

《講演》

刑法による過去の克服

——以前の権威主義的支配形式に対する刑法的リアクションの諸観点*——

トーマス・リヒター
川 口 浩 一（訳）

私の講演のテーマは政治的体制転換の後に刑法が果たしうる役割に関するものである。それゆえ私は、まず第一に二〇世紀の政治的体制転換とそれに関する最近数十年の学問的研究への入門的考察を行いたい。第二に私は、法治国家における刑法的過去の克服の原則的な問題に言及し、そして旧東独の消滅後のドイツの過去に関する事例について検討したい。最初に私はいくつかの体制転換を特にその刑法的手段の使用という観点からスケッチし、簡略にそのうちのいくつかの体制転換における刑法の役割についてのモデル形成について言及したい。

一 二〇世紀における政治的体制転換と変革理論

二〇世紀においては、三つの大きな政治的体制の変革の波が確認されうる。⁽¹⁾一つの大きな波は第一次世界大戦後に最高潮に達した。そこでは多くの国が初めて普通・平等・自由選挙による民主主義的な支配体制に移行し、ドイツもそう

であった。この第一の変革の波は、フランスおよびアメリカの革命に影響され、一九世紀を通じてそのための闘争がなされなければならなかったという長い前史を持っていた。その反動として一九二〇年代及び一九三〇年代に再びヨーロッパおよびラテン・アメリカに、例えばイタリアにおけるムッソリーニ政権や、ドイツにおけるヒトラー政権のようなファシズム的・軍事独裁政権が成立した。民主化の第二の波は、第二次世界大戦に引き続き生じた。そこでは戦勝国、とりわけアメリカの外部的圧力が大きな役割を果たした。この外的に民主化された諸国に属するのは西ドイツ、オーストリー、イタリア、日本に加えて、いくつかのラテン・アメリカ諸国である。そこでは一九五〇・六〇年代に新しい独裁政権の反動が生じた。第三の民主化の波は、比較的異質のものであり、一九七〇年代中頃にポルトガル、ギリシャ、スペインに始まり、一九八〇年代のラテン・アメリカ諸国を経てフィリピン、パキスタン、韓国および台湾というアジア諸国へと波及し、ついには一九八〇年代の終わりに東欧諸国にまで至った。それゆえ東欧の民主化は、決定的な意義をもっている。なぜならば、ここではその諸国のグループ全体が地理的・時間的に非常に近接して転換過程に入ったからである。

まさにこの東側の崩壊があたらなピークとなった。転換または変換研究はとりわけ政治学および社会科学のなものであり、権威主義的体制から民主主義体制への移行およびその逆の展開の様々な局面を研究するものである。

そのような政治的体制転換においては、常に以前のレジスタントとその援助者の取扱いが問題となる。人権の問題がより重視される世界においては、独裁国家における殺人、拷問、誘拐、拉致、政治的弾圧の問題に適切な答えを見つけ出すことへの政治への圧力が増大している。例えばピノチエト事件はこの傾向を確認するものである。ドイツにおいてはベルリンの壁事件以降、旧東ドイツにおいて不法を贖罪する大きな努力がなされた。より抽象的にこの変換過程における刑法の役割を研究するために、マックス・プランク外国・国際刑法研究所は数年来、二〇以上の様々な

政治体制に関して比較研究を行ってきた。私個人はその際、中華人民共和国における毛沢東時代から鄧小平時代への体制転換の研究を行った。これは——私の知る限り——政治学的な意味における体制転換とは言えない体制に関する唯一の研究である。

二 法治国家における刑法的過去の克服の原則的問題

上述のピノチエト事件は、独裁者の刑法的措置への試みが失敗した例としても、——少なくとも表面上は——引用できる。ピノチエトは自由人としてイギリスからチリに帰国し、そこでも——スペインやチリの刑務所においては——比較的自由な生活を送ることができであろう。同様に、旧東ドイツの最後の国家委員会議長、エーリッヒ・ホーネッカーも処罰されることはなかった。旧東ドイツ不法に関するドイツにおける刑事手続の多くも檢察または裁判所によって打ち切られるか、せいぜい軽い刑しか科せられなかった。

国内刑法は、体制転換前の時期になされた不法の措置に関しては大きな問題に突き当たるように見える。私はこの枠内において、いかなる原則的な矛盾が問題となるのかということを示唆するにとどめる。ドイツの刑法学者ヴォルフガング・ナオケは、この状況について次のような三つの原因があると述べている。⁽²⁾

1、内容的に独立した第三の権力が欠けているということ。確かに独立の司法ということがいわれるが、その司法は国家権力の一部であり、それ故、国家とその首脳部に対して反対する能力を持たない。

2、刑罰理論は、国家の下に属する行為者に集中してきたこと。原則的に現代刑法は、国家が、——フランツ・フォン・リストがいうように——「社会的に不適格な個人」に対して治安をまもるといって構想から出発している。

即ちこの構想は、国家首脳によって代表される国家が保護を提供するということから出発する。国家首脳は、も

し彼らが国家政策的に重要な領域において行為する場合には、「社会的に不適格な個人」とはみなされないのである。

3、リベラルな刑法的法治国家性の誤解。法治国家的な考慮は、通常は国家の権力の限定に役立つ。この権力の限定は、この議論においては無意識的に若い民主主義的な国家とのみ関係づけられる。しかしナオケは、まさに法治国家性に反して最も悪質な不法をさし、またはそれを許した、没落した権威的政権との関連を問題にしている。ここでは法治国家原理はまさに、権力行使のこのような濫用が刑法によって激しく対抗されることを要請するとされる。

遡及効禁止の問題は、法治国家的考察の領域に属する。「法律なければ犯罪なし」および「法律なければ刑罰なし」。法的安定性および信頼保護の観点からは行為時に妥当する法のみが適用されるべきだとされる。極端な場合、若い民主主義は、遡及効禁止によれば、行為者自身によって操作された法を使わなければならないのである。

ドイツにおいても遡及効禁止は旧東独の行為の処罰においても決定的な役割を果たした。一九九〇年の両ドイツ統一一条約によれば原則的に旧東独法が適用された。⁽³⁾これはいわゆる「壁の射手」事例においてもそうであった。壁の射手事例というのは、旧東独において、多くの場合、徴兵によつた国境警備兵が、無断で国境を越え旧東独を出国しようとした者を射殺したという事例である。両ドイツ境界において三〇年間に二〇〇名以上の逃亡者が殺された。

確かに故殺と謀殺は旧東ドイツにおいても可罰的であったが、連邦裁判所(BGH)は旧東ドイツの法実務をそれらの行為の違法阻却事由として承認した。⁽⁴⁾それによれば国境警備兵にとつては事実上いわゆる射撃命令、即ち「逃亡者を緊急時には射殺せよ」という——実務において存在していた——国家の命令が妥当した。なぜなら旧東ドイツにおいて逃亡者を射殺した兵士は処罰されるのではなく表彰され報酬が与えられたからである。BGHはこの正当化事

由を原則的に承認していたけれども、その有効性を否定した。すなわちいわゆるラートブルフ公式（その法律の正義に対する矛盾が、その法律が正義の要請の前に屈服しなければならぬほど耐え難い程度に達した場合には、当該実定法は不法とみなされる。）の援用の下に、射撃命令は、一方で超実定法からそして他方で国際人權規約、すなわち国際法から導き出されうる「正義と人間性の基本思想への明白に重大な違反」であるとした。兵士の免責事由もまた抵抗しない逃亡者の射殺は——射撃命令があつたとしても——「明白な法違反」であるという論拠で否定された。禁止の錯誤も回避可能であつたとされた。それゆえ壁の射手と政治的に責任を負うその背後者は、故殺罪で処罰された。

三 いくつかの体制転換における刑法の役割のモデルの形成

刑法上のリアクションの形式の可能なモデルを考察する前に、いくつかの重要な道を例示的に略述しておきたい。⁴⁾ ドイツの旧東ドイツの過去への対応は、この文脈においてはむしろ特別事例とみなされる。なぜならば旧東ドイツが政治的体制転換の後、独自の国として存在することを放棄して以来、統一ドイツによる東ドイツの過去への対応の道歩んだからである。ドイツにおいては旧東ドイツの不法の大規模に行われ、今日に至るまでまだ終結していない刑事訴追のみならず、被害者の復権および補償がなされ議会（連邦議会）の二つの調査委員会がSED政権に関する大部の報告書と資料集を公刊し、またかつて強大な権力をもっていた国家保安庁（シュタージ）の資料も保存され、一定の範囲において閲覧可能になった。

一九七五年に全く異なった道歩んだのがスペインである。ここでは旧独裁的フランコ政権は、民主化への平和的移行の条件として恩赦を要求することに成功し、その結果、刑事訴追はなされなかつた。

同様に刑事訴追なしに、しかし一般恩赦もなしに、ロシアやグルジアのような旧ソビエト連合諸国の多くの後継諸

国における社会的プロセスは進行した。今日まで訴追機関は、体制犯罪の存在を無視している。

アルゼンチンではその道は曲がりくねったものである。その若い民主主義が以前の軍の権力者の刑事訴追の道を歩んだ後に、内政的に危険な軍の処罰の道を去り、一般恩赦をもって過去への「終止符」を打った。

これに対して韓国では刑事訴追機関は、長い間、一九八〇年五月の光州事件の責任者訴追を躊躇してきた。しかし全斗煥・盧泰愚・両前大統領の腐敗事件が契機となり、その両前大統領を含む約二四人の責任者が内乱罪で処罰された。けれどもこれは断罪には至らなかった。なぜならば新しく選ばれた金大中大統領は、就任後まもなく国家の和解決のために有罪を言い渡された者を恩赦したからである。

南アフリカはアパルトヘイトの克服の後に特別な道を歩んだ。社会的に尊敬されている人物、例えばノーベル平和賞受賞者のデイズモンド・ツツツウ等を委員長にした真実・和解委員会が設置された。この委員会の任務はアパルトヘイト体制の下で行われた不法を発見し、国民的な和解のための道を開くことである。行為者と被害者のヒアリングは公開で行われ、あらゆるメディアが利用された。委員会の作業終了後に恩赦されなかった行為者は、刑事訴追された。

最後に刑法による過去の克服を有意義に分類すべきモデルについて簡単に述べる。マックス・プランク外国・国際研究所の総合研究プロジェクトの主任研究員は、「刑事訴追モデル」、「終止符モデル」および「和解モデル」の三分案を提案した。⁽⁶⁾ 私はこの三分案は説得的ではないと考える。その理由は、とりわけ「刑事訴追」と「終止符」いう道具と「和解」という目標がうまく噛み合っていないという理論的な疑問を持っているからである。それゆえ私は、この三分案に代えて、「刑事訴追モデル」と「非・刑事訴追モデル」の二分案を提案した。⁽⁷⁾ その際、刑事訴追モデルはさらに一貫した刑事訴追モデルと一貫しない刑事訴追モデルに下位分類され、それによって刑法の事実上の投入にそれ相應しいウエイトが計られる。このモデルによって、またその刑法を越えて具体的に政治体制転換後の刑法の役割が研

究されうるのである。

* 私を講演会にお招きいただいた奈良産業大学法学会および学部長の中井美雄教授に感謝します。また特に講演会の準備ならび実施に尽力頂いた山名京子教授及び通訳を引き受けて下さった川口浩一教授に感謝いたします。

(1) Vgl. Merkel, Wolfgang: Einleitung, S. 9, in: Merkel, Wolfgang (Hrsg.): Systemwechsel I. Theorien, Ansätze und Konzepte der Transitionsforschung. Opladen 1996.

(2) Naucke, Wolfgang: Normales Strafrecht und die Bestrafung staatsverstärkter Kriminalität S. 76ff., in: Schulz, Joachim/Vornbaum, Thomas (Hrsg.): Festschrift für Günter Bemann. Baden-Baden 1997.

(3) Vgl. Art. 315 EGSGB.

(4) Vgl. BGHSt 40, 113 (117).

(5) 以下の5つを註して Eser, Albin/Arnold, Jörg (Hrsg.): Internationales Kolloquium zum Projekt Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Freiburg i. Br. 2000.

(6) Arnold, Jörg: Politischer Systemwechsel und staatsverstärkte Kriminalität im Blickfeld strafrechtlicher Retrospektive, S. 266f., in: Arnold, Jörg (Hrsg.): Strafrechtliche Auseinandersetzung mit Systemvergangenheit am Beispiel der DDR. Baden-Baden 2000.

(7) 以下の理由付けは以下の5つを註して Das deutsch-japanisch-koreanische Kolloquium zu Vergangenheit und Zukunft des Strafrechts im April 2000 in Chongju, Korea 講演録(近刊)中の私の論文を参照せよ。

(後記) 本稿は、二〇〇〇年四月二八日の奈良産業大学法学会主催講演の翻訳(Thomas Richter, Aspekte der strafrechtlichen Reaktion auf überwundene autokratische Herrschaftsformen)による。講演の原題は「以前の権威主義的支配形式に対する刑法的リアクションの諸観点」であるが、邦訳では「刑法による過去の克服」を補い、原題は副題とした。