

アンドレアス・ロート

あの時、法であったものが、
今になって不法であるなどありえない

——帝国議会議事堂放火訴訟においてマリヌス・ヴァン・
デル・ルッベに言い渡された有罪判決の破棄を
勝ち取るための闘い——

本 田 稔* (訳)

目 次

第一章	序 論
第二章	前 史
第三章	連邦共和国初期における再審
第四章	他の破棄手続の事例
第五章	2007年のヴァン・デル・ルッベ事案の判決
第六章	今日的展開
第七章	結 論

第一章 序 論

「あの時、法であったものが、今になって不法であるなどありえない」。これは、元司法大臣ハンス・フィルビンガー¹⁾の発言からの引用である。この発言は、第二次世界大戦中に軍事裁判所の裁判官あるいは検察官として関わり、1970年代末に責任追及された事件の死刑判決に関して述べたものである。引用された発言は、道義的・政治的な領域を超えて、具体的な法学的次元にまで及んでいる。裁判所の判決には形式的な法的効力があり、それがたとえ誤っていても、もはや取り消すことも、(少なくとも原理的には)破棄することもできない。しかし、法的に効力のあ

* ほんだ・みのる 立命館大学法学部教授

1) Z.B. Der Spiegel vom 15. 5. 1978, Heft Nr.20 (1978), S. 23.

る判決であっても、どの範囲であれば例外的に破棄できるのかという問題に法律家は時おり取り組んでいる。この問題を若干の事例を基にして考察しようと思う。それは1933年の帝国議会議事堂放火訴訟である。

というのも、あれから75年たった2007年の末、20世紀の法政史上の事件のなかでも最も耳目を惹きつけた一つの事件が、さほど耳目を惹きつけないまま終わりを迎えたからである。2007年12月6日の決定をもって、連邦検事局は帝国議会議事堂放火訴訟においてマリヌス・ヴァン・デル・ルッベに言い渡された判決が破棄されたことを確認した²⁾。1934年の初頭に死刑が執行されたオランダ人の権利回復の問題をめぐって連邦共和国では多くの訴訟が提起されてきた³⁾。さらに、ヴァン・デル・ルッベは単独正犯だったのか、それとも複数人による共同正犯だったのか、もしかすると帝国議会議事堂に火を放ったのは国家社会主義者自身だったのではないか。今日に至るまで歴史家を対立的な論争へと巻き込んでいる問題が歴史家の関心を引いてきた⁴⁾。以下の考察は、連邦検事局の破棄決定を受けて、様々な権利回復訴訟の歴史をたどり、それによってドイツの裁判所によるナチの過去の克服に光を当てることを目的としている。

第二章 前 史

1933年2月27日、オランダ人のマリヌス・ヴァン・デル・ルッベが炎上する帝国議会議事堂の建物の中で放火の嫌疑で逮捕された。彼に対して起こされた裁判において、彼は罪状を認め、1933年12月23日、ライプツィヒにある帝国裁判所(RG)により、故意による放火罪と行為単一性の関係にある内乱罪を理由に死刑の言い渡しを受けた(行為時に両罪に法定された最高刑はいずれも終身刑であった——訳者

2) 2007年12月19日付けの検事総長通達。Az 2 AR 187/07.

3) それについては、第三章2を参照されたい。

4) この論争に関しては以下のものを参照されたい。Giebler, Die Kontroverse um Reichstagsbrand, München 2010 mit einer Chronologie der vertretenen Auffassungen; Kellerhoff, Der Reichstagsbrand. Die Karriere eines Kriminallandes, Berlin 2008; Deiseroth (Hrsg.), Der Reichstagsbrand und der Prozeß vor dem Reichsgericht, Berlin 2006; H. Schneider, Neues vom Reichstagsbrand? Dokumentation, Berlin 2004; Bahar/Kugel, Der Reichstagsbrand. Wie Geschichte gemacht wird, Berlin 2001; Köhler, FAZ v. 22. 2. 2001; Mommsen, ZfG 49 (2001), 352-357; Backes /Janßen/ Köhler/ Mommsen, Der Reichstagsbrand. Aufklärung einer historischen Legende, München 1986; Bahar/ Kugel, GWU 1995, 823-832; Tobias, Der Reichstagsbrand. Legende und Wirklichkeit, Rastatt 1962.

あの時、法であったものが、今になって不法であるなどありえない（ロート）

による注)⁵⁾。1933年3月29日（つまり行為の4週間後）の単行法⁶⁾は、1933年2月28日以前に行われた行為に対して加重された刑罰規定（死刑——訳者による注）を適用できると定めたが、それを理由に彼を死刑に処することが認められた。1934年1月10日、ヴァン・デル・ルッペの死刑はベルリンで執行された⁷⁾。共同被告人のブルガリアの共産主義者およびドイツ共産党帝国議会議員団長のエルンスト・トルクラーには無罪が言い渡された。その判決は様々な評価にさらされ、国家社会主義者以外に満足した者はいなかった⁸⁾。

帝国議会議事堂の放火は、政治史上の重大事件でもあるが、それはヒトラーにとって基本権を部分的に制限し⁹⁾、多くの野党議員を逮捕し、その上で授権法¹⁰⁾——いわゆる権力掌握の礎石——を制定するための契機であった。

第三章 連邦共和国初期における再審

1 ラント法制の法状況¹¹⁾

すでに連合国管理委員会は、1945年10月20日、「ヒトラー体制において、政治的、

5) この判決は、今でも1つの章の1つの節として維持されている。それは、(u.a.) in: Deiseroth, Der Reichstagsbrand, S. 227 ff. に挙げられている。その判決の評価に関しては、所収のミュラーおよびダイゼロートの論稿を参照されたい。

6) Gesetz über Verhängung und Vollzug der Todesstrafe (RGRBl I, S. 151). 第1条に関しては、以下のものを参照されたい。Epping, Der Staat 34 (1995), 243-267; Werle, Justizstrafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, Berlin 1989, 73 ff.; Seebode, Streitfragen des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots im Zeitenwandel, in: JJZG 3 (2002), S. 203 ff.

7) 執行記録は、ダイゼロート（前注4）・325頁に印刷されている。

8) ナチ党広報部は次のように記している。「帝国議会議事堂放火訴訟の判決によれば、トルクラーと3人のブルガリア共産党員に対して形式的・法学的理由により無罪が言い渡されたが、その判決は民族の法感情に従えば誤判である。我々は、帝国裁判所の形式的・法学的理由を我が物とすることはできない。そのような理由はドイツの今日の国政上の法意識に決して対応していないからである。その判決が、新生ドイツにおいて再び妥当すべき真の法、民族感情に根を張っている真の法に従って言い渡されたならば、それは別の言葉で述べられたであろう」（DR 1934, S. 19）。

9) Verordnung zum Schutze von Volk und Staat v. 28. 2. 1933.

10) Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich v. 24. 3. 1933 (RGBl I 1933, S. 141).

11) それを概観するものとしては、次のものを参照されたい。Fikentcher/ Koch, NJW 1983, 12 ff. und Beckmann, JZ 1997, 922 ff. それと並んで詳しいものに、次のものがある。↯

人種または宗教的な理由により」言い渡された有罪判決を破棄するよう要請した¹²⁾。その後、アメリカ占領地区の州政府首相常任委員会によってその最初の補償法が決議され¹³⁾、所属する州によって批准された¹⁴⁾。1年後——内容的に同じ——法律がイギリス占領地区においても決議された¹⁵⁾。それによって、「宣告刑はもっぱら第2条に挙げられた規定の一つに違反していることを理由に」自動的に破棄された¹⁶⁾。ここでは、管理委員会法第1号と第10号によって廃止された一連のナチ法規が問題視されていた¹⁷⁾。

フランス占領地区には、ラインラント（1946年までプロイセンの一部で、ラインプロヴィンツと呼ばれた領域——訳者による注）では、破棄請求ができることだけを定めた法律¹⁸⁾があった。ザールラントの法状況も同じであった。ソビエト占領地区では、「ソビエト軍政府長官命令」第228号（1946年）が、抵抗運動家に対するナチの有罪判決は無効であるという指令を出した¹⁹⁾。ソビエト占領地区では、1946年から1949年まで1485人の有罪判決が破棄され、その後はわずかな個別事案に関する判決が破棄されただけであった²⁰⁾。

占領地区の諸規定は、基本法125条2項に基づいて連邦法の一部として効力を有することが認められた。

最終的に、1951年、刑法領域における国家社会主義の不法を補償するための法律（Gesetz zur Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts auf dem Gebiete des Strafrechts = WGG）がベルリンで公布された。それは、「ヴァン・デル・ルッ

↘ Vogl, Stückwerk und Verdrängung. Wiedergutmachung nationalsozialistischen Straftatunrechts in Deutschland, Berlin 1997.

12) Proklamation Nr.3, Art. II Nr.5, Abdruck in: Henken, Sammlung der vom Alliierten Kontrollrat erlassenen Proklamationen, Gesetze, Verordnungen, 3. Aufl. 1946.

13) Gesetz zur Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege vom 17. 4. 1946 (Sammlung des Länderrats, S. 67, abgedruckt bei Vogl, S. 341 ff).

14) Bayerisches GVBl. 1946, 180; Württ RegBl. 1946, 205; Hessen GVBl. 1946, 136; Bremen GBl. 1947, 84.

15) Verordnung über die Gewährung von Straffreiheit vo. 3. 6. 1947 (VBl. für die britische Zone, S. 68, abgedruckt bei Vogl, S. 345 ff).

16) §9 Abs. 1.

17) 問題になった法律と命令は、合計で44あった（aufgezählt bei Beckmann, JZ 1997, 92 f. mit einer kritischen Würdigung）。

18) Gesetz v. 23. 2. 1948 (GVBl., 117, abgedruckt bei Vogl (Fn. 9), S. 351 ff).

19) Abgedruckt bei Vogl (Fn. 11), S. 355. その適用領域に関しては、151頁を参照されたい。

20) Vogl (Fn. 11), S. 172 f. ここでは、ほとんどの該当者は請求を行っていた。

あの時、法であったものが、今になって不法であるなどありえない（ロート）

べ事件」に適用できる法律であった²¹⁾。同法1条1項によれば、1933年から1945年までの時期に刑事司法の領域において言い渡された裁判所の判決は、

「……判決が、国家社会主義の強化に奉仕し、または国家社会主義思想を徹底することを目的とした規定に基づいていることが明らかな場合、または判決が政治的、人種的または宗教的な理由に基づいて言い渡された場合」、
破棄できるとされていた。

破棄は、自動的にではなく、請求に基づいてなされるだけであった。その法律は、「残虐または重すぎるの刑罰に関しては」、「適正な程度」に引き下げることができるとする規定をも設けていた（1条2項および3項）。それによって処罰を定めた規定を全面的に廃止せずに、判決を変更できるようになった。

法状況が統一的でなかったのは、先に挙げた点だけではなかった。請求は必要条件なのか、それとも職権による措置は可能なのかという点についても、法律によって異なっていた。結局のところ、内容的な条件は不均等であった。破棄によって利益を受けるのは、抵抗運動家であったり、政治的被害者であったり、また特殊な国家社会主義的規範を適用された人々であったり、様々であった。

2 ヴァン・デル・ルッベ事件の手続

(1) 1955年の最初の試み

1955年、元死刑囚の兄弟のイェン・ヴァン・デル・ルッベがベルリン州裁判所に対して、刑法領域におけるナチの不法を補償するための（ベルリン）法律第1条に基づいて帝国裁判所判決の破棄を請求した²²⁾。もっとも、請求は法律の公布後1年以内に行えるだけであった（§4 Abs. 2 WGG）。その限りでは、請求にはすでに期限が設けられていた。ただし、彼の請求は認められた。というも、その請求はナチの迫害の犠牲者の補償のための連邦法（Bundesgesetz zur Entschädigung der Opfer nationalsozialistischer Verfolgung²³⁾）に基づいて権利の回復を求めたものであり、それによって補償請求をも実現する目的を伴っていたからであった。後の連邦補償法²⁴⁾は、その請求期限を1958年10月1日まで延長したので、その限りでは

21) Gesetz vom 5. 1. 1951 (VBl. Berlin 1951 1 Nr.2, S. 31). その法令は、(注9) フォークル・359頁に掲載されている。

22) Vorige Fn.

23) Auf Grundlage des Bundesgesetzes zur Entschädigung für Opfer der Nationalsozialistischen Verfolgung (Bundesentschädigungsgesetz) vom 18. 9. 1953 (BGBl. I, 1387).

24) Änderungsgesetz des Bundesentschädigungsgesetzes, § 44 Abs. 1 (RGBl. I, S. 559). ↗

ヴァン・デル・ルッベの側からの請求はこの期限の終了前に行われていたことになる。しかし、州裁判所の見解によれば、請求人は判決の破棄請求を補償目的のために主張していることを証明しなかったので²⁵⁾、破棄請求も認められないと指摘された。何故ならば、刑事判決の破棄が認められるのは、補償目的に基づいている場合だけだからである。判決の破棄が認められるためには、判決を破棄または変更しなければ補償が受けられない旨の補償庁の「明示的な書面による所見」を提出しなければならなかった²⁶⁾。しかしながら、請求人は補償庁の対応する所見を提出しなかった。この消極的な決定に対して抗告したが、1958年8月27日、ベルリン高等裁判所によって棄却された²⁷⁾。

(2) 1960年代半ばの部分的成果

1965年に破棄請求の除斥期間が廃止された後、新たなスタートを切ることが可能になった²⁸⁾。それに基づいて死刑囚の兄弟は、ベルリン州裁判所に新たに請求した。裁判所はもはや判断を回避することは許されなかった。請求は、1933年判決の完全破棄を請求している検事長の態度表明によって支援された²⁹⁾。彼は、帝国裁判所を「政治的な目的司法」と評価し、裁判所が内乱罪を理由に有罪にした際に保護法益と見做したのはワイマール憲法ではなく、「アドルフ・ヒトラーおよび我が党が仮借なしに実践した権力要求」³⁰⁾であるという考えを明らかにした。さらに帝国裁判所は、刑罰法規の適及禁止原則に違反していた³¹⁾。放火罪を理由に有罪にした際においても重視されていたのは政治的な判断であった。有罪判決は、ヴァン・デル・ルッベの政治的動機を理由としたものであった。このように主張した。

州裁判所は、内乱罪の点に関してはこの説明を支持した³²⁾。当時のナチの統治権の担い手に対する暴力を伴う暴動の惹起は、今日的視点(1966年)から見れば、合法的な抵抗運動であったといえるので、暴動を理由とした有罪判決は政治的に動機

↘ベルリンでは1958年10月1日に延期した。VBl. Berlin 1956, S. 764.

25) Beschluss des LG v. 3. 5. 1958 - 2 P. Aufh. 473. 55.

26) 当時のベルリン高等裁判所の判決はそのように述べている (Beschlüsse vom 30. 4. 1956 - 1 Ws 182. 56, vom 11. 12. 1957 - 1 Ws 674. 57 und in der Sache van der Lubbe - 1 Ws 397. 58)。

27) 1 WG AR 68. 55 - 1 Ws 397. 58.

28) Gesetz vom 14. 9. 1965 (GVBl 1965, S. 1258 = BGBl. I, 1315).

29) Generalstaatsanwalt v. 8. 12. 1966 - 1WG AR 3. 66.

30) Vorige Fn., S. 9.

31) Vorige Fn., S. 11 f.

32) Beschluss des Landgerichts Berlin vom 20. 4. 1967 - 502/2/ P. Aufh. 9/66, S. 18.

あの時、法であったものが、今になって不法であるなどありえない（ロート）

づけられていた。「それゆえに目論まれた重罰は、成立し続けることは許されない」³³⁾。このように述べた。しかし、州裁判所は他方において、放火罪を理由とした当時の有罪判決に文句を付けることはできないと考えた。行為者の政治的動機だけで破棄を正当化することはできない³⁴⁾。立法者の目的は、抵抗運動を事後的に正当化することではない。そのことは、文言（「政治的な理由から行われた」）からも、また補償法目的（……刑法によって政治的に規制された者を保護するのであって、確信犯ではない）からも明らかである。このように述べた³⁵⁾。

結果としては、1967年4月20日の決定によって死刑は破棄された。正確に言うると、市民的公民権の剥奪は破棄され、死刑は懲役8年に引き下げられた。

請求人も、検事長も、ヴァン・デル・ルッベの完全な権利回復を獲得するために上訴手段に訴えたが³⁶⁾、結果的には何の成果も得られなかった。ベルリン高等裁判所は、1968年5月の決定によって抗告を棄却し³⁷⁾、そのうえで旧帝国裁判所の判決が完全に正当であると評価していること、死刑の判断を変更するにあたって政治的な判断、つまり国家社会主義者の影響を受けたことは重視されないと理解していることを理由において示した。高等裁判所は、ヒトラーが当面する1933年の選挙に勝利することは確実に予測しえたことを前提にし、その限りで言えば、帝国裁判所の判決は説明可能であり、当時の共産主義者の蜂起が危険であったという理解もまた正当であった。それ以外の点では——高等裁判所が述べているように——帝国裁判所が政治的考慮によって指揮されていたと云々して、それを帝国裁判所の責めに帰そうというのは筋違いである。高等裁判所は、このように述べた。裁判所は、帝国裁判所が政治的な理由から判断したのではないことを裏付ける国家社会主義者の判決に対する反応を引用した。

「ヒトラーが合法的に帝国宰相に任命されたという事実は、論争の余地がないほど確定している。同様に国家社会主義者が1930年から1932年までの選挙において獲得した桁外れの得票数は、ドイツ民族の大多数が当時ヒトラーを信任したことを証明している。……もしかすると共産主義者の蜂起が起きるかもしれない。それはヒトラーを追放することによって合憲的秩序を保護ないし再建する目的に資する

33) Beschluss des Gerichts (vorige Fn.), S. 19.

34) Beschluss (vorige Fn.), S. 25.

35) Vorgige Fn., S. 30.

36) 検事長はさらに帝国裁判所が判決に際して依拠している政治的な目的思考の多くの点を指摘した (Begründung v. 31. 7. 1967 – 1 WG AR 3. 66)。

37) Beschluss des KG vom 17. 5. 1968 (vorige Fn., S. 5 f.)

ものではなかったのではないか。むしろ憲法を破壊するもて自らの権力掌握を目論みただけであったのではないか。……それ以外の点で、帝国裁判所が判断を示すにあたって政治的な考慮によって指揮されていたと云々して、それを帝国裁判所の責めに帰そうというのは筋違いである。……当時の権力者は、あからさまに判決に怒りの表現を与えたのである」³⁸⁾。

逆にいうと、他の判断をすることは、帝国裁判所にはあり得なかったのである。

高等裁判所の歴史分析は、人を驚愕させる。高等裁判所は、1933年という年の歴史的评价を行ったが、その評価は非常に問題があった。なぜなら、それは最終的には帝国裁判所の裁判官による政治状況の評価を正当なものとして想定しているからである。しかし、それは少なくとも歴史家にとっては物事を知らない者がする主張である。いずれにせよ、国家社会主義者の宣伝³⁹⁾が無批判に議論の中に取り入れられている。帝国裁判所が非政治的な判断をしたという事実に対して権力者は不満であったというが、そのことから導き出された結論は至極単純なものである。なぜなら、帝国裁判所に対する不満は、無辜を罰したという点にはなかったからである。政治的な理由なしに判決を言い渡した場合と比べると、それよりも重い刑罰が(権力者にとって有利になるよう)——事実上の——行為者に対して言い渡されているが、その時点ですでに政治的であったと言える。帝国裁判所が捜査において他の共犯者の捜索を意識的に行わなかったのであるから、そのように主張する根拠は十分に存在するであろう。ヴァン・デル・ルッペは操り人形ではなかったのか、ナチス自身もそこにいたのかという点については、今日まで証明されていないが⁴⁰⁾、帝国裁判所はそのことを考慮に入れなければならなかったのである。それにもかかわらず、それはなされていない。

ところで、「政治的な理由からの」判断という概念は正体不明であり、過去数十年のあいだ非常に多様に評価されてきた⁴¹⁾。1946年ヘッセン法は、これについて、すでにその文言によって態度を変えたが(「国家社会主義と軍国主義に対する抵抗を指導した政治的行為は処罰されない」)、ベルリンの法律(1951年)は、判決それ自体が政治的な理由から言い渡されていなければならないことを要件として求めた

38) Kammergericht Berlin vom 17. 5. 1968 (vorige Fn., S. 5 f.).

39) Vgl. oben Fn. 8.

40) この問題に関しては、(前注4)の引用文献を参照されたい。

41) その概念は、被害者の補償問題において固有の意味を持っている (Pawlita, "Wiedergutmachung" als Rechtsfrage?, Frankfurt 1993, S. 339 ff.). 次のものも参照されたい。Päuser, Die Rehabilitierung von Desertieren der Deutschen Wehrmacht unter historischen, juristischen und politischen Gesichtspunkt, München 2005, S. 154 ff.

あの時、法であったものが、今になって不法であるなどありえない（ロート）

が、そこでは高等裁判所の確定した判決が言うように行為者の主観的動機が完全に無視されている。とはいうものの、今日では先に言及した1967年以降のベルリン高等裁判所の判決——それによると同裁判所は、帝国裁判所の側に政治的な理由があったことを確実に否定しようと確信している——は見当違いも甚だしい。死刑の遡及適用もまた、この関連において見なければならぬ。ただし、そのような刑法適用が妥当する法に違反していたと一義的に言えないことだけは確実に言える。なぜなら、そこでは刑の加重が問題になっているが、可罰性それ自体は行為時において確定されていたからである。それでも、この範囲にまで刑罰を加重し、それを遡及適用することは、法治国家の基準に一致するはずはない（帝国議会議事堂放火事件の時点において妥当していたワイマール憲法116条の罪刑法定主義は、行為時に行為が可罰的である限り、事後に加重された刑罰をその行為に科せると規定していると解釈できたため、ヴァン・デル・ルッペに対して行為後に加重された死刑を遡及適用しても憲法違反にはあたらない可能性がある——訳者による注）。

問題の多い第2の論点は、抵抗運動を今日の視点から正当化するのか、それとも指弾するのかという評価の点に関わっている。ベルリン高等裁判所は（同様にその判決において次のように）考えている。

「……もしかすると共産主義者の蜂起が起きるかもしれなかった。それはヒトラーを追放することによって合憲的秩序を保護ないし再建する目的に資するものではなかったのではないか。むしろ憲法を破壊するもとの自らの権力掌握を目論んだだけであったのではないか」。

抵抗運動の意図は、必ずしもそうとは言えないのではないか。このような視点から見なければ、1944年7月20日の暗殺計画もまた正当化されなくなり、処罰されてしまうであろう。それによって、判決の破棄は否定されてしまうのだろうか。

ベルリン高等裁判所は、その当時の有罪判決を正当化したのは革命の意図があったということを前提にした。しかし、それはヒトラーの支配の合憲性を前提にしているがゆえに、すでに疑問であると見られていた。他の裁判所は（連邦憲法裁判所もまた）抵抗運動がその当時、支配に対する抵抗として相当であったのか、それとも——逆に——非難に値する心情に帰せられる行為であったのかについて問題にした⁴²⁾。連邦通常裁判所は、連邦補償法に関する判決のなかで、次の点に基づいて抵抗運動を判断した。

42) LG Hamburg v. 30. 12. 1974, abgedruckt in : Demokratie und Recht 1983; kritische dazu Officors, ebenda, S. 174 ff.

「……その動機、目標設定および成功の見込みによれば、既存の不法状態を除去するための真摯で有意義な試みであったと評価することができる……」⁴³⁾。

これが正当な判断基準であるかどうかは、今日疑わしいかもしれない⁴⁴⁾。少なくともこの判決は、ベルリン高等裁判所がその当時知っていなければならず、もし知っていたならば、帝国裁判所の判決の根拠をより深く調べる機会になったに違いない。

後者のベルリン高等裁判所は、個別事例を引き合いに出して歴史分析し、それに結び付けて倫理的に評価することを予定している。まさに逮捕しようとした親衛隊員を射殺した場合、それは抵抗運動なのか、それとも非難されるべき行為なのか。そのような行為が1933年に行われたことが重要なのか、それとも開戦後に行われたことが重要なのか。この問いは、すでに千年来、哲学者、神学者および法律家によって議論されてきた抵抗権の原則問題へと行き着く。その限りで言えば、専制政治に関するアリストテレスの教えが基本になる。それによれば、専制君主が自己の利益しか追求しないとき、それに対する不服従が認められる⁴⁵⁾。強奪者と合法的に権力の座に着いた専制君主とを区別し⁴⁶⁾、前者に暴君謀殺論⁴⁷⁾を発展させたトマス・フォン・アクィナスを經由して、その後は(集中的に抵抗権について考察された)啓蒙期までに暴君放伐論に対応する思想が生み出された。例えば、モンテスキュー⁴⁸⁾がそうであり、イギリスでは⁴⁹⁾、例えばジョン・ミルトン⁵⁰⁾、後にアメリカ

43) BGH NJW 1962, 195.

44) Dux, Demokratie und Recht 1980, 262 f.

45) Stütler, Das Widerstandsrecht und seine Rechtfertigungsversuche, in: Kaufmann, Widerstandsrecht, Darmstadt 1972, S. 24 ff. もっともアリストテレスは、暴君謀殺を明示的には正当化しなかった (Kaufmann, Vom Ungehorsam gegen die Obrigkeit, Heidelberg 1991, S. 40). Vgl. auch Hüllen, Historisches Wörterbuch der Philosophie Band 10, Darmstadt 1998, Tyrannis, Sp. 1611 ff.

46) Dilcher, HRG-Widerstandsrecht, Band 5, Berlin 1998, Sp. 1355.

47) それについては、次のものを参照されたい。Winters, HRG-Monarchomachen, Band 3, 1984, Sp. 630 f.; Dilcher (vorige Fn.), Sp. 1359 f.

48) Persische Briefe (dt. von Montfort), Wiesbaden 1947, S. 193 f. 「ところが、ある君主が臣民に幸福な人生を送らせることなど全く考えず、彼らを抑圧し、抹殺しようとするなら、服従の根拠は失効している。彼らを拘束するもの、彼らを君主につなぎとめるものは何もない。彼らは、その自然の自由へと戻っていく。」s.a. Rousseau, Contrat social III CX (Weinkauff, Über das Widerstandsrecht, Darmstadt 1972, S. 401 f.).

49) von Friedeburg, Widerstandsrecht, Historisches Wörterbuch der Philosophie Band 12, Darmstadt 2004, S. 715 ff.

50) Salomon-Delatour, Moderne Staatslehren, Neuwied 1965, S. 256 f.

あの時、法であったものが、今になって不法であるなどありえない（ロート）

カではトーマス・ジェファーソンがそうである。法的な合法性と道徳的な正当性が分離されている点が、全ての萌芽に共通している。専制君主による権力掌握の合法性が重要な役割を果たすのかどうか⁵¹⁾時おり問題にされているが、それは全面的に否定される。この点に従う限り、専制君主それ自体を非合法的なものと見做す以上、支配のための理論的基礎は、その全体にわたって疑問視される。専制君主によって創り出された法規範は、どのようなものであっても疑念を呼び起こす。それが表面上中立的な構成要件に関連している場合でも同じである⁵²⁾。道路交通規則に反して行われる抵抗は、確かに滑稽で情緒的であるが、それでも道路交通を管理する国家の官吏に対する抵抗は、道路交通であっても公共の秩序の一部への抵抗であるがゆえに政治問題化される。ヴァン・デル・ルッペの放火行為の場合、この意味における抵抗運動は少なくとも念頭に置かれていなかった。ベルリン高等裁判所は、ここで示唆された疑問のいずれにも言及しなかった。

(3) 3回目の請求

新たな試みが、死刑囚の兄弟によって着手された。今回は、フランクフルト・アム・マインのロベルト・ケンブナー検事⁵³⁾が代理人を務め、裁判の再審請求が行われた。彼はまず、刑事訴訟法13a条に基づいて再審を管轄する裁判所を特定するために、連邦通常裁判所に訴訟を起こした。連邦通常裁判所は、これを棄却した。なぜならば、補償法2条2項により、ベルリン州裁判所に管轄権があることが根拠づけられていたからである⁵⁴⁾。

再審請求人は、これに基づいてベルリン州裁判所に向かった。そして、現に1980年12月15日の決定において——検事局の否定的な態度表明に反して⁵⁵⁾——マリヌ

51) そのようにトマス・アクィナスは説く（Hüllen, Historisches Wörterbuch der Philosophie, Sp. 1611）。

52) もっとも、そのことをもって、この体制において言い渡されたあらゆる判決が不法であるという結論にはまだ至らない。

53) ケンブナーは、ニュルンベルク裁判における共同訴追官として有名になった。ケンブナーの人物については、Niederstucke: Robert M.W. Kempner-Gedeneken in Berlin und Osnabrück aus Anlass seines 100. Geburtstages, Osnabrück 2000; Gegen Barbarei. Essays Robert M. W. Kempner zu Ehren (Hrsg.), Eisfeld/ Müller, Frankfurt 1989; Kempner in Zusammenarbeit mit Friedrich: Ankläger einer Epoche: Lebenserinnerungen, Frankfurt/M. 1986.

54) 2. Strafsenat, Beschluss vom 25. 4. 1974 - 2 ARs 105/74.

55) Vom 12. 12. 79 - 2P. Aufl. 9/66.

ス・ヴァン・デル・ルッペは完全に無罪であると言い渡した⁵⁶⁾。裁判所は実際にも、帝国裁判所の判決は国家社会主義の思想に依拠していたと説明した。死刑が執行された有罪確定者が実際に実行した行為は、可罰的な放火行為であったが、帝国裁判所は、その行為に関して他の共犯者への捜査に関してさえも一面的な態度をとったと認定された⁵⁷⁾。帝国裁判所は、証拠調べにあたって事実的かつ法学的な議論の前提を置き去りにした。帝国裁判所の理由づけは、政治的な性質のみで一面的であった。最終的に判決は政治的な部分と非政治的な部分とに分割されず、それゆえ放火を理由とした有罪判決もまた破棄されなければならない。さらに、行為者の政治的動機もまた補償法の破棄決定にあたって顧慮しなければならない。このように判断したのである⁵⁸⁾。州裁判所はこれらを理由にヴァン・デル・ルッペを死後に無罪とした⁵⁹⁾。ドイツ連邦中の全ての大新聞において、この無罪判決が議論された。外国でも同じであった(例えば、フランクフルター・アルゲマイネ、フランクフルター・レントシャウ、南ドイツ新聞、シュトゥットガルト新聞、ディ・ヴェルト、ニューヨーク・タイムズ、ワシントン・ポスト)⁶⁰⁾。これらはいずれも判決を歓迎した。

この無罪判決に対して検事局は控訴し、1981年4月21日、それはベルリン高等裁判所によって受理された⁶¹⁾。同裁判所は、刑事訴訟法359条と補償法に基づくならば、再審手続に許されない混乱があると指摘した。請求は刑事訴訟法に基づいて再審に向けられているだけであり、その手続の管轄はベルリン州裁判所にはないというのである。1974年の連邦通常裁判所の判決の内容は、補償法に基づく管轄権は再審手続の管轄権をも根拠づけているというものであったが、その限りで言えば、高等裁判所はその判決に正面から違反していた。高等裁判所が言うには、請求は認められず、新たな破棄請求であっても考慮に値しない。というのも、この手続は法的効力を持っていないからだというのである⁶²⁾。結果的に破棄されたのは、無罪判決

56) 510-17/80.

57) Begründung, S. 12.

58) Begründung, S. 14.

59) Beschluss vom 15. 12. 1980 - 510 - 17/80.

60) Alle vom 30. 12. 1980.

61) 2 AR 232/79 - 4 Ws 53/81 (NSTz 1981, 273).

62) この判決は、マスコミ関係者に対して、ドイツの過去の司法を通じた克服を批判的に考察するきっかけを与えた(z.B. Frankfurter Rundschau [23. 4. und 24. 4. 1981: マルティン・ヒルシュ憲法裁判所判事のインタヴュー], Frankfurter Neue Presse [23. 4.], ベルリン高等裁判所はそれを支持した。FAZ v. 9. 5. 1981)。

あの時、法であったものが、今になって不法であるなどありえない（ロート）

の方であった。

その結果、法律家でない者にはほとんど理解しえないものもたらされた。連邦通常裁判所は、高等裁判所決定を不服とする抗告は認められないとして差戻した⁶³⁾。なぜなら、高等裁判所に管轄権があるからである。高等裁判所の裁判官のうち2名の裁判官は法の理解が誤っていたため管轄権がないと説明した。そのため忌避されたが、その説明は高等裁判所によって根拠がないとして棄却された⁶⁴⁾。それを踏まえてヴァン・デル・ルッベの件は改めて連邦通常裁判所に抗告された。連邦通常裁判所第2刑事部は、刑事訴訟法13a条に基づく管轄裁判所を特定するのを拒否した。何故ならば、再審対象は帝国裁判所の判決であり、その管轄権はすでに高等裁判所にあったからである⁶⁵⁾。帝国裁判所はライプツィヒに開設され、もはや（当時においては）ドイツ民主共和国の一部であったために、連邦通常裁判所は、法的統一性の再確立のための法律8条3項88号を介して、帝国裁判所を代表し、（裁判所構成法120条に基づいて）連邦通常裁判所の管轄を高等裁判所に移管したというのである。

それゆえ、請求人のところでは、あらためてベルリン高等裁判所に請求する以外になかった。しかし、再審は即座に拒否された⁶⁶⁾。高等裁判所は、連邦通常裁判所は一般的に言って帝国裁判所を代表していないと主張した。閉鎖された帝国裁判所のための補充的な管轄権は、再審手続の場合は根拠がないため、帝国裁判所の判決を再審することはできなかった。このような法の欠缺は、有罪確定者が外国人であったために（§ 17 Abs. S. 2 ZEG）、裁判所によって補完することはできなかった。連邦通常裁判所の決定は、高等裁判所に対して拘束力を持たなかった。それに対する抗告は連邦通常裁判所第3刑事部によって判断が示されていた。このように主張したのである⁶⁷⁾。第3刑事部もまた高等裁判所に管轄権があると見なしたが、ヴァン・デル・ルッベには再審を正当化するだけの理由がないと考えていた。従って、再審手続は共和国では行えないというのが最終的に法的効力のある判断であった。

我々が見ているのは、40年を超えて特徴づけられた一つの態度である。すなわち、ナチ時代の司法の判断に評価を加えることなく「そのまま」にしておくという態度である。「ナチの同僚」と親しくなりたいという動機は1960年代には決定的に

63) Beschluss vom 21. 4. 1981 - 2 ARs 117/81 (NSStZ 1981, 489).

64) Beschluss vom 3. 5. 1982 - 4/2 ARP 132/82-3.

65) BGH v. 22. 12. 1981, MDR 1982, 424.

66) Beschluss vom 20. 12. 1982 - 2 ARP 18.

67) Beschluss vom 2. 5. 1983, BGHSt 31, 365 = MDR 1983, 859.

大きかったが、この時点(1980年代初頭)においては、誰もそうしたいと思う者などいなかった。それだけに、このように「そのまま」にしておくという躊躇した態度は説明不可能である。その躊躇のなかに実証主義の見解が表れているのか、それともむしろ集団による排除が表れているのかは明らかではないが、おそらく両者であろう。

今回、1967年以降のベルリン決定を裁判沙汰にする最後の試みもまた、当時の決定は法的に有効であるがゆえに、ベルリン州裁判所によって認められないとされた⁶⁸⁾。その結果、その後20年間、この問題はそのままの状態に置かれた。

第四章 他の破棄手続の事例

比較検討するために、少なくとも2、3の破棄手続について手短かに言及したい。プレーメン事件(1987年判決)⁶⁹⁾においては、同じように放火を理由とした有罪判決が問題になった(特別裁判所は1942年に16才の少年〔氏名はヴァルターヤン・ブロベール〕に有罪を言い渡した)⁷⁰⁾。プレーメン州裁判所は、当時の有罪判決が国家社会主義の見解だけに従ったのではないにもかかわらず、それを全面的に破棄した。何故ならば、有罪判決は刑法の放火罪規定および民族敵対者令(VSVO)3条に基づいていたからである。さらには、有罪判決の最後のくだりには、「典型的な人種主義および国家社会主義の思想」が含まれていた。ポーランド人の少年が問題になっていたので、プレーメンの裁判官は少年法が適用されなかったことにそれを見出した。

さらに、内乱罪を理由とした1943年執行の死刑判決の破棄が認められた⁷¹⁾。内乱罪の規定に基づいた有罪判決は、いかなる場合にも破棄されなければならない。何故ならば、その刑罰は本質的に1933年2月28日のドイツ民族への反逆および内乱的暴動を禁じた命令によって設定され、その規定は管理委員会によって廃止されたからである、というのがその理由であった。原審は、判決理由が不法な法律に基づいていたということでは十分ではない(それは判決の主文でもあったと思われる)と考えたが、ベルリン高等裁判所はここではより大らかであった。「内乱罪構成要件

68) Beschluss des LG Berlin v. 26. 1. 1984.

69) LG Bremen NJW 1988, 2903.

70) この事案に関しては、次のものを参照されたい。Schminck-Gustavus, Das Heinweh des Walterjan Wrobel. Ein Sondergerichtsverfahren 1941/42, 1986.

71) KG NJW 1997, 953.

あの時、法であったものが、今になって不法であるなどありえない（ロート）

とその適用の制限のない可能性こそが、国家社会主義の権力者がその支配を確立する際の特別に適した手段であったことは明らかである。]

1991年、シュレースヴィヒ上級州裁判所は、その後の手続において、横領を理由にした有罪判決が民族敵対者令4条に基づいていたことを理由にそれを破棄した。同条には固有の独自の構成要件が定められており、それは単なる加重類型だけを規定したものではなかった。ただし、窃盗および文書偽造に科された刑についてはこの限りではなかった。その刑罰は正当に科されたものだった。このように述べた。

次の2つの比較可能な事案において、ある問題が裁判所に提起される。それは、1933年以前において、また連邦共和国において、現行法上可罰的な行為を理由に言い渡された有罪判決をどの程度の範囲において破棄できるのか、あるいは破棄すべきなのかという問題である。2つの事案において問題になったのは、第二次世界大戦中の犯罪構成要件である。窃盗罪と民族敵対者令違反の罪である。後者は疑うまでもなくナチの不法な法規であった⁷²⁾。それにもかかわらず、そのナチの法規は窃盗罪のような今日の刑法においても処罰される数多くの行為に刑罰を科していたのである。

一方の事案では、ある男性の行為者が爆弾で破壊された（それゆえに住人のいない）住居に2度にわたって侵入し、そこで家財道具とその他の物を「窃取」した。シュレースヴィヒ上級州裁判所は、有罪判決を破棄すべきと判断する根拠として、民族敵対者令が適用されたことを挙げた。というのも、その判決は一義的に国家社会主義の思想によって鑄造された固有の構成要件を作り出した法律に依拠していたからである⁷³⁾。それゆえ、問題とされる行為が、今日においても、なお可罰的であることは破棄を妨げるものではない。

他方の手続においては、郵便局で仕分けを担当していた私書箱係の女性従業員が、たびたび小型小包をこっそりと抜き取り、その内容物を横領したとして起訴された。この女性もまた——先の男性と同じように——1941年に特別裁判所によって民族敵対者令違反の罪を理由に死刑にされ、執行された。しかし、この女性の事例では、ドュッセルドルフ上級州裁判所は、郵便の内容物の抜き取りは、その後の今日においても、どの裁判所によっても処罰されてきた行為であるとの考えを示し、それゆえ「……この有罪判決の前提には、国家社会主義の思想だけに基づいて処罰される行為があるわけではない」。民族敵対者令を適用したことは、有罪判決の言

72) この命令は、1946年に管理委員会によって廃止された（Gesetz Nr.11 unter f）。

73) OLG Schleswig, NJW 1992, 926.

い渡しを妨げるものではない。さらに、この女性はその行為を領得意思に基づいて行ったのであるから、それは有罪判決を破棄させることにはならない⁷⁴⁾。

これら2つの判決は、1990年代の初頭に言い渡され、いわゆる不法判決を確認するうえでの板挟み状態を表した。問題は——一方では不法体制によって峻厳な処罰を受けながら、他方ではそれをそれが非難されるべき行為であった——ヴァン・デル・ルッベの事例における問題と同じである。その限りで言えば、1966年にベルリン州裁判所が部分的に破棄した判決は理解することができる。

第五章 2007年のヴァン・デル・ルッベ事案の判決

連邦検察官は、長く時間のかかる手続をとることなく、マリヌス・ヴァン・デル・ルッベに対する判決が破棄されたことを伝えた⁷⁵⁾。まるで澄みわたる空から伝えられたかのように——それはほとんど予期されていなかったことであった⁷⁶⁾。この判決は、再審手続にも、また以前の補償法による措置にも基づいていなかった。この破棄判決は、1998年8月25日の刑事司法における国家社会主義の不法判決を破棄するための法律(NS-AufhG)に基づいていた⁷⁷⁾。

1 1998 ナチ刑事不法判決破棄法

本法は、連邦共和国の若干の州法の規定の妥当性について、不安定な状態が支配的であったために公布された(前記三章1)。1990年代にディートリヒ・ボーンヘーファー(等々)に対する死刑判決を補償法に基づいて破棄するよう求めた請求が起こされたとき、1996年、ベルリン州裁判所は、1945年4月8日の判決——それによってカナリス海軍大将、オスター少将、カール・ザック大隊長およびボーンヘーファー牧師に死刑が言い渡された——はすでに(自動的に)破棄されていると慌てて⁷⁸⁾確認した⁷⁹⁾。以前から彼の名誉が回復されていないことに度々非難が向けられてきた。その限りで言えば、法的明確性の要請は実際にあった。

これに加えて立法者は、ドイツ連邦の新しい州では明確な法的規則がなかったた

74) OLG Düsseldorf NJW 1994, 873, 875.

75) Pressemitteilung vom 10. 1. 2008 - 2/2008.

76) Schreiben des Rechtsanwalts Reinhard Hillerbrand, Berlin, vom 7. 2. 2007.

77) BGBl. I, S. 2501. これについては次のものを参照されたい。Rudolph, NJW 1999, 102.

78) この興奮した状況に関する以前の文献としては、Mohr, NJW 1997, 914.

79) LG Berlin NJW 1996, 2742. それを支持するものとして、Mohr, NJW 1997, 914.

あの時、法であったものが、今になって不法であるなどありえない（ロート）

め、法的基礎の統一化を獲得しようとした⁸⁰⁾。その限りで、その法は東西ドイツの再統一の産物であった⁸¹⁾。

第1条（NS-AufhG）——それは一般条項である——によって、正義の基本思想に反する判決は破棄された。立法理由によれば、原則的に破棄される判決は、国家社会主義の不法体制を貫徹または維持するために、政治的、軍事的、人種的、宗教的または世界観的な理由から言い渡された判決である⁸²⁾。第2条は、一般条項の具体化に役立つ若干の規則例を列挙している。それによって破棄される判決は、法治国家に反した一定の制度によって言い渡された判決であり（第1項は民族裁判所、第2項は身分制裁裁判所）、または立法府の不法に基づいた判決である（第3項）⁸³⁾。判決が他の規範に基づいていようと、第1条に従って破棄できる。

その当時、問題になっていたのは、1933年1月30日以降に言い渡された判決であり、それ以前に行われた行為に対して言い渡されたものであっても問題になっていた。その規則は、無条件降伏後に言い渡された判決もまた包摂できるように、時間的に後にずらして適用された。破棄の効力が法律によって自動的に発生するという検事局の声明は——ここで問題になっている事案においても——宣言的な意義しか持っていなかった⁸⁴⁾。ナチ刑事不法判決破棄法第6条2項は、請求資格を持つ一定の人を列挙していた。請求資格を持つ人がもはや生存していないが、請求の利益がある場合には、検事局が職権により確定しなければならないとされていた（第6条1項3文）⁸⁵⁾。

2002年、男性同性愛行為と逃走を理由とした有罪判決が破棄すべき判決のカタログに補充された⁸⁶⁾。それらの判決は、以前においてはどの法律によっても実際には

80) 1997年の時点において法状況が不統一であったことを理由に批判するものとしては、Beckmann, JZ 1997, 930.

81) BT-Drs. 13/10013, S. 5. その法律に関しては、Vogl, Neue Justiz 1999, 240 ff.

82) BT-Drs. 13/10013, S. 7. 宗教的・軍事的な理由は、法律委員会によって最初に盛り込まれた（BT-Drs. 13/10848, S. 12）。

83) この条項において列挙されているのは、特殊的な国家社会主義的不法を内容とした規定である。

84) OLG Köln v. 18. 2. 2005, JMBL 2006, 46.

85) 検事局の破棄決定に対して、通常裁判所に上訴する道は開かれている（裁判所構成法施行法23条）。国家社会主義の不法判決破棄法の3条、4条関連の事案においては、検事局は州裁判所に対して指導的役割を發揮している（§ 4 Abs. 2 - vgl. KG v. 5. 4. 2000 und v. 20. 12. 1999, beide bei juris）。

86) Gesetz vom 23. 7. 2002 (BGBl. I, S. 2714). それについては、次のものを参照されたい。↗

破棄できなかったものである。

2 具体的な判決

ここで問題にされている1933年の帝国裁判所判決に関しては——連邦検察官が言うように——、問題になっているのは明らかにそのような不法判決である。2条の構成要件には該当していないので、法的基礎になるのは一般条項であった。内乱罪で有罪にするのか、それとも放火罪で有罪にするのかを区別することは、連邦検察官は問題にしていない。放火罪が今日でも可罰的であることは、同様にさほど問題にされてはいない。過去数十年においてドイツ連邦の裁判所は様々な論争問題に取り組んできたが、連邦検察官はそれに理解を示していない。むしろ、取り消し線を引いて、あるいは簡潔な理由を添えて、古い判決を破棄したのである。

同じことは、ナチ刑事不法判決破棄法に基づいて行われた他の訴訟にも見られた。それは、1943年12月4日に民族裁判所によって「敵国のラジオを聞いたことを理由に」死刑に処され、そして執行された主任司教のアルフォンス・ヴァッハマン博士に関する訴訟である⁸⁷⁾。ヴァッハマン事件では、ベルリン大司教区の司教総代理が1996年8月9日に破棄請求をした。同様にシュテファン・コヴァリーク法律顧問(すでに退職)もまた11月23日に同様の請求をした。上級検察官は、1997年3月13日の覚書において、ベルリン州裁判所第17刑事部が唯一の管轄権を有していること、その時点で数多くの請求によって負担過剰になっていたことを指摘した。1年後送られてきた司教事務局宛ての手紙には、同じ内容が書かれていた。1998年11月16日付けの手紙によって、ベルリン第1州裁判所上級検察官は、1943年判決が破棄されたことを伝えた⁸⁸⁾。この破棄理由としては、民族裁判所の判決がそれに該当するという事実だけで十分であった。法律2条は、この「裁判所」の全ての判決が破棄されると宣言したので、法律の意味における請求権者が存在しないという事実は、破棄によって得られる正当な利益があるため、とるに足りないと評価された。ヴァッハマンは、その教区において高い名声を得ており、とくに追放された人々の世話をした。それゆえ、破棄によって得られる公的な利益があった。このように伝えた。その事例は、1998年以前には法の欠缺があったが、ようやく新法が実務によって受け入れられ、それが効果的に取り除かれたことを示している。

↘Löhr, FuR 2002, 103.

87) Az.: 100 J729/43.

88) 2 PAufh 14/96.

あの時、法であったものが、今になって不法であるなどありえない（ロート）

3 再審手続との関係

ナチ刑事不法判決破棄法と並んで、刑事訴訟法359条以下の規定に基づいて再審手続をとることが可能か否かという問題がある。この問題は、ナチ時代の有罪判決が国家社会主義思想の適用に基づいていたがゆえに不正であるだけでなく、実行犯が存在していないにもかかわらず、犯行の嫌疑がかけられたため、その当時誤って有罪判決が言い渡されたのだと主張されたとき、重要な意味を持つ。ある具体的な事件では、有罪判決を言い渡された2人の少年の遺族が彼らの無罪を勝ち取ろうとした。ナチ刑事不法判決破棄法による破棄には甘んじなかったのである⁸⁹⁾。再審請求が法的に棄却されたことに対して、遺族は憲法に基づく抗告を行ったが、連邦憲法裁判所には受理されなかった⁹⁰⁾。連邦憲法裁判所はケルン上級州裁判所と同様に、判決は破棄されたため、もはや存在しない判決に対して再審手続を行うことは不可能であると「考えた」⁹¹⁾からである。というのも、再審に必要な抗告を欠いていたからである⁹²⁾。従って、その当時の判決はナチ刑事不法判決破棄法によって自動的に破棄されたため、再審の余地はもはや存在しない。

1998年法によって刑事訴訟法359条以下の規定の適用が排除されたことは、また基本法にも違反していない。つまり、ナチ時代の不法を克服するにあたり、実用的な方法を用いる権限が立法者に与えられているからである。その中には、個々の再審手続よりも包括的破棄に優越性を与える可能性が含まれている。無罪を獲得することの利益を顧慮していないからといって、それが基本権を侵害しているとはいえない。とくに、無罪を獲得する機会が失われたからといって、人間の尊厳に反するということにはならない。1998年まで依然として効力のあったナチ判決が相当数あったことが、立法者にとっては包括的破棄をするための有利な論拠になった。

立法者は可能な限り効果的な法的保護を行うことを基本法19条4項によって義務付けられているという主張がときおり述べられることがある⁹³⁾。その中には、無罪

89) OLG Köln v. 18. 2. 2005 - Az. 2 Ws 540/04.

90) BVerfG EuGRZ 2006, 152 = NJW 2006, 2618 (nur Leitsatz).

91) OLG Köln, a. a. O., S. 4.

92) 抗告の要件については、次のものを参照されたい。Wasserburg, Die Wiederaufnahme, 1983, S. 237.

93) Eschelbach, KMR, vor § 359 StPO, Rn. 17. もっとも、ここに挙げられた法律問題に対して一定の態度は表明されていない (vgl. auch Schmidt, KK, vor § 359 StPO Rn. 15 a)。アーヘン州裁判所（ケルン上級州裁判所と連邦憲法裁判所の原審——前注89および90）は、2004年10月1日の決定において、刑事判決が破棄されたにもかかわらず、再審手続を開始しなかった。

判決を獲得する機会も含まれている。再審手続の目的は破棄の目的とは別のものである。その見解は正しい。後者の破棄の場合、不法国家に起因する特殊な不法が除去されるが、前者の再審の場合、原則的な法治国家の諸関係のもとで無罪が重要とされる。事後の新しい判断を正当化できるのは、事情が変更したただけである。目指すところは、実行犯が存在していないことを立証することである。2つの異なる目標設定が追求されるなら、2つの手続は考え方としては両方とも必要であり、相互に排除しあうことはない。ナチ刑事不法判決破棄法の意義と目的から、それ以上の効果が発生しないのであれば、ナチの不法が除去されねばならない。それと並んで——現実の法的効力のある判決にとっても同様に——少なくとも、無罪判決が考えられる。とにかく問題は、2つの手続の関係は二者択一的なのか、それとも両方の手続を相互に取り得るのかである。破棄と再審の両方を求めることに利益があるが、その利益が無制限に保護に値するとはいえない。そうであるがゆえに、両方の手続を取り得るというのは疑わしい。司法には、考えうるところの、あらゆる利益を実現する義務はない。有罪判決が除去される限り、その不法内容ゆえに破棄されようと、再審手続において無罪にされようと、法治国家は効果的な権利保護を保障する義務を果たしたといえる。その限りで言えば、根拠づけの点はともかく、結論的には連邦憲法裁判所を支持することができる。

第六章 今日的展開

近年の展開は、この2つの判決（ヴァッハマンならびにヴァン・デル・ルッペ）においても明らかにされているように、新法が成立して以来、一般的な破棄に親和性を示していることを証明している。その展開は、法改正が成功した2009年になって前進した⁹⁴⁾。その法によれば、「戦争阻害」を理由とした有罪判決もまた包括的に破棄される⁹⁵⁾。この場合、兵士の有罪判決が問題になる。そのほとんどが帝国軍事裁判所によるものであった。というも、彼らは敵国を援助し、それによって帝国の戦力に損害を与えたからである。ナチ刑事不法判決破棄法2条には戦時特別刑法命令（KSSVO）が挙げられているので、それゆえに「防衛力の毀損」を理由とした有罪判決は自動的に破棄される。その一方で、破棄の効力は上官の命令不服従罪の構成要件にはあてはまらなかった。同2条に軍刑法57条（MStGB §57）が含

94) BT-Drucks. 16/3139.

95) 2009年9月24日の刑事司法における国家社会主義の不法判決の破棄のための法律の第2次改正法（BGBl. I. S. 3150）。

あの時、法であったものが、今になって不法であるなどありえない（ロート）

まれなかったのは、若干の会派グループが包括的な破棄に反対していたためであり、それは長いあいだ争いにはならなかった⁹⁶⁾。2009年以降、現行法ではこの規定に基づいて有罪判決が包括的に破棄されることになった。

第七章 結 論

連邦共和国において、立法と司法がナチ時代の有罪確定者に補償するのは非常に困難であった。1980年代においても、ナチ体制の合法性は抵抗運動の評価に対して決定的な要因になった。1990年代以降になって、ようやく新しい裁判官世代がこのテーマに活動的かつ集中的に取り組んだ。ボンヘーファー事案において言い渡された沈静化をはかる判決が積極的な急変の画期を作り出した。1998年施行の法において表現された急変であった。しかも、それは2002年に忘れられた被害者グループのための補足が求められた。

その時々に行われてきた過去の克服、最近でも不十分にしか行われていない過去の克服の原因になっているのは、おそらく心理的・社会政策的な精神状態であろう。ナチの時代においても合法性は存在していた、それと不法判決とを区別したいと思うことから、時おり問題は生じている。そのような区別の基準は、常に難解な評価問題を提起する。すでに我々はそれを窃盗罪のような全く単純な犯罪行為を評価する際に明らかにしてきた。上述において示したように、ここでもドイツ連邦の司法は、ナチ裁判官の判決を部分的に破棄しながら、部分的に温存することを区別しようとしてきた。

私の見解によれば、この関係において実体的正義（窃盗は常に可罰的である）と形式的正義のカテゴリーを並列させなければならない。不法国家における不法判決が（戦時特別刑法命令のような）不法規範に基づいている限り、その判決は存立しえない。正当な部分と不正な部分とに分割することもできない。実際に非難に値することを行った人々がいて、その人に言い渡された判決を結果的に破棄する——今日、我々はそのような事態と共存せざるをえない。重要なことは無辜を無罪にすることではなく、不法な判決を除去することだからである。法治国家の手段を用いて、規則に基づいた適正な手続において、犯罪を行ったことの証明がなされない場

96) BT-Drucks 13/7669, S. 3; Bundestags-Protokolle, 175. Sitzung v. 15. 5. 1997, S. 15819, A. B. 一括破棄については、次にものを参照されたい。Holste, Recht und Politik, 2007, 168 ff. それ以外の法律の解釈に関しては、次のものを参照されたい。Päuser (Fn. 41), S. 163.

合には、たとえ社会規範に明白に違反していても我々は法治国家においてその行為者を処罰してはならないからである。例えば、禁止された尋問方法（例えば拷問）が用いられた場合、それによって得られた証拠方法を使用することはできない⁹⁷⁾。たとえそれによって行為者による犯行であることが明らかに証明されたとしても、使用することはできない。やむを得ない場合には、行為者を無罪にするところまで行き着く。たとえ全ての人々の確信に基づいて本来的に処罰に値するとしてもである。法治国家は、このような「欠缺」を甘んじて受け入れなければならないのである。

解 説

一 本稿は、マインツ大学法学部教授アンドレアス・ロートが執筆した「あの時、法であったものが、今になって不法であるなどありえない——帝国議会議事堂放火訴訟においてマリヌス・ヴァン・デル・ルッベに言い渡された有罪判決の破棄を勝ち取るための闘い」(Prof. Dr. Andreas Roth, „Was damals Rechtens war, kann heute doch nicht Unrecht sein“ - Der Kampf um die Aufhebung der Verurteilung des Marinus van der Lubbe im Reichstagsbrandprozess, in: *Journal der Juristischen Zeitgeschichte* 2/2011, S. 66-74.)の日本語訳である。ロート教授が執筆した論文の日本語訳を立命館法学誌上公表することにつき教授に許諾の意思を確認するために問い合わせたところ、2018年10月4日の電子メールで返事をいただくことができた。「親愛なる本田教授。お問い合わせに感謝します。貴方が私の小論を高く評価し、それが日本語訳されることは私にとって名誉なことです。この書簡をもって私は貴方に対して許諾の意思をお伝えします。さて、刑事判決はいかなる場合に破棄可能であるかという根本的な問題について、私は博士論文を出発点として考察してきました。しかし、その考察はまだ終わっていません。貴方が刑法史研究において実り多き成果を得られんことを願っています。アンドレアス・ロート」。このようにロート教授から丁寧なお返事と激励をいただいたことに感謝する次第である。

アンドレアス・ロートは、1956年7月20日、ドイツ・ミュンスターに生まれ、1987年にヴェストファーレン・ヴィルヘルム大学（ミュンスター）において「集団的暴力と刑法——ドイツにおける大量犯罪の歴史」(*Kollektive Gewalt und Strafrecht. Die Geschichte der Massendelikte in Deutschland*, Diss. jur. Munster

97) § 136a StPO.

あの時、法であったものが、今になって不法であるなどありえない（ロート）

1987, Erich Schmidt-Verlag, Berlin 1988) を執筆して法学博士の学位を取得し、1993年に同大学において「1850年から1914年までのドイツの大都市における犯罪対策——刑事捜査手続の歴史的考察」(Kriminalitätsbekämpfung in deutschen Großstädten 1850 - 1914 - Ein Beitrag zur Geschichte des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens; aus: Quellen und Forschungen zur Strafrechtsgeschichte, Band 7) を執筆して教授資格を取得した。1994年以降、ヨハン・グーテンベルク大学(マインツ)において家族法および刑法の歴史の研究に従事している。

二 1933年から1945年までのドイツにおいて、様々な人権侵害と犯罪が行われていた。戦争、人種・民族への差別、異教徒の迫害が国家政策として遂行されていた。それらは法を仮装した野蛮な不法によって支えられた。戦後、占領国が設置した司法機関によって、またドイツの自国の裁判所によって、その克服に着手された。このことは過去の克服ないし不法の清算として知られている。

1933年から1945年までのドイツにおいて、政治権力によって犠牲を強いられた多くの人々がいた。戦争、人種・民族差別、宗教迫害ゆえの犠牲者であった。これらの人々の権利はその後救済されたのか。それはいかにして進められたのか。このことはあまり知られていない。

本稿では、1933年2月27日の夕刻に帝国議会議事堂に火を放って建造物を焼損し、それと同時に暴動を引き起こして内乱を企てたとして、逮捕・起訴されたオランダの共産主義青年マリヌス・ヴァン・デル・ルッベの事件を手掛かりにして、ナチスの過去の不法の克服とナチスにより蹂躪された権利の救済・回復の問題が考察されている。ただし、それは単純明快ではない。というのも、ナチの時代には一方で国家社会主義に固有の刑罰法規が制定され、それに基づいて不当に犯罪者に仕立てられて処罰された被害者もいれば、戦時固有の特別刑法によって、平時に比べて加重に処罰された犠牲者もいれば、ナチの時代にあっても一般刑法によって普通に処罰された者もいたからである。その意味では、犯罪行為の性質・内容・傾向は異なるので、一般化・単純化はできない。しかし、いずれもナチ時代の帝国司法省の人事政策のもとにナチ党員やその関係者によって人的に構成された裁判所・検事局のもとで有罪にされた人々である。この人々は、ユダヤ教や共産主義思想からドイツ国家と社会を守り、民族的同質化と社会の秩序維持を図るために、ナチ固有の観念である総統の意思や健全な民族感情を指針に既成の刑罰法規を類推解釈することに長けた官僚法曹の餌食にされた人々である。このようにナチ時代の法構造は、一方で政府が制定した人種刑法や戦時刑罰法令の厳格な適用によって構成されなが

ら、他方で一般刑法の技巧的な解釈・適用によって補完され、総体として国家政策として法を確証し、それを強化するための基盤として成立していた。

ナチ固有の刑罰法規は、およそ犯罪たりえない行為を犯罪視して処罰する不法であった。そのような法律は「法律の形をした不法」であり、処罰された人は無辜に他ならない。しかし、一般刑法がナチの法構造を補完するものとして技巧的に適用され、国家秩序の維持と法の確証のメカニズムに組み込まれたとはいえ、それによって処罰された行為の多くは、当時の平時においても、また現在においても犯罪として処罰される行為であった。例えば、窃盗のような行為がナチの検察官と裁判官によって処罰されたからといって、有罪判決が破棄されるべきなのか。建造物放火のような行為についてもまた同じことが問題になる。

三 ヴァン・デル・ルッベは、1933年2月27日の夕刻に帝国議会議事堂に火を放って建造物を焼損し、それと同時に暴動を引き起こして内乱を企てたとして、逮捕・起訴された。それが事実であるとするならば、彼の行為に対しては、暴動目的放火罪と内乱罪が適用され、最高で終身刑を言い渡すことができただけであった(暴動目的放火罪〔ドイツ刑法〈旧〉307条〕の最高刑は終身刑であり、内乱罪〔ドイツ刑法〈旧〉81条〕の最高刑も終身刑であり、両罪が行為単一〔ドイツ刑法〔旧〕73条〕、すなわち観念的競合の関係にある場合、重い刑を定めた罪の法定刑で処断することになっていた。暴動目的放火罪と内乱罪の法定刑は同じなので、いずれの法定刑で処断しても最高で終身刑しか言い渡せなかった)。

放火行為の翌日の2月28日に帝国大統領ヒンデンブルクは、憲法にワイマール憲法48条2項に規定された大統領の非常権限に基づいて、共産主義者による国家危殆的な暴力行為を防止するために、ワイマール憲法に補償された様々な基本的人権を制限し、さらに刑法〔旧〕307条の暴動目的放火罪の法定刑を死刑に引き上げる刑法改正を含む「民族および国家の保護のための帝国大統領令」(いわゆる帝国議会議事堂放火令)を公布した。3月5日の総選挙で大勝したナチ党は、一方で他の保守党や中間政党を抱き込み、他方で共産党議員を逮捕して議会運営の基礎数から除外して、憲法改正に必要な議席数を確保することに成功し、3月24日に「民族と国家の危難を除去するための法律」(いわゆる授權法)を制定した。これによって、法定権が立法府である議会から行政府である内閣に移され、政府は議会に諮ることなく自由に法律を制定できるようになった。3月29日、帝国議会議事堂放火令をヒトラーが首相に就任した1933年1月30日から2月28日までに実行された暴動目的放火罪に遡及適用できるようにした「絞首刑と死刑の執行に関する法律」(いわゆ

あの時、法であったものが、今になって不法であるなどありえない（ロート）

るヴァン・デル・ルッペ法)が政府制定法の第1号として制定された。帝国裁判所が1933年12月23日にヴァン・デル・ルッペに言い渡し、1934年1月10日に執した死刑は、帝国議会議事堂放火令、授權法、ヴァン・デル・ルッペ法という一連のナチ刑罰法規に基づいていた。

この死刑判決は、ナチの刑罰法規に基づいていたことを理由に破棄できるのか。それとも、共産主義者による国家危殆的な暴力行為の防止という目的によって終身刑が死刑に加重された部分だけが破棄され、宣告刑を通常の量刑に引き下げるだけでよいのか。1998年8月25日に刑事司法における国家社会主義の不法判決を破棄するための法律（ナチ刑事不法判決破棄法）が制定され、2007年2月7日、ヴァン・デル・ルッペに対する死刑判決が破棄された。それはなぜか。ナチの法構造は、一方で政府が制定した反共産主義の刑罰法令の厳格な適用によって構成されながら、他方で一般刑法の技巧的な解釈・適用によって補完され、総体として国家政策として法を確証し、それを強化するための基盤として成立していたが、帝国議会議事堂放火事件における一般刑法の放火罪規定もまた、ナチの法構造に組み込まれたナチの刑罰法規としての性格を帯びていたからなのか。それは明らかではない。「一括破棄」という手法は、被害者の権利を回復・救済する上で効果的に見えるが、無辜に対して判決を破棄し無罪を言い渡すことができない。ヴァン・デル・ルッペが実行犯ではなく、冤罪の犠牲者であったとするならば、彼に言い渡されるべきなのは、有罪判決の破棄だけでなく、無罪の判決である。不法の清算と法の復権の法思想的課題は、残されたままである。

四 1933年2月27日の時点において妥当していたワイマール帝国憲法116条の罪刑法定主義規定について言及しておきたい。その条文は、次のようなものであった。

憲法116条 ある行為に刑罰が科され得るのは、その行為が行われる以前にその可罰性が法律によって定められていた場合だけである。

これに対して、当時妥当していた1871年刑法2条の罪刑法定主義は、次のようなものであった。

刑法2条 ある行為に刑罰が科され得るのは、その行為が行われる以前に刑罰が法律によって定められていた場合だけである。

刑法2条によると、行為に刑罰を科することができるためには、その行為が可罰的であること、さらにその行為に科される刑罰の種類と量が事前に刑法によって定められていなければならない。これに対して、ワイマール帝国憲法116条によると、

行為に刑罰を科することができるためには、その行為が可罰的であることが事前に刑法によって定められていれば足り、科される刑罰が行為時の刑罰に限られないかのように解釈できるようになっている（ドイツ基本法103条2項および刑法1条は、このワイマール帝国憲法116条と同じである）。かりにワイマール帝国憲法116条をそのように解釈するならば、暴動目的放火罪の法定刑を終身刑から死刑に引き上げた帝国議会議事堂放火令を遡及的に適用できるとしたヴァン・デル・ルッベ法は、刑法2条の罪刑法定主義に違反していても、ワイマール憲法116条に違反しているとはいえない（拙稿「ヴァン・デル・ルッベ法における遡及処罰法理の史的構造」杉原泰雄・樋口陽一・森英樹編『戦後法学と憲法・長谷川正安先生追悼論集』〔日本評論社・2012年〕223頁以下参照）。

ヒトラーは、第1次世界大戦におけるドイツの敗北の末に成立したワイマール共和国、ドイツにイギリス・フランス流の政治体制をねじ込んだ憲法を改廃するために授権法を制定し、政府制定法の第1号としてヴァン・デル・ルッベ法を制定した。これによって法における国民革命が始動したかに見えた。しかし、実はそうではなかった。ヴァン・デル・ルッベ法はワイマール帝国憲法の枠内にあった。その限りでいえば、その法へと収斂された一連の刑罰法規はナチ固有のものであったとは言いきれない。従って、ヴァン・デル・ルッベに対する死刑判決の破棄の理由も改めて考察しなければならない。