

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（下）

酒匂， 一郎
九州大学大学院法学研究院：教授

<https://doi.org/10.15017/1957716>

出版情報：法政研究. 85 (1), pp.105-173, 2018-07-13. 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(下)

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……以上第八四卷第一号
- 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……以下本号
- 四 終わりに

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

ラートブルフ定式は戦後のナチス裁判において連邦裁判所において用いられたが、その後はその援用を必要とするような例外的状況もなく、その意味は失われていた。しかし、一九八九年、ベルリンの壁が崩壊し、一九九〇年に旧東西ドイツが再統合された後に、再び脚光を浴びることになった。ドイツ民主共和国（以下では、旧東独と記載する）において国家机关の構成員によってなされた行為が、再統一後に刑事裁判の対象となったことによる。とくに、ベルリンの壁において東ベルリンから西ベルリンへドイツ内部国境を許可なく超えようとした若い市民が、同じく若い旧東独国境警備兵によって射撃されて死亡したという事件、いわゆる「壁の射手」(Mauerschützen)事件が刑事裁判の対象となり、大きな議論を呼んだ。この裁判の中で、ベルリン地方裁判所、連邦通常裁判所、そして連邦憲法裁判所がラートブルフ定式を適用したのである。これらの裁判におけるラートブルフ定式の適用はドイツ法学界において賛否両論の議論を呼び起こした。ここではこれらの裁判とそれをめぐる議論について検討を加える。

再統一後に刑事裁判の対象となったものには、「壁の射手」事件だけではなく、旧東独の裁判官や検察官の枉法事件やスパイ行為事件などもあるが、ここでは射撃事件に焦点を絞る。⁽³⁴⁾ドイツ内部国境における致死的射撃事件にも、ベルリンの壁において起こったものだけでなく、東西ベルリンを部分的に隔てていたシュプレー川を東ベルリンから西ベルリンへ泳いで渡ろうとした旧東独市民に対する射撃事件もあった。また、ベルリンだけでなく、ノイルツピン、ポツダム、シュバインフルト、シュヴェーリンなどでも発生していた。二〇〇四年十一月の報道によれば、百件を超える裁判で二四〇名を超える被告人が裁かれ、そのうちの約半数が無罪とされ、有罪とされた被告人は自由刑や少年刑の実刑、執行猶予（保護観察付）などを言い渡されている。⁽³⁵⁾さらに、この一連の裁判では社会主義統一党（SED）の政治局員や国防評議会構成員なども裁かれている。SED書記長で旧東独議長であったエーリッヒ・ホーネッカーは起訴された

が、病気を理由として裁判は一九九三年四月に停止された。実際に連邦裁判所において判決が下されたのは、ホーネツカーが失脚した後に書記長となったエゴン・クレンツや国防評議会構成員らであった。

以下では、まず、これらのうち連邦通常裁判所の主な判決と連邦憲法裁判所の決定については異議申立人ら（一名の国境警備兵と三名の国防評議会構成員など）は欧州人権裁判所にさらに救済申立を行っている。次に、これらの判決等に関する文献の議論、とくにラートブルフ定式の適用をめぐる議論を検討する。そうした議論は多数に上るが、ここでは、ラートブルフ定式の適用を支持するロバート・アレクシーの議論と、その適用を批判するホルスト・ドライアーおよびギュンター・ヤコブスの議論に焦点を絞る。³⁶ 刑事司法による「過去の克服」に対するドライアーやヤコブスの批判は司法と政治の関係について重要な問題を提起しているが、統一条約のもとでなされた刑事訴追について裁判所が判断を下さなければならなかったこと、そして裁判所はその判断にラートブルフ定式を適用せざるをえなかったことも否定できない。なお、若い国境警備兵については責任が阻却されるべきだという点で、アレクシーとドライアーの見解は一致している。最後に、これらの判決及び議論におけるラートブルフ定式に関するいくつかの論点、とくにラートブルフ定式と自然法論および法実証主義との関係に関する論点について、より一般的に検討する。そして、その定式に現れたラートブルフの法哲学が理想主義または理念主義とも呼ぶうるものとして位置づけられることを示したい。

(34) 枉法につき有罪とした判決としては、たとえばベルリン・マルツァーン地区の検察官であった被告人を三件の枉法および自由剝奪の罪により有罪とした一九九五年九月十五日のもの（BGHSt 41, 217）、旧東独最高裁判所陪席裁判官であった被告人が「政治的司法」（旧東独一九四九年憲法六条二項違反）により三件の死刑判決に同意したことを枉法殺人と認定した一九九五年一月一六日のもの（BGHSt 41, 317）などがある。

(35) Vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung, 09.11.2004. この記事によれば、ベルリン検察庁は確認されている死亡事例を二七〇件

としている（ただし、旧東独は国境での事件を秘密にしていたため、地雷によって死亡したケースを含め、精確な数字は分かっていない）。そして、同検察庁によれば、一一一件につき二四五名が訴追され、さらに一五八件につき二五二名が告訴されている。この記事の時点で、ベルリン地検で起訴された一二五名の被告人に確定判決が下されており、そのうちの二〇〇名に二年以下の自由刑（執行猶予付）が言い渡され、六十名以上が無罪とされている。

(36) こうした議論についての日本の研究者の検討として、川口浩一「遡及効禁止原則の現代的意義——ドイツにおける二つの過去の克服問題を主な題材として——」（『刑法雑誌』第三五巻第二号、一九九五年）、同「国家権力を背景とした犯罪——序論的考察——」（『奈良法学会雑誌』第八巻三・四号、一九九六年）、上田健二「ラートブルフ公式と法治国家性原理——いわゆるDDR政府犯罪についてのドイツ連邦憲法裁判所第二小法廷一九九六年一〇月二四日決定を契機にして——」（『西原春夫先生古希祝賀論文集』第四巻、一九九八年）などがある。定式の適用について、川口は後で触れるギュンター・ヤコプスの見解を採用して否定的であり、上田はアルトゥール・カウフマンに依拠して肯定的である。

（一）「壁の射手」裁判またはドイツ内部国境射撃事件裁判

国境警備兵の事件に関する連邦通常裁判所の判決には、同裁判所の最初の「壁の射手」事件判決である一九九二年一月三日のもの（BGHSt 39, 1）その他、一九九三年二月二五日（BGHSt 39, 168）、一九九四年七月二六日（BGHSt 40, 241）、一九九五年三月二〇日（BGHSt 41, 101）、一九九六年三月四日（BGHSt 42, 65）、一九九六年二月一七日（BGHSt 42, 356）のものなどがある。³⁷⁾ このうち、一九九四年七月二六日の判決を受けた国境警備兵一名は連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てた。また、国家機関（旧東独議長、国防大臣、国家防衛評議会など）および党機関（政治局）の構成員（以下、「指導部構成員」と略する）に関する連邦通常裁判所の主要な判決には、一九九四年七月二六日のもの（BGHSt 40, 218）と一九九九年一月八日のもの（BGHSt 45, 270）がある。これらの判決で有罪とされた指

導部構成員三名は連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てている。これらの憲法異議申立人らに対する連邦憲法裁判所の決定は一九九六年一月二四日に下された（BVerfGE 95, 96）。連邦憲法裁判所は通常裁判所の判決をいずれも支持して、異議を棄却している。さらに、憲法異議を申し立てた四名は欧州人権裁判所に救済を申し立て、同裁判所は二〇〇一年三月二二日にこれを棄却する判決を下している。以下では、連邦通常裁判所判決については最初の「壁の射手」判決を中心に概観し、他の判決は関連する限りで取り上げる。

(37) これらの判決は、指導部構成員に関する判決も含めて、すべて連邦通常裁判所刑事第五部の判決である。連邦通常裁判所の判決および連邦憲法裁判所の決定の引用の際は、裁判所の略号、巻数、頁という形式で本文中に表記する。

(1) 連邦通常裁判所判決

(a) 「壁の射手」事件、それをめぐる法状況、そしてベルリン地方裁判所判決

連邦通常裁判所が扱った最初の「壁の射手」事件は一九八四年二月一日の午前三時一五分頃に発生したものである。被害者である当時二〇歳の東独市民は、東西ベルリンを隔てる国境地帯の立入禁止区域と鉄条網を通り抜け、ベルリンの壁に梯子をかけて西ベルリン側に越えようとしていた。被告人である二人の当時二〇歳前後の国境警備兵は越境を阻止しようとして、被害者に向けて自動小銃射撃を行った。背中と膝に被弾して捕捉された被害者はようやく約二時間後に人民警察病院に搬送されたが、午前六時過ぎにそこで死亡した。医師の迅速な手当てがあれば助かっていたと考えられるが、被告人らは犠牲者の救助と搬送については指図を受けていなかった。ベルリン地方裁判所は、一九九二年二月五日の判決で、被告人らを故殺の罪につき有罪とし、一人に一年六月の少年刑、もう一人に一年九月の自由刑を言い渡す

とともに、いずれにも執行猶予を付している。³⁸⁾

再統一以前に旧東独で実行された犯罪に適用すべき法については、一九九〇年八月三十一日の統一一条約およびそれに基づいて改正された刑法施行法が規定している。刑法施行法三一五条一項は「統合の発効以前に民主共和国においてなされた犯行については、「連邦共和国」刑法二条が適用される」とし、同刑法二条一項は「刑罰およびその付随措置は行為時に妥当していた法律により規定される」とするから、本件の行為については旧東独法が適用される。³⁹⁾そして、本件の行為は殺人の構成要件に該当しうるから、旧東独刑法一二条(謀殺)または一三条(故殺)が適用されることになる。ただし、刑法二条三項は「犯行の終了の際に妥当していた法律が判決の前に変更されたときは、最も軽い法律を適用することができる」としており、連邦通常裁判所は、殺人の規定についても、刑の長期が旧東独刑法よりも短い連邦共和国刑法を適用し、本件の行為の違法性および責任の判断に関しても、この二条三項を考慮している(BGHSt 39, 6, 8f., 33)。違法性の判断に関しては、被告人側の主張もあり、一九八二年五月二五日の旧東独国境法が考慮されることになる。同法二七条は国境警備に際しての銃器使用について規定していたからである。

旧東独国境法二七条二項は「銃器の使用は、状況からして犯罪とみなされる行為の現行または継続を阻止するためにするときは、正当化される」と規定していた。ここでいう犯罪には違法(無許可)越境も含まれていた。旧東独刑法二一三条一項は違法な出入国を二年以下の自由刑(執行猶予あり)、罰金等に処するとし、同二項は違法な出入国が「重大な場合」は一年以上五年以下の自由刑に処する(一九七九年改正により八年以下に重罰化されている)とし、「重大な場合」として同二項一号は国境警備施設の損壊、そのための道具の使用、武器の携行、または危険な手段方法の使用をもってなす場合等を列挙していた。さらに、旧東独最高裁判所及び検察庁は「危険な方法」には国境警備施設を越えるための「昇降用具」の使用も含まれるという見解を一九八〇年に述べていた(BGHSt 39, 9f.)。他方、国境法二七条には「比例性原則」(Prinzip der Verhältnismäßigkeit)に該当すると解されうるような規定も含まれていた。同一

項は銃器の使用を「きわめて例外的な措置」(äußerste Maßnahme)と規定しているほか、同三項は原則として警告射撃をなすこととし、同四項は銃器使用を禁じる場合として、第三者の生命または健康に危険が及ぶ場合、外見からして未成年者であることが明らかである場合などを挙げている。さらに、同五項は「当該者の生命が可能なかぎり保護されなければならない」とするとともに、負傷した者には応急手当がなされるものとする⁴⁰⁾と規定していたのである(BGHSt 39, 10)。

ベルリン地方裁判所は、旧東独のこれらの法律の規定とその解釈をいくつかの観点から検討して、それらには問題があるものの、それらの法的効力を否定することはできないとする。これらの規定はラートブルフ定式にいうように耐えがたい程度に正義と衝突しているとはいえない。また、旧東独も国際人権規約を批准していたが、国内法への転化はなされていなかったし、世界人権宣言は国内の法律の効力を否定するような法的効力をもつわけではない。さらに、これらの規定やその解釈は連邦共和国の「公序」に反するといえるが、この観点からそれらの規定や解釈を無効とすることは基本法一〇三条二項の遡及禁止に反することになる⁴¹⁾。このようにこれらの規定と解釈の法的効力を認めた上で、ベルリン地方裁判所は、それでも被告人らの行為は正当化されないという。なぜなら、国境法二七条は「比例性原則」を含んでおり、とくに可能なかぎり逃亡者の生命を保護しなければならないとしているが、被告人らは警告射撃の後に直ちに未必の殺害故意により連続射撃を行っており、その行為は比例性原則に反していたのだからである。また、責任に関して、被告人らはその行為を命令に従ったものと主張するが、殺人を禁じる「刑法との衝突が平均的兵士にとって明らかであるときはつねに、その命令は『明らかに』違法である⁴²⁾」。被告人らは社会主義の精神により連邦共和国や連邦共和国への逃亡者を敵視する教育を受けており、便宜性や自律的判断の欠如に基づく「法盲目性」に陥っていたと考えられるけれども、「逃亡の具体的状況を顧慮することなく、逃亡を最終的には逃亡者の殺害によっても阻止せよという命令が違法であること」の認識には、「法学的知識も、特殊な知的能力も、政治的な知見も必要ではな⁴³⁾く、そのような

論 説
な違法性の認識は「誰にとつても人間性の命令から生じる」ものであり、被告人らにとつても明白であったはずであると、ベルリン地方裁判所は結論している。⁴³⁽⁴⁴⁾

(b) 正当化事由とラートブルフ定式

以上のように、ベルリン地方裁判所の判断は被告人らの行為は旧東独国境法に反していたとするものであり、被告人らの可罰性の認定のためにとくにラートブルフ定式を適用する必要はなかった。しかし、ベルリン地方裁判所の判断は国境警備兵がおかれていた命令状況を含む国境警備体制の状況を十分に考慮したとはいえない憾みがあった（ベルリン地裁は、被告人らに与えられた命令が比例性原則を踏まえたものであった可能性にすら触れている）。これに対し、連邦通常裁判所は命令状況を含む国境警備体制の状況が国境警備兵にとってこの法律に関する解釈実務または国家実務として正当化事由をなしていた可能性を検討している。その上で、この正当化事由を排除するために、ラートブルフ定式を適用しているのである。

連邦通常裁判所は、旧東独国境法二七条二項が逃亡者の殺害を許容するものとして解釈されえたことを指摘する。たしかに、銃器の使用は「きわめて例外的な措置」とされ、銃器の使用に当たっては「可能なかぎり当該者の生命が保護されなければならない」とされていたが、生命の保護は「可能なかぎり」であって、いかなる場合にも保護されなければならないわけではなかった。これによれば、他の方法によっては越境阻止の目的が達成されえない場合には、「殺害の（少なくとも未必の）故意をもって射撃することができるという解釈を許容する」（BGHSt 39, 10）。しかも、逃亡者の生命と「国境の不可侵性」の比較考量がどのようになされるべきかは、この法律から読み取ることができないし、旧東独の裁判所もこの問題について説明を与えていない。むしろ、当時の命令状況および国家実務の状況は、このような解釈に基づいていた。そうすると、国境警備兵の未必の故意による致死射撃にはこうした実務に基づく正当化事由

があったと解されうることになる。

したがって、連邦通常裁判所が想定する正当化事由はベルリン地方裁判所が想定した国境法の規定によるものではなく、国境法の解釈に基づく事実的な国家実務によるものである。このような国家実務による正当化事由もさしあたり考慮されうることは、一九八二年の国境法制定以前の事件についての連邦通常裁判所の判決からも窺える。たとえば、一九九四年七月二六日判決（BGHSt 40, 241）の事案は一九七二年のものである。もともとこの時点では一九六八年の人民警察法があった。この判決では、同法が国境法と同様に銃器の使用を認めていたかどうかについては立ち入っていないが、国防大臣の命令によって創出された国境警備の事実的状况、国境警備兵の配置状況、そして越境者に対する故意の連続射撃が射撃者に対する表彰及び報償の対象となっていた事実などからすると、人民警察法によって銃器の使用は許容されていたと、連邦通常裁判所は判断している（Ebenda, 242f.）。さらに一九九五年三月二〇日の判決（BGHSt 41, 101）の事案は一九六二年のものであり、この時点では関連するような法律はなかった。それでも、連邦通常裁判所は、内務大臣の命令や国境保安業務に当たる機関に対する服務規定などにより、銃器使用は許容されていたものとみなしている。こうした法律そのものによらない国家実務も正当化事由とみなされたというわけである。

連邦通常裁判所は本件において結論としてはこのような正当化事由の考慮を排除するのであるが、その排除はきわめて例外的な場合に限定されなければならないとして、ラートブルフ定式に言及して次のように述べている。

「行為時に認められていた正当化事由は、正義と人間性の根本思想に対する明白かつ重大な衝突がそこに現われている場合にのみ、高次の法（höherrangiges Recht）に対する衝突のゆえに、考慮の外におかれうる。しかも、この衝突はきわめて重大であって、あらゆる国民に共通の、人間の価値と尊厳に関する法確信を侵害するというほどのものではない（BGHSt 2, 234, 239）。実定法の正義に対する衝突は、きわめて耐えがたいものとなって、その法律が不正な法として正義に譲らなければならないといったものでなければならぬ（Radbruch StZ 1946, 105, 107）。こ

の定式によって (BVerfGE 3, 225, 232; 6, 132, 198f. も参照せよ)、ナチスの権力支配が終わった後に、きわめて重大な法侵害を特徴づける試みがなされた。この観点を目下の事例に適用できるかどうかは容易な問題ではない。というのは、ドイツ内部国境 (die innerdeutsche Grenz) における人間の殺害はナチスの大量殺戮と同視されえないからである。それにもかかわらず、当時獲得された洞察、すなわち国家の命令によってなされた行為を判定する際には、その国家が一般的な確信に従ってあらゆる国において国家に対して設定されている最低限の限界を越えているかいなかを吟味しなければならぬという洞察は、今日でも妥当する。」(BGHSt 39, 15f.)

ここで連邦通常裁判所が言及しているラートブルフ定式が「受忍不能定式」であることはいうまでもない。また、連邦通常裁判所は、ドイツ内部国境における致命的射撃をナチスの大量殺戮と同視することはできないとしつつも、ラートブルフ定式に含まれる洞察はナチスのケースにかぎらず、今日でも妥当すると述べて、その一般的な適用可能性を認めていることが注目される。しかし、次にみるように、連邦通常裁判所はラートブルフ定式をそのまま本件に適用するわけではない。

(c) 国際人権法と「人権親和的解釈」

ラートブルフ定式に言及した後、連邦通常裁判所は、この定式に含まれる基準に加えて、今日では国際人権規約が「国家はどういう場合に世界的な法共同体の確信に照らしてみたときに人権を侵害することになるか」についてのより具体的な基準を提供しているとする (BGHSt, 39, 16)。ここで問題となるのは一九六六年二月九日の「市民的政治的権利に関する国際人権規約」(B規約)、とくに移動や出国の自由に関する一二条と生命への権利に関する六条である。しかし、旧東独は一九七四年一月八日にこの規約を批准していたものの、旧東独憲法五一条によって条約の国内法化に要求される人民会議の承認はなされていなかった。したがって、B規約の批准によってその国の市民に「その国家に

對抗する法的地位が付与されていた」とはいえず、国家実務による正当化事由を排除する実定法的根拠であったともいえないことになる。それでも、連邦通常裁判所は、B規約を批准することによって旧東独はその原理を承認していたのであり、したがって、この原理に基づいて「正当化事由を限定的に解釈しなければならなかった」のであるから、「人の生命に対する権利をそれらの人々の国外退去を阻止するという利益よりも低く評価するという態度」を示すものであった国家実務による正当化事由は「はじめから無効であった」とするのである（BGHSt 39, 22f.）。

ベルリン地方裁判所は、先に触れたように、国際人権B規約によって国境法の正当化事由が排除される可能性を示唆しつつも、同規約が旧東独において国内法化されていなかったことから、この可能性を排除しているのに対し、連邦通常裁判所は国家実務に基づく正当化事由の国際人権法による排除のために同規約が旧東独において国内法化されていたことを必要とはみなしていない。実際、旧東独が同規約を批准する前の一九七二年の事例に関する一九九四年七月二六日判決（BGHSt 40, 24f.）において、連邦通常裁判所は、B規約が一九四八年の世界人権宣言を基礎としていること、世界人権宣言は一九四五年の国連憲章の人権関連規定を具体化するものであり、加盟国は人権の実現に関する同憲章五条の目的を国連と共同して推進する義務を負っていたこと、世界人権宣言は条約ではないし、またそれを国際慣習法とみなす見解に従うことはできないとしても、「世界人権宣言が人権を実現するという国際法共同体の意思とこれらの人権のおおよその内容とを表現しているかぎりで、同宣言には高度の法的な意義が存する」と（BGHSt 40, 245ff.）、そして、旧東独が国連に旧西独とともに加盟したのは一九七三年であるが、それ以前から国連の設定する目標を尊重すると宣言してきており、加盟後は同国の人権実務は国連の人権実務と一致すると主張してきていたこと、これらの点を指摘した上で、人権についての解釈は東側と西側では異なっていたとしても、人権問題に関する旧東独の諸表明には「人は生命および自由の権利を有し、これを国家は尊重しなければならず、無制限に制約してはならないという見解」が含まれていたと解しうると述べている（BGHSt 40, 248f.）。いずれにせよ、国際人権法が旧東独の国内実定法と

説論
なっていないことは否定できないが、連邦通常裁判所は一貫して旧東独がその声明等によって国際法上の人権の保護について義務を負っていたと判断しているのである。

このように人権保護に関する国際的な法確信を援用した上で、連邦通常裁判所はさらに、「人権親和的な」(menschenrechtsfreundlich) 解釈が旧東独法のもとも可能であったとする (BGHSt 39, 24)。その手がかりは一九六八年の旧東独憲法に求められる。同憲法八九条二項は、法律は憲法に反してはならないとし、また同三〇条一項は「ドイツ民主共和国のすべての市民の人身と自由は不可侵である」とし、さらに同二項は、その制限は法律の根拠に基づく可罰的な行為または治療行為の場合で、法律により許容されかつ不可避である場合のみ許されるとしていた。この「人身の不可侵」が生命への権利の不可侵を含むかどうかは明確ではなかったが、連邦通常裁判所は、B規約が生命への権利を規定していること、また一九八七年一月一八日の旧東独刑法改正が死刑を廃止したことなどを挙げて、「人身の不可侵」には生命への権利の不可侵を含むものと解釈しえたと推定している (BGHSt 39, 23ff)。さらに、連邦通常裁判所は、旧東独は、権力保有者の恣意が法律を作りうるとしていたナチス不法体制とは異なり、その憲法によれば、法律は拘束的であったこと、法律は人民会議においてのみ制定されえたこと、「社会主義的合法性の貫徹」のために、自由、平和な生活、権利及び人間の尊厳を保護する司法が設けられていたこと、裁判官はその司法において独立であることなどが規定されていたことなどを挙げて (BGHSt 39, 24)、上記のような「人権親和的な」解釈が旧東独法においても可能であったものと認定している。

こうして、連邦通常裁判所によれば、国境法二七条の人権親和的な解釈は旧東独憲法三〇条二項に含まれる比例性原則によって根拠づけられる。この原則によれば、本件被害者の梯子を用いる越境の企図は刑法二二三条三項二号にいう犯罪に該当するとはいえず、したがって本件におけるような銃器の使用は国境法二七条二項によっても許されない。国境法二七条二項はこのように人権親和的に、したがって比例性原則に照らして解釈すると、「国境警備兵はたしかに同

条項に掲げられている場合には逃亡の阻止のために銃器を使用することができるが、状況からして武器を持たず、また他人の身体生命に危害を加える惧れもない逃亡者を、殺害の——未必のまたは無条件の——故意をもって射撃するときは、正当化事由の限界に突き当たるといふことを意味するといふことなす（BGHSt 39, 24）。したがって、本件の状況のもとでの連続射撃が示すような未必の故意による殺害は、人権親和的に解釈された国境法二七条二項によっては正当化されない。本件における正当化事由の排除の問題について、連邦通常裁判所はこのように結論している。⁴⁵

(d) 遡及禁止の問題

次に問題となるのは、以上のように国家実務に基づく正当化事由を法律の人権親和的解釈によって事後的に排除することは、基本法一〇三条二項の遡及禁止に反しないかどうかである。連邦通常裁判所はこの問題がこれまでのところ明確に解決されてはいないことを次のように指摘する。戦後のナチス裁判において英米の法確信のもとで展開された肯定的な見解はその後のドイツでは受け継がれていない。また、国際人権B規約一五条二項や欧州人権条約七条二項は、遡及禁止規定に「行為時に国際社会によつて承認された法の一般的原则により犯罪であつた行為」を訴追し処罰することを排除しないとする例外規定をおいているが、連邦共和国は欧州人権条約の同項には留保を付しており、国際人権B規約の同項も基本法一〇三条二項の適用に際しては考慮されない。さらに、遡及禁止は構成要件にのみ関わり正当化事由には関与しないと見る見解があるが、正当化事由による信頼の保護を直ちに排除する理由はなす（BGHSt 39, 26ff.）。このように指摘した上で、連邦通常裁判所はそれでも本件のような正当化事由を事後的に排除することは基本法一〇三条二項の遡及禁止に反しないと見る。なぜなら、人権親和的に解釈された旧東独法には、被告人らの行為の時点においてその行為を可罰的とする法律の規定、すなわち旧東独刑法一一二条及び一一三条があつたからである。基本法一〇三条二項は行為時の正当化事由に対する信頼も保護するが、「行為時の国家実務におけるような法が将来においても人

権に反する正当化事由が承認されるような態様で適用されるであろうという期待は、「保護に値しな²」(BGHSt 39, 291f.)。要するに、国家実務による正当化事由は人権に反するがゆえに排除され、行為時に存した旧東独刑法の規定が適用されることになるというわけである。ただ、旧東独刑法一一二条及び一一三条とこれに対応する連邦共和国刑法二一二条及び二一三条では、後者のほうが刑の規定においてより緩和的であるから、刑法二条三項により連邦共和国刑法が適用されることになる。

(e) 責任の問題

最後に、被告人らの責任が問題となる。連邦通常裁判所は、命令による行為の免責に関する旧東独刑法二五八条一項とこれに対応する連邦共和国国防刑法五条一項を対比して、刑の軽い後者を適用すべきだとする。それによれば、兵士が上官の違法な命令に従った行為について責任を負うのは、その命令が違法であることを認識していたとき、または兵士の知っていた状況からしてその命令の違法性が明白であったときだけである。本件の場合に問題となるのは後者であるが、連邦通常裁判所はベルリン地方裁判所の違法性の「明白性」についての判断基準と事実認定をほぼ追認している。違法性が明白であるのは違法性が「いかなる疑いも超えている」ときであるが、地裁は「本件射撃が刑法に違反することは状況からして明白であった」と認定しており、この認定に対して法的根拠によって異議を唱えることはできないというわけである(BGHSt 39, 33f.)。

もっとも、連邦通常裁判所は本件被告人らに「明白性」のメルクマールを直ちに適用することは困難であり、また被告人らに「便宜性」や「自ら思考する態度の欠如」や「法盲目性」という非難を向けることも適切とは思われないとしている(BGHSt 39, 33f.)。国境警備兵たちが「社会主義の精神において、連邦共和国に対する、また国境警備施設を乗り越えて民主共和国から逃亡しようとする者に対する、敵視教育を受けていた」ことは、ベルリン地方裁判所も触れ

ているとおりである。それでも、「本件のような状況において武器を携行しない逃亡者を連続射撃によって殺害することは、きわめて恐るべき、かついかなる道理に適った正当化も不可能な行為であったのであり、それゆえ基本的な殺害禁止に対するその衝突は、教化された人間にも直ちに洞察できるものであり、したがって明白であった」という地裁の判断を連邦通常裁判所は支持している（BGHSt 39, 34）。その際、連邦通常裁判所は、旧東独の国民の多くが国境における銃器使用に反対していたこと、それゆえにこそ国境での銃器使用は守秘事項とされていたこと、国境警備隊への入隊が志願によるものであったことなどを、違法性の「明白性」の論拠として挙げている。そして、被告人らは「禁止の錯誤」に陥っていたとしても、それは回避可能であったという地裁の判断を支持しているのである。量刑の点でも連邦通常裁判所はベルリン地方裁判所判決を支持している。

(f) 指導部構成員裁判と間接正犯

先に触れたように、連邦通常裁判所が扱った主な指導部構成員裁判は二件ある。一九九四年七月二六日のもの（BGHSt 40, 218）と一九九九年一月八日のもの（BGHSt 45, 270）である。前者は国防評議会構成員であった三名の被告人に関するものであり、地方裁判所は、一九七一年から一九八九年にかけて旧東独からドイツ内部国境を越えようとした七名の殺害につき、二名を殺人教唆、一名を殺人幫助につき有罪と判決している。後者は旧東独最後のSED書記長であったエゴン・クレンツを含む政治指導者三名に関するもので、地方裁判所は、三件の殺人、クレンツについてはもう一件の殺人につき有罪とし、クレンツに六年六月、他の二名に三年の自由刑を言い渡している。この後者の裁判は連邦憲法裁判所判決が出た後のものであり、とくに注目すべき点はない。ただし、前者のうちの二名（ケスラー、シュトレツ）と後者のクレンツは連邦憲法裁判所に憲法異議を、さらに欧州人権裁判所に救済申立を行っている。ここでは、前者の判決の主要な論点を簡単に概観する。

問題となったのは、三名の被告人を「間接正犯」とみなすかどうかであった。地方裁判所は連邦共和国刑法により二名を殺人教唆、一名を殺人幫助としたのであるが、連邦通常裁判所は検察官の上訴を認めて三名とも殺人（故殺）の間接正犯につき有罪とした（連邦共和国刑法二二二条、二五一条）。連邦通常裁判所によれば、この場合、被告人らの指令によって国境警備兵らが地雷を埋設し、自動射撃装置を設置し、致命的射撃を行ったことについて有責に行為したかどうかは、被告人らの間接正犯の認定には関わらない。「間接正犯は、限定なく有責にかつ犯罪行為者性をもって行為した関与者がある場合でも、考慮されるからである」（BGHSt 40, 232）。

しかし、このように限定なく有責に行為した正犯の背後にいる者が間接正犯でありうるかどうかについては争いがあった。立法者はこの問題を未決にしており、学説も一致してはいない。普及している見解（H・H・エッシュェックやG・ヤコブスなどが挙げられている）は「責任原理」に基づいてこれを否定して、限定なく有責に行為した正犯を同時に他者の道具とみることはできないという。しかし、連邦通常裁判所はこの見解を採用せず、「背後者」（Hintermann）に関するC・ロクシンの見解を採用している。それによれば、「直接行為者が限定なく構成要件該当行為をなした場合でも、背後者又は位階秩序の枠内で自立的な命令権限により犯罪の指示を繰り返している者は、直接行為者の代替可能性によって背後者が行為支配力を有している場合」、たとえばマフィア組織の首領などの場合には、間接正犯とみなされる。無制限の責任原理をとる見解によれば、このような場合は共同正犯だとされるが、連邦通常裁判所は、中心にいる者が道具として代替可能な直接行為者に犯罪の実行を委ねている場合には、共同正犯におけるような行為の分業や共同の行為決定があるとはいえないという反論のあることを指摘している（BGHSt 40, 234）。つまり、被告人らを共同正犯として構成することには無理があるというわけである。

連邦通常裁判所は、過去の判決を参照しつつ背後者の間接正犯の限界確定基準を提示した上で、本件被告人らが軍の位階秩序において支配力を有していた事実を認定して、被告人らの間接正犯を結論している。この問題はラートブルフ

定式には関わらないが、国境警備兵の正犯としての可罰性を認めつつ、その命令系統の上位にあった者の正犯としての可罰性を根拠づけようとするもので、再統一後の一連の裁判の中でも重要な意味をもつものであったといえるだろう。

(38) Neue Justiz, 1992, 418.

(39) なお、時効については統一条約により改正された刑法施行法三一五a条に特別規定が設けられている。ドイツ内部国境での致死射撃のような故殺の訴追時効については、旧東独法または行為時の連邦共和国法による時効が完成していないかぎり時効はそのままとするとともに、統一発効の日に中断したものとし（一項）、一九九三年九月三十日に時効となった場合を除き（二項）、最長で二〇〇〇年十月二日で時効とする（二項）。さらに、「SED不法体制の支配の期間になされた犯行で、民主共和国の国家指導部および党指導部の明示的または黙示的な意思に基づき、政治的な理由またはその他の自由主義的法治国家的秩序の本質的な原則に一致しない理由により処罰されなかったもの」については、一九四九年十月十一日から一九九〇年十月二日までの期間は時効期間に含めない（五項）としている。かなり複雑だが、時効の要件は加重されているといえる。

(40) Neue Justiz (注38), 419ff.

(41) 連邦通常裁判所によるベルリン地方裁判所判決の引用 (BGHSt 39, 3) によれば、国境警備兵に示唆されていた命令状況では、「いかなる場合にも、最終的にはあらゆる手段を用いて、逃亡者が『敵の領土』（この場合は西ベルリン）に到達すること」を阻止すること、そのためには「違法越境者は阻止されるか無化 (vernichten) されなければならない」こと、おおまかには「逃亡が成功するよりは、逃亡者が死亡するほうがよい」ということが妥当した。

(42) Neue Justiz (注38), 421.

(43) Neue Justiz (注38), 421f.

(44) これに対し、「壁の射手」事件に関するベルリン地方裁判所の最初の判決 (LG Berlin, Urteil v. 20. 1. 1992, Juristen Zeitung, 1992, 691) は、旧東独国境法の法治国家的な比例性原則に従った解釈は当時の旧東独にはなかったとしたうえで、「明示的にラートブルフ定式に依拠して、単なる無許可越境に対する故意による致死射撃は正義との耐えがたい衝突に陥っていたとして、正当化事由を退けている (Ehrenda, 693)」。なお、この判決はベルリンの壁における最後の犠牲者に係る事件（一九八九年二月五日に発生したいわゆる「ゲフロイ」事件）に関するものである。この判決では四名の国境警備兵が被告人とされており、一名は殺人につき三年六月の自由刑、一名は殺人未遂につき二年の自由刑（執行猶予）、他の二名は無罪とされていたが、前二者について

は被告人側が、後二者については検察側が上訴しており、連邦通常裁判所は、実刑とされた被告人の量刑の主張を認めて差し戻し、執行猶予つき自由刑とされた被告人を無罪とし、無罪とされた二名のうち一名については検察官の主張を認めて差し戻している (BGHSt 39, 168)。

(45) 本件では国境法二七条が人権親和的に解釈されているのであるが、一九七二年の事件に関する判決 (BGHSt 40, 211) では、人民警察法の規定 (一六条二項並びに一七条一項及び四項) が同様に人権親和的な比例性原則に基づいて解釈できるとされている (BGHSt 40, 249f)。また、一九六二年の事件に関する判決では、銃器使用は明示的な法律によるものではなく、大臣命令や服務規定などからなる国家実務に基づくものであったが、連邦通常裁判所は一九四九年の旧東独憲法の人権親和的解釈によってその正当化事由を排除している (BGHSt 41, 105f)。

(2) 連邦憲法裁判所決定

一九九四年七月二六日の連邦通常裁判所の二つの判決の被告人 (一名の国境警備兵と三名の指導部構成員) は、連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てた。国境警備兵である被告人は、一九七二年二月一四日にシュプレー川を泳いで西ベルリンに渡ろうとしていた被害者に対して、未必の殺害故意をもって自動拳銃を連射し頭部に被弾した被害者を溺死させたという罪で、地方裁判所で少年刑一年一〇月 (執行猶予) の判決を受け、連邦通常裁判所に上訴したが、棄却されていた。三名の指導部構成員に対する連邦通常裁判所の判決は先に概観した通りである。前者は、地方裁判所及び連邦通常裁判所の判決は、基本法一条一項一文 (人間の尊厳の不可侵)、二条一項および二項 (人格的自由)、並びに一〇三条二項に違反すると主張し、後者の三名は、基本法二条一項及び二項、三条一項 (平等)、一九条四項 (裁判を受ける権利)、一〇一条一項及び二項 (例外裁判所の禁止)、並びに一〇三条二項に違反すると主張した。連邦憲法裁判所はいずれの異議も棄却した。この決定についてはすでにいくつかの紹介や解説があるが、ここでは本稿の関心の観点から概観する。⁽⁴⁶⁾

憲法裁判所は、まず、地方裁判所及び通常裁判所の判決、異議申立人らの異議、そして連邦司法大臣及びベルリン司法庁の主張を要約した後、刑事手続の遂行、事実関係の認定と評価、刑法及び刑事訴訟法の解釈並びにその個別事例への適用は、地方裁判所や通常裁判所など刑事裁判所の専権事項であり、憲法裁判所は刑事裁判所の判決が憲法に違反しているかどうか、つまりそれらの判決が異議申立人らの基本権の侵害にあたるかどうかを審査しうるだけであるとして、憲法裁判所の権限と論点を限定している。実質的審理における本件の二つの異議申立に共通する中心的な論点は、刑事裁判所の判決は基本法一〇三条二項の遡及禁止に反するかどうかである。指導部構成員であった異議申立人らの事案に特殊な論点は、異議申立人らに対する刑事訴追は同人らの外交特権を侵害するもので、国際法の一般的原則に反するかどうかである。他方、国境警備兵であった異議申立人の事案に特殊な論点は、刑事裁判所の判決が同人の責任阻却事由を誤認して、同人の基本権を侵害しているかどうかである。前者の特殊な論点については、憲法裁判所はこれを簡潔に否定しており、ここでも立ち入らない。

(a) 遡及禁止とラートブルフ定式

二つの異議申立に共通の論点は、通常裁判所の判決は当時の正当化事由を排除した点および指導部構成員らの行為を間接正犯とした点が基本法一〇三条二項の遡及禁止に反しているかどうかであり、これもつとも中心的な論点である。憲法裁判所は、まず基本法一〇三条二項の遡及禁止が法治国家原理に基づくこと（法的安定性の保障、国家権力の法律への拘束、市民の信頼の保護、また実質的正義の要請を含む）を確認した上で、この原理は構成要件の規定や刑の加重に「厳格な」法律の留保を要請し、刑法にとっては「絶対的で」あるとする（BVerfGE 95, 131）。そして、この原理は正当化事由についても適用されるとしながらも、厳格な法律の留保は正当化事由については妥当しないとす。というのは、刑法上の正当化事由は慣習法や判例によっても成立しうるからである。したがって、「行為時に認められてい

た不文の正当化事由が事後に考慮されないことがあるとすれば、基本法一〇三条二項はどのような正当化事由の存続に対する期待をも同様に保護しているのかどうか、保護しているとしてどの程度に保護しているのかが問題となる」。しかし、憲法裁判所によれば、本件の場合にこれについて一般的に答えることは必要ではない。なぜなら、本件の場合には、主張されている正当化事由は、「絶対的な遡及禁止を制限することを憲法に基づいて許容するような状況において主張されている」のだからである (BVerfGE 95, 131f.)。

その理由について憲法裁判所は次のように論じている。本件においては、統一条約に基づく刑法施行法三一五条により、適用されるべき法は旧東独法であるが、本件のように、連邦共和国が「民主主義も権力分立も基本権保障も実現していなかった国家の法に基づいて、その権限を行使しなければならぬような状況においては、基本法の放棄しえない法治国家的な義務と基本法一〇三条二項の絶対的な遡及禁止との間にはコンフリクトが生じる」とした上で、「他国がその領域についてきわめて重大な刑事不法の法律要件をたしかに規定してはいるが、成文の規定を超えてそのような不法を奨励助長し、かくて国際法共同体において一般に承認されている人権を著しく損なうことによつて、そのような不法の可罰性を正当化事由により部分的に排除していたような場合には、右の特殊な信頼保護の基礎は失われる」、つまりこのまったく特殊な状況においては、「国際法によつて承認されている人権の尊重をも含む実質的正義の要請は、そのような正当化事由の適用を退ける」とする。そのように解さなければ、「連邦共和国の刑事司法はその法治国家的前提と矛盾することになるだろう」からである (BVerfGE 95, 133)。

このように論じた後、憲法裁判所は、このような見解が戦後のナチス裁判におけるイギリス占領地区の最高裁判所判決、ドイツ連邦通常裁判所の判決、そして憲法裁判所自身の民事判決において採用されてきたことに言及し、とくに憲法裁判所自身の判決でラートブルフ定式が援用されてきたことに触れている。「実定法が正義に耐えがたいほどに矛盾する場合には、法的安定性の原則は実質的正義の原則に対して劣後すると評価されなければならない場合があること」

について、ラートブルフ定式が考慮されてきた。これらの判決ではこの見解の適用が「極端な例外的な場合に限定されなければならないこと」が強調されたが、それでも「まさにナチス支配の時期は、立法者が重大な『不法』を制定したものであり、それゆえその規範は正義に耐えがたく反するがゆえにはじめから服従が拒否されたこと」が判示されたのであった（BVerfGE 95, 133ff.）。このように述べて、憲法裁判所は通常裁判所の判断を支持しているのである。

さらに、異議申立人らは、当時の正当化事由が考慮されないという判断に対して、生命に関する権利及び移動の自由に関する権利は国際人権B規約によっても無条件に保障されているわけではないこと、また「西側の民主的法治国家も一定の条件のもとで、とりわけ犯人の追跡及び拘束に際しての銃器の使用を法律の規定によって認めている」ことを主張しているが、憲法裁判所は通常裁判所の判断を支持して、「当時の法律状況は、銃器使用を比例性原則の基準によって制限する余地を残さない命令、また国境警備兵に越境が他の手段では阻止しえない場合には越境者を殺害すべしという上官の命令によって、そして最終的には国防評議会の見解を伝えるという命令によって形成されていた」以上、「個人の生命権を越境阻止という国益に従属させることは、政治的合目的性の要請のために成文法を無視することへと導いたのであり」、これは「実質的に重大な不法であった」と述べている（BVerfGE 95, 136f.）。

また、原判決に対しては、正当化事由が考慮されないとしても、通常裁判所はその違法な行為が可罰的であるかどうか、また可罰的であるとしていかなる前提の下においてであるかという問題に十分に答えていないという異論があることに触れた上で、憲法裁判所は、旧東独刑法が本件の行為時にその一二三条及び一一三条において、故意の殺害に対する包括的な刑法上の禁止を含んでいたのだから、正当化事由が斥けられるならば、これらの規定が本件の行為の可罰性を根拠づけていたのだとして、通常裁判所の判断を是認している（BVerfGE 95, 136f.）。

通常裁判所が指導部構成員である異議申立人らを間接正犯につき有罪としたことは遡及禁止に反するという同申立人らの異議については、憲法裁判所は、通常裁判所はまず異議申立人らの行為を旧東独刑法に基づいて判断し、そのうえ

説
論
でより緩和な連邦共和国刑法を適用しているのであり、遡及禁止には当たらないと簡潔に論じている (BVerfGE 95, 137f.)。

以上のように、連邦憲法裁判所も、旧東独国境警備体制における国家実務による正当化事由について遡及禁止が適用されうるとすると同時に、その正当化事由が実質的に「重大な不法」であったと認定せざるをえないことから、遡及禁止原則と法治国家原則との衝突を認め、この衝突をラートブルフ定式 (受忍不能定式) によって解決しているといえる。また、正当化事由が排除されるならば、旧東独刑法の規定が適用されることになるため、遡及禁止には当たらないとしているのである。

(b) 国境警備兵の責任について

国境警備兵であった異議申立人の異議に関する特殊な論点は、同人について責任阻却事由があったといえるかどうかである。憲法裁判所は、責任原理について一般的な原則を述べた上で、「不法な体制への意図しない組み込み」といった一般的な責任阻却事由又は責任軽減事由を司法的法形成によって生み出すことが命じられているわけではないとし、事実認定に関する地方裁判所の判断及び免責事由についての通常裁判所の詳細な判断には憲法に違反するところはないとして、異議申立を退けている。すなわち、「武器を持たない逃亡者を連射によって殺害することは、認定された状況のもとでは、きわめて恐るべき、いかなる可能な正当化も認められない行為であり、それが比例性原則及び根本的な殺害禁止に反することは、教化された人間にとっても直ちに理解可能であり、したがって明白であった」という刑事裁判所の判断は、詳細な認定に基づき、かつ判例にも適合するものであり、「責任原理を満たしている」と述べている (BVerfGE 95, 142f.)。

(46) 中野雅紀「旧東ドイツからの逃走者を射殺した兵士に対する遡及処罰——「壁の射手」事件——」（ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』、二〇〇九年）五〇二頁以下のほか、上田健二（注38）参照。

(3) 欧州人権裁判所判決

すでに触れたように、クレレンツを含む三名の指導部構成員と一名の元国境警備兵は、欧州人権裁判所に救済申立を行った。申立の内容は、ドイツの裁判所が申立人らに下した有罪判決は欧州人権条約七条一項（遡及禁止）に反する、また連邦憲法裁判所が「ラートブルフ定式」に依拠して、申立人らが遡及禁止原則に訴える可能性を否定することによって、申立人らに対して差別的な司法体制を生み出しているというものである。二〇〇一年三月二二日の二つの判決において欧州人権裁判所はいずれの申立も棄却した¹⁷⁾。

前者の申立は、申立人らに対するドイツ裁判所の有罪判決は欧州人権条約七条一項の遡及禁止に反するというものであった。欧州人権裁判所はこの申立につき、国内法および国際法の観点から検討している。この問題はその有罪判決が受容可能かつ予測可能であったかどうかという点に関わる。

まず、国内法の観点からみた受容可能性について、欧州人権裁判所は、旧東独法、つまり人民警察法、国境法、刑法、そして憲法は、人命保護の原則および比例性原則を含んでいたが、国境警備体制の国家実務およびそのもとの越境者の殺害は旧東独法のこれらの原則に衝突し、したがって旧東独法のもとの違法であったとする（CS 29-31）。同裁判所は、予測可能性の検討の最後の部分において、受容可能性に関連する論証として、「この国家実務は、その基礎をなしたと考えられ、またドイツ民主共和国の司法機関を含むそのあらゆる機関に課せられていた法律から、その実体を抜き去るものであったのであり、そのため条約七条一項の意味での『法』と呼ぶことはできない」と述べている（CS 33、

CK 32)。

また、予測可能性について、欧州人権裁判所は、指導部構成員であった申立人らはこの違法な国家実務を自ら作り出し維持していたのであり、それについて直接に責任があるとし、国境警備兵であった申立人は旧東独法が人命保護の原則および比例性原則を含むこと、また国家実務がそれに衝突することを知りえたはずであるとする (CS 29-33, CK 29-31)。そして、旧東独では訴追も処罰もされなかったこれらの行為につき、旧東独を引き継いだ連邦共和国の裁判所が刑事手続を遂行することは正当であり、「そのような国家の裁判所が、かつて生存していた人々に代わって、法の支配に従う国家を規律する原則に照らして、行為時に有効であった法の規定を解釈適用することについて、非難されるべき理由はなご」とする (CS 32, CK 31)。さらに、一九九〇年に選出された旧東独議会はSEDによってなされた不正義に関して刑事訴追がなされることを保証するようにドイツ立法府に明示的に要請したことから、かりに再統一がなかったとしても、SEDから引き継がれた民主的体制は申立人らを訴追したであろうと、判決は付け加えている (ibid.)。

次に、国際法の観点からみた受容可能性について、欧州人権裁判所は、旧東独の国家実務とそれに基づく殺害が世界人権宣言及びそれを具体化する国際人権B規約の規定する生命への権利及び移動の自由の権利を侵害するものであったとし、また予測可能性については、指導部構成員であった申立人らはこの国際人権法に反する国家実務を作り出し維持していたこと (CS 36)、また志願兵として国境警備兵であった申立人はこの実務に基づく殺害が国際人権法に反することを知りえたこと (CK 34)、SED崩壊後の旧東独においても国際法違反として訴追されえたことを指摘して、行為時において申立人らの行為は人権保護に関する国際法のルールによって十分な受容可能性と予測可能性をもって定義された犯罪を構成するものであったとしている。

最後に、連邦憲法裁判所がラートブルフ定式に依拠することによって、かつての東独市民で現在は連邦共和国市民である申立人らに対し、条約七条一項に含まれる遡及禁止に訴える可能性を拒否することによって、条約一四条に反する

差別的な司法制度を創出したという申立について、欧州人権裁判所は、「連邦憲法裁判所によって適用された原則は一般的な範囲をもち、したがって、かつてのドイツ民主共和国国民でない者にも等しく有効であると考える」と述べて、条約一四条に反する差別はなかったとしている（CS 37, CK 37）。

以上のように、欧州人権裁判所は連邦通常裁判所および連邦憲法裁判所の判決の結論をほぼそのまま是認している。ただ、その論証のうち、国内法の観点からみた受容可能性と予測可能性に関する論証では、ドイツ内部国境における被害が法治国家的に解釈された旧東独法に反するものであったとされており、国家実務が正当化事由となりえた点を十分に考慮しているとはいえない⁽⁴⁸⁾。したがってまた、ラートブルフ定式を援用する必要もなかったわけである。なお、国境警備兵であった申立人については、同人は旧東独体制の「犠牲者」または「被害者」であったとして、その責任を否定すべきだとする反対意見が三名の裁判官によって主張されている点は、注目に値する（CK 42-50）。

(47) Case of Streletz, Kessler and Krenz v. Germany, 22 March 2001; Case of K.-H.W. v. Germany, 22 March 2001. 以下、引用する際は前者をCS、後者をCKと略記する。

(48) この点を指摘するものとして、vgl. M. Rau, Deutsche Vergangenheitsbewältigung von dem EGMR - Hat der Rechtsrat gesiegt?, NJW 2001, 3008ff. ラウはまた、国際人権B規約等が旧東独において国内法化されていなかった点を強調して、国際法の観点からの受容可能性と予測可能性についても疑問があるとする。国際法学者であるラウは、欧州人権裁判所がとりえた論証として、欧州人権条約七条二項による解決の可能性を挙げている。連邦通常裁判所および連邦憲法裁判所が本件の救済申立人らの処罰を基本法一〇三条二項に反しないとした判断を追認するという論証方法をとったならば、欧州人権条約七条二項に対する連邦共和国の留保も欧州人権条約七条の遡及禁止原則と衝突することにはならなかったであろうという（Ebenda, 3013ff.）。

(二) ライトブルフ定式の適用をめぐる議論

以上、いわゆる「壁の射手」事件をめぐる一連の裁判をやや立ち入って概観してきた。これらの裁判については社会的な注目も大きく、さまざまな議論が展開されてきたことはいうまでもない。法哲学的な観点からみた本稿での関心はもちろん、連邦通常裁判所と連邦憲法裁判所がライトブルフ定式を援用または適用していることである。そして、この点についても賛否両論、多様な議論が展開された。ここでは、両裁判所のライトブルフ定式の適用とその主要な結論をいち早く支持する論陣を張ったロバート・アレクシーの議論と、法実証主義的な観点からライトブルフ定式とその適用を批判したホルスト・ドライアーおよびギュンター・ヤコプスの議論を中心に検討する。

論点は四つあり、最初の三つは連邦通常裁判所および連邦憲法裁判所の論証に内在する論点である。すなわち、連邦通常裁判所による旧東独法の「人権親和的解釈」とライトブルフ定式との関係、両裁判所における遡及禁止の排除とライトブルフ定式との関係、そして、国境警備兵の有責任に関する問題である。さらに、ここで取り上げる最後の論点は、両裁判所の論証そのものに対しては超越的な論点、つまり旧東独の過去の司法的克服の是非という問題である。この点について、ドライアーは、刑法学者ギュンター・ヤコプスの「国家の不法」と「国家内部での犯罪」に関する議論に依拠して、過去の司法的克服を批判しているのである。

(1) 人権親和的解釈とライトブルフ定式

連邦通常裁判所判決の論証におけるライトブルフ定式と「人権親和的」解釈の関係という問題の前に、これら一連の「壁の射手」事件の法的処理においてライトブルフ定式への依拠は必要であったのかが問題となる。

これを否定する見解もある。まず、一九九二年一月二〇日の最初のベルリン地方裁判所はたしかにライトブルフ定式

に依拠していたが、連邦通常裁判所の最初の「壁の射手」事件判決の前審である一九九二年二月五日のベルリン地方裁判所判決は、ラートブルフ定式に言及しつつも、ドイツ内部国境における致命的射撃は旧東独国境法二七条の比例性原則に反していたがゆえに違法であったとして、定式への依拠を不要としていた。しかし、国境における国家実務を正当化事由とする抗弁がありうるから、この抗弁が主張されれば、裁判所はそれに答えなければならないことになる。また、F・C・シュレーダーは、当該の国家実務は旧東独市民に対しては公式には秘匿されていたという点を強調して、これは旧東独指導部もその国家実務の正当性を公然と主張することができなかったということを意味するから、連邦共和国裁判所がそれを正当化事由として認める必要はないとしている。⁴⁹ これによれば、ラートブルフ定式や国際人権法に依拠することも不要だということになる。旧東独において当該の国家実務が秘密事項とされていたという点の指摘は重要であるが、この論証では、旧東独指導部についてはその責任を問うことができるとしても、国境警備兵はなおこの国家実務を正当化事由として主張できることになるだろう。

これに対して、連邦通常裁判所は、旧東独国境における国家実務が国境警備兵にとって正当化事由となりうることを指摘しつつ、それを排除するために、まずラートブルフ定式に触れた後に、それを今日において具体化する基準として国際人権法を挙げ、さらに旧東独の憲法、刑法、そして国境法二七条の人権親和的解釈を提示したのである。しかし、国際人権法は旧東独において国内実定法化されていたとはいえず、旧東独法についての人権親和的な解釈についても、そうした解釈は当時の旧東独には存在しなかったという異論の余地があった。人権親和的解釈が妥当だとすれば、とくにラートブルフ定式に依拠する必要はないが、その論証が必ずしも説得的とはいえないとすれば、連邦通常裁判所の決定的な論拠はやはりラートブルフ定式だということになる。しかし、この二つの関係が不明確なのである。⁵⁰

この問題について、アレクシーは、国境での致命的射撃の正当化事由を退けるためには、国際人権法への依拠や旧東独法の人権親和的解釈だけでは不十分であり、ラートブルフ定式に端的に依拠した論証が必要だったとする。つまり、

その射撃がラートブルフ定式(受忍不能定式)によって無効とされるべき「極端な不法」であつたかどうかを、「当時の銃器使用実践の規範的及び事実的な文脈」に照らして検討しなければならないはずだと指摘するのである。⁵¹⁾他方、ドライアーは、ベルリン地裁の最初の判決は端的にラートブルフ定式に依拠しているのに対して、連邦通常裁判所の判決はラートブルフ定式を迂回しようとしているが、その戦略は成功しておらず、けつきよくは自然法的基準であるラートブルフ定式に依拠しているのだとする。⁵²⁾第一の回避戦略である国際人権法への依拠は、国際人権法が旧東独では国内実定法化されていなかったたのであるから、これは「国際法を装った自然法」であり、第二の回避戦略である人権親和的解釈は、旧東独において事実上行われていた解釈ではないから、これは「解釈を装った自然法」であると批判する。⁵³⁾つまり、ラートブルフ定式への依拠の是非についての評価は異なるものの、アレクシーもドライアーも連邦通常裁判所の論証において決定的なのはラートブルフ定式だとみなすとともに、その点が不明確だとしているのである。

こうした批判に対して、連邦通常裁判所は、後の事件に関する判決(BGHSt 41, 101)で、ラートブルフ定式の適用について、ナチスの不法とドイツ内部国境での致命的射撃の違い、また定式の適用が極端な例外的事例にかぎられるということであらためて強調したうえで、それでも、ドイツ内部国境における致命的射撃が受忍不能定式の意味で極端な例外的事例であることを、旧東独の「国境警備体制の総合的評価」から導いていると述べている(BGHSt 41, 108f.)。逃亡者の生命への権利の無視、越境者の特殊な動機、「壁、鉄条網、立入禁止区域、射撃命令」などの国境警備体制、他国の国境警備体制との違い(警備は侵入の防止を目的としていること)、旧東独の逃亡阻止の目的(逃亡潮流の膨張による政治的経済的な不安定化)などを考慮した上で、なお「出国の権限を原則として否認した上での、国境警備体制の『比類なき徹底』、実務における仮借なき銃器使用」によって、旧東独は他国における国境警備体制の限定を遥かに越えていたと判断したという。また、ラートブルフ定式と旧東独法の人権親和的解釈との関係が不明確だという点については、人権親和的解釈の可能性に依拠したのは旧東独の「成文法を考慮の外におかないため」であり、また

基本法一〇三条二項をめぐる問題を考慮したためだと述べている（BGHSt 41, 110）。

つまり、連邦通常裁判所は、アレクシーが指摘するように、基本的にラートブルフ定式の判断基準である法的安定性が正義に譲らなければならない「極端な例外的事例」に当たるかどうかを多様な実質的理由を総合的に評価して判断しており、他方で、旧東独法の人権親和的解釈を与えたのは旧東独法および基本法一〇三条二項の解釈を考慮したからである」と述べている。これによれば、連邦通常裁判所が基本的にラートブルフ定式に依拠していることは明らかであり、その判決にとって定式への依拠は必要だったのだといえるだろう。

次に問題となるのは、決定的な論拠としてのラートブルフ定式への依拠の是非である。アレクシーがこれを肯定的に評価していることはいうまでもない。これに対して、ドライアーは、ラートブルフ定式の成功は「ラートブルフの確固たる人格的なインテグリティと彼の道徳的な権威」によるとともに、その魅力は「ナチスの法律に対する正当な恐れに表現を与えている」点にあるとしつつも、これを自然法論とみなして、自然法による処罰の危険性を指摘する。⁶⁴そして、一連の「壁の射手」事件判決に対する「正義の最終的な勝利」という反応は理解できるものの、法学の課題は「冷静な知性」による考察であるべきだとして、⁶⁵刑法学者ギュンター・ヤコプスの見解に依拠して、国境警備兵に対する可罰性を否定しているのである。ヤコプスは、一連の判決が出る前にすでに、国境警備兵等の可罰性について、帰責可能性、処罰の必要性、そして処罰根拠の実定性という三つの観点から検討している。⁶⁶ここでは最後の実定性が問題となる（最初の二つの要件については後で触れる）が、ヤコプスによれば、当時の東独国境での国家実務は国境警備兵にとっては「現に生きられた法」として「実定法」であったのであり、その事態の可罰性を語りうるのは「現実離れた規範主義」だけである。⁶⁷

もともと、ヤコプスやドライアーも、旧東独の国家権力作用がそれ自体としては「不法」であったと評している。たとえば、ヤコプスは、旧東独のそれらの権力作用を「国家の非行」（Untat des Staates, Staatliche Untat）と呼ぶ、

「自由を望んで逃亡した旧東独市民に対する射撃はその主要例である」と述べている。⁵⁸ ドライヤーも、旧東独の「体制全体の不法」(Gesamtssystemunrecht)を指摘し、それを構成するものとして「包括的なスパイ体制、狙いを定めた破壊計画、多数の精神破壊と人生記録の破壊、多くの思想家の墮落化、職業上のまたはその他の策謀、無数の生活および自己展開の機会の剝奪」などを挙げているが、⁵⁹ 無許可越境者に対する故意の致命的射撃をそれに含めていることはいうまでもない。したがって、ヤコプスやドライヤーにとっても、ここには実定性または法的安定性と自然法性または実質的正義との衝突があることになる。それでも彼らは、実質的正義の要請を自然法として退けて、実定性または法的安定性を形式的に優先させることによって、この衝突を二者択一的に解決しようとするのである。

これに対して、ラートブルフ定式、とくに受忍不能定式は、法的安定性と正義との衝突を、アレクシーが示唆するように、衡量の問題として捉えている。つまり、実定法の正義との衝突が「耐えがたい」かどうか、あるいは実定法が耐えがたく正義と衝突して「極端な不法」といえるかどうかという観点からの判断の問題として捉えているのである。この観点からみたとき、注意しなければならないのは、この衡量では、正義だけでなく、法的安定性または実定性も程度をもちうるということである。連邦通常裁判所判決やアレクシーの議論でもこの点は必ずしも明確とはなっていない。この点では上記のシュレーダーの議論が参照できる。ヤコプスやドライヤーによれば、無許可越境者に対する故意の致命的連続射撃の違法性を阻却する正当化事由は「実定法」であった。とはいえ、それは国家実務による国境法、二七条の解釈に基づくものであって、明文の規定によるものではなかったし、シュレーダーが強調するように、旧東独市民に対して公知されていたわけではなかった。つまり、この正当化事由の「実定性」は十全なものであったとはいえない可能性、あるいは、国境警備兵にとっては「実定的」であったとしても、被害者を含む一般の東独市民にとっては「実定的」であったとはいえない可能性があるのである。このように実定性にも程度があり、それが不十分であるならば、実定性または法的安定性と実質的正義の衝突の衡量において、実定性が劣後する可能性は否定できない。

このように考えると、国家指導部から命令系統を通じて警備兵にまでいたる国家実務のもとで実行された無許可越境者への未必の故意による致死的連続射撃の正当化事由が排除され、その違法性が認定される可能性は否定できないであろう。しかし、さらに問題となるのは、その行為の正当化事由を排除することが基本法一〇三条二項の遡及禁止に反しないかどうか、また、国境警備兵の責任は阻却されないかどうか、さらに、旧東独における行為について再統一後の連邦共和国裁判所が管轄を有するといえるのかである。

- (49) F.-Ch. Schröder, Die Rechtswidrigkeit der Pflichtenschießungen zwischen Transzendenz und Immanenz, in Juristischen Rundschau, 1993, 50. シュレーダーの指摘は、当該の正当化事由は秘密命令によるのであって、法律でも法でもなかったとするものと解することができる。これはちょうど、ヒトラーのいわゆる「安楽死」命令の場合と同様である。ニュルンベルク裁判ではヒトラーの命令は法ではなかったとされたのであったが、ラートブルフは医師たちにとって正当化事由として機能する可能性を認めた上で、それを「高次の法」によって否定したのであった（G. Radbruch, Anmerkung: Neben der Entscheidung des Kammergerichts über die Euthanasie ist die vorliegende Entscheidung die erste, die sich mit dem Anstaltsnord befaßt: OLG Frankfurt/Main Urteil vom 12. 8. 1947, in GRGA 8, 374-351）。
- (50) この二つの関係の問題を捉えつつも、ラートブルフ定式への言及は不要とする見方もありうる。たとえば、刑法学者のK・マメルンク（K. Amelung, Strafbarkeit von ‘Mauerschützen’, Juristische Schulung, Heft 8, 1993, 637ff.）は、ラートブルフ定式を自然的基準とみなして退け、連邦通常裁判所の人権親和的解釈の不備を多々指摘しつつも、最終的にはその論証は全体として慎重にならねていると評価している。そして、国家指導部の責任は認めるが、国境警備兵の責任は否定している。
- (51) R. Alexy, Mauerschützen: Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, 1993, 25f.
- (52) H. Dreier, Gustav Radbruch und die Mauerschützen, in Juristen Zeitung, 1997, 424f.
- (53) H. Dreier (注2), 427.
- (54) H. Dreier (注2), 423.
- (55) H. Dreier (注2), 422.
- (56) G. Jakobs, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?: Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen

Umbruch, in J. Iseuse (Hrsg.), *Vergangenheitsbewältigung durch Rechts*, 1992, 38f.

(57) G. Jakobs (註56), 52f.

(58) G. Jakobs, *Untaten des Staates - Unrecht im Staat*, in Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1994, 1.

(59) H. Dreier (注52), 434. ドライアーは「政府犯罪」(Regierungskriminalität)とも呼び、そこに「壁の射手」事件の他に、スパイ行為、検察官の不作為、選挙違反での有罪判決、官僚の組織的な横領などを含めている。

(2) 遡及禁止とラートブルフ定式

したがって、次に問題となるのは、ラートブルフ定式に依拠して国家実務による正当化を否定してその可罰性を肯定することは、当時の東独においてこの正当化事由が存在したとすれば、基本法一〇三条二項の遡及禁止に反しないかどうかである。同条項によれば、「ある行為が可罰的とされるのは、その行為時に法律によってすでに可罰的とされていたときだけである」からである。

すでにみたように、連邦通常裁判所は、この問題については従来定まった解決は見出されていないとして、新たな見解を打ち出している。すなわち、まず、正当化事由についても遡及禁止は適用されうる、したがってある行為につき行為時に存在した正当化事由を事後的に排除することは遡及禁止に反しうるとした上で、しかしその行為が行為時に「法律によって可罰的」であったときは別であるとする。そして、本件の場合、ドイツ内部国境における未必の故意による致死的射撃は、当時の東独法の「人権親和的」解釈によれば、その刑法によって可罰的であったのであり、これを事後において可罰的であるとすることは遡及禁止に反しない、つまり、そのように解釈された法律に反する国家実務による正当化事由への信頼は遡及禁止条項の保護に値しないのであった。

連邦憲法裁判所は、連邦通常裁判所のこの結論を是認するとともに、憲法理論的な観点からさらに補足した。すなわ

ち、基本法一〇三条二項の「絶対的かつ厳格な」遡及禁止は、「民主主義、権力分立および基本権保護」という法治国家的条件のもとで成立するのであるが、このような条件が満たされていないときは、絶対的かつ厳格な遡及禁止がつねに適用されるとはかぎらず、本件の場合にはこれに該当する。旧東独におけるように「その領域についてきわめて重大な刑事不法の法律要件をたしかに規定しているが、その成文の規定を超えてそのような不法を奨励助長し、かくして国際共同体に一般に承認されている人権を著しく損なうことによつて、そのような不法の可罰性を正当化事由により部分的に排除していたような場合」には、その正当化事由による信頼は絶対的かつ厳格な遡及禁止による保護に値しないとしたのであつた。

旧東独の国家実務による正当化事由がラートブルフ定式によつて排除されるとすれば、遡及禁止による保護もこの定式によつて排除されることになる。しかし、遡及禁止による保護の排除の是非についても見解は対立している。すでに一九九一年のドイツ公法学大会においても二つの見解があつた。著明な公法学者だけを挙げれば、B・ピエロートやJ・イゼンゼーは遡及禁止を堅持すべきだとし、M・クリーレやP・ヘーベルレはナチス裁判におけると同様に遡及禁止の例外的な排除可能性を主張している。⁽⁶⁰⁾なお、アレクシーとドライアーもそこで発言している。ここでも彼らの議論、そしてドライアーが依拠するヤコプスの議論を中心にみておこう。

まず、アレクシーはここでも連邦通常裁判所および連邦憲法裁判所の結論には同意するものの、その根拠づけに異論を提起している。まず、前者については、旧東独には人権親和的解釈は存在しなかつたのであるから、そのような解釈による正当化事由の否定は「隠れた遡及」となっており、「不法体制の正当化事由にラートブルフ定式を適用することが遡及禁止に反するかどうか」という本来の問題を回避している。⁽⁶¹⁾アレクシーによれば、その正当化事由は極端な不法を許容するものであるかぎり、ラートブルフ定式によつてその法的効力は端的に否定されるべきであり、この場合、定式の適用は、「行為時の法状況を事後的に変更するのではなく、むしろ行為時の法状況がどのようなものであつたかを

確認する」にすぎず、それゆえ、不法体制の正当化事由にラートブルフ定式を適用することは遡及禁止に反しない⁶²。また、基本法一〇三条二項は可罰性の要件に法律の成文規定を求めているが、成文規定の要件は実質的には「恣意の禁止責任原理、そして予測可能性の原則」によるものであり、不法体制の正当化事由にラートブルフ定式を適用することは、これらの実質的原則に反するものではなく、むしろ一般的には不法体制の正当化による「現在および将来の可能な犠牲者の権利を保護する」ことになる。したがって、不法体制の正当化事由へのラートブルフ定式の適用は成文規定の要求にも適合すると、アレクシーは論じている⁶³。

連邦憲法裁判所の論証に関しては、アレクシーは、連邦憲法裁判所が一〇三条二項の遡及禁止に一定の限定を付しながら、なおかつその「絶対的かつ厳格な」性格を断言しているのは「方法論的な不誠実」を疑わせるものであり、むしろ、遡及禁止に欧州人権条約七条二項のような例外を設けることを明示的に述べるべきだと⁶⁴して、次のように主張する。たしかに、そのような例外を設けることは憲法改正によるべきだが、きわめて例外的な場合には連邦憲法裁判所の判決によってもなしうると考えられる。その根拠づけは法治国家原則に含まれる実質的正義の要請と遡及禁止によって保護される法的安定性との衡量を必要とする。この衡量は刑法の場合は原則として遡及禁止による信頼保護に導くが、ラートブルフ定式によれば、本件のような特殊な正当化事由の場合は例外がありうる⁶⁵。連邦憲法裁判所がラートブルフ定式を端的に受容しているのかどうかはその論証では不明確になっているけれども、その論証はラートブルフ定式の適用を必要としている。問題の正当化事由をラートブルフ定式に基づいて極端な不法のゆえに初めから無効であったとすることによって、ドイツ内部国境における致死射撃は旧東独刑法の殺人罪の規定により可罰的であったとすることができ、「正当化事由は排除されるが、それでも一〇三条二項に反するような新しい犯罪構成要件が創出されるわけではない」と⁶⁶。

これに対し、ドライアーは連邦通常裁判所および連邦憲法裁判所の結論はやはり遡及禁止に反すると批判する。ドラ

イアーも、これらの裁判所の論証は解釈を装いつつラートブルフ定式に決定的に依拠しているとみるが、彼によればラートブルフ定式はやはり遡及的效果をもつ。国境警備兵にとつて事実上存在した正当化事由を含む当時の法状況が事後的に変更されることに変わりはなく、ラートブルフ定式を適用することも「隠れた遡及」に他ならない。⁶⁷ また、ドライアーによれば、そのような場合にこの原則に限定を付することは、実質的正義と法的安定性の衝突をあらためて衡量することを意味するが、一〇三条二項の絶対的かつ厳格な遡及禁止はすでに立法者による衡量の結果として規定されているのであつて、裁判所における再度の衡量は排除されているのである。⁶⁸ さらに、ドライアーは、連邦憲法裁判所は「絶対的かつ厳格な」遡及禁止の適用を「民主主義、権力分立、基本権保障をもつ法治国家」に限定しているが、とくに刑法における遡及禁止の原則が生まれてきた歴史をみると、むしろ民主主義等が成立していなかった絶対主義の時代などにおいてこそ、この原則は重要な意味をもっていたのであり、民主主義をもたなかった旧東独の法状況についてはこの原則の絶対的かつ厳格な適用が制限されるとするのは、この歴史的な意味を看過するものだとして批判している。⁶⁹

本稿の関心からみると、ここでの中心問題はラートブルフ定式の適用は遡及的であるかどうかということである。この問題には二つの側面がある。一つは、定式の適用によつて正当化事由を排除することが遡及禁止に反するかどうかであり、もう一つは、正当化事由を排除して処罰することが遡及禁止に反するかどうかである。この二つの問題は不可分に結びついているが、一応区別して検討することが可能である。

人権親和的解釈によるにせよ、ラートブルフ定式によるにせよ、事実的に存在していたとされる正当化事由を排除することは、正当化事由が事実的に存在していたという状況を変更するという点でいえば、たしかに遡及的である。そして、すでにみたように、連邦通常裁判所も連邦憲法裁判所も、正当化事由についても遡及禁止の原則は適用されうるとしている。さらに、連邦憲法裁判所は一〇三条二項を「絶対的かつ厳格な」遡及禁止を定めたものとみなしている。これによれば、事実的に存在していた正当化事由を排除することも遡及禁止原則に反することになる。しかし、遡

及禁止原則が原理的にもつねに絶対的であるとはかぎらないことは、国際人権規約や欧州人権条約が例外を設けていることから明らかである。そうすると、原理的には、ここでも遡及禁止原則に示される法的安定性と国際人権条約等の例外規定に示される実質的正義との衝突がありうることになり、またその解決には衡量が求められることになる。

この衡量の権限はもちろん憲法制定者にあり、憲法制定者が例外の排除を明示的に意図していたとすれば、例外の設定は憲法改正によるべきであろう。しかし、欧州人権条約七条二項に対する留保は立法者の解釈によるものと考えられるから、憲法裁判所がその判断によって例外を設けるとすれば、憲法解釈をめぐって立法権と司法権の衝突が生じることになるだろう。これは一般的には困難な問題であるが、ここでの具体的問題に関していえば、統一条約と改正刑法施行法は旧東独の犯罪行為について連邦共和国の裁判管轄を定めているのであるから、そのかぎりでは立法権が司法権による判断を認めたものと解することもできそうである。

しかし、もう一つの問題と結びつけるならば、以上の議論は重要なものではなくなると考えられる。そもそも不当な正当化事由を排除して、すでに存在した法律を適用することが遡及でないとなれば、遡及禁止に例外を設けることは必要ではないからである。アレクシーの議論は憲法裁判所が基本法一〇三条二項の遡及禁止を「絶対的かつ厳格な」と形容したことに触発されたものといえるが、アレクシーの議論の筋からいえば不要であろう。この場合、アレクシーが言うように、正当化事由を排除することによって、すでに存在した刑法の規定が適用されることになるのであれば、新しい犯罪構成要件が創出されるわけではなく、その意味では遡及であるわけではないといえる。

これに対し、ヤコブスは、法体系は連続体であって、その一部を事後的に削除することは、そこに規範的真空を作り出すことであり、それを事後的に補充することは新しい法規範を創出することになり、したがってやはり遡及だとする。^⑩形式的にみれば、正当化事由は構成要件を前提するから、正当化事由が排除されれば、構成要件該当性が現れるということになる。しかし、ヤコブスによれば、構成要件の拡張と正当化事由との区別は「法技術的な」ものにすぎない。^⑪つ

まり、正当化事由とされるものも拡張された構成要件の一部とみなすことができる。そのような構成要件の一部を変更して処罰することはやはり遡及だというわけである。

とはいえ、先に触れたように、無許可越境者に対する未必の故意による致死的な連続射撃が法律に明文で規定されていたわけではなく、むしろ「可能なかぎり」であるとはいえ、「生命の保護」が国境法では要求されていたのである。つまり、無許可越境者に対する未必の故意による致死的な連続射撃の許容は、成文法規に規定された構成要件であるわけではない。また、国境法の解釈により国家実務という事実として成立していた構成要件だとしても、それは東独市民に公式に告知されていたわけではない。無許可越境を重大な「犯罪」とし、それに対しては致死射撃が効果として加えられるということは、告知された法規ではなかった。このようにみると、正当化事由を拡張された構成要件の一部とみなすことはできないように思われる。⁽⁷²⁾

なお、ドライアーは、連邦憲法裁判所が遡及禁止を法治国家において意味をもつものとし、法治国家が前法治国家の行為を判断するときには適用は排除されうるとしている点について、遡及禁止は法治国家以前の絶対主義においてこそ重要であったのであり、前法治国家には適用されないとするのは遡及禁止の歴史的由来に反しているとする。しかし、遡及禁止は恣意的な国家権力作用から市民を保護するためのものであり、恣意的な国家権力作用を保護するためのものではないということにも注意すべきであろう。国境警備兵は市民でもあるが、その行為は国家権力作用の一つとして行われたものである。もちろん、遡及禁止原則を統治者にも適用することが法治国家原則であり、また正義の要請でもあり、ということではある。しかし、それは同時に統治者もその犯罪について処罰されるということを含む。これに対し、絶対主義体制では統治者は処罰されることはなかったのである。ドライアーの議論は遡及禁止の歴史的由来のこの側面を看過していると思われる。

- (60) Der Rechtsrat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler 51, 1992. ビュロートは、ラートブルフに触れながら、処罰を求める「法感情は成文の法治国家的憲法規範に優位してはならない」として、処罰を可能にするためには基本法一〇三条二項を改正しなければならないという (Ebenda, 104)。イゼンゼーも「法治国家は、「ナチスの」全体主義的の不法国家の加害者に遡及的に行使した自然法司法を、「旧東独の」全体主義的の不法国家の加害者に一貫して適用するとき、遡及禁止との解きがたいコンフリクトに陥る」として、刑法によるこのコンフリクトの解消を否定し、憲法改正の道しかないとする (Ebenda, 137)。これに対して、クリーレは、遡及禁止は正当化事由にも及ぶが、「典型的にナチスのな正当化事由、たとえば『価値の低い人種』や『生きるに値しない生命』が明白な不法として承認されなかったように、「特殊な典型的に社会主義的観点——党派性、党指導部および国家指導部の意思の優先——を正当化事由として妥当させてはならない」とする (Ebenda, 131f)。また、ヘーベルは、遡及禁止には直接触れないものの、ラートブルフ定式は「合法な法律が、それが法の本質的な正義原理に耐えがたく衝突しているがゆえに、無効であるような場合がある」と教えており、「実定的法律——旧東独で形式的に妥当であった法律——も、その場合実質的に妥当を失う」と述べている (a.a.O., 119)。
- (19) R. Alexy (注19), 31.
- (20) R. Alexy (注19), 33.
- (21) R. Alexy (注19), 34f.
- (22) R. Alexy, Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tätungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996, 1997, 21–23.
- (23) R. Alexy (注24), 24–26. アレクシーは、「このような原則と例外の区別は、法的安定性と正義との衡量に基づくけれども、一〇三条二項の遡及禁止の規定そのものを衡量の対象となるような原理規範にするわけではなく、なお厳格な準則のままに保つこととなるように。」
- (24) R. Alexy (注24), 30.
- (25) H. Dreier (注25), 431.
- (26) H. Dreier (注25), 432.
- (27) H. Dreier (注25), 432.
- (28) G. Jakobs (注28), 46.
- (29) G. Jakobs (注28), 46.
- (30) 連邦通常裁判所はこの区別をたんに「技術的な」ものとみなす見解を退けている (BGHSt 39, 28)。シュレーダーも構成要

件の設定と正当化事由の設定の違いはたんに法技術的なものではないとする（Schroeder（注49）、390f.）。「刑法上の禁止とそれに含まれる法益保護の広範な制限を隠蔽することは、不法体制が不法な行為を公衆、とくに国際公衆から隠そうとするときの典型的な偽装技術なのである。そのような体制は、構成要件をたんなる正当化事由として構成し、不法への命令を法典化の外部に隠そうとする」のだと述べている。また、アレクシー（Alexy（注51）、31f.）も、たとえば旧東独国境法が「ただその者を射撃することによってのみその者の国家からの逃亡を阻止することができる場合を除いて、故意により人を殺害した者は、…の刑に処する」と規定していたとすれば、正当化事由の不法性は明らかになっていたはずであるが、旧東独はこの方策を放棄して、「法律的不法を国境法二七条二項に隠して規範化した」のだと述べている。

（3） 国境警備兵の有責性

以上の議論は、ドイツ内部境界における故意の致死的射撃の違法性に関するものであった。次に問題となるのは、国境警備兵の責任は阻却されないかどうか、可罰性についてヤコプスが挙げた条件の一つ、つまり帰責可能性があるかどうかという問題である。アレクシーは、ラートブルフ定式に基づいてその行為の正当化事由を排除した連邦通常裁判所および連邦憲法裁判所の結論を支持し、ドライアーやヤコプスはそれに反対した。しかし、国境警備兵の責任については、彼らはいずれもこれを否定する点で一致して、両裁判所の結論に反対している。裁判所の判断は、致死的射撃の不法性は客観的に明白であったのであり、このことは若い兵士たちのように「教化された」者にとっても洞察可能であり、それゆえ兵士たちにとっても明白であったとするものであった。これに対し、アレクシーは、旧東独の体制は「虚偽の体制」であったのであり、そのもとで教化された若い兵士たちはその責任に帰することのできない「禁止の錯誤」に陥っていたとみるべきだとする。⁷³ また、ドライアーは、裁判所が致死的射撃の不法性は「明白」であったとしつつも、兵士の責任の認定に多くの紙幅を割いていることからして、その不法性が兵士たちにとって必ずしも明白ではなかった

ということを示唆しているとす。⁽⁷⁴⁾ ドライアーは、国境警備兵を不可罰とすることについては、ラートブルフも同意するだろうと結んでいる。⁽⁷⁵⁾

国境警備兵に責任阻却事由が認められるかどうかは、つまり、回避することのできない禁止の錯誤があったとするかどうかは、事実認定とそれについての法的評価による。連邦通常裁判所の判断は、非武装で他者の生命身体に危害を加えるおそれのない態様で無許可の出国を試みる逃亡者に対する連続射撃による殺害は客観的に耐えがたい不法であり、このことは国家理由について教化された若い国境警備兵にとっても明白であったはずである、つまりいわゆる違法性の意識に関する連邦通常裁判所の判例の言い方でいえば、「適切な良心の緊張」があったならば意識しえたはずであるというものである。この論証は、不法が客観的に明白であれば、主観的にも明白であったはずだという推定に基づいている。これに対して、ベルリン地方裁判所は、たとえば国境警備兵は志願兵であったこと、上官の命令が違法であるときはそれに服従する必要はないことが法律に規定されていたこと、さらに致死射撃を行うかどうかについては兵士にも判断の余地があったことなどを認定して⁽⁷⁶⁾、連邦通常裁判所もこれらの事実認定を前提にしている。したがって、客観的不法の明白性から直ちに主観的明白性を推論しているというわけではないだろう。

しかし、他方で、連邦通常裁判所も認定している事情、つまりドイツ内部境界における武装された警備体制（地雷、自動射撃装置、鉄条網、立入禁止区域など）や命令状況（訓練時や配置時の訓令など）があったこと、国境での致死射撃は旧東独においては訴追されることはなく、むしろ国家指導部により称揚され報償を与えられてさえたといった事情の他、若い国境警備兵が国際人権条約などについて詳細な知識をもっていたとは考えられないこと、国境警備兵を含む多くの旧東独の若者たちには「理性的な道徳的判断を陶冶するためのコミュニケーション的条件」が欠けていたこと⁽⁷⁷⁾と、連邦共和国を含む諸外国も国境における事件について明確に批判するわけではなく、連邦共和国の政治家が旧東独を訪問した際には国境警備兵たちはその警護に当たったのであり、ホーネッカーがそれに対する返礼として連邦共和国

を訪問していることなど、こうした状況からすれば、国境警備兵は「禁止の錯誤」に陥っていたのであり、国境での致死射撃の違法性を明白に知りえたということはできないという評価も十分にありうると考えられる。これらの国境警備兵にとって不利な事実や有利な事実をどのように法的に評価するかは困難な問題である。ただ、ラートブルフは責任判断においては行為よりも行為者を全体としてみるべきだとしていたことを考えると、ドライアーがいうように、国境警備兵の責任は阻却されるという見解にラートブルフも同意したであろうと思われる。

- (73) R. Alexy (注15), 37.
- (74) H. Dreier (注52), 430. この点はアメルンクも指摘している (Amelung (注50), 641)。
- (75) H. Dreier (注52), 434. ヤコプスも国境警備兵は「異常な秩序」の「政治的コンフリクト」の「源泉の要素であって、その原因ではない」として、その帰責可能性を否定している (Jakobs (注56), 56)。もっとも、ヤコプスもドライアーも国境警備兵の致死射撃の違法性を阻却するのであるから、責任を論じる必要はないようにも思われるが、可罰性を否定する論拠の一つなのであろう。
- (76) LG Berlin 5.2.1992, 421f.
- (77) R. Alexy (注15), 37f.
- (78) H. Dreier (注52), 430.

(4) 国家の不法と国家内部での犯罪

以上、連邦通常裁判所判決および連邦憲法裁判所決定に内在する問題について検討した。最後に、これらの判決にとつていわば超越的な問題がある。ある行為の可罰性は行為地においてその行為を犯罪とする実定法があることを要求するが、旧東独での行為の可罰性を連邦共和国において問うことができるかという問題である。この行為地法の問題は

一連の裁判ではごく簡潔に扱われている。⁽⁷⁹⁾ 統一条約と刑法施行法によって、旧東独での犯罪行為を連邦共和国において訴追することが定められていたからである。アレクシーもこの問題は扱っていない。これに対して、刑事司法による「過去の克服」を批判する議論は、旧東独での行為に対する連邦共和国による訴追そのものを問題とする。ドライバーとヤコブスの議論はその問題を扱っている。⁽⁸⁰⁾

すでに触れたように、ドライバーは、ヤコブスらと同様に、旧東独の体制を「国家の不法」と捉えていた。ヤコブスはまた、ナチスと同様に、その体制を「文化喪失」と特徴づけている。⁽⁸¹⁾ 彼らはいずれも、国境警備兵による致死的射撃もこの不法体制の一部をなし、その限りでは不法であったとみている。しかし、連邦通常裁判所のように旧東独法を人權親和的に解釈可能であったとみなすのは、この国家の不法をむしろ「過小評価する」(verhalmlosen) ことになり、個々の国境警備兵の致死的射撃の可罰性を認定することによって、全体の不法は問われなままになるという。⁽⁸²⁾ このような全体の不法という過去の克服は、その一部の行為についてののみ可罰的とする仕方では司法的に行うのではなく、将来へ向けての政治的な克服としてなされるべきだとする。

国家の不法のもとでの個々の行為を可罰的とすることに反対するドライバーのこのような見解は、ヤコブスの「国家の非行」と「国家内部での犯罪」との区別に依拠している。⁽⁸³⁾ それによれば、刑罰権力は国家のもとに成立しているものであり、したがって国家の内部で生じた犯罪を処罰することはできるが、国家そのものの非行を刑罰権力によって処罰することはできない。旧東独の国境警備兵の致死的射撃が犯罪であるとすれば、それは旧東独の内部の犯罪であって、それを処罰しうるのは旧東独の刑罰権力だけである。他方、それは旧東独では処罰されず、旧東独の「国家の非行」の一部としてなされたものであり、かつ国家の不法はいかなる刑罰権力にも服さないのであるから、国境警備兵の致死的射撃を処罰する刑罰権力は存在しない。したがって、連邦共和国の刑罰権力がかつての旧東独の国境警備兵の致死的射撃を処罰することはできないというわけである。

このヤコブスの刑法理論は彼のいわゆる「敵刑法」(Feindstrafrecht)論と関連づけられている。⁸⁴⁾「敵刑法」は市民刑法と対比される。⁸⁵⁾市民刑法は責任原理に基づいて、人格とみなされる国家の市民が刑法に規定された犯罪を施行したときにその刑事責任を問ひ処罰するものである。これに対し、現代の刑法の中には、犯罪を施行した後にではなく、犯罪を施行する惧れに基づき、たとえば予防拘禁するといった手段を用いるものが増えてきている。ヤコ布斯によれば、これはその者を人格として認められた市民として扱うのではなく、つまり責任に基づいて取り扱うのではなく、市民に危害を加える野獣と同様のものとして、一種の自然の脅威として、とはいえ人間であることには変わりはないので、「敵」として処置することを意味する。これを市民刑法の拡張とみなすのは市民刑法の本質を歪めることになるから、「敵刑法」として「市民刑法」から明確に区別すべきだというわけである。

これを刑罰権力の議論に結びつければ、他国の市民は自国の刑罰権力には服さないのであるから、つまり自国の人格ある市民として扱うことはできないのであるから、いわば「敵」である。したがって、その者の行為は自国にとつては「敵」のなした行為であつて、犯罪ではない。「敵」は闘争の対象ではあつても、処罰の対象ではないということになる。⁸⁶⁾こうしたヤコブスの議論については、ナチス体制のもとでの行為を人権原理などに基づいて処罰する連合諸国の裁判を批判したカール・シュミットの見解と類似している。シュミットによれば、近代以降の「ヨーロッパ公法」の下では、各国は独立の主権国家であつて、それらの国家の間の戦争は道徳的善悪とは無関係な「無差別戦争」であつた。このような戦争観によれば、対戦国は、相互に独立の国家として承認されているが、いかなる刑罰権力にも服さないのである。⁸⁸⁾味で「正しい敵」(Justus hostis)として捉えられるのであつた。⁸⁷⁾ヤコブスの「敵刑法」のシュミットの法理論との違いも指摘されるが、⁸⁸⁾刑罰権力を主権国家と結合するヤコブスの議論はその限りではシュミットのそれとやはり類似するといえる。

これに対し、ラートブルフ定式は戦後の連合諸国によるナチス裁判を正当化する意味をもっていた。ラートブルフ定

式はさしあたり国家内部での極端な不正義や不法の法的効力や法的性格を例外的に否定するものであるが、それが基準とする正義や人権の要請は国家の範囲に限定されない適用範囲をもちうる。それゆえ、ラートブルフ定式は管理委員会法第十号に規定された基準に基づく連合諸国の裁判管轄も認めることになる。同様に、旧東独が崩壊した後に、統合されたドイツ国家においてかつての旧東独の行為を違法とすることも、ラートブルフ定式によれば不可能であるわけではない。この点に、ヤコブスや彼に同意するドライアーらの議論との決定的な対立点があるといえるだろう。⁶⁹⁾

ところで、連邦共和国の裁判所がかつての東独構成員であった国境警備兵や国防評議会構成員の行為を個別に犯罪として取り扱うことについて、連邦通常裁判所長官であったH・W・ラウフヒュッテは後に次のような説明を与えている。まず、連邦共和国の裁判管轄については、東西両ドイツの代表によって締結された統一契約とそれに伴い改正された刑法施行法によるものだということである。⁶⁰⁾西ドイツの代表はもちろん、東ドイツの代表もSED支配体制の崩壊後の代表であるから、統一契約はいわば「勝者」同士によって締結されたものとみることができるが、それでも両ドイツの政治的決定に基づくものである。つまり、刑事司法による過去の克服は裁判所の独断ではなく、政治的決定に基づくものであるというわけである。この政治的決定の是非はともかく、一つの政治的克服であり、司法的克服に権限を与えるという政治的決定による克服ではあったということになるだろう。

また、刑事司法によって個別の行為だけを刑事責任に問うことの問題性については、ヤコブスやドライアーだけでなく、旧東独市民からも同様の批判があった。⁶¹⁾これについてラウフヒュッテは、裁判所の管轄が決定された以上、刑事司法はそのような取り扱いしかなかったのであって、その結果としての処罰は「象徴的な処罰」と言われるが、刑事裁判所にとっては刑事責任を問うことだけが求められているのだと述べている。⁶²⁾政治的決定に基づいて裁判管轄が設定された以上、裁判所としては起訴に基づき個別の行為の可罰性を問わざるをえず、しかもその違法性あるいは極端な不法性を否定することはできなかったという事情は理解できる。ヤコブスやドライアーも、それらの行為が国家の不法の一部

であるとしつつも、不法であったことは否定していないのである。そして、その刑事責任を問うためには、実定法と解
 釈理論だけに依拠することができず、ラートブルフ定式に依拠せざるをえなかったということも理解できるだろう。
 もっとも、若い国境警備兵の責任を阻却しなかったことについては、すでに見たように議論のありうるところではある
 が。

(79) 連邦通常裁判所の最初の「壁の射手」事件判決では、被告人は「国家行為の法理」(act of state doctrine)を援用して、「ド
 イツ民主共和国という外国の利益のための職務行為として行為したのであり、それゆえ責任を問われぬ」と主張しているが、連
 邦通常裁判所は、この法理は基本法二五条の意味での一般的な国際法規ではなく、大陸ヨーロッパおよびドイツの法実務はこの法
 理に依拠していないとして、簡潔に退けている(BGHSt. 39, 56)。また、憲法異議裁判において政治局員らも同様の主張をして
 いるが、連邦憲法裁判所は同じ論拠によって退けている(BVerfGE 95, 128f.)。

(80) ヤコブス(注58)はこれらの事件に関連して連邦共和国刑法の人的適用範囲の問題を詳細に扱っている。問題は、旧東独市民も
 連邦共和国刑法七条の「ドイツ人」とみて、旧東独市民である加害者も被害者も同刑法の人的適用範囲に入るとみなしうるかどう
 かである。ヤコブスはいずれも否定している。

(81) G. Jakobs (注59), 47, 53.

(82) H. Dreier (注52), 431. この指摘もヤコブスに依拠したものである。G. Jakobs (注59), 47.

(83) G. Jakobs (注59), 1.

(84) M. Pawlik, *Strafrecht und Staatsrecht: Zur Strafbarkeit der "Mauerschützen"*, in: *Kritischer Justiz*, 1994, 483.

(85) G. Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, *Onlinezeitchrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*,
 3/2004, 88-95. なお、この論文とはほぼ同じものが邦訳されている。ケンタウ・ヤコブス(松宮孝明(序)・平山幹子(訳))「市民
 刑法と敵味方刑法」『立命館法学』二〇〇三年五月号、四五九-四七六頁。

(86) ヤコブスは、ナチス体制も「彼らの体制」であったとして、その刑事司法による克服には消極的である。ただ、彼にとって重
 要なのは「敵」の脅威がなくなることであり、そのためには五〇年代までのナチス裁判による処罰は必要であったが、六〇年代以
 降はその必要性はなくなつたとしている(Jakobs (注56), 42f.)。また、再統一後の過去の克服の場合も、応報の観点からの部分
 的な処罰を除けば、一般予防の観点からはもはや処罰は不要であるとしている(Jakobs (注56), 18f.)。

- (87) C. Schmitt, *Der Nomos der Erde*, 1950 (1988), 91f.
- (88) ミゲル・ポライノオルツ (森永真綱訳) 「敵に対する刑法——ある概念の機能的な脱神話化——」『ノモス』第二九号(二〇一年)、一七—一八頁参照。ポライノオルツは、シュミットの「敵」は「公敵 (hostis)」であるのに対し、ヤコブスのそれは「私仇 (inimicus)」であるという。
- (89) もっとも、ヤコブスも国際刑法の将来的な可能性をまったく否定しているわけではない (G. Jakobs (注58), 2f.)。彼によれば、実効性をもつものだけが法、「生きられている法」なのである。
- (90) H. W. Lauhütte, *Strafrechtliche Probleme nach der Wiedervereinigung der beiden deutschen Staaten und ihre Bewältigung durch die Strafsenate des BGH*, in *VIZ* 2001, S.521ff.
- (91) たゞえば、R. Dreier, *Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes in Strafgerichtsbarkeit: Festschrift für A. Kaufmann zum 70. Geburtstag*, 1993, 69によれば、旧東独の民法学者 B. Bohley は「人々は正義を求めたが、得たのは法治国家であった」と述べている。
- (92) H. W. Lauhütte (注90), 528.

(三) 小括

以上、いわゆる「壁の射手」事件に関する連邦通常裁判所および連邦憲法裁判所の判決を中心に、その判決におけるラートブルフ定式の適用とそれをめぐる議論をみてきた。それについて簡単にまとめると、次の点が挙げられる。第一に、ドイツ内部国境における無許可越境者に対する故意の致死射撃については、当時の東独国境警備体制における国家実務が正当化事由として考慮されるかどうかが問題となった。連邦通常裁判所は、その国家実務が正当化事由となりうることを認めた上で、ラートブルフ定式に言及し、その具体化された基準としての国際人権法、そしてそれを背景とした旧東独法の「人権親和的な解釈」によってそれを排除した。この論証については、ラートブルフ定式への言及を不

要とする議論もあつたが、アレクシーやドライアーの議論にみられるように、正当化事由の排除のためには通常の旧東独実定法の解釈では足りず、ラートブルフ定式がその決定的な論拠であつたとみるのが一般的であつた。その是非については評価が分かれるものの、定式を自然法論とみなしてその適用を批判する論者たちも国境での致死射撃を含む旧東独体制を「不法」とみる点では一致していた。その行為そのものの違法性については見解の一致があつたといえる。相違点はその違法性を阻却する正当化事由が旧東独の実定法として効力をもつていたと認められるかどうかにあつた。ラートブルフ定式はこの問題を提起して、実定法が極端に正義に反するときはその法的効力は否定されるとする基準なのである。⁹³

第二に、この問題は、まず、ラートブルフ定式の適用による正当化事由の排除と国境での射撃行為の可罰性の認定が連邦共和国基本法一〇三条二項の遡及禁止に反しないかどうかに関わるものであつた。戦後のナチス裁判においては、遡及禁止の問題が一般には議論されたものの、連邦通常裁判所および連邦憲法裁判所ではとくに議論されることになつたのに対し、「壁の射手」事件ではこの問題が正面から取り上げられたのである。この点についての連邦通常裁判所および連邦憲法裁判所の判断は、アレクシーが指摘したように、不明確なところがあるものの、ラートブルフ定式の適用によって正当化事由を排除することによって、行為時に存在した旧東独刑法の故殺の規定が適用されるのであり、遡及禁止には当たらないとするものであつた。⁹⁴これに対しては、構成要件の拡張と正当化事由の区別は法技術的なものにすぎないという観点から、構成要件の拡張とみなしうる正当化事由の事後的な阻却はやはり遡及禁止に反するというヤコブスの批判もあつた。しかし、その正当化事由は国家実務によるもので成文化されたものではなく、また旧東独市民に対しても公式に告知されていたわけではないという点を考慮すると、正当化事由の実定法性については疑問とする余地があるように思われる。なお、国境での致死射撃を可罰的とするには、基本法一〇三条二項に欧州人権条約七条二項のような例外規定を追加する改正が必要だとする見解が一般的であるが、ラートブルフ定式により正当化事由が排

除されて、行為時に存在した法律による可罰性が認められるとすれば、改正という事後法による必要は必ずしもないと考えられる。

第三に、無許可越境者に対する国境警備兵の故意の致命的射撃の正当化事由が排除されてその違法性が認められるとしても、国境警備兵の責任が問題となる。連邦通常裁判所は基本的に地方裁判所の事実認定に基づいてその責任を認定し、連邦憲法裁判所もその判断は事実審に委ねられるとして、その判断を追認している。国境警備兵の責任の認定については有利または不利に作用する諸事情があるが、アレクシーとドライヤーは責任の阻却という点で見解が一致しており、ヤコブスのようにそもそも可罰性を否定する論者も含めると、責任を否定するという見解は少なくないといえる。⁽⁹⁵⁾ドライヤーが言うように、若い国境警備兵の行為の責任阻却という点についてはラートブルフも同意しただろうと考えられる。しかし、ドライヤーらの見解では、若い国境警備兵の上官たちや国家指導部の違法性や責任をも阻却することになりうる。これは次の点に関わる問題である。

第四に、ヤコブスや彼に依拠するドライヤーの見解では、国境警備兵の致命的射撃は、法治国家的観点からは「不法」とみなされる旧東独における他の行為と同様に、その上位に刑罰権力の存在しない「国家の不法」の一環であつて、旧東独という国家内部での通常の犯罪ではなく、それゆえ連邦共和国においても可罰性が否定されるのであつた。ヤコブスの「敵刑法」を背景とするこの見解によれば、国境警備兵の致命的射撃は、連邦共和国にとってはその責任を問える「市民刑法」における犯罪ではなく、もっぱら実力によって制圧されるべき「敵」の行為なのであつた。その「敵」は自ら崩壊して、もはや「敵」としての脅威を失っているかぎり、その行為の処罰は応報以外の目的を欠き、処罰の必要はなくなっている。それゆえ、「国家の不法」という過去の克服は、国境警備兵などの一部の不法の刑事司法的克服ではなく、大赦を含む政治的な克服としてなされることが望ましいということになる。とはいえ、それらの行為の訴追は、少なくとも統一条約の締結とそれに基づく連邦共和国刑法施行法改正によるものであり、その意味では政治

的決定によるものであったといえる。⁹⁶ 連邦通常裁判所長官が述べているように、政治的決定によって刑事司法管轄が認められれば、告訴などに基づく訴追について、被害者や遺族の感情をも考慮して、可能なかぎり司法的な判断を下さなければならぬという事情があった。そうである以上、裁判所は、法治国家的観点からみてこれらの行為の違法性を認定せざるをえず、そのためにラートブルフ定式に依拠せざるをえなかったであろうことは理解可能だといえる。

(93) なお、通常の場合においては、個別の構成要件該当行為の正当化事由（正当防衛や正当行為）が排除されうることはいうまでもない。ここでの問題は、通常は不法として排除されると考えられる正当化事由が国家指導部の命令などの国家実務によるものであったという点にある。

(94) ラートブルフ自身は、戦後の連合国によるナチス裁判について、ナチスの法令の法的性格を否定することによって、ナチス期にも妥当していた一八七一年のライヒ刑法が適用されることになるとしていた。ラートブルフは拒絶定式に依拠したのに対して、連邦通常裁判所および連邦憲法裁判所は受忍不能定式に依拠しているという点で違いがあるものの、その論証の形式は同じである。

(95) 上田健二（注36）四一七頁も、「行為の『不法』と行為者の『責任』との峻別」に基づき、国境警備兵については「不法体制への巻き込まれ」を理由に「全面的な責任阻却を認めることは十分に可能であったであろう」と述べている。また「射撃命令者」に対しても「政治上の理由から恩赦」などの不処罰処分が考えられたであろうとしている。

(96) 前体制が崩壊した後に過酷な報復的な刑事処罰がなされることは、歴史的にみても、また現在でも法治国家が十分に成立しているとはいえない地域においては、珍しくはない。しかし、戦後の連邦共和国が、ラートブルフ自身も望んでいたように、少なくとも正義を志向しつつ法治国家的に過去を克服しようとしていたこと、また再統一後の連邦共和国も同様に法治国家的に過去を克服しようとしたということは否定できないだろう。

四 終わりに——ラートブルフ定式の現代的意義

ラートブルフ定式は、ドイツ連邦共和国において二度、どちらもドラステイクな体制崩壊の後に、その体制時に合法とみなされた行為の違法性を新体制において認定するために、あるいはその体制時の法令や実務の法的性格または法的効力を否定するために用いられた。どちらの状況もきわめて稀な例外的なものであった。ナチスの法令の法的性格と法的効力を否定したラートブルフ自身、その定式の適用は「二度と経験したくないような例外的な状況」においてのみ許容されると述べていた。⁹⁷そして、連邦憲法裁判所もその定式の適用をきわめて例外的な場合に限定されると判示していた。このように見ると、ラートブルフ定式はこの二度のドラステイクな体制転換にのみ限定的に用いられた特殊な法理とみることもできるように思われる。また、いずれもドイツにおいて起こった体制崩壊の事後的な法的処理に関するものであり、それゆえラートブルフ定式はドイツに特有の法理であるようにも思われるかもしれない。

しかし、その定式そのものは一般的な性格をもっており、その適用はこれら二つの例外的な場合に必ずしも限定されるわけではない。そのために、一方ではラートブルフ定式の一般的意義を肯定的に評価する見解もあれば、他方ではそれを否定する見解もある。後者の見解は基本的に法実証主義の立場に立ち、前者は「反法実証主義」の立場⁹⁸に立っている。古くからの実証主義対自然法論または反実証主義の論争の只中にラートブルフ定式は位置しているのである。したがって、問題は、一方ではラートブルフ定式と自然法論との関係であり、他方ではそれと法実証主義との関係である。つまり、ラートブルフ定式はいわゆる自然法論なのか、またラートブルフ定式はいかなる意味でも法実証主義と相容れないのが問題となる。こうした問題については、周知のように、ラートブルフの弟子であったA・カウフマンの見方、つまりラートブルフの法哲学は自然法論と法実証主義のいずれでもなく、「第三の道」⁹⁹を行くものだという見方がある。この見方はたしかにラートブルフの見解を的確に捉えるものと思われるが、その「第三の道」がどのようなものである

かは、なお検討を要する問題である。以下では、まずラートブルフ定式と自然法論との関係を、次にラートブルフ定式と法実証主義との関係を検討した後、ラートブルフ定式に見られる法思想を「法理想主義」または「法理念主義」と特徴づけてみたい。

(97) G. Radbruch, *Gesetz und Recht*, 1947, GRGA 3, 99.

(98) アレクシーは「一般の自然法論と一線を画する趣旨で、自己の立場を「反法実証主義」と呼んでゐる。cf. Alexy, *A Defence of Radbruch's Formula*, in *Recreating the Rule of Law: The Limits of Legal Order* (D. Dyzenhaus ed.), 1999, 17. 実証主義による法と道徳分離テーゼに対して、ラートブルフ定式を擁護する者は「反実証主義的な結合テーゼ」(the anti-positivist connection thesis) を支持することになるといふ。なお、ドイツ語では同じフレーゼは「非実証主義的な結合テーゼ」(die nicht-positivistische Verbindungsthese) と呼ばれてゐる。Vgl. Alexy (注51), 5.

(99) A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 1997, 40-44 (土田健二訳『法哲学』五一―五五頁)。

(1) ラートブルフ定式と自然法論

ラートブルフの法哲学上の立場については、周知のように、戦前は法実証主義に立っていたが、ナチスの経験の後に自然法論に転向したという見方がある。しかし、別稿でも触れたように、法を正義の実現に奉仕する現実だという戦前からのラートブルフの法概念論は一貫しており、第二次世界大戦後のラートブルフ定式に現れた見解もその理論的な帰結を表現するものと解するのが適切であると思われる。⁽¹⁰⁰⁾ このようにラートブルフの立場を一貫したものとみなす見解も増えてきている。⁽¹⁰¹⁾ とはいえ、戦後のラートブルフ定式に表現された見解が法律の法的性格や法的効力を否定するものと

なる点では、それは二者択一的に自然法論とみなされうる側面をもっていることも事実であり、すでに触れてきたように、「壁の射手」事件判決で適用されたその見解を自然法論と位置づける見方も少なくない。

これに対して、A・カウフマンは、「壁の射手」事件判決とそれについての論評には、ラートブルフの見解に対する誤解があると指摘している。その一つは、ラートブルフ定式において法的性格または法的効力を否定されるのは「法律」であって「実定法」ではなく、その法的性格または法的効力を否定する基準も「超法律的法」であって「実定法」ではないというものである。⁽¹⁰⁾ラートブルフにおいては、「法律」は「実定法」の一部であるが、実定法には慣習法や国際法も含まれる。彼にとつて、実定性は法の本質的な要素である。カウフマンによれば、それゆえ、ラートブルフ定式は実定法の法的性格や法的効力を否定するものではなく、実定法の一つである法律が極端に正義に反するときには、正義を少なくとも体現している実定法、とくに国際法によつて、その法的性格や法的効力を否定するものに他ならないということになる。そして、この見方によれば、「壁の射手」事件において旧東独の法律とそれに基づく実務の法的効力を否定する基準は国際法だということになる。

しかし、この見方は必ずしも説得的とはいえない。すでにみたように、「壁の射手」事件において、旧東独は国際人權規約を批准していたものの議会による承認を経ておらず、国際人權規約は旧東独における国内実定法とはなっていないのであり、それゆえに連邦通常裁判所も連邦憲法裁判所も旧東独における国境警備実務の正当化事由としての性格を否定するためにラートブルフ定式に依拠せざるをえなかったのである。⁽¹¹⁾これに対して、国際人權規約は国際法として国際社会において実定性を有していたとしても、法実証主義的な「実定性」の概念からすれば、旧東独においてはやはり実定性をもっていなかったということにならざるをえない。また、ラートブルフにおいて、実定性は法的安定性という法の理念の一部をなすものに基づく法的構成的な要素であり、ラートブルフ定式は法的安定性と正義との衝突を解決するための基準として提示されていることからすれば、正義は極端な場合には実定性を破るといふ見解がそこ

には含まれていると考えられる。法実証主義的な観点からみれば、ラートブルフ定式はこの意味で実定法に優位する基準を認める自然法論だということになりそうである。

ラートブルフが戦後に、法実証主義はドイツの法曹や国民をナチスの不法に対して「無防備にした」ことについて責任があるとして、「自然法」や「理性法」を「深く心にとどめなければならない」と述べていることも事実である。¹⁶¹しかし他方で、ラートブルフが戦前から「いかなる時代いかなる場所にあつても等しく妥当する」自然法、つまり不変的かつ普遍的に妥当する自然法という見解を批判してきたことも事実である。¹⁶²その意味で、ラートブルフは古典的な自然法論も近代の自然法論も退ける。これに対して、彼が対置するのはシュタムラーのいう「変化する内容をもつ自然法」(Naturrecht mit wechselndem Inhalt)であり、この見解は当初から戦後まで一貫している。¹⁶³『法哲学綱要』では、この見解の哲学的基礎はカントに求められている。カントの理性批判は、理性は「原因性や義務などのカテゴリーの総体であつて、内容的に一定の自然法則や義務法則の総体ではない」こと、「問いの総体であつて、答えの総体ではない」ことを示したとみなされる。¹⁶⁴ラートブルフにとっての自然法は「正しい法（正法）」(richtiges Recht)への問いのうちにあるのであつて、不変的で普遍妥当な特定の内容をもつ規範という答えなのではないのである。そして、この見解は彼の法の概念論および理念論の構造と符合する。法の概念としては、法は「正義に奉仕する現実」（正義を実現しようとする実践およびその産物）であるが、この現実には正義の実現に多かれ少なかれ成功または失敗している答えである。そして、正義の価値はこの現実にとつてどこまでも統制的原理として作用する法の理念、つまり法の現実が追求すべき（問うべき）理念なのである。

しかし、このような「変化する内容をもつ自然法」や形式的な平等定式（「等しいものは等しく、等しくないものは等しくないように取り扱え」）において捉えられた正義は、実質的な内容の点では不確定であり、したがってどのような内容もこれに適合しうるようにみえる。実際、「自然法」とされるものの内容は多様であり、場合によってはナチス

の「血と土の自然法」をも含むことになるのではないかという指摘はありうる。また、正義の平等定式は、何をもちて等しいとしまた等しくしないとするかについての具体的な基準を伴わなければ、確定した基準を与えず「空虚だ」と否定的に評価する論者のあることも、周知の通りである。⁽¹⁰⁾このような疑念に対して、カウフマンは彼の「否定原理」によって答えようとしている。⁽¹¹⁾それによれば、何が自然法でありまた正義であるかを積極的に規定しようとする見解の相違を免れないが、何が極端に自然法や正義に反するかという消極的な問いに対しては見解の一致を期待することができる。この見方はたしかにラートブルフ定式についても該当しそうである。ラートブルフ定式は法制定においてまったく正義が追求されていないときには法としての性格を否定し、法律が絶えがたいほどに正義に反しているときにはその効力を否定するのであり、否定的な観点から評価するものといえるからである。とはいえ、否定的評価についても見解の相違の可能性を完全には排除できないとすれば、否定原理の主張だけでは不十分だということになるかもしれない。⁽¹²⁾

この点に関しては、ラートブルフの価値相対主義も問題となる。戦前のラートブルフは、周知のように、価値相対主義を方法二元論と並ぶ新カント学派の中心テーゼとし、法の理念の三つの要素（正義、合目的性、法的安定性）も合目的性における三つの目的（個人価値、集団価値、作品価値）も相互に等価であり、それらが衝突するときにはいずれをとるか各人の良心に委ねられるとしていた（ただし、裁判官にとっては法的安定性こそが第一の義務だとしていた）。⁽¹³⁾しかし、ラートブルフの価値相対主義についてはいくつかの留保が必要である。まず、価値の選択は理論理性の問題ではないが、実践理性の問題であり、たんに任意なものではなく各人の良心に委ねられるのであり、このことはラートブルフの価値相対主義が価値選択に一定の限定を与えていることを示唆している。次に、一九三四年の「法哲学における相對主義」は、価値観の相対性を尊重すべきだとするいわゆる規範的相對主義を打ち出して、相對主義からいくつかの重要な絶対的要請（法の実定性、信教や表現などの自由、確信犯に対する特別刑法、法治国家と権力分立、不寛容に対しては寛容ではありえない民主主義、さらに実質的平等を目指す社会主義）を導いている。⁽¹⁴⁾これらの絶対的要請を十分に

根拠づけられているとはいいがたいが、ラートブルフがリベラリズムの規範的相対主義を受け入れていることは明らかである。さらに、ラートブルフの相対主義は、法理念の三つの要素や合目的性の三つの価値をいずれも法の存立にとって不可欠の要素や価値と考えるものであったとみることができる。したがって、それらのいずれであれ絶対的に無視されるならば、それは法の存立を危うくするのである。ラートブルフにとって、ナチスは正義だけでなく法的安定性をも無視するものであったし、また集団価値のもとで個人価値を無視するものであった。⁽¹¹⁾ ラートブルフ定式がカウフマンの言うように「否定原理」の側面をもつとすれば、それはこの意味においてであるとみることができよう。

このようにみると、ラートブルフの「変化する内容をもつ自然法」や「正義」はたんに形式的なものではなく、実質的な内容を伴っていることがわかる。しかも、そこには法理念の中核となるものがある。それは人権と人間の尊厳である。ラートブルフが戦後に正義の内容としての人権の意義を強調していることはいうまでもない。いくつかの例を挙げれば、「五分間の法哲学」では「法律が正義への意思に意図的に反するならば、たとえば、人権を人々に恣意的に保障したり否認したりするならば、この法律は妥当性を失う」と述べ、また、「法の革新」と題する論文では「あらゆる法律を超える人権、正義に反する法律に妥当性を拒否する自然法」と述べている。⁽¹²⁾ このような見解は戦後のものだけではなく、戦前にもみられる。人権は「超国家的な評価基準および自然法」の一つの形態と位置づけられていたのである。⁽¹³⁾ 他方、「人間の尊厳」という言葉はたしかに戦前にもまた戦後にもほとんど使われていない。しかし、戦後の「人間(Menschlichkeit)に対する犯罪」を扱った論文では、「人間の尊厳」が古典古代以来の「人間性」(humanitas)の思想の一つの要素であったことが触れられている。⁽¹⁴⁾ この論文は、ニュルンベルク裁判憲章や管理委員会法一〇号の「人道に対する犯罪」を基準とする裁判を適法的だとする批判に反論するものであり、「人道に対する犯罪」という観念はこの「人間性」と「人間の尊厳」の思想に基づくものであって、けっして事後的な犯罪規定なのではないとするのである。このように人間の尊厳を法理念の中核にあるものとするラートブルフの見解は、「法と法律」と題する論文の「人間の

顔をもつあらゆる者にとつての法の下の平等の思想や平等な人権の思想」という表現にも現れている。⁽¹⁰⁾

さらにいえば、平等定式としての正義と合目的性の三つの価値のうちの人格的な個人価値とを結合すれば、こうした平等な人権や人間の尊厳という中核的な原理が戦前からのラートブルフの法理念論から導かれうる。ラートブルフにとつて、法は「正義に奉仕する現実」、そうした実践とその産物であった。とくに、立法は目的価値を実現しようとするときも、少なくとも正義を実現しようとする実践でなければならず、そして、立法がそのような実践であるかぎり、その産物としての法律を司法は尊重しなければならない。法がそのような正義に奉仕しようとする実践として捉えられる限り、人々の人格価値を平等に尊重することは法にとつて必然的な要請となる。法は人々の共同生活の秩序づけとして、人々を少なくともその良心に基づいて法に従いうるものとして（さらには、法を生み出す実践の主体として）前提するのでなければならぬからである。その具体的な秩序づけはもちろん時代と場所に依じて異なりうる。それゆえ、この中核的な要請は「変化する内容をもつ自然法」である。ラートブルフの自然法は人々とその実践にとつて超越的な原理ではなく、正義を志向する人々の実践とその産物としての法に内在する原理なのである。

(100) 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)、九一一頁。

(101) 上記拙稿でも触れたように、アレクシーも当初は転向説に立っていたが、後には、「裁判官に向けられていた実証主義的帰結から断固とした反実証主義的帰結にいたるためには、重点をわずかに変更するだけでよかった」として、ラートブルフの法概念の一貫性を認めている。Vgl. R. Alexy, Gustav Radbruch (1878-1949), in *Cristiana Albertina*, 58/2004, 49-50. なお、この点については、金沢大学の足立英彦教授から「教示いただいた。ここに記して、謝意を評しておきたい。」

(102) A. Kaufmann, Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht, in *NJW* 2, 1995, 85f. 上田健二(注36)は、このカウフマンの見解に依拠している(三九二―三九四頁参照)。

(103) ラートブルフが国際法とくに国際人権法を国内実定法よりも上位におく見解をもっていたことはたしかに否定できない。この

点は第一次世界大戦直後のラートブルフの議論にもみられる。G. Radbruch, Das Recht im sozialen Volksstaat, in Der Geist der neuen Volksgemeinschaft (Hrsg. v. der Zentrale für Heimatdienst), 1919, GRGA 13, 63-64. もつて、国際法に反する法律の法的効力を直ちに否定するものであったかどうかは明確ではない。ラートブルフは、国家法だけを法として、それを制約する法律法を無視する見解については、実証主義に共同責任があると指摘していたに留まるともみることが出来る。しかし、第二次世界大戦後のラートブルフ定式がナチスの法令の法的性格と法的効力を否定するものであり、それゆえ戦後裁判をその点で肯定するものであったことはどうまでもなさ。

- (10) G. Radbruch, Erneuerung des Rechts, 1946, GRGA 3, 80.
- (10) G. Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, GRGA 2, 23f.
- (10) G. Radbruch (註10), GRGA 2, 23-25; Rechtsphilosophie, GRGA 2, 240-241; Vorschule der Rechtsphilosophie, GRGA 3, 138; Neue probleme in der Rechtswissenschaft, GRAG 4, 234f.
- (10) G. Radbruch (註10), GRGA 2, 23f.
- (10) たつねは、H. Dreier (註10), 429.
- (10) たつねは、H. Kelsen, What is Justice?, 1957, 13 (宮崎茂樹・上原行雄・長尾龍一・森田寛二訳『正義とは何か』(木鐸社、一九五七年)二八頁).
- (10) A. Kaufmann (註10), 84ff.
- (11) もつて、カウフマンも否定原理を説いたけれども、そこから法のことも重要な「寛容原理」として「寛容原理」や「消極的功利主義」などの原理を導いたこと (A. Kaufmann, Rechtsphilosophie, 1997, 186, 344; 上田健二訳『法哲学』(ミネルヴァ書房、二〇〇六年)二三〇頁、四一九頁)。
- (11) G. Radbruch, Rechtsphilosophie, 1932, GRGA 2, 315f.
- (11) G. Radbruch, Der Relativismus in der Rechtsphilosophie, 1934, GRGA 3, 21.
- (11) Vgl. G. Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, 1948, GRGA 3, 147. もつて、レーンブルフは「汝は何ものでもないか、汝の民族がすすむべきか」というナチスの標語を挙げたこと。
- (11) G. Radbruch, Fünf Minuten Rechtsphilosophie, 1945, GRGA 3, 78; ders (註10), 1946, GRGA 3, 80.
- (11) G. Radbruch (註10), GRGA 13, 63f.
- (11) G. Radbruch, Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit, 1947, GRGA 8, 250-258.
- (11) G. Radbruch (註10), GRGA 3, 99.

(119) 最晩年の『法哲学入門』(注114)、GRGA 3:271)では、人権は「絶対的な性質」をもつとされている。もともと、それは「あれこれの実定法の形態で見出される」ものとしては絶対的ではないが、「倫理的な義務充足を可能にするために必要である」という意味では絶対的である。つまり、人権の内容もその具体化という点では、歴史的に変化しうるものであり、超個人的な価値や超人格的な価値と他の法的諸価値と緊張関係に立つ。しかし、超個人的な価値や超人格的な価値が人権を完全に否定するならば、それは「絶対的に不正な法」となるという。

(2) ラートブルフ定式と法実証主義

ラートブルフ定式およびその適用については法実証主義的な観点からの批判がある。ここでの法実証主義は、法現象を社会科学的に観察し記述するものとしてのそれではなく、実定性、実定法の拘束性、したがってまた法的安定性、さらには罪刑法定主義や遡及禁止、権力分立や民主主義を、法実践にとつての優先的価値として規範的に主張するものとしての法実証主義である。⁽¹²⁰⁾ この観点からみれば、先に触れたように、ラートブルフ定式は実定法の法的性格や法的効力を否定し、規範的法実証主義が優先させる諸価値を覆す高次の法を想定するものと捉えられるのである。⁽¹²¹⁾ しかし、ラートブルフ定式が提起するのは、それらの諸価値は人権や正義の諸価値に対してつねに絶対的に優先させられるべきなかとという問いである。この問いに対して法的安定性がつねに絶対的に優先すると答える見解は、奇妙なことに一種の絶対主義の様相を帯びる。これに対して、ラートブルフは正義と法的安定性が衝突する可能性を見据えており、この衝突が容易には解決しえないことを自覚している。ラートブルフにとって、正義と法的安定性は(台目的性と並んで)、いずれも法の存立にとって不可欠の要素だからである。それでも、ラートブルフは、(たしかにナチスの経験に基づいて)究極的には、人権の平等な保障という実質的な要請が実定性と法的安定性という形式的要請に優位するものでなければなら

らないと結論したのである。

したがって、法実証主義に対するラートブルフの姿勢も両面性をもつ。一方で、すでにみてきたように、ラートブルフによれば、「実証主義はたんに法律の形式をとっているだけの不法に対して我々を無防備にした」⁽¹²⁾。しかし、他方で彼は次のように述べている。「しかしながら、実証主義もその十分な権利 (gutes Recht) をもっていたのであり、我々はその声を聞き逃してはならない。法律はその内容のいかんにかかわらず拘束力をもつ法として尊重されなければならない」という実証主義の教説は、原則としてはなお妥当する⁽¹³⁾。

法実証主義に対するラートブルフの姿勢のこのような両面性をどのように理解しうるかについては、別稿で検討した。ラートブルフが批判したのは、法の妥当根拠を最終的にもつばら権力に求める見解（法の権力理論）であり、この見解に帰着するかぎりでの法実証主義であった。他方、法的安定性のために（とくに裁判官の）実定法への拘束を説く見解（法学的妥当論）、したがってその意味での法実証主義は維持されなければならない。しかし、この意味での法実証主義も、正義に奉仕するという法の本質的な側面を軽視するかぎりでは、法の権力理論に帰着せざるをえない。その場合、法実証主義は、ナチスにおけるような法的安定性の無視に対してさえ抵抗する基盤を欠くことになるだろう。

ここでの問題は、まず、以上のような含意をもつラートブルフ定式を法実証主義は理論的に否定しなければならぬのかどうかである。この問題に答えるための一つの手がかりとして、ここでは悪法問題についてのH・L・A・ハートの実証主義的な解答を参照することにしよう。周知のように、ハートの解答は「これは法である、しかし、あまりに邪悪であるから、服従することも適用することもできない」というものであった⁽¹⁴⁾。これを悪法問題についてのハート定式と呼ぶことにする。この定式には三つの要素がある。一つは「これは法である」という「認定のルール」による法としての認定であり、第二はそれに対する「あまりに邪悪である」という道徳的評価であり、第三はそこからの「服従することも適用することもできない」という実践的帰結である。この定式を実証主義的なものとするのは、法の認定には道

徳的評価も実践的帰結も含まれないという主張にある。しかし、それでも、ここでの法の認定は道徳的評価と衝突しており、その結果として服従も適用も退けるといふ実践的帰結と結びつけられている。このことは、ここでは立ち入った論証はしないが、この定式における法の認定はたんに認識的な作用ではなく、一応の道徳的評価と実践的要求を含んでいると解さざるをえないことを示している。したがって、この定式はそのかぎりではハートの実証主義の主張と矛盾しているのである。

さらに、このことは、ハート定式はラートブルフ定式のうちの受忍不能定式と互換的であるということを示している。すでに触れたように、受忍不能定式は、実定法が正義の要請と耐えがたく衝突しているときは、「不正な法」として正義に譲らなければならないとする。つまり、拒絶定式と異なって、受忍不能定式は実定法の法的性格を端的に否定するわけではない。しかし、その実定法には耐えがたく正義の要請と衝突しているという道徳的評価が加えられる。そして、そこから、それは正義に譲らなければならない、つまりその法的効力は否定されなければならないという実践的帰結が導かれる。法的効力が否定されなければならないということは、それは服従することも適用することもできないということの意味するだろう。つまり、受忍不能定式は、「これは法である、しかし正義と耐えがたく衝突しているから、服従することも適用することもできない」と言い替えることができる。このようにみると、受忍不能定式を自然法論的というすれば、ハート定式も同様であるということになるのである。

ハート定式がこのような含意を帰結するのは、そしてこの定式における法の認定が、ハートの主張するところと異なり、一応の道徳的評価と実践的要求を含むのは、この定式がその法秩序の関与者の内的視点からのものとして、実践的な地平または文脈に位置づけられうるからである。⁽¹⁶⁾ ハートの「これは法である」における法は二義的である。ハートは法は法を、道徳的評価を含む狭い自然法論的な概念と、それを含まない広い実証主義的な概念を区別し、広い概念の利点の一つを法史学や法社会学や法人類学などの研究にも有用であることに求めている。この場合、「これは

法である」における法の概念はたしかに記述的な概念、記述的実証主義の観点における概念である。そして、このような概念が可能であり、また有用であることも否定できない。しかし、ハート定式における「これは法である」をこのような純粹に記述的な概念とみることが、先にみたように、困難である。それは規範的な意味をもつ概念と考えざるをえない。ハートのラートブルフ定式批判はこの二義性にに基づいているのである。⁽¹⁷⁾

もちろん、すべての法実証主義者が上記のように理解されたハート定式、したがってまた受忍不能定式を受容するとはかぎらない。純粹に記述的な法実証主義者はこのような定式には関心をもちたないだろう。また、ケルゼンのように法的義務と道徳的義務の衝突を認めない純粹な実証主義者はこのような定式を否定するだろう（法の認定とその道徳的評価をあくまで峻別するだろう⁽¹⁸⁾）。しかし、実践的地平に立つ規範的な実証主義者はこのような定式に関心をもちざるをえない。そこで、次の問題は、規範的実証主義はラートブルフ定式を実践的に拒否しなければならないのかどうかである。

ラートブルフ定式の司法による適用は、体制崩壊後または体制再統一後に、それ以前の体制の法令や実務を耐えがたく正義に反するものであったとしてその法的性格または法的効力を否定し、それらの法令や実務によって行為時に合法とされていた行為の可罰性を、行為時にも妥当していたとみなされる法によって問うことになる。規範的実証主義的観点からみれば、これは憲法上の一般的な遡及禁止原則を「耐えがたく正義に反する」といった不確定な基準により覆す権限を、しかも実定法によることなく司法権に付与することになる。ラートブルフ自身が強調していたように、これはきわめて例外的な場合にかぎられるとしても、司法権が憲法や立法権を超える権限をもつことになり、しかもこの例外を確定する基準がないことから司法権の拡大に歯止めがかからなくなるといふ重大な懸念が残るといふわけである。

とはいえ、ラートブルフ自身そのような危険を十二分に自覚していただけでなく、ラートブルフ定式が援用されなければならぬ状況は、やはりきわめて例外的な、過去の司法的克服がやむをえない場合にかぎられると考えられる。ド

イツ連邦共和国の裁判所がラートブルフ定式を適用したとき、その適用の対象は、規範的法実証主義にとつて核心的に重要な、法治国家、三権分立、民主主義などの原則をまったく無視していたか、あるいは相当に軽視していた体制であり、他方でその適用の主体は、これらの原則および人権保障（規範的相対主義によれば、その保障は実定化に依存するのだが）を真摯に実現しようとしていた、あるいは相当に確立していたといつてよい体制である。これに対し、後者のような体制そのものの内部でラートブルフ定式が適用されなければならないような状況は、連邦憲法裁判所が述べているように、ほとんど考えられないといえる。そのような状況があるとすれば、それは上記の諸原則も無視ないし軽視されるようになっていいる場合であろう。そうでないかぎり、ラートブルフ定式の精神は法令審査制度の中で生き続けるとしても、そのままの形ではちょうど再統一前にそうであったように封印されることになるだろう。

他方で、ラートブルフ定式に示された法理念、正義、合目的性、そして法的安定性は上記の憲法的諸原則の実現を要請する。先に触れたように、ラートブルフはこれらの理念を相互に相対的だとしていたのだが、その不可知論的相対主義から、いくつかの基本的な絶対的要請を導き出していった。とくに、法の実定性、法治国家、権力分立、民主主義は、規範的実証主義にとつても核心的な価値原理である。しかし、これらの価値原理はさらに人間の尊厳と人権の平等保障を、そして法令審査制度を要請する。これらは、ケルゼンにとつてさえ、彼の価値相対主義から導かれる正義の諸原理であった。⁽¹⁰⁾ケルゼンはこれらの諸原理を法のご概念と結合することは否定したのであるが、ケルゼン自身にとつても「あるべき法」の内容をなすものであったと考えられる。ラートブルフはそれらの実現へと志向することが法実践の法としての性格を構成するのだと考えたのである。最後に、この点について触れておくことにしよう。

(20) H・ドライアーは、伝統的な自然法論は立法の原理を提示するものであつて、実定法の効力を否定するという見解を含んではいなかったとする。これはある意味で正しいが、実定法の効力を司法的に争うことが問題になりえたのは一九世紀以降における法

の体系的な実定化が進展してからのことであり、この点においてラートブルフ定式の時代に応じた意義が認められるのである。

(121) 英語圏における記述の実証主義と規範の実証主義については、深田三徳『現代法理論論争』（ミネルヴァ書房、二〇〇四年）参照。ラートブルフ定式に批判的なドイツの法実証主義はたいいてい規範的実証主義である。

(122) G. Radbruch (注97), 96.

(123) G. Radbruch (注97), 99.

(124) 拙稿(注100)、四五一四九頁。

(125) H.L.A.Hart, *The Concept of Law*, 1961 (2012), 208 (長谷部恭男訳『法の概念』（ちくま学芸文庫、二〇一四年）、三三二—三三三頁。ただし、訳は変えてある）。

(126) 森村進『法哲学講義』（筑摩書房、二〇一五年、一五五頁）は、この定式における逆接の接続詞を省いて読めば、「これは法である」はこのような道徳的評価や実践的要請を含まないものとみなしうるとするが、一つの発話の中で外的視点と評価的な内的視点とがまったく分離されたものとして使い分けられているとみるのは困難だろう。

(127) なお、ハートは広い概念のもう一つの利点として、広い概念のほうが法に対する道徳的批判の感覚を涵養しようという点を挙げている (Hart (注125), 210 (訳「三二五—三二六頁」))。狭い概念は法と道徳を合致したものとみなすから、法に対する道徳的批判の感覚を麻痺させるというのである。しかし、この議論はラートブルフ定式を法と正義との完全な一致を説くものとみる誤解に基づいている。ラートブルフは法が理念としての正義を完全に実現することはできないとみている。現実の法に対する正義の観点からの肯定的な評価も一応のものとどまるのであり、したがって現実の法に対する道徳的批判は可能なのである。

(128) H. Kelsen, *The General Theory of Law and State*, 1945, 374-5.

(129) 別稿で触れたように (注100)、二四—二七頁)、ヴァイマル憲法のもとでライヒ裁判所が憲法に規定されていない違憲審査権を主張したとき、ラートブルフがそれに強い警告を発していたことを考慮すると、戦後においてもこの危険を彼が看過したとは考えられないだろう。

(130) H. Kelsen (注100), 24 (四八一四九頁)。

(3) 法理想主義としてのラートブルフ定式

すでに触れたように、ラートブルフ定式はラートブルフがナチス経験により戦後ににわかに打ち出したものというよりは、彼の一貫した法概念論から導かれる理論的な帰結である。彼によれば、法的実践が法的実践であるのはそれが正義の実現を志向するかぎりにおいてであり、それゆえ正義への志向は法的実践にとって構成的な原理である。したがって、正義への志向を明示的に否定している実践はそもそも法的実践ではなく、その産物としての法律や判決も法としての性格を否定されなければならない。これがラートブルフ定式のうちの拒絶定式の意味であった。他方、法的実践が正義の実現を志向するといっても、法的実践は価値としての正義をつねに十全に実現しうるとはかぎらない。現実の法的実践とその産物は正義の価値の実現に多かれ少なかれ成功または失敗した実践とその産物であるにとどまる。それゆえ、正義の価値は法的実践にとって同時にカントの意味での統制的原理としての理念である。しかし、法的実践とその産物が正義への志向であることを標榜しつつ、正義の要請に耐えがたいほどに衝突するときは、たとえ形式的な要件からみて法とみなされうるとしても、「不正な法」としてその効力を否定されなければならない。これがラートブルフ定式のうちの受忍不能定式の意味であった。

正義の価値が法の統制的原理としての理念であるのは、正義への志向が法的実践にとっての、したがってまたその産物としての法にとつての構成的原理 (das konstruktive Prinzip) だからである。^(註) 実践のうちで志向されているのであるような理念は、その実践にとつて超越的で疎遠なものではないだろう。統制的原理 (das regulative Prinzip) としての正義の価値は正義への志向という法の構成的原理に必然的に含まれる。換言すれば、構成的原理は法概念の内在的要素であり、したがってまた法概念はその理念を内在的要素として含む。

これは、カントにとつて、自由が法の構成的原理であるとともに、同時にその統制的原理としての理念であったこと

と対応する。カントによれば、自由は定言命法に即して行為することのうちで実践的に実在する⁽¹⁶⁾。完全な超越論的自由は普遍的な行為法則を意思して行為するという道徳性においてのみ成立するが、外的な自由は法の法則に一致して行為するという合法性において成立する⁽¹⁷⁾。言い換えれば、法は外的自由を可能にするものであるかぎりにおいて法であり、この意味で自由は法の構成的原理である。他方、外的な自由もつねに完全に実現されるとは限らず、その意味で自由は現実の法にとつて同時に統制的原理としての理念であり、それは「純粹共和制」、そして究極的には「世界共和制」として構想される⁽¹⁸⁾。なお、カントにおいて法の構成的原理および理念が自由であったのは、彼が君主政のもとにおいて法の自由を確立することを課題とする啓蒙の時代の思想家であつたからである。カントにとつて正義は平等とともに自由の要請のうちに含まれていた⁽¹⁹⁾。これに対して、ラートブルフにとつて平等原則を意味する正義が法の構成的原理であつたのは、彼が法における社会化の時代の思想家であつたからだといえる⁽²⁰⁾。ラートブルフにとつて自由が法の構成的原理であることはすでに当然の前提だったのである。

このように法の概念にその理念として正義が内在するとみる考え方は現代においても受け継がれている。ハーバーマスの普遍的語用論と討議理論に基づいて、法は正当性の妥当要求（主張）を本質的に掲げているとするアレクシーがその一人であることはいうまでもない。ハーバーマスの普遍的語用論によれば、他者と相互理解を求めてなされる発話はその発話内行為の趣旨として、真理性、正当性、誠実性、理解可能性という四つの妥当要求を同時に掲げている⁽²¹⁾。この議論に基づいて、アレクシーは、法は正当性の妥当要求を定義的に掲げているとする⁽²²⁾。ラートブルフは、科学や芸術や道徳の実践が、それぞれ真理、美、善の価値を実現しようとするものであるかぎりにおいて、それらの実践としての特性をもつように、法の実践は正義価値を実現しようとするものであるかぎりにおいて、法の実践としての特性をもつとしていた⁽²³⁾。正義価値の実現への志向という法的実践のこの特性を、アレクシーは正当性への法の主張として捉え直している⁽²⁴⁾とみることができるといえる。アレクシーにおいても、この正当性の主張は法が法であるといえるための必要条件である。

しかし、その主張はつねに完全に実現されているわけではない。法の内容がその語用論的な主張と齟齬しているとき、その法は法として欠陥をもつものと捉えられるのである。¹⁰⁾

悪法問題についてラートブルフ定式に類似する定式を提示しているものとして、アレクシーがその原理理論において依拠しているドゥオーキンがいる。ドゥオーキンは晩年の『ハリネズミの正義』第十九章の末尾近くで悪法問題の扱いに触れている。¹¹⁾ 受忍不能定式に該当するのは、南北戦争前のアメリカの「逃亡奴隸法」に関するものである。この法律は、奴隸制を有する南部の州から自由州へ奴隸が逃亡したときは、その所有者はその州の当局にその奴隸の返還を請求することができるとするもので、連邦議会で可決され大統領が署名した法律である。この法律を適用すべきかどうかは、当時の裁判官たちにとっては道徳的ジレンマであった。このジレンマを解決する定式として、ドゥオーキンは上記のハート定式、したがってまた受忍不能定式に類似するものを挙げているのである。もう一つの例はナチスの法律である。ドゥオーキンによれば、ナチスの政権はまったく「正統性」(legitimacy)を欠いていたので、その法律はそもそも有効な「法」ではなく、その適用を求められた裁判官たちが直面したのは、道徳的ジレンマではなく、「打算」(prudential)に関するジレンマでしかなかった。ここでドゥオーキンが用いている基準は正統性であるが、拒絶定式に類似することは明らかであろう。もつとも、ドゥオーキンは、これらはもはや「セミナー」事例にすぎないとし、またこれら悪法に関する問題は「言葉の争い」に近いものであったと述べているが、ドゥオーキンにとつても、正義への志向は彼らという解釈的法実践にとつて構成的原理であり、正義はその統制的な原理なのだといえるだろう。¹²⁾

最後に、ラートブルフ定式およびそこに示されるラートブルフの法哲学の理想主義的立場を法概念論のなかに簡単に位置づけておこう。法の本概念または法の本性 (nature of law) に関する現代法哲学の立場は大きく三つに分けることができる。一つは法を経験的な事実に戻元して捉える法現実主義 (リアリズム) あるいは経験的実証主義である。スカンジナビア・リアリズムは法をとくに強制に対する心理的態度に支えられた人々の行動の規則性にみる。また、アメリ

カン・リアリズムは法を裁判に関与する人々の経験的または社会的な事実の複合によって規定される判決の集合とみなす。このようなリアリズムの法概念論を、周知のように、ハートは、自らは法を受容することなく観察する者の外的視点からみられた外的側面だけを捉えるものと批判した。

第二は、法の規範性を強調するとともに、法と道徳を分離する法実証主義（ポジティヴィズム）あるいは分析の実証主義である。存在と当為あるいは事実と規範を峻別して、法を純粹に規範として認識しようとしたケルゼンや、法を自他の行為の指針または基準として受容して用いる人々の内的視点からみられた内的側面を記述しようとしたハートがその代表であることはいうまでもない。このような実証主義の法概念論は、法の規範性または内的側面をなお外的に認識または記述しようとするものであり、またその規範性または内的側面における法も基本的に有権的な決定によるものとして限定的に理解されている。

これらに対し、第三の立場は、有権的に実定化された法を自他の行為の指針または基準として用いるだけでなく、そのような法の効力や解釈を争って議論する実践的関与者の視点からみられた法の側面に着目する。そのような視点からみると、法の効力や解釈をめぐる争いは、たんに有権性や文言の意味だけでなく、法の目的や価値をめぐるものとして捉えられる。第三の立場は、そのような人々の法的実践においては、たんに「ある法」の認識だけでなく、「あるべき法」への、したがって法の理念への志向が働いているとみる。この法の理念への志向に着目するという意味で、第三の立場は「理想主義」または「理念主義」と呼ぶことができるだろう。この立場の法哲学者はほとんどの場合そのような法的実践に自ら関与しようとしている。しかし、同時に、彼らは人々の法的実践が法理念への志向を含んでいるという側面を法の概念の重要な要素とみなすのである。

法的実践に正義への奉仕という志向性を見出して、法が理念としての正義によって規定されると主張したラートブルフの法哲学、そしてその法概念論からの理論的帰結としてのラートブルフ定式が、この理想主義または理念

主義の立場に属するものであることは明らかであろう。ラートブルフ定式はナチスや旧東独の体制崩壊後の法的処理というドラステイクな歴史的局面で用いられたのだが、そこに含まれる正義への志向は法的実践を、また実践的関与者の観点からみた法の概念を、一般的に特徴づけるものとして理解されるのである。⁽¹¹⁾ このことを確認して、思わず長くなつてしまった「終わりに」を結ぶこととする。

- (11) G. Radbruch (注11), GRGA 2, 227.
- (12) I. Kant, Kritik der praktischen Vernunft, A 4f.
- (13) I. Kant, Metaphysik der Sitten, A 218-221. 周知のように、カントは絶対君主に対する抵抗権を否認した。絶対君主のもとであつても少なくとも法による支配があり、それによって臣民の私的権利を保障することが約束されているかぎり、君主に実力によって抵抗することは、そのかぎりで自由の秩序であるその法秩序そのものを解体することを意味したからである。
- (14) I. Kant (注13), A 340f., 354f.
- (15) I. Kant (注13), A 236-238.
- (16) ラートブルフが彼の時代の課題を明確に把握していたことは、彼がヴァイマル共和国の社会民主党出身の議員であつたという経歴においてだけであつたこと、たとえば、一九一九年の「社会的国民国家における法」(注10)や、一九三二年の『法哲学』の「私法と公法」章の記述 (GRGA 2, 362) など、明らかにみられる。
- (17) J. Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1, 1981, 376, 406, 416 (藤沢賢一郎・岩倉正博・徳永惇・平野嘉彦・山口節郎訳『ロジック・コミュニケーション的行動の理論(中)』、未来社、一九八六年、一三、四二、五二頁)。
- (18) R. Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 1992, 201f. 法の主張という議論はJ・ラスにもみられる。ラスは「法は正統な権威であることを主張する」と論じ、この主張は法の本質的な特性であるとする (J. Raz, The Authority of Law, 2009 (1980), 30)。正統な権威であることの主張と正当性の主張との関係については、拙稿「法の主張について」(『法政研究』第八一卷第四号一〇三—一三九頁) 参照。法が正当性の主張を必然的に掲げているという見解と類似の見解は、アメリカの法哲学者P・ソウパーにもみられる。 Cf. Ph. Soper, Law's Normative Claims, in R. P. George(ed), The Autonomy of Law, 1996. また、ソウパーは、不正な法的性格と法的効力を否定する自然法論を擁護して、その自然法論にラートブルフを含めてくる。 Ph. Soper, In Defense of Classical Natural Law in Legal Theory: Why Unjust Law is No Law at All, in Canadian Journal of Law and Jurisprudence,

Vol. XX, No. 1, 2007.

(139) G. Radbruch (注139), GRGA 2, 222-225, 255f.

(140)アレクシーはこの事態を「遂行論的矛盾」の論拠によつて示している。R. Alexy (注138), 64-70.

(141) R. Dworkin, Justice for Hedgehogs, 2011, 410-412.

(142) ドウオーキンは、『法の帝国』最終章で、立法過程における公正さや司法過程におけるデュープロセスに制約されることなく正義だけを追求する構成的解釈実践の夢を「純粋なインテグリティ」と呼んでいるが、これは解釈実践の統制的原理としての理念とみることができらるだろう。

(143) ラートブルフ定式の法概念にとつての意義については議論がある。たとえば、ブライアン・ビックス (B. Bix, Radbruch's Formula and Conceptual Analysis, in The American Journal of Jurisprudence, 2011) は、ラートブルフ定式は一般的な法概念を述べるものとしてではなく、ナチスや旧東独の体制崩壊後の法的処理という特殊な状況において実定法の効力を否定するという実践的な基準として理解すべきであるという。法概念としてはハートのそのように記述的なものを想定しているものと考えられる。これに対して、デ・オリベイラ (J. A. De Oliveira, Extreme Injustice and the Concept of Law, in Alexy's Theory of Law, 2015) は、逆に、ラートブルフ定式は、司法に実践的な指示を与えるものではなく、一般的な法概念を提示するものと理解すべきだという。しかし、この定式が実際に裁判で用いられたことは本稿でみた通りであり、またラートブルフ自身がナチス裁判の根拠づけとなるものとして定式を考えていたことも否定できない。他方、本文に述べたように、法実践を嚮導する規範的な法概念として、しかも、法の妥当や解釈を争う法実践を記述する法概念として、ラートブルフ定式に現れた法概念は一般性をもつものとして理解することができるだろう。

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。