt der Enzyklika “Quadragesimo anno”, a. a. O.（訳注30）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 132 f. 参照。さらに、カトリシズムにおける補充性の原理と刑法における補充性の原理との関係について、*Arthur Kaufmann*, Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht, in: Claus Roxin/Hans-Jürgen Bruns/Herbert Jäger (Hrsg.), Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973, 1974, S. 89 ff. をも参照されたい。

〔訳注34〕 イタリアのコルポラティスムの問題性については、とりわけ、岳野訳解「ピオ十一世教皇回勅　クアドラジェジモ・アンノ――社会秩序の再建」前掲書（訳注30）221頁以下参照。また、この点に関しては、*Adolf Julius Merkl*,

Journalistisches Gewissen der Freiheit, Erinnerungen an Hans Mauthe, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band III, Verwaltungsrecht - Zeitgenossen und Gedanken, Teilband 2, 2009, S. 509 ff., insbes. S. 511 をも参照。

〔訳注35〕　これらの点に関しては、*Merkl*, Das Widerstandsrecht gegen die Staatsgewalt im Lichte christlicher Ethik, a. a. O.（訳注20）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 623 をも参照。さらに、カトリックのキリスト教的自然法における「子供の教育に関する親の自然権」については、Merkl, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注３）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 531 f. をも参照。また、キリスト教的自然法における「母国語による教育や説教を受ける自然権」と民族自決の問題との関連性については、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注３）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 541 をも参照。

〔訳注36〕　この点に関しては、*Merkl*, Das Widerstandsrecht gegen die Staatsgewalt im Lichte christlicher Ethik, a. a. O.（訳注20）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 623; *ders.*, Der staatsrechtliche Gehalt der Sozialenzykliken und die Möglichkeit ihrer Verwirklichung in der Gegenwart, a. a. O.（訳注30）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 666 f. をも参照。

〔訳注37〕　この点に関しては、*Leo XIII.*, Diuturnum illud, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注６）, S. 80, 81; *Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注３）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 570; 前田・前掲論文（訳注２）86頁参照。

また、教皇レオ十三世が1888年６月28日に発布した回勅「リベルタス」（Libertas）にも同様の思考がみられる。この点につき、特に、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注３）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 570 f. 参照。

〔訳注38〕『新約聖書』における「マタイの福音書」第22章21、「マルコの福音書」第12章17、「ルカの福音書」第20章25参照。

〔訳注39〕『新約聖書』における「使徒行伝」第５章29参照。

〔訳注40〕　この点に関しては、*Leo XIII.*, Diuturnum illud, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注６）, S. 80, 81; *Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注３）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 570; 前田・前掲論文（訳注２）86頁参照。

〔訳注41〕　この点に関しては、*Leo XIII.*, Sapientiae christianae, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注６）, S. 196, 197; 前田・前掲論文（訳注２）86頁参照。また、回勅「ディウトゥルヌム・イルード」（Diuturnum illud）との関係で、国法に対する

服従拒否義務（die Pflicht zur Gehorsamsverweigerung）について論ずるものとして、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注３）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 570.

〔訳注42〕 Merkl は、本論文のこの箇所において、この回勅につき、“Quod Apostolici” vom 28. September 1878 と表記しているが、教皇レオ十三世による回勅 Quod Apostolici muneris は、1878年12月28日に発布されたものである。この回勅の発布日については、例えば、*Merkl*, Die Enzyklika gegen den Kommunismus, a. a. O.（訳注22）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 273; *Schnatz* (Hrsg.), a. a. O.（訳注６）, S. 47 など参照。また、この回勅の内容に関しては、*Merkl*, Das Widerstandsrecht gegen die Staatsgewalt im Lichte christlicher Ethik, a. a. O.（訳注20）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 625; *ders.*, Die Enzyklika gegen den Kommunismus, a. a. O.（訳注22）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 273 をも参照。

〔訳注43〕 『新約聖書』における「使徒行伝」第５章29参照。*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注３）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 521 f. によれば、この聖書の言葉は、神に由来する自然法（ein Naturrecht göttlichen Ursprunges）を前提としており、この自然法は世俗の法（irdisches Recht）に対して優位することを示すものとされている。

〔訳注44〕 この点に関しては、*Leo XIII.*, Quod Apostolici muneris, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注６）, S. 56 ff.; 前田・前掲論文（訳注２）87頁参照。また、この点につき、積極的抵抗の形態を分類しつつ検討するものとして、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注３）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 571 f. 参照。

〔訳注45〕 ヴィルヘルム・テル（Wilhelm Tell）による暴君殺害とスイスの建国伝説については、とりわけ、U. イム・ホーフ / 森田安一監訳『スイスの歴史』（刀水書房、1997年）77頁、145頁、235頁参照。また、ヴィルヘルム・テルの行為に関する法的考察として、とりわけ、*Gunther Arzt*, Der Apfelschuss - strafrechtliche Randbemerkungen zu Wilhelm Tell, recht 2004, Heft 5, S. 180 ff.; *Harald Maihold*, »Ein rechter Schütze hilft sich selbst« - Nothilfe, Freiheit und Solidarität in Schillers Wilhelm Tell, ius. ful. 3/4, 2008, S. 106 ff.; *Georg Patzer*, Friedrich Schiller, Wilhelm Tell, 2003, S. 42 ff.; *Peter Schneider*, »Ein einzig Volk von Brüdern«. Recht und Staat in der Literatur, 1987, S. 102 ff.; *Rainer Sieg*, Der Apfelschuß des Wilhelm Tell, Jura 1986, S. 326 ff.; *Günter Spendel*, Schillers »Wilhelm Tell« und das Recht, SchwZStr 107 (1990), S. 154 ff. および同所引用の文献参照。さらに、*Leonard Nelson*, Die kritische Ethik bei Kant, Schiller und

Fries - Eine Revision ihrer Prinzipien, in: Paul Bernays/Willi Eichler/Arnold Gysin/Gustav Heckmann/Grete Henry - Hermann/Fritz von Hippel/Stephan Körner/Wener Kroebel/Gerhard Weisser (Hrsg.), Leonard Nelson, Gesammelte Schriften in neue Bänden, Bd. 8, Sittlichkeit und Bildung, 1971, S. 27 ff., insbes. S. 100 ff. をも参照されたい。

さらに、シラーの戯曲「ヴィルヘルム・テル」における法思想・政治思想に関するメルクルの分析につき、*Adolf Julius Merkl*, Friedrich Schiller und der Staat, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. 59 (1938), S. 67 ff., insbes. S. 73 ff.〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 365 ff. に収録されている〕; *ders.*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注３）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 567 参照。

〔訳注46〕 ラモラル・グラーフ・フォン・エグモント（Lamoral Graf von Egmont, 1522-1568）は、スペイン領ネーデルラント（現在のオランダとベルギーにかかる地域）の貴族（金羊毛騎士）である。16世紀当時のネーデルラントは、産業（特に毛織物業）や対外貿易などで栄えていたいわば「至宝の地」であり、商工業者を中心とした市民層の多くにプロテスタントのカルヴァン派などが浸透していた。しかし、スペイン国王フェリペ二世（神聖ローマ帝国皇帝カール五世の子）は、従来の自治権を否認して重税を課すなどの強硬な政策により市民生活を抑圧し、しかも、厳格なカトリック政策の下に容赦なく異端審問を行って新教を弾圧したことから、聖像破壊やカトリック教会の焼討ちなどの民衆による暴動や反乱が各所で起こり、市民の信頼の厚かったエグモントは、オラニエ公ウィレムなどの反対派貴族とともに、プロテスタントの保護などを求めて、上記の政策に対して強く反抗した。これにより、1564年には、フェリペが派遣した総督パルマ公を辞任に追い込み、枢機卿クランヴェルをスペインに退去させるなどの成果を上げたが、その後、スペインの大軍の総指揮をとる新総督アルバ公により、反対勢力の粛正が図られ、多数の者がいわゆる「血の法廷」の下で処刑された。エグモントも、1567年９月９日に身柄を拘束され、翌1568年の裁判において反逆罪として死刑を宣告された後、1568年６月５日にグラン・プラス（ブリュッセルの大広場）の処刑台で斬首刑に処せられた。エグモントの功績とネーデルラント独立戦争への影響などについて詳しくは、とりわけ、C. ヴェロニカ・ウェッジウッド / 瀬原義生訳『オラニエ公ウィレム――オランダ独立の父――』（文理閣、2008年）64頁以下、71頁以下、77頁以下、81頁以下、85頁以下、92頁以下、116頁以下、131頁以下、141頁以下など参照。また、抵抗権との関係については、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳

注３), in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 567 f. 参照。

ゲーテ（Johann Wolfgang von Goethe）は、史実を基にして、エグモント伯を主人公とする五幕の悲劇として戯曲「エグモント」を創作している。また、ベートーヴェン（Ludwig van Beethoven）は、この戯曲のための付随音楽として「エグモント」全10曲を作曲しており、このうち、ソナタ形式の重厚な「エグモント序曲」は、エグモント伯の悲劇を象徴するものとして特に有名といえよう。ゲーテの戯曲「エグモント」については、とりわけ、ヨハン・ヴォルフガング・フォン・ゲーテ / 内垣敬一訳「エグモント」中田美喜編『ゲーテ全集第４巻・戯曲〔新装普及版〕』（潮出版社、2003年）349頁以下参照。また、大宮勘一郎「エグモントかアルバか」慶応義塾大学・藝文研究91巻２号（2006年）316頁以下、仲井幹也「ゲーテ『エグモント』の輻輳性と解釈の可能性について」長崎大学・経営と経済91巻３号（2011年）23頁以下、中島明彦「ゲーテの戯曲『エグモント』の中の特権と自由について」横浜国立大学・人文紀要20輯（1973年）14頁以下をも参照されたい。

〔訳注47〕 この点に関しては、*Merkl,* Das Widerstandsrecht gegen die Staatsgewalt im Lichte christlicher Ethik, a. a. O.（訳注20), in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 623 をも参照。また、ソクラテスの刑死の意義に関しては、とりわけ、森際康友「ソクラテスの死――悪法問題とプラトン哲学――」原秀夫＝ホセ・ヨンパルト＝三島淑臣編『法の理論３』（成文堂、1983年）91頁以下、桂木隆夫「競争と秩序――ソクラテスの裁判と刑死について――」ホセ・ヨンパルト＝三島淑臣編『法の理論８』（成文堂、1987年）181頁以下および同所引用の文献参照。

〔訳注48〕 カトリックのキリスト教的自然法における正戦の意義について、詳細には、*Merkl,* Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注３), in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 543 ff., S. 546 ff., S. 553 をも参照されたい。

【備考】 本論文の原文タイトルは、Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung である。本論文は、Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. 17 (1937), S. 1-36 に初めて掲載され、その後、Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Bd. 1, 1968, S. 447-486 に再録されている。また、その上で、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 277-317 に収録されている。また、本論文の要旨をイタリア語で紹介したものとして、Adolf Merkl, Trad. di *L. Secco*, La collisione delle norme tra autorità statale e autorità religiosa, Rivista internazionale di filosofia del diritto, 16 Jg. (1936), S. 522-541 が

ある。

キリスト教道徳からみた国家権力に対する抵抗権

アドルフ・ユリウス・メルクル
勝　亦　藤　彦　訳

形而上的な道徳秩序の規準に照らして、善悪いずれの行為をも行う**可能性**は、人間と同様、国家にもそもそも認められ〔訳注１〕、また、歴史上いかなる時代でも、人種、民族、さらには人民の宗派を問わず、悪しき行為が**現実**にみられることから、認識の問題として、道徳に反する行為を行う国家、特に、被支配者に道徳に反した行為を要求する国家に対抗する人の行為が正当な行為とされるか否かが問題となる。従来、この問題は、法学および倫理学において、通例、**国家権力に対する抵抗権**（das Widerstandsrecht gegen die Staatsgewalt）というタイトルの下で論じられてきた。本稿では、この問題に関して若干の思考を提示するにすぎないが、しかし、それは、後述の主要文献の著者には未だみられなかった思考なのである〔訳注２〕。

1　真正な国家権力と不当な国家権力

まず、できるだけ明確な解答を導くためには、原則として法的にも道徳的にも義務づける国家的権威が認められるか否か、また、いかなる条件の下でそのような国家的権威が認められるのか、という前提問題を解明しなければならない。歴史上、社会的集団の間には、政治的闘争、さらには軍事的闘争に関する無数の事例がみられるが、いずれの集団も自らを国際法上承認された一定の国家と対等とみなし、こうした見地から、同一の領域に実効支配を及ぼして国家

統治の全権を要求する他の権力者に対して、その立場の正当性を否認し、この権力者を革命派の代表者または失権した反革命派の代表者であると非難して、この者と戦ってきた。また、自らを国家と対等とみなす権力者らは、それぞれ政治的に同調する国家群により承認され、これらの権力者の間に、一時的な均衡状態が生ずることも稀ではない。

では、キリスト教徒は、その道徳律によると、対立する両権力者のいずれに服従すべきなのであろうか。例えば、旧来の権力者、その時点で優勢な権力者または将来性のある権力者に服従義務を負うという解答は、それ自体として説得力がなく、そのような解答は、通例、政治的優先性を基準として提示されている。また、従来の独裁的な権力者の優位性を認めることも、道徳的に正当化されない。一般的には、反乱により権力を掌握したが、従前の権力者を支持する会衆がこの政治的結果に対して異を唱えた場合が想定される。歴史的な事例に基づいて、我々の問題の理論的・実践的意義を明らかにすることにしよう。

旧オーストリア領であったが、後にプロイセン領となったシュレジエンをめぐり、何年も戦いが行われ、シュレジエン住民は国民としての服従義務をいずれの国家的権威に対して負うかという点が、長きにわたり軍事的に争われ、理論的にも議論されていた。神聖ローマ帝国の等族であったオーストリアは、条約に基づいてシュレジエンをプロイセンに割譲したが、しかし、新たな戦闘によりこれを奪還しようとした。〔訳注３〕この事件の十年後ないし百年後には、カトリックの聖職者やカトリックの文献においては、プロイセンが支配下の当地住民に対して要求した服従義務について、もはや疑いを容れるものは存在しなかった。プロイセン王フリードリヒ二世（König Friedrich II.）が明らかに自認しているように、権力の濫用により国家主権が変更されたのであるが、強制的な条約が長い時の流れの助けを借りて、このような問題状況の解決をもたらしたといえよう。フリードヒリ二世は、次のように述懐している。「さらに、私は、機動的な軍隊と潤沢な国庫を保有し、しかも、溌剌とした気概に満ちていた。そのために、オーストリアのテレーゼ（Therese von Österreich）との戦

争を決意したのである。…… 野望、私利、功名心が決定的に影響し、戦争の決断が下された。そして、20の大隊……がほぼ完全に撤兵した無防備な地域に進軍するよう命令を受けた」と記している。[(1)〔訳注４〕] また、この国王が国務大臣グラーフェン・ポーデヴィルス（Grafen Podewils）に宛てた書簡には、「法的問題は、大臣の仕事、つまり、あなたの仕事です。軍隊には既に発令されていることから、現時点では内密にこれを行わなければなりません」と書かれている。〔訳注５〕 実に、原因と結果の間には大きな隔たりがあるが、しかし、これは異例のことではない。まさしく強奪により市民の服従が要求され、それが宗教的に基礎づけられることになるのである！

北アメリカの植民地がイギリス本国に対して行った７年におよぶ**独立戦争**（Unabhängigkeitskrieg）においては、キリスト教的自然法（christliches Naturrecht）によると、革命派の者はイギリスに対して服従すべきものとされていた。〔訳注６〕 なぜなら、本国に対する反乱理由の実相は、本質的に、不当な公課による搾取という点にすぎなかったからである。しかし、イギリスへの忠義を公然とまたは隠密に守っていた植民地住民も、離反した植民地の法律により、植民地政府に対する服従義務を負うようになった。また、オーストリア、プロイセンおよびロシアによりポーランド王国が最終的に分割された〔訳注７〕後、従来のポーランド国民は、正当な国家的権威の支配に服したわけではないが、分割国による明白な法違反の結果、突然、分割国に対する服従を強いられた。そして、遅くとも、第一次世界大戦が勃発した際には、不法に他国の臣民とされたポーランド人の子孫たちが、それぞれの分割国に服従義務を負うことや、軍人として他の分割国のポーランド人兵士と同胞どうしで戦争する義務を負うことに対し、疑問を示すことはまずなかった。〔訳注８〕 また、第二次世界大戦中、ドイツの枢軸国から**イタリア**が**離脱**した後、南ティロル人兵士は、一方で、ナチ帝国の側に立って戦い、他方で、連合国と共同したイタリア軍の側に立って戦った。このように服従義務が分裂することは、理論的にはありえなかったが、双方の集団が軍事的服従義務を果たすものと確信していたのである。さらに、ナチス・ド

イツは、いわゆる合邦法（「オーストリアとドイツ国の再統合に関する法律」（Gesetz über die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich））を公布した日から、オーストリア人に対して国民としての服従を要求したが、〔訳注９〕しかし、それは、国際法違反の介入、すなわち、ドイツ国政府がシューシュニック（Schuschnigg）内閣に代えてザイス－インクヴァルト（Seyss-Inquart）内閣を発足させるよう心理的に強制し、〔訳注10〕これにより、立法的権威の外観を呈していたオーストリア連邦政府が政権をとったことによるのであり、また、――ラインターラー大臣（Minister Reinthaller）に対する訴訟によりはじめて知られたことではあるが――上記の法律は、連邦大臣の氏名を恣意的に列挙して擬装したものであり、連邦政府の決議を欠いていたことから、法的効力のない無効な行為によるものであった。

ナチス支配当時のオーストリア人と類似の状況は、エストニア、ラトヴィアおよびリトアニアがソビエト連邦に「併合」された以降、これら三国の国民にもみられたのであり、また、当該状況は今日もなお存在しているものと思われる。〔訳注11〕共産主義支配に対する国民の服従義務は、これらのバルト三国がソビエト連邦に法的に有効に併合されてはじめて発生しえた。しかし、こうした要件が充足されるのか否かという点については、今日に至るまで、評価が分かれている。例えば、一方で、スイスは、自由を求める少数民族の意思の法的表明を原則として認めていたにもかかわらず、これらの諸国に対する領域主体としてソビエト連邦を約20年前に承認したのに対し、他方で、アメリカ合衆国は、これらの諸国を、ソビエト連邦により違法に占領された主権国家だといまだにみなしているのである。

ドイツ帝国における「11月革命」（Novemberrevolution）〔訳注12〕では、適法な国家権力者とされるのは誰かという問題に関して、各政党の議決および政治的・法的な文献において同様に評価が対立し、それは、ヴァイマル国民議会（die Weimarer Nationalversammlung）における政治的党派の態度にも表れていた。〔訳注13〕ドイツ国における厳格な保守派は、共和制のドイツ国政府に対して、明

らかに正統性が欠けると主張し、しかも、統治権における合法性についても否認して、ヴァイマル憲法に対する投票を頑なに棄権したのであり、これにより、三分の二以上の多数という憲法上の要求は充足されたものの、民主共和制法秩序における道徳的権威が脅かされた。これに対して、中央党内に組織された民族派は、これにより革命勢力を助長させることになると右派から批判されたが、実効性の原則（das Prinzip der Effektivität）に基づいて、民主共和国制に賛成票を投じて協力し、ヒトラー（Hitler）が政権を掌握するまで、何度もその陣営からドイツ国首相を擁立したのである。そして、さらに、ナチズムによる政治的文献では、国家社会主義は政権を強奪した民衆の敵を不当な権力の座から退去させたとする主張が強くみられた。他方、オーストリアにおいては、1918年の変革の動向は、はるかに透明であった。わが国では、1918年10月21日および同30日に、戦前最後の1911年の選挙で選出された代議院ドイツ系議員全員が臨時国民議会を組織し、1918年10月30日に暫定憲法を満場一致で可決したからである。[訳注14] また、本質的な諸規定が今日もなお妥当する1920年10月１日の連邦憲法に関しては、若干の棄権はあったものの反対票はなく、三大政党（キリスト教社会党、社会民主党、大ドイツ党）が責任感から自発的に協力し、憲法制定委員会の報告者イグナーツ・ザイペル（Ignaz Seipel）の動議に基づいて可決された。[訳注15] 帝国最終政府が責任を自覚して、歴史的・地理的に君主制を中核的基盤としていた多民族国家の不可避的な平和的解体を可能かつ容易にしようとしたことから、[訳注16] 議員らによる建国行為に対して、必要とされていた前政権支持者の大多数の承認が数日で得られたのであった。それゆえ、わが国では、革命は、歴史的または社会学的な語義におけるものではなく、法の段階において（in der Rechtsebene）認められるにすぎない。そこでは、いかなる思想家にも明らかなように、帝国との法的継続性（Rechtskontinuität）は維持されなかった。帝国参議院（Reichsrat）の貴族院（Herrenhaus）および代議院（Abgeordnetenhaus）の非ドイツ系議員を、既に成立していた各継承国からウィーンに呼び寄せて、君主制憲法の手続に基づいて継承国「オーストリア

共和国」（Deutschösterreich）の憲法を成立させることは、不可能だったからである。国家変革の歴史において、**新**政権の法的・道徳的拘束性に基づく服従義務の問題が、オーストリア帝国の悲劇的な滅亡の場合のように容易かつ明白に解明されることは、稀だといえよう。

これまでの考察は膨大な経験的素材の中から厳選して行ってきたが、これにより、国家とされる拘束的な各権威に関する従来の評価が、通例、学問的に承認可能な基準または学問的に承認された基準に基づくものではなく、非合理的・感情的に下されたものであることが十分に認識されよう。また、臣民または国家機関とされる個人、特に、キリスト教徒の市民は相容れない権力的要求に対していかなる態度をとるべきか、という点を判断するための認識根拠が欠けている。そのように権力的要求が衝突する疑わしき場合（Zweifelsfälle kollidierender Machtansprüche）において、法の発展過程で確定される**明白な最終的**決着が標準とされると考えると、例えば、20世紀のポーランド人に対して、ポーランド共和国の各継承国となった三つの帝国の一つの法ではなく、18世紀のポーランド共和国の法に従って生きるよう命ずる要求や、今日のポーランド国民に対して、そもそも同国が革命によりかつての三つの分割国から独立したことから、それぞれの系統に応じて、オーストリア帝国、ドイツ帝国またはロシア帝国の法に従って生きるよう命ずる要求などにおいては、規範と現実の間の異様なギャップがあまりにも生ずることになる。また、宗教的道徳秩序においては、そのように信者を導くことは非現実的で、多くの場合に実現不可能であり、有用とはされない。他方、人または国民に対して、**国家権力機構を支配する当該社会的集団**の命令を遵守するよう求めること、あるいは、複数の集団による権力闘争の場合に、より強い集団または当該地域に決定的影響力を有する集団の命令を遵守するよう求めることは、あまりにも日和見主義的であり、それゆえ威厳のない態度を示すことになろう。たしかに、実践的には、通例、これらの両極の中道を歩むことになろうが、しかし、そうした中道は理論的には確定し難い。実際に勝利した世俗的権威、あるいは、さらに優勢に立つ

ために相対的に最も公益を実現しようとする他の権威に服従すべきものとするのが定型的見解であるが、しかし、これによると、個人は、従来は疑問とされ幾多の悲劇を生んだ決断を迫られ、しかも、それは、結局、国家に服属する生活および歴史的な国家変遷の点から、現世のリスクとされることになる。また、教会が、個々の信者に対して、競合する複数の権威の中の一定の権威に従い、他の権威に対して服従を拒否するよう具体的な**命令**（Anweisung）を出すことは、宗教共同体の全体的利益の観点から必ずしも可能とはいえない。

宗教的立場によると、**国家の世俗性**（Diesseitigkeit des Staates）に対して意外にも**譲歩**し、個々の信者を世俗的国家と不当に対立させるべきではないとして、これに譲歩すべきものとされているが[訳注17]、こうした事実に関する洞察が、神学や倫理学の文献においては一般に欠けている。個人は信徒であると同時に国民でもあり、この第二の存在形式で生きる個人をいわば安易に刑吏や牢獄にゆだねること（dem Henker oder dem Kerker ausliefern）はできないのである。

従来の国際法は、実力行使に対してきわめて寛容であり、武力行使の結果をいずれも合法化してきた。侵略は、20世紀に至るまで、領域主権の完全に有効な取得権原とされていたのである。軍事的に占領した他国の地域の一方的な併合が、対戦国の領域の割譲を要求する講和条約に劣らず、完全な取得権原とされてきたといえよう。このような国際慣習法の原則（der Gewohnheitsrechtssatz des Völkerrechtes）に基づいて、例えば、かつては神聖ローマ帝国の一部とされていたアルザスは、数次にわたる侵略によりフランスの領域主権に服した後、1871年に侵略によりドイツ帝国の領土の一部とされ[訳注18]、最終的に、1919年のヴェルサイユ講和条約により再びフランス領とされたのである[訳注19]。教会は、こうした世俗的決定に順応して、当地住民に関する国民的服従義務の変更を認めてきた。また、ティロルは、1805年12月26日のプレスブルクの和約により、オーストリアから、当時のライン同盟（Rheinbund）の加盟国でありフランスの盟邦でもあった、バイエルンに割譲された[訳注20]。教会における当時の半公式の見

解によると、この和約の発効に伴い、オーストリア皇帝に代わり、バイエルン国王が新たな臣民に対して服従と忠誠を要求する権利者とされていた。周知のように、1809年に、もはや合法的に支配していたバイエルン国王に対して反乱が起こり、カトリックの聖職者もこれに積極的に関与したが、しかし、この反乱は、当該国家的権威に対する服従義務の違反（eine Verletzung der Gehorsamspflicht gegenüber der staatlichen Autorität）とされたのである。〔訳注21〕

国際法上の強圧的行為により併合が行われた場合にはすべての併合を国際法上無効とする、**スチムソン主義**（Stimson - Doktrin）によって、強圧的併合の禁止が一般国際慣習法の原則となった。〔訳注22〕この国際法原則を適用した重要な例として、特に、1943年10月30日のモスクワ宣言（die Moskauer Deklaration）の規定が挙げられ、そこでは、ドイツによるオーストリア併合を「無効」（null und nichtig）と宣言している。〔訳注23〕今日の国際法の立場によると、他国の地域の占領は、併合の目的が存在したとしても、また、一方的に併合を宣言した場合でも、領域取得を基礎づけることはできない。それゆえ、1938年にドイツ国がオーストリアに対して国家権力を一方的に及ぼしたとしても、その国家主権を法的に有効にオーストリアに拡張したとはいえず、こうした法効果はオーストリアの適法な同意に依拠していたのであり、この同意は、強制によらずに成立した国際条約または両国の一致した法律のみにより表明しえたのである。合邦**後**の1938年４月13日にナチ帝国により国民投票が行われ、賛成票は99パーセントであったが、〔訳注24〕しかし、この国民投票は、これら両者の正式行為を補填するものとはいえない。なぜなら、第一に、それは、当時のオーストリア法が予定していた意思表示の形式ではなく、特に、立法の構成要素ではなかったからであり、第二に、この国民投票は、既に1938年３月13日より休止していたオーストリアの国家機構によるものではなく、ドイツ国内務大臣の命令に基づいて占領国ドイツの機関により実施されたものだからである。したがってまた、被占領国の人民または国民が任意に国家機関とされないかぎり、これらの者に服従義務や忠誠義務は基本的に存在しないのであるが、しかし、オーストリアは、例

えば、ドイツ国防法に基づいて兵役を強制され、この点はオーストリアには妥当しなかったのである。

しかし、今日の国際法においても、他国の権力に服する要件として任意性の原則（der Grundsatz der Freiwilligkeit）を広く容認しているにもかかわらず、**強者の力と権利**（die Macht und das Recht des Stärkeren）をなお通用させている。すなわち、いわゆる**国際法上の取得時効**（völkerrechtliche Ersitzung）により、領域取得の目的で他国の領域を占領しかつ占領を継続した国家は、「支配が妨害なく（ungestört/undisturbed）、中断せず（ununterbrochen/uninterrupted）かつ抗議されずに（unbestritten/unchallenged）行われている場合」には、当該領域に関して領域主権を取得するものとされているのである。(2)〔訳注25〕

このように暫定的な未定状態であるにもかかわらず領域取得が認められ、たしかに、その要件の画定は慣習法上きわめて不精確であるが、しかし、ここでは、不法から法への変化（Wandlung von Unrecht in Recht）がある時点ではじめて認められ、それは確定的な時点あるいは不確定の時点（certus an, sed incertus quando）とされうる。**オーストリア**においても、ドイツ政権の自滅的政策を回避しようとして、諸外国が当該状態を黙認していれば、こうした国際慣習法の法原則に基づいて、強圧により確保した略奪地が第三帝国の適法な領地とされる日が来たことであろう。したがって、国内法においては、例えば、強盗や窃盗により「悪意で」（mala fide）取得した他人の財物については、原則として取得時効は認められないのに対して、今日の国際法においては、本質的には文明化されながらも、違法な取得行為の追完（Konvaleszenz）が認められている。私のみるかぎり、このような国際法上の取得時効という事由を承認し、したがって、不当な他国の権力に対する不服従を少なくとも許容したり、あるいは、場合によりこれを命じたりせず、当該国家権力に対する服従義務ないし忠誠義務を認めるような、教会の法源は存在しない。しかし、教皇座にある宗教的権威の仮想的代理者は、適法な取得とはいえ、そもそも道徳

に反する取得により拡張された国家領域全体の代表者ともされうることから、こうした国家権力が宗教的権威により間接的に公認されることになろう。過去に侵略を行った国家は、国際法共同体において同等の権利を享受するだけでなく、さらに、いかなる方法で取得したにせよ比較的広大な平地面積、人口数および経済力によって、諸国家が協調する際に高い名声と影響力をも享受するのであり、しかも、その領土拡張の欲求（Expansionsdrang）がこうした効果をもたらす点で、自己顕示欲（Geltungsdrang）のために類似の方法を用いる、国内の社会構成員に関する平均的評価とは著しく異なる。第二次世界大戦により異人種の植民地が解放されてはじめて、武力外交による領土拡張に対して反動がもたらされた。一般にみられるように、国際的次元では、諸国家の奔放な領土拡張の要求が、同胞に対する個人の奔放なエゴイズムと同様に否認されなければ、**法**（Recht）だけでなく、**道徳秩序**（Moralordnung）も一定の程度まで**力**（Macht）に屈することになるのである。

2　一般に承認された国家秩序の内部における抵抗権

明確には国家性を有していないにもかかわらず、国家的権威を自ら主張する社会的勢力の命令権に拘束性が認められるか否かという問題と、それ自体として明確な国家権力の命令がいかなる範囲で服従義務を基礎づけるかという問題は、区別しなければならない。国家権力の欠缺の場合には、そのような仮象的国家の行動要求は、道徳的な内容か否かを問わず、全般的に**規準とされない**（unmaßgeblich）のに対して、国際法秩序だけでなく道徳秩序自体によっても承認される国家の行動要求は、**特定の内容**により**瑕疵**あるものとされ、一定の瑕疵がある場合に（im Falle einer bestimmten Fehlerhaftigkeit）、規範の名宛人を**拘束しない**ことになるのである。こうした瑕疵は、例えば当該権限を有する裁判所のような、一定の国家機関により認定される必要はなく、**許容される不服従**（erlaubter Ungehorsam）の場合には、規範の名宛人個人が自己の責任の下に認識**できる**ものとされ、**義務に基づく不服従**（pflichtmäßiger Unge-

horsam）の場合には、規範の名宛人個人がそのように認識**すべき**ものとされよう。

カトリックの国家観を示す資料からは、国家の規範群の宗教的・道徳的拘束性に関する包括的判断（Pauschalurteil）〔訳注26〕が窺える。すなわち、**教会**が発する**命令**と矛盾しないかぎり、合法的な国家的権威が発する命令は、その形式・内容を問わず、すべて宗教的にも拘束力を有するものと推定されるのである。教皇レオ十三世（Leo XIII.）による1885年11月１日の回勅「サピエンティエ・クリスティアーネ」（Sapientiae Christianae）〔訳注27〕においては、特に次の指導原理により、宗教共同体に対する義務と国家共同体に対する義務の並存（das Nebeneinanderbestehen von Pflichten gegenüber der religiösen und der staatlichen Gemeinschaft）が基礎づけられている。すなわち、「私たちは、自然法に従って、自分たちが生まれ育った国家に特別な愛情と愛着をもたなければならず、善良な市民は祖国のために死をも恐れてはならないのであり、同様に、キリスト教徒は、いかなるときも、教会に対して心からひたむきな愛情をもたなければならない。教会は、まさに神の聖都であり、神によって創られ、神によって立てられたからである。（Nunc vero si civitatem in qua editi susceptique in hanc lucem sumus, praecipue diligere tuerique iubemur lege naturae, usque eo, ut civis bonus vel mortem pro patria oppetere non dubitet, officium est christianorum longe maius simili mode esse in Ecclesiam semper affectos. Est enim Ecclesia civitas sancta Dei viventis, Deo ipso nata, eodemque auctore constituta.）」（a. a. O., Nr. 3）〔訳注28〕。「さらに、私たちは、教会に対する超自然的な愛情と祖国に対する自然的な愛情が同一の永遠の源から生ずることを理解しなければならない。これらは、いわば双子の姉妹なのであり、いずれも神を父として生まれている。それゆえ、また、それらの義務が矛盾することはありえない。（Ceterum vere si iudicare volumus, supernaturalis amor ecclesiae patriaeque caritas naturalis geminae sunt ab eodem sempiterno principio profectae caritatis cum ipse sit utriusque auctor et causae Eius: ex quo

consequitur, non posse alterum officium pugnare cum altero.)」(ebenda, Nr. 3)とされているのである。[訳注29] しかし、両者の権威が同様に神を起源とすること[訳注30]（これにより、両剣論（Zweischwertertheorie）における想定[訳注31]、つまり、教会による国家への封土授与（Belehnung）の思想は放棄される）により、国家規範と教会規範の衝突またはこれらの規範に基づく義務の衝突（eine Kollision der staatlichen und kirchlichen Normen und der in diesen Normen begründeten Pflichten) が排斥されるわけではなく、いずれの規範またはいずれの規範に基づく義務が優位するかを解明することが認識課題とされるのである。宗教規範と国家規範の外見的矛盾（die scheinbaren Widersprüche zwischen religiösen und staatlichen Normen）が経験的に認められるが、こうした矛盾は、論理的に相容れない両者の規範の一方を決定的なものとする判定により論理的に解決することが可能であり、また、そのように解決すべきであり、教会権威はこの課題を自らの使命と考えている。このような教会権威の判定に基づいて、宗教的行動規準が神の命令ではなく人間の命令の表れとして認識され、あるいは、宗教的行動規準が競合する国家的行動規準より狭い異なる範囲の名宛人に関するものとされることにより、国家的行動規準が決定的とされうる。例えば、不正戦の禁止（das Verbot des ungerechten Krieges）は、戦争と平和につき決断する権限のある機関に関する規準とされ、それゆえ、戦士または他の形態の協力者（例えば、軍需産業における労働による協力者）として不正戦に関与することは、人民の判断に委ねられ、あるいは人民の義務とされることになる。[訳注32] まさしく、キリスト教道徳秩序は、たしかに、形而上の最高目的を志向するため最も厳格とされる理念的要求を提示しているが、しかし、法服従者のために、法服従者に対して広く寛容を示している。[訳注33] 神により創設された世俗的権威たる国家に対してキリスト教が認めた役割からみて、信者が国民として世俗的規範に従う行為は、宗教的価値秩序からみて望ましい行為と著しくかけ離れているとしても、黙認されることになる。国家の不正があっても、それだけでは、人民の不服従は正当化されない（Unrecht des Staates rechtfertigt an sich

noch nicht Ungehorsam des Untertanen〔訳注34〕）。まさに、宗教的な最低存立条件（religiöses Existenzminimum）に適合する国家規範については、道徳的拘束性の推定（ein Vermutung der moralischen Verbindlichkeit）が認められるのである〔訳注35〕。国家の規範的領域においてこの最低存立条件が充足される場合には、個別的な国家規範がキリスト教道徳秩序によって拘束的なものとされるのであり、一般に、国家規範がキリスト教の規範的秩序における神の命令（göttliches Gebot）に矛盾せず、キリスト教徒に不正な行為（Unrechttun）を要求しない場合には、この最低存立条件を充足するものとされる。したがって、国家の命令がキリスト教道徳における人間の行動規準に反して不正の受忍（Unrechtleiden）を要求する場合には、当該命令が道徳的価値秩序には適合しないにもかかわらず、当該命令に従っても罪とはされないことになる〔訳注36〕。最近、「カトリック・アカデミー」（Katholische Akademie）により行われた講演会において、一連のウィーン法学者が、たしかに、原理的には反キリスト教的立場ではないオーストリア法における矛盾として、例えば、民法、労働法、刑法、租税法を含む行政法における「非キリスト教的要素」（Unchristliches）について論じていた。しかし、報告者の中には、人民および法適用の権限を有する官庁はこうした一定の「非キリスト教的」な法規定を無視することが許され、当該法規定に従う必要はないという見解を主張するものは、誰もいなかったのである。むしろ、こうした批判は、多くの場合、このように完徹しようとしたものではなく、いわば立法論として（de lege ferenda）、すなわち、制定法をキリスト教道徳秩序に適合させるよう立法者に要求する趣旨で行われたものといえよう。また、とりわけ、ソクラテス（Sokrates）は、脱獄することが可能であったにもかかわらず、人民法廷により科された死刑を自ら執行するために毒杯をあおぎ、これにより、不正の受忍に関する教義を実践して、道徳に反する命令に自ら服したのである〔訳注37〕。また、宗教的確信を公言した無数の者たちの殉教の死（Märtyrertod）も、道徳に反する命令を道徳的に履行したことによるものなのである〔訳注38〕。

刑法、民法および行政法（特に租税法）における不当な義務に対する人民の不服従が許容されるのは、これらの義務が明白に道徳に反する行為を要求する場合に限られる。周知のように、教会は、世俗の宗派共同学校（die interkonfessionelle weltliche Schule）を禁止している。それにもかかわらず、カトリック教徒の両親は、こうした教会の立場から、例えば子供の通学の拒否や料金・税金の不払いなどの方法で、この種の学校をボイコットするという結論を導くことは許されない。〔訳注39〕また、教会は宗教教育を受ける人間の自然権（ein Naturrecht des Menschen auf Religionsunterricht）を認めているが、同時に、外国語のみによる宗教教育をボイコットすることが許されるわけではない。〔訳注40〕また、教会は礼拝において母国語による説教を行うよう配慮するが、〔訳注41〕同時に、国家が外国語による説教を強制したとしても、これを理由として礼拝への参列を拒むことが許されるわけではない。さらに、教会は、家庭で幼児教育をする自然権（ein Naturrecht auf häusliche Kindererziehung）を認めている。しかし、もし国家がプラトン（Platon）の著作『国家』（Politia）における設計に従って教育制度を整備した場合、教会の見解からも、両親は、国家の教育施設に自分の子供を引き渡すことを拒否できないといえよう。〔訳注42〕また、教会は、教皇の回勅「レールム・ノヴァルム」（Rerum novarum, 1891）〔訳注43〕および回勅「クアドラジェジモ・アンノ」（Quadragesimo anno, 1931）〔訳注44〕において、職能団体の自治を法律上整備するよう推奨し、そうした自治的団体において、経済的または文化的に同一の職能団体に属する使用者と労働者が統合し、当該職能団体の課題に関して共同して審議・議決すべきものとしている。〔訳注45〕しかし、法律の規定により組織的に異なる複数の職能団体の協同が強制され、階級的に一方に併合された場合、教会の立場からは、こうした協同を免れることは許されないといえよう。さらに、教会は、社会的課題の配分に関して、いわゆる補充性の原理（das Subsidiaritätsprinzip）を定立しており、これによると、簡潔にいえば、個人または国内の自律的共同体（特に、家族、私法上の組合・社団など）が、経済的・文化的機能をそもそも果たすことができないか、または、少なくとも、国

家または国家機関としての公的団体と比較して合目的的に果たすことができないことを前提として、その限りで、国家（die öffentliche Hand）は当該機能を引き受けることができるものとされる。〔訳注46〕しかし、教会は、信者に対して、公法人・私法人その他の共同体および個人における法律上の管轄の配分（Zuständigkeitsverteilung）に違反することを禁じており、例えば、法的な独占権（国立銀行や郵便局の独占権、オーストリアにおけるような学問の府たる大学の設立・管理に関する連邦の独占権、国家の軍事編成に関する排他的許可の独占権など）に対して反抗することを禁じているのである。

この点で、教会は、これまで多数の神学の著者が提示していた要求を採用せず、また、単に一定の国家形態または統治形態のみを推奨して他の国家形態または統治形態を拒否することをせず、――例えば、歴史的に非常に多様な国家との協調方式（modus vivendi）によるためなど、いくつかの理由が推測されるが、そのいずれかはともかくとして――こうした根本的な政治問題に対しては、原則的に中立的態度を表明してきたといえよう。〔訳注47〕1885年11月１日の回勅「サピエンティエ・クリスティアーネ」（Sapientiae Christianae）においては、〔訳注48〕「命令権は、それ自体として、国家形態と必然的に結びつくわけではない。国家社会は、公共の利益または公共の福祉を促進するのに適しているかぎり、自由にその形態を選択することができる（Das Befehlsrecht ist an sich mit keiner Staatsform notwendig verbunden. Die staatliche Gesellschaft ist frei, die Form zu wählen, wofern sie nur geeignet ist, den gemeinsamen Nutzen und das gemeinsame Wohl zu fördern.）」と表明している。〔訳注49〕神学者がいずれかの国家形態または統治形態を支持することが時にあり、そこでは、神の統治に比肩するような君主制が支持されることが多く、また、人民主権による共和制の支持も時折みられたが、それらは拘束力のない個人的見解によるものである。〔訳注50〕オーストリアの国家的実践において、回勅「レールム・ノヴァルム」および回勅「クアドラジェジモ・アンノ」から、職能代表制国家（Ständestaat）の刷新を促す教皇の指令や推奨が読みとられてきたが、これは、上述したように、

職能団体または文化団体の自治を達成しようとしていたこれらの回勅の意図を誤解したものであり、教皇が設定した目的を行政的団体組織の領域から憲法の領域へと恣意的に移行させているのである。(3)〔訳注51〕

教皇レオ十三世による1878年９月28日の回勅「クォド・アポストリチ」(Quod Apostolici)においては、〔訳注52〕絶対的な国家服従義務の領域と絶対的命令に基づく国家に対する不服従の領域(die Bereiche der unbedingten Gehorsamspflicht und des unbedingt gebotenen Ungehorsams gegenüber dem Staat)を次のように区別している。すなわち、「時折、支配者が公権力を軽々しく過度に行使することがあるが、カトリック教会の教義においては、独断でこうした支配者に対して反抗して、安寧秩序を乱したり、社会に著しく損害を与えたりすることは許されない。また、他に救済の見込みがないと思われるときは、カトリック教会の教義では、キリストの教えに従って忍耐し、心から神に祈りを捧げて、その功績により救いを促すよう教えている。しかし、立法者や支配者の法令が神法または自然法に矛盾することを規定したり命令したりする場合には、キリストの御名による義務と尊厳、そして、『人に従うより、神に従うべきです』という使徒の箴言〔訳注53〕を忘れてはならない。(Si tamen quandoque contingat, temere et ultra modum publicam a Principibus potestatem exerceri, catholicae Ecclesiae doctrina in eos insurgere proprio marte non sinit, ne ordinis tranquillitas magis magisque turbetur, neve societas maius exinde detrimentum capiat. Cumque res eo devenerit, ut nulla alia spes salutis affulgeat, docet christianae patientiae meritis et instantibus ad Deum precibus remedium esse maturandum. ― Quod si legislatorum ac principum placita aliquid sanciverint aut iusserint, quod divinae aut naturali legi repugnet, christiani nominis dignitas et officium atque apostolica sententia suadent, obediendum esse magis Deo quam hominibus.)」と述べているのである(Nr. VII; C. I. C. F., vol. III, B. 128/9)〔訳注54〕。しかし、膨大な文献がありながら、国家の命令に対して服従が許容され要求される領域と不服従が許容され要求される領

域を詳細かつ明確に区別するという認識課題は、未だ完全に解明されたわけではない。また、重要点として、国家の命令の不遵守（Nichtbefolgung des staatlichen Befehls）という単なる不服従（einfacher Ungehorsam）を超えた手段とされる消極的抵抗（passiver Widerstand）、さらには、積極的抵抗（aktiver Widerstand）の問題がなお未解明である[訳注55]。命令権や抵抗権をできるかぎり広く捉え、それゆえ、多くの批評家がこれらを過度に注視するが、それは人間の本性（Menschennatur）に基づいている。また、歴史上、道徳に反した違法命令に対して道徳に反した違法な抗命方法で対抗すること（dem rechtswidrigen und sittenwidrigen Befehl mit rechts- und sittenwidrigen Methoden der Befehlsverweigerung begegnen）は、きわめて多くみられる。国家の抑圧に対する対策手段とされる「心からの祈り」や「キリスト教の教えに従った忍耐」が、国家の権力濫用を克服するための有用かつ有効な方法となるのは、きわめて稀といえよう。この点で、共和国は、権力濫用に対抗するための周到な機構の創設によって、真の共和国（Freistaat）として確証されることになる。

国家権力の反道徳的要求に対する個人的反動（die individuelle Reaktion gegen die amoralischen Zumutungen der Staatsgewalt）について、少なくとも道徳的に許容される主要ケースとされるのは、道徳に反した命令に対する単なる違反行為（das einfache Zuwiderhandeln gegenüber dem sittenwidrigen Befehl）である。兄の亡骸を動物の餌食として放置しておくよう命じた王の命令に対するアンティゴネー（Antigone）の態度は、一般に理解されよう[訳注56]。しかし、国家の不正に対して歴史上最も頻繁に生じた反動、すなわち、**革命**（Revolution）および基本的にこれに等置される**クーデター**（Staatsstreich）については、既存状態による受益者だけでなく、とりわけ、キリスト教の唱道者によっても、根本的に議論されている。フリードリヒ・シラー（Friedrich Schiller）の戯曲「ヴィルヘルム・テル」（Wilhelm Tell）のリュートリのシーンにおけるような、革命の典型的な正当化については、キリスト教の立場から

は、暴君殺害（Tyrannenmord）として論難されることも少なくない[訳注57]。全体主義的な国家形態においては、人間だけでなく、人間の精神生活の基盤としての伝統的な価値秩序をも克服する試みが従来からみられるが、こうした心象の下ではじめて、国家権力に対する限定的な集団的反抗を理解する方向で、一定の見解の変化が生じてきた。まさに、キリスト教史に関する記述でも、近代におけるレジスタンスの闘士（Widerstandskämpfer）の手段が、キリスト教徒にとって非常手段として認められているのである。

戦争に関しても、人間の生活基盤を危殆化する効果が大きくなるにつれて、抵抗手段の評価に変化が生じている[訳注58]。こうした特徴は、例えば、戦争責任者自身の延命を図るために自国が平然と国民を殲滅の危険にさらす場合に行われる、戦時反逆（Kriegsverrat）あるいは投降（Übergang zum Feind）の評価にみられる[訳注59]。既に先の世界大戦は、人類に対する警鐘として次の教訓を与えている。すなわち、「自国の国民、ひいては人類を戦争に陥れるという最も重大な罪の前では、人間の罪はいずれも霞んでみえ、また、強国の建設、ましてや、強大な軍事国家の建設は、殊に、当該国家が真の責任感（wahres Verantwortungsbewußtsein）により抑制されなければ、他の世界に対しても、また、自国の国民に対しても、売名的な罪業（eine herostratische Tat）となる。…… したがって、偉大な宗教的警鐘者は、戦争を厳禁としたのであり、それゆえ、不遜な人間から非現実的で世事にうといとの評価を受けざるをえなかったが、その考えはなお正当とされよう」(4)。

前提的考察は古代にまで遡り、キリストの時代に認識の頂点に達するが、しかし、**全体主義国家とアナーキーという政治的両極**の間で、**道徳的に是認され実際にも履践しうる中道**、すなわち、服従と自由の調和をもたらす中道を示すことが、人間の思考における**永遠の課題**とされよう。敬愛する被祝賀者[訳注60]は、ライフ・ワークの重要部分を、こうした理論的にも実践的にも重要な問題の解明のために捧げてきたのである。

注

（１）　Die Werke Friedrichs des Großen, herausgegeben von Gustav Berthold Volz, deutsch von Friedrich von Oppeln - Bronkowsky, 10 Bände, Rainer Hobbing, Berlin 1912, 2. Bd., S. 5 f.

（２）　*Alfred Verdroß*, Völkerrecht, 4. Aufl. 1959, S. 224.

（３）　*Adolf Merkl*, Der staatsrechtliche Gehalt der Enzyklika "Quadragesimo anno", Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. XIV (1934), Heft 2, S. 208 ff.〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 129-164 に収録されている〕。そこでは、特に、これらの回勅が憲法に職能代表制国家の性格を認めているのか否か、また、いかなる範囲でその性格を認めているのか、すなわち、これらの回勅が、職能団体に関して要求される国内の作用範囲を超えて、国家意思形成の主体または少なくともその関与者の資格を職能団体に認めているのか否か、という点を確認している。また、その12年後に、とりわけ、ヴァルター・フェルバー（Walter Färber）が、アウクスブルクの J. W. Naumann 社により編集された Abendländische Reihe の第５巻において、当時のオーストリアの職能代表制国家はフォーゲルザング（Vogelsang）の考えや回勅「クアドラジェジモ・アンノ」（Quadragesimo anno）とは無関係であることを論証しようとしている（a. a. O., S. 66）。

（４）　*Adolf Merkl*, Das Problem der internationalen Organisation, Universitas, Zeitschrift für Wissenschaft, Kunst und Literatur, Jg. III (1948), Heft 11 und 12, S. 1434〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band II, Verfassungsrecht・Völkerrecht, Teilband 2, 2002, S. 653-682 に収録されている〕。

訳注

〔訳注１〕　この点に関しては、また、*Adolf Julius Merkl*, Zum 80. Geburtstag Hans Kelsens, Reine Rechtslehre und Moralordnung, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (ÖZÖR), Band 11 (1961), S. 293 ff., insbes. S. 299〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 629 ff. に収録されている〕参照。さらに、本誌におけるヘルベルト・シャンベック（Herbert Schambeck）の解説のⅣをも参照されたい。

〔訳注２〕　さらに、自然法に基づく抵抗権に関するメルクルの見解について詳細には、*Adolf Julius Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, Die ewige Auseinandersetzung von natürlichem und positivem Recht, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 513 ff., insbes. S. 566 ff. をも参照されたい。

〔訳注３〕 プロイセンのフリードリヒ二世によるシュレジエン侵略と、この奪還のためのマリア・テレジアの策動と戦況などに関しては、例えば、江村洋『ハプスブルク家』（講談社現代新書、1990年）158頁以下参照。また、第一次シュレジエン戦争（1740年～1742年）、第二次シュレジエン戦争（1744年～1745年）および第三次シュレジエン戦争〔七年戦争〕（1756年～1763年）の詳細については、とりわけ、アンドレ・モロワ／桐村泰次訳『ドイツ史 HISTOIRE DE L'ALLEMAGNE』（論創社、2013年）146頁以下、久保田正志『ハプスブルク家かく戦えり――ヨーロッパ軍事史の一断面――』（錦正社、2001年）237頁以下、249頁以下、257頁以下参照。

〔訳注４〕 この点については、また、*Merkl*, Reine Rechtslehre und Moralordnung, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 652; ders., Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 545 をも参照されたい。さらに、プロイセン王フリードリヒ二世に関する歴史的評価の相違に関しては、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 575 参照。

〔訳注５〕 これは、1740年11月７日の書簡である。この点につき、より詳細には、*Merkl*, Reine Rechtslehre und Moralordnung, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 652 f. をも参照。

〔訳注６〕 アメリカ独立戦争とキリスト教的自然法との関係については、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 527 をも参照。

〔訳注７〕 ポーランド王国は、オーストリア、プロイセンおよびロシアの三国列強により、1772年、1793年、1795年の三次にわたって分割され、その最終的な結果として、ポーランドは一時的に地図の上から姿を消した。この点について詳細には、とりわけ、モロワ／桐村訳・前掲書（訳注３）162頁以下参照。また、*Adolf Julius Merkl*, Widerstand !, Volkserhebung der Tiroler 1809 - Eine rechtshistorische Untersuchung, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 631 ff., insbes. S. 633 f.; *ders.*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 564 をも参照されたい。

〔訳注８〕 この点に関しては、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 564 をも参照。

〔訳注９〕 ナチス・ドイツによるオーストリア合邦に関しては、とりわけ、*Adolf Julius Merkl*, Die Rechtsform des Anschlusses, in: Adolf Julius Merkl,

Gesammelte Schriften, Band II, Verfassungsrecht・Völkerrecht, Teilband 1, 1999, S. 583 ff.; *ders.*, Der Anschluß Österreichs an das Deutsches Reich als Rechtsproblem, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band II, Verfassungsrecht・Völkerrecht, Teilband 1, 1999, S. 607 ff.; *ders.*, Die Anschlußfrage als innerdeutsches staatsrechtliches Problem, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band II, Verfassungsrecht・Völkerrecht, Teilband 1, 1999, S. 769 ff.; *ders.*, Ehre den Opfern des Widerstandes, „Wie sehen Sie 25 Jahre danach die Ereignisse, die zu Österreichs Untergang geführt haben?“, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band III, Verwaltungsrecht - Zeitgenossen und Gedanken, Teilband 2, 2009, S. 693 ff.; *ders.*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 564 f. を参照されたい。

〔訳注10〕　ヒトラーは、1938年３月11日に、オーストリアに対して、シューシュニック内閣により同年３月13日に予定されていた独墺合邦の賛否を問う国民投票の無期延長、シューシュニックの辞任、ザイス－インクヴァルトを首班とするナチス内閣の組閣を要求する最後通牒をつきつけている。その後、ザイス－インクヴァルト新内閣は、1938年３月13日に独墺合邦を決議した。これらの点に関しては、例えば、矢田俊隆＝田口晃『オーストリア、スイス現代史』（山川出版社、1984年）124頁、リチャード・リケット／青山孝徳訳『オーストリアの歴史』（成文社、1995年）153頁以下参照。また、オーストリア合邦が国際法上無効とされる理由については、特に、*Merkl*, Ehre den Opfern des Widerstandes, a. a. O.（訳注９）, in: Gesammelte Schriften, Band III, Teilband 2, S. 693 f. 参照。さらに、当時における抵抗の余地（Möglichkeiten eines Widerstandes）の肯否とその形態について、*Merkl*, Ehre den Opfern des Widerstandes, a. a. O.（訳注９）, in: Gesammelte Schriften, Band III, Teilband 2, S. 694 f. 参照。また、オーストリア合邦に対する諸外国の反応と戦後処理については、山本草二『国際法〔新版〕』（有斐閣、1994年）172頁参照。

〔訳注11〕　バルト三国（エストニア、ラトヴィア、リトアニア）のソビエト連邦への併合に関しては、とりわけ、パスカル・ロロ／磯見辰典訳『バルト三国』（白水社、1991年）86頁以下など参照。ちなみに、バルト三国は1991年にソビエト連邦から独立しているが、Merkl の本論文はそれ以前の1961年に公表された論文である。

〔訳注12〕　1918年の11月革命（Novemberrevolution）に関しては、例えば、ハンス・モムゼン／関口宏道訳『ヴァイマール共和国史――民主主義の崩壊とナチスの台頭』（水声社、2001年）35頁以下、林健太郎『ワイマル共和国――ヒト

ラーを出現させたもの』（中公新書、第42版、2009年）２頁以下参照。

〔訳注13〕 ヴァイマル共和国成立直後の各政党の状況に関しては、例えば、林・前掲書（訳注12）50頁以下など参照。また、社会民主党、中央党および民主党の三党によるいわゆる「ヴァイマル連合」と、ヴァイマル憲法の制定に至る過程に関しては、モムゼン / 関口訳・前掲書（訳注12）63頁以下、林・前掲書（訳注12）53頁以下など参照。

〔訳注14〕 この点に関しては、とりわけ、矢田＝田口・前掲書（訳注10）64頁、特に66頁以下、ゲオルク・シュタットミュラー / 矢田俊隆解題 / 丹後杏一訳『ハプスブルク帝国史――中世から1918年まで』（刀水書房、1989年）196頁参照。

〔訳注15〕 1920年10月１日のオーストリア共和国憲法については、とりわけ、矢田＝田口・前掲書（訳注10）78頁以下参照。また、憲法制定委員会におけるイグナーツ・ザイペル（Ignaz Seipel）の発言内容については、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 533 および同所引用の文献参照。

〔訳注16〕 この点に関しては、また、シュタットミュラー / 矢田解題 / 丹後訳・前掲書（訳注14）192頁以下、特に196頁以下をも参照。

〔訳注17〕 この点に関して詳細には、*Adolf Julius Merkl*, Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 277 ff.〔本論文の邦訳として、勝亦藤彦訳・本誌〕を参照されたい。

〔訳注18〕 この点に関しては、例えば、モロワ / 桐村訳・前掲書（訳注３）213頁以下、特に219頁、坂井榮八郎『ドイツ史10講』（岩波新書、2003年）140頁など参照。

〔訳注19〕 この点に関しては、例えば、モロワ / 桐村訳・前掲書（訳注３）251頁以下、坂井・前掲書（訳注18）169頁以下参照。

〔訳注20〕 プレスブルクの和約については、モロワ / 桐村訳・前掲書（訳注３）174頁、リケット / 青山訳・前掲書（訳注10）70頁、シュタットミュラー / 矢田解題 / 丹後訳・前掲書（訳注14）110頁以下、久保田・前掲書（訳注３）331頁以下など参照。また、*Merkl*, Widerstand !, Volkserhebung der Tiroler 1809, a. a. O.（訳注７）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 631 f. をも参照されたい。

〔訳注21〕 1809年のティロル人の民衆蜂起に関して詳細には、*Merkl*, Widerstand !, Volkserhebung der Tiroler 1809, a. a. O.（訳注７）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 631 ff.; *ders.*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 563 f.; リケット / 青

山訳・前掲書（訳注10）70頁以下参照。また、シュタットミュラー / 矢田解題 / 丹後訳・前掲書（訳注14）110頁以下をも参照。

〔訳注22〕　スチムソン主義に関しては、とりわけ、山本・前掲書（訳注10）179頁、706頁参照。

〔訳注23〕　モスクワ宣言（die Moskauer Deklaration）は、ドイツ降伏前の1943年に、ソ連・イギリス・アメリカの三国により発せられた。モスクワ宣言に関しては、例えば、リケット / 青山訳・前掲書（訳注10）157頁、矢田＝田口・前掲書（訳注10）144頁以下参照。

〔訳注24〕　この国民投票の評価・分析に関しては、とりわけ、村瀬興雄『アドルフ・ヒトラー――『独裁者』出現の歴史的背景』（中公新書、第29版、2009年）265頁以下、矢田＝田口・前掲書（訳注10）124頁以下参照。

〔訳注25〕　国際法上の取得時効およびその中断事由については、とりわけ、山本・前掲書（訳注10）292頁以下、294頁以下参照。また、*Merkl*, Widerstand !, Volkserhebung der Tiroler 1809, a. a. O.（訳注７）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 634 をも参照されたい。

〔訳注26〕　カトリック国家観における国法規範の拘束性と国民の義務の詳細に関しては、*Merkl*, Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, a. a. O.（訳注17）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 277 ff. を参照されたい。

〔訳注27〕　Merkl は、この箇所で、Enzyklika “Sapientiae Christianae” des Papstes Leo XIII. vom 1. November 1885と表記している。しかし、教皇レオ十三世の回勅「サピエンティエ・クリスティアーネ」（Sapientiae Christianae）は、1890年１月10日に発布されたものであり、1885年11月１日に発布された回勅は、教皇レオ十三世の回勅「インモルターレ・デイ」（Immortale Dei）である。回勅「サピエンティエ・クリスティアーネ」の発布日については、*Adolf Julius Merkl*, Die Enzyklika gegen den Kommunismus, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 269 ff., insbes. S. 273; *ders.*, Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, a. a. O.（訳注17）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 286 をも参照。また、本回勅のラテン語原文およびその独訳については、*Helmut Schnatz* (Hrsg.), Päpstliche Verlautbarungen zu Staat und Gesellschaft, Originaldokumente mit deutscher Übersetzung, 1973, S. 189 ff. 参照。

〔訳注28〕　Merkl は、本論文において、回勅「サピエンティエ・クリスティアーネ」における当該箇所のラテン語原文のみを引用している。また、この点に関しては、*Leo XIII.*, Sapientiae Christianae, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注27）, S.

194, 195 参照。さらに、*Merkl*, Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, a. a. O.（訳注17）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 291 をも参照されたい。

〔訳注29〕 この点に関しては、*Leo XIII.*, Sapientiae Christianae, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注27）, S. 194, 195 参照。また、*Merkl*, Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, a. a. O.（訳注17）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 291 参照。

〔訳注30〕 教皇レオ十三世による国家権力の神的起源のテーゼとその帰結に関しては、前田光夫「近代諸教皇の回勅に現れたカトリック国家学説」『小林直樹先生還暦記念　現代国家と憲法の原理』（有斐閣、1983年）80頁以下参照。

〔訳注31〕 両剣論（Zweischwertertheorie）とは、いわば教会の剣と世俗の剣とがあり、神は一方の剣（教剣＝教権）を教皇に、他方の剣（俗剣＝俗権）を皇帝に授けたとする、教会と国家の統治関係に関する教理（聖俗二権論）をいい、その内部では実質的な相違がみられる。13世紀のカトリック教会の絶頂期においては、聖俗二剣の対等・協調型の両剣論ではなく、教剣が俗剣を併呑する教会優位型の両剣論が高唱されていた。そこでは、一方で、教会は神から直接に聖俗二剣を与えられたのであり、教皇は、「神の代理者」または「キリストの代理者」として、そのうちの俗剣を世俗の支配者に教会の管理の下に貸し与えたとされ、他方で、世俗の支配者は単なる人民や領域の保護者に格下げされ、教皇と世俗君主の関係はいわば領主と家臣の封建的関係として扱われていた。この点に関しては、とりわけ、柴田平三郎「〈血の滴る剣〉――ソールズベリのジョンにおける『教会と国家』」同『中世の春――ソールズベリのジョンの思想世界』（慶應大学出版会、2002年）263頁以下、特に272頁以下、276頁以下、柴田平三郎「《神の統治》と《人間の統治》――トマス・アクィナスにおける『教会と国家』」獨協法学86号（2012年）39頁以下、64頁および同所引用の文献参照。メルクルが本論文のこの箇所で想定している両剣論は、こうした教会優位型の両剣論であるといえよう。メルクルによる両剣論の理解に関しては、また、*Merkl*, Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, a. a. O.（訳注17）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 291参照。

さらに、両剣論の神学的意義およびその歴史的変容については、とりわけ、*Hartmut Hoffmann*, Die beiden Schwerter im hohen Mittelalter, Deutsches Archiv für Erforschung der Mittelalter, 20 (1964), S. 78 ff.; J. ゴンサレス / 鈴木浩訳『キリスト教神学基本用語集』（教文館、2010年）94頁以下参照。

〔訳注32〕 この点に関しては、*Merkl*, Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, a. a. O.（訳注17）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2,

S. 292 f. をも参照。

〔訳注33〕　この点に関して、より詳細には、*Merkl*, Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, a. a. O.（訳注17）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 293 をも参照。

〔訳注34〕　この点に関して、より詳細には、*Merkl*, Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, a. a. O.（訳注17）, in: Gesammelte Schriften, Bnad I, Teilband 2, S. 294 をも参照。

〔訳注35〕　この点に関して、より詳細には、*Merkl*, Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, a. a. O.（訳注17）, in: Gesammelte Schriften, Bnad I, Teilband 2, S. 295 をも参照。

〔訳注36〕　この点に関して、より詳細には、*Merkl*, Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, a. a. O.（訳注17）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 306, 315, 316 をも参照。

〔訳注37〕　この点に関しては、*Merkl*, Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, a. a. O.（訳注17）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 306 をも参照。また、ソクラテスの刑死の意義に関しては、とりわけ、森際康友「ソクラテスの死――悪法問題とプラトン哲学――」原秀夫＝ホセ・ヨンパルト＝三島淑臣編『法の理論３』（成文堂、1983年）91頁以下、桂木隆夫「競争と秩序――ソクラテスの裁判と刑死について――」ホセ・ヨンパルト＝三島淑臣編『法の理論８』（成文堂、1987年）181頁以下および同所引用の文献参照。

〔訳注38〕　キリスト教の殉教者における宗教的自然法と実定法の衝突については、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 544 をも参照。そこでは、当該衝突に関して、もし行為者が実定法に従って行為した場合に、キリスト教的自然法における評価として、国法の命令に従ったことによりキリスト教的自然法の違反の罪責が止揚または阻却されるか否か、また、「当該自然法の違反は止揚ないし阻却されないが、当該自然法に違反した行為者の罪責が軽減される」（das Verschulden des naturrechtswidrig Handelnden vermindern, aber die Verletzung des Naturrechts nicht aufheben oder ausschließen）か否かという問題についても論じている。

〔訳注39〕　この点に関しては、*Merkl*, Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, a. a. O.（訳注17）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 297 をも参照。

〔訳注40〕　Merkl は、本論文のこの箇所において、単に ein Naturrecht des Menschen auf Religionsunterricht と記載しているが、しかし、*Merkl*, Die Staatsbür-

gerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, a. a. O.（訳注17）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 297 では、教会が「母国語による宗教教育を受ける人間の自然権」（ein Naturrecht des Menschen auf Religionsunterricht in der Muttersprache）を承認することと、外国語のみによる宗教教育のボイコットの可否の関係について論じている。さらに、カトリックのキリスト教的自然法における子供の教育内容と親の自然権については、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 531 f. をも参照。

〔訳注41〕 キリスト教的自然法における「母国語による教育や説教を受ける自然権」と民族自決の問題との関連については、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 541 をも参照。

〔訳注42〕 この点に関しては、*Adolf Julius Merkl*, Der staatsrechtliche Gehalt der Sozialenzykliken und die Möglichkeit ihrer Verwirklichung in der Gegenwart, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 645 ff., insbes. S. 666 f.; *ders.*, Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, a. a. O.（訳注17）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 297 をも参照。

〔訳注43〕 回勅「レールム・ノヴァルム」（Rerum novarum）は、1891年５月15日に、教皇レオ十三世により全世界に発布された。この回勅に関しては、とりわけ、テォドール・ゲッペルト編『基督教と社會再建――レオ十三世・ピオ十一世回勅』（エンデルレ書店、第３版、1954年）18頁以下、37頁以下、97頁以下、岳野慶作訳解『レオ十三世回勅　レールム・ノヴァルム――労働者の境遇』（中央出版社、1958年）、岳野慶作訳解「レオ十三世教皇回勅　レールム・ノヴァルム――労働者の境遇について」中央出版社編『教会の社会教書』（中央出版社、1991年）15頁以下参照。また、*Merkl*, Der staatsrechtliche Gehalt der Sozialenzykliken und die Möglichkeit ihrer Verwirklichung in der Gegenwart, a. a. O.（訳注42）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 647, S. 658, S. 659; *ders.*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 528 をも参照。

〔訳注44〕 回勅「クアドラジェジモ・アンノ」（Quadragesimo anno）は、1931年５月15日に、教皇ピウス十一世により発布された。この回勅のラテン語原文とその独訳については、*Pius XI.*, Quadragesimo anno, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注27）, S. 401 ff. 参照。さらに、この回勅に関して詳細には、とりわけ、*Adolf Julius Merkl*, Enzyklika “Quadragesimo anno” und Verfassungsfrage, in: Adolf

Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 115 ff.; *ders.*, Der staatsrechtliche Gehalt der Enzyklika “Quadragesimo anno”, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 129 ff.; *ders.*, Der staatsrechtliche Gehalt der Sozialenzykliken und die Möglichkeit ihrer Verwirklichung in der Gegenwart, a. a. O.（訳注42）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 647 ff.; *ders.*, Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, a. a. O.（訳注17）, in: Gesammelte Schriften, Band 1, Teilband 2, S. 296 ff.; *ders.*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 528, S. 534;『カトリック的社會秩序改新策　教皇ピオ十一世回勅「クヮドラジェジモ・アンノ」』（岩波書店、1931 年）、ゲッペルト編・前掲書（訳注43）26頁以下、98頁以下、198頁以下、岳野慶作訳解『ピオ十一世回勅　クアドラゼジモ・アンノ――社会秩序の再建』（中央出版社、1966年）、岳野慶作訳解「ピオ十一世教皇回勅　クアドラジェジモ・アンノ――社会秩序の再建」中央出版社編『教会の社会教書』（中央出版社、1991年）119頁以下参照。また、回勅「クアドラジェジモ・アンノ」の解釈上の問題点について、*Adolf Julius Merkl*, Neue Naturrechtssysteme im heutigen Deutschland als Ausdruck der Krise des gesatzten Rechtes, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 503 ff., insbes. S. 510 をも参照。

〔訳注45〕　回勅「クアドラジェジモ・アンノ」における職能団体の自治・自律に関しては、とりわけ、*Merkl*, Der staatsrechtliche Gehalt der Enzyklika “Quadragesimo anno”, a. a. O.（訳注44）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 136 f., S. 138, S. 139 f., S. 140 f., S. 142, S. 143, S. 149, S. 151, S. 152 ff.; *ders.*, Enzyklika “Quadragesimo anno” und Verfassungsfrage, a. a. O.（訳注44）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 118, S. 119; *ders.*, Der staatsrechtliche Gehalt der Sozialenzykliken und die Möglichkeit ihrer Verwirklichung in der Gegenwart, a. a. O.（訳注42）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 649, S. 650, S. 652, S. 654, S. 658, S. 669, S. 673 参照。

また、この回勅が推奨する職能団体組織における「使用者と労働者の関係」およびその問題性については、とりわけ、*Merkl*, Der staatsrechtliche Gehalt der Enzyklika “Quadragesimo anno”, a. a. O.（訳注44）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 140, S. 147, S. 148, S. 151, S. 155 f., S. 159; *ders.*, Enzyklika “Quadragesimo anno” und Verfassungsfrage, a. a. O.（訳注44）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 117 f.; *ders.*, Der staatsrechtliche Gehalt der Sozialenzykliken und die Möglichkeit ihrer Verwirklichung in der Gegenwart, a.

a. O.（訳注42）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 651 f., S. 659, S. 661 f. 参照。

さらに、複数の職能団体への重畳的帰属により生ずる義務の衝突（Pflichtenkollision）の問題性に関しては、*Merkl*, Der staatsrechtliche Gehalt der Enzyklika “Quadragesimo anno”, a. a. O.（訳注44）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 144 f. 参照。

〔訳注46〕 補充性の原理（das Prinzip der Subsidiarität / das Subsidiaritätsprinzip）とは、自助に対する補充的な公的援助の原理であり、個人および各種の共同体が自己の固有の課題を自ら処理しえない事態が生じた場合にのみ、上位の共同体または国家がそれらの活動領域に介入し、当該課題の達成を援助する機能を果たすものとする基本原則である。カトリシズムにおける補充性の原理については、とりわけ、*Merkl*, Reine Rechtslehre und Moralordnung, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 643 f.; *ders.*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 541 f.; *ders.*, Der staatsrechtliche Gehalt der Enzyklika “Quadragesimo anno”, a. a. O.（訳注44）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 132, S. 150, S. 156 f.; *ders.*, Der staatsrechtliche Gehalt der Sozialenzykliken und die Möglichkeit ihrer Verwirklichung in der Gegenwart, a. a. O.（訳注42）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 649, S. 663, S. 665 ff. また、*Albrecht Beckel*, Christliche Staatslehre, Grundlagen und Zeitfragen, 1960, S. 21 ff.; *Hugo Schmieden*, Recht und Staat in den Verlautbarungen der katholischen Kirche seit 1878, 1959, S. 85 ff., S. 92 ff.; 前田・前掲論文（訳注30）77頁以下をも参照されたい。さらに、カトリシズムにおける補充性の原理と個人主義との異同について、*Merkl*, Der staatsrechtliche Gehalt der Enzyklika “Quadragesimo anno”, a. a. O.（訳注44）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 132 f. 参照。

〔訳注47〕 国家形態に関するカトリック教会の中立性の原則については、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 533 ff., S. 541; *ders.*, Die Enzyklika gegen den Kommunismus, a. a. O.（訳注27）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 270; *ders.*, Der staatsrechtliche Gehalt der Enzyklika “Quadragesimo anno”, a. a. O.（訳注44）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 163; *ders.*, Enzyklika “Quadragesimo anno” und Verfassungsfrage, a. a. O.（訳注44）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 116; *ders.*, Der staatsrechtliche Gehalt der Sozialenzykliken und die Möglichkeit ihrer Verwirklichung in der Gegenwart, a. a. O.

（訳注42）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 673 f. をも参照。

〔訳注48〕　回勅「サピエンティエ・クリスティアーネ」（Sapientiae Christianae）の発布日については、訳注27を参照されたい。

〔訳注49〕　Merkl は、この引用部分につき、独訳のみを挙げている。この点のラテン語原文および独訳に関しては、*Leo XIII.*, Sapientiae Christianae, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注27）, S. 100, 101 参照。また、この点に関しては、*Merkl*, Der staatsrechtliche Gehalt der Enzyklika “Quadragesimo anno”, a. a. O.（訳注44）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 163 をも参照。

〔訳注50〕　この点に関しては、*Merkl*, Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, a. a. O.（訳注17）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 289 Fn. 6 をも参照。

〔訳注51〕　この点に関しては、*Adolf Julius Merkl*, Journalistisches Gewissen der Freiheit, Erinnerungen an Hans Mauthe, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band III, Verwaltungsrecht - Zeitgenossen und Gedanken, Teilband 2, 2009, S. 509 ff., insbes. S. 511 をも参照。

〔訳注52〕　Merkl は、この箇所において、“Quod Apostolici” vom 28. September 1878 と表記しているが、教皇レオ十三世の回勅 Quod Apostolici muneris は、1878年12月28日に発布されたものである。この回勅の発布日については、例えば、*Merkl*, Die Enzyklika gegen den Kommunismus, a. a. O.（訳注27）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 273; *Schnatz* (Hrsg.), a. a. O.（訳注27）, S. 47 など参照。さらに、この回勅の内容に関しては、*Merkl*, Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, a. a. O.（訳注17）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 304 f.; *ders.*, Die Enzyklika gegen den Kommunismus, a. a. O.（訳注27）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 273 をも参照されたい。

〔訳注53〕　『新約聖書』における「使徒行伝」第５章29参照。*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 521 f. によれば、この聖書の言葉は、神に由来する自然法（ein Naturrecht göttlichen Ursprunges）を前提としており、この自然法は世俗の法（irdisches Recht）に対して優位することを示すものとされている。

〔訳注54〕　この点に関しては、*Leo XIII.*, Quod Apostolici muneris, in: Schnatz (Hrsg.), a. a. O.（訳注27）, S. 56 ff. また、*Merkl*, Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, a. a. O.（訳注17）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 304 f.; 前田・前掲論文（訳注30）87頁参照。

〔訳注55〕　消極的抵抗権および積極的抵抗権に関するカトリックの見解について

は、とりわけ、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 569, S. 570, S. 571 f., S. 572 f.; *Beckel*, a. a. O.（訳注46）, S. 42 ff.; *Schmieden*, a. a. O.（訳注46）, S. 124 ff., 前田・前掲論文（訳注30）86頁以下参照。また、さらに、積極的抵抗の形態の種類については、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 571 参照。さらに、カトリック道徳への良心的拘束（Gewissensbindung an die katholische Moral）に基づく積極的抵抗の具体例につき、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 546 をも参照。

〔訳注56〕 これに関しては、ソポクレース / 呉茂一訳『アンティゴネー』（岩波文庫、1961年）参照。さらに、ソフォクレス（Sophokles）の『アンティゴネー』（Antigone）に関する詳細な考察として、*Otto Pöggeler*, Schicksal und Geschichte, Antigone im Spiegel der Deutungen und Gestaltungen seit Hegel und Hölderlin, 2004 をも参照されたい。また、そこで問題とされる規範の衝突（道徳的命令と国法命令の衝突）に関しては、とりわけ、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 567 参照。さらに、アンティゴネーが直面した義務の衝突（道徳的義務と国法上の義務の衝突）に関するヘーゲルの見解について、*Jochen von Bernstorff*, Pflichtenkollision und Menschenwürdegarantie, Zum Vorrang staatlicher Achtungspflichten im Normbereich von Art. 1 GG, Der Staat 47 (2008), S. 21 ff., insbes. S. 39 および同所引用の文献参照。また、*David Moldstad*, The Mill on the Floss and Antigone, PMLA, Vol. 85, No. 3 (May, 1970), S. 527 ff. をも参照されたい。

〔訳注57〕 地方代官ゲスラーに対する「ヴィルヘルム・テルの暴君殺害」とスイスの建国伝説については、とりわけ、U. イム・ホーフ / 森田安一監訳『スイスの歴史』（刀水書房、1997年）77頁、145頁、235頁参照。また、ヴィルヘルム・テルの行為に関する法的考察として、とりわけ、*Gunther Arzt*, Der Apfelschuss - strafrechtliche Randbemerkungen zu Wilhelm Tell, recht 2004, Heft 5, S. 180 ff.; *Harald Maihold*, »Ein rechter Schütze hilft sich selbst« - Nothilfe, Freiheit und Solidarität in Schillers Wilhelm Tell, ius. ful. 3/4, 2008, S. 106 ff.; *Georg Patzer*, Friedrich Schiller, Wilhelm Tell, 2003, S. 42 ff.; *Peter Schneider*, »Ein einzig Volk von Brüdern«. Recht und Staat in der Literatur, 1987, S. 102 ff.; *Rainer Sieg*, Der Apfelschuß des Wilhelm Tell, Jura 1986, S. 326 ff.; *Günter Spendel*, Schillers »Wilhelm Tell« und das Recht, SchwZStr 107 (1990), S. 154 ff. および同所引用の文献参照。さらに、*Leonard Nelson*, Die kritische Ethik bei Kant, Schiller und

Fries - Eine Revision ihrer Prinzipien, in: Paul Bernays/Willi Eichler/Arnold Gysin/Gustav Heckmann/Grete Henry - Hermann/Fritz von Hippel/Stephan Körner/Wener Kroebel/Gerhard Weisser (Hrsg.), Leonard Nelson, Gesammelte Schriften in neue Bänden, Bd. 8, Sittlichkeit und Bildung, 1971, S. 27 ff., insbes. S. 100 ff. をも参照されたい。

シラーの戯曲、叙情詩および散文の諸作品の中にみられる法思想や政治的自由の思想について詳細には、*Adolf Julius Merkl*, Friedrich Schiller und der Staat, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (ÖZÖR), Bd. 59 (1938), S. 67 ff.〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 365 ff. に収録されている〕参照。「ヴィルヘルム・テルの暴君殺害」に関するシラーの法思想などについては、特に、*Merkl*, a. a. O.（訳注57）, ÖZÖR 59 (1938), S. 73 ff.; *ders.*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 567 参照。

〔訳注58〕　軍事的服従拒否（militärische Gehorsamsverweigerung）と国家権力に対する抵抗権の関係については、*Adolf Julius Merkl*, Kriegsdienstverweigerung und Friedensbewegung, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 511 ff., insbes. S. 515 参照。

〔訳注59〕　軍事的不服従の一種としての「投降」（Übergang zum Feind）の概念については、とりわけ、*Merkl*, Kriegsdienstverweigerung und Friedensbewegung, a. a. O.（訳注58）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 511 をも参照。

〔訳注60〕　本論文は、ヨハネス・メスナー（Johannes Messner）の祝賀論文集（Naturordnung in Gesellschaft, Staat, Wirtschaft, Festschrift für Johannes Messner, Innsbruck 1961）に寄稿した論考である。それゆえ、ここでいう被祝賀者（Jubilar）とは、Johannes Messner をさしている。メスナーの自然法論に関しては、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 521, S. 572 をも参照。

【備考】　本論文の原文タイトルは、Das Widerstandsrecht gegen die Staatsgewalt im Lichte christlicher Ethik である。本論文は、Naturordnung in Gesellschaft, Staat, Wirtschaft, Festschrift für Johannes Messner, Innsbruck 1961, S. 467-480 に寄稿された論文であり、さらに、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 611-627 に収録されている。

兵役拒否と平和運動

アドルフ・ユリウス・メルクル
勝　亦　藤　彦　訳

平和運動（Friedensbewegung）の方法論において、兵役拒否（Kriegsdienstverweigerung）の主張は、私のみるかぎり、最も未解明であり、最も議論の余地があるといえよう。この点は、特に、軍事的不服従（militärischer Ungehorsam）の構成要件について妥当するが、この種の不服従には様々な程度があり、捕虜あるいは戦闘員としての投降（Übergang zum Feind）という非常事態まで想定される[訳注１]。周知のように、こうした者に関する評価は一様ではなく、その両極には、売国奴（Vaterlandsverräter）として非難または軽蔑するものもいれば、生命をかけて、さらには名誉をかけて、自らの身を共同体のために捧げ、共同体における「永遠の法」（das ewige Recht）を「力を尽くして求めた」（aus den Sternen holen）、民族的信条または宗教的信条に基づく勇士または殉教者として称賛するものもいるのである。

この問題は、二つの世界大戦において、実際、痛切に重要なものとなった[(1)]。

戦争という先祖返りの蛮行を克服する万能薬はないのであり、むしろ、原理的に平和を愛する者は、国際的慣習としての戦争を根絶し、しかも、むろん平和を破壊した者に負責しつつ、歴史上の具体的な戦争に終止符を打つために、**あらゆる**適切な手段を講じなければならないことから、我々の問題領域は平和運動との関係で論じられよう。しかし、世界主義的または国際的な平和保護に対してある程度強大な当事国または局外国が反対し、しかも、国際法を構成す

る個別国家の公式の態度が意思能力のある国民の立場に基づく場合には、こうした平和保護にはおよそ効果が認められない。また、ドイツ民族に対する忠誠の義務（Treueverpflichtung）というドイツ的意識を、国際的な心情、さらには平和主義的な態度と調和させてきたドイツ人にとっては、精神的指導階層の決定的部分が必然的に戦争に至る政策を是認し、少なくとも、**絶対的服従義務**（Verpflichtung zum unbedingten Gehorsam）の観念に基づいて当該政策を支持したこと、また、こうした考えにより当該政策の実現をそもそも**可能**としたことは、きわめて衝撃的な認識であった。対外関係の形成または社会的影響を優先して、当初は躊躇しあるいは拒否していた市民層に対し、政権の意に委ねるよう促し、特に、戦争の決断を拘束的な運命の宣告として甘受するよう促す者が、たとえ少数派であるとしても、現在では、絶対主義または軍国主義は、国家を支えるいわゆる指導階層の中の多数派の合意に基づくだけで可能である。こうしたことは、キリスト教または啓蒙により国家に対して判断力を有するようになった社会においても、再三みられる。例えば、第一次世界大戦により形成された多くの孤立的ドイツ語圏や人口稠密なドイツ民族集団がいずれにせよ危険にさらされることになるため、再度の戦争計画に対しては、国際的モラルや国家的名誉だけでなく、まさしく国益からも、判断力のある者がいずれも警戒していたにもかかわらず、第三帝国は尊大にも戦争と平和を分かつ運命の扉をこじ開けたのであり、これもそうした事態の一つとされよう。

教条的な平和主義者は、国際組織、国際司法および軍縮の拡充という遠大な目標と並んで、平和維持に関する国内的支援や国内的前提が問題となることを看過してきたように思われる。その種の国際条約への加盟は、不当な制約による心裡留保の下に表明されるおそれがあり、それよりも、とりわけ、1919年８月11日のドイツ国におけるヴァイマル憲法（die Weimarer Reichsverfassung für das Deutsche Reich）45条に明示されているように、開戦の要件として形式上の法律（ein förmliches Gesetz）を必要とする方がどれだけ有効であろうか。〔訳注２〕ヴァイマルのドイツ国議会で行われた、当該憲法規定に関する議論にお

いては、一方で、国家活動における最重要な決定を新たな最高意思主体たる国民に委ねるとともに、法律の議決という形式に基づいて侵略戦争を行うことは困難であり、侵略戦争の放棄を全世界に対して強く印象的に表明すべきものとする、多数派の責任感が示されたのであるが、また他方で、そのような外国に対する「儀礼」（Verbeugung）に関しては、議会少数派の憤慨が顕わになった。通常の状況の下では、そのような武力行使を否定する世界的公約は、攻撃されないかぎり破棄できないことから、そのような憲法制度は、実際には、一方的な中立宣言に相当する。それゆえ、ナチ国家においては、戦争と平和に関する処決の自由を少数の徒党に取り戻すために、ヴァイマル憲法の全体を抜本的に変更しなければならなかったのである。

私人の家庭内での激昂（Feuer und Gift）に関する処置と比べると、戦争と平和に関する処決は、共同体生活に計り知れない影響を及ぼすが、後者に関して、国内法秩序における他の平和主義的な抑制手段が憲法形式の制約（ein verfassungsförmiger Riegel）のような実践的意義を有するのは、容易ではないといえよう。個人主義を重視する法秩序において、兵役に対する個人の良心的異議（Gewissensbedenken）を国内的に承認することは、たしかに、個々の急進的な反戦主義者にとってきわめて重要であるが、しかし、決して侵略戦争を阻止するものではなく、侵略戦争の重大な障害となるものでもない。むしろ、そのように防衛戦争における国防力を一方的に低下させることにより、戦争の危険を増大させ、平和愛好民族を新たな支配者に服従させる不当なチャンスを侵略国に与え、こうした民族を侵略の道具に加えて利用することにもなる。過去二世紀におけるヨーロッパの歴史からも、このことが証明されよう。

たしかに、デンマークについては、1940年４月に第三帝国の支配に屈したことは、地理的状況から理解される。しかし、当時のノルウェーのように、さらに見込みのない戦いを行ったとしても、平和主義者は、自らの基本的な平和愛好性に疑いを容れなかったであろう。むしろ、既に迫っていた進軍に対してあらゆる防衛手段により対抗しようとする決然たる態度を示したからこそ、スイ

スは、1939年から1945年まで、近隣の軍事強国による襲撃を免れたといえよう。そこでは、一定の条件の下で、戦争の決断により、ヨーロッパ中央の平和な安全地帯と、国際社会における中立的仲介者というスイス連邦の計り知れない役割がもたらされたのである。〔訳注３〕また、オーストリアやズデーテン地方においても、ナチスが政権を掌握した後、さらには、第三帝国の平和目的に対する中傷は「全ユダヤ人の陰謀」（Machenschaften des Weltjudentums）であるという、報道機関の断言がはったりだと判明した後は、まさに平和愛好者たちが、「我々は、併合の瞬間に、いわば別のより良い平和愛好国ドイツを証す者（Zeugen eines anderen, besseren, friedliebenden Deutschland）として、武器を手にすべきであった」という認識に至った。このような心境の変化には理由がないと解する外国の批評家もいるが、しかし、オーストリアにおいては、1933年より独裁的傾向が顕著となり、ナチズムに対して防衛するために講じた手段が矛盾だらけで不適切だったために、第三帝国に対する内部的な防衛線（die innere Abwehrfront）が決定的に弱体化したことを看過してはならない。ファシズムのイタリアとの緊密な協働への賞賛、1938年まで平和愛好的な態度を装っていたヒトラー（Hitler）よりも激しく強硬論を主張していただけでなく、大多数が平和愛好的なイタリア国民の本質的特性に反して植民地獲得戦争を行い、その残虐行為を反ファシストとされる者に対するみせしめ（Abschreckendes）として示そうとした、ムッソリーニ（Mussolini）への絶えざる賛辞、護国団の軍事的パレード、さらに、世界中の民主主義に反対する護国団指導者の長談義などにより、残念ながら、民主主義的な防衛線は、集結してもほとんど見込みのない防御戦となることが想定されるまでに弱体化して危機的となり、いわば進退きわまった状況に陥っていた（vor die Wahl zwischen einer Scylla und Charybdis gestellt haben）のであり、ナチスの攻撃的な独裁的支配と国内の民主主義との二正面戦争（Zweifrontenkrieg）の中で画策していた政権は、ますます弱体化していったのである。ドイツおよびフランスのカトリシズムにおいて、当時のオーストリアの政治路線について基本的にあくまで好

意的な論者は、こうした悲劇的な状況を十分に意識していたし、また、現在も同様に意識しており、その点については、例えば、ゲオルゲス・ハーン（Georges Hahn）の論文「合邦以前のオーストリアと強制による欠陥」（L'Autriche avant l'Anschluss ou les déficiences de la contrainte, in: La Vie intellectuelle, Paris, novembre 1946）に示されている。私が1935年に書面でも強く指摘していたように、スイスを模範として模倣したとしても、ナチスによる侵略の犠牲者の場合には、救いは得られず、より名誉ある破滅の前兆を示すにすぎなかった（nur einen ehrenvolleren Untergang bedeuten）といえよう。

戦争防止または戦争撲滅の手段については、たしかに、従来、実直な平和主義者の多くにも疑問を抱くものがみられ、その平和主義的な役割の可能性について真剣に検討されてこなかったが、しかし、第一次世界大戦、さらには、第二次世界大戦の経験から、こうした手段が求められるようになったのであり、この点は、たしかに理論的に綿密に分析し、その賛否をも含めて検討に値する。そして、その後に、他者の決定的な警告を聞かない明白な平和破壊者に対する最後の手段という重要な制約の下でとりうるのが、**軍事的服従拒否**（die militärische Gehorsamsverweigerung）なのである。そこでは、周知のように、国家権力に対する抵抗権（das Widerstandsrecht gegenüber der Staatsgewalt）という旧来の思想の応用が問題となる。固定的な集団的先入観としての具象的または事実的な人格的束縛を打ち破ったこと、また、むろん今日まで未確定ではあるが、国家権力の要求とは異なる決断をする権利を個人に認め、また、その義務をも課したことは、キリスト教の不朽の功績である[(2)]。また、キリスト教内部の宗派的対立だけでなく、むしろ、学説に関する特定の歴史的状況やその時間的・場所的制約により、考え方の幅が非常に広がったといえようが、しかし、そこでは、特に、軍事的服従という難問に関しては、そもそも問題が提起されても何ら解明されておらず、神学の文献においても個々の告白がみられるにすぎない。例えば、フランツィスクス・マリア・シュトラートマン（Franziskus Maria Stratmann）の重厚な著作『世界教会と世界平和』

（Weltkirche und Weltfriede, Augsburg 1924）は、世界大戦の体験に基づいて書かれたものであるが、この著作についても上記の点が妥当する。〔訳注４〕私のみるかぎり、ヴィットーリア（Vittoria）やズアレツ（Suarez）のような大家でさえ、我々の問題を解明していないことから、この点は無理からぬものとされよう。

多様な体験に基づいて、**不正戦**（bellum injustum）という概念が形成されてきたが、そこでは、この不正戦（ungerechter Krieg）に巻き込まれた国家の国民や兵士はいかなる態度をとるべきかという点が、認識問題として不可避なものとされてきた。神学の文献においてみられる当該問題の標準的解決は、次の内容である。すなわち、兵士は、戦争の正当性の有無を顧慮することなく、「兵士の義務」（Soldatenpflicht）を履行する**権利**を道徳的に有するものとしている。これに対し、これに相応する**義務**は、決して認められない。こうした解決が正当とされる理由は、次の点にある。すなわち、戦争の正当性（Gerechtigkeit）の問題は、そもそも、長期にわたる歴史研究によりはじめて解明されることが多く、個人に対してこの問題を解決するよう期待できないからである。もっとも、逆に（a contrario）、戦争の**不正性**が主観的に**確実**な場合（bei subjektiver Gewißheit von der Ungerechtigkeit des Krieges）には、戦争への積極的関与の**正当化は否定**すべきものとされる。さらには、少なくとも、戦争の不正性を主観的に確信している場合（bei subjektiver Überzeugung von der Ungerechtigkeit des Krieges）には、軍事的不服従が**許容**されるものとしている。〔訳注５〕

ところで、これらの典型的な事例では、少なくとも、個人に対する要求の根源が**国家**にあり、単に国家が比較的多数の事例において不正な行為を行うことを前提としている。しかし、キリスト教国家道徳においては、極限の場合をも想定しており、国家が正当な共同体秩序を具現するという使命に完全に背いたときは、国家性（Staatscharakter）を喪失するものとしている。教父アウグスティヌス（Augustinus）は、このような場合に、**巨大な強盗団**（magnum

latrocinium）と称している〔訳注６〕。ここでは、量的な瑕疵が質的変化に転換する。それゆえ、不法の横行により腐敗した国家と単なる国家類似の共同体との概念的区別は、確定し難い。しかし、第三帝国において不法が横行したことに鑑みると、きわめて不完全（allzumenschlich）だが、それでもなお拘束力のある共同体として承認される国家と、非国家（Nichtstaat）とを分かつこうした決定的な境界線は、近代史においていつか越えられるものと考えられる。また、これにより、第三帝国が人民に求めたすべての要求が、上記の境界線を超えたことにより、拘束力のないものとされることになろう。

例えば、イエズス会神父デルプ（Delp）――1944年７月20日の事件における犠牲者の一人〔訳注７〕――や、第三帝国における他の多くの「キリスト教殉教者」（christlicher Märtyrer）の態度が賛同を呼び、さらに尊敬されたことからすると、多くの場合、これらの者には、宗教道徳の領域において積極的抵抗（aktiver Widerstand）さえも正当化されるものとされよう〔訳注８〕。したがって、軍事的不服従も正当化されることは明らかであり〔訳注９〕、そこでは、政権全体が強盗団へと堕落したことに対する非難を理由とするか、赤裸々な明白な侵略戦争の反道徳性を理由とするかを問わない。すなわち、少なくとも、キリスト教国家道徳においては、国家に対する**軍事的義務の特殊な地位**（Sonderstellung der militärischen Pflichten）、つまり、軍人または軍国主義者が唱えるような、軍事的義務の高度の拘束性の要求は承認されない。兵士の義務を果たすことが特にあるいは専一に名誉の試金石とされるという考えがよくみられるが、そのような考えは、素朴な世俗的道徳あるいは宗教道徳の立場からは承認されないのである。一例を挙げると、戦時捕虜または非戦闘員には寛大に対処すべきものとする国内法上または国際法上の義務について、――例えば、フリードリヒ大王（Friedrich der Große）が、ザクセン人の捕虜に彼らの自国に対して行うことを要求したような――限りなき忠誠心と犠牲的精神をもって武器を手にして戦うべき義務に比べて、男の名誉（Mannesehre）との関係が希薄だと解すべきなのか、疑問とされよう。

しかし、このような軍事的不服従の正当化に対する制限は、原理的な平和主義者にとっても、自明ではないが理解されよう。その不服従は、良心に基づくものでなければならず、怯懦からなされたものであってはならない。国民の服従の原則に対する例外の根拠は、もっぱら動機の点に認められるからである。さらに、実質的な制限として、戦地の戦友などの人を危殆化し、かつ、それが回避可能な場合には、不服従は許されないといえよう。むろん、平和を破壊する国家を抽象的に危殆化することは、不服従に対する排斥事由ではなく、むしろ、平和主義的な観点からは、不服従の目的または根拠とされるのである。

たしかに、以上のような認識およびその実践的援用に対しては、――事実上、戦争が文明人の自殺であるとされ、それゆえ、国家主義を重視する立場からも、あらゆる可能な手段により戦争を防止すべきものとされているにもかかわらず――今日もなお、精神的怠惰（Denkträgheit）であるという偏見がみられる。しかし、軍国主義という思想上の稜堡が、平和主義の啓蒙活動よりも、むしろ、軍国主義自体の結果により容易に崩壊したことを想起すると、偽善的な愛国心からこうした異議が唱えられても、惑わされることはないといえよう。今日、国防大臣や外務大臣のうち、いったい誰が、ハインリヒ・トライチュケ（Heinrich Treitschke）の次の文章を是認するであろうか。「もっぱら戦争において、ある民族が特定の国民となるのであり、この真実は繰り返し確証されている。……その点に、戦争の崇高さが認められ、国家の偉大な思想を前にして、小人は完全に姿を消すのである。国民同胞が互いのために行う犠牲的行為が、戦争ほどみごとにみられることはない。……唯物主義においては戦争を否認するが、しかし、まさに、政治的理想主義においては戦争を要求する。人間から英雄的精神（Heldentum）を抹消しようとすれば、それは、なんたる道徳性の倒錯であろうか！ ここで、キリスト教を示して戒めることは、およそ本末転倒である。聖書では、官人は剣を携帯しなさい（die Obrigkeit das Schwert führen soll）と明言しているからである」と述べている。[3]〔訳注10〕また、そこでは、「中年期のルソー（Rousseau）、アベ・ド・サン＝ピエール

（Abbé de Saint - Pierre）……は、永久平和に関する途方もない著書を書いている」と述べている。[4]〔訳注11〕これに対して、まさに我々ドイツ人の名誉を回復するものとして真っ先に挙げられる、イマヌエル・カント（Immanuel Kant）については、トライチュケは何ら言及していない。〔訳注12〕今日の認識からすると、上記のように、成立過程の第二帝国の戦功に関してきわめて異様な過大評価がなされており、カントは「学識」における伴奏（Begleitmusik）としてその評価に適合しなかったことから、それは当然ともいえよう。1870年から1871年の軍事的成果を目の当たりにして、ビスマルク（Bismarck）とモルトケ（Moltke）の間で行われた会談が伝承されており、その中で、修辞疑問の形で「何かやるべきことが我々に残されているだろうか」（Was bleibt uns noch zu tun ?）と問われたとされているが、今日であれば、おそらく、こうした偉大な対談者はいずれも、「我々に関しては、平和の保障だ」（Soweit es an uns liegt, den Frieden sichern）と答えたことであろう。

国境地帯のドイツ系住民（Grenzlanddeutsche）や民族上のドイツ人（Volksdeutsche）が和議や講和に応ずる態度を示し、そのため、なおさら郷土や習俗に執着してきたことは、中核的なドイツ国民の大多数には理解されず、しばしば軟弱だと嘲弄されたが、しかし、こうした態度は、彼らがたいてい不安や嫌悪の念を抱きながらも開始された先の大戦の結果からみて、正当なものとされるようになった。彼らの民族意識においては、農家、校舎および牧師館に民族性の実体を認め、また、国家のシンボル、特に、彼らの故郷の生存圏では混合的民族国家の手段となっていた軍隊を、一定の不信感を抱きつつ自国民の手段とも思っていたが、しかし、いずれにしても、平和を維持することが、他の世界から荒波を受ける自己の生存圏を最も確実に保障するものと評価していた。それゆえ、実際また、ナチのプロパガンダでは、こうした国民同胞を強制された戦争という虚構（die Fiktion des aufgezwungenen Krieges）に立ち向かわせることに固執したのである。このような東部ドイツ（der deutsche Osten）に典型的な態度について、本稿の著者は、第一次世界大戦以降、特に雑誌 Die

Menschheit に寄稿した複数の論説のうち、とりわけ、1921年３月26日の「国際連盟と世界国家」（Völkerbund und Weltstaat）という論説において論及し[訳注13]、また、さらに数十年後に、第三帝国が僭称した「ドイツ少数民族に対する保護供与国の役割」（die Protektorrolle gegenüber den deutschen Volksgruppen）との関係で、アルフレート・フォン・フェアドロス（Alfred von Verdross）がウィーンにおいて刊行した専門誌 Zeitschrift für öffentliches Recht（Jahrgang 1944）において、「ヨーロッパにおける民族性の問題」（Europäische Volkstumsprobleme）というタイトルの下[訳注14]で、当時としては歯に絹を着せず、この保護供与国に対する期待は「誤った危険な空想」（eine abwegige und gefährliche Spekulation）であると述べた上で、いくつかの世界政策的な結論を導いたのである。起源をはるか中世にまで遡る当時の帝国東部国境地帯へのドイツ人の入植は、非ドイツ人支配者のイニシアティヴにより平和的な開拓事業として指定され、このきわめて有益なドイツ開拓によって、西欧と東欧の間に多大な文化的・経済的つながりがもたらされたが、しかし、第三帝国の権力濫用によりあたかも立消えの状態となり、また、他の諸国家が数によりヨーロッパ大陸全体を支配したことから、一部の国民は寄る辺のない難民の群れとして四散していったのである。

これらの悩める人々（die denkenden Köpfe）は、平和と自由に関する約束に反して戦争という事態に巻き込まれ、欺瞞と恐怖の中で祖国と生活基盤を失うまで軍税を課されて、戦争による犠牲を払ってきたのであり、民族や国家への忠誠心の悪用により誘発された彼らの反抗心を誰が非難できようか。また、自救行為を試みる前提が1944年７月20日よりずっと前から彼らに存在していたことを、誰が否定できるのであろうか。

さらに、ここで主張した見解を内心では恥ずべき敗北主義（schimpflicher Defätismus）と嘲笑する人々も、こうした立場を原則として認めるわけではないが、時勢としてこのような立場を受容していることを看過してはならない。また、プロイセン軍が、1866年にボヘミアに進軍した際、ボヘミア民族に

向けて、「プロイセンは『オーストリアによる抑圧』（österreichische Unterdrückung）からチェコ人を解放せんとするものである」と布告したが、これは、「合法的」な支配に対する消極的抵抗あるいは積極的抵抗以外に、いったい何を誘発しようとしたといえようか。〔訳注15〕また、1944年７月20日の行為が当時の軍国主義者によって計画され実行された場合に、新たな匕首伝説（Dolchstoßlegende）を浮上させることになるとしても、〔訳注16〕責任感のあるドイツ人の中で、この行為を快挙と評しない者がいるであろうか。

著者は、インテリといわれる人たちと対話した際、次のような返答を何度か受けた。すなわち、それは「理論、灰色の理論（graue Theorie）だ！　歴史上の偉大な決断はすべて、戦争により下された！」というのである。しかし、これは、原理的な平和主義者は異常者であるとする見解の言換えである！

そうすると、答えは一つしかないのであり、アンドレアス・ラツコ（Andreas Latzko）が、彼の著書『戦時における人間』（Menschen im Krieg）の中で、これを次のように絶妙に示している。「私は病気なのだろうか。また、他の者たちは、同胞の体を引き裂いたり踏みつぶしたりしても、また、強制収容所の中で人間を次第に衰弱させても、白紙のページをめくるような様子でいられるが、そうした者が健全なのだろうか」と述べているのである。

機は熟しており、未来を見通すと黙示録が脳裏に浮かぶ（apokalyptisch）のであり、原理的に平和を愛する我々は、戦争に対する極限の手段を率直に直視しなければならない。すなわち、平和を破る者に対する個人的不服従への呼びかけ（der Anruf zum individuellen Ungehorsam gegen den Friedensbrecher）である！

注

（１）　先の大戦中にオーストリアの隠れ家に持ち込んだ著者の原稿が、アルペンオストラントの当該地域における戦禍を免れながら、以来、いまだに回収されずにいるが、本稿では、この原稿の中から、若干の関連する思考過程を再現することにする。

（2） 著者は、この問題に関して、自身の論文 Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, Zeitschrift für öffentliches Recht 17 (1937), S. 1 ff. において論じている〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 277-317 に収録されている〕。

（3） *Heinrich Treitschke*, Politik, Bd. 1, S. 74.

（4） *Treitschke*, ebenda, S. 76.

訳注

〔訳注1〕 戦時における抵抗手段としての戦時反逆（Kriegsverrat）および投降（Übergang zum Feind）については、*Adolf Julius Merkl*, Das Widerstandsrecht gegen Staatsgewalt im Lichte christlicher Ethik, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 611 ff., insbes. S. 626.

〔訳注2〕 1919年8月11日のヴァイマル憲法（die Weimarer Reichsverfassung）の正式名称は、ドイツ・ライヒ憲法（die Verfassung des Deutschen Reichs）という（RGBl 1919, S. 1383）。同法45条2項は、「宣戦及び講和は、共和国の法律によってこれを行う」と規定している。

ヴァイマル憲法45条は、「共和国大統領の外交権限」に関する規定であり、同条の全容は以下の通りである。

「① 共和国大統領は、国際法上共和国を代表する。共和国大統領は、共和国の名の下に諸外国と同盟及びその他の条約を締結する。共和国大統領は、使節を信任するとともに、使節を接受する。

② 宣戦及び講和は、共和国の法律によってこれを行う。

③ 諸外国との同盟及び条約で共和国の立法事項に関わるものについては、共和国議会の同意を必要とする。」

ヴァイマル憲法の邦訳に関しては、とりわけ、高田敏＝初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第6版〕』（信山社、2010年）113頁以下、クリストフ・グズィ／原田武夫訳『ヴァイマール憲法――全体像と現実』（風行社、2002年）388頁以下参照。

また、ヴァイマル憲法45条2項の意義に関しては、*Adolf Julius Merkl*, Die deutscheVolkserhebung 1848, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 521 ff., insbes. S. 527 をも参照。

〔訳注3〕 第二次世界大戦中におけるスイスの対外関係の情況については、とりわけ、U. イム・ホーフ／森田安一監訳／岩井隆夫＝米原小百合＝佐藤るみ子＝黒

澤隆文＝踊共二訳『スイスの歴史』（刀水書房、1997年）217頁以下、矢田俊隆＝田口晃『オーストリア、スイス現代史』（山川出版社、1984年）345頁以下参照。

〔訳注４〕　本書（*Franziskus Maria Stratmann*, Weltkirche und Weltfriede, 1924）の内容・評価に関しては、また、*Adolf Julius Merkl*, Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 277 ff., insbes. S. 281 f.; *ders.*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, Die ewige Auseinandersetzung von natürlichem und positivem Recht, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 513 ff., insbes. S. 551 f. をも参照されたい。

〔訳注５〕　カトリックのキリスト教的自然法における正戦・不正戦の概念と兵士の権利・義務の肯否については、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注４）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 543 f., S. 553 参照。また、マルティン・ルター（Martin Luther）の見解とルター信奉者の見解の相違につき、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注４）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 544 f. 参照。

〔訳注６〕　この点については、*Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 50（本書の翻訳として、ハンス・ケルゼン／長尾龍一訳『純粋法学〔第２版〕』（岩波書店、2014年）47頁）をも参照。

〔訳注７〕　1944年７月20日には、いわゆるヒトラー暗殺未遂事件が起きている。この事件に関しては、とりわけ、ロジャー・ムーアハウス／高儀進訳『ヒトラー暗殺』（白水社、2007年）284頁以下、矢田＝田口・前掲書（訳注３）135頁以下参照。特に、本件の実行行為者クラウス・シェンク・フォン・シュタウフェンベルクの経歴と思想的背景、本件以前における数次のヒトラー暗殺計画およびドイツ国防軍内部のレジスタンス同志の行動過程などに関しては、ムーアハウス／高儀訳・前掲書（訳注７）302頁以下、314頁以下、322頁以下参照。また、1944年７月20日のヒトラー爆殺未遂事件の当日におけるシュタウフェンベルクの具体的行動とその結末、さらに、ナチ体制側の反動的報復措置とその影響などに関しては、ムーアハウス／高儀訳・前掲書（訳注７）327頁以下参照。ちなみに、ヒトラー暗殺未遂事件は、記録に残っているだけで約42件あるとされている（高儀進「訳者のあとがき」ムーアハウス／高儀訳・前掲書（訳注７）403頁）。これらの事件に関しては、とりわけ、ヴィル・ベルトルト／小川真一訳『ヒトラーを狙った男たち――ヒトラー暗殺計画42件』（講談社、1985年）、ムーアハウス／高儀訳・前掲書（訳注７）を参照されたい。

〔訳注８〕 ヒトラー暗殺未遂事件との関係で、イエズス会のアルフレート・デルプ（Alfred Delp）神父およびその他のカトリック信者らが、ナチ帝国に対する内乱罪（Hochverrat）を理由として処刑された。デルプ神父らの行為が自然法上の抵抗権に基づく正当な行為とされるか否かという点については、カトリック神学の内部においても争いがある。この点に関しては、*Adolf Julius Merkl,* Neue Naturrechtssysteme im heutigen Deutschland als Ausdruck der Krise des gesatzten Rechtes, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 503 ff., insbes. S. 510 参照。

〔訳注９〕 軍事的不服従およびそれに関連する義務の衝突に関しては、また、*Adolf Julius Merkl,* Tragödie des Gehorsams, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 559 ff. をも参照。

〔訳注10〕 この点に関しては、また、*Merkl,* Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注４）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 549 をも参照。

〔訳注11〕 アベ・ド・サン＝ピエールの永久平和論に関しては、ジャン－ジャック・ルソー（Jean - Jacques Rousseau）の著作『サン＝ピエールの永久平和論の抜萃』（Extrait de la Paix perpétuelle de l' abbé de Saint - Pierre, 1761）参照。また、ルソーの平和論に関しては、とりわけ、田畑茂二郎＝樋口謹一「ルソーの平和思想」桑原武夫編『ルソー研究〔第二版〕』（岩波書店、1968年）158頁以下、樋口謹一「『ルソーの平和思想』再論――パトリオチスムとの関連において――」京都大学人文科学研究所紀要・人文学報22号（1966年）185頁以下および同所引用の文献参照。

〔訳注12〕 永久平和に関するイマヌエル・カント（Immanuel Kant）の著作として、『永遠平和のために』（Zum ewigen Frieden, 1795）がある。邦訳として、とりわけ、カント／宇都宮芳明訳『永遠平和のために』（岩波文庫、1985年）参照。

〔訳注13〕 この論説は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band II, Verfassungsrecht・Völkerrecht, Teilband 2, 2002, S. 599-606 に収録されている。

〔訳注14〕 この論説は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 451-470 に収録されている。

〔訳注15〕 1866年の普墺戦争におけるオーストリア側のボヘミア方面軍とプロイセン軍との戦況に関しては、とりわけ、久保田正志『ハプスブルク家かく戦えり――ヨーロッパ軍事史の一断面――』（錦正社、2001年）398頁以下、特に402頁以下参照。

〔訳注16〕 匕首伝説（Dolchstoßlegende）については、とりわけ、池田浩士『ヴァイマル憲法とヒトラー――戦後民主主義からファシズムへ』（岩波書店、2015年）90頁以下、特に94頁以下、林健太郎『ワイマル共和国――ヒトラーを出現

させたもの』（中央新書、1963年）67頁参照。また、*Merkl*, Neue Naturrechtssysteme im heutigen Deutschland, a. a. O.（訳注８）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 504 f.; ムーアハウス／高儀訳・前掲書（訳注７）293頁、ハンス・モムゼン／関口広道訳『ヴァイマール共和国史――民主主義の崩壊とナチスの台頭』（水声社、2001年）77頁、222頁、阿部謹也『物語　ドイツの歴史――ドイツ的とは何か』（中公新書、1998年）233頁などをも参照されたい。

【備考】　本論文の原文タイトルは、Kriegsdienstverweigerung und Friedensbewegung である。本論文は、Die Friedenswarte, 1948, S. 123-129 に初めて掲載され、さらに、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 511-520 に収録されている。

抵　抗！
1809年におけるティロル人の民衆蜂起―― 法史研究――

アドルフ・ユリウス・メルクル
勝　亦　藤　彦　訳

バイエルンおよびフランスからの独立を求めたティロル人の戦いに関しては、豊富な文献があり、これらは、アンドレアス・ホーファ（Andreas Hofer）の犠牲の死を悼む150回忌を迎えて[訳注１]、多くの追悼論文において素材とされているが、しかし、そこでは、概観するかぎり、この独立闘争において対立していた法政策的理念（die rechtspolitischen Ideen）については、ほとんど論じられていない。

周知のように、1805年12月26日のプレスブルクの和約において、――当時まだ神聖ローマ帝国の等族の一つであった――オーストリアは、伯領ティロルをバイエルン王国に割譲した[訳注２]。これは、第三国のための条約規定の典型であり、これによって、ナポレオン（Napoleon）は、第二次ライン同盟を結成して掌中に収めた衛星国（Satellitenmacht）に報償を与え、さらに結束を強固なものにしようとした。このため、当時の支配的見解によると、この条約の発効に伴って、ティロルにはバイエルンの領域主権が及び、ティロル人はバイエルンの臣民になるものとみられていたが、しかし、これに関しては、スイスの国際法学者デ・ヴァテル（de Vattel）が**国際法**上有力な重要な反対意見を述べており、これを看過することはできない。すなわち、「そこで、……国家が町や地方を隣接国または強大な敵国に譲渡する場合に、当該譲渡が有効とされるのは、当該国家がこれを権利に基づいて行っているからである。当該国家

は、その権利のすべてを譲渡した以上、それ以降は、その町や地方に対する権利を主張することはできない。しかし、このように国家が町や地方を譲渡または分割したとしても、その町や地方は、このように自らに押しつけられた新たな領主を承認すべき義務を負うものではない（the province or town thus abandoned by and cut off from the State is not bound to accept the new master thus imposed upon it）。かつて属していた共同体からいったん分離されたとしても、当初の諸権利を再承継するのであり、また、自己の自由を守る力が十分にある場合には、自らに対して権威を主張する統治者に抵抗することも、合法とされよう（if it is strong enough to defend its liberty, it may lawfully resist the sovereign who claims authority over it）」と論じているのである（*Emer de Vattel*, The Law of Nations or the Principles of Natural Law, Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns, Vol. 3, The Translation of the Edition of 1758 by Charles G. Fenwick, With an Introduction by Albert de Lapradelle [translated by George D. Gregory], Washington 1916, pp. 100 - 101）〔訳注３〕。

また、神聖ローマ帝国の分裂によりオーストリアの法的地位は独立国家に変化したが、実定法上、こうした変化はティロル人には無関係なものとされていた。そこで、オーストリア帝国とバイエルンのティロル人民との間には、ティロルをハプスブルク帝国という由緒ある共同体に復帰させようとする動きが生じたが、それは、ナポレオンの世界帝国構想（die Weltreichpläne）に対するスペインの民衆蜂起（1808年）の波及効果と解することもできよう〔訳注４〕。もっとも、実定法たる国法の観点からは、ティロル人の行動は、強制的講和により支配権を握った統治者に対する革命的行為であり、したがって、刑法上は内乱（Hochverrat）または反逆（Landesverrat）と解される行為であった。

1809年４月にオーストリアがフランスに対して宣戦布告したことにより、ティロル人はバイエルンの統治に対して公然と反乱を開始し、周知のように、ティロル人反乱者らは、当地に駐留していたフランス軍に対しても、バイエル

ン軍に対しても、軍事行動をとったのである。バイエルン代表者が自らを法的に明白な当地支配者と考えていたことは、とりわけ、インスブルック駐在のバイエルン司令官ディットフルス大佐（Oberst Dittfurth）がミュンヘン上級司令部に宛てた報告書に、「ティロルの賤民を敗走させる（das Tiroler Lumpenvolk zu Paaren zu treiben）ためには歩兵連隊と若干の騎兵中隊で足りよう」と記載していたことにも表れている。〔訳注５〕バイエルン兵士は、バイエルン国王、ひいてはフランス皇帝に対して服従して、義勇兵による大量の投石を堪え忍び、義勇兵を埋伏所から引きづり出した。〔訳注６〕バイエルン兵士は、ほぼ例外なく、祖国に忠実なティロル人を正当な支配者に対する反乱者と信じて戦っていたといえよう。しかし、1809年４月８日、オーストリア皇帝フランツ一世（Kaiser Franz I.）の声明において、ティロルがオーストリアの一部として宣言されたことにより、ティロル人戦士は、自分たちの戦いによって当地におけるオーストリアの適法な支配を回復し防衛しようとする信念を強めたのであった。だが、1809年10月14日のシェーンブルンの和約により、法的状況はかなり変化し、オーストリアは改めてティロルを放棄しなければならなかった。〔訳注７〕ティロル人は、当地のオーストリアへの帰属を承認させようとして、もはや勝算のない戦いを続けたのであるが、そのために、フランスおよびバイエルンの見解により、1809年の戦闘へのオーストリア側関与者に対する大赦は承認されなかった。アンドレアス・ホーファは、密告により捕えられ、――法律家にとっては奇異なことに――ナポレオンの直接命令に基づいて**フランス**の軍事法廷で死刑を宣告され、銃殺された。この処刑は、勝者の法の立場からみると、自白した**反乱者**、特に、反乱した民衆の指揮者に対して実効的支配による正当な国家権力を行使する行為であるが、しかし、西洋の自然法の見地からすると、**祖国に忠実な被強制者**（die heimattreuen Zwangsuntertanen）に対して犯した司法による殺人（Justizmord）である。〔訳注８〕道徳に反して創設または行使された国家権力に対する抵抗権（das Recht des Widerstandes）は、古代に遡り、既にアンティゴネー（Antigone）がきわめて模範的な代表例とされるが、〔訳注９〕こうした抵

抗権によれば、ティロル人の民衆蜂起は正当なものとされたのである。〔訳注10〕

バイエルンは、1814年のティロルの特約において、隣接諸国と絶えず争いの火種となる「ナポレオンの危険な贈物」（ein Danaergeschenk Napoleons）を、実際にオーストリアに返還した。今日のバイエルン人には、ナポレオンの衛星国たるバイエルンが特に1809年にティロル人の独立闘争の中で果たしていた役割は、おそらく理解し難いであろう。また、公正な歴史評価としては、歴史的激動期にあったオーストリアも、権力的要求のために自然法の理念を放棄する危険、少なくとも、そのために自然法の理念に反する危険にさらされていたことを、看過してはならない。世界史の記述によれば、オーストリアは主権国家ポーランドの消滅を最終目的として国際法に違反して介入したとされ、独立のポーランド王国の分割、ひいてはその滅亡に関して、オーストリアには共同責任があるものとされている。〔訳注11〕もっとも、公正に評価する歴史家によると、マリア・テレジア（Maria Theresia）は、当該領土獲得にオーストリアが関与することにつき重大な国内的障害を抱えており、個人的にも異議を唱えていたとされている。しかし、分割国に編入されたポーランド人の民衆蜂起について、ティロル人の民衆蜂起と異なった評価をすることはできない。

遺憾ながら障害や反動はあるが、実定法、特に国際法が法理念（die Rechtsidee）に適合することは、このような制定法と自然法の典型的な衝突の被害者にとって、たしかに慰めにはならないが、しかし、人の心を打つ法理念の力（die werbende Kraft der Rechtsidee）の証しとされよう。〔訳注12〕また、たしかに、国際法上の取得時効（völkerrechtliche Ersitzung）に関する今日の形態でも、ある国が他国の生存圏において直接的・事実的に政権を掌握することを正当化するわけではないが、しかし、時の経過と相まって、占領地域における国家権力が取得時効の期間中に継続的に妨害なく行使されていたという事実に基づいて（*Alfred Verdross*, Völkerrecht, 3. Auflage, Wien 1955, S. 212 f.）、権力行使の不法（das Unrecht）が取得者（事情によっては、悪意の侵略者）の法（das Recht）へと変わることになる。〔訳注13〕それゆえ、我々の祖国におけるナチの政権掌

握が国際法に違反していたにもかかわらず、この法制度により、オーストリアがドイツ国の領域主権の下に服することも想定されたといえよう〔訳注14〕。したがって、こうした**国際的な権力放縦**（internationale Machtexzesse）の**被害者**に関しては、過去すべての償いとして、歴史上、彼らの独立または旧国家権力への帰属のための戦いが「権利のための闘争」（ein Kampf ums Recht）と解されるのである。

訳注

〔訳注１〕　アンドレアス・ホーファ（Andreas Hofer）は、降伏後に、ナポレオンの命令によって、1810年２月20日に銃殺された。本稿は、1959年２月28日の Die Furche, Nr. 9, S. 10 に掲載された論考であり、ホーファが犠牲の死をとげてから150回忌の節目に公表されている。

アンドレアス・ホーファが率いたティロル人の民衆蜂起に関しては、とりわけ、リチャード・リケット / 青山孝徳訳『オーストリアの歴史』（成文社、1995年）70頁以下が詳細に伝えている。また、*Adolf Julius Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, Die ewige Auseinandersetzung von natürlichem und positivem Recht, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 513 ff., insbes. S. 563 f.; *ders.*, Zum 80. Geburtstag Hans Kelsens, Reine Rechtslehre und Moralordnung, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 629 ff., insbes. S. 653; *ders.*, Tragödie des Gehorsams, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 559 ff., insbes. S. 560 f.; ゲオルグ・シュタットミュラー / 矢田俊隆解題 / 丹後杏一訳『ハプスブルク帝国史　中世から1918年まで』（刀水書房、1989年）110頁以下などをも参照されたい。

〔訳注２〕　1805年12月26日のプレスブルクの和約に関しては、特に、*Adolf Julius Merkl*, Das Widerstandsrecht gegen die Staatsgewalt im Lichte christlicher Ethik, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 611 ff., insbes. S. 617 f.; *ders.*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 563; *ders.*, Reine Rechtslehre und Moralordnung, a. a. O. (訳注１), in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 653; アンドレ・モロワ / 桐村泰次訳『ドイツ史 HISTOIRE DE L' ALLEMAGNE』（論創社、2013年）174 頁、リケット

/ 青山訳・前掲書（訳注１）70頁、シュタットミュラー / 矢田解題 / 丹後訳・前掲書（訳注１）110頁以下、久保田正志『ハプスブルク家かく戦えり――ヨーロッパ軍事史の一断面――』（錦正社、2001年）331頁以下参照。

〔訳注３〕 この引用部分に関して、メルクルは、Chales G. Fenwick による英訳とともに、さらに、その独訳をも本文で挙げている。

〔訳注４〕 1808年におけるスペイン人の民衆蜂起に関しては、とりわけ、シュタットミュラー / 矢田解題 / 丹後訳・前掲書（訳注１）111頁以下、久保田・前掲書（訳注２）333頁など参照。

〔訳注５〕 これらの点に関しては、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 563 参照。そこでは、当時のバイエルン官僚の対応についても言及している。

〔訳注６〕 この点については、また、*Merkl*, Tragödie des Gehorsams, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 560 をも参照。

〔訳注７〕 1809年10月14日のシェーンブルンの和約に関しては、リケット / 青山訳・前掲書（訳注１）77頁、シュタットミュラー / 矢田解題 / 丹後訳・前掲書（訳注１）112頁、久保田・前掲書（訳注２）340頁以下など参照。

〔訳注８〕 メルクルは、キリスト教的自然法（christliches Naturrecht）によりティロル人の当該反乱行為が正当と評価されるか否か、という問題についても別稿で検討している。

一方で、キリスト教的自然法においては、国家権力の正当性を前提とせず、「あらゆる権威は神に由来するのです」（Alle Gewalt kommt von Gott）というパウロの言葉（Pauluswort）に従って、有効な国家権力をいずれも基本的に承認する。それゆえ、キリスト教的自然法によっても、ティロル人の当該反乱は不正な行為とされるとも解される。この点に関しては、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 563. 上記の趣旨を表すパウロの言葉については、新約聖書「ローマ人への手紙」第13章１、「コロサイ人への手紙」第１章16 をも参照。また、世俗的な権威に従うべきことを教えるパウロの言葉について、新約聖書「ローマ人への手紙」第13章１～５参照。さらに、支配者と権威者に対する服従と従順を命ずるパウロの言葉につき、新約聖書「テトスへの手紙」第３章１参照。加えて、「ペテロの手紙Ⅰ」第２章13 をも参照されたい。また、こうしたキリスト教思想を背景とする極端な法実証主義の考え方につき、*Adolf Julius Merkl*, Neue Naturrechtssysteme im heutigen Deutschland als Ausdruck der Krise des gesatzten Rechtes, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 503 参照。

他方、アンドレアス・ホーファらの当該反乱行為を真の法（wahres Recht）に基づく愛国者の行為として認めるキリスト教徒の見解もある。*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 563 f. 参照。

〔訳注９〕　ソポクレース / 呉茂一訳『アンティゴネー』（岩波文庫、1961年）参照。さらに、ソフォクレス（Sophokles）の『アンティゴネー』（Antigone）に関する詳細な考察として、*Otto Pöggeler*, Schicksal und Geschichte, Antigone im Spiegel der Deutungen und Gestaltungen seit Hegel und Hölderlin, 2004 をも参照されたい。また、そこで問題とされる規範の衝突（道徳的命令と国法の命令の衝突）に関しては、とりわけ、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 567 参照。さらに、アンティゴネーが直面した義務の衝突（道徳的義務と国法上の義務の衝突）に関するヘーゲルの見解につき、*Jochen von Bernstorff*, Pflichtenkollision und Menschenwürdegarantie, Zum Vorrang staatlicher Achtungspflichten im Normbereich von Art. 1 GG, Der Staat 47 (2008), S. 21 ff., insbes. S. 39 および同所引用の文献参照。また、*David Moldstad*, The Mill on the Floss and Antigone, PMLA, Vol. 85, No. 3 (May, 1970), S. 527 ff. をも参照。

〔訳注10〕　ティロル人の当該反乱行為を抵抗権（Widerstandsrecht）により正当化することを否認する見解については、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 563 をも参照。

〔訳注11〕　ポーランド王国は、オーストリア、プロイセンおよびロシアの三国列強により、1772年、1793年、1795年の三次にわたって分割され、その最終的な結果として、ポーランドは一時的に地図の上から姿を消した。この点について詳細には、とりわけ、モロワ / 桐村訳・前掲書（訳注２）162頁以下参照。また、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 564; *ders.*, Das Widerstandsrecht gegen die Staatsgewalt im Lichte christlicher Ethik, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 613 をも参照されたい。

〔訳注12〕　また、この点については、*Rudolf von Jhering*, Das Kampf ums Recht, 1872, Deutsches Rechtsdenken, Herausgegeben von Prof. Dr. Erich Wolf, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 6. Aufl. 1981, S. 30 をも参照。本書の翻訳として、特に、イェーリング / 村上淳一訳『権利のための闘争』（岩波文庫、1982年）88頁参照。また、イェーリング / 小林孝輔＝広沢民生訳『権利のための闘争』法学セミナー1977年12月号別冊付録（日本評論社、1977年）65頁、

イェーリング / 小林孝輔 = 広沢民生訳『権利のための闘争』（日本評論社、1978年）65頁参照。

〔訳注13〕 国際法上の取得時効については、*Merkl*, Das Widerstandsrecht gegen die Staatsgewalt im Lichte christlicher Ethik, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 619 をも参照されたい。そこでは、Merkl は、国際法上の取得時効により「不法から法への変化」（Wandlung von Unrecht in Recht）が生ずることを明確に論じている。また、*Merkl*., Reine Rechtslehre und Moralordnung, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 653 では、この問題を「法と道徳の衝突」（Konflikt von Recht und Moral）の一つとして捉えている。

〔訳注14〕 この点については、*Merkl*, Das Widerstandsrecht gegen die Staatsgewalt im Lichte christlicher Ethik, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 619 をも参照されたい。

【備考】 本稿の原文タイトルは、Widerstand!, Volkserhebung der Tiroler 1809 - Eine rechtshistorische Untersuchung である。本稿は、Die Furche, Nr. 9 vom 28. Februar 1959, S. 10 に初めて掲載され、その後、Louis Carlen/Fritz Steinegger (Hrsg.), Festschrift für Nikolaus Grass zum 60. Geburtstag, Bd. 1, Innsbruck 1974/75, S. 719-723 に再録されている。そして、さらに、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 631-634 に収録されている。

また、1848年のドイツ人の民衆蜂起（三月革命）に関するメルクルの法史研究として、*Adolf Julius Merkl*, Die deutsche Volkserhebung 1848, Stuttgarter Rundschau, 3. Jg. (1948), H. 3, S. 14-16 がある。本論考は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 521-529 に収録されている。

法治国家思想の変遷

アドルフ・ユリウス・メルクル
勝　亦　藤　彦　訳

１　法治国家の概念について

アドルフ・メンツェル（Adolf Menzel）が国家学における歴史的研究によって解明しようとした最も重要な問題の一つとして、法治国家（Rechtsstaat）の問題がある。国家史において、法治国家の理念と現実はしばしば不明確なものであったが、それでも、この国家理念は、不死鳥のように幾度も再生し、実現されてきた。〔訳注１〕

法と国家は密接な関係にあり、本質的に一体となっていることは、法と国家の現象や本質を考察対象としている者には、自明なようにも思われる。また、法治国家という複合語は、法と国家の思考が結合して、両者の思考領域の共通現象（eine beiden Denkbereichen gemeinsame Erscheinung）を生成する概念を示している。しかし、国家学と法学は、今日に至るまで、ほぼ一般的に承認される法治国家の概念規定さえ未だに提示していない。それは、明らかに、この概念規定がことのほか政治的価値判断に依拠しており、とりわけ、法とはいかなるものであるべきか、また特に、国家とはいかなるものであるべきか、という問題に関する主観的見解に左右されるからである。法と国家それ自体だけでも争いがあり、それらの二つの要素から成り立つ概念には、このような見解の動揺が二重に影響している。もっとも、国家学および法学の歴史の中で形成

されてきた法治国家の概念は、見渡しきれないほど多数あるが、例外はあるとしても、次の二つのモメントに関しては一致がみられる。まず、法治国家の概念は、原則として、国家概念と同視されるわけではなく、法治国家は一定の補充的要素を特徴とする国家として規定され、したがって、法治国家の概念は、国家という類概念の中の種概念（Artbegriff des Gattungsbegriffes Staat）とされている。ただし、国家と法治国家を**区別**する多くの法治国家概念に対して、国家概念と**一致**する法治国家概念を対置するのが、「**純粋法学**」（Reine Rechtslehre）として知られるウィーン法学派（die Wiener Juristenschule）の特色である。(1) すなわち、国家と法は同一の実体に関する二つの別名であると解して、国家と法を同視する学説からは、不可避的な結果として、国家と法治国家が同視される。〔訳注２〕こうした前提の下では、法治国家という用語は、同一概念に二つの表現を重複させる不要なものであり、当該概念は法または国家という用語自体だけでも十分に表現されよう。〔訳注３〕しかし、この法学派も、法治国家を規定する支配的な方法に従って、国家概念そのものよりも狭い、一定の内容の国家を意味する法治国家概念を維持している。それゆえ、広義の法治国家概念と狭義の法治国家概念が区別され、広義の概念は**すべての**国家を包摂するのに対して、狭義の概念は**一定の性質**を有する国家のみを包摂するものとされるのである。**形式的・実質的**（formell / materiell）という法学者が好む対語を用いていえば、この法学派における上記の二つの法治国家概念は、形式的法治国家概念と実質的法治国家概念を区別するものともいえよう。すなわち、形式的とされるのは、共同体秩序の国家性のみを条件とする法治国家概念であり、これに対し、実質的とされるのは、国家に関する一定の性質を条件とする法治国家概念である。

法治国家の本質に関する諸見解には、内容的な差異が実に多くみられるが、そこには、国家一般と対比される法治国家の特質が「主観的に変容する国家理念」（das subjektiv wechselnde Staatsideal）に帰一する点で、第二の一致が認められる。そもそも、法治国家概念を表明してきた法学の歴史的傾向として、

そうした実質の国家を法治国家と称している。それゆえ、法治国家に関する法学の概念規定は、――おそらく多くは意識的にではないが――政治的な価値判断に即している。したがって、そこでは、こうした価値判断の変化に伴って、また、世界観や政治的な基本的立場に応じて、法治国家の概念規定も変化するのであり、その点で、法治国家理念や法治国家論に歴史的に多様な変化が生じ、学説の対立が生じたことも、無理なく説明されよう。むろん、国家理念に応じた国家類型を法治国家として扱おうとしたのは、用語や概念の形成者のうち、法という用語を感覚的に重視して、国家が法と結びつくことにより国家の価値が高まると考えた者である。このように、特定の国家現象、つまり、その理念に応じた国家を法治国家とみるのが、ほぼ例外のない支配的傾向であるが、他方で、国家が法治国家とされるためには、国家と法の**何らかの**結びつきでは十分ではなく、国家が法治国家とされる適格性として、**法および国家**に一定の性質が必要とされる。もし仮に、何らかの形で法と結びつく国家がすべて法治国家であるとすると、歴史上のあらゆる国家が、その内容を顧慮することなく、法治国家として認識されることになる。〔訳注４〕けだし、法は国家にとって不可欠なものであり、国家は不可避的に法と何らかの結びつきを有しているからである。〔訳注５〕それゆえ、一定の性質を有する国家のみを法治国家と認める法治国家論では、いずれにおいても、**一定の内容の法**のみが法治国家性を基礎づけるものとされ、法と国家の何らかの結びつきだけでは十分ではない。したがって、歴史の流れの中でその内容に変遷はあるが、法治国家とは、**それぞれの法理念または国家理念に適合する国家**（ein Staat, der dem jeweiligen Ideal von Recht und Staat entspricht）とされるのである。〔訳注６〕

歴史上みられる法治国家理念をすべて次々に思い浮かべて、いずれにせよ規範的な内容、つまり、政治的理念に応じた内容の変遷について検討することは、むろん、本稿の課題とはされない。そもそも、そのような学説の課題に関しては、未だ検討の試みはみられず、まして解明には至っていない。他方、法治国家に関する膨大な文献は、それ自体としてきわめて政治的偏向が強く、法

治国家の意義の歩みを評価しようとせず、それぞれ**単一の法治国家概念**を認めているにすぎない。そこで、以下では、折衷的な検討方法として、古代ギリシアおよびドイツの法思想とともに、国家形態にとって多少なりとも重要な意義を有してきた若干の法治国家概念について概観することにする。その目的は、これらの概念の一つを真の法治国家として扱うことにあるのではなく、純理論的な見地から、法治国家概念の変容可能性を明らかにし、この変容の決定的根拠として国家の政治理念の変化を示すことにある。きわめて簡略な概要にすぎないが、**古代ギリシアの国家哲学**、**古典的ドイツ観念論**および**ドイツ立憲主義**の法治国家論における法治国家性の観念、さらに、ドイツにおける**権威主義国家**または**全体主義国家**においてますます勢いを増している法治国家論について、個別的に論じてゆくことにしたい。これらの多彩な理論においても、細部に差異はあるが、当該理論が生まれた歴史的状況における国家類型を真の国家（der wahre Staat）、それこそ法治国家と考えて、場所的・時代的に異なる国家と対置している点で、共通点がみられる。

2　古代における法治国家

特に、古代ギリシア人は、きわめて政治的関心が高く、政治的才能があり、非常に着想が豊かであったこと、また、古代ギリシアの都市国家の分立により、政治的構造を試す実験の場が限りなく提供されたことから、法的活動または国家活動の領域において、古代は中世や近代に対して新たな創造の余地をごくわずかしか残さなかったのであり、こうした事実は、法治国家の現象についても認められる[訳注７]。法治国家の理念について、近代に見出された種類のものは、ほとんど既に古代に考案され熟考されていたのであり、また、さらに不思議なことに、法治国家における国法は、現実的にも、既に古代ギリシアの多くの国々において、まさに施行されていたといえよう。考古学の功績全般にけちをつけるわけではないが、このような「紀元後の時代に対する古代の優位性」（Priorität der Antike vor der nachchristlichen Zeit）を論証したのは、とりわ

け、アドルフ・メンツェルの功績である。〔訳注８〕特に、現代の法治国家に十分に精通する者は、当然、豊富な伝統的資料の中から、古代における法治国家の理念とその現実の特徴を最もよく示す証拠文書をも挙げることができるのである。

ここでは、古代ギリシアの法治国家の問題領域におけるメンツェルの研究について、若干の再検証をすることにしたい。こうした研究は、とりわけ、ウィーン科学アカデミー（die Akademie der Wissenschaft in Wien）により編纂されたアドルフ・メンツェル著作集『国家学史論集』（Beiträge zur Geschichte der Staatslehre, 1929）にみられる。当該文献においては、法治国家を民主制と何度も同視し、少なくとも、法治国家をもっぱら民主制の中に求めているが、しかし、それは誤解であり、その原因は、特に、アテネの民主制が法治国家に特有の法制度を形成していたことにあるといえよう。〔訳注９〕当該文献における主張によると、民主制のみが「真の法治国家でもあり、国民は自ら創った法律に従うものとされる。こうした国民が、民主制における本来の主権者である」と論じている（a. a. O., S. 139）。また、特に、ヘロドトス（Herodot）は、民主制においては、平等および自由の理念と並ぶ第三のメルクマールとして、「法律の支配（die Herrschaft des Gesetzes）が実現される」という思想を表明していたとされている。メンツェルが認めているように、ヘロドトスの考えには、ルソー（Rousseau）の「社会契約」（Contrat social）の説明がほぼそのまま先取りされており、自由とは、人が自ら定めた法律に従うことだと解していたのである。〔訳注10〕

メンツェルは、現代的法治国家の水準に照らしてペリクレス流のアテネ（das perikleische Athen）について評価し、次のように認めている。すなわち、「このような観点からアテネの情況について考察すると、個人の自由は通例の現代的法治国家より制限されているわけではなく、例えば、結社や任意の営業活動はまったく自由であったと認めざるをえない。それゆえ、ペリクレス（Perikles）が弔辞の中でアテネ人について触れ、『アテネ人は国家に対して自由な市民である』と言明したとされているが、それは空言ではない」と論じて

いるのである。〔訳注11〕

しかも、アテネの国制においては、現代的法治国家の第二のメルクマール――すなわち、最高機関を含むすべての国家機関に対する法律による拘束――が、理論的に確立されていただけでなく、実際にも裁判上の保護を通じて保障されていた。〔訳注12〕「それは、例えば、市民に対する課税や市民の権利の承認・剥奪に関する非合法な行政行為に対してだけでなく、民会における法律の議決に対しても認められていた。後者は、特別な訴えにより取り消すことができるものとされ、そのような訴えを提起することにより、既に停止効が生ずるものとされていた。そして、裁判所は、法律案または可決された法律の国制的適合性（die Verfassungsmäßigkeit）に関して、最終的に判断するものとされていた。それゆえ、現代ようやく若干の憲法において真価を示した、法的審査制度が重視されていたのである」（a. a. O., S. 159）。さらに、ヴィラモヴィッツ（Wilamowitz）も、有名な著書『アッティカ国の栄光』（Von des attischen Reiches Herrlichkeit）において、アテネ人の国家における法治国家性に既に注目しており、また、ヴェンガー（L. Wenger）の重厚な著作『古代ヨーロッパにおける国制と行政』（Die Verfassung und Verwaltung des europäischen Altertums）も、同様である。これに対して、アテネの司法国家（Justizstaat）に関して批評したその他の論者、例えば、考古学者のペールマン（Pöhlmann）は、この司法の恣意性を指摘して、アテネの法治国家の問題性を主張していたが、しかし、メンツェルは、特に、彼の著作『ソクラテス裁判に関する研究』（Untersuchungen zum Sokratesprozeß）において、この司法は宗教的偏見にとらわれている点も多々あるが、全般的には制定法の一般的規範を誠心誠意（optima fide）実現しようと努めていたことを証明しようとした。〔訳注13〕また、特に、この法治国家は条約国家（Vertragsstaat）と考えられていたが、本稿では、この点については割愛することにする。

古代国家に関する文献の中で、法治国家について最も明白に公言したのは、メンツェルが研究対象としていたアノーニムス・イアンブリキ（Anonymus

Jamblichi）であろう。この論者は、「さらに、特権の賦与を求めてはならず、また、これに基づく権限を栄典と考えたり、法律に対する服従をふがいない臆病な態度と考えたりしてはならない。……人間は、本来、一人では生きることができず、また、法律なき状態における共同生活は人間にとって考えられないのであり、……それゆえ、このような動かし難い理由から、法と法律が人間の上に**君臨**し（königliches Zepter über den Menschen führen）、両者が支配を放棄することはありえない」と論じている〔訳注14〕。また、ヘラクレイトス（Heraklit）の著作の一部においても、「国民は、**都市の城壁**を守るために戦うように、自らの**法律**を守るために戦わなければならない」というみごとな比喩で、法律の支配の価値を表現しているのである。

さらに、周知のように、プラトン（Plato）は当時の民主制国家および法治国家に関する最も厳格な批評家であり、メンツェルは、プラトンが法治国家の理念にいかに強く心を寄せていたかをも明らかにしている。この点は、特に、青年期のプラトンに妥当し、当時、正義と合法性を同一視するソクラテス流の考えを従順に受け入れていたのであり、また、晩年のプラトンは、哲人王国（Richterkönigtum）というユートピアの世界への脱線をあきらめて、再び法律国家の理想（das Ideal des Gesetzesstaates）に立ち戻っている〔訳注15〕。そして、プラトンは、著書『法律』（Nomoi）の中で、「というのも、法律が支配者の権力により左右され、法律自体が主人とならないような国家に対して、私はその滅亡を敢えて予言するからです。これに対して、法律が支配者の主人となり、統治機関が法律の支配の下にある国家においては、その安寧をはじめとして、神々が国家のために用意されている善きことをすべて授かるのを、私は心の中にみるからです」と述べている〔訳注16〕。また、アリストテレス（Aristoteles）も、一定の条件の下で、「すなわち、法律が正しいものであること、しかも、抽象的な規則が履行不可能と考えられるときは、主権者が独自に決断する一定の余地を保持すること」を条件として、法律の支配の理念（die Idee der Gesetzesherrschaft）を認めているのである（a. a. O., S. 170）〔訳注17〕。

3　古典的ドイツ哲学における法治国家

古典的ドイツ哲学における法治国家の概念は、歴史的に、ドイツにおける警察国家（Polizeistaat）の理論と実際に対する反動の表れである。こうした警察国家は、ドイツに限られるわけではなく――たしかに、フランスのルイ王朝期におけるアンシャン＝レジーム（Ancien régime）や、さらに、クロムウェル（Cromwell）以前におけるイギリスの独裁政治において、世界史的により重要な実現がみられる――、また、古典的観念論により主張された法治国家論も、ドイツに限定されるわけではない[訳注18]。警察国家的な独裁政治を主張する論者、例えば、トーマス・ホッブス（Thomas Hobbes）とクリスチャン・ボルフ（Christian Wolff）の間には、ことのほか内容的な類似性がみられるのであり、また、古典的観念論、とりわけ、イマヌエル・カント（Immanuel Kant）により主張された法治国家論が、イギリスやフランスの啓蒙主義時代における国家哲学、例えば、ジョン・ロック（John Locke）の国家思想の影響を強く受けていたことも、看過できない[訳注19]。クリスチャン・ボルフは、イギリスにおける国家観、例えば、極端な父権制思想を唱えていたフィルマー（Filmer）の国家観に大きな影響を受け、国家理念を無制限な父権により統率された家族のように構成して（これがまさに当時の国家であった）、周知の代表作『人間の社会生活に関する合理的思考』（Vernünftige Gedanken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen, 1725）の中で、「統治者と臣民の関係は、父親と子供の関係と同様である」（Regierende Personen verhalten sich zu Untertanen wie Väter zu den Kindern）という方程式を立てていたが[訳注20]、カントも、また一面的に、国家を「法律の支配の下にある平等で自由な道徳的人格の共同体」とみていたのである。周知のように、カントは、啓蒙主義時代の国家哲学とおよそ同様に、国家は契約に由来するものと認めていた。もっとも、カントは、ルソーとは異なり、この契約を歴史上の出来事と誤解していたわけではなく、国家に関する一定の内容を説明するために想定された仮構（gedankliche

Konstruktion）にすぎないと解していたが〔訳注21〕、しかし、このように考えるために、この国家契約には、個人を過大評価または高尚化するような内容が容易に与えられている。この契約において、人間は、同胞の自由を不可避なものとするかぎり、道徳的人格に固有の自由を放棄するものとされているからである。そして、このような人間観とその本質的自由の理解に基づいて、絶対的警察国家の理論と実際に対して批判を提起していた。また、国家は人民を幸福にすることを使命とし、必要な場合には人民の瑕疵ある理解に反するとしても人民に幸福を強いなければならないとする幸福論（Eudämonismus）や、予測不可能な点で疎まれる干渉主義的な警察国家（Interventionismus des Polizeistaates）をも批判していたのである〔訳注22〕。

カントによれば、国家とは、「法律の下にある人間の集合」（eine Vereinigung von Menschen unter Rechtsgesetzen）にほかならず、この法律の目的は、もっぱら人間の共同生活を保障することにある。したがって、あらゆる現象形式の国家に内在する強制は、「自由に対する障害を阻止するもの」（Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit）として正当化されるにすぎない。我が哲学者カントにとって、**法**は、このように人間中心的な役割（anthropozentrische Rolle）を果たす点で、「この世で最も神聖なもの」（das Heiligste in der Welt）とされている。もっとも、そこで想定されているのは、人間どうしの平和秩序の確立と保障（die Herstellung und Sicherung einer Friedensordnung unter den Menschen）のみを目的とする法にすぎない。警察国家を正当化してきた国家的イデオロギーと比較すると、全体主義的な福祉国家から完全に離反して、国家目的を根本的に制限しており、しかも、法を道徳的に許容される唯一の国家目的（der einzige sittlich erlaubte Zweck des Staates）として、国家から法へ価値を完全に変位させている。同時代の詩人を引用すると、フリードリヒ・シラー（Friedrich Schiller）が、戯曲「ドン・カルロス」（Don Carlos）の第三幕第十場におけるポーサ侯爵（Marquis Posa）の台詞によって、同様の国家観を次のように表現している。すなわち、「市民が再びも

とどおり王権の目的となりますように――同胞には平等に尊い権利を与え、いかなる義務も市民を束縛することがないように、お取りはからいください」という進言として描いているのである。〔訳注23〕さらに、フンボルト（Humboldt）の信条書『国家の実効性に関する限界規定の試み』（Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen）や、自由主義的な時期のフィヒテ（Fichte）の思考に依拠して、法治国家をもっぱら個人の自由を保障する国家とみる解釈を示すこともできようが、それは、雑誌論文たる本稿の紙幅を超えるものといえよう。〔訳注24〕

4　立憲主義的国家論における法治国家

立憲君主制における法学は、当初、古典的観念論の影響を強く受けて、この法学から法治国家の理念を受け継ぎ、ほぼ例外なく自己の国家理念として認めていた。〔訳注25〕もっとも、意識的なものか否かは別として、この概念の内容は変化している。たしかに、国家学における二つのエポックの間に革命があり、これにより、国制の領域は絶対主義（Absolutismus）から立憲主義（Konstitutionalismus）へと代わったが、同時に、法治国家における政治的**理念**を**実現**すべきものとされた。しかし、立憲国家が法治国家とされた意義は、絶対的警察国家において法哲学に基づく非現実的な政策が意図されていたのとは異なる。また、立憲国家における法学および国家学は、従前の法学・国家学や、少なくとも絶対的警察国家に対する個人主義的批判とは異なり、**当時**の国家を積極的に評価しており、立憲君主制における諸制度を法治国家の本質的メルクマールとして認めていたのである。革命前後の法治国家概念にみられる意義の変遷は、――二つの定型的類型として対置すると――形式的法治国家概念と実質的法治国家概念の定式（die Formel formeller / materieller Rechtsstaatsbegriff）として表すことができよう。〔訳注26〕

国家をいわゆる法の目的（Rechtszweck）によって制約することは、理念的な要求であり、自己保存本能（Selbsterhaltungstrieb）を有する国家は、その

ような理念的要求の実現に漸次的に近づくことしかできない。また、ラサール（Lassalle）が用いたことで知られる夜警国家（Nachtwächterstaat）という風刺語は、たしかに法治国家の理念の表現としては当を得ているが、少なくともヨーロッパの大陸国の**現実**を党派的な目からみて歪曲して示している。〔訳注27〕革命により体制の前提が自由主義政党のために創設されて同党が政権を掌握すると、経験的事実として、野党から提起される要求は、政権の座についた旧野党に向けられるにしても、本質的に弱まりまたは変更されるといえよう。(2) また、周知の例として、イギリスの自由主義は、前世紀の中頃、法律上の就学義務の制定や国家による貧民救済に対して反対していたが、このような純理主義は、大陸の自由主義政党の党首にはどこにもみられなかったのである。〔訳注28〕自由主義は、政権をとると、秩序維持のみを国家目的とするような極端な限定を否定して、穏健な干渉主義（ein gemäßigter Interventionismus）を認めるようになる。〔訳注29〕そうした国家は、絶対主義的福祉国家（ein absolutistischer Wohlfahrtsstaat）から立憲的福祉国家（ein konstitutioneller Wohlfahrtsstaat）になるおそれがあるにもかかわらず、福祉目的や文化目的に基づく任務を引き受けてきた。また、絶対主義的福祉国家に実質的に接近するおそれが意識されるときは、例えば、十人十色（wenn zwei dasselbe tun, es doch nicht dasselbe sei）という弁明が考慮されてきた。特に、文化政策は大々的に推進され、国家に学校制度・教育制度全体の監督が委ねられるが、そこでは、国家独占が原理的に否認され、当該領域では国立学校制度を設けながらも、この原則に基本的に反する行為について、憲法上保障された教育の自由という弁明が各人に認められるのである。〔訳注30〕また、経済領域に対する国家的規制は、マンチェスター・リベラリズム（Manchester - Liberalismus）にとっていわばタブーとされていたにもかかわらず、経済領域にも諸規定の網が張りめぐらされており、そこでは、自由競争を原則的に承認しながらも、「経済活動に対する国家の介入は、究極的に、民間の資本主義経済制度を維持するために有益である」という一般的な客観的主張により、こうした体系違反が正当化されてきたのである。〔訳注31〕

このような法的状況でも法治国家の理念に適合しているとすると、法治国家概念はこうした法的動向に応じて修正すべきことになる。たしかに、法治国家をあくまでリベラルに解する論者は、自由主義政権が可能になった時代から、この概念に対して、絶対的警察国家の論者が認めるような内容、または実際に認めていた内容を与えていた。しかし、既に、ドイツにおける保守的な国家的イデオロギーを完成させたユリウス・フォン・シュタール（Julius von Stahl）は、彼以前に政治的個人主義により形成された法治国家原理を自らが提唱する国家にも受容していたが、その際、この原理に関して、自己の国家理念を前提として次のような意義を認めていた。〔訳注32〕すなわち、「国家は法治国家でなければならない。それは、スローガンであり、また、実際にも近代の動向である。国家は、自己の実効性の軌道と限界を規定するとともに、国民の自由な領域を権利として正確に規定し、これらを確固として保障しなければならず、また、道義的理念を国家の立場から（von Staats wegen）、つまり、まさに法領域に属すものとして、直接に実現（強制）しなければならない。これが『法治国家』の概念であり、国家は行政目的もなく単に法秩序を運用するわけではなく、ましてや、単に個人の権利を保護するわけではない。そもそも、この概念は、国家の目的や内容を意味するのではなく、これらを実現する方法や性格を意味するにすぎない」と論じているのである。(3) これに関し、ルドルフ・グナイスト（Rudolf Gneist）は、彼の有名なモノグラフィー『ドイツにおける法治国家と行政裁判所』（Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland）において、正当にも、「シュタールのいう法治国家については、彼の論敵もすべてそのまま是認することができよう」と述べている（a. a. O., S. 33）。むろん、誰よりも、この著者がそう考えていたといえよう。〔訳注33〕しかし、このように自由主義者にも保守主義者にも好まれる法治国家概念は、もはや、古典的観念論における法治国家概念そのものではなく、かつての特定の内容を取り去った法治国家概念であり、自分に都合のいい法内容を補充して考えられるために、自由主義者にも保守主義者にも正当とされる空の容器（eine leere Hülse）にす

ぎない〔訳注34〕。たしかに、シュタールのように自由主義的な法治国家概念を保守主義的な国家思考に転用する場合、国家は「道義的理念を国家の立場から、つまり、まさに法領域に属すものとして、直接に実現（強制）しなければならない」とされる点で、国家目的の限定が持続的に影響を及ぼすことになる。しかも、国家は社会的課題のすべてを法的手段により達成することはできないという洞察からすると、国家目的、すなわち、国家活動の内容が限定されることになる。しかし、この点で、シュタールが古典的観念論の法治国家概念に実質的に依拠するか否かは、さして重要ではないといえよう。道義的理念が法領域に属すか否かという問題には、異なる解答が認められるからである。決定的なのは、法は国家の目的や内容ではなく、国家における他の諸目的を実現する方法または手段とされる、という点なのである〔訳注35〕。別稿で論じたように、立憲国家主義においては、法は、許容される唯一の国家目的（der einzige zulässige Zweck des Staates）から任意の国家目的のための普遍的手段（das universelle Mittel für beliebige Zweck des Staates）へと変質した(4)。このように法治国家概念を説明することにより、伝統的な規律目的や支配目的とともに、国家において増大した文化目的や福祉目的のために道を開いたのであり〔訳注36〕、そこでは、国家を法治国家と評価するために、いずれかの国家的任務を選定することや、競合する異なる国家的任務を調整することは、何ら重要ではないといえよう。国家制度の法治国家性は、国家行為の全部または一部が法により決定されること、それゆえ、国家行為が一般的規則の現れ（Ausfluß einer allgemeinen Regel）であり、個別事例における恣意的な着想の現れではないことを条件とするにすぎない。したがって、端的にいえば、革命後の立憲主義の時代には、法治国家とは、法目的を規律目的――実際には司法と警察――に限定した国家ではなく、国家目的の選択のいかんを問わず、法的な権限または義務の執行のみを求める国家なのである〔訳注37〕。法治国家性には程度があり――また、このような国家類型が実際に強化されており――、その程度は、もはや国家活動の範囲によるのではなく、国家行為の法的規制の範囲と強度により決定されるのである〔訳注38〕。

ドイツの法治国家における二つの近代的形態の法政策的意義は、国家に対する個人の自由をできるかぎり認めることにある。絶対主義時代におけるように、法治国家理念から国家目的が最小値に、つまり、自由な個人の間の平和維持に限定されようと、また、国家の法的拘束が最大値に高められようと、それぞれの法治国家理念により、個人の自由をできるかぎり保障すべきものとされる。立憲主義の法治国家理念においては、こうした保障のメカニズムとして、国家行為の法的規制という事実それ自体により、国家的介入の予測不可能性という不意打ちのモメント（Überraschungsmoment）が排除され、また、法的規制を強化して、国家的介入の予測可能性を増大させることにより、個人が国家行為に適応し、その意図に従うよう自らを統制する可能性が増大するのである。〔訳注39〕

しかし、立憲国家の法学における法治国家の概念規定は、国家行為の「法的拘束」（rechtliche Bindung）という概念要素の確認にとどまるわけではなく、こうした拘束を補足するために、通例、一定の形式を示しており、たいてい一定の内容をも示している。特に、任意の法現象形式による国家行為の規制では足りず、生命、自由または財産に対する侵害、要するに、司法および行政における公的行為については、法律の形式による授権（Ermächtigungen in Gesetzesform）が前提とされる。それゆえ、国家行為の合法性または法執行性の原則（der Grundsatz der Rechtmäßigkeit oder des Rechtsvollzugscharakters des Staatshandelns）は、生命、自由または財産を侵害する国家行為に関して、**法律適合性**の原則（der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit）へと高められているのである。〔訳注40〕法治国家に関する当該要求の特別な意義――これにより、法治国家はさらにいわゆる法律国家（Gesetzesstaat）になる――は、法律の形式により、法服従者が個人的領域の侵害の内容に対して間接的に影響を及ぼす点にある。単に国家行為の法的拘束を要求するだけでは、法規範の法源や内容は決して先決されないのに対し、立憲国家における立法の本道として法律の形式を条件とすることにより、国家行為が議会による授権に拘束されることにな

るからである。むろん、実際にも、警察行政や税務行政における行政行為（例えば、逮捕・銃器使用・家宅捜索または納税命令・税務執行など）が、警察大臣や財務大臣が決定した法規範の執行として行われるのか、それとも、広く国民に基づく議会が議決した法規範の執行として行われるのかという点で、重大な相違が認められよう。[訳注41] それゆえ、法治国家概念にはニュアンスの相違があるが、自由主義的要求が民主主義的要求と結びついてゆく。したがって、――カントは民主制を「専制主義」（Despotismus）の一種として捉え[訳注42]――カントの法治国家概念がなお一貫していわば純粋に自由主義的な特徴（sozusagen in Reinkultur liberale Gepräge）を有していたのに対し[訳注43]、立憲主義の法治国家概念においては、個人的自由の観点からは、法治国家概念にとって国家行為の**内容**は副次的なものではなく重要なものとされ、個人的自由に介入する国家行為の執行の**態様**により個人の自由が左右されるとしながらも、少なくとも潜在的に民主主義的イデオロギーに変向したのである。また、法治国家を実現するためには、そもそも、国家的介入が法過程において法規の執行として行われるだけでは十分ではなく、さらに、国家的介入が国民の投票により共同決定された法規の執行（Vollzug von plebiszitär mitbestimmten Rechtssätzen）、つまり、一定の意味で国民の意思自体の執行（Vollzug des Volkswillens selbst）であることが要求されるのであり、そこでは、法治国家概念は、自由主義的な観念・要求と民主主義的な観念・要求とを対等に混合したもの（eine paritätische Mischung liberaler und demokratischer Vorstellung und Forderung）なのであり[訳注44]、また、そもそも、立憲国家は、憲法において自由主義的要素と民主主義的要素を統合しているのである。

法治国家に求められる「国家行為の法的拘束という基本的要求」（das Grunderfordernis rechtlicher Bindung des Staatshandelns）は、このような一定の法成立過程（Rechtsentstehungsweg）の要求に関する概念要素とともに、可変的な法内容の要求によって補完される。その概念形成の基点として最も自然に要求されるのが、国家の法的拘束の有効性の保障（Garantien der

Wirksamkeit der rechtlichen Bindung des Staates）の要請である。[訳注45] このため、特に、国家権力の分立（die Trennung der Staatsgewalten）および行政からの司法の独立（die Unabhängigkeit der Justiz von der Verwaltung）が、法治国家にとって本質的なものとして認められる。このように司法の独立を要求する主たる目的は、国家に対する法的制約ができるだけ有効となるように最大限に保障することにあり、そのために、裁判所が個人のために法規範を直接に適用し、また、憲法裁判制度または行政裁判制度を通じて他の国権が法的制約を尊重するようコントロールするものとされる。それゆえ、後者に挙げた二つの法制度も法治国家のメルクマールとされるものと解されてきた。[訳注46] 後者の概念要素を導く思考が過度に強調されるのは、国家活動に関する一般的な司法手続（eine allgemeine Justizförmigkeit）の要請を個人の自由の条件とみなして要求するからである。それは、――当否は別として、一般に、裁判官は特に「個人に寄り添う」（individuumsnahe）、いわば個人の自由を当然に保障する者（naturgemäße Garanten der individuellen Freiheit）と思われるため――独立の裁判官による立法および行政の全般的コントロールを意味するとともに、また、実際に広くみられるように、公的な国家行為の全体が法過程となるだけでなく、まさに司法過程ともなる、という自己矛盾した観念をも表すことになる。[訳注47] また、実際、こうした要求は、司法類似の行政手続制度（die Einrichtung eines justizähnlichen Verwaltungsverfahrens）により実現されることも多い。こうした考え方によると、司法に対する信頼性は、投票または抽選による素人裁判官（Laienrichter）を認めることによりさらに高められることになり、例えば、このような人民が個々の国民の上位の種属（Gattung）として判決を下すものと考えられよう。さらに、このようにその他の国家機関を司法の下に服させる方策――それゆえ、司法国家（Justizstaat）が最も完全な法治国家であるとすれば、法治国家性を高める方策――として、大臣の責任（Ministerverantwortlichkeit）および全行政機関の民事責任に関する制度が挙げられる（これらの制度は、広い意味では行政裁判制度に含められる）。[訳注48] さら

に、法治国家の概念形成が完結するのは、――重要性の低い概念的発展の段階を省略していえば――法治国家の承認が自由権の憲法的保障に依拠し、自由権の存立が法治国家の核心ないし唯一の本質的メルクマールとされる場合である。[訳注49] 憲法に自由権を規定することにより**国家目的**が制約され、特に、自由権が定着すれば、司法および行政における執行だけでなく立法も制約されると考えられ、このような法治国家の概念要素――自由権の存在、国家から自由な領域（eine staatsfreie Sphäre）の保障――を重視して防護することは、内容ではなく理念について起源を遡ってみると、カント的な実質的法治国家概念への思想的復帰（eine gedankliche Rückkehr zu dem materiellen Kantischen Begriff des Rechtsstaates）を意味している。[訳注50] そもそも、国家を平和維持組織という趣旨の法的機関（Rechtsanstalt im Sinne einer Einrichtung der Friedensbewahrung）と定義して、歴史的に要求され、この意味で想定される一連の国家目的を概念的に否認するとしても、また、自由権のカタログによって一定の目的設定の構想を法秩序により国家に**禁ずる**（verwehren）としても、いずれにせよ、法治国家の概念は、社会生活における国家から自由な領域という**消極的**モメント（das negative Moment einer staatsfreien Sphäre）、あるいは、部分的アナーキー（eine partielle Anarchie）により規定されるからである。それゆえ、法治国家の本質を規定する両者の試みは、非国家主義的思考の極致（Gipfelpunkte aëtatistischen Denkens）を意味している。したがって、法治国家という我々の複合語における規定語（Bestimmungswort）は、こうした概念規定において、いわば国家の否定（die Negation des Staates）を意味している。法治国家とは、何らかの形で自己否定する国家（der Staat, der sich irgendwie selbst verneint）なのである。法治国家の本質は、一定の国家形態に求められるのではなく、国家から自由な社会（staatsfreie Gesellschaft）または国家から自由な個人（staatsfreie Einzelmenschen）という点にあるといえよう。[訳注51]

5　権威主義・全体主義的国家論における法治国家

あらゆる歴史的時代は従前の時代の成果を踏まえており、こうした経験的事実は、権威主義国家または全体主義国家における最近の法理や国家論が法治国家の概念を継受した点にも、明白に示されている。しかし、これらの法理や国家論においては、法治国家の問題を提起してこれを肯定した上で、さらに、過去の直前の時代（die jüngste Vergangenheit）とはまったく異なる新たな国家をも法治国家と解釈・評価しているのであり、こうした事実は、「国家制度が過去の直前の時代から不可避的に継受されたため、法治国家の要素も認められる」というだけでは説明できない。すなわち、当該国家の法的性質（Rechtsnatur）を肯定する認識根拠をこれまで与えていた国家制度が、明らかに変更されているのであり、それゆえ、こうした事情の変更がありながら、異なる政治的な時代思潮に由来し、異なる政治的理念を正当とする国家に対し、法治国家という表現が何故に用いられるのかが問題となる。また、新たな法理においては、法治国家の概念は理想（ein Ideal）にとどまっており、国家は法治国家たるべきものとされるが、いかなる事情の下でもそれが要求されるというわけではない。しかも、そこで法治国家といわれる国家理念は、概念的に、従来の法理や国家論における法治国家概念の説明のいずれとも異なっている。およそ過去の法治国家概念は、個人主義的国家論の表れであり、それゆえ、国家の必然的性質として強制的秩序を認めながらも――国家形態の変化は、法的強制の程度、主体または目的規定を変更するにすぎず、この事実を変更するものではない――「国家は個人の自由を最大限に実現する」という観念や要求を結集させていたが、少なくとも全体主義的国家論においては、こうした法治国家概念の歴史的中核をおよそ排除して、他の基本理念に代えざるをえず、その理念が新たな国家と矛盾しないようにしているのである。また、当然、こうした新たな国家論や法理も、従前の時代における支配的な国家論や法理と同様に、当該現国家を正当化しようとすることから、最近の法学や国家学においては、現国家

の法治国家性を否定するか、それとも、法治国家概念を再解釈するかという選択を迫られている。個人主義的イデオロギーに由来し、内容的に変化してもなお当該イデオロギーに忠実な法治国家概念を、集団主義的または普遍主義的な国家観、中立的にいえば、超個人主義的国家観に適合させることには、その点で問題がある。法には国家を超えた積極的価値が認められ、また、このように法の価値が重視されるため、むしろ、この新国家は法治国家に対する時代遅れの対掌体（überwundener Antipode als Rechtsstaat）ともみられるのであり、それゆえ、こうした問題は心理的に不可避なものとされよう。

法治国家概念に関する近時の変容は、単なる**権威主義**国家においては、**全体主義**国家におけるほど大きなものではない。変容したその法治国家概念は、前述した立憲国家または議会制国家の法治国家概念を受け継いでおり、これを思考の出発点としている。行政は、人民の生命、自由または財産を侵害するかぎり、**一般的規則の現れ**（Ausfluß von allgemeinen Regeln）でなければならないとされ、そのようにいえるのは、行政が**法規範**（Rechtsnormen）の執行とされる場合だと解されている。さらに、こうした法規則に関して**法律の形式**が要求されるときは、「正式な民主制」（formale Demokratie）の法的状況を堅持することになる。例えば、1934年のオーストリア憲法９条においては、1920年の議会民主制憲法の文言に従い、「国家行政はすべて法律に基づくかぎりで執行する」（die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund von Gesetzen ausüben）と規定している。しかし、実質的にみると、これに基づく行政の拘束は、**立法手続**（das Verfahren der Gesetzgebung）が根本的に変更されていることから、民主主義国家における拘束と同等とはいえないのである。

形式的法律（formelles Gesetz）が単に政府の決定により成立し、しかも、最上位の執行機関により任命された立法評議会（Gesetzgebungskollegium）の共同決定の下で成立するものとされており、そこでは、法律による行政の原則（der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung）は、行政が単に**命令**（Verordnungen）による当該授権に拘束される場合に比べ、それを超えた意義

を有していない。政府法律（Regierungsgesetze）と政令（Regierungsverordnungen）は、成立過程では区別されず、名称が区別されるにすぎない。こうした事情の下では、法律による行政の原則は、たしかに、期待される一定の行政内容を保障するものではないが、人民の立場からみると、行政行為の予見可能性または予測可能性という利点があり、それゆえ、**個別事例における恣意的処分から保護される**ことになる。しかし、権威主義**それ自体**（an sich）によると、個別事例において法律（Gesetzen）と「法秩序により委ねられるが、法律に拘束されない処分」（rechtsordnungsmäßig delegierte, aber nicht gesetzlich gebundene Verfügungen）との混同、さらには、個別的処分の完全支配は決して排除されない。それでも、権威主義は、支配者が被支配者の創意も承認も必要としないということを意味するにすぎない。まさに、オーストリアの法秩序が定めていたような行政における法律の全般的支配は、権威主義国家と従前の国家との連関をきわめて強く想起させるといえよう。

しかし、**全体主義国家**においては事情が異なる。個人のために**国家**に対して**内容的制約**または**形式的制約**を課すことを、歴史上いずれの法治国家類型も意図していたが、全体主義国家は、これを個人主義的偏見として拒否するのである。もっとも、オットー・ケルロイター（Otto Koellreutter）のような国家社会主義全体国家における初期の理論家は、法治国家の本質は裁判官の独立により充足されるとみていたが[(5)]、これは自由主義国家に関する着想または特質であり、そこにはなお市民的法治国家のなごりがみられる。しかし、国家社会主義に基づく近時の国家論者は、あくまでこうした法治国家的要請から離れて、国家社会主義の思想体系全体に適合する、きわめて独創的な法治国家の概念規定を求めているのである。

そこでは、行政の合法性に関する新たな原則（der neue Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung）により、規範的思考を克服しようとしている[(6)]。共同体法（Gemeinschaftsrecht）は、「規律する命令ではなく、規律される秩序」（nicht ein ordnender Befehl, sondern ein geordneter Zustand）と

される。まず、共同体法から法規則が察知されるが、「法規則は国民の指導者（Führer）により形成され、また、形式の不備が多少あっても、こうした法規則に基づいて行政措置が講じられる」のである(7)。全体主義国家においては、指導者の意思が最上位の法命令（das oberste Rechtsgebot）とされることから、**合法性の原則**は、指導者の意図がいかなる形で認識されたとしても、指導者の意図を有効に実現することにより充足される。もはや、法律は、自由主義的な法律国家（liberaler Gesetzesstaat）におけるような、国民が従順な遵守を要求する「国家行為の最高規準」（die höchste Richtlinie für das Staatshandeln）ではなく、合目的的理由から維持される指導者の意思の表明形式（eine aus Zweckmäßigkeitsgründe beibehaltene Äußerungsform des Führerwillens）なのである。「行政の法律適合性の原則を保障しなければならないと考える今日の論者は、この原則につき、数十年にわたる自由主義的発展の中で得られた意味で理解しているわけではない。むしろ、こうした論者は、『行政官庁および行政官は法律に反する行為を行うことは許されない』という文の略語として、当該原則を考えているのである(8)」。また、法律が取り消されないかぎり、当該法律が指導者の意思を表しているものと推定される。しかし、たとえ法律が権威に基づいて成立したとしても、このような法律が行政の規準とされるよう要求する権利は、誰も有していない。そこでは、**国家行為**に関して、――是非はともかく、個人主義的時代に国家に対する懐疑（Staatsskepsis）から要求されていた――**予測可能性**が失われている。また、**法の支配**（Herrschaft des Rechtes）、従来の表現でいえば、**法治国家原理**（Rechtsstaatsprinzip）は、もはや、国家以外の何らかの**個人的利益**を保護するものではなく、**まさに指導者の意思の実現**のためにあるといえよう。しかし、このように根本的に意義が変化しても、「法治国家」という従来の表現が維持されており、そこに、国法の伝統が慣性の力（Beharrungskraft）を示しているのである〔訳注52〕。

注

（1） *Hans Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 90 f.

（2） マルクスは、「プロレタリアートが政権を掌握した後は、国家は古代博物館の糸車（Spinnrad）と並ぶものとされるようになる」と予言していたが、ソビエト＝ロシアのマルクス主義は、こうした予言を少なからず真実と証明しようとしている。

（3） *Julius von Stahl*, Staats- und Rechtslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung, Bd. II, 1878, S. 137.

（4） *Adolf Julius Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1927, S. 72 ff. そこでは、行政における現代的な法治国家概念の意義についても論じている。

（5） *Otto Koellreutter*, Grundriß der allgemeinen Staatslehre, 1933, S. 156 ff.

（6） *Theodor Maunz*, in: Hans Frank (Hrsg.), Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, S. 61 ff.

（7） *Maunz*, a. a. O., S. 62.

（8） *Maunz*, a. a. O., S. 62.

訳注

〔訳注1〕 メルクルは、1937年に本論文（Die Wandlungen des Rechtsstaatsgedankens, Österreichisches Verwaltungsblatt, 8. Jg. (1937), S. 174 ff.）を公表した後、さらに、1971年に公刊されたハンス・ケルゼン生誕90年祝賀論文集にも、「法治国家の理念とその形態」と題する論文を寄せている（*Adolf Julius Merkl*, Idee und Gestalt des Rechtsstaates, in: Adolf Julius Merkl u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag, 1971, S. 126 ff.〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 737 ff. に収録されている〕）。後者の1971年の論文は、メルクルが亡くなった後に公表された遺作（Nachlaß）の一つである（メルクルの遺作については、*Herbert Schambeck*, Adolf Julius Merkl, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (ÖZÖR), Bd. 21 (1971), S. 1 ff., insbes. S. 5 f. und Fn. 2; *ders.*, Ethik und Demokratie bei Adolf Merkl, in: Robert Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, Ergebnisse eines Internationalen Symposions in Wien (22. - 23. März 1990), Schriftenreihe des Hans Kelsen - Instituts, Bd. 14, 1990, S. 267 ff., insbes. S. 271 f. をも参照）。

なお、メルクルの1971年の寄稿論文には、一方で、法治国家概念の歴史的考察の内容に関して、1937年の本論文との重複がかなりみられるが、他方、法治国家における国家と法の関係論や、権威主義・全体主義国家における法治国家

論に関しては、大幅な加筆と修正がなされている。そこで、以下の訳注では、天寿を全うする直前まで法治国家の問題について考察し続けていた、メルクルの思考をできるだけ丁寧に確認するよう努めるため、これら両者の論文の対比についても整理してゆくことにする。また、その際、1971年の論文のタイトルを Idee und Gestalt と略称しつつ、メルクル著作集（Gesammelte Schriften）より引用する。

〔訳注２〕　従来、純粋法学においては、法は国家の存立条件（Existenzbedingung des Staates）であるとされ、国家と法の結びつきは本質的に必然的（wesensnotwendig）なものと解されてきた。この点の問題性に関しては、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 739. また、ハンス・ケルゼンの法治国家概念については、とりわけ、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 740; 新正幸『ケルゼンの権利論・基本権論』（慈学社出版、2009年）128頁以下および同所引用の文献参照。

〔訳注３〕　この点については、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 739 参照。

〔訳注４〕　国家と法の結びつきのあり方とその分類につき、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 737 f. をも参照。

〔訳注５〕　*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 737 においては、国家と法の結合の必然性について消極的な理解を示している。また、法治国家は、政治的な必然性の表れ（Ausdruck einer politischen Notwendigkeit）ではなく、単なる政治的要求の表れ（Ausdruck einer bloßen politischen Forderung）であり、法治国家は必ずしも国家の必然的な現象形態（notwendige Erscheidungsform des Staates）ではないと解している。

〔訳注６〕　国家における法の支配（Herrschaft des Rechtes）と法の性質・法形式（法規形式）との関係については、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 738 f. 参照。

〔訳注７〕　この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 741 参照。

〔訳注８〕　この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 741 参照。

〔訳注９〕　この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 741 参照。

〔訳注10〕　この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 741 f. 参照。

〔訳注11〕 この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 742 参照。

〔訳注12〕 アテネの国制に関しては、とりわけ、アリストテレス / 村川堅太郎訳「アテナイ人の國制」『アリストテレス / 村川堅太郎譯　アテナイ人の國制・經濟學（アリストテレス全集第十六巻）』（河出書房、1947年）１頁以下、アリストテレス / 村川堅太郎訳「アテナイ人の国制」『アリストテレス　世界古典文学16』（筑摩書房、1976年）419頁以下、アリストテレス / 村川堅太郎訳『アテナイ人の国制』（岩波文庫、1980年）をも参照。

〔訳注13〕 この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 742 参照。

〔訳注14〕 この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 743 参照。

〔訳注15〕 この点に関しては、特に、*Adolf Julius Merkl*, Zum 80. Geburtstag Hans Kelsens, Reine Rechtslehre und Moralordnung, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. 11 (1961), S. 293 ff., insbes. S. 301〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 629 ff. に収録されている〕; *ders.*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 738, S. 743; *Schambeck*, a. a. O.（訳注 1）, in: Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, S. 274 をも参照されたい。

また、プラトンのユートピア的な理想国家としての哲人王国（哲人統治国）については、とりわけ、プラトン / 藤沢令夫訳『国家（上）（下）』（岩波文庫、1979年）第５巻337頁以下、第６巻17頁以下、第７巻103頁以下、第９巻335頁参照。

〔訳注16〕 この点に関しては、プラトン / 森進一 = 池田美恵 = 加来彰俊訳『法律（上）』（岩波文庫、1993年）第４巻第７章255頁（森進一訳）をも参照されたい。

〔訳注17〕 この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 743 参照。

〔訳注18〕 この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 743 f. 参照。

〔訳注19〕 この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 744 参照。

〔訳注20〕 この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 744 参照。

〔訳注21〕 とりわけ、*Immanuel Kant*, On the Common Saying: ‘This May be True

in Theory, but It Does Not Apply in Practice', translated by H. B. Nisbet, in: Hans Reiss (ed.), Kant's Political Writings, 1970, S. 61 ff., S. 79 参照。また、この点に関する簡明な解説として、例えば、*Michael J. Sandel*, Justice, What's the Right Thing to Do ?, 2009, S. 139〔本書の翻訳として、マイケル・サンデル / 鬼澤忍訳『これからの「正義」の話をしよう――いまを生き延びるための哲学』（早川書房、2010年）181頁以下〕および同所引用の文献参照。さらに、国家起源と社会契約に関するカントの思考について、詳細には、片木清『カントにおける倫理・法・国家の問題――「倫理形而上学（法論）」の研究――』（法律文化社、1980年）189頁以下参照。また、社会契約論に関するカントとルソーの見解の対比については、片木・前掲書（訳注21）223頁以下参照。

〔訳注22〕　こうしたカントの国家観に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 744 をも参照。

〔訳注23〕　シラー / 北通文訳「ドン・カルロス」『シラー 世界文學大系 18』（筑摩書房、1959年）263頁以下、特に313頁参照。

シラーの戯曲「ドン・カルロス」は政治的悲劇（die politische Tragödie）の一つである。また、シラーの戯曲「ドン・カルロス」に基づくオペラは特に有名であり、その楽曲はヴェルディにより作曲され、その台本はメリー（F. J. Méry）とデュ・ロクル（C. Du Locle）により作成されている。スペイン国王フェリペ二世（父）に嫁いだ王妃エリザベート（義母）を恋慕う王子ドン・カルロスの苦悶とその微妙な三角関係を中心として織りなす悲劇の名作であり、また、この楽曲はヴェルディ中期の名曲の一つでもある。

シラーの戯曲、叙情詩および散文の諸作品の中にみられる法思想や政治的自由の思想について詳細には、*Adolf Julius Merkl*, Friedrich Schiller und der Staat, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (ÖZÖR), Bd. 59 (1938), S. 67 ff. を参照されたい〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 365 ff. に収録されている〕。シラーの戯曲「ドン・カルロス」における法思想などに関しては、特に、*Merkl*, a. a. O.（訳注23）, ÖZÖR 59 (1938), S. 69 ff. 参照。本文に引用されているポーサ侯爵（Marquis Posa）の進言の意義に関しては、*Merkl*, a. a. O.（訳注23）, ÖZÖR 59 (1938), S. 71 f. 参照。

〔訳注24〕　ちなみに、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 744 においては、この段落は省略されている。

〔訳注25〕　立憲君主制または立憲国家における法治国家理念に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 744 ff. 参照。

〔訳注26〕 この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 745 参照。

〔訳注27〕 この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 745 参照。

〔訳注28〕 この点に関しては、また、*Merkl*, Reine Rechtslehre und Moralordnung, a. a. O.（訳注15）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 641 f. 参照。

〔訳注29〕 この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 745 参照。

〔訳注30〕 この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 746 参照。

〔訳注31〕 この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 746 参照。

〔訳注32〕 この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 746 参照。

〔訳注33〕 この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 747 参照。

〔訳注34〕 この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 747 参照。

〔訳注35〕 この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 747 参照。

〔訳注36〕 *Merkl*, Reine Rechtslehre und Moralordnung, a. a. O.（訳注15）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 642 では、この点に関して、実質的法治国家（materieller Rechtsstaat）に対して、形式的法治国家（formeller Rechtsstaat）としての「法手段国家」（Rechtswegestaat）を対置している。さらに、この点について詳細には、*Schambeck*, a. a. O.（訳注１）, in: Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, S. 271 をも参照。

〔訳注37〕 この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 747 f. 参照。

〔訳注38〕 この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 748 参照。

〔訳注39〕 この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 748 参照。

〔訳注40〕 この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 748 参照。

〔訳注41〕 この点に関しては、本論文における後述の「権威主義国家」における法

治国家性の内容をも参照されたい。また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 749 をも参照。

〔訳注42〕　この点に関しては、とりわけ、片木・前掲書（訳注21）235頁参照。

〔訳注43〕　*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 749 では、カントの法治国家概念は、「民主主義的ではなく、自由主義的な特徴」（undemokratische, aber liberale Gepräge）を有していたと指摘している。

〔訳注44〕　この点につき、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 749 では、単に「自由主義的な観念・要求と民主主義的な観念・要求とを混合するもの」（eine Mischung liberaler und demokratischer Vorstellungen und Forderungen）と記述しており、本論文とは異なり、これらの「対等な混合」（eine paritätische Mischung）までは要求していない。

〔訳注45〕　この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 749 参照。

〔訳注46〕　この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 750 参照。

〔訳注47〕　この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 750 参照。

〔訳注48〕　*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 750 では、このカッコ書は削除されている。

〔訳注49〕　この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 750 参照。

〔訳注50〕　この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 751 参照。

〔訳注51〕　この点に関しては、また、*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 751 参照。

〔訳注52〕　1937年の本論文は、ナチス台頭がきわめて顕著となり第二次世界大戦へと向かう政治的激動の時期に公表された著作である。この当時は、1938年３月のナチス第三帝国による「オーストリア合邦」の直前の時期でもあり、また、特に自由主義的・個人主義的国家観を主張していたメルクルは、ナチス陣営より反体制の危険分子の一人として従来よりその動向が注視されていた。オーストリアにおける国家社会主義政権掌握後の1938年４月には、メルクルはウィーン大学の教職を追放されている。本論文も、こうした処分の誘因の一つにもなったと推察される。本論文の最終節では、特に、全体主義国家における法治

国家論の問題性を的確に示しながらも、過激な批判的表現を抑制した考察を基礎として、法治国家概念の承継性ないし「慣性の力」（Beharrungskraft）がモチーフとされているが、むしろ、その冷静さは実にシニカルな印象を与える。

これに対し、1971年の論文は、第二次世界大戦後の大いなる時代の流れの中で冷戦構造をも見据えて醸成・再考された著作であり、この論文では、特に、最終節の見出しを「法治国家と戦争」（Rechtsstaat und Krieg）とした上で、最終節の内容を全面的に改変し、法治国家と戦争の関係に関して国際法の観点をも踏まえた客観的な省察がなされている。*Merkl*, Idee und Gestalt, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 751 ff. メルクルは、その冒頭で、「法は、正義の一種ないし最小限の正義（eine Art, ein Mindestmaß von Gerechtigkeit）にすぎないのであり、そもそも、法治国家が必然的に戦争を排斥するという考えは、倫理学者の予断（ein Vorurteil von Ethikern）である」と明言している。そして、その上で、権威主義国家または全体主義国家における法治国家論の個別問題を超えて、とりわけ、①法的規制対象としての戦争の国家行為性と法治国家との関係、②法秩序維持（die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung）に関する国家の任務の射程と戦争との関係、③法治国家の類型・形態と戦争との関係、および、④法治国家の形式概念・内容概念（der Formbegriff / Inhaltsbegriff des Rechtsstaates）と戦争との関係、⑤国際法による国家行為の制約と法治国家論との関係などについて考察している。

【備考】 本論文の原文タイトルは、Die Wandlungen des Rechtsstaatsgedankens である。本論文は、Österreichisches Verwaltungsblatt 8. Jg. (1937), S. 174-181 に初めて掲載され、その後、Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Bd. 2, 1968, S. 1953-1970 に再録された。そして、さらに、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 251-268 に収録されている。

学問的な認識対象としての正義と国家

アドルフ・ユリウス・メルクル
勝　亦　藤　彦　訳

正義（Gerechtigkeit）は、最も偉大な倫理学者たちにとって、最高の倫理的価値とされているが、しかし、国家にとっては、本質的に必要な内在的価値とはされない。歴史的経験からみて、国家は、善悪の選択の可能性、正と不正の選択の可能性を有している。〔訳注１〕法（jus）と正義（justitia）を等置する理解、また、法を正義の試みと解する緩やかな解釈は、いかなる正義の基準を用いたとしても、国家の歴史的な経験に反している。不正な国家権力の行使に対する抵抗権（Widerstandsrecht）の承認や、取得時効（Ersitzung）の理論、すなわち、当初は違法かつ不正な侵略により領域支配が生じたとしても、何ら補償することなく、単なる時間の経過と諸外国の承認に基づいて、不正を受けた当事国の承認がなくても領域支配の法的取得を認める理論は、法と正義の概念的対立（die begriffliche Spannung von Recht und Gerechtigkeit）を示している。〔訳注２〕正義の役割として想定され倫理的に要請されるのは、法に関する規制原理（ein regulatives Prinzip）としての役割であり、それは、法の創設（Rechtserzeugung）に関しても、法の適用（Rechtsanwendung）に関しても要請される。しかし、経験的にみて、従来の正義の基準は、人の行動に関する明白な指針として機能するものではなく、〔訳注３〕とりわけ、「理性の要求」（Forderung der Vernunft）や「各人にそれぞれ相応のものを与えよ」（suum cuique tribuere）という格律、「誰も害しない」（neminem laedere）という格律、〔訳注４〕「事物の本性」

（Natur der Sache）、「法的安定性」（Rechtssicherheit）および「定言的命法」（kategorischer Imperativ）の要求、さらに、「人があなたに行うのを望まない行為は、他人にも行ってはなりません」（Was du nicht willst, daß man dir tu, das füg auch keinem andern zu !）という命令などは、そのようにいえよう。〔訳注５〕一方で、このような基準によると、一定の理念的要求や広範な人々の社会的行態が正当なものとして認められる。しかし、他方で、こうした基準によると、外交官のみならず学者も、同一の交戦国の戦争について正・不正の評価が分かれ、また、同一の世界観の主張者でありながら、奴隷制、死刑またはその他の無数の社会的行態について、正・不正の評価が分かれることになる。正義の認識可能性という哲学的問題をいかに解するとしても、公衆の批判的言論を保障した共和国（Freistaat）の形態が、国家行為に関する基本的正義の意識（das Bewußtsein grundsätzlicher Gerechtigkeit des Staatshandelns）を多数の者に喚起するのに適しているといえよう。

訳注

〔訳注１〕 この点に関しては、また、*Adolf Julius Merkl*, Zum 80. Geburtstag Hans Kelsens, Reine Rechtslehre und Moralordnung, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 629 ff., insbes. S. 637 参照。そこでは、こうした思考を明瞭に示すものとして、神の国（civitas Dei / Gottesstaat）と悪魔の国（civitas diaboli / Teufelsstaat）を対置する古代キリスト教の教父アウグスティヌス（Aurelius Augustinus）の見解についても論及している。国家行為の善悪の可能性に関しては、さらに、*Merkl*, Reine Rechtslehre und Moralordnung, a. a. O.（訳注１）, in: Gesammelte Schriften, Band 1, Teilband 1, S. 639 ff. 参照。さらに、メルクルの生涯および学問的認識と照らして、このような論述の意義を慎重に考察するものとして、*Herbert Schambeck*, Ethik und Demokratie bei Adolf Merkl, in: Robert Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, Ergebnisse eines Internationalen Symposions in Wien (22. - 23. März 1990), Schriftenreihe des Hans Kelsen - Instituts, Bd. 14, 1990, S. 267 ff., insbes. S. 268 参照。

〔訳注２〕 *Merkl*, Reine Rechtslehre und Moralordnung, a. a. O.（訳注１）, in:

Gesammelte Schriften, Band 1, Teilband 1, S. 653 においては、これらの問題を「法と道徳の衝突」（Konflikt von Recht und Moral）の一種として捉えている。

また、「抵抗権」に関する Merkl の見解について詳細には、とりわけ、*Adolf Julius Merkl*, Das Widerstandsrecht gegen die Staatsgewalt im Lichte christlicher Ethik, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 611 ff. を参照されたい。

さらに、「国際法上の取得時効」に関しては、*Adolf Julius Merkl*, Widerstand!, Volkserhebung der Tiroler 1809 - Eine rechtshistorische Untersuchung, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 631 ff., insbes. S. 634; *ders.*, Das Widerstandsrecht gegen die Staatsgewalt im Lichte christlicher Ethik, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 619 f. をも参照されたい。

〔訳注３〕　この点に関しては、*Adolf Julius Merkl*, Rezension von: Erich Jung, Das Problem des natürlichen Rechts, Leipzig 1912, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 3 ff., insbes. S. 5 をも参照。

〔訳注４〕　自然法命題（Naturrechtssatz）として „suum cuique tribuere“ および „neminem laedere“ の原則については、*Adolf Julius Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, Die ewige Auseinandersetzung von natürlichem und positivem Recht, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 513 ff., insbes. S. 574 をも参照。

また、„qui iure suo utitur, neminem laedit“（自身の権利を用いる者は、誰も害しない）という原則の妥当範囲について検討するものとして、*Adolf Julius Merkl*, Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 277 ff., insbes. S. 302 参照。

自然法との関係で、„suum cuique tribuere“ の原則を改革的原理（reformatorisches Prinzip）として捉え、„neminem laedere“ の原則を保守的原理（konservatives Prinzip）として捉えた上で、両者を対置するものとして、*Adolf Julius Merkl*, Neue Naturrechtssysteme im heutigen Deutschland als Ausdruck der Krise des gesatzten Rechtes, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 503 ff., insbes. S. 511.

職能団体の作用領域の画定との関係で、配分原理（Zuteilungsprinzip）としての „suum cuique tribuere“ の原則の有用性について批判的に検討するものとして、*Adolf Julius Merkl*, Der staatsrechtliche Gehalt der Sozialenzykliken und

die Möglichkeit ihrer Verwirklichung in der Gegenwart, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 645 ff., insbes. S. 672 参照。さらに、„suum cuique tribuere“ の原則の問題性については、*Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, a. a. O.（訳注 4）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 520, S. 521, S. 579 および同所引用の文献参照。

〔訳注 5〕 さらに、その他の規準については、とりわけ、*Merkl*, Rezension, a. a. O.（訳注 3）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 4 f., S. 7 をも参照。

【備考】 本稿の原文タイトルは、Gerechtigkeit und Staat als Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnis である。本稿は、1957年11月 8 日にオーストリア科学アカデミー総会において行われた講演からの抜粋であり、Anzeiger der philosophisch - historischen Klasse der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, 1957, Nr. 22, S. 353-354 に掲載された。また、さらに、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 607-608 に収録されている。

ジャーナリストとしての自由の意識
――ハンス・マウテの思い出――

アドルフ・ユリウス・メルクル
勝　亦　藤　彦　訳

ハンス・マウテ（Hans Mauthe）とは、彼のジャーナリスト活動の最盛期にお互いの職業を通してめぐり会ったが、その経緯などを回顧しながら、つい二週間前にも温かいお手紙をくださった故人をしのび、その思い出を綴ってみたい。

マウテは、日刊紙「ウィーン時事新報」（Wiener Neueste Nachrichten）の内政分野の編集者として従事し、私は、当時、ウィーン大学において憲法および行政法を担当する員外教授として、ヨーロッパにおける国内少数民族の地位の問題に定期講義で取り組んでいたが、それぞれ同様に交友していた友人がおり、その紹介で知り合った。マウテは、ガリチア系ドイツ人の血を受け継いでいたため献身的で誠実であり、しかし、決して愛国的なショービニズムによることはなく、オーストリア帝国の崩壊によって国内を外国により支配されていたドイツ語圏諸国の人々の生存のために尽力していた。

「ウィーン時事新報」は、編集者の論説や、今日のオーストリアではほとんど行方不明になった諸文献に基づいて執筆した私の寄稿を掲載して、帝国の崩壊後もオーストリアの立憲政体に反対してその解体を正当化するために広められた「諸民族の牢獄たるオーストリア」（Völkerkerker Österreich）という伝説と戦い[訳注1]、その中で、オーストリアの諸民族は――マジャール民族の優勢により独自の憲法をもったハンガリーの諸民族とは異なり――必ずしも評価されて

いないとはいえ、民族的生存の自決とその裁判的保障を享受してきたこと、また、その点で、後にオーストリア帝国の継承国における国内少数民族の羨望の的となったことを示してきたのである。〔訳注２〕

さらに、オーストリア人ジャーナリストたるマウテの実に客観的な愛国的態度を表していたのは、次の事実である。すなわち、トレントにある「リソルジメント博物館」（Museo del risorgimento）の解説においてオーストリアに対する悪意による誹謗が当時なされていたため、彼はこれを適切な事実の記述にする許可を得ようとしたが、オーストリアに関する重要な箇所のすべてに抗議したことから、かえってその努力は水泡に帰してしまった。この点に関して、マウテは、私と意見を同じくし、オーストリアに対するこのような誹謗を黙って甘受すれば、「オーストリアなどそれだけのことだ」（Österreich ist, was es ist）というムッソリーニ（Mussolini）の侮蔑の言葉にみられるように、わが祖国はファシズムにより事実上軽視されるだけであり、最終的には、侮辱的なあしらいや背信行為が我々に対してなされることは必定であると考えていたのである。

また、マウテは、オーストリアの権威的政権がクンシャーク（Kunschak）のような穏健な人々からも極端な行き過ぎとみられていたことから、勇敢にもこれを抑制しようとしていた。当時、「新自由新聞」（Neue Freie Presse）の統括編集長エルンスト・モルデン（Ernst Molden）博士や、「オーストリア国民経済学者」（Österreichischer Volkswirt) の編者ヴァルター・フェーデルン（Walter Federn）は、「ここまでにして止めよう！」（Bis hierher und nicht weiter!）と提唱しながら、その先陣をきっていた。マウテもまた、同様の勇気を奮い起こしていたのである。

1933年５月24日に、オーストリアの新聞各紙の代表者６名が、同日公布された戦時統制法における憲法裁判所の廃止について、私に専門的意見を求めてきたが、その中に、「ウィーン時事新報」の代表者としてハンス・マウテもいた。そして、私の承諾に基づいて、1933年５月25日の同紙に、「憲法裁判所の

存廃」（Sein oder Nichtsein des Verfassungsgerichtshofs）というタイトルの私の論説が公表された。[訳注３]そこでは、「正義は国家の基礎である」（Justitia est fundamentum regnorum）という考えに基づいて君主制に対する評決が下されたことや、イグナーツ・ザイペル（Ignaz Seipel）[訳注４]が憲法制定国民議会における報告の中で憲法裁判所を「オーストリアにおける体制構造の支柱」（Pfeiler des österreichischen Verfassungsgebäudes）と称していたことを[訳注５]、政府に想起させようとしたが、残念ながら徒労に終わったといえよう。マウテが自らの国家意識をさておいて政治的自由の理念を優先させ、言論による意見表明に貢献する自己の機関にとって――大学教師にとっては学問的な意見表明の自由が何よりも尊重されるために存しない――危険を冒そうとしたのは、この事例が最初でも最後でもなかったのである。

マウテが政府に対して、また、ナチズムに傾斜した大ドイツ党の支持者に対して立ち向かう中で、最大の危険を冒したのは、おそらく、「職能代表制権威主義」憲法（die „ständisch - autoritäre“ Verfassung）が施行された1934年５月１日に[訳注６]、「ウィーン時事新報」に「憲法生活の転換」（Die Wende des Verfassungslebens）というタイトルの論説を掲載したことであり[訳注７]、その結びには、最も偉大なカトリック国家哲学者トマス・アクィナス（Thomas von Aquin）が述べた、「国民多数の意思に反するものは永続しない」（Nichts hat Bestand, was dem Willen der Volksmehrheit widerspricht）という戒めの言葉を引用していたのである。

ナチズムの誘惑に対して、農民にはまったく抵抗力がないことが明らかになったが、しかし、1930年７月16日の「農業の緊急事態を緩和するための特別救援措置」（außerordentliche Hilfsmaßnahmen zur Linderung des landwirtschaftlichen Notstandes）に関する連邦法において具体的に導入された「農業救済特別税」（landwirtschaftliches Notopfer）を不正に運用したこと、また、（1930年当時の価値で）9, 600万シリングの補助金を使用制限なく10シリングから50万シリングの段階的な耕作奨励金として配分したことは、反政府的プロ

パガンダに強い刺激を与えたのである。

公務員は、不可解な国費がありながら減給され、公共奉仕という職務を非常に疎かにしていった。社会民主主義的な労働者階級は、裁判所庁舎の破壊などの無意味な暴力的行為に関して、ごく一部の責任を負わされたにすぎなかったが、〔訳注8〕一般的代表団体の議席を失ってからは、支配的路線に対して一致して否定的態度をとっていった。

政権与党の実直な党員でさえ、ドルフス（Dollfuß）とシュタレーンベルク（Starhemberg）が矛盾する説明をしたために、教会の構想に基づく職能代表制国家（Ständestaat）とムッソリーニの団体制国家（Korporativstaat）のいずれが政府方針の目標なのか、という問題に直面したのであった。〔訳注9〕知識人たちの間には、職能代表制憲法の要求は国家形態または統治形態に関する教会の中立宣言と相容れず、〔訳注10〕職能団体の自治（Selbstverwaltung）が問題となるにすぎないという確たる認識が、〔訳注11〕国外から浸透していた。マウテのように責任を自覚して世論を導いた者は、このように錯綜した状況において、穏健的民主主義に基づいて国家を支える力を集結するよう促してきたのである。

マウテは、政治ジャーナリストとしての自己の使命について、まさに、法治国家に特有の個人または国民の自由の保障を、報道の自由（Pressefreiheit）という手段を尽くして、率直な言葉により、また、必要に応じて言葉を装いながら補強しうる、国民のための職務（Amt im Dienste des Volkes）と理解していた。マウテのような志の高い報道人にとっては、発言や執筆が可能な場合、沈黙はおよそ問題外とされたのである。

訳注

〔訳注1〕 この伝説については、*Adolf Julius Merkl*, Die Legende von österreichischen „Völkerkerker“, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 615 ff., insbes. S. 617 参照。

〔訳注2〕 また、*Merkl*, Die Legende von österreichischen „Völkerkerker“, a. a. O.（訳注1）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 617 f., S. 619, S. 620 ff.

および同所引用の文献をも参照（特に、民族自決とその裁判的保障の点については、S. 621 f. 参照）。さらに、*Adolf Julius Merkl*, Südtirol und das Vielvölkerreich der Habsburger, Die Südtiroler Frage im Zusammenhang mit dem Nationalitätenproblem - Die publizistische Aufgabe Österreichs, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 641 ff.; *ders*., Südtirol: Legend und Historie, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 711 ff. をも参照されたい。

〔訳注３〕　この論説は、メルクル著作集に収録されている。*Adolf Julius Merkl*, Sein oder Nichtsein des Verfassungsgerichtshofs, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band II, Verfassungsrecht・Völkerrecht, Teilband 2, 2002, S. 237 ff.

〔訳注４〕　オーストリア第一共和国首相イグナーツ・ザイペル（Ignaz Seipel）の人柄とその政策に関しては、とりわけ、矢田俊隆＝田口晃『オーストリア、スイス現代史』（山川出版社、1984年）79頁以下、リチャード・リケット／青山孝徳訳『オーストリアの歴史』（成文社、1995年）136頁以下参照。

〔訳注５〕　憲法制定委員会におけるイグナーツ・ザイペル（Ignaz Seipel）の報告内容については、さらに、*Adolf Julius Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, Die ewige Auseinandersetzung von natürlichem und positivem Recht, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 533 および同所引用の文献参照。

〔訳注６〕　1934年５月１日に公布されたオーストリア連邦憲法に関しては、とりわけ、矢田＝田口・前掲書（訳注４）109頁以下参照。

〔訳注７〕　本論説は、メルクルが執筆したものであり、メルクル著作集に収録されている。*Adolf Julius Merkl*, Die Wende des Verfassungslebens, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band II, Verfassungsrecht・Völkerrecht, Teilband 2, 2002, S. 263 ff.

〔訳注８〕　この点に関しては、矢田＝田口・前掲書（訳注４）85頁以下参照。

〔訳注９〕　ローマ教皇の回勅における職能代表制国家に関しては、とりわけ、*Adolf Julius Merkl*, Das Widerstandsrecht gegen die Staatsgewalt im Lichte christlicher Ethik, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 611 ff., insbes. S. 623, S. 624 f.; *ders*., Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 277 ff., insbes. S. 297 参照。また、イタリアのコルポラティスムの問題性に関しては、*Merkl*, Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, a. a. O.

（訳注９）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 297; 岳野慶作訳解「ピオ十一世教皇回勅　クアドラジェジモ・アンノ――社会秩序の再建」中央出版社編『教会の社会教書』（中央出版社、1991年）119頁以下、特に221頁以下参照。

〔訳注10〕　国家形態または統治形態に関する教会の中立的態度に関しては、とりわけ、*Merkl*, Das Widerstandsrecht gegen die Staatsgewalt im Lichte christlicher Ethik, a. a. O.（訳注９）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 624; *ders.*, Die Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, a. a. O.（訳注９）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 2, S. 286, S. 289 u. Fn. 6 参照。

〔訳注11〕　カトリック教会における職能団体の自治の思想に関しては、とりわけ、*Merkl*, Das Widerstandsrecht gegen die Staatsgewalt im Lichte christlicher Ethik, a. a. O.（訳注９）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 623 f. 参照。

【備考】　本稿の原文タイトルは、Journalistisches Gewissen der Freiheit, Erinnerungen an Hans Mauthe である。本稿は、戦後、メルクルがウィーン大学に復帰した後に執筆された追悼の記であり、Die Presse vom 5. April 1962, S. 4 に初めて掲載された。本稿は、さらに、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band III, Verwaltungsrecht - Zeitgenossen und Gedanken, Teilband 2, 2009, S. 509-512 に収録されている。

アドルフ・ユリウス・メルクルの人柄

ドロテーア・マイヤー－マリー
勝　亦　藤　彦　訳

アドルフ・ユリウス・メルクル（Adolf Julius Merkl）の最も重要とされる論説の日本語の翻訳に際して、解題を書かせていただくことは、私にとって喜びにたえない。とはいえ、私の後任としてメルクルの助手の地位に就き、また、長年の親友かつ畏友でもあるヘルベルト・シャンベック（Herbert Schambeck）〔訳注１〕が、さらに別の解説において、とりわけ、メルクルの著作に関して所見を述べている。この論述に加えるべきものは、もはやないといえよう。私には、さらに良質な内容を述べることができるとは思われない。

また、学者としてのメルクルに関しては、多くの記述や口承が既にあり、それは将来もやはり同様になろう。オーストリアが生んだ最も偉大な法学者の一人である以上、こうしたことは当然といえよう。それゆえ、私は、簡潔に叙述するが、ここで、メルクルの学問的業績に関して新たなこと（Neues）やより有益なこと（Wertvolleres）を述べるつもりはない。私は、――ごく簡潔に――この真に偉大な人物の全体像の一部を示すこととし、とりわけ、メルクルの人柄（der Mensch Merkl）に関して述べてみたい。

私は、光栄なことに、1953年から1959年までメルクルの助手をつとめ、また、個人的にもありがたい知遇を受けていた。彼は、現代においては稀少になった人道的心情と隣人愛のもち主であった。その証拠として、――多くの事実の中から――もっぱら二つの例を挙げてみたい。

私がメルクルの助手として活動している時期に、つらい不幸な出来事が私に起こった。私の愛する父が51歳の若さで他界したのである。そのとき、私と母の経済状態は、穏やかな言い方をしても、危機的状況どころではなかった。なにしろ、私たちは、1945年に、ドイツ人追放（die Vertreibung der Deutschen）の被害者として、まったく資産のない状態でチェコスロヴァキアからウィーンにたどり着き〔訳注２〕、そして、私の両親は苦労してようやく再びつましい生活水準に達したが、しかし、当時、私たちはすべての家財を失っていた。それゆえ、金銭的に工面できる住居を見つけて、最低限必要な家具を備えなければならなかった。そして、父が亡くなったときには、まさに克服すべき最大の困難に陥ったのである。このとき、蓄えはもちろんなかった。母は、父を亡くして大きなショックを受けており、父の葬儀のために必要な準備をすることができなかったため、この責務は私が果たさなければならなかった。葬儀社は、私に対して、「葬儀費用の即時払いがなければ、葬儀を行うことができない」と明示してきた。当然、私は、途方にくれて絶望的になった。そして、このことは、敬愛する恩師メルクルに隠し通すことができなかった。むろん、私は、自分のプライベートな問題のために恩師を煩わせたくはなかったが、先生から何度もご心配いただいて事情を話すよう促されたため、ついに、私の心に重くのしかかっていた上記の内情を打ち明けたのであった。すると、先生は、何も言わずに机にむかい、「私の預金からあなたが必要とする額を引き出して使いなさい」と言って、ご自身の預金通帳を私に手渡してくださったのである。私は、このように信用して寛大なお気もちを示していただいたことに感激して、言葉を失ってしまった。その後、私は、この寛容な申出を利用する必要がなくなり、とても安堵した。しかし、私は、このような恩師メルクルの思いやりのある行為を、その後、何十年経っても、今日まで忘れられず、私の心に深い感銘を与えたのである。

メルクルは、卓越した法学の能力を有していたことから、公法上の諸問題に関して鑑定の依頼をよく受け、その多くの場合には相当な報酬を得ていた。メ

ルクルは、奥様ときわめてつつましい生活を送っていたため、もちろん、この報酬をご自分のために使うこともできたであろう。――彼の立場におかれたら、たいていの者はそうしたであろうが――彼は、自分では少しも贅沢をせずに、常にその全額を、とりわけ慈善団体に寄付し、また、貧窮した経済状態にあった個々の知人に与えていたのである〔訳注３〕。その中には、例えば、かつてメルクルの両親に若いころ女中（Dienstmädchen）として雇われていたが、晩年になってきわめて貧困な暮らしをしていた老女もおり、彼女は、かなりの額を頻繁に授かっていたといえよう。

また、メルクルは物腰の控え目な慎みのある方であり、それも彼の顕著な特徴の一つである。彼の偉大な学問的意義やその名声に鑑みると、それは決してあたりまえのこと（eine Selbstverständlichkeit）ではない。この点に関して、私が直接に見聞した一つの出来事を手短に述べてみたい。たしか1963年のことであったと思うが、ハンス・ケルゼン（Hans Kelsen）が、一連の講演のためにウィーンに滞在していた。その折、ある晩、メルクル教授が、ケルゼンに敬意を表してごく親密なお仲間の間で催した夕食会に、私を招いてくださった。その際、食事が運ばれてくるのを待っていると、ケルゼンがメルクルのもとに歩み寄り、「アドルフ、君が自然保護やアルコール対策の問題に強く力を入れているのは、実にすばらしいが、何よりもまず、君の本来の専門分野の研究に取り組んでください。われわれ二人のうちでは、君の方がより偉大な天才（das größere Genie）なのですから」と言葉をかけた〔訳注４〕。これに対して、メルクルは、まるで小さな生徒のようにケルゼンの前に立ち、お辞儀をして、「いや、ハンス、ありがとう」（Ja, Hans, danke）と言っただけだった。

「人間は気高くあれ、人を助けて善良であれ」（Edel sei der Mensch, hilfreich und gut）といわれる〔訳注５〕。この箴言からみても、以上のように、メルクルはまさに模範的な人であったといえよう〔訳注６〕。一人の人間であることを忘れたとき、学問的な功名心や野心にいったい何の意味があるであろうか。メルクルは、このことを決して忘れなかったのである。

訳注

〔訳注１〕 ドロテーア・マイヤー－マリー（Dorothea Mayer - Maly）は、オーストリアの名門校ウィーン大学の国法・行政法研究所（das Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien）において、1953年から1959年までメルクル教授の助手をつとめた。そして、その後、マイヤー－マリーの後任として、ヘルベルト・シャンベック（Herbert Schambeck）が、1959年から1964年まで同研究所においてメルクル教授の助手をつとめている。このお二人が、ヴォルフ－ディートリヒ・グルスマン（Wolf - Dietrich Grussmann）とともに、メルクル著作集の共同編者となっている。

メルクル著作集の編纂当時、マイヤー－マリーは、ザルツブルク大学の法哲学・法学方法論・一般国家学研究所顧問（Hofrätin am Institut für Rechtsphilosophie, Methodologie der Rechtswissenschaften und Allgemeine Staatslehre an der Universität Salzburg）という要職の地位にあり、また、シャンベックは、リンツ大学正教授（公法・政治学・法哲学）およびオーストリア共和国連邦評議会議長（Präsident des Bundesrates der Republik Österreich）の重責を担っている。また、もう一人のメルクル著作集共同編者であるグルスマンは、当時、ザルツブルク大学助教授（憲法・行政法）の地位にあった。

〔訳注２〕 第二次世界大戦終結後のチェコスロヴァキア共和国におけるいわゆる「ドイツ人追放」については、例えば、薩摩秀登『物語　チェコの歴史――森と高原と古城の国』（中公新書、2006年）240頁以下参照。

〔訳注３〕 この点については、*Herbert Schambeck*, Adolf Julius Merkl, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (ÖZÖR), Bd. 21 (1971), S. 1 ff., insbes. S. 4; *Wolf - Dietrich Grussmann*, Adolf Julius Merkl - Leben und Werk, Schriftenreihe des Hans Kelsen - Instituts, Bd. 13, 1989, S. 44 参照。後者の Grussmann の著書における第一部（Das Leben）の内容 Adolf Julius Merkl - Biographie, S. 13-48 の改訂稿を邦訳したものとして、ヴォルフ－ディートリッヒ・グルスマン / 小田桐忍訳「アドルフ・ユリウス・メルクル（上）（下）」現代法理論学会編『ユリスプルデンティア　国際比較法制研究Ⅳ』（1995年）103頁以下、同編『ユリスプルデンティア　国際比較法制研究Ⅴ』（1997年）１頁以下（上記の点に関しては、12頁以下）参照。

〔訳注４〕 ケルゼン（1881年生誕）は、メルクル（1890年生誕）よりも９歳年上であり、メルクルとケルゼンの出会いは、ウィーン大学において若き日のケルゼンが私講師（Privatdozent）として行った最初の国法の講義（die ersten staatsrechtliche Vorlesung）を、メルクルが同大学の学生として聴講したことによる。*Hans Kelsen*, Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März

1960, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (ÖZÖR), Bd. 10 (1959/1960), S. 313.

ケルゼンは、当時のメルクルについて、「きわめて天才的な学徒」（sein genialster Schüler）と何度も評していたといわれている。この事情については、*Max Imboden/René Marcic/Kurt Ringhofer/Robert Walter/Dorothea Mayer - Maly*, Vorwort, in: Festschrift für Adolf J. Merkl zum 80. Geburtstag, 1970, S. 7 参照。

また、時を経て、ケルゼンは、かつての教え子であるメルクルの還暦（1960年３月23日）を祝賀する論稿を、本文で描かれている夕食会での会話（1963年）の以前に執筆しているが、その中でも、特に、メルクルが学生時代から法学の才能を開花させ、ウィーン大学卒業後も若い頃から優れた論文の数々を執筆していたことに言及した上で、メルクルを「法学的思考における真の天才」（ein wahres Genie des rechtswissenschaftlichen Denkens）と評している。*Kelsen*, a. a. O.（訳注４）, ÖZÖR 10 (1959/1960), S. 313（この点については、本誌後掲のヘルベルト・シャンベックの解説「アドルフ・ユリウス・メルクルにおける法の段階構造論と法倫理的考察」とともに、*Grussmann*, Adolf Julius Merkl - Leben und Werk, a. a. O.（訳注３）, S. 33; *Karl Korinek*, Adolf Merkl zum 80. Geburtstag, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 1970, S. 193 f., insbes. S. 194 をも参照されたい）。そして、ケルゼンは、メルクルの還暦を祝賀するこの論稿の結びにあたり、メルクルの豊富な研究を完全に理解する学兄の一人として、メルクルが法理論に関する偉大な研究を完遂するよう祈念しているのである。*Kelsen*, a. a. O.（訳注４）, ÖZÖR 10 (1959/1960), S. 315 参照。

他方で、メルクルも、上記の夕食会での会話以前に執筆した、ケルゼンの生誕80年（1961年10月11日）を祝賀する論文の中で、「全大陸と文明国すべてにおいて、ケルゼンの学問的精神が他の人々の精神をかき立て、論敵の中にも、ケルゼンを天才（Genie）として尊敬する者が無数にみられる」と述べているのである。*Adolf Julius Merkl*, Zum 80. Geburtstag Hans Kelsens, Reine Rechtslehre und Moralordnung, Österreichische Zeitschrift für österreichisches Recht (ÖZÖR), Bd. 11 (1961), S. 293〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 629 ff. に収録されている〕。

〔訳注５〕　これは、ゲーテ（Johann Wolfgang von Goethe）の詩「神性」（Das Göttliche）における冒頭の句である。この句（„Edel sei der Mensch, hilfreich und gut“）の和訳については、むろん、訳者の感性に応じて若干の相違がみられる。例えば、①「人間は気高くあれ、情けぶかくやさしくあれ！」と訳すものとして、高橋健二訳『ゲーテ詩集』（新潮文庫、1951年）121頁、②「人間は高貴で

あれ、進んで人を助け善であれ！」と訳すものとして、ヨハン・ヴォルフガング・フォン・ゲーテ／山口四郎訳「神性」山口四郎編『ゲーテ全集第１巻・詩集〔新装普及版〕』（潮出版社、2003年）228頁、③「人間は気高くあれ、人を助けて善良であれ」と訳すものとして、小塩節『私のゲーテ Mein Goethe〔改訂新版〕』（青娥書房、2010年）49頁、また、④「人間は気高くあれ、慈悲深く善良であれ」という和訳も多々みられる。

〔訳注６〕 こうしたメルクルの人柄については、また、*Herbert Schambeck*, Adolf Julius Merkl 70 Jahre, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 1960, S. 260 ff., insbes. S. 262; *ders.*, a. a. O.（訳注３）, ÖZÖR 21 (1971), S. 3 f., S. 5; *Walter Antoniolli*, Adolf Julius Merkl zum 70. Geburtstag, Juristische Blätter (JBl), Jg. 82 (1960), S. 146 f., insbes. S. 147 をも参照されたい。

アドルフ・ユリウス・メルクルにおける法の段階構造論と法倫理的考察

ヘルベルト・シャンベック
勝　亦　藤　彦　訳

技術的な進歩とともに、様々な分野、特に語学の分野における人々の能力により、大陸をも越えて、人々は親密な関係を有するようになる。

Ⅰ.

こうした一般的な認識は、特に、秩序の創設と保全を可能にする法（das Recht, das Ordnung begründen und sichern kann）に関する思考についても妥当する。アドルフ・ユリウス・メルクル（1890 - 1970）は、自己の歴史的経験と法の学識に基づいて、この点に関して指導的な役割を果たして貢献し、ハンス・ケルゼン（Hans Kelsen）が創立したウィーン法理論学派（die Wiener rechtstheoretische Schule）を充実させたが〔訳注１〕、その貢献は、さらにこれを越えた意義をも有しているのである。

アドルフ・メルクルは、**実定法**（positives Recht）を**多数の法規形式**（Rechtssatzformen）から成るものと認識し、その法規形式として、憲法（Verfassungsgesetz）、単なる法律（einfaches Gesetz）、命令（Verordnung）、決定（Bescheid）、判決（Gerichtsurteil）および執行行為（Vollstreckungsakt）を認めていた〔訳注２〕。そして、それらの規範的関係、つまり、法の段階構造の関係を解明して示したのである。アドルフ・メルクルは、自伝（Autobiographie）において、自ら次のように説明している。すなわち、「法律も、また、法律を執行

する命令も、法の最終形態ではなく、これは、裁判または行政による法の適用（Rechtsanwendung）によりはじめて明らかになる。それゆえ、法の創設過程は、憲法の適用としての立法により完結するわけではなく、早瀬の水流（Wasserlauf）のように複数の段階にわたって継続するのであり〔訳注３〕、そこでは、特に、施行令も段階的に形成され、上級官庁の一般的規範がより個別的に詳細に定められた下級官庁の施行令により限定される。また、判決または行政行為において一般的な法規則を個々の事例に適用することも、個別具体的形態における法の定立とされるのであり、上訴手続においても、法の定立が本質的に同様に継続し、執行手続においてはじめて、法定立性（rechtsetzender Charakter）のない単なる法適用行為としてその趣旨を完結することになる」と論じているのである(1)。

アドルフ・メルクルは、法秩序を**規範の関係**（Normzusammenhang）から解明することを重視していた。彼にとって、法秩序は、すべての法規形式から明らかにされ、そのすべての段階において**憲法の具体化のプロセス**（ein Prozess der Verfassungskonkretisierung）とされる。そこでは、法規則は、二重の性格（character duplex）を有しており、下位の規範に対する関係では制約的性格（ein bedingender Charakter）を有し、上位の規範に対する関係では被制約的性格（ein bedingter Charakter）を有している〔訳注４〕。法秩序の段階構造における位階それ自体は、その排斥力（derogatorische Kraft）によって決定されるものとしている〔訳注５〕。

このような**法秩序の段階構造論**によれば、二重の性格を有していない規範として、二つの規範が認められる〔訳注６〕。すなわち、最上位の規範たる憲法は、より上位の法規範により制約されないことから、もっぱら制約的性格を有するにすぎないのであり、また、最下位の規範による執行行為は、被制約的性格を有するにすぎず、その他の法規範を制約しない。

アドルフ・メルクルは、このような法段階構造の理論を、法内容の理論ではなく、法規形式の理論と解していた〔訳注７〕。法的性格は、法秩序により承認された機

関が定立した規範に認められる。彼にとって、国家とは、法規範の実現を図る機関の総体（der Inbegriff der Organe, die der Verwirklichung der Rechtsnormen dienen）とされる。(2)

アドルフ・メルクルは、このような**法実証主義的な基本的立場**から、1927年に一般行政法の理論を構築した（*Adolf Julius Merkl,* Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927〔訳注８〕）。既に、その10年前の1917年に、アドルフ・メルクルは、「実定法上の問題の背後には、常に、いわゆる一般的な法の問題が潜んでいるといえよう」と論じていた。(3) それゆえ、メルクルは、その研究に基づいて多数の行政法体系を比較し、普遍的に妥当する共通点を体系的に考察して、その概要を示したのである。

Ⅱ.

アドルフ・メルクルは、**ひき算**（Subtraktion）により導出される**行政の概念**（einer Begriff der Verwaltung）から出発し、行政とは、立法および司法以外の国の行為であると論じている。(4)

また、特に、国家行政の地方分権形態としての**自治**（Selbstverwaltung）に関する彼の理論も注目される。彼は、これにより、19世紀の古典的立憲国家およびその後の体制的動向の特色とされる、国家と社会の古典的対立を克服しようとした。今日、こうした自治は、オーストリアにおいて、市町村（Gemeinden）や州（Länder）の地域的形態や社会保険機関の社会的形態などとの関係で、特別な役割を果たしている。自治の作用により、国家の負担を軽減し、また、国民の立場に立った行政になることを可能とし、民主制にとって重要とされる補充性の原理（das Subsidiaritätsprinzip）を実現するのである。

また、アドルフ・メルクルは、**民主主義と行政の関係**の解明にとって重要な貢献をし、国家にとって、民主的立法のみによる羈束的行政と行政の民主化とは相容れないと論じた。行政の民主化を徹底すると、民主的に国家意思を形成して成立させた法律の執行を危うくすることになろう。それゆえ、メルクル

は、「民主的立法におけるパラドックスとして、まさに、民主的立法に厳格に依拠した独断的な行政（eine autokratische, d. h. von der demokratischen Gesetzgebung streng abhängige Verwaltung）が、民主制の道具とされることになる」と強調していたのである。(5)〔訳注9〕

アドルフ・メルクルは、公務員制度をも重視していた。彼によれば、官僚機構は、民主制に対立するものではなく、むしろ、行政行為が立法に基づいてその意思を実現するために行われるかぎり、民主制にとって有益とされるのである。(6)

このようにみると、**法律による行政**（die gesetzmäßige Verwaltung）に関する彼の理論においては、法律から自由な領域（gesetzesfreier Raum）は否認されることになるようにも思われる。しかし、アドルフ・メルクルは、法秩序の諸段階において、既に言語上の理由から（aus sprachlichen Gründen）、上位規範において一定の事項を未定のままにすること（eine bestimmte Offenheit höherrangiger Normen）が必要であり、また、下位の法機関による完全な決定は不可能であることを認めていたといえよう。〔訳注10〕憲法を具体化する段階の相違により、一定程度の独自性が要求される。それは、いわゆる裁量（Ermessen）の余地が不可避であることにも表れている。メルクルによれば、裁量は、行政上の個別的決定における一定程度の自由とされるだけではなく、法秩序の段階構造において憲法の具体化の過程で認められる決定の余地または自由領域として重要とされ、例えば、憲法および法律に基づく命令の発布との関係(7)、また、判決における刑の具体化との関係(8)で重視されるとしている。

この点で、アドルフ・メルクルの解釈論（Interpretationslehre）に関しても指摘しておかなければならない。彼は、既に1916年にまだ26歳のときに、解釈論について独自の論文を執筆していたのである。(9)〔訳注11〕

まず、彼は、法律それ自体が一定の表現形式を選択していることから、客観的解釈、すなわち、文法的・論理的解釈（die grammatikalisch - logische Interpretation）を支持していた。

また、アドルフ・メルクルは、法の認識（Rechtserkenntnis）の過程だけでなく、法の実践（Rechtspraxis）の過程においても解釈が問題となるとした。そして、アドルフ・メルクルは、法の適用に際して、規範的に拘束される領域以外にも目を向けた。この点は、法と倫理に関する彼の考え方が窺えることから、特に注目に値するのであり、彼は、1916年に、解釈の問題に関する論文の中で次のように論じている。すなわち、「法実務家（Rechtspraktiker）は、人として、法律家であるとともに人間でもあって、そのように行為するのであり、また、そのようにあれ！　完全な人間になろうとする倫理的要求（das ethische Postulat, ganzer Menschen zu sein）のために、やや非法律的（unjuristisch）になることも、こうした者には一般に許されよう」と述べているのである。(10)〔訳注12〕

一定の行為に瑕疵があり、その法的性格が失われる場合には、法の解釈に限界が認められる。アドルフ・メルクルは、法秩序の段階構造論の法理論的帰結として、いわゆる「形式的瑕疵論」（formale Fehlertheorie）を展開した。〔訳注13〕アドルフ・メルクルの見解によると、法の創設は制約的行為と被制約的行為の連続であると考えられ、創設規則に適合しない場合には、一定の現象は法的行為とは解されないことになる。(11)

Ⅲ.

アドルフ・メルクルは、法秩序の段階構造論から出発して、**確定力**（Rechtskraft）の理論を展開した。〔訳注14〕アドルフ・メルクルは、確定力を理解するに際し、「国家行為または法規範において常に問題となる一定の可変性」（eine wie immer bestimmte Veränderlichkeit eines Staatsaktes oder einer Rechtsnorm）を考えていた。(12)そして、彼が教授となって初めて公刊した1923年の著作『法の概念から展開される確定力に関する理論』（Die Lehre von Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff）の結びの中で、「たしかに、あらゆる法に認められるが、法のみに特有とされる性質、それが確定力であり、法の体系的統一

性を有するもののみにこの性質が与えられる」と明言しているのである。[13][訳注15]

アドルフ・メルクルは、以上のように、一般行政法に対して大いに寄与したが、それとともに、法理論に関しても、今後、法思考の古典として一般に挙げられるような功績を残している。この分野の著作として、特に、「解釈の問題について」（Zum Interpretationsproblem[14]）、「適用の観点からみた法」（Das Recht im Lichte seiner Anwendung[15]）、「法の二面性」（Das doppelte Rechtsantlitz[16]）および「法段階構造の理論に関するプロレゴメナ」（Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues[17]）などがあるが、アドルフ・メルクルは、これらをすべて比較的若い年齢で執筆していたのであり、ハンス・ケルゼン（Hans Kelsen）が記述しているように、「法学的思考における真の天才」（ein wahres Genie des rechtswissenschaftlichen Denkens）であることは明らかであり[18][訳注16]、メルクルの著作は「純粋法学（die Reine Rechtslehre）にとって重大な意義を有している」のである[19]。ハンス・ケルゼンが強調しているように、「我々は、メルクルの段階構造論によってはじめて、法秩序の内部構造を理解するようになった」のであり、ケルゼンは、アドルフ・メルクルを「純粋法学の共同創始者」（Mitbegründer der Reinen Rechtslehre）の一人であると記している[20]。

このように、アドルフ・メルクルの理論が純粋法学にとって重要な意義をもつことは一般に認められているが、しかし、メルクルの著作は、**このような規範的に限定された領域のみにとどまるわけではない**。むしろ、事実はその逆なのである。

Ⅳ.

メルクルは、純粋法学を進展させた法理論に関する著作と並んで、その研究に基づいて多数の行政法体系を比較し、普遍的に妥当する共通点を体系的に考察して、その概要を示した。

また、アドルフ・メルクルは、国家論、憲法および法哲学に関しても数々の

論文を執筆したのであり、それらの論文は、**法形式ではなく、法内容に関して論究している**。アドルフ・メルクルは、1956年５月７日にハンス・ケルゼンに宛てた手紙の中で、自分には、「法律状況を理想的な社会秩序に相応させることが、執行過程で実定法を純粋に実現することよりも、はるかに重要である」と認めているのである。[(21)〔訳注17〕]こうした態度は、とりわけ、第二次世界大戦後、彼がテュービンゲン大学で教鞭をとっていた時期[〔訳注18〕]や、ウィーン大学に復帰した1950年以降にみられ[〔訳注19〕]、ウィーン大学法学部において、彼は、定年退職を迎えるまで、「自由と正義」（Freiheit und Gerechtigkeit）というテーマに集中して各学期のゼミナールを行っていた[〔訳注20〕]。この間、私は、当初は受講生であったが、その後、ドロテーア・マイヤー－マリー（Dorothea Mayer - Maly）の後任としてメルクルの助手となり、彼が、「国家のために死ぬことより、国家により処刑されることの方が尊重される時代がある」（Es kann Zeiten geben, in welchen es ehrenwerter ist, durch den Staat, als für den Staat zu sterben）と何度も述べていたのを聴いたのである[〔訳注21〕]。

彼は、晩年、政治的自由の理念と形態[(22)]、民主主義の発展[(23)〔訳注22〕]、抵抗権[(24)]および法と道徳の関係[(25)]に主たる関心を寄せていた。これは、特に、ハンス・ケルゼン生誕80年を祝賀するメルクルの論文において明白に示されており、彼は、アルフレート・フェアドロス（Alfred Verdross）が編纂したオーストリア公法雑誌（Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht）の祝賀記念号に、「純粋法学と道徳秩序」(Reine Rechtslehre und Moralordnung）をテーマとして論文を寄稿している。アドルフ・メルクルは、この晩年の著作において、彼の歴史的経験や生活体験に基づいて、「人間と同様に、人間の共同体たる国家にも、二つの可能性があり、倫理的ないし道徳的な意思に基づいて行為する可能性と、背徳的な意思に基づいて行為する可能性がある」と認めているのである[(26)〔訳注23〕]。

アドルフ・メルクルは、**法内容の考察**に際して、常に、純粋法学との関係を明白に認識していた。彼は、オーストリア公法雑誌のケルゼン祝賀記念号に寄稿した上記の論文の中で、次のように論じている。「純粋法学は、まさに他の

規範解釈学の混入を批判する点で、理論的に必要とされる法への突破口（ein Durchbruch zum Recht）となる。しかし、これは、あくまで人が行う整理であり、正義の試み（Versuch der Gerechtigkeit）となるか、正義のカリカチュア（Karikatur der Gerechtigkeit）となるか未定であることから、その法理論は法倫理による補充（die Ergänzung durch eine Rechtsethik）を必要とする」と述べているのである。(27)〔訳注24〕

V.

アドルフ・メルクルは、1956年5月7日の手紙の中で、ハンス・ケルゼンに対して述べているように、方法論的にも内容的にも学問的態度が変化したことを意識していた。(28)〔訳注25〕しかし、それは、**純粋法学と矛盾するものではなく、それを補充するもの**（kein Widerspruch, sondern eine Ergänzung zur Reinen Rechtslehre）である。すなわち、それにより、様々な法規形式やそれらの規範的関係を説明するだけでなく、それらの利用方法や法内容についても考えようと呼びかけていたのである。〔訳注26〕このように、アドルフ・メルクルは、**法理論を補充する法倫理の要求**にも注目し、**実定法の可能性**とともに、実定法と**前実定的思考との連関性**およびその**限界**を明らかにしようとしたのである。

このように、メルクルの**多元的な法思考**は、その死後もなお影響を及ぼしているといえよう。これは、――極端な法実証主義者によりしばしば看過されているが――決して法形式の問題に限られるわけではない。彼は、法学者としての経歴を歩み始めた頃、特に、法形式の問題に関心を有していた。法秩序の段階構造における法形式、委任関係および意味連関との関係で国家行為の予見可能性または予測可能性を重視し、これを、国家における**個人**に**法的安定性**を与えるために必要な前提と考えていたからである。また、このために、彼は、解釈の理論および確定力の理論をも展開した。しかし、法秩序における法的安定性は、**法理念に関する理解**（Verständnis für die Rechtsidee）をも前提とする。この点に関して、アドルフ・メルクルは、既に、1914年に彼の処女作とし

て公表した、エーリヒ・ユングの著書『自然法の問題』（*Erich Jung*, Das Problem des natürlichen Rechts, 1912）に関する書評の中で、「国家の命令は、その根源からではなく、法の理念と一致することから拘束力を授かる」と解していたのである。(29)〔訳注27〕

それゆえ、アドルフ・メルクルは、法学者として努力してゆく中で、法的知識（Rechtswissen）だけでなく、**法的良心**（Rechtsgewissen）をも重視した。彼にとって、法は、決して自己目的（Selbstzweck）ではなく、用役の機能（eine dienende Funktion）を有している。彼によれば、法は人類のためにあり、また、重視すべきことに、法は自然のためにもある。両者は、神の創造の現れだからである。それゆえ、アドルフ・メルクルは、オーストリアにおいて、自然保護を追求した最初の戦士（der erste Kämpfer für den Naturschutz）とされており(30)、今日の言い方をすれば、環境保護主義者だといえよう。〔訳注28〕林務官（Forstbeamte）の息子であった彼は、法によって自然を人間から守るために法（Jus）を研究しなければならないと、常に認めていたのである。〔訳注29〕

今日、法は、被造物の秩序（Schöpfungsordnung）のために有用とされるのであり、こうした例は非現実的なものではなく、むしろ、それは、現代においても、法律家の任務がいかに多様であるかを示しているのである。それゆえ、アドルフ・メルクルの法思考、法理論および法倫理は、将来においても道しるべとして寄与するといえよう。

注

（１）　*Adolf Julius Merkl*, Lebenslauf, in: Nikolaus Grass (Hrsg.), Österreichische Rechts- und Staatswissenschaften der Gegenwart in Selbstdarstellung, Innsbruck 1952, S. 121.〔この自伝（Autobiographie）は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. XXI ff. に収録されている。本文の引用箇所については、ebd., S. XXVI 参照〕。

（２）　*Adolf Julius Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Neudruck, Darmstadt

1969, S. 290 ff. 参照。

（3） *Adolf Julius Merkl*, Die Unveränderlichkeit von Gesetzen - ein normlogisches Prinzip, Juristische Blätter, 46. Jahrgang 1917, S. 97〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 155 ff. に収録されている〕。

（4） *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht, a. a. O. (Anm. 2), S. 4.

（5） *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht, a. a. O. (Anm. 2), S. 340.

（6） この点に関しては、*Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht, a. a. O. (Anm. 2), S. 334 ff. また、*Adolf Julius Merkl*, Entwicklung und Reform des Beamtenrechts, Bericht auf der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Halle an der Saale 1931, Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 7, 1932, S. 55 ff. und S. 127 ff. 参照〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band III, Verwaltungsrecht - Zeitgenossen und Gedanken, Teilband 2, 2009, S. 51 ff. に収録されている〕。

（7） *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht, a. a. O. (Anm. 2), S. 147.

（8） *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht, a. a. O. (Anm. 2), S. 150 f.

（9） *Adolf Julius Merkl*, Zum Interpretationsproblem, Grünhut'sche Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 42, Wien 1916, S. 535 ff.〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 63 ff. に収録されている〕。また、この点で注目されるものとして、*Adolf Julius Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, Sonderabdruck aus der Deutschen Richterzeitung, Hannover: Helwing 1917〔本著作は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 85 ff. に収録されている〕および *ders.*, Das doppelte Rechtsantlitz. Ein Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes, Juristische Blätter 47. Jg. (1918), S. 425 ff., S. 444 ff., S. 463 ff.〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 227 ff. に収録されている〕。

（10） この点は、*Adolf Julius Merkl*, Zum Interpretationsproblem, in: Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross, Band 1, Neudruck Wien 2010, S. 872 から引用した〔この引用箇所は、また、*Merkl*, a. a. O. (Anm. 9), in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 70 参照〕。

（11） 詳細には、*Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht, a. a. O. (Anm. 2), S. 191 ff.

参照。

（12）　*Adolf Julius Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff, Eine rechtstheoretische Untersuchung, Leipzig - Wien 1923, S. 302.

（13）　*Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft, a. a. O. (Anm. 12).

（14）　*Merkl*, a. a. O. (Anm. 9), Grünhut'sche Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 42 (1916), S. 535 ff.

（15）　*Merkl*, a. a. O. (Anm. 9), Sonderabdruck aus der Deutschen Richterzeitung, Hannover 1917.

（16）　*Merkl*, a. a. O. (Anm. 9), Juristische Blätter 1918, S. 425 ff., S. 444 ff., S. 463 ff.

（17）　*Adolf Julius Merkl*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Alfred Verdross (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht, Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, Festschrift für Hans Kelsen zum 50. Geburtstag, Wien 1931 (Neudruck Frankfurt a. M. 1967), S. 252 ff.〔本論文は、Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross, Salzburg und München: Europa Verlag, Band 2, 1968, S. 1311 ff. に再録された後、さらに、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 437 ff. に収録されている〕。

（18）　*Hans Kelsen*, Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (ÖZÖR), Bd. 10 N. F. (1959/1960), S. 313.

（19）　*Hans Kelsen*, Brief in Faksimile, in: Festschrift für Adolf J. Merkl zum 80. Geburtstag, München - Salzburg 1970, S. 11.

（20）　*Kelsen*, a. a. O. (Anm. 18), ÖZÖR 10 (1959/1960), S. 313.

（21）　この点は、*Wolf - Dietrich Grussmann*, Adolf Julius Merkl - Leben und Werk, Schriftenreihe des Hans Kelsen - Instituts, Bd. 13, Wien 1989, S. 44 f. より引用した。

（22）　*Adolf Julius Merkl*, Die individuelle Freiheit im autoritären und ständischen Staat, Juristische Blätter 1936, S. 265 ff.〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 201 ff. に収録されている〕；*ders.*, Staatskompetenz, Berufsstand und politische Freiheit, Der österreichische Volkswirt 1937, S. 957 ff.〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 235 ff. に収録されている〕；*ders.*, Friedrich Schiller und der Staat, Österreichische

Zeitschrift für öffentliches Recht (ÖZÖR), Bd. 18 (1938), S. 67 ff.〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 365 ff. に収録されている〕; *ders.*, Die deutsche Volkserhebung, Stuttgarter Rundschau 1948, Nr. 3, S. 14 ff.〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 521 ff. に収録されている〕; *ders.*, Unvergängliches Freiheits - Erbgut, in: Festschrift für Heinrich Klang zum 50. Geburtstag, Wien 1950, S. 14 ff.〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 545 ff. に収録されている〕; *ders.*, Idee und Gestalt der politischen Freiheit, in: Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccharia Giacometti, Zürich 1953, S. 163 ff.〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 579 ff. に収録されている〕; *ders.*, Die politische Freiheit als Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnis, Anzeiger der philosophisch - historischen Klasse der österreichischen Akademie der Wissenschaften 1955, Nr. 21, S. 285 ff.〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 583 ff. に収録されている〕参照。

(23) *Adolf Julius Merkl*, Die gedanklichen Grundlagen der Forderung einer demokratischen Verwaltung, Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft (AnnDR) 1920, S. 523 ff.〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band III, Verwaltungsrecht - Zeitgenossen und Gedanken, Teilband 1, 2006, S. 77 ff. に収録されている〕; *ders.*, Demokratie und Reform der Verwaltung, Wien - Leipzig 1923; *ders.*, Zur Verfassungsreform. Die Verfassungsnovelle im Lichte der Demokratie, Juristische Blätter 1929, S. 469 ff.〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band II, Verfassungsrecht・Völkerrecht, Teilband 1, 1999, S. 739 ff. に収録されている〕; *ders.*, Das Staatsoberhaupt in der parlamentarischen Demokratie (Diskussionsbeitrag), Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 25, 1967, S. 246; *ders.*, Die Zukunft der Demokratie - Hoffnung oder Verhängnis, in: René Marcic u. a. (Hrsg.), Internationale Festschrift für Alfred Verdross zum 80. Geburtstag, München - Salzburg 1971, S. 271 ff.〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 715 ff. に収録されている〕参照。

(24) *Adolf Julius Merkl*, La collisione delle norme tra autoritá statale e autoritá religiosa, Rivista internazionale di filosofia del diritto 1936, S. 522 ff.; *ders.*, Die

Staatsbürgerpflichten nach katholischer Staatsauffassung, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (ÖZÖR), Bd. 17 (1937), S. 1 ff.〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 277 ff. に収録されている〕; *ders.*, Kriegsdienstverweigerung und Friedensbewegung, Friedenswarte 1948, Nr. 3, S. 123 ff.〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 511 ff. に収録されている〕; *ders.*, Tragödie des Gehorsams, Stuttgarter Zeitung vom 20. Jänner 1970, S. 3〔本論稿は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 559 ff. に収録されている〕; *ders.*, Das Widerstandsrecht gegen die Staatsgewalt im Lichte christlicher Ethik, in: Joseph Höffner u. a. (Hrsg.), Naturordnung in Gesellschaft, Staat, Wirtschaft, Festschrift für Johannes Messner, Innsbruck - Wien - München 1961, S. 467 ff.〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 611 ff. に収録されている〕。

(25)　*Adolf Julius Merkl*, Neue Naturrechtssysteme im heutigen Deutschland als Ausdruck der Krise des gesatzten Rechts, Juristische Blätter 1951, S. 60 ff.〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 503 ff. に収録されている〕; *ders.*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (ÖZÖR), Bd. 5 N. F. (1953), S. 257 ff.〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 513 ff. に収録されている〕; *ders.*, Gerechtigkeit und Staat als Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnis, Anzeiger der philosophisch - historischen Klasse der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, 1957, Nr. 22, S. 253 ff.〔本論稿は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 607 ff. に収録されている〕; *ders.*, Zum 80. Geburtstag Hans Kelsens, Reine Rechtslehre und Moralordnung, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (ÖZÖR), Bd. 11 N. F. (1961), S. 293 ff.〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 629 ff. に収録されている〕; *ders.*, Idee und Gestalt des Rechtsstaates, in: Adolf Julius Merkl u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag, Wien 1971, S. 126 ff.〔本論文は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 2, 1995, S. 737 ff. に収録されている〕。

(26)　*Merkl*, a. a. O. (Anm. 25), ÖZÖR 11 (1961), S. 299〔= in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 637〕.

(27) *Merkl*, a. a. O. (Anm. 25), ÖZÖR 11 (1961), S. 313〔= in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 655〕.

(28) *Grussmann*, Adolf Julius Merkl - Leben und Werk, a. a. O. (Anm. 21), S. 45 参照。

(29) *Adolf Julius Merkl*, Rezension von: Erich Jung, Das Problem des natürlichen Rechts (Leipzig 1912), Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (ÖZÖR), 1. Jg., 1914, S. 570〔この書評は、Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 3 ff. に収録されている〕。

(30) *Dorothea Mayer - Maly*, Das Naturschutzanliegen Adolf Julius Merkls, in: Wiener Naturschutz - Nachrichten, 24. Jg., Nr. 65, Juni 1990, S. 3 ff.

訳注

〔訳注１〕 ウィーン法理論学派（die Wiener rechtstheoretische Schule）に関しては、特に、*Métall*, Hans Kelsen und seine Wiener Schule der Rechtstheorie, in: Hans Kelsen zum Gedenken, Schriftenreihe des Hans Kelsen - Instituts, Bd. 1, Wien, 1974, S. 15 ff.; *Gerhart Wielinger*, Rechtstheorie in Österreich: Hans Kelsen und die Wiener rechtstheoretische Schule, Österreichische Philosophen und ihr Einfluss auf die analytische Philosophie der Gegenwart, Sonderband, Conceptus 1 (1977), S. 365 ff. を参照されたい。また、黒田學『ウイン學派の法律學と其の諸問題』（大鐙閣、1927年）、上山安敏「ウィーン学派と世紀末」『岩波講座：社会科学の方法〔Ⅱ〕二〇世紀社会科学のパラダイム』（岩波書店、1993年）１頁以下、小田桐忍「メルクル再生――行政法学と『純粋法学』の間で――」早大法研論集70号（1994年）131頁以下、特に133頁参照。

また、ウィーン法理論学派を代表する三人の法学者、ハンス・ケルゼン（Hans Kelsen）、アドルフ・ユリウス・メルクル（Adolf Julius Merkl）およびアルフレート・フェアドロス（Alfred Verdross）が執筆した重要論文の数々（合計107作品）を四つの分野（①形而上学と法の認識論、②一般法学、③国家秩序、④国際秩序（国際法））に分類して収録した著作選集として、Hans Klecatsky /René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross, Salzburg und München: Europa Verlag, Band 1 und Band 2, 1968 がある（本書は、2010年に復刻されている）。

〔訳注２〕 法規形式の分類については、特に、*Adolf Julius Merkl*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbau, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band 1, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 437 ff., insbes. S. 444 ff.〔以下、本論文につき、タイトルを Prolegomena と略称して引用する。ま

た、本論文の邦訳として、アドルフ・ユリウス・メルクル / 勝亦藤彦＝小田桐忍訳「法段階構造の理論に関するプロレゴーメナ」山梨学院ロー・ジャーナル６号（2011年）143頁以下、特に150頁以下〕参照。

〔訳注３〕　また、*Adolf Julius Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band 1, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 85 ff., insbes. S. 115 においても、「水流」の比喩に基づいて法の創設過程における段階的な法の具体化の流れを明瞭に論述している。また、メルクルは、水流の比喩だけでなく、脳を中心とする神経系組織、心臓を中心とする血管網組織、鎖状構造、系統樹、技術的生産過程などの比喩に基づく理解をも示している。これらの比喩については、とりわけ、*Merkl*, Prolegomena, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 465, 478; *ders.*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, a. a. O.（訳注３）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 115; 小田桐・前掲（訳注１）早大法研論集70号139頁および同所引用の文献をも参照されたい。さらに、メルクルの法段階構造の理論に関しては、とりわけ、*Stanley L. Paulson*, Zur Stufenbaulehre Merkls in ihrer Bedeutung für die Allgemeine Rechtslehre, in: Robert Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, Ergebnisse eines Internationalen Symposions in Wien (22. - 23. März 1990), Schriftenreihe des Hans Kelsen - Instituts, Bd. 14, 1990, S. 93 ff. 参照。

〔訳注４〕　この点に関して詳細には、特に、*Merkl*, Prolegomena, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 467 ff. 参照。また、*Herbert Schambeck*, Adolf Julius Merkl 70 Jahre, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 1960, S. 260 ff., insbes. S. 261 をも参照されたい。

〔訳注５〕　この点に関して詳細には、とりわけ、*Merkl*, Prolegomena, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 468 f. 参照。また、特に、*Robert Walter*, Der Stufenbau nach der derogatorischen Kraft im österreichischen Recht, Zum 75. Geburtstag von Adolf Julius Merkl, Österreichische Juristen - Zeitung (ÖJZ), 20. Jahrgang 1965, S. 169 ff. をも参照されたい。

〔訳注６〕　この点に関しては、*Schambeck*, a. a. O.（訳注４）, DÖV 1960, S. 261 をも参照。

〔訳注７〕　法内容と法形式ないし法規形式の区別に関して、詳細には、とりわけ、*Merkl*, Prolegomena, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 437 ff. をも参照。

〔訳注８〕　メルクルの1927年の著書『一般行政法』（Allgemeines Verwaltungsrecht）と純粋法学との関係については、*Adolf Julius Merkl*, Lebenslauf (Autobiogra-

phie), in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. XXI ff., insbes. S. XXXI をも参照されたい。さらに、本書の理論的な意義については、*Friedrich Koja*, Nachruf - Adolf J. Merkl, Juristenzeitung (JZ) 1971, S. 68 参照。

なお、本書は、諸外国からも行政法理論に関するスタンダードな研究として評価され、スペイン語、ギリシア語およびチェコ語に翻訳されている。この点につき、*Merkl*, Lebenslauf (Autobiographie), a. a. O.（訳注８）, Band I, Teilband 1, S. XXXI; *Hans Kelsen*, Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (ÖZÖR), Bd. 10 N. F. (1959/1960), S. 313 ff., insbes. S. 314; *Herbert Schambeck*, Adolf Julius Merkl, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (ÖZÖR), Bd. 21 (1971), S. 1 ff., insbes. S. 3; *Walter Antoniolli*, Adolf Julius Merkl zum 70. Geburtstag, Juristische Blätter (JBl) 1960, S. 146 f., insbes. S. 147; *Felix Ermacora*, Widmung, Juristische Blätter (JBl) 1965, S. 536 をも参照。さらに、ラテン・アメリカ諸国への影響について、*Schambeck*, a. a. O.（訳注８）, ÖZÖR 21 (1971), S. 3 参照。

また、近年における本書の復刻とその意義について、本誌後掲のヴォルフ - ディートリヒ・グルスマン（Wolf - Dietrich Grussmann）の解説を参照されたい。

〔訳注９〕「立法の民主化」と「行政・司法の民主化」との関係、さらに、民主化の対象・範囲と国家形態の類型との関係については、*Merkl*, Prolegomena, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. 483 ff. をも参照。さらに、「行政の民主化」に対するケルゼンおよびメルクルの見解については、*Herbert Schambeck*, Ethik und Demokratie bei Adolf Merkl, in: Robert Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, Ergebnisse eines Internationalen Symposions in Wien (22. - 23. März 1990), Schriftenreihe des Hans Kelsen - Instituts, Bd. 14, 1990, S. 267 ff., insbes. S. 272 f., S. 274 参照。

〔訳注10〕 法の段階構造と「法律による行政」との関係については、また、*Merkl*, Prolegomena, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band 1, Teilband 1, S. 482 をも参照。

〔訳注11〕 メルクルの解釈論に関しては、とりわけ、*Gerhart Wielinger*, Merkls Interpretationslehre, in: Robert Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, Ergebnisse eines Internationalen Symposions in Wien (22. - 23. März 1990), Schriftenreihe des Hans Kelsen - Instituts, Bd. 14, 1990, S. 107 ff. 参照。

〔訳注12〕 メルクルは、この点に関して、法実務家（Rechtspraktiker）と法理論家（Rechtstheoretiker）とを明確に対比している。*Adolf Julius Merkl*, Zum Interpretationsproblem, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grund-

lagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 63 ff., insbes. S. 70 f. 参照。

〔訳注13〕　この点に関しては、また、*Merkl*, Prolegomena, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band 1, Teilband 1, S. 490 ff. をも参照されたい。

〔訳注14〕　法の段階構造論と確定力の理論との関係に関しては、また、*Merkl*, Lebenslauf (Autobiographie), a. a. O.（訳注８）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. XXXI; *ders.*, Prolegomena, a. a. O.（訳注２）, in: Gesammelte Schriften, Band 1, Teilband 1, S. 472 f., S. 489, S. 491 をも参照されたい。

〔訳注15〕　メルクルの「確定力の理論」に関しては、さらに、*Adolf Julius Merkl*, Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 267 ff.; *ders.*, Lebenslauf (Autobiographie), a. a. O.（訳注８）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. XXX f. をも参照されたい。また、小田桐・前掲（訳注１）早大法研論集70号142頁以下参照。

ケルゼンは、メルクルの「確定力の理論」を高く評価し、実定法の理論において重要な当該問題に関して、最も鋭い洞察を示した研究であると指摘している。この点につき、詳細には、*Kelsen*, a. a. O.（訳注８）, ÖZÖR 10 (1959/1960), S. 314 参照。また、メルクルの「確定力の理論」の評価に関しては、とりわけ、*René Marcic*, Merkls ontologische Theorie der Rechtskraft, in: Festschrift für Adolf Julius Merkl zum 80. Geburtstag, 1970, S. 223 ff.; *Gabriele Kucsko - Stadlmayer*, Merkls Rechtskraftlehre, in: Robert Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, Ergebnisse eines Internationalen Symposions in Wien (22. - 23. März 1990), Schriftenreihe des Hans Kelsen - Instituts, Bd. 14, 1990, S. 117 ff. をも参照。

〔訳注16〕　この点に関しては、*Karl Korinek*, Adolf Merkl zum 80. Geburtstag, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 1970, S. 193 f., insbes. S. 194; *Wolf - Dietrich Grussmann*, Adolf Julius Merkl - Leben und Werk, Schriftenreihe des Hans Kelsen - Instituts, Bd. 13, 1989, S. 33 をも参照。なお、後者の書評として、*Karl Korinek*, Besprechung von Wolf - Dietrich Grussmann, Adolf Julius Merkl - Leben und Werk, ZfV 1990, S. 23 ff. がある。また、Grussmann の本書の第一部（Das Leben）の内容 Adolf Julius Merkl - Biographie, S. 13-48 の改訂稿を邦訳したものとして、ヴォルフ－ディートリッヒ・グルスマン / 小田桐忍訳「アドルフ・ユリウス・メルクル（上）（下）」現代法理論学会編『ユリスプルデンティア国際比較法制研究 Ⅳ』（1995年）103頁以下、同編『ユリスプルデンティア　国際比較法制研究Ⅴ』（1997 年）１頁以下（上記の点に関しては、４頁）がある。

〔訳注17〕　この点に関しては、*Schambeck*, a. a. O.（訳注９）, in: Walter (Hrsg.), Adolf

J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, S. 268; *Grussmann*, Adolf Julius Merkl - Leben und Werk, a. a. O.（訳注16）, S. 44 f. および同所引用の文献をも参照。

〔訳注18〕 メルクルは、一連の重要な行政職のキャリアを積んだ後、1921年よりウィーン大学にて員外教授として教職に就き、1932年より正教授となった。しかし、オーストリアにおける国家社会主義陣営による政権掌握後、1938年４月にウィーン大学の教授職を解任され、同政権により教職追放の処分を受けた。そして、その後、1941年10月、帝国文科省の職務命令により、テュービンゲン大学の公法教授の地位に就いている。メルクルの経歴と功績の詳細については、とりわけ、*Dorothea Mayer - Maly*, Adolf Merkl, in: Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross, Band 2, 1968, S. 2383 f.; *Schambeck*, a. a. O.（訳注４）, DÖV 1960, S. 260 f.; *ders.*, a. a. O.（訳注８）, ÖZÖR 21 (1971), S. 1 ff.; *Robert Walter*, Adolf J. Merkl - Persönlichkeit und wissenschaftliches Werk, in: Robert Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, Ergebnisse eines Internationalen Symposions in Wien (22. - 23 März 1990), Schriftenreihe des Hans Kelsen - Instituts, Bd. 14, 1990, S. 9 ff., insbes. S. 16 ff., S. 31 ff.; *Felix Ermacora*, Adolf Merkl, Juristische Blätter (JBl) 1970, S. 520 f.; *Antoniolli*, a. a. O.（訳注８）, JBl 1960, S. 146 f. 参照。また、国家社会主義の支配的影響の下にあった1930年代の国政に対するメルクルの批判の動向については、特に、*Schambeck*, a. a. O.（訳注９）, in: Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, S. 273; *Ermacora*, a. a. O.（訳注18）, JBl 1970, S. 521; *Max Imboden/René Marcic/Kurt Ringhofer/Robert Walter/Dorothea Mayer - Maly*, Vorwort, in: Festschrift für Adolf J. Merkl zum 80. Geburtstag, 1970, S. 7 ff., insbes. S. 8 参照。

また、メルクルのテュービンゲン大学教授時代（1941年～1950年）の研究・教育活動などについては、*Merkl*, Lebenslauf (Autobiographie), a. a. O.（訳注８）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. XXIII f.; *Schambeck*, a. a. O.（訳注８）, ÖZÖR 21 (1971), S. 2; *Grussmann*, Adolf Julius Merkl - Leben und Werk, a. a. O.（訳注16）, S. 41 f. 参照。

〔訳注19〕 メルクルのウィーン大学復帰後（1950年～1965年）の研究・教育活動などについては、*Grussmann*, Adolf Julius Merkl - Leben und Werk, a. a. O.（訳注16）, S. 43 ff. 参照。

〔訳注20〕 メルクルは、1960年にウィーン大学を定年退職（Emeritierung）した後も、名誉教授として引き続き同大学において「自由と正義」をテーマとするゼミナールを行っている。この点につき、*Schambeck*, a. a. O.（訳注８）, ÖZÖR 21

(1971), S. 2; *ders.*, a. a. O.（訳注９）, in: Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, S. 268; *Grussmann*, Adolf Julius Merkl - Leben und Werk, a. a. O.（訳注16）, S. 45 f.; *Imboden/Marcic/Ringhofer/Walter/Mayer - Maly*, a. a. O.（訳注18）, in: FS für Merkl, 1970, S. 8 参照。また、学生の勉学方法に関するメルクルの指導内容、メルクルの著作方法などについて、*Imboden/Marcic/Ringhofer/Walter/Mayer - Maly*, a. a. O.（訳注18）, in: FS für Merkl, 1970, S. 8 参照。

〔訳注21〕　メルクルは、国家社会主義に対する批判として、国家社会主義国家は人間の自由と尊厳を犠牲にして、基本権を民族共同体（Volksgemeinschaft）に対するエゴイズムの反抗とみなすものであると論じていたが、メルクルにとって、オーストリアにおけるナチス政権掌握後の時期も、まさに、本文に記した時代の一つとされていたのである。この点に関しては、*Schambeck*, a. a. O.（訳注９）, in: Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, S. 273 参照。また、*Schambeck*, a. a. O.（訳注４）, DÖV 1960, S. 262 は、特に、メルクルのこの発言からも、メルクルが純粋な法実証主義の基盤（den Boden des reinen Rechtspositivismus）から離れていたことが明らかにされると指摘している。

〔訳注22〕　民主主義の可能性と限界に関するメルクルの考察の評価については、また、*Schambeck*, a. a. O.（訳注９）, in: Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, S. 271 ff. をも参照されたい。

〔訳注23〕　この点に関しては、*Adolf Julius Merkl*, Gerechtigkeit und Staat als Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnis, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band 1, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 607 をも参照されたい。

〔訳注24〕　この点を重視するものとして、*Schambeck*, a. a. O.（訳注９）, in: Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, S. 269.

〔訳注25〕　この点に関しては、また、*Grussmann*, Adolf Julius Merkl - Leben und Werk, a. a. O.（訳注16）, S. 44 f.; *Schambeck*, a. a. O.（訳注９）, in: Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, S. 268 参照。

〔訳注26〕　純粋法学と法内容の認識との関係については、また、*Merkl*, Lebenslauf (Autobiographie), a. a. O.（訳注８）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. XXXI をも参照。ここでもまた、メルクルは、純粋法学における認識方法（Erkenntnismethode）を単なる形式論（bloße Formenlehre）または法内容の認識を放棄するもの（Verzicht auf die Erkenntnis von Rechtsinhalten）と解するのは、一般法学における初歩的な誤解（ein anfängliches Mißverständnis）であると指摘している。

〔訳注27〕　この点に関しては、特に、*Merkl*, Lebenslauf (Autobiographie),　a. a. O.

（訳注８）, in: Gesammelte Schriften, Band I, Teilband 1, S. XXIV をも参照されたい。また、*Schambeck*, a. a. O.（訳注９）, in: Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, S. 270; *Grussmann*, Adolf Julius Merkl - Leben und Werk, a. a. O.（訳注16）, S. 45 をも参照。

〔訳注28〕　また、自然保護に対するメルクルの多大な貢献に関しては、*Schambeck*, a. a. O.（訳注４）, DÖV 1960, S. 262; *ders.*, a. a. O.（訳注８）, ÖZÖR 21 (1971), S. 4; *Grussmann*, Adolf Julius Merkl - Leben und Werk, a. a. O.（訳注16）, S. 31, S. 39, S. 43 f., S. 48; *Walter*, a. a. O.（訳注18）, in: Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit, S. 35 f. 参照。

〔訳注29〕　父親の職業と幼少期の生活環境がメルクルの自然保護の研究・活動などに対して与えた影響について、特に、*Kelsen*, a. a. O.（訳注８）, ÖZÖR 10 (1959/1960), S. 315; *Schambeck*, a. a. O.（訳注８）, ÖZÖR 21 (1971), S. 1; *Grussmann*, Adolf Julius Merkl - Leben und Werk, a. a. O.（訳注16）, S. 15 f. 参照。また、自然の利用・保護に関する自然法的評価につき、*Adolf Julius Merkl*, Einheit oder Vielheit des Naturrechts?, Die ewige Auseinandersetzung von natürlichem und positivem Recht, in: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I, Grundlagen des Rechts, Teilband 1, 1993, S. 513 ff., insbes. S. 576 ff. をも参照されたい。

メルクル研究のルネサンス
――日本の読者に向けて――

ヴォルフ－ディートリヒ・グルスマン
勝　亦　藤　彦　訳

私は、残念ながら、アドルフ・ユリウス・メルクルと個人的に面識を得ることはできなかったが、しかし、ここ30年間にわたってメルクルの著作に取り組み、絶えずくり返しその研究の楽しさを感じてきた。このたび、メルクルの最も重要な文献を精選し、勝亦藤彦教授が山梨学院大学の協力を得てそれらの日本語による翻訳を公刊する運びとなったが、これは、明らかに、メルクルの著作に関する私の取組みがさらにクライマックス（Höhepunkt）に達したことを表している。

1988年に、私は、著書『アドルフ・ユリウス・メルクル　生涯と業績』の序言（Vorbemerkungen）において、次のような期待を表明していた[(1)]。すなわち、「本書により初めて著作目録がほぼ完全に資料として公表されたが、これを契機として、メルクルの著作に関する新たな学究の取組みがなされることを願っている。こうした取組みは、再三、現実にもみられたが、しかし、多くの分野においては、従来、ほとんど手つかずのままである」と述べていた。その後、こうした期待に沿う動きがみられ、さらにそれに拍車がかかってきたといえよう。

私が執筆したメルクルの伝記が1995年および1997年に初めて日本語訳で公刊され[(2)]、既にその序文の中で、私は、1990年代における「国際的なメルクル研究のルネサンス」（internationale Merkl - Renaissance）の動向について言及して

いた。[訳注1]また、1999年には、メルクルの最も重要なモノグラフィー『一般行政法』（Allgemeine Verwaltungsrecht）の復刻版が、オーストリアの出版社から刊行された。(3)さらに、ドロテーア・マイヤー－マリー（Dorothea Mayer-Maly）、ヘルベルト・シャンベック（Herbert Schambeck）および私の三名で編集した『アドルフ・ユリウス・メルクル著作集』（Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften）がベルリンの Duncker & Humblot 社から刊行され、メルクルの最後の助手をされていたお二人から限りなく慈愛に満ちた精力的な支援を絶えずいただいたおかげで、この刊行も既に完結し、6つの分冊（Teilband）において合計367に及ぶ個別の論稿を、関心を有する専門的な読者の用に供することとなった。(4)また、2004年および2005年には、Juan L. Fuentes Osorio および Miguel Azpitarte Sánchez がメルクルの基幹の論文「法段階構造の理論に関するプロレゴメナ」（Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues）をスペイン語に訳して公刊した。(5)さらに、近時、G. Strejcek が伝記集を公刊したが、その中で、オーストリアの法学者の間において今もなおメルクルの研究に重要な意義が認められていることが確証されているのである。(6)

一般行政法の諸問題に関するメルクルの思考と並んで、(7)特に、法秩序の段階構造に関するメルクルの理論(8)は、現代の法学の議論において確固たる地位を占めている。(9)その議論において、メルクルの段階構造論は、ドイツの学説により批判的な検討も再三なされているが、(10)[訳注2]しかし、とりわけ、オーストリアの学説においては、国内法秩序と欧州法の関係を論ずる際にも、ますます援用されるようになっている。(11)さらに、その後、欧州法それ自体の考察においても、法秩序の段階構造に関するメルクルの洞察の一貫した援用が始まり、(12)その動きはますます広がっている。そこでは、一方で、「連合法における規範的ヒエラルキー」（Normenhierarchie im Unionsrecht）が追究され、(13)他方で、「連合法秩序の段階構造」（Stufenbau der Unionsrechtsordnung）についても直接に論じられているのである。(14)

このたびの特集においては、メルクルの特に注目される法理論的思考だけでなく、メルクルの最も重要な国法論、法倫理的考察および法史的考察にも関係する論稿が精選されており、それは編訳者の特別な功績とされる。これによりはじめて、メルクルの著作の全容が正しく評価されるのであり、また、日本の読者にも、メルクルの思考世界の広さと多様性が理解されよう。その点で、この場をおかりし、本特集の編訳者および山梨学院大学に対して心より感謝の意を申し上げたい。

注

（１）　*Wolf - Dietrich Grussmann*, Adolf Julius Merkl - Leben und Werk, Schriftenreihe des Hans Kelsen - Instituts, Bd. 13, Wien 1989, S. 10.

（２）　ヴォルフ－ディートリッヒ・グルスマン / 小田桐忍訳「アドルフ・ユリウス・メルクル（上）」現代法理論学会編『ユリスプルデンティア　国際比較法制研究Ⅳ』（1995年）103頁以下、ヴォルフ－ディートリッヒ・グルスマン / 小田桐忍訳「アドルフ・ユリウス・メルクル（下）――『天賦の才に恵まれた』純粋法学者の歩み」現代法理論学会編『ユリスプルデンティア　国際比較法制研究Ⅴ』（1997年）１頁以下。

（３）　*Adolf Julius Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Neudruck Wien 1999.

（４）　Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Band I/Teilband 1 (1993), Band I/Teilband 2 (1995), Band II/Teilband 1 (1999), Band II/Teilband 2 (2002), Band III/Teilband 1 (2006), Band III/Teilband 2 (2009).

（５）　*Adolf Merkl*, Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (I) (II), Traducido del alemán por Juan L. Fuentes Osorio/Miguel Azpitarte Sánchez, ReDCE (Revista de Derecho Constitucional Europeo) No. 2 (2004), S. 235-259 und ReDCE No. 3 (2005), S. 301-324. また、本論文の邦訳として、アドルフ・ユリウス・メルクル / 勝亦藤彦＝小田桐忍訳「法段階構造の理論に関するプロレゴーメナ」山梨学院ロー・ジャーナル６号（2011年）143頁以下参照。

（６）　*G. Strejcek*, Adolf Julius Merkl (1890-1970): Asketischer „Grüner“ und Verfassungsjurist, in: G. Strejcek (Hrsg.), Gelebtes Recht. 29 Juristenporträts, Wien 2012, S. 267-272.

（７）　例えば、メルクルの裁量概念（Ermessensbegriff）をめぐる議論につき、*M.*

Jestaedt, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: H. - U. Erichsen/D. Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. (Berlin 2005), S. 285-329 参照。

（8） この理論の展開に関しては、山梨学院ロー・ジャーナル６号（2011年）199頁以下に掲載した、メルクルの論文の翻訳（前掲注５）に関する私の解題を参照されたい。

（9） オーストリアの文献として、とりわけ、*E. Wiederin*, Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkls, in: St. Griller/H.-P. Rill (Hrsg.), Rechtstheorie: Rechtsbegriff ― Dynamik ― Auslegung, Wien 2011, S. 81-134; *B.-Ch. Funk*, Die Leistungsfähigkeit der Stufenbaulehre, in: St. Griller/H. - P. Rill (Hrsg.), Rechtstheorie: Rechtsbegriff ― Dynamik ― Auslegung, Wien 2011, S. 195-208; *H. Stolzlechner*, Einführung in das öffentliche Recht, 5. Aufl. (Wien 2011), S. 53-59. さらに、*H. Tessar*, Der Stufenbau nach der rechtlichen Autorität und seine Bedeutung für die juristische Interpretation, Wien 2010（メルクルに関しては、特に、S. 41-54）をも参照されたい。

（10） とりわけ、*P. Koller*, Zur Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Stanley L. Paulson/M. Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen ― Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, S. 106-121. これに対し、きわめて積極的に評価するものとして、*M. Borowski*, Die Lehre von Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl, in: St. L. Paulson/M. Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen ― Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, S. 122-159.

（11） 近時の文献として、*G. Baumgartner*, Der Rang des Gemeinschaftsrechts im Stufenbau der Rechtsordnung, JRP 2000, S. 84 ff.; *St. Griller*, Der Stufenbau der österreichischen Rechtsordnung nach dem EU - Beitritt, JRP 2000, S. 273 ff. また、段階構造論に基づいて EU 法と国内法の関係を全般的に考察するものとして、例えば、*R. Winkler*, Integrationsverfassungsrecht: Das österreichische Verfassungsrecht und das Recht der Europäischen Union, Wien 2003; *M. Potacs*, Das Verhältnis zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten im Lichte traditioneller Modelle, ZÖR Bd. 65 (2010), S. 117-139; *ders.*, Geltung des EU Rechts in Österreich, in: W. Hummer (Hrsg.), Neue Entwicklung im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten, Wien 2010, S. 103-122; *Th. Schilling*, Das Verhältnis zwischen Völkerrecht, Gemeinschaftsrecht und staatlichem Recht, in: St. Griller/H. - P. Rill, Rechtstheorie: Rechtsbegriff ― Dynamik ― Auslegung, Wien 2011, S. 153-194; *M. Jestaedt*, Der europäische Verfassungsverbund, in: C. Callies (Hrsg.), Verfassungswandel im europäischen

Staaten- und Verfassungsverbund, 2007, S. 93 ff.; *Th. Öhlinger*, Die Einheit des Rechts. Völkerrecht, Europarecht und staatliches Recht als einheitliches Rechtssystem?, in: St. L. Paulson/M. Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen ― Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, S. 160-175. また、*O. Gänswein*, Der Grundsatz unionskonformer Auslegung nationalen Rechts, Frankfurt/M. 2009, S. 241-248 参照。これに対し、段階的法秩序の観念を原則として否定するものとして、*Häberle*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL Bd. 66 (2007), S. 84 f.

(12)　こうした考察は、既に、*C. Annacker*, Der fehlerhafte Rechtsakt im Gemeinschafts- und Unionsrecht, Wien 1988, S. 36 f. にみられる。

(13)　*Wölker*, Die Normenhierarchie im Unionsrecht in der Praxis, EuR 2007, S. 32 ff. また、*Ch. Meurs*, Normenhierarchie im europäischen Sekundarrecht, Tübingen 2012. 本書において、Meurs は、*Th. Schilling*, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, 1994 に基づいて、メルクルの段階構造論との関連性を明示している（ebd. S. 7-10）。メルクルの段階構造論と欧州法秩序における規範的ヒエラルキーとの関係については、さらに、*I. Härtel*, Handbuch Europäische Rechtsetzung, Heidelberg 2006, S. 311 f. をも参照されたい。欧州連合裁判所（Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH)）の判例における規範的ヒエラルキーの原則（der Grundsatz der Normenhierarchie）については、既に、EuGH, 20. 11. 1980, Rs. 806/79, Slg. 3516 (3521); EuGH, 3. 9. 2008, verbundene Rs. C - 402/05 P und C - 415/05 P, Rz 305; EuGH, 24. 11. 2010, Rs. C - 40/10, Rz 61; EuGH, 26. 6. 2012, Rs. C - 335/09 P, Rz 127 にみられる。

(14)　例えば、*A. von Bogdandy*, Gegenstand, Grundlagen und Grundbegriffe, in: A. von Bogdandy/I. Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl. (Heidelberg 2009), S. 44. また、*Ch. Grabenwarter/St. Griller/M. Holoubek/G. Baumgartner/ M. Potacs/G. Lienbacher*, Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht I, Bd. 1, 7. Aufl. (Wien 2010), S. 3-32 („Stufenbau des Unionsrechts“); *P. Thalmann*, Nichtigkeitsklagen gegen Rechtsakte mit Verordnungscharakter. Zur Stärkung des Individualrechtsschutzes durch den Vertrag von Lissabon, Baden - Baden 2011, S. 26 („Stufenbau des Gemeinschafts- bzw. Unionsrechts“) をも参照されたい。

訳注

［訳注１］　既に、1990年３月には、メルクルの生誕百年を祝して国際シンポジウムがウィーンで開催され、メルクルの学問的偉業の重要な意義が再確認された。そ

の成果は、ハンス・ケルゼン研究所の所長ロベルト・ヴァルター（Robert Walter）によって、論文集として公刊されている。Robert Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl - Werk und Wirksamkeit: Ergebnisse eines internationalen Symposions in Wien (22. - 23. März 1990), Schriftenreihe des Hans Kelsen - Instituts, Bd. 14, Wien 1990.

［訳注２］　メルクルの法段階構造の理論をめぐるドイツ語圏の議論に関しては、とりわけ、*Jürgen Behrend*, Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkls und Hans Kelsens, 1977 をも参照。さらに、その他の文献の詳細に関しては、ヴォルフ－ディートリヒ・グルスマン「解題」山梨学院ロー・ジャーナル６号（2011年）199頁以下、特に、205頁以下注21を参照されたい。