

<論 說>

道义朝鲜与征兵制度 —— 二战时期“尾高法哲学”的一个侧面^{*1}

铃木敬夫^{*2} 著

“相对主义 —— 这样一种普遍宽容的东西，
在不宽容面前，却无需宽容。”

—— [德] 古斯塔夫·拉德布鲁赫^{*3}

Problem Awareness

A leading Japanese legal philosopher at the end of World War II was Tomoo Odaka (尾高朝雄, 1899–1956). He established a peerless status through writings such as *Jitteihō Chitsujo Ron*, 「実定法秩序論」 (Theory on Positive Law & Order, 1941) and *Radbruch no Hō Tetsugaku*, 「ラート

^{*1} 本文写作之时，适逢中国西北政法大学宋海彬老师再次来到日本访学，能够借此机会拜托宋老师将本文翻译成中文，从而在中国的学术刊物上发表，本人深感荣幸。在翻译过程中，本人与宋老师多次交流，受益良多，特此致谢。

又、在本论文的日文版发表之后，韩国的金昌禄教授（庆北大学法学专门大学院）给我发来了他题为“尾高朝雄与朝鲜殖民地”的论文的电子版。金昌禄教授的论文是用日文写成的，在该文中他大量利用了尾高朝雄在首尔时期的资料，对战前尾高的法律思想做出了鲜明的揭示，可以说是一篇很优秀的论文。金教授的这篇论文被收入《帝国日本与殖民地大学》（东京，ゆまに书房），预计在2014年年内出版。可惜的是，拜读金教授大作之时，本论文已经写就，从而未能参考和引用金教授的研究成果，这是非常令我感到遗憾的。

^{*2} 铃木敬夫，法学博士，札幌学院大学名誉教授，中国湖南大学法学院兼职教授。

^{*3} Gustav Radbruch, *Der Relativismus in der Rechtsphilosophie*, Gesamtausgabe Band 3, Rechtsphilosophie III, 1990 S. 21.

ブルフの法哲学」(Radbruch's Legal Philosophy, 1947). Later, however, his works came to espouse prewar Japan's national policy, revealing a doctrine that affirmed Japanese rule over the Korean colonies — in other words, a nationalistic state view requiring the Korean peoples to become subjects of the Japanese emperor. This paper gives a sketch of his intolerant legal doctrine, in complete contradiction of Radbruch's relativistic legal philosophy, and attempts to clarify problems inherent in it.

問題意識

第二次世界大戦が終了した当時、日本を代表する法哲学者の一人に、尾高朝雄（Tomoo Odaka, 1899-1956）がいる。彼は、その著『実定法秩序論』（1941）、『ラートブルフ Radbruch の法哲学』（1947）等を以て、その地位を不同なものにした。しかし、その一方で、彼の著作には、戦前日本の国策に迎合し、朝鮮植民地支配を是とする思想、すなわち、朝鮮民族に天皇の臣民化を強要する民族主義的国家観が見られる。本稿は、ラートブルフの相对主義法哲学と全く矛盾する彼の不寛容な法思想を素描し、その問題点を明らかにしようとするものである。

目 录

前言

- 一、二战时期“尾高法哲学”的时代背景
 - 二、作为国家理念的“道义”
 - 三、“基于信仰之政治”与“经由神格之统治”
 - 四、“道义朝鲜与征兵制度”论
 - 五、“大东亚共荣圈”论——驻兵大陆
 - 六、“正法”论——尾高的“政治之炬”与 E. 沃尔夫的“正法” (richtieges Recht)
- 结语：批判

前言

如果说在二战之前及至战后初期，尾高朝雄（1899-1956）教授乃是一

位对日本法哲学界留下深刻印记的代表性的学者，我想对于这样的说法并没有谁会提出异议。他的代表作——《实在法秩序论》（岩波书店，1942）在当时的日本法学界就获得了很高的评价。横田喜三郎即盛赞该书：“这本书大概是本年度整个日本法学界的最高成果”，甚至“或许不仅仅是本年度，也是最近数年间的最大收获吧”。⁽¹⁾此外，尾高教授向日本介绍德国法学者拉德布鲁赫（Gustav Radbruch, 1878-1949）的法思想，对导入拉德布鲁赫相对主义法哲学做出了重大贡献，这些也都是广为人知的。

尾高出生于朝鲜京城（现在的韩国首尔），就学于东京帝国大学法学部（政治学专业）和京都帝国大学文学部（哲学专业），1930年获得京城帝国大学法律与文学学部的教授职位，在二战结束之前的1944年5月成为东京帝国大学法学部的教授，战后尽心致力于学术研究，在还很年轻的时候就突然去世了。对于终其一生所留下的优秀研究成果的全貌，其弟子松尾敬一（1925-1975）通过《尾高法哲学的形成》（1956）、《二战中的尾高法哲学》（1965）、《战后的尾高法哲学》（1965）等论文，做了系统、精细的研究。⁽²⁾但是，就尾高而言，对于他在京城帝国大学时代所留下的一些著作的全部内容，人们却未必全然明了。在追悼尾高朝雄教授的纪念文集《自由的法理》（有斐阁，1968）一书所开列的“主要著作目录”当中，集中了“主要”的部分，从而可以看到，有几篇论文并未记入其中。例如：在该追悼论文集中未被记入的论文有：

- 1、《国家目的与大陆经营》（1940）⁽³⁾；
- 2、《国体本义与内鲜一体》（1940）⁽⁴⁾；
- 3、《道义朝鲜与征兵制度》（1942）⁽⁵⁾；
- 4、《大东亚共荣圈之文化理念》（1943）⁽⁶⁾；
- 5、《朝鲜教学论》（1944）⁽⁷⁾；

回过头来概观这些论文，由于全都是写于二战期间，从而战时的色彩极为浓厚。将它们与尾高战后、战前的言说、著作相对照，是否果真是出自同一学者之手，任何人都不由得会心存疑义。但是即便如此，在这些著作当中所能看到的尾高的思想，同样也是散见于“主要著作目录”所记载的论文当中的，举如论文《国家哲学》（1941）⁽⁸⁾、专著《实在法秩序论》（同

前文所记) 等等之中, 道义、神格天皇、朝鲜民族的皇国臣民化等等观念的展开均是每每可见, 同样都是可以指为战时色彩的。可以说, 它们当中的每一点, 都如实反映了《大日本帝国宪法》之下朝鲜殖民地时期尾高法哲学的一个侧面。

拉德布鲁赫曾说过: “实际上, 所谓实证主义, 基于对 ‘法律就是法律’ 的确信, 使得德国法律家阶层对于那些包含恣意的、犯罪的内容的法律, 陷于无防备之境地”。⁽⁹⁾ 历史学家布莱泽 (K.R. Bracher) 在回顾纳粹时代的时候也说到: “当时对于纳粹的主张和目标, 一面是无视而冷淡应付, 另一面却是深感震动而广为接受, 二者交织一处的结果则导致了连强制的精神同质化 (Gleichschaltung) 在相当程度上都已经成为了自觉的同质化 (Selbstgleichschaltung)。何以致此呢? ……大学没有任何自我防卫的表示。在 1933 年 3 月, 数百名大学教师争先恐后地确认自己对希特勒的服从, 到了 5 月, 马丁·海德格尔 (Martin Heidegger) 接受了弗莱堡大学校长一职。”⁽¹⁰⁾ 这些话是对那些奉行法律实证主义而盲从的学者群体像的控诉, 正是他们积极接受了纳粹《为了克服民族及国家危机的法律》(1933) 等法律, 也即是《授权法》所依据的法律制度。如同后文所述, 在尊奉纳粹法制的学者当中就有拉德布鲁赫的亲传弟子埃里克·沃尔夫 (Erik Wolf, 1902-1977)。已然被纳粹法制所自觉同化的沃尔夫, 被赋予了一个名号——“魏玛宪法的掘墓人” (Die Totengräber der Weimar Republik)。⁽¹¹⁾

在德国高歌纳粹的时候, 日本也正处于军国主义达致顶峰、在朝鲜大肆推行殖民地统治法的时代。作为一名处身朝鲜殖民地的学者, 尾高朝雄教授的著述活动究竟是怎样的一种状况呢? 仅就他留给后世的文献来看, 可以看到他推崇《大日本帝国宪法》创设以来的发展历程, 迎合诸如殖民地统治法等等当时的法制政策, 遵奉主张 “法律就是法律” 的实证主义。现在, 让我们概观尾高当时的著述, 看看其中对殖民地统治法的遵奉, 究竟是怎样的一种情况。

在下文中, 笔者以尾高在战前朝鲜殖民地时期撰写的著作为基础, 对尾高法哲学的一个侧面加以介绍, 以期为今后研习日本法哲学发展历程的

人们提供一些素材。此外，让我们铭记这样的教益：法哲学一旦沦为“政治的御用哲学”，它作为法哲学，已经死去了。有一批学者非常不幸地以自己的生平经历，佐证了这一教益。本文正是笔者对此进行论考的一部分。

不过，作为后来者，我们无法知道如果自己身处于《大日本帝国宪法》之下的军国主义或者殖民地统治那样的状态下，又会做出怎样的行为，正因为此，我想，对于他人在那样的时代所发表的著述以及所做出的行动进行道德性评价的场合，应当谨慎而适度。但是，今天的日本正经受着新宪法制定以来最大的修宪舆论高腾的状态，在已经公布的执政党宪改草案的字里行间，能够窥见到那种憧憬战前国家观的法感情。这种追求作为“强大国家”的日本复兴的政策指向，完全是背离现行宪法理念的、趋向民族主义的东西。对于这种蔑视国际和平和个人尊严的做法以及修宪这样的重大问题，笔者无法保持沉默。因此我相信，在今天，出于明确战前国家观具体内容的目的，人们可以允许我在这里聚焦于二战中以“道义”为国家理念而加以展开的尾高法哲学的一个侧面，将其原样如实地描述出来。

註

- (1) 参见横田喜三郎：《尾高朝雄〈实定法秩序论〉介绍》，载《法学协会杂志》第16卷第9号（1942），第108页。
- (2) 参见松尾敬一教授的三篇论文：《尾高法哲学的形成》，载《神户法学杂志》第15卷第1号（1965），第1-47页；《二战中的尾高法哲学》，载《神户法学杂志》第14卷第4号（1965），第696-739页；《战后的尾高法哲学》，载《神户法学杂志》第15卷第2号（1965），第182-236页。通过这三篇论文，能够对“尾高法哲学”有一个全景式的把握。
- (3) 该文载京城帝国大学大陆文化研究会编：《大陆文化研究》，岩波书店1940年版，第1-37页。
- (4) 该文载国民总力朝鲜联盟防卫指导部编：《国体本义与内鲜一体》，1941年版，卷首第一篇论文。
- (5) 该文载朝鲜总督府编：《朝鲜》，第326号（1942），第18-26页。
- (6) 该文载京城帝国大学大陆文化研究会编：《续大陆文化研究》，岩波书店1943年版，第1-23页。
- (7) 该文包括I、II两部分，分别刊载于朝鲜教育会编：《文教朝鲜》第219号（1944），第14-17页和朝鲜教育会编：《文教朝鲜》第322号（1944），第11-20

页。

- (8) 参见尾高朝雄：《国家哲学》，载《岩波讲座——伦理学》（第7卷），岩波书店1941年版，第1-109页。
- (9) Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Gesamtausgabe band 3, Rechtsphilosophie III. S. 83-93. 《拉德布鲁赫著作集》第4卷，东京大学出版社1961年版，第251页以下。
- (10) K. D. Bracher, Die deutsche Diktatur, 1969 Verlag Kiepenheuer & Witsch, Köln-Berlin, S.230. K.D. 布拉赫 (K.D. Bracher)：《德国的独裁——纳粹的生成、结构与归宿》，岩波书店出版社1976年，第380页。
- (11) Arther Kaufmann, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus; Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, herausgegeben von Hubert Rottleuthner, ARSP Beiheft Nr.18. S.20; H. 罗特路策纳 (Hubert Rottleuthner) 编：《法·法哲学与纳粹主义》，纳粹法理论研究会译，密斯兹 (みすず) 书房出版社1987年版，卷首论文（竹下贤译），第6页。

一、二战时期“尾高法哲学”的时代背景

日本在朝鲜所推行的殖民地法政策，从1910年开始，历经36年。这36年间，日本通过法律强迫其他民族成为天皇的臣民、以残酷的治安维持法为后盾推行以扶植日本文化和日语为目的的同化政策。

在今天，我们说日本所施行的殖民地统治乃是“法律上的不法” (gesetzliches Unrecht)⁽¹²⁾，我想对此没有人会有异议。所谓的“日韩合并”等等，完全是那种被形式合法性所包装的东西。只要细细查看一下合并以前历经三度的《日韩协约》的签订过程，就可以看出，这完全都是日本以军事力量为后盾的强迫签约，至于朝鲜民族作为一方主体所具有的同意，是一丝一毫都看不到的。特别应该强调指出的是：在非法“合并”之后，通过从第一次《朝鲜教育令》(1911, 敕令第22号)到第四次《朝鲜教育令》(1943, 敕令第113号)，以及其后的《战时教育令》(1945, 敕令第320号)等法律的陆续发布，日本彻底贯彻对朝鲜的皇国臣民化教育。尤其对作为精神文化基底的朝鲜民族所固有的“民族语言”加以否认和取消，真可以说是“不法”之极。⁽¹³⁾

到了1941年，终于出现了对“为特定目的之实现而实施之行为”做出惩罚规定的《治安维持法修正法》(法律第54号)。即：

该法第1条：“为改变国体之目的而组织结社者，或从事结社成员及领导之任务者，处死刑或无期徒刑；明知而加入该社团者，或实施实现结社目的之行为者，处三年以上有期徒刑。”

这里规定的所谓“为特定目的之实现而实施之行为”，即便对于尚未达到结社规模的小团体，或者少数人所进行的研究会、读书会等等，都能够将其视为属于出于“改变国体”之目的所从事的行为而加以处罚，实在是令人感到恐怖的条文。⁽¹⁴⁾ 依据由此展开的犯罪构成要件，官方几乎可以随意对那些行为人加以指控。

在朝鲜处于《治安维持法》所带来的恐怖政治大肆推行之际，尾高写下了《实在法秩序论》。也正是在这本书出版的1942年，京城发生了“朝鲜语学会事件”。当时，由于担忧日本皇民化政策将导致自己的母语——朝鲜语的消亡，学者们秘密推进朝鲜语辞典编纂事业的计划，从而遭致涉嫌违反治安维持法的讯问。地方法院通过所谓“编纂朝鲜语辞典”、“发展朝鲜文化”、“高扬朝鲜民族精神”和“图谋朝鲜独立”四阶段的模式，认定被告人“出于朝鲜独立之目的而组织结社，并实施旨在实现该目的之行为”，做出了有罪判决。⁽¹⁵⁾

如同该事件之发生所表现的那样，在殖民地写就的尾高的著作，就算在那种将不平等强加给殖民地的情况下，也决计不是以实现“人的自由”为目标的。毋宁说，他拿着写过《国体本义与内鲜一体》这篇论文的同一支笔，再度写就了《实在法秩序论》，旨在为解释和适用治安维持法第1条所揭示的“国体”概念，提供法哲学基础。

註

(12) “gesetzliches Unrecht”是拉德布鲁赫在批判纳粹的论文（同前注9）中，对纳粹恶法的指称。就否认被统治民族的尊严这一点来看，亚洲的殖民地统治法也完全可以同样指称为“gesetzliches Unrecht”。

(13) 有关《朝鲜教育令》和《治安维持法》的变迁，参见铃木敬夫：《朝鲜殖民地统治法研究——治安维持法下的皇民化教育》，北海道大学图书出版会1989年版，第2、3章。

(14) 参见奥平康宏：《天皇制国家对人民的统治——治安维持法体制》（原秀三等

编：《系列日本国家史 5：近代II》，东京大学出版社 1976 年版，第 327 页以下。
(15) 详见东京韩国研究院所编的此事件之特集专号：《韩》第 6 卷第 7 号（“朝鲜语学会事件”）（1977）。本文所引用的内容即出自此专号中刊载的《预审终结决定书》。更早的研究，可参见韩国国内诸多实证研究，如李熙升：《朝鲜语学会事件》，载《新东亚》1969 年第 12 号，第 260 页以下。此外还可参见铃木敬夫：《朝鲜殖民地统治法研究》，同前注 13，第 266 页以下。

二、作为国家理念的“道义”

在《实在法秩序论》发表的前一年，尾高写了《国家哲学》（1941）这篇论文。不能把《国家哲学》看作是《实在法秩序论》的草稿，它是尾高承接其所谓“寄望于国家所有之力量，以俾使历史得以道义性展开”的观点，到帝国宪法之下的实在法秩序的基础当中去寻求国家的道义性，从而对该“道义”观念详加论证的一篇独立的著作。在下文当中，笔者仅就《国家哲学》第九章“国家与民族”的结论部分，加以重点提示。在尾高看来，朝鲜民族的“皇国臣民化”，乃是当时“国家哲学上重大之现实问题”。他讲到：

“日本乃奉天皇中心、君臣一体为国体大义之国家。凡此而外之一切国家结构原理，均为此国体大义所派生，且基于此国体大义而得运作者。盖在吾国，民族及国土问题向为国家发展基盘，内中至为重大之意义，毋庸再行赘述。大和民族之血脉、樱花熏染之国土，诚为我国家昌隆之历史本源。然则即就如此，日本亦绝非奉民族为绝对事物之国家者。全于日本而位居绝对地位之唯一者，惟我万世一系之天皇而无他。日本乃因天皇而有之国家、因国家而有之民族。……日本之国民历史，诚乎立脚于一君万民之大义，奠基于万民辅翼之至诚，永续不断之皇国臣民化之历史。此乃于历史如是、于现代亦复如是之大实事也。故虽身为享配大和民族血脉之日本国民，倘一旦乖离国体、失却天皇公民所有之自觉，则已全然不复为一正当之日本人。逆而言之，纵然身属异质系统之日本国民，倘果能去一己之私念而秉乎公心大义以自存，且置身天皇中心之道义建设大业，则已纯然为一真正之皇国臣民，更堪举为大和民族一体化之成果也。以此言之，2300 万朝鲜人之皇国臣民化运动，实不得不为今日一重大课题。仰奉

于朝鲜必亦一体对待、一视同仁之圣旨，乘乎此间高深义理，排除诸多现实困难与障碍，迈向塑造皇国臣民之大道，如此朝鲜半岛之形势，实为举世未有之道义演练。……苟能致力于此等大道之推进者，则‘公’之精神也；意欲闭锁此之大道者，即‘私’心也。就此言之，半岛统治之成果，实可谓国家哲学所遭逢之一重大现实问题者也。”⁽¹⁶⁾

尾高所讲的“国家哲学”的核心，即是“道义”的观念。⁽¹⁷⁾对他来说，所谓的“国家理念”，抛开“道义”的实现之外，再无其他。关于这种“道义”的实践，他有如下表述：“以道义实现为己任之国家者，同时亦必为一实力国家。基于国家而得实现之道义，乃是超越单一个别国家立场之普遍理念。国家亦必为奉此普遍道义目标之巨大共同体，始得破浪前行于世界历史之狂澜怒涛之间。此等普遍理念、此等雄浑之共同事业，即吾等待异质国民如己身而实现其一体结合者也。”⁽¹⁸⁾

从上面引述的“国家与民族”部分的结论当中，我们可以看到，那种通过“道义”将朝鲜民族同化到大和民族之中的思想，换言之也就是和希特勒所推行的“强制性地”将德国国民“同质化”到纳粹道路相类似的那种整体主义或“共同体主义”的主张。正是尾高所标榜的那种“依凭实力而通行之正义”，被用来实现为“朝鲜人之皇国臣民化运动”这样的统治所包含的“法律正义”。

註

(16) 参见尾高朝雄：《国家哲学》，载《岩波讲座——伦理学》（第7卷），同前注8，第99-100页。

(17) 尾高朝雄所说的“道义”观念存在多义性的问题。一方面，从黑格尔哲学背景出发，尾高在这一概念中始终关切于“吾等经由参与国家之道义，达致自我完成之境界”的“道义状态”。参见尾高朝雄：《法哲学上之人之问题》，载《法律时报》第11卷第10号（1939），第13页。作为黑格尔法哲学的展开，尾高还讲道：“国家者，道义理念之实在者也。……其为道义精神者，乃公开自明之实体意志也。”参见尾高朝雄：《黑格尔法哲学与指导者国家》，载《佐佐木博士花甲纪念文集：国家及法的理论》，有斐阁1938年版，第6页。另一方面，对于拉德布鲁赫所说的“Sittlichkeit”，尾高也将其等同于此“道义”概念。参见尾高朝雄：《法目的上之对立与调和——关于法之实在性根据》，载“京城帝国大学法学

会论集”第11册：《法与政治之诸问题》，1940年版，第126页。

(18) 参见尾高朝雄：《国家哲学》，载《岩波讲座——伦理学》（第7卷），同前注8，第77、92、98页。尾高抱持国家乃“目的共同体”的观念，从而人为异民族，在共同的目的之下，“会逐渐同化为同一民族”。有关“道义之理念”，尾高在《国体本义与内鲜一体》（同前注4，第64页以下）当中有详细论述。

三、“基于信仰之政治”与“经由神格之统治”

在《实在法秩序论》第五章的“立宪君主国家之原理”（第6节）当中，尾高讲到了他所谓“经由神格之统治”。在那里，他对于如何理解位居“神位”者所推行的“基于信仰之政治”、以及面对“神”的“国民顺随”问题，进行了阐发。尾高这样说道：

“盖考诸真之君主国，则其君主必为名实共有以行统治权之主体者。君主者，位居尊严之君位而行使统治权者也。尊严之君位者，不动、绝对之物也。为身居此不动、绝对君位之君主所统治之国家，亦必与时代之变迁相与共，纵然面对些许内容之部分变化，终为同一国而恒在之。因此之故，国家永续之理念必亦囊括于绝对不动之君位之中。如此，则筑就国家永续存在、繁荣基础之君位，绝非仅系‘人格’之位，且同时保有‘神’位之含义。究其所以，盖永续存立，绵延发展之事物，固非历史经验之问题，乃信仰问题也。如此以来，处于绝对而恒久存在之君主，亦非仅凭‘人格’而为统治之事，更根本处，乃以神格为其统治者。真正君主制之原理，必不得脱离此等国民信仰之基础而自存。由此之故，则君主之统治绝非单纯人所施于人之统治，顺随于君主统治之国民态度，亦非人所给予人之信赖认同。经由神格而为之统治其所要求者，乃基于信仰而为之回应。”⁽¹⁹⁾

《实在法秩序论》当中对于国民就有“顺随于君主统治之国民”这样的表述，此前的论文《国家哲学》当中，国民更被置于“仰奉天皇之臣民、亦即叩拜神灵之国民”的地位。由此更进一步，尾高就将“经由神格而为之统治”推崇为“统治乃神之事业”，将天皇推崇至“现世正神”（“大御神”）的位置。

“天皇中心乃日本国体根本大义之首要所在。天皇乃成就一国之全体理念之体现而操持统治权柄者，由其施治于国家构成一部分之亿兆臣民，

故此等统治关系绝非单纯之人与人之关系。大日本乃神国、天皇乃以神之胄裔而承续延绵不绝之皇统者，凡此皆确然不动之国民信仰。天皇非以‘人格’而为其统治，乃以神格而总揽大权之‘现世正神’。……统治乃神之事业、政务即祭祀。以此祭政一体之国柄言之，政治之根本乃在于信仰。”⁽²⁰⁾

看到这些内容，尾高在《实在法秩序论》的最后一页所写下的那种“由君主中心、君民一体之原理贯彻而来的立宪君主国家”所推行的“实在法秩序”⁽²¹⁾，究竟意味着什么呢？这种实在法秩序除了意味着对臣民科以“如同奉仰神灵那样奉仰天皇”的义务以外，什么也没有。其所谓“经由神格之统治”，对于朝鲜殖民地而言，就是企图迫使其他民族去信奉大和民族所固有的“神”，从而绝对服从于统治者天皇。

註

(19) 参见尾高朝雄：《实在法秩序论》，岩波书店1942年版，第560页。

(20) 参见尾高朝雄：《国家哲学》，载《岩波讲座——伦理学》（第7卷），同前注8，第87页。此外，有关“天皇中心之信仰政治”，参见尾高朝雄：《国体本义与内鲜一体》，同前注4，第53页以下；

(21) 参见尾高朝雄：《实在法秩序论》，同前注19，第574页。

四、“道义朝鲜与征兵制度”论

在殖民地推行“兵役制”，可以说是通过实在法来实现“经由神格之统治”所达到的顶点。与《实在法秩序论》大体同一时期，尾高以同一笔触所写就的《道义朝鲜与征兵制度》（1942）和《朝鲜教学论》（1944）这样两篇论文，就是对兵役制问题的如实反映。在朝鲜推行兵役制，可以看作当时具体实践“基于信仰之政治”的典型。以下，笔者先对《道义朝鲜与征兵制度》的背景做出简要的介绍。

1938年，日本在朝鲜制定了与第三次《朝鲜教育令》（敕令第103号）构成“表里、配套关系”⁽²²⁾的《陆军特别志愿兵令》（敕令第95号）。但是，仅仅依靠《陆军特别志愿兵令》上的“志愿”，要想做到“兵力”确保，极为困难。急切间，朝鲜总督府对朝鲜青年实施了《朝鲜青年特别练成令》

（1942，制令第33号），希图训练出更多能够服务军务的人。在《练成令》的条款当中，对于应当参加“练成”，被规定为非志愿性的、附随刑罚的义务而加以实行。即：

第2条 在朝鲜居住且年龄系17岁以上21岁未满足之朝鲜男子，符合本令第7条第1项者，依据本令，务须接受练成特训。

第18条 负有练成受训之义务，无正当理由而未接受练成特训者，予以拘留并处罚款。⁽²³⁾

朝鲜总督府严格实施《练成令》，把它与《陆军志愿兵令》衔接起来，可以说是为确保陆军兵力打通了道路。经过这样的一个过程，最终导致了朝鲜沦为被推行“征兵制”的状态。即最终出现了确定了兵役义务的《兵役法部分修正文件》（1943，法律第4号附则）。档案记录显示，1944年4月1日开始到8月2日之间，20万6057人接受了第一次征兵检查，同年9月作为“朝鲜军”，加入军队编制。⁽²⁴⁾

在这种背景之下，身处大学讲坛的尾高在向朝鲜青年大声宣讲他的“道义朝鲜与征兵制度”。他所强调的是，对于旨在推进“内鲜一体”而进行的“道义朝鲜之建设”事业，“征兵制之施行，所具有之意义”。为此，在前述《国家哲学》一文当中强调了的“作为国家理念之‘道义’”，现在已经彻底和“兵役”结合一处，而再度受到强调。尾高说道：

“道义者，吾辈肇国之大理念、日本精神之神髓也。以此之故，令日本精神至朝鲜半岛每一角落而浸润之，令半岛2400万民众自心底至骨髓而彻底成一完全之日本人者，固道义朝鲜建设之大义所在。此皇国当下为所必为之一大要务，亦‘为则成，故必为’之日本精神之一大考验也。昭和19年起施行于朝鲜之征兵制度，其根本要义，非以此视之而不得深察者也。……道义者，肇国之精神，亦现代日本之指导理念也。蹶然遭逢支那事变而奋起之日本，以促进支那邻邦根本反省之目的，百万大众派诸大陆，倏忽间尽400余州而席卷之。……大东亚战争之武、大东亚共荣圈之和者，譬车之两轮而平行之，乃昭和道义大进军之两大原理者也。此等道义之大理念，凡我日本国人，无一人不可不透彻尽悉之。凡享生于皇国之人，无一人不可不身为此道义圣战之战士而奋起之。……践行此道义

者，既修得大和之心，亦练成尚武之精神。施行征兵制度于朝鲜者，其意义正存乎此。……钦定宪法所定之兵役大义务，乃道义之人担当之无上荣光，于今已灿然闪耀至半岛同胞之身上。受此荣光之激励、默默攀行于道义练成之阶梯者，其真堪为大东亚道义建设之指导者也。”⁽²⁵⁾

接下来，我们再来看一下，从尾高“道义朝鲜”的观念出发所导入的“朝鲜教学论”。以下就是当时身为朝鲜总督府“督学委员”的尾高所发表的公开言论：

“本年乃决战之年。于朝鲜同胞之皇国臣民化一节，自当庶几完成之。……视朝鲜有如内地一般，同为皇国一部，化朝鲜民众为皇国臣民，无异于内地之人，已为决战当头之急切要务。……战争升华生命。此升华之目标已为征兵制之施行所昭示，而促成此升华之踏板者，则义务教育制之筹措也。此后之所余者，惟实现此种升华之外，再无其它。”⁽²⁶⁾“谋划人之价值观念之转换，乃朝鲜教学要义之所在。人立世间，特以皇国臣民而言之，当其至贵者何哉？……值此施行价值观上彻底转换之际，于朝鲜半岛之内，教导朝鲜同胞身沐勤劳以奉公之喜悦、体悟皇国臣民之生涯，至为必要。”⁽²⁷⁾

至此，《实在法秩序论》上所说的“顺随君主统治之国民”的义务，就具体地转化成为服从兵役的义务了。上述“朝鲜教学之要义”在教育现场的展开，也就是鼓吹如下所谓绝对道义的东西：本着“战争升华生命”，以兵役为“升华之目标”，踏上通向战争的“踏板”来实现此生命之升华。与此同时，尾高所谓“人之价值观转换”，无非就是否定朝鲜青年作为人所拥有的人生意义，强迫他们向所谓奉公灭私转换。看看有多少朝鲜青年被征兵战死的史实，这种宣讲“道义朝鲜与征兵制度”以及“朝鲜教学论”的大学教授，实在可以说是罪孽深重。

註

(22) 此处引文出自朝鲜总督之训示。参见朝鲜总督府编：《施政 30》(1940)，第 803 页。

(23) 有关《朝鲜青年特别练成令》的全文，参见《文教朝鲜》第 205 号 (1942)，

第 32 页。

(24) 参见朝鲜总督府文件《第 85 次帝国议会说明资料·财务局长用》(1944)，第 144 页。有关征兵的过程和实际状况，参见宫田节子：《朝鲜民众与‘皇民化’政策》，未来社 1985 年版，第 94 页，特别是第 120 页。

(25) 参见尾高朝雄：《道义朝鲜与征兵制度》，同前注 5，第 18、25-26 页。

(26) 参见尾高朝雄：《朝鲜教学论 I》，同前注 7，第 14-15 页。在该文中，尾高向朝鲜总督府建议设立“教育参谋本部”。

(27) 参见尾高朝雄：《朝鲜教学论 I》，同前注 7，第 12-13 页。

五、“大东亚共荣圈”论——驻兵大陆

下面涉及的两篇论文，就算称其为“尾高的东亚称霸论”也是不为过的。前述鼓吹“征兵制度”、“教学”的论述之外，尾高还留有《国家目的与大陆经营》(1940)、《大东亚共荣圈之文化理念》(1943) 这样两篇论文。均是认同“大东亚共荣圈”、主张凭借皇军称霸东亚的论调。下面就对其核心部分略作揭示。首先来看尾高有关“新东亚秩序”建设的言论。

“时下于吾国倾全国之力而遂行之支那事变之中，……新时代之国家目的足可洞见，愚确信，以如此见地出发所确定之大陆经营方略，实乃给与支那事变以真正出路者。”日本应当把“东亚新秩序”建设成法律秩序，“盖具有足以确保真正法律秩序所需实力之国家，舍吾国而无他，故新东亚秩序建设之担当者、指导者，于吾国而言，实亦不得不为之者。更殊以支那大陆之秩序整备，虽历长久而后，亦不得不奉行治安第一主义方得推进者也。”在此，“考诸长期治安静肃，舍皇军之威而无他可恃，故驻兵一节不得不以自始应有之觉悟而思虑之。法律者，立足现实之物也。东亚共同体理想之提出自是确当，然正以所谓驻兵与共同体精神适成悖逆之说，故于此等渴盼理想早速实现而生焦虑急躁之处，不得不深以为戒。”⁽²⁸⁾ 尾高将此积极驻兵的观点加以展开，主张驻兵符合“大陆经营之法律精神”，是“以支那事变为契机所赋予皇国之悠远重大之使命”⁽²⁹⁾。

尾高建议皇军驻兵支那的立论，在于其所谓“国家主义与国际主义之总括归一”。论文《国家目的与大陆经营》先于代表作《实在法秩序论》2 年写就，主旨是在其“经由神格之统治”的背景当中就能够看到的东亚称

霸论，从而也是二战时期尾高法哲学特殊性的集中表现。与此同时，高唱与确立共荣圈法律制度并行而为的“驻兵”论调，其用意就是在图谋那种通过以军事力量为后盾的“统治法”，来实现所谓的“大陆经营”吧。

下面，让我们来看一下其后的《大东亚共荣圈之文化理念》这篇论文。在那里，尾高主张将东亚的文化共荣纳入日本主导的“经济共荣圈”的构筑这一目的之内。他说到：

“支那事变以来，日本通过粉碎支那之抗日势力，对支那加以救济、解放以及重建，为达致与重新组建之中华民国共存共荣之结果而奋斗。”同时，为了保护东洋免于沦为西洋资本主义国家经济侵略、权益争夺的牺牲品，日本也不得不进行这一战争。“斩断此祸根之途径，首在东洋经济自主性之确立。大东亚共荣圈之理念亦必先以奉行自给自足之经济共存圈为其构想。”在此基础上，尾高甚至进一步讲道：“树立以道义为肇国之理念，储备足以实现道义所需之实力，以此而身居大东亚共荣圈之盟主之日本，乃指导、鞭策、协助东亚诸国之大使命之担当者”。⁽³⁰⁾

从这些言论的字里行间，我们可以看到，对于意欲通过支那战争称霸东洋、掌握东亚经济圈的国策，作为学者的尾高所采取的逢迎姿态。将此与他的大陆驻兵论相叠合，就能够再现一幅远远超出“法哲学”领域的尾高的民族主义国家论，实在是令人为之愕然。

註

(28) 参见尾高朝雄：《国家目的与大陆经营》，同前注3，第19、27-28页。

(29) 参见尾高朝雄：《国家目的与大陆经营》，同前注3，第20-21页。

(30) 参见尾高朝雄：《大东亚共荣圈之文化理念》，同前注6，第6-7、17-18页；尾高朝雄：《国体本义与内鲜一体》，同前注4，第84页。

六、“正法”论

——尾高的“政治之炬”与 E. 沃尔夫的“正法”（richtieges Recht）

二战之前，支撑尾高法哲学的代表作首推《国家结构论》（岩波书店，1936年第一版），其次就可以说是《实在法秩序论》（同前文所记）了。从与本文的关系上看，《国家结构论》一书当中对“皇国臣民化”及其背后的

“作为国家理念之道义”等等，都完全没有触及。但是，前后两本代表作的共同之处却在于，二者都用了相当的篇幅对拉德布鲁赫法学做了详细的介绍。⁽³¹⁾ 不管哪一本，都依据拉德布鲁赫的代表作《法学入门》（Einführung in die Rechtswissenschaft, 7. und 8. Aufl., 1929）和《法哲学》（Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 1932），对其相对主义法哲学的基本思想进行了忠实的介绍。

在纳粹甚嚣尘上之际，拉德布鲁赫对纳粹的“法律的不法”给予了严厉的批判，早在1932年就发出了“迫在眉睫的再野蛮化”（heraufdrohenden Rebarbarisierung）⁽³²⁾，1933年更直指纳粹刑法为“恐怖的（terroristisch）”东西。⁽³³⁾ 但是，尾高的拉德布鲁赫研究却仅仅限于上述拉德布鲁赫的两本著作而加以展开，对其批判纳粹的论文丝毫没有涉及。

1、E. 沃尔夫的“正法”与纳粹的法

在拉德布鲁赫强烈批判纳粹的时候，完全与此同时，却出现了从与他彻底相反的立场出发去迎合纳粹的论文。这就是经由拉德布鲁赫的弟子——E. 沃尔夫之手所写就的《纳粹国家的正法》（Richtiges Recht im nationalsozialistischen Staate, 1934）⁽³⁴⁾ 和《纳粹国家的法理想》（Das Rechtsideal des nationalsozialistischen Staates, 1934）⁽³⁵⁾。当人们看到这些论文尊奉纳粹，对纳粹法制表示出亲和友善的态度，而竟然又都是拉德布鲁赫亲传弟子所为的论证考据，实在惊愕不已。通过这些文章，人们能够看到这样一个轨迹：一位极其普通真挚的法学家被纳粹的“强制性同质化”的漩涡所吞没，最终陷入“自觉的同质化”，以至于发展到从自己的内心确信出发对纳粹法制进行论证的境地。

在1933年以后的德国法学界，“否弃自由主义”（Ablehnung des Liberalismus）基本上属于那种在既定的同一论调之下反复讨论的问题。对于法学家来说，否弃自由主义简直已经像每个人的义务一样，常常被别人问及。这样的反自由主义和反民主主义合流一处所带来的结果之一，就是对“法治国家”观念的放弃。该理论的顶点，即在于借助“民族精神”以及“民族之魂”，来拥护立法者的权威。在纳粹那里，立法者的最高权威

毫无疑问地就只能是一——“元首”。在那种奉行“元首乃唯一之立法者”的时代，E. 沃尔夫不但对此毫无异议，而且还在宣讲“所谓正法，……恰恰就是第三帝国的纳粹法律”（richtiges Recht……nur das Recht des Nationalsozialismus im Dritten Reich sein）⁽³⁶⁾，将对法律正当性基准和法律命题的寻求，完全放置于权威之下。面对纳粹法制，可以说是何等的尊奉！

2、尾高朝雄的作为“政治之炬”的“正法”

宣讲“基于信仰之政治”的尾高写了《法之政治契机》（1943），提出了位居“政治”之上的“政治之炬”。他说道：

“身为‘政治之炬’之法者，断非既定之法规抑或法律体系者，乃于特定条件之下，用以决断何等政治为正确政治之尺度者也。盖政治之原理，本诸国别则相异、因于时代而发展，故为此‘政治之炬’之法者，以内容视之，亦断不能为自始不变之物。”“于种种事物之变化、演进之下，开展政治之活动，不断确保共同生活之诸多目标之均衡协调，且将此立为秩序而确当实现，凡此等等，皆法之不变不移之职志者也。以此言之，身为‘政治之炬’之法者，其内容之可变，诚如斯塔姆勒（Rudolf Stammler）氏所言之‘正法’（richtiges Recht）一般。”⁽³⁷⁾

尾高所说的“身为‘政治之炬’之法”无非就是“正法”。他还认为：“身为‘政治之炬’之法而规矩政治者，‘根本法’者也。盖无论任何政治于根本法亦不得背离之，故根本法乃位居政治之上位者也。”⁽³⁸⁾由此，尾高就让那种所谓属于内容可变的“正法”的“政治之炬”升格到了规矩政治、位居政治之上位的“根本法”。进一步，又将其转换成为了内容不变的“根本法”。他这样说道：

“惟一国之中，当其政治中心已然作为永固不移之物而确立之场合，苟遇欲生变于此政治中心之政治动向者，身为政治之炬之法者，必亦绝然否定之。斯所谓国本之法者，正关联于此而保有不变之内容者也。”⁽³⁹⁾对此人们不禁要问：此中竟然如此强调的所谓“永固不移”的“政治中心”究竟所指何物，又或要对某种政治动向加以绝然否定的法又是具有怎样的内容

呢？实际上，尾高已经数度讲过：对于“真之君主国”而言，“尊严之君位者，不动、绝对之物也。……国家永续之理念必亦囊括于绝对不动之君位之中。”⁽⁴⁰⁾因此，尊严之君位乃是“政治中心”之所在，作为“不变”之君位，不允许政治性的变革，而这些全都是作为信仰对象被人们崇拜的神格保有者所显现出来的理念。这样的内容，即便在尾高战后的著作当中，也还都有所表现。

尾高在其战后的代表作《存乎法之终极者》（有斐阁，1947）一书中说道：“法律本为政治所造就、所推动者。然政治唯依顺‘政治之炬’始得造就法律、推动法律，故自此视之，政治亦必受制于身为‘政治之炬’之根本法者。”“于日本而言，天皇地位向为一理念性之存在。比诸皇统乃‘万世一系’、历代之天皇‘以圣德而君临万民’，凡此等等，皆出于同一理念之表现耳。此等殊为特殊之理念，纵令今后，仍不失为日本国民生活之中所以具备若干特殊性之理由所在。以普遍正确之‘政治之炬’之特殊形态把握天皇之圣心御意（大御心），固应视为日本民族固有之历史传统而尊重之。”⁽⁴¹⁾

正如上述内容所明确显示的，尾高所提出的“政治之炬”，绝不是施塔姆勒所说的“内容可变的自然法”，可以说他所念念不忘的那种具有永恒绝对不动的“神格”的“普遍正确之政治之炬”，实际就是那个要作为法而加以信奉的“天皇之圣心御意”。因此，对于把“天皇之圣心御意”理解为“普遍正确之政治之炬”的尾高来说，“存乎法之终极者”与“天皇之圣心御意”以及“根本大法”三者，作为法的理念，乃是必须合为一体的。即便在二战以后，尾高仍然还在宣讲所谓“基于信仰之政治”的实践，其立场本质上仍旧和我们从以前“道义朝鲜”言论当中看到的那种“天皇现世正神”论，处于大体同一的轨道之上。

对自觉投身于纳粹体制，将元首的法律放置于“正法”位置之上的E. 沃尔夫，我们已经做了回顾。沃尔夫提出的“正法”论，和尾高将“普遍正确之政治之炬”视为“天皇之圣心御意”的理论，究竟能有多大区别呢？⁽⁴²⁾

註

- (31) 有关尾高朝雄对拉德布鲁赫的法理念、法价值论以及相对主义的介绍, 参见尾高朝雄:《国家结构论》, 岩波书店1936年版, 第165、173-175页; 尾高朝雄:《实在法秩序论》, 同前注19, 第13、80、156、197、288、301-302、334-337、383、396、515页; 此外, 尾高朝雄在其《法目的上之对立与调和——关于法之实在性根据》一文中, 对政治哲学上的相对主义细加品味而进行了介绍。该文也对理解拉德布鲁赫法理念诸内容(正义、合目的性、法的安定性)的相互关系, 做出了明了的分析。参见尾高朝雄:《法目的上之对立与调和——关于法之实在性根据》, 载《法与政治之诸问题》, 同前注17, 第51-53、80页。在同一时期, 尾高朝雄一边大力宣讲“道义朝鲜与征兵制”, 一边谈论拉德布鲁赫相对主义法哲学, 这可以说是极为明确的自相矛盾的事情。不仅如此, 战后他又迅速写了《拉德布鲁赫法哲学》(良书普及会1947年版)一书, 宣讲民主主义法学。
- (32) Radbruch, Autoritares oder soziales Strafrecht? 1933 in: Radbruch, Der Mensch im Recht, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1957 S. 63ff. 此文日译本, 参见拉德布鲁赫:《威权的刑法还是社会的刑法?》, 铃木敬夫译, 载《札幌学院法学》第23卷第22号(2007)。
- (33) Radbruch, Strafrechts Form und Nationalsozialismus, in: Neue Frei Presse Strafrechtsreform, S. 331-335. 此文日译本, 参见拉德布鲁赫:《刑法改革与纳粹主义》, 铃木敬夫译, 载《札幌学院法学》第23卷第22号(2007)。
- (34) Erik Wolf, Richtiges Recht im nationalsozialistischen Staat, Freiburger Universitätsreden Hrft., 13. 1934 (Freiburg im Breisgau Fr. Wagnersche Universitätsbuchhandlung)
- (35) Erik Wolf, Das Rechtsideal des nationalsozialistische Staates, ARSP 28 (1934), S. 352.
- (36) Erik Wolf, Richtiges Recht. a. a. O., S. 10, 29.
- (37) 参见尾高朝雄:《法之政治契机》, 载《法律时报》第15卷第9号(1943), 第10页。此外, 对于“正法”意义的明确说明, 参见尾高朝雄:《斯塔姆勒法律概念论之法理学价值》, 载《法学论丛》第17卷第6号(1927), 第115页以下。
- (38) 参见尾高朝雄:《法之政治契机》, 同前注37, 第10-11页。应当注意尾高在此处所说的“身为‘政治之炬’之根本法”同凯尔森所谓‘根本规范’之间的异同问题。这是因为, 尾高把那种“制约法律、指导政治”的国家核心观念视为根本规范。参见尾高朝雄:《国家之中的法与政治》, 载《国家研究I》(“京城帝国大学法学论集”第7册), 1937年版, 第63、80页。
- (39) 参见尾高朝雄:《法之政治契机》, 同前注37, 第10-11页。
- (40) 参见尾高朝雄:《实在法秩序论》, 同前注19, 第560页。
- (41) 参见尾高朝雄:《存乎法之终极者》, 有斐阁1947年版, 第271页。1946年1月1日, 天皇发布了《新日本建设诏书》, 把“现世正神”(日语为“现御神”)

视为一个虚构的观念而否定了自身的神格性。但是在次年的1947年，尾高却写了我在这里提到的《存乎法之终极者》一书，提出要从“天皇之圣心御意”当中寻求“正确之政治之炬”的同时，却又宣称“天皇乃纯粹理念之具象，终究应置己身于现实政治之外”。从中可以看出新转换的征兆。

(42) 恩斯特·福斯夫 (Ernst Forsthoff) 曾写下这样的话：“人们可以依据自然法进行无所不能的论证，把它们统统加以正当化。自然法甚至连集中营——集中营的毒气室，都可以正当化”。E. Forsthoff, Zur Problematik der Rechtserneuerung, in : zeitwende 19 (1948), 684., Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, ARSP, Beiheft Nr. 18, 1983., S. 16. 考夫曼教授该文的日译本参见罗特路策纳 (Hubert Rottleuthner) 编：《法·法哲学与纳粹主义》，同前注 11，第 28 页。从福斯夫这种自然法观来看的话，可以说尾高提出的所谓“政治之炬”的观点，正是能够效力于把朝鲜民族皇国臣民化的国策的东西。

结语：批判

尾高追随时局，拥护那种逐步接受了整体主义的法哲学，并且断言：如若以此“为法哲学自主性之放弃者，实绝然之谬见也”。在论文《法哲学上之人之问题》(1939)的一节中，他说道：

“整体主义者，当今潮流动向之尖端者也。”“值此时代自个人主义于整体主义移行之际，就此实在之动向，法哲学亦不得不深察之，庶几围绕已然以全新形态登场于历史舞台之大我，构想全新之法理。此与法哲学之恭顺、追从于政治实践者，未可等而视之。……盖此中并无所谓学问向政治之屈从者，乃学问对政治之科学加工者也。就此言之，现代法哲学乃个人主义推移于整体主义、普遍主义之反映，视此为法哲学自主性之放弃者，实绝然之谬见也”。⁽⁴³⁾

对于这种法哲学向整体主义推移、倾斜的情况，尾高也将其称作与时代相呼应的“对政治之科学加工”、“法哲学之政治实践”。从而对纳粹的法加以评价，提出所谓“法者‘政治之炬’也。不论身为理念之政治也罢，抑或身为实力之政治也罢，于此‘政治之炬’之法者，均未敢无视之。”如此一来，尾高甚至讲道：“即令遍通无碍之指导者之意志，亦非指导者个人之恣意，而必为适应于民族共同体具体秩序之要求者也。于此之中，必有身为‘政治之炬’之法者存焉。德意志民族社会主义国家视自由主义国家为

背离民族本性之‘法律国’而贬弃之，其所持之立场，则唯有民族社会主义之德意志指导者之国家方可为真正之‘法治国’者也，唯此之时，‘法’者以其与法律陡然两立之意义言之，始得以‘政治之炬’而思虑之。”⁽⁴⁴⁾

这种所谓“政治之炬”的观念，与E. 沃尔夫忌避自由主义，发展到鼓吹纳粹之法为“正法”的过程，是完全一致的。在此，我们不妨再看一下那种放弃了自由的所谓“法哲学之政治实践”。在尾高的论述中已经可以客观地看到，对于那种依据纳粹主义，将自由主义国家作为与德意志民族本性相背离的东西而贬损的做法，在尾高这里则作为“政治之炬”的要求，得到了完全的认同。“政治”之“炬”的内在支撑点，完全就是那种超越“Gesetz”（法律）的“Recht”（法）。从其所谓政治之“炬”当中，透过它凭借“民族本性”驱逐“自由主义”的目的，难道还看不出尾高对待纳粹法制的亲和态度吗？就此而言，在尾高所谓“身为‘政治之炬’之法”那里，我们看到的是“民族主义自然法”的外衣。

倘若尾高所主张的所谓“法者政治之炬”的立场，同时也就是完全接受纳粹所采取的凭借民族本性否定自由主义的“政治之炬”的立场的话，那么对他所谓“对政治之科学加工”以及“法哲学之政治实践”等等，是完全没有能够表示赞同的。其原因就在于，所有这些，都无非是使法哲学沦为“政治之子嗣”、“政治之傀儡”⁽⁴⁵⁾的东西而已。

二战结束以后，对于尾高法哲学，日本学界做出过一些评价，笔者在此介绍其中的一部分。首先来看千叶正士（1919-2009）的尾高法哲学批判当中的内容。

千叶正士在其《对我国战前法哲学的思想史再检讨》（1965）一文中说道：在“贯彻君主中心、君民一体原理的立宪君主国家的秩序”内，“宣讲君主‘钦定宪法’和与之相呼应的由‘国民辅翼’而形成的“臣民一体”，其本心为何暂且不论，客观效果上则不得不认为，这些确实是对当时日本的天皇制国家体制加以正当化的东西。换言之，不管是在社会活动当中，还是更多地在法哲学的内容上，尾高都没有积极地致力于那些为当时的权力进行正当化的事情。但是，最终面对无法反抗的权力要求采取了妥协态度，潜在性地陷入了权力正当化的结果之中”⁽⁴⁶⁾。我想，对这样的批评是应

当给予赞赏的。

其次，我们来看一下松尾敬一的言说。松尾针对尾高的部分论述提出了批评，即批评尾高奉“皇国臣民运动”为“当时的国策路线”，“具体地看，没有做出任何反对当时国策的事情。”确实如松尾所言，“在尾高朝雄那里，多少可以看到对时局动向加以正当化的东西”⁽⁴⁷⁾。但是松尾却认为，这些“只不过是让当时的读者们结合东亚、日本等等具体事情，接受了那些在抽象层面讲述的东西。”⁽⁴⁸⁾松尾甚至还说过：尾高朝雄“对纳粹的厌恶是贯彻始终的”⁽⁴⁹⁾。这不禁让人感叹：尾高法哲学究竟是几分实像，几分虚像！尾高门生所论之真伪，是应当加以质问的。

但是，任何人都可以看到：就从尾高的《道义朝鲜与征兵制度》等著作来看，它们确实是除了把“那些在抽象层面讲述的东西”具体转述为东亚、朝鲜、日本的事情之外，别无其他。毫无疑问的是，人们从中所看到的正是“将时局正当化”的东西。即便身处当时的时局之中，对尾高来说，就算存在那些“在抽象层面讲述的东西”，他仍然享有对这些东西不置一词的自由，也就是那种“拒绝加入军国主义交响乐团进行共同演出”的自由。但事实不是这样。毋宁说，尾高是积极地从自身法哲学出发而展开其思想的，这从其文章笔力当中可以看得很清楚。在尾高法哲学那里，可以看到那种面对大日本帝国宪法之下的军国主义国策采取“自觉地同质化”，尊奉朝鲜殖民地统治法，对此种法实证主义毫无反思的盲从一面。

E. 沃尔夫承认了自己献给纳粹的上述两篇论文的错误，在二战结束后，加入了反纳粹组织“告白教会”，专心于教会法、自然法的研究工作。⁽⁵⁰⁾尾高在二战行将结束之前，在《大学新闻》（东京大学，1944）上发表了题为“精神深处之圆融——现代法理学上之信仰与怀疑”的论说，其中说道：“今日乃法之价值遭逢多向度怀疑之时代。于此之中，法学上之怀疑态度亦已呈现。……法学之上，日本事物之自觉、政治事务之重视、非理性契机之强调，不论何者，于吾国法学而言，皆为促其根本反省之重大问题也。”⁽⁵¹⁾于是乎，在《存乎法之终极者》（同前所记）的前言当中，尾高回顾了朝鲜殖民地时代，只对京城大学简单地写下了“祈愿此朝鲜之最高学府蓬勃发展”。

最后,不得不提到的是,如果没有宋海彬老师(西北政法大学副教授)的帮助、指导,本论文的中文翻译可能是无法顺利完成的。在此,向宋老师表示衷心的感谢。

註

- (43) 参见尾高朝雄:《法哲学上之人之问题》,同前注 17,第 9 页。
- (44) 参见尾高朝雄:《法之政治契机》,同前注 37,第 10 页。
- (45) 参见尾高朝雄:《法哲学上之人之问题》,同前注 17,第 7 页。宫泽俊义曾在“威权主义的政治造就威权主义的法”的意义上,论述了此处所谓“政治之子嗣”的问题。参见宫泽俊义:《作为法及法学的政治》,载《牧野教授花甲祝贺文集:法理论集》,有斐阁 1938 年版,第 270-271 页。
- (46) 参见千叶正士:《对我国战前法哲学的思想史再检讨(下)》,载《法学新报》第 72 卷第 5 号(1965),第 25 页。
- (47) 参见松尾敬一:《二战中的尾高法哲学》,同前注 2,第 715 页。
- (48) 参见松尾敬一:《二战中的尾高法哲学》,同前注 2,第 717 页。
- (49) 参见松尾敬一:《二战中的尾高法哲学》,同前注 2,第 700 页。南原繁曾批评尾高朝雄的“现象学的国家观”为“与法西斯纳粹国家观有着同一动向”的东西,并且对于尾高所谓的“理论”与“实践”、“普遍”与“特殊”,也都表示了疑问。参见南原繁:《现象学的国家论问题——关于尾高教授近作〈国家结构论〉》,载《国家学会杂志》第 51 卷第 4 号(1938),第 551、554 页。有关尾高朝雄针对南原批判所做的解释,参见尾高朝雄:《现象学实在论之立场与国家结构论》,载《国家学会杂志》第 51 卷第 5 号(1937),第 108 页。
- (50) Hubert Rotteurthner, Substantieller Dezisionismus — Zur Funktion der Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus, ARSP. NR. 18. 1983, S. 32. 该文日译本参见罗特路策纳(Hubert Rottleuthner)编:《法·法哲学与纳粹主义》,同前注 11,第 50 页。
- (51) 参见东京大学《大学报》(1944 年 10 月 1 日)。此外,有关尾高所说“信仰”“接近于基督教”的问题,参见松尾敬一:《战后的尾高法哲学》,同前注 2,第 235 页以下。