

〈研究ノート〉

ナチ生成期のエーリック・ヴォルフ — ラートブルフの反ナチ論考との対峙 —

鈴木敬夫

Summary

In critiquing the legal system of the Third Reich, German legal scholar Gustav Radbruch (1878–1949) posited “conflict of positive law” (*gesetzliches Unrecht*)^{*} as a key characteristic of the Nazi government. However, this “conflict of positive law” may, in fact, may be related to the concept of “legal certainty” (*Rechtssicherheit*) that Radbruch himself advocated, and furthermore, Radbruch may bear some of the theoretical responsibility for its incorporation by his protégé Erik Wolf (1902–1977) into the law-disregarding Nazi regime. On the whole, this essay inquires into the particulars of the legal positivist position that Radbruch upheld.

In his magnum opus *Rechtsphilosophie* (Philosophy of Law, 1932), Radbruch argued that a judge that should be “the servant of legal certainty” rather than “the servant of justice,” and strengthened the foundations of legal positivism, which asserts that “the law is the law.” According to Radbruch, “Justice is the second great task of the law, while the most immediate one is legal certainty, peace, and order... We despise the person who preaches in a sense contrary to his conviction, but we respect the judge who does not permit himself to be diverted from his loyalty to the law by his conflicting sense of the right.” This

clearly represents the naturalistic and positivistic tendencies, and the Neo-Kantian axiomatic tendency, in judicial methodology. However, in Germany after its defeat in World War I, the ideological values and ideals advanced by Neo-Kantianism did not provide a viable path to regaining ethnic pride. Julius Binder (1870-1939), whose ideas were originally rooted in Neo-Kantianism, was quick to change his position to the Neo-Hegelian philosophy of law in 1933 when the Nazis came to power, and stated that “the spirit of the German people is the concrete and universal foundation of the German state and its laws.”

The criminal law scholar Erik Wolf was one of those influenced by this mode of thought. Wolf clearly discarded the Neo-Kantianism that he inherited from his teacher Radbruch, interpreting the criminal offender as a type of person who harms the interests of “the people's community,” and arguing that whether or not to impose punishment should be based on the value judgments of the people's community. For him the sole standard for *Richtiges Recht* (“true law”), that is, the actual law governing the state, was the Nazi law of the Third Reich. Furthermore, he regarded judges, who Radbruch saw as “the servants of legal certainty,” as the “plenipotentiary of the people's community” (*Beauftragter der Volksgemeinschaft*), which must unquestionably support the Nazi rule of law.

At a time when freedom of thought and expression were severely restricted, Radbruch wrote numerous essays opposing the Nazi regime. Among them was *Cicero in German: On Johann von Schwarzenbergs Translation of De Officiis* [On Duties] (Cicero deutsch: Zu Johann von Schwarzenbergs Officien-Übersetzung, 1942), Which contains the following passage: “A tyrant, or a mad dog on the rampage: He who kills them is to be praised and honored.” Cicero was supporting the

assassination of the tyrannical Caesars, and Radbruch cited this viewpoint in this essay, while Wolf welcomed the rise of the dictator Hitler. What role did relativist theory play in the works of these three men?

目次

序. 価値に盲目的な人びと

I. 行為者本質論

II. 民族共同体の全権委員

III. ラートブルフの反ナチ論考二題……自分を支える者の口に鍵をかけ、その心を抑圧する暴君に、一人の暗殺者がしのび寄る (シュヴァルトツェンベルク)……

結びに代えて. ナチ法理念としての「名誉」

序. 価値に盲目的な人びと

法哲学者ラートブルフ (Gustav Radbruch, 1878~1949) の門人ヴォルフ (Erik Wolf, 1902~1977) が、ナチス時代に執筆した二つの論文、すなわち「ナチス国家の正当な法」(Richtiges Recht im nationalsozialistischen Staate, 1934)⁽¹⁾、「ナチス国家の法理想」(Das Rechtsideal des nationalsozialistischen Staates, 1934/1935)⁽²⁾は、ナチスの不法体制に法哲学的に与した論文として知られる。以下は、これらの論文が価値相対主義者ないし実証主義者の一面を有していたラートブルフの理論と、はたしていかなる関係にあるのかを素描し、とくに当時著されたラートブルフの反ナチ論文との関係を問うものである。

まず、論文「実体的決断主義——ナチズムにおける法哲学の機能について——」を著したロットロイトナー (H. Rottleuthner) は、つぎのように E. ヴォルフを断じている。1933 年以降、「きわめて激情的であったナチス支配体制の最初の数年に、周知の非合理主義をもって国家革命を祝い、本当の価値陶醉のうちに、新しい運動において最高の理念が実現さ

れているのを見た人びとであった。私はこのグループを“価値に盲目的な人びと”と呼びたい。それは通常の意味とまったく違った意味で価値に盲目な人びとであり、彼らの気高き背後にあるナチズムの真の現実をさらに認識することができなかった。そのうえ、1934年から38年にかけてこのナチズムがそのヴェールを引き裂いたにもかかわらず、彼らはその純粋な価値思考に固執し、それゆえ（彼らの価値から単なる離反としてしか、彼らの価値の倒錯としてしか分析する以外）ナチズムの現実を分析することができなかった。……このグループを代表する者は、E. ヴォルフ、ザワー（W. Sauer）、エムゲ（C. A. Emge）であった。彼らはすべて、短期間にせよ、長い期間にせよ、その支配体制への教養層から讚美歌を送った。彼らはその支配体制をなによりも文化的革新として解釈した。彼らは1933年のナチスの措置を、豊饒なる西洋の文化財から高尚な言葉を選んで正当化した」と⁽³⁾。

それでは、「価値盲目的な人びと」の一人に数えられたヴォルフの法理論とはどのようなものか。すでにヴォルフの周囲には、ナチス法理論に法哲学的基礎を提供したビンダー（Julius Binder）の新ヘーゲル主義が謳歌しており⁽⁴⁾、いち早くナチスの御用学者としてキール大学の学長に昇りつめた兄弟子ダーム（Georg Dahm）⁽⁵⁾が傍に鎮座していた。加えて、ナチ学長ハイデガーの腹心としてヴォルフはフライブルク大学法学部長に就任した⁽⁶⁾。このような環境の下で、ヴォルフはナチズムを受容する論文を著した。次の2論文は、1932年から33年にかけてナチスを迎えた彼の考え方を如実に表記している。

註

- (1) Erik Wolf, Richtiges Recht im nationalsozialistischen Staate, Freiburger im Breisgau Fr. Wagnersche Universitätsbuchhandlung 1934. この論文の拙訳が『専修総合科学研究』専修大学緑鳳学会、第26号（2018）101頁以下。
- (2) Erik Wolf, Das Rechtsideal des nationalsozialistischen Staates, ARSP Bd. 28 (1934/35), S. 348ff.
- (3) Hubert Rottleuthner, Substantieller Dezisionismus-Zur Funktion der

Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus, ARSP Beiheft 18 (1983), S. 32; 『法、法哲学とナチズム』H. ロットロイトナー編、ナチス法理論研究会訳 (みすず書房、1987) 50 頁。

- (4) ピンダーは「法規範としての名宛人は臣民ではなく裁判官である」とする。(Rechtsbegriff und Rechtsidee, Leipzig 1915. S. 190) このように、法を概念的に国民から切り離して、法を適用ないし執行する公務員にのみ関連させる見解は、まさに規範主体を裁判官とみる立場であって、法実証主義へと接近する立場である。竹下賢著『実証主義の功罪』(ナカニシヤ出版、1999) 105 頁。
- (5) ダームは、ラートブルフの筆頭弟子として知られる。この師弟関係について常盤敏太の証言がある。日本の門人常盤敏太は、「…ダームが今を時めくキール大学教授として招聘されるまで、ラートブルフがみたダームの地位および経済上の面倒は、至れり尽くせりのものであった。…それが何故に師に弓を引いたか。…これは時代が彼を無理やりに英雄にしたというより説明のしようがない」と記した。常盤敏太「ラートブルフを中心として」(1934)、鈴木敬夫編『ラートブルフ・魔笛の刑法』(鳳社、1977) 253 頁。なお常盤敏太の著作がもつ戦時下の一面について、拙論「戦時期における相対主義の受容と変容…G. ラートブルフの所説をめぐって」『専修総合科学研究』前掲第 23 卷 (2015) 25 頁以下を参照。
- (6) Hugo Ott, Martin Heidegger-Unterwegs zu seiner Biographie, Frankfurt /New York: Campus Verlag, 1992 (Reihe Campus; Bd. 1056), S. 226.

I. 行為者本質論

ヴォルフには、刑法分野の論文「行為者の本質に関して」(Vom Wesen der Täters, 1932)⁽⁷⁾、「刑法改正の危機と再建」(Krisis und Neubau des Strafrechtsreform, 1933)⁽⁸⁾がある。さらに既述したナチス国家に対して法哲学的基礎を与えたとされる論文「ナチス国家における正当な法」、「ナチス国家の法理想」があげられる。これらは、実証主義を説いたラートブルフの理論的影響を否定できなくはないが⁽⁹⁾、どちらかといえば、むしろヴォルフ自らが国家主義的なナチズムに親近感をもって構想し、真に「総統」を指導者と「確信」して執筆したのではないか、と思われる節が随所に展開されている。それは、以下に素描する彼のナチス国家論を垣間見れば判然とするであろう。

まず、別に掲載した拙訳論文のいわゆる「ナチス的な裁判官の理想」を念頭に、ナチスにとって理想とされる裁判官が、いま判決を迫られた場合、彼は行為者ないし犯罪者に如何に対処し判決すべきか。その結論を先取りしよう。ヴォルフは、犯罪行為者を「民族共同体の利益を害する者」の類型として把握し、科刑は民族共同体における価値判断に立脚すべきことを力説して、ナチ政権下の判決に大きく貢献したのである。いま彼の刑法観にみる可罰論を概観して、それが「ナチス国家の法理想」に連なる行程を探ろう。

ヴォルフは、G. フッサール (G. Husserl) の影響の下に論文「行為者の本質に関して」(Vom Wesen des Täters) を著し、刑罰を科される対象者の本質に、「情操頹落」(Gesinnungsverfall) という観念を提起している⁽¹⁰⁾。ヴォルフにとって、人間は法的共同体の形成主体であり、共同体の法規範を遵守する法的人格者にはかならない。人間によってなされるさまざまな意思活動、その連続性、統一性、人格性つまり「情操」(Gesinnung) が、法を遵守する性質を有するときに、人間は法的人格者としての適性をもつとされる。換言すれば、「法に合致する情操」(rechtliche Gesinnung)こそが、人間をして法人格者たらしめる。もし情操が法に背反するとすれば、彼は法的人格者たる地位から脱落することになる。ヴォルフは「彼の法的情操が突発的あるいは継続的または部分的かつ全体的な頹落の傾向を示顕する者」が犯罪行為者であり、彼は「法的人格者たるべき一切の態度に乖離し、墮落を重ね、やがて頹落し(verfallen)、もはや法的存在者たりえない」⁽¹¹⁾という。この理論は、人間の「内的傾向」に注視し、法的共同体への寄与を人格と結びつける実質、いわば彼の法的生活の実質的先験性 (die materialen Aprioritäten des Rechtsleben) の面から行為者の法的概念を把握しようとするものである。まさに法的共同体の成員に先験的に観念される頹落可能性 (Verfallsmöglichkeit) を刑法的概念にまで高め、刑罰賦科の対象者の本質に据えることを意味する⁽¹²⁾。

この「行為者本質論」では、明らかに行為者主義の原理が前面に押し

出され、行為主義と罪刑法定主義の破壊が現実のものとなろう。まさに情操頹落者に対する評価と段階づけが、およそ裁判官に開かれたものならざるを得ないからである。情操頹落論には権威主義刑法への展化がみられる。ヴォルフの「ナチス国家の法理想」論にいう「民族共同体の全権委員」としての裁判官の権威は、いきおい民族共同体のもとにおける行為者概念に反映され、その行為者類型は、民族共同体利害を害する者の類型如何に把握され、科刑は民族共同体における価値体系に立脚した裁量を促す。その結果、終に行為者類型は一元的なものに還元されてしまい、ナチズムの立場から価値判断され、民族直観に反する人格的存在であることが科刑の根拠になる⁽¹³⁾。ヴォルフはいう。「民族社会主義国家では、犯罪は、第一に抵抗と反逆として現れる……行為者は不服従な法的共同体の成員であり、彼の法的情操の頹落が非難される」とし⁽¹⁴⁾、そして「被害者の同意を正当化事由から抹消すること」⁽¹⁵⁾を要求している。この立場は、罪刑法定主義の廃止へと繋がるものであった。こうした裁判官の営為は、ナチス国家を敵視する一切の行為に対する判決に如実に表れたことは、後の人民法廷の判例がその典型であったといえよう⁽¹⁷⁾。

註

(7) ヴォルフの主著ともされる『行為者の本質に関して』(1932)は、わずか36頁の小冊子ある。この前年に記された「構成要件該当性の類型」(Typen der Tatbestandsmäßigkeit, 1931)がある。これらの先行研究としては、大谷實「人格責任論の準備的研究——Erik Wolfの見解を中心として」『同志社法学』第73号(1963)21-49頁。さらに同著『人格責任論の研究』(慶応通信、1972)99頁以下が挙げられよう。筆者はヴォルフの人格責任論の難解な原文について、大谷實教授から懇切なご教示を得ている。拙論「ナチス国家における正法」について…エーリック・ヴォルフ没後40年…」『札幌学院法学』第34巻第2号(2018)1-60頁、とくに9-21頁以下。

(8) 林鳳麟は早くも1934年に、この論文は「個人主義的自由主義的要素を排して、民族国家的権威主義的要素を刑法の根本精神に取り入れ、国家(国民社会主義的)と人格者を刑法の基礎価値として、すべての刑法上の基礎観念(違法性、責任、保護法益、刑罰の目的等)を此の二者の関係において観念すべき

ものとなすものである。…我々はさらに広い立場からヴォルフの思想を批判すべきであろう」と批判した。同「エリク・ヴォルフ 刑法改正の危機と再建」『法政研究』第4巻第2号（1934）12頁。

- (9) ラートブルフは、自らの「相対主義が、実証主義と結びつく」ことを前提としている。Radbruch, Der Relativismus in Rechtsphilosophie, 1934, GRGA III, S.18.
- (10) ヴォルフの行為者本質論がフッサールから影響を受けたものとする立場について、大谷實教授は、独自の見解を展開している。つまり、フッサールが「法を認容する意思情操の頹落」(Verfallen der rechtbejahenden Willensgesinnung)は、「法の頹落」を意味し、「犯罪を法の頹落現象として認識している」ことを指摘して、これは「行為者人格の頹落」を以て情操頹落の本質とは解していない、という。フッサールとヴォルフとは、この点で立ち位置を異にするというものである。G. Husserl, Recht und Welt, 1929., S.123-128, S.142; 大谷實前掲「人格責任論の準備的研究」34頁。
- (11) E. Wolf, Vom Wesen des Täters, S.26-27; 大谷實前掲「人格責任の準備的研究」32頁。
- (12) 大谷實教授はまさにこの点において、ヴォルフとボッケルマンの結節点をみている。Bockelmann, Studien zum Täterstrafrecht, II. Teil, S.122-127. 「ボッケルマンの人格責任論」『同志社法学』第64号（1961）120頁以下。
- (13) これが、まさにヴォルフの「行為者本質論」の帰結であるといえよう。彼が、時勢に便乗してナチ刑法に拍車をかけた経緯をはっきりと描写して、大谷實前掲『人格責任論の研究』112頁以下。ただ筆者は本稿では、「行為類型論」と必然的な関連にある「行為者類型論」に立ち入らない。ただ、行為類型と行為者類型は必然的な関連にあり、後者は論理必然的に前者を予定することになるが、しかし行為類型に該当させる、この「情操頹落者」に対する評価と段階づけは、明らかに「裁判官に開かれたもの」になったであろうことを指摘するだけに留めたい。
- (14) E. Wolf, Tattypus und Täterttypus, 1936, ZAkDR, S.362. 大谷實前掲『人格責任論の研究』110頁。
- (15) E. Wolf, Krisis und Neubau der Strafrechtreform, 1933, S.38.; 前掲カウフマン「法哲学とナチズム」15頁。
- (16) 常盤敏太著『ラートブルッフ』（鳳社、1967）100頁。いわく「ナチ刑法は、意思主義刑法と危険主義刑法との立場を混淆し、他方、応報主義をゲルマンの瀆罪感・道義観より復活させながら、その当然の帰結たる結果主義を排斥する等、ナチ刑法は刑法として生まれたのではなくして、暴君の恣意の剣として造られたという感を深くする」とは、当時ドイツに滞在した者のナチスに対する証言である。

(17) Helmut Ortner, Der Hinrichter Roland Freisler-Mörder im Dienste Hitlers, Normen Verlag, Frankfurt am Main 2014, S. 173ff.; ヘルムート・オルトナー著『ヒトラーの裁判官 フライスラー』須藤正美訳(白水社、2017) 168頁以下。ここには、「民族の名において」(Im Namen des Volkes) 人民法廷が言い渡した 5243 件の死刑判決のうちの主要な 10 判決が、「ささやかで罪のない体制批判に対する当時の狂信的な不寛容さの証として」揭示されている。これに対して、戦後 60 年間に於いて、ドイツ司法機関がナチ犯罪人に対して講じた措置は極めて軽いものであった。「ドイツ領内」に限って行われた犯罪(占領諸国での犯罪は除外された)に対して被疑者 17 万 2 千人、そのうち 3 万 6 千人が裁判にかけられた。ほとんどが「証拠不十分」で無罪となり、有罪となったものは僅か 6756 人である。そのうち謀殺罪を問われた者は 204 人で、終身刑を言い渡された者は 166 人、死刑の判決を受けたのは 6 人であった。ただ 4 人に死刑が執行されたに過ぎない。本田稔教授は訳稿を通じて、戦後ドイツにおけるナチ犯罪人処罰の驚くべき“不寛容な実像”を詰問している。「刑法によるナチの過去の克服に関する三つの論考」本田稔訳、『立命館法学』第 379 号(2018 年第 3 号) 141 頁。とくにトム・セゲフの論文「事件は幕を閉じた。しかし、まだ終わっていない。」(Tom Segev, Der Fall ist abgeschlossen-aber unvollendet, 2009)

II. 民族共同体の全権委員

別掲の拙訳ナチ下の裁判官像は、論文「ナチス国家における正当な法」に比し、わずか 1 年の後に展開されたものである。そこには、ナチスの冠をいただいた C. シュミットに傾斜した姿がみられる。彼は、シュミットの掲げる「国家それ自体が政治的な統一体であり、それはときに民族として、ときに国家として、ときに政治運動として現れる」とする所説に依拠して⁽¹⁸⁾、ラートブルフが「法的安定性の僕」とみた裁判官を「民族共同体の全権委員」(Beauftragter der Volksgemeinschaft) に位置づけて、これに確かな「権威」を付与している。これは、ビンダーが「法規範の名宛人は臣民ではなく裁判官である」とみる立場⁽¹⁹⁾、規範主体を裁判官とする国家主義的な見方に沿っているといえよう。加えて、ヴォルフのいう裁判官像は、「法的等族資格」(Rechtsstandschaft) を有する、民族共同体の「法的共同体成員」(Rechtsgenossen) でなければならない

ことを強調した⁽²⁰⁾。そこにはラートブルフの相対主義における平等な法主体が担う「法的安定性の僕」とは、凡そ似ても似つかぬ権威化した裁判官像が示されている。

いわく「今日の立法者と政府との同一性によって、国家統治の指導原理による裁判官の権威主義的指導が確保されており、それが裁判官に対して、その自由裁量の枠内においても堅固なよりどころを与えるためである。まさにそれによって、総統の意思のあらゆる行為が法形式に表現されること、そしてそれによって民族に存在する法的安定性の欲求が充足されることが保証されている。その限りにおいて、ナチズム国家も“法治国家”なのである。しかし、それは理解しがたい多様な形態の、結局は無責任な立法者をもつ、形式的な実証主義の条文第一主義国家という意味においては、実体的な法治国家、すなわち実体的な民族と結びついた司法の国家である。このような国家にナチズム的な裁判官の理想像として出現するのが、民族共同体の全権委員である裁判官なのである。裁判官の自由は、恣意によっても、形式主義的かつ抽象的な法的安定性の原理によっても狭められることはない。むしろ制定法の中に表現された、総統によって体現される民族の法的直観によって揺るがぬ基準を与えられ、それによって必要であれば、制限される。我われはこの規制に信頼をおいてよい。というのも、抽象的な法の制定法形式が、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十分には、判決の独立性と安定性を確保できることはないであろうからである」と⁽²¹⁾。

ヴォルフは先の論文で「正当な法とは……第三帝国におけるナチズムの法のみである」と宣言し⁽²²⁾、正当な法の実践として、公益性と犠牲心を強調したのだった。「公益的な権利行使の要求は、法共同体成員の血の中で生き続けなければならない。まさに各人が法を愛することが必要であり、そのさい自らの権利を犠牲にする覚悟が必要である」と⁽²³⁾。この論文では、法命題を形づくる「権威」に「正当な法」を当てているが、「法理想」論では、総統によって体現される民族の法的直観、それによる

法解釈と適用の一切を「裁判官に全権委任」している。この立場は、キール学派と称された同じくラートブルフの門人 G. ダームの「実際には、どのような法律でも総統の決断による」から、「総統が唯一の立法者である」とする言説⁽²⁴⁾と軌を一にすること明らかである。そこには「法的安定性の僕」であった裁判官が、総統の意思に則して「法的安定性」ですら「排除する」(beseitigen) ことを是とする道が拓かれている。刑事司法手続きにおける「弛緩」(Auflockerung) の観念に身をおくことによって、ヴォルフは「法的安定性」の頸木から自由になった⁽²⁵⁾。それはすべての裁判官は、法の理念とされた法的安定性を放棄して「総統の意思」へ還元することを志向していたといえよう。

註

(18) ヴォルフは、シュミットから「国家は、決して民族から切り離して考えるはならない」を引いて、それを「道徳的理念の真実」に据えている。Carl Schmitt, Staat, Bewegung, Volk, 1933; Wolf, Das Rechtsideal des nationalsozialistischen Staates, ARSP.Bd. 28 (1934/35), S.356.

(19) ピンダーの国家主義的な裁判官論について、註(4)参照。

(20) ヴォルフはいう。法的等族資格がなければ「法的指導性」(Rechtsführerschaft) がなく、凡そ市民として共同体法に参画する資格がない。E. Wolf, Rechtsideal, S.361-362. このヴォルフの平等概念を排除する考え方は、シュミットの「平等」の代わりに「種族の同質性」(Artgleichheit) を採る立場と同一歩調にあった。Raphael Gross, Carl Schmitt und die Juden-eine deutsche Rechtslehre, Suhrkamp Verlag 2000, S.60ff., S.62; ラファエル・グロス著『カール・シュミットとユダヤ人 あるドイツ法学』山本尤訳(法政大学出版社、2002) 37頁以下、とくに39頁。

(21) E. Wolf, Rechtsideal, a.a.O., S.352.

(22) E. Wolf, Richtiges Recht, a.a.O., S.10.

(23) ヴォルフが、「正当な法」それ自体としての「公益」に向けて、人びとに「犠牲」を強要した問題を突いた研究、すなわち、Michael Stolleis, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, J. Schweitzer Verlag, Berlin 1974, S.34ff.

(24) Georg Dahm, Deutsches Recht, 1944, S.231. ダームのこうした「全体主義的」見解が公然と展開されているのは、Dahm, Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, ZStW Bd. 57 (1936), S.227ff. である。ダー

ムの主張とシュミットの具体的秩序思想は極めて酷似している。これを突いた佐伯千仞「刑法における所謂キール学派について(1)」『法学論叢』第38巻第2号(1942)286頁とくに301頁。そのみならず、ゲームの行為者刑法論がヴォルフと近似することになるのは想像に難くない。ゲームいわく、あらゆる犯罪の本質は、共同体に敵対する情操もしくは意思傾向の顕現 (der Hervortreten einer gemeinschaftsfeindlichen Gesinnung und Haltung) にあり、行為は単にその徴表的意義にすぎない、と。それゆえ「行為者の共同体からの墮落の徴表」がまさに“行為”にほかならない。Dahm, Verrat und Verbrechen, S.284-294. 佐伯千仞・前掲297頁及び大谷實前掲『人格責任の研究』115頁参照。

(25) ここにいう「弛緩」の観念はリューピングにとって「弛緩」の概念は、総統によって要求された「社会の維持という目的のための判決発見の弾力性」(Elastizität der Urteilsfindung zum Zweck der Erhaltung der Gesellschaft) というテーゼが、形を変えて現れたものである。それは“法治国家を犠牲”にした「手続きの簡略化」によってなされる。たとえば、1942年3月に実施された「司法の簡略化に関する総統命令」Erlaß des Führers über die Vereinfachung der Rechtspflege (RGB l. I S. 139) が代表的であろう。これが同年8月になると、「刑事司法の一層の簡略化のための命令」Verordnung zur weiteren Vereinfachung der Strafrechtspflege (RGB l. I S. 508) となって具体化している。Hinrich Rüping, “Auflockerung” im Strafverfahrensrecht-Grundsätzliche Entwicklung zwischen Liberalismus, “deutschem Gemeinrecht” und Naturrecht, ARSP Beiheft 18, S. 65ff., S. 68; ヒンリッヒ・リューピング「刑事手続きにおける『弛緩』—自由主義と『ドイツ普通法』と自然法との間における原則的展開」(園田寿訳)、前掲『法、法哲学とナチズム』96頁以下、101頁。本稿の刑事司法手続きにおける「弛緩」の観念については、H. リューピングの所説に負っている。

Ⅲ. ラートブルフの反ナチ論考二題…自分を支える者の口に鍵をかけ、その心を抑圧する暴君に、一人の暗殺者がしのび寄る (シュヴァルツェンベルク)…

当時において、如上のヴォルフの著作は、ラートブルフの著作と真っ向から対峙して著されたものである。ダームとヴォルフが強調する法実証主義の不法な実像を目の当たりに見て、ラートブルフは間髪入れず反ナチ論文を以て挑戦し、その危険な権威主義法制に警笛を鳴らした。とくに門人のダームが刑法改正作業に関わって「権威」化を掲げ、「人種的に把握された民族共同体」を志向して「権威」化を先導している姿は、ラートブルフをして最早黙許すべきではないと決意させたといえよう⁽²⁶⁾。ラートブルフはかつて「法律学上の実証主義にとって、法は国家の恣意以外のなにものでもない」(1919)と述べたが⁽²⁷⁾、その「権威を有する一つの権力命令」(autritätiver Machtsspruch)⁽²⁸⁾が現実のものになったのである。ヒットラーが体制を固めた1933年に、ラートブルフは矢継ぎ早や3篇を書き下ろし、その不法性を糾弾している。すなわち、「権威刑法か社会的刑法か?」(Autoritäres oder soziales Strafrecht?, 1933)⁽²⁹⁾、「ファシスト的な刑法」(Faschistisches Strafrecht, 1933)⁽³⁰⁾、「刑法改革とナチズム」(Strafrechtsreform und Nationalsozialismus, 1933)⁽³¹⁾がそれであり、さらに続けて「法哲学における相対主義」(Der Relativismus in der Rechtsphilosophie, 1934)⁽³²⁾、「法の目的」(Der Zweck des Rechts, 1937)⁽³³⁾が発表された。

しかし、彼の反ナチ論文のなかでも、上掲とは趣を異にしたつぎの2篇は注目されてよい。思想や表現の自由が厳しい時代背景を映して抽象的な表現で、かつ間接的な描写を用いながら、行間に信教の自由、人間の平等、人間の尊厳、公益と正義など、時代を超えた法価値を鮮明に描いている。その2篇とは「ペーター・グンター 愚か者にして英雄」(Peter Günter—Narr und Held, 1911, in: *Elegantiae Juris Criminalis*, 1938)⁽³⁴⁾、および「ドイツ化されたキケロー ヨハン・フォン・シュヴァ

ルツェンベルクの“義務”の翻訳について」（Cicero deutsch Zu Johann von Schwarzenbergs Officien-Übersetzung, 1942）⁽³⁵⁾、⁽³⁶⁾である。以下でこの2篇を素描する。

まず、「ペーター・グюнター、愚か者にして英雄」という題名の論考は、ルターの正教の時代に、宗教的信念に基づいてキリストの神性を否定した一人の職人に対する不寛容な処刑を扱った論文である。無垢の者に対する死刑執行を扱ったこの1911年の論文が、『刑事法抜粋』（Elegantiae Juris Criminalis）の初版（1938）に掲載された。ラートブルフが敢えてナチ全盛期の1938年に、旧稿を再び刊行した意図は何か。ここで問われるのは、人がキリスト教の三位一体（Dreifaltigkeit）を否定し、「キリストは人間だ」とする主張行為が神への冒瀆だと糾弾され、終に極刑に処せられたこの判例をどうみるかであろう。ナチスが思想、信条の違いによって敵味方を区別し、ナチを従容しない者を敵対視して強制収容所へ送り、時に処刑していた当時において、ラートブルフが27年の歳月を超えて改めて訴えなければならなかった意図を探らなければならない。ペーター・グюнターへの宗教裁判から、第三帝国下において時勢に迎合した大衆と「司法の同質化」（Gleichschaltung der Justiz）に靡いた裁判官等の実像を⁽³⁷⁾直視できるのであるまいか。この論文では、ルター時代には、無垢のペーター・グюнターが神を冒瀆した廉で断首され、ナチス時代には、民族への裏切り者と見なされた者は、総統を冒瀆した廉で処刑されたという史実が問われている。

1687年2月、リューベック（Lübeck）の鍛冶屋の徒弟の一人ペーター・グюнターは、居酒屋で口論したさい、四圍の仲間が神の御子キリストについて語ったさい、「我われはすべて神の子だ、キリストも我われとまったく変わりのない罪人だ、自分は三位一体を信じていない」と反論して殴り合いになり、救世主であるキリストに対して汚らわしい冒瀆的な言葉を吐いたとしてペーター・グюнターは逮捕され、裁判にかけられた。ペーター・グюнターの考えでは「キリストは神ではない。ただの人間に過ぎない。」「存在するのは唯一の神だ。神はたった一つであり、

それがすべてだ」というものである。三位一体の否定は、もとより偶像崇拜にかかわる。ペーター・ギュンは陳述で「ジェスイット (Jesuit) が最初に呪われた悪党を通じて、このような偶像を造り上げた」と言っておらず、「呪われた悪党であるジェスイットが、最初にイエス・キリストをかかえる偶像に創り上げた」“Die Jesuiter, die verfluchten Schelme, haben erstlich Jesum zu solchem Abgott gemacht.”と言ったに過ぎない、「自分は神を冒瀆した覚えもなく、冒瀆もしていない」と繰り返し訴えた⁽³⁸⁾。弁護士も「ペーター・ギュンターには、神を冒瀆する前提が欠けている。彼ペーター・ギュンターは、そもそもキリストの神聖を認めないのであるから、神の冒瀆者ではあり得ない」と主張した⁽³⁹⁾。口論に関った者たちへの尋問で、彼らは「他人から聞いたところによると、それは言ってみれば口論の最中にほとぼしり出たようなもの」と証言している⁽⁴⁰⁾。

ウィッテンベルクの神学科教授団たちは、かつての同僚マルチン・ルター (D. Martin Luthers) の思想を尊重するあまり、人びとに先立って、確固たる正統信仰の範を示すべきとする意見書を提出した。それによれば、ペーター・ギュンターは、悪意ある背徳者であり、三位一体の神以外のものを信ずる無神論者にほかならず、聖霊の冒瀆者であって神の冒瀆者である。よって刑罰を与えるべきだ、というものであった⁽⁴¹⁾。その後の法学科教授団による判決草案でも、ギュンターの居酒屋での発言には過度に斟酌していたという証拠はなく、理性が狂っていたとは認められない。尋問においても自己の主張をまったく変えていない。それ故ペーター・ギュンターを、神を冒瀆する言葉を吐き散らしたかどで、断頭の刑に処すべきである、と示された⁽⁴²⁾。

このような経緯の下で、愚か者で英雄であるペーター・ギュンターは、受容として死に就いた。しかし、ラートブルフはペーター・ギュンターを信ずるべきだ、という⁽⁴³⁾のである。ラートブルフは、論文の末尾に「リユーベックの人々は人を許すことを知らない」という諺を掲げた。これを第三帝国のナチストは許すことを知らない、読み替えることがで

きるかどうか。「民族及び国家保護のための大統領令」（Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat, 1933）以降、第三帝国の最盛期において、ナチ体制に逆らう者に対する残忍な刑の執行が日常化していた。この論文は、思想信条に不寛容なナチ体制に向けた問題の提起であり、かつ抵抗の意思表示ではあるまいか。

註

- (26) “Gesellschaft” Band X, Heft 3 (März 1933) に掲載された「権威刑法か 社会的刑法か」（Autoritäres oder soziales Strafrecht?, 1933）と題する論文は、権威刑法化するナチ刑法に対する批判のみならず、弟子ダームの言行を厳しく糾弾する論文となっている。ダームと F. シャッフシュタイン（Friedrich Schaffstein）の理論が、「権威的国家観」、「国民思想」、「ドイツ文化の伝統価値」、「民族共同体」なる思想を階級闘争の思想の対極として掲げている、と指摘する。この論文に描かれているダームからは、“法律は法律だ”とする思想から無防備にされたのではなく、むしろその主役であったことを知ることができる。この学術雑誌は、この論文を掲載した廉で発刊停止処分を受けた。Rabruch, GRGA VIII, Strafrecht II, S. 226-237.; 拙訳前掲『魔笛の刑法』35 頁以下；今日では『札幌学院法学』第 23 巻第 2 号（2007）109 頁以下に再掲されている。
- (27) Radbruch, Ihr jungen Juristen!, 1919, S. 13. 法律学上の実証主義、つまり「このような権力への偶像崇拜は、現実主義政治時代、権力国家の法律学上の部分現象を意味していた」と。H. Rottleuthner, a.a.O., S. 36.
- (28) Radbruch, Rechtsphilosophie, GRGA II, S. 321；邦訳『法哲学』222 頁；「意思と力」をめぐる価値判断の限界については、拙著『法哲学序説』（成文堂、1988）100 頁以下。
- (29) この論文は法律雑誌“Gesellschaft”の第 10 巻第 3 号（1933.3）に掲載されたが、この雑誌は本稿を掲載した廉で以後、発行停止処分を受けた。
- (30) Radbruch, GRGA VIII, Strafrecht II, S. 221-225.
- (31) Radbruch, GRGA IX, Strafrechtsreform, S. 331-335.; 拙訳「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。
- (32) Radbruch, GRGA III, Rechtsphilosophie III, S. 17-22.; 邦訳著作集 4 巻巻頭。
- (33) Radbruch, Der Zweck des Rechts, GRGA III, Rechtsphilosophie III, S. 39-50.; 前掲拙訳『魔笛の刑法』74 頁以下。
- (34) Radbruch, Elegancia Juris Criminalis (1938/1950), S. 130-140; GRGA XI,

S.395-409. (GRGA IV, S.236-245. Peter Günther der Gotteslästerer. Ein Lübecker Kulturbild aus dem Jahrhundert der Orthodoxie, 1911.) ; ナチ刑法が謳歌していた1938年に、ラートブルフは、この初版において宗教的不寛容の典型、冤罪者の「死刑執行」を扱った1911年の旧稿、“Peter Günther Narr und Held”を挿入し、国家権力による反ナチ確信犯に対する処遇、彼らへの極刑を問責したとみることができよう。この拙訳は45年前に邦訳紹介された。『札幌商科大学論集』第11号(1973)139頁以下。今日では、『札幌学院法学』第23巻第2号(2007)132頁以下に再掲されている。

(35) Radbruch, Cicero deutsch Zu Johann von Schwarzenbergs Officien-Übersetzung, GRGA XI, S.395-407 [Elegantiae, S.90-103].

(36) ナチ期に著された論文に「魔笛の刑法」がある。しかし、その出版が戦後にわたっているため、本号では取りあげない。Radbruch, Das Strafrecht der Zauberflöte (1946), GRGA IV, S.283-298. ; 前掲拙訳『魔笛の刑法』巻頭。

(37) K.D. Bracher, Die deutsche Diktatur-Entstehung, Struktur, Folgen des Nationalsozialismus, Köln, 4.Aufl., S.257; K. D. ブラッハー『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、1975)455頁。なおイデオロギーによる「強制的同質化」については、S.270ff. ; 邦訳447頁以下。

(38) Radbruch, Peter Günter der Gotteslästerer, GRGA IV, S.238-239 ; 拙訳135-136頁。

(39) Radbuch, Peter Günter der Gotteslästerer, GRGA IV, S.243 ; 拙訳142頁。ラートブルフは、弁護士の弁論に真摯な「信教の自由という思想への思い入れ」が読みとれるとして、弁護士が「かかる間違った信念は、いかなる体刑または法的強制力をもっても矯正されない。…なぜなら殊にこの誤れる良心がいくらかでも強制力をもっており、被告と分かち難く結びついているのであるから、この男は、自らの良心を犯さなければ三位一体を信ずることも、受け入れることもできないのである」と述べた一節を記録している。これは信教上の信念のみならず、思想犯ないし確信犯の「良心の自由」の礎であろう。

(40) Radbruch, Peter Günter der Gotteslästerer, GRGA IV, S.244. ; 拙訳143頁。

(41) Radbruch, Peter Günter der Gotteslästerer, ebd. ; 拙訳144頁。

(42) Radbruch, Peter Günter der Gotteslästerer, S.244 ; 拙訳144頁。

(42a) Radbruch, Peter Günter der Gotteslästerer, S.242 ; 拙訳140頁。

つぎは、1941年に著された論文「ドイツ化されたキケロー (Cicero deutsch) ヨハン・フォン・シュヴァルツェンベルクの“義務”の翻訳に

ついて」（1941）である。1941年といえば、ナチス体制が不法な「法治」を先鋭化させた時期である。すなわち、ヨーロッパにおけるユダヤ人全体の運命を決する『委任命令』（TMWC）⁽⁴³⁾が下され、かの「司法の簡略化に関する総統勅令」（1942）が施行されて、ラートブルフの掲げた民主主義法治国家の法の理念とされた「法的安定性」が、総統によって完全に掌握された時代であった。

キケローの思想について、共和政ローマ末期のギリシャの政治家、哲学者の思想がナチスの時代にどのように扱われていたか、当時の文献から探ることは至難である。ただひとつ「ギリシャの暴虐」を扱った書物がナチスの禁書とされた史実がある。「近代ヨーロッパにおけるドイツ民族」・「後進国」がもつ「大海の神秘」への憧れ、すなわち紀元前期「ギリシャ人の破壊的光輝」への願望、そのドイツの「未知なる絶対的な力」を揶揄したバートラー（E. M. Butler）の『ドイツにおけるギリシャの暴虐』（The Tyranny of Greece Over Germany, 1933）が⁽⁴⁴⁾、ナチスによって禁書目録（1935）に掲載された。この一事からみても、人びとは、ギリシャ哲学書を開くことに躊躇していたと言えよう。まして、直接かかわらなかったとはいえ、暴君カエサルを支持したキケローの著作についてはなおさらである。いわば独裁者カエサルへの抵抗を促すキケローの政治姿勢は⁽⁴⁵⁾、たとえ「光り輝くもの」であったにせよ、ナチスにとっても決して好ましいものではなかったであろう。

こうした経緯からみて、ラートブルフが“ドイツ化されたキケロー”をテーマにすることが、いかに慎重でなければならなかったか。まさにキケローとカエサルとの関係を明らかにしようとするれば、まぎれもなく独裁者を成敗することの是非を問うことになる。遠くギリシャの昔であっても、なぜ暗殺が許されるのか、が問われる。ラートブルフは第三帝国が終焉に向かいつつあった1942年に、ヨハン・フォン・シュヴルツェンベルク⁽⁴⁶⁾の翻訳『キケロー 義務について』を題材にすることを通じて、いわゆる「公益と正義」を弄ぶ暴君に対する批判論を展開した。シヴァルツェンベルクはいう。「自分を支える者の口に錠をかけ、その心を抑

「圧する暴君に、一人の暗殺者がしのび寄る。」“einem Tyrannen, der seinen Ratgebern Schlösser vor den Mund gelegt hat und ihre Herzen unter einer Presse hält, nähert sich ein Mörder”と⁽⁴⁶⁾。自分を支える者の口に鍵をかける、すなわち思想・言論の自由を抑える者は誰か。

いったいシュヴァルツェンベルクとは、いかなる法学者であろうか。彼は16世紀という主権国家成立期におけるバンベルク刑事裁判令(1507年)の起草者であり、この法律によって皇帝カール5世の刑事裁判例(=カロリナ刑事法典、1532年)が生まれたことで知られる。彼は中世ローマ法学の近代化に貢献した卓越した法学者であった⁽⁴⁷⁾。またキケローの哲学書の翻訳をもってドイツ民族教育に多大な貢献をしている。この翻訳作業には、「ドイツのキケロー」を生み出そうとする努力が象徴されている⁽⁴⁸⁾。その翻訳出版にさいして、シュヴァルツェンベルクはキケローの原文に押韻格言詩と木版画(挿絵)、付記を添えた。とくに翻訳『義務について』は、当時の挿絵芸術の最高峰となった。その一つ、「拝金主義の裁判官”Taschenrichter”を取り上げた場面では、「全能の神よ、願わくば我らが我らのキリスト教統治において、金によって正義に反する行動をなすような有害極まりない人間から慈悲深く守られ、解放されますように」と付記している⁽⁴⁹⁾。当時において、新生の印刷技術とルターによる聖書の翻訳とその普及、さらに翻訳『義務について』の出版は、この時代の精神を支えていたといえよう。

法学者でもあり政治家でもあったシュヴァルツェンベルクは、領邦君主の最高官吏として領邦国家の成立に参画した。等族制的な帝国改革の先駆者として帝国統治院の一員でかつ官廷長官であった彼の政治綱領には常に新たに訴求される「公益」“gemeine Nutzens”の理念が据えられていた。そしてシュヴァルツェンベルクによる『キケロー 義務について』の翻訳書には、いたるところで「公益」が、“res publica【=レス・プブリカ、国家】”のドイツ語化に用いられていたことが明らかにされている。しかし、17世紀末期のドイツでは“res publica”の逐語訳である“Gemeinwesen”【=公共体】が根付いてはいたものの、これを表現すべ

きものがまだ存在していなかったといえよう。すなわち、いわゆる国家というものが存在していなかったのである。ただ民衆の幅広い集団的な国家意識は萌芽の段階にあった。皇帝、帝国等族、領邦などが、相互に国家成立をめぐる争いを繰り広げていた時代である⁽⁵⁰⁾。

シュヴァルツェンベルクの政治姿勢は、キケローのカエサルとの関係に関する彼の解釈に表れている。カエサルは中世の政治的意識にとって、ドイツ皇帝の一番の先任者だった。シュヴァルツェンベルク自身、歴史的な予断なしに、カエサルのことを「皇帝ユリウス」と呼んでいる。翻訳『義務について』においてキケローは、世紀前44年3月15日のカエサル暗殺を思い浮かべつつ、こう書いている。「犯罪の中でも、ただ人を殺すだけではなく、親しい人間を殺すことより大それた罪がありえようか。それならしかし、ある人が親しい間柄にもかかわらず暴君を殺したとすると、この人は犯罪に関与したことになるだろうか。少なくともローマ国民はそう思わない。」^(50a) また翻訳『義務について』にある挿絵の一つは、甲冑をまとい、冠と笏を身につけた、協議中の堂々たるカエサルが描かれているが、翻訳者シュヴァルツェンベルクの立場は、まったく異なる。「公益」(Gemeine Nutz)への抑圧に対する反意をはっきりと示した。すなわち、キケロー自身がしたようにと、彼も挿絵に添えた押韻格言詩のなかで「暴君」カエサルに対して、手加減することなく批判を加え、「カエサルは侮って、公共の利益を抑圧した」と記した。しかもキケローと同様に、シュヴァルツェンベルクもカエサルの暗殺を、つぎのように是認した。「暴君と暴れる犬——それを殺す者は褒め称えられる。」(“Tyrannen und ein Hund, der tobt — Wer die ertödt, der wird gelobt”)⁽⁵¹⁾ この挿絵と格言詩の趣旨について、ラートブルフはつぎのように述べた。「これはまったく抽象的な暴君への嫌悪がこのようにさせたのかもしれない。しかし、カエサルのドイツ皇帝との関連性が誰にも周知のことであったことや、皇帝マクシミリアンとカール5世が、自らその様に結びつけられることを好んだことなどを考えあわせると、帝政を横目で見ずにそれを云々することはありえない。まさに格言詩や挿絵

は、シュヴァルツェンベルクの帝国等族的、領主国家的な反皇帝の立場から (aus Schwarzenbergs reichsständischer, Territorialstaatlicher Oppositionstellung) 説明されるべきであろう」と⁽⁵²⁾。

シュヴァルツェンベルクによって「暴君」に譬えられる社会の実相、「自分を支える者の口に鍵をかける暴君」が存在した社会とはどのようなものであったろうか。概して、中世の封建社会には、主権国家成立への産みの苦勞、いわば新しい法が定立され、古い法が廃止されるという新旧法制の更改に伴う葛藤がみられたであろう。その実相について、ラートブルフはつぎのように要約した。いわくシュヴァルツェンベルクの時代は、「民衆の幅広い集団における意識的な政治生活の目覚めによって特徴づけられる。一方の人びとが帝国の改革に努めれば、他方の人びとは成立しつつある領邦国家の職務に尽くした。一方の側で騎士が失ったものために戦えば、他方の側では都市共和国の市民に誇り高き自尊心が息づき、抑圧された農民層には不満が充満し、革命の兆しが見えていた。すでに包括的な国家意識も萌芽の段階にあった。……生き生きとした政治活動は、宗教闘争によって葬り去られ、宗教改革の助けによって、かの政治闘争から領邦国家の絶対主義の新たな形が生まれたが、これは市民の国家市民的意識の上に築かれたものではなく、臣下の受動的従順に基づくものだった」と⁽⁵³⁾。

混とんとした中世社会において、シュヴァルツェンベルクは、市民の国家市民的意識を固めるためには、その核心に、キケローの哲学、『義務について』を据えるべきことを思い至った。このことについて、ラートブルフは「ヘレニズム哲学にとって理想的な人物は、あらゆる重要な営みから、何よりも国事からも目を背むける賢者であったものを、キケローは倫理行為への、さらに国家への、決定的な転換を図った」と述べている⁽⁵⁴⁾。すなわちキケローは、“virtutis enim laus omnis in actione consistit”【=徳への賞賛は、すべての行為のうち存するからである】と。(『義務について』1巻6章19節)^{(55)①} さらに“et autem action in hominum commodis tuendis maxime cernitur”【=行為は人々の便益が守られると

きに、もっとも明瞭に認められる】（『義務について』1巻43章153節）^{(56)②}からである。ラートブルフは、キケローの所説を引いて、これをつぎのように実証している。「人間はしかし社会的な存在であり、単に必要に迫られて社会情勢に参加するのではなく、むしろ（ミツバチの群れの中のミツバチのように）“natura congregati”【=集団をなす本能がある】のである（『義務について』1巻44章157節）^{(57)③}「というのも、人間の本来は孤独な一人で放浪する種族ではなく、共同体や社会を求める傾向にある」（『国家について』1巻25章40節）⁽⁵⁸⁾もし、多くの者が（エピクロスがいう“lathe biosas”【=隠れて生きよ】）に従って国事にやむを得ず参加すると考えるならば、それはキケローにとって、“deserunt vitae societatem”【=生活共同体からの脱走ないし放棄】にほかならず（『義務について』1巻9章29節）^{(59)④}、彼らにとって賞賛に値しないばかりか、不名誉なことである。（『義務について』1巻21章71節）^{(60)⑤}「すべての社会的関係の中で、最も重要なものは、国家と我われ一人ひとりの間の関係である。我われにとって、親は大切、子供、親族、友人は大切であるが、しかし、あらゆる人々が大切に思うそのすべての関係を祖国はただ一つで包括している。祖国のためならば、良識のある人物の誰が死地に赴くのを躊躇するであろうか。」（『義務について』1巻17章57節）^{(61)⑥}「祖国を守り、助け、繁栄させた者は永遠の至福と生を享受する。」（13章13節）^{(62)⑦}「この国家に対する献身は、人の義務（virtus【=徳】）であり、功名心ではない。」（19章；23章）^{(63)⑧}ラートブルフはいう。「キケローは国家生活への積極的な参加を、存在の最も深い位置に根付かせた」と⁽⁶⁴⁾。

「道徳的であること」、「名誉であること」に絶対的な価値をおくキケローの立場は、国家成立を目途とする王道であったといえよう。いわく、“est nihil utile quod idem non honestum, nec quia utile honestum, sed quia honestum utile”【=不名誉なことに有益なことはない。また有益であるから名誉に値するのではなく、名誉に値するからこそ有益なのである】（『義務について』3巻30章110節）⁽⁶⁵⁾。これを、ラートブルフは「正義

に反するものは、見せかけの有益でしかありえない”(—was der Gerechtigkeit widerspricht, kann nur einem falschen Scheine noch nützlich sein.)”と読み替えている。こうして、キケロは対立するように見える二つの原則を併せもつ国家の定義に到達する。シュヴァルツェンベルクはキケローの国家論の一節、“est igitur res publica res populi, populosa autem coetus multitudinis juris consensus et utilitatis communione sociatus”【=国家とは国民のものである。しかし、国民とはなんらかの方法で集められた人間の集合ではなく、法について合意と利益の共有によって結合された民衆の集合である】(『国家について』De Re Publica、1巻25章39節)⁽⁶⁶⁾に、在るべき国家像をみている。まさに「名誉あること」から「国家」への道が拓かれる。こうしてみると、シュヴァルツェンベルクを力づけたのは、この「名誉あること」(Ehrbarkeit)の特定であり、それが一方では「正義」(Gerechtigkeit)、他方では「有益」(Nutz)を有していることであつたにちがいない。翻訳『義務について』に付された挿絵〈目隠しされた四人の阿呆〉には、片方に「正義、名誉あること」、他方に「有益」が対置されている。格言詩は「正義であること、名誉あることは有益と結びついており、誰であろうと引き離すことはできない」と記されている⁽⁶⁷⁾。シュヴァルツェンベルクが起草した「バンベルク刑事裁判令」(第125条)に「正義への愛から、かつ公共の利益のために」(aus Lieb der Gerechtigkeit und um gemeines Nutz willen)と規定されたことは、この刑事法の理念をよく表記している⁽⁶⁸⁾。

なによりも「公共の利益」を尊ぶシュヴァルツェンベルクの思想は、翻訳『義務について』の刑法に関して述べた章(1巻25章88節、89節)で豊かに表現されている。それは、まず「寛怒」(Sanftmütigkeit/clementia)、温和や寛容は是認されるべきことの強調である。ただ“ut adhibeatur rei publicae causa severitas, sine qua administrari civitas non postest”(【=したがって、その結果、峻厳で必要に応じた正義、つまりそれがなければ国家の運営が成り立たなくなるような正義が、公共の利

益において欠けないかぎりにおいて、賞賛されるべきである】）この一節は、刑法の厳粛な適用に、「寛容さ」が不可欠であることを明らかにしたものといえよう⁽⁶⁹⁾。

改めてラートブルフは、《シュヴァルツェンベルク版キケロー》の言葉と銘打って、つぎの一節を掲げている。労をいとわず掲げよう。「しかし、すべての処罰と譴責は、不正（Ungerechtigkeit）（原語では“contumelia”【＝侮辱】）なく行うべきであり、刑罰を加えるものの利益のためにはなく、“ad rei publicae utilitatem”（【＝公共の利益のために】）行うべきである。また罰が罪より大きくなることや、同じ罪科であるにもかかわらず罰せられる者と召喚されない者があることは、防ぐべきである。怒り（Zorn）は刑罰で最も禁じられているものである。怒りを抱いている者が処罰に臨めば（逍遙学派の哲学者が好む）、過剰と不足の「中庸」（Mittel）を保つことはできないであろう。したがって私は、やはり彼らが怒りは有益であるとか自然であると褒めそやすことを止めるべきだと思う。というのは、怒りはあらゆる事柄において拒絶されるべきだからである。望むべきことは、統治者（国事を司る人びと）が怒りによってではなく、法律を以て公正な立場で刑罰や譴責を行うことである。」⁽⁷⁰⁾ また他の箇所、キケローは刑法の目的と実践を説き「公益と正義」についてふれている。そこには「正義」に“res publica”の翻訳として「公共の利益」が対置されているのである。また、刑法は不正であってはならないという要求が、“rei publicae utilitas”（【＝国家の利益】）の翻訳として「公共の利益」と対置されている。如上の刑法の理念から読みとれるのは、シュヴァルツェンベルクにとって、公益と正義、そして国家の利益は同価値的なものとして含意されていたことであろう。

如上で見てきたシュヴァルツェンベルクが引用した“キケロー語録”、「人間の義務」と「国家への献身」、「共同体からの逃避」と「不名誉」、「道徳的であること」、「名誉であること」と「公共の利益」と、「公益と正義」等などは、いずれもギリシャ時代ならずとも、中世においても国家市民の意識の表れ、胎動ではあるまいか。まさに「国家とは国民のも

のである。その国民とは、法についての合意と利益の共有によって結合された民衆の集合である」(『国家について』前掲註 66) は、新生国家を成立へ向かう市民の合言葉にふさわしい。当時において、新生国家の成立への市民の国家意識を受容できず、法改革に躊躇する弊風は、すでに許されない時勢にあったとみることができよう。都市国家から主権国家への移行に努め、刑事法の改革を進めるシュヴァルツェンベルクからすれば、中世刑事司法の悪習が、時には「暴君」として映ったにちがいない。『義務について』には、政治的性格は否定できない^(70a)。

いま、シュヴァルツェンベルクのいわゆる「暴君」をどのように理解すべきであろうか。本邦におけるシュヴァルツェンベルク研究の第一人者、若曾根健治教授の所説を掲げよう。キケローを引いていわく、「では、有用さ〔ウーティリタース〕は道徳的高貴さ〔ホネスタース〕を打ち負かしたであろうか。いや決してそうではない、ここでは道徳的正しさは有用さに続いていた。」といった、「有利だから高貴なものではなく、高貴だからこそ有利」とか、「道徳的に高貴なものこそなにもましてそれ自体のゆえに求められるもの」とあるのは、キケローにとって主題であった。そのさい、「道徳的に高貴なものはそのまま有利」であるのは、「共同体の有利性の無視こそまさに自然の理法〔ナトゥーラ〕に悖る行為といわなければならない。それは不正だからだ」と語るように、そのことが「自然の理法」(言い換えれば「万民法」〔ユース・ゲンティウム〕)に適っているからであった。このようにして「僭主を冒しても自然の理法に反することなく、殺すことさえ、高貴な行為」となる。キケローによれば、ホーネスタースとウティリタースとの一致は、「自然の法律」であるのみならず、「神の、また人の法律」の求めるところでもあった、と⁽⁷¹⁾。このように考えると、「共同体の有利性の無視」が「自然の理法」に悖る行為として問責されることになる。いわゆる「暴君」は自然の理法を、さらには「神の、また人の法律」を悖るもの、悖ることであるといえよう。広く傾聴されよう。

ただ、E. ヴォルフを「価値に盲目的な人びと」の一人に数えた H. ロッ

トロイナーは、ラートブルフが「歴史的な装いをしながら」暴君暗殺問題を提起したことを指摘して、つぎのように述べている。

「最後に、わたくしは 1942 年の ARST Band 35 への一つの寄稿に特に注目したい。それはわたくしの知るかぎりでは、ドイツにおいてナチス時代に出版されたグスタフ・ラートブルフの唯一の論文である。そこで、ラートブルフは歴史的な装いをしながら (historisch verkleidet) 暴君殺害の問題を引き合いに出しているだけに、いっそう驚きである。そこにはドイツ化されたキケローがいる。それは、「ヨハン・フォン・シュヴァルツェンベルクの職責 Officien の翻訳について」という寄稿である」と⁽⁷²⁾。

今日、「歴史的な装いをしながら」暴君殺害を提起したラートブルフのを、後の世の者は、いかに受け止めるべきであろうか。まぎれもなく命を賭けて著わされたものである。この「ドイツ化されたキケロー」論には、ラートブルフ自身の言葉ではなく、中世の法学者シュヴァルツェンベルクの言葉を借りて、それも具体的に実在したであろう封建君主などを暴君に見立てて対象にするのではなく、むしろ、広く社会改革に消極的な弊風に焦点を当て、それを廃絶すべき対象に据えた「暴君と暴れる犬」が描かれている。この間接的な記述の狙いは、シュヴァルツェンベルクが、キケローの尊ぶ「正義と公益」を実現するために、人びとは人間としての本来の「義務」をまっとうすべきで、「自然の理法」を尊貴しなければならない、と訴えたかったのではあるまいか。そしてラートブルフが“ドイツ化されたキケロー”に託したものは、在るべき国事から逃れる「不名誉な」者を排し、国民の国家に献身することを「人間の義務(徳)」とする者の出現ではなかったか。「道徳」と「名誉」兼ね備えた「国民」であれば、主権者の口に鍵をかける暴君を駆逐することができるであろうからである。歴史的な「装い」の陰には、確かな反ナチ思想、独裁者暴君を忌避する思想が潜んでいたといえよう。この論文に至るまで、ラートブルフが「法哲学における相対主義」(Der Relativismus in der Rechtsphilosophie, 1934) で「自然法」, 「人間の権利」を提起してか

ら8年が経過していた。

註

- (43) Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Bd.26, S. 266f.
- (44) E.M. Butler, *The Tyranny of Greece Over Germany: A Study of the Influence Exercised by Art and Poetry Over the Great German Writers of the eighteenth, nineteenth and twentieth centuries* (Boston: Beacon Perss, 1958; 1935), p. 8-9. : ピエール・グリマル著『キケロ』高田康成訳(白水社、1994) 162-163頁。
- (45) Pierre Grimal, *Ciceron* (Collection QUE SAIS-JE? N° 2199 : 前掲邦訳グリマル『キケロ』119-120頁。そればかりか、カエサルが暗殺された後、その単独執政官に昇ったアントニウスの言動に、カエサルの「暴政」の復活を予見したキケローは、元老院においてアントニウスに対する弾劾演説を4回にわたり行い、彼の政権基盤を揺るがした。これが今に残る演説集『フィリッポス王弾劾演説に倣って』である。その結果、キケローとアントニウスが敵対する政治構造が鮮明になった。ほどなくしてカエサルの養子オクタウィアヌスが表舞台に現れるや、所謂第二次「三頭政治」に移り、「追放・死刑処分」が布かれ、終にキケローは政敵として暗殺された(前43年)。しかし、このカエサル暗殺の支持や、アントニウスへの糾弾演説は、そのすべてが政治的な野望から出たものではなく、キケローの祖国への忠誠心、人間の徳の発露であったことは、最晩年の著作『義務について』から伺い知ることができる。
- (46) Radbruch, *Cicero deutsch*, GRGA XI, S. 402.
- (47) Radbruch, *Cicero deutsch*, a.a.O., S. 397. シュヴァルツェンベルクによる立法過程を実証的にあきらかにした、若曾根健治「シュヴァルツェンベルク」、勝田有恒、内山進編著『近世・近代ヨーロッパの法学者たち——グラウティアヌスからカール・シュミットまで——』(ミネルヴァ書房、2008) 50頁以下、若曾根健治著『中世ドイツの刑事裁判——生成と展開——』(多賀出版、1998) 462頁以下に詳しい。
- (48) Radbruch, ebd.
- (49) Radbruch, *Cicero deutsch*, a.a. O., S. 398.
- (50) Radbruch, *Cicero deutsch*, a.a.O., S. 401.
- (50 a) キケロー「義務について」高橋宏幸訳、『キケロー選集』9(岩波書店、1999) 288-289頁。なぜ暴君カエサルが暗殺されなければならないのか。その論拠をキケロー著『義務について』に求めるものが常道である。本稿では、比較的新しいアントニー・エヴァリット(A. Everitt, 1940~)の英語版(2001

年刊)、キケロー研究に長けた高田康成教授の訳述から引用した。それは核心部分を簡潔に記述しているからである。すなわち、CICERO A Turbulent life by Anthony Everitt, John Murray Ltd., London 2001; A. エヴァリット著『キケロー もうひとつのローマ史』高田康成訳(白水社、2006)がそれである。「諸々の義務を超える至高の義務は、国家に対する忠誠にこそ見出さなければならない。…だがカエサルに至っては、義務を果たすどころか、逆に減はずに及んだ。」(CICERO, p. 248; 訳 383 頁)「非難さるべきは、ガイウス・カエサルの厚顔無恥の振る舞いである。おろかにも至高の権力に心を奪われた彼は、それを獲得するためなら人間の法はおろか神々の掟までないがしろにしてはばからない。…人々を出し抜くことばかりを望めば、人は正義のなかでも最も重要なところを守ることが困難になる。すなわち公正が踏みにじられるのだ。」CICERO, p. 278-279; 邦訳 427-428 頁。なお、前掲『キケロー選集』9、「義務について」(高橋宏幸訳) 3 巻 22 章 83 節を参照。

- (51) Radbruch, Cicero deutsch, a.a.O., S. 402; 若曾根(前掲註 47) 60 頁。
 (52) Radbruch, ebd.
 (53) Radbruch, Cicero deutsch, a.a.O., S. 400.
 (54) Radbruch, Cicero deutsch, a.a.O., S. 339-400.
 (55) Radbruch, Cicero deutsch, a.a.O., S. 339.
 (56) Radbruch, ebd.
 (57)~(61) Radbruch, Cicero deutsch, a.a.O., S. 400.
 (62) Radbruch, ebd.
 (63) Radbruch, ebd.
 (64) Radbruch, ebd.
 (65) Radbruch, Cicero deutsch, a.a.O., S. 403.
 (66) Radbruch, ebd. (De Re Publica)
 (67) 若曾根健治教授は、この押韻格言詩は、ホネスタース(道徳的高貴さ)、ユースティティア(正義)、ウーティリタース(有用さ)の調和を示しており、キケローに由来するものであるとして、「ここでは確かに道徳的に高貴だが、ここでは有用さが役立つと考えて、自然によって結びつけられたものを誤って引き裂かんとするのは、ありとあらゆる欺瞞、悪行、犯罪の根源である」と説く(前掲註 47) 61 頁。
 (68) Radbruch, Cicero deutsch, a.a.O., S. 403.
 (69) Radbruch, ebd. キケローの言葉の一部が「正義」あるいは「不正義」の文言で書き直されている点が指摘されている。すなわち「峻厳で必要に応じた正義(Gerechtigkeit)が公共の利益には欠けてはならない」と「懲戒や刑罰はすべて不正義(Ungerechtigkeit)にわたらずになされなければならぬ」がそれである。この正義と不正義の行間に、寛容と不寛容が交差する。

- (70) Radbruch, Cicero deutsch, a.a.O., S.404-405.
 (70 a) 森谷宇一「キケロの『義務について (de officiis)』への一考究」『東北大学教育学部研究年報』第27号 (1979) 27頁。
 (71) 若曾根健治「シュヴァルトツェンベルク」(前掲註47) 60頁。
 (72) H. Rottleutner, Substantieller Dezisionismus, a.a.O., S.34. 前掲邦訳 53頁。

結びに代えて. ナチ法理念としての「名誉」

さて、別掲の拙訳「ナチス国家の法理想」の後半で、ヴォルフは「名誉」(Ehre)を「新しい法理念」として掲げ、独自の民族法論を展開している。これまでみてきたキケローの「道徳」を礎にした「名誉」の観念と、ナチス国家の法理想に据えられたヴォルフの「名誉」がどう異なるか、以下に略述し結びに代えたい。

ヴォルフにとって「名誉」は「民族共同体に奉仕する、民族共同体に責任感をもつ」者に固有な名誉である。「個人の名誉と全体の名誉は一つである。名誉ある共同体においてしか、個人はその正しい名誉を得ることができず、個人が名誉ある者として責任を負う共同体でしか、正しい共同体は形成されない。名誉に基づく民族の本質的特徴は、同時にその法の本質的特徴でもある。この特徴は血であり、身分であり、伝承である。」⁽⁷³⁾「民族性の血と種族の同一性の思想は…民族精神または民族の魂という言葉で置き換えられる。」⁽⁷⁴⁾「種が同一である法的共同体成員の内部では、身分によって法的地位が認められ…この意味における身分とは、神の秩序を意味するものであり、この秩序において創造の法則性が自ずと明らかになる。」⁽⁷⁵⁾「種には固有の伝承という宝がある。民族の名誉は歴史によって根拠づけられる。すべての歴史的な伝承が民族の伝承である。」⁽⁷⁶⁾

なんと貧弱な「名誉」であろうか。人種的な遺伝素質を自然の基底とする、この血と種族に因る極めて排他的な「名誉」こそが、異民族を差別し忌避できるナチストの自負心を育んだものであろう。法理念とされた名誉の観念を基軸に、ヴォルフは新たな法概念「法的等族資格」

(Rechtsstandschaft) を提起した。曰く「血、身分、そして伝統が民族共同体の名誉を根拠づける本質的要素であるならば、そしてその名誉が法の基礎を形成するのであれば、民族的、身分的、および歴史的な名誉の各要素から、市民身分 (Status Civitatis) が成り立つ」が、まぎれもなく「法的等族資格」なのである⁽⁷⁷⁾。もとより、「種が同一でない者」はこの資格を有することができない。「法的等族資格」者のみが「法的指導性の能力」を有し、その「指導性」によって国家が築かれ、「法はその文化的な異質性と異民族性を克服する」こととなる⁽⁷⁸⁾。この異様なヴォルフの「名誉」論が、当時ナチ化した官憲に及ぼした影響は計り知れない。民族裁判所のフライスラー (R. Freisler) が「民族の名において」(Im Namen des Volks) 下した判決は⁽⁷⁹⁾、誰もがこれを「民族の名誉において」下した判決と読み替えることがでよう。このことは1942年に、ラートブルフをして「ドイツ化されたキケロー」を著す一つの契機を作ったであろう。

最後に、筆者は、ヴォルフが「ナチス国家における法理想」を著してまもなく、彼は「告白教会」に身を寄せ、その後、「法神学」(Rechtstheologie) ないし「神人間学」(Theanthropologie) へと傾斜したことを記しておきたい⁽⁸⁰⁾。第三帝国が崩壊する直前、ヴォルフは『偉大な法思想家』(Große Rechtsdenker, 1944) を再版して、そこにシュヴァルツェンベルクを挿入し、その人と思想を詳細に展開した。ラートブルフは、ヴォルフのシュヴァルツェンベルク論を評価している⁽⁸¹⁾。戦後に至りヴォルフは『自然法の諸問題』(Das Problem der Naturrechtslehre, 1955) を著したが⁽⁸²⁾、かつてヴォルフが力説した「民族と種族、血」の所謂「人種的自然法」については、およそ触れられていない。顧みて、ナチス期のヴォルフと戦後の思想を架橋する論文は少ない。邦訳されたものとしては、「法人間学の諸問題」(Das Problem einer Rechtsanthropologie, 1966) が遺されたにすぎない⁽⁸³⁾。

註

- (73) E. Wolf, Rechtsideal, S.358.
 (74) E. Wolf, ebd.
 (75) E. Wolf, ebd.
 (76) E. Wolf, Rechtsideal, S.360.
 (77) E. Wolf, ebd.
 (78) E. Wolf, Rechtsideal, S.362.
 (79) H. Ortner, Der Hinrichter, S.173ff.; 註(17)邦訳167頁以下。
 (80) ヴォルフには『法思想と聖書的指示』(Rechtsgedanke und biblische Weisung, 1948)、『隣人の法』(Recht des Nächsten; Ein rechtstheologischer Entwurf, 1958)など、「法の神人間学」に関する著作が遺されている。拙稿「ナチス国家における正法について…エーリック・ヴォルフ没後40年」『札幌学院法学』第34巻第2号(2018)40頁以下に詳しい。
 (81) Radbuch, Cicero deutsch, a.a.O., S.396. (E. Wolf, Große Rechtsdenker, 2. Aufl., 1944, S.92ff.)
 (82) この書では、ラートブルフの相対主義における自然法の観念を明らかにした“Der Relativismus in der Rechtsphilosophie, 1934”を近現代におけるドイツ法哲学の資産の一つにみて、他の研究論文と並列して位置づけている。3. Aufl., 1966, S.163. なおヴォルフの「自然法論の諸問題」の抄訳紹介が、崔鍾庫による「E. ヴォルフの法思想」拙訳として、『札幌学院法学』第2巻第1号(1985)80頁以下。
 (83) ヴォルフの神学・人間神学における問題提起のなかで、ナチスに加担した彼の諸論文と最も立場を異にしているのが論文「法人間学の諸問題」であるといえよう。そこでは「隣人法」論を超越した「法終末論への移行の展望」(Ausblick im Übergang zur Rechtsschatologie)が詳述されている。すなわち、「神の慈悲深い審判による人間的な法への到来」論と「キリストの裁く恩寵による人間的な法の中の滞留」論である。この論文は、M. ミュラー教授の還暦記念論集、Die Frage nach dem Menschen. —Aufriss einer philosophischen Anthropologie, Festschrift für Max Müller zum 60. Geburtstag, hrsg. v. Heinrich Rombach, 1966 Freiburg, S.130ff. に収められている。この西野基継教授訳が『法経論集 法律篇・愛知大学』第95号(1981)83頁以下。

付記① ラートブルフの“Cicero deutsch”の解説について。筆者はラートブルフが底本とした文献、すなわちシュヴルツェンバルクによる翻訳『キケロー 義務について』を、彼が論文で掲示した引用、参考文献からみて、これを特定することができなかった。もとより「ドイツ語版」を

用いていると思われるが、ラートブルフが正確を期して随所に引用されているラテン語文からみて、原本“De Officiis”を座右に置いていたものと推測される。(ラートブルフによれば、シュヴァルツェンベルクはラテン語を解さなかったため、先ず助任祭司に原文を忠実に翻訳させた、と記している。S.397. 若曾根前掲註 47、48 頁) このような経緯から、拙稿においては、ラートブルフの原文に掲記されたラテン語文を【 】に括って日本語訳に努めたが、いまだ正確を期し難い。もとより先行邦訳『キケロ選集 9』(前掲)等を参照しているものの、いまま試訳の域を出るものではない。したがって、註(55)から(66)等に付した①②③…は、『選集 9』において、ラテン語の語句の前後に該当すると推測される箇所を指示した。すなわち、①『選集 9』(以下同じ)、138 頁、② 261 頁、③ 218 頁、④ 144 頁、⑤ 169 頁、⑥ 162 頁、⑦ 13 節、⑧ 19 章、註(58)『選集 8』38 頁、(66)『選集 8』386 頁などがそれぞれである。参照されたい。

付記② この拙論は、本号掲載の拙訳「エーリック・ヴォルフ：ナチス国家の法理想」に、訳者「あとがき」として添付するものとして予定されていたものである。都合により急遽、これを「研究ノート」として扱うのにさいして、その整合性を保つため、若干の補筆を施した。とはいえ、本文はもとよりサマリーにおいても、その文脈に齟齬がみられる。ご海容を賜りたい。

(2018.12.25)

※初校の段階において、若曾根健治教授からシュヴァルツェンベルクとその時代背景について、懇切なご教示をいただいた。記して感謝の意を表する。