

ラートブルフ・テーゼについて

酒匂, 一郎
九州大学大学院法学研究院 : 教授

<https://doi.org/10.15017/20233>

出版情報 : 法政研究. 78 (2), pp.1-50, 2011-10-07. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics)
Kyushu University
バージョン :
権利関係 :

ラートブルフ・テーゼについて

酒 匂 一 郎

- 1 はじめに
- 2 法概念と実証主義批判
- 3 法学的実証主義と状況認識
- 4 「不法国家」としてのナチス体制
- 5 おわりに

1 はじめに

第二次世界大戦後、ラートブルフが一連の論稿において次のような命題を主張したことはよく知られている。すなわち、「法律は法律だ」とする実証主義はナチスの「法律的不法」(gesetzliches Unrecht) に対して法律家や国民を「無防備に」(wehrlos) にした、これに対して我々は自然法や理性法といった「超法律的法」(übergesetzliches Recht) をあらためて深く心にとめなければならない、と。⁽¹⁾そして、ラートブルフは、後に「ラートブルフ定式」(Radbruch Formel) と呼ばれることになる基準に照らして、ナチス期の法律の「妥当する法」としての効力を否定したのであった。⁽²⁾

右の命題が、戦後のニュルンベルク裁判における自然法への依拠とも相俟って、いわゆる「自然法の復興」という論調を生み出したことも周知のとおりである。⁽³⁾その後、この論調は次第に鎮静化し、それとともにラートブルフのこの命題もその当初のアクチュアリティを失っていった。⁽⁴⁾ところが、二〇世紀末あたりから、この命題は再び一部の注目を浴びるようになった。この命題の真意について疑念が提起されたのである。⁽⁵⁾

その要因の一つは一九六〇年代中頃から始まり八〇年代に大きく進展したナチス期の法理論及び法実務についての実証的研究の展開にある。⁽⁶⁾それらの研究の示すところによれば、ナチス期の法理論も法実務も法律への忠実を要求する制定法実証主義 (Gesetzespositivismus) 又は法学的実証主義 (juristischer Positivismus) とはむしろ正反対のものであった。法理論の面では、ナチス体制初期にカール・シュミットやカール・ラレンツらによって実証主義が侮蔑的批判の対象とされたということは当初から知られていたが、司法実務においても実証主義的な法律への忠実は蹂躪され、ナチス的な政策や世界観に適合する仕方で拡張解釈や一般条項が濫用されたという実態が明らかにされてきたのである。たとえば、かなり早い時期からこうした研究に携わったベルント・リューターは最近の著作でこうした研究の成

果を次のようにまとめている。⁽⁷⁾

「一九四五年以降、制定法実証主義はナチス国家の不法秩序とその司法についてのスケープゴート (Prigelnabe) とされてきた。しかしこれは、第三帝国においてナチス綱領の貫徹のために制定された若干の法律、たとえば一九三五年のドイツ血統保護のためのニュルンベルク法についてあてはまるにすぎない。その他についてはこの責任帰属は誤りである。ナチズムにおいて法秩序が途方もなく歪められたのは法律の制定によってではない。あらゆる分野でナチスの包括的立法がなされるには一二年という時間ではとても足りなかった。まったく反対に、法学と裁判所はしばしば法律から完全に解き放たれ、人種政策目的のために権力保持者の意思を有効な法律に反して現実化したのである。この『改釈』(Indeutung) は、法技術的には、裁判所によって受容された新しいナチスの法源、すなわち『総統の意思』、ナチス党綱領、そして人種主義的に規定された新しい『血と土に基づく自然法』に即して行われたのである」。

この議論によれば、先のラートブルフの命題は、ナチス期の理論や実務が制定法実証主義又は法学的実証主義の理論に基づくものであったと想定するものであるかぎり、誤りであったことになる。命題は二つの部分からなるとみることができ。すなわちナチスの不法の原因は実証主義にあったとする診断の部分と、それに対処するために自然法や理性法の意義を説く処方の部分とである。このうち前者の診断の部分とはとくに「ラートブルフ・テーゼ」又は「実証主義テーゼ」と呼ばれており、それが事実認識の問題として誤りであったとされるのである。⁽⁸⁾ 診断が誤りであるとすれば、それに対する処方も見当違いということになる。それどころか、「ナチスの自然法」を斥けえないとすれば、むしろ危険ですらあるということになるわけである。⁽⁹⁾

「テーゼ」が事実認識として誤りだとすれば、その考えられる原因はいくつかある。第一の可能性は、ナチスの政權奪取後、ハイデルベルク大学の教壇を追われていわば国内亡命状態にあったラートブルフは、ひよっとすると、当時の理論や実務の実態について詳細な情報をもっていなかったかもしれないというものである。そうだとすると、ラートブ

ルフは事実認識を誤って、かつ軽率にナチス期の不法な実務の責任を実証主義に負わせたのだということになる。この見方によれば、「テーゼ」は実証主義をナチスの不法の原因とみなすものであり、この意味での「テーゼ」は「原因テーゼ」と呼ばれることもある¹⁰⁾。しかし、ナチス期の状況についての認識にそれほどの誤りがあったかどうかは検討の余地があるだろう。

第二の可能性は、かりにナチス期の理論や実務について大きな誤認はなかったとしても、実証主義がナチスの不法に対して法律家や国民を「無防備に」したという表現が示唆するかもしれないように、ラートブルフは、ナチス期以前の法理論や法実務が実証主義的であったために、人々はナチス期の不法に対して抵抗できなかったと判断したというものである。ナチス期以前の状況についてのこのような認識や判断については争いがありうる。ヴァイマル期に法実証主義が支配的であったとはいえないとする見方がある¹¹⁾。また、ヴァイマル期のラートブルフ自身の立場がまさに実証主義的であったという見方もある。これによれば、ラートブルフは「痛切な」自己反省をもって、ナチスの支配を阻止しえなかった実証主義の責任を問い、自然法論へと転向したのだということになる¹²⁾。だが、ラートブルフが転向したのだという見解には異論もある。

第三の可能性は、ラートブルフは事実認識の点では実は必ずしも誤認はしておらず、ナチスの不法の責任を実証主義に帰したのは別の意図に基づいていたというものである。彼は「法律的不法」論文や「法律と法」論文で、実証主義の訓育を受けた裁判官はその判決によるナチスの不法につき故意をもちえなかった可能性を指摘している。そうすると、ラートブルフは事実誤認を装って、実証主義に責任を帰することによって、こうした裁判官の責任を免除しようとしたのではないかという疑念すら生じることになる¹³⁾。また、戦後の西ドイツ地区では、実際その後、ナチスに荷担した法学者や裁判官たちが、少数の例外を除いて、復権しているという事情がある。かりにラートブルフの意図に疑念をもたないとしても、結果として「テーゼ」は「免責テーゼ」として機能したという見方もありうる¹⁴⁾。

本稿は、「ラートブルフ・テーゼ」に対するこうした疑念に検討を加えつつ、「テーゼ」の真意を探求してみようとするものである。結論を先取りして言えば、これらの疑念は「テーゼ」の真意を適切に捉えていないのではないかというのが本稿のテーゼである。まず、ラートブルフのいう「実証主義」が、疑念の想定するように、もっぱら「制定法実証主義」又は「法学的実証主義」を意味したのかどうかが問題となる。これを検討するためには、ラートブルフの戦前からの法概念論に遡り、そこでの実証主義の位置づけを確認することが必要である。この点では、一九一九年にラートブルフが行っている実証主義批判が重要な手がかりを与えるだろう。この問題はラートブルフのいわゆる「転向」をめぐる議論とも関わっている(第一節)。ラートブルフはヴァイマル期にはたしかにむしろ実証主義的とみられるような議論を展開している。自由法運動についての評価の変遷、ライヒ裁判所の司法審査権の主張に対する警鐘、そして裁判官の職業倫理に関する議論などである。しかし、ラートブルフを「公然たる実証主義者」であったとみることはできないであろう。ヴァイマル期のラートブルフの議論は彼の法哲学上の基本的見解によるだけでなく、状況論的な側面をもっていたのである(第二節)。最後に、ナチス体制についてのラートブルフの見解はそれを端的に「不法国家」であったとするものである。ナチス体制は正義を軽侮するのみならず、法的安定性すら踏みしめるものであったと捉えられている。これに対して、戦後には制定法実証主義又は法学的実証主義の意義はむしろ強調されている。それでもなお、これらの実証主義もナチスの不法に対しては「無防備」であると、ラートブルフはいうのである(第三節)。なお、「ラートブルフ・テーゼ」と免責の問題は、「テーゼ」の原因テーゼとしての真偽の問題とは独立の側面をもっており、別個の立ち入った検討の対象となるので、本稿では立ち入らない。

(1) 戦後のいくつかの論稿から引用すれば次のようである。なお、ラートブルフからの引用は原則としてGustav Radbruch Gesamtausgabe, Bd. 20, 1987-2003に於て、GRGA Band, Seiteとよう形式で表記する。

一九四五年九月一二日にハイデルベルクで発行された「ライン・ネットカー・ツァイトウング」紙に掲載された「五分間の法哲学」の第一分は次のようにいう。「法律とその妥当性についてのこの考え方（我々はそれを実証主義の見解と呼ぶ）は、あれほど恣意的で、あれほど残酷で、あれほど犯罪的な法律に対して、法律家と国民を無防備にしたのである。それは究極のところでは法と権力とを同一のものとする。すなわち、ただ権力があるところのみ、法はある。」そして、第五分は次のように述べられる。「あらゆる法の制定よりも強い法原則、したがってそれに反する法律が妥当をうしなうような法原則が存在する。人はこの原則を自然法あるは理性性法と呼ぶ。」(Fünf Minuten Rechtsphilosophie, in: Rhein-Necker-Zeitung (Heidelberg) vom 12. September 1945, GRGA 3, 78f.)

次に一九四六年一月一二日同紙に掲載された「法の革新」(ハイデルベルク大学法学部再開にあたって学部長として行った挨拶)は次のようにいう。「我々は、法律そのものが不正義を、それどころか犯罪を認可することに奉仕せざるをえなかった時代を振り返る。ドイツの法律家を支配していた見解、すなわち秩序に適合して成立したいかなる法律にも法の性格と妥当性を認める実証主義は、そのような不正で犯罪的な法律に対して無防備であった。我々は、あらゆる法律を超える人権、正義に反する法律に妥当性を拒否する自然法を、あらためて深々心にとどめなければならぬ。」(Erneuerung des Rechts: Rede des Dekans anlässlich der Wiedereröffnung der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg (Auszug), in: Rhein-Necker-Zeitung (Heidelberg) vom 12. Januar 1946, GRGA 3, 80)

「法律的不法」及び「超法律的法」という言葉は、一九四六年第一号の「南ドイツ法曹雑誌」に掲載された「法律的不法と超法律的法」による。そこでは次のように述べられている。「法律は法律だ」という原則についていかなる例外も知らない「実証主義的法思考」が長年にわたって法律家を支配してきたが、この法思考にとっては「法律的不法は、超法律的法と同様に、一つの自己矛盾であった」のであり(GRGA 3, 83)、「実証主義は、実際、『法律は法律だ』というその信念によって、ドイツの法曹階級を恣意的で犯罪的な法律に対して無防備にした。」(Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, in: Stödtdeutsche Juristenzeitung 1, 1946, GRGA 3, 88.)

(2) GRadbruch, Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, GRGA 3, 89. その上で、ラートブルフは正義と法的安定性という二つの法理念の優先関係について次のような基準を提示している。すなわち、①通常は、正義に法的安定性が優先し、秩序適合的に制定され権力によって維持されている法律はその内容が不正で合目的性に反する場合でも効力を失わない。しかし、②法律の不正が耐えがたい程度に達して、法律が「不正な法」として正義に譲らなければならない場合がある。この後者の場合の境界線を確定することは不可能であるが、これに対して、③正義の核心をなす平等処遇の原理が法律制定に際して意図的に否認されているときは、その法律はそもそも法とはみなされないとすることができる。「ラートブルフ定式」というのはこの第二と第三の基準

を指し、第二のものは「受忍不能定式」(Unertlichkeitsformel)、第三のものは「拒否定式」(Verleugnungsformel)と評されている (Vgl. R.Dreier, Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes: in Strafrechtliche Festschrift fuer A.Kaufmann zum 70. Geburtstag (Hrsg.v.F.Hart et al.), 1993, 57f., R.Alexy, Mauerschützen: Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, 1993, 3f.)。

ラートブルフ自身は「拒否定式」によって、ナチスの法律を「不法」としたのであったが、戦後西ドイツの裁判では「受忍不能定式」が援用される例があり (Vgl. BGH 3 ZR 168/50)。⁷⁶ また最近の東西ドイツ統一後のいわゆる「壁の射手」事件裁判で連邦通常裁判所判決 (BGH 5 StR 370/92) による定式が援用され、議論の対象となっている。いくつかの法哲学的文献だけを挙げる。右 R.Alexy, R.Dreier のもの他に、次のようなものがある。R.Alexy, Der Beschluß des Bundesverfassungsgericht zu den Tötung an der innerdeutschen Grenz vom 24. Oktober 1996, 1997; ders., A Defence of Radbruch's Formula, in: Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order (D.Dyzenhaus, ed.), 1999; A.Kaufmann, Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht, in: NJW, 1995, 81-86; H.Dreier, Gustav Radbruch und die Mauerschützen, in: JZ, 1997, 421-434。日本語のものとしては、大橋智之輔「所謂「ラートブルフの定式Formel」をめぐって」(奥島・田中編『法学の根底にあるもの』一九九七)などを参照。本稿ではこの定式をめぐる議論には立ち入らない。

(76) これをめぐってラートブルフの間で論争がなされたことも周知のとおりである。H.L.A.Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, in: Harvard Law Review 71, 1968 (矢崎光圀他訳『法学・哲学論集』一九九〇年); Lon L.Fuller, Positivism and Fidelity to Law, in: op.cit.

(4) とくに西ドイツでは、戦後の継続裁判でも早い時期に、自然法への依拠は避及処罰禁止との衝突を理由として斥けられるようになった。Vgl. C.Laage, Die Auseinandersetzung um den Begriff des gesetzlichen Unrechts nach 1945, in: Kritische Justiz, Vierteljahresschrift Jahrgang 22 Heft 4, 1989。また、芝健介「何が裁かれ、何が裁かれなかったのか——ニルンベルク裁判とドイツ人によるナチ犯罪裁判の問題——」(『岩波講座 世界歴史 25 戦争と平和』一九九七年)、熊野直樹「東西ドイツ司法と『過去の克服』」(『法政研究』第七一卷第三号、二〇〇五年)参照。

(5) Vgl. M.Walther, Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im "Dritten Reich" wehrlos gemacht?, in: Recht und Justiz im "Dritten Reich", 1989; S.L.Paulson, Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the "positivist" Theses, in: Law and Philosophy 13, 1994; Th. Mertens, Nazism, Legal Positivism and Radbruch's Thesis on Statutory Injustice, in: Law and Critique 14, 2003; 青井秀夫「実証主義伝統の謎——戦後法哲学の現実と課題」(『刑事法学の現代的課題』二〇〇六年)など。

(6) 個別には戦後のナチス裁判に関する多数の論評の形で触れられているが、まとまった研究として初期のものとしては、B. Rütters, *Die Unbegrenzte Auslegung*, 1968, M. Stollis, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, 1974などがあり、一九八〇年代になって多数現れる。法哲学的観点からも関心をひくべきかを出版順にもひきき、Redaktion *Kritische Justiz* (Hrsg.), *Der Unrechts-Staat: Recht und Justiz im Nationalsozialismus*, 1979; U. Reifer (Hrsg.), *Das Recht des Unrechtsstaates*, 1981; H. Kottelthauer (Hrsg.), *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, 1983 (ナチス法理論研究会誌『法』法哲学とナチズム』一九八七年); Redaktion *Kritische Justiz* (Hrsg.), *Der Unrechts-Staat II*, 1984; U. Reifer/B. R. Sonnen (Hrsg.), *Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich*, 1984; B. Rütters, *Entartetes Recht*, 1988; R. Dreier/W. Sellert (Hrsg.), *Recht und Justiz im "Dritten Reich"*, 1989; F. J. Säcker (Hrsg.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, 1992など。

なお、上記のDer Unrechtsstaat, 1979, 72よれば、ナチス期における法と司法の役割に関する研究はやっと一九六〇年代後半から始まったが、必ずしも直ちに盛んになったわけではない。本書は、一九四一年のO. Kirchheimerの英語論文を独語訳したものを冒頭に掲げる他、一九六八年に刊行が始まったDie Kritische Justiz誌に掲載された論文を多数収めている。

(7) B. Rütters, *Rechtstheorie*, 3. Aufl., 295f (5. Aufl., 321). U. Reifer, *Justiz und Faschismus*, in: Reifer/Sonnen (Hrsg.), *Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich*, 1984, 17など。次のように述べている。「実証主義の責任とグンター・ゼ——残念ながらこのゼーは一九四五年以降のラーントールのいくつかの論評にも依拠しているのだが——と、ラーントールの司法介入 (Freiheitsentzug der Justiz) は、平時の事実についてあり、今日われらが主張する者の立場について、語るものこそ多量なり」。

(8) cf. S. L. Paulson, Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the "Positivist" Theses, in: *Law and Philosophie* 13, 1994, 329-333; R. Dreier/S. L. Paulson, *Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs*, in: G. Radbruch (Hrsg. v. Dreier/Paulson), *Rechtsphilosophie*, Studienausgabe (2. Aufl.), 2003, 251.

(9) ラートホルプの規範的提言が的外れだとう点については、たとえば青井前掲一三—一四頁参照。

(10) cf. S. L. Paulson, *ibid.*, 314.

(11) cf. S. L. Paulson, *ibid.*, 345-348.

(12) cf. H. L. A. Hart, *ibid.*, 616 (邦訳八〇—八一頁)。

(13) cf. Th. Mertens, *Nazism, Legal Positivism and Radbruch's Thesis on Statutory Injustice*, in: *Law and Critique* 14, 2003, 286.

(14) cf. S. L. Paulson, *ibid.*, 338-341.

2 法概念と実証主義批判

「テーゼ」における実証主義批判の真意を理解するためには、まず法の概念と理念についてのラートブルフの法哲学的見解に遡って検討してみなければならぬ。ラートブルフの法哲学的立場については、戦前の実証主義から戦後の自然法論へと転向したとする見方がある。この見方によれば、ラートブルフはナチスの犯罪的不法の原因を実証主義と見出し、戦後ににわかに実証主義を批判することになったのだということになる。そして、ナチスの実態が実証主義とは何の関係もなかったとすれば、「テーゼ」はまったく的外れであったということになる。しかし、彼の法哲学的立場は戦前から基本的に一貫していたという見方もある。これによれば、「テーゼ」の真意は別様に理解されるはずである。少なくとも、「実証主義」の意味はテーゼ見直し論が想定するものとは異なる様相をもつことになるだろう。

(1) 転向か一貫か

転向説をとる論者は少なくはない。たとえば、一九五八年にハートはラートブルフについて次のように述べていた。「ラートブルフは、ナチスの専制までは『実証主義的』原理を支持していたが、ナチスの専制を経験して転向した人であるから、彼が法と道徳との分離という原理を捨てるように他の人に訴える様子には、自説を変更するという特殊な痛切さがある¹⁾」。また、ロットロイトナーは、ラートブルフについて「一九三二年の公然たる実証主義者 (der *erklärte* Positivist)」は戦後は「実証主義の批判者」となって、「一九三三年の無防備の責任をまさに実証主義にとらせた」と評している²⁾。ラートブルフの基本的な法哲学的見解を引き継いでいると思われるアレクシーも、「ラートブルフはナチス期以前は実証主義者であった。一九四五年以降、彼はその見解を変更し、法実証主義は『法律家と国民を、かくも恣

意的で、残酷で、犯罪的な法律に対して無防備にした」という見解を主張した」と述べている。⁽³⁾

他方で、戦前から戦後までラートブルフの基本的な立場は変わっていないという見方もある。一九三三年にラートブルフが解職された後にハイデルベルク大学の法哲学及び刑法の教授となったエンギツシュは、後にラートブルフを追悼する論集に収めた短い論稿の中で、ラートブルフの戦後の議論について次のように述べている。「ラートブルフがここで憎むべき過去に対する武器として一つの理論を鍛造しているのだと考えるならば、それはラートブルフを誤解するものである。この見解の本質的な要素、たとえば正義への努力によって満たされた法律だけが法であるという思想は、かなり以前のラートブルフにすでに見出される」⁽⁴⁾。また、ラートブルフ晩年の弟子であったカウフマンは、その『法哲学の根本問題』において、「生涯を通して堅持し、それに何の変化もなかったラートブルフの法概念は、この両者『自然法論と法実証主義』のいずれの帰結でもなく、その対立の彼方にある『第三の道』を指し示すものであったと述べている」⁽⁵⁾。さらに、ラートブルフ『法哲学』の学生版を編集したドライヤーとポールソンは、その解説で「ラートブルフの立場は、一九三三年以前にも、『法と道徳との』分離テーゼの意味で実証主義的であったわけではない」として、転向説を否定している。⁽⁶⁾

これら二つの見解のうち、一貫説のほうがラートブルフの立場を適切に捉えていると本稿は考える。ラートブルフは戦前においても端的な自然法論者であったわけではないが、同時に端的な実証主義者であったのでもなく、永遠不変の自然法という見解に対しては消極的であったと同時に、一元論的な実証主義に対しては明かに批判的であった。⁽⁷⁾したがって実証主義に関する戦後のラートブルフの言説もナチス体験によってにわかに出現したものではなく、戦前からの一貫した法哲学的見解に基づいたものであった。つまり、戦後の実証主義批判は理論的必然性をもっていただけと考えられるのである。とはいえ、転向か一貫かをめぐる上記の議論にはなお検討すべき論点がいくつかある。

まず、転向説を支持するもつとも強力な論拠とみられるのは、裁判官にとつての第一の課題についての戦前と戦後の

言説の相違である。戦前はそれを何よりも（正義に反してでも）法的安定性だとし、戦後は何よりも（死を賭してでも）正義に向けられるべきだとするのだからである。⁸⁾これ以上に明白な言説の転向はないといってよいだろう。ロットロイトナーが「一九三二年の公然たる実証主義者」というのも、裁判官の職務に関する三二年の『法哲学』の言明を想定しているものと思われる。

しかし、裁判官職務論とも呼ぶこの議論の変更はラートブルフの法概念論における転向を意味するとはかぎらない。裁判官職務論はいうまでもなく司法の局面に着目するものであるが、法概念論はより広く立法の局面をも視野に入れることになるはずである。ラートブルフの法概念論を問題にするかぎり、少なくともこの双方の局面を統合的に把握しなければならない。また、裁判官職務論におけるこの変容は司法に関するラートブルフの状況認識に基づいている可能性がある。第一次世界大戦以前には、ラートブルフは概念法学的制定法実証主義を批判する自由法運動の担い手の一人であったのに対して、ヴァイマル期にはたしかに法律の拘束を強調するようになっていたのであるが、これも司法に關する状況認識を示していると考えられるからである。この点については次節で検討する。

第二に、転向説はラートブルフの価値相対主義に依拠するかもしれない。アレクシーが示唆しているように、三二年の『法哲学』第一〇章では、法の妥当性の根拠となりうる法理念の三つの側面、すなわち正義、合目的性、そして法的安定性は相互に「等価」(gleichwertig)であり、それらが衝突するときにいずれを優先させるかについては各人の良心に委ねざるをえない（ただし、裁判官については法的安定性が優先する）としていたのに対して、四五年以降の論稿では最終的に正義が優位におかれるにいたるのだからである。⁹⁾ラートブルフは一九三四年にフランスの法学雑誌に「法哲学における相対主義」という論稿を公表しているが、そこでは相対主義からいくつかの絶対的要請を導いている。¹⁰⁾ここで大きな立場の転回があったとみることでもできそうである。

とはいえ、これも決定的な論拠といえるかどうかは検討の余地がある。エンギッシュが指摘するように、「正義への

努力に満たされた法律だけが法である」という基本思想は戦前からラートブルフに見出される。正義の法的安定性に対する究極的な優先性という戦後の議論はそこからの理論的帰結であって、戦後の言明はこの含意を明示的に表現するものにはかならないと考えられるからである。のみならず、ラートブルフの相対主義は、通常の価値相対主義や三四年論文にみられる規範的相対主義とも異なる、ひよつとしたらラートブルフ自身も明確には自覚していなかったかもしれない、ある意味をもちうると考えられるのである。それはまた法の概念と理念の関係に関するラートブルフの見解そのものに密接に関わっている。そこで項をあらためて検討する。

(2) 法の概念と理念

先のハートの見解とドライアー・ポールソンの見解は一見すると真向から対立している。ハートは、戦前のラートブルフは法と道徳との分離テーゼに立っていたとし、ドライアーらは、戦前にもラートブルフは分離テーゼの意味で実証主義者であったわけではないというのだからである。これは法概念論そのものに関わる見解の相違といえる。ハートによれば、法と道徳の分離テーゼか結合テーゼかというのが、実証主義と自然法論などの非実証主義とを区別する主要なメルクマールである。¹¹⁾この点では、ドライアーやアレクシーも同様の見解をとっている。¹²⁾この同じメルクマールに照らして、ハートはラートブルフ転向説を主張するわけである。

だが、この見解の相違も少しく立ち入って検討すると、見掛けほど対立的ではない可能性がある。まず、いわゆる「視点」の相違によるものである可能性がある。ドゥオーキンとの論争が示すように、ハートの立場は法の「内的側面」をなお「記述」する観察者の視点にたつものである。¹³⁾これに対して、ラートブルフのそれは法に対して「評価的態度」をとる関与者の視点にたつものといえるからである。¹⁴⁾

もちろん、両者の相違はたんに視点の相違に終るわけではない。この「関与者」の視点からみた法的実践の意義、つまり「正義への努力」という側面が、ラートブルフにとっては法概念の重要な要素なのでなければならぬのである。周知のように、ラートブルフは法を、科学や芸術と同様に、価値関係的事実又は「文化的事実」として捉えている。文化的事実としての科学や芸術の営為が、その作品において真又は美であろうとする失敗又は成功した営為であるときにはじめて、科学や芸術でありうるように、法も正義価値を追求する失敗又は成功した営為であるかぎりにおいてのみ、法でありうるのである。¹⁵ それゆえ、「正義への努力」は文化的事実としての法にとって「構成的原理」(das konstitutive Prinzip) といえるだろう。そして、価値そのものとしての正義はこの営為にとつての「統制的原理」(das regulative Prinzip) とつての「理念」(Idee) なのである。¹⁶

次に、上記の見解の相違は「道徳」の意味の相違に基づいているとみることもできる。これはハートの立場を「関与者」の視点にたつものと想定したときにも生じる相違である。ハートが法とは分離される道徳というとき、道徳は何らかの具体的―実質的な価値原理を指していると思われる。たとえば、自然法の最小限の内容もそれであり、またパトリック・デブリンが主張するような多数派の社会道徳もそれである。¹⁷ ハートはこれらが歴史的―社会的には法の内容となりうることを否定しない。彼が否定するのは、これらを内容としていなければ、それは法とはいえないとする主張(自然法論的主張)なのである。¹⁸

これに対して、ドライアーらがいう道徳はさしあたり形式的―実質的な価値原理を指している。すなわち、ラートブルフが文化的事実としての法を理解するために不可欠とする法の理念としての価値原理、とくに正義である。なるほど、ラートブルフにおいてはこの正義もさしあたり平等処遇原則としての形式的なものにとどまる。¹⁹ それでも、法の概念はこの価値理念を抜きに理解することはできないというのがラートブルフの法概念論であったとすれば、このかぎりでラートブルフの法概念はこの正義と必然的に結びついているのである。

自然法論との関連についていえば、カウフマンも指摘するように、ラートブルフは戦前から永遠不変の特定の内容を示す自然法論を退けており、この点でもラートブルフの見解は戦後も変わってはいない。²⁰⁾そして、特定の内容に関しては見解の相違がありうるがゆえに、安定した法秩序の成立のためには実定化が必要だとしているのである。しかしまた、法を実定法に限定する見解も、少なくともそれが一元論的な見解にとどまるかぎり退けられる。ラートブルフはシュタムラーの「正法」の思想を真剣に受け取っている。もつとも、シュタムラーの「正法」も個人的人間に定位する「古い形態の自然法」に逆戻りしているとみられる。²¹⁾「正法」は「内容の変転する自然法」として捉えられなければならないのである。

最後に、先に触れた法の価値理念に関する相対主義の問題がある。法の理念としてまず挙げられる平等原則としての正義は形式的なそれにとどまる。法に具体的内容を与えるものとして目的価値の実現（合目的性）という価値理念が現れるわけだが、目的価値については理論的に決着をつけえない見解の相違がありうる。そこで、安定した法秩序の存立のためには実定化が必要となり、かくて法的安定性が第三番目の価値理念として現れる。ラートブルフはこの三つの価値理念も相対主義的に等価だとしたのであった。²²⁾しかし、ラートブルフの相対主義は独特の意味をもっていると思われる。

ラートブルフは合目的性の内容をなす目的価値を究極的に三つ（個人価値、集団価値、作品価値）に限定する²³⁾。この限定が適切かどうかは別として、それは一種のカテゴリー論に基づいていると解することができる。同じことが、正義、合目的性、法的安定性という法の三つの価値理念についてもいえる。つまり、これらの価値理念は法の概念にとつて不可欠のカテゴリー要素をなすのである。したがって、これら三つの目的価値が等価であり、三つの価値理念が等価であるということは、いずれも他を排して絶対性を主張することはできないし、またいずれも絶対的に否定されえないということの意味する。たとえば、個人価値を絶対化して、集団価値や作品価値をまったく否定することは、集団価値

を絶対化して、他の価値を排することと同様に、この意味での相対主義に反する²⁴⁾。そして、同様に、正義価値を絶対化して、合目的性や法的安定性を否定することは、法的安定性を絶対化して、その他の価値理念を排することと同様に、この意味での相対主義に反することになる。したがって、たとえば正義と法的安定性が究極のところでは衝突するとしても、どちらかを完全に否定する選択は相対主義に反するのである。

以上からして、ラートブルフの法概念論にとつて、合目的性や法的安定性ととも、正義は法の概念における不可欠の価値理念であるといえるだろう。この意味で、形式的―実質的な価値理念にとどまるけれども、ラートブルフにとつて正義という道徳的価値理念は法と概念必然的に結びついているのである。そうすると、ラートブルフの法概念論を法―道徳分離テーゼという意味での実証主義と呼ぶことはやはり適切ではないといわなければならないだろう。

(3) 一九一九年の実証主義批判

戦後の実証主義批判はラートブルフの一貫した法概念論からの帰結だという見方は、さらに別の資料によって強化される。ラートブルフは第一次世界大戦直後の一九一九年にも実証主義批判を行っている。たとえば、ロットロイトナーは一九一九年のラートブルフの講演「若き法律家に」から次のような一節を引用している²⁵⁾。「法学的実証主義 (der juristische Positivismus)」、それにとつて法は国家の恣意以外の何ものでもなく、法感覚 (Rechtssinn) は服従以外の何ものでもない。このような権力への偶像崇拜は、現実主義政治の時代、権力国家の時代の法学上の部分現象を意味していた²⁶⁾」。

同様の実証主義批判は同じく一九一九年のキール大学での講義草稿にも見出される。「法学的実証主義は現実政治、権力政治の時代の法学的現象形態である。法学的実証主義にとつては、法は本質的に法律に等しく、国家意思に等し

い。法と権力との区別、法と恣意との区別は廃棄されている。法は国家権力と不可分に結び付いており、国家の恣意は法律の形式をとって法となる。法学、それは権力に対する偶像崇拜である²⁷⁾。

もう一つ、同じく一九一九年の講演「社会的国民国家における法」から、少し長くなるが、引用しておこう。「正義に関わる仕事であろうとせず、ただ国家意思の探求だけのこととする法学は、その若者たちの心を獲得することはできず、ましてや国民の心を捉えることはできない。しかし、国家の恣意的制定を超える法を知り、実定法の物神崇拜に陥ることなく、法の法に関するあらゆる問、(jede Frage nach dem Rechte des Rechts) を自然法的思考様式の許容されない活動として学問の領域から排除しないような法曹は、これまでどこにいただろうか。法を国家の恣意と同一とみなす実証主義は、現実政治的な、権力国家的な時代の一貫した法学的現象形態でもあった。それは、法思想から普通の人々の良心 (Laingewissen) にとつてのあらゆる荘厳さ、あらゆる印象深さを奪った。それは、ドイツの法意識と、『人権』という形態においてあらゆる実定法の超国家的な評価基準や自然法との生き生きとした関連を堅持している諸国の法意識との間に、深い亀裂を生み出した。それはとりわけ、自然法の最初の子どもである超国家的な法秩序が今日まで自然法の大きな部分として存続していることを、そして国際法が当然の評価を受けるにいたったことを認めようとしなかった。たしかにドイツは他の国よりも頻繁に国際法に違背してきたというわけではない。しかし、ドイツが、その生存関心によって命じられたと主張する国際法違反を、最善の良心のあの自明性をもって、率直に、世界の他の部分に対する影響をいっさい予想することなくなったのだとすれば、それについて、ドイツ法学の実証主義、国家の命令ではない法原則に対する理解の欠如は強度に共同責任を負っている。実証主義の支配の下で、ドイツの法曹身分は、全ドイツ国民の法良心に対するその責任を十分に自覚するにはいたっていないのである²⁸⁾。

これらはいずれも一九一九年、ドイツが第一次世界大戦に敗れ、第二帝政が崩壊し、スパルタクス団の蜂起が失敗し、ヴァイマル共和国が立ち上がった最初の年に、語られたものである。ラートブルフは第一次世界大戦でハイデルベ

ルグから西部戦線に従軍し、いわゆる塹壕戦を経験し、彼の自伝によれば、その塹壕の中である深い確信（民主主義及び社会主義についての、また宗教的な）をえて、ベルリンに復員してきた。²⁹そして、社会民主党員として憲法の起草に関与し、キールでカップ一揆の危機を切りぬけ、社会民主党出身のライヒ議會議員ともなり、さらに後には二度にわたって司法大臣を務めることになる。要するに、新しいドイツ共和国を創出するために、法学者としてまた実務家として「法の革新」に携わろうとしていた時期である。したがって、とくに若い法律家や学生に向けた最初の二つの講演はややアジェンション的な音調を否定できない。しかし、三番目に挙げた講演は「法の革新」に向けたラートブルフの全体的構想を力強く述べたもので、第二次世界大戦後の「法の革新」と題する二つの論文と内容的にも基本的にはほとんど異なる。³⁰上に引用した一節は、第一次世界大戦におけるドイツの国際法違反を批判的に指摘するもので、コンテキストは異なるが、第二次世界大戦後の諸論文の一節として引用されたとしても違和感のない文章ではないかと思われる。

ところで、ロットロイトナーは、ラートブルフからの先の引用箇所について、そこでの「実証主義」が一九四五年以後の諸論文のそれとは異なるとみている。すなわち、権力政治に親和的な態度としての実証主義と、自らの「道徳的及び政治的立場に反してでも正しく成立した法律を適用せねばならない」と説く法理論としての実証主義である。³¹たしかに、以上に引用した箇所における「実証主義」は、法と国家権力、法と国家の恣意とを同一とみなす見解だと言える。しかし、この意味での実証主義に対する批判が一九四五年以後の諸論文になかったとはいえない。第三節でさらに検討するが、たとえば「五分間の法哲学」の冒頭では、実証主義は「究極のところ法と権力を同一のものとする」といわれている。また、「法律的不法」論文でも、「法律の妥当はそれが自己を貫徹する権力をもっていることよって直ちに証明されると実証主義は考える」とされている。³²他方、一九一九年の批判では、実証主義は「自然法的思考様式」と対比され、「法の法」、「人権」、「超国家的な評価基準」、「国家の命令ではない法原則」等に対する「理解の欠如」による

ものとされているが、これらの法や基準や原則が一九四五年以後の「法律を超える法」と別物だとは考えられない。一九一九年の法学的実証主義批判と一九四五年以後の実証主義批判をまったく異なるものとすることはできないのである。

以上より言えるのは、一九四五年以後のテーゼにおける実証主義批判はナチスの経験の後ににわかに現れたものではないということである。その批判は、法と正義との概念的結合を認めず、法の妥当根拠を権力に求め、法を究極のところて恣意的となりうる権力と同一視することになるという点に向けられている。このような「法の権力理論」ともいうべき実証主義に対する批判と、ドイツにおける「法の革新」というテーマは、ラートブルフにおいて戦前から戦後まで変わらずに継続している。そして、それは対象を欠いた空虚なテーマであったわけではない。なぜなら、法の権力理論としての実証主義はヴァイマル期以前から戦後にいたるまでなお支配的であったとみなされるからである。この点についてリューターズは次のように述べている。⁽¹²⁾「制定法実証主義にとって法の妥当根拠は権力である。この法の権力理論(diese Machttheorie des Rechts)は長い間ドイツ国法学を支配してきたし、何世代にもわたってドイツの法律家たちを精神的に形作ってきた。それは国法の通常状態においては今日でもなお作用している」。そうだとすれば、少なくともこの意味では、ラートブルフ・テーゼの実証主義批判は理論的及び歴史的な真理性の主張を伴っているといえるのである。

- (1) H.L.A.Hart, Positivism and the separation of law and morals, in *Harvard Law Review*, Vol. 71, 1958, 616 (邦訳八〇—八二頁).
- (2) H.Rothleutner, Substantieller Dezonismus zur Funktion der Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus, in: ders (Hrsg.), *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, 34f (邦訳五四頁).
- (3) R.Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, S. 80. ちなみに、アレクシーがその根拠として挙げているのは一九三二年

- ④ 『英哲辞』の「法の概念」と関わる第一〇章による。
- (4) K.Engisch, Gustav Radbruch als Rechtsphilosoph, in: A.Kaufmann (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 1968, 67.
- (5) A.Kaufmann, Grundprobleme der Rechtsphilosophie, 1994, 34 (上田健二訳『英哲辞』第三版 二〇〇六年 五三頁)。
- (6) R.Dreier/S.L.Paulson, Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs, in: G.Radbruch (Hrsg. v. Dreier/Paulson), Rechtsphilosophie, Studienaufgabe, 2.Aufl., 243.
- (7) G.Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, GRGA 2, 33-40; Rechtsphilosophie, GRGA 2, 246-250.
- (8) G.Radbruch, Rechtsphilosophie, GRGA 2, 315f.; Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, GRGA 3, 92.
- (9) G.Radbruch, Rechtsphilosophie, GRGA 2, 315; Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, GRGA 3, 89.
- (10) G.Radbruch, Der Relativismus in der Rechtsphilosophie, GRGA 3, 17-22.
- (11) H.L.A.Hart, op.cit., do., The Concept of Law, 1961, 181-182 (矢崎光國訳『法の概念』一九六六年 一一〇三頁)。
- (12) R.Dreier, Der Begriff des Rechts, in NJW 1986, Heft 14, 890-896; R.Alexy, Zur Kritik des Rechtspositivismus, in ARSP Beiheft 37, 1990, 9-26. なお、ムラーマーハンマンの議論については、拙稿「法と道徳との関連——R.ムラーマーとR.マンシーの所説を中心に——」(『法政研究』第五九巻第三四合併号、一九九三年)参照。
- (13) H.L.A.Hart, Postscript, in do., The Concept of Law, 2nd ed., 1993, 239-244.
- (14) ラートブルフに於いて、実践哲学の一分野としての法哲学は、たんに法の認識ではなく、法についての価値判断に関わるものである。Vgl. Grundzüge der Rechtsphilosophie, GRGA 2, 35; Rechtsphilosophie, GRGA 2, 226. なお、ムラーは、戦後のナチス裁判に対しても「ラートブルフが、ノートとは異なり、『生きた関与者』(living participant) であり、たつとを強調している。L.L.Fuller, Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart, in: Harvard Law Review, Vol. 71, 1958, 655.
- (15) G.Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, GRGA 2, 54.
- (16) Vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie, GRGA 2, 227. マンシーラートブルフは「法理念、すなわち法現実にとつての構成的原理 (das konstitutive Prinzip) であり、同時にその価値尺度であるところのものは、評価的態度に属する」と述べている。なお、周知のように、第四章「法」の概念」は、ゲーテのアフォリズム「理念を恐れる者はけっきょくはもはや概念をももつことがない」を、エピソードとして掲げている。これも、法理念が文化的現実としての法にとつての構成的原理として捉えられていることを示唆していることである。
- (17) Hart, The Concept of Law, 189-195 (邦訳二二二頁); do., Law, Liberty, and Morality, 1963.

- (18) この点はケルゼンも同様である。ケルゼンも法が道徳的価値と結びついていることを否定するわけではなく、法と道徳の関係
を「法の内容に関する問題ではなく、法の形式に関する問題である」とする。H.Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2.Aufl., 1961, 67.
もちろん、ハートは、ケルゼンと異なり、法と道徳の衝突の可能性を認めている。H.L.A.Hart, *Kelsen Visited*, in: *UCLA Law
Review*, Vol. 10, 1963, 722-728 (矢崎他訳『法学・哲学論集』三四〇-三四七頁)。この衝突の可能性は明らかに関与者の視点に立
つことによつてのみ理解可能であるだけでなく、法の最小限の道徳性を示唆するものであるといえる。この点は、デブリンの議論
を批判する際に、実定道徳を法的に強制することが道徳的に正当化できるかどうかの問題だとしているところにも現れている。
cf.H.L.A.Hart, *Law, Liberty, and Morality*, 1963, 22-24. しかし、ハートはこの議論の含意を必ずしも明確に把握していないよ
うに思われる。
- (19) G.Radbruch, *Rechtsphilosophie*, GRGA 2, 258.
- (20) G.Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, GRGA 2, 38; ders., *Neue Probleme in der Rechtswissenschaft*, in: (Hrsg.
v. B.Schmidt) *Eine Feuerbach-Gedenkrede sowie drei Aufsätze aus dem wissenschaftlichen Nachlaß*, 1952, 33, auch in GRGA
4, 234.
- (21) G.Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, GRGA 2, 39f.
- (22) G.Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, GRGA 2, 168f., *Rechtsphilosophie*, GRGA 2, 315.
- (23) G.Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, GRGA 2, 101, *Rechtsphilosophie*, GRGA 2, 279.
- (24) たとえば、近代自然法論に基づく自由権の尊重が、一九世紀後半以降の社会的権利の要求を無視するとすれば、それはラート
ブルフにとって個人価値の強調のもつての共同体価値の軽視を意味するだろう。この点は、一九三四年の「法哲学における相対主
義」で、不可知論的相対主義から帰結する絶対的要請の一つとして「社会主義」が挙げられているところにも窺える。G.Rad-
bruch, *Der Relativismus in der Rechtsphilosophie*, 1934, GRGA 3, 21. また、ナチスの標語「汝は何ものでもない、汝の民族だ
けがすべてだ」が、集団価値のために個人価値をまったく無視することを意味することはいうまでもない。ちなみに、近代自然法
論に由来する人権の平等な保障は、平等原則である正義と目的価値である個人的人格価値との結合から導かれるだろう。
- (25) H.Rottleuther, op.cit., 22 (邦訳三六).
- (26) G.Radbruch, *Ihr jungen Juristen*, GRGA 13, 36.
- (27) G.Radbruch (Hrsg. von H. Adachi/N.Teike), *Rechtsphilosophische Tagesfrage: Vorlesungsmanskript*, Kiel, Sommer-
semester 1919, 2004, 33.
- (28) G.Radbruch, *Das Recht im sozialen Volksstaat*, in: *Der Geist der neuen Volksgemeinschaft* (Hrsg. v. der Zentrale für

- Heimatdienst), 1919, GRGA 13, 63-64.
- (29) G.Radbruch, Der innere Weg, GRGA 16, 243.
- (30) Vgl. G.Radbruch, Die Erneuerung des Rechts, 1947, in: Die Wandlung, 2, GRGA 3, 107-114.
- (31) H.Rottleuthner, op.cit., 22f (邦訳三六-三七).
- (32) G.Radbruch, Fünf Minuten Rechtsphilosophie, GRGA 3, 78; Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, GRGA 3, 88.
- (33) B.Ruthers, Rechtstheorie, 3.Aufl., 2007, 297.

3 法学的実証主義と状況認識

先に触れたように、ラートブルフの立場についての転向説はまったく根拠がないわけではない。戦前には、裁判官は自己の正義感情に反する場合でも法的安定性に奉仕することがその職務上の義務だとされたのに対して、戦後は裁判官は死を賭してでも正義に仕えるべきだというのである。この戦前の見解は、法の権力理論とは区別されるかぎりでの、法学的実証主義又は制定法実証主義をラートブルフが積極的に捉えていたことを示唆している。しかも、最後に触れるように、この意味での実証主義は戦後においても否定されてはいない。それは法概念論における実証主義批判と矛盾するわけではないのである。同様に、戦前の議論における法的安定性の強調も正義を内的理念とする法の概念についての見解と相容れないわけではない。しかも、戦前における実証主義的立場の強調はラートブルフの状況認識と深く結び付いているのである。

(1) 自由法運動についてのヴァイマル期の評価

まず、自由法運動についてのラートブルフの見解はヴァイマル期には限定的なものになっている。いわゆる自由法運動は、カントロヴィッツ、シュテルンベルク、そしてラートブルフら五人の若い法律家の研究会から始まった。⁽¹⁾そして、一九〇六年に、カントロヴィッツはグナエウス・フラウウィウスという仮名で「法学のための闘争」を、ラートブルフは「法の創造としての法学」を公表した。⁽²⁾これらはいずれも、「国家によつて承認された」ものだけを法とし、しかもそれを完結したものと捉える見解（カントロヴィッツはそれを「一九世紀の実証主義」と呼んでいる）に対して、法律の欠缺の不可避性と裁判拒否の禁止との対立を指摘して、それが「自由法」や「創造的な法学」によつてのみ乗り越えられうることを主張するものであった。また、いずれもこの新しい法学の傾向を示している法学者たちの名前を列挙しているが、カントロヴィッツとラートブルフの論文はこれらの法学者たちの新しい法学の傾向を「自由法運動」と命名して、いわばプロデュースするものであったといえる。この運動の主張は広汎な論議を呼び、一九一九年の『法学入門』第四版のラートブルフによれば、この運動は「比較的最近まではなお耳なれないものとして憤激をもつて迎えられたのだが、今日ではすでに古くから認められていたものとして軽視をもつて片付けられ、あらゆる認識につきものの、パラドクスから陳腐への道程を数年のうちに踏破してしまい、またこの運動にとつては思いがけずも多くの年齢的にも地位的にも指導的な人々の支持を得たため、今ではすでに論敵もなく、この若気の軽騎兵の進軍はその盛りをあまりに早く過ぎてしまい、法学上の常識となつてしまったことを嘆かざるをえないほどである」。⁽⁴⁾

しかし、ラートブルフもカントロヴィッツも、彼らの主張が誤解されかねないということに無関心ではなかった。とくに、カントロヴィッツの綱領的文書は、裁判官が法律を「度外視してよいし、またそうすべきである」ケースとして、法律が裁判官に疑いの余地のない判決を命じているとは考えられない場合と「裁判官の自由で良心的な確信によれ

ば、判決当時の国家権力が法律が要請している通りの判決を下しそうにない場合」を挙げ、これらの場合には、「裁判官は、現在の国家権力がその個別的事案を思い浮かべたとしたら下したであろうと考えられる判決を、自分の確信にしたがって下すべきであり、「もしそのような確信をもちえないならば、自由法にしたがって判決すべきである」としていた。⁵⁾要するに、慎重な言い回しであるとはいえ、裁判官が、自己の確信にしたがって、「現在の国家権力」が下すであろうと考えられる判決を下しうることを説いていたのであった。しかし、この主張は「法律に反する」(contra legem) 判決をも認めるものと受け止められた。これに対して、カントロヴィッツは、後にヴェーバーらが開催した一九一一年の第一回社会学会で、自分の主張が法律に反する判決を下すことを認めるものではないことを強調しなければならなかったのである。⁶⁾ラートブルフは、すでに一九〇七年の学界回顧記事の中で、彼らの主張が、概念法学的制定法実証主義の様相の下で裁判官たちが実際に行っていること、すなわち自由な法発見によって欠缺の補充を行っていることを明らかにしただけであり、「法律に反する司法」を認めるものではないことを強調している。⁷⁾

ラートブルフはさらに、一九一九年の『法学入門』第四版では、上記のように法学的常識となってしまった自由法運動について次のように述べている。⁸⁾「我々は同時に、自由法運動はただ法律家の使命のこれまで疎かにされていた側面——自由法運動自身もこれをもっとも本質的な側面と説くことはできない——を強調しようとするにすぎないということについても、沈黙するわけにはいかない。正義を行使することが法律家の使命であるのは、ただ法が法律家に明示的あるいは黙示的に正義を参照することを指示しているかぎりにおいてである。したがって、法律家が正義を信奉してよいのは、もっぱら法が法律家にそのことを授權しているからであり、逆に法が正義に逆らっている場合でも、法に服従することは義務である」。ちなみに、第二次世界大戦後、ラートブルフはナチスが自由法運動の精神を濫用したことを指摘している。「ナチスは自由法運動の思想を篡奪し、もはやたんに欠缺ある法律の補充のために、法律の内部で (intra legem) そして法律と並んで (praeter legem) 用いるだけでなく、人はそのゆえに自由法運動を不当に非難し

ていたのだが、法律に反して (contra legem) も用いたのである⁽⁹⁾。しかし、ここで重要なのは、戦前にすでに、ラートブルフは「法律に反する」判決を退けていたということである。

要するに、ラートブルフは第一次世界大戦以前に自ら自由法運動の一員として概念法学的制定法実証主義を批判したのだが、ヴァイマル期には自由法運動の意義を限定的なものとして位置づけようとしているのである⁽¹⁰⁾。その背景にはヴァイマル期の司法に対する危機意識があった。ラートブルフは、フーゴ・ジンツハイマーらと、共和主義裁判官同盟の機関誌でもある「Die Justiz」を一九二五年から三三年まで刊行しているが、それは「ドイツ裁判制度の改革のための雑誌」であるとともに、「官憲国家 (Obrigkeitsstaat) から解放されて独立性を獲得した裁判官たちの「政治的司法」(たとえば共産主義者に対する差別的司法やエーベルト大統領に対する訴追事件など) に対する危機意識に基づくものであった⁽¹¹⁾。なお、ヴァイマル期の司法危機に関する戦後の論稿のなかで、ラートブルフは次のように回顧している。「独立の正しい司法のための先駆者たちが「ナチスの時代を」耐え忍ばなければならなかったのに対して、自らの独立性に支えられて、ドイツ共和国にたびたび強固な抵抗をもって相対した司法は、新たな権力保持者にほとんど無抵抗で (wehrtlos) 屈伏したのである⁽¹²⁾。ここに現れている「無抵抗で (wehrtlos)」という言葉の含意については最後に触れる。

(2) 司法審査権についての論評

第二に、ヴァイマル期のライヒ裁判所による司法審査権の主張に対して、ラートブルフは危機感をこめて警告している。上記のように、ラートブルフは帝政期から「法律に反する」司法を退けてきたし、それはヴァイマル期になっても同様である。むしろ、初期から戦後まで一貫してそれを退けている。それは、司法が政治的な諸力によって左右され、

司法の独立を危うくすることを意味するからである。司法の独立は「文献学的」解釈方法に固執することによって保持されるのではないが、他方で政治的諸力によって左右されないことを必要とするのである。このことはヴァイマル期になるととくに問題となった。裁判官たちは帝政期においては皇帝の大権のもと行政権に服していたが、ヴァイマル期にはこれから解放されることになった。しかし、なお「法の権力理論」的な姿勢が解消されているわけではないとすれば、司法は今度は政治的党派性に左右される危険があった。一九二九年の『法学入門』では、このことが明示的に述べられている。一九一〇年の『法学入門』初版では、司法の独立に対する危険は君主権と行政権からくるものとされていたが、二九年の第七／八版では、それは「上から」くるだけでなく、「下からも」、すなわち「党派」からもくると述べられている¹³⁾。この懸念はライヒ裁判所の「司法審査権」(Richterliches Prüfungsrecht) をめぐる議論に現れている。

ライヒ裁判所は帝政期にはもちろん司法審査権を認められていなかったが、この点はヴァイマル憲法においても同様であった。しかし、二三年のすさまじいインフレに対処するために租税緊急令や再評価法が制定され、それをめぐって具体的な訴訟が提起されるようになった二四年頃から、ライヒ裁判所は法令に対する実質的な司法審査権を主張するようになった。実際に違憲判決が下されることはほとんどなかったが、これをめぐってさまざまな議論が展開されたことはいうまでもない。とくに「憲法の番人」をめぐる三二年のカール・シュミットとハンス・ケルゼンの論争は有名である¹⁴⁾。シュミットは、法令の憲法適合性をめぐる高度に政治的な問題の取扱いはそもそも司法裁判所には適さないとして、ライヒ裁判所の司法審査権を否定するとともに、憲法に対する脅威はかつての立憲君主制の時代とは異なっており、制のもとでは議会の党派から生じるとして、これに対抗すべき憲法の番人をライヒ大統領に求めたのに対して、ケルゼンは、憲法の番人を行政権の長である大統領に付与するのはむしろ立憲君主制の思想に類する、司法的決定も政治的決定と同様に決定の契機をもつ点では異ならず、その違いは質的なものではなく量的なものにすぎない等とシュミットを批判して、ケルゼン自身がオーストリア憲法の起草において行ったように、憲法で司法審査権を規定することは可能で

あるとしたのであった。

この問題についてラートブルフは一九二五年にすでにライヒ裁判所の主張に対して強い警告を発している。¹⁵ 司法審査権は、正式に公布された法律が後に無効と宣言されうることを予期しなければならぬことによつて、人々の予測可能性と法的安定性を危うくすることになるだけでなく、柔軟なものと考えられている基本権や基本的義務を司法的に硬直した解釈によつて固定化し、これらの点での（立法による）法の継続的發展を危うくするというわけである。これらの問題点は二九年の『法学入門』でも触れられている。¹⁶ そこではさらに、ライヒ裁判所が再評価法を合憲としたことに触れて、「これにより、裁判官は立法者となつてはならないこと、現行法を廃棄したり現行法に反して新しい法を創出したりしてはならないこと、むしろ現行法を適用することのみを使命とすべきことが、あらためて確認された」のだとしている。¹⁷

二五年の論文の特徴は、さらに司法政策的な問題点を指摘していることである。すなわち、新生のヴァイマル国家はなお安定しておらず、「権威を求めて奮闘している」状態であり、このような状態において「司法的適用にあつらえむきとはいえない我々の基本権の曖昧な限界部分」に関する問題について司法権が審査することは、立法権の反作用をまねくことになり、こうして国家権力の分立ではなく「分裂」に、「国家の諸権力の仮借のない闘争、相互の頑固な独善的主張」に導くことになりかねないというわけである。¹⁸ とはいえ、ラートブルフは司法審査権一般を否定しているわけではない。「審査権が可能なのは、裁判所が揺るぎない権威をもつて存立しているところ、裁判所の声が法秩序そのものの最後の言葉として尊重されるところにおいてのみである」として、司法審査権の可能性を示唆している。¹⁹ しかし、「司法への信頼が揺らいでいるところ、広汎な国民が裁判所の言葉から政治的な倍音を聞き取ろうとしているところ、そういうところでは、裁判所が国民代表の多数意思に對置する判決はとても評価されず、政治的な行為に對する政治的な反対行為として、投票で敗れた少数派の意思が法の形式をまもつていてだけのものとして評価される」こと

になる。「たしかに議会は全幅の信頼を得てはいないが、司法も全面的な信頼を得ているわけではなく、議会と司法との闘争において民意がどちらの側にたつかはきわめて疑わしい」のだとする²⁰。結局、ラートブルフは、憲法改正によってライヒ裁判所の司法審査権を排除するとともに、法律の合憲性に関する審査権限を国事裁判所に付与するよう呼びかけている。

ここにはヴァイマル期の司法についてラートブルフがどのように見ていたかが現れている。むしろ、ラートブルフが当時の司法は全体として現実には政治的立場によって左右されているとみていたとはかぎらない。彼はライヒ裁判所長官(ラートブルフが司法大臣として第一次世界大戦の司法的戦後処理を行ったときに協働したことがある)が「司法を激しい政治闘争から救出する」という点で見解をともにしていることを知っていたが²¹、司法審査権の主張はその基本思想と調和しないと訴えたのである。とはいえ、司法が政治的立場によって左右されているという見方は当時実際に存在したと考えられる。たとえば、ラートブルフの友人でもあったヘルマン・ヘラーは次のように述べている。「裁判官の圧倒的多数は支配階層出身であり、このような裁判官たちが平等条項に関わる法律の合憲性を審査する以上、ブルジョア層は人民立法府が自由主義的法治国家の社会的法治国家への移行という危険に対処する有効な防波堤をさしあたり手にしえたわけである」²²。ここには、たしかに司法が法の権力理論ではないとしても、政治的意思への「親和性」を有するという見方が現れている。ラートブルフも、司法審査権が法的安定性及び法の継続発展を危殆化させている実例として、「審査権をもつアメリカの経験、とりわけ労働保護立法の合憲性に対するアメリカ司法の闘争」を挙げている²³。こうした危険に対して、ラートブルフは裁判官の法律への拘束と法的安定性の要請を強調しているわけである。

(3) 裁判官の職務にとっての正義と法的安定性

すでに触れたように、ラートブルフは、第一次世界大戦以前から、裁判官にとっては法的安定性が第一の課題であると説いている。このことは裁判官の法律への拘束、法律への忠実 (Gesetzestreue) を強調することでもある。

一九一七年の『法哲学綱要』では次のようにいう。「その職業上の行為において、事実上法律の妥当意思を無条件に反映せざるをえない、一つの職業身分がある。裁判官身分である。……裁判官という職業に適性をもつのは、裁判官は正義ではなく法的安定性の奉仕者でのみあるということを断念的意識をもって実行し、この控え目な課題に対する。パトスを生き生きと保持し、争訟にひとつの解決が与えられるということそのもののほうが、争訟に正しい解決が与えられるということよりも重要でありうるという確信、法秩序の現存在がその正義よりも重要であるという確信、正義は法の第二の大きな課題であるが、第一の課題は法的安定性、秩序、平和であるという確信を、生き生きと保持しつづけることのできる者、そのような者だけであろう。正しい人はたんに合法的な (rechlich) 人よりも立派であるが、合法的な裁判官は、まさにそのことによって (そしてそのことによってのみ)、すでにまた正しい裁判官でもある」²⁴。

そして、この点は一九三二年の『法哲学』でも変わらない。よく引用される有名な箇所は次のようにいう。「裁判官は、法律の正義を顧慮することなく法律に奉仕することによって、それだからといって、恣意のたんに偶然的な目的に奉仕するわけではない。法律がそれを求めるがゆえに、裁判官が正義の奉仕者であることをやめるとしても、彼はなおつねに法的安定性の奉仕者でありつづける。我々は、自分の確信に反して説教する司祭を軽蔑するが、しかし法律に忠実であることにおいて自分のあらがう法感情によって惑わされることのない裁判官を尊敬する。なぜなら、ドグマは信仰の表現としてのみその価値をもつが、法律はたんに正義の沈澱としてのみならず、同時に法的安定性の防護壁として価値をもつからであり、そして何よりもそのようなものとして裁判官に委ねられているからである。正しい人はたんに

合法的な人、たんに法律に忠実な人よりも立派であるが、我々が一般に語るのは、『正しい裁判官』ではなく、『合法的な』裁判官であり、それは合法的な裁判官は、そのことによってすでに、そしてまたそのことのみによってすでに、正しい裁判官でもあるからなのである⁽²⁵⁾。

ロットロイトナーが「一九三二年の公然たる実証主義者」というのは、上のように述べるラートブルフのことに他ならない。しかし、上に引用したところから直ちに窺えるように、ラートブルフは、たんに裁判官に法律への忠実、法的安定性への奉仕だけをその課題として説いているのではない。第一に、ラートブルフによれば、法的安定性に奉仕する裁判官はそれだけですでに「正しい」裁判官でもある。法的安定性はたんに法律が貫徹されるという経験的な事態ではなく、それ自体ひとつの法の理念であり、それゆえに法的安定性は法学的妥当を根拠づける。「法は、それが実効的に実現されうるがゆえに妥当するのではなく、それが実効的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妥当する」のである⁽²⁶⁾。しかしそれだけではなく、「恣意のたんに偶然的な目的」の追求を防止するという意味で、それ自体ひとつの正義の要請でもあるわけである。このことは、法的安定性はたんに形式的な理念ではなく、人々に予測可能性とそれに基づく行為の自由を保証するという意味で実質的な理念でもあるということの意味するだろう⁽²⁷⁾。そして、これは戦後のラートブルフ定式における法的安定性の捉え方と一致する⁽²⁸⁾。

より重要なのは法の理念として区別された正義と法的安定性の関係である。裁判官は法律の正義を顧慮することなく法律に忠実でなければならぬということは、正義は裁判官の（少なくとも第一の）課題ではないということである。換言すれば、裁判官は自己の主観的な正義感情のゆえに法律に反して判決してはならないということである。しかし、それはさしあたり裁判官にとっての法について語られることであって、全体としての法について語られることではない。法学的妥当論は「最後の言葉」ではない。したがって、「法律がそれを求めるがゆえに、裁判官が正義の奉仕者であることをやめ」なければならぬということは、一見するとそう読めるように、法律が端的に正義に反する場合でも

それに従わなければならないということ直ちに意味するわけではなく、むしろ法律がすでにある程度の正義を体現しているということを前提する。「法律はたんに正義の沈澱としてだけでなく、同時に法的安定性の防護壁として価値をもつ」⁽²⁹⁾のであって、法的安定性の要請が意味をもつのは法律が「正義の沈澱」であることを前提するからであるといえるだろう。

一九二五／二九年の『法学入門』で、ラートブルフはこのことを次のように述べている。「正義はたしかに法の目的であるが、この目的はそれが法に生命を与えるやいなや「その使命を終えて」死ぬのであり、そして法は、それがたとえどんなにその創造者に似ていないものとなっても、なお生きつづけるのである。この目的は法の生成の根拠 (Wirkungsgrund) ではあつても、その存在の根拠 (Seinsgrund) ではない」⁽³⁰⁾。これは自由法運動について述べた先の箇所では、これらに比べて、これによれば正義は法（法律）の存在根拠ではなく、成立根拠であつて、したがつて第一には裁判官の課題ではなく、立法の課題なのである。したがつて、繰り返しれば、裁判官が正義ではなく法的安定性の奉仕者でありうるのは、立法において正義が法律に生命を与え、そこに沈澱していることを前提とするのである。ここからの帰結をもつと端的に言えば、正義への努力をいっさい含まないもの、したがつて法でないものについて、法的安定性を語ることは形容矛盾に他ならないのである。

以上からすれば、一九三二年のラートブルフを「公然たる実証主義者」と呼ぶことはやはりできないというべきであろう。まず、裁判官に法律への忠実を説くとしても、それは正義の一種である法的安定性という法理念に奉仕するためであつて、法と権力との同一視を許容してはならない。また、法的安定性への奉仕が有意義に可能であるためには、立法において正義への努力が少なくとも追求されていると認められることを前提とするのであつて、司法局面だけでなく立法局面も含めた全体としての法はなお正義を構成的原理とすることが否定されているわけではないのである。裁判官の第一の課題が法的安定性への奉仕であつて、正義への奉仕ではないというのは、一つには正義はさしあたり立

法の課題であることを意味し、第二に裁判官は、立法が正義への努力を少なくとも含んでいるかぎり、自己の主観的な正義感情をそれに優先させてはならないということの意味するのである。ラートブルフにとって、ドイツの司法は、帝政期には官憲性のゆえに、そしてヴァイマル期には政治的党派性のゆえに、この前提条件を軽視し、法を権力と同一視する傾向があったといえるだろう。そして、ラートブルフのみるところ、ナチス体制はこの前提条件をまったく無視することになった。そのことを次節で確認することしよう。

- (1) G.Radbruch, *Der innere Weg*, GRGA 16, 224, (89)
- (2) H.Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906 (Hrsg.v.Th.Würtenberger, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, 1962, 13-39); G.Radbruch, *Rechtswissenschaft als Rechtschöpfung*, 1906, GRGA 1, 409-422. 田村五郎訳『概念法学への挑戦』(一九五八年)に翻訳がある。
- (3) H.Kantorowicz, *ibid.*, 16 (邦訳八六八七頁); G.Radbruch, GRGA 1, 421-422 (邦訳七四七五頁).
- (4) G.Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 4.Aufl., 1919, 106, auch in 7/8 Aufl., 1929, GRGA 1, 327.
- (5) H.Kantorowicz, *ibid.*, 34 (邦訳一一二一一三三頁).
- (6) H.Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, in *op.cit.*, 124f.
- (7) G.Radbruch, *Literaturbericht Rechtsphilosophie*, in: ZStW 27 (1907), GRGA 1, 480-484.
- (8) G.Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 4.Aufl., 1919, 193f., auch in 7/8 Aufl., 1929, GRGA 1, 399.
- (9) G.Radbruch, *Vorlesung der Rechtsphilosophie*, 1948, GRGA 3, 197.
- (10) 第二帝政期とヴァイマル期における自由法運動の機能の変化については、平野敏彦「ドイツ自由法運動の生成と展開」『法学論叢』一〇七巻五号五一―五二頁参照。また、第二帝政期以来の自由法運動の担い手たちの多くがヴァイマル期には裁判官の法律への拘束を否定する「自由法イデオロギー」に批判的に対抗したことについては、広渡清吾『法律からの自由と逃避』(一九八六年)一四三―一六七参照。なお、「概念法学的制定法実証主義」という用語も広渡の「概念法学的法律実証主義」という用語を参考にしたものである。
- (11) Vgl. G.Radbruch, *Justizkrise im Weimarer Staat*, GRGA 14, 163-167. "Die Justiz"の司法批判については、vgl. Th.

- Raschorn, Justizkritik in der Weimarer Republik: Das Beispiel der Zeitschrift "Die Justiz", 1985, 161-167.
- (12) G.Radbruch, *ibid.*, 166.
- (13) G.Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 7/8 Aufl., 1929, GRGA 1, 321f. なお' のペンネームは一九二五年の第五一六版にのみ使った。
- (14) C.Schmitt, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. 1, 1929 (ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, 63-109); H.Kelsen, Wer soll der Hüter der Verfassung, in: Die Justiz, 6 Bd., 1931 (Die Wiener rechtstheoretische Schule, Bd. 2, 1968, 1873-1923).
- (15) G.Radbruch, Richterliches Prüfungsrecht?, in: Die Justiz, 1 Bd., 1925, GRGA 13, 123-127. この論文は"Die Justiz"の責任者を掲載されたものではない。
- (16) G.Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 7/8.Aufl., 1929, GRGA 1, 322f.
- (17) *ibid.*, 323.
- (18) G.Radbruch, Richterliches Prüfungsrecht?, GRGA 13, 125f.
- (19) *ibid.*, 126.
- (20) *ibid.*, 127.
- (21) *ibid.*
- (22) H.Heller, Rechtsstaat oder Diktatur?, 1929, in: (Hrsg. v. Ch. Müller) Gesammelte Schriften, 2.Aufl., 2er Bd., 1992, 450 (今井・大野・山崎編訳『国家学の危機』一九九一年' 一二八頁)。
- (23) G.Radbruch, *ibid.*, 125.
- (24) G.Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, GRGA 2, 173f.
- (25) G.Radbruch, Rechtsphilosophie, GRGA 2, 315f.
- (26) *ibid.*, 314.
- (27) Vgl. G.Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 5./6.Aufl., 206f., 7./8. Aufl., 401.
- (28) Vgl. G.Radbruch, Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, GRGA 3, 89.
- (29) G.Radbruch, Rechtsphilosophie, GRGA 2, 316.
- (30) G.Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 4 Aufl., 1919, 194, auch in 7/8.Aufl., 1929, GRGA 1, 399.

4 「不法国家」としてのナチス体制

前節までで次の点を確認した。すなわち、まず、ラートブルフは第一次大戦直後にも「法学的実証主義」の責任を問うていたのであり、彼の実証主義責任論は第二次大戦後ににわかに現れたものではないこと、しかもいずれの場合でも法を結局のところ恣意的な権力に帰着させることになるという点（「法の権力理論」）にその問題点が見られていたことである。次に、ラートブルフは、帝政期の司法が「官憲的」であったとすれば、ヴァイマル期の司法が「党派的」傾向を有することに強い危惧の念を抱いていたこと、この傾向に対して「法律への忠実」や「法的安定性」を強調したと考えられることである。ラートブルフの観点からみれば、このような状況の延長線上にナチス体制は成立したといえる。そうすると、ラートブルフのナチス体制についての診断も少なくともこれらの状況認識を考慮して検討する必要があるだろう。結論的にいえば、ナチス体制についてのラートブルフの診断はそれを全体として「不法国家」と捉えるもの、したがって立法だけでなく司法や行政に該当する権力作用もその根本において「不法」と特徴づけられうるものである、しかもその診断の内容はナチス政権奪取の時点ですでに予想されていたのである。

(1) 「不法国家」としてのナチス体制

まず確認しなければならないのは、第二節で触れておいたように、ラートブルフはナチス期の法理論や法実務を「法律への忠実」や「法的安定性」を理念とするかぎりでの実証主義によって支配されていたとみていたわけではないということである。周知のように、「ラートブルフ・テーゼ」と呼ばれるものはナチス体制についてのラートブルフの診断の一面を取り出したものにすぎない。一九四五年の「五分間の法哲学」でも、また一九四六年の「法の革新」でも、

「テーゼ」に該当する命題だけでなく、それと並行して、ラートブルフはナチス体制が法律さえ侵犯する不法国家であったことを指摘している。

「五分間の法哲学」の「第二分」は次のようにいう。ナチスの見解によれば法は「民族に裨益するところのもの」であり、「恣意、契約違反、法律違反も、それがただ民族に裨益するかぎりでは、法である。それは実践的には次のことを意味する。すなわち、国家権力の保持者に共同の利益と思われるものは、専制者のいかなる思いつきや気まぐれも、法律と判決によらない処罰も、病人に対する法律によらない殺人も、法であるということである。それは、支配者の自己利益が共同の利益とみなされるということを意味している。こうして、法といわゆる民族の利益との同一視は、法治国家を不法国家に転換したのである」⁽¹⁾。また、「法の革新」は「法の革新、ドイツ法律家の再教育、全ドイツ国民の法教育」という課題にとつて原則とすべき基準を挙げているが、その第一のものとして次のように述べている。「我々はまったき不法と恣意の一二年間を振り返る。自らにとつて有益と思われるあらゆることが許されているとみなし、法律がもつとも神聖なる目的、すなわち人間生命の保護という目的に奉仕するものである場合でも、妥当する法律をためらうことなく侵犯する、そうした国家権力が支配した時代を振り返る。我々は無法律 (Gesetzlosigkeit) と恣意から再び法律の支配へ、不法国家から法治国家へと立ち戻らなければならない」⁽²⁾。

したがって、ラートブルフのナチス体制診断は二つの側面をもつ。すなわち、一方では、「テーゼ」に要約されるように、ナチス体制においては「不正で犯罪的な法律」が支配したという側面である。そして、こうした犯罪的な法律に対して「法律は法律だ」とする実証主義は法律家と国民を「無防備」にしたのであった。しかし、他方では、権力者の「気まぐれや思いつき」、「恣意」が支配し、したがって「妥当する法律」の侵犯、「法律によらない判決と処罰」、「無法律」が支配したというのである。一見すると、これら二つの診断は相互に対立するかのように見える。一方では「不正で犯罪的な法律」が支配したとし、他方では妥当する法律が蹂躪された「無法律」の状態であったというの

だからである。もちろん、この外見的矛盾は「法律」が二義的に語られていることに基づいている。すなわち、正義への企てという性格をもつ、したがって「法」である法律と、その性格をもたない「不法」の法律である。⁽³⁾

より重要なのは、ラートブルフはこれら二つの側面が同じ源泉、すなわち正義の追求をいっさい顧慮しない支配者の恣意的な権力に由来するものとみているということである。ラートブルフ自身は「不法国家」という語を「無法律」の側面についてのみ用いているが、ナチスの法律そのものもラートブルフによれば「不法」なのであるから、「不法国家」という語はナチス体制全体に対するラートブルフの診断を表現するものと捉えてよいだろう。「犯罪的な法律」を制定する「立法」においても、以前からの「妥当する法律」を侵犯する「司法」においても、ナチス体制の基本的な特徴はその「不法」性にあつたということ、この意味において「不法国家」であつたというのが、ラートブルフのナチス体制診断の眼目だといえることができる。そうすると、「犯罪的な法律」の支配に関する側面だけを表示する「テーゼ」は一面的であり、ミスリーディングだといわなければならないだろう。「テーゼ」の強調はラートブルフの実証主義批判についても誤解に導きかねないのである。

(2) ナチス体制の二重性

ナチス体制を全体として「不法国家」とみる見解に対してはたしかに異論がありうる。まず、すでに触れたリュートアースの指摘のように、ナチス体制は体系的な立法を行ったわけではなかったという点が挙げられるかもしれない。ナチスは「犯罪的な法律」を体系的に制定し、それによって支配したわけではなく、むしろ法律による支配一般を実証主義的として蔑視したというわけである。しかし、後者の点はナチス体制を「不法」体制とみることを支持するものであつて、その反対ではないであらう。

ナチスが体系的立法を行ったわけではないとしても、他方できわめて問題のある重要な立法が政権掌握後数年のうちになされてきたことも否定できない。財産法の分野では、一九三三年五月に「共産主義的財産の没収に関する法律」、同七月には同法の規制を社会民主党及びその支援組織などの財産及び権利へも拡張する「民族と国家に敵対的な財産の没収に関する法律」が制定されている。これは後のユダヤ人財産没収命令の根拠ともされるものである。公法分野では、一九三三年初頭の戒厳令と全権委任法はいうまでもなく、一九三四年一月にラント議会の廃止、ラント政府のライヒ政府への統合によって全体国家化を図るとともに、ライヒ政府に新しい憲法の制定を授權する規定を含む「新しいライヒの構築に関する法律」（いわゆる「国家改造法」）が制定された。ナチス一党独裁のもとでは、この憲法制定権規定がナチス党にその二〇年綱領を貫徹するための全権を付与したに等しいことはいうまでもない。いわゆるニルンベルク法が制定されたのは翌一九三五年九月のことである。その一つである「ドイツの血と榮譽を保護するための法律」は、ユダヤ人とドイツ人の婚姻を禁止し、それにも関わらずなされた婚姻を無効とし、ユダヤ人がドイツ人女性を家政婦として雇用することを禁じ、これらの禁止規定に違反した場合には懲役や禁錮をもって処罰するものであった。さらに、刑法分野では、一九三四年一二月に、国家とナチス党の指導者を悪意をもって公然と批判する言説の開陳及び流布を懲役刑によって処罰する「国家と党への悪意ある攻撃に対する及び党制服等の保護に関する法律」が制定されている。そして、一九三五年九月には、刑法が改正され、第二条において「刑法典の基本精神及び健全な民族感情に従って処罰に値する行為」という一般条項が犯罪構成要件として掲げられるとともに、直接に適用可能な特定の刑法規定がない場合には類推解釈によって処罰するものとされている。⁵⁾

戦時期になると、「不法」はもはや法律の形式をすらとることなく、たとえば秘密命令の形式で遂行されるようになる。それと比較すれば、戦時期以前のこれらの立法のうち、とくに犯罪的と呼びうるようなものは、リューターズがいうように、ニルンベルク法くらいのもので、その他の法律はそれ自体ではただちに「不法」とみなしうるものでは

ないかもしれない。⁶とはいえ、こうした法律こそがたとえ戦時期の濫用の対象とされたこと、したがって粗雑な「司法」的根拠づけに援用されたことも事実である。その意味では、三四年の「国家改造法」や三五年の「改正」刑法第二條などは体系的な立法を不要にするようなものであったといえるだろう。

第二に、ナチス体制も当初から端的に「不法国家」であったわけではないという点が指摘されるかもしれない。ラートブルフが端的な「不法国家」の事例と考えていたのは基本的に戦時期のそれである。ラートブルフが戦後の論文で重要なものとして取り上げているのは一連の密告事件や司法殺人や医療殺人などだからである。そうすると、ナチス体制を当初から端的に「不法国家」であったとする見方は、戦時期以前のナチスの法理論や法実務における固有の問題を看過することになるかもしれない。そして、戦時期の端的な「不法」の原因がそこにあった可能性をも見逃してしまうことになるかもしれないわけである。

法実務に関していえば、たとえば、ナチス期民事裁判についてのリユータースの詳細な研究によれば、裁判所は当初は、司法省幹部フライスラーらの提示するナチスの世界観や新しい政策目標などによる解釈方針に対して躊躇を示していたという。⁷しかし、下級裁判所から次第にその方針を受容するようになり、やがて上級裁判所、さらにライヒ裁判所もこれを受け入れるようになる。⁸それによれば、下級審の例としては、経済的には余裕のある女性を解雇して、失業中の男性を雇用するという企業の決定を、雇用機会の男女平等を規定する企業法に反するにも関わらず、新しい労働政策に依拠して認容した労働裁判所判決や、無期限解雇の要件を限定列挙している産業法の規定にも関わらず、反国家的又は反ナチスの言動をなした労働者を無期限解雇した雇用者の決定を、新労働秩序法における産業秩序への忠誠の規定によって認めた判決等がある。⁹また、ライヒ裁判所の判決例では、ニュルンベルク法制定以前にすでに、ナチスの人種政策に沿って、ユダヤ人とアリア人の婚姻の錯誤による取消を認めたものが挙げられている。¹⁰この判決は、錯誤による取消事由を、配偶者がユダヤ人であるという事実の錯誤だけでなく、ユダヤ人であることについての意味の錯誤にまで

拡張して、ナチスの政権掌握とその人種政策により配偶者がユダヤ人であることの意味が変容したことをもって取消事由に当たるとし、しかも取消期限の開始が司法その他の国家権力の懈怠によって停止するという規定を拡張解釈して、ナチスが政権につくまではそのような懈怠状態にあったとすることに基づいている。リュータースによれば、法律化されていないナチスの政策目的が妥当する法律からの乖離を方向づけているとともに、そのために解釈技法が濫用されている例である。⁽¹¹⁾のみならず、さらに一九三八年頃からは人種差別的でない法律（たとえば借家人保護法など）も反ユダヤ的方向で適用されるようになる。⁽¹²⁾

これによれば、端的に「不法国家」とまではいえない時期の法実務においてすでに、妥当する法律をナチスの「自然法」によって覆すという反実証主義的傾向があり、それが戦時期の端的な「不法」実務を容易ならしめたということになるかもしれない。ラートブルフが想定しているような端的な「不法」に対して「無防備」にしたのは実証主義ではなく、かえってナチス初期のこのような反実証主義的な傾向であったということになるかもしれない。とはいえ、すでに見たように、ラートブルフはヴァイマル期司法に法律への忠実を軽視する政治的党派性の傾向があることを警告していた。ナチス初期の司法が司法幹部の提示する解釈方針に従って法律の拘束を軽視したのだとしても、そのことはラートブルフの診断の基本的趣旨に影響するわけではないといえよう。また、ナチス政権初期から反ナチスの裁判官の排除やナチスの解釈方針の提示などの司法介入が行われており、司法と裁判官の独立の保証——法解釈の是非を論じうるためにはこのことが前提されなければならないだろう——はほとんどなくなっていたといえる。⁽¹³⁾とくに戦時期の司法的「不法」はヒトラーの強い司法介入による面があったことは、その「不法」がナチス体制の中核から生じていることを示している。⁽¹⁴⁾その「不法」性は司法内部の解釈方法の問題にはとどまらないのである。

(3) 「不法国家」としてのナチス体制の予測

ナチス体制を端的な「不法国家」とみなすかどうかという以上の議論に類似した議論は、周知のように、戦時中からあった。E・フレンケルとF・ノイマンの議論である。¹⁵⁾ どちらも一九四〇年代初めまでのナチス体制について分析しているのだが、フレンケルがそれを「二重国家」と規定したのに対して、ノイマンは「ビヒモス」すなわち「無国家」と捉えた。

フレンケルによれば、ナチス体制は、治安や公安などの政治的警察行政においては「個々の措置命令」によって統治する「大権国家」(the Prerogative State)であるが、資本主義的経済関係に関わる財産法の分野ではなお「法による支配」を特徴とする「規範国家」(the Normative State)の側面をもっていた。¹⁶⁾ しかも、それらは(ナチス党と産業界の関係と同様に)相互依存の関係にあり、産業経済が大権国家に必要であるかぎりで、規範国家は大権国家の「必要な補充物」であり、そのかぎりで大権国家は規範国家を容認し、¹⁸⁾ 規範国家による制約を受け入れる。ナチス体制はそのような「二重国家」だという。これに対して、ノイマンはナチス体制の経済面における規範性は「技術的規則」のそれに¹⁹⁾ すぎず、その民事裁判所は「独占産業団体の命令を執行する機関」にすぎない。他方、刑事裁判所は「ゲシュタポ、検察官、刑執行者とともに、何よりもまず暴力の行使者」である。²⁰⁾ ナチス体制は、法の一般性、法の前の平等、その意味での法治国家原理、罪刑法定主義、遡及処罰の禁止、司法と裁判官の独立等を否定するものであり、そもそも「法」(Law)の名に値しないのである。²¹⁾ また、政治面では、党、軍、官僚、産業の勢力がそれぞれ立法、行政、司法の権力をもって独断的に運動する体制であって、憲法と呼べるような統一した統治機構をすらもっていない。²²⁾ 結局、ノイマンによれば、ナチス体制には法も国家も存在しないのである。

たしかにノイマンはフレンケルの「二重国家」という分析に賛同しない。²³⁾ しかし、それはノイマンがナチス体制にお

ける経済と財産法における合理性をたんに「技術的規則」のそれにすぎないとみることによる。フレンケルによつても、ナチス体制においては、政治的なものが「潜在的に、すべての公的及び私的生活を含んでおり」、「あらゆる法規制から独立した全権を有する領域」であり、それゆえその規範国家は「法の支配の行われている国家、すなわち法治国家」を意味するわけではない。⁽²⁴⁾ また、ユダヤ人に対する保護が否定されると、ナチス体制の恒久的戒厳令はすべての人々の権利を侵害するにいたるだろうことが予想されている。⁽²⁵⁾ 他方、ノイマンにおいても、端的な「不法」の傾向ははじめはなお流動的であつたし、当初は幾人かの裁判官が恣意的な権力の行使を牽制しようとしたことも認められている。⁽²⁶⁾ 二人の見解を対比的に検討しているルトハルトも、ナチス体制の初期についてはフレンケルの見解は同意できるとしている。⁽²⁷⁾ フレンケルとノイマンの相違は経済と財産法の合理性についての見解の相違によるものにもすぎないといえるのである。

以上の議論に照らせば、ラートブルフのナチス体制観は、それを全体として「法体系」の名に値しないものとする点で、ノイマンのそれに近いといえるだろう。⁽²⁸⁾ 他方、ナチス体制前半の民事裁判に着目して、そこにまつた多くの不法ではなく、ナチスの歪曲はあるにせよある程度の規範性の存在をみる点では、リュータースの分析はフレンケルのそれに類する。むしろ、フレンケルの分析は独占段階の資本主義経済が大権国家的政治と相互依存的に結合するという社会学論的なものであるのに対して、リュータースのそれは司法における解釈方法論に焦点を合わせるもので、その視角は大きく異なる。⁽²⁹⁾ したがつてまた、司法に関する分析の展開という点では、フレンケルのそれが不十分なものとどまらざるをえないことはいうまでもない。しかし、ナチス体制の性格に関する基本的な見方という点で、当時の観察が後代の研究の結果によつて大きく修正されなければならないというわけではないであろう。

ラートブルフのナチス体制観もフレンケルやノイマンが観察しえたと少なくとも同様の情報に基づいていたと考えられる。周知のように、フレンケルとノイマンはともにジンツハイマーの弟子で、社会民主党に属する法律家であり、し

たがってラートブルフとも知己の関係にあった。⁽³⁰⁾しかし、ユダヤ人であったためにともに一九三三年に（フレンケルはアメリカに、ノイマンはイギリスに）亡命せざるをえなかったのであって、ナチス体制についての彼らの分析は国外で得られた情報に基づいている。⁽³¹⁾亡命に近い状況にあったとはいえ、国内にいたラートブルフがもちえた情報が彼らのものに劣っていたとは考えにくい。ラートブルフのナチス体制についての事実認識が実態とは大きく乖離したものであったとはいえないであろう。⁽³²⁾

いずれにせよ、戦後の一連の論文で、ラートブルフはナチス体制をその「立法」においても「司法」においても「不法」の体制と捉えた。「法律的不法」論文は、ナチス期の「不法」の行為をナチス期の「法律」に基づいて弁明する（免責する）ことを斥けるために、「不法定式」に照らしてすべての「ナチス法」の法的性格を否定したのであった。⁽³³⁾その根拠として挙げられているのは、「真理への感覚及び法への感覚の完全な欠如」を示すヒトラーの人格と、ナチス幹部アルフレート・ローゼンベルクが一九三二年に『フェルキツシャー・ベオバハター』紙に書いた論評である。「人間は人間と同等ではなく、殺人は殺人と同等ではない。フランスでは、正當にも、平和主義者ジョレスの殺害は、国家主義者クレマンソーに対する殺人未遂とは別様に評価されている。祖国愛に基づいて犯罪をなした行為者が、民族に敵対的な動機に基づく他の行為者と同一の刑罰に処せられることはありえない」。⁽³⁴⁾ラートブルフはローゼンベルクのこの論評に「同等なものは同等に扱うという正義の本質規定的な要請」に対する端的な拒否をみる。この拒否はナチス体制の「はじめから言明されていた」のであって、ナチス体制ははじめからこの意味で「不法」体制であることを自ら明言していたというわけである。

ラートブルフのこのナチス体制観は戦後になってはじめて現れたわけではない。それは一九三三年にナチスが政権を掌握しようとしていたときにすでに先取りされていた。ラートブルフは一九三三年一月にナチスの刑法理論を批判する二つの論説を公表している。⁽³⁵⁾どちらも、ラートブルフ自身が司法大臣のときに進めていた刑法改革、すなわちフォイエ

ルバツハの啓蒙主義的—自由主義的な刑法理論を受け継ぎつつ、犯罪を「反社会的な、しかし社会によって条件づけられた」行為とみなし、犯罪者の個性に応じた刑罰と教育を組み合わせるリストの刑法理論に基づく社会的—自由主義的な (sozial-liberal) 改革が、刑罰の緩和と教育刑の実験的導入というその理念の半分だけしか実現されていなかったところで、ナチスによってこの改革が社会的—権威主義的な (sozial-authoritär) 方向に転轍されようとしていることを警告するものである。⁽³⁶⁾ リストが犯罪者の「改善可能性」と「再社会化」をけっして否定せず、また自由主義を堅持して「実質的犯罪」概念も犯罪者にとって不利な方向では適用することを断固として拒否していたのに対して、ナチスの刑法理論は犯罪者を基本的に「改善不能者」、「劣弱者」と捉え、その「無害化と威嚇」、すなわち死刑、終身隔離、優生的不妊化だけを関心の中心にしていること、さらに犯罪を「個々人の集合としての社会」に対する行為としてではなく、「人種的に捉えられた民族共同体」に敵対する行為として捉え、ナチスの「世界観的—政治的見解」に反対する行為を道徳的な侮辱に値する行為として捉えること等を指摘している。⁽³⁷⁾

そして、これらが結局、ローゼンベルクの上記の論評に現れた見解に帰着すると警告するのである。⁽³⁸⁾ 要するに、ラートブルフにとって、ナチスははじめから「人間の顔をした」すべての者にとっての平等原則としての正義を否定しようとしていたのであって、ナチスにおいては、言うところの「テロリストに選択的な刑法」とともに、「法一般 (Das Recht überhaupt)」が「ドイツ民族共同体の品種改良 (Hochzuchtung)」に利用されるにいたることが、⁽³⁹⁾ 確信をもつて予想されていたのである。

(1) GRadbruch, Fünf Minuten Rechtsphilosophie, 1945, GRGA 3, 78.

(2) GRadbruch, Erneuerung des Rechts, 1946, GRGA 3, 80. 「法律的不法と超法律的法」においても、ナチス体制が法的安定性を無視する不法国家であったことは触れられている。ナチス体制の「一二年間にわたる法的安定性の否認」を経験した今日、正義

の一部である法的安定性を尊重し、正義と法的安定性の双方を可能なかぎり満たしうる「法治国家」を再び構築しなければならぬというのである。Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, 1946, GRGA 3, 93.

(3) ちなみに、ナチス期の司法は、形式的に廃止されていない以前の法律は無視しながらも、ナチスの法律には忠実であったとす⁸⁹見方もあった。たとえば、A.Kaufmann, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, in: H.Rottleuthner (Hrsg.), Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, 1983, 15 (邦訳二五―二六頁)。これに対して、ナチスの法律に対しては実証主義的であったというものは事実誤認に基づくという批判もある⁹⁰。I.Maus, Juristische Methodik und Justizfunktion im Nationalsozialismus, in: *ibid.*, 178-180 (邦訳二六五―二六七頁)。とくに戦時期には、ナチスの法律に基きつつも、ヒトラーらの介入によって、

その文言から恣意的に離反する判決が少なくなかったことは、戦後の法曹裁判からも明かである。これについては後注(14)参照。

(4) B.Rüthers, Rechtslehre, 3.Aufl., 2007, 295f.

(5) Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Bearbeiter v. H.Freiesleben/C.Kirchner/E.Niethammer, Verlag Franz Bahlen, Berlin, 1936, 21.

(6) ナチスの法律をとくにナチスの特徴づけられるものとして区別することの問題性について、vgl. C.Laage, Die Auseinandersetzung um den Begriff des gesetzlichen Unrechts nach 1945, 409-432. ラーゲは、ナチス体制を端的に「不法国家」とみるのではなく、その中になお規範的又は法的と呼べる要素の残存した体制とみるとき、ナチスの過去の克服は個別的な、したがって部分的な課題となつてしまつていなくなる指摘する⁹¹。

(7) B.Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 1963, 148, 153-155.

(8) Vgl. B.Rüthers, *ibid.*, 155.

(9) B.Rüthers, *ibid.*, 149-152.

(10) B.Rüthers, *ibid.*, 155-162.

(11) Vgl. B.Rüthers, *ibid.*, 172.

(12) B.Rüthers, *ibid.*, 166f.

(13) この点については議論がいろいろある。たとえば、U.Reifner, Justiz und Faschismus, in: U.Reifner/B.-R.Sonnen (Hrsg.), Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich, 1984, 17f. は戦時期裁判所の判決に対する「司法介入」(Fremdsteuerung der Justiz)の影響をすら否定的にみている。裁判官たちは自身の「自由意思と確信」に基づいて同調していったのだというわけである。これに対して、M.Walther, Hat der juristische Positivismus die deutsche Juristen im "Dritten Reich" wehrlos gemacht?, 1989, 332f. は司法の独立がかりにもあったのは、ナインツ法曹連盟 (Deutsche Richterbund) が解散した一九三三年一月一日までであった

とする。すでに一九三三年四月七日の「官吏組織の再建に関する法律」(Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums)は、三条と四条において、アーリア人以外の官吏と「それまでの政治的活動に照らして民族国家を常に無条件に支持することについて保証を与えない官吏」は解職されうるものとし、また同日の「ラントとライヒの統合に関する第二法律」は、ライヒ大統領がライヒ宰相の提案に基づいて任命するライヒ総督に、それまでラント政府によって任免されていた官吏及び裁判官の任免権を与えつゝる(J.Hohfeld(Hrsg.), *Deutsche Reichsgeschichte in Dokumenten: Urkunden und Aktionstücke*, 4.Halband, 1934, 629ff., 635f.)。これらの法律がすでに司法に対するライヒ政府の介入であることはどうまでもならぬ。また、これらの法律による解職を免れた裁判官はもはやナチスに対して批判的ではなく同調的であったと考えられるが、それらの裁判官についてもナチス政権初期の司法省事務次官であったフライスラーらによる司法介入があったことは否定できないだろう。

(14) 戦時期のヒトラー自身による司法介入については、vgl. H.Kaufmann, *Die Deutsche Justiz und der Nationalsozialismus: Ein Überblick, Quellen und Darstellungen zur Zeitgeschichte*, Bd. 16/1, 1968, 147. ヒトラーは、一九四二年四月二十九日のライヒ議会演説で、「個々の判決を「誤り歪められた」ものとして激しく攻撃し、それらを無効と宣言するだけでなく、それらの判決を下した裁判官を法的保護停止処分としている。ヒトラーの司法介入については戦後裁判、たとえばライヒ司法長官であったシュレーゲルベルガーに対する裁判においても明らかにされている。ラートブルフはこの裁判について論評しており、そこでヒトラーが介入した事例のうちの二つに触れている。Des Reichsjutizministeriums Rumm und Ende: Zur Nürnberger Juristen-Prozess, in: SJZ 3 (1948), Sp. 57-64, GRGA 8, 258-268.

(15) E.Fraenkel, *The Dual State*, 1941 (reprinted 2006) (中道寿一訳『二重国家』一九九四年); F.Neumann, *Behemoth*, 1942 (reprinted 1963) (岡本・小野・加藤訳『ヒトリス』一九六三年).

(16) E.Fraenkel, 30 (邦訳三六頁).

(17) E.Fraenkel, 71 (邦訳八八頁).

(18) E.Fraenkel, 61-64 (邦訳七六-七九頁).

(19) F.Neumann, 440 (邦訳三七五頁).

(20) F.Neumann, 458 (邦訳三八九頁).

(21) F.Neumann, 458 (邦訳三八八-三八九頁).

(22) F.Neumann, 467-468 (邦訳四〇〇-四〇一頁).

(23) F.Neumann, 516, note 63 (邦訳三九一頁注39).

(24) E.Fraenkel, 68, 71 (邦訳八五、八八頁).

- (25) E.Frankel, 96 (邦訳一八一―一九頁).
- (26) F.Neumann, 452-453 (邦訳三八四―三八五頁).
- (27) W.Luthardt, *Unrechtsstaat oder Doppelstaat?*, in: H.Rottleuther (Hrsg.), *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, 209 (邦訳二〇四―二〇五頁).
- (28) 舟越耿一「ナチスの法と国家」『現代の法思想』一九八五年)一三九頁参照。
- (29) Vgl. M.Gesell, *Buchbesprechung: Bernt Ruthers, Die Unbegrenzte Auslegung*, in: *Der Unrechts-Staat*, 105-107.
- (30) G.Radbruch, *Justizkrise im Weimarer Staat*, GRGA 14, 166. この論考のなかで、ラートブルフは「フレンケルなどのナチスに迫られた法律家と対比して、ライヒ裁判所裁判官たちがナチスに対して「無抵抗に」屈伏していった点を批判的に指摘している。
- (31) 周知のように、彼らの右の著作はアメリカとイギリスで、しかも英語で出版された。彼らの著作がドイツ語に翻訳されて出版されるのは一九七〇年代に入ってからであり、西ドイツで研究されるようになるのも一九六〇年代後半になってからだといわれる。Vgl. *Der Unrechts-Staat*, 7. また、舟越前掲一三八頁参照。
- (32) U.Reiner, *ibid.*, 37f. は「一九四二年から四五年にかけての大量の死刑判決の事実を指摘して、ラートブルフが「軽率にかつ事実を吟味することなく」それらの判決を下した裁判官たちの免責の可能性を説いたことを批判的に論評している。当時のラートブルフがそこまでの精確な事実を知ることがなかったであろうことはいままでもない。しかし、ニュルンベルク裁判が開始される前、一九四五年九月の「五分間の法哲学」の時点ですでに、「法律と判決によらない処罰、病人に対する法律によらない殺人」に触れていることからすれば、ラートブルフが戦時期の司法や医療における殺害の事実についておおよそは知っていたであろうことも否定できない。なお、芝健介「何が裁かれ、何が裁かれなかったのか——ニュルンベルク裁判とドイツ人によるナチス犯罪裁判の問題——」(『岩波講座 世界歴史 25』一九九七年八七頁)によれば、占領アメリカ軍政府局の世論調査では、裁判開始の一九四五年一月の時点で、戦争犯罪についてニュルンベルク国際軍事裁判を通じてはじめて知ったという回答者は六七%であったという。
- (33) G.Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*, GRGA 3, 89.
- (34) G.Radbruch, *ibid.*
- (35) G.Radbruch, *Strafrechtsreform und Nationalsozialismus*, in: *Der Wiener Neuen Freien Press, Aufgaben Nr. 24548 vom 15. 1. und Nr. 24554 vom 22. 1. 1933*, GRGA 9, 331-335; *Autorität oder soziales Strafrecht?*, in: *Die Gesellschaft* 10 (1933), GRGA 8, 226-237.

- (36) G-Radbruch, Autorität order soziales Strafrecht?, GRGA 8, 232.
 (37) G-Radbruch, *ibid.*, 233f.
 (38) G-Radbruch, *ibid.*, 235; ders., Strafrechtsreform und Nationalsozialismus, GRGA 9, 335.
 (39) G-Radbruch, Strafrechtsreform und Nationalsozialismus, GRGA 9, 333.

5 おわりに

以上、いわゆる「ラートブルフ・テーゼ」の趣旨に関わるラートブルフの議論を、ヴァイマル期から戦後までを視野にいれて、検討してきた。冒頭に触れたように、このテーゼについては近年になって疑念が提起されている。最後に、この疑念に答える形で、本稿の検討をまとめておこう。

テーゼに対する疑念はまずテーゼがナチス期の法理論及び法実務の実態について誤認しているという点に向けられた。ナチスの法理論及び法実務は、法律への忠実を理念とする制定法実証主義又は法学的実証主義の意味では、けっして実証主義的ではなかったものであり、したがってナチス期の不法の原因を実証主義にみようとすることは、けっしてテーゼは誤りだというのであった。しかし、第四節でみたように、ラートブルフはナチス期には、「妥当する法律の侵犯」や「法律によらない判決と処罰」が支配し、「無法律」の状態にあったことを認識していたのであった。一九六〇年代以降の研究の成果に比すれば、その認識は必ずしも精確でも十分でもなかったであろうが、ナチス体制を「不法国家」と捉えるには十分であったといえるだろう。つまり、テーゼは制定法実証主義又は法学的実証主義の意味での実証主義が支配したという主張である必要はなかったといえる。

もつともこの点では、テーゼをナチス期に実証主義が支配したという主張を意味するものとともに、その実証主義は制定法実証主義又は法学的実証主義とは別の意味であった可能性を想定する見解もある。スタンリー・ポールソンはそれを「何でもあり」(“anything goes”)の「無制約な法実証主義」(open legal positivism)と呼び、ラートブルフのいう実証主義がこの意味でのそれであるとすれば、ナチスの実態により近いといえるとしている。¹⁾ ヴァイマル期からの有効な法律だけでなく、ナチスの立法による法律にすら反して、死刑判決を下した裁判官たちの所為、しかもその際、法律と司法を恣意的権力行使のためのたんなる手段又はたんなる装飾として用いたにすぎないと考えられるような裁判官たちの所為は、たしかに「無制約な」と呼ぶうるだろうし、ラートブルフの所見もそうした側面を含んでいる。しかし、ラートブルフがそれをも「実証主義」と呼んだと考えられるかどうかについては疑問の余地があるだろう。

テーゼに対する疑念は次にナチス期の不法に対してそれ以前からの実証主義的傾向が原因となったという主張をテーゼが含意しうる点に向けられるかもしれない。ヴァイマル期の司法は政治的に反共和國的傾向が強く、法律への忠実を理念とするかぎりでの制定法実証主義又は法学的実証主義の精神はむしろ弱かったとみられうるのである。逆に共和国を擁護した法律家や法学者たちはむしろ制定法実証主義的であった。ナチスが政権を掌握すると、こうした法律家や法学者は「実証主義者」として糾弾され、免職されるか又は自ら辞職していったのである。²⁾ この点では、ラートブルフ自身もヴァイマル期の司法の党派性を批判していたことはすでにみた通りである。その状況においてむしろラートブルフは法律への忠実を強調したのであった。

しかし、ラートブルフはそこにもう一つの実証主義をみていたと考えられる。第二節で触れた一九一九年の実証主義批判にみられる実証主義である。それは法を究極のところまで権力と同一視する姿勢であった。ラートブルフはこのような傾向を、一九一九年の批判が念頭においていたであろう第二帝政期の官憲国家的司法にのみならず、ヴァイマル期の

党派的司法にも看取していたといえる。しかも、この見方はひとりラートブルフの独自の見解なのではない。すでに触れたように、リュータースは法の妥当根拠を結局のところ権力に求める実証主義を「法の権力理論」と呼び、これが「長い間ドイツ国法学を支配してきたし、何世代にもわたってドイツの法律家たちを精神的に形作ってきた」と述べている。⁽³⁾ また、ヴァルターも「権力のあるところに同時に正当化をも推定する傾向を權威主義的性格の特性とみなし、この特性を実証主義的と呼ぶとするならば、ラートブルフ・テーゼは少なくともより理解しうるものとなる」としているのである。⁽⁴⁾

以上のようにみると、ラートブルフの実証主義論は少なくとも二重の構造をもつことがわかる。法律への忠実又は法的安定性を理念とするかぎりでの制定法実証主義又は法学的実証主義がいわば第二層にある。この意味での実証主義をラートブルフは必ずしも否定するわけではない。むしろ戦前も戦後もその意義を強調しているといえる。⁽⁵⁾ しかし、この意味での実証主義も、法律が法たるための正義理念を無視するかぎりで、いわば第一層の実証主義、すなわち法の妥当根拠を究極のところ権力に求める「法の権力理論」に帰着することになる。たしかに制定法実証主義又は法学的実証主義は法的安定性を理念とするかぎり、妥当根拠を直ちに権力に求めるわけではない。しかし、法的安定性は権力による立法を前提とする。したがって実証主義が立法における正義理念の意義を無視するかぎり、結局のところ妥当根拠を権力に求めることになるであろう。

リュータースが先の引用箇所が続けて言うように、その問題性が現れるのは「例外状態」(Ausnamelage) においてである。「犯罪者集団が国家権力の篡奪に成功すると、この集団の犯罪的法律が制定法実証主義によって法源性と拘束力を認められることになる」⁽⁶⁾。法の権力理論としての実証主義はそのような極端な場合にはまさに「無制約な実証主義」へと頹落するであろう。制定法実証主義又は法学的実証主義はそのかぎり、「法の権力理論」を經由して極端な例外状態にいたる危険をとまなっているのである。ラートブルフが実証主義はナチスの不法に対して法律家と国民を「無防

備」にしたというのはこの意味においてであり、しかもそれはきわめて精確な表現だったといえるだろう。これに近い見解は先に挙げたヴァルターの評言にも窺えるし、ドライヤーとポールの次の文章にも窺える。

「ラートブルフ・テーゼは、あらゆる根拠ある批判にも関わらず、机の下になげ捨てられるべきでない側面を含んでいる。それには、実証主義的法学家は実際その都度の権力保持者への盲目の奉仕者となる危険を冒すという意味が含まれている。また、ドイツの法律家たちが第三帝国の法に対して従順となったのは、明らかに不法な法律に対しても服従の義務があると考えた歪んだ制定法実証主義と、従来の法の一般条項を粗暴な人種理論の名のもとで解釈することへと導いた歪んだ『自然法思考』という二つの害悪の結合、これに基づいていたということも、明らかであろう。加えて、法実証主義はドイツでは官憲国家的思考への特殊な親和性をもっていた。そのゆえにこそ、『法律は法律だ』という標語はドイツではあのように不幸な帰結をもたらすことになったのである」⁽⁷⁾。

ただ、これらの見解も右のような「無防備」の意味をテーゼの本旨とみるものというより、むしろ好意的な読み込みという印象が強い。本稿はむしろこれらの見解が示唆するところこそテーゼの本旨であったと考えるものである。とくに一九一九年の実証主義批判と戦後の実証主義批判を照らしあわせると、ラートブルフがドイツにおける法の革新について一貫した構想をもっていたことが窺えるのである。

- (1) S.L.Paulson, Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the “Positivist” Theses, 328.
- (2) cf. S.L.Paulson, *op.cit.*, 345-346. ポールソンは、ケルゼンやトーマヤアンシュユッツを例として挙げ、ラートブルフをもそこに含めようとする。
- (3) B.Rüthers, *Rechtstheorie*, 3 Aufl., 2007, 297.
- (4) M.Walther, *ibid.*, 342.
- (5) もっとも、概念法学的制定法実証主義の傾向に対しては、なお自由法運動の主張が対置されるであろう。この点については、

vgl. G. Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, GRGA 3, 193-197. 第三節で触れたように、自由法運動に対する評価は次第に消極的になっていくが、概念法学的制定法実証主義に対する批判としてはその意義が否定されているわけではない。

(6) Brubakers, *ibid.* リュータースは、このような場合に裁判官や法共同体は犯罪的権力に従うべきかと問い、従うべきではないと自答しつつ、しかしこの問いの立て方は適切ではないとする。圧倒的な暴力の前には従わざるをえないだろうからである。こうした権力の問題を法学的手段で解決することはできないのであって、可能なのはそのような犯罪的集団が権力を篡奪する前に、政治的アリーナでそれを防ぐために闘うことだけなのである。*ibid.*, 298. とはいえ、制定法実証主義を維持してこの問題を政治の問題に還元するならば、それは法と法学を結局は政治と権力に従属させることになるだろう。

(7) R. Dreier/S.L. Paulson, *Einführung in die Rechtsphilosophie* Radbruchs, 251f. ここで触れている「歪んだ自然法思考」も、一九四五年の「五分間の法哲学」の「第二分」における「民族の利益」の排他的絶対化として、ラートブルフ自身によって批判されていたことはいままでもない。

本稿は日本学術振興会科学研究費補助金（課題番号二二五三〇〇一〇）の助成による研究成果の一部である。