

ベルンハルト・シュリンク

## \* 法治国家と革命的正義

本田 稔

Bernhard Schlink, Rechtsstaat und revolutionäre Gerechtigkeit, in: Neue Justiz 10/1994, 48 Jahrgang, S.433ff.

### 目次

- 一 共産主義的過去の刑法的克服におけるドイツの特殊な道
- 二 共産主義的過去の刑法的克服と法治国家の遡及禁止
- 三 法治国家の遡及禁止と法概念
- 四 法治国家の要請と正義の要請との狭間にある共産主義的過去の刑法的克服

一 共産主義的過去の刑法的克服におけるドイツの特殊な道

自己の共産主義的過去を克服するために、ドイツほど刑法に賭けている国は他になかった。その当時、体制を維持するために行われた謀殺、拷問、自由剝奪と枉法を刑法的に清算する政治的要求が、全ての旧共産主義諸国の人々に生じたのは確かである。しかし、その要求はしばしば小声でしか出されなかったし、ドイツのように声高には出されなかった<sup>1</sup>。その要求は、特にハンガリー、ポーランド、チェコでは、検察官が捜査を開始することに帰着したが、しかし当該有罪判決については、旧チェ

コスロヴァキア内務大臣キンクルに対して有罪判決が言い渡されるまで、日刊紙と専門紙は一度も報道しなかつたし、大使館においてさえ何も見聞きされなかつた。一九九一年一月のハンガリーの法律は、ドイツ社会主義統一党の不法行為の時効を停止させる一九九三年四月のドイツの法律と同様に、体制維持の犯罪行為の時効を一九九〇年によりやく進行させることによつてその訴追を促そうとしたのであるが、それはハンガリー憲法裁判所によつて違憲であると宣言され、同様のポーランドの法律がポーランド憲法裁判所の下で存続するかどうかはまだ判らない。ルーマニアでは、チャウシェスク夫妻は銃殺され、その息子は監禁された。アルバニアではホジヤ夫人が、ブルガリアではジフコフ、アタナソフとオフチャロフが同じように監禁された。体制維持の犯罪行為の引き続く訴追は、今回はロシアや旧ユーゴスラヴィアの諸国においても一般には望まれなかつたし、また議会が緊急課題に直面したために、十分に重要なものとは見做されなかつた。

ドイツだけが、その種の刑法的熱意を示しているのは何故か。共産主義の過去をもつた他の諸国からドイツを区別するものはないか。共産主義の過去をもつた諸国においてよりやく設けられた刑法上および刑事裁判上の不可欠の設備をドイツが自由自

在に使えるという状況がそれか。しかしながら、かかる状況は、共産主義的過去の刑法的克服を貫徹するにあたり、いづれにせよ困難さを物語るだろう。それは、刑法的克服に着手することに不本意であるとか、それを控え目にするとかということではない。では、ドイツを区別する理由は、共産主義の不法を刑法的に克服する際に満たされるドイツ司法の要求、つまり国家社会主義の不法を刑法的に克服した時に満たされなかつた要求にあるのか。とはいふものの、質の異なる歴史的脈絡が一定程度まとめて清算されうるとは、なんと珍しい要求であり、珍しい観念であることか。ドイツには他の諸国とは異なり、勝者と敗者が存在しているという状況が決定的なのか。ドイツにおける冷戦は冷たい内戦であり、今や勝利したドイツの内戦の当事者と敗北したドイツの内戦の当事者とが存在し、内戦は特別の敵意を伴つて実行されたために、特殊な清算熱と報復熱に帰着したのか。政治的紛争において繰り返し挙げられる勝者の司法による非難は、まさにそのことを意図している。ドイツのように勝利した内戦の当事者と敗北した内戦の当事者が存在するところのみ、あるいは継承するラントの部分と継承されるラントの部分が存在することのみ、継承する者はそのエリートを継承される者のエリートに置き換え、かかるエリート交換を刑

法的に行う。共產主義の過去を持つ他の諸国のように、旧エリートがいたところで新エリートでもあり、別の候補者がいないために新エリートにならざるをえないところでは、誰が誰を刑法的に清算するのだろうか。

内戦、再統一、再統合と再建に伴う歴史的経験は、もちろん常に清算経験や報復経験であるとは限らない。アメリカ南北戦争は、国家の分裂と統一、そしてアメリカ社会の形成をめぐって憤りを込めて遂行され、和解に終わった。<sup>③</sup> その戦争が継続している間、北部では、その戦争が行われる以前に連邦に対して宣誓していた南部の将校、官僚、政治家に対する訴訟、スパイに対する訴訟、そして奴隷を虐待し、連邦の味方を訴追した者に対する訴訟が進められた。南北戦争が終結した時に、あるひとつの訴訟があった。その訴訟は、北部諸州出身の戦争捕虜兵士を酷使したかどで、南部諸州の強制収容所の指令官に対して行われたものであった。南部連合大統領ジェファソン・デーヴィスに対して捜査が行われたが、公判審理は行われず、捜査もまた、南部連合大統領としての彼の役割を理由にはなく、むしろアブラハム・リンカーン暗殺の関与の嫌疑を理由に行われた。南北戦争の最中に北部で要求され計画された南部諸州の将校、官僚、政治家の公職からの追放は、戦後直後の平和の時

期の後でさえ行なわれなかった。

南部出身の選挙人を保護しようというアンドリュー・ジョンソン大統領の願望のなかにあった和解と刑法的清算の放棄の政策は、ひとつの根拠を持っていた。しかし、再建の正しい方法をめぐる政治的・社会的議論のなかには、より幅広く、より意味深いふたつの理由を見ることが出来る。<sup>④</sup> ひとつは、あたかも他国であるかのように交戦され、捕虜を相互に取り交わし、密使を取り交わし、敵対的な交渉が行われていた南部から、その国家的・法的秩序を事後的に剥奪することはできないと思われたこと。もうひとつは、北部では南部に対する道徳的清算——それは刑法的清算に内在するものである——は不適切であり、それにかく問題があると思われたことである。南北戦争で政治・経済的に問題になっていたことで道徳的に重要なのは、奴隷制度の廃止と黒人の解放であり、南部に対する北部の勝利は、その限りで道徳的勝利であると感じられたのは確かである。しかし、奴隷制度は長きに渡り北部と共に支えられてきたのであり、若干の北部諸州においては、おそらく南北戦争を通じて維持されてきた。清算と報復が適切には向けられない相互の道徳的関わり合いの感情が、そこには在ったのである。

拒絶と清算と報復は内戦の後に続くが、必然的にそうな

料  
るとは限らない<sup>⑤</sup>。相互の道徳的関わり合いがあったために、清

## 資

算と報復を行うことはできないし、互いに消耗し、再統一と再建を互いに希望していることから行うことはできない。ただし共同への要求は、清算と報復を促進することもできる。若干のわずかな罪人の清算は、数多くの罪なき人々の共同体を作り出す。体制の腫物を個人の騒々しい行き過ぎ行為として断罪することは、さほど騒々しくない方法で体制を支持した全ての者の免罪を意味する。そうすれば、その歴史を悪賢く切斷し、それを個人と集団の歴史意識へと集大成することもできる。ただし、個人の行き過ぎ行為を無視するならば、話しは別である。

## 二 共産主義的過去の刑法的克服と法治国家の遡及禁止

共産主義的過去の刑法的克服に際しての特別のドイツ的熱意が、勝者の司法と敗者の免罪との狭間のどこにその基盤を持つのかという問いは、思うに刑法的克服が利用する法学的議論を見れば答えられる。刑法的克服は、刑法的議論のみを用いるだけではない。それは、憲法的、法哲学的、法学方法的な議論と特殊的な法概念を必要とする。刑法的克服は、それが法治国家の遡及禁止に衝突して砕け散るが故に、それらを必要とする

のである。

法的な出発の状況は、単純なものである。基本法一〇三条二項によれば、行為は、それが行われる以前にその可罰性が法律により定められていた場合にのみ処罰される。可罰性の法律による規定は、構成要件と正当化事由の明確化を含む。つまり、構成要件に該当し正当化されない行為のみが可罰的なのである。壁際での射殺は、それが行われた時には確かに故殺罪構成要件に該当していたが、正当化事由によって掩護されていたが故に、処罰されない。正当化事由を与えたのは、東独国境法である。同法二七条二項によれば、不法な国境通過の重大な場合、例えば危険な手段を用いて、または他人と共同して実行された国境通過を防止するための銃器の使用は、正当化され、二七条五項によれば、その場合、生命は可能な限り配慮されねばならなかった。つまり、いかなる場合でも配慮されねばならないわけではなかった。銃器を相当に使用した者は、実際には処罰されないだけでなく、表彰され、報奨金を与えられていた<sup>⑥</sup>。

それにもかかわらず、ベルリン地方裁判所から連邦通常裁判所<sup>⑦</sup>までの刑事判決は、壁際での射殺の処罰を妨げなかったようである。その判決は、二つある議論のうち的一方か、あるいはその両方によって支えられている。第一の議論によれば、「行

為時に想定されていた正当化事由は、……正義と人間の基本思想に対する明らかに重大な違反がそこに表現されている場合には、上位の法に対する違反の故に等閑視されるべきである。その違反は、それが全ての民族に共通し、人間の価値と尊厳に関わる法権信を侵害するほど重大なものでなければならぬ<sup>⑩</sup>。その時引用されるのは、いわゆるラートブルフ公式である。「実定的な法律の正義に対する矛盾は、その法律が不正な法として正義に道を譲らねばならないほど耐え難いものでなければならぬ<sup>⑪</sup>」。しかし、この自然法的議論は、連邦通常裁判所にとってそんなに都合の良いものではない。連邦通常裁判所は、その議論によって示唆されている東独とナチス・ドイツとの同置には問題があると見ている。「この（ラートブルフによって一九四五年以降発展させられた）視点をここにある事例に適用することは、ドイツ国境での故殺がナチスによる大量謀殺とは比較されえないが故に、簡単にいくものではない<sup>⑫</sup>」。そこで連邦通常裁判所は、第一の自然法的議論のほかに第二の議論を設定する。その議論は、妥当する法律とそれによる可罰性の規定が行為時においてはどのようなものであったのかを裁判官が審理する場合、「行為時において国家的実務に表現されていた法釈に拘束される」とは考えずに、むしろ「正しく解釈された法

律」、比例原則を基準にして解釈された法律、「人権親和的に解釈された」法律を考慮することを要求している。行為時において法律による可罰性の規定として認められ適用されたものではなく、我々のより善良で、もちろん事後的な理解に基づいて認識され適用されるべきであったものが基準になるべきである。このことと遡及禁止とは矛盾するものではない。何故ならば、遡及禁止は信頼の保護を目的とし、誤った人権敵対的解釈への信頼は保護に値しないからだ、というのである。第二の議論は、第一の議論の変形どころではない。確かにそれは、少しばかり自然法的にも聞こえる。しかし、それは法概念とその解釈方法に狙いを定めることによって、まさに自然法的議論を追い越そうというもので、それを越えるものである。第二の議論によれば、妥当する法は、法として承認され適用されているのではなく、正しい理解に基づいて承認され適用されるに違いないような法律である。正しい理解は、自然法的・人権親和的な理解でよく、しかも連邦共和国の法治国家的理解でもかまわない。東独の選挙の歪曲は、東独ではある程度必要であったし、刑法上一度も訴追されなかったであろう。それなのにそれは、人権と自然法とは何の関係も持っていないかった。それは判例上可罰的である。何故ならば、東独の選挙歪曲規定

料が保護していた法益は、わずかな部分においてであろうとも種類と価値の点で連邦共和国の選挙歪曲規定が保護している法益と等しいからである。東独の枉法規定もまた、連邦共和国のそれと共に判例によって同様に網羅されていたのである。<sup>15)</sup>

東独刑法は、その核心においてすでに常に連邦共和国的であったので、東独で行われた行為に連邦共和国刑法を適用することは、遡及問題を提起しえない。東独刑法はその核心において正しく理解すれば、すでに常に法治国家的で人権親和的であったので、東独で行われた不法は行き過ぎ行為として処罰することができ、東独の歲月は個人と集団の伝記に集大成されうる。権力が放射する体制特有のものが、——権力はそれよりも良いものを知っていたし、知りえたにもかかわらず——すでに常に法治国家的で人権敵的であったので、それを知っていたか、あるいは知りえた旧エリートは、その後も引き続き信頼を喪失している。共産主義的過去の刑法的克服に際しての特殊ドイツ的な熱意は、ゆえに二重の根拠を持っている。その熱意は、勝者の司法と敗者の免罪に同時に奉仕する。つまりその熱意は、西がそのエリートを東の旧エリートに置き換える時に西に正統性を与え、そして東独時代にエリートとして、あるいは行き過ぎ行為によって自らを露わにしなかつた全ての者を東において免

罪する。それによって、東西の緊張が緩和され、共生が促進され、そして共通の政治文化が確立されるかどうかは、私には懐疑的に判断されざるをえないと思われる。懐疑的になればなるほど、共通の政治文化は法治国家を意識し、法治国家に拘束されるであろう。だが共産主義的過去の特殊な刑法的克服は、法治国家とうまく調和するものではない。

### 三 法治国家の遡及禁止と法概念

刑事判決が遡及禁止の裏をかくために発展させた法の概念は、すでに法治国家とうまく調和しない。法として承認され適用されているものではなく、法として承認され適用されるべきであったものを妥当する法と評価することは、法概念から本質的次元すなわち現実性を奪い去る。<sup>16)</sup> この経験的次元が、妥当および妥当する法の概念におけるもうひとつの次元、すなわち理念規範的次元といかにして統一するかは、ここではまだ重要ではない。法哲学と国家哲学のこの古典的問題がどのように把握され理解されようとも、法概念における経験的次元と理念規範的次元が統一することは、あらゆる問題理解とその解決に沿うものである。<sup>17)</sup> ともかく刑事判決が引用するグスタフ・ラートブルフを取り挙げてみよう。それは、正義に対する耐え難い矛盾がある場

合には、法律は不正な法として正義に道を譲らなければならぬという公式を有している。彼が、以前の相對主義的・実証主義的に形作られた思想から、その後の自然法的に生氣を吹き込まれた思想へと法哲學的に貫徹させ、そして矛盾なく貫徹させる法概念は、「法的価値、つまり法の理念に奉仕する意義を持つ現実性」としての法概念である。そこでは、「法の理念は、正義以外の何ものでも（ありえ）ない」<sup>18</sup>。法の現実が法の理念に反しているならば、なおも法について云々しうるかどうかという問いが提起され、その後の公式がそれに対して答えを与える。しかも、その後の答えは、自然法的に生氣を吹き込まれた答えであり、現実性を越えるものではない。その答えは、法として妥当する要求を邪悪な現実から奪い去るが、しかし法が妥当するためには法には現実性が必要であり、妥当する法はただ法として承認され適用されているものだけであることを否定するものではない。

刑事判決が遡及禁止の裏をかくために適用した法概念は、法哲學的・国家哲學的に誤っているだけではない。その法概念は、あまり重要な意味を持たないであろう。法概念を限縮して現実性の次元を喪失することは、法治国家とうまく調和できない結果をもたらす。何故ならば、法の普遍性は、現実性の次元、つ

まり現実において妥当するものの次元を包括しているからである。法は、それが普遍的に承認され適用される時に妥当する。法が普遍的に承認され適用されるには、法は普遍性を必要とし、普遍的で一般的な質を持たなければならない。思うに、法概念における経験的・理念規範的次元が統一する体系的場所もまたそこにある。普遍性と平等性の意味において社会的諸関係を形成する要求は、法の理念としての正義にも適している。そして法治国家は、歴史と伝統によれば、普遍的規則が普遍的に妥当する国家なのである。

共產主義的過去の刑法的克服の現代的試みは、この普遍性要求をすでに端緒において放棄せざるをえない。検察庁と裁判所が愚かにもその過去のわずかな部分しか取り扱えないことは明らかであろう。その過去に対しては、社会主義統一党の不法行為に関して数年、十数年のあいだ時効を停止する法律の下で、壁の射手、地雷敷設者、刑事、選挙歪曲者、枉法者、スパイ等<sup>20</sup>に対する訴訟の判決において展開された基準に基づいて捜査し、公判審理にかけることができるであろう。刑法的克服は、その基準に基づいて行われねばならないが、その充足から実際のところ生ずるものは、ラントの司法大臣と当地の検察官の個人的な請負に左右されるであろう。つまり、丁度そのとき彼等に認

識されている事柄、丁度そのとき世間が扱っている事柄、簡単に捜査できる事柄、疑問の余地のない有罪判決が見込まれる事柄に依存するであろう。それは、普遍ではなく偶然の原則に基づく刑事司法である。何故ก็ตามや普遍の原則に基づかないのか。何故ならばここで奨励されている法は、その当時、現実には普遍妥当によって承認されているものではなく、それがいかに認識され適用されるべきであったのかという事後的判断において、ひとつずつ構成されるからである。

刑事判決は、遡及禁止の裏をかくために、誤った法概念を展開させた。それは、遡及禁止が法概念それ自体に根を下ろしていることを、つまり法治国家に適合し、それに属するような法概念に根を下ろしていることを暗示する。行為以前に確立され、行為後に制定されない法、つまり行為に対応する法のみが、普遍性の保障を提供するのである。遡及禁止の意味と論理をめぐる議論において論究され、論究されるであろう今後全てのものは、それに結びつけられる。法の普遍性だけが恣意からの保護を保障し、市民は、行為以前に確立している普通の法のところのみ、彼が国家によって何を期待されているのかを知ることのでき、行為以前に確立している普通の法だけが、犯罪人のマゲナ・カルタ、法忠誠的な市民の動機づけ、法背信的な市民へ

の責任非難の基礎たりえ、遡及禁止の意義と論理についての熟慮にとってより大なのである。その際に理解されることは、行為以前に確立している普通の法とは、厳格に法律において定式化され、それを話す口として裁判官を必要としている法だけではないことである。法は、承認され適用されている法なのである。<sup>(22)</sup>

遡及禁止と法治国家との法教義学的な関係は、我国の法秩序が遡及禁止を二種類の形態で含んでいるが故に、二重の関係である。ひとつは、刑法において妥当し、無条件に理解される遡及禁止である。もうひとつは、遡及的な国家行為からの普遍的保護であるが、それは市民の信頼を考慮に入れつつ、真正な遡及と不真正な遡及に基づいて、保護を要する信頼と保護を要しない信頼に基づいて区別され、ただ時どき遡及禁止に対して強い立場に立つものである。<sup>(23)</sup> この条件付きの遡及禁止は、基本法二〇条三項の法治国家の要請から導き出され、前者の無条件の遡及禁止はそこから導き出される必要はなく、カテゴリー的に定式化するなら、基本法一〇三条二項に認めることができる。確かに無条件の遡及禁止は、条件付きの遡及禁止のように基本法二〇条三項の法治国家原則に帰属するものではないので、それは基本法七九条三項の憲法変更の絶対的限界にされないであ



らう。<sup>(25)</sup>しかし、前者の遡及禁止が基本法的な法治国家の形態を形作り、<sup>(26)</sup>そうすることで条件付きの遡及禁止の揺りかごの傍にもいたことは確認されている。ふたつの遡及禁止は法治国家の回りを旋回し、このように法治国家に関わることによって、ひとつの体系的な関係にある。それにもかかわらず、両者は全く異なるものである。保護を要する市民の信頼を考慮に入れることは、基本法一〇三条二項の無条件の遡及禁止には関係ない。<sup>(27)</sup>

またもや刑事判決は、このことを見誤っている。「遡及禁止は……被告人が行為時において当時妥当していた法の存続に対して抱いていた信頼を保護する」<sup>(28)</sup>——これは、基本法一〇三条二項の遡及禁止の主眼点としては正しく、遡及禁止を制約するものとしては誤っている。主眼点として注釈書の箇所でも述べられているのは、やはり連邦通常裁判所がここで示している事柄である。<sup>(29)</sup>しかしそれは、連邦通常裁判所によって制約として理解され適用されている。「法が、行為時の国家的実務におけるのと同じように、将来においても適用され、その結果、人権侵害的な正当化事由が承認されると期待することは、保護に値しない。被告人の行為の違法性に関して、東独の法が正しく解釈されていたならば、彼がすでに行為時において処分されたに違いないように判決することは、何ら恣意的ではない」<sup>(30)</sup>。

今や客観的な法状態の主観化と形式的な法状態の実質化の傾向を観察することができる。<sup>(31)</sup>連邦通常裁判所は、この傾向のなかにある。しかし、連邦通常裁判所は、まさしく最高の刑事裁判所としてこの傾向のなかにあってはならない。法律なければ犯罪なし、刑罰なしの原則は、その客観性と形式性の点において、刑法の法治国家的特性なのである。基本法一〇三条二項の無条件の遡及禁止が条件付きの遡及禁止のレヴェルに引き下げられるならば、その原則は放棄されてしまう。

連邦通常裁判所はまた、その傾向に対して全く疑いを抱いていないし、客観性と形式性の点で遡及禁止に対する勤が全く働かないようである。これが、連邦裁判所が結局のところラートブルフ公式、つまり自然法的議論に基づかなかったもうひとつの理由であろう。何故ならば、自然法的議論は、当時の、つまり東独の法やナチスの法に打撃を与えるだけでなく、現在妥当している遡及禁止そのものをも危険にさらすからである。当時の法が自然法との一致に基づいてのみ妥当するということは、結果的に変化するものがなくても、遡及禁止の帰結が自然法と一致している場合のみ遡及禁止が妥当するということに翻訳されざるをえない。自然法的に適切であると思われれば、あれこれと処罰され、自然法的に適切でないと思われれば処罰され

料

ない。しかし、遡及禁止がその帰結の自然法的正当性だけに基づいて妥当するならば、遡及禁止は無意味なものになることは明らかである。遡及禁止が相当な事由を伴う事後的な要罰性に對立しないならば、遡及禁止は全く意味がない。ただ相当な事由を伴う要罰性は十分な意味を持つてはいるが、それは憲法の規定によって制限されねばならない。不相当な理由を伴う要罰性は、おのずと解決される。

#### 四 法治国家の要請と正義の要請との狭間にある共產主義的過去の刑法的克服

述べられたように、そうであるならば、つまり法治国家、法治国家に調和しそれに適合している法概念、法治国家的普遍性と基本法一〇三条二項の遡及禁止が、共產主義的過去の刑法的克服に對立するならば、——いったい正義は何処にあるのか。

普遍性と平等性の意味において社会的諸関係を形成する要求が正義に役立つということは、ひとつの正義である。それが不法を特定し、不法を行った者の処罰を要求することは、もうひとつの正義ではないのか。「我々は正義を要求し、法治国家を手に入れた」——ベール・ボリーによって記された失望まじりの言葉は、共產主義の過去を刑法的に克服するに際して現在

行われている正義の事業が法治国家的には全く受け入れられないからといって、一層真実味を増すともいえるのか。

問題はさらに別の形で捉えられる。正義にとつての居場所とは、いったいどのようなものなのか。法治国家であることは疑いない。しかし法治国家において正義は、法違反者もまた享受する基本法的・憲法的保護によって限界づけられながら、また遡及禁止によって限界づけられながら、法的安定性ととの交錯のなかでのみ実現されうる。正義は、このような交錯と限界づけなしに実現されるもうひとつの居場所を持っているのか。

革命は、法治国家的交錯と限界づけを知らない。革命は、それが法治国家の国家秩序と憲法的秩序に矛盾を向ける時、そのような交錯と限界づけを撤廃する。革命がそのような秩序を確立しようとするなら、革命は法治国家的拘束を指して突き進むことになるが、革命はまだその拘束の土台たりえない。革命は、国法が始まる瞬間であり、法治国家が始まる瞬間でもある。革命は、拘束されない革命的正義が始まる瞬間である。

革命は、純粹の正義の瞬間かもしれない。正義の実現を法治国家的に限界づけることは、法治国家の規準を継続させる場合には全くもって受け入れられるものであるが、それとは反對に不正なレジームの代表者とその協力者を都合良く処罰するため

にそのレジームと絶縁する場合には、耐え難い障害になりうる。同様に革命が始まる瞬間は、もちろん新しい邪悪な不正義が始まる瞬間でもある。ほら吹き達の革命的な災いは、罪人と共に無辜にも向けられる。負担軽減され、略式化された手続によって旧体制の代表者とその協力者を審理する革命裁判所でさえ、不正義に対して爆発的で革命的な民族の怒りよりも安定性を提供しはするものの、それは法治国家の刑事手続が提供する安定性ではない。革命裁判所は、それが不正義に対する安定性のための手続を通じて提供するものによって、正義の実現を再び制限することもできる。

革命が始まる瞬間が本質的に正義になるかどうかは、革命家の責任に属する。それは、道徳的・政治的責任であって、法的責任ではない。正義の実現を断念し、革命を紛争から自由にし、平和にし、そして和解決させるための相당한根拠がありうる。ここでは、革命の後に続く法治国家において正義を法治国家的拘束から無制限に実現する機会もまた過ぎ去っている。別の表現で定式化すると、次のようになる。革命家が正義を望むならば、革命家は正義を我がものにしなければならない。革命が過ぎ去り、再び国家的規程が確立された時、革命家が手に入れたものは、ただ法治国家と法治国家に基づく正義しかありえない。

国法において標準状態と例外状態が問題になる時にはいつものように、法治国家的規程と革命的例外との狭間にある正義の居場所についての問題を調停する解決策があり、ここでもまたそうである。それは、法治国家的・基本法的保障を論証しながら軟化することで法治国家的規程を制約することによって、本来的に法治国家的規程を放棄することによってのみ法的に可能な事柄を可能たらしめようとする邪悪で調停的な解決策である。その場合、法治国家的・基本法的保障は、それに代わる比較衡量計算と不当な要求が可能であるとの推定のなかに溶解してしまふ。過激派法令や接見禁止の適法化は、その例である。しかも調停的な解決策は、憲法変更に望みを託し、そして憲法変更によって一定の法治国家的・基本法的保障を部分的に放棄することができると。我が恩師エルンスト・ヴォルフガング・ベッケンフェルデは、何年も前に彼のフライブルク大学就任公開講義のなかで、この意味でのテロリズムと闘争するために非常事態の憲法的制度を思案した<sup>34</sup>。共産主義的過去の刑法克服が問題となる限り、憲法変更により基本法一〇三条二項を放棄することが、同じ様に考えられる。管理委員会法第一〇号は当時、人道に対する犯罪について遡及禁止を放棄した<sup>35</sup>。法治国家的規程のなかで、革命的正義に対してそのような居場所が与えられない

料

のは何故なのか。共産主義的過去を刑法的に克服するために、  
 遡及禁止を留保しないのは何故なのか。

資

それ相当の憲法変更は、憲法的に可能であろう。憲法はそれ  
 相当に変更されるべきか否かという憲法政治的な議論は、共産  
 主義的過去の刑法的克服は本来望まれているのかどうか、それ  
 はどのくらい望まれているのか、どのような憲法上の犠牲を払っ  
 て望まれているのかという問題にとっては、刑事裁判所の疑わ  
 しい議論よりもより適切でさえある。それ相当の憲法変更のた  
 めの憲法政治的な議論によって、とにかくもたらされうるのは  
 なにか。一般予防的考慮は、特別予防的考慮と同様に憲法変更  
 にとっては有効である。だが上述の勝者の司法と敗者の免罪は、  
 憲法変更するだけの価値はない。それ相当の革命的遺言、例え  
 ば遡及禁止を留保する人民議会法のようなものがあるならば、  
 それを行うことは統一ドイツの立法者にとっても義務になるで  
 であろう。しかし、そのような法律は存在しない。

革命的正義の開始の瞬間は、過ぎ去った。法治国家的規程は、  
 遡及禁止を内容とし、目下のところ行われている共産主義的過  
 去の刑法的克服を排除する。それは、法治国家的理念の意味の  
 みならず、政治的理念の意味においても重要である、と私は思  
 う。統一ドイツにおいて、引き続き刑事訴訟よりもはるかに重

要で切迫したものである。

〔原注〕

\* 本稿は、一九九四年四月二四日フンボルト大学で開催された筆者  
 の就任講演に、注釈を加筆したものである。本稿は、アダルベルト・  
 ボドレト教授に捧げられるものであり、その六五歳の記念論文集  
 『自由と権力 緊急事態のなかの学問』（一九九四年）に掲載される。  
 講演の形態と様式は、そのまゝにわたる。

- (1) 1) のドイツの特殊的な道に「ごさち」 K. Lüderssen, *Der Staat geht unter - das Unrecht bleibt? Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR*, 1992, 12ff. を参照されたこと。
- (2) Ungarisches Verfassungsgericht, *Urt. v. 3. 3. 1992*, AZ 11/92, 2286/A/1991/14; *Slg. der Entscheidungen des Ungarischen Verfassungsgerichts*, Bd. 1992, 77ff.
- (3) Vgl. folgend E. Foner, *Reconstruction. America's Unfinished Revolution*, 2. Aufl. 1989, 176ff.
- (4) Vgl. G. Smith, *No Treason in Civil War*, 1865.
- (5) 様々な歴史的可能性に「ごさち」は、H. Quaritsch, "Theorie der Vergangenheitsbewältigung", *Der Staat* 1992, 518ff.
- (6) 正当化事由に違反して銃器を使用した者もまた、表彰され報奨金を与えられていた。つまり連邦通常裁判所は、正当化事由をただ「形式的」に捉えているだけで、「逃亡者に対する東独国境警備兵の射撃は、東独の刑事訴訟機関によって訴追されるべき不法として扱われるものではない」と捉えている。
- (7) ヘルリン・ラント裁判所一九九二年一月二〇日判決、JZ



- 科
- (21) G. Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, 119f.
- (21) 刑法犯の成立に於て 法の優位性。Fr. Dencker, "Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Lehren aus der Justizgeschichte der Bundesrepublik", KritV 1990, 299, 305; H. Dreier, Aussprache, VVDStRL 51, 137; G. Grünwald, "Die strafrechtliche Bewertung in der DDR begangener Handlungen", StV 1991, 31; J. Isensee, Aussprache, VVDStRL 51, 1992, 135; ders., "Der deutsche Rechtsstaat vor seinem unrechtsstaatlichen Erbe, in: ders. (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992, 91, 106; G. Jakobs, Vergangenheitsbewältigung durch Recht, aao (Fn 16); ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 69; ders., Urteilen des Staates - Unrecht im Staat, aao (Fn 16); B. Pieroth, Der Rechtsstaat und Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit, 3. Bericht, VVDStRL 51, 1992, 92, 103; H.-J. Scholten, "Zur Bedeutung von § 7 StGB für die Verfolgung von Straftaten des SED-Regimes", ZRP 1992, 476.
- (20) 「政府犯罪」の現象形態に關しては Ch. Schaefer, "DDR-Regierungskriminalität. Erscheinungsformen und Probleme", Recht und Politik 1992, 191.
- (21) 難及禁止に關して 歴史的かつ現代的な観点より H. -I. Schreiber, Gesetz und Richter, Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege, 1976.
- 
- (22) J. Isensee, Der deutsche Rechtsstaat vor seinem unrechtsstaatlichen Erbe, in: ders. (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992, 91, 106; G. Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, aao (Fn 19), 444-446の注449。
- (23) 一級は難及禁止に關しては B. Pieroth, Rückwirkung und Übergangsrecht, 1981.
- (24) BVerfGE 25, 269, 289f.; 72, 200, 257; H. D. Jarass, in: ders./B. Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1992, Art. 20, Rn 47f.; F. E. Schnapp, in: I. v. Münch/Ph. Künig, GG-Komm., Bd. I, 4. Aufl. 1992, Art. 20 Rn 27.
- (25) Pieroth, aao (Fn 19), 106.
- (26) 基本法一〇三条二項の規則内容の個別国法的派生に關しては BVerfGE 64, 389, 394 (容疑禁止); 73, 206, 235 (權力分立); Schreiber, aao (Fn 21), 215ff. (合憲性原則); R. Wassermann, in: Alternativ-Komm. zum GG für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1989, Art. 103 Rn 44 (40, 42の民主主義原則)。
- (27) 連邦憲法裁判所は、基本法一〇三条二項を「信頼原則に結合せられた一般的遮及禁止の制限から除外してゐる。」 BVerfGE 25, 269, 289, 291.
- (28) 連邦通常裁判所一九九一年一月三日判決 NJW 1993, 141, 148 = NJ 1993, 88, 91.
- (29) H. Rüping, in: Bonner Komm. zum GG, Stand: Okt. 1993, Art. 103 Abs. 2 Rn 16.

- (30) BGH, aaO (Fn 28).
- (31) 憲法の領域での批判的な見解をとりつは、E. W. Böckenförde, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1989, を参照されたこと。
- (32) BVerfGE 39, 331, 351. 狭義の意味での過激派命令を批判するものとして、B. Schlink, "Zwischen Identifikation und Distanz. Zur Stellung des Beamten im Staat und zur Gestaltung des Beamtenrechts durch das Staatsrecht", Der Staat 1976, 335ff.
- (33) BVerfGE 49, 24, 33.
- (34) E. W. Böckenförde, "Der verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln des Staatsgewalt in außergewöhnlichen Lagen", NJW 1978, 1881, 1889f.
- (35) ヨーロッパ人権条約もまた、刑法上の遡及禁止の制限を知つてのこと (Art. 7 Abs. 2 EMRK)。

\* \* \*

〔紹介者あとがき〕

本稿は、原注で示されているように、ベルンハルト・シュリンクのフンボルト大学就任講演を要約したものである。テーマは、旧東独時代の不法行為のドイツ統一後における処罰的法的諸条件と可能性の問題を検討したもので、すでに日本において

も紹介・研究されている。

旧東独の政府と政権政党の幹部、あるいは裁判官や検察官などの為政者による行為の多くが、「民主共和国」や「社会主義的法治国家」の理念からかけ離れた人権抑圧行為であったことは、すでに一九八九年一〇月の「ベルリンの壁」の崩壊を契機に明るみにされている。現在、その不法の処罰が、国家社会主義の過去の不法とのアナロジーにおいて、「東独社会主義の過去」の克服として位置づけられ、推進されている。「ベルリンの壁」を越えて西ベルリンに亡命を企てた東独市民を射殺した「壁の射手」の処罰は、そのひとつの象徴であったといえよう。過去の克服が、「不法な過去」を現在において清算し、将来においてその再現を予防する理論と制度を整備するための社会的プロセスである限り、法学、特に刑法学もまたこの問題に無関係であってはならない。

しかしながら、その克服の前途には法的「障害」が横たわっていることがすでに指摘されている。東独最後の対外情報収集局長ヴェルナー・グロスマンに対する国家反逆罪のかどでの起訴に関して、ベルリン地方裁判所からその憲法判断を求められていた連邦憲法裁判所は、一九九五年五月二三日、旧東独において「正当化」されていた諜報活動を統一後に国家反逆罪と

料

資

して処罰することは、法律の制定以前に行われた行為にその法律を遡及適用することを禁止した基本法一〇三条二項の罪刑法定主義に反し、また旧東独に対する旧西独の諜報活動を裁かないことは著しく均衡を欠くとして、憲法違反の判断を言い渡した。ドイツの法治国家 (Rechtsstaat) 原則が、不法国家 (Unrechtsstaat) の過去の克服を阻むものとして現れているのである。

また同時に、社会的「障害」があることも指摘されている。ドイツは政治・経済レヴェルでの国家的統一を果たしたものの、国民レヴェルでの東西の心理的融和、すなわち「内なる統一」が依然として終わっておらず、東独時代の政府犯罪の暴露やその追及が、国民間に残る不信感を増幅させ、「内なる統一」を妨げているといわれている。「重箱の隅をついても和解はない」とのヴァイツゼッカー前大統領の発言から、統一後のドイツ社会に漂う期待と失望の感情が複雑に交錯していることが伺える。「過去の克服」が逆に「過去のむしかえし」を引き起こすというパラドックスは、「過去の克服」の社会的プロセスに伴う困難さを象徴的に表しているといえよう。

罪刑法定主義が法治国家刑法の基本原則であることに異論を唱える者はいないであろう。だが、法律の意味内容が多義を許

さずに認識しえない場合、また明確に記述された法律の歴史的意味内容の適用がその後の時代の変化のなかで「正義」を体現しえない場合、そのような法律に対する疑念と不信は、法律からの自由と逃避への道標を与える法学方法論を求める。「法律とは何なのか、いかにあるべきか。そもそも法の目的とは何なのか」という素朴な疑問に対して回答を与えることができない法学方法論は、死に絶えつつあるものとして指弾される。現代ドイツの刑法学のみならず、日本の刑法学もまた、時代の大きな変化のなかで罪刑法定主義がそのようなものとして放棄された古い経験を持っている。時代の変化のなかでの罪刑法定主義の在り方をめぐる問題は、繰り返し刑法学の理論的関心をよんだきたもののひとつである。

新法の適用による処罰が罪刑法定主義と刑罰法規の遡及禁止原則に反することは、今日いうまでもない。しかし、既存の法律の解釈が、行為後にその正当化を否定する方向で変更され、その解釈が遡及的に適用される場合には見解の対立がある。遡及禁止 (Rückwirkungsverbot) は、行為後に制定された刑罰法規の遡及適用の禁止のみをいうのか、それとも行為後の社会的諸関係の変化に鑑みて、行為の可罰性を肯定する方向で既存の刑罰法規の解釈を事後的に変更しそれを遡及的に適用する



ことの禁止をも含んでいるのかという問題は、罪刑法定主義の原則的意義を確認するうえで、試金石ともいえるものである。

この問題は、犯罪の法定原則が意味しているのは、犯罪成立の積極的諸要件のみの法定原則のみなのか、それとも正当化事由などの消極的諸要件をも包括する原則なのかという形で表現することができるし、さらには法文を手がかりにその可能な意味と目的をさぐる客観的解釈論と目的論的解釈論に立脚するのか、それとも法律の解釈を立法者の意思に基づかしめ、それによって刑事裁判官の恣意を排除しようとする歴史的・主観的解釈論の見地に立つのかという法解釈方法論の領域にも拡がる問題である。しかも問題の背景には、東西ドイツの統一（法的には東独の西独への「加盟」。それは、西独基本法の東独領域への適用〔基本法旧二三条〕を経て進められた）という歴史的事情が介在していることも、この問題を考えるうえで無視できない。

この問題の解明のためにシュリンクは、普遍的規則が普遍的に妥当する法治国家において理念的・規範的次元で統一され、しかも現実性の次元ですでに承認され適用されている「法律」概念を手がかりにしながら、「共產主義的過去」の克服のための法理が、理念的・規範的次元からの法律解釈を強調するあまり、現実性の次元において法律概念を捉える意義を軽視し、ひ

いては罪刑法定主義そのものの修正を不可避的に伴わざるをえないことを指摘している。ドイツ刑法における法治国家原則の要は、何といっても基本法一〇三条二項に法的基礎を持つのであって、「自然法ルネサンス」を背景に「左右の全体主義」に抵抗する法的堡壘として設けられた二〇条三項の憲法原則にあるのではない。ドイツ統一というドラスティックな時代の変化と「過去の克服」をめぐる法的議論のなかで、人權に敵対的であった東独の不法国家性とそれを克服しようとする西独の法治国家性とを対比させながら、法治国家のあるべき姿とその罪刑法定主義観を構想し、遡及禁止原則の在り方を論じることが、その原則の意義を明らかにするうえで今後とも重要な意味を持つと思われる。

\* 本稿は、一九九五年度大阪経済法科大学研究助成による研究成果の一部である。

