

# 資料翻訳・オットー・フォン・ギールケ『法と戦争』（1915年）

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2023-03-22 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 庄子, 良男 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://tohoku-gakuin.repo.nii.ac.jp/records/25048">https://tohoku-gakuin.repo.nii.ac.jp/records/25048</a>

論 説

資料翻訳・オットー・フォン・ギールケ  
『法と戦争』（1915年）

庄子良男訳

【訳者まえがき・法と戦争】

一 以下に訳出したのは、ギールケが1915年に発表した論文「法と戦争」である。それまで公法と私法のほとんど全領域を対象に浩瀚な研究を展開してきたギールケであるが、最晩年に勃発した世界大戦を機に、改めて法の根本問題に取り組んだのである。本論文は、緊密で重厚なものであり、内容については贅言を控えたいが、章立ても注もないので、テーマと構成について若干の説明をしておきたい。

二 ギールケは、平和法と戦争法のいずれもが法の対象となるとしたうえで、そのことが、どのように「法の本質」から調和的に説明できるかを本論文の中心テーマとしている。そしてそのためには、「法と権力の関係」の解明が必要であるとして、その本格的検討に入るのである。

i ところで、この「法と権力の関係」にいう「権力」の概念は、幅のある概念であって、彼によれば、これには法に内在する内的権力（4頁）もあれば、国家に由来する外的権力（5頁）もあるほか、国家に由来しない自力救済などの外的権力（9頁）も入る。従って「法と権力の関係」の考察は、当然に「法と国家の関係」のそれを含むが、それに止まらず、それ以上の拡がりをもって限りなく法でも国家でもない外的権力といえるもの、または、法そのものの内面的なものにまで及んでゆくことになっている（例えば、ギールケ「法と道徳」1917年〔オットー・フォン・ギールケ『歴史法学論文集・第二巻』庄子訳、2019年、信山社、353-421頁〕では、

法と道徳、道徳律や風俗の関係が主に民法を中心に詳論されているが、公法や国際法にも言及される）。

ii 他方、権力との関係における「法」の概念もまた、同様に幅のある概念であって、国家の強制力を背景に完全な実現を持つ場合（5頁）を最大限として、国家以外の外的権力を持つ場合（9頁）、ただ内的権力のみを有するだけの場合（4, 12頁）から、蹂躪されてそれを支持する法意識の中でのみ生き続ける状態（11, 21頁）、さらには、新法が登場して歴史の中で再登場を待つだけの旧法の状態（15, 26頁）まで、広範な意味で用いられている。

要するに、それぞれ幅のある概念である法と権力の関係の解明をとおして、ギールケの「法の本質論」が隈なく展開されていくのである。

iii なお、これと関連して、本論文では、以上の、法と戦争、平和法と戦争法、法と権力のほかにも、国内法と国際法、権力なき法と法なき権力、法と法破壊、旧法と新法など、様々な対概念がテーマとして登場してくるが、いずれの場合も概念をその両極端を含む広い視野の下に捉え、それぞれのテーマのずれと移動のつど新たな陰影濃淡において現れてくる現実の姿を総合的に捉えようとしている。この点には、ゲノッセンシャフトとヘルシャフト、コルポラチオンとケルパーシャフトなどを対概念として『ドイツ団体法論第一巻』（1868年）庄子訳（2014-15年・信山社）を執筆した若き日のギールケの分析方法に通ずる特徴が本論文にも現れており、ギールケの教え子にあたるM. ウェーバーのいう社会科学の方法論的概念としての理想型の先駆的思想が、すでにギールケによって把握され、晩年に至るまで実践されていたと思われることを指摘しておきたい。

三 本論文における「法と権力の関係」の解明は、実質的に二つの部分から構成される。その第一考察の部分では、国内法（3-11頁）と国際法（11-21頁）について扱われる。

i まず国内法については、法秩序の本質的機能は、人間活動に可能性

と限界を設定して、合法・非合法を宣言することにより、この法の権力は内的権力に過ぎず、宣言内容の強制的実現のためには、法以外の外的権力を必要とすること（4頁）、法の実体は共同体の確信であり、法形成の導きの星は人間が生まれながらに持つ正義の理念であり、法の通用性の源泉は法意識であること（5頁）、法の存続は、その内的権力によってのみ保証されること（6頁）、法は、国家によって初めてその実現に必要な外的強制力を獲得し、国家は法によって初めて完全な力を持つこと（6頁）、国家は戦争に必要な国力の維持と増加のために戦争法を必要とすること（7頁）、現行戦争法は平和法以上の内的権力を有していること（8頁）、全ての法は、法であるがゆえに通用し、法が無法な権力によって蹂躪されることによって、いまだ通用する法であることをやめないこと（11頁）、などが指摘される。

ii 次に、国際法についても、「法と権力の関係」は、国内法と平行であるとの認識が示される。すなわち、全ての諸国民によって国際法は法と認められていること（11頁）、あらゆる国家は諸民族共同体の構成員で、慣習と条約により宣言された国際法規範を共同体の確信の表現と感じていること（12頁）、国際法に違反する者も、違反の事実を認めず、国際法を味方とすることに腐心していること（12頁）、第一次的には平和法である国際法も、主権国家に戦争遂行権を認めて戦争を合法化していること（13頁）。国内法では例外的な自力救済が国際法では唯一の強制手段となっていること（13頁）、しかし自力救済の発動条件を規律できないため、戦争における法と不法については戦争結果だけが決定することになること（14-15頁）、ハーグやジュネーブでの諸規約等により戦争の人間化の努力が行われたこと（16-18頁）、すべての国際法規則の背後には、外的強制力以外の強制力は存在しないこと（18頁）、現在の戦争では、戦争国際法の不完全性と不確実性が現れていること（19頁）、しかし国際法は諸民族の共同意識の中で生きており、その内的権力を確保していること（20頁）、国際法に肩を竦め嘲笑

する傾向は、国家的に強制可能な法律規定と圧倒的に取り組むゆえの法解釈の浅薄化によるものであること（21頁）、などが詳論される。そして、以上のように、国際法は「原始的な、生成中の、未完成の法であること」から、全ての法に根源的なもの本質的なものが明らかになる（22頁）として、法理念の価値と意義に言及し、法律家の使命は法に内在する正義の理念の前進的な実現である（22頁）、という。そのうえで、引き続く「法と権力の関係」の考察の第二部分に入っていく。

四 第二考察では、それまでの考察を一層深めて、法が権力に敗北する場合、とくに法の破壊（クーデターなど）とその治癒という問題について詳論している（23-26頁）。

i この第二考察と先の第一考察の関係であるが、第一考察では、法そのものが実現されるべきものとする前提で議論が展開されているが、第二考察では、法そのものが人類文化の一分野に過ぎず、共同生活の目的は正義の実現に限られないとの視点から、法が全体のために他の価値に譲らなければならない場合、すなわち法の敗北、法破壊の場合がありうることを、正面から取り上げる。

ii すなわち、この法破壊によって「法なき権力」と「権力なき法」とが生ずるが、両者の分裂は、最終的には共同体の解体に導くか、または権力と法の調和を達成して分裂の終わりに到達すること（23頁）、このことは、国家内部の組織体制をめぐる格闘と対外的な支配領土をめぐる格闘として現れ、それが世界史の内容となること（23頁）、その際における権力と法の調和による法破壊の治癒の遅速等は、抑圧された旧法に残る内的権力の程度にかかること（25頁）、法破壊は、最も有利な場合でも法世界に傷を与え、法発展の歴史的連続性が犠牲にされること（25頁）、敗れた旧法も完全に消滅してしまうのではなく、旧法の意識が民族の確信の中に生き続ける限りで、生き続け、世界史の再審を待つことになること（26頁）、そして「全ての法生活を、法と権力との間の上下に波打つ闘争が動かす」こと

（26頁）、などの認識が示される。

五 本論文における国際法の議論は、侵略戦争が認められ、平和に対する罪も人道に対する罪も国際犯罪とは認められていなかった当時の状況を前提としているが、法と権力の関係の解明からの法の本質に関するギールケの理論は、今日でも訂正の余地なく妥当するものと思われる。このほか、彼が、行論の中で、ドイツ国家の国内法・国際法に対する法誠実を主張し（9, 27頁）、随所に熱烈な愛国的心情を披瀝し（8, 20頁）、そして、法理念に裏打ちされた法律家の高尚な使命を強調していること（22, 27頁）、なども注目される。しかし、これらは、ギールケの素朴で誠実な人柄を示すのみならず、危機の時代に直面して祖国の運命と祖国民の意識を救うという社会的使命に応えようとした彼の学者的な情熱に由来するものと理解したい。

なお、国家は法の被造物でもなく、法も国家の被造物ではないとする、法と国家の対等性に関するギールケの見解（5-6頁）は、彼のごく初期の論文「国家法の基本的諸問題と最近の国家法諸理論」（1874年）や「ラーバントの国家法とドイツの法科学」（1883年）〔いずれもギールケ『歴史法学論文集・第一巻』庄子訳（2019年、信山社）に所収（101-213頁、375-496頁）〕でも、既にかなり詳しく展開されており、本論文でも、その根幹部分は本質的に変わっていない。法と権力に関する本論文は、ギールケが生涯をかけて考え抜いた思索の結晶として、味読されるべきものであろう。

【以上、訳者まえがき終わり】

### 【翻訳・法と戦争】

ひとは、法を“平和の秩序（Friedensordnung）”と称するのが常である。そして古い格言は、“戦争の間は諸法律は沈黙する（Inter arma silent leges）”と言っている。そうすると、それでは、「戦争（Krieg）」は法秩序の外にあるのであろうか？。

この問いが否定されなければならないことは、明らかである。戦争もまた、一つの「法の制度 (Rechtsinstitut)」である。我々の帝国憲法 (Reichsverfassung) によれば、皇帝 (der Kaiser) は、帝国の名において宣戦を布告する権限が与えられているが、その場合、しかしながら、攻撃が帝国の領土または海岸に向けて行われるのでないときは、連邦参議院 (Bundesrat) の同意に拘束される。国家法 (Staatsrecht) は、それゆえ、戦争権 (ein Recht zum Kriege) を認めている。戦争権は、しかし、国際法 (das Völkerrecht) もまた、あらゆる主権国家に原則的にこれを認めている。一群の国内諸法律は、開戦の事態 (Kriegsfall) に妥当する特別の諸規定を含んでおり、そして開戦の事態が生ずるときは、それら諸規定の枠内において、我々がこのことを現在体験しているように、包括的な特別法が戦争状態 (Kriegszustand 戒厳令状態) の継続のために創造される。それゆえ、戦争の国民法 (ein nationales Recht) が存在するのである。戦争を法によって規律する国際的諸規範は、しかし、国際法の重要な構成部分を形成している。“戦争と平和の法に関する三巻の書 (De jure belli ac pacis libri tres)”と、〈フーゴー・グロチウス (Hugo Grotius) がそれをとおして国際法を新たな段階に引き上げた〉有名な書物の表題は書いている。

このことがどのようにして法の本質と調和しているかについて、我々が理解を得ようとするならば、我々は、「法と権力 (Recht und Macht)」の間の関係という大きな問題を解明することを避けることはできない。

法は、事実、「平和の秩序」である。法は、個々人の〈彼らの相互的な諸関係における〉意思領域の境界設定をとおして、そして、人間的諸団体の〈それら相互の関係、および、個々人に対する関係における〉意思領域の境界設定をとおして、平和状態を創出することを目的としている。【S. 4】法秩序の核心を構成するのは、それゆえ、〈人間の意思自由 (Willensfreiheit) の活動において、何が起きてよいのか、あるいは、起きるべきであり、それとも起きるべきではないのか〉に関する言明である。外的な生起を合法

(rechtmäßig) または非合法 (unrechtmäßig) と宣言する、この法秩序の本質的な機能の能力を、法は、ただ自己自身からのみ汲み取る。法の宣言には、作用する権力が内在している。なぜなら、通常、法の宣言は、それが実現するためには、まさにその宣言に即して行動されることで足りるからである。しかしながら、法のこの独特の権力は、ただ「内的な権力」であるにすぎない。それは効力 (Kraft) から流出し、そして、〈人間に生まれながらのそして共同体生活において形成された〉法意識の効力に従って測定される。それゆえ、その内的権力は、法の命令に服従を強制しそして法の禁止の違反を妨げるために、心理的な動機で十分でない限りでは、役に立たない。物理的な強制手段をもってその通用を確保する外的な権力を、法は、自己自身から汲み取ることはできないのである。

法は、しかし、法がその課題を完全に達成すべきであるときは、「外的な権力を必要とする」。なぜなら、法は人間の外的な態度を無条件に命令的な方法において規律しようと欲するので、法は、〈法に自由意思で従われるのでないときは、法にただ外的強制のみが与えることができるころの〉外的な通用性を求めて努力するからである。しかし、平和の命令と同じほどに平和の破壊が古いように、意思領域の境界設定と同じほどに規律された枠組みに対する自由意思による逸脱も古い。〈すべての共同体の仲間たちがそこでは自発的に法秩序に自らを適合させる〉しばしば夢見られた黄金時代は、決して存在したことがなかったし、決して存在することはないであろう。自己自身の中には、法は、抵抗の克服のために必要な外的な権力を見出すことはできない。それゆえ法は、別の源泉から流出する外的な権力に助けを求めることへと指示されるのである。

法秩序は、しかしながら、外的権力の活動をその実現のために指示することによっては決して満足しない。法秩序は、むしろ強制の要素を自らの中に採用している。なぜなら法秩序は、強制力の使用 (Gewaltanwendung) を〈それ〔強制力使用〕が法秩序の働きの中で行われるときおよびその限



りで）合法（rechtmäßig）と宣言しているからである。法秩序は、むしろ強制力を合法と認めている（Sie legitimiert die Gewalt）。法秩序は、しかし、法的強制力（Rechtsgewalt）としての強制力の承認を（その有効性の法的諸前提が充たされ、かつ、その活動の法的諸制限と諸形式が守られていること）に依存させている。それゆえ、法は、本来、平和秩序ではあるが、必然的に同時に「闘争秩序（Kampfordnung）」なのである。【S. 5】法は、不法に対する闘争を要求しかつ規律し、そして、不法を、それに法秩序によって指示される行路の内部で法的手続へと〔進めるべく〕捺印を押すのである。

「国内」法には（dem innerstaatlichen Rechte）、今日、とりわけ「国家」は、それが必要とする外的な権力を付与している。国家は、その本質上、組織された権力（organisierte Macht）である。国家の中で民族は、意欲しそして行動する人格（Persönlichkeit）となる。国家は民族の統一的な総体力の担い手であり、それゆえに最高の地上権力の担い手である。この国家の優越する権力を、しかし、国家は、法の働きの中においている。国家は、立法（Gesetzgebung）をとおして或ることを最終的に確定し、裁判（Rechtsprechung）をとおして何が個々の事案において法または不法として妥当すべきかを確定するが、しかしその法の任務は、国家が法秩序に対する服従を強制力という手段によって強制することをとおして初めて完成する。〔すなわち〕国家は、不法に対する闘争において法の勝利を確保するために、刑罰の執行、強制執行、様々な種類の警察的な強制措置、最後に、したがって物理的な強制力の使用を、用いるのである。まさにこのことは、法が固有の効力（Kraft）からは達成できないところのものである。なぜなら、法は、自らの中から意思の権力（Willensmacht）をなるほど限界づけることはできるが、しかしそれを生み出すことはできないからである。「国家自身が法の被造物である（der Staat selbst ein Geschöpf des Rechtes sei）」という自然法的な観念は、ずっと以前から誤りであると認

められてきている。諸国家がその現存在を負っている世界史的な諸経過は、それらが法の諸経過（Rechtsgänge）に装われている場合ですら、一度も法の諸経過においては登場していない。個人の自由が法に由来していないように、国家の強制力（Staatsgewalt）もまた、法には由来していない。

しかしながら、「法は国家の被造物である（das Recht ein Geschöpf des Staates sei）」という今日広く流布されている観念もまた、誤りである。慣習法および自治的な定款が存在することから全く目を逸らすとしても、最も強力な国家でさえもまた、それが自らにさらに広く拡張された法の独占（Rechtsmonopol）を付与しようとしても、〈法の本質的核心を構成しそして法にその内的権力を与えるところのもの〉を自らの中から作り出すことはできない。法の本来的な実体は、〈意思領域の正当な境界設定が何を要求するか〉についての法仲間たちの共同体の公表された確信（Überzeugung）、したがって理性の言明である。すべての法形成の導きの星は、人間が生まれながらに持つ正義（Gerechtigkeit）の理念であって、真正の法通用性（Rechtsgeltung）の最終の源泉は、法意識（Rechtsbewußtsein）である。法意識は、しかし、国家がこれを創造することはできない。国家は、これを見出すのである。むしろ、国家は、法秩序の形式的に主権的な形態授与者として、自らを民族または民族の大部分の層との矛盾に立たしめうる。

【S.6】おそらく、国家には、その場合、法意識に向けての教育的または活力奪取的な影響力行使をとおして、見失われた調和を作り出すことに成功するかもしれない。しかしながら、国家は、ある事が法と感じられることを命令することはできず、そして、その外的な強制は、内的な抵抗を破壊するために十分ではない。永い間には、しかし、法の存続は、その内的権力をとおしてのみ保証されるのである。

国家と法とは、それゆえ対等（ebenbürtig）である。それらは同じだけ古く、互いに一緒に成長してきており、そして、互いに指図し合ってきている。法が、国家という強い腕をとおして初めてその完全な効力を獲得す

るとすれば、国家は、その完全な力を法から初めて受け取るのである。ただ法だけが、まさしく国家権力を法の権力へと捺印するところのものである。しかし、〈ただむき出しの権力と感じられ、生来の権利の担い手とは感じられない〉国家権力は、一度たりとも、自らを永続的に主張することはできなかつたし、ましていわんや、民族福祉のために必要な内的な強さを展開することなどはできなかつたのである。国家の構造を憲法上の秩序へと高め、国家の諸機能の立法・裁判および行政への分配と取扱いを個別の点に至るまで確固として規律し、国家とより狭い諸団体の権力諸領域の間の境界設定、および、共同体の諸領域と個人の自由の間の境界設定を実現しそして保証するのは、諸法規（Rechtssätze）である。法はまた、すべての国家的な強制諸規則を、同時に正当づけるとともに、制限するものでもある。

ひとつのことは、しかし、確かである！。国家が法思想に忠実であることを実証すればするほど、〔そして〕原則的に国家がその全存在を法をもって浸透させればさせるほど、従って、国家がそれだけ完全に“「法治国家（Rechtsstaat）”“として形成されればされるほど、国家の権力もまた、それだけ一層深い根を張り、そして、その作用力もそれだけ一層広範なものとなる。その法秩序の堅固さ、熟達および民族性に、国家の存続を脅かす危うい危機を勝利をもって克服する国家の能力が係っている。しかし、国家にとって〈その結末に国家の存在または不存在に係る〉最終的に決定的な試金石は、「戦争（Krieg）」である。それゆえに、とりわけ可能な限り完全な国内法（ein innerstaatliches Recht）もまた、国家が平時において自らに調達しておくべき戦争のための備えに属するのである。我々のドイツの法秩序が困難な諸欠陥から免れているとは、何人も主張しないであろう。それにもかかわらず、ドイツの法秩序は、その偉大な全面性、その帝国法とラント法の調和的な組み合わせ、【S. 7】その全体の福祉と個人の自由の諸要求の最も細部に至るまで遂行された正当な考量、その社会的な特

徴、道徳の要求への適合、公的ならびに私的な諸関係における保証された法的保護に対するその配慮によって、従来いつかの時代にどこかの民族が享受したことがある、おそらく最も完全な法秩序である。ドイツの法秩序が、しかし、〈その個別の点においては、民族に疎遠なままに留まっているか、または、幅広い民族諸層によって拒絶されているほどに〉その極度に芸術的な法律的整備にもかかわらず、大体において「民族的（volkstümlich）」でもあり、そして、一般的な意識によって正当（gerecht）と感じられていること、このことは世界戦争の勃発の際に示されてきている。なぜなら、その壮麗さを我々が敬虔に体験したところのドイツ民族の一致した蜂起の際に〈我々の民族が自らを直ちにその国家とひとつであると感じ、そして、国家のために留保なくあらゆる役務とあらゆる犠牲〔を払う〕準備があったこと〉が感動的な仕方では我々に明示されたときに、たとえ我々の現行の国内「法」への確固とした信頼を民族の魂（Volksseele）が充たしてはいなかったとしても、現存の「国家」へのこの信頼に満ちた献身が考えられていたのではなかったであろうか。

それゆえ、ドイツ国家がそれをもって恐ろしい闘争へと立ち入ってきている力の一部分を、国家は「法」に負っている。しかし〈戦争目標の達成に必要なような〉「戦争の間」の国家の力の維持と増加のためにもまた、国家は、「法」の助けを必要としている。それ自体として国内法秩序は、まさに内部の平和を存続させている戦争によっては触れられていない。国内法秩序は、従来通り全てを包括する平和の秩序として、国民の公的および私的な全生活を支配する。しかしながら、国家は、戦争遂行のために不可欠の権力集中と戦争をとおして惹起される緊急諸状態の除去を、平和法（Friedensrecht）が国家に与える諸手段をもってしては、達成することができない。国家は、法外な強制諸措置を手に入れなければならない。国家は、国家がたとえ戦時に要求される意思の諸境界設定の移動さえも、「法の諸規範（Rechtsnormen）」に基づいてのみ、それらの諸規範をとおして設

定される諸形式と諸制限の中で実現するときに、法治国家として自らを維持している。このことは今日の戦争において徹底して起きてきている。戒厳令（Kriegszustand）は、現行憲法に基づいて布告されている。憲法に従う方法においては、執行権力が陸軍官庁に移動しているので、身体的自由、意見表明の自由、社団および集会の自由の諸制限が生じてきている。多数の、予め【S. 8】戦争の場合のために与えられている法律的諸規定が、効力（Wirksamkeit）を獲得してきている。それ以上に、根本的な例外諸法律が、成立し、そして、帝国法による白紙授權（Blankett-ermächtigung）に基づく連邦参議院の諸命令をとおして補充されてきている。それは、交通に強力な諸束縛を課し、契約自由を拘束し（ひとは例えば最高価格（Höchstpreise）について考えればよい）、そして、契約上獲得された諸権利（例えば、履行期間および支払手段に関しての）を狭めてきている。従って、今日、〈その形式的な合法性（formale Legalität）に関しては何ら非難されるべきではないところの〉広範な国内戦争法（ein umfassendes innerstaatliches Kriegsrecht戦時国内法）が通用している。しかし、とりわけ注目に値するのは、我々の公法および私法のこの一時的な変形が、民族意識によって徹底的に「実質的に正当づけられたもの（materiell berechtigt）」と感じられていることである。威嚇的な外的強制のためのみならず、内的な衝動からもまた、我々の民族は、自らを自発的に例外法の中へと適合させている。不平を鳴らすことなく、それどころか喜ばしくかつある種の愉快さをもって、ひとは軍事独裁に耐えている。犠牲をいとわず喜んでする覚悟をもって、出版物は検閲に服している。妥協的正義の諸活動として、既得の諸権利への諸侵害が、それをとおして諸不利益を被る人々からもまた、黙って甘受されている。そして、何と言っても、〈平時であったならば、《ひとがたとえ形式的に適法な形成の場合であったとしても、その点に最も神聖な諸法益の乱暴な棄損を認めたであろうような》法意識によって、これらの諸措置の最小部分にすぎないものさえもまた、い

かなる憤激をもって拒絶されたことであろうか)、〈それをとおしていかなる分裂が、いかなる諸闘争が、国家の正義に対する信頼のいかなる諸動揺が、惹起されたことであろうか)を、ひとは熟慮してみればよい。それは、以前の例外諸法律を、文化闘争諸法律 (Kulturkampfgesetze)、社会主義者法律 (Sozialistengesetz)、ポーランド諸法律 (Polengesetze) を想起することで足りる。そもそもそしてどこまでそれらが必要であったかは、ここでは詳論されるべきではない。しかし、それら諸法律を国家の福祉 (Staatswohl) が要求したことにつき納得している者であっても、〈それらの不利益な諸結果が少なくとも得られた諸利益に対してきわめて高価な対価であったところの〉それら諸法律が、当該民族諸階層の法意識のみならず、いくつかの無関係な諸クライスの法意識をもまた、深く傷つけ、それによってしばしば国家からの疎外を促進したことは、否定することは不可能でありうる。〔それらとは〕全く似ないものが、現在、現れている。まれにのみ、それは、そもそも紛争となっているにすぎず、そして、これらの諸紛争は大部分は平和的に処理されたのである。現行例外法は、平和法と同じ、それどころか見たところより強い内的な権力を確認している。【S. 9】

〔すなわち、それは〕その内的権力によって支配された共同体の法意識との一致において自らを見出す場合にのみ、法のものとなるところの内的権力である。そして、ドイツ国家がそのような戦争法を作ることができたこと、その点に、輝かしい方法において、ドイツ国家の法の誠実 (Rechtstreue) への信頼によって担われた民族性が表わされているのである。

しかし、いったい、これまでの詳論の基礎にある前提条件は、そもそも支持しうるのか？。絶えず繰り返し主張されるように、国家と法は、けっきょく「同一」ではないのか？。法の本質は、〈その法意識に根ざしている内的権力が、おそらくはその貫徹のための望ましい支えではあるが、しかし決してその本来的な核心ではない一方では〉、〔定言〕命令的な命令または禁止に、脅かされた国家的な強制が付与する〉ただたんに外的な権力に

基づくのみ過ぎないのではないか？。

このような疑いに対しては、まず第一に、〈内部国家法もまた、それを保証する「外的な強制」を必ずしも専ら「国家強制力 (Saatsgewalt)」からのみ受け取るわけではないこと〉が指示されなければならない。より狭い諸団体にもまた、一定の限界内においては、それらの団体権 (Verbandsrecht) の保護のために援用される強制権力 (Zwangsgewalt) が帰属する。ひとがこれを公法的諸団体の場合には全権委任された国家強制力と説明するとしても、このことは、それでもしかし、私法的な諸団体には、決して当てはまらない。強制権力は、〈自然の関係の不合理的なカリカチュアだけがそれを国家の強制力から導出しうるところの〉両親の強制力にもまた、含まれている。ひとは、さらに、船舶の強制力も考えうるであろう。最後に、まさに、今日の法もまた、〈かつては極めて広い範囲において権利主張の手段であった〉「自力救済 (Selbsthilfe)」の方法における法的保護を指示している。それによって、〈組織化された国家的な法的保護が与えられず、そして、そもそも不法が防御されまたは法が実現されるべきである場合に、ただ人間的な個別権力のみがこの任務を果たしうるところの諸場合が存在すること〉が認められる。ここでは、さもなければ共同体に留保された物理的な強制力の使用が、権利のための闘争における適法な防衛または攻撃の手段として認められるのである。殺人、身体傷害、自由の剥奪、物の破壊または奪取が、許された自力救済の枠内において、法秩序によって法の手続へと捺印されている。

とりわけ、しかし、「強制可能性 (Erzwingbarkeit)」は「法の本質的なメルクマール」ではない。法は強制を渴望し、そして、〈法に強制的な外的権力が自由になる〉程度においてその完成を達成する。法の強制的な実現は、【S. 10】法意識によって正当と感じられる。しかしながら法の通用は、しばしば主張されるように、その強制可能性に決して依存していない。強制可能性 (Erzwingbarkeit) の概念は、しかり、そもそも相対的な性質の

ものである。直接に強制可能であるのは、ただごく僅かな法の諸規定のみである。国家のいかなる権力も起きた法律違反を起きなかったものとすることはできない。殺人者の処罰は、その被害者を死者から目覚めさせないし、放火者の処罰は、破壊された家屋を再び建築するものではない。ところで、例えば、それゆえに、現行法の内容を構成するのは、全ての法仲間を義務づける殺人や放火の禁止ではなく、ただ——ひとはそのことを事実すでに主張してきているが——殺人者や放火者を処罰すべき官庁に向けられた命令にすぎないのであろうか？。強制執行は、権利者に決していつでも、彼にそれ自体当然帰属すべきものを与えるわけではなく、しばしば代償物のみを与えるにすぎない。身体的な行為または不作為の諸債務は、決して直接に強制可能ではない。さらに、雇用諸契約に基づく職務遂行義務において、婚姻による生活共同体についての配偶者たちの義務においてなどでは、間接強制もまた、脱落する。そのゆえに、自然債務の履行（*Naturalerfüllung*）を命ずる法の諸規定は、通用する法〔現行法〕ではないのであろうか？。さらに加わるのは、しばしば十分に個別の場合において、不法に対して法律的に規定された外的な反応が行われないうことである。犯罪（*Verbrechen*）は、行為者（*Täter*）が発見されず、または、有罪と認められないか、あるいは、処罰する正義から逃亡または自殺をとおして自らを奪い取るゆえに、償われずにとどまるのである。強制執行は、債務者の行方不明または無資力によって失敗する。ひとは、ここでは法は、それが無権力（*machtlos*）と証明されるゆえに、“通用“しない、とすることが許されるのであろうか？。最後に、初めから強制の領域から遠ざけられている諸法規もまた、存在する。私法は、責任なき債務諸関係（例えば、遊戯債務または賭博債務）、消滅時効にかかった請求権、婚約（*Verlöbniß*）などに、強制可能性を拒んでいるが、それでもしかしこのような諸関係をあらゆる法律効果から奪い取ることをしていない。刑法は、君主に刑事免責を与えているが、それでもしかし、君主にとってもまた、拘束的な規範



として通用している。国家法においては、最上位の憲法の諸原則は強制可能性をもっておらず、そして、それにもかかわらず主権的な機関と代表諸団体に法律上の諸義務を課している。たとえ〈その憲法違反を防止しまたは懲罰することを使命とするであろう〉あらゆる法の手続きが欠けているとしても、君主による、または、民族代表〔国民代表〕による憲法違反は、法破壊にとどまるのである。【S. 11】

そのように国内法が決して外的な権力をとおして実現可能な法と一致するわけではないとすれば、まさに、法に国家をとおして付与される外的権力においては、法の「最終的な通用根拠」ではなく、通用力の増大（Zuwachs an Geltungskraft）のみが存しうるにすぎない。すべての法は、むしろそれが法であるがゆえに通用し、そして、それがそれ自身によって秩序づけられた方法において人間の意思活動の規範として確定されそして公布されているゆえに、法である。法自身に由来する法の権威が役に立たないときに、そもそもそしてどこまで法の通用が、外的な権力諸手段をもって強制可能でありそして強制されるのかの問いは、法の作用力にとって強力（gewaltig）な意味を有するが、しかし、法の概念的な通用に関しては、第二次的である。法が無法な権力をとおして実際上蹂躪されることによっては、法は、いまだ、通用する法（Geltendes Recht現行法）であることをやめないのである。

国内法におけるより深い解釈のために明らかにされる、法と権力のこの関係は、変化された諸条件の下では、「国家間」の法（zwischenstaatliches Recht）においてもまた、現れる。

「国際法（Völkerrecht）」は、組織化された強制権力をとおしての保護をもっていない。慣習法（Gewohnheitsrecht）をとおして、そして、諸合意（Vereinbarungen）をとおして、その諸規範は、まだ極めて確固としてかつ一義的に規定されているかもしれないとしても、それでもしかし主権的諸国家の共同体としての国際法的共同体（völkerrechtliche

Gemeinschaft) は、その本質上、その違反を防ぎまたは懲罰することを使命とする強制権力を備えた機関を占有していない。その点について、国際仲裁裁判所 (internationale Schiedsgerichte) の形成と発展は、諸紛争の平和的な調停へのすべての善行的な作用にもかかわらず、〈それらの裁判所の諸裁判の権威がただ自由意思による服従にのみ基づいており、秩序づけられた執行をとおして支えられていない限りで〉、何もかも変更しない。したがって、組織化された強制をとおしての確保が、法の本質的なメルクマールであるとすれば、国際法というもの (ein Völkerrecht) はそもそも存在しない、という何度も何度も設定されてきた主張に同意されなければならないであろう。

そして、それでもしかし、この主張は、歴史的な経験と生活観との著しい矛盾に陥っている。数世紀の経過の中で築き上げられそして絶えずより完全なものに形作られてきた〈法の名をもって装われた〉諸規範の建築物は、「実体のない幻影 (wesenloses Phantom)」ではありえない。すべての諸国民によって、国際法は「法」として感じられかつ認められている。国際法に違反する者もまた、そのことを公然と承認することをあえてせず、絶えず、彼が【S. 12】国際法を味方として持つかあるいはそうでないとしても敵にはしないことの証明を提出することに骨を折っている。たとえ彼が真実においては剥き出しの強制力を行使することを意識しているとしても、それでもしかし彼は、彼の態度に、それを国際法的に適法とするマントを被せて言い繕うのである。なぜ彼は、嘘や瞞着に走るのであろうか？。なぜ彼は、彼が心の中では軽蔑している国際法に、礼儀正しいお辞儀をとおして敬意を払うのであろうか？。なぜ彼は、〈彼を拘束するかもしれない国際法というものには存在しない〉という有名な法律家によって証明された事実を単純に援用しないのであろうか？。明らかに、彼は、すべての文化諸民族が国際法に信頼している！ことを知っているから〔である〕。彼らは、自らを諸民族共同体の構成員として感知しており、そして、諸慣習および

諸条約をとおして宣言された国際法諸規範を〈諸国家相互の関係において主権的な意思諸領域に拘束的な枠組みを設定するところの〉共同体の確信の表現として感じている。このことは、しかし、国際法の法的性格を保証するためには十分である。

あらゆる法と同様に、国際法は、まず第一に「平和の秩序(Friedensordnung)」である。それは、「平和の国際法(Friedensvölkerrecht平時国際法)」として、諸国家間の平和的な諸関係を規律し、そして、諸民族の共同体の担い手たちとしての彼らに諸権利と諸義務を割り当てる。大使と公使をとおしての諸国家の代表と並んで、それは、諸外国の所屬員に対する諸国家の態度、法的補助の保証、国境交通、情報と財貨の交換、財産権ならびに精神的諸作品、諸発明および営業上の名称および商標そして〈ある国家領域から他の国家領域へと入り込む〉数えきれないその他の諸関係についての諸権利の相互的な承認、を規律する。国際法が国際的な生活の展開のために果たしてきているところのものは、計り知れないほどに価値がある。国際法なしには、世界交通、世界経済および世界文化の近代の諸発展は考えられないであろう。しかし、その強力な有効性を、平和の国際法は、ただ単にその内的な権力にのみ負っている。心理的な諸動機が、外的な強制の援助なしに、それに現実の通用を与えるのに十分であると証明してきているのである。

しかしながら、あらゆる平和秩序と同様に、国際法は、「平和の破壊(Friedensbruch)」をもまた予期しなければならない。絶えず繰り返し夢見られた永遠の平和を、国際法は、もたらすことができない。その領域の外部では、あらゆる個々の国家の組織化された権力がその主権的な自己支配に立っている。人類史の厳正な法則によれば、絶えず繰り返し、【S. 13】諸民族の平和的競争の代わりに権力闘争が登場する瞬間が近づく。人類は、ただ特別の諸民族においてのみ具体的な現象へと現れる。諸民族、民族諸部分または民族諸グループの総体力を体現するものとして、諸国家は、相

互に独立に対立する。そして、国家の本質は権力（Macht）であり、それゆえにあらゆる国家には権力主張と権力拡大の努力が内在するので、諸国家は、その権力が危険に曝される時は、権力を求める闘争においてその権力を保持することなしには、その存在目的を達成することができないのである。諸国の権力闘争が「戦争（Krieg）」である。戦争は、物理的な強制力（Gewalt）の使用において頂点をなす。法という武器をもってではなく、手の武器をもって、戦争は行われる。国際法は、戦争を禁止するいかなる種類の管轄権も有していない。国際法は、戦争を基本的な自然の出来事として引き受けなければならない。しかしながら、国際法は、それがその平和の秩序を「闘争秩序（Kampfordnung）」をとおして補充することによって、戦争をもまた、その法秩序の中に引きこんでいる。その際に、国際法は、戦争による強制力の使用を合法化し、そして、その使用を制限するという、二重の課題を設定している。それゆえ、特別な戦争国際法（ein besonderes Kriegsvölkerrecht）というものが存在するのである。

「戦争国際法（das Kriegsvölkerrecht戦時国際法）」は、まず最初に、戦争を合法化（legitimieren）している。なぜなら、国際法は主権的国家に戦争遂行の権利を承認し、それによって戦争遂行に「法的手続き」の性格を付与しているからである。この手続きは「自力救済手続き（Selbsthilfeverfahren）」である。国内法の貫徹のためにはただ例外的のみ援用される自力救済は、〈裁判所の援助が執行の役務を果たさない〉国家間の法のためには、強制の実現の唯一の方法を形成している。自力救済のより穏やかな諸行為として、国際法は、戦争前と戦争中に「復仇（Repressalien）」と呼ばれる強制諸措置を許している。自力救済の合法性の承認において、国際法もまた、法に内在する外的な強制可能性への傾向を確保している。国際法においてもまた、規範の諸違反の防止および調停のための外的強制力の使用は、法思想に対応している。国際法について、それはそもそも法的方法においては強制可能でない、ということは、誤り

である。しかしながら、唯一の法的方法として、国際法は、自力救済という原始的な方法を知っているのであり、その方法は、まさに〈初期の諸段階におけるそして国家強制力の虚弱状態の間の〉すべての法において重要な役割を演じたが、ここでは、しかし、より上位に秩序づけられた団体強制力の欠如の結果において、「もっぱら」自由に開かれているのである。【S. 14】

国家がその下で自力救済に踏み出してよい「前提諸条件」を、国際法は規律することができ「ない」。国際法は、例えば、戦争原因の合法性または非合法性に従って、あるいは、防衛戦争かまたは攻撃戦争かに従って、戦争を許されるものまたは許されないものと宣言することはできない。例えば、宣戦布告（Kriegserklärung）のような開戦（Kriegseröffnung〔戦争開始〕）という形式的な諸要件のみを、国際法は、せいぜい規定できるようにすぎない。さらに最も恥知らずの開戦でさえも、決して国際法違反ではない。同様に、国際法は、戦争の期間を制限することはできない。国際法は、平和条約の締結（Friedensschluß）をとおしての戦争の終結を確定しそして規律することができるが、しかし、平和条約締結を要求し、または、和平の諸条件（Friedensbedingungen）を命ずることはできない。敵国の殲滅をとおしての平和条約締結のない戦争終結をもまた、国際法は、受け容れなければならない。民族間の争い（Völkerstreit）における法と不法に関しては、ただ戦争の結果だけがこれを決定する。それゆえ、我々は、決定を神の判決と感じるのである。上訴が提出されうるかも知れない地上の法廷は、存在していない。

しかし、そうであるからといって、諸国家の権力闘争においては、法の内的権力が消失してしまうとは、決して言われていない。我々が戦争裁判を神の判決として理解するとき、我々は、同時に、神は「正義（gerecht）」であり、それゆえに法に不法に対する勝利を与えるであろう、と考える。神の判決としての裁判上の決闘の理解においてもまた、ひとは、かつて、〈神は、正義の者の腕を強め、不正義の者の腕を萎えさせるであろう、そ

して、それゆえに、善良な良心に勝利を保証し、邪悪な良心には敗北を用意するであろう」という思想から出発した。人間がそもそも道徳的な世界秩序を信じる限り、不法に対する法の勝利という信仰は、根絶し難く人間の中に生きるのである。そして、控えめな考察方法にとってもまた、戦争における国家の外的な権力は、彼が法を味方に行っているという信頼から計り知れない力の増大を汲み取ることは、明らかである。それゆえに、まさに、経験上、あらゆる国家は、平和破壊の責任を敵に転嫁し、そして、自己自身のためには正当な戦争原因を証明すること、彼の戦争を可能な限り違法な攻撃に対する防衛戦争として描出すること、国際法違反の態度の非難を敵に向かって厳しくしそして自己自身から逸らすこと、に骨を折っている。彼が法のために不法を相手に戦うという確信を惹起することに成功するときは、彼は、それによって同時に、彼の権力の強化を達成する。【S. 15】彼が成果を不正な諸手段、悪意の虚言および陰険な中傷に負う場合にもまた、この効果は登場し、そして、詐欺が真実によって克服されるまでの限りで持ちこたえる。このことを、我々は、まさに、眼前の戦争において、「中立」の諸国における世論への我々の敵たちが与える影響について、十分に経験してきている。とりわけしかし、国家は、近代戦争において、戦争がより多く民族戦争の刻印を担えば担うほど、それだけ一層決定的に、〈民族が、そのために血と財産を投入し、身体的・精神的および道徳的なエネルギーの途方もない緊張を忍び、そして、諸民族の巨大な格闘が要求する恐るべき諸犠牲を自らに受け取るべきであるところの〉事柄の正義についての「自己の民族」の信頼を必要とする。あらゆるドイツ人は、いかなる高い程度において、「我々」の戦争の強さが、我々の民族全体を貫く戦争の熱狂、戦争の固い決心そして喜んで犠牲になる献身のうえに基礎づけられているか、を知っている。しかし、もし〈我々が「正義のことがら (gerechte Sache)」のために戦っており、我々に戦争が陰謀を好む籠絡と悪意ある不意打をとおして押し付けられており、我々の存在、我々の名誉および正当

に獲得された世界強国の地位を維持することが妥当する〉という一致団結した確信をとおして、それ〔我々の熱狂、決心および献身〕が養われないとするならば、この神聖なる火は、同様に明るく燃え立たされ、そして、同様に持続的に輝き続けるであろうか？。ところで、人間の判断に従って正義であることがらに必然的に勝利が手に入るに違いない、と主張しようとすることは、愚かなことであろう。戦争は、権力闘争でありそしてそれにとどまるのである。戦争の決定（Entscheidung）は、世界史的な行為であり、そして、世界史は、その判決を〈法が手へと 与える諸基準よりも〉より大きなそしてより重要な価値の諸基準に従って下すのである。神が世界史の中で語るとしても、それでもしかし、神の思し召しは探究し難い。打ち負かされた民族は、訴訟において敗訴した当事者と同様に、その民族が不法であったことについて、必ずしもそれほど容易には内的に納得しないであろう。しかしながら、その民族は屈服しなければならない、そして、その民族がその法への信頼に固執する場合には、歴史という権威者の絶対命令の再審をただ将来の歴史からのみ熱望しそして求めることができる。しかし、歴史哲学的な諸考察は、今はその場所ではない。ここでは、ただ、〈法意識の中に根ざす法の内的権力は、武器の強制力が外観上唯一決定する戦争においてもまた、生き生きとした権力ファクターであること〉の証明のみが提出されるべきであろう。もし疑いなく、平和の国際法にもっぱら外的な通用を与える心理的な諸動機の下で、戦争による強制に対する恐れが重大な役割を演じる場合には、【S. 16】法の貫徹を無留保に強制力的な強制の方法へと指示する戦争国際法におけるとは反対に、決定のために援用される外的な権力に向けての、法思想の心理的な効力が決定的に影響を与えるのである。

戦争国際法は、しかし、自力救済を合法化することでは満足せず、「自力救済手続き」をもまた、まさに〈戦争国際法がその手続きに法的手続きの性格を付与する〉ゆえに、「拘束の規定（bindende Regelung）」に服させて

いる。戦争国際法は、強制の使用を確固とした諸形式と諸限界の中へと呪縛する諸法規を設定している。それゆえ、まさに、かつては、それが法的制度であった限りで、フェーデ（Fehde敵対）のためにもまた、手続諸規範の広範な法典が通用した。そうして、さらに、裁判上の決闘（Zweikampf一騎打ち）は、正確に決定された闘争諸規定に拘束されていた。そしてそれらの諸規定は、本質的に変更されないままに、決闘（Duell）の場合に、風俗律（Sittengebote）として今日もお効力を有している。戦争の諸慣習の形成もまた、それらの諸開始においては、遠く過去の中へと及んでいるのである。まさにこの領域において、しかし、国際法は、困難な格闘においてはじめて、より高い発展段階に到達してきている。今日では、多数の、一部分はハーグ会議をとおして明文で確定された戦争諸規定が、通用している。それらの諸規定においては、とくに文化の進歩の中で浸透してきた「二つの」基本思想が表現されている。

「第一に」、戦争は「国家の国家に対する」強制手続きである、という思想は、それゆえ敵国の個々の所属員たちへの強制的な介入を正当化するものでも、国家の役務へと編入されていない私人たちの側の強制力行使を正当化するものでもない。むしろ、この思想は、今日も未だなお、極めて不完全にしか実現されていない。なぜなら、根本的な力をもって、戦争においては、絶えず繰り返し、総体と個々人との間の解き難いつながりが主張されるからである。“全体は一人のために、そして、一人は全体のために”（Alle für Einen und Einer für Alle）は、標語である。総体は、あらゆる個人の権利のために保証し、そして、彼の不法のために賠償をし、個々人は、喜びと苦しみにおいて総体の運命を分かち持つ。国際法は、この現象を世界から消し去ることはできない、そして、それゆえ、戦争においては、その他の点においては殆ど消失している「総体責任（Gesamthaftung）」という非常に古い原則に、今日もまた、広範な妥当領域を認めている。我々がさまなければただ法制史からのみ知っているにすぎない法律の諸制度



が、再び浮かび上がるのである。ひとは、ほとんど忘れられた人質（Geiselschaft）を考えさえすればよい。あるいは、〈家々の背後から射撃される場合にそれらの〉家々の破壊において再び生じている財産破壊（Wüstung）を。【S. 17】あるいは、ある市町村で犯された戦争慣習に反する犯罪（Frevel）について、ゲマインデ全体または名望あるゲマインデ所属員に責任を負わせること（Haftbarmachung）を。あるいは、固められたかまたは防衛された開放地からの国際法上許された射撃をとおしての平和的な住民の生命および財産の破壊についてもまた、〔考えればよい〕。しかしながら、いずれにせよ、国際法は、目下達成しうる限界の内部では、戦争を国家に対する国家の手續へと形成しようと試みているのである。

それゆえに、国際法は、武装した権力には数えられるべきでない敵国の所属員の「身体」および「財産」の侵害を、原則的に禁止している。国家は、その領土に滞在する敵国の所属員を、国家がまさに平和時においてもまたその権限を与えられていることであるが、追放することができるのみならず、国家の固有の安全がこのことを要求する限りで、彼らの自由を制限することもできるし、もし彼らが防衛義務があるかまたは防衛能力がある場合には、保安拘束（Sicherungshaft）に取ることもできる。しかし、もし国家が不必要な強制諸措置を制定し、婦人、子供または老人を監禁し、保安拘束を刑事拘束の種類に従って形成し、財産を没収し、あるいは、外国人の身体または財産に対する庶民の暴動を許容しまたは刑事免責をとおして促進するときは、国家は、国際法に違反して行為するのである。敵の領土においては、平和的な住民の生命と自由を大切にすし保護すべきである。ずっと以前に、〈男たちを殺害し、婦人や子供たちを奴隷へと連れ去ることを許した〉かつての恐るべき戦争法は、克服されてきている。しかし私的所有権をもまた、国家は、侵害すべきではない。最近の時代まで強靱に維持されてきた古い略奪権（Beuterecht）は、陸戦においては、最終的に除去されてきている。敵国の所有権だけが、無条件に先占

（Aneignung）に服するのである。私的所有権は、ただ、それが戦争目的のために用いられる限りでのみ、秩序づけられた“徴発（Requisition）”の方法において、そして、通常はただ補償（Entschädigung）または将来の補償への指図と引き換えにのみ、奪われることができる。海戦においては、もちろん、〈現在この責任を自らの生命によって償っている〉イギリスの責任をとおして、野蛮な略奪権が、敵船拿捕（Kaperei）という法制度として生き続けている。

他方では、戦争が国家と国家の間に行われなければならないという原則には、「フランスパルチザン組織（Franktireurwesen）」の国際法的禁止が対応している。それに関するハーグの諸規定は不完全でありかつ多義的である。しかしながら、戦争する国家の軍隊組織に編入されていない人々をとおしての戦争行為の計画が許されないことは、原則的に確定している。

【S. 18】ただ国家的に組織された武装民族においてのみ、戦争の強制力行為（Gewalttaten）の権限を与えられた国家は体现されている。これをとおして与えられた資格なしに戦争に参加する者は、法違反を犯すものであり、誠実な敵としてではなく、犯罪者として扱われる。国際法がこの原則を放棄または緩和する場合、いかに恐るべき戦争の悪化が結果となるであろうかは、ほとんど想像されるべきではない。

近代の戦争国際法がそれのたえずより完全な発現へと助けてきている「第二の」基本思想は、「戦争目的の達成に必要な諸措置」への戦争強制力の制限である。このことは、まさに、それ自体あらゆる法的に秩序づけられた自力救済の概念に対応する。しかし、国際法は、ここでは、戦争目的が敵の殲滅であるゆえに、一つの特別に困難な課題を解決しなければならない。国際法は、それゆえ、このために役立つあらゆる行為を許さなければならない。しかし、国際法が戦争の残酷さを除去することができない場合、国際法は、それでもしかし、目的に反するあるいは不必要な残酷さを排除することができる。それを狙っているのが、〈慣習をとおして神聖化さ

れた、あるいは、明示的に合意された）一群の戦争諸原則である。ひとは、ダムダム弾のような、負傷を無目的に重篤化するある種の武器の禁止について、軍使旗（Parlamentärflagge）の保護について、ジュネーブ条約をとおして規制された衛生部員および衛生諸施設の保護について、負傷しまたは武装解除された敵兵たちの保護と敵の宿营地からのものであっても負傷者および病人の可能な限りの世話の義務について、〈名誉ある保安拘束にあり、そして、決して刑事上の囚人と同列に置かれてはならない〉戦争捕虜の適切な取り扱いの要求について、考えればよい。ひとは、戦争の“人間化（Vermenschlichung）”について語っている。それ〔人間化〕に即して絶えず働いてきていることは、国際法の功績である。

しかし、もちろん！。すべての国際法的な戦争諸原則の背後には、またもや「外的な強制力以外のいかなる強制」も存在していない。敵国がそれに向かって戦争国際法を侵害するところの戦争を遂行する国家を、国際法は、もしその国家が諸請願をとおして救済を求めているときは、ただ自力救済へとだけ指示できるのみである。国際法は、〈その側では戦争手続きの強制力性の強化を含み、そして、おそらくは再び再報復をとおして高くつくことになるところの〉対応する報復諸措置を合法と認めており、それゆえに違法性の永続的な増加の危険が生ずるのである。【S. 19】中立国が、戦争当事国の国際法違反の態度をとおして侵害されるときは、彼の諸抗議に対しても、最終的にはただ自己の戦争による強制のみが成果をもたらさうにすぎない。そして、逆に、中立国が戦争を遂行する国家に対して、中立性からの諸義務に違反するときは、彼を、同様に、けっきょくは戦争の強制のみが法の服従へと強いることができるのである。

常に以前よりも高い程度において、「現在の」世界戦争においては、組織された法的保護の欠缺に基礎づけられた「戦争国際法の不完全性と不確実性」が現れている。殆ど毎日、当事諸国が互いに重大な国際法違反を非難し合っている。疑いなく、国際法の悪辣な諸違反が現れてきており、そし

て、これまで罰せられずに留まっている。我々自身は、我々に向かって提起された諸告発が根拠のないものであることを、否定し難く証明しようと信じている。すべての大きな諸問題において、いずれにせよ我々の手続には、法の欠点は付着していない。反対に、我々の敵たちの重大な国際法諸違反が、公平な人々のために確定されている。ベルギーにおけるパルチザン組織の騒動、東プロイセンにおけるロシア人の残虐行為、アルザス人たちのフランスへの拉致、ならびに、三つのすべての国における、ドイツおよびオーストリアの国籍を有する人々に対する野蛮な暴行は、嘘であるということは許されない。国際法のまさに体系的な無視を、イギリスが白日に示している。イギリスの、国内に定住または被用されたドイツ人たちへの虐待、ドイツ人たちの生命と健康を危険に陥らせる悪名高い諸強制収容所への監禁、ドイツ人たちの私的所有権への侵害、ドイツに敵対的な庶民の乱暴狼藉に対する寛大さは、雄弁な言語を語っている。その中立違反は、無関係の外国においてもまた、イギリスがその海軍力（Seegewalt）を国際法違反の方法で濫用している、という確信をすでに惹起してきている。

そのような諸現象の印象の下で、国際法なるもの（ein Völkerrecht）はそもそも存在しない、という思想が新たな信奉者たちを獲得してきている。その思想は、しかり、諸事実の野獣性をおして確証される、とひとは主張している。もっと流布されているのは、国際法なるものは、なるほど存在してきたが、しかし、「もはや存在しない」、という見解である。世界戦争がそれを打ち砕いたのである。

これ以上の誤りはありえない！。国際法（das Völkerrecht）は「生きている」。国際法は、今日もまた、諸民族の共同意識の中で生きており、そして、【S. 20】その内的な権力を、外的な権力を求める眼前のものすごい格闘の中においてもまた、確保している。まず第一に、しばしば起きているように、違法な諸行為と、〈不法な諸動機からの戦争の開始、公務上の虚

言、あるいは、白色人種の闘争への黒色、褐色および黄色人種の引き込みのような）より高い視点の下での不道徳な諸行為とは、混同されてはならない。それから、多くの国際法諸原則は、不確実または曖昧に表現されているので、不揃いの解釈がいずれにせよ可能であり、そして、善意をもって合意される。さらに、国際法の明白な諸違反が、それらの蓄積にも拘わらず、たえずそれでもなお例外を構成する。とくに、秩序違反のあるいは非人間的な戦争遂行という諸非難は、しばしば誇張または神話作りに基づいており、全体においては、むしろ、この恐るべき戦争もまた、正当な諸手段をもって遂行されていることが、すでに現在、明らかとなっている。イギリス人やフランス人とおしてのダムダム弾の使用は、もちろん確認されており、そして、承認された戦争慣習に対する多数の恥ずべき諸違反が確かに行われてきている。しかし、ひとは、ただ〈実際に、文化の進歩の中で築き上げられてきた戦争法(Kriegsrecht)という建築物が瓦解し、そして、野蛮な諸時代の諸慣習の再現のために行路が開かれてきた！とするならば〉、〈いかにほとんど考えられるべきではない恐ろしい姿を、戦争が獲得してきていたであろうか〉だけを、考えてみさえすればよい。さらに、まさに、従来、あらゆる国家が、個別の場合に、国際法違反の態度という非難を自分から逸らすことに骨を折っており、いかなる国家も国際法が自らに通用することを争っていない。イギリスでさえも、国際法と絶縁することを敢えてしてきていない。イギリスがこのことをするとすれば、イギリスは国際法共同体から離脱するであろうが、それによっては、しかしながら、いつでもなお、その他の諸民族の法共同体は破壊されないであろう。しかしながら、イギリスは、自己自身に計り知れない損害を与えるかもしれないこのような歩みを警戒している。イギリスの実際の態度に直面するとき、国際法誠実というフィクションが自己の民族の世論によって一掃されていないことは、我々には不可解に思われるが、このことは、高慢、我欲そしてケチ根性とおして墮落した国民の法意識の変質から説明される

のである。平均的イギリス人は、実際に、イギリスの利益と法との同一性を信じており、彼は他国法ではなくただ自国法のみを認め、そして、諸海洋の単独支配を〈その侵害が端的に不法でありそしてその維持のためにはすべてが許されるところの〉神によって付与された特権とみなしている。

【S. 21】最後に、しかし、法秩序の存立は、その違反の諸場合が蓄積することをとおしては、未だ破壊されない。犯罪の数が増加するとき、例えば刑法は通用することをやめるであろうか？。ひとは、この比較に対して、〈何時そしてそもそも果たして国際法違反が非難されるかは不確かである一方では〉、犯罪には刑罰が続くことを抗弁するかもしれない。しかしながら、多くの犯罪もまた、償われないままにとどまるのであり、そしてすべての殺人者が逃れる場合ですら、殺人を可罰的と宣言する法規範は有効に留まるであろう。我々は、この戦争の間に犯された国際法の諸違反が、最終的には償いと和解を見出すであろうことを希望する。しかし、そのことに国際法の通用性は依存しない。国際法は、諸民族の共同意識の中に、〈その諸規範の違反が不法であり、そしてそのような不法の懲罰（Ahndung）が正義である〉という確信が生き生きと留まっている限り、通用するのである。

まさしく、「法律家たち」は、国際法を肩を竦める身振りをもって観察し、あるいは、まったくキメラ（Chimäre）として嘲笑する傾向があるのを常としてしているとすれば、このことは、国家的に強制可能な法律諸規定と圧倒的に取り組む結果のゆえに容易に姿を現すところの、法解釈の浅薄化と関連している。法律家たちは、しかし、現在の危機的な時代においては、国際法に対する彼らの拒否的な判決を不必要に宣伝！しないよう気を付けるべきであろう。しかり、ドイツのユリステンツァイトゥング（Juristenzeitung 法律家新聞）において、最近、ある著名な裁判官が、国際法を〈それが書かれてある紙には価値を与えないところの〉“紙の法（*papiernes Recht, das das Papier nicht wert sei, auf dem es geschrieben steht.*）”と呼んでいる。

この論説は、ただ我々の敵たちの国際法の諸違反に対する怒りの強い表現としてのみ、考えられたのかもしれない。しかしながら、その文言に従えば、それは、それ以上のことを言っているのであり、最終的にはやはり何びともまさにそれ〔国際法〕には目を向けないであろうゆえに、国際法に対して現実性を否定しているのである。いずれにせよその論説は、中立的な外国においては、そのように解釈され、そして、ドイツ帝国とドイツ民族を法の軽視のゆえに咎める人々によって十分に利用されてきている。外国においては、ひとは、〈その神聖性の中に、まさにとりわけ弱小の諸国家が、それらの存在の保証を見出しているところの〉国際法に信頼している。外国の世論におけるドイツに敵対的な、それでもしかし次第にある程度和らいで来る潮流に、新たな水を差すことは、無分別なことである。しかしまた、まったく政治的諸考慮から目を転ずるならば、この種の諸表明においては、事実、法の本来の本質のためのある貧弱な理解が現れている。国際法の問題に関するあらゆるより深い考察は、ひとつの別の結論へと導くのである。【S. 22】

そのような考察は、国際法と殆ど職業的接触をもたない法律家にもまた、「法の問題一般」への彼の洞察を深めるのに寄与しうるゆえに、勧められなければならない。まさにそれは、原始的な、生成中の、そして、未完成の法（ein primitives, werdendes, unvollendetes Recht）であるがゆえに、国際法は、何が、すべての法において根源的なものであり、真に本質的なものであるかについて、教えることができるのである。この認識によって〈法から法の理念を追放し、そして、法に芸術的に作られたテクニックの固有価値のみを任せるところの〉不毛な功利説や権力説（Nützlichkeits- und Machttheorien）は、破綻する。それらは、〈法律家が、彼の課題を喜ばしい献身と完全な成果をもって解決するために、日々の業務においてもまたそれを必要とするところの〉精神的高揚と内的自由を法律家に与えるためには、十分ではない。法理念（Rechtsidee）に対する信頼が、はじめ

て、法律家の職業を高尚なものにするのである！。彼の生活をテミス（Themis法と正義の女神）の職務に捧げる者〔法律家〕は、〈彼が〔法と正義という〕理想的な人類の財産の世話について彼を保護する高貴な女神に仕える〉という、誇り高い意識をもって、自らを充たさなければならない。全ての法律家の職業上の仕事の最上位の目標は、法に内在する正義の理念を前進的に実現することである。

「自然法的」な諸観方（*naturrechtliche Anschauungen*）へと、我々は、もちろん後戻りしてはならない。法理念そのものは、法ではない。法が成立するためには、法理念が実定法規において具体化されなければならない。ただ「実定」法（*positives Recht*）だけが存在するのである。そのことを、歴史的法学（*historische Rechtswissenschaft*歴史法学）は、〈それが、すべての法形成の源泉として、時代と民族に従って内容的に変化する共同体意識を明らかにしたことによって〉永久的に証明してきている。しかし、自然法理論（*Naturrechtslehre*）の永遠性の内容を、我々は、裸の実証主義（*Positivismus*）に対向して、誠実に確保しなければならない。我々は、全ての実定法がその生ける力を、ただその中に現れている「法理念」からのみ汲み取ることを、忘れてはならない。

ただ、最後に、法律家もまた、〈法はなるほど伝来の文化財産ではあるが、しかしそれでもなお、人間の文化がそこから構成される諸財産の中の「ひとつ」であるにすぎないこと〉を秘匿してはならない。それ〔法〕は、その目的を自己自身の中に担っているが、しかし、それは、同時に、〈それが自己自身に誠実に留まっている〉程度において、人間の共同生活の無限に豊かな「総体目的（*Gesamtzweck*）」に奉仕するのである。我々は、ここでは、個人のであれ社会のであれ、生存目的（*Daseinszweck*）を決定しようとは思わない。【S. 23】世界観という証明不能な諸前提が決定的な言葉を語るゆえに、学問的な説得力を持つ一つの回答は与えられ得ない、究極の問いが問題となっているからである。しかしながら、共同生活の目標



は、地上の正義の帝国の建設において汲み尽くされないことは、確かである。国家的生活、宗教、道徳および風俗の生活、学問および芸術の生活、経済的および社会的な生活は、自律的な目的設定を有する独立の諸システムである。我々が共同体を有機的な全体と理解するとき、様々な諸領域でのゲゼルシャフト的な生活諸過程は、〈それらのそれぞれがそれらの独自の価値を全体のために有する〉統一的な総体生活の諸機能として、現われる。すべての諸機能の調和的な共働の上に、共同生活の健全性が基づいている。しかしながら、文化発展をとおして要求された差別化と境界設定によって成長する、まさにそれらの独立性のゆえに、しばしば重い種類のそれらの間の諸対立は、止むことがないのである。そのような分裂を調和の再創出をとおして克服することは、あらゆる共同体において、犠牲なしには達成されえない止むことのない格闘の目標である。法もまた、そこからは法が決してつねに勝利して出てくるわけではない多くの種類のこの種の諸対立に巻き込まれる。そして、法の敗北が、総体生活（Gesamtleben）というより高い視点のもとでは、最終的に目標促進的なものであることが証明されることは、ありうることである。このことは、とくに法と権力との間の諸対立についてもまた、妥当する。我々は、法と権力との間の関係を完全に把握するために、この間の諸対立にさらに一瞥を投じなければならない。

外的な権力が法に向けられ、そして、法を強制によって敗北させることがありうる。「法なき権力（rechtlose Macht）」と「権力なき法（machtloses Recht）」とが存在するのである。そこで古い格言は言う、法は権力に優越する（Recht geht vor Macht）、と。別の格言は、しかし言う、権力は法を破る（Macht bricht Recht）、と。それらのうちどれが正しいのであろうか？。それらは、いずれもが正しいのである！。明らかに、法に対するその勝利という単なる事実をとおしては、強制（Zwang）は、法（Recht）となることはできない。しかし、明らかに、法は、それが抑圧されているときは、そしてその限りでは、法によって要求された外的な通用を持って

いない。そうして分裂が生じ、その分裂は、永く存続し、そして、共同生活の健全性の障害として、災いに満ちた諸結果を熟させうるのである。永きにわたっては、しかしながら、そのような状態は耐え難い。その分裂は、それが解体する共同体の没落に導くか、さもなければ、権力と法との間の調和の再創出をとおして分裂の終わりに到達する。そして、この調和の再創出に向けては、精神的道徳的有機体としてのあらゆる社会的団体の中で、死をもってはじめて消えていくところの、【S. 24】生ける諸力が、影響を与えるのである。このことは、最も明瞭に、諸国家の内的な「組織体制（Verfassung憲法）」およびそれらの外的な「支配領域（Herrschaftsbereich）〔領土〕」をめぐる「諸国家」の格闘の中に現れるのであり、それが世界史の主たる内容を構成するのである。

最も徹底的な諸変化は、ここではしばしば「法の破壊（Rechtsbruch）」の方法で遂行される。それらは〈現行法上は大逆罪（Hochverrat）であり、そしてそれらが失敗する場合には大逆罪として処罰されるところの〉諸行為をとおして、成立する。法の破壊は、篡奪者（Usurpator）をとおしての国家権力の担当資格の篡奪、クーデターによる組織体制の崩壊、あるいは、革命をとおしての組織体制の転覆、国体（Staatskörper）からの領土部分の強制的なもぎ取りまたは戦争法によって合法化されない外国領土の併合、である。単なる実際上の成果は、なるほど直ちに〈そのようなものとして一連の法律効果を表わす〉強制力の「占有（Besitz）」を与えるが、しかし決して「それを占有する権利（Recht zu ihrem Besitz）」を与えない。篡奪された強制力は、それゆえ、法なき権力に留まる。それが合法的な強制力に再び道を譲らなければならないときは、その活動は無権限の権力行使とみなされる。ここから導かれる諸帰結は、それらが占有の法的意義を誤解しているゆえに、しばしば標的を超えて行き過ぎる。しかしながら、“非法法の”中間支配（illegitime Zwischenherrschaft）は正当には存在してきていない、という視点は、つねに固く保持されている。ひとは、

〈ドイツにおいてフランス人支配からの脱却に続いたところの、または、革命の諸年に作られた新たな諸形成物の除去後に勝利に満ちた反動によって遂行されたところの〉“王政復古”(Restaurationen) を考えればよいであろう。北アメリカの連邦国家によって分離の鎮圧後に遂行された、南部諸国の反乱諸国としての取り扱い、および、それら〔南部諸国〕の短命な特別同盟の一度も法的な存在に到達しなかった形成物としての取り扱いもまた、啓発的な例を提供する。これとは反対に、始めから法なき強制力が自らを継続的であると主張する場合には、法状態は異なる。その場合、その強制力は、“既成事実”(“fait accompli”) の重みのゆえに、遅かれ早かれ法の強制力としての通用を自らに獲得する。対外的には、その法強制力は国際法的な承認 (Anerkennung) をとおして、対内的には、支配される共同体の側からの承認をとおして、“合法化”される。深く人間性に基礎づけられた、法と権力の一体性を求める必要性は、新法が旧法に代わって登場することをとおして結果するところの「法破壊の治癒」へと駆り立てるのである。【S. 25】新法は、それが総体 (Gesamtheit) の法意識によって現存する法〔現行法〕と感じられるや否や、通用する。このことは、多数者がまさに必ずしもただ単に外的な強制にのみ従うというだけではなく、〈多数者がいまやとにかく現在通用する法秩序として承認しなければならない〉秩序に、すなわち、“硬い法、されど法 (lex dura, sed lex)”に、服する場合に、〈恐らく圧倒的な多数者が新法に渋々従うこと〉をとおしては排除されない。それは、〈少数者が《法思想の一方的な誇張において歴史という主権者の絶対的命令に反抗するところの》破壊し難い“合法性 (Legitimität)”という硬直した原則に忠誠を誓うがゆえに〉、少数者が新法にそもそも承認を拒むことをとおしてもまた、排除されない。しかし、法なき権力がその法的強制力としての承認を貫徹する程度において、同時に、権力なき法は消滅する。それは、共同意識によってただ、今なおかつての法としてのみ感じられ、そして、最後にはそもそも忘れられるのである。

法破壊の治癒のプロセスが、速やかに推移するかゆっくり推移するか、なめらかに推移するか不完全に推移するか、ということは、ふたたび、抑圧された法にその「内的権力」が与える抵抗力の程度に依存する。古い法の内的権力が〈古い法が民族の多数者によって、あるいはそうでないとしても、法仲間の決定的な部分によって、時代に即さなくなった法、または全く不正義の法と感じられたこと〉をとおして弱められていたときは、それは、速やかにそして容易に強制力に服する。このことは、とくに、現行の法秩序が、その時代に即した変化への法律上の手段を提供せず、そして、それゆえにその強制力による転覆が緊急援助（Nothilfe）として現れる場合に、問題となる。法破壊は、その場合、〈共同生活の総体目的というより高い視点の下では、たんなる形式的な不法として現れるにすぎない〉一つの道徳的または政治的に要求される行為として把握されうる。最も有利な場合においてもまた、もちろん法破壊は、法生活に諸傷を負わせるが、それらの傷の損害を与える諸効果は、起きなかったものとされることはできず、そして、治癒された後にもまた傷跡を残すのである。国家およびあらゆるその他の団体のために、法発展の中断されない歴史的連続性に起因する計り知れない祝福は、犠牲に供される。獲得された新法は、しかしながら、それをもって新法が贖われたところの犠牲よりもより高く評価される。これに対して、より深い諸根へと、旧法が共同意識において根づいていればいるほど、それだけ一層永くそして持続的に、その内的権力は、強制力に反抗する。そして、旧法が外的に克服されてしまった場合にもまた、旧法は、【S. 26】それが今なお諸心情を支配している程度において、それに留まっている内的な権力を保持する。なぜなら、旧法がまだ新法に服させられた共同体の重要な部分の意識によって真の法として感じられる限りで、それは、まだ完全には死滅していないからである。旧法は強靭さをもって生き続け、旧法はそれに反対する新法の作用力を何らかの方法において弱め、そして、旧法は外的通用力を再獲得する能力を占有している。民族

生活の大きな諸関係においては、抑圧された法が完全に法意識から消え去るまでには、数世紀かかりうる。征服された諸民族の解放諸闘争の歴史は、かつて強制力をもって押しつけられた〈が、その存続が信じられている〉法が、どのようにして、永いまどろみから目覚め、そして、いかなる力が、その破られない内的な権力を国民的な格闘に導くことができるかを、示しているのである。

そのような諸考察は、見たところ、法律学(Jurisprudenz)の作業分野から遠く離れているように見える。我々の堅固にされた私法(Privatrecht)、刑法(Strafrecht)、訴訟法(Prozeßrecht)、行政法(Verwaltungsrecht)の諸平地においては、民族生活の高みにおいて常に繰り返される法と権力の間の悲劇的な諸対立は演じられておらず、そして、それら諸対立は、わたくしの見込みでは、将来にわたって、我々の国家法にもまた省かれたままであろう。しかしながら、より静かな諸形態において、「すべての法生活」を、〈無制限の自己主張を求めて努力する〉法と、〈法という諸足かせを《これらが自由で合目的な諸行動を狭め、そして、政治的、道徳的または経済的な諸目標の達成を困難にする場合に》爆破することへの傾向を持つ〉権力との間の、上下に波打つ闘争が、動かすのである。国家法と国際法の大きな諸危機へのまなざしは、この方向においてもまた、至るところで登場している生活諸現象のより深い理解を促進することができる。小さいそして最も小さい点においてもまた、法の特殊な力として、法意識に根拠をおく法の内的権力が明らかにされるが、しかし同時に、あらゆる法秩序の達成能力の限界性が明らかとなるのである。

それゆえ、この重いそしてそれでもしかし崇高な時代の最も美しい諸経験に「ドイツの法誠実」(Die deutsche Rechtstreue)の試験が属するのである。我々の民族において生きている法意識の強制力ある力が、同時にしかし、法意識によって担われた我々の法秩序の堅固にされた強さが、明らかにされてきている。我々の国内法は、戦争の間、祝福を与える平和秩序

として、妨げられずに存在し続けている。国内法は、戦争の時代の諸需要への適応能力を維持してきており、そして、【S. 27】〈戦争による困苦をとおして惹起された全ての法の諸変化が、民族の確信と完全に一致しているゆえに〉その強制権力の一時的な強化をとおして、内的な権力について何も失ってきてはいない。我々に押し付けられた敵対する優勢な権力に対する外的な闘争においては、〈我々の戦争は我々の問題の正義をとおして神聖化される〉という我々の全民族を貫く確信が、我々の戦争強制力の力の内的源泉を形成している。しかし、その内的源泉においては、同時に、〈我々を国際法の尊重へと駆り立て、そして、我々の敵対者たちの重大な法の諸破壊をとおして惑わされることなく、我々に国際法違反の態度を不可能ならしめるところの〉法感覚が根ざしている。我々は、不法に対する法の最終的な勝利への確実な信頼を放棄せず、そして、将来もまた、いつでも我々にさらに諸試験によって分け前として与えられてありうることであるが、法に誠実を保持しようと思う！。願わくは、とりわけドイツの法律家階級が、召命された法の番人として、真剣な仕事において、〈世界史が見てきた最も恐ろしい戦争をとおしての動乱から、法が、損なわれずに出現せんがために〉彼のなすべきことを行なわんことを。そのとき、戦争の破壊作業をとおして獲得された勝利に満ちた平和は、我々に、全文化生活の望まれた深化と高尚化とによって、法生活の新たな開花をもたらすであろう。以前よりももっと立派に、若返った力において、ドイツ法は、国民的精神において自らを展開するであろう。しかし、国際法もまた、それがドイツの法誠実に負っているところの強化された内的権力をもって、その国際的な平和の使命を再び取り上げることでであろう。そしてそのことによって、国際法についてもまた、ドイツ文化が人類の文化にとって何を意味するのか、明らかとなるであろう。

【以上、本論文終わり。本論文に注はない。】