

ドイツ連邦共和国司法におけるラートブルフ定式の 受容と定式の現代的意義(上)

酒匂, 一郎
九州大学大学院法学研究院 : 教授

<https://doi.org/10.15017/1833532>

出版情報 : 法政研究. 84 (1), pp.1-39, 2017-07-14. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

ドイツ連邦共和国司法におけるラートブルフ定式の受容と定式の現代的意義(上)

酒
匂
一
郎

- 一 はじめに
- 二 戦後連邦共和国司法におけるラートブルフ定式の受容……………以上本号
- 三 再統一後の連邦共和国司法におけるラートブルフ定式の適用
- 四 終わりに

一 はじめに

第二次世界大戦後、グスタフ・ラートブルフは一連の論文において、すでによく知られているように、「法律は法律だ」とする法実証主義は法律の形をとったナチスの極端な不法に対してドイツの法曹と国民を「無防備にした」として、自然法や理性法と呼ばれてきた法律を超える法をあらためて銘記しなければならぬと説いた。「ラートブルフ・テーズ」と呼ばれるこの見解を明確に打ち出した論文「法律的不法と超法律的法」（一九四六年）において、同時にラートブルフは、実定的法律によって実現される法的安定性の理念と実定的法律にとつての構成的かつ統制的な原理としての正義の理念との衝突を解決するための基本的な基準を提示した。「ラートブルフ定式」(Radbruchsche Formel)と呼ばれるこの基準は、戦後の連邦共和国におけるナチス裁判においてナチス期の法律的不法を処理するための基準として用いられた。その後、ナチス裁判が終息すると、この定式の適用の機会もなくなり、ほとんど忘れられていた。ところが、一九八九年にベルリンの壁が崩壊し、一九九〇年に旧ドイツ民主共和国（以下では旧東独と記載する）が連邦共和国に統合される形でドイツが再統一されると、ラートブルフ定式は再び忘却の淵から姿を現した。旧東独期における「不法」事件、とくに東ベルリンから壁を超えて西ベルリンへ脱出しようとした多くの若い市民が同じく若い旧東独国境警備兵の射撃によって殺害されたという事件（いわゆる「壁の射手」(Mauerschützen) 事件)において、連邦共和国裁判所がラートブルフ定式に言及し適用したことによる。

本稿は、ドイツ連邦共和国司法におけるこの二度にわたるラートブルフ定式の受容の経緯を概観し、それらをめぐる議論をも踏まえて、ラートブルフ定式の現代的意義を検討しようとするものである。以下、本稿は前半と後半からなる。前半では戦後のナチス裁判におけるラートブルフ定式の受容を概観し、後半では再統一後のとくに「壁の射手」事件判決における同定式の適用の態様を概観して、同定式の現代的意義を検討する。

その前に、ラートブルフ定式のテキストを引用して、それに関するいくつかのコメントを付しておく。そのテキストは次のように述べている。³⁾

法的安定性と正義との衝突は、次のような仕方では解決される可能性がある。すなわち、制定と権力によって安定化された実定法が、内容的に不正で反目的である場合にも「正義に」優位するが、実定法の正義に対する矛盾が耐えがたい程度に達して、法律が「不正な法」として正義に譲らざるをえない場合は除くことである。法律的不法と内容的には不正であるがそれでも妥当する法律との間により厳密な境界線を引くことは不可能であるが、もう一つの境界設定はきわめて厳密になされうる。すなわち、正義がまったく追求されておらず、正義の核心をなす平等が実定法制定に際して意識的に否認されている場合には、その法律はたんに「不正な法」なのではなく、むしろ総じて法的性格をもたないことである。なぜなら、法は、したがって実定法も、その意味からして正義に奉仕すべく定められている秩序及び準則として以外の仕方では、定義されえないからである。

この基準は三つの場合を区別している。すなわち、①実定法又はそれによって実現される法的安定性と正義が衝突する場合でも、通常は実定法が優位するが、②法律の正義に対する矛盾が耐えがたい程度に達している場合は、その法律は「不正な法」であって、その効力は正義の要請によって覆されうる、さらに③法律が正義をまったく追及しておらず、正義の核心をなす平等原理をまったく無視している場合には、その法律はそもそも法ではない（「不法」とするのである。このうち②は後に「受忍不能定式」(Unertäglickeitsformel)と③は「拒絶定式」(Verleugnungsformel)と呼ばれるようになった。⁴⁾

別稿で論じたように⁵⁾、ラートブルフは、ナチスの犯罪的な法律については「拒絶定式」を適用してその法としての性

格と効力を否定し、その法律に基づいてなされた犯罪的行為については、ヴァイマル時代から効力を有していたライヒ刑法（一八七一年）を適用して処断すべきだとした。しかし、後の研究者はこの二つの定式を同じ効果をもつものとなすとともに、拒絶定式では立法者の主観についての立証困難な判定に立ち入らなければならないことから、これを基準として用いることを避けて、ラートブルフもいうように厳密な境界線の設定は不可能であるとしても、客観的な判定を可能にするように思われる「受忍不能定式」を用いるほうがよいとしている。⁽⁶⁾再統一後のものも含めた連邦共和国の裁判所の判決もほとんどの場合、「受忍不能定式」を用いている。ただし、ナチス裁判においては「拒絶定式」を用いているとみられる通常裁判所判決もある。法概念論の観点からはこれら二つの定式を区別することにはなお意味があり、この点については最後に触れる。

- (1) ラートブルフ・テーゼについては多くの議論がある。さしあたり、拙稿「ラートブルフ・テーゼについて」(『法政研究』第七八巻第二号、二〇一一年)で紹介した文献を参照されたい。
- (2) ラートブルフにとって、正義が法の構成的原理であるとともに統制的原理であることについては、vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie, 1932; Gustav Radbruch - Gesamtaufgabe, Bd.2, 227. さしあたり、「法理念そのものは、法現実としての構成的原理であるとともにその価値基準であり、意識された行為に属する」と述べられている。この意味については、さしあたり前掲拙稿(注一)一八一頁を参照。
- (3) Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, 1946; Gustav Radbruch - Gesamtaufgabe, Bd.3, 89.
- (4) たゞとて R. Dreier, Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? An Beispiel des DDR-Grenzgesetzes: in Strafrechtliche: Festschrift für A. Kaufmann zum 70 Geburtstag (Hrsg. v. F. Haftr et al.), 1993, 57f.; R. Alexy, Mauerschützen: Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, 1993, 3f.; ders., A Defence of Radbruch's Formula, 1999, in D. Dyzenhaus (ed.), Reconciling the Rule of Law: 大橋智之輔「所謂『ラートブルフの定式(Formel)』をめぐる」(奥島孝康・田中成明編『法学の根底にあるもの』有斐閣、一九九七年)などを参照。
- (5) 前掲拙稿(注一)二〇九頁参照。なお、ここでは「拒絶定式」を「不法定式」と呼んでいる。

(9) Vgl. R. Dreier (注⁴), a.a.O.

二 戦後連邦共和国司法におけるラートブルフ定式の受容

戦後のナチス裁判はニュルンベルク国際軍事裁判にはじまり、連合各国占領地区での継続裁判とともに、連合国管理委員会法（Control Council Law, Kontrollratgesetz）第十号三条一項 d の授權に基づくドイツ裁判所での裁判へと展開した⁷。そして、一九四九年に西側三国の占領地区ではドイツ連邦共和国、ソ連占領地区ではドイツ民主共和国が樹立された。連邦共和国では同年五月二三日にドイツ連邦共和国基本法（Grundgesetz für der Bundesrepublik Deutschland）が、また一九五〇年九月には新たな裁判所法（Gerichtsverfassungsgesetz）も制定され、この法体系のもとで連邦共和国でのナチス裁判は継続されることになった。

ニュルンベルク国際軍事裁判ではニュルンベルク国際軍事裁判憲章が、連合各国占領地区の継続裁判では管理委員会法及びそれぞれの占領政府によって定められた戦後処理法が、ナチス裁判の基準として用いられた⁸が、連邦共和国が成立するとナチス裁判も基本法以下の連邦共和国法（刑法のように戦前からの法律で効力を維持しているものを含む）を準拠法として行われることになる⁹。しかし、ナチス期の行為を処理するための包括的な立法が整備されたわけではなく、それらの行為を規律したナチス期の法令の効力をめぐる問題はなお少なからず残っていた。つまり、ナチス期の法令に基づいてなされた犯罪的行為の責任を問うためには、それらの法令の効力を判定する必要がある。そこでナチス期の法令の効力を判定する基準としてラートブルフ定式が用いられたのである。

本節では、ラートブルフ定式に依拠しているとみられる連邦通常裁判所（Bundesgerichtshof）及び連邦憲法裁判所

(Bundesverfassungsgericht) の判決のうち重要と考えられるいくつかの判決を取り上げ、そこで定式がどのように用いられているかを検討する^①。それらの判決にはラートブルフに明示的に言及しているものもあれば、明示的に言及してはいないが明らかに依拠しているとみられるものもある。また、すでに触れたように、それらの判決の多く、とくに連邦憲法裁判所判決はたしかに「受忍不能定式」を用いている。しかし、ほとんど指摘されていないことであるが、連邦通常裁判所判決の中には「拒絶定式」を用いていると考えられるものもある。さらに、ラートブルフ定式に言及しつつも、むしろその適用を限定する趣旨によるものであって、当該事案への適用を排除しているものもある。つまり、ナチス法令であっても「きわめて耐えがたい程度に」正義に反するとはみられないもの、あるいは「特殊にナチス的」とはみられないものもある。最後に、ナチス期のものではない行為についてラートブルフ定式が用いられているとみられるものや、他方でラートブルフ定式と直接の関係はないものの論者によってラートブルフ定式と関係づけられているものもある。とくに後者は戦後司法におけるラートブルフの影響、とりわけ自然法論への回帰という仕方での影響という点で重要な問題を示している。

(7) 授権されたのは、ドイツ国民によるドイツ国民又は無国籍者に対する犯罪の場合だけであった。したがって犯罪類型も二条一項に規定されているもののうち「人道に反する罪」に限定されることとなる。

(8) この時期のいくつかの重要なナチス裁判については、矢崎光圀『法実証主義…現代におけるその意味と機能』（日本評論社、一九六三年）を参照されたい。

(9) 西ドイツにつき管理委員会法十号が正式に廃止されたのは一九五六年五月三〇日の占領法の廃止に関する法律によってであるが、一九五一年には管理委員会法十号の適用に関するドイツ裁判所の権限は取り下げられていた (vgl. BGHSt 3, 66 [67])。「人道に反する罪」は遡及法だという主張が強かったためとみられる。芝健介「何が裁かれ、何が裁かれなかったのか——ニルンベルク裁判とドイツ人によるナチ犯罪裁判の問題——」(『岩波講座 世界歴史 25』岩波書店、一九九九年) 九三頁以下参照。

(10) 以下、連邦通常裁判所及び連邦憲法裁判所の判決から引用するときは、引用箇所は裁判所の略号と判決文の最初の頁および該

当箇所の頁で本文中に表記する。

(11) これらの判決とラートブルフ定式との関係を検討するものとしては次のものなどがある。B. Schumacher, *Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel*, 1985; W. Ott, *Die Radbruch'sche Formel. Pro und Contra*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Bd. 107, 1988; H.-E. Dieckmann, *Überpositives Recht als Prüfungsmaßstab im Geltungsbereich des Grundgesetzes: Eine kritische Würdigung der Rezeption der Radbruchschen Formel und des Naturrechtsgedankens im der Rechtsprechung*, 2006; G. Vassalli, *Radbruchsche Formel und Strafrecht*, 2010.

Schumacher の論文は、ラートブルフ定式の戦後連邦共和国司法における受容とそれをめぐる文献における議論の展開を詳細に論じたおそらく最初のものである。ラートブルフの法概念論を受け継いで法概念に最小限の正義の要請を組み込む R. Dreier の見解に近い立場から、ラートブルフ定式の受容を肯定的に評価している。W. Ott の論文は、ラートブルフ定式を受容している連邦共和国裁判所判決が H.L.A. ハートの観点からみればどのように評価されるかを検討した上で、法と道徳の結合を認める狭い法概念に対するハートの批判をさらに批判的に検討して、基本的にはラートブルフ定式を肯定的に捉えている。H.-E. Dieckmann の著書は、戦後だけでなく再統一後の連邦共和国裁判所の諸判決におけるラートブルフ定式の受容を詳細かつ批判的に検討するものである。その批判はとくにラートブルフ定式の適用が遡及禁止や憲法の構造的原理（とくに民主主義、三権分立など）に反することになるとする点に向けられている。イタリアの G. Vassalli の著書は、刑法の分野に限定されているが、Dieckmann のものと同様に、戦後から再統一後までのラートブルフ定式の受容について比較法の観点も含めて検討するものであり、法律が存在しない場合のラートブルフ定式の意義を一部肯定的に評価しているが、とくに刑法事案には適用できないという強い留保条件を付している。

(一) 連邦通常裁判所判決

連邦通常裁判所は民事および刑事の二部からなり、それぞれ複数の部 (Senat) と一つの大法廷 (Grosser Senat) をもつ。民事部および刑事部のいづれにおいても、ラートブルフ定式に言及またはそれを適用している判決がある。以下では、民事部判決と刑事部判決を分けて概観する。

(1) 民事部判決

(a) いわゆるカタストロフ命令に関する判決

一九五一年七月一二日民事第三部判決 (BGHZ 3, 94) は連邦通常裁判所がラートブルフ定式に言及し依拠しているおそらく最初の判決である。事案は、一九四五年四月はじめに、国民突撃隊 (Volkssturm) の大隊長であった被告らによって、夫を敵対行為者として、また息子を逃亡兵として殺害されたことにつき、原告である妻及び息子の妻が精神的損害等につき賠償請求したものである。被告は、その行為が一九四五年三月にヒムラーの発したいわゆるカタストロフ命令 (すべての銃器保有者にかかる逃亡者も軍法会議によることなく射殺することを命じたもの) などに基づくものであったと主張した。連邦通常裁判所民事第三部は、この命令が法律に基づくものではなかった事実を指摘した上で、次のように論じている (BGHZ 3, 94[107])。

この命令が法律又は法規命令 (Rechtsverordnung) として発せられたものであったとしても、それは法的効力をもたない。法律はその限界を次の点にもつ。それが、国際法の一般に承認された規則若しくは自然法に反する場合 (OGHSt 2, 271) 又は実定的法律の正義に対する矛盾が堪えがたい程度に達して、法律が「不正な法」として正義に道を譲らなければならない場合である。正義の原則が実定法の制定に際して総じて否認されている場合は、その法律は法としての性格を欠き、総じていかなる法でもない (Radbruch, SJZ 1946, 105)。人は裁判手続によるのでなければその生命を奪われてはならないということは、人の不可侵の権利に属する。この法原則に、軍事裁判所の設置に関する一九四五年二月一五日の指令はなお服していた。それによれば、いわゆるカタストロフ命令にはいかなる法律としての効力も帰属しない。それはいかなる法規範でもなく、それに従うことは違法であったと言ふべきである。

ここでは、「国際法の一般に承認された規則又は自然法」とラートブルフ定式の受忍不能定式及び拒絶定式が単純に並置されており、しかも直接の判断根拠は裁判を受ける「不可侵の人権」であるが、それらの関係は詳細には論じられない。要するに、カタストロフ命令は、国際法の一般に承認された規則又は自然法に位置づけられる裁判を受ける不可侵の人権を著しく侵害するものであり、ラートブルフ定式がいうように、正義と堪えがたい程度に衝突するもの、又はその制定に際して正義の原則を否認することに基づくものであって、法的性格と法的効力を否定されなければならないことであろう。つまり、一方でラートブルフ定式の抽象的な基準（正義）が国際法の規範又は自然法に位置づけられる基本的人権によって具体化され、他方でそれを侵害する法令がラートブルフ定式により法的性格と法的効力を否定されるという構造が見られる。この構造はこれ以降のラートブルフ定式への依拠に一般に見られるものである。とはいえ、ここでは受忍不能定式と拒絶定式が単純に並置されており、とくに拒絶定式の問題、つまり制定者又は命令者の主観的要素の確認に関する問題はとくに意識されていない。

(b) ライヒ民法第一一施行令に関する決定

右の事例は法律に根拠をもたないナチスの命令による不法が問題となったものであるが、ナチスの法律又は法規命令に基づく不法が問題となったものとして、一九三五年九月二五日のライヒ民法 (Reichsbürgergesetz) 三条に関する一九四一年一月二五日の第一一施行令 (Erlaß Verordnung)⁽²⁾ によるユダヤ人財産没収に関する事例がいくつかある。それらの判決はラートブルフには直接言及していないが、その用語からしてラートブルフ定式に依拠しているものとみられる。ここでは、一九五五年二月二八日の民事部大法廷決定 (BGHZ 16, 350) を取り上げる。

事案は次のようなものであった。ユダヤ系であった原告は同人の名義にかかる有価証券をドイツのある銀行に寄託したまま、迫害されて一九三九年にスイスに移住した。一九四一年の第一一施行令二条 a (ユダヤ人が本施行令の発効の

ときにその常居所を外国に有しているときは、本施行令の発効のときにドイツ国籍を喪失し、同三条一項（本施行令によりドイツ国籍を失ったユダヤ人の財産はその国籍の喪失とともにライヒに帰属する）により、同有価証券に対する所有権を失ったものとみなされた。その有価証券はナチス支配の間もまたその後も変更されることなく原告の名義で同銀行の帳簿に登録されていた。原告は戦後にその居所を連邦共和国に戻した。戦後には各国占領地区においてナチスによって没収された財産の返還や補償をなすための法律が制定されていた。これらの法律は返還又は補償の申請につき期限を設けていた。原告は該当のアメリカ占領地区返還法（Rückherstellungsgesetz）による返還請求の通知をしておらず、申請期間を徒過した。その後、原告は同銀行を被告として同有価証券の返還を請求した。

本件ではとくに二つの問題が争点となった。一つは第一施行令による国籍及び財産権の喪失は法的効力を有したかどうかであり、もう一つは事後法である返還法の手続によらない返還が認められるかどうかである。ラートブルフ定式が関わるのは前者であり、これについて本決定は、引用が長くなるが、次のように述べている（BGHZ 16, 350 [353f.]）。

形式的にはたしかに法律の装いをもつ本件の財産権失効宣言はその実質的内容からすると法規範としての性格を拒否されなければならない。この規定は違法な迫害措置の圧力のもとで故郷を去らねばならなかった被害者たちからさらにその財産を剝奪することを結局は狙っていたのであって、超法律的な平等原則並びにヴァイマル共和国憲法一五三条により保障される所有権保護及び超法律的な所有権保障に著しい仕方でも反していた。あらゆる法秩序の基礎をなし、その超法律的な地位のゆえに憲法制定者にとっても端的に不可侵である平等原則に対する侵害は、国外移住又は継続的な国外滞在という要件と結合された財産権失効がもつばら人種的観点により画定された人的集団にのみ課せられたことから、疑いなく生じている。立法者はこの平等原則及び所有権保障の明白な無視を

取用原則に訴えることによって覆い隠そうとしなかった。ヴァイマル共和国憲法一三五条二項は取用をもつばら公共の福祉のためにのみ許容していたにもかかわらず、立法者は補償のない財産権失効の正当化のために公共の利益に訴えることを必要とはみなしていなかった。財産権失効宣言はむしろ一一施行令三条二項の規定では「ユダヤ人問題に関するあらゆる目的の促進」に資するものとされ、したがって真実にはユダヤ人を計画的に迫害し根絶するというナチス綱領の違法な実現のためのもう一つの手段にほかならなかった。したがって、失効宣言は立法者の観点からは関係者の財産の刑罰的な没収と考えられていた。いかなる罪責もなくもつばらその人種によって画定された人的集団に対するこの種の刑罰措置の付料にはいかなる法的根拠も欠けていたのである。

ここにはラートブルフへの言及はないが、第一一施行令という法規命令とそれに基づく個別の財産取用は、その形式的な形式にもかわらず、実質的に「超法律的な平等原則」や「超法律的な所有権保障」に著しく反しているがゆえに、法的性格と法的効力を拒否されなければならないとする議論が、ラートブルフ定式に符合することは明らかである。¹³⁾のみならず、注目されるのはこの議論はラートブルフ定式のうちの「拒絶定式」に近いことである。この議論の後半は、第一一施行令三条がはじめからもつばら人種的理由により画定された人的集団の財産を剝奪し、それを公共の利益ではなく、「ユダヤ人問題の解決」という目的のために用いることを意図していた、つまり立法者は基本的な平等原則をはじめから無視していたということを認定している。ここからすると、正義原則の意識的な否認という立法者の意思がいわば「文面上明らか」であるケースも、極端な例外としてはありうるということになるだろう。

第二の論点はラートブルフ定式とは関わらないが、本件のもつとも重要な論点であった。戦後の返還法や補償法は、ナチス期の混乱による財産の滅失や権利者不明などの財産権に関する状況の不確定性に対応するために、残存財産を権利者の申請に基づき衡平を考慮して返還又は補償することを目的とするものであった。したがって、返還法や補償法の

基準及び手続に従つてのみ請求を認容している事例もある¹⁴⁾。これに対し、本件では、原告の有価証券は第一一施行令による失効宣言にもかかわらず原告の名義で同銀行に保管されていたこと、原告は当該有価証券の自己帰属を疑つていなかったことから返還法による申請を行わなかったものであることを認定して、判決は返還法の基準及び手続によらない返還請求を認めたのであった。

(c) その他の関連判決

その他、ラートブルフに言及している判決や「専制的規範」(despotische Norm)はその法的効力を否定されることがあるとすする判決がある。しかし、これらはいずれも結論としては法律又は法規命令の効力を認めたものである。一九五七年一月二九日民事第八部判決(BGHZ 23, 175)は、電気供給契約に違反する配線の設置により電気供給を停止された需要者である原告が契約条項の違法性を争つた事案で、同契約条項の根拠となつていた一九四二年一月二七日の法規命令による供給契約の「一般的条件」は、同法規命令が形式的に適法に制定されたものであること、また内容面においても実質的正義との著しい衝突を含むものではないことから、法的効力を否定されないとしている(BGHZ 23, 175 [180f.])。その際に、後述する連邦憲法裁判所判決を引用してラートブルフ定式に言及しているが、その趣旨は同定式が適用されるのは「きわめて例外的な場合だけ」であるとして、その適用を限定するものである。したがって、ここで考えられているラートブルフ定式は「受忍不能定式」だといえる。

この判決は右の連関で一九五二年七月十日民事第三部判決(NJW 1952, 1139)を引用している。事案は公務員の給与引下げに対する障害を除去することを意図した一九三三年六月三〇日の法律の効力に関わるものである。この法律は形式的には一九三三年三月二四日のいわゆる全権委任法に基づきライヒ議会でなくライヒ政府によつて制定されたものであり、内容的には公務員の身分保障に関するヴァイマル憲法一二九条を修正するものであった。判決は、全権委任

法が憲法適合的に成立したかどうか、全権委任法に基づいて制定された法律の規定が慣習法的効力をもつかどうかについては立ち入らず、この法律が形式的に実効性をもつものとして承認され適用されていたことから、形式的に妥当な法律であったとともに、内容上も、起草作業はナチスの政権奪取以前に終わっていたこと、プロイセンでは以前から地方公務員の給与と国家公務員の給与の比較に基づく給与改訂の検討が行われていたことなどから、「典型的にナチス的な精神」による「専制的規範」とはいえないとして、その効力を認めている (G.A.O.)。この判決はラートブルフに言及しているわけではない。ただ、先の民事第八部判決は本判決を連邦通常裁判所が「ナチス独裁によって生み出された規範を拘束力をもたないものとみなしてきた」事例として、先のカタストロフ命令事件判決とともに引用しており、連邦通常裁判所がラートブルフ定式の適用についてどのように理解していたかを窺わせる。

(12) 第一一施行令第三条第一項は「本施行令によりドイツ国籍を失ったユダヤ人の財産はその国籍の喪失とともにライヒに帰属する。また、本施行令の発効の際に無国籍であり、最後に有した国籍がドイツ国籍であったユダヤ人が、その常居所を外国に有し又は得たときも、その財産はライヒに帰属する」と規定していた。また、第二項は「ライヒに」帰属した財産はユダヤ人問題の解決に関連するあらゆる目的の促進のために使用されるものとする」というものであった。

(13) 本決定はヴァイマル憲法一三五条違反も指摘している。公用取用は補償を伴わなければならないという規定に反しているだけでなく、公共の福祉を目的とするのでなければならないという規定にも反しているというわけである。論拠としてはこれだけでも足りたといえるかもしれない。とはいえ、ナチスは、一九三五年のいわゆる国家改造法にみられるように、ヴァイマル憲法を基本的に無視していたから、ヴァイマル憲法が当時の実定憲法であったとはいえない。いずれにせよ、「超法律的な原則に依拠せざるをえなかったといえる。なお、「超法律的な所有権保護」は所有権をいわば自然権とするものであるが、ラートブルフ定式の観点から言えば、所有権侵害だけでは極端な不正義とはいえない。それが同時に「超法律的な平等原則」に恣意的に反していることが必要である。本決定はヴァイマル憲法一三五条の二つの要件、すなわち補償の必要性と目的の公共性に触れているが、このことを認識しているといえる。

(14) 一九五三年二月一日民事第二部判決 (BGHZ 9, 34) は、ユダヤ人の契約した満期返戻付き生命保険の保険料が第一一施行

令により保険会社からライヒに支払われたという事案について、施行令は「けつして法ではなく、はじめからその反対物、すなわち明白な不法であった」として施行令及びそれに基づく本件取用の効力を否定する一方で、当該保険料の返還を保険会社に命じることは、同会社に二重弁済を義務づけるという「古い不法に代わる新しい不法」となるとして、原告は補償法の基準と手続による範囲での補償で満足しなければならないとしている。

また、一九五三年十月八日民事第四部判決（BGHZ 10, 340）は、ユダヤ人の経営する会社の鉄道タンク車両一〇台が取用され被告に売却されたという事案について、右の第二部判決を引用しつつ、同様に返還等の請求は返還法又は補償法の基準と手続に従つてのみ認容されうるとしている。

この他に事案の異なる一九五七年一月二五日民事第七部判決（BGHZ 26, 91）がある。原告である抵当銀行はユダヤ人に対し土地を抵当とする貸付を行っていたところ、同土地はライヒによつて取用され、さらに被告に譲渡された。被告は同土地の抵当にかかる債務をライヒから引き受けていたが、原告の債務履行請求に対し、ライヒによる取用の無効とそれに基づく債務引受の無効を主張して争った。原審は被告の主張を認容したが、本判決はライヒによる取用が無効であったことを認めつつも、それによつて無効原因に関わらない部分であるライヒへの債務移転、従つてまた被告の債務引受が無効であるとすることはできないとし、ライヒ及び被告の原告に対する連帯債務を認めている。

(2) 刑事部判決

(a) ユダヤ人強制移送に関する判決

一九五二年一月二九日の刑事第一部判決（BGHSt 2, 234）は明示的にはラートブルフに言及していないが、明らかにラートブルフ定式に依拠した刑事判決である。事案は、ゲシュタポのユダヤ人課に属していた被告人らが一九四一年から一九四三年の間にユダヤ人を東部の強制収容所へ強制移送したことにつき、自由剝奪の罪に問われたというものである。原審である陪審裁判所は、本件強制移送は一九三三年二月二八日の「民族と国家の保護に関するライヒ大統領令」に基づくものであり、この命令による強制移送が客観的な事実に関するかぎりユダヤ人の殺害の補助になるもので

あったことを認定する一方で、主観的側面に関しては、被告人らはその行為によってユダヤ人にとって不法が生じていることの「漠然とした感情」を有したとしても、妥当する法に反するということを意識していたとはいえないとして、無罪を言い渡した。本判決はこれを覆した。

本判決では大きな論点は二つある。一つはユダヤ人の強制移送が妥当する法に基づくものであったかどうかである。この点について、判決はまず一九三三年二月二八日の大統領令が共產主義者の政府転覆の企図に対する防衛のためだけでなく、その他の「国家敵」の克服のためにも法的基盤となるものとみなされうると想定するとしても、この命令は「一般の法意識によればいかなる法律もその他の主権的行為も侵害することのできない法の核心部分」を侵害しうる特権をゲシュタポに与えるものではなかったと指摘し、陪審裁判所判決の根本的な誤りは「このどこでもかついつでも妥当する国家的恣意に対する制約」を誤認した点にあると批判する。その上で、判決は「個々の事例において、何が法であり、何が法でないかについて、国家が規定してよい領域と、国家もその措置において拘束され制約される領域との間の境界がどこに引かれるか」という問題を立て、その境界は今日では基本法の基本権規定に見出されるが、被告人らがその業務を遂行しはじめた時点において「一般の意識のうちに生きている正義と人間性の根本思想からして」すでに明らかであったとして、次のように述べている（BGHSt 2, 234[238f.]）。

この根本思想には平等の思想が密接不可分に結びついている。正義を追求しておらず、平等の思想を意識的に否認し、人間人格の価値と尊厳にかかわるあらゆる文化的な国民に共通の法確信を明示的に無視する命令は、いかなる法も生み出さないのであり、そのような命令に従う行為はどこまでも不法なのである。

これがラートブルフ定式、しかも「拒絶定式」に依拠するものであることは明らかであろう。もともと、判決は明示

的に述べていないが、ここでの「命令」が一九三三年の大統領令とは解し得ないことは、同大統領令に関する上記の見解から明らかである。ユダヤ人の強制収容所への移送と殺害は、法律や法規命令によるのではなく、一九四一年頃から個別の命令によって遂行されるようになったのであった。いずれにせよ、連邦通常裁判所判決によれば、一九三三年の大統領令も、法律に基づかない個々の命令も、被告人らの行為の正当化事由としては機能しないことになる。

第二の論点は被告人らの違法性の意識である。陪審裁判所は一九三三年の大統領令を正当化事由とする被告人らの主張を認めた。被告人らの行為は客観的側面においては実質的に不法であったとしても、主観的側面においては被告人らは正当化事由の存在を信じていたのであり、違法性の意識がなかったというわけである。その根拠として陪審裁判所は被告人らの行為を違法とする判決や起訴はなく、一般に被告人らが自己の行為の違法性を認識する可能性はなかったという点を挙げていた。

これに対する連邦通常裁判所の論証は次のようである。まず、「その侵害が露骨で明白である場合は、一般にそれは、その措置を命令し、遂行し、補助する者たちが違法性の意識をもって行為していることのたしかな徴表ともなる」という(BGHSt 2, 234[239])。つまり、侵害がきわめて明白であるときは原則としてそこに違法性の意識があったことが推定される。この推定は被告人らが「人間の共同生活に不可欠の原則、あらゆる文化的国民の法意識の内に生きている法の不可侵の基本部分と核心部分に属する原則」を知らなかったと想定することはできないということに基づけられている。したがって、被告人らの行為に対する評価は「後に初めて一般的な妥当性を得るにいたった基準」によるものではないとされる(a.a.O.)。次にこの推定が、当時のゲシュタポの活動、ユダヤ人迫害の強化の状況、最初の移送が始まった頃のユダヤ人に対する抑圧の状況、そしてそれは「誰もが知っていた」こと、被告人らがゲシュタポのユダヤ人課の指導者等であったことなどに照らして、「移送がこの一般的な迫害の一部にはかならないこと」を、被告人らが知らなかったと考えることはできないこと、確証やれる(BGHSt 2, 234[240f.])。さらに、この推定に対する反証とみら

れる陪審裁判所の論拠、つまり被告人らの行為を不法とするような判決や起訴がなかったという論拠が退けられる。この見解は、陪審裁判所が認定している「漠然とした感情」からすると、つまり被告人らがその不法の可能性をまったく考えなかったわけではないことからすると説得的とはいえないのみならず、ユダヤ人の自由、財産、身体と生命、神聖な感情に対する明白な暴力行為が「法として承認されていると真剣に考える者はなかった」ことが指摘される（BGHSt 2, 234[242]）。

違法性の意識の認定に関するこの議論は、連邦通常裁判所のいわゆる「違法性の意識」判決（一九五二年三月一八日）以前のものであるが、¹⁵別稿で取り上げたラートブルフの違法性の意識に関する議論を具体化するものとみることができ。拒絶定式の適用とこの違法性の意識に関する議論からして、本判决の論証はラートブルフ自身の議論にもっとも近いといえるだろう。

(15) 一九五二年二月一九日刑事第一部判決（NJW 1953, 351）は、ユダヤ人移送に関与した警察署長が自由剝奪の罪に問われた事案で、違法性の意識がなかったとした陪審裁判所判決を、「違法性の意識」判決に依拠して退けている。それによれば、「他人の自由剝奪において、その行為者又は帮助者が法に基づいて他人の自由への侵害が許容されうると信じた場合であっても、その状況が、法秩序によれば、いかなる立法者をも義務づける正義と人間性の原則に反するがゆえに、正当化事由が総じて存在し得ないものであったときは、行為者のそのような錯誤は禁止の錯誤に関する原則によって取り扱われなければならない。そのような錯誤は、行為者がその良心のしかるべき緊張をもっていたならば侵害の違法性を認識し得たであろう場合には、刑法二二九条による有罪判決を妨げない」（NJW 1953, 351[352]）。

(16) 拙稿「枉法と故意——ラートブルフ・テーゼと裁判官の責任——」（『法政研究』七九卷一・二合併号）二二二―二八頁。

(b) 司法犯罪事件判決

ナチスの司法犯罪に関する連邦通常裁判所の判決はそれほど多くはない。しかし、その中にはラートブルフ定式やラートブルフの枉法論に関連するものがある。ここでは三つ取り上げる。¹⁷⁾

まず、一九五二年二月一二日の刑事第一部判決 (BGHSt 3, 173) は、親衛隊幹部である被告人が、一九四五年四月に設置した二つの軍事法廷 (Militärgericht) において法廷設置者として六人の離反軍人に対し死刑判決を下させたことについて、殺人幫助の罪に問われた事案に係るものである。原審の陪審裁判所は、当該軍事法廷は当時の法状況において正式の司法手続の外見を有しており、それゆえ当該死刑判決は合法であったとして、被告人に無罪を言い渡したが、刑事第一部は原判決を破棄して差し戻した。

刑事第一部によれば、問題は当該軍事法廷が「歪められた (geartet) 司法手続」でなかったかどうかであった。刑事第一部判決は、そのような「歪められた」司法手続にあたるのは、「妥当する法規が関係者によってたんに外見上尊重されているにすぎず、罪責問題の真摯な解決へ向けた願望や意思をもって尊重されているのではない場合」や「これらの個々の法規に対して法としての性格が総じて否定されなければならず、かつ関係者がこのことを知っていた場合」であるとして、次のように述べている (BGHSt 3, 173[177])。

ナチス国家の権力保有者は、今日明らかであるように、また当時すでにあらゆる識者にとつて明らかであったように、次のような多くの規則を制定し、命令を発していた。すなわち、それらは「法」を制定するもの又は「法」に適合するものという主張を掲げてはいるが、いかなる国家の承認にも依存することなく妥当する法原則、広い意味では法律といえる規則に適合しているようにみえる最高権力の行為よりも強い拘束力をもつ法原則に反しているがゆえに、法としての性格を欠いていたのである。正義をまったく追求しておらず、平等の思想を意識的に否認し、

あらゆる文化的国民が共有する人間人格の価値と尊厳に関する法確信を無視する、そのような最高権力の命令は——当法廷が一九五二年一月二九日の判決においてより詳細に論じたように——実質的な意味での法を生み出すものではなく、またそれに基づく行為はやはり不法なのである。この点では、戦時期の「ユダヤ人の最終解決」と精神病者の大量殺害を指摘するだけで十分である。これらは「ヒトラーの通知」によるものであるが、いずれも「法」となったわけではないのである。

先のユダヤ人強制移送事件判決を引用しているように、ここではラートブルフへの言及はないが、この判決が拒絶定式に依拠していることは明らかであろう。なお、この判決で認定されているのは、先の「歪められた司法手続」の二つの場合のとくに後者、つまり当該軍事法廷の下した死刑判決が「法」の性格を否定される命令に基づいていたという場合に当たるといふことであろう。

同じように一九四五年のナチス崩壊直前に、被告人である親衛隊幹部がいくつかの軍事法廷を設置し、共同被告人らを裁判長に任命して、複数の者（逃走した突撃兵やヒトラーユーゲントの戦車を武装解除して放逐した農民）に死刑判決を下させ、その執行を命じたという事例で、被告人がライヒ刑法三三六条の枉法の罪に問われたものがある。陪審裁判所は証拠不十分という理由で被告人らに無罪を言い渡しているが、一九五六年二月七日の刑事第一部判決（BGHSt 10, 294）はこれを破棄して、被告人を枉法殺人（Mord in Tateinheit mit Rechtsbeugung）につき有罪とした。

この事件では、まず被告人らが刑法三三六条の行為主体の範疇に入るかどうかが問題となっている。判決は、本条の行為主体には「非職業人裁判官」は含まれないとしつつも、被告人らの行為は「裁判官職務」に該当し、本条の適用があるとする。次に本件では枉法の故意が問題となっている。判決は、枉法の故意は「未必の故意」では足りず、「特定

された故意」(bestimmter Vorsatz)が必要だとする。裁判官(裁判官職務を行う者も含む)がその職務において殺害などの他の犯罪について有罪とされうるのは、同時に枉法につき有罪とされる場合だけである(この点について、ラートブルフを参照している。BGHSt 10, 294[298])。しかも、このことは裁判官の独立を保障するためであるが、この保障を実効的とするには、未必の故意では足りないというわけである(裁判官も判決において誤りを犯すことがあるが、本人は誤りでないと信じていたとしても、誤りの可能性を少しでも念頭においてただけで、枉法の責任を問われることになりうるのでは、裁判官の独立は保障されないというわけである)。ただし、裁判の指揮運営につき枉法があり、したがって枉法の構成要件の責任要素としての故意があり、その結果として違法な判決が下されたときは、結果について特定された故意がなくても、枉法が成立するとする。これは本件軍事法廷設置者であつて判決者ではない被告人を念頭においた例外設定である。

このように枉法成立の条件を限定したうえで、判決は、本件の被告人らは「裁判職務をその本来の目的のために、つまり法を発見するために遂行したのではなく、裁判という装いのもとに、法に疎遠な、それどころか法に敵対的な目的に仕え、とりわけ法秩序の是認するあらゆる観点からみて、行為の重さ及び行為者の責任と堪えがたいほどに不均衡な関係にたつ刑罰を、宣告しまた追認した」のだからである。このように「法及び正義とまったく関係のない目的を達成するために裁判手続の形式を意図的に利用すること」は枉法に当たるとする(BGHSt 10, 294[306])。

なお、この判決は、ここではラートブルフが提起して肯定した問題、すなわち枉法の「法」に反倫理的な法律も含めるかどうかという問題について決定する必要はないという(BGHSt 10, 294[300])。ここで認定されている「歪められた司法手続」は、「妥当する法規が関係者によってたんに外見上尊重されているにすぎず、罪責問題の真摯な解決へ向けた願望や意思をもって尊重されているのではない場合」に当たり、実体法の反倫理性は問う必要がないということであろう。

最後に三つ目は、一九六八年四月三〇日の刑事第五部判決（Rehse-Fall, NJW 1968, 1339）である。事案は、民族裁判所（Volksgerichtshof）の職業裁判官で陪席裁判官（Beisitzer）であった被告人が、同裁判所長官フライスラーが第一部裁判長として下した七件の死刑判決に陪席裁判官として賛同したことにつき、殺人及び殺人未遂の幫助の罪に問われたものである。原審のベルリン地方裁判所の陪審裁判所は被告人を同罪につき有罪としたが、第五部判決はこれを破棄して差し戻した。

判決はまず被告人を殺人の幫助とみなすべきかどうかを問題とする。この点について判決は、被告人は陪席とはいえ職業裁判官として法廷に立ったのである以上、当時妥当した法によれば、独立で、裁判長と同等の権限を有し、法律にのみ拘束され、彼自身の良心に責任を負っていたのであり、そうすると、自己の裁判官としての確信に反して死刑判決に賛同したのだとすれば、そのかぎりでは被告人は殺人の幫助ではなく、正犯でしかありえないとする。そして、「被告人が処罰されるのは、被告人が自ら下等な動機によって（aus niedrigen Beweggründen）死刑判決に賛同した場合だけ」であるという。

つまり、判決によれば、被告人が問われる罪は（フライスラーを正犯とする）殺人の幫助ではなく、枉法殺人の正犯であり、そして枉法が成立するためには「下等な動機」によること、つまり枉法の特定された故意が必要だというわけである。さらに、原審は被告人につき「法盲目性」（Rechtsblindheit）を認定しているが、第五部判決は、通常の意味に解するかぎり、法盲目性は枉法の故意と整合しないとされているから、枉法の故意には「違法性の意識」が必要だとしているものと考えられる¹⁸⁾。原審はこのような被告人の枉法の故意について審理を尽くしておらず、「フライスラーの動機と、被告人がそれを知っていたかどうかを審理すればよいと考えている」として差し戻したわけである¹⁹⁾。

本判決はラートブルフ定式と直接には関わらないが、ラートブルフ・テーゼ及びその枉法論と関係する。ラートブルフは、「法律的不法」論文で裁判官がその職務において刑法の他の犯罪につき有罪とされるためには、同時に枉法につ

いても有罪とされるのでなければならず、一九二二年の刑法改正草案では枉法の故意について「意図」又は「認識」を要するとし、さらに同草案では故意に違法性の意識を含めるものとしていた。この点からみると、本判決の法的見解はラートブルフの趣旨と一致するようにみえる。また、ラートブルフ・テーゼは、法実証主義の教育を受けた裁判官は「法律的不法」について違法性の意識を欠いた可能性があるとして、この種の裁判官の責任を意図的に否定するものであるかのように解釈された。

しかし、別稿で検討したように、ラートブルフ・テーゼの実証主義批判は彼の戦前からの法概念論の帰結に他ならず、戦後に裁判官の免責を殊更に意図して提示されたものとはいえない。また、戦後の医療殺人事件判決に関する評釈において、ラートブルフは刑法犯罪の故意に違法性の意識を含めないという見解を打ち出すとともに、明白な「法律的不法」に関わらず不法意識がないことを「法盲目性」と捉えて、不法意識のある場合よりも「いっそう悪い」と評価していた。たしかに、医師などの他の職業とは異なり、裁判官は刑法三三六条により刑法上の責任を限定されると、ラートブルフが考えていた可能性はあるが、彼の戦後の論稿の中には明白な法律的不法の責任について裁判官と医師などを区別しないものと解される記述も見受けられる。したがって、ラートブルフ・テーゼ及びその枉法論から本判決のような帰結が直接に導けるということとはできないだろう。

(17) これらの他に、いわゆる密告事件において、起訴事件に関する判断の根拠として傍論で、判決の違法が認定されているものがある。たとえば、一九五二年七月八日の刑事第一部判決 (BGHSt 3: 110) は、夫がヒトラー及びナチスについて批判的な言辭をなしたと密告した妻が、その密告に基づいて軍事法廷で下された死刑判決につき、殺人の間接正犯に問われた事案で、当該軍事法廷の死刑判決は違法であったと認定している。また、一九五二年一月六日の刑事第三部判決 (BGHSt 3: 66) は、兄がナチスについて批判的な言辭をなしたと密告した弟が、その密告に基づいて民族裁判所で下された死刑判決につき、殺人幫助に問われた事案で、当該民族裁判所の死刑判決は違法であったと認定している。これらは、いずれも下級審では管理委員会法第十号の人道に

反する罪に問われていたものであるが、上告審段階では管理委員会法第十号の適用はなくなっており、連邦共和国法により殺人等の罪に問われている。とくに前者はハートとフライの論争においてハートが取り上げて有名となった事案であり、一九四九年七月二七日のバンベルク高裁決定は妻を有罪とした。ハートがこの判決を誤解していたことについては、矢崎前傾一〇五―一八頁参照。また、いづれにおいても、当該死刑判決は当時の法律の規定（批判的言辞の「公然性」該当性）に反するもので、「高次の法」によらずとも、当時の法律に照らして違法であったとされている。

(18) 本判決は、このように、これらの死刑判決が枉法殺人と認定されるためには違法性の意識が必要だとするのであるが、そうすると、原審がおそらく想定したように、フライスラーのような確信的な枉法者は違法性の意識を有しないと考えられるから、ペーゲマンの指摘するように（H.Begemann, Das Haftungsprivileg des Richters im Strafrecht, NJW 1968, Heft 30, 1361.）、「フライスラーさえ枉法殺人の罪に問うことはできず、いわんや陪席裁判官を枉法殺人の罪に問うことはできないということになるだろう。「違法性の意識」判決によれば、刑法犯の故意についても違法性の意識ではなく、違法性の意識の可能性で足りるとされているが、本判決はこの点については何も触れていない。

(19) 差戻審は同年二月六日に被告人に無罪の判決を下したこともあり、この第五部判決は当初から批判を受けた。五千人を超える不法な死刑判決を下した民族裁判所の裁判官が無罪とされたことは驚きをもって受け止められたものと思われる。後に、刑事第五部は再統一後の旧東独裁判官の枉法事件に関する一九九五年一月一六日の判決（BGHSt 41, 317）の中で、ナチスの司法的不法の取扱いにおいて「くわすかの例外を除いて数千に及ぶ死刑判決を枉法としなかったのは、「連邦共和国の刑事司法の重大な機能不全（Versagen）」（BGHSt 41, 317[343]）によるものであったと批判的に回顧している。上記注（17）のように、密告事件に関する判断のための根拠として、民族裁判所の判決を違法であったとするものもあるが、実際に民族裁判所裁判官が刑事責任を問われたわけではない。

(20) 拙稿前掲（注1）参照。

（二）連邦憲法裁判所判決

連邦憲法裁判所もいくつかの判決においてラートブルフ定式に言及し、基本的に受容している。しかし、いわゆる

「壁の射手」事件判決で触れているように、戦後から再統一までの期間に連邦憲法裁判所がラートブルフ定式に言及しているのは民事事件の判決においてであって、刑事事件においてそれに言及し依拠した判決はない。また、ラートブルフ定式に言及する場合でも、それに依拠するものだけでなく、その適用を限定するものもあり、さらにナチス不法の処理に関わるものだけでなく、連邦共和国法及び基本法に関する重要な事例もある。そして、もつとも特徴的なのは、連邦憲法裁判所が言及するラートブルフ定式は「拒絶定式」ではなく、「受忍不能定式」だということである。ここではまずナチス不法処理に関するものを取り上げ、連邦共和国基本法に関するものは項を改めて取り上げる。

(a) 旧公務員関係に関する裁判例

ナチス体制が崩壊した一九四五年五月八日にその国家機能は停止し、ドイツは連合国の各占領地区の軍政下におかれた。連邦共和国が成立すると、裁判官についてと同様に、ナチス期の公務員の再任用や補償が行われた。基本法一三一条はこの手続について、一九五四年五月八日時点で公務員であった者（亡命者及び追放者を含む）で、公務員法又は賃率法以外の理由により失職して、なお公職若しくは従前の職を得ていないもの又は生活保障を得ていないものの法律関係は連邦法で規律するものと規定し、この規定に基づき「基本法一三一条に該当する者の法律関係を定める法律」（以下、一三一条施行法）が制定された。再任用や補償にはもちろん限定があったため、その対象とならなかった者が一三一条施行法の違憲性を争って憲法異議を申し立てた。この憲法異議訴訟において連邦憲法裁判所がラートブルフ定式に言及している裁判例が二つある。一九五三年二月十七日の判決（BVerfGE 3, 58）と一九五七年二月十九日のいわゆるゲシュタポ決定（BVerfGE 6, 132）²⁴。

この二つの訴訟において異議申立人らは、公務員制度の本旨からすれば国家形式の変更にもかかわらず公務員関係（Beamtenverhältnis）は継続しており、体制崩壊前に公務員であった者は従前の地位とその間に取得した権利等を保

障されるべきであるところ、異議申立人らを排除する一三一条施行法の関連条項は基本法三条の平等条項等に反すると主張した。これに対して、連邦憲法裁判所は、「第三帝国」における公務員関係は一九四五年五月八日に消滅しており、再任用や補償は一三一条施行法の基準と手続によりまったく新たに実施されるものであるから、これによつて異議申立人らの基本権が侵害されることにはならないと判示した。

とはいえ、当該公務員関係の消滅について基本法一三一条は明示的に規定してはいるわけではなく、また旧公務員法においても公務員関係の消滅事由に国家形式の変更は含まれていなかった。この点について、連邦憲法裁判所は、公務員制度の本旨からすればたしかに国家形式の変更は公務員関係には影響しないが、しかしそれは通常の状態変更の場合であり、ナチス体制の崩壊はこの通常の場合には当たらないとする。一九世紀以来のドイツの公務員制度の本旨によれば、公務員は「全体としての国家及び国民に奉仕する」ものであるが、ナチス体制において公務員は「総統への忠誠とナチス党への恭順」を宣誓させられたのであって、その法律関係はナチスと不可分の特殊な関係であった。それゆえ、ナチス体制の崩壊とともにこの特殊な法律関係も消滅したといわざるをえないとしたのである。

他方で、基本法一三一条及び施行法はナチス国家の公務員の再任用や補償を認めるものであり、これはナチス国家における公務員関係を前提することになる。連邦憲法裁判所がラートブルフ定式に言及するのはこの連関においてである。すなわち、ナチス立法の基礎である全権委任法が「その憲法上の効力の点で重大な疑念がある」こと、また「ナチスの権力支配の下では、法律が、法としてのいかなる効力も拒否されなければならないほどに正義に反し公益に反する仕方」（vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie, 4. Aufl., S.336）制定された」ということは認められるとしても、ナチスのすべての法律がその内容を吟味することなくその法としての効力が否定されなければならないというわけではなく、正義に反する立法も「一定の限界内においては」その「秩序形成要素」のゆえに少なくとも「法的安定性」を生み出すのであり、その「社会学的効力」（soziologische Geltungskraft）のゆえに尊重されるべきものであり、遡及的になかった

ものとすることはできなう (BVerfGE 6, 132[1984])。ナチス公務員法の規定はナチスの憲法的基本構造によれば「秩序適合的に成立しており、法共同体の成員により受け入れられており、何年かにわたって異論なく存続していた」のであり、これによって生じた「法的に重要な事実」を事後的になかつたものとすることはできず、「ただ新しい立法措置によってのみ」除去することができる⁽²¹⁾。「連邦の立法者も一九五一年五月一日の公務員に関するナチスの不法に対する補償を規律する法律において、明らかにこのことから出発しているのである」(BVerfGE 3, 58[1954])。

一九五三年判決についてはさまざまな批判(公務員制度の本旨に関するもの、法発見の方法に関するもの、「社会的妥当性」の想定に関するものなど)が向けられた。一九五七年決定はそれらに新たな論証によって反論している (BVerfGE 6, 132[1974])。しかし、ここではそれに立ち入る必要はない。いずれにせよ、これらの判決において、連邦憲法裁判所はラートブルフ定式を受容しつつも、その適用を極端な不正の場合に限定し、本件の場合には正義よりも法的安定性を優先させているのである。

(b) ライヒ公民法第一一施行令に関する裁判例

すでにみたように、一九四一年一月二五日のライヒ公民法に関する第一一施行令は、一定の要件の下にユダヤ人の国籍を剥奪するものであった。その第二条は次のように規定していた。「ユダヤ人は、a 本施行令の発効時において外国に常居所を有しているときは、本施行令の発効をもって、b 常居所を後に外国に得たときは、その常居所に移転した時点をもって、ドイツ国籍を喪失する」。基本法一一六条二項はこのようにドイツ国籍を喪失したユダヤ人等の再帰化ないし国籍回復 (Wieder eingebürgung) について次のように規定している。「かつてドイツ国籍を有し、一九三三年一月三〇日から一九四五年五月八日の間に政治的、人種的又は宗教的な理由により国籍を剥奪された者及びその子孫は申請により再び国籍を取得することができる。それらの者が一九四五年五月八日以後にドイツにその居所を得た場合で

あつて、反対の意思を表明していなかったときは、それらの者は国籍を失わなかったものとみなす」。しかし、この規定によってカバーされないケースもあった。一九六八年二月一四日の連邦憲法裁判所第二部決定（BVerfGE 23, 98）はその一つである。

R博士は一九三三年までヴァイスバーデンで弁護士及び公証人であったが、第二次世界大戦勃発直前にアムステルダムに移住し、一九四二年にそこから強制収容所へ移送された後、その消息は知られないまま、「ナチスによる迫害の犠牲者に対する補償に関する連邦法」（BEG）一八〇条により一九四五年五月八日をもって死亡したものとみなされた。ドイツ相続法によれば、R博士の遺産については、すでに死亡していたR博士の兄弟姉妹の子である本件憲法異議申立人も法定相続分に応じて相続しうるはずであったが、簡易裁判所は異議申立人らの相続証明書交付請求を棄却した。R博士はオランダに居住していたために第一一施行令二条により国籍を失ったのであるから、R博士の遺産についてはオランダ民法が適用されるが、オランダ民法はオランダに住所を有する無国籍者については外国法の適用を認めておらず、かつ被相続人に配偶者も子孫もなく、その父母も死亡しているときは、その生存する兄弟姉妹だけが相続権を有するとされており、したがって異議申立人らは相続権を有しないというのであった。異議申立人らはヴァイスバーデン地方裁判所及びフランクフルト（マイン）高等裁判所に上訴したが認められなかったため、これらの判決は基本法三条一項及び一一六条二項に違反するとして憲法異議を申し立てた。

下級審の判断は第一一施行令の効力を承認することに基づいていた。また、基本法一一六条一項はその文言そのものからすると同様に第一一施行令の効力を前提しているものと解されえた。そうすると、R博士はドイツ国籍を剝奪されたままであり、またいうまでもなく基本法一一六条によって国籍を回復することもなかったことになる。これに対し、連邦憲法裁判所は次のように述べて、第一一施行令がはじめから無効であったと判示した（BVerfGE 23, 98[106]）。

法と正義は立法者の恣意的裁量には属さない。「憲法制定者はすべてをその意思によって秩序づける権限を有する」という見解は、「法律学と法実務を長い間支配していた評価無縁の法律実証主義の精神態度への回帰を意味するであろう。ドイツにおけるナチス体制の時代は、立法者も不法を制定することがあるということを教えた」(BVerfGE 3, 225[232])。それゆえ、当裁判所は、ナチスの「法」規定は、正義の根本的原理に明白に矛盾し、裁判官がそれを適用し又はその法効果を承認しようとするならば、法ではなく不法により判決することになるほどであるがゆえに、法としての効力を否認されうるということを肯定しているのである (BVerfGE 3, 58[119]; 6, 132[198])。

第一一施行令はこの根本的原理に反するものであった。同施行令においては、正義との矛盾はきわめて堪えがたい程度に達しており、それゆえ同施行令ははじめから無効であったものとみなさなければならぬ (vgl. BGH RZW 1962, 563; BGHZ 9, 34[44]; 10, 340[342]; 16, 350[354]; 26, 91[93])。同施行令は、それが若干の年月の間に実務において適用されていたこと、又は「国籍剝奪」を受けた若干の者らが当時ナチスの措置を個々の場合に堪え忍んでいた若しくは了解さえしていたことによっても、有効となったわけではない。なぜなら、法の根本的な原則に明らかに反する法律的不法は、それが適用され又は遵守されることによって法となるわけではないからである²⁹。

ここにはラートブルフへの言及はないが、先の旧公務員関係に関する連邦憲法裁判所自身の判決及び決定の他、すでに触れたものを含む連邦通常裁判所の判決を引用又は参照しているところからしても、連邦憲法裁判所が第一一施行令をはじめから無効であったとする論拠としてラートブルフ定式、しかも「受忍不能定式」に依拠していることは明らかであろう。ただし、本決定が参照している連邦通常裁判所判決のいくつか (とくに BGHZ 16, 350) はむしろ「拒絶

定式」によっているとみられうることはすでに述べた。

なお、本決定は、立法者の恣意禁止原則は今日では基本法三条一項等において実定法的表現を見出ししているとするとともに、一一六条の制定史をも参照して、基本法制定者も第一一施行令がはじめから無効であったということから出発していること、他方で第一一施行令によって生じた事実を事後的になかったものとすることはできず、一一六条二項はドイツ国籍の回復を意思しない者にドイツ国籍を押しつける趣旨ではないこと、そして一九四五年五月八日以前に死去していた者については、その者が反対の意思を有したことを示す手がかりがないかぎり、第一一施行令に関わらずドイツ国籍を失わなかったものと解すべきであることを指摘して、簡易裁判所にこれらの観点を考慮して本件相続証明書発行申請を再審査すべきことを命じている。²⁰⁾

(21) 一九五三年一月十七日判決では、この点は次のように述べられている。「法規定の『法社会学的』妥当というものもあり、それが無意味となるのは、そのような規定があらゆる正式の法を支配する正義の原理に明白に矛盾し、それを適用又はその法効果を承認しようとする裁判官は法ではなく不法を語ることになる」という場合にかぎられる」(BVerfGE 3, 58[119])。

(22) 同様に基本法一一六条二項に関する一九八〇年四月一五日の連邦憲法裁判所決定 (BVerfGE 54, 53) は、ラートブルフの名前は挙げていないが、本文に掲げた決定を引用して、ライヒ民法法に関する第一一施行令が「正義の基本原理に明白に矛盾」し、無効であったことを確認しており、ラートブルフ定式と結びつく再統一前の最後の裁判例である。ユダヤ人である異議申立人は一九四〇年に内務大臣から国籍の喪失を通知され、同人はこれに対して異議を申し立てたが認められず、一九四六年にスイスからアメリカ合衆国に移住し、一九五一年に同国の国籍を取得していた。同人は一九七〇年五月にドイツ国籍の再取得を申請したが認められなかった。連邦憲法裁判所は、一一六条二項は国籍を剝奪された者の国籍再取得に関する自由な決定を認めていることを確認した上で、同人がドイツに居住しておらず、またこれまでドイツ国籍再取得の申請をしていなかったのは同人の自由な決定によるものとみなしうることを、また同人はアメリカ合衆国国籍を取得しており、ドイツ国籍を認めることはかえって同人に不利益となりうることを指摘して、異議申立てを棄却している。

(三) 非ナチス関係の事例

以上見てきたように、戦後西ドイツの連邦裁判所がラートブルフ定式に直接又は間接に言及しているものはほとんどがナチスの法律的不法に関するものであった。その意味では、ラートブルフ定式はナチスの不法な法令の法的効力を否定するために限定的にのみ用いられうる特別の法理を提供するものとみることができそうである。それでも、定式そのものは一般的な性格をもち、ナチス以外のケースにも場合によっては適用される可能性がないわけではない。次節でみるように、一九九〇年のドイツ再統一後のいわゆる「壁の射手」事件に関する一連の判決がラートブルフ定式に言及し適用しているのは、きわめて稀なその例である。しかし、戦後のナチス以外の事例に関する裁判例の中にも、わずかであるがラートブルフ定式に言及するもの、あるいは論者によってラートブルフ定式に関連づけられるものがある。戦前から改正されずに効力を保った刑法や民法の規定に関するもので、それらの判決は連邦裁判所が自然法論を採用していることを示すものとみられることもある。²³⁾ 一つは一九五四年二月一七日の連邦通常裁判所刑事大法廷決定 (BGHSt 6, 47) であり、もう一つは一九五三年二月一八日の連邦憲法裁判所第二部判決 (BVerfGE 3, 225)、『こゝゆる「同権判決」である。

(a) 一九五四年二月一七日連邦通常裁判所刑事大法廷決定

当時の刑法 (一八七一年) は一八〇条及び一八一一条で「淫行勧誘罪」(Kuppeln) の規定をおいていた。一八〇条は、常習的に又は営利目的で淫行 (Unzucht) の斡旋、承認又は機会提供により淫行を幫助した者を一月以上の禁錮に処し、これに罰金、名誉剥奪又は保護観察を併科することができる (減刑規定がある) と規定し、一八一一条は常習的又は営利目的でない場合でも、淫行勧誘者が淫行勧誘される者に対して奸計を用いたり (一号)、淫行勧誘される者と権威関係

にある（妻に対する夫、子に対する親、被後見人に対する後見人、教育を受ける者に対する教育を授ける者）とき（二号）は、五年以下の懲役に処し、これに名誉剥奪、罰金若しくは保護観察を併科することができ、権威関係にある場合において軽減しうる事情があるときは禁錮とし、これに罰金を併科することができると規定していた。²⁴⁾

母である被告人は、その娘の婚約者（前妻との離婚が成立し、婚姻障害事由の解除手続が開始されていた）から娘の部屋で一夜を過ごすことの承認を求められ、これを拒否していたが、その後も再三にわたって要求されたため、やむをえずこれを承認した。これにより被告人は淫行勧誘の罪に問われ、原審で有罪判決を受けた。被告人の上告により事件は連邦通常裁判所刑事第二部が担当したが、刑事第二部は大法廷での判断を求めた。刑事第二部が提起した問題は、婚約者間の性交渉は一八〇条及び一八一一条の「淫行」につねに該当するのか、それとも個々の事例の事情によるのかということであった。ライヒ裁判所の判例はこれらの条項の文言及び成立史を考慮して婚約者間の性交渉も「淫行」にあると解釈していたが、後には刑事第二部が提起したのと同様の問題が指摘されていたものの、実際のケースで問題となることはなく明確な結論は出ていなかった（vgl. BGHSt 6, 47[49]）。刑事第二部は連邦通常裁判所の見解の統一を求めたのである。

ライヒ裁判所の判例に対しては「淫行」概念の意味内容は国民の性道徳に関する觀念の変容とともに変容するという見解が指摘されていたが、本大法廷決定はこのような相對主義的な見解を退ける。単なる風俗や慣習とは異なり、「客観的に（普遍的に）妥当し義務づける価値秩序」、人々の遵守や承認に依存しない「倫理法則」（Sittlichkeitsgesetz）があり、婚姻や家族を規律する規範はそのようなものである。それによれば、「性的交渉はその意味と帰結が子どもであるがゆえに原則として単婚においてなされることを求める。子どものために、そして性的パートナーの人格的尊厳と責任のために、人間には生活形式として単婚が定められている。婚姻の秩序及び家族共同体においてのみ子どもは成育し、その人間的規定に即して發達することができる。ただこの秩序及び共同体においてのみ、性的パートナーは真剣と

なり、その責任を引き受ける。両性の自然的に近い関係がそのように帰結に富み、同時にそのように責任あるものであるがゆえにこそ、その関係は、二人の相互に尊敬し合い、相互に生涯の忠誠を義務づけられるパートナーの婚姻共同体においてのみ有意味に満たされる。この倫理法則は人間に対し婚姻と家族を拘束的な生活形式として定立することによって、またこの秩序を国民生活と国家の基盤ともなしていることによって、同時に、それは両性の交渉を原則としてただ婚姻においてのみなされるべきものであり、これに対する違反は法的規律の基本的命令に反すると述べているのである」(BGHSt 6, 47[53f.])。

本大法廷決定によれば、したがって婚約者間の性的交渉も原則としてこの倫理法則に反し、両者が真剣であってもナチスの人種法のような婚姻障害がある場合にのみ例外が認められるが、本件の場合はそのような例外には該当しない。しかし、一八一一条一項二号の適用については、夫の妻に対する場合を除けば、勧誘者とされる者にとって過剰要求となる場合(警察等に通報せざるをえない場合や子が長じている場合など)があり、具体的な事情(客観的側面だけでなく、期待可能性や違法性の意識など行為者の主観的側面も含む)を考慮しなければならない。このように論じた上で、本決定は、こうした事情の認定は事実審裁判官に委ねられるが、本件の場合、被告人は娘の婚約者の要請を比較的に早く承認しており、そのかぎりで介入義務を怠ったといわざるをえないと結論した。

本決定は、婚姻及び家族の関係についての「客観的な価値秩序」又は普遍的な「倫理法則」という自然法的な規範の存在を認め、法律と判例を根拠づけようとしたものといえる。一九五〇年代の連邦共和国では、婚姻及び家族の法律関係や関連の刑法規定に関して保守派トリベラル派の間で激しい論争があり、次の同権判決の背景をものなしていた。刑法の本条項が改正されるのもようやく一九六〇年代末になってからであった。

しかし、ここでの問題は本判決の自然法論的見解がラートブルフ定式と何らかの関係を有するかどうかである。論者によつては、ラートブルフ定式は実定法の効力を否定しうる高次の法を認める点で自然法論に属するとして、本決定の

ような見解との結びつきを示唆するものもある⁽²⁵⁾。しかし、カウフマンによれば、ラートブルフ定式は、法律がきわめて極端に正義と衝突する例外的な場合に、その法的性格と法的効力を否定するという否定的な機能のみを規定しているのであって、何らかの積極的な規定を自然法から導こうとするものではない⁽²⁷⁾。また、ラートブルフが言及している自然法はシュタムラー的な「内容の変容する自然法」であって、本決定が依拠していると思われる特定の自然法ではない。これらの点については少なからず議論の余地があるが、いずれにせよラートブルフ定式と自然法論との関係には単純に同一視できないところがある。ただ、ここで本決定において問題になっている「淫行勧誘罪」という特定の論点にかぎってみると、ラートブルフは一九二二年の刑法改正草案の淫行勧誘に関する二六八条において、明示的に「本規定は婚約者間の同衾の許容については適用しない」と規定していることが指摘できる（GRGA 9 110）。これらからすると、本判决の見解を直ちにラートブルフ及びその定式と結びつけることはできないであろう。

(b) 一九五三年一月一八日連邦憲法裁判所第二部判決

本件の事案は次のようなものであった。異議申立人は離婚訴訟を簡易裁判所に提起したが、訴訟費用を前払いする資力がなく、夫にその支払いを義務づける仮処分を求めた。裁判所はこれを却下したため、異議申立人はフランクフルト（マイン）高等裁判所に抗告した。高等裁判所は、異議申立人の抗告を認めるためには当時の民法一三八七条一号及び民事訴訟法六二七条一項を適用しなければならぬが、民法一三八七条一号が前提する「財産分与規定」（Güterstand）（妻が婚姻前から有していた財産又は妻が稼得した財産も夫のみが管理しようとしていた⁽²⁸⁾）は男女の同権を規定する基本法三条二項に反するものとみなした。基本法一一七条一項は「三条二項に反する法はそれが基本法の本規定に適合するにいたるまでは効力を有する、但し一九五三年五月三十一日を超えないものとする」と規定しているが、法改正はなされないままこの期限が経過した。この期限を定める一一七条一項但書によれば、民法の婚姻及び家族に関する部

分で基本法三条二項に反する規定は効力を失うことになるが、法改正がないままに裁判所がそのように認定して何らかの判断を下すとすれば、高次の憲法原則である法的安定性及び権力分立の原則に反することになる。そこで高等裁判所は一一七条一項但書を憲法に反するものと判断した。しかし、連邦憲法に関する判断は一一〇条一項により連邦憲法裁判所の専権事項であるため、高等裁判所は連邦憲法裁判所法により連邦通常裁判所を経て連邦憲法裁判所に照会申請をした。

連邦憲法裁判所は、高等裁判所が提起した問題に答えるためには、まず「憲法違反の憲法規範」というものがそもそも思考可能であるかどうかを検討しなければならないとする。そして、基本法は統一体として解釈されなければならない。憲法制定者は憲法の一般規範に対して特別規範を設けることができるから、一一七条一項但書が高次の憲法規範により直ちに無効とされることはないとともに、憲法制定者といえどもその意思によりどのような規範をも定められるわけではないという見解を、ラートブルフに言及しつつ、次のように述べる (BVerfGE 3, 225[232f.])。

当初の憲法制定者はすべてをその意思によって秩序づける権限を有するという仕方では表現される原則が例外なく妥当なものであることは、法律学と法実務を長い間支配していた評価無縁の (wertungsfrei) 法律実証主義の精神態度への回帰を意味するだろう。ドイツにおけるナチス体制の時代が教えているように、立法者も不法を制定することがあるのであり、したがって、法適用の実務がそのような歴史的に思考可能な展開に無防備に (ungewappnet) 相対すべきでないとしたら、極端な場合には、実質的正義の原則を、通常の場合には実定的法律の妥当性において表現されているような法的安定性の原則よりも、高次のものと評価する可能性が存在しなければならないのである。当初の憲法制定者も、正義のもっとも基本的な制限を踏み超えてしまう危険を、思惟必然的に免れているわけではない。当裁判所は、本件の判断に関して、いつそのような極端な場合が存在するのかという問題に立ち入

る必要があるとは考えない。そのような極端な場合が例外であるということは明らかであり、たとえば、ラートブルフが彼の論文「法律的不法と超法律的法」において与えている慎重な定式に表現されている通りである。

この後に連邦憲法裁判所が引用しているのはいわゆる「受忍不能定式」である。ここでの定式への言及はその適用を限定する趣旨であるが、先にみた連邦憲法裁判所判決等においてそうであったように、同裁判所が「受忍不能定式」を受容していることは否定できない。また、上記引用箇所の前半で同裁判所がナチスの不法に関連づけて「評価無縁の法律実証主義の精神態度」を否定的に述べている点は、たしかにラートブルフの法実証主義批判と通底するといえるだろう。

いずれにせよ、連邦憲法裁判所は「自由主義的で民主主義的な憲法制定者がこの限界を何らかの仕方で踏み超える蓋然性はたしかにきわめて小さいものであって、『憲法違反の憲法規範』の理論的な可能性は実際には不可能といってもよい」として、基本法制定者がその限界を踏み超えた可能性を否定するのであるが、「憲法違反の憲法規範」がごく例外的な場合に思考可能であることは否定しない。そうすると次に問題になるのは、そのような例外的な場合に裁判所（ここでは憲法裁判所）が憲法違反の憲法規範について審査する権限を有するとみることができようかである。この点について本判決は、司法権も憲法に基づいて定立されているのであるから、裁判所が憲法規範について審査することはできないとする学説や判例に触れつつも、「憲法違反の憲法規範」というものの思考可能性をわずかにであれ認めるとすれば、その確定を司法権に委ねることは、この司法権がその権威を憲法にのみならず、その活動の本質に適合する仕方でも、法そのものの理念にも負っていることにかんがみると、唯一可能な結論であろう」として、審査権限を認めている。ただこの点でも、「この審査権限が当初の憲法規範に対抗するとしても、すでに触れたように、それは事柄の本質からしてきわめて限定された余地においてであって、当初の憲法規範が無効とであることを司法権が確定すること

はほとんどないといつてよいだろう」と限定してはいる。ここで、司法権の権威が憲法にのみならず、「法そのものの理念」にも負っているとしている点も、ラートブルフの法理念論に近いといえる。

以上のように、本判決は、ラートブルフ定式及び法理念論に適合する仕方では、「憲法違反の憲法規範」の思考可能性及びそれについての憲法裁判所の審査権限をきわめて限定的な場合にかぎって肯定する。そのような場合には、正義の要請に法的安定性の要請は譲らなければならず、憲法制定権の制定した憲法規範に対する司法権の審査は憲法のみならず「法そのものの理念」に基づくというわけである。しかしまた、この点もラートブルフが考えていたように、それは自由主義的かつ民主主義的な法治国家においては不可能であるほどにきわめて例外的な場合に限定されるとするのである。³⁰⁾

本件についても、結局、連邦憲法裁判所は、一一七条一項但書は憲法に違反しないとす。そうすると、民法の婚姻及び家族に関する規定が基本法三条二項に適合するように改正されなにかぎり、裁判所は当該民法規定に反して（つまりそれらの規定を違憲として）基本法三条二項に基づいて判断することになる。高等裁判所はこれが法的安定性と権力分立原則に衝突する可能性を問題としたのであった。しかし、連邦憲法裁判所は、それが問題となるのは基本法三条二項が「プログラム規定、政治的概念又は空虚な定式」であるのみならず、同規定は「直接的に適用可能な法規範」であるとして、高等裁判所の懸念を退けている。しかし、これについてはここでは立ち入る必要はないだろう。

(23) Vgl. H.Dreier, Die Radbruchsche Formel — Erkenntnis oder Bekenntnis?, in Staatsrecht in Theorie und Praxis: Festschrift für Robert Walter zum 60. Geburtstag, 1991, 134; H.-E. Dieckmann (注二) 57ff.
 (24) 一九六九年六月二五日の第一刑法改正法により改正されている。

- (25) H. Dreier (注23), 134; Dieckmann (注1), 57ff.
- (26) A. Kaufmann, Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht, NJW 1995, Heft 2, 82.
- (27) これらの点については後で検討する。
- (28) 一九五七年七月一八日の同権法 (Gleichberechtigungsgesetz) によって改正された。それまでは妻が婚姻にもたらした財産も妻の勤労による収入も夫のみが管理しえた。この改正により妻の特有財産管理権が認められた。
- (29) 連邦通常裁判所はこれについて鑑定意見により連邦憲法裁判所への照会申請を認めている。BGHZ 11-Anh., 36.
- (30) H.-E. Dieckmann (注11), 59は、「この判決におけるような」ラートブルフ定式及び超実定的法の司法による承認は「基本法そのものとのコンフリクトを含む」のであり、「超実定的法は、ひとたび承認されると、最終的には基本法の憲法制定者の自律をも制限する」ことになるとする。しかし、この判決では、「憲法違反の憲法規範」についての司法審査の理論的な可能性を示すためにたしかにラートブルフ定式を援用しているが、むしろその適用をきわめて例外的な場合に限定する趣旨で援用していることに注意が必要であろう。

(四) 小括

以上の概観を簡単にまとめると次のような点が挙げられる。第一に、戦後の連邦共和国の通常裁判所及び憲法裁判所は、いくつかのナチス関連裁判においてラートブルフ定式を受容し適用している。その際、ラートブルフ定式に明示的に言及していなくても、その文言などから定式に依拠していると考えられるものがある。また、適用されているのは、殺害、自由剥奪、国籍および財産剥奪などの重大な法益または人権に対する著しい侵害の場合に限られており、とくに連邦憲法裁判所はラートブルフ定式に言及する場合でもその適用を退ける趣旨であることも少なくなく、意識的に謙抑的でさえあるといえる。ただ、その境界についてより明確な基準が与えられているとはいえない。なお、憲法裁判所が

この定式を用いているのは民事事件においてだけである。再統一後の事例において憲法裁判所ははじめて刑法事例に適用することになる。

第二に、ほとんどの場合、「受忍不能定式」が用いられている。とくに憲法裁判所は「受忍不能定式」だけを用いているが、通常裁判所の判決の中には「拒絶定式」に依拠しているとみなされうるものがある。「拒絶定式」は法律が正義をまったく追求していないと認められるときは、その法的効力だけでなく、法的性格をも否定する。これに対して、「受忍不能定式」は法律の法的性格を認めるとしても、その法的効力を否定するものと解される。したがって、どちらも法的効力を否定するという効果の点では実務的には同じことになる。とはいえ、「受忍不能定式」による効力の否定にも異なる態様のものがありうる。ナチス裁判では「受忍不能定式」を適用する場合、基本的に「始めから無効」とされている。再統一後の事例では、法律の規定そのものではなく、その解釈適用の実務の効力が問われることになる。

第三に、ナチス関連以外の裁判でラートブルフ定式に関連づけられるものもある。それらはラートブルフ定式の一一般的な適用可能性の問題に関わるが、その関連はラートブルフ定式をどう理解するかに依存する。この点については、本稿の最後に検討する。ここでは、ラートブルフ定式とは直接には関わらないが、上記の二つの事例と自然法又は高次の法との関係について簡単にコメントしておく、「淫行勧誘」事件でも「同権判決」でも現行の刑法や憲法の効力が自然法または高次の法によって覆われているわけではないという点が指摘される。前者では自然法的規範は現行の法律とそれに関する判例を根拠づけるために用いられているにとどまる（その根拠づけには大いに異論の余地があるが³¹）。また、後者では「憲法違反の憲法規定」の効力を否定するためには憲法を超える基準が必要だとされているが、基本法一七条一項但書の効力を否定するためにそのような基準が用いられているわけではなく、その効力は維持されている。効力が否定されることになるのは、二条三項に違反する、つまり憲法に違反する民法の規定なのであり、問題は違憲審査の範囲に属するのである。

最後に、戦後の連邦共和国裁判所がナチス裁判においてラートブルフ定式に明示的または黙示的に依拠した判決では、⁽³²⁾ デイークマンが指摘するように、⁽³³⁾ 遡及禁止の問題が扱われていないということが注目される。管理委員会法一〇号の「人道に対する罪」の規定によるドイツ裁判所での継続裁判については、その遡及性が問題とされるようになっていた⁽³³⁾ ことに比すると特徴的である。基本法一〇三条二項の遡及禁止の問題が前面に現われるのは、再統一後の裁判においてである。

(31) ちなみに、周知のように、わが国の最高裁判所が判決理由において自然法に言及した唯一の例も家族関係に関わる尊属殺人罪の規定を正当化する文脈においてであった（最高裁大法廷判決昭和二五年一〇月一日最高裁判所裁判集刑事一九号八〇九頁）。

(32) Dieckmann, a.a.O., S.58.

(33) 前掲（注9）参照。

未完

本稿は日本学術振興会科学研究費補助金（課題番号一五K〇三〇八五）の助成による研究成果の一部である。