

# ロバート・アレクシー「ラートブルフ定式の擁護 (1)」

メタデータ	言語: ja 出版者: 公開日: 2023-10-31 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 張 斯渠, 足立 英彦, ZHANG Siqu, ADACHI Hidehiko メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.24517/0002000058">https://doi.org/10.24517/0002000058</a>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International License.



# ラートブルフ定式の擁護<sup>1</sup> (1)

ロバート・アレクシー (張斯渠・足立英彦訳)

## 訳者解説

本稿は、Robert Alexy, 'A Defence of Radbruch's Formula' in D. Dyzenhaus (ed.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order* (Hart Publishing, 1999), 15-39 (M.D.A. Friedman (ed.), *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* (Sweet & Maxwell, 9<sup>th</sup> edn. 2014) に再掲) の全訳である。本学大学院法学研究科法学・政治学専攻(修士課程)の張斯渠君が下訳をし、私が確認・修正をした。上記英訳は、アレクシーの独文原稿をDavid Dyzenhausが訳したものである。ドイツ語版は公表されていないため、著者のアレクシーに問い合わせたところ、元の原稿は保存していないとのことであった。その後、同論文の中国語訳(雷磊編『拉德布鲁赫公式』(中国政法大学出版社、2015年)所収)にドイツ語版を参照したとの記述があるため、張が訳者である林海氏(江蘇省社会科学院)に問い合わせたところ、林よりアレクシーから受領した原稿のWordファイルが送られてきた。

本翻訳は英語版からの翻訳であるが、翻訳の際にはドイツ語の著者原稿と林海の中国語訳も参考にした。英訳はドイツ語原稿の忠実な翻訳であり(ただし、英訳の脚注1はアレクシーへの謝辞であり、それ以降の脚注番号はドイツ語原稿の脚注番号に1を加えたものである。)、両者に内容的な差異はない。ただし、英訳の数カ所にあるrule of lawはドイツ語原稿のRechtsstaatの訳であるので、「法の支配」ではなく「法治国家」の訳を当てた。( )内は原文の単語であり、[ ]内は著者原稿のドイツ語または訳者の補足である。

(足立英彦)

---

1 David Dyzenhaus訳。すべての誤りの責任は私にあるものの、初稿に対する改善提案で多大な配慮してくれたアレクシー教授に感謝する。

終わりを迎えようとしている今世紀〔20世紀〕に、ドイツの裁判所は二度、過去の非法治国家への対処という問題に直面した。一度目は1945年のナチ政権崩壊後、二度目は1989年のドイツ民主共和国崩壊後である。いずれの場合も裁判所は以下の間に答えなければならなかった。正義と法治国家の基本原則に反するものが、すでに崩壊した法体系の実定法によれば法的に有効であった場合、それを引き続き有効であるとみなすべきなのだろうか。便利だが不明確な表現で言えば、過去に合法的であったものが現在では違法となる可能性はあるのだろうか？ 1945年以降、ドイツの裁判所はこの可能性を認め<sup>2</sup>、連邦〔通常〕裁判所は1989年以降、特にいわゆる「壁の射撃」事件に関する判決においてこの伝統に従った<sup>3</sup>。連邦憲法裁判所は、ナチの不正の事件でこの道を進むことに協力し<sup>4</sup>、ドイツ民主共和国が犯した不正に関する事件でさらに確認した<sup>5</sup>。ラートブルフ定式（Radbruch's formula）はこれらの判決の法哲学的核心を構成している。以下では、まずこの定式を紹介し、次にその実践的意義を二つの例を通して説明し、最後にこの定式が法哲学的批判に耐えうるかどうかを検討する。

## I. 定式

グスタフ・ラートブルフは、ナチズムによる12年間の支配の直接的な印象に基づいて彼の有名な定式を示した。それは以下の通りである。

「正義と法的安定性との間のこの衝突は、制定と権力によって裏うちさ

---

2 例としてOGHSt 2, 231 (232 ff.) ; 2, 269 (272 ff.) ; BGHSt 2, 173 (177) ; 2, 234 (237 ff.) ; 3, 357 (362 ff.).

3 BGHSt 39, 1; 39, 168; 39, 199; 39, 353; 40, 48; 40, 113; 40, 218; 40, 241; 41, 10; 41, 101; 41, 149; 42, 65; 42, 356.

4 BVerfGE 3, 58 (119) ; 3, 225 (232 ff.) ; 6, 132 (198) ; 6, 389 (414 ff.) ; 23, 98 (106) ; 54, 53 (67 ff.).

5 BVerfGE 95, 96 (130 ff.).

れた実定法が、内容的にはたとえ不正で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のであろう。もっとも、正義に対する実定法規の矛盾が余りにも耐え難いために、その法律を「不正な法」(unrichtiges Recht)として、正義に道をゆずらせなければならぬような場合には話は別である。こうした制定法規の不法の場合と、不正な内容をもつにも拘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、うえとは別の境界線をきわめて明確に画することができる。すなわち、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制定にさいして意図的に否認されたような場合には、そうした法律はおそらく単に「不正な法」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。<sup>6</sup>

この定式が二つの部分で構成されていることは容易にわかる。第一の部分では、実定法と正義に対する矛盾が「耐え難い程度」(intolerable lebel)に達した場合にその実定法は法的有効性を失うことが主張されており、これを「受忍不能定式」(intolerability formula)と呼ぶことができる。第二の部分では、実定法は、その制定の際にラートブルフのいう正義の核心である平等が「意図的に否認」された場合、その法的地位が否定される。これを「否認定式」(disavowal formula)と呼ぶことができる<sup>7</sup>。「受忍不能定式」には客観的

6 G. Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", in G. Radbruch, *Gesamt Ausgabe*, in A. Kaufmann (ed.), (Heidelberg: C.F. Müller, 1990), vol. 3, p. 89 (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」尾高朝雄ほか編『ラートブルフ著作集第4巻 実定法と自然法』(東京大学出版会、1961年)260-261頁)。ラートブルフのこの有名なエッセーは、1946年に*Süddeutsche Juristen-Zeitung*の第1巻105-108頁に初めて掲載された。

7 See B. Schumacher, *Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel* (Diss: Göttingen, 1985), p. 24 ff.; A. Kaufmann, "Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom

な性格があり、不正義の程度に焦点を合わせる<sup>8</sup>。反対に「否認定式」には立法者の目的や意図という主観的なものがある。二つの定式が異なる結果をもたらす事例が考えられる。正義の核心である平等を実現しようとして耐え難い不正をもたらす立法者や、不正を実現しようとして耐え難い不正の限度を超えない立法者を容易に想像できる。しかし一般的に耐え難い不正義に関しては、結果と目的は一致するはずである。この点で、二つの定式は「重ね合わさっている (overlapping)」と言える<sup>9</sup>。裁判所の判決のほとんどは「受忍不能定式」を適用してきた。これは、難しい案件で「正義を歪曲する意図」を立証することが難しいためである<sup>10</sup>。本章〔稿〕では、この「受忍不能定式」に焦点を当てる。

ラートブルフ定式で注目に値するのは、それが法と道徳の間の完全な一致を求めているということである。この定式は、制定された有効な法が—ラートブルフは「制定と権力によって裏うちされた実定法」と述べている—不正であっても効力を有することを認めており、法が全体として道徳的であることを目指すことは求めている。この定式はむしろ、法の中に何らかの最低限の制限を設けるだけなのである。概して、法は適切な手続きを経て制定され、社会的に有効なものである。適切に制定され社会的効力を有する規範は、極端な不正義という限度を超えたときにのみ、その法的性質または法的効力を失うのである。したがってラートブルフ定式は、次のように

---

übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht” (1995) 48 *Neue Juristische Wochenschrift* 81 at 82.

8 より正確に言えば、受忍不能定式という枠組みの中で二つの側面を区別すべきである。一つ目は衡量に関するものであり、二つ目は閾値に関するものである。

9 S.L. Paulson, “Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?” (1995) 15 *Oxford Journal of Legal Studies* 489 at 491.

10 R. Dreier, “Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes” in F. Haft, W. Hassemer, U. Neumann, W. Schild, U. Schroth (eds.), *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann* (Heidelberg: C.F. Müller, 1993), p. 58.

簡潔に表現することができる。

「適切に制定され社会的に効力のある規範は、それが極端に不正な場合には、その法的性質または法的効力を失う。」

さらに簡潔にすれば、

「極端な不正は法ではない<sup>11</sup>。」

このテーゼを支持する人は誰でも、もはや法実証主義者ではない。実証主義者は、何かが法であることを確認しようとするとき、それが適切に制定され、社会的に有効なのかを問うだけである。これらの問は、多くの種類の法実証主義が示しているように、非常に異なる解釈と評価が可能であるが、ここではこれ以上言及しない。本章〔稿〕では、法実証主義者にとって法の性質や効力は、規範の内容に関係していないということにのみ注目する。偉大な法実証主義者ハンス・ケルゼンは、広く引用されている表現の中で、「いかなる内容も法であり得る」<sup>12</sup>という見解を示している。これはまさに法と道徳の分離という法実証主義のテーゼであり、要するに、実証主義の分離テーゼである。たとえ非実証主義者であっても、正気であると思われたいなら、

---

11 ラートブルフもよく似た表現で、「恐ろしく」(horribly [horrend]) 不正な法律はその効力を否定される可能性がある」と述べている。See G. Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, in G. Radbruch, *Gesamtausgabe* (A. Kaufmann (ed.), Heidelberg: C.F. Müller, 1990), vol. 3, p. 154 (野田良之・阿南成一訳「法哲学入門」尾高朝雄ほか訳『ラートブルフ著作集第4巻 実定法と自然法』(東京大学出版会、1961年) 75頁)。 *Vorschule der Rechtsphilosophie*は1948年に初めて出版された講義録であり、ラートブルフによって修正され承認された。

12 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2nd edn. (Vienna: Deuticke, 1960), p. 201 (ハンス・ケルゼン (長尾龍一訳)『純粹法学 第2版』(岩波書店、2014年) 191頁)。

適切な制定と社会的な有効性を考慮する。ラートブルフ定式はこのことを明確に示している。しかし、この定式を受け入れる非実証主義者には、極端な不正という限界がある。このように、実質的な正しさが制限基準として法の概念に導入される。法の概念は道徳によって拡大されるのではなく、道徳によって制限されるのである。これは明らかに法と道徳の部分的な結合にすぎないが、それでも結合である。したがって、ラートブルフ定式に賛成する者は誰でも非実証主義の結合テーゼを支持することになる<sup>13</sup>。

ラートブルフ定式をめぐる論争は、法の問題に関する論争であるので、哲学的な論争である。この、法哲学の基本的な概念——法の問題——をめぐる論争が、同時に直接的な実践的結果をもつということは、法哲学の性質をよく表している。ラートブルフ定式という形で表現された非実証主義を支持するかまたはそれに反対する論争のうち、どちらがよりよいかを検討する前に、まずそのような実践的結果について考えてみよう。これは二つの例をみることで行うことができる。

## II. 実践的な意義

最初の例は、1941年11月25日の「ライヒ〔ドイツ帝国〕公民法」第11施行令<sup>14</sup>に関する1968年の連邦憲法裁判所の決定である。同施行令第2条は、次のように述べている：

「ユダヤ人は、次の場合にドイツ国籍を失う。

- (a) 本施行令の発効のときに常居所を外国に有している場合には、本施行令発効の時に〔ドイツ国籍を失う〕。
- (b) 本施行令の発効の後に外国の常居所を選択した場合には、常居所を

13 R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 2nd edn. (Freiburg and Munich: Alber, 1994), p. 15 ff., p. 52 ff.

14 RGBl. I p. 722.

外国に移転した時に〔ドイツ国籍を失う〕。]

連邦憲法裁判所の判断の対象は、第二次世界大戦の少し前にアムステルダムに移住したユダヤ人弁護士が、この規則に基づいてドイツ国籍を喪失したかどうかであった。これは、相続案件の結果に影響する争点だった。この弁護士は1942年にアムステルダムから移送された。それ以降の彼の運命についての情報はなかったため、強制収容所で死亡したと考えざるをえなかった。

連邦憲法裁判所は、ライヒ公民法第11施行令ははじめから無効だったため、同弁護士はドイツ国籍を失わなかったと判断した。その理由の核心は以下の通りである。

「ゆえに、連邦憲法裁判所は、ナチの「法的」規則の法的効力を剥奪する可能性を確認する。なぜなら、それらは明らかに正義の基本的な諸原理と矛盾しているため、それらを適用する、またはそれらの法的結果を認める裁判官は、法ではなく不法 (injustice [Unrecht]) を宣告することになるからである。(BVerfGE 3, 58 (119) ; 6, 132 (198)).

第11施行令はこれらの基本的諸原理に反する。施行令と正義との矛盾は、それを最初から無効であると考えなければならないほど耐え難い程度に達している (see BGH, RzW 1962, 563; BGHZ 9, 34 (44) ; 10, 340 (342) ; 16, 350 (354) ; 26, 91 (93)).」<sup>15</sup>

これは古典的な非実証主義的議論である。適切に制定され、有効期間中に社会的実効性がある規範が、超実定法に違反しているとして、その有効性を否定されるか、あるいは——この点で判決は明確ではないが——法としての性質を否定される。ラートブルフの名前はこの事件では言及されていない

---

15 BVerfGE 23, 98 (106).



が、この裁判所が決定の中で明確に依拠した連邦憲法裁判所の以前の判決で彼の名前を見つけることができる<sup>16</sup>。いずれにせよ重要なのは、「正義」との「矛盾」が「耐え難い程度」に達しているというラートブルフの表現が使われたことである。これにより、国籍に関するこの決定はラートブルフ定式を適用した典型的な事例となった。

国籍喪失者のほとんどは自分の古い国籍の再取得を求めなかった。しかし財産が関連する場合は別である。この財産の問題については、連邦裁判所の民事部大法廷が、上記の国籍決定に味方することになる決定を下している。訴訟の結果は同様にライヒ公民法第11施行令の効力に左右されるものであり、今回は第3条第1項第1号の規定に左右される。この条項は次のとおりである。

「本施行令によりドイツ国籍を失ったユダヤ人の財産は、その国籍の喪失とともにライヒ〔ドイツ帝国〕に帰属する」。

1939年にスイスに移民したユダヤ人女性が、ドイツの銀行に有価証券を預けていた。この預託は、ナチ支配の期間中とその後を通じて、本人名義で銀行の帳簿上に記録されていた。戦争が終わった後、彼女はドイツ連邦共和国に居所を戻した。そこで、彼女は銀行に預託した有価証券の返還を請求した。本件の問は、第11施行令第3条第1項第1号による財産の即時没収によって、彼女が自分の財産を失ったかどうかである。この間に連邦裁判所は否定の回答を与え、彼女の返還要求を認めた。その理由の詳細は複雑だが、その核心は以下の通りである。

「ライヒ公民法第11施行令第3条は、その不正な内容があらゆる法治国

---

16 上記で引用したテキストの直前のBVerfGE 23, 98 (106) で言及されている決定 BVerfGE 3, 225 (232) ではラートブルフ定式が完全に一字一句引用されている。

家秩序の基本的な要求に反するため、最初から無効であったものとみなされるべきである。」<sup>17</sup>

この非実証主義的な解決策によれば、移住者である彼女は財産を決して失わなかったのだから、彼女は財産の返還を要求することができる。法実証主義の立場に立つならば、彼女が財産の返還請求権をもつためには、遡及的または矯正的な法規が必要だっただろう。その場合、彼女が財産の返還を要求できるかどうかは立法の裁量にかかっている。したがって、法実証主義を支持するか反対するかを決めることは、不正な政権の被害者にとって、大きな実践的意義がある。

ラートブルフ定式に実践的な意義があることを示す二つ目の例は、ドイツ内部の国境で起きた逃亡者死亡事件に対する判決である。ドイツ統一2年後の1992年11月に、壁での射撃事件の最初の判決で連邦裁判所は国境兵の有罪を確認した<sup>18</sup>。2年後の1994年に裁判所は、ドイツ民主共和国の最後の国防大臣であるケスラー [Kießler] 将軍を含む幹部と最高幹部が国境での殺人に対して刑事責任を負うという判決を下した<sup>19</sup>。さらに2年後の1996年10月、連邦憲法裁判所はこの判決が憲法に適合していると宣言した<sup>20</sup>。ここでは、代表的な判断である連邦裁判所の最初の〔1992年の〕壁の射撃判決だけを検討する。

この判決は、1984年12月1日午前3時15分頃、4メートルのはしごを使って国境の施設を越えようとした20歳の逃亡者に関するものである。ドイツ民主共和国の国境パトロール隊の兵士2人——1人は同じく20歳、もう1人は23歳——は、幅29メートルの国境地帯を横断しようとしていた逃亡者を約

---

17 BGHZ 16, 350 (354).

18 BGHSt 39, 1.

19 BGHSt 40, 218.

20 BVerfGE 95, 96.

100メートル離れた場所から目撃した。国境地帯の中央には高さ2.5メートルの警報フェンスが並び、国境地帯の端には高さ3.5メートルの国境の壁が設置されていた。叫び声や威嚇射撃をしても逃亡者を止めることはできなかった。彼がはしごを国境の壁に立てかけて急いでよじ登ったとき、二人の兵士にとっては、直接射撃しか逃亡を阻止できないことが明らかだった。彼らは逃亡者に向けて数発発砲した。彼らは逃亡者の足を狙ったが、連続射撃のため、逃亡者を殺す可能性があることを知っていた。それでも彼らは逃亡を阻止しようとした。彼らの発砲開始の数秒後、逃亡者の手が壁の最上部に届いた瞬間に、逃亡者に銃弾が命中した。彼は数時間後に死亡した。

1992年、ベルリン州裁判所は、2人の兵士に故殺の共同正犯を認め、若い兵士には青少年犯罪矯正所での1年6ヶ月の刑を、年長の兵士には1年9ヶ月の刑を言い渡した<sup>21</sup>。刑には執行猶予がついた。連邦裁判所は、壁の射撃事件に対する同裁判所の最初の判決で、この判決に対する上訴を理由がないとして棄却し、原審の有罪判決を維持した。

二人の兵士に対しては、ドイツ統一回復条約の規定に基づき、彼らの行為が、その行為が行われた時及び場所での有効な法によって処罰可能である場合にのみ処罰されるという一般原理が妥当する。したがって、主要な問は、当時有効だったドイツ民主共和国の法に基づき、彼らの行為が許されていたか、または正当化されていたかどうかである。それらの行為を正当化する理由としては、1982年のドイツ民主共和国国境法第27条が問題となる<sup>22</sup>。本件においては、第27条第2項第1号の規定が重要である。

「銃器の使用は、状況によれば重罪 (felony [Verbrechen]) とみられる犯罪行為の、差し迫った実行や継続を防ぐために正当化される。」

21 LG Berlin, NStZ 1992, 492 (493). ケスラー将軍はこれまでで最も厳しい、7年6月の刑を言い渡された。See BVerfGE 95, 96 (97).

22 DDR-GBl. I p. 197.

逃亡者の国境横断はまさに差し迫っており、兵士たちはそれを阻止するために発砲した。ドイツ民主共和国の刑法解釈によれば——主流の学説であれ実務であれ——逃亡者が行ったような国境横断の試みは重罪であった<sup>23</sup>。したがって第27条第2項第1号のすべての前提条件は成立している。27条の他の前提条件も満たされている。発砲は、より穏やかな手段では足りなかったので行わた（第27条第1項第2号）。本件の場合、逃亡者は発砲でしか阻止できなかった。兵士たちは彼に戻れと呼びかけ、威嚇射撃もした（第27条第3項）。最後に、第27条第5項が考慮されなければならなかった。

「銃器を使用する際には、人の命ができるかぎり保護されなければならない。」

この規範も遵守されている。なぜならそれは、いかなる方法であっても命を脅かしてはならないことまでは求めておらず、命は「できるかぎり」保護されなければならないと言っているにすぎないからである。逃亡者に向かって発砲しなければ逃亡はまったく阻止できなかつただろうし、逃亡はあと一歩で成功するところだったので、単発的な射撃ではその逃亡を確実に止めることはできなかつただろう。逃亡を阻止することが第27条第2項の意味での正当化理由として理解されるならば、第27条第5項の違反もない。

国境地帯の兵士を有罪にしようとする試みが、ドイツ民主共和国国境法第27条を現在の法治国家原理に照らして解釈することで行われた。第一審で兵士二人を有罪としたベルリン州裁判所の判決はその例である。その判決は、兵士は比例原則の基本原理に従うべきであったので、連続的に発砲すべきではなかったと主張した。また、生命が最も重要な法的価値である以上、他人の生命を脅かさない犯罪行為の発生を阻止するという目的は、殺人を正当化

---

23 See R. Alexy, *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit* (Hamburg: Vandenhoeck & Ruprecht, 1993), p. 11 ff.

できない、とも主張した<sup>24</sup>。

幸いなことに、連邦裁判所はこの理由づけを採用していない。少なくとも、その判決の本稿に関係する最初の部分ではそうである。ドイツ民主共和国の旧法を現在の法治国家原理に照らして解釈する者は、隠れた遡及的效果を及ぼしており、それは公然たる遡及的效果よりも悪い。二人の兵士を今日処罰することが「法律なければ犯罪なし」(Nullum crimen sine lege)あるいは「法律なければ刑罰なし」(Nulla poena sine lege)という命題に反するのではないかという問を回避することになる。この点に関してベルリン州裁判所は、実定法というものを誤解している。なぜなら、実定法の文言だけでなく、当時の解釈実践も当時有効だった実定法を構成しているからである。この基準を適用すれば、連邦裁判所が適切かつ詳細に指摘しているように<sup>25</sup>、二人の兵士の行為はドイツ民主共和国国境法第27条第2項第1号に基づき正当化される。したがってこの行為は、当時有効であった実定法によれば合法であった。この行為を処罰しうる遡及力のある法は存在しないため、この二人の兵士を罰することができるのは、第27条第2項第1号の正当化理由が適用されない場合に限られる。連邦裁判所はまさにこの点に対してラートブルフ定式を持ち出した。

「行為時に認められた正当化理由において、正義と人道の基本原則に対する明らかに大きな違反が表現されているならば、その正当化理由は、より高いレベルの法に違反しているために、考慮されなくてよい。その違反は、人間の価値と尊厳に関する、すべての諸国民の法確信に反するほど重大でなければならない(BGHSt 2, 234, 239)。実定法と正義の間の衝突は、その法が不正な法として、正義に譲らなければならないほど極めて耐え難いものでなければならない」(Radbruch, SJZ 1946, 105,

24 LG Berlin, NStZ 1992, 492 (494).

25 BGHSt 39, 1 (10 ff.).

107)<sup>26</sup>。

最後の一文は、ラートブルフの受忍不能定式を、ほぼ一字一句繰り返したものである。さらに裁判所は、ラートブルフ定式の適用範囲はナチの不正に限定されないと述べた。

「これらの表現によって (BVerfGE 3, 225, 232; 6, 132 f., 198 f.も参照せよ)、ナチの暴力的な政権の崩壊後に、最悪の法違反を定義することが試みられた。この見解を今日の事件に応用するのは容易ではない。なぜなら、ドイツ内部の国境での殺人は、ナチの大量殺人と同じではないからである。しかし、当時得られた洞察 — 国の命令に基づいて行われた行為の性質を評価する際には、どんな国でも一般的な信念によって国に与えられている限界をその国が越えているかどうかを考慮しなければならない — は有効なままである」<sup>27</sup>。

このため、すべてはドイツ内部の国境での死亡事件がラートブルフ〔定式〕の意味での極端な不正義のレベルに達しているかどうかという問にかかっている。これは非常に争われている<sup>28</sup>。連邦裁判所はこの問に肯定的な答えをしており、その詳細な理由づけの中では、1966年12月19日の「市民的及び政治的権利に関する国際規約」による生命（第6条）と移動（第12条）の権利の保障が「指導原理」として援用されている。ここではラートブルフ定式が実際にどのように機能するかについて説明することが重要なので、その理由づけをここで繰り返すことはしない。これらのことは、旧ドイツ民主共和国の実定法による正当化を二人の国境兵から剥奪した連邦裁判所の以下の文章

---

26 BGHSt 39, 1 (15 ff.).

27 BGHSt 39, 1 (16).

28 See R. Alexy, *Mauerschützen*, n. 23 above, p. 23 ff.

で非常にはっきりと示されている。

「ドイツ民主共和国法によって想定され、国境法第27条において表現されていた正当化理由は、最初から、国境の事実関係によって特徴づけられていた解釈において、効力をもたなかった」<sup>29</sup>。

[以下、次号]

---

29 BGHSt 39, 1 (22).