

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 10

Juristischer Realismus
und politische Theorie im
amerikanischen Rechtsdenken

Von

Dr. Gerhard Casper



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

GERHARD CASPER

**Juristischer Realismus
und politische Theorie im
amerikanischen Rechtsdenken**

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 10

**Juristischer Realismus
und politische Theorie im
amerikanischen Rechtsdenken**

Von

Dr. Gerhard Casper



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1967 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1967 bei Frankensche Buchdruckerei, Berlin 65
Printed in Germany

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	11
A. Juristischer Realismus	13
I. Einführende Bemerkung zur rechtstheoretischen Bestimmung des „Legal Realism“	13
II. „Common Law Tradition“ und Aufklärung im juristischen Realismus	19
1. Llewellyns Unterscheidung von „Grand Style“ und „Formal Style“	19
2. Gründe für die Formalisierung des Rechts	21
a) Das Streben nach Rechtssicherheit	21
b) Die „naturwissenschaftliche“ Forderung nach exakter Be- weisbarkeit	23
3. Der analytische Positivismus	23
a) Die realistische Kritik an der „command theory“	23
b) Die Kritik an der Isolierung der Rechtswelt vom Gesell- schaftsprozeß	25
4. „Logic“ und „Experience“ in der Rechtsentwicklung	27
a) Die Identifizierung von „Logic“ mit syllogistischen Schlüs- sen	27
b) Die Unmöglichkeit bloßer Subsumtion	28
aa) Verschiedene „precedent techniques“	28
bb) Konkurrierende „rules“	29
cc) Die Forderung nach einer genauen Analyse juristischer Begriffe	30
dd) Die Rolle von Vorurteilen in der juristischen Inter- pretation	32
ee) Rechtsdenken als Problemendenken	36
c) Common Law „reasonableness“	38
d) Die pragmatische Rationalität der amerikanischen Auf- klärung	39
e) „Scientific law making“	41

III. Der philosophische Pragmatismus und das Rechtsdenken	43
1. Der Metaphysische Klub	43
2. Das „principle of pragmatism“	44
3. Der Einfluß Benthams	46
4. Pragmatismus und Anpassung durch Experiment	47
a) Wahrheit als Bewährung	47
b) Der Individualismus William James'	50
c) Holmes' „can't helps“	51
d) Der Kulturzusammenhang als Grundlage der Erkenntnis bei Dewey	53
aa) Die Überwindung der Diskrepanz zwischen Denken und Handeln	53
bb) Die Mittel-Zweck-Kategorie und die Werttheorie	54
5. Die „prediction theory“	56
a) Recht als Voraussage von Entscheidungen	56
b) Die praktische Bedeutung der „prediction theory“	60
6. Voraussetzungen und Schranken des reformerischen Pragma- tismus	64
a) Deweys „Kulturrecht“	64
b) Die Freiheit des Experiments und „judicial self-restraint“ aa) Das Recht des Gesetzgebers zum Experiment	66
bb) Die Freiheitsrechte als Grenze der Rechte des Gesetz- gebers	73
IV. Lasswells und McDougals Kritik an der rechtstheoretischen Ent- wicklung in den Vereinigten Staaten	81
B. Lasswells politische Wissenschaft	87
I. Die Lösung des „Hobbesianischen Problems“	87
II. Das Verständnis der Politik und die Methode politischer Analyse	94
1. Was ist Politik?	94
a) Der Gegenstand der politischen Wissenschaft	94
b) Politik als der Prozeß der Bildung, Verteilung und Aus- übung von Macht	95
c) Politisches Handeln als Ersatzbefriedigung	98
d) Politische Geschichte als Lebensprozeß	102
2. Konfigurative Analyse	109
a) Die Elemente konfigurativer Analyse	109
b) Extensive und intensive Analyse	111

c) Gleichgewichts- und Entwicklungsanalyse	116
aa) Gleichgewichtsanalyse	116
bb) Entwicklungsanalyse	117
cc) Entwicklungsmodell des Garnisonsstaates	119
d) Propaganda, Elite und Weltordnung	121
e) Phantasma oder Möglichkeit?	126
C. Lasswells und McDougals „value-oriented jurisprudence“	133
I. Das psychoanalytische Naturrecht	133
1. Der Zusammenhang zwischen Charakter und Verfassung	133
a) Platon als Vorläufer Freuds	133
b) Lasswells Verständnis der menschlichen Natur	135
c) Identifizierung von Demokratie mit Gesundheit	142
2. Die Wertlehre Lasswells und McDougals	149
a) Begründung der Werte	149
b) Die acht Werte	154
II. Rechtswissenschaft als politische Wissenschaft	159
III. Recht als autoritativer und effektiver Entscheidungsprozeß	162
1. Recht vom wissenschaftlichen Standpunkt aus betrachtet	162
a) Die Autorität des Rechts	163
b) Die Autorität des Völkerrechts	165
c) Die Effektivität des Rechts	168
2. Die funktionale Unterteilung des Entscheidungsprozesses	170
a) Der systematische Ablauf von Gesellschaftsprozessen	170
b) Die Stadien des Entscheidungsprozesses	171
c) Fünf Arten des Rechts	173
IV. Die Methode der Rechtswissenschaft	175
1. Die Erkenntnisaufgaben	175
2. Die Anwendung der Methode: Gezeigt am Beispiel eines Strafrechtslehrbuchs	176
a) Die Anlage des Werkes	176
b) Verantwortlichkeit, Geisteskrankheit und Zurechnungs- fähigkeit	179
V. Rechtswissenschaft im demokratischen Gemeinwesen	184
Literaturverzeichnis	191
Biographische Angaben	203

Vorwort

Die politische Wissenschaft und die Rechtswissenschaft in Amerika haben in den letzten 40 Jahren kaum in einem Dialog gestanden. Die politische Wissenschaft, soweit sie vor allem zu einer empirischen Wissenschaft geworden ist, hat das Interesse an normativen Fragen verloren oder stellt sie auf eine von der Rechtswissenschaft verschiedene Art. Aber auch eine normativ-orientierte politische Theorie neigt dazu, die Rechtswissenschaft als Begriffsjurisprudenz und daher als irrelevant einzuschätzen. Nur der juristische Realismus hat auf die politischen Wissenschaftler eine nachhaltige Wirkung ausgeübt: der Grund hierfür war allerdings, daß er ihnen zu bestätigen schien, was sie ohnehin wußten. Recht und Politik sind dasselbe, und es ist sinnvoller, Recht vom politischen oder wirtschaftlichen als vom juristischen Standpunkt aus zu betrachten. Ich halte dieses Verständnis des Realismus für einseitig. Blickt man aus der heute möglichen Distanz auf ihn zurück, so scheinen naturrechtliche Momente den juristischen Realismus zutreffender zu charakterisieren als sein vorgeblicher Empirismus.

Es hat bis heute nur einen einzigen Versuch gegeben, einen systematischen und empirischen Funktionalismus in der Rechtswissenschaft zu entwickeln; er stellt gleichzeitig die Ausnahme von dem Desinteresse der politischen Theorie gegenüber dem Recht dar: ich meine die Arbeiten von Harold Lasswell, die sich als eine Fortentwicklung des Realismus und eine Überwindung seiner Schwächen verstehen. Lasswells und McDougals „value-oriented jurisprudence“ bricht fast völlig mit der rechtswissenschaftlichen Tradition und setzt eine eklektische „Wissenschaftlichkeit“ an die Stelle, die ihre Grundlage in einem Recht der psychoanalytisch erforschten Sozialnatur des Menschen findet. Der zweite Teil der Arbeit versucht Analyse und Kritik dieses Beitrags der politischen Theorie zur Rechtswissenschaft.

Die Arbeit hat der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität, Freiburg im Breisgau, als Dissertation vorgelegen. Herrn Professor Erik Wolf, meinem Lehrer, bin ich großen

Dank schuldig für die mir gelassene Freiheit und seine wertvolle Kritik. Ebenso danke ich dem Korreferenten, Herrn Professor Horst Ehmke. Das Jahr, das ich als ausländischer Student an der Yale Law School verbracht habe, war eine der wirkungsreichsten Erfahrungen meines rechtswissenschaftlichen Studiums. Professor Lasswell und Professor McDougal danke ich für viele Diskussionen, bei denen ihre Freundlichkeit den Hintergrund für unsere gegenseitige Kritik bildete.

A. Juristischer Realismus

I. Einführende Bemerkung

zur rechtstheoretischen Bestimmung des „Legal Realism“

Die seit den siebziger Jahren des 19. Jahrhunderts zum Teil außerordentlich leidenschaftlich geführte Auseinandersetzung um Methodologie und Wertorientierung in der amerikanischen Philosophie¹ und Rechtswissenschaft² ist in Deutschland im ganzen wenig beachtet worden³. Erst in neuerer Zeit ändert sich dies⁴. Es steht in direktem Gegensatz zu dem Interesse, das die Rechtstheorie in den Vereinigten Staaten von Anfang an der „umfassenden Bewegung“⁵ entgegenge-

¹ Eine lebendige und kurze Darstellung findet sich in Ludwig Marcuse, *Amerikanisches Philosophieren*, S. 121 ff.

² Sehr komprimierte Schilderung in Karl N. Llewellyn, *Jurisprudence*, p. 42 ff. Max Radin, *Legal Realism*, 31 *Columbia Law Review* 824 (1931); Eugene V. Rostow, *The Sovereign Prerogative*, p. 3 ff.; Julius Stone, *The Province and Function of Law*, p. 412 ff. (es war dem Verfasser nicht mehr möglich, Stones dreibändige Neuauflage zu berücksichtigen; ein Hinweis findet sich im Literaturverzeichnis).

³ Dies, obwohl bereits 1933 einer der führenden Realisten eines seiner Bücher auf Deutsch veröffentlicht hatte: Llewellyn, *Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika*, Leipzig 1933; vgl. dazu jetzt Llewellyn, *The Common Law Tradition*, p. 517.

⁴ Zu erwähnen ist insbesondere Essers Diskussion von „Grundsatz und Norm“ im amerikanischen Recht: Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, S. 183 ff. Neuestens: die Darstellung der pragmatischen Rechtsphilosophie von Thomas Löffelholz, *Die Rechtsphilosophie des Pragmatismus*. Siehe auch Helmut Coings ausführlichen Bericht „Neue Strömungen in der nordamerikanischen Rechtsphilosophie“, *ARSP* 38, 536 (1949). Manfred Reh binder, Karl N. Llewellyn als Rechtssoziologe, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 18, 532 (1966).

⁵ Gustav Radbruch, *La théorie anglo-américaine du droit vue par un juriste du continent*, *Archives de Philosophie de droit* 6, 29 (41) (1936).