

〈翻 訳〉

## ラートブルッフ：刑法改革とナチズム

G. Radbruch, Strafrechtsreform und  
Nationalsozialismus (1933)

鈴木敬夫 訳

刑法改革は死んだ(或いは、少なくとも死んだように見える)。しかし、その棺桶の傍らに立っている者は、改革についてよく言わない。彼らは改革を罵り、その罵りの言葉はしだいに、罵り言葉のなかでも、最もひどい言葉になっていくように思われる。すなわち「改革は『自由主義的』であった」と。そして、もし彼らが未だ改革への支持を表明するとしても、その支持表明に対して、直ちに次の言葉をつけ加えることが必要であると、彼らはみなしている。すなわち、支持表明は「新思潮と、政治的勢力状況における重大な変化の影響を損なうことのない」限りにおいて有効である、と。—たとえば、昨年9月のフランクフルト会議での国際刑事学協会のように。彼らは、今や「強力な民族運動」が起きていることを指摘し、権力の背後で意義も追求したいという知的な人間の欲求にしたがって、苦悩と憎しみと無理解によって固められたこのような愚鈍で盲目的な大衆的できごとのなかに、「新思潮」を認識しようと懸命になっている。すでに触れた国際刑事学協会のフランクフルト会議において、グライスパッハ伯爵 (*Graf Gleispach*) 教授は、じつに素晴らしい方法をもって、彼自身は完全には承認していない(と、我々は思いたい) 国家社会主義 (Nationalsozialismus) 的国家観および刑法観を導入し、

ナチストが自分たちの原則的な立場を矛盾なく利用するにあたり、どのような刑法を我々に要求することになるかを、我々にはっきりと説明したのだった。非常に結構なことである。なぜなら、自由主義的であると同時に社会的な国家観及び刑法観の代表者である我々は、今や、正に我々が戦わなければならない相手を知ることができたからである。

とは言っても、30年以上も継続されている自由主義的かつ社会的な刑法改革に、まったく欠点がなかったわけではない。1918年の国家の大変革以降、すでに少しずつ、かつ部分的に実現されてきた改革運動は、これまでは憂慮すべき偏向性をもって、改革思想を法違反者の利益になるようにしか、実現してこなかった。すなわち、自由刑が罰金刑に代替され、行刑が刑の執行停止に代替され、刑罰が教育措置に代替され、大規模な恩赦がなされた——しかし、矯正が不可能な職業的犯罪者に対する保安拘禁はない。「矯正が不可能な」‘unverbesserlich’という言葉が発することに尻込みをしたのも、あまりにももつともなことだ。それは、ある人間の後ろで扉の錠を下ろし、二度と開かないようにする言葉である。それゆえ、この言葉は行刑の新しい表現法において「教育がきわめて困難な」‘schwersterziebar’に代替された。誰も見放さず、かつ何も断念しないこと、矯正不可能性（リープマン、*Liepmann*の美しい言葉）の事実を、理論上の真実に過ぎないものとみなし、各人の矯正の可能性を教育上の原則とみなすこと、矯正不可能性を教え子の無能ではなく、むしろ教育者の無能とみなすこと——事実、これは行刑教育学者の精神であり、これこそ行刑教育学者の精神なのである。しかし、刑法の立法者は、矯正不可能性という悲しい事実に対して目を閉ざすことは許されないばかりか、刑法改革運動は矯正可能な者の矯正と並行して、矯正不可能な者からの保安を強調することも、決して忘れたことはない。国際刑事学協会はその前回の会議において、刑法改革に迫り来る危険を認識した上で、一方的に被告に対して効果を及ぼす刑法改革への憂慮をくり返し指摘したのである。

したがって刑法改革は、改革自体の理念の力で、刑法改革に向けられ

た非難の原因である誤りを乗り越えることができる。そのために、行進方向を変更する必要はないのだ。これに対してナチズムの刑法観は、グライスパッハ伯爵が我々に説明したように、フランツ・フォン・リスト（*Franz v. Liszt*）の時代から我々が定めている進路の、完全な変更を意味することになるであろう。

*Franz v. Liszt* にとって犯罪とは完全な社会的事象であり、反社会的であると同時に社会的要因による行為であった。ナチズム的刑法観は、これに対して、「素質理論への傾倒および環境理論の放棄または弱体化」である、とグライスパッハ伯爵は述べている。伯爵の考察の中心にあるのは、「退廃した犯罪者」である。ナチズムの専門用語で言うところの、そのような生来的な「下等人種」は、しかし矯正不可能である。「選別淘汰」および「一般動機」、きれいなドイツ語で言うところの無害化および威嚇は、そうした犯罪者に対する刑法の立場をはっきりと表している。死刑は、それ故に、グライスパッハ伯爵教授にとって「秩序ある刑罰体系の必要な構成要素」なのである——彼は、アルフレード・ロッコ（*Alfredo Rocco*）が叫んだような、おおよそ殆ど称賛に近い歓声をもって、死刑の導入を歓迎するつもりはまったくなかったにせよ、そう訴えている。ロッコはイタリアの刑法典に関する自らの理由づけにおいて、つぎのように述べている。「そのような改革は、イタリア国民の精神の変化、イタリア民族の雄雄しさと行動力の再獲得、我が国の法文化および政治文化の外国のイデオロギー的影響からの完全なる解放という、もう一つの喜ばしい兆候を意味するものである」と。

もっともグライスパッハ伯爵教授は、特別予防を完全に除外するつもりはない。「正しく民族共同体の立場から、まだ救済可能な良い素質を有している個人は、不要な過酷な取り扱いによって、または残酷な刑罰によって、亡き者としてしまうには価値があり過ぎる。行刑における教育も、したがって完全に否定されるべきものでは決してないが、教育行刑は（中略）そもそも有罪判決を下されたすべての者のうち、ほんの僅かな一部に対してしか考慮され得ない。」ナチスと自身はこの問題に関し

て、見かけは熟慮を重ねたかのような解釈者よりも、もちろん冷たい考え方をもっている。第一級のナチストであるヘルムート・ニコライ（*Helmut Nicolai*）は、自身の「人種法的法学」の中できっぱりとつぎのように述べている。「刑罰の目的は、犯罪者の矯正や純化ではない。欠陥のある素質を変化させることは、誰にもできない」。ナチストが権力の座にある地域では、彼らはすでに、近代的な教育行刑に関するこうした自分たちの見解を、現に実行し始めてもいる。少し前にはチューリンゲンで、青少年模範刑務所の定評のある所長が、ナチズムの大臣によって解任されている。

新しい近代的な教育行刑を根絶することは、それほど難しいことではない。近代的な行刑は今日、まだ多くの行刑の実務者にとって、拒否することが許されず引き受けさせられる負担である。安楽さを擦る理論ほど、成功のチャンスを持つ理論はない。行刑の実務者にとっては、もしも囚人の教育可能性への信念を放棄することが許されれば、その仕事ははるかに楽になるのだ。

このように特徴づけられるテロリスト的かつ選別的な刑法は、法が総じてそうであるように「ドイツ民族共同体の選抜育種」を目的とするという。すなわち、個人の総体としての共同体の繁栄ではなく、「全体の繁栄」に目標が定められている。ここで、もし教育を再社会化と解釈し、共同社会への再適応と解釈するならば、聊かの普遍妥当性をもって教育目的を決定することができるだろう。すなわち、たとえば正直さ、勤勉さ、穏健さといった教育目的は、そもそもそれが可能であるならば、世界観の衝突の外側にあるものである。しかし、超個人的に考え出された民族共同体の価値は、それぞれの世界観、それぞれの国家観、それぞれの政党によって異なる定義づけがなされ、そのような価値に刑法を合わせることは、すなわち、そうした見解の中の一つを普遍妥当的な唯一の見解へと昇格させることを意味する。それゆえ、グライスパッハ伯爵教授も「各人が自らの行動の原則として定めることができる規範ではなく、民族集団内での絶対的妥当性への要求によって完全に客観的に考え

出された規範」と述べている。すなわち、伯爵の頭に浮かんでいる将来の刑法においては、一つのナチズム的な民族部分の**世界観的かつ政治的な見解**が、民族全体に押し付けられるらしい。「相対的妥当性とは別れが告げられ」、同等の権利を有する国家理念の競い合い、政党思想を超えた寛容はナチズムにとっては存在しない。自由主義的な刑罰観では単に異なる思想を持つ者とみなされ、劣等者とはみなされない確信犯人の概念は、刑法から再び姿を消さなければならない。すなわち、非ナチズムの傾向をもった確信犯人、つまり「マルキスト」はナチズムにとって、あらゆる退廃者のなかで最も退廃した者であり、文字通りの人間以下の層（Untermensch）なのである。

ナチズムはグライスパハ伯爵の表現に基づけば、**法と倫理**の関係の新しい見解を必要とする。法と倫理の分離というドイツ観念論哲学の偉業は、ナチストにとって単なる自由主義的な偏見に過ぎないのである。

「この二つの規範体系の間の矛盾の容認は、完全に拒絶される」。「法は倫理である」とは、しかし「刑罰は名誉毀損である」ことに他ならない。異なる思想を持つ者の名誉を毀損することは、したがって——グライスパハ伯爵はきっと認めないにちがいないが——ナチズム的な刑法思想の必然的な結末なのである。

このような刑法観の基本方針を示す法典の編纂が、ナチズム的な見解に基づき民族および母国に敵対する信念の表明に対する数々の死刑が盛り込まれた、あの悪名高い1930年3月12日の‘ドイツ国民の保護のための法律’の草案である。私はこの法案に、価値のなさと同じぐらい恐ろしさを感じるとともに、この法案はナチスと自身を困惑させているように私には思われる——少なくともナチストであるファブリーシウス（Fabricius）は、さきごろ、国際刑事学協会のベルリングループが開いた夕方の意見交換会で、このような法案は「**目先の問題に対処する政策という性格のものに過ぎず**、この法案から何らの結論も導き出してはならない」と宣言した。しかし、グライスパハ伯爵は自ら、この法案の中に**科学的な研究及び具体化に値する「思想的内容」**を見出して、「ドイツ民族

とその英雄の榮譽および尊厳、ドイツ人種の繁栄ならびにドイツ民族性そのもの」のために、刑罰による保護を求めている。正しくこの点において、グライスパッハ伯爵は彼自身の「ドイツ刑法から外国の法思想を除外すること」への努力に不誠実となる。なぜなら、非常によく似た文言を、イタリアのファシスト的刑法典で読んだことが思い出されるからである。

このような背景から、グライスパッハ伯爵によってナチズムとともに要求される「行動の動機の綿密な考慮」は、いま、はじめてその危険な意味合いの全貌を露呈する。なにしろ、行動の動機は、犯人自身の確信に基づいて測定されるのではなく、特定の世界観的かつ政治的見解の「客観的」な尺度に基づいて測定されるのだ。これによって、——またしても、きっとグライスパッハ伯爵の意図とは大きく反して——二重の法倫理の危険、二重の法律、すなわち、自己の党員のための法と政治的敵対者のための法という危険が近づいている。グライスパッハ伯爵はきっと、行動の動機という危険な文言を作り出す際に、例の説明の趣旨において、自分の言葉がどれだけ簡単に誤解され得るかを念頭においていなかった。このような誤解は、ポテンパ(Potempa)で起きた事件の判決をきっかけとしてアルフレート・ローゼンベルク (Alfred Rosenberg) によって、「フェルキッシャー・ベオーバハター」(Volkischen Beobachter)【訳者註、党の機関紙・民族観察者】でなされたばかりである。すなわち、「この判決は我々の思想と自由主義との間の深い溝を明らかにした。現行の自由主義的法律は、人間は等しく人間であると主張する。これはアメリカでも公認されている。しかしアメリカには、白人と有色人種との間に乗り越えられない壁が存在する。黒人は白人女性との結婚が許されないだけでなく、黒人は白人と同じ車両に乗ることすら許されない。白人女性を暴行した黒人にはリンチが加えられる。これはもちろん『善いことではない』が、白人種を守るためには必要なのだ。世界大戦の開戦時、フランスの平和主義者ジョレス (Jaurès) が殺害された——裁判所は殺人者に無罪を言い渡した。しかしクレマンソー (Clemenceau) の暗殺を企

てた者は絞首刑となった——この二つの判例において、フランスは自国の存亡に関わる利害関係と調和する行動を取ったのだ。5人の男性が、ポーランド人を1人殺害したために、死刑の判決を受けた。しかも、そのポーランド人はポリシェヴィキだった。この裁判所の判決は、国家の自己保存という基本的な感情に反している。我々は、マルキストの世界観を攻撃するのと同様に、自由主義者の世界観を攻撃する。我々にとって、ある心とその他の心は等しくなく、ある人間とその他の人間は等しくない。我々の目的は強いドイツ人であり、不平等の支持表明だけが、ドイツに政治的自由をもたらすであろう」。しかし、これは即席で述べられたことではなく、ナチズムの長期的な確信であることを、ナチストであるファブリーシウス (*Fabricius*) は上述の国際刑事学協会のベルリングループの意見交換会で、つぎのように説明することによって認めたのである。「同じ法をすべての者に対して適用しなければならないことは完全に見当違いの立場であり、民族主義的見地から、すべての政治的動機を一緒くたに扱うことは不可能であり、愛国的動機から過ちを犯した犯人に対して、民族に敵対する動機を持つその他の犯人と同じ刑罰を科すことは不可能である」。

危険思想に精神がこじつけられるところには、その矛盾の解決が不可能であることから、しばしば奇妙な玉虫色の性質をした熟慮、危険な熟慮が発生する。この熟慮は知的な者に対して危険思想を覆い隠し、覆い隠すことによって魅力的に見せる。突然、精神のマスクの奥から危険思想が傲慢で恐ろしい顔を現すまでは。危険思想に精神を与えようとするほど危険なことはない。知的な者のこの高尚な危険に、グラスパツハ伯爵はそのナチズムとの関係において陥っているように、私には思われる。

原典：“Entwurf Radbruch”, Gesamtausgabe Band. 9. Strafrechtsreform, S.331~335.

## 訳者あとがき・テロ刑法の恐怖

### あとがき・テロ刑法の恐怖

新カント学派に属するG・ラートブルッフ（Gustav Radbruch, 1878～1949）の法哲学が「方法二元論」（Methodendualismus）と「相対主義」（Relativismus）に依拠して、ドイツ戦後の新たな法改革、東アジアの民主化と人権思想の育成に大きく寄与したことは、よく知られている。彼の法哲学理論は、法理念の三位一体性論によって支えられている。彼は法理念の内容として、正当性すなわち正義（Gerechtigkeit）だけに限らず、さらにその他に、合目的性（Zweckmässigkeit）と法的安定性（Rechtssicherheit）の二つを加え、その正義が内容的には等分的正義と配分的正義の矛盾を内包しながら成立しているだけではなく、正義と合目的性と法的安定性の三つの法理念のモーメント（moment）もまた、相互に矛盾しながら成立するものであることを明らかにし、極めて独創的な法哲学を完成させた。彼は相対主義と民主主義の内面的関連を明らかにし、その方面から自由な社会主義と法哲学の結びつきを明確に示した<sup>(1)</sup>。

さて、ラートブルッフは、彼の代表的著書『法哲学』の初版、すなわち1914年の『法哲学綱要』（Grundzüge der Rechtsphilosophie）において、「超人格主義（Transpersonalismus）だけが死刑を正当化する」と述べ<sup>(2)</sup>、さらに『法哲学』（Rechtsphilosophie, 3 Aufl. 1932）の執筆に際して、新たに第23章「死刑」（Die Todesstrafe）を加え、「死刑は“超個人主義法律観”（über individualistische Rechtsauffassung）だけが正当化し得るものであり、ただこの法律観のみが一般に国家に対して生殺与奪権を与えるものである」と警告している<sup>(3)</sup>。

本訳稿「刑法改正とナチズム」（(Strafrechtsreform und Nationalsozialismus. 1933)）は、早くも彼が「ラートブルッフ刑法草案」（Entwurf Radbruch. 1922）<sup>(4)</sup>において危惧した「政治犯」ないし「確信犯」に対する処罰が現実となって現れたことが読み取れる。「刑法草案」は、現職の司法大臣であったラートブルッフが起草したものである。だが、当時



のドイツは、第1次世界大戦後の混乱状態にあつて、極右主義者による政治的テロが横行していた時代でもあつた。驚くべきことに、1918年から1923年の5年間に、政治的暗殺が400余件も発生し、議会ではテロリズム対策として、死刑廃止とはまったく反対に、死刑制度の強化が叫ばれたのであつた。そのため、彼の草案は国会で審議されるには至らなかつた<sup>(5)</sup>。価値相対主義の立場から教育刑を主張するラートブルッフは、政治的確信犯人に対して、彼らを「犯罪者」ではなく「別の思想をもった者」として処遇するよう主張した。それは彼等の犯罪は、専ら道徳的、宗教的または政治的確信、その心理的要素によって特徴づけられるものであるからである。

ラートブルッフはいう。「確信犯人は、決して破廉恥な者ではなく、ただ別の考え方をする人間である。彼を改善する必要はなく、また彼を矯正することなど不可能である。彼の確信には、それなりの根拠があるから、もし、これに反対しようとするれば、それなりの根拠がなければならぬ。我われは、確信犯人がその決して屈することのない首を真直ぐ立てて、刑務所を出て行くのを見守るしかない」と<sup>(6)</sup>。

こうしてラートブルッフは、この改善が困難な確信犯人を、特別の処遇をすることによって、彼らの名誉を尊重しようとした。その特別処遇とは、戦時中の俘虜と同様に、禁固刑ではなく「拘禁」(Einschliessung)にすることであつた。彼が提起した確信犯に対する処遇は、1923年の特別法によって「自由刑執行の原則」として実現された。しかし、1933年、ヒットラー政権の成立と同時に、「行刑における確信犯人特別処遇処置廃止に関する告示」によって廃止された。そして政治的確信犯は、刑務所とは別に設置された「ナチ反対者収容所」(Konzentrationslager)に送り込まれ、ナチへの同化が強要された<sup>(7)</sup>。この訳稿「刑法改正とナチズム」において、ラートブルッフは、多くの政治家を死の恐怖に追いやったナチ刑法が誕生する経緯を明らかにし、これを「テロ的」(terroristisch)な刑法と呼び糾弾している<sup>(8)</sup>。まさに、超個人主義法律観を掲げる「ナチズム(国民=社会主義、National-Sozialismus)」が台頭し、ヒットラー

が政権を掌握していく時代背景の下で著された論文であるだけに深い感銘をうける。我われは、ラートブルッフの死刑廃止論・行刑論を通じて、理性的存在である人間が、国家によって主体性を否定される悲惨さと、個人に対して道徳的優位を誇る権威主義国家の法律観の危険性を知ることができよう。この小論は、同時期の論文、すなわち、自由刑における原則的な二律背反の課題、つまり「自由剝奪による自由のための教育」“Erziehung zur Freiheit durch Freiheitsentzung” についての挑戦を試みた論文「刑罰制度における教育思想」(Der Erziehungsgedanke im Strafwesen, 1932)<sup>(9)</sup>、ナチ刑法が権威刑法である所以を糾明して発行停止処分を受けた「権威刑法か社会的刑法か」(Autoritares order soziales Strafrecht? 1933)<sup>(10)</sup>、そして、相対主義における寛容と、何に対して不寛容であるべきかを説いた論文「法哲学における相対主義」(Der Relativismus in der Rechtsphilosophie, 1934)<sup>(11)</sup>、などと併せ、戦後において、人権を否認する悪法を糾弾した論文「実定法の不法と実定法を超える法」(Gesetsliche Unrecht und übergesetsliches Recht, 1946)<sup>(12)</sup>、へと架橋するものとして重要である。

さて、ドイツにおいて、戦後早い時期に「死刑の廃止」が憲法に規定されるに至った理由は、ナチス政権による国家権力の濫用、すなわち、集団虐殺、死刑、拷問、強制労働、粛清、迫害、人体実験等によって、人々は人間としての尊厳と価値を喪失し、非人間に陥れられるという極限状態を歴史的に経験したからにほかならない。それは、正にナチスの悪法に対する深い反省に立脚するものであろう。

紛れもなくナチスの法律は、個人に対して全体を重んずる性格を備えた超個人主義的法律であって、それは必然的に権威主義刑法を育んだといえよう。当時、「法律は法律だ」という法実証主義が跋扈し、国権と政権を握ったナチスによって民主主義と人権は厳しく抑圧された。人間が普遍的に有している人権、誰もが平等に有している学問および思想の自由、表現の自由等を否定した国家権力が、このような不寛容な法律を生んだといえよう<sup>(13)</sup>。ナチの法律群こそ、「ラートブルッフ草案」や行刑論

が危惧し、最も忌み嫌ったものである。

ナチムズによる野蛮な法制とそれを支えた法実証主義を批判した論文「実定法の不法と実定法を超える法」前掲(1946)において、ラートブルッフは言う。「正義の追求がまったくなされない場合、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、おそらく単に《悪法》であるに止まらず、むしろ法としての本質を全く欠いているものである。……ナチスの《法》は法としての本性を欠いており、不正な法というよりは、そもそも法ではない。ナチスの法は、人間を人間以下のものとして扱い、その人権を否定した法律であった。犯罪の軽重を何一つ考慮することなく、もっぱら一時的な脅迫のために重さの著しく異なった犯罪行為に対して同じ刑罰で、しかも通常は死刑を以って威嚇を加えたのである。このような脅迫的刑もまた、法として性格を有していない」と<sup>(14)</sup>。

この主張は、人間の誰もが有している普遍的な人権を意識的に否認する法律は、正義に対する法的安定性優位を示すものであって、それが、いかに一党独裁の政体への抵抗を抑圧し、結果的には、自由と民主主義を破壊する法制を育むかを明らかにしている。換言すれば、応報刑ならびに威嚇刑を主張する法制は、それは同時に、支配者の権力濫用を支える法的安定性の保障、死刑の正当性にも奉仕するものであることを訴えている。ラートブルッフは、いつの時代においても、正義の観念を忘れた極端な法的安定性への傾斜は、超個人主義的権威思想を通じて、刑罰概念も権威の観念に即して形成するようになり、犯罪も権威の侵害乃至権威への不服従とみなし、刑罰をもって権威の確認乃至応報とみる観点、所謂「テロ刑法」に到るのは必至である以上、個々人は、そのような法的安定性に傾斜する思潮に、より一層の注意を払うべきことを教えている。それは、確かに、法治国家が多数決によって支えられているとしても、安定性だけが法が特化して実現すべき唯一の価値や決定的な価値ではないことを知るべきである。「民主」が「自由」を駆逐するとき、法治の悲劇が生まれる<sup>(15)</sup>。安定性は、正義(平等の実現)と合目的性(学問

の自由、思想の自由、表現の自由等)の間において、ただ単に中間的な位置を占めるに過ぎないからである。現代史を回顧し、我われはナチスの法治を通じて、一党独裁が「民主」とする「多数」(力)は、決して人権を擁護する“法”ではないことを学ぶことができた。このような観点からは、今日、アジアの憲政と法治の在り方を示す仁学憲政論の礎といえよう。

## 註

- (1) G. ラートブルッフの基本的立場については、鈴木敬夫「論価値相対主義法哲学的現代意義」、於載『上海大学法学評論』李瑜青主編(2004、上海大学出版社)57頁以下参照；鈴木敬夫「論社会主義……拉德布魯赫《社会主義文化理論》の現代意義」載『比較法研究』中国政法大学主弁(2004年5期)を参照。
- (2) Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914. S.113.; 日本語訳『ラートブルッフ著作集』第2巻、東京大学出版会・以下略(山田晟訳)、115頁。
- (3) Radbruch, Rechtsphilosophie. 8Aufl., 1973. S.266. 日訳『ラートブルッフ著作集』第1巻(田中耕太郎訳)、349頁。
- (4) 9. Radbruch, Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922), Gesamtausgabe Bd. 9, 1992 S.49-135. 参照「ラートブルッフ刑法草案」、解題(宮崎澄夫)、日訳草案・理由書(中谷瑾子・宮崎浩一)『法学研究』(慶応大学)第28巻第8号(1955)、1頁～85頁。
- (5) Arthur Kaufmann, Gustav Radbruch Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat, München, 1987. S.85～86. 『ラートブルッフ』中義勝・山中敬一訳(1992、成文堂)105頁；中国語訳として、舒国滢訳『古斯塔夫・拉德布魯赫傳』(2003、法律出版社)77頁。
- (6) Radbruch, Aphorismen zur Rechtsweisheit, Gesammelt, eingeleitet und herausgeben von Arthur Kaufmann, Göttingen 1963, Nr. 215. (S.49); 鈴木敬夫訳、『G. ラートブルッフ 法思慮への箴言』II、札幌商科大学『論集』第16巻(1976)200頁～205頁。中国語訳として、舒国滢訳『法律智慧警句集』(2001、中国法制出版社)47～48頁。
- (7) 常盤敏太「ラートブルッフを中心にして」(1934)、鈴木敬夫編訳『魔笛の刑』(1977、鳳社)、234頁。これは、当時、ラートブルッフと生活を共にしていた高弟常盤敏太博士によるナチ刑法批判論文の一節である
- (8) これは、ラートブルッフが生命を懸けて執筆したナチ刑法批判論文である。Gesamtausgabe Bd. 9. S.331-335. この年に「ファシスト的」刑法を批判

した論文として、Faschistisches Strafrecht, In: Der Morgen, Nr. 6, Berlin, Februar 1933, 433ff がある。

- (9) Radbruch, Der Erziehungsgedanke im Strafwesen (1932): Gesamtausgabe Bd. 10, S.71-79.; この論文の日本語訳は 1967 年になされたが、その後、鈴木敬夫編訳『ラートブルッフ・魔笛の刑法』(1977、鳳社) 57 頁以下に収められた。Heinz Muller-Dietz, Der Strafvollung in der Sicht Gustav Radbruch, 1992. ハイイツ・ミュラー＝ディーツ「グスタフ・ラートブルッフの眼からみた行刑」宮沢浩一・勝亦藤彦訳『法学研究』(前掲、第 68 巻第 3 号(1995) 5 頁以下がある。この論文では、ラートブルッフが教育行刑への改革、すなわち、自由刑における原則的な二律背反に挑戦したことが高く評価されている。
- (10) Radbruch, Autoritares oder soziales Strafrecht? aus dem letzten Heft (X.3) Der Zeitschrift Die Gesellschaft, 1933; in: Der Mensch im Recht (Vortage und Aufsätze), 2. Aufl., S.63ff. 『魔笛の刑法』(前掲) 35～56 頁。
- (11) Radbruch, Der Mensch im Recht, Göttingen, 2., Aufl. 1961, S.80-87. 日訳『ラートブルッフ著作集』第 4 巻(尾高朝雄訳)、1 頁～11 頁; 中国語訳として、「法哲学上の相对主義」(鈴木敬夫訳)、於載『法学訳叢』91-1、6 頁以下。
- (12) Radbruch, Der Mensch im Recht, Göttingen, 2., Aufl. 1961, S.111-124. 日訳『ラートブルッフ著作集』第 4 巻。(小林直樹訳) 251 頁～267 頁; Radbruch, Aphorismen zur Rechtsweisheit, Gesammelt, eingeleitet und herausgeben von Arthur Kaufmann, Göttingen 1963, Nr. 215. (S.49); 舒国澧訳「法律的不法与超法律的法」、『法律智慧警句集』(前掲) 161～177 頁。
- (13) ラートブルッフは、「法律は法律だ」という法実証主義が、法律家を無防備にしてしまった、という。しかし、ここで問われなければならないのは、「法律家を無防備にしたというよりは、寧ろ協力的にしたのは、全体主義体制に対する彼らの政治的親和性ではなかったのか」という疑問である。この点について、ナチス時代の「実体的法断主義」(substantieller Dezisionismus) を鋭く糾弾したフベルト・ロットロイトナーは、法律家の支配体制に対する遵奉精神を究明し、彼らが果たして「法の番人」であったのか、それとも「政党の番人」であったのか、を問責している。

Hubert Rottleuthner, Substantieller Dezisionismus —Zur Funktion der Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus.; in: Heraus von H. Rottleuthner, Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus. ARSP, BELHEFT NR. 18 (1983), S.20ff.; H. ロットロイトナー編『法・法哲学とナチズム』ナチス法理論研究会訳(1987、みすず書房) 34 頁以下。これは、時代を超えて法律家に問われているといえよう。

- (14) Radbruch, a.a.O., Mensch im Recht. S.122.; 舒国澧訳『法律智慧警句集』(前掲) 27 頁。

(15) 杜鋼建「從民權主義到人權主義……孫中山人權思想的傾向析」(1995)において、中国の近代憲政主義は、憲政を民主政治と等しいものであるとみて民主の実現を急ぐあまり、自由や人権の保障を置き去りにしてしまったとし、「人権と自由」を「民権と民主」に優先させて実現しなければならない、と説く。これは現代に通ずる考え方であって、まさに「人権の核心は自由である」「人権的核心是自由」であることを教えている。鈴木敬夫「中国における政治体制改革への道……杜鋼建教授の新仁学“政道”論」於載『札幌学院法学』第22巻第1号(2004)12頁～13頁。こうしてみると、政治犯ないし確信犯が依拠する精神の自由は、梁啓超の説く自由尊重論、すなわち「人の自由を侵す罪」「侵人自由罪」よりも「自由を放棄する罪」「放棄自由之罪」の方が重大であるとする立場と、その根底において結びついている。杜鋼建「梁啓超的人権思想」、同著『中国近百年人権思想』(2007、汕頭大学出版社)90頁～96頁。なおこの論文の日本語訳として杜鋼建「梁啓超の人権思想」於載『札幌学院法学』第22巻第1号、特に54頁以下参照。(訳者所属：中国・汕頭大学法学院)