

資 料

刑法によって過去の克服はできるか

—政治的な大改革⁽¹⁾後の刑法の問題処理能力について—

ギュンター・ヤコプス
中空 壽雅 訳

第1章 処罰の前提条件

1 現在の葛藤としての過去の所為 刑法は常に過去を克服しないのだろうか。処罰が行われる際には、とにもかくにも犯罪行為はすでに行われてしまい完結している。過去がすでに行われてしまったことに他ならないのであれば、いうまでもなく、過去に打ち勝つことができるものなど何も存在しないであろう。そればかりか、それは、とるにたらないものとしてすぐさま忘れさられてしまうことだろう。[38]すでに終了してしまった犯罪行為は、そのことのみを理由として刑法の対象物となるのではない。それは、もっぱら処罰の時点に依然として存在している葛藤の源泉として刑法の対象物たりうるのである。そして、この葛藤こそがまさに克服されなければならないものなのである。したがって、重要なのは、過去によって損なわれた現在を克服することなのである。

犯罪行為の遂行によって引き起こされる現在の障害とは何なのだろうか。第一に挙げることができるのは、行為者と被害者との関係が立ちきられるということである。おそらく、行為者によってその生存の機会を害された被害者の苦痛はなおも続いているだろうし、行為者はその苦痛を埋め合わせることを拒否し続けているだろう。だが、このように現在生じている利益秩序の障害を刑法が除去することはできない。それゆえに、このような障害は、刑法によって克服すべき事柄でもありえない。刑法は、行為者によって被害者に与えられた苦痛を持続させようとするものではないし、そればかりか損害補償を認めるものでもない。むしろ、刑法は、所為により被害者にもたらされた害に対して、そ

れとは別の害、つまり行為者に対する害としての刑罰を送り返すものなのである。このように具体的に連続して第二の害が非理性的な形で加えられること（ヘーゲル）は、もっぱらコミュニケーション的な事象として理解される。所為は、まさにその具体的な形から把握されるのではなく、所為によって生じたような形で世界を形成する権利を自らが持っているという行為者の主張として把握されるのである。そして、刑罰はこの主張に対する反論である。つまり、刑罰は、行為者は規準とならない、その主張は誤りだという反対意見の表明なのである。したがって、刑法が克服できるのは、所為のコミュニケーション的な側面から生じたところの現在の障害だということになる。しかも、それは、所為時から現在にまで及ぶ規範の妥当性についての障害である。刑法は、ある社会の存立にとって不可欠の中核的な規範の安定的な妥当性を十二分に維持するという任務を負っているのである。

2 帰属可能性、必要性、実定性 刑罰による規範の妥当性の維持を可能にし許容するために累加的に存在しなければならない諸条件のうち、過去から現在に至る政治的変革という本論文のテーマに関連して重要なのは次の三つの条件である。[39]

まず第一に議論しなければならないのは、行為者の所為が、ともかくも規範の妥当性の阻害の取り上げるべき原因であるということである。つまり、障害の行為者への帰属可能性が問題となるのである。一つの犯罪行為には複数の原因がある。そして、あらかじめ、行為者の悪意 (böser Wille) を第一義的な、そうでなくとも取り立てて言及すべき原因として提示すべきだという前提で物事を処理することはできない。もし、それが取り上げるべきであるとしても重要性の低い後順位のものであるなら、悪意を唯一の原因と位置づけることは楽かもしれないがまやかしかだといってよいであろう。例をあげよう。ある社会の教育制度が、子供の時から人間を計画的に墮落させ、そのように墮落させられた者たちがその墮落から当然に予想されるような犯罪行為を遂行した場合に、この行為者の悪意を障害の主原因あるいは唯一の原因として論じようとするならばそれはまちがいである。その場合、行為者の悪意は、取り上げる価値があるとしても第二次的な原因であり、解決は、主に政治的に、つまり、教育制度の改革によって図られなければならないのである。

第二に、刑罰は、侵害された規範の妥当性を回復するために必要なものでなければならない。規範の妥当性が他の事由からともかくも動揺させられずにすんでいるならば、その程度に応じて刑罰を放棄することができる。安定し、そ

の安定に自信を持っている社会は、あえて寛容さを示すことができる。というのは、そのような社会では、犯罪は魅力的な模範としては機能しないからである。ここでも例をあげていえば、ある社会で全体主義への移行などまったく問題とならないならば、依然として残っているわずかな全体主義的な動きに対しては、理解を示さず首を横に振るだけでことたりるのである。

そして、第三に、法秩序は、その正当性を前実定法的な淵源からではなく、その実定法化に関する決断から引き出さなければならない。しかも、その際に法秩序というものを正確に理解するのであれば、その法秩序のとり形態がその法秩序に固有なものであり、普遍的なものではなく今という時間的制約をもったものであることが認められなければならない。法秩序の現在の形態のみが重要なのであるから、遡及効は否定される。そして、このことは、原則として争われていない（基本法103条2項、刑法1条）。[40] また、同様に、ある法秩序が他の秩序の場所的あるいは人的範囲にその効果を及ぼすことも否定される。ただし、当該法秩序が、この領域もまた自己の適用領域であることを要求し、他の秩序の正当性を否定する場合は別である。このことは、もちろん、その領域での合法的な秩序づけを実際に管理すべき力が存在していることを前提にするであろう。これについては、また後で論ずることにしたい。現行のドイツ法は、適用領域の制限を認めている。ドイツ人の外国での犯罪、ドイツ人に対する外国での犯罪（あるいは国内に被害者が存在する犯罪）について、ドイツ刑法は、一ある程度合理性のある、だが本論文との関係では重要性を持たない若干の例外を別とすれば一、所為が犯罪地において処罰されている場合あるいはその犯罪地がいかなる刑罰権にも服していない場合に（刑法7条）、つまり、他の秩序がドイツ刑法とその限りで現時点で同一の形態を示している場合にのみ適用される。他の秩序がその形態において異なる場合には、ドイツ刑法は、自らを相対的なものと理解し、簒奪者のような要求を行うことはないのである。

第2章 ナチズムの刑法による「克服」

1 国家によって命ぜられた犯罪は帰属可能か？ ナチズムに基づいて行われた所為を処罰する必要があるか？ 現在火急の問題である、旧ドイツ民主共和国における過去を克服するにあたり刑法が何らかの役割を果たせるかという問題に取り組む前に、ナチス時代の終えん後のある程度これと類似した状況に目を向けることとしたい。私は、その例として、ナチズムに基づいた暴力行

為、とりわけナチス強制収容所の特命グループ (Einsatzgruppe) による殺人を挙げたい。これらの殺人行為を理由とする有罪判決においては、処罰が規範の妥当性の安定化をもたらすために存在しなければならない上述の三つの条件は満たされていたといつてよいだろうか。

[41] 第一の条件である帰属可能性は、明らかに存在していたように思われる。殺人を行った国家権力の手先の悪意以上に殺人のための強力な原因などほとんど存在しえない。そうであれば、葛藤、より適切な言い方をすれば、カストロフィーはまさに国家権力の手先の悪意という主に個人的な原因を持っていたということになる⁽²⁾。社会的原因も政治的原因もそこではあまり重要なものとはいえない。第一次世界大戦の敗戦とそれに続く経済的圧力の後に、国民は政治的に聡明であることができなかった。—このことは、確かに理解できないわけではないが、しかし、聡明たりえないことをいかに理解できたとしても、聡明でないことには変わりはない。政治的な聡明さがなければ、十分に秩序づけられた社会を形成することはできない。そして、十分に秩序づけられていない社会は、大きな盗賊団に他ならない(アウグスティヌス)。このような盗賊団にドイツは自由を奪われ、外部からは遮断されたのであった。そうであれば、国家権力の手先の悪意ではなくこのように政治がうまく機能していない状況により強力な原因を見いだすことはできないのであろうか。この間に対しては、一つの原因は他の原因を排除しない、いずれにせよ、国家がうまく機能していないことと国家権力の手先の悪意の二つがともに挙げる価値のある原因であると答えることになる。しかし、事柄はそれほど単純ではない。この場合の行為者の悪意は、十分に秩序づけられた社会におけるような主観的な悪性から構成される意思ではなく、聡明な形で秩序づけられていない社会にともかくも特徴的であるような客観的な悪性の表現であった。ナチ主義者の殺人は、—一般に国家が持っている粗暴さを国民がなおも強めたという点を度外視すると—確かに個人的に行われたものではなく、国家活動として行われたものであった。[42] 行為者たちは、その報酬を国家の手から受け取った。そして、ナチス時代終了後社会が秩序づけられた時には、彼らもまた、秩序にそって、目だつことのない秩序に調和した人間としての生活を依然として送ったのである。換言すれば、その時々体制という血に満たされた人間の形をした器として生活したのである。自分自身もナチス強制収容所での行為者でありえたと考えることができない者は、自分が善良で強い人間であると知っているか、想像力がないかのいずれかである。

すべての犯罪についても事情は変わらない。おそらく、善良で強い人間は犯罪に抵抗力を持っているといってよいだろう。刑罰の目的は、規範の妥当性の否定を克服するように規範の妥当性を強化することにある。そして、十二使徒や教父によって構成される社会においてだけ刑法は不必要なのである。しかし、十分に秩序づけられた社会において行為者の悪意を葛藤の原因と判断すること、歪曲された社会について回顧的に同様に処理することは、別の事柄である。後者の場合、真に政治的な葛藤が個人的な問題として扱われることになる。たしかにそれが間違いであるといいきることはできない。というのは、ナチス時代の殺人者の免責がここで問題とはならないからである。しかし、政治的な聡明さを達成するという厄介な任務が葛藤を個々の行為者の悪意の問題へと位置づけることで果たされるわけでもなければ、それが任務として明示されることさえなくなるという事実が隠べいされることになってしまうので、それは危険なことである。

帰属可能性という第一の条件は、たとえ判決を下されるべき所為については国民にも責任がありうるので国民の名の下で判決を下すことが困難であるという場合であっても、結論においては、なお存在するものとしてよいであろう。

第二の条件、刑罰の必要性についてはもっと単純である。ナチス統治の終結後には、ドイツでの法治国的秩序が実質的に安定しているということがまず第一に実証されなければならなかった。ともかくもそれ自体が安定した社会であるということを、決して、あるいは少なくとも当初は述べるができなかったのである。その後、もちろんこの条件もあまり確実でないものとなった。そして、70年代にナチ主義に基づく暴力行為を理由とした大規模な訴訟が行われた時には、すでにこの条件が認められるか否かは疑わしいものとなっていたのである。[43]

2 ナチ主義に基づく暴力行為は実定法上可罰性を有するか？ さて、第三の条件、実定性、すなわち所為時の犯罪地の所為の可罰性あるいはさらに行為者という人的なものについては、基本法103条2項と刑法1条が、次のように規定している。すなわち、所為はその所為が遂行される前に可罰性が法律によって規定されている場合にはじめて処罰できるというのがこれである。

それでは、ユダヤ人殺害を例に挙げるとすれば、ナチズムの時代にドイツや、ポーランド、ソ連での占領地域やその他のドイツの支配領域において、ユダヤ人殺害禁止は効力を有していたのであろうか。この困難な問題を、ここでは幾分詳細に検討しておくこととする。というのは、後に取り上げる、かつてのド

イツ民主共和国での一定の所為が犯罪地において刑罰を予告されていたか否かという問題において同種の問題性が再び生じるからである。したがって、今日行われるべき過去の克服の法的な側面での貫徹可能性もまた、この解答に左右されるのである。

まず第一に確認しなければならないのは、刑罰法規はユダヤ人の殺害に関し1933年以後改正されていなかったということである。さらに、そのような殺人の許容を確認したような法規や授權に基づく法命令も存在しなかった。もしその法的基盤として何かが存在したとすれば、とにもかくにも、それは総統の命令しかなかった。その命令は、どこにも公示されなかった。それは総統や帝国宰相官房の指令にすぎなかった。かような総統の命令は法状態に変更を加えることができたのであろうか。ヴァイマル憲法から法状態を検討する場合にも、三権分立の保障された国家の一般的規準を設定する場合にも、その命令が法状態に変更を加えたとは決していえないであろう。しかし、ナチズムというのは、ヴァイマル憲法の立場から判断すると、[44] 異常なこと (Scurrilität) である。そのことは、三権分立の保障された国家の立場から説明しようとする場合にも同じことである。ナチズムは、だが、ともかくも12年間現実の国家の形をとって存在していた。そして、ナチズムによりまず第一に行われた三権分立の徹底的な破壊もすでに、そればかりか法一般の破壊やいわゆるレーム一揆 (Röhmputsch) の処理も、法律家カール・シュミット⁽³⁾により「総統は法を保護する」という表題の下に正当化されたのであった。このことを換言すれば以下になる。すなわち、現実の生活と乖離した規範主義に親近感を示さず、一たといえば性急な社会主義に一定の理解を示したハンス・ケルゼンとともに一全体としてたとえ何が効力を有し実践されようとも⁽⁴⁾、ただ国家が有り得るのみであり、一ケルゼンによると同時にそれが意味するのは一法のみが存在するということを出発点とするならば、総統の命令の法的有効性という問題は、ナチス時代に効力を有し実際に生きづいていた制度 (Verfassung) を前提とする場合にはじめてその結論を出すことができるというのがこれである。そして、この観点の下では、そのときの現実には生きづいていた体制からすれば総統の命令は法を廃棄し新たな法を創ることができたという点には疑いがないといってよいであろう。このことを否定し、授權という基礎や少なくとも公布を要求する者は⁽⁵⁾、ナチ主義の国家をその国家が知らない領域で、したがってその国家が生じないような領域で探すことになる。それは、あたかもよい仕業の中に悪魔を探すようなものである。この国家にあってもヴァイマル時代の法が変更される

ことなく妥当していたと考えることは、いずれにせよ、[45]なんらかのミスにより形式上失効してしまい、忘れ去られたり記憶から排除されてしまったような規範すべてが永久に効力を持ち続けることを認めることと同様に規範的側面において非現実的な事柄である。ナチ主義の国家がたとえ不法な国家と呼ばれようとも、そのことから何も引き出すことができない。ナチ主義の国家を不法な国家とする場合には、そもそもあらゆる法が欠如し、そのために統治の被害者の生存権も欠如することになる。それゆえにまた、所為時の可罰性は根拠づけることができなくなってしまうのである。

もちろん次のような反論がなされるであろう。以上のすべてのことは確かに正しいかもしれないが、（もし命令が実際に存在したとしたら、その）総統の命令あるいはナチ主義の国家において実際に生きづいていた制度は、少なくともこの問題にとり重要な部分において人道主義的な原則に対する明確な違反を理由として実効性を有していなかった。それは確かに否定することのできない違反であったというのがこれである。このような論拠を検討するにあたり、実定法に対する超実定法的な拘束が存在するか否かということはその対象からはずすことにしたい。ここでは、問題の解決に何らの影響力ももたないからである。極端な言い方をすれば、ナチ主義者たちが刑法211条以下（それは殺人罪である）を適法な法規により削除し、その箇所に新たな規定を置いたとしてもいったいそれでどうしたというのであろうか。その際、極端な改正をすれば基本犯である故殺罪は「ユダヤ人以外の者を殺した者は処罰される」あるいは「アーリア人を殺した者は処罰される」という文言になるであろうが。もしこのような状況が存在するとすれば、その規定がまたユダヤ人あるいは非アーリア人を排除することにより、排除される者の基本的人権を明確に侵害していることは明らかであろう。だが、たとえ侵害が明白であったとしても、だからといって、ユダヤ人あるいは非アーリア人の殺害はすべて、たとえ超実定法的な原則を考慮する場合にそれらが不法なものであったにせよ、刑罰規定が欠如しているが故に可罰的ではなかったという事情に変更を加えることはできないであろう。しばしば主張されているように、適法不法の本質的な限界を超法規的に画定することもありうる。しかし、今日いったい誰が、超法規的な可罰性が有意義な前提条件であるとあえて主張するであろうか。可罰性とは、実定法の嫡出子であり、それゆえ国家のその時々生きづいている体制や実務の嫡出子なのである。

[46] このような論述に対して、今度は、次のような主張がなされることになろう。すなわち、ナチズムでは主張されたような方法での処理はなされな

った。故殺規定を削除した後でなお可罰性を基礎づけることが重要なのではなく、可罰性の制限、つまり総統のユダヤ人殲滅の命令が、実効性を持たないものであるとの言明がなされるべきなのである。そして、このように実効性を持たないものと言明することで、かつての可罰性が息を吹き返すのである。法技術的に論ずれば、構成要件の拡張が重要なのではなく正当化事由の制限が重要なのである。そのような法技術的な差異にある事柄が左右されるということは稀であろう。人が若干のものを破りとった上で、その残りのものに破りとられたものがそもそも属していないかのように解釈するとすれば、国家の法規定を改ざんすることになろう。法秩序は連続性をもったものなのである。その他の種類の文章、たとえば小説において、若干の文章や節を削除し、その残った部分が著者の意図に合致していると主張することが許されないのと同様に、規範秩序からある部分をこの秩序にとり外在的な理由から削除し、その上で、実際に生きづいている制度によればその残ったものが規範秩序であると主張することも許されないのである⁽⁶⁾。そのようなやり方は、実質的には、今日もはや提唱されることのない自然主義的な可罰性あるいは自然法的な可罰性の主張以外のなにものももたらさないであろう、という反論がこれである。

もしその当時ユダヤ人や政権敵対者と考えられた人々を強制収容所その他の計画的な殲滅から保護する法秩序は依然として存在していた、その法秩序は、[47]あるいは臆病さから、あるいは他との調和という点から適用されなかったもののその時代においてもともかく現行法秩序として実際に存在していたと考えるとしたら、それはまさにナチズムの過小評価に他ならない。状況はきわめてひどいものであった。政権の敵対者とラベリングされた者は、その状況下でなお存在していた権利を利用できなくなったというにすぎないのではなく、その状況上権利を喪失したのである。このことを法哲学的な言い方をすれば、政権敵対者と判断された者は、その他の国民と同等の権利を持った者であると相互に認めあう関係から排除されたのである。そして、彼は、物権法の対象にいれられることになった。したがって、ナチ主義的精神に基づいた法の運用が行われたにすぎないのではなく、法の形成が行われたのである。これまで一度もこの問題に関心を持つことのなかった判例と多数説は、ナチズムの下で生じた文化喪失も理解することはなかった。それらは、ナチ主義者たちが倫理的人格としての「国家」を間違って運営したにすぎないかのような議論をしている。だが、ナチ主義者たちは、現実の国家からその倫理性を剥奪したのである。

法治国家を特徴づける国家の行動に対する権利のプログラム化は、ナチズム

国家の特性を示す要素とはいえない。それゆえ、この国家の制度はそれ自らが形成した制度に他ならなかった。つまり、当為(Sollen)が一定の所為を許容でただけでなく、ある所為がナチズムというカテゴリーの中で評価した場合に歴史上必要と判断されるということから所為の当為性(Gesolltsein)を導き出すこともできたのである。そして、ナチズムに基づいて敵対者と判定された者の物理的な殲滅を歴史を特徴づける所為として企てたのであった。しかも、たとえその一部分は秘密裡に行われたにせよ、一ナチズムというカテゴリーの中で評価した場合に一当為とすべき所為としてそれらが企てられたということは、歴史的事実として疑いようがないことであり、今日これを非理性的なものと評価するのは容易なことである。

ところで、ここでナチ主義者たちの自己認識の再現がなにゆえに試みられるのだろうか。それは、その国家において—それはまさしくナチス国家であった—何が可罰的とされたかがそのことで明らかとなるからである。[48]ここで問題となっている暴力行為は、それによれば可罰的ではなかった。したがって、もしナチ主義に基づく暴力犯人を処罰しようとするならば、憲法上の遡及効禁止を一時停止にせざるをえないであろう。

以上で、刑法による過去の克服の第一の試みについての論述を終わりとする。この論述から、どのような傾向をもって第二の試みが扱われるかが明らかになったであろう。

第3章 ドイツ民主共和国の「社会主義」の刑法による「克服」

1 国際刑法の諸原則 再び刑法によって過去を克服するにあたっては、遡及効は決して問題とはならないであろう。統一条約において、編入が効力を発する前にすでに存在していたドイツ連邦共和国での可罰性が維持されることが明らかにされている⁽⁷⁾。したがって、かりに両ドイツが再統一へと至らなかったとしてもドイツ連邦共和国により要求されるであろうような刑罰権限の適用が問題となるのである。もちろん、再統一がなければ現在捕捉されている行為者のうち多くの者が連邦共和国の刑罰権の下に服さなかったであろう。しかし、そのことは、処罰要求に関係するのではなく、それが貫徹できるかどうかに関係するにすぎないのである。

再統一前にすでに連邦共和国はどのような刑罰権限を要求していたのだろうか。まず第一に検討しなければならないのは、ドイツ民主共和国から逃亡する

国民を国境で殺害する行為を訴追する権限が存在したかあるいは存在するかという点である。その場合に問題となるのは、正犯者としての射撃者、さらには、当該法規を決議した人民会議の代議士や法規の運用をコントロールしていた国家首脳に至るまでの共同正犯者ならびに共犯者である。[49]

まず、現行刑法の場所的適用範囲の概略が明らかにされなければならない。刑法3条によれば、ドイツ刑法は、国内で行われた犯罪事実に応用される。国内とは、まず第一に1937年12月31日時点での国境に基づく国家領域と理解された⁽⁸⁾。このことは、いうまでもなく、幾分不明確で規範主義的な国内の理解であった。そのことは、連邦共和国はドイツ民主共和国やオーデル・ナイゼ川の外側の領域においてはその秩序づけを管理できないということを考えれば直ちに明らかとなる。それにもかかわらず、連邦共和国は、いったいどのようにしてその領域の国民に連邦共和国の規範によって刑罰を加えることができるというのであろうか。国家が領域内の防御に努めるというその基本的な任務を果たすことができないにもかかわらず処罰はされるべきであるという奇異な要求がかってなされた。しかし、このような理解は、遅くとも、1970年のワルシャワ条約でのオーデル・ナイゼ線の仮承認と1972年の基本条約後にはとられなくなった。現在では、判例⁽⁹⁾および学説は、主に、国内を連邦領域と西ベルリンをも含むものと理解し、機能的国内概念、すなわち、刑法上は機能するが国際法上はそれによってあらかじめ何も決定されないような概念について論じている。それ以来、ドイツ民主共和国での所為はもはや刑法3条を経由して連邦共和国の刑罰権限に服することはなくなったのである。

しかし、刑法典は、属地主義の他に、その7条において—もちろん重大な制限はあるものの—属人主義を採用している。より詳細に言えば、この規定の第1項において消極的な属人主義が規定されている。これは、たいていは保護主義と呼ばれ、たとえばどこで行われたにせよドイツ人に対して犯罪が行われた場合にはすべてのドイツ人を保護するという主義である。そして、ドイツ民主共和国の住民がドイツ人であるということをこれまで問題にする者がいなかったことには、単に首肯するというだけでなく、歴史の流れが示しているようなきわめて十分な理由がある。[50]この保護主義には、すでにふれたように、重大な制限がある。つまり、当該所為に犯罪地で刑罰が科せられている場合あるいは犯罪地が何らの刑罰権にも服していない場合にのみ適用されるのである。ここ、つまり刑法7条の保護主義においても、刑法による過去の克服の第一の試みにおいて遡及効禁止に関して生じるのとまったく同様の問題が設定される

ことになる。すなわち、全体主義に組織された国家において、国外へ逃亡する国民の射殺といったような行為が可罰的か否かという問題がこれである。

この問題に解答を出そうとする前に、もちろんドイツの国際刑法の状態についていくらか正確な叙述しておく必要がある。すでに言及した刑法7条1項は、最近になってようやく論ずべき価値のある問題とされるようになってきた。ドイツ民主共和国の国民に彼らにいかなる企てがなされた場合にも、余すことなく保護を与えるということが現実に必要なかということが疑われるようになってきたのである⁽¹⁰⁾。事実、なにゆえにそのように保護を与えることが有意義であったかは理解できない。実際に、ライブチヒの教会の祭での喧嘩やドレスデンの交通事故に連邦共和国の刑法が直接適用されなければならなかったのであろうか。国外にいるドイツ民主共和国出身のドイツ人に対する犯罪に関しても、そのような解決方法は常に説得力をもつものではなかった。なにゆえに、スウェーデンで両替商に耳をひっぱたかれたドイツ民主共和国出身のドイツ人は連邦共和国の刑法による保護を享受しなければならなかったのであろうか。これに対して、ドイツ民主共和国内や国外のドイツ人にとって、ドイツ連邦共和国の保護を受けようとするのが不可能になる領域、あるいは、彼らがすでに連邦共和国内にいる場合には保護を受け続けることが不可能となる領域では、保護を与えることは有意義であった。保護主義はその合理的な意義をこのような点に限定されてきたし現在でも限定されている。そして、このような制限下においても、保護主義は国境での射撃の問題性を十分に捕捉することができるであろう。[51]というのは、その際に問題となるのは、ドイツ連邦共和国により保障された保護がドイツ民主共和国の国民には拒否される事例群だからである。

刑法7条2項において積極的属人主義、つまり、ある犯罪の犯人であるドイツ人を処罰するという原理が条文化されている。刑法7条1項すなわち保護主義についてよりも前に、刑法7条2項すなわち積極的属人主義について、いかなる範囲でこの規定が機能するのかということが問題となった。犯罪行為を行えば刑罰を予告されているにもかかわらず、犯罪行為からの保護が効果的に与えられないとしたら、それはドイツ民主共和国の国民にとり不利であることが認められてきた。それゆえに、従前から積極的属人主義に関して次のような内容の有力な見解が主張されてきた。すなわち、ドイツ人という概念をここでは限定して単にドイツ国籍を有しているだけでなくドイツ連邦共和国にその生活の基盤を有している者に制限して理解すべきであるという見解がこれであ

る⁽¹¹⁾。しかしながら、たとえ広義の解釈をとる場合にさえ、ドイツ刑法は、積極的属人主義においても保護主義の場合と同様に犯罪地に同一の規範が存在するという条件の下においてのみ妥当する。そして、そのことで再び、国境での射撃が犯罪地の法によりどのような判断を下されうかという問題が生じることになる。

2 国境での殺人は実定法上可罰的か否か？ 逃亡者を射殺することが犯罪地において可罰的だったか。したがって、第三の条件、ここでは時間的適用範囲ではなく場所的適用範囲という点からの実定性の検討を始めることとする。ドイツ民主共和国での実定法の状態は、以下のようであった⁽¹²⁾。1982年まで、1972年の国境法は、国防大臣が規則を発令するという指示を含んでいた。[52] この発令は、国家人民軍服務規定の一部であり、通常は「射撃命令」と呼ばれているものである。そのような命令は、党指導者や政府の賛成なしには出すことのできないことは想像に難くない。1982年以降国境法規が効力を有することとなり、その27条で次のような法的な規制がなされることになった。その文言によれば、一できるだけ多くの生命を保護できる場合にいくつかの留保の下で一犯罪を理由とした拘束を逃れようとする者やまさに犯罪を行おうとしている者を射撃することを許可するという規制がこれである。ここで問題となる犯罪行為とは、ドイツ民主共和国刑法213条(ドイツ民主共和国刑法1条3項に委託された213条2項)によれば、どちらかといえば違反の程度が軽微な事例は別として、法律に違反して国境を越えることであった。ここでも、国境警備兵が諸規定の取扱いを指示されていた、しかも、西側の客観的な解釈に従ってではなく、党指導者や政府がその規定に期待していることを行うよう指示されていたと推定することが許されよう⁽¹³⁾。

現在新たに、移転の自由(Freizügigkeit)を射撃命令や国境法により制限することは超実定法上の権利に違反するものであったという主張がなされている。そもそも移転の自由についての超実定法上の権利といったようなものが存在するか否かは、生命についての超実定法上の権利が存在するか否かの問題よりも数段問題性を含むものである。しかし、ここではその問題に解答を与えることは重要ではない。というのは、移転の自由についての超実定法上の権利は、たしかに移転の自由の制限に不法であるというレッテルを貼ることはできても、それにも係わらず、一ナチ主義者の暴力行為の場合の上述したような法状態とまったくパラレルに一死をひきおこす射撃とその教唆者の可罰性が欠如するという事実を逆転させることはできないからである⁽¹⁴⁾。ドイツ民主共和国と

いう名前をもった国家は、[53]かつては、移転の自由についての権利がそこでは存在せず移転の自由をめざして行動をしようとして捕まってしまった者を取り押さえたり殺害するということが、たとえ残忍な現実であってもともかくも現実であるとししかいいような形で組織されていたのである。したがって、このような事実の可罰性を認めることは、ここでも、ある程度現実から乖離した規範主義的なアプローチをとる場合にのみ可能である。ここでは繰り返しをさけたいので、以下のことを指摘しておきたい。すなわち、可罰性を認めることは、おそらく当時のドイツ民主共和国の制度を過小評価することになる。さらに「社会主義」は、単に法を処理する一方法にすぎないものではなく、法を形成もするものである。しかも、市民社会という形での国家形態に基づいてではなく、社会主義の国家形態に基づいて。逃亡者は、犯罪地に妥当する法秩序の間違った処理によって射殺されたのではなく、その現行法秩序自体が彼らを法的な権利を持たない状態に置いたのである。このような人権侵害は法の間違った処理によって初めて生じたものではなく、法の歪曲それ自体によってもたらされたものである。そして、もし所為が犯罪地において刑罰を科せられていたということを認める場合には、まさにこの人権侵害が隠ぺいされることになる。文化喪失はまさにきわめてひどいものであったのである。

もちろん、ドイツ民主共和国は外面からはあたかも人権という文化をはぐくむことができるような国家であるかのように見られてきた。ドイツ民主共和国がこのような外観通りであったならば、そこには不法は生じなかったであろう。しかしながら、当時のドイツ民主共和国に対する不法を回避することが重要なのではなく、ドイツ連邦共和国での法治国的な諸条件が重要なのである。ドイツ刑法は厳格に実定法という軌道上をすすんでいる、しかも実証主義を勝ち誇るためにではなくて法治国家を勝ち誇るために。つまり、刑罰は、それが十分に根拠づけられさえすれば科すことが許されるというわけではなく、とりわけそれが所為前に成文の正確に条文化された法によってまさに実定法上予告されていた場合に初めて科すことが許されるのである。[54]刑法7条1項で名宛人を明示したうえでのこのような刑の予告は、犯罪地となった国家がどのような外観をとっていたかを基準とするのではなく、そこに存在している刑罰予告を基準としているのである。このことは、実際には、決して嘆くべきことではなくむしろ有意義なことなのである。かつてのドイツ民主共和国での所為は国内（刑法3条）で行われたものであるという命題を放棄せざるをえなくなった後には、犯罪地の可罰性を顧慮することなくその領域へと処罰範囲を拡張するこ

とは少なくとも奇異な刑法帝国主義だということになろう。それが観念的なものにとどまり、まったくあるいはほとんど現実味を持たなかった時に法律の文言に反してこの刑法帝国主義を機能させることが許されるとしばしば考えられたという事実は、そのことが現実味を帯びた現在では、いずれにせよ立法論として提示することの何らの根拠にもならない。それは立法論ではないのである。

3 ドイツ民主共和国の国民の抵抗権に関する帰結 もちろん、この場で、ナチ主義者の暴力行為という比較事例では取り扱われなかった問題に立ち入らなければならない。上述した解決策は、ドイツ民主共和国の国境警備兵を射撃することで自己の移転の自由に関する権利を実現したドイツ民主共和国からの逃亡者はドイツ連邦共和国において傷害ないし殺人を理由として処罰されなければならないという結論に至らないのだろうか。ドイツ民主共和国の秩序による逃亡の違法性がドイツ連邦共和国を拘束しないということは明白であるといっていよい。ドイツ民主共和国において連邦共和国への逃亡が不法であったとしても、連邦共和国が同一の行為を自由を意識した市民の適切な行為として判断することを妨げるものではなかった。広く主張されているように国際法上は移住権が一般に承認されていないということもこのような解決に反対するものではない。つまり、そのような権利がたとえ存在しないとしても、それにもかかわらず連邦共和国がこの権利を承認することを妨げるものではない。というのは、国家はそもそも国際法上承認されている立場しか保護することができないという内容の命題は存在しないからである。したがって、ドイツ民主共和国の法状態から連邦共和国についての制約は何ら生じないのである。

[55] もちろん、ここから、すべての者はいかなる時にも国境警備兵に傷害を与えたり殺害したうえでドイツ連邦共和国へ逃亡する権利を持っていたという結論を導き出すことはできない。多くの国家は、違法であると何ら批判されることなく近隣との国境を閉鎖している。そして、すべての国家は、その国境をたとえば逃亡中の犯罪者といった一定の人間に対して閉鎖している。したがって、ドイツ民主共和国の国民が国境で連邦共和国側の理解からしても犯罪行為であるとされるような行為を行った場合には、その移転の自由の制限は連邦共和国の秩序によっても適法であったのであり、この国民には国境警備兵に対する正当防衛権は認められないのである。そのような国民との関係では、国境警備兵は連邦共和国の秩序に照らしても適法に行動したといえる。しかし、実質的に法治国家的な規範からも受け入れることができる理由なしにその移転の自由が妨害されそのために自らの権利を暴力を使って要求したという国民につ

いては事情は異なる。この種の事案でどの程度まで国民の国境警備兵に対する正当防衛権が及ぶかについて、ある事件⁽¹⁵⁾（ヴァインホルド事件）について集中的に議論されたが、明確な結論を出すには至らなかった。この問題を解決するにあたり顧慮すべきなのは、多くの国境警備兵もまた彼ら自身自由主義的な体制を自らの国として選ぶチャンスをもまったく持っていなかったということである。つまり、少なくとも兵士の一部は逃亡者と比較できるほどの差し迫った状態にあったのである。それゆえ、そのような兵士に対する大胆な正当防衛権の完全な適用を認めたとしたらおそらく当を得ていないことだったのであろう。

4 **それ以外の所為** これまで国境での殺人に関する法状態について論述してきたことは、まったく同様に一その点に関して比較可能なドイツ民主共和国の国民のスパイ活動についても妥当する。そこでは、さもなくばそもそもそのようなスパイ活動は何も行うことができなかったのであるが、ドイツ民主共和国の国民は他方では関係国家機関のための密告者であった。犯罪事実として問題となるのは、侮辱、強要、自由剝奪、個人的秘密領域の侵害の正犯とそれらの犯罪に対する共犯である。[56]たとえ、そのようなスパイのシステムがドイツ民主共和国の成文秩序とどのような関係に立つものであったとしても、ドイツ民主共和国で実際に機能していた法秩序によれば、この装置の中で共働することは決して可罰的ではなかった。それだけにとどまらず、これまでの報告に虚偽がなければ、この装置はまさにこの国家の神経系をなしていたのである。したがって、これらの所為がドイツ民主共和国において可罰的であったと主張するならば、ドイツ民主共和国は自ら麻痺せざるをえなかったという結論に至らざるをえないであろう。このような不合理を論証しようとする論法（*argumentum ad absurdum*）でおそらく十分であろう。スパイは地獄では可罰的なものとはされえない、さもなくばそこはきっと地獄ではなくなってしまうであろう。

第三の条件、実定性はかくして欠落することになる。そのことで可罰性の問題に対する否定的な解答が確定されとしても、それにも係わらず、なお最初の二つの条件とはどのような関係に立つかを検討することにしよう。

5 **国境警備兵に対する帰属可能性** 第一の条件、帰属可能性について、行為者は少なくとも葛藤の取り上げるべき原因だったといえるか否かが問題となる。その解答は、すぐ前の部分で提示した犯罪地での所為の不処罰という命題にすでに含まれている。つまり、政治が、移転の自由以外のなにものも望ま

ない人間の殺害を単に許容するだけではなく命令するような形に法を歪曲した場合には、殺害を行った者はこの歪められた秩序の所産であり、葛藤生成の一部分であって、決してその原因ではない。その原因はひどい政治にある。個々の行為者を一つの取り上げるべき原因と判断する場合には、このことが隠べいされることになり、葛藤が政治の局面の問題から個人の問題へとすり替えられることになる。

6 国家首脳への帰属可能性：法と政治 前述のことは、国境での射撃者に妥当する。しかし、これを起草し、実定法の形態にまとめ、遂行した政治の主導者については何が妥当するのだろうか。これらの者は、政治の決定的な原因であり、それゆえに第二次的な地位にある人間にすぎないとして視野から排除することはできない。しかしながら、彼らだけが責任を負うべき立場から逃げ出したのではなく、[57]また彼らは安定した政治的文化を歪めることもしなかった。むしろ、彼らは、世界の大部分から刑事的な力としてではなく政治的な力として理解されうるような政治を試みたのである。そして、すべての図書館は、共産主義的な東欧ブロックが人間の未来に対する希望と関係しているという情報を与えてくれる。確かに、大部分の著者は、この体制を希望の完全な奇形児と理解してきた。しかし、ともかくも希望の子として理解してきたのである。このような状況下でもし政治家の処罰がかたくなに主張されたとしたら、そのことにより連邦共和国は暗黙裡にその刑法典が常にすべての政治の限界であったと主張することになったであろう。だが、法が政治の枠組を決定するという自然法論は、実定法が効力を有している時代には、何によっても根拠づけられない仮説にすぎないのである。

グローバルな人権秩序の俯瞰図から判断する場合には、もちろん状況は異なっている。そのような秩序から考察すれば、射撃命令とそれに関係する国境法は、政治ではなく、犯罪であった。しかし、歴史がそのような人権秩序を生み出すことを望む者でさえ、その場合に適切な裁判権が必要となることは認めざるをえない。いずれにせよ、連邦共和国は、自らの考えを刑法を通じて実現することについて適任でなかったし現在も適任ではない。そして、犯罪地での可罰性の要請からも明らかなように、そのことを望んでもいない。保護主義とさらには積極的属人主義を同一の規範が犯罪地においても妥当している事例に制限することにより、むしろ、ある一つの国家が他の国家の秩序を変更する作用を果たすのは刑法の任務ではなく、一刑法は、なにもものも変更しないような場合、つまり同一の規範がすでに存在している場合のみに介入するのであって

—外交の任務であるということを確認している。そして、再統一によりその問題が片づけられたというのであれば、そこでは刑法の本来なんら寄与することのない政治の勝利が重要なのである。[58]ドイツ民主共和国に何らかの連邦共和国の刑法規範を理由として服従を通告した者はだれもいないのである。

7 刑罰は必要か？　かくして、三つの累加的な必要条件のうち、すでに—上述部分で数え上げたが—第三の条件（実定性）と第一の条件（帰属可能性）が欠けている。まだ残っている第二の条件、必要性についてはどうであろうか。規範の妥当性を回復するために刑罰は必要であろうか。すでに確認したように、その際に問題となるのは、人権の一般的な妥当性ではなくてドイツ国民保護のための殺人禁止の妥当性である。この問題に対する解答は明白である。すなわち、再統一によって、その問題は、認識できるかぎりでは、もはや何もすべきことは残っていないあるいはそうでなくとも少なくとも急いすべきことは残っていないといえるほど片づけられた。というのは、再統一後は、比較可能な事例、つまり過去に生じた事実が何らかの意味でその手本となることのできるような事例はもはや起こりえないからである。比較可能な動機により比較可能な被害者を殺害するといった比較可能な状況は、ドイツ刑法の妥当領域ではもはや生じえないのであるから、法の持つあらゆる予防策は意味のないものとなる。

結論は次のようになろう。すなわち、所為は犯罪地で可罰的でなかった。所為の原因は、犯罪としてよりむしろ間違った政治として理解することができる。そして、認識上十分な状況処理が行われているというのがこれである。このような結論はなお生存している被害者と殺された者の親族にとって決して満足のいくものではないであろう。そこでは、国境での射撃のみが重要なのではない。国家イデオロギーの管理者がむき出しの権力によってあるいは洗脳的なやり方で行った、百万あるいは何百万もの発展の機会の剥奪もまた重要なのである。すべてのことは刑罰なしのままに行われなければならないのか。被害者の立場から考えるならば決してそうではない。なにゆえに、被害者が犯罪地の可罰性に思いを巡らせなければならないのか。なにゆえに、被害者は、抑圧的な政治を犯罪と理解することが許されないのか。[59]さらに、なにゆえに、被害者は、行為者の処罰を通じて彼の承認してもらいたいという要求がいかに真摯なものであるかを具体的に示すことができないのか。被害者においては、状況は明らかに特別なものである。被害者は、形式的な法治国家の諸条件を知らないし、政策としてそれが何に歪められているかを知る必要もない。そして、秩序維持のため

にもはや必要のないところで、つまり復讐から処罰がなされる場合には、彼とそのことについて論争することは困難であるといわねばならない。だが、ドイツ民主共和国の国民は、かれらがアイヒマンを逮捕した時に、ユダヤ人の状況とは異なり、単に被害者というだけにとどまらなかった。さらにつけ加えれば、抑圧者を幽閉したり殺害したり、ともかくも自らの視野から遠ざけた被害者は、そのことで彼個人の矮小化に抗議しているのである。つまり、彼は復讐を行うのである。これに対し、国家は復讐を行わない。また国家は被害者の損害のみに反応するものではない。むしろ、国家は、一般の損害、つまり法違反に反応する。そして、それは、確かに、被害者が被害者として抑圧者に向けるような情動からは自由なのである。

第4章 補説：国家保護犯罪における特殊性

1 編入による無罪？ さらに犯罪行為の特別な領域を検討することとする。とりわけ反逆罪や外的安全を害する罪（刑法94条から100条aまで）については、犯罪地で同一の規範が欠けている場合にもドイツ刑法が妥当する（刑法5条4号）。この適用の拡張の根拠は明白である。そのような財の保護を他の国家が引き受けなければ引き受けないほど、その国家はそれだけ財を破壊することを目標としていることになる。したがって、この限りににおいて、すべての国家は包括的に自分自身を保護しようとしている。それゆえに、上述したような種類の所為に関しては、たとえそれがドイツ民主共和国の国民によって行われたとしても、連邦共和国の刑法が適用される。再統一後は、以前には夢にみることもできなかったようなことがつけ加わった。つまり今や、処罰する権限と並んで、実際にも行為者を支配下に置けるのである。しかし、その処罰はなお有意義といえるのだろうか。

[60]すでに述べたような法状態については、もちろん異論がある。そして、これに対しては、二種類の主張がなされている。まず第一に、編入は、所為を国内行為へと変化させたが、しかしかつてのドイツ民主共和国での無罪に対して、遡及禁止に違反することなしには統一ドイツ法による可罰性を認めることはできないという効果を伴ったものであるという主張が行われている⁽¹⁶⁾。第二に、編入によりいずれにせよ法状態は矛盾したものになったという議論がなされている。というのは、かつての連邦共和国の処罰要請とかつてのドイツ民主共和国の法による無罪とが並列しているからであるというのである⁽¹⁷⁾。この二

つの論拠は、同じ間違いに基づくものである。つまり、ドイツ民主共和国編入についての同様の考え方に基づいているのである。ドイツ民主共和国は、統一条約における特別規定の留保はあるものの—連邦共和国の法と矛盾するような法的立場を含んで編入されたのではなく、その限りで、強制的に解散されたのである。具体的にいえば、反逆罪や外的安全を害する罪の行為者に対する不処罰を取り込むことはできなかった。なぜならば、連邦共和国の処罰要請と並んでその無罪を認める場所は存在しなかったからである。文献で、たとえば、統一後もその職にとどまったドレスデンの裁判官(übernommener Richter)がドイツ民主共和国の国民に対して国家保護規定を適用する際に「このことは、われわれにとっては可罰的でなかった」といわざるをえないといったような「思考上のゲーム」が指摘される場合に⁽¹⁸⁾、まちがった理解の全貌が明らかになる。ここでは「われわれ」というのは一体誰かが問われることになる。かつてのドイツ民主共和国であることは明白である。しかし、ドイツ民主共和国は、たとえ裁判官の記憶にとどまっていようとも、その限りでは法的にはもはや存在しない。しかし、「われわれ」を[61]ザクセンの裁判官が義務に従って今日そのように理解しなければならないこと、つまり編入により大きくなったドイツ連邦共和国と理解する場合には、われわれにとり所為時に犯罪地とは無関係にそのような所為が可罰的であったことを確認するためには、刑法5条4号を見るだけで十分である。統一条約は、その点では明確化をもたらしたにすぎないのである⁽¹⁹⁾。

その可罰性は、また決して、かつてのドイツ民主共和国のスパイの方がかつてのドイツ連邦共和国のスパイ（それ自体以前よりは有利な状況におかれる）よりも不利な状況におかれることを理由として平等原則の点で挫折することもない⁽²⁰⁾。このような相違は明らかであるが、しかしそのことはこの相違を平等原則の侵害としてドイツ連邦共和国に帰属できることを意味するものではない。むしろ、このような相違は、かつてのドイツ民主共和国が自らを保護し他の国のスパイを訴追する能力を失ったという事実から生じたのである。闘争において相手のみがその力を失ったり放棄した場合には、闘争は常に不平等なものになる。しかし、この不平等さは、敗者にその弱さとして帰属されうるのであって、その勝者に平等原則の侵害として帰属されうのではない。判断は、他の領域で下されるのである。

2 刑罰は必要か？ これについてはごく手短に論じよう。ドイツ連邦共和国の保護を要求した関与者、特にドイツ連邦共和国で生活しているドイツ人

に関していえば、再統一により何らの変化も生じなかった。これらの国内の行為者は、保護のための相互関係的な給付を行うことはなかった。つまり、彼らを保護する国家に対し敬意を示すことはなかった。そして、ドイツと少なくとも領土という点で敵対するような国がなお存在するかぎりにおいて、そのような相互関係的な給付を行うという義務の受容を刑罰によって促進することは意味のあることである。

[62] ドイツ連邦共和国でのさまざまな利益を享受しなかった関与者については状況が異なる。彼らに対しては、ドイツ刑法の予告は、十分に根拠づけられ受け入れられるべき義務についての何らの警告にもならなかったし、現在でもなっておらず、まったくの強制の予告でしかないのである。というのは、なんら矛盾のある行動をしていないにもかかわらず国家の敵と判定された者は、彼が受け入れられなければならないこの国家の何らの義務にも直面していないからである。彼は、威嚇されたりあるいは強制されたりするかもしれない。しかし論理的に首尾一貫した理由づけのプロセスをとって反駁されることはありえない。刑法を外部にまで拡張することは、敵を犯罪化することであり、そのことは生存し続けるために必要かもしれない。しかし、敵にとってもまた犯罪を行うことは生存し続けるために必要かもしれないのである。換言すれば、外部の行為者に対する刑罰目的として残るのはまったくの威嚇だけである。そして、そのことによって、一体誰が何に対して今なお威嚇されなければならないのかが依然として検討されなければならないのである。

威嚇すべき行為者が実際に捕まるという蓋然性がなければ、刑罰は威嚇のためには価値がない。ここでの逮捕には特殊性がある。つまり、その逮捕は、スパイを委託した国がその敵国に編入されたことを通じて行われるのである。このことがドイツでは繰り返し起こるという可能性はなく、それゆえ他の国のスパイも比較可能な状況ではみられない。そして、その間に外部が内国化されたところでは威嚇すべきことはもはや存在しないことも明白である。

かくして、外部者に対しては刑罰要求を行使しないということにすべての事柄が賛成する。依然として若干の問題は残る。とりわけ正確には誰が外部者かに関する規定を提示するという問題が残っている。しかし、このことの詳細は、ここでは未解決のままにしておくことができよう。[63]

第5章 全体主義の克服

1 犯罪構成要件の不十分さ もしかりに犯罪地の同一の規範の存在という要請を遡及的に除去することができ、国境での殺人やその他の所為が処罰されることになったとしたら、一体そのことで何が達成されるであろうか。その場合にも、40年間の隷属状態、国民の大部分の禁治産宣告、子どもの時からの教化、他人の命令に従う下僕へと人間を作り上げることは、処罰されないままである。—ここではそのわずかなものしか記述することができないのだが—このような生存の機会の剥奪、自国民を粗暴化し墮落させることは処罰されないままである。しかもこれらのことは常に何百万ものケースで行われたのである。法治国的な諸条件をまったく度外視するにしても、この種のことを司法上は処理できないということ、とりわけ行為者と被害者とが部分的に複雑に関係している場合処理できないということは、明白である。ニュールンベルグ裁判所でさえ、その要求の点ではきわめて控えめであった。

このような状況において、まえもって、そのための犯罪構成要件を見つけることができる所為、すなわち殺人を取り出してみるならば、そこに歪曲の重点も置かれていると思われる全体像が与えられることになる。国境での殺人がなければ、おそらくなお乗り越えることができない壁と犯罪手段を回避するために綿密に考え抜かれてとられた国家安全装置とをもって、ドイツ民主共和国という国家はその主要な点において正当な状態にあったらうか。答えは明らかに否である。そのような所為は、たとえいかにそれが悪いものでも、全体主義の代替可能な一側面をなすにすぎない。それゆえ、この側面においてのみ全体主義と戦うことはできず、その全体とのみ戦うことができるのである。例をあげれば、ある建物が、アウゲイアスの牛舎よりもひどく汚染され、まわりを壁で囲い込まなければならない場合、窓を磨くことはもはや何の意味もないのである。もちろん壁で囲い込む際にそのそばにいなかった者は、その清潔さに対して有する利益をのちに窓を磨くことで具体的に示そうとするかもしれない。[64]

2 処罰による改革？ 政治的大改革を自らでなしとげた国民は、同一性を形成するために何らの裁判手続きも必要としないであろう。しかし、大改革の流れの中に投げ込まれた国民は、おそらく裁判手続きを必要とするだろう⁽²¹⁾。後者は、ナチ主義の暴力犯に対する裁判の根拠の一つになりうる。ヒッ

トラーに対する改革をドイツ人はやり遂げなかった。そういうわけで1945年以前には行われないままであった大暴君の撲殺が、肉体的に生き延びた何人かの協力者に司法の形態をとって有罪判決を下すことによって後から実行されたのである。改革は、一洗練され司法の形態をとった手続きで一法廷で進められたのである。それらの判決はすべて、牛舎を最終的に壁で囲い込むことを国の方針として選択するというコンセンサスがたとえ当初は脆弱なものであったにせよともかくも存在することを明らかにした。応報という衣装をまとして、その名の下で判決が下されるドイツ民族は全体としては正当であり被害者の一民族であったということが具体的に示されたのである。失敗をしたのは民族ではなく、災いを引き起こしたのは犯罪者たちであったとされたのである。

現在の状況にそれを転用すれば以下のことを意味することになる。すなわち、再統一に先だって改革が行われたのか、それとも単に物心両面での国家破産が生じたのにすぎないのかを判断するにあたり、依然として刑事裁判が必要だとすれば、それは国家破産があったことを示すものである。その場合に、限界づけが求められることになるが、他方で、その限界づけがまだ自明とはいえないことも明らかなのである。しかし、限界づけを自明のこととして理解することができる場合には、同時にこのドイツ民主共和国という国家がその国民に絶望的な程調和していなかったということも理解されることになろう。刑事裁判を放棄することの中には、この国家が政治的にまったく論外のものであり、克服されたものと理解されるという言明が含まれることになろう。そして、そのことによってこのような過去が克服されることになろう。

- (1) 1991年10月20日にそれは終了した。—基本法103条2項と刑法1条の条文は、2章の2で引用する。以下の刑法条文が本論文と関係する。

刑法3条（国内での所為についての効力）

ドイツ刑法は国内で遂行された所為に適用される。

刑法5条（国内の法益に対する国外犯）

ドイツ刑法は、犯罪地法に関係なく、国外で遂行された以下の所為に適用される。

4号 国家反逆罪及び外的安全に対する罪（94条から100条a）

刑法7条（その他の場合の国外犯に対する効力）

1項 国外でドイツ人に対して行われた所為については、その所為が犯罪地において刑を定められているかあるいは犯罪地がいかなる刑罰権にも服していない場合にかぎり、ドイツ刑法が適用される。

2 項 国外で遂行されたその他の所為については、その所為が犯罪地において刑を定められているかあるいは犯罪地がいかなる刑罰権にも服していない場合であって、しかも以下の各号のいずれかに当たる場合に限り、ドイツ刑法が適用される。

1 号 行為者が、所為時にドイツ人であったとき、もしくは所為後ドイツ人となったとき

2 号 行為者が、所為時に、外国人であり、国内で逮捕され、犯人引渡法がその所為の性質上引き渡しを許容したにもかかわらず、引き渡しの依頼がなされず、もしくは引き渡しが行えなかったがために、引き渡しが行われなかったとき

- (2) 体制それ自体によって訓育された行為者の責任について、基本的なものとして、*Ernst-Walter Hanack*, Zur Frage geminderter Schuld der vom Unrechtsstaat geprägten Täter, in: Verhandl. des 46. DJT, 1967, S. C. 53ff.; *ders.*, Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher, in: JZ 1967, S. 297ff.; *ders.*, Anmerkung, in: NJW 1976, S. 1758f.; *Herbert Jäger*, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, 1982, S. 163ff., 175f.; BVerfGE 54, 100 (108ff.).
- (3) Deutsche Juristen-Zeitung 1934, S. 945ff.
- (4) 妥当性の条件としての有効性について、*Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2 Aufl., 1960, S. 215ff.
- (5) *Anton Roesen*, Rechtsfragen der Einsatzgruppen-Prozesse, in: NJW 1964, S. 133f. と *Hans Welzel*, Gesetzmäßige Judentötungen?, in: NJW 1964, S. 521 (522f.) との論争を参照のこと。ナチス時代の国法原理も總統の命令について—その大部分につき—布告を要求していたという論拠（*Welzel*, a. a. O., S. 522f.）は、最高権力を掌握していた者がそのような条件を決してそれ自体本質的なものであり続けるとは認めていなかったことを看過するものである。この問題に関するその他の文献については、*Günther Jakobs*, Strafrecht AT, 2 Aufl., 1991, 4/9と注23
- (6) *Gerald Grünwald*, Die strafrechtliche Bewertung in der DDR begangener Handlungen, in: Strafverteidiger 1991, S. 31 (36). また、それ以前のものとして、*ders.*, Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht, 1971, S. 11を参照。グリェンヴァルトは、もちろん、本文とは異なり、その時々々の制度理解ということを考慮することなく実定法上の論証を行っている。
- (7) § 315 Abs. 4 EGStGB in der Fassung von Anlage I, Kap.III, Sachgebiet C, Abschnitt II des Einigungsvertrags.
- (8) なお BGHSt 27, 5ff.
- (9) BGHSt 30, 1ff.
- (10) *Albin Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 24 Aufl., 1991, Rn. 66 vor §3 und §7 Rn. 5f.; *Volker Krey/Norbert Arenz*, Schutz von DDR-

- Bürgern durch das Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland?, in: JR 1985, S. 399 (406) とそれぞれにあげられている文献。
- (11) *Reinhart Maurach/Heinz Zipf*, Strafrecht AT I, 7 Aufl., 1987, §11 Rn. 25 とそこであげられている文献。
- (12) *Georg Brunner*, Neue Grenzregelungen der DDR, in: NJW 1982, S. 2479 ff.
- (13) この点につき適切なのは, KG, NJW 1991, S. 2653 (2654f.).
- (14) *Grünwald* (注6). 最近のもので, 明らかに間違っているのは, KG, NJW 1991, S. 2653 (2654) の「一般に承認されている法治国原理と著しく矛盾する形で犯罪地法において規定されている免責は, ドイツ法による重大な法益侵害の処罰を阻止することはできない」という記述である。つまり, 犯罪地法は刑罰を規定していないのである。しかも, 刑法7条は, 犯罪地での可罰性を前提としており, 犯罪地での可罰性が単に要求されるというだけでは満足していないのである。
- (15) OLG Hamm, JZ 1976, S. 610ff.; BGH, NJW 1978, S. 113ff. さらに, *Jakobs* (注5), 5/30であげられている文献および判例。
- (16) *Erich Samson*, Die strafrechtliche Behandlung von DDR-Altaten nach der Einigung Deutschlands, in: NJW 1991, S. 335ff.; *ders.*, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (Loseblatt), 5 Aufl., Stand April 1991, Rn. 48 vor §3; *Gunter Widmaier*, Verfassungswidrige Strafverfolgung der DDR-Spione: Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG, in: NJW 1991, S. 2460 (2462); *Claus Arndt*, Das Grundgesetz und die Strafverfolgung von Angehörigen der Hauptverwaltung Aufklärung, in: NJW 1991, S. 2466ff.
- (17) *Claus Dieter Classen*, Anmerkung, in: JZ 1991, S. 717 (718).
- (18) *Widmaier* (注16).
- (19) (注7) であげた§315 Abs. 4 EGStGB の条文を参照。結論において同旨なのは, BGH, NJW 1991, S. 229ff.; BGH, NSTZ 1991, S. 429f.; *Bruno Simma/Klaus Volk*, Der Spion, der in die Kälte kam, in: NJW 1991, S. 871 (873ff.).
- (20) 異なった見解として, *Gunter Widmaier*, Strafbarkeit der DDR-Spionage gegen die Bundesrepublik-auch noch nach der Wiedervereinigung?, in: NJW 1990, S. 3169 (3171f.); KG, NJW 1991, S. 2502ff. これに反対するものとして, *Dieter Wilke*, Das Kammergericht im Irrgarten des Ostwestrechts, in: NJW 1991, S. 2465f.
- (21) 前述部分と同様にこれについて印象的なのは, *Friedrich Dencker*, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1990, S. 298ff.

（訳者付記）

本論文の原題は、Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht ? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruchである。本論文は、1990年10月3日のドイツ再統一後に生じるさまざまな法理論的問題を取り扱った Josef Isensee (Hrsg.) , Vergangenheitsbewältigung durch Recht-Dei Abhandlungen zu einem deutschen Probleme, Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte Bd. 16 (Berlin : Duncker und Hummbot, 1992) の中の1論文である。他には、Eckhard Jesse, “Entnazifizierung” und “Entstasifizierung” als politisches Problem. Die doppelte Vergangenheitsbewältigung と Ulrich Batts, Aufbau des öffentlichen Dienstes in den neuen Bundesländern-Recht und Realität の2本の論文が収められている。周知のように、ドイツ連邦共和国は、基本法23条2項により「ドイツの他の部分」であるドイツ民主共和国と「編入（加入）」という形で統一した訳であるが、現実的にはドイツ民主共和国という政治体制および法体系のまったく異なる国家がドイツ連邦共和国の政治体制・法体系の中に組み込まれたのであった。そこで、旧法体系の下で行われた行為に対して刑法はどのように対処しうかが問題となるが、そのことは刑法の社会における機能ならびにその限界を考察する格好の材料になると思われる。そのような観点から、本論文の著者であるヤコプス教授に翻訳の許可をお願いしたところ、快く承諾して下さった。ここに記して感謝したい。