

アルトウール・カウフマン記念論文集の紹介 (3)

ラルフ・ドライアー

ドイツ社会主義統一党国家における

制定法の形をした不法? —— 東独国境法を事例に ——

Ralf Dreier; Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des

DDR-Grenzgesetzes, in: Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, S. 57-70.

刑 法 読 書 会

上 田 健 二 監 修

(紹 介 者 ・ 本 田 稔)

〔紹介者はしがき〕

ここに紹介するラルフ・ドライアー(ゲッチンゲン大学)の論稿は、いわゆる「壁の射手」訴訟の刑法理論上の問題を分析

ドイツ社会主義統一党国家における制定法の形をした不法?

したものである。「壁の射手」訴訟とは、旧東独時代にベルリンの壁を乗り越えて逃亡を企てた東独市民に対して、東独国境警備兵がその逃亡を阻止するためにとった射殺行為が、統一後のドイツにおいて故殺罪として処罰可能かどうか争われてい

ドイツ社会主義統一党国家における制定法の形をした不法？

同志社法学 四六卷六号 二二六（二一五四）

る訴訟である。すでにドイツでは、この訴訟に関して、処罰を必要とする説から処罰を不可能とする説に至るまで多くの論稿が発表されている。

ドライアーも指摘しているように、この訴訟には多くの理論上の問題が内在している。国境警備兵による射殺行為の処罰を法理論的に根拠づけるためには、例えば、旧東独国家、国境逃亡を犯罪としていた東独刑法、そしてその阻止を正当化していた国境法などを法的にどのように評価するのか、さらにナチス犯罪の追及のために戦後主張されたラートブルフ・テーゼは本訴訟にも適用可能なのか、また国際人権規約（B規約）は東独においても法的効力を有していたのかなど、ナチス追及の法理とは少し趣を異にする問題がある。

いずれの問題も議論が分かれるところであるが、「壁の射手」の処罰の可能性と限界を考えるうえで、ドライアーの主張は参考になると思われる。

なお、本訴訟についての邦語関連文献としては、水島朝穂「ベルリンの壁——『もうひとつの過去』の象徴」地理第三七卷第八号六五頁以下、広渡清吾「ホネッカー裁判——『不法な体制』と法治国家」時の法令第一四三三五号三七頁以下、同「『一つのドイツ』の苦しみ——『過去の克服』とは何か」和

田春樹他編『社会主義——それぞれの苦悩と模索』二四九頁以下、石塚伸一「刑法における過去の克服と刑罰法規不遡及の原則」『下村康正先生古稀祝賀 刑事法学の新動向(下)』所収、同「(講演) ハンス・ルートヴィッヒ・シュライバー 旧東西ドイツ国境における銃器使用の刑法的責任」北九州大学法政論集第二二卷第三号二七九頁以下、川口浩一「ドイツ統一後の旧東ドイツ犯罪の処罰問題——いわゆる『壁の射手』第一判決とホネッカーの裁判について——」刑法雑誌第三三卷三三六〇頁以下、同「旧東独の『政府犯罪』の処罰と時効に関する最近の判例と立法——ドイツにおける第二の『過去の克服』問題と刑法——」奈良法学会雑誌第七卷第一号一頁以下、中空壽雅訳「ギユンター・ヤコプス 刑法によって過去の克服はできるか——政治的な大改革後の刑法の問題処理能力について——」比較法学第二七卷第二号一一七頁以下、本田稔「『壁の射手』訴訟と遡及禁止原則」大阪経済法科大学法学研究所紀要第一九号二九頁以下などがある。以下は本論文の要約である。

* * *

今世紀において最も影響力のある法哲学上の文献の一つに、グスタフ・ラートブルフが一九四六年に著した論稿「制定法の形をした不法と制定法を超える法」がある。ラートブルフは、

その中で、彼の名を冠した「公式」を作った。それは、ナチス時代の制定法の形をした不法の克服に役立った。当該文献が裏付けているように、本来的に二つの公式が重要である。「正義」と法的安定性との衝突は、規制と権力によって裏打ちされた実定法がたとえ内容的に不正で非合目的なものであるとしても、法的安定性に優位が与えられるという方向で解決されるであろう。但し、実定法と正義との矛盾が耐え難い程度に達し、その結果、制定法が『不正な法』として正義に道を譲らねばならない場合には話しは別である。……正義が一度たりとも追求されない場合、正義の核心をなす平等が実定法を定める際に意識的に侵害された場合、その制定法はおそらく『不正な法』であるのみならず、およそ法たる資格を欠いている」。

ラートブルフ公式の意味における制定法の形をした不法は、東独に存在したのか。そのことに対して、東独を「第三帝国」と同様に「不法国家」と特徴づけることが、一般に行われている。二つの国家は、欧米の現代憲法史において形成された法治国家のメルクマールを欠いていたというのである。そのメルクマールとは、人権と市民権の保障、権力分立、行政の法規性、裁判所の独立、国家権力行使の予見可能性と予測可能性である。これらは、民主主義（議会制、自由で平等な選挙、主権在民）

ドイツ社会主義統一党国家における制定法の形をした不法？

というメルクマールに結びつけられる。従って、ある国家が（民主的な）法治国家あるいは憲法国家であるかどうかの問題は、「オール・オア・ナッシング」の問題ではなく、「多かれ少なかれ」の問題であるが、しかしこのような相対化によって、全体主義的独裁と自由民主主義の原則的で根本的な類型的分類が存在しないと錯覚してはならない。法治国家・不法国家の二分法は、主として、その分類を狙いに行っているのである。その意味で、東独と「第三帝国」は、両者が全く異なるにもかかわらず、まさしく「不法国家」と特徴づけられることで一致が得られる。

このような評価が、単に政治的・道徳的無価値判断を含んでいるに過ぎないのか、それともそれに法的効果が結び付けられるのか、という問題は、比較可能性論争以上に法学的に重要である。問題になっていることとの関係で重要なのは、ある国家を不法国家と評価することが、そこには法が存在しなかったことを意味するものではない、ということを確認することである。「第三帝国」においても東独においても、法的拘束力のある売買契約や有効な婚姻は締結されていた。東独を不法国家として格付けすることからだけでは、東独には制定法の形をした不法が存在していたのかどうかという問題については何も明らかに

ドイツ社会主義統一党国家における制定法の形をした不法？

同志社法学 四六卷六号 二二八（一一五六）

はならない。むしろこの問題は、ナチスの不法の場合と同様に、個々の制定法ごとに個別的に検討されねばならないものなのである。

ドイツ社会主義統一党国家における制定法の形をした不法の問題を、ここで余すところなく論ずることはできない。刑法領域からの可能な事例は、例えば東独刑法一〇六条（国家敵対的煽動）、一一三条（旧規定・違法な国境通過）、一一五条（無頼漢）、一一九条（違法な組織結社）および二四九条（反社会的態度）である。問題は、従来からとりわけ「壁の射手」訴訟との関連で、そして特に一九八二年三月二五日の東独国境法二七条に目を向けて論じられている。同条は、特に銃器の使用を定めており、それは国境での殺害と傷害の正当化事由として考えられている。

ドイツ国境での銃器使用については、今日までにベルリン地方裁判所による四つの判決と、その後の連邦通常裁判所の判決がある。後者の判決は、壁の射手第二訴訟の上告棄却判決である。壁の射手第一訴訟判決だけが、これまで要約的に公表されているだけである。それは、ラートブルフ公式を適用して東独国境法二七条を無効と宣言している。他の地方裁判所の判決は、新聞報道によれば、この規定の法的有効性から出発しながら、

行き過ぎ行為のみを処罰している。

連邦通常裁判所は、被告人の態度が東独国境法二七条に基づく銃器使用に関する規定によって保護されていたことを確認した。「違法な国境通過」が行われた際に、国境警備兵は、あらゆる場合に、そして逃亡者の殺害という犠牲を払ってでも、壁の乗り越えを阻止しなければならない命令状態にあった。

「連邦通常裁判所は、このような正当化事由が東独においても考慮されるべきであった上位の基本的法原理を侵害しているがゆえに、それは考察の外に置かれねばならないと考える。東独は、厳格な旅券実務と出国実務によって、そして壁、有刺鉄線、立入禁止地帯、射撃命令によって特徴づけられている容赦なき国境体制によって、一般に承認され、どの国家によっても配慮されるべき生命と移動の自由という人権を重大で耐え難い方法で侵害した。この基本的人権は、市民的及び政治的権利に関する国際規約第六条と第一二条においても明確にされており、東独はそれに同意し、それに基づいて自らの国家的行為を判断しなければならなかった。

このことは同時に、東独国境法が東独の憲法的基準に従って人権適合的に解釈されるならば、同法が他人の生命を危険にさらしていない非武装の逃亡者を故殺の故意で射殺するこ

とを正当化するものではないことを意味している。それによれば、被告人は、東独の当時の正しく理解された法から見ても、違法な故殺を行っていたことになる。

基本法一〇三条二項の遡及禁止は、処罰に対立するものではない。成文法の人権侵害的解釈と適用は、遡及禁止によって保護されない。

被告人は、彼等が軍の命令に基づいて行動をとったということをも理由に免責されない。被告人の育成過程と彼等が受けた政治教育を考慮しても、逃亡者のかかる殺害が正当化されないことは、諸状況によれば明らかである。」

国境法二七条を正しく理解すれば狙撃がすでに当時の東独法により可罰的であるのに、同条が「上位の基本的法原則」を侵害しているが故に考察の外に置かれねばならないのは何故なのか、私には分からない。その規範が無効であると宣言され、引き続きその規範が「人権適合的」に解釈でき、この解釈が国境警備兵にも押しつけられねばならない、と述べられるのは何故か。無価値判断が関係しているのは、もともと規範違反的実務ではないのか。

まず、東独国境法二七条の内容を見てみる。同条一項によれば、銃器の使用は「身体に向けられた権力行使の最終的措置」

ドイツ社会主義統一党国家における制定法の形をした不法？

である。銃器は、「補助手段があろうがなからうが、肉体を用いた作用が徒労に終わるか、成功しないことが明らかな場合に」のみ使用が許される。二項によれば、「諸状況によれば、重罪の外観を呈している犯罪行為」または「重罪の疑いのある切迫した」人身侵害が、「直接的に切迫して実行されるか、またはそれが継続されるのを防止するために」銃器の使用は正当化されていた。三項によれば、銃器の使用は、「原則的に、警告射撃を呼び掛けるか、それを行うかによって告知されねばならぬ」かつた。四項によれば、非関与者の生命または健康が危険にさらされた場合、その人が外見上子どもである場合、近隣国家の高権領域が侵害されるであろう場合には銃器は使用できない。五項によれば、銃器を使用する際には、「人命は可能な限り配慮されなければならない」。以上が、規定の主要な内容である。この内容は、法の根本原則に耐え難く矛盾しているのだろうか。

この問いを肯定したベルリン地方裁判所第二三刑事部は、次のように述べている。表面的に読めば、法治国家原則に一致している銃器使用規定が問題になっているかのような印象が生じうる。だが、この印象は誤っている。連邦共和国においては、ただ現実に重大な犯罪行為が重罪と判断されているだけである

同志社法学 四六卷六号 二二九（一一五七）

が、東独の法においては、違法な国境通過は、最低二名によって同時に実行されたり、また例えば特別の激しさを伴って実行されただけで重罪になりうる（東独刑法二二三条）、と。さらにそこでは、規範の文言は「東独で当時行われていた法実務」ほどは考慮に入れられていない。公判の結論によれば、「国境警備兵は彼等の上官によって、卑劣な二重戦略の影響を受けていた」ようであった。ある場合には、国境警備兵は、ただ逃亡できないようにするために脚を撃つべきであると言われるし、また別の場合には、逃亡者を絶対通過させてはならない、国境侵犯はどんな場合でも阻止されねばならないとも言われる。「従って、多くの兵士にあつては、逃亡者を逃すよりは逃亡者を殺害する方がよく、マシンガンで非武装の者を狙撃するといふ阻止行動の限界は、結果的には顧みられなかった」。殺害がそのように希望されたのは、「当時の東独法に基づいても、個々の逃亡者を撃つことが許されていなかったにもかかわらず、兵士がたとえ射殺したとしても」、彼等は賞賛されたといふことから明らかである。銃器の使用は、結局のところ常に正当化されていたのである。むしろ射撃は、特別休暇と賞金によって優遇されていた。確かに東独憲法は、生命、身体の完全性と健康の保護を市民に保障していた。この保障と国境法の比例原則

が真摯に受け入れられていたならば、「せいぜい単発銃で脚を撃つことが許されていただけ」であろう。「とはいえ、故意の射殺は、いかなる場合にも許されるものではない」。だが、このような解釈は当時東独で支配的であった法観念に合致しない。刑事部は一九四五年以降のドイツの裁判所によって継受されたラートブルフ公式に基づいて、「この公式の原則は確かにドイツにおけるナチスの不法体制の犯罪を契機にして発展したもので、その規範の異常さの点では、ここで話題になっている事態とは比較できない」が、しかし「人命の保護は全く一般的に妥当するものであり、一定数の殺人の発生とは無関係でありうるので、問題になっている事例においても、一九四五年以降の判例に従うことには何ら疑問の余地はない」とした。

このような議論は、また一連の問題を提起する。第一に、ラートブルフ公式を適用することによって無効であると宣言された規範とは、一体どのようなものなのか。それは、国境法二七条なのか。しかしこの二七条は、裁判所自身が説明しているように、一般的な殺害の許可を内容としてはいない。その規定を東独刑法二二三条の幅広い犯罪構成要件に結びつけるだけでは、その規定が耐え難く不正なものであると説明することを殆ど正当化できない。国境法二七条は、本質的に銃器使用に比例

原則を結びつけている。とはいえ、許可されていない国境侵犯が試みられた際に、比例原則が狙撃を禁止していることは疑いない。実務は、もちろん明白かつスキャンダラスな方法でそこから逸脱していた。この規範違反的な実務は、規範に帰責されるものなのか。裁判所は、そうだとした。それは、ここでは手短かにしか論ずることのできない規範概念の根本問題に行き着く。

妥当理論によって豊かにされたラートブルフ公式の基準を内容とする規範概念を基にすれば、法的に妥当する規範は、(1)規範が秩序適合的に成立していること、(2)内容的にも上位の実定的な法に反していないこと、(3)社会的な有効性の見込みの最小限、および(4)倫理的な正当化能力の最小限を示していることが必要である。東独国境法は、東独憲法に合致して成立していた。それは、内容的にも東独の上位の法に反するものではなかった。問題なのは、同法が移動の自由を保障した市民的及び政治的権利に関する国際規約一二条に合致していたかどうかである。東独は、この規約を支持していた。だがこの規約は、圧倒的見解によれば、人民議会の承認がなかったために国内法に変形あるいは受容されなかった。そのことは、東独にはこの規約の原理を国内において有効なものとする義務があったものの、その原

ドイツ社会主義統一党国家における制定法の形をした不法？

理に反することが自動的に国内規範を無効にするものではないことを意味している。同規約によれば、出国の自由が制限されるのは、「そのことが法律で定められ、国の安全、公の秩序 (ordre public)、国民の健康、公の人倫または他人の権利及び自由を保護するために必要であって、その制限がこの規約において認められている他の権利と一致する場合だけ」である。東独の公の秩序が当時の出国制限とそれを支える国境規範を正当化するとの見解に東独が立っていたことは、白ずと明らかである。だが、公の秩序という概念を幅広く解釈することは、出国の自由を蔑ろにしてしまうであろう。また他方においては、この規約が東西の様々な人権観を認識しながら成立し、かつそれが有効なものであることが理解されねばならない。「冷戦」時代の両ドイツの国境がブロック国境であり、体制的国境であったことは、考察の外に置かれてはならない。

東独国境法二七条は、社会的有効性の見込みの最小限を持っていた。そのことは、国境警備兵がその内容を——表面的にはあっても——指示されていたこと、そして規定の「不誠実な二重戦略」にもかかわらず、比例原則が維持される可能性があったことから明らかである。確かに国境法二七条は法律違反的な実務を隠蔽するのに役立つていた。しかし、その規定を注

同志社法学 四六巻六号 二二二 (一一五九)

目に値しない「見かけ倒しの規範」と見做すことは（ラートブルフ公式はそのためには用いられない）、上述の理由から事実合致したものではないであろう。東独における不法の法治国家的克服は、東独法を差し当たり一度は真剣に取り扱うべきであった。

規範に法倫理的な正当化能力の最小限を認めうるかどうか、換言すればその規範が耐え難いほどの不正であると評価されるかどうか、さらに別の表現をすれば、西洋の人権の伝統の中で形成されたような法の構成原理に極端に反しているかどうかは、分からない。この問題を検討する場合、規範の目的と東独の法体制におけるその規範の位置が考慮に入れられねばならない。連邦憲法裁判所も、一九四一年民法法に関する第一一命令についての判決においてそれを行っている。この判決は、すなわち「第一一命令は、ナチスの人種立法とドイツおよびヨーロッパのユダヤ人の絶滅というナチズムの目的との関連において見られた場合」にのみ、正確に評価されうるとしている。東独国境法二七条は、従って国境保護規範とその目的設定の全体との関連で見られねばならない。この規範の目的は、出国の自由の厳しい制限とその自由の広範な否定を確実にすることであった。核心部分においては、一方で東独国家の存在根拠が、他方で出

国の自由の人権的・半「自然法的」地位が比較衡量されねばならない。その場合、次の諸点が考察されねばならない。

(1) 東独国家の存在根拠は、正義理念の過去一世紀に渡る議論の成果である社会主義の理念を実現しようという試みに基づいていた。この試みは、社会主義が経済的には非効率的で、政治的には全体主義的であったために失敗に終わった。その経済的非効率性は、ここでは議論の対象ではない。その全体主義が、東独を不法国家と評価する場合の対象である。とはいえ、すでに述べたように、そのことは個々の法規の非適法性について何も明らかにはしない。

(2) 東独体制の主たる不法内容を国境法二七条に負わせるなら、それは不適切な争点反らしであろう。同法は、とにかく東独の国境体制を法律的基础の上に置こうという試みであった。その基礎の定式は、国境法と銃器使用規則によれば、他の諸国と同じである。中心問題は、国境法によって裏付けられていたに過ぎない出国の自由に対する厳しい制限であった。出国の自由の人権上の地位は、東独の市民がそれを実現するためには、禁止された国境通過を行えば射殺されるというリスクを背負うという点に表されている。だがこのリスクの高さは、国境法二七条ではなく、体制がそれを無視していたことよって決定され

ていた。規範ではなく、規範の無視の中に東独国境法の本来の苛酷さがあつたのである。

(3) 問題になっている比較衡量と評価は、明らかに立場の問題でもある。その場合、世界観上の前提理解をトーン・ダウンさせるのが自然であろう。だが考慮されるべきなのは、最大限に可能な中立性の見地から法倫理的判決がなされることが、その判決の正しさの最小限の条件をなす、といことである。東独が存在していた時代の「不偏不党の観察者」の見地から判断を試みる視点が、法学による過去の克服に最も早く対処しうる。

この視点を考慮するならば、私が考えているように、東独国境法二七条は確かに法倫理的に問題はあつたが、しかしその規範的な妥当意味によれば極端な不法を表していないという結論に至る。

国境法二七条についての裁判所の判決と法理論的な学説、すなわち合法的に規範の妥当意味を具体化し発展させるような法学的意味における公的な解釈実務は東独には存在せず、また同法の解釈と適用について公的に議論された法倫理的な比較衡量も同様に存在しなかった。存在したのは、問題となつている規範の文言上の内容に明白に矛盾する著しく秘密を含んだ社会的実務であつた。私の考えでは、その実務は法的に妥当する規範

にはもはや結び付けられえない。この評価は、問題となつている規範ではなく、体制によるその無視に関連している。まさに、その実務を取り巻いていた秘密は、その実務の責任者が規範の無視を自覚していたことを明瞭に表している。従つて、国境法二七条が法学的な妥当概念の意味において妥当する法規範であつたという結論は変わらない。

この結論はすでに述べられた考察によつて確証されるであろう。国境法二七条は、刑法理論上は正当化事由である。ラートブルフ公式を用いて、あるいは国際法原則に立ち返つて、同法は初めから無効であると宣言するならば、そのことは比例した銃器使用の正当化能力に関して重大な遡及問題を提起する。比例原則に依拠しようとした国境警備兵は、遡及的に正当化事由を奪われることになるであろう。このような疑念は、それが免責可能性の水準で晴らされるのであれば、克服されるであろうが、それは実情とは異なる。規範が耐え難いほど不正なものであるという価値判断は、回避不可能であるがゆえに責任を阻却する禁止の錯誤を、規範に適合した、つまり比例した銃器使用の場合にも実際上は無視する。何故ならば、極端な不法は、良心を適切に緊張させれば、そのようなものと認識されないと殆ど考えられないからである。確かに、一方で狙撃および重

過失による致死の射撃と、他方で故殺の危険や傷害を阻却する比例した銃器使用とは区別されねばならない。しかし、ラートブルフ公式を国境法二七条に適用することは、一般的な正当化事由と責任阻却事由を侵害しない限りで比例原則に厳格に方向づけられた銃器使用によって惹起された傷害（不幸な場合には、死の結果を伴う傷害）をも正当化しえないということだけでなく、責任をも阻却しえないであろうという結論に行き着くであろう。私見によれば、それは止しくない結論である。その結論は、上述の規範にラートブルフ公式を適用することは誤った選択であろう、ということを確認する。

ここで主張された見解に従えば、つまり国境法二七条を当時妥当していた法と考えるならば、「壁の射手訴訟」では、比例していない方法でなされた銃器使用のような行き過ぎ行為のみが可罰的であるということが、今日——正しい法適用がなされていた場合には、すでに当時——明らかになる。制度化された行き過ぎに責任があるのは、「壁の射手」ではなく彼等の上官であり、最終的には東独の国家指導部である。この行き過ぎがどの程度彼等に帰責されるかは、東独国防委員会のエーリッヒ・ホーネッカーと他のメンバーに対して係争中の訴訟に関わるであろう問題の一つである。

ドイツ社会主義統一党国家における制定法の形をした不法が他の領域において存在していたかどうかは、明らかではない。確かに東独においては——多くの国家においても同様に——不正な法律が存在していた。刑罰法規に関していえば、耐え難さの限界が刑罰法規によってではなく、体制によるその無視と大量の比例的でない適用によって踏み越えられたということを、大いに推定できる。個別的事例における比例的でない法律適用は、そのことが一般的にまだ考えられる限り、不法浄化法によって克服されえ、その法による追及は、告訴によりなされ、損害賠償が命ぜられうる。体制による法律の無視は、要するに東独とその代表者から彼等自身の法律の言質をとることによって、法治国家的に最も有意義に克服されるであろう。ラートブルフ公式の鋭利な剣や「自然法」への回帰は——特にそれに結びつけられる遡及問題のゆえに——、控え目に用いられるべきであろう。

私のテーマに幾分通じる若干の所見をもって、終えることにする。それは、刑法による過去の克服の限界に関するものである。「壁の射手」つまりドイツ社会主義統一党の不法体制における最も弱い立場の構成員に対する訴訟によって、このような「克服」を始めることは、絶対良いことではなかった。そこで、

「我々は正義を求め、そして法治国家を手にした」というしばしば引用される言葉によってペーベル・ポリーが表した、東独体制の多くの犠牲者と東独の市民法学者の失望が表明される。その失望は、分かり易いものである。にもかかわらず、法治国家原則それ自体は正義思想の表現であるということが、それに対して力強くとまではないかなくとも十分に対置される。この原則、特に遡及禁止が今や東独指導部に有利に働くということは、法治国家のロジックであるのみならず、それは正義の要求でもあるのである。

一九四五年以降、当時の戦勝国によって訴訟が行われた。国際軍事法廷では、一九四五年八月八日の規則に定められた犯罪構成要件——平和に対する犯罪（特に侵略戦争の準備）、戦争犯罪、人道に対する犯罪——を適用することに對して何の疑問も抱かれなかった。但し、それに対しては遡及禁止を理由とした重大な疑念はあったのである。確かに東独は——一九六八年のチェコスロヴァキアに対する侵略への協力を別にすれば——、侵略戦争を準備しなかったし、戦争も行わなかった。しかし、東独には本当に人道に対する犯罪はなかったのか。ドイツ国境での制度化された行き過ぎがあった。私事にまで及ぶ全般的な警察体制があった。就業禁止と何千もの比例しない刑事判決に

ドイツ社会主義統一党国家における制定法の形をした不法？

において宣言され、無数の人々の生きる機会を奪った反体制派に對する訴訟があった。

この抑圧と訴訟の体制を刑法的に捉えるために、上述の構成要件が与えられている。しかし、その構成要件は遡及的に効果を持たざるをえないであろう。何故ならば、ニュルンベルクの構成要件は妥当する国際法ではないし、「人道に対する犯罪」を定める東独刑法九一条は、統一条約によって無効にされているからである。遡及的に効果を持たせることは、一九九〇年一月三日から今日までの間を橋渡しすることに過ぎず、乗り越えることのできない障害ではないであろうが、その規定は構成要件的に適切なものではない。それはニュルンベルクの構成要件よりも幅の狭いものであるし、国民的、民族的、人種的または宗教的な団体に対する人道犯罪のみを処罰しているだけである。政治的敵対者は、それが国民的団体に包摂される場合を除いて、その規範には入らない。しかしそのような包摂は、法治国家的に主張可能な解釈の限界を踏み超えてしまう。

著しい法的効果を及ぼしながら、さもなくばアムネステイの力を借りて行われる東独指導部に対する疑似ニュルンベルク裁判。それは、法学的な過去の克服の魅力ある方法であろう。しかしそのためには、法学的に有効な複数の行為を要するである

同志社法学 四六卷六号 一二五（一一六三）

ドイツ社会主義統一党国家における制定法の形をした不法？

同志社法学 四六卷六号

二二六 (二一六四)

う。手間のかかる刑法上の個人責任という、いまや選択された方法は、それによって法治国家にとって最終的に相応しいものとなるであろう。