

翻訳

グスタフ・ラートブルフと「壁の射手」

ホルスト・ドライアー 著
押久保 倫夫・当山 紀博 訳

目次

- I. Das Thema in seinem Umfeld — 本稿のテーマと関連事項
 - 1. Anlaß der Untersuchung — 本研究の契機
 - 2. Juristische Vergangenheitsbewältigung? — 法による過去の克服?
 - 3. Die Mauerschützen-Fälle — 「壁の射手」事件
 - 4. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft — 法学の任務
- II. Die Radbruchsche Formel und die Bewältigung der NS-Vergangenheit — ラートブルフ定式と、ナチスの過去の克服
 - 1. Person und Werk Gustav Radbruchs — ラートブルフの人物と業績
 - 2. Die Radbruchsche Formel: Inhalt, Bedeutung, Rezeption — ラートブルフ定式: 内容、意義、受容
- III. Renaissance der Radbruchschen Formel in den Mauerschützen-Prozessen — 「壁の射手」裁判でのラートブルフ定式のルネッサンス
 - 1. Die maßgebliche Rechtslage nach dem Einigungsvertrag — 統一条約後の法状況の概要
 - 2. LG Berlin (Fall Gueffroy): Offener Rückgriff auf Radbruch — ベルリン地裁 (ゲフロイ事件): ラートブルフ定式への明瞭な回帰
 - 3. BGH: Ausweichstrategien gegenüber der Radbruchschen Formel (Völkerrecht und “menschenrechtsfreundliche Auslegung”) — 連邦通常裁判所: ラートブルフ定式を回避する戦略 (国際法と「人権適合的解釈」)
 - 4. BVerfG: Indirekter Rückgriff (Fälle “extremen Unrechts”) — 連邦憲法裁判所: 間接的言及 (「極端なる不法」の諸事例)
- IV. Strafbarkeit der Mauerschützen qua Anwendung der Radbruchschen Formel: Analyse und Kritik — ラートブルフ定式の適用による「壁の射手」の可罰化: 分析と批判

グスタフ・ラートブルフと「壁の射手」(押久保・当山)

1. Anwendungsprobleme des Naturrechts — 自然法適用の問題
2. Rückwirkungsverbot (Art.103 II GG) als Hindernis?
—— 遡及効禁止 (基本法第103条2項) はハードルとなるか?

V. Zur Angemessenheit strafrechtlicher Reaktion — 適切な刑法上の対応について

【原著】

Dreier, Horst, Gustav Radburch und die Mauerschützen, JZ 1997, S.421-434

©Mohr Siebeck Tübingen

「壁の射手」裁判の中心は、いわゆるラートブルフ定式である（Ⅰ., Ⅱ. 参照）。連邦通常裁判所はドイツ民主共和国法自体を国際的な人権に適合するように解釈することで、東ドイツ側の国境警備兵に有罪判決を下す戦略を用いたが、それでは不十分だということは明らかである（Ⅲ.）。それゆえに、基本的な正義原則への受忍不能な程の衝突を理由として、当時の国境警備兵の行為を正当化する事由を無視することができるかどうかということが、決定的に重要である。この議論と結びつく法哲学的問題（ラートブルフ定式との関連、個々の行為の処罰根拠としての自然法）、そして憲法上生じる問題（基本法第103条2項）について批判的分析を加える（Ⅳ.）。全体として筆者は、（連邦憲法裁判所の1996年10月24日判決も含めて）広範に及ぶ裁判と、学説における多様な意見を評価した結果、当時有罪を阻んでいた遡及効禁止というハードルを克服するには憲法改正が必要であったのだという帰結に至る。もちろん、憲法改正に踏み出すのに十分に重要かつ妥当な根拠が存在するかどうかは、甚だ疑問である（Ⅴ.）。

I. Das Thema in seinem Umfeld — 本稿のテーマと関連事項

1. Anlaß der Untersuchung — 本研究の契機

1996年9月、ベルリン地方裁判所は、旧東ドイツ国境警備隊の司令官数名に對し、東西ドイツ国境における殺人の罪で数年間の自由刑判決を下した¹。裁判長は、その際読み上げられた判決理由²の中で「この裁判の——唯一の、ではないが——核心問題」として、「起訴されている事件に対してラートブルフ定式を適用することができるかどうか」という問題を取り上げている。この法倫理的な定式は、明らかに過去10年間で最もセンセーショナルで重大な事件に属する当該刑事裁判の中心を成している。ここで強調しておくべきは、関連する連邦通常裁判所の裁判、並びに連邦憲法裁判所の1996年10月24日の決定³で明らかになったこと、つまり、いわゆる「壁の射手」事件においては、ラートブルフ定式こそ最も重要であり、そして本稿でより正確に説明するだけの価値がある、ということである。法哲学的にも憲法学的にも興味深い問題は、実効的で貫徹性のある事実としての秩序が、人権と根拠ある法的確信といった、より高い規範的次元による統制を受けるかどうか、そして——それが肯定される場

* 本稿は、著者が1997年1月15日に行った、バイエルン州立ヴュルツブルク・ユリウス・マクシミリアン大学法学部での教授就任記念講演に加筆修正し、脚注を付けたものである。

1 1996年9月10日判決についてはFAZ Nr. 212 v. 11.9. 1996, S. 1, 2を参照。

2 FAZ Nr. 214 v. 13.9. 1996（要約版）、S. 6より。続く引用も同紙からのものである。

3 BVerfG JZ 1997, 142 m. Anm. C. Starck.

合——個々の可罰性を根拠付けうるかどうか、という問題である。それゆえさらに、その点において法秩序と社会的現実とが互いにどのように関係しているのか、ということが問題となる⁴。以下ではこれらの点について述べてゆきたい。

2. Juristische Vergangenheitsbewältigung? —— 法による過去の克服?

以下に検討する「壁の射手」裁判では、空間的な理由からいわゆる政府による犯罪行為の特殊性をも曖昧にしておかねばならず、いわゆる「法による過去の克服」⁵の限られた一部分しか取り扱われなかったのである。問題となる領域にはさらに、旧東ドイツのスパイ事件⁶や弁護士認可⁷、選挙結果歪曲による有罪判決⁸、旧西ドイツからの郵送による送金に対する体系的横領の罪の免除⁹、もしくは旧東ドイツの裁判官による法の歪曲事例¹⁰といった、総じて、極めて議論の必要性の高い事案が含まれる。

4 本稿にまとめられている教授就任記念講演は、1996年の夏学期と、1996年・97年の冬学期にヴュルツブルグ大学法学部にて「社会的現実と法秩序」というテーマで行われた開講科目の一部である。

5 1991年のギーセン国法学者大会におけるテーマ“Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtstaatlichen Vergangenheit”におけるC. Starck, W. Berg, B. Pierothらの寄稿, in: VVDStRL(Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer) 51(1992), S.7ff., 46ff., 91ff. を参照。さらにA. Blankenagel, Verfassungsgerichtliche Vergangenheitsbewältigung, in: ZNR 13 (1991), S.67ff.; E. Jesse, “Entnazifizierung” und “Entstasifizierung” als politisches Problem. Die doppelte Vergangenheitsbewältigung, in: J. Isensee (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992, S. 9ff. (27ff.); W. Odersky, Die Rolle des Strafrechts bei der Bewältigung politischen Unrechts, 1992, S.3ff.; R. Dreier, Juristische Vergangenheitsbewältigung, 1995, S.19ff., 24ff.

6 BVerGE 92, 277 (Klein, Kirchhof, Winterの個別意見, S.341ff. =JZ 1995, 885, 891); これに対する批判としてK. Volk NstZ 1995, 367ff.; C.D. Classen NSTZ 1995, 371ff.; T. Hillenkamp JZ 1996, 179 (180f.).

7 BVerGE 93, 213 =JZ 1996, 674 m. Anm. Henssler; これに対する批判として, M. Kleine-Cosack DtZ 1996, 98ff.

8 BGHSt 39, 54; BGH NSTZ 1995, 126 を参照.; これに対する批判として, H.-L. Schreiber ZStW 107 (1995), 157 (175ff.).

9 BGHSt 40, 8 (16); 40, 169 (180); Großer Senat des BGH v. 25.7. 1995, BGHSt 41,187 (194) = JZ 1996, 580 m. Anm. Otto; これに対する批判として, F.-C. Schroeder JR 1995, 95ff.

10 基本的判決としてBGHSt 40, 30; BGHSt 41, 247; BGHSt 41, 317 = JZ 1996, 861 m. Anm. Maiwald. 批判として G. Spendel JZ 1995, 375ff.; ders. NJW 1996, 809ff.; G. Bemann JZ 1995, 123ff.; F.-C. Schroeder DRiZ 1996, 81 (86ff.); T. Hillenkamp JZ 1996, 179 (181f.); H. J. Hirsch, Rechtsstaatliches Strafrecht und staatlich gesteuertes Unrecht, 1996, S. 23ff. ——見たところ、連邦通常裁判所の裁判の中には結果として手続が中止されたものが、かなりの数存在している。

さらに言えば、この様な法的な形式によって事後的に矛盾を克服するという方法には、それ以外の法的ではないあるいは単に刑法的ではない諸形式での克服と比べれば、抑制的であるという意味がある。そして最後に留意すべき点は、全体主義体制の過去を本質的な意味で克服することは決してできないということである——もちろん過去を、まるで悪夢のような国民の集合的記憶として扱い、沈黙のままに終わらせる、といったことをさせないように務めることはできる（そしてその様に努めなければならない）。

3. Die Mauerschützen-Fälle ——「壁の射手」事件

「壁の射手」事件については、あまり説明しなくとも十分に知れ渡っているだろう。これらの事件は、東西ドイツ国境の、壁際もしくは他の場所において、東ドイツ国境警備隊が、この国境を西ドイツ方向に越境しようと試みた人々、すなわち東ドイツで言うところの「共和国への逃亡 (Republikflucht)」の罪を犯し、「法律に反する越境」(東ドイツ刑法第213条)によって処罰されるべき人々を、その場で射殺した事件である。この様な事は御存知だろうが、ここでこの出来事の経緯を説明する実例を二つ挙げておこう¹¹。

《事例1》：1984年11月30日から12月1日にかけての深夜、東ドイツ出身のSが、先導者の助けを借りてパンコウ市区からヴェディング市区方向にベルリンの壁を越えようとした。彼はそこで、見張り番の国境警備兵2名に発見された。Sが先導者の上に乗った時、両方の兵士が、「連続射撃」に設定された彼らの銃からSに向けて何発もの射撃を加えた。その時、彼らの距離はそれぞれ100メートル以上あった。その射撃の際、(5秒以内の間に)一人は25発、もう一人は27発の弾丸を発射しており、Sは膝と背中銃弾を受けた。これは、12月1日の3時15分頃のことであった。5時30分近くになってようやく、Sは人民警察の病院に搬送され、そこで6時20分頃に死亡した。即座に医師による救命活動を受けていれば、彼は救われていたであろう。

2名の国境警備兵は——当時、同種の事件において常にそうであったように——当局から賞賛と表彰を受けたのであった。ただし、弾薬の浪費についての叱責は受けた。東西ドイツ統一後、1992年になってから、地方裁判所は少年刑法に基づいて被告人らにそれぞれ1年6カ月と1年9カ月の判決を下したが、どちらの刑罰も保護観察によって停止された。上告も退けられた¹²。

11 連邦通常裁判所がこれまでにに行った関連する裁判は10件以上に及んでいるが、その総てを説明することは困難である。以下の判決事例は、公式の判例集から引用した。

12 BGH v. 3.11. 1992, BGHSt 39, 1 = JZ 1993, 199 m. Anm. Fiedler = NJW 1993, 141 = EuGRZ 1993, 37. この事例にとりわけ関連のあるものとしてはR. Alexy, Mauerschützen,

《事例2》：1972年、29歳のWは東ベルリンからクロイツベルグの岸に向かってシュプレー川を泳いで渡ろうとした。彼を発見した2名の国境警備兵の呼びかけに、彼は反応しなかった。その後、兵士たちは二人とも腰に構えた「カラシニコフ」製の機関銃から短い射撃を繰り返した。Wは頭部に銃弾を受けて死亡し、川に沈んだ。彼の遺体は翌日になって初めてシリング橋付近で収用された。亡くなったWの未亡人は1週間後に行方不明届を提出した。4週間後、警察は彼女に、彼女の夫の遺体が博物館島の近くで収用され、指紋から本人と特定され、そして既に火葬されたということを伝えた。この事件は、自殺として扱われた。国境警備兵は2名とも、犯行当日の夜の内にその職務から解放され、その翌日には勲章と150マルクの報奨金を与えられていた。東西ドイツ統一後の1994年になってから、2名は地方裁判所から故殺の罪で保護観察付きの自由刑1年10カ月を下された。上告も退けられた¹³。

4. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft — 法学の任務

このような事例は——後に続く沢山の事例の代表として——間違いなくショッキングなものであり、そして東西ドイツ国境における数十年に及ぶ非人間的な行為を際立たせるものである。これらは必然的に、その種の悪行について報復と贖罪を求める声を喚起した。それゆえ、壁の射手と政治的な責任者の加罰性を巡る1996年10月24日の連邦憲法裁判所決定に対する以下に示すようなメディアの反響は、理解し、共感できるものである。その反響としては、これ——遂に——正義の感覚が満たされた・乱射した国境警備兵たちとその背後の者たちは逃れられない・そのような不法を追求することは正義の要求を満たそうとするものである、といったものがあつた。そしてシュバルツヴェルダー・ボテ (Schwarzwälder Bote) 紙の報道によれば、この判決は全くもって「究極的な正義の勝利」である、とのことであつた¹⁴。しかしながら、法的な分析は憤怒の衝動を鎮めるためにあるのではない。熱き心ではなく、冷めた知性を持って、この事例を観察すべきである。近代の文明的な裁判手続は、遅くともノーベルト・エリアス以降知られているように、総じて、感情や衝動の直接的表明を抑えることや、興奮や熱情を調整することに基づいている¹⁵。それゆえ、これらの、時には胸をしめつけるような事実を伴う事件を忘れることなく、我々は当該事例の法的な問題性を、憤激することなく公平な見地から (sine

1993, S. 7ff.; K. Amelung JuS 1993, 637 (判例評釈)。

13 BGH v. 26.7. 1994, BGHSt 40, 241 = NJW 1994, 2708.

14 FAZ Nr. 266 v. 14.11. 1996, S. 2の“Stimmen der Anderen”を参照。政治家の反応で肯定的なものとしては K. W. Fricke DA 1997, 4 (5).

15 N. Elias, Über den Prozeß der Zivilisation (1936), 2 Bde. 1976; 人物と業績については K.-S. Rehberg (Hrsg.), Norbert Elias und die Menschenwissenschaften, 1996を参照。

ira et studio) 把握してゆこうと思う¹⁶。そのために、まずは裁判所によって取り上げられた定式の提唱者を紹介し、定式そのものについて思い出してもらう。

II. Die Radbruchsche Formel und die Bewältigung der NS-Vergangenheit —— ラートブルフ定式と、ナチスの過去の克服

1. Person und Werk Gustav Radbruchs — ラートブルフの人物と業績

a) 1878年、グスタフ・ラートブルフはリュエバックの豊かな商家に生まれた¹⁷。彼はベルリンにて、フランツ・フォン・リストの下、刑法学のテーマで博士号を取得した。ハイデルベルグのカール・フォン・リリエントールに提出された教授資格論文も刑法分野のものであった。彼は1914年に初めて、ケーニヒスベルク大学において員外教授の地位を得て、同年には『法哲学』の初版を出版している。第一次世界大戦の後、彼はキール大学にて教授となり、その1年後にドイツ社会民主党員として共和国議会議員に選出された。当時は法律家が議員になるということは大変異例なことであり、ましてやそれが大学教授であるならば尚更であった。学術的な同業者の範囲を超えて彼を有名にしたのは、1921年にヴィース (Wirth: 中央党) 内閣の法務大臣として入閣し、その後1923年にシュトレゼマン (Stresemann: ドイツ人民党) 内閣でも同じく法務大臣を務めたことであった。実務面では、彼はとりわけ司法と刑法の改革に取り組んだ。女性が裁判官職に就くことができるようになったのは、彼の責任の下で作成された法案のおかげである。ラートブルフは1926年からハイデルベルク大学にて教授を務めていたが、1933年にナチスの「公職再建法 (Gesetz über die Wiederherstellung des Berufsbeamtentums)」によってその職を解かれた。彼の人格の絶対的な潔白性については、月日が流れても極僅かな疑念をも差し挟む余地はない。彼は重要な法律家の中でも、亡命をせず追放もされず、そして第三帝国において罪を犯すこともなかった、数少ない人物の一人であった。彼の道徳的權威の高さは、この清廉潔白さに由来している。1945年9月7日、ハイデルベルク大学は彼を再び教授に迎えたが、その3年後には彼は教職活動を終えねばならなかった。彼は重い病気を患った後、1949年11月23日に亡

16 M. Pawlik GA 1994, 472 (472), 「政治的ないし道徳的な過大要求に対して……刑法的な独自の問題把握に固執している」という指摘も参照。

17 ラートブルフの人物と業績については、以下のものを参照。E. Wolf, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4. Aufl. 1963, S. 713ff.; G. Spendel, Jurist in einer Zeitenwende. Gustav Radbruch zum 100. Geburtstag, 1979; A. Kaufmann, Gustav Radbruch – Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat, 1987.

くなった。

b) 先に述べた『法哲学』は1973年までに8版を数えているが、数あるラートブルフの著作の中でも、『法哲学』と並んで評価されるべきものを特別に選び出すのであれば、『法哲学入門』が挙げられる。この本はラートブルフの著作の中でもとりわけ読者が多く、そして数多くの翻訳が存在し、——『法哲学』から多くの内容が引用された「子ども」というだけでなく——総ての法学者にとって大変価値のある書籍である。彼の繊細で優雅な文体と、「筆跡の美しさ」¹⁸は、見間違えることのない目印として、ポール・ヨハン・アンセルム・フォイエルバッハの伝記や、もしくは『英国法の精神』の論文にも現れている¹⁹。

2. Die Radbruchsche Formel: Inhalt, Bedeutung, Rezeption

—— ラートブルフ定式：内容、意義、受容

a) しかしながら、ラートブルフの名声を不動のものにしたのは、彼の書籍ではなく、1946年の南ドイツ法律雑誌 (Süddeutschen Juristenzeitung) に掲載された、「制定法の不法と制定法を超える法」という綱領的なタイトルの短い論文であった。ラートブルフはこの論文の中で、例えばナチスへの密告者に対する刑事手続を背景として、どのようにして法的安定性と正義との関係を決定しうるのであるかという問題を取り扱っている。というのは、ナチスの制定法と、その制定法に基づく命令の妥当性と拘束性を(善意で?) 信じていたということ、被告人たちが再三に渡って主張していたからである。ラートブルフはこのことについて、以下のように記している。

「正義と法的安定性との間の衝突は、制定行為と権力によって裏打ちされた実定法が、内容的にはたとえ不正であり非合目的であっても、優位を与えられる、というようにして解決されうるのであろう。もっとも、正義に対する実定法の矛盾があまりにも耐え難い程で、その法律が『悪法』として、正義に道をゆずらなければならないような場合には、話は別である。こうした実定法が不正である場合と、不正な内容を持つにもかかわらずなお妥当している法律との間に、より鮮明な一線を引くことは不可能であるが、次のような場合には、先述の場合とは異なった境界線を極めて明確に

18 A. Hollerbach, Gustav Radbruch: neu- und wiedergelesen, in: FS Hans Maier, 1996, S. 209ff. (210).

19 ここ数年かけて、アルトゥール・カウフマン (Arthur Kaufmann) の編集によって、ラートブルフの論稿を収めた20巻構想の著作全集が刊行されており、今のところおおよそ半分まで出版されている。[訳者註: 2003年に、当初の構想通り全20巻完結]

引くことができる。つまり、正義が全く追求されていない場合、すなわち正義の核心を成す平等が実定法の定立に際して意識的に否認されたような場合には、そうした法律は、おそらく単に『悪法』であるに留まらず、そもそも法たる本質をおよそ欠いているのである²⁰。」

これがすなわち、様々なところに引用される、有名なラートブルフ定式である。この定式は20世紀の法哲学全体の文章の中でも、最も広く普及し、最も頻繁に引用されるものである²¹。

b) この定式の大ヒットは何に起因しているのだろうか？ まずラートブルフの絶対的で完璧な人間の清潔さと、彼の道徳的権威の高さに由来するのは確かである。そして他方ではそれ以上に、客観的な理由があると言える。定式の魅力は、該当するナチスの制定法を忌み嫌う当然の気持ちを、言葉にして表すことを可能にしているところにある。その定式は、ナチス体制の不法が道徳的、倫理的に矛盾していたということを強調するための媒体として機能していたのである。ナチス体制は、しばしば、法ないし法思想の「倒錯」とも言い換えられたが——これは相当に疑わしい言葉の選択ではある²²。何故ならこの言葉は病理学上の語彙だからである。ラートブルフの分かりやすい定理は、既に克服されたナチスの独裁体制に対しての、戦後期の法哲学的回答として適切なものであるように思われる。なぜならば、ナチス時代の不名誉な制定法の法的性格を単純に否認することこそが、最も明白かつ誤解の余地なく「第三帝国」の不法の実態を表現することができたからである。そしてこれが、妥当性理論についての中心的な言明だからなのである。つまり極端に不法な内容を持った特定の規範は、反価値的、非倫理的で、誤った、つまり倒錯した法だとみなされるだけでなく、それらはその法的性格を一切否認されるのである。ひとことで言

20 G. Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105ff. (107), wiederabgedruckt in *Gustav Radbruch, Gesamtausgabe*, Bd. 3 (= Rechtsphilosophie III), bearbeitet von W. Hassemer, 1990, S. 83ff.

21 定式に関する考察についてはとりわけW. Ott, Die Radbruch'sche Formel, Pro und Contra, in: ZSR n.F. 107 I (1988), S. 335ff.; H. Dreier, Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?, in: FS für Robert Walter, 1991, S. 117ff. m.w.N.; 同くH. Lecheler, Unrecht in Gesetzesform? Gedanken zur Radbruchschen Formel, 1994; F. Saliger, Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, 1995を参照。ラートブルフとイギリスの法学者であるハートによる「古典的」論争についてはH.L.A. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, Harvard Law Review 71 (1958), 593ff. (ドイツ語翻訳版: H.L.A. Hart, Recht und Moral, N. Hoerster, 1971, S. 14ff.)を参照。これについては、例えばW. Ott, Der Rechtspositivismus, 2. Aufl. 1992, S. 187ff.; H. Geddert, Recht und Moral, 1984, S. 217ff.

22 正当な批判としてM. Stolleis RuP 19 (1983), 1ff.

えば、「極端な不法(Unrecht)は非法(Nichtrecht)に突然変異する」ということである。ラートブルフは引用の最後に、この法的帰結を見まごうことなく明言している。ところで詳細に見ると、彼はこの法的帰結に対して、二つの異なった基準を挙げている。その一つは、実定法と正義の矛盾の(客観的に確定可能な)「耐え難さの程度」であり、もう一つは(むしろ主観的に理解される)正しい規則を追求しようという心構えが欠けていることである。このラートブルフ定式のヴァリエーションは、各種の文献の中では「受忍不能定式」と「否認定式」というように表記される。そして概して、正当にも前者のみに焦点が当てられるのであるが、それは後者の定式については正義を歪曲する意図を、実際には決して証明しえないからである²³。

c) このような形で、定式は連邦通常裁判所によって戦後処理の裁判に盛り込まれて行ったのであるが、もちろん、大抵の場合にはむしろ補完的なものに過ぎず、定式が常に決定的な意味を有していたわけではない²⁴。連邦憲法裁判所も、同種の事件の一連の判決において、直接名前を挙げているわけではないが、ラートブルフの立場を基礎としていた²⁵。すなわち、公務員の地位の継続性²⁶が争われた裁判の判決における示唆、そして何よりも、国籍法と、ユダヤ人からの不法な市民権剥奪の問題²⁷についての示唆がそれに当たる。しかし今日に至るまで、刑事手続の判決においての示唆されたことはない²⁸。すなわち、ドイツ再統一後に依拠できる、確定した憲法裁判は存在しなかったのである。

数十年の歳月が経過し、関連する訴訟が徐々に無くなってゆくにしたがって、定式は重要性を失って行った。10年前でもなお定式は、単なる法哲学の思考訓練として、もしくは単なるナチス体制について議論する哲学的な要素として見られることもあった。少なからぬものがそうであるように、定式を巡る状況も、

23 R. Dreier, Gesetzliches Unrecht im NS-Staat?, in: Strafgerechtigkeit. FS für Arthur Kaufmann, 1993, S. 57ff. (57f.); Alexy, Mauerschützen (Fn.12), S. 3f.; Saliger, Radbruchsche Formel (Fn. 21), S. 4ff.

24 (網羅しているわけではないが) 以下を参照。BGHSt 2, 173 – Standgerichtsurteil; BGHSt 2, 234 – (「否認定式」と強く関係している) Deportationsurteil; BGHZ 3, 94 – Staatshaftungsurteil. BGHSt 2, 333f.; 3, 357 = JZ 1953, 377 m. Anm. Lang-Hinrichsen; BGHZ 16, 350 = JZ 1955, 495 (jeweils ohne Erwähnung des Namens Radbruch) も参照。全体の詳細は、B. Schumacher, Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel, Diss. jur. Göttingen 1985, S. 90ff.

25 再度の参照となるがSchumacher, Rezeption (Fn. 24), S. 71ff.

26 これについてA. Blankenagel ZNR 13 (1991), 67ff. (70ff.).

27 BVerfGE 23, 98 (Leitsätze 1–3 und S. 106ff.) = JZ 1968, 422, これについてMakarov, S. 559; BVerfGE 54, 53 (67f., 74) = JZ 1980, 762.

28 正しい強調としてBVerfG, Beschluss v. 26. 10. 1996 unter C.II.1 b) cc) (2) = JZ 1997, 142 (144).

ドイツの再統一と、それによって改めて登場した、前法治国家的な過去の法学的な克服という課題によって変化したのである。そしてまたしても、人を引き付けてやまないラートブルフ定式の魅惑が見えてくる。定式は、これから説明してゆく「壁の射手」裁判において、注目すべきルネッサンス²⁹を迎えたのである。

Ⅲ. Renaissance der Radbruchschen Formel in den Mauerschützen-Prozessen

——「壁の射手」裁判におけるラートブルフ定式のルネッサンス

1. Die maßgebliche Rechtslage nach dem Einigungsvertrag

—— 統一条約後の法状況の概要

最初に総ての手続きにおいて、どの法規定に従って「壁の射手」裁判における被告人に判決を下すべきであったのか、ということを明らかにする必要がある。裁判所は、刑法第2条と結びついた刑法施行法(EGStGB/Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch)第315条1項という、統一条約によって修正された規範を該当するものとして基礎に置いた。その規範によれば、刑を科すに当たって、原則的には旧東ドイツの、犯行時点での法律を適用することになる。つまり、加罰性が確認された場合には、共和国法がより緩やかな法である場合に限って、共和国法が適用されるのである(刑法第2条3項)³⁰。これによって、いくつかの文献において主張されている、いわゆる「国際法的解決」³¹は否定されるのであるが、それは正当である。「国際法的解決」案では、旧東ドイツ国内に生活の本拠を置くドイツ人は、例外なく刑法第7条1項の意味におけるドイツ人とみなされるべきであるとされている。実際には、司法及び数多の文献に好まれている解釈のヴァリエーションには、元東ドイツ住民のためのある種の「最恵国条項」³²が含まれていることになる。したがって壁際

29 R. Weiland, Recht ohne Gerechtigkeit: Die "Radbruch-Formel" ist wieder aktuell geworden, in: FAZ Nr. 257 v. 4.11. 1992, S. N 7; M. Frommel, Die Mauerschützenprozesse – eine unerwartete Aktualität der Radbruchschen Formel, in: Strafrechtsgerechtigkeit. FS für Arthur Kaufmann, 1993, S. 81ff.; A. Kaufmann NJW 1995, 81ff.

30 LG Berlin JZ 1992, 691; BGH NJW 1993, 141 (142f.): "Inlandslösung" のみを参照。また、非常に重要な文献として J. Arnold/ M. Kühl JuS 1992, 991 (992ff.); Alexy, Mauerschützen (Fn. 12), S. 8ff.; H. Roggemann DtZ 1993, 10 (13f.); K. Gropp NJ 1996, 393 (394) を参照。

31 例えば G. Küpper/H. Wilms ZRP 1992, 91ff.; J. Hruschka JZ 1992, 665 (668ff.) によって主張されている。これに対しては E. Samson NJW 1991, 335 (337); K. Lüderssen ZStW 104 (1992), 735 (758ff.); F.-C. Schroeder JR 1993, 45 (46)。

32 具体的には K. Amelung JuS 1993, 637; M. Pawlik GA 1994, 472. H. Roggemann DtZ

での射殺が、旧東ドイツの法に照らしても刑罰を科せるものであったのかどうかということが、決定的なのである。殺害行為は常に両ドイツにおいて罪に当たるものであるから、「壁の射手」裁判においては、構成要件を満たしている殺害行為が正当化されるかどうかという問題が最終的に極めて重要な意味を持つことになる。そこでは1982年以降の総ての出来事については、同年に誕生した旧東ドイツの国境法及びその第27条を、それ以前の出来事については、他の規範群（人民警察法や、内部勤務指令など）から生み出された総合的な命令状況³³を考慮すべきである。以下において重要な問題は、旧東ドイツの法規範に従って行われた壁際での射殺行為は、正当化され、それゆえ無罪とされるべきであったのか、ということである。

2. LG Berlin (Fall Gueffroy) : Offener Rückgriff auf Radbruch

— ベルリン地裁 (ゲフロイ事件) : ラートブルフ定式への明瞭な回帰

ベルリン地方裁判所は、この難しい問題に対して真正面から取り組んでいる³⁴。端的に言って、正当化根拠として考えられている国境法第26条、第27条は、無効を宣言されるものであるから、尊重しなくてもよいのである。その上位規定に対応する命令（さらに命令による遂行）も同様である。裁判所は旧東ドイツの国境政策の（国境突破の妨害を優先したこと、射殺行為を表彰していたこと、射殺者に対する刑法上の捜査が完全に欠如していたこと、といった）状況描写をした後、「正式に、あるいは解釈によって法とみなされていたものが総

1993, 10 (14) における「より緩やかな法が適用される優遇措置」についての言説、または *W. Gropp* NJ 1996, 393 (394f., 397f.) における「より緩やかな法 (lex mitior)」という言説。一般的な緩和要件としては *G. Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, 1993, S.403ff.

33 これについては *BGHSt* 40, 241 = NJW 1994, 2708 (2709); *BGHSt* 41, 101 = NJW 1995, 2728 (2729f.). これらの事件の内いくつかは30年以上前の事件であるが、連邦通常裁判所による訴追時効の停止、ないし、時効法（1993年3月26日）に基づいて裁判にかけられたのである。例えば *BGHSt* 40, 48 = NJW 1994, 2237 (2239) = *NStZ* 1994, 330 m. Anm. *G. Jakobs*; *BGHSt* 40, 113を参照。また、時効法についての批判は *B. Pieroth/T. Kingreen* NJ 1993, 385ff.; 時効法を支持する見解としては *Hirsch*, Strafrecht (Fn. 10), S. 27f.

34 *LG Berlin v. 20.1. 1992*, JZ 1992, 691. このベルリン地方裁判所による最初の「壁の射手」事件の判決は、これ以降の多くの裁判に引用されている。このすぐ後の、ベルリン地方裁判所の少年裁判所判決 [*Jugendkammer des LG Berlin v. 5.2. 1992* (*NStZ* 1992, 492; Fall Schmidt)] では、異なった論証を行った。すなわち、国境法第27条2項を直截に法治国家的に解釈することで、国境法の正当化根拠を否定したのである。この決定（ゲフロイ事件ではない）は、連邦通常裁判所の上告審判決 [v. 3.11. 1992 (*BGHSt* 39, 1 = JZ 1993, 199 m. Anm. *Fiedler*)] に基づいていた。それに対してゲフロイ事件の上告審判決については *BGHSt* 39, 168.

て正当なものであったかどうか³⁵という中心的問題を設定した。裁判所は自ら設定したこの問題への回答においてまず、最高の地位にある裁判官が下した判決において承認された「共通の法意識によれば、いかなる制定法や、政府のいかなる行為によっても不可侵である法の核心領域」³⁶を提示している。さらにベルリン地方裁判所は、ラートブルフ定式が判決を支えるものとして用いられている連邦通常裁判所と連邦憲法裁判所の判決を、より密接に関係のあるものとして取り上げている³⁷。単なる無許可での越境に対して、国境防衛という理由で射撃を行うことは著しく比例性を欠くものとして、当該規定は「尊重に値しない、服従を拒否すべき規定」³⁸だというのである。それと同時に、——旧東ドイツの法現実に照らせば完全な形で存在している——正当化根拠を締め出すために、ラートブルフ定式が核心的基礎として用いられている³⁹。

3. BGH: Ausweichstrategien gegenüber der Radbruchschen Formel (Völkerrecht und “menschenrechtsfreundliche Auslegung”)

——連邦通常裁判所：ラートブルフ定式回避戦略（国際法と「人権適合的解釈」）

これに対して、連邦通常裁判所による諸事件の法的な評価は、とても遠回りをした、しかも非常に異質で全く分かりにくいものである⁴⁰。確かに最初の、基礎となる決定においては、連邦通常裁判所はラートブルフ定式に「軽く触れている」だけではあるのだが、しかし定式が裁判に関連したものであるかということについては明言しないままに、今や具体的な評価基準が加わった、という表現を用いて、まったく異なる基礎づけの方向性をとることで、定式の基本的な考察を避けている⁴¹。このようにして裁判所は、回避戦略を試みたのである。

35 *LG Berlin* JZ 1992, 691 (692).

36 *LG Berlin* JZ 1992, 691 (692).

37 上記 Fn. 24ff. を参照。

38 *LG Berlin* JZ 1992, 691 (693).

39 これと同様の評価として、以下のようなものがある。*O. Mieke*, Rechtfertigung und Verbotsirrtum, in: FS Gitter, 1995, S. 647ff. (658); *L. Schulz*, Der nulla-poena-Grundsatz – ein Fundament des Rechtsstaats?, in: *H.-M. Pawlowski / G. Roellecke* (Hrsg.), Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates (=ARSP-Beiheft 65), 1996, S. 173ff. (187).

40 以下の判決は連邦通常裁判所の10以上もの関連判決 (*G. Dannecker/K.F. Stoffers* JZ 1996, 490 参照) に引用されたものである。*BGHSt* 39, 1 = JZ 1993, 199; *BGHSt* 39, 168; *BGHSt* 41, 101.

41 *BGHSt* 39, 1 (16) = JZ 1993, 199 (202). 特に、実定法を超える法（ラートブルフ定式）、国際法（国際人権規約）、そして国法（旧東ドイツ憲法）の関係が残念ながら不明瞭かつ不透明であることは、以下の文献において詳細に説明されている：*F.-C. Schroeder* JR 1993, 48ff.; 加えて *O. Luchterhandt*, Was bleibt vom Recht der DDR?, in: K.

a) 回避戦略—国際法

当該法廷がラートブルフ定式を基礎づけとして使用することの困難さ、特にナチスの組織と旧東ドイツの国境政策の比較可能性という含意に結びつけて使用することの困難さを**回避しようとしたことは**、なんら驚くべきことではない。むしろ驚くべきことは、当該法廷が**どのように**それを試みたのかという点である。なぜなら一見標準的に思われる方法で、国際法に、正確に言えば1966年の「市民的及び政治的権利に関する国際規約 (IPbPr: いわゆる国際人権規約B規約)」に焦点を当てているからである。1974年、旧東ドイツはこの国際条約に署名し、そして1976年に西ドイツと同じように東ドイツ国内でも効力が生じた⁴²。特にB規約の第6条(生命に対する権利)と第12条(旅行の自由)は、旧東ドイツの国境政策と衝突することになるはずである⁴³。それによって当該法廷が説得力を持たせようとしたのは、国境法第27条2項が、特にその適用の際に、より高次にある、旧東ドイツが承認し継承した国際法と衝突し、それによって制限されるということである⁴⁴。この連邦通常裁判所による回避戦略は失敗せざるをえなかった。それはすぐに多くの異議を受けて挫折することになる。

aa) B規約第6条・第12条は、連邦通常裁判所が行ったような、非常に厳格で広い解釈がそもそも可能であるかどうかという点で、既に疑わしい⁴⁵。両方の条文は、多くの(署名)国によって正に広範囲に渡って使用しつくされている制限条項を備えている⁴⁶。旧東ドイツは国連に対して、国境政策については

Schmidt (Hrsg.), *Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?*, 1994, 165ff. (180)も参照。

42 このことを簡潔に述べているものとしてはH. Dreier, in: *ders.* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 1996, Vorb. Rn. 21; 詳細なものとしてはK. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/2, 1994, 1592ff. も参照。

43 BGHSt 39, 1 (16) = JZ 1993, 199 (202); 加えてBGHSt 39, 168 (184) = NJW 1993, 1932 (1935)も参照。さらにHirsch, *Strafrecht* (Fn. 10), 16ff. も参照。

44 ただし、最後のものは不確実なままである。当該法廷はその検討を明確ではない言い方で終わらせている(BGHSt 39, 1 [22f.] = JZ 1993, 199 [203])。「国際人権規約B規約第6条及び12条において保障されている人権侵害に関する条項は……**当該法廷が**、法を適用するに際して、旧東ドイツ国境法第27条並びに旧東ドイツ刑法第213条3項の規定を、旧東ドイツの国家実務において理解されていた範囲において、正当化根拠として基礎付けることを不可能にしているのである。(……)旧東ドイツの法において想定されていた、旧東ドイツ国境法第27条が示していた正当化根拠は、それゆえに最初から……無効なものであった。よって国境法第27条は、無視されるべきである。なぜなら、既に旧東ドイツでさえも、自らが承認した原則を基礎とすることによって、その正当化根拠を限定的に解釈するべきであったであろうからである。」

45 これについてはK. Amelung JuS 1993, 637 (640f.); Alexy, *Mauerschützen* (Fn. 12), S. 24, 27f.; H. Roggemann DtZ 1993, 10 (17f.)を参照。

46 M. Novak, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte, 1989, Art. 6 Rn. 14, Art. 12 Rn. 33ff. を参照。詳細としてはJ. Polakiewicz EuGRZ 1992, 177 (182ff.)。ここで

再三に渡って国家の安全保障と公的秩序を引き合いに出してきた⁴⁷。それによって、国境政策に関して国家共同体（DDR）が制裁や告発を受けたことはなかったのである⁴⁸。しかしながら、旧東ドイツの国境政策において、とりわけ付帯状況（東西ドイツ国境、知人・親族の離別）のせいで、全体として特異な出来事が問題になっているということについては、連邦通常裁判所に同意することはできよう⁴⁹。

bb) より重要であるのは——これが二つ目の反論であるが——国際法上の条約は国際法の主体としての国家の法関係を互いに規律するのであって、国内法上の権利や義務を自動的に基礎づけることないということである⁵⁰。国際条約が国内の権利や義務を基礎づけるためには、条約の国内法への置き換えが、すなわち1968年/74年の旧東ドイツ憲法第51条（基本法第59条2項に相当）によれば旧東ドイツ人民議会による「議会による承認」が、必要ということである。しかしながら、このような国内法への置き換えは行われていなかった⁵¹。連邦通常裁判所は、正しいが、しかしながらまったく関係はない、人民議会の賛成がなくとも国際法的な拘束力はなんら変わることはないという主張によって、この問題を無視してしまっている⁵²。なぜならば、この主張の内容が問題なのではなく、国内法的帰結が、具体的には旧東ドイツ国民に対する拘束力が問題だからである。そして、たとえここに登場している国際人権規約B規約の非常に広い解釈をもって、単に批准によって国家に対しての国民の法的地位をも導き出そうとしても⁵³、国内法に置き換えられていない国際条約からは、国境警

は国境警備兵に対する個別の可罰性について直ちに結論を下すことなく、旅行の自由に対する制限を国際法違反であるとみなしている。

47 BGHSt 39 1 (16) = JZ 1993, 199 (202) = NJW 1993, 141 (145)の記述を参照。旧東ドイツがその国境政策を武力によって維持し、それ以上の主張を直ちに行わなかったという点において、「国家共同体による欺瞞」(K. Amelung JuS 1993, 637 [641])があったのかどうかは疑わしい。同様の見解としてはMiehe, Rechtfertigung (Fn. 39), S. 657.

48 G. Polakiewicz EuGRZ 1992, 177 (184f.).

49 BGHSt 39, 1 (20) = JZ 1993 199 (202): 「異様な過酷さ」; BGHSt 41, 101 (108) 及びその他の諸判決。

50 I. Seidl-Hohenfeldern, Völkerrecht, 8. Aufl. 1994, Rn. 539ff. を参照; A. Verdross/B. Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, S. 53ff., 59; R. Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 2. Aufl. 1994, S. 15ff.

51 G. Grünwald StV 1991, 31 (37); J. Arnold/M. Kühl JuS 1992, 991 (995); B. Pieroth, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit, VVDStRL 51 (1992), S. 91ff. (98).

52 BGHSt 39, 1 (16) = JZ 1993, 199 (202). 同様のものとして Hirsch, Strafrecht (Fn.10), S. 16.

53 以下にあげられている典拠を参照 (Tomuschat und Buergerthal) in: BGHSt 39, 1 (17) = JZ 1993, 199 (202)。これらの著者が裁判所によって正しく解釈されているかどうかは、不明なままにせざるを得ない。

備兵に対する個別的な加罰性の根拠というものは全く導かれえない⁵⁴。なぜなら国際法上の協定は、刑法規範の創設、ないし正当化根拠の制限を義務付けうるが、しかしながら国家法への転換に代わるものとはなりえないからである⁵⁵。出国管理が国際法違反であったことは、個別的な加罰性の根拠としては十分ではない。

cc) この構造の全体的な疑わしさが完全に明らかになったのは、旧東ドイツが国際人権規約B規約に加盟するより**前に**発生していた国境での事件が審理に挙げたときである⁵⁶。そこでは、何らかの形で旧東ドイツ国内での実効性があり、東ドイツによって承認された国際条約の援用は、正当化根拠を排除するための法的基礎としてはなんら役に立つものではありえなかった⁵⁷。では、どうするのだろうか？ 裁判所は、1948年の世界人権宣言を引き合いに出すことで、その場をしのいでいる。世界人権宣言にも同様に生命権(第3条)並びに出入国の自由(第13条2号)が含まれている。ところがこの人権宣言は、加盟国総会での決議であり、——例えば国際人権規約の場合のような——国際条約ではない。たとえ、先進的理解ではあるものの、しかし依然として強く反論を受ける解釈として、世界人権宣言の一部を国際慣習法ないしユス・コーゲンス(強行規範)として位置付けている、ということを考慮したとしても⁵⁸、80年代(!)の法学的な解釈(実践ではなく!)におけるこの傾向、もしくはこれに類似した傾向を、1972年に起きた事件の判断に影響力を及ぼすということは、困難であろう。

裁判所はこのことを公に言うことは全くできないし、また言おうともしない。明白で、見逃すことができないのは、むしろ法廷は、実定法を超える正義の基準を全面的に頼りとしているということである。先行する判決において国際法

54 これについて明確なものとしては *E. Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 103 II (1992), Rn. 255; *J. Polakiewicz* EuGRZ 1992, 177 (187, 189). 「ある種の民族国家的な州制度」からくる措置として条約を援用することに同意する見解 (*W. Fiedler* JZ 1993, 208) は、連邦通常裁判所の刑事判決は国際法の補強として根本的に正当と認められるべきであるという要請に資するようなものではなく、ということを考慮に入れていない。

55 *G. Gornig* NJ 1992, 4 (8ff.); *H. Roggemann* DtZ 1993, 10 (17f.); *G. Dannecker* Jura 1994, 585 (590ff.); *K. Gropp* NJ 1996, 393 (395f.).

56 *BGHSt* 40, 241.

57 国境法は1982年に初めて効力を生じたのであるから、これを正当化する側ではその根拠を、国境法第27条2項に見出すことはできないのである。しかし当該法廷は、実際の内容としては同じものである旧東ドイツの警察法上の規則、並びに一般的な命令状況を受け入れているのである。上記Fn.33を参照。

58 *H. Dreier* (Fn. 42), Vorb. Rn. 20にて証明済み。ユス・コーゲンス(強行規範)と国際慣習法との関係については *S. Kadelbach*, *Zwingendes Völkerrecht*, 1992, S. 182ff.を参照。

を引き合いに出した際に、既に当該法廷の念頭に置かれていたものが、後の事例で明らかになる。つまり当該法廷は、人権宣言には「自然法的な妥当性」があることを認めている。その上、当該法廷にとってはこの行為が自然法に反しているということは、「射殺は、国際人権規約B規約とその基礎である、国連による世界人権宣言に反している、という証拠」⁵⁹によって証明されているのである。ここでは射殺について、一見すると、実定的でありそして東ドイツも批准している国際法に違反していることが問題になっているように見えるが、実は、人権宣言との矛盾から帰結される自然法法規に違反していることが問題なのだ⁶⁰。**国際法に反していることは**、基本的には最初から、究極的重要性を持つ**自然法に反していることを**決定的に示しているだけなのである。

こうしてみると、国際法的な協定の、なんらかの国内法への変換行為、もしくは書き換え行為が既に行われていたのか、行われていなかったのか、あるいはどの程度まで行われていたのかということも、全くどうでも良いことになる⁶¹。

dd) 当該法廷は、ふたつの小さな、しかし重要な変更によって自身の立場を明確にしている。第一に、最初の判決においては、定式はほとんど抽象的にしか引用されておらず、そしてさらにナチス体制を超えて旧東ドイツに定式を転用することの問題が示唆されているのだが、しかしそれらは一義的には解決されていない。それに対して、このように法状況が変化する以前の事象に対して

59 引用はK. Amelung NStZ 1995, 29 (29, 30) より。

60 1991年の連邦通常裁判所の第一判決に賛成する見解は既にAlexy, Mauerschützen (Fn. 12), S. 26において述べられている。「連邦通常裁判所は……国際人権規約も、人民議會を通じた国内法への変換なく基礎づけられるのかどうかという問いを、未解決のままにしている。このことは、国際法的な起源を有する、国内において妥当していた実定法に基づいて、壁際での射殺行為を判断することが、連邦通常裁判所にとって問題とならない限りは、一貫しているのである。むしろ、国際人権規約は、普遍的に認められた人権が侵害されているかどうか、それによって極端な不法に陥っているかどうか、という問題についての回答を導き出す『具体的な審査基準』や『手がかり』としてのみ引用されるべきものである。この手法は、ラートブルフの理念と一致する。」同様の見解としてK. Günther StV 1993, 18 (20); 同じくM. Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 111f. も参照。「それゆえ、連邦通常裁判所は、実定法上の根拠についてのみ議論をしようとしているように思われる。しかし実際には、連邦通常裁判所が国際的な人権条約に直接的な妥当性を認めた際に、それは前実定的・非制定法的な基礎づけを用いている。そしてまた、国際的秩序における法の様々な発展方法と実現方法を見過しているのである。」——核心として同じである具体的内容を受け入れることは、連邦通常裁判所はここで導き出された「自然法違反に基づいた法」という判決によって転換したのだという (W. Gropp NJ 1996, 393 [396]において述べられている) 立場よりも、より適切であるように、私には思われる。S. Zimmermann JuS 1996, 865 (871) も参照。

61 BGHSt 41, 101 (109) において明らかである。

後に判決を下す際には、ラートブルフ定式が真っ先に話題に上るのであるが、その中の受忍不能定式を用いての不法判決は、以前よりも強く、旧東ドイツの法状況と関連付けられているのだ⁶²。第二に、当該法廷は1948年の人権宣言には、人権の「おおよその内容(原文のまま!)」が明示されていると述べている。つまり、これをもって人権宣言は「総ての国民に共通した、人間の価値と尊厳に結び付けられた法的確信として理解されるものの具体化として把握され」⁶³うることになる。

b) 回避戦略——旧東ドイツ法の「人権適合的な解釈」

しかしながら、**連邦通常裁判所**は——最終的には失敗した——国際法による回避戦略に留まっていたわけではない。国際法的な回避戦略が正当な信頼を失った際は⁶⁴、第二の回避戦略をとった。つまり、旧東ドイツ憲法を法治国家的な基準に従って内在的に解釈する方法である。

aa) 最初に裁判所が、旧東ドイツ国内で行われていた国家の実務、すなわち「現実の社会主義的な」解釈に従って、国境法第27条2項による東西ドイツの壁際での射殺行為が正当化されるということを確認したのは、正しいことであった。死という結末を伴った国境での事件は、狙撃手に対しては決して不利な結果をもたらしたわけではない。狙撃手に対しての刑法上の捜査は行われなかったし、むしろ反対に関係者らは報償を得て、表彰もされていた。国境政策における実務、及び命令状況によって特徴づけられる銃器の使用は、裁判所、検察当局、そして他の東ドイツ国家機関からも非難を受けなかった⁶⁵。越境の阻止は最優先的な国家的関心事として理解されており、逃亡者の命はそれに劣後せざるをえないものであった。実際上は、総ての逃亡の試みは違法な越境(旧東ドイツ刑法第213条3項)の「重大な事案」に該当し、同時に国境法第27条2項の意味における犯罪にも該当したのである。それゆえ、卑劣な論理からすれば、違法な越境はそれ自体が、銃器の使用要件が充たされる犯罪であった⁶⁶。このように「生命の保護よりも越境の阻止を優先したこと」⁶⁷は、関連する国

62 BGHSt 39, 1 (15f. unter bb) = JZ 1993, 199 (201f. unter bb) と BGHSt 40, 241 (244f. unter b) を比較せよ。

63 BGHSt 40, 241 (247f.).

64 K. Günther StV 1993, 18 (21).

65 これらの、とりわけ70年代から80年代にかけて段々と無視され、排除されて行った重大な事実については BGHSt 39, 1 (11f.) = JZ 1993, 199 (201). また、多くの素材を提供するものとして E. Kurth (Hrsg.), Die SED-Herrschaft und ihr Zusammenbruch. Am Ende des realen Sozialismus, Bd. 1, 1996, insb. S. 143ff.

66 それについては G. Brunner NJW 1982, 2479ff.; J. Arnold/M. Kühl JuS 1992, 991 (994ff.); Miehe, Rechtfertigung (Fn. 39), S. 651f.

67 BGHSt 39, 1 (14) = JZ 1993, 199 (201); BGHSt 40, 241 (244); BGHSt 41, 101 (104) も

家的規範、命令状況、一般服務規程、兵士への厳命、国境での諸事件に対する国家の反応などの中に具体化されているのである⁶⁸。当該法廷は、これらの行いは国境法第27条2項の文言と一致するものであるということを明示的に確認している⁶⁹。その限りでは、この説明は簡潔かつ妥当なものである。

bb) 二つ目の解釈類型、つまり法治国家的な、もしくは「博愛主義的な」解釈⁷⁰からすれば、そのように言うことはできない。ここで既に違和感を禁じえないのは、西側の法治国家とは完全に異なった体系の命令⁷¹によって機能している国家の法秩序を、その国には無縁であった、そしてそれまで何の役割も果たしていなかった基準に従って解釈することである。実際には、このようなことは現実の法関係をゆがめた「人工物」⁷²であるという印象を受ける。連邦通常裁判所は、旧東ドイツ国境法は「旧東ドイツの法にとって奇異なものであった解釈方法によって」解釈されたと説明することによって、このような非難を回避しようとしている⁷³。しかし実際には、旧東ドイツ憲法第30条2項は、西

参照。

68 それゆえに、構造的な現象は、事件に対する判示が国境法の制定前であっても制定後であっても、いずれにせよ変わらないままである。上記Fn. 33参照。

69 BGHSt 39, 1 (11f.) = JZ 1993, 199 (201) — これはLG Berlin NStZ 1992, 492 (494) と対立する。このような状況についての正当な強調としてはK. Günther StV 1993, 18 (19f.):「国家実務に対応したその法律の解釈は、法律の文言と矛盾すると評価されることはない。その解釈は現実には適用されただけでなく、規範的にも可能なのである。」国境での実務は国境法第27条2項の文言に沿って行われていた、ということについての詳細な根拠はMiehe, Rechtfertigung (Fn. 39), S. 650ff. に示されている。Luchterhandt, Recht (Fn. 41), S. 185f. も参照。過剰行為(Exzeßstaten)の排除については下記 Fn. 79 を参照。

70 BGHSt 39, 1 (23) = JZ 1993, 199 (203); BGHSt 39, 168 (176f.); BGHSt 40, 241 (249); BGHSt 41, 101 (110)。

71 例えば、社会主義的な適法性（これを法治国家的な信頼保護や法的安定性の原則と取り違えてはならない）、政治的な物事が無条件に優先されることの承認、国家機関ないし政党機関が訴訟手続にいつでも介入可能であること、など。より詳しくはH.-L. Günther ZStW 103 (1991), 851 (854f.); Luchterhandt, Recht (Fn. 41), S. 184f. を参照。

72 K. Amelung JuS 1993, 637 (639). 参照, G. Jakobs, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht, in: J. Isensee (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992, S. 37ff. (44): (ナチス体制に関する)「奇抜性」。旧東ドイツについて説得力のある文献としては, ders. GA 1994, 1 (5ff.); 同様に明確なものとしてFrommel, Mauerschützenprozesse (Fn. 29), S. 85 (“Man spielt nur DDR-Justiz”); Luchterhandt, Recht (Fn. 41), S. 187 (“starker Tobak”)。ここで登場しているような、馴染みのない法理解という根本的問題についてはK. Lüderssen, Der Staat geht unter – das Unrecht bleibt?, 1992, S. 59ff.; K. Günther StV 1993, 18 (22ff.)。

73 BGHSt 39, 1 (23) = JZ 1993, 199 (203); この機会に、当該法廷はナチス体制と旧東ドイツの違いを再び強調した。旧東ドイツには制定法による拘束が存在したが、ナチス体制においては法創設機関としての権力保持者の単なる意志しかなかった (S. 24f.)。

ドイツ基本法の下で展開され、特に連邦憲法裁判所の判決によって傑出した意味を持つことになる、比例性原理の諸原則に従って解釈されている（もしくは、その規範は比例性原理の表現として理解されている）ように見える⁷⁴。旧東ドイツ憲法に国際法調和的解釈を付け加える操作によって⁷⁵、当該法廷は、あらゆる対価を支払い逃亡者の命を犠牲にした逃亡防止政策によって、「旧東ドイツでも妥当していた比例原則が侵害された」という、ほとんど説得力のない結論に至ったのである。「国境法第27条2項の文言は、旧東ドイツにも（制限的に）存在する比例原則を考慮に入れた解釈を許容するものである。」「非武装であり、さらに他の人の肉体や生命にとって危険ではない逃亡者」に対しての、故意を前提として行われた射撃については、「人権適合的に解釈された国境法第27条2項ではカバーされていない」⁷⁶のである。しかし、このような議論の進行が示唆するのは、逃亡者たちは、いわば旧東ドイツにおいて妥当していた法秩序の誤った適用によって射殺されたのではないか、そして壁際での射殺事件は「本来」既に旧東ドイツの法に照らせば加罰可能なのではないか、ということである⁷⁷。これにより裁判所は「法治国家キメラ」の上に乗っているのだ⁷⁸。というのは、このフィクションは受忍不能な方法で現実支配的である法状況を言い繕い、そしてあらゆる特徴の全体国家にあてはまる、旧東ドイツにとっても典型的で道具的な、政治的な与件に左右される法理解を無視しているのである。旧東ドイツの法体系それ自体が逃亡者の生命よりも国家の利益を優先さ

74 このことの証拠はH. Dreier (Fn. 42), Vorb. Rn. 91ff. を参照。

75 BGHSt 39, 1 (23):「しかし、既に国際人権規約B規約の第6条の観点からは、旧東ドイツ憲法第30条1項の、人格の不可侵性を明言している憲法規定に、生命の保護が含まれていることは全く疑いの余地がない。」さらにS. 24:「今日、旧東ドイツ憲法の考慮の元での旧東ドイツの制定法の内容を、旧東ドイツと国際人権規約との結びつきに基づいて確かめようとするならば……」

76 BGHSt 39, 1 (25) = JZ 1993, 199 (203). これによって当該法廷は、最終的には正に第一審判決(LG Berlin NStZ 1992, 492)の、国境法の有権的解釈の際旧東ドイツには馴染みのなかった法秩序を基準とする姿勢を、非難したのである(このことについてK. Günther StV 1993, 18 [21]; Luchterhandt, Recht [Fn. 41], S. 188に述べられているように)。これに対する批判としてはW. Fiedler JZ 1993, 209; Miehe, Rechtfertigung (Fn. 39), S. 654. も参照。Alexy, Mauerschützen (Fn. 12), S. 30 の中には隠された適及効が見られる。同様なものとしてB. Schünemann, Aufarbeitung von Unrecht aus totalitärer Zeit, in: H.-M. Pawlowski/G. Roellecke (Hrsg.), Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates, 1996, S. 97ff. (115); Schulz, nulla-poena-Grundsatz (Fn. 39), S. 185.

77 Jakobs, Vergangenheitsbewältigung (Fn. 72), S. 53; J. Polakiewicz EuGRZ 1992, 177 (179); M. Pawlik GA 1994, 472 (474); W. Gropp NJ 1996, 393 (395); Schünemann, Aufarbeitung (Fn. 76), S. 111 参照。反対に、ナチスの法に関してはG. Werle NJW 1992, 2529 (2534)。判決に賛成する見解としてはHirsch, Strafrecht (Fn. 10), S. 9ff. m.w.N.

78 G. Jakobs GA 1994, 1 (7 m. Fn. 25); Frommel, Mauerschützenprozesse (Fn. 29), S. 82; Luchterhandt, Recht (Fn. 41), S. 187ff., 192 も参照。

せているために、逃亡者には広範囲に渡り法の保護が及ばないようにしている。これは旧東ドイツの法律を単に誤って解釈したことによる帰結というだけではない⁷⁹。連邦通常裁判所が最初に旧東ドイツにおける法実務を文言に一致しているものとして評価し、しかしその後で人権適合的な解釈を唯一正しいものと称し、それを加罰性の基礎にも据えたのであれば⁸⁰、最終的に連邦通常裁判所は解消できない自己矛盾に陥っているのである。国際法を引き合いに出すことによって、連邦通常裁判所は現実の、実定的に妥当している旧東ドイツの法を適用せず、非実在の、自由主義的、法治国家的な民主主義の法を——旧東ドイツに当てはめて——適用した。つまり、「解釈の衣を纏った自然法」⁸¹を押し進めたのである。

cc) 別の側面から、当該法廷が究極的には不法の明白さにのみ焦点を当てているということが分かる。というのは、射殺は「正しく解釈された旧東ドイツの法」⁸²を基準とすれば加罰的であったのだ、という彼らの論証を支えるために、以下のような説明がなされているからである。

「制定法上の正当化根拠に対して、同等に重要な異論が提起されている時に、それが人権を志向する何らの解釈にも接近できないのであれば、結果として他ならぬ何かが妥当しうるのである。」⁸³

それほど明瞭とは言えないこの文章が示しているのは、当該法廷もここでは最終的にラートブルフ定式の意味での自然法的な思考を行っていたということである。この事は後の裁判において明らかになるのであるが、そこでは下記のように論拠が示され、そして若干の説明が行われている。

「ある制定法が、人権適合的な解釈が全くもって顧慮されていないという程に倒錯している場合、そのことがまず正しく示されるだろう。このような場合には、基本法第103条2項は加罰を阻止しないと考えられる。そ

79 しかしながら過剰行為(Exzeßstaten)はそこに含まれていない(このことについては例えば *H. Roggemann* DtZ 1993, 10 [19])。彼らは実刑を受けるべきであり、そして特赦を与えられてはならない (*Miehe, Rechtfertigung* [Fn. 39], S. 653; *Schünemann, Aufarbeitung* [Fn. 76], S. 112; *T. Hillenkamp* JZ 1996, 179 [184f.] 参照)。 *G. Jakobs* GA 1994, 1 (9f.) の概念構築はあまりに限定的である。; *S. Zimmermann* JuS 1996, 865 (869) も参照。

80 これに対する批判としては *K. Günther* StV 1993, 18 (21); *M. Pawlik* GA 1994, 472 (478)。

81 *K. Günther* StV 1993, 18 (23)。

82 *BGHSt* 39, 1 (26) = *JZ* 1993, 199 (203)。

83 *BGHSt* 39, 1 (30) = *JZ* 1993, 199 (205)。

れほどまでに人権に反し、最初から効力がない可罰性免除は、それゆえ全くもって法ではないという考慮から、このような帰結が導き出される。」⁸⁴

つまり裁判所は、既に実定的である法状況が人権と明白に矛盾していると考えられるので、結果として何も変わらないだろうと述べようとしたのである。すなわち、このような憲法規定もしくは制定法規定は、最初から無効であるので、国境警備兵を保護するための遡及効禁止は容喙しえないであろうということである。このことの論拠を作り出したのは、またしてもラートブルフ定式の核心命題である。この命題によれば、根本的な正義原則と矛盾していることが明らかである場合には、実定規範は後退せざるを得ない。そして当該法廷はこの思想を、旧東ドイツ法に、異質の、すなわち人権適合的な解釈を与えることによって、その規範性を——いわば準備段階において——維持することを試みるという方法で使用したのである。

c) 回避戦略の失敗

結局のところ、連邦通常裁判所はベルリン地方裁判所の決定から一步も踏み出すことはなかった。どちらの裁判所も、旧東ドイツの国境政策は根本的な正義原則と矛盾しており、旧東ドイツ法の当該規定に基づいて壁際での射殺を正当化することは不可能である、という想定にのみ、全く決定的かつ最終的に依拠している。つまり事例に応じて、ラートブルフ定式によって——そしてそのことによって、自然法を想定して処理されるのである。両方の事例において、結局はまたしても自然法的な論拠が支配的であったために、連邦通常裁判所の回避戦略は袋小路に入り込んでしまっているということが証明された。この自然法的な論拠は、ある事例では国際法における自然法、また別の事例では解釈における自然法という装いで現れる。

4. BVerfG: Indirekter Rückgriff (Fälle “extremen Unrechts”)

—— 連邦憲法裁判所：間接的言及（「極端なる不法」の諸事例）

さて一方で連邦憲法裁判所は、この事例をどのように語っているのだろうか？ 1996年10月24日の連邦憲法裁判所決定では、第二法廷は（旧東ドイツの）国家防衛評議会の構成員による憲法異議と並んで、「壁の射手」のひとりからの憲法異議も退けたのである。その際の実に乏しい根拠は、多くの箇所では連邦通常裁判所の部分的に謎めいた手がかりに従ったものであり、そのせいでより一層わけの分らないものになっている。これはただ極めて間接的に、すなわち古い判決の再現と、非難されてきた諸判決の根拠との関連付けを通じて

84 BGHSt 41, 101 (112).

言及されていたラートブルフ定式から出発したにすぎない⁸⁵。すなわち、連邦憲法裁判所はラートブルフ定式を適用することによって、国境法第27条2項による正当化根拠が否認されうるということを明言している箇所はないのである。

さらにここでは、連邦通常裁判所が行ったように、国際法によって保護された人権というものを持ち出すことで、ラートブルフ定式を具体的にしたものをも分有しているということが示唆されている⁸⁶。——このやり方に対する、学説においてほとんど意見が一致している、熟考された、しかも支配的な批判については、ただの一言たりとも言及していない⁸⁷。しかし、かつての東ドイツの国境政策は「極端な国家的不法」であり、そのような不法を基礎としていた法の正当化根拠は顧慮すべきでない⁸⁸、という言い回しが最終的に決定的なものとして示されているのである。なぜなら——裁判所は自らこれを表明してはいないのだが——もしこの「極端な不法」という言い回しが**ロバート・アレクシー**によってラートブルフ定式に与えた定式化⁸⁹の話であるということを知っていれば、ラートブルフの基本思想がここでも決定を支えているということが十二分に明らかになる。このような印象付けは、かの「制定法上の不法」、もしくは「正義への耐え難い程の矛盾」といったようなラートブルフ特有の言い回しを繰り返し用いることによって、段々と補強され、確定的になって行くのである⁹⁰。この事例において基本法第103条2項の厳格な保護は、引き下がらざるを得なかったのであろう（このことについては、第IV章2項でも追記する）。

85 *BVerfG*, Beschluß v. 24. 10. 1996 unter C. II.1 b) cc) (2) und C. II.2 a) = JZ 1997, 142 (144f.).

86 *BVerfG*, a.a.O. unter C. II.2 a) = JZ 1997, 142 (145). S. auch unter C. II.1 b) bb) = JZ 1997, 142 (144):「国際法によって承認された人権の尊重をも含んだ、実体的正義の要請」

87 上記Ⅲ.3.a (S. 425)を参照。

88 *BVerfG* (Fn. 85) unter C. II.1 b) bb) und C.II.2 c) = JZ 1997, 142 (144, 145).

89 *Alexy*, *Mauerschützen* (Fn. 12), S. 4. 参照

90 *BVerfG* (Fn. 85) unter C.II.1 b) cc) (2) = JZ 1997, 142 (145). これと同様のものとして *K.W. Fricke* DA 1997, 4 (5).

IV. Strafbarkeit der Mauerschützen qua Anwendung der Radbruchschen Formel: Analyse und Kritik

—— ラートブルフ定式の適用による「壁の射手」の可罰化： 分析と批判

ここまでの結論は、旧東ドイツ法から見出される正当化根拠を拒絶することによって、「壁の射手」を罰することが可能になったということである。この拒絶はラートブルフ定式の適用に基づいていた。要するに、法哲学思想と千年に及んで法哲学思想の歴史を支配してきた自然法の妥当性を、御大層にも承認しただけなのだ！ EUにますます広範な権限を与えることを主張する人が即ちより良いヨーロッパ人であるというわけではないように、おそらく刑法上の過去の克服という非常に困難な問題に際して思いがけなく法哲学の意味が強大化してゆくことや、法哲学を決定的な審級とするようなことが、無条件で好ましいということにはならないだろう。——このようなことは、同時に道具として利用される危険をも孕んでいるのである。さらに、憲法問題が視野に入ってくる。そこから解決策の適切性について、以下のようないくつかの検討が設けられよう。

1. Anwendungsprobleme des Naturrechts — 自然法適用の問題

ここでの問題は、これから述べるような適用の問題であり、自然法の基礎づけられないし妥当性の問題ではない。いわゆる共同体主義の主唱者は、自然法もしくは人権に対する信仰というものは、魔女や一角獣への信仰とならば変わりはないと書いている⁹¹。以下ではより高次の、超実定的な、もしくは前実定的な法の存在を単に仮定し、自然法と法実証主義の永遠の闘争は放置しておくことにする⁹²。

a) 自然法に基づいた可罰化？

aa) ラートブルフ定式の作用は比較的簡単なものである。個別の規範の法的

91 A. MacIntyre, *After Virtue*, 2. Aufl., London 1985, S. 69 (dt. unter dem Titel: *Der Verlust der Tugend*, 1987, S. 98).

92 これについては例えば H. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl. 1962; H. Henkel, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. 1977, S. 486ff.; R. Dreier, *Der Begriff des Rechts*, NJW 1986, S. 890ff.; N. Hoerster, *Verteidigung des Rechtspositivismus*, 1989; K. Seelmann, *Rechtsphilosophie*, 1994, S. 33ff., 134ff.; M. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 1996, S. 30ff., 138ff.; P. Koller, *Theorie des Rechts*, 2. Aufl. 1997, S. 131ff.

性質を否定するのだが、しかしその法規定の規範的周辺領域を変えないままにしておくということだ。「壁の射手」事件の場合にはさらに、正当化根拠（国境法第27条2項）を排除することによって、可罰的な犯罪、すなわち殺人行為が残り、処罰可能になるという帰結を導き出した。このことは多くの議論がある遡及効の問題⁹³とは別に、個々の行為者の法律上の可罰性は最終的に自然法的な規定に従った適用から推論されうるのか、もしくは自然法的な規定に基づいて可罰的であるのかという、それまであまり議論されてこなかった疑問⁹⁴を投げかけた。つまり自然法は可罰性を**根拠づけうるのか?**という疑問である。

この疑問が、南ドイツ法律雑誌に掲載されたラートブルフの論文に対する直接の回答において論じられ——そして結果的に否定されたことは、偶然ではないように思える⁹⁵。事実、自然法の歴史を見渡して明らかであるのは、個人の良心と犯罪の政府の間の衝突が問題だということなのである。自然法はこの法律に従わない人の正当化に資するものであり、抵抗、反乱、もしくは暴君放伐を正当化することができた⁹⁶。しかし近代的なシステムにおいて、反倫理的な法律に従っている人の可罰性を、自然法に基づいて導き出すことを明確に論じているものは存在しない⁹⁷。

93 これについては、本文下記 IV.2.aを参照。

94 例えば（疑問を投げかけるものとして）A. Arndt, Das Verbrechen der Euthanasie (1947), in: ders., Gesammelte juristische Schriften, 1976, S. 269ff. (273)を参照。——「壁の射手」（の犯罪の可能性の否定）についてはM. Köhler FAZ Nr. 278 v. 30.11. 1992, S. 14; Jakobs, Vergangenheitsbewältigung (Fn. 72), S. 45, 46.

95 H. Coing SJZ 1947, Sp. 61ff. (63): 「正義、信義、信頼性などの道徳的価値に基づいた自然法は、これらの価値と矛盾するような特定の制定法への服従を拒否することを要求する。このような制定法に対しては、抵抗する権利がある。しかし、この要請に応じなかったことや、この権利を行使しなかったことによって、処罰されるということを要求してはいない。」さらに続いてSp. 64: 「これによれば、自然法に反する制定法を適用した裁判官も、処罰**されない**ということになろう。この帰結は、私が見る限り、18世紀の理性的自然法の教義にも合致している。実定法に対して抵抗する権利と、服従を拒否する権利は、正しく自然法より導き出されるのだが、しかしそこから可罰性は導き出されないのである。」

96 K. Wolzendorff, Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes, 1916; M. Köhler, Die Lehre vom Widerstandsrecht in der deutschen konstitutionellen Staatsrechtslehre der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, 1974; H. Mandt, Tyrannislehre und Widerstandsrecht, 1974; C. Link, Jus resistendi. Zum Widerstandsrecht im deutschen Staatsdenken, in: FS Dordett, Wien 1976, S. 55ff. を参照。——同様に、1776年のバージニア州権利章典第3条、及び1789年のフランス人権宣言第2条も参照。

97 このように推論しうる可能性に対する反論としてはG. Jakobs GA 1994, 1 (11ff.). 詳細なものとしてはこれまでのところKöhler, Strafrecht AT (Fn. 60), S. 108f.: 特定の不法体制との矛盾と（発展した人権原則に照らして）場合によって結びつきうるものは、「法律上の服従義務の停止と、前実定的で自然状態に近い抵抗権である。自らの自由

bb) さらに対立している法の「無効化根拠」としての自然法条項の作用について、大きな疑問符が付けられるだろう。実定法と自然法条項との対立という単純な推論の帰結は、ラートブルフ定式に基づいているような**自然法は実定法を破る**という意味においては、いわゆる(1785年以來の)新しい自然法も含めて17/18世紀の近代自然法にとって、残念ながら証明しえないものである。反対に最近の研究⁹⁸では、直接的に法を形成する作用を伴う様な妥当性の優位は、あの時代の自然法思想とは無縁のものであったという結論がもたらされている。「実定法の代わりとして直接的に妥当する」ということは意図されていなかったのである⁹⁹。むしろ、対立する実定法の直接的制限を帰結させることができず、あるいは帰結させることを意図せずに、立法者に下駄を預けた。単純な「自然法による実定法の排除」は、当時の自然法的な位置付けの結果ではなかったのである¹⁰⁰。潜在的な法として、自然法条項は実定法の前段階に留まっている。自然法条項と対立する実効的法規定は、法ではないものとしてではなく、再形成され改正されるべき悪法として、それに従っても個別の可罰性を根拠づけることのできないものとして、妥当しているということである。

な移動の権利を主張する逃亡者は、この点では不法な『国家権力』に対抗する権利を持っている。しかし国家的な関係はこのような矛盾によって直ちに停止されるわけではない。したがって、矛盾するような行為、例えば逃亡者を殺傷した国境警備兵の行為を裁きうるような国家の刑法などは存在しておらず、一時的な事態における、二つの妥当要求の自然状態に近い矛盾が存在しているのみである。その妥当要求の一つは、法原則に従ってより正確に基礎づけられうるものである。したがって、国家の不法な規準に対する自然法的な批判が導き出しうるものは、国家の制定法上の可罰性ではない。このことは、制定法原則によれば変えられないことなのである。したがって、他の国や以前の国の主権的代表者に、国法に関する行為、例えば、戦争の主導や国内での政治的な人権侵害について、刑法的な責任を負わせるということは不可能である。同様に、以前の国家の制定法に従った行動をとったことで、その元国民を処罰する、ということも禁止されている。なぜならそれには、刑法を国家的なものとするのに必要な国家制定法上の一般的妥当性が欠けているからである。そしてまた、国家の行為に関するものとして把握されていたことを、個別的に犯罪行為として処罰することもできない。」この原則を「壁の射手」事件に対して具体的に適用したものとしては、同書 111f. を参照。

98 D. Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, S. 178ff. を参照。また、所々で述べているものとしては J. Schröder, "Naturrecht bricht positives Recht" in der Rechtstheorie des 18. Jahrhunderts?, in: FS Mikat, 1989, S. 419ff.; 周辺的なものとして M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1, 1988, S. 268ff., 291ff.

99 Klippel, Politische Freiheit (Fn. 98), S. 191.

100 Schröder, Naturrecht (Fn. 98), S. 431.

b) 自然法の不確かさと、裁判での評価の安定性——BGHへの批判

aa) しかし問題は、自然法の作用だけではなく、自然法の内容的な広さと多様性にもある¹⁰¹。自然法には17/18世紀の啓蒙的な理性的自然法があるだけでなく、古典古代における様々な種類のもの¹⁰²が存在している。さらにキリスト教的な、少なくともカトリックの自然法¹⁰³があり、そしてイスラム教的、マルクス主義的、フェミニズム的な自然法も数に入れねばならないだろう。つまり自然法を盾にとるという行為は、——非常に成功した——個人の普遍的な自由と平等を基礎づけるだけではなく、数百年にも渡って奴隷制度を正当化し（アリストテレス、トマス＝アクィナス）、女性を総ての政治への参画から締め出し¹⁰⁴、全体主義的な印象を与える国家構想を主張し（プラトン、ホッブス）、そして強き者の自然的な特権を擁護した（カリクレス）のである。

これらと結びついた、自然法の諸々の立場がもはや対立的とも言える程の相異性を有しているという問題については、ラートブルフ自身は答えを与えていない。ただし、「古典古代、中世キリスト教、そして啓蒙主義の、数千年に及ぶ一般的教訓」を引き合いに出す場合にのみ、この問題が表明されていた¹⁰⁵。正にこのような不安定性から、彼は実定法を超える法という学説を、極端に抑制して適用することを支持していたのである。つまりナチス時代という「完全に特異な状況」に限定して、その適用を認めようとしていたのである¹⁰⁶。

101 これについての第一印象としてはE. Wolf, Das Problem der Naturrechtslehre, 3. Aufl. 1964; ders.u.a., Art. Naturrecht, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 6, 1984, Sp. 560–623.

102 F. Flückiger, Geschichte des Naturrechtes, Bd. 1, 1954.

103 A. Hollerbach, Das christliche Naturrecht im Zusammenhang des allgemeinen Naturrechtsdenkens, in: F. Böckle/E.-W. Böckenförde (Hrsg.), Naturrecht in der Kritik, 1973, S. 9ff.

104 しかもこのことは啓蒙主義哲学にまで及んでいる: D. Schwab, Frauenrechte und Naturrecht, in: ders., Geschichtliches Recht und moderne Zeiten, 1995, S. 101ff.を参照。

105 G. Radbruch, Erneuerung des Rechts (1947), in: W. Maihofer (Hrsg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus?, 1962, S. 1ff. (2); 同様のものとしてders., Fünf Minuten Rechtsphilosophie (1945), in: ders., Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, hrsgg. v. E. Wolf und H.-P. Schneider, S. 327ff. (328):「したがって、いかなる法規定よりも強力な法原則が存在しており、その法原則と矛盾するような制定法には妥当性がなくなる。このような法原則は、自然法、もしくは理性法と呼ばれている。もちろんそれらの法には個別に疑わしい部分はあるものの、しかし数世紀に渡る研究は、強固な存在を確立してきたのである。そしてその中で、広範に渡る意見の一致を集約したものが、いわゆる人及び市民の権利宣言（フランス人権宣言）であるので、これを考えると、疑念を抱き続けることができるのは、過度な懐疑論だけなのである。」

106 ラートブルフは引用部分について「たった一度の、今日に至っても未だ殆ど理解することが出来ず、それ故に悪魔的、破滅的であると解釈しがちな出来事」(G. Radbruch SJZ 1947, Sp. 136)と述べている。彼自身は、この例外的な性質を考慮に入

bb) 仮に、今や20世紀の自然法が西洋において「人權の自然法」として把握され、人權宣言がその真正な具体化であるとみなされるのだとしても、それに相応する世界的な合意は常に保障の次元のみしか含んでいない。つまり、基本権のドクマで言うところの、規範の保護範囲についてである。このような保障が、どのような条件で、そしてどの程度制約を受けうるのか、もしくは(一時的な)破棄さえありうるのかということについては、(一旦想定された)安定性と世界的に等しく妥当する効力をもって確定しているとは断じて言えない。国民の伝統と、政治システムの特徴、そして国益の態様と重要性は、決定的な役割を演じ、それは時代と場所によって非常に多様である¹⁰⁷。このことは、国家の実務も、国際的な学問共同体の法解釈も、連邦通常裁判所の厳格な基準には全く適合しないということの本質的な根拠なのである。

cc) これら総ての価値評価問題、具体化問題は、連邦通常裁判所を思い悩ませてはいない。連邦通常裁判所は単純に、思い込みにすぎない簡明な体験に焦点を当てているのである。たしかに当該法廷は、国境警備兵の「怠惰さ」、「無関心さ」そして「法に対する盲目さ」を非難した第一審判決の呑気な言明を斥けてはいる¹⁰⁸。しかしながら、国境警備兵の行為の有責任性という問題については、彼らの行為の違法性は彼ら自身にとっても「明らかなこと」であったに違いないということを、連邦通常裁判所も承認している¹⁰⁹。判決理由には以下のように述べられている。

「当該状況において、非武装の不法越境者を掃射によって殺害する行為は、極めて恐ろしい、理性的な正当化とは程遠い行いであり、それゆえ根本的な殺害の禁止に反するものであるということは、特定の思想を教え込まれた人間にとっても直ちに理解できること、即ち明らかなことであった。」¹¹⁰

これに対して、改めて問いかけたいことがいくつかある¹¹¹。一切の疑念を晴

れていないような定式の取り扱いに生じうる「法的安定性に対する恐ろしい危険性(furchtbaren Gefahren für die Rechtssicherheit)」を強調していた(SJZ 1946, S. 107)。——このことを正しく強調しているものとしてはMiehe, Rechtfertigung(Fn. 39), S. 658, 665f.; Schulz, nulla-poena-Grundsatz(Fn. 39), S. 188。

107 H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 1996, Art. 1 II Rn. 14m.w.N.

108 LG Berlin NStZ 1992, 492 (495)参照。そしてこれに対立するものとしてBGHSt 39, I (34)。

109 単純法律上の背景(軍刑法第5条1項の適用可能性)についてはK. Amelung JuS 1993, 637 (642); Miehe, Rechtfertigung(Fn. 39), S. 667; W. Gropp NJ 1996, 393 (397f.)を参照。

110 BGHSt 39, I (34)。また、この議論を繰り返したものとしてBGHSt 39, 168 (190)。

111 以下の先鋭化批判は、ここに挙げる論文中の同様の異論と部分的に一致している: K. Amelung JuS 1993, 637 (640); ders. NStZ 1995, 29 (30); Alexy, Mauerschützen(Fn.

らした明確さを持って、この東ドイツの若い国境警備兵たちを実際に弁護することはできないのであろうか？ その当時、国際的な国家共同体によっても、ドイツ連邦共和国によっても、国境での事件が持続的かつ非妥協的に糾弾されていたわけではなく、そして今や決定的なもので見られている準則をいかなる手段を用いても順守することが要請されていたわけでもないのに、道徳的な高次の基準を後から定式化するなどということは、気楽な西ドイツの裁判官の座にあったからこそできたことではないか？ 若い国境警備兵たちが国際人権規約を学んでいたということは、少々考え難いことだろう。確かに彼らは、自分たちの国が1973年にドイツ連邦共和国（西ドイツ）と共に国際連合に加入したことを知っていた¹¹²。しかし国連の側も、東西ドイツ国境で行われていることに対して、例えば南アフリカのアパルトヘイト政策に対して行われたのと同じ様な、明確で公的な非難、ましてや制裁などは一切行っていないのである。その上その国境警備兵たちは、西ドイツ政治家たちが東ドイツを訪問する数多くの機会に付き添うことができた。これらの訪問によって、最終的にはホーネッカーの西ドイツ答礼訪問が実現したのである¹¹³。国際社会としても西ドイツとしても、国境政策が明々白々な種類の極端な不法であるような国家と関係を持つとうとするのであろうか？

連邦通常裁判所は国境警備兵たちを指差して、明々白々な種類の極端な不法を認識していなかったのだと非難した。けれども連邦通常裁判所に対して、もしくはドイツ連邦共和国の社会と政治に対して、反対に三つの批判を差し戻すでしょう。ドイツ連邦共和国は、正に1970年代と80年代には国境での出来事についてほとんど知らずとせず、内気なまでに沈黙を守っており、東ドイツの暴力行為を記録するためにザルツギッター市に設けられた州司法行政府の中央情報局に対する助成金を、いくつかの連邦州が打ち切るほどであった¹¹⁴。東ドイツの国境政策に対する政治的、公的な批判はむしろ弱々しいものであったのだ。メディア、大部分の政党、労働組合のような共同体の大きな組織、そして教会すらもまったく同じ有様であった¹¹⁵。そして東ドイツの住民のほとんど大

12), S. 36ff.; *Miehe*, Rechtfertigung (Fn. 39), S. 664ff.; *W. Gropp* NJ 1996, 393 (396, 398)を参照。

112 これについては *W. Bruns* DA 1974, 497ff.; *ders.* DA 1986, 376ff.

113 これについての批判は *F.-C. Schroeder* DA 1993, 442 (449f.). Die offiziellen Dokumente in: Bulletin der Bundesregierung 1987, Nr. 83, S. 705ff.

114 1987年から1989年の間に、ノルトライン・ヴェストファーレン、ザールラント、ハンブルク、プレーメン、シュレスヴィヒ・ホルシュタインの各州、そして最後にベルリン（1989年の5月！）が次々と助成金を打ち切った。 *F.-C. Schroeder* DA 1993, 442 (450); *H. Sauer/H.-O. Plumeyer*, Der Salzgitter-Report, 1991, S. 242ff. を参照。

115 教会の立場に対する明確な批判としては *G. Besier*, Der SED-Staat und die Kirche: 1969–1990 – die Vision vom „Dritten Weg“, 1995; 比較されるべきものとして *E. Richter*

多数が国境政策を非難すべきものであるとみなしていたと仮定しても、国境警備兵たちに対する殺人での有罪判決に賛成しただろう、などということはほとんど帰結されえないだろう。

さらに——疑問・質問を続けると——当該法廷自身が可罰性を説明するために「32ページもの労力を割いた根拠づけ」¹¹⁶を必要としたということが、主張されている明白性と全く調和していないのである。さらに個人の有責性の非難という側面においては、政治的な教化、全体主義国家の抑圧、そして衛兵勤務に服している兵士たちという特殊な状況の、相互に作用し関係し合う諸要素について十分に注意が払われていたとは言い難いように思われる¹¹⁷。調停的に言えば、実際に根本的なものである(なぜなら、近親相姦の禁止と並んで、総ての文化「ここで連邦通常裁判所が述べているのは、文化というだけではなく「文明化された」という意味である」¹¹⁸において妥当し、そして自ずと分節社会においても行き当たる)殺人の禁止が、良心をゆり動かすものとして援用されるのであれば、最終的にはそれほど的外れではない——つまり、原則的なタブーの問題ではなく、タブーを破ることの正当化が問題なのである。この点で、連邦通常裁判所はおそらく一度連邦憲法裁判所の堕胎判決を読み返し、もしくは自身の正当防衛に関する裁判を確認し直したのではなかろうか¹¹⁹。ここで、不法越境したバイクの運転者と同乗者に向け、暗闇の中で100メートルの距離から発砲し、彼らに傷を負わせたドイツ連邦共和国の税関職員の実例を見てみよう。1988年、その税関職員は連邦通常裁判所から無罪判決を受けた。もちろ

DA 1993, 407ff.; ヴァチカンの外交についてはH. Voß DA 1992, 1154ff.; SPDとSEDの共同文書「イデオロギー闘争と共通の安全保障」についてはG. Japs DA 1992, 1011 ff. を参照——現存社会主義における人権状況の評価についての遅ればせながらの例としてはT. Meyer DA 1989, 763ff.

116 T. Hillenkamp JZ 1996, 179 (184).

117 その意味でより望ましいものとしては、BVerfG v. 24.10. 1996 unter C.III.2 b) = JZ 1997, 142 (147). ——連邦憲法裁判所判決の後に公にされた連邦通常裁判所の「壁の射手」判決において、この点がとにかく強く注目され、そして何度も責任阻却事由として受け入れられている。これに基づく判決は、事件の当事者たちにとっては、むしろ非予見可能性と偶発性が増しただけである。

118 BGHS 41, 101 (112f.) が実際に語っているのは“文明化された法文化(zivilisierten Rechtskulturen)”である(そしてそれによって、ドイツにおいて長年保持されてきた文明と文化の二分法を巧みに隠している)。

119 BVerfGE 39, 1 = JZ 1975, 205 m. Anm. Kriele; 88, 203 = JZ 1993, Anh. nach S. 1172, これについてはStarch, S. 816 und H. Dreier DÖV 1995, 1036ff. 正当防衛による殺害の実例についてはBGH NJW 1980, 2263; BGH NSz 1989, 113; BGH NJW 1991, 503; BGH NJW 1996, 2315. を参照。学説としてはH.H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl. 1996, § 32 II 2b, § 32 V; K. Kühl JuS 1993, 117ff.; W. Mitsch JA 1989, 79 (86ff.); 批判的なものとしてはK. Bernsmann ZStW 104 (1992), 290 (293ff.).

んこの事例においても、政治上の全体主義体制について考慮しなければならないのであるが、個別の行為状況と単純法の状況については、人々が好んで主張する程には、「壁の射手」の事例と著しい対照を成すわけではない¹²⁰。

それに加えて、いわゆるスチャシンスキー事件 (*Staschynskij-Fall*) に対する視点が有益だろう。この事件において裁判所は「まだ成長過程にある青少年として11年の間ずっとソヴィエトの支配地域の中心で生活し、そしてそこで絶え間なく教化され続けていた」¹²¹人に対して深い理解を示していた。さて国境警備兵たちは、彼らの人生の大部分を社会主義国家で過ごしていた。しかし、スチャシンスキー事件の時代は正に冷戦に支配されていた——そして今日は人権への陶醉に支配されている。つまり、評価が変化したのであるが、輝かしき連邦通常裁判所の評価の安定性が変化したわけではない。ついでながら、連邦通常裁判所はこの裁判より何年も前に、婚約者の両親が結婚前の性交渉を許すことは可罰的な淫行勧誘に該当し、そして婚姻と家族という問題において男性の優位は避けがたいということを、永遠の道徳律から導き出しており¹²²、そこには裁判所のぶれることのない安定性が表れている。しかし当時は、正にカトリックに特徴づけられた、アデナウアーの王政復古の時代であった——そして今日は人権への陶醉に支配されている。既に明らかであるように、壁の射手判決は「判決の世界主義的な雰囲気をもたらししているものよりももっと狭い観点から下されており、そして永遠の自然法を援用することによって信じ込ませようとしていたことよりも、より強く時代精神に影響を受けている。」¹²³

そして不法の表面上だけの明白性に対する最後の指摘としては、もし国境での射殺という問題ではなく旧東ドイツの裁判官による法の歪曲という問題であるとしても、ここで司法が「同じ司法の同僚に対して、政治的なシステムとは別に特別な感情移入をした可能性が示される」¹²⁴という限りにおいては、その

120 BGHSt 35, 379 では限定的な指針が定式化されたが、しかし被告は無罪とされた。本判決に対する批判としては J.A. Frowein, Im Zweifel für den vielleicht tödlichen Schuß?, in: FS Peter Schneider, 1990, S. 112ff.; J. Polakiewicz EuGRZ 1992, 177 (185); Köhler, Strafrecht AT (Fn. 60), S. 108; 類似するものの詳細な議論としては Mieke, Rechtfertigung (Fn.39), S. 661ff.

121 BGHSt 18, 87 (96).

122 BGHZ 11 (Anhang S. 34ff. = JZ 1954, 152); BGHSt 6, 46 (52ff.). 批判としては W. Weischedel, Recht und Ethik, 1956, S. 6ff., 19ff.; W. Maihofer Ideologie und Naturrecht, in: ders. (Hrsg.), Ideologie und Recht, 1969, S. 121ff.

123 適確なものとして K. Amelung NStZ 1995, 29 (30).

124 F.-C. Schroeder DRiZ 1996, 81 (88). この耐え難い不整合さについては以下も同じ L.M. Peschel-Gutzeit, Grundrechte und Rückwirkungsverbot, in: FAZ Nr. 139 v. 18.6. 1996, S. 11f.; dies./A. Jenckel, Aktuelle Beiträge des Nürnberger Juristenurteils: Auf welchen Grundlagen kann die deutsche Justiz das Systemunrecht der DDR aufarbeiten?,

表面上だけの明白性というものは何度でも否定される^{すうせい}趨勢にあるということを述べておく。国境警備兵に対して、異なった法解釈と、裁判官よりも高次な洞察を要求しているのは明らかである。

ここまでの中間結果を確認しておこう。最も問題なのは、自然法的な条項を適用することによって個別の可罰性をそもそも基礎づけることができるのか、ということである。また連邦通常裁判所が自然法的な条項から推論した、生命の保護と移動の自由に関する内容的な基準の導出はさらに疑問である。結局、違法性が明確であるという主張は全く納得のゆくものではなかった。

2. Rückwirkungsverbot (Art.103 II GG) als Hindernis?

—— 遡及効禁止 (基本法第103条2項) はハードルとなるか？

さて、自然法の立場に立脚してさえも、壁の射手に刑罰を加えることができるということはおおよそ自明とは言い難い。遡及効禁止に基づく憲法審査では、これはどのようにみなされるのであろうか？

a) ラートブルフ定式の遡及的効果

まずここで認識しておくべきことは、ラートブルフ定式は、ある遡及的な効果を持ち合わせているということである。特に非難すべき規範のみの法的性質を後から否認し、しかし他の規範の妥当性を有効なままにすることによって、実効性があり、順守され、そして貫徹されているものとしては、一切効力のなかったものとされる法状況が創られる。したがって定式は、自然法的な基盤に立った、遡及効的で部分的な法システムの新秩序として機能するのである¹²⁵。もちろんここでは、あからさまな遡及効の形式ではなく、隠された遡及効の問題なのである。不法であったと言うのではなく、ナチ時代の法秩序の一部分を、後発的に法的性質を否認することによって非法という名の冥府に投げ込むとき、それは本当に徹底的なナチ時代の「克服」になるのであろうか、ということは

in: *L. M. Peschel- Gutzeit* (Hrsg.), *Das Nürnberger Juristen-Urteil von 1947. Historischer Zusammenhang und aktuelle Bezüge*, 1996, S. 277ff. (295ff.); *U. Homann* *KritJ* 29 (1996), 494 (499f.); *Schulz*, *nulla-poena-Grundsatz* (Fn. 39), S. 195f.; *Köhler*, *Strafrecht AT* (Fn. 60), S. 111 Fn. 122; *K. Lüderssen*, *Entkriminalisierung durch Politisierung?* 近刊JZ収録予定[訳者註: JZ 1997, 525ff. 収録] (unter "B."). 上記 Fn. 10 参照。

125 *H. Dreier* *VVDStRL* 51 (1992), S. 137 (Diskussionsbemerkung); *Schulz*, *nulla-poena-Grundsatz* (Fn. 39), S. 188f. m.w.N.; さらに (一般的に自然法との関連では) *G. Grünwald* *ZStW* 76 (1964), 1 (4ff.); *Gedert*, *Recht* (Fn. 21), S. 229 m. Fn. 352; *T. Kuhlen*, *Normverletzungen im Recht und in der Moral*, in: *M. Baumann/H. Kliemt* (Hrsg.), *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, 1990, S. 63ff. (101). *A.A. Alexy*, *Mauerschützen* (Fn. 12), S. 33 (ここでは法状況の確認のみが行われている。「事実という着眼点に基づいた」変化が始まったことは、アレクシーでも否定しえないのである)。

既に25年以上前に疑問視されていた。すなわち、このような「個別の制定法を一つ一つ観察することは、いかなる国家のいかなる時代でも、その国家において妥当している、もしくは妥当していた完全なる法秩序が確定されうるということを帰結するからである。——すなわち、その時々、その国家の制定法から成る法秩序が、超実定的な法の規範群によって修正されるからである。ある国家において、非常に嫌悪すべき制定法がまだ存在しているとしても、その制定法は遵守され、そして貫徹されてしまう——妥当している法の世界は、常に完全無欠の世界なのである。」¹²⁶そして、東西ドイツ国境の有刺鉄線と射殺命令という観点から見ると、旧東ドイツにおいて妥当していた（超実定的な）法に照らして壁の射手の可罰性を推認することが、根本的にシステムの「過小評価」を示しているのか否か、ということ問い続けなければならない。射殺が犯行現場と犯行時点において既に犯罪であったという推定は、単刀直入に言えば、人権を侵害していたが故に批判されるべきである諸状況を（故意ではないが）隠蔽していたことになりうる¹²⁷。しかし旧東ドイツの国境政策と、その政策の諸規定によれば「壁の射手」は不可罰であるということは、単にある国家における不法であるばかりではなく、「国家による不法」なのである¹²⁸——つまり、そのような国家によって意図され、公布され、そして貫徹されていたものである。このことは、今日承認されている基準を遡及的に投射することによって受容可能な法世界を構築したり、その美しい外観に規範的な妥当性を与えたりするというのではなく、冷静に確認すべきことである。

では憲法上の遡及効禁止を考えると、これらのことは何を意味するのであろうか？

b) 厳格な定式的保障としての基本法第103条2項

—— 連邦憲法裁判所への批判

aa) まず、連邦憲法裁判所を弁護しておくが、裁判所はここまでにあげられてきた問題を迂回せず、そして旧東ドイツの壁際での射殺を正当化する法的根

126 G. Grünwald, Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht, 1971, S. 14; 同様の方向性を持つ批判としてはさらにD. Simon, Waren die NS-Richter "unabhängige Richter" im Sinne des § 1 GVG?, in: B. Diestelkamp/ M. Stolleis (Hrsg.), Justizalltag im Dritten Reich, 1988, S. 11ff., insb. 21; R. Lippold Rechtstheorie 19 (1988), 463 (483); F. Dencker KritV 73 (1990), 299 (305) では「歴史意識の衛生法 (Hygiene des Geschichtsbewußtseins)」といった指摘がなされている。; H. Dreier, Radbruchsche Formel (Fn. 21), S. 131ff.; Jakobs, Vergangenheitsbewältigung (Fn. 72), S. 46 u.ö.

127 Jakobs, Vergangenheitsbewältigung (Fn. 72), S. 53 を参照; それに続いてM. Pawlik GA 1994, 472 (477f.)。批判としてはSchünemann, Aufarbeitung (Fn.76), S. 113.

128 このようにM. Pawlik GA 1994, 472 (478) では述べられており、それはG. Jakobs GA 1994, 1ff. と関連している。

拠を否認することが、憲法上の遡及効禁止と矛盾するかどうかという問題に取り組んだのである¹²⁹。連邦憲法裁判所は、有罪判決は単に旧東ドイツの「正しく解釈された制定法」に基づいており、旧東ドイツにおける偏向的な国家行為に対する信頼は保護するに値しないから、基本法第103条2項に対する違反は存在しない¹³⁰という、連邦通常裁判所の推論を直ちに我が物とすることもなかった。さらに、通説と一致した解釈における遡及効禁止は、その効力が正当化根拠にも及ぶ¹³¹ということも、同意に値する。

bb) しかしながら、「壁の射手」裁判において遡及効の厳格な禁止は後方に退かねばならない¹³²理由は、納得のできるものではない。連邦憲法裁判所が「正義」と「法的安定性」といった対立する原則を、総てを内包する法治国家の原則において等しく根拠を持つものとし、その上で極端な不法の場合には正義に優位を与えるといった軽率な行動をとったことは、誤りであると思われる¹³³。つまりこの議論は有用なものではない。なぜならばこの対立は作り物であり¹³⁴、そして遡及効禁止の重要な機能が誤認されているからである。遡及効禁止は、刑法上の加罰性といった限定的な領域においては既に正義と法的安定性の対立の解決が含まれており、定式化に留まるものではない！ 基本法第103条2項も、正義を志向した思想を基礎としている。遡及効禁止とは、法治国家において固定化されている正義とつり合いを取るようなものではなく、国

129 *BVerfG* v. 24.10. 1996 unter C.II.1 (= JZ 1997, 142 [143]). 一方で、ベルリン地方裁判所 (JZ 1992, 691 [694]) といくつかの文献における見解は、実定法を超える法命題が既に妥当していたらうから、遡及効などは存在していなかったのではないかという単純な指摘によって、問題を消散させたのである (*Odersky*, Rolle [Fn. 5], S. 16; *W. Naucke*, Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, 1996, S. 71, 77 u.ö.; *Hirsch*, Strafrecht [Fn. 10], S. 18; auch *Alexy*, Mauerschützen [Fn. 12], S. 33, 35f.). これに関して *B. Schlink* NJ 1994, 433 (435) はこの論文の中で、正当にも遡及効禁止を巧みに隠していることを見抜いている。

130 *BGHSt* 39, 1 (29) = JZ 1993, 199 (204); *BGHSt* 41, 101 (111) ではこのようになっている。これに対する批判としては、本稿上記 (Ⅲ.3.b) を参照。しかしながら最終結果として、連邦通常裁判所と連邦憲法裁判所の間には、実際には何ら違いはなかった。

131 *BVerfG* (Fn. 129) unter C. II.1 b) = JZ 1997, 142 (144) — いずれにせよ、法定的に定められた正当化根拠に賛成している。学説を代表するものとして *H. Rüping*, in: BK, Art. 103 II (1990), Rn. 67ff.; さらに *A. Eser*, in: *A. Schönke/ H. Schröder*, StGB, 25. Aufl. 1997, § 2 Rn. 3; *C. Roxin*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1994, § 5 Rn. 53; *J. Baumann/U. Weber/W. Mitsch*, Strafrecht AT, 10. Aufl. 1995, § 9 Rn. 27.

132 裁判所は「遡及効禁止の絶対性に対する制限」(*BVerfG* C. II.1 b = JZ 1997, 142 [144]), 及び遡及効禁止を厳格に保護することを「撤回」しなければならないと明示的に述べている (Ls. 3)。

133 *BVerfG* (Fn. 129) unter C. II.1 a) und 1 b) bb) = JZ 1997, 142 (143f.).

134 *B. Pieroth*, VVDStRL 51 (1992), S. 145 (Diskussionsbemerkung); *B. Pieroth/T. Kingreen* NJ 1993, 385 (392).

家による刑法の適用を厳しい前提条件と結びつけることによって、正義を表現したものである¹³⁵。それゆえに遡及効禁止は、厳格に、定式的に妥当しなければならない。遡及効禁止は一般的な信頼保護思想とは異なり、実質的な正義の考察や、もしくは信頼を「保護するに値する」ことを引き合いに出すことによってはおもはや制限されえないし、制限されるべきではないのである¹³⁶。

cc) 最終的にこの判決の核心となる命題は、遡及効禁止がその法治国家における正当性を、民主的で基本権と結びついた立法者による制定法が負うところの特別な信頼という基礎の中に見出す(要旨2)ということである。しかしそれは裁判所による安易な着想であり——しかも何ら特別良い着想ではない。なぜなら遡及効禁止をこのように理解することは、民主主義以前から長く続くこの保障¹³⁷の伝統に著しく反することになるからである。遡及効禁止の厳格な適用を近代民主主義の立法者に制限するということは、その保障の歴史的な意義を打ち壊すものである。基本法第103条2項の完全な保護を、ある法治国家の憲法秩序の元で生活している人々にのみ帰属させるということは、遡及効禁止の憲法史的な、そして理念史的な発展を見誤ることである。なぜなら立法機関が正に法治国家的に秩序だっているわけでも、民主主義的に組織されているというわけでもない場合に、当然、個人は特に保護を必要としているからである。

遡及効禁止が適用可能であるための前提は、明確な形のある、構成的な(単に宣言的ではない)刑罰の構成要件が存在していることのみであるが、そのような構成要件はもちろん近代立憲国家の凱旋行進¹³⁸よりも遥か昔に見出されていた

135 したがって、実質的な正義の要請は「国際法的に承認された人権の尊重も」(*BVerfG* C. II.1 b) bb) = JZ 1997, 142 [144]) 受容していると裁判所が述べたとしても、それは理由にならない。なぜなら他ならぬ遡及効の禁止もまた、人権に含まれるからである。その上、連邦憲法裁判所の検討過程において、正義が直ちに刑事罰を要求するということが暗黙のうちに受け入れられていることは、疑問である。

136 的確なものとして *B. Schünemann*, *Nulla poena sine lege?*, 1978, S. 26; *B. Pieroth* VVDStRL 51 (1992), S. 168 (Diskussionsbemerkung); *Schmidt-Aßmann* (Fn. 54), Art. 103 II Rn. 255; *B. Schlink* NJ 1994, 433 (436). なお *BVerfGE* 25, 269 (284ff., 289ff.) においては、基本法第103条2項に対する違反の可能性と、法治国家原則に対する違反の可能性とを明確に分離している。

137 ちなみに、この保障は「法律無くして刑罰無しという原則 (nulla-poena-Satzes)」の他の要素よりも明らかに古いものである。*G. Schöckel*, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots bis zur französischen Revolution* (Diss. jur. Göttingen 1952), 1968, S. 1ff., 5ff.; *H.-L. Schreiber*, Art. "Nulla poena sine lege", in: HRG III, 1984, Sp. 1104 (1105) を参照。

138 アメリカ合衆国諸州の憲法とフランス革命期の憲法における遡及効禁止の貫徹については *H. Hennings*, *Die Entstehungsgeschichte des Satzes nulla poena sine lege*, Diss. jur. Göttingen 1933, S. 66ff., 70ff.; *Schöckel*, *Entwicklung* (Fn. 137), S. 74ff.; *H.-L. Schreiber*, *Gesetz und Richter*, 1976, S. 62ff.; *V. Krey*, *Keine Strafe ohne Gesetz*, 1983, Rn. 54, 56 を参照。

ものである。このような構成要件はローマ法や教会法、部分的にはおそらく1532年のカロリーナ刑法典にも、そして特に絶対主義においてももちろん見出される¹³⁹。なぜモンテスキューの合理的君主制において、その国家理論から遡及効禁止が導き出されうるのであろうか¹⁴⁰? 近代において発展した彼の主題によれば、遡求的刑法の禁止は、とりわけ前法治国家的で前民主主義的な国家権力からの、個人の保護を提供する。何故ならば、我々は既にトーマス・ホッブスに(ホッブスにさえ!) 遡及効禁止を見出すことができるからである¹⁴¹。その限りでは、遡求禁止は確かに法治国家的な発展を表したものであるのだが、しかしその厳格な適用は、まさしく、民主主義的法治国家の刑法にのみ制限されるというわけではない。

立法権の主体とは(それが君主、議会、もしくは国民であるかに)全く関係なく、100年以上前に正当であると認められていたように、「法律無くして刑罰無し」の命題は、実は和らげ距離を置くことなのである。遡及効禁止は刑法の立法者を、「(立法者) 自身の興奮の影響から守ること」¹⁴²、そして過去の事件を今現在の価値基準で裁定する¹⁴³という試みに抵抗することを促すものである。dd) 総合的に言えば、連邦憲法裁判所は、遡及効禁止の根拠のない相対化という犠牲を払って、「壁の射手」に対する可罰性の肯定を得たのである。その厳格な妥当性は、制度的に留保されていないのである¹⁴⁴。

139 *Schöckel*, *Entwicklung* (Fn. 137), S. 5ff. ローマ法についての説明は (8ff.), 教会法については (10f.) 中世イタリア法については (11ff.) を参照。カロリーナ刑法典については ebda., S. 21f. 及び (むしろ懐疑的ではあるが) *Krey*, *Strafe* (Fn. 138), Rn. 50ff.; *Schreiber*, *Gesetz* (Fn. 138), S. 25ff. Zum kanonischen Recht auch *H.J. Berman*, *Recht und Revolution*, 2. Aufl. 1991, S. 309.

140 *Schreiber*, *Gesetz* (Fn. 138), S. 57ff.; *Krey*, *Strafe* (Fn. 138), Rn. 53; *Dannecker*, *Strafrecht* (Fn. 32), S. 81ff. を参照。

141 *T. Hobbes*, *De Cive* (1642), XIII/16; *ders.*, *Leviathan* (1651), ch. 27. これに関して *Schreiber*, *Gesetz* (Fn. 138), S. 39ff.; さらに *Dannecker*, *Strafrecht* (Fn. 32), S. 66ff.

142 *Adolf Merkel*, *Über den Zusammenhang zwischen der Entwicklung des Strafrechts und der Gesamtentwicklung der öffentlichen Zustände und des geistigen Lebens der Völker* (1889), in: *ders.*, *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, 1899, S. 556 (565); 「感情的になること」に対する防護としての基本法第103条2項については *G. Grünwald* ZStW 76 (1964), 1 (14). も参照。

143 もちろん (注意!) これは、刑法の立法者、すなわち単純法律の立法者にのみ適用される。したがって、その他の形態においては公務員法、職業法、社会法などで応用可能なのである。ここでは立法者は「再評価する」権限を有している。これについては *Pieroth*, *Rechtsstaat* (Fn. 51), S. 99ff., 104ff. 憲法改正も一つの選択肢として可能性はある。これについては、すぐ後の本文 c) を参照。

144 連邦憲法裁判所が遡及効禁止という障害物をこれほど容易に乗り越えてしまったのであれば、連邦共和国がヨーロッパ人権条約 (EMRK) 第7条2項を留保したこと (BGBl. 1954 II, S. 14) にはどんな意義があるのかという疑問が残る。もし、人道に對

c) 法治国家としての選択肢：憲法改正による公然たる遡求立法

したがって、以下のことを確認しておかねばならない。仮に（上記Ⅳの1で説明した重大な懸念とは反対に）ラートブルフ定式に基づいて加罰性が引き出されうるとしても、そのことは憲法上の遡及効禁止という点で失敗に終わるに違いない。連邦憲法裁判所によるこれと異なった内容の見解を維持することはできないのである。

aa) しかしながら、これをもって「壁の射手」の運命について総てを語り尽したとは言えないだろう。彼らの加罰性がその当時既に基本法第103条2項に反していたのであれば、このような障害は憲法改正によって克服されうるのである。ドイツ基本法は既に40回以上——そして時にはあまり重要ではない理由によって——改正されている¹⁴⁵。その中でもとりわけ重大なのは、統一条約との関連での改正であった¹⁴⁶。いうなれば、ここが「壁の射手」問題を取り扱う、いわば当然の場所であったと言えよう。基本権の保障という領域における憲法の改正という点でも、なんら目新しいものではない¹⁴⁷。例えば信書、郵便そして電気通信の秘密や、もしくは庇護権といったものが想起されよう¹⁴⁸。

bb) まず当時の法実務との関係においては、明文の憲法改正は法の明確性という点での実務的メリットがあったであろう。そのメリットは、法治国家の中心的な要請であり誉れとすべきものであって、そしてそれにより高い憲法的価値でさえある。裁判による隠された遡及効に、法律による明確な憲法的宣言が取って替わるだろう¹⁴⁹。このようなやり方には——これは二つ目の良い側面で

する罪、集団虐殺の罪などに際して既に、連邦共和国が基本法第103条2項の相対化を許そうとしないのであれば——もはや一般的な解釈ではこれらのカテゴリーに該当しないが（詳しくは *G. Gornig* NJ 1992, 4 [6ff.]）、しかし程度と違法性の内容においてこのカテゴリーに属している「壁の射手」事件についても同じことが言えるということは、どのようにして正当化できるのであろうか？ このことについても、判決の中では何も述べられていない。

145 これまでの概要について *H. Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 1996, S. 1ff.

146 *M. Herdegen*, *Die Verfassungsänderungen im Einigungsvertrag*, 1991; *H. Meyer* *KritV* 76 (1993), 399ff.; *H. Hofmann* *StWSStP* 6 (1995), 155ff.を参照。更なる展開としては *U. Berlitz* *JöR* 44 (1996), 17ff.

147 *Dreier* (Fn. 42), *Vorb. Rn.* 18を参照。

148 これについては *G. Hermes*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 1996, *Art. 10 Rn.* 5, 54; *G. Lübbe-Wolff*, *ebd.*, *Art. 16a Rn.* 4f.

149 この手続方法に関しては（ある部分はナチスの犯罪行為に関して、またある部分はSEDの不法に関して）とりわけ *F. Dencker* *KritV* 73 (1990), 299 (306f.); *Kuhlen*, *Normverletzungen* (Fn. 125), S. 98ff. („größere Redlichkeit“); *G. Werle* *NJW* 1992, 2529 (2535); *K. Günther*, *StV* 1993, 18 (23f.); *B. Pieroth/T. Kingreen* *NJ* 1993, 385 (392); *B.*

あるが——1945年のロンドン合意、管理委員会法令第10号、及びヨーロッパ人権条約(EMRK)第7条2項との構造的な一致が見て取れる。ヨーロッパ人権条約のこの規定によれば、一般的に承認された、そして刑法上保護されているところの文明化された諸国民の法原則と矛盾するような行為を罰することは、遡及効の禁止と矛盾していない。これによってニュルンベルク軍事法廷を、明示的に正当化しようとしたのである¹⁵⁰。明文によって「壁の射手」を有罪にすることが可能になるような憲法改正は、旧東ドイツの過去の克服と関連してしばしば呼び起こされる、法行為の精神を発現させる——むしろそれは、対象がほとんど「無価値であること」が前提となっている(これについては、下記V参照)。いずれにせよこのような憲法改正は、基本法第79条3項と一致しないものではないだろう¹⁵¹。

cc) 最後に三番目の、そして最も重要なこととして、法治国家としての明瞭性と透明性だけでなく、民主主義における立法者の責任もまた要求されるだろう。憲法を改正する法律は、政治部門と市民が高度に政治的な問題を、裁判の対象とする負担をなくし、そして第三の権力(司法)から第一の権力(立法)に権力を再移譲するがゆえに、好ましいものであろう。このような立法行為は、社会全体での開かれた議論が前提となるはずである。もし構成要件の正確な範囲が確定され、そしてそれに対して一定の範囲の刑罰が科されるべきだといのであれば、自由な意思の構築と生産的な論争が行われうるだろうし、そしてそれらが不可欠であろう。このような議論は事態を救済し、そしておそらく啓

Schlink NJ 1994, 433 (437).

150 *J.A. Frowein/W. Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar, 1985, Art. 7 Rn. 8. 遡及効禁止の廃止についての批判は*H. Quaritsch*, in: ders. (Hrsg.), Carl Schmitt, Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz "Nullum crimen, nulla poena sine lege", 1994, S. 141ff., 153ff., 202ff.; さらに*V. Epping* Der Staat 34 (1995), 243 (261ff.)も参照。

151 通説ではこのように述べられている。*Pieroth*, Rechtsstaat (Fn. 51), S.104; *J. Isensee* VVDStRL 51 (1992), S. 136 (Diskussionsbemerkung); *B. Schlink* NJ 1994, 433 (436, 437). 基本法第79条3項に関する基本法第103条2項の把握については*Schmidt-Aßmann* (Fn. 54), Art. 103 II Rn. 192; *B.-O. Bryde*, in: *v. Münch/Kunig* (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 1996, Art. 79 Rn. 36 (但し双方とも詳細な記述はない); 基本法第1条1項による改正禁止については*V. Epping* Der Staat 34 (1995), 243 (259ff.); 「ニュルンベルク条項(Nürnberger Klausel)」による制限可能性に明らかに反対するものとしては*M. Seebode*, Zur Rückwirkung von Strafgesetzen, in: FS Trusen, 1994, S. 425ff. (447). 憲法改正の許容性に与する議論としてはとりわけ、基本法の解釈の助けとして、正にヨーロッパ人権条約(EMRK)と他の国際的人権文書を引き合いに出しうる(*Dreier* [Fn. 42], Vorb. Rn. 22参照)ということ、そして永久条項による内容的固定化については、逸脱する可能性のある規定に関して、他の立憲国家のコンセンサスを考慮すべきであるだろうことがあげられる。

発的であるだけではなかろう。そのような議論、そしてそのような議論のみが、今日でもなお欠けているものや、そして憂慮すべきことではあるが、連邦憲法裁判所の判決にも欠けたままになっているものを補い、正統化することができるのである。つまり「壁の射手」に対して刑法上の有罪判決を下すことが必要だということは、既に社会的コンセンサスなのである。

これらのことをもう一度標語的にまとめてみよう。判決に従えば、「壁の射手」については正当化理由や免責理由を何ら認めることはできないので、罰せられなければならない。しかし本稿で主張されている見解によれば、判決は基本法第103条2項に反していると考えられるので、現行法によれば罰せられてはならない。しかしながら、このことによっては本質的問題は未だ全く確定されていないし、当然のことながら未だ回答もされていない。それは、そもそも罰せられるべきなのだろうか？ という問題である¹⁵²。

V. Zur Angemessenheit strafrechtlicher Reaktion —— 適切な刑法上の対応について

基本法第103条2項を変更することによって「壁の射手」を有罪にする道を拓くべきであるか否かという問題には、おそらく全く異なった回答があり得る。近代の民主主義的立憲国家の特徴は、多様な理解と意見によって特徴づけられた、良い意味での多元的秩序を前提とし、そして対立する議論について規定された多数によって決定を下すことである。この種の、差し迫った必要性のある議論においては、数多くの側面を考慮しなければならないだろうと、私は考えている。よって以下の記述において、著者が唯一正しい解決への鍵を手中にしているなどという傲慢なことを述べているとは、誤解しないでいただきたい。つまり以下は、憲法改正によって「壁の射手」を有罪とするための道を切り拓くことに**反対する**正当な理由を述べることによって、著者の確信を記述するだけのものである。

軍隊やそれに匹敵する「全体主義的」制度¹⁵³の中での特別な状況のみならず、西側諸国の民主主義による崇高な人権原則とは決して比較しえないような全体主義的支配の下での一般的な生活条件もまた、根源的な意味で考慮に入れな

152 裁判所によって、妥当性があり適用可能である法として持ち出されたものは（実際には可罰性の遡及的な根拠づけを誤魔化することによってのみ生じるものであるが）、憲法改正手続の中で——初めて妥当する法となり、それに応じて実定化されるのである。

153 基本的な内容としてはE. Goffmann, *Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, 1961. 特に、軍人についてはH. Treiber, *Wie man Soldaten macht. Sozialisation in 'kasernierter Vergesellschaftung'*, 1973.

ればならない。「壁の射手」事件の被告人は、犯人であると同時に犠牲者でもある¹⁵⁴。さらに東西ドイツの国境は、いわゆる西側と東側の体制の境目になっていたものであり、この「世界政治的な対立」について刑法という手段によって後から決着を付けることになってしまったこと¹⁵⁵は疑いない、ということを感じておかねばならないだろう。これは、体制上の対立の一部は人権の意味内容に関するイデオロギー的な対立でもあり、それは「訴訟の次元」ではなく純粋に政治的な対立としてまとめられるべきであった¹⁵⁶のであるから、尚更のことである。訴訟の要素を刑法に限定し、個々の帰責可能な行為を問題とする、個人化され断片化された刑法は、非常に複雑な相互作用を断絶すること¹⁵⁷や、恥知らずな出来事を個人の債務口座に記録することに適合する。加えて、「壁の射手」たちに対する、いわば身代わりの有罪判決は、同時に彼ら以外の沢山の体制支持者と体制同調者(旧東ドイツのSED=ドイツ社会主義統一党の地区書記長から、IM=民間協力者に至るまで)、そしてそれを見ていた者と目を逸らしていた者たちを、重大な責任から解放することとなった。もはやこのような人々の包括的な責任を全く問うこともできないし、あらゆる刑法的な訴追もとてもできない——例えそれらが、犯罪構成要件が成立するようなものであったとしても¹⁵⁸。

いずれにしても真に破滅的であったものは、今日も多くの側面において明らかになっている、旧東ドイツ体制全体の不法である。この不法には、広い範囲に渡るスパイ網、対象を定めた瓦解計画(Zersetzung: シュタージが用いた、対象者の私生活を破壊するための工作活動)、幾千にも及ぶ人々の人生の精神的な変形や破壊、多くの理想主義者たちの墮落、職務上あるいはその他の社会的な嫌がらせ、そして数え切れない生命と発展の機会の剥奪などがあり——その中には、今や疑わしいほどに過剰補償されている、西側の生ぬるい対応も含

154 困難なことは、正に、正確な境界線を引くことが不可能であるということである。A. Zielcke KritJ 23 (1990), 460 (464ff.); H. Schulze-Fielitz DVBl. 1991, 893 (901f.); J. Isensee VVDStRL 51 (1992), S. 134ff. (Diskussionsbemerkung); B. Pieroth/T. Kingreen NJ 1993, 385 (392); Miehe, Rechtfertigung (Fn. 39), S. 650. を参照。

155 Köhler, Strafrecht AT (Fn. 60), S. 112.

156 M. Pawlik GA 1994, 472 (475).

157 Jakobs, Vergangenheitsbewältigung (Fn. 72), S. 57f. そこでは犯罪性と政治性を混同している。さらにF. Dencker KritV 73 (1990), 299 (311); Odersky, Rolle (Fn. 5), S. 8f.; Schünemann, Aufarbeitung (Fn. 76), S. 103f.; P.-A. Albrecht NJ 1997, 1 (1). も参照。

158 このように制裁対象を選択することはそれ自身不公正なことであり、刑法による介入から法治国家的な正当性を奪うものである。F. Dencker KritV 73 (1990), 299 (307f.); D. Simon, Die Verantwortung des Juristen heute, 1992, S. 19; B. Schlink NJ 1994, 433 (435) を参照。

まれる¹⁵⁹。

「壁の射手」の有罪判決には、社会復帰、特別予防、そして消極的な一般予防を明らかに排除し、本当にただ純粋な報復的側面のみが残っているのであるから、最後に問題となるのは、これは一体法治国家として認めることができる刑の目的の、いずれに奉仕しうるものであるのか、ということであろう¹⁶⁰。保護観察による刑の猶予もまた、このことを適切に顧慮しているとはほとんど言えない。

しかしこのような議論においては、刑法的な考え方の影響下から逃れ、全く異なった解決策を探すということも考えられるかもしれない。例えば「ヨーロッパの偉大なる講和の英知¹⁶¹」が思い出されるが、これは恩赦によって勝利と平和を確定したものである¹⁶²。この恩赦は何も排除せず、何も弁護せず、何も許さず、そしてやはり全く無罪とすることのない——しかしある刑法的な（歴史的でも道徳的でもない）終止線を引く形でのものであったに違ひなからう¹⁶³。しかしどれほど本稿において提起された問題に向かい合うとしても、次のようなことは確実に言えるだろう。つまり本件に関しては、完全に満足のゆく理想的解決策は存在しないし、ラートブルフ定式もそのような理想的解決法を提供することはない、ということである。このことには、*グスタフ・ラートブルフ* 本人も今日では疑いなく賛同するであろう。

159 言い換えれば、「通常の」犯罪構成要件を適用して刑法上の処理を行うことは、固有の不法の内実を、特有の方法によって清算できなくしてしまうのである。A. Zielcke KritJ 23 (1990), 460 (465); Odersky, Rolle (Fn. 5), S. 28f. も参照。

160 Jakobs, Vergangenheitsbewältigung (Fn. 72), S. 58; T. Blanke KritJ 28 (1995), 131 (141ff.). 積極的な一般予防(これについては一般的に Roxin, Strafrecht [Fn. 131], § 3 Rn. 21ff.)に対しては、いずれにせよ SED 政権による無数の不法行為の償いがなされないままにするものだということを再び述べておく。

161 Köhler, Strafrecht AT (Fn. 60), S. 112.

162 これを説得的に支持するものとして、とりわけ、隠されているが実質的な特赦が多様に存在していることについての重要な指摘として、T. Hillenkamp JZ 1996, 179ff. さらに同論文の掲げる多くの文献参照。A. Zielcke KritJ 23 (1990), 460ff. はこれらを補完するであろう。

163 古代からの様々なモデルと、実際の歴史についての詳細は H. Quaritsch Der Staat 31 (1992), 519ff.; 20 世紀のものについては ders., Apokryphe Amnestien, in: Politische Lageanalyse. FS Hans-Joachim Arndt, 1993, S. 241ff.

* * *

訳者あとがき

本稿は、*Dreier, Horst, Gustav Radbruch und die Mauerschützen*, JZ 1997, S.421-434を全訳したものである。本論文の主題である「ラートブルフ定式」や「壁の射手」事件については、ほとんど予備知識のない者にも理解できるように、論文の中で丁寧に説明されている。そしてこの事件に対する当該定式の適用の可否等についての著者ドライアーの主張は、極めて明快であり、この論文の内容について解説を付することは、屋上屋を架すことにしかならない。よって以下では、この訳が成立した経緯と、著者のホルスト・ドライアーについて押久保が、ラートブルフ定式に関する若干の補足を当山が、それぞれ簡明に記すことによって、「訳者あとがき」としたい。

本翻訳の端緒は、東海大学大学院法学研究科博士課程の授業で、本論文を取り上げたことである。私(押久保)は憲法学の教員、当山氏は当時同課程の法哲学専攻の学生であったが、氏は私の授業を履修し、その際ラートブルフを研究していた関係で、本論文の購読を希望した。後述の様に、ドライアー教授のもとで一年間在外研究をしたことのある私はこれを快諾し、当山氏が訳したものを私が修正するという形で授業は進められた。

本論文の訳を進めるうちに、その主張の明快さと強い説得力、論文全体のわかりやすさから、「壁の射手」事件の法的に妥当な扱いと、同事件への適用の可否を通じたラートブルフ定式の理解等について学問的に資するところが大有り、日本におけるラートブルフ研究にもプラスになりうると考えて、本翻訳を公刊することにした次第である。公刊するからには、独立した日本語として、それを読むだけで理解できないと翻訳としての意味はないので、文章のわかりやすさ、表現の簡易化に意を用いた。もとよりそれは充分とは言えず、読者の御批判・御指摘を頂ければ幸いである。なお、翻訳文の表現等で意見が分かれた時は、私が最終的に判断したので、本翻訳の文責は、すべて押久保にある。

著者のホルスト・ドライアー(Horst Dreier)は現在、ヴェルツブルク(Würzburg)大学法学部の法哲学・国法学・行政法学教授。1954年ハノーファーに生まれ、1975年から81年まで地元の大学に学び、ヴェルツブルク大学でハッソー・ホフマン(Hasso Hofmann)のもとで1985年に「*Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen* (ハンス・ケルゼンにおける法理論、国家社会学、民主制理論)」で博士の学位を得た。この論文は

「戦後ドイツにおける最初の本格的なケルゼン研究」(高田篤「ドイツにおけるケルゼン『再発見』と国法学の『変動』の兆し」法時88巻3号(2016)101-102頁)であり、所謂「ケルゼン・ルネッサンス」の嚆矢となったものである。その後1989年には「Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat(民主制国家におけるヒエラルキー行政)」で、公法・法理論・行政学の教授資格を得、ハイデルベルク大学やハンブルク大学の講座のVertreter(代理教授)を経て、1995/96年の冬学期からヴェルツブルク大学法学部の正教授に就任した。本論文は、その注において明示されているように、1997年1月15日の教授就任講演を基にしたものである。

ホルスト・ドライアーの業績は、著書・論文だけでも既に膨大な数に上るが、上記のほかとりわけ著名なものとして、彼が編集した全3巻に渡る浩瀚な基本法コンメンタール(Horst Dreier(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1(Art. 1-19), 1996, 2. Aufl. 2004, 3. Aufl. 2013; Bd. 2(Art. 20-82), 1998, 2. Aufl. 2006, 3. Aufl. 2015; Supplementum zu Bd. 2, 2007; Bd. 3(Art. 83-146), 2000, 2. Aufl. 2008; Supplementum zur 2. Aufl. 2010)が挙げられる。これはドイツ連邦共和国基本法の代表的なコンメンタールの一つであり、しかも前文、基本権総論(Vorbemerkung vor Artikel 1 GG)、第1条(人間の尊厳)、第2条1項(人格の自由な展開)、第19条1-3項(基本権を制限する法律、基本権の本質保障、法人の基本権主体性)、第20条(そのうち共和制、民主制等)、第28条(州の憲法秩序、地方自治)、第31条(連邦法の優位)、第79条(基本法の改正)、第102条(死刑廃止)、第146条(終末規定)等、最も枢要な諸条項は、彼自身が執筆している。2004年から2006年にかけてドイツ国法学者協会の会長を務め、名実ともにドイツ公法学会を代表する学者である。

私は研究対象である基本法1条1項の「人間の尊厳」について、ドイツの国法学者の中ではドライアー教授の学説に最も共感しており、また彼が1998年に来日した際にその報告の翻訳(拙訳「人間の尊厳の原理(基本法第1条1項)と生命倫理」ドイツ憲法判例研究会編『人間・科学技術・環境』(1999))を担当した縁もあって、2010年9月から2011年にかけて1年間、彼のもとで在外研究を行った。意外なことに、これ程著名な学者であるにも拘わらず、(日本人以外を含めて)外国人を受け入れるのは初めてということであったが、教授を初め秘書、Doktorand(博士論文執筆者)など講座の方々に暖かく迎えられ、快適な研究生活を送ることができた。

この期間中、ゼミに参加させてもらい、最終回には私の報告を聞いてもらう機会を得た。そしてそれとは別に、ドライアー教授と二人だけで1時間程話す機会を何回も設けてくれ、そこでは私の下手なドイツ語にも辛抱強く付き合っ

て下さった。この機会において、ドライアー教授の「人間の尊厳」の学説について、彼の論稿には書いていない背景を知ることができたほか、人クローンの産生について意見が対立した時は（ドライアー教授が人クローン産生一般を「人間の尊厳」に反するとするのに対し、私は極めて限定された条件の下では許容される場合も想定されとの立場を採る）、数十分に渡って真剣な議論を戦わせてくれた。これらは私にとって最も貴重な学問的財産であり、至福の時間をすごさせて頂いた。

なお、ドライアー教授は日本ではどちらかと言うと公法学者として有名であるが、博士論文として書かれたハンス・ケルゼン研究が彼の出発点であることにも現れているように、その第一の専門はむしろ法哲学であるように思われる。私が滞在した2010/2011年冬学期及び2011年夏学期に、ドライアー教授自身が行ったVorlesung（大講義）は法哲学のみであり、国法学はVertreterに任せていた。またドライアー教授主催の法哲学のミニシンポジウム等も、私の滞在中ヴュルツブルク大学で開催された。本論文も分類するとすれば、法哲学に属するものである。

最後に、既述の様な学恩と、本翻訳を快諾してくれたことに対して、ホルスト・ドライアー教授に深甚なる感謝を表明して、結びとする。

（私は論稿における敬称としては常に「氏」で統一しているが、ホルスト・ドライアー氏については上記のように深い学恩を負っているので、本稿では「教授」という敬称を用いたところがある）

Herrn Professor Dr. Horst Dreier,

Ich danke Ihnen herzlich dafür, daß Sie freundlich mir die wissenschaftlich teure Gelegenheiten gegeben haben, während ich in Würzburg geblieben bin, und daß Sie die Übersetzung von Ihrer Abhandlung "Gustav Radbruch und die Mauerschützen" ins Japanische erlaubt haben.

Michio Oshikubo

（以上、押久保倫夫 執筆）

* * *

グスタフ・ラートブルフ（G. Radbruch）の提示した所謂「ラートブルフ定式」と、東西ドイツ国境での「壁の射手」事件との関係を取り扱った論文は数

多く存在しているが、本論文は、近年のラートブルフ定式の研究においては比較的标准なものとして、参照される機会の多いものである。その論考の精緻さ、ドイツ語の美しさ、何よりも明瞭簡潔ながら非常に広い——しかし決して浅くはない——問題把握は、「壁の射手」事件の法的解決に関する問題はもとより、ラートブルフ定式を検討する入り口としても非常に理解しやすい、俯瞰的なものであるといえよう。

ここでは、ラートブルフ定式について、本文で触れられていた範囲について、若干の補足を行いたい。

ラートブルフはその生涯を通して多くの著作を残したが、いわゆる「ラートブルフ定式」が示されたのは、1946年の「Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht（制定法の不法と制定法を超える法）」である（その萌芽ともいふべき記述を、1945年に発表された「Fünf Minuten Rechtsphilosophie（五分間の法哲学）」からも読み取ることができる）。同論文は、当時のドイツが抱えていた戦後の法律問題に対して（当時の時勢としては）実践的な解決基準を提供し、ナチス時代の克服を試みる裁判において、明示的に、もしくは暗示的に用いられたものである。

本文Ⅱ,2,a)においてラートブルフ定式に該当する部分が引用されているが、続くⅡ,2,b)において引用部分前半が「受忍不能定式（Unerträglichkeitsformel）」、後半が「否認定式（Verleugnungsformel）」と記述されている通り、定式は該当部分を二つに分けて把握することができる。

前半部分に当たる「受忍不能定式」の内容は、ある制定法がその内容においてあまりにも不正であり、その制定法によって得られる法的安定性がもはや意味をなさなくなるような場合には、その制定法の効力を否認することができる、と述べている。文献によっては「ラートブルフ定式」という言葉の指し示す範囲を曖昧にしたまま引用するものも少なくないのだが、その場合はこの前半部分のみを指していることが多い。

そして後半には「否認定式」と呼ばれる部分が続く。ここで述べられているのは、ある実定法が、制定に際して、もともと正義の核心である平等の原則を意識的に否認されていた場合には、そもそもからして法ではなく、よって最初から効力など持っていないのだ、ということである。

この、後に「定式」と呼ばれることになった部分でのラートブルフの目的は、ナチスによって立法された法律について、その「法」たる性質を否認することであった。つまり、ラートブルフの強調点は「否認定式」にあると考えられるのだが、実際の裁判が「定式」に依拠する場合、それらは「受忍不能定式」に依拠していた。その理由は、本論文にて既に示されている通り、「否認定式」

が問題とする平等原則が「制定法の定立にさいして意識的に否認された」かどうかという点について、立法者の意図を証明することが殆ど不可能に近いからである。

では、ラートブルフは定式を、例えば本論文が取り扱っている「壁の射手」事件のような、ナチス以外の不法状況に対しても適用可能なものとして提示したのであるか？

この疑問について、本論文IV,1,b),aa)において1947年のラートブルフ「Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit」を引用し、ラートブルフ自身も、ラートブルフ定式の適用をナチス時代に限定していたと結論づけていることは、正当であるように思われる。

しかし、この点について本論文と異なった意見を述べるものもある。本論文においても参照されているサリガー (F. Saliger, Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, 1995) は、ラートブルフ定式を一般的な法原理として提供されたものであり、ナチスの文脈に固定されるものではない、と把握している。つまりこの立場をとるならば、旧東ドイツとナチスの不法の程度が、ある一定の基準において比較可能であるという前提のもと、旧東ドイツの不法へのラートブルフ定式の適用が正当化されうるのである。

このサリガーの定式理解も非常に興味深いものではある。しかしながら、(少なくとも現在のドイツ連邦共和国においては) 本論文(とりわけIV,2)の立場からは、ナチスの文脈を超えた定式の適用可能性は否定されるべきであろうし、そもそも定式の適用可能性そのものが疑問視されるであろう。

さて、定式に関して若干の補足を述べたが、本論文の主眼は正に「壁の射手」事件の方にある。本件訴訟は法的側面のみに留まらず、政治的側面ないし「時代の感情」とも言うべき空気を孕んだ、複雑難解な問題であった。しかしながら本論文は、法の外的問題とは一定の距離を保ちつつ、問題を一望することのできる、非常に有益な資料として完成されている。本翻訳が、読者にとって「壁の射手」事件を理解する一助となれば幸いである。

(以上、当山紀博 執筆)

* * *

おしくぼ みちお (本学法学部教授)
とうやま のりひろ (本学法学研究科博士課程)