

〈翻 訳〉

ラートブルフ（Gustav Radbruch）の法理念論
— その正義論を中心に林 文 雄 著※
鈴 木 敬 夫 訳**Translator's Foreword**

This paper is a translation of “Gustav Radbruchs Doctrine on the principles of Law — Focusing on his Theory of Justice” (2006) by Taiwanese legal philosopher Prof. Dr. Wen Shyong Lin (Emeritus Professor, National Taiwan University). His three excellent papers on Radbruch’s legal philosophy have made Dr. Lin the leading Radbruch scholar in Taiwan. In this paper, Dr. Lin makes a detailed analysis of Radbruch’s legal theory (i.e. his “methodical dualism” and “relativism”) and attempts to clarify Radbruch’s theory of justice, based on Dr. Lin’s own legal philosophy of logical empiricism. In the “Translator’s Postscript: Image and Reality of a University Professor”, meanwhile, a number of points are made. Among them, firstly, is the fact that Erik Wolf (1902-1977), Germany’s leading Radbruch scholar, actually embraced the Nazi doctrine of “Gleichschaltung” (enforced conformity). Secondly, that the scholar Tomoo Odaka (尾高朝雄, 1899-1956), who helped to introduce Radbruch’s legal philosophy to Japan, expounded Radbruch’s legal theory before the war,

※ 国立台湾大学法律学院教授

while at the same time writing a paper demanding that the people of colonial Korea be made subjects of the Emperor and urging them to comply with conscription into the Imperial army. In the process, I clarify an aspect of scholars who displayed a blind faith in legal positivism.

訳者まえがき

この論文は、台湾の法哲学者 Prof. Dr. Wen Shyong LIN (Emeritus Professor, National Taiwan University) の論文「賴特布魯 (Gustav Radbruch) 的 法理念論……以其正義論為重心」(2006) の翻訳である。G. Radbruch 法哲学に関する優れた3篇の論文によって、彼は台湾における G. Radbruch 研究の第一人者になった。この論文は、彼の論理経験主義 (logical empiricism) 法哲学に基づき、Radbruch の法理論、即ち「方法二元論」(methodical dualismus) と「相對主義」(relativismus) を精緻に分析し、Radbruch の正義論を明らかにしようとするものである。また「訳者あとがき……ナチスに迎合した諸教授たち」では、まず、ドイツの優れた Radbruch 研究者 Erik Wolf が、実はナチズムの「強制的同質化」(Gleichschaltung) 思想に迎合していたこと、ついで日本に向けてラートブルフ法哲学の導入に貢献した研究者尾高朝雄 (Odaka Tomoo) が、戦前、一方で Radbruch の法理論を説きながら、同時に、他方では植民地朝鮮の人々に皇民化を強要し、臣民として徴兵に応ずるよう促す論文を書いていたことなどを指摘して、法実証主義を盲信した研究者の一面を明らかにした。

目次

序説 本論

1. ラートブルフ法哲学の基本的立場
 - (一) 哲学と法哲学の関係から法哲学の方法を演繹する
 - (二) 法哲学の方法論
2. ラートブルフの法理念論

- (一) 法理念論の形成
 - (二) 法理念の相反相成論
 - (三) 法理念論の変動
3. ラートブルフの法理念論についての検討
- (一) その法哲学的立場において変化があったか否か？
 - (二) その方法論の特色は何か？
 - (三) その正義論をいかに評価すべきか？

結 論

要 旨

ドイツの法学者アルトゥール・カウフマン（Arthur Kaufmann, 1923-2001）によれば、グスタフ・ラートブルフ（Gustav Radbruch, 1878-1949）は 20 世紀における偉大な三大法学者の一人であるとされている⁽¹⁾。ラートブルフは、いまだにヨーロッパ、日本、台湾、韓国および中国において研究し続けられている⁽²⁾。ラートブルフの法哲学は、時の経過はあるにせよ、それとともに忘れ去られることはないのである。

その法理念にみられる正義論は、ラートブルフの法哲学の精華であるといえよう。筆者は、その精華部分について方法論の特徴を検討し、正義論の性質を分析し、正義論における問題点を指摘しつつ、正義論の法哲学への貢献について評価することを試みたい。これが本稿の重点である。本稿の検討結果が、ラートブルフの正義論および法哲学に関する研究に、何らかの啓発があるであろうことを望んでいる。

序 説

日本に留学していた当時、筆者に最も影響を与えた者は、ラートブルフであった。日本での留学期間において、ラートブルフの著作、合わせて 11 冊が日本の学者によって翻訳され出版された⁽³⁾。私は、学位を取得した後、ラートブルフ著作集を購入し台湾に帰国した。その後、ラートブルフに関する論文を 2 篇著した。

今回の講座で講演するテーマは、相変わらずラートブルフに関する論文である。それは二つの理由に基づいてなされるものである。

その一として、ラートブルフの法思想の魅力に強く惹きつけられたからである。私が日本で彼についての著作を些かでも読んだことがあるにせよ、彼の法思想をまだ徹底的に理解していないばかりか、なお解明できていない疑問が多く残っているように思う。

その二は、留学から帰国し、既に30年が経過した現在において、ラートブルフがいかなる影響力をもっているのか、とくに彼が他界した後、法哲学の学界にいかなる貢献をなし、どう位置づけられているか、ということを知りたいからである。

この二つの理由によって、このたび再びラートブルフの法思想を研究することになった。それでは、なぜ彼の法理念論にするのか、またなぜ彼の正義論を中核的課題にすえるのか。それは、要するに日本の尾高朝雄が述べておられるとおり、ラートブルフの法理念論は「ラートブルフの法哲学における最もすばらしい部分である」⁴⁾からにはほかならない。正義論を中核に据えるということは、彼の法理念が法の概念、法の効力、法哲学体系の総論や各論などに幅広く係っており、これを短時間で把握し処理することは至難であるので、それ故、研究の焦点を彼の正義論に置いたのである。

それでは、いかに私の研究を推し進めるべきであろうか。まず、ラートブルフの法理学の基本的立場およびその方法論を説明し、その後で、彼の法理念論を解明したい。そして、法理念論においては、彼の法理念論はいかに形成されたのか、その主な理論は何かという問題について明らかにするだけでなく、彼の一生を通じてみた法理念論の変化の有無についても、考察したいと思う。それらの問題を検討した後、ラートブルフの法理念論に対して、下記の三つの問題を提起することによって、まとめて検討するつもりである。

1. 彼の法哲学における基本立場は変化したか否か？
2. 彼の方法論の特色は何か？
3. 彼の正義論に対していかに評価すべきか？

最後に、私の結論を述べたい。言い換えれば、それは上記の説明に基

づく私の論文の構成は、上掲論文の目次の通りである。

本 論

1. ラートブルフ法哲学の基本的立場

（一） 哲学と法哲学の関係から法哲学の方法を演繹する

ある法哲学者の方法論を理解するためには、まず彼の哲学に対する基本的立場を理解しなければならない。というのは、ラートブルフは法哲学を哲学の一部分にすぎない、と考えていたからである。

彼は哲学の種々の前提、すなわち法哲学の前提を提示しつつ、そこから彼の法哲学方法論を導き出したのである。

人間は自然と向きあうとき、つねに現実と価値が混沌としているので、価値盲目的な態度で対応する。そのため、ここでは自然科学の研究方法を取ることができる。まず、我われを現実の対象から分離する態度を選ぶことによって、自然の王国を出現させる。それから、自然に対する価値評価的態度を取ることを通じて、評価の尺度をもつことになる。そして規範とそれに関連づけられるもの、つまり価値評価哲学の三つの部門を、すなわち、論理学、倫理学、美学を形成することができる。

価値盲目的な態度と価値評価的態度の間には、価値関係的態度と価値超越的態度が存在している。価値関係態度は文化の概念である。文化は価値の意味を実現する概念であって、法学はこのような文化科学の一種にほかならない。

最後の態度は価値超越的態度であって、すなわち、宗教的態度である。宗教はすべての存在に窮極的な肯定を与え、すべての物事に肯定と承認を与える。それは、価値のあるもの、無価値なものにかかわらぬ愛であり、幸福と不幸にかかわらない祝福であり、罪のある者、罪のない者にかかわらぬ恩寵であって、つまり、価値判断を超えるものである。換言すれば、価値の判断を超越した宗教によって、価値であれ反価値であれ、すべて同様に妥当するもの、とされる。

このように、以上の四つの態度に対応するのには、存在、価値、意味

と本質がある。この四種の現象の四重構成、この四つの世界の関係を次のようにあらわすことができる。すなわち、自然と理想という二つの世界があって、この二つの世界の間における深淵をつなぐことのできる事物は二つある。それは、決して完成することのない文化的架け橋と、瞬間に目的に達することのできる宗教——作品と信仰である。

法は、価値との関係においてのみ理解することができる。つまり価値と関係のある事実による文化現象である。法概念は、法理念の実現を目的としてのみ把握できる。法は正義に合致しないかもしれないが、法理念は法事実の構成原理であるのみならず、同時に法評価の尺度でもあるので、価値評価的態度に属する。

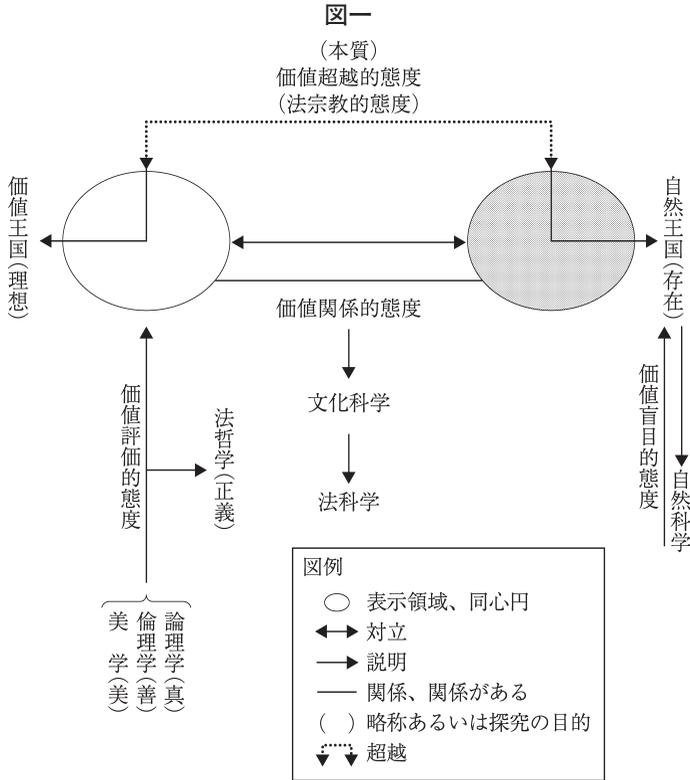
しかし、価値評価的態度も法に対する最後の言葉であるとはいえ、窮極的な意味で、「神の下」では無本質な物事としてみなされることもあろう。それに対して古代人も、法を価値の世界にのみ置いているわけではなく、さらに事物の最高かつ絶対的本質に関連づけることもある。そういう立場は、価値超越的立場に属しているといえよう。

こうして、法というものを顕示することが可能な考察方法として、下記の三種類がみられる。すなわち、価値関係の考察方法——つまり法を文化事実として考察する方法であり、それが法科学の本質である。つぎに価値評価的考察方法——つまり法を文化価値として考察する方法であり、それによって法哲学の特徴を明らかにすることができる。最後は、法に対する価値超越的考察、すなわち法の本質、あるいは無本質的な考察であり、それが法宗教哲学の課題である⁽⁵⁾。

上述のようにラートブルフの法哲学の前提と法哲学の方法論は、つぎの図式で示すことができる。

(二) 法哲学の方法論

法に対する評価と考察を方法とする法哲学は、方法二元論と価値相対主義という二つの特徴をもっている。一つは方法二元論であり、他は価値相対主義である。



1. 方法二元論 (Methodendualismus)

カント哲学においては、存在するものから価値あるもの、正しいもの、または在るべきものを演繹することは不可能である。いかなる物事であろうとも、それが今存在していること、あるいはかつて存在していたこと、または将来存在するであろうことによってだけでは、その正当性を理由づけることができない。それ故に、存在するものから当為を導き出す実証主義 (Positivismus)、かつて存在していたものから当為を演繹する歴史主義 (Historismus) および、現に成長しているものから当為を導き出す進化論 (Evolutionismus) など、いずれも否認されることになった。当為命題と価値判断および評価というものは、存在の確定を基礎と

して帰納的にではなく、同種の他の諸命題を基礎として演繹的にのみ理由づけられることができる。価値考察と存在考察とは独立した、それ自身で完結している円として並存する。これがまさに法における方法二元論 (Methodendualismus) であるといえよう。

現実から価値を導き出すことができないということは、因果関係ではなく、論理的な関係を指している。方法二元論といっても、価値判断すなわち評価は存在するものから影響を受けないと主張するものでもない。ここで論点になるのは、存在事実、価値判断、因果関係ではなく、存在と価値の論理的関係である。これは存在する現実を原因として価値判断を形成できないと主張するものではなく、存在する現実を理由として、価値判断の正当性を与えられないということである。

価値判断の考察は、イデオロギーを対象とするだけで現実の活動に対しては無力であると思う人がいるかもしれないが、ラートブルフはそうとは思わない。彼によって法哲学が精神領域における政治党派の闘争を導くものであるならば、政治党派の闘争が同時に大規模な法学の論争の形で現れる。法哲学で始まり、革命で終わる。

当為命題は、他の当為命題によってしか理由づけることができず、証明することもできない。それゆえ公理は認識できない確信でしかないように、窮極的な当為命題も証明できない。窮極的な当為命題の間における価値観と世界観が対立する場合、それを科学的な明確性をもっては解決できないのである。価値考察において科学は人に何をしてよいか、実現に何ができるか、ということを教えてくれるが、何をすべきかななどを示すことができない。要するに、科学の当為に対する役割は、つぎの三つしかない。

一つは、当為目標のため必要とする手段を見いだすこと。

二つは、法の価値判断に際して、依拠する最後の前提と世界観を解明すること。

三つは、各種の体系において、法的価値判断の各種の窮極的な前提と出発点および各種の体系間の対立と類似性、および一般に可能な世界観

における可能な法律観を示すこと。

2. 価値相対主義 (Wertrelativismus)

ラートブルフは価値評価に対して方法二元論と科学のできることは、上述の三つしかないとする。ただし、相互に対立し合う窮極的な前提から発展してきた各種の法律観における個人の選択に対しては、些かでも拒否することはできない。それは、各個人に立場をとることのもろもろの可能性を余すところなく提示することのみ自己の任務を限り、各個人が自分の立場をとること自体は、彼の人格の深みから生じたところの決断——したがって彼の好みではなく、むしろ彼の良心——に委ねる。つまりこの方法こそが、いわゆる相対主義(Relativismus)なのである⁽⁶⁾。それはおのおのの価値判断の正当性を一定の最高の価値判断との関係においてのみ、すなわち一定の価値観および世界観の範囲内においてのみ確定することをその任務として、このような価値判断、価値観および世界観自体の正当性を確定することを、その任務としないからである。相対主義はしかし、論理的理性に属し実践的理性に属さない。それは窮極的な立場の科学的基礎づけの断念を意味し、立場をとること自体の断念を意味しない。

論理的な理性は、窮極的なもろもろの立場のとり方を示すことしかできず、いかなる立場をとらないかということは、次の三種の態度がもたらすのである。

第一種の態度はピラト (Pilatus) の懐疑論である。彼はあらゆる立場の正しさを一様に疑っているため、窮極的にもろもろの立場を明示するが、自分の立場を表明しえない。

第二種の態度はレッシング (Lessing) がいうナターン (Nathan) の不可知論である。つまりもろもろの立場のうち一つの正しさを確信できるとしても、それをはっきりと立証することができない。

第三種の態度は、調和のとれた相互依存の立場である。相対主義は相争うもろもろの価値判断のなかから自己の立場をとることを、つぎの理

由によって断念することができる。すなわち、相対主義はそれらもろもろの価値判断のすべてを、しかもそれらのおのおのを、それらがその主張者にとっては排他的な義務的性格を有するがゆえに、同等の権利を有するものと認めるからであり、また相対主義は、我われの意識にとって排除されるものがより高い意識にとって調和する、否、歓迎されるということを信ずるからである。それは、まさにワルター・ラーテナウ (Walther Rathenau) の説くように、二律背反主義にほかならない⁽⁷⁾。

「われわれは作曲家ではなくて、演奏者である。だから各人は彼の楽器をできるかぎり美しく演奏しさえすればよい。すべての弦が響いておりさえすれば、変奏もさしつかえない。すべての楽器は等しく必要である。ハルモニイのことは何人も気にかけることはない。それは、もう一人のものがつくりだす。」(Rathenau) 「人は自分がいずれの側に立っているかを知ればそれで十分である。そのとき人は、自己に対して冷静であり、他人に対しては寛容である。」(ゲーテ Goethe)⁽⁸⁾

2. ラートブルフの法理念論

ここで、三つの主題について検討を加えたいと思う。一つは、ラートブルフがいかなる時代の背景の下で、どのような哲学的学派と学者の影響を受けて、その方法論を形成したのか、ということである。その二は、彼の代表的な著作である『法哲学』(Rechtsphilosophie, 1932) に照らしてみても、彼の法理念論は、はたして、どのように主張されたと解すべきか。最後は、彼の生涯を通じて、その法理念論の主張について、何らかの変化があるかどうか、ということである。

(一) 法理念論の形成

ある学説が世に問うのは必ずしも突然ではなく、決まってその時代の背景があるといえよう。先行した学者からの影響を継承している者もあれば、自らの独創的な理論を展開している者もみられる。要するに、それらは、はっきりと証明しにくい複雑な背景の下で成り立っている。し

かも、ある学者の学説を理解するためには、その主な学術思想がどのように継承されたかを究明しなければ、その方法論の特色および彼の思想界における位置づけが確定できないといえよう。幸いなことに、これまでの多数の学者による研究とラートブルフ自身による論考があるので、それらを踏まえて、彼の哲学的立場による方法論が、主にどのような学派と学者の影響を受けたかについて、大略指摘することができるだろう。

18世紀末から19世紀の初頭にかけて、ヨーロッパでは優れた哲学者が輩出した。そのなかには、カント(Kant, 1724-1804)、フィヒテ(Fichte, 1762-1814)、シェリング(Shelling, 1773-1854)、ヘーゲル(Hegel, 1770-1831)などがおり、彼らは理想主義の金字塔を築き上げたといえよう。しかしながら、ヘーゲルが死後の19世紀の半ばから、一直線に19世紀の末期にかけて、哲学が没落時期に落ち込んでしまった。それを醸成した原因はさまざま上げられるが、思想史から見れば、とくに重要な二点が指摘できよう。その一つは、ヘーゲルの立場から完全な一元論に至ったことである。その二は、自然科学の飛躍的な発展である⁽⁹⁾。

だが、ヘーゲルの一元論の徹底的な発展は、一元主義の**広心論**をもたらした。それによって、自然は精神から分離した独立の実体ではなく、精神自身の疎外した影であり、「精神の別種の存在形態」(Geist im Anderessein)に過ぎない、とされた。フォイエルバッハ(L. Feuerbach, 1804-1872)は、同じ弁証法を用いてヘーゲルの精神一元論を物質一元論と逆に改めた。マルクス(K. Marx, 1818-1883)とエンゲルス(F. Engels, 1820-1895)も、ヘーゲルの弁証法を利用し、いかなる精神形態も物質生産力の上層構造でしかないこととみなすことによって、それを唯物弁証法に転化したのである。

人間は、理想への強い憧れをずっと抱いている。19世紀後半のドイツにおいては、理想主義の萌芽が見られる。その理想主義の運動は、具体的には「カント精神の復興」という形式で進められたので、「新カント運動」と称されている。

カント運動におけるオットー・リープマン(Otto Liepmann)「カント

へ還れ」というスローガンから、唯物論に対するランゲ (F. A. Lange) の批判と近代哲学史によるクノー・フィッシャー (K. Fischer) の精密な解説などが、この運動を覚醒させ、新カント哲学を展開させることになった。

新カント哲学は、西南ドイツ学派とマールブルク学派に分かれている。それぞれの代表学者は図二のように表記することができる⁽¹⁰⁾。

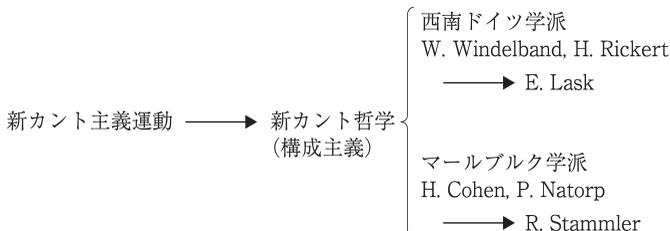
ラートブルフは、新カント学派に属する西南ドイツ学派の強力な一員である。彼は、新カント学派の構成主義を受け入れ、模写主義を覆したのである。方法二元論においては、ヴィンデルバンド (W. Windelband)、リッカート (H. Rickert) およびラスク (E. Lask) からの影響がもっとも大きかった。とくに法哲学においては、ラートブルフはながくラスクの法哲学を指針としている。一方、価値相対主義においては、ラートブルフはゲオルク・イエリネック (G. Jellinek) とマックス・ウェーバー (M. Weber) およびハンス・ケルゼン (H. Kelsen) の思想上の刺激を受けて成長したといえよう。なかでも、イエリネックからの影響がもっとも顕著であった⁽¹¹⁾。

(二) 法理念の相反相成論

筆者は、つぎの三つの図によって⁽¹²⁾ すなわち図三、図四、図五によって⁽¹³⁾、ラートブルフの法理念の相反相成論を簡潔に説明したいと思う。

法概念は法理念によって把握しなければならず、法は理念のために奉仕する意義をもった事実である。「法理念は正義である」における正義は、

図二



図三

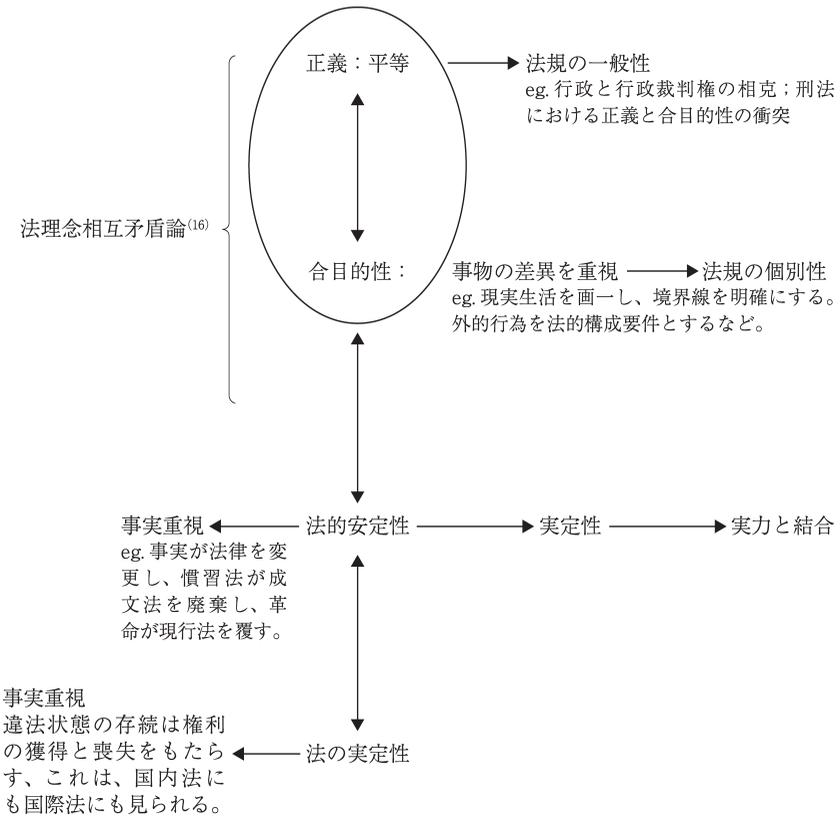
法理念 (Rechtsidee) = 正義⁽¹⁴⁾

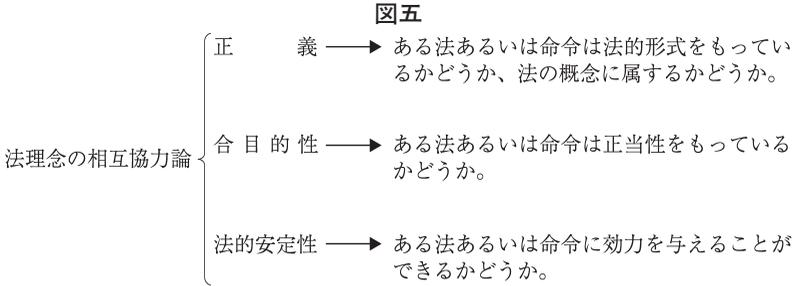
正義(Gerechtigkeit)：正義は法の内容に方向性を与えるが、法の内容を導くことができない。正義は絶対的な要素であって、普遍的な妥当性をもっている。だが、形式的な要素に属する。

合目的性(Zweckmäßigkeit)：合目的性は法の目的を決める。それによって法の内容を導き出すことができる。法と国家に対する見解によって異なってくるため、合目的性は相対主義の要素である。

法的安定性(Rechtssicherheit)：法的安定性は、法の秩序と合法性は法の第一課題であることを決める。法的安定性は法の実定性を要求し、絶対的な要素であって、普遍的な妥当性をもっている。

図四





広義の意味における正義である。広義の意味における正義は、さらに細かく正義と合目的性および法的安定性という三つの概念に分けられる。

正義、合目的性、法的安定性は、いずれも相互不可欠な要素であり、互いに依存してはいるが、一方、互いに矛盾し合っている。その優先順序は相対的である⁽¹⁵⁾。

法理念の三要素が互いにどのように矛盾し合っているか？については、図四によって説明できる。

そして法理念三要素が互いに、どのように法領域において分業を成しているか？については、図五の通り表示できる。

法理念の三要素はそれぞれ各自の関心領域をもっているが、いずれも法の内容にかかわっている。法の内容は、ほとんど合目的性によって決定されるが、例外も少なくないといえよう。たとえば、法の下における平等、特別裁判所の設立禁止法規などは、合目的性によってではなく、正義の要求に基づいて制定されるものである。また、整理規定は合目的性とは無関係で、完全に法的安定性に基づいて作られたのである⁽¹⁷⁾。

上述の法理念論によって、つぎの三つの結論が得られる。

一つは、法理念の三要素、すなわち正義、合目的性、法的安定性は互いに鋭く矛盾した面をみせているが、その一方で、全面的に結合し、共同で法の領域を支配しているといえよう。

二つは、時代によっては、ある一つの要素を強調する傾向があることは否定できない。たとえば警察国家の時代においては、合目的性という

要素を全能化しようとして、宮廷司法の権力をもって正義および法的安定性を排除していたのである。自然法時代においては、正義の形式的原理に基づいて、魔法的に法のすべての内容を演繹すべく、さらにそれを発効させようと試みている。過去の法実証主義時代においては、法の安定性と法的安定性だけを主眼として、実証主義を極端に重視したので、成文法の合目的性と正義に対する長期的研究が中断されてしまい、それ故に法哲学と法政策は数十年にわたって滞ることになった。

その三は、ラートブルフは三要素が矛盾していることを指摘するに止まり、その矛盾を解決することはできなかった。しかし、それは哲学体系の欠陥とは言えない。彼はつぎのように述べている。

「哲学は決断を取ってすべきでなく、かえって決断する前に立ち止まるべきである。哲学は人生を容易にすべきではなく、かえって問題的なものにするのである。哲学の体系は、材料が互いに突き合いながら支え合っているゴシック式のドームのようなものでなければならない。もしも世界を理性が目的をもって創造したものと考えないで、しかも、一つの理性体系の中で世界を矛盾なく説明することのできる哲学があったとしたならば、それはなんと怪しげなものだろう！ そしてもし、世界が窮極において矛盾でなく、そして、人生が決断でなかったならば、生きていくことは何と無用なことではなかろうか！」⁽¹⁸⁾

（三） 法理念論の変動

ここでは、ラートブルフの生涯において、その法理念の主張について変動があったかどうか、検討したい。さらに法理念論の発展の経緯において、彼の代表的な著作である『法哲学』（Rechtsphilosophie, 1932）とその前身である『法哲学綱要』（Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914）との間に、何らかの異同があるかどうか、また、第二次世界大戦後の著作である『法哲学入門』（Vorschule der Rechtsphilosophie, 1947）⁽¹⁹⁾、およびその他の関係論文 20 篇に見られる主張との間で何か差違があるかどうか、これらの問題を解明したいと思う。

1. 『法哲学綱要』と『法哲学』の比較

ラートブルフの代表的著作である『法哲学』においては、正義、合目的性と法の安定性という法理念の三要素がはっきり見られる。しかし、彼の『法哲学綱要』においては、正義の位置づけがまだ確立されないままで、とくに正義と合目的性との曖昧な関係は、重視しなければならないように思う。

その理由は、つぎの通りである。

第一点は、ラートブルフによって、法哲学は法ではなく正法、すなわち法の価値、意義と目的および正義を対象としている⁽²⁰⁾。そして、法価値考察としての法哲学は、法の目的という唯一の問題を有している。しかし、法の目的という章節において、ラートブルフは正義と合目的性を混同し、そして合目的性についてのみ検討を加え、正面から正義を取り扱わず、むしろ正義の問題を見逃していた。彼はつぎのようにいっている。

「また、法の目的ということ、ここで意味しているように、経験的な目的の設定とは解せず、絶対的な目的の設定、すなわち、まさしく価値・意味・法の理念と理解する限りでは、正義は法の合目的性から区別されないからである。」⁽²¹⁾

第二点は『法哲学綱要』においては、法理念論の三要素は確立されておらず、したがって法理念論の章や節はまだ存在していない。もちろん法理念の相互依存論は出現してもいない⁽²²⁾。

『法哲学綱要』で、ラートブルフは価値体系における法に三種の立場、すなわち最高価値としての道徳的人格価値、真理および美的作品価値、および正義の共同価値を提起し、そこから法哲学における政党論を導き出したのである。

法の妥当性について、彼も法的安定性が正義と衝突していることにも気づき、解決方法を提出した。それが非常に特色をもっていることにも留意すべきである。とくに広義の意味での正義において、狭義の意味における正義が法的安定性と相互に衝突する場合に、力、自由、あるいは

文化などが共同で法理想を追求するさいに、法的安定性を正義より優越させるのか？ それとも正義を法的安定性に優越させるのか？ これについて、ラートブルフはつぎのように答えている。

「この問題に対しては、一般的に答えることができない。この問題は、個々の場合によって、正義の意味をもって決定することもあるし、また法的安定性をもって決定することもある。しかし、この決定は、正義と法的安定性の共同目的から得られなければならないのであり、与えられた場合に、実定性を無視することによって、より多くの害を生ずるか、または法規の不正義を無視することによって、もっと多くの害を生ずるかを、検討して得られなければならない」と⁽²³⁾。

上述の説明によって、一つの結論を得られる。それは、とくに1932年までに、ラートブルフは非常に合目的性を重視していたことである。狭義における正義はすでに提唱されてはいたが、なお法的安定性と合目的性に対抗できるほどの十分な独立した地位を持っていなかったから、当時において、相互依存論はまだ成長の半ばであり、成熟していなかったといえよう。とくに法的安定性と正義が衝突した場合、彼は相変わらず国民の公共福祉、すなわち合目的性の基準をもって、いずれかに優先を与えるべきかを決定するのである。こうしてみると、彼が早期においては、合目的性を重視していたという見解がかなりはっきりと裏づけられるように思われる。

2. 『法哲学』と『法哲学入門』との比較

この箇所では、筆者はラートブルフが1932年に書いた代表的な著作『法哲学』（Rechtsphilosophie, 1932）と第二次世界大戦後の著作『法哲学入門』（Vorschule der Rechtsphilosophie, 1947）、およびその他の論文を比較したいと思う⁽²⁴⁾。

総合的に研究した結果、二つのことを重視すべきように思う。

その一は、ラートブルフが相対主義を修正したことである。

その二は、法理念論において、正義の位置づけを強調したことである。

(一) ラートブルフの相対主義に対する修正

ラートブルフが相対主義を修正したということを、彼の1934年にフランス語で発表した論文「法哲学における相対主義」(Le Relativisme dans la Philosophie du Droit.) に見ることができる。

基本的なみて、彼は、正法の内容が一定の社会と一定の価値秩序を前提とする限りにおいてのみ妥当性を有しているという考え方に賛成している。そのような主義は、論理的理性において一つの諦めではあるが、実践的理性においては、強力な戦闘性をもっている相対主義にほかならない。倫理において断然たる戦闘的態度をとるが、一方では寛容の態度をとるのである⁽²⁵⁾。

相対主義は法哲学における方法の一つにすぎないものではなく、法哲学体系全体の主要な部分を成しているものである。それは単なる不可知論とは異なり、実質的な知識の有効な淵源になっている⁽²⁶⁾、とラートブルフは思ったのである。

こうして、彼は相対主義から実証主義、自由主義、確信犯に対する特別立法、法治国、権力分立、民主国家などを演繹した。民主主義であっても相対主義を前提にしているのである⁽²⁷⁾。

とくに、彼は国民主権に基づく窮極的な民主主義という主張を提出した。そこで、民主主義に結びついている相対主義も次のような結論が得られた。それは、民主主義はいかなることもなし得るが、しかし、自己自身を決定的に放棄することはできない。相対主義は、いかなる見解にも寛容である。しかし、自己の見解が絶対であるとの僭称する見解に対して寛容であることはできない。ここから、反民主主義の党派に対する民主主義国家の態度が導き出される。民主主義の国家は、他の見解との世界観闘争を試みようとするあらゆる見解を許容するであろう。そして、それによってその見解の自己自身との等価を承認する。しかし、もしも、

一つの見解が思い上がって、自らを絶対的に妥当であると見做し、そしてその立場から、多数を無視して権力を獲得または把持しようとするならば、民主主義国家はその固有の手段によって、観念および論争によってばかりではなく、国家の実力によってもまた、これと徹底的に闘わなければならない。相対主義……それは普遍的な寛容である、……しかし、不寛容者に対してまで寛容ではない⁽²⁸⁾

要するに、ラートブルフの法理念論においては、相対主義は方法論の一種にとどまらず、民主主義と結合すれば不可知論ではなく、限られた寛容態度であることを示している。つまり、不寛容な反民主主義党派に対して、不寛容どころか民主主義を擁護するために、立ち上がって闘うべきである。

(二) 法理念論における正義の位置づけを、とくに強調すること

彼の代表的な著作である『法哲学』において、ラートブルフは新カント主義の立場に立ち、科学的な方法論を用い、正法の理論を検討することによって自分の基本哲学を形成したので、実証主義とほぼ同じ立場であったと言えよう。それがゆえに、正義論と法理念論における広義的な正義は三つの要素を有している。そのなかで、合目的性は相対主義の要素であり、狭義における正義と法的安定性は、普遍的な妥当性を有する絶対的な要素である。正義は実質的な内容を持たない形式要素に過ぎないので、法の安定性の方が最も大切な地位を占めている。正義と矛盾する場合には、原則として法的安定性の方が正義より優越することもうかがわれる⁽²⁹⁾。

とはいえ、第二次世界大戦後、ラートブルフが実証主義を批判して、ナチスの法律を清算した際、法的安定性よりも正義の方が優先するという主張は、つぎにみられる多数の事実によって示された。概略以下の4点である。

- (1) 実証主義を批判したこと
- (2) ナチスの法は不法である、と宣告したこと

(3) ナチスの法に対する英米同盟軍の処理を是認したこと

(4) 極端な悪法に抵抗するように呼びかけたこと

上述の事実について、それぞれ詳しく説明したい。

(1) 実証主義を批判したこと

正しく言えば、法律実証主義と言うべきである。「命令は命令」(Befehl ist Befehl)、「法律は法律」(Gesetz ist Gesetz) のように実力を法と等しく考える思想は、ドイツの法曹と司法部をナチス政権の共犯にしてしまった。法は法律の形式さえあれば、どんな恣意的で暴虐な内容であろうとも、ドイツの軍人と法曹および国民全体はこれに服従しなければならず、悪法に対する抵抗力を喪失してしまった。法律の不法と法律を超える法は、いずれも自己と矛盾してしまった⁽³⁰⁾。

ラートブルフはつぎのように言う。

「我われは……まさにあの12年の体験に鑑みて……すなわち〈法律の不法〉という観念、すなわち、実定法の法的性格の否認が、法的安定性に対するどれほど恐ろしい危険を伴うものであるかを、見誤ってはならない。我われは、あのような不法が、ドイツ民族のただ一度かぎりの誤謬であり、錯乱であるにとどまるように、期待しなければならない。だが、起こりうるすべての場合を考え、ナチスの立法を悪用に対する抵抗力をまったく奪い去った実証主義を根本的に克服することによって、あの不法国家の再現に対して、十分に備えておかなければならないのである。」⁽³¹⁾

(2) ナチス法は不法である、と宣告したこと

ラートブルフは、ナチス法をはっきりとした境界線をもった典型的な悪法であると思っていた。正義の追求がいささかもなされない場合、また正義の核心をなす平等が、実定法の規定に際して意識的に否認されたような場合には、そうした法律は〈悪法〉であるにとどまらず、むしろ法たる本性をまったく欠いているものである。顕著な個性を持つヒット

ラー(Hitler)は真理への愛と法に対する感情を持たず、むしろ、まったく欠いていると言えよう。ヒットラーの個性にみられるきわめて顕著な特性は、ナチスのいわゆる〈法〉全体の本質的特徴を形成していたのである⁽³²⁾。

ナチスの法律の不法について、ラートブルフはさらにつぎの例証を挙げている。

その一つとしては、愛国の動機からの殺人犯と反国民的な動機からの殺人犯に対しては、異なった刑罰をもって処したことである。等しいことを等しくという正義の要求を拒否するナチスの法律は、法としての本性を欠いており、不正の法であると言うよりは、そもそも法ではまったくくないものであった、といえよう。

その二は、あらゆる政党が部分としての性格をもっているのに反して、ナチスの政党は自ら国家の全体である、と主張する諸規定が掲げられていた。

その三は、人間を人間以下のものとして扱い、人権を認めなかったすべての法律も、法としての性質を欠いているといえよう。

その四は、犯罪の軽重をいささかも考慮せず、専ら一時の脅迫の必要のために、重さの著しく異なった犯行に同じ刑罰を与える……しかも通例は死刑で……威嚇を与えた、あのすべての脅迫的刑罰もまた、法たる性格をもっていない⁽³³⁾。

(3) 英米同盟軍のナチス法に対する処理方法を是認すること

ラートブルフは、過去の12年間に作られた法律の不法に対し、法的安定性をできるかぎり損なわないようにしながら、正義の実現を求めるべきである、と述べている。これは二つの方法によって実現したのであった。つまり、上級裁判所の判例と立法の方法であった。アメリカ軍の占領地区において、各州参議院の同意に基づいて、〈刑事裁判におけるナチスの不法行為に対する補償のための法律〉と〈ナチスの犯行懲罰法〉を制定し公布した。懲罰法は犯罪行為が行われた当時の、ドイツ連邦法律に照らして処罰できる行為に対してのみ適用できるのである⁽³⁴⁾。

立法による解決について、実証主義者は遡及処罰になってしまったのではないかと、その効力に対して異議を唱えた。それに対して、ラートブルフは犯行の発生当時において、確かにそうした法令はまだ形づくられてはいないが、にもかかわらず、その内容においてすでに効力を有していたと主張した。内容の面ですでに「法律を超える法」(übergesetzliches Recht) に合致したのである。この法を「神法」(Recht Gottes)、「自然法」(Recht der Natur) あるいは「理性法」(Recht der Vernunft) と言ってもよいであろうと⁽³⁵⁾。

判例法による解決について、上述のような遡及処罰に異議はない。なぜならイギリスのコモンローに基づく伝統的な判決が、行為の当時に遡る際に、その法律がすでに存在したという擬制があったからであった。そのため、判例法は当然に遡及力を伴っているといえよう。それはイギリスだけではなく、ドイツ法にも例外なしに存在しているものである⁽³⁶⁾。

判例法が遡及効をもっていることは否定できないが、はたしてその遡及効が正義に合致するか否かは別の問題である。ラートブルフによって、既往に遡る法律の内容は、もとより法律の形式を備えてはいないが、にもかかわらずそれはあくまでも自然法か、理性法によるものである。要するに、〈法律を超える法〉に照らして、妥当とみなされる事実が存在するならば、そのような法は十分な説得力を有しているのであって、そうした遡及法として制定され得るのである⁽³⁷⁾。

(4) 極端的な悪法に抵抗する呼びかけ、について

ラートブルフは法律の効力について、法の本性を否認し、公共利益に有害である不正の法律が存在する可能性があることを、国民および法曹界の意識に深く刻み込む必要がある、と考えていた。それゆえ、あらゆる法規よりも強力な原則に違反する法律は、すべてその効力を失ってしまう。そのような原則が自然法あるいは理性法である。

政治的反対者の暗殺が称揚され、人種を異にする者の殺害が命じられ、その反面、自己と同じ信念をもつ同志に対する同種の行為が極めて残酷、

かつ破廉恥な刑罰によって復讐される場合には、それは正義でも法でもない。もし法律が正義への意思を意識的に否定し、たとえば人びとに対して人権を恣意的に与えたり拒否したりするならば、その法律は通用せず、国民はそのような法律に対して、まったく服従の義務を負わないのであって、法律家もまたその法律の法たる性質を否認する勇気を見出すべきである⁽³⁸⁾。

3. ラートブルフの法理念論についての検討

ここでは、ラートブルフの法理念論にみられるつぎのいくつかの問題を検討したい。第一の問題は、ラートブルフの基本的な哲学上の立場と法学方法論および法理念論を紹介した後、彼の基本的立場に関して変化があったかどうか、そのなかでも方法二元論と相対主義を修正したかどうかということである。第二の問題は、ラートブルフの法理念論——すなわち正義論における方法論は、どのような特色をもっているのかということである。第三の問題は、ラートブルフの正義論をいかに評価すべきか、つまり、その長所と短所はどのようなものであろうか、そしてラートブルフは、我われの研究をさらに一步進めるうえで、検討に値するいかなる課題を残したか、などについて考察したい。

(一) その法哲学的立場において変化があったか否か？

ラートブルフの法理念論の変動を紹介した時、私は、彼が第二次世界大戦後、実証主義を批判し、ナチの法を清算するために、正義が法の安定性より優先され、さらに「法律上の不法」が「法律を超える法」に席を譲るべきであると主張していたことを既に指摘した。要するに、ラートブルフには自然法理論への傾斜があると思われる。このことは、学者の間でつぎのような激しい論争を引き起こした。①。ラートブルフは、いったい彼のそもそもの哲学的基本立場を変更したかどうか、それに法学方法論から見れば、ラートブルフはその方法二元論及び相対主義を諦めたかどうかということである⁽³⁹⁾。②。ラートブルフは本来の「法実証

主義者」から「自然法論者」へ変わったかどうか、ということである。

1. ラートブルフは、彼の法哲学の基本立場を変更したかどうか？

私はこの問題について意見を述べたい。結論から見れば、ラートブルフはその法哲学の基本立場を改めなかった、もとよりその方法二元論と相対主義をも諦めなかったことが明らかである。その主な理由としては、つぎの4点がある。

一点目は、ラートブルフの第二次世界大戦後における法哲学立場が変化しなかったことは、彼の『法哲学入門』(1947)と「法律上の不法と法律を超える法」(1946)という論文にうかがわれる⁽⁴⁰⁾。

(1) 原則として、正義と法の安定性との矛盾は正義の自己自身の相克である。唯一の確定的な解決方法がなく、程度の問題である。ただし、常に正義に適合しない法律も、依然としてその効力を有している。

(2) 例外として、法律上の不法が極端に、または堪え難いほどになり、実定法によって保障されている法の安定性がこのような不法に対して、もはやまったく何らの意味をもたないような場合には、不法な実定法は正義に席を譲らなければならない。

(3) ナチスの法は例外情況の一種である。それは正義の追求がなんらなされない場合、また正義の核心をなす平等が実定法の規定に際して、意識的に否認されたような場合には、そうした法律は悪法であるにとどまらず、むしろ法たる本性をまったく欠いているものである。ナチスの法はいずれも妥当な品位を備えていないものである。

二点目は、ラートブルフのナチスの法に対する批判は、そもそもの彼の法理念論の主張に影響していなかった。まったく正義を無視し、合目的性の関係を強調しすぎるナチスの法は例外の悪法である⁽⁴¹⁾。それに対して、彼はその代表的な著作と同じような立場で、正義または自然法が時代の需要に合致すると強調していた⁽⁴²⁾。

三点目は、私の見解はアルトゥール・カウフマン (A. Kaufmann) と

エリック・ヴォルフ (Erik Wolf) の見解にも裏付けられている。

法の方向としての法理念は、すなわち正義、合目的性および法の安定性という三要素を包含している。三要素は確定できず、常に変動している関係にあるとラートブルフは思っていた。だが、時代によって強調の重点が異なる、というのが、まさにカウフマンの意見である。

エリック・ヴォルフは、法理念の三要素が原理としての「共同価値」を有しているので、ある要素が他の要素に優越するという転向の可能性も既に相対主義に内含されている、とする。ある要素を強調することは相対主義を超えたとはいえない⁽⁴³⁾。

四点目は、ラートブルフは物事の本性に注目しつつ、それを研究することによって、方法二元論の厳格性を緩和しようとした。しかし、結局、他界するまで、それを実現することはできなかった。ドイツ・ナチス党が悪行の限りを尽くし、ドイツ共和政体を転覆するのを目撃した後で、彼は窮極的な民主主義を提唱し、それを相対主義の限界として相対主義に対する修正を行おうとしている。ラートブルフは最後まで相対主義を諦めることをしなかった⁽⁴⁴⁾。

2. ラートブルフは、本来の「法実証主義者」から「自然法論者」に変わったのか。

これは、本来、法実証主義者であったラートブルフは、ナチス・ドイツの12年間にわたる残酷な支配を受けたので、第二次世界大戦後、彼の著作と論文に特にその法理念論で正義と自然法を強調したことによって生まれた問題である⁽⁴⁵⁾。

私はこの問題について、自分の考え方を明らかにし、次の4点を述べたいと思う。

まず、ここでいわゆる「法実証主義」と「自然法論者」の意味をはっきりと確定しておかなければ、決着のつかない論争の泥沼に陥ってしまうかもしれない。

私の知っている限り、いわゆる法実証主義者とは、正式に制定されて

いる実定法であれば必ず拘束力をもっており、政府と人民がいずれもそれに対して正義に合致するかどうか、効力を有するかどうかを問うことができず、それを必ず遵守しなければならないと主張する人である。つまり「法律は法律である」、「悪法もまた法である」と主張する人を指すのである。

それに対して、いわゆる自然法論者とは実定法のほかに自然法があると考え、それは法律の形式を備えてはいないが、正義に合致しており、自然から演繹できるので、それと矛盾する実定法は効力を失ってしまう、と主張する人を指す。

「法実証主義者」と「自然法論者」が上述のように理解される限り、ラートブルフは、法実証主義者でも自然法論者でもないといえよう。ある時には彼は法実証主義者のように見えるが、またある時は自然法論者のように見える。その理由としては、つぎの4点があげられる。

第一点、ラートブルフの法理念論にもみられるように、彼は法が正義を追求すべきであるとするが、広い意味における正義の内容を明確に指摘することはできない。もし正義の内容を明確に確定できるならば、彼は必ずや伝統的な自然法論者であるに違いない。残念ながら、彼は正義を方向づけ、一つの形式を与えたにとどまり、なんら実質的な内容を与えられなかった。人間がもし正義の内容を認識できれば、それと衝突するすべての実定法が効力を失ってしまうという主張からも、彼が伝統的な自然法を批判する論者であることは明らかである。

第二点、正義の内容を決められるのは、第二要素としての合目的性であると彼は考えた。しかし、合目的性は相対主義に属し、国家と法律に対する人の見解によって、つまり、人各自の見方および世界観によって異なるものである。しかしながら、一定の社会と国家にとって、秩序と平和は必要であるから、正義の第三要素としての法的安定性が現れた。それによって正義と法の内容を決めるべきである。法的安定性は普遍的かつ絶対的な要素である。もしラートブルフが、法的安定性は合目的性や正義に対して優越すると主張すれば、彼は法実証主義者の一人に違い

ないといえよう。しかしながら、法理念の三要素である正義と合目的性と法の安定性は、互いに矛盾しながら依存しており、共同で法の全体領域を決定すると主張していたので、彼が法実証主義者ではないことをうかがい知ることができる。

第三点、上述の私見は、彼の主張によっても裏付けられるように思う。ラートブルフは1919年に、法実証主義者を「権力の偶像崇拜」と称していた。さらに1932年に、彼は「自然法の最小限なくして、そもそも法哲学は不可能である。しかし、まさしく法実証主義的哲学も、まさに実定法の妥当にとって、超実定的な、したがって自然法的な観点を必要とする」と主張していた⁽⁴⁶⁾。

第四点、私の見解は、カウフマン(A. Kaufmann)の高次の立場にも支持されるように思う。ラートブルフは、ある時には実証主義者であり、またある時には自然法論者である。彼が一体どちらに属しているかなどという問題は、そもそも間違いだ、とカウフマンは指摘している。「ラートブルフは、つねに両方であった。しかし、強調の置き方が違っていた。従って、結局は、自然法と実証主義の彼方であったのだ。彼にとっては、正当性は、一度も、実定法的規範のみにあったのではなく、超実定的な自然法規範にあったのでもなく、実定性と正当性の内容の、交互関係性、対応に、つねに状態としてあるのではなく、その時々、状況的な事情の基準に従って過程的に作り上げられていかなければならない対応にあるのである。」⁽⁴⁷⁾

(二) その方法論の特色は何か？

法理念論に対する分析と検討において、ラートブルフの方法論が非常に奇特で特色に富んでいることが分かった。それを分析し説明したのちに、一つの総括的な名称を名づけることが、ここでの課題なのである。

私は、ラートブルフの法理念論において正義を検討する方法には、つぎの特色があると思う。1. 科学的方法論 2. 価値評価の方法 3. 論理理性と実践理性との区分

1. 科学的方法論

ラートブルフは新カント主義に基づいて、存在と当為との二つの世界を区分して、人の態度によって物事の研究方法が決められると主張していた。彼は理想を諦めないが、科学的方法にも違反することなく、社会文化科学と法哲学を検討する上で、異なった態度を取るべきである、と考えていた。彼は法哲学を検討するにあたり、評価の態度を使わなければならない。そして、そういう評価方法の研究において、科学のできることが何であるかを明らかにしなければならない。評価の方法の上で、価値判断の際、当為を拠り所にしなければ正当性を得られないがゆえに、最後の価値命題は公理のようなもので確信することができるにすぎない。諸々の究極的な価値命題に対して、科学的な方法を以ってどれが唯一正確な命題であるかをはっきり証明できず、個人の決断によってしか選択できないのである。それは価値相対主義、略称すれば相対主義なのである。

2. 価値評価的方法

法科学が価値関係的態度で法現象を研究するのに対して、法哲学は価値評価的態度を以って法事実を研究する。換言すれば、法哲学は法の目的を主な検討課題とし、何が正義の法であるか、何が悪法であるかをはっきり区分することによって、法の概念、法の目的、法の妥当性、法の体系と法の方法等から、法の価値体系を築こうとするものである。法哲学は、価値評価を検討する上で、各種の法規範と各種の究極価値命題と世界観との理論的關係を極めて重視する。それに対して、法科学は法事実の因果関係を検討し、あるいは国家の法律体系に伝統的法解釈学の研究を行おうとするものである。

ラートブルフによって、法理念である正義は普遍妥当な要素でありながら、法を方向づけることしかできず、法に何ら内容を与えることはできない。それがゆえに、第二要素としての合目的性が現れる。合目的性は、相対的に正義の内容を与え得る相対的な要素であるため、個人の法

と国家に対する見解であってそれぞれ異なるかもしれない。大別すると、個人主義、超個人主義そして超人格主義がそれである。とはいえ、法は、人の見解によって異なってはならない強制的な秩序であるため、第三要素としての法的安定性が挙げられる。法理念が正義と合目的性に合致するか否かにかかわらず、少なくとも一種の秩序を決めなければならない。それが法的安定性のもつ普遍かつ妥当な要素であるといえよう。こうして、正義、合目的性及び法的安定性という三要素が、互いに矛盾しながら相互に依存しあって、共同して法の領域を決めるのである。正義によって、ある法規が法概念に合致するかどうかを決められるが、正当性に合致するかどうかは、合目的性によって決められる。さらに法規に効力を与えるべきか否かは、法的安定性によって判断される。

3. 理論理性と実践理性

ラートブルフに従えば、理論理性というのは理性と科学に基づき、何が合理的、客観的な方法であるかを教えてくれる。それに対して、実践理性とは、われわれがある行動を取るようには決断させるものである。法律に内含規範している正義の三要素がお互いに矛盾しているからこそ、実際の問題を処理するにあたって、我われの人格や良心に従わなければ、ある行動を取るようには決断できないのである。哲学は、理論理性の知識しか提供できず、実践理性は我われ自己自身の決断によらなければならない。哲学は我われに事実との関係と効果、ある決断の前提と結果を分析するだけで、何かをするべきかを教えることはできず、すべての決断は我われ自分自身の決断にかかっている。

その方法論についての上述の三種の特色をまとめると、ラートブルフの正義に対する検討方法は「相反相成の方法」と名づけることができるだろう⁽⁴⁸⁾。

(三) その正義論をいかに評価すべきか？

この問題について、私は肯定と否定、つまり、利点と欠点との両面に

分けて、自分の考えを示しながら、ラートブルフの正義論を評価してみたい。

1. 肯定する三点

第一点、ラートブルフの正義論は、人間の理想を追求する欲望が永遠に終息しないことを示している。自然科学が発展を遂げた19世紀において、実証主義は哲学界を独占した状況にあったが、19世紀末期になって初めて新カント主義が現れた。まさに新カント主義哲学者と法哲学者の理論的影響があってはじめて、ラートブルフのような法学者を育成したのである。彼は法の正義論を検討するさい、シュタムラー(R. Stamler)のように、単に形式にこだわることなく、正義論に対して、客観的かつ実質的な検討と分析を加えたのは、非常に得がたく尊ぶべきことと思われる⁽⁴⁹⁾。

第二点、ラートブルフは法に関する多数の問題、たとえば法の概念、法の目的、法の効力などすべてに対して、法理念論の観点に依拠しつつ論究することによって、合理的な説明を与えようとした。それは、彼の方法論が哲学に基礎づけられていたからである。彼は合理的かつ理性的、科学的な方法をもって科学のできることは何か、また何が信仰の問題なのかを区別して、正法を検討している。法価値論に対する彼の議論は、直感や奥秘などにこだわっていない。それが彼の正義論に説得力をもたらした秘密である⁽⁵⁰⁾。

第三点、ラートブルフの正義論は、相互協力しあいながら矛盾する三次元的なものである⁽⁵¹⁾。このような正義論は、人生の縮図であり、裁判実務の実情に合致している。そうであるからこそ、人生と司法実務に貢献できるのである。まさに正義に対する彼の独創的見解であるといえよう。

2. 否定の面で、二点を挙げたい

第一点、ラートブルフは哲学の立場に立って、真・善・美を人間の追

求する最高の絶対価値としている。それと同時に、正義もまた上述の真・善・美の価値と同じように、人間の追求すべき最高かつ絶対価値であるとする主張に、私も賛同したい。ただし、なぜ正義が真・善・美と同じように最高の絶対価値であるのかということについて、彼は必ずしも十分に論証しなかった。そしてまた、正義と真・善・美がいかなる関係にあるのかについても、より詳しく展開することはなかった⁽⁵²⁾。精一杯なところ、正義への追求は、疑うことなく公理であるとして信仰するしか他になかったものといえよう。それは、科学的な方法を通じて法価値を検討することを強調していたラートブルフにとって、些か不十分であろう。

第二点、ラートブルフは、哲学を理論理性と実践理性に分けている。それは、カント哲学に源をおいている。人生の重大な難題に直面するとき、または正義理念の諸要素が相互に衝突しあうような場合、誰であろうとも、自分の人格と良心に従って決断すべきである、と要求している。それは非常に知恵に富んでいると思われるが、しかしながら、普通の人がとって、どうすれば合理的で賢い、良心的な決断ができるのかは、解決を迫られる難問であるといえよう。

たとえば、野心的な政治家が恣意的に民主制度を破壊することは、無責任な政治家、法学者や哲学者に許容されるかもしれないが、その一方で、あまり知識をもたない、衝動に駆られ易いごく普通の国民に難しい良心的決断をさせることになり、そのため民主制度の維持を図ることは極めて脆く、そして難しくなるのではあるまいか。法哲学が理論理性だけでは不十分で、実践理性がもっと必要であると思われる所以である⁽⁵³⁾。いかにして法哲学の正義論に実践理性を加えて、それを強化するか、これは我われ法理学者のさらなる検討と考慮に値することからである。

上述がラートブルフの正義論に対する簡潔な評価である。それと同時に、つぎに彼が我われにいかなる課題を残したかについて明らかにしたい。考えてみると、彼は下記の三つの課題を残している。

- 第一、「物事の本性」(Natur der Sache) という課題
- 第二、悪法の認定および抵抗権という課題
- 第三、法解釈学と正義論の関係という課題

第一、物事の本性という課題

「物事の本性」は、ラートブルフの法哲学のなかで、ますます重要になっている。彼は、法哲学はその基礎の一部を「人間の本性」(Natur des Menschen) に、一部は「物事の本性」に、また一部は法の理念に、一部は法の材料におく、と彼は考えたからである。「人間の本性」は法哲学の恒常的要素であり、「物事の本性」はその可変的要素である。人間の本性が法の理念の基礎である。人間の本質は理性である。理性に基礎をおく法の理念は、理性自体と同じように普遍妥当的であるが、純粹に形式的であり、したがって自然法が企てたように、すべての法秩序を自ら演繹することはできないといえよう。「事物の本性」における「事物」は、法の材料、と質料および立法の事実である。要するに、自然的、社会的、法的な状態を意味する。物事の本性は、価値と事実、存在と当為の厳しい二元論をいささか緩和することはできるが、それを揚棄することはできないのである。確かに、物事の本性は法材料を形成するという要請をもって、法理念と対立し合っているが、しかし、最後の決定権は、当然法理念に帰属する⁽⁵⁴⁾。

ラートブルフは法理念と法材料の関係についていくつかの論文を著したが、他界するまでに「物事の本性」がいかに方法二元論を緩和するかについて、系統的な深い検討をなし得なかった。これは彼の残した重要な課題の一つであり、我われが継続して研究に値するものである。

第二、悪法の認定および抵抗権という課題

ラートブルフはその著作と論文において「法律を超える法」(Das übergesetzliche Recht)を提出し、ナチスの法が悪法、甚だしくは法といわれるようなものではない、と指摘している。一般的な法理念論からみれば

ば、彼は正義と合目的性および法の安定性という三要素が、いかに矛盾しながら相互に依存しているかを抽象的に検討することにとどまり、とくに「悪法」の性質や種類などについて全面的な検討をせず、要するに、ある法を「悪法」であるとする判断基準をはっきりさせなかった。また、程度の異なる「悪法」に対して、国民がいかにして抵抗権を行使すべきなのか？ しかも、その抵抗権の行使にいかなる法的代価を払うべきか？ それに、「悪法」が除去された後で、どのようにして国民の名誉と権益および地位を回復させ、いかに損害賠償をなすべきであるかというような問題は、ラートブルフの正義論における重要な空白であるといえよう。それは、正義論を重視する我われ法学者にとって、さらなる検討に値する重要課題だと思われる⁽⁵⁵⁾。

第三. 法解釈学と正義論の関係という課題

これも我われが継続して検討に値する重要課題であると思う。ラートブルフは、かつて「法律学は、理解的・個別化的かつ価値関係的の科学である」⁽⁵⁶⁾という法解釈学を位置づけた。だが、それにもかかわらず、私がここで最も関心をもっているのは、正義の法哲学を実現するために、いかにしてその正義論を法律学および法解釈学に定着できるか、ということである。それは、まさにラートブルフの残した難問であり、重要な任務でもあって、我われ法学者が継続して研究に努めるべき重要な課題である。

結 論

ラートブルフの法理念論を研究した結果、つぎのように要約したいと思う。

1. 西南ドイツ法学派に属するラートブルフは、新カント哲学の立場に立脚して、哲学の立場から法哲学の方法論を導き出した。その法哲学の方法が、方法二元論と価値相対主義である。
2. ラートブルフの法概念論における方法二元論は、ヴィンデルバン

ト (W. Windelband)、リッケルト (H. Rickert)、ラスク (F. Lask) からの影響を受けた。なかでもラスクからの影響がもっとも大きかった。相対主義においてラートブルフは、イエリネック (G. Jellinek)、ウエーバー (M. Weber)、ケルゼン (H. Kelsen) の刺激を受けて成長した。とくにイエリネックからの影響が、もっとも顕著なものであった。

3. ラートブルフの一生を通じてみると、その法理念論における三要素に変化があったと言える。1914年までに、彼の『法哲学綱要』(Grundzüge der Rechtsphilosophie)において、合目的性を強調したが、1932年以降の代表作である『法哲学』(Rechtsphilosophie)において法の安定性を強調したのである。そして、1945年以降の『法哲学入門』(Verschule der Rechtsphilosophie)において、正義の優先的地位を強調したのである。

4. ラートブルフの法理念論を検討するにあたり、私はつぎの三つの問題を提起した。

(一) 第一の問題は、彼の法哲学上の基本的立場に変化があったかどうか、ということである。

私は、ラートブルフはその法哲学の基本的立場を変えることはなかったように思う。第二次世界大戦後、彼の法理念論において正義の要素の優先を強調したことは、確かに彼の法理念論の変化を示してはいる。しかし、それは正義の要素の重点を移動させたに過ぎず、相変わらず彼の法理念論の主張に合致しているものである。それは、要するに、彼は当時の時代の要求に応じて選んだ手段にすぎず、けっして方法二元論と相対主義を諦めたものとはいえない。

また、第一の問題にともない、ラートブルフが法実証主義者から自然法論者になったか、という問題も浮上した。ラートブルフはある時は法実証主義者のような主張をもってはいたが、ある時には自然法論者に類似した主張をしたことがある。しかし、法理念論およびその方法論からみれば、ラートブルフは純粋な法実証主義者でもなく、純粋な自然法

論者でもないのであるから、変わったか否かという問題は、そもそも成り立たない。

(二) 第二の問題で、ラートブルフの方法論の特徴は何か。

私は、その方法論には三つの特徴があるように思う。すなわち、1. 科学的方法論 2. 価値評価的方法 3. 理論理性と実践理性の区分 である。それらをまとめて考察すると、ラートブルフの正義論を検討する方法は「相反相成的方法」といえよう。

(三) 第三の問題で、いかにラートブルフの正義論を評価すべきか

私は肯定と否定の両面に分けて、前者を三点、後者を二点と、それぞれをつぎのように要約したい。

1. 肯定

彼は法理念に対する検討を持続し、正義論の実質的問題の分析に進入し、豊富な成果を上げた。

彼は法価値を評価するさい、科学的方法を適用したからこそ、その正義論が説得力を獲得したのである。

ラートブルフの正義論は、相互依存しながら矛盾する三次元のものである。それは、まさに彼の正義論に対する独創的な見解であるといえよう。

2. 否定

彼は、正義がどうして法の最高価値になり得るのか、また、正義と真善美の関係について、何ら明確な説明を与えなかった。

カント哲学は理論理性と実践理性を区分しているが、法哲学が役に立つ学問になることを図ろうとすれば、理論理性だけではなく実践理性をもっと強化すべきである。

それと同時に、ラートブルフは我われに対して、正義論についてより深く検討すべき課題を遺したように思う。

第一、物事の本性という課題。

第二、悪法の認定と抵抗権という課題。

第三、法解釈学と正義論の関係という課題。

要するに、ラートブルフの法理念論、とくに彼の正義論は、2300 年前のアリストテレス (Aristoteles) の時代以来のさまざまな正義論における、もっとも科学的な方法と、もっとも豊富な内容を有しており、そしてもっとも実用的な法理学理論であるといえよう。我われは、このような思想をよく吸収し消化して、より一層発揚すべきだと思われる。

註

- (1) 中山敬一、「訳者あとがき」、アルトゥール・カウフマン著『グスタフ・ラートブルフ』中義勝、中山敬一訳 (平成 4 年、成文堂) 288 頁参照。
- (2) 陳根発「論東亜の拉德魯赫法哲学思想研究」『雲南大学学报』2002 年第 15 卷 4 期。また、ドイツと日本におけるラートブルフ法思想の研究については、山中敬一「訳者あとがき」註 1 参照、290-291 頁。
- (3) そのうちの十一冊目は「別巻」と称され、それはラートブルフの著書ではなく、日本の代表的法学者尾高朝雄とその弟子の碧海純一の二人の教授が、論文を一本ずつ書いて、計二本の論文から成っているものである。尾高教授の論文は「ラートブルフの法哲学」という題で、ラートブルフの法哲学について全面的な紹介、そして評論がなされている。一方、碧海教授の論文は「ラートブルフの生涯と作品」という題で、ラートブルフという人物、そしてその足跡、著書について簡明かつ要点をおさえた紹介がなされたうえで、ラートブルフ教授の年譜及びラートブルフを研究する日本と外国の文献リストも添えられている。量的に見ると、尾高教授はその著書の三分の二を占め、碧海教授はその三分の一を占めており、両者は互いに補い合って輝きを増している。その著書は尾高教授の論文「ラートブルフの法哲学」を書名としているが、著者のところに尾高朝雄と碧海純一の名が並んでおり、妥当な処置であると言える。
- (4) 尾高朝雄「ラートブルフの法哲学」、尾高朝雄・碧海純一著『ラートブルフの法哲学』(ラートブルフ著作集別巻、1960 年、東京大学出版会) 52 頁。
- (5) Vgl. G.. Radbruch, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., Von Erik Wolf, 1963), S. 91-93. 田中耕太郎訳、ラートブルフ著作集第 1 巻、『法哲学』(1961 年初版、1965 年第 2 刷版、東京大学出版会) 105-110 頁。
- (6) 相対主義 (Relativismus) と価値相対主義 (Wertrelativismus) について、哲学者と法哲学者に区別なしに併用されることが多い。しかし、ラートブルフは相対主義を使って価値相対主義のことを指し示そうとしている。相対主義と価値相対主義の異同に関しては、原秀男著『価値相対主義法哲学研究』(1968 年初版、1974 年第 2 刷版、勁草書房) 60-69 頁、特に 469-70 頁参照。
- (7) Vol. G.. Radbruch, Op. cit., S. 97-105. 田中耕太郎訳『法哲学』(前掲)

- 113-121 頁参照。
- (8) a. a. O., S. 105. 田中耕太郎訳 (前掲) 120 頁。
- (9) 尾高朝雄「ラートブルフの法哲学」、尾高朝雄・碧海純一、ラートブルフ 著作集別巻、『ラートブルフの法哲学』(前掲論文) 15 頁。
- (10) 尾高朝雄、前掲論文、15-18 頁。新カント派哲学の特色、即ち構成主義と模写主義の相違、及び新カント派哲学における西南ドイツ学派とマールブルク学派の理論上の相違に関しては、尾高朝雄の論文 (前掲) 18-28 頁を参照されたい。
- (11) 松尾敬一著『ラートブルフ〈法哲学〉研究』(昭和 34 年、東京出版社) 85 頁。原秀男著『価値相対主義の研究』(前掲) 3-7 頁を参照。
- (12) 図三；ラートブルフの法理三要素
 図四；法理念相互矛盾論
 図五；法理念相互合作論
- (13) 以上図三、図四、図五共同図は下の通りである

{ 分類	↔ 互相矛盾、互相衝突
: 説明	⇒ 認定、決定
e.g. 舉例	= 等於
→ 要求, 導出	

- (14) ここでいう正義は、主観的意味の正義ではなく、客観的意味の、実証法の基準としての正義のことである。Vgl., G. Radbruch, Rechtsphilosophie (von E. Wolf. 6A Aufl. 1963), S. 124-125. 田中耕太郎訳『法哲学』(前掲) 148-149 頁。
- (15) Vgl. G. Radbruch. Op. cit., S. 168-170. 田中耕太郎訳 (前掲) 207-209 頁参照。
- (16) Vgl. G. Radbruch, a. a. O., S. 170-172. 田中耕太郎訳 (前掲) 209-211 頁参照。
- (17) Vgl. G. Radbruch, a. a. O., S. 171-172. 田中耕太郎訳 (前掲) 171-172 頁参照。
- (18) Vgl. G. Radbruch, a. a. O., S. 173. 田中耕太郎訳 (前掲) 212-213 頁参照。
- (19) 『法哲学入門』(Vorschule der Rechtsphilosophie) は、ラートブルフの二人の弟子 H. Schubert と J. Stolzenburg によって 1947 年にラートブルフの講義メモとして出版されたものである。出版に際して、ラートブルフの許可、そして校訂を得ている。ラートブルフが 1949 年 11 月 23 日に亡くなったため、この著書——『法哲学入門』は、ラートブルフの 1932 年—1949 年の間の、彼の法哲学思想を完全に記述した唯一のものとなったのである。
- (20) ラートブルフが第二次世界大戦後に発表された短い論文のなかで、法理念論と特に関係のあるものは以下のとおりである。

1. 「5分間の法哲学」(Fünf Minuten Rechtsphilosophie, 1945.9.11)
2. 「新しい政党——新しい精神」(Neue Parteien——neuer Geist, 1945.12.1)
3. 「実定法の不法と実定法を超える法」(Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, 1946.8)
4. 「ライヒ司法省の名声と終焉」(Das Reichsjuristizministerium, Ruhm und Ende, 1947)
5. 「人道に対する犯罪をめぐる議論について」(Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit, 1948)

(21) G. Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie (1914), S. 82. 山田晟訳、ラートブルフ著作集第2巻、『法哲学綱要』1963年初版、1968年第3刷版、90頁。

(22) ラートブルフ著『法哲学綱要』は、概略以下の5項目の目次から成っている。

1. 法哲学的本質 (Das Wesen der Rechtsphilosophie)
2. 法的概念 (Der Begriff des Rechts)
3. 法の目的 (Der Zweck des Rechts)
4. 法の妥当性 (Die Geltung des Recht)
5. 法学の本質 (Das Wesen der Rechtswissenschaft)

G. Radbruch., Op. cit., Inhalt. S. V II-X I. 山田晟訳 (前掲)、1頁目次。

(23) G. Radbruch, Op. cit., S. 176-179. 山田晟訳 (前掲) 180-183頁。

(24) 詳しくは、前述した註(12)を参照されたい。そのほかに、第二次世界大戦後の作品ではないが、1932年以降のラートブルフの重要な論文で、例外として特別にラートブルフの代表作『法哲学』以降の論文に入れられているものがある。それが「法哲学上の相対主義」という論文である。 (“Le Relativismedans la Philosophie du Droit” in Archives du Droit et de Sociologie juridique, 1934)

(25) 尾高朝雄訳「法哲学における相対主義」〔G. Radbruch, “Le Relativisme dans la Philosophie du Droit” 1934〕、尾高朝雄、野田良之など6人の訳者による、ラートブルフ著作集第4巻、『実定法と自然法』(1961年初版、1963年第3刷版)、4頁。同時に、ドイツ法哲学界における代表的相対主義者として、マックス・ウエーバ(Max Weber)、ゲオルク・イエリネック(Georg Jellinek)、ハンス・ケルゼン(Hans Kelsen)、ヘルマン・カントロヴィチ(Hermann Kantvicz)あげられる。

(26) 尾高朝雄訳「法哲学における相対主義」(前掲論文) 4-5頁参照。

(27) 尾高朝雄訳、前掲論文、5-8頁。

(28) 窮極的民主主義をもちいて相対主義を解決し、自ら自分の理論上の欠陥を

否定した。尾高朝尾訳（前掲論文）の9-10頁を参照されたい。窮極的民主主義を用いて相対主義を解決し、尾高朝雄訳（前掲論文）9-10頁参照。

(29) 詳しくは前掲註(6)、註(7)、註(8)。

(30) Vgl. G. Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie* (1947), S. 113.

野田良之、阿南成一訳『法哲学入門』（ラートブルフ著作集第4巻、『実定法と自然法』1964年3刷版）、216頁参照。Vgl. G. Radbruch, “Fünf Minuten Rechtsphilosophie” (*Rechtsphilosophie*, S. 335) 村上淳一訳「5分間の法哲学」著作集第4巻、225頁。Vgl., G. Radbruch, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht 1946” (*Rechtsphilosophie*, S. 347) 前掲註(11)、前掲註(12)も参考。

(31) G. Radbruch, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, 1946” S. 354-355. 小林直樹訳「実定法の不法と実定法を超える法」262-263頁。

(32) Vgl. G. Radbruch, *Op. cit.*, S. 353-354. 小林直樹訳（前掲論文）261頁参照。

(33) Vgl. G. Radbruch, *Op. cit.*, S. 354. 小林直樹訳（前掲論文）262頁参照。

(34) Vgl. G. Radbruch, *Op. cit.*, S. 355. 小林直樹訳（前掲論文）263-264頁参照。

(35) Vgl. G. Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie.*, S. 113-114. 野田良之、阿南成一訳『法哲学入門』（前掲）217頁を参照されたい。前述の立法方式には、ドイツ各連邦参議院の承認のもとで制定したもの以外に、アメリカ占領軍が自ら立法したもの、たとえばニュールンベルガー規則 (*Nurnberg Statute*) と管理委員会法令 (*Kotrollratsgesetz*) も含まれている。

(36) 福田平、矢崎光圀訳「人道に対する犯罪をめぐる議論について」、桑田三郎など8人の訳者による、ラートブルフ著作集第5巻『法における人間』（1962年初版、1968年、第3刷版）139-140頁参照。

(37) 福田平・矢崎光圀訳「人道に対する犯罪をめぐる議論について」（前掲）、143-144頁参照。

(38) Vgl. G. Radbruch, “Fünf Minuten Rechtsphilosophie”, S. 336. 村上淳一訳「5分間の法哲学」、ラートブルフ著作集4、226-227頁参照。

(39) 林文雄「賴特布魯的自然法論（ラートブルフの自然法論）」、林文雄著『法実証主義』国立台湾大学法学叢書（七）、（1976年初版、1993年第5版、2003年第2刷）167-171頁参照。

(40) Vgl. G. Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1947, S. 32-33. 野田良之・阿南成一訳『法哲学入門』（前掲）67頁参照。Vgl. G. Radbruch, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht” (*G. R., Rechtsphilosophie*, 1963), S. 353. 小林直樹訳「実定法の不法と実定法を超える法」（前掲）260-262頁参照。

- (41) 1933～1945年にみられたナチ法の合目的性による越権行為を批判して、
Vgl. G. Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, S. 32.
- (42) Vgl. G. Radbruch, *Rechtsphilosophie* (6Aufl. 1963), S. 168-172. 田中耕太郎訳『法哲学』(前掲) 209-212頁。
- (43) 中義勝・山中敬一訳、アルトゥール・カウフマン著『グスタフ・ラートブルフ』(平成4年、成文堂) 36-37頁。
- (44) 尾高朝雄訳「法哲学における相対主義」(前掲) 8-10頁参照。尾高朝雄著「ラートブルフの法哲学」、ラートブルフ著作集別巻(前掲) 40-42頁参照。
- (45) 中義勝・山中敬一訳、A・カウフマン著『グスタフ・ラートブルフ』、(前掲) 31頁。
- (46) 中義勝・山中敬一訳(前掲) 32-33頁参照。
- (47) 同じ箇所、39頁を参照。A・カウフマンは、かつて、丁寧につぎのように述べている。「ドイツの法学と司法が、この百年間に陥った悲劇の主要根拠の一つは、まさに我われにあっては、法律家は、もっぱら、実証主義者であるか自然法主義者である、しかもちょうど不適切な時にそうであるという点に存在する。また、仮借なく自己を貫徹させる立場は、つねに、ひどい結末につながる」と。(中山義勝・山中敬一訳、前掲、38頁を見よ)
- (48) A・カウフマンはラートブルフの方法について「二律背反的思考」方法と述べている。これは我われにとって注意に値する。中義勝・山中敬一訳(前掲) 39-41頁参照。
- (49) 尾高朝雄「ラートブルフの法哲学」、ラートブルフ著作集別巻(前掲) 3-4頁参照。
- (50) 本文三、G. Radbruchの法理念論(二)、その方法論的特色は何か。この点について検討を要する。
- (51) Georges Gurritschは、法理念の相互衝突という考え方は、ラートブルフの最も独創的な見解であると指摘している。(G. Gurwitch, *Une Philosophie Antinomique du Droit Gustav Radbruch*, *Archives de Philosophie du Droit et Sociologie Juridique*, 1934, p. 549. 参照) 原秀男著『価値相対主義法哲学の研究』(1968年初版 1974年2刷版、勁草書房) 55頁から引用。
- (52) Vgl. G. Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (1914), S. 85-87. 山田晟訳『法哲学綱要』(前掲)、92-94頁参照。Vgl. G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, S. 124-125, 146-147. 田中耕太郎訳『法哲学』(前掲)、178-180頁参照。Vgl. G. Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, S. 24-25. 野田良之・阿南成一訳『法哲学入門』(前掲) 51-54頁参照。
- (53) 尾高朝雄は、法哲学は理性を論ずる哲学であると同時に、理性を実践する学問である、と考えている。尾高朝雄「ラートブルフの法哲学」(前掲) 110頁参照。

- (54) Vgl. G. Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, S. 19-22, 20-23. 野田良之・阿南成一訳『法哲学入門』(前掲) 45-50 頁参照。松尾敬一著『ラートブルフ「法哲学」研究』(東京出版、1959) 106-108 頁参照。
- (55) 抵抗権と人民の不服従という問題については、アルトゥール・カウフマンは示唆的な考えをもっており、重視に値する。Cf. Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, (2nd Reversed ed 1997 *Complex Chines Rights @ 2000* by Wunan Book Co. Ltd, Taipei. 劉幸義等 15 人による共訳、アルトゥール・カウフマン著『法哲学』、五南図書出版公司、2000) 208-211 頁。
- (56) G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, S. 220. 田中耕太郎訳『法哲学』(前掲)、276 頁参照。

原著書：国立台湾大学法律学院、第一届『馬漢寶講座論文彙編』馬氏思上文教基金会印行(中華民國九十四年、2006)、61 頁～108 頁。

訳者あとがき

……ナチスに迎合した諸教授たち

目次

序

1. ナチスによる「強制的同質化」(Gleichschaltung) 法制の素描
2. 大学人の虚像と実像

……ナチストとしてのM・ハイデッガーとE・ヴォルフ

- (1) M・ハイデッガーによるナチズムの受容
- (2) ナチスの法学者E・ヴォルフ、「正法とはナチスの法である」

結びに代えて……戦前植民地朝鮮における尾高朝雄

序

今日、台湾では法哲学に関する研究について、多くの優れた蓄積がみられる。本訳稿も、著者林文雄教授の多年にわたるラートブルフ研究成果の一部である。ラートブルフに関して林文雄教授には次に掲げる 3 篇の論文がみられる。

すなわち、まず「ラートブルフの自然法論——自然法と実証法の衝突に関する検討」(国立台湾大学法学叢書第 1 巻第 2 期、1972)、「ラートブルフの政治哲学」(同上法学叢書第 2 巻第 2 期、1973)⁽¹⁾、「ラートブルフ

の法理念論——その正義論を中心として」(国立台湾大学法律学院、第一屆・馬漢寶講座論文彙編、2005)である。いずれも経験主義法哲学に則した精緻な論証がみられる。

ただ林文雄論文では、次の二点について触れられていない。すなわち、一つは所謂「ラートブルフ公式」についてである。この「公式」は、戦後のドイツ連邦裁判所における多くの判決を通じて、国際人権諸規約と結びつけることによって具体化され、ドイツ連邦裁判所の「決定」(1996.10.24)において追認された人権をめぐる新しい観念である⁽²⁾。他は、ナチスに対して「自発的に同質化」(Selbstgleichschaltung)し、ナチズムに法哲学的基礎を提供した法理論の存在である⁽³⁾。

そこで以下では、ナチズムを掲げて強引に推し進められた「強制的同質化」(Gleichschaltung)法制の下で、諸教授がナチスに「自発的に同質化」し迎合して、ヒットラーの法制に組み込まれていった足跡を素描しようとするものである。驚くべきことに、ラートブルフの弟子の一人であり、後にラートブルフの代表的著作『法哲学』の再版に貢献したエーリック・ヴォルフ(Erik Wolf)は、ナチスに迎合した研究者の一人であった。多くの大学教授がナチスの渦に飲み込まれるのを直視したラートブルフは、敢然とそれを拒絶した。ラートブルフが発表した論文「相対主義の法哲学」(Der Relativismus in der Rechtsphilosophie, 1934)は、当時において極めて数少ない反ナチ抵抗論であったといえよう。

1. ナチスによる「強制的同質化」(Gleichschaltung) 法制の素描

相対主義法哲学者ラートブルフは、ナチズムの猛威に抵抗し、ヒットラーの不法国家に対して、「相対主義——それは普遍的寛容である——しかし、不寛容に対してまで寛容ではない」(*Relativismus ist die allgemeine Toleranz — nur nicht Toleranz gegenüber der Intoleranz.*)⁽⁴⁾と主張したことはよく知られている。

ラートブルフはいう。「相対主義はいかなる見解にも寛容である。——しかし、自らを絶対的である僭称する見解に対しては寛容であることは

できない。ここから、反民主主義の党派に対する民主主義国家の態度が導き出される。民主主義国家は、他の見解との世界観闘争を試みようとするあらゆる見解を許容するであろう。そして、そうすることによってその見解の自己自身の見解との等価を承認する。しかし、もしも一つの見解が思い上がって、自らを絶対的に妥当する見解であると見なして、その立場から、多数を無視して権力を獲得し、または権力を掌握しようとするならば、民主主義の国家はその固有の手段によって、観念および論争によってばかりではなく、国家の実力によってもまた、之と闘わなければならない」と⁵⁾。この言説は、ナチスが推し進めた不寛容な「強制的同質化」法制に対する抵抗の宣言であったといえよう。

ナチ時代のドイツの法曹を支配した法実証主義の思想は、《法律は法律だ》(*Gesetz ist Gesetz*) という原則を以て表現できる。しかし、法実証主義が声高に《法律は法律だ》自らの力 (Macht) で法律の妥当性 (Geltung) を基礎づけることはできない。確かに必然 (Müssen) はおそらく力 (Macht) によって基礎づけられるにしても、当為 (Sollen) や妥当性は、決して力によって基礎づけることはできないからである。ナチスが立法し制定した法律は、恣意的かつ犯罪的な内容をもった法律であった。ラートブルフは、制定した妥当性に欠ける法律を「法律上の不法」(übergesetzliches Unrecht) と呼んでいる⁶⁾。

ヒットラー政権が登場する以前のドイツは、ワイマール憲法の下で議会中心の民主政治が行われていた。その民主主義は相対主義の精神に基づき、さまざまな政党のイデオロギーを包容して、多数決による立法、および政治方針の決定を行っていた。だが、ヒットラーが主導するナチスの独裁主義は、民主主義の議会政治の、多数決制を巧みに利用して、ドイツ議会の多数を占めると、民主主義の国家組織を根本から覆す絶対独裁主義と化した。ここでは多数決の原理は、もはや実力決定主義であった。

民主主義は多数決を通じて、何が正しいかを求める努力を尽くすことである。それは多数、すなわち力が法ではないからである。正しいもの

への志向、正しい法への努力を忘れ、少数派に不寛容な多数決原理は、多数の赴くところに唯々諾々として追従する機会主義を導いた。ヒットラーの掲げるドイツ民族主義、反ユダヤ主義等に迎合した議員、そして権力を得ることへの彼等の共感が多数への追従を生み、ついに相対主義的な民主議会政治を崩壊させてしまった。そして政権を掌握したヒットラーは、多数の力を以てナチズムの法制化の道を驀進していったといえよう。

ナチスは、1933年2月に、まず、「共産主義者の国家公安を害する暴力行為を防止するため」を掲げて「民族および国家の防衛するためのドイツ大統領による緊急令」(Voerordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat, Vom 28. Februar 1933)を發布し、被疑者の強制収用を可能にし、国民の言論の自由、報道・出版の自由、集会の自由を制限し、信書の秘密という権利の放棄、家宅捜査、押収を合法化させた。さらに3月には「国家的興起政府に対する陰謀的攻撃から防衛するためのドイツ大統領令」(Vorordnung des Reichspräsidenten zur Abwehr heimtückischer Angriffe gegen die Regierung der nationalen Erhebung 《vom 21. März 1933》)を發布して、政府や党に対する反対をすべて国民への敵対行為とみなすことを明らかにした。このような法律を制定したあと、周知の「授権法」(*Ermächtigungsgesetz*)、すなわち「民族および国家の危機を克服するための法律」(Das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich, RGB1. IS. 141)を国会にかけ、政府の手に一切の立法権を掌握して、憲法を廃棄してしまった⁽⁷⁾。ついで7月には「新党の新たな結成を禁止する法律」(Gesetz gegen die Neubildung von Parteien, RGB1. IS. 479)を、12月には「党および国家の統一確保のための法律」(Das Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat, RGB1, IS. 1016)を制定した。じつにナチス党以外は一切の政党や自立した諸団体を強制的もしくは自発的に解散に追い込んだのである⁽⁸⁾。こうして一党独裁国家を成立させ、一国一党の絶対主義を採るに至り、指導者独裁の制度化、所謂「強制的同質化」(Gleich-

scaltung) を完成させた⁽⁹⁾。

2. 大学人の虚像と実像

……ナチストとしての M・ハイデッガーと E・ヴォルフ

ナチス政府にとって、「強制的同質化」をより確かなものにするためには市民の文化生活の規制が不可欠であった。ナチズムに向けて精神生活を強制的同質化するには、これを受け容れる市民の「自発的同質化」(Selbstgleichschlung) が求められた⁽¹⁰⁾。そのため人々の文化活動の同質化を目的とする法律、「全国文化院法」(gesetzliche Einrichtung einer Reichskulturkammer)⁽¹¹⁾ を制定して文化の統制を図り、併せて新聞・雑誌等出版の自由を制限する「編集人法」(Schriftleitergesetz) が発布された⁽¹²⁾。当時、この精神の同質化を促す指標に、ナチスの世界観の供給源であるヒットラーの『我が闘争』の《世界観》が掲げられた。ヒットラーはいう。「なぜなら、世界観というものは、不寛容なものであり、……自己の排他的な、余すところない承認と、自己の見解による公共生活全体の完全な転換を要求するものだからである」と⁽¹³⁾。

この世界観の不寛容性という指標は、法学者、経済学者、文学者から音楽家、芸術家等にいたるまで、権力への追従と操作と強制とが相互に不可分からみ合って、自発的に同質化へと同調される過程を浮き彫りにしたのである。

ブラッハー (K. D. Bracher) は、同質化されていく単純な図式をつぎのように示している。すなわちナチス・イデオロギーの放射力、すなわち保守主義的＝官憲国家的な、権威主義的＝反民主主義的な、国民主義的＝非合理主義的な連鎖がはまりこんでいった図式である。

「すべての人間は一つの国民 (Nation) の構成員としてのみ生きていく能力をもっている。したがって国民は、個々の集団的利益の上に位する。また国民は内的な統一体としてのみ強力である。それゆえ、真の《社会主義》は、階級間の区別をするのではなくて、諸階級を溶接しようとする。マルクス主義と自由主義の代わりに国民的理想主義が、人権の代わ

りに服従者の義務と忠誠と規律が、利益に拘束された多元主義の代わりに、そのみが数百年来のドイツ分裂に起因する内的弱点を克服し、外部に対する最大限の強さを保証することになる一枚岩的な指導者国家が、登場すべきである」と⁽¹⁴⁾。まさに、人々はこうした排他的な法的世界観に盲目的に追従していったといえよう。

自発的な同質化を促したものにナチスの反ユダヤ主義がある。それは国家的支配の観念の上に、民族的＝人種的支配観念をおいた人種政策にほかならない。「強制的同質化」法制の一つ、「職業官吏制度の再建のための法律」(Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums, 1933, RGB1.1 S. 175) は典型的な非アリア人排除法であった。この反ユダヤ主義は、官僚と司法部、大学と医師団体における《清掃》“Sauberung”を合法化し⁽¹⁵⁾、政治的、人種的に追放の対象となった人々市民権を剥奪するのに拍車をかけ、とくに多くのユダヤ人が公的生活から駆逐された。ナチスの理念は、ドイツのすべての文化を自覚的な政治的・世界観と結びつけて、《ユダヤ的＝自由主義的な》文化の営みから引き離し、健全にして強い民族の育成に貢献するものであったから、自から知識人、文化人の精神の一部へと浸透していったのである⁽¹⁶⁾。

(1) M・ハイデッガーによるナチズムの受容

マルティン・ハイデッガー (Martin Heidegger) は、その著『存在と時間』(Sein und Zeit, 1927) や『カントと形而上学の問題』(Kant und das Problem der Metaphysik, 1927) 等を以て、世界的に著名なドイツの哲学者であったことはよく知られている。ナチスの「強制的同質化」および「自発的同質化」が進められるなかで、1933年4月、ハイデッガーは自らの意思でフライブルク大学 (Freiburg Universität) の学長に選任された。そして彼は学長就任と同時にナチ党に入党し、終戦まで黨員であり続けた。

彼の学長就任演説「ドイツの大学の自己主張」は、自発的に学長に就任しただけあって、ナチズムの精神をよく体現したものとなった。いわ

く「学長職を引き受けるということは、この大学の精神的指導に対して義務を負うことである。教師と学生たちの服従は、ただドイツ的大学の本質に真にかつ共同して根ざすことからのみ目覚め、強められる。だが、この本質の明確さ、偉大さ、力に達するのは、何よりもそしていかなる時にも、指導者たち自身が——ドイツ民族の運命を強制して己の歴史に刻み込むあの精神的付託の峻厳さによって導かれて——指導される者である場合である」と⁽¹⁷⁾。

この演説は、ナチの「強制的同質化」法制を自発的にかつ全面的に受け容れ、大学をこのナチ革命の精神と政治的プログラムに余すところなく一致させ、大学人、学生をナチズムの指導下へ置くことを目指したものであったといえよう。

ハイデッガーは、学生に次のように述べている。「本質を救済し、かつ我が民族が国家において最内奥の力を高揚させるために犠牲を払う勇気が、諸君に絶え間なく続くように。教説や〈理念〉は、諸君の存在の規則となるものではない。**総統こそが、自身そして唯一、今日のそして将来のドイツの現実であり、その法なのである。**(Der Führer selbst und allein ist die heutige und kunftige deutsche Wirklichkeit und ihr Gesetz.) 絶えずより深く知ることを学べ。いまよりあらゆる事物が決定を、一切の行動が責任を要求する。ハイル・ヒトラー。」⁽¹⁸⁾

学長時代のハイデッガーは、ハイデッガーを崇拜するナチストのエーリック・ヴォルフ (Erik・Wolf) を法学部長に任命し、実質的な軍事訓練である野外スポーツ訓練を必修カリキュラムとするなどの大学カリキュラム改革を、軍事的な方向へ改変しようと努めた。しかし、学部内の激しい抵抗を受け、結局、これが原因の一つになって、ハイデッガーは辞任に追い込まれた。その一方で、彼には大学からユダヤ系研究者を排除する「職業官吏再建法」(Berufsbeamtengesetz, 前掲) 第4条をより厳格に適用した事実がある。ハイデッガーによる陰湿な政治的密告事件、「シュタウディングー (Staudinger) 事件」⁽¹⁹⁾ がそれである。

戦後ハイデッガーは、親ナチであったことの責任を問われて、いわゆ

る「ハイデッガー裁判」にかけられた。フランス軍事政府のもとに設けられた政治的「浄化委員会」の審問である。ここでは、彼はフランス語で「典型的なナチ」〈nazi-typique〉と格づけされていた⁽²⁰⁾。だが審問の過程におけるハイデッガーの「弁明」は、親ナチであった大学人の政治的過誤について何ら倫理的責任を表明することなく、むしろ真実を隠蔽し欺瞞に充ちたものであった。このことは先達による多くの研究資料によって実証されている。

ちなみに哲学者カール・ヤスパース (Karl Jaspers) は、その『ハイデッガーについての覚え書き』(Notizen zu Heidegger) において、「ハイデッガーは自由を知らなかった」⁽²¹⁾と証言している。

(2) ナチスの法学者E・ヴォルフ、「正法とはナチスの法である」

ラートブルフはナチ法制の毒芽を批判し、早くも1932年に「迫り来る再野蛮化」(heraufdrohenden Rebarbarisierung)に警告を発し⁽²²⁾、1933年にはナチズムの刑法を指して、これは「テロリズムである」(terroristisch)との烙印を押している⁽²³⁾。

しかし、これと時を同じくして、彼とまったく正反対の、ナチに迎合したが論文が発表された。ラートブルフの弟子、エリーク・ヴォルフ (Erik Wolf) の手になる「ナチス国家における正法」(Richtiges Recht im nationalsozialistischen Staate, 1934)⁽²⁴⁾と「ナチス国家の法理想」(Das Rechtsideal des nationalsozialistischen Staates, 1934)がそれである⁽²⁵⁾。我われは、このナチズムとその法治に陶醉したこの論文を目の当たりにして、これが相対主義者ラートブルフの直門の弟子による著作であることに愕然とする。

以下に、ごく普通の真摯な研究者が、ナチス「自発的同質化」の渦に呑まれ、ついには豹変して、自己の確信としてナチ法を論ずるにいたる足跡の一端を挙げよう。

当時、法哲学者のほとんどが同一論調で議論していた問題は、自由主

義の拒否 (Ablehnung des Liberalismus) であり、それはまるで義務履行であるかのような仕方で行われた⁽²⁶⁾。当時、自由主義には「役立たず」(Versagen)⁽²⁷⁾、「ご用済み」(erledigt)⁽²⁸⁾の烙印が押され、「国家になじまないもの」(Staatsfremdheit)⁽²⁹⁾と診断された。ある者は「個人主義と唯物論が……自由主義を特徴づけている」として批判し⁽³⁰⁾、E・ヴォルフもまた、すでに役に立たない自由主義観念が、「自由主義法の時代のイデオロギーへと逆行」(Ruckfall in die Ideologie des liberalen Rechtszeitalters)⁽³¹⁾することのないように、警告している。

このような反自由主義および反民主主義がもたらした帰結の一つに、基本権の放棄がある。ある者は「基本権とは」、有機的国家にとって耐えがたい「国家に対する根民族に対する個人の我欲のデモ行進を意味する。……全体の為の献身の義務にはいかなる限界もない」、あるのは「公民の基本権、すなわち民族法を貫徹するための国家の活動へと向けられた(理想的な)権利にすぎない」⁽³²⁾と述べた。これを承けてE・ヴォルフもまた、共同体への個人の同化という全体性を強調して、「ナチス国家の要請は、人間の日常生活を徹底的にとらえる。それは、歴史的伝統によっても、一定の基本権または人権によっても、限界づけられることはない」⁽³³⁾とまで主張して、共同体への個人の同化という全体性を強調したのである。

こうした経緯からみてナチズムがもたらす「国家」の観念が、いわゆる真の「法治国家」ではないことが次第に明らかとなった。それは法哲学者によっていかに「法」が如何に格下げされたか、を観ることである。ある者は「法とはアーリア人が法と感ずるものであるという言明は、法はその本質からいつてある民族の血縁共同体の直接の表現であって、個人の約定ではない、という知恵を含意している」⁽³⁴⁾という。この理論の到達点には、「民族精神」ないし「民族の魂」を以て法を定立できる者の権威がみられる。E・ヴォルフもまた「**正法とは、……第三帝国におけるナチズムの法のみである**」⁽³⁵⁾と説いてこれに同意し、法の正当性のための基準を、法命題を形づくった者の権威に求めているのである。当時、法定立の最高権威はまぎれもなく「総統」であった。従って、ヴォルフ

の理論は「実際には、どのような法律も総統の決断で」(in Wahrheit jades Gesetz einen Fuhrerenscheid) 制定されるのであるから「総統が唯一の立法者である」(dass der Fuhrer der einzige Gesetzgeber ist) とする代表的ナチ法学者ゲオルク・ダーム (Georg Dahm) の立場⁽³⁶⁾ と軌を一にしている。

「総統が唯一の立法者である」という言葉と同じ意味で、「総統が、最高の裁判長として総統職にあることに基づき、危機の瞬間に、直接、法を創造するとき、彼は最悪の濫用から法を擁護している。……真の総統はつねに裁判官でもある。総統職から裁判官職が流出する……」(カール・シュミット, Carl Schmitt) ⁽³⁷⁾といわれた。ここではすでに、三権分立の原理は放棄されてしまっている。E・ヴォルフは、「ナチズムにおける裁判官の理想」について次のように述べている。裁判官の自由は「恣意や形式主義的——抽象的な法的安定性の原理によって縮減されない。むしろそれは、制定法の中に表現され、総統に体现している民族の法的直感により、確固とした基準を獲得し、必要な場合は、そこに制約を見出す。いかなる抽象的な制定法形式でも、すべての法共同体成員の感情と意欲の心情的な一致を可能とするほど充分には、判決の独立性と恒常性を保障することはできないのであるから、我われはこの規制に信頼をおいてよいのである」⁽³⁸⁾と。この抽象的な言葉は何を言おうとしているのであろうか。総統に体现されている民族的法直感、法感情によって制定法を解釈し、そこにナチ判決の独立性と恒常性、すなわち「正法」の根拠を見出そうとしているのである。

こうしてE・ヴォルフは、ナチズムの法を「正法」とみて、そのためにキリスト教への信仰まで提唱したが、戦後においては告白教会へと歩み寄り、その法哲学上の著作で、歴史的ものや麗しき精神へと後退している⁽³⁹⁾。そして、ナチズムの法哲学的な位置づけについて、二つの論文を著した過ちを認めている⁽⁴⁰⁾。

1963年、彼は恩師ラートブルフ代表的著作『法哲学』の第4版を編纂するに際して、自ら「編者まえがき G. ラートブルフの生涯と業績」を

執筆して巻頭にすえた。そこには民主主義を目途とする価値相対主義法哲学の軌跡が、深い敬意をもって描かれている。

ハイデッガーにしるE・ヴォルフにしる、ナチスの「強制的同質化」法制策に自ら進んで迎合し、所謂「第三帝国」の建設に貢献したことは、すでに明らかにされた。カウフマンが指摘しているように、彼らは自らの確信のもとに「ナチスの管弦楽のなかで共演した」といえよう。彼らと比較して、「人間の尊厳」を掲げナチスと闘ったミュンヘンの学生たちによる「白バラ」抵抗運動⁽⁴¹⁾はいかに貴いものであったか。

結びに代えて……戦前植民地朝鮮における尾高朝雄

近代東アジアにおいて、とくに日本民族による朝鮮植民地化法政策は1910年以降36年間におよび、その後半期はナチスの12年間(1933~45)と重なっている。この時期に植民地下朝鮮における日本人研究者の論考は如何なるものであったか。朝鮮民族に日本語を扶植し、天皇の臣民であること強要する同化政策が、治安維持法を後ろ盾にして進められていた時代である。

当時、京城帝国大学法文学部教授であった尾高朝雄(1899-1956)は、戦前の主著『実定法秩序論』(1942)においてラートブルフの「相対主義と民主主義」を解説している⁽⁴²⁾。これは、いち早く日本にラートブルフの法哲学思想を紹介したものとして高く評価されてよい。

だがその一方で「立憲君主国家の原理」(第5章)において、次のように説くのである。「真正の君主国家において、君主は統治権の主体でなければならぬ。君主は尊厳なる君位に在って統治権を行使する。……絶対永遠なる君主は、根本において神格を以て統治する。……君主国家の政治は正に信仰の政治でなければならない。」さらに『実定法秩序論』結論において、「広く分化した国民の目的活動が、公の中心に向かって不断に統合帰一し、国家の全体目的を実現して行くのは、多様な目的的調和に他ならぬ。……それが君主中心・君民一体の原理によって貫かれた立憲君主国家の実定法秩序である」とする⁽⁴³⁾。ここには、まぎれもなく神格化

した天皇を主権者とする国家体制を是とする法哲学が展開されている。

それでは、君主中心・君民一体の原理によって貫かれた立憲君主国家の実定秩序は、果たしてどうすれば実現できるのか。尾高朝雄はその実践論を、以下の二論文において力説した。主著『実定法秩序論』とほぼ同時期に執筆された尾高朝雄の論文「道義朝鮮と徴兵制度」(1942)と「朝鮮教学論」(1944)は、彼の説く神格化した天皇に統治される植民地の欽定秩序を次のように論じている。

まず彼は、「道義朝鮮と徴兵制度」において、朝鮮の地で「内鮮一体」を進め「道義朝鮮を建設する」ことに「徴兵制と施行の意義」をみいだしている。いわく「道義朝鮮の建設とは、日本精神が朝鮮半島の隅々まで浸透し、半島二千四百万の民衆が心の底から骨の髄まで完全な日本人と成り切ることを意味する。……大東亜戦争の武と大東亜共栄圏の和とは、車の車輪のごとく平行する昭和日本の道義的大進軍の二大原理である。……いやしくも生を皇国に享くる者は、一人残らず此の道義の御戦の戦士として立たなければならぬ。……かくて内鮮一体、共励切磋、行くべき道は道義朝鮮の建設ただ一途のみであることを確信しなければならない。……朝鮮における徴兵制度施行の意義は、正にそこに存する。……欽定憲法の規定する兵役の大義務は、道義人の担う無上の光栄として半島同胞の頭上に燦として輝く」と⁽⁴⁴⁾。

つぎに、その「道義」から導かれる尾高朝雄の「朝鮮教学論」をみよう。彼はいう。「朝鮮の教学が自ら提出し、自ら解決してゆかなければならないところの第一義重大問題は、いかにして朝鮮同胞の皇国臣民化を完成すべきかということである。……朝鮮を内地同様の皇国の一環たらしめ、朝鮮民衆を内地人と異ならぬ皇国臣民に化成するということは、決戦下急速の要請となりつつある。……戦争は生命を飛躍せしめる。この飛躍の目標は徴兵制の実施によって示され、この飛躍を実行するための飛躍板の一つとして、義務教育制が用意せられた。あとはただ、現実の飛躍あるのみである。……朝鮮教学の要諦は人間的価値観の転換を図るに在る。……特に、古来勤労を賤しむ弊風のあった朝鮮では、この際

徹底的に価値観の転換を行い、勤労による奉公の喜びのなかに、皇国臣民たるの生き甲斐を体得せしめるよう指導することが必要である。⁽⁴⁵⁾

『実定法秩序論』では、君主と国民の関係は、一方は統治権の主体であり、他方は統治権の客体であり、君主国家の基本構造は、第一は「君主中心」、第二は「君民一体」を原理とする、と説く⁽⁴⁶⁾。植民地統治の客体に陥れられた朝鮮の人々に対して、その人間的主体性ないし民族的独自性を犠牲にして「君主の統治を翼賛する」よう煽るこの実定法秩序論は、戦前において帝国主義的な《植民地統治法》を支えた確かな法理論であったにちがいない。とくに京城大学教授としての尾高朝雄の「朝鮮教学の要諦」論は、それが「勅語教育」の場で展開されるかぎり、朝鮮人の若人に対して徴兵制を施し、戦場に引き立て、窮極的には「飛躍板」を踏み切って皇国臣民として殉死するよう勧奨するもので、それを臣民の義務となるように「人間的価値観の転換」を強いるものであったといえよう。このことは、実際に多くの朝鮮人若者が戦死した史実が示している。尾高朝雄のこのような立論は、戦後の彼の法理論からは、およそ想像することはできない。

「朝鮮教学論」を執筆したその年、尾高は東京帝国大学法学部へ転出し、翌年終戦を迎えた。そして三年後に、彼は「民主主義の理論を法哲学上の相対主義によって基礎づけようとするもの」として『ラートブルッフの法哲学』(1947)を著した。彼はいう。「民主主義の世界観によって敗戦の廃墟の中から新たに立ち上がろうとする日本の知識層にとっては、ラートブルッフは必読の価値があるといっても過言ではあるまい。」「ラートブルッフの法哲学は、純粹の平和国家・文化国家として立った以降とする現代日本にとって、大きな示唆と慰藉と教訓を与えるものいうことができよう」と述べている⁽⁴⁷⁾。

さらに二年を経て、彼は論文「民主主義の法理念」(1949)を著して、「民主主義の法理念のこの特性は、ラートブルッフの相対主義の法哲学によってあざやかに描写されて、あますところがない。」「民主主義には相対主義の性格が根本的に内在している。……相対主義的な寛容性を基礎

として行われる自由な言論と公明な批判を通じて、正しい方向に政治を推進していくことが民主主義の断固たる信念でなければならない⁽⁴⁸⁾と記した。ここには、ラートブルフによるナチスの法制に対する批判論文「相対主義の法哲学」(1933)の核心部分が如実に抽出され、展開されている。

これら言辞を見る限り、戦前、君主中心・君民一体の立憲君主国家論、ひいては植民地統治論を説き、朝鮮の若者に皇民として兵役につくよう勧奨した数年前の勇姿をみることができない。しかし、彼の言辞には、ラートブルフの法理論をよく咀嚼したうえで、なお朝鮮の民に対して、何のためらいもなく公然と不平等を強いる、すなわち「同化」を強調し、異民族の主体性を否認した彼の实像がある。そこには積極的に「強制的同質化」を押し勧めた大学教授の足跡が残されている。その意味で、ナチスに身を寄せ「自主的に同質化」したE・ヴォルフの場合と、果たしてどれほどの相違があるだろうか。

今日、日本による朝鮮植民地統治が不法なものであったことに異論はない。「日韓併合」条約(1910)などは、確かに形式的にみて合法的な装いをしてはいる。しかし、併合以前の三次にわたる「日韓協約」締結の経緯を精査すれば、すべてが日本の軍事力を背景にした強要によってなされたもので、朝鮮民族の主体的同意があったとする痕跡を何一つ見つけることはできない⁽⁴⁹⁾。

不法な「併合」以降、終戦までの三十六年間、東京帝国大学へ転出するまでのあいだ、尾高は「満十六年間」京城帝国大学の教壇にあった⁽⁵⁰⁾。それが国策であったとはいえ、彼は「教育勅語」を信奉し、「朝鮮語」教育を制限するなど峻厳な皇民化教育を支え続けたといっても過言ではないであろう。尾高が『実定法秩序論』を著したその年、朝鮮語を存続させるために辞書を編纂する行為が「治安維持法」に違反するとされた《朝鮮語学会事件》(1942)が起き、「国体の変革」を企図したものとして有罪判決が下りた⁽⁵¹⁾。この事件は、ベルリン大学で哲学博士号を取得した朝鮮を代表する文学者李克魯が関わった著名な民族独立運動として知ら

れている。しかし、事件前後に、尾高にはこの朝鮮民族の文化否認事件に関わって論評した形跡がまったくみられない。相対主義の不寛容を学んだ尾高ではあったが、「国体護持」を掲げる不寛容な国策に、むしろ盲従し、価値盲目的になっていた(註3参照)にちがいない。

要するに、尾高朝雄著『実定法秩序論』及び前掲二論文等⁽⁵²⁾は、国の民族差別に法学的装いを与えたのみならず、権利を剥奪された朝鮮の民がしだいに戦場へと駆り立てられる対象となっていくことを法学的に肯定したものである。ここには、国家の策定した法律なら如何なる法律であろうとこれを是とし、法実証主義を信奉する法学者の姿がある。さらに続く「国家の目的と大陸経営」(1940)、「大東亜共栄圏の文化理念」(1943)等は、法学を超越した戦時民族国家論が展開されており、ただ驚愕せざるをえない。人々をして大陸侵略に駆り立てたこれらの論文をいかに評価すべきか、学界はいまだ黙過しているにすぎない。確かに尾高の遺した戦前の論考の一部には、ラートブルフの相対主義法哲学とは、まったくかけ離れた理論が見られるといえよう。

最後に、千葉正士教授による尾高法哲学批判論の一節を掲げよう。千葉正士「戦前におけるわが国法哲学の法思想史的検討」(1965)にいわく、「君主中心・君民一体の原理によって貫かれた立憲君主国家の秩序」論において、「君主の『欽定憲法』とこれに対する『国民の翼賛』による『臣民一体』を説く以上、本心はともかくとして、客観的な効果としては、当時の日本の天皇制国家体制を正当化するものであると理解されてもやむをえないところである。すなわち、尾高は、社会的な活動においてはもとより、法哲学の内容においても、積極的に当時の権力のために正当化することをしなかった。しかし、最後には抗しきれず権力の要求に妥協し、潜在的には権力の正当化をした結果におちいった。」⁽⁵³⁾

なお戦前の尾高法哲学の研究については、先行研究として松尾敬一「戦中の尾高法哲学」がある。松尾敬一は「ただ皇国臣民の運動は当時の国策の線」であったとし、「支邦事変一周年に際し賜りたる勅語」を掲げた「尾高朝雄は当時の時局の動きを正当化したかに見える」が、「少なくとも

も当時の読者たちは、抽象的なレベルで述べられた事柄を、具体的には東亜や日本の事柄としてうけとったに違いない。」とも記している⁽⁵⁴⁾。しかし誰の目にも、尾高の「国家の目的と大陸経営」や「道義朝鮮と徴兵制度」等の著述をみる限り、そこで「抽象的なレベルで述べられた事柄」は、まさに具体的に東アジア、朝鮮、日本のことがら以外のなにもものもない。まぎれもなく彼の主張は「時局を正当化した」ものとみえないであろうか。当時であっても、尾高には「抽象的なレベル」であろうとも、これを執筆しない自由はあった。否、彼はむしろ積極的に自らの思想としてこれを展開したのである。ここに尾高の虚像と実像がある。

E・ヴォルフは、ナチスに与した自著論文の過ちを認めたが、尾高には凡そそれがない。ただ『法の窮極に在るもの』(1947)の「はしがき」において、彼は京城大学の「朝鮮の最高学府としてのその健やかな発展を祈る」とのみ記すにとどまった。

註

- (1) この二篇は、いずれも林文雄著『法実証主義』台湾大学法学叢書七(三民書局、初版1976、増訂三版1982)に収められている。このうち「ラートブルフの自然法論」が、鈴木敬夫編訳『現代韓国・台湾における法哲学』(成文堂翻訳叢書16、1981)121頁以下に掲載されている。
- (2) 「公式」に関する優れた先行論文として、上田健二「ラートブルフ公式と法治国家性原理」、『西原春男先生古希祝賀論文集』(成文堂、1988)387頁以下、足立英彦「ドイツにおける《壁の射手》訴訟とラートブルフ公式」『東北法学』第16号(1998)193頁以下があげられよう。
- (3) ナチに迎合した諸教授を、アルトゥール・カウフマン(Arthur Kaufmann)は「ワイマール共和国の墓堀人」と呼び、次のように評価している。「私にとって興味があるのは、ドイツの大部分の法哲学者が勝利を取ったナチズムに、即座に、しかも緊急でもないのに、時流にあった法哲学と国家哲学の理論を提供したというようなことが、どうして可能であったか、ということである。」「当時、ナチスのお好みどおりに教示し、著作した人々は日和見主義や経験主義がそこかしこに共に作用していたにせよ、彼らが確信からそうしたのだ、という事実である。ナチスの管弦楽の中で共に演奏しなくても、法哲学者として決して生存の危機あるいは職業上の危険があったわけではないことを、私は実例を挙げて示すことができる。」Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie und

- Nationalsozialismus, Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, herausgegeben von Hubert Rottleuthner, ARSP Beiheft NR. 18. S. 2. カウフマンは、ナチス法哲学を代表する者として、カール・エンギッシュ (Karl Engisch)、ハンス・ヴェルツェル (Hans Welzel) を挙げ、またロイトナーも「価値に盲目的な人びと」(Wertblinde)として、エーリック・ヴォルフ、ウィルヘルム・ザワー (Wilhelm Sauer)、カール・アウグスト・エムゲ (Carl Augst Emge) を挙げている。Hubert Rottleuthner, a. a. O., S. 32. H. ロットロイトナー編、ナチス法理論研究会訳『法、法哲学とナチズム』(みすず書房、1987)
- (4) Gustav Radbruch, Der Relativismus in der Rechtsphilosophie, 1934, Gesamtausgabe band 3, Rechtsphilosophie III. (bearbeitet von Winfried Hassemer, 1990). S. 21. ラートブルフ著作集第4巻『実定法と自然法』(東京大学出版界、1961) 9-8 頁。
- (5) Radbruch, a. a. O., S. 21. 著作集第4巻(前掲) 9 頁。当時、ヒットラーは「不寛容」を公言していた。いわく、「人は我われを不寛容であると非難する。これに対して私はいう。そうだ、我われは実際に不寛容であり、このことを証明して見せるであろう」と。Martin Kriele, Staatphilosophische Lehren aus dem Nationalsozialismus, Rechts, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, herausgegeben von Hubert Rottleuthner, ARSP Nr. 18. S. 241. H. ロットロイトナー編『法、法哲学とナチズム』(前掲) 322 頁。
- (6) Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Gesamtausgabe band 3, Rechtsphilosophie III. S. 83-93. 著作集 第4巻(前掲) 251 頁以下。
- (7) K. D. Bracher, Die deutsche Diktatur, 1969 Verlag Kiepenheuer & Witsch, Köln-Brlin, S. 230 K. D. ブラッハー著『ドイツの独裁 I ナチズムの生成・構造・帰結』山口定・高橋進訳(岩波書店、昭和51年) 380 頁。ブラッハーいわく、ヒットラーによる「権力掌握の路線の、テロリスト的で憲法を根底から侵犯するような先鋭化は、まさに全権授権法でその頂点に達した」と。さらに、憲法学者カール・シュミット (Carl Schmit) の次の「解釈」を添えている。「全権授権法は新ドイツの暫定憲法である。……この法律の合法性からみて、ワイマール憲法の字句または精神への永続的服従性を導き出すことは、法律学的に誤った政治的サポータージュ行為である。」Der Nationalsozialismus Dokument 1933-1945, Herausgeben Walther Hofer, S. 57-58. ワルター・ホーフア著、救仁繁訳『ナチス・ドキュメント 1933-1945』(ペリカン社、1975) 79 頁。
- (8) K. D. Bracher, a. a. O., S. 231. 一切の非ナチ政党の解散を経て、ついに一党制国家の法制化に至った。(1933.7.14)
- (9) K. D. Bracher, a. a. O., S. 270ff.

- (10) K. D. Bracher, a. a. O., S. 257., 訳 454 頁。こうした精神の同質化を推進する一方で、“司法の強制同質化” (Gleichschaltung der Justiz) も進められた。当時において、裁判官、検事、弁護士がナチ体制維持の道具と化して、「テロル司法」 (Terrorjustiz) を作り上げ、不法体制の共犯者となった。この点については、とくに S. 398.
- (11) Walther Hofer, Der National sozialismus Dokument 1933. Fischer Verlag 1957, S. 95. フルター・ホーファ著・救仁郷繁訳『ナチス・ドキュメント』(ベリカン社、1975) 125 頁。
- (12) Walter Hofer, a. a. O., S. 90.
- (13) K. D. Bracher, a. a. O., S. 274. 指摘すべきは、この排他性に人びとが盲従したことである。
- (14) K. D. Bracher, a. a. O., S. 275.
- (15) 《清掃》 (Sauberung) という名のユダヤ民族に対する差別と市民権剝奪について、K. D. Bracher, a. a. O., S. 277、『ドイツの独裁 I』(前掲) 458 頁に詳しい。
- (16) ドイツ人にとってユダヤ人は「実際に、新国家主義が敵としたものの具象化のように思われ、資本主義、自由主義、民主主義、国際主義、平和主義、人道主義、そしてそれらの精神的元祖たる合理主義であった」と考えられていた。Jean F. Neuroher, Der Mythos von dritten Reich, zur geistesgeschichte des Nationalsozialismus, 1957 Stuttgart, S. 151.; J. F. ノーロール著・山崎章甫、村田宇兵衛訳『第三帝国の神話・ナチズムの精神史』(未来社、1980) 171 頁。
- (17) Heidegger, Die Selbstbehauptung der deutschen Universität, Vitto Klostermann, 1983, S. 9. この部分について、Tom Rockmore, On Heideggers Nazism and Philosophy, Universty of California Press 1922, p. 57. トム・ロックモア著、奥谷浩一他訳『ハイデガー哲学とナチズム』(北海道大学図書刊行会、1999) 81 頁。なお、奥谷浩一著『ハイデガーの弁明』(前掲) 26 頁参照。
- (18) Hugo Ott, Martin Heidegger. Unterweges zu seiner Biograhpie, first Published by Camps Verlag 1988., S. 161. 訳 241 頁。
- (19) ハイデガーいわく「シュタウディンガーは民族蜂起の過剰なまでの信奉者であると僭称しており、辞職処分よりは免職処分がふさわしい」と。Hugo Ott., a. a. O. S. 205. 奥谷浩一著『ハイデガーの弁明』(前掲) 第 3 部第 1 章に詳しい。
- (20) Hugo Ott., a. a. O., S. 257.
- (21) Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus; Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, Herausgegeben von Hubert Rottleitner, ARSP Nr. 18, 1983 S. 17.

- (22) Radbruch, Autoritäres oder soziales Strafrecht ? 1933 in: Radbruch, Der Menchen im Recht, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1957 S. 63ff. この拙訳が「権威刑法か社会的刑法か？」『札幌学院法学』第23巻第22号(2007) 109頁以下。
- (23) Radbruch, StrafrechtsForm und Nationalsozialismus, in: Neue Freie Presse (Wien) vom 15. 1. 1933. “Entwurf Radbruch” Gesamtausgabe Band. 9. Strafrechtsreform, S. 331~335. この拙訳が「刑法改革とナチズム」『札幌学院法学』第25巻第2号(2009) 143頁以下。
- (24) Erik Wolf, Richtiges Rechts im nationalsozialistischen Staate 1934 S. 17f.
- (25) Erik Wolf, Das Rechtsideal des nationalsozialistischen Staat, in: ARSP 28 (1934) 352.
- (26) Arthur Kaufmann, a. a. O., S. 6.
- (27) Ott Koelreutter, Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution, 1933 S. 8.
- (28) Ernst Fortshoff, Der totale Staat, 1933, S. 7.
- (29) Heinrich Herrfahrdt, Wesen und Gestalt des Dritten Reiches, 1933, S. 11.
- (30) Heinrich Lange, Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht, 1933, S. 2.
- (31) Erik Wolf, a. a. O., S. 17.
- (32) Helmut Nicolai, zitiert nach Hans — Helmut Dietze, Naturrecht in der Gegenwart, 1936, S. 184.
- (33) Erik Wolf, a. a. O., S. 23.
- (34) Reinhard Hohn, Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft, 1935, S. 78.
- (35) Erik Wolf, a. a. O., S. 10. S. 29.
- (36) Georg Dahm, Deutsches Recht, 1944, S. 231.
- (37) Carl Schmitt, Der Führer schützt das Recht, in: DJZ 1934, 946f.
- (38) Erik Wolf, Das Rechtsideal des nationalsozialistischen Staates, a. a. O., S. 352.
- (39) Hubert Rottleurtner, Substantieller Dezinionismus — Zur Funktion der Rechtsphilosophie, im Nationalsozialismus, S. 32. (ARSP.NR. 18. 1983), Hugo Ott, a. a. O., 227. 結果として、E・ヴォルフは、反ナチ運動の組織である「告白教会」に与したといえよう。
- (40) Hugo Ott, a. a. O., S. 227. E・ヴォルフは、カール・バルト (Karl Barth) へあてた手紙の中で、ナチスに迎合したハイデッガー学長に加担したこと、ナ

チズムの法哲学的な位置づけに関する二つの論文を書いたことなどについて、「自分はこの点で間違いを犯したことを認める」と述べている。

- (41) 『白バラ』(Weiße Rose) は、ナチ下の学生ゾフィー・ショル(Sophie Scholl) たちによる抵抗運動であって、シンボルの意味をもっている。ラートブルフもゾフィー等に対する密告事件にふれて、Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, 1946, Radbruch, Gesamtausgabe band 3, Rechtsphilosophie III. S. 106. がある。最近の貴重な資料として、Sophie Scholl — Die letzten Tage, Herausgegeben von Fred Breinerdorfer, Fischer Taschenbuch von Verlang in der S. Fischer Verlag GmbH, 2005. フレート・フライナースドルファー編、石田勇治・田中美由紀訳『「白バラ」尋問調書』(未来社、2007) があり、関 楠生著『白バラ 反ナチ抵抗運動の学生たち』(清水書院、1995) には優れた参考文献一覧がある。
- (42) 尾高朝雄著『実定法秩序論』(岩波書店、1942)334頁～337頁、383頁406頁に詳しい。さらに同著『国家構造論』(岩波書店、1936)173頁～175頁がみられる。
- (43) 尾高朝雄著『実定法秩序論』(前掲)560頁、572頁、574頁。
- (44) 尾高朝雄「道義朝鮮と徴兵制度」『朝鮮』第326号(1942.7)、18頁、25頁～26頁。また「国家哲学」においても「日本は天皇中心・君民一体を以て国体の本義とする国家である。……明大和民族の血を享ける日本国民といえども、国体の本義に悖り、天皇の公民たるの自覚を喪失するならば、もはや正当な意味での日本人ということとは出来ないであろう。……その意味で、今日の重要な課題とされなければならないのは、二千三百万の朝鮮人の皇国臣民化の運動である。半島の姿は、世界に類例のない道義の試練である。半島統治の成果は、実に国家哲学上の一つの重大な現実問題を提供しつつあるといわなければならない。」岩波講座『倫理学』第7冊(岩波書店、1941)99頁～100頁、松尾敬一「戦中の尾高法哲学」『神戸法学雑誌』第14巻第3号(1964)713頁。
- (45) 尾高朝雄「朝鮮教学論」(一)『文教の朝鮮』第219号(1944)12頁～15頁。
- (46) 尾高朝雄著『実定法秩序論』(前掲)572頁。
- (47) 尾高朝雄著『ラートブルフの法哲学』(良書普及会、1947)2頁～3頁。
- (48) 尾高朝雄「民主主義の法理念」、尾高朝雄、恒藤 恭・我妻 栄・横田喜三郎・今中次磨・鶴飼信成著『民主主義の法律原理』(有斐閣、1949)8頁、43頁。
- (49) 鈴木敬夫著『朝鮮植民地統治法の研究・治安法下の皇民下教育』(北海道大学図書刊行会、1989)第1章 植民地教育扶植前史、11頁以下。
- (50) 尾高朝雄「朝鮮教育論」(二)『文教の朝鮮』第223号(1944)11頁。
- (51) 「朝鮮語学会事件」『韓』第6巻第7号(東京韓国研究院、1977)が詳しい。鈴木敬夫著『朝鮮植民地統治法の研究』(前掲)266頁以下。

- (52) 尾高朝雄「国家の目的と大陸経営」、京城帝国大学大陸文化研究会編『大陸文化研究』（岩波書店、1940）27頁以下において、「東亜新秩序」を説いていく、「東洋において、真に法秩序を確保して行くにたりるだけの實力を有する国家は我が国あるのみである」として、その実践こそが「支那事変を契機として課せられた皇国悠遠の大使命」であることを強調している。さらに、尾高朝雄「大東亜共栄圏の文化理念」は、共栄とは名ばかりで、「東洋文化が日本精神の下に指導されるといふことは当然である」と述べ、あくまでも「日本」主導の「文化」構築を理念として掲げている。京城帝国大学大陸文化研究会編『続大陸文化研究』（岩波書店、1943）17頁～18頁。
- (53) 千葉正士「戦前におけるわが国法哲学の法思想史的再検討」（下）『法学新法』第72巻第5号（1965）25頁。
- (54) 松尾敬一「戦中の尾高法哲学」『神戸法学雑誌』第14巻第4号（1965）696頁、715頁、717頁以下参照。
- ※ 1968年に出版された『自由の法理』尾高朝雄教授追悼論文集（有斐閣）には、尾高の「主要著作目録」及び「論文」リスト（568頁以下）が掲記されているが、植民地朝鮮で著述された「道義朝鮮と徴兵制度」等は省かれ、敢えて掲載されていない。