

ナチス刑法における 法実証主義支配の虚像と実像

本 田 稔*

目 次

- 一 敗戦後のドイツ法学の状況
- 二 ラートブルフ・テーゼの歴史認識
- 三 法実証主義支配の虚像と実像
- 四 残された課題

一 敗戦後のドイツ法学の状況

1. 戦前のドイツを12年間に渡って支配し、ヨーロッパに未曾有の戦禍をもたらしナチスの支配が終わり、その下で歴史的役割を果たした法学も、再建の道を歩み始めた。歩むべき道を模索するには羅針盤が必要であった。法学が自己を反省し、新たな道を模索するために与えられた時間は十分とはいえなかった¹⁾。道を示したのは、国内外の政治状況であっ

* ほんだ・みのる 立命館大学法学部教授

1) ワイマール共和国からナチスを経て占領期、さらには西ドイツ成立直後に至るまでの時代の変遷に適合しながら、その理論を変転させた刑法理論家として、エドムント・メツガーの名前を挙げることができる。メツガーの戦前における刑法理論は、『刑法教科書』（第1版・1931年、改訂第2版・1933年）によって一つの到達点を形成し、戦後直後に第2版を未改訂のまま第3版として出版した。その経緯について、序文のなかで、次のように述べた。「この度の教科書は、1933年第2版の未改訂版の再版として出されている。教科書が扱った総論の多くの議論が依然としてかつてのまま通用しようとも、その間にドイツ刑法はいくつもの変転を体験した。それを補充する必要があるにもかかわらず、教科書を改訂することは、現在の時点では適切ではないように思われる。教科書（第1版・1931年）は、その時代の文献を、たとえ完全ではなくとも、そのうちの重要なものについては、可能な限り包括的に顧慮する努力をした。1933年から45年までの文献に関して、そ

た。

連合国は、1946年、管理委員会法を制定し、戦後処理に着手した。ナチスの政権掌握後に制定された授權法、ヴァン・デル・ルッベ法、「健全な民族感情」などの一般条項、排外主義的な特別刑法などの膨大な刑法群が改廃された。その改革の流れは、東西ドイツの分裂に見舞われながらも、1949年の基本法の制定を経て、刑法においては1953年の全面改正によって結実した。それと並行して、1946年、ナチスの主要戦争犯罪人を裁く国際軍事裁判がニュルンベルクで開始され、その終了後もアメリカ占領地域では、医師、外交官、法律家などのナチスの政策に協力・加担した官僚や知識人を裁く裁判が継続して進められた。戦後処理の過程において、ナチスによって否定された伝統あるドイツの法治国家を再建するために、ドイツの法体系からナチス的なものが除去され、また省庁・司法機関からナチス関係者が更迭され、ドイツの非ナチ化が社会的規模で取り組まれた²⁾。

ゝれと同じ様に扱うことは今日可能ではない。膨大な文献に残されている重要なもののうち何が利用できるのかは、ともかくその後の浄化過程において明らかにされなければならない。文献上の例外がどれであり、どの文献が考慮に値するのかは、その浄化過程の後に判断されるであろう。換言すれば、現時点においては、旧版を改訂するのに相応しい内的条件がないのである」。メツガーは、このように述べて、戦後のドイツ刑法学の再出発にあたり、ナチスの12年間の刑法学研究の総括が容易ではないことを率直に述べた。Vgl. Edmund Mezger, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 3. Auflage, 1949, Vorwort. この点については、拙稿「戦後西ドイツ刑法理論における不法概念の形成過程(4)」立命館法学220号(1992年)103頁以下参照。また、小野清一郎「メツゲル著、ドイツ刑法要綱」法学協会雑誌54巻11号(1936年)142頁、井上正治「メツガー」木村亀二『刑法学入門』(1957年)217頁、エドムント・メツガー(藤尾彰訳)「刑法解釈学の最近の動向」法政理論9巻2号(1976年)117頁参照。メツガーの刑法理論の歴史の変遷を網羅的に研究したものとして、Gerit Thulfaut, *Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1883-1962). Eine wissenschaftliche und biographische Untersuchung*, 1999. ワイマール共和国からナチスにかけてのメツガーの刑法理論の変遷を研究したものとして、Francisco Muñoz Conde, *Edmund Mezger - Beiträge zu einem Juristenleben*, 2007.

2) 拙稿「西ドイツ刑法理論における不法概念の形成過程(1)」立命館法学213号(1991年)493頁以下、拙稿「社会的法治国家刑法における罪刑法定主義と不法概念に関する一考察——ボン基本法制定と1951年刑法改正を契機とした不法概念の展開」立命館法学223・224号(1993年)441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

戦後処理におけるこれらの取り組みは、即向自的な法治国家の再建を目的としたものであった。しかし、ドイツの国家主権が連合国によって制限された状況のもとで、連合国によって主導的に進められた刑法改革は、事後法の禁止原則に対する違反を含むものがあったため、伝統的な刑法学の陣営からは批判が相次いだ³⁾。そのような中で、刑法改革を含む連合国の法政策を論証し、普遍化・理論化する先鞭を切ったのが、グスタフ・ラートブルフであった。1946年の「法律の形をした不法と法律を超える法」は、「法律は法律なり」の論理で法律家からナチスの悪法に対する抵抗力を奪い去った法実証主義の思想を批判し、法律の形式に目を奪われることなく、その彼岸に法律をして法たらしめる本質があること、その本質こそが正しい法解釈と適用を可能にすることを説いた。この主張に共感した法律家は、ラートブルフの論稿をきっかけにして、悪しき法実証主義を乗り越えるために自然法思想に望みを託した⁴⁾。

↘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。Vgl. Klaus Kastner, „Der Dolch des Mörders war unter der Robe des Juristen verborgen“ – Der Nürnberger Juristenprozeß des Jahres 1947, in: Journal der Juristischen Zeitgeschichte – Zeitschrift für die Rechtsgeschichte des 19. bis 21. Jahrhunderts, Jahrgang 1 Heft 3 (Juli 2007), S. 81ff. (その邦訳としてクラウス・カストナー [本田稔訳]「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] 63頁以下参照); Klaus Bästlein, Der Nürnberger Juristenprozeß und seine Rezeption in Deutschland, in: Lore Maria Peschel-Gutzeit (Hrsg.), Das Nürnberger Juristen-Urteil von 1947. Historischer Zusammenhang und aktuelle Bezüge, 1996, S. 9ff. (その邦訳としてクラウス・ベストライン [本田稔訳]「ニュルンベルク法律家裁判とドイツにおけるその継承」立命館法学329号 [2010年] 350頁以下参照)。

3) ナチスの主要戦争犯罪人へのニュルンベルク国際軍事裁判規程の適用が罪刑法定主義と事後法の禁止に違反しないという理論的根拠について、ベストラインが紹介する「耕地整理論」が興味深い。Vgl. Bästlein, a.a.O., 23f. (邦訳・364頁以下)。また、戦争犯罪人の国際刑法上の主体性を理由に、規程の適用が遡及にあたらぬとする議論を詳細に紹介するものとして、Susanne Jung, Die Rechtsproblem der Nürnberger Prozesse, 1992, S. 137ff.; Michael Stolleis und Joachim Rückert, Zu den Nürnberger Prozessen, in: Fritz Bauer Institut – Newsletter Nr. 28, 2006, S. 11.

4) Gustav Radburuch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Süddeutsche Juristenzeitung 1 (1946), S. 105-108 (その復刻版として、Juristische Zeitgeschichte ↗

2. 周知のように、ラートブルフは、第二帝時代には、カントロヴィッツ、エールリッヒ、フックス、ジンツハイマーらとともに自由法運動の側から、ドイツの権威主義的な司法を改革するために、既存の法律に欠陥があることを認め、それを補充するための法源として自由法や裁判官による法創造が必要であること訴えた。その後、ワイマール時代には、帝政期の自由法運動の立場を変え、議会制定法を尊重する立場へと転じた。ラートブルフは、1920年に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、ヴィルト政権とシュトレーゼマン政権において司法大臣を務め、その後はキール大学、ハイデルベルク大学で法学研究と教育に従事した。ラートブルフがワイマール時代に議会制定法の尊重を説いたのは、彼が閣僚経験者であったからではなく、ワイマールの議会が自由で平等な選挙制度に支えられたドイツ史上初の共和制議会であり、その立法の民主主義的性格ゆえに議会制定法を尊重しなければならないと考えたからであった。それゆえ、「裁判官の法令審査権」を要求する保守的な法律家陣営に反対し、たとえ様々な問題点や限界があろうとも、司法権を構成しうる法源は、唯一議会制定法だけであると論じ、議会制民主主義の立法権を擁護した⁵⁾。

帝政時代において既存の法体系を補充する法源として自由法の存在を肯定したラートブルフの立場が、ワイマール時代に入って議会制定法の尊重

↘ Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. Thomas Vormbaum, Kleine Reihe Band 4, 2002.). ラートブルフの法哲学とテーゼに関する近年の研究として、Martin Borowski und Stanley L. Paulson (Hrsg.), Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch, 2015; Marijan Pavčnik, Gesetzliches (Un)Recht. (Symbolische) Bedeutung der Radbruchschen Formel, Anette Brockmüller/ Stephan Kriste/ Ulfrid Neumann (Hrsg.), Wert und Wahrheit in der Rechtswissenschaft, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft 145, S. 41ff.

5) 帝政時代におけるラートブルフと自由法運動の関わりについては、平野敏彦「ドイツ自由法運動の生成と展開——H・カントロヴィッツを中心として(2)」法学論叢106巻6号(1980年)99頁以下、長谷川正安・渡辺洋三・藤田勇編『人権宣言200年記念 講座・革命と法』(1989年)第4章「ドイツ革命と法」第4節「『法による変革』と法律実証主義」(広渡清吾)227頁以下参照。

へと変化したのは、「転向」ではない。ラートブルフは、その共和主義的・民主主義的な政治思想ゆえに、帝政期の保守的・権威主義的立法を自由法運動の立場から批判し、そして革命と政変により政体が共和制へと移行し、進歩的・民主主義的立法権が確立したがゆえに、議会制定法を擁護する立場をとったのである。ラートブルフがナチスに迫害されずに、1933年以降もドイツに留まり、法学研究と言論活動を継続していたならば、ナチスの非人道的な立法に対して批判的な態度をとったかもしれない。議会の立法権が行政権力によって奪い取られ、非民主的で独裁的な法律しか制定されなくなったことを批判して、ナチスの法律をそのまま解釈・適用することを拒んだかもしれない。彼から法学教育を受け、司法官僚や裁判官・検察官として法曹界に進出し、後に「法律は法律なり」とナチスの法律を擁護するようになった教え子に対して、法律の尊重は議会制民主主義のコロラリーであって、民主主義なき法律の尊重は独裁への赤裸々な迎合に他ならないと厳しくたしなめたかもしれない。

しかし、ラートブルフがナチスによって迫害され、亡命を余儀なくされたため、彼の法思想が現実のナチスの法律をいかに批判しうるものであったかは、判らないままにされた。ラートブルフは、ナチス崩壊後の1945年9月に亡命先のイギリスから帰国し、亡命直前まで所属していたハイデルベルク大学法学部長として学部の再建に取り組み、その翌年に「南ドイツ法曹新聞」に「法律の形をした不法と法律を超える法」を公表した。それによって、法律の形をしたナチスの不法を克服するための理論的課題が提起された⁶⁾。

6) ラートブルフは、亡命先のイギリスから帰国後、直ちにドイツ法学の再建に着手し、数多くの論文を矢継ぎ早に発表した。その姿は、戦後直後のドイツの法律家の目には、政治的・宗教的理由からナチスによって迫害された殉教者のように見えたに違いない。ナチスの崩壊とドイツの敗戦が、ナチスの世界観と政治綱領の誤りに起因していると理解した人は、ナチスによって迫害された殉教者の過去の理論と実践だけでなく、現在のその正当性をも確信したに違いない。しかし、そのように受け止めなかった者もいた。このような問題は、法学以外の分野で論ぜられてきた。その一例として、カール・ヤスパース（橋本文夫訳）『戦争の罪を問う』（1998年）を挙げることができよう。ヤスパースは、ナチス

3. ナチスの崩壊とドイツの敗戦によって、12年間の法と司法の全貌が徐々に明らかになり、ナチスを支えた法制度と理論の問題が、非ナチ化の浄化過程において解明され始めた。このような時期に、ラートブルフの論文は多くの法律家によって読まれ、肯定的に受け入れられた。それは、ラートブルフ自身がナチスにより迫害された経歴があったからだけでなく、法学と司法がナチスに協力・加担した本質的原因が法実証主義の思想にあったことを端的に言い当て、戦後ドイツ法学と司法が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、煽動的であった。法律は法律であるがゆえに法律なり。たとえ悪法であろうとも、法律であるがゆえに、それもまた法律なり。この悪しき法実証主義の思想が、恣意的で犯罪的な法律に対する抵抗力を法律家から奪い去り、不法な体制につなぎ止めたことが断罪された。しかも、それはワイマール時代の民主的な議会制定法を擁護するために、ラートブルフ自身が若い法学徒に説き続けた法思想でもあった。彼らをナチスの不法体制に組み込み、犠牲を強いた理論的責任の一端は自らにもあった。

このような自己批判のトーンを漂わせた法実証主義批判の主張は、いわゆる「ラートブルフ・テーゼ」として、戦後ドイツ法学界において普及し、多くの法律家はそこに戦後ドイツ法学の再生の可能性を見出した。管理委員会法とニュルンベルク裁判規程に基づいてナチスの戦争犯罪人が裁

ゝの恐怖政治への「告発を耳にするわれわれは、時としてそこにパライシ的な偽善の口吻を聞く思いがする。危険のさなかからのがれ出したものの、政治犯収容所の中での苦悩や死と比べ、あるいはドイツにおける不安と比べて、亡命の苦悩はあるにしても、テロの弾圧を蒙ることなく外国で暮らしてきたにもかかわらず、今になって亡命そのものを手柄のように考えるそういう人たちの偽善的な口吻を感じるのである。こういった口吻に対しては、われわれは別に腹を立てたりしないでこれを拒否する権利があると思う」と述べて、このような「テロ機構とそれから生ずる結果とを看破する正義の人」の一例として、ハンナ・アーレントの名前を挙げている。アーレントは、戦後になって、ドイツ民族がナチスの恐怖政治の共犯者になったこと、しかも「勤勉な市民」、「とてもそのようなことのできそうに思えない人たちがヒトラーの命令通りに従ったことを後になって指摘したが、ヤスパースがアーレントに当てたこの「正義の人」という表現には、アイロニカルなニュアンスがただよっている。

かれ、そして法治国家の再建に着手されるなかで、法律家は、法学方法論としての法実証主義批判と再生自然法へと向かって歩み始めた⁷⁾。

二 ラートブルフ・テーゼの歴史認識

1. ラートブルフ・テーゼは、ワイマールとナチスの両時代において、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。自身の過去の体験を踏まえて、それを援護する法律家もいる。

2. ハンス・ヴェルツェル (1904-1977年) は、19世紀末から20世紀初頭にかけて刑法学を支配した自然主義・実証主義を批判し、さらにその問題を価値関係的考察方法によって補完した新カント主義の価値哲学をも乗り越えるために、因果主義と規範主義に囚われた行為概念を批判し、新ヘーゲル主義の立場から存在と当為、客観と主観の統一体としての行為概念を展開した。1937年以降はゲッティンゲン大学の刑法講座を担当し、ナチス私講師同盟の構成員として研究活動に従事した。彼は、1953年に執筆した「自然法と法実証主義」のなかで、「つい20年前には、実証主義が学問と実務を完全に支配していた」とナチスの政権掌握時の法思想状況を回想し、あらためて実証主義と新カント主義の誤謬を次のように告発した⁸⁾。

実定法を超える自然の法 (überpositives, natürliches Recht) を一切拒否し、その考察の対象を実定法に限定し、その解釈と適用を行なうのが、19世紀から20世紀にかけての法律家の仕事の基本であった。カール・ビン

7) 戦後の再生自然法論の議論についての近年の研究として、Lena Folyanty, *Recht oder Gesetz. Juristische Identität und Autorität in der Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit*, 2013.

8) Hans Welzel, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, in: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, S. 274ff. (Zuerst erscheinen in: *Festschrift für Hans Niedermeyer zum 70. Geburtstag*, 1953, S. 279f.; Werner Maihofer (Hrsg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, 1962, S. 322ff.)。その邦訳として、ハンス・ヴェルツェル (金沢文雄訳) 「自然法と法実証主義」*広島政経論叢*16巻3号 (1966年) 73頁以下参照。

ディングは、そのことを「自己の誇り」と呼んだ。新カント主義は、そのような実証主義を克服すると称したにも関わらず、補完することによって、反対に強化する過ちを犯した。その過ちは、新カント主義の代表的論客のラートブルフの言説に現れている。ラートブルフは、『法哲学』（1932年）のなかで、「世界に法律がないよりは、汝に対し不法が行なわれる方がまだましだ」というゲーテの言葉を引き合いに出しながら、「正義は、法の第二の偉大なる任務であるのに反し、その第一の任務は、法的安定性、平和、秩序である」と述べて、裁判官の任務を次のように指摘した。すなわち、「裁判官は、実定法秩序の解釈とその運用にあたり、法規の妥当の意味、すなわちその効力の要求と、その現実の効力とを同視する法学的効力論のみを信奉しなければならない。法規に効力を持たせる意志があるがゆえに、法規は効力があるのであって、裁判官は、自己の法感情を権威的な法命令に捧げて、何が法にかなうかということだけを問題とすべきで、決してそれがまた正義にもかなうか否かを問題にしてはならない。それが裁判官の職業的義務である。もちろん人は問うかもしれない。かような裁判官の義務、すなわちその知性を実定法の解釈に捧げることが倫理的に可能なのか、将来の変化を予測できない法秩序に自らの人格を白地委任することができるのか。しかしながら、内容的にいかにも不正義な法律が作られようとも、かような法もそれが存在することによって、すでに一つの目的、すなわち法的安定性という目的を常に満たしていることは上述したところである。従って、裁判官は、何が正義であるかを顧慮することなく、法規に奉仕するとはいえ、それにもかかわらず単に偶然的な恣意の目的に奉仕することにはならない。裁判官が正義の僕であることを止めようとも、彼は依然として常に法的安定性の僕であるのは、法規がそれを欲するからである。われわれは、自己の確信に反して教えを説く牧師を軽蔑するが、法規に忠実であるがゆえに、それに反する自己の法感情によって惑わされない裁判官を尊敬する」⁹⁾。

9) グスタフ・ラートブルフ（田中耕太郎訳）『ラートブルフ著作集第1巻 法哲学』↗

ヴェルツェルは、このラートブルフの言葉を引用して、それに続けて法実証主義の思想を次のように断罪した。

1932年にはこのように言われていた。このような教えを学んだ結果、ドイツの法律家は「第三帝国」へ移っていったことを我々は忘れてはならない。第三帝国は、法実証主義から言質を取ったのである。国家は……「任意のいかなる法内容をも——絶対的に不道德なものでも——定立することができる」とする実証主義の理論を、第三帝国は実際にまともに受け取ったのである。これによって明らかにされたことは、19世紀と20世紀の法実証主義の全体が、自分ではその反対を主張するけれども、実は広い自然法的基盤に依存していたのであり、消耗し尽くされていない道徳的実体に支えられて生きながらえてきたのが、突然、この実体を取り去られてしまったのだということである。眼の碧い子供はすべて殺せという命令でも、それが国家の最高の権力者によって命じられたのであれば有効であるというような実証主義の観念の遊戯が、今度は恐ろしい現実となった。この恐るべき経験は、実定法に対するこれまでの評価を転倒させた。法律の内容が犯罪であれば、法律は法の実定化ではなくなる。もはや、法律は、法の指針であるという保証はない。前世紀の初頭に、フィヒテは、「法律の規定に従うことは常に正しい」ということができた。今は、かえって法規の方が、何が法かを不確実にすることがありうるということが明らかになった。超実定的なもの、すなわち自然法の中に確実な拠りどころを求める声はそれだけに一層強められた¹⁰⁾。

ラートブルフがワイマール末期まで主張し続けていた新カント主義に基づく法実証主義が、例えば「眼の碧い子供はすべて殺せ」と命ずる国家の法律の法としての効力を疑わせる余地を法律家に与えなかったのは、新カ

↘ (1961年) 223頁以下参照。

10) Welzel (Fn.8), S. 275f. (金沢・73頁以下)。

ント主義が法の理念において法的安定性を第一義的なものと捉えたからである。ヴェルツェルは、このように新カント主義に基づく法実証主義を批判し、悪法を斥けるためには、自然法に拠りどころを求めなければならないと述べた。一般に実証主義は、存在しているものは、存在するべくして存在しているのであって、現に存在している以上、それが存在すべきものであるか否か、それとは別に存在すべきものがあるか否かということの問題にしない。法律と法の関係に関しても同じであって、立法者が制定した法律が法であって、法律の文理的・論理的解釈によって、そこから導き出されたものが法であると解する¹¹⁾。

しかし、あるものが現実に存在するということと、それが理念的に存在すべきものであるということとは別の問題である。新カント主義は、このように存在と当為、事実と価値、現実と理念を二元的に捉え、当為、価値、理念という観念的な世界から存在、事実、現実の實在的な世界を論評・批評する。法律と法の関係に関しても同じであって、立法者が制定した法律であっても、法として相応しいか否かは別の問題であり、既存の法律の文理的・論理的解釈をしているだけでは、そこから法を導き出すことはできないという¹²⁾。ただし、当為、価値、理念としての法の理解の仕

11) 自然科学における実証主義・経験主義が社会科学・法学に与えた思想的影響については、三島淑臣『法思想史』（新版・2003年）318頁以下が非常に詳しく述べている。市民革命を経て、近代社会の指導的階級となった市民（ブルジョアジー）にとって、自らが実現し、勝ち得たものは、その本質において理性的なものである。このことは自明のことであり、自らが手にしたものは、在るべくして在るのであって、在るものが理性的なのか否かを問い質すような存在論的な問いは、もはや意味はない。法実証主義は、このような実証主義的世界観の法思想的反映である。

12) 新カント主義の法思想について、三島・前掲注(11)324頁以下は、「法学的理想主義」と呼び、その思想が現れるに至った歴史的な背景と必然性を解明している。初期資本主義から独占資本主義への発展過程において、資本の価値増殖が自己目的と化した結果、労働者に対する非人間的搾取が苛烈になった。市民革命がもたらしたものは、労働者や農民にとっては、自由の名の下において正当化された賃金奴隷制であって、人間性剥奪の社会であった。それは在るものに対する不信と在るべきものへの期待という社会心理を作り出した。これが実証主義に対する理想主義の思想、法実証主義に対する法学的理想主義の思想である。

方は多様であって、それによって現実の立法が批判されるとは限らない。ラートブルフの法思想は法の理念を正義、合目的性、法的安定性の三要素において捉えたが、法的安定性を第一義的な要素として位置づけたために、ナチスの「不正義な法律」を理念的に弁証する結果となった。ヴェルツェルは、新カント主義がこのように現実の法律の妥当性を法の理念によって援護することによって実証主義を補完したと厳しく批判したのである。

3. ヘルマン・ヴァインカウフ (1894-1981年) は、政権掌握後の1934年1月にナチス・ドイツ法曹同盟に加盟し、1937年にナチス政権によって帝国裁判所判事に任命され、戦後直後はアメリカ占領地域の収容所で拘留されたが、釈放後の1950年から60年まで連邦通常裁判所長官を務めた¹³⁾。彼は、『司法とナチス』(1968年)の序文のなかで、ナチスの法状態が、当時の立法だけでなく、指導的な法思想によっても形成されたと指摘したが、この「指導的な法思想」が法実証主義であることは自明のことである。彼もまた、国家的不法の法領域への侵入に対して、法律家、とくに裁判官が抵抗力を失ったことの原因、すなわちナチスに対するドイツ法学の脆弱性の原因は、究極的には法実証主義の思想に帰着すると考えた¹⁴⁾。

ドイツ連邦共和国の建国から20年が経過し、ナチスの謀殺罪の公訴時効が完成しようとしていた。国内外の世論は、謀殺罪の時効の延長ないし廃止を求めている。自らはファシズムの温床である資本主義経済の物質的基礎を廃絶したと主張するドイツ民主共和国は、1950年代末から60年代初頭にかけて、ナチスの時代の裁判官がドイツ連邦共和国の司法の内部に今なお潜んでいるとする「血塗られた裁判官」キャンペーンを展開してい

13) 裁判官としてのヘルマン・ヴァインカウフの履歴と業績を帝政時代、ワイマール時代、ナチス時代、占領期、西ドイツ時代に分けて詳細に紹介するものとして、Klaus-Detlev Godau-Schüttke, *Der Bundesgerichtshof - Justiz in Deutschland*, 2005.

14) Hermann Weinkauff, *Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus*, 1968 (Band 16/1 der „Quellen und Darstellungen zur Zeitgeschichte“), Vorwort zur Gesamtausgabe.

た¹⁵⁾。ジーモン・ヴィーゼンタールが代表を務める在米ユダヤ人被害者連盟¹⁶⁾は、ドイツの政治家・文化人・知識人に対して公訴時効の延長を求める公開質問状を送る運動を推進していた。社会民主党は、それに呼応して公訴時効の延長を求める論争を連邦議会内外で活発に行なっていた。ドイツが降伏した1945年5月8日から謀殺罪の公訴時効を計算したならば、1965年5月の時点でその完成を迎えるはずであったが、連邦議会は公訴時効の起算点を「司法停止」状態が解除された1949年9月16日に変更することを決定した¹⁷⁾。『司法とナチス』が公刊された1968年は、その公訴時効の完成が目前に迫っていた年であった。

このような時期に、連邦通常裁判所の元長官で、ナチス時代に帝国裁判所の判事を務めた経歴のあるヴァインカウフが、ナチスの不法に対する抵抗力を法律家から奪い去ったのが、「指導的な法思想」、すなわち法実証主義であると改めて指摘したことは、公訴時効の延長問題に影響を及ぼしたことは想像に難くない。基本法103条2項の罪刑法定主義は、犯罪と刑罰の実体法上の関係だけでなく、手続法上の関係についても妥当し、事後法による処罰だけでなく、被疑者・被告人に対する手続上の一切の不利益変更を認めない。公訴時効は、刑罰権が行使されていない事実状態が一定の

15) Klaus Bästlein, »Nazi-Blutrichter als Stürzen des Adenauer-Regimes«, in: Helga Grabitz, Klaus Bästlein, Johannes Tüchel unter Mitarbeit von Peter Klein und Martina Voigt (Hrsg.), Die Normalität des Verbrechens. Bilanz und Perspektiven der Forschung zu den nationalsozialistischen Gewaltverbrechen. Festschrift für Wolfgang Scheffler zum 65. Geburtstag, 1994, S. 408ff.

16) ジーモン・ヴィーゼンタールについては、ジーモン・ヴィーゼンタール（下村由一・山本達夫訳）『ナチ犯罪人を追う S・ヴィーゼンタール回顧録』（1998年）参照。

17) 公訴時効の延長をめぐる議論については、石田勇治『過去の克服 ヒトラー後のドイツ』（2002年）180頁以下、208頁以下が詳細である。そこでは、1945年5月8日を起算点として故殺罪の公訴時効（15年）を迎えようとしていた1960年の第一次時効論争、謀殺罪の公訴時効（20年）を迎えようとしていた1965年の第二次時効論争、公訴時効の起算点を1949年にした上で、謀殺罪の公訴時効を迎えようとしていた1969年の第三次時効論争のそれぞれについて、議会内外の詳細な論争が紹介されている。また、バーター・ライヒェル（小川保博・芝野由和訳）『ドイツ 過去の克服 ナチ独裁に対する1945年以降の政治的・法的取り組み』（2006年）243頁以下参照。

期間継続したことを尊重し、また証拠の散逸による誤判のリスクを避けるために、刑罰権の行使を控える制度であり、それを法文に則して厳格に運用することによって、自由の安定的保障が実現する。ただし、それが法としての性質を持ちうるのは正義に奉仕しうる限りであって、正義に反する場合には公訴時効の法的安定性は正義に道を譲らねばならない。1969年9月を最後にして、ナチスの謀殺罪に公訴時効の完成を認めることは、ナチスの過去の司法による克服に終止符を打つことを意味する。ナチスの実行犯がドイツ国内において「普通のドイツ人」の顔をして生き延びている可能性があり、また世界のどこかで国籍と名前を詐称して潜伏していることが考えられる。従って、公訴時効の完成を理由に過去の克服を終わりにすることは正義に反する。法の目的は正義であって、法的安定性ではない。それが歴史の教訓である。「指導的な法思想」を批判するヴァインカウフの主張は、公訴時効の延長論を後押しする役割を果たしたのではないかと思われる。

ただし、ヴァインカウフの主張は、ナチス時代に帝国裁判所判事を務めた自分自身の過去の清算をも迫るべきものであった。しかし、戦後処理を経て、連邦通常裁判所の初代長官に就任した経歴からも推測されるように、裁判官としての彼の経歴はナチスの思想とは無関係であったと見られている。彼が配属された帝国裁判所の部署は、第一民事部であった。そこでは主として著作権と特許権に関する事案が扱われ、政治的な案件は扱われなかった。それゆえ、ヴァインカウフは裁判官としてナチスの不法への関与が否定されたのである。ナチスによれば、国家は特定の経済観または経済政策を超越する民族的な共同体であり、政府が大規模な公共事業を計画し、雇用を創出するようなことはあっても、国家・行政による経済の管理・統制は行なわれず、全面的に民間に委ねることが基本とされた。従って、第一民事部が扱う経済的な法律問題に対して、政府や党からのイデオロギー的な介入はなかったといわれている。

しかしながら、1938年11月9日の「水晶の夜」以降の「経済のアーリア

化」によって、ユダヤ人の財産が没収され、様々な権利——そこには著作権や特許権が含まれる——が剥奪されたときに、第一民事部が「ユダヤ人の法的紛争」(judische Rechtsstreitigkeiten)」を取り扱わないことを決定したが、それには重大な問題がある。多くの法律によってユダヤ人から生存の基盤を奪い、ドイツ社会から排除したことによって「アウシュヴィッツへの道」の地ならしがなされたが、帝国裁判所の第一民事部が、そのような法律に起因する法的問題を取り扱ったならば、それを部分的にでも避けられたかもしれない。そのようにしなかったのは、不正な法律を法律として受け入れる法実証主義の思想に基づいていたからであり、そのような態度が「アーリア化」への協力につながっていったのである。法実証主義批判の矛先は、ヴァインカウフ自身にも向けられるべきであった¹⁸⁾。

4. 戦後直後にハイデルベルク大学でラートブルフが主宰する刑法演習に参加し、その指導のもとで学位論文を執筆したギュンター・シュペンデル(1922-2009)とアルトゥール・カウフマン(1923-2001)も同様の主張を行なっている。シュペンデルは、第二次世界大戦中の1940年にラートブルフが執筆した『法学入門』を読んで、法律学を学ぶことを決意し、フランクフルト大学に籍を置き、次いでフライブルク大学に移籍した後、フリッツ・フォン・ヒッペル、アドルフ・シューンケ、エリック・ヴォルフに師事した。そうしながらも、ラートブルフに連絡を取る努力を続け、戦後、ハイデルベルク大学のラートブルフのもとで、作為犯の因果関係に関する条件説に関する論文で学位を取得した¹⁹⁾。刑法学研究の導きをラートブルフから受けたシュペンデルは、その生誕100周年を記念する著書において、法実証主義の思想が「国家自身が法として定立したものを、秩序と安定性を理由にして法として妥当させ、不正で犯罪的な法律に対す

18) Klaus-Detlev Godau-Schüttke, a.a.O., S. 56ff.

19) Günter Spendel, Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte. Eine kritische Untersuchung der Conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, 1948.

る抵抗力を法律家から奪い去った学説」²⁰⁾ であると述べた。

カウフマンは、1941年にフランクフルト大学に入学後、招集を受け、戦争終結まで従軍し、戦後直後にラートブルフのもとで刑法学の研究を始め、刑事責任論における不法意識に関する論文で学位を取得した²¹⁾。カウフマンもまた、「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については、周知の事実である。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、そのような法律に対して、実証主義によって教育を受けた法律家の世代から、なんら特筆に値する抵抗は行なわれなかった」²²⁾ と述べた。戦後ラートブルフの教えを受けた彼らもまた、ヴェルツェルと同様、ワイマールからナチスの時代に実証主義の法思想を刷り込まれたがゆえに、法律家は法律の形をした悪法に抵抗できなかったと論じた。

以上のように、ラートブルフの法実証主義批判のテーゼは、ワイマールとナチスの両時代において、法実証主義が法学と司法において支配的であり、法律家はその論理に従って法を解釈し適用せざるをえず、そのためにナチスの不法に対して抵抗することができなかったという歴史認識を前提としている。

三 法実証主義支配の虚像と実像

1. このようなラートブルフ・テーゼの歴史認識を「実証主義伝説」と名付け、批判する議論がある。例えば、1980年代後半の「歴史家論争」²³⁾

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

21) Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts. Zugleich ein Leitfaden durch moderne Schuldlehren, 1949.

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

23) 1980年代後半の歴史家論争における主要な議論をまとめたものとして、J・ハーバーマス/E・ノルテ（清水多吉その他訳・三島憲一解説）『過ぎ去ろうとしない過去 ナチス』

の余波を受けて、法学者の間でも、ワイマールやナチスの時代の法学と司法において法実証主義が支配的であったという認識に対して疑問が投げかけられた²⁴⁾。最近でも、ヒトラーの首相就任から80周年あるいは戦後70年という節目の年に、ラートブルフの法概念、そのテーゼの前提にある歴史認識を主題にした議論が行なわれている。法哲学者や法制史家だけでなく、裁判官、実務家からもラートブルフ・テーゼに対する厳しい批判が行なわれている。ドイツ連邦行政裁判所判事のディーター・ダイゼロート²⁵⁾などは、ラートブルフ・テーゼを正面から批判の対象に上げ、厳しい批判を向けている。ダイゼロートなどが指摘するように、ラートブルフ・テーゼの前提が誤っているならば、ナチス時代の法律家が「法律の形をした不法」に対して抵抗できなかった理由を改めて検討しなければなら

ゝズムとドイツ歴史家論争』（1995年）参照。

- 24) 法律家による「歴史家論争」については、長谷川正安・渡辺洋三・藤田勇編（前掲注〔5〕）227頁以下参照。Vgl. Ralf Dreier und Wolfgang Sellert (Hrsg.), *Recht und Justiz im »Dritten Reich«*, 1. Auflage, 1989. 本書所収の個別の論文を紹介するものとして、ラルフ・ドライアー／ヴォルフガング・ゼラート編（刑法読書会紹介）『『第三帝国における法と司法』（1）～（10・完）』警察研究62巻4号（1991年）～63巻3号（1992年）。そのなかで、裁判官と法律の関係について論じたものとして、Hans Hattenhauer, *Wandlungen des Richterleitbildes im 19. und 20. Jahrhundert*, a.a.O., S. 9-33. (H・ハッテンハウアー〔本田稔紹介〕「19世紀および20世紀における裁判官像の変遷」警察研究62巻4号〔1991年〕72頁以下)。ラートブルフ・テーゼの歴史認識を批判的に検証するものとして、Manfred Walther, *Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im „Dritten Reich“ wehrlos gemacht?*, a.a.O., S. 323-354. (M・ヴァルター〔本田稔紹介〕「法実証主義は『第三帝国』における法律家から抵抗力を奪い去ったのか」警察研究62巻11号〔1991年〕67頁以下)。Micha Brumlik, *Gesetzliches Unrecht. Die Wehrlosigkeit des wissenschaftlichen Rechtspositivismus gegenüber nationalsozialistischen Staatsverbrechen*, Fritsz Bauer Institut (Hrsg.), *Gesetzliches Unrecht. Rassistisches Rechts im 20. Jahrhundert*, 2000, S. 15f. ドライアーとゼラートの問題提起を受けて、それを目的的行為理論の法思想的考察に反映させるものとして、内藤謙『刑法理論の史的展開』（2007年）586頁以下参照。
- 25) Dieter Deiseroth, *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. 5ff. (ディーター・ダイゼロート〔本田稔訳〕「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」立命館法学360号（2015年）135頁以下）。

ないし、さらには「法律の形をした不法」へのオルターナティブである「法律を超える法」の理論的妥当性も問題にしなければならない。

2. 1985年5月8日、敗戦40周年に際して、(西)ドイツのヴァイツゼッカー大統領は、ナチズムの過去について、「罪の有無、老幼いずれを問わず、われわれ全員が過去を引き受けなければならず、「過去に目を閉ざす者は結局のところ現在にも盲目となります。非人間的な行為を心に刻もうとしない者は、またそうした危険に陥りやすいものなのです」と、罪深き過去に向き合い、それを心に刻むことをドイツ人に呼びかけた。世界の人々は、「彼が国家元首という立場にありながら、自国がかつて犯した罪責を一つ一つ具体的にあげて反省した、そのおどろくべき率直さ」²⁶⁾に胸を打たれ、感動した。

世界中で巻き起こった共感・感動とその後起こった「歴史家論争」は無縁ではなく、それに対する反動として起こったと言っても過言ではない。ヴァイツゼッカーによれば、ドイツ人が犯したのは「歴史のなかで戦いと暴力に巻き込まれるという罪」²⁷⁾でしかなく、彼はそれを心に刻むことを呼びかけたに過ぎない。敗戦によってドイツ人もまたナチスの暴力支配から解放された「被害者」であるという認識をにじませていたにもかかわらず、そのような呼びかけでさえも、ドイツ人に重くのしかかった。自国の歴史の負の遺産を継承し、心に刻むことを、現代のドイツ人は負担であ

26) ヴァイツゼッカー演説の邦訳は永井清彦「荒れ野の40年 ヴァイツゼッカー大統領演説全文」岩波ブックレット No.55 (1986年) 8頁以下を参照した。その解説の村上伸「ヴァイツゼッカー演説のいくつかの背景」42頁以下参照。また、演説の精神を解説するものとして、永井清彦『ヴァイツゼッカー演説の精神——過去を心に刻む』(1991年)参照。

27) 原文では、schuldhafte Verstrickung in Krieg und Gewalt という表現が用いられている。これには「責任が問われるのは、戦争と暴力に巻き込まれたことである」というニュアンスがある。「ヒトラーは全国民をその憎悪の道具とした」(14頁)というようなこれに似た表現も演説の至るところで見れる。このような表現の内容と意図を分析し、「ドイツの過去は清算されていない」との仮説を主張するものとして、木佐芳男『<戦争責任>とは何か 清算されなかったドイツの過去』(2001年)197頁以下参照。

ると感じたのではないか。戦後40年を経過しても、ドイツの歴史をナチスとの関連なしに論ずることは許されず、歴史がナチスの呪縛から解放されずにいると感じたのではないか。ドイツの歴史学は、あたかも模範的なドイツ公民を育成するための道徳のように位置づけられているのではないか。ロシア革命やスターリニズムの外的な影響とドイツにおけるナチスの台頭との間には因果的な連関があるのではないか。確かに、ナチス・ドイツのホロコーストは、その規模において歴史的に例を見ないものであるが、当時のソ連においても、またその後の世界においても大量虐殺は行なわれており、それらを規模、目的、方法などの点から比較検討することも許されるのではないか。かりにそうであるならば、ドイツ人だけが過去の不法な歴史を継承し、それと向き合うことを強いられるいわれはないのではないか。「歴史家論争」は、ドイツが戦後40年を経ても、敗戦国の過去を引きずり、それとの関係において自己認識を強いられることへの苛立ちと反発から始まったように思われる²⁸⁾。

このように「歴史家論争」は、ナチスの犯罪を他国の蛮行と比較して、多少なりとも相対化して、ナチスの過去の克服に終止符を打ち、失われたドイツ人の名誉と誇りを取り戻そうとする保守派とそれに抵抗するリベラル左派との歴史認識をめぐる争いであったといえる。その論争の余波は、法律学の領域において、心に刻み込むべきナチズムの過去とは何であったのかという問題を再び検討の俎上に乗せた。法実証主義が不法に対する抵抗力を法律家から奪ったというのであれば、たとえ法律家がナチスの不法に

28) 2015年8月14日の安部晋三首相の「戦後70年談話」とヴァイツゼッカー演説の内容的同一性を指摘するものとして、阿比留瑠比「戦後70年談話」に込められた首相の真意」正論2015年10月号74頁以下参照。安部首相は、「談話」のなかで、中国や北朝鮮・韓国などを念頭に置きながら、「日本では、戦後生まれの世代が、今や、人口の8割を超えています。あの戦争には何ら関わりのない、私たちの子や孫、そしてその先の世代の子どもたちに、謝罪を続ける宿命を負わせてはなりません」と述べた。阿比留によれば、安部首相は「談話」のこの文章をまとめるにあたり、ヴァイツゼッカー演説を参考にし、安部首相自らが、「安部談話について謝罪が足りない」と批判するならば、それはヴァイツゼッカー演説を批判するのと同じことだ」と、周囲の関係者にも語っていたという。

抵抗しようとも、それは法実証主義の思想によって阻まれたに違いないということにもなる。もしそうであるならば、ラートブルフ・テーゼは、ナチス時代の法律家の「無力さ」を強調することによって、そのイメージをナチスの共犯者から「被害者」へと転換し、法律家層の責任を総体として免罪する作用を果たしたことになるのではないか。ナチスの不法に対する個別の責任を棚上げし、法学がナチスの過去と真摯に向き合う道を閉ざしてしまったのではないか。その原因を作ったのは、実はラートブルフ・テーゼだったのではないか。ワイマール時代の法学と司法を支配において支配的であったのは、本当に法実証主義なのか。ナチス時代の法律家は、ナチスの不法に対して無防備だったのか。ナチスの不法の反省から導かれるのは、法律の形をした不法を批判しうる法律を超える法なのか。このような問題が、理論、実務、立法の様々な領域において実証された。

3. 例えば、1926年3月29日、ミュンスターで開催されたドイツ国法学会では、「帝国憲法109条の意味における法律の前での平等」をテーマに開催され、その基調報告をエリック・カウフマン（ボン大学）が行なった。カウフマンは、法律の前での平等を定めたワイマール憲法109条は立法者に対しても妥当するのか、憲法のコア部は立法とは異なる次元において成立しているのか、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のか、という「裁判官の法令審査権」の問題について報告した²⁹⁾。つまり、個人や団体の行為は、民法や刑法などの法令の審査対象にされるが、立法者の行為も平等に審査対象にされるのか。その立法も上位の法令、とりわけ憲法による審査の対象とされるのか。立法者にも個人と同じように「法律の前の平等」の規定が適用されるならば、立法（法令）もまた裁判官の審査対象にされる。これが「裁判官の法令審査権」の問題である。

29) Erich Kaufmann, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler, 1927, Heft 3, S. 2ff. Vgl. Deiseroth (Fn.25), a.a.O., S. 6. (邦訳・138頁以下)。

すでに述べたように、ラートブルフは、新カント主義と民主主義の立場から、法の理念における法的安定性の要素を重視し、共和制議会の立法を擁護して、「裁判官の法令審査権」を要求する保守的な法律家陣営に反対した。普通選挙と憲法の手続を通じて構成された議会の法令の適否を審査し、その改廃を決定できるのは議会だけである。裁判官には議会制定法の適否を審査する権利はない。たとえ法律に問題や限界があっても、また内容的に不正な法律であっても、法の理念としての法的安定性を重視しなければならない。カウフマンは、このような法実証主義の思想に対して、次のように述べた。

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、私たち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、そして法的問題の核心へ、実定的な国法の彼岸にあるものへと進んで、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、私たち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（裁判官の法令審査権の有無——引用者注）が、私たち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でしょうか³⁰⁾。

カウフマンは、法学において実証主義が成り立ちうる前提は、静態性の気風、すなわち社会の政治的・経済的・文化的な諸関係が安定し、少なくとも大きな変化に見舞われないと想定された諸関係が成り立っている場合に限られると述べた。第一次世界大戦における敗北、革命による帝政の崩壊、ヴェルサイユ条約の締結によって、その前提は破壊した。そうである

30) Kaufmann, a.a.O., S. 3.

以上、法学において実証主義が成立する基盤は、もはや失われたといわなければならない。ドイツ民族はもはや静態的な情況のなかにはなく、動態的な変化のなかであり、それに対応し、またそれに応じて変化しなければならない。法制度もまた例外ではない。議会制民主主義、普通選挙によって代表者が選出され、相対的多数の党派が議会において与党となり、彼らの理論と政策が議会の意思を決定し、それが政府の意思となるが、政権与党の政治運営もまた変化のなかであり、野党の批判にさらされ、その政治基盤は常に不安定である。いずれの党派も次の選挙によって与党にも、野党にもなる可能性があり、他の党派と連立して与党の地位を維持または獲得することもある。そのような政党の合従連衡によって議会や政府の意思が形成され、法律が制定されるが、そのような政党政治の不安定性の上に成立した法律には、帝政時代のような法としての権威はない。憲法や他の諸法との矛盾がない法律であると信頼することもできない。議会の立法行為が変転する政治・経済状況によって決定されるがゆえに、その合憲性・違憲性の判断は議会ではなく、司法に委ねられるべきである。従って、議会の立法行為もまた、法律の前においては、個人や法人と等しく平等な扱いを受けなければならない。法律の前での平等を定めたワイマール憲法109条は、立法者に対しても妥当しなければならない。憲法のコア部分は、立法と同じ次元において成立し、法律の合憲性に関する裁判官の審査権は、憲法に内在していると解釈しなければならない。

裁判官の法令審査権を否定する実証主義の法思想は、このような批判にさらされたのである。

4. カウフマンの法実証主義批判の思想傾向は、彼のような法律家に限られたものではなく、裁判官にも見られた。第一次世界大戦におけるドイツの敗戦によって、未曾有のインフレーションが惹き起こされた。それに伴って、金銭債権の増額評価の可否の問題が発生した。当時の通貨法の支配的な学説によれば、通貨価値の変動の有無にかかわらず、名目額の給付

によって債務の弁済は完了する、つまり弁済の有無は「マルクは等しくマルクである」(Mark gleich Mark)の原則に基づいて判断された。その原則によれば、第一次世界大戦前のマルクも、その後のマルクも、インフレーション前のマルクも、その後のマルクも、等しくマルクであり、通貨価値も同じということになる。これに従うならば、大戦前のマルク建て債務は、大戦後に通貨価値の暴落したマルクによっても弁済できるようになってしまう。大インフレーションの結果、大戦直前の1914年のドル為替相場のマルク価値を1とした場合、その価値は、大戦後の1922年末には約1807分の1に、そして1923年11月20日には1兆分の1にまで下落し、このような通貨価値の大幅な下落にもかかわらず、名目額を給付することで債務の弁済が認められるならば、債権者が耐え難い不利益を被るのは明らかである。このような状況のもとで、債権者が第一次世界大戦前に設定した抵当権をその後の大インフレーションによる通貨価値に合わせて増額評価できるか否かが問題になった。これが増額評価問題である。

帝国裁判所第五民事部はこの問題について、1923年11月28日、民法242条の「信義則規定」に基づいて、その権利を債権者に認めること判断を示した³¹⁾。このような判断は通貨法の原則に反するものであり、立法者が名目額による弁済によって生ずる耐え難い不利益を回避するための立法措置をとろうとしなかったため、それへの憂慮からなされたものであるが、社会情勢の変化は、このような司法判断を求めたのである。それが、自然法によるものであれ、また自由法運動に基づくものであれ、裁判官による法創造を肯定する反実証主義的な法思想に裏づけられていることは明らか

31) RGZ 107, S. 87. 増額評価判決を分析して、ワイマール共和国時代の裁判所と政府、司法と行政、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するものとして、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、広渡清吾「ワイマール期の大インフレーションと裁判所」清水誠編『ファシズムへの道—ワイマール裁判物語』(1978年)253頁以下、平野敏彦「ドイツ自由法運動の生成と展開—H・カントロヴィッツを中心として(4)」法学論叢107巻5号(1990年)52頁以下参照。

である。

同様の傾向は、刑事立法にも見られる。1922年6月12日の「共和国の保護に関する法律」（共和国保護法）がそれである³²⁾。第一次世界大戦終結後に締結されたヴェルサイユ条約に基づいて、戦後処理交渉が行なわれた。最大の争点は、賠償金の金額の算定であった。1921年のロンドン会議において賠償金の金額が定められ、ヴェルト政権によって受諾された。しかし、この賠償金はドイツ経済を苦境に追いやった。さらに、ヴェルサイユ条約への不満を強め、その不満は右翼テロとして爆発し、ヴァルター・ラーテナウ外相の暗殺事件などが発生した。ヴェルト首相はその葬儀において「敵は右側にいる」と演説し、フリードリヒ・エーベルト大統領は、反政府勢力への対抗措置として共和国保護令を發布した。その後、帝国議会において可決されたのが共和国保護法である。その当時の司法大臣は、グスタフ・ラートブルフであった。

共和国保護法は、「共和国保護のための刑罰規定」として、帝国または諸邦の共和主義政府の構成員の殺害を内容とする協定または申合せに関与した者に5年以上の懲役または終身刑を科すことを定めた（1条）。この条項は、謀殺や故殺の実行に着手する以前の協定や申合せに既遂に相当する刑罰を科すことによって、政治テロを禁圧し、政治的秩序維持を図ることを目的としたものであった。政治的秩序の維持という目的は、刑法の役割が諸状況の変化を受けて、変動し始めていることを窺わせるものである。さらに、内乱罪や政治的殺人罪などの重罪に対して、自由刑と併せて罰金刑を科す併科主義が採用され、「内乱罪または第1条ないし6条に反する重罪につき、有罪の判決と併せて罰金刑を科すことができる。罰金刑の最高額は、制限されない」（9条）と定められた。これが大インフレーションによる通貨価値の大幅な下落を受けて規定されたものであることは

32) Gesetz zum Schutze der Republik vom 21. Juli 1922, RGBL. I, 585. 拙稿「罪刑法定主義の歴史的断想——ワイマール帝国憲法116条による刑法2条の侵食」森本益之・加藤久雄・生田勝義編『大野真義先生古稀祝賀 刑事法学の潮流と展望』（2000年）68頁以下参照。

明らかである。罰金刑は、一般的には罰則制定時の貨幣価値を前提に、当該犯罪の抑止効果が期待できる程度の金額を基準に設定されるが、大規模な社会情勢の変化や通貨制度の変更を受けて、その通貨価値が見直された場合には、罰則の罰金刑の部分は全面的に変更されることになる。しかし、大インフレーションの影響によって、その通貨価値の標準が定まらないときに、罰金刑の金額を法定しても意味がない。法令違反行為の類型を明示することはできても、それに対応する罰金刑の金額を法定することは不可能である。罪刑法定主義は、犯罪とそれへの刑罰を法律によって事前に明確にして、刑罰権の行使を予測可能なものにし、自由と権利を保障することを目的としているが、共和国保護法は、この原則を犯罪の法定主義と刑罰の法定主義へと分割し、後者の法定主義のうち、罰金刑の法定を緩和し、それを裁判官の裁量に委ねたのである。それによって、裁判官は罰金刑の明確な金額による拘束から解放され、大インフレーションによる通貨価値の下落に対応した罰金額の算定が可能になった。その立法もまた刑罰法規の安定性よりも、実質的正義を重視する反実証主義的な思想によって裏づけられている³³⁾。

5. さらに注目すべきは、ラートブルフと同じ様に、法実証主義を断罪したハンス・ヴェルツェル自身が、ワイマール末期に実証主義の法思想を厳しく批判していたことである。ヴェルツェルは、次のように述べていた。

実証主義の時代は過ぎ去った。実証主義は、存在する個々の成果を築き上げたとはいえ、それらを包括する「精神的靱帯」を我々に示すことができなかつた。ますます切実になっていることは、基礎的なもの、普遍的な

33) 帝政時代からワイマール時代にかけての刑法改正作業における罪刑法定主義の意義の変容過程を跡づけたものとして、拙稿「刑法における遡及処罰の法理——ヴァン・デル・ルッペ法への道標」浅田和茂・高田昭正・久岡康成・松岡正章・米田泰邦編『井戸田侃先生古稀祝賀論文集 転換期の刑事法学』（1999年）743頁以下参照。

もの、そして全一的なものを問うことである。我々は、刑法の領域において、いわば時代の転換点に立っているのである。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たままである。現行法の構成要件は、解釈論的にはほぼ論じ尽くされた。そこで、学問の関心は、いっそう刑事立法の恒常的で基礎的な要素、つまり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、従来の解決の試みから、現在のそれを経て、さらに改正の可能性へと至る大きな文脈のなかで行なわれている。こうしたすべてのことが、刑法の議論のなかに、哲学的な問題提起をますます取り込む条件となっている³⁴⁾。

実証主義の時代は終わった。既存の刑罰法規の論理的・整合的な解釈、その安定的な適用を刑法学の任務としてきた時代は終わった。今や刑法学の関心は、刑事立法の恒常的で基礎的な要素、つまり哲学的な要素へと向かっている。つまり、刑法を刑法たらしめる要素は、それが議会で制定された事実にあるのではない。それは、刑法の本質的な要素、恒常的で基礎的な要素、哲学的な要素である。たとえ普通選挙によって選出された議会であっても、刑罰法規を自由自在に制定・改廃することはできない。政権政党の政治綱領や政府の政策を超越し、刑事立法を拘束する理論的前提や恒常的・哲学的要素があるのである。ヴェルツェルがこのように述べたのは、自らの学問的関心が刑法学の方法論的研究にあったからである。その当時、刑法学方法論において影響力が強かったのは新カント主義の価値哲学であった。新カント主義、とりわけ西南ドイツ学派の価値哲学によれば、対象・客体の認識の方法は、一定の先験的な価値を基準にして、自然

34) Hans Welzel, Strafrecht und Philosophie, in: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 1f. (Zuerst erscheinen in: Kölner Universitätszeitung Bd. 12 (1930), Nr. 9, S. 5). その邦訳として、ハンス・ヴェルツェル (金沢文雄訳) 「刑法と哲学」 広島大学政経論叢16巻5・6号 (1967年) 97頁以下参照。

的・実在的な対象・客体の意味を認識するというものである。すなわち、認識の方法とは、価値関係的な考察方法によって、対象・客体を意味的・価値的に創り出す作業である。自然科学・実証科学における対象の認識は価値中立的であるにもかかわらず、社会科学や人文科学、規範科学における認識は、任意の「価値」を基準にするため、価値関係的な意味を問題にしなければならない。新カント主義は、このような科学の分野において認識の方法と基準が異なることを認める。

これに対して、ヴェルツェルは、「認識は常にただ、在るがままの対象を洞察することでしかありえない。それゆえ、一つの対象がいくつかの科学の客体とされても、その対象はすべての科学において同一である」と述べて、諸科学を包括する上位の科学（哲学）が認識すべき普遍的な対象、すなわちその基礎的で恒常的な要素に関心を向けたのである。それは、刑事立法もまたその前提とし、その対象とする前法的・基礎的な行為概念、精神的韌帯によって統一された行為概念である。それは、行為を「外界における変化の作用を伴う有意的身体運動」のように自然主義的に定義しているだけでは理解できない。精神的活動の志向性、すなわち目的性を重視しなければならない。外界における因果過程は、外的作用によって惹起される、つまり行為の外的作用が一定の経過を辿って、一定の結果へと帰着するのではなく、志向的に「設定」される、つまり掲げられた目標を実現するために、有用な因果経過が選択・設定され、結果へと結実するのである。ヴェルツェルによれば、このような前法的な行為概念の解明は刑法学上の因果関係論にとっても、また違法論や責任論にとっても本質的であり、この前法的概念が法的概念の構成的契機をなすことをラートブルフに対して主張しなければならないという。

ラートブルフの行為概念は、リストの自然主義的刑法学から継承した自然主義的で因果的な行為概念であった。それは、物理と心理から構成される抽象的な行為概念であった。しかし、刑法学が前提とすべき行為概念は、行為者の内的・精神的活動の志向性が外的・物理的な因果経過を切り

拓く動態的な行為概念, 志向性によって統合された物理的・精神的な意味的統一としての行為概念である。このように述べて, 刑法学において支配的であった自然主義的な行為概念を批判したのである³⁵⁾。

ヴェルツェルは, このような方法論的観点から行為概念を批判的に解明したが, その矛先を刑法だけでなく, 議会や政府にも向けた。ヴェルツェルは, 1871年刑法は古くなり, 新しい刑法が待望されているというが, それは依然として「帝国議会の暗闇」のなかに置かれたままであると嘆いた。刑法の改正作業は帝政時代から開始され, 第一次世界大戦によって中断され, ワイマール時代にいくつかの草案が出されたものの, まだ実現していなかった。刑法学における新旧の学派の間で激しい論争はあったが, フランツ・フォン・リストは, 理論に妥協はないが, 刑法改正のための妥協はありうると述べ, 両陣営は政府レベルでの起草作業に対して協力し, 刑法改正作業において一致点が見られた。しかし, それは「帝国議会の暗闇」のなかで頓挫し, 実を結ばなかった。刑法改正とは, 国家がいかなる行為を犯罪とし, それにどのような刑罰を科すか, その目的・効果はいかにあるべきかという犯罪観・刑罰観の集大成であり, それには国家観・社会観・人間観が色濃く反映するが, それに関する政府の立場はどのようなものであったか。政府は政党の連合によって形成され, その意思は党派間の政策論争の紆余曲折のなかで決定された。刑法改正において築き上げられた様々な成果は, 「帝国議会の暗闇」のなかにあった。それゆえ, それらは帝国議会によってまとめられなかった。刑法は様々な問題を解決する装置と化し, その歯車にされてしまった。共和国の秩序維持のための道具とされてしまった。「帝国議会の暗闇」から国家と刑法を取り戻し, それを恒常的な要素によって, 精神的靱帯によって包括しなければならない。

35) ヴェルツェルの刑法学方法論を批判的に検討したものとして, 拙稿「刑法史における過去との対話(2)」法と民主主義 No.463 (2011年) 84頁以下, 拙稿「刑法のイデオロギーの基礎と法学方法論」本田稔・朴智賢編『刑法における歴史認識と過去清算』(2014年) 162頁以下参照。

ヴェルツェルは、このような「帝国議会の暗闇」のなかにドイツ刑法が埋没し、刑法改正作業が進まないことを嘆いたのではないだろうか。

6. そして、何よりも指摘しておかなければならないのは、政治的野望の実現のために刑罰法規を自由に行使することを目論んでいたヒトラーが、それを阻害する近代刑法の罪刑法定主義を批判する反実証主義的な主張をしていたことである。1933年1月30日に首相に就任したヒトラーは、3月5日実施の帝国議会選挙において圧勝し、憲法を始めとするワイマールの制度を全面的に再編することを目論み、2月27日に起こった帝国議会議事堂の放火事件を共産主義者の犯行であると宣伝して、選挙戦において最大限に利用した。帝国大統領は、この非常事態に対応するために、放火の翌日に「民族および国家の保護のための帝国大統領令」（帝国議会放火令）を公布し、ヒトラーはこれを放火の被疑者であるオランダ人青年マリヌス・ヴァン・デル・ルッベに遡及適用することを目論んだ。

放火行為の時点において、刑法では暴動等の目的に基づく放火には終身刑または10年以下の懲役刑が定められていたが（刑法307条）、帝国議会放火令はその最高刑を死刑に引き上げ、それを絞首して執行することを定めた。ヒトラーはこの絞首による死刑をヴァン・デル・ルッベに科すことによって、政敵である社会民主党や共産党の弱体化を図ろうとしていた。しかし、憲法の非常事態制度は、憲法上の様々な権利を停止することはできても、罪刑法定主義（116条）を対象としていなかったため、帝国議会放火令の遡及適用は、非常事態であっても、憲法に反し許されなかった。ヒトラーは、著名な刑法家に遡及適用の可否を質すために鑑定を依頼するなどしたが、素人目には分かりにくい、非常に歯がゆい回答しか帰ってこなかった。また、3月5日の総選挙において、ナチスは単独過半数を制することができず、連立政党であるドイツ国家民族党（Deutschnationale Volkspartei）の議席を合わせても、過半数をわずかに超える程度しかなかった。

ヒトラーは、3月7日の閣議において、放火令の遡及適用の問題について、他の閣僚の意見をあおぐために、議題として審議にかけた。ヒトラーの側近の内務大臣フリックは、刑法は暴動目的放火罪に最高でも終身刑しか定めていないが、帝国議会議事堂の放火という邪悪な行為には絞首による死刑が相応しく、そのために帝国議会放火令の遡及適用が認められるべきであり、刑罰法規の法的安定性を重視する罪刑法定主義は斥けられるべきであると力説した。ヒトラーも同じ様に、ドイツ国家の躍動する生命が共産主義者の暴力的破壊活動によって破滅の危機に瀕し、大勢の民衆がその暴力的破壊活動にヴァン・デル・ルッペの絞首刑に代ることを望んでいる時に、現行法の不十分な規定を適用することで満足することはできないと述べた。

しかし、ヒトラーの主張は閣議では受け入れられなかった。ヒトラーの主張を一蹴したのは、司法大臣フランツ・ギュルトナーの代理として閣議に出席していた事務次官フランツ・シュレーゲルベルガーであった。1876年生まれで、ヒトラーより13才年長の法学博士の学位を持つ司法官僚は、ヒトラーとフリックに対して、近代刑法の基本原則である罪刑法定主義、「法律なければ刑罰なし」の原則を堅持すべきことを説き明かし、それを否定しているのはロシア、中国などの前近代的で野蛮な国だけであるとたしなめた。その上で、フリックの提案を司法省において検討・審議し、省としての見解をまとめることを約束したが、まとめられた見解においても、最高刑を死刑に引き上げた帝国議会放火令を適用することは憲法上認められないことが繰り返し指摘された。放火令を適用するためには、憲法改正が必要であった。ただし、ナチスと補完政党だけでは、それに要する帝国議会の三分の二の議席には満たなかった。憲法改正が現実的に困難な政治情勢のなかでは、一介の司法官僚でさえ、後に総統と呼ばれることになるヒトラーに対して、憲法の罪刑法定主義に刻み込まれた近代の法原則の意義を説き明かすことが許されていたようである。

その後、状況は一変した。ヒトラーは、3月15日の閣議において、憲法

改正のための「授権法」の法案を提出し、了承を取り付けることに成功した。ヒトラーは、一方で共産党議員を逮捕・身柄拘束して、議会に出席できなくし、他方で非連立野党を分断するために、中央党（Zentrum）、バイエルン人民党（Bayerische Volkspartei）、ドイツ国家党（Deutsche Staatspartei）などに説得工作を行なって、授権法案への賛同を取り付けた。そして、3月23日、帝国議会に授権法案を提案し、一気に成立させた。授権法は、立法権を議会だけでなく政府にも与え、しかも憲法違反の法律の制定権をも付与し、憲法改正の権限を白紙委任するものであった。ヒトラーは、これに基づいて、帝国議会議事堂放火令の遡及適用を内容とする「絞首と死刑の執行に関する法律」（ヴァン・デル・ルッベ法）を最初の政府制定法として制定した。ヴァン・デル・ルッベは、この法律に基づいて死刑を言い渡され、そして執行された³⁶⁾。

罪刑法定主義は、ヴァン・デル・ルッベを死刑に科すというヒトラーの政治的野望を阻むものであった。ヒトラーにとって、ワイマール憲法は「悪法」であったが、妥当する実定法であった。彼がラートブルフの教えを受けた法実証主義者であったならば、憲法の法的安定性を尊重したであろう。また、憲法の解釈を媒介にして、法の理念の一つである「正義」を実現することに務めたであろう。しかし、ヒトラーは法実証主義者ではなかった。彼にとって正義は、胎動するドイツ国家の生命力であり、誇りと名誉ある民族の精神であり、前法的で超法規的な精神的靱帯であった。それは、ドイツ民族の歴史と伝統に内在する具体的・普遍的な要素であり、ワイマール共和国が成立する前から存在する基礎的・恒常的な要素であった。それは、観念的な世界においてとどまらずに、ワイマール共和国や

36) Vgl. Rudolf, Morsey, Das »Ermächtigungsgesetz« vom 24. März 1933 Quellen zur Geschichte und Interpretation des »Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Reich«, 1992, Adolf Laufs, Einführung, in: Das Ermächtigungsgesetz („Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Reich“) vom 24. März 1933, 2003, Irene Strenge, Das Ermächtigungsgesetz 24. März 1933, in: Journal der Juristischen Zeitgeschichte Zeitschrift für die Rechtsgeschichte des 19. bis 21. Jahrhunderts, Jahrgang 7 Heft, 2013, S. 1f.

ヴェルサイユ体制という現実を揺るがし、突き動かし、変革する民族的・精神的な力であった。それは、1933年3月23日に「授権法」という、官僚や法曹に慣れ親しまれた法律という形式によって表現された。法律を解釈・適用することは、もはや法を実証することではなくなった。民族の精神と国家の任務を担う権力を実証し、貫徹することであった。ワイマール憲法体制の実証主義の時代は終わった。ドイツの民族的精神と国家的任務を法によって実証・貫徹する時代が始まった。民族精神と国家的任務が伝統的な法律の形式によって表されたおかげで、帝政とワイマールの時代に法学教育を受けた法律家は、それへの抵抗感を感じなかった。ワイマール時代からの法実証主義は、法律家から不法に対する抵抗力を奪い去ったのではない。ナチス時代に順応することに矛盾を感じさせなかっただけである³⁷⁾。

四 残された課題

ワイマール時代の反実証主義的な法思想は、学説・立法・裁判例において様々な形をとって現れた。ドイツが、戦争、内戦、革命、動乱を経て獲得したものは、皇帝不在の国家、共和制の政体であった。共和主義と民主主義を待望してきた者には、ワイマールの議会制定法こそが法源であり、それを超越する規範を法として認めることはできなかった。ラートブルフは、このような意味において議会制民主主義を基礎とした法実証主義の立場に立っていたといえる。これに対して、エリック・カウフマンは反対の立場にあった。ヴェルツェルもまた同じであった。彼らは、ワイマールの議会制民主主義を全面的に拒絶しないまでも、議会制定法だけが法であることを拒否した。カウフマンにとっては、ドイツ民族が動態的な民族と

37) この問題について批判的に考察するものとして、拙稿・前掲注(32)および前掲注(33)、拙稿「ヴァン・デル・ルッペ法における遡及処罰法理の史的構造」杉原泰雄・樋口陽一・森英樹『戦後法学と憲法・長谷川正安先生追悼論集』(2012年)223頁以下参照。Vgl. Dieter Deiseroth (Hrsg.), *Der Reichstagsbrand und der Prozess vor dem Reichsgericht*, 2006.

なったがゆえに、ドイツの法律は実証主義が妥当するような静態的なものではありえなかった。ヴェルツェルにとって、刑事立法は本来的には帝国議会の政治的妥協の産物であってはならず、内的な精神活動と外的な因果経過の変化の構造的統一である行為概念に基づいて成立すべきものであった。

1933年以降、具体的な形態をとって現象し始めたドイツの政治状況が、カウフマンやヴェルツェルが認識していた精神状況とどのような関係にあったのかは、必ずしも明らかではない。ナチスの政権掌握後、カウフマンはそのユダヤの出自ゆえに公職追放の処分を受け、1938年の「水晶の夜」以降は、ポーランドへの亡命を余儀なくされた。それに対して、ヴェルツェルには、そのような事情がなかったために、研究活動に引き続き従事することができた。彼は、1935年の教授資格請求論文において、刑法のイデオロギー的基礎の研究、とりわけ19世紀末から20世紀初頭にかけて刑法学において影響力のあったリスト流の自然主義・実証主義を斥け、またそれを補完した新カント主義の価値哲学を批判した。具体的な歴史的状況がドイツの民族共同体に求めているものがある。それは、今では法律のなかに目に見える形で表現されている。法律において表現され、法として規範化されるのは、具体的な歴史的転換期の価値であり、それは総統の意思である。法学の課題は、法規範の意味と内容が明らかにすることであり、それは具体的な歴史的転換期の価値のあり方を理解することである。ヴェルツェルは、そのように主張した³⁸⁾。これもまた法実証主義の一形態である。それは、現実の法律の実証主義という点では新カント主義のそれと同じであるが、新カント主義が法律を法的理念の側から実証したのに対して、ヴェルツェルの主張は、権力者の現実の意思によって実証した。両者は、方法論的に決定的に異なる。

38) Hans Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, in: *Abhandlungen zum Strafrecht und Rechtsphilosophie*, 1975, S. 105f.

1953年に彼が回想したように、「つい20年前には、実証主義が学問と実務を完全に支配していた」。その実証主義のために、法律家は、ナチスの法律を法律として受け入れ、それを当時の社会に適合するよう解釈・適用した。ナチスの法律が不正な法律であっても、法の理念としての法的安定性を重視したために、悪法に抗しきれなかった。それが、ラートブルフ・テーゼの法律家像である。しかし、新カント主義を批判したヴェルツェルには、そのような説明はあてはまらない。法実証主義が法律家をナチスの不法の前に無防備にしたという主張は、ラートブルフ流の法実証主義にあてはまっても、それに批判的であったヴェルツェルにはあてはまらない。法的理念としての法律の安定性を重視したため、ナチスの犯罪的な法律に抵抗できなかったという抗弁は、新カント主義の法律家にはありえても、政治的現実のなかに法的理念を見出した法律家にはあてはまらない。

ヴェルサイユ条約によって失われた誇りと名誉を取り戻すために、ドイツ国家の生命力に担われた政治運動が飛躍的に前進し、ワイマール共和国を揺るがし、突き動かし、変革する熱狂と興奮の時代に、新ヘーゲル主義の哲学が興った。それは、存在と当為、現実と理念の一元論のうえに、現実を理念によって弁証し、理念を現実によって確証・実証する実証主義の一形態であった。1933年の時点で支配的であったとヴェルツェルが主張したのは、この実証主義であったのではないだろうか。ラートブルフ・テーゼによって、ナチス時代の法律家が法実証主義によって無防備にされたという歴史認識が独り歩きし、そのイメージがナチスの共犯者から「被害者」へと転換され、法律家層の責任が総体として免罪されてしまったため、1933年の時点においてヴェルツェルを支配した法実証主義が、ラートブルフ流の法実証主義とは異なるものであることを理論的に総括する道が閉ざされてしまったのではないだろうか。

残された課題として、まだ総括されていない法実証主義の内容を明らかにする作業が残されていることを指摘しておかなければならない。ナチス時代の裁判官と法律の関係、ユダヤ人・ポーランド人に対する排外主義的

な刑事特別法のようなナチス固有の法律を当時の裁判官がどのように解釈・適用したのかという問題について、具体的な裁判例を素材にして検討しなければならない。その作業として、さしあたり1942年のニュルンベルク・フルト州裁判所付設ニュルンベルク上級州裁判所管区特別裁判所のレオ・カツェンベルガー事件判決を分析することを予定している³⁹⁾。この事件は、第二次世界大戦の最中にユダヤ人のカツェンベルガーがドイツ女性のイレネ・ザイラーに接吻、抱擁するなどした行為が血統保護法の婚外交渉罪（2条）と民族敵対者令の空襲対応措置を利用した犯罪（2条）および戦争状態を利用した犯罪（4条）の観念的競合にあたるとして、死刑が言い渡された事案である。この事件判決については、すでに法哲学者の青井秀夫による分析がある⁴⁰⁾。青井は、この事件の裁判官がカツェンベルガーに血統保護法の規定にない「死刑」を言い渡したことが、これがナチスの時代の裁判官が法規による拘束から自由な法適用を行っていたことを示していること、そしてナチスの時代に法実証主義が支配的であったならば、血統保護法のようなナチス固有の人種立法であっても、それが実証主義的に適用され、法定された重懲役が科されていたはずであること、そうであったならばカツェンベルガーにとっては監獄であってもまだ安全な砦でありえたと告発し、ナチス時代には法律の実証主義的な解釈だけでなく、法律を超える悪しき実務もあったことを指摘している。ただし、カツェンベルガーに言い渡されたのは、血統保護法に定

39) Vgl. Justiz im Dritten Reich – Eine Dokumentation, Herausgegeben von Ilse Staff, 1964, S. 194ff.

40) 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・田中輝和編『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頁以下参照。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・陶久利彦編『ドイツ法理論との対話』（2008年）299頁以下、鈴木敬夫「制定法を超えた不法実務——ナチ司法とE・ヴォルフの『正法』をめぐって」札幌学院法学31巻1号（2014年）243頁以下参照。ディーター・ダイゼロート（本田稔訳）「責任は実証主義にあったのか？」（「解説」）立命館法学360号154頁以下参照。

められていない死刑ではなく、民族敵対者令に定められていた死刑であったことをここでは指摘するにとどめておきたい。青井の批判と評価の当否を含めて、レオ・カッツェンベルガー事件判決を踏まえて、ナチス時代の刑法解釈とそれを基礎づけた法学方法論の内容を明らかにしなければならない。