九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

枉法と故意 : ラートブルフ・テーゼと裁判官の責任

酒匂, 一郎
九州大学大学院法学研究院 : 教授

https://doi.org/10.15017/25408

出版情報：法政研究. 79 (1/2), pp.1-45, 2012-10-16. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

論説

枉法と故意

――ラートブルフ・テーゼと裁判官の責任――

酒匂一郎

1　はじめに
2　司法殺人と裁判官
3　故意と違法性の意識
4　枉法と故意
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ナチス裁判に関連して公表した一連の論文の骨子は「ラートブルフ・テーゼ」と呼ばれている。それは、「法律は法律だ」とする法実証主義はナチスの「法律的不法」（gesetzliches Unrecht）に対してドイツの国民と法律家を「無防備」（wehrlos）にした、こうした実証主義の問題を克服するためには「超法律的法」（übergesetzliches Recht）、すなわち自然法や理性法と呼ばれてきたものを深く心にとどめなければならない、というものである。[1] ところが、ナチス期の法理論や法実務についての実証的研究が進み、[2] それが法実証主義とは正反対のものであったことが明らかにされると、[3]「ラートブルフ・テーゼ」も見直しの対象とされることになった。すなわち、ナチスの不法は実証主義に責任があるというその診断は事実を誤認するものであり、したがってまた自然法を復活させるべきだというその処方箋もまったく見当違いであった、というわけである。[4] 私見によれば、「ラートブルフ・テーゼ」と呼ばれるものそのものが、戦後のラートブルフの議論の一面――もちろん重要な一面だが――を捉えるものに留まっており、したがってまたこのテーゼの見直しも一面性を免れないと思われる。だが、これについては別に論じたので、[5] ここでは立ち入らない。

ここで取り上げるのは、「ラートブルフ・テーゼ」を見直す議論が含意するもう一つの問題、すなわち、もし「ラートブルフ・テーゼ」が事態を的確に捉えるものでなかったとすればそれは何を意味するかという問題である。このテーゼが実際に戦後の「自然法の復活」に大きな影響を与えた以上、それをたんに謬見であったとして済ますことはできない。このような問題関心から、このテーゼを見直す議論は、このテーゼにおけるラートブルフの隠れた意図あるいは少なくともこのテーゼがその後に果たした機能を問うのである。そして、この問いに対する答えは、「ラートブルフ・テーゼ」は、ナチスの不法な法律にも服従せざるを得なくした法実証主義に責任を帰して、ナチスに荷担していった法

学者や法律家を免責しようとするものであった、あるいは少なくとも事実上そのような機能を果たすことになった、ということになる。「ラートブルフ・テーゼ」は「免責テーゼ」であったというわけである。[6] もし、ラートブルフにそのような意図があったとすれば、しかもそれが彼の一連の論文執筆の主たる意図であったとすれば、このことはラートブルフの学問的誠実性に大きな疑問を投げかけることになる。ラートブルフは意図的に謬見を論じて、世論を誘導したということになるからである。見直し論者もさすがにこの帰結を明示的に述べているわけではないが、論者のなかには少なくとも示唆する者はあるのである。[7]

私見では、この免責テーゼ論はやはり邪推にすぎない。「ラートブルフ・テーゼ」はラートブルフの見解の一面を捉えるにとどまるけれども、別稿で論じたように、少なくともラートブルフの法哲学の根本見解と彼自身のナチス認識から整合的に導き出せるものであり、学問的誠実性を疑わせるものではないからである。とはいえ、ラートブルフの戦後のいくつかの論文が、とりわけ司法殺人事件の裁判官を実証主義のゆえに免責する可能性を示唆しているように読めることも事実であり、免責テーゼ論はこの点に論拠を見いだそうとしているのである。そうだとすると、司法殺人事件の裁判官の責任に関するラートブルフのそれらの記述は何を意味するのか、これがここでの問題である――もっともこの問題は免責テーゼ論そのものの是非とは独立の問題である。

以下では、まずこの点に関するラートブルフのいくつかの記述を検討する。それによって、ラートブルフの事態の認識とそれに対する評価に微妙な変化があることが明らかになるとともに、犯罪と故意の関係に関するラートブルフの見解をめぐる一つの問題が浮き彫りになる（第2節）。そこで次に、刑法学者としてのラートブルフの戦前の責任論を検討するとともに、戦前から戦後にかけての故意と違法性の意識に関する議論の中に位置づけ、この点に関するラートブルフの独自の見解を探る（第3節）。さらに、枉法と故意の関係についての戦後の議論を概観して、ラートブルフの見解の検討を試みる（第4節）。最後に、枉法と故意に関する本稿の検討を要約し、免責テーゼ論についてどのような帰

結が引き出せるかを論じる。なお、「ラートブルフ・テーゼ」が結果として免責機能を果たしたのかどうかという問題は別稿を要する問題であり、本稿で立ち入ることはできない。

（1）　G.Radbruch, Fünf Minuten Rechtsphilosophie, in Rhein-Necker-Zeitung (Heidelberg) vom 12. September 1945, auch in Gustav Radbruch Gesamtausgabe, Bd.3, 78f.（以下ではGRGAと略記し、GRGA 3, 78f. という形式で記載する）; ders., Erneuerung des Rechts, in Rhein-Necker-Zeitung (Heidelberg) vom 12. Januar 1946, GRGA 3, 80; ders., Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, in Süddeutche Juristenzeitung 1, 1946, GRGA 3, 88.

（2）　Vgl. B.Rüthers, Die Unbegrenzte Auslegung, 1968; M.Stolleis, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, 1974; Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Der Unrecht-Staat: Recht und Justiz im Nationalsozialismus, 1979; U.Reifner (Hrsg.), Das Recht des Unrechtsstaates, 1981; H.Rottleuthner (Hrsg.), Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, 1983（ナチス法理論研究会訳『法、法哲学とナチズム』1987年）; Reduktion Kritische Justiz (Hrsg.), Der Unrechts-Staat II, 1984; U.Reifner/B.-R.Sonnen (Hrsg.), Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich, 1984; B.Rüthers, 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.

（3）　Vgl. B.Rüthers, Rechtstheorie, 3.Aufl., 295f. (5.Aufl., 321)

（4）　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）。

（5）　拙稿「ラートブルフ・テーゼについて」（『法政研究』七八巻二号、二〇一一年）参照。

（6）　cf. S.L.Paulson, Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the “positivist” Theses, 328-341.「免責テーゼ」（exoneration thesis）という名称は、S・ポールソンによるものである。ポールソンは、ラートブルフ・テーゼを、たとえばフラーのように、「原因テーゼ」（causal thesis）、すなわち、法実証主義がナチス的不法の原因であるとするテーゼと捉えるのは、ヴァイマル期及びナチス期の実態に適合しないがゆえに誤りだとして、「免責テーゼ」と捉えるべきだとする。その上で、ナチスの法律をすら歪曲してたとえば死刑判決を下した裁判官についてはラートブルフもさすがに免責しようとしていたわけではないが、戦後、彼のテーゼはナ

チスに荷担した法律家や法学者を広く免責する可能性を開くという機能を果たしたのだとしている（357-359）。

（7） Vgl. Th.Mertens, Nazism, Legal Positivism and Radbruch's Thesis on Statutory Injustice, 285-286; 青井秀夫「実証主義伝統の謎」三六頁など。Th・メルテンスは、ラートブルフがヴァイマル期に司法大臣であった経歴に触れ、戦後のラートブルフの発言は、崩壊した司法制度を早急に立て直すためにはナチス期の法曹をも活用せざるをえないと考えたことに由来すると推測している。また、青井はラートブルフにおける「救済動機」に触れている。

2　司法殺人と裁判官

戦後のラートブルフのいくつかの論文には、たしかに、法実証主義に責任を帰することによって、法実証主義によって訓練を受けたために不法である法律をも有効な法とみなしたと考えられる裁判官を免責するかのような記述がある。それらの論文のうち、とりわけその題名からしても大きな反響を呼んだ一九四六年の論文「法律的不法と超法律的法」（Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht）の記述は、まさにそのような解釈を可能とするようにみえる。しかし、同じ事件の取り扱いが一九四七年の論文「法律と法」（Gesetz und Recht）では若干の違いをみせる。そこでは免責可能性は焦点ではなくなっているようにみえる。さらに、司法殺人（Justizmord）とは別の、医療殺人（Anstaltsmord）事件（いわゆる医師による「安楽死」事件）判決に関する、一九四七年のラートブルフの評釈をみると、このような裁判官の免責可能性には疑念が生じてくるのである。

(1)「法律的不法と超法律的法」

「法律的不法と超法律的法」論文は一九四六年の『南ドイツ法曹雑誌』第一号に公表された。それは、すでに進行しつつあった戦後ナチス裁判についての報道情報を素材にして、それらの裁判で「法律的不法」の責任が「超法律的法」に基づいて問われていること、一定の限定を付しながらも、この戦後裁判の基本方針がラートブルフ自身の法概念からしても支持されうることを主張するものであった。周知の論文ではあるが、やや立ち入ってラートブルフの議論を再構成してみよう。

そこで取り上げられている事例は三つある。一つはここでの対象でもある司法殺人のケース、二つ目は死刑執行人が殺人の罪に問われたケース、そして三つ目は自分を逮捕・連行中であった警察官をこの警察官から奪った拳銃で射殺した脱走兵のケースである。ラートブルフはこれら事件の被告人たちが有罪と判断されるべきかどうかについて検討を加えるのである。

その議論は次のような手順を踏んでいる。第一に、ナチス期に合法とみなされた行為の刑事責任を問うための前提として、ナチス期の法律は「法律的不法」としてその効力を否定されなければならない。この点について、ラートブルフは、「正義がまったく追求されておらず、正義の核心をなす同等処遇が実定法制定に際して意識的に否認されている場合」は、それは「総じて法的性格をもたない」という、彼の法概念に由来する判定基準（いわゆる「ラートブルフ定式」のうち「拒絶定式」と呼ばれるもの）に照らして、同等処遇を無視することを公言していたナチス体制の法律を無効であったとする。[1] その上で、第二に、ナチス期の行為を判断するための基準として、「ニュルンベルク憲章」と「管理委員会法」、そしてそれらに基づくアメリカ占領地区の二つの戦後処理法（「ナチス的不法に対する刑事司法上の名誉回復に関する法律」と「ナチス的犯罪行為に対する処罰に関する法律」）が制定されていることを確認する。しかし、

第三に、名誉回復についてはこの戦後処理法が適用されうるとしても、ナチス期の行為の処罰については戦後処理法によるべきではなく、ナチス期以前のドイツ法、つまりライヒ刑法によるべきだとするのである。[2] つまり、処罰に関しては、抽象的な自然法に直接訴えるのではなく、また事後法によるのでもなく、無効な法律的不法のもとでも効力を保っていたとみなされる、ナチス期以前の法律に依拠すべきだというわけである。

この最後の基準がとくに重要な意味をもつのは、三つの事件のうちでも司法殺人のケースである。死刑執行人のケースについては、報道によれば離職することもできたはずだという理由で死刑判決が下されているが、ラートブルフは、死刑執行人が裁判官の下した判決に基づいて死刑を執行するのはいうまでもなく正当な職務行為であり、彼が職務上責任を問われるのはその執行行為が判決に基づくものでない場合に限られるとして、この事例では無罪とすべきだとしている。脱走兵のケースについてはこの論文ではとくに論評はなされていない。すでにライヒ刑法五四条の「緊急避難」の適用により、手続が停止されて釈放されていたからであろう。これらに対して、この論文でもっとも大きなスペースを割いて論じられているのが司法殺人のケースなのである。

事案は次のようなものである。裁判所職員プットファルケンは、商人ゲティヒがトイレに「ヒトラーは大量殺人者であり、この戦争に責任がある」と落書したという嫌疑で、当局に密告したため、これによってゲティヒはカッセル高等裁判所で内乱の罪により死刑判決を受けた（以下、「ゲティヒ事件」と記す）。戦後、このゲティヒ事件につき、プットファルケンは他人を不当な密告により死にいたらしめた者として終身懲役判決を受けたのである（以下、「プットファルケン事件」と記す）。しかし、問題はそれにとどまらない。ゲティヒ事件において、ゲティヒの行為が事実であったとしても、それが「内乱罪」に該当するといえるかどうか、また死刑判決が適法であったかどうかが問題とされたのである。そして、この論文の段階では、プットファルケン事件を担当していたチュービンゲン検事総長は、陪審裁判所がプットファルケンの間接正犯という構成を否定して、「法と法律に反してゲティヒに死刑判決を下した裁判官を殺人者

とみなす」可能性について述べていること、そして陪審裁判所は結局間接正犯ではなく、殺人幇助として、プットファルケンに有罪判決を下したものであることが伝えられている。[3] 正犯はゲティヒに死刑判決を下したカッセル高等裁判所の裁判官であったというわけである。

この論文でラートブルフの主たる関心がこの司法殺人のケースに向けられていたことは疑いない。ラートブルフは、ライヒ刑法の規定に基づいて、この裁判官をどのように判断できるかを検討する。裁判官が殺人の容疑で可罰的とされるのは、ライヒ刑法三三六条及び三四四条により、裁判官が「故意により（vorsätzlich）…法の歪曲（Beugung des Rechtes）をなし」、「故意により、その無実であることを知っている者の不利になるように、審理を開始し又は審理の継続を停止した」ときである。いずれの条文でも明示的に「故意」が要件とされている。ラートブルフはこの規定を前提として、次のように論評するのである。[4]

「我々が展開した原則に照らして、適用された法律がなんら法ではなく、適用された刑罰の種類、たとえば自由裁量によって下された死刑判決が正義へのいかなる意思をも軽侮するものであることが確認された場合、そこには客観的に枉法（Rechtsbeugung）が存在する。しかし、支配的な実証主義によって長年訓練を受け（verbildet waren）、そのために実定法しか知らなかった裁判官が、実定法の適用に際して枉法の故意（Vorsatz）をもちえたであろうか。彼がその故意をもっていた場合でも、ナチス法を法律的不法とみなす見解を表明したとすれば自分の身に生命の危険が降りかかってきたであろうということ、つまりライヒ刑法五四条の緊急避難（Notstand）を根拠とすることが、彼にとっての最後の、しかし申し訳の立たない（peinlich）救済として、残ることになる。この救済は申し訳の立たないものである。なぜなら、裁判官のパトスは、いかなる代価を払っても、死の代価を払っても、正義へと向けられるべきだろうからである。」

一見すると、ラートブルフは、「形式法学的」（formaljuristisch）な判断としては、実証主義の訓練を受けて実定法

しか知らなかったであろう裁判官は、ナチスの法律をも法とみなしてこれに従い、そのことによって「法を枉げる」ことについて「故意」をもちえなかったであろうことが認められ、したがって法的には責任を問えない、と述べているようにみえる。また、仮にナチスの法律を不法と認識していたがゆえに、枉法の故意があったとしても、法的には緊急避難の弁明が可能である（裁判官の倫理としては申し訳がたたないとしても）、としているようである。

実際、この論文は、一方で「過去一二年間の法律的不法に対して、法的安定性をできるかぎり妨げずに、正義の要請を実現する」ことを求めるとともに、他方で「一二年間にわたる法的安定性の否認の後の今日、危機と抑圧の一二年を生き抜いた誰にとっても当然生じうる誘惑に対して、『形式法学的』熟慮によって備えること」、「正義を追求しなければならないが、同時に法的安定性を尊重しなければならない」ことを訴えている。[5] 後者は、ナチス的不法に対するいわば「報復」感情にとらわれる誘惑を退けて、冷静な形式法学的な対応（法的克服）を求めるものである。つまり、この論文は上記の三つのケースについて、形式法学的な観点からみたとき、有責とすべきかどうか、免責の可能性があるかどうかを検討するものであったといえる。なかでも司法殺人のケースにおける裁判官の免責可能性の検討が中心を占めていることは事実である。うがった見方をすれば、他の二つのケースはこのケースの免責可能性をいわば側面から支持するために採用されているようにもみえる。

しかし、奇妙な点がある。まず、ゲティヒ事件の裁判官は、実際のところ、実証主義的にナチスの法律に忠実であったのだろうか。ラートブルフはこの論文の時点ではこの問題にほとんど注意を払っていないかのようである。[6] また、実証主義のゆえにナチスの不法に対する感覚がなく、したがって枉法の故意をもたなかった裁判官と、なお不法に対する感覚があり、したがって枉法の故意のあった裁判官とが、はたしてラートブルフの刑法理論からして、同列に論じられうるのだろうか。こうした問題が後の論文においてはあらわになってくるのである。

(2)「法律と法」

「法律と法」論文は、先の論文の翌年一九四七年一月に、『シュトゥットガルト評論』誌に公表されている。その基本的な趣旨は「法律的不法」論文と同様である。すなわち、戦後のいくつかのナチス裁判を取り上げて、法律的不法を超法律的法によって克服せざるをえない、しかし超法律的法の思想は危険を孕むのであって、その利用は「二度と経験したくないような」「まったく例外的なケースにおいてのみ」許される[7]、そして正義と法的安定性のアンチノミーは容易に解消できるものではないというものである。

この論文で取り上げられているケースは、ユダヤ人の財産没収に関するケース、逃亡兵による警察官射殺事件、ショル兄妹事件やプットファルケン事件を含む密告のケース、そして司法殺人のケース、医療殺人のケース、最後にエルツベルガー殺人事件である。これらのうち、財産没収、密告事件、司法殺人事件、そして医療殺人事件など、ほとんどの判決が「超法律的法」に依拠しているが、ゲティヒ事件の裁判官のケースは、当時のナチスの法律に照らしても判決は違法であったため、超法律的法に依拠する必要はなかったものと捉えられている[8]。ここではこのケースと他の司法殺人のケースの取り扱いが問題である。

ゲティヒ事件の裁判官について、ラートブルフは、ここでは、ゲティヒの行為が「当時妥当した法律に照らしても内乱罪ではなかった」ことを理由として、ゲティヒに対する死刑判決が「司法殺人」であったとされたことを明記している。そして、「当時のまたそれに続く数年間のライヒ裁判所や高等裁判所が当時の指導者に対するほとんどすべての中傷や侮辱をさえ内乱罪とみなして、これを処罰していたとしても、…当該高等裁判所の裁判官は、他の裁判所の何らかの先決例にではなく、当該法律に拘束されていたのである」という判決の一部を引用している[9]。つまり、ゲティヒ事件裁判官はナチスの法律にすら従っていなかったのであり、その意味ではもはや法律への忠実を要求する実証主義によっ

て造形された裁判官とはみなされえないのである。

これに続けて、ラートブルフは、この司法殺人で有罪とされる可能性のあったケースではなく、実際に司法殺人のゆえに有罪とされたケース、つまり「たんに正義に反するだけでなく犯罪的であるような法律に依拠して、それに従って判決を下し」たとされる裁判官たちのケースを取り上げている。そして、ここで枉法の成立の可能性について触れているのである。(10)

「これ［ザクセン州検事総長の起訴状の見解］に従えば、そのような法律に基づく死刑判決は殺人であって、それ自身死刑をもって処罰されるべきであろうが、そうだとしても、付言すれば、それは裁判官の責任が同時に証明されえたときだけであろう。なぜなら、判決のゆえに処罰されるのは、この判決が同時に枉法であったことを前提するからである。ところが、枉法は違法性の意識（das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit）を必要とする。しかし、実証主義的な訓練を受けた裁判官は、法律がきわめて邪悪な内容のものであっても、その法律に無条件に拘束されていると考えるに違いないとすれば、法律的不法は不法の意識（Unrechtsbewußtsein）なしに実現されうることになろう。数十年の間争われることなく支配してきた実証主義は、支配的な教義によって指導されていた裁判官たちに責任を帰して（zum Schade der Richter）、突然、否認されるということはありえない。」

ここでもたしかに枉法の成立の条件が、そして裁判官の免責の可能性が取り上げられているといえる。しかも、「法律的不法」論文と同様に、一方で実証主義に責任を帰するとともに、他方で実証主義的な（形式法学的な）対応を維持することの必要を説くことによってである。しかし、議論のトーンが「法律的不法」論文とはいくぶん異なったものとなっていることは注意に値する。ここでは、実証主義による指導のゆえに、「法律的不法」が「不法の意識なし」に生起するという一種のパラドクスが指摘されているのである。

問題はそれだけではない。第一に、ゲティヒ事件の裁判官は上記のように実証主義によって造形された裁判官とはも

はやいえない。これに対して、実証主義によって造形されたとみなされる裁判官たちは場合によっては免責可能性があるかのように論じられている。ただ、ここでは「緊急避難」の弁明の可能性は触れられていない。この弁明に訴えると考えられる場合も含めて考えると、司法殺人の罪に問われる可能性のある裁判官の類型は少なくとも三つあることになる。すなわち、第一に、ゲティヒ事件の裁判官のように、ナチスの法律にすら忠実でなく、実証主義的とはいえない裁判官、第二に、実証主義によって造形されているため、枉法の意識をもたずに、不法な法律を適用する裁判官、そして第三に、枉法の意識があり、したがって免責のためには「緊急避難」に訴えるしかない裁判官である。(11)

そして、ラートブルフはいまや第一類型の裁判官については免責の可能性を否定するかのようである。「ラートブルフ・テーゼ」は「免責テーゼ」だとする論者のうちにも、この類型の裁判官だけはラートブルフも免責できないとしているのだと推測するものもある。(12) これに対して、第二類型及び第三類型の裁判官は免責の可能性があるかのようである。だが、果たして本当にそうなのだろうか。

この点に関わるもう一つの問題は、「法律的不法」論文で「故意」とされていたものが、ここでは「違法性の意識」あるいは「不法意識」と記述されているという点である。これは一見すると単純な言い換えのようにみえる。だが、「故意」を「違法性の意識」と直ちに同一視しうるかどうかは、一つの問題である。刑法学者としてのラートブルフがこの点について敏感でなかったということはありえないだろう。「法律と法」論文は医療殺人のケースにも触れているが、医療殺人のケースを正面から取り上げた別の論文で、ラートブルフはこの故意と違法性の意識をめぐる論点を検討しているのである。

(3) 医療殺人事件判決評釈

ラートブルフは、「法律的不法」論文や「法律と法」などのようにタイトルを付した論文で戦後裁判判決について論評しているだけでなく、『南ドイツ法曹雑誌』などにいくつかの戦後裁判判決について評釈を書いている[13]。一九四七年八月一二日フランクフルト高等裁判所判決についての評釈はその一つである。この判決はいわゆる「安楽死」事件、すなわち一九三九年九月一日のヒトラーの手紙による命令に基づいて同年十月から一九四一年八月にかけて「安楽死」の名称のもとに実施された障害者殺害事件に関するものの一つである。

判決はヒトラーの手紙はそもそも法律の形式をもつものではなかったとして、「安楽死」の合法性を否定し、その措置を施した医師を殺人につき有罪とするものであった。この判決では医師の行為を有罪とするために「法律的不法」論にとくに依拠する必要はなかったわけである。しかし、ラートブルフは医師たちの責任を検討するときにはなお「法律的不法」論が必要になるはずだとして[14]、故意に違法性の意識が必要かどうかを論じているのである。医師たちはヒトラーの手紙による命令を法律とみなし、これに基づく「安楽死」措置は合法だと信じていたのだとすれば、そこには違法性の意識がなく、したがって故意が阻却されうるからである。

ラートブルフはこの可能性を否定する。故意に違法性の意識が必要だという見解は、法の「原形式」(Urform)を命令にみることに基づく。この「法命令説」(die imperative Rechtsauffassung)によれば、故意はこの命令に明示的に違背する意思を意味することになる。ラートブルフによれば、しかし法の命令性はその第二次的な形式にすぎず、法の原形式はむしろ「評価規範」(Bewertungsnorm)、すなわち「一定の行為態様を不正で反社会的と宣言する立法権の価値判断」である。「不法は、それが禁止されるがゆえに不法なのではなく、それが不法であるがゆえに禁止される」のだからである。「法のこの原形式に基づく責任論は故意に違法性の意識を求める必要はない[15]」。こうして、ラートブル

フは次のように述べる。[16]

「これによれば、立法者が反社会的で不正であると判断して、法律の構成要件に規定した行為の特性を、行為者がその行為を遂行する際に認識していた場合、すなわち、行為者が、彼の為したことを認識し、かつ彼の為したことが立法者と同じ観点のもとに捉えられることを認識しており、その点で事実の錯誤にも包摂の錯誤にも陥っていなかった場合は、それだけで故意が存在しているのである。行為者が、その行為が立法者の意図によって不正あるいは反社会的と特徴づけられる特性をもつことを認識しつつ、その行為の不正で反社会的な性格を知らなかったとすれば、それはいっそう悪い（um so schlimmer）！　そのような法盲目性（Rechtsblindheit）は、この判決も承認しているとおり、故意を排除しないのである。」

この論旨は明快であるようにみえるが、少し検討を必要とする。第一文によれば、たしかに、行為者が自己の行為についてそれが法律において違法（反社会的で不正）とされている特性（法益侵害性など）を認識しており、その点について事実の錯誤も包摂の錯誤もなければ、それが違法であることの認識はなくとも、故意が成立する。しかし、第二文及び第三文からすれば、違法性の意識が必要でないというのは、行為の違法とされる特性を認識していれば、そこには同時にそれが違法であることの認識も通常は伴っているはずだという趣旨であろう。第三文にいう「法盲目性」は、この通常は伴うはずの違法性の認識がまったく欠如していることを意味するであろう。つまり、ここでは違法性の認識は二義的となっている。故意の成立に必要ではないとされる違法性の意識と、故意の成立に必要な行為特性の認識に通常は伴うであろう違法性の認識である。この違法性の意識又は認識の二義性は、後で見るように、ラートブルフの故意論において重要な意味をもっているのである。

ラートブルフがこのケースについて問題としたのは、医師たちはヒトラーの命令を有効な法律と誤認した、つまり正当化事由が存在するという錯誤に陥っていたと主張する可能性があるということである。この錯誤はたしかに、故意が

阻却されうる事実の錯誤ではなく、故意を阻却しない法の錯誤であろう。[17] しかし、ここでの法の錯誤は単純な法の不知ではなく、不法である法律（実際は命令）を有効な法だと誤認したという錯誤である。この誤認は「法律は法律だ」とする実証主義の見解に基づくものといえるだろう。[18]

さて、この医療殺人事件判決評釈の議論によれば、司法殺人のケースについても別様の見方が可能となるように思われる。つまり、上記の「法律と法」論文における司法殺人の裁判官、しかも実証主義による訓練のゆえに「違法性の意識」をもたなかったかもしれない裁判官も、その故意を阻却されない可能性があることになる。そうすると、「法律的不法」論文で言及された裁判官（実際にはゲティヒ事件の裁判官であり、実証主義的ですらなかった裁判官であるが）は法盲目的なのであって、なおさら故意を否定されないことになるだろう。もちろん、司法殺人のケースに関する論文の時点とこの医療殺人事件判決評釈の時点で、ラートブルフの故意論が変容したのだという可能性も考えられなくはない（もっともわずか1年程の開きしかないが）。また、司法殺人のケースと医療殺人のケースで、ラートブルフが異なる取扱いをしている可能性もなくはない。これらの点を確認するために、まず刑法学者としてのラートブルフの故意論に遡ってみなければならない。

（1） G.Radbruch, Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, GRGA 3, 88f.
（2） ibid., 90f.
（3） ibid., 87f.
（4） ibid., 91f.
（5） ibid., 90, 93.
（6） もっとも、別稿（「ラートブルフ・テーゼについて」）で検討したように、ラートブルフにとっての「実証主義」は、たんに法律への忠実を要求するにとどまらず、結局のところ法の妥当根拠を恣意的となりうる権力に求めることとなる教説（法の権力理論）を意味する。この意味では、ゲティヒ事件の裁判官も実証主義的訓育の産物ということになるだろう。本文で提起した問いは、

実証主義を法律への忠実を要求する教説という側面に限定したときに生じる問題である。以下、とくに断らないかぎり、本稿では「実証主義」をこの意味で用いる。

(7) G.Radbruch, Gesetz und Recht, GRGA 3, 99.

(8) ibid., 97.

(9) ibid.

(10) ibid., 97f.

(11) 青井「実証主義伝統の謎」三六頁は、ラートブルフが描くナチス期の裁判官像を、Des Reichsjustizministeriums Ruhm und Ende. Zum Nürnberger Juristen-Prozess, in SJZ 3 (1948), GRGA 8, 258-268 や Entwurf eines Nachworts zur "Rechtsphilosophie", in G.Radburch (hrsg. v. R.Dreier/S.L.Paulson), Rechtsphilosophie, 2003 などにより、消極協力型、積極加担型、良心型の三つに分けている。この分類は本稿のそれとは若干異なる。積極加担型は本稿の第一類型に、消極協力型は第三類型におおよそ該当するとみることができるが、ナチス期に裁判官でありつつナチスに抵抗したとみられる良心型は本稿の分類には含まれない。Des Reichsjustizministeriums Ruhm und Ende は、ナチス司法大臣 F.Schlegelberger に対する裁判の中で明かになったこととして、Schlegelberger が、内心においてナチスから転向して、司法大臣にとどまりつつ不法の苛酷さを阻止しようと努力しながらも、次第に押し切られていく悲劇的な経緯を描いているのだが、この論文の最後でラートブルフは判決文を引用して、「裁判官の独立という理想を維持し、一定の中立性と抑制をもって判決を下した裁判官」もあったことに触れている（GRGA 8, 268）。こうした裁判官はたしかに良心型に属するといえるだろう。なお、本稿の第二類型は消極協力型に属するとみることもできるが、消極協力型がナチスの不法について少なくとも疑念をもっていたとすれば、これとはやや異なる。本稿の挙げる第二類型は、「法律的不法」論文や「法律と法」論文などにおけるラートブルフの趣旨からすれば、実証主義のゆえにナチス法律に忠実であって、その不法について、したがってまたそれに基づいて自分の下す判決の不法について、疑念を抱くことがなかったと考えられる類型である。

(12) cf. S.L.Paulson, Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the "positivist" Theses, 341. ポールソンは、ゲティヒ事件で死刑判決を下した裁判官のように、法と法律を枉げて恣意的な権力に仕える「無制約な法実証主義」(open legal positivism) に依拠する裁判官については、ラートブルフも免責することはできないとしたのだとみている。

(13) G.Radbruch, Anmerkung: Neben der Entscheidung des Kammergerichts über die Euthanasie ist die vorliengede Entscheidung die erste, die sich mit dem Anstaltsmord befaßt.; OLG Frankfurt/Main Urteil vom 12.8.1947, in SJZ 2 (1947), GRGA 8, 347-351（以下 Anmerkung と略記する）; ders., Des Reichsjustizministeriums Ruhm und Ende: Zum Nürnberger Juristen-

Prozess, in SJZ 3 (1948), GRGA 8, 258-268.

(14) G.Radbruch, Anmerkung, GRGA 8, 348.

(15) ibid., 348f.

(16) ibid., 349.

(17) なお、ここでラートブルフは「包摂の錯誤」が故意を阻却する可能性についても触れているが、これについては第三節注(16)参照。

(18) ラートブルフは、実証主義はたんに法律家だけでなく、国民をも無防備にしたと述べていた。G.Radbruch, Fünf Minuten Rechtsphilosophie, GRGA 3, 78.

3　故意と違法性の意識

周知のとおり、ラートブルフは法哲学者であるとともに、刑法学者であった。判事試補になった後、一時休暇をとってベルリン大学のF・v・リストのゼミナールに参加して研究を続け[1]、一九〇二年に、リストが監修したシリーズで刑法の論文を公刊している[2]。また、一九〇四年には行為概念に関する著書と責任概念に関する論文を公表している[3]。戦間期におけるラートブルフの責任論に関する、本稿にとって重要な資料は、一九二二年にワイマール共和国司法大臣であったラートブルフが議会に上呈した（しかし成立しなかった）刑法改正草案とそれに付された解説である[4]。そこでは、当時の議論を考慮して、故意に違法性の意識を含める見解が採り入れられている。しかし、そこからラートブルフがいわゆる故意説に端的に立っていたとみるのは早計である。一九二八年の論文[5]には、故意と社会的反価値性の意識に関するラートブルフの独自の議論がみられるのである。

(1)　刑法改正草案における故意論

一九〇四年の責任概念に関する論文（Über den Schuldbegriff）は、後の分類で規範的責任論と対比される心理的責任論に属するものとみられる。[6] たしかに、この論文において、ラートブルフは故意及び過失という二つの「責任形式」を行為者の心的状態と捉え、責任概念にしばしば混入させられている異質な要素（行為、責任能力、違法性）を除去することによって、これを行為結果の行為者の心的状態への「帰責」（Zurechnung）として純化しようと試みている。[7] まず、ヘーゲル派刑法理論では、行為はつねに意思によるものとされ、したがって「故意なき行為」といった概念は形容矛盾として斥けられ、行為と故意としての責任は区別されないが、この責任概念では行為結果への意思が欠如している過失を説明できないし、心的状態から行為を経て行為結果にいたる因果関係と帰責関係を区別しえないとして、行為と責任を区別する。[8] 次に、責任概念から責任能力が除去される。責任無能力者や制限責任能力者も心的状態としての故意をもちうるように、責任能力の概念は事実的な心的状態に関わるのではなく、法的な評価による概念だからである。[9] さらに、心理的責任概念にとっても難点の一つとされる過失については、これを不注意の心的状態とこの不注意についての評価（違法性）とを（現実には分離できないとしても）概念的に区別して、違法性の側面を心的状態としての過失、したがってまた責任概念一般から除去しようとしている。[10] いずれにせよ、ラートブルフは故意と過失を純粋に心的状態として捉えているのである。しかし、この論文では故意と錯誤や違法性の意識の関係については論じられていない。

また、刑法改正草案公表の翌年（一九二三年）に、ラートブルフは、国家学及び経済学に関する概説書の第三巻に、刑法及び刑事訴訟法の概論を書いている。[11] そこでは、犯罪は「責任能力者の、有責で、違法で、可罰的な行為」と定義されて、これらの犯罪メルクマールについて簡単に解説されている。責任に関しては、故意の三つの種類（「意図」（Absicht）、「直接的故意」（direkter Vorsatz）、「未必の故意」（eventueller Vorsatz, dolus eventualis）と、過失の二

つの種類（「意識的過失」と「無意識的過失」）の説明がなされた後、錯誤の問題が触れられている。錯誤について、ラートブルフは、古典的な見解に従って、事実の錯誤と法の錯誤を区別して、前者（結果又は構成要件該当事実についての錯誤）は故意を阻却するが、法の錯誤は原則として故意を阻却しないこと（例外として挙げられているのは戦時命令などである）に触れた後、さらに違法性阻却事由（たとえば正当防衛）の事実状況についての錯誤は事実の錯誤であるが、違法性阻却事由の範囲についての錯誤（包摂あるいは当てはめの錯誤）は法の錯誤であって故意を阻却しないことを注記している。[12] ここでは、故意と錯誤や違法性の意識の関係に関する当時の議論状況については何も触れられておらず、入門的な記述になっているといえる。

これに対して、一九二二年のラートブルフの改正草案一三条は錯誤について次のように規定している。[13]「錯誤によって行為者がその行為の不許可性（das Unerlaubte）を認識しえなかったときは、故意の犯行としては処罰しない。錯誤が過失によるときは、過失による行為に関する規定を適用する。」

改正の対象となる一八七一年のライヒ刑法の錯誤の規定（五九条）は次のようであった。[14]「可罰的行為の実行に際して、法律の構成要件に属する又はその可罰性を加重する事実状況を知らなかったときは、その状況を行為者の責に帰することはできない。この規定は、過失による行為の処罰については、不知そのものが過失によるものであるときにかぎり、適用する。」

明白な相違は、ライヒ刑法の規定が「事実状況」の錯誤だけを故意阻却事由として挙げるのに対して、ラートブルフの草案は「行為の不許可性」という用語で規定している点である。実際、ラートブルフは草案の解説で故意阻却事由を事実の錯誤に限定しない趣旨であることを次のように明記している。責任原理の貫徹という観点からすれば、「今後は、故意の犯行による処罰は、事実の錯誤だけでなく、法の錯誤によって、行為者がその行為の不許可性を認識しえなかった場合にも、排除されるべきである。そこで、現行法についてはただ少数説によって主張されているにとどまる学説、

すなわち故意には違法性の意識が含まれるという学説が、本質的な点で草案に採り入れられている。[15]」

ここでは明らかに故意には違法性の意識が含められているわけである。ここにいう「少数説」はカール・ビンディングらの「故意説」を指すものと考えられる。しかし、この見解をそのままラートブルフ自身が受け入れていることを示すのかどうかは不確定である。まず、改正案法文は「認識しえなかったとき」としているのであって、「認識していなかったとき」としているのではない。不許可性を認識することが、行為者にとって不可能であったことを要求しているとみることができる。また、「本質的な点で」（wesentlich）という限定をどう理解するかにもかかるであろう。指摘されているように、ビンディングの故意説も法の不知をすべて責任阻却事由としていたわけではなく、不要なのは法学知識であって、一般人の法意識（「素人的なあてはめ」）まで不要としたわけではない。[16]さらに、解説の先の箇所に続けて、ラートブルフは、草案では故意や過失についての明確な定義を避けていること、その理由はこれらの概念の内容やメルクマールについては学説上の争いがあるために、法律による定義は留保すべきであることを注記している。これらからすれば、法の錯誤により違法性の意識がないと認められる場合にはつねに故意は阻却されるとする趣旨であるかどうかは明確とはいえないだろう。

(2)　故意、錯誤、違法性の意識についての戦前及び戦後の議論状況

一八七一年のライヒ刑法は上記のように事実の錯誤についてしか規定していなかったため、法の錯誤をどのように扱うかについては議論の余地があった。ドイツ連邦通常裁判所判決一九五二年三月一八日（「違法性の意識」判決）[17]によれば、この問題について、ライヒ裁判所の判例は、刑罰法規の（strafrechtlich）錯誤と非刑罰法規の（ausserstrafrechtlich）錯誤とを区別して、前者のみを真正の法の錯誤とし、後者は事実の錯誤として故意阻却事由に含めていた。[18]

非刑罰法規による禁止については、一般にすべての者にその認識を要求することはできず、そうした法規の存在やその適用範囲について誤認があったとしても、それは事実の錯誤であるとみなしうるのに対して、刑罰法規における禁止の存在や範囲についての認識は一般に誰に対しても要求することができ、したがってその「不知」の抗弁は認められないというわけである。いずれにせよ、これによれば、刑法上の犯罪の故意に違法性の意識を含める必要はない。

ライヒ裁判所のこの判例は当初は一定の根拠をもっていたとされるが[19]、社会生活の変化とともに一般的な倫理的直観に基づかない立法も増えてきたこともあって、法学者からの批判もかなり早くから出てきていた。刑罰法規の錯誤と非刑罰法規の錯誤の区別は論理的なものではないため恣意的とならざるをえないこと、また刑罰法規の錯誤が責任を問えないものである場合には責任なき行為を処罰することになってしまうことなどが、その批判の理由であった。一連の刑法改正論議のなかでもこの点は問題となっていたようであり、一九一一年の対案以来、改正草案はもはやライヒ裁判所の判例には従っていなかった[20]。つまり、刑法上の故意に違法性の意識を含め、刑罰法規の錯誤の場合も故意を阻却する可能性を認める議論が現れていたわけである。ラートブルフの草案もこうした一連の議論と草案の動向を引き継ぐものであったといえる。

とはいえ、これで問題は片付いたわけではもちろんない。刑法の錯誤により違法性の意識がなかった場合につねに故意を阻却すると考えるべきかいなかについてはなお議論の余地があるからである。今日の刑法学にとっては周知の議論であるが、先の連邦通常裁判所判決によれば、二つの基本的な考え方がある[21]。一つは「故意説」（Vorsatztheorie）であり、違法性の意識を故意の明示的な要件とするものである。故意説では、刑法の禁止の錯誤により違法性の意識がない場合には故意が阻却され、錯誤が過失によるときは、過失犯の処罰規定がある場合にのみ処罰可能である。これに対して、「責任説」（Schuldtheorie）は、故意を行為故意として、違法性の意識を故意とは区別された独立の責任要素とする。したがって、責任説によれば、禁止の錯誤により違法性の意識がない場合でも、構成要件要素としての行為故意

が直ちに阻却されるわけではなく、そのことについて責任がない場合は責任が阻却され、責任がある場合には減刑の事由となる。[22]

この連邦通常裁判所判決によれば、一九一九年以来の刑法改正草案では、草案によってどちらかの説が採り入れられており、必ずしも一定していない。一九四五年以降の戦後裁判の判決でもどちらかの説に確定していたわけではない。[23]学説ではすでに責任説が多数を占めるようになっていたが、一九五二年のこの連邦通常裁判所判決は、両説を比較検討した上で、故意説を退けて責任説を採用したという点で、画期的なものであった。故意説は違法性の意識を故意の要素とするため、構成要件該当事実の錯誤と禁止の錯誤を区別することなく取り扱うことを可能にする。しかし、通常の犯罪の場合でも、行為者は、犯行時に激情にかられていたりすることから、自己の行為の違法性を意識していないことが少なくないため、この点を説明するためにけっきょく「行為者はその行為の違法性を意識していた」という「明白な心理学的事態に反する認定」をしなければならなくなる。[24]また、故意説では、禁止の錯誤について責任がある場合でも過失犯の規定がなければ処罰できず、「刑事政策的に望ましくなく、また事柄からいっても正当とはいえない、可罰性の限定」をもたらすことになる。[25]こうした理由で、連邦通常裁判所判決は故意説を退けたのである。

なお、この判決は、禁止の錯誤について責任があるかいなかの判断基準を、「推定可能な」(zumutbar)又は「あって当然の」(gehörig)、「良心の緊張」(Gewissensanspannung)の有無及び程度に求めている。[26]行為者が行為時に推定可能な良心の緊張を有していたならば、自己の行為の不法性を認識したであろうと認められる場合、つまり違法性の意識の可能性があった場合には、禁止の錯誤は故意を阻却しないということになる。この基準が道徳的な意味に理解されやすいことについて批判もあるが、[27]責任説そのものはその後の一九六九年改正刑法一七条においても採用された。そこでは責任の有無の基準は錯誤の「回避可能性」の有無によるものとされている。

(3) 一九二八年の論文における故意論

右にみたように、戦前および戦後しばらくの間、故意に違法性の意識を含めるかどうかという問題には見解の相違があった。その中で、ラートブルフの刑法改正草案は故意説に立っていたようにみえる。しかし、ラートブルフのこの点の立場が端的な故意説であったとは必ずしもいえないことは、責任形式と心理学に関する一九二八年の論文に窺える。そこでは、行為者が自分の行為を認識していながら、しかも認識していないというパラドクシカルな事態が考察の対象となっている[28]。たとえば、イエスが彼を十字架にかける者たちについて神に祈った言葉（「父よ、彼らを許してください、彼らは自分たちが行っていることを知らないのですから」）が示す事例、バーナード・ショーの戯曲『聖女ジョウン』においてジャンヌ・ダルクを火刑に処する従軍司祭の事例（従軍司祭は、ジャンヌがイギリス軍を敗北させえたのは魔女だからだとして、火刑に処するよう強く主張するが、実際にジャンヌが火刑に処せられる様子を見て、激しく後悔する）、そして列車を脱線させて追い剝ぎをはたらこうとした浮浪少年たちの事例（彼らは死者が出ることも予想したが、実際に列車が脱線すると、瀕死の乗客の恐ろしい叫び声に恐怖して、物をとることもできずにその場から遁走した）などである。

ラートブルフはこれらの事例を表層／深層の心理学的構造によって説明する。これらの行為者においては、自己の行為についての「たんに悟性的で表面的な認識」はあるにもかかわらず、「直観的及び感情的に深い認識」は欠如している。つまり、これらの事例は「法益を侵害する結果の表象はあっても、侵害された法益の価値に関する感情が欠けている」場合がありうることを示しているのである。しかし、こうした事態は法益侵害への意思の欠如を意味するとはかぎらない。むしろ、「極度に望ましくない心の動きに対して」自己を閉ざし、それを「下意識（Unterbewußtsein）に抑圧する」という、人間の心の「一種の防衛反応（Notwehrstellung）」によるものと考えられる。そして、こうした価

値感情を伴う深い表象の下意識への抑圧は、そうせざるを得ないほどに「とくに強い犯罪的意思」、「被侵害法益に対する高度の無頓着さ」の結果だということになる。[29]

このような望ましくない衝動や感情の下意識への「抑圧」という心理的機制については、すでに第一次世界大戦以前からフロイトの精神分析学において説かれていた。[30] ラートブルフがそれをどのようにして知ったのかは明らかでないが、第一次大戦前のハイデルベルク大学時代からの知己であったヤスパースを通して知ったのかもしれない。いずれにせよ、ラートブルフによれば、従来の「素朴な心理学」に対比されるこうした新しい心理学の知見は責任論にも影響を与える。

これまでの責任論では、法的な意味での「故意」には「悟性的で表面的な認識」だけで足りるのであって、しかもこの認識が構成要件の側面だけに関わるのか、それともその行為の「社会的反価値性」(gesellschaftlicher Unwert) にも関わるのかは問わない。ところが、右の事例が示すように、「明確に意思に導かれた注意は結果の表象に基づいているにも関わらず、『意図』は直観的及び感情的に深い認識を意味するとはかぎらない」し、「『認識がある』(Wissentlichkeit) 場合でも、また単なる『未必の故意』の場合にはそれ以上に、……結果の表象は表面的な認識の状態にとどまっている」ことがある。ここからすれば、「自己の行為についての認識の深浅に応じて故意にも程度の相違があり、その度合は故意の三つの種類に対応しているわけではなく、むしろ相互に重なりあっている」ということになる。また、行為や結果から「法益侵害に対する行為者の無頓着」への「逆推理」も常にできるわけではなく、それゆえ行為から行為者の人格とその責任につねに遡ることができるわけでもないということになる。[31] したがって、責任判断においてはたんに故意又は過失をみるだけでなく、故意と過失がその徴候であるところの「心情動機」(Gesinnungsmotiv) をみるのでなければならないのである。[32]

しかし、さらに犯罪行為に現れる心情動機は、相互に連関する他のさまざまな心情動機をもつ人格に由来するのであって、後者から切り離すことはできない。こうして、ラートブルフは、責任判断の方向を「行為から人格へ」ではな

く、「人格から行為へ」に変更するとともに、その対象も「行為ではなく行為者」から、さらに「行為者ではなく人間」へと変更する必要があるとする。行為者をその個別の行為によって判断して、その人間の「全体性」（Totalität）において捉えるのでなければ、有罪とされ刑罰を受ける者は「彼が為したことと刑罰によって彼に課せられることとの間の、我々が不正義と呼ぶ、不整合」を感じるだろうからだというのである。[33]

以上のように、ラートブルフは、ここでは責任を行為結果の「全体性における人間」としての行為者への「帰責」（Zurechnung）と捉えている。一九〇四年の心理的責任論がなお個々の行為における心的状態への帰責を問題にしていたとすれば、ここでの責任論は、心理的責任論の枠組においてではあれ、当時の新しい心理学的知見に基づいて、故意及び過失という心的状態にとどまらず、その背後にある心情動機や人格又は人間性に遡って責任を捉えようとするものといえる。それは、「故意及び過失という古い責任形式」は刑法の舞台から退いて、行為者の複合的な心情動機という「本来の責任要素」が帰責の理論、さらには量刑の理論の中核をなすにいたるという展望を示している。[34]

本稿の観点からすると、ここでのラートブルフの責任論は、一方で故意の認定に違法性の意識の認定を要しないとするそれまでの責任論の問題を指摘するとともに、他方で端的な故意説の難点をも克服しようとするものと考えられる。まず、従来の責任論においては、行為の結果及び構成要件該当事実についての認識があれば、その社会的反価値性としての違法性の認識の有無はとくに問われることがなかった。したがって、冒頭の三つの事例は直ちに故意が認定されることになる。これに対して、ラートブルフは社会的反価値性の認識の有無を問うことによって、しかも下意識の心情動機に迫ることによって、責任概念に深度を与えている。これによると、冒頭の三つの事例においては、社会的反価値性の認識は表層にはなく、深層に抑圧されているのだが、それは一方で強い犯罪的意思を示すとともに、他方ではそれを抑圧せざるをえないほどに、その社会的反価値性を回避しようとする心情動機が防御機制として作用していることを示している。その意味で、これらの事例の行為者は改善の可能性があり、責任が軽減される可能性がある。[35]

しかし他方で、この責任論は、一九二二年の改正草案において採用した故意説の難点、とくに心理的責任論の枠内での故意説の難点にも対応しようとしたものと解することができる。故意説によれば、故意には違法性の意識が含まれるが、これら三つの事例では、表層における社会的反価値性としての違法性の意識が欠如しているとみられるため、故意は阻却されることになりうる。しかし、ここでのラートブルフの責任論からみると、深層に社会的反価値性としての違法性の認識が存在しうるのであって、従軍司祭の例のように、それは事後に激しい「後悔」を伴って意識の表層に出現してくることがあるわけである。そして、このような深層における犯罪への心情動機は「本来の責任要素」の重要な一つである。そうすると、故意説に立つとしても、これら三つの事例においても、故意は直ちに阻却されないことになるだろう。[36] この一九二八年の論文におけるラートブルフの責任論はこのように解しうるであろう。

(4)　ラートブルフにおける故意と違法性の意識

以上、本節では戦前のラートブルフの責任論、とくに故意と違法性の意識の関係をめぐる議論を振り返ってきた。そこから再び故意と違法性の意識に関する戦後の議論へと降ってくると、その経緯には微妙な曲折があるようにみえる。一九二二年の刑法改正草案と一九四六年の「法律的不法」論文及び一九四七年初めの「法律と法」論文は、故意に違法性の意識を含める点で共通している。他方、一九二八年の責任論と一九四七年後半の医療殺人事件判決評釈は違法性の意識を二重に捉える点で共通するものを有するように思われる。ここでは後者の共通性をもう少し検討してみよう。

医療殺人事件判決評釈では、法＝評価規範説に基づいて、故意に違法性の意識は必要ではないとされていた。しかし、一九二八年の責任論の観点から見ると、不要なのは表層における違法性の意識であって、深層における不法意識を否定する必要はないと考えられる。実際、先に見たように、四七年の評釈においても違法性の認識又は意識は二義的であっ

た。犯罪とされる行為特性の認識があれば、通常はそこに違法性の認識も含まれているのであり、それゆえにことさらに違法性の意識を故意の要件とする必要はないと解されるのであった。これは一見すると、故意に違法性の意識を要しないとするかつての責任論への回帰であるようにもみえる。しかし、行為特性の認識に通常は含まれている違法性の認識は、二八年論文の観点から見れば、深層に抑圧されていることがありうるわけである。

実際、ラートブルフは、戦後の論稿でもこうした深層における不法意識の存在の可能性について触れているのである。「人道に対する犯罪に関する議論について」という医療殺人事件判決に関する一九四七年のもう一つの評釈では、「ドイツ国民はほんとうに、たとえば、医療殺人において、たとえ法律に似た総統の命令によるものであるとしても、ここで生じているのは法律的不法なのだということがまったく思い浮かばなかったというほどに、あらゆる善き精神から見捨てられた行為者であったのだろうか」と自問して、この問いに肯定的に答えなければならないとすれば、「それはドイツ国民の恥であろう」と述べている。(37)

この言明にはドイツ国民の名誉を保持したいという願望ももちろん含まれるであろうが、ラートブルフが深層における不法意識の存在の可能性を考えていたことを示すものとみることもできる。(38) そのような不法意識が存在しうるとすれば、一九二八年論文の示唆するように、故意の存在は直ちには否定されないであろう。(39) そのような不法意識の存在することはむしろ名誉である。それゆえ、それをまったく欠如しているような「法盲目性」は「いっそう悪い」のである。それは不当な法益侵害に対するまったくの「無頓着」を示すものであり、その意味でまさに意図としての故意を排除しないのだといえるだろう。

このように解してよいとすれば、医療殺人事件判決評釈における故意説の否定は必ずしも唐突に現れたわけではないといえるだろう。問題は、右のように、一九二八年論文と一九四七年後半の判決評釈との間に連続性をみることができるとすれば、一九四六年の「法律的不法」論文及び一九四七年初めの「法律と法」論文における故意と違法性の意識に

関する議論はどのように位置づけられうるかということである。これらの議論は一九二二年の刑法改正草案におけると同様の故意説に基づくものであったというのが一つの解釈である。しかし、単純にそのように解することはできない。司法殺人の裁判官たちについても、一九二八年論文と一九四七年判決評釈とに通底する故意論が適用されうるのではないか、それらの裁判官たちも深層において不法意識を有していたとみなされうるのではないかと考えられるのである。後で見るように、ラートブルフはこの可能性を示唆する一文を同じ一九四七年に書いているのである。そうすると、司法殺人の裁判官たちについても故意又は違法性の意識は否定されない可能性があることになるだろう。

しかし、この点についてはさらに検討すべき点がある。というのは、故意に違法性の意識が必要ではないという判断は医療殺人に関するものであり、司法殺人の場合は別の議論が考えられるかもしれないからである。医療殺人の場合は直接に殺人の罪に問われうるのに対して、司法殺人の場合は、ラートブルフによれば、殺人に該当するかいなかの検討のほかに、枉法の罪に該当するかどうかが問われなければならない。そこでは、枉法の故意がもう一つ問題となる。むろん、枉法について故意が認定されれば、殺人の故意も同時に認定されえよう。しかし、枉法罪の立法目的の理解の仕方いかんによっては、枉法の故意はより厳格な吟味を必要とするとされるかもしれないのである。

（1）　Vgl. G.Radbruch, Der Innere Weg, 1951, GRGA 16, 208.
（2）　G.Radbruch, Die Lehre von der adäquaten Verursachung, 1902, GRGA 7, 7–74.
（3）　G.Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904, GRGA 7, 75–167.; ders., Über den Schuldbegriff, in ZStW 24 (1904), GRGA 7, 207–220.
（4）　G.Radbruch, Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, 1922, GRGA 9, 47–160.　以下、Entwurf と略記する。
（5）　G.Radbruch, Zur Psychologie der strafrechtlichen Schuldformen, in Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, 1928, GRGA 8, 184–189.
（6）　Vgl. C.Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd.1, 2.Aufl., 1994, 702f.（C・ロクシン（山中敬一監訳）『刑法総論』（第四版翻

訳第二分冊、二〇〇九年）、三三三頁参照）。

（7） G.Radbruch, Über den Schuldbegriff, GRGA 7, 207f.

（8） ibid., 208-210. なお、ラートブルフは戦後に、ほぼ同じ論拠によって、H.Welzel の目的的行為論に対する P.Bockelmann の批判を支持している。G.Radbruch, Brief an P.Bockelmann, 8. Juli 1949. 目的的行為概念（der finalistischen Handlungbegriff）によれば、「すべての行為は目的的であり、あらゆる行為において何ごとかが意欲されており、すべての行為は故意による。しかし、故意がその内容からして刑法上重要であるかどうか、意欲されたものが犯罪的であるかどうかは、責任論に属する」。ラートブルフの行為概念は目的的行為論と対比される自然的又は因果的行為論に属するわけである。

（9） G.Radbruch, Über den Schuldbegriff, GRGA 7, 211-217.

（10） ibid., 217-220.

（11） G.Radbruch, Strafrecht und Strafverfahren, in Teubners Handbuch der Staats- und Wirtschaftskunde, Bd.III, 1923, GRGA 8, 97-124.

（12） ibid., 105.

（13） G.Radbruch, Entwurf, GRGA 9, 52.

（14） R.Frank (Hrsg.), Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1931, 179.

（15） G.Radbruch, Entwurf, Bemerkungen, GRGA 9, 153.

（16） 高山佳奈子『故意と違法性の意識』（有斐閣一九九九年）、一七-一八頁参照。

（17） BGHSt 2, 194 - Bewußtsein der Rechtswidrigkeit.

（18） ibid., § 10.

（19） ibid., § 12, § 18-20. なお、ロクシンによれば、ライヒ裁判所のこの考え方は最近一定の合理性があると見直されるようになっている。Vgl., C.Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd.1, 2.Aufl., 766.（C・ロクシン『刑法総論』（第四版翻訳第二分冊）四二六頁、同『刑法総論』（第三版翻訳第一分冊）五二九頁以下参照）。また、高山『故意と違法性の意識』二八六-三〇六頁は、自由保障の観点から、違法性の意識の内容を刑法上の違法性の意識に限定すべきだとする。

（20） BGHSt 2, 194, § 13.

（21） ibid., § 25-27.

（22） 故意説はK・ビンディングにより主唱され、責任説は Welzel など戦後の目的的行為論の影響のもとに支配的となったとされる。Vgl. C.Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd.1, 2.Aufl, S.767（ロクシン『刑法総論』（第四版翻訳第二分冊）四二七頁参

照）。故意と違法性の意識との関係に関する歴史については、高山『故意と違法性の意識』第一章参照。周知のとおり、今日では学説はさらに細分化されている。山口厚『刑法総論』改訂版（有斐閣二〇〇五年）、二一四-二一五頁；西田典之『刑法総論』第二版（弘文堂二〇一〇年）二四〇-二四三頁など。

(23) BGHSt 2, 194, § 28.

(24) ibid., § 29.

(25) ibid., § 30.

(26) ibid., § 15, 16, 29.

(27) 高山『故意と違法性の意識』三三九-三四五頁参照。高山によれば、判断の基準は、行為者の道徳的良心ではなく、法的な知識水準である。

(28) G.Radbruch, Zur Psychologie der strafrechtlichen Schuldformen, 1928, GRGA 8, 184.

(29) ibid., 185ff. ラートブルフは、このような心理的事態を説明するものとして、ドストエフスキーの『罪と罰』におけるラスコーリニコフの例を挙げている。なお、ラートブルフはこうした心理的機制は「無意識の過失」とされているケースでも働いていることがあるとする。その場合、被侵害法益に対する高度の無頓着さのゆえに、結果の表象そのものすら下意識に抑圧されるとみている。

(30) フロイトが「抑圧」（Verdrängung）とほぼ同義に用いる「防衛」（Abwehr）に関する論文は一八九四年に公表されているし、「抑圧」という表題の論文も一九一五年に公表されている。J・ストレイチー（北山修監訳・編集）『フロイト全著作解説』一二九-一三六頁、三〇六-三〇八頁参照。『フロイト著作集』第六巻（人文書院一九七〇年）、七頁以下、七八頁以下。

(31) G.Radbruch, Zur Psychologie der strafrechtlichen Schuldformen, 1928, GRGA 8, 185f.

(32) ibid., 187f.

(33) ibid., 188f.

(34) ibid., 188.

(35) 実際、ラートブルフは責任の軽減、場合によっては阻却の可能性について触れている。ibid.

(36) ちなみに、一九五二年連邦通常裁判所判決の観点からみると、ここでのラートブルフの議論は独自のものといえるだろう。先にみたように、故意説の難点は、通常の犯罪の場合でも明示的な違法性の意識はないことが多いということに対応しえないということである。それゆえ、右の判決によれば、明示的な違法性の意識はないという「明白な心理学的事実に反する想定」をせざるをえないのである。ラートブルフの表層／深層論はこうした「想定」の一つといえるかもしれない。フロイトの抑圧理論は今日の心

理学においても維持されているから、表層／深層論に基づくラートブルフの故意論もまったく無根拠とはいえないであろう。とはいえ、ドイツ刑法学の判例通説となっている責任説からみると、やはり独自の説ということになるだろう。もっとも、五二年判決が違法性の意識の可能性の尺度として用いている「良心の緊張」という概念は、それ自体心理学的な意味をもっており、しかも良心の緊張のない状態における認識と緊張のある状態における認識を区別することを想定しているから、表層／深層論と実際には大きく異ならないともいえそうである。

(37) G.Radbruch, Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit, in SJZ (1947), GRGA 8, 256. ちなみに、この論文はイギリス占領地区における裁判官法による法の遡及を正当化する趣旨のものである。

(38) ラートブルフは「まったく思い浮かばなかったというほどに」と述べているから、むしろ、ここにいう不法意識は深層における不法意識ではなく、不法の疑い、つまりかすかながらも表層に残っている不法意識といえるかもしれない。とはいえ、深層における不法意識は事後に「後悔」として現れうるから、その存在という点では大きく異ならないといえるであろう。

(39) A・カウフマンも、ラートブルフはこの論文において、「行為の合法性の意識が責任を排除しうるのは、同時に行為の可罰性の知覚も押し退けられている場合だけである。しかし、法律を超える法によって非難される行為の場合には、こうしたことはほとんど生じないだろう。」という結論にいたっているとしている。A.Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949, 158, Anm.

4　枉法と故意

すでに触れたように、枉法罪の規定はライヒ刑法にもあり（三三六条）、戦後ラートブルフが司法殺人のケースで検討したのもその規定であった。G・ベムマンによれば、裁判官がその訴訟指揮や判決において刑法上の罪に問われうるのは、同時に故意による枉法がある場合だけであるとする主張は、ラートブルフによって初めてなされた。[1] その意味で、枉法罪をめぐる戦後の議論はラートブルフに始まるといってよいだろう。その後枉法罪をめぐる議論はさらに展開して

いく。枉法をとくに扱った論文がいくつかある他、いうまでもなく刑法各論の教科書で枉法罪は扱われている。また、その後の刑法改正に際して、枉法罪も内容を改められて三三九条に移されている。その間の議論における論点は、枉法の主体と当事者、対象又は行為内容、そして故意と錯誤などである。ここでとくに重要なのは故意と錯誤の問題であるが、枉法における故意の類型と錯誤の種類に関する議論にも変遷がある。以下では、ラートブルフの枉法論の検討のために、これらの議論を概観する。しかし、一九二二年の刑法改正草案でラートブルフは枉法罪の規定についても一八七一年法に対する若干の修正を与えているので、まずそれを確認しておこう。

(1)　一九二二年刑法改正草案の枉法規定

一八七一年のライヒ刑法三三六条は枉法について次のように規定していた。「官吏又は仲裁裁判官が、法律事件の指揮及び判決に際して、故意により（vorsätzlich）、一方当事者の有利又は不利になるように、法の歪曲（Beugung des Rechtes）をなした（sich schuldig machen）ときは、五年以下の懲役に処する」[2]。ちなみに、虚偽訴追は三四四条において次のように規定されていた。「官吏が、故意により、その無実であることを知っている者の不利になるように、審理の開始を求め又は審理の継続を停止したときは、懲役に処する」[3]。

これに対し、ラートブルフは一九二二年の刑法改正草案において、枉法について一二六条で次のように規定している。「公務員（Amtsträger）がその公務を遂行するに際して、関与者に利益又は不利益を帰することを意図して（in der Absicht）、認識しつつ（wissentlich）法を枉げたときは、五年以下の重禁錮（strenge Gefangnis）に処する。裁判官又は仲裁裁判官が法律事件の指揮又は判決において枉法をなしたときは、その刑罰は重禁錮とする」[4]。

両者の主な相違は枉法の主体と故意に関する規定の仕方にある。ライヒ刑法が主体を「官吏又は仲裁裁判官」として

いるのに対して、ラートブルフの改正草案は一般的に「公務員」について規定し、次いで「裁判官又は仲裁裁判官」につき別に規定している。この規定につきラートブルフは解説で、枉法については今後は裁判官だけでなく行政官（Verwaltungsbeamte）も処罰の対象たりうるという趣旨であることを触れている。もっとも、一九三一年のフランクのライヒ刑法注釈は法律事件に関わるすべての公務員が枉法の主体となりうるとしているので[5]、解釈論としてもすでに枉法の主体には行政官も含まれるとされていたといえるだろう。

他方、故意については、一八七一年刑法がたんに「故意により」と規定するだけであるのに対し、ラートブルフの草案は、「関与者に利益又は不利益を帰すること」については「意図して」いることを要求するものの、「法を枉げる」ことについては「認識しつつ」としている点が注目される。これは「法を枉げる」ことについては「意図」までは要しないものの、「直接的故意」を要するとするものであろう。

なお、現行ドイツ刑法では枉法（三三九条）は次のように規定されている。「裁判官、その他の公務員又は仲裁裁判官が、法律事件の指揮又は判決において、当事者の有利又は不利になるように、法の歪曲をなしたときは、一年以上五年以下の自由刑に処する」。また、虚偽訴追（三三四条）については、一項で「公務員として刑事手続（自由剥奪を伴わない措置の命令に係る手続を除く）に関与する者が、意図して又は認識しつつ（absichtlich oder wissentlich）、責任なき者又は法律上刑事訴追される必要のない者を、刑事訴追し又は刑事訴追にもたらしたときは、十年以下の自由刑に処する。軽罪のときは（in minder schweren Fällen）、三月以上五年以下の自由刑に処する。本項は行政命令に係る手続に関する公務員にも適用する」とし、さらに二項で、自由剥奪を伴わない措置命令に係る手続に公務員として関与する者が責任なき者を訴追したときは三月以上五年以下の自由刑に処するとしている。虚偽訴追については故意の要件（「意図」又は「直接的故意」）を明記しているのに対して、枉法については故意の要件を規定していないことが特徴的である。

(2)　枉法をめぐる戦後の議論

枉法をめぐってはさまざまな論点があるが、ここでは枉法の対象又は内容、枉法の故意、そして錯誤をめぐる論点について、関連する限りで簡単にみておこう。

まず、枉法の対象に関する当初の議論は、枉法の対象は法律に限定されるのか、それとも法律を超える法も含まれるのかという点に関わっていた。この問題は戦後のラートブルフの議論にとって核心的な意味をもつものであったが、たとえば戦後に枉法について積極的に議論を展開したR・マウラッハもこの問題を取り上げて、超実定的法（überpositives Recht）も枉法の対象となることを肯定している。[6] これによれば、超法律的法に反する法律に従って判決を下すことは枉法となりうることになる。

しかし、近年ではこのような問題設定はほとんどみられず、枉法の行為態様が議論の対象となっている。R・レンギールによれば、それはおおよそ四つの見解に区別される。[7] 第一は、枉法を訴訟の指揮や判決の決定をなす者がその者自身の法確信に反して決定することとする主観説である。これは枉法の主観的側面を捉えているが、基準となる「法」を主観に依存させることになり、主張する論者は少ない。第二に、客観説は客観的な基準に反して決定することを枉法とする。この基準を法律に限定するかそれとも超法律的法を含めるかは右の対象の問題となるが、近年では法解釈の問題として捉える見解がある。たとえば、レンギール自身は客観説による枉法を「決定が客観的に支持可能な範囲内にはもはやないとき」と説明する。[8] それでも、「客観的に支持可能」かどうかを判断する基準はやはり問題となりうるであろう。第三の義務違反説は、この基準を決定者に課せられた義務と規定するものである。レンギールによれば、法規範が多義的で、その決定が支持可能な範囲にある場合でも、「事柄に反する考量」（sachfremde Erwägung）をなすときは枉法となるとするものである。[9] その意味では、客観説よりも基準は広くとられることになる。第四に、枉法の成立に

は、決定のたんなる客観的な支持不可能性では足りず、「司法に対する基本的な衝突たる法違反」があって、「意識的に重大な仕方で法と法律から逸脱する」ことが必要だとするものである。レンギールによれば、ドイツの判例の採っている見解であり、義務違反説とは逆に、枉法の範囲を客観説よりも限定するものである。(10)

次に、枉法の故意については、戦後の議論に変遷がある。戦後の当初は、枉法の故意には、未必の故意では足りず、直接的故意が必要とされていた。(11) たとえば、マウラッハも一九六四年の教科書では直接的故意を要件としており、その根拠は裁判官の独立の要請に求められていた。(12) もし枉法の故意を未必の故意で足りるとすれば、裁判官はたえず枉法の責任を同僚によって問われかねないことになり、裁判官の独立を危うくするというわけである。しかし、これについては有力な批判がある。たとえばベムマンは次のように指摘している。(13) まず、枉法の主体は裁判官に限られない以上、枉法の故意を直接的故意に限定する趣旨を裁判官の独立の保障に求めることはできない。また、裁判官が未必の故意により枉法をなすことが一般的な事実だとはいえないとすれば、未必の故意を枉法の要件としても裁判官の独立が危殆化されることにはならないはずである。さらに、枉法罪の保護対象は裁判官ではなく、むしろ国民であるはずである。そこで、ベムマン自身は枉法の故意には未必の故意で足りると主張するのである。(14)

その後、この点に関する判例・学説は未必の故意説に移っている。(15) しかし、なお議論はある。マウラッハの教科書の改訂を引き継いだシュレーダーの示唆するところでは、判例・学説が未必の故意説に移行した背景には、たとえば医師が過失でも業務行為の責任を問われうるのと比較して、枉法については直接的故意を要件とするのは「説明のつかない司法優遇」とみられていたという事情があった。(16) 現行刑法への改正の経緯のなかで、当初の政府案は枉法の故意を直接的故意に限定しようとするものであったが、最終的にはこの提案は放棄され、先に触れたように、故意について明示的な規定はおかれなかった。しかし、虚偽訴追はもともと枉法よりも重刑が課せられていたところ、改正では虚偽訴追には故意として「意図」又は「直接的故意」が明示的に規定されたため、両者を妥協的に調整するために、枉法について

は未必の故意で足りると解釈するようになったものとみられる。シュレーダー自身は、「怠惰な立法を進歩的な法解釈によって補おう」とする傾向に懸念を示して、「未必の故意の導入くらいでは、たとえば新しい政治体制はこれまでの制定法を留保することができると信じるような、法盲目的な裁判官を把捉するには、残念ながら不十分だ」としている。[17]

最後に、故意又は責任の阻却又は軽減事由としての錯誤の問題がある。G・シュペンデルによれば、戦後裁判の多くの判決や通説は枉法における錯誤を事実の錯誤とみなしており、そのため錯誤が認められればただちに故意が阻却されることとなった。[18] これに対し、シュペンデルは、正当な法律がなお有効であるにも関わらずナチス思想に基づいてその法律を適用しなかった事例を検討して、このケースの枉法における錯誤は事実の錯誤ではなく、禁止の錯誤と捉えるべきであり、したがって当然に故意が阻却されるとすべきではないと主張する。認識しかつ意思して有効な法律を自己の個人的な確信のために歪める裁判官、たとえばナチスの婚姻観に依拠して「婚姻成立の条件といった基礎的な法概念や法命題について誤った見解をもつ裁判官は、たとえば、共同所有の要件メルクマールのもとに単独所有だけを理解して、自分が共同所有者として取得した他人のものを『他人のもの』とみなさない素人と、何ら異ならない」。[19] 後者の素人の錯誤が事実の錯誤ではなく包摂の錯誤であるとすれば、前者の裁判官の場合も事実の錯誤とはみなしえない。旧刑法三三六条の「法」は評価による補充を必要とする規範的構成要件要素とみるべきであり、このような要素についての錯誤には意味の錯誤と包摂の錯誤がありうるが、このケースの場合のようにいずれが法であるかという「法の概念」に関する錯誤であるときは、それは包摂の錯誤、したがってまた禁止の錯誤とみなすべきだというのである。

(3)　ラートブルフの見解の検討

司法殺人における枉法と故意の問題に関するラートブルフの見解は、ここでは次の二点において検討の対象となる。

一つは司法殺人と医療殺人で取扱いに差異が生じるのかどうかであり、もう一つは先にみた枉法裁判官の三つの類型と故意はどのように関係づけられうるかである。

前者の問題は、まず、故意の種類の問題に関わるものと考えられる。シュレーダーがいうように、医師の業務上の犯罪の故意には「未必の故意」で足り、裁判官の枉法の故意には「直接的故意」が必要だとすれば、医療殺人と司法殺人の取扱いは異なりうることになる。枉法による司法殺人の故意について、ベムマンは、ラートブルフは枉法の故意の種類を明示的に特定していたわけではないとしつつ、上記のように枉法の故意を直接的故意とする見解の難点を指摘した上で、枉法の故意には未必の故意も含まれるとするのがラートブルフの趣旨にかなうとしている。[20] しかし、すでに見たように、ラートブルフは一九二二年の改正草案で、「法を枉げること」自体の故意には、「意図」ではなくとも、「認識」つまり「直接的故意」を要するとしていたことからすれば、異論の余地があるだろう。

また、「法律的不法」論文の、先に引用した枉法の故意に関する箇所の前で、ラートブルフは次のように述べている。「裁判官を殺人の罪で可罰的とする場合、この裁判官によって枉法がなされたことが同時に確認されることが前提される（刑法三三六条、三四四条）。なぜなら、独立の裁判官の判断が処罰の対象とされうるのは、その独立性が寄与すべく規定されている原則、つまり法律への服従、すなわち法への服従に、その裁判官が違反した場合だけだからである。[21]」これは、枉法の規定の趣旨を裁判官の独立の保障に求めているもののようにみえる。もしそうだとすれば、一九二二年の改正草案において、枉法の罪は独立の裁判官のみならず、一般の行政官にも適用されると明示的に述べていたことと整合しないことになるだろう。そして、枉法の故意には「直接的故意」を要求するものと解するとすれば、シュレーダーの示唆するように、ラートブルフは裁判官の場合と医師の場合とで異なる取扱いを想定していた可能性があるようにみえる。

いずれにせよ、ライヒ刑法三三六条の「故意」の解釈として、戦後のラートブルフが故意の種類を特定していたかど

うかはやはり不確定である。しかし、枉法の故意と違法性の意識との関係に問題を限定してみると、違法性の意識の有無の判定に故意の種類は直接には関係しないとみることもできる。この点についての手がかりも二八年の論文にみることができそうである。ラートブルフは、そこで、「意図」の場合でも、「認識がある」場合でも、また「未必の故意」の場合でも、結果の表象は表面的なものにとどまるものの、下意識に抑圧された「社会的反価値性」の認識がありうるとしていた。そうすると、少なくとも、ラートブルフにとって、不法の認識は故意の種類に関わらないことになるだろう。[22]

このようにみてよいとすれば、故意の種類に関わらず、故意と違法性の意識との関係について、医療殺人の場合と司法殺人の場合で異なる取扱いをすべき理由はないことになる。そして、このことを示唆する言明をラートブルフは残しているのである。一九四七年の「法律と法」論文に対しては、雑誌の読者から異論が提起され、ラートブルフはそれに応答している。そのいずれも、「法律と法」論文が掲載された『シュトゥットガルト評論』誌の三月号に掲載されている。ラートブルフが法律的不法の遡及処罰における正義と法的安定性のアンチノミーを強調していたのに対して、読者の見解は、この両者はどちらも人間の尊厳や自由といった共通の理念に由来するのであり、したがって法的安定性もそれに対応する罪刑法定主義もこれらの理念に反するときは停止するとみるべきだというものであった。[23] ラートブルフはこの議論のなかに遡及処罰についての「法的正当化」ではなく「政治的正当化」の傾向を見てとり、「法律的不法」論文と同様に、ナチス以前のライヒ刑法による処罰の可能性を指摘しているのである。[24]

それは法律的不法において不法の意識があったと考えられることを指摘するもので、先に触れた「人道に対する罪に関する議論について」と同じ議論である。そこでラートブルフは次のように述べている。[25]「この原理［「法律なくして犯罪なし」］の意味は、行為者は行為以前に少なくともその行為の可罰性を知っている可能性があるのでなければならないということである。医療殺人、密告、司法殺人その他の法律的不法に際して、人々がそこではすべては正しく生じているのだと信じていたと想定するとすれば、…それはドイツ国民を侮辱することになるだろう」。ほぼ同じ時期に書か

れたものと推定できる「人道に対する罪」論文の場合と同様に、これはドイツ国民の名誉を保持しようとする願望の表現とみることもできる。しかし、ここで注意に値するのは、医療殺人と司法殺人が明示的に同列に置かれていることである。もし医療殺人のケースにおいていわば深層の不法意識があったと想定しうるとすれば、同じことは司法殺人のケースについても想定されるはずである。もちろん、この片言から確定的な結論を導くことはできないが、少なくともラートブルフが司法殺人の場合にも深層の不法意識を想定した可能性は否定できないであろう。

そこで、先に触れた枉法裁判官の三類型について、以上のように解されるラートブルフの観点から見た、その故意の成立可能性をもう一度検討してみよう。第一類型の裁判官、すなわちナチスの法律にも反して、つまりこの意味でも枉法の死刑判決を下した裁判官は、「法盲目的」な犯罪の「意図」を有していたとみなされうる。もっとも、この類型の裁判官は法学的実証主義的な観点からみても免責されえないであろう。[26] 第三類型の裁判官、すなわち違法性の意識を有していたが、ナチスに従わざるを得なかったという裁判官は、意図ではなく、直接的又は未必の故意を有していたことになる。この類型の裁判官はたしかに「緊急避難」により免責又は減刑の可能性があるといえるかもしれない。[27]

問題は第二類型の裁判官、すなわち実証主義のゆえに違法性の意識を欠いたかもしれない裁判官である。この類型の裁判官は、実証主義によって訓育されることによって、たしかに法律的不法について表層においては違法性の意識をもちえなかったとみることもできる。しかし、一九二八年論文及び一九四七年判決評釈に通底すると考えられるラートブルフの観点からみれば、少なくとも深層における不法意識をもった可能性があることになる。もしそうだとすれば、故意は否定されえず、法的に有責とみなされうるであろう（もっとも、量刑において減刑される可能性はある）。また、たしかにこれらの裁判官は「法」についての錯誤に陥っていたといえるかもしれないが、シュペンデルのように、この錯誤を禁止の錯誤とみるならば、やはり直ちに免責されるわけではないであろう。この点についてのラートブルフの明示的な言明を見出すことはできないが、第二類型の裁判官について錯誤を問題とするとすれば、それは「法」の概念に

関する錯誤であり、やはり禁止の錯誤とみなしたであろうと思われる。

もっとも、この類型の裁判官が実際にどの程度いただろうかという問題は残る。それどころか、このような類型の裁判官が現実に存在しうるとはほとんど考えられないといえるかもしれない。ナチス期の裁判官の類型として考えられるのは、第一、第三の類型や、ナチス期にも裁判官の独立を可能な限り守ろうとした類型くらいであろう。しかし、実証主義に責任を帰することによって裁判官を免責しようとする免責テーゼとしてラートブルフ・テーゼを読むとすれば、それによって免責の可能性が認められうるのは、第二類型の裁判官であろう。本稿が検討したのは、免責テーゼ論が、ラートブルフの刑法理論の観点からみて、ラートブルフの趣旨に適合するのかどうかであった。のみならず、この問題はラートブルフ解釈の問題にとどまらない。それはラートブルフにとっても現実的な意味をもつ問題であったと考えることもできる。第一や第三の類型の裁判官も、恣意的な権力による不法な法律や命令も法的効力をもつと考え、「不法の意識」がなかったと弁明とする可能性はあったであろうからである。[28] そのような弁明があったとすれば、それは、ラートブルフのみるところでは、自らを、ひいてはドイツ国民を「侮辱する」ものであっただろう。

（1）　G.Bemmann, Über die Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Richters, in Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch 21.11.1878 - 23.11.1949, 1968, 308.

（2）　R.Frank (Hrsg.), Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 756.

（3）　ibid., 762.

（4）　G.Radbruch, Entwurf, GRGA 9, 77.　ちなみに、虚偽訴追等については一三一条に規定している。すなわち、「刑事手続に関与する公務員が、供述を得るために強制手段を用い、認識しつつ有責な者を訴追若しくは処罰から免れさせ、又は認識しつつ責任なき者を訴追若しくは処罰にもたらしたときは、十年以下の重禁錮に処する」としている。ibid., 79.

（5）　R.Frank (Hrsg.), Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 756.

（6）　R.Maurach, Deutsches Strafrecht: Besonder Teil, 1964, 715.

(7) R.Rengier, Strafrecht: Besonder Teil II, 10.Aufl., 2009, 520f.
(8) ibid., 520.
(9) ibid.
(10) ibid., 520f.
(11) Vgl. G.Bemmann, Über die Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Richters, 309.
(12) R.Maurach, Deutsches Strafrecht: Besonder Teil, 715.
(13) G.Bemmann, Über die Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Richters, 309ff.
(14) ibid., 311.
(15) Vgl. R.Rengier, Strafrecht: Besonder Teil II, 522.
(16) R.Maurach/F.-Ch.Schröder, Strafrecht Besonder Teil, Teilband 2. 6.völlig neubearbeitete Aufl., 1981, 193ff.
(17) ibid., 195.
(18) G.Spendel, Zur Problematik der Rechtsbeugung, in Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch 21.11.1878 – 23.11.1949, 1968, 318.
(19) ibid., 319.
(20) G.Bemmann, Über die Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Richters, 311.
(21) G.Radbruch, Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, GRGA 3, 91.
(22) ゼムマンも、枉法の責任は故意の種類によらない、それゆえに未必の故意で足りるとするのである。Bemmann, Über die Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Richters, 311.
(23) G.H.-Hermann, (Erwiderung zu) Gesetz und Recht, in Stuttgarter Rundschau, März 1947, GRGA 3, 100ff.
(24) G.Radbruch, Erwiderung, in Stuttgarter Rundschau, März 1947, GRGA 3, 104ff.
(25) ibid., 105.
(26) S・L・ポールソンが、ゲティヒ事件判決におけるような裁判官についてはラートブルフよっても免責されないだろうとしていたことについては、第二節注(1)を参照。
(27) このようなケースは、高山『故意と違法性の意識』三七二-三七四頁のいう「葛藤型」に該当するだろう。高山によれば、葛藤型については期待可能性がないがゆえに責任を問えないということになる。
(28) ラートブルフは、医療殺人事件に関してであるが、被告人たちはこうした口実によって免責を求める「あわれな」(erbar-

mungswürdig）な人物にすぎないと指摘している。G.Radbruch, Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit, GRGA 8, 257.

5　おわりに

ラートブルフ・テーゼが理論的誠実性をもつものであったとみなしうることは別稿で確認した。この確認が正しいとすれば、ラートブルフ・テーゼは何か隠れた意図をもっていたわけではない。とくに、実証主義によって訓育された裁判官たちの判決における法律的不法を、実証主義の責任に転嫁することによって、これら裁判官たちの免責を図ろうとするものであったとはいえない。だが、ラートブルフが二つの論文においてこうした裁判官たちの免責の可能性を示唆していたことは事実である。しかし、はたしてラートブルフはほんとうに免責の可能性を肯定的に捉えていたのかどうか、これが本稿のテーマであった。このテーマは、ラートブルフ・テーゼの意図に問題はなかったとしても問われうる、独立の問題である。最後に、本稿の検討結果をまとめておこう。

ラートブルフは、実証主義によって訓育された裁判官たちが、法律的不法であるナチスの法律に従って不法な判決を下したとしても、そのことについて枉法の故意がなかった可能性を示唆している。それらの判決が客観的には枉法に該当するとしても、これらの裁判官たちには違法性の意識がなく、それゆえ故意がなかった可能性があるというわけである。故意に違法性の意識を含める見解はいわゆる故意説と呼ばれており、ラートブルフは一九二二年の刑法改正草案ではこの見解を採用していた。また、戦前のラートブルフは、責任を心理的事態への「帰責」に純化する心理的責任論にたっていた。ここからすれば、これらの裁判官たちの故意は否定されることになりそうである。

ところが、一九四七年の医療殺人事件判決評釈では、法＝評価規範説に立って、故意に違法性の意識は不要であるとする見解にいたっている。それは、法の不知を免責事由としない古典的な責任論に回帰するもの、又は心理的責任論から規範的責任論へと転向するもののようにもみえる。だが、この見解における違法性の意識は実際は二義的である。この点については、一九二八年の論文が一つの手がかりを与える。そこでは、意識の表層においては違法性の意識はなくとも、深層において不法意識がありうる場合が検討されているのである。[1] そして、医療殺人事件についても、ラートブルフは医師たちの深層に不法意識があった可能性を示唆している。これによれば、医師たちは違法性の意識の欠如による故意の阻却を否定されうることになる。

このようにみると、司法殺人における裁判官たちについても、単純に違法性の意識の欠如により故意が阻却されると結論することはできないと考えられる。たしかに、ラートブルフは、医療殺人の場合と異なり、司法殺人についてはさらに枉法の故意が必要であるとしており、しかも枉法の故意には直接的故意が必要とみなしている可能性があるが、違法性の意識の問題には故意の種類は関わらないと考えられる。そして、ラートブルフは司法殺人においてもその行為者たちが深層において不法意識をもっていた可能性を示唆しているのである。この認識は下意識に抑圧されることがあるとすれば、実証主義によって訓育されて「法」についての錯誤に陥ったと考えられる裁判官たちも下意識において不法の認識があったとみなされうる。ナチス期の裁判官の枉法についても故意は否定されない可能性があることになる。

以上のように解しうるとすれば、ラートブルフ・テーゼは意図的な「免責テーゼ」であったとはいえないであろう。たしかにラートブルフは裁判官たちの免責の可能性を問うているが、それは戦前からの彼の刑事責任論に由来する理論的帰結の一つだったのである。[2] しかし、その心理的責任論及び故意説はそのままでは難点をはらむものであった。このような難点は、一九二八年の論文にみるように、戦前のラートブルフにおいても意識されていたのであったが、それがまさにナチス期における「不法意識のない不法」というパラドクシカルな事態においてあらわになったのだといえる。

そうだとすると、法律的不法に対して国民と法律家を無防備にしたとして実証主義の責任を問うラートブルフ・テーゼは、このような「不法意識のない不法」というパラドクシカルな事態を生み出しうるという点においても、実証主義の責任を問うものであったとさえいえるだろう。しかも、実証主義についてのこうした見解は、別稿でみたように、第一次大戦直後のラートブルフにもあった。そこで、ラートブルフは、第一次大戦においてドイツが国際法違反を「最善の良心のあの自明性をもって」なしたのだとすれば、そのことについて、「国家の命令でない法原則に対する理解」を欠如した実証主義は強い共同責任を負っているとしていたのであった(3)。つまり、そこでも不法の意識のない法違反という事態の責任が実証主義に帰せられていたのである。

もっとも、本稿の検討からしても、「法律的不法」論文における枉法裁判官の故意に関する議論がこの意味のものであったかどうかという点について、確定的な答えを与えることはできない。ラートブルフはこの点について明快な言明を遺していないのである。戦後のラートブルフの議論としては、その表題のインパクトもあって、「法律的不法」論文だけが、しかもそのテーゼや定式の部分だけが独り歩きしていった観がある。一九一六年の自由法運動についても、盟友カントロヴィッツの「法学のための闘争」の議論が誤解されかねない状況になったため、後に「反制定法的解釈」を許容するものではないことを弁明しなければならなかった(4)。別稿で触れておいたように(5)、ラートブルフは自由法運動の意義について次第に限定的になっていくのであるが、それを誤解の余地のない仕方で公表したとはいえない。同様に、ラートブルフ・テーゼや、裁判官の免責可能性の示唆についても、残念ながら、その真意を誤解の余地のない仕方で公表することはなかったのである。

（1）第二節第三項で触れたように、この議論は刑法学的には疑問とすることができるが、故意説の難点とされる問題をラートブルフなりに克服する試みであったとみることはできる。

（2） もっとも、そこにラートブルフの「心情動機」がまったく作用していなかったということもできないであろうが。

（3） G.Radbruch, Das Recht im sozialen Volksstaat, in Der Geist der neuen Volksgemeinschaft, hrsg. von der Zentrare für Heimatdienst, 1919, GRGA 13, 64.

（4） G.Radbruch, Literaturbericht Rechtsphilosophie, in ZStW 27 (1907), GRGA 1, 480ff.

（5） 拙稿「ラートブルフ・テーゼについて」二一-二四頁参照。

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。