

# 刑罰論から見た恩赦制度（4・完）

——ドイツ恩赦制度に関する議論を参考にして——

飯 島 暢

## 目 次

- 1 はじめに
- 2 日本の恩赦制度の概要と問題点
- 3 刑罰論から見た問題点 (以上、71巻3号)
- 4 ドイツの恩赦制度の概要と問題点
  - (1) 考察の視座
  - (2) ドイツの恩赦制度の概要
  - (3) 個別恩赦 (Begnadigung) の論点
    - ① 個別恩赦の法的拘束性
    - ② いわゆるクリスマスアムネステイ (以上、72巻2号)
    - ③ 刑事政策上の諸規定との関係性 (以上、73巻1号)
  - (4) 大赦 (Amnestie) について
- 5 恩赦制度の正当化の基礎づけの試み
- 6 結びにかえて (以上、本号)

## 4 ドイツの恩赦制度の概要と問題点

### (4) 大赦 (Amnestie) について (承前)

ドイツにおいては、刑の減軽または免除をなす大赦 (Amnestie) は法律の形式を伴って執り行われている<sup>247)</sup>。一般的に大赦法律 (Amnestiegesetz) 或

247) ワイマール憲法 (49条第2文) とは異なり、現行の基本法では規定されていないが (但し、ラインラント・ファルツ州憲法103条2項のように州の憲法の中にはその旨を規定しているものもある)、この点が、ドイツにおける大赦と個別恩赦の差異を特徴づけることになる。しかし、このような形態上の相違だけでなく、効力の範囲でも両者は異なっており、大赦の方が刑の赦免の範囲は個別恩赦よりも広く認められている。例えば、個別恩赦では確定判決の存在が前提とされるが、大赦で

い は刑赦免法律（Straffreiheitsgesetz）と言われている<sup>248</sup>。これにより、法律に対して補足的に作用する、つまりは例外的な役割を果たすとされる恩赦全般の性質との関係では、それ自体法律の形式をとるのであるから、大赦は特殊な性質を有することになる。基本となる法律に対して例外の法律として作用するのである<sup>249</sup>。この点で、大赦の法的な性質を改めて規定する必要性が生じる<sup>250</sup>。日本においても、ドイツの大赦に当たる一般的な効力を有する恩赦（政令恩赦、一般恩赦）の権限主体は立法府であるべきとして、当該の恩赦は

---

ゝはそれ以前の手続の打ち切り（更にはそもそも手続の不開始）も可能である。これについては、特に Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts（前掲注76）S. 16 f. を参照。

248) Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts（前掲注76）S. 208参照。

249) Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts（前掲注76）S. 2 によれば、1980年代において多くの大赦法律案が議論された際には、議会及び世論からは法治国家に対する危険性が懸念され、その敷居は極めて高く設定されるべきであるとされていた。こうしてドイツでは、大赦法律は例外としての稀な事柄であり続けなければならないとされているのである。

250) 法律の形式をとるため、個別恩赦（Begnadigung）で問題となるような法治国家性の保障の問題は形式的にはクリアしているかのような印象が与えられる（勿論、具体的な大赦立法の際にその追求が想定される政治的政策的な目的の内容それ自体は実質面での問題として批判的検証の対象となり得るはずである）。この点が、ドイツにおいても議論が活発にならない理由の1つなのであろう。またその正当化の問題も専ら立法論の文脈で捉えられるものなのかもしれない。しかし、大赦（Amnestie）においても、法秩序の回復のために本来想定され得る（された）刑罰としての自由の制限・剥奪がその質と量において不要なものとして扱われる状況は、個別恩赦のときと同様なのであり、いまだ刑罰論的な（更には、後に述べるように別の刑罰的観点に基づく）正当化の必要性は否定されないのである。この点以外にも、法律の形式をとるだけでは解決しきれない問題が多々ある。例えば、思いつくものを挙げるだけでも、個別恩赦では、第1審が連邦の裁判権に属するか、州の裁判権に属するかによって、その権限主体も連邦大統領か或いは州首相その他かというように区別されたが、大赦法律では、州の裁判権に属する犯罪行為についても何故に連邦レベルでの立法によってそのまま捉えられているのかという問題がある。換言すれば、州の立法に基づく大赦はあり得るのかという問題である。そもそも、例えば前掲注247) で挙げたラインラント・ファルツ州憲法のように、いくつかの州憲法には大赦に関する規定が置かれている。大赦法律に関する連邦と州との間での立法権限の問題については、Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts（前掲注76）S. 210 f.; Birkhoff/Lemke, Gnadenrecht（前掲注76）Rn. 50を参照。

法律の形式で実施されるべき旨を主張する場合には当然に同様の事柄が必須となる。

ドイツでは種々の政治的政策的理由に基づき、多くの大赦法律が公布施行されてきた<sup>251)</sup>。しかし、それらはあまりにも多種多様な形態と内容を伴っており、本稿の関心事である恩赦制度全般の刑罰論的観点からの正当化の基礎づけだけからでは捉えきれない射程を有している。多様な態様及び内容を備えた数々の大赦法律全般についてその正当化を試みる際には、刑罰論以外のどのような観点に着目する必要があるのか。刑罰論的観点による正当化が妥当する場合とそうではない場合を区別する基準は一体何であるのか。これらの問いに回答を見出すための糸口を探るためには、大赦法律全般を特徴づけるそのメルクマールを抽出すると同時に、歴史上見られてきた種々の大赦法律を類型化・体系化する作業が必要となる。これは、発出の頻度が極めて限られるようになっており、しかも対象も制限されているとは言え<sup>252)</sup>、ドイツにおける大赦法律と同様に、一般的な効力を伴って例外的な作用を果たす日本の政令一般恩赦についてその理論的な正当化の可能性を論じる上でも有益な作業となろう。そこで以下では、まさに上記の作業に傾注していると評価し得る Süß の著書<sup>253)</sup>に依拠しながら、大赦法律のメルクマールとその類型化及び体系化につ

251) Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts (前掲注76) S. 2 は、大赦法律が日々の政治 (Tagespolitik) のための手段と化していることを指摘している。

252) 2019年10月22日付のいわゆる令和恩赦では、政令恩赦は復権に限定され、大赦・減刑は行われなかった。皇室の慶弔 (大喪の礼、即位の礼) だけを理由とするかのようになされているためか、政令恩赦の頻度も最近では極めて限られたものになっている。

253) 既に前掲注76) で挙げている Frank Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung, 2001 である。ドイツにおいては大赦 (Amnestie) の概念それ自体の内容は、基本法、刑法、刑事訴訟法のいずれにおいても規定されていないため、伝統的な定義に着目しながら、現行の憲法上の理念に合致する形でその精緻化を図る必要がある (同書 S. 84 ff.)、この点が Süß の問題意識の核心をなしている。また、同書ではギリシア時代に遡る大赦概念の語源や歴史上の使用例の経緯 (S. 29 ff.)、特にルネサンス期における同概念の復興と忘却を通じた平和保障という (政治的な) 目的と結び付いて同概念が発展していった事情 (例えば S. 53 ff., 57 f.) 等の興味深い叙述が多数散見される。

いて考察していくことにする。

Süßによれば、大赦（Amnestie）の定義に含まれる第1のメルクマールは、外的な効果（Außenwirkung）を伴う国家的規定という特徴である。国家機関によって設定された規則であることは、16世紀から17世紀にかけてドイツ語で大赦概念が語られるようになって以降、自明とされてきたものであり、更に外的な効果性の点、つまりはその効力は国家と市民との関係において作動するものであって、国家機関の内部で上位の機関から下位機関に対して向けられるものではないこともこれまでの大赦に関する文脈から明白に読み取れる特徴であるとされる<sup>254)</sup>。国家的規定性及び外的効果性というメルクマールを通じて、大赦と類似の規定の峻別が図られる。まず、国家的規定を介さない形での恩恵の付与や制裁の回避を大赦として扱うことは不適切とされる。例えば、私法の領域における大赦は認められないことになるし、法律上要請された処罰を事実上差控えたとしてもそれは大赦には当たらないのである<sup>255)</sup>。また、外的効果性が欠ける点が理由となり、恩赦令に代表される、個別恩赦（Begnadigung）に関する種々の行政規則は、（国家的な規定ではあるのかもしれないが）大赦に関する規則とは別のものとしてそれから厳密に区別されるのである<sup>256)</sup>。

但し、この第1のメルクマールでは、通常要求される、議会によって制定される法律の形式が必要であるという点は明示されていない。何故ならば、法律

254) Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung (前掲注76) S. 88 ff参照。また Süß は、外的効果を伴う国家的規定性という特徴から、個別恩赦とは異なり、該当する市民は国家との関係で処罰の断念を求める権利を有しており、それは場合によっては裁判所を通じて貫徹させることができるという規範的な帰結を導き出している (S. 88 Fn. 79)。従って Süß は、その条件に該当すべき者が大赦を求める権利を有する点については肯定的に捉えている。

255) Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung (前掲注76) S. 93 f参照。

256) Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung (前掲注76) S. 95 ff参照。従って、Süß からすれば、この点からして、いわゆるクリスマスアムネスティー（本誌72巻2号179頁以下参照）は、たとえその効力が類型的な作用を伴うことから大赦との類似性を有するものであったとしても大赦の領域からは除外されるのである (S. 98 f.)。

の形式の必要性はドイツ法圏においても20世紀になって初めて貫徹されるようになったものであり、歴史上見受けられた大赦の大部分には当てはまるものではなく、そもそも必然的に議会主義を前提とすることになるため、大赦に関する国際的な語法とも合致しないからである<sup>257)</sup>。確かに、制定法の形式により大赦の合法性も担保されるのかもしれないが、やはり Süß からすれば、形式的に法律の形態を伴いさえすれば、大赦としての性質がそのまま満たされるわけではないため、その当否を判断する際にもやはり実質面に着目すべきなのであろう<sup>258)</sup>。

次に Süß が着目する第2のメルクマールは、集団に関係づけられた終結規定 (Schlußregelung) という特徴である<sup>259)</sup>。この第2のメルクマールは、大赦規定の実体的効力範囲及び人的効力範囲との関係で導き出されるものであり、2つの内容に分解することが可能である。まず実体的効力範囲との関連で重要となる終結規定性により、大赦が将来ではなく過去の歴史的事実のみを対象とする点が特徴づけられる。換言すれば、過去関係性という大赦の性質である。このような特徴づけは大赦の伝統的な理解においてなされてきたものであり、現在においても憲法上の重要性が認められるとする。何故ならば、大赦が将来の犯罪行為を対象とする旨が事前に予告されてしまうと、潜在的犯罪者に事実上フリーハンドを認めることになり、法治国家原理の内容たる、被害者との関係で国家が果たすべき保護義務に反する事態になってしまうからである。過去関係性により効果の事前予告の禁止が担保されるのである。

これにより将来関係的に刑罰を赦免する規定は大赦としては許容されなくなるが、その際には、施行後になされる犯行を対象とするような明白に将来関係

257) Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung (前掲注76)) S. 100 f参照。大赦は古代ギリシアにまで遡るものであるため、定義のためのメルクマールとしては、現代的な意味での国家制定法を要求することはできないからであろう。

258) また、大赦の定義については、大赦に係る規則を制定する際の政策的・政治的な動機も重要にはならない点が強調されている。Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung (前掲注76)) S. 101 f参照。

259) Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung (前掲注76)) S. 102 ff参照。

性が認められる場合だけでなく、施行前になされてはいるが、当該規定の法案としての審議が議会で開始された後の時点における犯行を対象とする「隠された将来関係性」の場合も許されないことになる。何故ならば、審議が終了して可決されれば、通常は法律として成立するため、後者においても前者と同様の問題が生じ得るからである<sup>260)</sup>。

過去関係性というメルクマールは、大赦としての正当性を示すだけではなく、刑法上既に規定されている他の刑事政策的な諸規定との限界づけを果たす基準となる。例えば、無期自由刑における残刑の執行猶予を定めるドイツ刑法59条aの規定は、内容的には一般的な効力を伴う形で受刑者に寛大な恩恵を与えるものであるから、大赦と同様の性質を有するわけであるが、将来における行為をも対象とする点から大赦とは区別されるのである<sup>261)</sup>。

更に、第2のメルクマールにおいては、人的効力範囲との関係で大赦規定の名宛人の領域が個別化されていない複数の者を対象とするものであることが重要となる。つまりは、個々人に対する個別的な評価と結び付かない不特定性を備えた一般的集団関係的なものである点が要請される。この特徴は伝統的な大赦理解に合致するだけでなく、現行の基本法秩序においても憲法的に求められるとされる<sup>262)</sup>。基本法においては、ワイマール時代に由来する恩赦権限の分立が引き継がれており、基本法60条2項により、個別の事案に関する個別恩赦権限は行政機関としての連邦大統領のみに認められている。つまりは、個別的な恩赦権限の行使である「個別大赦」は立法府には許されていない。この意味で基本法60条2項は権限遮断規定として作用する。こうして、ドイツにおいては個別恩赦と大赦の区別は憲法的観点からも重要となるが、名宛人の非個別化性

260) Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung (前掲注76)) S. 105参照。この限りにおいて、大赦法案を議会で長期間に渡って議論することは許されないことになろう。この点を指摘するのは、Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts (前掲注76)) S. 215である。

261) Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung (前掲注76)) S. 108参照。

262) 特に Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung (前掲注76)) S. 119 ffを参照。憲法上の根拠としては基本法60条2項だけでなく、同97条1項も挙げられている (S. 126)。

を通じて両者の限界づけも図られるのである。

しかし、一般的な基準により複数人を対象とする規定の装いをとりながら、実は立法段階であらかじめ選別された個別の特定人達のみを対象とする「偽装された集合的個別恩赦規定」というものがあり、これを大赦として位置づけることは許されない<sup>263)</sup>。そこで、この偽装された集合的個別恩赦と大赦を仕分けるための基準が問題となる。Süß は、明確な結論を導き出すことはそもそも困難であるため、規定の内容、当該規定に関する立法手続、立法の背景をなす政治的社会的状況を総合的に評価しながら隠された個別化があることの徴憑を探るしか手は残されていないとするが、名宛人の領域の大きさの度合い<sup>264)</sup>、立法者が名宛人の個別性に関する知見を既に最初から得ているか否か、立法目的との関係で適切な共通の人的カテゴリーまたは人的集団の観点が規定の基準として用いられているか否かを考慮することが特に重要であるとしている<sup>265)</sup>。

最後に、第3のメルクマールとして Süß が挙げるのは直接的な制裁の断念である<sup>266)</sup>。この特徴は伝統的に大赦を規定する際に用いられてきたものであるが、制裁の内容には刑法上の刑罰に限定されることなく、保安改善処分、没収のような刑罰類似の処分、懲戒罰 (Disziplinarstrafe)、制裁金 (Geldbuße) 等も含まれている。但し、19世紀までは国家間における大赦に見られたように、ある国家が他の国家に対する国際法上の制裁を断念する場合も当該の特徴の範疇に属するとされていたが、20世紀以降は個人に対する制裁のみが対象とされている。まず制裁の断念という観点から、制裁の断念に至らずに単にその延期だけを定める法律や制裁の断念だけに留まらずに遡及的に当該犯罪行為を例外

263) Birkhoff/Lemke, Gnadenrecht (前掲注76) Rn. 54 は、「偽装された、個別事案に関する法律」という表現を用いながら、そのような規定は権限の濫用であり、法治国家原理に反するとしている。

264) 但し、仮に名宛人の範囲が少数の者であったとしても、それだけで自動的に違憲の大赦規定となるわけではない。個別的な評価に基づいて少数者のみが刑の赦免を受けるのではない限り、いまだ大赦規定としては許容される。Süß の著書ではその一例として、王冠証人に関する大赦規定が挙げられている (S. 140)。

265) Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung (前掲注76) S. 134 ff 参照。

266) Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung (前掲注76) S. 143 ff 参照。

的に正当化する法律<sup>267)</sup>は大赦としては捉えられないことになる。また非犯罪化或いは刑の減輕を行うための改正法律は、その効果の点で単なる制裁の断念を超えて、有罪判決に係る実体法上の根拠を変更するものであるため、大赦とは区別される。

第3のメルクマールにおいては、直接性という観点も重要となる。これにより、法的帰結である制裁の断念はただ規定の要件の充足のみを原因として生じなければならないことになる<sup>268)</sup>。これに対し、(裁判所の事後的審査に服さない)行政機関の決定、或いは規定設定者である立法機関の更なる作用を媒介して制裁の断念が生じる場合には、当該の規定は大赦の範疇から除外される。この直接性も Süß によれば、伝統的な大赦理解に合致するものであり、しかも現行基本法上から憲法的に要請されるメルクマールとなる。基本法92条によれば、刑法の核心部に関わる規定の適用については最終的には刑事裁判権に服しなければならない。これにより、裁判所による事後的な検証から免れる決定の裁量を行政機関に認める刑罰赦免規定(法律)は基本法92条に違反しているのである。また、基本法103条2項により、明確性の原則が妥当するが、これにより不明確な刑罰法規だけでなく、その適用につき行政機関に自由な裁量の余地を認める処罰規定も禁止されるとする。何故ならば、条文上不明確な概念が使用される場合と、事後的に審査できない裁量の余地を行政機関に認める場合では、どちらについても裁判所によるコントロールの密度が低下しているという共通性が見出されるからである<sup>269)</sup>。これらの憲法上の要請を達成するため

267) 例としては、突撃隊(SA)幕僚長レーム及びその他の者を殺害した行為を事後的に正当化した1934年7月3日付の国家正当防衛のための処置に関する法律が挙げられている(S. 148)。

268) Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts (前掲注76)) S. 209; Birkhoff/Lemke, Gnadenrecht (前掲注76)) Rn. 53 も直接性を大赦のメルクマールとして挙げている。

269) 特に Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung (前掲注76)) S. 154 ff.を参照。その他、基本法103条2項との関連では、行政機関ではなく、あくまでも立法機関に決定権限及び政治的答責性が委ねられるべきこと、そしてこれにより市民の自由の領域への侵害に関する処罰規定については民主的正当性が果たされるべきこと



に、直接性の要件が求められるわけである。これに対し、行政機関による固有の決定権限により制裁の断念を行うことができる場合、つまりは直接性の要件の例外となるのは、基本法60条2項または州の憲法において憲法上の制度として規定されている個別恩赦 (Begnadigung) 権限の行使だけでしかないのである。こうして、直接性の要件を通じて、行政機関による（事後的な裁判所による審査に服さない）自由な裁量に基づく付加的な決定を経ることなく制裁の断念がもたらされる点が大赦の特徴として表されるのである。換言すれば、裁判所による事後審査性が保障されている点が大赦の性質としては重要と言えるのである<sup>270)</sup>。

以上のように、大赦規定（大赦法律）を特徴づける定義メルクマールとして、① 外的効果を伴う国家的規定であること、② 不特定の集団的一般的基準（人的カテゴリー）と結び付いた終結規定であること、③ 直接的な制裁の断念であることという3つの要素が挙げられた。これら3つの定義メルクマールの内容は、憲法的な正当性を担保するためのものであり、大赦の法解釈学的な輪郭を示すものとしては意義がある。しかし、当然のことながら、歴史上見受けられた多種多様な形態と内容を備えた、多くの大赦規定の特徴を余すところなく捉えるものではない。そこで、Süß は過去の歴史において見られた数々の大

---

が強調されており、更には、明確性の原則により、刑罰規範の平等的な適用の意味で基本法3条によるいわゆる平等原則の特殊な形態が保障されるが、その際には同時に刑罰規範の適用に関する平等的な検証の可能性も保障されるとしており、直接性の要件を満たさない、刑罰の赦免規定である大赦はこの点にも違反するとされている。更には、公権力の行使について裁判所による審査を求める権利を認める基本法19条4項による出訴の途 (Rechtsweg) の保障の点でも当該規定は問題になるとされている (同 S. 159 ff.)。

270) 裁判所による事後審査性が保障されている点で、恩赦における権利性の点では、個別恩赦に比べて大赦の方がより手厚い保護の下にあると言える。そもそも大赦による刑の赦免はその対象者の意向とは無関係に一般的になされるため、特に手続中の被疑者から無罪判決を勝ち取る権利を奪ってしまう危険性がある（当該被疑者は刑が赦免されたとしても今後悪い評判に晒される可能性もある）。そこで、Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts (前掲注76) S. 218 によれば、最近の大赦法律では、無罪を得るために手続の継続を申請することが被疑者には認められている。

赦規定の類型化・体系化を試みようとする。

確かに、これまでも学説において大赦の体系化の作業は行われてきており、大別すると(i)マクロ的な体系化と(ii)ミクロ的な体系化に二分される。(i)マクロ的な体系化では、まず立法動機に着目した体系化の試みが見られた。その際に重視されたのは、伝統的には政治的な動機による大赦規定か、或いは非政治的な動機に基づいた同規定かという差異化であり、これは19世紀に主張されるようになって以来、20世紀以降も有力に主張されている見解である<sup>271)</sup>。また、同様に立法動機に依拠する体系化としては、刑事政策的または人道的な動機に基づく定例的な(periodisch)大赦と、政治的な例外状態・危機的状态における諸問題を解決するためになされる異例的な(exzeptionell)大赦に区別する見解が挙げられる<sup>272)</sup>。更に、マクロ的な体系化に属する考えとして、大赦立法の背景にある社会的状況に着目する見解がある<sup>273)</sup>。当該の見解においては、法構成的な(rechtskonstituierend)大赦と法存続的な(rechtsperpetuierend)大赦が区別される。前者では、法が喪失した状態である例外状態を法の妥当が保障された通常状態に導くための大赦が想定される<sup>274)</sup>。他方で、後者においては、通常状態が現存することが前提とされており、当該の状態に対する危機がある場合に、その危機を終結させて、通常状態が脅かされることのない状況を確認するための役割が大赦に課されるのである。以上のようなマクロ的な体系化では、かなり大雑把な基準に基づく単純な分類しか達成することができない。それ故に、Süß は多種多様な大赦の実情を網羅的に把握するための方法

271) Edgar Uhle, Die Amnestie nach altem und neuem Gnadenrecht, 1935, S. 123 f. 参照。但し、当時においても、Ulrich Kuss, Die materielle Problematik der politischen Reichsamnestien 1918/1933, 1934, S. 5 f. のように政治的な動機(目的)との関係で重要となる合目的性の観点だけに大赦を依拠させることに対して批判を行う見解は主張されていた。

272) Frank Achim Hammel, Innerstaatliche Amnestien, 1993, S. 13 ff. 参照。

273) Klaus Marxen, Rechtliche Grenzen der Amnestie, 1984, S. 9 ff. 参照。

274) Marxen は、近代の刑法史においては法構成的な大赦の実例は見当たらないとす  
るが、より以前の歴史上の具体例としては、1648年のウエストファリア条約にお  
ける大赦規定を挙げている(S. 10)。

論としては不適切なものであると退けている。

他方で(ii)のミクロ的な体系化は主にワイマール時代から行われるようになったものであり、個々の大赦規定における立法の契機 (Anlaß)、立法目的の差異に着目した体系化、類型化が重要となる<sup>275)</sup>。Süß はこのミクロ的な体系化による方がより適切に大赦規定の現状を把握できるとするが、先行のミクロ的な体系化の成果は不十分であるとして、これをより発展させる形で独自の観点から大赦規定を以下の5つの類型に区分して、大赦全般の体系化を行おうとするのである<sup>276)</sup>。

まず挙げられるのは、(a)国家間における平和大赦 (Zwischenstaatliche Friedens-Amnestie) である<sup>277)</sup>。これは、国家間の戦争、換言すれば国際法上の武力紛争が終結した際の平和条約 (和平合意) に伴うものであり、戦争法的に許容された戦闘員による行為につき、当事国において相互にその処罰を禁じることを内容とする。このように戦争の終結後、当事国間の平和的な関係性を再確立するために戦闘行為の不処罰及び忘却を要請する平和大赦の実例は歴史上数多くあり、古くは古代ギリシアにまで遡るが、近世における実例として重要であるのは、ウエストファリア平和条約における当該の規定である。これはその後の当該平和大赦規定の模範例となるものであった。しかし、近代以降においては、この国家間における平和大赦の効力の対象となる範囲は次第に狭められていくことになる<sup>278)</sup>。これは国際法の発展により、当該の大赦を用いるまでもなく、理論上及び実務上戦争法的に許容される行為の不処罰が確立されるようになったため、その意義が低下したことが一因である。つまりは、恩赦の legalization・legalization がこの局面で見受けられるのである。他方で、武力紛争時において敵国に協力した者、軍務から脱走した者については、(特に20世紀以降)

275) この点については、Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts (前掲注76)) S. 211 ffを参照。

276) ちなみにドイツ語版 Wikipedia で Amnestie と検索してみたところ、この Süß による分類が記載されていたのでちょっと驚いた。

277) Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung (前掲注76)) S. 190 ff参照。

278) Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung (前掲注76)) S. 199 ff参照。

大赦が制限されるようになり、戦闘員が行った、武力紛争とは直接的な関係性がない一般犯罪が、更には（特に20世紀において）もはや戦争法的に正当なものとはされなくなった「平和に対する罪」、「人道に対する罪」が平和大赦の射程外のものとして扱われるようになり、この点からも当該大赦の効力は限定されるようになってきているのである。

次に来るのが、(b)平和化大赦（Befriedigungsamnestie）であるとされる<sup>279)</sup>。これは(a)の国家間における平和大赦と同様に、紛争の存在を前提にして、その終結を図り社会を安定化させる目的で発せられるものであるが、(a)の平和大赦との最大の違いは、その紛争または混乱が国内的である点にある。更に次の4つの下位類型へと区分される。

まず挙げられるが、(b)-1 国内平和化大赦（Interne Friedensamnestie）である。これは(a)の平和大赦の類型と一番多くの類似性を有しているが、前提となる武力紛争が国際的なものではなく、国内に留まる点にその特徴がある。具体的には、政府軍と（同国の一定の地域を支配する）反乱勢力との間での武力紛争が想定されており、両者の和解のためになされる大赦である。歴史上の実例は数多くあるが、古くはアテナイの内戦を和解させるために紀元前403年になされたトラシブロスの大赦があり、これはその後の当該大赦のひな型として常に注目され続け、例えば再統一後のドイツにおいても旧東独時代の政府による種々の違法な行為を取り扱う際に参照されていた。但し、19世紀以降においては、その赦免の適用対象は政治的な犯罪に限定されるようになってきている。

同様に(b)の大赦類型に属するのが、(b)-2 安定化大赦（Konsolidierungs-Amnestie）である<sup>280)</sup>。これは、刑法犯が種々になされ得る、国内的な闘争状況の最中或いはその終結後になされる大赦であり、紛争としての強度・程度がより低い点が(b)-1の大赦と区別される特徴をなしている。また、その目的の重点も闘争の当事者における和解の達成ではなく、国家権力による処罰権限の

---

279) Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung (前掲注76)) S. 210 ff参照。また Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts (前掲注76)) S. 213も見よ。

280) Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung (前掲注76)) S. 220 ff参照。

実行が更なる闘争を招く危険性があるため、これを予防的に回避する点にある。前提となる闘争は国家権力と種々の規模の民衆集団との間で行われるものであり、その典型例は60年代の終わりに見られた、学生運動によってなされた包括的な体制批判に起因した闘争状況であるとされる。そもそも当該の大赦類型は主に20世紀以降に頻繁に見受けられるようになっており、ドイツでは既にワイマール期においてしばしば散見されていた。その際には、謀殺罪及び故殺罪、更には内乱罪のような国家保安犯罪が赦免の対象外とされ、また政治犯罪（または政治的な動機による場合）への限定化がなされていたとされる。戦後では、この安定化大赦は、1960年代における学生運動を念頭に置いて、「68年運動」の抗議デモで行われた犯罪行為のかなりの部分を赦免する1970年の刑赦免法(StFG 1970)<sup>281)</sup>によって行われたが、それ以降は見受けられない。

更に(b)-3 変革大赦(Umbruch-Amnestie)がここに加わる<sup>282)</sup>。これは一般的に革命大赦または終止符(Schlußstrich)大赦<sup>283)</sup>と呼ばれるものであり、国内における闘争の終結とマクロ的な政治体制が根本的に変革されたという2つの事情を契機とする。後者の政治体制の根本的変革の典型例は革命であるが、このように前提となる国家政治体制が大きく変わってしまい、赦免の対象となる犯罪行為が以前の異なる政治体制下でなされた点に変革大赦の大きな特徴になるとされる。この変革大赦においても、国内において闘争が行われており、その終結が同大赦を発令する契機となっている。しかし、当該の国内闘争は明白な武力紛争までに至るものでなく、例えば全体主義国家における治安機関が市民をテロ的に弾圧し、市民側もこれに抵抗するような場合が想定されている。この点が、(b)-1の国内平和大赦との相違をなしている<sup>284)</sup>。変革大赦における

281) 1970年刑赦免法については、Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts (前掲注76)) S. 246を参照。

282) Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung (前掲注76)) S. 224 ff参照。

283) Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts (前掲注76)) S. 213参照。

284) 国内闘争の程度で言えば、(b)-2の安定化大赦に近いが、安定化大赦では国内政治体制の根本的変革は想定されない。故にSüßからすれば、これが両者を区別する基準となる。

赦免対象は、まずは国家に対して抵抗を行った市民の行為であるが、同時に国家機関の行為も含まれる。これにより、Süß からすれば体制的な人権侵害行為の多くが不問に付されるという問題が生じることになる。この変革大赦の歴史上の事例はそれ程多くはない。その理由としては、そもそも前提とされる国家体制の根本的変革がそうそう起こらない点がまずあり、更には国内闘争が戦闘状態に至ってしまい、(b)-1の国内平和大赦の問題となってしまう点が次に挙げられる。また、変革大赦の2つの前提条件を満たす状況下では、しばしば犯罪行為が不処罰のままとされてしまうため、大赦立法の需要が事実上乏しいことも理由になるとされる。歴史上は稀ではあったものの、20世紀のドイツにおいて事例がないわけではない。1918年の革命混乱期になされた行為を対象とした、1918年11月12日付で人民委員評議会（Rat der Volksbeauftragten）によって発せられたいわゆる革命大赦<sup>285)</sup>、ナチス体制の促進のためになされた行為（謀殺をも含む）を対象とした1933年3月21日付のナチス大赦<sup>286)</sup>、戦後においてナチス時代の犯罪行為をも赦免の対象とした1949年と1954年の刑赦免法<sup>287)</sup>を挙げることができる。

最後にあるのが(b)-4緊急大赦（Notamnestie）である<sup>288)</sup>。この緊急大赦は経済危機とそれに基づく犯罪の増加に対処するものであり、国内的な社会秩序の安定化・平和化の達成という(b)の平和化大赦において典型的となる目的を有するとされる。確かに、大赦の原型は(a)の国家間における平和大赦に求められることが多いわけではあるが、歴史上明らかである限りでは、ヨーロッパ史における最古の大赦立法である紀元前6世紀のソロンによる大赦規定はこの緊急大赦であったとされている。また、ドイツにおいては特に19世紀において、飢餓と貧困に基づく種々の犯罪行為に対して、この緊急大赦がしばしば行われた。例えば Süß によれば、いわゆる3月革命後における1848年のプロイセンにお

285) Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts（前掲注76）S. 222 ff参照。

286) Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts（前掲注76）S. 231 f参照。

287) Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts（前掲注76）S. 244 ff参照。

288) Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung（前掲注76）S. 231 ff参照。

ける大赦では、木材窃盗、森林不法行為（Forstfrevell）に対して赦免が規定されていたのである。当時、過酷な経済的状况により暖房及び調理のために用いる燃料である木材を購入できなくなった人々が森林に行き、必要な木材を自力で調達する行為が横行していた。このような行為は、19世紀の半ばの農業改革によって禁止されるようになるまでは放任されたものであった。こうした背景事情の下、森林窃盗は19世紀においては極めて頻繁に行われる犯罪の典型をなしていたのである。同様の緊急大赦立法は第2次世界大戦後初期のドイツにおいても見受けられ、先述の1949年と1954年の刑赦免法には、経済的及び政治的に混乱した状況下でなされた軽微な犯罪行為を対象とした赦免規定が含まれていたのである。

3つめの上位類型としてあるのが、(c)のリソース大赦（Ressourcen-Amnestie）である<sup>289)</sup>。これは上記の(a)と(b)の大赦とは異なり、紛争や社会的混乱が現にあることやその終結を前提とするものではない。当該の大赦類型は端的に国家的なリソースの欠乏を回避するためになされるものである。Süßは、この大赦類型を更に3つの下位類型に分類している。

まず(c)-1動員大赦（Mobilmachungs-Amnestie）が挙げられる。この大赦は戦争大赦<sup>290)</sup>とも呼ばれ、その目的は、処罰の免除を通じて必要となる人的資源を確保する点にあり<sup>291)</sup>、多くは開戦前になされるが、更には危険な探検の人員を確保するためになされる場合もある。なお動員大赦は、軍務に就く能力がある者を対象として行う直接的な動員大赦と、間接的に軍事的な人員リソースの確保につながる民間人を対象とする動員大赦に分けられる。後者では、大赦による刑の赦免を通じて、軍務に就く用意へと民間人を促すことを目的とする場合もあれば、また兵士の家族を対象として刑の赦免を行うことにより、

289) Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung (前掲注76)) S. 238 ff参照。

290) Merten, Rechtsstaatlichkeit und Gnade (前掲注76)) S. 18 f.

291) Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts (前掲注76)) S. 214 は、当該の大赦により兵力の確保だけでなく、多くの受刑者に対して社会への再統合を容易にする効果が果たされるとしている。また軍務に就くことによる贖罪の作用に言及する Merten, Rechtsstaatlichkeit und Gnade (前掲注76)) S. 19 も見よ。

兵士の士気を高める効果を目指す場合もあるとされる。この動員大赦の実例は歴史上数多くあり、古代ギリシア、ローマ時代はもとより、中世においては十字軍遠征の際に用いられていた。ドイツにおいては、20世紀に入って以降、2つの世界大戦において活用されたのである。

次に(c)-1の動員大赦のネガティブな形態として(c)-2脱動員大赦(De-Mobilisierungs-Amnestie)があるとされる。これは、(c)-1の大赦とは真逆の効果を狙い、敵側に対してリソースの欠乏の惹起を目的とするものであり、戦争の際に用いられるのが通例である。具体的には、敵側戦闘員に対して不処罰を約束することにより、戦線からの離脱を促そうとするものである。犯罪集団の構成員に対し、不処罰を約束して裏切らせようとする王冠証人大赦もこの類型の1つであるとされる<sup>292)</sup>。この脱動員大赦も歴史上多く散見された。

最後に(c)-3国家財政大赦(Fiskal-Amnestie)がある<sup>293)</sup>。ここで想定される、その欠乏が除去されるべきリソースとは国家財政である。つまり、一定の条件を付した大赦により、国家収入を直接的に増大させること、或いは少なくとも国家における支出の削減が図られるのである。例えば、行刑施設の負担緩和のために大赦がなされる場合、それは後者の一例になるとされる。この国家財政大赦は20世紀以降になって見受けられるようになったものであり、例えばドイツでは、一定期間の間に脱税を自主的に申告し、事後的に納税した場合に刑が赦免されるとする租税大赦と呼ばれる方策が法律上とられている<sup>294)</sup>。

大赦の第4の類型をなすのが、(d)特典付与大赦(Privilegierungs-Amnestie)である<sup>295)</sup>。これは更に、(d)-1歓喜大赦(Jubelamnestie)と(d)-2優遇大赦(Begünstigungs-Amnestie)に分類されている。これらに共通する要素は、国家政策上の動機・目的が実は明確にはされないままになっている点

292) Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung (前掲注76)) S. 244参照。

293) Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung (前掲注76)) S. 245 ff参照。

294) 特に Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts (前掲注76)) S. 247 f参照。なお Schätzler はこのように刑の赦免と引き換えに一定の行為を求める大赦の類型をアペール大赦(Appell-Amnestie)と呼んでいる (S. 215)。

295) Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung (前掲注76)) S. 247 ff参照。



である。

(d)-1の歓喜大赦では、その契機は、即位式、国家的な記念日のような全国民で祝われるべき国家的慶事であるとされている。国家的慶事というものも、君主制国家であれば、例えばドイツ帝国時代に見られたように皇帝の誕生日や皇孫の誕生であったりするが、民主主義国家においては、憲法制定記念日のようにその契機も脱人格化される。この歓喜大赦について注意すべき点は、実際は別の国家政策上の目的があるにも拘わらず、国家的慶事が名目とされる場合が多いことであるとされる。例えば、第1次世界大戦時におけるドイツの動員大赦は通常は皇帝の誕生日を契機として行われており、ワイマル期における平和化大赦に属する大赦のいくつかはライヒ大統領の任命を契機とするものであったとされている。また1936年のラインラント進駐を契機とするいわゆるラインラント大赦<sup>296)</sup>もヒトラーの誕生日と結び付けられていた。また第2次世界大戦後の初期における種々の変革大赦もバイエルン州憲法の施行記念日や1848年の3月革命の100周年記念日に行われていたのである。このような国家的慶事の援用は、当該大赦規定の正当化の作用を果たすことが期待されてのことであり、更には本来の政治的目的から国民の目をそらすためでもあることが推察される。Süßによれば、本来は国家的慶事それ自体だけを理由として歓喜大赦は行われなければならないのであり、その他の国家的な目的が理由とはされてはならないことになる<sup>297)</sup>。

特典付与大赦の2つめの類型である(d)-2の優遇大赦では、その契機が任意に設定され、しかも大赦という刑の赦免による優遇が政権或いはその周辺部に属する者を対象とする点に特徴があるとされる。当然にこのような大赦類型の実施は批判されることになる<sup>298)</sup>。

296) Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts (前掲注76)) S. 234参照。

297) Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung (前掲注76)) S. 249参照。従って、歓喜大赦の正当化については隠された政策的目的を度外視した上でそれ自体としての基礎づけがなされなければならない。この点は、政令恩赦が皇室の慶弔を理由としてなされる日本の恩赦実務にも当てはまる。

298) Süßによれば (S. 251 f.)、このような大赦類型は独裁体制化においてしばしば

最後の類型となるのが、(e)修正大赦 (Korrektur-Amnestie) である<sup>299)</sup>。これは主として刑法の改正を契機として、当該大赦の時点ではもはや処罰の対象とならないか、或いはより軽い取扱いを受ける行為を対象とするものであるとされる。この(e)の修正大赦は、更に(e)-1 改正大赦 (Reformamnestie) と(e)-2 復権大赦 (Rehabilitierungs-Amnestie) に分けられている。

前者の(e)-1 の改正大赦は脱犯罪化または減輕化の刑法改正を契機とするものであり、当該改正法律の効力を過去に遡及させる点にその特別な機能が認められている<sup>300)</sup>。このような機能を果たす際には、以下の２つの形態が想定される。まず、改正法律によってはもはや処罰の対象とされていない行為を改正前の時点で行ったが、まだ刑事手続が開始されていないか、その手続が終了していない者に対して刑を赦免する手続大赦 (Verfahrensamnestie) と呼ばれる形態が考えられる。しかし、このような状況については、既にドイツ刑法 2 条 3 項<sup>301)</sup> によって同様の効果が達成されているため、Süß からすると、ドイツにおいては手続大赦の形態で改正大赦を行う必要はないことになる。次に 2 つめの形態として、当該の刑法改正以前に既に有罪判決を受けて、現在服役中

---

↘見られたものである。ナチス党に所属していた政治犯罪者に対して行われた、1934 年 8 月 7 日付のいわゆるヒトラー大赦（これについては、Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts [前掲注76]) S. 233 f. を見よ)、そして本文で挙げたラインラント大赦もナチス体制の支持者・信奉者を一方的に優遇するものであり、この優遇大赦の典型となる。またチリのピノチェト政権における1978年4月18日付の大赦法律 2.191号も同様のものとされる。なお1984年の西ドイツ時代においても、政党への寄付スキャンダルに端を発して、CDU/CSU の連邦議会会派により、同党の党役員、党友による租税犯罪に対する優遇化を内容とする法案が提出されたが、厳しい批判に晒され、立ち消えとなっている。もし仮に同法案が実現していれば、優遇大赦の一例となったであろうと Süß は指摘している。この点については、Marxen, Rechtliche Grenzen der Amnestie (前掲注273) S. 48 f. 及び Fn. 178 も見よ。

299) Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung (前掲注76) S. 253 ff 参照。

300) Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts (前掲注76) S. 213 f. は、法修正大赦 (Rechtskorrekturamnestie) という表現を用いながら、改正法律による減輕を、その本来的な効力を拡張する形で補充するものであると特徴づけている。

301) ドイツ刑法 2 条 3 項は、「犯罪行為の終了の際に効力を有する法律が判決 (Entscheidung) の前に変更されたときは、最も軽い法律を適用する」と規定している。

の者に対して刑の赦免を行う執行大赦（Vollstreckungsamnestie）が挙げられる。

ドイツ刑法2条3項は、判決の有無を基準にして、軽い法律の適用の是非を決するものであるため、刑法改正以前に刑事手続が終了している者については救済を行うことができない。例えば、有罪判決の基礎となった処罰規定がもはや存在せず、当該規範による法益保護はもはや不要であると宣言されているにも拘らず、刑事施設での刑罰の執行は継続されてしまう。そこで、ドイツ刑法2条3項を補完する役割が、執行大赦の形態による改正大赦に期待されるわけである<sup>302)</sup>。この改正大赦は、刑法の改正を受けて実際に行われており、1968年と1974年の刑赦免法がその具体例とされている<sup>303)</sup>。またドイツの再統一を受けた1990年9月28日付の部分的な刑の免除に関する法律<sup>304)</sup>は、旧東独時代の刑法によって有罪判決を既に受けて服役中の者に対し、（より軽い）西ドイツの量刑基準を事後的に適用するものであったが、これも執行大赦の形態による改正大赦の一例として扱われている<sup>305)</sup>。

(e)の修正大赦の2つめの類型である(e)-2の復権大赦では、刑法典の改正ではなく、処罰規定の誤った適用により、多くの誤った判断が裁判の場でなされており、且つ、この点の救済を大赦によって行うべきとの認識が立法者に生じることが契機になるとされる。この復権大赦の古典的な事例は、法の意図的な歪曲による不当な処罰が大量に生じている場合の救済であるが、更には、判例が変更されてより減輕的な解釈がとられるようになったときに、この帰結を既に従前の判例の基準で有罪判決を受けて服役している者に適用することの是非も問題になるとされている<sup>306)</sup>。前者は、戦後においてナチス国家による不法な刑法実務の結果を修正するために様々に行われたものであるが、後者の事例

302) ここでの救済は個別恩赦（Begnadigung）によっても可能ではあるが、やはり刑法改正という個々の受刑者の個別的事情を超えた一般的な観点に基づくものであるため、大赦（Amnestie）による解決の方が望ましいと言えよう。

303) 特に Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts（前掲注76）S. 246 f参照。

304) ドイツの再統一における大赦法律全般を巡る諸問題については、Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts（前掲注76）S. 253 ffも参照。

305) Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung（前掲注76）S. 256参照。

306) Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung（前掲注76）S. 257 f参照。

は理論上の問題として議論の対象に留まるとされる。

以上において概観してきた Süß による研究は、大まかに言って２つの部分からなっている。まずは、大赦規定（大赦法律）の内容との関係で配慮されるべき定義メルクマールを歴史上見られた大赦の実例を見据えながら、同時に現代における憲法上の要請に合致する形で導出するものであった。これにより、①外的効果を伴う国家的規定であること、②不特定の集団の一般的基準（人的カテゴリー）と結び付いた終結規定であること、③直接的な制裁の断念であることという３つのメルクマールが提示されたのである。これらのメルクマールは、憲法的な諸価値と合致するように構成されていたのであるから、当然に一定の範囲では正当化基準として働くことが期待されるべきものであったはずである。次に、Süß の研究では、独自の観点に基づく大赦規定の体系化がなされ、５つの大赦類型への分類及びそれらの相互関係の整序化がなされていた。

しかしながら、研究の内容の前半をなす定義メルクマールの導出と後半を占める大赦の体系化・類型化との間での関連性があまり示されなかったきらいがある。一定の正当化基準を有する定義メルクマールの観点に依拠して、問題を孕んだ特定の大赦類型に対する批判がより積極的にあってもよかったのではないかとも思われる。もし仮に有効な批判ができないのだとすると、憲法的に導き出された定義メルクマールの理論的耐久力の脆弱性をむしろ認めることにもなりかねないはずである<sup>307)</sup>。別の見方をすれば、単一の基準のみから正当化を試みる、或いはその裏返しとして批判を行うことには、現実の大赦はあまりにも多様性に富んでいるため、なじむものではないのであろう。やはり、大赦におけるそれぞれの類型の特性に応じた、多元的な観点に基づいた理論的正当化のアプローチをとるべきであると思われるのである。

---

307) 内容面で多様性に富んだ歴史上の大赦規定においては、法学的な観点ではなく、政治的な利害に基づいた契機が実際に重要であったことは十分に推察される。このような政治的観点を法学的な正当化基準に基づいて一方的に批判することには躊躇されたのかもしれない。

## 5 恩赦制度の正当化の基礎づけの試み

### (1) 恩赦全般の法的な性質

恩赦制度の法的な正当化を図るためには、既に述べたように、謙抑性、補充性、強行性というその3つの特徴との関係で生じる法的な問題点を解明する必要性があった。つまり、謙抑性との関係では、例外である恩赦権限の行使主体の意義を恩赦の法的な性質と結び付けて明確にすることが、補充性との関係では、(特に個別恩赦について当てはまるが)同様の作用を有する他の刑事政策的な諸規定との関係性の解明が、強行性との関係では、恩赦の権利性を否定することの是非が問題としてあったのである。そして、刑法の文脈に特化した刑罰論的な問題として、法・権利性(Rechtlichkeit)の回復のために想定されていた、自由の制限・剥奪である刑罰がその本来の質と量において全くなされないか、或いは不十分のままとなっても何故に許容されるのかを、被害者、犯罪者、当該法秩序の他の構成員達に固有の自由の保障との関係で基礎づける必然性が上記の法的な問題点と不可分に結び付いてあったのである。

以下では、上記の3つの観点及び刑罰論的な問題点を意識しながら、いわゆる個別恩赦と一般恩赦(大赦)の差異をも踏まえた上で、恩赦全般の正当化の基礎づけを試みたい。その際には、これまで参照し、考察の対象としてきたドイツにおける先行研究の内容を参考にしたい。ドイツにおける個別恩赦(Begnadigung)は、日本の個別恩赦、その中でも特に常時恩赦に対応し、大赦(Amnestie)は日本における政令(一般)恩赦に対応している。確かに、日独における恩赦制度の実情は大きく異なる。しかし、ドイツにおいても、上記の3つの観点及び刑罰論的な問題点は当然に意識されながら、恩赦制度に対する正当化の基礎づけ、或いは批判が行われているのであり、そこでの議論の内容は参考に値するものであると思われる。とは言え、そこでの議論の前提にある制度的内実が大きく異なる以上、参考にした上で導き出され得るのは、やはり恩赦制度に関する(理念としての)理論的な正当化モデル(及びそれに基づく批判)にならざるを得ない。

まずここでは、恩赦全般の法的性質を考察しながら、個別恩赦及び大赦<sup>308)</sup>に共通する諸問題を論じてみたい。個別恩赦と大赦に共通する法的な性質として、法律である処罰規定に対する刑罰に関わる例外的な恩恵という意味での例外性を挙げるができる。これは法律との関係で生じる恩赦の補充性という観点に関わる性質である。恩赦全般は、本来的に法律で予定されていた刑罰、つまり自由の制限・剥奪をその質と量において（事後的な事情に基づき）例外的に減輕させるか、或いは全く不要にするものである。ここで主として想定されるのは、本来の処罰規定が（例えば、社会全体における価値観の変革に起因する）改正等により事後的に効力を喪失するか、そうではなくても事後的に刑の減輕や免除を行うべき事情が例外的に認められることを理由に、更には例えば仮釈放の条文のような刑事政策的な代替規定が存在するものの、それに一定の不備と言い得る状況が生じることがあるため、例外的な修正が必要となる場合である。いずれにせよ、ここで例外的な刑の減輕等が可能となるのは、法・権利性（法的な意味での自由の保障）の回復のために本来的に想定されていた自由の制限・剥奪がもはや実質的に不要であると評価し得る状態があるからに他ならない。言い換えれば、本来的な刑の執行をもはやしなくても、法・権利性が既に法秩序において犯罪前と同様の程度にまで回復している、或いは少なくとも部分的にはそれが既になされていると言い得る状況があるからである<sup>309)</sup>。

では、そのような法・権利性の回復の内容とは一体どのようなものなのであろうか。当該の内容は次の２点からなるものと解される<sup>310)</sup>。つまり、まず考慮されるのは①被害者（及びいわゆる法仲間である法秩序の他の構成員達）

308) 以下では、「個別恩赦」と「大赦」という表現を用いて考察を進めて行く。内容的には、前者においては個別事例との関係での恩赦としての例外的修正が、後者では一般的な作用を伴う（類型的な取扱いに基づく）恩赦としての例外的修正が想定されている。基本的にはドイツにおける用語法に対応したものである。

309) 但し、後述のように、大赦の中には、このように法秩序の回復を基礎とする刑罰論型とは異なる類型も存在する。このような場合については、別の根拠づけが必要となる。

310) この点については、本誌71巻3号233頁以下も参照。

の自由の領域の回復であり<sup>311)</sup>、次に② 犯罪者自身が犯罪以前と同様に合法性 (Legalität) の基準に則って行動できるようになるという再社会化の観点も重要となる。つまり、本来の処罰がなされなかったとしても、①と②の点に着目しながら、実質的に当該法秩序における法・権利性が回復していると評価して、刑罰の内容である自由の制限・剥奪の有無と程度を事後的に調整するための法的装置として恩赦制度全般を基本的に捉えることができると解されるのである<sup>312)</sup>。

但し、ここでは本来の自由の制限・剥奪がなくなる点について、当該犯罪の被害者、更には法秩序の他の構成員達が得心できる状況がなければならないはずである。何故ならば、刑罰は最終的には彼らの個別の自由の領域の保障の回復維持のためにあるのであるから、本来の刑罰がその質と量において全くなされないままとなるか、或いはそれが想定されていたよりも減輕される場合、被害者等の自由の保障の回復も本来予定されていたものと比較すれば相対的に不十分なものとなり、その受忍を強いられるとも言えるからである。この意味で、恩赦による自由の制限・剥奪の赦免または減輕については、当該犯罪被害者及び他の構成員達がそのような赦免・減輕がなされたとしても既に自由の領域は回復されているのであると納得できること、つまりは「了承」を要するものと解されるのである<sup>313)</sup>。そもそも、刑罰の目的である法・権利性の回復

311) 確かに、刑罰という自由の制限・剥奪により、まずは法秩序 (の規範的効力) の回復が目指されるが、そのような規範の目的は個別の被害者 (更には他の構成員達) の自由の領域の保障を担保する点にあるのであるから、最終的に目指されるのは、法秩序における各人の個別的な自由の保障の回復とその維持であると言えよう。

312) 事後的な調整という点では、逆の状況も問題となる。つまり、本来想定されていた刑罰の質と量では法・権利性の回復に不十分である旨が事後的に判明した場合である。このようなときでも「恩赦」によって事後的に刑を加重することは許されないとすると、その際の制約は恩赦概念そのものに内在しているというよりかは、外在的なものなのであろう。

313) 個別の被害者及び他の構成員達による「了承」であるが、より重要であるのはやはり具体的な犯罪被害者の了承の方であらう。このような意味での了承の概念は時効制度においても問題となり得る。この点については、飯島「刑罰論から見た時効制度」(前掲注10) 288頁以下を参照。時効制度は時間の一定の経過に基づいた類型的判断により、自由の制限・剥奪である刑罰が本来的に想定されているにも拘わらず、それを不要とするものであり、恩赦との共通性を有する。そこで、特に大

はそれ自体だけに意味があるわけではなく、回復された状態を維持し、更に継続させていく点にこそその眼目がある。被害者、法秩序における他の構成員達による法に適った将来的な行動におよそ至り得ないような場合、それは法秩序における法・権利性の回復とは言えないはずである。この意味において、恩赦の行使はやはり「民意」に沿ったものでなければならないことになる。なお、被害者及び他の構成員達が「了承」できるとしたら、恩赦の対象が重大犯罪ではない場合に限られよう。犯罪の内容及びその程度が軽微であればある程、彼らからしても自らが受けた自由の領域の侵害は既に回復しているのだと納得しやすそうに思われるのである<sup>314)</sup>。

上記のような自由の保障の例外的な調整を事後的に行う恩赦の作用は、法的な性質を帯びたものでなければならない。法的な刑罰を事後的に修正できるのは、同様に法的なものであるはずだからである。この意味において、恩赦は法に対する例外ではなく、あくまでも実定法である法律に対する法的な例外として特徴づけられる。従って、恩赦について法外の価値を体現する性格を認める見解は不当であり、伝統的な恩赦観に依拠して恩赦権限者の職位におけるカリスマ性の発露を重視することも不要である。法外の価値に基づいた意外性の作用を通じた一種のカタルシスを対象者に惹き起こす点にこそ恩赦の本質を見出そうとする主張<sup>315)</sup>の前提には、恩赦は法的な法則に服するのではなく、むしろ自然法則に対する奇跡の如くそのような規則の例外に位置すべきとの考えが

---

ㄨ 赦類型の1つである（わが国でも昨今見受けられる）いわゆる(d)-1の歓喜大赦の類を時効制度（の「不備」）に対する補完のための法制度として再構成することにより、正当化できるかが問題となり得る。これについては後述する。

314) ここで特に個別の被害者がいわゆるカント的な意味での道德性（Moralität）に依拠する主観的な基準で「了承」する場合でも良いのか否かが問題となる。これは恩赦権限者が当該の基準で（場合によっては寛大すぎる形態及び内容で）恩赦を付与する場合と同様の問題である。恩赦が法・権利性の回復に関する法制度である限り、被害者個人の自由の回復だけでなく、他の構成員達の自由の回復とも連動するのであるから、その際には一定の客観性がやはり求められるものと解される。

315) ラートブルフの見解である。（本誌71巻3号228頁における）前掲注57）及び58）を参照。



ある旨が推察される。しかし、恩赦が法における例外として、法の目的である自由の普遍的保障の調整のためにある限り、やはり同保障に係る法的な法則(Rechtsgesetz)に服するべきであると解される。法則(規則)におよそ服さないとする、恩赦の運用はカリスマ性を備えた権限者の全くの恣意に基づくものでも十分となってしまうかねない。だが、法則なき恣意により自由の保障が普遍的に達成されることはあり得ない。法的な法則それ自体ははまだ実定法とは区別される概念ではあるが、法則性・規則性に基づく作用では、弾力性を欠いた画一化の弊害に陥ってしまい、恩赦に本来期待されている真価も発揮できないのではないかと懸念が持たれるかもしれない。しかし、恩赦によって修正されるべき、法律における「欠陥」である画一性は規則性それ自体に原因があるわけではないと思われる。むしろ、法律化においては類型的な捉え方が不可避であるため、その際には零れ落ちざるを得ないのかもしれないが、そのような個々の事案の個別性・特殊性を把握しきれない点にこそ問題の本質があるのではないであろうか。つまりは、類型性を本性とする法律に対して例外的に個別性を配慮することによって修正を施すための法的な装置が恩赦なのである<sup>316)</sup>。

例外的な存在である恩赦の運用については、謙抑性が求められていた。では、恩赦は本来的には不要であるはずなのに、不備のある法律があるために一種の必要悪として用いざるを得ない、法秩序における鬼子的なものなのであろうか。確かに、ドイツにおいては歴史上個別恩赦(Begnadigung)の内容がどんどんと法律化されていき、原則である法律の方へと収斂させようとする傾向が見受けられた<sup>317)</sup>。しかし、法律である限り、個々の事案における個別性・特殊性の配慮には自ずと限界があるはずであり、恩赦の内容も法律化された途端に必

316) 但し、大赦が立法府による法律の形式でなされるべきと考える場合には、法律に対して例外的な法律で修正を行うため、類型性(原則)と個別性(例外)の関係性は変動せざるを得なくなるが、法律そのものは個別性への視点を全く捨象するわけではないので、個別性に重点を置いた大赦法律による修正的作用はまだまだ可能であろう。但し、法律である限り、当該大赦も「欠陥」から完全に逃れることはできない。

317) 詳細については本誌73巻1号43頁以下を参照。また Funk, Gnade und Gesetz (前掲注76) S. 33 ffも見よ。

然的に不備を伴わざるを得ない。つまりは、どのように法律化が進展しようとも法律化しきれない恩赦の核心部のようなものは必ず残り続けるものと思われるのである。むしろ、法律が個別性・特殊性を配慮した解決を行うことがその本性上困難であるため、それを補完するために法において内在的に予定された（自由の保障に関わる調整）装置として、恩赦には必要悪とは真逆のポジティブな性格を認めることすら可能であろう<sup>318)</sup>。

恩赦の謙抑性との関係で論じられていたのが、恩赦権限の主体をどのように規定するのかという問題であった<sup>319)</sup>。つまり、謙抑性が求められるのは、日本では恩赦全般について内閣という行政府が権限主体であるため、権力分立の例外という観点からその権限の行使については謙抑的であることが求められたからである。この点は、ドイツでも行政機関が権限主体となっている個別恩赦（*Begnadigung*）について当てはまる問題である。恩赦は法的な概念として、法刑罰である自由の制限・剥奪を例外的に調整するものである。法刑罰は国家的な法秩序を前提に執行されるものであり、その主体は端的には国家であり、刑罰権限の実現段階に応じて、立法・司法・行政の三権が登場する構成がとられている。これに対応させて考える限り、恩赦権限の行使主体も一義的には国

318) そもそも謙抑性という性質も恩赦の類型ごとに別個に異なって判断する必要があるように思われる。例えば、法改正を受けて事後的な救済を行うための(e)-1の改正大赦については、むしろ積極的に行われるべきであろう。

319) Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, A 205, 206 f./B 235, 236 f. は個別恩赦権（*Begnadigungsrecht*）を批判していた。しかし、その理由は当該の権利が君主（*Souverän*）に帰属する、その君主自らに対する侵害にだけ妥当する（つまりは、臣民同士の犯罪には当てはまらない）はずの権限であることを理由としていただけであり、恩赦権限の主体とその行使し得る範囲を再定位した上で、自由の普遍的保障の維持・調整のための法的な概念として再構成する場合には、本稿の基礎をなすカント的な立場からも恩赦全般を基礎づけることは十分に可能であると思われる。Kant, *MdS*, A 224, 225/B 254, 255 が、平和条約（和平合意）に大赦（*Amnestie*）が結び付いていることは、既にその概念に含まれるとしていた点も想起するべきである。Kant の著作である *MdS* については、いわゆるヴァイシェーデル版（*Werke in 12 Bänden*, hrsg. von Wilhelm Weischedel, 1968）を参照した。邦訳としては、樽井正義・池尾恭一訳『人倫の形而上学』（岩波書店版カント全集11、2002年）を挙げておく。

家そのものであり、それ以上の細分化は別の観点に基づいて行うしかない。

ここで重要となるのは、現実の個別恩赦と大赦における例外的な修正の形態であると思われる。つまり、個別恩赦では個々の事案の特性に応じた個別的な視点に基づく修正が想定されるが、これに対して大赦（日本における一般〔政令〕恩赦）では、類型的なメルクマールを通じた一般的な方式での修正が図られている。個別的な修正か、或いは一般的な修正かという方式の相違に応じて、それぞれの方式を適切に行い得る主体を選別すべきであろう。このように考える限り、類型化的な観点に基づいて広く一般的な方式で例外的修正を行う大赦を制定してそれを付与する行為は、形式の点だけからではなく、その効果の点から見ても、立法行為それ自体と何ら差異はないものと解されるため、やはりその主体の役割は議会に委ねられるべきであろう<sup>320)</sup>。つまりは、ドイツの大赦法律（Amnestiegesetz）のように、議会、つまりは国会が主体となって法律の形式で行うべきものと解されるのである。これに対して、個別恩赦（日本では特に常時恩赦）では事情が異なる。その際に念頭に置かれる作用は、主として刑事政策的な代替規定を例外的に修正するものであり、個別の事案のディテールに則して個別性・特殊性を勘案した上でなされることを要する。このような作業をなし得るのは、議会でなく、事案への「近さ」故に行政機関であろう。こうして、大赦と個別恩赦では、その例外的修正作用の内容及び形態との関係から、その権限主体も異なって把握され、両者は明確に峻別されるべきことになる<sup>321)</sup>。また、一般的な形態で例外的な修正を行うべき場合に、大赦ではなく個別恩赦がなされるとしたら、結果的には当事者に対する一定の救済が見受けられたとしても、そのような方策はいまだ不適切なものとなる<sup>322)</sup>。

320) 前掲注44)（本誌71巻3号224頁以下）における一般恩赦の性質は一般の立法と何ら差異はないとする平野龍一の主張を参照。また前掲注47)（同225頁）における国会が一般恩赦を実施すべきとする板倉宏の提案も見よ。

321) 従って、大赦と個別恩赦の区別が不分明となる運用は許容されるべきではない。この点では、日本において「個別恩赦」に分類されるものの、実態は政令恩赦に準じたものとされる特別基準恩赦の存在が問題となる。

322) 前掲注34)（本誌71巻3号222頁）で示したように、尊属殺規定である刑法200条が違憲とされた際には、既に刑に処せられている者に対して職権による恩赦上申

恩赦による例外的な修正が大赦と個別恩赦では異なる形態でなされるとすると、当該修正の前提となる法・権利性の回復、換言すれば自由の普遍的保障の回復が既になされているとの評価もそれぞれ異なる基準により下されるべきことになる<sup>323)</sup>。個別性に着目して例外的な修正を認める個別恩赦では、当該回復の実質的内容である① 被害者（及び法秩序の他の構成員達）の自由の領域の保障の回復及び② 犯罪者自身の再社会化という２つの観点も個別の事案の特殊性を勘案して判断されることになる。これに対して、類型的な判断に服すべき大赦では、上記の①と②の観点は個別的にはなく、一般的なメルクマールに基づいて評価されることになる。こうして例外的な修正の必要性の有無及び程度の判断は、個別恩赦と大赦では異なる取扱いを受けるが、両者に共通するのは、恩赦の要件に合致するにも拘わらず、例外的な修正を行わずに、従来通りのままの刑罰の執行を継続させることは許されないことである。そのような形で自由の制限・剥奪はもはや法・権利性の回復に資するものではなく、受刑者に対しても不当な自由の制限を受忍させる結果となる。むしろ、当事者には自己が恩赦の要件を満たしているのかについてその確認を求める権利が、更には要件を充足する場合には恩赦の実施を求める権利が認められるべきであろう<sup>324)</sup>。

---

↘ 手続により「個別恩赦」がなされたが、いわゆる(e)-1の改正大赦に対応し得る事例であり、個別性を捨象した一般的な作用形態での修正の方式が適切である。従って、大赦の形式で救済を行うべき事案であろう。また、仮にたとえ大赦形式であったとしても、救済の結果に満足し、違憲とされた法律の改正が放置される事態が生じる場合には、本末転倒であり、恩赦全般が法律との関係ではあくまでも例外であるという前提を見誤ることになる。なお後掲注327)も参照。

323) 個別恩赦と大赦は、例外的修正作用の形態だけでなく、その帰結の範囲でも通常は異なることになる。そもそも、前提として個別恩赦は有罪判決が下されていることが必要とされている。

324) この意味での恩赦の権利性は、個別恩赦と大赦の双方で認められるべきである。この点は後述する。現状でそのような権利性が認められていないのは、要件となる恩赦の基準がそれ程明示されておらず、判断者の裁量が大きいこと、更には権利を実現するための手続が整備されていないことが原因であると思われる。このような権利性が認められるべきことだけでなく、そもそも恩赦による修正では被害者その他の「了承」という意味での「民意」に沿ったものであることが要求されるし、

(2) 個別恩赦の正当化について

個別恩赦における例外的な修正作用との関係で原則的地位にあるのは処罰規定そのもの、或いは同様に例外的な作用を果たす刑事政策的な代替規定である。特に後者との関係で生じる適用面での法律の優位性（その裏返しとしての個別恩赦の補充性）については、既に指摘したようにドイツでは活発な議論が見られたところである<sup>325)</sup>。個別恩赦による例外的な修正が許される根拠は、既に述べたように法・権利性が回復されている、或いは少なくとも部分的にそれがなされていると評価できる状況があるため、当初想定された刑罰がその質及び量との関係でもはや不要となったからに他ならない。但し、個別恩赦では法・権利性の回復の判断が個々の事案の個別的な特性に応じた個別的評価に基づいて行われる点に特徴がある。これは、原則にある「法律」では実質的な法・権利性の回復の根拠をなす、事案の個性・特殊性を十分に捉えきれないことが理由である。もはや法・権利性の回復には不要であるにも拘わらず、当初想定されていた質及び量のまま刑罰の執行を継続することは、適正なものとは言えない<sup>326)</sup>。この点を法律が放置するとしたら、それは法律が有する不備であり、恩赦によって修正されるべき「不当な過酷さ (unbillige Härte)」が存在しているのである。

個別恩赦と同様に事後的な事情に基づいて例外的な修正を行う刑事政策的な代替規定が様々に存在する。これらは、ドイツにおける恩赦の歴史が示したように、個別恩赦の法律化という理論的背景を持った諸規定である。このような例外的な修正に関わる代替規定の存在により、個別恩赦の適用がおよそ排除されるわけではない。代替規定も法律である限り、個性への観点が狭まれている

---

↘恩赦全般それ自体が、人間が行うものであるため間違いが必ず混入するものであることから（大赦法律であれば、法律としての不備があることが前提とすらなる）、やはり事後的な再検証の事も司法の場で保障されるべきであろう。

325) Funk, Gnade und Gesetz (前掲注76) S. 128 ff., 196 ff., 223 ff. (本誌73巻1号51頁以下)を参照。

326) Funk, Gnade und Gesetz (前掲注76) S. 202 はこの点に違法な基本権侵害を意味する、比例原則に対する違反を見出していた。

ため、必然的に不備なものとなり得るからである。代替規定の要件に合致していたとしても、個々の対象者からすればその法的効果である恩恵の内容が不十分な場合は想定され得るし、また要件に合致しなかったため、恩恵を受けられなかった者からすれば、定立されている要件そのものが個別性を十分に配慮したものとは言えないような状況も想定され得るであろう。いずれにせよ、法律の形式で代替規定が立法されている限りは、確かに当該規定の適用が優先されるが、いまだ「不当な過酷さ」が個々の事案との関係で認められ得る限りでは、個別恩赦の出番はなくならないのである。

個別恩赦による例外的修正は、個別的な観点に基づくものであり、類型的・一般的な事例との関係で効力を有する（原則に当たる）法律の妥当性全般を否定して、その改正を求めるという帰結につながるわけではない。あくまでも当該法律は、個別恩赦の対象となる個々の事案との関係でのみ例外的に効力を有しなくなるだけであり、それ以外の大部分の事例との関係ではいまだ有効のままとなる<sup>327)</sup>。

各人には正当な刑罰のみを受忍する義務があり、その裏返しとして不当な刑罰を受けない権利がある以上、例外的に不要となる刑罰の行使を修正する個別恩赦を求める権利が各人には認められるはずである<sup>328)</sup>。しかし、日独においては一般的にはそのような権利は認められておらず、この点から特にドイツに

---

327) 法律の「不備」が個別の事例との関係だけでなく、類型的に認められる場合に、当該法律の改正がなされるべきなのか問題となる。類型的な例外的修正作用をなす法的装置として大赦があるが、前述のように、当該大赦法律による救済があるだけで、原則に当たる法律の不備が改正されないまま放置されるとしたら問題であろう。従って、刑法200条の違憲判決を受けての事後的救済は大赦法律によるべきものと解されるが、それが仮になされていたとしても、同200条の削除は即座に行われるべきであったと思われるのである。

328) 私見によると、刑罰による法・権利性の回復は、個別の被害者の自由の領域だけでなく、その他の法秩序の構成員達の自由の領域の保障をも射程に収めている。従って、不要な回復にしかならない現状の刑罰を修正するための個別恩赦を求める権利が当該の構成員達にも認められるのか否かが問題となるが、理論的には肯定的に捉えられるべきであろう。後掲注331)の Campagna によるその他の者達の個別恩赦を求める（間接的な）権利に関する言及も見よ。

においてはその範囲を巡り争いはあるものの、恩赦の否決に対する事後的な法的審査性も基本的には否定されている<sup>329)</sup>。確かに、憲法または法律で規定されているのは専ら個別恩赦の権限者側の権利でしかなく、その行使についても確固とした適用基準が定められているとは言えず、むしろ大きな裁量が権限者にあることが見て取れる。例えば、ドイツの連邦大統領や州首相による個別恩赦では最終的にはただ自己の良心に従って判断すれば良いとされるだけである。このような事情が背景にあることの深淵には、君主の一方的な権限であるとする伝統的恩赦観が厳然とあるからであろう。確かに、明確な基準がない限り、個別恩赦を求める者の権利侵害の確定も困難となり、その異議申立の制度を確立することはできなくなる。つまり、当該の権利の実現とその保障も困難とならざるを得ないのである。しかし、これは現状が単にそうになっているだけであり、理念としての個別恩赦を求める権利が否定されるわけではないはずである<sup>330)</sup>。その本性上、法律（に基づく判断）を通じては個々の事例の特性に応じたきめ細かな法・権利性の回復、つまりは法秩序における自由の普遍的保障の達成が困難であり、そのために個別恩赦を通じた刑罰の修正が必須になるのだとすると、(刑)法の基礎には最終的には各人の自由の領域の保障があると解する限り、むしろ個別恩赦を求める権利を各人に認めることを出発点とした上で制度を構築すべきことは否定できないはずである<sup>331)</sup>。恩赦権限者の個別

329) 日本については、本誌71巻3号230頁以下を、ドイツに関しては本誌72巻2号171頁以下及び前掲注139)を参照。

330) Norbert Campagna, Gibt es ein Recht *auf* Begnadigung?, in: B. Sharon Byrd u. a. (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik, Bd. 11, 2003, S. 381 は、個別恩赦を求める権利を積極的に主張した、古典的政治的リベラリズムの思想家であった Benjamin Constant に依拠して、当該の権利が前実定的な自然権であることを指摘している。また Campagna は同 S. 375 Fn. 6 では、現行法上、個別恩赦を求める権利が存在しない点については争えないとしつつも、そのような権利の導入を求める法倫理的請求は正当なものであり、現行法秩序もあくまで正当な社会秩序を実現するための試みの1つでしかない点を強調している。つまり、立法論として当該の権利の導入は真剣に検討されなければならないとするのである (S. 389)。

331) 前注で挙げた Constant の見解では、法律に適っていたとしても、それが不当な刑罰であり得、しかもどのように改正を重ねてもそもそも法律の特性上「理想的

恩赦権もそれ自体に意味があるだけでなく、各人の個別恩赦を求める権利に対応した権限としてその範囲及び内容を再構成すべきであろう。こうして初めて、個別恩赦権限の行使において権力分立原則との関係で生じる、行政と他の権力との間での緊張関係も解消され得るものと解されるのである。

### (3) 大赦の正当化について

以上で述べた個別恩赦の場合と同様に、大赦においても法・権利性の回復の例外的な事後的調整が問題となる。ただ、その作用が個別的な観点に対応した形態ではなく、一般的・類型的なものである点にその特徴がある。このような理解は、恩赦全般が国家刑罰権の行使の裏返しであるという考えに基づく。法概念としての刑罰について語る際には、権限の主体である国家的法秩序が確固として存在していることが前提となる。その逆の場面である恩赦権限の行使についても同様に主体である国家が現存していなければならない。しかし、Süßが示した大赦（Amnestie）の類型化・体系化においては、権限主体たる国家が確固としては存在していない類型が散見され、更には国家が主体として存在していたとしても、大赦の作用を刑罰権限の裏返しとしては把握しきれないような類型も見受けられた。特に Süß による類型化は歴史上実際にあった多様な大赦規定を網羅的に捉える現象類型的な観点に基づくものであり、全体像を見渡す上では大変有益なものではあるが、刑罰論の観点から恩赦全般（の正当化の可能性）を考察するという本稿の目的からすると、やはり主体としての国家の有無、更に大赦による例外的修正作用の形態が国家刑罰の裏返しであるのか否かに着眼して改めて類型化を行うべきであろう<sup>332)</sup>。このような新たな類

---

な法律」を達成することは不可能であることが前提とされている。この点を是正する個別恩赦は刑罰法規に従って判決を下す国家にとり、正義を実現するために必然的な装置となる。これについては Campagna, Gibt es ein Recht auf Begnadigung? (前掲注330) S. 387 等を参照。なお同 S. 380 f. では有罪判決を受けた者以外の者（つまり、当該法秩序の他の構成員達）の個別恩赦を求める権利（間接的な権利）の可能性が言及されている。但し、Constant はそのような権利の存在を認めていなかったようである（S. 382）。

332) Süß が提示した定義メルクマールの 3 要素も首肯できるものではあるが、こ



型化においては、それぞれの大赦類型におけるその正当化の根拠も異ならざるを得なくなる。しかし、そうであったとしても、その際の正当化についてはある共通項が必ずなければならない。これがなければ、法概念たる恩赦の大前提が崩れてしまう。つまりは、法秩序における自由の普遍的な保障の調整とその維持という観点である。このために恩赦全般は例外的な事後的修正を法・権利性の回復との関係で行うのであり、上記のように刑罰論的な思考以外のものに依拠した類型が含まれるとしても、全ての大赦類型の背景には、やはり共通項として自由の普遍的な保障の調整とその維持という観点がなければならない。

まず、(イ)主体たる国家が確固としては存在しない場合の大赦類型として、Süß の分類における(b)-1の国内平和大赦を挙げることができる。そこでは、一国内における相当規模の内乱或いは市民戦争状態が想定されており、その際には統一された国家的法秩序は存在していない。つまり、国家刑罰権の行使主体が確固としてあるわけではないため、裏返しに当たる、一般的な形態で修正作用をなす大赦の権限主体を想定することもできない<sup>333)</sup>。では、この国内平和大赦の作用はどのように基礎づけられるべきなのであろうか。例えば和平合意の形態でなされる、当該の大赦規定の内容となるのは、両当事者集団の間での戦闘行為の中止とそれに続く互いの不処罰、つまりは相互的な忘却と赦しであり、その意味で個別の当事者に対し場合によっては自らに対する不法な犯罪行為の不処罰の受忍を強いる結果となる。これでは、法・権利性の回復が放置されてしまい、当該被害者（更には法秩序の他の構成員達）の自由の領域の保

---

これらの要素だけからでは、以下で述べるような正当化の基礎づけの差異の必要性は  
いまだ出てくるものではない。

333) 同様の事柄は、(a)の国家間における平和大赦にも該当する。当該の平和大赦では国家同士の間での相互的な大赦の作用が問題となる。しかし、その際には当事国の上位に位置づけられる世界国家的法秩序のようなものは想定されない。この意味で、ある国内において当事者に対する刑罰権限の主体たる国家的法秩序が存在しない場合と同様の構造が見受けられるのである。この(a)の類型の大赦に対する評価については、いわゆる国際刑法に関するより精密な考察が必要となるため、別の機会に譲りたい。

障の回復は断念されたままとなりかねない。このような作用が強制力を伴いながらも許容される理由については、次のように考えるべきであろう。つまり、国内平和大赦が問題となる状況は、確固たる国家的法秩序が存在しないため、当該法秩序が設立されるより以前のいわゆる自然状態に接近した、そもそも法的に不安定なものであり、国家刑罰権限の行使である処罰を通じて法・権利性を回復させ、将来へと存続させることがおよそ不可能な状態を意味している。このような事態を回避するためには、国家的法秩序の確立が当事者各人によって改めてなされる必要がある。そのために要請されるのがいわゆる自然（カント的な意味での私法の）状態を離れて公法状態へと移行することであり、まさにこれを行うために国内平和大赦の内容が許容されると解することができるのである<sup>334)</sup>。

このような大赦類型は、ある国内でのいわゆる過渡的司法の枠内で行われるものであり、法・権利性の保障の担い手である統一的な国家的法秩序の（再）確立がまずは目指されている。刑罰権限の主体である当該法秩序の確立以降は、処罰を通じた法・権利性の回復も可能となるが、国内平和大赦によって捕捉された行為を事後的に処罰することはできない。その時点ではまだ国家刑罰権の

334) 国内平和大赦に当たる大赦類型をこのように Kant に依拠して理解する見解として Katrin Gierhake, Strafe und Amnestie in Zeiten fragiler Staatlichkeit, ZIS 7-8/2017, S. 404 ff., 408 f.; dies., Strafbegründung in staatlichen Umbruchsituationen (前掲注71) S. 97, 98 ff., 109; dies., Übergangsjustiz als Akt der Selbstbestimmung eines Volkes, in: Gerd Bruder Müller (†) u.a. (Hrsg.), Kosmopolitismus in einer globalisierten Welt, 2019, S. 140 を参照。その際には (Gierhake 論文では明示されていないが) 不処罰の受忍を単なるその要請を超えて強制できる根拠が問題となる。自然状態における私法から公法の要請が生じたとして Kant, MdS, AB 158 が、自然状態に留まり続けることは最高度での不法を行っているとする点が重要であると思われる。不法に対しては法的な強制 (Rechtswang) を行使し得るはずだからである。そもそも Kant も実力の行使がなくては法が確立され得ない条件下では、実力行使が先行して法を基礎づけることを認めており、その具体例が無法則の自然状態から市民状態 (国家体制) に移行し、法秩序を確立させるための実力行使だったのである。そのようにして法を基礎づけるために例外的に実力行使を許容するのが「自然的な許容法則」であるとされていた。この点については、飯島「緊急避難のカント主義的な基礎づけの可能性」(前掲注72) 406頁及び422頁注 (17) で挙げた諸文献を参照。

主体は存在しなかったからである。こうして、際限なく法が不安定のままであり続ける状態に留まるよりも、言わば他に手段がないため、目の前の不法を忘却し赦免する、つまりは一定の犯罪行為を相互に不問に付すことによる法的平和の確立の方を優先するわけであるが<sup>335)</sup>、この点において法・権利性の保障、つまりは自由の普遍的保障の調整とその維持という大赦全般に共通すべき正当化理由を見出すことができよう。

次に(ロ)主体たる国家が確固として存在している大赦類型を挙げることができる。この類型は更に2つの下位類型に分けられる。(ロ)1 国家が主体となる緊急避難型の大赦と(ロ)2 国家刑罰の裏返したる本来的な大赦(刑罰論の思考を適用できるという意味での刑罰論型の大赦)である。そもそも恩赦全般において基本的に想定されているのは、法・権利性の回復が実質的に既になされていると評価できる場合であり、大赦においては、このような評価が法律の形式で典型的判断に基づいて行われるべきことになる。更に、法改正等により事後的に法・権利性の回復が実質的に不要となった状態も当該の回復が既になされていると評価できる状況と同視し得るので、これも大赦法律の対象となる。大赦が刑罰の裏返しである限り、このような法・権利性の回復に関わる調整の作用こそが本来的には大赦に期待されている。そのためになされる大赦の類型こそが(ロ)2の刑罰論型の大赦である。

しかし、国家が主体として確固として存在して、法律の形式で行われてはいるが、そのような類型に合致しない大赦法律が見受けられる。つまり、その際には法・権利性の回復がなされていないにも拘わらず、法秩序におけるより大きな侵害を避けるために、当該犯罪行為に対してはその本来なされるべき質と量との関係では処罰を行わないようにする大赦の場合である。このように、法秩序における自由の保障に対するより大きな(不処罰となる犯罪行為とは直接的には関係のない)侵害を避けるために、それとの比較でより小さい、自由の

335) Gierhake, Strafe und Amnestie in Zeiten fragiler Staatlichkeit (前掲注334)) S. 409 は、大赦は平和の「消極的条件」としての意義を有するとしているが、この言明は本文で述べた意味で理解すべきであろう。

保障の侵害を国家が法律の形式で放置するわけであるから、これは国家が主体となる緊急避難の一種と解することができる<sup>336)</sup>。つまり、(ロ)-1の緊急避難型の大赦である<sup>337)</sup>。この大赦類型に属するのは、SüBの分類に従うとすれば、(b)-2の安定化大赦、(b)-4の緊急大赦、(c)のリソース大赦となろう。国家が危険防御として正当防衛または緊急避難を行う場合には、その強制力は刑罰とは異なる法的強制(Rechtswang)として特徴づけられるため<sup>338)</sup>、当該の大赦類型の作用はこの法的強制として考えられる。しかし、たとえ法秩序全体にとりより大きな侵害を回避できるとは言え、犯罪行為が不処罰のままとされるわけであるから、個別の被害者(更には法秩序の他の構成員達)の固有の自由の領域に対する保障の回復は全くなされないか、不十分なままとなってしまう。この点を受忍させるわけであるから、やはり前提としては、他の手段がないような極めて限定的な状況がなければならぬであろうし、また放置される自由の保障の回復も、その原因となる侵害が軽微である場合に限られよう。

本来的に恩赦全般が例外的な処罰の赦免を通じて、法・権利性の保障の回復の調整を果たす法的装置として規定され、まさに個別恩赦がそのような機能を発揮するものであるとすると、大赦の領域においてそれに対応する働きをなすのが(ロ)-2の刑罰論型の大赦である。当該の大赦類型では、(先述の①と②の観点に着目して)法・権利性の回復が実質的になされていることが典型的な判断に基づいて肯定され得る場合に、本来想定されていた刑罰をその質と量において例外的に赦免することが問題となる。まずここに含まれるのは、

336) 国家が主体となって緊急権を行使する際の諸問題については、特に(正当防衛に重点が置かれてはいるが)松生光正「国家と緊急救助」竹下賢他編『法の理論35』(2017年)35頁以下、飯島暢「緊急救助(正当防衛)の主体となる国家とその構成員達」長谷川晃他編『法の理論36』(2018年)179頁以下を参照。

337) このような緊急避難型の類型は、実は個別恩赦についても想定され得る。例えば、国家間での相互的なスパイ交換のために、当該スパイの処罰を個別恩赦によって赦免する場合である。

338) 法的強制の概念については、特に飯島『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』(前掲注61)204頁以下を参照。またギュンター・ヤコブス(=川口浩一・飯島暢訳)『法的強制と人格性』(2012年)3頁以下、13頁以下も見よ。

SüB の分類で言うところの(e)の修正大赦(特に(e)-1の改正大赦)であろう<sup>339)</sup>。このような場合には、法改正により従来の処罰規定それ自体が廃止されるか、法定刑の減輕化がなされるのであり、法秩序を将来に向けて存続させていく、つまりは法・権利性の保障(自由の普遍的保障)を回復させて継続的に維持していく上では、本来想定されていた刑罰の執行をその質及び量において続けることは、不要な自由の制限・剥奪に他ならないため、大赦法律による調整が認められるのである。当該大赦の対象になり得る者からすれば、法・権利性の回復についてもはや不要となる刑罰を受忍すべき理由もないのであるから、大赦権限者である国家に対して当該大赦を求める権利が当然に認められることになる<sup>340)</sup>。

この(ロ)-2の刑罰論型の大赦としては、上記の改正大赦以外のものも想定し得る。たとえば法改正がないような場合であったとしても、実質的に法・権利性の回復が既になされており、それについて個別の被害者(及び法秩序の他の構成員達)が了承し得るような状況を類型的判断によって確定することは可能だからである。このような状況を考慮の対象に含めていると解し得る法制度として時効がある<sup>341)</sup>。時効制度の根幹において基本的に問題となり得るのは、一定の時間の経過を参照した類型的判断により、当該法秩序の構成者の大部分(更には犯罪者も)が法に適った行動を取っている点を勘案して、各人の個別の自由の領域を保障する法秩序の規範的効力が実質的に回復していると見なし、更に当該被害者(及び他の構成員達)の「了承」をも考慮して、国家刑罰権の不実行、つまりは刑罰の赦免を例外的に認めることの是非である。その際の類型的な判断において考慮されるのは、上述の恩赦全般で着眼されるべき①と②

339) より精密に規定する必要があることを留保した上で言えば、(b)-3の変革大赦の一部もここに含まれることになろう。

340) 特に(e)-1の改正大赦について、それを求める対象者の憲法上の権利と対応する立法者の義務を肯定する見解として、SüB, Studien zur Amnestiegesetzgebung (前掲注76) S. 177 ffを参照。

341) 本文で示すような時効制度の理解については、特に飯島「刑罰論から見た時効制度」(前掲注10) 288頁以下を参照。

の観点とその内容において実質的には同じものであり、時効制度と(ロ)-2の刑罰論型の大赦ではどちらも同様の観点に対する類型的判断に基づいて刑罰の赦免を行うことになるのである。

このように考えてみると、時効制度という「法律」を補完する法制度として、(ロ)-2の刑罰論型の大赦を解釈することも可能であると解される。つまり、時効が予定する一定の期間がいまだ経過していなかったとしても、法・権利性の回復が実質的になされていると評価し得る場合に例外的に刑罰の赦免を認める大赦類型として理解するわけである<sup>342)</sup>。最近のわが国におけるいわゆる令和恩赦もそこに含まれることになる類型である(d)-1の歓喜大赦も、このような状況に基づく刑罰の赦免であるとすれば、その正当化も可能であるのかもしれない。歓喜大赦の場合、例えば皇室の慶弔それ自体だけを理由とするのでは、法・権利性の実質的な例外的回復を認めることはやはり困難だからである。しかし、歓喜大赦では、その全ての対象行為について（時効の基準を満たさないものであるにせよ）一定の時間的経過が必ずしも想定されるわけではない。場合によっては、その犯行による法・権利性の侵害の時点から全く時間が経過していない状況であったとしても、その対象とせざるを得ないこともあろう。そのためには、一定の時間的経過がある場合と同様の回復の効果をその体験者達（具体的な被害者及び犯罪者をも含んだ法秩序の構成員達）にもたらすような一回的な歴史的的重大イベントを想定して、これを当該大赦の根拠とすれば良いのかもしれない。言うなれば、時間の量ではなく、時間の質に着目するわけである。

しかし、そのような歴史的的重大イベントを想定することがそもそも可能であるのかは非常に疑問であるし、仮にそれをできたとしても、法・権利性の回復をなし得る歴史的に重大なイベントとそうではないものを仕分けるという極めて困難な作業に直面せざるを得なくなる<sup>343)</sup>。やはり時効制度を補完する恩赦

342) 時間の経過に基づいて法・権利性の保障の回復を考慮する点については、類型的ではなく個別的な判断に依拠するという相違はあるものの、実は個別恩赦でも配慮され得るはずである。

343) そのような区分けが困難である以上、結局のところは全ての国家的慶弔それ自体を大赦の正当な理由であるとしてしまう、無批判に現状を肯定する結論に帰す。

として歓喜大赦を解釈する際には、一定の時間的経過は必須になると考えざるを得ない。もし実際の歓喜大赦が、時間的経過の点で原則である「法律」に当たる時効の基準からかなり短いものをも対象とせざるを得ないのであれば、その分だけ、大赦の効果は限られたものとなるし、実質的に回復したと評価される法・権利性の侵害（及びそれを惹き起こした犯罪行為）もより軽微なものに限定されることになるのである<sup>344)</sup>。

## 6 結びにかえて

先のことは全く分からない。しかし、再びいつの日か政令恩赦の形態による歓喜大赦がわが国においては行われることになろう。そのときには、恩赦としてはたとえ制限的な内容であったとしても、その正当化をめぐる議論は活発になされるべきである。また、それを契機とするのを待つまでもなく、現状では極めて例外的に運用されている常時恩赦に対しては、恩赦の意義をより積極的に認める方向での議論があっても良いように思われる。恩赦という概念には良く言えば豊穰、悪く言えば雑多な内実があまりにも多く詰め込まれすぎている。現状を一方では批判し、また他方では正当化するためには、まずは恩赦全般を理念モデルに還元して、その法概念としての性質を明らかにしなければならない。これこそ本稿が目指したものである。極めて抽象的なモデル論の呈示に留まってしまったが、法における自由の普遍的保障を基礎に置いた刑罰論を出発点にして恩赦論を展開した本稿が、理論的には刑罰論的にも極めて重要となり得るはずの日本（及びドイツ）における恩赦制度全般に対する興味を喚起できることを祈念する。

---

ゝることにもなりかねないのである。

344) 本誌71巻3号212頁で示したように、いわゆる令和恩赦では政令恩赦としては、復権のみに限られ、しかも復権の対象についても更に限定がかけられて、罰金刑の執行が終わり、または執行を免除されてから3年以上が経過した者だけとされている。このような限定的な帰結は、(ロ)2の刑罰論型の大赦類型の効果として見れば、それ自体としては全く正当化できないものではないことになろう。