

法の効力について
……G・ラートブルッフの哲学的効力論……

About validity of law

…… A Thought on Gustav Radbrunch's philosophical doctrine of validity ……

鈴木敬夫

Keifu SUZUKI

Subject of this essay:

This subject this essay is found in Chapter 10 of “Rechtspfphilosophie” (1973), Gustav Radbrunch's main work. In a passage introducing his main point, he says,

“But does not such a philosophical doctrine of validity necessarily identify identify the valid with the right law, the right with the valid law, positive validity with absolute validity? Does it not relapse into the errors of natural law, which denied the validity of wrong law just because it is wrong and ascribed validity to right law just

because it is right?

No doubt if the purpose of the law and the means necessary to attain it could be known with scientific clarity, the conclusion would be inescapable that natural law, once it was scientifically recognized, must extinguish the validity of positive law deviating therefrom, just as the disclosure of truth must extinguish the exposed error. The validity of demonstrably wrong law cannot conceivably be justified. However, any answer to the question of the purpose of law other than by enumerating the manifold partisan views about it has proved impossible — and it is precisely on the impossibility of any natural law, and on that alone, that the validity of positive law many be founded. At this point relativisms, so far only the method of our approach, enters our system as a structural element.

Ordering their living together cannot be left to the legal nations of the Individuals who live together, since these different human beings will possibly issue contradictory direction. Rather, it must be uniformly governed by a transindividual authority. Since, however, in the relativistic view reason and science are unable to fulfill that task, will and power must undertake it. If no one is able to determine what is just, somebody must lay down what is to be legal; and if the enacted law is to fulfill the task of terminating the conflict of opposing legal views by authoritative fiat, law must be enacted by a will which is able also to carry law through against any contrary legal view. "Justice is the second great task of the law, while the most immediate one is legal certainty, peace, and order."

But such cannot remain the last word of legal philosophy on the question of validity. Only this has been

established, that legal certainty too is a value and that the legal certainty which positive law affords may justify even the validity of unjust and inexpedient law. Not established, though, has been any absolute precedence of the demand of legal certainty, which is fulfilled by any positive law, over the demands of justice and expediency, which it may possibly have left unfulfilled. The three aspects of the idea of law are of equal value, and in case of conflict there is no decision between them but by the individual conscience. So the absolute validity of all positive law as against every individual cannot be demonstrated. It would indeed be miraculous if something real should have value and validity throughout. The individual conscience usually will, and properly may, deem an offense against positive law more objectionable than the sacrifice of the individuals own legal conviction, but there may be shameful law which refuses to obey.”

Radbruch, who used to advocate relativism of values, wrote, after experiencing the tragedy of Nazi Germany, a paper entitled “Injustice of the positive law and the law that surpasses enacted laws” criticizing positivism, which repudiated human rights, and indicating his fascination with the natural law. He says, “Relativism advocates universal tolerance but it should stop short of tolerating intolerance.” This essay discusses the degree of his receptivity to the natural law shown in his pet theory, “philosophical doctrine of validity”.

(Grundlegend Erik Wolf, Gustav Radbruchs Leben und Werk, Einleitung des Herausgebers, Rechtsphilosophie, 1973, SS. 17~77. und Zong Uk Tjong, Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch, 1967, SS. 58~75.)

個人の良心は、多くの場合、実定法に違反することを自己の法的確信を犠牲にすることよりも容易ならぬことと考えるであろうし、また考えてよい。しかし、良心が服従することを拒むような「邪悪の法律」もあり得る。(G・ラートブルッフ)※

目次

- 一・問題の所在
 - 二・法学的効力論の本質と限界
 - 三・歴史的・社会的効力論
 - (一) 強制説
 - (二) 承認説
 - 四・G・ラートブルッフの哲学的効力論
 - (一) 方法序説
 - (二) 「内容可変の自然法」としての法理念
 - 五・哲学的効力論の社会倫理的帰結
 - ① 法理念の構造と順位
 - ② 形式的原理としての正義
 - ③ 実質的正義としての合目的性
 - ④ 秩序原理としての法的安定性
 - ⑤ 法理念における諸原理の順位
- ……いわゆる「一般的承認説」の継承

一・問題の所在

G・ラートブルッフ (Gustav Radbruch, 1878～1949) の法哲学方法論において、解決を迫られている大きな問題の一つに「法の効力」(Rechtsgeltung)の問題がある。これは、彼の名著『法哲学』の第一〇章に位置づけられている。ラートブルッフは、この問題のなかに、いわゆる「規範的」法理念の現実化をみている。つまり、法における理

念と現実、拘束性と実効性とは、ともにその効力を共有するという点において、はじめて相互に結合するとみたのである。したがって、ラートブルッフは、G・イエリネック(G. Jellinek)に由来する定式にしたがって提示される法の効力への疑問を「事実的なものの規範性」として把握したのである。すなわち「どのようにして、事実から規範が生ずるか、意欲(Wollen)はそれが力ともなう場合には必然(Müssen)を生じさせることができるように思われるとしても、けっして当為(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ずるのか」という疑問である。¹⁾しかし、この疑問に対する確かな答えは、ラートブルッフによれば、「法的効力論」(juristische Geltungslehre)によっても、「歴史学・社会学効力論」(historisch-soziologische Geltungslehre)によっても、けっして与えられるものではない。なぜならば、これらの理論は両方とも、効力の問題に関する一面的な答えに満足しているからである。もし、確かな解答を得ようとすれば、まさに「哲学的効力論」(philosophische Geltungslehre)をとる以外に道はない。²⁾この理論こそが、法の効力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編み込み包摂しようとする一つの試みとして、ラートブルッフはみていたのである。

周知のとおり、ラートブルッフは方法二元論と相対主義を法哲学の方法的原理としてしている。以下では、これらの方法の原理が「哲学的効力論」をいかに根拠づけているか、そしてまた、ラートブルッフの法哲学体系のなかにおいて、これらの原理が「構成要素」としてどのように体系のなかに浸透しているかを究明しようとするものである。³⁾

※ Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 5. Aufl., 1956, S.181. (ラートブルッフ著作集1・『法哲学』田中耕太郎訳、東京大学出版会、二二三頁。以下では「Rechtsphilosophie」&「RPh.」, 著作集1・等と略記する)

註

- (1) Radbruch, Rechtsphilosophie, S.174 (著作集一・二一六頁)
- (2) この「哲學的効力論」に「ラートブルッフは、早くもその著書『Grundzüge der Rechtsphilosophie (1914)』S.159 ff. で詳細に展開しているが、さらに『Rechtsphilosophie (1932)』において、その本質的な内容について補填している。以下に『Grundzüge』と略記する。著作集2・『法哲学綱要』山田晟訳(一九六三年)。
- (3) この方法的原理の史的考察については、『方法二元論小考』、『価値相対主義小考』として、鈴木敬夫著『法哲学序説』(一九八八年、成文堂)一頁以下および六一頁以下に詳しい。なお、この改訂版『法哲学の基礎……ラートブルッフの法哲学』(二〇〇二年、成文堂)をも参照。なお本稿でとりあげるラートブルッフの「法の効力論」については、フライブルク大学時代に Prof. Dr. Erik Wolf および Prof. Dr. Zong Uk Tiong から多くの「教導を得ている。改めて感謝の意を表したい。」

二・法学的効力論の本質と限界

ラートブルッフは自らの法の効力論を、法学的効力論および歴史学的・社会学的効力論に対する批判的対決のうちこれを展開している。

まず、法学的効力論⁽⁴⁾の目標は、「法の領域を越えることなく、法の効力を証明すること」⁽⁵⁾にあったから、この理論にとっては、法というものは、ただ「意欲の意味」⁽⁶⁾「*Sinn des Willens*」⁽⁶⁾としてのみ考察の対象となった。法学的対象としての法は、それゆえ実際の命令としてではなく、その意味内容として、すなわち理想的な効力をもっている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とり出された命令の内容が、すなわち規範である。」⁽⁷⁾法学的効力論は「法学」のなかに一種の純粹な規範科学を認め、それを「法論的必然によって、法内容を効力のある何か、在るべき何か、義務づける何か、として」把握するのである。⁽⁸⁾

法を実際的な命令の意味内容として理解した場合において、法の効力の根拠を何におくか、という疑問から法秩序の階梯的構造という考え方が導きだされる⁹⁾。法学的効力論は、下位の効力を、その上に位する別の効力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効力の究極的前提について、その効力の根拠を問われた場合、たちまち行き詰まってしまふ。この壁を越えるために、この理論は法の体制を「自己の原因」として理解するか、または法体制の背後にあるものとして、一種の「基本規範」を仮説として前提にするか、どちらかの道をとることを強いられる。

法体制をもつて「自己の原因」とするテーゼをとる場合は、法学的効力論は決定的な矛盾に突き当たらざるを得ない。なぜならば、このテーゼを採用することは、純粹な規範的考察を放棄することであり、また、法体制を与する意志が現実のなかにあることを認めることであるからである¹⁰⁾。すなわち、基本規範自身は、実証的法規範ではありえない。しかし基本規範は、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ないから、ただ「最高の規範」として法学的思考のなかで仮定されているにすぎない¹¹⁾。したがって、基本規範なるものは、H・ヴェルツェル(H. Welzel)が力説しているように、「虚構の解釈図式」, *fiktiven Deutungsschema*”になつてしまふ、「この図式にしたがえば、どのような実定法であつても、つまり一般的に効力をもっているいかなる強制態勢であろうと、客観的な効力と規範的拘束力とをもつ体制として解釈されることになる。より正確にいえば、あたかも客観的な効力と規範的拘束力をもつた一個の体制が現実中存在するかのごとく解釈され得ることになる¹²⁾」この場合、決定的な力となるものは、なんら実質的な価値原理ではなく、実に規範決定力をもつた一つの権威のある意志であり、この意志は「いかなる恣意的な内容」も、法として設定することができるのである¹³⁾。

ラートブルッフは正しくも法学的効力論が「必然的にいつかはそれ以上溯ることのできない権威的意欲の事実性¹⁴⁾」

に突き当たるであろうことを教えている。したがって、この理論は「一つの規範の効力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、すなわち根本法規および全体としての法秩序の効力を明らかにすることはできない」¹⁷⁾のである。まさに、この理論においては「特定の法秩序のなかに捕らわれ、閉じこもっている」から、相対立する法秩序間の争いを公平に（客観的に）裁定できる位置にはいない¹⁸⁾。この理論は、道徳、倫理、法のあいだの「規範の衝突」、Normenkollisionen¹⁹⁾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、正統と改革との闘争『旧法と新法との闘い』(G. Jellinek)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的に表明する弁護人と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」¹⁹⁾ものである。ラートブルッフが述べているように、この理論は「自らを王と思いがっている狂人の命令に対しても、動かすことのできない根拠をもって、その効力を否認することもできない」²⁰⁾こうしてラートブルッフは、法学に対してその行うべき任務の対象を「法学以外の考察方法によって」²¹⁾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) 法学的効力論をもっとも詳細に研究し定式化したH・ケルゼン(H. Kelsen)であろう。ケルゼンの理論は一種の方法二元論から出発している。すなわち「一つの具体的当為について『なぜか』という問いは」と前置きして、ケルゼンはつぎのように述べている。「論理的に、常にもう一つの当為に帰結することができるだけであり、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, 1911, S.8.) 法の効力に関するラートブルッフとケルゼンの相違については、竹下賢教授の「規範的妥当論」がこれを尽くしている。いわく、存在と当為の二元論に立脚する規範的妥当論において、実定法の妥当の源泉である規範をどのようにとらえるかについて静態的类型と動態的类型との対立がみられる。ケルゼンは憲法の妥当を根拠づけるのは根本規範であって、定立作用と必然的に関

- 連する実定法秩序の場合、その根本規範は、動態的類型に従って構成されるが、ラートブルッフは、法の義務づける力は、法の理念に由来するとする静態的類型に属する根本規範論である。ラートブルッフにとって、法は、それが法理念の規範的要求に参与することによって、つまり、法理念の価値妥当を分かちもつことによって、義務づける力を獲得し、ないしは妥当すると説く。竹下賢著『法その存在と効力』（ミネルヴァ書房、一九八五年）一六三頁、さらに「規範的妥当論の限界」にふれて、一六七頁。つまり、ラートブルッフが法のなかに実効性を、法理念たる秩序の価値の現実化にみているのに対して、ケルゼンは存在と当為の区分を厳格に保持すれば、規範は一個の純粹な意味内容となる、と考えていたといえよう。
- (5) Radbruch, Grundzüge, S.15 (著作集2・『法哲学綱要』、一六七頁)
- (6) Radbruch, RPh., S.174 (著作集1・二一六頁)。他に、Kelsen, Reine Rechtslehre, 2.Aufl., 1960, S.3ff.も参照。H.ケルゼンは「この法を『行為の意味』(Sinn des Aktes)に理解しよう。
- (7) Radbruch, RPh., S.174. (著作集1・二一六頁)
- (8) Radbruch, ebd. (著作集1・二一六頁)
- (9) Kelsen, Reine Rechtslehre, 2.Aufl., S.228ff.の指摘は、Kelsen, „Was ist juristischer Positivismus?“, in: Jz, 1965, S.465ff. こうした法学的効力論については、R・シュライバー(R. Schreiber)の主張によっても、その特徴をみることが出来る。法実証主義者であるシュライバーは、法的規制の規範的妥当を meta-juristisch なものに依存させることを退ける。したがって、法の妥当は実定法内の規範の上下的論理関係ないし授權関係として説明される。こうした法的規則の位階(法階梯説 Stufen-theorie des Rechts)を遡上すると、憲法の規範的妥当に至るのであるが、憲法の妥当そのものは、シュライバーにとって所与であり、その基礎づけは法学を越えるものとなる。大橋智之輔「承認論の歴史的位置」、今井弘通編『法思想史的地平』(昭和堂、一九九〇年)八四頁。
- (10) Radbruch, RPh., S.175.他に、Radbruch, Grundzüge, S.159. (著作集1・二一七頁、著作集2・一六七頁)にみられるラートブルッフの批判も参照。
- (11) Kelsen, Reine Rechtslehre, 2.Aufl., S.197.以下では、この基本規範論をさらに発展させて、この規範をもって「同一の法体制に属するすべての規範に対して、それらの妥当性の共通の源泉になるもの、すなわち、それらの規範の効力にとって共通の根拠」であると述べている。

- (12) Radbruch, Grundzüge, S.159. (著作集2・一六七頁)
- (13) Kelsen, Reine Rechtslehre, 2.Aufl., S.9, 23, 47, 197. 基本規範の仮設的性格は、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、この点について、自ら理論を変更した最も新しい立場で、この規範が実際には擬制的な規範であることをはっきりと認めている。彼はそのなかで、基本規範に関する自分のこれまでの主張を放棄して、当為は「意欲の相関関係」, „das Korrelat des Willens“ でなければならぬ、としている。したがって、人が基本規範に従って思考するのは、「意思行為の擬制」, „die Fiktion eines Willensaktes“ であって、現実のものではないが、しかし規範の決定に与えることにはなる、と云う。詳しくは、Salzburger Forschunggespräch über „Das Naturrecht in der politischen Theorie.“ hrsg. von Franz-Martin Schmölz, 1963, S.119f.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. 基本規範の内容と「したがってまた全法秩序とは、基本規範がその擬制的性格のために、公正さと拘束性とのいかなる基準も認識することができないのであるから、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。それゆえ、ケルゼンはこの意味における基本規範を「実力の法への転化」, „Transformation der Macht zu Recht“ と呼んでゐる。この点については、Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und Rechtspositivismus, 1928, S.65.
- (16) Radbruch, RPh., S.174. (著作集1・二二七頁)
- (17) Radbruch, RPh., S.175. (著作集1・二二七頁)
- (18) Radbruch, ebd.
- (19) Radbruch, ebd.
- (20) Radbruch, RPh., S.176. (著作集1・二二八頁)
- (21) Radbruch, RPh., ebd.

三・歴史学的・社会学的効力論

「意味の世界から存在の世界への飛躍」ほど大切なものはない。⁽²²⁾ この飛躍を行うのがいくつかの歴史学的・社会学的効力論である。⁽²³⁾ これに属しているいくつかの理論は、一つの法秩序に効力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」⁽²⁴⁾ 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」⁽²⁵⁾ 位置にあることを求める。したがって、法の効力の決定的基準は、命令についての理念的・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 (Realitätsschance) にあるとする。これらはいくつかの理論は、なによりもまず、先に述べた「法学的効力論」が無力であった例にみられる「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。もちろん、この裁定は、実効性の程度に比例して効力の程度を求め、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に程度の差がみられる効力」⁽²⁶⁾ 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。擬制的効力は、規範を与えられる側からみれば、規範の慣習的な勵行化であって、規範の側からみれば「その経験的現実の命運」(die „Chance ihrer empirische Realität“) (M. Weber)⁽²⁷⁾ にはかならない。

註

(22) Radbruch, RPrh., S.176. (著作集1・二二八頁)

(23) 法学的効力論と歴史学的・社会学的効力論の区別については、Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 4.Aufl., 1956, 1.

Handband, S.181ff. すなわち、「法, Recht」, 法秩序, Rechtsordnung」, 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、このほか厳密に注意しなければならない。法学的考察がいたく疑問は、法として何が理想的に妥当するのか、ということであり、また、いかなる意味内容をもつのかということであり、さらに法として通用している言語構造にとつてどのような規範の意味が論理的に正しく適合するのか、ということである。これに対して、社会学的効力論が疑問とするのは、一つの社会共同体に対して社会的にかなりの程度影響力をおよぼすことのできる人びとが、ある特定の法秩序を主観的に妥当なものとし、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いかなる目的をもつて発生したのか、何ゆえにそのような巡りあわせになったのか、ということである」(S.181) この M・ウェーバーの論述からみても、法学的効力論と歴史学的・社会学的効力論とがまったく異質の対象との取り組み、かつまったく別の側面にあることが明らかであろう。要するに、一方は、理念的な効力の当為についての効力論であり、他方は現実の現象についての効力論である。区別に関する詳細な展開は、Max Weber, Wissenschaftslehre, S.345ff.; ders., Ges. A.z. Soziologie und Sozialpolitik, 1924, S.477ff.

- (24) Radbruch, RPh., S.176. (著作集 1・二二八頁)
- (25) ほかに、G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S.333.
- (26) Radbruch, RPh., S.176. (著作集 1・二二八頁)
- (27) Hans Welzel, Macht und Recht, in Hugelmann-Festscher. Bd.Z, 1956, S.839.

(一) 強制説

ウェーバーの現実命運 (Realtatschance) をいかに解放するかという点に関して、ラートブルッフは、つぎのような考察方法にもとづき、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⁽²⁸⁾。強制説⁽²⁹⁾の特徴は、法の効力はある特定の規範に結びついた強制を根拠としている、とする点にある。したがって、この説に従えば、法が効力をもつのは、その法が義務賦課力をもっている当為

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。³⁰ たとえば、ラートブルッフが「実力説 (Machttheorie) の最も雄弁な主張者」³¹ と呼んでいる F・ラッサール (Ferdinand Lassalle) は、「憲法制度」に関する講演のなかで、すべての社会にみられる現実的な諸々の実力関係は、「その社会のすべての法や法的諸制度を、本質的に現にあるがまま以外の何ものでもないように規定する」、あの動機づけの力を構成している、と主張している。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にのみ、その価値を持続するものである。³² 実力説の古典的な定式化は、R・イエーリング (Rudolf Jhering) においてみられ、彼が法を「力の政治」と呼んだことはよく知られている。イエーリングは、自然主義的・実証主義的潮流の影響下にあつて、法の効力を限定して、いっさいの規範的・道徳的要素から解放された強制の上でのみ存在するものと規定し、³³ また法を「一つの国家において現に効力を有する強制規範の総括」³⁴ と定義している。ある規範は、それが「国家的強制のモメント」を所有した場合においてのみ法となるのである。³⁵

ラートブルッフは、強制説とは決定的に対立した。ラートブルッフの見解によれば、強制説は、法の効力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根本的誤謬を犯している、とする。なぜなら、「命令と実力は、たんに意欲と能力とを意味するにすぎず、したがって、あらゆる場合において受命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、たぶん服従を発生させることはできるかもしれないが、けつして服従の義務を発生させることはできない」³⁶ からである。強制説は、法がたんなる強制的権力以上のものであることを見落としている。早くも一八九〇年に A・メルケル (Adolf Merkel) が指摘しているように、「たんに物理的な実力手段を振るうことにより、も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よってしか施行することができない」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。³⁷ また、もし強制

説の説くように、法がその背後に強制力をもっているというだけの理由で効力があるとすれば、この強制力が消滅すると同時に、法は必ずその効力を失ってしまうにちがいない^①。ところが、そうではないということは、たとえば、いかなる強制的制裁とも結びつい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い場合であっても存在しうるはずなのである。

註

- (28) Radbruch, RPh., S.167ff.; Grundzüge, S.163ff. (著作集1・二一九頁、著作集2・一七一頁以下)
- (29) ラートブルッフが「実力説」を「強制説」と区別しようと考えていたか否かは、少なくとも『法哲学』第一〇章をみる限り不明である。だが、ラートブルッフの所説を理解するさいには、その行間からみて、彼が強制説を実力説に内包させて議論を展開させていたと解すべきであろう。
- (30) 法の強制的性格にはじめて言及したのは、知り得るかぎりではC・トマジウス (Christian Thomasius, 1655-1728) であろう。彼は、法と道徳の分離を論証するさいに、法の実証性をもつ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、Weilz, Macht und Recht. in: Hugelmann-Festschrift, 1959, Bd.2, S.833ff.; ders., Gesetz und Gewissen, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, bd.1, S.383ff. なお、その他にK. Iarens, Sittlichkeit und Recht, Untersuchung zur Geschichte des Deutschen Philosophie, 1943, S.169ff. がみられる。さらに「法は命令であり、恐怖と希望による意志の方向づけ」であるとするトマジウスの法と道徳の分離論を分析して図式化した、ホセ・ヨンプルト著『法哲学入門』(成文堂、一九七五年) 六三頁以下がある。また別に、ヨンプルト教授は「一六・一七世紀における法の効力の理解」において、F・スアレス (Francisco Suarez) の思想を紹介し、彼が「立法者の権限と人定法の適用範囲」を説明するさいに、法律の三要素として①良心的に義務づける力 (指導的な力)、②法律によって罰する力 (強制的な力)、③契約などの様式を定める力を上げていることを明らかにした。そして君主は「強制力的な力」からは解放されるが、「良心的に義務づける力」、すなわち「指導的な力」(vis directiva) から解放されることを意味しない、とする。ヨンプルト教授はこのように述べて、結局、「スアレスは法と道徳を区分はするが

分離しないことになる。そしてこの考え方は、法の効力には良心的な義務づけも含まれるから、法と道徳は分離されないことは当然である」として、トマジウスとスアレスの相違を鮮明にしている。ホセ・ヨンパルト「自由と正義と法の効力……法の効力論の歴史から教えられるもの」、『自由と正義の法理念』三島淑信古希祝賀論文集（成文堂、二〇〇三年）一六三頁以下、とくに一七五頁以下。F. スアレスの法思想について精緻に論じたものに、ホセ・ヨンパルト他著『民主権思想の原点とその展開』（成文堂、一九八五年）一〇七頁以下、とくに一一六頁～一一八頁を参照。

- (31) Radbruch, Grundzüge, S.165. (著作集2・一七三頁)
- (32) Lassalle, Über das Verfassungswesen, in: Gesamtwerte (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。この不均衡を解消するため、すなわち対立しあう個人的諸利益を社会統一へ、「目的的一致」, 'Coinzidenz der Zwecke' へと導くためには、強制が不可欠であり、そしてこの強制がもつとも強力な「社会秩序の梃子 (Hebel)」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といえよう。この点について、大橋智之輔教授は、「イェーリングが法を『権力の聡明な政策』と定式化したとき、そこには権力の側の自己抑制のみが注目されていたのではなく、むしろ承認説に近い思考が働いていたとみることができる」とする。イェーリングが、「法の安定性は、結局、国民の法感情の道徳力に基づくものであり、憲法に基づくものでも、宣誓に基づくものでも、神聖不可侵な後光に基づくものでもない。(権力の恣意を恐怖をおぼえさせるものは、法律の背後にある実在の力であり、法の中に己の生存条件を認識し、法の侵害を自己自身に対する侵害と感じ、法のために闘う国民である) (大橋智之輔訳)と述べているからである。(R. Jhering, Der Zweck im Recht, Bd.1, 3 Aufl., 1893, S.33ff, S.381). 大橋智之輔「ドイツにおける法承認論」、大橋智之輔・田中成明・深田三徳編『現代の法思想』天野和夫・矢崎光園・八木鉄男先生還暦記念(有斐閣、一九八六年)二頁。イェーリングの法の強制力をめぐる論点については、数少ない研究として、Hans-Ludwig Schreiber, „Der Begriff der Rechtspflicht“, 1966, S.70ff.があげられよう。
- (35) Jhering, Zweck im Recht, I, S.249.
- (36) Jhering, a.a.O., S.320.

- (37) Jhering, a.a.O., S.323.
- (38) いわゆる「強制説」は、後にJ・ビンダー (Julius Binder) およびクルゼンによって主張された。この二人の強制説の特徴については、前掲の Welzel, *Macht und Recht*: Hugelmann-Festschrift, 1959, Bd.2, S.833ff. によく展開されている。
- (39) Radbruch, RPh., S.176. (著作集1・二一九頁)。ヴェルツェルは「実力は当為を生じさせないことを強調して」 Welzel, *Macht und Recht*, S.841.
- (40) A. Merkel, Holtzendorffs „Enzyklopädie der Rechtswissenschaft“, 5.Aufl., 1890, 277頁は「 „Gesammelte Abhandlungen“, Bd.2, 1899, S.589, から引用している。メルケルは、実力による単なる命令は、一人の男が相手にピストルをつきつけておいて、これが支払いだ、⁽⁴²⁾ といって突き出すただの紙切れのようなものだ、⁽⁴³⁾ といっている。
- (41) Radbruch, RPh., S.177. (著作集1・二一九頁)

(二) 承認説

強制説がもっているこのような難点を、いわゆる「承認説」は回避している。歴史学的・社会学的効力論のこの第二の形態は、法の効力論の根拠を強制ではなく、「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びとが、法による拘束の第一の根拠として、法の妥当性を承認し、またはこれに同意していることが法の効力の根拠である、とみるのである。ラートブルッフは、承認説を「実力説に対する必要な修正の一つ」⁽⁴²⁾ であると述べているが、これはラートブルッフが、実力の支配下にある人びとの持続的な服従は、強制のみによってけつして打ち立てられることはない、とみているからである。万が一、法一般が、イエ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」こと以外のなものでもないのではないか。⁽⁴³⁾ 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

に限らないとすれば、この実力概念の分析は、もはや実力説の域を越えている。国家的実力は一種の相互関係であつて、服従への準備を前提とする⁽⁴⁴⁾。ラートブルッフは、したがつてすべて持続的であることを欲する実力は、「服従する者が唯ただ諾々ではあつても、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、承認説の正当性を肯定している⁽⁴⁵⁾。

しかし、この「承認」という言葉は、さまざまな意味に理解することができる。承認説の一部は、法の支配下にある各個人による個別的承認を主張し(いわゆる「個別的承認説」, „Individuelle Anerkennungstheorien”)⁽⁴⁶⁾、他の一部は、法の支配下にある人びとの圧倒的多数による承認を主張する(いわゆる「一般的承認説」, „Generelle Anerkennungstheorien”)⁽⁴⁷⁾。個別的承認説に対しては、もしこの立場をとるとすれば、法的拘束力が本来法に従うべき者たちの恣意によつて左右されることになり、その結果として、まさしく法がはじめて自己を確証すべきところで、たとえば、法違反によつてもつ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によつて、この説は無力であるとする反論がみられた⁽⁴⁸⁾。ラートブルッフはこの反論を斥けて、この段階では個別的承認説を弁護している。すなわち、ラートブルッフによれば、承認は意思力の作用ではなく、感情の力の作用であること、そして良いとみること、また悪いとみることが、我われの自由ではないように、何かを正または不正とみること、我われの自由ではないこと、および我われが嗜好、良心、論理を自由に除去しえないにもかかわらず、右の反論は、これらの点を誤認している⁽⁴⁹⁾。犯罪者でさえ、自分を規範に結びつける法感情を、規範に違背することによつては、これを振り払うことができない、ということを見過ごしている。犯罪者がまさに自分が犯した犯罪によつて、その侵害した法の承認を表明することすらしはばある。すなわち、窃盗犯は、自分の所有権を基礎づけるために他人の所有権を侵害し、したがつて原則としては、所有権という法律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。⁵⁰⁾

ラートブルッ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、すではつきりさせた。承認説の支持者たちは、承認という言葉をも、ただたんに、個々の法規範に対する意識的にして実際の心理的事象としてだけに理解することを許さなくしている。換言すれば、こうして E・R・ビーアリング (Ernst Rudolf Bierling) は、承認という言葉をただ「意識的な意思もしくは確信」という意味だけではなく、「無意識で不随的な看取」, *unbewusste, unwillkürliche Ankennung*” という意味に考えたのであった。⁵¹⁾ さらに、彼によれば、承認は、法の個別的規範を對象とすることを、必ずしも、そして無条件には必要としないのであって、むしろ「一種のたんなる間接的承認」だけで充分なのである。この間接的承認とは、「他の任意の法規範の承認からの純粹かつ必然的な論理的帰結であって、もちろん、究極的根底において直接的な法規範の承認には不可欠なもの」⁵²⁾ にほかならない。このようにして、個別的承認説が承認という心理的事実だけに拘泥することなく、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をも、間接的に承認したものと強弁していることが判然としたのである。この立場が、このようにして擬制に手をつけなければならなかったのは、とりもなおさずこの説が、たんに自然法の「契約論の焼き直し」⁵³⁾ に過ぎないことを示している。つまり、個人の「真の利益」になるものが、彼によって欲せられた、と擬制するのである。⁵⁴⁾

このような帰結を避けるために、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、一国民の圧倒的多数の承認という点に目標をおいたとしても無益である。その場合でも、効力についてのこの学説に特有の疑問は、未解決のままに残る。すなわち、他の人びとがある規範に従うからという理由で、その規範がなゆえ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なゆえに拘束されなければならぬのか、という問いに対しては、一般的承認説は解答を与えることができないでいる。⁵⁵⁾

- (42) Radbruch, Grundzüge, S.165. (著作集2・171頁)
- (43) Radbruch, aa.O., S.166. (著作集2・171頁)
- (44) Hermann Heller, Staatslehre, S.AufI, 1963, S.191等において述べていることも、およそ同趣旨である。いわく、「すべての主権者たちは、信頼を維持させるためには、自分たちの法の基本命題を必要とするばかりか、そのためには、この法命題は支配されるものをも拘束する普遍的な義務賦与力をもたなければならぬものである」(S.191)さらに、「現実の実力的立場が比較的に持続的な実力的地位となり、これによって、広義にしろ、狭義にしろ、一つの体制として成長するのは、実力保持者の『決定』が実力に服する人びとの少なくとも一部分、それも実力の構造に取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『決定』を当為的・規範的もしくは拘束的規範として効力のあるものと認める、という場合に限られる。」(S.277)H・ヘラーはいう。それゆえ、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』となるということはない。なぜなら、「実力は、周知のごとく命令が遵守されることよつてのみ実証されるが、そもそも命令が守られるためには、つねに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ことが本質的に必要だからである。」(S.222)
- (45) Radbruch, RPh., S.177 (著作集1・110頁)
- (46) いわゆる「個別的承認説」は、ラートブルッフが『法哲学綱要』(Grundzüge, S.167.)において正しく立証したように、近代においては、とくにビーアリングによれば、個別的承認説をとなえた最初の研究者はC・T・ヴェルカー(Carl Theodor Welker)とされる。ヴェルカーは、初期の論文Über die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe (1813)において、すべての実力は、たんなる強制をその根拠とすべきではなく、各個人の「言葉で示された承認もしくは暗黙の承認」を根拠としなければならぬ、と主張している。(S.88)ヴェルカーは、この承認をただ単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、現実に「法の基本条件として確実に検証されなければならない」と強調している。ヴェルカーのこのような主張については、H-L. Schreiber, Der Begriff der Rechtspflicht, S.85ff.; Welzel, An den Grenzen des Rechts (Die Frage nach der Rechtsgeltung), S.7f.; ただ、その一方で、B・ガル(B. Gall)によれば、ヴェルカーは「自律」(Autonomie)を強調したことが指摘されている。ヴェルカーは法治国家に対応させ、真の法＝理性の命ずる法＝良心の自律が等号でつながる段

階を想定し、力点を良心の自律に置いた。すなわち、当初の相対的姿勢にかかわらず、実は具体的個人の絶対的価値を主張する立場へと変移したといえよう。もし、具体的個人の良心のみが義務づけの決定者であるとすると、個人を越えた法的法則は外材的存在となる。この外的秩序を個々人が承認し同意を与えることにより、それは内的義務となるのである。B. Gall: Die individuelle Anerkennungstheorie von Karl Theodor Welcker. Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Hf. 94, Ludwig Rohrscheid Verlag, 1972, S.39~41.」の「わゆる『良心の自律』については、大橋智之輔『ドイツにおける法承認論』、同編『現代の法思想』(前掲) 一三頁に依拠している。

- (47) いわゆる「一般的承認説」のもっとも重要な支持者としては、メルケルがあげられよう。大橋智之輔教授が紹介する Merkel, Juristische Encyklopädie, 1885. の説くところに従って、メルケルの主張をみてみよう。いわく、法の内容は国家間の権力領域を相互相互に限界づける平和条約にも比較されうる。同時に法の内容の正しさについての支配的な見解と一致することを確保しようとの影響をうける。それ故、どこでも合目的(秩序への考慮)と並んで正義の特性を法は要求する。(§25)「法は所与の国民の所与の時代に支配的であると証明された倫理的価値判断に依存する。」(§32)この倫理的価値判断は民族によって時代によって異なる。法は「自己が命令を向け、制限を加える人びとの良心のなかに支柱を見いだす」(§42)「しばしば法の内容は相互に対立する確信の妥協という特徴を示す。また、しばしば法の内容は多数者……それが国民の多数者であれ、権力を手にした人びとの多数者であれ……の確信に照応する。しかし、本質的なことは次の点である。すなわち、法の最高の命令(私の指図に従え)に関して、そしてこれが決定的なのであるが、法の効力的性格に関して、法は支配的確信と一致し、かつ道徳的な要因によって支持されているということ、がそれである」(§80)。大橋智之輔「ドイツにおける法承認論」、同編『現代の法思想』(前掲) 二七頁、註(8)。ほかに「一般的承認説を説く代表的な者に Georg Jellinek、および Karl Engisch があげられよう。なお、エンギッシュの妥当概念および妥当根拠についての理論に関しては、竹下賢「法の妥当根拠についての一考察」、『法学論叢』第九九卷三号(一九七六年) 八一頁以下に詳しく。

- (48) Radbruch, RPh., S.177. (著作集1・二二〇頁)
 (49) Radbruch, a.a.O., S.177f. (著作集1・二二〇頁)
 (50) Radbruch, a.a.O., S.178. (著作集1・二二〇頁)
 (51) Bierling, Kritik der juristischen Grundbegriffe. Bd.1, 1877, S.82.

(52) Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Bd.1894, S.46. Welzel, Macht und Recht, S.833ff. 以下に S.840 に詳しい。この「間接的承認」に注目して、大橋智之輔教授の次のようには説く。承認の対象はもとより「共同生活の諸規則」であって、「この諸規則は並列的な関係になく、多く上下関係に置かれている。この上下関係から「一般的規範が現実承認される限り特殊規範もまた承認せねばならぬ必然性」が生ずる。したがって、「合憲的に成立した法律の中に見いだされるすべての規範は、当該憲法に関する真の承認があり、あるいは法律の制定や拘束力に関する諸規定についての真の法承認があれば、その限りです」で「間接的に承認された法規範として現れる。」大橋訳 (Bierling, a.a.O., S.46.) 大橋智之輔「ドイツにおける法承認論」『現代の法思想』(前掲)一〇頁～十一頁)なお、ピアリングの承認論については、Larenz, Das Problem der Rechtssetzung, 1929, S.10f.が示唆に富んでゐる。

(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 が二重なつており、「一見したところ奇異な感じを与えることについて。これは、Rechtsphilosophie, 3.Aufl., 1932,S.80.に従つたものであるが、この二重否定のままが実は正しいといえよう。ところがE・ヴォルフ (Erik Wolf) はこの第4版、第5版、第6版にさいして、この二番目の 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ッフの主張が誤って伝えられることになった。Zong Ulk T'iong, Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch, Bonn 1967, S.65.

(54) Radbruch, Grundzüge, S.170. (著作集2・一七六頁)

(55) Radbruch, RPh., S.178. (著作集1・二二二頁)

(56) 以下他は、Welzel, Macht und Recht, S.408f.を参照。

四・G・ラートブルッフの哲学的効力論

(一) 方法序説

このような経緯のもとで、ラートブルッフは法の効力は決して人間の擬制的承認を根拠とするものでも、多数の人

間による同ような承認を根拠とするものでもなく、ただ、法に服する人びとの「真の利益」のみを根拠とするものであることを適確に指し示している⁽⁵⁷⁾。しかし、これとともに、いくつかの規範的で、かつ理念的な観点が導入されることになる。ラートブルッフは、法の効力論根拠を法理念の真の当為の上におくことに努めている。つまり、ラートブルッフは自らの立場、すなわち「哲学的効力論」„philosophischen Rechtsetzungslehre“をより鮮明にしたのである。この理論の主要な関心は、実力の保持者と実力に服する人びととの双方を同時に拘束する超経験的な理念を基礎に、この理念から法の拘束力 „Verbindlichkeit des Rechts“ を演繹することにある。問題は「すべての個々の事例」に対する法の効力⁽⁵⁸⁾を証明することにあつた。

哲学的効力論の方法的原理は、第一にまず「方法二元論」⁽⁵⁹⁾にある。すなわち、これは現実と価値、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が不可能であるという認識を出発点とするものであつて、換言すれば「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ではなく、同種の他の諸命題を基礎として演繹的のみ理由づけられることができるとする。存在の考察と価値の考察とは、独立した常に自身で完結している円として併存する⁽⁶⁰⁾のである。

註

- (57) Radbruch, RPh., S.178. (著作集1・21頁)
- (58) Radbruch, RPh., S.176. (著作集1・218頁)
- (59) この課題について、新カント学派における「存在と当為」の観念を基礎に展開した「方法二元論小考」、拙著『法哲学の基礎……ラートブルッフの法哲学』(前掲)第一章がある。なお、「存在」と「当為」をめぐる精緻な論稿として、エールリッヒとケルゼンの論争をとりあげた竹下賢教授の「法における存在と当為」、『法その存在と効力』(ミネルヴァ書房、一九八五年)二

四頁〜一二頁がみられる。

(60) Radbruch, Rph., S. 97. (著作集 1・114頁)

(二) 「内容可変の自然法」としての法理念

それでは、法の効力は理想規範的な法理念だけを根拠とすべきであろうか。もし、そうであるとすれば、哲学的効力論は自然法とどこが違うのであろうか。自然法もまた効力のある法を正法と等置し、法の拘束性を法の実定性としているのではないか。

しかし、ラートブルッフは自らが展開した法の目的理念を、伝統的な自然法的理念から厳格に区別した。この両者の決定的相違を、ラートブルッフは目的理念が、客観的にして実質的な正規矩をもっているのではなく、総体主義の原理を根拠とするものである⁽⁶¹⁾、法の実証性を必要としているのに反して、自然法は、実定的制度なくして効力があることを求めている点にあるとみる。したがって、ラートブルッフにあつては、法の効力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。法の効力は、このために一面では価値的要素を、多面では実力的要素を、どちらも自己の根拠としている。すなわち、効力においては、現実的なものと規範的なものが、しっかりと結びついているのである。したがって、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、かつ法の正当性と法の効力とを等置しているという点で、根本的な過ちを含んでいる⁽⁶²⁾。実際のところ、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とすれば、法の実定性など問題でなくなるであろう。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、その実定法の効力に対しては、いかなる正当性認容の根拠も見出され

ないであろう。このような実定法は……ラートブルッフの言葉を借りれば、「顕明に真理のまえに暴露された誤謬のよう」に⁶⁴消滅するにちがいない。実定法の効力は、ただ「自然法が不可能であること」によってのみ成り立つことができる⁶⁵。普遍妥当性と不変性をもち、内容的に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、形式的な概念からの脱皮とあいまいな普遍性から一步も踏み出してはいない⁶⁶。その時に応ずるといふ正しさは、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る。このような非歴史的な自然法の教義に敢然と立ち向かったのが歴史学派である。歴史学派が提示した異議の正しさを、したがってラスク（Emil 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価値内容ですら……：……純粹にその内容だけを見るならば、……歴史的現実の無尽蔵な内容の豊かさからは、はるかに遅れた位置にとどまっている」点において正しく認めている⁶⁷。

しかし、ラートブルッフによれば、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⁶⁸。ラートブルッフはいう。「カントの理性批判が示すところによれば、理性は既成の理論的認識、つまり、いつでも適用され得る倫理的かつ審美的規範を蓄えた兵器庫ではなく、むしろ、たんにこのような認識と規範とに達すべき能力にすぎないものであって、解答ではなくて問題の総体であり、人が所与を取りあつかう場合の立場の総体であり、また与えられた素材を採り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すことのできる形式の総体であり、与えられた材料に適用されて、初めて一定の内容の判断ないし評価を下すことができる範疇の総体なのである⁶⁹」。

ラートブルッフに従うならば、内容的に一定した認識または評価は、けっして「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・社会情勢に対して、理性を適用することがつねに必要である。認識や

評価は、普遍的でも時空を越え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なのである。⁽⁷⁰⁾したがって、R・シユタムラー (Rudolf Stammler) は、正しくも旧来の不変的自然法に対して、ただ「内容可変の自然法」としての妥当な「正法」„richtiges Recht“の一形式をもって相対したのであった。⁽⁷¹⁾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、すなわち実定法を根拠として「妥当せしめられる」„hinzugeten“⁽⁷²⁾のでなければ、効力のあるもの、義務賦課的なものとして証明されることはない。法の理念が効力の賦与に対して意味をもつのは、それが一つの対象、一つの實在に離れがたく付着しているときである。すなわち、法の理念は現実への「付着」„Haften“によって、はじ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、法の下において所与は、法の理念に対して「基礎および舞台」⁽⁷³⁾の用をなす。現実には、それが法の理念を現実化するという意味をもつとき、はじめて法となるのである。⁽⁷⁴⁾

註

- (61) この意味における相対主義については、Radbruch, *Der Mensch im Recht*, 2.Aufl., 1957, S.80ff. 原秀男博士の価値相対主義にふれて、拙著『法哲学の基礎……ラートブルッフの法哲学』(前掲)六一頁以下。
- (62) なお、Radbruch, RPh., S.108. (著作集Ⅰ・二〇七頁) 以下を参照。
- (63) Radbruch, RPh., S.108. (著作集Ⅰ・二二七頁)
- (64) Radbruch, RPh., S.178. (著作集Ⅰ・二二七頁)
- (65) Radbruch, a.a.O., S.176. (著作集・二二七頁)
- (66) この点には、Welzel, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, in: *Niedermeyer-Festschrift*, 1953, S.287. に指摘されている。今日では、よく知られている著作、Welzel, *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, 1962, S.322ff. 以下に S.330ff. を参照。
- (67) Lask, *Rechtsphilosophie*, in: *Gesammelte Schriften*, Bd.1, S.284.

- (68) Radbruch, RPh., S.106f. (著作集1・一二五頁)
- (69) Radbruch, RPh., S.107. (著作集1・一二六頁)
- (70) Radbruch, ebd. (著作集1・一二六頁)
- (71) Rudolf Stammler: *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 1896, S.153. シュタムラーについて竹下賢教授はいう。法概念上、実定法を法とみる点では一致しているが、それでは自然法はどのような位置を占めるのか。それは、実定法理論にその伝統を存続させている。そうした法理念論は、現実の実定法秩序を中心的な考察材料として理論構成される法概念論から区別して構成され、これを超越したものとしての法についての価値をその内容としている。こうして、法理念に法概念に対する規制の意義を認めるか、それとも構成的意義を認めるかよって、二種類の法理念論を区別できることとなる。と。そして「内容可変の自然法」の意味をつぎのように明らかにしている。「シュタムラーの法哲学は、法概念を法認識の純粹形式として、法理念を実践的な法的意欲のイデオとして把握し、後者を評価基準としてのみ維持する。彼にとって法理念は規制の原理である」と。竹下賢著『法その存在と効力』(前掲) 一二三頁、一九七頁～一九七頁。
- (72) 竹下賢教授は、E・ラスクの「妥当概念」について、「その妥当とは、絶対的な規範性、法の内面的な拘束性、その根拠は法の理性性あるいは法的要請の絶対的意味に求められるものであるとする。竹下賢著『法その存在と効力』(前掲) 一七六頁。E・ラスクにとつて、正にその効力が妥当なものとして存在しなければ、効力は義務を賦与することはないのである。Emil Lask, *Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre*, in: *Gesammelte Schriften*, Bd.2, 1923, S.32.とくに「妥当せしめられる」の意味については、Lask, a.a.O., S.58ff.
- (73) Radbruch, *Grundzüge*, S.39. (著作集2・四四頁)
- (74) 同様な意味において、エムゲ (C. A. Engge) は、「真正な規範と実際的な規範との中間形態としての「混合規範」, „gemischte Norm“」(1951)述べている。(Engge, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1925, S.36ff.) つまり、エムゲはこの混合規範をラートブルッフとの関連において、これを「すべての規定の意味」に解している。(S.53.)そしてエムゲによれば、「実際の規定の意味において、法はたんなる「社会学的基础」であって、当為を僭称する一種の「規範の尺度」にすぎない。(S.28ff.)さらにS.53.) こうしてみると、事実的なものの真の規範性は、「その規定が一つの結果をうむ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っている場合には、その規定が混合規範に対する理性的認識根拠

であると同時に、その経験的認識の根拠を作り上げている場合においてのみ、与えられる。」(S.38)したがって、ある実際の規定の拘束性が生ずるのは、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、こうして当為とされた規範は、究極的にはいわゆる「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」を規範をその実際の・社会的根拠と同一視していると厳しく否定し、いわゆる「倫理説」*„ethische Theorie“*を主張している。まさにエムゲにとって「法は広義における道德的なものの総体であり、それゆえ超実証的なものである。」「Das Recht ist ein Inbegriff des Sittlichen im weiteren Sinn und damit *„Überpositives“*。」(S.34).

(三) 法理念の構造と順位

ラートブルッフは、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」(*Gerechtigkeit*)、「合目的性」(*Zeckmäßigkeit*)、「法的安定性」(*Rechtssicherheit*)がそれである。実定法は、まさにすべてこれらの理念要素に従って定められることが要請されている。

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」*„Ziel“* である。⁽⁷⁶⁾ 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ができない。ラートブルッフは、客観的正義と主観的正義を区別している。⁽⁷⁶⁾ まず、主観的正義についていえば、それは「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」⁽⁷⁷⁾ にほかならない。これに対して、客観的正義の意味における正義とは、たんに「道徳的な善の「現象形態」にすぎない。⁽⁷⁸⁾ こうして、正義について問題になるのは、個々の人間(たとえば、正しい裁判官)の倫理

的・人格的な在り方ではなく、むしろ一つの社会制度、たとえば公正な価値の決定などにおける「人間と人間の関係」である。⁽⁷⁶⁾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、理想的な社会秩序のなかに具現されることになる。⁽⁸⁰⁾このような理由から、正義は倫理に属するものではなく、哲学に属するといえよう。

正義の根拠は、平等（Gleichheit）の思想である。平等の本質的内容をなすものは、「等しいものはひとしく、等しくないものはひとしくなく取り扱う」⁽⁸¹⁾という命題であり、この限りにおいては、平等は正義の核心とあってよい。

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つに区分した。すなわち、「平均的正義」（*Justitia commutativa*）と「配分的正義」（*Justitia distributiva*）である。平均的正義は、事物相互間、たとえば労働と報酬、損害と賠償の間における絶対的平等であり、一方、配分的正義は、ともに異なる人びと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、功績と過失に応じて与えられる賞罰等のことがらを指す。⁽⁸²⁾ラートブルフは、配分的正義が「各人に与えられるものを」*“suum cuique tribuere”*というローマ法の定式をもつ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規準とすべき「正義の原型式」⁽⁸³⁾をみている。平均的正義は必然的に配分的正義を前提とするものである。なぜなら、平均的正義は、ある法的関係に關与する複数の人間に対して、まず配分的正義によって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からである。^{(84) (85)}

註

(76) Radbruch, Vorschule, S.24.（著作集・4『実定法と自然法』、「法哲学入門」野田良之・阿南成一訳、五二頁）

(76) Radbruch, RPh., S.124.（著作集1・一四八頁）

- (77) Radbruch, ebd. (著作集1・一四八頁)
- (78) 道徳的に善であることができるのは、「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、人間と人間の関係は、けっして善ではありえない。RPh. S.124. (著作集1・一四八頁)
- (79) Radbruch, Vorschule, S.24. (著作集4・五二頁)
- (80) Radbruch, RPh. S.125. (著作集1・一四八頁)
- (81) Radbruch, RPh. S.125, S.168. (著作集1・一四八頁、二〇七頁)
- (82) Radbruch, RPh. S.125. (著作集1・一四九頁) 平均的正義は、それゆえ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なりたっている。これに対して、配分的正義は一種の上下関係の状態から成り立っている。この状態の内部においては、上方に位置する一人の人間が、下方に位置する二人またはそれ以上の人間たちに負担を負わせ、または利益を与える。したがってラートブルッフは、平均的正義を「私法の正義」、配分的正義を「公法の正義」と理解している。この点については、Vorschule, S.25. (著作集4・五三頁) 以下にも詳しく。
- (83) Radbruch, RPh. S.126. (著作集1・一四九頁)
- (84) Radbruch, ebd. (著作集1・一四九頁)
- (85) 衡平 (Billigkeit) もまた、それが個々の事例において、その固有の法則、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なければならない」かの法則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. 著作集1・一五〇頁) 正義と衡平とは「異なる価値ではなくして、統一的な価値に到達するための異なる道程」なのであって、どちらも統一的な法的概念を形成し得ることを目標としている。(RPh. S.127. 著作集1・一五〇頁) ただし、この両者の相違点は、ただ正義が超実証的で、普遍的な法的根本命題から演繹的に導き出されるのに反して、衡平は具象的なもの、たとえば「事物の本性」『Natur der Sache』から直感的に推理される点にある。(RPh. S.127. 著作集1・一五〇頁〜一五一頁) ラートブルッフの「事物の本姓」(Natur der Sach) 論については、Radbruch, Die Natur der Sach als juristische Denkform, in Laun-Festschrift, Hamburg 1948. がある。(著作集6・「法学的思考形式としての『事物の本性』」久保正幡訳、八一頁以下)「なお、この問題に論じた旧稿「法における事物の本性」『札幌商科大学論集』第一〇号(一九七三年)一頁以下がある。

② 実質的正義としての合目的性

法の理念は、しかし正義の理念だけに尽きるものではない。正義の理念は、確かに我われに対して、等しいものは等しく、等しくないものは等しくなく、これを取り扱うことを示しはするが、しかし、等しいとか等しくなくとかいのは、一体いかなる場合を指しているのか、また等しいもの、等しくないものを、それぞれをどのように扱うべきなのか。この二つの疑問については、何も示していない。⁶⁶この二つの疑問に答えるには、法の理念の第二の構成要素である合目的性の思想を出発点とするしかないであろう。正義の本質的要素である絶対的平等は、現実のなかには存在せず、つねに「ただ与えられた不平等のある一定の観点からの抽象」⁶⁷にすぎない。正義は、確かに法の形式を規定することはできるが、しかし、法の内容を規定することはできない。したがって、正義はかならず合目的性の原理によって補完されなければならない。正義の要求が超国家的性格のもので、それゆえに、いかなる国家目的とも無関係であるとすれば、合目的性の要求は必然的に国家を前提とするものであるから、国家を介してはじめて充分な展開を成し遂げることができるものといえよう。法の国家目的と国家の法目的とは、「法がその本質的部分であり、国家がその本質的部分において法的制度である」⁶⁸限りにおいて不可分である。

法の目的は、たとえばイエーリングにおけるように、「経験的な目的設定」を意味するものではなく、法の「当為とされた目的理念」(die „gesollte Zweck-Idee“)を意味するものであって、この理念はただ「倫理を出発点として」のみ獲得することができる。⁶⁹周知のようにラートブルッフは、価値を担うものの本質に従って、価値体系を三種に分け、またこれに対応させて法律観ないし国家観をも三種に区分した。すなわち、個人主義的価値体系（自由を最高の法目的とするもの）、超個人主義的価値体系（権力ないし国民を最高の法目的とするもの）、超人格的価値体系（文化を最高の法目的とするもの）、の三種である。⁷¹したがって、法の目的は自由か、権力ないし国民か、文化か、のいずれかで

ある。ある一つの法制度について、それをこれら三種の法目的のうちいずれに従って整序すべきかという疑問に対しては、しかし、科学としての法哲学が、どれか一つの法目的を絶対的に正しいと確証とする明確な規程を認めない以上、それぞれの法律・国家観ないしそれぞれの党派の把握の体系的展開によって、相対的な答えを与えることしかできない。このさいいかなる事情を考慮しなければならないか、いかにしてこの事情を全体のなかに組み入れ、かつ評価するか、という点についても、法哲学は明確に述べることはできず、むしろ懷疑と見解の争いに委ねるのである。法の理想的形態のいずれを採るかという「選択」は、相対主義がいわゆる「理論的人間」に対して厳しく価値包括的な立場をとることを要求しているから、究極的には、意思的に現実に即した各個人の選択に任されることになるのである。

註

- (86) Radbruch, *Vorschule*, S.26. (著作集1・五五頁)「そうであるからといって、正義からのみ演繹しうる内容的にも特定された法規などは存在しない、などと言われるべきではない。まさに法の適用に関する法規こそ、内容的にも正義によつてのみ規定されることができる。たとえば、裁判官の独立、あるいは予め弁護の機会を与えないで終局的に処罰することが許されないことは、純粹な正義の要請であり、この要請は、それゆえに正義そのものと同じように絶対的性格をもつものである。」
- (87) Radbruch, *Die Problematik der Rechtsidee*, in: *Dioskuren*, Bd.3, 1924, S.46. (著作集5・「法における人間」)「法理念の問題性」野田良之訳、五八頁
- (88) したがって、正義の概念をもつて「法についての完全な要求のすべて」、すなわち、法一般の正義の概念と一致するものと理解すべきではなく、むしろ「法に対するそれぞれの要求の特徴を示すような特殊な正義概念」を成り立たせるもののみをみるべきである。Radbruch, *Der Zweck des Recht*, in: *Der Mensch im Rechts*, 1957, S.90.なお拙訳、ラートブルッフ「法の目的」は、鈴木敬夫著『法学序説』(一九六八年、鳳社)巻頭所収。

- (89) Radbruch, RPh., S.146. (著作集1・一七八頁)
- (90) Radbruch, Vorschule, S.27. (著作集4・『実定法と自然法』、野田良之・阿南成一訳、五八頁) 倫理は、「善論」⁹⁰⁾ „Gutelehre”と「義務論」⁹¹⁾ „Pflichtenlehre”に分けることができるから、法の目的は道徳的善と道徳的義務にそれぞれ関係づけることができる。このように道徳の領域のなかへ法義務が帰っていくこともあり得る。したがって真理という論理的価値は、それが真実性という道徳的義務の対象に高められるときには、さらに一つの評価、すなわち倫理的評価の客体に、つまり道徳的善になるといえるよう。
- (91) ラートブルツフのいう「超人格主義的法律観」は、フランスのモリス・オーリュエ (Maurice Hauriou) とイタリアのサッチ・ロマーノ (Santi Romano) の「制度理論」 (La Théorie de l'Institution) に共通する点がみられる。ホセ・ヨンパルト著『法哲学入門』(一九七五年、成文堂) 九九頁。

③ 秩序原理としての法的安定性

しかし、人間の共同体にとっては、各個人の世界観的立場設定とは無関係に妥当な、ある種の超個人的秩序がどうしても必要である。この「共同社会の秩序」としての法にとっては、相異なる法律観の争いに任せておくわけにはいかず、むしろ、それは「一つの超越的地位によって」⁹²⁾ „durch eine überindividuelle Stelle” すなわち実定的成文法によって権威的に規制されなければならない。相対主義は、理性と科学に対して一種の価値超越的不可知主義を要求するものであるが、ここにいたると、法律観の妥当性についての決定に対して、意思と実力をもつよう呼びかける。こうして、相対主義自体が「哲学的効力論」の仲間入りするようになり、立法者に対して「科学をもつては解くことのできないゴルジウス王の結び目を一刀の下に両断する」⁹³⁾ 任務を与えるにいたる。⁹⁴⁾ 「理性と科学」とが、どれか一つの法律観についてその正しいことを論議のよちのないまでの明確さで裁断することが不可能であるとすれば、「意思と力」とがこの任務を引き受けなければならない。「何が正しいかを何人が確認できないとすれば、何人が何が法であ

るかを確定することを要求する。そうして、制定された法が權威をもった一つの権力的命令によって相対立する法律観の抗争を終息させる任務を果たすべきものとすれば、法の制定は、すべての抗争する法律観に対して、自己を貫徹できる意思の権限に属さなければならぬ⁽⁹⁵⁾。したがって、法の実定性はたんにその効力の構成要素となるだけではない、法の正しさの前提にさえなる。すなわち「内容的に正しいことが、実定法の課題であると同様に、実定的であることが『正しい法』という概念にとって必要なのである。」「このようにして、正義と合目的性への証明不可能な要求の他に、法に対する第三の同じく由緒正しい要求が登場する。これがすなわち、法理念の第三の構成要素である法的安定性にほかならない⁽⁹⁷⁾。

註

- (92) Radbruch, RPh., S.176. (著作集1・二二三頁) もし、この種の立場によって、権威的に規制されないとすれば、もともとその本質からみて一種の超個人主義秩序である法秩序ないし社会秩序は、原理的に不可能とならざるをえない。Weizel, Gesetz und Gewissen in :Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, 1960, S.383ff.
- (93) なお Radbruch, RPh., S.179. (著作集1・二二三頁) 参照。
- (94) Radbruch, Der Relativismus in der Rechtsphilosophie, in: Der Mensch im Recht, 1957, S.82. (著作集4・『実定法と自然法』「法哲学における相対主義」尾高朝雄訳、五頁)
- (95) Radbruch, RPh., S.179. (著作集1・二二三頁)
- (96) Radbruch, RPh., S.169. (著作集1・二〇八頁)
- (97) Radbruch, Vorlesung, S.30. (著作集4・六四頁) ここに示されているところによれば、この法的安定性は「法による安定」„Sicherheit durch des Recht“ (たとえば、謀殺、殺人、窃盗などに対する保証)の意味に理解すべきではなく、すなわち「法自体の安定」„Sicherheit des Recht selbst“と理解すべきものである。

④ 法理念における諸原理の順位

法理念の三つの要求は、互いに補い合うものではあるが、しかし同時に相互に矛盾するものである。たとえ合目的性が相対主義的不可知論をもつて控えめに振る舞わなければならないとしても、正義と法的安定性とは、「法律観ないし国家観の対立を超越した政党の争いを越えた位置」に立っているのである⁽⁹⁸⁾。しかし、正義は相対主義的に競合する目的思想によってのみ、内容的に規定され得るのであるから、一個の法秩序の効力がその根拠とするに足りる法の絶対的価値としては、実際には法的安定性だけが残ることになる。このように、ラートブルッフにとって、法における第一の、そして最も根本的な命題は、「万人の万人に対する万人の闘争」*„bellum omnium contra omnes”*に終止符を打ち、すべての上の一つの秩序を打ち立てることなのである。「法の見解の争いに一つの結末が与えられるということが正義に適い、かつ目的になつた結末があたえられることよりも重要であり、一つの法秩序の存在することが、その秩序の正義および合目的性よりも重要である。正義および合目的性は、法の第二の課題であるが、すべての人が一様に必要と認める法の第一の課題は、法的安定性、すなわち秩序であり、平和である⁽⁹⁹⁾。」したがって、法的安定性は実定法の効力にとって法の正義や合目的性の有無にかかわらず、絶対に必要である⁽¹⁰⁰⁾。こうして、法的安定性はすべての秩序が保証されるのは、法が自らを实效あらしめる場合、すなわち「法りの目指す人びとの服従をつくりだす法の能力」をもつ場合に限られる⁽¹⁰¹⁾。したがって、ある秩序が効力と正当性を有するに至るのは、その秩序が法的安定性を保証する場合、つまり「その秩序が、すべての人びとに対するすべての人びとの革命的闘争を終わらせ、共同体の各構成員の安全性を相互の物理的迫害から確実に守りうる場合⁽¹⁰²⁾」に限られる。したがって、秩序はいかにそれが完全無欠で理想的であつても、持続的な実力と権威によって自己を実証し、それによって現実を形成する献納を獲得しない限り、また法ということではできない。したがって、革命的権力支配の第一の、そして最も重要な使命は「たつた今、

革命によって破られたばかりの静安と秩序を再建する」ことである。⁽¹⁰⁾ およそ秩序とは、それが法を設定し、法を安定させる機能を持ちさえすれば、この権限の故をもって正当性を獲得し、人びとを道徳的に義務づける力さえもつに至る。すなわち、「法を実現できる者は、そのことによつて法を制定する権限を有することを証明している」のである。⁽¹¹⁾

註

- (98) Radbruch, RPh., S.169. (著作集1・二〇八頁)
- (99) Radbruch, RPh., S.169.(著作集1・二〇八頁)この一節は、ラートブルッフの法理念論によつて、きわめて重要な意味をもつてゐる。この節が、A・カウフマンは、"Aphorismen"をまとめて上げざるやうに、敢えてこの「秩序」, "Ordnung"を削除しているが、これはその理解である。Gustav Radbruch, Aphorismen zur Rechtsweisheit, Gesammelt, eingeleitet, und herausgegeben von Arthur Kaufmann, Göttingen 1963, S.23拙訳として『G・ラートブルッフ 法思慮への箴言』I、『札幌商科大学論集』第一五巻(一九七五年)二二〇頁。拙訳稿ではラートブルッフの原著書に従つた。
- (100) Radbruch, RPh., S.170. (著作集1・二〇九頁)
- (101) Radbruch, Grundzüge, S.180. (著作集2・一八四頁)
- (102) Welzel, Naturrecht und Rechtspositivismus, in: Sammelband „Naturrecht oder Rechtspositivismus?“, 1962, S.323ff. (332) にみられる一節である。この点からみれば、ヴェルツェルの抱いた法的応報主義の見解を、右に引いたラートブルッフの見解とがまったく異なるものであることは否定できない。詳細は、Welzel, Macht und Recht, in: Hugelmann-Festschrift, 1959, S.833ff.; ders., An den Grenzen des Recht (Die Frage nach der Rechtsgeltung), 1966,を参照。
- (103) Radbruch, RPh., S.179f. (著作集1・二二三頁)
- (104) Radbruch, RPh., S.179. (著作集1・二二三頁)

五・哲学的効力論の社会倫理的帰結

ラートブルッフの「哲学的効力論」は、こうして法効力の根拠を規範的、超実証的理念の範囲に、すなわち、法に服する人びとの「真の利益」のなかにもとめたのであったが、結果的には「歴史学的・社会学的効力論」に逆戻りすることになった。⁽¹⁶⁾ 価値理念と現実、規範性と事実性、とを法の効力のなかに構造的に編み込み包摂しようとしたその目標は、当為がその時どきの実力によって規定され秩序づけられることになったため、ついに達成されずに終わったのである。もしそうだとすれば、「実定性」は「規範的なもの」の現実化を意味せず、むしろ「実施可能性」*Durchsetzbarkeit* と同一視されていることになる。こうして、規範的な「当為」の位置に、ラートブルッフは結果的に実力原理をすえたことになりはしないであろうか、という疑問が提起される。ここでは一つの法秩序は、それが正義に奉仕するという理由によってではなく、それが一個の権威的な実力によって有効に実施されているという理由によって、はじめて完全なものともみなされる。まさに、何が正義であるか、何が法としての効力をもっているかということとは、「意思と実力」のみが決定することになりはしないか。確かに、ラートブルッフは「法は有効に実現されうるがために効力を有するものではなく、それが有効に実現されるときにはじめて法的安定性を与えるがゆえに効力を有する」と説いている。⁽¹⁷⁾

しかし、ラートブルッフが法の設定を行うことは、ただ「権威的命令」*autoritativer Machspruch* にのみなされることであるとするとき、究極的には、やはり実力思想に帰結することになりはしまいか。⁽¹⁸⁾ なぜなら、この故にラートブルッフは、自ら「C・カールシュミット(Carl Schmitt)」によってこのような効力論は、「決定主義」*Dezisionismus*

と名付けられている」とはつきり述べている。⁽¹⁰⁾ 理性と科学についての相対主義上の不可知論は、このようにして「実力への法の引き渡し」⁽¹¹⁾、「zur Auslieferung des Rechts an die Macht」⁽¹²⁾または「実定法が絶対主義化する」⁽¹³⁾、「zum Absolutismus des positiven Rechts」⁽¹⁴⁾との危険性をともなわないではおられない。

ラートブルッフはこうした帰結を、ただちに制限しようと努めている。彼は、正義と合目的性に対して法的安定性を優先させることによって、個人に対する実定法の「播るがぬ効力」⁽¹⁵⁾、「restlose Geltung」を証明することはできない、とする。⁽¹⁶⁾ いわゆる「確信犯」、すなわち異なった倫理的、宗教的または政治的確信をもっているがゆえに、その良心が何らかの、ある法律に服従することを拒絶しているとしても、決して彼の訴えの妥当性や効力を証明することはできないといえよう。⁽¹⁷⁾ 「法律と個人の良心」との葛藤⁽¹⁸⁾は、法を設けることそれ自体が「心理的作用ではなく、意思と権威との働き」である限り避けがたいものとなる。⁽¹⁹⁾ 実力は、共同社会の秩序の後ろ盾になるかもしれないが、決して良心を弁護するものではないのである。⁽²⁰⁾

意思と実力に優位を認めたことに矛盾はするが、ラートブルッフは規範的効力という考え方を再びとり入れ、「見解の争い」⁽²¹⁾、「Meinungskämpfe」の「戦場」⁽²²⁾、「Felds」を決して侵害してはならないという要求を掲げている。すなわち、ラートブルッフは「見解の争い」に自由な「戦場」を与えることによって、はじめて「法のもっている効力の觀念上の正当化」⁽²³⁾、「ideelle Rechtfertigung der Rechtsgeltung」を共同社会の秩序と安定性の要請のために獲得できる、と主張している。いわく「権力者をもつ法を制定する権限は、ある一定の法の見解を法秩序の基礎とすることはできるが、しかし、それを普遍的に妥当する法の真理であると主張することはできない。すなわち、権力争いを終熄させることはできるとしても、法の見解の争いを終結させることはできない」⁽²⁴⁾。ここからラートブルッフは、法の制定は「相異なる諸々の法的確信のあいだの觀念的闘争を継続せしめる」という条件の下においてのみ立法者に委託されている、とい

う結論を導き出している。⁽¹¹⁾

ラートブルッフは、さらにこの観念上の正当化をめぐる、法理念の三種の要求はすべて「等価値的な」„gleichwertige“もの、と述べている。⁽¹²⁾正義と法的安定性が葛藤している下では、個人の良心がこの戦場における決定権を握っている。それは相対主義の立場からすれば、この葛藤に対するはつきりとした価値規準は存在しないからである。したがって、法理念の内部における順位が、ここでは、個人的良心を規定することになる。⁽¹³⁾

法的安定性に優位を与えることによって生ずる結果を是正するために導入されたこの「法の観念上の正当化」という考え方は、しかし、究極的には本質的に重要性をもっていないように思われる。それは、種々の法律観のあいだにみられる観念的闘争は継続させておくべきだという要求は、ラートブルッフが法律と個人の良心との現実的抗争において、いずれに優位を与えるべきかという決定を、究極的には実力に委ねるとするのであれば、法が実力によって規定される事態を何一つ変更することにはならないからである。ラートブルッフの主張する「哲学的効力論」は、確かに「観念上の正当化」という考え方を打ち立てようとしてはいるが、しかし、いわゆる「理論的人間」„die theoretischen Menschen“に対して、相対主義の観点からすべての価値判断の断念を呼びかけている以上、それは法と社会をその時どきの権力者、つまり「実力の愚行」„factum brutum der Macht“に引き渡すことになりはしまいか、とするウェルツェルの非難を果たして免れることができるだろうか。

このようなラートブルッフの法の効力論に対する疑問、ちなみに哲学的効力論への疑問をラートブルッフはいかに受け止めたであろうか。ラートブルッフにとって、彼が戦後に著した論文「実定法の不法と実定法を超える法」„Gesetzliches Recht und ubergesetzliches Recht“ (1946) で展開した正義と法的安定性の葛藤こそ、こうした疑問に対する一つの解答であるように思われる。ここでは、ラートブルッフがいわゆる「一般的承認説」、すなわち、当該社会構成

員の大多数のあるいは決定的部分の承認があれば、その法は、承認しない者を含めて、すべての構成員に対して拘束的であるとすゝる立場を継承することによつて、実力への法の引き渡しを制限したものとみることができよう。以下では、彼が「一般的承認説」を継承するに至る経緯について考察したい。

確かに、ラートブルッフはどこにおいても、「一般的承認説」への支持を表明してはいない。しかし、我われはその糸口ともいえるものを、一九四七年二月八日づけ《フランクフルト地区高等裁判所判決》(S1247, Sp.621ff.)に関して著した彼の解説のなかにみることができよう。

この判決は、いわゆる「生きるに値しない生命」„Lebensunwerten Lebens”の絶滅の可能性について論じたものであるが、一般的承認説への方向転換をはつきりと表明している。⁽¹⁵⁾すなわち、この判決は、まずヒトラーの秘密命令が、はたして法としての地位を得ているか否か、したがつて拘束力をもっていたかどうか、という議論から説き起こして、「効力のある」法規範の前提として、「できごとを認めること (Wahrnehmung) によつて生ずる関係者の承認と、同じくそれを根拠として形成される」現に行われていることは正当である」といふ確信 (Überzeugung) を要求している。⁽¹⁶⁾そのさい、この判決は、イエリネックとJ・ブルックハルト (J. Burckhardt) を引用しており、また事実的な実力関係が法的な支配に転化するといふ歴史的先例は、その根源を事実的なものに内在する規範形成力にまで遡る、といふ見解を示している。⁽¹⁷⁾とはいへ、この事実的なものは、それ自体はまだ規範ではなく、たんに「規範形成力」„normierendes Kraft”を「内在させている」„innewohnen”にすぎないから、これが規範になるためには、国民のうちに現に生きている道徳的意識によつて承認されなければならない。したがつて、「この承認と確信がない場合、あるいは何が命令され、何が起こっているのかについての普遍的な納得がないために、この承認と確信とがまったく形成され得ないような場合には、事実的なものの規範力は、なんら効力のあるものではあり得ない。」⁽¹⁸⁾それゆへ、承認の本質が事実的なもの

の内に在する規範形成力についての集団心理学的な納得であるとすれば、この出来事の関係者たちの納得こそが「法規範の形成にとって第一の前提」⁽¹⁷⁾である。

ラートブルッフの解説は、この判決に対して本質的に同意を与えている。ヒトラーの秘密命令が効力を欠いているという命題について、つぎのように肯定している。つまり、ラートブルッフは、ここでは「実定法を超える法」という概念を適用することなく、この判決と同様に、かの秘密命令がおよそ効力のある法ではなく、むしろ「法律に偽装された不法」⁽¹⁸⁾、verschleiertes Unrecht gegen das Gesetz⁽¹⁹⁾であったという結論に達している。すなわち、ラートブルッフはこの場合、先に彼自身が「実定法の不法」と名づけた現象を、このように表現したのである。すでに触れたとおり、ラートブルッフは実定法の効力の条件として、たんに実力者の意思が何らかの形で表明されるということ以上のものを望んでいる。彼は、専制的な権力者ですら、自ずと「その限界」をもっており、決して「気ままな恣意的行為をすべて法律にまで高める」地位にはない、と指摘している。それどころか、どのような主権者の実力よりも高いものがあることを指摘して、それがまさに「国民道徳」⁽²⁰⁾、die Volksmoral⁽²¹⁾である、とした。ここでラートブルッフは、一般的承認説の主張者たち、とりわけメルケルやイエリネックにみられる見解、すなわち法の効力は、一国民のなかに支配的な倫理観と倫理的な意力によって、立法への意思が採択されるか否か、にかかっているという考え方に結びついている⁽²²⁾。こうして、実力をもっている者の恣意に対して絶対的な限界が設けられたことになる。すなわち、国民道徳が承認し受容したもののだけが効力のある妥当な法なのである。

註

(17) なお、H.-L. Schreiber, Der Begriff der Rechtspflicht, 1966, S.127を参照。

- (96) Radbruch, RPh., S.180. (著作集1・二二二頁～二二三頁) もちろんのことであるが、ラートブルッフは「実施可能性」³⁾ Durchsetzbarkeit、法の効力の根拠としてではなく、その条件としてみることを望んでいる。
- (97) Zang Uk-Tiong, Der Weg rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch, Bonn 1976(Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 73), S.73.
- (98) Radbruch, RPh., S.179, Anm.1. (著作集1・二二六頁)
- (99) Welzel, Naturrecht, 4.Aufl. 1962, S.188.
- (100) Armin Kaufmann, Problem rechtswissenschaftlichen Erkennens am Beispiel des Strafrechts, in: Berliner Universitätsstage, 1962, S.149.
- (101) 他2) Radbruch, RPh., S.181. (著作集1・二二三頁) を参照。
- (102) Radbruch, RPh., S.182. (著作集1・二二五頁) 他に、この点を明らかにするものとして、Radbruch, Der Überzeugungsverbrecher, in: ZStW, Bd.44, 1924, S.34ff.を参照。
- (103) 法律と個人の良心との葛藤については、Welzel, Gesetz und Gewissen, S.383ff.多くを学んでいる。ハンス・ヴェルツェル「法律と良心」、『政経論叢』金澤文雄訳、広島大学、第一八卷三・四号(一九六八年)・同「誤った良心について」金澤文雄訳、『政経論叢』、同論叢第二三卷三・四号、一七九頁以下参照。ヴェルツェルは、法は単なる強制ではなく、義務づける当為であり、人間は当為にしたがって自由に自己自身を形成することのできる人格であるというところに刑事責任の根拠と限界が存在するとしたのである。金澤文雄「ハンス・ヴェルツェルの《責任説》の人間学的基礎」、同著『刑法の基本概念的再検討』(一九九九年、岡山商科大学学術研究叢書1) 一五〇頁。
- (104) Radbruch, Der Relativismus in der Rechtsphilosophie, in: Mensch im Recht, 1957, S.82. (著作集4・『実定法と自然法』、「法における相對主義」尾高朝雄訳、五頁)
- (105) ラートブルッフは、法の効力を証明することがいかに困難であるかよく知っているにもかかわらず、裁判官に対しては、つぎのような職業的な義務を求めている。すなわち、「裁判官にとっては、法規の効力意思を効力あるものとして、自己の法感情を権威的な法令の犠牲にし、何が法に適用かということだけを問題とすべきで、決してそれが正義に適用か否かを問題にしないことが、その職業的義務である。」(Radbruch, RPh., S.182.著作集1・二二四頁) ラートブルッフが裁判官のこのような義

務を一種の倫理的義務とみていることは、この箇所でも、彼が法秩序への自己の人格の「白紙的委付」, "Blankingabe" を説いていることをもってしても明らかである。

(116) Radbruch, RPh., S.179, Anm.2.

(117) Radbruch, Der Relativismus in der Rechtsphilosophie, in: Der Mensch im Recht, S.83. この思想は、事実上、国家形態としてのデモクラシーの本質的特徴と合致するもので、この意味におけるデモクラシーは、いかなる政治的意思のないし世界観の志向も、また観念闘争を通じて自由な方向をとることも、自由により自己を発展させることもできる政治形態である。この政治形態においては、寛容が絶対的な前提とされる。つまり「いかなる政党の見解も立証できなければ、いずれの見解も反対の立場から攻撃され、またいかなる見解も反駁され得ないとするなら、どの見解もまた反対の立場から尊重されなければならない。」(Radbruch, RPh., S.84, Vorwort, 著作集1・101頁) ここからラートブルッフは反対に、「デモクラシーはつねに」多数を獲得することができないなどの政治的見解にも、国家における指導的地位を委ねる「用意がなければならない」という結論を導いている。(RPh., S.84, 著作集1・100頁) この点についても、ヴェルツェルの批判的見解、すなわち「もし、デモクラシーが、すべての見解に対する寛容と理解されるとすれば、それはデモクラシー自体が放棄されることを意味する。」(Welzel, Naturrecht, 4. Aufl., S.252.) を参照。

(118) Radbruch, RPh., S.181. (著作集1・111-113頁)

(119) Radbruch, ebd. (著作集1・111-113頁)

(120) 以下「Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, S.345は、つぎのように主張することになる。いわく、法理念の内部における正義、合目的性、法的安定性の三者の原理的順位は、法思考自体からは演繹することができない」と。

(121) Zong Uk Tjong, Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch, S.84. のような Tjong の立場は、ヴェルツェルの法実証主義批判を継承するものである。ラートブルッフのいう相対主義的不可知論に実定法の絶対主義へと通ずる危険があるとするのは、まぎれもなくヴェルツェルの目的的行為論を踏襲したものと見えよう。この点を論じたものに、旧稿「鄭鍾晟の法哲学…… Prof. Dr. Zong Uk Tjong の御長逝を悼む」、『札幌商科大学論集』第三四号(一九八三年)一頁以下、とくに113頁以下を参照。

(122) 以下「詳しは」 Welzel, An den Grenzen des Rechts (Die Frage nach der Rechtsgeltung), 1966, S.24ff.

- (123) SJZ47, Sp.625.
- (124) SJZ47, ebd.
- (125) SJZ47, ebd.
- (126) SJZ47, ebd.
- (127) SJZ47, ebd.
- (128) SJZ47, Sp.633.
- (129) この点については Radbruch, *Gesetzliches Unrechts und ubergesetzliches Recht*, a.a.O., S.34ff. (著作集 4・「実定法の不法と実定法を超える法」小林直樹訳「二五一頁以下」)
- (130) SJZ47, Sp.633.
- (131) A・メルケルは「法を「国民のなかに生きている道徳的な諸力の結束」(Bündnis)として特徴づけている。彼は、強制的に服従をせまる秩序は、「国民のなかにみられる道徳的な諸力の比重がこの秩序の方に傾き、かつ自発的にこの秩序を行為の決定的な規準としてはっきりと受け容れられるようになった時点」からはじめて法となる」という考え方に達した。Merkel, *Elemente der allgemeinen Rechtslehre*, in „Gesammelte Abhandlungen“, 1899, Bd.2, S.590.
- メルケルと同様に、「イエリネックもまた「一般的承認説」を主張している。エリネックによれば、法的な諸規範は、それが動機付与力 (motivierende Kraft) を獲得したとき、すなわち意思に対して動機づけのきっかけを与える「能力」『Fähigkeit』を獲得したとき、はじめて効力を与えられる。(G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 7.Aufl., 1960, S.33.) この動機付与力の源となるのは、その諸規範について、それ以上演繹することは不可能であるという確信、すなわち「我われはそれらの規範に従う義務を負う」という確信にほかならない。(a.a.O., S.333.) この場合に基準となるのは、個々の人びとの個人的で恣意的な確信などでは決してなく、「国民が平均に有している確信」でなくてはならない。(a.a.O., S.333, Anm. I u. S.334, Anm. I) 法的諸規範の動機付与力は、したがって社会心理学的な諸々の権力 (Mächte)、『たとえば広く用いられている社会的慣習であるとか、特定の社会階級ないし職業における固有の礼儀作法とか、宗教団体や新聞などマスメディア等の諸権力によって』あの規準は、反抗的な個人的動機に対して、その行為の動機が真に実現されることが可能である」という保証が与えられなければならない。(a.a.O., S.334.) こうして、イエリネックは、強制の手段としての国家とは別に、「その他の社会的諸力」が存在

し、これが「法的な諸規範が遂行されるための重要な保証として作用する」ことを認めている。（a.a.O., S.335.）「一般的承認説」の評価については、他の「Welzel, An den Grenzen des Rechts (Die Frage nach der Rechtspflicht), 1966, S.10ff.」を参照。
Hans-Ludwig Schreiber, Der Begriff der Rechtspflicht, 1966, S.105ff.を参照。

（すずき けいふ 本学法学部教授）