

## 科学研究費助成事業（科学研究費補助金）研究成果報告書

平成25年5月20日現在

機関番号：17102

研究種目：基盤研究（C）

研究期間：2010～2012

課題番号：22530010

研究課題名（和文） ラートブルフ法哲学の現代的意義の総合的再評価

研究課題名（英文） Radbruch's Philosophy of Law and Its Meaning Reevaluated

## 研究代表者

酒匂 一郎 (SAKO ICHIRO)

九州大学・法学研究院・教授

研究者番号：60215697

## 研究成果の概要（和文）：

第二次世界大戦後、ラートブルフは「法律は法律だ」とする法実証主義はドイツの法律家と国民をナチスの不法に対して「無防備にした」と指摘した。この「ラートブルフ・テーゼ」と呼ばれる指摘は、ナチス期の法実務についての研究に基づいて、最近ネガティブな評価を受けている。本研究では、ラートブルフの戦前の著作等に遡って検討することによって、この否定的評価がラートブルフの趣旨を必ずしも適切に捉えるものではないことを示した。

## 研究成果の概要（英文）：

After World War II, Radbruch argued that legal positivism asserting 'law is law' had left German lawyers and the people 'unguarded' from the terrible injustices of Nazism. This indication ('Radbruch's Thesis') has recently been subjected to a negative evaluation, based on historical studies of legal practices in the Nazi era. But this evaluation is shown to be inappropriate, in contrast with Radbruch's real intention, as elucidated from his earlier works.

## 交付決定額

(金額単位：円)

|        | 直接経費      | 間接経費    | 合計        |
|--------|-----------|---------|-----------|
| 2010年度 | 800,000   | 240,000 | 1,040,000 |
| 2011年度 | 600,000   | 180,000 | 780,000   |
| 2012年度 | 600,000   | 180,000 | 780,000   |
| 年度     |           |         |           |
| 年度     |           |         |           |
| 総計     | 2,000,000 | 600,000 | 2,600,000 |

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・基礎法学

キーワード：法哲学・法理学

## 1. 研究開始当初の背景

1933年にハイデルベルク大学の教職を追われてナチス体制下では国内亡命状態にあったラートブルフは、第二次大戦終結直後にナチス体制と戦後裁判に関する論評を多数公表した。その基本的な趣旨は、「法律は法律だ」とする法実証主義はドイツの法律家と

国民をナチスの不法に対して「無防備にした」のであり、これを乗り越えるためには正義や自然法をあらためて深く心にとめなければならないというもの（「ラートブルフ・テーゼ」と呼ばれる）であった。こうしたラートブルフの見解は戦後のナチス裁判における「自然法の復権」とともに注目を集め、

英米でも論争の対象となり、日本でも著作集が翻訳されるなど高い関心の対象となった。しかし、その後「自然法の復権」への熱狂が沈静化するとラートブルフに対する関心も薄れていったといえる。ところが、2003年にラートブルフ全集（Gustav Radbruch Gesamtausgabe, Bd.20, 1987-2003）の刊行が完結したことほか、89年の「ベルリンの壁」崩壊後に裁判で争われたいわゆる「壁の射手」事件においてラートブルフの見解（不正な法及び不法に関する基準を述べるもので「ラートブルフ定式」と呼ばれる）が援用されたこともあり、ラートブルフ法哲学への関心はにわかに再び高まった。

しかし、ラートブルフ法哲学に関するこれらの議論のうちには、それを支持するものもある一方で、とりわけ「ラートブルフ・テーゼ」への疑念に基づくものも多くみられる。1970年代頃からの、ヴァイマル期及びナチス期の法学や法実務に関する実証的な研究の進展に伴い、ナチス不法体制の責任を実証主義にみることは歴史的に正しくなく、したがって「ラートブルフ・テーゼ」は見直す必要があるというものである（M.Walter, 1989; S.L.Paulson, 1994; 青井秀夫 2007年など）。

## 2. 研究の目的

以上のような「ラートブルフ・テーゼ」に対する見直しの必要を唱える議論のほとんどは、ラートブルフの法哲学及びその法実証主義批判の趣旨を必ずしも的確に捉えるものとはいえない。たとえば、それらの議論のほとんどは、ラートブルフ自身、戦前は法実証主義に立っていながら、戦後に自然法論に転回したという見解に立っている。ところが、刊行された全集その他の資料によると、ラートブルフは第一次大戦直後の1919年にも第二次大戦後とほとんど同じ趣旨の実証主義批判を行っていることが明らかとなった。法の概念は正義という理念と切り離しては理解できないというラートブルフの基本的な見解は戦前戦後を通して一貫していたといえるのである。

そうすると、「ラートブルフ・テーゼ」の趣旨、とくにそこで言われている実証主義批判の意味も、この観点からあらたに捉え直す必要が出てくる。のみならず、ラートブルフは自然法を歴史的に内容の変化するものと見ていること、また戦後においても法律への忠実の必要性を説いていたことなどからすると、「ラートブルフ・テーゼ」はその言葉の表面に隠された複雑さと深さをもっているとみなければならないであろう。

そこで、本研究では、「ラートブルフ・テーゼ」の真意を探ることを中心として、ラートブルフの法哲学の現代的意義を総合的に

再評価することを試みる。これが本研究の目的である。

## 3. 研究の方法

本研究は、まず「ラートブルフ・テーゼ」における実証主義批判の趣旨を探るために、刊行されたラートブルフ全集によりつつ、戦前からのラートブルフ法哲学の主張著作のみならず、時事的な論稿をも検討した。とくに、第一次大戦直後の論稿の評価が重要な位置を占める。また、ナチス期裁判官の枉法の責任に関するラートブルフの見解の真意を探るために、やはり戦前のラートブルフの刑法理論を、さらにそれと対比するために戦後の枉法と故意に関する刑法理論を検討した。これらの検討によって、「ラートブルフ・テーゼ」における法実証主義批判の趣旨を明らかにすることを試みた。

また、ラートブルフ法哲学の現代的意義を評価するために、一方で、ラートブルフをめぐる戦後の論争、とくにH.L.A.ハートとL.L.フラーの論争をあらためて再検討するとともに、他方で、現代の法哲学者のうち、ラートブルフ法哲学の影響をみることでできる又はそれに近いと思われる、R.アレクシーやR.ドゥオーキンなどの法哲学を検討することとした。これによって、ラートブルフ法哲学の現代的意義を見定めるとともに、その現代的展開の可能性を探った。

いずれにおいても、法哲学・法思想史の基本的な研究方法である、関連文献の収集・読解と、関連研究者との活発な意見交換を中心として、研究を進めた。

## 4. 研究成果

### A. ラートブルフ・テーゼについて

ラートブルフ・テーゼは、まず、ナチス期の法学及び司法の現実に適合しないという批判を向けられている。ナチス期の法学者たちは法実証主義を激しく批判していたのであり、また1970年代以降の研究によれば、ナチス期の司法は法律への忠実を軽視し、恣意的な拡張解釈や一般条項の濫用によりナチス思想の実現に荷担したことが明らかである。そうすると、ナチスの不法を法実証主義の責任に帰することは事実誤認による明らかな誤りだということになる。本研究の第一の成果は、戦前からのラートブルフの法哲学に遡ってその基本思想を明らかにすることにより、この批判がラートブルフの法実証主義批判の真意を適切に捉えるものではないことを示した点にある。

第一に、ラートブルフは戦前から実証主義批判を展開していたことが挙げられる。ラートブルフ・テーゼに対する批判的な見方は、

多くの場合、ラートブルフ自身が戦前は実証主義の立場に立っており、ナチスの不法を経験した戦後に自然法論の立場に転回したのだと想定している。しかし、戦前からラートブルフは法の概念は正義の価値理念に奉仕するものとしてのみ捉えられると主張していたのであり、戦前のラートブルフを端的に実証主義者とみることはできない。のみならず、ラートブルフは、1919年に、第一次大戦におけるドイツの国際法違反の責任の一端が実定法を超える人権や正義の理念を軽視する実証主義にあったことを指摘していた。これらに窺われるラートブルフの実証主義批判は、実証主義がたんに法律への忠実を説く点にではなく、それが正義理念を軽視する限り、法律の妥当の根拠を結局は恣意的となり得る権力に求めることになるという点（法の権力理論）に向けられていたのである。このようなラートブルフの法実証主義批判によれば、ナチス期の司法による不法は、権力の恣意的な命令の前に法律への忠実をも踏みこむにいたるといふ、その極端な帰結に他ならない。

第二に、ラートブルフはヴァイマル期の司法のうちにもこうした権力理論への傾向を見ていたことが挙げられる。この点ではヴァイマル期のラートブルフはたしかに法律への忠実をむしろ説いていた。帝政期の司法が皇帝権力に服していたのに対し、ヴァイマル期の司法は政治的党派性に左右されるとみていたからである。そこで、自らもその担い手であった自由法運動の意義を次第に限定的に説くようになり、またライヒ裁判所による司法審査権の主張が司法を政治的闘争に巻き込むこととなる危険を警告したのであった。しかし、このことはヴァイマル期のラートブルフが端的な実証主義者であったことを意味するわけではない。彼の法の概念と理念の関係に関する見解から見ると、法律への忠実とは法律が正義理念に奉仕するものであることを前提とするのであった。

第三に、ラートブルフはナチスの政権奪取の時点ですでにナチス体制が平等取扱いを核心とする正義の理念を踏みこむものとなることを予見していたことが挙げられる。ナチス的な意味での愛国者による敵対者への犯罪とナチスに対する批判者の抵抗的犯罪とは別様に処罰されてよいとするナチス幹部の言明のなかに、ラートブルフは、平等取扱いを核心とする正義理念の蹂躪への宣言を看取していた。ナチスの司法が正義理念に基礎をおく法律への忠実をも踏みこむにいたるであろうことを予測していたものといえる。戦後のナチス裁判に関する論評において、ナチス期の法律や命令はその法としての効力を否定されなければならないとしたのは、それらが正義の理念を侮蔑するもの

であったということに基づいていたのである。

以上からして、ラートブルフ・テーゼにおける実証主義批判は、戦後ににわかに現れたものではなく、戦前から一貫したラートブルフの法哲学の核心をなすものからの理論的な帰結に他ならないといえる。その批判は、たんに法律への忠実を説くかぎりでの実証主義を超えて、その意味での実証主義も正義理念を軽視する限り恣意的な権力に身を委ねざるをえないこととなるという点に向けられていた。「法律は法律だ」とする実証主義はナチス的不法に対してドイツの法律家と国民を「無防備にした」というラートブルフの指摘は、それゆえ事実誤認に基づくものでは決してなく、その法哲学の核心にある視点から洞見されたものであり、その意味ではむしろ極めて正確であったといえる。

## B. 裁判官の責任について

ラートブルフ・テーゼを否定的にみる見解のもう一つの含意は、ラートブルフはナチス的不法の責任を法実証主義に帰することによって、ナチスに荷担した法学者や法律家の責任を免除しようとするものであったという疑念である。上記のように、ラートブルフ・テーゼは彼の法哲学の核心をなすものからの理論的帰結であり、事実を歪めて右のような免責を意図するものではなかったといえる。しかし、ラートブルフの1946年の有名な論稿（「法律的不法と超法律的法」）には、ナチス期の裁判官が枉法の責任を問われた事件について、裁判官が枉法の責任を問われるのは裁判官にその故意があった場合に限られるが、権力に基づく法律や命令を超える法を軽視する実証主義によって訓育を受けてきた裁判官が枉法の故意を持ちえたであろうかと反問し、裁判官の刑事責任が免除される可能性を示唆するような側面がある。本研究の第二の成果は、ここでも、戦前のラートブルフの刑法理論、とくに故意に関する彼の理論に遡って検討することにより、彼のこの点に関する真意について探求を試みた点にある。

まず、右の論稿に次ぐ1947年の論稿では、裁判官の責任を論じる部分で、ラートブルフは「故意」に代えて「違法性の意識」という語を用いており、さらに1947年の別の論稿（医療殺人事件判決に関する論評）では、故意に違法性の意識は必要ではないと論じているという事実がある。ラートブルフは、法律や命令が正義をまったく無視するものであるとき、それらはそもそも「法」としての性格をもたないという、彼の法哲学の核心に由来する基準（いわゆる「ラートブルフ定式」のうち「拒否定式」と呼ばれるもの）に基づいて、ナチスの法律や命令の法的効力を否定

する。そして、それらの法律や命令にも関わらずヴァイマル期からの法律が妥当していたのであり、戦後裁判において刑事責任を問う場合にはこの以前からの法律に依るべきだとする。したがって、そこで問われる故意はナチス期以前からの法律により犯罪とされる行為についての故意である。とはいえ、その故意は違法性の意識を必要とするのかが問題となる。

戦前のラートブルフの刑法理論に遡ってみると、ヴァイマル政府において司法大臣であったラートブルフが1922年に提案した刑法改正案では、自由主義的な責任原理を貫徹するという観点から、故意に違法性の意識を含めることが明示されていた。しかし、1928年の刑事責任に関する論文では、意識の表層に違法性の意識は現れていないものの、犯罪への衝動があまりに強いためにそれを意識の深層に抑圧するという心理的機制に関する知見に基づいて、深層に違法性の意識が存在する場合のある可能性を説いている。そのような場合について、ラートブルフは刑事責任の軽減や場合によってはその免除の可能性をすら示唆するのだが、故意の概念が違法性の意識の有無という単純な基準だけでは捉えられないことを指摘していたものといえる。

この点からすると、戦後の医療殺人事件判決に関する論評において、ラートブルフが、故意に違法性の意識は必要でないとしたとき、それは表層における違法性の意識を不要としたのであって、深層においては違法性の意識があったはずだという趣旨に解することができる。もしそれがなかったのだと主張するとすれば、それは「ドイツ人を侮辱することになると、ラートブルフは述べている。それは、ナチスに荷担した人々の「法」に対する感覚のまったくの欠如を、その意味で人間性の欠如を主張することになるからである。そうすると、実証主義によって訓育されたために「法」に対する感覚を意識の表層においては欠いたとみられ、その意味での故意はなかったとみられる裁判官についても、なお意識の深層における違法性の意識は存在したというべきことになる。

しかし、すでに晩年であったラートブルフは、ナチスに荷担した裁判官についてこの結論を明示的に述べることはなかった。ラートブルフが明示的に裁判官の責任を肯定したといえるのは、ナチスの法律によっても内乱罪のゆえに死刑とすることはできなかつたであろう被告人に死刑判決を下した裁判官についてだけである。医療殺人事件における医師たちの責任に関する評価と司法殺人事件における裁判官たちの責任に関する評価には、必ずしも説明されているとはいえない差異がある。とはいえ、「法」に対する生き

生きとした意識を麻痺させることになったものとして、法実証主義の責任を問うラートブルフの視点は一貫したものであったといえる。

### C. その他、課題など

ラートブルフの法の概念と理念に関する見解は今日でもなお意義を失っていないと考えられる。本研究の第三の成果はこの意義を現代的観点から明らかにしようとした点にある。ラートブルフによれば、法は、存在に対する当為、事実に対する価値の領域に単純に帰属させられるものではない。法は、単なる存在でも単なる当為でもなく、当為を意味する存在である。その意味では、法はジョン・サールのいう「制度的事実」である。もっとも、このことは法実証主義も捉えている事態であり、ラートブルフの法哲学においてとくに主張されている点でもない。ラートブルフの法哲学の核心は、法は、単なる事実でも単なる価値でもなく、価値に関係する事実、その意味で「文化的事実」であるとする点にある。文化的事実としての科学の営為が真理を追究するものである限りにおいて科学と呼ばれうるように、文化的事実としての法の実践は、それが正義を実現しようとするものである限りにおいて法の実践と呼ばれうる。その意味で、正義は文化的事実としての法を構成する原理であるとともに、それゆえにまた法の実践を導く統制的な原理、カント的な意味での理念である。こうした理念として正義を位置づける見解は、現代の法哲学者の間でも受け継がれているといえる。法を正義の実現へ向けた構成的解釈の実践と捉える R. ドゥオーキン、普遍的語用論に基づいて法における正当性の主張の意味を解明しようとする R. アレクシーなどがその例である。この点については、研究会において報告したが、なお論文として公表するにはいたっておらず、残された課題の一つである。

ラートブルフ法哲学の現代的意義の総合的再評価という点で、残された課題は他にもある。その一つは、戦後のドイツの法学及び法実務、とくに司法におけるラートブルフの受容をめぐる問題の検討である。いわゆる「ラートブルフ定式」は戦後ドイツの裁判において二度、注目を集めた。一度目は戦後のナチス裁判においてであり、二度目は東西ドイツ再統一後のいわゆる「壁の射手」事件裁判においてである。これについてはすでにドイツではいくつかの研究があり、本研究期間においても検討を進めてきた。戦後のナチス裁判においては、連邦通常裁判所がラートブルフ定式のうち「拒否定式」を援用している判決がいくつかあるものの、連邦憲法裁判所はいわゆる「忍耐不能定式」を援用しており、「壁の射手」事件裁判でも援用されているの

は「忍耐不能定式」である。これらの援用のあり方がラートブルフの趣旨に沿うものであったかどうか、またそれらの定式はどこまで実質的な意味を持ちうるのかが検討の対象となるが、まだ成果として結実するにはいたっていない。

また、ラートブルフの法哲学のもう一つの核心をなす価値相対主義の位置づけ、正義・合目的性・法的安定性という三つの法の理念と三つの目的価値に関する見解の再構成という課題、さらにヴァイマル期の民主主義や社会的法治国家に関する見解の思想史的観点からの再検討という課題もある。ラートブルフの価値相対主義に関する見解には時期による変遷の指摘もあるが、基本的にいわゆる規範的相対主義として位置づけられるのみならず、法の三つの理念及び三つの目的価値を相対的に捉える見解の背景には独自の相対主義観が横たわっている。この点については成果のなかでも簡単に触れているが、別途の検討が必要である。ヴァイマル期の民主主義や社会的法治国家に関するラートブルフの見解は、彼の明確な歴史的意識に基づいている。現代社会の法は、この民主化や社会化の時代を超えて、世界化というあらたな段階に位置するものとみることができる。現代社会の法の歴史的位置を見定めるためにも、ラートブルフの法哲学を思想史的観点から再検討することはなお意義を有すると考えられる。

#### 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計 2件)

①酒匂一郎、枉法と故意---ラートブルフ・テーゼと裁判官の責任---、法政研究、査読有、第79巻、2012、1-45

<http://qir.kyushu-u.ac.jp/dspace/handle/2324/25408>

②酒匂一郎、ラートブルフ・テーゼについて、法政研究、査読有、第78巻、2011、169-218

<http://qir.kyushu-u.ac.jp/dspace/handle/2324/20233>

[学会発表] (計 1件)

① 酒匂一郎、法概念と理念---ラートブルフの普遍的語用論的解釈---、九州法理論研究会、2011. 3. 26

#### 6. 研究組織

##### (1) 研究代表者

酒匂 一郎 (SAKO ICHIRO)

九州大学大学院法学研究院・教授

研究者番号：60215697

##### (2) 研究分担者

( )

研究者番号：

##### (3) 連携研究者

( )

研究者番号：