

< 翻 訳 >

回想・鄭鍾勗 「法の妥当根拠について」(1)  
 ……Zong Uk Tjong, Das Problem der Rechtsgeltung  
 in der Lehre Radbruchs (1967) ……

鈴木 敬 夫 訳

역자 서문

본 논문 “회상 : 법의 타당 근거에 대하여”에서는 Zong Uk Tjong, Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch, Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Herausgegeben von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn, Band 73. 1967. 에 수록되어 있는 Drittes Kapitel “Das Problem der Rechtsgeltung in der Lehre Gustav Radbruchs.” (S. 58~S. 75.) 을 번역하여 소개하고자 한다.

역자는 Universität Freiburg 에 유학할 때 (1975~76) 프라이부르크의 막스 플랑크 (Max-Plank) 국제형사법연구소 극동아시아 연구부문 책임자였던 Prof. Dr. Zong Uk Tjong (정중욱, 1933~1979) [이하, 정 교수로 약칭 기재] 이 저술한 상계서의 일본어 번역을 마치고 그 초역 원고를 지참하여 독일에 입국했다. 그 책을 역자에게 소개해 준 사람은 일본에서 유일한 라드부르흐 제자인 도키와 도시타 박사 (Prof. Dr. Toshita Tokiwa, 1899~1978) 였다. 이러한 경위가 인연이 되어 프라이부르크 유학시절은 정 교수와 더불어 일본의 라드부르흐 연구 상황이나 상대주의의 과제에 대해 의견을 나누면서 많은 지도를 받을 수 있었던 유익한 시기였다.

정 교수는 독일의 형법학과 법철학의 중진이었던 한스 벨첵 (Prof.

Dr. Hans Welzel, 1904~1977) 의 제자로 알려져 있다. 따라서 정 교수의 라드부르흐론은 어떤 면에서는 H. 벨첼의 입장에서 본 것이었다고 할 수 있다. 하지만 유학에 앞서 나는 라드부르흐의 수제자 E. 볼프 (Prof. Dr. Erik Wolf, 1902~1977) 및 H. 벨첼과 서신을 교환하고 있었고, 특히 벨첼 교수로부터는 그의 논문 “An den Grenzen des Rechts, Die Frage nach der Rechtsgeltung” (1966) 을 받은 적도 있었기 때문에, 정 교수의 H. 벨첼에 입각한 라드부르흐 비판론에 대해 전적으로 납득할 수 있었던 것은 아니었다. 그런 이유로 몇 번이나 막스 플랑크 연구소를 방문해 소위 ‘법의 타당 근거’ 를 둘러싸고 라드부르흐와 벨첼의 법이론이 갖는 동질성과 이질성에 대해 질문하였고, 여기에 대해 친절하고도 자상한 지도를 받을 수 있었다. 돌이켜 보면 막스 플랑크 연구소에서의 필기 노트는 귀국 후 나의 법철학 연구와 ‘법철학’ 강의의 지표가 되었다.

정 교수의 독·한·일 형사법 연구와 그 법문화 교류에서 이룬 공적은 이루 헤아릴 수 없을 정도로 크다. 일본어도 유창했던 정 교수는 일본에 의한 조선 식민지 통치 36년의 비극을 초월하여 특히 일본인 연구자의, 특히 법철학과 형사법 분야의 연구에 크게 노력하셨다. 또한 내가 한국법을 연구하는 것을 반가워하시고, 고려대학교 대학원의 은사 심재우 교수 (Prof. Dr. Zai Woo Shim, 1933~), 서울대학교 대학원 김철수 교수 (Prof. Dr. Tscholsu Kim, 1932~), 동 대학원의 최종고 교수 (Prof. Dr. Chongko Choi, 1947~) 와의 만남도 정 교수가 이끌어 주신 것이다. 정 교수가 이룬 독·한·일 학술교류의 성과는 한국에서의 “한독법학논고 - 정종욱 박사 유고집” 정종욱 박사 유고집 간행위원회 (서울대학교 법과대학, 1983년) 및 일본에서의 “정종욱 교수 추도논문집” (세이분도, 1985) 에 게재된 3개국 연구자들에 의한 다수의 논고를 보면 일목요연하다.

세월이 바뀌면서 독·한·일 법학계도 크게 양상이 달라졌다. 세 나라 어디를 가도 정종욱 교수 즉 Prof. Dr. Zong Uk Tjong 을 아는 연구자가 줄었다. 제 2 차 세계대전 종결 70 주년과 ‘한일국교정상화 50

주년' 을 맞이한 지금, 40 년 전의 당시를 떠올리며 정 교수의 주옥 같은 논문을 번역하여 소개함으로써 다시금 한일 · 일한 학문 교류의 초석을 상기하고 친선의 정을 확인하고자 한다.

### 訳者序

この論文「回想・法の妥当根拠について」は、Zong Uk Tjong, Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch, Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, herausgegeben von der Rechts- und Staatwissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn, Band 73, 1967. に収められている Drittes Kapitel “Das Problem der Rechtsgeltung in der Lehre Gustav Radbruchs.” (S. 58~S. 75.) を翻訳し、紹介しようとするものである。※

訳者は、Universität Freiburg に留学するさい (1975~76)、フライブルクのマックス・プランク (Max-Plank) 国際刑事法研究所の極東アジア研究部門責任者であった Prof. Dr. Zong Uk Tjong (鄭鍾昺, 1933~1979) [以下、鄭教授と略記] による上掲書の日本語訳を済ませ、その仮訳原稿を持参して訪独した。この書物を訳者に与えたのは、日本における唯一のラートブルフ門人、常盤敏太博士 (Prof. Dr. Toshita Tokiwa, 1899~1978) であった。こうした経緯が縁となって、フライブルク留学は、鄭教授と日本におけるラートブルフ研究の状況や相対主義の課題について意見を交わし、多くの導き得て実り多いものとなった。

鄭教授は、ドイツにおける刑法学、法哲学の重鎮であったハンス・ヴェルツェル (Prof. Dr. Hans Welzel, 1904~1977) の門人として知られる。したがって鄭教授のラートブルフ論は、一面で H. ヴェルツェルの立場から観たものであったといえよう。しかし、留学に先立ち、訳者はラートブルフの高弟 E. ヴォルフ (Prof. Dr. Erik Wolf, 1902~1977) や H. ヴェルツェルと交信し、特にヴェルツェル教授から彼の論文、An den Grenzen des Rechts, Die Frage nach der Rechtsgeltung (1966) の教示を受けていたこともあって、鄭教授の H. ヴェルツェルに立脚したといわ

れるラートブルフ批判論に対して必ずしも納得できない点があった。そこで何度もマックス・プランク研究所を訪ね、いわゆる「法の妥当根拠」をめぐって、ラートブルフとヴェルツェルの法理論の異同について質疑を交わし、懇切なご指導を得た。顧みて、マックス・プランク研究所での筆記ノートは、帰国後、訳者の法哲学研究と「法哲学」講義の指標となった。

鄭教授の独・韓・日の刑事法研究とその法文化交流に尽されたご功績は甚大である。日本語にも堪能であられた鄭教授は、日本による朝鮮植民地統治 36 年の悲劇を超越して、とくに日本人研究者の、とくに法哲学、刑事法部門の研究に多大な労をとられた。また、訳者の韓国法研究を是とされ、高麗大学大学院の恩師沈在宇教授 (Prof. Dr. Zai Woo Shim, 1933~)、seoul 大大学院の金哲洙教授、(Prof. Dr. Tscholsu Kim, 1932~)、同大学院の崔鍾庫教授 (Prof. Dr. Chongko Choi, 1947~) との出会いも鄭教授の導きによる。鄭教授の果たされた独・韓・日との学術交流の実像は、韓国における『韓独法学論巧—鄭鍾曷博士遺稿集』鄭鍾曷博士遺稿集刊行委員会 (Seoul 大法科大学、1983 年) や、日本での『鄭鍾曷教授追悼論文集』(成文堂、1985) に掲載された三か国の研究者による多くの論考をみれば一目瞭然である。

時は移り、独・韓・日の法学界も大きく様変わりしている。いずれの国においても鄭鍾曷教授、すなわち Prof. Dr. Zong Uk Tjong を知る研究者は少なくなった。そこで戦後 70 年、「日韓国交正常化五〇周年」の今日、40 年前の往時を偲び、鄭教授による玉論の翻訳紹介を通じて、改めて日韓・韓日学術交流の礎を想起し、親善の好絆を確認したいと思う。

## 目 次

1. 問題の所在
2. 法学的妥当正論の本質と限界
3. 歴史的・社会的妥当性論
  - (1) 強制説
  - (2) 承認説

#### 4. 哲学的妥当性論

- (1) 方法序説
- (2) 「可変的内容をもった自然法」としての法理念
- (3) 法理念の構造と順位

1. 形式的原理としての正義

以上(1)第 32 卷第 1 号

2. 実質的原理としての合目的性
3. 秩序原理としての法的安定性
4. 法理念における諸原理の順位

#### 5. 哲学的妥当性論の社会倫理的帰結

……いわゆる「総体的承認説」の継承……

訳者あとがき

### 1. 問題の所在

ラートブルフ (Gustav Radbruch, 21. 11. 1878~23. 11. 1949) の法哲学方法論にとって、いまなお熟慮されるべき問題の一つに法的妥当性 (法の効力, *Rechtsgeltung*) の問題がある。ラートブルフはこの問題の中に、いわゆる「規範的」法理念の現実化を見ていた。つまり法における理念と現実、拘束性と実効性とは共に妥当化するという点においてはじめて相互に結びつく、とみたのである。したがってラートブルフは、イェリネック (G. Jellinek) に由来する定式に従って提示される法的妥当性への疑問を「事実的にももの規範性」“*Normativität des Faktischen*”への疑問として把握した。すなわち「どのようにして、事実より規範が生じ得るのか、意欲 (Wollen) はそれが力を伴う場合には必然 (Müssen) を生じさせることができるように思われるにしても、決して当為 (Sollen) を生じさせることはできないのに、国家または社会の法意思から、どのようにして法的当為が生じ得るのか」という問題である<sup>(1)</sup>。しかし、この疑問に対する納得できる解答は、ラートブルフによれば、「法学的妥当性論」(juristische Geltungslehre) によっても「歴史学・社会学的妥当性論」(historisch-soziologische Geltungslehre) によつ

でも決して与えられることはできない。なぜなら、これらの理論は双方とも妥当性の問題について一面的な答えに満足しているからである。確かな解答を与えることができるのは、唯一「哲学的妥当性論」(philosophische Geltungslehre) だけである<sup>(2)</sup>。この理論こそ、法的妥当性のうちに事実的なモメントと規範的なモメントを構造的に組み合わせることを試みている、とラートブルフは観るのである。

ラートブルフは、「方法二元論」と「相対主義」とを彼の法哲学の基本的原理に据えている<sup>(3)</sup>。拙論では、これらの方法原理が「哲学的妥当性論」をいかに根拠づけているか、そしてまた、ラートブルフの法哲学体系の中のこれらの原理が「構成要素」として、どのように浸透しているか、究明しようとするものである。

## 註

- (1) Radbruch, Rechtsphilosophie (RPh., 1932), Gustav Radbruch Gesamtausgabe Band 2, S. 308, 著作集 1, 216 頁。〔ラートブルフ著作集からの引用は原則として、ドイツ語原典は GRGA Band, Seite という形式で、東京大学出版会刊の邦訳は著作集巻数と略記する〕
- (2) この「哲学的妥当性論」は、すでに Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, S. 159ff. GRGA 2, S. 152ff. において展開している。本稿では、1932 年版において、本質的な箇所を補填して展開されたものを基礎においている。
- (3) この二つの原理は、Radbruch, RPh., S. 97ff. GRGA 2, S. 230ff.; 著作集 1, 113 頁以下に詳述されている。

## 2. 法学的妥当性論の本質と限界

ラートブルフはその理論の展開を、法学的妥当性論及び歴史学的・社会学的妥当性論に対する批判的対決のうちに進めている。

法学的妥当性論<sup>(4)</sup>の目標は、「法の領域を超えることなしに、法の妥当性を証明すること」<sup>(5)</sup>にあったから、この理論にとって、法はただ「意欲の意味」“Sinn des Wollens”<sup>(6)</sup>としてのみ考察の対象となった。法的高察の対象としての法は、したがって実際のな命令としてではなくその意味内容として、すなわち理念的に妥当な規範として理解される。「心

理学的な基礎から解放された意欲の意味は当為であり、命令過程の事実性から純粹に取り出された命令の内容が、すなわち規範である。」<sup>(7)</sup> 法学的妥当性論は「法学」のなかに一種の純正な規範科学をみて、そして「方法論的必然に拠って、法内容を、妥当性のある何か、あるべき何か、義務づける何か、として」<sup>(8)</sup> 把握するのである。

法を実際の命令の意味内容として理解した場合において、法の妥当性の根拠を何に置くのか、と言う疑問から、法秩序の階段構造 (Stufenbau der Rechtsordnung) という理論が導き出される<sup>(9)</sup>。法学的妥当性論は下位の妥当性を、その上位に位置する別の妥当性から演繹するという方法をとる。しかし、この理論は、最上位にある体制的規範について、すなわち一つの法体制における妥当性の究極的前提について、妥当性の根拠を問われた場合、たちまちにして困難に陥ってしまうことになる。この壁を乗り越えるためにこの理論は、法の体制を「自己の原因」“Causa sui”として理解するか<sup>(10)</sup>、または法体制の背後にあるものとして一種の「根本規範」“Grundnorm”を仮説として前提とするか<sup>(11)</sup>、いずれかの道を採用することを強いられる。

まず法の体制をもって「自己の原因」とするテーゼを採用する場合は、法学的妥当性論は決定的な矛盾に突き当たることになる。なぜなら、このテーゼを採用することは、本来の規範的考察の分野を放棄することであり、また、法体制を与える意思が現実のなかにあると認めることであるからである<sup>(12)</sup>。ついで根本規範論もまたそれほど深くは進むことができない。すなわち根本規範自体は実証的な法規範でありえない。しかし、根本規範はまた規範設定力をもつ何らかの権威によって提示されたものでもあり得ないから、ただ「最高規範」“höhere Norm”として法学的思考のなかで仮定されているにすぎない<sup>(13)</sup>。したがってこの根本規範なるものは、ヴェルツェル (H. Welzel) が述べているように、虚構の解釈図式 (das fiktive Deutungsschema) になってしまい、「この図式に従えば、どのような実定法でも、つまり一般的に効力のあるいかなる強制体制であろうとも、客観的妥当性と規範的拘束力とをもった体制とし

て解釈できことになる。より正確に言えば、あたかも客観的妥当性と規範的拘束力とをもった一つの体制が現実に存在するかのごとく解釈されることになる<sup>(14)</sup>。この場合、決定的な力となるものは何らかの実質的価値原理ではなく、実に規範決定力をもった一つの権威のある意志であり、この意志は「どのような恣意的な内容」をも法として設定することができるのである<sup>(15)</sup>。

ラートブルフは正しくも法学的妥当性論が「必然的にはいつかはそれ以上遡り得ない権威的意欲の事実性」<sup>(16)</sup>に突き当たらざるをえないことを教えている。つまりこの理論は「一つの法的妥当性を他の法規との関係において明らかにすることはできるが、最高の法規、すなわち根本法規及び従って全体としての法秩序の妥当性を明らかにすることはできない」<sup>(17)</sup>のである。まさに、この理論にあっては「特定の法秩序のなかに捕らわれ閉じ籠っている」のであるから、相対立する法秩序間の争いを公平に(客観的に)裁定できる位置にないといえよう<sup>(18)</sup>。それだけではなくこの理論は、道徳、倫理、法の間における「規範の衝突」に対して無力であり、また「成文法と慣習法、国際法と国家法、国家と教会、正統と革新との闘争、いわゆるイエリネック (G. Jellinek) が示した『旧法と新法との闘い』において、つねに自分が奉仕する闘争当事者の要求を一方向的に表明する弁護人になることができるだけであって、決して客観的な審判官となることはできない」<sup>(19)</sup>ものである。ラートブルフが述べているように、この理論は「自らを王と思いつがっている狂人の命令に対して動かすことのできない根拠をもって、その妥当性を否認することもできない」のである<sup>(20)</sup>。こうしてラートブルフは、法学に対してその行うべき任務の対象を「法学外の (außerjuristisch) 考察方法によって」<sup>(21)</sup>定めなければならないという正しい見解に到達することになった。

## 註

(4) 周知のごとく法学的妥当性論を最も詳細に考察し、かつ定式化したのはケ



ルゼン (H. Kelsen) である。もとよりケルゼンは新カント学派にあって、その理論は一種の方法二元論から出発している。すなわち「一つの具体的な当為についての“何故に”という問いは」と前置きして、1911年にケルゼンはつぎのように説いた。「論理的に常にいま一つの当為に帰結し得るだけであり、これは一つの存在についての同種の問いかけが答えとして常に一つの存在を作り出すのと同じである」と。(Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 8) 法的妥当性をめぐるケルゼンとラートブルフの立場の相違については後述するが、ここでは、以下のように述べるに留めたい。すなわち、ラートブルフが法のなかに規範性と現実性の混交を認めていたのに対して、ケルゼンは存在と当為の区分を厳正に保持しようとするれば、必ずや規範は一個の純粋な意味内容をもつことになる、と考えていたことである。

- (5) Radbruch, Grundzüge, S. 159. GRGA 2, S. 152. ; 著作集 2、167 頁。
- (6) Radbruch, RPh., S. 174. GRGA 2, S. 308. ; 著作集 1、216。Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, S. 3ff. 参照。ケルゼンはここで法を「行為の意味」「Sinn des Aktes」と呼んでいる。
- (7) Radbruch, RPh., S. 174. GRGA 2, S.308. ; 著作集 1、216 頁。
- (8) Radbruch, ebd.
- (9) Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., S. 228ff. 長尾龍一訳『純粋法学』第二版(岩波書店、2014)、214 頁以下。これとは別に、Kelsen, “Was ist juristischer Positivismus?”, in: JZ, 1965, S. 465ff.
- (10) Radbruch, RPh., S. 175. GRGA2, S. 309. 他に Grundzüge, S. 159. GRGA2, S. 154.; 著作集 1、217 頁。
- (11) Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., S. 197. 邦訳・長尾前掲、188 頁はこの根本規範の理論を発展させて、この規範を以って「同一の法秩序に属するすべての規範共通の源泉であり共通の効力根拠である」としている。
- (12) Radbruch, Grundzüge, S. 159. GRGE 2, S. 152. ; 著作集 2、167 頁。
- (13) Kelsen, a. a. O., S. 9, 23, 47, 197. 邦訳長尾前掲、11 頁、19 頁以下、45 頁、187 頁～188 頁。根本規範の仮説的性格は、まさにこのように思弁的にのみ仮定された形式的・規範科学的機能のなかにみられる。ケルゼン自身、自己の理論を変更した最も新しい所説において、この規範が実際には擬制的な規範であることを明らかにしている。彼はそのなかで根本規範のなかにある自分のそれまでの説を放棄して、当為は思考のみによって設定することはできないことを認め、その代わりに当為は「意欲の相関関係」“das Korrelat des Wollens”でなければならないと述べている。従って、人が根本規範に則して思考するのは、「意志行為の擬制」“die Fiktion eines Willensaktes”であって「現実のもの」ではないが、しかしこの規範の決定に与するものである。詳しくは、Salzburger Forschungsgespräch über “Das Naturrecht in der Politischen

Theorie”, hrsg. von Franz-Martin Schmölz, 1963, S119f. を参照。

- (14) Welzel, An den Grenzen des Rechts (Die Frage nach der Rechtsgeltung), 1966, S. 28.
- (15) Kelsen, a. a. O., S. 201. 邦訳長尾前掲, 192 頁。根本規範の内容と、したがってまた全法秩序とは、基本規範がその犠牲的性格のために、つまり公正さと拘束性とのいかなる基準をも認識することができないため、それはただ擬制的権力と施行可能性のみによって規定されるにすぎない。ケルゼンはそれゆえ根本規範を「実力の法への転化」“Transformation der Macht zu Rechts”と呼んでいる。(Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und Rechtspositivismus, 1928, S. 65.)
- (16) Radbruch, RPh., S. 174. GRGA 2, S. 309.; 著作集 1、217 頁。
- (17) Radbruch, RPh., S. 175. GRGA 2, S. 309.; 著作集 1、217 頁。
- (18) Radbruch, ebd.
- (19) Radbruch, ebd.
- (20) Radbruch, ebd.
- (21) Radbruch, RPh., S. 176. GRGA 2, S. 310.; 著作集 1、218 頁。

### 3. 歴史的・社会的妥当性論

「意味の世界から存在の世界への飛躍」ほど必要とされるものはない<sup>(22)</sup>。この飛躍を行うのがいくつかの歴史的・社会的妥当性論である<sup>(23)</sup>。これに属する諸理論は、一つの法秩序に妥当性を認める条件として、その秩序が「法服従者の心情を自分の側にひきつける」<sup>(24)</sup> こと、すなわちその法秩序が「他者への動機づけを行う作用をなし、他者の意思を規定する」位置にあることを求める<sup>(25)</sup>。したがって法的妥当性の決定基準は、命令について理念的・規範的な意味関連 (Sinnzusammenhang) などではなく、むしろこの擬制的な現実的命運 (Realtitätschance) にある、とする。これらの諸理論は、何よりもまず既に述べた法学的妥当性論が無効だった例にみられる「規範の衝突」の場合にも、とにかく一種の裁定を下すことができるものである。もとよりこの裁定は、実効性の程度に比例して妥当性の程度を定め、したがって「二つの同時に存在し、相互に抵触する法秩序間の程度の差のある妥当性」<sup>(26)</sup> を承認する、という限りにおいて下すことが可能なのである。

擬制的妥当性は、規範を与えられる側からみれば、規範の慣習的励行化であって、規範の側からみれば、それはウェバーのいう「その経験的現実の命運」<sup>(27)</sup> (die “Chance ihrer empirische Realität”) にほかならない。

## 註

- (22) Radbruch, RPh., S. 176. GRGA 2, S. 310.; 著作集 1、218 頁。
- (23) 法学的妥当性論と歴史学的妥当性論との区別については、Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 4. Aufl., 1956, 1. Halbband, S. 181ff. すなわち「法」、「法秩序」、「法命題」「Rechtssatz」について語るときには、法学的考察方法と社会学的考察方法との区別について、とくに嚴重に注意しなければならない。法学的考察からの疑問は、法として何が理想的に妥当なのか、ということであり、またいかなる意味内容 (Bedeutung) をもつかということであって、さらに法として通用している言語的構造にとって、いかなる規範的意味が倫理的に正しく適合するか、ということである。これに対して、社会学的妥当性論が疑問とするのは、一つの社会共同体の活動に参加している人々、ことに自分たちの行為によってこの社会共同体に対して社会的にかなりの程度影響力を及ぼすことのできる人々が、ある特定の法秩序を主観的に妥当とみなし、それを実際の用にあて、また自分たち自身の行動をそれに適合させていく、という事態が、その社会共同体のなかで何の目的を以て発生したのか、何ゆえにそのような巡りあわせになったか、ということである。」(S. 181.) このように見てくると、法学的妥当性論と歴史学的・社会学的妥当性論とがまったく異質の対象に取り組み、かつまったく別の平面に存在していることが明かになる。つまり、一方は理念的な妥当の当為についての妥当性論であるのに対して、他方は、現実の現象についての妥当性論であることである。より詳しくは、Max Weber, *Wissenschaftslehre*, S. 345ff.; *Ges. A. z. Soziologie und Sozialpolitik*, 1924, S. 477ff.
- (24) Radbruch, Rph., S. 176. GRGA 2, S. 310.; 著作集 1、218 頁。
- (25) この他に、G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 333.
- (26) Radbruch, RPh., S. 176. GRGA 2, S. 310.; 著作集 1、218 頁。
- (27) Welzel, *Macht und Recht*, in *Hugelmann-Festschr.* Bd. Z.1959, S. 839.

## 1. 強制説

ウェーバーの現実命運 (Realitätschance) をいかに解放するか、ということに関して、ラートブルフはつぎのような考察方法に基づいて、二

つの考え方があることを示している。すなわち、強制説 (Zwangstheorie) と承認説 (Anerkennungstheorie) がそれである<sup>(28)</sup>。強制説<sup>(29)</sup>の特徴は、法の妥当性はある特定の規範に結びついた強制を根拠としている点にある、とする。この説に従えば、法が妥当なのは、その法が義務賦課力をもった当為であるからではなく、その法が自己の背後にある実力に由来し、しかもその実力がその法を実施することができるからである、ということになる<sup>(30)</sup>。したがって、たとえばラートブルフが「実力説 (Machtstheorie) の最も雄弁な主張者」<sup>(31)</sup>と呼んでいるラツサール (F. Lassalle) は、「憲法制度」に関する講演で、すべての社会に存在する現実的な諸々の実力関係は、あの「その社会のすべての法律や、法的諸制度を、本質的には現にあるがまま以外の何ものでもないように規定する」動機づける力を構成している、と述べている<sup>(32)</sup>。成文化された法体制は、実効的な「諸々の実力関係」と調和している場合のみ、その価値を持続するのである<sup>(33)</sup>。実力説の古典的な定式は、イェーリング (R. Jhering)<sup>(34)</sup>の所説に展開されており、彼は法を「力の政治」“Politik der Gewalt”と呼んでいる<sup>(35)</sup>。イェーリングは自然主義的・実証主義的潮流の影響下にあって、法の妥当性を限定して、一切の規範的・道徳的要素から解放された強勢の上でのみ存する、と規定した。そして法をば「一国において現に効力を有する強制規範の総括」<sup>(36)</sup>と定義している。したがって規範は、それが「国家的強制の外的モメント」を所有した場合に限って法になるのである<sup>(37)(38)</sup>。

ラートブルフは、強制説とは決定的に対立する立場である。ラートブルフの見解によれば、強制説は法の妥当性を命令と強制との擬制的優先からのみ演繹するという方法的な根本的誤謬を犯している、とするのである。ラートブルフはいう。「命令と実力は、単に意欲と能力とを意味するに過ぎず、したがって、あらゆる場合において命令を受ける者に対して必然を生じさせることはできるとしても、当為を生じさせることはできないし、多分服従を発生させることはできるかも知れないが、決して服従の義務を発生させることはできない」からである<sup>(39)</sup>。強制説は、

法が単なる強制説的権力以上のものであることを見落としている。すでに1890年にメルケル (A. Merkel) が逝っているのに、「単に物理的な実力手段をふるうことにより、若しくは物理的な実力手段の行使をもって威嚇することにしか施行することのできない」性質をもった「任意の実力からの命令」からは、いかなる法体制も生まれることはない<sup>(40)</sup>。また、もし強制説がいうように、法がその背後に強制力を有するというだけの理由で妥当なのだとすれば、この強制力が消滅すると同時に法は必ずその妥当性を失ってしまうはずである<sup>(41)</sup>。ところが、必ずしもそうでないということは、たとえば、いかなる強制的制裁とも結合していない最高の制度的法規範の例が示すとおりである。すなわち、法は強制力の直接的な作用がなくても存在し得るはずなのである。

## 註

- (28) Radbruch, RPh., S. 176. ff.; Grundzüge, S. 163ff.; GRGA 2, S. 311.; 著作集 1, 219 頁; GRGA2, S. 155; 著作集 2, 171 頁。
- (29) Zong Uk Jiong はいう。はたしてラートブルフが「実力説」を「強制説」と区別しようと考えていたかどうか、明らかではないと。だかラートブルフの所説を理解するには、ラートブルフが強制説をも実力説の中に入れて考えて把握していたと解すべきであろう。
- (30) 法の強制的性格に初めて言及したのは、立証しうる限りではクリスチャン・トマジウス (C. Thomasius, 1655~1728) である。トマジウスは、法と道徳との間の納得のいく区別を行うにさいして、法の実証性の不可欠な特徴として、法の強制的性格を力説している。詳しくは Welzel, Macht und Recht, in: Hugelmann—Festschrift, 1959, Bd. 2, S. 833ff.; さらにウエルツェルの Gesetz und Gewissen, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, 1960, Bd. 1, S. 383ff. この点を指摘してラレントツもまた、K. Larenz, Sittlichkeit und Recht. Untersuchungen zur Geschichte des deutschen Rechtsdenkens und zur Sittenlehre, in: Reich und Recht in der Deutschen Philosophie, 1943, S. 169~S. 412.
- (31) Radbruch, Grundzüge, S. 165. GRGA. 2. S. 158.; 著作集 2, 172 頁。
- (32) Lassalle, Über das Verfassungswesen, in: Gesamtwerke (2. Bde.), Bd. 1, Leipzig o. J., S. 40ff. (S. 45f.)
- (33) Lassalle, a. a. O., S. 69.

(34) イェーリングにとっては「はじめにエゴイズムありき」であった。個人相互間の多岐にわたる利益闘争から、必然的に個人的目的と社会的目的との不均衡が生じた。この不均衡を清算するため、すなわち対立し合う個人的諸利益を社会的統一へ、「目的の一致」「Coinzidenz der Zwecke」へと導くためには強制が不可欠であり、そしてこの強制が最も強力な「社会秩序の梃子」「Hebel der gesellschaftlichen Ordnung」の一つとなる。したがってイェーリングにとっては、法は強制の体系としての意味があったのである。

(Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd. 1, 3. Aufl., 1893, S. 93ff.) イェーリングについては、Hansludwig Schreiber, *Der Begriff der Rechtspflicht*, Bonn 1966, S. 70ff.を参照されたい。

(35) Jhering, *Zweck im Recht*, Bd. 1, S. 249.

(36) Jhering, a. a. O., S. 320.

(37) Jhering, a. a. O., S. 323.

(38) 強制説を主唱した者として、ピンダー (J. Binder) やケルゼンが挙げられよう。この点に関して、Welzel, *Macht und Recht*, in: Hugelmann-Festschrift, 1959, Bd. 2, S. 833ff. および *Gesetz und Gewissen*, in: *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*, 1960, Bd. 1, S. 383ff. に詳しい。

(39) Radbruch, *Rph*, S. 176. *GRGE* 2, S. 310.; 著作集 1、219 頁。この部分については、ヴェルトツェルの解説と批判がある。前註の *Macht und Recht*, S. 814.

(40) このメルケルの所説は、ラートブルフが「適切な譬喩」として用いたことで不動なものとなっている。原典は、A. Merkel, *Holtzendorffs "Enzyklopädie der Rechtswissenschaft"*, 5. Aufl., 1890. とされるが、ここでは、「*Gesammelte Abhandlungen*," Bd. 2, 1899, S. 589. から引用した。メルケルは、実力による単なる命令は、ある男が相手にピストルを突きつけておいて、これが勘定だ、といて差し出すただの紙切れのようなものだ、といったのである。

(41) Radbruch, *RPh*, S. 177. *GRGE* 2, S. 310.; 著作集 1、219 頁。

## 2. 承認説 強制説のもっている如上の難点を回避しようと努めたのが、いわゆる「承認説」といわれる立場である。

歴史的・社会的妥当性論のこの第二の形態は、法の妥当性の根拠を強制にではなく、「承認」「Anerkennung」または「同意」「Zustimmung」にみるのである。すなわち法の支配下にある人々か、法による拘束の第一の根拠として法の妥当性を承認し、またはこれを同意していることが法の妥当性の根拠であるとみるのである。ラートブルフは承認説を「実力説に対する必要な修正の一つ」<sup>(42)</sup> といっている。だがこれはラー

トブルフが実力支配下にある人々の持続的な服従が強制のみによっては打ち立てられることはない、とみているからである。万一、法一般がイェーリングのいったように「力の政治」であったとしても、その政治の本質は、結局のところ「力が自ら賢明に制限を設け、その制限のなかで力が力に服従する者から正当なものとして承認されることを期待する」こと以外の何であろうか<sup>(43)</sup>。すべて実力 (Macht) なるものが究極的には精神的実力であり、自己の限界を物理的力 (Gewalt) のみに限らないものとすれば、この実力概念の分析は、もはや実力説の域を超えているといえよう。国家的実力は一種の相互関係であって、服従への準備を前提としている<sup>(44)</sup>。ラートブルフは、こうしてすべて持続的であることを欲する実力は、「服従する者が唯々諾々とはせよ、あるいは不承不承にせよ、それを承認することを」必要としている、という限りにおいて、承認説が正しいことを認めた<sup>(45)</sup>。

しかし、この「承認」という言葉はいかようにも理解することができた。承認説の一つは、法支配下にある各個人による個別的承認を (いわゆる「個別的承認説」“individuelle Anerkennungstheorie”)<sup>(46)</sup> を主張し、他のもう一つは、法支配下にある人々の圧倒的多数による承認を必要とする (いわゆる「総体的承認説」“generelle Anerkennungstheorie”)<sup>(47)</sup>。個別的承認説に対しては、この説に従うとすれば、法的拘束が本来法に従うべき者たちの恣意に拠って左右されることになり、その結果として、まさに法がはじめて自己を確証すべきところで、たとえば法律の違反によってもっとも明瞭にその承認を拒否する犯罪者に対して、その機能を停止することでこの説は無力である、とする反論があった<sup>(48)</sup>。しかし、ラートブルフはこの反論を斥け、この段階では個別的承認説を弁護している。すなわち、ラートブルフによれば、承認というのは意思力の作用ではなく感情の力の作用であること、またよいまたは悪いとみることが我われの自由でないように、何かを正または不正とみることが我われの自由でないこと、および我われが嗜好、良心および論理を自由に除去し得えないにもかかわらず、上の反論はこの点を誤認している<sup>(49)</sup>。犯罪

者ですら自己を規範に結びつける法感情を、規範に違背することによって、これを振り落とすことができないということを見過ごしている。犯罪者がまさに自己の犯罪によってその侵害した法の承認を表明することまで、しばしばある。すなわち、窃盗犯は自己の所有権を基礎づけるために他人の所有権を侵害し、したがって原則としては、所有権という法制度およびその当然の結果として、このような所有権の保護のために必要なあらゆるものを承認したことになるのである<sup>(50)</sup>。

ラートブルフのこうした議論は、「承認」という概念そのものに内在している問題点をすでに明らかにしたものである。承認説の主張者たちは、承認という言葉をついに「個々の法規範に対する意識的かつ実際的な心理学的事実」としてだけ理解することを許されなくなっているのである。こうしてビーリング (Bieling) は、承認という言葉をついに「意識的な意志もしくは確信」という意味だけではなく、「無意識的で不随意的な承認」“unbewusste, unwillkürliche Anerkennung” という意味にも考えたのであった<sup>(51)</sup>。さらに彼によれば、承認は法の個別的規範を対象とすることを、必ずしもまた無条件には必要とせず、むしろ「一種のたんなる間接承認」だけで充分とみて、この間接承認とは「他の任意の法規範の承認から直の必然的な論理的帰結であって、本来それは究極的根拠においては直接的な法規範承認に不可欠なもの」<sup>(52)</sup> にほかならないとした。ビーリングの所説の経緯から、個別的承認説が、承認という心理学的事実だけに拘泥せず、論理的帰結として承認しないわけにはいかない事柄をも<sup>(53)</sup>、間接的に承認したものと強弁していることが明らかになった。この立場がこうして、このような擬制に手をつけなければならなかったことは、とりもなおさず、この説が単に自然法の「契約説の新版」<sup>(54)</sup> に過ぎないことを示している。つまり、個人の「真の利益」なるものが彼によって欲せられた、と擬制するのである<sup>(55)</sup>。

如上の帰結を逃れようとして、承認を個人心理学的にみる代わりに社会心理学的に理解し、一国民の、その圧倒的多数の承認という点に目標を設定したとしても適わないであろう。その場合であっても、妥当性に



ついでこの学説がもつ特有の疑問は未解決のまま残る。すなわち、他の人々がある規範に従うからという理由で、その規範が何故に拘束的なものになるのか、その理由は証明されていない。多数者の利益に少数者が何故に拘束されなければならないのか、という問いには、総体的承認説は解答を与えることができないといえよう<sup>(56)</sup>。

## 註

- (42) Radbruch, Grundzüge, S. 165. GRGA 2. S. 156.; 著作集 2、172。  
 (43) Radbruch, a. a. O., S. 166. GRGA. 2. S. 158.; 著作集 2、172。  
 (44) Hermann Heller, Staatslehre, 3. Aufl., 1963, S. 191. ヘラーも主著において次のように述べている。「すべての主権者グループは、信頼を持続させるために、自分たちの法の基本命題を必要とし、かつ、このためにこの法的命題は支配される者を拘束する普遍的な義務付与力をもたねばならない」と。(S. 191.) さらに、「実際の実力的立場が、比較的に持続的な実力的地位になり、これによって広義にしる狭義にしる、一つの体制に成長するのは、実力保持者(権力者)の『決定』“Entscheidung der Machthaber”が、実力に服する人々の少なくとも一部分、それも実力構造にとって決定的な意味をもつ部分によって、……守られ、しかもその守られる理由が、その人々がその「決定」を当為的・規範的・もしくは拘束力のある規範として妥当である認めただからである、という場合に限られる。」(S. 277.) したがって、いかなる国家形態ないし統治形態においても、命令それ自体がそれだけで実定的「法価値」となることはない。なぜならば「実力は、周知のように命令が守られることによってのみ実証されるが、そもそも命令が守られるためには、常にそしていかなる支配形態においても、その命令が信頼できるだけの正しさをもっているということが、本質的に必要だからである。」(S. 222.)  
 (45) Radbruch, RPh., S. 177. GRGA 2. S. 311.; 著作集 1、220。  
 (46) いわゆる「個別的承認説」は、ラートブルフが適切に立証したように(Grundzüge, S. 167, GRGA 2, S. 159.; 著作集 2、174 頁)、近代においては、とくにピールリンク(Ernst Rudolf Bierling)によって、個別的承認説を唱えた最初の人、判明しているかぎりではヴェルカー(C. T. Welcker)である。ヴェルカーは、その初期の論文“Über die letzten Gründe von Recht, Staat und Recht”(1813)において、すべての実力は、たんなる強制をその根拠にすべきではなく、各個人の「言葉で示された承認もしくは暗黙の承認」を根拠にしなければならない、と主張している。(S. 81.) 同時にヴェルカーは、この承認をたんに思考の上で理念的に与えられているものとみなすべきではなく、実際

に「法の根本条件として確実に検証されなければならない」と力説している。(S. 81.) こうしたヴェルカーに関しては、H-L, Schreiber, Der Begriff der Rechtspflicht, S. 85 ff.; Welzel, An den Grenzen des Rechts (Die Frage nach der Rechtsgeltung), S. 7f を参照。

(47) いわゆる「総体的承認説」の最も重要な支持者として、Adolf Merkel, Georg Jellinek, Max Weber があげられよう。

(48) Radbruch, RPh., S. 177. GRGA 2. S. 311.; 著作集 1、220 頁。

(49) Radbruch, a. a. O., S. 177f. GRGA2. S. 311.; 著作集 1、220 頁。

(50) Radbruch, a. a. O., S. 178. GRGA2. S. 312.; 著作集 1、220 頁。

(51) Bierling, Kritik der juristischen Grundbegriffe. Bd. 1. 1877, S. 82.

(52) Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Band. 1. 1894, S. 46.他に Welzel, Macht und Recht, S. 833ff. (とくに S. 840.); Larenz, Das Problem der Rechtsgeltung, 1929, S. 10f. を参照。

(53) 原文は“was man folgerichtig nicht nicht anerkennen kann”「論理的帰結として承認しないわけにはいかないことがら」とあって、nicht が二つ重なっており、一見したところ奇異な感じを与えている。これは Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 1932, S. 80. に従ったものであるが、実はこの二重否定のままだが実は正しいといえよう。ところが E. Wolf はこの第 4 版、第 5 版、第 6 版を編集するさい、この二重否定の nicht を削ってしまった。そのため「論理的帰結として承認するわけにはいかないことがら」となり、この部分のラートブルフの主張が誤って伝えられることになった。

[訳者註 この点について、GRGA 2. S. 312 をみる限り、Arthur Kaufmann は Wolf の訂正を継承して nicht を削除している。]

(54) Radbruch, Grundzüge., S. 170. GRGA 2. S. 160.; 著作集 2、176 頁。

(55) Radbruch, RPh., S. 178. GRGA 2. 312.; 著作集 2、221 頁。

(56) 他に、Welzel, Macht und Recht, S. 840f. を参照。

#### 4. ラートブルフの哲学的妥当性論

##### (1) 方法論

以上のような経緯によって、ラートブルフは法の妥当性は決して個々の人間の擬制的承認を根拠とするものでも、多数の人間の同様な承認を根拠とするものでもなく、ただ法に服する人々の「真の利益」(das “wahre Interesse”) のみを根拠とするものであることを的確に指し示している<sup>(57)</sup>。しかし、これと共に、いくつかの規範的な観点が導入されることになる。ラートブルフは、法の妥当性の根拠を法理念という真の当為の

うえに置こうと努めている。ラートブルフは、自ら「哲学的妥当性論」“die philosophische Geltungslehre”を支持することを認めた。この理論の主たる関心は、実力保持者と実力に従服する人々との双方を同時に拘束する超経験的な理念を基点として、この理念から法の拘束性を演繹することである。ここでの問題は、「すべての個々の事例」に対する法の妥当性を証明することにほかならない<sup>(58)</sup>。

哲学的妥当性論の方法的原理は、第一に、まず「方法二元論」<sup>(59)</sup>にある。すなわち、現実と価値、存在と当為を峻別し、事実的なものから規範的なものを演繹することの不可能性を出発点とするのであって、言い換えれば、「当為命題・価値判断・評価 (Beurteilung) 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。価値の考察と存在の考察とは、独立な、常に自身で完結している円として並存する」<sup>(60)</sup>のである。

## 註

(57) Radbruch, RPh., S. 178. GRGA 2. S. 312.; 著作集 1、221 頁。

(58) Radbruch, RPh., S. 176. GRGA 2. S. 310.; 著作集 1、218 頁。

(59) この「方法二元論」については、特に「事物の本性」(Natur der Sache)との関係、すなわち「理念が素材に規定されること」(Stoffbestimmtheit der Idee)について考察がなされなければならない。Radbruch, RPh., S. 97. GRGA 2. S. 231.; 著作集 1、114 頁。

(60) Radbruch, RPh., S. 97. GRGA 2. S. 230.; 著作集 1、114 頁。

## (2) 「可変的内容を有する自然法」としての法理念

それでは、法の妥当性は理想の規範的な法理念だけを根拠とすべきなのであろうか？ もしそうであるとすれば、哲学的妥当性論は「自然法」とどこが異なるのであろうか？ 自然法もまた妥当な法を「正法」と等置し、法の拘束性を法の実定性と等しいと見ているのではないか？

しかし、ラートブルフは自ら展開した「法の目的理念」を、伝統的な自然法的理念から厳しく区別している。この両者の決定的相違を、ラー

トブルフは目的理念が客観的にして実質的な正規の矩をもつのではなく、相対主義の原理を根拠とするもの<sup>(61)</sup> であって、法の実証性を必要としている<sup>(62)</sup> のに反して、自然法は実定的な制度ではなく妥当であることを求めている点にある、とみる。したがってラートブルフにとっては、法妥当性の概念に属するものは、ただ法の規範性ばかりではなく、その規範性を補完する実定性もまたこれに属するものとしている。法の妥当性は、このために一面では価値要素を、多面では実力要素をどちらも自己の根拠としている。すなわち、妥当性においては現実的なものと規範的なものとが解き難く結びついているのである。それゆえ、伝統的な自然法論は、法的世界の二元性（自然法と実定法、または実質的自然法と形式的自然法）を否認しつつ、法の正当性と法の妥当性を等置しているという点で、根本的な誤りを内包している<sup>(63)</sup>。実際に、もし仮に法の目的と、法によって利用される必要のある手段とが科学的証拠によって認識できるものであるとすれば、法の実定性など問題ではなくなるであろう。科学的に認識された自然法から逸脱する実定法があるとすれば、その実定法の妥当性に対しては、いかなる正当性認容の根拠も見いだされないのである。このような実定法は—ラートブルフの表現を借りれば、「顕かにされた真理の前に暴露された誤謬のように」<sup>(64)</sup> 消滅するにちがいない。実定法の妥当性は、ただ「自然法が不可能であること」“Unmöglichkeit des Naturrechts”<sup>(65)</sup> によってのみ成り立ち得るものである。普遍妥当性と不変性とをもち、内容的にも明確な法命題を演繹しようとする試みは、すべて歴史的なるものの具体的な内容を見落としているのであり、したがって形式的な概念の脱殻とあいまいな普遍性から一步も踏み出してはいない<sup>(66)</sup>。そのときに応ずる正しさは、そのような試みから生まれた原理から演繹することは不可能であった。このような非歴史的自然法の教義に果敢に立ち向かったのが歴史学派である。歴史学派の提示した異議の正しさを、ラスク (Lask) は「余すところなく認識されたかのように思われている世間的な価値内容ですら—純粋にその内容だけをみるならば—歴史的現実の無尽蔵な内容の豊かさからは、

はるかに遠く離れた位置にとどまっている」<sup>(67)</sup> 点において正しく認められている。しかし、ラートブルフによれば、自然法に対して決定的な打撃を与えたのは歴史学派ではなくてカント哲学であった<sup>(68)</sup>。

ラートブルフ曰く、「カントの理性批判の示すところによれば、理性は既成の理論的認識、いつでも適用されうる倫理的、審美的規範を蓄えた兵器庫ではなくて、むしろたんに認識と規範とに達すべき能力にすぎず、解答ではなくて問題の総体である。それは、人が所与を取り扱う場合の立場の総体にほかならず、また与えられた素材を入れることによって、初めて一定の内容の判断ないし評価を下しうるところの形式の総体であり、与えられた素材に適用されて初めて一定の内容の判断ないし評価を下しうるところの総体である。」<sup>(69)</sup>

ラートブルフに従うならば、内容的に一定した認識または評価は、決して「純粹」理性の産物ではなく、むしろ特定の材質、特定の歴史的・空間的な文化や社会情勢に対して理性を適用することが常に必要である。認識や評価は、普遍的でも時空を超越しているものでもなく、むしろつねに一定の所与にのみ関係するものである<sup>(70)</sup>。この意味でシュタムラー (R. Stammler) は、正しくも旧式の不変的な自然法に対して、ただ「可変的内容をもった自然法」としての妥当な「正法」<sup>(71)</sup> の一つの形式をもってのみ相対したのであった<sup>(71)</sup>。法の理念もまた、法の形式、法の範疇以外のなものでもないのであるから、特定の基盤、すなわち実定法の根拠として「妥当せしめられる」<sup>(72)</sup> “hingelten” のでなければ、妥当なものとして、義務賦課的なものとして証明されることはない。法の理念が妥当性賦与に対して意味をもつのは、それが一つの対象、一つの実在に離れがたく附着しているときだけである。すなわち、法の理念は、現実への「附着」“Haften” によって初めて形態と色彩をもつことになり、その永遠の孤立から解放される。したがって、法の下においては、所与は法の理念に対して「基礎および舞台」<sup>(73)</sup> の用をする。現実はそのが法の理念を現実化するという意味をもっているとき、法となる<sup>(74)</sup>。

## 註

- (61) 相対主義については、Radbruch, Rph., S. 51ff また Der Relativismus in der Rechtsphilosophie, 1934. については GRGA 3. S. 17. ff.
- (62) Radbruch, RPh., S. 168. GRGA 2. S. 302ff.; 著作集 1、207 頁以下。
- (63) Radbruch, RPh., S. 108. GRGA 2. S. 241.; 著作集 1、127 頁。
- (64) Radbruch, RPh., S. 178. GRGA 2. S. 312.; 著作集 1、221 頁。
- (65) Radbruch, RPh., S. 179. GRGA 2. S. 312.; 著作集 1、221 頁。
- (66) この点について、Welzel, Naturrecht und Rechtspositivismus, in: Nidermeyer—Festschrift, 1953, S. 287. を参照。この論文は現在、ヴェルツェルの論文集“Naturrecht oder Rechtspositivismus?” 1962. この S. 322ff. とくに S. 330f.
- (67) Lask, Rechtsphilosophie, in: Gesammelte Schriften, Bd. 1, S. 284.
- (68) Radbruch, RPh., S. 106. GRGA 2. S. 240.; 著作集 1、126 頁。
- (69) Radbruch, RPh., S. 107. GRGA 2. S. 241.; 著作集 1、126 頁。
- (70) Radbruch, ebd. GRGA 2. S. 241.; 著作集 1、126 頁。
- (71) Stammler, Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, 1896, S. 183.
- (72) Lask, Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre, in: Gesammelte Schriften. Bd. 2, 1923, S. 32. いわく「妥当性に対して、また妥当性に関して妥当せしめるもの (Hingelten) でない妥当性は存在しない。」詳細は根 Lask, a. a. O., S. 58ff. を参照。
- (73) Radbruch, Grundzüge, S. 39. GRGA 2. S. 54.; 著作集 2、44 頁。
- (74) 同様の意味において、エムゲは主著で、真正なる規範と実際的な規定との中間形態として「混合規範」“gemischte Norm” について述べている。C. A. Emge, Vorschule der Rechtsphilosophie, 1925, S. 36ff. エムゲは、この混合規範をラートブルフとの関連において「すべての規定の意味」“Sinn jeder Bestimmung” と捉えている。(S. 53) 実際的な規定の意味における法は、エムゲによれば、それは単なる「社会学的基礎」であり、当為を「僭称する」一種の「規範尺度」にすぎない。(S. 28ff. S. 53.) したがって、事実たるものの真の規範性は、「その規定が一つの結果の原因としてのみ作用する場合には与えられず、その規定が拘束的なものをより高い洞察を根拠として秩序立てている場合、その規定が混合規範に対する理性的な認識根拠であると同時に、その経験的な認識根拠を成している場合においてのみ、与えられる。」(S. 38) ある実際的な規定の効力が生じているのは、この規定が「真に当為とせられた」規範と合致した場合に限られ、この場合、この当為とされた規範は、究極的には「先験的理性」、すなわちカントの意味における「実践理性の最高の前提」から演繹できるものとする。(S. 36, S. 38.) エムゲは、したがって「命令説」

“Imperativtheorie”を、規範をその実際の・社会学的根拠と同一視しているとして厳しく拒否し、いわゆる「倫理説」“ethische Theorie”を主張するのである。つまり「法は広義における道徳的なものの総体であり、したがって超実証的なものである」と。(S.34)

### (3) 法理念の構造と順位

ラートブルフは法理念のなかに、三つの構成要素をみている。すなわち「正義」、「合目的性」、「法的安定性」がそれである。実定法は、すべてこれらの理念要素にしたがって定められることが求められている。

#### その1. 形式的原理としての正義

正義は実定法の「価値基準」“Wertmaßstab”であり、立法者の「目標」である<sup>(75)</sup>。正義は真・善・美と同じく絶対的価値であって、他のいかなる価値からも演繹することはできない。ラートブルフは、客観的正義と主観的正義を区別している<sup>(76)</sup>。客観的正義については、まさにとり上げて考察するところであるが、何よりも先ず主観的正義とは、「たとえば真理に対する誠実のように、客観的正義に向けられている心情」<sup>(77)</sup>にはかならない。したがって客観的意味における正義は、たんに「道徳的な善の一つの現象形態」に他ならない<sup>(78)</sup>。

それゆえ正義について問題となるのは、個々の人間（たとえば正しい裁判官）の倫理的・人格的性格ではなく、一つの社会制度、たとえば公正な価値決定などにおける「人間の性状関係」である<sup>(79)</sup>。したがって、もし、倫理的善の理想が理想的な人間のなかに現れるとすれば、正義の理想は「理想的な社会のなかに」具現されることになる<sup>(80)</sup>。このような理由によって、正義は倫理に属するのではなく哲学に属する。正義の根拠は平等の思想である。平等の本質的内容をなすもの「等しいものは等しく、等しくないものは等しくなく取り扱う」<sup>(81)</sup>という命題であり、この限りにおいて平等は正義の核心である。

アリストテレスとの関連においてラートブルフは、正義を二種類に分けている。すなわち平均的正義と配分的正義である。平均的正義は事物

相互間の、たとえば労働と報酬との間、損害と賠償との間における絶対的平等であり、一方の配分的正義は、相異なる人々の取り扱いにおける比例的平等であって、たとえば負担能力を標準とする課税、功績と過失とに応じて与えられる賞罰等を指すものである<sup>(82)</sup>。ラートブルフは、配分的正義が「各人に彼のものを」“suum cuique tribuere”というローマ法の定式をもっとも適確に表現しているとして、このなかに法の理念が方向づけの基準とすべき「正義の原型式」“Urform der Gerechtigkeit”をみている<sup>(83)</sup>。平均的正义は、必然的に配分的正义を前提とするものである。なぜなら平均的正义は、ある法的関係に関与する複数の人間に対して、先ず配分的正义によって相等しい権利能力と取引能力が与えられた場合に、はじめて適用されることのできるからである<sup>(84)</sup><sup>(85)</sup>。

## 註

- (75) Radbruch, Vorschule, S. 24. GRGA 3. S. 142.; 著作集 4、52 頁。
- (76) Radbruch, RPh., S. 124. GRGA 2. S. 255.; 著作集 1、148 頁。
- (77) Radbruch, ebd. GRGA 2. S. 256. 著作集 1、148 頁。
- (78) 道徳的に善でありうるのは、「つねに一人の人間、人間の意思、人間の心情、人間の性格」だけであって、人間と人間の間の関係は、決して善であり得ない。RPh., S. 124f. GRGA 2. S. 256.; 著作集 1、148 頁。
- (79) Radbruch, Vorschule, S. 24. GRGA 3. S. 142.; 著作集 4、52 頁。
- (80) Radbruch, RPh., S. 125. GRGA 2. S. 256.; 著作集 1、148 頁。
- (81) Radbruch, RPh., S. 125. S. 168. GRGA 2. S. 256. S. 302.; 著作集 1、48 頁、206 頁。
- (82) Radbruch, RPh., S. 125. GRGA 2. S. 258.; 著作集 1、149 頁。平均的正义は、したかつて少なくとも当事者として二人の人間がいることを前提とした並列秩序の状態から成り立っている。これに対して、配分的正义は一種の上下秩序の状態から成り立っており、この状態の内部においては上位に位置する人間が下位に位置する 2 人またはそれ以上の人間たちに負担をおわせ、また利益を与える。したがってラートブルフは、平均的正义を「私法の正義」、「配分的正义を公法の正義」と解している。このことについて、Vorschule, S. 25. GRGA 3. S. 142.; 著作集 4、53 頁。
- (83) Radbruch, RPh., S. 126. GRGA 2. S. 258.; 著作集 1、149 頁。
- (84) Radbruch, ebd. GRGA 2. S. 258.; 著作集 1、149 頁。



(85)「衡平」(Billigkeit)もまた、それが個々の事例において、その固有の正しさ、すなわち「究極的には、しかし、やはり一つの普遍的法則にまで高められねばならない」固有の正しさを求める限りにおいては、正義の要求の一つである。(RPh., S. 127) 正義と衡平とは、「異なる価値ではなくして、統一的な法価値に到達するためのことなる道程」なのであって、どちらも統一的な法的概念形成を得ることを目標にしている。(RPh., S. 127) この両者の相違点は、ただ正義が実証的で普遍的な法的根本命題から演繹されるのに対して、衡平は具象的なもの、たとえば「事物の本性」から直観的に推理されるという点にある。RPh., S. 127. GRGA 2, S. 259~S. 260.; 著作集 1、150 頁~151 頁。

※この論文は、鈴木敬夫編訳『現代韓国の法思想』(成文堂・アジア法叢書 1、1982)、81 頁~114 頁において、日本で最初に紹介された。しかし、訳書はすでに初版から 30 余年が経過し絶版となっているため、訳稿を補正して、ここに新たに本稿を以て紹介することにした。