

ドイツ分断以降再統一（1945～1990）に至る両ドイツの近代化の特質と再統一過程におけるそのリバウンド的特徴

小林 公司

1 はじめに

本稿の課題は、ヒトラー体制瓦解後の東西ドイツ分断と、その後50年近くの時をへて再統一へと至るドイツの歴史のプロセスのなかで、ドイツがそのときどきにヨーロッパ近代とどのような距離感覚を有しつつ展開を遂げてきたのか、あるいはどのような歪みのなかでドイツが自らを近代国家として位置づけようとしてきたのか、を明らかにすることにある。無論このことは、ドイツがワイマール期をへて、ワイマール体制の自己否定としてのナチス体制を得たこと、しかもそのナチス体制が、近代ヨーロッパ的諸特徴に刻印された諸国家およびその一変種としての社会主義ソ連により、物理的に解体されたという事実を分析の俎上にのせた上で明らかにすべき事柄である。それゆえ、本稿の検討対象は、ドイツ分断による東西ドイツ体制の成立前夜から、再統一に至るプロセスが中心となる。

これに加えてかなり大雑把な指摘となることが許されるならば、本稿のもう一つの関心は、近時のグローバリゼーションの大きな潮流のなかで、法学を含めおおよそヨーロッパ近代の果実としての枠組み、例えば国民国家、民主主義、(基本的)人権、議会制度等々が、実は既にその臨界点に近づいているのではないか、根本的な限界が露呈されてきているのではないか、との疑念についてである。こうした疑念に対応する現象として、ここではとりわけ2001年9月11日以降のアメリカが、国際社会においてとる「立ち振る舞い」をあげておこう。その最終形態が、現下に繰り広げられたイラク攻撃である。もちろん、一般的に「現象」は事実を端的な形で物語るけれども、その事実が語る意味は慎重に精査されなければならないことはいうまでもない。つまりそれが、アメリカの歴史に固有な、「現代的に焼き直された物語」にすぎないのか、あるいは歴史の進展に即して語れば、「アメリカ的な帝国主義」をくぐり抜けてやがて来る世界的に全く新たな「帝国」の出現を予兆させるものなのか⁽¹⁾、その一体いづれなのかという問題にたどり着くことになる。

とまれ、本稿では以下にそうした21世紀の新たな「位相」をも、いささかなりとも思考の射程に組み込みながら与えられた課題に検討を加えていきたいと思う。

2 東ドイツ体制の成立とヨーロッパ近代の定位

(1) 社会主義の生成・発展過程における特徴

1949年10月に東ドイツが社会主義国家としてその成立を宣言した当時、国内においては、第1段階としての「反ファシズム・民主主義革命」(1945~1949)から第2段階「社会主義革命」への移行期にあった⁽²⁾。「反ファシズム・民主主義革命」は、ソヴィエト軍政により本格的に開始された。この「革命」の主目的の一つは、司法分野における非ナチ化(Entnazifizierung)であった⁽³⁾。実際、ヒトラー体制崩壊直後に約2500人を数えた同地区の裁判官、検察官のうち80%までがNSDAP(国家社会主義ドイツ労働者党)の黨員とされたが、この非ナチ化政策により、1945年末になおその地位にとどまれた裁判官、検察官数は470人ほどであったとされる⁽⁴⁾。

これらの数字は、東ドイツが国家の成立を宣言する前に、既にソ連軍政による非ナチ化政策が推し進められていたことを意味する。しかも同時に、決定的な法律家の過不足を前にソ連軍政は短期の人民裁判官養成コースを設置し、ここで訓練を受けた法律家は、その後の東ドイツ司法の中核を担うまでに至ったのである⁽⁵⁾。こうしたソ連主導による司法における非ナチ化政策は、明らかにその後の東ドイツ司法にとって、ソ連モデルの受容へとつながるものであった。つまりここでは、非ナチ化はスターリン主義的司法への限りない接続であると共に、もう一方の東ドイツ「民主主義」革命の意味するところもまた、非西欧化への方向を目指すものに他ならない。なぜならこの革命は、その第2段階としての「社会主義革命」を予定していたのであり、そうした点からすれば東ドイツの非ナチ化は、非西欧化への歩みであると共にソ連型社会主義モデルに踏み出す大きな契機でもあったといえることができる。このソ連型社会主義モデルの「整備」は、とりわけ司法分野において着実に進められていく。東ドイツ1949年憲法⁽⁶⁾や52年「裁判所構成法」⁽⁷⁾では、裁判官の独立などが規定されていたが、しかしその運用は明らかに西ドイツ基本法の裁判官の独立(基本法97条)とは異なっていた。すなわち裁判官の独立には、マルクス・レーニン主義の理論に精通し、社会発展と法、そして国際的な階級闘争についての知識に精通する義務を伴うこと、裁判官が社会主義統一党や大衆組織に組織化され、それによって政治や社会生活に参加することは当然であり、これこそが社会主義的裁判官の本質的特徴である⁽⁸⁾、とされる。これは、およそ権力分立の上に成立する司法や裁判官の独立を理念とする西欧型法治主義ではなく、49年憲法の「裁判官は判決において独立し、憲法及び法律にのみ従う」(127条)との規定は、「社会主義的な裁判官の独立」に限定された上での法治主義であった。

それはともかく、社会主義統一党の指導的役割を徹底化させ、権力分立をブルジョア法観念にすぎないと断罪する東ドイツにおける司法観は、1950年代以降1989年の「市民革命」前夜に至るまで一貫して受け継がれたのである⁽⁹⁾。そして東ドイツは、ナチズムに対する公式の宣言として、68年および74年憲法6条で「ドイツ軍国主義とナチズムは根絶された」と明言した。こうした東ドイツのナチスとの「向き合い方」は、後に述べる西ドイツとナチスとのそれと比べ大きく異なる。東ドイツの場合、そのことは、その後の社会主義化=反ナチ化という図式化のもとで、内省的契機としてのナチズム批判がなされることはなく、むしろハーバーマスの指摘するように「反ファシズムということが自己正当化の議論に利用されたために、それがかえってナチスの過去と

の深刻な対立を阻害する」⁽¹⁰⁾ 結果に至ったと言わざるを得ない。またクレスマンも同様に、ソ連地区のラディカルな構造的な非ナチ化が、果たして住民の内的反省と「浄化」をもたらしたかどうかは、疑わしいと述べている⁽¹¹⁾。

(2) BGBの継続的適用

ところで、東ドイツが社会主義化をすすめていくプロセスにおいて、われわれは東ドイツにおける第1段階「反ファシズム・民主主義革命」を起点として、BGBが選択的ではあるが継続して適用されていた事実を指摘しておきたい(1975年まで)。このことを示す事例として、人民的所有(国有)に属する日用品(動産)が、善意取得の対象となるか否か(BGB932条以下)をめぐる当時の東ドイツ民法学、判例における論争がある。これについては、以前詳論を試みたことがあるので詳細はそれに譲るが⁽¹²⁾、東ドイツ民法学や判例にあっては、1951年以降「BGBのルネッサンス」⁽¹³⁾とも称される状況が指摘されていたのであり、社会主義下における西洋法原理の導入にも似た現象と考えられよう。しかしながら、このBGB932条以下の適用の正当化には、スターリンの『ソ同盟における経済的諸問題』(社会主義の下での商品生産・価値法則の存続形式=内容テーゼ)の理論借用による古い形式としてのBGBの適用理論があった。その意味で、当時の東ドイツがBGBを選択的にせよ受容してきたのは、近代法としてのBGB評価の上に立脚したものではない。東ドイツでは、その後1976年に独自の市民法(ZGB)を施行するまで、体系的な立法化が行われずBGBの選択的適用と、その他の個別法や判例により法の欠缺を埋めてきたのである。

こうした歴史的経緯からすれば、東ドイツがBGBと断絶した時期はわずかに14年にすぎない。1949年の東ドイツ成立から75年までの26年間も体系的な民法典が存在しなかったのは、確かに驚くべきことであろう。1990年の統一に際して、フンボルト大学法学部の民法担当のクリンカー教授が、BGBの復活は、困難なことではない。若い時期にBGBの理論的研究に接していたし、最近の判例の動向をフォローすれば講義自体は、それほど困難なことではない⁽¹⁴⁾と語っていたのは、上述した歴史をふまえてのことに他ならない。

3 西ドイツ体制の成立とヨーロッパ近代の定位

(1) 西ドイツ国家の成立と司法分野における非ナチ化の問題

ナチズムの崩壊後連合国の各西側占領地区では、ポツダム会談での連合国の占領政策である、非ナチ化構想の具体化、すなわち非ナチ化、民主化、非軍事化、非カルテル化の「四つのD」政策が直ちに開始された⁽¹⁵⁾。しかし司法分野における非ナチ化政策は、必ずしも徹底化されたわけではなく、すぐさま緩和策がとられていく。例えば、イギリス占領地区では、1948年時点で裁判官の80~90%、検察官の80%あまりがナチス黨員であり、西ドイツ国家成立以降も70~80%の裁判官がナチス黨員であった。そしてこの中には、かなりの有責者も含まれていた⁽¹⁶⁾。もしそうであれば、西ドイツ司法は、非ナチ化政策、換言すれば「過去の克服」をどの程度まで行ったのか、という本質的な問題が浮かび上がってくるのである。

確かに非ナチ化が、出発点において不十分にしかなされなかった背景には、国内政策上は裁判官などの絶対的不足という現実があったことは否定できず、これにより非ナチ化政策は西ドイツ

においてすみやかに停止された⁽¹⁷⁾。この結果、かつての高位のナチス黨員、警官、親衛隊員らは、新政府や行政官庁、司法の高級管理職にまでたどり着いたのであり、明らかに「例外であるべきことが原則になった」⁽¹⁸⁾と言わしめた状況が生じたのである。

西ドイツ司法における非ナチ化の不十分さについてさらに付言すれば、ここでナチス司法の負の象徴と目される民族裁判所 (Volksgerichtshof = VGH) をあげないわけにはいかない。西ドイツ司法がナチス司法の不法にどのように対応したかを明らかにするには、VGHの陪席判事であったレーゼ事件を簡単に見ておく必要がある。同裁判所は、1934年の改正刑法により、内乱罪及び国家裏切り罪を主に管轄する特別裁判所として発足し、その後通常裁判所と位置づけられたが、同裁判所を構成する職業裁判官は国家社会主義者であり、合議に加わる名誉裁判官はナチスや軍、警察から派遣されしかも1審制であった。レーゼは、1941年11月から45年3月までの間に231件の死刑判決を含む373件の判決にかかわった。ベルリン地裁は、1967年7月に、このうちの3件の殺人幫助及び4件の同未遂の幫助について5年の重懲役刑を言い渡した⁽¹⁹⁾が、翌68年4月BGH (連邦通常裁判所) は、ベルリン地裁の判決を破棄、差し戻した⁽²⁰⁾。その理由として、BGHは、VGHを実質的に通常裁判所と認めた上で、レーゼが行為時法に従い、独立して良心に従い責任を持って行為したのだから、法の歪曲にあたらないと述べている。

VGHを実質上、通常裁判所と認めたこのBGHの判決をうけ、ベルリン地裁は、改めて12月判決で無罪を言い渡した⁽²¹⁾。世論やマスコミは、これに対し激しく反発した。なにしろVGHは、1934年から45年までに5243件の死刑判決を下していたのであり、従来同裁判所は「見せかけの裁判所」⁽²²⁾と目されてきたからである。結局司法は、自らの手で「過去の克服」を行うことは出来ず、最終的に政治の手に委ねられることになった。すなわち、VGHは、1985年1月連邦議会において「国家社会主義的恣意の支配を貫徹するためのテロルの道具」⁽²³⁾と位置づけられ、法治国家の意味におけるいかなる裁判所でもなく何らの法的効力も帰属しない⁽²⁴⁾、と指弾されたのである。

このように西ドイツ司法は、民族裁判所 (VGH) や、障害者らを対象にしたオイタナジーにかかわった法律家の誰一人として刑法上の責任を問うことはなかった⁽²⁵⁾。まことに司法分野においては、「ナチスの裁判官や検察官は、あたかもサッカー選手がハーフタイムにシャツを着替えるようにナチスのシャツを脱ぎ捨て、民主主義の国家と社会の第1線に整然と、何の恥じらいもなく登場した」⁽²⁶⁾とすら形容される状況であった。

非ナチ化政策が、ワイマール以来のドイツの近代化=民主主義化との連続線上に設定されていた限りにおいて、西ドイツ司法は自らそうした課題遂行能力を持ち得なかったことになる。言葉を換えて言えば、そうであるからこそ、西ドイツは司法における「克服されざる過去」⁽²⁷⁾とその後も一貫して対峙して行かねばならなかったのである。こうした状況は、他の分野でも多かれ少なかれ同様であった。ハーバーマスは端的に「かつての非ナチ化は効果がなく、アデナウアー政権の人事におけるナチ時代とのほとんど無傷の連続性を防ぐことができなかった…」⁽²⁸⁾と述べている。

(2) 政治及び歴史分野における「近代化」をめぐる論争

— 歴史家論争とゴールドハーゲン論争を手がかりとして —

上で見たように西ドイツ司法は、法文化の観点からも非ナチ化に対する不完全性を法的メンタリティとして内包しつつ推移して行くことになるが、このことを隣接分野においても見ておこう。

ここで取り上げるのは、まず1986年に始まるいわゆる歴史家論争という名で有名なドイツナチズムの歴史的評価をめぐる一大論争である。この論争が注目されたのは、それが同時にドイツの近代化、したがってまたヨーロッパ近代とドイツの位置関係とも密接に関連していたことにある。このことは、戦後西ドイツがヨーロッパ共同体、NATO等の西側同盟に加わったことの意味の問い直しにもつながっていくからである。そして、最終的にそれは、一体ドイツはどのようなアイデンティティを獲得したのかという問題にもかかわることになる。

さらにこの歴史家論争の内容に一石を投じたのが、1996年、アメリカのゴールドハーゲンが著した『ヒトラーの意に従った死刑執行人たち — ごく普通のドイツ人とホロコースト』⁽²⁸⁾であった。後に詳述するが、ゴールドハーゲンのこの書は、ドイツ国内で大きな反響を呼び起こした。それは、10年前の歴史家論争で展開された内容の延長線としての論争をさらに喚起したし、他方で一般国民をも巻き込む「文化ヘゲモニー」をめぐる論争をも喚起したのである⁽³⁰⁾。

以下では少し詳しく、これらの点について述べておこう。

歴史家論争：

後に「歴史家論争」と呼ばれる論争の発端となったのは、ベルリン自由大学の歴史学者ノルテが1986年6月6日付フランクフルター・アルゲマイネ紙に寄稿した「過ぎ去ろうとしない過去」⁽³¹⁾と題する論文である。これに対するハーバーマスの批判「一種の損害補償」⁽³²⁾が7月11日付ツァイト紙に掲載されるに及んで論争は、ノルテら歴史修正主義（新歴史主義）対ハーバーマスらリベラル左派とに別れ、拡大していった。

両者の論点は、ほぼ次の3点に集約される。まず第1に、ナチス時代の蛮行は、唯一無比なものか、それともソ連の「収容所群島」やカンボジアの大量虐殺などと比較可能か、という点、換言すればナチスの歴史は、相対化されうるものか否かである。第2に、最初の点と関連するが、ナチス時代のいわゆるユダヤ人の根絶は、文化的、社会的近代化に対する一種の反乱であり、それはテロルの歴史的文脈をたどればオリジナルなものではないか否か。第3に、戦後のドイツのアイデンティティを西欧の政治文化に開かれた、憲法の普遍主義的諸原理に価値を見いだす「憲法愛国主義」（ハーバーマス）に求めるか、それとも「過去が過ぎ去ろうとしないことに不快の念を表し、もう『終わり』にして、ドイツの過去を原則的にも他の国の過去と異ならないものにしたと思っている」（ノルテ）という意識に基づく「国家愛国主義」に求めるか、である。もちろん、こうした対立点を内包する論争は、西ドイツ国家の創設が、経済システムにせよ政治システムにせよ、全く対照的なもう一つの分断国家である東ドイツとの不断の対立のなかでなされ、発展したと無縁ではない。既述した「過去の克服」をめぐる国内での対立軸は、同時に東ドイツの社会主義体制を全体主義と見なし、東ドイツ国内で行われてきた亡命者の所有権の国有化などの措置を、後に「ドイツ分断の不法」⁽³³⁾として指弾した西ドイツに支配的なイデオロギーないしメンタリティと密接にかかわっている。

このように西ドイツの戦後における西欧への復帰が、ヨーロッパ共同体やNATOという西側政治体制、軍事同盟の枠組みへの単なる国益的観点からの参加を意味したに過ぎないのか、それとも上述したような普遍主義的な憲法諸原理に対し、忠誠を誓うことを意味するものであるのかは、まさに戦後の分断国家としての西ドイツの自己理解にかかわる重要な分岐点にも連なるものであった。

いずれにせよこの論争は、海外でも大きな反響を呼び、ドイツ外務省は1986年11月、在外公館に急ぎ「歴史家論争」の論点などを整理した資料を送付したほどであった⁽³⁴⁾。こうした論争軸は、しかし90年のドイツ統一を境に大きく変容を遂げていく。次章では、統一に伴い歴史家論争における中心もしくは座標軸がどのように重点移動していったかを見ていくことにしよう。

4 ドイツ再統一過程におけるリバウンド的特徴

ドイツ再統一を法的観点から見た場合、さしあたり現実に生じた問題群として以下の事柄を指摘することができる。すなわち、社会主義法体系の放棄と西ドイツ法の受容、社会主義から資本主義への転換にともなう所有権問題（元の所有者への所有権の返還問題）、東ドイツ市民の日常生活における法的諸権利の帰趨、統一ドイツによる東ドイツ司法に対する「過去の克服」の問題及び、この問題と西ドイツ司法によるナチス司法に対する「克服されざる過去」との相違等々である。一方で所有権をめぐる諸問題、他方で司法統合をめぐる諸問題と括ってもいい。これについても詳論したことがある⁽³⁵⁾ので、ここでは本論でのテーマに関連する事柄について、結論を述べるにとどめておきたい。

(1) 私有化・民営化領域における西ドイツ及び統一ドイツのイデオロギー的対応

東ドイツが、国家建設以降、西ドイツに亡命した市民の所有権をはじめ、中小私企業の国有化、国家管理化を段階的に推し進めて行ったのに対し、西ドイツが激しく反発し、議会決議すら行っていた⁽³⁶⁾ことは驚くにはあたらないであろう。西ドイツ政府にとっては「東ドイツの国有化政策それ自体を認めないとの連邦政府の態度は不変」⁽³⁷⁾だったからである。そこには、全体主義理論に依拠した反共主義、つまり東西対立の中で社会主義化政策そのものを全体主義理論の枠でとらえナチス政権と東ドイツ政権を同義のものとして理解する主張が見て取れよう⁽³⁸⁾。

こうした西ドイツの東ドイツに対する理解は、統一にさいして、東ドイツの時代に補償なくして国有化された所有権を元の所有者に返還すべきか、それとも補償請求権に代えるべきかかという議論に際して、必然的にその延長線上に所有権返還を原則とすべきとの西ドイツ（統一ドイツ）政府の主張（所有権返還原則）を掲げることになるのである。

この結果、265万にのぼる個別資産を対象とする123万件の返還請求の届出が、財産問題規制局に殺到した。そうした統一ドイツの対応が、旧東ドイツ地域における市場経済の基盤整備にとっていかに阻害要因になったかは、改めて述べるまでもないだろう。ここには、所有権領域において西ドイツのイデオロギーを引き継いだ統一ドイツの姿勢が看取されるのであり、この思想的バックグラウンドは、歴史修正主義（ノルテラ）の存在を指摘することができよう。

(2) 司法統合をめぐる統一ドイツ司法の対応

統一ドイツ司法が、東ドイツ司法にどのような対応を行ったかは、西ドイツのナチス司法への対応との関連で注目すべき事柄であった。統一にさいして、両ドイツ間で締結された統一条約によれば、東ドイツでおこなわれた裁判上の諸決定（判決など）は、原則として有効（統一条約18条）であるが、しかし同時に東ドイツを「SED（社会主義統一党）不法体制」（統一条約17条）と規定している。それゆえ問題は、「自由で民主主義的な法治国家」の観点から「SED不法体制」をどのように問うかということになる。

「SED不法体制」は、「ドイツ分断から生じた歴史的特殊性」（分断の不法）を所有権及び司法領域において惹起させた。この分断の不法に対しては、統一ドイツは既述したように、所有権の領域においては、所有権返還原則によって処理するとのイデオロギー的対応が全面に打ち出されていた。しかしながら、司法領域においては、ことはそう直線的ではない。統一ドイツ司法（西ドイツ司法）が、旧東ドイツ司法の「不法」に対峙するとしても、そこには困難な問題が存在する。すなわちそれは、ナチス時代の司法に対し西ドイツ司法がとり続けた「過去の克服」に対する「曖昧さ」を、統一ドイツ司法（西ドイツ司法）は、旧東ドイツ司法の「過去の克服」にさいしてはどのように「克服」するか、という問題である。そのことは、統一ドイツ司法が必然的に自らの「過去の克服」と対峙することを意味する。そして同時に、他方で東ドイツ司法の「不法」性と「合法」性をどう切り分けるか（統一条約18条と17条）という問題でもある。これについては、多言を要しないであろうが既述した歴史修正主義者の主張（東ドイツとナチスの同一視等々）との共通性の問題でもある。

統一ドイツ司法による「過去の克服」は、以下の3点にわたり行われた。第1に、SED不法体制の犠牲者らに対する原状回復であり、具体的な措置として「名誉回復」、「補償」などを行うための立法措置（92年の第1次SED不法除去法——刑法上の名誉回復法——、94年の第2次SED不法除去法——行政法上、職業上の名誉回復法——）⁽³⁹⁾ がとられた。これによる名誉回復の申立は、刑法上の名誉回復だけでも13万件余りにのぼる。

過去の克服の第2は、統一ドイツ司法における東ドイツ法律家（裁判官、検察官審査）の受容と拒否の問題である。旧東ドイツ時代に活動していた裁判官は1493名、検察官は1237名、合計2730名であった⁽⁴⁰⁾。これらの法律家の再任用に対しては、統一交渉の過程で両ドイツ政府間で徹底的に討議された事柄の一つであった。司法の信頼が喪失している現実では、再任用のための選任委員会は、潔白であることがなにより求められ、しかも任用基準は厳格で、具体的に詳細なデータに基づき個々の法律家が審査されなければならなかった。審査の過程及び内容については、ここでは触れないが⁽⁴¹⁾、客観的で事実を即した、しかも個々のケースに基づきなされた審査の結果、最終的に再任用志願者の任用率は平均50%（最低はベルリンの15%、最高はブランデンブルク州の85%）に達した。また、男性よりも女性の任用率が高く、年代的には30代と若い世代が高い。裁判官と検察官とでは、裁判官の任用率が高い。こうした結果が意味するのは、任用された者とそうでない者との差は、総じて東ドイツSED体制への巻き込まれ方の程度によるのであろう⁽⁴²⁾。再任用率の50%は、例えば大学教員の再雇用率よりはるかに高い。フンボルト大学法学部の教員32名中引き続き雇用されたのはわずかに3名（秘書はつかず給与は西ドイツの60~70%）、ハレ大

学法学部では、わずかに1名にすぎなかった。

この背景として、旧東ドイツ地域の現実があげられよう。すなわち、亡命者などの所有権返還請求を含む未解決の財産問題、企業倒産に伴う労働事件、名誉回復、補償、損害賠償など訴訟の山が眼前にあり旧東ドイツ地域の経済復興のためには、その解決、処理が急務であった。そうした現実をふまえると、過去の克服と現実とのバランスを考量することによって、妥当な線引きを行うことが求められたといえよう。したがって、統一ドイツ司法は東ドイツ司法に対する「過去の克服」については、ファナティックではなく、またイデオロギー的ではない冷静で客観的な対応を行ったと結論づけることができるのである。

(3) 統一ドイツにおける二重の過去の処理問題

ところで、ドイツ統一へと向かった旧西ドイツにおいて、歴史家論争との関連の中で理論的に生じた問題の一つは、ナチス国家と旧東ドイツ国家との比較は可能か？という事柄であった。これについては、私も参加する機会を得た1993年3月に、フンボルト大学で行われたエーベルト財団の国内研究者会議での結論が有益である。すなわちそれは、両者間には本質的な相違があり、構造的類似性を見いだすことはできないと言うものである。両者間の本質的差異とは、第1に、東ドイツは、市民による平和革命により国家の終焉の道が開かれたが、ナチスは、国外の武力によりその蛮行がようやく潰えた。

第2に、東ドイツは、国家の幕引きの過程で、司法の誤りについて名誉回復などの自浄作用を果たした。ナチスは、全くそうしたことはなかった。

第3に、東ドイツは、法治国家であった。東ドイツ憲法は、「人民議会は、唯一の憲法および法制定機関」（東ドイツ憲法48条2項、）と規定する。これは、「総統の意思の体現」としての法という性格であるナチス法とは異なる。

第4に、東ドイツは、西ドイツと同時に1973年国連に加盟し、国際的にも正当な国家として認知（1981年、国賓としてホーネッカーが来日）されていた。この点でも、ナチスとは異なる。

第5に、1987年東ドイツは死刑制度を廃止し、加えて憲法上、民族、人種に対する迫害などを人道に対する罪として規定（1987年刑法91、92条）した。ナチスは、これとは全く異なる。などの点に見いだされるのである⁽⁴³⁾。

こうした冷静な理論的な検討の傍らで、統一ドイツは、まさにドイツが再統一されたが故に、その存在自体をとらえなおしていこうという主張が、とりわけ歴史家論争に加わった歴史修正主義者らの中から大きくなっていく。はたしてそれは、86年当時の論争の延長線上に行われていったのであろうか。

(4) 歴史家論争からゴールドハーゲン論争へ——統一以降の論争の質的転換——

ヴィッパーマンによれば⁽⁴⁴⁾、統一による論争の重点移動は、過去の相対化へのいくつかの試みとなって表れた。すなわち、まず直接的相対化とも言えるもので、ガス室は存在しなかったなど、ナチスの犯罪の単純否定から、ドイツの地理的中間位置（中央ヨーロッパの中心としての）が悲劇を招いた、あるいはヒトラーの第3帝国も近代化に貢献したのだ（「近代化」テーゼ）などがあげ

られる⁽⁴⁵⁾。他方、間接的相対化論としては、戦後主張された全体主義テーゼ（ファシズムとコミュニズムの比較可能性）の復活が、東ドイツと第3帝国、ヒトラーとホーネッカー、ゲシュタポとシュタージの類似性として表れている。

ゴールドハーゲンの衝撃的な書が、出されたのはこのような時期である。ゴールドハーゲン『ヒトラーの意に従った死刑執行人たち ―― ごく普通のドイツ人とホロコースト』⁽⁴⁶⁾と題するこの書が、1996年にニューヨークで出版されるやドイツで大きな反響を呼んだ。ヴィッパーマンに従い、ゴールドハーゲンの問題提起を要約しよう。ゴールドハーゲンは、ドイツ第101警察大隊（東部戦線）におけるユダヤ人絶滅行為は、一般ドイツ人の「抹殺的な反ユダヤ主義」の思想にある。というのもこの警察大隊員は、全く普通のドイツ人たちから構成されていたからである。この反ユダヤ主義は、ドイツの歴史と文化に深く根を下ろしていた。ホロコーストは、ドイツ人の企てと言い表わさざるを得ない、というものである⁽⁴⁷⁾。この主張は、一般のドイツ市民から好評をもって迎えられた。つまり、ナチズムの問題は、歴史家論争から普通のドイツ人へとその論争の輪が拡大していくのである。ヴィッパーマンはこのことをさして、ゴールドハーゲン論争は、ドイツの政治文化の問題をめぐる論争であったととらえる⁽⁴⁸⁾。そうであれば、問題は、ナチズム（ファシズム）は近代の病理かそれとも特殊ドイツ的な病理かが問われるであろう。もちろんこうした問題の設定、特に近代の病理にその原因を求める主張は、既に1930年代以降再三にわたりボルケナウ、ヤオッテン、ダーレンドルフらドイツの社会学者らによって主張されてきたものであった⁽⁴⁹⁾。近代の病理とは、例えばボイカートに従えば、第3帝国は、近代化の過程で合理性の徹底化を押し進めたがその結果、ユダヤ人、シンティ、ロマ、遺伝病患者、非社会的人間など「異質なものを、民族共同体から排除し、容赦なく迫害したとするものである⁽⁵⁰⁾。そしてこうした主張は、プロシャートのようにさらに第3帝国を「歴史化」する主張へと進む⁽⁵¹⁾。しかしこうした主張は、もしそうであれば、近代化の過程でなぜドイツのみがホロコーストを生んだのか、との疑問に答えることができない。もちろん、近代化は、それ自体として古い共同体を解体する過程であらゆる人間を、共同体的意識の紐帯から解き放つ。しかし、それを「開放」ととらえるか、近代における孤立の人間の創出ととらえるかは、近代の定義と関わる重要な問題である。そしてそれこそは、後述するがヨーロッパの2つの潮流、すなわち「近代」の「創造的構造物」としての国民国家と市民社会を起点とし、そのもとでの議会制度、参政権などの政治的諸制度、人権などの基本的諸権利等を所与のものとしてとらえる西欧民主主義の思潮と、そのいわば裏側で生き続けてきたヨーロッパのもう一つの思潮を指す。

それはともかく、ゴールドハーゲンの問題提起は、統一後のドイツにおいて上述のように大きな反響を呼んだが、それはこの国においてナチズムの時代に対する国民の間に共通のコンセンサスが、未だ得られていないことを意味する。しかも統一以降は、かつての憲法愛国主義の思潮が後退し、歴史修正主義の思潮、すなわちナチスに対する歴史的相対化を通じて再びドイツを「普通の国家」として世界史上に登場させようとする潮流が勢いを得てきている⁽⁵²⁾とされるのである。

CDU/CSUおよびFDPのコール連立政権下で行われたドイツ統一のプロセスを経て、98年にはシュレーダー率いる社民連立政権が登場し、翌99年コソボに対するNATOの空爆への参加をシュレーダー首相は3000名の派兵と共に決定した。しかもこの空爆は、国連安保理決議なく行われ

た。シュレーダー政権下で行われたコソボ空爆、約4000名のアフガン派兵という事実は、ドイツが『普通の国家』になったことを意味するのであろうか。またそのさい、これを契機として「特殊ドイツ的な国民の内的心性」の発露に至るのか、同盟の一員としての責務の遂行にすぎないのだろうか。いずれにせよ、明らかなのは、これらのドイツ域外派兵に対して周辺諸国から批判ないし警戒を喚起する声は聞かれなかったことである。確かに、NATOのコソボ空爆は、国連安保理の決議なく行われた。空爆の目的は、人道的介入であった。国際法上、議論の余地を残したことは疑いのない事実であろう。しかしながら、ドイツに対する声高の非難は行われなかったのである。このことと、今年3月、国連安保理理事会の決議1441号を曲解した上で、イラクに対する武力攻撃を開始したアメリカ・イギリスなどに対し、これを国際法に違反した正当性なき攻撃として激しく批判したドイツやフランスに対し、国際世論が圧倒的な支持をよせたことを、あわせて考慮するならば、ドイツは、今や明らかに西欧的な精神風土を共有したと結論づけることも誤りではないだろう。国内に諸事情があったとはいえ、イラク攻撃に「Nein!」を明言し、イラクに戦闘要員を派遣しないとしたシュレーダーを、統一ドイツ国民は支持したのである。

4 『近代』と21世紀のパラダイム転換——問題提起にかえて——

ヨーロッパを起源とする、国民国家、市民社会、その下での近代法、普遍的概念としての民主主義や人権等々を内容とする近代化は、20世紀に入るといくつもの世界的規模の戦火をくぐり抜け、国際社会に広く根を下ろしていった。しかし、その近代化の制度設計にあたっては、とりわけ第2次世界大戦後、新たにそうした近代化が、西欧文明とは異なる文明を持つ社会に到達しようとしたとき、多くの軋轢を生じさせた。しかもそれは東西冷戦時には、資本主義的イデオロギーに刻印された負の体系として社会主義陣営からは多くの反発を招いた。しかも他ならぬアメリカ自身が、民主主義を標榜しながらいわゆる開発独裁の諸国家を、反共産主義の一点において支援するという矛盾した行動をとり続けてきた。アメリカは、社会主義体制の自壊後、一層アメリカ流民主主義と自由の旗を高く掲げ、一転アジア諸国に対する批判を強めた。これに対しては、例えばマレーシアのマハティールなどアジア諸国から、反論として民主主義の普遍性論への強い批判が出されたことは、記憶に新しい。90年代以降、こうした国際政治におけるアメリカによる一極体制と表裏一体の関係で進められたのは、国際経済、金融のグローバル化であった。このグローバル化の大きなうねりは、世界市場のアメリカ化として、日米間及びアジア諸国にあっては、規制緩和、金融の自由化などの要求として、アメリカから厳しく迫られてきた。これについても多言を要しないであろう。しかしこうしたグローバル化の潮流は、同時にわれわれが所与のものとして、これまでほとんど疑念を持たなかった「近代」という枠組み、もしくは諸制度そのものに対する信頼や期待感を著しく喪失させることとなった。

なぜなら、そこで顕著になったのは、一方で国民国家という単位が世界経済のシステムからすれば、もはやほとんど意味を持たなくなったこと、同時に極めて流動性の高い社会にあって、果たして国家を前提として形成された制度設計がなお有効なグランドデザインとして存続しうるのかという、率直な疑念である。例えば定住外国人の参政権の問題、人権概念の普遍性の問題などは、国家と「国民」との「定位」の揺れをわれわれに想起させるであろう。一体、人権が普遍的

であるというならば、なにゆえに、「ある国家では人権が守られるべきである」という言説が主張されるのであろうか。この場合、「ある国家では、人権が守られていない」ことを前提としているのであり、あくまでも人権は、国家を前提として保障されるべきものとして構想されているのである。もし人権が普遍的概念であれば、「アジア的人権」などという主張がそもそもなされる余地はないだろう。このことは、「人間の安全保障」概念を考えてみればより明確となる。「アジア的人間の安全保障」などという概念の成立する余地はないのだから。

他方、教育、福祉、医療、社会保障等からの「国家の退場」は、グローバリゼーションの広がりの中で、「国家」が自らの役割を放棄することを意味する。極めて荒っぽい表現ながら、グローバリゼーションは、国民国家の外壁を残存させながら、その構成要素を分解（孤立化）し再編する、とでも形容しえようか。そしてその中心となるのは、マイケル・ハートの表現を借りれば、「帝国」である⁽⁵³⁾。すなわち「帝国」とは特定国家を指すのではなく、「国連や、IMF、多国籍企業、NGO、メディアなど国民国家を超える組織、異なった種類の権力によって構成されるネットワーク」⁽⁵⁴⁾として定義される。従ってわれわれの眼前にあるアメリカは、そうした帝国ではなく古い型の帝国主義的刻印をおびた帝国に他ならず、それは結局のところ、世界の再編過程の一つの通過点という意味での必然的な存在に過ぎない、すなわちネットワークとしての「帝国」の出現を生み出すための通過点なのである⁽⁵⁵⁾。

このように考えてくると、21世紀に一步足を踏み入れたわれわれの前に展開する風景は、前世紀のそれとは大きく異なることが明らかとなる。おそらくその風景は、21世紀の新たな思想的枠組として、近代の超克がメイン・ストリームとなると思われるからである。そして、もしそうであるとすればその変容の方向は、グローバリゼーションとどのように関連するのであろうか。つまりそれは、社会科学研究的立場からすればどのようなスキームに基づく、グランドデザインが描き出されることになるのだろうか。

もちろん、伝統的な「近代」を改良しながら、維持させることがまず第1にあげられよう。第2に、グローバリゼーションを無条件に受容し、現実に即した制度的な確立をめざす方法である。第3に、反グローバリゼーションの旗幟を鮮明にさせ運動論としても展開させながら、新たな世界を獲得する方法である。第4に、グローバリゼーションから生み出されつつある、「ネオ・グローバリゼーション」的諸要素の思想的体系化へ向かう方法である。私自身は、最後の方法論を模索中だが、いずれにせよ、こうした研究は個人の範囲を超えて、異分野及び国際的な広がりの中で取り組まれなければならないと思う。研究も、まさにグローバル化と具体的成果を求められているのであろう。

注

- (1) このことを説得的に展開するのが、マイケル・ハート、アントニオ・ネグリの最近の著『帝国』である。M. Hardt, A. Negri, *Empire*, Harvard University Press, 2001. 邦訳は、アントニオ・ネグリ、マイケル・ハート、水嶋一憲他訳『帝国』、以文社2003年。『帝国』の「解説書」として、「特集『帝国』を読む」、現代思想2003年2月号参照。またネグリの思想については、現代思想1998年3月号参照。
- (2) 小林公司、『ドイツ統一の歴史的位相』有信堂、1999年、151-3頁。

- (3) Zur Geschichte der Rechtspflege der DDR 1949–1961, Staatsverlage der DDR 1980. S. 15f.
- (4) Zur Geschichte der Rechtspflege der DDR 1945–1949, Staatsverlage der DDR 1976. S. 71f.
- (5) 小林前掲書、152 頁及び原注 10 参照。
- (6) GBl. 1949, Nr. 1. S. 4.
- (7) GBl. 1952, Nr. 141, . S. 983.
- (8) Zur Geschichte 1949–1961, a. a. O. , S. 124.
- (9) A. a. O. , S. 103. ; K. Wünsche, Zur Wahl der Richter und Schöffen der Kreisgerichte sowie der Mitglieder der Schiedskommissionen, Neue Justiz 1970, S. 33.
- (10) ユルゲン・ハーバーマス「今日における過去の消化とは何か?」、「近代 未完のプロジェクト」(三島憲一編訳 岩波現代文庫 2000年) 所収、221 頁。
- (11) クリストフ・クレスマン著、石田、木戸訳『戦後ドイツ史』、未来社1995年、99 頁。
- (12) 小林「東ドイツ民法学の軌跡 (一)、(二)」上智法学論集24 卷1号、2号参照。
- (13) K. Heuer / W. Panzer, Das Schuldrechtslehrbuch und die Aufgaben der Zivilrechtswissenschaft, S. 670f.
- (14) 小林前掲書 246 頁。
- (15) クレスマン前掲書 91 頁；成瀬、黒川、伊東著『ドイツ現代史』山川出版、1987年、295 頁。
- (16) 山中敬一「ナチの『不法と犯罪』の戦後処理 (一)」関西大学法学論集、第40 卷5号、78 頁以下参照。
- (17) D. Mejer, Die Prüfung von Richtern und Staatsanwälten in der ehemaligen DDR, Zeitschrift für Rechtspolitik 1991, H. 5, S. 171ff.
- (18) A. a. O. , S. 171 und Fußn. 6a.
- (19) Deutsche Richterzeitung 1967, H. 11, S. 390ff.
- (20) BGH Urt. vom 30. April 1968–5 StR 670/67, NJW 1968, H. 29, S. 1339.
- (21) T. Rasehorn, Kurze Beiträge. A – Das Verfahren gegen Rehse und die Problematik des §336 StGB, NJW 1969, H. 11, S. 457ff.
- (22) G. Danzel, Die Ermittlungsverfahren gegen Richter und Staatsanwälte am Volksgerichtshof seit 1979, Kritische Justiz 1991, H. 1, S. 37 und Fußn. 40.
- (23) “Das waren Blutrichter”, Der Spiegel 1992, Nr. 37, S. 99.
- (24) H. Roggemann, Richterwahl und Rechtspflege in den Ländern der früheren DDR, NJW 1991, H. 8, S. 461.
- (25) Ebenda und Fußn. 41, 42; Der Spiegel, a. a. O. , S. 95.
- (26) M. Gutmann, Vergangenheitsbewältigung als Aufgabe deutscher Justiz, DRiZ 1992, H. 9, S. 354.
- (27) この点につき、山中前掲論文 71 頁以下参照。
- (28) ハーバーマス前掲書、231 頁。
- (29) D. J. Goldhagen, Hitlers willige Vollstrecker. Ganz gewöhnliche Deutsche und der Holocaust. Siedler Verlag, Berlin 1996.
- (30) ヴォルフガング・ヴィッパーマン著、増谷英樹他訳『ドイツ戦争責任論争』未来社1999年、ここでの増谷による解題 232 頁参照。
- (31) エルンスト・ノルテ「過ぎ去ろうとしない過去」、ハーバーマス、ノルテ他著、徳永、三島他訳『過ぎ去ろうとしない過去——ナチズムとドイツ歴史家論争——』所収、人文書院1995年、39 頁以下。
- (32) ハーバーマス「一種の損害補償」、前掲『近代 未完のプロジェクト』所収論文、49 頁以下。
- (33) 詳細は、小林前掲書、56 頁以下参照。
- (34) E・ピーパー「ピーパー社の見解」、ハーバーマス、ノルテ他著、前掲注 (31) 所収 237 頁。
- (35) 小林前掲書参照。
- (36) 同書、15 – 6 頁。

- (37) 同書、250頁。
- (38) ヴィッパーマンは言う「このような理解はその背景に現代政治的動機が看取しうる」、ヴィッパーマン前掲書、13－4頁。
- (39) 小林前掲書219、225頁。
- (40) U. Vultejus, Die Erfassungsstelle in Salzgitter , Neue Justiz 1991, H. 3, S. 107.
- (41) 詳細は小林前掲書161頁以下。
- (42) 同書、195頁。
- (43) 同書、254－5頁。
- (44) ヴィッパーマン前掲書、9頁以下。
- (45) 同書、9－12頁。
- (46) Daniel J. Goldhagen, Hitler's Willing Executioners: Ordinary Germans and the Holocaust, New York: Knopf, 1996.
- (47) ヴィッパーマン前掲書21頁及び増谷の解説部分234頁。
- (48) 同書、23頁。
- (49) 同書、137頁以下。
- (50) 同書、140頁
- (51) 同書、143頁
- (52) ハーバーマス、ノルテ他著、前掲書（注31）の三島による解説「ドイツ歴史家論争の背景」、250頁以下参照のこと。
- (53) ハート／長原豊訳「帝国とイラク攻撃」、現代思想2003年2月号、34－37頁。
- (54) 同書、36頁。
- (55) ハート、長原豊「帝国を超えて」、現代思想2003年2月号、54－55頁。