HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	西ドイツ基本法の下での違法裁判権および行政裁判権による恩赦の審査（１）　ー統治行為論および「法に代わる恩寵」論から裁判所の審査権の肯定へー
Author(s)	牧野, 忠則
Citation	北大法学論集, 36(5-6), 131-144
Issue Date	1986-03-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16512
Type	departmental bulletin paper
File Information	36(5-6)_p131-144.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

西ドイツ基本法の下での憲法裁判権および行政裁判権による恩赦の審査(一)

――統治行為論および「法に代わる恩寵」論から裁判所の審査権の肯定へ――

牧野忠則

目次

はじめに
第一章　ドイツの恩赦制度の概観（以上、本号）

はじめに

一　筆者は、他の論文で[1]、西ドイツでは行政裁判権レベルで統治行為論が否定されていることを論じた。その際、その統治行為論との関連で特に一章を設けて恩赦の司法審査の問題を取り扱うつもりでおり、また、そのことを当該論文で明言してもいた[2]。しかし、一方では、西ドイツでは現在、司法審査をめぐる議論は統治行為論の議論の枠組を大きくはみ出すに至っており、そのことを考慮するとこの問題を論ずることは先の論文の研究テーマと整合しないことになるわけであり、他方では、筆者の意図が、この問題を単に行政裁判権のレベルでのみ扱うのではなく憲法裁判権のレベルをも含めてより包括的に扱おうというものに変わってきたという事情もあり、ここで稿を新たにしてこの問題を論ずることにした。ただ、恩赦という我が国では通常、刑事法――その中でも特に行刑や刑事政策――によって取り扱われるテーマがここでの研究の対象であるとはいえ、筆者の問題関心は前述のように憲法・行政法上のそれであり、従って、本稿の検討もその立場からなされ刑事法的観点からの言及はおのずから必要最少限に留まることになる。

二　我が国に於いては、刑事法の立場から恩赦を論ずるものは、戦後の恩赦法制定前後のもの及び講和条約を理由とする政令恩赦に関するもの[3]を除いては、余り多くない[4]。なかでも恩赦の司法審査について直接論ずるものは、少くとも筆者が参照しえた限りでは、皆無である[5]。他方、憲法や行政法の分野ではどうか。この分野で恩赦が独立の研究対象とされたことはこれまでにはなく、単に統治行為とされる国家行為の一つとして恩赦に言及されることがあったにすぎない。しかも、その統治行為としての恩赦に言及する学説もその大多数は諸外国の学説・判例としてそのことを紹介するに留まり、現実に我が国の法制の解釈として恩赦を統治行為とみなす学説は実は稀であった。この稀な――そして恐らくは唯一の――例として田中(二)教授の所説[6]が挙げられよう。しかし、その田中教授も、後に、統治行為のリストから恩赦を外してしまう[7]。その結果、結局、我が国に於いて我が国の法制の解釈として恩赦を統治行為とする学説は存在しなくなったのであるが、それにもかかわらず、「外交行為をはじめ、衆議院の解散、国務大臣の任免、予算の作成・議決、恩赦の決定、および……等の議会行為を統治行為だと解する説が有力である[8]」という指摘や「…恩赦の決定……などを統治行為とする説も多い[9]」という記述に表われているように、その後長い間、統治行為論肯定説が恩赦をも統治行為の一つとみなしているというイ

メージが定着していたように思われる。[10] では、我が国の統治行為論肯定説—そして、そこで恩赦が統治行為とされているという上述のイメージ—に対して多大の影響を与えたと思われる諸外国の理論に於いては恩赦は実際にそれが統治行為であることを根拠として司法審査から除外されているのだろうか。[11] 本稿の目的は、これを西ドイツの理論について研究しようというものである。従って、その叙述は必然的に恩赦行為と統治行為論との関係から始まることになるが、本稿の検討は、上で述べたように——西ドイツの現在の理論状況を反映して——そこに留まらず、恩赦行為の裁判所による審査権を肯定した上でその審査がどの程度まで許されるのかという裁判所の審査権の範囲の問題にまで及ぶことになる。

註

(1) 拙稿「西ドイツに於ける行政裁判権レベルでの統治行為論」(一)、(二)、(三)、北大法学論集第三四巻第三・四合併号、第三四巻第六号、第三六巻第三号。なお、「統治行為論」に関する用語については、右拙稿の用法に従うことにする。特に、同(一)、序章第二節(一八一頁以下)参照。

(2) 北大法学論集第三四巻第六号七三頁、七四頁註(22)等。従って、筆者としては、これらの記述を本文で述べた趣旨で削除したい。

(3) 鈴木茂嗣監修「戦後刑事訴訟法関係文献目録」二四一頁以下の文献参照。

(4) 教科書・演習書・解説の類いを除けば、恩赦について論ずる比較的新しい論文は極めて少なく、わずかに以下のものぐらいであろうか。鈴木寿一「恩赦」法律実務講座(刑事編)第一二巻(一九六二年)第四章二九一五頁以下、原一馬「我が国における恩赦の歴史と制度的機能(上)、(下)、犯罪と非行第二五号(一九七五年)九四頁以下及び第二六号七九頁以下。

(5) 原前掲書(下)九五頁は、この問題を「残された課題」としている。

(6) 田中二郎「行政法(上巻)」(一九五三年)三二五頁、同「法律学全集6、行政法総論」(一九五七年)四八頁。

(7) 田中二郎「新版行政法」二八三頁以下、同「要説行政法新版」三九九頁以下、等参照。

(8) 芦部信喜「憲法の基礎知識」二〇〇頁。

(9) 覚道豊治「違憲審査権の限界」演習憲法五五九頁。

(10) ごく最近の文献にも恩赦を広義の統治行為の一つに挙げるものがある。即ち、小林節「統治行為」現代法の諸領域と憲法理念(一九八三年)所収五三五頁は、狭義の統治行為と区別された広義の統治行為に言及して次のように言う。

「日本国憲法の下で、国家行為に対する司法過程による合法性の統制の可能性の例外としてはつとめて広く考えてみた場合、例えば、議院の自律権による行為、弾劾裁判、条約、憲法改正、恩赦などを挙げることができる。」

(11) アメリカでは、恩赦行為は、政治問題のリストの中には含まれない。アメリカ合衆国に於ける「政治問題」理論についての最近の状況の研究としては、小林節「アメリカ合衆国における『政治問題』に関する判例の動向と実態」法学研究第五三巻(一九八〇年)第三号八一頁以下、同「アメリカにおけるいわゆる『政治問題の法理』の正当性の検討」法学研究第五五巻(一九八二年)第一二号一四四九頁以下、藤田泰弘「アメリカ合衆国における『政治問題の原則』とその近況」訟務月報第二二巻(一九七六年)第一三号一四四頁以下)。

フランスについては、コンセイユ・デタの判例が恩赦をもはや統治行為とみなしていないことが既に早くから指摘されている。

即ち、戦前(一九三八年)にフランスの統治行為論を初めて我が国に紹介した宮沢俊義「フランスの判例法における統治行為」(「憲法と裁判」所収一一一頁以下)によれば、確かに、ギュゲル事件およびド・コンスタンギ事件に対するコンセイユ・デタの判決は恩赦が統治行為であることを理由として訴えを却下したとされる。しかし、その後、一九四七年のゴンベール事件判決を転機としてそれ以来コンセイユ・デタは大統領の恩赦行為をもはや統治行為とはみなしていないのであり、そのことは我が国でも既に周知のこととなっている。このことを指摘するものとして、金子宏「統治行為の研究」㈠国家学会雑誌第七一巻(一九五七年)八号五四頁註(3)、山田準次郎「統治行為について」公法研究第一三号(一九五六年)一一五頁(即ち、彼によれば、「赦免行為は今日統治行為と認められない。」)、同「民主主義諸国における統治行為」法律論叢第二七巻(一九五四年)第五・六号一六頁、雄川一郎「統治行為論」㈠国家学会雑誌第六八巻(一九五四年)第三・四号四一および四七頁(註11)、中村睦男「統治行為」フランス判例百選一六頁、小林節「フランスにおける『統治行為論』の実態と日本の統治行為論」(上)自治研究第五九巻(一九八三年)第四号九七頁註(8)。

第一章　西ドイツの恩赦制度の概観

西ドイツの恩赦制度は、我が国のそれと若干異なる。しかし、一般恩赦が法律の形式によって行われること[1]を除けば、これまで我が国では殆ど西ドイツの恩赦制度について知られていない。従って、本論の叙述に入る前にその理解のために、ここで一括してその概観をしておきたい。

一、恩赦の歴史は古く、わが国でも既に天武朝の時代に、当時継承された中国法の影響を受けて恩赦が活発に活用されたといわれる[2]。しかし、恩赦はそれが君主あるいは〔国家〕元首の恩恵として出発したために、長い間、恩赦権の担い手はそれを外部から何らの拘束を受けることなく全く自由に行使しうる、と考えられてきた。ドイツに於いても事情は同じであって、そのことは、恩赦を意味するGnade（恩寵）あるいはBegnadigung（恩寵を与えること）という言葉にも表われている[3]。他方、刑罰に対して恩赦が従属的かつ補完的な性格を持つということもまた恩赦に対する法的な合理的規制を阻んできたのである。従って、ドイツに於ける恩赦についての法的規制も、恩赦権者や場合によっては下級官庁への恩赦権の委任の可能性を定めるのみで、その行使の具体的要件などを定めるものではなく、ましてや恩赦権の行使に対する裁判所の司法審査の可能性などは、戦後、基本法が施行されるに至ったあとでもその当初は殆ど議論の外にあったのである。

二、ドイツに於ける恩赦についての規定は、古くは、たとえば一七九四年のプロイセン一般ラント法第二部第一三章「国家の権利義務一般について」第九条[4]以下に見られる。そして、それ以降の憲法は、ほゞすべてその中に元首の恩赦権についての規定を含んでいる[5]。

文言上基本法第六〇条第二項の恩赦権の規定に直接継承されているといわれる[6]ワイマール憲法第四九条は、「ライヒ大統領は、ライヒのためにBegnadigungsrechtを行使する。Reichsamnestieは、ライヒ法律によることを要する。」と規定する。

ここで第一項の規定する大統領のBegnadigungは、「特定人あるいは多数人に関する具体的場合」について「確定判決[7]によって言渡された」「刑の全部あるいは一部」の免除であって、「国家が自らに帰属する刑の執行権（公訴権ではなく）の放棄を意味する」とされる[8]。従って、ここでのBegnadigungとは、一応、我が国でいう個別恩赦であると考えられる[9]。そして、この個別恩赦を行う権利は、「ライヒのためのものとされるのであるから、結局、第一項は全体とし

て、ライヒの管轄に属する事項について個別恩赦をする権限をライヒ大統領に与えたものということができる。ただ、ライヒの恩赦権の範囲について定める明文の規定をワイマール憲法は置いていないので、それは憲法解釈によることになるが、Anschützによれば、「古き法および法原則」に従って、「ライヒ自体の裁判所[10]が第一審として終局判決をした事件」についてのみライヒの恩赦権が認められる。[11]これをラントの側からみれば、それ以外の事件についての恩赦権―単に個別恩赦権のみならず一般恩赦権[12]も―は、ラントに帰属するということになる。　このライヒ大統領の個別恩赦権は、下級官庁へ委任することが許される。ただ大統領自らこれを行使する場合には、大統領の副署(Gegenzeichnung)が必要とされた。

次に、第二項の規定するAmnestieであるが、これは「一般的に表現された多数の事件についての刑の免除」であり、「確定判決によって言渡された(rechtskräftig erkannt)、従って執行可能な―あるいは既に執行の始まっている―刑の存在を要件とする[13]とされる。従って、このAmnestieは、我が国で一般に説明されている[14]ような「大赦」に直接対応するものではなく、「有罪の言渡を受けた者に対する大赦[15]」とでもいうべきものであろう。　そして、この二項の規定するライヒのAmnestieを行う権限の範囲も、前述のライヒ大統領の個別恩赦を行う権限の範囲と同じであるとされる。

更に、「(起訴後)未だ有罪の言渡を受けていない者に対する大赦」にあたるのがAbolition(あるいは、Niederschlagung)である。これは我が国では「免訴」と訳されている。[16]我が刑事訴訟法第三三七条は、「確定判決を経たとき」「犯罪後の法令により刑が廃止されたとき」「大赦があったとき」「時効が完成したとき」に免訴の判決をすべきことを定めるが、ドイツのAbolitionはこれら免訴をすべき場合一般をさすのではなく、一般恩赦の諸類型の一つのことであって我が国の上述の「大赦があったとき」の免訴に対応するものであり、「既に開始された刑事手続を先に進めることの放棄」即ち「国家に帰属する公訴権の放棄[17]」であると説明される。即ち、このAboliton の場合には、そこで赦免の対象とされた刑罰に該当する犯罪によって起訴されている者の訴訟手続は中止(Niederschlagung)され免訴が言渡されるのであり、このようなものとしての免訴をAbolitionというわけである。[18]そして、このAbolitionもAmnestieと同様、法律によることを要する。[19]ところで、このワイマール憲法第四九条は確定判決に対する恩赦のみに関するものであるとされる。従って、同条は、このAbolitionを行うライヒの権限を保障するものではない。[20]しかし、おそらく、このAbolition、更には、やはりこの四九条の保障に含まれないとされる減刑や復権などの他の一般恩赦、を行う権限は他の立法を行う権限と同様に、ライヒの立法権の当然の

構成要素と考えられていたためか、[21] Abolitionはそれ以上の憲法上の根拠を問われることなく[22] Amnestieと並んで憲法学上も説明されまた刑免除法の中にも規定された。

ところで、我が国に於ける一般恩赦は、恩赦法が恩赦の種類・その効果などを一般的に定め、それに基づき具体的には恩赦の種類に従ってそれぞれ別異の政令によって（大赦令・減刑令・復権令などとして）行われるが、ドイツでは「刑の免除に関する法律（Gesetz über die Gewährung von Straffreiheit und Strafmilderung）（これを略して、通常は、刑免除法（(Straffreiheitsgesetz)）とよばれる）」によって与えられる。この法律が我が国の大赦令・減刑令・復権令のうちのどれに相当するのかは、当該法律の内容如何によるのであるが、ドイツの立法実務上は、我が国の右三つの政令のうちのいくつかあるいはすべての内容を複合的に持つものが一つの法律として制定されることが通例であったのであり、そのことは現在でも変らない。しかも、刑免除法は、単に上述のAmnestieやAbolitionのみならず、未だ起訴されていない段階にある被疑者についてその者を起訴しない旨を定める規定や既に執行の終った者に対する復権の規定、そして更に減刑の規定をも定めることが多いのである。

三、基本法の下での西ドイツの恩赦制度は基本的にはワイマール憲法下のそれと変らない。連邦とラントとの間の恩赦権の分配も、ワイマール憲法下でのライヒとラントとの間のそれと同様に、恩赦の対象となる事件の第一審裁判所が連邦のそれであったのかラントのそれであったのかによって定まるのであり、各場合によって連邦とラントがそれぞれ権限を持つことになる。[23]

ラントの恩赦については、各ラントは憲法にその権限および委任に関する一般規定を置き、それに基づき詳細については、ラントの法律・首相の命令（Anordnung）あるいは告示（Bekanntmachung）その他の法形式によって定めている。[24] ここで、各ラント憲法によれば、一般恩赦（特に、Amnestie。しかし場合によってはAbolitionをも含む。ただ、バイエルン憲法だけは、その中に一般恩赦についての規定を含まない。）は、これを各ラント議会が法律によって行うとされているが、他方、個別恩赦については、一都市が同時に一つのラントを構成しているラント（Stadtstaaten）であるハンブルクやブレーメンなどでそのラント政府（Senat）がこれを行使する[25]とされている他は、ラント首相（ただし、下級官庁への委任がなされるのが通常である）がこれを行使するとされている。[26]

連邦の恩赦権については、基本法がその第六〇条第二項で「彼（＝連邦大統領―筆者）は、個々の場合に、連邦のために恩赦権を行使する」と規定して、連邦の個別恩赦権が連邦大統領に帰属すること

を明らかにし、更に同条第三項は、この権限を大統領が下級官庁に委任しうることを定めている。これらの規定をうけて、この連邦大統領の個別恩赦権についての詳細はこれを「連邦の恩赦権に関する連邦大統領の命令（Anordnung des Bundespräsidenten über die Ausübung des Begnadigungsrechts des Bundes）」が定めている。現行のものは、一九六五年一〇月五日公布即日施行のもの（ただし、その一部はその後の一九七〇年一一月三日の命令で改正されている。）で、それは、連邦大統領が自己に留保する恩赦事項（第一条）、各省大臣に委任される恩赦事項（第二条）、それら委任事項の下級官庁への再委任（第三条）、連邦大統領が自ら恩赦を行う場合の各省大臣等の事務的準備作業の義務に関する規定（第四条）、そして、先行の一九五二年の命令の失効等を定める最終規定を含むが、恩赦手続についての定めはない。[27]

他方、基本法第六〇条は、連邦の一般恩赦権について何ら規定していない。この点では、ワイマール憲法第四九条および基本法下の各ラント憲法（上述の如く、バイエルン憲法は例外である。）が明文で、一般恩赦（特に、Amnestie）が法律によることを要すると規定しているのとは異なる。しかし、この連邦の一般恩赦権は、基本法の下では、基本法第七四条一号が規定する「刑の執行および裁判手続」についての連邦の立法権に包摂されると考えられている。[28]

この一般恩赦についていえば、基本法の下でのAmnestieやAbolition等の一般恩赦の諸形式についても前述のワイマール期のそれについての説明がそのまゝあてはまる。また、基本法制定以来これまで、西ドイツでは、四つの刑免除法が出されているが、[29]これらのいずれもが、ワイマール期の刑免除法の場合と同様、AmnestieやAbolition、更には、未だ公訴の提起されていない者に対して新たな訴法手続が始められない旨の規定を含んでおり、また、場合によっては復権の規定を置くもの[30]もある。

以上で、ドイツの恩赦制度の概観を終える。ところで、これまでの叙述では、恩赦制度全体の概観をするというそこでの意図から、一般恩赦にも言及したのであるが、一般恩赦は、刑の種類その他恩赦の対象となる者についての要件がすべて法律で定められそれに該当する者すべてに一律に与えられるものであり、それによる個人の権利侵害などということは通常考えられず、従って、個人の権利侵害およびそれに対する出訴の途との関連での恩赦の統治行為性や恩赦と裁量の問題を扱う本稿の考察の場面では、実は、殆ど問題とならない。本稿で取り扱う問題は、むしろ、個別恩赦に於いて現われるのであって、西ドイツでの議論もこの個別恩赦をめぐるそれに集中している。従って第二章以下の叙述では、個別恩赦について、

恩赦と司法審査の関係が考察される。

註

(1) 鈴木前掲書二九二一頁、原前掲書(下)八〇頁などがこのことに触れている。

(2) 原前掲書(上)九七頁

(3) ただ日本語で恩赦と一言で言っても、それは厳密には、「恩赦を与えること」の意に使われたり、「恩赦制度」を意味したりするので、その言葉が使われる文脈でそれに対応するドイツ語は異なる。恩赦制度は Gnadenwesen であるが種々の類型の恩赦を含めて一般的に「恩赦を与えること」を表わす言葉は、Gnadenerweise および Begnadigung であろう。とはいえ、この二つの言葉にはその使われ方に若干の相異があり、たとえば一般恩赦 (Generelle Begnadigung) とか個別恩赦 (Einzelbegnadigung, Begnadigung im Einzelfall) とかいう場合には Begnadigung が使われる。そして、ここで、この Begnadigung は確定判決で刑を言渡された者に対する恩赦のことであるから、Abolition をも含む Gnadenerweise の方がより範囲の広い言葉である。ただ、ドイツでは、一般恩赦という包括的な言い方がされるのはごく稀であり、一般恩赦については、我が国でいうそれに含まれる諸類型の恩赦にあたる Amnestie とか Abolition とかに個別に言及されるのが通例である。おそらくこれは、ワイマール憲法第四九条や基本法第六〇条二項が大統領の個別恩赦(権)については Begnadigung(srecht) の語を使いながら、一般恩赦についての規定は置かず、ワイマール憲法第四九条二項(そして現行の大半のラント憲法)が Amnestie についての規定だけを置いていたことと関係があろう(従って、単に Begnadigung といえば通常は個別恩赦のことである。)。また、更に Gnadenakte も Amnestie とか大統領の個々の個別恩赦などの個々の恩赦行為の総体としてやはり、恩赦一般を表わす。恩赦を行う権限から見た場合には、立法府の一般恩赦を行う権限と——前述のように——大統領(およびその委任を受けた下級官庁)の個別恩赦権、即ち Begnadigungsrecht、を含めて Gnadenrecht (恩赦権) の語が使われる。

(4) この第九条は次のように規定する。

「著しく重要な事由がある場合にそれを根拠として (aus erheblichen Gründen)、犯罪を赦し、捜査を中止し、犯罪人を〔その犯罪の〕すべてあるいはその一部について宥恕し、重懲役刑・城塞禁錮刑あるいはその他の重い体刑をより寛大な刑罰に変更したりする権利は、これを国家元首のみが直接に行使しうる。ただし、元首がその権利を一定の犯罪あるいは刑罰について下級官庁に明示的に委任した場合にはその限りでない」

(5) 一八五〇年のプロイセン憲法第四九条参照。一八七一年のビスマルク憲法は恩赦権の規定を持たないが、刑事訴訟法第四八四条が皇帝の恩赦権を規定していた (K. Müller, Zur Anfechtbarkeit von Gnadenentscheidungen, DVBl 1963, S. 20.)。

(6) F.L. Knemeyer, Auf dem Wege zur Justiziabilität von Gnadenakten, DÖV 1970, S. 122.

(7) これは、判決のみならず刑事処分（Strafverfügung）や刑の決定（Strafbescheid）を含む。この二つのものについては、山田晟「ドイツ法律用語辞典」参照。

(8) G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Vierte Bearbeitung, 14 Aufl. 1933, S. 301.

(9) 鈴木前掲書二九二三頁によれば、現行恩赦法上我が国の個別恩赦には、特赦、刑の執行の免除、特別減刑、特別復権の四つのものがある。ここで、「特赦」は、「有罪の言渡を受けた特定の者に対し、その言渡の効力を失わせる」ものであり、「刑の執行の免除」とは、「刑の言渡を受けた特定の者に対し、その刑の執行を免除する」もの、「特別減刑」は、「刑の言渡を受けた特定の者に対し、その刑を減軽し若しくはこれとともに執行猶予の期間を短縮し又はその刑の執行を減軽する」もの、そして最後に「特別復権」とは、「刑の執行を終り又は執行の免除を得た特別の者に対し、有罪の言渡を受けたため法令の定めるところによって喪失しまたは停止された資格を、一般に、あるいは特定の資格を、回復する」ものとされる。本文に於いて述べたライヒ大統領の個別恩赦権の定義からすれば、その中に、特定人に対する刑の全部あるいは一部の免除にあたる我が国の「刑の執行の免除」と「特別減刑」が含まれることは明らかであるが、言渡そのものの効力を失わせる「特赦」は少くともこの定義の中には入っては来ない。資格の回復である「特別復権」についても問題であり、ワイマール憲法下でどのように取り扱われていたのかは不明である（このことについては、団藤重光「刑法綱要総論」四三七頁註四参照。）が、基本法下ではラントレベルで恩赦による資格回復を申請した事件に関する連邦行政裁判所の判決（後述する一九六二年三月八日の判決（BverwGE 14, 73））参照。）があり、そこでの叙述からすれば少くとも西ドイツのラントレベルでは「特別復権」も恩赦の一形式とされていることがうかがえる。

いずれにしろ、一般的には本文のように言えようが、しかし厳密には、このBegnadigungがどの程度まで我が国の現行恩赦法の規定する個別恩赦の諸類型と対応するのかは、ここでは確言しえない。

(10) この意味での裁判所には、刑事裁判所および懲戒裁判所の機能を行使する場合の行政官庁も含まれる。Anschütz, a.a.O., S.301, FN. 1, Ders. 1 Aufl. 1921, S. 109.

(11) Anschütz, a.a.O., S.301.

(12) この憲法上の権限分配が侵害される場合は違憲となる。現実には一度、ライヒがこのラントの恩赦権を侵害する一般恩赦を定める法律である刑免除法（Gesetz über Straffreiheit vom 14. Juli 1928, Reichsgesetzblatt 1928, Teil I, S. 195.）を制定した（即ちその第一条では、単にライヒの裁判所のみならずラントの裁判所が言渡した刑についてもその言渡を受けた者を恩赦の対象にすることが定められていた。）ことがあり、同法は後にその改正の際に、当該違憲規定はそのまゝにされたがそれを

合憲として追認するために、憲法改正手続がとられたことによって事後的に違憲状態が是正された（Reichsgesetzblatt 1930, Teil I, S.467.）。

(13) Anschütz, a.a.O., S.301f.

(14) たとえば、鈴木前掲書二九三五頁註一。山田晟「ドイツ法律用語辞典」一四頁のAmnestieの項をも参照。ただ、ここでの叙述のうち、「Amnestieの権限は形式的には連邦大統領に属する」などの記述は誤りである。Begnadigungについての説明（四八頁）のうち「恩赦は法律を必要とする」という箇所も同様である。形式的にせよ何にせよ連邦大統領に属するのはBegnadigung（個別恩赦）権なのであり、法律を必要とするのはAmnestieなのである。この点では著者はこれら二つを取り違えたのであろうか。

(15) ただ、我が国では大赦が有罪の言渡を受けた者に対して行われる場合には、「その言渡に伴う資格制限の効果の消滅」を伴うものとされる（鈴木前掲書二九三六頁）のであるが、ドイツのAmnestieの場合には、その説明の中でそのような効果に言及されることがない。従って、註(5)で「特赦」について述べたのと同じ問題が生ずる。しかし後述するように、一般恩赦を行う個々の刑免除法の中には、「免除される刑についての記録は犯罪人名簿（Strafregister）から抹消される」等の明文の規定がある場合（Gesetz über die Gewährung von Straffreiheit und Strafmilderung in Disziplinarsachen vom 8. Mai 1920, Reichsgesetzblatt, 1920 S.910.; Gesetz über die Gewährung von Straffreiheit vom 4. August 1920, Reichsgesetzblatt 1920, S.1487.; Gesetz über Straffreiheit für politische Straftaten vom 21. Juli 1922, Reichsgesetzblatt 1922, Teil I, S.595.; Gesetz über Straffreiheit vom 14. Juli 1928, Reichsgesetzblatt 1928, Teil I, S.195.などの一筆者が調べえた限りでの一すべてのワイマール期の刑免除法の他に、基本法制定後の一九五四年の刑免除法（(Bundesgesetzblatt 1945, Teil I, S.203.)）と明文の規定がない場合（基本法制定後に出された四つの刑免除法のうちの前述のものを除いた残りの三つ）があり、規定がある場合であってもその規定の適用される刑が単に既に執行を終えているものだけであり従ってそれは一般復権だけに関するものであるものや未だ執行の終っていない刑を対象とするものなど区々であることに鑑れば、有罪の言渡に伴う資格制限の効果については、一般恩赦の場合には、個々の刑免除法の定めるところによると考えるべきであろうか。

(16) 山田晟「ドイツ法律用語辞典」三頁。

(17) Anschütz, a.a.O., S.304.

(18) Creifelds Rechtswörterbuch, 4 Aufl., S.7.

(19) Anschütz, S.304.

(20) Anschütz, a.a.O., 1 Aufl. S.109.

(21) Ebd.

(22) 基本法下でのこれら一般恩赦についての以下の叙述参照。

(23) C.H. Ule, in: Evangelisches Staatslexikon, (Hrsg.) Kunst, Herzog, Schneemelcher, 1966, 2 Aufl. Sp.905f., Maunz, Maunz/

Dürig/Herzog, Grundgesetz Kommentar, Art.60, Rdnr.14. 更に、刑事訴訟法（StPO）第四五二条は、この権限分配を明文で次のように規定する。

「第一審に於いて連邦の裁判権の行使として裁判が行われた事件に於いては、恩赦権は連邦に属する。その他のすべての事件に於いては、恩赦権はラントに属する。」

(24) Schönfelder, §452 StPO についての脚註に於ける各ラント法令参照。

(25) Berlin憲法第六八条、Bremen憲法第一二一条、Hamburg憲法第四四条。

(26) Baden-Württemberg憲法第五二条、Hessen憲法第一〇九条、Niedersachsen憲法第二七条、Nordrhein-Westfalen憲法第五九条、Rheinland-Pfalz憲法第一〇三条、Saarland憲法第九五条、Schleswig-Holstein憲法第二七条。

(27) この命令の最初のものは、一九五二年一二月一〇日（Bundesgesetzblatt, 1952, Teil I, S.790f.）に出されたが、現行のものの発効によって失効した。一九六五年一〇月五日の命令（Bundesgesetzblatt, 1965, Teil I, S.1573f.）の全文は以下のようなものである。

「基本法第六〇条第二項・第三項に基づいて、私は次のように命ずる。

第一条〔連邦大統領に留保された恩赦事項〕

私は、個別恩赦権が連邦に属する事件である、確定判決によって終結した刑事事件・懲戒事件・名誉裁判所の事件（Ehrengerichtssachen）に於いて、以下の恩赦を与えることを自らに留保する。

1、連邦通常裁判所が第一審としてあるいは他の連邦裁判所が、言渡した刑の免除あるいは減軽。但し、刑の執行の延期・中断（Strafausstand）を行うことは許されない。

2、刑事裁判所による有罪判決の服務法上あるいは年金法上の効果の除去。

3、以下に挙げる懲戒罰の免除

a、服務あるいは服務関係からの排除

b、恩給の剝奪あるいは基本法第一三一条の適用を受ける者の法律関係を規律するための法律から生ずる権利の剝奪。

4、生活費（Unterhaltsbeitrag）を与えることの承認（西ドイツ連邦官吏法第一二〇条等参照―筆者）。

5、連邦通常裁判所に於いて弁護士に対して下された弁護士会からの除名決定の取消。

第二条〔恩赦権の委任〕

(1)私が連邦の個別恩赦権の行使を自らに留保しなかった限りで、その行使を次の者に委任する。

1、ドイツ連邦議会・連邦参議院・連邦憲法裁判所・連邦会計検査院・ドイツ連邦銀行のそれぞれの長に対して、

その所掌領域の連邦官吏および退職官吏がなした懲戒事件に於いて

2、連邦各大臣に対して、

その所掌領域の懲戒事件および各誉裁判所事件(Ehrengerichtssachen)に於いて

3、連邦内務大臣あるいは〔軍人懲戒裁判の〕開始官庁(=Einleitungsbehörde。軍人懲戒法第八六条参照—筆者)としての権限を委任された連邦大臣に対して

公務に従事する者あるいは基本法第一三一条の適用を受ける者の法律関係を規律するための法律が定める意味での扶助受給権者の懲戒事件に於いて

(2)

私は、更に、次の者に連邦の個別恩赦権の行使を委任する。

1、連邦司法大臣に対して

以下の裁判所の下した確定判決によって終結した刑事事件に於いて

(a)、私がその(恩赦)決定を自らに留保しなかった限りに於いて、第一審としての連邦通常裁判所あるいは他の連邦裁判所

(b)、第一審としてのライヒ裁判所、旧民族裁判所、旧国防軍裁判所(Wehrmachtgericht)、旧国防軍類似の団体の裁判所

(c)、現在では対応するドイツの裁判権のない旧裁判所

2、連邦大蔵大臣に対して

確定判決によって終結した、租税犯および独占犯に対する行政罰事件に於いて

3、連邦郵政大臣に対して

確定判決によって終結した、郵便法上の行政罰事件に於いて

4、所轄の連邦諸大臣に対して

確定判決によって終結した、当該連邦大臣の所掌領域の秩序罰事件および過料事件に於いて

(3)

以上の授権は、ある事件が当該授権の対象となるとしてもその事件が特別に重要な意味をもつものである場合には与えられない。このような事件の場合には、私は自ら決定する権限を自らに留保する。

第三条〔恩赦権の再委任〕

私が連邦の個別恩赦権の行使を委任した連邦大臣に対して、私は、その権限を一般にあるいは個別に下級機関に〔再〕委任する権限を授権する。

第四条〔恩赦事件に於ける手続〕

連邦諸大臣および第二条第一項一号規定の最高所轄官庁は、その所掌領域の恩赦事件については、私に留保された〔恩赦〕決定のための準備作業を行なう。所轄機関がない場合あるいはいかなる機関も自ら管轄権をもつと考えない場合には、この準備作業は連邦内務大臣の義務である。

第五条〔最終規定〕

本命令は、公布の日に発効する。それと同時に、一九五二年一一月一〇日の連邦の個別恩赦権の行使に関する〔大統領の〕命令は破棄される。」

(28) Ule, a.a.O., Sp.905f. ところで、この基本法第七四条は一般に、連邦とラントとの立法権が競合する領域を定める規定であるが、同七二条第一項で「競合的立法の範囲においては、ラ

ントは連邦がその立法権を行使しないあいだ、およびその限度において立法の権限を有する」としているので、結局、この第七四条一号に連邦の一般恩赦権の憲法上の根拠が求められうるわけである。ただし、第七二条第二項も参照。また、この第七四条一号の規定は一般に、基本法の下での連邦とラントとの恩赦権の分配についての憲法上の根拠とも考えられている。Ule, a.a.O., Sp.905f. 註(24)をも参照。

(29) これは以下の法律である。Gesetz über die Gewährung von Straffreiheit vom 31. Dezember 1949, Bundesgesetzblatt 1949, S.37f.; Gesetz über den Erlaß von Strafen und Geldbußen und die Niederschlagung von Strafverfahren und Bußgeldverfahren vom 17. Juli 1954, Bundesgesetzblatt 1954, Teil I, S.203ff.; Gesetz über Straffreiheit vom 9. Juli 1968, Bundesgesetzblatt 1968, Teil I, 773ff.; Gesetz über Straffreiheit vom 20. Mai 1970, Bundesgesetzblatt 1970, Teil I, S.509ff..

(30) 例えば註(29)の一九五四年の刑免除法第一〇条参照。

Vol. 36 No. 5-6 (1986)

Die verfassungs- und verwaltungsgerichtliche Kontrolle der Gnadenakte

—— Entwicklungsprozeß in der Theorie über die Verneinung der Justiziabilität der Gnadenakte durch die Theorie der sog. gerichtsfreien Regierungsakte und die „Gnade vor Recht" -Theorie zur Justiziabilität der Gnadenakte ——

Tadanori MAKINO*

Inhaltsverzeichnis:

0. Einleitung
1. Übersicht über das Gnadenwesen in Deutschland

(In diesem Heft;
Fortsetzung im nächsten Heft)

*Assistent an der juristischen Fakultät der Universität Hokkaido