

<論 説>

権 力 と 良 心

……中国の「和諧（調和）権」と「公衆参与」……

鈴 木 敬 夫

Power and Conscience

……Harmony Rights and Citizens' Participation in China……

……Keifu SUZUKI

Abstract: There is another side to China's dramatic rise as a market economy, evidenced by a widening gap between rich and poor, monopolization of power and capital, and other problems symptomatic of rampant inequality and injustice in society. The Chinese government aims to build a "harmonious society" as a way of overcoming this. It is urging the Chinese people to pursue "citizens' participation" as an example of "harmony rights" (the right to create a harmonious and equal society), and is asking for constructive suggestions on nation building. But although the people have presented proposals on "abolishing the system of correction through labor", "amending the Code of Criminal Procedure" and others with a view to protecting human rights, the government has rejected these. This is because the people of China are merely the objects of "leadership by the Communist Party of China", and have yet to establish their status as subjects of a country governed by the rule of law. The active "leadership" of the Communist Party towards the judiciary, legislature and administration gives the impression that the

“Party” and the “State” are one and the same thing. There are fears that this could be a reincarnation of the “Law to Secure the Unity of Party and State” (Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat, 1933) in Nazi Germany. The Nazi system of law has since been called “Gesetzliches Unrecht” (legalized injustice), as it deliberately denied human equality and human rights; it led to the “White Rose” resistance movement that demanded “freedom”. Today, in the 21st century, we would like to adopt an attitude of learning the new from the old when watching how China develops as a democratic state governed by the rule of law.

目次

1. 問題の所在 — 調和権の展望
2. 中国における「民主四権」の行方
3. “人權の訴え”としての「公衆参与」
 - (1) 『違憲審査手続きを発動して、労働教養制度の廃止を求める公民建議書』(2007.11)
 - <1> 憲法第37条「人身の自由」に違反する
 - <2> 公安機関の自由な裁量権と開かれた《審査基準》
 - <3> 「人治」と「法治」の分水嶺
 - (2) 『中国刑事訴訟法改正草案に対する10個の修正案』(2011.8)
 - <1> 「人民の保護」から「人權の保障」へ
 - <2> 尋問に「ありのまま答えなければならない」とする条項の削除
 - <3> 「取調過程における録音・録画」の導入と再生
4. 小結 — 「調和権」主体と「公衆参与」の課題
5. 余滴：「権力と良心」小考……ラートブルフによるナチスの「強制的同質化」法制批判
 - (1) 「強制的同質化」法制の素描
 - (2) ラートブルフの「法律上の不法」批判
 - (3) 反ナチ抵抗権の行使・「白バラ」事件の意義
 - <1> 人間の自由は放棄できない、絶対的な国家組織への抵抗！
 - <2> ユダヤ人も人間である、ドイツ人は虐殺を傍観視してよいか！
 - <3> 犯罪的国家から市民の擁護、言論の自由！
 - <4> ヨーロッパの奴隷化に抵抗しよう、ナチ党と闘え！

1. 問題の所在 — 調和権の展望

「調和権は、人権の内容に対する新しい認識、新しい概括である。調和権が保障され実現されなければ、我われが求めている社会主義調和社会は成立しない。」これは、徐顕明教授の論文「調和権も基本的人権である」“和諧権也是基本人權”の冒頭の言葉である。徐顕明教授は、人権を本位に人権史を顧みて、これを「自由権本位の人権」、「生存権本位の人権」、「発展権本位の人権」の三段階に分けて、「調和」を求める人権は“開新”に重きをおく第四代目の人権である、という。そして、「調和は、人と自然の調和、人と人の調和、個体としての人の心身の調和、ならびに人の権利と公共権の調和の四つの要素を指している。この意味で、調和社会における人権の訴えは、従来の子代にわたる人権とは異なる視座をもっている。」この「調和社会における人権の訴えは、……国家においては国家権力によって人権が最大限に尊重、保障されること、それを実現しようとするものである。」したがって、「調和権は、人類を……その中では、人々は自由を甘受することができ、天性と自由意思の赴くままに発揮することができる…調和のとれた世界へ導こうとするものである。自由と平等、憐憫と寛容、博愛と人道は、共同して調和の基礎を築き上げる。公権が十分かつ完璧に私権を尊重することは、調和権の政治的真諦である」と。⁽¹⁾

このように唱われる「調和権」は、今日の中国で、はたして何を実現しようとするものであろうか。中国は、憲法前文に「共産党による指導」等“四原則”を掲げ、さらに「人権の尊重と保障」条項(第33条第3項)を導入して、中国的特色をもつ社会主義国家の建設に努め、改革と開放政策を基軸に市場経済を大きく進展させた。だが、その一方で、環境破壊や行き過ぎた貧富の格差、権力と資本の癒着、官僚の腐敗といった弊害も目に余るようになった。不調和社会の到来が現実のものとなっている。こうしたなかで、2007年10月の第十七回党大会では政治体制改革の一環として「社会主義民主政治」が掲げられ、具体的には、「人民の知る権利」、「参与権」、「表現権」、「監督権の保障」(いわゆる“民主四権”)、

政策過程の透明度、公衆参与の程度を高める、などが声明された。⁽²⁾ これらは、すべて調和社会を目的とする新たな「人権としての調和権」にほかならない。

この「民主四権」保障の政府声明を受けて、さまざまな法領域で「公衆参与」(市民参加)の動きが見られるようになり、特に法制改革に関して、市民の多様な考え方が、意見や建議となって全国人大常務委員会法委会に届けることが可能になった。本稿で取りあげる、賀衛方(He Weifang)教授等による『労働教養制度の廃止を求める公民建議書』や顧永忠(Gu Yongzhong)教授による『中国刑事訴訟法改正草案に対する10個の建議案』は、その典型である。これらは、いずれも調和社会を構築しようとする公民の国権に対する人権の訴えであり、研究者の真摯な良心に基づく建議に他ならない。⁽³⁾

ただ、調和権の訴えの背景には、建議の成否を決定づける中国的特色が厳存する。2005年10月、「公衆参与」より先に、主権者公民の意思が訴訟を通じて主張されるという事件が起きた。中国の男女定年退職の不平等が憲法違反として訴えられた「周香華」事件がそれである。⁽⁴⁾ 事件は、表面的には定年制における男女不平等が争点となっているが、実は、中国社会に現存する男女の不平等問題を、裁判を通じて真正面から争う訴訟であった。それはまた、法律に依拠して、女性の人権を追求しようとするもので、それは中国伝来の男尊女卑の観念と、これを「法の下の平等」として許してきた中国的特色をもった「定年制度」そのものに対する問いかけとして、中国全土で広く注目されるところとなった。しかし、政治化された人民司法、ないし人民法院が政治権力から独立していない訴訟制度の下で、⁽⁵⁾ 訴えた翌年には訴訟請求を退ける一審判決が下りている。中国では裁判を以てする人権の訴えには、いまだ限界があるといえよう。

それは、司法が何よりも先ず「三つの至上」(党の事業至上、人民の利益至上、憲法の法律至上)を実現しなければならず、⁽⁶⁾ 裁判官に対して、党の政策、すなわち法律に忠実であることを求めている以上、実現され

るのは、中国的特色をもった「公平、公正、正義」以外のなにものでもない。したがって、たとえ調和権の発露としての「公衆参与」であろうとも、その建議が「三つの至上」を踏襲しようとしているか否かによって、行政の裁量が左右されることになろう。

徐顕明教授はいう。「党の司法への指導が具体的であればあるほど、党の指導を損なうことになる。中国では、「裁判官は党員でなくてもよい」制度を実施することは不適切である。しかし、裁判官が忠実に法律を執行する体制を作ることができれば、党の司法への指導も実現されることになる。なぜなら、法律は単に党政策の別形式に過ぎないからである。党員裁判官と他の裁判官の違いは、党員裁判官は法律に忠誠を尽くすお手本になるべきだ、という点である」と。⁷⁾ 党が掲げる「三つの至上」は、まさに政治理念であると同時に法の理念でもあるからである。行政裁量もこれと同列である。

上記の定年訴訟を顧みて、法律に忠実な裁判官のもとでは、平等の実現に一定の限界があるといえよう。それでは、現下の「公衆参与」制度は、果たして訴訟に代替して公民の意思ないし権利をどの程度実現できるだろうか。もし、「公衆参与」においても形式だけが唱われ、何ら実質がなく、主権者公民の正義を求める真摯な意見や建議が汲み上げられないものであれば、その形式的な「公衆参与」は主権者公民にとって「絵に描いた餅」に過ぎず、空腹を充たすことができないだろう。

まさに本報告で考察されるのは、こうした「公衆参与」の在り方をめぐる課題である。徐顕明教授によれば、社会主義調和社会では、「人権が国家権力から最大限に尊重され、保障される」と唱われるが、国権に対する公民の良心的訴えとしての「公衆参与」権が、はたしていかなる成果を上げ得るのか。以下では、「公衆参与」制度の意義を考察し、その限界を探りたい。

2. 中国における「民主四権」の行方

今日、「中国の民主と法制」に、新たな兆しがみられる。これまで、主

権者公民から、「和楷社会」や「科学的発展社会」の実現が期待もされ要請もされていただけに、「民主四権」、なかでも「参加権」の保障は、真の社会主義民主政治を構築する一つのルートとして注目されている。未だ、真の人民主権を実現する民意代表の民主的選挙制度が充分稼働していない中国において、「公衆参与」は、主権者の意思を施政に反映させ得る数少ない方法の一つとみられるからである。

「公衆参与」制度は、2000年に公布された「立法法」において、すでに「立法は人民の意思を体現し、社会主義的民主主義を発揚し、人民が多様なルートで立法活動に参加することを保障しなければならない」（5条）と規定されていた。立法法は、さらに全国人大常務委員会で審議される法案、国务院の行政法規起草についての座談会、等で市民の意見を広く聴取しなければならない、と定め（24条、58条）、常務委員会審議の重要法案については草案を公表し、意見聴取をおこなってもよい、と規定している。（35条）それが先の十七回党大会報告に「公衆参与」という法律用語で登場して以来、2007年以降、さまざまな法領域で、所謂「市民参加」が規定されるようになった。今日、立法や地方性法規の制定、公共料金の価格の決定、環境行政、都市計画行政など行政手続きにも公衆参与制度を取り入れる動きが現れている。⁽⁸⁾

情報化社会の今日、2007年が「中国公衆参与年」と呼ばれるほど、「公衆参与」という法律用語は広く普及している。主権者である公民が、全国人大常務委員会等に向けて意見を述べ、建議が可能になったことは、すでに国内外に周知され、新たな中国的特色を担っている。そして人々は、中国の人権ないし正義を国政に反映できる制度と見て「公衆参与」制度に大きな信頼を抱いている。もはや政府は、これを後退させることはできないであろう。このことは、未だ「非公開」条項が厳存するにせよ、「政府情報公開条例」（2007年）の実施が、《陽光政府》による“公開透明”の役割（公民知情権、公衆的監督、公衆的合理建議など）と比肩することができよう。今後、「公衆参与」を通じた建議が、政府に採用されたのか、否定されたのか、参与の行方について、公民は注視して執権

者の政治姿勢に強い関心を寄せることになる。

しかし、いかなる場合に「公衆参与」が認められるかどうかは、執権者の裁量に委ねられており、さらに参与した結果がどのように取り扱われたか、参与の実効性が保障されていない。このことが「仮参与」や「裝飾的形式主義」と揶揄される原因になっている。⁽⁹⁾

3. “人権の訴え”としての「公衆参与」

以下では、「公衆参与」で建議された具体的な事例を二つ検討しよう。

(1) 『違憲審査手続きを発動して、労働教養制度の廃止を求める公民建議書』（2007.11）

十七回党大会で「公衆参与」の保障が打ち出された直後、「労働教養」制度の廃止を求める『公民建議書』が、全国人大常務委員会法工作委、國務院等に提出された。賀衛方教授、茅于軾教授、弁護士等 69 人の連署によるものである。

労働教養制度は、犯した行為が軽微で、刑事責任を追及するには至らない浮浪者・淫売、職場の規律を守らず常に問題を起こす者、人を集めて社会の治安を乱す者、反革命分子・反社会主義の反動分子などを《労働教養施設》に送るというものである。⁽¹⁰⁾ この制度は、國務院による『労働教養問題に関する決定』（1957 年）及び公安部が制定した『労働教養試行規則』（1982 年）に基づき実施されている。以下に、賀衛方教授等が訴える『公民建議書』の内容を素描しよう。

〈1〉 憲法第 37 条「人身の自由」に違反する

『公民建議書』は、時代の潮流に逆行し、法治の進歩を阻害するとして、次の四つの理由を上げて、その廃止を求めている。冒頭はこの制度が「憲法違反」とする指摘である。すなわち、

①憲法第 37 条が保障する「人身の自由」を直接侵害している。②「立法法」と「行政処罰法」など、上位法令と衝突している。③国際的にみ

ても、中国が署名した「市民的および政治的権利に関する国際規約」に合致していない。要するに、④政治を管理する角度からみて、労働教養制度は、現代中国において最大にして最悪の政策である、と。

とくに注意すべきことは、この制度が政治効果を高めるために、いかなる行為であっても囲い込むことのできる、きわめて恣意性の強い「人身の自由」を剥奪できる処罰処置になっている、と指摘されている点である。⁽¹¹⁾

〈2〉 公安機関の自由な裁量権と開かれた《審査基準》

『公民建議書』は、最悪の事例として9点を指摘している。①労働教養の存在は、刑事法の存在を著しく損なっている。②労働教養という行政処罰を適用すれば、むしろ刑罰の拘留より厳しい処罰を受ける。③公安機関が専ら労働教養を主導するのは、これが典型的な「警察罰」であることを表している。④公安機関は恣意性が強く、なんら制限されない自由な裁量権をもっている。⑤労働教養は閉鎖的な審査手続きで為されており、公開されず、弁護士をつけることも認められない。⑥この制度は、誤判事件や冤罪の温床になっている。⑦公安部門は、労働教養の処罰権を悪用して、部門の利益を図っている。⑧労働教養は、陳情する者や、何かを摘発し自己の権利を擁護しようとする者を、迫害する手段になっている。⑨この制度は、公民を差別して取り扱う処罰制度であって、内外の差別だけではなく、等級や身分で差別し処罰している。

『公民建議書』が指摘している公安機関の権限を直視すると、権威主義国家の到来を思わせる。すなわち、労働教養制度で拘束されるか否かを決める《審査基準》では、いわゆる「犯罪構成要件」が広く開かれており、もし、これを以て人々の言論・出版等の表現行為に当てはめるならば、問題は極めて重大である。現行の《審査基準》には、「刑事処分をするには至らない反革命分子」が規定されている。1997年の刑法改正で「反革命罪」が削除されたが、これはその残滓である。また、「反党分子」、「扇動して社会の治安を乱す者」、「いつも故意にごたごたを起し生産秩

序も生活秩序等を乱す者」、「他人を唆して違法な犯罪行為を行わせた者」などという《審査基準》は、きわめて抽象的で曖昧かつ弾力性をもっており、合法的な規範性や明確性をおよそ欠いているといえよう。公安機関は、こうした漠然とした《構成要件》を駆使して、どのような言論や行為にでも、執政者の立場の異なる者を異端視し、拘束することができよう。ここに、行政機関の恣意が国家権力となる余地がみられる。

〈3〉「人治」と「法治」の分水嶺

『公民建議書』はいう。労働教養制度に違憲審判を行うか否かは、政府を尊び公民を軽んずるか、それとも公民を尊び政府を軽んずるかに関わる問題である。もし「人治」が発達すれば、政府の文書と責任者の指導や話は「法」となる。だが、「法治」が発達すれば、憲法と法律を尊重しなければならない。違憲審査を行って労働教養制度を廃止することは、国家憲法を遵守し、各レベルの責任者がもっている法外の権力を剥奪することに他ならない。労働教養制度の存廃は、正に「人治中国」と「法治中国」の分水嶺であり、「文明中国」と「野蛮中国」の試金石である、と。

まさにこの『公民建議書』は、主権者公民がもっている違憲審査権を政府に突きつけ、全国人大とその常務委員会がもっている憲法監督権の行使を求め、憲法適合性判断(立法法第90条1項、2項)の怠慢を指摘するものである。

公衆参与権に則って提起されたこの『公民議定書』が、今日、常務委員会法工作委等において、如何に評価されたか明らかではない。『公民建議書』が提起されてから既に5年の歳月が経過している。しかし、報道では、労働教養制度を改廃しようとする政府の公報はない。「反党分子」を行政処罰し得る労働教養制度を温存させ、これに対する憲法監督権を行使しない現状からすれば、憲法が党の統治を合法化し、正当化していることの証であろう。ここには、全人代の絶対多数による安定性、すなわち法律上の、安定性に支えられた「党治」が次第に「法治」化してい

く過程がみられる。^(11a)

(2) 『中国刑事訴訟法改正草案に対する 10 個の修正案』(2011.8)

2011 年 8 月、全国人大常務委員会が開催され、中国刑事訴訟法の改正案が審議された。この改正は、1996 年に続く 15 年ぶりの改正であった。これまで、中国では、自白の強要などによる冤罪が多数発生し大きな社会問題となっていたので、⁽¹²⁾ 刑事訴訟法の改正が、まさに刑事被告人や被疑者の合法的権利をいかに尊重するか、人権擁護がどこまで実現されるのか、広く注目されることになった。改正案の審議と併せ草案も公開された。この草案に対して、中国政法大学訴訟法学副院長顧永忠義教授は、『中国刑事訴訟法改正草案に対する 10 個の修正案』を政府に建議して、専門家としての意見を具申した。⁽¹³⁾ 新たな法制度改革に対する「公衆参与」の一例である。

顧永忠教授の 10 個の修正案の中から、以下では、とくにその重点と目される三つ点のみを取りあげる。

〈1〉「人民の保護」から「人権の保障」へ

常務委員会による改正草案第 1 条 刑法を正しく適用することを保証し、犯罪を処罰し、人民を保護し、国家の安全および社会公共の安全を保障し、社会主義社会秩序を維持するために、憲法に基づいて本法を制定する。

顧永忠義教授の第 1 条に対する修正案：刑法を正しく適用することを保証し、犯罪を処罰し、人権を保障し、刑事訴訟法における実体的公正と手続上の公正を実現し、訴訟効率を向上させるために、憲法に基づいて本法を制定する。

修正理由として、顧永忠教授は、次のように主張する。「人民を保護し、国家の安全および社会公共の安全を保障し、社会主義社会秩序を維持する」という条文は、刑事訴訟法がもっている手続上の正義を擁護するという独特な価値について示していない。「人民を保護し」を「人権を保障

し」に改めるべきである。「人民」というのは政治的概念であって、「人民」のなかに犯罪容疑者、被告人が含まれるか否か意見が分かれる。憲法は「国家は人権を尊重し、保障する」と規定している。刑事訴訟活動およびその結果は、直接に公民の人身権、財産権、およびその他の合法的利益を制限し、剝奪することになるから、刑事訴訟法は、「人権を保障する」ことを専ら目的とすべきである。併せて、実体的公正と手続きの適正さ、及び訴訟の効率も考量すべきである。

〈2〉 尋問に「ありのまま答えなければならない」とする条項の削除

世界では既に保障されている犯罪被疑者の「黙秘権」や「供述拒否権」について、草案はこれを制限しようとするものである。修正案は、特に捜査員の尋問に対して、被疑者が「ありのまま答えなければならない」という規定の削除を求める。

常務委員会による改正草案第 117 条第 1 項 捜査員は犯罪被疑者を尋問するに当たって…、犯罪被疑者は捜査員の質問に対して、ありのまま答えなければならない。但し、当該事件と関係のない質問に対しては回答を拒否する権利を有する。第 2 項捜査員は、犯罪被疑者の取調べに当たって、被疑者が自分の罪をありのままに供述すれば、法に従い寛大な処分が受けられるという法規があることを、被疑者に知らせなければならない。

第 117 条に対する修正提案 「被疑者は、捜査員の質問に対して、ありのまま答えなければならない。但し、当該事件と関係のない質問に対して、回答を拒否する権利を有する」という規定を削除し、その他の規定を留保すべきである。

修正理由 その一として、尋問に「ありのまま答えなければならない」という条項は、今次の改正草案第 49 条と矛盾している。第 49 条は、「拷問による自白の強要、ならびにその他の違法な方法による証拠の収集を厳禁する。何人も自身の有罪を供述することを強要されない」と規定している。理論的にも実務的にも、自由を奪われ、身体的拘束を受けてい

る被疑者に、「ありのまま答えなければならない」と要求することは、人身的強制と精神的強制の両面から圧力をかけるもので、明らかに有罪自白を含む質問に対して、強制的に答えさせようとするものである。

その二として、「ありのまま答えなければならない」というのは、犯罪被疑者に対して、捜査員の質問に強制的に回答させることを意味する。それは、罪を認めるか否かにかかわらず、被疑者に自身の有罪ないし無罪を立証する責任を負わせることになる。これは、改正草案第48条が定める、検察機関が被告人の有罪を立証しなければならない、という規定に反する。

その三とし、「ありのまま答えなければならない」という条項は、捜査員に自白させようという意欲を強化させる心理作用をもたらす。それは自白を重視するあまり、その他の証拠を軽視する傾向を助長し、違法な拷問による手段を用いて自白を強化させることになる。この条文を削除することによって、捜査員の捜査能力を向上させ、証拠収集に捜査の重点が移り、事件処理のマナーも向上するであろう。

〈3〉「取調過程における録音・録画」の導入と再生

中国においては2005年に「佘祥林妻殺し事件」が発生し、捜査機関の違法な証拠の収集、恣意的な証拠の採用などが指摘され、公正な捜査手続きの確立が急務になっていた。そうした中で、「取調過程の可視化」問題を前進させたのは最高人民法院による「人民検察院が職務犯罪の被疑者を取り調べる際に全過程同時録音・録画の実施に関する規定（試行）」（2006年）であろう。この時点で、職務犯罪に限ってではあるが、犯罪被疑者の取調につき全過程の連続録音・録画が義務づけられたといえよう。これに対して、この度の改正草案では、職務犯罪に限らず、無期徒刑や死刑に相当する犯罪被疑者に対する取調過程の録音・録画を中心に記録を行い、他の犯罪被疑者に対しては、録音や録画をすることができる、という規定にとどまった。修正案は、必要があれば、法廷において尋問の録音・録画を再生すべきことを主張している。

改正草案第120条第1項 捜査員による被疑者への尋問は、その過程を録音又は録画で記録することができる。容疑者が無期懲役、死刑に科せられる可能性がある場合は、尋問の過程を録音又は録画措置をとらなければならない。」

第2項 録音又は録画は、全過程を通じて行い、完全性を保障すべきである。

改正草案第120条第2項に対する修正提案 第2項の後に次の文言を付け加えるべきである。「事件を審理する際、被告人及びその弁護人は、捜査員が作成した尋問調書の客観性ないし尋問の合法性に疑義があれば、捜査員が法に従って尋問録音または録画を行っている場合には、公訴する者は、法廷に尋問の過程を記録した録音又は録画を提供し、再生すべきである。」

修正理由 顧永忠教授は修正理由で、この改正がなされることによつて、拷問等による自白の強要を抑制し、尋問の合法性や規範性が証明され、不法な証拠認定が排除できる意義を認めている。しかし、「条文の内容は限定的なものに止まり、録音・録画という証拠資料の使用問題について何ら規定しておらず、不完全である」という極めて重要な指摘をしていることに注意しなければならない。

顧永忠教授によつて指摘された点、すなわち条文として規定していない不完全な部分こそ、法改正の成否を占う箇所であろう。まず、無期懲役又は死刑に処せられる可能性をもつ極悪な被疑者に対する録音・録画は当然なされるべきであろう。だが犯罪で圧倒的に多数の、無期懲役に至らない犯罪被疑者に対する録音・録画が保障されていない点への疑問である。すなわち草案第120条第1項で「捜査員による犯罪被疑者への尋問は、その過程を録音又は録画で記録することができる。……」と規定している。この尋問過程を「記録することができる」という条文は、「記録しないこともできる」という消極的な含意を読みとることが可能であり、それは録音又は録画という記録行為自体を極めて曖昧なものにしている。従つて、草案の文言には、先ず、取調（尋問）の過程を録音・

録画するか否か、もしするならば取調過程の全部を記録するのか、それとも一部分だけに留めるのか、果たしてどの部分を選択して記録するのか、という問題が内在している。文言が、録音・録画の編集と取捨選択及び記録の再生を、専ら捜査機関の判断に任せるという趣旨を包含するか否かが、問われなければならない。「記録することができる」という文言の含意は、犯罪捜査と被疑者の人権にかかわって、その規範性を疑わせる。それは、仮に、録音・録画の編集と取捨選択、記録の再生が捜査機関の裁量に委ねられているとすれば、録音・録画という記録媒体が推定有罪に確かな根拠を与える、恣意的な証拠収集に繋がるという危惧がないとはいえないからである。起訴する側にとって有利な記録媒体の再生ほど、犯罪被疑者にとって恐ろしいものはない。顧永忠教授は、中国の法廷審理において、被告人や弁護士が尋問調書と供述内容に疑問を抱き、捜査機関がその記録媒体を保管しているにもかかわらず、それを法廷で再生するよう求めても、起訴する側が再生を拒否している実状にあることを、と指摘している。

2012年3月14日、第十一期全人大第五回会議において、刑事訴訟法の改正草案は原案どおり可決成立した（主席令第55号）。顧永忠教授の草案修正建議は、採用されるには至らなかった。⁽¹⁴⁾

4. 小結——「調和権」主体と「公衆参与」の課題

刑事訴訟法改正に関する顧永忠教授等の修正提案が可決されなかったその背景には、法律を統治のための手段とする為政者の道具主義的法観念がある。これは公民を統治の客体として扱い、主体とみて尊重する観念が欠如していることの表れであろう。客体が提起する「建議」を異端視して、そこに内在する民主的な法価値観を尊重しようとしめない不寛容な立場であることが明らかである。

だが、第十七回党大会の新しい潮流は、そうした旧態依然とした統治の質を、すなわち公民を支配の客体とする思考から、法律の「主体」へと置き換えようとする試みとして評価できるであろう。そこには公衆を

「調和権」の担い手とみる、すなわち「調和社会」を構築する「法の主体」と位置づける、民主的「参加」へと導こうという兆しがみられる。法主体としての参加は、究極的には「民主」から「自由」への道を目途とするものである。

従来、為政者は、憲法前文「四原則」に掲げられた「共産党の指導」の下で体制の改革と開放を進めてきた。しかし、それは同時に、公衆の間に、めざましい市場経済発展の背景にした自由な主体意識、国際化および情報化社会に育まれた多様な価値観ないし世界観への覚醒と、それに対する自由な相互批判、そして自由な社会主義を求める法目的観の生成、などを惹起させることにもなった。今や誰もがこうした社会発展の原資を黙過することはできない。

まさに、この新しい潮流、社会の躍動を新たな「社会主義民主政治」の構築に呼び寄せ、公衆を信頼し、責任ある法主体に位置づけることが期待されよう。多様な立場の「公衆参与」による意見・建議は、多元社会の相対的な価値観の存在を、公衆が広く共有できるから、特に『調和社会』にとっては有益であろう。なぜなら、『調和権』には、主体者の応分の「役割」、公共の担い手としての義務ないし責任が伴うからである。ここには、主権者にとって『調和社会』の構築が、権利であると同時に自律的義務でもあるという法意識が漲っている。これは公民主権者の主張が、まさに主権者の倫理的義務であることの証でもある。はたして、執権者の裁量権は、新時代のこのような「公衆参与」を受容できるであろうか。

今や、裁量を支えている党の指導に依拠する法目的と、その安定的な法的効力を墨守する「裁量権」が客観視され、見直される運命にある。その意味で「湖南省規範行政裁量権辦法」(2009.10)は進んだ法治の一面といえよう。⁽¹⁵⁾本来、公民の憲政への参加は、規範的な裁量の下で、先ず党治から法治への実現が目途とされるべきであろうからである。

「公衆参与」を実効性あるものにする前提として、二点について指摘しておきたい。一つは、「公衆参加」する主体の組織化ないし団体化である。

単に広く有志を集め、その者たちの意見を集約するだけでは、公的な建議としては不十分である。責任の所在が明らかな機関決定が求められよう。そのためにも建議書を提起する公衆の組織化が許される必要がある。次は、意見を具申し建議するには、綿密な正しい情報の収集が不可欠である。とくに国や地方政府の情報公開について、その「非公開」条項の削減を求める必要がある。まさに「公開透明」である。「社会团体登記官吏条例」(1998年)など、公衆の組織化を厳しく制限している諸法律の見直しや、政府情報の「非公開」を削減する内部規制の緩和がなければ、真に実効性のある「公衆参与」は育まれないといえよう。

ところが、2011年3月の第十一期全国人大において、「民主四権」の在り方、「公衆参与」等に枠をはめる党の方針が示された。第四回会議「中国特色社会主义法律体系」がそれである。ここでは中国の「国情」から出発して、複数政党による政権交代、指導思想の多元化、三権分立、二院制、連邦制、私有化を行わないことが改めて宣言されたのである。⁽¹⁶⁾ ここにいう「国情」とは、「我が国の政治方面における最大の国情とは、中国共産党が中国的特色をもつ社会主義建設の指導の核心にあることにほかならない」⁽¹⁷⁾と説かれるものである。こうしてみると、「社会主義民主政治」の発展を育むために掲げられた「公衆参与」など「民主四権」の保障は、現下中国の「国情」を前提として、その枠の中でのみ権利主張することが許されるにすぎないといえよう。

憲法に制約されない党の指導の下にあっては、調和権の行使や「公衆参与」の主張も、実際には中国的特色をもった展開としてなされる場合にのみ許され、徐顕明教授が当為として掲げる「復興ではなく新開に、保守ではなく超越に、対抗ではなく相互補充に」の実現には、いまだ一定の距離があるといえよう。杜鋼建教授は、こうした「民主四権」の限界を「居上不寛」と評している。⁽¹⁸⁾

註

(1) 徐顕明「和諧権也是基本人權」『北京日報』(2009-08-03)「従来の三代人

権に対していえば、調和権は、復興ではなく開新に、保守ではなく超越に、対抗ではなく相互補充に重きを置いたものである。調和権の誕生とその結晶は、従来の人間社会の理念、現行の国家政治理念、目下の国際関係の理念に対して提示された時代的命題にほかならない。……調和権は、まさに 21 世紀に人類が「不同」から「和」を求め、「和」に「不同」を存続させ、文化衝突をなくすための根拠となるものである。」「和善社会」は、胡錦濤政権が打ち出した新しいスローガンの一つであって、それは単純 GDP 主義を反省し、その克服を目指して掲げられたものである。徐顕明教授の「調和権」論は、それを積極的に人民の権利主張として訴えるべきことを論証しようとしたものである。なお、徐顕明教授の人権論として、「人権主体をめぐる論争から導かれる幾つかの理論問題」（1992）、鈴木敬夫編訳『中国の人権論と相対主義』（成文堂、1997）60 頁以下がある。

- (2) 胡錦濤『高举中国特色社会主义伟大旗帜为夺取全面建设小康社会新胜利而奋斗』（人民出版社、2007）30 頁以下。今日の中国における「市民参加制度のひろがり」について、鈴木賢「中国法の変容と共産党統治のゆくえ」『東亜』no.535、2012.1、35 頁以下を参照。
- (3) 鈴木敬夫「中国の人権・労働矯正制度を問う」、角田猛之編『中国の人権と市場経済をめぐる諸問題』（関西大学出版部、2010）、99 頁以下に詳しい。更に鈴木敬夫「中国刑事訴訟法改正と取調の可視化問題——正義と法的安定性の葛藤」『札幌学院法学』第 28 卷第 2 号（2012）、61 頁以下参照。この中国語訳（蘇煒訳）が、『法治湖南与区域治理研究』（杜鋼建主編、湖南大学法学院）第 7 卷（2012.5）、129 頁以下に所収。
- (4) 中国ではじめて男女定年退職の不平等を訴えた事件である。胡錦光編『中国重大憲政事例研究』（中国人民大学出版社、2009）1～17 頁
- (5) 徐顕明「司法改革二十題」『法学』1999 年第 9 期、4 頁以下。徐顕明教授は、「公平、公正、正義」は、司法が永遠に追求すべき指標であると述べ、「司法権行政化問題」について、つぎのようにいう。司法と行政の合一は、中国伝統司法の重要な特徴であって、その伝統は今日も存続している。「司法が行政の支配から逃れられないのは、裁判所の行政化がその直接的な原因であるが、裁判所が行政化した結果生ずるのは、裁判所の非独立にほかならない。物質的、政治的な待遇が保障されていないのが裁判所行政化の直接的な原因であるが、裁判官が行政化した結果生ずるのが、裁判官の非独立にほかならない。もし、裁判官が裁判官に命令することができれば、命令する側もその命令を受ける側も、もはや裁判官ではなくなってしまう」とする。（4 頁）また、「党の司法への指導体制」について、革命期においては「司法集権の必要性と、党の司法への指導の重要性は自ずと決定された。」しかし、「法治の国家においては、党の指導は指揮権を以てする指導から、法律を以てする指導に、直接的な指導から

間接的な指導に転じなければならない。換言すれば、党の司法への指導は、その司法政策を法律へとレベルアップすることによって実現されなければならない。さらに司法手続きが開始される前の裁判官に対する任命権と、司法手続き終了後の裁判官への監督によって実現されなければならないものである。」(5頁) これは、世界に普遍的な「司法権の独立」論ないし「三権分立」論とは立場を異にするもので、中国的特色を有する司法改革論であるといえよう。

(6) こうしてみると、中国の司法制度は、共産党の指導者胡錦濤が掲げる政治理念「三つの至上」(党の事業至上、人民の利益至上、憲法法律至上)の下にしっかりと位置づけられていることが明らかである。高見澤磨・鈴木賢著『中国にとって法とは何か 統治の道具から市民の権利へ』(岩波書店、2010)119頁。

(7) 徐顕明「司法改革二十題」(前掲) 7頁。

(8) 鈴木賢「中国法の変容と共産党統治のゆくえ」(前掲) 35頁。

(9) 蔡定劍著『毎個人は改革の締造者』(法律出版、2011) 75頁以下。

(10) 鈴木賢ほか編著『現代中国法入門』第5版(有斐閣、2009) 289頁以下。
鈴木敬夫著『相对主義法哲学と東亞法研究』(中国・法律出版社2012) 330頁以下参照。

(11) 早くも1996年に、杜鋼建教授による論文「労働教養制度と人身自由保障」が発表された。杜鋼建教授は「二十世紀後半の中国に、このような制度が存在していること自体、真に人間の尊厳に対する重大な侮辱である」と批判する。いわく「労働教養制度を廃止しなければならない理由は、裁判所の審判手続きを経ることなく行政機関によって任意に公民の自由を数年にわたって剝奪することが許されている点である。……労働教養制度は、まったく司法審判の手続きを重んずることなく、行政機関の指導者が、如何なる単位の誰であろうと労働教養施設に送り込み、人身の自由とその他の基本的人権を剝奪できる制度である。裁判所の審判手続きと当事者の訴訟権は、労働教養が決定される過程では、まったく配慮されることがない。労働教養制度は、その本質からみて裁判所の裁判権の侵犯であるといえよう。中国の裁判官は、裁判を経ることなく数年間も、人身の自由が剝奪できる労働教養制度の存在を容認している。裁判官は自らその司法認識と人権意識の喪失に一定の責任をおうべきである。……国は行政機関が裁判所の審判権を無視し、公然と人民の人身自由を剝奪できる不法で乱国の制度を廃止しなければ、とうてい司法権の独立は困難である。乱国の制度を廃棄しなければ、国は必ず道理を忘れるばかりか、人々も仁義の道を見失ってしまう。法制が悪ければ国家が乱れ、人心もこれに反抗するというものである。『慶父が死ななければ、魯国の難は尽きることがない』(慶父不死、魯難未已。)『左傳・閔公元年』、く人民を害する元凶がいる限り、人民の苦しみを除くことができない。拙訳)』『中国研究月報』1996.12.P.46以下。この論文

は、陳光中、王平、陳澤憲等諸教授の論文「中国的労働教養制度及其改革」(2001)と共に拙訳として、『札幌学院法学』第19巻第1号(2002)143頁以下。

(11a) 最終校正の段階で、中国において「労働教養」制度に新たな展開がみられた。2012年10月9日、中国中央司法体制改革指導グループ事務室責任者・姜偉は、「労働教養制度」について、「一部の規定や認定プロセスに問題があり、改革が必要なのは社会の共通認識だ」とし、現在、担当部門が専門家等の意見を聞き、改革案について検討している、と説明した。(2012.10.11.『朝日新聞』、北京=香取啓介) 新たな改革案に注目したい。

(12) 「余祥林妻殺し事件」で捜査機関の違法な証拠の収集が問題視された。陳興良「中国刑事司法改革的考察——以劉湧和余祥林案為標本」『浙江社会科学』2006年6月、64~65頁。

(13) 顧永忠「对中国刑事訴訟法改修(草案)十個建議」、<http://legal.people.com.cn.cn/GB/15772357.html> 鈴木敬夫「中国刑事訴訟法改正と取調の可視化問題」(前掲)に「十個建議」日本語訳が掲載されている。84頁以下。本文に掲げた三つの条項を除き、建議された条項は以下の7条項である。

①改正草案第12条に対して、「無罪推定」の原則を明確にすべきこと。②改正草案第11条に対して、被疑者が弁護を受ける権利を保障すべきこと。③改正草案第34条および第264条に対して、刑事限定責任能力者も、法律援助が必要であること。④改正草案第37条第3項に対して、「重大な賄賂事件」でも弁護士の接見は自由にさせるべきであること。⑤改正草案第84条及び第92条に対して、家族への通知制限範囲を随意に拡大すべきではないこと。⑥改正草案第187条に対して、偽証罪を問うのは、本件の罪を確定した後にすべきこと。⑦改正草案第59条に対して、被告人の近親者は証人となる義務の免除を受けるべきであること、である。今回の刑事訴訟法改正案に対する「中国人大綱」の意見聴取に対して、80,953通の意見が寄せられた。(http://www.npc.gov.cn/npc/flcazqyi/node_8176.htm)

(14) 第11期全人大大会第5回会議において、改正案は賛成2639、反対160、棄権57、で可決された。(http://www.npc.gov.cn/npc/zhibo/zzzb27/node_4246.htm) 中国刑事訴訟法改正に関する論文としては、王雲海「中国刑事訴訟法改正の到達点と問題点」『法律時報』2012年7月号56頁以下があげられよう。さらに湯淺紀佳・宮薗会「中国における刑事訴訟法の2012年改正」上・下、『国際商事法務』Vol.40、No.5(2012)771頁以下、同No.6、936頁以下を参照。

(15) 「湖南省規範行政裁量權辦法」(2009.10) ここには、行政裁量權の行使基準等を明文で定めるべきことが規定されている。優れた先行事例として評価できよう。『湖南省“六五”普法2011読本』(海南出版社、2011)21~22頁。

(16) 全国人大常委法制工作委员会研究室編『中国特色社会主義法律体系説

本』（中国法制出版社、2011）3頁参照。鈴木賢「中国法の変容と共産党統治のゆくえ」（前掲）34頁参照。

(17) 王錫鏞主編『公衆参与与中国新公共運動的興起』（中国法制出版社、2008）53頁。鈴木賢「中国法の変容と共産党統治のゆくえ」（前掲）34頁から引用。

(18) 「居上当寛」（上に位して寛容である）、「容人容衆」（人には寛容で、大衆を思いやる）などは、杜鋼建教授の説く新仁学における寛容の法理である。杜鋼建「寛容原則与法治政府建設」：同「国際法的引入与法治政府建設」『法治湖南与区域治理研究』2011年第3巻、271～279頁を参照。さらに杜鋼建「寛容的思想与思想寛容」『新仁学——儒学思想与人権憲政』（京獅企画、香港2000）114頁以下。この論文の日本語訳が、鈴木敬夫編訳『中国の人権論と相対主義』（成文堂、1997）237頁以下。ただ今日、相対主義における寛容については、これまでの「寛容の理念は価値相対主義から論理的に帰結される」というラートブルフやケルゼン（Hans Kelsen）の立場に対して、カウフマン（Arthur Kaufmann）からの批判（認識上の「間主観主義」）があることも併せて考慮すべきであろう。竹下賢「自立型リベラリズムと寛容の限界——アルトゥール・カウフマンの理論をてがかりにして——」『ドイツ法理論との対話』青井秀男・陶久利彦編（東北大学出版会、2008）365頁以下、とくに368頁参照。

5. 余滴：「権力と良心」小考……ラートブルフによるナチスの「強制的同質化」法制批判

(1) 「強制的同質化」法制の素描

相対主義は、自由主義のかつ民主主義的な法治国家を考える法哲学的基礎である。その簡単な定式は、あらゆる政治的そして社会的なものの見方は、主観的であり、その限りにおいて相対的なものである考え方である。したがって、すべての者が、政治的なものの見方の相対性を認識するならば、自分のものの見方について絶対的な主張をすることはできず、他の者のものの見方を自分のものと同等に価値あるものとして尊重し、これを許容することになる。最高次の価値について、相異なり肯反する見解があることは学問的に否定することはできず、どれかひとつの見解を絶対的に証明したり、論駁したりすることはできない。この証明不可能性が寛容を根拠づけている。人間の多様性とその固有な価値観を相互に尊重し合う立場こそが、寛容を旨とする相対主義の礎にほかな

らず、それは自由と民主主義を可能にする法治国家の前提といえよう。

ドイツの法哲学者グスタフ・ラートブルフ (Gustav Radbruch、1878～1949) は、ナチスによる一党独裁の指導思想に依拠する「強制的同質化」(Gleichschaltung) を忌み嫌い、その法制を拒絶し、論文「法律上の不法と法律を超える法」(Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht、1946)⁽¹⁹⁾ を著して、「法と法律」を同視する実証主義的テーゼを克服する道を拓いた。そこには価値相対主義に礎をおく法の普遍的原理としての、いわゆる《ラートブルフ公式》が展開されている。⁽²⁰⁾

近現代史を顧みて、人間の尊厳を蹂躪する圧政とその法制、すなわち「不寛容な法制」ないし「法律上の不法」`Gesetzliches Unrecht`⁽²¹⁾ には多様なものがみられる。東アジアにおいては、戦前日本の朝鮮及び台湾に対する植民地法制はその代表的なものであり、⁽²²⁾ またヨーロッパでは、なによりも戦前ドイツのナチスによる法制が上げられよう。

日本植民地統治法やナチス法制に共通している不法な法制は、人間を国家繁栄の手段として扱い、人間ないし民族の尊厳を否認し、その自由な主体性を蹂躪したことにある。植民地統治法においては、とくに被支配民族に対する日本語教育、皇民化教育を通じて「同化」を徹底し、そこにはナチの『強制的同質化』(Gleichschaltung) 法制⁽²³⁾ と酷似した特色をみることができるといえる。果たして、中国憲法「四原則」による「指導(領導)」法制との異同如何。

以下では、ナチスの指導者による独裁化法制を探り、彼らの画一的な指導による「強制的同質化」法制に焦点を当て、「法律上の不法」と呼ばれた実定法の実態をみてみよう。

ヒトラー政権が登場する以前のドイツは、ワイマール憲法の下で議会中心の民主政治が行われていた。そこでは、民主主義は相対主義の精神に基づき、多様な政党のイデオロギーを包容して、多数決による立法、および政治方針の決定が保障されていた。ところが、ヒトラーによる「国民社会主義ドイツ労働党」(NSDAP)が登場するや、彼らは民主主義の議会政治の多数決制を巧みに利用して、換言すれば、極端な反共産主

義、反ユダヤ主義を旗印にして、第一次世界大戦で疲弊したドイツ民族とその国会議員を囲い込み、NSDAPの主張に反対して異義を唱える議員への暗殺（Terror）を繰り返した。⁽²⁴⁾そして、終に、ドイツ議會の多数を獲得し、民主主義の国家組織を根本から覆す絶対独裁主義、ナチズム（Nationalsozialismus）を立ち上げることに成功した。ここでいう多数決の原理は、紛れもなく実力決定主義であった。多数の力は、ナチスが立法する全法律を支える法的安定性の源となった。しかし、明らかなのは、数の力は決して法ではないということである。こうして、主権者の法目的観とその正義は、「法律上の不法」に支配され、「正義」（Gerechtigkeit）、「合目的性」（Zweckmäßigkeit）、「法的安定性」（Rechtssicherheit）の均衡は⁽²⁵⁾崩壊の道をたどった。

まず、ナチスは1933年2月、「共産主義者の国家公安を害する暴力行為を防止するため」というスローガンを掲げて「民族および国家を防衛するためのドイツ大統領による緊急令」（Verordnung des Reichspräsidenten Schutz von Volk und Staat）を發布し、被疑者の強制収用を可能にし、併せて国民の言論の自由、報道・出版の自由、集会の自由を制限し、信書の秘密という権利を放棄させ、家宅捜査、押収を合法化させてしまった。さらに3月には「国家的興起政府に対する陰謀的攻撃から防衛するためのドイツ大統領令」（Verordnung des Reichspräsidenten）zur Abwehr heimtückischer Angriffe gegen die Regierung der nationalen Erhebung《を發布したが、それには、政府や党に対する反対を、すべて国民への敵対行為とみなすことができる規定が設けられた。このような法律を制定して人々を沈黙させた後、ナチスは、ついに周知の「授權法」（Ermächtigungsgesetz）、すなわち「民族および国家の危機を克服のための法律」（Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich, RGB1. IS. 141）を国会で可決し、政府の手に一切の立法権を掌握することに成功した。最初に手をつけたのは、ワイマール憲法を廃棄することであった。⁽²⁶⁾

7月に入ると、「新党の新たな結成を禁止する法律」（Gesetz gegen die

Neubildung von Parteien, RGBI. IS. 479) を、12 月には「党および国家の統一確保のための法律」(Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat, RGBI, IS. 1016) を制定した。⁽²⁷⁾ これらの法律は、ナチス党以外の一切の政党や自立した諸団体を、強制的もしくは自発的に解散に追い込んでしまった。こうしてナチスは一党独裁国家を成立させ、一国一党の絶対主義を採るに至り、指導者独裁の制度化、所謂「強制的同質化」法制を完成させた。ナチの指導思想をもって、国民を強制的にナチ化する法制が次々と制定されていったのである。

「同質化」を促した代表的イデオロギーに、ナチスの反ユダヤ主義がある。それは国家的支配の観念に立脚した、民族的=人種的支配観念をおいた人種政策にほかならない。1933 年 4 月に公布された悪名高い「職業官吏制度の再建のための法律」(Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums, 1933, RGBI. IS. 175) は、典型的な非アリア人排除法であった。この反ユダヤ主義は、官僚と司法部、大学と医師団体からユダヤ人の《清掃》“Sauberung” を合法化し、そして政治的、人種的に追放の対象となったユダヤ人の市民権を剥奪し、とくに多くのユダヤ人教授が公的生活から駆逐された。⁽²⁸⁾

この時期に、「刑法および刑事訴訟法改正のため法律」を以て、「民族裁判所」が設置された。(Die Errichtung des Volksgerichtshofes Gesets zur Aenderung von Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens, vom 24. April 1934) この第 1 条には、「反逆および売国行為の罪に対する判決のために、民族裁判所を設置する」と規定している。⁽²⁹⁾ 後述するように、ナチ下の抵抗運動の象徴とされる「白バラ事件」は、この法律によって裁かれた。またこの年の 11 月には、同質化に逆らって反ナチ言動を行う者を拘束できる「常習犯法」、つまり「危険な常習犯人に対する保安および改善処分に関する法律」(Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung, RGBI. IS. 995) 68, 75.を立法し、同時に施行している。「類推解釈の禁止」という刑法の基本原則が、いとも簡単に廃止されたのは

1935年であった。(Strafgesetzbuch § 2 in der Fassung vom 28. 6. 1935; Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches RGBl. IS. 839) 76.この改悪によって、ナチ化した刑法の恣意的な解釈と適用が日常の現実となった。これらは、1942年の「刑事司法の一層の簡略化のための命令」(Vorordnung zur weiteren Vereinfachung der Strafrechtspflege, RGBl. IS. 508) 103.を導く法令であったのである。

このような経緯を経て生まれたナチ・ファシズムとは何か。それは、立憲主義と議会政治の否認、一党独裁体制の志向、自由主義、共産主義、国際主義を排撃し、その一方で全体主義、急進的ナショナリズム、軍国主義を高唱し、独裁者への個人崇拜と指導者原理にもとづいて社会の再編成を断行しようとする、極右政党による政治的独裁の樹立を企てた思想ということができよう。ヒットラーは政権掌握後、わずか半年で一挙に全体主義的独裁を樹立させたが、これは、ナチズムがいかにファシズムの極限に到っていたかを物語っている。

(2) ラートブルフの「法律上の不法」批判

このような「強制的同質化」法制の猛威のただ中であって、ナチ政権を批判した学者は極めて少ない。ラートブルフは、ヒットラーが「授権法」を成立させたその翌年、自らの生命の危険を顧みず、フランス語文ではあったが、論文「法哲学における相対主義」(“Le Relativisme dans la Philosophie du Droit”, Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique 1934) を著した。そこにはつぎのように記されている。

「もし、一つの見解が思い上がって、自らを絶対的だとみなし、その立場から多数を無視して権力を獲得し、すべての権力を掌握しようとするならば、民主主義国家は、その固有の手段によって、観念および論争によってだけではなく、国家の実力によってもこれと闘わなければならない。相対主義……それは普遍的な寛容である。しかし、不寛容に対してまで寛容であることはできない。」(Relativismus ist die allgemeine

Tolerantz nur nicht Tolerantz gegenüber der Intolerantz.) と。⁽³⁰⁾ これは不法な国家権力に対する積極的な批判であり、かつ不寛容な政党から民主主義を擁護しようとする闘争宣言であるといえよう。

ヒットラーの第三帝国が崩壊し、関係者に対する戦争裁判が開始されたその時期に、ラートブルフは、ヒットラーの悪夢を顧みて「法律上の不法と法律を超える法」(Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Rect, 1946) という論文を著している。曰く、「正義と法的安定性との衝突は、次のように解決すべきであろう。すなわち、実定的な法律の正義との矛盾が、法律が『不正な法』"unrichtiges Recght" として正義に屈服しなければならないほど耐え難い程度に達している場合は別として、実定的な、定立と権力によって確保された法が、たとえそれが内容的に不正であり、合目的的でない場合であっても、優位を占めるというように。法律上の不法の諸事例と、不正な内容にもかかわらず、それでもなお効力を有している法律との間に、より明確な一線を引くことは不可能である。しかし、これとは別の限界線であれば、極めて明確に引くことができる。すなわち、正義が一度も求められないところ、正義の核心をなしている平等が実定法の定立に当たって意識的に否認されたところでは、法律は、たとえば『不正な法』であるばかりではなく、むしろそれは、そもそも法たる性質を欠いている。それというのも、法は、実定法もまた、正義に奉仕するというその意味にしたがって規定されている秩序と定立であるとする以外には、まったく定義のしようがないからである」と。⁽³¹⁾

先に素描されたナチスによる「強制的同質化」法制の実態は、こうしてみると「不正な法」として正義に屈服しなければならないほど堪え難い程度に達した悪法に他ならず、かつ正義の核心をなしている平等が意識的に否認された法律そのものであって、この法制は、単に「不正な法」であるばかりではなく、むしろ法たる性質を欠いた法律であったといえよう。ラートブルフにとって、ナチスの指導思想をもって国民を徹底してナチに同化しようとして制定された法律は、ドイツ国民にとってこれ

ほど堪え難い法律はないと解された。この人間の平等を意識的に否認する法制こそ、不寛容な法制そのものであったのである。唯一 NSDAP のイデオロギーを以て、全ドイツ国民を同化することを図り、人びとの精神的自由をまったく否定した多様な法律群は、まぎれもなく「法律上の不法」以外のなにものでもなかった。

「法律上の不法と法律を超える法」の後半部分において、ラートブルフは、平等を拒否した法律、「国家と党の統一を保障するための法律」、人間を人間以下のものとして扱い、その人権を認めなかった法律は、法としての性格を欠いている、“Der Rechtscharakter sfehlt weiter allen jenen Gesetzen, die Menschen ala Untermenschen behandelten und ihnen die Menschenrechte versagten” と断言している。さらに「5分間の法哲学」(Fünf Minuten Rechtsphilosophie, 1945) とい短文において「法律が正義への道を意識的に否定し、例えば、人々に対して人権を恣意的に与えたり、拒否したりするならば、その法律には効力がなく、国民は、その法律にまったく服従の義務を負わないのであって、法律家もまたその法律の法としての性格を否認す勇気を見出すべきである。」⁽³²⁾ と。

コンラート・ヘッセ (Konrad Hesse) は、ラートブルフのこうした確信を、「闘う民主制」(streibare Demokratie) と呼んでいる。⁽³³⁾ 相対主義はいかなる見解にも寛容である。だが、一つの見解が自らを絶対に妥当な見解であると僭称し、それが政党であろうとも、政党と国家を同一して、人権を否認するようであれば、そのような見解に対して闘わねばならない。相対主義は自分自身を放棄することはできないからである。先に掲げた「相対主義は、不寛容に対してまで寛容であることはできない」とは、このような意味がこめられている。

(3) 反ナチ抵抗権の行使・「白バラ」事件の意義

このようなナチスの「強制的同質化」法体制に対して、抵抗運動が起きた。⁽³⁴⁾ なかでも、学生による『白バラ (Weiße Rose)』事件は、ナチ

下抵抗運動のシンボルと言われている。⁽³⁵⁾

ナチ・ドイツ軍のポーランド侵攻によって始まった第二次世界大戦も4年目を迎え、ナチ政権の蛮行が最高潮に達した時に、まさに学生による抵抗運動が勃発した。当時、ナチ政府は報道を画一化し、その内容を厳しい一元的な支配下におき、ナチの主張だけを広く徹底させていた。そのような状況下にあつて、反戦運動、反ナチの文言を書き込んだ印刷物を配布するなどという行為は、第一級の犯罪であり、まぎれもなく「死」を意味した。それだけに、ビラの頒布は郵送の手段を通じて秘密裏に行われた。抵抗運動のビラは全部で6種類観られる。以下は、頒布されたビラの一部である。

〈1〉 人間の自由は放棄できない、絶対的な国家組織への抵抗!

まず、最初のビラは、つぎのような口調で書き始められている「無責任で疑わしい欲求にかられた支配者に対して、なんの抵抗もせずに統治を許すことほど、文化民族にとって相応しくないことはない。今日、まともなドイツ人は、すべて自分の政府を恥じているのが実状ではないだろうか。我われの目からうろこがおちて、残忍きわまりない、ひどい犯罪が白日の下に晒される時、我われと我われの子孫がどれほどの恥辱を受けることになるか、誰に予想できようか。ドイツ民族が、その最も本質的なところにおいてすでに墮落し、崩壊してしまい、手一本動かすことなく歴史の疑わしい合法性を軽率にも信用して、人間が所有する最高のもの、また人間を生物全般の長たらしめている最高のもの、すなわち自由意志を放棄するならば、歴史の流れに自分も割って入り、流れを自分の理性的な判断に従わせるという人間の自由を放棄するならば、——もしドイツ人が、人格を失い、すでにこれほどまでに才知も意気地もない集団となってしまったならば、滅亡こそがドイツ人にはふさわしいであろう。……今日のドイツ人は骨の髄まで徹底して吸い取られ、核心を奪われて欣然として滅亡へ駆り立てられる、浅薄で意志のたぬ追従者の群れであるかのように見えるが、本当はそうではない。」だからこそ「各

個人はこの最後の時にあたり、キリスト教的、西欧的文化を担う一員としての責任を自覚して、できる限りの抵抗を試み、人類の鞭(ヒットラーのこと)に抗し、ファシズムおよびそれに類似する一切の絶対国家の組織に抗して活動しなければならない。消極的な抵抗を行え——抵抗を！」⁽³⁶⁾

〈2〉 ユダヤ人も人間である、ドイツ人は虐殺を傍観してよいか！

「ナチズムは非精神的であるが故に、これと精神的に対決することはできない。ナチスの世界観を云々することは虚偽である。……ヒットラーも自ら彼の著書において、一民族を統治するためには騙すことが必要だ、と述べている。」

これは2号ピラ冒頭の一節である。そして、「今や我われは終焉に直面している。今なすべきことは、互いに再発見しあい、人から人へと啓蒙し、常に思いをこらして休まず、最後の一人になるまでナチ組織に抵抗して闘う必要があることを確信し合うことが大切である」と訴える。

ユダヤ人虐殺問題を傍観してよいのか。「ユダヤ人問題に関して、このピラに述べることをしない。ただ一例として事実を引用するにとどめる。すなわちポーランド征服以来、この国のユダヤ人の実に30万人が、残虐きわまりない方法によって殺害されたという事実である。ここに、我われは人間の尊厳に対して加えられた最も恐ろしい犯罪、全人類史上類例をみないほどの犯罪をみるのである。ユダヤ人も人間である。」

「どうしてドイツ民族は、これらすべての残忍非道を極める犯罪を目の前にして、こうして無感覚でいることができるのか。それに思いを煩わす者は一人もいない。事実は事実として受け取られ、既に済んだものとして片づけられる。そして再び、ドイツ民族はその鈍重で愚かな眠りを続け、これらのファシスト犯罪者どもに、暴威をふるい続ける勇気と機会を与える。……もしも、ドイツ人が……この犯罪者の一味に抗議し、数十万人の犠牲者に同情することがなければ……いや、感じなければならぬのは、同情だけではない。それよりもはるかに大きなもの、すな

わち同罪を感じなければならないのだ。なぜなら、ドイツ人はその無感覚の態度によって、これらの凶悪の徒に蛮行をさせる可能性を与え、このように果てしない罪を背負い込んだこの「統治」を許容しているからである。大体、そのような政府が成立できたことに、ドイツ人は自ら責任があるのではないか。……」

誰もが、このような同罪に対して自己弁護に終始し、無罪を宣して、何ら良心にとがめられることなく、再び眠りにつくのだ。しかし、彼は自分に無罪を宣することはできないはずである。誰もが有罪、有罪、有罪なのである！……ここ数年前から我われの目がはっきりと開かれ、相手の正体がわかった。戦争が勃発するまで、ドイツ民族の大部分は目をくらまされ、ナチ主義者の正体を知らなかったが、その真相が明らかになった。今、これらの野獣を殲滅することこそ、ドイツ人各自にとって唯一最高の義務であり、いや最も神聖な義務でなければならない。」⁽³⁷⁾

〈3〉 犯罪的国家から市民の擁護、言論の自由！

第5号ビラは「すべてのドイツ人に訴える」と表記されたものである。

「戦争は確実に終末へと向かっている。……今や、ヒットラーがドイツ民族を深淵へ突き落とすことは数学的にみて確実である。ヒットラーは戦争に勝つことはない。ただ戦争を引き延ばすことができるだけである。彼とその協力者らの罪は、あらゆる尺度の罰則をはるかに超えてしまった。彼らにはそれに相応しい刑罰が刻一刻と迫りつつある。……」

「しかし、ドイツ民族は何をしているのか。見ることも聞くこともせず、盲目的に誘惑者どもの後に従って、ただ破滅へと急いでいるのだ。……ドイツ人よ！ 諸君と諸君の子どもたちは、ユダヤ人を襲ったと同じ運命を望むのか？ 我われは永遠に世界中から嫌われ、のけ者扱いにされる民族でいなければならないのか？ そうではない！ それならば、ナチの非人間どもから絶縁せよ！ 行動によって、諸君の考えがナチとまったく異なることを実証せよ！ 新しい解放戦争が始まる。国民のよりよき部分は、我われの側に立って闘う。心に纏わり着いている無関心

のマントを破り捨てよ！ 遅くならないうちに決断せよ！ 諸君の五体にボルシェヴィキ (Bol'sheviki) に対する恐怖をたたき込んだナチの宣伝を信じてはならない。……」

「決して国民のものではなかったこの戦争の結末は、我われに何を教えるのであろうか。帝国主義的権力思想は、いかなる側から生ずるものであれ、永久に清算されなければならない。一面的なプロイセン軍国主義が再び権力の座につくことは許されない。ヨーロッパ諸民族が大規模に共同してのみ、地盤が築かれ、新しい建設が可能になるであろう。プロイセン国家が、ドイツとヨーロッパにおいて行使しようと試みた中央集権的暴力は、どのようなものであれ、萌芽のうちに摘み取られなければならない。来るべきドイツは、連邦制をとるほか考えられない。健全な連邦主義国家秩序のみが、今なお衰弱したヨーロッパを、新しい生命をもって充たすことができる。労働者階級は理性的社会主義によって、最低の奴隷状態から解放されなければならない。自給自足経済という幻像は、ヨーロッパでは消え失せなければならない。各民族、各個人は世界の財貨を要求する権利がある！

言論の自由、信仰の自由、犯罪的暴力国家の恣意から個々の市民を擁護すること、これがヨーロッパの基礎である。

諸君、抵抗運動を支持せよ、このピラを配布されよ！」⁽³⁸⁾

〈4〉 ヨーロッパの奴隷化に抵抗しよう、ナチ党と闘え！

最後のピラは、ドイツ民族を超えて、「ナチズムによるヨーロッパの奴隷化」への抵抗をはっきりと打ち出している。曰く、

「ドイツ青年の名において、我われはヒットラーの国家に、人格の自由、このドイツ人にとって、もっとも尊い財宝を返せと要請する。我われは哀れにも彼の欺瞞により、それを失ったのだ。……我われにとって合言葉は、ただ一つである——党に対して闘え！ 我われをなお政治的な啞者におしとどめ、沈黙せしめる、かの党組織から離脱せよ！ 親衛隊の上級また下級幹部と、党に追従する者たちの演説会場から飛び出せ！

我われの関心事は真正の学問と、純粋な精神の自由である！ いかなる脅迫の手段も我われを畏怖させることはない、たとえ大学封鎖をもってしても。道義的責任を自覚した国家における我われの未来、我われの自由と名誉を求める、我われの一人ひとりの闘いこそ重要なのだ。……いま我が民族は、ナチズムによるヨーロッパの奴隷化に抗して、自由と名誉の信念にあらためて感奮しながら、進軍を開始する」と。⁽³⁹⁾

「民族裁判所」は、この「白バラ事件」に関わった学生6人に対して、いずれも反逆罪で処刑した。その理由は、すでに掲げた「反ナチ」ビラの作成および頒布行為が反国家的であるというものである。「民族裁判所」設置に関する法律第5条に「民族裁判所の判決に対しては、いかなる法的手段による対抗もこれを許さない」(Gegen die Entscheidung des Volksgerichtshofs ist kein Rechtsmittel zulässig)と規定されていた。⁽⁴⁰⁾我われは、これほど驕り高ぶった裁判所を知らない。ここにナチ・ファシズム下の不法の実相を見ることができる。それゆえ、「白バラ事件」だけではなく、すべての裁判が、まさに第一審が結審であった。当時において、「司法の強制的同質化」(Gleichschaltung der Justiz)が進められ、裁判官、検事、弁護士などが、ナチ体制維持の道具と化しており、「国民を害する者の絶滅」(Vernichtung der Vorksschalinge)という役割を担わされていたのであった。⁽⁴¹⁾反逆罪判決は、はまさに「テロ化した司法」(Terrorjustiz)の結末であったといえよう。カウフマンは、ナチスに媚びた法曹を「ワイマール共和国の墓堀人たち」(Die Totengraber der Weimarer Republik)と呼び、糾弾している。⁽⁴²⁾

「白バラ」事件など反ナチ抵抗運動は、「良心の蜂起」(Aufstand des Gewissen)と呼ばれている。ワルター・ホーファー(Walther Hofer)はいう。「抵抗運動の参加者を、あらゆる制約を超越してつねに団結させていたものは、単にナチズム支配体制の一般的な拒否ではなく、積極的な精神、建設的な精神でもあった。すなわち、自由と人間性、正義と真理などのごとく、人間及び国家の存在における永久絶対の価値を信ずる

思想でもあった。ドイツの反ヒットラー運動は、ドイツ民族がみずからその悪魔の爪に身を任せた犯罪者の政体に反対する、ドイツ国民の精神的、倫理的エリートの蜂起であり、西ヨーロッパ的な教養および確信の蜂起であり、〈良心の蜂起〉であった、と。⁽⁴⁴⁾ この歴史学者の証言こそ、「白バラ」事件の精神的背景をみることができる。そしてより内面的には、「白バラ」メンバーの行為は「ただ御言葉を聞くだけではなく、それを行うように努めよ」(新約聖書ヤコブの手紙1-22)を支えになされた、「我われの良心が義務づけるがゆえに、精神的抵抗を始める時は、まさに今だ」という確信の発露にほかならない。⁽⁴⁵⁾ アルトゥール・カウフマンは、その論文「法治国家における抵抗」において、「ヒットラーに対する抵抗は、事実としては失敗した抵抗ではあっても、極めて高い道徳的価値をもっている」と述べている。⁽⁴⁶⁾

「闘う民主制」を説いたラートブルフは、自己を絶対視する不寛容な見解に対して、民主主義的国家はその固有の手段によって、国家の実力を以て闘わなければならない、と主張した。⁽⁴⁷⁾ だが、「白バラ」事件にみられる抵抗は、国家体制そのものに対する闘争であって、国家による不法が耐えることができない程度にまで到り、ついに発生したものである。すでに素描したように、ナチスは「民族および国家の危機を克服するための法律」(1933.3.)、すなわち『授権法』を制定した直後、ワイマール憲法を廃棄してしまったから、そこにはもはや民主主義的国家は存在しなかった。そればかりか「政党と国家の統一を確保のための法律」(1933.12)によって一党独裁国家が出現し、意識的に民主主義自体も否認されてしまった。第1条には、「ナチズム革命が勝利した後は、国家社会主義ドイツ労働党がドイツ国家思想の担い手となり、国家と不可分に結びつく」と規定された。党がすなわち国家となったのである。

顧みて、このような党＝国家という体制に抵抗するには、唯一「自由と人間性、正義と真実などのような、人間および国家の存在における永久的かつ絶対の価値」(W. Hofer)を根拠とする外なく、その超実定的な法理念に求めざるをえなかったといえよう。「白バラ」事件は、一党

独裁国家による「強制同質化」圧制に対する闘争であって、超法的な人間の権利に帰属する闘い、良心的確信に基づく抵抗のなにもものでもなかった。要するに、「白バラ」抵抗運動は、まぎれもなくラートブルフが示した「法律を超える法」を根拠とするところの、「法律上の不法」に対する闘争であったのである。それはまた、配布ビラにみられるように、ゾフィー・ショル (Shophie Scholl) たちの行動は、人間は「自由を放棄してはならない」という信念から出たとみるべきであろう。

ラートブルフは、晩年、「我われはここでもう一度、すべての法律を超える人間の権利が存在することを思い起こさなければならない。正義に反する法律は、すべて法としての効力を失うという自然法の考え方にもう一度思い致さなければならない」⁽⁴⁸⁾ と述べている。

第二次大戦終了後、新生ドイツ政府は、新憲法を制定するにあたり、ナチズムへの痛切な教訓から、ラートブルフが説いた「法律上の不法」に対する、換言すれば不寛容に対する「闘う民主主義」の立場を鮮明にして、その根幹に「人間の尊厳」の法理を据えた。第1条に「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、保護することは、すべての国家権力の義務である」と規定した。この条項には、実定法を超えた理性法、天賦自然の人権思想が漲っている。

中国における「社会主義民主政治」の発展は、「民主四権」を如何に実現するかにかかっている。換言すれば、情報化社会、国際化社会、高度経済成長社会のまっただなかの中国で、13億5千の人口が育てている個々多様な価値観を、憲法前文「四原則」を以て同質化させることは至難であろう。中国では、人権とは、「衣食住」を満足させることと説明してきたが、実は、それをはるかに超えた精神的な概念である。いま、中国的特色をもった社会主義建設の内実をより豊かなものにするには、公衆に開かれた民主的な党の在り方、人々の個々の考え方を尊重する寛容な施政、そして自由な社会主義への道を拓くなど、より精神的な充実が求められている。

このような考え方に立つと、第十一期全国人大における党声明は、今

日の新たな時代的潮流を受けて、従来の足跡を顧みることが期待されよう。執政者の「労働教養制度廃止を求める公民建議書」や「刑事訴訟法改正草案への修正提案」に対する厳しい裁量判断は、民主主義国家の礎となる価値相対主義の否定するものであるまいか。その裁量は、「党の指導」に依拠して、正義の核心をなす平等の実現を拒む不法な裁量と指摘されざるをえないであろう。賀衛方教授と顧永忠教授の掲げる訴えは、ラートブルフの「法律の不法」に対する「法律を超える法」に依拠する批判であって、それはまぎれもなく国権に対する良心の訴え以外のなものでもない。

「人間の尊厳」を掲げ、民主主義的な「法治」を求めるラートブルフのナチ「強制的同質化」批判は、古今東西、旧いものから新しいものを学ぶ今日的視点の一つとして、再考することが許されよう。

註

(19) 鈴木敬夫著『相対主義法哲学と東亜法研究』（前掲・中国語版）14頁以下参照。Radbruch, Gesamtausgabe Band 3, Rechtsphilosophie III. S. 83-93. 小林直樹訳「実定法の不法と実定法を超える法」、ラートブルフ著作集第4巻（東京大学出版会、1961）251-257頁。

(20) 「ラートブルフ公式」については、本稿では立ち入らない。ただ、この原理が、戦後のドイツ連邦通常裁判所における数多くの判決を通じて、国際人権諸規約と結びつけることによって具体化され、さらにそれがドイツ連邦裁判所の「決定」（1996.10.24）において追認されてきたことを指摘するにとどめる。「公式」に関する優れた先行論文として、上田健二「ラートブルフ公式と法治国家性原理——いわゆるDDR政府犯罪についてのドイツ連邦憲法裁判所第二小法廷1996年10月24日決定を契機にして——」、『西原春男先生古希祝賀論文集』第4巻（成文堂、1988）387頁以下があげられよう。このほか、特に2編、足立英彦「ドイツにおける《壁の射手》訴訟とラートブルフ公式」『東北法学』第16号（1998）193頁以下、川口浩一「ナチス国家権力を背景とした犯罪処罰とラートブルフ公式」『奈良法学会雑誌』第12巻1号（1999）51頁以下も示唆に富んでいる。

(21) “Gesetzliches Unrecht” は、日本において永く「実定法の不法」と訳されてきたが（小林直樹訳）、本稿では「法律上の不法」（前掲、上田健二訳）に従った。

- (22) 被支配民族の尊厳を侵した事例を検証した、鈴木敬夫著『植民地統治法の研究 — 治安法下の皇民化教育 —』(北海道大学図書刊行会、1989)他がある。まぎれもなく戦前日本の朝鮮と台湾における植民地「教育法」は、日本語を以て皇民化を推し進めた「強制的同質化」法制にほかならない。
- (23) ナチス・イデオロギーによる「強制的同質化」(Gleichschaltung)については、ブラッハーの所説に依拠している。K. D. Bracher, Die deutsche Diktatur, 1969 Verlag Kiepenheuer & Witsch, Köln-Berlin, S. 270ff. K. D. ブラッハー著『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、S 51) 447 頁以下。また「強制」ではなく、自らナチス・イデオロギーに迎合し「法律上の不法」を支援した学者文化人による「自発的同質化」(Selbstgleichschaltung)問題も忘れてはならない。(S. 287)たとえば、ハイデッガー(Martin Heidegger)は、自らフライブルク大学の学長に就任して、次のように学生に向かって講演している。「総統こそが、自身そして唯一、今日のそして将来のドイツの現実であり、その法律(Gesetz)である。」(Der Führer Selbst und allein ist die huetige und kunfitige deutsche Wirklichkeit und ihr Gesetz.) Schneebrger, Nachlese zu Heidegger, S. 114 シュネーベルガー『ハイデッガー拾遺』200 頁。Hugo Ott, Martin Heidegger Unterwegs zu seiner Biographie, Campus Verlag, Frankfurt \ New York, 1992. P160. フーゴ・オットー著、北川東子他訳『マルティン・ハイデッガー 伝記への途上で』(未来社、1995)、240 頁。ここでは、ハイデッガーとナチズムの哲学的癒着を鋭く批判している。こうした立場を踏襲した優れた研究書として、日本を代表するものに、奥谷浩一著『ハイデッガーの弁明』(粹出版社、2009)がある。
- (24) ラートブルフが、ナチ刑法に対して「テロリズム」(Terrorismus)との烙印をおしたとき、彼は既に孤立無援と同然の状態におかれていた。Radbruch, Strafrechtsform und Nationalsozialismus, in: Neue Freie Presse (Wien) vom15. 1. 1933. “Entwurf Radbruch”, Gesamtausgabe Band. 9. Strafrechtsreform, S. 331~335. この拙訳「刑法改革とナチズム」が『札幌学院法学』第25 卷第2 号(2009)、143 頁以下。なお、当時、彼がナチ刑法改変に対して「迫り来る再野蛮化」と警告した論文として、Radbruch, Autoritäres oder soziales Strafrecht? 1933. in: Radbruch, Der Mensch im Recht, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1957 S. 63ff. 鈴木敬夫訳「権威刑法か社会的刑法か?」『札幌学院法学』第23 卷第2 号(2007) 109 頁以下を参照。
- (25) この三つの「法理念」は、ラートブルフ法哲学の核心である。この三つ法理念の関係は、つぎのように説かれる。「法的安定性は、けっして法が実現すべき唯一の価値ではないし、また決定的な価値でもない。」「正義は合目的性に先行する。そして法的安定性よりも優位にあるものである。」Radbruch, Vorshule der Rechtsphilosophie, Göttingen, 2. Aufl., 1959. S32. ラートブルフ著

- 作集 4 『法哲学入門』（野田良之・阿南成一訳）、67 頁。
- (26) Walther Hofer, Der Nationalsozialismus Dokument 1933, S. Fischer Verlag 1957, S57-58. ワルター・ホーファ著・救仁郷繁訳『ナチス・ドキュメント』（ペリカン社、1975）、77～78 頁。
- (27) W. Hofer, Der Nationalsozialismus Dokument, aaO., S. 61-63. 『ナチス・ドキュメント』前掲、83～84 頁。
- (28) “Sauberrung”《清掃》という名のユダヤ人に対する民族差別と市民権剝奪について K. D. Bracher, aaO., S. 277. 『ドイツの独裁 II』（前掲）458 頁に詳しい。
- (29) Walther Hofer, aaO., S. 106. 前掲訳書 140 頁以下。
- (30) Radbruch, Der Relativismus in der Rechtsphilosophie -1934, Gesamtausgabe Band 3, Rechtsphilosophie III. S. 17-22. 尾高朝雄訳「法哲学における相対主義」、ラートブルフ著作集第 4 巻（東京大学出版会、1961）、2～11 頁。中国語訳として、「法哲学上の相対主義」（鈴木敬夫訳）、『法学訳叢』（中国社会科学研究所刊）1991 年第 1 期、6 頁以下。さらに戦後になって、ラートブルフは『社会主義の文化論』（1949）「あとがき」において、「法律上の不法」の経験をつぎのように記している。そこには 1934 年から戦後に到るまでの、彼の揺らぐことのない相対主義が凝縮されている。「我われは個人主義を根絶するために諸個人権が利用されたり、憲法上の自由自体を究極的に排除するために、この自由が濫用されたりすること、要約していえば、寛容を完全に抹殺しえんがために不寛容がもう一度寛容を利用しようなどということは、将来受認してはならない（ボン国家基本法第 21 条 2 項参照）」と。G. Radbruch, Kulturlehre des Sozialismus, Berlin (2. Aufl., 1927) mit eine Nachwort von 1949. S. 85. 野田良之訳 125 頁。
- (31) Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht 1946, Gesamtausgabe Band 3, Rechtsphilosophie III. S. 83-93. これには、註（1）に掲げた小林直樹教授の訳が知られている。本稿では、ラートブルフ公式への考察も視野にいれ、註（2）に掲げた上田健二教授の「ラートブルフ公式と法治国家」390 頁に則した。なお、(11) および (12) に記した論文の核心部分が、Radbruch, Aphorismen zur Rechtsweisheit, herausgegeben von Artur Kaufmann, Göttingen 1963, § 4. Relativismus, S. 26ff., § 5. Positivismus und Naturrecht, S. 49ff., によく纏められている。
- 拙訳として、「G. ラートブルフ 法思慮への箴言」『札幌商科大学論集』第 16 巻（1976）191 頁以下がある。なお、2001 年にはこの書の中国語訳、舒国澄訳『法律智慧警句集』（中国法制出版社）が出版された。
- (32) Radbruch, Mensch im Recht, Göttingen, 2. Aufl., 1961. S. 106. 著作集 5、『法における人間』、226 頁（村上淳一訳）。

(33) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20Aufl., Heidelberg; 1999. S. 293 (714)、阿部・初宿・井口・永田・武永訳、K. ヘッセ『西ドイツ憲法綱要』(日本評論社、1985) 354頁。「闘う民主制」に関する研究のうち、優れた先行研究として掲記されるべき論文、渡辺久丸「ワイマール民主主義擁護の思想と行動——グスタフ・ラートブルッフ——」、大橋智之輔・田中成明・深田三徳編『現代の法思想』天野和夫・矢崎光圀・八木鉄男先生還暦記念(有斐閣、1985) 95頁以下がある。とくに「ナチ法への批判」107頁を参照。

(34) ナチスに対する抵抗運動、とくに「強制的同質化」に対する抵抗を詳細に明らかにしたものとして、Hans Rothfels, Die deutsche Opposition gegen Hitler, Fischer Bucherei K. G., Frankfurt Main, 1958, S. 31ff. ハンス・ロートフェルス著、片岡啓治・平井友義訳『第三帝国への抵抗』(弘文堂、S 38) 30頁以下がある。本稿では、H. ロートフェルスが明らかにしたナチスの「強制的同質化」に関する精緻な論証に多くを学んでいる。

(35) ナチスに阿って「自発的に同質化」した教授群とは逆に、寧ろこれに抵抗する学生運動が起きた。ミュンヘン大学における《白バラ事件》がそれである。彼らは、「自由」「人間の尊厳」などを訴えて6種類の反ナチ「ビラ」を配布した。こうしたビラの配布行為が、「民族裁判所」において国家反逆行為に当たるとして処刑された。《白バラ事件》に関しては多くの資料がある。

ゾフィー・ショル(Sohie Scholl)などの命をかけた抵抗運動を精緻に紹介した翻訳文献として、たとえば、Inge Scholl, Die Weiße Rose, 1952. イング・ショル著『白薔薇は散らず——ドイツの良心 ショル兄弟』、内垣啓一訳(未来社、1955); Christian Petry, Studenten auf Schafoff, Die Weiße Rose und ihr Scheitern, R. Piper & Co. Verlag München, 1968. C. ペトリ著・関楠生訳『白バラ抵抗運動の記録——処刑される学生たち』(未来社、1988); Hermann Vinke, Das Kurze Leben der Shophie Scholl (1980)、ヘルマン・フィンケ著。若林ひとみ訳『ゾフィー21歳——ヒトラーに抗した白バラ』(草風館、1982); Gewalt und Gewissen Willi Graf und die “Weiße Rose” Eine Dokumentaion von Klaus Vielhaber in Zusammenarbeit mit Huber hanisch und Anneliese knoop-Graf (Echter-Verlag1963)、クラウス・フィールハーバー他編『権力と良心——ヴィリー・グラーフと「白バラ」』、中井晶夫・佐藤健生訳(未来社、1986); Michel C. Schneider/Winfried Suss, Keine Volksgenossen, Studentischer Widerstand der Weiße Rose, Universität, München, 1993. M. C. シュナイダー/W. ズュース著・浅見昇吾訳『白バラを生きる……ナチに抗った七人の生涯』(未知谷、1995); Sohie Scholl——Die letzten Tage, Herausgegeben von Breinersdorfer 2005. フレート・ブライナースドルファー著、瀬川祐司、渡辺徳美訳『白バラの祈り ゾフィー・ショ

ル、最期の日々』(未来社、2006)；Inge Scholl, Die Weiße Rose 1953. インゲ・ショル著・内垣啓一訳『白バラは散らず ドイツの良心 ショール兄弟』(未来社、2006)；山下公子著『ミュンヘンの白いばら』(筑摩書房、1989)；関楠生著『「白バラ」——反ナチ抵抗運動の学生たち』(清水書院、2006)；Sophie Scholl-Die letzten Tage, Herausgegeben von Fred Breinersdorfer, Fischer Taschenbuch von Verlag in der S. Fischer Verlag GmbH, 2005. フレート…フライナースドルファー編、石田勇治・田中美由紀訳『「白バラ」尋問調査』(未来社、2007)などがみられる。

(36) 「白バラ」事件で配布されたビラは、註(16)に掲げた文献に、何度も翻訳紹介されている。どの訳文も「白バラ」事件の全容をよく掌握して適切な翻訳になっているものと思われる。ただ、この本稿の読者が「法学」分野の研究者であることに配慮し、先行翻訳と他の法学文献に則して、できるだけ原文に忠実に訳出したが、命をかけて記述された原文の意味ないし本意を、十分に訳出することはできない。どうか原文を参照されるようお願いする。

「最初のビラ」、Fred Beinersdorfer, Sophie Scholl-Die letzten Tage, aaO., S. 14. 石田・田中訳『「白バラ」尋問調査』(前掲) 12頁以下。

(37) 2号ビラ。Christian Petry, Studenten auf Schafott Die Weiße Rose und ihr Scheitern, aaO., S. 164ff. 関楠生訳『白バラ抵抗運動の記録』(前掲) 277頁以下。

(38) 5号ビラ。Walther Hofer, Der Nationalsozialismus Dokumente 1933-1945, S. 328ff. 救仁郷 繁訳『ナチス・ドキュメント、1933-1945』(前掲) 446頁以下。

(39) 最後のビラ。W. Hofer, aaO., S. 328ff. 『ナチス・ドキュメント、1933-1945』(前掲) 448頁以下。

(40) W. Hofer, aaO., S. 107. 『ナチス・ドキュメント、1933-1945』(前掲) 141頁。

(41) 「司法の強制同質化」は、刑法を「闘争のための法」(Kampfrecht) に変え、民族裁判所等を設置して「テロルの司法」を作り上げたのであった。こうして、「ドイツの司法界は不法体制の共犯者となった」(die deutsche Justiz zum Komplizen des Unrechtssystems gemacht.) のである。K. D. Bracher, Die Deutsche Diktatur, § 7. S. 396. ブラッハー著『ドイツの独裁II —— ナチズムの生成・構造・帰結 ——』、山口定・高橋進訳(岩波書店、昭和50年)、662頁。

(42) Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, S. 3ff., Recht, Rechtaphilosophie und Nationalsozialismus, herausgegeben von Hubert Rottleuthner, GMBH 1983, S. 3ff.. H. ロットロイトナー編『法・法哲学とナチズム』(みすず書房、1987) 6頁以下。

(43) ラートブルフは「白バラ」事件について、一度だけ触れている。それは、

ヒットラー時代に多発した密告事件に関する記述においてである。ある者が「ヒットラーは大量虐殺者だ、戦争責任は彼にある」と落書きをしたと密告され、裁判の結果、死刑判決を受けた。戦後、陪審裁判所は、密告した者に対して殺人幫助の罪で有罪判決を下した。それはヒットラー治下においても、密告者には、密告しなければならない法的義務がなかった。そればかりか、もし密告すれば、密告された当人を法律に基づく裁判手続き……すなわち真実の探求と正しい判断のために、法的な保障を与える裁判手続き……に委ねることなく、ナチの放埒な意思に引き渡す結果になるということを、当然に予期していたにもかかわらず彼を密告し、裁判官をして死刑宣告させた、というのである。この事件をめぐる、ラートブルッフは、「密告の理由に基づく訴訟手続きは、この事件とは別に、**シオル兄弟の密告者たち**に対して、ミュンヘンのナチ党员審査裁判所(Spruchkammeri)において行われた」と記している。Radbruch, Gesamtausgabe Band 3, Rechtsphilosophie III. S. 106. 著作集4. 252頁以下。筆者は、シオル兄弟(ハンスとソフィ)の密告者に対する裁判関係資料をいまだ探し当てていない。

- (44) W. Hofer, Der Nationalsozialismus Dokumente 1933-1945. § 8. Die Widerstandsbewegung, S. 317. 『ナチス・ドキュメント』(前掲) 432頁。
- (45) Klaus Vielhaber, Gewalt und Gewissen, Willi Graf und die “Weisse Rose”, a. a. O., S. 99. クラウス・フィールハーバー他『権力と良心』(前掲) 172頁。
- (46) Vgl. Das Widerstandsrecht der kleinen Munze, Arthur Kaufmann, Beiträge zur Juristischen Hermeneutik, München 1984 S. 198. この講演文「法治国家における抵抗」(竹下賢訳)では、ヒットラーに対する抵抗と抽象的に述べられているが、論文では、はっきりとそれが、《白バラ》による抵抗運動であることが示されている。アルトール・カウフマン著、宮澤浩一監訳『法哲学と刑法学の根本問題』(成文堂、1986) 6頁。
- (47) Radbruch, Der Relativismus in der Rechtsphilosophie, aaO., S. 21. 「法哲学における相対主義」(前掲)、9頁。
- (48) Radbruch, Erste Stellungnahme nach dem Zusammenbruch 1945, (2. Erneuerung des Rechts, 1946), S108. “Wir müssen uns wieder besinne auf die Menschenrechte, die über alle Gesetzen stehen,, auf das Naturrecht, das gerechtigkeitsfeindlichen Gesetzen die Geltung versagt.”.

論文要旨

中国は、市場経済の大きな発展の陰で、貧富の差の拡大、権力と資本の癒着などが発生し、社会に不平等や不公平が蔓延している。中国政府

は、これを克服しようとして、「調和社会」の建設を目指している。そして国民に「調和権」一つとして「市民参加」を勧め、国造りに建設的な提言を求めている。国民からは「労働矯正制度の廃止」や「刑事訴訟法の改正」などについて、人権擁護の見地から提案がなされたが、しかし、政府はこれを受理しなかった。それは国民が、中国「共産党による指導」の客体にすぎず、未だ法治国家の主体としての地位を確立していないことによる。共産党による司法、立法、行政への積極的な「指導」は、あたかも「党」と「国家」が統一されているかのような印象を与える。それは、ナチス時代の「党および国家の統一を確保するための法律」(Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat, 1933) 法制に似ている。ナチスの法制は、意識的に人々の平等や人権を否認したので「法律上の不法」(Gesetzliches Unrecht)と呼ばれ、その下で「自由」を求める「白バラ」事件も起きた。21世紀の今日、我われは、古いものから新しいものを学ぶ態度を以って、中国の民主的法治国家の行方を見守りたいと思う。