

20世紀法哲学にとっての「不法国家」Unrechtsstaatの問題

—没後 50 年、ケルゼンに寄せて—

小 貫 幸 浩

0. はしがき

21 世紀もすでに四半世紀にさしかかろうとしており、20 世紀はあるいは遠くなりつつあるのかもしれない。この 20 年ほどに起きた世界の大きな出来事を順番に思いつくままに挙げると、まず 9.11 テロが挙げられよう。それに続いてアフガン、イラクへのアメリカの侵攻、我が東日本大震災および福島第一原発爆発事故、IS の恐怖、イスラム原理主義派によるパリでのテロ、さらにコロナ・パンデミック、ロシアによるウクライナ侵略などを経て現在に至っている。この原稿を仕上げようとしているところに、能登地方の大地震があったばかりである。イスラエルとハマスの報復的応酬の行方も予断を許さない。

怒濤の如く、このたかだか 20 年が流れたかのように思われるのだが、それでもまだ「第三次世界大戦」と「核戦争」のスイッチを権力者が押すことは未然に防いできてはいるのである。この点でふたつの世界大戦が戦われた 20 世紀、ナチズム・ファシズム・スターリニズムの蛮行が吹き荒れた前世紀、それはまた振り子の如く転変著しい「両極端の時代」(E. ホブズボーム)とも「希望と幻滅の時代」(ユーディ・メニューイン)とも呼ばれるのと比べれば、80 年後の人々がふり返って、20 世紀よりは 21 世紀は平和で、まだまっとうな 100 年間であったと言われる可能性がなくもないであろう。それもまた、われわれの努力次第ではある。

法律学は良くも悪くも、政治の波に洗われる運命にある学問である。法律学が政治の侍女とみなされた時代もあった。逆に、学問性に徹して政治から遠ざかろうとすれば、そのこと自体が政治的だと疑われてきたのである。法律学の対象である「法」は政治を律しようとしつつも、自らは政治の産物であるし、政治をよく律しようとするれば、政治のそばに住まうのでなくてはならない。良

くも悪くも、法（律学）と政治はかくも不即不離の關係ににあったし、そうあるのである⁽¹⁾。角逐する政治の産物であるほかにない法を対象とする法律学が負わされた苦悶の最も確かな根拠がここにあるのであろう。「両極端の時代」に苦悶し・苦闘した法哲学を見渡して—といっても狭い範囲になってしまうが一、そのなかでもドイツ語圏の学者のなかでもとりわけ大きな足跡を残した人たちのなかに、G. ラートブルフ（1878-1949）、H. ケルゼン（1881-1973）を挙げることも許されるだろうと思う。政治の平穏な時代ならまだしも、二つの世界大戦と史上屈指の暴政・独裁政治の吹き荒れた時代が—アメリカに身を寄せたケルゼンにとっては東西冷戦も—、彼らの生きた時代であった。筆者は若干の旧拙論において⁽²⁾、この二人の法哲学には断片的ながら言及してきた経緯があるところ、最近さらに両者の法哲学の基礎にまで踏み込んで両者の異同および共通性を浮きぼろうとする意欲作に会うことができた。とても興味深く接することができて、教えられるところも多であったので、ここに小さなノートを残したいのである。このノートを私に取らせてくれたのは、Taner Aydin、「グスタフ・ラートブルフ、ハンス・ケルゼンとナチズム、法、不法、非法の間」NOMOS, 2020⁽³⁾である。著者がどういう人か、男性か女性か、私は知らない。著者の名前の適切な発音さえも知らない。以下、アイドゥンと記す。この小さなノートを書き始めた2023年はケルゼン亡くなって丁度50年であるが、それに寄せて、20世紀法哲学の苦闘の意味を少しでも理解したいと思うのである。

よく知られている通り、両者ともに新カント派の法哲学者と目されて、また価値相対主義法哲学の二大巨匠とみてよいだろう。かような共通性にもかかわらず、やはりおおきく隔てる溝があって両者がへだてられる。溝は一つだけではない、しかし、ここではまずアイドゥンの研究のクライマックスでもある、両者のナチス法への対応の異同に焦点をあてよう。アイドゥンの論述の展開とそのなかでの重心—そのなかで、前期・後期ラートブルフ法哲学の重心移動あるいは転回の問題がかなり詳細に論じられている、ケルゼンはそのための呼び水であるかのごとくである—の設定とは真逆になるが、小稿はケルゼンにとっての「不法国家」の問題およびナチス法への対応の如何という点に焦点をあてたい。法秩序ないし、法的視点から見られた国家が存在するとはどういうことであろうか？ 個々の法令ないしそのなかの法規範の存在・妥当性も全体としての法秩序・国家の存在を当然、前提とするはずであろう。この点のラートブル

フの対応との異同の理由が奈辺にあるのか、法哲学的基礎の違いであろうか、たとえば法律学は「文化科学」か「規範科学」か⁽⁴⁾、カント哲学と二人の法哲学の関係の異同一具体的には、カントの第一批判、もしくは第二批判のいずれに軸足を置くかの異同一、法と道徳、法と正義の関係理解の違い、など。こういう点に関しては機会をあらためて論じよう。

とまれ、小稿は近年の研究に触発されて、しかし、ケルゼンの側に重心を置いて学問としての法律学と政治の産物たる法・法秩序の妥当性・拘束力の限界をめぐる考察となるであろう。「法秩序」、国法秩序、国家が存在するとはどういうことであろうか、法令・法規範が妥当する、あるいは拘束力をもつとはどういうことであろうか。この点に関する法律学による言明はどのような性格をもつのであろうか。こういうことを改めて考えたいのである。

なお、以下ケルゼンの著作のうち、次の二著は、略記して文中に該当箇所を示す。

Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, RR II

Allgemeine Theorie der Normen, 1979, ATdN

I. 「法の純粹理論」にとっての「不法国家」の問題

(1) ラートブルフとケルゼンの間

もともと「不法国家」Unrechtsstaat とはナチスの支配体制を特徴づける表現であったところ、いわゆる東欧革命後、今日ではとりわけ旧東ドイツの法体制をふり返って分析する際にも転用されることになったものである⁽⁵⁾。おそらく、スターリン下の旧ソ連の法・政治体制、さらには中国での文革時代の蛮行の体制、アパルトヘイト下の南アフリカなどもまた、「不法国家」の概念に当てはまるのでなかろうか。そのほかにも、候補をひろいあげることができる。この用語の来歴については詳らかにできないが、第二戦後、「法哲学」新版を企図したラートブルフが、1947年ごろの執筆と推定されるその序文草案に「不法国家」という用語をナチス体制に—「法律による不法」こそは不法のうちでもっとも醜悪なものであるとして一用していることが確認されている。ここでは、いわゆるニュルンベルク人種法と並んで、この小論でも後述部でとりあげる、「施設でのおびただしい殺害」にも言及されている⁽⁶⁾。また、より広くは、元祖「不法国家」たるナチス支配体制に対し、とくに第二戦直後のラートブル

フが強烈な批判と弾劾の論陣一併せて、法実証主義に対する苛烈な告発をも一を張ったことも知られているところである。

また、旧東ドイツでのいわゆる「壁の射殺」裁判において、ラートブルフの述べたことがあらためて注目をあつめたという経緯もある⁽⁷⁾。この点についてアイドゥンが指摘しているのは、ラートブルフと対照的に、ケルゼンにはかようなナチス体制への明確な言説が一個別の法令に関しても、ナチス法制全体についても一ほとんど見られないということである。一つには、それまで比較的平和裏に研究に打ち込むことのできたケルン大学を追われ、ジュネーブやプラハなどを経て1938年以降すでにアメリカにわたっていたということも関係していると思う。ヨーロッパ大陸、さらにドイツ、オーストリアなどでの法・政治事象が遠く海外に追われたケルゼンにとっては文字通り遠い国でのことだったのかもしれない。ナチスの蛮行の詳細についてどこまで知ることができたであろうかということもある。だが、それよりも、不法 Unrecht、あるいは非法 Nicht-Recht という事象が「法の純粹理論」にとってははなはだ法律学的に取り扱うことの難しい問題であったということでなかろうか。そのことは、「法の純粹理論」における「法」の取り扱いがあまりにも割り切りがよすぎて不法も非法も一切、法的なるものの外に押し出されるという—その点で、区別する実益がない—過度の容易さの裏返しでもある。視点を国家法に限定すれば、あらゆる法は国家の法であり、あらゆる国家が「法治国家」Rechtsstaatである。「法治国家」はつまり冗語—白い白馬と同様に一なのである。(RR II ,S.314) 国家イコール法秩序、法秩序イコール国家の見地からは「不法国家」はナンセンスであろう。かように「法の純粹理論」の形式主義的傾向から、法の妥当性論において法規範の内容という視点が後景に退いているという点で、ラートブルフにおける法の妥当性論の展開と好対照の関係にあらうと思う。後述のとおり、ラートブルフは、「邪悪な法」の概念に関し、「不法」と「非法」とを明確に区別することに注力することになる。ケルゼンにとっては、このような区別論は無益であろう。また、法秩序の完結性、つまり法の世界には、いわゆる「欠缺」などあり得ないという見解と、いわゆる国家不法も権限ある国家機関により取り消されるまでは妥当し続けるという見解⁽⁸⁾が相乗して、ケルゼンの「法の純粹理論」が法治国家のみならず民主制の内部崩壊に手を貸したという批判⁽⁹⁾も聞かれるところである。果たして、そうであらうかというのが私見である。

いずれにしても、この点にもラートブルフの法哲学的基礎との違いが関わっていると考えるのである。この点も別の機会に論じたい。ここでは、ただ、アイドゥンの研究の重点である、ラートブルフ法哲学の「変遷」というテーマについて、ごく簡単に触れておきたい。この小稿の重心はケルゼンの側にあるが、その範囲内であれ、ラートブルフ法哲学をも意識しておきたいからである。

勿論、このテーマについては様々の見方もあるところ、アイドゥンによって注目されるのが、戦前期・戦後のラートブルフにおける裁判官・司法権の位置づけの違いである。戦前期ラートブルフは、邪悪な法律に対しても裁判官の審査権を否定していた。裁判官にとっては、「法的妥当性」だけが―「哲学的」妥当性や「社会学的」妥当性でなくて一重要だと言うのであった⁽¹⁰⁾。これに対し、法律の無条件の拘束から裁判官を解放して、法律による不法に対しその妥当性ないし法的性格を否定する勇気を一倫理的良心に訴えて一持たなくてはならない、とするのが戦後ラートブルフであった⁽¹¹⁾。この点に探りを入れると、そもそも戦前期ラートブルフも、裁判官は法律への受忍不能性を認識しえないという見解ではなかった。少なくとも裁判官の行為としては、その法感情を犠牲にしてもやはり法律に従うべきだと言うにとどまる。だから、戦後ラートブルフが裁判官の役割を強調して、裁判官がただ法律の倫理的な悪法性を認識するにとどまらず、さらにその法的妥当性そのものを否定すべきとしたのも理解し得るし、そこに断絶はない、というのがアイドゥンの理解である。(S.208) 正義に甚だしく対立する「邪悪な法律」というものを例外的なものに絞れば、かろうじて価値相対主義との両立性も保たれるかも知れない。総じて、ラートブルフ法哲学には、勿論、戦後、いくつもの修正点も見られるが、基本的には戦前期法哲学と連続しているのだ、というのがアイドゥンの把握である。ケルゼンについても、法実証主義者だからといって、つまり法と道德ないし正義を峻別したからといって、「法の純粹理論」がいかなる法にも服すべきだという方向―ラートブルフのいわゆる「実証主義定式」を念頭に置いて―につながるものであったか、という問いも―私見では正当な問い―アイドゥンは立ててはいる。(S.22)

「法実証主義定式」において、はたしてラートブルフがケルゼンのことをどこまで、あるいはそもそも思い描いていたかは定かでないが、アイドゥンは少なくともそこに再検討の含みを持たせた恰好ではある。しかし、この小論の後述するとおり、結論としては、ケルゼンの法哲学は「不法国家」のいわゆる法秩序・法に対して無力にならざるをえなかった―一本当は法の形式論・機能論から「抵抗の理論的拠点」を提供する可能性を宿していたにもかかわらず―という冷たい判断を下しているのである。R. ドライアーによっても既にアイドゥンと同様の問題が論じられて、ラートブルフの「定式」が基本的には通用しないことが確認されている⁽¹²⁾。それでも、ドライアーによればラートブルフのテ

一ゼには重要な示唆が含まれている、という。それは、後述するところのアイドゥンの結論とも重なるが、歴史的・政治的・道徳的側面を不問に付す型の法実証主義には視野狭窄の思考になる危険性があるということのようである。こうした、いわば定石的指摘とも相まって、法の妥当性論として、ケルゼンのそれよりも戦後のラートブルフのそれのほうが優れているのだというのがドライアーである⁽¹³⁾。なお、ドライアーによっても、ラートブルフ法哲学には重点移動があったにせよ、戦前・戦後を通して連続しているという認識が示されている。焦点はやはり「あまりにも邪悪な」法律に対する裁判官の法適用の態度にあるとのことである。つまり戦後ラートブルフの一連の定式・テーゼ・ドライアーによると、裁判官をも法的妥当性論の次元に閉じ込めたラートブルフ自身の「過去の克服」のための自戒的命題でもある一が「邪悪な法律」Schandgesetz の概念の精密化と不可分の関係ににあったということである。

ラートブルフの「法実証主義テーゼ」はケルゼン型の法実証主義への暗黙の批判であるといわれることもある。ラートブルフ自身の法哲学には重心移動があっても、第二戦前・戦後、連続しているのだと言う見解とともに、両者がもし、戦後、ナチス法について論争していたらどのような論争になっていたであろうという問題意識での論稿が、F. ハルデマンによって書かれている⁽¹⁴⁾。夫を密告した妻の刑事事件をめぐるハートとフラーのアプローチの異同に重ねつつ、恐らく、ケルゼンとラートブルフが論争していたら、ケルゼンはハートと同様に一もっともハートが明示的に述べているわけではないが、事後立法で遡及的にその妻を有罪にすべきだと言う論陣を張るだろう。実際、第二戦後、ケルゼンが刑罰の事後立法、遡及効の問題に格別の関心を示したことが知られている。興味深いことに、ニュルンベルク裁判との関係で、遡及法禁止が絶対的なものでない、要するに、「法の不知」は口実にならない、と。個人の刑事責任を追及することが、道徳的論拠に支えられるとのケルゼンの主張であり、いかなる道徳的要素も「法の純粋理論」には無関係だという鋼領からすると驚くべき主張でもある。行為時にその人物を有罪とする実定法がなかったとしても、「正義がその人物を有罪とすることを要求する」と⁽¹⁵⁾。ハルデマンがここで依拠しているケルゼンの論稿も直接にはナチス法に対する言説というよりは、それを裁く裁判の手続き的・組織的問題点、法的根拠は何か—いわゆるロンドン協定を問題にしている—、いわゆるニュルンベルク裁判の判決が爾後、「先例」として拘束力を獲得したと見るべきか、などを論じたものである。この意味で、やはり、これらの論稿も間接的にのみナチス体制とその法・法秩序の性格に触れたものである。その点はともかく、確かに、この点のケルゼンの主張には驚くべきことに、ラートブルフの見解に一致している点も見られるのである。たとえば、遡及法の禁止は正義の原理ではあるが、「人道への罪」「平和への罪」についての個人責任追及は、より「高次の正義」の原理だとの趣旨をケルゼンは書いている⁽¹⁶⁾。それに比べれば、遡及法の禁

止は、いくつもの例外を容れる相対的なルールだ、というのであった。ハルデマンの筆の進め方には、どうもケルゼンがもしラートブルフと論争していたら、その軍門に屈していただろうとの思いがやや先走っている感がぬぐいきれないところを感じないわけではない。果たして、ケルゼンさらに恐らくはハートのように、ナチス犯罪者の処罰、逆に言うと、ナチスによる被害者の権利回復について遡及法での対応という視点が立法府ならぬ裁判所にとっては実際には無意味な選択肢であったとハルデマンは評している。法実証主義には、不法の体制の直後に生起する法的チャレンジャーいわゆる移行期の正義・司法の問題、transformative justiceの問題—に理論的に健全な対応ができない、という酷評が下されるのである。フラーも、ハートをはじめ法実証主義には戦直後のドイツ人たち、ドイツの裁判所が直面した、極めてペインフルな道徳的アンチノミーが理解できていないという批判をしたのもこの点にかかっていると思う。ズタズタに法秩序が引きちぎられたというよりも、そもそもの「秩序」がない、戦直後のドイツは法への尊重と、道徳・正義への尊重とを同時に再建する必要があったのだ、と言うのである。法も道徳・正義もいずれも他方なしには再生できないのに、そのどちらもないのである。そもそも「秩序」の要請にも「良き」秩序の要請にも同時に、かつ早急に対応しなければならなかった。これは直接にはハートに対するフラーの批判である。こうした法実証主義論争の背景をも踏まえて、ハルデマンによればケルゼン、そして恐らくはハートのように「不法国家」での被害者の権利回復、もしくは加害者の処罰—さらには、戦争責任者の個人責任追及—toに事後的に遡及法で対応しようと言うのは、単なる手続き的な発想であり、問題の核心、つまり、法の妥当性という問題をとらえ損なっているというわけである。総じて、もし、ケルゼンとラートブルフとの間で論争がおこなわれていたならば、道徳的論拠という点から、ラートブルフに軍配が挙げられただろう、法の概念をめぐる論争は抑圧された者、犠牲者の視点—それはまた、裁判官などの「内的視点」でもあるという—を抜きにしては行われ得ない、と言うのである。ハート、ケルゼンは単に、「外的視点」から論じているにとどまる、というのである。私見はこの点、確定的な見解をまだ持つに至っていないが、古代ギリシャ以来、今日まで2500年をこえて繰り返されてきた自然法論対法実証主義の問題性がラートブルフ法哲学の変遷およびケルゼン法哲学の問題意識のうちにそれぞれの恰好で沈潜しているわけである⁽¹⁷⁾。

(2) ケルゼンにとってのナチス法

ナチス法へのケルゼンによる言及は皆無でないにしても、極端に少ない。そのわずかな言明のなかで、ナチスの権力奪取の8年前に、すでに1925年の一般国家学において次の様に述べていたのが目を引く。専制においては法秩序でなくてただ専制者の恣意の支配があるだけだという主張は無意味である。専制

国家も人間の行態の、なにがしかの秩序なのである。これはほかならぬ法秩序であって、これに法の性格を認めないというのは単に、自然法的な素朴な見解が誇張でしかない、と⁽¹⁸⁾。ナチスの法がいかに唾棄すべき内容だとしても、それは旧ソ連の法が強制収容所への収容や肅清を遂行したのと異ならないということになる。これが法にはどのような内容も盛り込みうるというケルゼンおなじみの見解から導かれることであろう。(p.268f.) より具体的にナチス支配の下での所業の例として、レーム暗殺事件に絡む言明もケルゼンは残している。1934年7月3日の「国家緊急防衛の措置に関する法律」によってこの暗殺事件が遡及的に合法化されたことに関説したものである(RR II, S.13.)。戦後の「国連の法」においても、戦前のドイツ政府ないしナチ党によるユダヤ人をはじめとする大規模殺戮行為に関して、ジェノサイド禁止・処罰条約による個人責任が遡及的に問えるかを自問するくだりで、ナチ党は「現実的にも法的にもドイツ国家の機関であった」としたうえで、この条約は遡及的に効果しない、そこで人類をこうした犯罪から守るべく各国の刑法で厳しく処罰されるべきだと述べている⁽¹⁹⁾。これも数少ない例であろう。以下、アイドゥンの論述とともに、「法の純粹理論」の前提に立った場合、ナチス法に関してケルゼンが発言できたこと、もしくは発言すべきだった(アイドゥンはそう考えている)ことは何か?について考えてみたい。その試金石としてアイドゥンが設定するのが、かの「安楽死発令」である。(S.270ff.) これは戦時経済思考と社会ダーヴィニズムとが結合して、「生きるに値しない生命」を処分するための、ヒトラーによるおぞましい命令の事である。但し、これは授權法の規定にも沿わずに公式の公開・公知の手続きをふまずに、ヒトラー私用の便箋に書かれただけの命令であったという点が重要である。ナチス派の法学者たちにとってはこの「発令」が安楽死処分の妥当根拠と見なされていたのである。はたしてケルゼンがもし、この事実を知っていたならば、何事を発言できたのか、発言すべきだったのだろうか。ドイツ本国の歴史教育においても、この驚くべき「安楽死処分」についての言及がみられるのは1960年代以降のことである⁽²⁰⁾。おそらく私見では、ケルゼンが知らなかった可能性が高い。だから、アイドゥンの立てた問題は仮設のものとして受け止めて、その論述につき従おうと考える。

(3) 試金石としての安楽死「発令」—「安楽死処分」のなかには、半ば公的な枠組みにおいてなされたものと、公的には禁止されたいものの、秘密裡

に行われた「野蛮な」類型があったことが指摘されている。ここで取りあげられるものは、後者に属する。すでに述べたように、ラートブルフが「施設でのおびたしい殺害」とよんだ、ナチスによる残虐非道の行為である。1941年に禁止されるまで、いわゆる「行動 AKTION T4」の統轄のもとに実施されたものである。ライヒ内務省から、各病院・施設に病状や労働力の有無に関するアンケート照会が行われ、対象者が選別された。医師が鑑定書を書いて、生かすか、安楽死にするかが決定された、というのである。「生きるに値しない人間」はリストに登録され、最終施設（1940 - 1941 設置）に移送される。秘匿方針にもかかわらず、国民に知れるところとなって、遺族、教会関係者、病院・施設関係者からの抗議・申し立てもあったことから 1941 年 8 月ヒトラーの命令で「行動 T4」に終止符がうたれたという。命令に始まり命令で終わると言う点にも「不法国家」の独裁体制の在り方が鮮明に現れていると言えるであろう。とはいえ、ことはこれで終わらなかった。その後も、秘密裡に、ただ体系的にというよりは個々の施設ごとに行われたということである。犠牲者の範囲も強制収容所被収容者、労役所被収容者、福祉受給者、高齢者に拡大していったのである。(S.272)

さて、本件についてはヒトラーの秘密指令書、安楽死「発令」が出されたといわれていることは上述した。その下に、ライヒ指導者・ボーラー、医学博士プラントが責任をもって、とくに指定された医師の権限を次の如く拡充している一。人間的裁量により、最も厳格に病状を判断して、治癒の見込みのない者に恵みの死を与えること。問題のヒトラーの発令書は個人用便箋に書かれたものであって、形式上の法令ではない。しかし、そうした正式の命令書が発布されるまで、安楽死処分の正当化根拠とされたものであった。そのための法律制定作業に取り掛かったのは 1940 年からであるが、この作業が公知されることもなく、該法律は日の目をみなかった。それもまた、内外からの批判・抵抗を危惧したからだとも推測されている。この「発令」の法的性格、有効性については、とくに安楽死処分に関与した者たちの刑事責任を問う文脈で議論されたという経緯がある。だが、どの裁判所でも有効とはみなされなかった。ただし、被告が錯誤で有効であるとうけ留めたことが、その有責性判断に大きく影響したことが指摘される。この論点について法実証主義の立場から論じた研究として、アィドゥンによって挙げられているのが、W. オット、E. ビーバーのもの

である。双方ともに、とくに「法の純粹理論」の見地に立った場合にかの発令が妥当する法とみなしたかどうかを論じているということである。そのいずれも 1933.3.24 の「授権法」がかの「発令」発出時、なおも妥当する法律であったという前提に立っている。

ところで、該授権法 3 条の 1 文によると、「ライヒ政府により議決されるライヒ法律はライヒ首相によって調製され、ライヒ官報にて周知される」とされていた。そこで、オット、ビーバー前示の二著はかの「発令」はこの授権法の定める通りに制定されたものといえない。だから、妥当する法規範とはみなせないという同じ結論を出している。(S.274) とりわけ、ケルゼンの法理論にたつて、この点を再検討した場合に、かような結論になるかどうかをアィドゥンとともに考えようと言うのが以下の行論である。アィドゥンによれば、オット、ビーバーとは前提は違うが、やはり結論としては、ケルゼンの「法の純粹理論」からして、かの「発令」には法的性格がみつめられない、ということになるはずだというのである。この点についてのアィドゥンの論述はかなり諄々としたものであり、かつ結構込み入った行論になっている。辛抱してお付き合い願いたい。

(4) 「法の純粹理論」から見られた安楽死処分「発令」の有効性について

①規定通りに制定されたかどうか。アィドゥンは上記二著がケルゼンの法の妥当性論に基づいて論証を進めている点には基本的に賛同しつつも、考察の基準、前提を授権法に設定している点には疑問あり、とするのである。(S.274) そのため、何らの形式にもしばられない「指導者」の裸の意思つまり恣意が法源として持ちうる意味という次元がそっくり視野から脱落してしまっている、というのである。かの発令が出された時点ですでに授権法に法源としての意味などなかった。それなのに、これをスタートラインに設定して論ずるのは空虚であろう、と言うわけである。なるほど、かの授権法はナチス体制初期段階の憲法変動において、良きにつけ悪しきにつけ、画期を刻印した法律であった。しかし、この憲法変動は授権法を超えて進行していった。授権法が何年も延長されたからといって、このことに変わりない。延長法律は、単に形式的外観を添えるための偽装工作でしかなかった。ナチス憲法はすでに「指導者の」憲法に変質しており、国家はヒトラーの支配にほかならなかった。(S.275) 指導者の恣意が決定的な法源になったことは、授権法成立のあとナチス憲法が辿った

歩みからも明確である。そもそもは、議会から合議制機関としての政府への権力移動が授権法の意図であった。しかし、実際には指導者への権力移動になり果てたのである。授権法自体が政党間の妥協の産物であったところ、まもなくナチス以外の政党は禁止の憂き目にあうことになる。1934年8月、大統領ヒンデンブルクが亡くなって、ヒトラーへの権力集中への道ならしが整った。すでに元首に関する法律が發布されていて、これで大統領と首相の職務がヒトラーのうちに統合された。こうして、元来然るべく関与する国家的アクターからの権力奪取が敢行されて、ライヒ法律制定に関与すべきあらゆる憲法機関から権力がかすめ取られていくであろう。はたして、議会も、召集されたときにはすでに指導者が決定したことに「喝采」を送る機関になりさがった。諸ラントの議会も無力化され、1938年2月中旬にはライヒ枢密院も廃止された。合議体としての政府（閣議）の開催も、1938年2月のそれが最後であった。(S.276) こうして「指導者が民族の意思の担い手だ」(E.R. フーバー。)かくして、指導者が第一の立法機関となり、三者合同機関のような法制定機関は指導者からの委任に基づく第二の立法機関になった。法律という形であれ、命令の恰好であれ、それが指導者の決定であれば、それに対して裁判所は審査権を持たない、とされた。(S.277) それでも、指導者の法制定にはなおも形式的限界があるか、とりわけ法律と指導者の意思との関係については未解明のままであった。さらにワイマール憲法の下でと同様になおも、法律の優位および法律の留保の原則が通用するのかが議論された。それでも、行政立法、命令、発令、個別承認、全体的委託、組織・権限規定などさまざまな法的手立てが法律という形式をおしのけていったというのが、やはり現実であった。さらに、民族・国家の実存的危機に際しては、形式的手続きにとらわれずに指導者が決定できる（フーバー）という有力な憲法学者の見解もあった。かくして、「法の段階構造」が全面的に溶解してしまった。ここまでくると、形式への無関心というよりはそもそも形式性の消滅(H. ドライアー)⁽²¹⁾とみるほうが適切かもしれない。ここには、法的安定性も秩序の合理性への配慮がみじんもみられない。それでも、秩序どおりに制定されたか否かを重視するケルゼンの立場からすると、かの安楽死処分「発令」もナチス憲法の基準に従って制定されたものである以上、妥当するものだったとしか言いようがないだろう、というのがアイドゥンの理解である。(S.280)

要するに、上掲のオット、ビーバーの研究によって重視された授權法の立法手続き規定は、かの「発令」の時点ではすでに有効な法令でなくて、あたらしく「ナチス憲法」ができあがっていた。そこで、この発令の妥当性云々を論じる基準として、ナチス憲法を考慮しなくてはならない。授權法でなくて「ナチス憲法」のもとでは、「法の純粹理論」および法実証主義の見地からは、この発令が専制者による立法として有効だと見るほかなかったというのがアイドゥンの理解である。

②しかし、法規範の妥当性について、上述（１）の見方は事の半分でしかない。規範の「実効性」を考慮した意味での法の妥当性が第二に、検討されねばならない。実際、ケルゼンによれば規範の実効性とは「それが事実上適用され、遵守されていること、規範に沿った人間の行態が事実として生起しているということである。」(RR2,S,10) この文脈では、問いは次の様に立てられる一。かの発令は誰によって適用・遵守されることが期待されていたのか？つまり、この発令の「名宛人」は誰だったのであろうか？ボーラー、ブラント、処置を実施した医師、補助者、それから犠牲者は？さらには検察官、裁判官は？さらに、本件においてかの発令の実効性に必要な「機能条件」が現実存在したであろうか？

(A) 法の機能とその条件

(aa) 秩序づけの合理性について一。ケルゼンにおいては法とは社会統御の技術であり、法的規律の対象は人間の行態である。また、「秩序」とはそれみずからが「秩序立っているもの」である。要するに、同一の妥当根拠—これが根本規範であることというまでもない—のもとにまとまっている規範の体系である。ここで根本規範とは、規範・法認識のための先見論理的条件であり、つまり全くの形式的条件である。但し、根本規範が何らの内容をもたないにしても、この根本規範のもとにある法体系が認識の対象として全体として有意味、つまり理解可能なものであるということが最低限度担保されねばならない。正しい秩序である必要はないが、意味のある、つまり理解しうる秩序でなくてはならない。たとえば、同一の法体系のもとでは、反対の事柄を要求する法規範間には規範の抵触があり、このままでは理解不可能なので、根本規範の中に論理的条件として、たとえば「後法は前法を改廃する」の原則がふくまれている。そ

のことでこの規範間の矛盾が解消される。法実証主義はなるほど、憲法に定められた手続きに則り創出された法を法として認識する法律学的立場である。だが、そのようなものすべてを「法として」認識「しなければならない」というわけではない、とケルゼン自身断っていることが重要である（S.283）。同じことだが、法認識のために根本規範は仮説し得るが、かといって仮説しなければならないと言うことではない（RR II ,S.204）という断り書きも看過できない⁽²²⁾。

（bb）行態規制による秩序づけについて—ケルゼンによれば法は、ある行為を行った場合にある害悪が与えられるというサンクションの裏付けにより一定の行態に促すものである。つまり、法秩序の実効性とは強制行為の脅しにより担保されるものである。この強制行為＝害悪の脅しによって人びとは一定の行態を回避という社会技術である（RR2,S.29,34f.）。人びとの行態を規律する態様には、「命令」「禁止」—この二つでひろい意味での禁止—「許容」「授權」がある（RR2,S.15,124.）。ここで注意を要するのは、「行態」という言葉が示しているように、ケルゼンの法概念が人間の行為だけでなく、一定の状態・事態にも関係しているということである。人間の行為以外の事柄・事実も社会規範の対象となりうるということである。たとえば一定の「人種」への帰属という事態を理由としてそれにあてはまる人々を殺害することが命令、許容、授權されることも法的にはありうるということである。ここでは一定の「人種」に帰属することが理由となって殺害というサンクションが加えられるのである（RR II ,S.42）。この場合、これらの人々は法秩序の主体というよりは「客体」である（aa.O.,S.126）要するに、法のサンクションのきっかけとなるのはかならずしも人間の行為だけではないが、少なくともサンクションは人間に向けられている（aa.O.,S.35,105f.）

（cc）規範の「名宛人」について—。法規範の名宛人の問題の意義づけがケルゼン法哲学の展開において、とりわけ「法規範」と「法命題」の区別論の展開において異なっていることが、アイドゥンによって指摘されている（S.285ff.）前期ケルゼンにおいては、法規範も法命題も、要件と効果から成る仮言判断とされて区別されなかった。また、前記ケルゼンはベンサム、オースチン流の法＝命令説への批判者であって、名宛人の問題が問われるのは命令説に立つ場合だ、としていた。仮言判断は、誰かに聞かれる必要も受け取られる必要もない以上、名宛人を必要としない、と。この点が徐々に修正されて、とりわけ「法

の純粹理論第二版」1960年において、法命題と法規範の区別が明確に打ち出されている。法規範が権威によって定立される規範だとすると、法命題は法学による命題＝判断である。法規範は判断ではない、と。これは、法＝命令説への接近と理解できるかもしれない。こうして前期ケルゼンにとっては意味のない問いとされていた法規範の名宛人の問題が浮上したのであった。遺作「規範の一般理論」において、規範は命令であり、命令者、被命令者がいるはずだ、として割合に詳しく論じられている。(ATdNS, 23 など。) 一般規範には直接的な名宛人と、間接的な名宛人がいる。具体的な事件においてサンクションを命ずる人が、前者だ、この側面で普通は裁判規範と呼ばれるならわしである。間接的な名宛人とは、このサンクションを引き起こす原因の行態の張本人であり、この側面が照射されて、一般には行為規範と呼ばれているものであろう。法規範の妥当性にとって、ケルゼンの見解では決定的なのは、少なくとも直接的な名宛人、さらに広く法機関によってその妥当性がただ知られているだけでなく承認されていることが必要である。これに対し、間接的な名宛人が問題とされている法の妥当性について不知であっても、裁判官によってその法が適用されることは妨げられない。この点が、以下の行論にとって枢要であると考えるのである。

(dd) 安楽死「発令」の名宛人について一。文言からすれば、この「発令」の名宛人はライヒ監理官ボーラー、医学博士ブラントである。この発令はこの兩名に対する授權規範である。授權規範は必ずしも、それに従わない場合のサンクションを明記しない。授權規範は、「要件—効果」という法規範の標準形におさまらない法規範ではある。それでもケルゼンによれば、授權規範も強制規範に他ならない。但し、授權規範単独では「非独立的」規範である、本来の強制規範たる独立規範と結合してはじめて強制規範になる、というやや回りくどくて慎重な補足説明をしている (RR II, S. 57)。

権限が授權されたとはいえ、ボーラー、ブラントの全く自由になるわけではない。だが、この発令によって殺害が正当化され、結果として彼らの自由裁量に任されていた。それでも、この兩名および指定された医師たちもこの授權には違背しえなかったという可能性も残る。安楽死処分「命令」と呼ばれるのも理由のないことではない。ケルゼンも、授權には義務が伴うこともある、つまり、命じられた義務になりうる、というのである。(RR II, S. 123f.) 遺作「規範の

一般理論」ではこの点はより端的に授権には命令が含意されていると述べている。(ATdN,S.83) ケルゼンのこの見解にしたがえばかの「発令」はほぼ強制規範に等しくなる。そうならば、上記兩名も医師たちも間接的な名宛人とみることができる。犠牲者は法的規律の「客体」である。これに対し、発令の円滑な適用を請け負う立場にあった司法部こそは、紛うことなくその直接的な名宛人だったと言えるだろう。しかし、アイドゥンはそもそも、また、どの程度、この発令が司法部＝法適用機関に知られていたかを問題にしている。(S.291) というのも、この発令およびもろもろの実行行為について司法部には長期にわたり何も知られていなかったという事情があるからである。以下、次節に譲る。

(B) 第三ライヒにおける安楽死処分と司法一。上記の準備的考察をふまえて、あらためて、焦点をこの点にあてよう。安楽死処分の実施の組織化にあたったのは国家機関ではなく、「党」の機関もしくはそのために特別に設置された偽装＝工作部隊である。ヒットラーはボーラーに対し、この件は秘密にしておくことおよび公的な官庁組織の外部で処理すべきことを伝えていたと言われている。勿論、内務省の一部も関与せざるをえない場合もあったが、省内の他の部署には包み隠された。実施部隊の隊員は「公益」財団に雇用される恰好であった。また、施設には独自の戸籍局が置かれ、偽装工作が行われた。犠牲者が増えると、騒ぎがおこることを恐れたためである。

さらに、司法省にも該発令とその実行については秘密にされた。それが実施されていることが外部から通報され、いよいよ知られる段になってある裁判官が司法大臣に問いただしている。司法大臣自身にも知られていなかったのである。司法大臣は教会筋からはじめて情報を得たという次第であった。また、司法大臣には1940年7月、シュトゥットガルトの検事長からの書簡で、精神病患者への安楽死処分がおこなわれたという匿名の告発があったことが知らされていた。この書簡でこの検事長は、ゲシュタポを取り調べるべきか否かの指示を仰いでいたのである。さらに司法大臣には、ヒトラーがこの案件を法律で規定することを拒否したという情報も伝わっていた。司法大臣はこの点をライヒ官房長に問いただしている。その上で大臣は、安楽死処分の中止を官房長に訴えている。しかし、その後、司法大臣はボーラーと会談して、「発令」のコピーを入手し、これが「法源」として十分であると認めている。さらに、その後、大臣はかの裁判官クレイシヒと懇談し、この発令の法源性を認めないのであ

れば、裁判官ではいられなくなると論していることが伝えられている。ほどなくして、クレイシッヒは免職されている。(S.293)

以上の経緯を念頭に、少なくとも非公式には司法大臣も発令のを知っていたということで、司法省のこの件での対応の問題性が解明されるか？そう簡単なことではない、というのがアイドゥンの見解のようである。司法大臣部局には部下層からおびたしい報告または照会がもたらされていた。とりわけ、この案件が法律で定められたことでないため、国民も司法省も法的不安定性の不安で覆われていた。(S.294) こうした状況のなか、司法大臣はグラーツの検事長からの書簡で、司法部の名誉のためにも安楽死処分の案件は法律で規定すべきこと、さなければ中止すべき旨を要求されている。

一般の司法実務にとっても、情報不足が決定的な打撃となった。後見裁判所では、被後見人の居場所、消息、生死について知らないという状況に追い込まれた。刑事裁判の文脈では、被告人が収容施設に移送されてその後どうなったかが不明であるという状況があった。仮に釈放を決定しても、すでに安楽死処分が行われていればどうしようもなかった。これは、司法部のトップの認識がどうあれ、法の解釈・適用を担当する司法部全体がいわば構造的に、法的不安定性の不安のなかに深く沈みこんでいたという状況であろう。

(C) 第三ライヒ下の法と非秩序

(aa) 該「発令」の妥当性について一。ケルゼンにとって、少なくとも直接の名宛人たる法適用機関に知られていないという事実がその妥当性を疑問に付しうることになる。(S.296) 本件「発令」は、長期にわたりその適用機関である国家機関がその存在を知らなかったのだから、その妥当性に強い疑いが残る。司法部全体が構造的なカオス状況にあったの比べると、執行部隊である「行動 T4」および施設労働者・協力者の関係は円滑に構築された。アイドゥンの見解だが、総合すれば、少なくとも裁判所・検察との関係では、かの発令は実効的ではなかった。この状況は、1941年4月26日の司法省での会議まで続いたとのことである。この発令の存在が司法部および検察当局に広く明かされたのが、この時だった、と同定されている。

また、これもアイドゥンの指摘によるが、「合理性」の要請は単に公布に関してのことだけでなく、別の点でも法の妥当性の条件である。ここで、アイドゥンは、かの「発令」が実はあの司法省の会議のあとでも、官報に掲載されずに、

客観的に検証し得る資料源がない状況であったというのである。これで、発令の妥当性に疑問符をつきつけるのに十分な条件が出そろった。法の妥当性および実効性の条件として、ただそれが知られているというだけでなく、最低限度の「法的安定性」が条件となるということであろう。この点を少しくアイドゥンとともに敷衍すると、ただ一定の規律が存在するというだけでなく、少なくとも直接の名宛人によって遵守されるべきものということまでが知られている必要がある、ということであろう。この点に関して、ある論稿でケルゼンが法実証主義の法概念に立って、述べている。法主体によって遵守されうるのは、制定され、かつ公知された法規範だけである、こうした条件を明らかにするのが、法実証主義であり、制定されてない法も「法」とみる自然法論には不可能なことである、と主張している⁽²³⁾。ただ、実は、ケルゼンにとって法的安定性・予見可能性は「望ましい」がそれは法政策的条件とされている点も見逃せない。つまり、法概念本質的、法概念に内在する条件ではない、という趣旨にもとれる。この点、アイドゥンはこれら二要請がそれぞれか法の「機能」にとって本質的な条件だ、と見るのである。管見の限りでは、この点に深入りした叙述をケルゼンが残しているか否か断言できない。もし、「法的安定性」が法政策的要請にとどまるというのならば、少なくとも、ラートブルフが法の三つの理念—正義、法の目的、法的安定性—の間でのアンチノミーにおいて法的安定性にきわめて高い位置を与えていたことと対照的であるともいえる。但し、アイドゥンとともにL. フラーが論じた「法に内在する道德」論を参照すると、実はケルゼンにとっても法的安定性という価値—内容と言ってもよい—が存外、そのよって立つ法実証主義的法概念にとっても不可欠の要素であったのだと言えるかもしれない。

フラーは「法に内在する道德」の要素として大きく数点あげており、どの要素が欠けても単に「悪法」であるにとどまらずそもそも「法体系」が「存在」するとは言えないのだ、としていた。そのなかには、法の公知性、予測可能性、週及効力の原則的禁止、無矛盾性などが含まれている。フラーはラートブルフのいわゆる「法実証主義テーゼ」に同論であり、ドイツ語圏法実証主義が結果的にナチス体制に重大な責任を有すると結論付けた⁽²⁴⁾。ケルゼン型の法実証主義がそもそも、またどの程度まで、どの様な点でこのテーゼに当てはまるのか、当てはまらないのか。さらには、ラートブルフがかのテーゼでどこまで、

ケルゼンのことを念頭に入れていたのか。それもまた、上述で少し触れているが、本稿で意識されている問題なのである。

(bb) ナチス「法秩序」の妥当性について—以下、問われるのは、ナチスの個々の法令に関してではなく、第三ライヒの法秩序全体の法的性格についてケルゼンにも—フラーと同様に—なにがしかの言及・発言が見られてしかるべきだったか、もしくはそのことが可能であったかという問題である。というのも、ナチス法は全面的に法の基本原理—フラーが挙げた諸々の要求—を踏みにじるものであり、人間知性にはとうてい理解し難いものだったからである (S.301)。アイドゥンは端的にとくに二つの点でナチス法がカオスでしかなかったと断定している。あ) 国家権力が正規の国家の担当者と党の担当者によって分散して担われており、権限関係が混乱していた。(ポリクラシー) い) 重要な法行為が公知されず、遡及法が乱発されたことである。

あ) かの安楽死処分「発令」の経緯からも示されたように、国家と党との間で支配権力が分解・散逸状況にあったこと、である。1933年12月1日の党・国家の一体性確保法によってナチスは公法人となったが、だが、その権限は一個の公法人の域にとどまらなかった。まさに国家と対等の支配の担い手にのさばっていくのである。その後、政党と国家との並立どころか、その対立に、さらには党による国家の吸収状況となる。特別部隊による行政というものによって、行政機構も錯綜した様相を呈することとなった。行政体が分散して、決定が食い違い、法的安定性が消失していく。正規の官庁間でさえ対立もあらわになっていくであろう (S.302)。

い) さらに、基本的法原理への侮蔑によって、カオス状況に歯止めがかからなくなる。ナチス国家の考察に大きな示唆を与えてくれるものとして、アイドゥンが挙げているのが、まず、E. フレンケルの「二重国家」論⁽²⁵⁾である。フレンケルの研究によると、ナチス国家には「規範国家」と「措置国家」Massnahmenstaat—英訳では prerogative state—という二つの側面がある。後者が、全くの権力の恣意による支配体制である、権力による恣意が法的保障によって何ら掣肘を受けない体制のことである。政治的便宜、機会主義が国家権力行使の理由となる国家である。たとえば裁判所が無罪と宣告したのに、その後、その判決を無効にしてゲシュタボがその当事者を強制収容所に収容してしまう。これが「規範国家」と「措置国家」がまるで背中合わせたように同時存

在しているような例であろう⁽²⁶⁾。このようにフレンケルがナチス国家の「法秩序」に半ば、なおも法的性格を認めたのに対し、より徹底的に法的性格を否認する見方を提示したのが、F. ノイマンであった。ノイマンによると、第三ライヒは「国家」でも「法秩序」でもない。あれはカオス・アナーキーであり、全く法がない状態の支配であった⁽²⁷⁾。ナチス体制とは、i) ナチス「運動」、ii) 国家官僚制、iii) 軍隊、iv) 財界、これら四つから成る権力複合に分裂していたのであって、それぞれに立法、行政、司法の権力が一分立なしに一与えられていた。政治権力が統一的に行使されるという近代国家にとって本質的な特徴が欠けていた、と。(S.303) 要するに、一つの、でなくて複数の秩序が併存し、それぞれの間には矛盾と対立が生まれていた、これがナチス体制であった、というのである。「近代国家には二つの特徴がある。国家の主権的領域の存在と、そこからの自由の領域の存在である。」⁽²⁸⁾ ナチス体制には、この二つの要素が欠けており、まさに近代国家の全否定であったというのが、ノイマンの認識であろう。

上記の、フレンケル、ノイマンの研究が主として政治学的分析によるナチス体制の検討だとすれば、ケルゼンの法理論から、ナチス体制にはいかなる言明が可能であったろうか。勿論、ケルゼンが正面からナチス国家を大々的に批判の対象とした言明が残されているわけでもないとしても、ケルゼンの法概念などに照らし、何が言えたであろうか、という設問になるのであるが。まず、ケルゼンにおいては、いかなる内容も法に盛り込むことができるとしているものの、いかなる「形式」でもよい、というわけではないということが押えられるべきことであろう。今、論じている争点に関しては、なによりも「形式」こそが重要なのである。ケルゼンの「法の純粹理論」の法概念からして、警告してしかるべきだったことは、かの「発令」の人間性を無視した内容と言うよりは、ヒトラーが選択した、その発令制定の形式の側面であった、というのがアユディーンの見解である。(S.304) 一定の形式さえも無視して発令されても、それは、人間の行態に向けられた法が備えるべき最低程度の合理性を充たさない、ということである。しかし、このように明確に述べることがなく「最低限度の抵抗の理論」とさえなりえなかった－とアイドゥンは考えていると思う－のも、やはりケルゼンの法概念に内在する問題性故であるというのがアイドゥーンの見解である。この点を次節に少しくまとめてみよう。

(D) かの「発令」およびナチス法制全体をめぐって「法の純粹理論」から何事が言えたかについてのまとめ。その内容がいかに唾棄すべきもので、それでも妥当するのが法であるというのがケルゼンの見解であった。だが、この概括的言説が個々の法規範についてのものか、それとも全体としての法秩序についての言明なのかは判然としないところがある。また、ケルゼンは部分的ながら法律の遡及効力、強制収容所という施設が法的に可能であることに言及しているのであるから (RR II, S. 42) かの「発令」についても同様に法概念とその機能条件の試金石として論究できたはずだ、というのはアイドゥンの指摘である。もっとも、その場合には、上記オット、ビーバーの研究が前提とした、かの授權法との関係でのことではなく、「発令」自体の実効性の条件について論じることができたはずだというのである。公的機関にさえ秘密にされた「発令」には最低限度の法的安定性も、予見可能性も、知性による理解可能性も期待しえないのだから、裸の権力による命令でしかなかった、と言えたはずだというのである。アイドゥンはこの結論が「発令」という個別の法行為もどきだけでなく、さらにはナチス体制全体との関係にもあてはまるはずだ、というのである (S.306)。とりわけ、正義・道徳性と法の峻別から、「いかなる内容も法たりうる」というテーゼが過度に重視されて、法の形式として最低限度要請される要素に照らして、かの発令およびナチス体制全体の妥当性および実効性を点検して言明することに禁欲的、抑制的になってしまったというのであろう。「ケルゼンはナチス法への全体的言明も法概念の形式的要素をも、かの『恣意性のドグマ』一法にはどのような内容も盛り込むことができる一の犠牲にしたようだが、そのことで法概念をも溶解して、無限界の恣意へと霧散させてしまった。もともと、法の純粹理論によって法の固有性を守ろうとしたはずなのだから、このことはゆゆしき結果である。」(S.305) ケルゼンは、「法の純粹理論」の厳格な方法論に殉じて、結局、法の固有性を守ることができなかったというのである、これがアイドゥンの結論である (S.315)。要するに、法律「学」の方法論の固有性に固執するあまり、その対象である「法」の固有性を犠牲にしてしまった、つまり、法律学は守られた、だが、法は減じた、という過酷な結論である。以上、アイドゥンの縷々とした行論を追行したところ、要するにケルゼンの「法の純粹理論」にはナチス法一全体としても、個々の法令に関しても一の妥当性を否定する可能性も宿されていたはずである。それなのに、こ

の点での禁欲を強いたのがその厳格な方法論だったのだ、というのである。以下、若干の私見を手短に添えておきたい。

II. 若干の私見

(1) 法の妥当性、拘束力、法への道徳的批判の可能性について

まず、ラートブルフのいわゆる「法実証主義テーゼ」——ここで、ラートブルフがケルゼンのことをそもそも、あるいはどの程度念頭に置いたかも問題であるが——にもかかわるが、ケルゼンにおいて、法が「妥当する」ということと法に「従うべきである」との関係について。法の「妥当性」、ないしその「存在」と「拘束力」との関係についてである。アイドゥンの研究を受けて、仮にケルゼンがナチス法、さらにはかの「施設でのおびただしい殺害」(ラートブルフ)の根拠法令とされた、あの「発令」の妥当性を肯定した場合の、その含意を考えておきたいのである。「法的に妥当する」という場合の、その言明の含意についてである。

ケルゼンによれば、自然法論は理性によって発見されうる絶対的で客観的な妥当性を有する法規範群が存在すると主張する。これらの規範群は完全かつ客観的に正しい善とされる。自然法論においては、実定法が妥当するものも自然法に適合する限りにおいてである。ゆえに、自然法論においては「法的妥当性」という独自の観念の場所はない。ただ、自然法に応じた妥当性という観念のみが許されている。だから、ある法に関して、この法は確かに法的には妥当するが道徳的には悪い法規範であると述べるのが自然法論者には一般的には不可能である。法の「規範性」を語る文脈で、この点が重要である。自然法論に対しケルゼンが抱いたこのような見解が、当のケルゼン自身に対して向けられたという経緯もあるからである。一つの例として、ケルゼンにおける規範の妥当性についての観念が自然法論者のそれと如何に酷似しているかがJ. ラズによって指摘されていた⁽²⁹⁾。ラズによると、「規範」という概念は客観的・普遍的に妥当する理由によって正当化される規範性、justified normativity (JN)、社会的に拘束あるものとして承認された社会的規範性、social normativity (SN)に一応、分類される。後者の意味での法の規範性ということを表現している代表者がおそらくハートである。価値判断がどうあれ、法体系は規範的なものとみなされるべきだということである。これに対し、法体系を正当ないし自らの道

徳的見解の少なくとも一部とみなす人々によってのみ規範的なものと解される場合がある。これが JN の意味での規範性であって、ケルゼンにおける規範性はこちらである、とラズは対置している。

ハートの場合、法は承認のルールによって定立される妥当性のテストールルの創設方法にかかわる—に及第するからゆえに妥当するもの、とみなされる。これら承認のルールのうちの「究極のルール」の妥当性は法学の問題ではない。それは社会的事実の問題である。究極のルールは現実には裁判所により適用され・実践されているがゆえに拘束力をもつ、とされる⁽³⁰⁾。かように SN 型の規範性概念は、法の妥当性と順法義務（とりあえず、拘束力のこと）とを別個のものとする。だから SN 型の規範性概念に立つ人にとって「法はなぜ順守されるべきか？」という問いに「それは法が規範的だからだ」というのは答えていることにならない。仮に法が順守されるべきものであるとすれば、それは道徳的理由によるのである、と⁽³¹⁾。

このように、等しく法実証主義者であるにしても、SN 型の規範性概念を採用する論者は JN 型のそれに立つ論者に対しそれは法を道徳的批判の可能性から庇護するものだと批判をするであろう。確かに、ケルゼンが採用するのは JN 型であり、その限りで自然法論のそれに近い。法秩序のすべての法規範の妥当根拠として前提される根本規範についても同様のことが予測されよう。しかし、それはあくまで仮定ないし擬制されるものであり、絶対的な意味で正当化されるものではない。しかも、ケルゼンは道徳的相対主義者として、道徳的見解は合理的に検証されたり、合理的に論駁されたりしえない個人的選好の関心事である。また、ケルゼンにとっての道徳的相対主義は道徳の規準から法を評価することの可能性を排除するものでなくて、ただ、そうした評価が客観的にはなされえないというにとどまる。だから、ハートのようにケルゼンに対し「法への道徳的批判の可能性を排除してしまう」という批判⁽³²⁾—ハートが後期ラートブルフを批判したのもこの点であった—は行き過ぎであり、必ずしも当たらない。ここでは、ハート、ケルゼンという 20 世紀を代表する法実証主義法哲学者の間でも、「規範」の理解が異なり、そこから法の妥当性・存在・拘束力の把握も一枚岩でないことを押さえておくにとどめよう。

戦後フランス法哲学の泰斗、P. アムセルクによっても、ケルゼンの法実証主義が自然法論の関心事を共有しているという批判がなされていた。それによると、ケルゼンの法

実証主義はコントに代表される「経験による検証」を重視するので法学の対象を「実効的な」法に限定する。思惟様式としては、法の「妥当性」と「拘束力」を同一視して、さらには、本来、法学の対象ではない法の「妥当根拠」を問う。アムセルクからすれば、法が妥当するとは、上位規範に従って「定立」されたがゆえに妥当するということである。これは、法の「拘束力」、つまりそれに従うべきこととは別次元の問題であるにもかかわらず、ケルゼンによって同視されている。その点に、ケルゼンが自然法論の主要関心を共有していることがあらわれている。アムセルクのいわゆる自然法論の関心とは、形而上学的所与に訴えることで、公機関の定立した法規範に対する市民倫理を確立することである。法規範の内容が自然法に合致していれば市民はそれに従うべきだ、ということである。逆に、法規範が自然法に適合しないときにはそれに服従する義務から解放される。これが自然法論から法実証主義が学んだ思惟態度なのである、と⁽³³⁾。アムセルクが、法の「妥当根拠」は法学の本来的な問題ではないというとき、恐らく、その現象学的な立場が関係しているのだらうと思う。哲学としての現象学が「なぜ」「いかなる条件で」事物が拘束的であるかを問わないように、法の哲学にとっても、「なぜ」「いかなる条件で」法が拘束的であるかを問われたい、というのである⁽³⁴⁾。

しかし、ケルゼンは「人間の行態に関する規範が『妥当する』とは規範が拘束力を持つということである」(RR II, S.196.)と述べており、「妥当性」と「拘束力」は規範の存在様式を異なる言葉で表現したまでであろう。アムセルクが論証の前提としたように、それらを全く別の事柄だとは考えていなかったのである。規範の「存在」「妥当性」「拘束力」の等式化によって、法実証主義者みずからが自然法の世界に踏み入っていくという批判は、そのままには通用しないであろう。

(2) 価値相対主義と民主制の擁護

管見の限りではアイドゥンはことさらに触れてはいないが、上述の過酷な結論は同様に、「民主制の擁護」に関するラートブルフ、ケルゼン両者の対応と言説の異同にも適用されうるものなのかもしれない。それは、はたして、あるいはどの程度まで民主制がその敵対者にも寛容でありうるかが問われる、ケルゼンの表現では「民主制は最も民主的な方法で廃棄されるという奇妙な情景」の問題である。もし、民主制を打倒すべきだというのが多数派であるならば「多数の意志に抗し暴力にさえ訴えて主張される民主主義」は自己矛盾である。民主主義は「自由」の旗を掲げている。「船が沈没してもなおその旗への忠実を守るべきである。自由の理念は破壊不可能なものであり、それは深く沈めば沈

むほどやがて一層の情熱をもって再生するであろうという希望のみを胸に抱きつつ、海底に沈み行くのである。」とケルゼンは結んでいた⁽³⁵⁾。これに対し、「自ら絶対なりと僭称する」独裁体制に対してまで価値相対主義と民主主義は寛容ではあり得ないとラートブルフは書いたのである⁽³⁶⁾。まさに、二人の上の文章がしたためられたのが、ヨーロッパ大陸に独裁政治が歴史的現実となる1933年前後のことであった。それだけに二人の法哲学者の文章の対照性が際立つのであった。

だが、ケルゼンの上の言明は民主制が沈没しようとする状況に諦観ないし傍観をきめこむことではない。なんとすれば、アメリカにわたってから第二戦後に公刊された「正義とは何か」での次の様な見解表明と一体として—もし、それが改説でなければ—受け止められるべきものであらうと考えるからである。民主主義は反民主主義に対する自己防衛において寛容たり得るかと自問して、そこでケルゼンはこう答えているのである。「反民主主義思想の平和的表現を抑圧してはならないという意味では、寛容たりうる。……(中略)(しかし)民主主義は自己放棄によって自己を擁護することはできない。」⁽³⁷⁾確かに、思想の純然たる表現と暴力行使の用意とは区別することは難しい。そこにはある種のリスクもあらう。ケルゼンはそれでも、あえて、このリスクの存在こそが民主主義の本質であると断言したのである。むしろ、ここには「戦闘的な」民主制論者としてのケルゼンの顔が見える。ここで「反民主主義思想」の下にケルゼンが具体的に何を思い浮かべていたか私は断言できない。また、ことば尻を捕まえるようだが、ケルゼンはここで、反民主主義に対しての自己防衛においてあくまでも限定つきで「寛容たりうる」と述べている点が存外、留意すべきであらうと思う。あえて、乱用の危険を包蔵しつつも、それでも体制を守ろうとする覚悟にこそ、民主制と専制との分水嶺がある、というのである。

こうして、「法の純粹理論」によって法律学の固有性を守ることと、および「民主制を擁護すること」はやはりケルゼンにとって終生の課題であり続けたのである。そこに予定調和を樂觀することができなかったから一層、苦闘の法哲学とならざるをえなかったのであらう。法実証主義としての「法の純粹理論」が発展し得るのも、学問の自由が担保される民主的で平和な時代であるが、他方で民主主義と手を結ぶ自由の価値—そこから平等の価値—も、平和の価値も相対的なものである。だから、慎み深くケルゼンはこれらの価値を「私にとって

の」正義であるとして、学問は自由検討の精神と批判精神を尊重する民主制においてこそ実を結ぶ。だから「私は」民主制を擁護する一真に個人的な信仰告白—というのがケルゼンの見解であっただろう。確かに、民主制をストレートに擁護するというよりは、私の愛する学問が一番繁栄するのが民主制のもことから、その民主制を私も擁護するという、やや間接的な響きもないわけではない。ただ、忘れられてならないのは、ここでケルゼンが法実証主義の倫理としての道德の自律性を身をもって実行しているという点である。何が正義か、それを判断するのは神でも自然でもなく「ほかならぬわれら自身、われわれ一人一人」なのである、と。ケルゼンにとっての民主制の擁護は、ある面では禁欲を自らに課しつつ、他面では戦闘的にさえ構えるのだから、あたかも自らの頭を自分で引き上げる類の「ミッション・イムポシブル」への挑戦だったというのが私見である。案の定、ケルゼンは民主制を社会学的に、ないし間主観的なもの、ないし共同主観的なものとして「擁護」することができなかった一法と政治の理論の枠内での民主制および議会制、政党制の鋭利な検討は別にして—という評が残るところではある⁽³⁸⁾。それどころか、既にのべたように、民主制の崩壊に法律学の立場から手を貸したのだ、という過酷な評価を下す論者⁽³⁹⁾もいるところではある。しかし、ケルゼンによる民主制をめぐる言説が全体として、いわば法理論、政治理論、価値相対主義および個人的価値選択の生涯にわたる真摯な自己内対話からの発露であったということは否定しえないであろうと思う。

価値相対主義からは、究極価値の優劣には言明を下せない、それは個人の良心の決定ないし信条の問題であるという点では、ラートブルフもケルゼンも同様の見解であった。自由、平等、平和、国家ないし権力の強化・維持などがさまざまな立場から究極価値として提示されようが、結局、神々の争いであろう。これら諸々の価値・信条を奉じる人々の間で平和な討論を通じて未来の法秩序を展望するための政治理論を提供しよう、そのために、より高次の相対主義を構想したいと考えた A. ブレヒトも、価値相対主義の如上の禁欲的態度にはやはり健全性もある、と基本的には理解を示している⁽⁴⁰⁾。私見でも、いかなる価値が究極的に正しいかはすくなくともやすやすとは決しえないことは認めざるを得ないであろう。しかし、ある究極価値—例えば、自由の価値—の実現のためには、たとえばいかなる政治体制がより適合的かは、ある程度において経験的に実証・検証し得るのではなかろうか。この意味で、宮沢俊義と尾高朝雄との「ノモス論争」に重ね合わせて、民主制を基礎づけるには、相対主義だけでなく、イギリス型の経験主義

も有力な論拠になるのではないか、という碧海純一の問題提起に共感するのである⁽⁴¹⁾。民主制を経験的に、と言うことは、そこに歴史的・社会的・政治学的に、他の政治体制との比較考察などが必要とされるはずであり、そこに民主制の「法理論」がそれら諸学と協働する窓口が開かれていると思う。実際、ケルゼン自身の「デモクラシーの本質と価値」、とくにその第二版はそのようなものであろう⁽⁴²⁾。

諸学の方法論と守備範囲を尊重して行われる限り、方法論的混合、つまり Methodensynkretismus の批判は当たらないと私は考えるのである。

注

- (1) 尾高朝雄、法の究極に在るもの[新版]に付された、昭和21年の「はしがき」参照。
- (2) 拙稿、「ラートブルフ・テーゼと抵抗権に寄せる」、早大・法研論集65号所収、『法の純粹理論』と『民主制の擁護』の間、山下威士教授還暦記念論集、ドイツ公法の受容と展開所収、『法の純粹理論』と『民主制の擁護』の間、補論：英語圏からの関心に寄せて」駿河台大学教職論集3号所収など。
- (3) T.Aydin, Gustav Radbruch, Hans Kelsen und der Nationalismus, Zwischen Recht, Unrecht, Nicht-Recht, Nomos, 2020.
- (4) ケルゼン、「法科学は規範科学か文化科学か」(森田寛二訳)、ハンス・ケルゼン著作集4「法学論」所収。
- (5) 拙稿「ラートブルフ・テーゼと抵抗権に寄せる」、早大・法研論集65号29頁以下に所収。尚、今日のドイツの裁判所構成法では、大学での法学教育において、ナチス期と旧東ドイツ時代の「国家不法」について教授し・学習することが必須科目として課されている。Vgl., Cr. Safferling, B. Dauner-Lieb, NJW 2023, S. 1038ff.
- (6) G. Radbruch, Rechtsphilosophie, Studienausgabe, hrsg., R. Dreier, S. L. Paulson, 1999, S. 195
- (7) 拙稿・前掲。
- (8) 拙稿「憲法の最高法規性ということ」、早大・法研論集51号所収。
- (9) D. Dyzenhaus, Legality and Legitimacy, 1997. 拙稿『法の純粹理論』と『民主制の擁護』の間、補論：英語圏からの関心に寄せて」駿河台大学教職論集3号所収。
- (10) ラートブルフ、法哲学(田中耕太郎訳)、著作集1、224頁。
- (11) ラートブルフ、「五分間の法哲学」(村上淳一訳)、著作集4、実定法と自然法、226頁。
- (12) R. Dreier, 'G. Radbruch, H. Kelsen, C. Schmitt,' in: Festschrift Für G. Winkler, 1997, S. 193ff. (13) Ders., a.a.O., S. 203.
- (14) F. Haldemann, 'Gustav Radbruch vs. H. Kelsen: a Debate on Nazi Law,' Ratio Juris, vol. 18 No. 2, 2005, p. 162ff.
- (15) H. Kelsen, 'WILL THE JUDGEMENT IN THE NUREMBERG TRIAL

- CONSTITUTE A PRECEDENT IN INTERNATIONAL LAW?' INTERNATIONAL LAW QUARTERLY, VOL.1,1947,P.153FF. ハルデマンは、もうひとつ、JUDGE ADOVOCATE JOURNAL2,1945,P.8ff. をあげているが、筆者は入手しえなかった。
- (16) Id.,op.cit.,P.165. 但し、この遡及効を有する国際法規範を適用して下されたニュルンベルク裁判の判決が「後例」、「先例」となるかと言うと、ケルゼンはジャクソン判事と反対に、否定的であった。決定的な、ケルゼンの反対論としては、ロンドン協定が侵略・戦争犯罪について個人の刑事責任を追及する点で新しい法規範を創設するものであった。それは、当時、まだ、法の一般原則とはなっていないものであった、だから国連憲章にも採用されてはいない。さらには、ロンドン協定により設置された裁判所、つまりニュルンベルク裁判所がもっぱら、戦争犯罪を直接に被った戦勝諸国で構成されて、敗戦国・中立国からは裁判官が送り込まれなかったことをケルゼンは重く見たのである。これでは、ドイツがポーランド、ソ連に戦争を仕掛けたかどうか、ドイツが、この法廷に裁判官を送った諸国との条約を侵犯したかどうかを公正に審判しえないというのであった。しかも、ドイツと共謀してポーランドをいけにえにしたソ連は、ポーランドとの不可侵条約を侵犯したのであり、ロンドン協定に照らせば、それは「平和に対する罪」を侵したことなのだ、と。こうして、ニュルンベルク判決—戦勝国が基礎となるロンドン協定の立法者であり、同時に裁判官でもある—は「先例」となるべきではない、と言うのがケルゼンの結論であった。op.cit.,P.168ff.
- (17) 法実証主義と自然法論という二項対置でなくて、新カント派の法哲学としては、ラートブルフは戦前・戦後、連続しているという見解を近年、M. フロメルが述べている。ラートブルフにおける法実証主義から自然法論への転向というのは、E. ヴォルフによる作為的な歪曲に発するものだ、というのである。この論稿のなかで、ラートブルフとともにとくに取材されるのが、H.U. カントロヴィッツである。法律外の法源ではあるが、一定の社会で社会的・法的に妥当する法文化から看取しうる高次法に関心を示したのが、カントロヴィッツであった。この法文化および高次法が、法解釈に際して「前理解」として規範的に作用する、と言うのである。ラートブルフの高次法もこのようなものだ。M. Frommel, 'Rechtsphilosophie in den Trümmern der Nachkriegszeit', JZ 2016, S.913ff.
- (18) ケルゼン、一般国家学、清宮四郎訳、562頁。
- (19) H.KELSEN,THE LAW OF THE UNITED NATIONS,A CRITICAL ANALYSIS OF ITS FUNDAMENTAL PROBLEMS,1951 (SECOND IMPRESSION) ,P.47.
- (20) 川喜田敦子、ドイツの歴史教育、98頁以下。
- (21) 法令文書に求められる「公知性」の喪失、その代表例が、この安楽死「発令」であり、第二戦中に増え続けこの種の「発令」は約400にのぼったといわれる。H. Dreier, 'Rechtsfall und Kontinuität,' in : Staatsrecht in Demokratie und Diktatur. Studien zur Weimarer Republik und zum Nationalsozialismus, 2016, S.279.
- (22) そこで、R. ワルターと共に次の様に言うことができる。「もし、法の純粹理論が規則的に実効的な秩序を妥当するものと記述するのは、そのことでこの秩序が妥当

すると述べるのでなくて、この秩序を一仮説として一妥当するものとみなすということである。法の純粹理論が、大体において実効的な秩序を妥当するものとして取り扱うことは科学的に得られた結論というのでなくて、その認識対象と理論上の基本態度とを選択した結果なのである。」R.WALTER, 'WIRKSAMKEIT UND GELTUNG,' ÖZÖR,1961,S.538ff.

- (23) ケルゼン、自然法論と法実証主義（黒田覚訳）、ハンス・ケルゼン著作集3に所収。
- (24) L.L.FULLER, 'POSITIVISM AND FIDELITY TO LAW, A REPLY TO PROFESSOR HART,' HARVARD LAW REVIEW,1958,P.659.
- (25) フレンケル、二重国家、中道寿一訳。
- (26) 「二重国家」というタイトルに込められた意味であるが、多くの場合、国家とナチ党とが支配を分け持ち、党の役職者が本来の国の職権をも担当して、政治構造に特殊な二重化が生みだされる現象、権限関係の錯綜とヒエラルヒイの二重化がそれだ、と理解されることがある。しかし、H.ドライアーによると、フレンケルが「二重」と呼んだのはこの点ではない。フレンケル自身がドイツ語版の序言で断っているが、本書では政党の諸組織も含めて広く「国家」と呼ばれている。フレンケルにとって、政党も国家・官庁・裁判所も含めて一も「措置国家」の構成要素である。国家と法を破壊したのは「党」＝「運動」である、これに対し国家官庁は無実で責任がないという見解を打破しようとしたのだ、というのがドライアーの読みである。行政・司法も「不法国家」に決して手を染めなかったのではないことが、いまや実証されている一たとえばB.リューテルスによって一でないか、というのである。H.DREIER, 'WAS IST DOPPELT AM DOPPELSTAAT?', IN:a.o., insbes.,S.349ff.なお、ここで言及されているドイツ語版を参照できなかった。
- (27) ノイマン、ピヒモス、岡本友孝・小野英祐・加藤栄一共訳。
- (28) F.Neumann,the rule of law,1986,p.3.
- (29) J.Raz,the Authority of law,1979,p.134,150. また、参照、森際康友「遵法義務一悪法論再考」、長尾龍一・田中成明編、現代法哲学1、1983所収。
- (30) ハート、法の概念（矢崎監訳）、104-120頁。
- (31) J.Raz,op.cit.,p.137
- (32) H.L.A.Hart, 'Kelsen visited,' UCLA Law Review,vol10,1963,p.724.
- (33) P.Amselek, 'Kelsen et contradictions du positivisme juridique', in: Id.,ECRITS DE PHILOSOPHIE DU DROIT,2019,P.483ff.
- (34) P.Amselek,Méthode phénoménologique et théorie du droit,1964,p.19ff.
- (35) ケルゼン「民主制の擁護」、鶴飼・長尾編、ハンス・ケルゼン所収（長尾訳）、255頁。
- (36) ラートブルフ「法哲学における相対主義」（尾高訳）、実定法と自然法（著作集4）所収。
- (37) H.Kelsen,What is justice?,1957,P.23.
- (38) H.Dreier,Rechtslehre,Staatssoziologie und Demokratietheorie bei H.Kelsen, 1990,2Aufl.,S.283ff. ドライアーは別論文でも、ケルゼン流の批判的相対主義からは、民主制は、自明視される伝統や指導者のカリスマないしその教えの真理性でなくて、

みずからにのみ立脚せざるをえない「よるべなき」政治形態であることが、ケルゼンの民主制論の最も強力な論拠であるとする。しかし、ケルゼンの民主制論にもその社会的・文化的条件など「前提」についての言及もあり、この点に着目して再構成したいと言うのである。ドライヤーの意を酌めば、ケルゼンが「前提」としてカッコにくくり棚上げた点を展開したいということであろう。実際、たとえばケルゼンは、民主制ないし多数決原則の概念的前提として、少数派の存在、文化的同質性、ことに言語の同一性に言及している。参照、一般国家学（清官訳）、542頁。Ders., 'Kelsens Demokratietheorie : Grundlegung, Strukturelemente, Probleme', in : H.Kelsen Institut (hrsg.), H.Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung, 1997, S.97ff.

(39) D.Dyzenhaus, op.cit., p.157.

(40) A.Brecht, political theory, 1961, 価値相対主義の相方である「科学的方法」が過度に排除してきた領野についての自覚を取り戻すこと、「科学的方法」でもっと広く対応できるのではないか、これがブレヒトによる政治理論および法哲学（ジュリスブルーデンス）の構想であった。

(41) 碧海純一、合理主義の復権—反時代的考察、再増補版、107頁以下、拙稿「文部省著作『民主主義』と尾高法哲学」、高岡法科大学紀要10号所収。

(42) ケルゼン、デモクラシーの本質と価値（西島芳二訳）に付された、序文（矢部貞治）参照のこと。