

Title	アルトゥール・カウフマン 『現代の法哲学的状況について』
Sub Title	Arthur Kaufmann : Zur rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart
Author	宮沢, 浩一 (Miyazawa, Kōichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1964
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.37, No.5 (1964. 5) ,p.42- 72
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19640515-0042

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

資料

アルトウール・カウフマン

『現代の法哲学的状況について』

宮 沢 浩 一 訳

訳者のまえがき

アルトウール・カウフマンの人と業績について、私はすでに若干のものを紹介してきたから、ここに改めて説くことをせず、本稿を讀まれる方にその所在を指摘するにとどめたい。その「法の存在論的構造」は本誌三六卷六号七一頁以下にあり、カウフマンの人となりについて、比較的詳しく「まえがき」に記しておいた。又その「法律と法」は綜合法学六〇号乃至六五号に分載した。さらに、その著「責任原理」の書評は、法哲学年報一九六三年上、一六七頁以下にある。

これらの論稿が、一体いかなる問題意識の下で書かれたのか、カウフマンの志向はいかに向けられているのかといった点については、ここに訳出する「現代の法哲学的状況について」と題された小論自体が語るであらう。他人を正しく理解するためには、その断片

的な作品から推測することは、大いなる危険があるというべきである。著者自身が、現代の法哲学的状況をどうとらえ、自己自身はそれにいかなる解答を与えようとしているかを物語っている本稿は、現在の時点における一人の若い法哲学者の作品群を位置づけ、評価するには恰好な資料といえるであらう。

勿論、本稿はその原題 (Zur rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart, in: Juristenzeitung, 1963, Heft 5/6, S. 137 ff.) が示すように、「現代法哲学の状況」を概観したものではない。そうではなくて、現代という巨大な、中心を失った時代に、法哲学はいかにあるべきか、いかなる方向に進むべきかを論じ、多種多様な世界観が多元的に並存する現代社会において、共通な価値観をもつことを批判している。本稿の一つの特色は、法哲学的に「事物」自体のあり方を究明した後、直ちに立法者や裁判官が当面している多くの

具体的問題につき、その結着のつかない対立点を刑事事件について吟味しようとする研究態度である。我々はともすると、法哲学を抽象的な、空疎な概念論争の学、平和とか戦争放棄とかイズムの抗争とかいつたきれいごととに終始する学問と考えがちであるけれども、法哲学上の諸問題を、具体的な実定法の解釈、裁判官の心証形成の指針、或は立法に際しての基準といったものに反映せしめ、法哲学がどのようにして、今日、現在の問題解決に寄与しうるかを例証し、その現実性を立証しようとする試みは大いに学ぶ必要のある態度であるといわなければならない。

勿論、その論ずるところすべてに同意しえないことは当然であり、今後の発展を見守らなければならない問題点は多々あるけれども、ともかくも、今日、法存在論の確立に努力しているカウフマンの作品を通じて、それが実質を伴つたものであるのか、それとも又、実り多くないノミナルな概念遊戯にすぎないのかを見つめることも出来るのではないかと思われる。

一九六五年春には、我が慶應義塾大学法学部の招待により、カウフマンの来日が決まつて居るのである。準備なくして他人を迎えて討論を試みても、余り実益のないきれいごとと終つてしまうであろうから、出来るだけその業績を研究しておく必要があるであろう。本稿を訳出する理由の他の一つがこれである。

ラートブルフの残した晩年の弟子、その同じ頃、ヤスパースの哲学に大きな影響をうけたカウフマンが、今後、法存在論をどのようにして集大成してゆくか、けだし大きな期待を寄せるに充分である

と思う。

原文中、イタリックを用いている文字については、人名を除き、傍点を附することによつて、それを表示することにした。

なお、本稿も又、原秀男君の御協力を得たことを、感謝とともに記して御礼申し上げる次第である。

一

人々をして思わず息をのませ、目を見張らせるような科学的成果が次々と展開された今世紀の初頭に、もつとも控えめな役割を演じていた学問、すなわち哲学が、今日再び次々々に前景に登場してきたことこそ、現時の精神的状況を顕著に特色づけている。今日、近代哲学の父と呼ばれているルネ・デカルトが、一六三七年の「方法序説」において、古い「理論的哲学」を新しい「実践的哲学」によつて補充し、そうすることによつてのみ「人間は自然の支配者、所有者」となる⁽¹⁾とした主張を想起するがよい。これとまつたく同じ意味で、カール・マルクスは、ルートウイヒ・フォイエルバハに対する第一命題の中で、次のような重要な宣言をした。「これまで哲学者は、世界をさまざまに説明してきただけである。だが肝心なことは、哲学の任務は世界を説明するのではなく、世界を改革することにあるのだが」と。このように彼らは、哲学に新しい精神を吹き込もうとした。かくて哲学は、新たな進歩をとげた世界の中に、すなわち学問をもちや知る意欲という好奇心(聖トマス⁽²⁾の知の欲求)からではなく、支配意欲の力(フランシス・ベーコンの智は力

なり)で行なわれる世界の中に存立しうるのである。しかしながら、実は、哲学をこのように性格づけることによつて哲学を追放し、自然科学をその王座に置くこととなつた。その理由は、世界を变革せんと企てる“実践哲学”は自己矛盾であることによる。理論的性格は哲学にとつて概念本質的なものであり、哲学するということは要するに考察 (Begriff) 以外の何ものでもないからである。すなわち、現実をその存在において把握せんがために、現実に対して眼差しと精神を向けることであつて、それは現実を何らかの目的、意図および有効性に服せしめることを意味するわけではない。哲学は業績の知識ではなくて、マックス・シェラーのいうように“本質の知”である。「自然の法則を求め、法則的関連において現われる本質を意識的に等閑視する支配態度 (Herrschaftseinstellung) の代りに、世界の根元現象と理念を求めらるべき態度」が、“一切の旺盛な衝動的態度を可能なかぎり排除して”登場する。目的からの自由、何等かの目立つた課題について用いられないこと、単なる有用性の世界からの超越、これらが哲学の本質を形成する。

しかしながら、まさにこれは近代の人間に、とくに経済人にとつては、完全に軽蔑されるべき作業ではないにせよ、有用ではないがゆえに、実際のところ意味のない作業であると考へられた。つまり具体的有用性を示さない、殆んど何ものをも産みださぬ哲学など、一体何であるのか、と。ところで近代人は、自然を自己の支配下に置き、デカルトやマルクスが夢想したにすぎなかつたことよりもはるかに世界を変えた。そして現在では、人間はこの変化した世界の

中で、もはや勝手がわからなくなつてゐる。世界は人間にとり、不明なものとなつた。今日の人間の根本的特性として、勝利、確信、平静、内心的安定性があげられるのではなくて、懷疑と頼りなさ、恐れと不安、不定性と疎外があげられる。“中心の喪失”という言葉が、広く人々の口にのぼる。パスカルは、中心を失ふということば人間性を失ふことであるとかつて述べた。

このことは必ずしも見込み通りには運んでゆかない。人は自然科学に一切をかけながら、なお他の切札が有効であるとみてゐる。自然科学的・数学的思考(「精密な」思考)を唯一の真に哲学的な思考と考え、これのみが全現実的なものへと誤りなく接近することを保障するような思考と考へた。ところが自然科学は、この思考方法の諸制約と限界とに遭遇し、自然科学がその方法を用いて接近することの不可能な現実的事情が存在するという断定を下さなければならなかつた。古くからの形而上学的諸問題は、望遠鏡や顕微鏡を用いる研究者にとつて、いわば光学の前へとはからずもび込んできたのである。現代の偉大な物理学者や生物学者は、すでに長期間にわたつて物理学上の自然を研究しているだけではなく、哲学的問題とも取り組んでゐる。このような現実の研究が、再び哲学へと導いたということば、きわめて注目しに値する。人々は久しく哲学を、殆んど真面目にとりあげなかつたのである。人々はこれまで哲学を、すべての現実的なものの彼岸のいづれかで、純粹に観念的なものの、いわば空気にすら存在しない空間において夢想し、彼らなりに自分たちに託された特別な課題、いいかえれば、形式論と原則論、論

理学と認識論あるいは単に、哲学学説の解説と批判、要するに試験の目的以上には余り多く役立つ哲学学 (Philosophiewissenschaft) にとじこもる一群の奥義をきわめた人々に安んじて委ねていた。だがこれは哲学も——否まさに哲学こそが——現実を問題としなければならぬのであり、したがって哲学者は、熟考し、“事物自体” (エドムント・フッサール) に立ち戻る必要があるということ、突然に再発見したまでのことであつた。

哲学は、現実、とりわけ全体的現実に関する考察を任務とする学問であるということ、繰り返えし銘記する必要がある。哲学は、現実のうちの“このこと”とか、“あのこと”とかいう個別的様相のみを問題とするのではなくて、全体としての現実を対象とする。形式的客体としての全体性とは、哲学が個別科学から明確に識別される標識である。すなわち、個別科学は、個別的なものに向けられ、哲学は全体をめざす。個別科学は常に現実の部分領域のみをとらえんとするがゆえに、それらは決して哲学の代りをすることは出来ず、それを不必要とすることもできない。近代思想の決定的な誤謬は、自然科学的・数学的方法によつて把握されるものを全現実とみなした点にある。世界を感覚的に知覚しうるもの、予測しうるもの、計量しうるもの、処理しうるものに限定するという、中世の人々にはまつたく考えられもしなかつた方法は、いうまでもないことであるが、首尾一貫していた。なぜなら、現実のかかる側面のみが、近代科学の理想に、すなわち、製作可能性 (カント) と支配可能性に適合するからである。けれどもこの世界像の崩壊——多くの人々

は、未だにこのことを承認しようとはしないのであるが——は、まつたく不可避的であつた。われわれは現実の広範な領域の存在を、長期間にわたつてただ無視しているわけにはゆかない。それゆえ、止むをえず、再び哲学に向わなければならなかつたのである。この哲学こそは、支配意思に向けられた技術の思考方法には接近不可能な現実の諸側面、すなわち、事物の本質、存在をも包括するのである。ヤスバースは、哲学のこの形式的客体、全体における存在⁴に對して、きわめて適切な名称を与えて、それを“包括者”と名づけ⁴た。これにより、哲学は一般の平面において、すべての個別科学を包括するにすぎないものではないことをたくみに表現している。何故ならば、すべての個別的なもの、特殊的なもの⁴の総量も、それらの抽象化も、“包括者”を形成しないからである。

しかしながら上述したことから、哲学は個別科学におけるよりも、より重要な事物を問題とすると認めようとするのは、非常な誤解であろう。医学上の癌の研究は、その重要性の点において哲学研究の後塵を拝するものではない。しかしながら、哲学の諸問題は重量が地球上よりも軽くなるような、どこか地球から遠隔の高所で動くというようなことでもないのである。すでにそのような具体的な比較を用いようとするならば、むしろ哲学はずつと下にあるものと見なければなるまい。何故なら、哲学は根元と関係し、基礎と関係し、或る程度上部構造の整備とかかわり合う個別科学において常に前提とされているものと関聯しなければならぬからである。かくて、哲学をもつて、手にしうるものは何も始めることが出来ないの

は何故なのか、哲学は何故に何物ももたらさないのが明らかとなるのである。一軒の家の基礎は何ももたらさない。基礎は単に荷うものにはすぎないのである。

(一) Descartes, *Abhandlung über die Methode*, 6. Teil (Phil. Bibl. Bd. 26 a), 1952, S. 21.

(二) Karl Marx, *Die Frühschriften* (Kröner Taschenausgabe Bd 209), 1953, S. 341.

(三) Max Scheler, *Philosophische Weltanschauung*, 1954, S. 9 (Dalp-Taschenbücher Bd. 301)

(四) Jaspers, *Vernunft und Existenz*, 3. Aufl. 1949, S. 34 ff.; *Existenzphilosophie*, 2. Aufl. 1956, S. 13 ff.; *Einführung in die Philosophie*, 3. Aufl. 1953, S. 28 ff.

II

哲学に当てはまることは、等しく法哲学にも妥当する。何故なら、法哲学は法学の分枝ではなく、哲学の分枝であるから。このことは余りにもしばしば看過されている。法哲学の問題において、哲学への入り口を決して見出さず、探そうともしなかつたような法律家が、発言の機会を求めるといふことはしばしば経験するところである。法哲学の問題においては、すべての法律家は次第に管轄権があると考えている。そして、理論法学(解釈法学)の思考方法と思考道具とを用いて法哲学の問題に近づきうると信じ、実務上に用いることの出来る、巧妙な解決を得ようとするのである。だから、こ

のような特許的な解決は得られないとか、例えば自然法の問題に関する処方箋なるものは存在しないということが明らかになると、そのことから、よく考えもしないで、その不成功はまさに事柄自体の中に根拠をもつか、だから自然法の如きもの、或は少くとも自然法認識はそもそも存在しないのだという結論を導いてしまうのである。或は、特許的解決などに明らかに当惑したことのない全く無批判的な通俗哲学を駆使する——この場合勿論、かかる哲学的素朴さはひとり自然法論者の中にとどまらず、法実証主義者の間にも認められることがある。法哲学においても「概念の緊張」(ヘーゲル)を甘受しなければならぬということはいくら強調してもしすぎることはない。現代法哲学の非常に混乱した状態は、とりわけ真の哲学的会話のための必要な道具を我々が持たないので、余りにも多くの人がただ「語っている」にすぎないことによつても惹き起されている。勿論、この場合、ただの法律家にすぎない人(Nicht-Jurist)の「法哲学」は単に害悪にすぎない。他の害悪は哲学することの技術法則を知っているが、しかし哲学においてここでいま何故それが問題なのかを知らないで、遺憾にもテーマをしばしば間違える、ただ哲学者にすぎない人(Nur-Philosoph)の「法哲学」である。何故なら、法哲学の根本問題は結局は同一のものであつても、しかしそれらはそれぞれ全く異なつた観点と問題提起の下で行なわれねばならず、歴史的使命は一定の時代の法学及び法実務から法哲学に生じるのである。非常に英知に充ちたやり方で、例えば法哲学的なモナード論を展開しようとしても、法律家をそつちのけにするなら

ば、それは全く意味のないことである。従つて、法哲学者は哲学者であると共に法律家でもなければならぬ。何故なら、法律家のみが意義の多い法哲学的問題を提起しえ、哲学者のみがそれに適切に答えることが出来るからである。

哲学と同様、法哲学もその形式的客体の普遍性によつて特色づけられる。即ち、それは法の全体性であり、或は存在全体との関聯における法という方がよいかも知れない。法哲学及び法学の近代的展開の特徴は——世界像の短縮ということから類推すれば——法の像の短縮である。法の全体現実は經驗的に知覚しうるもの、"実定的に"存在するものに限定される。法を国家の法律と同一視したことが法実証主義のドグマである。しかし、これは、現実が法自身には帰属せず、法には存在性か否かや帰属しないということの意味する。法は法律全体に対する集合名称(名詞)以上のものにすぎず、法の現実概念はもはや存在せず、名目概念しか存在しなかつたのである。唯名主義が実証主義の常に変らぬ道連れであつた。"法のない法学"という(ネルソンの)言葉はこの状況を全く適確についている。法学(Jurisprudenz)はもはや本来的に法学(Bechtswissenschaft)ではなくて、法律学(Gesetzeskunde)——勿論高度なものではあつたが——であり、法哲学に残されていたものは、実は、実証主義的法学の最上階、即ち根本概念と方法に関する理論、かつてラートブルフが非常に適切にも"法哲学の安楽死術"と名づけた一般法学以上のものではなかつた。

この展開のための根は勿論無数であつた。しかし、核心において

アルトワール・カウフマン『現代の法哲学的状況について』

は、これらすべては唯一のものに、即ち近代の科学の理想、つまり、現実の支配者、所有者たることに還元される。実証主義にとつては法をその本質において認識することは問題ではなくて、それは法を技術的に使用可能にしようとする。実証主義の最も内的な努力は法の予測可能性であり、実用可能性である。法律意思の無条件の実現と解される法的安定性は重大な窮極価値である。この目標はルートウィヒ・クナップがかつて表明した如く、"法の秤皿"、実存的側面、実定性に限定することを断固として要求する。何故なら、この上に立つてはじめて用いられうるからである。法の核心、その本質はこのような打算的な手にはかからない。従つて、実証主義は法の本質については盲目であり、サルトルの合言葉、即ち、"実存は本質に先立つ"と全く同じである。勿論、実証主義者といえども法律は正しいものでありたいと欲する。だが、実証主義者は法律の法的性格がその正義の内容に依拠すべきであるとは望まない。外的現象形相、明白な包装のみが決定するようである。法実証主義者は、丁度、コーヒーの罐の上の印刷のみが本質的なものであつて、その中に、現実にはコーヒーが入つてゐるのは勿論望ましいことではあるけれども、商人が本当は何をその罐に入れたかということを重視しない男と似ている。実証主義とは、"その見解にとつて法がその正義性(Gerechtsein)によつて構成されていない見方をいう"とするアドルフ・アルントの説は全く正当である。

科学の全力がこれまで等閑視されていた領域に向かうとき、いつも観察しようのように、この"科学的実証主義"が久しい間、非常に

実り多いものであつたということは疑問の余地がない。実証主義は全くその歴史的使命を有していた。しかしながら、多くのものが今日、再び“古き良き時代”を切に望み、“正当な法律実証主義”を“現代の危機に対する治療手段”と称揚しているのは、アナクロニズムである。歴史の歯車を逆に廻すことは出来ない。この使い古された格言を引用することをばばかるむきがあるが、これを想起することは余計なことではないと思われる。法実証主義は、我々をして、**実定性**こそは法の不可譲のメルクマールであるということをや再び認識せしめるためには必要であつた。実定性なくしては法は全く実存を有せず、それは我々にとつて法としてはそもそも現に存しないであらうという意見には無条件に固執されるべきである。しかしながら、法の全体的現実性の哲学的理論としては実証主義は悲しいかな難波してしまつた。実定性の中にもつばら法の**実存**と同じく効力というメルクマールを見、従つて**実定性**を法の本質なりと称し、**本質**を**実存**と同一視する理論——法実証主義はその対立者たる観念論的・絶対主義的自然法論と全く同様に一元論的法理論である——は遅かれ早かれ支持しえないということが明らかにならざるをえなかつた。これにつき、法実証主義の崩壊は決して、最近の全体主義的体制におけるその行きすぎの結果のみでもなく或は又、それが第一の原因にすぎないわけでもなかつた。たしかに、そこに示されたことは法律の名称を示すにすぎない法概念は最も甚だしい不・法といえども庇護しようとするという⁽⁹⁾ことであり、法学のこの墮落はこの種の経験を告発することの出来るすべての者をして、法律と法は決して

同一ではなく、まさにその対立物たりうるということを教えるのである。しかしながら、これを例外現象であると片付け、従つて実証主義のドグマを原則的かつ正常な場合として更に認めることも出来たのである。しかし、実は、法実証主義の破産は非常に広範であつた。オーソドックスな法実証主義にはそれを断念することの出来ない法律の完結性、無欠缺性への信念が幻映であることが分かりはじめた。従つて、法律が沈黙するような事例において法律を超えて法を発見する必要性に対して目をつぶることは出来なかつた。しかし、それに固執はしなかつた。法律に何等欠缺がないところでも、法は決して単なる包摂の過程によつては得られないということが次第に認識されるようになった。法が法律の中に完成して入りこんでいて、そこから純粹に論理的な手続でひき出されうるのであるかの如くに事柄を主張していた実証主義の方法論は詳細に見ればこれを維持することは出来なかつた。この領域における最近の研究が次第に明らかに示しているように、法判断は根本的にはそもそも法律からのみ究明せられえず、むしろ、アリストテレスの言を用いれば——具体的状況の“事物規定的中心”にも即し、今日の言葉で表現すれば——⁽¹⁰⁾具体的な“事物の本性”に即するものである。とにかく、法律と法は同一であるとか原則的な場合にのみ一致するというテーゼはもはや維持しえない。

法の全体的現実**は**実証主義が理解したものをはるかに超えているという認識とそれによつて生じた法学の危機が法哲学の再生を導いた。哲学において“事物自体への”⁽⁹⁾復帰が要請されたと殆んど同じ

頃に法哲学も「法の事物」に再び向つた。フッサールの「純粹現象学及び現象学的哲学に関する諸観念」(一九一三年)のわずか一年後に、ラートブルフの「法哲学綱要」が現われ、それによつて法の内容、本質、存在への新しい問いが始まつた。人が好んで実証主義の主要な証人とよぶラートブルフは実はその克服者である。存在と當為の間の初期に主張された「方法二元論」から、「理念の事物規定性」の思想を越えて晩年の「事物の本性」論に至るまで、まっすうな道が続いている。ラートブルフはこの道を歩むことによつて、新しい法存在論の道案内となつた。彼の名と法哲学の新しい一章への移行とが結びついている。法実証主義の時期は終つた。

(5) Radbruch, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 1956, S. 114.

(6) 実証主義の形而上学的基礎として、本質よりも実存が存在論的地位にあるという点につき、詳しくは、Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1961, S. 44 ff.

(7) Adolf Arndt, Rechtsdenken in unserer Zeit; Positivismus und Naturrecht, 1955, S. 3.

(8) ヲグゼンドルフ、Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, S. 41 ff., 52 ff. Die ontologische Struktur des Rechts, in: Die ontologische Begründung des Rechts (Wege der Forschung Bd. XXII.; Wissenschaftliche Buchgesellschaft); La struttura ontologica del diritto, in: Rivista Internazionale di Filosofia der Diritto, Anno XXXIX (1962), 549 ff. を見よ。

(9) Arthur Kaufmann, Gedanken zur Überwindung des rechtsphilosophischen Relativismus, ARSP 46 (1960), 533 ff. を参照。

フルトワール・カウフマン『現代の法哲学的状況について』

(10) 詳しくは、Arthur Kaufmann, Gesetz und Recht, in: Existenz und Ordnung; Festschrift f. Erik Wolf, 1962, S. 357 ff. を見よ。

三

現代の状況は勿論この主張の虚言をとがめだてするように思われる。いたるところで実証主義は再び説かれ、実際に行なわれている。それに立ち向かう者は大抵は圧倒的な多数に対峙しているのを知り、自分は全くまじめにとりあげられていないということを計算に入れなければならぬ。数学や自然科学に志向した、実証主義的な科学概念に即さない哲学、従つて特に形而上学と存在論の非科学性が、これまで以上に声高かに、そして古い標語を用いて告げ知らされる。しかし、この外部的な見せかけは当てにならない。現代の新実証主義的(「経験批判的」)運動は現実的力を有しない。若干の例外を除けば、真の科学的パトスはその背後のどこにもない。今日では法実証主義者は科学的確信からではなく、——その根拠は単に便宜からではないにせよ——あきらめからである。「ナチ体制の」崩壊から現われ、多くの論議をよんだ「自然法のルネッサンス」は希望と樂觀主義とを非常にきびしく幻滅せしめた。この幻滅感はやがてなごむことがなかつた。比類のない法の危急の重圧の下で、「自然法」としてよび出されたものは、なるほど平凡な科学的ディレッタントイズムではないにしても、観念論的、人道主義的かつ部分的にはキリスト教的観念の奇妙な凝塊であつた。だから、自然法という概念を有したとしても、長いこと科学の物置に入れられていた一七

世紀、一八世紀の絶対主義的自然法概念であつた。しかしながら、それだからといつてよりにもよつて裁判所に非難を加えるのは非常に不当である。結局、裁判所はかれらに帰属した使命に対して学問によつて少しも準備されず、この使命を完遂するに際しては殆んど学問から支持されなかつた。学問は本質的には批判ということに自己を限定していたし、今日もなお限定している。「自然的な」裁判に対して学問が圧倒的に消極的態度をとつていたことが裁判官の間に幾分かそれと感じることの出来る憤慨をひき起したことは理解しうる。しかしそれ故に、裁判が現実的な法の改新への希望を充分には充たさなかつたという事実が残つているのである。そして、幻滅を感じた楽観主義の多くがきららめになるのが常であるように、法律家の間にも数年前にはまだ見られた自然法の喜びが次第々々にさめ、さらには不信と拒否とに屈するようになった。かくして人々は再び法実証主義に逃げ込むのであるが、これは確信に基づいて行なうのではなくて途方に暮れたといつた感情からである。

ハンス・ウルリッヒ・エバーズは「現代の判例に見られる無批判的な自然法の意識」⁽¹⁾に加えた苛責なき批判の中で、このような「あきらめからの法実証主義」の典型的な例を示している。彼の聡明な分析にかかつては、最近自然法の基礎づけに努力している法哲学のいずれの潮流——ネオ・トミズムも実質的価値倫理学も現代ヒューマニズムも、意識的な方法統合主義——も、持ちこたえることは出来ない。正確に証明しうるものは何もなく、すべては相対的であるにすぎず、超実定的な内容を援用することはすべて非常に個人的で、

窮極的には基礎づけえない判断である。従つて、法律のみが残り、裁判官が「立法者の力の不遜さ」に対して自己自身の力の不遜さをもつて対抗しようとすることは不可能である。裁判官は立法者が失敗し、不道徳な法律を公布したときですら無条件に服従しなければならぬ。この場合、エバーズが法哲学の現代的使命に対して法実証主義の完全な降服をいかなる誠実さで承認しているかということは非常に印象深い。彼は明らかに次の結論を導く。即ち、裁判官はいかなる内容であるかを問わず、すべての規範に拘束される、と。

これでは、実証主義は法問題の可能な、従つて討論のできる解決を全く意味せず、それはむしろこのような解決をそもそも断念していることが全く明白である。従つて裁判はそれが真に法の・宣告であり、そうでありつづけたいと欲するならば、このような批判に対してそれを無視する以外に選択の余地はない。さらに、解釈法学もこの懐疑に留まつていることは出来ない。何故なら、疑問だけでは唯だ一つの実質的問題も解決しないからである。かくて、自然法の批評家は法理論家として自分で事物自体と関係するときには少しも自分自身の批判的抗弁によつては影響されないのであつて、無頓着にも法に対して——決して法律に対してのみではなく——言明をし、しかも彼等はそれについて「精密な」証拠を出すことが全く出来ないにも拘らず、この言明を正しくかつ真実であると称するのである。だが、疑問の状態で我慢するということは法哲学の——一般にすべての哲学の——運命であろうか。このことは、法哲学が不毛なりと宣告され、その使命は消極的なものでしかない——つまり、

批判でしかありえないということの意味はしないか。だが、そうではないのである。疑問というものは、哲学の中に正当な場所を有していることは全く確かである。疑問がなくては批判的・科学的哲学はありえない。あらゆる疑問、勿論、実定法の絶対性と侵すべからざる効力に対する疑問を幾千回となく考慮しなかつたような批判的自然法論者とはどんなものなのかという、科学的自然法論の可能性に対するエバースの疑問も全く根拠があるのである。だが重要なことは、疑問という恐ろしい環からどこかで抜け出すことに成功して、立脚することの出来る根拠を得ることである。疑問はすべての科学的哲学の不可欠の作業用具ではあるが、それが哲学にとつて原則となつてはならない。真理の科学的研究という目的にのみ導く方法的疑問のみが資格を有する。ヤスバースが「徹底的な疑問なくしては真に哲学することではない。しかし決定的なことは疑問自体によつて確実性という基盤が如何にして、どこで得られるかということである」といつているのはまさに本当である。

(11) Ewers, JZ. 1961, S. 241 ff.

(12) Jaepens, Einführung in die Philosophie, S. 20.

四

勿論、このことは言うは行ふより容易である。確実さの基盤をうるには、結局は、それをどうにかしてすでもつてゐる場合にのみなしうる。存在の確信もなく、認識の樂觀主義も有しない者は決して疑問からぬけることはないであろう。しかし、我々はそのような

信頼を学ぶことは出来ず、意思決定によつて習得することも出来ず、それは任意には創造せられえない人間存在の最も深い領域に根ざしている。キリスト教は中世の人間にこの安定性を与え、この安定性が中世の人間をして精神と文化のすべての領域での最高の業績へと促した。この業績は「暗黒の中世」という月並みな悪評によつてその眼が曇らされないすべての人を、今日もなお思わず驚嘆せしめるのである。しかしながら、今日の人間に、特にインテリ達にはキリスト教は何程かのもの以上は語らないし、とにかくキリスト教はインテリにとつてはもはや、それが数世紀前に有していたようなその全存在に浸透し、決定する中心的な地位を有しない。近代において徹底された、科学と信仰との分離は全体としてはたしかに進歩と見做されることは明らかである。しかし、今日、科学において至るところでキリスト教の教理と思想家とを、まるでそれら自体が非科学的であるかのように、真剣に避けようとして努力しているが、この真剣さこそが今日の科学者を幾分か違つて特徴づける、かの内心的な不安定さを明らかにしている。キリスト教は科学者にとつて久しい間、根本的な意義を失つたのである。それを残念に思おうと否とに拘らず、これが事実である。しかし、他の事實は、これまでのところキリスト教に代つてそれと比較しうるようなものが、大略にしろ何も現われなかつたのである。かくして、如何なる根拠の上に今日立脚すべきであろうか。如何にすれば、疑問、懷疑、不安定からぬけ出ることが出来るか。

次第に、ドイツではこの真空を感じ始め、これを克服しようとして

みられている。特に、提供されているものはマルクシズムである。多くの西側の学者の、多かれ少なかれはつきり表明されたマルクスへの方向づけ——勿論“真の”マルクスへであつて、東側の誤解され、歪曲されたマルクスへではないが——は現代の非常に注目し得る現象である。だが、これもこの諸関聯を見ることの出来る者にとつてはさして驚くには価しない現象ではある。これに関して、今日、非常に必要ではあるが、しかし残念なことにいまだ大いに懈怠されているマルクスとの科学的な対決は論議されていないのである。何故そうなのかは、マルクシズムが新しい信仰であり、いわば宗教の代替物であるからである。マルクスの中に人道主義者を見出し(たしかに彼はそうであつた!)、“人間による人間の搾取”に終局的な結着をつける“現実的の人道主義”の救世主としてたてまつつてゐる。このような信仰告白に対しては一言もない。だが、我々は何をするかということを知るべきである。新しい神が告知される。ニーチェの“超人”であれ、ルートヴィヒ・フォイエルバハの意味での“自我と汝の統一”であれ、或は“公準的な無神論”が考えてゐる如き“潜在的全能”としての人間であれ、人間は“最高の本質”である、と。この神はキリスト教の創造主たる神よりも合理的に明らかかなものであろうかというのが我々の問いである。ここには、よりよき“神の証明”があるであらうか。“現実的の人道主義”はキリスト教的道徳論よりも科学的であらうか。疑いもなく、それはそうではない。キリスト教哲学がその範囲内でもかくも給付してきたことであるが——それには少くともマルクシズムの基礎に立

つた哲学的人間学の展開が必要とされよう。しかし、今までのところ、殆んどその端緒すら現われぬ。ソ聯邦においても、この課題はこれまで完全に等閑視されている。しかし、これを長いこと逃避することは許されない。最高の、自分自身を頼りにし、創造せられる本質としての人間に対する信条はたして人間の中の真に人間的なものを誤まりはしないかどうかという問いとも対決する必要がある。

しかしながら、ドイツでは哲学がはたたく旗をかかげて——どんな異なつた読み方であると問わず——マルクシズムに向つて突進しようとしてゐるのかのように事柄を主張しようとすれば、それは勿論、現実の状況の完全な歪曲である。そのようなことは言いえない。マルクシズムは多くの者にとつては、キリスト教と同じ程度に遠く、又同じ程度に身近である。しかし、このことはすべての——正しく解された意味での——イデオロギーについても妥当する。我々は意識しようとしまいと安心立命の境地をえないのであつて、“中立的”でなければならぬ。我々は場合々々でこの方向に向い、又あの方向に向うために、判断を留保する。これを確認するにおいては決して評価は表明せられるべきではない。我々すべては今日、多かれ少なかれこのような態度をとつてゐる。現在、我々は“多元的”社会に生きている、即ち、我々においては多数の世界観的、宗教的、倫理的等々の方向が並存的に存在しているということについて非常に多くが語られている。そのような多元論はしかしそんなに新しいことではない。とにかく、ドイツでは数世紀以来それを有し

ている。我々の時代における新しさは、もはや多様なグループ、党派、学派、信仰等が存在するという点のみ多元論が存存するのではないのであつて、個々のグループがそれ自体において、多かれ少なかれ多元的であるということである。かつては、社会民主党員は社会主義的であり、中央党はキリスト教的で、自由民主党員は自由主義的であつた。今日では、誇張して言えば——すべてがすべてであり、従つてすべてが無である。いたるところそうであつて、このことは最も内奥の領域にまで及んでいる。辛辣に言うならば、多元論は我々の各人の胸の中にある。

このことから今日の人間、とくに教養層の抛りどころのなさが明らかにされる。我々は不安定であると告白する。我々は星に向つてロケットを送るが、我々の精神はもはや無限のものへと飛ぶことは出来ない。何故なら、この飛行の途につくことの出来る立脚点をもつていないからである。この立脚点のなさは現代哲学の特徴でもある。リヒアルト・ウィツサーは最近、現代哲学は「出発点や考察方法を極くわずかに変更しても万華鏡のように違つた形を認識せしめる」と言つた。我々は又法哲学を有していない。なるほど、無数の非常に価値のある法哲学研究があり、当代は法哲学の文献に充ちているけれども、ラートブルフ以来、およそ法哲学といえるものはないのである。もつとも、包括的な著作がないわけではないが、見渡さしうる限りではむしろ法哲学者や法律家は法哲学的全体概念すらもたないものである。

法哲学的問題における上述の不確定さと抛り所のなさは、標語へ

アルトゥール・カウフマン『現代の法哲学的状況について』

の逃避の中に雄弁に表現されている。我々は何等の拘束的なことも言わないで、標語を用いて議論する。標語とは「精神的交通の電車」である、とオルテガ・イ・ガセットは「群衆の蜂起」の中で言つた。人は欲するところで乗車も出来るし、下車も出来る。これが非常に明瞭に示されるのは、刑法改正についての討論に際してである。ここでは他のどこにもまして法哲学の諸問題とも関聯する。人々は新しい草案に対し、それは「道德にひたり切つて」いるとか、それは「中世への後退」であるとか、それは「教権的」である（これには勿論、強姦の後の堕胎とか第三者の精液による人工授精の可罰性とかの問題と関係する）と非難し、このような「議論」が実質的討論を余計なものにしているということを明らかに信じている。

さて、勿論私は刑法草案の弁護などは私と全く関係のないことであるということ強調しなければならぬ。ここでは刑法草案も関係はない。問題なのは法哲学的立脚点である。では実際、刑法の中で「道德」を見張つているものすべてに對して、殺人狂の歩み（Amoklauf）で何をしようとするのか。事実、悪しき意味での道德化が存するという点について沈黙を守るべきである。さらに、法と道德（人倫）は同一のものではない（¹⁴）ということも争いはないであろう。だが、今、本当に法と人倫の完全な不一致を再び主張しようとするのであろうか。刑法をその道德的基礎から全く解放しようとするのか。そうしようとするならばそれでもよい。そうであれば謙虚で清潔に科学的結論をひき出すべきである。今日までこれを行つたのはたつた一人である。つまりケルゼンがその「純粹法学」の中

で。例えば、ケルゼンが不法の「純粹に法律的な」概念について書いたものを、そこで読んでみるとよい。「不法とは法命題の中で事件として決定され、法命題の中で結果として規定された強制行為がそれに対して向けられた人間の態度である」と。ここでは「法益侵害」又は「義務侵害」としての不法を論じていなければ、いわゆる「人的不法観」を論じてもない。それは正しい。何故なら「財物」や「義務」や「人」は「純粹に法律的な内容の概念」ではなく、第一には倫理的内容の概念である。(たとえ、「法益」なる概念を客観的・人的にはなく、功利主義的に「社会侵害性」と解しても、倫理的概念が問題となる。)さらに、責任とはどうであろうか。責任は有責的な「代償的能力」(Darfkräften)をもはや意味せず、単に、その人の人となりについての「保証すべし」(Einstehenmüssen)ということの意味すべきなのか。刑罰とはどうであろうか。刑罰を、どんな意味であろうと責任から離す用意はあろうか。何故なら、責任原理は道徳的な原理である。責任原理との関聯を絶つという勇氣を我々はいつもつことがあるだろうか。

しかし、そのようなことは論じられない。「道徳にひたりきり」「中世的な」刑法・草案に対して出陣するのに用いると同じ自明さをもつて、人々は責任原理、責任刑罰、法益概念、義務の考察、人的法概念、人的不法概念に帰依するのである。これらも任意に用いられる、広範な単なる標語となる。そしてさらにこれは、今日の法哲学における、「内在的多元論」、立場のなさの結果であるにすぎない。

(13) 最近「サルトルは Critique de la raison dialectique, Paris, 1960 において、マルクシズム的な人間学の方向で一つの試みを行なった。

(14) 最近の主張とは対蹠的に、私が法と習俗律の同一性を決して主張したことはないという点について「Schuldprinzip, S. 127ff., bes. S. 187. 参照。これはすべて「Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949, S. 84 ff.」を参照せよ。

(15) Kelsen, Reine Rechtslehre, I. Aufl. 1934, S. 26.

五

このことは、いたるところで、本来の実質的問題が完全にそこなわれるという作用をした。例えば、今日、——勿論全く不当にであるが——討論の前景に出ている、墮胎の場合のいわゆる倫理的適応症の問題を考えてみよう。(今日、ここでも一定の立場は擁護されるべきではない。私はこの問題において立法上特許的な解決は何等提示しえないと告白せねばならない。)凌辱の後になされた墮胎の可罰性がキリスト教の道徳論による非難でもって単純には根拠づけられないことは自明の理である。(余談であるが、キリスト教よりもずっと以前にヒポクラテスがあらゆる墮胎を拒否したということについては看過され、或は好んで沈黙が守られている。)しかしながら、それと全く同様に、何等かのグループ又は個人達が倫理的に適応した墮胎に対して何等疑念をもたないとしたところで、その不可罰性は根拠づけられないのである。ともかく、これは従来、

刑法のどこにも教えられなかつた、新しい正当化事由、責任阻却事由、刑罰阻却事由であろう。しかも、今日、我々は刑法が、他の考への人（Anderssenkenen）の倫理的見解に寛容でなければならぬといふ議論以外のことを聞かないのである。ともかくこの考えを一度終りまでずつとたどつてみるとよい。今日、すべて道徳的に許されたものとみなされぬものがあるか。コンテルガンの悲劇^{悲劇}をめぐる論争は、人々が優生学的な適応症を要求していることを明らかにした。さらにはすでに生まれた奇型児殺害の不可罰性がさかんに賛成せられたのである（勿論我々はこれが發展するどうなるかといふことを経験上知つてゐるが）。次いで、多くの人は安楽死、囑託による殺人、社会的適応症の場合の墮胎、不妊、勿論同性間の猥褻行為等をも許容しうるもの、とにかく当罰的ではないと考へてゐる。立法者はこの問題につき、多元的社会においては自分は多様な見解すべてに対して寛容であらねばならないというだけの理由で、譲歩すべきであらうか。もしそうだとすれば刑法の道徳形成的かつ道徳強化的な機能を全く無視することにはかならない。かつてナポレオン法典を審議したとき次のような言葉があつた。「若い民族にあつては道徳は法律よりもよい。道徳は純粹であり、法律はまだまだ不充分である。文化的に老朽化した民族では法律は道徳よりもよりよいものでなければならぬ」と。

何等かのグループ、個人、キリスト教徒、異教徒であれ、このよ
うな問題につきもつてゐる道徳的見解は法秩序にとつて法的に重要な実質的根拠がそれらに内在してゐるときにはじめて重要なものた

りうる。従つて、いわゆる倫理的適応症がいかにしてその実体上法的に重要なものたりうるかが考慮せられるべきである。この点につき、いかなる墮胎をとわずおよそ墮胎なるものは立法論上も、解釈論上も墮胎罪の構成要件（犯罪類型）を充たすといふことからすべ
ての考慮は出発しなければならぬ。従つて刑法上の問題については、倫理的適応症は不法阻却事由、又は刑罰阻却事由と解されるのか、或は「法的に自由な領域」に属するものと解されるのかといふことのみが問題たりうるにすぎない。これについて考慮すべきことは、一方ではその凌辱された母親の苦境、さらに彼女が若し結婚していれば、夫や彼等の子供達の苦境であり、他方では母胎内の子供の生命である。（もつとも「生成中の生命」のみを問題とする
通例の言い廻しは、生物学的にすでに間違ひである。胎児はなるほど従属的生命ではあるにせよ、現実的生命を有し、しかも現代の生物学者の多くがすでに受胎の時点から認めてゐるやうに人間の生命を有しているのである。故に、墮胎を行わせようかどうかを個々の母親の良心の裁断に委ねるべしとする、よくある意見は、争う余地の全くない学説によれば、胎児は母親の子宮の部分ではなく、従つて母親はこれに対して何等の処分権を有するものではないとされる
事実を無視してゐるのである。生れざる子供の生命は一つの独立した法益であつて、それ自身保護せられるのである。）従つてその問
いは次のようなものとならざるをえない。即ち、母親の苦境はそれが人間の生命の殺害を正当化されるものとみなさしめうるのか（か
りにそうだとすれば、如何なる観点によるのか。超法律的緊急避

難の事例が存しないこと争ひの余地はない)、或は少くとも「期待可能性」の見方の下で責任阻却事由(若しくは単に刑罰阻却事由)としてみられうるような性質のものであろうか。これに対する答えは、結局次のような決定的な問いを前提とする。即ち、胎内にある人間の生命は如何なる価値を有するのか、と。我々は充分根拠のある方法で、この問題に対して態度決定をなしうる拠り所を有しないからこそ、我々は実体に関して議論をしないで、事柄の周辺をめぐつて論議を重ねているのである。

これは諸他の多くの問題と全く同様な関係にある。医師の説明義務をめぐる論争において、高いところにあがつてしまった雲は、人間とは何か、その現存在の意義は何か、人間にとつて苦悩とは何か、最後に死とは何かといった問いに何事かを言うことができる。ときにはじめてはらいのけることが出来よう。人間にとつて病とか死が動物にとつてと全く同様に実存的、精神的な意味関連をもたないならば、今日要求されているように重病人に対してはあらゆる手段を用いてでも真の状況をかくすことのみが適切である。だが、若しそれを首尾一貫して死の苦痛にある者から真実の苦しみと同じく肉体の苦しみを取り去り、それをやわらげるモルヒネ一服を与えねばならないのであろうか。丁度苦しんでいる動物に同情して、恩恵的な射殺を加えるように。しかしながら、人間は精神的な自己決定への能力と使命によつて諸他の生物をこえてぬきんで居り、従つて病と死とが人間にとつて単に無意味な事実を示すのではなく、人格的な意義を有するか或は少くとも有しうるとするならば、真実

の基盤の上で彼とどの程度交流すべきかという問いは全く違つた重要さを得ないであろうか。しかしながら、この問題との論争は行なわれていない。この問題は「形而上学的なもの」として済まされ、医者の説明義務についてははるかに静かであつたその昔でも、このような哲学的な領域に迷ひ込みはしなかつたということが好んで指摘された。しかしながらかつてはこれに類する問題が静かであつたのは、我々より前の世代が人間について確固とした姿を有していたからこそである。今日では、我々はこれとは逆に、人間とは何かについてとはや知らない。この問題に答えないうままでおくと際限なく論じ合ひ、事物を通り過ぎる。

誰かが、これに対して画一主義とか立脚点の無差別化と言われるべきであると考えるならば、それはたしかに覚醒したこのような熟慮の関心事を甚だしく誤解するものであろう。ことはまさにそれは逆である。画一性はすべての精神的なもの、特に哲学の死である。哲学はまさに立脚点の多様性、時代と場所を通じる共通の連帯的な会話、多くの説とか見解、勿論多くの部分的真実と誤謬の絶え間ない抗争にもとづいて生きている。いろいろな哲学説が多元的であるということ、多くのものが考えるようにには哲学の不合理性を論証するのではなく、それこそがまさに哲学を完全に展開するための条件である(これはまさに自然法と関聯する)。特にヤスパースが示したように、精神的交流(Kommunikation)は真実がその中で語られるところの不可避の方法である。しかしながら、会話というものは、単に「喋られ」るばかりではなく、各人がその目にと

め、各人が自己の視野からしてそれに部分的寄与をするところの事物について語られるところでのみ行なわれる。この際、すべての真実の会話の（完全に到達しうることの稀な）目的は收斂であり、分散する立場の解明と解消であり、従つて事物の包括的認識である。⁽¹⁸⁾従つて、交流的会話の対象であると同時にその目標は常に同一性の、ある事物でなければならぬ。各人が幾分か違つたものものを語るところでは、独白の配列のみが問題なのである（実は、多くの学会では今日この通りである）。真の通知は同じ考えの者の間でのみ行なわれるという言葉は、ノヴァーリスから出ている。この場合、同じ考えであるというのはいずれも同じ意見であるということの意味するのでないこと勿論であつて、むしろ彼等は全く一定の實質的関心事によつて統合され、彼等はこの事物に謙虚にかつ率直に対処するということを意味する。従つて、今日提出されるべき要請は立場の画一性ではなくて、「事物へ」ということである。

しかしながら、このことも又、言うは行なうより容易である。「事物へ」向うためには我々がそれについて討論しようとする「事物」とはいかなるものであるかということについて、少くとも明らかにする必要がある。ところが、法哲学的な会話は今日しばしば、明らかに確立した対象が欠けているということになやんでいる。なるほど我々は、同じ言葉を語るけれども、しかし同じ概念を語らず、それ故に外見的にだけしか同一の事物について語られるにすぎない。現時の自然法論議は多義性が除外されないが故に、その多くはそのように行なわれたのである。自然法の反対者がすべての時代、すべ

アルトゥール・カウフマン『現代の法哲学的状況について』

ての人にとつて抽象的・一般的な法という意味での絶対主義的自然法と戦つている一方、他方では自然法の同調者は今日、次第々々に具体的・歴史的な自然法、即ち常にいたるところで妥当するのではないが、此処と今、客観的に正しい、「時代的になつた」法を現わす自然法という思想を擁護している。前者ではその攻撃は虚空を衝き、後者ではつんばな耳に説教がなされている。⁽¹⁹⁾従つて「自然法」という用語をそもそもやめて、明らかに「法律」とは区別される「法」と端的に言うならば、たしかに得るところがあらう。⁽²⁰⁾

(16) *ワレバウジツ* Arthur Kaufmann, Die eigenmächtige Heilbehandlung, 1961 (ZStW. 73, (1961), 341ff. 以下略) を見よ。

(17) Jaspers, Philosophie, 3. Aufl. 1956, Bd. II, S. 50 ff.; Einführung in die Philosophie, S. 25 をみよ。

(18) 具体的なものの認識手段及び真理の基準としての收斂について
⁴⁴ Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, S. 76 ff. (文献の引用あり)。

(19) この個所について、多数の文献の引用を含むものとして、Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, S. 86 ff. 又、すべに *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, 1957; *Diritto naturale e strettita*, in Jus, Anno X (1959), S. 178 ff. があふ。

(20) この問題について、註10に引用した論文において詳しい。

六

今日、「裁判と道徳律」というテーマをめぐる論争における状況は全く紛糾している。この点で、なるほどウィーアッカーが最近

その対立をゆるめるといふ試みを実りゆたかな方法で試みたけれども、論議の対象に關してでさえ相互に理解することから如何にほど遠いかということが、國際法曹委員会ドイツ部会の最近の會議（ヴュルツブルク、一九六一年二月）で再び明らかになつた（ここでは、この錯綜した問題について討論がなされたことであつた）この論争は周知の如く、聯邦裁判所の若干の判決、特に、一九五四年二月一七日と三月一〇日の刑事聯合部の判決により解決せられた。前者は婚約者達に対する淫行媒介の問題に關し、後者は自殺の場合における救助の不作為の可罰性に關するものであつた。二度とも聯合部はその法的立脚点の根拠づけにつき、「道德律の規範」を援用した。これは前者の決定の中で言うところによれば、「自己自身から」妥当し、その「（強い）拘束性は価値の先在的かつ受忍さるべき秩序及び人間の共同生活を統治する當為命題に「基づくものである。（基本法二条一項もそれを指示しているところの）道德律への訴願は、非常にはげしい批判に、かつ一部はまさにはげしい怒りの批判に遭遇している。だが、聯邦裁判所は本来正しく判決すべきはずであつたのだが、ここでは大体において非常に不明確のままである。

多くの論者には、超実定法的道德的価値基準に立ちもどることは全く余計である、何故なら裁判官は法律の基礎にある意味全体から法律を發展的に形成するという方法で判決を常に法律から得ることが出来るからである、という考え方が勿論存在するように思われる。例えば、エベルハルト・シュミットはこの意味でライヒ裁判所判例

集六一卷二四二頁の有名な判例を指摘した。その判決において「超法律的緊急避難」という一般の正当化事由が展開せられたのであつた。シュミットはこれにつき、「ライヒ裁判所は法秩序の全体をうがつた、一般的法思想の呪縛から免れ」て居ず、「外見上明確な、普遍妥当的な命題を道德律又は自然法から判決の上位命題へとあがめたてまつる」ということに思いを致さなかつたと評釈している。後半の部分は確かに正当である。ライヒ裁判所は法典化された法、正しく実用化され、すべての問いに答えを与える法の完全主義に關する実証主義的信仰の呪縛の中に完全に立つていた。だが、こゝはいえないことは、この間に現われた方法論的研究が証明した。ライヒ裁判所は財貨の考量と義務の考量という原理を外見的だけでも実定の法秩序からとつたのである。たしかに、この原理はそこに実定法化されたが、しかし一般法原則としては実定法からは生ぜず、例えば憲法上たとえ明示的に宣言されている場合でも、それ自体は実定法ではなく、実定法がそれに依拠するところの「正しい行為の公理」の一つである（ウィーアッカー）。一般的法原則が往々にして間接的にのみ例示的な事例とか、法律における個別的形成それ自体をこえて意識の中に入ること——例えば一般的人格権の「発見」を考えよ——は認識方法と妥当根拠との混同に導いてはならない。一般的法原則はそれが実定法によつて認められるが故に、かつその限りで妥当するというのは全く間違ひであり、それとは逆な關係にある。即ち、実定法はそれが一般法原則（従つて法の理念）に即し、或はともかく直接それに違反しないが故に、かつその限りで妥

当する。法の基本原理の妥当性を実定法自体から指示しようと試みるのは典型的に実証主義的な循環論である。ここでは立法者の命令の故に妥当するのではなく、立法者によつて客観的に存在するものとして——勿論、しばしば無意識的に——採録された法倫理的諸原則、正義、法的安定性、公共の福祉という基本命令が重要である。何故ならこれらの原理はしばしば立法者が彼を導く法倫理の原則それ自体を全く認識せず、むしろ後になつてはじめてこの原理が判例や学説によつて明白にせられる程であるからである。このことはこの原理が論理的かつ存在論的に常に実定法律よりも以前にあるということに何等変更を加えるものではない。

このような基礎に立つてはじめて、ここで問題となる本来の実質問題への道が開かれ、無数の問いが現われる。この法倫理的諸原理は我々にはいかに存するか、その妥当根拠は何か、我々はそれほどの程度認識しうるか。次いで特に、道義の根本命令はいかなる方法で法の中に作用するか、一般的法倫理の原理と実定法と具体法との間には如何なる関係があるか等々。我々はこれらの問題を考慮して、今日の論議の状態を具体化しようと思う。

聯邦裁判所は、それが援用する“道徳律の規範”の中に、実定法秩序が不明瞭であり欠陥があり又は非常に不当な結果に至るとき、そこへと立ちもどるところの最高の法命題の体系のごときものを考へていることは明らかである。だが、これらの“最高の法命題”は直接法の適用に供しうるし、法的判断を単に演繹的方法でこのような法命題からうる事が出来るという観念——いまだ観念論的な自

然法論によつてはぐくまれてゐる観念——がここにおいては明らかに存するのである。この意味で聯邦裁判所はすでに言及した淫行媒合罪の判例において性的交わりは一夫一婦で実行しなければならぬとする道徳的根本命題から、許婚者間の性交が直ちに刑法一八〇条、一八一一条の刑法上の猥褻概念に入ると論結しうると信じたのである。これが如何に疑わしいかは、右の聯合部判決を援用し、或る事件において懲役に当る重大な媒合罪を認め、聯邦裁判所の最近の判例において示された。その事件においては、結婚したがつて若い二人に対して、法律家がいまだ二一歳に達していない男の許婚者につき、成年を宣告するための“特別な事由”が存しないから二人は結婚出来ないという通知をした後に、この二人に女の方の親から共同生活を許された。ところが、そうすると特別な事由、即ち花嫁の懐妊が生じ、成年宣告が行なわれ、二人は結婚出来たというのであつた。この判決は聯邦裁判所と同様に、このような事件においても婚約者間の性交が道徳的に非難せられるべきであるという見解をとる人々の間でも確かに不安を喚起するであろう。道徳的に非難に価するすべてのことは、それだからといつて法的又は刑法的に重要だとはいえない。道徳化という非難は立法又は裁判が“法は倫理的最低限度”であるにすぎないことをもはや考慮しない場合にもつともな非難である。従つて自殺の判例についても、自殺の道徳的非難ははたして“高いエトス”の領域に属さないかどうか、即ちもはや法的な命令及び禁止に鑄直されず、それに関しては法秩序は法的規制を断念し、従つて“法的放任領域”を残さざるをえないよ

うなエトスに属さないかどうか常に疑問とせられらるのである。⁽³⁶⁾

聯邦裁判所が全く明確に見なかつた決定的な観点は、いわゆる「道德律の規範」が法的事態に簡単に包摂せられうる程に完成した適用可能な法命題では決してないことである。ここでは本来の意味ではそもそも規範が問題なのではなくて、すでに述べたように、法倫理的諸原理、即ち立法者や裁判所を方向づけ、特殊な法的性質を得るためにまず具体化せられねばならない基準、即ち具体的な「事物の本性」に志向されねばならない基準が重要である。従つて、人間関係、例えば医師と患者との関係も又、真実の基盤の上で形成されなければならないということは人間の人格性から生じる道德的原则である。ともかく判例はこのような傾向にあるのだが、この原則をそこから純粹に演繹的に結論づけて、医師は勿論基だしい例外を除き患者に対し常に十分にほんとうのことをうち明けなければならぬというように固定的に「適用する」ことは間違いである。患者に真実を語るといふ命令はなるほど医師にとつては彼を常に、従つて全く一般的に導かねばならない尺度ではあるが、しかし説明義務は一定の病人に対していかなる内容をもつかということとは患者の特殊な性状からのみ生じるのである（この場合、問題となる具体的事情は勿論或る程度まで類型化せられうる）。そして、法は決して一般法原則からの演繹によつてのみ生成するものではなく、むしろ常に「事物の本性」からの帰納もこれに加わらなければならぬという点も全く充分に指摘されてはいないのである。「事物の本性」を考慮しないで道德的原则を純粹演繹的に現実的な生活関

係に適用するのは民衆の言葉にいわゆる諸原理の死にもの狂いなつづばしりとよばれることである。（他方、具体的状況がその法を全く自己の中に持つのであつて、正しい判断は全く原則も規範もなしに、「事物の本性」から生成するのであると信じていることも——実存哲学の或る種の傾向につちかわれた——錯誤である。）

かくて、「道德律に関する判例」に対して、若干の考慮に値する留保がなされたが、他方この判例に対する学者の側から出た批判も少くとも等しく真剣な留保を必要とするということも言われなければならない。勿論、このような一般化は根本的には許されざる単純化である。だが、いろいろな批判者がすべて同じ旗印の下で争つたということは出来ない。それとは逆であつて、提出された議論は、それを若し法哲学的概念とよびうるなら、それは非常に差異の多い法哲学的諸概念を露呈している。しかし、本稿との関係では、或る程度これまでの議論から答えをひき出すことがもつぱら問題なのであるから、この程度の単純化は許されるであらう。聯邦裁判所に対して揚言された論難は、本質的には二つの主張に帰するのである。その一つは、そもそも「客観的道德律」或は「客観的道德的価値」が存在するという点を争う。ここで問題とされるのは存在論的発言である。他の主張は認識論的性質のものである。つまり、それは道德律若くは道德的価値の実存を争うのではなくて、その合理的な認識可能性を争うのである。

二つの主張は疑いもなく誇張である。根元的な道德性の領域、つまり価値論的な相對主義と懷疑主義とに實際上関係のない領域が

ある。生命、自由、人間の名誉は客観的な（それらに存在的に帰属する）価値性質を有しているということ、我々にとつてこれも洞察しうるということとは、ともかく、理論上は疑われる。或は他方から考察すると、謀殺、強盗、詐欺、暴行等はそれが法律中に規定されているか或はそれが善で何は悪かについての支配的な見解にかなうからこそ可罰的であり、かつ当罰的であるなどと真剣に考える者は誰もいない。我々すべてはこれらの場合に可罰性は事物自体の中に、客観的道德的な事態の中に基礎づけられていると確信している。不要のものと大切なものとを一緒に捨て去らないためには、この点をくりかえし思いめぐらす必要がある。

しかしながら、勿論、論争は道德の核心領域をめぐめるのではなく、すでに見たように扱いにくい問題をめぐつてゐる。即ち、許婚者間の性交、自殺、医師の説明義務、不妊手術、人工授精、学生間の決闘など、刑法上の争点をあげてもこれだけある。これらの問題においては、もはや我々は何が良く、正しく又何が悪く、不法であるかをあらゆる観点において直ちに、いわば直観的な確実さをもつて決定しうるものではないと言わざるをえない。それに直面すると我々は動揺するといった事例は常にくり返えし存在するのである。

聯邦裁判所といえども未婚者間の性交に対し、考慮することを簡單には拒むことの出来ないような事由が存するという点を認めざるをえないのである。従つて、道德的価値及び法自身の絶対的存在論的相対性ではなくて、道德的認識と法的認識の限定された、神秘直観的 (Gnoseologisch) 相対性を認めざるをえないのである。⁽³³⁾

しかし、我々がここで関係するものは、非常に先行している。すでに述べたように、彼等は客観的価値性質の所在若くはその認識可能性一般を争う。それらをして妥当せしめるものは、普遍性あるもの、一定の範囲のもの、或は個々の主体のものであるにせよ、主観的価値判断、評価的態度決定の行為或は価値観である。従つて、主観的評価が存するにすぎないのであつて、客観的価値は存しないと言われる。換言すれば、価値判断には決して客観性は帰属しない、と。この主張はしかしながらそれ自体に矛盾をはらむものであり、⁽³⁴⁾ 価値又は価値性質は例えば家屋と同じ存在方法を有せず、従つて（！）我々が家屋を認識するようにには認識せられえないのであるということとは正しい。価値は我々にとつて通常は評価的行為においてのみ意識せられるということは特徴的である。これに加えて、評価行為はたしかに決して純粹に受動的かつ非生産的出来事でも、意識における価値の単なる複写でもなくて、それは疑いもなく積極的、生産的要素をも包含する。更に、あらゆる認識におけるように、主体がすでに作用するのである。そもそも評価行為が存在するというものについては前提は、客観的な、存在にかなつた価値的な事態の実存である。もしそうでなければ評価とか価値判断とかよばれるものは単なる空想であり、純粹な恣意の行為であろう。これに対しては価値の「理解」(Erfassung) という現象が論じられ、価値の軽視は復仇されうると言われる。しかしながら、これに対して、殊に、一定の事物又は一定の出来事に關聯して、一致した価値判断が存するという事実が言われる。

最後に述べたことから、今日「支配的な文化観や世界観」を好んで援用することの中に如何なる正しい核心が存するかということも明らかになる(勿論、この場合に善であり正しいものであることについての共通の道德観が実際に問題なのであつて、余りにもしばしばあからさまな「不道義」を示す「支配的な習俗や慣習」が問題とはされない)。一定の事態が道德的な観点において多くの人によつて一致して判断されるということはこの判断の正当さに対する証拠である。しかし、正当さの基準より以上のものは問題とならないのである。多数よりもむしろ全体の同意ということがこのような妥当力を有するということは出来ない。死刑の反対者は全く大多数の者が死刑を道德的に許されて居りかつ必要なものと考えるが故に、それは再び導入されるべきであるなどということを認めるであろうか。何人といえどもこれを決定的な議論とはみないであろうし、むしろこのような多数の説が客観的に間違つたものであることを示す反対理由をあげるであろう。道德と法の問題においてはデモクラシーは支配しえない。

最近、殊に医師の説明義務と関聯して、一定の職業仲間、階級、組織等の道德的見解は裁判所に対して如何なる意義を有するかという問題が活潑に論じられた。ここでは例えば拘束力の如きものが存するであろうか。決闘用のサーベルを用いた、規定通り行なう学生決闘に関する論争において聯邦裁判所は一九五三年の大いに論議をよんだ判決の中で「名門の者」はこれを反良俗的とは考えないという点を考慮してその可罰性を否定した。³⁶⁾この判例に対して、当時エ

ベルハルト・シュミットは非常にはつきりとした態度をとり「裁判所」には太郎や次郎その他の、名望家の思考方法に対する事実上の確定が要求されるのではなくて、名望家達がそれに沿つて最も好ましく向けられるべきところの、裁判官の独立の価値判断を獲得することが求められる。³⁷⁾と強調しているが正当である。これに反して、シュミットは医師の説明義務の問題では、今度は驚くべきことに次のような発言をしている。即ち、裁判所は医師の「階級倫理観とその諸原理」とを考慮しなければならぬ。何故なら「医師の職業行動及びその際に最も重い責任の下で行なわれるべき判断の階級倫理的内容(！)は、学生の馬鹿騒ぎにおいて刑法二二六条aにいわゆる、道德的なもの或は、反道德的なもの、とを比較されないからである」、とその理由づけの中で言明している。³⁸⁾このことは注意する価値がある。要約するならば、シュミットの見解は責任を負う「エリート」が問題であるときには一定の範囲の道德的確信は重要であるが「太郎や次郎」とか何らかの「一味」が考えていることは意味がない、というのである。これは「公正かつ正しく思考する者」という礼儀作法の觀念の古い公式と同じ程度の正しさにすぎない。問題は公正にかつ正しく考えるようなエリートがいかなるときに問題となり、いかなるときに問題とならないかということであろう。シュミット自身は明確に答えている。即ち、価値観の實質的内容、従つてその客観的な根拠性が問題である、と。このような基準のみをもつてするならば、裁判所は階級倫理の見解や原則を簡単に「聞き流し」てはならないということは正しい。だが、このことは

自己の判断と責任は裁判所からはとり去られえないということ在意味する。何故なら、何等かの（階級・）倫理的な見解という事実が法的には重要ではなくて、むしろ重要なはその実質的、客観的内容だからである。

しかし、このことは他の観点でも正しいことが分る。“道德的判断の基準となる要請は倫理的な価値判断の非常に争われた問題に關聯する場合でも裁判所には許されないのだ”という考え方は實際上はそもそも貫徹しえない。或る裁判官が医師の説明義務の問題で自己の判断を下す柄ではない、むしろ私は“健康”や“自由”という価値の順序關係について一定の医師の見解に従わねばならない（——もつともここで例えば医師団の統一的な階級倫理的な見解があるというのはフィクションであるが——）などといったとしても、その中には裁判官が完全に責任を負わねばならないところの彼自身の道德的判断があるであろう。立法者も同じ状況にある。若し立法者が将来の法の中で強姦の後の墮胎を可罰性なしと規定しようとして決意するならば、彼が個々の事件において判断を母親に委ねることによつて胎内の子供の生命に対する保護をその限りでは拒むことになるが、立法者自身道德的判断をなしているのである。ここでも今や、このような解決の正しさや不当さについて何も言われてはいないのである。次のことだけはつきりと強調されねばならない。これらの問題において自己に責任のある道德的判断を回避しうるなどという考えはとることが出来ないのである、と。

以上、立法者と殊に裁判所の使命につき言われたことは、はつき

アルトウール・カウフマン『現代の法哲学的状況について』

りとは見られていないにせよ、別段新しいことではない。立法者と裁判官は——勿論それだけではないにせよ——一つの共同社会の道德的良心であり、その道德的意識は共同社会の意識を代表している。⁽⁴⁰⁾しかし、彼等はこの責任を今日、どのようにして負うことが出来るであろうか。いたるところで混乱があるのに、どうすれば正道を見出しうるであろうか。たしかに立法者や裁判官は彼等自身の非常に人格的な確信を他人に決して無理強いしようとはすまい。彼等は現代にふさわしい立脚点を見出すときにはじめてその使命を制御しうるのである。かくて現代法哲学の位置の決定という関心事はその現実性を全く得たのである。我々はどこに存するのであるうか。

(21) Weacker, JZ, 61, 337 ff.

(22) ワインカウフ、ウイーアッカー、フリッツ・マ・ヒッセル、ヘルハルト・シュミット、フリッツ・ウエルナー等の論文の附された議事録を見よ。

(23) BGH, St. 6, 46, 6, 147, 4の2, BGHZ, 28, 375, B. Verf. GE, 6, 389 ff. を見よ。

(24) Eb. Schmidt, Die Sache der Justiz, 1961, S. 44. シェットト自身は“裁判所は成文法律によつて与えられた限界を越える勇氣をもたねばならず、不文法へつき進むこと”をおそれてはならないという考えを告白している。しかし“成文法律”と區別された“不文法”は何であるかについて答へはない。

(25) 私はここでラレンツの立派な(Hirsch, JZ, 62, 329 ff. ははげしく攻撃しているが)、法学方法論(一九六〇年)を指示する。法倫理的原理の問題につき、非常に紹介するところ多いのは、同書一二

- 八頁以下、二五五頁以下、三一四頁以下である。
- (20) この関係を説明する試みを私は「法律と法」(註1)なる論文の中で行なった。
- (21) Weinlauf, *Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, NJW 60, 1689 ff. という教訓的な論文を見よ。
- (22) BGH St. 17, 230.
- (23) ところが、聯邦裁判所の立場からは民法一三〇条はどのように説明せられようか。民法はここでは自己の狼狽行為により、処女を失った花嫁に損害賠償請求権を与えるであろうか。ともかくも問題である。
- (24) Gallas, JZ, 60, 649 ff. を参照。
- (25) Württemberg, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 2. Aufl. 1959. Anm. 61. の註釋 40-42. A. Arndt, a.a.O. S. 6 ff.; Englisch: *Einführung in das juristische Denken*, 2. Aufl. 1959, S. 125, 192 f.; Eb. Schmidt, *Die Sache der Justiz*, S. 42 ff.; Evers, a.a.O. ならびに註(22)に引用した議事録中の論文。
- (26) Weinlauf, NJW 60, 1692 は「自然法的命題が仲介する内的確実性の感情」を裁判所によつて認められた「自然法的命題に対する真実の基準」と名付ける。
- (27) この点について「法哲学的相対主義に関する私の論文註(9)」を参照。
- (28) 「倫理的価値の本質」といふ Nicolai Hartmann, *Ethik*, 3. Aufl. 1949, S. 119 ff. 40-42. *Zur Grundlegung der Ontologie*, 3. Aufl. 1948, S. 305 ff. を見よ。
- (29) この点については、一方では Eb. Schmidt, *Empfiehlt es sich, dass der Gesetzgeber die Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt?*, *Autachten für den 44. Deutschen Juristentag*, 1962, S. 136 ff. 2 Grünwald, *ZStR*, W. 73 (1961), S. 5 ff. 又他方では Schwalm, *Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht aus der Sicht des Juristen*, 1961, S. 21 ff., JR, 62, 689 ff. など(註9を参照)との間の競争を参照のこと。
- (30) BGH St. 4, 24.
- (31) Eb. Schmidt, JZ, 54, 374.
- (32) Eb. Schmidt, *Gutachten*, S. 140.
- (33) Eb. Schmidt, *Gutachten*, S. 140.
- (34) この考え方は私に Schuldrinzip, S. 197 ff. を参照。40-42. Larenz, a.a.O. S. 219, 222. を見よ。

七

哲学においては個別科学、殊に自然科学におけるとは異なり、本来的な進歩はない。我々は今日、アリストテレス、聖トマス、或はカントよりも進んでいるということは出来ない。根本的には、それをめぐつて論じられ、決して終局的な解答がなされない同じ問題なのである。自然法の反対者達は自然法の問題がともかく「解決」されることを望んでいるが無駄である。しかしながら、いつのときにも哲学の問題が同じように定立されることはないし、いつも哲学に同じやうに到達することはない。哲学は理念的には連続の哲学(philosophia perennis)ではあるけれども、歴史の法則の下にある。

つまり、そこでは実際、合法則性が問題となる。そこでは偶然とか哲学者の気まぐれが支配するのでは決してない。ヤスパースは哲学の三つの起源、即ち驚きと疑問と感動があることを示した。⁽⁴¹⁾ それに
応じて、哲学の三つの基本部門がある。即ち、存在論と認識論と実存哲学である。これらの部門のそれぞれに全く特殊な態度、世界に
対する特殊な主体性が即応している。それぞれはその時期を有して
いる。

客観的な、まず存在に向けられた哲学はすべて、あらゆる驚異の
うちの驚異に対する驚き、即ち存在者が存在し、無はむしろ存在し
ないということが始まる。このことはプラトン、アリストテレス、
聖トマス、ゲーテに見られる。我々によつて創られたのではない世
界の現存在に対する驚きは知識欲、問いへとかり立てる。何故な
ら、私が何も知らないということを見れば驚くからである。存
在者があるのであつて、無は存在しないという根拠は何かを私は知
りたいと思う。これが存在論の問いである。

存在論は存在信頼に基づき、我々の思惟から独立している存在者
が存在することから出発する哲学である。存在論は客観主義
的な形而上学である。存在論は存在に向かい、意識には向かわない。
人間は事物に対しては量を与えるもの (massgebend) としてでは
なく、量を受けるもの (massempfänglich) として関係する。

このような存在信頼に基づき、客観的現実に向けられた哲学はそれ
自体の中でしつくりし、確固とした基礎に立ち、殊に自己に対する
信頼をも有する時代においてのみ可能であること勿論である。存在

論が支配的な哲学的思惟傾向を現わしているのは精神的及び文化的
な婚礼においてであつて、それはアリストテレスにおける古典的古
代の盛期、聖トマスにおけるスコラ哲学の最盛期、ヘーゲルにおけ
るドイツ観念論の絶頂期がこれであつた。

客観主義的法哲学も驚きから、即ち存在ははじめから秩序と形姿
を自からの中にひめ、事物や諸関係の自然的秩序が存在し、人間が
或る共同社会の形で共同生活をしているところではどこでも根元的
にはすでに法もそこに在るのだということに対する驚きから出発す
る。ここでも人間は耳を傾ける者 (Zuhörer)、基準を合わせる
者 (Massnahmen) であつて、自分で決定する者ではない。存在自
体以内在する、人間的礼儀の諸法則について驚きの感にとられた
ことのない者は、自然法の問題を決して解さない。法を人間の創つ
たものと考え人は如何にして客観的に正しく、存在になつた法
への問いを提出することすら出来ようか。真の自然法論は法がその
本質上、我々の思惟や意欲から独立して存する現実性と解されると
ころ、法の存在性が拒まれないところでのみ可能である。自然法に
とつては存在以外の他の妥当根拠はありえない。自然法論は結局は
常に法存在論である。だから、自然法の最盛期は存在論の最盛期と
一致する。自然法は原則的な存在信頼の基礎に立つて栄える。自己
及び世界への信頼を有する世代のみが自然法に向かう。フェヒナー
は、自然法は人類の自己欺瞞ではなくて、⁽⁴²⁾ 彼等の最高の尊嚴の現わ
れであり、同時に西欧の偉大な冒険である……と書いている。

このことから、自然法の「論破」とか「克服」とかを口にするこ

とがいかに愚かなことであるかが分る。なるほど、特定の自然法論を論破することは出来るが、自然法思想自体は決して論難しうるものではない。自然法への決断は前科学的な領域に入る。自然法とよばれる何物かがあるということについての驚きは人間の原経験であり、これはあらゆる科学的反論を嘲笑する。

すべての客観主義的哲学のはじめに驚きと信頼があるとすれば、主観主義的哲学の基調は不信と疑問である。感覚は我々を欺かないかどうかは確かでなく、我々が常にくりかえし認識活動において間違ひ、又我々の思考は解決しえない矛盾にとらわれるが故に、我々が知覚し、認識すると思うことすべてがまず問題とされ、かくしてこのようなラディカルな疑問に堪え、ついで実際に確実性とみなされるものは何かが明らかとなる。デカルトが「省察」（一六四一年）の中で、懐疑しうるものの懐疑を原理にまで高めたとき、我々の認識の確実さ、「明らかでかつ確固とした概念」を問題とした。カントが「純粹理性批判」（一七八七年）の序において「信仰に席をゆずるために古い形而上学の外見の知識を放棄せざるをえなかつた」といつたとき、これを問題としていたのである。

疑問をもつて哲学しはじめるところでは、世界に対する主体性は別のものになる。それ自体存する事物に視野が向けられるのではなくて、思惟する主体に向けられる。根元的なもの存在ではなくて意識であり、存在は意識の産物と説明される。すでにプロタゴラスが言つたように、人間はすべての事物の尺度となる。哲学は全く主観主義的なものとなり、それは意識哲学になる。それによれば哲学

的根本問題は次のようになる。即ち、私はいかにして私の意識から「外界」・認識になるであろうか。つまり、私は如何にしてそもそも何かを知りうるか。まず問題なのは事物、対象、存在ではなくて、認識、意識、方法である。存在論ではなくて、今や認識論が第一哲学である。ゲーテがカントの哲学をかつて非難したことは、哲学は「もはや客体とはならない⁽⁴³⁾」ということが余りにも容易に生じる。もはや、存在を信頼して理解せず、永遠の疑問にとらわれているこのような哲学は或る時代の最頂点がすぎ、解消的傾向が始まつたこととの確かな徴候である。ゲーテはかつてエツカーマンに言つた（一八二六年一月二九日）。「私は貴方に或ることを打ちあげたいと思ふ。貴方はそれを生涯でしばしば確認されるであろう。後退中で解消中の時代はすべて主観的であるが、これに反して前進中の時代はすべて客観的方向をとる」と。このカントの同時代人はさらにつけ加えて「今日はすべて後退的時代である。何故なら、今日は主観的時代であるから」と。

ここに述べたことは法哲学にとつても、全くその通り妥当する。そのはじめに当つては、存在の中に先在した秩序に対する驚きがあるのではなくて、このような秩序がそもそも存在するという懐疑があるならば、まず第一にはもはや正しい（存在にかなつた）法への問いではなくて、シュタムラー⁽⁴⁴⁾がいつたように「法の知」に関する問題である。ここでも存在は意識の産物と解されている。法には独立の存在性が否認され、法は名目的概念にすぎず、立法者の権力完全性から創られた法律についての集合名称である。自然法の理念は

もはや全く理解されない。自然法則において、“科学的普遍化”以上のものしか見ることが出来ない、と同様に、自然法を“理論の創造物”と説明する。そして、法理論、方法論、一般法学以上のものは法哲学には何も残らない。このことも墮落現象としか解されない。⁽⁴⁵⁾

哲学することの第三の起源は、人間が現存在の“限界状況”の前に立たされたとき彼を襲う実存的感動である。つまり、人間がそれを超えることが出来ず、変えることの出来ない、そして人間（又は全人類）がその現存在の限界、日常的に心配する世界の無・終局性をその中で経験する状況、即ち、責任、病、死、戦争、悪疫、文化の頹廢、民族の下降がこれである。この種の限界状況を意識すること、自己の弱さと無力さに気づくことはすでにエビクテトスが言つたように、態度決定や人間の現存在の意義に対する問いへとかり立てる。すべては人間がこの限界状況にいかん身を処するかにかつている。人間はそれらに対して目をとじ、それらが存在しないかのように行為することも出来、それから、他日、事実上それらによつて支配されることもありうる。大量の現存在(Massendasein)は現存在の非本来性、欠損(Defizienz des Daseins)の仕方である。人間は限界状況に決然として身を処し、それらを意味深く、その計画とか行爲に挿入し、かくてその自己意識の変容によつて彼自身となるときにはじめて、真の実存、現存在の本来性に到るのである。実存哲学に於てはそれに関連するのである。実存哲学は人間によびかけて、彼がその本質に対して決断し、それによつて自己自身を実現するに

至ることによつて、単なる無為徒食という非本来性への逃避に妥容しないように抵抗せしめるのである。

上述したところによれば、我々は或る時代が破局にあり、危機にあるときにとくに実存哲学に出会うということは驚くに当らない。

実存哲学は典型的な転換期の哲学である。我々はその名前をとらないにせよ、古代の劈頭に當つてソクラテス以前の者に、中世の初頭でアウグスティヌスに、近代の黎明に例えばパスカルにおいて実存哲学に遭遇する。実存哲学は再び我々の時代、つまり新しい、まだ名前のない第四の時代への移行期の哲学である。

法の領域においても、実存的感動、限界状況の自覚、絶対的価値という基準ではかつて、我々の現世的な法やその窮極的な問題性を止むを得ず拒まねばならない経験がある。かつて、ラートブルフは悪しき良心をもつ者、“その職業生活のいかなる瞬間においても、自己の職業が必然的に深く問題となりうるものであることを完全に意識している”者のみが良き法律家たりうるといつた。⁽⁴⁶⁾これは全く実存哲学的に考えられている。我々の手にとどくものと同じく、法の有限性、不完全性及び不充分性に目をつぶる法律家は法に盲目的に墮し、彼の全運命をささげる。これは法律のみに注目する法実証主義者の態度である。彼は政治権力による法の倒錯化に対して無力である。法実証主義は実存哲学的に考察するならば、法の非本来性、欠損の仕方である。実証主義はまず第一には態度であり、法に対する立場であつて理論ではないことを知らねばならない。従つて、法実証主義の克服は反対理論、他のイデムの定立によつて達成

されるのではなくて、我々が法実証主義によつて法をおびやかす危険——勿論法実証主義によつてのみそうであるわけではない——を意識し、この危険に遭遇するという決意をそこから得ることによつてのみ達成しうるのである。

- (41) Jaspers, Einführung in die Philosophie, S. 18 ff
- (42) Fechner, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1962, S. 221
- (43) Goethe, Briefe an Schultz vom 18. 9. 1831
- (44) R. Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1923, S. 14 ff
- (45) Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 10. Aufl. 1961, S. 249 f. を見よ。
- (46) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 208.

八

精神的な展開の徴候を理解する力のある者には、現代が終焉であり我々は転換期に居ると言うことは疑問の余地がない。転換期は危機の時代である。何故なら、古い世界が分裂し、古い世界の立脚していた柱がもはや支ええなければ、人間の自己安定性は消え去る。そして、不安定、おびやかされているといった感情、ヘーゲルやさらにはマルクスもが自己疎外、人間の自己外存在とよんだ全く独特な構造が人間を襲う。

我々の法理解も危機の中にある。本論文において明らかにされた筈であるが、現代法哲学はしらすしらす不安定性、頼りなさ、意気

粗喪の徴候を明らかに示している。我々は自身を新しい自然法概念に高めることは出来ない。今日、我々が有するものは個々の手さぐりの試みにすぎず、それらについて、はたして確かに岸に達しうるかどうかはまだ分らないのである。しかし、若し我々が今世紀の経験聞き流そうとしなければ、もはや法実証主義者ではありえないのである。では、何が残されているであろうか。

「しかし、危険のあるところに、救うものもまた生じる」とヘルダーリンは言う。救う者は多くの人が危機を意識することの中にある。そしてこの危機意識が本論文の冒頭で言つた哲学および法哲学の再生の根拠である。我々の全精神生活並びに肉体的実存の危険な威嚇、途方もない捨て鉢と喪失の感情が再び熟慮することになり導いた。今日では、未来を暗い色で描くことになれている。しかし、現況は例外がそれを確認するのではあるが、時代の危険に全く盲目な世紀の変り目の時代よりもはるかに希望がある。

今日、現代の思考方法はなお、自然主義、実証主義、合理主義、相對主義の色調を示していることは疑いない。しかし、これらは昨日の思考方向である。将来は現実的なもの、具体的・実存的なもの、存在するものへと向うという特色の下にある。過渡期の哲学としての実存哲学は、それ自身が過渡期のものにすぎず、問題はそれがどこに至るかということすべてはかかつている。実存哲学は特にサルトルにおけるように、人間を逃げ道のない主観主義と虚無主義へとかり立てる。しかし、実存哲学は自分自身をこえて、自分自身の外で現実との重要な関係に到達するために実存的孤独の絆が破られ

る領域、主体自身が存在的となる領域へと出てゆくことも出来る。

この積極的な、虚無主義でない方向は今日では明らかに前面に出ている。我々はそれの最も特徴的なものとして、これもフランス人のガブリエル・マルセルに見出す。彼は懐疑への誘惑を実際に克服するという、危機から生じる行為を希望の中に見、それ故に希望をいわば危機の果実であり、本来の意義であると名づける。ボルノウも又、全く同じように、ともにハイデッガーにおいて中心点に置かれた実存的不安とそれから結果する決意は重要な根拠としての希望を前提とし、この希望がなければそれらは虚空をつかざるをえないのである、⁽⁴⁹⁾と示した。かくて実存哲学は、「一時的な、歴史的な危機状況の現われ」⁽⁵⁰⁾であり、それは新しい存在及び現存在理解への道がそれを通して導くところの門、生活と関係のない客観主義に再び墮さないために実存的危機によつてその道を意識しつづけねばならない新しい存在論への道である。我々が現代哲学と法哲学について論じたつたすべてのことにもかかわらず、それは希望の要素をもちこんでいる。⁽⁵¹⁾

だが、ここでいまい何をなすべきであらうか。

第一には誠実かつ虚心に、標語とか合い言葉をやめて我々の法理解の危機を意識し、いわばそれを告白しなければならぬ。パウエル・ティリツヒがその平和講演の中で語つた、限界を知るといふことこそが今日重要である。これによつてはじめて、我々はふたたびかつて危機からぬけ出た法に対する態度を得るのである。ヤスパーはかつて「死に直面して本質的に残るものが実存的になされるも

のである。滅びるものは単に現存在であるにすぎない」といつた。⁽⁵²⁾我々はそれを言いかえて、いかなるときでもありうる法の倒錯に直面して本質的に残るものが永続する、としたい。

そのような態度は、いまだ解決ではないのに、一応の成果へと余りにも早く到達しようとすることに對して戒心せしめる。現代は大きな概念とか体系とかの時代ではなくて、端初とか基礎とかを新たに考慮する時代である。古い基礎はもはや支えることが出来ないように思われるから、我々はまず建造物を創る前に新しい基礎を置かねばならない。具体的に言えば、我々が今日法哲学において例えば「事物の本性」又は「責任刑罰」或は全く端的に「法」の問題をとりあげると、我々は性急に待つている法律家にすぐ実際的な結果を提供するという誘惑に對抗しなければならぬのだが、むしろまず存在論的基礎という根元的使命に着手しなければならない。従つて問題は「事物の本性」という曖昧な概念を用いて表現するものによつて存在論的事情に何をなすのかといわねばならないであろう。⁽⁵⁴⁾法はいかなる存在論的構造を有するのか。⁽⁵⁵⁾責任原理の存在論的内容は何であり、それは法に如何なる作用をするのか。基礎についてのこのようなな仕事は労多く、忍耐を必要とする。しかし、我々はまず歩むより先に、最後の歩みをするなど出来ないのである。

以上述べたことから、それ以上の要請が明らかとなる。我々が今日解決をしていない倫理的問題と法哲学的問題に對して、立法者は、道を譲らなければならぬ。この問題は学問、特に裁判については未解決であらざるをえない。即ち、立法者はあらゆる規制を控えな

ければならない。従つて、例えば倫理的適応症の問題において、具体的場合における甚だしい相違とか、ここに存する完全な不確実さに当面して法律がこの関係で胎内にいる人間の生命に法的保護を明白かつ一般的に拒むということも可能ではなく、さらに、例えば数人の子供をもつた、幸福な結婚生活を送つていた母親が酔漢によつて強姦され、心ならずも生じた妊娠を中絶すること以外にはその危急から自分を救うことができないという場合に、つまり、たとえ母親が非常に精神的に懷疑を抱いた状態でその行為に決意したときですら、母親をそのような事態においていかなる場合にも処罰するというのがごときことは、とうてい堪えうるものではないのである。法律はこの問題を抑圧することは出来ても、決して解決することは出来ないとするのが物事のありのままの姿である。裁判は個別事件の諸事情を注意して考慮することで次第に一つの線を作つてゆかねばならない。そのためには、例えば刑法二一八条は判例が医学的適応症の問題で道を見出すことを妨げなかつたように必ずしもまず立法が待たれる必要はないのである。

かくして我々はより広い視点のすぐ近くに到達した。自由社会においては法律は何等かの、一面的な世界的、宗教的、政治的立脚点に固定してはならない。何故なら、もしそうでないとその見解にのみすることの出来ない者は必然的に良心の衝突に陥らざるをえないからである。ウェルナーは第四回ドイツ法曹大会の祝賀講演で、過渡期の倫理には寛容がこれに属すると説いた。⁽⁵⁷⁾ 寛容というのを正しく解する限り、これは良い言葉である。ドイツでは歴史的な諸制

約により、寛容という概念がよく無関心と混同されている。これは非常にうつたえられている。真の寛容は自己の倫理的確信の基盤の上のみ生じうる。人間の道徳的尊厳を尊重する者のみが、他人の人格を顧慮し、(単に“共存”のために戦術上の理由で忍耐するのではないのであつて)、自己の良心をもつてまじめに考える者のみが他人の良心をけがしたのではないかという不安を知るのである。倫理的に無関心な立法者や裁判官は寛容たりえないであらう。

しかしながら、倫理の領域で一般的な不安定さの時代には、立法や裁判は出来る限り根元的、単純な道徳性という領域に限らねばならず、決して任意に歴史上に交替して現われるのではなくて、普遍人間的なものを表わすところの共同社会生活の根本命令に限らねばならない。⁽⁵⁸⁾ 多くの時代において個々の人間は義務の履行に最少限度のことしかなしえないと同様の関係は——勿論、比較的大きな時代区分につき測つたものではあるが——共同社会にもある。必ずしもあらゆる世代が倫理及び道徳の同じ高さにまで高まりうることはない。だが、非常に深刻に動揺した時代ですら持ちこたえる何物か、つまり、根元的倫理がある。従つて、ここにも歴史性が存する。一例をあげれば、死刑にそもそも倫理的根拠があるとすれば、おそらくその根拠は、すべての人に明瞭な根元的な道徳“汝殺す勿れ”の領域をはるかに超えるのである。すべての他の議論を妥当せしめないようにしようとするものは、少くともこの観点の下では死刑を現代には適さないものと認識する筈である。

最後に一つ。今日、程を守る、ということにつき多く論じられてい

る。このことは又、まさに立法者に妥当する。ここではもつとひどく多くの過まちが犯されている。法律実証主義の精神がなお支配しているから、人は法を完全に法律の中に表現しようとし、法律を完璧なものにしようとする。新しい刑法典に対してなされねばならぬ決定的な非難は、その道徳化という非難よりは理論主義、完全主義という非難である。現行法の控え目な、それ故に賢明な錯誤の規定一カ条に一〇倍もひどく複雑な、それ自体に矛盾の多い草案の錯誤の規定が対立しているということ指摘することによい。一九六〇年草案で正当にも医師の説明義務の規制を断念していたのに、一九六二年草案ではこまかな個別具体論で補充されたのだつた。この点やその他の多くの点で立法者はその権限を超えた。一九六二年草案のような完全主義の法律は施行される前ですら改正を必要とするであろうことは予言するに難くない。草案はまだ余りにも昨日の実証主義的精神を呼吸している。それは法を硬直化する。

現代は大きな立法作業の時代ではなくて、具体法をめぐる争いの時代である。それ故にもう一度、程を守れといたい。程をもつもののみが、程を守ることが出来る。すべての程の尺度は存在である。存在から見れば、法律の前に法がある。

(47) これに「キ」 Guardini, *Das Ende der Neuzeit*, 5. Aufl. 1954 を見よ。

(48) G. Marcel, *Homo viator, Philosophie der Hoffnung*, 1949

(49) O. F. Bollnow, *Die Tugend der Hoffnung: Eine Auseinandersetzung mit dem Existentialismus*, in: *Universitas* 1955, S. 153 ff.;

「アルトワール・カウフマン『現代の法哲学的状況について』」

ders., *Neue Geborgenheit: Das Problem einer Überwindung des Existentialismus*, 1955

(50) Bollnow, *Existenzphilosophie*, 4. Aufl. 1955, S. 128.

(51) これに「キ」 Arthur Kaufmann, *Recht als Mass der Macht*, in *Stimmen der Zeit* 163 (1958), S. 22 参照。

(52) *Frankfurter Allgemeine Zeitung* Nr. 224 v. 26. 9. 1962

(53) Jaspers, *Philosophie*, Bd. II, S. 223.

(54) 殊に「Maihöfer, *Die Natur der Sache*, ANSP 44, (1958), S. 145 ff. を見よ。

(55) 上記「註(8)」参照。

(56) 責任原理に関する私の著書の法哲学の部分ではこの窮極の問題が論じられた。ホイスリング (*WZ*, 1962, 355 ff.) は包括的人間学の欠けていることを主張し、これがそが法存在論のために形成されるべきであつたと考えている。しかし、これでは私の関心を全く誤解したのである。

(57) *Frankfurter Allgemeine Zeitung* Nr. 218 v. 19. 9. 1962

(58) これに「キ」 Bollnow, *Einfache Stilleheit*, 2. Aufl. 1957, bes. S. 20 ff. を見よ。

九

近代の初頭、力への帰依があつた。自然に対する力、法に対する力、人間に対する力。世界は変革されるべしとマルクスは言った。マルクスは今日、大きなモードである。だが、「モードの中に」あるものはすべて、すでに老朽化してしまつた。最後に、我々はマルクスのテーゼを再び倒立せしめる。

アルトウール・カウフマン『現代の法哲学的状況について』

これまで、哲学者の関心は世界を、変更することであつた。今や世界を、新たに解釈することが重要である、と。

一九六四・三・一五・訳稿

〔訳註〕 コンテルガンというのは、或る睡眠剤の商品名であつて、我が国で一大センセーションを惹起した、サリドマイド系の成分のものである。この薬品は特に妊娠中の婦人が服用すると、奇型児を分娩する作用があることが証明されて、発売禁止となつた。

この薬の名はベルギーのリエージュにてあざらし状の四肢をもつた子供を若い母親が殺害した事件で、世界中の注目を集めた。

右の事件で、その不幸な母親が無罪となつて、論議をよんだ、これと類似の事例で、この薬を服用していた母親が、不具の子供の生れることをおそれて、妊娠中絶をすることは許されるか否かについても論じられた。

いずれにせよ、右の薬剤は薬局等から回収されたが、これによつて奇型児となつた不幸な子供はドイツだけでも数千名にのぼるといわれている。

以上は、四月一二日附のカウフマン教授の私信によつた。