

# いわゆる壁の射殺事件裁判 (Mauerschützenprozesse) と 刑法による過去の克服

久保田 隆

## I. はじめに

1989年11月9日にベルリンの壁 (Berliner Mauer)<sup>1)</sup>が崩壊してから早35年の歳月が流れた。2025年10月3日には、東西ドイツ統一<sup>2)</sup>から35周年を迎える。しかしながら、2024年10月3日にシュヴェーリーンにて開催された統一記念式典において、オーラフ・ショルツ (Olaf Scholz) ドイツ連邦共和国 (Bundesrepublik Deutschland: BRD)<sup>3)</sup>首相が「ドイツ統一の歴史はまだ完結していない。われわれはそこに新章を加えなければならない」<sup>4)</sup>と述べたように、東西の経済格差に象徴される統一の負の側面は、ドイツ社会に今なお「壁」として残り続けている。

その一方で、統一直後の比較的早い時期に解決が図られた問題として、ドイツ民主共和国 (Deutsche Demokratische Republik: DDR) において事実上の独裁体制を築き上げたドイツ社会主義統一党 (Sozialistische Einheitspartei Deutschlands: SED) による多種多様な体制犯罪 (Systemverbrechen) の処理がある。周知のように、ドイツには、国家ぐるみの大規模犯罪の訴追・処罰の前例がある。戦後西ドイツにおいて行われた、いわゆるナチス犯罪に関する一連の刑事手続である<sup>5)</sup>。ナチス犯罪の訴追・処罰は、当初、戦後まもなく連合国によって設置された国際軍事裁判所 (Internationaler Militärgerichtshof) におけるニュルンベルク主要戦犯裁判、および、米国が設置した軍事法廷における12のニュルンベルク継続裁判というかたちで、主として連合国によって担われることとなった。それに対して、ドイツ人みずからの手による刑事責任の追及が始まったのはしばらく後の

ことになってしまった<sup>6)</sup>という経験から、統一ドイツにおいては、DDRの体制犯罪の処理にあたってはそのような失敗を繰り返すまいとの共通理解があつたようである<sup>7)</sup>。

こうして、DDRにおけるさまざまな体制犯罪の処理が主として統一ドイツの刑法典（Strafgesetzbuch）に基づいて行われることとなったのであるが、そのなかで特に耳目を集めたのが、本稿が検討対象とする「壁の射殺事件」に関する一連の刑事裁判（Mauerschützenprozesse<sup>8)</sup>である<sup>9)</sup>。後述するように、それらの裁判においては、DDRの指導部から現場の国境警備兵に至るまで幅広く、ベルリンの壁付近において行われた国外逃亡者の射殺行為に対して刑事責任が問われることとなった。もっとも、それらはさまざまな（法的）問題を孕んでおり、そのことが東西それぞれの地域の出身者の心理的な溝を深める一因ともなっているとの指摘もある<sup>10)</sup>。このような「刑法による過去の克服（Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht）」<sup>11)</sup>、すなわち、体制移行期における個人の刑事責任の追及は、はたして不法体制の過去との取組みを進めていくうえで自明かつ最善の策なのであろうか。こうした疑問に法的な視座から答えようというのが本稿のねらいである。

そこで、以下では、壁の射殺事件裁判の全体像を概観したうえで（II.），裁判で争われたいいくつかの法的論点について検討を加える（III.）。そして最後に、一連の裁判を素材として「刑法による過去の克服」の意義と限界について考えてみたい（IV.）。本稿をもって、三瓶慎一先生から賜った学恩<sup>12)</sup>にわずかばかりでも報いることができれば幸いである。

## II. 壁の射殺事件裁判の概要

壁の射殺事件裁判とは、いわゆる「共和国逃亡（Republikflucht）」、すなわち、東ドイツ国民による同国から西ドイツへの国外逃亡を銃器の使用をもって妨害・阻止した国境警備兵およびその上官、さらにはDDR指導部の構成員らを被告人として、ドイツ統一後に行われた一連の刑事裁判のことをいう。裁判当時の連邦司法相クラウス・キンケル（Klaus Kinkel）は、1992年に発表した論

文<sup>13)</sup>において、DDR の「国家的に組織された不法」を法治国家にふさわしい手段によって厳格に追及することの重要性を強調した。これは、「小物をつるし上げ、大物を取り逃がす（Die Kleinen hängt man, die Großen lässt man laufen.）」<sup>14)</sup>ことはあってはならないという政治的なアピールであったとされる<sup>15)</sup>。以下では、一連の裁判の全体像を概観する。

## 1. 現場の国境警備兵らに対する刑事手続

壁の射殺事件裁判のうち、最初に公判手続が開始されたのは、1989年2月5日に発生した、ギュフロイ氏殺害事件であった（以下、第1号裁判）。同事件は、一連のベルリンの壁における射殺事件のうち、最後に発生した事件である<sup>16)</sup>。被害者は、当時20歳の青年クリス・ギュフロイ（Chris Gueffroy）であった<sup>17)</sup>。一方、被告人は、徴兵によって国境警備部隊に配属された4人の青年であった。一审判決は1992年1月20日にベルリン州裁判所（LG Berlin）によって言い渡されたが<sup>18)</sup>、1993年3月25日の連邦通常裁判所（Bundesgerichtshof: BGH）による上告審<sup>19)</sup>判決<sup>20)</sup>によって、被告人4名のうち2名（有罪／無罪）に関しては破棄差戻し、1名に関しては無罪判決へと変更されることとなった（残る1名は無罪判決が維持された）。

つづいて裁判が行われたのは、1961年8月13日にベルリンの壁が建設されてからまだ2週間と経たない同年8月24日に発生した、リトフィン氏殺害事件であった（以下、第2号裁判）。本事件の被害者は、一連の壁の射殺事件の最初の犠牲者である、当時21歳のギュンター・リトフィン（Günter Litfin）であった<sup>21)</sup>。一方、被告人は2名の国境警備兵であった。1992年2月5日、ベルリン州裁判所において被告人両名に執行猶予付きの有罪判決が言い渡され<sup>22)</sup>、BGHにおける上告審<sup>23)</sup>においても同判決が維持された。

## 2. 旧東独の国家指導部の構成員らに対する刑事手続

以上の国境警備兵らに対する有罪判決を基礎として、DDR 第3代国家評議会議長・SED書記長のエーリヒ・ホーネッカー（Erich Honecker）をはじめとする、国家指導部の構成員ら6名に対して刑事手続が進められることとなった。

そのうち、ホーネッカー、エーリヒ・ミールケ (Erich Mielke) およびヴィリー・シュトーフ (Willi Stoph) の 3 名は訴訟能力の欠如を理由にそれぞれ公判が中止されている。残りの 3 名、すなわち、ハインツ・ケスラー (Heinz Keßler)、フリッツ・シュトレーレツ (Fritz Streletz) およびハンス・アルブレヒト (Hans Albrecht) にはそれぞれ有罪判決が言い渡された。ケスラーらは、のちに連邦憲法裁判所 (Bundesverfassungsgericht: BVerfG) に憲法訴願 (Verfassungsbeschwerde) を行ったが、後述のとおり棄却されている<sup>24)</sup>。その後さらに、欧州人権裁判所 (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte: EGMR) にも訴訟を提起したが、斥けられている<sup>25)</sup>。

### III. 壁の射殺事件裁判をめぐる諸問題

以下では、壁の射殺事件裁判をめぐるいくつかの法的論点について概観する。具体的には、刑法の場所的適用範囲（刑法適用法）の問題（1.）、遡及処罰禁止原則の問題（2.）、および、公訴時効の問題（3.）の 3 つの論点を扱う<sup>26)</sup>。

#### 1. 刑法の場所的適用範囲（刑法適用法）の問題

壁の射殺事件においては、刑法の場所的適用範囲、いわゆる刑法適用法に関する問題が提起された。これは、換言すれば、国外で行われた行為に対して、自国刑法の適用が及ぶか否かという問題である。具体的には、第 1 に、ベルリンの壁における射殺行為に西ドイツ刑法典の適用が及ぶか（a）、第 2 に、DDR 刑法典上の可罰性は認められるか（b）という 2 つの問題がここには含まれる<sup>27)</sup>。

##### a) 西ドイツ刑法典の場所的適用範囲

ベルリンの壁における国外逃亡者の射殺行為を（行為時の）西ドイツ刑法に基づいて処罰することは可能であろうか。この点につき、東西ドイツ統一の法的根拠となつたいわゆる統一条約 (Einigungsvertrag)<sup>28)</sup>は、その付属書 I 第 3 章 C 第 2 節 1.6)において、ドイツ連邦共和国刑法典施行法 (Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch: EGStGB) 315 条 4 項を次のように改正することを求めている。

「[DDRにおいて行われた行為に対する刑法の効力に関する刑法典施行法 315 条] 第 1 項ないし第 3 項の規定は、当該行為に対してドイツ連邦共和国刑法典がすでに [DDR の] 編入の発効以前に有効であった場合には、適用されることがない。」（邦訳筆者）

刑法典施行法 315 条 1 項（改正後）によれば、統一前に DDR で行われた行為は、原則として、刑法の時間的適用範囲に関するドイツ刑法典 2 条に基づいて、行為時に有効であった法、すなわち DDR 刑法典に基づいて処罰される<sup>29)</sup>。その一方で、すでに統一前に西ドイツ刑法典の適用が及んでいた行為については、この付属書の内容どおりの文言に改正された刑法典施行法 315 条 4 項によって、1 項の規定の例外として、統一前の西ドイツ刑法典に基づく可罰性が維持されることとなったのである<sup>30)</sup>。つまり、統一前に行われた行為に対して、行為当時の西ドイツ刑法典を適用することは排除されない、とされたのである。ここで問題となるのが、ベルリンの壁における射殺行為に西ドイツ刑法の場所的適用範囲が及んでいたのかという点である。

この問題を検討するうえで、まず必要となるのが、（西）ドイツ刑法典の場所的適用範囲に関する規定を理解することである。まず、いわゆる属地主義（Territorialitätsprinzip）を定めた同法 3 条によれば、刑法典は（西）ドイツ国内で行われた犯罪に適用される。西ドイツの判例・学説によれば、ここでいう「国内（Inland）」とは、連邦領域（Bundesgebiet）と西ベルリンであり、DDR の領域は含まれないとされていた<sup>31)</sup>。したがって、DDR の領域内で行われた犯罪には、属地主義に基づく刑法典の適用は認められていなかった。

次に考えられるのは、国外犯処罰規定の 1 つである刑法典 7 条に基づく刑法典の適用である。いわゆる消極的（受動的）属人主義（passives Personalitätsprinzip）ないし国民保護主義の規定である同条 1 項によれば、（西）ドイツ国外で（西）ドイツ国民に対して犯罪行為が行われた場合、当該行為には刑法典の適用が可能である。もっとも、同項には、いわゆる双方可罰性（双罰性）が要件として定められているため、仮にベルリンの壁において射殺された DDR 国民は「自国民」、すなわち当時の西ドイツ国民に含まれるとの見解をとったとしても、犯罪地たる外国（この場合は DDR）においても当該行為が処罰対象とされてい

る場合、または、犯罪行為地がいずれの刑罰権にも服していない場合<sup>32)</sup>にしか刑法典の適用が認められない。同様に、被害者を射殺した国境警備兵やその上官らを「自国民」とした場合であっても、いわゆる積極的属人主義（aktives Personalitätsprinzip）に関する同条 2 項の柱書きには、1 項と同様に双罰性が要件として規定されているため、同要件を充足する必要がある。このように、いずれの場合においても、国外犯として（西）ドイツ刑法典を適用するうえでは、当該射殺行為が犯行当時の DDR 刑法典においても可罰的であったか否かの 1 点に問題が集約されるのである。

#### b) DDR 法上の可罰性

国境での射殺行為は、DDR 法上、1982 年までは、1972 年の国境規則（Grenzordnung）に基づいて国防大臣が発令する「射撃命令（Schießbefehl）」を根拠として行われていた。1982 年以降は、国境法（Grenzgesetz）27 条 5 項により、犯罪の嫌疑に基づく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が最終手段として許容されていた。ここで問題となる犯罪とは、DDR 刑法典 213 条の違法越境罪（ungesetzlicher Grenzübertritt）であった。このように、事件当時、ベルリンの壁における射殺行為は、これらの法規によって正当化されていたため、DDR 刑法典上、可罰性が欠如していたのである<sup>33)</sup>。したがって、上述の双罰性の要件は満たされず、属人主義に関する西ドイツ刑法典 7 条に基づく刑法典の適用は認められないとの帰結が導かれるはずである。

では、国境警備兵らに有罪判決を言い渡した統一ドイツの裁判所は、いかなる理論構成のもと、射殺行為に西ドイツ刑法典の適用があると判断したのであろうか。

第 1 号裁判の一審判決<sup>34)</sup>は、いわゆる「ラートブルフ公式」（後述）を援用し、DDR 国境法 27 条の規定を無効と判断した。それに対して、第 2 号裁判の一審判決<sup>35)</sup>は、同法 27 条の効力を承認したうえで、国境の保安と身体の不可侵性とを比較衡量し、当該射殺行為はもはや同条によっては正当化し得ないと判断した。連邦通常裁判所（BGH）による第 2 号裁判の上告審判決<sup>36)</sup>は、その

のような正当化事由が「正義と人間性の基本思想に明らかに重大に違反する場合」には、もはや法としては扱われないとして、ラートブルフ公式を援用したうえで、その判断基準として、DDRが1973年に批准した、いわゆる自由権規約（市民的及び政治的権利に関する国際規約）<sup>37)</sup>を用いることで、同公式をより具具体化している<sup>38)</sup>。このように、ベルリン州裁判所およびBGHは、それぞれ異なる理論構成を用いて、被告人の行為のDDRにおける可罰性、および、それに対する西ドイツ刑法典の適用を肯定したのであった<sup>39)</sup>。

## 2. 遷及処罰禁止原則——処罰は基本法103条2項に抵触するか

ベルリンの壁において国外逃亡者を射殺する行為は、当時のDDR国境法27条5項によって許容されていた。それにもかかわらず統一ドイツの刑事司法の手によって行為者の訴追・処罰を行うことは、ドイツ基本法（憲法）103条2項所定の遷及処罰禁止原則に違反するのではないか。壁の射殺事件をめぐる最重要論点といっても過言ではないこの問題について、連邦憲法裁判所は以下のように判断したのであった。

### a) 連邦憲法裁判所 1996年10月24日第2法廷決定<sup>40)</sup>

本決定の契機となった憲法訴願の申立人は、国家指導部の構成員らに対する裁判で有罪判決が確定したアルブレヒト・ケスラーおよびシュトレーレツに加え、1972年2月14日、ベルリン市内を流れるシュプレー川を泳いで渡ろうとしたマンフレート・ヴァイラント（Manfred Weylandt）を狙撃し、その結果同人を溺死させたかどで有罪判決を受けていた2名の国境警備兵<sup>41)</sup>のうち1名の、計4名であった。連邦憲法裁判所は、以下のように述べて本件憲法訴願を棄却した。

連邦憲法裁判所によれば、まず、基本法103条2項所定の遷及処罰禁止原則は絶対的なものであるとされる。それと同時に、同原則は、法治国家の指導原理の1つとして実質的正義の要請をも含んでいる。そのうえで、基本法103条2項が刑法上の正当化事由（ここでは、DDR国境法27条5項など）にも適用されるか否かを一般的に決定すべきではない、と連邦憲法裁判所は述べている<sup>42)</sup>。

また、「基本法 103 条 2 項所定の厳格な遡及処罰禁止原則は、その法治国家的正当性を、刑罰法規が基本権に拘束された民主的立法者によって発せられた場合にそれらが支える特別の信頼的基礎のなかに見いだす」<sup>43)</sup>。すなわち、「連邦憲法裁判所はごく限られた例外的な、つまりは法治国家性原理が実現されていない場合における正当化事由の遡及的無効化を承認した」<sup>44)</sup>のである。そこで、本件の事案に立ち返ると、DDR は、国際社会において一般的に承認されている人権を著しく無視することによって、本来可罰的であるはずの行為を正当化事由によって不可罰であるとしており、このような特殊な状況にあっては、実質的正義の要請は、そのような正当化事由の適用を禁じているといえる。連邦憲法裁判所によれば、法治国家の指導原理たる実質的正義の要請は、同じく法治国家の名のもとに保障される法的安定性に優先するというのである。そして、その判断の尺度として援用されたのが、いわゆる「ラートブルフ公式」（後述）である。

この問題について、たとえば、ドイツの国法学者であり、小説家としても知られるベルンハルト・シュリンク（Bernhard Schlink）は、（本決定よりも前の）1994 年に発表された論文のなかで以下のように述べている。

「客観的な法的所見を主觀化し、形式的な法的所見を実質化するという傾向がいたるところで観察される。連邦通常裁判所もその傾向にある。しかし、最上審の刑事裁判所であるからこそ、連邦通常裁判所がこの傾向にあることは許されない。『法律なければ犯罪なし、刑罰なし』という格言は、まさにその客觀性と形式性ゆえに刑法の法治国家的な特性なのである。この特性は、基本法 103 条 2 項の無条件の遡及効禁止が条件付きの遡及効禁止の水準に引き下げられるならば、放棄されることになる。」<sup>45)</sup>

このように、シュリンクを含む多くの論者によって、従前より、遡及処罰禁止原則を徹底することで法治国家性が担保されるとの主張が展開されていたのに反し、連邦憲法裁判所は、上述のように、DDR 刑法典上の正当化を否定する判断を下したのであった。一方で、刑法学者のクヌート・アーメルング（Knut Amelung）のように、DDR 国境法は事件当時すでに国際法に違反していたとし

て、遡及処罰禁止原則に抵触するという批判はあたらないとする主張も見受けられ、この問題をめぐる学説の評価は一様ではない<sup>46)</sup>。

### b) いわゆる「ラートブルフ公式」

先に触れた第1号裁判の一審判決や1996年の連邦憲法裁判所決定が援用したとされるのが、いわゆる「ラートブルフ公式（Radbruchsche Formel）」である<sup>47)</sup>。これは、戦後西ドイツがナチス犯罪を刑事訴追するにあたり、ナチスによる「法律の形をした不法（gesetzliches Unrecht）」をいかなる理論構成のもと訴追・処罰するかという問題をめぐって、刑法学者であり法哲学者でもあるグスタフ・ラートブルフ（Gustav Radbruch）が1946年に『南ドイツ法曹新聞（Süddeutsche Juristenzeitung）』誌上にて提唱したものである<sup>48)</sup>。このうち、「公式」にあたるとされる部分の邦訳は以下のとおりである。

「法的安定と正義が衝突するとき、いいかえれば、内容上非難の余地のある実定法規と、正しくはあるが法律の形に鑄造されない法とが衝突を生ずる場合には、実際には正義の自己矛盾、つまりみせかけの正義と実在の正義との相克、が生じているのである。[…] 正義と法的安定性との間のこの衝突は、制規と権力によって裏うちされた実定法が、内容的にはたとえ不正であり非合目的ではあっても、優位を与えられる、というようにして、解決されうるであろう。もっとも、①正義に対する実定法規の矛盾が、余りにも甚だしいために、その法律を『悪法』として、正義に道をゆずらせなければならないような場合には、話は別である。こうした実定法規の不正の場合と、不正な内容をもつても拘わらずなおかつ妥当する法律との間に、これ以上に鮮明な一線を引くことは、不可能だが、次のような場合には、うえとは別な境界線をきわめて明確に劃することができる。すなわち、②正義の追求がいささかもなされない場合、正義の核心をなす平等が、実定法の規定にさいして意識的に否認されたような場合には、こうした法律は、おそらく単に『悪法』であるにとどまらず、むしろ法たる本質をおよそ欠いているのである。なぜなら、実定法をも含めて、法を定義づけるとすれば、その意義からみて正義に奉仕するよう定められた秩序であり制規である、というほかないからである。」<sup>49)</sup>（中略、「①」・「②」および下線は筆者による。）

以上の内容から、ラートブルフ公式は①「耐え難さ」公式

(Unerträglichkeitsformel) と②「否認」公式 (Verleugnungsformel) の 2 つからなるとされる。ラートブルフの晩年の弟子であるアルトゥール・カウフマン (Arthur Kaufmann) によれば、②「否認」公式の適用に際しては、不法な法律の立法者の意思が「正義の核心をなす平等」を「実定法の規定にさいして意識的に否認」するものであったかを確認する必要があるが、そのような意思を実証することは実質的には不可能であるため、「ラートブルフ公式」という術語は通常①「耐え難さ」公式のみを指すものであるという<sup>50)</sup>。

ラートブルフ公式に関する理解はさまざまであるが、カウフマンによれば、多くの論者が「ラートブルフ公式は自然法に依拠している」との誤解をしているという<sup>51)</sup>。以下では、カウフマンの議論をもとにラートブルフ公式について敷衍する。

一般に、「耐え難さ」公式は 2 つの証明を包含しているとされる。すなわち、①ある法律が法律の形をした不法 (gesetzliches Unrecht) であるかを問う、法律の反証 (Falsifizierung)，および、②何が法律を超える法 (übergesetzliches Recht) であるかを問う、規範の立証 (Verifizierung) である。

まず、法律の①「反証」について、カウフマンによれば、その正当性はいわゆる「否定原理 (negatives Prinzip)」にあるという<sup>52)</sup>。すなわち、「何かでないこと」は「何かであること」よりも認識しやすいという原理である。これによれば、「何が正義に悖るか」は「何が正義であるか」よりも認識が容易であるということになる。つまり、「何が法律の形をした不法であるか」は「何が法律を超える法であるか」よりも容易に認識し得るのである。また、ある規範の否定（「反証」）は、新しい規範の創出（「立証」）よりも、一般に法的安定性を侵害する程度が低い。カウフマンは、これらの点にラートブルフ公式の正当性を見出しているのである。

つづいて、規範の②「立証」とは、①「反証」によって否定された規範の代わりに妥当する規範、すなわち、否定によって生じた間隙を埋める規範は何かという証明である。カウフマンによれば、ラートブルフは、「実定法を超える法（超実定的な法）」なるものは存在しておらず（そもそも法ではなく）、法とは常に実定的なものであるとしているという<sup>53)</sup>。

もっとも、「実定法しか存在し得ない」ということがただちに「すべての（実定）法が法律である」ということを意味するのではない。法律以外の（実定）法、すなわち法律を超える法とは、慣習法や（英米法体系における）裁判官による法（判例法）、人権といった諸概念であり<sup>54)</sup>、これらがまさに法律の「反証」後に「立証」され得る規範なのである<sup>55)</sup>。そして、法律を超える法をもってしてもなお、「反証」後の法の間隙を埋められない場合には、もはや立法の手によって、刑罰法規の明確性および遡及処罰禁止の両原則を尊重しつつ、新しい法律を制定する以外に道はない、とカウフマンは述べている<sup>56)</sup>。

以上のように、ラートブルフ公式を援用すれば、DDR法上正当化され得る射殺行為の可罰性を基礎づけることが可能となるが、その適用は極限事例に限った謙抑的なものであるべきとラートブルフ本人が述べているという<sup>57)</sup>。その理由は、法律的不法の「反証」と法律を超える法の「立証」を行う者に錯誤や恣意があれば、いともたやすく法的安定性が脅かされ得るからである。第1号裁判におけるベルリン州裁判所、第2号裁判におけるBGH、そしてケスラーによる憲法訴願を審理した連邦憲法裁判所は、壁の射殺事件をナチス犯罪と同様の「極限事例」であると捉えていたことがうかがえる。

### 3. 公訴時効の問題——DDR存立時には時効が停止していたか

1993年3月、いわゆる「時効法（Gesetz zur Verlängerung strafrechtlicher Verjährungsfristen: Verjährungsgesetz）」が統一ドイツの連邦議会において成立し、また同年9月には、いわゆる「第二次時効法（2. Verjährungsgesetz）」が制定され<sup>58)</sup>、DDRの体制犯罪に関する公訴時効が廃止されることとなった。1949年の建国から1990年10月3日の東西ドイツ統一までの期間は、それらの犯罪がDDRにおいて一切訴追・処罰されてこなかったことから、同期間は時効停止状態にあったものとする、というのがその理論的根拠であった。これは、戦後西ドイツがナチス犯罪の時効を停止するに至った際とまったく同じ論理であるとされている<sup>59)</sup>。

#### IV. おわりに——「刑法による過去の克服」の意義と限界

本稿では、いわゆる壁の射殺事件裁判をめぐるいくつかの法的問題について検討を加えた。最後に、これらの問題が「刑法による過去の克服」一般に示唆するところについても述べておきたい。

DDR の体制犯罪の刑事訴追に対しては、本稿でみたように、特に、遡及処罰禁止原則に抵触するのではないかとの懸念が示されていた。他方で、クラウス・マルクセン (Klaus Marxen) = ゲーアハルト・ヴェルレ (Gerhard Werle) = モーリツ・フォルムバウム (Moritz Vormbaum) のように、壁の射殺事件の行為者を不処罰のままにすることは、むしろ「法治国家への信頼を揺るがすこととなる」<sup>60)</sup> と指摘する論者も見受けられる。マルクセン=ヴェルレ=フォルムバウムは、「判決は、みずからにとって初めての、かつ困難な法的領域において、十分な明確性を創出すること、および、統一的な方針を示すことに成功したといえる。司法は、最重要の事例群を扱うために、立法の手を借りることなく正当かつ論理一貫したコンセプトを展開した。そして、刑事手続は DDR 不法の解明とその存在の承認に中心的寄与を果たしたのであった。」<sup>61)</sup> と述べ、DDR の体制犯罪に対する「刑法による過去の克服」に積極的な意義を見出しているのである。このように、体制犯罪の刑事訴追は、単に刑事案件を刑事案件として処理することを超えて、重大な人権侵害に対する最も峻厳な手段による法的非難の実現、責任の個別化 (集団責任の否定)<sup>62)</sup>、事実の解明および承認機能といった効用をもたらし得るのである<sup>63)</sup>。

本稿で扱った諸問題は、決して (旧東) ドイツ固有のものではなく、戦争や内戦後、あるいは独裁体制崩壊後の体制転換に伴う刑事手続一般において生起し得るものである<sup>64)</sup>。本稿でみたように、「刑法による過去の克服」にはたしかに、遡及処罰禁止原則などに基づく限界があり、過去との取組みにおいて絶対的な地位を占めるべきものではないかもしれない。もっとも、このことは、「刑法による過去の克服」が無用の長物であることを意味しない。重要なのは、それをあくまでも、「法治国家にふさわしい」正義や人権に則した方法で実践することである。

## 注

- 1) *Edgar Wolfrum, Die Mauer. Geschichte einer Teilung*, München 2009, passim. 邦訳として、エトガー・ウォルフルム（飯田収治＝木村明夫＝村上亮〔訳〕）『ベルリンの壁——ドイツ分断の歴史』（洛北出版、2012年）も参照。
- 2) 「ドイツ統一（Deutsche Einheit）」と「再統一（Wiedervereinigung）」の思想的背景の違いにつき、板橋拓己「訳者解説」アンドレアス・レーダー（板橋拓己〔訳〕）『ドイツ統一』（岩波書店、2020年）191-192頁を参照。
- 3) 以下、文脈に応じて「（統一）ドイツ」または「（旧）西ドイツ」と表記する。
- 4) *Die Bundesregierung, Rede des Kanzlers zum Tag der Deutschen Einheit (3. Oktober 2024)*, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/kanzler-rede-tag-der-einheit-2312480> (zuletzt abgerufen am 1. November 2024).
- 5) ナチス犯罪の刑事訴追は、第二次世界大戦終結から80年近くが経過した今もなお続いている。直近の事件として、2022年12月20日、シュトゥットホーフ強制収容所（KZ-Stutthof）の司令官の秘書であった被告人（判決当時97歳）に対して、一審のイツェホー州裁判所（LG Itzehoe）は、1万件超の謀殺幇助（ドイツ刑法典211条、27条）に基づいて有罪判決（少年刑2年・執行猶予付）を言い渡した（LG Itzehoe, Urteil vom 20. Dezember 2022 - 3 Kl. 315 Js 15865/16 jug）。連邦通常裁判所（BGH）は、2024年8月20日、被告人の上告を棄却し（BGH, Urteil vom 20. August 2024, NJW 2024, 3246），これにより一審の判決が確定した。
- 6) 1950年代中葉に一度、ナチス犯罪の過去の清算に「終止線（Schlussstrich）」を引こうとする風潮が生じたが、1958年4月28日に開始されたウルム・インザッターグルッペン裁判（Ulmer Einsatzgruppenprozess）を契機として、1958年11月6日にいわゆる「ナチス犯罪追及センター（Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen）」が設立された。さらには、1979年7月3日に謀殺罪（ドイツ刑法典211条）の時効が廃止されたことも重要な転換点の一つとなった。詳しくは、宮澤浩一「ナチス犯罪の追及と西独の刑事司法—われわれ自身を見直すために—」世界479号（1985年）46頁以下を参照。
- 7) *Knut Ameling, Die juristische Aufarbeitung des DDR-Unrechts. Strafrechtsdogmatik und politische Faktizität im Widerstreit*, in: Alfons Kenkmann/Hasko Zimmer (Hrsg.), *Nach Kriegen und Diktaturen. Umgang mit Vergangenheit als internationales Problem – Bilanzen und Perspektiven für das 21. Jahrhundert*, Essen 2005, S. 97.
- 8) „Mauerschützenprozesse“の邦語訳は、文献によってさまざまである。比較的多く見られるものとして、「『ベルリンの壁』裁判」や「壁の射手訴訟」などが挙げられるが、本稿では、「壁の射殺事件裁判」という訳語を用いることとする。
- 9) *Gerhard Werle/Moritz Vormbaum, Transitional Justice. Vergangenheitsbewältigung durch*

Recht, Berlin 2018, S. 235 f. によれば、DDR の体制犯罪としては、壁の射殺事件のほかにも、裁判官、検察官および司法官僚による枉法 (Rechtsbeugung)、選挙不正、SED 政治局員等による職権濫用および汚職、反体制派の密告、国家保安省職員による電話盗聴や住居侵入、拉致等の行為、留置施設における虐待、アスリートの組織的なドーピング、戦争兵器の取引、西ドイツに対するスパイ活動などが含まれる。これらの犯罪について、1990 年から 2005 年の 15 年間におよそ 75,000 件の捜査手続が行われ、約 1,000 件で公訴が提起された。詳しくは、Klaus Marxen/Gerhard Werle/Petra Schäfer, *Die Strafverfolgung von DDR-Unrecht. Fakten und Zahlen*, Berlin 2007 掲載の統計を参照。

- 10) 森千春『「壁」が崩壊して 統一ドイツは何を裁いたか』(丸善出版, 1995 年) 34 頁参照。
- 11) Günther Jakobs, *Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch*, in: Josef Isensee (Hrsg.), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht. Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem*, Berlin 1992, S. 37 ff. 邦訳として、ギュンター・ヤコブス（中空壽雅〔訳〕）「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 27 卷 2 号（1994 年）123 頁以下も参照。
- 12) 筆者は、慶應義塾大学法学部法律学科 1 年次より三瓶慎一先生が主宰する「ドイツ語インテンシブコース」に在籍し、主に 2 年次より先生の手ほどきを受けたものである。3 年次以降には、副専攻として、三瓶先生ご担当の「人文科学研究会『現代ドイツ研究』」を受講し、2010 年度春学期に卒業論文を提出した（本稿は、同論文の一部に大幅に加筆修正を加えたものである）。その後大学院に進学してからも、同コースにてアシスタントとして研鑽を積む機会をいただいた。筆者が現在研究者・大学教員としてドイツ（語）に携わる職にあるのは、ひとえに三瓶先生の熱意あるご指導ご鞭撻のお蔭である。この場を借りて、心からの御礼を申し上げる。
- 13) Klaus Kinkel, *Wiedervereinigung und Strafrecht*, Juristenzeitung (JZ) 1992, 485 ff.
- 14) Wolfrum, a.a.O. (Fn. 1), S. 149.
- 15) 広渡清吾「不法国家と過去の克服」同『統一ドイツの法変動——統一の一つの決算』(有信堂高文社, 1996 年) 144-145 頁参照。
- 16) 射殺事件以外の事件・事故を含めると、ギュフロイ事件の後に 1 件、1989 年 3 月 8 日に西側へと向かう気球の墜落による死亡事故があった。同事故の犠牲者がいわばベルリンの壁の最後の犠牲者ということになる。Hans-Hermann Hertle/Maria Nooke (Hrsg.), *Die Todesopfer an der Berliner Mauer 1961-1989*, Berlin 2009, S. 9.
- 17) Hertle/Nooke, a.a.O. (Fn. 16), S. 429-433. 邦文献として、近藤潤三『東ドイツ

- （DDR）の実像：独裁と抵抗』（木鐸社，2010年）77-85頁も参照。
- 18) LG Berlin, Urteil vom 20. Januar 1992, JZ 1992, 691. 森（前掲注10）123-132頁も参照。
- 19) ドイツの州裁判所（Landgericht: LG）および上級州裁判所（Oberlandesgericht: OLG）の一審判決に対する上訴は、民刑事事件に関する最終審裁判所であるBGHが管轄を有する。BGHへの上訴は、控訴（Berufung）ではなく上告（Revision）と称される。ドイツの刑事手続における審級管轄については、金尚均=辻本典央=武内謙治=山中友理『ドイツ刑事法入門』（法律文化社，2015年）124-126頁【辻本典央】を参照。
- 20) BGH, Urteil vom 25. März 1993, BGHSt 39, 168. 森（前掲注10）132-136頁も参照。
- 21) *Hertle/Nooke*, (Fn. 16), S. 37-39. 近藤（前掲注17）85-89頁も参照。
- 22) LG Berlin, Urteil vom 5. Februar 1992, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 1992, 492.
- 23) BGH, Urteil vom 3. November 1992, BGHSt 39, 1.
- 24) BVerfG, Beschluss vom 24. Oktober 1996, BVerfGE 95, 96. 同決定の判例評釈として、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懲及処罰——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』（信山社，2008年）502頁以下も参照。
- 25) EGMR, Urteil vom 22. März 2001 – Beschwerden Nr. 34044/96, 35532/97 u. 44801/98. 欧州人権裁判所の判決について詳しくは、*Christoph Lüscher*, Mauerschützen-Urteile des BGH, BVerfG und EGMR revisited. Eine Abhandlung zum Verhältnis von Staat, Politik und Recht, Baden-Baden 2017, S. 122 ff.などを参照。
- 26) 裁判の法的論点を広範かつ詳らかに論じたものとして、*Toralf Rummel*, Die Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze vor Gericht, Berlin 2000がある。なお、銃器等を用いて直接被害者を殺害したわけではない国家指導部の構成員らに刑事责任を問うための法理として、いわゆる「組織支配に基づく間接正犯（mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft）」の理論が用いられたが、本稿では紙幅の都合上扱わない。邦文献として、鈴木彰雄「ドイツ刑法における『組織的権力機構による間接正犯』の理論」関東学園大学法学紀要11巻2号（2001年）113頁以下、フィリップ・オステン「国際刑法における『正犯』概念の形成と意義——ICCにおける組織支配に基づく間接正犯概念の胎動」川端博=浅田和茂=山口厚=井田良〔編〕『理論刑法学の探究③』（成文堂，2010年）111頁以下、後藤啓介「国際刑事裁判所規程25条3項(a)に基づく間接正犯——近時の裁判例における組織支配論の展開——」亜細亜法学52巻2号（2018年）330頁以下などを参照。
- 27) なお、DDR刑法を適用した場合の可罰性を検討する際の1つの論点として、DDR刑法特有の故意と「不法の意識」の問題が挙げられるが、本稿ではこの問題

には立ち入らない。詳しくは、*Ute Hohoff*, Vorsatz und „Unrechtsbewusstsein“ im Strafrecht der DDR als Problem aktueller Rechtsanwendung, Deutsch-Deutsche Rechtszeitschrift 1997, 308 ff. を参照。

- 28) 正式名称は、「ドイツ統一の確立に関するドイツ連邦共和国とドイツ民主共和国との間の条約」(Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands) である。
- 29) なお、刑法典施行法 315 条 1 項の例外として、同 2 項は罰金刑、同 3 項は残刑の執行猶予等に関して、統一前の行為についても原則として DDR 刑法典ではなくドイツ刑法典の規定が適用されることを定めている。
- 30) *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 11), S. 48. さらに、愛知正博「ドイツ再統一と刑事法制の統一および適応」中京法学 26 卷 3・4 号 (1992 年) 217-218 頁も参照。
- 31) 当時の東西ドイツは互いに国家承認を行っておらず、また 1970 年に西ドイツがワルシャワ条約でオーデル・ナイセ線を仮承認するまでは東側国境も画定されていなかったため、「国内」の文言をめぐる見解の対立が存在したのである。詳しくは、*Jakobs*, a.a.O. (Fn. 11), S. 49 参照。
- 32) 無主地 (*terra nullius*) や無政府状態の土地がその例として挙げられる。
- 33) *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 11), S. 51 f.; ders., Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., Berlin 1991, S. 12 Rn. 29.
- 34) LG Berlin, Urteil vom 20. Januar 1992, JZ 1992, 691.
- 35) LG Berlin, Urteil vom 5. Februar 1992, NStZ 1992, 492.
- 36) BGH, Urteil vom 3. November 1992, BGHSt 39, 1.
- 37) 自由権規約 12 条〔移動及び居住の自由〕2 項は、「すべての者は、いずれの国（自國を含む。）からも自由に離れることができる。」と規定する。
- 38) 同判決の数か月後に言い渡された第 1 号裁判の上告審判決 (BGH, Urteil vom 25. März 1993, BGHSt 39, 168) は、一審判決には故意の認定に不備があったとして、これを部分的に破棄し、ベルリン州裁判所に差し戻した。
- 39) 以上につき、*Werle/Vormbaum*, a.a.O. (Fn. 9), S. 55 f. も参照。
- 40) BVerfG, Beschluss vom 24. Oktober 1996, BVerfGE 95, 96.
- 41) 同事件および被害者に関する詳細な記録は、*Hertle/Nooke*, a.a.O. (Fn. 16), S. 326-328 を参照。
- 42) 遷及処罰禁止原則は構成要件の段階にのみ関係し、違法性の段階には関係しないというのが学説においては有力な見解であるとされる。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独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——」西原春夫先生古稀祝賀論文集編集委員会〔編〕『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第四巻』(成文堂, 1998 年)

403 頁参照。

- 43) BVerfG, Beschluss vom 24. Oktober 1996, BVerfGE 95, 96, Rn. 136. 訳出にあたり、中野（前掲注 24）504 頁を参照した。
- 44) 上田（前掲注 42）405 頁。
- 45) Bernhard Schlink, Rechtsstaat und revolutionäre Gerechtigkeit, Neue Justiz. Zeitschrift für Rechtsetzung und Rechtsanwendung, 48. Jahrgang, Heft 10, Baden-Baden 1994 (zitiert nach ders. Rechtsstaat und revolutionäre Gerechtigkeit. in: ders., Vergangenheitsschuld. Beiträge zu einem deutschen Thema, Zürich 2007, S. 47). 訳文は、ベルンハルト・シュリンク（岩淵達治＝藤倉孚子＝中村昌子＝岩井智子〔訳〕）「法治国家と革命の正義」同『過去の責任と現在の法——ドイツの場合』（岩波書店、2005 年）37 頁による（一部表記を改めた）。
- 46) Amelung, a.a.O. (Fn. 7), S. 100.
- 47) 日本におけるラートブルフ公式に関する近時の研究として、酒匂一郎「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（上・下）」法政研究 84 卷 1 号（2017 年）1 頁以下・85 卷 1 号（2018 年）105 頁以下、および、西村清貴『ラートブルフ・テーゼ』（成文堂、2022 年）などがある。
- 48) Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristenzeitung 1 (1946), 105. 邦訳として、グスタフ・ラートブルフ（小林直樹〔訳〕）「実定法の不法と実定法を超える法」尾高朝雄＝野田良之＝阿南成一＝村上淳一＝小林直樹＝常盤敏太〔訳〕『ラートブルフ著作集 第 4 卷 実定法と自然法』東京大学出版会（1961 年）249 頁以下も参照。
- 49) Radbruch, a.a.O. (Fn. 48), 107. 訳文は、ラートブルフ（前掲注 48）260-261 頁による。
- 50) Arthur Kaufmann, Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht, NJW 1995, 81, 82. 邦訳として、アルトゥール・カウフマン（上田健二〔訳〕）「ドイツ民主共和国の名において犯された不法をめぐる議論における法律上の不法と法律を超える法についてのラートブルフ公式」同志社法学 49 卷 1 号（1997 年）231 頁以下も参照。
- 51) Kaufmann, a.a.O. (Fn. 50), 81.
- 52) Kaufmann, a.a.O. (Fn. 50), 83.
- 53) Kaufmann, a.a.O. (Fn. 50), 85.
- 54) 比例原則をはじめとするいわゆる法の一般原則は、「超実定的（überpositiv）」ないし「前実定的（vorpositiv）」であり、したがって、（実定）法ではないとされている。Kaufmann, a.a.O. (Fn. 50), 85.

- 55) この点から、ラートブルフが「超実定法論者」でも「自然法論者」でもないことを看取できよう。したがって、この限りにおいて、「ラートブルフ公式は自然法に依拠したものである（から妥当ではない）」という批判は的を射ていないこととなる。
- 56) *Kaufmann*, a.a.O. (Fn. 50), 86.
- 57) *Kaufmann*, a.a.O. (Fn. 50), 85.
- 58) BGBl I 1993, S. 392; BGBl I 1993, S. 1657.
- 59) *Amelung*, a.a.O. (Fn. 7), S. 99.
- 60) *Klaus Marxen/Gerhard Werle/Moritz Vormbaum*, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht. Eine Bilanz, 2. Aufl., Berlin 2020, S. 304.
- 61) *Marxen/Werle/Vormbaum*, a.a.O. (Fn. 60), S. 301.
- 62) このことは、1946年10月1日に言い渡されたニュルンベルク裁判の判決の一節においても表現されている。「国際法に対する罪は、人によって行われるものであって、抽象的な存在によって行われるものではない。そのような犯罪を行った個人を処罰することのみを通じて、国際法の規定は効力を付与されるのである。」 Internationaler Militärgerichtshof, Urteil vom 1. Oktober 1946, in: Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof Nürnberg 14. November 1945 – 1. Oktober 1946 (1947), Band 1, S. 249.
- 63) *Werle/Vormbaum*, a.a.O. (Fn. 9), S. 46.
- 64) *Werle/Vormbaum*, a.a.O. (Fn. 9), S. 55 Fn. 62.