

〈論 說〉

## 犯战争罪的法學

— 对千叶正士教授的《战争时期小野清一郎·  
尾高朝雄的法哲学》的批判 —

铃木敬夫 著

Jurisprudence that Committed War Crimes

**Problem Awareness**

It is a historical fact that, during the wartime era (including the 15 years of Sino-Japanese conflict), many jurists in Japan accepted the totalitarian and nationalist legal system existing under the “Constitution of the Empire of Japan” and actively cooperated with the national policy of “building a Greater East Asia Co-Prosperty Sphere”. According to Professor Masashi Chiba, “Far from criticizing the powers of the day, the role played by jurists and their legal doctrines during the war mostly involved colluding with and justifying those powers. Indeed, jurisprudence was used as a tool of authority at the time, and has inevitably been criticized for committing war crimes.” This paper summarizes the ideas of two leading figures from the world of jurisprudence who are thought to have played a part in promoting the war of aggression in East Asia.

First, Seiichiro Ono, a specialist in criminal law who positioned the Emperor (with his divine status) within an ethnic “Japanese law doctrine”. Ono’s nationalist-morality theory of criminal law, based on retributive justice, contributed greatly to the tyrannical application of the Public Security Preservation Law. Next, the legal philosopher Tomoo

Odaka, who positioned the Emperor as chief protagonist of the state and advocated constitutionalism with the people as its objects. In colonial Korea, he argued that Japanese-style morality should be forced on the subjugated peoples to make them subjects of the Emperor, and ultimately promoted the imposition of conscription there.

Papers by these two scholars gave the state policies of the time a legitimacy based on legal theory. This alone was sufficient to invite numerous papers eulogizing and pandering to their theories, but not a single scholar was bold enough to criticize them, and such papers are difficult to find. People were encouraged to obey the state under a “doctrine of jurisprudence that committed war crimes”, and the only option available was to fall in line with the prevailing current.

Now (2015), 70 years after the end of the war, moves are underway to legalize the overseas dispatch of Japanese troops, based on a distorted interpretation of “the war renunciation clause” in Article 9 of Japan’s Constitution. A nationwide protest movement led by constitutional scholars who oppose this new security legislation is also in progress. In truth, this resistance movement against the new legislation is founded on antiwar sentiment, diametrically opposed to the “doctrine of jurisprudence that committed war crimes”. But people are not fully aware of this resistance movement initiated by jurists. The new legislation opens the door for Japan’s Self-Defense Forces to be sent overseas, but the majority of Japanese citizens see it as someone else’s problem; they watch from the sidelines without yet foreseeing the crisis of being embroiled in other countries’ wars. They appear to be falling in line with the prevailing current.

The historical background may be different, but we must never forget how a previous tide of thought inflamed a crisis, advocated the need for new legislation, and encouraged people to fall in line with the

prevailing current, with the result that young people were sent to war and misery descended upon many of our citizens. I hope this paper will serve as an aid to open people's eyes and help them recognize the approaching rumble of war.※

- I 千叶正士教授是如何看待“犯战争罪的法学”的
- II 小野清一郎的法哲学
- III 尾高朝雄的法哲学
- IV 结语 — 承认被认识的客体具有主体性

#### I 千叶正士教授是如何看待“犯战争罪的法学”的

千叶正士教授的研究涉猎广泛，成果也颇为丰富。若要从中谨举一部珠玉之作的話，笔者当推其《战前我国法哲学的法思想史研究》(1965)一文<sup>(1)</sup>。该文详细地分析了战争时期日本法学的思想，读一遍该文，就会理解战后千叶正士教授在其代表作《法思想史要说》(1964)中明确提出的“我国的法思想以及法学家在第二次世界大战前所扮演的角色，很显然，除了少许例外，很多人不仅对当时的权利不进行批判，反而附庸权利使之正当化”，“在这一点上，我国的法学被指曾经充当权利的手段，犯了战争罪也无可厚非”这些观点的本意所在。

千叶正士教授详细查阅了大量资料后指出，在《大日本帝国宪法》下，有的学者迎合权利，不作任何抗争，相反却提出一些法哲学的观点为日本的法和国家的命运做辩护。在战争时局中，称赞日本固有法如何优秀的大有人在，有的极力主张日本法、大东亚建设法，有的则提倡日本法理学、皇法学和国体法哲学等。这是一个整体主义、国家主义排外思想耀武扬威的时代。“此外，立法，包括审判在内，所有的一切都是以被尊为神的天

<sup>(1)</sup> 千叶正士：《战前我国法哲学的法思想史再探讨》(上)，载《法学新报》1965年第72卷第1、2、3期，第1页以后；《战前我国法哲学的法思想史再探讨》(下)，1965年第5期，第1页以后。

皇所拥有的至高无上的权威为基础的”<sup>(2)</sup>。但是，尽管身处那样的年代，研究者不著书立作的自由，即进行消极抵抗的自由还是有保障的。面对国家以及权利，研究者们被迫必须表明自己的态度。

千叶教授指出，“自觉抗争到底，从未有过妥协的只有恒藤恭和田中耕太郎。高柳贤三和尾高朝雄对此虽未积极地表示认可，但也没有采取积极批判的态度。……小野清一郎和广浜嘉雄则是积极地试图使之正当化。”<sup>(3)</sup>”

现在回过头来重新审视战时的许多著作，我认为必须要追究责任，弄清楚当时的很多法学家到底是对社会的要求以及历史的主体愚昧无知呢，还是虽然心知肚明却故意视若罔闻。不过，生活在战后的我们已经无从知晓如果自己身处《大日本帝国宪法》之下作为“日本臣民”究竟会采取怎样的行动，正因为此，我想，要对他人在那样的时代所发表的著述以及未采取的行动进行道德性评价的话，应当谨慎而适度。但是，在战争已经结束了70年的今天，喊出“强大国家”的口号寻求日本复活的修宪意向中却滋生出了违背我国和平宪法的新的日本主义萌芽。当下，我们有责任和义务通过探寻战争时期日本法学留下的足迹，对其发展历程进行“历史认识”，从而认真思考什么是忌避战争的法学。我们必须要有作为历史的法主体的自觉性<sup>(4)</sup>。

以下章节，我将在千叶正士教授的批判论的指引下，简要地阐述小野清一郎和尾高朝雄所讴歌的法思想，将他们自以为是法学思想置于光天化日之下，客观地审视战争时期法学的真实情况。

## II 小野清一郎的法哲学

小野清一郎（1891～1986）曾任东京帝国大学刑法讲座主任。他因担任文部省为统治学问和思想而设置的“日本诸学振兴委员会”委员一职而被

<sup>(2)</sup> 千叶正士：《法思想史要论》，日本评论社1964年版，第85-284页。

<sup>(3)</sup> 千叶正士：同上《战前我国法哲学的法思想史再探讨》（上），第21页。

<sup>(4)</sup> 千叶正士：《人与法》，丁子屋书店1949年版，详见第125页以后；千叶正士：《法学的对象——法主体论序说》，文京书院1950年版，详见第207页以后。

世人所知。其研究不仅仅局限于刑法解释学，对法哲学亦有涉足，代表作有《日本法理的自觉展开》。下面，在其数量庞大的诸多论著中，我将重点聚焦这部著作，对主张“道义自然法”的战争时期的小野法哲学的特点作一个简洁的阐述。

## 1 日本法理与道义刑法

小野就其代表作标题中提及的“何谓日本法理”解释称，“其乃日本精神，乃日本道义、日本伦理。故，其为日本法理”。那么，何谓“日本法理的自觉之途”呢？他论述称，是“对日本法的本质进行主体性认识。通过对法进行对照性、客体性认识，于法之中发现实践的自己。此时，客体成为主体，主体成为客体。此处需要一种以日本臣民之实践性体验为基础的直觉，同时亦需要一种能够对此进行综合的谛观。……要认识经验性的历史事实，必须要有一种飞跃性的直觉用以自觉认识此种鲜活的精神。”<sup>(5)</sup>

接着，谈到“日本法的本质”，他认为“皇国道义乃其本质”，它是真正的“神之道。乃超越人之道的法尔自然”<sup>(6)</sup>，是“日本道义的自然法”。进而在解释“作为日本法理的国体”是什么时论述称，“圣德太子的宪法十七条阐明了日本国体的法理”，是“国体之精华”<sup>(7)</sup>。

将主体和客体合二为一，用直觉和谛观把握“日本法理”，从中寻求对《大日本帝国宪法》的绝对尊奉，此类学者，恐怕难从其它法学文献中再觅一二。如同以下章节所述，这种“日本法理”的观念是小野刑法论的重

<sup>(5)</sup> 小野清一郎：《日本法理的自觉展开》，有斐阁1942年版，第58页。小野清一郎：《道义的责任》，载小野清一郎《刑罚的本质及其它》，有斐阁1955年版，第73页以后。

<sup>(6)</sup> 小野依据的是佛圣亲鸾的“自然法尔”。小野清一郎：《叹异抄讲和》，大法轮阁1973年版，第188页；同上《日本法理的自觉展开》，第77页。

<sup>(7)</sup> 小野依据的是文部省编纂的《国体的本义》，1937年初版，第57页；小野清一郎：《圣德太子十七条宪法的国法性》，载《佛教学诸问题》，岩波书店1935年版，第963页；小野清一郎：《十七条宪法中的国家与伦理》，载小野清一郎《法学评论》（下），弘文堂书房1939年版，第193页以后。

要支撑。

当时，小野作为刑法学的权威人物，其客观主义刑法思想的核心就是他的“刑法之道义责任”论，这一理论可以说对学界以及司法实务均产生了很大的影响。他论述称，“日本刑法乃皇国刑法，乃道义刑法。故，它以超越个人之权威为基础，具有道义之严肃性。”“维持国家、国民道义之严肃性，乃日本刑法之本质，之生命所在”。在这种刑法观下，所谓犯罪就是指国民违反道义的行为。因此，“所有国民必须对自身之行为负责。自作自受乃严肃的道义、伦理之法则。”“日本刑法即道义责任之法，亦可谓之自作自受之法，因果报应之法”<sup>(8)</sup>。

小野否定主观主义、人格主义刑法。他认为，“国民均为国家道义之主体。是具有自由意志之行为主体，是自身道义责任之主体”，此外别无其它。道义刑法论就是要将个人主义发扬、提高至国家主义，因此，刑法的解释自然而然地将基于整体的道义判断，即基于日本的道义观念，将其价值合理性作为最终基准。这种立场，可以说最终与纳粹的意志刑法观是相通的<sup>(9)</sup>。小野主张的“道义严肃性”后来也对《治安维持法中修正法》（1941）的制定产生了影响，作为其中的“目的遂行行为处罚规定”从而具有了现实意义。此外，对于小野刑法主张的罪刑法定主义“一般条款化”以及类推自由等事实，我们也不应忘却<sup>(10)</sup>。

<sup>(8)</sup> 小野清一郎：同上《日本法理的自觉展开》，第99-120页。然而，有人对此观点提出了严厉的批判。主张国家道义刑法的木村龟二立足于以“宽恕”为理念的教育刑论的立场批判道，小野主张的“自作自受”的报应教育论“与作为日本刑罚的本质的教育存在根本性区别，必须认识到其不仅仅在价值上极其低劣，且与作为道义国家的日本的国家观念根本无法一致”。参见木村龟二：《刑法与国家道义——日本刑罚的本质》（下），载《法律时报》1943年第15卷第8期，第46页。另，针对木村的团体主义、主观主义刑法理论的尖锐批判，可参阅西原春夫：《木村龟二的刑法理论》，载《法律时报》1981年第53卷第11期，第81-82页。

<sup>(9)</sup> 中山研一：《刑法的基本思想》，成文堂2003年版，第75页；中山研一：《对佐伯、小野博士的“日本法理”的研究》，成文堂2011年版，第189页。

<sup>(10)</sup> 详见前揭《刑罚的本质及其它》第431页以后。对此观点的反驳，可参阅木村龟二：《言论统制与刑法——以取缔险恶言论为主》，载《法律时报》1944年第16卷第10期，第5页。

## 2 大东亚秩序与“正确的战争”

小野的诸多论著中，好战思想表现得最为突出的是1944年的论文《大东亚秩序的基本构造》(1~4)。小野认为，这个新秩序是“日本民族之夙愿”，它是“基于道义的东亚共存共荣的秩序”，是“实现八纮一宇的法秩序”<sup>(11)</sup>，“大东亚秩序始终为防卫性秩序”，“防卫即以武力打击不义”<sup>(12)</sup>。这是一个充满了火药味的“法秩序的基本构造”。此外，他还认为，天皇“作为大东亚之本家，对大东亚所有民族，所有地区均拥有领导权”<sup>(13)</sup>，处于“大东亚家族共同体道义”的中心。同时他还指出，这个秩序的基础就是“和”的精神，它是具有“国法性”的<sup>(14)</sup>。《十七条宪法》中所规定的“和”的道义在此被认为是寻求“上下和谐”<sup>(15)</sup>。

但是，小野也断言称，“绝不可简单地以为和即和平主义”<sup>(16)</sup>。这又是为什么呢？他论述道，“圣德太子曾数度亲率大军讨伐新罗。战争亦是人伦事理之自我展开。其必然是一个用武力否定武力以达到各民族精神和谐之过程。于此点，战争具有正确的意义”<sup>(17)</sup>。可以说，小野是以十七条宪法为依据，构想了一个弃“和”交战的“防卫秩序”。

## 3 战后的到达点

那么战后，小野的思想又发生了怎样的变化，处于怎样的状态呢？至少从他1961年所著的《法律思想史概说》中就看得出其立场上发生的巨变。

<sup>(11)</sup> 小野清一郎：《大东亚法秩序的基本构造》(4)，载《法律时报》1944年第16卷第4期，第240页。

<sup>(12)</sup> 小野清一郎：《大东亚法秩序的基本构造》(3)，载《法律时报》1944年第16卷第3期，第171、第176页。

<sup>(13)</sup> 小野清一郎：《大东亚法秩序的日本法理构想》，载同上《日本法理的自觉展开》，第148-149页，第150页。

<sup>(14)</sup> 小野清一郎：《宪法十七条的国法性》，载同上《法学评论》(下)，1939年，第117页以后。

<sup>(15)</sup> 小野清一郎：《大东亚法秩序的基本构造》(2)，载《法律时报》1944年第16卷第2期，第109页；小野清一郎：《和的伦理》，载同上《法学评论》(下)，第215页。

<sup>(16)</sup> 小野清一郎：同上《十七条宪法中的国家与伦理》，第205、第206页。

<sup>(17)</sup> 小野清一郎：同上《大东亚法秩序的基本构造》(3)，第171、第176、第178页。

有人评价其行为称之为“豹变”<sup>(18)</sup>，可谓一针见血地揭露了新宪法下法实证主义者的真实面目。

首先，小野迎合新形势论述道，“吾以佛教之立场断定新宪法9条为正确之法，并因此坚信吾辈应该为维护它而始终努力”<sup>(19)</sup>。曾经鼓吹的圣战论已然消失得无影无踪。

同时小野自问道，“法西斯时代日本的法律思想有何变化？”，随即自答道，“以天皇为现人神的家族性国家这种古代思想出现复辟，明治宪法中以天皇为中心的极权主义被过度强调。与此同时，始于九·一八事变的帝国主义侵略行为被用亚洲民族解放的民族主义观念正当化。此乃主要的思想潮流”。进而论述道，在日本，“太平洋战争爆发后，通过修改治安维持法等……接二连三地加强刑罚。这期间，一般司法警察尤其是特别高等警察滥用权力情节严重”。不仅如此，他还对自己作了如下一番自画像般的描述。“……提出亦可谓之为历史批判主义法理学的是小野清一郎。文化乃是历史性的东西，通过对文化的历史性批判，文化可得以再建。吾以为法实践之意义当在于它是服务于此种意义之文化的”<sup>(20)</sup>。

从此番言辞中，我们很难想象这就是那个曾经大谈“日本法理”和“道义刑法”的小野清一郎。尽管他毫不掩饰地吐露了“加强刑罚”以及警察们“滥用权力”的事实，但是他对于自己积极主张的行为主义、报应主义刑法论对遵奉“国体”的司法实务所造成的巨大影响不仅毫无反省之意，甚至认为它不过是法“文化”史中的一个片断罢了。还有他那个试图将日本民族主导下的“文化”移植到“大东亚共荣圈”的构想，难道用他的“历史批判主义法理学”就能够使之正当化吗？

<sup>(18)</sup> 船田享二批评“日本法理”派称，他们“迅速改变态度，以求追随新形势”。那完全就是“对政治、社会、军事形势的转变趋附奉迎的、毫无反省的、自以为是的国粹论立场”，别无其它。参见船田享二：《法律思想史》，爱文馆1946年版，第398-399页；松尾敬一：《战中战后法思想备忘录》，载《神户法学杂志》1976年第25卷第3、第4期，第168页。

<sup>(19)</sup> 小野清一郎：《国家——关于佛教国家论的尝试》，载上原专禄等编《现代佛教讲座》第1卷，角川书店1955年版，第175页。

<sup>(20)</sup> 小野清一郎：《法律思想史概说》，一粒社1961年版，第262-264页。

#### 4 批判论

关于小野法哲学，有几种批判观点。其中对小野的“日本法理”进行全面批判的是吾妻光俊。吾妻在其战后不久所著的《日本法理的探求——对战时法理论的回顾》中批判道，“日本法理就是道义，实现它应该依靠佛教中所说的〈悟性〉，一种主观的直觉”，这便是小野的结论。所谓的“既是道义又是法”，无外乎就是一种过度强调此乃日本独有的“来自国体尊严的自以为是”。究其原因就在于对“日本乃上天特别选中之国家这种神国意识”的执着，这一点是最“应该警惕的”<sup>(21)</sup>。可以说，这是对《日本法理的自觉展开》的全面否定。

接下来，我们看看来自小野的高徒团藤重光的批判。他讲道，小野的“大东亚法秩序构想”的确“从结果上来看，使当时的政府、军部的圣战论得以正当化，是支持战争的”，而且小野使之正当化的“第二次大战中，……日本军进攻大陆的行为属于帝国主义侵略这一事实无法掩盖”，另外，《日本法理的自觉展开》这部代表作“与先生推进日本法理研究会一事彼此影响，想必也成为先生被开除公职，开除教职的主要理由，却也实属无奈”<sup>(22)</sup>。然而，团藤对于最关键的“道义刑法”却未作任何批判。尽管如此，我们从团藤的记述中也不难看出小野对于“圣战的正当化”和“日本进攻大陆”是持认可态度的<sup>(23)</sup>。

最后，我们来看看千叶正士教授的批判。首先，针对小野利用“直觉”阐释的“作为文化理念的法”以及“作为经验性文化的法”<sup>(24)</sup>他批判道，

<sup>(21)</sup> 吾妻光俊：《日本法理的探求——对战时法理论的回顾》，载《一桥论丛》1946年第16卷第3、第4期，第62-63页、第71页。

<sup>(22)</sup> 团藤重光：《小野清一郎先生之人之学问》，载《Jurist》1986年No. 861，第62页。不过，团藤的解释立足于“道义刑法”，认为修改国防保安法（1941）的关键——“强化检察权”为正确之举，指出了战时立法对一般法制的开拓性功能。参见团藤重光：《对国防保安法的若干探讨》，载《法律时报》1941年第13卷第5期，第3、第10页。

<sup>(23)</sup> 关于这一点，详见白羽裕三：《对“日本法理研究会”的分析》，中央大学出版社1998年版，第303页；白羽裕三毫不顾忌地称小野为“天皇制法西斯主义法理的信奉者”，第332页。

<sup>(24)</sup> 小野清一郎：《法理学与“文化”的概念》，有斐阁1928年版，第355、第363、第

这些观点“无一不是在将正义视作一种非经验的、非现实的概念的基础上形成的，从一开始就不可能对其进行实证性的考察”，在这样的前提下引导出的“正义乃至文化都可以被不同的人任意施加不同的意思”。

接着，针对小野引用大量佛典，认为“十七条宪法能够于存在论之上，且同时于伦理、政治实践之上充分阐释国家之永久性和整体性”<sup>(25)</sup>，强调其具有普遍性这一观点，千叶教授指出，“那种被高度概念化的学说把现实的社会要求都归为零，只把权利要求合理化了”。这种“宗教信仰的演绎”最终会“引导出一种肯定权利的理论”，“不过是作为一种让人逃避或者谛观现实的思想而起作用”罢了。在千叶教授看来，基本上可以认为上述小野所主张的文化和国家的观念中“蕴藏着忽视历史主体的存在、无视或者轻视现实的实在法体系以及其理论或其问题的可能性”<sup>(26)</sup>。他认为小野完全“混淆了理论和实践”而最终“无法逃脱作为实证主义法理论者的命运”<sup>(27)</sup>。

### III 尾高朝雄的法哲学

如果说战前、战后都对拉德布鲁赫法哲学的研究做出了巨大贡献的日本学者是尾高朝雄（1899～1956）的话，大概无人会提出异议。然而战前他在京城帝国大学法文学部任教授时期（1930～1944）曾站在与拉德布鲁赫价值相对主义法哲学完全相反的立场上留下数篇论文这件事却鲜有人知。原因大致有二：一是当初将他的论著集中收录在尾高朝雄教授追悼论文集《自由的法理》（有斐阁，1968）一书卷末的“主要著作目录”时需要做些取舍，于是他写于外地大学的一部分论文未被收录其中；二是在当时被称作学界最大争论的他与宫泽俊义教授之间所谓的“主权争论”<sup>(28)</sup>的背景

---

371页。

<sup>(25)</sup> 小野清一郎：同上《十七条宪法中的国家与伦理》，第198页。

<sup>(26)</sup> 千叶正士：同上《战前我国法哲学的法思想史再探讨》（上），第24-25页。

<sup>(27)</sup> 千叶正士：同上《法学的对象——法主体论序说》，第89页。

<sup>(28)</sup> 这场争论在了解战后尾高的“主权”观念上异常宝贵。参见井上茂：《战后的主权争论——对争论的回顾》，载《法学讨论》1959年第5期，第64页以后。

之下，已经成为既往的尾高写于殖民地的论文并未被作为争论的对象。

鉴于以上原因，长期以来未能公开于世的尾高的著作大致有以下5篇论文：①《国家目的与大陆经营》（1940），②《国体本义与内鲜一体》（1941），③《道义朝鲜与征兵制度》（1942），④《大东亚共荣圈与文化理念》（1943），⑤《朝鲜教学论》I. II.（1944）<sup>(29)</sup>。带有浓厚战时色彩的这些文章无一不如实地反映了《大日本帝国宪法》下身处朝鲜殖民地的尾高法哲学的一个侧面。虽然他在京城大学留学时曾拜访过胡塞尔（Husserl）和凯尔森（Kelsen），但上述5篇论文中却难以看到来自这两位人物的影响<sup>(30)</sup>。以下章节我们将聚焦战争时期的尾高，看看他上述的这几篇论文都有些什么特点。

### 1 “基于信仰之政治”和“政治之矩”

战争时期的尾高法哲学的特点在于，他是将“基于信仰之政治”作为实在法秩序来定位的。尾高在其当时被誉为“日本法学界最大收获”<sup>(31)</sup>的著作《实在法秩序论》（1942）第5章“国家与实在法”的最后部分阐明了实在法秩序和君民一体的关系。他认为，“君主与国民间存在一方为统治主体，另一方为统治客体之绝对关系。”并下结论说，“此乃立宪国家之法安定性的依据所在。即，贯彻君主中心、君民一体原理的立宪君主国家的

<sup>(29)</sup> ①京城帝国大学大陆文化研究会编，岩波书店1940年版，第1-37页；②国民总力朝鲜联盟防卫指导部编，1941年，卷头论文；③朝鲜总督府编《朝鲜》1942年第326期，第18-26页；④京城帝国大学大陆文化研究会编《续大陆文化研究》，岩波书店1943年版，第1-23页；⑤朝鲜教育会编《文教的朝鲜》I，1944年第219期，第14-17页，《文教的朝鲜》II，1944年第223期，第11-20页。

<sup>(30)</sup> 不过，战争时期尾高曾在其代表作之一的《国家构造论》（岩波书店，1936年）中将凯尔森作为“视法与国家为同一”论者进行批判，将胡塞尔的“现象学实在论”作为国家学的态度给予肯定，从这些事实中可以窥见当时的尾高法哲学的一个侧面。例如，关于凯尔森的论述，可详见第164页以后。关于尾高的胡塞尔观，可详见尾高于次年所著的《现象学实在论的立场与国家构造》，载《国家学会杂志》1937年第51卷第5期，第94-113页。

<sup>(31)</sup> 横田喜三郎：《尾高朝雄《实在法秩序论》之介绍》，载《法学协会杂志》1942年第16卷第9期，第108页。

实在法秩序”<sup>(32)</sup>。

假如“主体”和“客体”是这样一种关系的话，那么秩序的具体内容又是什么呢？尾高认为，“君主之统治绝非单纯地人施与人之统治，顺随于君主统治之国民态度亦非人给予人之信赖。经由‘神格’之统治，必然以信仰作为回应”。很明显，当时尾高提出的“国体”和“秩序”的观念是受到视天皇为“神”的“基于信仰之政治”的支撑的<sup>(33)</sup>。他对《大日本帝国宪法》第3条本质上的理解就源于此。在早于《实在法秩序论》一年的论文《国家哲学》中，他就认为“统治乃神之事业，政务即祭祀”，作为客体的国民已经被定位成了“仰奉天皇之臣民，即叩拜神灵之国民”<sup>(34)</sup>。这样的观点无异于以“神之道”和“道义”为核心的小野清一郎的立场（上述）。

《实在法秩序论》面世一年后，突然出现了“政治之矩”这个概念。这个全新的概念中隐藏着对“政治相对于法之优势地位”以及“作为实力之政治”意欲牵制的意图<sup>(35)</sup>。当时，学界出现了“企图”利用帝国宪法第31条所规定的天皇的“非常大权”将宪法转换为“战时宪法规范体系”的动向。尾高对此给予了坚决反对。他的依据是，“吾国之宪法既为国家秩序之道义支柱，乃国家活动理应依据之‘政治之矩’，则国家紧急权之概念，或与之类似的企图破坏法之行为便无丝毫介入余地”<sup>(36)</sup>。尾高极力主张“政治必须受制于身为政治之矩的根本法”。对他而言，“政治之矩”可以说就是一种法理念，这种法理念认为，任何“政治”都不得背离神圣的

<sup>(32)</sup> 尾高朝雄：《实在法秩序论》，岩波书店1952年版，第560、第574页。

<sup>(33)</sup> 他说，“天皇中心之政治乃信仰之政治”，它“乃国体之根本，本义之所在”。参见尾高以文部省编纂的《国体的本义》（前掲）为依据所著的《国体本义与内鲜一体》第53页。

<sup>(34)</sup> 尾高朝雄：《国家哲学》，载《伦理学》第7册，岩波书店1941年版，第87页。

<sup>(35)</sup> 尾高朝雄：《法之政治契机》，载《法律时报》1943年第15卷第10期，第2页、第7-9页、第10-11页。

<sup>(36)</sup> 尾高朝雄：《国家紧急权问题》，载《法学协会杂志》1944年第62卷第9期，第928、第930页。

根本法。这一点，从尾高即便在新宪法下也将天皇奉为“政治之矩”的事实来看也是非常明确的<sup>(37)</sup>。然而，对于具有多义性的“政治之矩”这个概念<sup>(38)</sup>，主张“自然法”的田中耕一郎则提出了深刻的质疑<sup>(39)</sup>。

## 2 道义朝鲜与征兵制度

朝鲜总督府在颁布《朝鲜青年特别练成令》(1942年，制度法令第33号)的次年，决定实施对兵役义务作出规定的《兵役法部分修正文件》(1943年，法律第4号附则)<sup>(40)</sup>。时任京城大学教师的尾高向朝鲜青年大肆宣扬“道义朝鲜与征兵制度”论，正是在这个时期。

坚信“实施征兵制之意义”在于“道义朝鲜之建设”的尾高厚颜无耻地主张“鼓励兵役”。他说道，“道义朝鲜之建设就意味着令日本精神渗透至朝鲜半岛的每一个角落，令半岛2,400万民众自心底至骨髓彻头彻尾地变成日本人。此乃皇国当下必须完成的一大要务，亦是崇尚‘为则成，无为则不成’之日本精神的一大考验。征兵制度之根本意义，必须着眼于此点进行深刻洞察。……钦定宪法所规定的兵役大义务是承担此义务的道义人之无上荣光，现今已灿然闪耀至半岛同胞身上。只有那些受此荣光的激励，默默攀行于道义修炼阶梯之上者，方能真正堪称大东亚道义建设之指

<sup>(37)</sup> 尾高朝雄：《国民主权与天皇》，载《国家学会杂志》1946年第60卷第10期，第38、第42页。另，对尾高将战后的“天皇”视为“政治之矩”的立场进行批判的有加藤新平：《尾高朝雄著〈存乎法之终极者〉》，载《季刊法律学》1948年第3期第2年第1册，第154页。

<sup>(38)</sup> 他说，“我称此正义之正确道路为‘政治之矩’，亦称之为‘准则’”。参见尾高：《准则的主权——答宫泽教授》，载《国家学会杂志》1948年第62卷第11期，第576页。对包含诸多意思的“政治之矩”这个概念从“言语哲学”方面进行领先研究的是长谷川西涯：《尾高朝雄与“政治之矩”——法的言语哲学前夜》，载《成城法学》2000年第62期，第125页以后。

<sup>(39)</sup> 田中耕太郎：《尾高朝雄著〈存乎法之终极者〉》，载《法学协会杂志》1947年第65卷第1期，第55页。

<sup>(40)</sup> 1944年4月1日至8月2日之间，206,057名青年接受了第1次征兵检查，同年9月1日起作为“朝鲜军”被迫入伍，该事实被记载在《第85次帝国议会说明材料，财务局用》(朝鲜总督府，昭和19年8月)中。另，关于征兵的经过和实情，可参阅宫天节子：《朝鲜民众与“皇民化”政策》，未来社1985年版，第94、第120页。

导者”<sup>(41)</sup>。充当殖民地统治的“客体”的朝鲜青年被迫不得不做一个“深入骨髓”的“道义人”。

不仅仅如此。当你默默地爬行至修炼阶梯的顶端后，等在那里的将是“生命的升华”。尾高在《朝鲜教学论》中称，“战争升华生命。此升华之目标将通过征兵制之实施得以昭示，……现今，除了实现此种升华之外，再无其它。”“谋划人之价值观的转换乃朝鲜教学之要义所在……要教导朝鲜同胞体悟作为皇国臣民的生存意义”<sup>(42)</sup>。逼迫朝鲜青年化身为臣民，把在战场上“让生命升华”当作“人生价值观”，这或许也是“道义朝鲜与征兵制度”论的结论。这，就是强加在信奉天皇之臣民身上的灭私奉公的真相。

### 3 战后的到达点

1944年5月，东京帝国大学向尾高抛来了橄榄枝，他离开了朝鲜。实际上也有证词称他是“受到了排挤”。（后述）战后，尾高在新生的日本又发表了怎样的言论呢，下面我们就介绍其中的一部分。

首先，必须要指出的是，对于过去那场战争，尾高用“赎罪”一词表明了自己的心迹。一开始的时候，他谈及政府所接受的“宪法改正案对放弃战争、废除军备”作出了明确规定时称，“作为蛮横的战争发动者，其额头上被刻上罪犯烙印的日本，作为赎罪……决心成为非武装国家”乃“理所当然之措施”。然而仅在5年之后，他便流露了自己内心真实的想法<sup>(43)</sup>。

<sup>(41)</sup> 尾高朝雄：同上《道义朝鲜与征兵制度》，第18页，第25-26页。

<sup>(42)</sup> 尾高朝雄：同上《朝鲜教学论》I，第14-15页。在此，尾高向战时的朝鲜总督府进言，请求设立“教育参谋本部”。

<sup>(43)</sup> 尾高朝雄：《非武装和平主义国家的诞生》，载《世界文化》1946年第1卷第4期，第83、第87页。尾高1951年便声称，在“宪法第9条非武装和平主义”虽然是“占领军当局赋予”日本的“高贵理想”，但是“倘若以为它能屹然挺立于独立后之暴风骤雨中，实乃大错特错。”以及“作为日本，必须有备无患以避风雨”的呼声中，只以“理想”为是“令人实感忧伤”，字里行间暗示日本理应重整军备。参见尾高：《法学的回顾与展望》，载《法律时报》1951年第23卷第12期，第4页。

其次，尾高在他战后的代表作《存乎法之终极者》（1947）出版之际，突然开始从正面抨击发动了侵略战争的日本。他写道，“脱离了立宪主义轨道的日本政治……比法西斯和纳粹表现得更为鲁莽、草率，结果与德国和意大利结盟，向民主主义国家发出挑战并最终一起吞食了战败的惨痛苦果。违法的政治悉数以失败告终……日本带有神性色彩之国粹主义对法亦显示了与此异曲同工的态度”<sup>(44)</sup>。在此，他对“政治相对于法之优势地位”进行指责的同时，认为战前的政治态度是“带有神性色彩之国粹主义”而予以摒弃。这离他曾经鼓吹神格统治，主张“基于信仰之政治”仅仅时隔4年而已，足以及其思想的巨大变化。

回顾战时，尾高说道，日本“在军阀独裁政治下侵略中国，偷袭珍珠湾，最终走上了无条件投降之道路”，此外，日本为了重新分割亚洲，虽然“抱有建设大东亚共荣圈之野心”，但是“此种建设新秩序之尝试最终不可避免地导致了一场惨烈的战争”，如此而已。于是，宪法后来明文规定要“采用自然法思想”，“详细规定人权”<sup>(45)</sup>。

尾高曾经在其论文《国家目的与大陆经营》中积极主张日本军驻留大陆，在另一篇论文《大东亚共荣圈与文化理念》中也极力主张以日本道义文化为主导建设大东亚共荣圈。此尾高与彼尾高，孰真孰假，我们似乎很难做出一个明确的判断。

#### 4 批评论

对于尾高的研究成果向来评价很高。立志研究尾高法哲学的人必须以其弟子①松尾敬一、②碧海纯一、③稻垣良典、④矢崎光圀等人所著的精细

<sup>(44)</sup> 尾高朝雄：《存乎法之终极者》，有斐阁1947年版，第184、第235页。尾高在文章末尾处注有“昭和十九年十二月稿”字样的同一标题的论文有：《存乎法之终极者》（1），载《国家学会杂志》1944年第60卷第1期，第1页以后；《存乎法之终极者》（2），第60卷第2期，第34页以后。或许是意识到时局的缘故，其论文中的叙述与单行本有许多出入。在此重要转型之时期，他对哪些内容做了保留，又对哪些内容进行了删除本应仔细比对，但由于本文篇幅所限，留待日后再论。

<sup>(45)</sup> 尾高朝雄：《世界人权宣言与自然法》，载《田中先生还历纪念 自然法与世界法》，有斐阁1959年版，第68、第96页。

考论<sup>(46)</sup>为基石。不过令人遗憾的是，对于上文提到的《道义朝鲜与征兵制度》等尾高发表在殖民地朝鲜的几篇论文，竟无一人作过正式评价，这一点或许会令读者感到些许意外。除了井上茂只言片语的评论外，可能就只剩下原秀男所说的“日本法哲学的病理”了<sup>(47)</sup>。

不过，在尾高弟子之一的松尾敬一的文章中，我们却找到了他对尾高的战时论文《国家哲学》间接进行批判的大部分考论。松尾说道，的确，尾高提出“国际社会的道义构成原理”这一观点，以此“试图构建新的世界秩序是有问题的”。不仅如此，他还指出，从尾高主张的“强有力国家的指导”的字面上，“人们可能会联想到日本试图将亚洲的主导权收入囊中的东亚新秩序论。至少当时的读者一定是将这种在抽象层面上描述的事情与东亚、日本具体地联系到了一起”<sup>(48)</sup>。这些谨慎的措辞显示出，评价恩师的考论是有一定极限的。

长尾龙一的批判则极具敏锐的视角。首先表现在，对于迎合皇国臣民化和征兵制度的尾高的姿态，长尾采取正视“尾高批判凯尔森的现实意义”

<sup>(46)</sup> ①松尾敬一精心总结的三部曲。即：《尾高法哲学的形成》，载《神户法学杂志》1965年第15卷第1期，第1-47页；《尾高法哲学的形成》，载《神户法学杂志》1965年第15卷第1期，第1-47页；《战中的尾高法哲学》，载《神户法学杂志》1965年第14卷第4期，第696-739页；《战后的尾高法哲学》，载《神户法学杂志》1965年第15卷第2期，第183-236页；②碧海纯一：《经验主义的法思想》，载野田、碧海编《近代日本法思想史》，有斐阁1979年版，第387-426页；③稻垣良典：《经验主义与形而上学之间——对尾高朝雄教授法思想的考察》，载《法哲学年报》，有斐阁1970年版，第39-62页；④矢崎光圀：《尾高朝雄的法哲学》，载《法哲学年报》，有斐阁1979年版，第61-86页。

<sup>(47)</sup> 原秀男指出，“学者之间也根深蒂固地存在以‘情面和人情’为代表的缺乏理性、感情化的因素，即便在需要好好进行一场争论时，师生、同门、友人这种异次元的东西也会令争论戛然而止。此种事例不胜枚举”。参见原秀男：《现代日本的法哲学》，载井上茂、矢崎光圀编《法哲学讲义》，青林书房1970年版，第31-32页。在此书中，井上茂针对尾高法哲学给出了一个整体性的一针见血的评价。他称，“在对那些本该依循纯粹认识的步骤进行经验科学性个别分析方能弄清真相的事物进行概念规定时，不但插进传统要素中特有的感情因素，而且以一种基于实践意图所构建出的设想的形式将其提示出来，这是极其危险的”。参见井上：《战后主权争论》，载《法学讨论》1959年第5期，第70页。

<sup>(48)</sup> 松尾敬一：同上《战中的尾高法哲学》，第715-718页。

这一点上。其次表现在，长尾指责尾高在《实在法秩序论》中认为君主“并非整体的一部分乃是整体本身，并非用“人格”乃是用“神格”“进行统治”是“将脚伸到了神话世界”<sup>(49)</sup>。

我们再来看看大韩民国法哲学家金昌禄的批判论文吧。其中有一个章节，标题为“受到殖民地朝鲜的排斥”，是他依据从国立首尔大学图书馆等收集来的资料以及尾高高徒的证词编写的。这里记录了许多不为日本人所知的尾高真实的一面。其中记载道，当时尾高“作为思想战的前线指挥官积极开展宣讲活动……，将一个特殊的立宪君主国家大日本帝国强加在了朝鲜身上”。尾高甚至穿着陆军少尉的军装走进大学，向那些就征兵实施断发令进行抗议的学生下达了“无限期停学通告”。不仅如此，“太平洋战争爆发后，尾高变得颇为反动，朝鲜学生甚至斥责他是军国主义的走狗而不再踏进他的课堂”<sup>(50)</sup>。针对在这种背景下所写的尾高的论文《道义朝鲜与征兵制度》，市川训敏指责道，“尾高以权力为后盾，将朝鲜青年驱向战场一事进行美化的言论，应当以战争罪论处”<sup>(51)</sup>。

千叶正士教授认为，在皇国国家主义飞横跋扈的当时，“尾高朝雄对此虽未积极地表示认可，但也没有采取积极批判的态度”（上文已述）。然而，纵观上述尾高论著，看得出他不仅未对权力进行批判，反而在积极地接受和推进国策。不过，千叶教授也认为尾高“最终犯了一个错误”。他指出，既然尾高主张“国民辅翼”的“君民一体”，那么“被理解为对当时的日本天皇制国家体制进行正当化亦是一种无奈。……但是，最终他未能抗争下去，面对权力的要求采取了妥协的态度，从而潜在性地陷入了对权力进行正当化的结果之中”<sup>(52)</sup>。这或许是因为尾高太过于倾向“实证主

<sup>(49)</sup> 长尾龙一：《法哲学批判》，信山社1999年版，第146、第169页。

<sup>(50)</sup> 金昌禄（韩国庆北大学法学专门大学院教授）：《尾高朝雄与殖民地朝鲜》（日语），载酒井哲哉等编《帝国日本与殖民地大学》，ゆまに（Yumani）书房2014年版，第285-304页。“排斥”证词参见第294-296页。该论文对外公开，可检索。

<sup>(51)</sup> 市川训敏：《战时体制下的“道义修炼”》，载《人权问题研究室纪要》（关西大学）1986年第13期，第115页。

<sup>(52)</sup> 千叶正士：同上《战前我国法哲学的法思想史再探讨》（上），第21页；《战前我国法哲学的法思想史再探讨》（下），第24-25页。另一方面，千叶教授也指出，“尾高

义法理论”<sup>(53)</sup>的缘故吧。

通过对上述国内外各种批判论进行审视，我们从中或许能够获悉一个真实的战争时期的尾高法哲学。

#### IV 结语——承认被认识的客体具有主体性

千叶正士教授客观审视战争时期的日本法哲学后认为，归根结底，它对于国家体制和战争的实施未能进行任何有效的批判，这种法哲学自始至终就是一个概念上的游戏<sup>(54)</sup>。支持这种法哲学的日本法学家，他们的态度与德国历史学家布雷克（K. D. Bracher）所做的类似证词中提到的那些在第三帝国下“自发地同化”（Selbstgleichschaltung）<sup>(55)</sup>于纳粹的学者又有何两异呢？

还有一点必须要指出的是，尽管小野和尾高在言及大日本帝国下的“日本臣民”和日本国宪法下的“国民”这两个立场时都作了区分，但他们的新旧研究中却存在着水火不容之处。战争时期的“臣民”思想和他律赋予的“国民”思想之间的连续性是否得到了清除？两位学者的真实想法是什么？读者对他们的假面和素颜难辨真伪。因为从他们超群的文章功力来看，他们在执笔战前以及战后的每一部著作时都充满了“确信”。

战争时期的日本原本是有“不发表言论的自由”的。但是小野和尾高却“逃避自由”<sup>(56)</sup>，“自发性”著书立作颇多。其结果就是，即便说二人的

---

朝雄虽然对权力进行了说服力批判，但潜在地保留了向权力妥协的余地”。参见《战前我国法哲学的法思想史再探讨》（下），第31页。到底是“对权力进行了批判”还是“未采取批判的态度”，仍需进一步查证。由此可见，千叶教授有可能也未接触过尾高那些被收录在《自由的法理》卷末的“主要著作目录”以外的资料。

<sup>(53)</sup> 千叶正士：同上《法学的对象——法主体论序说》，第89页。

<sup>(54)</sup> 千叶正士：《非西欧法理论研究的现代意义》，载《北大法学论集》1993年第44卷第4期，第896页。

<sup>(55)</sup> K. D. Bracher, *Die deutsche Diktatur*, 1969, Verlag Kiepenheuer & Witsch, Köln Berlin, S. 275.

<sup>(56)</sup> “逃避自由”这种说法淋漓尽致地展现了那些舍弃“良心的自由”而奉迎纳粹的人的嘴脸。Erich Fromm, *Escape from Freedom*, 1941 New York (1950. Karl Mannheim), P.23-264. p.199.

著作在日本法思想史的一个时期留下了巨大的灾难也不为过。如同上文论述的那样，小野主张的“道义刑法”的意思主义为当时肆虐一时的《治安维持法中修正法》（1941年，法律第54号）等的解释和适用给予了一定的弹性，举一例而言，历史上就曾经发生过如同“朝鲜语学会事件”（1942）<sup>(57)</sup>那样造成大量人员牺牲的史实。追究被指控者的因果报应性刑事责任时，运用的就是具备不成文的犯罪构成要件的“目的遂行行为处罚规定”。此外，以《关于兵役法的部分修正》（1943年，法律第4号《附则》）为旗帜的尾高的“道义朝鲜与征兵制度”论，和同样出自尾高之手的“朝鲜教学论”相辅相成，可以说在奖励派兵，将众多朝鲜青年送上战场以督促其履行皇国臣民义务一事上起了推波助澜的作用，对于总体战形势下的“人力资源的确保”助了一臂之力<sup>(58)</sup>。对照这样的史实，他们二人“自发”执笔撰写考论之意图已昭然若揭。人被称作是自由的主体。没有比逢迎时势放弃“良心的自由”去鼓吹战争的学者更加罪孽深重的人了。

只有通过重新挖掘日本法哲学镌刻于东亚的史实，把它们和该地区人们所持有的所谓的“历史认识”相对应，才能够弄清楚战争时期日本法学所犯过错的真相。即便在今日，如果日本的“讲坛法哲学不具备与哲学之名相称的思想主体”，“仍停留在西欧法哲学的文献学或解释学上”<sup>(59)</sup>的话，那么“在以经验现实为基础的理论涌现出的哲学思想”和以这种哲学思想为依据的“真正有价值的法哲学”<sup>(60)</sup>的开展就不容乐观。对日本法思想的历程应该做出怎样的“历史认识”，是一个需要深思的问题。

<sup>(57)</sup> 《预审终结决定》（判决书），载《韩国》（韩国研究院）1977年第6卷第8期，第100-121页。

<sup>(58)</sup> 铃木敬夫：《朝鲜殖民地统治法的研究》，北海道大学图书出版会1989年版，第177页以后。

<sup>(59)</sup> 长尾龙一：《法哲学》，载《法律时报》1969年第41卷第14期，第57页。

<sup>(60)</sup> 千叶正士：同上《非西欧法理论研究的现代意义》，第896页。另可参阅对千叶法哲学中的《作为基础概念的法主体——从法哲学·法思想视角的探讨》有深入研究的角田猛之著《战后日本“法文化的探求”——以构建法文化学为目的》，关西大学出版部2010年版，第94-97页。

千叶正士教授研究生时代的研究题目被认为是“大东亚共荣圈的惯习法”<sup>(61)</sup>，但是没过多久就被迫更改了题目。如同前面所述，这是因为“大东亚共荣圈”已经成为日本自戒和赎罪的代名词。受到日本民族主义威慑的战时所谓的“大东亚共荣圈”毋庸置疑就是一个“攻击不义”“战争”的“危机”现场<sup>(62)</sup>。千叶教授以“克服危机”和振兴为目标，不久就在文化不毛的荒野上铲下了第一锹。他迅速地清除了日本“统治东亚的意识形态”<sup>(63)</sup>所残留的糟粕，通过“承认被认识的客体具有主体性”，对每一个地区所固有的“民族社会的主体立场”的存在表示尊敬<sup>(64)</sup>，对那些土地上所孕育出的“惯习法”文化以及法文化的多样性进行了解。每一片土地上都有孕育文化的人。人的活动培育法文化。什么是“真正有价值的法哲学”，我们从这些研究活动中便可略见一斑。千叶正士教授的代表作《法文化的国界》中处处充溢着法实践者自发的主体意识<sup>(65)</sup>。可以说，这体现了与小野和尾高的价值观完全迥异的一位真正的研究者对亚洲历史认识的一个侧面。

早期的尾高针对逢迎政治的“御用法哲学”曾经描述道，“作为政治傀儡活着”就意味着“法哲学之死亡”<sup>(66)</sup>。若如此，便可以说在当时的政治权力面前恭敬顺从的“犯战争罪的御用法学”即为“法学之死亡”。千叶正士教授的批判就是向视所有人为客体的所谓的小野和尾高的法哲学兴师问罪。现在千叶法哲学所指出的“法学的生存”之道就是必须向世界发问，被视作客体遭受虐待的人们的归宿何在？“承认被认识的客体具有主体性”。这也是让我们能够拥有我们就是肩负着拥护法和文化之使命的

(61) 千叶正士：《法文化的国界》，成文堂1991年版，序文，第2页。

(62) 千叶正士：《危机的理论构造》，载《思想》1953年No. 350，参照第933页以后。

(63) 千叶正士：《作为东亚统治意识形态的神社政策》，载仁井田陞博士追悼论文集第2卷《日本法与亚洲》，劲草书房1970年版，第301页。

(64) 最早提出此观点的是角田猛之：同上《战后日本“法文化的探求”——以构建法文化学为目的》，第95页。参见千叶正士：《斯里兰卡的多元化法体制——西欧法的移植与固有法的应对》，成文堂1988年版，第7-8页。

(65) 关于“实践主体与法主体”，可参阅千叶正士：同上《人与法》，第158页以后。

(66) 尾高朝雄：《法哲学中人的问题》，载《法律时报》1939年第11卷第10期，第7页。

“历史主体”这一共识的途径。

将日文译成中文是一项艰巨的工作。本论文的中文翻译得益于周英老师（华东政法大学副教授）的精心指导。如果没有她的帮助，中文版恐难面世。在此，特对周英老师在中日法文化交流中的辛勤付出表示衷心的感谢。

**日本語原典：**「戦争犯罪を犯した法学について」『法文化論の展開——法主体のダイナミクス』千葉正士先生追悼（信山社、2015）、31頁以下。日文原作：《犯戦争罪の法学》，载《法文化論の展開——法主体の活力》千叶正士老师追悼（信山社2015年版），第31頁以后。

### ※問題意識：

第二次世界大戦期、すなわち日中十五年戦争期において、日本では「大日本帝国憲法」の下で、数多くの法学者が、全体主義的、国家主義的法体制を受容し、国策である「大東亜共栄圏の建設」に積極的に協力した史実がある。千葉正士（まさし）教授は、「戦時期の法学者と彼らが展開した法学思想の役割は、大勢において、時の権力を批判するどころか、寧ろこれと密着して正当化した。当時の法学は、まさに権力的手段であって、戦争犯罪を犯したと批判されてもやむをえない」と指摘した。本稿は、東アジアへの侵略戦争を推進する役割を担ったとされる二人の法学界の権威者の思想を素描するものである。

先ず、刑法学者小野清一郎は、神格をもった天皇を、民族的な「日本法の法理」に据えた。その因果応報を基礎にした国家主義的道義刑法論は、治安維持法の峻厳な適用化に大きく寄与した。次に、法哲学者尾高朝雄（ともお）は、国家の主体に天皇を据え、その客体に国民を位置づけた立憲主義を説いた。そして植民地朝鮮では、被支配民族に対し、天皇の臣民になるように日本的な道義を強要し、終に徴兵制度の実施を推進した。

この二人の論文は、当時の国策に法理論的根拠を与えた。それだけに彼らの論文に媚び、迎合する論文が数多くみられたが、しかし、敢然と批判とした学者は無く、その論文を探すことは至難である。人々は、

「戦争犯罪を犯した法学」思想の下で国家へ遵奉を促され、唯一時局に追従して生きるしか道はなかった。

戦後70年（2015年）の今日、日本では憲法第9条「戦争放棄条項」を歪曲して解釈した、海外派兵を合法化する法制が進んでいる。この安保法制に反対する憲法学者主導の全国的な抗議運動が展開されている。このような新しい法制に対する抵抗運動は、真実、「戦争犯罪を犯した法学思想」とはまったく反対の、「反戦思想」に依拠している。だが、人々はこの法学者の抵抗運動を正視していない。国民の過半数の人々は、自衛隊の海外派兵を可能にする新たな法制を、対岸の火事とみて、他国の戦火に巻き込まれる危機を未だ予見できず傍観視し、時局に追従しているように見える。

時代背景が異なるとはいえ、過去において危機を煽り、新しい法制の必要性を叫び、時局への追従を良しとする思潮が、いかに若者を戦場に送り、多くの国民を不幸に貶めたか、我々は忘れてはならない。この拙論が、人々の覚醒に役立ち、迫り来る戦禍の足音を察知するための一つの資料になれば幸いである。