

## ラートブルフ定式の擁護(2・完)

ロバート・アレクシー (張斯渠・足立英彦訳)

### Ⅲ. 法の願望 (aspiration) と限界

ラートブルフ定式は、特定の内容を、すなわち極端な不正義を法の内容から排除する。こうすることでこの定式は、法と道徳との間の必然的な関係、すなわち「法はどのようなか」と「法はどのようなべきか」との間の必然的な関係を確立する。適切に制定され、社会的に実効性のある法が法であるためには、正義にかなっている (just) または正しく (right) なければならないというわけではないが、極端な不正義という限度を超えてはならない。極端な不正義という限度を超えれば、法としての性質または効力が失われる。これは、法と道徳の間には完全な分離があるとする実証主義者の命題の否定であり、非実証主義者の結合テーゼを支持するという告白でもある。

#### 1. 概念的枠組み

法実証主義をめぐる争いは終わりのない争いのようにみえるが、それはこの争いが哲学的な議論であることを意味する。これらの終わりのない、激しく執拗な論争においては、すべての参加者がいずれかの観点で、またはいずれかの仮定の下では正しいのかもしれない。以下では、これらの観点や仮説に視線を向けるが、本稿では四つの区別を用いる<sup>30</sup>。

---

30 簡略化のために、ここでは、以前の著作で用いた、妥当性の概念を含む法概念と含まない法概念を区別することは避けた。See R. Alexy, "On Necessary Relations Between Law and Morality" (1989) 2 *Ratio Juris* 167 at 170. 本文で挙げた区別のリストは、上記の〔妥当性を含む、含まない法概念の〕区別以外のさらに多くの区別で補足することができる。たとえば、ある目的のためには、個々の規範と全体としての法体系の区別を含めることも非常に有用である。See R. Alexy, *Begriff und Geltung*, n. 13 above, p. 57 ff., 108 ff.

(a) 規範と手続

一つ目の区別は、「規範の体系としての法体系」と「手続の体系としての法体系」の区別である。手続の体系としての法体系は、ルールに基づきつつ、またルールに導かれつつ、規範を定め、理由づけ、解釈し、適用し、執行するといった、関係し合う行為（interactions）の体系である。規範の体系としての法体系は、規範を生み出すために定められた手続の結果や産物からなる体系である。この区別は、フラーの「法を作ることへ向けられた目的志向的な努力」という意味での「活動」（activity）<sup>31</sup>としての法と、「実際にその努力から生み出された法」<sup>32</sup>、つまり「産物」<sup>33</sup>または「結果」<sup>34</sup>としての法、という区別と似ている。法を手続や活動として理解する方が、その手続から生じる結果としての規範にだけ注目するよりも、非実証主義者の立場に適していることは明らかである。

(b) 観察者と参加者

二つ目の区別は、観察者（observer）と参加者（participant）の視点の区別である。この二分法は、ハートの「外的」視点と「内的」視点の区別に基づいている<sup>35</sup>。もちろんハートの区別には解釈が必要である<sup>36</sup>。ここでは論証（argumentation）の概念と正当性（correctness）の概念の助けを借りて解釈する。参加者の視点をとるのは、法体系の中で、その法体系が何を要求し、何

---

31 L.L. Fuller, *The Morality of Law*, 2nd edn. (New Haven and London: Yale University Press, 1969), pp. 106, 119 (L.L. フラー (稲垣良典訳)『法と道徳』(有斐閣、1968年) 141頁、159頁).

32 Ibid., p. 193.

33 Ibid., p. 106 (訳141頁).

34 Ibid., p. 119 (訳159頁).

35 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd edn. (Oxford: Clarendon Press, 1994), p. 89. (H.L.A. ハート (長谷部恭男訳)『法の概念 第3版』(筑摩書房、2014年) 152頁).

36 See N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1978), p. 275 ff.

を禁止し、何を許し、さらに何の権限を与えているのかについての論証に参加する者である。参加者の視点の中心に立っているのは裁判官である。法学者、弁護士、法体系に関心がある市民などの他の参加者が、法の特定の意味について賛否を論ずる場合は、究極的には、裁判官が正しい判断を下そうと望むならばどう判断するであろうか、を考える。観察者の視点をとるのは、特定の法体系において何が正しい判断であるかを問わず、特定の法体系において実際にどのような判決が下されるであろうかと問う者である。観察者の視点が実証主義者により適しており、参加者の視点が非実証主義者に適していることも容易に分かるだろう。

### (c) 分類と質付与

三つ目の区別は、法と道德の二つの異なる関係に関するものである。第一の関係は「分類的」(classificatory) 関係、第二の関係は「質付与的」(qualificatory) 関係と呼べるだろう。分類的関係が問題となるのは、一定の道德的基準を満たさない規範または規範体系は法規範または法体系ではない、と主張する場合である。ラートブルフ定式は、極端な不正義を含む法規範を法規範(または有効な法規範)の集合から除外するので、分類的関係を定めている。単なる質付与的關係が問題となるのは、一定の道德基準を満たさない規範や規範体系は、法規範や法体系ではありうるが、法的に瑕疵のある法規範または法体系である、と主張する場合である。ここでいう瑕疵とは、法的な瑕疵であって単なる道德的な瑕疵ではない、ということが重要である。

質付与的關係の概念は正当性主張(claim to correctness)と密接に関係している。なぜなら、もし法が正当性主張を必ず掲げるならば、法と道德の間には必ず質付与的關係があるからである<sup>37</sup>。フラーの「願望の道德<sup>38</sup>」(morality

37 See R. Alexy, "Law and Correctness" in M. Freeman (ed.), *Legal Theory at the End of the Millennium* (Oxford: Oxford University Press, 1998), p. 214 ff.

38 L. Fuller, *The Morality of Law*, n. 31 above, p. 43 (訳55頁).

of aspiration) としての法の「内面的」(internal) あるいは「内的道徳」(inner morality of law) は、正当性主張のテーゼと似ている。フラーによれば「法の内的道徳」を定義する八つの「適法性の諸原理」が完全には達成されていないということが、法の性質や妥当性の喪失を招くわけではない<sup>39</sup>。したがって、それらの未達成は分類の意味をもたず、そのような法や法体系を「悪い」<sup>40</sup>と質づけるという結果になる。したがって、フラーの理論は、本質的に質付与的關係の上に成り立つ理論の一例である。

質付与的關係はどんな分類関係も含意しない<sup>41</sup>。しかし、質付与的關係が存在する場合は、それが存在しない場合よりも、分類的關係を証明することが容易である。したがって、ラートブルフ定式の正当化は、質付与的關係の正当化から始めることになる。

#### (d) 分析的論拠と規範的論拠

四つ目の区別は法実証主義を支持する、またはそれに反対する分析的論拠と規範的論拠の区別である。分析的論拠は、法の概念が道徳的要素を含むことが、概念的にまたは言語的に必然的であるか、不可能であるか、あるいは単に可能であるかを主張するときに示される。他方、分離テーゼや結合テーゼは、道徳的要素の包含または排除が、特定の規範（遡及禁止原則など）に従ったり特定の価値（人権など）を実現したりするためには必要であると主張される場合には、規範的論拠に基づいている<sup>42</sup>。

39 Ibid., pp. 39, 41 ff. (同書、49-52頁)。

40 Ibid., p. 39 (同書、50頁)。これに対してフラーが、彼の八つの適法性原理のいずれかの実現が「完全に失敗」することは「単に悪い法体系になるというわけではなく、そもそも法体系であると呼ぶことが適切ではない」と述べている際には、分類的關係が問題となっている (ibid)。

41 See N. MacCormick, "Natural Law and the Separation of Law and Morals", in R.P. George (ed.), *Natural Law Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1992), p. 112 ff., p. 130.

42 実証主義の法と道徳の分離テーゼを道徳的論拠で、したがって規範的論拠で正当化する

すでに見たように、ラートブルフ定式は分類的關係についてのものである。この問題を分析的な理由だけで判断することができないことは、次の二つの文のいずれもが矛盾を含んでいないという事実から明らかである<sup>43</sup>。

- (1) 規範Nは極端に不正義であるが、適切に制定され、社会的な実効性があるため法である。
- (2) 規範Nは極端な不正義を含むため、適切に制定され、社会的な実効性があっても法ではない。

「法」(Recht) という表現は曖昧であるため、ラートブルフ定式が正しいかどうかの判断は結局のところ規範的論拠に基づいてのみ可能である。この判断は、観察者と参加者のどちらの視点を採用するかによって、まったく異なる結果になる。

---

る者は、もはや実証主義者ではないと考える者もいるだろう。この解釈によれば、法理論の枠内で道徳的論拠を使用するならば、その理論は非実証主義的な理論に変わってしまう。このような厳格な法実証主義の定義に反対する理由は、これでは実証主義者がほとんどいなくなってしまう、というものだけではない。さらに重要な点は、次の二つの著者の間に重要な違いがもはや存在しなくなることである。ある学者は、規範が道徳的基準に違反すると、その法的性格または法的効力が失われると主張する。他の学者は、法的性格または法的効力についてはいかなる道徳的基準も関与しないと主張する。ラートブルフ定式の支持者と反対者が、何らかの意味で非実証主義的、規範的で、その意味で道徳的な論拠で、たとえば法的安定性の論拠で自分の主張を正当化する場合、彼らとともに非実証主義者であると見なせてしまう。このような概念形成は混乱を招くだろう。

43 ハートは、(1)のような文には矛盾が含まれていないことを、「実証主義者は英語の用法を援用して指摘するかもしれない」と示唆している。See H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, n. 35 above, p. 209 (訳324頁)。この論拠は(2)のような文に拡張される。ハートの結論「この問題を言語の使い方に関する規則問題と考えると、この問題に十分に対処できないのは明らかである」は説得力がある。

## 2. 観察者

観察者の立場からラートブルフ定式が受け入れられるかどうかという問題に答えるために、移住したユダヤ人の国籍と財産を剥奪した「ライヒ公民法」の第11施行令（1941年11月25日）に立ち戻ろう。ナチ法体系の当時の観察者であり、自分の国の法律雑誌のためにナチ法体系に関する年次報告書をまとめている外国の法律家を想像してみよう。彼は1941年末の時点で、この政令の第3条第1項第1号がライヒの財産であるとする上記移民の有価証券の事例をどのように記述するだろうか。彼の国の誰でも、さらなる説明なしに以下の文を理解できるだろう。

(1) Aはドイツ法に基づいて有価証券の所有権を失った。

しかし、次の文は理解できないだろう。

(2) Aはドイツ法に基づけば有価証券の所有権を失わなかった。

二つ目の文にそれ以上の情報がない場合、その法律家は間違っただけの情報を与えているか、混乱しているかのいずれかである。その理由は、「法」というこの表現は、適切に制定され社会的に実効性がある規範とその効果の価値中立的な呼称としてのみ機能するようにしか使えないからである。観察者の視点からは、この使い方だけが適切である。それは発言の明確性と信憑性に貢献する。1941年末にユダヤ人に助言をする際に第11施行令を見落とした弁護士は、重大な職務違反を犯したことになる。ラートブルフ定式を持ち出すことは、彼にとってなんの言い訳にもならないだろう。もちろん、彼は自分の意見を次のようなコメントで締めくくることはできただろう。

(3) ドイツで今有効な規程に基づけば、彼女〔1939年にスイスに移住した

ユダヤ人]は確かに財産を失った。しかし、その規程は極端な不正義に相当するため、法ではない。ナチ政権の崩壊後、この財産喪失は無効であると宣言されることを保障できる。

これはしかし、単なる観察者としての立場を放棄し、独裁体制崩壊後に当該没収行為がどのように法的に分類されるかについての議論への参加者の立場を先取りするものである。この視点転換によって、「法」という概念は異なる意味を持つようになる。

### 3. 正当性論拠

ラートブルフ定式についての議論における本当の問題は、法体系の参加者の立場から見て、その定式が受容可能かどうかである。ここでは、不正義な国家の法的手続の参加者と、体制崩壊後に過去の不正義に取り組もうとする手続の参加者とを区別する必要がある。法は必然的に正しさを主張するのかという問題は、法体系の参加者であるということが何を意味するのかを説明するうえで決定的な役割を果たす。法は必然的にそのような主張をするというテーゼを「正当性論拠」(correctness argument)と呼ぶことができる。正当性論拠は、ラートブルフ定式の正当化の基礎を構成するものである。

「正当性論拠」は、個々の法規範、個々の法的判断及び法体系全体は必ず正しさを主張する、ということを主張する<sup>44</sup>。これは、正しさを主張を明確に否定するいくつかの例によって実証(demonstrate)できる。ここでは一つの例だけ取り上げる<sup>45</sup>。それは少数派が多数派を抑圧しているX国の新憲法の

44 このテーゼは、ラートブルフの少しあいまいなテーゼ「法は法価値、法理念に奉仕するという意義を持つ現実である」と一定の類似性がある。See G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, as published in G. Radbruch, *Gesamtausgabe*, in A. Kaufmann (ed.), (Heidelberg: C.F. Müller, 1993), vol. 2, p. 255 (田中耕太郎訳『ラートブルフ著作集第1巻 法哲学』(東京大学出版会、1961年)147頁)。

45 他の例は以下を参照せよ。N. MacCormick, "Law, Morality and Positivism" in N. MacCormick

第1条の規定に関するものである。少数派は多数派に対する抑圧から利益を得たいと考えており、しかもそのことに正直でありたいと思っている。そこで彼らの制憲会議は、次のような文を憲法の第1条として定めることにした。

Xは主権を有する、連邦制の、不正義な共和国である。

この憲法条項には何か欠陥があるが、問題はこの欠陥が何であるかだ。まず考えられるのは、慣例上の欠陥 (a conventional flaw) であろう。この条項は、憲法条文の起草の慣例に反していることは間違いない。しかしそれだけではこの欠陥を説明できない。たとえば、百ページにも及ぶような基本権のカタログは、かなり異常で、慣例に反するが、その異常さにも関わらず、上記の不正義条項をナンセンスにする何かを全く共有していない。同様のことは、道徳的欠陥があることを認める場合にも言える。道徳的な観点から見れば、不正義条項が否定しようとしている多数派の権利が第二条において明確に否定されても同じである。しかし、欠陥という観点から見れば大きな違いがある。不正義条項は単に反道徳的であるだけでなく何か狂っている。不正義条項に政治的欠陥を見出す者もいるかもしれない<sup>46</sup>。そのような欠陥は確かにあるが、それは不正義条項の欠陥の本質を完全には説明しない<sup>47</sup>。憲法には、政治的に不適切で、その意味で技術的な欠陥が多く含まれているかもしれないが、上記の第1条のように奇妙ではない。慣例上の欠陥、道徳的

---

and O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law* (Dordrecht, Boston, Lancaster, and Tokyo: Reidel, 1986), p. 141; R. Alexy, *Begriff und Geltung*, n. 13 above, p. 68 ff.

46 E. Bulygin, "Alexy und das Richtigkeitsargument" in A. Aarnio, S.L. Paulson, O. Weinberger, G.H. v. Wright and D. Wyduckel (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für W. Krawietz* (Berlin: Duncker & Humblot, 1993), p. 23 ff.

47 R. Alexy, "Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments", in E. Garzón Valdés, W. Krawietz, G.H. v. Wright and R. Zimmerling (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E Alchourrón and Eugenio Bulygin* (Berlin: Duncker & Humblot, 1997), p. 243 ff.



欠陥、技術的欠陥は、不正義条項の不条理さ (absurdity) を説明できない。この不条理さは、不条理な場合がしばしばそうであるように、矛盾から生じるものである。この矛盾が生じるのは、憲法の制定行為に正当性主張が必然的に結びついているからであり、その主張はこの場合にはとくに正義への主張 (a claim to justice) である。制憲行為に暗黙のうちに含まれているこの主張が、不正義条項の明示的な内容と矛盾している。行為の内容とその行為が成立するための前提の間のこのような矛盾は「遂行的矛盾」と呼ぶことができる<sup>48</sup>。

正当性主張が法の性格を決定する。それは法を権力者の単なる命令として理解することを排除する。法には理想の次元が組み込まれており、それはフラーの意味での「願望」(aspiration) である。このことで、ラートブルフ定式について決定的なことが語られているわけではない。しかし、法がその内容と無関係でないことは明らかにしている。

正当性主張は、フラーによれば法の内的道徳、または内面道徳を規定する八つの形式的な原理を含んでいる。しかし、正当性主張はさらに実質的正義を<sup>49</sup>、したがってフラーが法の外面道徳と呼ぶものも含んでいる<sup>50</sup>。この形式的または手続的側面と内容的または実質的側面とを結びつけることが、法の制度的性質と理想的性質の両方を考慮することを可能にする<sup>51</sup>。

#### 4. 不正論拠

正当性論拠は、それ自体としては、ラートブルフ定式を正当化するのに十

48 これに関しては、R. Alexy, "Law and Correctness", n. 37 above, p. 209 ff. を参照せよ。

49 R. Alexy, "Law and Correctness", n. 37 above, p. 214 ff. これは、正義は分配と交換の正しさにほかならず、法は必ず分配と交換に関係するというでもって理由づけられる。

50 L. Fuller, *The Morality of Law*, n. 31 above, pp. 44, 96, 132, 224 (訳57、129、176頁、原文 p. 224は翻訳されてない)。

51 この点について、N. MacCormick, "Natural Law and the Separation of Law and Morals", n. 41 above, p. 114 ff. を参照されたい。

分ではない。正当性主張を満たさないだけで法的欠陥が生じるが、規範や法律行為から法的性質または法的効力を奪うことにはならない。したがって、法の限界としてのラートブルフ定式を正当化するためには、より多くの論拠が必要である。これらすべての論拠の束を「不正論拠」(the injustice argument) [Unrechtsargument] と呼ぶことができる。それは本質的に規範的で、一部はさらに細分化される七つの論拠から構成されている<sup>52</sup>。

(a) 明確性論拠

最初に扱う論拠は明確性論拠 (the clarity argument) である。ハートはこれに古典的な表現を与えた。

「というのは、もし私たちがラートブルフの見解を受け入れ、彼やドイツの裁判所にならって、ある種のルールはその道徳的な不公正さ (iniquity) のゆえに法たりえないという主張の形で悪法 (evil law) に対する抵抗をするならば、最も単純であるがゆえに最も力強い形態の道徳批判の一つを混乱させてしまうからである。もし功利主義者にならって単純明快に語るならば、法は法であろうが従うには邪悪すぎると語ることになる。(…) 明快に語る手段がたくさんあるときには、議論の余地のある哲学に基づいた命題の形で制度の道徳的批判を表現すべきではない<sup>53</sup>。」

52 この数字は固定的ではない。七つの論拠の中には、さらに区別できるものもあり、そうすれば数は増える。逆に、これらの論拠を組み合わせれば数を減らすことができる。さらに、論拠を単に省略したり増やしたりすることも可能である。数を増やす例としては、「意味の論拠」(semantic argument) がある。この論拠は、特定の諸目的のためには法の概念は道徳から自由でなければならないという主張である。See R. Alexy, *Begriff und Geltung*, n. 13 above, p. 72 ff. しかし、このことはすでにラートブルフ定式の観察者視点からの適切性を検討した際にすでに説明した。

53 H.L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", in H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1983), p. 77 ff (H. L. A. ハート (上山友一・松浦好治訳)「実証主義と法・道徳分離論」(矢崎光圀ほか訳)『法学・哲学論集』

この反論には一定の説得力があるが、決定的ではない。道徳的要素を含まない実証主義者の法概念は、他の条件が同じならば (*ceteris paribus*)、道徳的要素を含む法概念よりも単純である。単純性は一応の (*prima facie*) 明確性を示している。しかし、複雑性の増加のすべてが不明確性の増加をもたらすわけではない。「極端な不正義は法でない」という定式が法の概念に組み込まれることによって、弁護士や市民が混乱することを恐れる必要はほとんどない。裁判所や法哲学者が彼らに対して、「極端な不正義は法でありうる」と言ったとしても混乱は生じうる。不明確性は、「壁の射撃」事件のような極端な不正義と極端でない不正義との線引きが難しいケースにおいても生じるかもしれない。しかしこれはあくまで法的安定性論拠の問題であって、明確性論拠の問題ではない。明確性論拠は、とくに道徳的な要素が法的概念に含まれる場合に混乱を招くかどうかだけを問題にしているのである。

明確性 (*clarity*) は「法学における至上の美德」 (*sovereign virtue in jurisprudence*) であるというハートの言葉には同意できる<sup>54</sup>。しかし彼が実証主義を「明確な言葉の十分な資源」に、非実証主義を「議論の余地ある哲学的命題」に分類することには同意できない<sup>55</sup>。非実証主義も分かりやすい言葉で表現されうるし、実証主義も議論の余地がある哲学とみなしうる。実証主義と非実証主義の論争の中で、両陣営は基本的に平等な条件の下で論戦を展開している。そして、実証主義が自分の正しさの推定のようなものを主張できないということは、法は必ず正当性を主張するという事実によって実証される。これは、法概念に何らかの正当性の基準を含めることに反対するよりも、むしろ賛成する方向に働く。したがって、明確性論拠はこの点で〔非実証主義を〕打ち倒せない。

---

(みすず書房、1990年) 85-86頁).

54 Ibid, p. 49 (同書、59頁).

55 Ibid., p. 78 (同書、86頁).

(b) 有効性論拠

ラートブルフは、法実証主義は「法律家や人々を、どんなに恣意的で、残酷で、犯罪的な制定法に対しても無防備」<sup>56</sup>にしてしまったという見解を示した。それは「ナチの立法に対抗するためのいかなる力も奪った」<sup>57</sup>。彼の新しい<sup>58</sup>定式は、法学者に「そのような不正義な国の再現に対する武器」<sup>59</sup>を提供すると思われた。これらの引用では、過去と未来の両方について述べられている。過去に関しては、因果テーゼ (causal thesis) と免責テーゼ (exoneration thesis) という二つのテーゼをラートブルフの見解の中に見いだせる<sup>60</sup>。因果テーゼは、実証主義がナチの1933年の権力獲得を容易にしたという主張である。免責テーゼは、第三帝国の裁判官が不正義な法律に基づいて行った不正義な判決は「彼らを実証主義の精神で教育されていたために……彼らに個人的責任を負わせることができない」<sup>61</sup>という主張である。どちらのテーゼにも重要な反論があるが<sup>62</sup>、ここでは検討しない。法哲学のテーゼと

56 G. Radbruch, "Fünf Minuten Rechtsphilosophie" in G. Radbruch, *Gesamtausgabe*, (A. Kaufmann (ed.), Heidelberg: C.F. Müller, 1990), vol. 3, p. 78 (「五分間の法哲学」尾高ほか訳『ラートブルフ著作集第4巻 実定法と自然法』(東京大学出版会、1961年) 225頁)。

57 G. Radbruch, "Gesetzliches Unrecht", n. 6 above, p. 90 (訳263頁)。

58 1945年以降のラートブルフ法哲学と、1933年以前の彼の(事実上)実証主義の立場との関係については、S.L. Paulson, "Radbruch on Unjust Laws", n. 9 above, p. 489 ff. を参照されたい。

59 G. Radbruch, "Gesetzliches Unrecht", n. 6 above, p. 90 (訳263頁)。

60 S.L. Paulson, "Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the 'Positivist' Theses" (1994) 13 *Law and Philosophy* 313 at 314.

61 G. Radbruch, "Die Erneuerung des Rechts" in G. Radbruch, *Gesamtausgabe*, in A. Kaufmann (ed.), Heidelberg: C.F. Müller, 1990) vol. 3, p. 108 (上田健二訳「ナチス体制確立期からその死に至るまでのグスタフ・ラートブルフの法哲学上の作品選 (二・完)」同志社法学61巻1号 (2009年) 50頁)。

62 この点については、S.L. Paulson, "Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the 'Positivist' Theses", n. 60 above, p. 314 ff. and H. Dreier, "Die Radbruchsche Formel — Erkenntnis oder Bekenntnis?" in H. Mayer (ed.), *Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift Robert Walter* (Vienna: Manz, 1991), p. 120 ff. を参照されたい。

してのラートブルフ定式の受容可能性は、ラートブルフの法の歴史の評価 (conjecture) が正しいか間違っているかに左右されるものではない。むしろ、全く一般的なレベルで、最悪の不正義の防止に寄与するかどうか、したがって効果があるかどうかには左右される。これは、「そのような不正義な国が再現することに対する」<sup>63</sup>武装という未来に向けられた側面である。

ハートはラートブルフを「極めてナイーブ」<sup>64</sup>であると批判している。非実証主義的な法概念が「悪への抵抗を強固にするだろう」<sup>65</sup>とは誰も本気で思わないだろう〔とハートは言う〕。効果がないという反論はそれなりには正当化できる。不正義な国の裁判官にとって、ハートに依拠して道徳的な根拠に基づいて極端に不正義な法の適用を拒否するか、それともラートブルフのように法的な根拠に基づいて同じことをするのかに、実質的な違いは何もない。どちらの場合も、裁判官は個人的な犠牲を覚悟しなければならず、それを引き受けるかどうかは、法概念以外の要素に左右される。

とはいえ、有効性 (efficacy) の観点からは違いがある。一つ目の違いは、制定法の不正義を良心に照らして判断する個々の裁判官よりも、法の実務に焦点を合わせるなら明らかになる<sup>66</sup>。もし、ある最低限の正義の要請を満たすことが、その国のルールが法的性質または効力をもつための必要条件であるという共通認識が法実務にあるならば、道徳的な論拠だけでなく法実務に根を下ろしている法的な論拠が、不正義な国の行為に抵抗するために利用できる。この点に関して、そのような抵抗が実現する見通しに幻想を抱くべきでないことは確かである。ある程度成功した不正義な政権は、個人への脅迫、人事異動、服従への報奨によって、法実務のコンセンサスを素早く破壊で

63 G. Radbruch, "Gesetzliches Unrecht", n. 6 above, p. 90 (訳263頁)。

64 H.L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", n. 53 above, p. 74. (訳82頁)。

65 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, n. 35 above, p. 210 (訳326頁)。

66 See W. Ott, "Die Radbruch'sche Formel. Pro und Contra" (1988) 107 *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 335 at 347.

きる。しかし、相対的に弱い不正義な政権の、少なくとも初期の段階ではそれが成功しないことが考えられる。これは比較的限定された効果だが、それでも効果であり、それを「実務への効果」(effect on practice)と呼んでいいだろう<sup>67</sup>。

いったん不正義な国家が成功裏に確立した後は、法の諸概念はもはやあまり機能しえない。1945年以降と1989年以降のドイツの司法的決定が示したように、それら〔実証主義的な法概念と非実証主義的な法概念〕が実質的な違いをもたらすことができるのは、そのような国が崩壊した後である。しかし、非実証主義的な法概念は、たとえ成功裏に確立した不正義国家においても、立法の誤りに対抗する、小さいが重要でないとはいえない何らかの効果を及ぼすことができる。これを〔二つ目の違いの〕「リスク効果」(risk effect)と呼んでいいだろう。

不正義な国の裁判官や官吏にとって、彼ら自身の状況は、実証主義的な法概念に基づいて、または非実証主義的な法概念に基づいて解釈する理由があるかどうかによって、異なって見えるだろう。たとえば、制定法の不正義の下で暴力的な有罪判決を下すべきかどうかという問題に直面している裁判官を想定しよう。彼は聖人でも英雄でもない。被告の運命には関心がないが、自分の運命には関心がある。歴史の経験に基づけば、不正義な国家が崩壊する可能性を排除することはできず、自分に何が起こるのか不安に思っている。彼が、非実証主義的な法概念が普及することを、または一般的に受け入れられることを認めなければならず、その非実証主義的な法概念によれば彼

---

67 法の概念に道徳的要素を含めることは、法の「無批判的な正当化」の危険をもたらすという批判がある。H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, n. 12 above, p. 71 (訳69頁)を参照せよ。ラートブルフ定式は、法の最も外側の限界だけを設定することによってこの危険を制限することができる。R. Alexy, *Begriff und Geltung*, n. 13 above, p. 82 ff.を参照せよ。このような危険の実際的な源泉は、法が必然的に掲げる正当性への主張である。しかしこの主張は、それを真剣に受け止めるならば、危険に立ち向かうための最も効果的な手段を同時に提供する。

の暴力的な判決が基づく規範は法ではないと想定しよう。彼は自分の正当性を証明できず、それゆえ起訴される相対的に高いリスクを負っている。そのリスクは、彼が将来、自分の行為は実証主義的法概念に基づいて判断されると確信できる場合は低くなる。遡及法が制定され、それに基づき彼が責任を負うとみなされる可能性はあるため、リスクが完全になくなるわけではないが、それでも同等のリスクではない。遡及効のある刑法によって生じる法治国家にとっての問題を考慮すれば、そのような法が成立しない蓋然性は高く、たとえそれが成立したとしても、彼は当時の実定法に基づいて行動したのだと自分を弁護できる。このことは、非実証主義的な法概念が広がっている、または一般的に受け入れられていることが、不正義な国において、法の定める不正義な行為を犯したり、それに参加したりする個人のリスクを高めることを明確に示している。したがって、不正義に参加しない理由はないと考えている人や、その参加に価値があると考えている人にとってすらも、不正義に参加しないようにする、あるいは少なくとも不正義への参加を弱めようとする動機が生まれ、またはそのような動機が強められるのである。このように、非実証主義的な法概念が広まっているか一般に受け入れられていることは、不正義な国においてもよい効果があるのである<sup>68</sup>。まとめると、非実証主義的な法概念は、制定法の不法を抑制するという観点からは、実証主義的な法概念よりも優れているといえる。

### (c) 法的安定性論拠

非実証主義的な法概念に反対する三つ目の論拠は、非実証主義が法的安定

---

68 もちろん、これらの肯定的な影響は否定的な影響を伴う可能性がある。不正義な政権のエリートは、自らが法廷に立たされることを想定し、支配を失うことを恐れて抵抗を強化できる。それは明らかにその時々状況に大きく左右される。さらに、一般的に言えば、独裁者や暴君が権力を手渡すのは他に選択肢がない場合のみであり、彼らの共犯者や汚い仕事をしている人々は、彼らが倒れる時が近づくほど、リスク効果に敏感になる。

性を危うくするというものである。実際のところ、この論拠は、法と道徳が完全に一致していることを主張し、いかなる不正義も法の性質を失うことになる」と主張するタイプの非実証主義には当てはまる。そしてすべての人に、各自の正義についての判断が求めるまま、法に従わないことを決定する権限をすべての人に認めるならば、法的安定性論拠は、より強力な無政府主義論拠になる。しかし、真剣に検討するに値する非実証主義者は誰もそのような見解を主張していないので、これ以上追求する必要はない<sup>69</sup>。ラートブルフにとって、法的安定性は最高位の価値である。彼の「法的安定性にとっての」「重大な」<sup>70</sup>かつ「恐るべき危険」<sup>71</sup>という言葉は、何が危険にさらされているのかを彼が知っていることを示している。ラートブルフ定式は、自然法的直感の結果ではなく、ナチに対する感情的な反応の結果でもない。むしろ、それは、ラートブルフによれば法理念——それは、正当性要求と同じように、法概念の中に含意されている——を構成する三つの要素のバランスを慎重にとった結果である<sup>72</sup>。この三つの要素は正義、合目的性、法的安定性である<sup>73</sup>。1932年には、市民にとってではなく裁判官にとって、このバランスは、法的安定性を正義や合目的性に「無条件に優先」させることによって得られた<sup>74</sup>。1945年以降、ラートブルフはその有名な定式を得るために、このシステムにわずかな調整を加えた。その定式においては、合目的性は「最下層」におかれ、法的安定性は一般的には正義よりも優先されるというラートブル

69 これはハートが「無政府状態の危険性」について述べた理由かもしれないが、ベンサムやオースティンのような過去の学者はこの危険性を「過大評価していたかもしれない」H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, n. 35 above, p. 211 (訳327頁)。

70 G. Radbruch, “Die Erneuerung des Rechts”, n. 61 above, p. 108 (訳50頁)。

71 G. Radbruch, “Gesetzliches Unrecht”, n. 6 above, p. 90 (訳262頁)。

72 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, n. 44 above, p. 255 (訳147頁); id., “Gesetzliches Unrecht”, n. 6 above, p. 89 (訳260～261頁)。See on this F. Salinger, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat* (Heidelberg: C.F. Müller, 1995) p. 7 ff.

73 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, n. 44 above, p. 302 (訳207～208頁)。

74 Ibid., p. 315 ff. (訳224頁)。



フの過去の実証主義的な理解に合致する「階層体系」が構築された。この関係は、耐え難い不正義という極端な場合にだけ反転する<sup>75</sup>。極端な不正義のようなものがあるならば、法的安定性と正義の関係についてのこのような考えは、受容可能であるだけでなく必要である。極端な不正義の場合にも法的安定性を優先するならば、それは正義と法的安定性を含む正当性主張と調和し得ないだろう。

#### (d) 相対主義論拠

この段階で、すべては「極端な不正義と言える状況があるかどうか」という問題に行き着く。ハートは、道徳原理が「合理的に擁護できる」、または「発見可能である」<sup>76</sup>という事実は、法の概念に何かをもたらすことはないと言っている。この問題についてここでは議論しない<sup>77</sup>。いずれにしても、逆は正しい。もし正義に関するすべての判断が、感情、決断、選好、利益、またはイデオロギーの表現にすぎないのであれば、つまり、極端な相対主義や主観主義のテーゼが正しいのであれば、非実証主義的な法概念を支持することはほとんどできない。その場合にラートブルフ定式は、裁判官に対して、彼の主観的信念が強く侵害される事件において、法に反する判断を下す権限を与えることにほかならないだろう<sup>78</sup>。したがって非実証主義は、少なくと

75 G. Radbruch, "Gesetzliches Unrecht", n. 6 above, p. 88 ff. (訳260頁以下)。

76 H.L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", n. 53 above, p. 84 (訳91-92頁)。

77 ラートブルフはそう思っていなかった。G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, n. 44 above, p. 312 (訳221頁)を参照させよ。「いうまでもなく、もし法の目的およびその達成に必要な手段が科学的に〔wissenschaftlich〕明らかに確認できるならば、かような科学によって一度認められた自然法の前では、顕らかにされた真理の前に暴露された誤謬のように、これと異なる実定法の効力が消滅しなければならないという帰結が生ぜざるをえないであろう。すなわち、不正なことが証明された法の効力を認める理由を考え出すことはできない。」

78 Vgl. hierzu N. Hoerster, "Zur Verteidigung des Rechtspositivismus" (1986) 39 *Neue Juri-*

も最小限の非相対主義的倫理を前提する。

ここで道徳的判断の正当化の問題や道徳的知識の客観性の問題を論じることはできない。しかし、一つのテーゼと、二つの例によるその説明によって、極端な相対主義に反論することはできる。このテーゼは、極端な不正義に対する判断は真の判断（*genuine judgements*）であり、合理的な証明が可能であり、かつその範囲内で認知的、客観的な性質を持つと主張する<sup>79</sup>。二つの例はすでに紹介した、ナチ国家の不正義に対する決定とドイツ国内の国境での殺人についての決定である。

連邦憲法裁判所は、国籍の喪失についての決定におけるラートブルフ定式の適用を次のように述べることによって正当化した。

「女性や子どもを含む自国民の一部を、『人種』的基準に基づいて肉体的、物質的に根絶しようとする試み」

は正義に「耐え難く」反しており<sup>80</sup>、したがって極端な不正義に達している。この例は決定的である。もちろん、人種に基づいて自国民の一部を根絶することがなぜ極端な不正義なのか、とさらに問うことはできる。しかしこの間はラートブルフがいう「意図的な懷疑」[*gewollte Skepsis*]<sup>81</sup>に近づいている。ここでは、侵害すれば極端な不正義になる核心領域が人権にはあることが承認されるべきである<sup>82</sup>。

これが正しければ、相対主義の反論はだいたいにおいて反駁されることになる。もちろん、この反駁の程度や範囲についてはまだ何も語られていない。

---

*stische Wochenschrift* 2480 at 2482.

79 Vgl. R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (Oxford: Clarendon Press, 1989), p. 177 ff.

80 BVerfGE 23, 98 (106).

81 G. Radbruch, "Fünf Minuten", n. 56 above, p. 79 (訳228頁).

82 そのような承認の理由づけの試みについてはR. Alexy, "Discourse Theory and Human Rights" (1996) 9 *Ratio Juris* 209を参照されたい。

このことは、ベルリンの壁での射撃事件が明らかにしている。第三帝国におけるユダヤ人の絶滅と対照的に、ドイツ国境内の射殺が極端な不正義かどうかについては激しい論争がある<sup>83</sup>。このような論争があるという事実は、この事件における極端な不正義の有無の間は証拠 (evidence) によって決定することができず、論拠 (arguments) の助けを借りて決定するしかないということを示している。この点に関する問題は、国境で人々が殺されたということに限られない。さらに、以下の事実がある。殺人が起きたのは、逃亡者が、望まない、しかも明らかに嫌悪している状況の下で、政治権力者の意向に沿って彼の全人生を過ごさなければならない、そのような国を去ることを望んだからである。だからと言って、それが必ずしも極端な不正義に達しているとはいえないかもしれない。しかし次の三つ目の要素を、すなわち、逃亡者がそこから逃げることを望んだ政治体制において、自由で公開の討論や政治的な反対派によって状況が変わる可能性が全くなかったということを検討するならば、1989年までドイツを分断していたベルリンの壁の国境地帯での殺人を——その大部分は若者に対する殺人であった——極端な不正義に分類するための理由はあるといえる。

フラーは、ラートブルフが何らかの「より高度な法」(higher law) に根拠を求めるのは余計だったと反論した<sup>84</sup>。フラーの反論の対象は、ラートブルフが「超実定的な法」として定義し、とくに人権として特定したものである<sup>85</sup>。フラーはそれらの実質的な基準を、彼の法の内的道徳または内面道徳、すなわち彼の適法性の諸原理に置き換えることを提案した。

「私にとって次のように言うことは驚きではない。独裁体制が法形式の

---

83 Vgl. hierzu R. Alexy, *Mauerschützen*, n. 23 above, p. 23 ff.

84 L.L. Fuller, "Positivism and Fidelity to Law" (1957/58) 71 *Harvard Law Review* 630 at 659.

85 G. Radbruch, "Gesetzliches Unrecht", n. 6 above, p. 90 (訳262-263頁); id., "Fünf Minuten", n. 56 above, p. 79 (227頁).

立派な衣装で自分を着飾っていたとしても、それは秩序の道徳や法の内面道徳そのものからかなり離反していて、もはや法体系ではなくなるといふことがありうる<sup>86</sup>。

フラーはこれを「制定法の……無効」<sup>87</sup>に明確に適用し、さらにラートブルフと同様に、超えなければならない閾値——「かなり離反していて」(so far depart)——を設定した。したがって、これをラートブルフ定式のフラー・バージョンと呼ぶことができよう。このバージョンのメリットは、公示の要求、遡及効の禁止、法遵守の要求などのフラーの適法性の諸原理が<sup>88</sup>、ラートブルフの直接に正義を指し示す実質的な基準と比べて、相対主義からの反論に対してはるかに小さなターゲットを提供することである。また、極端な不正義は、法治国家原則に対する極端な違反と関連していることも確かである。しかし、実質的な正義と、フラーの言う法治国家原則の形式的要求の「重なり合い」は、ラートブルフ定式を余計なものにするほど、十分に強いものではない。上記二つのナチの不正義事件で問題となった1941年11月25日の「ライヒ公民法」に関する第11施行令は、1935年9月15日の「ライヒ公民法」<sup>89</sup>第3条に含まれる授権<sup>90</sup>に基づいて制定されたものであり、適切に公布された<sup>91</sup>。「ドイツ人のまたは似た種類の血統」の者にのみに国籍を留保する、すなわちすでに第11施行令のための条件を整えていた「ライヒ公民法」

86 L.L. Fuller, "Positivism and Fidelity to Law", n. 84 above, 660.

87 Ibid.

88 L.L. Fuller, *The Morality of Law*, n. 31 above, p. 39.

89 第11施行令第3条第1項に示されている財産喪失宣言が帝国籍または国〔邦〕籍の領域に関わり、したがって命令制定の授権によって認められていたのか、という点も問いうる。連邦裁判所がこの問題に答えなかったのは、それを支持する論拠も、否定する論拠もあるからであろう (BGHZ 16, 350 (353))。これに対して、第11施行令第2条は、授権条項の範囲内に明確に含まれている。

90 RGBl. I p. 1146.

91 RGBl. I p. 722.

は、帝国議会の全会一致で可決された。第11施行令は明確かつ確定的であり、第三帝国の公的機関によって従われていた。確かに、それが施行されたときに、それ以前に移民したユダヤ人の国籍と財産を奪うことになるから、いくつかの適及的な要素を含んでいる。しかし、これは相対的に弱い適及効の形式にすぎない。それは単に、ある過去から継続する一連の状況を特定の時点で特定の法的効果に結びつけるだけである。それ自体では、〔第11施行令を〕無効にするには十分でない。

結局、無効という結果は、法規の形式ではなく、その実質に、その極端な不正義性によるものである。だから、フラーの基準はラートブルフ定式を補足することはできても、それに代わることはできない。これは、壁の射殺事件で焦点となった、ドイツ民主共和国国境法第27条第2項にも当てはまる。

#### (e) 民主制論拠

民主制論拠 (the democracy argument) は、法的安定性論拠や相対主義論拠と密接に関連している。この論拠は、非実証主義的な法概念には、正義の要求に応じた裁判官が民主主義によって正統性をもつ立法者の決定に反対する危険性が潜んでいると指摘する<sup>92</sup>。また、司法機関による立法の侵害でもあるので、この反論は権力分立の観点からの反論としても表現できる。ここで議論している事例のように、独裁者の法に関しては、独裁者は民主主義や権力分立というものを知らないので、このような反論はまったく空疎である。しかし、比較的一般的なレベルでも、この反論は同様に説得力を欠いている。ラートブルフ定式は、極端に不正義な場合のみを対象としている。この定式は核心的な領域でのみ機能する。民主的憲法国家において憲法裁判所が行う基本権侵害に対する審査はそれを超える内容を持つ。ラートブルフ定式に反対するために民主制論拠または権力分立論拠を提示したい者は、基本権に対

92 See I Maus, "Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts" (1989) 20 *Rechtstheorie* 191 at 193. 「道徳的論拠は民主主義の代替物として簡単に悪用されうる」。

する立法者の責任——それは司法によって審査される——を放棄しなければならない。

(f) 不必要論拠

ラートブルフ<sup>93</sup>、フラー<sup>94</sup>、ハート<sup>95</sup>は、ラートブルフ定式を適用するよりも、遡及効のある法の方が望ましいという点では一致していた。さらに一歩進んで、「新たな立法機関は、遡及法を制定することによって制定法の不正義を覆す権限を持っているため、少なくとも不正義な政権の崩壊した後の時期にはラートブルフ定式は不必要 (unnecessary) である」と言う人がいるかもしれない。しかしこれは、新しい立法者が——なんらかの理由で——まったく活動しないか、あるいは十分に活動的でない可能性を考えれば、なんの解決にもならない。それは上で述べたユダヤ系移民の有価証券の預託の事件が非常に明確に示している。もし、彼女が自分の財産を取り戻すことができるかどうか立法者に委ねられ、その立法者が不活発なままであれば、彼女は、極端な不正義による権利侵害を我慢しなければならなかっただろう。したがって、正当性の主張に基づいて、基本的権利を保護するためにラートブルフ定式が必要な場合がある。実際には、返還に関する制定法が制定された。この法は、返還要求ができる期間を設けており、ドイツに帰国した移民の中には期間内に訴えられなかった人もいた。連邦裁判所はラートブルフ定式でこの制限を排除し、返還法に基づいて移民の財産の返還が拒否される事態を回避した<sup>96</sup>。この例は、市民の権利の尊重のためにラートブルフ定式が必要であることを証明している。

---

93 G. Radbruch, "Die Erneuerung des Rechts", n. 61 above, p. 108 (訳50頁).

94 L.L. Fuller, "Positivism and Fidelity to Law", n. 84 above, 661.

95 H.L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", n. 53 above, p. 76 (訳84頁).

96 BGHZ 16, 350 (355 ff.).

## (g) 率直論拠

率直論拠 (the candour argument) は、ラートブルフ定式が、刑事事件における「法律なければ刑罰なし」という基本原則を迂回することに導くと主張する。ハートは、1949年にバンベルク高等州裁判所が女性に判決を下した事例を通じて、この論拠を説明している。女性は夫から逃れるため、夫がヒットラーを中傷する発言をしたと1944年に当局に告発した。夫は死刑判決を受けたが執行されず、前線に送られた。高等州裁判所は、女性の行為は第三帝国の法に違反しないが、「すべての正常に思考する者の正義と合理性に関する観念に反する」<sup>97</sup>ので、法に反しているとみなせると判断した。それゆえ裁判所は彼女に、〔夫の〕自由剥奪のゆえに有罪判決を言い渡した。これに對してハートは以下の反論をしている。

「いうまでもないが、それ以外に二つの選択肢があった。一つはその女性を罰しないままにしておくというものである。罰するのは良くないことかもしれないという意見に共感してそれを支持することも考えられる。もう一つは、もしその女性が罰せられなければならないのであれば、それははっきりと遡及法を導入することによるものでなければならず、そういう形で彼女の処罰を確定することで何が犠牲にされるのかが十分に意識されていなければならないという事実を直視するものである。遡及的な刑事立法を行って処罰することは醜悪なことであろうが、それを公然と求めてみることは、このケースにおいては少なくとも率直である (candour) というメリットがあったであろう」<sup>98</sup>。

率直論拠はラートブルフ定式に反対する最も有力な論拠であるが、ラートブルフ定式を覆すには不十分である。

97 OLG Bamberg, *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1950, column 207.

98 H.L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", n. 53 above, p. 76 (訳84頁).

ラートブルフ定式を救う最も簡単な方法は、その適用範囲を狭めることかもしれない。この定式は確かに、極端な不正義を正当化する不正な法は決して法でない、または法的効力を有していないという結論に至るが、それは実定法に対する行為者の信頼を保護しないことを意味するわけではない、と言えるかもしれない。「法律なければ刑罰なし」(Nulla poena sine lege)の原則は、この目的に完全に関連していなければならず、公布され有効な規範には、それが不正義な内容であっても、完全に従わなければならない。したがって、ラートブルフ定式の実践的意義は、行為者を保護するために、「法律なければ刑罰なし」という原則によって制限されることになるだろう。

しかし、ラートブルフ定式に基づいて「法律なければ刑罰なし」の原則を縮小するという反対の道を進むことが望ましい。この縮小は次の二つの理由で明らかに制限を受ける。一つ目の理由は、ラートブルフ定式が完全に否定的な性質を持っているということである。それは新たな犯罪の基盤を作るのではなく、不正な政権の特定の正当化理由を破壊するにすぎない。二つ目の理由は、成文法 (lex scripta) の要請と事前の法 (ius praeivium) の要請の区別から生じる。ラートブルフ定式は、定義上、事前の法の要請——行為は実行前に可罰的でなければならない——に反することができない。この定式によれば、不正義な政権の正当化理由は最初から無効である。したがって、ラートブルフ定式を適用することは、遡及的に法的状態を変更することではなく、行為が行われた時点で法的状態がどのようであったのかを確定することにすぎない。もちろん、この問題の純粋な事実の観点から見れば、一つの変更があることは確かであるが、ラートブルフ定式の鍵はここにあるのである。この変更は、適切に公布され社会的実効性のある、当時存在していた法への信頼を保障する成文法の要請を維持しないことを意味する。したがって、ハートの率直さに欠けるという非難の核心は、ラートブルフが「法律なければ刑罰なし」の原則を事前の法の要請に縮小し、成文法の要請に対する侵害を隠したということである。このように、「二つの悪のうちでましな方」



という選択があるという事実は隠されている。それはつぎのような印象を生じさせる。

「私たちが称賛する諸価値はすべて最終的に一つのシステムへとまとめられ、そのどの価値も他の価値のために犠牲にされたり折衷されたりするべきではない」<sup>99</sup>。

確かにラートブルフ定式はこのように誤用される可能性がある<sup>100</sup>。しかし、誤用の可能性は決して誤用の必然性をつねに意味するわけではない。ラートブルフ自身に、偽装の調和は見いだせない。むしろ彼はその反対で、二律背反 (antinomies)<sup>101</sup>、衝突 (conflicts)<sup>102</sup>、「凄まじい危険」 (frightful dangers)<sup>103</sup> について語っている。ラートブルフは、自分の定式が悪い二つの事柄のどちらかを選ぶものであることを知っていて、それを隠そうとは少しもしていない。そして司法判断がこの考え方を受け入れる可能性があることは、壁の射撃事件に対する連邦憲法裁判所の判決に表れている。いくつかの誤りもあったが<sup>104</sup>、最終的には、法的安定性と実質的正義のどちらを犠牲にするのが望ましいのか、という問題であることが明確にされている<sup>105</sup>。不必要な外的要因によって薄められることがなければ、ラートブルフ定式の適用が率直さを欠いていると非難されることはあり得ない。

99 Ibid., p. 77 (訳84-85頁)。

100 See on this point, R. Alexy, *Mauerschützen*, n. 23と、p. 30; id., *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996* (Hamburg: Vandenhoeck & Ruprecht, 1997), p. 19 ff.

101 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, n. 44 above, p. 302 (訳207頁)。

102 G. Radbruch, "Gesetzliches Unrecht", n. 6 above, p. 89 (訳260頁)。

103 Ibid., p. 90 (訳262頁)。See on this point, L.L. Fuller, "Positivism and Fidelity to Law", n. 84 above, 655 ff.

104 See R. Alexy, *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts*, n. 100 above, p. 19 ff.

105 BVerfGE 95, 96 (130, 133)。

以上で、七つの論拠の考察を終えた。これらは、ラートブルフ定式をめぐる議論において、多くの観点が関係していることを示している。ほとんどの反対意見からはその説得力を奪うことができる。この背景の下で、不正義な国における行為者の、その行為が制定法の不正義に基づいて恒久的に正当化されるという信頼と、被害者の権利とが、そしてリスク効果によって将来の被害者の権利とが比較衡量されれば、結局、極端な不正義の限界を超えるならば、行為者の信頼に保護を与えるべきではないということに多くの賛同が集まる。したがって、ラートブルフ定式は刑法の分野でも受け入れることができる<sup>106</sup>。

(完)

---

106 ラートブルフ定式は、行為が違法であったという結果をもたらす。これをもって、個人の責任の問題——それに答えることなしに処罰はできない——はまだ答えられていない。壁の射撃事件の最初の判決で連邦裁判所は、この差し迫った問題を「非常に困難」と表現したが、若い国境兵士にとってその行為の不正義性は、そのはなはだしい性質のゆえに明らかであったとだけ判断した。See BGHSt 39, 1 (34). この結論は疑問である。See R. Alexy, *Mauerschützen*, n. 23 above, p. 36 ff. 連邦憲法裁判所はこの結論に明確に挑戦している。その理由は、極端な不正義という性質は、必ずしもそれが誰にとっても明白であるということの意味しない、というものである。See BVerfGE 95, 96 (142). しかし連邦憲法裁判所は、客観的に極端な不正義のみを根拠としてその主観的な証拠があったという連邦裁判所の結論を容認することで、中途半端な結論に止まった。See R. Alexy, *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts*, n. 100 above, p. 35 ff. 指摘しなければならないのは、若い国境兵の多くは、教育と環境のために、自分の行為が、それが有罪であると認めなければならないほど極端な不正義であることを明確に理解するのに十分な能力を欠いていたことである。その結果、ラートブルフ定式によれば違法だったとはいえ、彼らは軽い処罰を受けるのではなく、無罪とされるべきだった。See R. Alexy, *Mauerschützen*, n. 23 above, p. 24 ff., p. 36 ff. 彼らの上司の場合は少し異なる。連邦裁判所はベルリン国境で武装した脱走兵士が射撃された事件について、このような理解の下で判決を下した。See BGHSt 42, 356 (362).