

◇ 資 料 ◇

ディーター・ダイゼロート

責任は実証主義にあったのか？

——1933年1月30日から80年目のテーマ  
「法律家とナチ体制」に関する評論<sup>1)</sup>——

本 田 稔\*(訳)

目 次

- 一 グスタフ・ラートブルフ——信頼できる王冠証人なのか？
- 二 法と法律の実証主義の核心的内容
- 三 実証主義伝説
- 四 結 論——それが我々に教えるもの

一 グスタフ・ラートブルフ——信頼できる王冠証人なのか？

ラートブルフは、長年にわたって社会民主党の帝国議会議員を務め、短期間でありましたがワイマール共和国において司法大臣の任に就いていました。同時に、20世紀において最も影響力のあった法哲学者でもあります。1946年、彼は、その著名な論稿「法律の形をした不法と法律を超える法」において、次のような定式を行いました。

「命令は命令だ」という原則と、「法律は法律だ」という原則がある。ナチスは、この二つの原則を用いて、一方では軍人、他方では法曹というナチスの従者を手もとにつなぎとめておくことができた。……「法律は法律だ」という原則には、何らの制限もなかった。それは、何十年もの間ほとんど反対もされずにドイツの法律家たちを支配した法実証主義の思想の表現である。……まことに、実証主義は、「法

---

\* ほんだ・みのる 立命館大学法学部教授

1) 本稿は、著者がザクセン・アンハルトの裁判官研修の一環としてハレ・ザーレにおいて行なった講演を基にしている。

律は法律だ」というその確信によって、ドイツの法曹から、恣意的かつ犯罪的な内容をもった法律に対して抵抗する力を奪い去ってきた<sup>2)</sup>。

ラートブルフは、この定式によって、様々な学問的・政治的「陣営」から、多くの支持と支援を得ることができました——ただし、それも今日までです。連邦裁判所<sup>3)</sup>の長官であったヘルマン・ヴァインカウフは、1935年にナチス政権によって帝国裁判所の判事に任命され、1945年までそこで任に就いていましたが、ミュンヘン現代史研究所から委託を受けて執筆した1968年出版の『司法と国家社会主義』<sup>4)</sup>のなかで、法実証主義は法曹、とりわけ裁判所から、法の領域への「国家的不法の侵入に対する抵抗力を奪い去った」と解説しました。ヴァインカウフは、国家社会主義に対するドイツ法学の脆弱性は、最終的に法実証主義に帰着すると述べたのです<sup>5)</sup>。それから数十年、多くの法学者と法適用者は、同じことを論じてきましたし、また論じています。ここでは、それに関して若干ではありますが、実例を示さなければなりません。自らも褐色の過去に深く引き込まれたことがあるハンス・ヴェルツェルは、ドイツの法律家のほとんどが実証主義的心情を抱き、それゆえ寄る辺なきままに「第三帝国」に引き込まれ、「法実証主義に縛られた」という考えを主張しました<sup>6)</sup>。また、ケルンの憲法学者マルティン・クリーレは、「適法性と合法性の同一視は、あらゆる抵抗権を排除するだけではない。憲法が適法に改変される時に、民主主義的立憲国家のあらゆる適法性を防衛できなくなることをも意味する。それゆえに、法実証主義は、ワイマール共和国の崩壊を理論的に正当化し、それを準備できたのである」と論じました<sup>7)</sup>。ヴェルツブルクの刑法学者ギュンター・シュペンデルもまた、法学的実証主義を「国家自身が法として定立し承認したものだけを、秩序と安定性を理由にして法として妥当させ、不正で犯罪的な法

---

2) Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, Nr. 5, S. 105 ff.

3) Vgl. Klaus-Detlef Godau-Schüttke, Der Bundesgerichtshof - Justiz in Deutschland, Berlin, 2005, S. 21 ff.

4) Hermann Weinkauff, Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus, Stuttgart 1968 (Band 16/1 der "Quellen und Darstellungen zur Zeitgeschichte").

5) Weinkauff, ebd., S. 30 f.

6) Hans Welzel, Naturrecht und Rechtspositivismus, in: Werner Maihofer (Hrsg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus?, 1962, S. 322 (323).

7) Martin Kriele, Recht und praktische Vernunft, 1979, S. 126.

律に対する抵抗力を法律家から奪い去った学説』であると特徴づけました<sup>8)</sup>。さらに、ミュンヘンの法哲学者アルトゥール・カウフマンは、「このような実証主義の倫理的頹廃がいかにして生じたかは、知られている。国家社会主義において、誠に『卑劣で』、『非倫理的』で、かつ『犯罪的』な法律が作られ、実証主義によって教育を受けた法律家の世代からは、その法律に対して、何ら特筆に値する抵抗はなされなかった」と述べました<sup>9)</sup>。

私は、ワイマール共和国の廃止に際しても、またナチ体制の期間においても、法または法律の実証主義が「法曹」から「抵抗力」を奪い去ったという、いまだに——今日においても——広く行き渡っている、理論に即していないこの主張を「実証主義伝説」と特徴づけようと思います。この実証主義伝説は、誤った歴史的・法的前提から出発しているため、前提として全く不適格であり、その結論にも致命的な欠陥がある、というのが私のテーゼです。

## 二 法と法律の実証主義の核心的内容

まず第一に、そもそも「法実証主義」のもとにおいて、何が理解されるべきなのかという問いに対して、若干の注釈を行ないます。法および法律の実証主義には、多様な潮流が豊富にあります。それはおそらく二つの核心的テーゼにおいてまとめられることができるでしょう。

実証主義の法源論の主要な内容は、次のようなものです。定立された法、つまり立法者によって実定化された法（および慣習法）以外に妥当する法命題など存在しない。何が法的に許容され、禁止されるかは、妥当する法命題から認識することができる。法学以外の価値や目的、例えば宗教的、政治的、社会的または学術的な価値や目的には、それらが法規範の形において確定されない限り、法を創造し、また法を変更する力があると認めることはできない。これが、法実証主義の法源論の内容です。

第二に、あらゆる伝統的な実証主義の形態を特徴づけているのは、その法学的な解釈方法です。実証主義者が述べるように、規範の条文内容と意味の確認は、条文が成立した歴史的・政治的な諸条件から導き出されねばなりません。その解釈は、

---

8) Günter Spindel, Justiz in der Zeitwende. Gustav Radbruch zum 100. Geburtstag, 1979, S. 28 f.

9) Arthur Kaufmann, Theorie der Gerechtigkeit. Problemgeschichtliche Betrachtungen, 1984, S. 31.

規範の文言を確認し、それを厳密にし、それに従わなければなりません。それ以外にも、もちろん——「文理的」および「体系的」な視点に基づいて——その時々において考察される規範と他の規範、すなわち同一の法典または考慮されるべき一部の法典に含まれている規範を一つの「体系連関」にまとめることを試みなければなりません。ワイマール共和国の重要な法実証主義の主張者として、とくにゲアハルト・アンシュッツ、フーゴ・プロイス、リヒャルト・トーマ、そしてハンス・ケルゼンの名前を挙げるができます。

### 三 実証主義伝説

法実証主義は、ワイマール共和国の廃止にあたって、そしてナチ体制において、「法曹」から抵抗力を奪い去ったという実際に主張されている法的テーゼは、様々な誤った前提を含んでいます。

1. 「実証主義伝説」は、法または法律の実証主義が、ワイマール共和国の数年の間、またナチ国家において、つまり1933年前後において、裁判官と法学のなかで支配的な原理であったことを前提にしています。しかしながら、それは全くの誤りです。

#### ・ワイマール共和国時代の国法論による法および法律の実証主義の排斥

1870年代以降、国法上の実証主義は、ドイツでは不動の地位にありました。それに結びついているのは、とくにパウル・ラバント、カール・フリードリヒ・フォン・ゲルバー等の法学者です<sup>10)</sup>。1918年から19年にかけて、ドイツに議会主義が導入されるに伴って、その様相は一変します。それは、実際に国法論の亡霊を再びよみがえらせました。その結果、高次の法を探求し、それによって実定的な法秩序を非法学的に基礎づけようと試みる新しい方向へと進んでいきました。それ以降、ワイマール共和国では、哲学上の同様の思潮に対応して、4つの基本的な潮流が形成されました。それらは、国法上の法実証主義とそのワイマールの代表的論者であるゲアハルト・アンシュッツ、リヒャルト・トーマ、そしてハンス・ケルゼンに対立しました。4つの潮流とは、① 自然法によって形成された潮流であり、その代

---

10) Vgl. dazu u. a. Oeter von Oertzen, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus. Eine wissensoziologische Studie über die Entstehung des formalistischen Positivismus in der deutschen Staatswissenschaft. Hrsg. und mit einem Nachwort von Dieter Sterzel, 1974.

表的な論者として、エリック・カウフマンの名前が挙げられます（1950年代にアデナウアー政権の国際法顧問を務めました）。② いわゆる精神科学的な方向を目指す潮流であり、その論者としては、ルドルフ・スメント（「統合理論」）とギュンター・ホルシュタインの名前が挙げられます。③ 社会学的・政治学的な傾向であり、それを主張した者として、とくにヘルマン・ヘラーと彼を支持する比較的わずかな国法学者が挙げられます。④ 権力国家的・権威主義的で、反個人主義的・決断主義的な学説であり、それを主張した者としては、カール・シュミットとその支持者が挙げられます。その当時、この潮流には、エルンスト＝ルドルフ・フーバー、ヴェルナー・ウェーバーとエルンスト・フォルストホフなどが属していました。

4つの潮流の核心的な内容は、議会による権力形成、すなわち普通・平等・自由な選挙法に基づいて任命された立法者による権力形成を制約することにあります。それらの議論は、とりわけ3つの問題に関わっています。それは、① ワイマール共和国憲法第109条の平等原則は、その文言（「法律の前での平等」）および従前の学説に反して、立法者に対しても妥当するのか、② 憲法のコア部分は、立法者とは異なる次元において成立しているのか、そして③ 法律の合憲性に関する裁判官の審査権は、憲法に規定されていないにもかかわらず、裁判官に付与されているのか、という問題です。エリック・カウフマンは、すでに1926年にミュンスターで開催された国法学会において、国法上の実証主義がかつて誇っていた優位性はもはや成り立たないと断言しました。彼は勝ち誇ったようにして、次のように述べました。

私は、法学における実証主義が今日では広く破綻したと評価されていること、我々の国法学会が少なくともこの問題を問題として受け止めていること、そして法的问题の核心へ、実定的な国法の彼岸にあるものへ進んで、問題解明に真剣に取り組めることを喜ばしく思います。……実証主義は、その性質によれば、安定的な諸関係、または安定的であると評価された諸関係とそれによって与えられた静態性の気風を基盤にして成立するものです。戦争、革命、崩壊、そして平和条約によって、我々は静態的な民族であることをやめたのです。法律の前の平等という原則によって提起された問題が、我々にとって再び問題となりましたが、それもこのことと関係があるのかもしれませんが<sup>11)</sup>。

---

11) Erich Kaufmann, VVDStRL 3 (1926), S. 3.

支配的になった反実証主義の潮流に対抗して、国法学会において反対の論陣を張り、その政治的意図と含意について公然と問題を提起し、問題点を指摘したのは、ハンス・ケルゼンでした。「示されているのは、現実に存在する立法者の権威の価値を過小評価するという明らかな傾向です。ある一部の法律家グループが、これまで無条件に承認されてきた法学的実証主義から離脱しています。その傾向が立法機関の政治的構造の変化によって説明できるのかどうか、どの程度説明しうるのかという問題に立ち入りたいと思いますが、いずれにせよ見逃すことができないのは、かつて裁判官の法規拘束性を教えていた法律家が、今日では自然法を引合いに出すことによって、法律に対抗する自由を裁判官に認めようとしていることです。議会の設立によって、政治的構造が変化したことが明らかになったために、裁判官が非常に自由になっていること、その結果、法曹の全部またはその一部と議会との間に政治的な対立はあっても、今日の裁判官と法曹の間には、そのような対立がなくなっていることも見逃せません<sup>12)</sup>。

#### • 裁判官

ワイマール共和国およびナチ時代において支配的な法律観であったのは、法律実証主義ではありません。ワイマール共和国の憲法は、議会の無制限の立法権能、全ての市民男女（とくに労働者層）の完全な政治参加の権利を初めて保障しましたが、その共和国が建国されて以来、「ドイツの法曹」の、とりわけ司法関係者の多数は、民主的に成立した法律に対して、ますます容赦のない批判を行ないました。法律の文言を厳格な羅針盤として位置づける解釈方法、(立法府の歴史的意図と目的設定に照準を合わせて)歴史的・主観的な解釈方法を採用することを拒否しながら、——いわゆる高次の「価値」(「実質的法治国家性」)と「利益」,「不可避免的な必要性」,「生活上の経験」,あるいはその他の「自由な論証方法」を顧慮した法律の解釈を行なったのです<sup>13)</sup>。

法学においても<sup>14)</sup>、裁判においても<sup>15)</sup>、確定的な基本方向、あるいは一貫した

12) Hans Kelsen, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 3 (1926), S. 54.

13) Vgl. dazu u.a. Knut Wolfgang Nörr, Der Richter zwischen Gesetz und Wirklichkeit, 1996, S. 10 ff.

14) Vgl. dazu u.a. Ingeborg Maus, Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats, in: Tohidipur, Der bürgerliche Rechtsstaat, 1978, S. 13 (40 ff.); Deiseroth, in: ders/Hase/Ladeur (Hrsg.), Ordnungsmacht, 1981, S. 85 ff.(88ff.) m.w.N.; Ridder/Bäumlin, in: AK Grundgesetz, Bd. 1, 1. Aufl., 1984, Art. 20 Abs. 1-3- Rechtsstaat - Rn. 21 ff. m.w.N.; Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Dritter

民主的・「実証主義的」な基本方向が語られることは、ワイマール共和国ではありえませんでした。むしろ支配的であったのは、民主的に選挙された立法者および民主主義に反対する共和国敵対的な基本態度でした（「政党国家」, 「大衆民主主義」<sup>16)</sup>。

• ナチ国家における法理論

1933年1月30日以降、ナチの法イデオロギーによって、そしてそれを支援する法学者によって、裁判の場においても格別の攻撃対象にされたのが「実証主義」でした。ナチの権力的で、イデオロギー的な先駆者と支持者は、法実証主義が、ナチ体制の新たな政治目標、しかも諸状況に即応して生成する政治目標の貫徹を阻害するものであると考え、侮蔑しました。彼らにとって実証主義は、「政党国家」の立法者が、憲法の枠内において実定化した抽象的・一般的な法規範のところ、国家の権力行使を、条文の文言に照準を合わせる「形式主義」によってつなぎとめることによって、それを手なずけることを目指した阻害的な方法であり、敵対的な方法でした<sup>17)</sup>。

それゆえ、エルンスト・フォルストホフは、1933年に出版された彼の著書『全体国家』のなかで、ワイマール共和国と法実証主義に対して、次のような言葉を浴びせて論争を挑んだのです。「規範の定立と予測可能な執行の上に成り立つ国家（すなわちワイマール共和国）は、実際に決定されたことを、正当であろうが不当であろうが、良からうが悪からうが、倫理的であろうが非倫理的であろうが、そもそも執行することができない。というのも、そのような判断を行なうことが可能なだけの実体をその国家は欠いているからである。まさしく、その国家は、決断する力を失った世代の国家であるために、そのような決断を、やむを得ない結果としては

---

↘Band, 2002, 171 ff.; Deiseroth, Die Legalitäts-Legende, in: Blätter für deutsche und internationale Politik, Heft 2/2008, S. 93 (98ff).

15) Vgl. u. a. Ingo Müller, Furchtbare Juristen, 1987, S. 54 ff.; Deiseroth, Nordrhein-westfälische Justiz und NS-Vergangenheit. Anmerkungen zu dem vom NRW-Justizministerium in Auftrag gegebenen Forschungsprojektoth, in: Kritische Justiz (KJ) 2002, S. 90 (91 ff.) m.w.N.

16) Vgl. dazu u.a. Sontheimer, Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, 1962 (2. Aufl. 1968); Fridrich Kübler, AcP 162 (1963), S. 104 (114 ff.); Fangmann, Justiz gegen Demokratie, 1979; Rottleitner, in: Dreier/Sellert (Hrsg.), Recht und Justiz im "Dritten Reich", 1989, S. 323 ff.; Ingeborg Maus, in: Dreier/Sellert, a.a.O., S. 80 ff.)

17) Vgl. dazu u.a. Rùthers, Die unbegrenzte Auslegung, 1973, S. 91 ff.

なく、原理的に放棄しているのである。……それによって、その種の国家政体を『法治国家』と特徴づけることのなかに、自惚れが内在していることもまた露呈する。なぜならば、法と不法を区別できない国家が法の国家であることを特別に強い調子で要求し、それによって他の国家、「独裁国家」、「御上」、「権力国家および暴力国家」を見下して、それに反対し、そして優越する倫理的・政治的な価値を守ることを要求するならば、それは根本的に重大な欺瞞でしかないからである<sup>18)</sup>。

ワイマール共和国が終焉を迎え、ナチ体制が安定した状態に入った後、フォルストホフは、次のように定式化しました。「たとえどのような状況にあろうとも、今日の国家は」——つまり1933年のナチ国家——「必然的に権威を喪失するに至った個人主義的で実証主義的な態度から何らかの力を引き出すことなどできない<sup>19)</sup>。さらに、エルンスト＝ルドルフ・フーバーは、1935年に次のように記しました。「革命的に創造された国家社会主義の国家秩序を妥当せしめるために重要なのは、ワイマール憲法の意味における適法性ではなく、民族的概念における合法性である<sup>20)</sup>。彼は、その標準的な教科書である『大ドイツ帝国憲法』のなかで、そのことを同じように定式化しました。「国家社会主義の革命が適法であることから、ワイマール憲法がまだ妥当しているという結論を導き出す者は、誤った法学的形式主義、すなわち憲法実証主義と規範主義の枠内にとどまっている<sup>21)</sup>。

カール・ラレンツ<sup>22)</sup>、オットー・ケルロイター<sup>23)</sup>、カール・シュミット<sup>24)</sup>、エリック・ヴォルフ<sup>25)</sup>、そしてハインリヒ・ランゲ<sup>26)</sup>のような論者は、「正しい国家」に対抗する「形式的法律国家」を同じような方法で批判しました。カール・シュミットは、1933年に公表された論文「国家・運動・民族」のなかで、数千の法律の条項の歪曲可能な文言によって欺瞞的につなぎとめることに対して反対しました<sup>27)</sup>。カール・ラレンツは、1935年に公刊された論文のなかで、法律実証主義が、

18) Ernst Forsthoff, Der totale Staat, 1933, S. 13 f.

19) Ernst Forsthoff, Der totale Staat, 1933, S. 32.

20) Ernst Rudolf Huber, Wesen und Inhalt der Verfassung, 1935, S. 76.

21) Ernst Rudolf Huber, Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Aufl. 1939, S. 44 ff. (49).

22) Karl Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, 1934, S. 11 ff.

23) Otto Koellreuter, Deutsches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1936, S. 54 ff.

24) Carl Schmitt, JW 1934, 713 ff.; ders., DR 1934, S. 27 ff.

25) Erich Wolf, ARSPh 28 (1934/35), S. 348 (352f).

26) Heinrich Lange, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, 1934, S. 20 ff.

27) Carl Schmitt, Staat, Bewegung, Volk, 1933, S. 46.



法生活における創造的な改革の放棄へと至り、裁判官の法規拘束性という硬直化した見解によってその責務を果たす喜びを麻痺させ、このような方法によって成文法と全体的な倫理的意識との間に、裁判官が主張するところの「亀裂」を作り出したと非難しました<sup>28)</sup>。この場合、彼らの念頭にあったのは、実証主義と民主主義的な基本的態度との間に関連性があることでした。それゆえ、エルンスト・フォルストホフは、ハンス・ケルゼンという実証主義者を軽蔑的に「民主主義の首尾一貫した防禦者」と呼びました<sup>29)</sup>。オットー・ケルロイターは、「国民革命の意義と本質について」という論文のなかで、リヒャルト・トーマという実証主義者を「自由主義的な国法論の代表的な主張者」と特徴づけ<sup>30)</sup>、カール・シュミットは、「典型的な法治国家論者」のグスタフ・ラートブルフを引用し、批判しました<sup>31)</sup>。

2. それ以外にも、「実証主義伝説」は、ナチの「法律」が一般に明確で拘束力のある法規適用命令を内容としていたことを想定しています。その点に関しては、まずは1933年から戦争が開始される1939年の秋までの全期間において、多くの政府制定法と対立する新しい議会制定法が帝国議会で可決されなかったことを確認すべきでしょう。ナチの「法律」の構造は、それが常に短期間のうちに不明瞭なまま制定されたことに特徴があります。わずかな条文が、一般条項とあいまいな概念によって徹底的に適用されました。ナチの「法律」には、大体的場合、仰々しく響く目的規定を伴った条文が前置きされていました。その法的内容を明らかにすることは、方法上ほとんど不可能でした。従って、ナチの「法律」は、法律の模造品にすぎません。国家社会主義の不法の媒体になったのは、法律ではなく、脱形式化された法でした。この規則の適用は、法以外の価値基準に基づいてのみ可能でした。つまり、利益衡量したり、その基準を踏まえることによってです。1933年以前の時代から存在する旧い法は、その法律の条文が変更されない場合には、ナチ思想<sup>32)</sup>の指導的指針の意味における解釈による適応という柔軟な戦略を介して適用されました。カール・シュミットは、その指針に原則を与え、裁判官、弁護士、司法官僚または

---

28) Karl Larenz, Zeitschrift für deutsche Kultur-Philosophie 1935, S. 40 (60).

29) Ernst Forsthoff, Der totale Staat, a.a.O., S. 14.

30) Otto Koellreuter, Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution, 1933, S. 15 und 17.

31) Carl Schmitt, JW 1934, S. 713 (714).

32) Vgl. dazu auch Franssen, JZ 1969, S. 767 ff. (768); Horst Dreier, Der Radbruchsche Formel - Erkenntnis oder Bekenntnis?, in: Heinz Mayer (Hrsg.), Staatsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Robert Walter zum 60. Geburtstag, Wien, 1991, S. 117 (126).

法学教師による一般条項の解釈と取扱いの基準になるのは、「直接的および排他的にナチスの基本原則」だけであると述べたのです<sup>33)</sup>。

・法律の模造品は実定法にあらず

3. ナチは適法に権力の座についたという命題が、今日まで幅広く普及しています。この命題が、まさにこの適法性を理由にして、「法曹」が実務においてナチ体制の不法なもの、犯罪的なものを断罪し、それに効果的に抵抗することを非常に困難にさせたという命題に結びついています。1933年1月30日以降、現実の過程に「適法な権力掌握」というヴェールをかぶせる着想の「精神的指導者」であったのは、帝国内務大臣フリック（ナチ党）です。ドイツの国法学者の権威ある代表者は、「合法革命」<sup>34)</sup>と繰り返し呼び、祝賀し、その着想を貫徹させ、適法化する強大な力に貢献しました。ここでは、ひとつの伝説が問題になっています。それは、明瞭な事実によって反証されます。私のテーゼは、次の通りです。「ドイツの法曹」が、1933年にワイマール憲法と現行法を真に受け入れ、それを民主的・「実証的」に解釈し、適用していたならば、彼らにはナチの権力者の多くの法違反や憲法違反を見抜き<sup>35)</sup>、それに異議を唱える機会が十分にあったに違いありません。ナチ体制の安定化が法律に基礎を持っていなかったことは、法律家には比較的容易に認識できたはず<sup>36)</sup>です。

#### 四 結 論——それが我々に教えるもの

1. 法実証主義は、国家社会主義の支援者でも、その従順な下請人でもありませんでした。法実証主義の原理にある形式的中立性やそれに基づいた法適用、厳格に法律に方向付けられた法適用が、犯罪的なナチの体制を合法化し、それを貫徹することに貢献したのではなかったのです。大多数の法曹を準備させ、彼らに能力を与えたのは、むしろ価値関係的な目的のための、つまり規範性を解体する「実質的」な

---

33) Carl Schmitt, JW 1933, S. 2793 (2794).

34) Vgl. zu der Doppel-Funktion dieser juristischen Interpretation u.a. Jürgen Meinck, Die nationalsozialistische Machtergreifung und die deutsche Staatsrechtswissenschaft, in: Demokratie und Recht (DuR) 1979, S. 153 m.w.N.

35) So zu Recht auch Hans Mommsen, VfZ 1964, S. 361 (365ff.); ders., Entstehung und Bedeutung des Ermächtigungsgesetzes vom 23. März 1933, 2003, S. 8ff.

36) Vgl. dazu u.a. Deiseroth, Die Legalitäts-Legende, a.a.O., S. 99 ff.

目的のための自己の道具化だったのです。司法は、法規拘束性ではなく、価値拘束性（「ナチの世界観」、民族の法思想」および「公共の福祉」条項など）によって統制されていたのです<sup>37)</sup>。

2. 法律の概念は、ワイマール共和国の法実証主義原理においては（特にゲアハルト・アンシュッツ、フーゴ・ブロイス、リヒャルト・トーマ）、その民主的な手続的要件に結びついていました。市民的権利と自由への介入には、すべて法律、すなわち国民代表機関の賛同が必要でした。この理解に従えば——ゲオルク・イエリネクが定式化したように——、法律は国民代表機関の賛同を伴って宣言された命令の「全てであり、しかも唯それだけ」でした。ナチの政府制定法、総統の命令、およびそれに似た怪しげな命令、規則は、まさしくこの要件を満たしてはいませんでした。従って、それらは、実証主義的な法律の理解によれば、法に非ずということになります。

3. 法および法律の実証主義は、国家機関と権力者によって定立された（実定化された）法規範ならば、どんな状況のもとでも遵守されるべきであるという命題を宣伝したとされています。広く普及しているこのような理解を取り除く必要があります。20世紀の最も重要な法実証主義者の2人にしか発言の機会が与えられていないのであれば、ハンス・ケルゼン<sup>38)</sup>とH・L・ハート<sup>39)</sup>の名を挙げることができます。彼らにとって、法とは、「国家的に定立された規範の全体系であり、それが義務を課す力を持っていることについては、何も述べられていない」のです<sup>40)</sup>。彼らは、法の概念的な成り立ちと個別的・道徳的な遵守要求を区別しました。

ラートブルフの法実証主義の場合は、どちらかというとき典型的なものではなく、デフォルメされたものなので、法の遵守要求の説明の仕方は異なっています。彼らは、その戦前の哲学に基づいて、法制度に関する実証主義的な言説に、法制度への服従を求める倫理的・道徳的要求を強制的に結びつけることを主体的に説きまし

37) Vgl. dazu u.a. Michael Stolleis, JuS 1982, S. 645 ff. (648 f.).

38) Vgl. dazu die Studie von Horst Dreier, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl. 1990, S. 232 f.

39) Herbert L. A. Hart, Das positive Recht als System von sozial akzeptierten Regeln, in: N. Hoerster (Hrsg.), Recht und Moral, 2. Aufl. 1980, S. 45 ff. (63 f.).

40) Vgl. Gerald Grünwald, Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht, 1971, S. 23; Horst Dreier, in: Festschrift für Robert Walter, aa.O., 1991, S. 117 (132); ders., Rechtslehre, aa.O., S. 232 f.

た。その当否はさておき、彼は自分の着想を1945年以降に振り返って、そのように回想しました。それは——私の考えでは、またもや誤っているのですが——、1945年以降のラートブルフの自然法への転換を自伝的に分かり易くしましたが、説得力があったとは決していえません。

法実証主義の中立的な法概念は、法の道徳的性質と服従要求に関する決定を市民に委ねています。その限りで言えば——ホルスト・ドライアーが適切にも指摘したように——法実証主義にとって必要なのは、個人に決定を委ねるがゆえによりハードルが高くなる理論です——それはラートブルフおよびそれに類似した「実質的」な概念の理論とは違うものです<sup>41)</sup>。

4. 法と非法は、区別されねばなりません。この「実証主義者」の格言は、民主的・法治国家である限り放棄できません。それにもかかわらず、様々な形態の法および法律の実証主義は、歴史的に見れば、物事を盲信してきましたし、今もまたそうです。この意味において学問的でないこともまれではありませんでしたし、今もまたそうです。そのことは、特に条文の内容と意味の探求は、条文が成立した歴史的・政治的な条件から導き出され、確認されなければならないという法実証主義の前提条件に関してもあてはまります。

社会科学的方法やその研究成果を顧みなくても、妥当する法を探求することは、ほとんど可能です。何故ならば、法は「凝固した政治」だからです。それは、特に憲法の規範にもあてはまります。憲法の規範は、憲法の制定者 (pouvoir constituant) と変更する立法者 (pouvoir constitué) から導き出された結論であり、苦悩に満ちた過去の経験に対する回答です。その回答は、その規範が将来起こるであろう新しい紛争状態に適用されることを求めます。その領域において予期されなかった新しい事態が発生したとき、または既に知られている事態が全体の発展経過に組み込まれることによって、新しい関係と新しい意味において現われるとき、憲法の規定が「意味の転換」を経験することがあるのはもちろんです<sup>42)</sup>。しかし、このような意味での実態的な諸関係の変化が憲法の変更に至るのは、その実態的な変化が、その時々の憲法規範の条文に含まれた規範プログラムの、しかも伝統的な解釈方法によって解釈できる規範プログラムの内側にある場合だけです<sup>43)</sup>。

---

41) Vgl. dazu Horst Dreier, in: Festschrift für Robert Walter, a.a.O., S. 134.

42) Vgl. BVerfGE 2, 380 (401); BVerfGE 3, 407 (422).

43) Vgl. dazu Hesse, K., Grenzen der Verfassungswandlung, in Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag, ed. H. Ehmke/J. H. Kaiser/W. A. Kewenig/K. M. ♂

規範の提供者によって定立された規範プログラムを適正に適用することができるようにするために、それを明確にしようと思う者は、まずは当該法的規則が形成され、実定化されるに至った多様で非常に複雑な社会的・政治的な紛争状態と、その解決された状態を調査しなければなりません。法規範を適正に解釈する際に必要不可欠なことは、とくにその文言がどうなっているのか、その歴史的な成立過程がどのようなものであったのか、他の規則などとの関係がどうなっているのか、解釈されるべき規定の目的がどんなものであるのかを考慮に入れることです。

ただし、法的規則を作り出し、それを適用するだけでなく、それを遂行し、執行するための条件は、実は豊富にあります。その条件に関して、純粹の「規範主義的」なスタンスに自ら法律家としての立場を限定し、転換の条件、その効果、影響に関して、社会科学的な問題提起やその認識には具体的な意味がないとする者は、狭い視野しか持っていないため、責任ある態度で法を取り扱うことは難しいでしょう。それは、法学者と同様に、行政府や司法府にいる法適用者にもあてはまります。また、法政策に関わる関係者にもあてはまります。

• 法規範は基本法の民主主義の要請に必ずしも

憲法と基本法は、言うまでもないことですが、それが規律する事柄しか規律できません。その限りで言えば、基本法の規制は、「全体を網羅する」のではなく、その端緒を与えるだけです。私の見解によれば、一見すると論理的に思われるような具体化の施策によって、個々の規定の総和から新しい法規範を法創造的に常に導くような「全体の体系」を導き出すことは、憲法解釈者の仕事ではありませんし、またその任務でもありません。パウル・ラバントのようなドイツ帝国の実証主義者が誤りを犯したのはなぜかという、（自己完結的な）法体系から出発し、価値中立的・論理的な演繹によって、法的上位概念から常に新しい法命題を獲得することを前提にしたためです。それは、彼らが行なっていることの現実を隠蔽しました。そこから一定の教訓が必然的に導き出されねばなりません。

民主的な立法府によって作り出された国内の法規範は、——法学的な「手工芸的技术」の放棄し得ない構成部分であり、それゆえもう一度強調されなければならないのですが——その規範の確定されるべき文言、諸規則の関連性、その体系的な位置づけ、それが成立した歴史、そしてそこから派生可能な目的に基づいて解釈され、適用されなければなりません。その際、民主的憲法秩序ならびに基本法におい

---

↘ Meessen/W. Ruffner, Berlin 1973, S. 123 (138).

ては、基本法22条に規範化された（中心的な）民主的・社会的な「国家目的規定」に常に注意を払わなければならないことは言うまでもありません。ドイツ連邦共和国は、「全ての国家権力が……国民に由来する」ところの「民主的で社会的な連邦国家」（1項）です。全ての法規範を解釈するにあたって出発点になるのは、法規範は基本法の民主的要請（および社会国家的要請）の意味において解釈・適用されなければならないということです。とくに民主的な社会それ自体にとって本質的に重要なコミュニケーションの権利は、「民主主義に一致する」ように解釈されなければならないなりません。

5. 「行政管理」な解釈論的着想は、行政機関に対して、法律に拘束されない自由な裁量権を与え、それによって選挙された国民代表機関に対抗できるようにします。また、「超法規的緊急事態」、*「国家の存在根拠」*、または「*「行政政府の核心領域」*のような概念構成体を用いて、多少なりとも行政機関を法的拘束から解放することを切望し、それを実現します。しかし、批判的に問題視されなければならないのは、そのような着想の背景に何があるのかということです。例えば、司法府、軍隊、その他の国家機関は「機能的」でなければならないと論じて、「機能性」を要求して、憲法を解釈し、それによって基本権を制約する場合がそうです。また、「*「効率性の悪い判断規範に直面したときに」*、一定の政治的領域は「*「民主主義から除外」*されなければならないと要求する場合がそうです（最近ではケルンの国法学者オットー・デベンホイザー<sup>44)</sup>がそのように主張しています）。

6. 憲法は、法的な枠組秩序です。基本法は、教理学修書でもなければ、聖書でも、信心書でもありません。憲法によって導き出された限界の最外延が踏み越えられない限り、民主主義の過程は開かれています。憲法が立法者に裁量権を付与していても、憲法によって保障された民主主義の過程の原則的な公開性は、制約されてはなりません。言葉を換えて言うと、基本法の規則が、立法者に対して、また議会に責任を負っている行政政府に対して、政治的決定の裁量権を与えている場合、この裁量権を法定手段を用いて狭め、閉ざすことは、司法府の課題ではありませんし（連邦憲法裁判所の課題でもありません）、また「*「憲法解釈者の開かれた学会」*の課題でもありません。それは、法治国家の中心的な要請、つまり司法（連邦憲法裁判所もまた）が法と法律に拘束されるという要請であるだけでなく、偉大な民主主義理論

---

44) Vgl. FAZ v. 20. 11. 2012.

の重要性でもあります（基本法20条1項）。それゆえ、民主的な過程は、原則的に未来に開かれていなければなりません。国民、民主的な統治者、彼らによって選ばれた議会および政府の代表者に付与されている民主的な形成選択権は、彼らから奪われてはなりません。それは、たとえ青、黒または赤の法服のもとであっても、奪われてはなりません。さもなければ、民主的な選挙とそれに結びつけられた政治勢力の民主的連合体は、重要性を失うでしょう。カノッサならぬ、「カールスルーエの屈辱」のごとく、連邦憲法裁判所にお伺いを立てても、民主的な討議の代わりになるわけではありませんし、それを不要なものにすることもできません。

もっとも、基本法の法規範において、国家機関のための指針が確立している場合、その指針は、国家機関によって厳守されねばなりません。憲法が求める事柄、それが禁止する事柄、そして国際法（基本法20条3項と25条）の規準によって行政府を厳格に拘束しても、指針の遵守を緩和することはできませんし、また緩和してはなりません。それは、ヨーロッパ連合の領域にも妥当します。それは、あらゆる民主的立憲国家の核心なのです。

## 解 説

1. 本稿は、ディーター・ダイゼロート（Dr. Dieter Deiseroth）による「責任は実証主義にあったのか？——1933年1月30日から80年目のテーマ「法律家とナチ体制」に関する評論」（War der Positivismus schuld? — Anmerkungen zum Thema Juristen und NS-Regime achtzig Jahre nach dem 30. Januar 1933, in: Betrifft JUSTIZ Nr. 113, März 2013, S. 5-10.）の邦訳である。

ディーター・ダイゼロートは、1950年、ヘッセン東部のフリーデヴァルトのヒルアルトハウゼン（Hillartshausen）に生まれ、1977年から1983年までギーセン大学で法律学、社会学、政治学を学び、卒業後はデュッセルドルフ行政裁判所判事（1983年－89年）、連邦憲法裁判所研究助手（1989年－1991年）を努め、その後ミュンスター上級行政裁判所判事、ノルトライン＝ヴェストファーレン情報保護局部長の職に就き、2001年以降、連邦行政裁判所判事（Richter am Bundesverwaltungsgericht）を務めている。その間、1985年に「裁判に直面する大規模発電所——ドイツ連邦共和国の行政裁判所におけるエネルギー、労働現場、環境保護をめぐる論争」（Großkraftwerke vor Gericht : Studie zu den Auseinandersetzungen um Energie, Arbeitsplätze und Umweltschutz vor deutschen Verwaltungsgerichten in der Bundesrepublik Deutschland）を執筆して法学博士の学位を取得し、2010年には『ヘルムート・リッター著作集』の共同編集の作業に関わっている（Gesammelte

Schriften von Helmut Ridder, Hrsg. von Dieter Deiseroth, Peter Derleder, Christoph Koch, Frank-Walter Steinmeier. Nomos, Baden-Baden 2010)。

本稿は、2013年1月、ダイゼロートがザクセン・アンハルトの裁判官研修の一環として行なった講演が基になっている。ドイツ法の歴史のなかで、裁判官が法解釈と法適用をするにあたって最も教訓とすべきことは何か。ナチス党が政権を掌握し、ヒトラーが首相に任命された1933年1月30日から80年を経た2013年の時点において、ダイゼロートは、「第三帝国における法実証主義」の主題を取り上げ、裁判官研修の場で若手の裁判官に対して、現代における法解釈と法適用に関する根本問題を問いかけた。法とは何か、法の解釈と適用は、何を指針に行なわれるべきか。ラートブルフのテーゼを批判的考察の対象にすえて、ドイツの不法な過去を振り返り、そこから未来に向けて法の解釈・適用の方法を展望するダイゼロートの問題提起は、戦後70年を迎える日本の法律家にとっても無関心ではいられないはずである。

2. グスタフ・ラートブルフ (Gustav Radbruch) は、ワイマール共和国の建国直後の1920年、ドイツ社会民主党から帝国議会選挙に出馬して当選し、1921年から23年までの間、ヴィルト政権およびシュトレゼマン政権において司法大臣を務めた。その後、キール大学、ハイデルベルク大学で法学教育と研究に従事したのち、1933年にユダヤ教徒であることを理由に政府から教職追放の処分を受け、その後はイギリスなどで亡命生活を余儀なくされたが、ドイツ敗戦後の1945年9月に教職に復帰し、ハイデルベルク大学法学部長として大学の再建に取り組んだ。

ダイゼロートが批判的に検討する「法律の形をした不法と法律を超える法」(Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht) は、ラートブルフがこの時期の1946年に「南ドイツ法曹新聞」(Süddeutsche Juristenzeitung, Jahrgang 1, 1946, S. 105-108.) に公表した短い論文である。ドイツの敗戦とナチスの崩壊によって、12年間の法と司法の全貌が徐々に明らかになり始め、ニュルンベルクではナチ党の幹部や政府の要人の裁きに続いて、医師や外交官、法律家も法廷に立たされていた。また、ドイツの法制度とそれを支えた法理論の問題が、脱ナチス化の浄化過程のなかで顕になっていた。このような時期、ラートブルフの論文は多くの人々の間で読まれ、受け容れられた。それは、自身もナチスにより迫害された経歴があっただけでなく、法と司法がナチスに協力・加担した本質的原因を端的に言い当て、それと決別すべきことを強く訴えたからである。その冷静で朴訥とした語り口調は、非常に情熱的で、扇動的であった。「法律は法律なり。悪法であろうとも、法律である



がゆえに法律なり」の法実証主義の思想が、ナチスの恣意的で犯罪的な法律に対する抵抗力をドイツの法律家から奪い去った。この主張は、いわゆる「ラートブルフ・テーゼ」(Radbruchsche These)として集約され、戦後ドイツ法学界において急速に広がった。多くの読者は、そこに戦後ドイツ法学の出発点を見出した。このような理論的環境のなかで、法律家は法学方法論としての法実証主義に対する批判とその反動としての自然法の再生へと向かった。

ラートブルフ・テーゼは、ワイマール共和国の崩壊期とナチス支配の安定期において、法実証主義が法学と司法において支配的であったという認識を前提としているが、ダイゼロートは、この認識を「実証主義伝説」(Die Positivismus-Legende)と名づけ、批判している。その当時支配的であったのは、法実証主義ではなく、自然法論や精神科学論を指向する法理論や社会学的・政治学的な法理論、さらには反個人主義的・決断主義的な法思想であり、総じて民主主義や議会主義に基礎づけられた議会制定法を忌避する反実証主義的な思想傾向であった。本稿では、それらが法学者の個別具体的な言説に基づいて例証されている。しかし、このような反実証主義的態度は、法学者に限られたことではない。帝国裁判所の裁判官も同じである。例えば、帝国裁判所第5民事部は、1923年11月28日、債権者が第1次世界大戦前に設定された抵当債権を大戦終結後のインフレーションによる通貨価値に合わせて増額評価する権利を有することを民法242条の「信義則規定」に基づいて認め、通貨法の「Mark gleich Mark」の原則を部分的に廃止したのであるが、政府はこの判決を「議会制定法に対する帝国裁判所の反逆」として受け止めた。これは裁判官による法律に反した法創造の典型例である(大河純夫「フィリップ・ヘックの増額評価請求権論(1)(2・完)」法学論叢93巻3号(1973年)28頁以下、同6号(1973年)21頁以下は、この増額評価請求判決を検討して、ワイマール共和国時代の裁判所と政府、裁判官と政治の対抗関係と和解の具体的状況を明らかにしている)。

ダイゼロートが「実証主義伝説」の例として挙げている論者のなかでも、ハンス・ヴェルツェルの言葉が、刑法学研究の側から見ると非常に興味深い。彼は、ドイツの法律家が第三帝国に引き寄せられ、法律の形をした不法に対して抵抗できなかったのは、彼らのほとんどが法実証主義的心情を抱き、法実証主義に縛られたからであると回想したが、ワイマール共和国の末期に実証主義を厳しく批判したのは、他ならぬヴェルツェルであった。「実証主義の時代は過ぎ去った。実証主義は、実証的な個々の成果を積み重ねたけれど、それらを締めくくる『精神的韌帯』を我々に示すことができなかった。基礎的なもの、一般的なものそして全体的なもの追求は益々切実になっている。我々は刑法の分野でいわば時代の分岐点に立って

いる。現行刑法は古くなり、しかも熱烈に待望されている新刑法典は依然として帝国議会の暗闇の中に置かれている。現行法規の構成要件は解釈論的にはほぼ論じ尽くされた。そこで、科学の関心はより多く刑事立法の基礎的な要素、言い換えれば哲学的な要素へと向かっている。最近の新しい刑法草案が批判的に議論される場合にも、それは、従来の解決策から現在のそれを超えて改正の可能性へと導く大きな脈絡の中でなされている。こうしたことはすべて刑法的議論の中へ益々強く哲学的な問題提起をくい込ませる条件となっている」。ヴェルツェルはこのように述べて、刑事立法が前提とし、その対象とする前法的・基礎的な要素としての行為概念を、単に惹起されるものとしてではなく、志向性によって因果過程を目的意識的に支配・制御する意味的統一として探求し始めた (Hans Welzel, Strafrecht und Philosophie, Kölner Universitätszeitung 12. Jg. 1930 Nr. 9, S. 5 ff. その邦訳は金沢文雄「ハンス・ヴェルツェル『刑法と哲学』」広島大学政経論叢第16巻5・6号〔1967年〕97頁以下)。立法と解釈の方法論としての実証主義は、ワイマール共和国の議会制民主主義のもとで、政治的な権力闘争の妥協の末に可決される法律を法律家に所与のものとして受け容れさせた。そして、その文字を解釈することを任務として課した。しかし、刑法学の真の任務は、法律を基礎づけ、議会や立法を拘束する形而上学的な行為概念の論理構造を明らかにし、その論理則に基づいて立法と解釈を行なうことである。ヴェルツェルは、この論文で目的的行為論の基本思想を初めて展開したと評されているが、その基本思想が法的形而上学と実証主義批判であることは今も変わらない。ヴェルツェルの刑法学説が戦後のドイツで大きなインパクトを与え、その支持を急速に拡大させた背景には、その形而上学的・反実証主義的な魅力だけでなく、「実証主義伝説」による後方支援があったからでもある。

3. ダイゼロートが批判的に検証する「実証主義伝説」は、すでに日本においても議論されている。例えば、法哲学者の青井秀夫は、ラートブルフ・テーゼの論理を分析して、(α)「法律は法律なり」と教える法実証主義が、法律家を何十年にわたって支配してきた、(β) 法実証主義の法学的忠誠心がナチ時代の法律家にも見られ、その教義の形式論理ゆえに「ナチの法律もまた法律なり」と理解されてしまい、ナチの恣意的で犯罪的な法律に対して抵抗することができなかった、従って(γ) ナチ時代の法律家は、ナチ政権に対して積極的に協力したというよりは、むしろ法実証主義を淵源とする法忠実性ゆえにナチの不法に消極的にコミットするしかなかった、という3段論法の形式において再構成し、この「法実証主義伝説」の(β)と(γ)の論点を反証している。ナチ時代の法律家が法実証主義の心情に囚わ

れ、ナチの法律の形をした不法に抵抗できなかったという伝説を反証するために、いわゆる「レオ・カツェンベルガー事件（Der Fall Leo Katzenberger）」の裁判において、ナチ時代の裁判官が、ナチ的世界観の要請に応え、カツェンベルガーに死刑を科すために、法律による拘束からどれほど自由であったかを指摘している（ニュルンベルク・ヒュルト州特別裁判所1942年3月13日判決。Vgl. Justiz im Dritten Reich - Eine Dokumentaion, Herausgegeben von Ilse Staff, 1964, S. 194 ff.）。

カツェンベルガーはユダヤ人であり、ドイツ人女性と婚外性交渉をもった嫌疑をかけられ、「ドイツ人の血と名誉を保護するための法律」（Gesetz zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. September 1935）の2条の「ユダヤ人とドイツ血統の国民との婚外性交渉の罪」（Außerehelicher Verkehr zwischen Juden und Staatgehörigen deutschen oder artverwandten Blutes）で裁判にかけられた。その法定刑は、同法5条2項によれば1日以上5年以下の軽懲役若しくは1年以上15年以下の重懲役（mit Gefängnis oder mit Zuchthaus）であったにもかかわらず、カツェンベルガーに言い渡されたのは、死刑であった。青井は、このような法律から逸脱した量刑判断こそが、ナチス時代の裁判官が、法律に拘束されず、ナチ的世界観やいわゆる「健全な民族感情」によって法律から自由にされていたことの証左であるとして、次のように糾弾する。

「法律は法律だ」という実証主義的態度からすると、本件の場合、重懲役または軽懲役の刑罰しか可能ではないはずである。ところが、この判決は、さまざまな術策を弄し、最終的には「民族の敵対者に関する法律」が要請している「健全な民族感情」という判断基準によって死刑の判決を下している。こうした適用の仕方は、いわゆる実証主義的態度とは似ても似つかぬものである。……「ドイツ人の血と名誉を保護するための法律」（1935年）のような人種差別のための悪法であっても、明確な文言で制定された法律自体は、もしそれが本当に実証主義的に適用されていたのであれば、皮肉なことにユダヤ人を保護する法律ともなりえたかもしれない。というのも、その後の帝国裁判所刑事部による、この法律の実際の適用例では、「ユダヤ人」（Juden）の概念や「人種恥辱」（Blutschande）に関する構成要件が自由かつ無制限に拡張されて適用されており（それは「実証主義的法適用」とはほど遠い）、こうした法運用の実態から深刻な問題が生じている。もし本当にその法律の杓子定規の適用がなされ、さらに重懲役または軽懲役の刑罰が本当に規則通りに執行されていたのであれば、当時のユダヤ人にとって監獄はまだしも安全な皆でありえたはずである（青井秀夫「実証主義伝説の謎——戦後法哲学の現実と課題」岡

本勝・小田中聰樹・川端博・田中輝和『阿部純二先生古稀祝賀論文集 刑事法学の現代的課題』〔2004年〕8頁以下。なお、青井秀夫『法理学概説』〔2007年〕290頁以下、足立英彦『「ラートブルフ・テーゼ」(実証主義は法律家を無防備にする)について』青井秀夫・陶久利彦『ドイツ法理論との対話』(2008年)299頁以下参照。

青井は、ナチ時代の裁判官が、血統保護法というナチ固有の法律をも実証主義的に適用するを拒み、「さまざまな術策」を弄してユダヤ人を死刑台に追いやった法実務を「制定法を超えた不法実務」と呼び、「法実証主義伝説」がこの点を見落としてきたために、ナチ時代の法的思考様式と戦後の「再生自然法」における思考様式との間にある「連続性」が隠蔽されてしまったと指摘する。

4. このような青井の指摘は、ダイゼロートが本稿の第3章の「ナチ国家における法理論」において展開している内容と符合し、それを具体的に例証するものである。ナチ時代の法律家は、決して実証主義によって拘束され、法解釈と法適用の自動装置のように振舞ったのではなかった。カッツェンベルガーを死刑に処し、いわばホロコーストを司法の場においても実践するために、法律に抗してでも「さまざまな術策」を弄したのである。それが事実であるならば、この「さまざまな術策」の具体的な内容が検討されなければならない。ここでその内容を詳細に論ずることはできないが、差し当たり次のことを指摘しておきたい。それは、青井が「いわゆる実証主義的態度とは似ても似つかぬものである」と指弾した死刑適用の方法、すなわちカッツェンベルガーに死刑を言い渡すために用いられた「民族の敵対者に対する命令」(Verordnung gegen Volksschädlinge vom 5. September 1939)の「健全な民族感情」という判断基準の適用方法に関連している。

血統保護法は、ユダヤ人とドイツ人の婚外性交渉を禁止し、それに重懲役または軽懲役を科すことを定めている(同法2条, 5条2項)。従って、カッツェンベルガーがドイツ人女性と婚外性交渉を行なったことを理由に、彼に死刑を科すことはできない。この規定を実証的に解釈・適用するならば、血統保護法の立法意思を実現できるが、ナチのホロコースト政策の要請に応えることはできない。この要請に応えるためには、この法の実証的適用を拒み、法定刑にない「死刑」を科さなければならない。この二つの法解釈と適用は相容れないが、青井は、民族敵対者令が要請している「健全な民族感情」という判断基準を適用することによって、血統保護法にはない死刑という刑罰を科すこと、つまり法律を超える不法実務が可能になったと述べている。問題は、この不法実務を支えた論理である。血統保護法の婚

外性交渉の罪にあたる行為に対して、それとは異なる法である民族敵対者令の「健全な民族感情」という判断基準が、いかなる論理に基づいて適用されたのか。青井が指摘した「さまざまな術策」が、この判断基準の適用論理にほかならないが、その論理の内容はどのようなものであるのか。青井の批判は、この点について明快な分析を与えているとはいえない。血統保護法の罪にあたる行為に対して、それとは異なる法の判断基準を適用して、法定刑にはない刑を言い渡したのであれば、このような法適用は、「実証主義的態度とは似ても似つかぬものである」。しかし、カッツェンベルガー事件の裁判官は、そのような法適用を行なったのではない。裁判官は、カッツェンベルガーに血統保護法5条2項に定められていない死刑を科したのではなく、民族敵対者令2条および4条に定められた死刑を科したのである。

民族敵対者令2条は、「空襲の危険に備えるために採られた措置を利用して、身体、生命または財産に対する重罪または軽罪を行なった者は、15年以下の重懲役または無期懲役、特別に重大な場合には死刑に処せられる」と定め、3条は、「放火もしくは他の公共に危険を及ぼす重罪を行ない、それによってドイツ民族の防衛力を毀損した者は、死刑に処せられる」と定め、そして4条は、「戦争状態によって作り出された通常ではない諸関係を利用して、他の重罪を故意に行なった者は、その罪の特別の非難可能性ゆえに健全な民族感情が求める場合には、通常の刑の枠組を超えて、15年以下の禁錮、無期禁錮または死刑に処せられる」と定めている。血統保護法の婚外交渉の罪は、放火や他の公共危険犯ではないので、カッツェンベルガーの行為に3条を適用することはできない。しかし、婚外交渉の罪が、「空襲の危険に備えるために採られた措置を利用して」行なわれ、それが被害者の「身体」に対する重罪にあたり、かつ「特別に重大な場合」であれば、2条に定められた死刑を科することができる。また、婚外交渉の罪が、4条の「他の罪」に該当し、それが「戦争状態によって作り出された通常ではない諸関係を利用して」行なわれ、かつ「その罪の特別の非難可能性ゆえに健全な民族感情」が死刑を求める場合には、4条に定められた死刑を科することができる。この点について、裁判官は判決で次のように述べている（Staff, aa.O., S. 204 ff.）。

認定された事実の法的評価は、被告人カッツェンベルガーが人種汚辱的な行動を行なった際、戦争によって作り出された通常ではない諸関係を一般的に利用したことを示している。男性は都市と地方のどこにもいなかった。彼らは、兵役に従事したり、また国防軍のその他の目的のために徴用されていたため、地元で仕事をしたり、秩序維持に専念することを妨げられていた。被告人は、この一般的な関係、す

なわち戦争によって変更された状態を利用したのである。被告人は、彼が1940年の春まで、ザイラーの住居へ訪問し続けていたとき、何らかの徹底した統制措置がとられるならば、彼の陰謀が見破られないであるとか、あるいは見破られるのが困難になるだろうということを計算に入れていた。ザイラーの夫が兵役に徴用されたことによって変更された家庭の状態は、彼の行動を容易にした。／この視点に立つならば、カツェンベルガーの態度は特別に非難に値する。それゆえ、彼は人種汚辱罪（婚外性交渉の罪を指す——引用者）と観念的競合の関係に立つ民族敵対者令4条の罪につき責任があるというべきである。……被告人カツェンベルガーは、1939年の戦争の勃発以降、灯火管制の暗闇が生じた後にザイラーの住居に複数回にわたって立ち入った。被告人カツェンベルガーは、空襲から防御するために採られた措置によって保護されている時に、その暗闇を利用して行動した。平時には煌々と照らす街路照明がシュピットラートーアグラーベンの街路にあるが、それがなかったことが被告人に一層大きな安心感を与えた。彼は、この状態の意味を完全に認識しながら、その都度その状態を利用した。彼は、実行に際して、街路を歩く人の監視をこのようにして遮ったのである。……従って、被告人は、民族敵対者令2条に反する行為を行なったことになる。……当裁判所は、彼のいかがわしさに対する唯一のあり得る回答として、民族敵対者令4条を適用する場合に定められた最も重い刑罰、すなわち死刑を彼に言い渡すことが必要であると考えた。彼の人格と実行行為の継続反復性を考慮に入れることによって、彼の行為が特に重大な場合に当たるならば、その限りにおいて、被告人に対しては、人種汚辱罪との観念的競合の関係に立つ民族敵対者令2条によっても有罪を言い渡さなければならない。従って、以上から、被告人に言い渡されるべきは、法律がそのような事案について定めた死刑以外にはない（傍点は引用者）。

カツェンベルガー事件の裁判官は、カツェンベルガーに対して死刑を言い渡した。それは、民族敵対者令2条および4条に定められた刑であった。それは、青井の指摘するように「不法実務」であろう。しかし、「法律を超える」ものではない。死刑判決が法律に基づくものである限り、それは法実証主義的な法適用であったといえる。ただし、それは裁判官が「悪法もまた法律なり」の形式論理によって抵抗力を奪い去られ、その重圧におされて、ナチの不法メカニズムに組み込まれていったからではない。ダイゼロートの言葉を借りて言うならば、「価値関係的な目的」のために、そして形式的な法規に内在しない「実質的」な政治目的のために、法律家が法律を用いて自己を道具化し、不法のメカニズムを機動させ

る齒車になることを厭わなかったからである。ラディカルに表現するならば、近代哲学を基礎づけている目的合理主義の思想、事柄の妥当性と有効性を手段・目的関係において論ずる科学的立場、その法学方法論への応用としての目的論的概念構成方法が、法律を目的実現のための道具として活用することを可能にしたからである。近代合理主義は、「目的」を内容的に制限する原理を持っていない。そのために、特定の目的が政治や社会において設定されてしまえば、総じて法律家は、ある時には「法律」を超えて（反・法律実証主義）、またある時には「法」を指針にして（法実証主義）、与えられた目的を実現するために奉仕する。それゆえに、ファシズムとホロコーストを目的とするナチの恣意的で犯罪的な法律に対して抵抗できなかったのである。問題なのは、カツェンベルガー事件において、「死刑判決を導くために、曖昧な条項を人種汚辱罪に結びつけたのは、思い切った法的構成である」と司法省事務次官（当時）ローラント・フライスラー（Roland Freisler）をして驚嘆させた法解釈技法なのである。磨かれた職人技にも似た目的合理的な法学的概念構成方法こそが批判されねばならない（Vgl. Robert M.W.Kempner. *Ankläger einer Epoche*, 1986, S. 283; Klaus Kastner, “Der Dolch der Mörders war unter der Robe des Juristen verborgen”, *der Nürnberger Juristenprozess des Jahres 1947*, *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2007, S. 85 ff. [クラウス・カストナー（本田稔諭）「謀殺者の短剣は法律家の法服の下に隠されていた——1947年ニュルンベルク法律家裁判」立命館法学325号（2009年）72頁以下]、拙稿「ナチスの法律家とその過去の克服——1947年ニュルンベルク法律家裁判の意義」立命館法学327・328号〔2010年〕795頁以下参照）。

5. 本稿は、2012年夏から1年間、訳者がフランクフルト・ゲーテ大学法学部で研究していたときに収集した資料・文献のうちで最も興味深く読んだものの一つである。法と司法におけるナチズムの過去の問題は、フランクフルト大学の法学者によって盛んに研究されてきた。今もそうである。マックス・プランク欧州憲法史研究所やフリッツ・パウアー研究所などが学内外で研究会活動を活発に行なっている。帰国後も、元客員研究員宛に研究会開催のメールが送られてくる。フランクフルトという特殊な知的環境において、ナチズムの過去が現在形で語られるのは、ある意味で当然なのかもしれない。しかし、ドイツ司法の最高位にある裁判官が、これと同じ議論を続け、しかも裁判官研修の場で問題提起していることに、またそのようなことを許容している政治的・法文化的な寛容さに驚きを禁じえない。ダイゼロートは、ライプツィヒの連邦行政裁判所の裁判官執務室でこの論文を執筆したの

であろう。そこは、オランダの共産主義青年に対して死刑を執行した帝国裁判所の執務室であるだけに、80年前の過去に向き合うのに適した場所であったに違いない。

6. デイーター・ダイゼロート判事からは、2015年6月12日付けの電子メールにおいて、本稿の邦訳の許可をいただくことができました。ここに記して感謝します。