

松 山 大 学 論 集
第 27 卷 第 5 号 抜 刷
2 0 1 5 年 12 月 発 行

近代の展開の文脈における
ナチズムの法源論について

ヤン・シュレーダー
服 部 寛 訳

翻 訳

近代の展開の文脈における ナチズムの法源論について*

ヤン・シュレーダー
服 部 寛 訳

目 次

- I. ナチズムの法概念
- II. 個々の法源
 1. 法律（制定法）
 2. 総統命令および法定立一般の他の形式
 3. 慣習法
 4. 民族主義的法確信と、裁判官法——裁判官の審査権？
 5. ここまでの結論（小括）
- III. 近代の法概念論・法源論の文脈
 1. 最初期の近代
 2. 17世紀末期と18世紀の絶対主義的法理論
 3. 歴史法学（派）
 4. ドイツ帝国（帝政ドイツ）とワイマール共和国
- IV. むすびに

*原題と初出：Jan Schröder, Zur Rechtsquellenlehre des Nationalsozialismus im Kontext der neuzeitlichen Entwicklung, in: Ignacio Czeguhn (Hrsg.), Recht im Wandel – Wandel des Rechts. Festschrift für Jürgen Weitzel zum 70. Geburtstag, Böhlau Verlag, Köln Weimar Wien, 2014, S. 597-615.

ベルント・リュターズ (Bernd Rütters) は、ナチズムにおける『無制限の解釈 (die unbegrenzte Auslegung)』について¹⁾根本的な事項を記した自身の著書において、「諸価値観が変容することに対して法律学方法論は中立的である」と述べている。いわく、「価値の基礎が非常に異なる複数の法秩序に、同一の解釈の方法が適用されうる」と²⁾しかし、《一般的に広義の法律学方法論へと数え入れられ得る法源論も、変容する諸価値観・世界観に対して、(悪)影響を受けないⁿのか》ということは、疑わしい²⁾私が以下で示してみたいのは、このことはそうではなかった、ということである。ナチズムの法概念と法源論は、体制の^{G r u n d a n s c h a u u n g}に依存しており、そのナチズムの法概念論も法源論も、それらがその他の近(現)代 (neuzeitig^{註1)}) のすべての法理論と異なっていることを表す特質を示している。以下では、まず、ナチズムの法概念を立ち上げて扱う (Ⅰ.)。次に、その法概念が、法源論の特殊な諸形態とどのような関係にあるかを扱う (Ⅱ.)。最後に、他の近代の諸理論との関連において、ナチズムの学説を分類することを試みる (Ⅲ.)。[なお、] (とりわけ) 1933年から1939年までの関連する文献が膨大にあることと、二次文献も概観することが一層難しいことに鑑み、本稿は網羅的であることを断念している。

Ⅰ. ナチズムの法概念³⁾

1933年以降に法概念について意見を述べている著者たちは、ほとんど例外なく、法を《民族主義的な秩序》や《民族共同体の生活秩序》としている。微妙な違いは、《その著者が、このような特徴付けに際してこのことをそのまま

1) Bernd Rütters: Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus (1968), 7., unveränderte, um ein neues Nachwort erweiterte Auflage, Tübingen 2012, S. 432, 435 f. ひょっとすると、2012年の結語では、これと異なることを述べているかもしれない。同書の結語の505頁では、ナチズムの「新しい」「学問的な見せかけの」解釈の方法について語られている。もともとのリュターズのテーゼなどに対して厳しく批判的なものとして、Klaus Luig: Macht und Ohnmacht der Methode, in: NJW 1992, S. 2536-2539.

2) その限りで、リュターズも疑いを持っているように思われる。B. Rütters (Fn. 1), S. 198, 446 f.

- 3) 以下にアルファベット順に挙げる 1933 年から 1939 年までの時代の文献は、脚注において著者の名前で省略して引用する。同一の著者による著作が複数存在する場合には、刊行年を追記する。Martin *Busse* : Zur Aufgabe der heutigen Rechtswissenschaft, in : Deutsche Rechtswissenschaft 1 (1936), S. 289-299; Georg *Dahm* : Verbrechen und Tatbestand, in : Georg Dahm u. a. : Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, hrsg. von Karl Larenz, Berlin 1935, S. 62-107 (単独でも公刊されている) [邦訳 : ゲオルク・ダーム (Georg Dahm) (佐藤莊一郎訳)「犯罪と犯罪構成要件 (Verbrechen und Tatbestand)」司法資料 231 号 (1937 年) 93-165 頁]; Charlotte *Dieckmann* : Der Vorbehalt des Führerwillens und der Vorbehalt des Gesetzes im nationalsozialistischen Verfassungsrecht, Jur. Diss. Bonn 1937; Lüben *Dikow* : Die Neugestaltung des deutschen bürgerlichen Rechts, München und Leipzig 1937; Manfred *Fausser* : Das Gesetz im Führerstaat, in : AöR 65 [NF. 26] (1935), S. 129-154; Hans *Frank* : Rechtsgrundlegung des nationalsozialistischen Führerstaates, 2. unv. Aufl., München 1938; Hans *Franzen* : Gesetz und Richter, Hamburg 1935; Roland *Freisler* : Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken, Berlin 1938; Rolf *Halberkann* : Das richterliche Prüfungsrecht im alten und neuen Rechtsdenken, Berlin 1938; Heinrich *Henkel* : Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt, Hamburg 1934; Heinz *Hildebrandt* : Rechtsfindung im neuen deutschen Staate, Berlin und Leipzig 1935; Reinhard *Höhn* : Das Gesetz als Akt der Führung, in : Deutsches Recht 4 (1934), S. 433-435; Reinhard *Höhn* : Volk, Staat und Recht, in : Höhn-Maunz-Swoboda : Grundfragen der Rechtsauffassung, München 1938, S. 3-27; Ernst Rudolf *Huber* : Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts, in : Georg Dahm u. a. : Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, hrsg. von Karl Larenz, Berlin 1935, S. 143-188 (単独としても公刊されている) [邦訳 : エルンスト・ロドルフ・フーバー (佐藤訳)「主権法 (Das hoheitliche Recht) の新しき基礎概念」司法資料 231 号 (1937 年) 218-284 頁]; Ernst Rudolf *Huber* : Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Aufl. der „Verfassung“, Hamburg 1939; Otto *Koellreutter* : Deutsches Verfassungsrecht, 2. Auflage, Berlin 1936 [邦訳 (但し第 3 版のもの) ケルロイター (矢部貞治・田川博三訳)『ナチス・ドイツ憲法論』(岩波書店, 1939 年)]; Karl *Kümmerling* : Der Sinnwandel des Gesetzesbegriffes im nationalsozialistischen Staate, Jur. Diss. Münster 1938; Heinrich *Lange* : Nationalsozialismus und bürgerliches Recht, in : Hans Frank : Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, München 1935, S. 933-956; Karl *Larenz* : Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934; Karl *Larenz* : Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsbegriffe, in : Georg Dahm u. a. : Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, hrsg. von Karl Larenz, Berlin 1935, S. 225-260 (単独でも公刊されている) [邦訳 : カール・ラレンツ (佐藤訳)「法律上の人 (Rechtsperson) と主観的法 (権利 — Subjektives Recht) — 法の基礎概念の變遷について —」司法資料 231 号 (1937 年) 346-403 頁]; Karl *Larenz* : Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938; Adolf *Lobe* : Das richterliche Prüfungsrecht und die Entwicklung der gesetzgebenden Gewalt im neuen Reich, in : Archiv des öffentlichen Rechts, Neue Folge 28 (1937), S. 194-220; Karl *Michaelis* : Wandlungen des deutschen Rechtsdenkens seit dem Eindringen des fremden Rechts, in : Georg Dahm u. a. : Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, hrsg. von Karl Larenz, Berlin 1935, S. 9-61 (単独でも公刊されている) [邦訳 : カール・ミヒアエリス (佐藤訳)「外國法侵入以來のドイツ法律思想の變遷」司法資料 231 号 (1937 年) 1-92 頁]; Helmut *Nicolai* : Die rassengesetzliche Rechtslehre. Grundzüge einer nationalsozialistischen Rechtsphilosophie, 2. Aufl., München 1933; RGRK = Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts (Kommentar von Reichsgerichtsräten), 9. Auflage. I. Band, Berlin 1939; Curt *Rothenberger* :

にしているのか⁴⁾》(その結果として、民族に対して外から与えられる秩序ということも問題となり得るであろう)、または《著者は、この秩序を、「法の源泉」^{Urquelle}としての、民族それ自体や、民族精神、民族の自らの法的確信へと帰しているのか》、という点においてのみ、明らかとなる。後者の場合のほうが頻度として多いように見える。そこでは、法は、民族主義的な法感覚^{Rechtsempfinden}や、民族のもの^{Volkssanschauung}の見方^{Rassenseele}、「人種の心」などの表現である⁵⁾。「民族」を引き合いに出す

Die Rechtsquellen im neuen Staat, in: Deutsche Juristen-Zeitung 41 (1936), Sp. 22-26; Carl Schmitt: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934 [邦訳: カール・シュミット (加藤新平・田中成明訳)「法学的思惟の三種類 (一九三四年)」同 (長尾龍一訳)『危機の政治理論 (現代思想 第1巻)』(ダイヤモンド社, 1973年) 243-294頁 (訳注 357-358頁)]; Carl Schmitt: Die Rechtswissenschaft im Führerstaat, in ZAkDR 2 (1935), S. 435-440; Walter Schönfeld: Zur geschichtlichen und weltanschaulichen Grundlegung des Rechts, in: Deutsche Rechtswissenschaft 4 (1939), S. 201-221; Hs. Th. Soergel (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, I. Band, 6. Aufl., Stuttgart-Leipzig-Berlin 1937; Heinrich Stoll: Das Bürgerliche Recht in der Zeiten Wende, Stuttgart 1933; J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, I. Band: Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München, Berlin und Leipzig 1936; Hans Tigges: Die Stellung des Richters im modernen Staat, Berlin 1935; Alfred Vierkandt: Die Verwurzelung des Rechtes im Lebenszusammenhang des Volkes, in: Deutsche Rechtswissenschaft 5 (1940), S. 89-109.

- 4) 民族の確信との関連がないものは次の通り: C. Schmitt 1934 (Fn. 3), S. 7 (「具体的な秩序と形 (成) 態」[邦訳 (加藤・田中訳) 前掲 (注3) 245頁, 訳文の傍点は削除した]); G. Dahm (Fn. 3), S. 85 (「ドイツ民族の生活秩序」[邦訳 (佐藤訳) 前掲 (注3) 130頁]); H. Lange (Fn. 3), S. 935 (「民族共同体の生活秩序」); M. Busse (Fn. 3), S. 290 (「民族の生活秩序」); C. Dieckmann (Fn. 3), S. 61 (「民族共同体の生活秩序」); H. Frank (Fn. 3), S. 11 (「民族から発する、共同体生活の独裁的な秩序」), しかし8頁も (「民族主義的共同体の法感情と法への憧憬…の基礎」); R. Höhn 1938 (Fn. 3), S. 10, 13 (「共同体の生活秩序の表現」); E. R. Huber 1939 (Fn. 3), S. 240 (「民族主義的な生活秩序」).
- 5) その例として, H. Nicolai (Fn. 3), S. 27 f. (「人種の心」); H. Stoll (Fn. 3), S. 20 (「この民族の法理念」); H. Henkel (Fn. 3), S. 28 (「民族主義的共同体のもの見方」); K. Larenz 1934 (Fn. 3), S. 26 (「法共同体の生き生きとした意思」); M. Fauser (Fn. 3), S. 132 (「人種の心の表現」); K. Michaelis (Fn. 3), S. 59 (「民族において生ける諸秩序と諸確信」[邦訳 (佐藤訳) 前掲 (注3) 88頁, 但し邦訳には従っていない]); H. Hildebrandt (Fn. 3), S. 32 (「法の源泉とは、共同体において支配的で、人種的に条件づけられた、正しさについての感覚である」); H. Franzen (Fn. 3), S. 13 (「民族の法的良心」); C. Rothenberger (Fn. 3), Sp. 24 (「民族感覚」); J. v. Staudinger (Fn. 3), Einl. S. 16, Rn. 31, bearb. von Franz Brändl (「民族主義の良心」, 「人種の心」); O. Koellreutter (Fn. 3), S. 55 (「民族の法感情」[邦訳 (矢部・田川訳) 前掲 (注3) 80頁]); Hs. Th. Soergel (Fn. 3), Einl. 1., S. 1, bearb. von Soergel und Gerold (「何が正しいかについての、血統に適した形で条件付けられた考え」); L. Dikow (Fn. 3), S. 29 (「法の源泉」としての「人種的に条件付けられた正しさについての感覚」); K. Larenz 1938 (Fn. 3), S. 11 (「人倫的・法的な基本的なもの見方」); R. Freisler (Fn. 3),

ことを避ける著者はごく少なく⁶⁾、^{Führer}総統であるアドルフ・ヒトラー (Adolf Hitler) を法の創造者であると率直に言う者もわずかである⁷⁾

「民族主義的な秩序」について語られる限り、そこで考えられているのは、何らかの任意で価値中立的な法では明白になく、まさに、ナチズムのイデオロギーに相応する法である。確かに、このことは、ごく稀にしか明白には言われない⁸⁾。しかし、法概念に関する詳述が普通行われている文脈を鑑みると、このことは疑い得ない。人々は、以前に支配的であった「実証主義」と価値多元論に反対で⁹⁾、それらとナチズムの統一的世界観を取り替えようとしたのであった。即ち、[このナチ的な]法概念は、考えられる全ての法の内容を把握することができるであろう道具的手段ではなく、ナチズムの需要のために特別にこしらえられたのである。

II. 個々の法源

一般に、有用な法概念というものに期待されているのは、その法概念に個々の法源も従属することができる、ということであろう。例えば、法を「立法者

S. 54 (「民族の良心」), 72 (「健全な民族感覚」); R. Halberkann (Fn. 3), S. 55 (「民族の確信と法感覚」), 65 (「民族の健全な法感情」); K. Kümmerling (Fn. 3), S. 41 (「ドイツの民族の同胞の意識において生ける法」, 具体的な民族主義の秩序は「法の源泉」である)。

6) その例として, RGRK (Fn. 3), Einl. I. 2, 3, S. 1, bearb. von Lobe (「秩序への共同の意思」, 「全体の意思の下での服従の感覚」)。

7) そう言ったものとして, 次のものがある: Hermann Göring, Dt. Justiz 96, 1934, S. 881: 「法と, 総統の意思は, 同じものである」。これは, 以下に引用されている: Johannes Heckel: Wehrverfassung und Wehrrecht des großdeutschen Reiches. I. Teil: Gestalt und Recht der Wehrmacht. Der Waffendienst, Hamburg 1938, S. 331 Anm. 12; 2人のさらなる例を挙げるものとして, Dietrich Kirschenmann: „Gesetz“ im Staatsrecht und in der Staatsrechtslehre des NS, Berlin 1970, S. 83 Anm. 134 (ハンス・フランク (Hans Frank) とハインリッヒ・ランゲ (Heinrich Lange))。

8) しかし, 次の文献を参照: C. Rothenberger (Fn. 3), Sp. 22 (「法はその具体化を, それゆえに, ナチズムの世界観において見出す」); O. Koellreutter (Fn. 3), S. 55 (「ナチス法治國家に於ける窮極且最高の法源は, 寧ろ民族の法感情に表現されるナチスの法理念である」 [邦訳 (矢部・田川訳) 前掲 (注3) 80頁]); R. Höhn 1938 (Fn. 3), S. 15 (「ナチズムは法律の上に法を立てる」); R. Halberkann (Fn. 3), S. 56 (「ドイツ民族の具体的な共同体秩序の綱領」を与えるのは「ナチズムの世界観である」)。

9) これについては, 以下の II. 5. において詳述する。

の意思」と定義するとしたら、制定法（Gesetzesrecht）と慣習法も、この意思に帰することができるようであればならない。17世紀末期と18世紀においては実際にそうであった¹⁰⁾しかし、ナチズムにおいては、後述するところから明らかとなるように、法概念と法源論¹¹⁾とが分解しているのである。法概念においては、民族主義的秩序と民族主義的な法感覚が^{maßgebend}決定的なのに対して、法源論を支配していたのは^{Führerswille}総統の意思であった。「民族主義的」な原理と「^{autoritär}独裁的な」原理のこのような「^{Antinomie}二律背反」については、既にナチズムの著者たちが認識しており、¹²⁾戦後の（modern）^{訳注2)}研究文献においてもしばしば強調されてはいる¹³⁾しかし、法概念と、個々の法源とそれらの序列についての諸々の考えを手がかりとして、この「緊張関係」について詳細に追及する仕事は、存在しないように思われる。

1. 法律（制定法）

ナチ国家において法律を公布できたのは、厳密に言えば、政府とライヒ議会のみであった¹⁴⁾それにもかかわらず、法律を《^{Rechtsakt}総統の法的行為》と見なすこ

10) これについては、Jan Schröder: *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933)*, 2. Aufl., München 2012, S. 99 f., 107-109, そして以下のⅢ. 2.を参照。

11) 法源論についての概観を与える文献として、B. Rütters (Fn. 1), S. 101 ff., 121 ff.; Bernd Mertens: *Rechtsetzung im Nationalsozialismus*, Tübingen 2009, S. 11 ff., 83 ff.

12) 例えば、H. Henkel (Fn. 3), S. 21, 30 (しかし彼に激しく反対なものとして、H. Tigges [Fn. 3], S. 177); DJZ 41 (1936), Sp. 435 = Bericht über eine Arbeitstagung der Reichsfachgruppe Hochschullehrer (Leiter Carl Schmitt) über „Lage und Aufgabe der Rechtswissenschaft“; Karl Gottfried Hugelmann: *Der völkische Staat und der Reichsgedanke*, in: *Deutsche Rechtswiss.* 5 (1940), S. 179-201.

13) とりわけ次の文献を参照: Joachim Gernhuber: *Das völkische Recht. Ein Beitrag zur Rechtstheorie des Nationalsozialismus*, in: *Tübinger Festschrift für Eduard Kern*, hrsg. von der Rechtswissenschaftlichen Abteilung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen, Tübingen 1968, S. 167-200 (175 ff.); B. Rütters (Fn. 1), S. 128; D. Kirschenmann (Fn. 7), S. 21 f., 53 ff.; Klaus Anderbrügge: *Völkisches Rechtsdenken. Zur Rechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, Berlin 1978, S. 105 f.; Oliver Lepsius: *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung. Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft im Nationalsozialismus*, München 1994, S. 110, 119 ff. und öfter; B. Mertens (Fn. 11), S. 85 f.

14) 詳細については、B. Mertens (Fn. 11), S. 11 ff.

とは、文献に迅速に取り入れられた。広く普及した、カール・シュミット (Carl Schmitt) による定義によると、それとは、「総統の計画と意思」であるとされ¹⁵⁾、他者の定義によれば、単に、総統の意思表示や、^{förmlich} 正式な「総統命令」とされた¹⁶⁾

では、この総統命令に「民族の^{Volksempfinden}感覚」や「民族の良心」が表れていたのか？ 確かに、総統は、まさに選ばれた代理人でもその民族の唯一の「議員」でもないにせよ¹⁷⁾、何らかの在り方において、国家の^{Vertreter}代表者ではあった。しかし、このことは、彼が民族の意思と現実と一致することを保証するものではなかった。従って、そこからさらに進まなければならない、ヒトラーを、《民族主義的な法的良心の「最初の解釈者」》や、民族の意思の化身、^{Abgeordnete}ヘーゲルの意味での民族精神の^{Repräsentant}《代理人》、^{Verkörperung}などを見なさなければならなかったのである¹⁸⁾。しかし、そうしたフィクションが原理的に受け入れられたとしても、《それらのフィクションは多くの場合、的確なものでは全く在り得なかつた》ということを見逃され得なかつた。つまり、「法律上の決定がそもそも最初に秩序を生み出した領域が広く」存在したのである¹⁹⁾。例えば、道路交通規則は、「人種の

15) C. Schmitt 1935 (Fn. 3), S. 439. 同様のものとして、例えば, Reinhard Höhn : Die Wandlung im Polizeirecht, in : Deutsche Rechtswissenschaft 1 (1936), S. 100-123 (121) ; C. Rothenberger (Fn. 3), Sp. 22 ; Hs. Th. Soergel (Fn. 3), Einl. III 1, S. 3 ; L. Dikow (Fn. 3), S. 26 ; E. R. Huber 1939 (Fn. 3), S. 240. しかし、この定義(計画)における「合理主義的な」要素を批判するものとして、J. Heckel (Fn. 7), S. 331 Anm. 12 ; Ulrich Scheuner, Rezension des Buches von Heckel, in : Deutsche Rechtswissenschaft 4 (1939), S. 368-375 (374).

16) そのように説くものとして、参照, R. Höhn 1934 (Fn. 3), S. 434 (「指導の行為」) ; H. Hildebrandt (Fn. 3), S. 42 ; O. Koellreutter (Fn. 3), S. 56 (「指導の[政治(的)]意思」[邦訳(矢部・田川訳)前掲(注3)82頁, 角括弧は邦訳による]) ; R. Freisler (Fn. 3), S. 84 ; R. Halberkann (Fn. 3), S. 58 ff.

17) しかし、H. Frank (Fn. 3), S. 35 Anm. 30によると、ヒトラーはかつて自らをそのように称した。

18) K. Larenz 1934 (Fn. 3), S. 34 (民族の意思と国家の意思の統一のための「^{Repräsentant}代表者と保証人」) ; H. Franzen (Fn. 3), S. 27 (「法的良心の最初の解釈者」) ; O. Koellreutter (Fn. 3), S. 131 (「真正の」指導者[のみ,]が「その人格の中に、民族精神と民族意思を具現する」[邦訳(矢部・田川訳)前掲(注3)187頁, ここの[]はもとの邦訳の文章にあるものである]) ; R. Freisler (Fn. 3), S. 67 (「民族の意思の担い手」) ; E. R. Huber 1939 (Fn. 3), S. 244 (「民族主義的秩序の守護者と執行(実行)者」) ; W. Schönfeld (Fn. 3), S. 215 (民族精神の「代理人」).

心」において既に不文の形で静かに存在していたというわけではなく、法律による確定を必要としたのであった。他にも考えられ得るのは、指導^{Führung} [のほう]が、既に存在している民族におけるもの^{Volksvorstellungen}の考え方を変革しようとしたり、民族へと教育的に影響を及ぼそうとした、ということである²⁰⁾。ここでは、事によれば、「総統命令は、支配的な生活秩序（そしてまたその下部構造としての法感情）と完全には一致しない」のである²¹⁾。そうした場合には、法律が最終的に民族に受け入れられその法意識を變形させるということが、実現されたはずである。その例として、世襲農場法が挙げられる²²⁾。即ち、つまるところは、法律は、遵守^{Befolgung}によってのみ「民族主義的な法」になる。《こうした考え^{idee}が何らかの観点のもとで維持可能であるか》ということは未決定で構わない。いずれにせよ、ナチズムよりも前には、そうしたことを思いついた法理論はまだ存在しなかったのである。

つまり、《法律が民族意識に由来する》ということは、ナチズムの法理論家たち自らが述べることに従っても、本気で主張され得たわけではなかったのである。それは、その関連が再三再四にわたりいかに熱心に呼び出されていた²³⁾とはいえ、そうなのである。それ故、ナチズムの法概念は、法源である

19) K. Michaelis (Fn. 3), S. 59 [邦訳 (佐藤訳・前掲 (注3) 88頁)]; 類似したものとして、H. Franzen (Fn. 3), S. 18 (「ある規範の実存への関心のみがそもそも存在する」諸事例); C. Dieckmann (Fn. 3), S. 30.

20) R. Freisler (Fn. 3), S. 61 は、法律との関連で、「指導者の教育的仕事」について語っている。例えば、次の文献も参照: K. Michaelis (Fn. 3), S. 59 (法律は「民族のものの方をも同時に形成すべきである」) [邦訳 (佐藤訳・前掲 (注3) 88頁)]; R. Halberkann (Fn. 3), S. 62-64; M. Fauser (Fn. 3), S. 132 Anm. 4 (「民族の中に隠れている努力と憧憬」を法律が形にすることで十分である)。法律による「形成」については一連の別の著者も語っているが、それは民族意識との直接的な結合を生み出すことなく行われている。例えば H. Nicolai (Fn. 3), S. 34; K. Larenz 1935 (Fn. 3), S. 239; E. R. Huber 1939 (Fn. 3), S. 241 (「創造的な形成」); U. Scheuner (Fn. 15), S. 374。これについては、戦後の研究文献として次のものも参照: D. Kirschenmann (Fn. 7), S. 80.

21) R. Halberkann (Fn. 3), S. 63.

22) R. Halberkann (Fn. 3), S. 63 f. mit Anm. 218. 世襲農場法についての戦後の研究文献として、Jürgen Weitzel: Sonderprivatrecht aus konkreten Ordnungsdenken: Reichserbhofrecht und allgemeines Privatrecht 1933-1945, in: ZNR 14 (1992), S. 55-79; Ignacio Czeguhn: Erbhofrecht, in: HRG, 2. Aufl., I (2008), Sp. 1365 f.

「制定法」と合わないのである。法をたやすく民族それ自体すなわち民族精神などに帰する著者²⁴⁾たち（それらはずまり多数派であった）においては、矛盾が極めて明白に際立っている。しかし、エルンスト・ルドルフ・フーバー（Ernst Rudolf Huber）のような、《民族共同体において既に展開されていた生活秩序》という表現を法律中に簡単に見出すということこそ「^{romantisch} 夢想的な狂信」と考え、法を（生み出されたものであっても）「民族主義的な共同体の生活秩序」²⁵⁾としてのみ注意深く特徴づける理論家においても、民族主義的な法概念と独裁的な法律概念とは、互いに調和するわけではなかった。

2. 総統命令および法定立一般の他の形式

法概念と個々の法源との間における同一の矛盾は、もちろん、^{Führerbefehlen} 総統命令の別種のものに際しても明らかである。ナチズムにおいては、「^{Gesetzesgleich} 法律と同位の総統命令」もまた、一般的に法源と見なされていた²⁶⁾さらに、既に早い時期において、「…他の総統（指導者）の規定も、その規定において、法を定立するという意思が明確に表現されている限りで」法である²⁷⁾といった見解が広まっていたのである。例えば、党大会における演説における総統（指導者）の発言がこれである。さらには、他の法定立的機関もおもも多く存在していた²⁸⁾そうし

23) 例えば、H. Nicolai (Fn. 3), S. 34 f.; H. Stoll (Fn. 3), S. 20; H. Lange (Fn. 3), S. 935; J. v. Staudinger (Fn. 3), Rn. 31, S. 16; RGMK (Fn. 3), Einl I 8, S. 4; Hs. Th. Soergel (Fn. 3), Einl. I 4 a, S. 2; K. Larenz 1938 (Fn. 3), S. 11; R. Freisler (Fn. 3), S. 69; R. Höhn 1938 (Fn. 3), S. 15; K. Kümmerting (Fn. 3), S. 42 f. 際だって注意深いものとして、E. R. Huber 1939 (Fn. 3), S. 241 (法律は、「民族の生活秩序の中に前もって与えられている、諸施設・諸力・諸目的からのみ展開」されるべきである)。

24) 前掲注5を参照。

25) E. R. Huber 1939 (Fn. 3), S. 241 (斜体 [邦訳では傍点] はシュレーダーによる), 240. 2つ前の注 [注23] における引用も参照。

26) E. R. Huber 1939 (Fn. 3), S. 252-254. その前史については、B. Mertens (Fn. 11), S. 15-18.

27) その例として、Georg Dahm/Karl August Eckhardt/Reinhard Höhn/Paul Ritterbusch/Wolfgang Siebert: Leitsätze über Stellung und Aufgaben des Richters, in: Deutsche Rechtswissenschaft 1 (1936), S. 123 f., Leitsatz 3, Abs. 2 (半公的な「帝国の法律家の指導者」のハンス・フランクにより提唱され・是認されて仕上げられたものである). 次の文献も参照: C. Rothenberger (Fn. 3), Sp. 23; R. Freisler (Fn. 3), S. 67; R. Halberkann (Fn. 3), S. 62 f.

28) これについては、B. Mertens (Fn. 11), S. 20 ff.

た機関が民族（主義）の法（*Volksrecht*）^{訳注3)}を「形に」もたらずだけではなかったということ、法律や他の総統の命令の場合と同様に、明白であった。

3. 慣習法

これと異なり、慣習法は、指導の法（*Führungsrecht*）ではなく、「民族主義的な秩序」²⁹⁾の（一つの）表現である。慣習法は、ナチズムの法理論に対して、原則として共感的であったはずだが、「それにとって、国家は、有名な比喩的表現によれば、法創造に際して、ただ助産婦ではあるが、産褥婦ではない」³⁰⁾慣習法は、実際に、ほぼ至るところで、法源として承諾されている³¹⁾《国家の同意が必要である》³²⁾とか《司法によって取り出されうる》³³⁾という見解がバラバラとだけ見られる。すなわち、少なくともこの場合においては、ナチズムは、慣習法についての完成した理論や新しい理論を展開していなかったとしても、民族主義的な法〔概念〕³⁴⁾をはっきりと承認しているのである。

しかし、《ここで、独裁的な原理が全く後退しているのか》という点については、慣習法の（部分的な）廃止的な力への態度如何により初めて決まる。確かに、複数の著者はこのことを肯定しており³⁵⁾ライヒスゲリヒトの判決を

29) ナチズムの慣習法論についての戦後の探究が欠けているように思われる。

30) J. v. *Staudinger* (Fn. 3), Einl. VI, Rn. 46, S. 26.

31) H. *Nicolai* (Fn. 3), S. 51; Franz Arthur *Müllereisert*: Die Dynamik des revolutionären Staatsrechts, des Völkerrechts und des Gewohnheitsrechts, München und Leipzig 1933, S. 64; K. *Larenz* 1934 (Fn. 3), S. 24; Erich *Jung*: Deutsche Rechtsphilosophie. B. Rechtsphilosophie, in: Hans Frank: Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, München 1935, S. 32-70 (57 ff.); H. *Hildebrandt* (Fn. 3), S. 37; M. *Fausser* (Fn. 3), S. 131; J. v. *Staudinger* (Fn. 3), Einl. VI, Rn. 46 f., S. 25 f.; C. *Rothenberger* (Fn. 3), Sp. 22, 24; Erich *Jung*: Positivismus, Freirechtsschule, neue Rechtsquellenlehre, in: AcP 143 (1937), S. 28-79 (47 ff.); L. *Dikow* (Fn. 3), S. 30; Hs. Th. *Soergel* (Fn. 3), Einl. I 4 b, S. 2; K. *Larenz* 1938 (Fn. 3), S. 11; R. *Freisler* (Fn. 3), S. 65; R. *Halberkann* (Fn. 3), S. 58; K. *Kümmerling* (Fn. 3), S. 56; RGRK (Fn. 3), Einl. 8, S. 3 f.; Walter *David*: Verkehrsgewohnheit, Gewohnheitsrecht und ergänzendes Satzungsrecht, Berlin 1940, S. 35 f. しかしこれらとは異なるものもあって、C. *Dieckmann* (Fn. 3), S. 42 は法命題をそもそも「国家の命令」として承認している。

32) この見解として、F. A. *Müllereisert* (Fn. 31), S. 69 f.

33) この見解として、E. *Jung*: Positivismus (Fn. 31), S. 47; W. *David* (Fn. 31), S. 34 f.

34) ドイツ帝国（帝政ドイツ）とワイマール共和国における理論については、J. *Schröder*: Recht als Wiss. (Fn. 10), S. 297-305, 311-313.

引き合いに出されてもいる³⁶⁾しかし、起こるのは稀ながら、《慣習法は、^{Führungsentscheidung}指導による決定をも破ることができるのか》という問いが立てられた場合、これは否定される。[すなわち]一般的には次のどちらかが考えられている。一つには、それは「政治的な^{Führung}指導の価値判断によれば、^{Volkswohl}民族の福祉と^{schlechthin}とどだい両立できない」という場合、慣習法の成立が既に排除される、という考えである³⁷⁾もう一つのあり方は、「法の認識の源のすべて」を、多かれ少なかれ明白に、「政治的な指導の無条件での優位の原則」の下に置く、というものである³⁸⁾慣習法の優位を、^{a b w e i c h e n d}異なる^{Führungsbefehlen}ところの指導の命令に対しても明白に想定している著者は、存在しなかったように思われる。そうして、いずれにせよ、慣習法と制定された法との間の対立において、またしても、独裁的な原理が押し通ったのであった。

35) H. Hildebrandt (Fn. 3), S. 37; wohl auch M. Fauser (Fn. 3), S. 131; E. Jung: Positivismus (Fn. 31), S. 57; wohl auch Hs. Th. Soergel (Fn. 3), Einl. I 4 b, S. 2; RGRK (Fn. 3), Einl. I 8, S. 4.

36) Der RGRK (前の注と同じ)は、RGZ 135, 340 (345)を援用する。しかし、この決定は、1933年以前に下されている(1932年3月11日)。1933年以後の判決から関連するものは、明白な限りでは、ただRGZ 168, 193 (200-202)のみである。ここから、廃止的な慣習法の承認を実際のところ取り出し得る。しかし、当該の法律は、ナチ期ではなく、ワイマール共和国において制定された(Straftilgungsgesetz vom 9. 4. 1920)。

37) この考えにつき、参照、H. Hildebrandt (Fn. 3), S. 39. 同所は次の文献に言及している: Küchenhoff: Nationaler Gemeinschaftsstaat, Volksrecht und Volksrechtsprechung, 1934, S. 30 (筆者には入手できなかった)。類似しているが明白ではないものとして、H. Nicolai (Fn. 3), S. 51 (慣習法は「生の法則的に許容されて」いなければならない); J. v. Staudinger (Fn. 3), Einl. VI, Rn. 46, S. 25 (慣習法は「妥当している法秩序の基礎と、善良な風俗に反しては」ならない)。

38) この考えについても、参照、H. Hildebrandt (Fn. 3), S. 47. ここでは、次の文献を再度引き合いに出している: Küchenhoff (前の注と同じ)。ヒルデブランドトに従うものとして、L. Dikow (Fn. 3), S. 31. 指導の絶対的な優位というものもあり、これについては、R. Halberkann (Fn. 3), S. 65 (「命令に反するこの[シュレーダー補足: 即ち民族主義的な]秩序の準則は存在しない」); C. Dieckmann (Fn. 3), S. 35 (「総統の意思の優位」)、しかし同所は、既に、慣習法を承認していないように見える。次の文献も参照、Helmut Seydel: Fiat justitia ..., in: Deutsche Rechtswissenschaft 1 (1936), S. 180 f. (ナチの原則と反する古い慣習法は、具体的な事例において、さらに妥当するとする、ウーレ(Ule)の論文を批判する。)

4. 民族主義的法確信と、裁判官法——裁判官の審査権？

「民族主義的な」法とは、つまるところは³⁹⁾ もちろん、「^{ursprünglich}根源的な」法それ自体、すなわち民族の法感覚でもある⁴⁰⁾ これは、恒常的な慣行を必要とすらしないという点で、慣習法から区別される⁴¹⁾ しかし、それは、制定された法によって既に形成されていない場合、具体的な事例においてのみ裁判官によって（またはあるいは行政官によっても）のみ妥当させられ得る。このことによって、民族主義的な法感覚はそこで「^{sich positivieren}実定化」する⁴²⁾ だが、《その際に^{eigentlich}本来的な法源であるはずのものは何か、民族なのか裁判官なのか》については、非常に明瞭であるとは言いがたかった。妥協〔的な見解〕は、民族を「法の源泉」と呼んだり、「法の宣言の源」の枠内で裁判官法を単に「^{Ergänzungsrecht}補足的な法」と呼んだりする、という点にあった⁴³⁾ しかしながら、裁判官法を法源として分類するというのをそもそも避けるのが、大多数であったように思われる⁴⁴⁾

だが、慣習法と同様に、「根源的である」民族主義的な法は、^{Führung}指導の法定立の権利（*Satzungsrecht*）の背後に隠れる。《そもそも双方の法源が相互に衝突する可能性がある》という考えも既に拒否されている。民族（主義）の法は、指導の法と一見矛盾して見える場合には、既に存在すらしないのである。とい

39) さらなる法源。[例えば] H. Hildebrandt (Fn. 3), S. 37 が発案する「行為の法」（当人に従うものとして、L. Dikow [Fn. 3], S. 30）のようなものは、一般的には承認されていないように思われる。

40) 前掲注5を参照。

41) はっきりと強調するものとして、例えば、R. Freisler (Fn. 3), S. 66; K. Larenz 1938 (Fn. 3), S. 10.

42) そう説くものとして、参照、H. Henkel (Fn. 3), S. 29. 次の文献も参照：H. Hildebrandt (Fn. 3), S. 44; C. Rothenberger (Fn. 3), Sp. 25; L. Dikow (Fn. 3), S. 30; E. R. Huber 1939 (Fn. 3), S. 245.

43) これらの呼ばれ方については、参照、H. Hildebrandt (Fn. 3), S. 32 ff., 44; ヒルデブランドに従うものとして、L. Dikow (Fn. 3), S. 29 f. 尤も、司法になじまない別の用語で言うものとして、C. Rothenberger (Fn. 3), Sp. 24.

44) 私が「裁判官法」と「裁判慣行」という表現を発見した文献は、K. Larenz 1938 (Fn. 3), S. 10 f. のみであった。K. Larenz 1934 (Fn. 3), S. 25 は、判決は「拘束的な規範ではないが（すなわち一般的ということか？）…、『法』である」と考えている。これは、「ドイツ帝国とワイマール共和国において発展した《判決は個々の事例における法（のみ）を生み出す》という考えに対応する。これについては、J. Schröder : Recht als Wiss. (Fn. 10). S. 309.

うのも、つまるところ常に重要なのは、民族主義的な考えの解釈であり、それが裁判官によるのか総統によるのかということ、そして「総統はドイツ民族の法的良心を、裁判官よりも正しく解釈することができる」⁴⁵⁾といった事柄なのである。「彼（すなわち総統）が語った場合には、民族主義的な法の内容は、無条件的な拘束性を以て確認されている。法律によって法に訴えかけるということは不可能である」⁴⁶⁾つまり、ここでも独裁的な原理がより強力な原理である、ということが明らかなのである：裁判官による「民族（主義）の法による」訂正は問題外なのだ。

そもそも、ナチズムは、^{Führungsentscheidungen}指導による諸決定に対するいかなる種類の、実質的な裁判官による審査権というものを認めない。「総統の全能」^{Führeromnipotenz}⁴⁷⁾は、「民族の確信」を基とした統制を禁じているが、それにとどまらず、何らかの憲法上の原則に基づいた審査というものをなんでもあれ排除しているのであり、これは、先にワイマール共和国において慣例となったのと同じである⁴⁸⁾ワイマール憲法（ナチ国家においては好んで「中間的憲法（Zwischenverfassung）」と呼ばれていたのだが）はもはや妥当しなかった⁴⁹⁾そして、場合により生じうるその他のナチズムの憲法も同様に優位しているわけではなかった。なぜなら総統がそ

45) H. Franzen (Fn. 3), S. 27 f.

46) E. R. Huber 1939 (Fn. 3), S. 244; 既に唱えられていた全く類似の見解として, E. R. Huber 1935 (Fn. 3), S. 178 [邦訳 (佐藤訳・前掲 (注3) 269頁)]. 同様に, G. Dahm u. a. (Fn. 27): 「法律または命令の形態をとるところの総統の決定に対する審査権は, 裁判官に存在しない」(これは, K. A. Eckhardt, S. 131の解説によると, 「健全な民族感覚」を基にした審査を引き合いに出している); K. Larenz 1934 (Fn. 3), S. 34; H. Tigges (Fn. 3), S. 168 f. mit vielen weiteren Nachweisen; C. Rothenberger (Fn. 3), Sp. 25 f.; Hs. Th. Soergel (Fn. 3), Einl. III 1, S. 4; K. Kümmerling (Fn. 3), S. 44. 同じ帰結に至るのは, 総統の意思を無条件的に優先させる理論である。注38を参照。——奇妙ではあるがこれと異なる, 「党の職務的」な文献として, H. Nicolai (Fn. 3), S. 40; これについて, 及び著者については, J. Gernhuber (Fn. 13), S. 177 ff.; K. Anderbrügge (Fn. 13), S. 90 Anm. 65, 176 f.

47) C. Dieckmann (Fn. 3), S. 59.

48) これについては, J. Schröder: Recht als Wiss. (Fn. 10), S. 322-326.

49) これについては, Michael Stolleis: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 3. Band, München 1999, S. 316-318. 同時代における理由づけは様々であった。詳細な論究として, E. R. Huber 1939 (Fn. 3), S. 46 ff.

れをいつでも変更し得たからである。確かに、形式的な事後的な^{Nachprüfung}審査の射程や、下位にある規範定立者の統制については様々な見解が存在していた。しかし、^{Führungsnormen}指導の規範についての実質的な審査を拒否するという点においては、ナチズムの著者たちの意見は一致していたのである⁵⁰⁾

5. ここまでの結論 (小括)

我々のここまでの結論は、《ナチズムの法概念と法源論は互いに相容れない》というものである。一方で、法は民族主義的な秩序と法確信においてのみ存在するとされているが、他方で、法源である法律と総統命令は、民族主義的な法と決して一致するわけではない。「民族(主義)の法の源」である慣習法と民族の確信でさえも、^{autoritativ}独裁的に定立された法と衝突する場合には、それに引けを取るのである。

なぜナチズムの人間たちは、^{Nationalsozialisten}法源論の詳細を説明することができないような、こうした法概念を無理強いしたのか？そしてなぜ彼らは法を単に《総統(指導者)の意思》と定義しなかったのか？ナチズムの国家は、しばしば「特に外国の文献において」⁵¹⁾言われていたような、(総統の)独裁であることを望んではいなかった⁵²⁾ナチズムの国家は自らを「民族主義的な指導者国家(Führerstaat)」⁵³⁾とむしろ見ていたのであり、この国家において、総統(指導者)は民族の福祉と良心に自らを合わせているのである。この新しい国家の特

50) M. Fauser (Fn. 3), S. 150; H. Tigges (Fn. 3), S. 178; J. v. Staudinger (Fn. 3), Einl. VI, Rn. 56, S. 29 f.; O. Koellreutter (Fn. 3), S. 173 [邦訳(矢部・田川訳)前掲(注3)251頁]; Hs. Th. Soergel (Fn. 3), Einl. III 2, S. 4; A. Lobe (Fn. 3), S. 195 ff.; C. Dieckmann (Fn. 3), S. 59; R. Halberkann (Fn. 3), S. 74 ff.; J. Heckel (Fn. 7), S. 356-360; E. R. Huber 1939 (Fn. 3), S. 282.

51) こう主張するものとして、参照、R. Höhn 1938 (Fn. 3), S. 23. [原文では注52]

52) O. Koellreutter (Fn. 3), S. 12, 145 [邦訳(矢部・田川訳)前掲(注3)18頁・207頁]; H. Frank (Fn. 3), S. 38; R. Höhn 1938 (Fn. 3), S. 23; C. Dieckmann (Fn. 3), S. 33 (独裁については明白には語っていない: 総統は「総統が望むことを、絶対的な支配者の権限に命じてはならない」); E. R. Huber 1939 (Fn. 3), S. 211. [原文では注51]

53) このG. A. ヴェルトツ(Walz)による表現が定着したと思われる。参照、例えば、K. G. Hugelmann (Fn. 12), S. 180: 「ヴェルトツに帰する語の使用によれば、我々は第三帝国を民族的な指導者国家として語っている」。これについては、M. Stolleis (Fn. 49), S. 332を参照。

質は、《この国家が古い「自由主義的で」「形式主義的で」「実証主義的」な法概念を克服した⁵⁴⁾》という点にあったのであろう。つまり法は実定法律にのみ存在するというだけではなく、民族から離れた立法者の任意の指令がそのまま法であるというのでもない。民族主義的な生活秩序と、民族の法感覚に相応するもののみが法とされたのであったのであろう。そのことにより、リベラルな価値多元論と、国家の世界観的な中立性は無用となったのであった。以前の任意性^{Beliebtheit}の代わりに、ナチズムの確かな世界観が出現したのであった。裁判官は、自らが「諸見解のカオスにもはや対峙してはいない」ものと理解し、「ナチズムの世界観において、確かで統一的な判断の基礎」⁵⁵⁾を有していた。裁判官はいまや「民族の世界観が完結している状態が再度達成された時代」に生きていたのであった⁵⁶⁾。

民族主義的な法概念は、つまり、民族に対しては媚びてその法感情を貫徹することを約束し、法律家に対しては、この法概念が法的安定性^{Rechtssicherheit}を与えることを約して彼らを安心させたのであった。独裁^{Diktaturvorwurf}だとの非難に対して、この法概念は弁護的な機能を果たした。《民族主義的法概念は、ナチズムの国家に、その法秩序の正当性を基礎づけるということに役立った》とすることができる。重要なのは、法理論的—学問的な概念ではなく、政治的—プロパガンダ的な概念なのである。《そうした概念が法源論の細部の点に合わない》といわれても、まあ驚くものではない。

54) 実証主義に対しては、例えば、H. Stoll (Fn. 3), S. 17; C. Schmitt 1934 (Fn. 3), S. 30 [邦訳 (加藤・田中訳) 前掲 (注3) 264頁]; K. Larenz 1934 (Fn. 3), S. 4, 11 ff.; H. Lange (Fn. 3), S. 935; M. Fauser (Fn. 3), S. 131; Bericht (Fn. 12), S. 435; O. Koellreutter (Fn. 3), S. 54 f. [邦訳 (矢部・田川訳) 前掲 (注3) 79-80頁]; L. Dikow (Fn. 3), S. 15; R. Freisler (Fn. 3), S. 16; E. R. Huber 1939 (Fn. 3), S. 49. — 自由主義に対しては、例えば、H. Hildebrandt (Fn. 3), S. 28; M. Fauser (Fn. 3), S. 131; J. v. Staudinger (Fn. 3), Einl. VI, Rn. 56, S. 29; O. Koellreutter (Fn. 3), S. 173 [邦訳 (矢部・田川訳) 前掲 (注3) 251頁]; E. R. Huber 1939 (Fn. 3), S. 49. — 形式主義に対しては、例えば、H. Stoll (Fn. 3), S. 17; R. Freisler (Fn. 3), S. 56; E. R. Huber 1939 (Fn. 3), S. 49.

55) R. Halberkann (Fn. 3), S. 87.

56) R. Freisler (Fn. 3), S. 70.

Ⅲ. 近代の法概念論・法源論の文脈

ナチズムの理論は、法理論に関する近代の展開にどう当てはまるのか？ それより以前の法概念・法源論も分解していたのか、ナチズムの(実際のところ) ^{autoritär-diktatorisch} 独裁的な理論にとって模範は存在するのか？ 4つの展開の段階が区別される⁵⁷⁾

1. 最初期の近代

1500年から1650年までの間、支配的であったのは、「価値含有的(werthaltig)」法概念であった。法とは常に、^{g e r e c h t} 正しいまたは^{v e r n ü n f t i g} 理性的な規範のみである⁵⁸⁾ しかし、この概念は、法源論の隣に無関係に存在しているわけではなく、法源論において連なっているのである。法律も理性的でなければならない。トマス・アクィナス(Thomas von Aquin)は法律を「共同体への^{S o r g e} 配慮に責任がある者への理性的な命令」と定義し⁵⁹⁾ この思想は17世紀早期まで持ちこたえたのであった⁶⁰⁾ ウールリッヒ・ツァジウス(Ulrich Zasius)によれば、法律はそれ自身が自然法に他ならず、自然法の最終的そして「^{a u s s e r g e f o r m t e s t} 最も形が仕上げられた」段階のもの、とされるのである⁶¹⁾ それは、神の-自然の法に反する場合、つまり非理性的であるまたは正しくないというときは、既に法律でさえない⁶²⁾ その限り

57) 以下は、拙著：Recht als Wiss. (Fn. 10), S. 9 ff., 992 ff., 193 ff., 281 ff.における私の記述が基礎となっている。

58) この典拠については、J. Schröder : Recht als Wiss. (Fn. 10), S. 9 f.

59) Thomas von Aquin : Summa theologiae II 1, quaest. 90, art. 4 (「quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata」)。[邦訳：トマス・アクィナス(稲垣良典訳)『神学大全 VIII』(創文社, 1977年)12頁「共同体の配慮を司どる者によって制定され、公布せられたところの、理性による共通善への何らかの秩序づけ」]

60) 例えば, Dietrich Reinkingk : Tractatus de regimine seculari et ecclesiastico (1619), 5. Aus., Frankfurt am Main 1651, lib 2, class, 2, cap. I, Nr 10, So. 786 (「一定のルールにおいて把握された、徳と生活の在り方」, 翻訳はシュレーダーによる)。

61) Ulrich Zasius : Opera Omnia, hrsg. von J. U. Zasius und J. Münsinger von Frundeck, I, Lyon 1550, zu D. 1, 1, 2, § „Huius studii“, Nr. 41, S. 128.

62) Franciscus Suarez : Tractats de legibus ac deo legislatore (1612) = Opera omnia, hrsg. von C. Berton, V/VI, Paris 1856, lib. 3, cap. 19, § 11, S. 252 („lex injusta non est lex“ [不正な法は法ではない])。

で、ある種の「裁判官の審査権」も存在したのであった⁶³⁾ 同様に、慣習法の理論も、価値含有的な法概念により特徴づけられていた。慣習法の前提には、《それが「合理的 (rationabilis)」であること、理性的なものであること、つまり、いずれにせよ自然の法または神の法に反するものではない》ということが属していた⁶⁴⁾ 即ち、ここに存在していた法理論は、内的に首尾一貫したものであり、尚も神の—自然の法の考えに全く特徴づけられていたものであって、19世紀と20世紀の思想世界からかけ離れていたものであった。

2. 17世紀末期と18世紀の絶対主義的法理論

17世紀の半ば以降、新しい^{w e r t f r e i}没価値的な法概念が広く受け入れられた。この法概念はその^{Entstehung}成立を、推測するに、宗教戦争と市民戦争に負っている(出典に即した形では証明できるわけではないけれども)。戦争の経験から、この理性や正義についてさらに争いをするよりも、そもそもなんらかの確かな法を持つほうがよいと思うようになった。いまや実定法は立法者の命令に過ぎぬとされ⁶⁵⁾ この命令は、その「裸の恣意」からでさえ生じ得る、とされるのである⁶⁶⁾ 当然の帰結として、法律もまた、立法者の命令に他ならない⁶⁷⁾ これに関する最も有名な定式を、既に1651年にトマス・ホッブズ(Thomas Hobbes)

63) この典拠については、例えば、J. Schröder: „Pluralisierung“ als Deutungskonzept für den Wandel der Rechtstheorie in der frühen Neuzeit?, in: J.-D. Müller u. a. (Hrsg.): Pluralisierungen – Konzepte zur Erfassung der frühen Neuzeit, Berlin etc. 2010, S. 95-116 (100 f.).

64) この例として、U. Zasius (Fn. 61), zu D. 1, 3, 32, Nr. 64, 68, Sp. 406, S. 205. これについては次の文献も参照: Siegfried Brie: Die Stellung der deutschen Rechtsgelahrten der Rezeptionszeit zum Gewohnheitsrechts, in: Festgabe für Felix Dahn zu seinem 50. Doktorjubiläum, I, Breslau 1905, S. 131-164 (148 ff.).

65) 例えば、Justus Henning Böhm, Introductio in ius Digestorum (1704), I, 9. Ausg., Halle 1756, lib. 1, tit. 1, § 14, S. 10: „Jus humanum seu civile a legislatore homine derivatur“, und noch Immanuel Kant: Die Metaphysik der Sitten, I. Theil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 2. Aufl., Königsberg 1798, S. 44 (B1): 「立法者の意志から生じる実定(制定)法」.[邦訳: 樽井正義・池尾恭一訳『カント全集 11 人倫の形而上学』(岩波書店, 2002年) 57頁, 訳においては「実定」の上に傍点があるが省略した。]

66) そう説くものとして, Samuel Pufendorf: De jure naturae et gentium libri octo (1672) = ders.: Gesammelte Werke, Band 4 (hrsg. von F. Böhling), Berlin 1998, lib. 2, cap. 3, § 24, S. 163.

が発見していた：「権威が法律を作るのであり、真実が作るのではない」⁶⁸⁾ 慣習法も同様に、いまや立法者に依存するのである。慣習法は、少なくとも立法者の「一般的な」同意を必要とするのであり、慣習法は（部分的）廃止の力を、立法者の特殊な許可に際してのみ有するか、またはそもそもはや有しない（その例としてプロイセン一般ラント法序文60条）⁶⁹⁾ 確かに、実定法と並んで、自然法も承認はされた。しかし自然法は次第に⁷⁰⁾ 補助的な法源へと衰退していき、⁷¹⁾ 実定法の欠缺に際してのみ影響したのであった。ある法律が自然法に適合的か否かについて裁判官が審査する権利は、もう存在しない。そうして、絶対主義の法概念と法源論もまた、^{geschlossen}まとまった総体を形成するのであって、しかしその根本原理は、いまや法の理性性ではもはやなく、立法者の命令なのであった。法形成は立法者の^{Gewalt}権力の独占となった。この立法者の権力について、もし言いたいのであれば、「指導」と呼んでもよい。ここには、実際のところ、ナチズムの法源論との類似性が存在する。

3. 歴史法学（派）

それから、歴史法学は、19世紀早期の政治的に復古的な諸観念とパラレルな形で、民族に端を発する法理論を展開した。根源的な法源は、民族精神また

67) 例えば, Samuel Pufendorf: De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo (1673) = ders.: Gesammelte Werke, Band 2 (hrsg. von G. Hartung), Berlin 1997, lib. 2, cap. 12, § 1, S. 80 (De jure des höchsten bürgerlichen Herrschers); Codex Maximilianeus Bavaricus civilis (1756), 1. Theil, 1. Kap., § 3 („Oberherrschaftliches Geboth“).

68) ラテン語版は次の通り: Thomas Hobbes: Leviathan (1651) = ders.: Opera philosophica quae latine scripsit omnia (hrsg. von W. Molesworth, 1839-1845), III, 26. Kap., S. 202. [同書の代表的な訳書の対応する箇所であるホップズ (水田洋訳) 『リヴァイアサン (二)』 (岩波書店, 1992年改訂版) 178頁には, シュレーダーがドイツ語に訳したラテン語の原文「sed auctoritas, non veritas, facit legem.」に対応する訳文は見当たらない。]

69) J. Schröder: Recht als Wiss. (Fn. 10), S. 108-110, 115 f.

70) 特に, 18世紀の時の流れにおいて, 「神の」法を法源として排除するということとの関連 [が重要であり,] これについては, Jan Schröder: „Gesetz“ und „Naturgesetz“ in der frühen Neuzeit, Stuttgart 2004, S. 26-28.

71) 例えば次の文献を参照: Gottlieb Hufeland: Lehrbuch des in den deutschen Ländern geltenden gemeinen oder subsidiarischen Civilrechts, I, Gießen 1808, S. 29: 「全ての妥当している実定法律は, 自然の法 [律] に優先する」。そして全体については, J. Schröder: Recht als Wiss. (Fn. 10), S. 113-115.

は民族意識である⁷²⁾ ナチズムの人間たちが好んで「民族精神」を援用するために、⁷³⁾《歴史法学との本質的な一致が本当に存在するか》が問われるべきである。このことは、法律の概念に際しては、これが「既に存在する民衆法^{Volksrecht}^{訳注4)}」を認めさせるもの、[つまり、]ただその「機関」であるべきだという場合には、⁷⁴⁾ そうであるように思われる⁷⁵⁾ しかし、ナチズムの法律家たちが実際にはそれを超えて《法律は民族を「教育」することも可能であり、そうであるべきである》とする一方で、サヴィニーは、政治的な立法に対しては、「法の不毛な墮落を帰結し易い」として、⁷⁶⁾ これに懐疑的であった。違いがより明白となるのは、慣習法に際してである。歴史法学は、ナチズムとは異なり、何らかの制約を設けることをしないで、法律を(部分的に)廃止する慣習法も承認した⁷⁷⁾ 制定された法の優位は、「学説法」に対しても存在しない⁷⁸⁾ むしろ、学問

72) Friedrich Carl v. Savigny : Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, S. 8, 14 [邦訳: サヴィニー(大串兎代夫譯)『法典論争』(世界文學社, 1949年) 22頁・28頁/守矢健一訳「F. C. サヴィニ『立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命について』(その二)」大阪市立大学法学雑誌 60巻 1号 (2013年) 60-61 (一七〇-一七一) 頁・68-69 (一六二-一六三) 頁]; ders.: System des heutigen Römischen Rechts, I, Berlin 1840, S. 14 [邦訳: サヴィニー(小橋一郎訳)『現代ローマ法体系 第一巻』(成文堂, 1993年) 42頁]; Georg Friedrich Puchta : Pandekten, 5. Aufl., besorgt von A. A. Rudorff, Leipzig 1859, § 10, S. 17.

73) 例えば, H. Nicolai (Fn. 3), S. 27; K. Larenz 1934 (Fn. 3), S. 9; H. Franzen (Fn. 3), S. 14; M. Fauser (Fn. 3), S. 132 Anm. 4; O. Koelbreutter (Fn. 3), S. 131; L. Dikow (Fn. 3), S. 20; W. Schönfeld (Fn. 3), S. 212, 215. ただし, 時折, 歴史法学の民族精神の理論との諸相違が強調されてもいて, つまり, それらが発せるところは人類からのみであって, 人種からではない, とされる: J. v. Staudinger (Fn. 3), Einl. V, Rn. 30, S. 15; wohl auch H. Nicolai (Fn. 3), S. 27 f., または, 歴史法学が立法者の行為の契機をあまりにも過小評価している, という意見もある: Fauser, Schönfeld, auch H. Stoll (Fn. 3), S. 21. 諸関連については, 次の文献も参照, Joachim Rückert : Das „gesunde Volksempfinden“ – eine Erbschaft Savignys ?, in: ZRG (Germ. Abt.) 103 (1986), S. 199-241, wieder in ders.: Savigny-Studien, Frankfurt am Main 2011, S. 477-521.

74) 参照, F. C. v. Savigny : System, I (Fn. 72), S. 39. [邦訳: サヴィニー(小橋訳)前掲(注72) 60頁, 小橋訳では「民族法」となっているが, 本邦訳では「民衆法」とした。]

75) 参照, F. C. v. Savigny, 前注と同じ。

76) F. C. v. Savigny : Vom Beruf (Fn. 72), S. 16. [邦訳: サヴィニー(大串譯)『法典論争』前掲(注72) 31頁/守矢訳「F. C. サヴィニ『立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命について』(その三)」大阪市立大学法学雑誌 61巻 1・2号 (2014年) 75 (四一二) 頁, 本邦訳では守矢訳に拠った。]

は、法秩序の内的な体系へのより良い洞察を有していることに基づいて、成文法をも修正できるもの、とされたのである⁷⁹⁾再三、つまり、法概念に相応して、民衆法または法曹法が、法律に対しても貫徹したのであった。歴史法学の、それ自体においては調和のとれたこうした全体像は、ナチズムの矛盾しているが本質的には独裁的な法理論とは無関係である。

4. ドイツ帝国（帝政ドイツ）とワイマール共和国

19世紀の最後の3分の1において、法理論は意思主義的法概念（*ein voluntaristischer Rechtsbegriff*）へと移行した。この意思主義的法概念によると、法は「意思」または「意思表示」である⁸⁰⁾しかし、絶対主義におけるのとは異なり、《ここでは、国家の意思のみが問題なのか、それとも組織化されていない法共同体の意思も重要となるのか》については、未決定のままである⁸¹⁾確かに、法律が国家の意思表示であるということは、否定されない。しかしながら、慣習法に際しては見解が分かれている：一方によれば（大多数が公法学者である）、国家の容認が必要とされるが、他方の見解によれば（大多数は私法学者である）それは必要でない、とされる。慣習法により法律を部分的に廃止するということは、原則としては許容されており、これは国家に親和的な「容認説」の支持者も認めるところであって、即ち、国家が慣習法を認める場合、またはただそれを禁止していない場合に、いずれにせよ許容されたのであった。[もともと、]新たに次のような考えが次第に形成されていった。つまり、

77) Georg Friedrich Puchta : *Das Gewohnheitsrecht*, II, Erlangen 1837, S. 203 ff., 211 ff.; F. C. v. Savigny : *System*, I (Fn. 72), S. 194-196 [邦訳：小橋訳・前掲(注72)185-186頁]；Georg Beseler : *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, 2. Aufl., Berlin 1866, § 32, S. 88-90.

78) この新しい法源についてまとめたものとして、J. Schröder : *Recht als Wiss.* (Fn. 10), S. 201 f.

79) G. F. Puchta : *Pandekten* (Fn. 72), § 18, S. 29 (法規 (Rechtsvorschrift) は、「学の法」によって制約され得る), Heinrich Thöl : *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, Göttingen 1851, S. 149 (学問的に発見された原理に相応した形での、法命題の制約または変更)。

80) 個々の点については、J. Schröder : *Recht als Wiss.* (Fn. 10), S. 281 ff.

81) 国家の意思については、例えば、Hans Kelsen : *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911), unv. Nachdruck Tübingen 1923, S. 97. 民族の意思についても、例えば、Heinrich Dernburg : *Pandekten*, I, 5. Aufl., Berlin 1896, § 19, S. 43, § 26, S. 58 f., § 27, S. 60 f.

定立された法規範の下には、状況によっては裁判官の規範統制を必要とするところの序列が存在する、というものである⁸²⁾。法概念と法源論とが分解することは、見解が多種多様であったにも拘らず、私見によればどこにも確認され得ない。要するに、ワイマール共和国の法源論は、ナチズムにおいて主張されたように「制定法実証主義」だというわけでもなく、またナチズムの理論との本質的な一致を示すものでもないのである⁸³⁾。

Ⅳ. むすびに

展開を総じて見ると、17世紀末と18世紀の絶対主義的な^{Doktrin}学説がナチズムの法源論に最も近い⁸⁴⁾ [これらに] 共通しているのは次の諸要素である。国家は——それはすなわち権力分立を欠いており、君主か^{Monarch}「指導」^{Führung}である——法の創造を独占している。慣習法や「裁判官法」がそれに加えて形成され得るのは、指導がそれを許容するか、制定法が沈黙している場合のみである。指導により定立された法についての裁判官の事後的審査は存在しない——これらが共通の諸要素である。

しかし、ナチズムの法概念と法源論との間の矛盾 [について] は、近代の法理論において、模範は存在しない。我々が考えてみたところでは(上記Ⅱ. 5.)、民族主義的な法概念はとりわけプロパガンダ的な性格を有していたのであって、そしてそれは、体制の^{Legitimationsdefizit}正統性の欠損を充填すべきもの、とされたのであった。そうした正当化の必要は絶対主義の法理論において存在しなかったよう

82) これについては、Christoph Gusy: Richterliches Prüfungsrecht. Eine verfassungsgeschichtliche Untersuchung, Berlin 1985; J. Schröder. Recht als Wiss. (Fn. 10), S. 316-318, 322-326.

83) [この] 違いは、とりわけ、国家の法創造の独占を拒否するということが広まっているという点と、ワイマールの法理論により裁判官の審査権は承認されている、という点に存する。そうだからといって、ワイマール共和国からナチズムへの一定の法理論的な「連続性」が否認されるべきではない。これについては、例えば、O. Lepsius (Fn. 13), S. 14 ff., 254 ff., 342 ff. しかし、ナチズムの法源論に関しては、Lepsius (S. 382) が否認する「連続性の分断」が実際のところ存在する。

84) このことは、B. Mertens (Fn. 11), S. 92 が考察するように、法定立の形式の多様性についても妥当する。

に思われるし、何となればそれは、国家の自然法的な正統性と、その^{das gemeine Wohl}公共の福祉⁸⁵⁾への拘束がまだ重大な形では疑われていなかったからである。価値相対主義の時代においてはじめて、独裁が、自らが優れていると言っている世界観を実現した、と明白に宣伝しなければならなかったのであった。

訳者による注

訳注 1) もとの論文の標題にもある「Neuzeit」およびこの「neuzetlich」は、端的に近代と訳されることが多い。しかし、シュレーダーは、1500年以降、今日までも続く意味で使用している。本翻訳では、基本的には近代としているが、シュレーダーの意図を含んで理解してもらいたい。

訳注 2) この原語は「modern」で、通例は文字通り「現代」と訳すところではあるが、シュレーダーは、終戦以降のナチズムに関する二次文献・研究文献を意味している。

訳注 3) この原語は「Volksrecht」であり、法制史の文脈では、例えば、ベーゼラー (Georg Beseler) などの文献に際して、「民衆法」と訳されている。しかし、シュレーダーは、ナチズムの文脈においては、この「Volksrecht」概念を「das „völkische“ Recht」すなわち民族主義の法と同義としている。さらに、この「Volksrecht」概念の対概念として考えられているのは、本文のすぐ後に出てくる「指導の法 (Führungsrecht)」である (例えば、ベーゼラーにおける「法曹法 (Juristenrecht)」ではない)。翻訳では、民族主義という側面を残しつつも、Führungsrecht との対比のニュアンス (つまり Führung に対する Volk との密接性) を何とか醸し出すため、主義を丸括弧で括り、「民族 (主義) の法」と訳出している。

訳注 4) この「3. 歴史法学 (派)」における Volksrecht は、訳注 3) において説明した《ナチ期における Volksrecht》概念とは異なり、歴史法学前後におけるいわゆる民衆法を指している。

[訳者より]

本翻訳は、注*にも記したとおり、ユルゲン・ヴァイツェル教授 (ヴェルツブルク大学) の70歳の記念論文集である『変化における法——法の変化』(Böhlau, 2014年)に、ヤン・シュレーダー教授が寄稿された論文を翻訳したものである。翻訳に際して、原著者のシュレーダー教授と、同論文集の編者の

85) 例として、次の文献のみ挙げる: Gottfried Achenwall/Johann Stephan Pütter: Elementa iuris naturae, Göttingen 1750, § 539.

イグナシオ・チェグーン教授 (Prof. Dr. Ignacio Czeguhn, ベルリン自由大学), 出版社の Böhlau 社から許諾を得た。心より御礼申し上げる。

ヤン・シュレーダー教授 (Prof. Dr. Dr. h.c. Jan Schröder) については、我が国でも既によく知られており、訳者からの説明は不要であろう。教授のご経歴と主要業績については、ヤン・シュレーダー (石部雅亮編訳) 『トピック・類推・衡平 — 法解釈方法論史の基本概念 —』 (信山社, 2000 年) に収められた、石部雅亮教授による解説 (同書 151-173 頁) を参照されたい。

訳者の服部は、2014 年 9 月冒頭から 2015 年 9 月冒頭まで、テュービンゲン大学にて国外研究に従事していた。同地に滞在中に、兼ねてから存じ上げていたシュレーダー教授のもとを度々訪れ、法律学方法論をはじめとして、教授のご見解やドイツの議論状況などにつき、多くのことを学ばせて頂いた。また、教授のご自宅にも数度にわたりお招き頂いたほか、奥様のエリカ・シュレーダー博士 (Frau Dr. Erika Schröder) からも何かとお氣にかけて頂いた。

シュレーダー教授には、国外研究中に、私の研究に関して多くの示唆を頂いたことに加え、本翻訳の許可を御快諾頂いたこと、さらには訳者の質問について、ごく初歩的な次元に属するであろう言語的なものや基本概念に関するものまで丁寧にお答え頂いた。記して感謝申し上げます。

シュレーダー教授は、この論文においてもご自身で引かれている (注 10 など)、大著『学としての法』 (Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933)*, 2. Aufl. 2012) をはじめ、近代以降今日に至るまでの西洋法制史の根幹に関わる重要な研究を進めてこれられている (同書の初版については次の文献がある: 松島裕一「解釈概念の歴史的展開 — J・シュレーダーの『学としての法』の紹介 —」法哲学年報 2005 (2006 年) 176-184 頁)。2010 年には教授ご自身の論文集も公刊されている (Jan Schröder (Thomas Finkenauer, Claes Peterson und Michael Stolleis (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Neuzeit. Geschichte, Theorie, Methode. Ausgewählte Aufsätze 1976-2009*), 2010)。この論文集公刊以降も、教授の研究活動はとて

もエネルギーであり、数多くの論文を執筆・公表されている。その中から、本邦訳の基の論文を翻訳したいと思った所以は、シュレーダー教授の最近のお仕事が時代を下り（ようやく）ナチ期に入ってきたなかで、教授の最新の見解を学びたいということ、そして同論文に対して私の法哲学的・法律学方法論的関心が強く働いた、という事情にある。もう一言加えれば、論文の後半で展開されている、近代の法概念論・法源論に関するシュレーダー教授の見解——それは上述の大作：『学としての法』において詳細に展開されている（注57参照）——が簡にして要を得たものとなっていることも、翻訳の大きな動機付けとなっている。

肝心の論文の内容については、実際に読者にお読み頂くほかない。膨大なナチズム関係の史料が渉猟されているほか、ナチ期における法概念・法源論が手際よく整理・分析されており、翻訳の過程でも多くのことを随時学ばせて頂いた。教授のテーゼのみならず問題設定自体が、我々（とりわけ日本の法哲学者・法制史学者）にとって示唆するところが大きいことは疑いないところである。

翻訳に際しては、《できるだけ自然な日本語に訳すこと》が最も重要な課題であると受け止めながらも、訳者の語学能力の未熟さもあり、まずは、《原文の内容の正確な訳出》を第一に心がけ、誤訳を極力減らすために、冒険的な意訳よりも、堅くなった向きもあるが、逐語訳を志向した。無論、誤訳・誤読のおそれは払拭できず、その原因はひとえに訳者の服部にある。以下、一般的に心掛けた事項を付記しておく。

重要なキーワードや人名は、原語の直後に丸括弧にくくり示している。また、訳者によりニュアンスなどの点で訳語が分かれると思われる語句については、不自然に見えるかもしれないが、訳語の上に原語をルビでふり、原語と訳語との対応関係を分かりやすく提示している。加えて、ナチ期という特定の時代を背景とした語句をめぐり、研究者により当てる訳語も分かれるところである。本邦訳では、「Nationalsozialismus」を「ナチズム」、「völkisch」を「民族主

義的)、「Führer」については文脈でヒトラーを指すことが明らかな場合は「総統」(それ以外の場合には「指導者」)、「autoritär」は「独裁的」と訳出した。とりわけ後三者については、他の訳語も考えられるが、シュレーダー教授ご自身がこれらの単語を以て意図されているところを伺い、上記の訳語を(硬直的だが統一的に)使用することにした。

原文における斜体は、キーワードに関するものは傍点に、人名(とりわけ注内)に関するものはそのまま斜体になっている。

角括弧[]は、本文においては基本的に訳者の服部による補足であるが、脚注内においてシュレーダー教授が使用されている場合には、その旨を明記している。

二重山括弧《 》は、訳出にあたり、長い節・句を整理するために使用している。この《 》の使用については、シュレーダー教授より許可を得ているが、個々の箇所における使用は、無論、服部の翻訳上の作業の必要性によるものであることを念のため断っておく。

なお、原文におけるいくつかの誤植・誤記(とはいえ、注内におけるコンマやピリオドの脱落や、セミコロンなどとの書き間違いなどがほとんどである)については、訳者の服部が気付く限りで、シュレーダー教授に確認を行い、訳者の責任で訂正を加えている。

注内で引かれている文献の邦訳については、できるだけ幅広く存否を確認したが、見落としがあることも否めず、それもひとえに訳者(服部)の責任である。

本翻訳は、2014年度国外研究の成果の一部である。