

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理 (八)

山中敬一

目次

- 第一章 西ドイツ戦後史における過去の克服
 - 第一節 戦後における過去の克服の意義
 - 第二節 ナチズム像の史的変遷
 - 第三節 歴史家論争とナチズムの克服
 - 第四節 刑事司法による「過去の克服」の問題点
 - 第五節 司法と克服されざる過去
 - 第六節 ナチス法研究の「特殊性」と「客観性」
(以上四〇卷五号)
- 第二章 戦後占領政策の展開とドイツの法状態
 - 第一節 連合国によるドイツ占領計画と無条件降伏
 - 第二節 占領政策の執行組織
 - 第三節 ライヒ連統説と没落説
 - 第四節 非ナチ化手続
 - 第五節 司法の再編成と非ナチ化手続 (以上四〇卷六号)
- 第三章 占領時代におけるナチ犯罪の追及
 - 第一節 連合国のナチ犯罪処理構想
 - 第二節 ニュルンベルク裁判
 - 第三節 占領地域におけるナチ犯罪裁判
 - 第四節 管理理事会法一〇号の適用の法的諸問題
 - 第五節 管理理事会法一〇号の適用をめぐる政治的動向
 - 第六節 占領時代のナチ犯罪追及の特徴 (以上四一巻一号)
- 第四章 連邦共和国におけるナチ犯罪の追及
 - 第一節 一九五〇年代のナチ犯罪の追及
 - 第二節 一九六〇年代のナチ犯罪の追及
 - 第三節 一九七〇年代以降のナチ犯罪の追及
 - 第四節 ナチ犯罪の追及と時効論議
 - 第五節 ナチ犯罪裁判における謀殺罪の統計的研究
 - 第六節 ナチ犯罪裁判に対する非難声明 (以上四一巻二号)
- 第五章 ナチ犯罪の現象学的・刑事学的分析
 - 第一節 ナチ犯罪の概念と類型
 - 第二節 ナチ犯罪裁判の典型例

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理 (八)

- 第三節 司法犯罪の自浄作業
- 第四節 ナチ犯罪の刑事学的分析(以上四二巻四号)
- 第六章 ナチ犯罪と刑法理論
 - 第一節 ナチ犯罪の刑法理論への反映
 - 第二節 命令緊急避難と違法・責任
 - 第三節 ナチ犯罪と責任論
 - 第四節 ナチ犯罪と違法性の意識(以上四二巻一号)
 - 第五節 ナチ犯罪と共犯論
 - 第六節 ナチ犯罪と量刑論
 - 第七節 ナチ犯罪と謀殺罪
 - 第八節 ナチ犯罪と枉法罪
 - 第九節 ナチ犯罪と行刑上の諸問題
- 第七〇節 ナチ犯罪と訴訟実務上の諸問題(以上四二巻二号)
- 第七章 ナチ不法の克服と補償
 - 第一節 ナチ不法の克服の意義
 - 第二節 ナチ「不法」の立法による失効
 - 第三節 ナチ「判決」の失効
 - 第四節 ナチ「不法」規定の司法的審査権
 - 第五節 ナチス法の失効と継続の基準
 - 第六節 ナチ犯罪に対する補償(以上本号)
 - 第八章 自然法の再生とラートブルフ・テーゼの意義
 - 第九章 政治刑法の復活
- 結語

第七章 ナチ不法の克服と補償

第一節 ナチ不法の克服の意義

(1) 法秩序の「非ナチ化」と「補償」

法の次元での過去の克服は、まず、過去の「不法」を除去し、新たな「法」秩序を作り上げるといふ「法の革新」によってなされる。第三帝国の不法秩序を廃棄し、自由主義的で民主的な国家体制と法秩序を再建することが、新家にとっての焦眉の課題であることはいうまでもない。しかし、法秩序は、それを担う官僚やそれを解釈・適用する法律家の法思想とも密接に関連しているのであるから、法の担い手ないし適用者の交代も、また、過去の連続性を

絶つためには不可欠である。このことは、立法・司法・行政の制度的な革新をも意味する。さらに、「不法」体制の創設者や担い手を処罰し、不法体制の中で「違法」行為、すなわち、犯罪を行った者を処罰するというのも、過去の克服の重要な手段である。しかし、最後に忘れてはならないのは、不法国家によって生命や財産を奪われ、健康を奪われた人々に対して、その被害を回復し、補償しなければ、個々人や他国家に対して正義が回復されないという事実である。これらの過去の克服の手段のうち、本章では、とくに「法の革新」の問題と「補償」の問題が論じられる。

(2) 法の革新の諸局面

まず、法の革新については、従来、ナチ不法国家のもとで実行された犯罪の刑事処罰の問題を論じる際に付随的に論及してきたが、ここでは、すでに、当時の「法律」で許容されていたことが、「犯罪」なのかどうか、換言すれば、不法国家における「法律」は、「法」だといえるのかどうか、あるいは、ナチ犯罪の処罰とは、当時の「法」によるべきか、それとも、ナチ犯罪の処罰のために管理理事会において発せられた現在の法律を遡及適用できるのかといった問題が中心的テーマであった。しかし、もとより、法の革新に伴う問題は、ナチ犯罪の処罰の局面のみにとどまらない。より一般化して言うならば、むしろ、戦後、「法」の「妥当」は、次の三つの局面で問題となったということができる。第一に、ナチ時代の法律は、当時有効であったかどうかという「ナチス法律の妥当性」の問題、第二に、ナチ犯罪処罰にあたって、管理理事会一〇号を遡及適用できるかという「遡及適用の可否」、すなわち、「新法の遡及的妥当」の問題、第三に、当時の法律が戦後にも連続して妥当するかという「ナチス法の継続的妥当性」の問題である。第一の問題は、ナチ犯罪裁判における「法律の形をとった不法」の主張に現れるものであり、次章で検討する。第二の遡及適用の問題については、すでに第三章第四節⁽¹⁾において論じた。第三の法秩序の連続性の問題が、本章

において論じられるべき重要テーマである。

すでに述べたように、一九四五年五月に第三帝国は崩壊したが、それによってドイツ・ライヒが没落したのか、それとも、連続して存在するのが国際法において論議を呼んだ⁽²⁾。このような基本的な問題の存在を背景に、占領諸国は、ナチ勢力やナチ・イデオロギー、ナチ体制の一掃および民主的ドイツの再建のため、まず、ナチの不法体系を解体して、新たな法体系との連続性を断ち切る必要があった。しかし、近代国家の法秩序とは、国家体制や経済・社会秩序のみならず、個人の生活の基本的行動をも規制する巨大で精密なものであり、空白状態を許さない不可欠のものである。そうだとすると、ナチの法秩序を全面的に否定して、すべての「法の革新」を図ることは不可能であるし、不必要でもある。このことは、すでに、ナチの政権掌握の後にナチによる「法の革新」が、当初、とくに旧体制の「法」のナチ的「解釈」によって行われ、「立法」による法の全面改正が不可能であったことに示されていた⁽³⁾。

(3) 法の失効の手段

連合国の管理理事会は、まず、立法によって、典型的なナチ的特色をもつ基本的な「法律」を失効させ、廃止することを宣言することによって、ナチの法体系を克服しようとした。この方法は、明文で失効を宣言された法律や規定にあいまいさを残さないものであるから、何が廃棄され、何が継続しているかにつき、極めて明確である。しかし、このような個別法規定を逐一法律によって失効させることは不可能であることは明らかであり、したがって、次に、ナチ時代から存続している法律・規定につき、その適用原理・解釈原理を定めることによって、いわば古い革袋に新しい酒を入れようとした。しかし、この方法は、適用原理・解釈原理の定立につきるものではなく、現実具体的な法の解釈をどのように行うかという各論的な問題を残すものである。したがって、個々具体的な条項や概念についての

解釈基準を探る必要がある。基本的に、一体いかなる基準によって現在も有効な法規定である、あるいは、失効させられた法規定であるという判断を下されたのであろうか。この問題は、当然、現実の訴訟においても争われることになる。裁判所が、ナチの「法」であると判断して、無効ないし廃止を宣言する場合に、裁判所にどこまで立法者によって制定された法律に対する「審査権」があるのかという問題もここに発生する。すでに述べたように、ここで、問題は、二つの局面をもつように思われる。一つは、ナチ時代の典型的なナチ的「法律」やそれを前提とする法律関係が有効だったのかどうかという局面における問題である。ナチ犯罪処罰においては、このナチ時代の「法律」の有効性が、そもそもその当時からその行為が「犯罪」であったかどうかを決定するのであり、重要な問題となる。もう一つは、現在、ナチ時代から存続した法や規定が有効かどうかという局面における問題である。これは、例えば、「健全な民族感情」という残されたナチス法の典型的概念を、戦後の新たな国家観・法理観のもとでどのように解釈するかという問題である。さらに、第三に問題となるのは、ナチ時代の「判決」は、有効であるのかどうかである。ナチ時代に、政治犯として処罰された者に対するナチの裁判所の「判決」は、体制が変わった戦後において、どのような基準で、どのような範囲のものが失効させられるのであろうか。第四に、ナチ体制において官僚であった人々は、戦後もなお、新たに誕生した連邦共和国の官僚であり続けることができたのであろうかという問題がある。これは、いわば、ドイツ国家の第三帝国からドイツ連邦共和国への連続性の問題の一現象場面である。

(4) 補償の意義

さて、ナチの不法体系の克服においては、とくに戦後におけるナチス「法」ないしナチス「判決」の戦後への連続・不連続の問題を扱うものであるが、前章までにおいて詳しく検討してきたように、ナチ犯罪の処罰という形で

ナチの「不法」の克服、つまり、処罰することによりナチによって惹き起こされた不法状態を止揚するということは、法秩序の侵害者を処罰することによる「ナチス法」の否定、法の回復を企図するものであった。これがいわば刑事法的な不法の克服であるとすれば、いわば民事法的な不法の克服も、過去の克服という意味では、政治的にも重要な役割を果たすであろう。ナチの犯罪行為によって奪われた財産が被害者ないしその遺族に返還され、あるいは、ナチによって奪われた生命や損なわれた健康に対する補償が行われなにかぎり、真の意味の不法の克服ではないであろう。とくに、このことは、国際関係において妥当する。ナチの犯罪行為の被害者は、ドイツ人に限らず、ポーランドやハンガリー、チェコスロヴァキア、フランス、オランダなど近隣の諸国に及び、さらに、ユダヤ民族やシンティとロマ（ジプシー）のように民族単位で国籍を問わず迫害された被害者もいる。ドイツ連邦共和国が、第三帝国の後継者であることは、その体制の否定の上に成り立つ国家であったとしても、また、どのような口実をもうけようと、否定すべくもない。その意味で、ドイツ連邦共和国には、第三帝国の過去の犯罪によってもたらされた被害を原状回復し、補償する道義上の責務を負う。その責務を果たさなければ、それらの諸国ないし民族との国際的・民族的和解あるいは宥和はもたらされないであろう。補償は、不法体系の実質的な「克服」のための不可欠の手段である。

ドイツ（連邦共和国）における補償は、その意味で、法的にも新たな次元の問題を提起し、戦後ドイツの政治文化や国際関係においてもさまざま問題提起をもたらしした。そして、この補償の実績についても、評価は分かれている。一九八六年一月には、連邦政府は、ナチ体制の被害者の「補償」に関する詳細な報告書を議会に提出したが、その中では、高額な補償金により、あらゆる被害者が十分に補償されていると誇らしげに報告されている。しかし、他方では、その自己満足的な報告に対して、非社会者に対する補償が認められておらず、また、その補償の実態は、強制

収容所への一日の収容に対する補償が、五マルクにすぎないのであり、果してこれで十分と言えるのか、また、歴史的にみても、一九五六年の連邦補償法は、多くの被害者に社会的承認を否認し補償を拒絶したのであり、これらの人々には、それは新たな屈辱であり、差別でありそして排斥ではなかったのが問われている。⁽⁵⁾ この意味で、一九八六年の連邦政府の報告書を「法意識の墮落の表現」⁽⁶⁾であるとすると辛辣な批判があることに注目すべきである。

以上に素描したように、本章のテーマは、ナチス「不法」の連続と克服、ナチス法による確定判決の破棄ないし失効の問題および補償の問題である。

- (1) 本稿(3)、法学論集四一巻一号一六九頁以下、とくに一七六頁以下参照。
- (2) 本稿(2)、法学論集四〇巻六号九五頁以下参照。
- (3) 山中「ナチス刑法における『法の革新』の意義——その解明の試み——」関西大学法学研究所研究叢書第三冊(一九八九年)一六一頁以下参照。
- (4) Bericht der Bundesregierung über Wiedergutmachung und Entschädigung für nationalsozialistisches Unrecht sowie über die Lage der Sinti, Roma und verwandter Gruppen, BT-Dr. 10/6287.
- (5) 下記の通り Vgl. Thomas Lutz/Alwin Meyer (Hrsg.), Alle NS-Opfer anerkennen und entschädigen, 1987, S. 7.
- (6) フランクフルトの裁判官・ハイマンツ・デュックス (Heinz Düx) の言葉で *Recht und Unrecht* (Lutz, Alle Opfer des NS-Regimes anerkennen, in: Lutz/Meyer, a. O., S. 10)。

第二節 ナチ「不法」の立法による失効

(1) ナチス法失効のための法律

一九四五年八月三〇日にベルリンに設立された連合国の共同の占領支配の中央機関である「管理理事会」は、翌月

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理(八)

の九月二〇日には、すでに、ナチスの法律を失効させるための法律を制定し、以後、管理理事会法や軍政府の法律ないし一般的指令によって、ナチス法の失効が宣言される。まず、管理理事会法第一号は、ナチ政権が依存していた政治的性質をもつ一六の最も重要な法律および緊急事態法を失効させた。授權法、多数のユダヤ人を犯罪化する法律、ナチ国家を保護するための法律、命令が失効させられた。以下では、この法律の内容を掲げておこう。

① 一九四五年九月二〇日の管理理事会法第一号

[第一条]

政治的性質をもった次の法律、または、ナチ体制がその上に依拠していた非常事態法は、これによって明示的に廃棄される。それには、あらゆる補充的法律、施行規定、命令および布告を含む。

- (a) 一九三三年三月二四日の民族とライヒの危急の除去のための法律 (RGBl I/41)
- (b) 一九三三年四月七日の職業官吏の再建のための法律 (RGBl I/175)
- (c) 一九三四年四月二四日の刑法と刑事訴訟法の諸規定の改正のための法律 (RGBl I/341)
- (d) 一九三三年五月一九日の国家の象徴の保護のための法律 (RGBl I/285)
- (e) 一九三三年七月一四日の党の新結成に対する法律 (RGBl I/479)
- (f) 一九三三年七月一四日の国民投票に関する法律 (RGBl I/479)
- (g) 一九三三年一月二日の党と国家の統一の確保のための法律 (RGBl I/1016)
- (h) 一九三四年一月二〇日の国家と党に対する陰險な攻撃に対する、および党の制服の保護のための法律

(RGBl I/1269)

- (j) 一九三五年九月一五日のライヒ国旗法 (RGBl I/1145)
- (k) 一九三五年九月一五日のドイツ人の血とドイツ人の名誉の保護のための法律 (RGBl I/1146)
- (l) 一九三五年九月一五日のライヒ国籍法 (RGBl I/1146)
- (m) 一九三六年二月一〇日の秘密警察に関するプロイセン法律 (G. S. 21)
- (n) 一九三六年二月一日のヒトラー・ユーゲンントに関する法律 (RGBl I/993)
- (o) 一九三八年四月二二日のユダヤ人の中小企業の偽装の支援助防止のための法律 (RGBl I/404)
- (p) 一九三八年四月二六日のユダヤ人の財産の申告に関する命令 (RGBl I/414)
- (q) 一九三八年七月六日のドイツ・ライヒの営業令の改正のための法律 (RGBl I/823)
- (r) 一九三八年八月一七日の姓名の改名に関する法律の施行のための第一命令 (RGBl I/1044)
- (s) 一九三八年一〇月五日のユダヤ人の旅券に関する命令 (RGBl I/1342)
- (t) 一九三八年一月二日のドイツの経済生活からのユダヤ人の排除のための命令 (RGBl I/1580)
- (u) 一九三八年一月二八日のユダヤ人の公衆の面前への出現に関する警察命令 (RGBl I/1676)
- (v) 一九四〇年八月一日のドイツ血統の証明に関する命令 (RGBl I/1063)
- (w) 一九四一年九月一日のユダヤ人の標識に関する警察命令 (RGBl I/547)
- (x) 一九四一年一〇月三日のユダヤ人の職業に関する命令 (RGBl I/675)
- (y) 一九四二年二月二日のナチ党の法的地位に関する総統の布告 (RGBl I/733)
- (z) 一九四四年六月一九日のライヒに滞在する東部労働者の明示に関する警察命令 (RGBl I/733)

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理(Ⅱ)

二、右に掲げた法律の廃棄は、一九三三年一月三〇日以後に發布され、上記の法律によって廃棄された法律の効力を何ら生じさせるものではない。

〔第一条〕

ドイツの法律は、次のことによつて、それを適用すれば不正義または不平等がもたらされるような事案においては、それがどのように、いかなる時に發布されたかを問わず、裁判上または行政上、適用されてはならない。すなわち、

(a) 何人かが、ナチ党とのその關係に基づいて、その支部または付屬の機關への關係によつて利益を受けることによつて、又は、

(b) 何人かが、その人種、国籍、その信仰、またはナチ党に対する敵対に基づいて、またはその學說に基づいて、不利益を受けることによつてである。

〔第二条〕

本法律によつて廃棄された何らかの法律を適用し、または適用しようとした者は、刑事訴追にさらされる。

このように、管理理事會法第一号は、とりあえず、重要な一六のナチの法律、命令を失効させ、これらの法律を適用しようとしたものは刑事訴追されるといふ効果を定めた。一般的原则規定としては、二条に、その適用によつて不正義ないし不平等が惹き起こされる事案には、いかなる法律も適用してはならないといふ一条を置いたにとどまつた。

このように失効させられるべき法律のカタログは不十分なものであつたので、それは、一九四六年一月三〇日の管理理事會法第一一号によつて補完され、ここでは、とくに刑法上の類推を、そして「健全な民族感情」による処罰を認めた刑法二条、大逆罪、ラント反逆罪(刑法八〇条―九四条)および差別的な特別刑法(例えば、戦時刑法命令、民

族有害分子命令、いわゆるポーランド人・ユダヤ人刑法命令)を廃棄したのであった。

② 一九四六年一月三〇日の管理理事会法第一号

〔第一条〕

その現在の文言における一八七一年五月一五日のドイツ帝国刑法典の以下の規定は、これをもって明示的に廃棄される。二条、二条b、九条、一〇条、一六条三項、四二条a五号、四二条k、八〇条から九四条、一〇二条、一〇三条、一一二条、一三四条a、一四〇条、一四〇条a、一四〇条b、一四一条、一四一条a、一四二条、一四三条、一四三条a、一八九条三項、二二〇条a、二二六条b、二九一条、三三三条a、三七〇条三号。

〔第二条〕

一、以下の法律は、あらゆる補充法、施行法、命令および布告を含めて、これをもって明示的に廃棄される。

(a) 一九三三年三月二九日の死刑の言渡と執行に関する法律 (RGBl. I S. 151)

(b) 一九三三年一〇月一三日の法的平和の保障に関する法律 (RGBl. I S. 723)

(c) 一九三四年七月三日の国家正当防衛処分に関する法律 (RGBl. I S. 529)

(d) 一九三八年八月一七日の戦時および特別部隊(戦時特別刑法令)における特別刑法に関する命令 (RGBl. I S. 1455)

1939 I S. 1455)

(e) 一九三九年九月一日の特例ラジオ放送処分に関する命令 (RGBl. I S. 1683)

(f) 一九三九年九月五日の民族有害分子に対する命令 (RGBl. I S. 1679)

(g) 一九三九年一月二五日のドイツ民族の防衛力の保護のための刑罰規定の補充のための法律 (RGBl. I S. 1679)

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理(八)

2319)

- (h) 一九四〇年三月二二日のライヒ労働奉仕保護のための法律 (RGBl. I S. 485)
- (i) 一九四〇年三月二〇日のドイツ民族の金属収集の保護のための法律 (RGBl. I S. 565)
- (j) 一九四一年二月四日の併合された東部におけるポーランド人とユダヤ人に対する刑事司法に関する命令 (RGBl. I S. 759)

- (k) 一九四一年二月二三日の戦線用冬物収集の保護のための総統の命令 (RGBl. I S. 797)
- (l) 一九四二年三月二二日の軍需経済の保護のための総統の命令 (RGBl. I S. 165)
- (m) 一九四二年五月三日の防衛力の武器標識の保護に関する命令 (RGBl. I S. 277)
- (n) 一九四四年八月二五日の全面戦争の確保のための命令 (RGBl. I S. 184)
- (o) 一九四四年九月一六日のドイツの港湾における船舶の入港に関する警察命令 (RGBl. I S. 223)
- (p) 一九四五年一月二六日の戦線部隊の確保のための命令 (RGBl. I S. 20)

二、同様に廃棄されるのは、一九四一年九月四日の帝国刑法典の改正のための法律第一条である。

〔第三条〕

第一条ないし第二条によって廃棄された刑法典の規定および法律上の諸規定に対する、その他の法律上の規定に含まれたあらゆる参照指示、ならびに、現在の法律と調和しないあらゆる刑罰法規は、同様にして一切の法的効力を失う。

〔第四条〕

第一条と第二条において記された法規および規定の廃棄は、これによって廃棄された法規および規定によって廃棄された以前の法律を再び発効させるものではない。

〔第五条〕

本法の一条において記された法規、または、本法の二条において記された法律および規定の廃棄は、それによって刑法典の他の規定または他の刑事法が廃棄され、改正される別段の立法の發布を、決して侵害するものではない。

〔第六条〕

本法によって廃棄された規定または法律上の規定を適用し、または適用しようとした者は、刑事訴追に晒されるものである。

③ 軍政府法第一号およびドイツ軍政府一般的指令

その他の妥当するナチス法の運用は、軍政府法第一号における、および裁判官に対する軍政府の一般的指令第一号における一般的適用規定および解釈規定の定式化によって規制された。この軍政府法律の特徴は、管理理事会法一号および一一号が、法律や命令を形式的に列挙して失効させ、あるいは、その適用によって不正義ないし不平等をもたらす法律処分を禁止し、また、現在の法秩序に矛盾する法律を廃止するという規定を設けたにとどまるのに対して、一般的解釈規定を設けて（第三条）、なお存続する法律、命令の「解釈」の指針を与え、解釈による実質的な失効を可能にしたことである。ここに至って、廃棄されるべき法律のカタログを列挙していくという方法には限界があることが明らかになる。

(i) 軍政府法第一号

「ドイツ軍政府——最高命令権者の管理領域——法律第一号」「ナチ法の廃棄」⁽⁷⁾においては、次のように規定する。まず、前文において「ナチス・ドイツ労働党の諸原則と諸理論をドイツ法と占領領域内の行政から根絶するため、ドイツ民族に対して、法と正義を再建するため、そして、法律の前の平等の原則を再導入するため、次のように規定される」とし、その第一条以下で次のように規定する。

〔第一条〕(1) 一九三三年一月三〇日以降導入された次のナチの基本的法律、ならびに全補充法および施行法、布告および諸規定は、これをもって占領領域内でのその効力を喪失する。

- (a) 一九三三年五月一九日の国民のシンボルの保護のための法律 (RGBl. I, 285)
- (b) 一九三三年七月一四日の政党の新形成の禁止に関する法律 (RGBl. I, 479)
- (c) 一九三三年二月一日の党と国家の統一を確保するための法律 (RGBl. I, 1016)
- (d) 一九三四年二月二〇日の国家と党に対する陰險な攻撃に対する、そして党の制服の保護のための法律 (RGBl. I, 1269)
- (e) 一九三五年九月一五日のライヒ国旗法 (RGBl. I, 1145)
- (f) 一九三六年二月一日のヒトラー・ユーゲントに関する法律 (RGBl. I, 993)
- (g) 一九三五年九月一五日のドイツ次の血とドイツ人の名誉の保護のための法律 (RGBl. I, 1146)
- (h) 一九四二年二月二日のNSDAP (ナチス・ドイツ労働者党) の法的地位に関する総統の布告 (RGBl. I, 733)
- (i) 一九三五年九月一五日のライヒ国民法 (RGBl. I, 1146)

(2) その他のナチ法律は、軍政府によって、前文に挙げられた目的で失効させられたのであり、また、失効させられるであろう。

〔第二条〕 法命題の適用禁止に関する一般的規定

(3) いかなるドイツの法命題も、いかに発せられ、または公布されようとも、それを適用すれば不正義または不平等が次のことによってもたらされるような何らかの事案においては、占領された領域内では裁判所または行政庁によって適用されてはならない。すなわち、

(a) 何人がナチス・ドイツ労働者党に対する、その支部、付属団体または被後援組織に対するその関係のゆえに、有利に取り扱われ、又は

(b) 何人が、その人種、国籍、信仰またはそのナチス・ドイツ労働者党に対する敵対、およびその学説のゆえに不利に取り扱われることによってである。

〔第三条〕 一般的解釈規定

(4) ナチの学説によるドイツ法の解釈または適用は、その法がどのように、またいつ発布されたかにかかわらず、禁止される。

(5) ドイツ法の解釈または適用に対する典拠として、ナチス目的または学説を唱え、解説しまたは適用するドイツの裁判所の判決、官庁、および官吏および法律論文は、もはや引用され、または遵守されてはならない。

(6) 一九三三年一月三〇日以降に発効した、そして効力をもち続けているドイツ法は、文言の明確な意味に対応して解釈され、適用されるべきである。序文またはその他の解説に含まれた法律の目的および解釈は、解釈にあたって

考察外にとどまる。

〔第四条〕 刑罰の制限

(7) 行為の実行の時に効力をもつ法律が、この行為を明示的に可罰的であると宣言している場合にのみ、公訴が提起され、判決が下され、刑罰が科せられてよい。類推の適用のもとでの、またはいわゆる「健全な民族感情」による行為の処罰は、禁止される。

(8) 残虐な刑罰または過度に重い刑罰は科せられてはならない。死刑は、一九三三年一月三〇日以前に妥当した、または軍政府によってまたはその授權をもって公布された法律によって死刑をもって威嚇された行為を除いて、廃止される。

(9) 特定の可罰的行為につき訴追されていない者の逮捕、および法律に相当する公判および有罪判決のない者の処罰は、禁止される。

(10) 本法律の発効以前に言い渡されたが、本法によって禁止され、まだ執行されていないあらゆる刑罰は、本法律の規定に対応するために変更され、または廃棄されるべきである。

〔第五条〕 刑罰

本法律の規定に対する一切の違反は、軍政府の裁判所による行為者の有責判決ののち、その裁量により、死刑を除く一切の許される刑罰をもって、しかし、第四条に対する違反の場合には死刑をも含めて、処罰される。

(ii) 軍政府 一般的指令⁽⁸⁾

次に、西側占領地域において発せられた「ドイツ軍政府——裁判官に対する一般的指令——」の内容の一部を見て

おこう。

第八条 (a) 残虐な、または過度に重い刑罰を科することは禁止される。このような制限を留保して、軍政府は、諸君に、その合義務的な裁量に従って刑罰を、諸君が法と秩序を維持するために、及び、犯罪を制圧するた
めに必要である限りで言い渡す責任を委ねるものである。

(b) a 項による諸君の一般的責任にもかかわらず、諸君は、いったん一九三三年一月三〇日に発せられた法律に
もとづいて、ある犯罪行為に対する最高刑が、この日付以前に同じ犯罪行為に対する最高刑と比較して、加
重されたあらゆる事案において、一九三三年一月三〇日以前に許されていた刑量を越える刑罰を言い渡して
はならない。例外は、刑の加重被告人の犯罪歴または犯罪行為の頻度によって正当化される限りでのみ、許
される。

(c) 刑法典四二条 k は適用されてはならない。

(d) 城塞拘禁は科せられてはならない。法律が城塞刑を唯一の刑として規定している事案においては、将来にお
いて重懲役または軽懲役のみを、法律によって規定された限界内で、命じられてよい。」

④ ソビエト占領地域

ソビエト占領地域においても、管理理事会によって発せられた法律、布告、命令などが、ドイツの民主化のための
手段であった。ここでも、管理理事会によって制定された法規範が「ドイツ民主共和国の立法によって意味がなくな
らない限りで、一九五五年までアンチ・ファシストの民主的秩序の構成部分となり、妥当した」⁽⁹⁾のである。旧い法律
を明示的に非ナチ化した「管理理事会」立法および「ソビエト軍政部」(SMAD)立法によって「現行法」が継続し

て妥当すると確認された。そのようにして、従来の時代の多数の法律および命令が、引き続いて適用されたのである。その中には、刑法典、民法典、商法典、刑事訴訟法、民事訴訟法のほか、多数の個々の法規が含まれる。このような多数の法律が引き続いて適用された理由は、ベンヤミンによれば次の点にある。⁽¹⁰⁾「社会的事情の水準と終戦直後の経済的条件が……旧『ライヒ法』の大部分の新法典化を許さなかったか、あるいは、適切でないと思われたのである」。「工業および農業における民主的革命にもかかわらず、引き続き、資本主義的生産および所有関係も存続したのであり、そして、このことに旧法の法的規制がまだ対応していたのである。国民どうしの多くの関係もその法に対する考え方も、継受された法律が適用されるようなものであった。これに加うるに、このような古い法典化の、抽象的な、市民の階級的内容を隠蔽する規制方法が、たいてい、変更されない文言に新しい社会的関係が要求する社会的内容を付与することを許したのである」。

さて、旧法の適用基準については、ソビエト占領地域においても同様の命令が発せられた。一九四五年二月三日の「ザックセン—アンハルト・プロヴィンツ政府命令は、一九三三年一月三〇日以降に発せられた法律は、それがナチ的思想方法を含まず、その適用が経済的・社会的生活の維持のために絶対的に必要であるときにのみ適用されてよい」とする。また、一九三三年一月三〇日以降に発せられた訴訟法についても、一九四六年二月六日の命令で、「その規定が、ナチの思想から独立な法的展開の結果である限りにおいて」さらに継続して妥当するものと定めた。⁽¹¹⁾これらの解釈基準が、裁判所によって具体的にどのようなように解釈され、適用されたのかについては、現在のところ、資料を収集していないので、将来の研究に委ねたい。

⑤ まとめ

以上において、この時代のナチの法律を廃止し、または解釈を修正する占領権力の法律ないし命令を列挙してきたが、これをまとめると次のようにいうことができる。占領権力は、主要なナチの法律については、法令をもって一括してこれを廃止したが、個々の条文や文言のナチ的修正をともなった法規定や、解釈上、ナチ的に解釈、解説、適用された法規定については、一定の指導的な解釈原理を呈示することによって、ナチ的解釈やナチ的適用を禁止し、これらをナチ以前の内容に復帰させ、または、新たな内容を盛り込むようにした。その方針としては、上の法令の趣旨をまとめると、次のようになる。

- (a) ナチ理論による、またはナチ思想を唱える判例または論文に関連させた法の解釈および適用は禁止される。
- (b) 存続するナチス法は、ナチによって盛り込まれたナチ的イデオロギー（法の趣旨や目的）を排除して、「文言の明確な意味に従って解釈され、適用される」べきである。
- (c) 類推適用、またはいわゆる「健全な民族感情」に従う処罰は、禁止される。

このようにしてナチス法思想や理論に基づく法律・条文の「解釈」「適用」が禁止されたのである。この「軍政府法第一号」は、その前文に「ナチス・ドイツ労働党の諸原則および理論」を「根絶する」ことを目的として掲げているのであり、したがって、このことは、明示的に立法によって廃止されなかったナチ的法規定の文言も、ナチ的に解釈・適用することは許されないということを意味する。しかし、ここでは、具体的にどの法律や条文、概念がナチ的であるか、あるいは、ナチ的解釈や適用からどの程度、実際に脱却できたのかについては、個々のに詳論する必要がある。このナチの法概念、法規定の解釈修正の問題は、實際上、戦後のドイツの裁判所が、どの程度、ナチの思想や学説から距離をとることができたのかを検討する重要な資料である。我々は、後に、この点を詳しく検討しよう。こ

ここでは、まず、法律によって廃止された、ナチの罪刑法定主義否定論という特殊問題について、さらに論じておきたい。

(2) 罪刑法定主義規定の法律上の再確立

一九三五年の法改正によって罪刑法定主義を否定したナチ時代の刑法二条は、上で示したように、一九四六年の管理理事会法一一号によって廃止された。つまり、新たな立法によって、典型的なナチ法である遡及処罰の許容や類推解釈の許容が否定されたのである。これによって、ナチス法との断絶が図られたのであるが、他方で、この廃止によって、元の二条が復活させられたわけではなかった(第四条)。ここでは、刑法における基本原則である罪刑法定主義を否定した規定を否定した戦後の占領体制における罪刑法定主義の再確立の過程に注目することにした。

ところで、ナチの罪刑法定主義否定を再否定しただけで、一九三五年の法改正以前の規定が復活するのではなく、これによって、罪刑法定主義に間隙が生じるように見えるのであるが、その間隙は、すでに、一九四五年一〇月二〇日の管理理事会の布告第三号⁽¹²⁾によって閉じられていたということもできる。なぜなら、その二条二項において、「可罰的責任は、法が可罰的であると宣言した行為に対してのみ存在する」ものとし、また、その三号では、「いかなる裁判所も、ドイツ刑法で従来そうであったように、類推に基づいて、またはいわゆる健全な民族感情に関して行為を可罰的であると宣言することはできない」と規定していたからである。⁽¹³⁾その後、一九四六年の最高命令権者の管理領域の軍政府の法律第一号によって罪刑法定主義が復活した。すでに、この条文については掲げたが、もう一度その四条の第七号を確認しておこう。「実行の時に効力をもった法律が、この行為を明示的に可罰的であると宣言していた場合にのみ、公訴が提起され、判決が下され、刑罰を科せられる。類推を適用して、またはいわゆる『健全な民族感

情』に従つて、行為を処罰することは禁止される」。さらに、一九四六年以降、ドイツの諸ラントの新たな憲法の中で、ワイマル憲法一一六条に似た文言で、罪刑法定主義が規定された。例えば、一九四六年二月二日のバイエルン憲法一〇四条一項では、「ある行為は、その可罰性が、その行為が実行される以前に法律上規定されていた場合のみ刑罰をもって科せられる」と規定した。⁽¹⁴⁾一九四七年一月二日のブレーメン憲法第七条一文にも同様の規定がある。⁽¹⁵⁾一九四九年にドイツ連邦共和国が成立したとき、基本法第一〇三条二項では、バイエルン憲法とは若干用語法は異なるが、同様に、「ある行為は、その可罰性が、その行為が実行される以前に法律上規定されていた場合にのみ処罰せらるる」と規定した。この規定も、ほぼワイマル憲法一一六条に則したものである。刑法典の中に罪刑法定主義規定が復活したのは、一九五三年八月四日の第三次刑法改正法においてである。⁽¹⁷⁾それによって新たな二条が、基本法一〇三条二項を文言上繰り返すような形で導入された。現行刑法では、第一条に従来の二条の規定が置かれてい

(3) 管理理事会法の適用と罪刑法定主義

わが国の学説の中には、管理理事会法一一号においてナチの反罪刑法定主義規定たる刑法旧二条が廃止された後、一九四九年基本法や一九五三年の刑法改正法に至るまで、(西)ドイツでは罪刑法定主義規定をもたなかったと主張するものがある。最近、立命館法学に連載された本田論文⁽¹⁸⁾がそれである。この論文のテーゼには、疑問があるので、ここでこれについて検討しておきたい。

さて、罪刑法定主義規定は、確かに、管理理事会法としては、発布されてはいないが、すでに見たように、一九四六年の軍政府法第一号においてすでに遡及処罰禁止が規定され、多くのラント憲法においてもすでに規定があり、こ

の学説は誤りである。従つて、この誤解を前提にしてこの時期「修正された罪刑法定主義」しかもたなかつたというテーゼも論拠薄弱である。むしろ、ナチ犯罪処罰に関しても、罪刑法定主義を貫徹すべきだという見解も唱えられ、さらに、遡及処罰を肯定する見解も、ナチ犯罪の処理という道義的要請と罪刑法定主義の法原則的要請の狭間で、罪刑法定主義をナチ時代と同様に不要なものとする学説などは一つとしてなく、ナチ犯罪の遡及処罰を何とか理論的整合的に説明しようと腐心しているのであり、この点にこそ罪刑法定主義に対する尊重の念が現れているということができよう。⁽²⁰⁾ なお、この見解は、また、占領期の罪刑法定主義は、「法律」ではなく「法」が行為の可罰性を規定する原理として確立されたとし、しかも、学説の中では、このような「法」の中に「自然法」や「慣習法」を取り入れる見解が唱えられていたのであって、「法律」であることを要求しないのであるから、罪刑法定主義は骨抜きにされているとするのであるが、この捉え方も再検討を要する。⁽²¹⁾ まず、管理理事会法が、国際法でもあり、最高の占領権力によつて発せられたものであり、また、とくにナチ犯罪の処罰を目的とするのであるから、遡及処罰が肯定されるという立論は、それぞれ、以上のような理由によつて例外的に遡及処罰に優位性を認めようとするものであって、このような考え方を理論的に完全に反対説を説得して否定するのは困難であろう。次に、慣習法による処罰を主張しているとする論者は、ヘルムート・マイヤーであるが、マイヤーは、形式的には、布告第三号の「法」という文言のみが存在することを前提にして論じているのであり、これを理由にして慣習法を肯定する趣旨も、さもなくば、「ライヒの立法の停止に鑑みて避けることのできない空白」が埋められないと考えたからである。⁽²²⁾ 類推についても、マイヤーは、解釈論としてあまりにも法形式主義 (Rechtsformalismus) に陥るような思考方法に警鐘を鳴らしているのである。その解釈基準としては、その結論を一般的なヨーロッパ法の考え方に照らして検討することを提唱している。⁽²³⁾

確かに「刑罰を根拠づける慣習法」を許容するというのが、マイヤーの見解であるが、しかし、このことは、「一九三三年から一九四五年までの間、実定法がなく、犯罪とされていなかった行為であっても、慣習法に反していたならば『法的に可罰的であると宣言された』行為になる」⁽²⁴⁾という著者の結論と直結しない。なぜならば、この論文でマイヤーは、遡及処罰禁止については全く論じていないのであって、遡及処罰禁止論と慣習法許容論とは別のものだからである。マイヤーの慣習法許容論をもって遡及処罰許容論につなげることはマイヤーの本旨を誤解するものである。その慣習法許容論も、この著者が主張するように、ナチ時代の慣習法をもってナチ立法者も予定していなかった行為をも遡及処罰するという趣旨では決してない。そのことは、一九五三年のマイヤーの『刑法総論』の教科書の記述からも明らかである。マイヤーは、ここで、「刑法上の慣習法は、裁判所の慣行からのみ生じうる」と述べ、「不断の最高裁の判例は客観的法を形成する」として、「裁判所の慣行は慣習法の唯一の法源である」というのである。⁽²⁵⁾その他、「刑法の不確実な限界を積極的に決定する慣習法」は、刑罰を根拠づけるものであっても許容されるものとする。その例としては、故意や過失の概念が挙げられている。この点も、先のマイヤーの論文の趣旨と一致している。さらに、「一般的なヨーロッパの法意識」に従って、処罰に値するかどうかを判断してその解釈が成り立ちうるかどうかを決定するというのがマイヤーの「類推禁止論」である。マイヤーは、その論文の中で、「典型的な事例において真摯な処罰の必要性が明らかになったなら、文言が担いうる限りで、その概念の本来の正確な内容を越えることができる」⁽²⁶⁾と拡張解釈の範囲を画している。その教科書の中でも、先の論文と一致して、ワイマール時代には刑罰を根拠づける類推も許容されるのではないかという点で争いがないわけではなかったが、「今日、一九一九年に怠られたことを取り返されなければならない、つまり、全判例を類推禁止との適合性について再検討することが必要である」とする。⁽²⁷⁾

しかし、マイヤーの脳裏には、ワイマール共和国は、まさに、「形式主義へのその傾向」によって没落したという苦い経験がよぎる。そこで、「いまや、法律に忠実でもあり、同時にあまりに形式主義的でない刑法が肝要である」と結論づけるのである。このように、文言の拘束の枠内では、形式主義的解釈をなすべきではないというのが、刑法解釈に関するマイヤーの基本的立場であり、先の論文からもそのことは窺うことができた。マイヤーは言う。「どこかで限界は引かれなければならない。限界を引くという苦痛から類推によって逃げることはできない」と。このようなマイヤーの罪刑法定主義の基本思想を認識した上で、なお、彼が慣習法による処罰許容論に立つという結論を引き出すのならば、それはすでに合理的論証を超えた独断である。

さらに、この論者は、アドルフ・シェーンケの類推禁止論²⁹⁾に言及して、シェーンケによれば、可罰性を拡張する類推のみが禁止されているのだから、慣習法についても新たな刑罰構成要件を創出したり、刑罰威嚇を強化したりする慣習法だけが禁止されることになり、それ以外の場合の類推や慣習法はすべて許容されることになる、したがって、刑罰規定が欠缺している場合に補充する方向での類推や慣習法の適用は認められることになるとする³⁰⁾。この傍点の部の表現は、あたかもシェーンケが刑罰構成要件が欠缺する場合にも類推と慣習法による処罰を認めたというように読めるが、この誤解にはシェーンケ自身驚愕することであろう。シェーンケの論文の基調は、マイヤーとほぼ同じく類推禁止や慣習法禁止といっても、例外のないものではなく、また、法規定の文言を形式主義的に解釈しなければならぬということを意味するものではないということを主張するものである。まず、慣習法については三つの許容される場合を挙げるが、それは、①処罰を阻却したり、軽減する方向での慣習法、構成要件を狭く限定する方向での慣習法、②他の法領域の慣習法的命題、③欠缺を補充する場合の慣習法である。この③が問題であるが、ここでは確か

に可罰性を根拠づける慣習法も許容されている。しかし、もちろん「詳細な限界づけをもって」である。⁽³¹⁾ シェーンケによつてここで意味されている慣習法とは、不作為犯、未必の故意、間接正犯などである。⁽³²⁾ このような刑法理論が生み出してきた概念も、それに関する規定がなくとも、処罰を根拠づけるものであるが、これをシェーンケは認めざるをえないというのである。これらの概念を肯定することが罪刑法定主義に反すると主張する学者が、現在のわが国にも何人いるだろうか。また、類推についても、完全に許されないわけではないとするが、一九三七年のパリでの第四回国際刑法学会での「類推的方法の排除は、刑罰威嚇をその中に含み、刑罰を決定し、または加重事情を規定する条文のみに関係する」という宣言を引用している。そしてここでも具体的に三つの場合を挙げ、①総則の規定が刑法典のみでなくその他の刑罰法規にも類推適用できること、②刑罰軽減事由について類推が許容されるべきこと、③例えば競合の規定について類推を認めざるをえない場合があることを挙げる。そして、親告罪の規定について行為者に不利な類推が許されるかどうかは争われているという。さらに、著者は、シェーンケが、「刑法が裁判官法である限り、遡及禁止は考慮されない」とし、これは、「英米法のみならず、あらゆる法に妥当する」というのが、遡及禁止の例外であり、あたかも、これによつて、ドイツ刑法においても、シェーンケが一般的に遡及禁止の例外を認められたかのよう⁽³³⁾に書いているが、これも甚だしい曲解である。著者は、続いて「ドイツ刑法が、『裁判官法』であつたかどうかは、まさに占領期の『罪刑法定主義』の捉え方の問題である」という。しかし、ここで、シェーンケは、現在わが国において論議されている概念で言えば、「判例の遡及的変更禁止」の原則のことを述べ、その遡及効を是認すると言っているのである。そのことは筆者が引用する文章のラートブルフの例から明らかである。そこでは、「ライヒスゲリヒトが、従来の判例によれば不可罰であつた善良の風俗に反する契約における詐欺を可罰的だと宣言した当時、この新

見解を即座にこの新しい判例に対するきっかけを与えたその事件に適用した⁽³⁴⁾というのである。さらにこの傍証として、第四版では、「遡及禁止は、裁判官による法律解釈を把捉するものではない⁽³⁵⁾」としていることを挙げておこう。判例の遡及的変更禁止の原則は、わが国で最近議論され、ようやく学説において支持されるに至っているが、当時、この原則を否定したシェーンケの見解が、一般的に「遡及効を許容する『罪刑法定主義』論を主張する⁽³⁶⁾」ものといえるのだろうか。以上によって明らかかなように、上の見解は、全く恣意的な読み方によって、シェーンケの論旨を曲解するものである。

さて、上述のわが国の見解の誤解ないし曲解は、ランゲの学説⁽³⁷⁾についてもさらに繰り返される。著者は、「ラートブルフが、法的安定性と正義が耐え難く衝突した場合、正義に優位性を与え、遡及禁止を破ることこそが正義の要求であるとしたのに対して、ランゲは、法的安定性を法の基本的要求とした上で、遡及禁止を貫いた結果として、法的安定性が侵害される場合にのみ、遡及効を認めるとしている⁽³⁸⁾」とする。しかし、ランゲは本当にそのような見解を採っているのだろうか。ランゲは、「人道に対する犯罪に関するイギリス地区最高裁判所の判例⁽³⁹⁾」において、「不法の實質的規定」について論じ、實質的不法概念を作り上げる場合、慎重に、それと必然的に結びついている法的安定性の危殆化に対して予防しなければならぬであろうとし、ラートブルフ自身がこの危険を示唆しているとする。ラートブルフは、その考え方を「一二年間のナチ時代の完全に異常な状況」に限定して適用することによってその危険を振り払うべきだと考えたのであるが、この点では、ランゲはラートブルフに賛成できないという。「そのような原理とその帰結は、一般的に妥当するか、それともそもそも妥当しないか」だからだというのである。そこで、まず、前者は、實質的不法の考え方を採る道である。そして、「この不法の規定との内的関係において、第二の道が管理理事会

法一〇号の遡及効を次の理由で正当化する」という。その理由とは、「遡及処罰禁止は、法的安定性の要請であり、それ自体、例外を許すのであるが、これに対して、遡及効（を認めること）は、行為が道徳律に反した場合には、正義と矛盾しない」というものである。「実際、この理由のみが検討に堪えうる。正義は不可分であり、唯一の例外があってもそれを原則的に破壊してしまふ。これに反して、法の目的としての法的安定性は、多いか少ないかであり、その原則は例外になじむ」。ランゲはこのように述べる。⁽⁴⁰⁾ その後の文章に、論者も引用するように、遡及処罰の例外を嚴格に捉えなければならぬという文章が続くのである。ランゲによれば、行為は、道徳律に反するだけではなく、当罰的で処罰の必要がなければならず、処罰しないことが堪え難いというのでなければならぬ。また、行為が客観的に実質的に不法であるのみならず、行為者が行為の時に実質的に不法であることを認識できたのでなければならぬという。そして、最後に、法的安定性が、この禁止を遵守することによる方が、それを破るよりも強く侵害される場合、つまり、不処罰にとどめることが法秩序の權威を一般公衆の法意識の中で動揺させるであろう場合にのみ、遡及処罰禁止の例外が許されてよいというのである。

以上の紹介から明らかなように、ランゲは、正義は絶対であるということを前提にして、遡及処罰を認めても正義の要請に適うのであって、問題は、ただ法的安定性の要請の例外を安易に認めてよいかどうかであるとしているのである。そして、これを裁判所よりも嚴格に、結局、その基準は、法的安定性の動揺の比較衡量によるべきだとしているのである。ところで、ランゲは、この遡及処罰の問題については、他の箇所でも詳しく論じている。その論文⁽⁴¹⁾でも、ランゲは、「遡及効の純粹に形式的な無限の拡大」に限界を付する基準について論じている。それによれば、「遡及処罰禁止の破綻は、明白な非人道性に対して贖罪が行われぬことによつて、法理念に対する堪え難い明白な矛盾が生

じるであろうときにのみ必要であり、正当化される」とする。このことは二つのことを意味する。第一に、行為が特定の重大性をもたなければならぬということ、次に、行為が別の手段で、十分に刑事法的に把握可能でないということである。このようにして、ランゲは、遡及処罰の例外の容認に対して厳しい制限を課そうとしているが、この趣旨は、おそらくラートブルフと同じであろう。罪刑法定主義の大原則を誰も合理的な限定なしに認めようとはしないのである。正義の要請を尊重することを前提として、法的安定性をも考慮するというのは、法律家の自然な思考である。したがって、このことから、ランゲが法的安定性を正義の上位に置いているということにはならないのであって、論者が、以上の論拠によってランゲを典型的な「法実証主義者」と決めつけていることは全く理由がない。

以上の検証によって、この論者の戦後「修正された罪刑法定主義」しか発達しなかったという趣旨の論証は、別にその論拠が提供されない限り、ほとんど根拠がないものであることが明らかになったという趣旨の論証は、別に理事會法一〇号の適用の問題において、罪刑法定主義違反が問題になり、これを批判する見解とこれを解釈学的に合理化しようとする見解とが対立した。しかし、それはナチ犯罪処罰という倫理的・政治的要請の前での苦悩に満ちた決断を意味した。ここで論者が性急に普通化して、有力な当時の刑法学者の学説の中に読み込もうとしたような安易な「修正」主義は、少なくともこれを論証することはできていないべきである。学説の主張は、まず資料の正しい認識を基礎にして、仮説を立ててテーゼを論証すべきであって、アプリアリにテーゼを立てて、それに合わせて資料を読み、その意味をねじ曲げるのは、学問の名に値しない。

(4) 遡及処罰禁止に関する判例の検討

ドイツ人に対するドイツの裁判所による管理理事會法一〇号の適用の問題は、この当時、さまざまに論じられた

ピックであったが、法解釈論的論拠としては、遡及処罰禁止違反の異論が最も重要なテーマであった。すでに述べたように、⁽⁴²⁾イギリス占領地域では、イギリスは、このドイツの裁判所による管理理事会法の適用を奨励してきたのであり、一九四六年八月三〇日には命令第四七号が發布され、そこで、ドイツの正規の裁判所の管轄権を認めた。この点で、ドイツの司法にその適用を全面的に授權することに躊躇を覚えていたアメリカ占領地域や、あるいは一九四六年末まで、これについて明確な法状態が存在しなかったフランス占領地域とは事情が異なる。イギリス占領地域においても、管理理事会法一〇号の適用につき、ドイツの裁判官から強い抵抗があったことはすでに紹介した。ここでは、裁判所がどのような論理で、遡及処罰を肯定し、あるいは否定したのかを検討しておこう。

まず、次の判例は、ナチ犯罪の処罰が、「法的安定性の要求」から、一般的な正義の原則である遡及処罰禁止の原則に優越するという根拠を挙げる。ナチス不法国家が廃棄した「法的安定性を再建」し、動揺させられた「法意識を回復」し、しかも人権を踏みにじった者の責任を追及するためには遡及処罰は許容されるというのである。

① カマーゲリヒト一九四七年五月一七日判決⁽⁴³⁾

本判決は、先に「違法性の意識」⁽⁴⁴⁾に関する章で引用したシュヴェルツェル事件判決 (Schwäzler-Urteil) である。この判決のうち、管理理事会法一〇号の遡及効についての部分では次のようにいう。「今やまさしく、最近、本法の遡及的適用は、刑法法規の不遡及の原則に矛盾するという見解が唱えられ、次のように述べられた。ドイツの裁判官は、本法の適用にあたって、良心の葛藤に陥るから、その適用を拒否するよう強いられているように感じるのではないか。」「これに対して、本法廷は、刑法法規の不遡及の原則、『法律なければ犯罪なし』の原則は、法律第一〇号によって侵害されないという見解である」。その根拠として、次のようにいう。不遡及の原則は、全く一般的に正義の

原則である。⁽⁴⁵⁾「ここでは、しかし、かの法的安定性を廃棄した国家の保護と利益のもとで人権を踏みじり、意識的に犯罪のシステムの手先になった者の責任が追及されるべきである。彼らが責任を追及されるべきであるということによって、法的安定性が危殆化されるのではなく、法的安定性と動揺させられた法意識が再建されるべきなのである。『法律なければ犯罪なし』という命題の意味は、非人道的な行為で非人道的な政体の手先になった者がいまやこの体制の崩壊の後に責任を追及されるべきときに、彼らの責任を追及することは人権に反するということを援用されうるべきだとするなら、完全に見誤るものである。したがって、本法廷は、それが、その実行の時に、ドイツ刑法によればまだ刑罰によって威嚇されていなかったとしても、ナチ体制の間に実行された政治的根柢からの迫害が、法一〇号にもとづいて処罰されうることに對しては、疑いをもたない」。

次の判決は、管理理事会法一〇号のそもそもの目的が、ナチ犯罪処罰なのだから、それは、「専ら遡及的な法律」なのであり、特別法なのであって、「一般法原則たる罪刑法定主義に優越する」という論拠を用いる。

② ハンブルク上級ラント裁判所一九四七年六月一七日判決⁽⁴⁶⁾

管理理事会法一〇号には確かに明文の遡及処罰禁止規定はない。しかし、その内容からして、それがナチズムの支配の間に実行された行為を捉えようとするとは明らかである。本法は一九四五年一二月に初めて発せられたのであるから、発布の時点で初めて効力を与えられるとすれば、適用領域がないことになってしまう。したがって、本法は、その内容上、専ら遡及的な法律だと理解されうるのである。

管理理事会法一〇号は、ドイツ刑法に優越する。罪刑法定主義の原則と遡及的法律の矛盾も、後者を優先して解決されるべきである。イギリス地区においても、特別法は一般原則に優越するという原則が妥当する。罪刑法定主義が、

国際的承認を得ており、大きな倫理的意義をもつ原則であるということも、その事情を変更するものではない。管理理事会法一〇号において規定された処分をその倫理的正当化の観点のもとで検討することは裁判所の仕事ではない。上告審は、事情によっては、超実定法が形式的に瑕疵のない法律の適用の妨げとなるわけではない。法と倫理とは分離されていないなければならない。

次の判決は、遡及処罰を否定したものである。

③ ジーゲン・ラント裁判所一九四七年五月八日判決⁽⁴⁷⁾

ここでは、「法律なければ犯罪なし」の原則は、「自然法」であると言われている。この判決は、自ら、「ホーデンベルク博士の論述のライン上にある」と位置づけて、ドイツでふたたび法治国家的展開が目指されている現在こそ「法律なければ犯罪なし」の原則を尊重するのがふさわしいという多くの根拠を挙げている。本判決によれば、この原則は、一部の決壊によって新たな決壊に波及するのである。遡及処罰を否定するこの見解こそが、軍政府と管理理事会の法律と諸規定に合致するものだと確信する。まず、ワイマール憲法一一六条は、占領権力によってまだ廃止されていないから、現行法だとみなされるべきであるという。そして、軍政府法第一号四条七項や管理理事会布告第三号二条二号、三号をも援用して、この原則が回復されたことを論証する。管理理事会法一〇号がこれらより最近のもの（新法）であるということも、この原則が妥当しないことにはつながらない。ここでは、旧法の方が、その原則の本性に合致し、優先されるのである。

しかし、この判決は、次の上級ラント裁判所の決定により破棄された。ここでは、「実質的正義」の要請から罪刑法定主義が破綻するとされ、それが「倫理的理理由から正当化」されるものとする。

④ ハム上級ラント裁判所一九四七年六月二日決定⁽⁴⁸⁾

管理理事会法一〇号は、罪刑法定主義の原則の尊重からドイツの裁判官を解放しなかつたという区裁判所およびラント裁判所の見解は、誤りである。管理理事会法一〇号は、本来、占領権力の裁判所のために発せられたものであるが、人道に対する犯罪がドイツ人によってドイツ人に対して行われた事案については、ドイツの裁判所もこれを遡及的に適用できる。罪刑法定主義は絶対の自然法ではない。

このように管理理事会法一〇号の遡及効的適用につきドイツの裁判官に疑義がないなら、これは、他方で、その重さが実質的正義のために処罰が無条件に必要であり、その強い不法内容が、原則として維持されるべき罪刑法定主義の原則の破綻を倫理的、理由から正当化されると思わせる犯罪に限定されるであらう。

さて、次に、ナチ時代に「恩赦」を得た殺人犯人を、戦後、管理理事会法一〇号を適用して処罰できるかという問題と取り組んだ一連の事件とその判決を検討しよう。それは、「テイルエッセン事件」(Fall Tillesen)と呼ばれる事件⁽⁴⁹⁾であるが、この事件は、一九二二年当時元ワイマール共和国のライヒ大蔵大臣であったマティアス・エルツベルガー (Mathias Erzberger) の殺人犯人で元海軍将校、被告人のハインリッヒ・テイルエッセン (Heinrich Tillesen) の名前からとつたものであるが、被害者の名前からエルツベルガー殺人事件とも呼ばれる。この事件は、まさしく、ドイツの裁判所における管理理事会法一〇号の適用に関する法状態の明確ではなかつたフランス占領地域において生じた一大センセーションを巻き起こした事件である。しかも、事件は、ナチ時代にテイルエッセンに対して恩赦が与えられていた政治犯を事後的に訴追することが可能かという興味深い問題が取り扱われたものである。そこで、最後に、この事件と判決について比較的詳細に検討しておこう。

⑤ テイルエッセン事件

テイルエッセンは、同じく海軍将校であった同僚 (Schütz) 一人と一緒に一九二二年八月二六日にシュヴァルトヴァルトのオッフエンブルクの近郊で著名なワイマール共和国の政治家、エルツベルガーを背後から射殺し、その随伴者であったあるライヒ国会議員 (Dietz) に重傷を負わせた。エルツベルガーは、当時四五歳であったが、一九一八年の講和に署名をした人物として有名であった。彼は、国家主義の側からは新体制の最も嫌われた政治家の一人であった。これは、民族的、国家社会主義的反対者側からの暗殺行動であった。テイルエッセンは、この犯行の後、バリエルン、オーストリアを通過してハンガリーに逃亡し、その後スペインに逃げた。しかし、ナチの政權掌握の直前になってドイツに舞い戻った。一九三三年三月二日には、ヒトラー政府の提案により、ライヒ大統領令によって「国家の高揚」のために実行されたあらゆる犯罪行為に対して恩赦を与えることになり、この恩赦はテイルエッセンにも当てはまった。一九三三年四月一〇日にはオッフエンブルク・ラント裁判所は、テイルエッセンにその恩赦を与える形式的決定を行った。ナチ政權末期、ハイデルベルクにアメリカ軍が侵攻してきたとき、S Aのシュトゥルムバンフューラーの制服を着用していたテイルエッセンは型通りに逮捕された。その後、彼がエルツベルガーの殺害者であることが判明し、アメリカは、彼をドイツの司法官憲に引き渡した。一九四六年七月二七日にマンハイムの検察官は、担当のアメリカの法務官によってテイルエッセンに対する手続を再開すべく指示された。その際、ライヒ大統領の恩赦命令は、管理理事会法第一号によって失効したというメモを付しておいた。ハイデルベルクの裁判所も恩赦を考慮しないという結論に達し、一九四六年夏に、フランス占領地域のフライブルク上級検察庁 (Generalstaatsanwalt) に移送され、オッフエンブルク・ラント裁判所が管轄することになった。

オッフエンブルク・ラント裁判所の裁判官達は、すでに同一の裁判所によって恩赦決定がなされているのであり、それが適法なものであったから、一九四六年九月一〇日に公判のの不開始を決定した。フライブルク検察庁がこれに対して異議を申立て、バーデンの上級ラント裁判所は、オッフエンブルク・ラント裁判所に公判開始を命じた。上級ラント裁判所は、一九三三年三月二一日のライヒ大統領の恩赦が法的に有効であることを形式的には争わなかった。その代わりに、ティルエッセンの犯罪は、管理理事会法一〇号によって可罰的であるとされた。

このティルエッセン事件の公判は、一九四六年一月二一日に開かれ、オッフエンブルク・ラント裁判所は、一九三三年の恩赦の形式的有効性を理由としてふたたび打ち切り決定をなした。裁判所によれば、管理理事会法一号がこの恩赦を失効させたわけではなく、また、管理理事会法一〇号の適用も不可能である。なぜなら、「人道に対する犯罪」とは、ニュルンベルク国際軍事法廷の判決によれば、戦争犯人との関係でのみ成り立つものだからである。この決定において決定的な命題は、裁判所に、「行為者がその行為を高揚した祖国愛から、ドイツをよりよい将来へと導くために実行した」ことが明らかになったというものであった。

この無罪判決とその理由は、大きなセンセーションを巻き起こした。フランス軍政府は、即座にこれに介入し、オッフエンブルク・ラント裁判所長は更迭された。事件は、ラシュタットの軍政府法廷（最高フランス軍事法廷）(Tribunal General de Gouvernement Militaire) に移送された。フランス軍政府のフルビー (Furby) が自ら事件を担当し、先の二つの理由は根拠のないものであり、ドイツ法によってもこの判決は支持しがたいものとした。フルビーは、そこでフライブルクの国法学者テオドール・マウンツ (Theodor Maunz) とテュービンゲンの刑法学者エドゥアルト・ケルン (Eduard Kern) の意見書を援用した。ケルンによれば、「決定的なのは、恩赦は、今日、ドイツに

おいて妥当している法の立場からその内容を検討するにあたっては、妥当しないとみなされうることである。その恩赦は、特殊ナチ的な思想財であって、正義の思想に反する。それは、一面的にヒトラー政権の先駆けであり、その追隨者である者を刑罰から保護しようとするものであった。政治的謀殺を不可罰であるとする命令は、いまや再建された正義の法と秩序ある国家制度の基礎とは調和しない⁽⁵⁰⁾』というのであった。一九四七年一月六日に、ラシュタットの軍事法廷は、オッフエンブルク・ラント裁判所の判決を破棄し、コンスタンツ・ラント裁判所で新公判を開くよう命じた。

このオッフエンブルク・ラント裁判所の判決に対しては、自らもナチに対して潔白ではなかった「刑法学界の重鎮」、ベルリン・フンボルト大学のエドゥアルト・コールラウッシュ (Eduard Kohlausch) 教授も「ドイツの裁判官の重大な汚点⁽⁵¹⁾」であると非難したが、多数の裁判官達は、この一連の事件によって不安に陥り、この事件は、ドイツの司法が新たに政治的に操られている徴表であると考えたのであった。

次に、ティルエッセンを一五年の重懲役に処したコンスタンツ・ラント裁判所の判旨を紹介しよう。

⑥ コンスタンツ・ラント裁判所一九四七年二月二八日判決⁽⁵²⁾

ドイツ法によると、被告人の行為、つまりエルツベルガーの殺害は謀殺既遂にあたる。最高軍事法廷の決定によると、管理理事会法一〇号の適用も可能である。しかも、管理理事会法一〇号は一九三三年一月三〇日以前に実行された行為にも適用できるのである。この決定は、裁判所を拘束し、当法廷には、この法律を意味通りに解釈し、ドイツ現行法に関係させるといふ課題が与えられる。

まず、管理理事会法一〇号の人道に対する犯罪の意義については、「政治的または国家的権力意思の影響の下に、

また、それによって追求される理念の支配の下に実行された、そしてこの理念の追求において文明国の国民によって明らかに承認された基本的人権を侵害する行為か、または、政治的・人種的または宗教的理由から人間の迫害であると性格づけられうる行為である⁽⁵³⁾とする。

次に、「遡及効」については、次のようにいう。「この原理（罪刑法定主義）は、とくに一九三三年以前の刑法には存在したのであるが、あらゆる文明諸国の明らかな共有財産であるというわけではない。それは、とくに英米の刑法では貫徹されていない。管理理事会布告第三号においても明示的には挙げられていない。謀殺は、ドイツ法によってもあらゆる文明国の刑法にとつても、第一順位の主要犯罪としてつねに可罰的であつたし、いまでも可罰的である」。さらに管理理事会法一〇号とドイツ刑法の競合関係については、「①管理理事会法一〇号はドイツ帝国刑法に対して補充法をなすものではない、②管理理事会法一〇号は、帝国刑法の規定に対して特別法である、③謀殺と人道に対する犯罪は、従つて観念的競合ではない、④法定刑は、もっぱら管理理事会法一〇号から引き出される、とし、被告人の行為は、人道に対する犯罪の前提を充足するという。しかし、本判決では、遡及効は、実行の時に違法でない行為に対しては及ばないものとされた。けだし「人道に対する犯罪でありうるのは、その違法性が実行の時の『法』の中ではなくても、一般に文明諸国の法秩序の中で表現されていた行為のみである」からである。

以上の検討によつて、判例は、ナチ犯罪の管理理事会法一〇号による遡及処罰を、さまざまな根拠から正当化しようとしたことが分かる。確かに、ここでは、問題は、複雑である。まず、ドイツが占領状態にあつたことから管理理事会法が純然たる国内法とはいえないこと、占領権力によるナチ犯罪者の処罰という政治的な要請があつたこと、さらに、ドイツの裁判官の中には、自らがナチの手先であつたものが少なくなく、罪刑法定主義の原則がこのような裁

判官の仲間意識からナチ犯罪者不処罰の根拠となりえたことなどさまざまなファクターが遡及処罰禁止論をめぐる論争の背景にあったことが指摘される。刑法法定主義をめぐる議論については、確かに、当時の法律家達の間では、「正規の裁判所の外部に存在する政治的特別管轄」(politische Sondergerichtsbarkeit)が問題であり、「脱政治化」の名目であるべくかかわらないようにしようという雰囲気があったことが指摘されている。^(53a)しかし、全般的には、この当時のこの原則をめぐる議論は、その政治性にもかかわらず、法理論としてかなり精密に議論され、しかも、論理を尽くして決断を下しているという印象を受ける。それは、安易にナチ犯罪の処罰という至上命題のために「罪刑法定主義を修正」するといったものではない。このことは、すでに考察したように、ドイツの裁判所が、管理理事会法一〇号の適用を好まず、むしろ、徐々にドイツ刑法の適用による処罰に傾いていった点にも窺われる。そして、行為時のドイツ刑法による処罰の理論的根拠を提供したのが、「法律の形をとった不法」の理論であるが、この理論の検討は、次章の課題である。

- (7) Militärregierung Deutschland Kontrollgebiet des Obersten Befehlhabers Gesetz Nr. 1, Aufhebung des Nationalsozialistischen Rechts への法律が、三〇の西側占領地域のみならず公布されたものである。この軍政府法の発布日に「調査」未調査である。への法律は「調査」を、vgl. Schönke, StGB, 4. Aufl. (1949), S. 830.
- (8) Militärregierung Deutschland Allgemeine Anweisungen an Richter, vgl. Schönke, StGB, 4. Aufl. (1949), S. 832.
- (9) Vgl. Hilde Benjamin, Zur Geschichte der Rechtspflege der DDR 1945-1949, 1979, S. 195.
- (10) Benjamin, a. a. O., S. 196.
- (11) への「調査」を、vgl. Wilhelm Wengler, Die Nichtanwendung nationalsozialistischen Rechts im Lichte der Rechtsvergleichung und der allgemeinen Rechtslehre, JR 1949, S. 76, Anm. 73.
- (12) Amtsblatt des Kontrollrates Nr. 1 v. 20. 10. 1945, S. 22.

- (13) Vgl. Hans-Ludwig Schreiber, Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege, 1976, S. 201.
- (14) GVBl. 1946, S. 333ff. 7の条文について vgl. Verfassungen der deutschen Bundesländer mit Gesetzen über die Landesverfassungsgerichte (Beck-Texte), 2. Aufl., 1981, S. 58.
- (15) Vgl. Verfassungen der deutschen Bundesländer, S. 102. その他、ヴェルテンベルクバーデン憲法四条、ラインラント—プファルツ憲法六条二項 (vgl. a. a. O., S. 262)、ヴェルテンベルク—ホーエンツォレルン憲法一七条一項では、「刑罰は、行為の時に妥当していた法律に基づいてのみ科せられる」と定めた (vgl. Schreiber, a. a. O., S. 202)。
- (16) ヘレンキムゼー草案一三六条一項は、ほぼ文字通りワイマール一九一九年八月一日の憲法一六条を繰り返したものであったという。ここでは、「刑罰」という文言を用いる一八七一年の刑法典とは異なり、「可罰性」という言葉が用いられた。これは、「刑罰」という文言を用いる刑法典とどう違うのかをめぐってワイマール時代に激しい論争を呼んだのであった (つれづれづつ vgl. Schreiber, a. a. O., S. 181ff.)。基本法一〇三条二項でも、「この「可罰性」という文言が用いられたため、その実質的内容をめぐる論争は、今日でも続いている。
- (17) 一九五三年八月四日の第三次刑法改正法による。したがって、ここでは、同じく「可罰性」という文言が用いられた。遡及禁止は、二条二項で宣言された。
- (18) 本田稔「戦後西ドイツ刑法理論における不法概念の形成過程(2)」立命館法学二二六号(一九九一年二号)一八四頁以下、同(三)二二七号(一九九一年三号)三八八頁以下。
- (19) この論文では、管理理事会は、罪刑法定主義をドイツ刑法において「明文規定しなかった理由は、専ら、ナチス犯罪の遡及処罰を保障することにあつたのではないだろうか」(2)一八八頁)とするが、この命題の前提に疑問があることももちろんであるが、この命題そのものも疑わしい。なぜなら、占領権力である管理理事会では、当初、ドイツ刑法典の改正の計画をめぐつた (vgl. dazu Mathias Ezel, Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945-1948), 1992, S. 174.) が、これが実現されず、結局、管理理事会法によつてナチス・ドイツ刑法の条文の「廃棄」は行つたけれども、統一法典たるドイツ刑法に新たな処罰規定を設けることは、一九四九年の連邦共和国の成立以降になつて初めて行われたのであり、しかも、軍政府法において罪刑法定主義がすでに規定され、また、ラント憲法においても宣言

- されていたのであるから、刑法典への導入は、焦眉の課題ではなかったというのが真相であろう。ドイツ刑法によるナチ犯罪処罰には、とくに「遡及処罰禁止」は、正当化事由の問題を除いて問題にする必要がなかったことも付け加えておこう。なぜなら、謀殺罪・故殺罪は、ナチス刑法においても存在し、可罰的だったからである。(謀殺ないし故殺の構成要件が削除されたのではなく、正当化事由の制限が問題であったという論点について論じたものとして) vgl. Günther Jakobs, *Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?*, in : (Battis/Jakobs/Jesse, *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, 1992, S. 46ff.). 本田論文のこの部分の主張は、すべて誤った問題提起に由来しており、したがって、その考察は、ほとんど意味がない。
- (20) もとより、管理理事会法一〇号の遡及適用につき、これを肯定すべく、ヴィマーやラートブルフのように、管理理事会法一〇号には、遡及処罰禁止はあてはまらないと主張した学説は存在した。しかし、これは、管理理事会法一〇号というナチ犯罪処罰のための法律に関する立論であり、論者の挙げる論拠には、この現実を何とか理論的に説明しようとする努力が見られるのである。これをもって、一般的に、この当時、「修正された罪刑法定主義」しかなかったと断定することは早計である。なお、著者は、ラートブルフの法理は、「ナチス犯罪の遡及処罰の必要性を認めると同時に、罪刑法定主義による法的安定性の確立をも要求している」(2)一九六頁)ものと評価するが、確かに、ラートブルフの「法律の形をとった不法」のテーゼは、ナチ時代の法律そのものが、「不法」であって、したがって、ナチ時代の「法」によってナチ犯罪を処罰できるとするものであるから、ここで遡及処罰の問題を生じないことは自明である。しかし、他方で、すでに紹介したように(本稿(3)四一巻一八〇頁以下)、ラートブルフは、管理理事会法一〇号は、英米法流の判例法であることを理由に遡及処罰を肯定していたことを忘れてはならない。著者はこのラートブルフの論文 (Radbruch, *SJZ* 1947, Sp. 132ff.) をここで援用していないが、それは不十分であろう。
- (21) 本田・前掲論文(2)、立命館法学二一六号一九一頁以下。
- (22) Hellmuth Meyer, *Das Analogieverbot im gegenwärtigen deutschen Strafrecht*, *SJZ* 1947, Sp. 12.
- (23) Meyer, *SJZ* 1947, Sp. 18f.
- (24) 本田・前掲論文(2)、一九二頁。
- (25) Meyer, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1953, S. 83.
- (26) Meyer, *SJZ* 1947, Sp. 19.

- (27) Meyer, Strafrech. AT, S. 85.
- (28) Meyer, a. a. O., S. 85.
- (29) Adolf Schönke, Auslegung, Analogie und Gewohnheitsrecht im Strafrecht, MDR 1947, S. 85ff.
- (30) 本田・前掲論文(2) 一九三頁。
- (31) Schönke, MDR 1947, S. 86.
- (32) Schönke, MDR 1947, S. 86. 同じく同様の論証やそのコメントールに於いても行っている。Schönke, Strafgesetzbuch Kommentar, 5. Aufl., 1951, S. 33ff.
- (33) 本田・前掲論文(2) 一九三頁。
- (34) Schönke, Strafgesetzbuch Kommentar, 6. Aufl. 1952, S. 47.
- (35) Schönke, Strafgesetzbuch Kommentar, 4. Aufl. 1949, S. 47.
- (36) 本田・前掲論文(2) 一九三頁。
- (37) Richard Lange, Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone zum Verbrechen gegen die Menschlichkeit, SJZ 1948, Sp. 655ff. など。リンダのナチ時代の役割やナチ的業績について、これと切り離して評価されるべきである。
- (38) 本田・前掲論文(1) 立命館法学一二三三号 (一九九〇年) 五二七頁。
- (39) Lange, SJZ 1948, Sp. 656.
- (40) Lange, SJZ 1948, Sp. 656.
- (41) Lange, Kontrollratsgesetz Nr. 10 in Theorie und Praxis, DRZ 1948, S. 160.
- (42) 本稿(3) 法学論集四一巻一号一八九頁以下参照。
- (43) Kammergericht, Urteil v. 17. 5. 1947, DRZ 1947, S. 308. 果たして「竹下賢『戦後『ナチス問題』と法理論』法学論集三五巻三三四=五合併号一三三〇頁以下も参照。
- (44) 本稿(6) 一一七頁以下参照。
- (45) DRZ 1947, S. 309.

- (46) OLG Hamburg, Urteil v. 17. 6. 1947, MDR 1947, 241.
- (47) LG Siegen, Urteil v. 8. 5. 1947, MDR 1947, 203. ツボトゴトツボ 竹下・前掲論文三三三頁以下参照。
- (48) OLG Hamm, Beschluß v. 21. 6. 1947, MDR 1947, 205.
- (49) ツボトゴトツボ 註⁶⁴ツボツボ Martin Broszat, Siegereinsatz oder strafrechtliche „Selbstreinigung“, in: Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 1981, S. 496ff.; Heinrich Hannover/Elisabeth Hannover-Drück, Politische Justiz 1918-1933, 1987, S. 107ff. ツボ Ingo Müller, Furchbare Juristen, 1987, S. 241f.; Wolfgang Benz, Zwischen Hitler und Adenauer, 1991, S. 109ff.
- (50) Vgl. Broszat, Vierteljahreshefte f. Zg. 1981, S. 499.
- (51) Vgl. Broszat, a. a. O., S. 499. ツボツボ コールラントツボのナチとの関わり⁶⁵ツボの戦後の評価⁶⁶ツボツボ Sebastian Schattentroh, Eduard Kohlrausch - „Wendehals“ der Nachkriegszeit oder Opfer der NS-Opfer?, Jus 1992, S. 545ff. ツボ ルラウシユは、ナチの政権獲得直前(一九三三年一〇月)ヘルリン大学の学長になったが、当時のナチ学生運動に対して学長として彼は抵抗した。一九三三年五月にはかれは学長を辞した。刑法学者としても、かれは、確信的なナチストではなかったが、一九三三年から一九四五年までの間に、重要なナチの刑事立法などに参画した。
- (52) LG Konstanz, Urteil v. 28. 2. 1947, SJZ 1947, Sp. 337.
- (53) SJZ 1947, Sp. 340.

第三節 ナチ「判決」の失効

(1) 「白バラ抵抗運動」とナチ判決の継続妥当性

一九八三年は、ナチスの権力掌握五〇周年にあたり、すでに一九八二年秋から、当時の西ドイツでは、これによって、ナチスに対する歴史的関心が、マスコミや学界⁽⁶⁴⁾においても呼び覚まされたのであった。八二年の秋から、西ドイツの映画館では、ツボツボ シヒヤエル・フェアナーフェン (Michael Verhoeven) とマリオ・クレプス (Mario Krebs) に

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理(6)

る映画「白バラ」(Die Weiße Rose)が上映されていた。この映画は、第三帝国におけるミュンヘンの抵抗グループの運命を、シヨル兄妹を中心に、印象深く描いた秀作であった。ゾフィー・シヨルが民族裁判所によって有罪判決を受け、その処刑によってこの映画が終わったあと、字幕に次のような二つの文が出たことが、マスコミや法律家にも大きな反響を呼んだ。⁽⁵⁵⁾「連邦裁判所の見解によれば、この判決は正当に存続している。それは、今日もお妥当してゐる」。

ミュンヘン大学構内で反政府的内容のピラを撒いたとして民族裁判所に起訴されたミュンヘン大学の学生抵抗グループ「白バラ」、およびそれに関与したとして、その後逮捕されたミュンヘン大学の員外教授が、民族裁判所で死刑判決を受けたのであるが、この判決の効力が、五〇年後に問題になったのである。一九四三年二月二日および四月一九日に、ベルリンの民族裁判所の第一部が、ミュンヘンでフライスラーを裁判長として公判を開催された。二月二二日の第一の訴訟によってハンス・シヨル (Hans Scholl)、ソフィー・シヨル (Sophie Scholl)、クリストフ・プローブスト (Christoph Probst) が処刑された。四月一九日の第二の訴訟によってクルト・フーバー (Kurt Huber) 教授が処刑された。⁽⁵⁶⁾果たして、この民族裁判所の判決は、一九八二年当時もまだ有効であったのか。

この問題に対しては、多くの人々が新聞への読者の投書として、論文の形で、あるいは立場表明の形で、発言しているが、とくに、連邦裁判所は、この映画の最後の主張をその記者会見において、事実には合わないとして、退けている。一九八二年一〇月二一日の記者会見において、「連邦裁判所は、『白バラ』のメンバーに対する民族裁判所の判決には係わっていないし、それを正当であるとしたこともない。それどころか、逆に、民族裁判所の判決を、多くの事案において、死刑が被告人の行動に対して堪え難く不均衡であり、また法律上の軽減可能性が考慮されえない場合に

は、違法であるとしてきた。民族裁判所はしばしば『違法な殺人に裁判の形式を利用した』にすぎなかった。そのような判決に関与した裁判官は、フライスラーの補助者にすぎないのではなく、場合によっては殺人罪の正犯として、——したがって、謀殺者として——訴追されうる」と宣言した⁽⁵⁷⁾。また、バイエルン司法省は、シヨル兄妹に対する民族裁判所の判決は、もはや存続してはいないとの見解を発表した⁽⁵⁸⁾。

この問題については、一九八二年一〇月から一一月にかけて、フランクフルター・アルゲマイネ紙の「編集者への手紙」欄で、論争が繰り広げられた。まず、一〇月一六日号にミュンヘン大学教授ヴォルフガング・フィケンチャー(Wolfgang Fikentscher)が、投稿した⁽⁵⁹⁾。フィケンチャーは、この字幕は、連邦裁判所がこの判決を是認しているように読めるが、「この判決はすでに一九四六年五月二八日に、裁判所の決定を必要とすることなく、廃棄されたというのが正しい」と論じた。そして、この映画の結末は、その幕切れそのものの悲劇の点と、誤った字幕によって「白バラ」のメンバー達の行動によって勝ち取られた現在の自由な法体系に関心を示さないドイツの芸術家の態度を表しているという点で、「二重の意味で悲劇だ」とする。この投書に対しては、一一月一日号の同欄に、フェアホーフェンとクレプスの反論が掲載された⁽⁶⁰⁾。ここでは、フィケンチャーの引用する法律二一号によって判決は廃棄されたという見解に対し、「残念ながら、法律二一号は、決して連邦の全領域に妥当したのではない。むしろ一九五六年六月二十九日の連邦の被害補償法(四四条二項)によれば、『刑事有罪判決の廃棄または変更は、裁判所の決定によって証明されるべきであり、それによって有罪判決が廃棄されるか変更される』と規定しているが、『白バラ』事件に対する諸判決を廃棄する裁判所の決定は従来まだない」と反論した。しかも、連邦裁判所は、「白バラ」事件に適用された戦時特別刑法命令の九一条と五条は、妥当する法であったと認められているし、それをナチ・テロ法律とは明らか

に区別していると論じ、判例を引用した。そして、最後に、ナチの不法が法であるとさせるような連邦裁判所の道徳的に意気消沈させるような見解が修正されるなら、「我々の最後の字幕の第一文を削除しよう」。そして、「もし管轄を有する司法機関が、『白バラ』に対する諸判決を廃棄されたものと宣言するなら、ただちに第二文をも削除する」と書いたのである。⁽⁶¹⁾

さらに、この問題をめぐって、発言が続いた。連邦裁判所の長官ブファイファーは、一九八二年十一月一日のフランクフルター・レントシャウ紙によれば、この「フライスラーの遺産」を克服することを立法者に勧告して、次のように発言した。⁽⁶²⁾「連邦立法者が統一の規制をするべく決断するべきでないかどうかという問題があるが、私は、そうすべく勧告する」と。これに対して、当時連邦司法省の議会國務次官であったH・H・クラインは、連邦議会において「ナチの不法判決の廃棄は、レント法または地域法の諸規定によってすでにドイツ連邦共和国の成立の前から規制されていた」と述べた。⁽⁶³⁾

(2) フイケンチャー・コッホ論文

その後、フイケンチャーは、コッホとともに、法律雑誌にこの問題に関する詳しい論稿を公表した。⁽⁶⁴⁾次にこれを紹介しておく。

一九四五年九月二〇日の管理理事会法一号および一九四六年一月三〇日の一一号は、ナチス的内容をもった法律と刑法典の個別規定を廃棄した。この規定の中には、第一次、および第二次「白バラ」裁判における有罪判決も含まれる。一九四五年一〇月二〇日には、連合国管理理事会の布告第三号が発せられたが、そこで、司法の再建に対する原則が描かれている。その第二条五号はいう。「ヒトラー政権のもとで不当にも政治的・人種的または宗教的根拠から

行われた有罪判決は、廃棄されなければならない」と。このような立法への委任は、四つの占領区域で異なっており実現された。そのために必要な規範設定とその執行については、ドイツの官庁が活動した。

① アメリカ占領地域

一九四五年九月一九日には、アメリカ合衆国軍事政府の布告第二号にもとづいて、グロース・ヘッセン、ヴェルテルンベルク、バーデンおよびバイエルン州が形成され、一九四七年一月二二日には、それまで英国占領地域に属していたプレーメンがこれに加わった。これらの後のラントの「諸ラント評議会」(Länderparlamente)は、一九四六年四月一七日には、管理理事会の布告第三号の二項五号を執行して、「刑事司法におけるナチの不法の補償のための法律」を決議し、一九四七年九月九日に、その地域に統一の法律となった。そのような法律は、その間、その地域のすべてのラントにおいて発布され、公布された。この法律は、ナチスの内容をもつナチ時代の判決を除去する目的をもっていた。その際、法律は、自動的除去と申立にもとづく除去とを区別した。自動的除去にあたるのは、九条によれば、その法律の二条において記された諸規定である。二条で、とくに挙げられているのは、「軍事力破壊」、「管理理事会法一号によって廃棄された全規定」(すなわち、例えば、内乱および敵国援助)である。この場合も、申立に基づいて、検察官は、四つの法律の第九条二項によって、判決の廃棄の事実に関する証明書を発行することができた。しかし、ここでは、証明書は、宣言的意義をもったにすぎず、それなくしても、法律による自動的廃棄が妥当した。法律の二条に掲げられた規定にもとづかないため自動的に廃棄されない判決(例えば、全面戦争遂行に関する命令違反)は、その地域で手続が行われた地方裁判所における手続において、申立にもとづいて廃棄されえた(法律の第四条)。

② イギリス占領地域

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理(Ⅵ)

一九四五年秋以降、イギリス占領地域の上級ラント裁判所の長官達は、軍本部 (Militärbehörden) から法規定・行政規定を発する権限を授権された。一九四六年一〇月には、イギリス占領地域のドイツ中央司法局が設立された。上級ラント裁判所の長官達は、その権限の枠内で、刑の取消 (Straflosigkeit) の認定 (Gewährung) に関する命令を発することもできた。一九四七年六月三日には、中央司法局によって「刑の免除の授与に関する命令」が発せられた。その命令の一条は、圧倒的に、ナチズムに対する敵対性から、またはナチズムによる追及から逃れるために実行された犯罪を対象とするものとしている。ここでも、自動的に廃棄されるものと、申立によって廃棄されるものとが區別されていた。

③ フランス占領地域

「刑事司法におけるナチの不法の除去」のため、フランス占領地域のすべての部分領域において、文言や内容が広く一致した法秩序が発せられた。最初のものとして、一九四六年一月二三日にバーデンにおいて「刑事裁判所の判決の廃棄および刑事司法へのナチ的介入の除去に関するラント命令」が発せられた。それに、ヴェルテンベルク、ザールラント、ラインラント・プファルツのラント命令が続いた。このすべての命令が、とりわけ管理理事会法一号と管理理事会宣言三号の実施のために発せられたものであった。その内容については、アメリカおよびイギリス占領地域のものとは少し相違があった。

④ ソビエト占領地域

包括的な「アンチ・ファシストの名譽回復」および、政治事件における判決の中止と刑事手続の中止に関するその他の有罪者に対する恩赦は、ソビエト軍本部の命令二二八・四六号によって行われた。ヒトラー政権の時代の政治的

判決の廃棄は、ソビエト地区においては、専らこの命令によって規定された。ここでは、しかし、自動的廃棄はなく、すべて、申立手続によらなければならなかった。

⑤ 大ベルリン

大ベルリンについては一九四七年二月一日に、差別的なナチ判決の廃棄を対象とするベルリン連合国司令部の命令がある。それによれば、有罪者、後見人、検察官、ないし廃棄に一切の利害関係をもつ者の申立によって、一九三三年一月三〇日から一九四五年五月九日までの裁判所の判決は、それが、政治的・人種的または宗教的理由から実行された限りで、廃棄されうる。自動的廃棄は認められなかった。

結局、ま⁽⁶⁵⁾とめると、ナチス不法からの刑法上の回復は、判決の法律による廃棄によって、職権的に指揮される再審手続によって、または申立によって行われた。アメリカおよびイギリス占領地域は、法律による廃棄と申立手続をもち、フランス地域は、職権的再審手続と申立手続をもち、ソビエト地域と大ベルリンでは、申立手続のみが利用できた。「白バラ」裁判の判決は、多くのラントで法律によって廃棄されたが、ザールラントでは、職権による再審手続で行われた。フランス占領地域では申立がされたかどうかは不明であり、ソビエト地区や大ベルリンにおいても廃棄の申立がなされたかどうか知られていないというのが、フィケンチャアの結論である。

(3) その他の論稿

この問題に関しては、チュービンゲン大学の若い法律家からも、論稿が寄せられた。ヘルムート・ヴェーバーとクリストフ・エンゲル⁽⁶⁶⁾が、「法曹新聞」に、やはり最後の字幕の誤りを指摘する論稿を公表した。連邦裁判所が「白バラ」のメンバーに対する諸判決と係わったことはない。白バラ事件判決の確定力は、一九四六年五月二八日のバイエ

ルンの「刑事司法におけるナチの不法の補償のための法律」によって、排除されたことなどを指摘し、次のような結論を導く。①映画の当初の終幕の字幕の文章は、誤りである。②現在、修正された後の字幕も、部分的には誤りであり、全体として歪められている。なぜなら、それは、民族裁判所の諸判決の妥当の問題を民族裁判における活動のゆえに裁判官を処罰した件と混同しているからである。③個々の事例において、民族裁判所、およびその他のナチの(特別)裁判所の判決がまだ確定力をもつことがありうることは正しい。しかし、それは、それがまだ無効でないとすれば、今日でもいづれでも少なくとも廃棄されうるものである。⁽⁶⁷⁾

しかし、このような法律論を正当であるとしても、なお、このフィケンチャーの見解に対しては、それは、法状態を正しく伝えるものではあるが、一九四六年以降の法実務とナチのテロ裁判の法的・政治・道義的意味を誤解するものであるとの批判がある。⁽⁶⁹⁾ 例えば、自動的ではなく、被害者ないしその親戚の者が、申し立てることによって廃棄される判決については、一般には、申立期間や申立手続がよく知られていなかったということが挙げられる。「白バラ」の別の構成員が一九八二年一月一四日にバーデン・ヴュルテンベルク司法省に宛てた申立に対して、司法省は、一九八三年一月二〇日に、次のように回答している。⁽⁷⁰⁾「我々の手元には民族裁判所の貴殿に下された判決がありませんが、貴殿に対する民族裁判所の判決の有効・無効に関する拘束力のある確答はできません。この場合、恐らくは、一九四三年四月一九日の決定にあつては、法律第二九号の九条の意味における判断がではなく、四条において挙げられた決定のうちの一つが問題であり、その場合、申立にもとづいてのみ廃棄できることとなります。申立期間がすぎていますので、決定は、依然有効であるということから出発されるべきでしょう。我々は、この説明が貴殿のお役に立ったであろうことを願っています」。

(4) 連邦議会の民族裁判所判決無効宣言

この映画「白バラ」の字幕が惹き起こした世論の関心が、連邦議会によって、改めてナチ時代のテロの道具であった「民族裁判所」などの判決の無効を宣言させることになった。

一九八三年七月八日には、SPDによって連邦議会において「ナチス不法体制の、『民族裁判所』および『特別裁判所』と命名される機関の判決の無効性」というタイトルの付された動議が提出された。⁽⁷¹⁾これは、法務委員会に付され、一九八三年一〇月一三日から法律委員会で審議を重ねられ、一九八四年一月八日に法務委員会から、次の事項が決議されるべきであると勧告された。すなわち、「ドイツ連邦議会は、『民族裁判所』と命名される機関は、法治国家の意味における裁判所ではなく、ナチスの恣意的支配を貫徹するためのテロ手段であったと確認する」。⁽⁷²⁾『民族裁判所』の判決は、従って、ドイツ連邦議会の確信によれば、法的効力をもたない。「このような理由から、その判決は、終戦直後の諸ラントの立法によって、ならびに当時の占領法によって明示的に法律によってまたは申立にもとづく裁判所の手続によって廃棄された」。「被害者とその家族には、ドイツ連邦議会は尊敬と同情を払うものである。ナチ体制に対するその抵抗によって、彼らは、長く残る模範を示したのである」。⁽⁷³⁾ここではすでに、「特別裁判所」が、その決議文から脱落させられている。この提案に対する立場表明において、連邦司法大臣エンゲルハルトは、そもそも民族裁判所および特別裁判所の判決を廃棄することに厳しく反対した。その理由として、エンゲルハルトは、もし民族裁判所の全判決を無効にするなら、無罪判決も廃棄されてしまうことになるという子供騙しの論理を用いた。⁽⁷⁴⁾そして、少なくとも、特別裁判所の判決は確定力を保持するものとする。なぜなら、「そこで裁判された大抵の事案にあっては一般的に重大犯罪の行為者が問題だった」からである。この「論拠」が説得力をもったのであろう。その後、

五回に満たない会議の後、法務委員会は、司法大臣の見解に従い、法律をもってこの問題に決着をつけることを拒否したのである。⁽⁷⁵⁾ ようやく、一九八五年一月二五日になって、CDU/CSU、FDP、SPDおよびグリーンネンは、連邦議会において、一致して「『民族裁判所』と命名される機関は、法治国家の意味における裁判所ではなく、ナチスの恣意的支配を貫徹するためのテロ手段である」という決議に達したのであった。しかし、これによって、連邦議会が、法律によって、民族裁判所の判決を廃棄したわけではない。「民族裁判所の判決には、……ドイツ連邦議会の確信によれば、法的効力はない」という意見表明がなされたにすぎないのである。⁽⁷⁶⁾

さらに、戦後の判例が、ナチの判決やナチの法体系を一致して無効としてきたわけではないことにも注意すべきである。連邦裁判所の刑事部では、特別裁判所および民族裁判所の判決実務が具体的な事案毎に判断されるべきだとされ、また、特別刑法の規定が有効とされ、特別裁判権のおよび特別裁判所手続が適法だとされたことがある。⁽⁷⁷⁾ この問題を論じるのが、次節の課題である。

(5) ソビエト占領地域におけるナチ時代の判決の廃棄

ソビエト占領地域における判決の失効手続について、ベンヤミンの記述⁽⁷⁸⁾によりながらここで若干詳しく論じておこう。

ベンヤミンによれば、管理理事会は、「ヒトラー政権のもとで不当にも政治的、人種的または宗教的理由から行われた有罪判決は廃棄されなければならない」と確認したが、このことは、裁判所にファシストの不法判決を廃棄するという課題を設定したのである。ソビエト軍政部は、一九四六年一月三〇日の「ファシズムの時代に下された、政治事件における判決の無効に関する」命令第二二八号によって、このための法律上の基礎を作り上げた。この命令の第

一号によれば、ドイツにおけるファシストの権力支配の時代において裁判所によって下された全判決が、それが政治的行為のゆえに発せられ、ファシストのテロ司法および恣意的司法であったならば、申立により廃棄され、または無効と宣言されることができた。申立権限をもつのは、その当時の被告人かその親族および検察官であった。

ソビエト軍政部命令第二二八号は、公衆に包括的に周知させられたが、無効宣言の申立数は「比較的少なかった」⁽⁷⁹⁾。ベンヤミンによると、当時のファシストによる有罪判決を誰も承認しておらず、したがって、改めて無効の宣言をする必要がないと思われたからだ、その理由が推測されている。一九四七年一月一日のドイツ司法行政(DJ V)の報告が、これに対する判例の状況を報告している。それによれば、判決廃棄の申立においては、大抵は、アンチファシストが、ファシストの攻撃に対して防衛しようとした行為が、「傷害」「喧嘩」あるいは「殺人罪」として有罪判決を受けた事件が問題であった。ソビエト軍政部命令二二八号によって、ナチ時代に政治的理由から開始された手続も、まだ、打ち切りが行われていなかった限りで、最終的に打ち切られた。そのような事件は、二千件以上存在した。

申立は、当時の刑事手続と判決の基礎となっているのが政治的迫害の観点であると証明されたとき、ファシスト的判決の廃棄に至ることになる。一般的種類の犯罪のゆえの以前の有罪判決をソビエト軍政部命令二二八号をもって廃棄しようと折りに触れて試みられたが、その場合には、申立は却下された。判決の廃棄を求める申請は、当時の有罪者に完全な名誉回復と補償を与えるために、広く公開された場合も稀ではない。その例としては、一九三三年および一九三四年にいわゆる「ヘックリンゲン謀殺裁判」(Heckinger Mordprozessen)においてデッサウ陪審裁判所で下されたテロ判決の廃棄のための公判がある⁽⁸⁰⁾。検察官の申立により、手続は、命令二二八号によって一九四九年二月二

一日にヘックリンゲンにおいて公開して行われたという。

- (54) 例えば、法哲学・社会哲学国際学会連合ドイツ支部の大会が、一九八二年一〇月に西ベルリンで開かれたが、そのテーマは「法哲学とナチズム」であった。これも、五〇周年を迎える関心の高まりの一つの兆候であろう。この時の大会の報告を中心に論稿をまとめたものの邦訳として、H・ロットロイトナー編（ナチス法理論研究会訳）『法、法哲学とナチズム』（一九八七年）参照。
- (55) これについては、山下公子『シュンヘンの白いバラ』（筑摩書房、一九八八年）三六七頁以下参照。
- (56) これについて、山下・前掲書三〇二頁以下、三一九頁以下を見よ。Vgl. Günter Frankenberg/Franz J. Müller, Juristische Vergangenheitbewältigung - Der Volksgerichtshof vom BGH, KJ 1983, S. 148ff.
- (57) Hillenmeyer, Vom Versagen der Richter gestern und heute, KJ 1983, S. 55.
- (58) SZ Nr. 248 v. 27. 10. 1982.
- (59) Fikentscher, FZ v. 16. 10. 1982.
- (60) Verhoeven/Krebs, FZ v. 1. 11. 1982. 「これに関する反論として」(Vgl. Helmut Weber/Christoph Engel, Der Film die „Weiße Rose“ und die Rechtslage bei Urteilen des Volksgerichtshofs, JZ 1983, S. 193.
- (61) その結果、字幕の文は次のような六つの文章に代えられた。「一、連邦裁判所の見解によれば、『白バラ』のような抵抗の闘士達が有罪判決を受けた条文は、ナチ・テロ・システムの構成部分ではなく、現行法である。二、連邦裁判所の見解によれば、『白バラ』のような抵抗の闘士達は、客観的に、当時妥当していた法律に違反した。三、連邦裁判所の見解によれば、『白バラ』のような抵抗の闘士達は有罪とした民族裁判所の裁判官は、当時妥当していた法律に服していた。四、それにもかわらず、連邦憲法裁判所の見解によれば、『白バラ』のような抵抗の闘士達は、彼らが、祖国を救おうとする目的で、このような当時妥当する法律に違反した場合には、刑法上非難されえない。五、しかし、連邦裁判所の見解によれば、その当時抵抗の闘士を異議のない手続で自白したと見なした裁判官に、もし彼が当時の法律に関して、彼を死刑に処しなければならぬと信じていたならば、今日、刑法の観点から、非難をなすことはできない。六、従来、いかなる連邦政府も、民族裁判所の全判決を法律によって無効にしようとは決断しえていなかった」(Vgl. Weber/Engel, JZ 1983, S. 195;

- Frankenberg/Müller, KJ 1983, S. 146 Anm. 3.
- (28) BGH-Präsident Pfeiffer, FR v. 18. 11. 1982; Frankenberg/Müller, KJ 1983, S. 159.
- (29) Vgl. Frankenberg/Müller, KJ 1983, S. 159.
- (30) Wolfgang Fikentscher/Rainer Koch, Strafrechtliche Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts, NJW 1983, S. 12ff.
- (31) Fikentscher/Koch, NJW 1983, S. 14.
- (32) Weber/Engel, JZ 1983, S. 192ff.
- (33) Weber/Engel, JZ 1983, S. 195f.
- (34) KJ 1983, S. 161.
- (35) Frankenberg/Müller, KJ 1983, S. 161.
- (36) Schreiben vom 20. 1. 1983. 「ドイツのナチス法廷の補償要求の申請状況」。
- (37) Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuß) zu dem Antrag der Fraktion der SPD-Drucksache 10/116- „Nichtigkeit der Entscheidungen der als „Volksgerichtshof“ und „Sondergerichte“ bezeichneten Werkzeuge des nationalsozialistischen Unrechtsregimes, BT-Dr. 10/2368. 「第14」 Antwort der Bundesregierung auf die Große Anfrage der Fraktion DIE GRÜNEN, NS-Justiz, KJ 1987, S. 95ff.
- (38) BT-Dr. 10/2368.
- (39) Müller, Furchtbare Juristen, S. 292.
- (40) Müller, Furchtbare Juristen, S. 292f.
- (41) Müller, Furchtbare Juristen, S. 293.
- (42) BT-Prot. 10 Wahlperiode S. 8761; vgl. Müller, Furchtbare Juristen, S. 291.
- (43) Frankenberg/Müller, KJ 1983, S. 150.
- (44) Hilde Benjamin, Zur Geschichte der Rechtspflege der DDR 1945-1949, S. 236.
- (45) Benjamin, a. O., S. 237.

(80) Benjamin, a. a. O., S. 238.

第四節 ナチ「不法」規定の司法的審査権

(1) 法実証主義と裁判官の審査権

すでに確認したように、連合国は、ナチス法体系の全面的廃止を断行したわけではなく、個別的に法律をもって廃止し、または、解釈基準を設けて旧い内容に新しい意味を持ち込もうとしたにすぎなかった。かくして、どのような法律ないし法規定あるいは法概念がナチ的であつて、失効させられるのかを具体的に検討するのは、最終的には、裁判官の任務であるということになる。しかし、当時、裁判官に連合国から与えられた法に対する審査権は、古典的な権力分立には相応しなかつた。それは、「その当時は秩序に従つて發布され、内容的に妥当した法、つまり、一定の時点で初めて問題が生じ、もともとは無効ではなかつた法律が、審査の対象をなすということによって、伝統的な裁判官の審査権と区別される例外的権能であつた」⁽⁸¹⁾。

それでは、「伝統的な裁判官の審査権」とは何だつたのだろうか。我々の司法権の立法権に対するコントロール権の理解によれば、むしろ当然とも思われるこの裁判官の審査権が、法実証主義的なワイマール時代にどのように理解されてきたのかを知ることが、この問題の理解の前提となるので、ここで、この問題について手短かに論じておこう⁽⁸²⁾。

まず、ワイマール時代の実証主義法学と実務の立法権の限界の問題に対する基本的立場は、立法者は、「専断的 (selbsterlich) であり、立法者が自ら憲法あるいはその他の法律の中に盛り込んだ制限以外の制限には拘束されな⁽⁸³⁾い」とするものであつた。あるカマーゲリヒトの決定の中では、「最高の法制定権者としての国家は、法的に何らの

制限に服さない⁽⁸⁴⁾」と述べている。ワイマール時代の法実証主義者として知られるリッヒャルト・トーマは、立法者は、「万能の立法権」(legislatorische Omnipotenz)をもつものとする⁽⁸⁵⁾。このように、当時、実証主義者からは、「立法者の絶対的権能」(Souveränität des Gesetzgebers)⁽⁸⁶⁾が承認されていた。このような見解から、裁判官の法律審査権が肯定されるはずがなかった。ライヒスゲリヒトは、確かにライヒ法律の合憲性を検討する裁判官の権能と義務を承認したが、その法内容に関する裁判官の審査権は峻拒するという立場、すなわち、裁判官は、そもそも「合憲的に成立した法律をその内容のゆえにその適用を否定する権限をもたない」という立場を採った⁽⁸⁷⁾。例えば、ワイマール時代に、強い影響力をもったワイマール憲法の注釈書を書いた法実証主義者、ゲルハルト・アンシュッツも、もちろん、立法者の絶対主義を、もう一つの全体主義、すなわち、裁判官のそれによって代替するものであってはならないとし、裁判官を立法者に優越させるといような憲法に反することは、絶対に拒否されなければならないとして、審査権を否定するのである⁽⁸⁸⁾。このように、ワイマール時代の裁判実務において、法律の司法的審査権が否定されていたということが、戦後の審査権の問題を考察する出発点なのである。

(2) 戦後における審査権の肯定

戦後、ドイツの裁判所が活動を開始するとともに、裁判所は、ナチの法律を審査する必要に迫られることになった。ここで、自然法思想が、裁判官の審査の強力な手段となるのであるが、占領時代(一九四五年―一九四九年)における裁判所の「自然法」のとりえ方について、二段階に分けることができる⁽⁸⁹⁾。第一段階は、混乱の時代であり、自然法を承認するという点でのみ一致が見られた時代である。第二段階は、自然法が最高裁判所の不断の判例となった段階である。第一段階では、裁判所は、ただ、非実証主義的な裁判官の法律審査権を主張しているのであり、

自然法を論理的に根拠づけているわけではない。ここでは、実務に日常的に迫ってくる適用すべき法律の審査の必要性が、理論的考慮に先行していた。つまり、ナチ時代の法律や法解釈をそのまま適用することができず、法律を「審査」することが不可避だったのである。その事情を典型的に表している判例として、次のような理由づけが挙げられる。ヴァッタル区裁判所⁽⁹⁰⁾は、次のように言う。「今日、立法の明白で、望まざる不備を、活き活きとした、責任を自覚する判例によって補うことは、裁判官の、——そして、また下級審の、——まさに焦眉の課題である。とくに、従来、何年かの間に三つの全く異なった国家形態を通じて、必要な刑法改正がまだ完成していないのであり、そのような状況のもとで判例は、これ以上国民に不利益を被らせるわけにはいかなないのである。法律は、これ以上、固陋な完全に変更できないものだ」と理解されてはならない。それは、あらゆる正義感を度外視して、画一的に誰にでも適用される必要はない。それにもかかわらず、それが、法律の規定が目指すものの反対のものを惹き起こすことを知っている」。このようにして、裁判所の見解によれば、正義が現行刑法の一部を廃止することがあるのである。

裁判所が、ナチの法を失効させる審査権をもつかという問題については、ラーゲによれば、それは、一九四六年から四七年にかけては、肯定されていたが、一九四八年から四九年になって、否定説が有力になっていったとされている⁽⁹¹⁾。その理由として、ラーゲは、「ナチス法秩序と新たな民主的法の間の連続性の中断」を唱えるその当時支配的な立場によるものだとする。そして、「裁判官はナチス法を失効させられないという反対の見解は、一九四八年一九四九年に初めて、一九四五年以前に存在していた国家およびその法秩序も存続するという見解との関係で、有力となった」ものだとする⁽⁹²⁾。このようなドイツ・ライヒの連続・不連続に関する見解の影響は、ヴェンクラー⁽⁹³⁾が強調する。これに対して、ラーゲは、この見解を採り入れながらも、「審査権は、連合国によってナチス法を適切に取り扱うため

に置かれた前提が、連邦共和国の司法機構の中にナチス法曹が継受されたことによって、失われたことよって初めて疑問となった。このような司法によって、『典型的にナチ的である』として、その他のナチス法律を廃棄することは、期待できなかった。なぜならば、そうすることは、その当時自ら不法な法律を適用したという評決をつねに含んでいるからである」とする。⁽⁹⁴⁾

(2) 審査権をめぐる見解の対立

① 審査権肯定説

裁判官の審査権⁽⁹⁵⁾につき最も模範的で影響力の大きい見解を述べたのが、ラートブルフである。⁽⁹⁶⁾このラートブルフの見解については、次章で詳しく検討するので、ここでは、簡単に触れるにとどめたい。さて、ラートブルフによれば、実証主義は、「法律は法律だ」という確信によってドイツの法曹達に、「恣意的で犯罪的な内容の法律に対して」無防備にしてしまったという認識から、裁判官の服従義務は、法感情を憤慨させる、まさしく犯罪的なものとみなされなければならぬ法律によって、限界を設定される。それは、実定法の不正義が、実定法によって保証された法的安定性が、この不正義に対して、堪え難い程度にまで達し、法律が「不当な法」として正義に譲歩しなければならぬほどになったときである。危険を避けるために、制定された不法の認定の事案は、極端な場合に、すなわち、「明白で、何人にも真面目に争いえない、ただちに犯罪的な法律の形式を纏った濫用の事案」に限定されなければならない。

この実定法の審査権については、その他にも、多くの学者がこれを肯定している。例えば、ヘルムート・コーイングは、裁判官の服従は、何ら盲目的な服従ではなく、「正義や信義誠実といった道義的価値に服する」ことを強調している。⁽⁹⁷⁾正義に反する法律については、「裁判官からは、彼がそのような法律には服従を拒否することが要請されな

ければならない」とする。法律の「自然法違反性」は個人に極端な場合には積極的な犯行に踏み出す権限を与えることができる⁽⁹⁸⁾とまで述べるのである。

また、バッホフによれば、「正義の観念によってのみその尊敬と権威を享受する裁判官職」は、同時に、その尊敬と権威を喪失することなくして、「その理念の基準に従った審査」を放棄することはできない⁽⁹⁹⁾。超実定的法に反する憲法規範ですら、「何らの法的拘束性を要求できない」。

エーベルハルト・シュミットも、「正義の基礎に反する法律は、不法であり、義務づける力を欠いている」とし、「そのような法律を適用することは、裁判官に、正義付与義務 (Justizgewährungspflicht) を封ずる。その義務の履行において、彼は、法を求める者に『法』を与えるのであって『不法』をではないのである⁽¹⁰⁰⁾」。

② 審査権否定説

上記の肯定説に対しては、反対説⁽¹⁰¹⁾も見られたことを指摘しておかなければならない。例えば、ナヴィアスキーは、断固として、裁判官に対する超実定法の拘束性に反対する。「自然法は、実定法とともに体系を作り上げるものではない。それは同じ権威に、ではなくて、より高次の権威に依存する。それは、また、それに義務づけられている制定された法に、服従を拒否し、自然法に屈伏するという意味において、個々の法仲間、および法擁護者、裁判官などに向けられているものでもない。むしろ、法制定者、立法者に向けられているのである。その職務を司るときに、このような者に、それが考慮されることを要するのである⁽¹⁰²⁾」。

さらに、アペルトはこの問題につき何度も反対の意見を表明した。「立法府がそれに従って決断を行う倫理的な正義の基準も政治的な正義の基準も、判例によって提起されもせず、審査されもしない。憲法判例は、憲法規範をその

意味と文言に従って解釈することに限定されるのであって、その有効性を見出すことではない⁽¹⁰⁸⁾。「連邦憲法裁判所が、憲法規範の有効性を超実定法に則して審査することを要請されているならば、それは、自ら、それを適用しようとする法基準を作り上げなければならないことになる」のである⁽¹⁰⁹⁾。

③ 判例における審査義務に関する見解

制定法を越える「不可侵の」法を立法者に対する拘束をもって承認し、拘束力のない制定された不法の可能性から出発する判決が多数存在する。が、それによって、それらは、暗黙のうちにしかるべき裁判による審査権を承認している。占領時代において、ナチ法の廃棄は、連合国によって行われたものみに尽きるのではなく、裁判所も、さらにナチス法を廃棄できるというのが裁判所の通説であった⁽¹⁰⁶⁾。一九三三年以降に発せられた法律は、裁判所によって、それらの法律が「ナチの思考方法」に依拠するものではないかどうかを審査されるべきだというのである。しかし、中には、一九四七年三月二六日のハンブルク・上級ラント裁判所の判決⁽¹⁰⁶⁾のように、ナチス法の裁判官による審査権は、法の基礎の継続する不安定状態を終了させるために、終了したものと宣言する判例もあったことに注意を促しておく。この判決は、一九四三年五月二九日の改正法によって効力を発した犯罪の実行の一切の陰謀を処罰する刑法四九条aの二項が継続して妥当するかどうかを問題にしたものであった。裁判所は、この規定が行為者の犯罪的意思のみを基準にしており、「特殊ナチ的な学説の影響」を受けたものであると認める。しかし、裁判所は、さらに「そのナチ的傾向をもつ刑法上の規定の再検討のための法的基礎は、軍政府法第一号の三条四号である」とする。そして、この規定は、「ナチの法命題の適用を禁じたもの」ではない。つまり「その規定の文言は、実際には、廃棄されなかった法命題を把握しようとするのではなく、ただ、ナチ時代の適用方法を禁止しようとする」のだというのである。軍

政府法一号の三条四号のこの解釈は、デレによつても唱えられた説である。⁽¹⁰⁷⁾ しかも、通説的見解は、権力分立という民主主義原則とも矛盾するという。「立法者は、法律によつて裁判官に何が正しいかの指示を与えるが、いかなる法律が適用されるべきかは立法者が決めるのであり、裁判官がではない。それにもかかわらず、裁判所が、近年、しばしばこの審査を行つてきたとすれば、それは、降伏後の未解明の状況と権限に、また、ドイツ法体系とその影響とに關する外国の立法者の必然的に不完全な概観という観点から正当化されるのである。今日、立法の管轄においても強化され始めているのであるから、この根拠はもはや存在しない。したがつて、法的安定性の根拠から再び立法と判例との明確な分離が導入されなければならない。かくして、四九条 a の新规定は、管理理事会がその廃棄を行わなかつたのであるから、繼續して適用できる」。このように結論づけるのである。もちろん、このような判例は、少数であり、多数の判例が、審査権を肯定していたことは言うまでもない。

ここでは、連邦共和国において、明らかに審査権を承認した判例を上げておこう。⁽¹⁰⁸⁾

(a) 連邦憲法裁判所

すでに、連邦憲法裁判所の判例集の第一巻において、この問題に關して基本的な路線が示されている。「連邦憲法裁判所は、超実定的な、憲法立法者をも拘束する法の存在を認めている。そして、制定された法をそれに則して評価する権限をもつ」。⁽¹⁰⁹⁾ その三巻における判決において、より詳しく裁判官の審査権について、次のように述べる。「基本法の審査されるべき規範も『法律』であり、従つて、基本法一〇〇条の文言によつて規範コントロールから除外されない。一般的に、最高裁判所に集中されていない裁判官の審査権限による立法権の侵害に対する不安が、法律を無効と宣言する連邦憲法裁判所の専屬的な権限の主要根拠であるならば、この権限は、憲法制定権力 (pouvoir

constituent) の尊厳と權威のために、ますます、それに則して規範が妥当する国家の基本法自体の検討のために存在しなければならぬ⁽¹⁰⁾。超実定的な規範は、従ってこの定義の中に含まれている。

拘束力のない不法に対する限界は、次のように、決定される。それは、「実定法の正義に対する矛盾が、法律が『不当な法』として正義に譲歩しなければならぬというほどに堪え難い程度に達した」点に存在する。これは、ラートブルフの公式である。

(b) 連邦裁判所

連邦裁判所も、制定法を超実定的な規範に則して評価する裁判官の権限について何度もその見解を表明した。連邦裁判所の基本的見解は、次の如くである。「裁判官の決定には『原則として』倫理的評価が基礎にされてはならないという主張は、残念ながら誤りである。法の内部的拘束性は、まさしく倫理法とのその一致に依拠する⁽¹¹⁾」。そして、裁判官による審査権については、その民事判例⁽¹²⁾の中で、「その極端な事案においてのみ、実質的正義の原則を法的安定性のそれよりは高く評価する可能性が与えられているとみなされる」。そして、ここでもはつきりと、「正義に対する実定法規の矛盾が、その法律が『不当な法』として正義に譲歩しなければならぬほどに堪え難い程度に達した」のでなければならぬとしてラートブルフの公式を挙げている。

(11) Wenzlau, Der Wiederaufbau der Justiz in Nordwestdeutschland 1945 bis 1949, S. 146.

(12) Vgl. Albrecht Langner, Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtsprechung der Bundesrepublik, Diss. Köln 1959, S. 26ff., 165ff.

(13) RGZ 118, 327; vgl. Langner, a. a. O., S. 26.

(14) KG DJZ 1924, Sp. 107; Langner, a. a. O., S. 26.

- (85) Richard Thoma, HDSR II, S. 138.; Langner, a. a. O., S. 26.
- (86) Langner, a. a. O., S. 26.
- (87) RGZ 107, 317.; Langner, a. a. O., S. 29f.
- (88) Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 12. Aufl., 1930, S. 418.; Langner, a. a. O., S. 30.
- (89) Hans-Joachim Kerkauf, Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Diss. Kiel, 1966, S. 52.
- (90) AG Wuppertal DRZ 1947, Sp. 343.; vgl. Kerkauf, a. a. O., S. 51.
- (91) Clea Laage, Die Auseinandersetzung um den Begriff des gesetzlichen Unrechts nach 1945, KJ 1989, S. 416f. なお「スキャンダル・イン・シラー」その「一九四五年以降の司法と施設殺人」という論文においては「安楽死」判決についても「安楽死行為者」の処罰から免責へと向かう一八〇度の転回があったとして、Susanne Benzler, Justiz und Anstaltsmord nach 1945, KJ 1988, S. 138.
- (92) Laage, KJ 1989, S. 416f.
- (93) Wilhelm Wengler, Die Nichtanwendung nationalsozialistischen Rechts im Lichte der Rechtsvergleichung und der allgemeinen Rechtslehre, JR 1949, S. 67f.
- (94) Laage, KJ 1989, S. 417.
- (95) Vgl. Langner, a. a. O., S. 165ff.
- (96) Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, S. 107. 「実定法の不法と実定法を超える法」(小林直樹訳) ラートブルフ著作集第四卷『実定法と自然法』二四九頁以下所収、とくに二五九頁。なお、ラートブルフの伝記として「アルトゥール・カウフマン(中義勝・山中敬一訳)『グスタフ・ラートブルフ』(成文堂、一九九二年)参照。とくに「法律の形をとった不法」については一八六頁以下参照。
- (97) Helmuth Coing, SJZ 1947, Sp. 61f.; Langner, a. a. O., S. 166.
- (98) Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1950, S. 243.
- (99) Otto Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnorm?, 1951, S. 51.

- (90) Eberhard Schmidt, *Gesetz und Richter. Wert und Unwert des Positivismus*, 1952, S. 19.
- (10) Langner, a. a. O., S. 169ff.
- (20) Hans Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, 2. Aufl., 1948, S. 29; Langner, a. a. O., S. 169.
- (30) Willibald Apelt, *Erstreckt sich das richterliche Prüfungsrecht auf Verfassungsnormen?*, NJW 1952, S. 3.
- (40) Apelt, *Erstreckt sich das richterliche Prüfungsrecht auf Verfassungsnormen?*, NJW 1952, S. 733.
- (50) リンゼンシュテット, vgl. Michael Stoleis, *Rechtsordnung und Justizpolitik 1945-1949*, in: *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart (Festschrift fr Helmuth Coing)*, Bd. 1, 1982, S. 402.
- (60) OLG Hamburg, Urteil v. 26. 3. 1947, MDR 1947, S. 137.
- (107) Hans Dölle, *Die nachträgliche Eheschließung*, DRZ 1947, S. 43. ナレは、その三条四号は、「ナチの学説によるドイツ法の解釈と適用を禁止するが、しかし、それは、明らかにそれを解釈し適用することが、それ自体で存在する法有効性のゆえに認められはするが、まさにナチの解釈方法および適用方法は免れなければならないようなドイツ法命題のみについていうべきである」である。
- (80) Langner, a. a. O., S. 171.
- (89) BVerfGE 1, 18.
- (11) BVerfGE 3, 231.
- (111) BGHSt 6, 52.
- (117) BGHZ 23, 181.

第五節 ナチス法の失効と継続の基準

(1) ナチ「不法」の「非ナチ化」の形態

すでに、管理理事会宣告第三号が示しているように、問題は、将来に向かつてのナチス法の失効宣言に尽きるわけではない。実際上問題なのは、むしろ、ナチ時代に発せられた法や言渡された判決の遡及的な失効、ないし、もともとの無効の問題であることはすでに周知である。

すでに過去のナチ体制のもとでの「ナチ犯罪」の追及についても、ドイツの裁判所にとっては、法の適用につき、二つの道をとることができた。この理論的基礎を、ヴェルレ⁽¹⁰⁾に従って、二分して類別しておこう。まず、第一の類型は、管理委員会法第一〇号を基礎とするものである。この類型では、「自然法」が援用されることはない。管理理事会法一〇号は、人道に対する犯罪を罰するものであるが、ここで可罰的とされた行為が国内の刑罰法規に反しているかどうかはいつでもよい。つまり、ナチス法に従って違法かどうかには依拠しない。ニュルンベルク法律家裁判では、人道犯罪の追及につき次のようにいう。

「ドイツ法の遵守が、責任追及に対する弁護を意味しているという論拠は、我々の全手続の基礎とされている理論の誤解に基づいている。被告人が主張するように、第三帝国におけるドイツの裁判所が、たとえそれが国際法に反する場合でも、ドイツ法に従わなければならないということはなるほど正しい。しかし、本裁判所にとっては、この種の限定は妥当しない。我々は、ここでは最高の実体法と、それと調和しない国内ドイツ法を顧みずにそれを適用するよう授權され義務づけられたそのための裁判所をもっている。本件における起訴の中心は、まさに法律、

ヒトラーの命令や苛酷で腐敗し墮落したナチス法体系を自己が戦争犯罪、人道に対する犯罪とすること、またこのような法律の発布と実施に加担することが犯罪的な共犯を意味することに存在する⁽¹⁴⁾。

ここでは、自然法を援用することは必要ではなかった。なぜならば、管理理事会法そのものが、国内法を超えた「より高次の実定法」だったからである⁽¹⁵⁾。

第二の類型は、「当時妥当していた法」を基準とするものである。ドイツの裁判所がドイツ刑法を適用してナチス犯罪を処罰しようとする場合、事後法を適用することには、遡及禁止が障害となる。管理理事会宣告第三号の二条二号は、遡及禁止原則を拘束力のあるものとし、後には基本法一〇三条二項がこれを明言している。従って、判例は、ナチ時代の犯罪の可罰性は、「当時の現行法」に反したかどうかを基準とせざるをえなかった。

終戦直後の時代にはナチス法律や高権行為を自然法に反するものという判断をした判例は、夥しい数に登る⁽¹⁶⁾。連邦裁判所は、ナチ権力犯罪の追及に対する刑法における自然法の意義を明らかに認めていた。連邦裁判所は、次のように論じる⁽¹⁷⁾。「一般の法確信によれば、いかなる法律によっても、またいかなるその他の官憲の処分によっても侵害されてはならない『法の中核領域』というものが存在する。その中核領域は、特定の不可侵とされる人間行為の原則を定める。それはあらゆる文化民族において、一致した道德的根本觀念にもとづき時代の変遷とともに形成され、法的に拘束的なものとして妥当するものであって、各国民の法秩序の個々の規定がそれを無視することを許しているかに見えるかどうかは問わない」。このような中核領域は、「正義と人道性の根本思想」から生じる⁽¹⁸⁾。それは公衆の意識の中に生きるものであり、それと「平等思想」とは不可分に結びついているのである。

この二つの理論的基礎のうち、ここで扱うのは、もちろん、後者である。しかし、先に述べたように、後者は、ナ

ナチ犯罪の処理の際にのみ問題になるのではない。現在のナチ不法体系から浄化された「法体系」の宣言の際にも、何
 が、すでに失効した「ナチ不法」なのか、それとも、その当時から典型的なナチ法律でないために現在にまで継続し
 て存立する当時の、そして現在の法なのかを見極める必要があることはいうまでもない。

(2) 何が典型的にナチ的法律か

さて、このようにして、判例は、当時の法律を一律に無効としてしまうこともできず、むしろ、それを当時、また
 は現在も有効なものと、初めから無効なものないしすでに戦後廃棄されたものをえり分ける必要があった。しかし、
 その選択基準はいったい何であろうか。

ある法律が「典型的にナチ的」であるかどうか、「典型的ナチ精神」を含んでいたかどうか、または「よりも
 よってナチ的目的を追及したかどうか」という問いは、戦後、判例や学説において立てられたが、それは、その法律
 が、爾後、「法律の形をとった不法」であるとして適用できなくなったかどうかを決定するためであった。ナチ時代
 に構成要件が新設され、あるいは加重処罰されるようになった構成要件の中に、いかなる場合に、「典型的にナチ的」
 な規定を認めることができるであろうか。

① 男性間の猥褻行為に関する判例

この問題につき格好の例を提供するのが、刑法一七五条ないし一七五条aの「男性間の猥褻行為」の規定の問題で
 ある。⁽¹²⁰⁾ 刑法旧一七五条は、「男性間の反自然的猥褻行為」を処罰しており、これによって、性交類似行為を把握して
 いたのであるが、一九三五年六月二八日に導入された新一七五条は、他の男性と猥褻行為を営み (treiben)、または
 他の男性から猥褻行為のために濫用させた男性を処罰した。この改正により、ナチ時代に通説だった理論によれば、

性交類似行為でなくとも、客観的に性的な意味での一般的恥感情や道徳感情を侵害し、主観的に、欲情的な目的で実行された猥褻行為が把握されることになった。またこれによって、少年ないし若い男性に対する成人男性による「誘惑」(Verführung)を処罰する一七五条a(ないし一七五条b)も新設された。戦後、軍政府法第一号または管理理事會法により、刑法一七五条ないし一七五条aは、明示的に廃棄されなかった。しかし、すでに述べた軍政府法第一号三條および裁判官に対する一般の指令第一号の八号bに基づき、ナチ的な法益を含むものかどうかを検討しなければならぬということになった。この問題に関しては、ブラウンシュヴァイク上級ラント裁判所、ツェレ上級ラント裁判所⁽¹²⁾、ハンブルク上級裁判所⁽¹³⁾、キール上級ラント裁判所⁽¹⁴⁾は、一致して、非性交類似行為への構成要件の拡大は、ザッハリッヒに必要なことであり、したがって、この法律規定の継続適用は、その限りで管理理事會および軍政府法によって禁止されないものとする。ただし、この新规定の解釈としては、例えば、一九四七年一月二二日のハンブルク上級ラント裁判所の判決は、衣服の上から性器に一回触れ、その前に口淫を要求したというだけでは、いまだ、「猥褻行為を営む」(treiben)ということにはならないとして限定解釈をする。判決によれば、刑法一七六条一項一號および三號にいう「行う」(vornehmen)とは違って、「営む」(treiben)とは、「もっと強い行為」を意味し、「他の男性に対する時間的に長く持続する作用」を意味するのである。しかし、これに対して、デュッセルドルフ上級ラント裁判所⁽¹⁵⁾は、裁判官に対する一般の指針八号bの適用を次の理由で排除する。「この指針は、一九三三年一月三〇日以後発せられた法律に基づいて、犯罪行為に対する最高刑が、一九三三年一月三九日以前に規定された犯罪行為に対する最高刑と比較して、より加重された事案においては、一九三三年一月三〇日以前に認められた刑の上限を上回る刑の言渡しを禁止する」。しかし、一七五条aに規定された行為は、すでに一九三三年一月三〇日以前にも、旧一

七五条によって、誘惑が「結果」に至ったことを条件として、処罰されていた。ここで問題なのは、一七五条 a が「新たな犯罪類型」を作り出したのかどうかである。歴史的な発展状況からみて、一七五条 a 三号は、「刑を加重」しただけではなく、「新しい独立の構成要件」を作り出したものである。したがって、「一七五条 a に規定された法定刑は、適用されうる」。なぜなら、本判決では、明示的にその理由を書いていないが、ブラウンシュヴァイク上級裁判所の判決⁽¹⁷⁾によって、これを説明すると、一般的指針第一号の八号 b は、一九三三年一月三〇日以前に存在した法定刑の枠内にとどめて刑を量定できるとするのみで、そもそも以前には存在しなかった犯罪類型については、適用できないからである。このように、この判決は、一般的指針八号 b は、一七五条 a には適用されないとする。この判決は、一般的指針の解釈論と一七五条 a の歴史的展開について考察をめぐらしているが、そもそも、一七五条ないし一七五条 a が「典型的にナチ的」であるかどうかを考慮を払っていない点で特徴的である。

一七五条 a が「ナチの思想財」であるかどうかを検討したのは、一九四六年六月七日のブラウンシュヴァイク上級ラント裁判所の判決⁽¹⁸⁾である。この判決によれば、「三五年六月二八日の刑法改正法は、それが一七五条を改正し拡大したとき、古い、ナチ的でない思想財に遡るものである。立法者には、当時、この法律が二つの全く異なった規定のグループを含んでいたことは明白であった。(1) ナチズムの見解の意味において原則的改正を導入したものの、(2) 個々の事件において出現した切迫した実務的必要性に迅速な補助を与えるためにのみ作られたものである。新たな一七五条、一七五条 a および一七五条 b を含むその法律の六条は、後者に属する」のである。⁽¹⁹⁾

② 将来に対する失効

この「典型的にナチ的」な法律であるかどうかという問い方は、他方で、ナチの法律の妥当に関するラートブルフ

の考察を決定的な点で制限するものであったといえることができる。ラートブルフは、法律の形をとった不法には、初めから一切の拘束力が欠けているから法律にもとづく行為は、すでにナチ時代において違法であったと述べたのに対して、典型的にナチ的な法律かどうかという問いは、たんに将来について言うものであったからである。すなわち、この問いにおいて問題とされたのは、ただ、ある法律が「もはや適用不能」なのかどうかであった。⁽¹³⁰⁾ 例えば、一九四六年九月一二日のフライブルク・上級ラント裁判所の判決は、「一九四三年五月二九日の命令によって刑法二五九条により臓物罪の未遂が可罰的となるとされたが、……そこでは、典型的にナチ的な思考方法に影響を受けた法の改正が問題ではなく、その継続妥当に対しては何らの疑義がない⁽¹³¹⁾」としているが、ここでは、将来に対する妥当が論じられているのである。

それと平行して、西側地域においては、すでに一九四七年の初頭に、連合国の立法の意図に反して、連合国によるナチス法律の廃棄は、将来に対してのみ有効であるということと合意していた。⁽¹³²⁾ このことは、さもなくば生じうる法的不安定性を理由にしていたのであった。この典型的な根拠づけについては、次の二つの判例を挙げておこう。まず、ハーゲン・ラント裁判所の一九四七年三月一日の判決は、「一般的には、ナチス国家の法律は、将来に対してのみ廃棄されたのである。したがって、ある法命題〔管理理事会法一〇号〕が、それに過去に遡って効力が与えられるときにも、適用されるものだというとしても、そのことは、まだ、もはや適用されるべきでない法律〔ナチ時代の法律〕に基づいて過去に行われた処分に対し、上述の管理理事会法一〇号を無制限に適用されるということにつながるわけではない。ナチス国家の今日の見解に反する法律を、一度も存在しなかったとみなし、それによって生成したすべての法関係を、あたかもこのような法律が一度も存在していなかったかのように判断しようとするならば、途方もない

混乱と法的不安定性に陥るであろう」とする。次に、一九四七年五月二一日のザールブリュッケン上級ラント裁判所の判決は、政治的・世界観的不許可による土地売却の認可を拒否した「反自然法的な行政行為」に関して、次のように論じる。「四二年二月三一日のおよび四三年三月七日の移住局の決定は、絶対的に無効ではないことについては疑いの余地はない……。なぜならば、この行政行為は、管轄権をもつ官庁によってその権限の枠内でそしてしかるべき形式で発布されたからである。第三帝国の法律が、最近、そのはっきりしたナチ的傾向のゆえに、廃棄された限りで、このことは、原則的に将来に対する (ex nunc) 効果のみをもって行われたのである」。さもなければ、この二二年間の全行政行為や多数の判決が再検討を要し、大部分が無効とされなければならず、そうなると、全法生活・経済生活が転倒させられるからである。

この第二番目の判例については、コーイングの批判的評釈がある。法的安定性を根拠にする反自然法的国家行為を適法だとみなすことは、「これに対する抵抗に違法だというレッテルを張ることになる」⁽¹³⁵⁾というのである。

③ ナチス法の原則的・形式的妥当性

このように、ナチの法律も、原則的には有効であるというのが、判例の基本的な立場であったように思われる。それを前提にして、内容的にどの部分が無効かを判断するというのである。次に、この方法が典型的に現れている判例を紹介し、この点を検討しておこう。

〔連邦裁判所一九五二年一月六日判決〕⁽¹³⁶⁾

〔事実〕 被告人は、すでに古くからナチ党 (NSDAP) の信奉者であったが、一九三三年以来の黨員であった。

彼の兄弟コンラートは、ナチ体制の過激な反対者であった。コンラートは、労働者仲間や身内の者達に、くりかえし、

国家統治や戦争の成り行きにつき批判的な言辭を弄していた。一九四二年末には、被告人に対して、なぜまだ党に入っているのか理解できない、戦争には負けるだろうなどと述べた。また、「ハイル・ヒトラー」など挨拶する人間はみな頭がおかしいとも述べた。これがゲシュタポの耳に入り、一九四三年二月初めに逮捕された。彼に対して、民族裁判所に防衛力破壊罪の公訴が提起された。被告人は、証人として、コンラートのような人間は抹殺されなければならぬなどと述べて、上の事実を証言した。その他の証人も証言した。コンラートは、その日のうちに死刑を宣告された。判決は再審請求を退けたのち、一九四四年五月二〇日に執行された。

陪審裁判所は、被告人の民族裁判所の前での行為を人道に対する罪とみなし、二年の軽懲役および三年の名譽剝奪とした。これに対して、上告がなされた。

〔判旨〕 まず、人道に対する罪を規定した管理理事会法一〇号の適用に対するドイツの裁判所への授權は、すでに撤回されたものであるとする。しかし、ドイツ法による処罰は可能であるとする。そして「被告人の惹起と責任は、法状態が変更されたのであるから、別の法的出发点から調査され、評価されなければならない」とする。その際、一九五二年七月八日の連邦裁判所の判決⁽¹⁹⁾において定立された法的原則が考慮されるべきである。それによれば、まず、民族裁判所の死刑判決が正当に下されたかどうか論じられるべきである。事実関係によれば、戦時特別刑法命令五条一項一号によってのみ死刑判決が下されるのであるから、この点を検討しなければならない。

(a) 「公然」という構成要件要素の解釈について。公然とは、一人の前で陳述した場合でも、それが伝播するはずのものであれば、公然性が認められるとするのが判例であり、この点については、新公判で調べられなければならない。ない。

(b) 刑の程度が相当であつたかについて。五条の法定刑の幅は広く、裁判所は、軽い事案には軽い刑を、重い事案には重い刑を選択しなければならない。死刑は、コンラート・Hによって実行された不法とその責任に対して堪えがたい不均衡をなしていた。したがって、民族裁判所の量刑は、その過度の過酷さにおいて、ザッハリッヒな衡量にもはや対応しない。それは、一切の合理的な程度を越え、事実審裁判官に刑の問題の判断に際して、設定される限界を越えていたのであり、裁量の自由の濫用が直ちに認定されうる。この刑種は、誤りであり、違法である。死刑の言渡しおよび執行は、法に反する。

(c) 被告人はその行為によってこの違法な殺人に寄与した。別の証人の行為によつても、同じ結果に至つていたであろうとしても、被告人の行為の、結果に対する因果性は否定されない。被告人が条件を与えたのであれば十分である。

(d) 証言するという訴訟法上の可能性および彼の証言の内容的正当性も、彼の行動の正当化のために援用できない。その行為によつて違法な結果が惹起される場合には、その可能性を用いないことができたからである。

(e) 内面的事実面としては、被告人がその行為の違法な結果を表象し意欲し、またはその発生を可能であるとなし、内的に是認したかどうかが決定的である。

被告人が、最も近い親族を軽微な行為を理由として犠牲にすることを厭わなかったことは、たとえ、それがナシヨナリズム的な狂信主義から行われたのかも知れないとしても、高度に非難されるべきである。

さて、この判決は、その行為の違法性の判断の出発点として、連邦裁判所の判断基準である、戦時特別刑法命令五条の解釈が、「許された範囲を越えていた」かどうか、また「まだ主張できるあらゆる法解釈を越えていた」かどうか

かの判断を置く。そして、死刑判決が「現実の法状態」に合致しない場合には、その死刑判決は違法な殺害行為でありうるものとする。

この連邦裁判所の判断基準は、全面的に、当時の「法」を基準とするのではなく、今日の「法」を基準とするのもなく、第三の判断基準を打ち立てるものである。⁽¹³⁾「連邦裁判所はその当時の法状態を検討したのではなく、今日の法状態を検討したのではない。むしろ時間のない予め与えられた法と判例の概念を援用して、いわば時間のない「現実の」法状態を検討したのである。そこでは、まさに第三帝国における法の役割に関する経験をもって歴史的に正当化された次のような思考モデルが基礎とされている。つまり、第三帝国の法秩序に二重性をもたせ、一部は、「制定法の形をとった不法」であり、他の部分は、そのような自然法に明確に反するわけではないので、まさに自然法の包括的拘束力を分かちもつのである。

上の判決でも、連邦裁判所は、戦時特別刑法命令五条そのものの「違法性」から出発していない。その適法性を前提として、その処罰の「過度の厳しさ」を違法だとするのである。したがって、コンラートの行為の「不法性および責任」は前提とされているのであり、もしコンラートが自由刑に処せられていたならば、それを適法であるとしなければならなかったのである。このことから、連邦裁判所の見解について大雑把には次のようにいうことができる。当時、正当であったことが、今日、不法でありえない。当時、正当でなかったのは、法を甚だしく逸脱し、極端に過酷であったもののみである。⁽¹⁴⁾

次に、ナチ不法体系の法規範の形式的妥当性および拘束性について論じた民事判例を紹介しよう。

〔連邦裁判所一九五二年一月八日判決〕⁽¹⁵⁾

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理(八)

本件の事案は、一九四三年まである鉾山の所有者であったが、一九三六年一〇月一八日の「四カ年計画の実施のための総統およびライヒ首相の命令」にもとづいて、一九三七年一〇月一日の「鉾山の権利者の提携に関する命令」が発せられ、この命令にもとづき、被告が、原告の鉾山区を補償金を支払って継承した。一九四二年一月一三日の命令により、被告が鉾山の所有権を取得した。原告は、その鉾山の所有権が自分にあるという確認を求めて訴訟を提起した。

訴えは、三審すべてにおいて認められなかった。

原告は、一九三七年の命令、一九四二年の命令が無効であると主張した。連邦裁判所は一九四二年の命令が無効かどうかを検討した。

〔判旨〕

「ある法規範の形式的妥当性——ある法律または法規命令が合憲的に成立したかどうかという問題——は、この成立の時に妥当し、妥当していた国家法によってのみ判断されうる。ヒトラーのみで、一九三六年一〇月一八日の命令を法有効的に発布できたかどうかという検討には、権力分立的な民主主義——とくにワイマール憲法またはボン基本法の諸規範——の原則が基礎とされてはならないであろう。というのは、ナチズムは、権力の分立の理論をつねに断固として拒否したからである。決定的なのは、ナチ時代において——とくに一九三六年に——支配的であった立法権および法規範の成立に関する見解のみでありえた。この見解の引用は、それが 洗練された法感情を侵害し、とくにナチ理論に対応するという理由で拒否されえない。いったん独裁がドイツ・ライヒの政府の形態になったあとでは、この独裁の時代において制定された法規範に妥当性が、その成立の種類が独裁の原則に対応することを理由として否

定されえない。反対の見解は、ナチ時代のすべての立法が、ほとんど法的に無効であるかのようなありえない結論につながるであろう（……）。成功した革命が、新たな形式的に妥当する法を制定できる新たな憲法および新たな立法者を作り出すことは、承認された権利である。革命によって作られた新たな国家権力は、国家法的に承認されなければならぬ。その根拠が違法であることは、それに反対しない。なぜならば、根拠が適法であることは、国家権力の本質的なメルクマールではないからである。国家は、国家権力なしには存立しえない。古い権力を除去することによって、自己を貫徹する新たな権力がその地位につくのである」。

この判決においては、法規範の形式的妥当性には、その権力の根拠の合法性に影響されるのではなく、その新たな権力の内部において正当化されればよいという見解が唱えられている。これは、連邦裁判所がカール・シュミット流の憲法論・国家論の伝統の中で「第三帝国」に国家法上の合法性を承認したことを意味する。ナチ独裁の外部的成功と現実政治的承認から、その内部的存立の正当化が生まれたのである。

以上によって例示したように、判例は、ナチス法を当然遡及的無効とはしていない。もちろん、これは、立法による法の全面改正が不可能であったことに鑑みれば、形式的には、あるいは、やむをえない方法であったかも知れない。しかし、他方では、上の判例が示しているように、判例が、実質的に見て、法律の分野での「完全な非ナチ化」を実現することから距離をとったことも明らかに示されている。それでは、「典型的にナチ的な」法律であるかどうかの判断に際して、判例はどのような基準を用いたのであろうか。ラーゲによれば、判例の態度は、原則的に、一九四七年頃を境にして変化するという。それ以降、判例は、ナチ的法律の有効性を主張する態度に出ることが多くなったのである。

(4) ナチス法の失効の判断基準

以下では、基本的に、ラーゲの分析枠組みに基本的に依拠しながら、それぞれの基準について、より詳細に検討しておきたい。ラーゲによれば、法理論と判例は、一九四七年中頃から、日常実務の中で、具体的に当該のナチの法律が『典型的にナチ的』な性格をもつかという問題を取り扱い、そのようなナチの性格を否定する一連の検討基準を展開したのであった。⁽¹⁴⁾ それらのテーゼを、判例と若干の考察を補って考察を深めながら検討することにしてしよう。

① 法律の客観的文言

ここでは、軍政府法三条六号にいう「明白な文言の意味」に従った解釈の要請から、ナチ・イデオロギーをはずぎ取った「客観的文言」を求めることによって解釈を非ナチ化しようとする方法が問題である。

ナチス法律の典型的にナチ的な内容を探し出すために立法者の動機、政治的目的およびこの法律の成立史も決定的か、それとも、文言の明確な意味および客観的な内容のみが決定的であるべきかどうかという問題は、一九四六年から一九四七年の中頃までは、一九四七年以降とは異なって答えられた。⁽¹⁵⁾ 第一の時期には、法律は、ナチスの世界観とその目的に照らして観察された。決定的なのは、「その当時の動機」であり、「法律の元々の目的規定」である。このような審査基準に基づいて、第一段階の判例は、例えば、民法一五九条aを一九三八年四月一二日の文言の形では、その法律の理由書が現しているように、その明白な人種政策的な目的から、「典型的にナチ的」であり、従って、適用できないと宣言した。同じく、一九四六年には、子供の人種的出自を認定可能とする刑事訴訟法六四〇条の継続的妥当も、その「ナチス人種立法との明らかな関係」のために、否定した。また、先に紹介したティルエッセン事件において、コンスタンツ・ラント裁判所の判決は、一九四七年に、「一九三三年三月二一日の恩赦は、その内容に従え

ば、典型的なナチの思想財に依拠するが、それは、確かにその文言とその形式的な形態からのみでは直ちには認識できないものであり、その成立史およびその目的からは確実に推論されうることである⁽⁴³⁾と述べて、客観的文言ではなく、その成立史および目的から「ナチの思想財」であるとしたのであった。

一九四七年中頃以降は、判例と学説は、突然に、ナチス法律の解釈は「明白な文言の意味」に方針づけられるとする軍政府法三条六号から、立法者の意思や動機およびその当時の法律の目的は、法律の継続的妥当に関する問題については考慮されえないということが演繹されうると述べはじめた⁽⁴⁴⁾。まず、客観的文言の意味にもとづく解釈を唱える典型的な判例であるノイシュタット上級ラント裁判所の決定を検討しよう。

〔ノイシュタット上級ラント裁判所一九四九年八月四日決定⁽⁴⁵⁾〕

事案は、刑事訴訟法三五九条の「再審」規定の効力が問題になったものであった。上級ラント裁判所によると、刑事訴訟法三五九条は、その旧規定の形で妥当しているという刑事裁判所の見解は、ラインラント・プファルツの法秩序には当てはまらない。三五九条は、一九四七年四月一日のラント命令によって廃棄される対象とはされておらず、したがって、むしろ、ナチの刑事手続の「第三次簡略化命令」による内容のものがまだ妥当しているのである。もちろん、このことから、裁判所にこの規定の法内容や適用可能性を検討する義務がなくなるわけではない。軍政府法第一号の第三条によって、ドイツ法のナチス理論による解釈は禁止されているからである。

このような検討の結果は、上級ラント裁判所によれば、「刑事訴訟法三五九条は、ナチ的な法規範であるとは断言できない」。その理由として、ナチによる第三次簡略化命令の前にすでに一連の判例において従来のものとは変わってきていたからである。しかしながら、三五九条がナチによって新たに把握された時、「政治的考慮が高度に影響し

た」ではなかったか。この点から、この規定は、ナチ的であるという結論が引き出せないのかどうかについては、裁判所は、次のように言う。

「政治的な動機が、法規範を新たに把握するに際して、重要な影響をもったという事情は、それだけではその法規範にまだナチ的法律である性格を与えるものではない。法規範がナチ時代に政治的目的のために濫用されたという事実、またはそれを初めから、この目的のために作られた、政治的目的のために濫用されるという事実は、決定ではない。……判断にとって決定的なのは、その客観的内容である。けだし、法律はその発布によって独自の存在となるからである」。

このようにして、裁判所は、「刑事訴訟法三五九条の新規定（ナチの規定）の客観的内容はナチの規定であるとは言えない」と結論づけるのである。

この戦後の判例における「客観的文言」という審査基準は、次のような特徴をもつ。①ラートブルフの法的性格否認テーゼにおいては「立法者の動機」が考慮されたが、それは、この基準においては考慮されないままであり、②その立法自体が正統的であったかどうかという問題はそもそも立てられず、また、③判例によって「濫用され」たにすぎない「純粹の法律」があるのだということが仮定され、それによって、専ら不法国家の実務に責めが帰せられ、差別的立法と恣意的な法律の適用とが連携し、協同したという事実⁽¹⁴⁶⁾に眼を塞ぐ結果となっているのである。

② 浄化的（清められた）解釈

まず、「浄化的解釈」とは何かを、例示によって明らかにしよう。刑法二四〇条は、強要罪の規定であるが、ナチ時代、一九四三年五月二九日の刑法調整令によって改正された。それによって第一項では、「法に反して」

(widerrechtlich) という文言に代えて「違法に」(rechtswidrig) という同義の文言が用いられるようになり、「重罪または軽罪をもってする脅迫」が「著しい害悪をもってする脅迫」に代えられたほか、法定刑が引き上げられた。二項は、二五三条と同じように、目指された目的のための暴力の使用または告知された害悪の付加が「健全な民族感情」に反するとき、行為は違法であると規定された。新しい第三項は、以前の二項に対応する。

この「健全な民族感情」という文言は、典型的にナチ的な言い回しである。しかし、このナチ時代の規定が、一九四五年以降、ただちに改正されたわけではなかった。そこで、この文言をどのように解釈するか、また、この二四〇条は、そもそも有効なのか問題となった。

さて、ここで、ラーゲのいう「浄化的解釈」(berreinigende Auslegung) が行われる。これは、次のようなことを意味する。すなわち、まず、ある法律がナチズムの性格をもつかという判断にとって決定的なのは、ただその事実的、客観的な内容である。「民族の保護」(刑事訴訟法三五九条) または「健全な民族感情」(刑法二四〇条二項、二五三条二項) といった言い回しが用いられているからといって、それは、たんに表面的な「慣用句」が用いられている法律となるだけであって、そのことが規範を典型的にナチ的な法律であるとして烙印づけるものではない。⁽¹⁷⁾ それはたんに「正当な法命題のナチ스의粉飾」というべきものである。むしろ、正しい、民主主義国家においても適用可能な法命題をこの粉飾から選り出すためには、このような言い回しを、たんに「客観的な考察の基準」によって置き換えるべきであり、このようにして、解釈を「ナチ的内容」から「清める」ことによって、その法律を法国的解釈のもとに置くことができるのである。例えば、「民族の保護のため」という文言については、先のノイシュタット上級ラント裁判所の判決は、政治的考慮についての考察の後、引き続いて、次のように論じている。

それによれば、刑事訴訟法三五九条の第二項が、被告人に不利な再審が許されるのは、新たな訴追が民族の保護のために必要と明らかになった場合のみであると規定していたことについては、次のようになる。「『民族の保護のため』という表現は、もちろん、はっきりとナチズムの概念を表している。しかし、法規範は、その中に、ナチズムのスローガンが含まれているというだけで適用不可能なのではない。ここでも、法規範の内容が決定的であり、客観的な、政治的に影響されない、法治国家的な法律解釈にあつて獲得される結果が決定的である。ここでは、『民族の保護』または『健全な民族感情』といったナチズム的な概念は、客観的な評価基準によつて代替されなければならない⁽¹⁴⁸⁾」。

ここで「民族の保護」や「健全な民族感情」といった概念は、客観的考察基準によつて置き換えられなければならない。これによつて二四〇条と二五三条の適用可能性が肯定された。一九四七年四月二四日のコブレンツ上級ラント裁判所の判決⁽¹⁴⁹⁾は、この見解に立つ。一項は、ナチの法理観に関係するものではなく、「法の継続的發展」である。二項も適用可能である。「もちろん、『健全な民族感情』の概念に代えて、『善良の風俗』という概念を使うという限定のもとにある」。

これに対して、「健全な民族感情」という概念は完全に法律の中に染み込んでいるとして、健全な民族感情による処罰を禁止した軍政府法第一号の第三条七号によれば、刑法二四〇条および二五三条の適用可能性もなくなるとされ、この点で、判例は、一九四六年末ないし一九四七年初頭までは、広く一致していた。⁽¹⁵⁰⁾「健全な民族感情」という概念を用いた、従つて刑罰法規の適用範囲を記述したすべての刑罰法規は、妥当性を失つた。⁽¹⁵¹⁾

例えば、一九四六年七月一〇日のカマーゲリヒトの判決⁽¹⁵²⁾は、次のようにいう。二四〇条二項が今日もはや適用でき

ないのは、まさに明らかである。すでに管理理事会布告第三号により、「健全な民族感情」による処罰は禁止されているからである。刑法二四〇条は、これまでしかし、全体として廃棄されたわけではないから、二項の規定なくしてその規定がさらに引き続いて適用されるのかどうかという問題が生じる。「このナチス政府によって司法に導入された概念は、ナチ体制のもとで公的見解表明権がなく、したがって、民族の見解または感情が公的になることができなかったことよって、その価値を低めた。「何が健全な民族感情かの決定は、党が決めたのである」。「したがって、二四〇条の新規定およびそれとの関係で三三九条の削除は、強くナチズムの考え方に煩わされており、その結果、二四〇条二項の適用を排除するだけでは不十分である。本法廷は、法律規定は、全体的にのみ観察されうるのであって、また、もしそれが全体としてナチの思想に依拠しているのなら、全体が適用不可能であるという見解に立つ」。

これに対しては、もちろん、二項の新規定のみが適用できなくなったものとする判例もある⁽¹⁵⁾。フライブルク上級ラント裁判所は、二項については、「違法性の概念は、刑法旧規定においては、何度も用いられているが、特別な説明は与えられていない。そのような説明は必要でもない。判例も学説も、明白で普遍的な定義を与えていたからである。それによれば客観的に法秩序に反するものが違法である。この法秩序によって設定された限界を、二四〇条二項において与えられた概念規定は、それが、強要の手段に関する違法性を、ナチズムに刻印されたいわゆる『健全な民族感情』の概念にからしめることよって、意識的に超過する。この『健全な民族感情』は、直観的な基礎に依拠する生活感情の感覚的形式であって、したがって、本質的に理性によって限界づけられる『善良の風俗』の概念とは異なる。それは、ナチズムの法思想において原則的な意義を獲得した。そのことは、それが、法生活において『善良の風俗』というより狭い概念に取って替わるべきだということから、生じたのである」。このようにして、二項の

適用を否定し、二項を削除しても、違法性の普遍妥当の定義が再適用されることになるのだから、法律の欠缺が生じるわけではないとする。

しかし、学説の中には、淨化的解釈を唱えるものもあった。フライブルク上級ラント裁判所の判決に対する評釈において、ニートハンマーは、次のように述べる。⁽¹⁵⁾「しかし、病的な情熱によって影響されない一般的な感情や意欲を生じたし、それによってのみ、国家的権力の担い手が、ある法破壊的な干渉を、あたかもそれが健全な民族感情に依拠するかに思わせたということが、可能となったのである。この欺瞞のために濫用された高い価値自体は存続する。法にとつての健全な感情はあらゆる文化的民族の共有財産である」。ここで、グスタフ・ガイプの言葉が引用される。「法の源泉は国民の意識である」。このように、ニートハンマーは、「支配的な国民の意識」の概念によって「健全な民族感情」を読み替えることによって、二項をも適用できるものとしたのである。

③ 通常的法発展の結果としてのナチ的法律

確かに、法律の客観的文言のみを手がかりとして解釈し、その前文や目的規定によって一般的にナチ思想を規定することに於てその文言に後に吹き込まれたナチ的精神から淨化することは、法律の非ナチ化の手段の一つである。しかし、それは、逆に、ナチ的文言であつても、新たな観点からの解釈を許すことにつながる。このような解釈に加えて、ナチ固有の概念と法治国家的、民主国家的な精神から新たな内容を与えられうる概念とを区別する必要がある。⁽¹⁶⁾その場合に、ナチ時代の法律が、特殊ナチ的な法の発展であるのか、それともそれは、例えば、法の近代化に普遍的に随伴する「通常的法発展の結果」なのかをそれを区別する基準として用いられた。⁽¹⁶⁾

ググモスは、次のように言う。「大抵の裁判官は、今日も、全く容易にそれを行う。かれらは、ナチスの法律の公

式理由書から、または最近の最高裁の判決の理由から『典型的にナチスのな思想財』を読み取り、すでにそのゆえに、ナチス法律のその他の妥当性を否定する。ただ少数の裁判官のみが、かつてのように、本質的なものを思い出し、それによって、適切な事例において、ナチス時代に発布された法律が、ナチスの粉飾にもかかわらず、事の上の発達に従ったものであり、かくして、最近においても生じたはずの普通の法発展の結果だと見て、従っていまだ適用可能であり、有用であると証明しようとした⁽¹⁹⁷⁾。

以上のことから、ラーゲは、次のように帰結する。客観的文言を基準とし、浄化的解釈を行い、また、ナチの法律を法治国的合理的法概念のもとに置くこと、そして、それに応じた法律解釈のもとに置くことによって、法治国的法とナチ的法の間の原則的な相違を明らかにすることを要しないで、ナチの法律を、それは法的「当為」から、「現実の存在」が普通に逸脱しただけのものであるとして克服することを可能にする。上で挙げた検討諸基準は、このようにして、一九四五年を越えてつながる法の連続性を構成する基礎であると証明される。連合国の立法によって主導されたナチの法秩序の正統性の剝奪を背景としつつ、それらの諸基準は、ナチの法秩序への音もなき再帰の諸形式であると特徴づけることができる⁽¹⁹⁸⁾。

このナチス法を「通常の法発展の結果」であるとする論拠の一つの変形として、ラーゲは挙げていないが、「以前の解釈も同様の結論に導く」という論拠を付け加えることができるであろう。それは、刑法二五三条の恐喝の構成要件に用いられた「健全な民族感情」の文言の解釈をめぐって、シュトゥットガルト上級ラント裁判所⁽¹⁹⁹⁾によって展開されたものである。一九四三年五月二九日に、二五三条二項に、この「健全な民族感情」の文言が導入された。戦後、管理理事会法一一号はこの文言を削除しなかったが、軍政府法第一号の四条七号によれば、類推を適用して、またい

わゆる健全な民族感情により処罰することは禁止された。そこで、この刑法二五三条による処罰ができるのかどうか
 が問題となった。より詳しく言うと、「健全な民族感情」による犯罪行為の処罰の禁止は、二五三条の全新規定に及
 ぶのか、それとも、「健全な民族感情」による違法性の概念の二項に規範化された解釈のみに及ぶのかについて見解
 の対立があった。⁽¹⁰⁾ 上記シュトゥットガルト上級ラント裁判所の判決とドルトムント・ラント裁判所の判決⁽¹¹⁾が対立した
 のである。ドルトムント・ラント裁判所は、前者の見解に立ち、二五三条の適用を否定する。「健全な民族感情」に
 よる違法性の認定は、刑法二五三条の新規定においては恐喝の本質的構成要件要素にされた。……それによって違法
 性の要素は、二項の明示的な規定により、一切の犯罪行為に属する行為の違法性の可罰性とは本質的に違った解釈を
 行われるべきである」というのである。これに対して、シュトゥットガルト上級ラント裁判所は、逆に、二五三条の
 規定が完全に適用から排除されるわけではないとする。「それは本質的に、恐喝の法律上の構成要件を文献と判例に
 よる以前の法律文言の解釈結果に適合する」のである。二項の「健全な民族感情」の文言の果たすべき目的は、「以
 前は判例においては、行為者によって脅された害悪が取引慣行に合致するかどうかが基準とされた」。このように、
 シトゥットガルト上級ラント裁判所は、ここで、「健全な民族感情」の概念は、ナチ的であっても、それと同じ機
 能を果たす「取引慣行との適合性」という以前の判例の基準によるのと同様の結論に導くがゆえに、二五三条の適用
 には支障がないとするのである。この判決自体は触れてはいないが、もちろん、この二五三条の旧規定を適用すると
 いう見解に対しては、それは、失効させられた規定に代えて、以前の規定を復活させるものだとその反論が予想される
 しかし、これに対しては、管理理事会法一一号の四条は、その法律自体に含まれた廃止のみに妥当するのであって、
 二五三条の失効は、別の規範の問題だと再反論されるのである。⁽¹²⁾

④ 新国家におけるナチ法の有用性

ナチの法秩序の正統性の剝奪に対して法的連続性がこのように凌駕していることについて、それを最も明白に表しているのが、ここで検討されるべきもう一つの検討基準である。それは、ナチの法律は、それが「今日の事情のもとでも、内容的に司法の需要に即応するときには、そのまま妥当すべきである」というものである⁽¹⁶⁾。

新しい国家におけるナチス法律の有用性についての問題は、典型的にナチスの法律ないし法律の形をとった不法およびその継続的妥当に関する問いを逆転させる。法律が典型的にナチ的性質をもつか、従って妥当しないかが問われるのではなく、新国家が法律を必要とするかという連続性を確実化する問いを立てたのである。そしてそこからそれは典型的にナチ的でありえないと帰結した⁽¹⁶⁾。例えば、一九四六年六月一日のドレスデン上級ラント裁判所の判決⁽¹⁶⁾は、戦時経済命令一条一項および三項及び一条aの一項の継続妥当につき次のようにいう。「戦時経済命令が作られたのは、それがナチ的・軍事的プロパガンダに役立つとされたからであるというのは確かに正しい。しかし、このことは、問題の規定が、戦時中のみならず、戦争の後遺症ともいべき経済的困窮状態および厳しい配給制の必要が存在する限りで、その完全な正当性をもつということも否定できない。それがなくなれば、堪えがたい結果が生じるであろう」。このようにして、判決は、「差し当たり、ナチ時代に発する内容的に不可欠の法律を単純に存続させることが必要である」というのである。

⑤ 法治国家もそのような法律をもっている

「典型的にナチ的な法律」とは、ナチズム固有の法律を意味しうるが、ナチズムも、全体主義的国家体制の下位概念とされうるものであり、とくに、戦時においては、いかなる法治国家においても全体主義的傾向をもった法律が発

布されるものである。このような一般の特徴をもつものであれば、それは、すでに「典型的にナチ的」とは言えないのであろうか。この時期の裁判所は、およそこのような論理を用いて、典型的にナチ的な法の存在を否定する⁽¹⁶⁶⁾。

すなわち、まず、ナチス法律に対応する規制が民主的法治国家にも見出されるときに、その存在は否定された。⁽¹⁶⁷⁾この検討基準は、すでに、ニュルンベルク裁判において適用された。そこでは、いわゆる慣習犯人命令に関して、「慣習犯人の処罰に関しては、我々は、答えは明確だと考える。多くの文明国において、法律規定が、裁判所が、もし三回またはそれ以上の犯罪処罰が与えられたと証明された場合には、犯罪のゆえに終身自由刑を言い渡すことを要求している。我々は慣習犯人の終身拘禁が平和時のアメリカにおいては治療的な合理的な処罰であるが、ドイツにおける死刑の言渡しが、国民が、戦争の圧力のもとに置かれていたときに、人道に対する犯罪であるとはただちには言えない⁽¹⁶⁸⁾」。

とくにこのような法治国家との比較は、「戦時法的規定」が問題になるときに、頻繁に用いられた論理である⁽¹⁶⁹⁾。それは、一九四八年以降、法理論と判例によって、一九四八年以降、とくにいわゆるラジオ放送命令 (Rundfunkverordnug) の検討、戦時特別刑法命令の検討の際に、大逆罪、ラント反逆罪および身分裁判所命令に関する規定において、取り行われたのであった。このような「戦時法的規定」によって、ナチス国家は、その国家に属するその構成員とその国家机关を保護するという要求のみのために規範化した。従って、このような規範は、決して典型的にナチ的な法律ではなく、決して法律の形をとった不法ではありえないというのである。

例えば、ラジオ放送命令は、「我々の文化国家のその他のすべての諸国の法秩序において、同様の規定の存在しないものである⁽¹⁷⁰⁾」。しかし、このことから直ちに、それが文化国家の法確信に矛盾するとはいえない。「確かにその規定

の中には自由な意見表明の権利に対する攻撃が存在する。しかし、他方で、戦争の間に自由な意見表明の権利を制限すること、とくに、戦争のモラルに有害な宣伝を抑圧することは、いかなる国家も厭わない」というのである。

このことは、一九四八年二月一九日のヴァイデン・ラント裁判所の判例⁽¹⁷⁾においても示されている。それによると、「刑事部は、ラートブルフによって唱えられた見解に従う。それによれば、その内容上、明らかに正義の原則に反した……ヒトラーの国家のそのような規則に則って発せられた法律と命令のみが法的に無効である。純粹に戦時法的な規定について、それが、ときには、内部の体制の維持にも役立つかもしれないとしても、そのような白地的性格が主張されえない。ただし、その主たる保護客体は、——これとは無関係に——国家の主権そのものだからである」。

この論理は、しかし、ナチス全体法秩序における当該法律の機能を視野の外に置くものである。「ナチの国家指導および戦争遂行の全体枠組みの中に位置づけ、それによって明白に不当な目標のための手段として現れるなら、不当な法である」といえるのではないだろうか⁽¹⁸⁾。ラーゲも、次のようにいう。「法治国家的（国家保護）法律との比較は、ラートブルフ公式にとって本質的であるとして考慮された、全ナチス法体系に対する個々の法律の関係の考慮を見誤るものである。それは、例えば、戦時特別刑法命令の、不法国家の実務への移植を無視するものである。それによれば、これは、国家の保護ではなく、他思考者の抹殺に役立つのである。法治国家とのこのような比較と一致するナチスの法律の法治国家への活用、ナチス国家の、緊急事態に立たされている法治国家への活用の耐えられないことは、最高裁判所が、鋭い言葉で示唆している⁽¹⁹⁾。次に、それを引用しよう。

「英国、スイス、および合衆国における一定の法発展につき、陪審裁判所が比較して指摘する点は、事実に当たっていない。たとえば、『防衛力破壊』と特徴づけられる犯罪行為は、もちろん、戦争においては、どこでも考

えられる。人權を、その目的よりも、疑いもなく、下位に位置づける専制的な国家は、防衛力の破壊の概念を法治国家におけるとは異なつて理解し、利用する。……英国の市民は、恣意的な警察追及について、および、家族圏の中で、常に操縦された特別司法の残酷で苛酷な刑罰および強制収容所方法の法状態について疑わしい表現をしたとして、危険にさらされるわけではない。……法治国家的な、正しく運用された原則に従つたひどい妨害行為のためたまの可罰性が問題ではなく、ナチス国家が、法治国的に意識する国民との比較が禁止されるような原則にまで高められた他様思考者または懷疑者の残酷で恣意的な「淘汰」が問題である。……この原則的、法的に決定力のある相違を、陪審裁判所は見誤つて⁽¹⁴⁾いる。」。

ただ、このような該法律の機能論についても、次のような反論があることも忘れてはならない。「このような見解は、支持できない。最後の帰結まで徹底すると、それは、不当な目的をもつ国家においては、一切の法律が無効であるということの意味する。法律とは秩序を意味し、秩序は国家の不当な目的を促進するがゆえに、法律は不当でなければならぬというのである。しかし、そのような論証は、国家共同体のもとで集まつた人間が秩序を必要とし、彼らにこのような秩序が拒まれてはならないことを看過している。ここでは、法的安定性は、正義より高次に位置するのである⁽¹⁵⁾」。

(5) 一九四七年以降の路線変更

すでに述べたように、ズザンネ・ベントラーは、その「一九四五年以降の司法と施設殺人」と題する論稿において「安楽死判決」に関する判例の展開は、一九四七年から四八年に不処罰とするという方向に転じたという意味で「一八〇度の転回」を遂げた⁽¹⁶⁾と述べている。その原因は、どこにあったのか。シュトライスによれば、一九四六年末と一

九四七年初頭の間の検討基準の明確な激変は、新出発から復興へと社会的全体的雰囲気に変化したことと関係している。それは、「典型的にナチス的な法律」の問題にどう答えるかという裁判官の態度が、とくに一九四七年以降に、司法に舞い戻って、司法に強く浸透してきたナチ法律家の考え方・態度と関係している。⁽¹⁷⁷⁾

判例と法理論によって一九四七年以降展開された検討基準は、ナチス法が「非ナチ化され」ることにつながった。その際、もちろん、非ナチ化は、ナチ法の完全の除去をではなく、いわゆる法治国的、客観的文言へのその還元によるナチス法の内容的浄化、純粹洗濯を意味したのであった。その結果は、「清められた、ナチス法」⁽¹⁷⁸⁾が継続妥当するものとされ、これによって、ナチス国家の法秩序が正統化されるということになったといってもよいだろう。⁽¹⁷⁹⁾

(6) ナチス法の原則的「妥当性」

さて、以上においては、「典型的にナチ的」な法律を判断する基準につき、いわば、その発見の方法論について概観してきた。しかし、ここで、現実に、ドイツの裁判所が、どのようなナチ時代の法を有効な法であったと判断したのかを極端な例を挙げて浮き彫りにしておきたい。最初は、連邦裁判所のこの問題に対する原則判例である。

① 連邦裁判所一九五二年七月八日判決⁽¹⁸⁰⁾

〔事実〕 被告人の夫は、兵士であったが、被告人に対して日頃、兵隊であることに嫌気がさしているとこぼしており、その際、「ゲッベルスは与太者だ」などと言ってナチの大物を侮辱する言辞を弄してした。夫が召集されたから、被告人はふしだらな生活を送り、別の男性招き入れ、夫との仲が悪化したため、被告人は、夫の言動をSAの突撃隊長に密告した。ナチ党にもこれにつき連絡が行ったにもかかわらず、さしあたり夫には何も起こらなかった。その後、夫が不意に帰宅したときに、他の兵士が住居に居たことから、夫婦は激しい喧嘩となり、翌朝被告人はもう一

度突撃隊長に密告した。夫は逮捕され、その半月程のちには、軍事裁判所で「軍事力破壊」(Wehrkraftzersetzung) 罪によって公判に付された。被告人は、夫の言動を証言した。裁判所が証拠不十分で有罪にできないと認めたととき、被告人は突然に立ち上がって、その証言を宣誓できるし、したいと述べた。裁判長は、証言拒否権などを説明し、「夫の首」(Kopf ihres Mannes) にかかわる問題だと念を押したにもかかわらず、被告人は宣誓の希望を変えず、宣誓した。軍事裁判所は、夫に死刑判決を下したが、死刑は執行されず、夫は、拘禁され続けた。

〔陪審裁判所〕 軍事裁判所によって適用された戦時特別刑事命令 (KSMVO) 五条は、確かに典型的にナチ的であつたが、軍事裁判所は、この「有効な一般的に拘束的な法律」を適用したのであつて、従つて、適法に行動した。被告人は、それにもかかわらず自らは違法にふるまつたと言いうるかもしれないが、そのような考え方には、犯罪の告発は、当時もあらゆる国民に許されていたという考慮が反対する。この適法か違法かという問題に、決定を与えることはできないが、被告人がその行為を適法だと信じていたことは反論できない。被告人の故意は、違法な結果に向けられていたとは証明できない。

〔連邦裁判所〕⁽⁸⁾ この理由づけは多くの点で法的に疑問がある。被告人の夫に対して宣告された死刑は、軍事裁判所の裁判官の立場からすれば、適法な措置であつたが、被告人は、間接正犯として、それにもかかわらず、違法に行爲したかも知れないという陪審裁判所の見解は法的に誤りである。違法性の問題は、あらゆる関与者に統一的に答えられなければならない。従つて、軍事裁判所が適法に行動したというのであれば、被告人の無罪は維持されるはずであるが、この見解は法的に誤りである。「死刑判決が、例えば、軍事裁判所によって適用された戦時特別刑事命令五条一項一号に、より高い順位の超国家的法規範との矛盾のゆえに、当時についても妥当性が否認されなければならない

がゆえに、すでに違法であったかどうかは詳論するを要しない。むしろ、陪審裁判所とともに、それが当時妥当する法であったということから出発されるべきである」というのは、この規定の法的妥当性を肯定したとしても、本件の事案には、戦時特別刑事命令の五条を適用する余地はなかったからである。なぜなら、この規定は、夫の言動が公然と行われたときのみ適用できるからである。

この陪審裁判所の判決は、戦時特別刑事命令五条を「有効な一般的に拘束的な法律」であるとしている。連邦裁判所は、この点、判断を最終的には回避しているが、「陪審裁判所とともに、それが当時妥当する法であったということから出発されるべきである」という。この判例は、ナチス法に対する態度についての連邦裁判所の基本的な出発点をなす。次のいわゆるガルベ事件に関するキール上級ラント裁判所の判決は、一九四七年のものであるが、この事件は、ナチに抵抗したジャーナリストがナチ時代に逃亡罪で死刑判決を受けていたが、戦後、ドイツに帰国したところ、ナチ時代の犯罪を理由として起訴され、しかも、被告人のナチ時代の抵抗行為を違法と判断したものであり、戦後ドイツの司法のナチに対する態度を象徴するような判決である。この事件は、「ガルベ事件」としてよく引用されるものである。

② キール上級ラント裁判所一九四七年三月二六日判決^(密)（IIガルベ事件）

〔事実〕 一九四六年一月二三日にリュューベック・ラント裁判所は、二七歳のジャーナリスト、ガルベを五カ月の軽懲役に処した。ガルベは、兵士であったが、一九四三年一月二九日にシュトラールズンドの軍事裁判所によって逃亡（Fahrenflucht）の罪で死刑とされたにもかかわらず、執行の前に逃走した。一九四四年二月にリュューベックで逮捕されたが、尋問中の警察官を殴り倒して再び逃亡した。ガルベは、スイスに逃れたが、戦後になって一九四六年

五月にハンブルクに帰ってきたところを、リュューベックで逮捕され、「国家権力に対する反抗」および「殺人未遂」として起訴された。ガルベの殺害の故意を、ラント裁判所は、彼がナチズムの敵対者であったことから認定した。

〔判旨〕 被告人の弁護人は、戦争は、国際法と国法に反し、違法であったとし、従ってその遂行のためのあらゆる処分は違法であったとする。逃亡判決は無効であり、警察官の職務執行は適法ではなかったのであり、被告人の行為は、正当防衛であると主張する。

本廷は、警察官の職務執行は、ここでは適法であったという見解である。国際法に違反した戦争も戦争規則に服する。そしてドイツ人の戦闘行為は、戦争規則と慣行が守られ、行為が軍事的必要性に要請されている限り、適法である。戦争と平和に関する決定も、ドイツの当時の国法上の状況によれば総統の決断事項であった。ヒトラーによる戦争宣言は、ドイツの当時の憲法状態によれば、文句のつけようがない。ヒトラーの政府は、犯罪的な政府であり、犯罪的国家に対する抵抗はつねに適法であるという見解が主張されることがあるが、国家権力が犯罪を行うという事実、その処分や法律がすべて法的に無効だというわけではない。行政行為は、適法性と有効性の推定を受け、その成立の瑕疵とは無関係である。被告人の行為は、今日の見解によれば、——遡及的にみれば——適法であると主張される。たしかに、あらゆる典型的にナチ的な規定は、もはや適用不能である。しかしここに例外はある。確かに、新法を創造する革命行為は、本来、それが成就すれば適法である。この観点から一九四四年七月二〇日の暗殺関与者の行為は適法とみなされうる。しかし、本件における被告人の行為は、たとえ政治的敵対性から実行されたものとしても、それには遠く及ばないものである。後の革命と何ら明らかに関係がない個別行為であり、この観点は、その行為を遡って適法だとはしない。

「行刑官吏の職務行為は、義務を守った執行にあたってはつねに適法である」。確定力のある死刑の執行のための執行官吏職務行使は、基礎となっている判決が誤りであっても、適法であった。したがって、被告人には、正当防衛権は認められない。

刑法五四条によれば、行為が責任のない、別の方法で避けられない緊急状態において行為者の身体または生命を救うために実行されたとき、可罰的行為は存在しない。しかし、行為者に危険を受忍する法的義務があるとき、緊急避難を援用することはできない。この緊急避難を排除する受忍義務は、法義務による干渉の受忍義務が課せられている場合も存在する。したがって、有罪者判決者は、その決定が確定したとき、判決の執行を受忍しなければならない。不正な判決によって死刑判決を受けた者も、緊急避難を援用して執行官吏を殺害してはならない。したがって、被告人の行為は、本法廷の見解によれば違法であり、有責である。

この判決を評釈したアルントは、次のように述べる。⁽⁸³⁾「その単純に実証主義的で形式主義的な考察方法によって、キール上級ラント裁判所は、悲劇的であり、個々の事案においてはしばしば解決できないドイツのあんなにも多くの人々の途方もない良心の葛藤を消し去るよう命令する」。「裁判所は言う。自己を貫徹しようとする一切の国家権力は、適法な権力である、したがって、ヒトラーの独裁も、ことにそれが長年にわたってドイツ人の生活に影響を及ぼしてきたのであるから、遡及的に、法的構成によって除去されえないものであると。しかし、それ自体いまや誤っており犯罪的存在の権力が、それにもかかわらず、その時代には適法な権力であったと見なされるのであろうか」。このように、アルントは、判決が「事実的なものの規範力」という標語によってヒトラー政権の非合法性は重要でないということを論証しようとしているのを批判するのである。

最後に、ナチ的内容をもった行政行為の確定力、ないし「自然法に反する行政行為」の問題を扱った判例を検討しておこう。⁽¹⁸⁴⁾

③ ザールブリュッケン上級ラント裁判所判決⁽¹⁸⁵⁾

被告の死亡した夫が、一九四一年の公証人付きの契約により土地を原告に売却し譲渡した。三六年の移住法によって必要とされる行政官庁の許可は、四二年に、ラントの評議会により拒否された。原告の四三年の抗告は、ラント政府知事の決定により棄却された。その理由は、原告は、ユダヤ人との交際により、政治的・世界觀的関係から許可を与えられないのであった。原告は、この決定を、ナチ的考慮に基づくものであるため、無効とし、現在の行政官庁の一九四六年および四七年の決定により、以前のナチ時代の決定は廃棄されたのであるから、契約は、有効となり、したがって、被告は、この契約を履行する義務があると主張した。四六年五月二九日のラント裁判所の判決により訴えは棄却された。控訴審たるザールブリュッケン上級ラント裁判所も、控訴を棄却した。次のようにいう。

「第三帝国の法律が、最近、その明白なナチ的傾向により廃棄された限りで、このことは、原則として、将来に対する効果をもつてのみ、行われる。廃棄された上述の法律に基づく高権的行為に関しては、原則として、何も規定していない。高権的行為の絶対的無効の問題に關する一般に妥當する法見解を拡大して、一度、この行為は、その非難すべき内容により、無効だとする解釈に至るならば、現在の立法者の従来の原則的態度から、そのような行政行為に關しても、遡及力をもつて絶対的無効が制定されたということが予測されるであろう。そのような明示的な法律上の規制がないから、本法廷は、さもなくば極めて脅かされる取引の安全性・法的安定性に關して、非難すべき内容のゆえだけで、そのような高権行為が絶対的無効を意味するという見解には与することができない。」

この判決を評釈したコーイングは、⁽¹⁸⁶⁾法的安定性という根拠から自然法に反する国家行為を有効であるとするなら、それに対して抵抗した場合、それは違法となると批判する。

(7) 自然法

さて、ここで、従来の検討において意識的に検討対象とはしてこなかったもう一つの、ナチ不法に対する判断基準を挙げておこう。それは、戦後の法学界のいわば基本的な理念となった重要な基準であり、これは、章を改めて論じる必要があるため、ここでは詳論を避けてきたのである。それは、「自然法」という基準である。自然法という基準について、ここでは、したがって、その概念を用いた判例を挙げておくにとどめたい。次の判例は、多数の判例に現れているヒトラーの秘密命令にもとづく医師による精神障害者などの抹殺に対する殺人罪が問題になった事例のひとつであるが、ここでは、上の判例とは逆に、当時の命令を「自然法に反する」と判断している。

① 無価値な生命抹殺事件⁽¹⁸⁷⁾

〔事案〕 医師PとSは、ヒトラーの命令に従って多数の障害者を殺害した。

〔判決〕 陪審裁判所は、この行為を故意の、違法性の意識のある殺人の幫助とみなした。

この殺害は、秘密の、一九三九年九月一日に遡る一九三九年一〇月のヒトラーの命令にもかかわらず、客観的に違法であるということについては、今日一致がみられる。本法廷も同意見である。その性質上規範としては全く考察にのぼらないヒトラーの一切の法的に重要な意思表示は、その形式にもかかわらず、法律と同様であり、法拘束的であるという一定のナチスの法学者の意見は、法国的考察方法の際に法源論としては考慮に値しない単独支配者のための法共同体の所属員の尊厳を侵す自己放棄である。ただ唯一、有益性の較量に依拠する、形式的に規律に適合したそ

のような内容のナチス法律は、自然法にも反し、従って無効であるという事実審裁判官の見解は、かくして、採用できらる。

被告人PとSの行為は、刑法二二一条による謀殺の幫助(四九条)である。その病院内での殺害は、計画的だったのみならず、「陰険で」「残酷」なものでもあった。刑法五〇条一項によれば、一切の犯罪関与者は、他の者の責任を顧みることなく、その者の責任に従って可罰的である。その他、法律は、関与者の特別の人的性質または関係が刑を加重し、軽減し、または阻却すると規定するとき、このことは、規定の二条によれば、それが存在するその関与者にのみ妥当する。本件において、幫助者の責任は、彼が、その行為を特に非難すべきものだというその骨子を知っているながら、その自らの動機から、行為を故意に促進したという点に存在する。まさに刑法五〇条一項の「責任」に関する立場からは、行為事情を完全に知りながら幫助者によってなされた謀殺に対する幫助行為を、幫助者の動機と行為が正犯行為の事情とは切り離され、それ自体として考察され、とくに非難すべきものでないということを理由にしてのみ、——まったく与えられていない——故殺に対する幫助と評価することは、自然的考察に反する。さらに陪審裁判所は、適切にもまた法的誤謬なく、被告人は、関与すべく強制的な命令に服したのでもなく、強要や緊急避難において行為したのでもないとして認定した。これに対して、陪審裁判所は、超法規的緊急避難という正当化事由を認めるが、これは法的に是認できない。超法規的緊急避難の理論は、秩序ある法治国的状態の上に構築されるものである。しかし、この理論は、その構成上、全く違った、国家によって計画された犯罪によって特徴づけられる事案には適用できない。その理論は、国家自体が犯罪を計画し、一定の国民から公然とまた隠然と違法な行為を要求する場合には、機能しない。これに反して、別の連関において、そのような大量犯罪の国家による計画と遂行には、決定的な意義が与

えられうる。その限りで、本法廷の確信によれば、正義は、もちろん人的処罰阻却事由の作用による一回限りの、狭く限定された例外を要求する。

判例は、戦争終結直後には、多くの判決において、ナチスの法律や高権行為の「自然法違反」を引き合いに出して⁽¹⁸⁸⁾いるが、次の判例において、このような自然法思想が比較的詳論され、自然法に反するがゆえに不法であるとする範囲を限定する法理を展開している。ここでも、判例は、このような一義的な判断を避けるための理論を展開している。

② 連邦裁判所一九五二年一月二九日判決（ユダヤ人連行事件）⁽¹⁸⁹⁾

〔事案〕 一九四一年二月一日から一九四五年二月二日の期間に、二四六二人のユダヤ人がヴェルテンベルクから東部へ一一台の列車によって連行された。この輸送の目的地は、リガ、イスビザ、テレージエンシュタット、アウシュヴィッツであった。被連行者の大部分は、死亡した。それが、この「作戦」(Aktion)の目的でもあった。被告人K、O、A、Mは、担当官の長として、あるいはユダヤ人担当官として、この作業に関与した。彼らは、被害者のリストを作成したり、列車を調達したり、被害者の荷物を検査したり、あるいは輸送指導者などとして輸送目的駅まで輸送をしたりした。陪審裁判所は、被告人らをこの計画の起草者で指導者であるヒトラーやゲーリング、ハイトリックの行動、つまり、謀殺および職務行為上の自由剝奪致死への幫助が問題になるとした。

〔判決〕 しかし、陪審裁判所は、彼らは、ユダヤ人には、輸送によって、何か良くないことが生じるといふ漠然たる意識はもっていたかもしれないが、ユダヤ人の輸送というその職務行為によって現行法に違反するとは思っていなかったと認定する。この見解は、被告人達は、当時の国家が政治的領域において行い、または生じるに任せたことをすべて、適法とみなしていたかも知れないという見解に帰着する。そのような見解は、一般に不当である。「その領

域内で、何が法で何が不法かについて決定する国家の自由は、まだ広く及ぶかも知れない。しかし、それは、無制限なものではありえない。あらゆる文化民族の意識の中には、国民の法秩序が個別的に差し示すあらゆる差異はあるが、一般的法確信に従って、どのような法律によっても、またどのような他の官憲の処分によっても侵害されてはならない法の一定の中核領域が存在する。それは、一定の不可侵とみなされる人間行動の原則を含む。その原則は、あらゆる文化民族において、一致した倫理的根拠の基盤の上に、時を経て、形成されてきたものである。そして、それは、また法的に拘束的に妥当するのであって、国民の法秩序の個々の規定がそれを軽視することを許しているように見えるかどうかとは無関係である。従って、不当にも、陪審裁判所は、ゲシュタポは、一九三三年二月二八日の命令を基礎にして、一切の逮捕と自由制限は許されていたということから出発している。その際、あらゆる問題は、自由剝奪の違法性に関する被告人の意識にとつてのみ重要なのであるから、一九三三年二月二八日の命令の法的有効性やその実質的射程といった争われている問題は、詳論されるを要しない。被告人に有利に、法的有効性を肯定し、広くそれは、たんに共産党の反乱計画の防衛のためでなく、その他の『国家の敵』の制圧のための法的基礎であると見られてよいと見なすときですら、それは、ゲシュタポに、一般公衆の法意識によれば、法律もその他の官憲の行為も侵害してはならないかの法の中核領域の侵害に対する許可を与えない。判決がこのどこでもいつでも妥当する国家の恣意の制限を看過したことは、原判決の基本的な誤謬である」。

この判例は、「自然法」の言葉は使っていないが、内容的には自然法思想によって、法律も、「法の中核領域」を侵害することを許可しえないと論じている。このことは、逆に言えば、法の中核領域に属さない範囲の侵害であれば、許されるということになる。しかし、この自然法論の詳細な内容については、先に述べたように、次章の課題であり、

ここでは、問題の暗示にとどめておく。

(8) 旧公務員の法律関係の継続性⁽¹⁰⁾

さて、先に、ライヒが没落したか、連続するのかという議論について検討したが、ナチス法の連続・失効の問題に、この議論が影響を及ぼしていることを、とくに、ナチ国家の公務員の雇用関係が、一九四五年五月八日の時点で消滅したのかどうかという連邦憲法裁判所において争われ、連邦通常裁判所と連邦憲法裁判所の見解が対立した問題を通じて明らかにしておこう。なお、このライヒの連続・断絶の問題、ないしドイツ連邦共和国の国法上の地位の問題は、さらに、旧東ドイツとの基本条約の問題⁽¹¹⁾や、旧東ドイツの国民の連邦共和国の国籍取得をめぐる問題⁽¹²⁾にも現れるが、ここでは、これに触れる余裕はない。

① 基本法一三一条施行法

ナチ時代の公務員の法律関係問題の出発点は、もちろん、一九四五年五月にライヒが崩壊したことによって、多くの公務員達⁽¹³⁾がその職などを失ったという点にある。このような運命は、とくに消滅させられた職に就いていた者およびそこからナチ政権によって追放された者に当てはまった。さて、一九四九年に成立した基本法一三一条⁽¹⁴⁾は、次のように規定する。「一九四五年五月八日に公職についていたが、公務員法または俸給法上の理由以外の理由で退職し、従来、まったく用いられず、または、その以前の地位にふさわしく用いられていない難民および被追放者を含めた人々の法律関係は、連邦法によって規定される。同様のことは、一九四五年五月八日に、扶助を受ける権限があり、公務員法または俸給法上の理由以外の理由から全く扶助を受けず、またははしかるべき扶助を受けていない、難民および追放者を含めた人々にも妥当する。連邦法の発効までは、別のことを定めるラント法上の規定を留保して、法的請

求権を主張できない」。

この規定により、連邦立法者には、一九四五年五月八日に公職にあった者で難民となっている者や、以前に公職にあって年金受給権をもちつつ難民となっている者で、この時点で元の地位に就いていない者の法律関係を規制する新規定を制定することが委託されたのである。一九五一年五月に連邦議会は、二票の保留はあったが、その他は一致して、基本法一三二条に関する法律（一九五一年五月一日の「基本法一三二条に当てはまる者の法律関係の規制のための法律」⁽¹⁹⁴⁾）を可決した。この法律は遡及して一九五一年四月一日から発効した。それは、実際上すべての者に、公職に就くことを許可したものであった。

基本法一三一条施行法が發布されて以降、その個々の規定に対して、それが違憲ではないかという異議が提起された。この基本法一三二条そのものが、違憲ではないかとも言われた。これは、「違憲である憲法」(verfassungswidriges Verfassungsrecht) ではないかというのである。⁽¹⁹⁵⁾したがって、もちろん、一三二条施行法が違憲ではないかも争われた。とくに基本法一三二条一項は、立法者に包括的な憲法委託を与えたのであり、立法者は、その委託を履行する際、異常に広い形成の自由をもつのである。しかし、連邦憲法裁判所は、基本法一三二条および施行法をも合憲であると判断した。⁽¹⁹⁶⁾

他方、この施行法によって、基本権を侵害されたと感じた多数の者が憲法訴訟を提起した。これらの人々は、この法律によって、継続していた公務員としての権利を奪われ、減じられたと主張したのである。この訴訟で論点となつたのは、公務員関係は、ナチ政権の崩壊によって消滅したということを前提にしてよいかどうかであった。⁽¹⁹⁷⁾

② 連邦憲法裁判所と連邦裁判所の対立

〔連邦憲法裁判所一九五三年二月一七日判決〕⁽¹⁹⁸⁾

連邦憲法裁判所は、何人かの元のライヒの公務員からの憲法訴訟手続において、この請求を棄却した。連邦憲法裁判所は、一九四五年五月八日に存在していたすべての公務員法律関係を、この時点で遡って消滅したものと判断した。連邦憲法裁判所は、基本法一三一条の解釈、基本法一三一条の成立史などが検討されるが、これらから決定的な見解が導かれるわけではないとして、ナチ政権のもとにおける公務員関係の法的・政治的意義を検討し、さらに、一九四五年の五月八日のナチ政権の崩壊の意義が問われる。最終的に、憲法裁判所は、ナチ政権下での公務員関係は、その政権の崩壊によって消滅したという結論を導く。⁽¹⁹⁹⁾ 公職における雇用法律関係は、労働の可能性がなくなった限りで、一九四五年五月八日をもって経営危機の原則により消滅したのであり、解雇通知は必要でないというのである。⁽²⁰⁰⁾

このようにして、連邦憲法裁判所は、通説である公務員関係の存続を認める見解を批判し、しかも公務員制度の基礎をも批判的に評価したが、これは、賛成を得られなかった。むしろ、多数の批判を被った。その批判の急先鋒に立ったのが、当時ヘルマン・ヴァインカウフが長官であった連邦裁判所であり、その民事大法廷であった。⁽²⁰¹⁾

〔連邦裁判所一九五四年五月二〇日民事大法廷決定〕⁽²⁰²⁾

これに反して、連邦裁判所の民事大法廷は、公務員関係の存続・消滅に関して異なった見解を表明した。「法の意味において、その正統な任務が存続した、そしてこの真の、内的な中核においてナチスのテロによって侵害されなかった国家は存続した。そして、公務員関係は、それが内的に、またこの正統な国家の任務の履行においてテロに屈しなかった限りで、引き続き相互に義務づけ合っている」とするのである。大法廷は、戦後の民主国家が、公務員関係を引き継いだのみならず、それを消滅したかのように扱う権利はないとし、民主国家は、「ただ個々の公務員が、

……そのこの政権の下においても継続する真の公務員の義務を侵害したかどうかを検討する権利を有するにすぎない」とするのである。ここで問題なのは、「真の公務員の義務」という言葉である。ここでは、「超実定法の理論」の眼を通じてこの言葉を理解するのが、便宜であろう。⁽²⁰³⁾つまり、民事大法廷の見解によれば、国家ないし公務員関係は、超実定法的に存続する真の中核となる部分と、ナチス政権下の現象的な実定法によってのみ機能する不真正な部分とに分かれるのである。以下に、判旨の重要部分のみを示しておこう。

〔判旨〕

「しかし、公務員関係の自動的消滅は、一九四五年五月八日にまだ公務にあった公務員にとっても、この時点ですでに公務員法上の恩給受給者であった者にとっても、認められない」(二九二頁)。それにもかかわらず、連邦憲法裁判所は、この法関係がドイツの崩壊を生き延びることができなかったのであり、しかも、それは、本質的には、公務員関係自体が、ナチ国家において「深刻な、その本質に触れる改造を被った」がゆえにであるという結論に達している(公務員判決)(二九五頁)。「ナチス国家は、その大権によって、公務員関係法を、国家そのものに義務づける法関係から、内部的・外部的に、ただナチス国家とそれを支えるナチ党のイデオロギーにのみ合わされた法関係に改変した。このような法関係に依拠する相互的な権利と義務は、ただ、特定の憲法上の状態の存在と存続を基準にしたものであった」。

しかし、「大法廷は、ドイツ帝国の没落によるあらゆる公務員関係の自動的消滅のテーゼには賛成できないという結論に達した。そのことは、それ以上に年金関係にあてはまる」(三〇二頁)。

しかし、連邦憲法裁判所は、基本法一三一条施行法に関する一九五七年二月一九日の決定⁽²⁰⁴⁾において、連邦憲法裁判

所判例集三卷五八頁以下で採られた見解を確認した。つまり、ドイツ帝国に対するあらゆる公務員関係は、一九四五年五月八日で消滅したというのである。

- (113) Werle, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, 1989, S. 10f.
- (114) Ostendorf/ter Veen, Das Nürnberger Juristenurteil, 1985, S. 139.
- (115) Werle, a. a. O., S. 11. 「リビエ」 自然法論がかかわっている指摘するものとして、竹下・前掲論文二二九頁以下参照。
- (116) Werle, a. a. O., S. 13.
- (117) BGHSt 2, 234.
- (118) Werle, a. a. O., S. 13.
- (119) Laage, KJ 1989, S. 416; vgl. Werle, a. a. O., S. 5.
- (120) OLG Braunschweig SJZ 1946, 119; OLG Celle DRZ 1947, 134; OLG Hamburg MDR 1947, 75; OLG Kiel DRZ 1947, 198; OLG Düsseldorf MDR 1948, 59; vgl. Hans Labin, Anm. zu Urteil des OLG Düsseldorf, MDR 1948, 60ff.
- (121) 「ドイツ国家の歴史」の判例集の終戦直後の巻頭に「ゲハルト・ゲハルト・ゲハルト」 Gerhard Pauli, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zwischen 1933 und 1945 und ihre Fortwirkung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, 1992, S. 225ff.
- (122) OLG Braunschweig, Urteil vom 7. 6. 1946, SJZ 1946, 119.
- (123) OLG Celle, Urteil vom 22. 12. 1946, DRZ 1947, 134; NJW 1947, 32.
- (124) OLG Hamburg, Urteil vom 22. 1. 1947, MDR 1947, 75; SJZ 1947, 533.
- (125) OLG Kiel Urteil vom 22. 1. 1947, DRZ 1947, 198. キール上級ラント裁判所は、一九三三年以前には、「時折」一七五条に「よれば性交類似行為のみが可罰的である」という見解が唱えられたが、それは一八五三年以降のプロイセン上級裁判所 (Preussisches Obertribunal) および一八八〇年以降のライヒステリートの判例を少なくとも正確に反映していないという。
- (126) OLG Hamburg MDR 1947, 75-SJZ 1947, 553 m. Anm. Less. ハンブルク上級ラント裁判所は、この概念は、「レーム事件の後のヒトラーの迫害の影響によって」余りにも広く解釈された」とする。

- (127) OLG Düsseldorf MDR 1948, 59.
- (128) OLG Braunschweig SJZ 1946, 119.
- (129) OLG Braunschweig SJZ 1946, 119. コールラマシユによれば、この法律の厳罰化は、ナチズムにおける男性間の団体または青少年の団体が、同性愛的行動に対する特別の誘惑を提供したことに依拠するものとされる (Kohlrausch, StGB 1947, Anm. zu § 175; Kommentar, 38. Aufl., § 175 Anm. 3.)。
- (130) しかし、連邦裁判所は、一九五一年の判決において、後期のライヒスゲリヒトの見解に戻っている。とくに一七五条における猥褻の概念を一七四条や一七六条におけるそれより狭く解釈することには反対した (BGHSt 1, 80)。この判決の一月後に、連邦裁判所の第四部 (BGHSt 1, 107) は、法律上の根拠がなごという理由で、その構成要件を性交類似行為に限定することを明確に否定した。猥褻行為の営みは、他の男性に触れることを前提とするというのである。その後、連邦裁判所の第二部 (BGHSt 1, 293) が、これに限定を加える方向に踏み出した。ハンブルク上級ラント裁判所を援用して、「猥褻行為を強むこと」と「猥褻行為を行うこと」を同視する見解を相対化し、一七五条を充足すること、一定の強さと持続性が必要だったのだから (vgl. Pauli, a. a. O., S. 227ff.)
- (131) Laage, KJ 1989, S. 416. OLG Braunschweig SJZ 1946, S. 119; OLG Freiburg, DRZ 1947, S. 65.
- (132) OLG Freiburg, Urteil vom 12. 9. 1946, DRZ 1947, 65.
- (133) Stollis, Festschrift für Helmuth Coing, Bd. 1, 1982, S. 402.
- (134) LG Haagen, Urteil vom 1. 3. 1947, MDR 1947, 29.
- (135) OLG Saarbrücken, Urteil vom 21. 5. 1947, DRZ 1947, 341.
- (136) Coing, Anm. zu OLG Saarbrücken, DRZ 1947, 342f.
- (137) BGHSt 4, 66.
- (138) BGHSt 3, 110.
- (139) Friedrich Dencker, Die strafrechtliche Beurteilung von NS-Rechtsprechungsakten, in: (Hrsg. v. Peter Salje), Recht und Unrecht im Nationalsozialismus, 1985, S. 298.
- (140) Dencker, a. a. O., S. 299.

- (14) BGH Urteil v. 8. 2. 1952, NJW 1952, 622.
- (14) Laage, KJ 1989, S. 418.
- (14) Laage, KJ 1989, S. 418.
- (14) Laage, KJ 1989, S. 419.
- (14) LG Konstanz Urteil v. 28. 2. 1947, SJZ 1947, 343 mit Anm. v. Radbruch.
- (15) OLG Neustadt, Urteil v. 4. 8. 1949, MDR 1949, 702.
- (16) Laage, KJ 1989, S. 419.
- (17) Laage, KJ 1989, S. 419.
- (18) OLG Dortmund SJZ 1946, 120 ; ㄹㄱ의 對 한 一九四九年의 對 소의 判決' vgl. OLG Neustadt, MDR 1949, 702 ; OGH MDR 1949, 502.
- (19) OLG Neustadt, MDR 1949, 702.
- (20) Laage, KI 1989, S. 420.
- (21) OLG Koblenz, MDR 1949, 502.
- (22) KG Urteil v. 10. 7. 1946, DRZ 1947, 131.
- (23) OLG Freiburg, Urteil v. 5. 6. 1946, DRZ 1946, 61.
- (24) Niehammer, Anm. zu OLG Freiburg, DRZ 1946, S. 62.
- (25) OLG Koblenz, Urteil v. 24. 4. 1947, SJZ 1947, 441.
- (26) Laage, KJ 1989, S. 420.
- (27) Guggemos, Urteilsanmerkung, NJW 1947/48, S. 388.
- (28) Laage, KJ 1989, S. 420f.
- (29) OLG Stuttgart, Urteil v. 26. 4. 1946, SJZ 1946, S. 120.
- (30) LG Dortmund, Urteil v. 16. 4. 1946, SJZ 1946, S. 120.
- (31) Zur Auswirkung der Gesetzgebung der Besatzungsmächte auf das deutsche Strafgesetzbuch, SJZ 1946, S. 121.

- (22) Laage, KJ 1989, S. 421.
- (23) Laage, KJ 1989, S. 421.
- (24) Laage, KJ 1989, S. 421.
- (25) OLG Dresden, Urteil v. 14. 6. 1946, DRZ 1946, 158. 444; vgl. OLG Kiel, Urteil v. 7. 2. 1946, SJZ 1946, 118.
- (26) Vgl. Laage, KJ 1989, S. 421.
- (27) Laage, KJ 1989, S. 421.
- (28) Ostendorf/ter Veen, Das Nürnberger Juristenurteil, 1985, S. 171.
- (29) Laage, KJ 1989, S. 421.
- (30) Feldmann, Das Verbrechen gegen die Menschlichkeit, 1948, S. 51.
- (31) LG Weiden, Urteil v. 19. 2. 1948, in: Rüter (Hrsg.), Justiz und NS-Verbrechen, Bd. 2, S. 235.
- (32) Feldmann, a. a. O., S. 51.
- (33) Laage, KJ 1989, S. 422.
- (34) OGHSt 1, 385.
- (35) Feldmann, a. a. O., S. 52.
- (36) Benzler, KJ 1988, S. 138.
- (37) Stoleis, Festschrift für Coing, S. 398, 400.
- (38) Grünwald, Zur Kritik der Lehre vom übergesetzlichen Recht, 1971, S. 16.
- (39) Laage, KJ 1989, S. 423.
- (40) BGHSt 3, 110.
- (41) BGHSt 3, 111.
- (42) OLG Kiel, Urteil v. 26. 3. 1947, SJZ 1947, Sp. 323. 「10年6月25日」トニハテテ「1947年6月26日」(Arndt, SJZ 1947, Sp. 330ff.)
- (43) Arndt, SJZ 1947, Sp. 331.
- (44) Stoleis, Festschrift für Coing, S. 404.

- (87) OLG Saarbrücken, DRZ 1947, 341.
- (88) Coing, Anm., DRZ 1947, S. 343.
- (89) OGH f. d. Brit. Zone, Urteil v. 5. 3. 1949, SJZ 1949, Sp. 347.
- (90) Werle, a. a. O., S. 13.
- (91) BGHSt 2, 234.
- (92) ハルツィンゴフツェ' vgl. Grünwald, Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht, S. 15f.
- (93) 連邦憲法裁判所一九七三年七月三十一日判決 (BVerfGE 36, 19 = JZ 1973, 588)°
- (94) 連邦憲法裁判所一九七三年七月三十一日判決 (JZ 1987, 144) = トム事件°
- (95) 基本法一三一一條の「ゴッテ' vgl. Maunz/Dürig, Grundgesetz Bd. 3, 1976, Art. 131, Rdnr. 1; Ingo Münch, Grundgesetz-Kommentar, Bd.3, S. 1015ff. 基本法一三一一條施行法の憲法上のゴッテ' Walter Brosche, Gesetz zu Artikel131 GG, 3. Aufl., 1962.
- (96) BGBI. 1951, I S. 307.
- (97) Maunz/Dürig, a. a. O., Art. 131 Rdnr. 1.
- (98) BVerfGE 3, 58; 3, 187; 3, 288.
- (99) Maunz/Dürig, a. a. O., Art. 131 Rdnr. 3.
- (100) BVerfGE 3, 58.
- (101) BVerfGE 3, 115f.
- (102) BVerfGE 3, 162, 178.
- (103) Im Namen des Deutschen Volkes. Justiz und Nationalsozialismus, 1989, S. 361ff., S. 368.
- (104) BGHZ 13, 285.
- (105) Grünwald, a. a. O., S. 16.
- (106) BVerfGE 6, 132.

第六節 ナチ犯罪に対する補償

(1) ナチ犯罪処理と補償

従来、ナチ犯罪とナチ不法に対する戦後処理として、ナチ犯罪処罰およびナチの不法な法制度の廃絶ないし民主的法制度の再建という側面を取り扱ってきた。しかし、ここで残されている重要な問題は、ナチ犯罪の被害者に対する補償であり、財産を奪われた被被害者に対する財産の返還措置である。ナチ犯罪が、集団的権力犯罪であるとしても、その被害者は、第一次的にはやり「個人」であり、生命を奪われ、身体、健康、自由、職業あるいは財産を奪われた個人には、それらを原状回復し、あるいは、それが不可能であれば、賠償されなければならない。このことは、通常の犯罪について、刑事事件としての処理とならんで民事賠償の問題が生じると構造的に同じである。ただ、戦後補償の問題においては、個人のみならず、集団や国家も、補償を受けるという点で、民事賠償のアナロジーは限界をもつ。過去の克服は、その意味で、国際的な広がりをもち、より複雑な様相を呈する。いずれにせよ、将来に向かっての法制度や法解釈の革新のみならず、また、過去の犯罪の処罰とならんで、被害者ないし被害国家、被害集団に対する補償が、「不法の克服」の重要な要素をなすのである。

この補償の問題は、戦後の旧西ドイツにとっては、政治的・経済的に大きな問題であった。補償請求という「この歴史的な法的事象の範囲と射程は、まさに巨大なものであった」とされている⁽²⁰⁵⁾。つまり、五〇年代の初めには、ドイツの裁判官のほぼ半数が補償や財産返還という占領法上の形態とかかわったのであり、この領域での判例は、ある専門誌の三二二年間に発行された頁であらわすと、二万頁分にあたるのである。すべての申請の全体数はほぼ五五〇万件⁽²⁰⁶⁾

にのぼる。補償の全出費は、一九八一年には、今世紀の末には約九〇〇億マルクになると見積もられていたが、一九八六年には一千億マルクを超える予測されている。⁽²⁰⁷⁾

それにもかかわらず、補償の現状は、元ナチの公務員の年金と比較されて次のように言われる。ナチ時代に公務員として不法政権の側に立った者に対する戦後の年金の支払いの状況と、ナチス政権のもとで抵抗者として処罰された被害者に対する戦後補償とを比較してみれば、前者が極めて気前よく支払われているのと全く対照的であると。⁽²⁰⁸⁾ さらに、一九五三年九月一八日の連邦補償法は、ナチスの迫害を受けたあらゆる被害者に対して補償金の給付を規定したものではなく、「ナチズムへの敵対のゆえに、またはその人種、その信仰または世界観のゆえに損害を被った者」にのみ規定したものであった。ここでは、例えば、シンティとロマ（ジプシー）や三五万人といわれる強制的断種者や安楽死計画の被害者の家族などはこの法律の適用から排除されていたのである。さらに、法理論の側からのこの問題への関心も、高いものではなかった。ことに、大学の法学者がこの補償の問題に関心を示し、これと積極的に取り組んだとは言えない。この問題についての業績では学問的名譽を得られなかったからであると言われているほどである。⁽²⁰⁹⁾ しかし、法理論的には、この補償について極めて新たな地平が開かれていったことは否定できない。なぜならば、第一に、ナチ権力犯罪が、国家犯罪であり、ナチ不法国家によって行われたものであるとしても、ドイツ連邦共和国が、不法国家たるライヒを継承する国家であるかどうかというすでに論じた一般の問題のほか、国際法における戦後賠償責任と、個人に対する補償の関係の問題、あるいは民法の相続原理や因果関係原理の修正、ないし、手続の次元での新たな問題提起などさまざまな法理論的問題が見られたからである。

最近、日本では、かつての日本の侵略あるいは不法行為による近隣諸国の被害に対する戦後補償の問題が論議される

に至っているが、戦後処理の問題における補償の問題の解決は、正常な法治国家樹立のための前提であり、過去の犯罪を贖罪し、被害を除去し、少なくとも可能な範囲内で和らげることが、新たな人権国家を樹立のための必須条件であるのみならず、その国の政治姿勢を示すバロメーターでもあり、また、国際社会において承認と敬意を獲得できるかどうかという観点でも、最も重要な問題であり、この点においても、戦後の日本の態度とドイツ連邦共和国の態度には大きな差異を認めざるを得ない。本節では、ドイツにおいて、細部においていまだその評価の分かれているドイツの補償について考察しておきたい。資料として、とくに、一九八六年の「補償と弁償に関する連邦政府の報告書」⁽²¹⁾を利用したが、この報告書が行った補償の「評価」については、疑問がないわけではない。とくにナチ支配下においていわゆる予防処分の対象となった非社会者、シンティとロマ、共産主義者、無政府主義者などに対する公式の「過去の克服」については、連邦政府は、被った苦痛の補償を求める権利を何十年となく、争ってきた。⁽²³⁾

グリュンネンとSPDは、第一〇選挙期にすでに、従来忘れられ、排斥されてきたナチ支配の被害者集団につき、補償の権利を認めるよう法案を作成し、CDUおよびCSU、FDPの連合政権の多数によって、内務委員会、大蔵委員会、健康・家庭・婦人・健康委員会に提案されたが、会期終了の犠牲となった。⁽²⁴⁾ 第一一選挙期に入って、連合政権は、法案を改めて内務委員会に審議のため移送することを決定した。(1)フォルマーを中心とするグリュンネンの会派議員による「一九三三年から一九四五年の時代におけるナチの迫害の全被害者に対する適切な援護の規制のための法案」および、シリー、フォルマーを中心とするグリュンネンの会派議員による「ナチ時代における強制労働に対する補償」、およびSPDの会派議員による「『ナチス不法の補償』基金の樹立に関する法律草案」に関する一九八七年一月三〇日の内務委員会の決定勧告は、これを否定するものであった。⁽²⁵⁾ しかし、一九八八年には、厳格緩和基金が

設けられ、安楽死の被害者や、同性愛者、防衛力破壊者、反社会者に対する補償が行われた⁽²⁶⁾。

一九九〇年一〇月三日の東西両ドイツの統合以降、この補償の問題についても、旧東ドイツの補償が改めて問題となっている。具体的には、すでに、一九九二年四月二二日には、「加盟領域におけるナチズムの被害者に対する補償に関する法律」⁽²⁷⁾によって、名誉年金および遺族年金が、補償年金法(Entschädigungsgesetz)によって継続して支払われることになった。また、諸外国からの補償要求が統一ドイツに向けられていることも、今後の問題として残されている。すでにフランス、ギリシアやユーゴスラヴィア・セルビア共和国からも補償要求が出されている。また、イスラエルも、旧東ドイツ分の包括的補償について問題にし始めていると聞くが、統一による東ドイツにおける補償問題が、なお解決されるべき重要な課題であろう。最後に、東欧諸国との間で従来締結されていなかった平和条約の締結によって解決されるべき強制連行労働者の賠償問題も未解決であることが指摘されている⁽²⁸⁾。

(2) ドイツの補償制度の意義

ヴァルター・シュヴァルトツによれば⁽²⁹⁾、ナチ犯罪の補償に関する立法は、二つの点で独自性をもつ。まず、立法者は、ここでは、長期的に考え抜かれた法秩序を作り出そうとしたのではなく、逆に、その発達によって自らを不要とするような法律を制定することになったのである。補償法の第二の特質は、その「実験的性格」である。このような立法には前例がなかった。したがって、立法者は、独自の実用的な秩序を構想しなければならなかった。それは、当然、つねに正鵠を射たわけではない。それゆえ、何回もの法改正の必要があった。

ドイツ語の「補償」(Wiedergutmachung)とは、この問題を取り扱うドイツ人の著者からも、「翻訳不可能な固有性」をもったドイツ語であるとされているように⁽²⁰⁾、翻訳しにくい言葉である。あるいは、わが国で一般的に使われて

いる「戦後補償」と訳すべきかも知れないが、ナチの不法と犯罪に対する補償が、固有の意味での「戦後」補償なのかどうか疑問があるので、ここでは、「補償」とのみ訳しておく。さて、補償 (Wiedergutmachung) は、上位概念であって、それには、二つの法領域がある⁽²¹⁾。それは、財産の返還 (Rückerstattung) と補償 (Entschädigung) である。返還法は、第三帝国においてアーリア化などの処分によって奪われた不動産や家財、装身具類などの確定可能な財産客体の返還の保証とかかわるものである。補償法は、その他の人身に直接加えられた、つまり生命、身体、健康、職業的生存などに加えられた損害の賠償と係わる。このナチ犯罪に対する補償問題は、すでに占領時代に生じている。戦後ドイツの財政状態から、一般的に言えば、歴史的に、返還が先行し、補償は、若干、後になって問題になった。

さらに、補償については、個人的形態と手段的形態のもの、つまり、個人的被害者に対する補償と被害国家に対する包括的補償の二つのものがあることに注意しなければならない。国家に対する補償は、一九五二年にイスラエルとドイツ連邦共和国の間の協定によって初めて行われることになったのであるが、その後、ナチ不法の被害を受けた西欧諸国、東欧諸国に対しても行われるようになったものである。そして、この後者は、従来の伝統的な国家間の賠償 (Reparation) とは異なる。従って、これを「贖罪協定」(Sühneabkommen) なし「包括的補償」(Globalentschädigung) というものも⁽²²⁾ある。

ナチ不法に対するドイツの「補償」の思想の起源については、亡命者、ユダヤ人集団ないしアメリカにおける構想が知られているが、ドイツの抵抗運動グループにおいてもすでに三〇年代の中頃から構想されていたことが重要である。ゴシユラーの研究⁽²³⁾によれば、最も早い時期のものは、「ドイツ民族戦線」(Deutsche Volksfront) という社会主義反体制グループによる「一〇項目プログラム」として非合法に出回った一九三六年二月二一日の宣言の中に現れ

たものである。そのほか、一九四四年五月一日に発行されたいわゆる「ブッヘンヴァルダー・プラットフォーム」(Buchenwälder Plattform) というプログラムにも「あらゆる不法の補償」が項目として挙げられている。戦後の具体的な補償問題の出発点に位置づけられるべきは、一九四五年一月九日から二月二日までパリで開催された「西側占領地域における賠償持ち分の分担」に関する一八カ国の連合国による交渉である。このパリにおける賠償会議においてはまだ、まず、ドイツ・ライヒから逃亡したナチズムの被害者が、アメリカ合衆国や連合国の問題地平に属したのであった。しかし、連合国による占領が近づくに連れ、それは変化していった。

(3) 補償制度の展開と概観

① 占領法およびラント法

占領諸国は、一九四七年から一九四九年までにおいては、確定可能な財産客体の返還と関係する問題のみと取り組んだ。⁽²⁴⁾ 返還法は、それらの諸国によって、それぞれの四つの占領地域およびベルリンに限定された軍政府法または命令の中で規定された。アメリカ占領権力は、一九四五年に、迫害されて奪われた確定可能な財産客体の返還のための完全な立法綱領を作り上げた。⁽²⁵⁾ その結果として、一九四七年に、占領国の命令という形で第一次返還法ができた。これが、モデルとなり、イギリスに継受された。

補償法 (Entschädigungsgesetz) の領域においては、一九四六年に、アメリカ占領地域においてラント法が発せられた。⁽²⁶⁾ それは、補償の目的で、暫定的な支払を規定し、健康の回復のため、職業教育のため、経済的生活を設計するため、緊急状態の回避のための給付を、ならびに、死亡した遺族の親類への年金を規定した。次に、一九四九年四月二十六日には、南ドイツ・諸ラント会議の地域統一的法律として、「ナチの不法の補償のための法律」(補償法 B.:

tschädigungsgesetz—USEG) が発布された。それは、一九四九年八月にバイエルン、プレーメン、ヴェルテンベルク、バーデン、およびヘッセンにおける特別のラント法律として公布された。これらのラント法律は、ドイツ連邦共和国の成立、および基本法の発効以降、基本法二二五条によって連邦法律として継受された。

② 連邦法

ドイツ連邦共和国は、その成立以後、連合国および諸ラントの補償立法を継受し、拡充した。連邦共和国は、一九五二年五月二六日に占領諸国と締結した「移管条約」⁽²⁷⁾の第三部および第四部において、占領諸国の返還法律を早急に実施し、ドイツ帝国に対して向けられた請求を満足させる義務を負った。さらに、連邦共和国は、アメリカ占領地域で妥当していた法に基づいて、連邦統一のな法規定を補償のために発布し、その際、その政治的確信、人種を理由として、信仰または世界観を理由にして迫害されたすべての人々(「典型的ナチ不法」)を平等に取扱い、国籍を理由として人権を軽視して迫害され、政治的亡命者となった人々の継続的な身体の傷害にしかるべき補償を保証する義務を引き受けた。

一九五二年九月一〇日には、ドイツ連邦共和国は、イスラエルと協定を締結し、そこで、根無し草となり資産をなくしたドイツからの、およびかつてドイツの支配下にあった領域からのユダヤ人難民に対して編入補助として、イスラエルに三〇億ドイツ・マルクの一括補償 (Grobale Entschädigung) を支払う義務を負うことになった。⁽²⁸⁾これが、イスラエルに対する「包括的補償」である。

同日、「対独ユダヤ人物的請求会議」(請求会議) (Claim Conference) へと統合された二三のユダヤ人の組織と、二つのその他の協定が締結された。それらは、ハーグ議定書第一号および第二号である。⁽²⁹⁾ 議定書第一号においては、

補償と返還の領域における現行立法の改善のための諸原則が確定された。移管条約におけると同様に、連邦政府は、ここでも被迫害者にとっての法状態を連邦補充法および枠組法によって、補償法 (USEG) によるよりも不利とはいえないように形成するよう自らを義務づけた。

(a) 補償

最初の連邦統一の補償法は、一九五三年一〇月一日に発効した一九五三年九月一八日の「連邦補充法」(Bundesergänzungsgesetz) (BergG) をもって公布された⁽²⁰⁾。本法律は、はるかに補償法の補充以上に及ぶものであり、とくに連邦領域における法の不平等と法の不安定に終焉を告げたにもかかわらず、その規制は不十分であることを示した。したがって、連邦は、すでに一九五六年六月二九日には、慎重に準備した結果、「ナチの迫害の被害者に対する補償のための連邦法律」(連邦補償法) (Bundesentschädigungsgesetz-BEG) を発布した。この法律は、一九五三年一〇月一日から遡及して効力をもったのであり、ナチ被迫害者に対する補償を新たに構成し、被迫害者に有利な多数の改正を伴うものであった。

とくに被迫害者の範囲と請求権の範囲のみでなく、損害の要件も給付の範囲も著しく拡大された。しかし、全体的な最高額も、抜本的に、引き上げられた⁽²¹⁾。

一九五七年七月一日の改正法によって、申請期間が延長された。連邦補償法のためには、六つの施行命令が発せられた。この領域での最終的な立法は、ドイツ連邦議会および連邦参議院の所管の委員会での四年間の詳しい審議の末、一九六五年九月一四日に「終結法」と明示して、「連邦補償法改正第二次法」(連邦補償法終結法) (BEG-Schlussgesetz) が発せられた。終結法であるということは、その法律で、一九六九年一月三十一日以降はもはやいか

なる請求も申請できないと規定されたことにも見られる。

本法律の最も緊急の目的は、一九五三年一〇月一日の連邦補償法の発効以後に、東ヨーロッパおよび南東ヨーロッパのその故郷を去つたため、無国籍者となりまたはジュネーヴ条約の意味における難民となり、それまでに規定された法では請求権をもたない被迫害者のための補償を規定することであつた。この規定は、一二万三千人の被迫害者に利用された。

この法律草案は、三〇億マルクの費用を見込んで導入された。その費用は、議会での審議において四五億マルクに拡大されたが、実際には七〇億マルクかかつた。⁽²³³⁾

(b) 返 還

ドイツ帝国およびその他の没収に関与した法の担い手に対する返還請求権は、一九五七年七月一九日の「ドイツ帝国およびそれと同様の法の担い手の返還法的金銭債務の規制のための連邦法律」(連邦返還法、*Bundesrück-erstattungsgesetz*—*BRüG*) において規定された⁽²³⁴⁾。本法律は、幾度も改正された。一九六四年一〇月二日の第三次改正法が抜本的な改正をもたらした。その中で、とくに本法により一五億マルクに給付が限定されていたのが、取り外された。返還法上の請求権は全額満たされるようになり、一九六八年一月一日から、それぞれの初めの四分の半期につき一パーセントの利子がつけられることになった。最も近いところでは、一九六九年九月四日の法律によって、連邦返還法は改正された。

(c) 公職の所属員に対する補償

ナチ政権のもとで公職から追放され、その権利を失った公職の所属員に対しては、一九五一年五月一日に、「公

職の所屬員に対するナチの不法の補償の規制のための法律」(BWGoD) および一九五二年三月一八日に「外国に居住する公職の所屬員に対するナチの不法の補償の規制のための法律」(BWGoDAusl) が発せられた。この両法律ともに、何度も改正された。原則として、追放された公務員は、補償請求権をもった⁽²⁸⁾。

(d) 保険法および援護法の領域における補償

被迫害者またはその扶養権利者たる遺族が社会保険において被った損害の補償は、すでに占領諸国によって規定された⁽²⁹⁾。終戦のすぐあとで、軍政府の夥しい指令や命令が発せられた。このような最初の処分は、優先的に、その給付が政治的、宗教的または人種的理由から剝奪されたすべての人々が、ふたたびその給付の占有を回復することを目指したものであった。

① 社会保険における補償の権利の第一回目の総括は、一九四九年八月二二日の社会保険におけるナチズムの被迫害者の処遇に関する経済評議会の法律が行った。それは、一九五〇年五月一二日の命令によってフランス占領地域にまで拡張され、連邦法となった。この法律は、迫害処分のために社会保険において損害を被った被保険者に妥当した。総括的な連邦統一的な規定は、一九七〇年二月二二日の社会保険におけるナチの不法の補償に関する諸規定の改正と補充のための法律⁽³⁰⁾によって行われた。一九五八年六月二五日の「戦争犠牲者援護におけるナチ不法の補償のための連邦法律」および「外国における権利者に対する戦争被害者扶助におけるナチ不法の補償」において、以前のライヒ援護法または以前の戦争人身補償法によるその請求権は、ナチ政権によって剝奪された被迫害者の請求権が規定された⁽³¹⁾。

② 戦争犠牲者援護法における補償

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理 (八)

戦争犠牲者援護法 (Kriegsoferversorgung) におけるナチの不法の補償は、次の法律によって規定されている。⁽²⁰⁾

① 一九五三年八月三日の外国における権利者に対する戦争犠牲者援護におけるナチの不法の補償に関する連邦法律 (BWK Ausland) 、② 一九五八年六月二五日の戦争犠牲者援護におけるナチの不法の補償に関する連邦法律である。請求権をもったのは、連邦補償法の意味において迫害され、それによって、連邦援護法一条および八二条の意味における補償に依拠する援護において損害を被った人々であった。外国における権利者に対する戦争犠牲者援護は、一回限りのものと何度かに分けるものがあった。⁽²⁰⁾

① 一回限りのものとして、一九五〇年四月一日から連邦援護法の発効 (一九五〇年一〇月一日) までの補償、および② 一九五〇年四月一日以前の時代に対する補償がある。定期的反復的給付としては、権利者は、連邦援護法の規定により、変動制の援護的給付を受ける。一九六二年から一九八六年七月一日までに、外国における権利者に対する連邦援護法にもとづいて、全体で、約三〇〇〇万マルクが支払われた。一九五三年から一九六一年までの給付額については資料が残っていない。約千人の受領者から推定して、ほぼ一〇〇〇万マルクが支払われたものと思われる。⁽²¹⁾ 一九八六年七月段階では、七八人の者が定期的に反復的給付を受けている (一人あたり平均四二九マルクである)。

国内の援護権者に対しては、一回限りの補償が支払われた。一九五九年六月三〇日で、申請期間が終わった。一九八六年四月二四日の第一次権利清算法の一四条により国内の援護権者に対する連邦援護法 (BWK Inland) は廃止された。⁽²²⁾

(e) 一般的戦災法⁽²³⁾

立法者は、補償法において規定された給付を、典型的なナチの不法の被害者になった被害者だけに、留保した。そ

これは、人種的、宗教的および政治的理由から、またはナチズムに対するその敵対性のために迫害された人々であった。その他の生命、身体、健康、または自由の侵害につながった国家不法に対しては、一九五七年一月五日の「戦争とドイツ帝国の崩壊によって生じた損害の一般的規定のための法律」(一般的戦災法、A K G)による補償が保証された。

(f) 一九八一年八月二六日の連邦政府のガイドライン

これは、個々の事例における厳格性を緩和するための最終的な給付として、あらゆる法律上の厳格性緩和規制を留保しつつ、法律外の厳格性緩和規定が、ユダヤ人被迫害者およびユダヤの出ではない被迫害者に対して、一九七九年二月一四日のドイツ連邦議会の決議に対応して、作られたものである。⁽²⁴⁾ユダヤ人被迫害者に対して四億マルク、非ユダヤ人被迫害者に対して一億マルクが、連邦予算から計上された。ユダヤ人被迫害者に対する手続は、請求会議を通じて行われた。非ユダヤ人被迫害者に対しては、八千万マルクまでが、ケルンの政府首長により、二千万マルクまでが連邦大蔵大臣により、補償基金として管理された。

このガイドラインに基づいて申請したのは、主として次のようなグループである。①スペインの共和主義者、②シロティとロマおよびその他のジプシー、③東側ブロックから後に移住してきた者、④その他の人種的被迫害者、⑤その他の国籍を理由として被害を受けた者、例えば、ポーランド人強制労働者、いわゆる東側労働者またはバルチザンの闘士、⑥包括協定を締結していない諸国の被害者、⑦まだポーランドその他の東側ブロックに居住している申請者、⑧連邦共和国に居住するドイツ人の申請者である。⁽²⁵⁾

(4) 補償法の概観

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理 (A)

① 諸原則

一九四五年にドイツ帝国が完全に崩壊したこと、また、ナチ支配の間に行われたすべての不法に対して完全な範囲において財政的補償を保証することは不可能であることから、立法者は、初めからナチ迫害の被害者に対する補償の規定においても、対象となる人の範囲と給付の種類と範囲に関して区別を行わなければならなかった。⁽²⁴⁶⁾ここでは、補償されるべき被迫害者の概念を限定したこと、また、いわゆる属地主義原則を採って範囲を限定したこと、その他の制限が重要である。

(a) 被迫害者の概念

典型的なナチ不法が問題ではない損害要件事実と区別するために、とくに被迫害者概念を法律上定義することが必要であった。諸ラントの補償法がすでに補償に対する公法上の請求権をもつのは、その政治的確信のゆえに、または、人種、信仰もしくは世界観という根拠から迫害され、それによって一定の人身・物的損害を被った人々のみであるということから出発した。⁽²⁴⁷⁾被迫害者のこの定義は、ドイツ連邦共和国から戦争と占領から生じた諸問題の規制のための一九五二年五月二六日の条約——いわゆる移管条約——の三部及び四部において、および一九五二年九月一〇日のいわゆるハーグ議定書の第一号において引受けられた義務を基礎にしただけではない。むしろ、すべての後の補償立法の基礎であった。

補償の対象となる人々の限定の点では、次のようにいうことができる。まず、一九四八年から一九五〇年にかけての諸ラントの立法においては、政治的確信や人種または信仰上の理由からのナチ犯罪の被害者に限定されていた。これに対して、いわゆる「国籍による被迫害者」(Nationalverfolgte)に関する規定は全く含まれていなかった。⁽²⁴⁸⁾

一九五三年の連邦補償法の立法過程においても、当初は、国籍による被迫害者に対する補償規定はなかったが、これが考慮され始めるについては、一九五一年九月一〇日にドイツ連邦共和国に国連の高等難民弁務官の支所が開設され、国籍による被迫害者の補償の必要性が説かれたこと、⁽²⁴⁾ および、一九五二年五月二六日に「戦争と占領から生じた諸問題の規制に関する条約」(移管条約)が三連合諸国との間に締結され、その第四部で「ナチの迫害の被害者の補償」と題するタイトルのもとで次のような規定が置かれたことによる。「(1)……さらに国籍を理由にして、人権の軽視のもとに迫害され、現在政治難民である人々であつて、その故国の保護をもらはざり得ない者は、その者達が継続的な健康被害を加えられた限りで、適切な補償を受ける」⁽²⁵⁾。しかし、これは、国籍による被迫害者を他の被迫害者と平等に取り扱うものではなかった。

一九五三年の連邦補償法においては、「国籍による被迫害者」の補償については、次のように規定された。⁽²⁵⁾ (七六条)「(1)ナチの権力支配のもとでその国籍を理由として、人権を軽視して迫害され、本法の発効に際して五一年七月二八日のジュネーブ協定の意味における難民である者は、その者達に継続的な健康被害が加えられた限りで、身体および健康の被害に対する補償の請求権を有する……」。(2)継続的被害とは被迫害者の就労能力が請求に対する決定の時に少なくとも一〇〇分の五〇に減じられていたときに存在する」。

一九五六年の「連邦補償法」第一条においては、「ナチの迫害の被害者とは、ナチズムに対する政治的敵対を理由として、または、人種、信仰または世界観を理由として、ナチの権力処分によって迫害され、これによって、生命、身体、自由、財物・財産、に対する損害をその職業上または経済上の成功において被った者である」(一項)とされた。ただし、二項において、一項の意味における被迫害者と同視される者として次の者が挙げられている。「①自己

の良心の決断に基づいて、その身を危険に晒しつつ積極的に人間の尊厳の蔑視または道徳上、戦争だということによっても正当化できない人間の生命の抹殺に対して戦った」もの、②「ナチズムによって拒否された芸術的または学問的見解を唱えた」もの、③「被迫害者の近くにいた」者である(二項)。

国籍による被迫害者については、七六条に代わって、一六七条および一六八条において規定された。一六八条では、「(1)身体または健康の継続的被害は、被害者の就労能力が決定の時に、なお、少なくとも一〇〇分の二五侵害されおり、抜本的に改善される見込みがないときに存在する」と規定され、被害者の就労能力の点で、五〇パーセントから二五パーセントに減じられたことが、この点での唯一の改革であった。

(b) 属地主義

補償を受ける権利をもつ非迫害者の範囲を限定する方法として、「主観的・個人的属地主義」(subjektiv-personliches Territorialitätsprinzip)が採用された。⁽²⁴⁾つまり、非迫害者は、特定の時点で、連邦共和国のあるラントに特定の場所的關係をもたなければならないというのである。

どのような諸国にでも居住する被迫害者に補償法上の要件事実を拡大することは、考えられなかった。もしそのようなことをしたなら、その財政上の波及効果は、厳密には評価できないが、明らかに、負担不可能な規模に達していたであろうからである。さらに、賠償法上の要件事実に対する限界は、あらゆる事情のもとで厳守されなければならない。国際法を支える原則に属するのが、戦闘行為または占領行為から生じる損害は、被害者の個人的な請求として直接に損害を惹き起こした国家に対して主張できず、国家対国家の賠償によって、個々の被害者の請求権を排除して弁済されるということである。

連邦の立法者は、この主観的・個人的属地主義の原則を継受し、国際協定と条約によって生じた義務と一致して、人道的な理由から、それから、被迫害者の特別のグループに対する例外を設けた⁽²⁶⁾。つまり、ドイツ語圏およびドイツ文化圏の所属者であった迫害領域からの迫害に対して、ジュネーブ協定の意味における無国籍者または難民（連邦補償法一四九条以下）、地域を越えた被迫害者グループに対して（連邦補償法―終結法の五条）および連邦補償法終結法の六条の意味における国籍の理由による被害者に対してである。これに対する基準は、一つにはその故郷から追いつてられたドイツ民族が問題であり、もう一つには、請求をするべき国をもたない人々が問題である。したがって、補償は、原則として、ただ、一九五二年二月三日に連邦補償法の妥当領域にその住所をもち、または継続して滞在する者のみが獲得する。またはこの法律の妥当領域に対するその他の場所的關係が存在するときのみである。

ドイツ民主共和国（東ドイツ）には、東ドイツの住民たる被害者に対する「功労金」を例外として、補償は存在しなかった。ドイツ連邦共和国が任意にその補償を引き受けた⁽²⁶⁾。つまり、ナチ権力支配の終わる前後に東ドイツの領土を立ち去ったすべての被迫害者をその補償立法に引き入れたのである。属地主義の形成と結果として、その他の一切の補償請求の前提は、被被害者が決定の時点で、ドイツ連邦が、連邦補償法の発効の際に、または一九六三年一月一日に外交關係をもっていた諸国にその住所または継続的な居所をもっていたということ（連邦補償法二三八条 a）であった。このいわゆる外交条項の合憲性は、連邦憲法裁判所によって確認された⁽²⁷⁾。

「連邦議会の報告書」に従って、属地主義に基づく連邦補償法の規定により「被迫害者」をグループ分けすると、次のようになる⁽²⁸⁾。

- ① 補償を受ける権利をもつ被被害者として、

— 完全な請求権をもつ被迫害者、つまり、原則として、個人的属地主義原則の要件を満たした被迫害者、種類と範囲において制限された補償請求権をもった被迫害者、つまり、連邦補償法一四三条以下、連邦補償法終結法の五条の意味における「特別の被迫害者グループ」、

② 補償の権利をもたない被迫害者として

— 外交条項に基づいて補償から排除されたがゆえにのみ、権利を与えられなかった被迫害者（連邦補償法二三八条 a）、

— 完全な請求権をもたない被迫害者のグループにも、特別の被迫害者グループにも属さない被迫害者（たいていは、他の国籍を有する者）、

③ 補償障害

連邦補償法六条によれば、補償から排除されたのは、

— ナチ党（NSDAP）の黨員またはその組織の一つの構成員であった者、または、ナチの権力支配を促進させた者、

— 一九四九年五月二三日の後に基本法の意味における自由な民主主義的基本秩序を乱した者、

— 一九四五年五月八日以降、犯罪のゆえに、確定裁判によって三年以上の自由刑に処せられた者、

である。

④ 補償の範囲

完全な損害賠償は、不可能であった。なぜならば、それは、もしそれをナチ権力処分によって上述の迫害根拠から

惹き起こされた損害に限定したとしても、ドイツ連邦共和国の財政的給付能力をはるかに上回るからである。したがって、基本的には、ナチの不法によって惹き起こされた損害と適正な比例関係に立つ限定された補償のみが保証された。

⑤ 損害の種類

損害の種類としては、生命に対する損害、身体および健康、自由、財産、職業的・経済的成功における損害である。この中には、健康損害と職業上の損害が、ほぼあらゆる請求の半数を占め、群を抜いている。自由に対する損害については、自由の制限も含められたことに注意しなければならない。したがって、例えば、「ユダヤの星」を胸につけることや、人間の尊厳を奪われた条件下での不法な手段で生活することなども自由に対する損害であった。⁽²⁰⁾この最後の点は、一九六五年以降、新たに規定されたのであった。この規定の導入にあたっては、その前史があった。連邦裁判所が、「名前を偽って生きること」は、つねに人間の尊厳に反するということを長年の間認めなかったのである。⁽²⁰⁾しかし、この見解には、諸ラントも従わなかった。かくして、連邦補償法終結法の立法者が、これを明示したのである。⁽²⁰⁾

健康損害については、迫害と病気の間の因果関係の蓋然性の証明が重要であった。職業上の損害については、その個人の経歴を跡づけ、全く個々のに補償することは不可能であるので、「一括化」(Pauschalisierung)⁽²¹⁾が行われた。健康損害と職業損害は、併せて、補償のための予算のほぼ八〇パーセントにのぼった。そのうち、それぞれ八〇パーセントが年金であった。そして、あらゆる補償金のほぼ八〇パーセントが外国に流れた。その半分が、イスラエルであった。⁽²²⁾

⑤ 期間

ドイツ連邦共和国は、自己の国民の損害のみではなく、広い範囲において、他の国籍者の損害をも規制したので、それは、引き受けられた財政的義務に関する概観と、どのようにして、どのような期限で義務が、現在の公的手段によつて充足されるのかを決定するための基礎を必要とした。⁽²⁶³⁾このことは、必然的に、補償請求の申告を期限付きにすることに繋がった。

連邦補償法および連邦補償法終結法による請求の締切り期限を一九六九年一月三十一日に設定することは、立証や推定規定に照らしても、避けがたいものであった。連邦憲法裁判所は、連邦補償法の期限設定の合憲性を、その他の戦災に対する関係においても、承認した。

⑥ 救済手続または第二手続

三審制や、連邦補償法終結法四条の枠内での「調整」による争いのある問題における確定判決の訂正の広い法律上の可能性にもかかわらず、事実関係や法関係にしかるべき判断が下されていない、ないし、もはや下されていないといった事案がまだ残っている。⁽²⁶⁴⁾一九六九年一月十七日の原則決定において、⁽²⁶⁵⁾連邦憲法裁判所は、異論のはさむ余地のない決定を関係者の有利に変更することが補償官庁の合義務的な裁量に委ねられているという憲法上疑いを入れない書かれざる法原則が存在すると宣告した。補償が、先行する国家不法に対する調整をなすべきだということから、裁判上も跡づけできなければならない第二の決定の許可に対する特別の必要性が生じる。

諸ラントは、これを、そのすでに以前から存在するが部分的には異なった実務を、異論はないが明らかに誤った決定の訂正にあたって統一するきっかけとした。⁽²⁶⁶⁾

(5) 返還法の概観

① 返還法の意義

返還法 (Rückersatzungsrecht) は、個々の確定可能な、ナチの迫害処分によって剝奪された財産的客体の返還、または、それがもはや存在しない限りで、価値賠償、または、損害賠償の給付を意味する。⁽²⁶⁷⁾

① 法的基礎

返還は、次の法律の中で、それぞれその占領地域に対して旧西側占領諸国によって規制された。

(a) アメリカ合衆国軍政府の一九四七年一月一〇日の法律五九号 (USREG)

(b) 英国軍政府の一九四九年五月一二日の法律第五九号 (Brit-REG)

(c) フランス軍政府の一九四七年一月一〇日の命令第一二〇号 (VO 120)

(d) 連合国司令部ベルリンの一九四九年七月二六日の命令BK/O (四九) 一八〇号

ドイツ帝国とそれと同視される権利の担い手に対する、金銭ないし損害賠償に向けられた請求に対しては、

(e) 一九四九年九月三日の文言における一九五七年七月一九日の「連邦返還法」(BRGG) が妥当する。

アメリカ占領権力は、一九四五年に迫害の圧力のもとで収用され、または剝奪された確定可能な財産客体の返還に関する完全な立法綱領を作成した。⁽²⁶⁸⁾ アメリカ占領権力は、この綱領についてその占領地域のドイツ人と一年以上も議論した。その結果が一九四七年の返還法である。

迫害の圧力下での確定できる財産客体の剝奪 (没収) は、集団的被迫害者 (ユダヤ人) について推定されている。

この推定は、ニュルンベルク法 (一九三五年) の後か先かにより期間によって段階づけられて、返還義務者によって

反証を挙げる事が可能であった。第一期においては、没収の推定は、取得者が適正な価格を支払ったということ、および売主が代金を自由に決定できたということを立証することによって反証を挙げられた。

返還は、原則として原状回復の形で行われた。しかし、権利者は、適正な価格と「得られた」代金の差額の追加払を、選択肢としてもった。この選択肢は、失望をもたらした。一九四八年六月二日の通貨改革が、原則としてあらゆるライヒ・マルクの強制通用力を一〇対一の比率としたからである。これが、追加支払請求権を一〇分の一の価値に下落させたのである。⁽²⁰⁾

返還のあらゆる立法者に明らかであったのは、少なからざる事案において、取得者が純粋な動機をもっていたという事であった。したがって、あらゆる法律において、返還は、取得者が、売主の財産関心を「特別な方法で、そして本質的な結果をもって、とくに外国への財産移転に際しての協力によって、または類似の処分によって知っていた」時には、欠落すると規定されていた。確かにそれは、返還の除外理由であったが、唯一の除外理由ではなかったことも確かであった。この要件事実に例示の性質を与えることが必要だとされた。信義誠実の援用については、どこにも明示規定はないにもかかわらず、それを返還法について貫徹することが重要であった。

権利を放棄する者もいた。⁽²¹⁾ 売主が、何もせず、明示的に、権利を行使したくないと宣言する場合もあった。主張されなかった請求権は、怠られた請求権とみなされ、自動的に、そのために創設された組織に移った。ユダヤ人継承組織の創設は、明らかに必要であった。第三帝国による絶滅作戦によって家族全員が抹殺された事案が多数存在する。⁽²²⁾ 法律上の規定なくしては、全く相続人がいない場合には、それぞれのラントの国庫が相続人となった。これは容認できないので、相続人のいない返還義務のある財産を確かめ、請求権を実現し、その金をユダヤ人組織に慈善目的で用

立てることを任務とする組織の創設が必要であった。怠慢の事例は、相続人不在の事例と同じように扱われた。なぜなら、遠隔地にいる、全世界に散らばった相続人達が、知らずに、期限を見過ごしてしまうことがあるからである。三つの占領地域と西ベルリンにそれぞれ一つの継承組織があった。数年後に、組織は、まだ実現されていない請求権と財産をドイツの諸ラントに売却した。継承組織は、ほぼ三億五〇〇万マルクをその依頼人に支払った。すべての返還請求権の価値は、ほぼ三五億マルクと見積もられている。一〇パーセントの割合は、継承組織の優れた業績を証明している。

② ドイツ内外の確定しうる客体の没収者としてのドイツ帝国

ドイツ帝国は、あらゆる没収者のうちで最大のものであった。個人的返還が存在する土地および事業に限定されるのに対して、ドイツ内および後にはヨーロッパにおけるドイツ帝国の一連の強奪行為の場合には、とくに動産がある役割を果たした。有価証券、金、銀、宝石、美術品がそうである。そのうちの大抵のものは、崩壊のちもはや存在しない。この有責な喪失に対して帝国は、対一の関係で金銭による賠償責任を負う。連邦返還法（一九五七年）においては、「ドイツ帝国」という法的擬制の代わりに、ドイツ連邦共和国が債務者として登場した。

東ヨーロッパにおける略奪物の辿った道を復元し確定することは、極めて困難であった。²⁷² いずれにせよ、一定の略奪作戦が、一定の地域、一定の時、一定の目的物に対して行われ、現在の連邦共和国の領土に運ばれた限りでは、要件事実の限定が可能であり、その場合、「法律上の推定」が行われた。そのような推定の働かない場合には、その証明は、困難であった。東側諸国では、書証を得ることはほとんど無理であった。官庁が強力的でなく、証人は裁判所に出頭しない。公的な法的扶助は拒否され、偶然が大きな役割を果たすのであった。

(6) 返還手続と給付額の現状

(a) 一九八六年一月一日現在の返還手続の現状 (連邦返還法四四四条 a による厳格緩和手続を除く)⁽²³⁾

返還手続全体 (義務ある私人、ライヒおよびそれと同等の権限者に対するもの)	一二八万三〇一八件
そのうち、	
連合国の返還法による手続	五四万七九六一件
連邦返還法による手続	七三万五〇五七件
現在まだ係属中の	一二八万三〇一八件
連合国の返還法による手続	五件
連邦返還法による手続	九七件
一九八六年一〇月一日の連邦返還法四四四条 a による厳格緩和手続	一〇二件
申請全体	二九万七四三八件
そのうち、処理済のもの	二九万二三三六件
	五一〇二件
義務を負う私人の給付は、推定で、三〇億から三五億マルクに達する。ドイツ連邦共和国の支払は、一九八六年一月一日現在で、	
〇継承組織に対して (示談・和解に基づき)	一億五五三六万四七三四マルク

(b) 従来の給付（一九八六年一月一日現在）⁽²⁷⁾

○個人的権利者に対して（連邦返還法三一条以下による充足手続、 および四四四條の厳格緩和手続において）	三三億 二四五万 七〇一マルク
○連邦返還法四四四條 a による厳格緩和手続（一九八六年一月一日現在） 給付額	
家財	二万一千九百五十五件 ⁽²⁸⁾ の決定
貴金属	一六万五、六〇九件の決定
○返還法全体に基づくドイツ連邦共和国の給付額	一億三、六八〇万五、五四〇九マルク
およそ	三九億マルク
	三億二、八六七万五、五四五マルク
	四億六、五四八万〇、九五四マルク

連邦補償法（BEG）	五九〇億八、七八〇万マルク
そのうち、一九八五年度、一八億四、七〇〇マルク	
連邦返還法（BrG）	三九億二、三〇〇万マルク
そのうち、一九八五年度二〇〇万マルク	
イスラエル条約	三億四、五〇〇万マルク
一、二の諸国との包括的条約	一〇億 マルク
その他の給付	六五億 マルク
（公職等）	
ラント法上の規定による給付	一八億三、五〇〇万マルク
最終緩和規定	四億八、〇〇〇万マルク

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理 (A)

.....計七七〇億 六六〇万マルク

(c) 従来の給付 (一九九一年一月一日現在)⁽²⁶⁾

連邦補償法 (BEG)	六七八億九四〇〇万マルク
連邦返還法 (Brig)	三九億三二〇〇万マルク
イスラエル条約	三四億五〇〇〇万マルク
一二の諸国との包括的条約	一〇億 マルク
その他の給付	七四億 マルク
ラント法上の規定による給付	二一億八五〇〇万マルク
最終緩和規定	五億六六〇〇万マルク
.....	計八六四億二七〇〇万マルク

(d) 従来の給付および将来予想される給付に関する概観

連邦政府は、一九八六年一〇月三十一日のドイツ連邦議会でのその報告において、全体の給付を新たに計算した。その結果、西暦二〇〇〇年まででも一〇二六億マルクに達するとされた。⁽²⁶⁾二〇〇〇年以後の連邦領域における補償の給付の大雑把な評価にとっては、バイエルン州がその報告の中でなした試算が基礎にされているという。

一九八六年現在で将来必要とする補償の費用	二二五億	マルク
連邦補償法

一九八六年には、すでに行われた給付を含めると、西暦二千年には、以下のような支払総額となると予測されていた。⁽¹⁾

連邦返還法	三億二七〇〇万マルク
その他の給付	二六億
ラント法上の規制による給付	一億
最終緩和規制	六〇〇〇万マルク
総計	二五五億八七〇〇万マルク

連邦補償法	八二三億七八〇〇万マルク
連邦返還法	四二億五〇〇〇万マルク
イスラエル条約	三四億五〇〇〇万マルク
一二の諸国との包括的補償	一億
その他の給付	九一億
ラント法上の規制による給付	一九億
最終緩和規制	五億四〇〇〇万マルク
総計	一〇二六億五三〇〇万マルク

個々の損害種における申請され決裁された請求の数に關してのみ連邦の統計がある。連邦統計によれば、連邦補償

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理 (八)

一三三三 (一四六一)

法による補償につき、一九五三年および一九八六年の間に、二〇〇万件を越える請求が、官庁によって積極的に判断された。⁽²⁷⁸⁾申請者から見れば、推定的に二つの請求が認められたであろうから、連邦補償法によって補償を受けたナチの被害者の数は、ほぼ一〇〇万人であろう。この一〇〇万人のうち、約三分の二が収容所またはゲットーに収容され、約三分の一が適時に亡命できた。推定三六万の被迫害者が、連邦補償法によって、年金を受けた。⁽²⁷⁹⁾

補償に対する全体支出は、政府が本来その給付を小さくみせようという関心をもっていなかったにもかかわらず、最近に至るまで、つねに余りにも低く評価されていた。⁽²⁸⁰⁾一九五二年には、四〇億マルク（イスラエル条約を除く）という数字が挙げられていたが、一九五六年の連邦補償法の可決後は、その後の数年は、七〇億から八〇億マルク、後になると、一六〇億から一七〇億マルクから出発した。その当時の連邦大蔵大臣シェッファーが一九五七年に二七〇億から二九〇億マルクの支出を語ったとき、彼はそのような「パニック惹起」により攻撃された。一〇年後には、政府はすでに四六〇億マルク（一九七五年まで）を要求した。一九七一年の連邦大蔵省の年統計においては初めて八〇億マルクが挙げられた。一九七五年には連邦大蔵省は八六〇億マルクに引き上げた。この合計は、不思議なことに一九八五年まで維持された。

③ 一九八八年現在の補償

連邦大蔵省の統計によれば、補償に対する公的な給付（社会保険を除いて）は、一九八八年一月一日現在によれば、次のような構造を示す。⁽²⁸¹⁾

る。ただし、連邦は若干の補償給付につき単独で負担すること、および、ベルリンの特殊な地位のために、連邦の全体的給付に対する割合は約六〇パーセントを占める⁽²⁸⁾。

一九八五年以降、さらなる補償給付に関する政治的論議は、——「グリユネン」によってきつかけを与えられて、⁽²⁸⁾再燃した。その主導者達の念頭にあるのは、できるだけすべてのナチ被害者を平等に扱うことである。しかし、財政的には重要な差異があることを看過してはならない。第二次世界大戦との関係における賠償要求は、補償には属さない。それには、一九五三年のロンドン債務返済条約が反対する。それによれば、何百万人も外国人強制労働従事者は、その他の被迫害集団と同視されえない。ロンドン債務返済条約は、戦後ドイツ連邦共和国の経済成長の最も重要な基礎である。「凍結された」莫大な債権にあって、もし条約を厳密に遵守するのなれば、連邦政府はまさしく自殺的に行為したのであろう。

同様に必然的ではないのは、いわば連邦補償法によって請求権のある「特権を与えられた破産債権者」(人種的、政治的および宗教的被害者)といずれにせよ一般的戦災法により請求権をもつその他の被害者(いわゆる「忘れられた」被害者)⁽²⁹⁾である。

六〇年代の初頭に至るまで、補償は、予算を圧迫する負担であったし、国民経済における重大な犠牲であった。一九五五年と一九五九年の間に財政的需要の二・四から五・五パーセントが連邦および諸ラントによって補償のために支出されなければならなかった。六〇年代の中頃からは、連邦と諸ラントの経済力と財政力との相関関係において負担は、ますます少なくなっていく。一九八〇年以降、毎年の補償給付の連邦の割合は、(当初ほぼ九億万マルクであったのが)あらゆる連邦の支出の〇・五パーセントにとどまっており、しかももっと減少傾向にある。

補償は、実体的にはその不備をもっている。しかしその財政的決算は、感動的なものである。一三〇〇億マルクの全給付は、一九六〇年の連邦の全支出の三倍である。補償の支出は、八〇パーセント以上が外国に行く。⁽²⁸⁵⁾

(7) 補償実務

補償の評価については、対極化している。⁽²⁸⁶⁾ グリュンネンは、連邦補償法が新たな差別を生み、生き残った者を新たな苦しみに導いているとし、補償は、第二の迫害であるとするのであるが、他方で、連邦政府は、それは、全体的に見て歴史にも唯一無二の業績であるとする。補償を外部から——被害者の目から——見る者（ジャーナリスト、弁護士、野党政治家）は、むしろ批判的であるが、内部に來たった者（官僚、裁判官、与党政治家）は、好意的に理解を示す。

① 初期（一九四五年—一九五二年）

ドイツ帝国の降伏以降、収容所から解放された被害者は、医学的・社会的に世話を受けなければならなかった。終戦直後には補償局の人員は、大部分が——とくにバイエルンは——自らも迫害された人々からなっていた。この頃、このような人々を中心になって、この仕事に情熱を燃やして、人材にこと欠かなかった。欠けていたのは迅速な援助に対する財政的手段のみであったという状況であった。⁽²⁸⁷⁾

バイエルンにおいては、一九四六年から一九五一年までの時代は、強烈な人物たるフィリップ・アウアバッハ（Philipp Auerbach）⁽²⁸⁸⁾ によって特色を形成された。被迫害者に対する國務委員（Staatskommissar）およびラント補償局の長官として、彼は政治的に非常に重要な人物であった。いわば国家の中の国家をなしていたとまで言われている。彼は、胆汁質で、性格の強い人物であった。権力欲が強く、自惚れ屋で、独裁的であるが、親切で、愉快で無私

であった。部下達からは非常に愛された。彼は、あらゆる規定を軽蔑した。彼の行政スタイルは混沌を一刀両断に解決するといったものであった。アウアバッハは、官僚的でない行為と不正な行為との限界に気づかなかつたことによつて失敗したのである。一九五一年初頭、彼は、若干の部下とともに未決拘禁に付された。一九五二年八月の有罪判決の翌日、彼は自殺した。この「アウアバッハの悪夢⁽²⁸⁾」の後、とくにバイエルンでは、行政のスタイルが変えられた。もはや自己意欲的な、オーソドックスでない決定は必要でなかつた。

② 一九五三年以降の諸ラントの行政

連邦の第一次補償法は、一九五三年一〇月一日に発効した。この法律は、誤解を生みそうな「連邦補充法」というタイトルをもち、十分に成熟をみていない「未熟児」であった。連邦諸ラントは、補償法を「独自の管轄事項として」(基本法八四条) 実施した。

一九五三年の連邦補充法によれば、補償は、一〇年弱で(一九六三年三月三一日まで) 終結するはずであった。しかし、実際にはこの期限までに補償をすべて終えることはできなかった。ともあれ、その当時申請されていた全請求(ほぼ三〇〇万件)のうち、一九六三年三月三一日には八一パーセントが処理されていた。⁽²⁹⁾

③ 判決実務

補償は、本来、公法に属するのであるが、立法者は、行政裁判所の管轄ではなく、それが損害賠償および官吏責任法に近いことから、通常裁判所の管轄とした。当初、連邦補償法によれば、それぞれの裁判所(Spruchkammer)において一人の裁判官は、自ら被害者であるべきだとされていた。⁽³⁰⁾さらに、立法者は、被害者の訴訟を容易にするため、弁護人抜きでも訴訟でき、また費用を無料とした。バイエルンでは、その上、国家の費用でいわゆる公選弁護人

をつけることができた。約四分の一の被迫害者が、このサーヴィスを利用した。それによって訴訟も多くなったが、バイエルンでは、拒否決定の約二〇パーセントが、訴えの結果、取り消されたという。⁽²⁰⁾

このような積極的評価の側面にもかかわらず、一九五〇年代、六〇年代の判例は、被害者に厳格であり、むしろ補償行政よりも厳しいものであった。これをを典型的に表している判例として、一九六一年七月一四日の連邦裁判所の判決を挙げておこう。それは、社会民主党員ゲオルク・ボックの補償請求を棄却したものである。

〔事案〕 原告は、ナチズムに対する政治的敵対性という根拠から、戦争に対する積極的参加によって政府を支援することを拒否し、召集令状に従わず、機雷設置活動への参加をも拒否した。原告は、すでに戦争の始まる前から戦争をヒトラーの不当な攻撃戦争であるともみなし、そのため、また一般的敵対性から戦争への積極的参加を拒否しようという決心に達していた。彼は、三年半の城塞刑に処せられた。後に彼は、受刑者部隊 (Strabattillon) の所属員として機雷を設置することを拒否したため、再び、一年半の城塞刑に処せられた。

〔判旨〕 「本法院は、いかなる条件の下にある行為がナチス権力支配との闘争とみなされるかという問題については、繰り返し、立場を表明した。それによれば、必要なのは、ある程度意味のある計画に基づく、その当時の立場からみてナチス権力支配に壊滅に導き、少なくともひどい結果を著しく軽減するに適した行為である。このような前提は、控訴審裁判所によって認定された事実によれば、原告には与えられていたとはみなされない。」「既存の不法支配に対してなされた抵抗は、次の場合にのみ、——真の、その当時その実現を暴力的に阻害された超実定法的法秩序の意味において——有意義であるともみなされ、またそれによれば、この抵抗を処罰する国家的処置は、次の場合のみ法的意味において不法であるともみなされる。すなわち、抵抗行為がその種類と重要性によって少なくとも、既存

の不法支配の害悪に関して改善への現実的転回を惹き起こす一定の見込みを提供する場合のみである」。「原告の行為がこの意味において適法とはみなされず、超実定法的ではあっても現行の法秩序と調和する抵抗行為とみなされえないことは、すでに上述のように闘争の概念を満たさないかどうかという問いに対する説明から明らかである」。

この判決は、激しい批判を受けた。この判決についてデュックスは、述べる⁽²⁸⁾。「ゲオルク・ボックのような人物が何千人もいて、ナチ体制に反抗していたなら、この体制の存在は、内部から危殆化されていたであろう。しかし、ボックの行動は例外であった。逆に、何千人もの「ナチ体制への」同調者がいたのである。同調者が多勢であったということは、ボックが現実に連邦補償法の序文の意味における抵抗をなしたという事実を変更するものではない。彼の抵抗を、それを真面目で重要なものではなく、したがって、法的に重要なものではないと宣言することによって、低く評価することは、少なくとも、ナチ時代の同調者心理が継続していることを明らかにしている」。しかも、連邦裁判所の判決は、同調者心理以上のものを認識させるという。そこには、ボックが行ったことを、まともなドイツ人は行わないという思想が現れているというのである。ボックは、彼の家族に苦痛をもたらしたのであった。

このように、連邦裁判所は、しばしば、現実離れた判決を下している。一九五〇年代からすでにドイツの補償の著名な専門家であったオットー・キュスターは、連邦裁判所の補償判決につき、一九八一年に総括して次のように述べている⁽²⁹⁾。「——できるだけ偏向のないように選んだ——全体像の中で、光と影とが、著しく目立って交錯している」と。実務は、あるいは、厳格な連邦裁判所の判例に追従したが、一部は、もっと寛大な処分を行ったとされている。このような判例の厳格な要件に対しては、例えば、ノルトライン・ヴェストファレン州は、一九八〇年七月九日のいわゆる「基準引き上げ反対命令」(Hebenstreit-Erlaß)において、次のように決定した。「判例によって唱えられた

より厳格な見解には従う必要はない。それは事実上の要請に……適合しない⁽²⁶⁾」。

④ 補償の終結

一九六五年の連邦補償法終結法は、新たな請求を開始させ、したがって、最終期限を一九六九年二月三日まで延長した。この法律の結果として一〇〇万人を越える、新たな請求が申請されたにもかかわらず、行政官庁は、一九六九年末までに九五パーセントの請求（ほぼ四二〇万件）を終結させることに成功した。その三年後、一九七二年末に、一・七パーセントが残っていたにすぎない。一九八七年末までに、補償は、ほとんど終了した⁽²⁶⁾。四四〇〇万件の申請があり、申請者数は、約一五〇〇万人と推定されている。一九八七年二月三日に、ドイツ連邦議会は、「終極的終結規定」(entgeltige Abschlussregelung) を可決した⁽²⁷⁾。

今日、政治的議論において大きな役割をはたしているのは、個々の被迫害集団に対する補償である⁽²⁸⁾。シンティとロマ(ジプシー)については、次節で詳論するように、一九六三年以降もはや人種的理由から迫害された集団であることは疑いの余地がなくなったのであるが、別の被迫害集団、とくに、強制労働者、兵役拒否者、同性愛者、非社会者、遺伝健康法によって強制断種された者などは、連邦補償法に含まれないとされている。一九五九年二月三十一日の申請期限を守れなかった者や一般的戦災法の発行以前に補償官庁に提出された申請がしばしば許可されなかったのである、一九八八年三月七日には、連邦政府は、連邦議会の圧力によって、ガイドラインを発し、通常、五〇〇〇マルクの援助金を支払うことにしたのであった⁽²⁹⁾。

(8) シンティとロマ(ジプシー)に対する補償

① ナチ時代のジプシー迫害

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理(八)

ナチ権力政権の「人種的理由」からのユダヤ人の迫害と民族殺人については、すでに戦時末期に、遅くとも終戦直後に全世界に知れ渡ったのであるが、シンティとロマ（ジプシー）の迫害については、戦後も長年の間、日陰に追いやられ、公共の注目を浴びることはなかった。⁽³⁰⁾ その意味では、戦後においても、長年、補償の枠外にとどめられたのであり、シンティとロマの迫害は、いまだ継続しているのである。⁽³¹⁾

いわゆる「ジプシー問題」(Zigeunerfrage)の解決は、カイザー・ライヒやワイマール共和国においても、また、ナチ時代の初期においても、専ら警察の課題であった。⁽³²⁾ しかし、この警察の「ジプシー対策」は、効果を挙げていなかった。それぞれの警察が、実務的には、自らの管轄領域からジプシーを追い出すことのみを目的としたからである。ジプシーに対する対策の共通項は、逆説的であるが、ジプシーの「定住化」(Sefhafmachung)であった。⁽³³⁾ もとより、どのゲマインデ（郡）も自分達の土地に定住されてはこまると考えていたのであるから、「定住化」とは、追放政策の核心であると理解されなければならないのである。ここでは、まだ、ジプシー対策は、カイザーライヒ、ワイマール共和国などの従来のもので変わらず、ジプシーとは社会に適応せず、放浪し、都市秩序を乱す非社会者 (Asoziale) と理解され、ナチ的迫害の一般的指針が定立されていたわけではない。しかし、一九三五年から一九三八年にかけて、ジプシー対策は、徐々に、厳しいものになってきていた。⁽³⁴⁾ 例えば、シンティとロマに提供された私有地は閉鎖され、有刺鉄線で囲まれた場所に集められるようになっていたのである。また、「遺伝病をもつ子孫の予防のための法律」によって断種されたジプシーも少なくなかった。

このように、ジプシーの迫害および絶滅政策については、当初からヒトラーやヒムラーないしハイトリッヒに明確な綱領があったわけではない。ユダヤ人の場合のような、ジプシー問題の「最終的解決」が決定された「ヴァンゼー

会議」は存在せず、ジプシーは、社会から「付随的に」隔離されたにすぎないとも言われている。なぜなら、ナチスは、ジプシーにはドイツ民族にとつての脅威を感じてはいなかったたのであり、仰々しく構えなくとも抹殺できるたんなる厄介な非社会者、寄生虫だとみなしていたからである。⁽³⁰⁵⁾一九三五年の「ニュルンベルク法」は、明示的に言及していないが、もとよりジプシーにも該当する。

一九三六年は、ジプシー対策にとつて転回点をなす。この年、ヒムラーが「ライヒ内務省のドイツ警察長官」に任命され、これによつて、ジプシーに対するライヒ統一的な弾圧の体制が整えられた。⁽³⁰⁶⁾このようにして、遅くとも一九三七年初頭には、ヒムラーは、「プロイセン・ラント刑事警察署」にジプシー対策を集中させた。一九三六年以降、多くの都市において特にジプシーのための収容所が設立された。とくに首都ベルリンから、オリンピックの間、「ジプシーをなくする」ために、ジプシーの大量拘禁が行われた。⁽³⁰⁷⁾一九三七年には「予防的犯罪闘争のための基本布告」⁽³⁰⁸⁾が発せられた。そこでは、職業犯人や慣習犯人でなくとも、「その非社会的な行為によつて一般公衆を危険に陥れる」者はすべて警察的予防拘禁に付されることができた。一九三七年には、また、ドイツ・ライヒ領域におけるすべてのジプシーのシステマティックな「人種生物学的」把握、調査および鑑定が始まった。⁽³⁰⁹⁾神経医ローベルト・リッター (Robert Ritter) 教授の指導下にライヒ健康局人種衛生研究所において活動した研究者は、一九四四年八月までにおよそ三万人のジプシーを「鑑定」し、強制収容所への移送の疑似科学的基礎を準備した。一九三八年五月一六日には、ベルリンの「ライヒ刑事警察署」(Reichskriminalpolizeiamt) に「ジプシーの悪行の克服のためのライヒ・センター」(Reichszentrale zur Bekämpfung des Zigeunerwesens) の設立が命じられた。⁽³¹⁰⁾

さらに、最近の研究によれば、一九三九年にポーランドに侵攻し、戦争状態に入った時に、ナチのジプシー弾圧政

策が、転回点を迎える。この時点で、新たなジブシーの絶滅政策につながる段階が始まるのである。⁽³¹⁾一九三九年一月一七日には、ライヒ保安本部 (RSHA) は、ジブシーとジブシーの混血は、その住所またはその居所を離れてはならないと規定した。ポーランドへのジブシーの輸送が考えられていたのであった。一九四〇年四月からは、ラインハルト・ハイトリッヒの秘密文書は、ライヒの西および北西部分の二五〇〇人のジブシーを、五月中旬に、総督領 (ポーランド) に輸送するよう命令した。一九四二年四月一日から、ジブシーは、社会法・労働法の問題においてユダヤ人と同視されるようになった。一九四二年二月一六日のライヒスフェーラー S S のいわゆる「アウシュヴィッツ命令」(Auschwitzerbefehl) ⁽³²⁾ が、ジブシー迫害政策の終着点を示している。一九四三年初頭に、ライヒ保安本部は、すべてのジブシーを、何週間かの間にアウシュヴィッツのジブシー強制収容所に輸送する命令 (アウシュヴィッツ命令) を発した。リッターは、一九四三年三月三日に「従来、九千人以上のジブシー混血がズデーテンラントの特別ジブシー収容所に集中させられた」と報告している。⁽³³⁾ アウシュヴィッツでは、ジブシーは、「ジブシー家族収容所」(Zigeunerfamilienlager) に収容された。これらの者に対して特別の絶滅命令が発せられたわけではないが、彼らは、明示的ではないにしても、疑いなく殺害される運命にあった。ジブシー収容所は、一七カ月の間、存続した。およそ二万三千人のそこに収容された者——そのうち一万七三七七人が、旧ライヒから、二千三四三人が「オスト・マルク」から輸送された者であった——のうち、二万七八人が死亡し、三二人が、逃亡しようとして射殺された。六千四三二人が、ガスによって殺された。一万三千六一四人が収容所の生活状態に耐えられず死亡した。一九四四年八月二日・三日の夜、ジブシー収容所は、処分され、収容された者達は、トラックでガス室に輸送された。この時、殺された者の数については、二千九〇〇人から四千人と言われている。⁽³⁴⁾

② ジブシーに対する補償実務の変遷

その他の被迫害者の場合と同様に、補償法による給付は、個々の事案において行われた不法な処分が、連邦補償法一条において列挙された理由、つまり、ナチズムに対する政治的敵対、人種的理由、信仰上、世界観上の理由に基づいた場合にのみ、考察にのぼった。これらの迫害理由がない限り、処分は違法であっても、一般的戦災法（AKG）による賠償請求が、一般的法規定との関係で考察にのぼるにすぎなかった。ジブシーの場合には、迫害理由が別にあるものとして、連邦補償法の適用を否定するのが、通常の実務であり、裁判所も、ジブシーに対するナチ達の迫害処分は、犯罪予防的理由や戦争による理由などに基づくものであり、その「非社会的性質」によるものと説明して、人種的理由からの迫害であることを否定した⁽⁴⁵⁾。したがって、ジブシーには、原則として補償は閉ざされていた。これが五〇年代の状況であった。

そして、一般に実務上、ジブシーに対する集団的迫害は、一九四三年になって初めて開始されるという見解が普及していた。連邦裁判所は、一九五六年一月七日のその原則的判決⁽⁴⁶⁾において、この実務に従った。一九四〇年五月に二五〇〇人のジブシーをライヒの西の国境遅滞から「総督領」に輸送した動機を調査し、人種的理由によるジブシーの一般的迫害は、一九四三年三月一日、つまり、いわゆるアウシュヴィッツ命令の発効した日から初めて行われたものとしたのである。これは、まさしくナチの人種イデオロギーから帰結する「異質」で「危険な」ジブシーという観念を継承したものであるといわざるをえない。

この一九五六年一月七日の連邦裁判所の判決を詳しく紹介しよう。

〔判旨〕 補償事件における判例の中には、強制移住作戦の判断に当たって著しい見解の相違がある。文献において

は、ブレッシン／ヴィルデンヤベッカー／フォーバー／キュスターの注釈書は、強制移住作戦は、一九四〇年に専ら軍事的考慮に基づいていた、あるいは軍事的・保安的措置であったとみなされるというのであり、また、一九四二年一月一六日ないし一九四三年一月二九日のヒムラーのいわゆるアウシュヴィッツ命令が初めてジプシー問題に対するナチの権力者の態度における基本的な転回点を意味するという見解である。本法廷も、この見解に従う。

「控訴審裁判官が、二五〇〇人のジプシーを西側の国境地帯からポーランドの総督領に強制移住させることを命じ、そして、この強制移住の実施を詳しく規制した一九四〇年四月二七日のライヒスフェーラーSSおよびドイツ警察長官の速達に与えた評価には、賛成できない。控訴審の判決においては、この処分が、人種としてのジプシーに対して行われた措置の一連のものの中に置かれている。それは、控訴審の裁判官の見解によれば、すでに一九三八年一月二八日の回状命令をもって始まり、一九四二年三月一三日のジプシーの処遇に関する命令で続行され、最後に挙げたこの命令によって、ジプシーは、労働法上、ユダヤ人と同視され、そして、一九四二年一月一六日のライヒスフェーラーSSの悪評高いアウシュヴィッツ命令において頂点に達するのである。まず、控訴審裁判官が重要な意義を与え一九三八年一月二八日の……回状を眼に入れるならば、まさにそれは、人種イデオロギー的な観点の強調にもかかわらず、人種そのものが、それに関係する命令に対する根拠ではなく、すでに述べたジプシーの非社会的性質なのであるということが認められる……」。「この命令に規定された措置は、その本質上、特殊人種迫害的なものと見なされえず、また、警察上の予防・保安措置の枠内にとどまる」。「一九三九年一月一七日のライヒ保安局の速達も、予防的警察処分枠内にとどまる」。

「しかし、このことから上告につき、訴えが完全な範囲で拒絶されるという結論は導くことができない。原告は、

一九四二年二月一六日のすでに言及したヒムラーの 아우シュヴィツツ命令によっても、拘禁されていた。この命令はいわゆる『第三帝国』のジプシー対策の決定的な転回点を意味することについては、判例と文献における一般的合意が存在する。それは、全ジプシーをナチズムの人種イデオロギーからのみ説明されうる処分に服させるものである。……本法廷が、一九五五年三月一日のその判決において述べたように、このようにして拘禁されたジプシーには、連邦補償法による補償請求権は、ジプシーまたはジプシーの混血が、一九四三年三月一日以降の時期に、——これは命令の実施にとって決定的な時点であるが——人種的理由からも拘禁されたときには、認められうる」。

しかし、実際には、ナチスは、当初からジプシーを迫害していた。シュトゥットガルトとグロプケのドイツ人種立法コンメンタールの中で、次のように書かれている。「種の異なつた血をもつのは、ヨーロッパにおいては通常、ユダヤ人とジプシーのみである」⁽³⁷⁾。この判決の後、カルヴェリーアドルノは、シンティの運命について、「毎日、千人づつの輸送において二万人のユダヤ人と五千人のジプシーが一九四一年一〇月一五日から一月八日までの間に、リッツマンシュタットのゲットーに運ばれた」、「約二万人のユダヤ人ならびにほぼ一五〇〇人のジプシーの残りの者達が、射殺されるべき男達が含まれていたのであるが、ゲットーとしてのベルグラードの町のいわゆるジプシー地区に集められた」などと書いている⁽³⁸⁾。

一九八六年の「連邦議会の報告書」は、「一九五六年の連邦裁判所の判断は、比較的小さな実務的影響をもつたにすぎない、なぜなら、補償官庁と上級ラント裁判所は、すでに一九六三年以前にそれに従わなかったからである」⁽³⁹⁾としている。しかし、この連邦裁判所の判決が実務上もたらした申請者への影響は、図り知れないほど大きなものである。次の例がそれを示している。あるジプシーの女性が一九三九年にその家族とともに、ベルギーに亡命した。補償

申請をしたとき、役所は、「貴女は確かにハッセルト／ベルギーに移住されました。しかし、これまで、貴女と貴女の家族に移住を決意させたナチの迫害処分がどこに見られるのか証明されていません。一九三七年から一九四二年にジプシーに実施された様々な処分は、秩序警察上の、および戦争による理由から行われたものです」と書き送った。これによっても、迫害されたジプシーに挙証責任を負わせているのがどのように問題であるかが明らかになっている。⁽³²⁰⁾

この一九五三年判決は、その後の連邦裁判所判決⁽³²¹⁾においても継承されたのであるが、連邦裁判所は、一九六三年一月二日一八日の判決⁽³²²⁾で、新たな資料の発見に基づいて、一九三五年から、遅くとも一九三八年から集团的迫害が始まったという見解へと訂正した。

〔判旨〕 「……これに対して、控訴審は、ジプシーに対する権力的処分において、一九四二年一月一六日および一九四三年一月二九日のいわゆるアウシュヴィッツ命令以前にも、人種的迫害の理由が少なくとも共同原因的であった、しかも一九四〇年四月および五月に実施された二五〇〇人のジプシーの輸送に対してそうであったと述べる。ここでは、一九六一年五月二日のフランクフルト上級ラント裁判所の判決および一九五九年三月一六日のケルン上級ラント裁判所の判決において行われた認定と、本法廷に以前の判例にはまだ提供されていなかった資料、とくに——後にもっと詳しく触れるが、——一九三八年八月のガウライターであったボルシー博士の追悼論文集に基づくものである。その論文集によって、フランクフルト上級ラント裁判所は、それが重要な党の事務局に配布されていたに違いないと認めたのである。このような資料によって、また、『ジプシー対策』のその後の展開によって、控訴審が、人種的理由も、命令に対して共同原因的であったという結論に達したのであれば、それは、法的には異議を唱えることはできないし、上告審にとっても拘束するものである。なぜならば、事実審裁判官は、一般的行政命令の解釈にあつ

て、その命令そのもののみでなく、命令自体からは明らかにならない事実をも考慮することを妨げられないからである」。……「控訴審によって継受されたフランクフルト上級ラント裁判所の論述によれば、一九三八年二月八日の命令が、すでに、それが、全ジプシーの認識的統計によって準備を始めたことよって、人種的理由によるジプシー問題の最終的解決の準備に役立っていた。……一九三九年三月一日のライヒ刑事警察局の実施指令において、この統計の人種政策的な目的として、ドイツ民族からのジプシーの人種的選別およびその他の処分の準備に言及された……」。

「この控訴審の事実的認定は、一九三五年以降、フランクフルト上級裁判所が言うように、少なくとも一九三八年以降、ジプシーに向けられた措置にとつて、たんに軍事的・保安対策的な動機ではなく、人種政策的な動機が共同原因的であったという認定を正当化する。これに対しては、第一に挙げられた動機が、一九四〇年四月と五月のジプシー輸送をそれ自体ですでに完全に正当化しただろうから、人種政策的動機は全く問題にならない、といつて異議を唱えることができない。なぜならば、連邦補償法の適用にとつては、いかなる動機がこの措置の基礎にされたかが決定的だからである。その際、人種的動機だけが決定的だったことは必要でない。連邦補償法一条の適用には、そのような動機が共同決定的であったことで十分である」。

最高裁判所のこの判例変更に基づいて、一九六五年の連邦補償法の四条二項が、一九三八年から一九四三年に被った迫害に対する補償請求を確定判決をもって拒否されたジプシーは、手続の再開を申請することができることと定めたのであった。この一九六五年の終結法は、迫害されたジプシーにとっては本質的な改善を意味した。⁽²³⁾

連邦補償法によれば、その申請が拒否されたジプシーは、上述の時期に一般戦災法による補償を受けた。

連邦補償法終結法四条一号二項および四項によれば、一九六六年九月三〇日までに——責に帰すべからざる怠慢による場合は、一九六九年二月三一日まで——一九五六年の連邦裁判所の判例に基づいた判断の修正を申請することができた。⁽³²⁶⁾

人種的に迫害されたシンティとロマおよび他の理由で迫害された者になされた給付の数については、分らないとされている。なぜなら、補償官庁が、被迫害者集団別の統計をもたず、連邦補償法上において挙げられたそれぞれの理由別の統計をも作成していないからである。連邦領域において補償年金を連邦補償法によって、一九八六年現在、受領していた全体数は、推定で少なくとも一二〇〇名であり、連邦補償法による病人援護の受領者数は、推定で四〇〇名を越える⁽³²⁶⁾と見積もられている。

一九六〇年代中頃から七〇年代にかけて、ドイツでも市民権運動が盛んになり、少数者や社会的周辺グループに理解を示すようになった。連邦政府は、一九八二年二月二日のSPDとFDP会派議員団の質問、およびグリーンズの会派議員団からの質問に対する回答において、シンティとロマの生活状況の欠陥部分と改善の方策について示唆した⁽³²⁶⁾が、さらに一九八六年の「報告書」においても、具体的な項目について改善すべき問題を指摘した。

(9) 断種および安楽死の被害者に対する給付

一九三三年から一九四五年の間に断種を施され、また、安楽死させられた被害者の数は明らかではない。⁽³²⁷⁾ 連邦統計局の大雑把な推定によれば、断種の被害者は、一九八六年九月一日の数字で約八万九千人にのぼっている。

強制断種手術を受けた者は、次の給付を受ける。

① 断種に対して人種上の、またはその他の連邦補償

法一条に列挙された迫害理由が原因となっていた場合には、連邦補償法による補償。

② 断種が先置された手続なしに遺伝健康法によって施される場合には、連邦補償法一七一条四項一号の特別規定による厳格緩和。

③ 断種が、確かに遺伝健康法に基づくが、この法律の規定を侵害して、または医療過誤によって実施された場合には、一般的法規定との関係で、一般戦災法（AKG）による損害賠償。

④ 一九八〇年の連邦政府の決定に基づいて、申請に対して、すでに別に給付を受けていない限りで、五千マルクの援助。この援助に対する条件は、侵襲が労働能力の低下につながったことではない。申請の期限は定められていない。

断種は原則として労働能力の低下に繋がらないので、少数の例外はあるが、身体または健康に対する損害に対する年金を受けない（連邦補償法三一条一項）。

安楽死の被害者に対する法律規定としては、その遺族に次のような給付がなされる⁽²⁸⁾。

① 連邦補償法一条に列挙された理由が存在する場合には、連邦補償法一五条以下による生命に対する補償。

② このような理由が存在しない場合には、遺族が扶養義務者の殺害がなかったならばその者から現在扶養を受けていたであろうと認められる限りで、連邦補償法一七一条四項二号による厳格緩和。

③ さらに連邦補償法によって弁償されたのではない物的損害が存在する限りで、一般的法規定との関係で、一般戦災法による損害賠償。

(10) 強制労働従事者に対する補償

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理 (A)

① 連邦補償法および連邦補償法終結法による元強制労働従事者に対する補償

人種的、政治的、宗教的または世界観的理由から迫害された人々は、確かに、行われた強制労働それ自体を理由に、補償に対して特別な請求権をもつものではない。⁽³²⁹⁾けれども、ナチ権力支配のもとで、ライヒ、ラント、その他の公法上の団体、施設または基金、ナチ党、その支部またはその付属団体の担当所、または公務員の勧誘または同意を得て、強制収容所またはその他の拘禁類似の条件のもとに、ドイツ企業に給付しなければならなかった被迫害者は、連邦補償法による責任補償を受けた。拘禁類似の条件下での強制労働に対する請求権は、連邦補償法の四三条三項によれば、被迫害者が、労働の投入時以外には、拘禁類似条件のもとで暮らしたのでない場合にも、存在した。強制労働によって被った身体または健康への損害として職業上の生存における損害については、それは年金、元金補償および治療手続の形態における補償を受ける。必要な場合には遺族扶助も保証される。

その他、ナチ権力支配のもとで、その国籍上の理由から、人権に反する条件下で強制労働をさせられ、これによって継続的な身体または健康上の損害を被った人々は、一九六五年の連邦補償法終結法六条の意味におけるいわゆる国民被害者として治療手続、年金および元金補償 (Kapitalentschädigung) を受けた。前提とされていたのは、被害者が、一九五三年一〇月一日現在、一九五三年七月二八日のジュネーブ条約の意味における難民であったことである。

② 連邦補償法一条の意味における、または連邦補償法終結法六条によって補償された強制労働従事者の意味における被迫害者の数⁽³³⁰⁾

連邦補償法一条の意味における被迫害者の数、またはいわゆる国籍被害者として補償される強制労働者の数に関する報告は、諸ラントやケルンの連邦官庁の補償局は行えない。なぜなら被迫害者集団も、迫害事実または損害事実

も統計上、把握されていないからである。被迫害者の大部分にあっては、しかし、自由剝奪および強制労働が拘禁類
似の条件の下で、自由剝奪損害の補償および、身体または健康に対する損害に対する補償につながったのである。そ
の限りで、連邦補償法三二条二項における法律上の推定には、大きな意義が与えられた。それによれば、少なくとも
一年の強制収容所拘禁および二五パーセントの労働能力の一般的低減は、二五パーセントの年金の権利のある迫害に
よって惹き起こされた労働能力低減であるともみなされた。これによれば、一年あるいはそれ以上の強制収容所拘禁に
あって、年金請求権のないままであったような被迫害者、とくにユダヤ人、シンティ、ロマ、および追放された集団
の所属員の数は、極めて少ないだろうと推測される。

連邦補償法終結法六条の意味におけるいわゆる国籍被害者に対する、身体または健康の損害に対する給付は、圧倒
的に、元の強制労働従事者の役に立った。ただし、彼らがそのポーランド国籍のゆえにとくに差別的で有害な処分に
晒された限りである。

③ 法律上の補償規定の枠外の元外国人強制労働従事者の補償

上述の補償規定の枠外での外国人強制労働従事者が、損害賠償請求を主張する限りで、一九五三年八月二四日のロ
ンドンの債務条約 (LSchA) が反対した。強制労働のゆえの補償に対する債権にあっては、第二時世界大戦との関
係における原状回復債権が問題である。それは私企業に対する元の強制労働従事者の債権についても妥当する。⁽³¹⁾

④ 私的合意による元の強制労働従事者に対する支払

若干のドイツの企業 (I・G・ファルベン、ジーメンズ、AEG、クルップ、ラインメタル) は、対独ユダヤ人物
の請求会議 (Conference on Jewish Material Claims against Germany) (請求会議、Claims Conference) との私法

上の協定に基づいて、このような企業において第二次世界大戦中に行われた強制労働に対して示談金を支払う用意があると宣言した。⁽³²⁾ 全部で一四八七八名のユダヤ人強制労働者に対して、総額五一九三万五〇〇九五マルクが支払われた。⁽³³⁾ しかし、例えば、フリック・コンツェルンにおいても、総力戦に入った時代には一二万人から一三万人の労働者のうち四万人が外国人労働者だったという証拠がある。三〇パーセントの変動率からみて、少なくとも六万人の外国人労働者が働いていたと見られている。そのうち、強制労働に従事していたのは、四万八〇〇〇人から五万人と推定されている。⁽³⁴⁾ しかし、一九八六年までに、フリックは、これらの人々に何らの補償をもしない。したがって、「請求会議」と「I・G・ファルベン、ジーマンス、AEG、クルップ、ラインメタル」との合意が、ナチ独裁の時代の「奴隷労働」(Skavenarbeit) の補償の問題を解決したものと誤解してはならない。⁽³⁵⁾

(11) 外国に対する補償給付

返還法と補償法は、個人に対する補償を目指したものであったが、ユダヤ人に対して加えられた不法に適正に償うには不十分であった。属地主義原則から、東ヨーロッパのユダヤ人には補償が制限されていたのであり、とくに、個人的補償は、ユダヤ人達の基本的な損害、つまり、彼らが社会的に根無し草にされたという損害を補償するものではなかったのである。

① ユダヤ人組織に対する包括的補償構想の由来

すでに一九三九年から戦争中を通じて、ドイツはユダヤ人に補償を支払うべきだという声が挙げられていた。⁽³⁶⁾ このような声は、最初、イギリスやパレスティナ、アメリカ合衆国に亡命したユダヤ人で、財界や学者として指導的な人物の間で広まったのである。一九四四年にナチによるユダヤ人大量虐殺が知られると、この声は、ユダヤ民族に対す

る集团的賠償の要求へと結実していった。アメリカでは、一九四一年にバルチモアでユダヤ世界会議の大会が開催され、当時の会長ナフム・ゴルトマン (Nahum Goldmann) がドイツに対する補償要求を提案し、その年に、重要なユダヤ人組織——ユダヤ世界会議、アメリカン・ジョイント・ディストリビューション・コミティ (AJDC)、アメリカ・ユダヤ人会議——が、戦後賠償と補償の問題を調査し始めた。敗戦国が、戦勝国に対してのみならず、自国の迫害された少数者に対して賠償を支払うというのは、従来の国際法の原理からは逸脱したものであった。一九四四年には、パルステイナとアメリカでそれぞれ独立に、補償と賠償の問題を取り扱った二冊の重要な著書が公刊された。ジークフリート・モーゼスの「ユダヤ人の戦争要求」とネヘミア・ロビンソンの「保証と賠償——ユダヤ人の観点」である。ロビンソンは、例えば、その中で相続人不在の財産に対する請求権について論じ、継承組織が創設されなければならぬと論じている。このロビンソンの構想が八年後に重要な意味をもつことになる。一九四五年九月二〇日には、チャイム・ヴァイツマン (Chaim Weizmann) が、戦後初めて戦勝四カ国に対してパルステイナ・ユダヤ人代表の名で、財産返還請求と補償の要求書を提出した。⁽³⁴⁰⁾

長くまた辛抱強くドイツに対する要求文書の作成が続けられ、一九五一年一月一六日になって、イスラエル政府は、イスラエルの経済的危機が蔓延する中でヤダヤ人の財産の返還と補償の問題に関する親書を四占領国に送付し、その中で、これまで、連合国によってドイツで発布された規定は不完全で不適切であると説明し、法律を拡大し、改正して、連邦共和国が、諸ラントと共同して財政的義務を引受け、ドイツ国外の請求者に対する財産返還や金銭支払の手続を促進するよう要求した。イスラエルは、この要求を、戦後ドイツにおいて収容所にいた大勢の「強制転地された人々」(displaced persons)を受け入れたことによって、財政負担をも引き受けたという事実をもって根拠づけた。

② イスラエルとの「包括的補償」協定

二ヶ月後の一九五一年三月一二日には、イスラエル政府は、ドイツの元の四つの占領諸国に、さらに一通の親書を手渡した。そこでは、初めて、包括的要求が文章化され、根拠づけられ、五〇万人のユダヤ人難民の編入のための費用として、一人あたり三千ドル、合わせて一五億ドル(六三億マルク)の支払を要求した。そのうち、連邦共和国は一〇億ドルを、そして東ドイツは、五億ドルを引き受けるべきだといふのである。⁽³⁴⁾その親書に対しては、ソ連からは回答がなかった。その他の西側連合国は、一九五一年四月中旬に、イスラエル大蔵省次官のダフィット・ホロヴィッツに対して一九四六年の「パリ賠償協定」によって、ドイツにさらに賠償責任を負わせることはできないという返答が与えられた。さらに、ドイツの防衛費負担が計画されており、また、連合国の駐留費用の点でも、連邦共和国の財政状態では、イスラエルの要求を満たすことはできないといふのであつた。そこで、イスラエルは直接にドイツ連邦政府と交渉に乗り出した。一方、この要求書について知つたアデナウアーは、これがドイツに向けられたものではないが、これについて交渉する用意があることを示唆した。そこで、ホロヴィッツとアデナウアーは、パリで会見することになつたが、アデナウアーは、アメリカの賛同がなければ不可能であると答えたのであつた。その後、六月になつて、ワシントン國務省は、ドイツ連邦政府は、「任意の行動」を妨げられないといふ見解を示し、ドイツにおけるアメリカの最高司令官ジョン・マックロイは、イスラエル政府がドイツ連邦政府と被害賠償の交渉を開始することを認める宣言をなすよう努力することを約束した。この宣言は、一九五一年九月二六日に連邦閣議で承認された。その翌日の九月二七日の連邦議會では、アデナウアーは、ユダヤ民族に対する財産の返還と補償について歴史的な宣言を行った。⁽³⁴⁾一九五一年一〇月二六日には、ニューヨークのウォルドルフ・アストリア・ホテルで、世界中のユダヤ人

組織の代表者が集まり、反対のデモ隊が会場に乱入するというハッピーニングもあったが、その最終コミュニケーションにおいて、会議は、イスラエル政府の要求に対する完全支持を表明した。そして、将来の活動のための全体を代表する組織として、「対独ユダヤ物的請求会議」の創立を決議し、ナフム・ゴルトマンを委員長に選出した。翌一九五二年二月から補償に関する両国の会談が始まり、二月末には、ロンドンのランカスター・ハウスでその額の交渉が開始された。三月二日から八月まで、オランダのデン・ハーグの近くのヴァセナル (Wassenaar) の元のオウド・カステル城においてドイツの代表とイスラエルおよび請求会議の代表者との間で交渉が行われた。⁽³³⁾ 五月中旬には、交渉は、危機に陥ったが、一九五二年九月一〇日に、ルクセンブルクにおいてイスラエルの外務大臣シャレット (Sharett) と請求会議代表のゴルトマンおよび連邦首相アデナウアーが補償協定に署名した。これは、国交もその他の正式のつながりもなかった両国の間に締結されたものであり、国際法上の画期的な先例の意味をもつ。ここで締結された協定と議定書は、一九五三年三月一八日に連邦議会で、二〇日に連邦参議院で批准された。この協定は、「イスラエル協定」とも、また、しばしば「ルクセンブルク協定」とも呼ばれるが、これによって、連邦共和国は、三四億五千万マルクの総額の物資を一二年から一四年の間にイスラエルに支払う義務を負った。この中からイスラエルは四億五千万マルクを請求会議に支払うことになった。この合意にもとづいて、ドイツ連邦共和国は、イスラエルに対して、一九六五年末まで一四年払いで物資供給および役務提供の形で、総額三〇億マルクを支払った。この協定の前文によれば、支払は、イスラエルが、多くのドイツおよび元ドイツの支配下にあった地域から、追い立てられた無産のユダヤ人難民を移住させ、したがって、ドイツ連邦共和国に対して、生じた編入費用の包括的な弁済に対する請求権が与えられるという困難な負担を負ったことに鑑みて行われたのであった。ハーグ議定書第一号により、連邦共和国は、連邦補償

法を發布する義務を負うことになり、議定書第二号により、請求会議への包括的支払は、イスラエルへの支払を経由することが定められた。

③ 一一の西ヨーロッパ諸国との包括的補償協定

ドイツ連邦共和国は、一九五四年から一九六四年まで、一一の西ヨーロッパ諸国との間に、ナチの迫害処分によって人的損害（生命、身体、健康、自由に対する）を受けたが、連邦補償法の時点原則と住居条件を満たしていないために法律上の給付を受けられなかったこれらの国の国籍をもつ者のために一括額の支払に関するグローバルな合意を締結した。⁽³⁶⁾ これらの額の分配は、それぞれの外国政府の裁量に委ねられた。

次の条約がそれである。

①	ルクセンブルクとの条約	一九五九年七月一日	一八〇〇万マルク
②	ノルウェーとの条約	一九五九年八月七日	六〇〇〇万マルク
③	デンマークとの条約	一九五九年八月二四日	一六〇〇万マルク
④	ギリシアとの条約	一九六〇年三月一日	一億一五〇〇万マルク
⑤	オランダとの条約	一九六〇年四月八日	一億二五〇〇万マルク
⑥	フランスとの条約	一九六〇年七月二五日	四億 マルク
⑦	ベルギーとの条約	一九六〇年九月二八日	八〇〇〇万マルク
⑧	イタリアとの条約	一九六一年六月二日	四〇〇〇万マルク
⑨	スイスとの条約	一九六一年六月二九日	一〇〇〇万マルク
⑩	イギリスとの条約	一九六四年六月九日	一〇〇〇万マルク
⑪	スウェーデンとの条約	一九六四年八月三日	一〇〇〇万マルク

オーストリア政府とは、同じく一九六一年一月二七日に締結されたドイツ・オーストリア財政および均等化条約において、しかるべき補償協定が締結された。それにもとづき、ドイツ連邦共和国は、一億一〇〇万マルクを支払った。

④ 東ヨーロッパ諸国との包括協定

① ユーゴスラヴィア	一九六一年四月二四日	八〇〇万マルク
② チェコスロヴァキア	および一九六三年九月七日	七五〇万マルク
③ ハンガリー	一九六九年一月三〇日	六二五万マルク
④ ポーランド	一九七一年一月二二日	一億
	一九七二年十一月一六日	マルク

この関係には、ナチの強制収容所で行われた疑似医学的人体実験の被害者に関する補償に関する協定も属する。一九六〇年以降、ジュネーブにおける赤十字国際委員会を通じて進められた、

東ヨーロッパの国籍または住居をもつ申請者に関する手続を促進し簡略化するために、一九六一年から一九七二年までに四カ国とその疑似医学的人体実験によって健康を毀損された国民のための包括額の支払に関する協定が締結された。⁽³⁶⁾

(12) 補償の過去の克服に対する意義

すでに紹介したように、一九八六年夏以降の歴史家論争は、ドイツの過去をすでに歴史化したものとして、「相対化」しようという動向と、それに反対する動向とのせめぎあいを象徴したものであった。補償についても、ドイツがすでにその義務を十分に果たしたとする意見とまだ十分でないという意見の対立が見られる。「ある者は、ドイツ人はまだ当為のもとに立っていると言ひ、他の者はすでに払いすぎたと信じており、さらに、その中間の意見がある」⁽³⁷⁾のである。しかし、現実には、補償の問題は、年金による補償の形をとるものや申請漏れのケースの処理をも含めて、いまだに残存しており、西暦二〇〇〇年を越えて続いていくものと予測されている。また、ドイツの統合によって、旧ドイツ民主共和国の「補償」の問題がどのように解決されるかも、新たな課題として残されている。そして、重要なのは、ホロコーストの残酷性や悲惨さを思い起こすとき、この被害を完全に補償することなどできないということ

である。一九五一年三月一二日にイスラエル政府から連合諸国に手渡された「親書」において、次のように述べられていることは、すべての迫害について妥当する。「そのような身の毛のよだつ犯罪は、物的な賠償によって、たとえそれがどのような種類のものであっても、贖われることはできない。……損害賠償の支払は、破壊された人間の生命および文化的価値を回復することはできず、あるいは、ただ残忍な想像力をありとあらゆる方法で駆使して殺害された男達や女達また子供達の責苦や苦痛を贖罪することはできない。……死者はもはや生き返ることはない。その苦痛を消し去ることはできない」⁽³⁴⁸⁾のである。かくして、補償は、あくまで、「物的」なものに限定されているのであって、道義的な責任を幾分和らげるだけのものにすぎないとされているのである。

しかし、このドイツの補償が、従来の法理論の伝統を破って新たな次元を開いて、まさに政治的・道義的決断として行われたことは特記しておかなければならない。一九五〇年代、六〇年代は、日独両国にとって、その経済成長のインフラストラクチャーを固める重要な時期であった。その中で、ドイツは、過去の犯罪に対する「補償」という経済的重荷を背負いつつ経済復興をなし遂げ、他方、日本は、とくに侵略された諸外国や外国人被害者に対する補償の問題に目を塞いで、経済成長を最優先させる政策を取り続けた。(西)ドイツでは、法理論は、この分野では修正を余儀なくされ、政治的・道義的決断に追随したとも言える。ここでは、日本における公害訴訟が民法理論の変更を迫ったように、被害者の救済がこの分野で法理論に新たな地平を開いたと言えるかも知れない。この新たな地平というものをヴァルター・シュヴァルツ⁽³⁴⁹⁾によりながら列挙しておくことにしよう。

その第一は、一九四七年から一九四九年にかけて、ドイツの占領権力が、軍政府法の形で、財産返還法を發布し、ドイツ・ライヒ国民や平和に併合された国の国民に対して、返還を規定したのは、「国際法上の革命」であるという

ヴァルター・シュヴァルトツの指摘する点である。⁽³⁹⁾つまり、ドイツ国家は、自国民に対しては、国際法違反として、返還義務を負うわけではないというのが国際法の伝統的理論であるのに、これに反して、占領権力が、返還を規定したというのである。しかし、この指摘の点については、国際法に疎い著者には適正な判断はできないが、軍政府立法が国際法であるというシュヴァルトツの疑問の出発点そのものに疑問の余地があるのではないだろうか。

第二は、返還法におけるユダヤ人の継承組織に、死者の財産を相続させるという制度が、ドイツの相続法からは考えられないという点である。ドイツ民法一九三六条では、この場合、相続財産は国庫に帰属する。しかし、不法を行った国家を継承する国家の国庫に帰属させるのは極めて疑問であるから、結論的にはこの措置は妥当である。このような継承組織による相続によって全部で三五億マルクの返還された財産価値のうち三億マルク、つまり八・五パーセントが返還された。

第三は、損害の蓋然性の程度によって返還法上の損害賠償を算定したことである。没収された財産が、返還法による補償の対象となるのは、それが、返還法の妥当領域にあった場合、または外国から、その妥当領域に持ち込まれたときのみであった。ところが、それが「持ち込まれた」という事実が、被害者が立証しなければならなかった（連邦返還法五条）。しかし、この立証は困難であり、多数の申請が却下された。多数の確定判決を受けた決定が後に、しかし誤りであったことが判明した。したがって、この点は、立法者によって再申請する可能性が開かれた。立法者は、再申請のためには、没収された財産が「没収領域から一般的処分に基づいて、全くあるいは圧倒的に」連邦返還法の妥当領域に達したという前提を要求している。この「一般的処分」とは、「没収処分」であり、ナチ政権によって組織的・官僚的に行われたものであり、それはライヒに「運びこまれた」ものとみなされ、「一応の証明」(prima facie

Beweis) があつたものとされた。しかし、没収処分の中にも、オランダで行われた「家財作戦」(Möbel-Aktion) のように一部はライヒに持ち込まれていないことが明らかなる場合は例外である。「持ち込み」という要件事実は、再申請の手續前提であり、請求の前提ではなかつた。これによって損害賠償の算定の問題に影響が現れた。ある者は、一応の証明はそれが反証されない限り完全な証明になるから、完全な賠償が受けられると主張した。これに対して、他の者は、反対の立証の可能性を残しているのだから、成功の蓋然性の程度によって百分率で段階づけられた損害賠償が受けられると主張した。実務では、この点は、被害者が、むしろ好んで和解を受け入れることに甘んじた。和解額は、経験的データによつた。例えば、前述のオランダの「家財作戦」では、八〇パーセントの数字が提示された。

第四は、返還法において、新たな手續方法によつて大量の請求を処理したということである。「家財作戦」においては、オランダの被害者は、オランダ政府によつて組織的にまとめられた。オランダ政府と連邦大蔵大臣の間で、何万もの未処理の請求が、段階づけられた損害賠償に基づき比較することを可能にするような枠組協定が締結された。同じような事例では同じ和解額が算定され、没収は、オランダ政府によつて立証された。損害賠償は、また、一括化された。貴金屬、寶石、美術品などの損害賠償が一括化されたのである。短期間に、「家財作戦」の事案のみで全額で二億マルクの和解が処理された。

第五は、職業上の損害の補償における專業主婦の損害の算定の問題である。損害賠償の額は、いわゆる「個人的一括化」の方法により算定された。つまり、さまざまな損害類型に分けて個人的要素を考慮しながら一括的に算定する方法が取られたのである。一括化の基準として選ばれたのは、連邦公務員のヒエラルヒーである。すべての被害者が、迫害前のその平均的収入で公務員の給与表に位置づけられた。そして、被害者の現実の収入が、この表の額に達した

ときに、補償は終わるものとするのである。ところが、この原則は、不完全であった。なぜなら、大抵の被害者は、既婚者だったからである。この場合の専業主婦の寄与の算定基準が、新たな問題であった。ここでは、二つの問題が解決されなければならなかった。一つは、職業をもつ主婦と専業主婦の平等扱いの問題であり、他は、家庭収入への主婦の寄与分の割合の算定の問題である。第一の問題については、判例は、平等を肯定した。主婦の金銭収入ではない労働収入の算定のための原則についても、連邦裁判所で判断された。そこでは、いつ主婦の金銭収入でない労働収入は、自分のための表の額に達するののかという問題が扱われたのである。ここでも公務員の場合が基準とされた。公務員の恩給においては、昼食代とか交際費などの補充的出費が給与の二五パーセントとされ、定年前の七五パーセントを受け取る。公務員の未亡人は、定年前の夫の給料の四五パーセントか恩給の六〇パーセントかを選択できる。連邦裁判所には、諸経費が二五パーセントは多すぎるものと考えられたので、これを二〇パーセントとみた。そして、残りの八〇パーセントの半分である四〇パーセントを主婦の寄与分とした。そして、家庭の収入に占める彼女の割合が、彼女の表の六〇パーセントに達したときに、主婦に対する補償期間が終わるものとした。ここでは、この解決方法には工夫がみられ、実用的で可能な範囲内で適切でもあると評価されている。⁽³⁵⁾

第六は、補償法における因果関係の補充的要件としての「迫害に固有である」ことという要件の問題である。ここでは、民法で展開された相当因果関係の概念では、十分でなく、その上になお補充的な基準から帰属が限定されるべきであるが、補償法においては、それは、相当因果関係が肯定されても、通常よりも、「迫害」によって危険が高められたかどうか、すなわち、「迫害に固有」の危険といえるかどうかか基準とされているのである。例えば、迫害され、不法行為に走り、空襲の際に防空壕に逃げ込んで負傷した場合、相当性はあるが、戦争における通常の危険

を迫害があったことよってそれに固有的に高めたとはいえず、この場合、帰属が否定されるのである。

第七は、補償法における確定力の破棄の問題である。補償法は、全く新しい分野であり、実験的性格をもつものであった。しかも、当初の経済的状况から十分なものではなく、徐々に改善され、被迫害者に有利になっていったのであった。その際、新法は、遡及効をもつものとされた。そこで、新法では、すでに確定した決定があっても、改めて再申請を認めたのである。

「革命的な進歩」であると評価されているのは、この再申請について裁判所の審理の可能性が、連邦憲法裁判所によって肯定されたことである。一九六九年に連邦憲法裁判所は、取消しえなくなった決定のその事項の取扱いに改めて入ることを拒否した官庁の裁量的決定の裁判所による審理を可能にした。当事者は、官庁の誤りのない裁量権の行使に対する権利を有するというのである。ここでは、正義のために法的安定性を後退させているのである。このことは、確定判決に対しても妥当する。この連邦裁判所の決定の射程は、極めて大きいと評価されている。⁽³⁵²⁾

(205) Walter Schwarz: Die Wiedergutmachung des nationalsozialistischen Unrechts in der Bundesrepublik Deutschland - rechtlicher Neuland?, in: (Hrsg. v. Hans Jochen Vogel/Helmut Simon/Adalbert Podlech), Die Freiheit des Anderen (Festschrift für Martin Hirsch), 1981, S. 227.

(206) Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht (RzW) 三三二年間発行された後、一九八一年に廃刊となった。これについて vgl. Günter Obert, Zum Abschied der RzW, 1981, S. 97.

(207) Schwarz, a. a. O., S. 227. なお、連邦政府の一九八六年の予測では、二〇〇〇年までの総額で一〇二六億五三〇〇万マルクになると計算されている (BT-Dr. 10/6287, S. 30; vgl. Christian Pross, Wiedergutmachung, 1988, S. 286.)。佐藤健生「ドイツの戦後補償——日本の模範か?」世界一九九一年一月号三〇四頁以下によれば、二〇三〇年までに一一九七億九〇〇〇万マルクになると予測されている。

- (208) Müller, Fruchtbare Juristen, S. 264.
- (209) Schwarz, a. a. O., S. 228. なお、シュマルツは、次の叢書の七巻に収録されるべき「最終的考察」の中でも、このことを指摘している (Schwarz, Schlußbetrachtung, S. 8)。補償については、基本的な文献として、ヴァルター・シュヴァルツとの共同作業として、連邦大蔵省の編集にかかると「連邦共和国によるナチの不法の補償」(Hsg. v. Bundesministerium der Finanzen in Zusammenarbeit mit Walter Schwarz, Die Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts durch die Bundesrepublik Deutschland, Bd. I-Bd. VII) という叢書が全七巻に渡って刊行されている。一九八七年に第六巻が公刊された。現在残っている五巻、六巻の表題を掲げておく。Das Bundesentschädigungsgesetz Zweiter Teil, 1983 (Bd. V); Entschädigungsverfahren und sondergesetzliche Entschädigungsregelungen (Bd. VI), 1987. なお、シュマルツの「最終的考察」は、すべて六巻に抜刷の形で添付されている。
- (210) わが国におけるドイツの戦後補償問題の紹介については、佐藤・前掲世界一九九一年一月号二九六頁以下のほか、同「補償」への視点ドイツの戦後補償を参考に「世界一九九二年四月臨時増刊、五八頁以下、同「過去の克服」現場を歩く①」法学ゼミナー四五五号六七頁以下、同「②」法学ゼミナー四五六号八〇頁以下参照。
- (211) Ernst Féaux de la Croix, Wiedergutmachung als Aufgabe der deutschen Nachkriegspolitik - Lösungen und ungelöste Probleme, Festschrift für M. Hirsch, S. 243.
- (212) Bericht der Bundesregierung über Wiedergutmachung und Entschädigung für nationalsozialistisches Unrecht sowie über die Lage der Sinti, Roma und verwandter Gruppen, BT-Dr. 10/6287 vom 31. 10. 1986.
- (213) Günter Saathoff, Hoffnung oder Verdrängung?, in: Demokratie und Recht 1987, S. 367ff.
- (214) Saathoff, a. a. O., S. 368.
- (215) Beschlußempfehlung und Bericht des Innenausschusses (4. Ausschuß), BT-Dr. 11/1392 vom 30. 11. 1987.
- (216) 佐藤・世界一九九一年一月号三〇四頁参照。
- (217) Gesetz über Entschädigungen für Opfer des Nationalsozialismus im Beitrittsgebiet, BGBl. 1992, Nr. 21, S. 906ff.
- (218) 佐藤・世界一九九一年一月号三〇五頁参照。
- (219) Walter Schwarz, Die Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts durch die Bundesrepublik Deutschland. Ein

Überblick, in : (Hrsg. v. Ludolf Herbst/Constantin Goschler), *Wiedergutmachung in der Bundesrepublik Deutschland*, 1989, S. 33f.; ders., *Zur Einführung : Das Recht der Wiedergutmachung und seine Geschichte*, JuS 1986, S. 433f.

- (20) Constantin Goschler, *Wiedergutmachung. Westdeutschland und die Verfolgten des Nationalsozialismus 1945-1954*, 1992, S. 12.

(21) BT-Dr. 10/6287, S. 8.

(22) Goschler, a. a. O., S. 12.

(23) Goschler, a. a. O., S. 23ff.

(24) BT-Dr. 10/6287, S. 8. 補償の戦後の歴史的展開と制度の概観については、その「連邦政府の報告書」を参照。

(25) アメリカ占領地域における補償法の成立史については、vgl. Hans-Dieter Kreikamp, *Zur Entstehung des Entschädigungsgesetzes der amerikanischen Besatzungszone*, in : Herbst/Goschler (Hrsg.), *Wiedergutmachung in der Bundesrepublik Deutschland*, S. 61ff.

(26) BT-Dr. 10/6287, S. 8.

(27) BGBI. 1954, II, S. 57, 151, 194.

(28) Vgl. BGBI. 1953, S. 35ff. への包括的補償の成立史については、後述参照。

(29) BGBI. 1953, II, S. 35, 85.

(30) Vgl. BT-Dr. 10/6287, S. 9.

(31) BGBI. 1956, I, S. 559.

(32) 例えば、財物と財産に関する損害については、それぞれ七万五千マルクに、職業上の損害に対する資金補償は、四万マルクに引き上げられた。

(33) BT-Dr.10/6287, S. 9. へのドイツ語は、後述 vgl. Croix, *Vom Unrecht zur Entschädigung*, in : *Die Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts durch die Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 3, S. 1, 8ff., 109, 119, 187, 198.

(34) Vgl. BT-Dr. 10/6287, S. 9f.

(35) Vgl. BT-Dr. 10/6287, S. 10.

- (236) Vgl. BT-Dr. 10/6287, S. 10.
- (237) BGBl. 1970, I, S. 1846.
- (238) ヤネヤマの米神の原語彙記及び米法全集の長(一)に於ける。 Bundesgesetz zur Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Kriegsofopferversorgung vom 25. 6. 1958 (BGBl. 1958, I S. 412; Bundesgesetz zur Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Kriegsofopferversorgung für Berechtigte im Ausland vom 3. 8. 1953 (BGBl. 1953, I S. 843) ; das Erste Rechtsbereinigungsgesetz vom 24. 4. 1986 (BGBl. 1986, I S. 560).
- (239) BT-Dr. 10/6287, S. 28.
- (240) BT-Dr. 10/6287, S. 28.
- (241) BT-Dr. 10/6287, S. 29.
- (242) BT-Dr. 10/6287, S. 29.
- (243) Allgemeines Kriegsfolgengesetz, BGBl. 1957, I S. 1747 ; vgl. BT-Dr. 10/6287, S. 10f.
- (244) BT-Dr. 10/6287, S. 42.
- (245) BT-Dr. 10/6287, S. 43.
- (246) BT-Dr. 10/6287, S. 11.
- (247) BT-Dr. 10/6287, S. 11.
- (248) Laszlo Schirilla, Wiedergutmachung für Nationalgeschädigte, 1982, S. 17.
- (249) Schirilla, a. a. O., S. 23.
- (250) Schirilla, a. a. O., S. 25.
- (251) Schirilla, a. a. O., S. 26ff.
- (252) Schirilla, a. a. O., S. 29ff.
- (253) Schirilla, a. a. O., S. 30.
- (254) BT-Dr. 10/6287, S. 12 ; Schwarz, in : Wiedergutmachung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 41 ; ders., JuS 1986, S. 436f.

- (255) BT-Dr. 10/6287, S. 12.
- (256) Schwarz, in : Wiedergutmachung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 42.
- (257) BVerfGE 38, 128ff. ; vgl. BT-Dr. 10/6287, S. 12.
- (258) BT-Dr. 10/6287, S. 12f.
- (259) Schwarz, in : Wiedergutmachung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 43ff.
- (260) Vgl. Schwarz, a. a. O., S. 43.
- (261) Vgl. Schwarz, a. a. O., S. 45.
- (262) Vgl. Schwarz, a. a. O., S. 47.
- (263) BT-Dr. 10/6287, S. 13.
- (264) BT-Dr. 10/6287, S. 13.
- (265) BVerfG Beschluß v. 17. 12. 1969, RzW 1970, S. 160 Nr. 7.
- (266) RzW 1972, S. 1ff. ; 1973, S. 1 u. 50.
- (267) BT-Dr. 10/6287, S. 22f.
- (268) Vgl. Schwarz, a. a. O., S. 34.
- (269) Vgl. Schwarz, a. a. O., S. 34.
- (270) Vgl. Schwarz, a. a. O., S. 37.
- (271) Vgl. Schwarz, a. a. O., S. 37.
- (272) Vgl. Schwarz, a. a. O., S. 39f.
- (273) Vgl. Schwarz, a. a. O., S. 40.
- (274) BT-Dr. 10/6287, S. 24.
- (275) 佐藤・世界一九九一年一月号三〇三頁参照。
- (276) BT-Dr. 10/6287, S. 29f.
- (277) BT-Dr. 10/6287, S. 30.

- (278) Karl Heßdörfer, Die finanzielle Dimension, in: (Hrsg. v. Herbst/Goschler), Wiedergutmachung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 55.
- (279) Heßdörfer, a. a. O., S. 55.
- (280) Heßdörfer, a. a. O., S. 56.
- (281) Heßdörfer, a. a. O., S. 57f.
- (282) Heßdörfer, a. a. O., S. 58.
- (283) Heßdörfer, a. a. O., S. 58.
- (284) Heßdörfer, a. a. O., S. 59.
- (285) Heßdörfer, a. a. O., S. 59. その際、重点はイスマエルとアメリカに置かれた。
- (286) Heßdörfer, Die Entschädigungspraxis im Spannungsfeld von Gesetz, Justiz und NS-Opfern, in: (Hrsg. v. Herbst/Goschler), Wiedergutmachung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 231.
- (287) Heßdörfer, a. a. O., S. 232.
- (288) Heßdörfer, a. a. O., S. 232. マンハイムに於ては、vgl. Constanin Goschler, Der Fall Philipp Auerbach, Wiedergutmachung in Bayern, in: (Hrsg. v. Herbst/Goschler), Wiedergutmachung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 77ff.; Christian Pross, Wiedergutmachung, S. 73ff.
- (289) Heßdörfer, a. a. O., S. 235.
- (290) Heßdörfer, a. a. O., S. 241. 各邦連邦裁判所の補償に関する判例に於ては、vgl. Kurt Wüstenberg, Die Rechtsprechung des Entschädigungssenats, (Hrsg.) Gerda Krüger-Nieland, 25 Jahre Bundesgerichtshof, 1975, S. 145ff. マンハイムに於ては、補償事件で上告審の決定が出た最初のものは、一九五四年のものである。それ以降、上告審として取り扱った数は、極めて多くなり、最高となったのは、一九六九年で三四二件であったと云う。(S. 146)。
- (291) Heßdörfer, a. a. O., S. 241.
- (292) BGH, NJW 1962, S. 195. 上の判決に於ては、vgl. Heinz Düx, Entschädigung, aber kein Ende der Diskriminierung, Demokratie und Recht 1980, S. 262.

- (293) Düx, Demokratie und Recht 1980, S. 263.
- (294) Otto Küster, Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht, in : RZw 32 (1981), S. 98 ; vgl. Heßdörfer, a. a. O., S. 241.
- (295) Erlaß des Innenministers des Landes Nordrhein-Westfalen v. 9. 7. 1980 betr. die Durchführung des Bundesentschädigungsgesetzes, in : RZw 31 (1980), S. 122 ; vgl. Heßdörfer, a. a. O., S. 242.
- (296) Heßdörfer, a. a. O., S. 247.
- (297) Beschlußempfehlung, BT-Dr. 11/1392 ; Heßdörfer, a. a. O., S. 248.
- (298) Heßdörfer, a. a. O., S. 246.
- (299) Bundesanzeiger Nr. 55 vom 19. 3. 1988 ; Heßdörfer, a. a. O., S. 246.
- (300) Arnold Spitta, Entschädigung für Zigeuner? Geschichte eines Vorurteils, in : (Hrsg. v. Herbst/Goschler), Wiedergutmachung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 385.
- (301) マーティン・金子「ナチス時代の『ジプシー』について」ドナルド・ケンリック、グラタイ・パクション(小川悟訳)「ナチス時代の『ジプシー』」(一九八四年)二九四頁以下参照。
- (302) Vgl. Michael Zimmermann, Die nationalsozialistische Vernichtungspolitik gegen Sinti und Roma, in : Aus Politik und Zeitgeschichte, 1987, S. 31.
- (303) Zimmermann, a. a. O., S. 31. 々の政策は、すでに啓蒙絶対主義のジプシー対策であった。
- (304) ナチの人種研究者であり、ナチの「ジプシー問題」に関する「意見形成」に一役買ったエーファ・ユスティン(Eva Justin)は、ナチがジプシーをいわゆる非社会者と同視する点につき、次のように述べる。「ジプシー問題は、ユダヤ問題と比較できない。非常に混血の調査がそのことを教えている。ジプシーないしジプシー混血問題は、非社会者問題の一部である。プリミティブなジプシーの種が、ユダヤ人のインテリのように、全体としてのドイツ民族を何らかの形で蝕み、あるいは、危険に陥れるということとはありえない。……ほとんどすべてのジプシーおよびジプシー混血は、多かれ少なかれ極めてふしだらで感じが悪く、それによって危険をもたらす。そして、もし社会的に脱線させないでおこうとすれば、つねに指導し、援助することが必要である。ドイツ民族は、信頼のできる努力する人間を必要とするのであって、このような未熟な

「エヴァ・ユスティン、 Lebensschicksale artfremd erzeugter Zigeunerkin-
der und ihrer Nachkommen, 1944, S. 120f.; Spitta, a. a. O., S. 388.)°

- (305) Spitta, a. a. O., S. 388.
- (306) Zimmermann, a. a. O., S. 33.
- (307) Spitta, a. a. O., S. 389.
- (308) 判決は「Grundlegender Erlaß über die vorbeugende Verbrechensbekämpfung durch die Polizei vom 14. 12. 1937」に於て「Karl-Leo Terhorst, Polizeiliche planmäßige Überwachung und polizeiliche Vorbeugungshaft im Dritten Reich, 1985, S. 116ff.
- (309) Zimmermann, a. a. O., S. 34ff.
- (310) Zimmermann, a. a. O., S. 33.
- (311) Zimmermann, a. a. O., S. 37.
- (312) Spitta, a. a. O., S. 390. 後に述べる如く「連邦裁判所は一九六三年まで、この命令によって、ジプシーの迫害が開始された」とする。
- (313) Zimmermann, a. a. O., S. 36.
- (314) Zimmermann, a. a. O., S. 41.
- (315) Spitta, a. a. O., S. 388f.
- (316) BGH Urteil v. 7. 1. 1956, RzW 1956, S. 113.
- (317) Stuckert/Grobke, Kommentar zur deutschen Rassengesetzgebung, 1936, Ann. 3b zu § 2 RGB.
- (318) Calvelli-Adorno, Die rassische Verfolgung der Zigeuner vor dem 1. 3. 1943, in: RzW 1961, S. 529; Heinz Düx, Entschädigung, aber kein Ende der Diskriminierung, in: Demokratie und Recht 1980, S. 264.
- (319) BT-Dr. 10/6287, S. 34.
- (320) Spitta, a. a. O., S. 395.
- (321) BGH Urteil v. 5. 2. 1958, RzW 1958, S. 194 (この判決は「原告のジプシーが定住し、定職につくことを証明し

たが、それだけではまだ人種による理由からの迫害ではないとした。BGH Urteil v. 1. 3. 1961-VI ZR 192/60 (同じくも定住しており、土地をも所有しており、警察にも異議のない生活を営んでいたジプシーが一九三八年に非社会者として拘禁された事案に対して、人種的理由からの迫害を肯定した上級ラント裁判所の判決を、「誤って行われた拘禁である」という理由で「破棄した。vgl. Spitta, a. a. O., S. 395f.」。

- (322) BGH Urteil v. 18. 12. 1963, RzW 1964, S. 209.
- (323) Spitta, a. a. O., S. 399f.
- (324) BT-Dr. 10/6287, S. 34.
- (325) BT-Dr. 10/6287, S. 36.
- (326) BT-Dr. 10/3292.
- (327) BT-Dr. 10/6287, S. 37.
- (328) BT-Dr. 10/6287, S. 38.
- (329) BT-Dr. 10/6287, S. 47.
- (330) BT-Dr. 10/6287, S. 48.
- (331) BT-Dr. 10/6287, S. 48.
- (332) BT-Dr. 10/6287, S. 48.
- (333) 佐藤・世界一九九一年一月号三〇二頁によれば、一九六六年までに請求会議に対してユダヤ人の強制労働者のために支払った企業および支払われた金額は、下の表の通りである。

ここで、一九五〇年に提起されたI・G・ファルベンに対する、囚人としてアウシュヴィッツ——モノヴィッツのI・G・ファルベンにおいて溶接工として強制労働させられていた一九一三年生まれのノルベル

I・G・ファルベン クルップ AEG ジーメンス ラインメタル	二七八万四一五〇〇マルク 一〇〇五万 九〇〇マルク 四三一万二五〇〇マルク 七一八万四一〇〇マルク 二五四万六〇九五マルク	五八五五人 三〇九〇人 一一三三人 一一〇三人 一五〇七人
合計	五一九三万五〇九五マルク	一万四八七八人

ト・ヴォルハイム (Norbert Wollheim) の訴訟について紹介しておこう。これは、「ヴォルハイム訴訟」と呼ばれている。これについては *Wolfgang Benz, Der Wollheim-Prozess, Zwangsarbeit für I. G. Farben in Auschwitz, in: Herbst/Goscher, a. a. O., S. 303ff.*

ドイツにおけるあらゆる軍需会社と同様、I・G・ファルベンは、SSの経済・行政本部との間で、囚人を強制収容所の管理から労働力として借り受ける契約を締結していた。I・G・ファルベンは、補助作業か専門作業かに応じてSSに賃金を支払っていた。囚人自身は一銭も受け取らなかった。一九五一年一月三日にヴォルハイムの弁護士オルモンは、I・G・ファルベン株式会社に対して「被告が原告に一九四三年三月一五日から一九四五年一月一八日までその労働力を濫用的に使用することによって彼に生じた損害を賠償しなければならぬ」という認定を行うよう訴えを提起した。請求額は、わざと低く抑えられた。一万マルクである。会社の不当利得が主張された。会社側の弁護士は、公判において溶接工ヴォルハイムによって建てられた建築物は、戦争によって失われたため、利得はなくなると主張した。裁判は、一九五二年一月一六日に開始された。一九五三年二月に証拠調は終了した。I・G・ファルベン側は、危殆に陥ったのは、もしこの主張を認めれば、多く者が追従するという見込みであった。元の囚人達が、一九五二年秋には、一一〇〇人もオルモンの法律事務所の名乗りをあげた。一千マルクの後続訴訟の洪水に見舞われる危険があった。一九五三年六月一〇日に、フランクフルト・ラント裁判所の民事第三部のクンケル裁判長は、ヴォルハイムの勝訴を言い渡した。その判決は、I・G・ファルベンに、千マルクの損害賠償および慰謝料と一九五一年七月一日以降の四パーセントの利息を支払えというものであった。この判決は、センセーションを巻き起こした。I・G・ファルベンは控訴した。一九五五年三月には訴訟は、再び最高潮を迎えた。しかし、弁護士オルモンは和解を考えていた。二千万マルクないし六千万マルクの和解額は、ヴォルハイムの満足を得られなかった。しかし、請求会議のナウム・ゴールドマンとの話合の結果、請求会議の代表者が、I・G・ファルベンと交渉することになった。ヴォルハイム側でも、控訴審を維持する財政的援助も必要であったし、I・G・ファルベン側も、正統なユダヤ人組織の最高権威によって、一回限りの補償の支払の交渉の保障を得ることができると考えていた。一九五七年二月にフランクフルトでアウシュヴィッツでの強制労働に対する保障として総額三千万マルクを取り決めた合意が成立した。一九五八年に、二七〇〇万マルクが請求会議に支払われた。三〇〇万マルクが、ユダヤ人以外の強制労働者のために保管された。合意の条件として、I・G・ファルベンには、これ以上の請求訴訟は提起しないことが挙げら

れた。

ヴォルハイム対 I・G・ファルメンの訴訟は、あらゆる関係者に名誉をもたらしたのであり、道徳的・法的観点から見て大きな成果であったと評価されて了る (Benz, a. a. O., S. 325)。

- (33) Antrag der Abgeordneten Stöbele, Vogel (München) und der Fraktion DIE GÜNNEN, Entschädigung für Zwangsarbeit während der Nazi-Zeit, BT-Dr. 10/5797, S. 2.
- (35) BT-Dr. 10/5797, S. 6.
- (36) Nana Sagi, Die Rolle der jüdischen Organisationen in der USA und die Claims Conference, in: (Hrsg. v. Herbst/Goschler), Wiedergutmachung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 99.
- (37) Ernst Katzenstein, Jewish Claims Conference und die Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts, Festschrift für Martin Hirsch, S. 219.
- (38) Siegfried Moses, Jewish War Claims, 1944: Vgl. Sagi, a. a. O., S. 101.
- (39) Nehemiah Robinson, Indemnification and Reparation - Jewish Aspects, 1944: vgl. Sagi, a. a. O., S. 101.
- (40) Goschler, Wiedergutmachung, S. 64; Sagi, a. a. O., S. 99.
- (41) BT-Dr. 10/6287, S. 49.
- (42) Katzenstein, Festschrift für Martin Hirsch, S. 220; Sagi, a. a. O., S. 106.
- (43) 〃の禁下で「ユダヤ」 誰「ユダヤ」 vgl. Rudolf Huhn, Die Wiedergutmachungsverhandlungen in Wassenaar, (Hrsg. v. Herbst/Goschler), Wiedergutmachung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 139ff.
- (34) BGBl. 1953 II, S. 35.
- (35) BT-Dr. 10/6287, S. 50.
- (36) BT-Dr. 10/6287, S. 50f.
- (37) Klaus-Michael Groll, Wie lange hatten wir für Hitler, 1990, S. 219.
- (38) Herbst, Einleitung, in: (Hrsg. v. Herbst/Goschler), Wiedergutmachung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 8.
- (39) Schwarz, a. a. O., S. 227ff.

- (53) Schwarz, a. a. O., S. 228f.
- (54) Schwarz, a. a. O., S. 235.
- (55) Schwarz, a. a. O., S. 240.

— 未完 —