

《論 説》

法律家と災害、不可抗力（1）

小 野 秀 誠

第1章 はじめに

- 1 法学上の種々の災害と不可抗力
- 2 政争と思想事件
- 3 戦争被害
- 4 経済的な困難
- 5 その他

第2章 司法への戦争の影響

- 1 裁判所の数
- 2 法曹の数の変遷
- 3 裁判官と弁護士の比率の転換
- 4 戦争の法曹への直接の影響（兵役率、死亡率）
- 5 美術品、文化財の没収と返還
- 6 パーラントからグリュネベルク（改名）（以上、本号）

第3章 迫害と差別の時代

第4章 迫害と戦後の救済

第5章 むすび——その他の障害と司法の対応——

第1章 はじめに

1 法学上の種々の災害と不可抗力

災害や戦争と法というテーマの研究の多くは、事情変更や不可抗力の問題を対象とする¹⁾。これらは、契約の効力や法律関係に対する災害や戦争の効果であり、私法ではとくに不可抗力による契約への影響が対象となる。これに対し、本稿は、人に着目して、法律家に生じた災害を問題としている。最大の災害は戦争であるが、戦争に限らず、災害の種類は多く、事故死、病死、災害死のほか、自殺もある。そして、職業病とまではいえないが、業務にまつわる死因も

1) たとえば、McNair, *The Legal Effects of War*, 1948 (A.D. Wattsによる4版、1966がある)やGerhard Kegel(1912.6.26-2006.2.16), *Die Einwirkung des Krieges auf Verträge*, in *der Rechtsprechung Deutschlands, Frankreichs, Englands und den Vereinigten Staaten von Amerika*, Kegel, Rupp, Zweigert, (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht 17) 1941.である。Stuart Hull McIntyr, *Legal effect of World War II on treaties of the United States*, 1958もある。

近時のコロナ関係でも、パンデミックを不可抗力とするかが問題となる。Cf. Grimaldi, *La force majeure, source d'enrichissement?* D.2021, 89; Tolmein, *Lebenschancen in der Pandemie – Medizinische Kriterien und die Rechte der Patienten*, NJW 2021, 270.

コロナを理由とする直接の禁止が法律にあれば、売買や賃貸借は不能となるが、多くの場合は、間接的な障害にとどまるであろう。たとえば、ロックダウンにより売買が制限されたり、賃貸建物に顧客の出入りが制限された場合である。通信販売は可能であり、建物に居住したり倉庫として利用することは可能であれば、不能は問題とならない。せいぜいが行為基礎の喪失であるが、日本では、ロックダウンすらも行われず、おもに自主制限である。これをどう評価するかは、残された課題である。BGHは、2022年1月12日の判決で(Kik事件)、ロックダウンの際の店舗の賃貸借の契約調整(Recht auf Mietanpassung im Lockdown)を肯定した(裁判長は、Hans-Joachim Dose)。要件は、ロックダウンによる売り上の減少と、国による補償金の支払いと保険などの代替措置が十分でなかったことである。

ある。また、死亡に限らず、政治的な迫害や差別、経済的困難や病気など種々のものがある。

(1) 死亡原因には、まず自然災害やそれによる障害や死亡がある。たとえば、古くに、明治時代の大審院判事、弁護士、衆議院議員や貴族院勅選議員であった磯部四郎(1851-1923)が、関東大震災(1923.9.1)で死亡した例がある。避難先の本所被服廠跡で焼死したとされる。同人は、法典調査会・民法議事速記録における多数の発言でも知られている²⁾。同じく、関東大震災では、行政裁判所長官や枢密顧問官をした司法官僚の松岡康毅も、葉山別邸の倒壊で死亡している。さらに、民法起草者の1人である梅謙次郎(1860-1910)は、1910年にソウルで客死した。これは自然死であったが、わずかに50歳であったことから、のちに「民法学者は短命」といわれる元となった³⁾。

戦前・戦中には結核などで病気になり、病死した者も多くおり、また、戦中、戦後には栄養失調で亡くなった例も多い⁴⁾。19世紀まででは、コレラやペストのような感染症で死亡する例もある⁵⁾。もっとも、こうした死亡は、人一般に

- 2) 加太邦憲・自歴譜(1982年) 274 頁。死亡者には、ほかに枢密顧問官・松岡康毅、貴族院議員・本庄高義などがおり、内大臣・松方正義も負傷し、栗塚省吾未亡人も、被服廠隣地で火災の犠牲となったという。

磯部は、民法の法典調査会(民法議事速記録)でもかなり活発に発言しており、解積論上も重要な人物である。1892年(明25年)の弄花事件にも連座している。

- 3) 我妻栄「民法学者は短命?」学説展望・ジュリ300 号118 頁。我妻(1897-1973)自身は、78歳であるから、短命とはいえないであろう。比較的短命は、62歳の鳩山秀夫(1884-1946)までであった。加藤一郎(1922-2008)、星野英一(1926-2012)も、86歳である。
- 4) ローマ法学者の原田慶吉は、「生活苦に由来する学問的苦悩のために自殺」したとされる。朝日新聞の1950年(昭25年)9月24日の天声人語では、「親子5人暮らしで手取り1万3000円の薄給」、「山口判事が文字通りに法を守って餓死して以来の痛ましいこと」とある。天声人語については、数年ごとのまとめ1(1945・9～1949・12)を用いている(朝日文庫)。1950年は、2(1950・1～1954・6)、54頁。
- 5) ギールケの両親は、コレラで死亡した。同じく、日本のお雇い外国人であり、のちにビスマルク帝国の首相となったミハエリスの父も、コレラで亡くなっている。日

共通した問題であるから、法律家についてだけ、とくにこれを検討する場合は例外的である⁶⁾。

本でも、明治時代には、しばしばコレラが流行し、とくに1886年のコレラが著名である。感染症による死亡は、19世紀になっても多かったのである。

感染症で著名なのは、ペストであり、ペロポネソス戦争中の流行(BC431年)では、アテナイの指導者のペリクレス(BC.495-BC.429)が亡くなり、ローマ時代の流行(543年)では、東ローマ皇帝で、ローマ法の集成者のユスティニアヌスが感染し、後遺症を残した。著名な14世紀の流行(おおむね1348年-1420年)では、ヨーロッパの人口の3分の1から4分の1が亡くなり、宗教改革の遠因の1つとなった。独法106号26頁参照。もっとも、その後の流行も、マールブルク大学(1527年設立)の教授の履歴には、ほとんど登場しない。地域的な差異か、たんに記録がないのかは不明である。

20世紀には、いわゆるスペインかぜ、インフルエンザによる流行は、第一次世界大戦中の1918年に始まり、全世界で、5億人以上が感染し、死者は5000万人以上になった(これについては、近時、東洋文庫778に所収された内務省衛生局編・流行性感冒(2008年、初出は1922年)がある)。

法律家では、民訴法学者の Konrad Maximilian Hellwig (1856.9.27-1913.9.7) は、インフルエンザで亡くなったが、これは、前記のスペインかぜ(1918 flu pandemic, Spanish Flu)とは微妙に時期が異なる。スペインかぜでは、1700万人から1億人の死亡者が出たとされる。アメリカ大統領の Thomas Woodrow Wilson (1856-1924) が罹患し、第一次世界大戦の講和会議において、フランス、イギリスの報復的提案を阻止できず、第二次世界大戦の遠因の1つとなったことが著名である。亡命法学者の発生にも間接的には影響したことになる。社会学者の M. ウェーバー(Max Weber, 1864.4.21-1920.6.14) もこれで亡くなり、法学者にも、その感染を疑わせる者がいる。Vgl. Flume, Max Weber, der Kapitalismus und das Privatrecht, JZ 2020, 594. さらに、2020年からは、新型コロナ(Covid-19)による世界的な感染があり、いまだに終息していない。

- 6) また、戦中戦後の食糧危機もある。裁判官のヤミ米拒否は、当時、稀有な例として注目され、法律家としての意識によるものであるが、対象は、食料管理であるから、他人を裁かない一般人でも、拒否する理由がないとはいえない。また、ヤミ米を拒否しなかった法律家が大半であるから、一部の裁判官の事績だけが「美談」として言及されるのである。後注33) 参照。

感染症の発生が歴史に影響した例は多いが、1529年に、ヘッセン・ラント伯のフィ

(2) キール学派の法学者であるハウプト (Günter Haupt, 1904.9.11-1946.7.14) は、事実に契約関係の理論で名高く、1939年にライプツヒ大学教授となったが、1946年にライプツヒで死亡した。その原因は不明である。まだ42歳にもなっていなかったから、寿命とはいえず、病気か事故であろう⁷⁾。戦争関連死の可能性もある。法学者のクリュックマンは、戦争中に、空襲で亡くなっている (後述)。戦争に関連した死亡の例は多い。

(3) 日本のお雇い外国人となったウィグモア (John Henry Wigmore, 1863.3.4-1943.4.20) は、日本の封建時代の法の研究で著名であり、のちにアメリカでは証拠法の大家となったが、交通事故で亡くなった。死亡時に、彼は、すでに80歳であったが、比較的若くして亡くなる者には、法曹界に影響を及ぼす場合もある。たとえば、パーラントは、民法のコンメンタールの編者として今日でも著名で、そのコンメンタールも、「パーラント」と命名され利用されてきたが、もともとの編者は、Wilke であり、その交通事故死のために、パーラントが編者となったのである (第3章6(9)参照)⁸⁾。

職業上、紛争に巻き込まれて行方不明となった例もある。弁護士であれば、

リップ寛大侯により行われたマルブルク宗教会議でもみられた。会議は、ヴォルムス勅令後、プロテスタントの統一を目ざした会談であったが、ルターとツヴィングリとの間で、聖餐に関する見解の相違が露呈した (教義の対立する他の13項目は合意)。おりからマルブルクで発生した感染症を避けるために、両者は、急いでマルブルクを離れ、対立のみが残ったのである。マクニール・疫病と世界史 (下・佐々木昭夫・2007年) 113 頁。もっとも、この病気によるマルブルク大学の教授への影響は、報告されていない。

1967年に発生したマルブルク熱は、16世紀の病気とは別で、ウイルスによる新たな出血性感染症である。ウガンダからポリオワクチン製造用に輸入されたアフリカ・ミドリザルに関わった研究員などが発熱し、7 名が死亡した。原因は、従来未知のマルブルグ・ウイルスで、のちに散発的にアフリカで感染が生じた。

7) 【法学上の発見】65頁。

8) ヴィグモアについては独法103 号60頁注30)、パーラントについては、【体系と変動】443 頁。パーラント・コンメンタールの改名については、後述。改名については、連邦司法省で、半オンラインのシンポジウムも開かれた。後注75) 参照。

民事訴訟の相手方との紛争に巻き込まれることもあるが、法学者でも、紛争に巻き込まれることがないわけではない。民訴法学者の雫本朗造(1876-1922)は、1903年に京都帝大教授(1918年、法科大学長)となったが、1919年以降、鳴海の小作紛争(凶作を理由とする小作料の減免要求⁹⁾)の調停などをしていたが(新田開発による歟先権、永小作権の主張)、1922年、帰途、行方不明となった¹⁰⁾。事件か事故かは不明である。ちなみに、この時の大地主側の1人、永井

9) 凶作を理由とする減免請求権は、ローマ法以来、*remissio mercedis* として知られ、わが封建法にも相当するものがあった。わが民法にも、609条、610条に特則があるが(611条は不能)、諸外国の民法と比較して、きわめて限定的である(【反対給付論の展開】232頁)。物権である永小作の場合は、より限定的である(274条、275条)。2017年の債権法改正では文言が若干修正されているが、本質的なものではない。現在では、農地法の規定が重要である。

10) 潮見俊隆・利谷信義編・日本の法学者(1975年)187頁(江藤价泰)。鳴海小作争議については、堀崎嘉明・評伝雫本朗造 地域と知の形成(2006年)参照。および、雫本博士銅像後援会編・鳴海小作争議と雫本朗造博士(2002年)がある。鈴木正・思想史の横顔(1987年)「2 思想史のなかの顔」にも言及されている(192頁以下)。「小作争議支えた学者－雫本朗造」)。雫本の遺体はのちに発見された。荷風については、堀崎・同328頁。

永井荷風の父・永井久一郎は、尾張藩からアメリカに留学し、帰国後、文部省、博物館書籍館長補、衛生局統計課長、1884年に、ロンドンの万国衛生博覧会の視察、1886年、帝国大学書記官、文部大臣秘書官、文部省会計局長、同省書記官などを歴任し(1897年まで)、日本郵船に転じた。堀崎・同328頁。

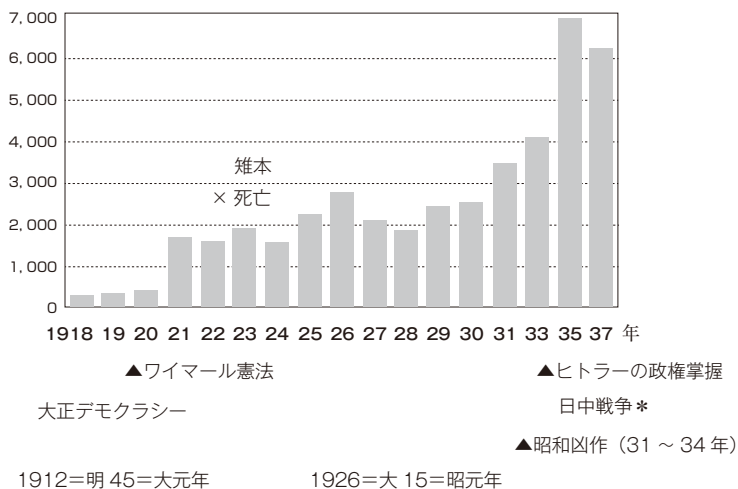
水本浩教授は、熊本で水害にあったことを記述しておられる(昭28・6・26の水害。獨協大学ニュース185号)、また、その他にも、学部やコースの新設のうちに、過労で倒れたり、交通事故、留学中に病気にかかる場合や自殺などの例もある。家族内の争いから、身内に殺される例もあった。梅謙次郎のように、縁戚の借金を弁済した例もある。474条2項の「債務者の意思に反する」第三者の弁済については批判が多いが、武士気質や第三者の弁済をいさぎよしとしない思想には、起草者としてまったく理由がなかったわけではない。梅謙次郎・民法要義3巻(1912年、1984年復刻)236頁参照。とくに明治の時期には、社会的・経済的に成功した者に親戚が群がる例は多かったのである。戦後の例もないわけではない。2017年改正で、474条2項但書を付加。

鉦之助（阪本鉦之助。枢密顧問官。広島控訴院長・元老院議官の阪本政均の婿養子となった）は永井荷風の叔父である。縁戚である永井荷風の父・永井久一郎は、尾張の地主の出身で、官僚、日本郵船の支店長などをした。アメリカ留学やヨーロッパ視察の経験もある。荷風も、父の意向で、アメリカ、フランスで勤務、外遊をしている。その成果が、1908年、1909年の「あめりか物語」「ふらんす物語」である。

雉本の亡くなった 1922 年は、大正デモクラシーの時代思潮をうけて、全国で小作争議が多発するようになった時代である。その中でも、当時、愛知県は、争議の多発県であった。さらに、1931年以降は、小作争議がより頻発しているが、これは、冷害による昭和凶作の時代に入ったからである¹¹⁾。事件にせよ事故にせよ、法学者が直接こうした変事に巻き込まれて死亡することは異例である。

11) 1931年から1934年は、いわゆる昭和凶作の時期であり、東北を中心に飢饉が広がった。小農の多くは、明治凶作の時期に（1902年から1913年）、すでに農地を手放し小作農化していたことから、昭和凶作では、娘の身売りや人身売買が生じたのである。欠食児童や芸娼妓契約、前借金契約などの時代である。小農の小作化は一段と進展した。その解決は、戦後の農地改革にもちこされた。Ono, Land Reform in Japan (1945 - 1951) and in the former East Germany (1945 -1949), Hitotsubashi Journal of Law and Politics, No.22 (1994), pp.43. 人身売買や芸娼妓契約など、民法に関連した論点も生じている。

民法では、前借金契約や人身売買の問題と関連している。大審院時代の判例は、おおむね芸娼妓契約を金銭消費貸借（前借金）と人身拘束の2つの部分に分け、後者を無効とし前者を有効とする一部無効の処理をしてきた（大判明33・2・23民録6 輯81頁は一部無効（1900）、大判明35・2・6 民録8 輯18頁（1902）は前借金契約を有効とする。貸金返済契約は公序良俗違反ではないとする。大判大7・10・12民録24輯1954頁、大判大10・9・29民録27輯1774頁）。もっとも、すべてではない。大判大13・4・2 評論13巻民414 頁（1924）では、芸妓A の芸妓稼業の指南料・違約金を連帯保証人・親のXが支払ったケースで、貸主＝受益者たるYについてのみ不法の原因があるとして、Xの返還請求を認めた。戦後、最高裁判所は、一部無効の扱いを改め、契約を全面的に無効とした。最判昭30・10・7 民集9 巻11号1616頁参照。

小作争議発生件数¹²⁾

(*1931年から満洲事変。1932年1月に、第1次上海事変。1932年3月に「満洲国」成立、1937年に盧溝橋事件)

2 政争と思想事件

(1) 人に対する大きな影響は、政治事件に巻き込まれることや思想事件である。その場合の結果は、軽いものでは謹慎や逼塞、左遷であるが、重いものでは、生命にかかわる。処刑されたり暗殺されることもあるからである。こちらは、法律家のもつ職や特性、行動にもとづくものが関係しているから、あわせて検討することに意味がある。

古いものでは、ローマ古典期(元首政期)の代表的法学者であるウルピアヌス(Domitius Ulpianus, ? - 223)にみられる。彼は、パピニアヌスに法学を学び、パウルスとほぼ同時代人である。古典期には、すぐれた学者が多く、学説類集に採用されたものが多いが、なかでもウルピアヌスのそれは、代表的著作として、最大数(全体の約3分の1)が採録されている。皇帝アレクサ

12) 堀崎・前掲書(前注10)参照) 350頁。

ンデル・セウエルス（位222-235, 彼以降が混乱の時期である軍人皇帝時代である）のもとで近衛長官を務め、その在任中暗殺されたとされる¹³⁾。

その師にあたるパピニアヌス（Aemilius Papinianus, ? - 213）も、ローマ法古典期の代表的法学者の1人である。中世のヨーロッパでは、最高の法学者と位置づけられていた。その著作である「質疑録」37巻、「解答録」19巻が著名であり、学説類集への採録も多い。彼は、皇帝セプティミウス・セウエルス（位193-211）のもとで近衛長官を務め、皇帝カラカラ（位211-217）による弟ゲタ殺害を是認しなかったために殺害されたとされる。

ちなみに、学説類集では、ウルピアーヌスに次いで多数採録されているパウルス（Julius Paulus, 生没年は不明）も、ローマ法古典期の法学者で、皇帝セプティミウス・セウエルスおよび皇帝カラカラの顧問会に列したことが知られ、皇帝アレクサンデル・セウエルスのもとで近衛長官を務めたといわれる。彼自身は殺害されたわけではないが、こうした皇帝側近の高官としての経歴が多いことから、ローマ時代の法律家の官職には、暗殺がつきものであった。

中世のイタリアのコンメンタトーレンも、皇帝や諸侯の近臣を勤め、その顧問となることが多く、ローマ法が皇帝法としての地位を確立するのに寄与した。近臣は、しばしば主人の無理な要求にも応じる必要があることから、主人の不興をかうと、没落する危険と隣り合わせであった。御用学者は別であるが、専

13) Ulpianus, Papinianus, Paulusについて、Chambers Biographical Dictionary, 1974, p.1297, p.974; Armario, Diccionario de Derecho Romano, 1982, p.684, p.514, p.521など。また、Honoré, Word Frequencies and the Study of Roman Law, Cam.LJ 30 (2), 1972, pp.280-293によれば、Digestaで引用された語数は、Ulpianusが46135で、Paulusが19670、Papinianusが6861、Scaevolaが5567、Pomponiusが5077、Iulianus 5126、Gaiusが4506となる（p.291）。合計は、11万3301である（この計算では、Ulpianusが40%となる）。

皇帝の近親や親近者、側近が失脚して殺害される例は多く、法律家に限られない。たとえば、ストア派哲学者のセネカ（ca.BC.1-65）である。彼は、騎士階級の出身であった。皇帝クラウディウス（位41-54）からコルシカに追放され、法務官やコンスルの補助官に復帰した。ネロ（位54-68）の最初の5年間では、師であり助言者であったが、ネロが暴君となった後、自殺を命じられた。

門家としての危険といえる。また、権力者の側近では、キール学派の学者のように、政権内の権力闘争に加担して失脚する例もある（【歴史】635頁）。

イギリスの例では、トマス・モア（Thomas More, 1478.2.7-1535.7.6）は、ヘンリー8世に仕え、大法官（Lord Chancellor）となったが、反逆罪で死刑となった。ヘンリー8世の離婚問題に対し、熱心なカトリック教徒であるモアは、国王の要求を容れなかったからである（王妃の Catherine of Aragon は、神聖ローマ帝国皇帝でスペイン国王のカール5世の叔母であった。メディチ家の教皇クレメンス7世は、1527年のローマ劫掠後、事実上皇帝の捕虜であった。イギリスでは、1534年に、国王をイングランド国教会の長とする国王至上法 Act of Supremacy による宗教改革）。今日では、1515/16年に書かれた著作ユートピアで著名である。

同じく大法官で、カンタベリー大司教ともなったT.ベケット（Thomas Becket, 1118.12.21-1170.12.29）は、ヘンリー2世により暗殺された。王権からの教会の自由が理由であった。中世の大法官は、後代の首相にも匹敵する主要な閣僚であったから、国王と対立する場面も多かったのである。

これに対し、フランスの法服貴族はもっと国王に忠実で、そうでない場合にもパルルマンを起点に反抗をして、特権を主張したが、命を失うまで反抗することは少なかった。ドイツの法律家にも、命を賭してまで反抗した例は少ないが、ゲッティンゲンの七教授事件で、ハノーバー国王を批判した法学者が多数追放された例がある。

（2）日本の戦前には、多くの思想弾圧事件があったが、当初弾圧をうけたのは、マルクス主義の影響から経済学者に多い。弾圧は、当初の日本共産党に直接関係する事例から、しだいに広く社会思想一般から自由主義思想にまで及んだ¹⁴⁾。法律家は比較的少ないが、皆無というわけではない。

14) 本文の3・15事件やシンパ事件について、大内力編・日本の歴史24（1974年）126頁以下、131頁。日本史上の著名事件について、本稿ではあまり立ち入る必要はあるまい。

事柄の性質上、法律家は、むしろ弾圧側にいた方が多い。実定法は、既存の法秩序を前提とするからである。たとえば、著名な思想事件では、1910年の大逆事件の求刑検事、平沼騏一郎（1867-1952）は、のちの大審院長、首相である。1939年5月

当初の事件の多くは、具体的に、無政府主義や日本共産党との関係を理由としたものであった。1920年の森戸事件では、東京帝大助教授の森戸辰男（1888 - 1984）のクロボトキンの社会思想に関する論文が問題とされ、同人と紀要編集者の助教授大内兵衛（1888-1980）が禁錮刑をうけた。1925年に治安維持法が制定され、1928年の 3・15事件や1929年の 4・16事件など一連の弾圧事件との関係で、マルクス経済学者ら（京都帝大・河上肇、東京帝大・大森義太郎、九州帝大・向坂逸郎、石浜知行、佐々引雄）が追われた。また1930年には、共産党シンパ事件で、東京帝大助教授の山田盛太郎（1897.1.29-1980.12.27）と平野義太郎（1897.3.5-1980.2.8）が免官とされ、後述の風早八十二も拘留された¹⁵⁾。民法学者の杉之原舜一も検挙。1933年には、治安維持法違反で河上肇、

から 9月のノモンハン事件を経て、1939年 8月の独ソ相互不可侵条約に対する「歐洲の天地は複雑怪奇」とする内閣総辞職で著名である。また、有松英義（1863-1927、司法省参事官、内務省警保局長、内閣法制局長官、貴族院議員、枢密顧問官）は、警保局長の時に、大逆事件の捜査を指揮した。

良き法律家はしばしば悪しき官吏となるから、法律家が加害者側にいることは多く、後述するようなナチス法律家もこれに含まれる（実際には「良き法律家」でもなく外形だけである）。権力者、とくに近代国家のそれは、権力の濫用も裸の暴力という外形をとらずに、「法治国家」の形式を好むことから、法律家の果たす役割は大きく、そうした利用に対する警戒が必要となる（古代でも、史紀列伝第62に「酷吏列伝」がある）。パピニアースのように、不法の追認を求められることもある。法の下の平等の観点だけでも、権力による身びいき（身内の登用や自派に有利な選挙区の優遇など）・汚職や濫用に対する歯止めとなる。裁判所が時の政権にお墨付きを与える例は多く、ナチスの人民裁判所のように、政権が都合のいい裁判所を積極的に創設する場合もある。

在野法曹には、弾圧やその影響をうける者がいる。社会主義の弁護士の山崎今朝弥（1977.9.15 - 1954.7.29）は、奇行で知られたが、懲戒裁判や料料などの制裁をうけている（山崎・地震・憲兵・火事・巡査（森長英三郎編、1982年）、291 頁以下の森長・解説参照）。社会運動家の布施辰治（1880.11.13-1953.9.13）も、懲戒裁判や治安維持法違反の判決などをうけている。森長英三郎・史談裁判（第 3集、1972年）にも、在野法曹の記述がある。

15) 斎藤秀夫「裁判研究における盲点の追求」判タ420 号巻頭言。これは、1928年の東

東京商科大学教授の大塚金之助(1892-1977)、元九州帝国大学教授の風早八十二(1892-1977)などが検挙された¹⁶⁾。

1937年の人民戦線事件は、治安維持法第1条の目的遂行罪が拡大解釈された事件とされる。1938年2月には、第2次検挙として、大内兵衛、東北帝大助教授の宇野弘蔵(1897-1977)、東京帝大助教授の有沢広巳(1896-1988)、法政大学教授の美濃部亮吉(1904-1984)などの教授グループが検挙された。

さらに、矢内原事件では、東京帝大教授の矢内原忠雄が、1937年に反戦的とされる論文を理由に辞職に追い込まれた。河合事件では、東京帝大教授の河合栄治郎(1891-1944)が、1939年に自由主義的思想から休職とされた。津田左右吉事件では、1939年(昭和14年)に、早稲田大学教授の津田が日本書紀の記述について批判的な考察を行ったことから、発禁処分や教授の辞任を強いられた。最後には、神がかり的な全体主義の観点から、自由主義者も弾圧されたのである。

上記のうち、風早八十二は刑法学者、平野義太郎も出発点は民法学者であるが¹⁷⁾、法学者では、滝川幸辰(1891-1962)の滝川事件(1933年)、美濃部達吉(1873-1948)の天皇機関説事件(1935年)がある。これらは著名であることから、本稿で立ち入る必要はないであろう¹⁸⁾。

北帝大助教授の宇野弘蔵・治安維持法事件と、1933年の札幌地裁の滝内礼作判事・赤化判事事件に関連して、まぼろしの弁論要旨の公開を希望するものである。

16) 一橋大学120年史(1995年)154頁。

17) 平野の初期の著作に「民法に於けるローマ思想とゲルマン思想」(1924年)がある。ほかに、「法律における階級闘争」(1925年)など、政治、経済関係の著作がある。日本資本主義論争については、大内・前掲書436頁。人民戦線事件や矢内原事件については、林茂・日本の歴史25(1974年)90頁。

18) 滝川事件、天皇機関説事件は著名なので、あまり立ち入る必要はあるまい。大内・前掲書360頁、378頁。

直接、法律家に関わらない事件は、無数にある。たとえば、1924年の川井訓導事件である。これは、長野県の松本女子師範附属小学校の訓導であった川井清一郎が、修身の授業で国定教科書を用いなかったことから休職処分をうけ、退職に追い込まれた事件である。長野県では、大正デモクラシーの時期に、自由教育運動が盛んと

(3) 戦前の言論・思想の統制の結果、法律家も沈黙や迎合をよぎなくされたが、島国である日本では亡命することは容易ではない。左遷されたり、退職をよぎなくされることはあった。転向という形で迎合した者もいる。これに対し、ドイツでは、ナチスと世界観を異にする者やユダヤ系の者は、大量に亡命することをよぎなくされた。国内にとどまった者も、隔離されて、国内亡命の状態におかれた(たとえば、ラートブルフ)¹⁹⁾。沈黙や迎合も許されない場合もあった。

逆に、戦後は、Larenzなどのキール学派の法律家が非ナチス化の観点から、講義の制限などをうけたが、数的には、ごく例外的であった。日本でも、戦後の戦争協力者の追放があった。それほど多いわけではないが、それでも、たとえば、1947年に、教職追放令(教育職員適格審査委員会)によって、東京商大からも、米谷隆三(1899-1958)、常盤敏太(1899-?), 金子鷹之助(1892-1951)、江沢譲爾(1907-1975)らが免職された例がある²⁰⁾。この教職追放では、45万人の教師のうち約4分の1が辞職し、5000人以上が追放されたとされるが、大学教授で追放された例は、そう多いわけではない。裁判官や検察官などの法律家では、免職や辞任をした例も、まれである。治安維持法や思想事件などについて、戦後の反省も、公的にはほとんど行われていない。

日本の裁判官は、戦後その責任を追求されることはなかったが(国外の軍事法廷などで、戦犯となった者を除く)、ドイツでは、たとえば、ライヒ大審院の裁判官の多くが、収容所で亡くなっている²¹⁾。東側では追及は厳しかった。

なり、これに対抗して弾圧が行われたのである。弾圧後の1930年代には、満蒙開拓団のような国策への協力が行われた(長野県は、開拓団員と義勇隊員の合計で3万7000人の移民を送り出した)。川井清一郎は、民法学者の川井健(1927-2013)の父親である。

- 19) 五十嵐清「亡命ドイツ法学者のアメリカ法への影響」現代比較法学の諸相(2002年) 141頁以下、小野「亡命法学者と法の変容」独法 109号29頁以下。ユダヤ系の者でも、元司法次官のジョエルのように、閉塞だけを強いられた者もいたが、多くは生命の危険にさらされたのである。敵対者とみなされれば、もと政府高官(首相経験者)やライヒ大審院の判事でも例外ではなかった。
- 20) 前掲・一橋大学120年史 175頁。他大学の例については、立ち入らない。
- 21) Fischer, Zur Geschichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Deutschland,

もっとも、西側では、多くの付和雷同者は追及されず、積極的なナチスの協力者も裁判所や司法省に残ったことから、近時の歴史的検証の対象とされている。

3 戦争被害

(1) 戦争との関係では、人的な被害の態様は多様である。

まず、戦死という可能性がある。第一次および第二次の世界大戦は総力戦であったことから、法律家も、兵役をよぎなくされた。著名人はすでに老境に達していることから、戦死ということはない（爆撃や巻き添えによる死亡などはある）。若年者については多いはずであるが、統計的なものがないことから、実体は不明である。多くの回顧記から推測されるのみである。もっとも直接の影響といえるものであり、わがくにでも、学徒出陣に関する言及は多い。

以下では、第一次世界大戦のうちに、ドイツの普仏戦争時の兵役率や死亡率の統計から、法律家についての一定の考察を行う（第2章）。やや資料は古いが、この手のものではほぼ唯一の資料である。ただし、その後の総力戦の時代には、被害状況は、極限まで拡大したはずである。

直接の戦死ではなくても、著名な者では、ドイツ法令集の創設者Schönfelderが、第二次世界大戦時に出征したまま、戻らなかった例がある（後述3章参照）²²⁾。パルチザンの襲撃をうけ、行方不明となったことから失踪宣告をうけている。

また、戦病死もあり、たとえば、グロースマン・デルス（Hans Großmann-Doerth, 1894.9.9-1944.3.5）は、東部戦線で負傷し、ケーニヒスベルクの野戦病院で死亡した。フライブルク大学で、その講座の後継となったのは、不当利得の類型論で著名なケメラー（Ernst von Caemmerer, 1908.1.17-1985.6.23）であった。

さらに、行為基礎に関する著述で著名なクリュックマン（Paul Krückmann,

JZ 2010, S.1077ff. S.1086.【法実務家】85頁参照。

22) シェーンフェルダーについては、小野「シェーンフェルダー、ザルトリウスとドイツ法令集」【体系と変動】429頁。マールブルク大学の Wolfgang Koch (1913.3.7-?) も戦死している。

1866.10.25-1943.10.10) は、1943年10月に、ミュンスターに対する空襲のために、亡くなった²³⁾。彼は、1866年、バルト海沿岸の Neukloster (メクレンブルク) で生まれた。父親は、医師で衛生顧問官 (Sanitätsrat) であった。1886年に、Güstrow の聖堂付属のギムナジウムで、アビトゥーアに合格した。フライブルク、ライプツヒ、ミュンヘン、ベルリンの各大学で学び、さらにロシュトック大学で学んだ後、1890年に、第一次国家試験に合格した。1890年4月に、メクレンブルク・シュヴェリン大公国で修習生となった。1891年11月に、博士の学位をえて、1894年に、ゲッチング大学でハビリタチオンを取得し、ローマ法の私講師となった。1898年に、グライフスヴァルト大学の員外教授となり、1902年に、ミュンスター大学に移り、生涯そこにとどまり、ここが終焉の地となった。77歳の誕生日目前であった²⁴⁾。

23) クリュックマンは、Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel, AcP 116 (1918), S. 157で著名である。内容的には、いわゆる経済的不能論に近い。【研究】212頁、215頁参照)。

24) 営業危険の受領遅滞説についても論文がある (Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug, LZ 1926,9)。【研究】192頁、195頁参照。Vgl. Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches, 5. Aufl. (1929), Fiktionen und Bilder in der Rechtswissenschaft, Annalen der Philosophie und philosophischen Kritik, Bd.3, Nr.1, 1921.

日本では、クリュックマンについて、古くに有価証券の行使に関する見解が紹介されたことがある。ドイツでも、ライヒ議会議員には、ライヒ鉄道の無賃乗車券が付与されていた。ある議員が乗車券を忘れたが、議員であると主張して乗車しようとしたところ、乗車賃の支払を求められた事件に関する。これについて、クリュックマンが行ったコメントがあり、その紹介が法協の「雑報」に記載された (法協30巻1号161頁)。議員の主張は、「権利」と「権利行使の可能」を区別しないものであり、それは、兌換銀行券を甲に窃取された乙は、依然としてライヒ銀行の債権者であり、債権行使の可能が甲に奪われただけである。他方で、甲は債権者となるわけではなく、債権の準占有者として債権の行使ができるにすぎない。これと同様とするものである。

私見によれば、金銭では占有者が所有者となるとの理論によれば、銀行券について、上記の甲乙の例は必ずしも当てはまらないが、乗車券が有価証券であるとすれば、

(2) 日本でも、戦争による生命侵害の例はかなりあるが、立ち入りえない。また、空襲による家財や蔵書の喪失も多数あるが（日本では無数であるが、ドイツでも、たとえば、ジーバー（Heinrich Siber, 1870-1951）はライプツヒ爆撃で蔵書を失った。【法学上の発見】76頁）、法律家に限るものではなく、例も多いので、ここでは立ち入りえない。空襲被害そのものについては、戦争被害からの救済という観点から検討する（後述第5章3）。

4 経済的な困難

(1) 法律家となることは、固定的な社会では、いわば社会的な身分向上の手段であり、統治と結合することから、伝統的にも、その地位は、必ずしも低くはない。苦学した例もあるが、18～19世紀では、ALRの注釈者のコッホ（Koch, 1798-1872）と、ベルリン大学のフィヒテ（Fichte, 1762-1814）など、稀な例外である。身分上昇から、フランスでは法服貴族の誕生する手だてとなったし、その他の国でも、国家官僚の中樞を占めることがある²⁵⁾。しかし、法律家にも社会的な環境の変化はあるから、とりわけ戦時や経済的な危機の時期には、経済的な困難を生じることは少なくない。

権利の行使には券面の所持が必要であることはいうまでもない。

25) また、近代国家における専門職の発生は、社会的な地位の上昇の契機とはなっているが、必ずしも十分なものではなく、長期にわたる専門職養成課程の存在は、しばしば所得格差による地位の固定化も生じている。大学と法律家の歴史・下474頁、490頁参照。

スタンダールの「赤と黒」では、19世紀の身分上昇の手段として、聖職と軍人が代表されている。ナポレオン戦争から王政復古時の性格を反映するものである。法服貴族は、アンシャン・レジウム時代の王権の下で成り上がったが、金権による階層差別化はあったから、法律家となることは成り上がりのプロセスとしてあげられていない。聖職や軍人も上層部はほぼ貴族の独占であり、伝統的に、フランスも階級固定性が強かったのである。ナポレオン戦争時に、アンシャン・レジウム下の無能な貴族士官に代わって、実力主義がみられたのが例外である。とりわけ技術的能力を必要としたのは、専門的知識を要する砲兵であった（ナポレオンも砲兵士官、砲兵司令官の出身であった）。専門技術が身分を超える時代となったのである。

かねて、明治期の給料について、ボアソナードの年俸が当初の 7200 円から、のちに2 万円にも達したことは著名である。総理大臣の年俸が1 万円の時代であった。これは、お雇い外国人としての特例である。お雇い外国人の中でも差があり、高い方では、1869年の、南校教頭のフルベッキが月給600 円、1878年の外務省顧問のロエスレルや1871年の左院のジュ・ブスケも同額である。1870年の造幣寮の長のキンドルは、月給1045円である。教師では、1878年のモースが350 円で、おおむね月給300 円程度であった²⁶⁾。ただし、本国との関係では、お雇い外国人には、本国では比較的恵まれない環境にいた者が多い。

日本人の給与では、高い方から、三条実美、月給800 円。岩倉具視、同600 円。大久保利通、同500 円である。一般的には、大臣格の参議が500 円、次官の大輔が400 円、少輔が300 円(元老院議員)、大丞が250 円、少丞が200 円(局長や府県知事)といったところである²⁷⁾。総理大臣の年俸は、1886年に9600円(年俸)、1910年に1 万2000円(年俸)、1920年に1000円(月俸)である²⁸⁾。

戦前の官吏では、行政官と司法官では待遇が異なる。明治時代の大審院長は、司法大臣の監督の下にあったから、その地位は、俸給にも反映されている。司法省高等官任命及俸給令によれば、大臣は年俸6000円であるが、判事検事俸給令によると、大審院長は、年俸5000円である²⁹⁾。また、司法省高等官は、級により2500円から800 円、東京・大阪の控訴院長は4000円、その他の院長では3500円。判事で1200円から900 円、区裁の判事で、800 円から600 円となっている。戦前の司法官の地位は、行政官よりも低く、給与も低めであった。

(2) かつての帝国大学の俸給では、加藤弘之が帝大総長兼法科大学長で、年俸4000円でトップである。民法の起草者では、穂積陳重・36歳が、2500円でもっとも高く、富井政章・33歳は、年俸1800円、梅謙次郎・31歳は、1200円で、かなりの差がある。ほかに、高い方から、木下広次・41 歳が 2000 円、和田垣謙三・

26) 梅溪昇・お雇い外国人(2007年) 238 頁。小野・独法103 号31頁以下参照。

27) 梅溪・同238 頁。

28) 週間朝日・値段史年表(1988 年) 113 頁。

29) 明治宝鑑(1892年、復刻1970年) 1989頁、2010頁参照。大陸型の大審院は、アメリカ型の最高裁のような高い地位を占めていないのである。

31 歳が 1800 円、末岡精一・36歳が 1400 円であり、宮崎道三郎・36歳、穂積八束・32歳、金井延・27歳、土方寧・33歳はいずれも 1200 円である。さらに、寺尾亨・33歳は 1000 円である。教授クラスで、1000円から1500円というところであろう³⁰⁾。お雇い外国人に比すると低額ではあるが、国内水準では高い方である。官僚との比較では、時代ごとに下降していくことだけが顕著である。

比較までに、低いほうでは、巡査の初任給が、1874年（明7 年）に月4 円、1881年（明14年）に6 円、1891年（明24年）に8 円、1906年（明39年）に12円、1918年（大7 年）に18円である。基本給で月4 円は、年額48円である。小学校教員の初任給は、1886年（明19年）に月5 円、1897年（明30年）に8 円、1900年（明33年）に10～13円、1918年（大7 年）に12～20円である。月額5 円は、年額で60円にすぎない。役人・公務員の初任給は、1894年（明27年）に月額50円、1918年（大7 年）に70円である。明治の後半では、月額50円であり、年額では 600 円となる³¹⁾。

（3）戦後のハイパーインフレの時期には、大学教授の給与の低いことが問題となった。ただし、これは公務員に共通した問題でもあった。私立大学は国立大学に準拠するから、問題は共通する。そして、第一次世界大戦後のドイツほどではないが、第二次世界大戦後の日本でも、賃金は、諸物価に比較すると低いままに押さえられたのである。1947年（昭22年）9 月8 日の天声人語によると、「官立大学の総長で本給月額 2000 円、教授は平均 1500 円、助教授となると最低620 円から平均1000円」「諸手当を加えてもしれたもので、電車の運転手や家族の多い小使さん以下」「講師、助手に至っては気の毒で筆にのせられない」。インフレにもかかわらず、名目の給与は、明治時代からあまり変わっていない。月額1500円とすると、年額で1 万8000円である³²⁾。

30) 前掲・明治宝鑑 1679 頁。

31) 前掲・値段史年表 67 頁、91頁、92頁。戦前は、大学の数は少なく、高等教育をうける者は、事実上富裕層のみであった。法律家となる者も限られた。とくに学者には、その傾向があった。三瀧信三博士などは、貸家を多数所有していたという。また、妻の閨閥から裕福という例も多い（たとえば、穂積陳重である）。

32) 天声人語は、一般的には大学人に批判的で、1946年（昭21年）2 月12日「日本の学

また、1958年（昭23年）7月2日の、大学教授の生活に関し、南原東大総長が待遇改善の要求をしたという記事では、月給8418円、2719円の税を引くと、手取り5699円で、「これでは最高学府の長としての体面を維持するはおろか、人間南原としても食って行けまい」と述べられている。

同じ時期には、ヤミ米を拒否して餓死した山口良忠（1913-1947）判事の記事が登場している。こちらは飢餓といっても、食料の入手方法に関するが、法律家や国民一般にかかわる問題であった³³⁾。この事件を背景に、裁判官の給与が引き上げられた。

(4)(a) ドイツの裁判官の給与については、裁判所構成法施行時の1879年とワイマル共和国の時代の1927年の比較がある³⁴⁾。こちらも、50年の間に、あまり変化のないことが注目される。つまり、半世紀の間に、給与はあまり上がらなかったのである。

裁判官職の中では、ライヒ大審院長の給与が最高であるが、1879年と1927年の比較では、約50年後の1927年の方が下回っている³⁵⁾。1927年は、給与額も平準化したということである。いずれの年でも、2万マルクを超えるのは、ライヒ大審院長のみである。

高裁の部長と、ラント裁判所（LG）の長官は、どの州でも、ほぼ同額である。州による相違がかなりみられ、1879年でみると、バイエルンはザクセンよりも、かなり低い。南ドイツのバーデンも同様である。ここでも、1927年では、あまり相違はない。格差は、より平準化したといえる。

界ほど、学閥、閥閥、因習、情実などに禍いされている社会も少ない」とするが、給与の低いことについては同情的である。

- 33) 1948年（昭23年）4月15日、「ヤミ輸送の世話をした嫌疑を受けている判事」との関係で、対照的な「ヤミを拒否して法に殉じた伯夷叔斎のごとき山口判事」が言及されている。昭23年11月29日にも、裁判官罷免訴追をうけた天野判事が免訴されたこととの関係で、山口判事が言及されている。山形道文「虚像を斬る」北海道弁護士連合会「寄稿」。

34) Lobe, 50 Jahre Reichsgericht, 1929, S.8f.

35) Lobe, ib. 【法学上の発見】240頁。

バイエルン最高裁は、長官を除き、バイエルン高裁とあまり異ならない。1927年には、長官の待遇もあまり異ならない。最高裁といっても、高裁なみであることがわかる。連邦ではなく、ラントの裁判所である（2006年に廃止、これにつき、【法実務家】248頁。バイエルンの特例としての裁判所であったが、あまり実質はなかった）。

ライヒ大審院の部長も判事も、逆転こそしていないが、伸びはわずかである。50年近くたっても、ほとんど上昇しなかったのである。その結果、ライヒ大審院判事は、ほぼ高裁の部長なみとなった。部長も高裁の長官なみか、それ以下となっている³⁶⁾。

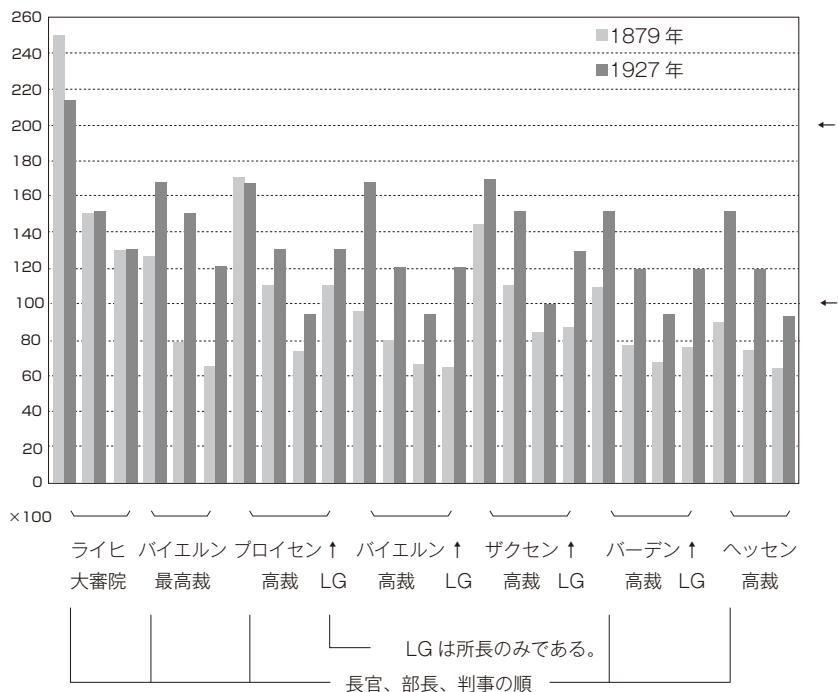
なお、比較までに、ワイマール期の弁護士の平均所得は、5000マルク程度である。自由業である弁護士の収入には、現在と同様に、人によって高低の差が大きい。裁判官以上に、相違は激しい³⁷⁾。シュタウプのように成功した弁護士は、高い所得をとっていたと思われ、大学教授としての招聘を断っている。もっとも、教授職の魅力は給与のみにあるわけではないから、ワイマール共和国の時代に、ユダヤ系の教授の数はいちじるしく増大した。

36) Ib. ライヒ大審院判事の数が増加したことにもよる。

少し後の 1930 年代では、官庁の次官クラスで 1万6500マルク、医者で 1万2500マルクが平均年収であったとされる。シュタインケ・フリッツ・パウアー（本田稔訳、2017年）48頁（原題は、Steinke, Fritz Bauer oder Auschwitz vor Gericht, 2013）。パウアーの父の年収は 4万マルクであった。給与所得者ではなく、経営者の場合である。

37) 弁護士の収入の詳細は、必ずしも明確ではない。人によって差が大きいからである。積極的契約侵害で名高い Staubは、ベルリンで成功した弁護士であった。

ドイツの裁判官の給与



本グラフは、ライヒ大審院と、各州の高裁判官、長官、部長判事、判事の給与（年俸）の比較である。付随的に、各州のラント裁判所長の給与を比較している。その他の判事の給与は記載されていない。高裁判官までの比較から推定するほかはない。また、場合によっては、給与水準は1つに統一されていない場合もあるが（各種の付加給付がある）、それについてはグラフには反映されていない。主要な給付のみの比較である。州ごとに、かなりの差がみられるのは、わが国とは異なり、ドイツが連邦制度をとっているからである。1871年の統一までは、別の邦・ラントだったのである。

裁判官職の中では、ライヒ大審院長の給与が最高であるが、前述のように、1879年と1927年の比較では、約50年後の1927年の方が下回っている。国力の低

下を反映したものであろう。

(b) 法律家でも、裁判官や検察官は、政治的な理由から職や地位を失う可能性があり、たとえば、民法典の起草者の1人でもあるプランク (Gottlieb Karl Georg Planck, 1824.6.24-1910.5.20) は、ハノーバー王国では政府と対立して、たびたび懲戒をうけたり左遷されたりしている。活動の場をえたのは、プロイセンであった(【法実務家】32頁参照)。民訴法で著名なレオンハルト ((Gerhard) Adolf (Wilhelm) Leonhard, 1815.6.6-1880.5.7) は、ハノーバーで司法相となったが(1865年)、おもに活躍したのは、プロイセンである(1867年から1879年に、司法相)。1877年の民訴法や裁判所構成法など、ライヒの司法法の立法に功がある(【法実務家】178頁参照)。さらに、前述のゲッティンゲン七教授事件も、法律家に対する弾圧を包含している。意外にも、19世紀のゲッティンゲン(ハノーバー王国)は、言論の不自由な土地であった。ほかにも、ユダヤ系の法律家の登用など、プロイセン(とくにビスマルク)には、ドイツ統一と近代化という目的の範囲では、人材の登用と活用を図る度量がみられたのである。グナイストなどのユダヤ系法律家は、ドイツ統一の勢力の一部をなしたといえる。

ほかにも、キール大学のシュタインは、デンマーク政府と対立して、職を辞してウィーン大学に移り、ロシュトック大学のロエスレルは、カトリックに改宗したことから、メクレンブルクの公務員規定上、大学にとどまらず、日本のお雇い外国人となった。日本では、宗教問題が大きな問題となった例は、比較的に少ないが(日露戦争時の内村鑑三や第二次世界大戦中の宗教弾圧はある)、諸外国では重要な問題となる。

また、思想的な例としては、「法律学の学問としての無価値性」で著名なキルヒマン (Julius Hermann von Kirchmann, 1802.11.5-1884.10.20) が、その著書や講演を原因として、検察官職を年金なしに罷免された事件がある³⁸⁾。

(c) 法学者では、1810年に創設されたベルリン大学において、サヴィニー

38) プランクについて、【法実務家】32頁以下、キルヒマンについて、「キルヒマンと法律学の無価値性」民事法情報284号27頁。【法実務家】224頁。

が、年俸2500ターラーをうけとり、大学教授では最高額であった。その他の教授では、1200～2000ターラーが多かった。その後も、教授の待遇はあまり変わらず、1859年のベーゼラーの報酬も、2000ターラーであった。そして、1888年ごろでも、年俸額は 9000 ～6000マルクであった（3 マルクで約1 ターラーであるから、3000～2000ターラーということになる）³⁹⁾。世紀の初めのころと、大差はない。19世紀には、あまり給与は上昇しなかったのである。

19世紀末の私講師は、年間約 1500 マルクの生活費を必要とした。小学校教員の年収も、約1500マルクであった。員外教授や中等学校の教員は、ほぼ5000マルクの収入であった。正教授には、6000マルクから4 万マルクの差があり、1900年のプロイセンにおける平均は、1 万2000マルクであった⁴⁰⁾。差があるのは、講義の聴講料からの収入が大きかったからである。人気のある分野で基礎的な講義を私に行う場合には、莫大な聴講料の収入が期待できた。法学部では顧問や鑑定、医学部でも鑑定のような副収入がある。副収入は多様で、医学部では、戦後でも、病院の差額ベットからの収入が、医学部の教授にも付与された。法学部では、裁判官の兼任という場合もよくみられる。

ただし、第一次世界大戦後のハイパーインフレの時代に、賃金は実質的に減価した。そこで、公職の上級クラスの中で、教授のそれは、戦前にほぼ互角であった行政官吏に対し、劣位におかれた。ドイツの高給官吏は、1913年には、未熟連労働者の7 倍の給与をとっていたが、1922年には、2 倍となった⁴¹⁾。格差の減少にはなったが、ハイパーインフレは、いずれの被用者階層にとっても大きな打撃であった。インフレは、固定額の金銭債権者に不利となるからである。

(d) 近時では、法律専門職の養成数が拡大した結果、アメリカで、とくに弁護士の数が増え過剰となり、失業し、タクシーの運転手をする、あるいは弁護士が救急車の後を追いかけて仕事を争うといった話があり、より制度的なものは、仕事の受注が極端になり、無償かあるいは成功報酬で過大な報酬を狙うこ

39) 【法学上の発見】239 頁参照。以下の初等・中等学校の教員の収入については、リンガー・読書人の没落（西村稔訳、1991年）25頁参照。

40) リンガー・前掲書（前注39）41 頁。

41) リンガー・同41頁。

とも生じ（ドイツでは成功報酬には制限がある。独法112号212頁注121参照）、人員の過剰が問題となっている。法曹人口の検討は、それ自体で検討すべき問題でもあることから、本稿では、立ち入りえない。

5 その他

ほかに、1960年代の大学紛争などは、これにかかわる教員にとっては、現象的には、災害のようなものである。戦後第1世代が、これにより研究を妨げられたとする言は多い。間接的に、それにより病気になった例もある。紛争の主体は、戦後第2世代である（いわゆる団塊の世代）。

2000年代に入ると、大学院の重点化やロースクール問題がある。この場合の主体も、戦後第2世代である。いわゆる制度改革は、多大な労力を必要とするが、ロースクールによる混乱と負担の増加は、構造的であり第3世代以下にまで禍根を残している⁴²⁾。司法試験の合格者3000人を目的として発足したロースクールは、合格者2000人までで停滞し、その後1500人台に減少し、旧司法試験時の最大合格者1500人台と同じになった。人数だけからみれば、種々の改革は無に帰したのである。改革期の数年間は、司法修習中の給与も廃止された（2011年～2016年の間。2017年に復活）。司法試験の合格者3000人の予定が2000人までで停滞・減少し、旧試験時の1500人に戻ったことの代償である。中間期の救済は行われなかった。

第2章 司法への戦争の影響

法律家への個別の影響の前提として、戦争が一般的に、司法にどのような影

42) 現象的には、第2世代の一部は、紛争でやり足りないことを、合法的に行い、最後まで学問と研究を荒廃させてきたともいえる。第3世代の地位の不安定化（契約化、期間制限化）にもかなりの責任がある。

法典論争も、その原因が、日本の指導者の国家モデルがフランスからドイツに变革されたことにあるとすれば、直接法典編纂に携わったボアソナード等にとっては、不可抗力であり、災害のようなものである。

響を与えるかを検討する必要がある。自然災害と並んで、最大の災害といえるからである。以下では、司法の物的設備や構成への影響と、人的な構成への影響を検討する。

わがくにでは、社会構造の大幅な変化は、第二次世界大戦を契機とするが、ドイツでは、しばしば第一次世界大戦が転換点であり、法曹数の爆発的な増加の起点は、第一次および第二次の世界大戦の中間期である。ワイマール期から、爆発的な法曹人口や女性の司法職への進出なども、開始している⁴³⁾。

1 裁判所の数

(1) 20世紀の初頭から第一次世界大戦の時期までの統計によると、ドイツの裁判官の数は、ほとんど変わっていない。全体的な人口増の時代にもかかわらず、微増しただけである。検察官の数も微増である。むしろ、裁判官数は、戦時中の 1919 年が最大で、その後減少した。これは外在的な理由による。すなわち、裁判所のある相当の領域が戦後に失われたことによるものである。具体的には、高裁の管轄地域で、Kolmar、Posen である⁴⁴⁾。戦争直前の 1906 年に、Düsseldorf に高裁が新設され、ビスマルク帝国では最大の 29 高裁となった。しかし、第一次世界大戦の敗戦の結果、エルザス・ロートリンゲンとポーゼン

43) Roesner, Justizstatistik, DJZ 35 (1930), Sp.84,86. この詳細な統計をとったのは、帝政時代のライヒ司法部である。帝政時代のライヒ司法部は、ワイマール共和国のライヒ司法省の前身であるが、当初は、プロイセンのヘゲモニーの下で、重要な立法作業は、プロイセンの各省が行い (BGB の立法作業も、当初は、連邦参議院が主導して、各ラントの代表に委託された)、その対象は狭く人員も少なかった。ドイツは、連邦国家であるから、ラントの司法は、ラントの司法省が行い (高裁 = OLG 以下の司法行政はラントの管轄事項である)、連邦に相当するライヒの司法の対象は、ライヒ大審院と植民地ぐらいであった。全国的な統計をとることは重要な仕事の 1 つだったのである。

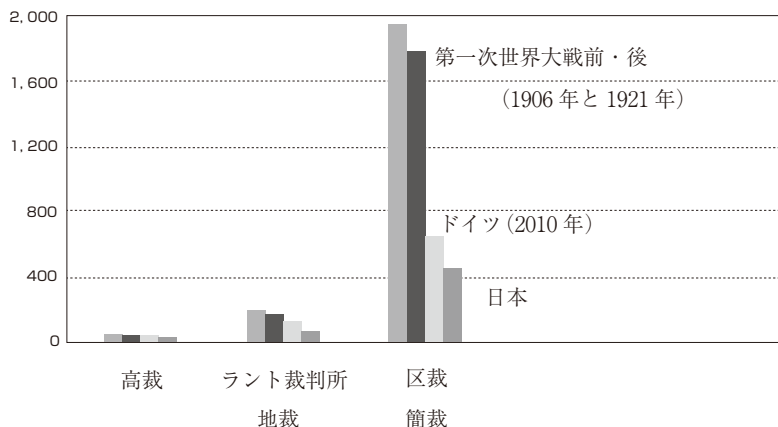
44) Deutsche Rechts- und Gerichtskarte, mit einem Orientierungsheft neu herausgegeben und mit einer Einleitung versehen von Klippel, 1896 (1996). エルザス・ロートリンゲンの中心はシュトラスブルクであるが、高裁は、コルマーに置かれた。

が失われた結果、この2 高裁も消滅し、27高裁となったのである。

(2) そこで、ラント裁判所も、この2 高裁の管内を中心として、従来の176から159 に、区裁判所も、1949から1778に減少した（なお、Marienwerder, Breslau, Kiel 高裁の管内でも、17ラント裁判所、171 区裁判所が減少した。西プロイセン、シレジア、シュレスヴィッヒなどでも領土が割譲されたからである）。

また、区裁判所は、その後も統合によって、1929年までに 1745 に減少した。こうした外部的および内部的な変動の結果、1901年には、各ラント裁判所管内の住民数の平均は 30 万2200人、区裁判所では2 万7060人だったのに対し、1929年には、ラント裁判所管内の住民数の平均で39万2520人、区裁判所では3万5770人となった。人口増加もあったからである。ちなみに、現在の区裁判所の数は、第二次世界大戦後の領土の減少があったとはいえ、わずかに639 である（支部を除く）。ラント裁判所は、115 、高裁・OLG は、24である。比較までに、日本の高裁は、本庁で8、支部が6 である（東京の知財高裁を入れると7）。地裁は、50（47に北海道がプラス3）、簡裁は、438 である。

裁判所の数の変遷



2 法曹の数の変遷

(1) 本稿が問題とするのは、領土の変更による外部的な人員への影響ではなく、事務負担量や法曹養成とのかかわりで、どのような変化が人員に生じているかである。内在的な影響を探ることに意味がある。そこで、領土変更の要素をできるだけ取り除いた司法の人員の変化を明らかにすることがベターである。その意味では、たんなる人員数の変化よりも、法曹一人あたりの住民数の変化の方がより意味があるといえる（後述 (3) 参照）。

また、検察官では、1923年が最大で、その後減少しており、地域の減少がただちには人員数に反映されていない。さらに、裁判官と検察官の比率が大きいのが、この時代の特徴である。1900年では 16.6 対1、1923年で 14.5 対1 である。

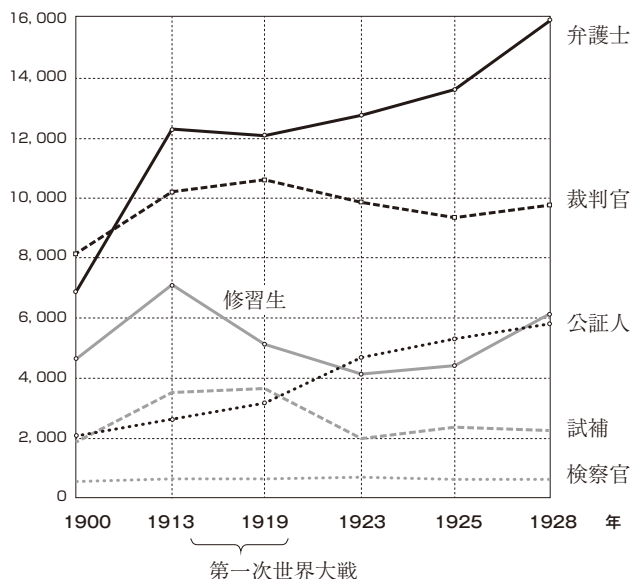
(2) 修習生 (Referendare) の数は、戦争前の 1913 年に最大となり (1900 年との比較で 54.8 % 増加)、戦中・戦後減少した。これは、出征したためである。そこで、1920年代の末にはふたたび増大している（グラフには出てないが、1929年に、6642人である）。もっとも、いったん減少すると、回復するには、10年以上もかかるのである (1929年でも、1913年より6.7 % 減である。ただし、1900年比では、40% 増である)。第一次世界大戦が総力戦であったことを反映している。

試補 (Gerichtsassessore) も、戦争前と戦時中に二倍にもなったが、戦後減少した。減少が戦後に現れたのは、戦争中に修習生が減少したのが、時期的にやや遅れて現れたものである。グラフにはないが、弁護士にもこの影響があり、戦後の 1923 年には、減少こそないが、伸びは少ない。しかし、弁護士人口の回復は早く、1928年には、1901年に比して 2.34 倍にもなり、その後の弁護士の過剰は、この時期にすでに始まっている。注目すべきことに、1901年には、弁護士数の方が、裁判官数よりも少なかったのである。歴史的にも、官僚国家であるプロイセンでは、裁判官や検察官の数の方が多かった経緯がある。しかし、1913年には、数は逆転し、1929年には、76% も弁護士数が多くなった。

戦争の影響は、若年層に早く現れ、順次その他に波及している。公証人だけ

はつねに増大している。これは中世と同じ現象である⁴⁵⁾。

法曹の数の変遷



(3) 法曹の住民数あたりの数は、以下のように変化している。

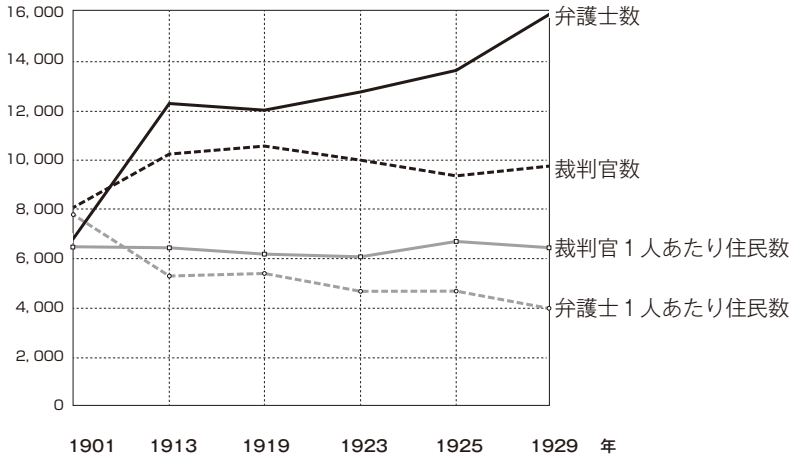
裁判官数は、1919年まで継続的に増加したが、裁判官1人あたりの住民数は、ほぼ6000人台の前半であり、1929年の数は、ほぼ1901年の数に回帰した。もちろんこの間に、事件数が増加したことから、負担が同じということにはならないが、世界大戦によっても大きな変化はなかったといえる。戦後の1925年に、人数で、およそ6%の減少となっているが、1人あたりの住民数も、減少している。

これに対し、弁護士数は、1929年には、1901年に比較すると、2.34倍にもなったので、弁護士1人あたりの住民数は、7688人から3930人に激減した。大戦中は、弁護士の増加はほとんどみられなかったが、戦後ふたたび増加に転じたの

45) Roesner, Justizstatistik, DJZ 35 (1930), Sp.84.86.

である⁴⁶⁾。

裁判官と弁護士1人あたりの住民数



3 裁判官と弁護士の比率の転換

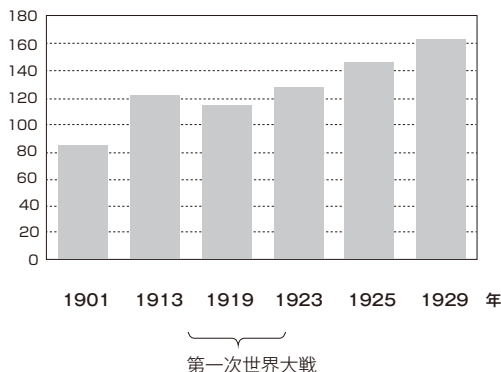
(1) より興味深いのは、裁判官と弁護士の比率である。実数でいっても、1900年には、裁判官数が弁護士数よりも多かったのに対し、第一次世界大戦直前の1913年には逆転している。そして、大戦前期では、弁護士数は減少したが、後期からは増加に転じ、その後はいちじるしく増加している。1929年には、1901年に比して、弁護士比率は裁判官の倍になっている。第二次世界大戦後にも、この傾向は続き、現在の弁護士の過剰につながっている⁴⁷⁾。

46) Ib.

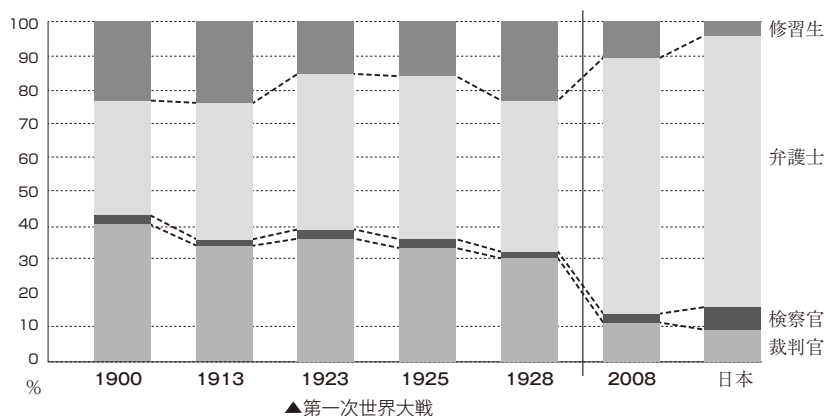
47) Bundesamt für Justiz, Referat III 3, 2224 III-B7 272/2008. <Übersicht über die Zahl der Referendare im Vorbereitungsdienst> このほかに、合計500人ほど連邦の裁判官がいる。

また、日本の人員の実数は必ずしも明確ではないので、裁判官、検察官とも、定員による概数である。また、裁判官は簡裁判事を、検察官も副検事を含む。修習生も、概算で、最近の合格者数である。

裁判官100人あたりの弁護士数



裁判官、検察官、弁護士の数の比較



(2) 弁護士比率は、ほぼ一貫して増加している。日本の特徴は、弁護士比率が高く、ドイツのそれをも上回ることである。ドイツは、裁判官数の多い点の特徴であり、それが相対的に弁護士比率を低くしている。また、ドイツでは、もともと修習生に比して、法曹にとどまる数が少ない。これは、ドイツの国家試験が、連邦や州の公務員試験をも一部代替しているからであり、これに対し、日本では、修習生の進路は、ほぼ法曹三者に限られる。日本の司法修習の法曹

への歩留り率は、きわめて高い。

上のグラフは、各法曹をその年ごとに、割合で表示したものである。とくに、近年、弁護士数の大幅な増加により、単純な数字のみを示したのでは、2008年の弁護士数のみが突出し、他の要素は、ほとんど意味をなさないからである(棒グラフでは表の下部に固まることになる)。

弁護士数の伸びが大きいのはいうまでもないが、この傾向は、すでに第一次世界大戦の後に始まる。第二次世界大戦後は、よりいちじるしく、現在では、裁判官と弁護士の比率は、1:7.5 にもなる。

ドイツで意外に増加しているのは、検察官である。1929年に、裁判官の6.5 %しかいなかったのが、2008年には、25 %にもなっている。弁護士数の増加に隠れているが、1929年と2008年の比較で、8.14倍にもなる。弁護士数が、9.0 倍になったのに、ほぼ匹敵する。裁判官のみが、2.07倍の伸びにとどまる。逆にいえば、官憲国家といわれた帝政期に、検察官の数が少なかったことに驚くべきであろう。帝政期の検察官は、法曹の中でもエリートであったのである。

日本の検察官も、裁判官比では、相対的に多い。裁判官数の 73 % にもなる。ドイツの検察官が、裁判官の4 分の1 にとどまるのに比べると、相対的に多い。日本の裁判官の負担過重がうかがえる(裁判をしない裁判官の数が多いこともある)。

4 戦争の法曹への直接の影響(兵役率、死亡率)

(1) 1870年の戦争において、プロイセンの 4100 人の高等司法官と493 人の試補のうち、556 人が兵役に服したとする。これは、12%にあたり、総力戦であったその後の世界大戦と比較すると低いが、その原因は裁判官や高等司法官が一般的に高齢で、兵役義務年齢を超えていることが多いからである。これに対し、若年者の多い 1476 人の修習生では、兵役率は 53.5 % にもなる⁴⁸⁾。

ちなみに、2300人の弁護士では、兵役率は、3.0 %で、中級公務員では、1

48) Lindenbergh, Beteiligung der preußischen Justizbeamten am Kriege von 1870/71, DJZ 1914, 1085. この論文は、第一次世界大戦の勃発にさいして、司法への戦争の影響を考察するものであるが、比較として 1870 年の普仏戦争を考察している。

万4000人のうち885人で、これは、6.3 %、下級公務員は、5000人のうち227人で、4.5 %であった。統計では、今回の大戦（第一次世界大戦）では、これらよりもはるかに高くなるであろうと予想している。試補を含む高等官ほど、兵役率が高いのが特徴である。

(2) 1870年の戦争では、2571人の司法官の参加者のうち、90人が戦死または戦傷死し、18人が戦病死した。死亡率は4.2 %、下級公務員では0.9 %、中級公務員では1.2 %、検察官で2.3 %、裁判官と試補で5.0 %、修習生では6.1 %になる。これも、高等官ほど、死亡率が高いのが特徴である。一部は、高い身分に伴う義務 (nobless oblige) ということであろうが、一部には、若年者が危険の高い業務に携わった結果でもあろう。修習生の死亡率の高いのは、後者の理由による。ただし、階級の固定性の高いドイツでは、当時の修習生の出身者も、官吏など高い身分の者の子弟が多い⁴⁹⁾。

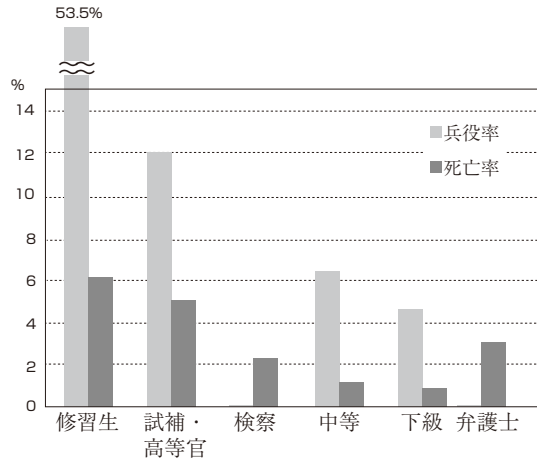
軍人と民間人との死の比率が、第1次世界大戦時には、95%対5 %であったのが、第2次世界大戦時には、52%対48%になり、朝鮮戦争時には、逆に15%対85%、さらにベトナム戦争時には、5 %対95%となる⁵⁰⁾。

49) Ib. また、出自については、Ministerium der Justiz, Rheinland-Pfalz, Justiz im Dritten Reich, Justizverwaltung, Rechtsprechung und Strafvollzug auf dem Gebiet des heutigen Landes Rheinland-Pfalz, Teil 1, 1995, S.204ff.および、独法107号48頁注48)。裁判官の出自については、同50頁のグラフ参照（1930年当時のもの）。

50) Ib.および、Einfluß des Krieges auf die Zivilprozesse, DJZ 1914, 1086.

2019年末のアメリカとイランの紛争では、民間のウクライナ航空機が撃墜され、民間人の被害のみが100 %となった。民間人の損耗ばかりが増大するのが、現代の紛争の特徴である。しかも、軍人の損耗には、しばしば疫病の方が大きな原因となっている。マクニール・戦争の世界史（2014年、高橋均訳）下241頁参照。

兵役率と死亡率



5 美術品、文化財の没収と返還

(1) 戦争や紛争を機に文化財、とくに芸術品が奪われることは少なくない。その起源は、人類の歴史と同じく古い。法律の関係では、ハムラビ法典にみられる。紀元前1755-1750年ごろに、バビロンのハムラビ王により編纂された法典は、石柱に筆写され神殿に置かれたが、紀元前12世紀にエラムの王により奪われ、スサに運ばれた。1901年に発掘され、現在は、ルーブル美術館にある (Finet, Le Code de Hammurapi, 1983, p.8)。大規模な収奪は、近代の植民地政策や戦争によるものである。

とりわけドイツにおいては、ナチスの時代に大規模な美術品の強奪が行われたことから、戦後に、その返還は重要な課題となった。しかし、戦後の返還手続から漏れたものも少なくなく、すでに長期間を経たことから、不法に収奪された美術品や書籍などの文化財の返還は、困難な問題となっている。しかし、それに関する法規は、いまだに明確ではない。第三者に譲渡された場合には、困難な問題を生じる。ドイツの国内では、1990年の再統一のうちに、種々の財産権の返還作業が行われた (【土地】12頁。ただし、おもに問題となったのは

不動産である)。

国際的には、返還に関するワシントン原則がある。ナチスにより収用された美術品に関する合意は、1998年に40か国以上によって行われ、正当かつ明確な解決策を探ることを求めていたが、合意そのものは拘束力をもたないソフトローであった。内容的にも概括的な原則にすぎない。個別の立法作業としては、ドイツでも、2001年に、債務法の改正(債務法現代化法)のおりには、連邦参議院は、連邦政府に対し、ナチスや戦争によって取得された美術品の返還請求権の時効について、どのような特則が必要かを検討し、必要があれば、早期に草案を作成することを求めた。しかし、今日まで、返還請求権の時効に関する法律は制定されていない⁵¹⁾。結局、ほとんど立法的解決は行われていないので

51) Hartung, NS-Raubkunst, NJW 2020, 718. ワシントン原則その他の合意や法律の草案については、別稿にゆずり、本稿ではあまり立ち入らない。

第二次世界大戦時のアメリカ軍は、戦火やナチスの略奪から文化財を守る部隊(Monuments men)を編成し、日本でも、GHQには、美術品記念物セクションが置かれた。その活動は映画にもなり(The Monuments Men)、第64回ベルリン国際映画祭(2014年)で注目を浴びた。文化財保護の成果を顕彰するための財団も設立され、HPを有する(<https://www.monumentsmenfoundation.org>)。The Monuments Men Foundation is a 501(c)(3) not-for-profit organization created to raise worldwide awareness about the service of the Monuments Men and Women, honor them for their achievements, and complete their unfinished mission of returning missing art to the rightful owners.

狭く戦時における文化財の保護については、1954年のハーグ条約(武力紛争の際の文化財の保護に関する条約、1956年発効、Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict)があるが、締約国に対して、武力紛争の際に文化遺産を尊重することを義務づけるだけである(第1議定書)。1907年のハーグ陸戦条約では、文化財についてはその略奪を禁じただけである。1999年の第2議定書(2004年発効)では、平時における文化遺産保護のための適当な措置と国際的ではない武力紛争への適用をねらったものである。陸戦条約の沿革をひくことから、公法的色彩が強く、いずれも防止措置が重点であり、私法的な回復や救済を目ざしたものとはなっていない。合法的な国家権力の発動として略奪が行われる場合が一番やかいかであり、短期的には、そうした政権が倒れないかぎり、救済は

ある。

(2) その間には、収奪美術品に関するシュワービング芸術品の発覚 (Schwabinger Kunstfund) 事件があった。これは、Cornelius Gurlitt の収集品に関する 2014 年の事件であり、そこでは、バイエルンの司法相 Winfried Bausbackによって、連邦法の制定が求められ、バイエルンでは、返還請求権の時効を排除する草案までが作成された (Entwurf eines Gesetzes zum Ausschluss der Verjährung von Herausgabeansprüchen bei abhanden gekommenen Sachen, insbesondere bei in der NS-Zeit entzogenem Kulturgut (Kulturgut-Rückgewähr-Gesetz, 2014.1.7)⁵²⁾。

事件は、戦前に遡る。ナチスは、近代絵画や前衛芸術を退廃芸術として敵視し、その政権下の 1937 年には、各地の美術館の収集品の中から、「退廃芸術」 (Entartete Kunst) を誹謗する展覧会を催した (絵画5000点、版画 1万2000点など)。その後、これらの美術品は、売却されたり、焼却、持ち去られたりした。美術品の収用や破壊は、ユダヤ人の所有物や占領諸国における押収物など多方面から行われた。収容や破壊の全容は、戦後も不明である。発覚事件は、こうした時代背景を前提としている。

C.グルリット (Cornelius Gurlitt, 1932-2014) は、ハンブルクで、画家や音楽家、芸術家を輩出した家に生まれた。父 Hildebrand も、収集家、博物館長であり、1930年代に、ナチスがユダヤ人から奪った芸術品を収集し、1500点以上の品を受け継いだことから、Cornelius は、数億ユーロにもなる絵画などをミュンヘンで所蔵していた。戦後多くの強奪芸術品が所在不明になっていたと

むずかしいものとなる。

52) Ib. さらに、ナチスは、焚書のほか、美術品や本の没収も行ったが、その回復はより困難を極めている。リデル・ナチ・本の略奪 (2019年、北條文緒・小林裕子訳) 19頁がある (原著はスウェーデン語で、英訳は Rydell, The Book Thieves, 2017)。美術品とは異なり、個別の価値が低い本では、その追跡も返還もより困難である。日常的な動産であれば、時効が問題となるころには、その価値の大半は滅却している。かさばるし、重いことから、破棄されることも多い。美術品や不動産が返還されることとの関係では、本は、対照的な場所に位置づけられる。

ころ、2012年に、そのうち 1000 点を超える芸術品が、税務捜査の過程で偶然に発見された(121 点が、ナチスのいう退廃芸術、1057点は、来歴が不明)。これが、シュワーピングの芸術品の発覚と呼ばれる事件である。アウグスブルクの検察が差し押さえ、2014年には、国際的な調査団がその来歴(Provenienzforschung)を調査することで、連邦政府と合意が行われたが、実際には返還は行われなかった。税務捜査の秘密保持義務から詳細は不明であるが、差押えの相当性原則から差押えは解除された。グルリットは、2013年に後見に付されており、その後死亡し、遺言によって、収集品は、ベルン芸術博物館の財団(Die Stiftung des Kunstmuseums Bern)に遺贈された⁵³⁾。国外に流出したのである。

(3) 連邦司法省による参事官草案(公表されていない。Entwurf eines Gesetzes zur erleichterten Durchsetzung der Rückgabe von abhandengekommenem Kulturgut, 2015.7.28)も、内部にしまわれたまま霧散した。おもな理由は、善意取得の場合に、返還後の取引価値の補償について、財政措置ができないことにあった。

フランクフルト高裁(OLG Frankfurt a.M, NJW-RR 2018,857)は、返還請求権の時効を否定せず、立法者が、ナチスにより収奪された美術品の時効について定めるためのイニシアチブをとるべきものとする。しかし、裁判官が司法的に法の形成を行うべきではないとする。こうして、立法の必要性は認識されているが、いずれの草案も挫折し、その後も2001年の段階から進展していな

53) Hartung, a.a.O., S.720. 東ドイツの財産権の回復とともに、ナチス被害の回復も定められているが、これとの関係は、必ずしも明確ではない。そこでもにも回復が問題とされたのは、不動産や企業だったからである。不動産でも、第三者の善意取得は大きな問題となったが、動産の場合は、転々譲渡されることも多く、不確実性は、いっそう増す関係にある。不動産の場合の「善意取得」(in redlicher Weise)は、民法上の善意取得(in gutem Glauben)とは異なり、譲渡人の所有権への信頼ではなく、収用という国家の行為への信頼にすぎない。【土地法の研究】43頁、129頁。

略奪美術品の善意取得の場合にも、善意の対象は、たんに相手方の所有権への信頼だけではなく、略奪品ではないこと、さらに、外国の品の場合には、正当な輸出が行われたことへの信頼も必要となろう。

い⁵⁴⁾。

54) Hartung, aa.O., S.718; Weller/Dewey, Kunst und Recht, 2019, 170. スイス人の Weller による研究がある。

ちなみに、1994年に、連邦憲法裁判所で初の女性長官となったリムバッハ (Jutta Limbach, geb.Ryneck, 1934.3.27-2016.9.10) は、2002年に定年となり、2003年から、ナチスに収用された文化財の返還に関する諮問委員会の長となった。

学者では、オーラフ (Werner Olaf, 1939.8.18-) が、強奪芸術品の返還問題に詳しい。同人は、1939年に、ケルンで生まれた。ケルン大学で法律学を学び、1964年に、第一次国家試験に合格、1967年に、ケルン大学の Ulrich Meyer-Cording の下で学位 (Zulässigkeit und Grenzen der objektiven vergleichenden Werbung, 1966)、1968年に、第二次国家試験に合格。ゲッティンゲン大学助手、1975年に、上級研究員、1981年に、同大学の Diederrichsen の下で、ハビリタチオンを取得した (Die Aufnahmepflicht privatrechtlicher Vereine und Verbände - zugleich ein Beitrag zum Spannungsverhältnis zwischen privater Macht und Privatautonomie, 1981)。1982年に、ミュンスター大学教授、ついで、マールブルク大学の正教授。1991年に、イエナ大学教授。再統一後の大学の法学部設立の学部長となった。1996年に、チューリッゲン高裁の裁判官 (2004年まで)。信託研究所の所長。専門は、民法、民訴法、商法、信託法、消費者法、強奪された芸術品の返還など多彩である。1992年に、チューリッゲンの行政・経済アカデミーの学術部門長、1995年から、ドイツ法学部会議の長 (1999年まで)、1995年に、ザクセンの学術アカデミー会員、多数の財団理事をした。記念論文集がある。Gründen und Stiften, Festschrift, (hrsg. v. Saener /Bayer / Koch /Körber, 2009.

Zwanzig Klausurprobleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1969, 3. A. 1978.

Zwanzig Klausurprobleme aus dem BGB, Allgemeiner Teil, 1970, 4. A. 1982.

22 Probleme aus dem BGB, Allgemeiner Teil, 7. A. 2005.

Fälle zum Erbrecht, 1976, 2. A. 1995.

Fälle mit Lösungen für Anfänger im Bürgerlichen Recht, 1978, 2. A. 1980, 13. A. 2014.

Fälle mit Lösungen für Anfänger im Bürgerlichen Recht I (Grundlagen), 12. A. 2008, 13. A. 2014. ハビリタチオン論文を書くまでに、以上の多数の学生向け設例集を出し、その後も出した。行政や実務に忙しく、単著は意外に少ない。

Simon Dietrich/Werner Olaf, Zwanzig Probleme aus dem Familien- und Erbrecht, 1988.

Simon Dietrich/Werner Olaf, 21 Probleme aus dem Familien- und Erbrecht, 2. A.

ヨーロッパ全体の次元でも統一的な基準はないとされる (Hannes Hartung, Kunstraub in Krieg und Verfolgung : die Restitution der Beute- und Raubkunst im Kollisions- und Völkerrecht, 2005, 114)。また、公的な作業では、2003年12月17日のヨーロッパ議会の決定 (Nr.804) は、紛争や戦争を契機とする文化財の盗難に関する一般的な定めであるが、以下の問題があるとされる (Entschließung des Europäischen Parlaments v.2019.1.17 zu grenzübergreifenden Forderungen nach Rückgabevon Beutekunst aus bewaffneten Konflikten und Kriegen (1017/2023 [INI])⁵⁵⁾。すなわち、おもな問題点の指摘にとどまり、論点の整理以上のものではない。

(i) 所有や占有の状態をどのように確定し、加盟国が原告に対し、必要な情報につきどのようなアクセスを与えるか。

(ii) 所有権の返還の申請がいつまでに行われ、これに関する時効を適用するべきか。この点に関し、ドイツ法では、通常の時効は、民法195 条以下により、物権的請求権は、原則として30年の時効にかかる (985 条、債務法現代化

1991.

Simon Dietrich/Werner Olaf, 22 Probleme aus dem Familien- und Erbrecht, 3. A. 2002, 4. A. 2009.

Werner /Saenger, Fälle mit Lösungen für Anfänger im Bürgerlichen Recht II (Vertiefung) 2004, 3. A. 2008, 4. A. 2012.

Deutsches Rechtslexikon, (hrsg. v. Tilch/Arloth) 3. A. 2001 (Erbrecht Agrarrecht); Lexikon der Rechnungslegung und Abschlussprüfung (Zivilrecht Zivilverfahrensrecht Gesellschaftsrecht) 4. A. 1998; Lexikon der Betriebswirtschaft (hrsg. v. Lück) 6. A. 2004 (共著)。

Teleshopping, 1996.

Der Verein 1996, 2. A. 2000, 3. A. 2003.

Tele- und Internetshopping, 2. A. 2002.

Haustürgeschäfte, 1999.

Haustürgeschäfte/Kaffeefahrten, 2. A. 2001.

55) Hartung, a.a.O., S.719. 略奪芸術品の返還問題の詳細については、これを主題とする別稿による。

法197条1項1号に明文化)。そこで、戦前・戦中の多くの事例において、ドイツでは、すでに時効にかかっていることになる。ただし、この効果は、所有権を失うのではなく、所有者が占有者に返還請求できないことである (nudum ius である)。同じく、1004条の妨害排除請求権や妨害予防請求権も消滅することになる)。しかし、スイス法とフランス法では、日本法と同じく所有権にもとづく返還請求権は消滅時効にかからないとする⁵⁶⁾。イギリス法では、窃盗者は消滅時効を援用しえない。

ドイツ法は、物権的返還請求権が時効にかかるとしたが、その効果として、盗人も所有権を取得できるとしたのかどうかは、明確ではない。これを肯定する見解もあるが、多数説によれば、否定するべきものとされる (また、反対説を除いて、盗人は取得時効を援用することもできない。逆に、日本法は、所有権は消滅時効にかからないが、盗人は、取得時効を援用できる。盗人からの善意取得も可能)。盗人からの取得者については、善意取得の問題があり、原所有者と取得者との調整が問題となり、より大きな問題となる。

ドイツ民法935条は、盗品の善意取得を否定している。盗品が30年後に譲渡されると、盗品には善意取得がなく、第三者も所有権を取得できない。しかし、所有者の盗人に対する返還請求権は時効消滅し (197条1項1号)、第三者に対しても返還請求できない。この場合にも、所有権の帰属はペンディングになる。

56) フランス民法の2013年改正のさいに問題となった財に関する民事法の改正案では、時効取得した占有者の権利が、原所有者の所有権との競合を生じることが問題となり、政府案では、占有者のために作成される公知証書に対する異議申立て期間の制限があった。期間を徒過すると、占有者の所有権取得に対する異議申立てができず、原所有者は、取得者の権利を争うことができなくなり、実質的に所有権を時効消滅させることになる。しかし、憲法により保護される所有権の保護を弱めることはできず、占有の有効性を争うための時間的制限を設けることはできないという結論となる。コラル・デュティユール (Collart Dutilleul, 山城忠邦訳) 「フランスの民法改正」民商150巻3号359頁、364頁。

もっとも、問題は、占有者の財産権との比較であるから、憲法論はあまり理由とはならず、結局は、従来の所有権にもとづく返還請求権の消滅を認めないという伝統への固執に帰せられるであろう。

しかし、816条によって（非権利者が権利者に対して有効な処分をしたときには、非権利者は、権利者に対して処分によって取得したものを返還する義務をおう）、譲渡を追認すれば、代金の返還請求ができるという見解が有力である。この場合には、所有者は、実質的に救済されるが（現物の返還請求には不十分である）、反対説では、時効消滅後には、この救済も否定する。日本法が、193条によって、2年間、被害者の回復を認めるのは、短すぎ（スイス民法934条1項では、5年。2003年の文化財譲渡法・Kulturgütertransfermesetzの適用があれば、その文化財の場所と所有者を知った時から1年、盗難時から30年である）、この種の問題の解決にはならない。194条の場合でも、被害者は、支払った代価を支払わなければならない（スイス民法934条2項も同じ）。

(iii) 強奪された文化財の「善意取得者」には、どのような権利があるか（ド民932条）。ここでは、上述のスイス民法934条2項の規定が参考となる。それによれば、善意取得者は、善意取得時に支払った売買代金を目的物の返還と引き換えに請求できる。日本法と類似する。

ドイツ法は、盗品、遺失物等について、善意取得を制限しているが（935条）、公の競売では、善意取得が可能である（935条2項）。特別な保護を要する場合である。また、美術品の盗人は、30年の消滅時効を待つ必要はなく、善意者に譲渡すれば、10年後には、取得時効が可能となる（937条）。所有者の権利は失われるから、(iii)は、より切実な問題となる。

(iv) 職業的な売主、たとえば、美術商などに対しては、どのような請求権を主張できるか。ドイツでは、文化財保護法が参考となる（Kulturgutschutzgesetz, KGSG § § 42ff.）。

(v) 強奪された文化財が返還された場合に、所有者が、これをふたたび輸出することは制限されるか。

(4) ドイツでは、立法的措置が講じられていないことから、任意的な返還のための援助だけが行われるにとどまる（Handreichung zur Umsetzung der Erklärung der Bundesregierung, der Länder und der Kommunalen Spitzenverbände zur Auffindung und zur Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kulturgutes, insbesondere aus jüdischem Besitz, 3.Aufl.,2019.12）。

従来、メディアと政府から援助が行われた例があるが、ワシントン原則の求めるような明確さに欠け、無条件の返還請求も行われたことはない。法的措置というよりも、申立期間の例外と連邦返還法 (Bundesrückerstattungsgesetz) の手続による勧告や推奨にとどまる。そこで用いられた相談委員会 (die Beratende Kommission) は、2001年から現在まで17の勧告を行っている。しかし、このすべてが履行されているわけではない。そこで、請求者 (被害者) は、しばしば外国の裁判所、とくにアメリカの裁判所に申立てることがある。アメリカの裁判所は、強制的な売買を国際法の侵害として、外国主権免責法 (28 U.S.Code § 1605 III Foreign Sovereign Immunities Act, FSIA) により、管轄権を認めるからである。たとえば、アメリカの最高裁は、クリムトの絵「金色の女」事件でも、アメリカの裁判管轄を肯定している。近時では、世界的な美術品の貸与や展示が行われる機会が増えていることから、その機会に、返還請求に有利な主張が行われる例もある。

どのような場合に、文化財の強奪があったとみるかは、判断のむずかしい場合もある。任意の売買の形式をとっていることもあるからである。専門的に包括的な文化や歴史的な由来の検討が必要となることが多い⁵⁷⁾。とくに、現在の

57) Ib., S.719. 25年前の1995年に、ニューヨークの競売で、アメリカ人が80万ドルでピサロの絵画を購入したところ、それは77年前の1943年に、フランスで親ナチスのビシー政権により没収されたものであった。フランス破産院は、元所有者への絵画の返還を命じた。原告は、元所有者のユダヤ人の相続人である。被告は、たまたま2017年に、マルモッタン・モネ美術館のピサロ回顧展に貸し出したところ、原告が発見して、フランスの裁判所に返還を請求したものである (朝日新聞2020年 7月 3日)。被告は、善意取得者であり、ナチスと関係のない外国人であった。

フランス民法にも善意取得の規定がある (2279条 1項)。しかし、フランス民法でも、遺失物と盗品では、3 年間は、回復の請求が可能である (同条 2項)。また、盗品や遺失物の占有者が市場や公の売買で取得した場合には、原所有者は、占有者が支払った代金の償還を要する (2280 条1 項)。この部分の構造は基本的に日本法と異ならない。

回復の請求には、回復期間が経過していることと、代金の償還という二重の障害があることになる。善意取得が介入しない場合には、返還を命じることに疑問はな

所有者が善意の取得者である場合には、返還との利益調整がむずかしくなる。

回復されるには、以下の検討が必要である。

(i) 元所有者が、1933年1月30日から1945年5月8日の期間（ナチスの政権期間）に、人種的、政治的、宗教的、あるいは世界観を理由として、迫害されていたか。

(ii) 当該の期間に、文化財が強制的に売買され、収用されたことによって失われたか（迫害の推定）。

(iii) この迫害の推定をどう明確にするか。ナチスの独裁の下でもありうるような適切な市場価格による自由な売買の証拠があるか。

(iv) 人種法であるニュルンベルク法が、1935年9月15日に発効するまでは、迫害の推定は、相当な売買代金による処分が可能であったことから反証可能となる。

(v) ニュルンベルク法の発効は、迫害の厳格化の法定の証拠たりうる。同法は、ユダヤ人の財産処分の自由を不可能としたからである。

(vi) さらに、例外事由がある。たとえば、金銭支払による和解である。

美術品の出所を探索することについての研究が進歩しており、2020年1月には、研究のデータバンクも開設された（www.proveana.de）。

文化財の問題を適切に解決するには、任意的な援助のみでは不十分であり、法的な解決が必要であり、そのためには、以下の点が包含される必要がある⁵⁸⁾。

いが、介在している場合には、加害者や加害国家への賠償請求権に転化するという技術が必要となる。この場合には、東ドイツの財産権の回復や東欧における財産権の回復の技術、被害者救済法が参考になりそうである。小野・土地法の研究（2003年）101頁、124頁。

58) Hartung, aa.O., S.721. 被害者の回復の方法には、①返還請求権への消滅時効の適用を否定し、かつ第三者の善意取得を否定する方法（所有権はつねに被害者にある）と、逆に②第三者の善意取得を肯定しても、被害者に、第三者が支払った代価を賠償させ、回復請求させる方法がある。来歴の審査の厳格な美術品の善意取得は、限定的であるべきことから、②は、あまり妥当ではなく、被害者の救済には、国家賠償が不可欠である。①では、善意の第三者への国家賠償が課題となるが、第三者の態様によ

返還請求権の時効の問題(時効の排除)

新法による生じる遡及効の禁止の回避(どこまで遡及効を強制するか)

取得時効による所有権の取得にも、時効の排除が必要となる。日本法では、悪意の占有者も所有権を取得できるし(162 条1 項)、オランダ法でも、悪意者は20年で所有権を取得することができる(3105条1 項)。ドイツ法でも、10年の取得時効が可能である(937 条1 項)。

さらに、挙証の転換や軽減が必要である。

上記のシュワービンの事件では、2014年5 月6 日に、Cornelius Gurlitt は、疑惑のある芸術品を1 つも返還することなく、死亡した。

(5) 日本でも、仏像などの国外からの取得が問題となるところである。戦争中の強奪品は、外地からの引き上げ時には、ほとんどが現地で接収されたことから、ドイツほど大規模な問題とはなっていない(それ以前の持ち出しはある)。著名なものでは、松方コレクションがある。これは強奪品ではなく、実業家の松方幸次郎が 20 世紀初めにフランスで収集した美術品のコレクションである。コレクションは第二次世界大戦後、フランス政府によって敵国資産として差し押さえられていたが、1951年のサンフランシスコ平和条約締結のうちに、吉田茂とロバール・シューマンの合意で、所蔵コレクションの返還が合意された。返還条件に従い、コレクション展示のための美術館として、1959年に、国立西洋美術館が設置された。それでも、コレクションから散逸したものが、ときおり美術品市場で話題となる。

日本法では、物権的請求権は、消滅時効の対象とならないことから、物権的請求権による追跡は、可能である。しかし、善意取得と取得時効による取得は可能性があることから、上記のスイス民法934 条と同様の問題がある。証明責任や文化財保護法などについては、立ち入らない。

スイス民法933 条が、善意取得の規定であり、934 条は、返還について、以下のように定める⁵⁹⁾。

り柔軟な対応が可能となる。

59) スイス民法が日本民法に与えた影響は、いくつかあるが、933 条以下、934 条、

「動産を窃取されまたは喪失し、またはその他自己の意思に反してこれを失った占有者は、その取得者に対し5年間、返還を請求することができる。

[1項の追加規定] 2003年6月20日の文化財移転法2項1号の文化財が所有者の意思に反して喪失した場合の返還請求権は、所有者がその場所を知ったときから、1年の時効にかかる。ただし、喪失から30年を超えることができない。

物が公売され、または市場において、あるいは同一種類の商品を取引する商人によって、譲渡された場合には、第1およびその後の善意取得者に対しては、支払った代金を賠償しなければ、その返還を請求することができない。

前項のほか、返還給付は、善意の占有者の請求権に関する規定に従う」。

935条は、金銭と無記名証券の場合には、占有者は、自分の意思に反して喪失しても、善意の取得者に返還を請求できないとする。936条では、悪意で動産の占有を取得した者は、返還するものとし(1項)、前占有者も善意でなかった場合には、後の占有者に対して物の返還を請求できないとする(2項)。

スイス法は、日本法と似ており、盗品と遺失物は、回復でき(日本法では、193条)、公の競売や同種の商人から得た場合には、代価の弁償が必要とする(日本法では、194条)。

戦争やナチス被害者の回復請求のために、返還請求権を認めるとすれば、善意取得者には、代価の賠償請求権を認めねばならず、これは、ナチス被害者に負担させることはできないから、国家賠償相当の救済の対象となるということになろう。ただし、明らかな外国の文化財など(歴史的な文化財)は、適法な輸出許可がないかぎり、善意取得もありえないと構成するべきであろう(時効も不適用、後注62) ユネスコ条約13条参照)。

国家が関与しない美術品の盗難も問題となる。紛争や戦争を契機として盗難、略奪されることは多い。盗品が売却されたときには、元所有者と善意取得者の

935条の部分は、その1つである。拙稿・独法112号195頁、196頁注105) 参照。

2021年3月15日、フランス文化省は、オーストリアのユダヤ人が1938年に格安で売却をよぎなくされたクリムトの絵を相続人に返還すると公表した。絵は、正当な取引で、1980年に、オルセー美術館が購入していた(Reuters 2021.3.16)。返還では、本人が生存していない場合に、正当な相続人であることを証明することも問題となる。

関係は、より困難な問題となる。本稿では立ち入りえない。

(6) なお、問題がナチス被害や戦後の紛争以外にも拡大した場合に、どの国家に、どの範囲で負担させるかは、残された問題となる。第二次世界大戦後の時期が対象となることに争いは少ないであろうが、それをどこまで遡らせるか、たとえば、秀吉の朝鮮出兵（文禄・慶長の役、1592年～1598年）時まで遡らせるか、外国の例でも、欧米列強の植民地争奪の時期（コロンブスのアメリカ航路発見は、1492年）まで遡らせるかには異論もあろう。

より限定しても、美術品の国家的・組織的な収奪は、ナポレオンの時代に始まり、大規模化している。ルーブル博物館や大英博物館の美術品や収集品に対する返還請求は、ギリシアやオリエント諸国からも求められている⁶⁰⁾。著名なロゼッタ・ストーンは、フランスがイギリスに敗北したことから、大英博物館にあるが、本来はエジプトの出土品である。また、ミロのビーナスはギリシアの出土品である。植民地や後発国からの美術品や歴史遺産の収奪が、どこまで返還の対象となるかは、残された問題となる⁶¹⁾。ナチスのような近現代史に関

60) さらに、別の側面としては、博物館において公共財となっている美術品を返還するには、それがふたたび私蔵されるべきか、返還された国においても公共財として提供されるべきかという問題もある。無制限であれば、ふたたび流出することもありうるからである。再度合法的に売却されたときには、私法上の取戻はできないから、この問題は、国家レベルで考えることが必要となる。国家によっては、自国の文化財でも尊重しないことがあるからである。2001年、パーミアンの大仏が当時のタリバン政権によって破壊されたことが典型的である（同年末からアメリカ軍の侵攻、2021年に政権復帰）。

61) 近時、美術品がマネーロンダリングの手段となることも指摘されている。アメリカ財務省の金融犯罪取締局は、犯罪の疑いのある取引の報告文書を集積しており（フィンセン文書）、2020年9月に、その分析から、大手の銀行が疑わしい取引に係わっているとされる。盗難美術品を違法に譲渡し、銀行を経由して代金の支払をうければ、形式上は、正当な対価と区別しがたくなるからである。違法な美術品の収集家の購買希望と犯罪組織の転売が合致し、犯罪を助長する結果ともなる。

美術品がオークションにかけられると、その出自や所在が明らかとなるが、タックスヘイブンやフリーポート（保税地域）を利用したマネーロンダリングの一環とし

しては、時効はないとするのが、世界標準であるが、近代前期のとくに植民地時代の扱いは、西欧基準と世界基準は異なるであろう。

(7) 日本では、1945年の終戦時には、海外からの引き揚げにあたって、検査と没収が行われたとされることから、比較的話題になることはない（没収後の返還は不明）。むしろ問題はそれ以前にあり、植民地時代や秀吉の朝鮮出兵のうちに（あるいはもっと抽象的に倭寇によって）略奪され、江戸時代から最近まで日本にあった美術品や仏像が問題となることもある（対馬仏像盗難事件）⁶²⁾。

て、対面で取引が行われた時には公になることは稀である。EUは、2020年からマネーロンダリング規制法を定め、1万ユーロ以上の美術品の取引には、適正評価と報告義務を課した。また、一部の美術品について調査会社ができ、略奪美術品の回復の手続を行っている。もとの所有者と相続権、保管場所の特定などから裁判までを行い、美術品額の30%程度の報酬をうけるという。その場合でも、所在の確認には、パナマ文書のような暴露資料が必要になる。

62) 2012年に、日本の長崎県対馬市の神社や寺院から、韓国人窃盗団によって重要文化財の仏像2体などが連続盗難されたが、韓国の裁判所が仏像の日本への返還を事実上拒否し、1体は返還されたが、1体は返還されていない。2014年11月、2019年10月にも、別の仏像盗難事件がある。控訴審は、進んでいない。連合ニュース2020.01.12。共同ニュース2020.4.28。

前注51)のハーグ条約による戦時の文化財保護をうけて、1970年のユネスコ条約・文化財不法輸出入等禁止条約（文化財の不法な輸入、輸出及び所有権移転を禁止し及び防止する手段に関する条約、Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property）では、平時に不法に取引された文化財保護、とくに原産地への返還が定められた。ただし、対象は、盗難や盗掘であり、国家相互の関係を規律する。もとの原産国が返還を請求でき、現在の所有国は返還するべきものとするが、1972年の発効前の事件には強制力がなく、歴史的な文化財などを扱うことができない。大英博物館やルーブル博物館の所蔵品への返還請求が、エジプトやギリシアから求められているが、大方は無視されている。

遡及効がないことから、実効性に欠けるが、「文化財の原産国への返還または不法な入手の場合における回復に関する政府間委員会」（1978年）が設立され、ユネスコ

日本では、ナチスの略奪絵画はあまり話題とならないが、印象派の画家アルフレッド・シスレーの「春の太陽・ロワン川」(1892年)が日本に渡り、所有者から、フランスの元所有者でユダヤ人銀行家、故ルイ・イルシュ氏の遺族に約60年ぶりに返還されたという。遺族によれば返還は「いかなる金銭的交渉もなく」、無償だったとされ、その後、2004年11月3日に、ニューヨークでオークションに出品され、約219万ドル(2億3000万円)で落札されたと報じられた。この例のように、多くの交渉は秘密裏に行われ、譲渡や返還は、オークションを契機に明るみに出るだけである。日本では、善意取得した場合には、192条によって所有権を取得できる場合が多いと思われるが、取得や返還の経緯や詳細は不明である⁶³⁾。

6 パーラントからグリュネベルク (改名)

(1) (a) 以下では、著名なテキストの改名を通じて、戦前、戦中の法律家の行為に対する反省についてふれる。ドイツでも、コンメンタールのような多数の著者がいるテキストは多く、それらは、個別の執筆者が変更しても、長い期間にわたって存続する。そのさいに、テキストの全体を象徴する人物にナチスなどの不適切な傾向がみられる場合が問題となる。

(b) (i) 「パーラント」は、ドイツ最大の法律出版社であるベック社のドイツ民法の簡約コンメンタールの名称である。ほぼ3000頁ながら、1巻本で、

条約発効後の密輸品が返還された例はある(ルーブル美術館)。国家間の合意で返還された例としては、韓国併合時に、日本に渡った「朝鮮王室儀軌」(宮内庁所蔵)が、2011年に返還されている。不法性と流出時期、国家の所蔵品以外には実質的な制約があること等が課題である。もっとも、13条によって、文化財の回復には、時効が適用されないとするこの意味は大きい。

その後、2021年10月27日にも、フランス・マクロン大統領は、129年前に西アフリカベナンから略奪した美術品26点を返還すると表明した。フランスの美術館は、アフリカの9万点の美術品を略奪しているとされる。朝日新聞同年10月29日。こうした返還は、対外的な問題であるだけでなく、フランス国内にいる数十万人のアフリカ系フランス人や難民などの出自にもかかわる問題と意識されている。

63) 2004年11月8日の報道(朝日新聞)。この点についても、前注60)参照。

ドイツ民法といくつかの付属法規を対象に簡易な解説をし、学生、実務家に広く用いられている。内容もほぼ毎年改定されて、法学教育、法曹実務の基本書(Standardwerk)となっている。ドイツの大学法学部の図書館には、10冊以上も備わっていることが通常である。他方、パーラントは、コンメンタール創作者の人名でもある(Otto Palandt, 1877.5.1-1951.12.3)。今日では、その人物の事跡は過去のものとなり、通常は、コンメンタールの名称として意識されるにすぎない⁶⁴⁾。

しかし、バック社は、2021年秋から、この著名なコンメンタールの名称をPalandtからGrünebergに変更する決定をした。著名な書名はブランドでもあるから、売れ行きにも影響する重大な決定といえる。それというのも、パーラントには、ナチスにまつわる過去があるからである。ナチスについては、日本でも、東京オリンピック(2020)の開会式と閉会式のショーディレクターが、ナチスによるホロコーストを揶揄する言葉を過去に使用したとして、大会組織委員会から解任されたことが(2021年)、記憶に新しい。

(ii) ドイツの連邦司法省は、数年前から、過去の法律家についても、歴史の検証を行い、すでにその成果が数冊の本にまとめられている(Görtemaker/Safferling, Die Acte Rosenberg, Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit, 2016ほか)。おもな対象は、戦後の司法省の高官や裁判官である。戦前に、ナチスに加入した法律家は多数にのぼったから、戦後も司法や行政の高位の地位を保った例も少なくない。記憶や資料の散逸を防ぐためには、今の時期を逃すと検証することが困難になるとして着手されたものである。その目的は、こうしたナチス的過去と傾向をもつ者が、いかに戦後の司法に関与し、政策や立法に影響を与えたかを探るためである。そして、それによって政策等が影響を受けた場合に、いかにしてそれを除去するかを探ることにある⁶⁵⁾。

64) パーラントについては、小野「パーラントと法曹養成、民法コンメンタール」【体系と変動】443頁。

65) 連邦司法省の検証作業については、小野・大学と法律家の歴史(2020年)530頁(以下、「歴史」と省略)。Vgl.Görtemaker und Safferling (hrsg.), Die Rosenberg, Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Vergangenheit- eine Bestandsaufnahme,

包括的な歴史の検証作業は、司法よりも外務省を対象に早く行われている。Conze, *Das Amt und die Vergangenheit : deutschen Diplomaten im Dritten Reich und in der Bundesrepublik* (Annette Weinke / Andrea Wiegeshoff 協力), 2. Aufl. 2010.

翻訳もある。コンツェ（稲川照芳、足立ラーベ加代、手塚和彰訳）ドイツ外務省「過去と罪」：第三帝国から連邦共和国体制下の外交官言行録（2018）。

(iii) 公的な調査の前にも、個別的には、司法職の高官が過去の事跡を問われ、公職を辞す例は少なからずあった。連邦司法省の検証作業は、公文書をも利用して、包括的に行われることに特徴がある。パーラントも、ナチスの時代に、政権との関係から司法界で絶大な権力を握った者の1人として（もっとも著名な法律家は、ナチスの法律顧問・弁護士で、ポーランド総督となったフランク。ニュルンベルク裁判で戦犯として絞首刑）、すでに著名であった。しかし、パーラントは、1943年に引退し、1951年に亡くなったことから、直接責任を問われることはなかった。その反面、創始されたコンメンタールは、戦後もっとも利用される書物となり、彼の名を不朽のものとしたのである。ただ、実際には、彼は、序文を書いたのみであり、本文中のナチス的な部分がすべて削除されたのはいうまでもない。多数の共同執筆者が、ときに部分的に変更されることによって、長い命脈を保っているのである。

(iv) パーラントは、1877年に生まれ、法律学を学び、兵役、1902年に学位をえて、1904年に、第二次国家試験に合格し、1905年から、区裁判所の試補となり、その後、検察官や裁判官をし、1914年に、再度兵役。その後も、高裁裁判官をして、1933年に、プロイセンの司法試験委員会の長（のちの人民裁判所長のフライスラーの推薦という）、1935年に、ライヒ（連邦全体ということ

2013. 一橋法学12巻3号105頁およびその注69参照。Vgl. BMJ, *Einsetzung einer unabhängigen wissenschaftlichen Kommission beim Bundesministerium der Justiz zur Aufarbeitung der NS-Vergangenheit*, 11.01.2012. 具体的な検証作業は、おもに第三者委員である学者に委託されている。身びいきや忖度を生じさせない組織作りは、こうした作業ではつねに必要となろう。

司法よりも外務省の研究が早く行われている。本文のConze参照。

である) 司法試験委員会の長となった。法のナチス化を目的とするドイツ法アカデミーやナチス法律家連盟のメンバーでもあった。戦後の非ナチス化の手続では、「付和雷同者」として法的な責任を問われることはなく、ハンブルク大学の非常勤講師もしたのである。しかし、彼の在任中、その主導の下で、法曹養成の目的は、ナチス的社会観を基準とするものに改められ、思想、信条、人種、性別等による差別が行われたのである(詳細については、参考文献参照)⁶⁶⁾。

(c) 改名される Grünebergも、人名である。グリュネベルク(Christian Grüneberg, 1960.6.4-) は、1960年に、ヘッセンの州都ヴィースバーデン(フランクフルト、マインツ近郊)で生まれた。1988年から、ノルトライン・ヴェストファーレン州で、ボンの区裁判所(Amtgericht)とラント裁判所で試補となった。1991年に、ボンのラント裁判所裁判官、再統一後のポツダムの区裁判所(Bezirksgericht)に勤め、連邦裁判所(BGH)の共同研究員を経て、2000年に、ケルン高裁の裁判官。2002年に、ノルトライン・ヴェストファーレン州の司法省に転じ、学位をえた。BGHの裁判官(民事、銀行、通貨、有価証券、消費貸借、保証を担当の民事第11部)。パーラント・コンメンタールには、65版から、債務法の編者として参加していた。2021年11月(2022年版)の81版からは、コンメンタールの名称となった(Grüneberg (vormals[旧] Palandt)と記載。2021年の80版はPalandtであった)⁶⁷⁾。2022年版は、Grüneberg (vormals Palandt) Bürgerliches Gesetzbuch, 81., neubearbeitete Auflage. 2022である。

66) 詳細については、前注64)の文献参照。また、Klee, Das Personenlexikon zum Dritten Reich, 2003, S.448.(Palandt)。

67) BGH, Zwei neue Richter am Bundesgerichtshof 2006.8.2. (Pressemitteilungen) <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/2006111.html?nn=11917612> これは、連邦裁判官となった Karin Milger と Christian Grüneberg の紹介のプレスリリースである。

コンメンタールの改名については、Mathias Bruchmann, C.H.BECK wird Werke aus seinem Verlagsprogramm umbenennen, 2021.6.27. (<http://www.presse.beck.de/home/chbeck-wird-werke-aus-seinem-verlagsprogramm-umbenennen.aspx>) これは、ベック社のHPである。

(2) 次に、シェーンフェルダー・ドイツ法令集の改名がある。2021年に改名されるのは、パーラントのみではない。ドイツ法令集 Schönfelderは、Habersack となり、基本法のコンメンタール Maunz/Dürigは、Dürig/Herzog/Scholz と改名される。それぞれの事情の詳細は、必ずしも同一ではない。

(a) (i) まず、ドイツ法令集のシェーンフェルダーは、私法の法令集としてはもっとも包括的なものであり(刑法も包含。85から)、公法のザルトリウスと双璧をなしている(ザルトリウスは 19 世紀の法律家)。こちらは、早世したシェーンフェルダー (Heinrich Schönfelder, 1902.7.16-1944.7.3) 自身の問題というよりは、その体系に問題があった。創刊時に、ナチスの綱領や立法が 1 から19までを占め、民法 (BGB) は、ようやく20番であった。戦後、ナチス関係の立法が削除され、基本法 (GG) が追加されて1 番となったが、20まで空番号であり不体裁でもある。法令の条文番号と同じく、定着した番号を訂正するのはむずかしいのである⁶⁸⁾。連続性の切断には、少なくとも、名称の変更が不可欠である。

1997年版

2000年代

1 GG (基本法)

2010年代には紙数が増えたことから削除
(補完版Ergänzungsbandにはあり)

空番号

20 BGB (民法)

維持

21 EGBGB (民法施行法)

21a以下には2000年代に多数のEU法が付
加された。

23 BeurkG (公証法)

維持

24 Verbraucher kreditgesetz (消費者信用法)、24a HaustürWG (訪問販売法)、25はタイムシェア法、26は約款法であった。24から26は、2001年の債務法現代化法のおりに、民法本体に取り込まれた。その他の法文の番号も、しばしば削除、変動しており、古い番号が長く残ったのは、ベック社の責任でもある

68) シェーンフェルダーについては、小野「シェーンフェルダー (Schönfelder)、ザルトリウス (Sartorius) とドイツ法令集」【体系と変動】429頁。

る。

(ii) 新しい名前のハバーザック (Mathias Habersack, 1960.7.21-) は、ドイツ法曹会議の常任代表である。彼は、1960年に、フルダ近郊の Hünfeld で生まれた。ヴェルツブルクとハイデルベルクの両大学で法律学を学び、1986年に、Peter Ulmer の学術研究員となった。1990年に、同じく Ulmerの下で学位 (Vertragsfreiheit und Drittminteressen, 1992) を、1995年に、教授資格を取得した (Die Mitgliedschaft - subjektives und „sonstiges“ Recht, 1996)。1996年に、レーゲンスブルク大学教授、2000年に、マインツ大学教授、2007年に、チュービンゲン大学教授。2011年から、ミュンヘン大学教授。専門は、民法、商法、経済法である⁶⁹⁾。法令集は、2021年の185 追補版から Habersack (vormals [旧]Schönfelder) と改称された。2021年正規版は、Habersack (vormals Schönfelder), 186. Auflage. 2021である。

(b) (i) また、ドイツ基本法のコンメンタール Maunz/Dürig (2021年版が 94版) では、マウンツ (Theodor Maunz, 1901.9.1-1993.9.10) が問題となる。時間的には、もっとも遅くまで学界や実務界に影響があったと思われる人物である。

内容は、憲法のコンメンタールである。従来の正式名称は、Maunz/ Dürig/ Herzog/ Scholzであるが、そのうち、前三者は死亡者を顕彰したものである。日本でも、著名な雑誌には、「〇〇創刊」という記載の付される例がある。ところが、従来の名称にあったマウンツは、戦後は CSU (旧連立与党の1 つ) に属したが、戦前はナチスに属し、戦後も極右と関係のある政治家であった。1964年に、ナチスとの積極的な関係が知られるようになり、バイエルンの文化相 (1957-1964) を辞任した。また、1993年に死亡するまで筆名で、極右の雑誌に寄稿していた。こうした理由から、ベック社は、2021年7 月に、コンメンタールを次回から Dürig/Herzog/Scholzと改称することにしたのである。

(ii) マウンツは、1901年に、のちに強制収容所が設置されたダッハウで生まれた。ミュンヘン大学で法律学を学び、第一次国家試験に合格、ユダヤ系

69) Köbler/Peters, Who's who im deutschen Recht, 2003, S.231. 歴史617頁。

法学者の Hans Nawiaskyの下で学位を取得 (Die Stellung des Staates im rechtlichen Verfahren, 1926)。第二次国家試験に合格、バイエルンで行政研修を受けた。1932年に、ミュンヘン大学でハビリタチオンを取得した (Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, 1933)。1935年に、フライブルク (ブライスガウ) 大学の員外教授。1937年に、同教授。1943年から兵役。1952年からミュンヘン大学教授 (1969年まで)。バイエルン文化相を兼任した。1993年に、ミュンヘンで亡くなった。専門は、公法、国法学、行政法などである。70歳と80歳の記念論文集 Festgabe (hrsg. v. Spanner), 1971; Festschrift (hrsg. v. Lerche /Zacher /Badura), 1981がある。政治家のほか学者でもあったことから、業績は多い⁷⁰⁾。共編著が多い。

Geltung und Neubildung modernen Kriegsvölkerrechts, 1939.

Deutsches Staatsrecht, 1951 は、1994年には、29版を数えた。その後、Zippelius の補訂により Deutsches Staatsrecht, 30. A. 1998.

共著 (Maunz/Mang/Mayer/Obermayer) の Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern 1962もある (1988年に、5版)。

Toleranz und Parität im deutschen Staatsrecht, 1954.

Maunz /Dürig /Herzog, Grundgesetz, 1959 年から出版され、1989年に7 版。

Maunz /Dürig, Grundgesetz, 42. A. 2004は、ほぼ毎年改定され、2015年に、75版。

Maunz /Schmidt-Bleibtreu /Klein, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1976 は、2003年に、22版である。

Maunz /Schricker, Verlagsrechtは、Bappert により創刊されたが⁸⁾、Maunz 改定で 2. A. 1984.

Maunz /Schmidt-Bleibtreu /Klein /Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz,

70) DBE 6 (1997), 668; Juristen im Portrait 1988, 553 (Lerche). 顕彰記事であるが、Stolleisは批判的である。FAZ v. 21. 12. 1993 (Stolleis); Kritische Justiz 1993, 393; Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd.3, Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945, 1999, S.267; Klee, Das Personenlexikon zum Dritten Reich, 2003, S.395f.

23. A. 2004 は、2016年に47版を数えた。

(c) 改名後に筆頭名となるデューリッヒ (Ernst Dürig, 1888.4.4-1951.1.8) は、1888年に、マイン河畔の Klingenberg (バイエルン最西部) で生まれた。法律学を学び、バイエルンの司法職。1939年に、バンベルクの高裁長官。1945年に、カールスルーエの連邦裁判所 (BGH) の部長裁判官。1951年に、カールスルーエで亡くなった。ただし、彼にも、1941年に、ライヒ最高法律家会議 (ナチスの司法大臣シュレゲルベルガーの主催したガスによる絶滅政策の調査) 参加の経歴がある⁷¹⁾。

また、Roman Herzog (1934.4.5-2017.1.10) は、マウンツの弟子で、裁判官、1983年に連邦憲法裁判所裁判官、1987年に同長官、1994年-1999年に連邦大統領であった⁷²⁾。彼に対する記念論文集がある。Staatsrecht und Politik, Festschrift für Roman Herzog zum 75. Geburtstag (hrsg. v. Herdegen / Klein / Papier / Scholz), 2009.

さらに、Rupert Scholz (1937.5.23-) は、タイトル中の唯一の生存者であるが、1937年に生まれ、1966年に、ミュンヘン大学で学位をえて (Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, 1967)、1970年に、教授資格を取得 (Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, 1971)、1972年に、ベルリン自由大学教授、1978年に、ミュンヘン大学教授となった。1981年に、ベルリン市の司法担当大臣、1988年に、連邦国防大臣となった (89年まで)。連邦議会議員となり、1992年に、連邦議会と連邦参議院の共同憲法委員会の長、1998年に、連邦議会の法務委員会の長、2006年に、引退した。専門は、国法学、行政法である⁷³⁾。マウンツのほか、以上のような編者の手になるものとして、このコンメンタールは、多数の基本法の著作のなかでも保守的な部類に属している。

Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, 1971.

71) Klee, aa.O. (前注3)), S.121.

72) Who's who, aa.O. (前注6)), S.270.

73) Who's who, aa.O. (前注6)), S.633.

Pressefreiheit und Arbeitsverfassung, 1978.

Scholz /Konzen, Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht, 1980.

Krise der parteienstaatlichen Demokratie, 1983.

Scholz /Pitschas, Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung, 1984.

Daran halte ich fest, 1988.

Grundgesetz zwischen Reform und Bewahrung, 1993.

Privatisierung im Baurecht, 1997.

Berufsständische Altersversorgung und gesetzliche Rentenversicherung, 1999.

Deutschland - in guter Verfassung? 2004.

(d) (i) ベック社の簡約コンメンタールには、刑法のコンメンタール Schwarz/ Dreher, Strafgesetzbuch (Otto Schwarz のものを改定) 23. Aufl., 1960 もあった。これは、すでに 1999 年の49版から、Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuchと改称されている (55版からは、Fischer のみ)。1960年から 98年の間の編者であった Eduard Dreher (1907.4.29-1996.9.13) は、ナチスの検察官として多数の違法な死刑判決に関与したが⁷⁴、戦後、連邦司法省の高官となり、刑法改正に関与した。連邦司法省の歴史検証のおもな対象の 1人となった⁷⁴⁾。

(ii) 創始者のシュヴァルツ (Otto Schwarz, 1876.1.21-1960.1.29) は、1876年に東プロイセンのPiathen/Kreis Insterburgで生まれた。法律学を学び、1901年に、第二次国家試験に合格し、Memelの区裁判官。1910年に、ハノーバーに転じ、1911年に、ラント裁判官。1919年に、プレスラウの高裁裁判官、1926年に、ライヒ大審院の裁判官。1945年に、ザクセンの区裁判官、1946年に、チューリンゲンの Mühlhausenで区裁判所長、SED (東ドイツの支配政党) に入ること勧誘された後、ベルリン近郊のFrohnauで公職。1960年に、Frohnauで亡

74) 歴史 (前注65)) 530 頁。Dreherについては、別個に検討する予定である。第4章6参照。

くなった。専門は、刑法、刑訴法である。

1933年に、Otto Liebmann 社から、Strafgesetzbuchを出した。しかし、1934年の2版からは、ベック社から刊行された。3. A. 1935, 4. A. 1936. 戦前に数版、戦後も版を重ねた。13. A. 1949, 14. A. 1951, 15. A. 1952 (この年から、弁護士の Günther Schwarz と共著)。16. A. 1953, 版を重ねて、1959年の22版に1人となり、以後、23版からDreherが継続作業をすることになったのである。つまり、このコンメンタールについては、中途にDreherが関与したことから、汚名をかぶったことになる。(vgl. Juristen im Portrait 1988, 483のほか、NJW 1960, 521 (C.Kirchner)).

(iii) トレンドル (Herbert Tröndle, 1919.8.24-1917.10.1) は、1919年に、Kiesenbach で生まれた。1938年に、アビトゥーアを取得し兵役、1942年に榴弾炸裂をうけ、両下腿切断、勲章をうけ、予備役の中尉、1943年から経済学を学び、法学に転じ、フライブルク (ブライスガウ) 大学で Schönke, Maunz, Erik Wolf, Boehmer, Franz Beyerleなどに学び、1944/45年に、イエナ大学 (Krusch, Schultze-von Lasaulx, von Weber, Giese, Wacke, Liermann, Johannsenに学ぶ)、戦後は、ゲッチンゲン大学 (Raiser, Beitzke, Julius von Gierke, Felgenträger, Eberhard Schmidt, Welzel, Bockelmann, Smend, Grewe, Niedermeyer, Wieacker)。1947年に、第一次国家試験、1948年に、Beitzkeの下で学位をえた (論文は、Der § 814 BGB - insbesondere seine Anwendung auf fehlerhafte gegenseitige Verträge, 1948)。1950年に、第二次国家試験に合格。同年、Säckingenの区裁判官。1953年から、BGHの学術補助員。1956年に、スイス国境のWaldshutのラント裁判官。同年、連邦司法省。ここで、Josef Schafheutle, Eduard Dreher, Karl Lackner, Georg Schwalmなどとともに、刑法草案の作成に関与した (1960/62)。1958年に、高裁裁判官。1961年に、Waldshutのラント裁判所部長。1966年に、Offenburgの検事局に移り、1966年に、検事正。1968年に、Waldshutのラント裁判所長、その当時、ドイツで2番目に若いラント裁判所長であった。1975年に、Eduard Dreher から、コンメンタールの継続を託された (38版、1978年)。1984年に、官職を退いた。2017年に、Waldshutで亡くなった。専門は、刑法である。

Strafgesetzbuch (23版からDreher). その後、38. A. 1978からDreherと共編(48.A.1997まで)。49版から、Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 1999)。2007年の54版までである。雑誌 Juristische Rundschauの編者もした。フライブルク(ブライスガウ)大学の非常勤講師をして、名誉教授号をうけた。1982年に、バーデン・ヴュルテンベルク州の国家裁判所の代理裁判官。記念論文集がある。Festschrift (hrsg. v. Jescheck /Vogler), 1989 (Dreher Eduardの顕彰文がある)。

ほかに、Neuregelung des Lebensschutzes Ungeborener im geeinten Deutschland, 1991がある。顕彰記事も多い (Rotarier, NJW 1994, 2202 (Meyer-Goßner); NJW 1999, 2488 (Lackner); JB 1999, 315 (Otto); NJW 2009, 3011 (Letzgu). (Vgl. Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen 2010, 595).

(iv) フィッシャー (Thomas Fischer, 1953.4.29-) は、1953年に、Werdohlで生まれた。法律学を学び、1988年に第二次国家試験に合格して、バイエルンで司法職。1991年に、BGHの共同研究員となった。1993年に、ライプツヒのラント裁判官、1996年に、ザクセン司法省の理事官。2000年に、BGHの裁判官となった(刑事2部)。2013年に、部長裁判官。長官は、Klaus Tolksdorfであった。専門は、刑法、刑訴法である。1998年に、ヴュルツブルク大学から、名誉教授号をうけた。

(3) (a) 連邦司法省は、2021年9月2日に、「パーラントとナチス期におけるライヒ司法試験委員会の役割」に関するオンライン・シンポジウムを開催した。同シンポジウムでは、司法省の議会担当次官 Christian Langeの挨拶後に、司法相の Lambrechtの開会演説の紹介があった(代読)。また、ドイツのユダヤ人生命擁護と反ユダヤ主義撲滅のための連邦政府の担当官 Feliz Kleinとベック社の経営会議のメンバーである Klaus Weberの挨拶、ライヒ試験委員会に関する著作のある Martin Würfe のパーラントとライヒ司法試験委員会に関する講演が行われた。

連邦司法省が、まず問題とするのは、連邦司法省自体や前身のライヒ司法省の機関の行為であり、批判的に対決する責任があることは当然であるが、さら

に、周辺の機関の歴史も検討の対象となる。ライヒ試験委員会とパーラントは、ここに含まれる。デモクラシーと法治国家理念は、近代法の前提であるが、必ずしも所与・自明のものではない。法的な教育は、広い周辺部をもつものであり、民主的な国家の価値を守る能力を増進させ、ナチスのような不法と対決することを本質としなければならない。そこで、司法教育を非人間的なナチスの目的に向けさせた者は、民主的な法治国家の下では、司法的基本業績の命名者たるにふさわしくないのである。こうした考慮の意味は、過去に対するだけではない。哲学者の Odo Marquart によれば「由来なしに将来はない」(Keine Zukunft ohne Herkunft) である。現在は、過去につながり、過去は将来への指針たりうるのである。

コンメンタールの大きな影響力から、連邦議会の法務委員会でも、2018年に、連立与党の SPD (社会民主党) が問題を提起し、いくつかの州の、緑の党の司法大臣やミュンヘン大学の研究チームも、ベック社に改名を求めている。パーラントやシェーンフェルダーは、国家試験や司法研修の補助教材としても意味をもっているからである⁷⁵⁾。

(b) パーラントの改名については、ほかの案もあった。たとえば、当初の出版者である Otto Liebmann、あるいは、最初(旧版)の編者である Otto Loening (ベルリン・ラント裁判所長)、James Basch と Ernst Straßmann (双方とも、ベルリン・ラント裁判官) の名前をつけることである。

ここに登場したリーブマン (Otto Liebmann, 1865.4.24-1942) は、ベルリンの法律図書の出版業者である。1896年に、著名な法学者ラーバント、弁護士シュタウプ (積極的契約侵害論で著名)、ライヒ大審院判事のステングラインとともに、雑誌 (Deutsche Juristen-Zeitung, DJZ) を発刊した。ドイツ刑法雑誌 (Deutsche Strafrechtszeitung) の創始者でもある。記念論文集がある (Festgabe für Otto Liebmann, 1920)。ベルリン大学の記念論文集 Die juristische Fakultät der Universität Berlin von ihrer Gründung bis zur

75) BMJ, Online-Symposium: Otto Palandt und die Rolle des Reichsjustizprüfungsamtes im Nationalsozialismus, 2021.8.26. (2021.9.2 に実施)。

Gegenwart, 1912をも出版している。しかし、ユダヤ系の出自のために、出版社は、ナチスの政権奪取の1933年に、ベック社に、25万金マルクで買収され、著名な簡約コンメンタールのシリーズや雑誌の版權も接収された。ときのベック社主 (Heinrich Beck, 1889-1974) は、ナチスの高官とも親しく、出版社のいわゆるアーリア化 (ユダヤ系財産の接収) の一環に乗じることができた。こうして、ミュンヘンのベック社は、法律学の分野とベルリンに進出することができたのである⁷⁶⁾。

多くの批判をうけて、ベック社では、2018年の77版から、パーラントについての批判的注釈をつけており、ホームページでも、人物と業績について批判的注釈をおいている。法律の初心者と法律家の注意を喚起するためである。さらに、81版からは、改名することになったのである。

(c) (i) 法学の基本文献における改名は、ドイツの法律学界における近時の動向、とくに法曹養成に関する動向を反映するものでもある。連邦司法省は、一面では、前述のような司法官の歴史的な調査を行っているが、他面では、こうした司法の下で行われた法曹養成制度の見直し、また法曹養成制度における倫理問題を検討している。とりわけ、多数の法律家が1930年代に容易にナチスに迎合したことから、当時の養成制度の問題点を検討する。

歴史の検証は、古い事実の掘り起こしである。自然災害の多い日本では、ときに、災害を早く忘れることは美徳となる。しかし、2011年3月11日の東日本大震災を契機に明らかになったように、古くは、869年7月13日の貞観三陸沖地震⁷⁷⁾についても、多大な津波による被害とその痕跡が残されていた。ましてや、飛行機や原発などの人災では、記憶しておくことは将来の被害を防止するものとなる。繰り返すことを厭うむきもあるが、近現代史に時効はないというのが、世界の標準である。アメリカでも、ホワイトハウスの高官 (その多くは法律家であった) が多数犯罪に関与したウォーターゲート事件 (ニクソン政

76) 歴史・647頁。ベック社とナチス期の状況については、簡単に、Juristen im Portrait, 1988, S.27.

77) 理科年表 2020 年773頁。歴代の地震災害の記録がある。

権)以後、法曹倫理は、ロースクールの重要教材となっている。

(ii) 法曹倫理に包含されるのは、過去の問題だけではない。よき法曹養成には、専門的知識やマニュアルのほかに、今日の法との真摯な対決が必要とされる。そのためには、歴史、とくにナチス時代の思考を知り(東ドイツや他の独裁国家の不法、腐敗やマネーロンダリングも対象となる)、現代の国家と社会の基礎を知ることが必要である。考えるべきことは、過去についてだけではなく、デジタル社会における自由と自己決定をどのように確実にするか、どのような決定を人が行い、コンピュータや AI になにを任せるか、などを考え議論することが必要であり、そのための時間を要するのである。古くは人工中絶、新しくは生命倫理などの問題もある。さらに、ナチスの傾向やその擁護は、私的契約書に盛り込まれることのあるモラル条項にも反することから、問題点を把握しておくことは、企業防衛の手段でもある。日本では、暴力団との関係についての反社会条項が類似しよう。

法曹倫理の重視は、法曹養成課程の時間を増大させるおそれもある。ドイツでは、法学部で、第一次国家試験に合格するまでの実際の平均勉学期間は、2006年の9.6 学期に対し、2016年に、11.3学期に増加した(これに司法研修2 年がプラスされる)。従来は、時間短縮化に努力が払われていたのに対し、標準の勉学期間を、およそ1 学期延長することともいわない方針が打ち出されている⁷⁸⁾。

78) 歴史・531 頁以下参照。