

# ナチの「不法と犯罪」の戦後処理 (七)

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をめぐる法的諸問題
  - 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 (七)

四五 (三〇三)

第三節	司法犯罪の自浄作業	第七節	ナチ犯罪と謀殺罪
第四節	ナチ犯罪の刑事学的分析 (以上四一巻四号)	第八節	ナチ犯罪と枉法罪
第六章	ナチ犯罪と刑法理論	第九節	ナチ犯罪と行刑上の諸問題
第一節	ナチ犯罪の刑法理論への反映	第一〇節	ナチ犯罪と訴訟実務上の諸問題 (以上本号)
第二節	命令緊急避難と違法・責任	第七章	ナチ不法体系の克服
第三節	ナチ犯罪と責任論	第八章	ラートブルフ・テーゼの意義
第四節	ナチ犯罪と違法性の意識 (以上四二巻一号)	第九章	政治刑法の復活
第五節	ナチ犯罪と共犯論	結語	
第六節	ナチ犯罪と量刑論		

## 第五節 ナチ犯罪と共犯論

### (1) 組織犯罪としてのナチ犯罪と共犯論の課題

ナチ犯罪は、組織的犯罪であり、権力犯罪、机上犯罪である。刑法は、例えば、内乱罪や騒擾罪のように、集団犯罪として多数の者が集合して犯罪を犯す類型そのものを一つの犯罪類型として処罰規定を置くことがある。しかし、大抵の犯罪は、単独で実行されることを基本類型として規定されており、複数が関与する場合は、共同正犯や教唆犯・幫助犯の形で処罰範囲を拡張して処罰している。通例、複数が関与するナチ犯罪は、組織的・集団的に行われるのであるが、組織の末端に位置する者が実行するのであって、上部にいる者は、机上犯罪者として計画立案し、命令するが、自ら手を下すことはない。このような組織的犯罪において、いかなる者が正犯で、いかなる者が共犯であり、その基準は何かについては、刑法学において古くから議論されている。しかし、それは、とくに組織犯罪をモデルにした議論ではなく、一人の正犯、一人の共犯を基本的モデルとする単純な複数犯を出発点とするものである。そ

れによれば、現在、ドイツにおいても構成要件該当行為を履行した者が正犯であり、その正犯に関与した者が共犯であるとし、正犯とは、行為支配をもつ者をいうとするのが通説である。<sup>(187)</sup> もっとも、いかなる者が行為支配をもつかについては、細部において学説は分かれている。しかし、判例は、ライヒスゲリヒト以来、いわゆる主観説を採り、正犯者意思をもって行う者、すなわち、自分の犯罪を行おうとする者が正犯、共犯者意思をもって行う者、すなわち、他人の犯罪に加功する意思をもって行う者が共犯であるとしている。<sup>(188)</sup> この主観説は、行為者の「意思」や「利益」を基準として正犯か共犯かを決めるため、<sup>(189)</sup> 客観的な行為の意味には重きを置かれないという特色がある。この意味では主観説は、組織的犯罪において自らの利益と関心において犯罪を行いあるいは行わせる者を正犯者とすることができるといふ点で、優れた内容をもつものだといえなくもない。

この主観説は、ナチ犯罪の処罰のために考案された理論ではなく、学説においては、すでに古くから提唱され、判例も、とくに一九四〇年のライヒスゲリヒトの判例<sup>(190)</sup> によって確立されていたものである。そして、戦後、連邦裁判所も、この説を堅持していたことは周知である。しかし、このところ、この不断の判例に、変化の兆しが見えてきたことが指摘されている。ロクシンの主著『正犯と行為支配』の最新の改訂版においても、「最近の判例は、連邦裁判所が、ライヒスゲリヒトが唱えたような意味での主観説から益々距離を取るに至っていることを示している」<sup>(191)</sup> と書いている。それは、一九八〇年代に入ってナチ犯罪処理が終焉に近づいてきているのを反映しているのだということ、ロクシン自身が認めている。筆者が、一九八一年にミュンヘン大学に留学中、ロクシンはその刑法基礎コースの講義の中で、判例が主観説から離反するには「生物学的解決」(biologische Lösung) を待つよりほかないと述べていたのを今でもはっきりと覚えている。もとより、この指摘は、主観説とナチ犯罪処罰の関係を前提にしたものであるが、

戦後のナチ犯罪処理に大きな役割を果たしたこの主観説の問題を、まず、ここで採り上げておきたい。

次に、もし主観説が非難されるべきであるとするれば、ドイツで現在通説となっている行為支配説においても、ナチ犯罪処罰との関係で提唱されている理論がないのかどうかを検討してみなければならぬ。

(2) 主観説の意義と展開

主観説とは、もちろん、正犯と共犯を区別するにあたって外界に存在する客観的なものによってではなく、関与者の意思や目的、動機、心情などのような内面的心理的基準によってそれを行うものということができる。<sup>(12)</sup> 主観説とは、正犯と共犯の区別を、主観を基準にして、正犯者意思 (Täterwille) をもって行為する者が正犯、共犯者意思 (Teilnehmerwille) をもって行為する者が共犯とする点に求めるものである。正犯者意思は、「animus auctoris」といい、共犯者意思は、「animus socii」という。この主観説は、その用いる基準によってさらに意思説 (Dolustheorie) と利益説 (Interessentheorie) に細分化することができる。この主観説、とくに故意説は一九世紀初頭の学説にまでその起源を遡ることができる。<sup>(13)</sup> 意思説の最も影響力の強い主唱者は、ライヒスゲリヒトの判事であったフォン・ブリーであった。<sup>(14)</sup> このブリーによって定式化された故意説は、ライヒスゲリヒトの判例に決定的な影響を及ぼした。すでに原則的判例となったライヒスゲリヒトの三卷一八一頁以下の判決にその強い影響が窺われる。主観説のもうひとつの形態である利益説は、すでに初期フォイエルバッハやケストリン、ヘンケ、ガイプなどによって唱えられたものであるが、犯罪結果に関する「利益」を基準にして、しばしば意思説と結合して主張された。後述する有名な「浴槽事件」に関して判例はいう。「何人かが、その行為を自己のものとして意欲しようとしているかどうかは、なかならず、もっぱらというわけではなくとも、大抵はその結果に関する利害の程度を基準とする」。この

ようにして、利益説の意義は、それが意思説によって要求された「意思の従属」に対する分かりやすい一つの徴候を提供したことに<sup>(96)</sup>ある。

上で挙げた一九四〇年の「浴槽事件」(Badewannenfall)<sup>(97)</sup>は、とくに有名である。ある若い女性が未婚の子を生んだが、これを始末しようとして、その措置を姉に委ねた。姉は、その子を浴槽の中で溺死させた。ライヒスゲリヒトは、ここで主観説にもとづき、姉が現実にもその手で子供を殺したにもかかわらず、妹が正犯者であり、姉は、妹の道具であって幫助者(共犯)に過ぎないと判示した。主観説とは、正犯者としての意思をもって行動する者、換言すれば、その犯罪の実現に関して「利益」をもつものをいうとする考えである。この事件において、子供の殺害につき利益をもつのは妹であって、姉ではないのである。この判例は、まったく自ら手を下していない妹を正犯とし、実際に手を下した姉を幫助に過ぎないとした点で、外部的出来事にはまったく重要性を置かないものであり、主観説の極端な帰結である。

戦後において、学説のなかで主観説を一貫して主張しているのは、パウマンであるが、主観説に改良を加えつつ、それを維持しようとしているそのパウマンの見解<sup>(98)</sup>を見ておこう。パウマンは、アニムス理論をさらに展開して、「利益」のみならず「行為支配に対する意思」をも徴表とする。パウマンによれば、通常は、まさに人間は自己のために行為し、通常は、行為の結果は、自分の行為実行に対する意思と一致する。しかし、「利他的な」行為の場合には、利益という徴表は、誤謬に導く。浴槽事件においては、姉のその種の「利他的な」行為は存在した。実行した姉は、確かに行為の結果に対して自らの利益はもたなかったが、行為支配に対する意思(行為実行の支配)はもった。自己の行為に対する意思を認めるにはそれで十分である。従って、姉は、正犯である。主観的行為支配および客観的行為

支配との区別に反対する理由は、不作為の場合に行為支配とはいえないからである。客観的行為支配という概念自体がほとんど理解できないものであるということも、反対の理由である。なぜならば、普通の定義によるならば、見張りに立つ補助者も行為支配をもつからである。見張りは、警告の合図によって行為の成り行きを阻止できるのである。最後に、通説によれば、行為を正犯者意思と行為支配意思をもって進行させたが、実行の経過途上で行為支配がその意思に反してなくなった関与者を余りにも軽く処罰することになるといふ点で、反対である。パウマンは、このように説く。

パウマンの主観説は、すでに、行為支配説のひとつの変形といつてよいほど、行為支配説の影響を受けている。パウマン自身、「行為支配のメルクマールは、それを主観化し、行為結果における利益の徴表に、行為支配意思の徴表を同権のものとして同置するとき、アニムス論の著しい深化をなし遂げることができる」と述べているのである。しかし、判例の主観説は、少なくとも、最近までは、このような行為支配説の影響を受けたものではなかった。それは、浴槽事件やスタシンスキー判決に見られるような、客観的な実行為にまったく拘束されない主観説である。それは、このような判例の主観説の本質的特徴はどこにあるのだろうか。それは、もとより、自らの手で構成要件を実現した者を正犯ではなく、補助にしうる点にある。このことは、謀殺罪において特別の意味をもつ。なぜなら、謀殺罪は、絶対的法定刑として終身刑（自由刑）を規定し、それよりも軽い刑を選択することができないが、補助であると、刑法（旧）四九条二項（現行二七条二項）に従って、軽減されうるからである。連邦裁判所も、この説のこの長所のゆえに、この説に固執したのである。

(3) 戦後の主観説の継承とナチ犯罪処罰への影響

この主観説は、戦後の判例においても継承されたのであり、これについては、後に詳しく検討するが、先に一言したように、最近では、判例においても主観説は徐々に瓦解しつつあるというのが現状である。<sup>(20)</sup> その大きな原因として、一九七五年の刑法改正によって法文上の基礎を失ったことが、挙げられる。<sup>(20)</sup> 一九七五年以降、刑法二五条は、次のような規定となった。「(1)行為を自ら又は他人を通じて実行する者は、正犯として処罰される。(2)多数の者が行為を共同して実行するとき、各々の者が正犯として処罰される」。この一項の規定によって、「自ら実行する者」は、正犯となると明言されたのであり、従前のように、自ら実行した者といえども「正犯者意思」がない者については幫助でありうるという主観説に対して、法の文言自体が最終的な訣別を宣言したのである。<sup>(20)</sup> もとより、学説においても、今日、圧倒的通説は、主観説を否定している。現在では、バウマン・ヴェーバーがほとんど最後の主観説論者であると言われている。<sup>(20)</sup> キュッパーは、判例においては、正犯性を決定するにつき、「行為利害と行為支配」の観点が基準となっているが、最近では「行為支配思想」の方が前面に出てきているとし、「伝統的な論争から訣別すべき」であるとする。<sup>(20)</sup> ただし、ロクシンは、これに対して、もう少し慎重であり、訣別するには時期尚早であるとする。<sup>(20)</sup> それでは、一体、いかなる理由で、すでに学説においては戦後早くから主観説を批判する見解が強く、一九七五年の改正によって法文上の根拠をも失ったとされているにもかかわらず、今まで判例は、主観説に固執してきたのであろうか。これは、刑法解釈学における学説という観点からのみでは説明のつかないものであるといつてよいであろう。ここで注意しなければならぬのは、主観説の場合、任意に充足可能な形式的表現をとっているために事後的にその決定を繕うという裁判官の検証不可能な裁量の余地が大きいということである。このような理論を判例が採用し続けた背景には、「法政策的観点」が存在する。ロクシンによれば、「問題の重点は、——すでにナチ犯罪者に対して懸案の多数の裁

判のために——殺人罪、とくに謀殺罪の構成要件に存在していた<sup>(206)</sup>のである。つまり、刑法二二一条の絶対的法定刑は、正犯者に対しては、唯一の刑として終身刑を規定しているが、それは、軽減事由が存在する場合には、裁判官には重すぎると思われる制裁である。そのような状況において、実務が、立法者が幫助につき規定した軽減を、二二一条の厳しい法定刑を一般的に相対化するために利用したことは明らかである。つまり、幫助は、法律上規定されていない軽減条項に対する代用物として利用されたのである。このようにして、ロクシンはいう。「ここに、戦後の判例が主観説に頑迷に固執した本質的な理由が存在したことは、今日、一般的に認められている」<sup>(207)</sup>と。

バウマンが主観説に固執した理由にも、解釈学的根拠のほかに、ナチ犯罪の処罰を考慮したということがあったのではないかと推測されうる。バウマンによれば、ナチ犯罪の領域においてこそ、主観的区別が、すなわち、正犯者意思と共犯者意思による区別が行われうることが示されるという。この区別基準は、組織の命令の連鎖の中のどのようなどころでも、個々の行為者の犯罪の強さ、犯罪意思の強さによる区別を許す。それは、その他、受命者の特別の心理的状况を考慮し、犯罪意思の強さに決定的に影響するこの状況を正犯へと、または共犯へと転化することができる<sup>(208)</sup>。すでに、終戦直後に、ヴェルツェルが、このようないわば曖昧模糊で融通無碍な主観説の特徴について次のように述べている<sup>(209)</sup>。主観説の側からは、それに対する批判に対して、もしその説がそんなに不十分なものであるなら、すでにずっと以前にそれは露顕しているはずではないかと反論されているが、これには、次のように答えることができる。第一に、直ちに一切の結論がそれと調和するであろうほどに曖昧な理論にあっては、具体的決定は、その理論によってではなく、その理由には述べられていない関与事情を考慮することによって得られたのである。第二に、個々の決定の正当性は、大抵検証できない。なぜならば、主張が理由づけに取って代わっているからである。第三に、



しかし、とくに、主観説は、例外的に検証可能な事案において、それが實際的に不十分であることをすでに明確に証明した」のである。

(4) ナチ犯罪判例と主観説

さて、ナチ犯罪裁判においても、被告人がその行為を「自己のものとして意欲した」ことが正犯と共犯の区別の基準であるという主観説が、重要な役割を果たした。<sup>(20)</sup> 正犯者意思の問題の中心の観点は、命令に基づく行為か否かである。行為遂行に対して命令が存在するということが、幫助にすぎないという決定的な徴表である。命令の欠如や踰越は、正犯者意思の基準であるとみられる。しばしば、命令の存否が、裁判所が正犯と幫助を区別する唯一の基準である。若干の判決は、これに加えて、喜んで命令を遂行したか、いやいやながらか、あるいは行為者によって命令が是認されていたかをも基準とする。行為に対する自己の利益も、正犯を根拠づけるものとして用いられることがある。残虐な行為遂行、殺害の喜び、行為遂行の際の嫉妬、被害者を自ら選択したこと、などがそうである。幫助とされる理由として、被告人の地位が低かったこと、行為遂行に何ら自己の利益がなかったこと、ナチズムのファナティックな信奉者でなかったことが援用されることがある。一九六五年一〇月一五日のフルダ・ラント裁判所の判決<sup>(21)</sup>においては、「行為支配」が基準として用いられている。さらに、行為者も「一定の行為支配」をもっていたが、行為を自己のものとして欲したことは認定できないとして、幫助を認めた判例もある。<sup>(22)</sup> これに対して、行為者が命令に従ったにもかかわらず、行為支配をもっていたとして、正犯を認めたものもある。<sup>(23)</sup> 一九六一年七月二一日のミュンヘン・ラント裁判所の判決は、第八出撃部隊の隊長が少なくとも一万五千人の人々を殺害した事件につき、彼に「完全な行為支配」はないとして否定したが、この判決は、激しく批判されている。ここでは、行為者は自己の手とともに殺害を

行つたにもかかわらず、完全な行為支配は、ヒトラーとその共犯者達にあるとしたからである。この観点からは、「一人の正犯者に六千万人の幫助者」「ドイツ民族、幫助者の民族」ということになる。<sup>(26)</sup> デトモルト・ラント裁判所も同様に一九六五年二月二日の判決においてヒトラー、ヒムラー、ゲーリングおよびハイトリヒがユダヤ人大量殺人の正犯者であり、ユダヤ人射殺の命令を下した戦闘グループの指導者は、幫助者にすぎないというのである。一九六七年七月二八日のダルムシュタット・ラント裁判所の判決<sup>(27)</sup>においては、被告人は、少なくとも一五人のユダヤ人のみなしご達を順番に射殺したのであるが、次のように認定している。「彼は一人で病院にいた。子供達に庭に出るように命じて、自ら子供達を射殺した。たとえ彼がここで被害者のために何かしたとしても、かれらのうちの何人かをかばったとしても、同僚の密告を恐れる必要はなかった。なぜなら、W(彼の上官)は、病院にはそもそも出入りしたこともなく、被告人が実際に、病院にいる子供全員を射殺したかどうかを、いつものように調べることもなかったからである」。裁判所は、被告人を謀殺の幫助とした。

かくして、判例には、ナチ犯罪につき、客観的事象を重視する行為支配的な見解に近づいたものも、ライヒスゲリヒトの浴槽事件判決のように、自らの手で実行した者も幫助犯となすものも混在しているような印象を受ける。連邦裁判所の通常の事件の判例においても、浴槽事件判決に必ずしも従ってはいない。自己の利益のためにしたかどうかを、正犯・幫助の区別基準とする見解については、連邦裁判所は、ナチ犯罪以外の事件について、一九五六年に、次のようにいう。つまり、一九五六年一月一〇日のその第五刑事部の判決<sup>(28)</sup>で「自らの手によって人を殺害した者は、原則として、その者が他人の影響と存在下にもっぱらその他人の利益のために行動した場合も、正犯である」として、ある女性に唆されてその夫を殺した男を正犯としたことによって、明確にライヒスゲリヒトの浴槽事件判決を否定し

たのである。この判決は、もちろん、主観説を否定したわけではない。判決は、その男は「G(夫)の死に対して何らの利益をももっていなかった。しかし、それらすべての事情が、被害者を自らの手によって撲殺した際の『正犯者意思』を否定することを正当化するものではない」としているのである。まさしく、<sup>(219)</sup>ここでは、「自らの手で血を流させた者が、その手を無辜のものとして洗うことはできない」ことが、認識されているのであり、この「主観的共犯論のアキレス腱」の部分を取り除くことによって、その弱点を回避しようとされたのである。我々の関心から興味深いのは、この判決の最後に次のように述べていることである。「行為に對する彼の内面的氣持ちは、とくにその上官の犯罪的命令をその上官の単なる道具として行おうとする兵士とは比較されえない」。かくして、本判決は、ナチ犯罪と通常の事件とを区別しようとしているかに思われるのである。<sup>(220)</sup>

#### (5) スタシンスキー判決

このようにして、一九六二年一〇月一九日には、ちょうどアウシュヴィッツ裁判と時を同じくして、連邦裁判所の原則判例を事実上覆す判決が現れる。いわゆる「スタシンスキー事件」(Saschynskij-Fall)判決<sup>(221)</sup>がそれである。KGBの諜報員スタシンスキーは、一九五九年、「ソビエトの最高機関の命令で」ミュンヘンにおいて二人のウクライナの亡命政治家を特別誂えの有毒・ピストルで殺害した。暗殺は、その当時のKGBの長官シエレイピン(Schelepin)によって厳密に計画され命令されたものであった。連邦裁判所は、スタシンスキーを謀殺幫助として処罰した。判例の見出しによれば、「殺人を自らの手で実行した者は、原則的な事案においては正犯であるが、一定の、狭い範囲の事情の下では、幫助者でありうる」とされ、一九五六年判決と矛盾するものではないとの趣旨を明らかにしている。しかし、ロクシンがいうように、「具体的事案を評価してみると、この判決は、ナチ犯罪訴訟におけ

る原則と例外の逆転した裁判所実務のリーディング・ケースになりうるものであるほど、主観主義が徹底している」<sup>(22)</sup>ものといふことができる。判決によれば、「特別の事情の下では、国家による犯罪命令はもちろん減輕事由となるかも知れない。しかし、政治的謀殺の煽動に随意に屈した者、彼の良心を沈黙させた者、他人の犯罪的目的を自らの確信と行動の基礎とする者、または、彼の職務または影響領域においてそのような命令が容赦なく実行されるよう配慮した者……は、その依頼者の行為幫助者であると主張できない。その考えや行動は本来の行為惹起者のそれと一致する。その者は通常、正犯である」<sup>(23)</sup>。このような原則論を開陳した後、連邦裁判所は、この原則の抜け道を自ら提供する。「しかしながら、そのような犯罪の命令を否定する、そしてそれに抵抗する者にあつては事情は異なる。しかし、それにもかかわらず、その者が国家の權威の優勢的力に堪ええないが故に、それを人間的弱さから実行する者、反抗の勇氣をまたは有効な逃亡のための知力をもたないが故に、それに屈した者には法的に違つてよい。……そのよくな人間を例外なくそして必然的に始めからその関与形式において、行為起因者や無思慮な確信犯人や、あるいはまた、命令に唯々諾々と従う者と同一視するには十分な法的根拠がない。」かくして、連邦裁判所は、当時のKGBの長官シレイピンを正犯とし、スタシンスキーは幫助者とするのである。「それに対する基準は、行為への内面的態度である」。

このようにして、スタシンスキー判決によって、主観説の具体的判断基準は、裁判官が「個別事件の具体的事情」をすべて評価する点にあり、とくに行為者が、「彼の背後者の犯罪目的を、彼自身の確信の基礎としていたかどうか」であるとする。確信的に自らすすんで命令を受けて犯行を行った者が正犯者なのである。これに反して、犯罪命令を否定したが、反抗の勇氣やうまく逃げるための知力をもたえずに「人間的弱さ」から従つた者は、幫助でありうるの

である。<sup>(24)</sup>

このスタシンスキー事件判決と対極に立つのが、これより何ヶ月か前に下された（一九六二年五月二二日の）未公刊の第五部の判決<sup>(25)</sup>である。それは、ドイツとリトアニアの国境地帯でユダヤ人殺害に参加した二人のSS指導者に対する事件である。この判決において、第五部は、行為者の内面を基準とするのではなく、行為支配だけを基準とする。そして、明白に、それが存在する場合に、行為者が命令に基づいて行為したり、その計画に内心では反対していたにもかかわらず、命令には従わなければならないと信じたときですら、正犯を肯定する。「その際、内面は、共同正犯が、彼の―共同正犯性を根拠づける―行為共同支配を明らかにする事情を意識しているということと十分である。」

(6) スタシンスキー判決以降のナチ犯罪判決

スタシンスキー判決以降、裁判所はナチ権力犯罪者を幫助犯として罰するに、くどくどとした説明を要しなくなつた。スタシンスキー判決を指摘するだけで十分となつたのである。<sup>(26)</sup>一九六四年一月二五日には、連邦裁判所<sup>(27)</sup>は、ユダヤ人殺害訴訟につきボン・ラント裁判所の無罪判決に対する検察官の上告につき判決を下した。ボン・ラント裁判所は、元SSのウンターシュトルムフェーラーのアロイス・ヘーフエレ (Alois Häfeler) が、クルムホフ (Chelmo) の収容所における八九〇〇〇人の殺害に加担した件につき、彼が収容所を共同で組織化するなどの関与をなしたにもかかわらず、幫助としたのである。連邦裁判所は、検察官の上告に対して一九六四年一月二五日に、スタシンスキー判決において定立された正犯と幫助の区別に関する独自の原則を指摘してこれを斥けた。「同様にして事実審裁判官は、犯行経過の決定的な共同支配が、正犯を認定するにつき有利に働きうることを見誤つたわけではない。被告人の高い地位と殺害行動の遂行におけるその積極的な協力を、陪審裁判所は看過したわけではない。しか

し、陪審裁判所は、同時に、この協力が独自の動機に依るのではなく、むしろ犯罪的指導部が確定した形式において動機づけられたものであることに留意した。それゆえ、被告人は、犯行の遂行の方法、時間および場所の計画と決定には、何らの影響も及ぼしていないという終極的な認定は、法的疑問に逢着するものではない。その他においても、殺人の実行が決定的に被告人の意思に依存していたことは何ら明らかではない<sup>(22)</sup>。

さらに一九六五年一〇月二六日には、連邦裁判所<sup>(23)</sup>は、SSの将軍 (General) であり、総統の司令部におけるヒムラーの個人的連絡將校であったカール・ヴォルフ (Karl Wolff) が少なくとも三〇万人のユダヤ人を殺害した事件の上告事件につき、被告人ヴォルフを「幫助者」として処罰した。この事件に関する陪審裁判所は、ヴォルフを謀殺の幫助で一五年の重懲役に処したのに対し、被告人・検察官の両者から上告がなされたものである。判決によると一九四二年七月一六日、被告人はヒムラーに依頼されてライヒ交通省の國務次官と電話連絡をとり、ライヒスバーン (国鉄) において大量の特別列車を至急ワルシャワ・ゲッターの住民をトレブリンカ絶滅収容所 (Vernichtungslager Treblinka) に輸送するための準備をするよう頼み込んだ。そこでは少なくとも三〇万人のユダヤ人が殺害された。検察官からする被告人を幫助ではなく正犯として処罰すべきだとの上告理由についても、根柢なしとする。「正犯と幫助の区別にとり決定的なのは、行為に対する内面的心理状態である。陪審裁判所は、このような不断の判例に相應する見解から出発したのである。陪審裁判所は、被告人が輸送列車を要請した際、正犯者意思をもって行為しえたことを暗示する事情を認めて、その意義とその重要性を考慮に入れてゐる。それにもかかわらず、事実審裁判所は、被告人のそのような心理状態を認定することができず、彼はこのヒムラーの依頼を実行する際に、ヒムラーの任務の実現を手助けしたいと思つていたという確信を抱くに至つた。このような法的に異議を唱ええない認定に鑑みて、被告

人は幫助者であつて正犯者として責任を負うのではないという事實審裁判官の認定は、法的事由からは異議を申し立てえないものである」。

(7) レーゼ事件再論（ナチ犯罪者の正犯性）

しかし、裁判所も、つねに、ナチ犯罪者に幫助を認めたわけではない。民族裁判所の裁判官であつたレーゼに対する裁判では、正犯が認定されている。このレーゼ事件については、すでに詳しく紹介したので、ここでは、正犯論との関係で検討しておくことにする。

連邦裁判所一九六八年四月三〇日判決<sup>(20)</sup>

〔事案〕 レーゼは、フライスラーが裁判長をつとめた民族裁判所の第一法廷の陪席裁判官であつて、死刑事件七件についてその死刑判決に同意した。陪審裁判所は、レーゼを謀殺と謀殺未遂に対する幫助として有罪判決を下した。

〔判決〕 検察官の上訴も、被告人のそれも、陪審裁判所は、被告人を不当にもフライスラーの幫助者とみなしたと一致して主張するが、適切である。そのような判断は、職業裁判官の法的地位を正しく評価するものではない。この帰結は、当時においても直接に裁判所構成法一条から引き出された。合議裁判所の構成員として、被告人は、票決に際しては、当時の現行法上、独立であつて、平等であつて法律にのみ服し、自らの良心に責任を負う。従つて、被告人が、意識的に、法状況に関する裁判官としての確信に反して死刑に同意した場合には、彼は、高度に個人的な寄与をなしたのであつて、もし判決が違法な場合には、殺人の正犯者であつて、幫助者ではありえない。そこから、行為の内的側面については、被告人は、自ら低劣な動機から死刑に同意したときにのみなお処罰される。その事實は、判決理由からは、認識されないし、この可能性を全く排除する。……陪審裁判所の判決の内容が、上訴裁判所による

被告人の動機の評価にとつての完結した事実的基礎であるとしては役立たない。……従つて、本法廷は、事件を新たな公判に差し戻さなければならない。

このように、ナチの法体制のもとであろうと、合議体の一員として裁判官が、判決を下した場合に、その判決行動が、裁判長たるフライスラーの幫助者にすぎないという原審の判断は、主観説にもとづくものであるが、ここでは、正犯とすると、謀殺罪に問うための「低劣な動機」の証明が困難であつたという事情が、幫助犯の認定に促したとも考えられる。

(8) ナチ犯罪における主観説の背後にあるもの

ナチ犯罪における判例の正犯と共犯の区別の不確実性と不統一性の原因は、ここでは異常な行為と、犯罪学的に伝統的な犯罪者から逸脱する行為者が裁判の対象となつた点にある。もちろん、正犯ではなく共犯を認定するという裁判所の実務の背後には、謀殺の法定刑が終身刑であり、それが事案によつては重すぎると考えられたときに、幫助を認めて減刑するという便法があつた。正犯と共犯をめぐる理論が、實際的考慮の犠牲にされたのである。量刑上の考慮にはめられた枠を、正犯と共犯の区別に関する理論を工夫することによつて乗り越えること、それが裁判所の狙いであつた。

この点につき、パウマンは次のようにいう。「まず、量刑の問題が、何らかの形で〔正犯と〕共犯の区別〔の問題〕へと転化されることは、確かに不当である。残念なことに、裁判所の実務においては、しばしば量刑問題と、それに対する感情的な解答が共犯問題の解答に影響を与えている。共犯問題は、自ら解決されなければならない。そして、(終身刑という絶対的法定刑の効果をもつ正犯ではなく)幫助が現実に存在する場合にはじめて、幫助にとつて与え



られた法定刑の内部で、正しい刑罰を見出さなければならぬ。その限りで、ロクシンが、量刑問題ではなく正犯または幫助の問題が決定してはならないとする点は正当<sup>(232)</sup>である」。このような判例は、まさしく「不合理な裁判官による感情司法」なのである。<sup>(233)</sup>

#### (9) 組織的権力装置による意思支配

行為支配説の立場から、組織的権力装置を使った犯罪に対し、正犯と共犯の区別を適切に行おうとする見解が唱えられている。それは、ロクシンによる学説<sup>(234)</sup>である。ロクシンは、およそ次のように説く。行為支配説によれば、間接正犯とは、事象経過を支配する者である。これに反して、他人において行為決意を喚起し、またはそれを促進したが、その実行を他人の帰属されるべき行為に委ねた者は、教唆者かまたは幫助者である。ここで、間接的な行為支配の二つの基本類型としては、欺罔と強要が知られているのみである。しかし、組織的権力犯罪については、欺罔も強要も与えられないのが通常である。そこで、そのような権力装置の中での後者の間接的行為支配はそもそも根拠づけられうるのかという疑問が提起される。例えば、ヴェルツェルは言う。「自らが正犯である直接正犯者を通じた間接正犯とは、理解しがたいものである<sup>(235)</sup>」。しかし、ロクシンは次のように述べる。「関与態様の客観的区別にあつても、錯誤による意思支配と強要による意思支配とに並んで、間接正犯の第三の、全く独立の形式が存在する。それを、私は組織的権力装置による意思支配と名付けたいと思う。そして、それは、間接正犯の先に挙げた二つの形態のものと違つて行為仲介者に完全に責任があるにもかかわらず事象の支配を許すものである<sup>(236)</sup>」。そして、次のようにこの考え方を根拠づける。「もし詳しい分析をなすことなく、さしあたり『行為支配』という概念の偏見なき前理解から出発するならば、ユダヤ人虐殺の組織につき管轄をもつ高級官僚または政治的暗殺を行う諜報員の指揮は、通常の教唆と

は違った方法で結果の惹起を支配することはすぐに明らかになる。委託者に、ここで全体事象の内部での中心的地位を与えることに誰も躊躇しないであろう。そのような地位は『通常の』犯罪の事案におけるたんなる教唆者には与えられないものである。なぜこのように通常の犯罪の場合と違って評価されるのか。それは、背後者達を意のままに使える機構の特殊な作用態様に依拠するのである。組織の構造のキーポイントにいる背後者が、ボタンを押し、その殺害要求を口にするならば、彼は、実行者を知ることもなく結果が生じることを当てにすることができるのである。

このような事案において意思支配を根拠づけるために決定的な因子は、実行者の代替可能性にある。この第三の事例状況においては、有責で独立の正犯者として処罰されるべき直接実行者の自由と責任には欠けるところはない。

結局、一般的には次のようにいうことができる。「ある組織的装置の中で、何らかの地位において、その者が部下に命令しうるような方法で、投入された者は、可罰的な行為の遂行のための権限を用いた場合には、彼に与えられた意思支配<sup>(287)</sup>によって、間接正犯である」。

ロクシンは、この第三の意思支配の形態を、例えば合法的な官僚機構の中での組織犯罪には適用できないものとし、「組織的支配は、法から切り離された装置に限定される」とする。「なぜなら、全体的機構が法の軌道内で作動する場合には、それは法秩序によって予め示された方法を用いることによってのみ、上述のような支配構造の諸形式において『機能する』からである<sup>(288)</sup>」。最後に、この組織的権力機構による行為支配には、基本的に二つの展開的現象形態のみが考察にのぼるものとする。(a) 国家権力の保持者自らが、その部下の助けて犯罪を実行する場合。(b) 地下運動、諜報組織、犯罪者集団その他類似の結社の内部で実行される行為の場合である。

さて、ロクシンは、その組織的権力機構による「権力的組織的支配」の具体例としてアイヒマン裁判を挙げている<sup>(289)</sup>。

ここでは、裁判所と弁護側が異なった正犯論・共犯論を唱えた。アイヒマンの弁護人は、依頼人に有利なように、「アイヒマンにより服従が拒否されていたとしても、ユダヤ人の抹殺の遂行に対する影響はないままであっただろうし、従って、被害者にとって無意味であっただろう」ということから出発した。<sup>(20)</sup> ハイトリッヒが殺されたあとも、命令機構は引き続き作動したように、続いて作動していただろう。ここに、個人犯罪との相違がある。ここでは、アイヒマンより上位にくる機関の意思支配を根拠づける事情が正しく表現されている。それは、事実、個々の人々がいなくてもそれと関係なく作動する装置の構造である。この構造が、背後者の行為を教唆ではなく、正犯とするのである。他方、アイヒマンは、遂行者であるのみならず、彼の部下にあたる者からみると同時に命令者でもある。従って、その限りでは、彼の背後者を間接正犯とする基準は、彼にも該当するのである。組織支配の実質的要素は、ここでは非常にはっきりと現れている。つまり、通常は、関与者は、被害者と直接の実行行為から離れるなら離れるほど、事象の片隅の部分に押しやられ、行為支配から締め出されるのに対して、このような事案では、まさに逆であって、行為の近接性の喪失は、装置の指導的地位によってますます強くなる組織的支配によって補填されることになるのである。背後者の実行者に対するこの関係は、構造的にはもはや教唆としては捉えられないことは、アイヒマンを裁いた裁判所が全く正当にも強調していたことであつた。<sup>(21)</sup>

このロクシン説に対して、パウマンは、「ここでは、行為支配の概念は、修正されていることは明らかだ」とし、その概念にはもはや行為経過に対する事実上の力のみではなく、法的または準法的な力をも含むものとする。このような構成は、いずれにせよ、通説の立場からも、必ずしもすっきりとした、その都度の『不法の強さ』に応じた解決でもないにもかかわらず、上述のような難点と取り組むことを可能とする。しかし、その際、行為支配は、つまりそ

の基準は非常に拡大され、相対化され、そのような相対的概念がここで現れた区別問題を若干の確実性をもってまだ解決できるのかどうかは、疑問だと思われるとする。<sup>(24)</sup>

ロクシンは、ここでは、行為支配概念を、むしろ「開かれた」ものとし、この権力装置による行為支配の場合を「例外法」(Ausnahmerecht) だとはしないのであるが、<sup>(25)</sup>これは、マウラッハ<sup>(24)</sup>によって考案され、F・C・シュレーダーによって詳しく基礎づけられた「正犯の背後の正犯」<sup>(26)</sup>を限定的に肯定するものである。集団的な組織犯罪に対して、現行法の解釈の中で、行為支配を肯定して、これを正犯として処罰しようとするロクシン説は、わが国の「共謀共同正犯論」と同じく、実務的には便利で有益な理論ではあるが、理論的には、やはり「支配」概念を多義的なものにし、正犯概念に混乱をもたらすものといわざるをえない。しかし、我々にとってここで重要なのは、ロクシンの「権力的組織的支配」による正犯の根拠づけが、ナチ犯罪を理論のモデルとして、またナチ犯罪処罰のための政策的考慮を背景にして提唱された理論であるということである。この理論は、従って、ナチ犯罪処罰の要請が刑法学に及ぼした一典型例であるということが出来る。

(27) Vgl. Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 5. Aufl., 1990, S. 60ff.; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 4. Aufl., S. 590. イェシエックによれば、行為支配説は、ローンにより創設され、ロクシンにより抜本的に基礎づけられたものであり、今日、学説の中心的地位を占める。Schönke/Schröder/Cramer, StGB 23. Aufl., 1988, §§ 25ff. Vorbem. 69f.

(28) ライヒスゲリヒトの主観説に ついては、詳しきは、vgl. Roxin, a. a. O., S. 53ff.

(29) 主観説は、あとで詳論するが、故意説(Dolustheorie)と利益説(Intressentheorie)に分かれる。

(30) 周知の浴槽事件判決である (RGSt 74, 85)。

(31) Roxin, a. a. O., S. 618.

(32) Roxin, a. a. O., S. 51f.

- (193) ロクシン(Roxin, a. a. O., S. 52f.)によれば、すでにサヒター、ヘルシユナー、その後、ヤンカ、ピンディング、ナー  
クラーが本説を唱えていた。
- (194) v. Buri, Die Kausalität und ihre strafrechtliche Beziehungen, 1885, S. 41. 「ロクシンが、この主観説を因果関係論における  
「条件説の十」に於ける(Baumann, Strafrecht AT, 7. Aufl., S. 552)。
- (195) RGSt. 3, 181. そのほか、「共同正犯者が、……自己の犯行を完成せよ」とし、幫助者が他人の犯行、すなわち、正犯者  
のそれを支援しようとするにすぎないことを、このには、幫助者が正犯者のそれに従属する意思のみをもち、従ってその意思  
を正犯者のそれに、犯行が完成に至らしめられるべきかどうかを、彼に委ねるような形で服せしめるという意義のみをもつ。  
幫助者の従属的な意思とは反対に、共同正犯者は、彼の意思を支配するような意思を認めない。むしろ、彼の意思は、その  
他の共同正犯者と同じ性質を有し……。』と述べられている。
- (196) Roxin, a. a. O., S. 56.
- (197) RGSt. 74, 78.
- (198) Baumann, Die nationalsozialistischen Gewaltverbrechen, S. 308ff.; ders., Strafrecht At, 7. Aufl., S. 553f., 557ff.
- (199) Baumann, Strafrecht, S. 557; Baumann/Weber, 9. Aufl., S. 532. 以下では、利権多争の競争の1つに於て知られた  
ところ。また、行為支配への意思の要件が、主観的共犯論を洗練したところ( S. 537)。
- (200) Vgl. Roxin, a. a. O., S. 557ff.
- (201) Vgl. Roxin, a. a. O., S. 546f., 558.
- (202) Vgl. Roxin, a. a. O., S. 547.
- (203) Baumann/Weber Strafrecht, 9. Aufl., S. 536.
- (204) Küpper, Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienreits über die Abgrenzung von Täterschaft and Teilnahme,  
GA 1986, S. 449.
- (205) Roxin, a. a. O., S. 613.
- (206) Roxin, a. a. O., S. 615.
- (207) Roxin, a. a. O., S. 616.

- (208) Vgl. Baumann, Henkys, S. 310.
- (209) Weizel, SJZ 1947, Sp. 647.
- (210) Günter E. Hirsch, Die Strafzumessung bei nationalsozialistischen Gewalt- und Kriegsverbrechen, 19f.
- (211) LG Fulda, 3 Ks 2/65; Hirsch, a. a. O., S. 22.
- (212) Urteil des LG Bremen vom 10. 11. 1962, 8 Ks 2/62; Urteil des LG Düsseldorf vom 5. 8. 1966, 8 I Ks 1/66; vgl. Hirsch, a. a. O., S. 22.
- (213) Urteil des LG Haagen vom 17. 11. 1959; vgl. Hirsch, a. a. O., S. 22.
- (214) Urteil des LG München vom 21. 7. 1961, 22 Ks 1/61; vgl. Hirsch, a. a. O., S. 22f.
- (215) Baumann, NJW 1963, 561.
- (216) Urteil des LG Detmold vom 22. 12. 1965; vgl. Hirsch, a. a. O., S. 23.
- (217) Urteil des LG Darmstadt vom 28. 7. 1967, 2 Ks 1/66.
- (218) BGHSf. 8, 393.
- (219) Bockelmann, Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, S. 120f.; Roxin, a. a. O., S. 55.
- (220) I. Müller, Furchtbare Juristen, S. 253.
- (221) BGHSf. 18, 87.
- (222) Roxin, a. a. O., S. 562.
- (223) BGHSf. 18, 94.
- (224) Roxin, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA 1963, S. 194.
- (225) BGH Urteil vom 22. 5. 1962 - 5 StR 4/62; vgl. Hirsch, a. a. O., S. 25.
- (226) I. Müller, a. a. O., S. 254.
- (227) Hanack, JZ 1967, S. 330f.
- (228) Hanack, JZ 1967, S. 331.
- (229) Hanack, JZ 1967, S.

- (230) 本稿③「法学論集四」巻四号九五頁以下参照。なお Vgl. Roxin, a. a. O., S. 574f.
- (231) BGH NJW 1968, 1339.
- (232) Baumann, Henkys, a. a. O., S. 317.
- (233) Roxin, GA 1963, S. 195, 197.
- (234) Roxin, GA 1963, S. 195, 197; ders., Täterschaft und Tatherrschaft, S. 242ff. ロクシンが上記の広濶なハビリタチオー・ン・シトリフアにまつて、この問題を論じて、第四節「組織的権力装置による意思支配」を、その説明にあてている。なお、後の紹介でも「ドイツ」の「モノクロン裁判における正犯者関係の理論的判斷」についても論じている (S. 246ff.)。
- (235) Hans Welzel, SJZ 1947, Sp. 650.
- (236) Roxin, GA 1963, S. 200.
- (237) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 248.
- (238) Roxin, GA 1963, S.; ders., Täterschaft und Tatherrschaft, S. 249.
- (239) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 246ff.
- (240) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 248.
- (241) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 247.
- (242) Baumann, Henkys, a. a. O., S. 312.
- (243) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 247.
- (244) Maurach, Lehrbuch, Allg. Teil, 2. Aufl., S. 495.
- (245) F. - Ch. Schroeder, Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, 1965.

## 第六節 ナチ犯罪と量刑論

### (1) ナチ犯罪における量刑問題

有罪とされたナチ犯罪者が受けた刑罰は、元ヘッセン州の上級検事フリッツ・パウアーの言葉によると、「被害者

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理(七)

をあざけるに近い」ものであった。<sup>(246)</sup> 『謀殺幫助』に対する最低限の刑罰が科せられ、一般の目には大量殺戮が、大雑把にいつて重窃盗や營業的贓物罪と同じ刑にまで軽くなっているのである。また、オピッツの実証的研究によれば、「明らかに認められるのは、裁判所は、あらゆる法的可能性を拡大して利用して高くない刑を言い渡そうとし、抑留や他の抑留の期間の算入を広く認め、執行をあまり長く続かないように努力したことである」と結論づけられている。<sup>(247)</sup> さらに、言渡された刑は、そのまま刑期の三分の二に至るまで受刑されたとはかぎらない。多くの被告人は、短期間でふたたび自由の身となった。例えば、アウシュヴィッツ裁判の主要被告人ロバート・ムルカは、フランクフルト陪審裁判所によって一四年の重懲役に処せられたが、その裁判の一年後にすでに健康上の理由から自由の身となっている。

このようにナチ犯罪に対する刑罰が軽すぎることが、ドイツ内外で厳しい非難に曝されてきた。ナチ犯罪の量刑の問題に対する非難は、一九六一年のある学会において、ある女性検事が、「一人殺して、一〇分間刑務所に入ることになる」と発言したことに象徴されている。<sup>(248)</sup> この発言は、一九六二年七月二〇日にバーデン・ヴェルテンベルクの州議會での論争につながった。一九六三年七月一日にも、ナチ犯罪の量刑問題が、州議會で採り上げられた。その後、法学界でも議論されはじめた。バウマン、リュッケアル、ハナックなどがこれを論じた。<sup>(249)</sup>

このような非難が真実を反映しているかどうかを検討するのも、本節の課題であるが、裁判所がどのような事情をその量刑に当たって考慮したのかを個別的に検討することも重要な課題である。この点は、もちろん、まず、刑罰目的論との関係で総論的に論じられるべきであるが、各論的にナチ犯罪に特殊な量刑事情とは何であったのかも探究される必要がある。例えば、行為者のナチ・イデオロギーや人種イデオロギーに対する態度が量刑において決定的な役



割を果たしたとされている。あるいは、命令に従ったことが刑罰を軽減する方向に作用するといった点について、裁判所の実務が検討されなければならない。

(2) 判決の時期と量刑の相関関係

ここでは、まず、ナチ犯罪に関するオピッツの研究によって「第一審の刑量と第一審判決の年」に関する一覧表を掲げ、その量刑を見てみよう<sup>(20)</sup>（次頁の表）。

この表によって、オピッツは、次のようにいう。一九四六年から四八年の間は、刑法旧二二一条二項により正犯の認定の際に軽減事由を認めることが許されていたが、裁判所は、九件においてこれを認めることを拒否して死刑を宣告し、三件において終身刑を言渡した。謀殺幫助の場合には、裁判所は、九ヶ月から終身自由刑までの刑を選択できたが、最高刑が言渡されたのは、一回かぎりであった。一九五〇年までは、長期の刑が大きな意味をもっていた。一九五〇年までには、ここで採り上げた全判決の三一・三パーセントのみが言渡されたにすぎないにもかかわらず、それまでにすでに言渡された全終身刑の四五・七パーセントのものと、一八件の全死刑判決が宣告されたのである。これに対して、この期間内には、有期刑の一九・二パーセントのみが言渡されたにすぎない。一九五〇年から一九六〇年の間の、有期刑と終身刑の訴訟上の割合は、言渡された処罰の全体数に対して一〇・四パーセントないし一二・五パーセントの割合に相当する。

一九六一年以降は、一九六五年までの間に、全判決の四五・八パーセントが言渡されてはいるが、全終身刑の二六・七パーセントのみであり、これに対して有期刑は、五八・一パーセントにのぼる。刑の長さを考慮してこの意味を解説すれば、有期刑のあらゆる下限に近いグループの場合には、判決の五〇パーセント以上が、この時期に言渡さ



れていることが示される。短期刑の場合には、このことははっきりと見られる。つまり、法定刑の下限よりも少ない、あるいはちょうどその長さに達した全刑の七一・四パーセントのみが、この時期に言渡された。

一九五〇年までの有期刑と終身刑のそれぞれの全体数は、三九件と四三件であり、ほぼ等しい。これに対して、一九五一年から一九五五年までについては、有期刑二〇件、終身刑二二件であり、一九五六年から一九六〇年までについては、有期刑二六件、終身刑一三件であつて、一九五一年から一九六〇年までは、有期刑の言渡しが、終身刑のほぼ二倍となっている。一九六一年―一九六五年は、有期刑一一八件、終身刑二五件であり、有期刑が圧倒的である。これらの全時期についてみれば、二〇三件が有期刑、九四件が終身刑となっている。

低い刑の原因を探究することは、至難であるとされているが、推測では、行為と判決の時間的間隔が大きくなるに連れ、被告人に有利な事情がいろいろと考慮されることが多くなり、行為とその者の犯罪的エネルギーの重大性は軽くなくなることが考えられる。<sup>(四)</sup>

### (3) 抑留・捕虜の刑期への算入

その他、外国において抑留され、捕虜になったことが、刑期に算入されたことも、刑が軽くなった原因である。つまり、裁判所は、外国において執行された拘禁期間を、通常、刑期に算入したが、その際、抑留と戦時捕虜も刑期に算入されたのである。被告人が捕虜中にその犯罪についても尋問されたと主張すると、裁判所は、その主張を吟味できなため、それを被告人に有利にそれを真実とみなし、抑留ないし捕虜は、行われた犯罪との関係で生じたものだと見なした。連邦裁判所は、このような実務が行われるよう厳格に監視した。ある陪審裁判所が、元の保安警察の公務員を謀殺したのとして七年の自由刑を言渡し、その際、四年半の戦時捕虜を刑を減輕するよう考慮したの

であるが、それは事実上の考慮にとどまり、それを形式的には算入していなかった。連邦裁判所は、上告においてこのすでに減じられた刑をあらためて捕虜の期間を考慮して減じ(三〇カ月)、それによって刑期の三分の二(二八カ月)となるには、あと二カ月の受刑のみで済むようにしたのである。刑期の三分の二がすぎると、受刑者は保護観察のための刑の延期を申請できたのであるが、そのような「三分の二申請」は通常のことのように行われた。

このように、オピッツの研究によれば、時が経つに連れ、軽い量刑が行われるようになったという事実が見られる。そして、外国において捕虜となったという事実を刑期の計算に算入したことも、刑が軽くなった原因であるとされる。それでは、ナチ犯罪の処罰にあたって、刑罰の量を決定するのは、どのような事情であると考えられていたのであるか。このような量刑事情は、もちろん、犯罪に対して刑罰を科する目的が何かという根本問題に対する解答に依存する。そこで、まず、刑罰目的論について一瞥し、ナチ犯罪との関係で、それがどのように考えられていたのかを検討しておこう。

#### (4) 刑罰目的とナチ犯罪

刑罰思想については、刑法学において、大きく分けて、応報刑思想と目的刑思想が対立している。ドイツにおいても、すでに前世紀の末から、刑法学において「学派の対立」<sup>(29)</sup>が厳しく、刑法思想を二分していたが、その対立の出発点であり、かつ、中心点であったのは、「刑罰思想」の対立であった。応報刑思想は、理念型として述べると、刑罰とは、すでに行われた犯罪に対する絶対的な反動であると捉えるが、目的刑思想は、刑罰を犯罪防止の目的をもつものとするのが、基本である。前者は、もちろん、カント、ヘーゲルの絶対的応報刑思想を述べたものであるが、応報にも、贖罪といった「目的」を加える相対的応報刑思想もこれに含まれる。後者の刑罰目的は、当該犯罪者以外の

将来の犯罪を予防するという意味での一般予防と、当該犯罪者が将来ふたたび犯罪を行わないように予防するという意味での特別予防に分けられる。特別予防としては、改善、教育、再社会化などが、その目的とされてきた。一九二〇年代には、前世紀末の目的刑論者の代表者であるフランツ・フォン・リストの弟子達によって、改善刑や教育刑が有力に主張されるようになっていたが、ナチの台頭によって、権威主義刑法が唱道され、ナチ的応報刑がふたたび有力になるとともに、「教育刑」理念もナチ化されることになった。終戦後は、ふたたび応報刑と目的刑の対立がみられたが、その歴史は、徐々に歩み寄りをみせる歴史であるともいえる。しかし、実務においては、贖罪応報刑が支配的であった。それは、刑罰とは、犯した罪を反省し、贖うためのものであるという考えに基づいていた。しかしながら、刑罰を「合理化」し、一般予防・特別予防の観点から合理的に根拠づけようという傾向はますます強くなる。ところが、このような一般予防・特別予防思想に現実の問題として突きつけられたのが、この「合理化」された予防思想によって、ナチ犯罪処罰をどのように根拠づけるかという難問であった。

#### ① 特別予防

パウマンは、ナチ犯罪における特別予防について次のように<sup>(23)</sup>いう。「特別予防、従って、将来の犯罪行為の防止を目的とする個々の行為者の教育、改善または威嚇は、極めて少数の事案においてのみ必要であろう。このような非常規的な事情が、この人々をこのように途轍もない態様で罪を犯させるようにしたのである。かれらの大抵の者は、一九四五年以降、『よい父親であり母親』になった。その後先を通じて、刑を受けない生活を送るというだけではなく、善良で文句のつけようのない生活を送っていた。我々が、新たなナチ政権あるいは何らかの別の全体主義的政権の台頭を妨げるなら、このような人々は、決して再び罪を犯さないであろう。しかも、このような人々は、たとえ処罰

されなかったとしても、また、新たな独裁や野蠻が与えられたとしても、ふたたび同じように、犯罪を行わないであろう。彼らは、この間に、そのような行為を再び行うことができないように、良心の声を傾けたに違いないであろうからである。もともと彼らがしないであろうことをさせるために、彼らに刑罰によって影響を与えようとすることは、馬鹿げている」。

このように、特別予防思想からナチ犯罪人処罰が根拠づけられないという議論は、パウマンに限らず、一般的に行われ、支持されているものである。ロクシンも、強制収容所殺人の犯人の処罰根拠について、「これらの謀殺犯人たちは、今日では大抵、目だたないまま社会に組み込まれて生活しており、従って、『再社会化』の必要もない。威嚇によって阻止せねばならず、また我々がそれに対して保護されなければならぬ再犯の危険は、彼らには存在しない」とい<sup>(254)</sup>う。

## ② 一般予防

ナチ犯罪における一般予防の意義については争いがある。一般予防に関する伝統的な理解からすれば、ナチ犯罪者の処罰の一般予防的意義は正当化され<sup>(255)</sup>ない。というのは、一般予防を狭い意義において理解するならば、このような「犯罪行為」そのものによってすでに我々は威嚇されており、さらに処罰によって威嚇する必要がないか、あるいは、このような行為者を処罰することによって、将来の犯罪的な国家構成員に対する威嚇効果をもつかどうかは、疑わしいからである。また、同じような犯罪が犯される危険が、現在の連邦共和国の政治状況では存在しないとして、その効果を疑問視される。しかしながら、他方で、広義における一般予防、すなわち、威嚇的一般予防 (Androhungsgeneralprävention) の考え方からすれば<sup>(256)</sup>、威嚇は、個々の行為者に向けられるのではなく、社会生活

における重要な法益にとくに効果的な保護を与えることが刑罰と刑法の任務であるとされるので、処罰の必要性は根拠づけられうるであろう。これは、最近唱えられている積極的一般予防の理論<sup>(26)</sup>につながるものであり、この考え方も、処罰は、法秩序の保護と実証、国民における法意識の強化を目的とするのであるから、その意義はあるといわなければならない。とくにノル、イエーガー<sup>(26)</sup>、グリュンヴァルト<sup>(26)</sup>は、一般予防的観点からこのような犯罪者の処罰が絶対に必要であることを明らかにした。なぜなら、「法意識の錯乱と犯罪の増加の危険は、国家が大量の犯罪を不処罰のままに放置するとき、不可避免だからである」<sup>(26)</sup>。このような一般予防の変形した意味内容は、今日一般に承認されてきている。それは、刑法一四条一項と二三条三項の中に根づいている。それらの規定は、「法秩序の擁護」という概念をもって、積極的一般予防を現しているのである。

### ③ 応報刑思想

かくして、ノルが述べるように、「ナチ犯罪者処罰の事実と必要性は、いまや、応報刑論者に、刑罰の根拠づけに對する一見強力な論拠を与える」<sup>(26)</sup>。この点、果してアルトゥール・カウフマンは、「法秩序の安全も、再社会化も、一般公衆の威嚇も問題ではありえないようなところでは——たとえばナチ権力犯罪者の事後的な処罰に際してのように——、予防思想からすれば無意味であり、しかもおそらく馬鹿げていると思われるときでも、処罰しなければならぬ<sup>(26)</sup>」と書いている。カウフマンによれば、「ここで姿を表しているのは、刑罰の應報的意義以外の何ものでもなく、それは、すべての者は彼の行為に値することを被らなければならないというあのカントの思想である」。このように、ナチ犯罪処罰の根拠は、不合理とされる応報刑によってもっともよく説明されうるものであり、これを逆に言えば、政治的課題としてナチ犯罪処罰が必要であるかぎり、応報刑を簡単に捨て去ることはできず、また、ナチ犯罪の道義的

非難が要請されるかぎり、贖罪思想が最もよく機能したということではできらるであらう。

④ 判例における刑罰目的

それでは、実際にナチ犯罪処罰を根拠づけなければならなかった裁判所は、その処罰をどのようにして正当化しているのであろうか。ギンター・ヒルシュによれば、彼が考察した判例の六分の一においてのみ刑罰目的の問題を論じているにすぎない。<sup>(26)</sup>しかし、これを論じた判例も、問題を理論的に論じたものは数少ない。

① 特別予防 すでに論じたように、圧倒的な数のナチ犯罪において刑罰は、もはや特別予防的機能を果たす必要はない。行為者は、早くから再社会化化されており、どのような観点からも社会に統合されている。このことは、また判例によっても例外なく認められている。<sup>(26)</sup>しかし、この認定の困難と様々な結論を深く追求した判例はない。行為者の責任は、厳格な処罰を要求するが、特別予防的観点は、最小限の刑のみを許容するという「刑罰目的の二律背反」の問題を明確に示唆する判例はない。連邦裁判所の判例によれば、特別予防的必要性がないことは、責任によって限界づけられた法定刑の内部でのみ効果をもちえ、通常、責任の枠の下限につながらなければならない。これは、ナチ犯罪事件においては、裁判所が責任の下限を下回ることができないからであらう。

② 一般予防 判例における一般予防の評価については争いがあり、不統一である。それは、一般予防からする刑罰必要論からその厳格な否定までに及ぶ。フライブルク・ラント裁判所<sup>(26)</sup>は、一般予防について次のようにいう。

「一般予防に関しては、刑罰は、あらゆる人に、犯罪を執行せよという命令——どのような立場の者からあたえられるかは問わない——に自己の身に危険が及ぶ最大の限界にまで抵抗しなかった一切の者が、それに対して裁判所の前で責任を負わなければならない。この意味において判決は、また威嚇的にも作用しなければならないという



ことを目の当たりに示さなければならぬ。」

連邦裁判所も、ナチ犯罪において一般予防の観点からの処罰を考慮できるかという問題に取り組んだ。一九五一年一月二七日の判決<sup>(26)</sup>において、連邦裁判所は、ナチ支配の没落の後もまだ威嚇の必要性が存在すると確認する。被告人の行為は、不寛容と人種憎悪の中で説明される。この心情に基づく犯罪が、政治的状況の変化によって今日もはや国家の許容や振興を予想できないとしても、その心情は、それによってもいまだ、刑法がここでもはや重要な役割をはたさないとはいえず、克服されたわけではないといっているのである。また、最高裁判所は、その一九五〇年九月二八日の判決<sup>(26)</sup>において、繰り返される危険がなくても威嚇目的がなくなるわけではないことを次のように論証する。「ナチズムの支配は、確かに終了した。しかし、その誤った教義は、とくにそれが人種憎悪と人間の基本権の軽視を対象にもつ限りで……決して至る所でなくなつたのではない。非人道的犯罪の繰り返される危険は、従って、まだなくなっていない。人道に対する以前に実行された犯罪のゆえの刑罰は従って将来に対する威嚇的・教育的効果の意義をもつ」。他方、一般予防の必要性を否定する判例もある。「一般的威嚇は、必要ではない。けだし、ドイツ連邦共和国においてはそのような非道の再発は予想できないからである」<sup>(27)</sup>。これらの判決は、ナチの思想的財産を克服し、ヒトラーの独裁という当時のイデオロギーを克服したこと通常の状態が回復したことなどを示唆するにすぎない。まれに、次のように言う判決がある<sup>(27)</sup>。「一般威嚇の思想も、量刑において本質的な意味をもちえない。法共同体は、被告人や類似の犯人を処罰することなくして、十分に威嚇されている。行為そのものが、そのほとんど理解しえない恐ろしさにおいて威嚇するものである。適正な刑罰は、行為責任の贖罪の観点のもとでのみ、発見されうる」と。

③ 刑罰目的としての贖罪と応報 ギュンター・ヒルシュによれば、ナチ犯罪判決における特別予防・一般予防とい

う刑罰目的は、その本質上、その事実的前提に関しても異なつて取り扱われてきたのに対して、贖罪と応報という刑罰目的の場合には、その内容の理解に問題がある場合が目立つ。<sup>(22)</sup>

裁判所は、例えば、応報を「復讐」と同一視して、これを刑罰目的として否定することがある。しかし、応報とは、法益侵害に対する対衡であつて、責任清算である。贖罪は、刑罰が行為者に呼びかけてもたらされる行為者の強要さされない給付である。

また、ときには、ナチ犯罪の処罰にあつて、一般予防も特別予防も贖罪応報もすべて否定されることがある。<sup>(23)</sup> 贖罪応報についてもナチ犯罪においては何らの役割を果たさないとするのであるが、なぜなら、被害者の数とその家族などの際限なき苦しみに照らして、贖罪となりうるような刑罰はありえないからである。しかし、具体的なナチ犯罪行為者は、彼の犯罪に対して責任を負うべきであつて、彼はナチの犯罪的政権の「代表者」ではないのであるから、当時行われた不法のすべてに対して贖罪せねばならないのではないことは明らかである。トレブリンカ強制収容所の所長は、少なくとも三〇万人の人々を共同して殺害し、さらにその他三五例において謀殺で有罪とされた。この被害者の数に鑑みると、正当な応報を問題にするのは難しい。従つて、たんに「象徴的な」刑罰の可能性があるだけである。しかし、適切な責任と刑罰の関係を樹立することが不可能であるということが、そのような事案において、贖罪応報という刑罰目的に対する、刑の高さに対する一切の影響を否定することにつながつてはならない。だが、贖罪応報を刑罰目的として否定するならば、このような事案において一体いかなる刑罰目的が残っているのだろうか。

このようにして、刑罰目的については、ナチ犯罪裁判においては、むしろ、理論的には困難な問題があるにもかかわらず、これに詳しく触れることを回避し、論証なくして応報・贖罪という素朴な感情に訴える道を選んだように思

われる。

(5) ナチ犯罪における量刑事情

① 量刑事情の意義

量刑は、裁判官による法的効果の種類や量の決定であり、「適正な」刑罰を発見する作業であるという意味で実務上重要なテーマでありながら、理論においては、長らく「刑法理論の継子」と言われてきた<sup>(24)</sup>。量刑論においては、量刑という事象は、刑罰目的の決定、量刑事情(事実)の認定、量刑衡量の論議の三つの側面に分類される<sup>(25)</sup>。すでに、第一の側面については刑罰論として論じたので、ここでは、主として、第二の量刑事情の問題について論じておく。現行のドイツ刑法においては、量刑の基礎は、行為者の責任であるとされている(四六条一項)<sup>(26)</sup>。しかし、行為の不法が刑と無関係であるはずはなく、その意味で、量刑の基礎には、責任の内容とならんで行為の不法内容が置かれる。つまり、侵害された法秩序に対する行為の意味(不法内容)および行為のゆえに行為者になされるべき非難の重さ(責任内容)である。例えば、不法内容にとり重要なのは、法侵害の重要度であり、それは、損害の大きさや質によって決まる。また、行為の遂行の仕方・態様もこれに属する。責任内容としては、「行為者の動機と目的」行為からみられる「心情」「義務違反の程度」などが量刑事情となる。第二に、行為者人格である。それは、責任と予防の観点から重要である。その者の再社会化の必要性がこれに属する。さらに、第三に、行為者の前歴、行為後の態度、過度に長期にわたる手続が、量刑事情となる(四六条二項二)。なお、刑事訴訟法二六七条三項一文によれば、裁判所は、判決の中に刑の量定のために決定的であった事情を挙げるよう義務づけられている。量刑の、指導思想に方針づけられた評価行為に対する事実上の基礎が判決理由の中に示されていなければならない。

② ナチ犯罪における量刑事情

(1) 不法と責任による行為

(a) 行為の結果 行為の結果は、ナチ犯罪における量刑においてとくに重要な役割を果たす。行為の一般的・自己責任による範囲は、途方もなく広い。例えば、被害者の数は、従来の枠を越えている。絶滅計画では六〇〇万人のユダヤ人が、ロシアの戦時捕虜は三七〇万人にのぼる。裁判所によって被害者の数が挙げられる場合には、疑わしきは罰せずの原則に基づいて「最小数」が挙げられることにも注意しなければならぬ。裁判所にとって困難なのは、刑の高さを決める場合に、そのような被害者数をどう評価するかである。この評価については、裁判所によって全く異なっている。しかし、本質的には二つのカテゴリーに判例を分析することができる<sup>(27)</sup>とされている。事実審の多数は、被害者の数が刑の加重事情であること<sup>(28)</sup>で十分だとする。これらの判例においては、具体的な数字は、従属的な役割しか果たさず、被害者の多いことのみが重要である。これに対して、一連の判例においては、この観点にはあまり意義を与えられない。数の多さは、被告人の影響範囲の外にあったという根拠が挙げられている。

(b) 行為遂行の種類と方法

(1) 事件の残酷さ 行為の遂行の残酷性は、ナチ犯罪の判決において、刑を加重する方向で考慮されている<sup>(29)</sup>。残酷でサディスティックな実行方法は、行為の重さ、行為者の責任の程度とともにその危険性と行為に至る内面的姿勢をも表している。

(2) 自らの手による行為への関与 ナチ犯罪においては、自らの手をもって関与したことが刑を加重する事情とされている<sup>(29)</sup>。被告人が自ら関与する必要がないにもかかわらず関与した事案でのみこの点が考慮されている。従って、射

殺命令を与えることで満足せず、自ら武器をつかんで射殺したときは、刑は加重されている。

(c) 追いつ越された因果関係(仮定的結果原因) ナチ犯罪に関する約五パーセントの判決において、その行為または被告人の関与なくしても被告人の運命は同じような経過を辿っていたであろうという観点が刑を緩和するように作用した。<sup>(20)</sup> 例えば、殺されるべき運命にあったユダヤ人の殺害、病人が、その注射がなされなくても、直ぐ後に死亡していたであろうという場合などである。ナチ犯罪においては、個人は、すでに述べたように、巨大な権力機構の中の小さな歯車であるから、いつでも取り替えのきくものである。従って、その個人の行為がなくても、同じ結果は発生していたであろうと言える場合が多いのである。この仮定的因果経過の問題は、因果関係論や過失論で考慮されるが、いまだ最高裁の判例において、量刑事情としては考慮されていない。しかし、学説においては、シュペンデル、アルトゥール・カウフマンなど若干の著者達によって主張されている。

(d) 命令にもとづく行為 ドウックラウによれば、全ナチ犯罪裁判の約四分の一の事例において、命令にもとづく行為であったことが量刑において考慮されている。<sup>(21)</sup> 裁判所は、当初、量刑において命令を考慮するための原則を樹立する若干の法律規定を尊重しなければならなかった。それは、任意的刑罰軽減事由とみなされた。通常の事案と比べて自発的な行為ではなく、他人の命令にもとづく行為であるため、受命者の責任と当罰性が軽くなるとされたのである。

まず、第一に考慮された法律規定は、軍刑法四七条二項である。この規定については、すでに説明したが、その規定は、一般的に、受命者を保護する趣旨であったということができる。しかし、連邦裁判所は、<sup>(22)</sup> 軍刑法四七条二項を厳格に解釈し、立法者は、部下に圧力となった命令のために、責任非難が軽減され、一切の刑罰がもはや適切でなく、

堪えがたく苛酷なものとされるほどとなるのは、希有な事案においてにすぎないとした。軍刑法四七条二項による刑の免除の可能性は、殺人罪の場合には、それが検討されたことはあっても、実際に認められたことはない。

これより大きな意味をもったのは、管理理事会法一〇号二条四項bである。それによれば、すでに検討したように、命令にしたがって行爲した者は、責任阻却されることはないが、刑を軽減するよう考慮されうるのである。この規定が、刑種を越え、刑の下限をさらに下回ることができるとについては争いがあった。<sup>(283)</sup> 積極説は、もしこれを否定するなら、二二一条の場合、絶対的法定刑なので、この軽減規定の意味がなくなるという点にあった。これに対して、最高裁や連邦裁判所は、明示の規定がないという理由でこれを消極的に解した。<sup>(284)</sup>

一般的考慮においても、もちろん、命令にもとづく行爲であったことは量刑上考慮された。しかし、裁判所は、大抵の場合、その根拠を簡単に、命令による行爲であったという点に求めるのみであって、受命者が命令を受けた心理的狀況が検討された事案は稀であった。命令のもつ強制としての意味は様々であるにもかかわらず、ナチ体制の一般の命令テロ狀況が、刑の軽減事由とされたことも稀ではない。例えば、ハノーファー・ラント裁判所<sup>(285)</sup>は次のようにいう。「その際、被人が……そのような上位の党機関の直接の命令を援用できないにもかかわらず、多かれ少なかれ、そのような党機関の何らかの指示や指針の影響または圧力のもとに立ったであろうことも認められるべきである」。裁判所は、批判力をもたず、命令に唯々諾々と単純に習慣的に服従していた部下への命令を刑罰軽減的に考慮したのである。

しかし、命令が表面上の契機をなすに過ぎず、実際には別の動機が潜んでいた場合には、裁判所は、その軽減的考慮を拒否している。<sup>(286)</sup>

この命令にもとづく行為の量刑上の考慮については、総括として、法的に支持できない考慮であるというよりむしろ、評価基準を慎重に検討し明らかにするという態度が欠けていたことが批判されている。<sup>(287)</sup> 判決理由は、大抵は、具体的命令状況の形態に依じて、そもそも段階づけがなされたのか、または、どのような段階づけがなされたのかについて何ら説明していない。

(e) その他 「他の者の共同責任」が、刑を軽減する方向に作用した。<sup>(288)</sup> 例えば、国防軍や司法が、SSの幹部がロシア人捕虜の射殺を黙認したということである。さらに、「当時の時代背景」が軽減的に考慮された。<sup>(289)</sup> また、「行為の実行と裁判の間の長い時間の経過」<sup>(290)</sup>が、刑を軽減する方向に影響した。ナチ犯罪裁判の約二〇パーセントにおいて、この点が量刑事情として考慮されたという。例えば、「贖罪の必要性」が長い時間の経過によって少なくなっているとされるのが典型的であった。

## (2) 行為者人格

行為者の人格は、有責な行為不法を明らかにするための重要な認識手段である。<sup>(291)</sup> ナチ犯罪について問題なのは、行為の実行と裁判の間に、通常、その間に、行為者の人格が変わりうるだけの著しい時間の経過があることのみならず、第三帝国の崩壊によって行為者の生活状況も全く変わってしまったことである。行為不法に関する行為者関係の要素は、行為時の時点で判断されるべきなのに対して、行為者の人格は、予防的観点から前面に来るとすれば、裁判時点におけるものが基準となる。このように、判断時点は二重に問題になりうる。

ここで量刑事情として考慮されたのは、①行為の精神的根源、つまり行為者の動機、目的、心情、意思および義務の程度である。<sup>(292)</sup> ②ナチ犯罪の責任の重さに決定的に重要であったのは、行為の「社会心理的背景」である。それは、

例えば、プロバガンダ、訓練、教育、戦時の混乱状況などである。このような周囲の状況が、行為を思いとどまる障害を取り除いたのであり、「そのような罪を犯す危険」が大きかったのである。

重要なのは、さらに、③確信犯（イデオロギー犯罪者）であることがどのように考慮されたかである。<sup>(28)</sup>これについて詳細に検討しておこう。リュッケアルの調査報告によれば、ユダヤ人の殺害に関与したナチ犯罪者に対するある判決において、その者が反ユダヤ主義者でなかったという事実が、軽減的に評価されたが、これに反して、他の判決においては、行為者の反ユダヤ的姿勢が、それがユダヤ人殺害に対する障害を弱めたがゆえに、軽減的に考慮されたとされている。反ユダヤ主義者であったことが刑を加重するものとされた事案に、ボッフム・ラント裁判所の次の判決がある。<sup>(29)</sup>「被告人Bは、確信的なナチであり、無条件に忠実な、ナチ時代の精神において堅固なSS隊員であった。いわゆるユダヤ人問題の解決の意味におけるユダヤ人の処置には彼は内面的に広く賛成していた。このことは、彼自身がユダヤ人の射殺に参加した事案においては、その責任を非常に重いものとさせる」。

これに反して、例えば、アウリッヒ・ラント裁判所<sup>(26)</sup>は、行為者が、熱烈なナチ信奉者であったことを軽減的に考慮している。また、バンベルク・ラント裁判所<sup>(27)</sup>も、反ユダヤ主義者であったことを有利に判断している。これらの判決においては、ナチ・イデオロギーに毒された者は、「人間の価値と人間の生命につき全く違った評価をする」に至っているということから出発されているのである。フライブルク・ラント裁判所<sup>(28)</sup>は、このような見解につき、「確信犯」の問題を示唆している。このことは、逆に、確信的なナチリストでない場合には、刑が加重されることになるということとを意味している。この意味で、ハンブルク・ラント裁判所<sup>(29)</sup>は、「少なくとも、もちろん人間的に理解困難な説明を与える政治的な狂信主義ではなく、ただ無思慮な『他人の屍をも乗り越えていく』という出世主義が彼の行為への原



動力となった」ことを、責任を重くする事情と見ている。

連邦裁判所は、その一九五五年七月二八日の判決において、ナチ犯罪でなく、共産党員に関する事件において確信的心情については、次のように述べている。<sup>(300)</sup>「行為の倫理的価値と尊重されるべき確信は、小なる責任を根拠づける。それにもかかわらず、次に、この刑罰軽減事由が、熱烈にその信じるところを固執し、闘争をいつでも再開するべき心構えのある狂信者の特別の危険によって再び相殺されないかどうかを考慮されるべきである。このような考慮をなすについては、その確信が倫理則と調和せず、行為者がこのことを認識することができる場合には、原則として、その余地はない。社会において憎むべきものと見なされている行為は、決して責任軽減的に評価されえない」とした。学説の中には、「確信犯」と「イデオロギー犯」(Ideologier)とを区別する見解が唱えられている。<sup>(301)</sup>それによれば、確信犯とは、個人心理的現象であり、個人の真理体験にもとづいて真理を確信している者であるが、イデオロギー犯とは、集団心理的現象であり、集団的に抱かれたイデオロギーを自らの意思に取り入れる者にすぎない。ナチの狂信的犯罪者(いわゆる鉤十字へつらい野郎 Hakenkreuzschmierer)などがそうである)は、原則として、この意味で、イデオロギー犯である。

⑤ 状況犯としてのナチ犯罪者 ナチ犯罪者は、行為時に「例外的状況」にあつたという事実が量刑において重要な要素とされている。<sup>(302)</sup>ボン・ラント裁判所は、次のようにいう。<sup>(303)</sup>「被告人は、彼が終戦間近になってユダヤ人問題と直面しなかつたならば、十分な確実性をもって、人間を殺すことはなかつたと言えよう。ここでは、従つて、機会犯人が問題なのである」。フランクフルト・ラント裁判所<sup>(304)</sup>も、「彼の場合、その従来<sup>(305)</sup>の罪とは無関係の生活が証明しているように、潜在的犯罪者が問題ではない。被告人が出撃隊に配転されなければ、第三帝国の大量犯罪に参加することも

できなかつたであろう」とし、状況犯人であつたことが、軽減的に考慮されている。この状況犯人という概念は、一般的な刑事学上の犯罪者類型であり、その人格からして環境の刺激に弱く、利他的誘惑に負けやすい行為者をいう。特殊な状況からしてその人の本質からは疎遠な犯罪の実行に至つたナチ犯罪者もこれに属する。

その他、ヒルシユは、⑥「行為者の経歴と運命」も量刑事情として考察する<sup>(305)</sup>。これは、犯行前および犯行後の行為が量刑において考慮される場合とは、それが積極的な行為でない点で区別される。ここでは、例えば、戦争で負傷したこと、捕虜になつていたことなどが、これにあたる。このような経歴・運命が軽減的に考慮されることがあるのである。⑦さらに「行為者の個人的・経済的状况」が考慮される<sup>(306)</sup>。例えば、「行為者の地位」がそうである。また、「机上犯罪者」であることが軽減的に考慮されることもある。例えば、フェアデン・ラント裁判所<sup>(307)</sup>は、机上犯罪者であることを刑罰軽減的に考慮して、次のようにいう。「被告人の行動は、大部分、机に向かつて行われている。彼は、被害者の直接の殺害に参加していなかった。彼は、殺害を自ら監視し、その実行の合図を与え、または自ら射殺する必要はなかつた。従つて、確かに、彼は、その参加につき、本来の処刑人よりもその障害を克服するために、あまり犯罪的エネルギーを必要としなかつた」。もちろん、机上犯人であることは、アンピヴァレンツツな効果をもつ。机上犯罪者は、命令系統において執行に対して高い責任を負うものだからである。高い責任は、刑罰加重的な意味をもつが、実行から距離をもっていることは、軽減的に作用する。その他にも、シュレーダー<sup>(308)</sup>は、組織者としての関与形式が危険性を高めるものとし、バウマンも、この行為類型の恐ろしい点は、行為地が離れていること、死が自動化されていることから行為への障害が弱まるが、殺害への影響の程度は大きくなり、死に至る危険のこの乖離は我々すべてに潜んでいるとして<sup>(309)</sup>いる。

その他、ヒルシュは、「行為者の年齢」や「行為者の弁識能力」も、軽減事由として考慮されたとして<sup>(310)</sup>。

(6) 評 価

このようにして、ナチ犯罪における量刑は、一般に軽すぎたとされている。それは、全体的な刑罰の形成においても<sup>(311)</sup>そうである。ヒルシュの挙げる判例によると、一九六四年五月一二日のケルン・ラント裁判所の判決<sup>(312)</sup>においては、一二件につき謀殺幫助で三年六月と五年の重懲役の間で、全体として四七年四月となったが、それが、被告人の行為の不法内容と責任分担を考慮して、全体として六年の刑と確認されている。

しかし、ヒルシュによれば、判例において量刑事情の叙述が不十分であるというのが、全体的評価であり、軽い処罰よりもむしろ表面的にすぎない量刑論が非難されるべきである<sup>(313)</sup>という。量刑事情において特殊ナチ犯罪的と称すべきは、「当時の時代背景」である。その他、仮定的結果原因や世界におけるドイツの名誉や被害者の多さなども、ナチ犯罪に特殊な量刑事情であった。最後に、刑罰目的論において行為者を再社会化する必要がないという観点も、ナチ犯罪に特殊なものである<sup>(314)</sup>と主張することができる。

(246) I. Müller, a. a. O., S. 257.

(247) Müller, a. a. O., S. 260.

(248) Protokoll der Tagung v. 29. 11. - 1. 12. 1961, „Politische Prozesse heute“ S. 5; vgl. Opitz, a. a. O., S. 39.

(249) Baumann, Henkys, a. a. O., S. 317ff.; Rüdkerl, Statistische Angaben über Verfahren betreffend nationalsozialistische Gewaltverbrechen und Analysen von Strafzumessungsgründen, Probleme der Verfolgung und Abhandlung von nationalsozialistischen Gewaltverbrechen, 1967, S. C 59ff.; Hanack, JZ 1967, S. 337ff.

(250) Opitz, a. a. O., S. 41.

(251) Opitz, a. a. O., S. 43.

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理(七)

- (252) これについては、わが国の文献として、とくに、大塚仁『刑法における新・旧両派の理論』(昭和三年)二三頁以下参照。
- (253) Baumann, Henkys, S. 318f.; vgl. Günter E. Hirsch, Die Strafzumessung bei nationalsozialistischen Gewalt- und Kriegsverbrechen, S. 44.
- (254) Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, S. 383; Strafrechtliche Grundlagprobleme, 1973, S. 7. (井田良記) 国家刑罰の意義と限界) ロットマン『刑法における責任と予防』(宮沢浩一監訳)(一九八四年)一一二頁。
- (255) Vgl. Hirsch, a. a. O., S. 45.
- (256) Vgl. Baumann, a. a. O., S. 319.
- (257) Vgl. Baumann, a. a. O., S. 319.
- (258) 積極的一般予防については、例えば、ヴィンフリート・ハッセマー「予防と刑法」(山中敬一訳)『現代刑法体系の基礎理論』(堀内捷三編訳)(一九九一年)二七頁以下、アルトール・カウフマン「責任と予防」(山中訳)カウフマン『法哲学と刑法学の根本問題』(宮沢浩一監訳)(一九八六年)一五八頁。
- (259) Peter Noll, Die NS-Verbrecherprozesse strafrechtsdogmatisch und gesetzgebungspolitisch betrachtet, in: Rechtliche und politische Aspekte der NS-Verbrecherprozesse, 1968, S. 41; ders., Strafzweck im Übergang, GA 1970, S. 178.
- (260) Jäger, Strafrecht und nationalsozialistische Gewaltverbrecher, in: Sonnemann, Ulrich, Wie frei ist unsere Justiz? 1969, S. 88ff.
- (261) Grünwald, ZStW 80, 92.
- (262) Noll, a. a. O., S. 41.
- (263) Noll, a. a. O., S. 41.
- (264) Arthur Kaufmann, Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte ds Schuldgedanken im Strafrecht, JZ 1967, S. 553ff., in: Das Schuldprinzip, 2. Aufl., 263, 275f. (加藤・生田・大谷訳)「刑法における責任思想の理論的および刑事政策的側面」ノットマン『新しい刑法典のためのプログラム』(佐伯千仞編訳)八八頁。
- (265) Hirsch, a. a. O., S. 55.
- (266) Hirsch, a. a. O., S. 59ff.

- (267) LG Freiburg, Urteil v. 25. 6. 1965 - 1 Ks 1/64, Hirsch, a. a. O., S. 61.
- (268) BGHSt 2, 20, 22; Hirsch, a. a. O., S. 63.
- (269) OGH 2, 150, 153; Hirsch, a. a. O., S. 63.
- (270) LG Berlin, Urteil v. 9. 3. 1960; Hirsch, a. a. O., S. 74f.
- (271) LG Demnold, Urteil v. 22. 12. 1965 - 2 Ks 1/65, Hirsch, a. a. O., S. 75f.
- (272) Hirsch, a. a. O., S. 84ff.
- (273) Hirsch, a. a. O., S. 86.
- (274) Vgl. Baumann/Weber, Strafrecht, AT 9, Aufl., S. 629. トロントンの言葉である。
- (275) Vgl. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 4. Aufl., 1988, S. 782ff.
- (276) 従来は、ドイツ刑法は、第一般的量刑指針として規定がなされた。
- (277) Vgl. Hirsch, a. a. O., S. 98.
- (278) Vgl. Hirsch, a. a. O., S. 121.
- (279) Vgl. Hirsch, a. a. O., S. 125. コルントは、彼が自ら射殺したコルト、その関与から彼がその当時の職務上の地位を考慮すれば距離を測るべきであったという事実を、考慮されべき要素の一つとすべきでない。
- (280) Vgl. Hirsch, a. a. O., S. 126.
- (281) Vgl. Ducklau, Die Befehlsproblematik bei NS-Tötungsverbrechen, 1976, S. 200. コルントは、ある判決の三分の一にのみ適用された (Hirsch, a. a. O., S. 193) ながら、コルントは、それを「行為者人格」という量刑事情の中に位置づけ (Hirsch, a. a. O., S. 192) かつ「責任」に位置づけられておられる。
- (282) BGH MDR 1967, 140.
- (283) 横瀬誠一郎, BayObLG NJW 1949, 758; OLG Stuttgart, 29. 6. 1951 —— 2 Ss 52/50, Nr. 298c.
- (284) OGHSt 1, 310; BGHSt 7, 47; 21, 139.
- (285) LG Hannover Urteil v. 24. 6. 1948, —— 2 Ks 3/48, Nr. 67. Vgl. Ducklau, a. a. O., S. 204.

- (286) Ducklau, a. a. O., S. 205.
- (287) Ducklau, a. a. O., S. 206ff.
- (288) Hirsch, a. a. O., S. 138ff.
- (289) Hirsch, a. a. O., S. 151ff. 「環境の影響」というのは、一般的量刑事情であるが、この「当時の時代背景」はこの種の類型とされたのである。例えば、全体主義的プロパガンダや教育、訓練による煽動、および、最終段階犯罪であるという場合には、*シテ、シテ、シテ*。
- (290) Hirsch, a. a. O., S. 173ff.; vgl. Ruckerl, Statistische Angaben, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Bd. II, Teil C, S. C 36.
- (291) Hirsch, a. a. O., S. 189ff.
- (292) Hirsch, a. a. O., S. 191ff.
- (293) Hirsch, a. a. O., S. 210ff.
- (294) Ruckerl, a. a. O., Bd. II, Teil C, S. C 36.
- (295) LG Bochum Urteil v. 22. 7. 1966 - 15 Ks/65. Vgl. Hirsch, a. a. O., S. 211.
- (296) LG Aurich Urteil v. 26. 6. 1964 - 2 Ks 1/63; Hirsch, a. a. O., S. 212.
- (297) LG Bamberg Urteil v. 11. 4. 1949 - KLS 5/49.
- (298) LG Freiburg Urteil v. 16. 11. 1948 - 1 Ks 5/48; Hirsch, a. a. O., S. 213.
- (299) LG Hamburg Urteil v. 15. 11. 1957 - 53/57 (Js 1246/56).
- (300) BGHSt 8, 162.
- (301) Hofmann/Sax, Der Ideologietäter, 1967, S. 13ff.; Hirsch, a. a. O., S. 219f.
- (302) Hirsch, a. a. O., S. 227ff.
- (303) LG Bonn Urteil v. 10. 11. 1962 - 8 Ks 2/62.
- (304) LG Frankfurt, Urteil v. 11. 3. 1966 - 4 Ks 1/65.
- (305) Hirsch, a. a. O., S. 234ff.

- (306) Hirsch, a. a. O., S. 246ff.
- (307) LG Verden, Urteil v. 6. 6. 1962 - 2 Ks 3/61. Vgl. Hirsch, a. a. O., S. 255.
- (308) F. Chr. Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 167.
- (309) Baumann, Gedanken zum Eichmann-Urteil, JZ 1963, S. 119.
- (310) Hirsch, a. a. O., S. 260ff., 264ff.
- (311) Hirsch, a. a. O., S. 335.
- (312) LG Köln, Urteil v. 12. 5. 1964 - 24 (Z) Ks 1/63.
- (313) Hirsch, a. a. O., S. 344.

## 第七節 ナチ犯罪と謀殺罪

### (1) 刑法二二一条の由来

ドイツ刑法二二一条は、いわゆる謀殺に関する規定である。それは、「謀殺者は終身自由刑に処せられる(一項)」。謀殺者とは、殺害欲によって、または、性欲を満足させるため、所有欲またはその他の低劣な動機から、背信的に、若しくは残酷に、または公共に危険な手段を用いて、あるいは他の犯行を可能ならしめ、もしくは隠蔽するために、人を殺した者である(二項)<sup>(314)</sup>というものである。

このように二二一条では、「謀殺者」という概念を用いている点で、すでに、行為者類型による規定であることを窺わせるものをもっているが、この形式の「謀殺構成要件」は、まさしく一九四一年のナチス刑法改正法によって導入されたものであり、ドイツ刑法における典型的なナチ刑法思想の遺物である<sup>(315)</sup>。戦後、一九五三年八月四日の第三次刑法改正法によって二二一条の死刑が、基本法一〇二条を勘案して削除され、終身重懲役刑を科されることになり、

その後、一九六九年六月二五日の第一次刑法改正法により、「終身自由刑」に変更されたのであるが、要件そのものは、一九四一年の文言のまま、今日まで存続している。一九四一年の改正以前、一八七一年のライヒ刑法典では、殺人の罪は、元來、二二二条を殺人の基本類型として、不法内容の高い場合を二二一条で加重処罰し、二二三条では軽い場合を軽減するという構造をとっていたのであり、二二一条は、「行為者が予謀をもって殺人を實行した場合」に死刑を科するというものであった。<sup>(316)</sup>しかし、この「予謀」要件による加重の基本構想については、古くから批判が強かった。とくに一方では、「予謀」と「死刑」の間の絶対的必然關係に対して、他方では、「予謀」概念の不適切性に対して批判の集中砲火が浴びせられた。<sup>(317)</sup>それは、一面では狭すぎ、多面では広すぎるといっているのである。この規定は、例えば、行為の動機の種類や強さ、行為事情に依るはずの危険性の徴表の種類や強さのような、価値的にはより強いはずの要素を考慮に入れていない。というのは、行為者が死苦を患う家族を苦しみから解放しようとしたのか、現金を手に入れようとしたのか、集団徒党を組み、これを行ったのかは、この規定によれば、実行態様や動機が「予謀」につながっていなければ、重要ではないからである。この「予謀」要件の中核部分の解釈そのものが、当時の学説によっても判例によってもすでに困難な作業であった。すなわち、いかなる行為の時点で予謀をもって行為したのかも、その内心の出来事にいかなる持続期間と強さが必要なのかも、十分納得できるように、説明できなかったからである。さて、一九四一年の改正法は、三つの加重類型を置く。第一は、「動機」の低劣を挙げる類型（殺人欲、性欲の満足、所有欲、その他の低劣な動機）であり、第二は、特別の危険性または行為実行の非人道的な方法（背信的に、残酷に、公共に危険な方法で）である。第三の類型は、特別の犯罪的目的（犯罪行為の可能性・隠蔽）による加重である。<sup>(318)</sup>この新規定の背景には、ナチスの「行為者類型の理論」<sup>(319)</sup>が控えていることは明白である。とくに重要なのは、一つ



は、構成要件を規範的行為者類型に方向づけたことであり、もう一つは、行為の評価を、行為者の心情のみの判断にかからせるよう変更したことである。行為者心情の無価値そのものが、この規定においては重要である。このような行為者の心情を基準とする行為者類型的要素には、「構成要件の魂」として法律解釈の際に指導形象・指針機能が与えられる。

ナチの立法関係者でナチ刑法理論の指導的人物の立法解説の中に、このことが明白に強調されている。ローラント・フライスラーは、一九四一年の「ライヒ刑法典改正法」<sup>(221)</sup>について解説した論文において、謀殺と故殺の区別に関する基本的視座をいずれにおくかを論じて、従来、故殺を出発点とし、謀殺はそれに加重要素が加えられたものと考えられてきたが、「むしろ、出発点は、明らかに謀殺である」とする。「従って、謀殺に加重要素を認めることは正しくない。謀殺は、独自の種類の殺人犯罪だとみなされるべきである。……謀殺者は、抜本的に、故殺を実行する者とは存在の種類を異にするものである。そのことを立法者は、謀殺についてはなく、謀殺者について問題にし、しかも、『故殺者』という行為者類型が存在するとは主張できないにもかかわらず、故殺ではなく、故殺者を問題にすることによってとくに強調した」<sup>(222)</sup>。

このフライスラーの行為者類型としての謀殺者の思想は、ナチズム特有の刑法理論である「行為者類型論」(Lehre vom Tätertyp) に依拠していることは明らかである。この理論は、エーリック・ヴォルフやダーム、シャフシュタインによって伝統的な犯罪論の変革のための礎石として構想されたものであるが、常習犯人法以来広まっていた刑事的行為者類型の公式を越えて、行為者刑法的類型の方向へと構成要件を解消するよう要求したダームの規範的行為者類型論<sup>(224)</sup>の影響が強いと思われる。この行為者類型論は、とくに戦時刑法(Kriegsstrafrecht)で意義を

もつたのであるが、それは、「行為者刑法」を目指すものであり、行為者メルクマールを手がかりとしながら、それぞれの行為者類型の非難すべき、低劣な、そして危険な心情を捉えることを目的としたのである。<sup>(326)</sup>

このような健全な民族感情に基づく謀殺者という行為者類型の理論は、第三帝国の没落とともその基盤を失った。しかも、一九四九年に基本法の一〇二条において死刑を廃止し、規範的行為者類型の理論は、一致して否定されることとなった。<sup>(326)</sup>しかし、終戦直後の判例の中には、行為者類型的表現を用いるものがないわけではなかった。<sup>(327)</sup>戦後も、これらの構成要件要素は存続したのであり、その意味で、謀殺罪の規定は、ナチ刑法思想の遺物であり、その結果、ナチスの心情刑法思想の帰結であつて、この規定形式は、合理性を欠くといつてよい。<sup>(328)</sup>

(2) 現行法の解釈上の問題点

このような構成要件メルクマールの不合理性とその解釈の問題以上に、實際上、現在に至るまで、最も重要な問題といつてよいのは、その法定刑が、以前においては「死刑」、あるいは現在においては「終身自由刑」という絶対的法定刑が規定されていることから生じる問題点である。当初は、二二二条第三項に「特別の例外的事案において死刑が適当でないならば、刑は終身重懲役である」と規定されていたが、一九五三年に削除されたことを付記しておこう。さて、この絶対的法定刑の問題は、謀殺罪の限定的適用の要請につながり、ここから、二二二条の構成要件要素の限定的解釈につながる。このような限定的解釈は根拠を有するのであろうか。これが、二二二条につき、現在なお最も争いのある問題である。

謀殺罪につき、終身刑を絶対的法定刑として規定するのが、合憲かどうかについては、「背信性」という謀殺メルクマールに関してであるが、連邦憲法裁判所の判決がある。<sup>(329)</sup>一九七六年三月五日のフエアデン・ラント裁判所の移送

決定 (Vorlageschluss) によって、連邦憲法裁判所の規範コントロール手続に付せられ、一九七七年六月二日の連邦憲法裁判所の判決が下されたのである。この事案では、フェアデン・ラント裁判所<sup>(330)</sup>が、別の犯行を隠蔽するために背信的な殺人を実行した者を二二一条の謀殺にあたるとしたが、終身自由刑を科することはできないとし、二二一条の終身刑の規定を違憲であるとみなしたので、基本法一〇〇条一項にもつき連邦憲法裁判所に判断を求めたのであった。一九七七年六月二日の判決において、連邦憲法裁判所は、二二一条は「背信的にまたは別の犯行を隠蔽するために人を殺した者を謀殺者として終身自由刑に処するかぎりでは、基本法と調和する<sup>(331)</sup>」と判断した。そこでは、連邦憲法裁判所は、背信的にまた別の犯行を隠蔽するために行われた殺人を謀殺とすることは、憲法上の比例性原理に方向づけられた厳格解釈を行う場合には基本法に反しないとしたのであった。<sup>(332)</sup>

この連邦裁判所判決の内容と射程については、論争が起こり、定説はない。他方、一九八一年五月一九日には、連邦裁判所大法廷は、背信性メルクマールの従来の解釈に従ったが、終身刑の言渡が不均衡であると思われるような「異常な事情」が存在する場合には法的評価が修正されるべきであり、刑法四九条一項一号を適用すべきだとした<sup>(333)</sup>のである。そこで、連邦裁判所は、連邦憲法裁判所の判決を支持している。この判決に対しては、学説からは、「許されざる法の改正<sup>(334)</sup>」であると批判され、さらに、シュペンデルによって、客観的に枉法となる例に入れられている<sup>(335)</sup>。

### (3) 謀殺メルクマールの性質

この謀殺を特徴づける要素(謀殺メルクマール)の犯罪論体系上の地位については、争いがある。責任要素とする少数説<sup>(336)</sup>と、とくに判例によって採られる不法要素とする立場<sup>(337)</sup>の他、シュレーダーによって提唱された不法・責任競合要素説<sup>(338)</sup>がある。しかし、この謀殺メルクマールは、それぞれを具体的に見ていくと、「公共危険な手段」のように専

ら不法を高める要素もあれば、「低劣な動機」のように純粹に責任に関係する要素もあり、また、本来不法に属する要素も、本来責任に属する要素もある。<sup>(33)</sup> 本来不法を高める要素には、上述の第二グループの要素が属する。その際、残酷性の要素は客観的結果無価値を本質的に高める。これに対して「背信性」という要素は、被害者の無防備という客観的無価値を越えて、特別の信頼関係の破綻がとくに行為無価値を高める。その他は、特別の責任要素であると考えられる。その際、第一グループに属する「動機」の要素については、真正の心情要素が問題になる場合であり、第三グループの「目的」要素は、「不真正」心情要素である。

第二項のカタログが、列挙規定であるかどうかに関しては、それらの謀殺メルクマールの少なくとも一つが積極的存在したときのみ、謀殺が成立しようと解されている。従って、列挙された以外の非難されるべき心情などが存在しなければならぬかどうかである。この問題が実際上生じるのは、謀殺メルクマールによって加重された殺人が、同時に、軽減的な事情によって実現されている場合においてである。例えば、背信的な殺人が立派な動機から行われ、憎まれた独裁者が公共危険な手段で殺害された場合などである。これらの事案において絶対的無期刑という帰結を避ける可能性があることは一般に承認されているが、それに至る道が争われているのである。

このことがとくに問題となるのは「背信的」な殺人の場合、および「犯行隠蔽目的」での殺人の場合である。なぜなら、その他のメルクマールの場合には、例えば「低劣な動機」に典型的なように、比較的「開かれた」メルクマールであるといえるが、背信性メルクマールなどは、「全体的な評価」を許さない「無知覚・無防備」という客観的メルクマールを内容とするからである。確かに、前述のように行為者の「敵対的態度」ないし特別の信頼関係の存在と

いった主観的要素による限定も行われているが、このメルクマールの場合、このように厳格な解釈による解決しか道はないように思われるのである。それが、とくに背信性メルクマールが問題になる事案について、頻繁に重要な判例が現われる原因でもある<sup>(339)</sup>。

(4) 謀殺構成要件の合理的解釈の方向と謀殺適用の回避

さて、謀殺罪と故殺罪の合理的な区別をどのようにして行うか、および、謀殺罪の法定刑が絶対的終身刑であることから、場合によっては謀殺を認定すると刑が余りにも苛酷になるのをどのように回避するかが、そもその問題点であるが、ここでは後者の問題を中心に論じよう。

まず第一に、二二一条の適用の回避の手段としては、すでに述べたように、正犯と共犯の区別について主観説を採用し、本来正犯となるべき場合に幫助を認め、減輕の可能性を開いている。第二に、二二一条の限定責任能力の規定を適用することによって減輕する可能性がある。一九七四年には謀殺によって有罪とされた者の三人に一人につき限定責任能力が問題になった。第三に、年長少年については、謀殺に少年刑法を適用することによって、成人刑法の終身刑の代わりに、少年法における一〇年の最高刑を可能にする手段がある。第四に、さらに、恩赦によって判決を實質的に修正する手段がある。その者の社会的予後がよい限り、終身自由刑に処せられた者を一五年から二〇年の拘禁の後恩赦に付するのが各ラントの一致した実務である。

しかし、本筋としては、二二一条の合理的解釈によって問題の解決を図るべきことはいうまでもない。連邦憲法裁判所は、比例性の原則に方向づけられた合憲的解釈を厳格解釈にかからしめた。それには、ふたつのアプローチがある<sup>(340)</sup>。

① 第一は、あらゆる謀殺メルクマールの基礎となつてゐる特別の非難性に遡ることによつて、類型の修正〔Typenkorrektur〕を可能にすることである<sup>30)</sup>。この類型修正とは、動機をも含む全体的觀察をなすことによつて、「謀殺」としてのその行為の評価がなくなることはないかを検討することである。この見解の中には、まず、とくに非難すべき殺人を謀殺とし、非難性は、行為者の低劣な心情によつて根拠つけられるとする伝統的な見解がある。第二に、ナチの行為者類型論がある。第三に、行為者の危険性を基準にする見解がある。これは、行為者の人格の道徳的評価を避けようとする趣旨に出たものである。

② 第二は、個々のメルクマールを制限的に解釈する方法である。例えば、「背信性」の本質は「とくに非難すべき背信」に見いだし、あるいは、行為者の被害者に対する「敵対的意思方向」を前提とするとするのがそれである。あるいは、「残酷性」に「無感情な、温かみのない心情」を要求するのがそれである。

先に紹介した連邦憲法裁判所によれば、謀殺における終身刑は、裁判官が、当該個別事例につき「意味のある、適正な刑罰」の原則を考慮に入れることができる<sup>31)</sup>ときのみ、合憲であるとみなされうる。しかし、その際、二二一条のこの縮小解釈が、個々の謀殺要素の構成要件内在的な制限によつて行われようが、全体評価的な類型修正にしようが、あるいは構成要件と法的効果の間の比例性を樹立することによつて行われようが、それは判例に委ねられるものとされる。このように連邦裁判所に、どのような方法によつてこの規定の欠缺を埋めるかは任されたのである。これを受けて、一九八一年五月一九日の連邦裁判所の大法廷決定は<sup>32)</sup>、背信性に限定されてはいるが、一般化可能な原則判決において、上記の第三の道、つまり構成要件と法的効果の比例による限定の道を歩む方向に一歩踏み出したのであった<sup>33)</sup>。これによれば、全体的類型修正を否定して、個々の要素の中でのみ厳格解釈されうるのであるが、他方で、

例外的に責任を軽減する事情が存在する場合には、四九条一号の減刑枠（三年以上一五年以下の自由刑）を適用する可能性が生じることによって、法的効果の絶対性が止揚されたのである。その判例においては、理由は、ただ一つ挙げられているだけであった。つまり、そのような例外的な事情には、一定の責任軽減的な事情を考慮することから生じる法律上の軽減事由（四九条一号）と同じような効果が与えられるべきだというのである。これは、「法的効果解決方式」（Rechtsfolgenlösung）と呼ばれている。学説においては、一部にはこれに賛成するものもあるが、しかし、この方式を採用した判例に対する批判が強いこともすでに紹介した。<sup>(346)</sup>

(5) 法的効果解決方式の解釈論的根拠とその批判

ギンターは、この連邦裁判所の見解は、次の三段階の論理において根拠づけられているものとする。<sup>(347)</sup> ①明確な構成要件解決方式が不可能であること。「背信的な」というメルクマールの解釈は、結局、あまりに不明確になるか、それとも、あまりに厳格すぎて必要な態様をすべて含むよう解釈できないかであるというのである。「背信的な謀殺」という構成要件の「拡張」を認めざるをえないというこの基本的決定から、絶対的法定刑たる「終身刑」にふさわしくないような限界事例をも含むと見ざるをえない。ここから、二二一条の法的効果が修正を必要とすることになる。

②この法的効果解決方式は、憲法上の比例性の要請である。③四九条一項一号の意味における「異常な事情」という超法規的刑罰軽減事由の形成。第三段階として、法的効果解決方式をどのようにして形成し、いかなる法定刑が適用できるのかという問題が生じる。大法廷は、これを四九条一項一号に求めたのであった。しかし、その根拠づけは、すでに述べたように、そのような「異常な事情」には、特定の責任減少事由の考慮から生じる法規上の軽減事由よりも、少ない効果を与えることはできない」という点に尽きている。

これに対する批判は、五つのテーゼに要約される。<sup>(348)</sup> ①「法的效果解決方式」は、殺人構成要件とその法定刑の法規上の体系に評価矛盾を惹き起こす。つまり、この解決方式によれば、「謀殺者」の方が、「故殺者」より有利に取り扱われることになるというのである。②「法的效果解決方式」は、バランスを失って謀殺の烙印を押しことにつながる。構成要件解決方式と比較すると、この解決では、謀殺の構成要件には該当するが、法的效果のみが減刑されるからである。③「法的效果解決方式」は、目的論的概念形成の根本原則を無視する。構成要件上の刑罰威嚇の種類や程度は、構成要件前提の解釈に影響を与えるものと言われているが、このような構成要件と法的效果の輪が、この方式の採用によって破られることになる。④「法的效果解決方式」は、刑事裁判官の法発見の限界を越える。大法廷は、法に不備があり、それを補充するために、この方式を採用するものとする。しかし、法が不完全であるというには、二二一条の文言や趣旨のあらゆる可能性を尽くして背信性概念の厳格解釈が試みられたのちでなければならぬが、大法廷がそれを尽くしたとはいえない。なぜなら、そのような試みは、学説や連邦憲法裁判所によって多数行われているからである。⑤「法的效果解決方式」は、法実務の要求に矛盾する。三年の有期自由刑にまで軽減される要件たる「異常な事情」の存否の基準がそもそも曖昧である。また、そもそも背信性かどうかを決定する行為事情と量刑にとり重要な「異常な事情」とを厳密に区別できるかも疑わしい。さらに、その他の謀殺要素への法的效果解決方式の影響もまだ説明されていない。

(6) ナチ犯罪裁判における謀殺構成要件

(a) ナチ犯罪裁判における謀殺罪の意義

ドイツ刑法二二一条の謀殺罪は、ナチ犯罪追及において最も重要な役割を果たしたことは強調するまでもない。も



うひとつの重要な犯罪類型は、二二二条の故殺である。現行ドイツ刑法には、その他に民族殺 (Völkermord) の規定がある (二二〇条 a) が、これは一九五四年に創設されたものであり、遡及処罰の禁止からこの条文の適用は問題にならない。謀殺の刑は、絶対的に終身自由刑であるのに対し、故殺の最低刑は、五年であり、終身自由刑は、この中でもきわめて重いものしか適用されない。この両犯罪において、時効期間が異なっていることも、注意しなければならぬ。当時、謀殺は三〇年、故殺は、二〇年が時効完成期間であった。この時効との関係においても、故殺の時効が完成した以降は、最終的に時効の廃止された謀殺罪のみが、その後のナチ犯罪追及の手段となったのである。

先に検討したように、ナチ犯罪処罰のための手段が謀殺罪であるが、謀殺罪の法定刑が絶対的終身刑であるところから、ナチ犯罪を軽く処罰しようとする要求との間に葛藤が生まれる。それは、謀殺罪の解釈論以外の、共犯論や責任論、あるいは緊急避難論をも巻き込んだ解釈論の展開につながったと言っても過言ではない。このような解釈論の展開は、もちろん、謀殺罪の構成要件解釈においても見られる。先に紹介した謀殺罪の解釈をめぐる一般論を前提にしながら、ナチ犯罪との関係において個々の構成要件要素の詳しい解釈論を検討するのが、ここでの課題である。

#### (b) 謀殺罪の要件の解釈

さて、ナチ犯罪においては、具体的な事案につき謀殺の構成要件要素の存在を否定することによって、謀殺として絶対的刑罰を科することを避け、二二二条の故殺としてより広い法定刑の選択の余地を与えようとした。謀殺の要件としてナチ犯罪処罰において問題になるのは、「謀殺嗜好」「その他低劣な動機」「背信的な実行方法」、ならびに「残酷な実行方法」の四つのメルクマールである。

これに反して、加重的な動機の中でも、「所有欲」、すなわち、「とくに高められた物欲」は、出撃隊や強制収容所

での犯行の動機ではない。もちろん、付随的な結果として所有物や宝石、金歯などをとったかもしれないが、それは、かれらの行為の本来の動機ではない。同様にして「性欲の満足」もそうである。<sup>(39)</sup> その種の動機が問題になったのは極まれな場合である。「謀殺嗜好」については事情が異なる。

以下においてそれぞれの要件について詳しく検討しておこう。

(7) 謀殺嗜好

「謀殺嗜好」は、行為者が、「人間の生命の根絶に反自然的な喜び<sup>(39)</sup>」を感じて犯行をなしたときに充足される。たんなる生命の軽視では十分ではない。なぜなら、そのような軽視は、あらゆる殺人に見られるものだからである。連邦裁判所のこの定義によれば、上から命令する機関、つまり、机上殺人者 (Schreibschützer) には、この謀殺嗜好は実際的には否定されることになる。なぜならば、被害者から距離があるので、實際上、この謀殺嗜好の証明はむづかしいからである。そればかりではなく、犯行に対してただ「(命令書という) 紙を通じた関係」(papierene Beziehung) しかないために、人間の生命の抹殺に直接の喜びが抱かれることはまれだからである。比較的下層の実行機関については、かなり頻繁に殺害の動機であった。ここでは、謀殺欲という動機の内面的事実、それに対応する表現が証明できるか、殺人の種類や方法によって推定できるからである。しかし、全く無感情に、機械のように被害者を殺したということだけで、謀殺欲から実行されたということは早計である。感情のないことは、必ずしもまだ人間の生命の抹殺に対する「反自然的な喜び」ではない。<sup>(39)</sup> 判例においては、ナチ犯罪に関しては、この謀殺嗜好は、肯定されたことがない。一九六六年五月一七日の連邦裁判所の判決においては、例えば、次のように述べられている。証人によれば「被告人は非常に義務意識の強い、きっちりした警察官だ」と証言されているのであるから、その他の

暴行は証明されなかつたのであり、被告人には、謀殺嗜好を認める十分な理由も支点も見出せないとするのである。<sup>(35)</sup>  
第四回法曹大会においても、参加者は、その決議の中で、このメルクマールが謀殺と故殺の区別にあたって全く考慮されていないことに警告を發している。<sup>(36)</sup>

(8) 低劣な動機

以上で挙げた個別の動機とならんで、一般条項的に、その他の「低劣な動機」から行爲した場合にも謀殺とされる。動機が低劣であるとは、それが、非難すべきものであることを越えて、「とくに唾棄すべきものである」が必要である。かくして判例においても、低劣な動機は、殺人の動機として唾棄すべき、最低の段階のものであるような動機であるとされている。<sup>(34)</sup>これは、謀殺嗜好よりも頻繁であり、容易に証明されるものとされている。<sup>(35)</sup>まず、争われているのは、政治的動機が、このような唾棄すべき内容をもつかどうかである。通説によれば、政治的動機は人間の殺害につながれば、とくに倫理的に唾棄すべきものと評価される。<sup>(36)</sup>第二に、低劣な動機が、個人たる被害者に対する特別の動機ではなくして、集団や、集合体に対する動機が存在するときには、存在しないかどうか、問題になりうるのであろう。従つて、人種嫌悪が低劣な動機であるかどうか、この人種嫌悪における服従や「服従忠実」(Gefolgschaftstreue) という動機が、とくに唾棄すべきものと言いつるかである。シュトックは、人種ファシズムという疑似宗教、すなわち、この「褐色の理想主義」も一種の理想主義であり、低劣な動機は、そのような疑似宗教的な動機には存在しないといふ。<sup>(37)</sup>しかし、これに対して、パウマンは、ある動機が倫理的にとくに唾棄すべきものであるかどうかは、合理的・道徳的な人間の立場から判断されるべきであつて、人種狂信者の立場からではないと反論する。人種嫌悪は、いずれにせよ、それが、別種の人間の殺害を要求したとき、倫理的に唾棄すべき態度とな

る。連邦裁判所の決定においては、<sup>(358)</sup>「低劣な動機から行為するのは、ただ、ユダヤ人を人種嫌悪から殺害する行為者のみならず、ナチの権力者の人種嫌悪を自分の人格につき共有していないが、それを自分の行為のゆえに刑事責任を問われることはない」と期待して、利用したのも含まれる」とする。このようにして、少なくとも、総統の命令に内面的に同調している場合、人種的に別種の者の殺人が、自らの確信から、または、「命令された確信」に関する服従忠実から賛同し、そしてこの賛同が殺人行為の動機であった場合、低劣な動機は与えられる<sup>(359)</sup>。

このように、「人種憎悪」「人種的理由」から殺害した場合に、低劣な動機にあてはまるとするに、そう著しい困難があるわけではない。またユダヤ人が「人種的に価値が低い」とみなして殺害することもそうである。しかし、連邦裁判所は、行為者が、人種憎悪なしにユダヤ人に対する殺人を実行した場合にも、一定の条件の下で低劣な動機を肯定している。

① 連邦裁判所一九六二年一〇月二日判決<sup>(360)</sup>

〔事実〕 被告人Wは、当時、衛生中隊の一等兵であったが、中隊に通訳として所属しており一般にユダヤ人だとみなされていたGという名前の戦争捕虜をピストルで射殺した。この行為は、その時不在であったその中隊の隊長を代理していた軍曹Hの命令に基づくものであった。陪審裁判所は、Hを故殺として三年の重懲役に処し、Wを無罪とした。検察官は、謀殺を主張して上告した。その際、検察官は、原審は、「背信性」(Heimtücke)という構成要件要素にとつては、特殊な事案においては、被害者の無知覚を利用することのみならず、保護の用意のある第三者の無知覚を利用すること、そしてそれによって惹き起こされた被害者の特別の無防備も問題となりうることを看過していると主張する。なぜなら、被告人は、上官たる軍曹Hの不在中を利用して被害者を殺害したからである。

〔判旨〕 本法院は、この考察には同調しえない。戦時捕虜Gは、小さな子供のように、無知覚の状態にあったわけではない。被害者が眠っているとか無意識状態にあるとかのように自ら防衛できないときにのみ「背信的」という構成要件要素が充足されるのである。

これに対して原審が被告人の行為が「低劣な動機」から行われたことを否定した点は、検討が十分でない。原審は、被告人が中隊長のユダヤ人友好的な態度とは逆に、人種嫌悪の思想に満ちた犯罪的な国家指導部の賛成を得られることを計算していたがゆえに、その行為をおこなったとしても危険を冒すものではなく、また、処罰されることもないと予期して犯行を行ったのである。被告人は、ナチ・イデオロギーに毒され、ユダヤ人や外国人を低く評価することによって、理由もなくスパイの嫌疑をかけた人間を殺害する「権限」があるのだと演繹するときにだけ、低劣な動機から行爲したのでなく、このイデオロギーを、その行為のときに、それが彼の犯罪的行為態様が不利に取り扱われる結果から守るであろうと期待して、計算づくで利用したときも、低劣な動機から行爲したものである。

この判決によれば、被告人が「人種イデオロギー」から行爲したということにすれば、自分の責任が軽くなると考えて計算してこのイデオロギーを利用した場合でも、「低劣な動機」が認められるものとされる。しかし、パウマンは、この場合の人種イデオロギーを利用するという動機は、少なくとも理解可能であって、むしろ、動機と行爲との不均衡が著しいほど、低劣な動機であるという一般の原則からすれば、殺して楽しんでような殺人よりは、まだ低劣とはいえないのではないかとしている。<sup>(30)</sup>このような人種イデオロギーを利用する事案は、一九六四年七月七日の未公刊の連邦裁判所の判決<sup>(31)</sup>においても現れている。そこでは、「ユダヤ人を人種嫌悪から殺害したもののだけが低劣な動機から行爲したのではなく、その行為の刑法上の責任を免れるために、ナチの権力者の人種嫌悪を意識的に利用し

た者も、そうである」とする。これに対しては、ハナックも、責任を免れることを期待して、人種嫌悪を利用したただけでは、まだ低劣な動機とは言えないとする。「なぜなら、そのような期待は、法律の意味において特に非難すべき場合とはいえないからである」。

逆に、人種的イデオロギーは、他の目的の陰に偽装されることもある。次の判例は、それが軍事的必要性の陰に隠された事案である。

② 軍事的必要性と低劣な動機

一九六三年七月一二日のフライブルク陪審裁判所 (Schwurgericht) の判決では、ソ連への侵略の際に行われた犯罪は謀殺とはみなされなかった。なぜなら、悪評高い「バルバロッサ命令」にも、軍事的必要性はあったからである。つまり、次のようにいう。「それ自体確認はできないが、ともあれ可能的な行為者としてのヒトラーにおいてさえも、彼が『バルバロッサ命令』を發布するときに、低劣な動機から行為したという認定は、確実に当たっているわけではない。嫌疑があるというだけで裁判所の手続を経ずして人間の殺害を命じたということでの命令が目指した重大な不法が、その発布に対する動機を、なお直ちに、刑法二二一条の意味における低劣な動機とするわけではない。行為者にとっては、敵であるロシア人の人種的侮蔑、例えば、『アジア人たる下等人間』だという表象も、そのような命令の発布に対する動機であったということが万一確認されたなら、そのような評価につながることもあるであろう。しかし、そのような認定は、必要な確実性をもっては行われえない」。かくして、裁判所は、軍事的必要性の観点から、本件の殺害の動機であったという可能性がないとは言えないのであるから、本件で「低劣な動機」を肯定することはできないとする<sup>(363)</sup>。

ハナックは、これにつき、いずれにせよ、行為者が、ナチ・イデオロギーの虜になり、それを根拠として殺害した場合には、権力者の「低劣な動機」を継承したのだとするのが一貫していると評釈している。<sup>(36)</sup>

連邦裁判所は、さらに、いわゆる「カッツェンベルガー事件」において、被告人が、ナチ・イデオロギーに従って、被害者を、「無」に等しいとみなし、刑事訴追を受ける危険はないと確信して行為を行ったときも、低劣な動機が存在するとした。

③ 連邦裁判所一九七〇年七月二二日判決<sup>(36)</sup>

〔事実〕 原審は、被告人フェルバー博士 (Dr. Ferber) とホフマン博士 (Dr. Hofmann) を故殺として三年および二年の自由刑に処した。両名は、一九四二年三月一三日にユダヤ人の商人カッツェンベルガーを、ラント裁判所長官ロートハウク博士 (Dr. Rothaug) に指揮されたニュルンベルク特別裁判所において人種恥辱として死刑に処したのであった。

〔判旨〕 新たになされるべき認定に基づいて、陪審裁判所は、被告人の行為の動機にも取り組まねばならない。もし被告人が、カッツェンベルガーがユダヤ人としてナチ・イデオロギーによれば「無に等しい」、従って違法な有罪判決を下しても何ら危険はなく、とくに刑事裁判所による訴追の危険はないということに気休めを見出していたならば、そこには、低劣な動機があるだろう (vgl. BGHSt. 18, 37)。

低劣な動機については、判例によると次のような公式が用いられる。「恣意的に他人の生殺与奪の権を握る者となった者は、その者が、その者によって初めからその生命について決定される者が、何らの意味もない、つまり、その者が『たんなるユダヤ人』であり、またはその他、無に等しい者であるということから出発するとき、低劣な動機

から行動するものである」<sup>(365)</sup>。

とくに、低劣な動機によるかどうかが統一的でないのが、政治的な敵対者を殺害する場合である。裁判所は、部分的にのみ政治的動機からの殺人を低劣な動機によるものとしている。連邦裁判所は、政治的・人種的不寛容性が存在したときに謀殺であるとする。

④ 連邦裁判所一九五二年一月二二日判決<sup>(367)</sup>

〔事案〕 いわゆる「レーム一揆」を切っかけに、シュレージエンでもSSによって多数の逮捕者を出した。一九三四年七月一日から二日の夜にかけて、逮捕された四人のユダヤ人が路上で射殺された。被告人Bは、SSの歩兵突撃隊の指導者であったが、被告人たる部下のGに、四人を輸送中「逃亡した」として背後から射殺しよう命じたのであった。原審は、被告人達を謀殺幫助で有罪とした。

〔判旨〕 熟慮による殺害は、正犯の計画から生じる。正犯者の表象によれば、四人は、低劣な動機からも殺害された。つまり、政治的・人種的不寛容と思いがかり、またナチ党の政治的を威嚇するために殺害したことを原審は正当にも認めている。しかし、この正犯者の動機は、共犯者たる被告人達には帰属されない。

最高裁判所 (OGH) は、殺害への切っかけが、被害者の政治的態度であったか、被害者の政治的、宗教的、人種的共同体への所屬のみであったかどうかによって区別する。

低劣な動機が存在の判断基準については、裁判所は、明確な基準を示してはいない。これは、行為者の心理状況によって説明されるであろう。つまり、彼の行為の動機は、しばしば国家イデオロギーと調和していたのであり、国家が被害者に対してみとめた地位、つまり「民族有害分子」であるというそれに対応しているからである<sup>(368)</sup>。しかし、



逆に、この国家によって承認された動機が、それだけでは、決定的な決め手とはならないのは、それが、たんなる隠れ蓑であって、真の動機は、個人的な別のものでありうるという考察を消し去ることができないからである。ハナツクによれば、この困難性は、結局、「行為者達が、ナチ・イデオロギーと、国家によって制度化された抹殺という恐るべき機構に囚われていたがゆえにのみ、行為に至ったのだ」と考えられる点に由来する。

(9) 背信性

(a) 「背信性」の意味内容

ナチ犯罪が、「背信的な」殺人というメルクマールに該当するかどうかは、とくにむづかしい問題を抱えている。<sup>(30)</sup> 行為の実行にあたって「背信性」が認められたナチ犯罪裁判は、比較的少ない。通説は、被害者の無知覚および無防備を利用することと定義している。<sup>(31)</sup> しかし、連邦裁判所のスタシンスキー判決では、理由は述べていないが、背信性とは、無知覚または無防備で十分だとしている。しかし、このような拡大解釈に対しては、これによると、確かに収容所内の被害者は、無知覚でないことはあるが、つねに無防備だとは言えるのであるから、つねに背信的だということになる。逆に、背信性概念を狭く解し、行為者と被害者の間に特別の信頼関係が存在する場合に限って、背信性のメルクマールを充足するとする説が有力である。<sup>(32)</sup> しかし、これに従うと、ユダヤ人や、ポーランド人とSS隊員やSC隊員との間に信頼関係などないのであるから、出撃隊や強制収容所殺人には、背信性が否定されてしまうという問題がある。

このように、「背信性」というメルクマールは、被害者の無知覚およびそれにもとづく無防備を意識的に利用することを意味するのであるから、柔軟な解釈ができず、従って、厳格な解釈も困難である。無知覚であるのは、行為の

時点で行為者の側からの攻撃を予期しない者である。この無知覚にもとづいて、防衛の機会をもたず、またはその可能性が限定されている場合、被害者は、無防備である。無知覚と無防備のこの因果関係は、被害者が攻撃者を含めて両者が無知覚の時点ですでに無防備になっていた場合には、存在しない。また、行為者は、被害者の無知覚、無防備を「意識的に利用」しなければならぬ<sup>(374)</sup>。その他、このメルクマールを限定的に解釈するため、判例の中には、行為が「敵対的意思方向」を要求するものもある<sup>(375)</sup>。これは、被害者のためにと考えて殺害するような場合を除くためである。例えば、同死（共同自殺）に失敗した場合に謀殺を適用しないためである。さらに、小さな子供や失神者のように被害者が体質的に見て無知覚で無防備な場合に、背信性を否定する判例もある。

(b) ナチ犯罪における「背信性」の内容

判例は、ナチ犯罪における「背信的な」動機というメルクマールについても不統一である<sup>(376)</sup>。被害者の「無知覚」「無防備」の利用というのは、確かに判例の統一的な基準であるが、これによって、「背信性」概念が明らかになつたわけではない。例えば、終戦間近に、強制収容所から抹殺施設へとユダヤ人を輸送する際に、行進できない囚人を前から射殺した者は、被害者の無知覚を利用したのではないとした判例<sup>(377)</sup>があり、逆に、被害者の恐怖を多分和らげるために背後から射殺した者を<sup>(378)</sup>、または、被害者を「医師の治療」のために、ある部屋に送り、そこで殺害したとき、背信的に殺害したとした判例<sup>(379)</sup>がある。このような不適切な結論を避けるため、この基準にさらに、「非難すべき動機」を加える判例がある。連邦裁判所は、被害者に対する敵意からの行為を要求し<sup>(380)</sup>、また、行為に対する無知覚・無防備の利用の認識を要求する<sup>(381)</sup>。この主観的要素を要求する最後に掲げた判例を詳しく検討しておこう。

連邦裁判所一九五四年五月五日判決 (BGHSt 6, 120)

〔事実〕 被告人は、一九四四年一〇月に、武装SSの隊員としてすでに捕らえられた敵の飛行士を、将軍の一般の命令の遂行において背後から射殺した。原審は、故殺で有罪とした。

〔判旨〕 被害者が無知覚であり、防備できないという事実が、外面から見て、背信的な殺害に属し、行為者が無知覚・無防備を知り、犯行に利用したという事実が内面に属する。(無知覚・無防備の意識的利用といった) このような内面の行為要素は、行為者が、「背信的な殺害である」という法的判断が依拠する事情を、意識に切迫する状態ではなく、行為者が、被害者の無知覚・無防備と行為遂行にとってのその意味を認識することなしに、たんに外部的な状態で、知覚しなければならぬということを意味するのではない。行為者は、むしろ、無知覚・無防備を利用したという非難が根拠づけられるべきならば、行為にとつてのその意味を把握しなければならない。

まさにこのような背信的な実行行為の主観的側面が、裁判官が終身刑を規定する謀殺罪を認定するのが不適切と考へた場合に、それに代えて、故殺罪を認定するに役立つている。コブレンツ・ラント裁判所は、上の連邦裁判所の事案と全く類似の事案において、つまり、ある撃たれて捕らえられ負傷したアメリカ人の飛行士を連行し、突然背後から警告もなしに射殺した元警察官の事件において、被害者は、無知覚で無防備ではあったが、内面の状態は証明できないとした。<sup>(382)</sup> なぜなら、行為者は、ひよっとすると衝動的に行爲したかも知れず、または、ゲシユタポはどっちみち殺害していたのだから、その虐待や死の恐怖を省こうとしたかも知れないからである。

(c) 大量虐殺と「背信性」

連邦裁判所は、明らかに、ユダヤ人虐殺処分において、直接の正犯は、背信的に殺害するものではないということから出発している。<sup>(383)</sup> なぜなら、そのような大量虐殺の場合、被害者の「無知覚」はありえないからである。連邦裁判

所の判例は、無知覚に背信性の本質的要素を見出し、無防備を本質的なものとみないのであるが、最近まで、この無知覚がは、行為の時点で存在していなければならないということから出発していた<sup>(384)</sup>。判例は、後になって初めて、それによって二二一条の適用範囲が強く制限されることになるという結論に至った<sup>(385)</sup>。なぜならば、被害者が、まさに行為の直前に行為者の意図に気づいた事案においては、無知覚は、もはや存在しないことになるからである。連邦裁判所は、行為者が、殺害を遂行の直前に思い立った場合と、殺害が長く計画され、準備されていた場合とを区別する。後者の場合、背信性は、すでに、それが行為の遂行時まで継続する場合には、行為者が、殺害のための有利な機会を作り出すためにとった予防措置に存在するのである。この判決も、個人犯罪をもとにして「背信性」にアプローチした。その基準は、しかし、大量犯罪には無条件に用いられうるものではない。このような大量犯罪の被害者は、行為の時点では、確かに、無知覚であることはまれであるが、官僚的組織化や準備のときには、無知覚であることがしばしばである。ユダヤ人の抹殺の場合も、はじめは労役収容所だと偽って、収容されたのであるが、いつの日か、被害者は、無知覚ではなくなったのである。かくして、その準備段階の時点<sup>(386)</sup>を基準とすることによって、このような無知覚状態が、大量虐殺の場合にも存在しうるとすべきなのである。

最後に、共犯が関与する場合の問題点について触れておこう。バウマンによれば、共犯としての関与と正犯としての実行には、共犯と一身的要素の問題のために、差異があり、そのいずれかは、個別事案の事情と行為者の組織構造の中の地位によって区別して判断されなければならないとする。すなわち、命令する機関と実行する機関との間に多くの人の連鎖が介在する官僚組織的に組織化された犯罪の場合には、今日、連邦裁判所と通説によって唱えられた区別基準の問題点が明らかに示される。つまり、通説によれば、少なくとも残酷で背信性をもつという実行態様の殺人

には、(共犯の)従属性原則が妥当するのであるが、このことは、幫助者と教唆者は、(自分が背信的か残酷でないときでも)正犯者が謀殺を実行した場合には、二二一条の責を負い、逆に、正犯者が故殺であったときには、幫助者および教唆者は、(自らは残酷に、または背信的に行爲した場合でも)二二二条の責を負うにすぎないということの意味する。(共犯者の責任の個別性を定めた)刑法五〇条二項は、——共犯者の責任につき一身の事情および性質を問題としているのであるが——適用できない。なぜならば、すくなくとも、背信性や残酷さは、実行者の性質や事情ではなく、行爲の遂行の態様だからである。この謀殺罪の共犯の問題についてはなお後述する。

(10) 残酷性

(a) 残酷性の意義

殺人の「残酷性」は、通説によれば、行爲者が、殺人に際してとくに重大な苦痛、つまり、肉体的・精神的苦痛を、強く、長くまたは繰り返し返して、必要以上に加えた場合、そして、その際、主観的にはその者が無感情な・冷酷な心情から行爲した場合に存在する。<sup>(387)</sup>ここで興味深いのは、残酷性とは客観的な、実行方法にかかわるメルクマールであるように思われるにもかかわらず、「冷酷な無感情な心情」だけで謀殺へと加重できることにほとんど争いが無いことである。<sup>(388)</sup>

(b) 「残酷性」の限定的認定

残酷性というメルクマールの場合、このような残酷状態の存在を否定することによって、刑法二二一条を適用しないことを正当化しようとするという若干の裁判所の努力が最も明白になる。しかも、裁判所は、行爲の時の残酷な心情の存在を立証できないから、残酷とはいえないとして、謀殺罪を否定するのである。

例えば、ブレーメン・ラント裁判所<sup>(30)</sup>は、一九五三年一月二七日の判決において、強制収容所の中で二人のユダヤ人を極めて残酷な方法で殺害した二つの事件につき、それぞれ異なった判決を下した。第一の事件においては、行為者が、ひよっとすればその残酷性を意識していなかったであろうという事情があった。第二事案においては、行為者達は、まさに想像を絶するほど残酷・冷笑的に、年とったユダヤ人を笞打ったり蹴ったりして殺したのであるが、これにつき陪審裁判所は、次のように述べる。「外部的な行為像は、確かに、(残酷な殺害が存在するということに)味方する。しかし、それだけでは十分ではない。被告人は、無感情な、冷酷な心情から行為したのでなければならぬ。彼のその後の行為が、裁判所の確信によれば、そのような心情を確実に認識させる。笞打ちというサディスティックな実行方法、射殺からそのことは窺える。それにもかかわらず、このような内心的な被告人の気持ち、すでに一九四三年六月に行われた行為の中に見られることは、必要な確実性をもってしては認定できない」。

かくして、裁判所は、残酷な、何時間にも及ぶ殺害行為にもかかわらず、また被告人のザディスティックな傾向が後にはつきりと現れてきたにもかかわらず、行為の実行のときには無感情で冷酷な心情は証明できないとして、故殺のゆえに六年の重懲役に処した。行為者が、被害者を笞打って殺害しても、実行の残酷性には疑問があるといふのである。

一九六一年七月一〇日のカールスルーエ・ラント裁判所の判決<sup>(31)</sup>も理解に苦しむものである。泣き叫んで母親を呼び続けた一七歳のユダヤ人の殺害につき、「陪審裁判所は、しかし、被告人達が自己の墓を掘ることがとくに苦痛を与えること、かれらがここで冷酷な無感情な心情によって満たされていたことについても明らかであったという完全な確信を得ることができなかった」というのである。

(c) 「死の行進」と謀殺・故殺

いわゆる「死の行進」の事案では謀殺と故殺の区別は、判例においてとくに不統一である。とくに戦争末期に敵が迫ってきた強制収容所や戦争捕虜収容所の囚人達が、引き払って、大抵は抹殺収容所に徒歩で行進させられ、行進できなくなると射殺された。この行為の判断は、裁判所によって、様々であり、謀殺、謀殺幫助、ないし故殺というように異なって判断されている。<sup>(391)</sup>例えば、コーブルク・ラント裁判所<sup>(392)</sup>は、一九六二年一月三〇日の判決において、次のようにいう。「背信的ではない。というのは被害者は無防備であったが、無知覚ではなかったからである。残酷性は存在せず、行為者がユダヤ人の生命を低く評価していたにもかかわらず、低劣な動機も与えられない。なぜなら、行為の際にこのような軽視を意識していなかったかも知れないからである」。

(11) 謀殺罪における共犯と一身的要素

(a) 刑法(旧)五〇条と現行刑法二八条・二九条の意義

多数の関与者がいる場合に、共犯者の一人に謀殺のメルクマールが存在しなかったような場合、例えば、正犯者には「低劣な動機」があるが、幫助者には存在しない場合、関与者にどのような犯罪が成立するかは、わが国でも、共犯と身分の問題として、論議されている困難な解釈問題である。この問題については、ドイツ刑法には、一九六八年以前は、五〇条一項、二項の規定があったのであり、一九六八年の改正で、従来の二項が、三項とされ、二項が新たに付け加えられた。<sup>(393)</sup>それは、次のようになっていた。

〔五〇条〕

一項「数人が一個の行為に関与したときは、その各人は他の者の責任には関係なく、自己の責任に応じて罰せられ

291。

二項「正犯者の可罰性を根拠づける特別の一身の性質、関係または事情（特別の一身の要素）が共犯者に存在しないときは、その刑は、未遂処罰に関する規定に従って軽減される」。

三項「特別の一身の要素が、刑を加重し、軽減し、または阻却する旨を法規が規定しているときは、この法規は、その性質又は事情の存在している正犯又は共犯のみ適用される」。

この規定は、さらに、一九七五年の改正によって、二八条と二九条に分解された。五〇条一項は二九条となり、五〇条二項、三項は、二八条に対応する。一項の趣旨は、すべての共犯者は、他の共犯者の責任とは独立に、自身の責任に応じて処罰されるという「責任独立性の原則」を表明したものである。<sup>(39)</sup>これは、いわゆる制限従属形式の採用を明確にしたものである。二項、三項の趣旨についても、これらの規定の基本思想は、厳格な意味での従属性を緩和し、それによって、一方で、共犯者の責任が独自に判断され、他方で、不法または責任を修正し、阻却する、またはその他の可罰条件、もしくは刑罰阻却事由に関係する一身の事情でできるだけ広範囲において、それが存在する共犯者についてだけ考慮されるようにしようとするものである。これらの規定は、改正によって、規定の順番が入れ代わったが、内容的には変更はないといつてよい。従って、現行の二八条、二九条によってその意味を説明しておこう。

(b) 謀殺罪と共犯に関する学説の状況

まず、ここで問題になるドイツ刑法における二八条、二九条の規定を紹介しておこう。

〔二八条〕正犯の可罰性を基礎づける特別な一身の要素行為（第一四条一項）が、共犯（教唆犯又は幫助犯）にないときは、その刑は第四九条第一項に従って軽減する（第一項）。特別な一身上の要素が刑を加重し、軽減し、又は阻



却する旨を法律が規定しているときは、この法規は、その要素の存在している関与者（正犯又は共犯者）にのみ適用される（第二項）。

〔二九条〕すべての関与者は、他の者の責任を考慮することなくその者の責任に従って罰する。

ここで問題なのは、もちろん、「可罰性を基礎づける特別な一身の要素」とは何か、「特別な一身上の要素が刑を加重し、軽減し、又は阻却する」とはいかなる意味かである。そして、謀殺罪と故殺罪に関して、例えば、正犯に「低劣な動機」があるが、共犯にそれが無い場合などについて、共犯にどちらの犯罪が成立するかを定めたのが、この規定なのである。そして、謀殺と故殺に対して本規定がどのように定めているか、そして、そもそも謀殺と故殺がいかなる関係に立つかに関しては、学説と判例が歩み寄りを見せることなく屹立・対峙している。<sup>(35)</sup>学説は、一致して、故殺が謀殺の基本構成要件であり、謀殺メルクマールは、加重構成要件であるとしている。これによって、謀殺や故殺への共犯の場合、「刑罰を根拠づける」人的メルクマールに関する刑法二八条一項の規定は、適用できないという結論になる。なぜならば、加重的構成要件要素は、「刑罰加重的」性質をもつにすぎず、刑罰を「根拠づける」性格をもたないからである。従って、学説によれば、「低劣な動機」などの特殊個人的な、「行為者関係の」要素は、刑法二八条二項の適用領域に含まれることになる。これに反して、連邦裁判所は、その不断の判例において、刑法二八条二項をも二九条をも、特殊な個人的謀殺メルクマールに対して適用することを峻拒してきた。連邦裁判所の見解によれば、その場合、刑法二八条一項の意味における刑罰を「根拠づける」要素が問題である。連邦裁判所によれば、謀殺と故殺の両構成要件は、「異なった不法内容をもった独立の構成要件」なのである。

共犯者の謀殺による処罰は、その共犯者が正犯者と同じように、謀殺のメルクマールを充足する場合には問題がな

い。<sup>(396)</sup>これに反して、正犯者と共犯者が、異なった謀殺のメルクマールを実現した場合、例えば、幫助者が、正犯者によって隠蔽の目的で実行された殺人を、報酬欲しさからのみ手伝った場合、問題はむづかしくなる。共犯者が、自らは、何ら謀殺のメルクマールを実現していない場合にはもつと困難となる。この場合、共犯者が、例えば、正犯者の「背信性」を知っている場合でなければ、共犯者は謀殺とはならない。逆に、正犯者に謀殺メルクマールがなく、共犯者がそれを実現している場合も問題である。

① 正犯者が謀殺、共犯者が資格のない場合

連邦裁判所は、二二一条は、二二二条に対して独立の構成要件であるとみなすが、この場合、正犯者によって実現されたメルクマールが、行為関係要素か行為者関係要素かを、まず問う必要がある。行為関係要素である場合（例えば、公共に危険な実行の場合）、二八条、二九条が適用できないから、正犯者によって実現された謀殺構成要件からの、共犯者の従属的責任が残る。これに対して、行為者関係のメルクマールの場合（例えば、低劣な動機、所有欲の場合）、二八条によって従属性は緩和される。この場合、共犯者は、このメルクマールを充足していないから、必要に減輕される（二八条一項<sup>(397)</sup>）。

② 共犯者に謀殺メルクマールが存在し、正犯者には資格がない場合

行為関係の要素の場合には、二八条による従属性の緩和の余地はない。<sup>(398)</sup>この点では、判例と学説も一致している。従って、残酷に教唆した教唆者は、正犯者が、残酷でなかった場合には、従属して二二二条と二六条で処罰される。行為者関係の要素が問題になる場合、判例は、従属性を認めて、二二二条が適用されるとする。判例は、謀殺メルクマールを刑罰を根拠づけるものと解するから、それが存在しない場合には、二八条一項によって、刑を加重するもの

として考慮されるが、共犯者によってそれが実現された場合には逆に刑を加重するものとして考慮されないからである。これに対して、通説は、行為者関係的要素の場合、二八条二項を適用し、共犯者に、二二一条を適用することによってその低劣な動機の責任を追及する。

これによって、少なくとも実行態様が謀殺メルクマールとなっている場合（残酷、背信）正犯者にこの要素が備わっておれば、幫助者も、これに従属して謀殺罪の幫助として処罰されることになる。ただし、連邦裁判所は、行為者関係的要素の場合をも含めてすべての要素につき、共犯者も謀殺の共犯が成立するとしたことがある。<sup>(39)</sup>

(c) ナチ犯罪と謀殺罪の共犯に関する判例

以上によって現行刑法の二八条・二九条の意義は明らかになったものと思われる。次に、ナチ犯罪に関する判例を検討することによって、ナチ犯罪裁判においてこれらの規定が果たした役割を明らかにしておこう。

① 連邦裁判所一九五一年一月九日判決<sup>(40)</sup>

謀殺と故殺の關係に対して連邦裁判所が最初にその見解を示したのが、次の判例である。

〔事實〕 一九四五年四月一二日に、アメリカ軍がまさにA地区を占領したときに、被告人は、アメリカ軍のパトロール隊に、地方警察署長Lを逮捕し射殺するように要求した。その理由は、Lが何人かの外国人労働者を射殺したというものであった。これは、嘘であった。被告人は、当時、その主張が正しいかどうかを検討しないで手続が進められるという事情を利用してLを殺そうとしたのであった。アメリカ兵は、尋問することもなくLを射殺した。陪審裁判所は、アメリカ兵を故殺としたが、被告人を「低劣な動機」をもっていたとして謀殺教唆で有罪とした。

〔判旨〕 刑法四八条、四九条、五〇条の旧規定によれば、共犯の可罰性には、正犯の責任までを要求する極端従属

性説が採られていた。しかし、一九四三年五月二九日の刑法調整法によって、「科刑された行為」などと改正された。この改正の目的は、共犯者を、正犯者の責任とは独立に処罰できるようにしようとする点にあった。これによると、アメリカ兵は、違法な殺害行為を実行したのであるから、被告人は、故殺の教唆の責任を負い、刑法二二二条および四八条を適用される。二二一条の教唆であるとするランゲ、シュミットらの反対説は、二二一条と二二二条の関係を誤解している。すなわち、「法は、二二一条と二二二条を、異なった不法内容をもった独立の構成要件であるとみなし、刑法二二一条のメルクマールは、従って真の構成要件要素である」のではなく、また、「二二一条は二二二条のより重い事案（ランゲ）ではない。また二二二条は、二二一条の軽い事案（E・シュミット）ではない。むしろ、異なった不法内容をもった独立の構成要件が問題なのである。従って、それぞれが他方がなくても存在しうるものなのである」とする。以上によれば、被告人は故殺に対する教唆としてのみ有罪とされるべきである。

本判決は、正犯者が故殺の場合、共犯者に低劣な動機が存在するにもかかわらず故殺の教唆であるとしたのであるが、この結論を根拠づけるために、判決は、まず制限従属説を採用することから論証していき、そのあとで、二二一条が「独立の構成要件」であることを援用する。ここで、「責任加重事由の定型化」というスローガンのもとに、二九条を援用する立場と対決するのである。そして、二八条二項の適用可能性についても、二二一条において用いられたすべての謀殺メルクマールの平等評価という原則は、正犯者と共犯者の関係にとっても維持されるべきだという観点から、「特殊な結論」として否定されるのである。

② 連邦裁判所一九五二年一月二二日判決<sup>(4)</sup>

〔事実〕 いわゆるレーム一揆を契機にして、一九三四年六月三〇日にシュレーゲンにおいてSSによって多数の

人々が逮捕された。命令によってある逮捕されたユダヤ人の市民が、SSによって射殺された。被告人Bは、SSの歩兵突撃隊の指導者であったが、SS隊員に、四人の逮捕者を輸送の途中で「やってしまえ」と告げて、そのやり方の詳細を教えた。その際、彼は、逃走しようとしたので射殺したものと装うために、背後からやるべきだと明示的に指示した。このように、被告人は、シュトゥルムウンターフューラーのGに指示した。ナチの敵を威嚇するため、死体は路上に放置された。致命的射撃を行った者は確認されていない。陪審裁判所は、被告人らを謀殺幫助として有罪とした。

〔判旨〕 正犯者は、低劣な動機で、また、背信的な方法で殺害した。低劣な動機については、被告人は、正犯者がそのような動機をもつことを知らないのであるから、被告人に帰責できない。背信的な殺害については、これと異なる。謀殺幫助のゆえの有罪には、法的誤謬はない。被告人は自ら背信的に行為したのではないが、その関与行為において正犯行為を背信的な殺害と特徴づける行為事情をすべて知っていた。被告人達は、命令されたように行為を準備したのである。これによって謀殺未遂は十分に根拠づけられる。幫助者自身が背信的に行為したことは、これには属さない。刑法五〇条一項によれば、複数の関与者がある場合には、彼らの各々他者の責任を考慮せずに、その責任に従って可罰的である。正犯行為の構成要件該当性・違法性への共犯者の従属性は、存続しつづける。ただ責任への従属性は排除される。法律の構成によれば「背信的に殺害する」というメルクマールは、故意犯の場合の刑罰加重事由ではない。一身の性質または一身の事情でもない。むしろ「外部的・内部的構成部分から形成された謀殺の構成要件要素であり、それが正犯者によって実現されなければ、謀殺と認識されないものである。このような点からして、行為幫助に関する一般的原则によれば、故意行為に故意で関与し、その際、自らが謀殺の構成要件を実現しないでも、

二二一条が正犯行為へと適用される事情について知っている者は、謀殺の共犯として罰せられるべきである。

本判例では、共犯者が、正犯者が低劣な動機をもつことを知らなかった場合、そのメルクマールは共犯者に帰属されえないとされた。このことは、当然知っていた場合には、従属するということの意味するであろう。ここでは、

「背信性」は、「刑罰加重事由」ではなく、「不法関係の構成要件要素」であるとされている。それゆえ、共犯者はそれを知らなければならぬのである。

③ 連邦裁判所一九六九年五月二〇日判決<sup>(42)</sup>

〔事実〕 被告人は、クラカフにおける保安警察の司令部の「ユダヤ人担当課」の課員であり、多数のユダヤ人の抹殺処分に補助をなした。彼は、被害者が人種嫌悪からのみ殺害されていることを知っていた。彼自身はこのような低劣な動機をもっていなかった。警察官およびSS隊員として命令に従っただけであった。陪審裁判所は、被告人を謀殺補助で有罪とした。

〔判旨〕 連邦裁判所の不断の判例によれば、謀殺とされる二二一条の故意の殺人は「真正の構成要件要素」である。それは、「行為者の可罰性を基礎づけるもの」である。「特別の一身の要素」とは違う点は、行為者の人に属するのではなく、外部的謀殺行為自体に属する行為事情に存在する。前者は、「行為者関係性」であるが、後者は、「行為関係性」である。低劣な動機は、特別の一身の要素に属する。これには刑法五〇条二項は適用できないとされていた。しかし、五〇条二項は、改正された。五〇条二項の新規定に関する公式理由書によれば、低劣な動機は行為者関係性であり、五〇条二項の意味における一身上の事情に属する。謀殺のゆえの正犯の可罰性を基礎づける低劣な動機から発する行為の特殊な一身上の要素は、被告人には存在しないのであるから、(新)五〇条二項に従って彼に対する刑は、

未遂の処罰に関する原則に従って軽減されなければならない。刑法四四條二項に従って、二二一條一項の謀殺は、終身刑をもって威嚇されているのであるから、三年以上の有期自由刑になる。その上限は、刑法一四條二項によれば一五年である。これによって時効の期限は、刑法六七條一項によって本件の場合、一五年となる。一五年の時効期間は経過した。手続は打ち切られるべきである。

この判決によって、新段階に入ったとされている。<sup>(48)</sup>一九六八年に、刑法五〇條の規定が若干の点で改正された。<sup>(49)</sup>一項はそのままであったが、二項に共犯の可罰性が未遂原則に従って、正犯者の可罰性を基礎づける「特別の一身上の要素」が欠ける場合には、軽減されるという規定が付加された。従来の五〇條二項は、ほとんど変更されずに五〇條三項とされた。この判例は、共犯者に知られていた正犯者の低劣な動機が、故意の殺人に対する共犯者に、すでに、それを知っていることを理由に、(従属的に) 帰属されるか、という問題に取り組んだ。さらに、この動機は、五〇條二項の意味における「刑罰を基礎づける」要素を意味し、共犯者の一身にそれがない場合には、絶対的減刑事由につながるのかということであった。判例は、この第一の問題には、暗黙のうちに帰属可能である、すなわち、従属的に取り扱うとし、第二の問題には肯定的に答えた。

次の判決によって、五〇條二項にあてはまるかどうかによって、時効期間も変化してくることを示しておこう。

④ 連邦裁判所一九七一年三月四日判決Ⅱ「ユダヤ人殺害事件」<sup>(48)</sup>

〔事実〕 被告人は、一九四二年に一万五千人のユダヤ人を「低劣な動機」から殺害した正犯に対する幫助として、一九六七年に陪審裁判所によって有罪とされた。しかし、命令に基づいて行爲したのであり、その責任は小さいとして、刑を免除された。一九六八年五月一〇日に本法廷は、検察官の上告を、一部、破棄して、陪審裁判所に差し戻し

た。この判決に基づいて、陪審裁判所は、一九六三年になって開始された刑事訴追は、一五年の時効にかかっているとして、手続を打ち切った。検察官の再度の上告は、理由がある。

〔判旨〕 謀殺が、もし低劣な動機からのみ実行されたとすれば、時効は一九六〇年五月八日に完成している。しかし、判決のなした事実認定によれば、殺害行為は、「残酷」でもあった。「残酷性」は、連邦裁判所の判例によれば、「行為者関係的」なメルクマールではなく、「行為関係的」メルクマールである。従って、残酷な殺害に対する幫助には、刑法新五〇条二項の規定は適用されえない。従って、そのような幫助は、当時の刑法六七条一項によれば、二〇年後に時効にかかる。勾留状の発せられた一九六三年五月八日にはこの期間はまだ経過していなかった。

本判決では、「低劣な動機」は、行為者関係的要素であり、五〇条二項が適用されるが、「残酷性」は、行為関係的要素であるから、五〇条二項の適用がなく、従って、その幫助は軽減されず、時効期間も二〇年であるとするものがある。

(12) まとめ

すでに検討したように、ナチ犯罪処理において、時効が最後まで延長され、ついには、時効が廃止されるという形で、今日まで、ナチ犯罪追及の唯一の手段として残されたのが謀殺罪であった。その謀殺罪の構成要件が、行為者刑法・心情刑法を標榜したナチによって導入された「行為者類型」論を基礎とするものであることは、一種の歴史の皮肉であるが、そのことはさておいても、これが、謀殺構成要件の各要素の解釈に影響を及ぼしていることは重要である。しかし、ナチ犯罪処理における謀殺罪の問題は、次のような対立する二つの要請の中に見られる。すなわち、一九四九年のボン基本法一〇二条によって「死刑は廃止する」ものとされたことにより、謀殺罪の法定刑は、絶対的



定刑として「終身自由刑」とされたため、一方で、謀殺罪によらなければ、ナチ犯罪の追及ができず、他方で、終身刑では重すぎるといふ葛藤状態が生じたのであった。これが、正犯でなく、共犯（幫助）として減刑を可能にするという方策、緊急避難や超法規的な責任軽減事由の認定による不処罰ないし減刑を認めるという理論の展開を生んだのであった。一九七〇年代の後半に、この謀殺罪の絶対的法定刑の規定の可否が争われ、連邦憲法裁判所によって、合憲とされたが、しかし、立法者は、社会復帰行刑とつじつまを合わせるためにも、仮釈放の規定を設けることによって、裏口から終身自由刑の現実の受刑を掘り崩したのである。

(314) ドイツ刑法二二二条には、故殺罪に関する規定がある。そこでは、「①謀殺者とはならず、人を殺した者は、故殺者として、五年以上の自由刑に処する。②特に重い事態においては、無期刑を科する」と定められている。

(315) *„Hilftäter“* vgl. Frommel, Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 StGB im Jahre 1941, JZ 1980, S. 559ff.

(316) Vgl. Günter Heine, Tötung aus „niedrigen Beweggründen“, 1988, S. 19f.

(317) Heine, a. a. O., S. 20. すなわち一八七五年にホルツェントルフが苦言を呈したところ（v. Holzendorf, Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe, 1875, S. 256ff.）を、一九三六年草案は「経験上確証できた」のである。つまり、「予謀は、通常、当罰性の高さを対する徴表ではならず、それがないことが、責任が軽微という徴表でもなく、つじつまを合わせる（E 1936, S. 245）。

(318) Heine, a. a. O., S. 23.

(319) 行為者類型論を主張した当時の文献として、Dahn, Der Tätertyp im Strafrecht, 1940, S. 35ff.; ders., Todesstrafe und Tätertyp nach der Strafgesetznovelle vom 4. Sept. 1941, DR 1942, S. 401, 404ff.; Mezger, Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht, ZStW 60 (1941), S. 353ff.; Schaffstein, Zur Lehre vom Tätertyp im Kriegsstrafrecht, DStR 9 (1942), S. 33ff.; E. Wolf, Das künftige Strafsystem und die Zumessungsgrundsätze, ZStW 54 (1935), S. 544ff.; ders.,

Tatyp und Tätersypus. Zur Frage der Neugliederung der Verbrechenlehre, ZAKDR 1936, S. 358ff. 行為者類型論については、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）一七一頁参照。

(320) グライスパッハは、一九三六年に、殺人罪の改正においては、カズイスティッシュに、また列挙的に、「とくに非難すべき殺人」を捉えるという方向で考えられるべきではなく、そのメルクマールが、裁判官に、謀殺者または故殺者として行為者を位置づけることを容易ならしめるような、行為者を評価するための「示唆」を意味するにすぎないようなものであるべきだとした。これは、ナチス刑法に特有の構成要件技術である「構成要件の弛緩と刑法における行為者類型への転換」を意味する。

- (321) RGBl 1941, I, S. 549.
- (322) Roland Freisler, Gedanken über das Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuches, DJ 1941, S. 929ff.
- (323) Freisler, DJ 1941, S. 934.
- (324) Frommel, JZ 1980, S. 560.
- (325) Frommel, JZ 1980, S. 560.
- (326) Vgl. Herbert Michael Veh, Mordtatbestand und verfassungskonforme Rechtsanwendung, 1986, S. 23.
- (327) LG Konstanz SJZ 1947, Sp 338. これを、ナチ時代のエルツベルガーの暗殺に関する事件の被告人につき、ドイツ刑法の二二一条の適用を論じたとき、見られるものである。判決の中で「彼は、新规定の刑法二二一条の意味における謀殺者である」と述べた。
- (328) Heine, a. a. O., S. 28f.
- (329) 上の判決の意味については、vgl. Veh, a. a. O., S. 35ff.
- (330) LG Verden NJW 1976, S. 980.
- (331) BVerfGE 45, 187f. = NJW 1977, 1525.
- (332) BVerfGE 45, 267.
- (333) BGHSt 30, 105 = NJW 1981, S. 1965.

- (32) Bruns, JR 1981, S. 360ff. 後に紹介されている「キチンター」の判決に對して否定的である (Günther, Lebenslang für „heimtückischen“ Mord?, NJW 1982, S. 356.)°
- (33) Spindel, LK § 336 StGB, Rdnr. 62; ders., JR 1983, S. 271.
- (34) Engisch, GA 1955, S. 166; Köhler, Jus 1984, S. 763.
- (35) BGHSt 6, 331
- (36) Schröder, StGB 17. Aufl., Rdnr. 6 vor § 211; 既述の如く、この罪を賛成するものも Eser/Schönke/Schröder, StGB 23. Aufl., § 211 Rdnr. 6.
- (37) Eser/Schönke/Schröder, a. a. O.
- (38) 1) 2) 3) 4) 5) 6) 7) vgl. Joachim Meier, Zur gegenwärtigen Behandlung des „Lebenslanglich“ beim Mord, 1989, S. 8ff.
- (39) Vgl. Eser/Schönke/Schröder, a. a. O. Rdnr. 10a.
- (40) Eser/Schönke/Schröder, a. a. O. Rdnr. 10.
- (41) BVerfGE 45, 187, 267; Veh, a. a. O., S. 36.
- (42) BGHSt 30, 105.
- (43) Eser/Schönke/Schröder, a. a. O.
- (44) Rengier, NSZ 1982, S. 225.
- (45) Günther, NJW 1982, S. 355.
- (46) Günther, NJW 1982, S. 354.
- (47) Günther, NJW 1982, S. 355.
- (48) Vgl. Baumann, in: Henkys, a. a. O., S. 289f.
- (49) BGH NJW 1953, S. 1440.
- (50) Baumann, in: Henkys, a. a. O., S. 290.
- (51) BGH StR 111/66.
- (52) Hirsch, Strafzumessung, S. 7.

- (32) BGHSz 2, 63; 3, 133; OGH 1, 327.
- (32) Baumann, in: Henkys, a. a. O., S. 291.
- (32) Radbruch, SJZ 1948, Sp. 311; Zinn, SJZ 1948, Sp. 141; Jagusch, SJZ 1949, 325.
- (32) Stock, SJZ 1947, Sp. 529.
- (32) BGHSz 18, 37.
- (32) Baumann, in: Henkys, a. a. O., S. 292.
- (32) BGHSz 18, 37 = NJW 1962, 2308.
- (32) Baumann, Vorsicht bei Verjährung von NS-Gewaltverbrechen I, NJW 1969, S. 1280.
- (32) BGH v. 7. 7. 1964 - 1 StR 37/64 -; Vgl. Hanack, Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher, JZ 1967, S.301.
- (32) Vgl. Hanack, JZ 1967, S. 300f.
- (32) Vgl. Hanack, JZ 1967, S. 301. なせ、ハナックが挙げている連邦裁判所の一九六六年五月一七日の判決（—1 StR 111/6—）では、義務を意識した「きちんとした警察官が、ユダヤ人の医者への補助者を射殺した事案において、低劣な動機を否定した。そこでは、次のように言われている。「陪審裁判所は、被告人が、……医者の補助者を、次の理由でその場で即座に射殺したということが払拭できないと信じた。つまり、義務を果たして報告していたなら、特別裁判所によって即決で死刑に処せられていたであろうからである。陪審裁判所は、この行為現場で行為時に支配的であった状況のゆえに、このありうる動機を、刑法二一一場の意味における低劣とは評価しなかった。法的根拠からこれには反対できない」。
- (32) BGH DRiZ 1970, 301. なせ、この判例について、さらに「第四節「ナチ犯罪と枉法罪」で検討する（一四七頁以下）。
- (32) Vgl. Hanack, JZ 1967, S. 301.
- (32) BGHSz 2, 251.
- (32) Hirsch, Die Strafzumessung bei nationalsozialistischen Gewalt- und Kriegsverbrechen, S. 34. この点で興味深いのは、シュトゥットガルト・ラント裁判所が、東ドイツ国境を越えて逃亡しようとした「共和国逃亡者」を射殺しようとした東ドイツの元国境警備隊員を故殺未遂（正犯）とし、「低劣な動機」を否定して、謀殺を否定したことである（JZ 1964, S. 101,

- (366) Hanack, JZ 1967, S. 302.
- (367) Baumann, in: Henkys, a. a. O., S. 293.
- (371) BGHSt 2, 251; 7, 218; 9, 385. Vgl. Eser/Schönke/Schröder, StGB § 211 Rdnr. 23.
- (372) BGHSt 18, 87. 以下は「先づ紹介したところを参照（本章第五節本号五五頁以下）。
- (373) Eser/Schönke/Schröder, StGB § 211 Rdnr. 26. エーサーは「特に非難すべき信頼違背」を要求するのが通説である。
- (374) Eser/Schönke/Schröder, StGB § 211 Rdnr. 25.
- (375) Eser/Schönke/Schröder, StGB § 211 Rdnr. 25a. なお、背信性メルクモールの厳格な解釈に関する諸説については、vgl. Joachim Meier, a. a. O., S. 15ff.
- (376) Hirsch, Strafzumessung, S. 34.
- (377) LG Coburg, U. v. 30. 11. 1962 - 2 Ks 3/62; Vgl. Hirsch, Strafzumessung, S. 34.
- (378) BGHSt 2, 254.
- (379) LG Düsseldorf, U. v. 3. 9. 1965 - 8 I Ks 2/64.
- (380) BGHSt 9, 385, 390.
- (381) BGHSt 6, 120.
- (382) LG Koblenz, U. v. 7. 6. 1962 - 9 Ks 2/61.; vgl. Hirsch, a. a. O., S. 35f.
- (383) Baumann, NJW 1969, S. 1281.
- (384) BGHSt 20, 301 = NJW 1966, S. 556.
- (385) BGHSt 22, 77 = NJW 1968, 1291.
- (386) Baumann, NJW 1969, S. 1281.
- (387) Eser/Schönke/Schröder, StGB § 211 Rdnr. 27. 無感情で冷酷な心情は、行為者がその効果を知りつつ苦痛を与えたとき「*in*」に存在するものと認められる。

- (386) Vgl. Baumann, in: Henkys, a. a. O., S. 292.
- (387) LG Bremen, U. v. 27. 11. 1953, - 3 Ks 2/53; vgl. Hirsch, a. a. O., S. 36.
- (388) LG Kahrlsruhe, U. v. 10. 7. 1961, III Ks 3/60; vgl. Hirsch, a. a. O., S. 38.
- (389) OLG Braunschweig MDR 1948, S. 182.
- (390) LG Coburg, U. v. 30. 11. 1962, 2 Ks 3/62; vgl. Hirsch, a. a. O., S. 38f.
- (391) Vgl. Horst Schröder, Der § 50 StGB n. F. und die Verjährung beim Mord, JZ 1969, S. 132ff.
- (392) Eser/Schönke/Schröder, StGB § 29 Rdnr. 1; § 28 Rdnr. 1.
- (393) 人の罪を犯すに必要の手段を排除の状況に於ては、必ずしも、vgl. Wilfried Küper, Die Rechtsprechung des BGH zum tatbestandsystematischen Verhältnis von Mord und Totschlag - Analyse und Kritik - Teil 1, 2, in: JZ 1991, S. 761ff., 862ff.
- (394) Eser/Schönke/Schröder, StGB § 211 Rdnr. 44.
- (395) Eser/Schönke/Schröder, StGB § 211 Rdnr. 46.
- (396) Eser/Schönke/Schröder, StGB § 211 Rdnr. 46.
- (397) Eser/Schönke/Schröder, StGB § 211 Rdnr. 46.
- (398) Eser/Schönke/Schröder, StGB § 211 Rdnr. 51.
- (399) BGHSt 1, 370; 2, 255.
- (400) BGHSt 1, 368.
- (401) BGHSt 2, 251.
- (402) BGHSt 22, 375.
- (403) Vgl. Küper, JZ 1991, S. 862.
- (404) 人の犯罪に於ては、前掲のシムナーターの論文を参照せよ (Schröder, JZ 1969, S. 132ff.)
- (405) BGHSt 24, 106. 人の罪を犯すに於ては、vgl. Küper, JZ 1991, S. 864.

第四節 ナチ犯罪と枉法罪

(1) 枉法罪とナチ犯罪の処理

枉法罪とは、わが国の現行法においては聞き慣れない法概念であるが、一般的にいえば、法を司り運用する一定の身分にある者が「法」を枉曲するという内容をとする犯罪である。ただし、ドイツにおいても、頻繁に発生し、人口に膾炙している犯罪というわけではない。現に、枉法罪に関するライヒスゲリヒトの判例は、すべて併せても公式判例集に登載されたものは四つにすぎない。<sup>(46)</sup>連邦裁判所の時代になっても、判例はそう多くない。しかし、とくに一九六〇年代末から一九七〇年代初頭にかけてこれに関する多数の論文が書かれた。<sup>(47)</sup>これによって、枉法罪は、刑法学においても注目を浴び、よく知られた犯罪となったのであるが、その背景にはナチ犯罪裁判があった。とくに、民族裁判所裁判官の司法犯罪たる「レーゼ事件」裁判が、刑法学者、法曹関係者のみならず、一般人の耳目をも聳動させたのであった。しかし、刑法学者の関心を引いたのは、とくに、このナチ犯罪処罰との関係で枉法罪もつ理論的な問題であった。例えば、ここで、枉法の構成要件が充足されたかどうかに答えるには、そもそも曲げられるべき「法」が、ナチスの「法律」なのか、いわば自然「法」なのかがまず問われなければならないからである。ここでは、後にさらに検討するように、戦後、ナチ犯罪処理との関係で一般的に生じた、ナチ時代の「法」とは何かという問題が解釈問題として典型的に現れているのである。しかも、ナチ犯罪処理における実践面としては、枉法罪が成立するかどうかは、「司法殺人」で有罪とするための前提と考えられたことが重要である。「法」を遵守した裁判官に、法を濫用して「謀殺」罪を犯したことを問題にしえないからである。

かくして、枉法罪の問題が、刑法学の一種の流行テーマとなった背景には、不法体系のもとで活動した裁判官の刑事責任を問うという問題関心があるのみならず、理論的には、刑法解釈学的、刑事政策的、法理論的な難問の解決に関心が向けられたことがあるように思われるのである。<sup>(48)</sup>

ところで、枉法罪の主体は、「裁判官」には限らないのであるが、現実には、裁判官を念頭に置いて論議されるのが常である。その意味で、枉法罪は、裁判官による司法犯罪がモデルであるといってもよい。つまり、枉法罪は、事実上、裁判官による「身分犯罪」なのである。<sup>(40)</sup> この枉法罪の規定は、従って、裁判官の刑事責任を制定したものであり、また、裁判官の免責、つまり「裁判官の独立保障の、最も重要な帰結であり、対抗物」である。ところで、判例が、このような司法の自己点検ないし「自浄作用」の課題をつねに果してきたとは言えないことはすでに見てきたが、そのことは、枉法罪における理論の上では、三三六条が、許された限界を越えて限定的に解釈されている点に現れている。例えば、直接的故意があった場合にのみ枉法の故意が認定されるといふ解釈がその例である。また、実際的な点につき、シュペンデルは、次のように述べている。「ナチ体制下の多数の、部分的には信じがたいような恥ずべき判決が、それにふさわしい贖罪に服さず、公判が、原則として繰り返し、虚しく、裁判所間の往復によって、苛まれただけであったということは、遺憾なことではあるが、否認されるべきではない事実である。多数の違法な死刑判決が、それが枉法であるとして、明白にまたは内々に、確定判決をもって処罰されたのでないとすれば、それは、裁判の破産である」<sup>(41)</sup>。

(2) 枉法罪規定の意義

(a) 枉法と問題の所在

ドイツ刑法第三三六条は、次のように定める。「法律事件の指揮または決定にあたって、ある当事者の有利に、または不利に枉法の責を負う裁判官、その他の官吏、または仲裁裁判官は、一年以上五年以下の自由刑に処せられる」。

この規定の定める「行為」は、行為者が法を曲げる(枉曲する)ことである。この枉法には、「事実の捏造」の場



合と「法規範の誤った適用」の場合とがある。<sup>(43)</sup> 学説と判例によれば、枉法は、次のような態様で実行されうる。<sup>(44)</sup>

(a) 公判の指揮にあたって法律を侵害することによって被告人の法的地位を悪化させること、または、

(b) 形式的に無効な法律が適用されること、または、

(c) 形式的に有効な法律が不正に適用されること、——つまり、事実が不当に認定され、正しく認定された事実が法律の構成要件を充足せず、または行為の不法内容に明らかに上回る不釣り合いに高い刑が言渡されることによる。

それでは、法を「曲げた」とされるのはいかなる場合であろうか。これについては、学説は、大別して三つに分かれる。通説は、客観的に法なし法律に矛盾する決定が行われた場合に、枉法があったとする。これに対して、主観説によれば、行為者が法に関する自身の主観的な見解に反して適用することが、枉法とされる。第三説は折衷説である。<sup>(45)</sup>

①主観説によれば、法は、法適用が適用者の確信に意識的に反するとき、法が枉曲される。この説によれば、枉法罪は、「確信犯」である。<sup>(46)</sup> しかし、本説に対しては、例えば、裁判官がその「確信」に従って判決したとしても、それだけで彼が「義務を守って」行為したことにはならず、彼が判決したことが客観的に法だということにもならないのであって、この説は、心情刑法につながるものと批判される。さらに、本説によれば、民族裁判所のフライスラーの多くの死刑判決も、彼がファナティックなナチストとして判決の正当性を確信していたとすれば、決して「枉法」ではないことになる<sup>(47)</sup>と批判されている。

②客観説によれば、三三六条は、違法なもしくは不当な指揮または法事実の決定によって、また、それによって一

方当事者に有利な、もしくは不利な立場が作り出されるということを結果とする「結果犯」である。法適用者が、客観的に法を誤って適用したときに、法が客観的構成要件的に枉曲されたといえるのである。

③折衷説、正確には「制限的主観説」<sup>(48)</sup>によれば、客観的要素と主観的要素を折衷し、混合しようとする。この説のひとつによれば、枉法は、客観的違法反と並んで、書かれざる構成要件要素として、法に違反しているという「主観的傾向」を、または少なくとも判決者の意識をも示す行為のみである。本説によると、枉法罪は、「傾向犯」ということになる。他の見解によれば、「枉法の本質」は、真実発見・法発見という「裁判官に向けられた義務の侵害」に存在する。そして、誤った法適用の「比較基準」は、客観的法ではなく、「裁判官の合義務的に得られた法理観」である。この見解にとっては、三三六条は「義務犯」である。<sup>(49)</sup>

客観説が通説である。客観説によれば、三三六条は「結果犯」である。

(3) ナチ犯罪裁判と枉法罪における「法」の意義

(a) 司法殺人の前提としての枉法

さて、前述のように、枉法罪は、ナチ時代の裁判官の死刑判決によって、被有罪判決者に対する当該裁判官の殺人罪が成立するかどうかの前提としての機能を営んだのであるが、このことは、連邦裁判所の判決の中で明言されている。すなわち、「刑法三三六条の枠内での裁判官の活動が、別の法律規定(例えば、刑法二二一条、二二二条)による処罰につながるのには、裁判官が刑法三三六条による枉法で有罪となったときのみである」と<sup>(50)</sup>するのである。これは、もちろん、裁判官の責任を限定しようとするものであるが、その背後には、裁判官の独立を保障しなければならぬという思想がある。<sup>(51)</sup>

枉法罪が成立しなければ謀殺罪が成立しないというこの考えは、実は、ラートブルフに発するものである。<sup>(12)</sup> ラートブルフの有名な「法律の形をとった不法と制定法を越える法」という論文の中で、「殺人罪のゆえの裁判官の可罰性は、同時に彼によって実行された枉法の認定（三三六条、三四四条）を前提とする」とし、「独立の裁判官の判決は、その裁判官が、かの独立性がそれに役立つと規定された原則、つまり、法律、法への服従を侵害したときにのみ、処罰の対象となるであろう」とする。<sup>(13)</sup>

(b) 超実定法は、「法」か

枉法罪において枉曲の対象となっている「法」とは、何を指すのであろうか。法とは、まず、「法律」を指すことは疑いない。従って、実体法と訴訟法、民法、刑法、公法のほか、国際法の一般原則も、さらに慣習法も取引法も、これに含まれるものとされている。<sup>(14)</sup> ここで問題は、三三六条の構成要件は、「悪法」の適用によっても実現されうるのかどうかである。原則論として言えば、「法律」を「法」と同一視する者は、この問いに否定的に答えなければならぬ。これに対して、法律を法の重要なひとつの形式にすぎないとみて、実定法を越えるより高次の、超実定的な法を肯定する者は、不当な法律の適用による枉法を可能とみるのであるが、これが、今日、圧倒的通説である。

ところで、一九四五年以前には、裁判官が、反倫理的な法律または自然法に反した法律を適用したとき、裁判官が、枉法の責を負うというような考えが現れたことはなかった。<sup>(15)</sup> 学説においては、当時、むしろ、枉法は、法律事件が、客観的法に反して、つまり、実体法・訴訟法規範に侵害して、指揮され、決定されることを前提すると論じていた。その際、そのような法規範の概念において専ら成文法が理解された。実証主義のもとでは、法律を越える正義を求めようとした裁判官は、枉法罪を犯したものとされたのである。ビンディングも、普通刑法の苛酷な刑罰規定を回避し

た普通法の実務を「枉法が蔓延している」ものとしている<sup>(126)</sup>。判例が明示していたところによると、裁判官は、明確な法律上の規定に反した判決を下しえず、彼は、法律を適用してよいかどうかという問題において、当該の法律が有効か、他の法律と矛盾しないかのみの検討に限定された。ナチ思想がまだよく知られていなかった時代には、ライヒスゲリヒトは、例えば、次のように論じた。「立法者は、自らが支配者であり、彼が憲法またはその他の法律から自ら引き出したもの以外の制限に拘束されることはない<sup>(127)</sup>」。ライヒスゲリヒトは、その他多くの判例において、裁判官は、法律が善良の風俗または倫理の命令と調和するかどうかを検討することは許されないとしていた。一九四五年以降になって初めて、超実定法が含まれるという見解が意味をもち始めたのである。

このように、一九四五年以降のナチ犯罪処罰の要請から、枉法には、「超実定法」を曲げることも含まれるのかという問題が現実性を帯びたのであり、現在に至るまで、これを含むという見解が通説である<sup>(128)</sup>。しかし、戦後、「法」に「超実定法」が含まれるという見解が、初めから圧倒的な通説であったわけではない。シュレッサーによれば、「多数の見解が、明白に裁判官による超実定法の顧慮に反対する立場をとったのであり、しかも、明らかに、法哲学または倫理の意味において不当な法律は、倫理の立場から法であるべきでないものが、法だと宣言されるということによって、拘束力を失うことはないことを強調している<sup>(129)</sup>」のである。シュレッサーは、結論的に、裁判官による超実定法の考慮は、権力分立に反するという理由で、認められないものとするのであるが、一九五〇年代の判例においても、それは認められていなかったとする<sup>(131)</sup>。すなわち、彼によると、①一九五二年七月八日の判決<sup>(132)</sup>および一九五六年二月七日の判決<sup>(133)</sup>において、連邦裁判所は、この問題には触れなかったが、一九五二年二月一二日の判決<sup>(134)</sup>においては、次のように論じた。その者が、その当時妥当していた法状態によれば、若干の強行手続規定のみが尊重されるべきで

あつた身分裁判所の判決に關与したという以外のこととは認定できない場合、刑法上その者を非難することはできない。しかし、何人かから生命が奪われた種類と方法が、その当時の法によつても庇護されないこと、または、国家的承認とは独立に妥当する一般拘束的な法的原則に反していることが認定されるならば、殺人罪が存在することがありうる。……連邦裁判所によれば、正義を指さない官憲の命令、平等の思想を意識的に否定する命令、そして人間の人格の価値と尊厳に關するあらゆる文化的國民に共通の法的確信を著しく無視する命令は、法とはならないのである。

しかし、この一九五二年七月八日の判例も、シュレッサーによれば、「連邦裁判所は、ヒトラーが、つねに別の管轄（ゲシュタポ、民族裁判所など）を命じることによつて、手續に干渉した特別の事案にのみ、この原則を適用しようとしている」と理解することによつて、極めて限定的なものと解されているのである。<sup>(35)</sup>このようにして、超実定法を含むと解する見解に批判がなかつたわけでは決してない。しかし、我々は、ここでは、通説に従つて、アーリア人種とユダヤ人種の結婚を禁じた純血保護法、つまり「法律の形をとつた不法」の適用は、超実定「法」を枉曲しているということになるとする見解から出發して、検討を加えよう。

しかし、この超実定法とは何なのであるうか。それは、「自然法」なのだろうか。それとも別の何かなのだろうか。例えば、シュペンデルによれば、三三六条の「法」というメルクマールを詳しく解釈すると、ここでは、積極的に書かれざる構成要件が形成されているのではなく、消極的に、超実定的な法原則に従つて、裁判官によつて適用されるべき法律が無効かどうかが問われているにすぎないとされる。<sup>(36)</sup>このように、超実定法の「基準」とその機能については、諸説が唱えられていた。

#### (4) 超実定法の「基準」に關する諸説の検討

(a) 自然法

戦争直後の時代の多数の判例が、「自然法」を基準として「法」の内容を定めようとした。しかし、何が自然法の具体的な内容であるかは、明白ではなかったため、自然法とは、あらゆる時代にあらゆる国民にとって妥当する前国的法規であるとした学説も、その認識が裁判官の主観によらなければならない点で、説得性をもたなかった。<sup>(437)</sup> このような批判に対しては、絶対的に妥当する倫理則は、裁判官に認識できるものとする連邦裁判所の若干の判決が対抗した。例えば、「倫理規範に従って行為する人間の自由」<sup>(438)</sup> や「自然法上の要請である一夫一婦制」<sup>(439)</sup> ないし「自然と創造者の秩序に従った人間の健康」<sup>(440)</sup> などを強調する判例がそうである。ここで「絶対的に妥当する倫理則」とは、結局、裏面から言えば、「著しい不法」がある場合には、自然法に反するということなのであるから、いわば、そのような著しい不法がある場合にのみ、「自然法」が問題になるともいえる。その意味で最上級の法原理のみが認識されればよいのである。しかし、ヴェルツェル<sup>(441)</sup> が述べるように、一切の歴史的發展段階に固有の実質的倫理的内容を、その瞬間のために疑いなく認定することは不可能である。それは、あらゆる生活領域を包括する自然法体系を見つけようとする試みにとつてもあてはまる。連邦憲法裁判所の見解<sup>(442)</sup> によれば、「基本的な法原則の領域」を離れるや否や、自然法があまりにも多様であるために、自然法を志向する検討は、禁止されるべきである。

(b) 裁判官の良心・普遍妥当の法原理・立法者意思

また、裁判官の良心も、個人的なものであり、第三者に押しつけられてはならないものであるから、「法」認識の基準とはならない。それは、個々の裁判官の「正義感」や「世界観」などから生じるものにすぎないのである。個人的な正義感などを基準にして「法」を認識することは、法治国家を崩壊させ、カオスとアナキーに至るであろう。<sup>(443)</sup>

これに対して、シュペンデルは、理性的に発見できる普遍妥当な法原理から出発することができるものと主張する。シュペンデルによれば、「理性によって、そして理性によってのみ発見される」、また形式的當為命題として、それによってすでに内容的に特定の法命題を与えることなくして、一切の法形成の前提であるような若干の法律または原則が存在する限りでのみ、「自然法または超法規的法」について語ることができるものとする。<sup>(44)</sup>これにあたるのは、例えば、「平等原則」、「比例性原則」、「交互尋問保障義務」である。しかし、ゼーボーデは、理性によって、最高の法原則が発見できるかどうかは疑問の余地があると、この見解を批判する。<sup>(45)</sup>ゼーボーデによれば、理性は、ただ法原則を合目的であり、一定の文化秩序にとって必要であり、正しい法に関する自己の価値決定にふさわしいものと証明しうるものにすぎないのである。

次に、この基準を、「立法者の意思」に求める見解<sup>(46)</sup>がある。立法者は、はじめから故意的に不当な法律を創ったのではなく、正しい法を創るというのが立法者の意思だというのである。しかし、立法者の主観的意図は、法律の客観的意義とは無関係だというべきであろう。<sup>(47)</sup>

### (c) 倫理則

連邦憲法裁判所<sup>(48)</sup>によれば、自らの評価を入れずに、社会学的考察方法において、ある規範が、ドイツにおいて一般的に承認された倫理則、法共同体において支配的な価値観念、一般的法感情に対応するかどうかを基準とし、非倫理的であると認められた法律に拘束力を否認することもできる。ここでは、実定法の外にはなく、内在するものに基準が求められているのである。<sup>(49)</sup>裁判官は、立法者の決定が正しいかどうかを検討する必要はなく、それが圧倒的に主張されているかどうかを検討すればよいのである。ここでは、通常であることが、規範的になっているのである。

もとより、この見解に対しても、社会において支配的な倫理観とは、どのようなものかをいかにして認定するかという認識論上の批判が可能である。また、法学方法論的にも、なにゆえ、「事実的なものの規範力」が肯定されるかを根拠づけられなければならないであろう。

以上の検討により、超実定法の基準を根拠づけようとする見解は、理論的には、それぞれ難点をもっていることがわかった。それでは、具体的にナチ犯罪裁判において、枉法罪の解釈として、ナチスの法律に従って死刑判決を下した裁判官は、「法」を枉曲したのではなく、不可罰であるとする見解が存在するのであろうか。

① 超実定法を含まないとする見解

この見解に与するのは、ボッケルマン、コーイング、エファース、グリュンフト、シュレッサーなどである。<sup>(49)</sup> コーイングは、「罪刑法定主義」の原則を援用して、制定法の形をとった不法を適用した場合の処罰に反対する。<sup>(49)</sup> しかし、この見解に対しては、処罰規定は、直接三三六条に基づいたのであって、問題なのは、たんに刑法という法律が自然法を参照指示しているか、つまり三三六条の意味における「法」が書かれざる法でもよいかということなのである。そのような参照指示が許され、自然法からの間接的な可罰性が許容されるという点に対しては、罪刑法定主義の要請は何も述べるものではないと反論<sup>(50)</sup>されている。

次に、エファースは、刑法三三六条の保護法益から結論を導く。エファースによれば、公務員犯罪たる枉法罪の保護法益は、国家に対する忠誠義務であり、職務の履行と、従って判例の適法性 (Gesetzmäßigkeit) である。このような法益理解からすれば、「国家の立法に対して倫理法の優位を尊重する判例に対する社会の利益は、法益には高められておらず、むしろ、裁判官の服従に対する国家の利益が前面に出ているのであるから、『法』の概念は限定されな



ければならない。それは、刑法三三六条において、その内容はどうかであれ、国家の実定的制定法と調和する規範のみを把握する」という<sup>(45)</sup>。これに対しては、枉法罪の法益には、不法に対する国民の保護も含まれると反論されている<sup>(46)</sup>。

## ② 超実定法を含むと解する説

超実定法が、基準となるという見解を唱える場合、超実定法によって裁判することの大きな不安の一つは、その実体的認識の問題点とならんで、いわば手続的に、それが、正義に適用としても、「法的安定性」を害する恐れが強いことである。従って、無闇に超実定法を振りかざすことは、避けられなければならない。その意味では、いわゆる「ラートブルフの究極手段公式」(Radbruchs Ultima-ratio-Formel)<sup>(46)</sup>が重要である。ラートブルフは、次のように言う。「正義と法的安定性の間の葛藤は、制定と権力によって確実なものとされた実定法が、正義に対する実定的制定法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ないほどの堪えがたい程度に達したのでない限り、それが、内容的に不当で非目的である場合にも、優位性をもつというようにして、解決されるのがよいであろう」<sup>(47)</sup>。

さて、認識論的には、超実定法の実質的基準を根拠づけるのは極めて困難であった。しかし、超実定法的基準を肯定するのが、今日でも圧倒的な通説である。この通説は、おそらく、実践的合理性をもっていることによって広い支持を集めているのであろう。認識論的困難性については、ラートブルフは、すでに、「法律の形をとった不法と、不当な内容をもつにもかかわらず妥当する法律の事案の間に明確な線を引くことは」「不可能」であると自認している<sup>(48)</sup>。しかし、この点を非難するのは、法律学そのものを否定することにつながるとも言えるのではないだろうか。ゼーボーデは、ベルナーの次のような言葉<sup>(48)</sup>を引用して、批判に答えようとしている。「倫理的基盤(これは、まさし

く法律学的基盤にもあてはまる)を知らずして、分断的な数学的な線のみを概念的限界として認めようとする者は、批判者としての役割に甘んじることになり、生産的な活動を放棄しなければならぬであらう。

この「法」に何らかの超実定法が含まれるという解釈には、また、基本法の規定が拠り所となりうる。すなわち、基本法は、裁判官は「法律と法」(二〇条三項)に拘束されるものとするのである。これは、「法律」のみならず、他の「法」にも拘束されることを意味しているのであり、これによって、憲法は、裁判官に、法律に無批判に盲目的な服従をもって従ってはならないと警告を発しているのである。つまり、このことは、憲法は、裁判官を「制定法に対する法理念の擁護者」であるとみなしているということの意味する。ここには、憲法の実践的決断が見てとれるように思われる。つまり、基本法によれば、裁判官の無条件の服従は、社会の最高の利益ではないと考えているのである。<sup>(61)</sup>まさにゼーボーデ<sup>(62)</sup>が言うように、「法的安定性が貴重なものであれば、法治国家は、不法国家に必要な権力手段を保障し、デマゴグにトロイの木馬を養わせないように、その危険を甘受しなければならないことは確実であり、かくして、通説とともに、刑法三三六条の意味における『法』は、倫理に反する法律をその無効のゆえに適用しないという要請も含められる」のである。かくして、不法な法律に基づく判決は、何らの法規もその基礎とされていないから、客観的に枉法であるということになる。

このように、超実定法を含むかどうかについては、学説の対立があるが、判例の中にはこのような対立を回避しつつ、実質的に、「法律の濫用」をもって枉法にあたと解するものがあることに注意を促しておこう。それは、後に紹介する連邦裁判所の一九五六年一月七日の「身分裁判所事件」判決<sup>(63)</sup>においてである。この判決では、この点につき、次のようにいう。「このような事案においては、被告人を非難できるのは、裁判官の活動がの本来の目的、つま

り法を発見するという目的のために行使されるのではなく、裁判に名を借りて、法にそわない目的または法敵的な目的に利用し、法秩序によっては是認されるべきあらゆる観点を考慮に入れて行為の重さと行為者の責任に対する著しい不均衡にたつて刑罰を言渡し、あるいは確証することのみである。法と正義に無関係な目的を達成するために裁判手続の形式を意識的に利用することは、三三六条における法の枉曲を意味する。法を告げようとせず、裁判官の活動という形式を、他の、事態に合致しない目的の達成のためのみ利用する者は、その者が——外見上——既存の法律を守ったのだということを用用できない。なぜなら、それは、そのような内面的態度の場合には、外観にすぎないからである。過度に高い刑罰の非難も『自然法』に属するだけではなく、……むしろドイツ刑法の以前から書かれざる原則であった。無効な法の適用ではなく、法にそわない目的での有効な手続法・実体法上の法律の濫用的な適用が、……裁判官に非難されるのである」。

(5) 枉法の故意

先に一言したように、学説の中には、枉法罪の成立を限定するために、枉法の故意に通常よりも厳格な要件を要求して、解釈上、その成立を制限しようとするものがある。ここでは、ナチ犯罪裁判においても、このような見解が被告人の無罪判決につながっている。まさにここには、「司法の特権化」の思想がみられるのである。このような「故意」の解釈論がどのように主張されているかを検討しておこう。

(a) 枉法罪成立の主観的制限

枉法の主観的構成要件として、故意が必要である。故意には、直接故意 (dolus directus) と未必の故意 (dolus eventualis) の二つの形式があるが、直接故意は「*ラとぞウバト*」(Absicht) または「*ワヤウ*」(Wissentlichkeit) と

いふどちらかの要素を要求する。通説は、未必の故意で十分であるとす。なぜなら、「よく知っているにもかかわらず」といった限定する文言が、法文上に見られないからである。<sup>(46)</sup>

未必の故意では十分でないという見解は、後に紹介する連邦裁判所の判例<sup>(46)</sup>によって唱えられ、ベッケンキャンプやザルシュテットによって賛同されている見解である。<sup>(46)</sup>この見解の背後には、「裁判官の独立」の強調がある。それによれば、法を曲げた裁判官が、直接故意をもって行為したのでない限り、罰せられることはないということが裁判官の独立を保障するためには必要であるというのである。なぜならば、さもなければ、裁判官は、この判決行動において、つねに、可罰的な枉法の嫌疑をかけられるという危険を見込んでおかなければならないからである。しかし、これに対しては、そのような危険は、直接故意による行為に可罰性を限定したとしても、生じるという反論がある。<sup>(47)</sup>そして、そのような限定を裁判官の独立を援用して根拠づけることはできないとされる。なぜならば、裁判官の独立は、裁判官自身の利益となるものではなく、法を求める市民のためになるべきものだからである。この関連で問われるべきは、裁判官の独立を保障するために、未必の故意で法を曲げる裁判官を刑法上処罰しないでおくことが必要かどうかではなく、法を曲げる裁判官に対して刑法上の措置をとることが、市民を裁判官の独立の濫用から守るために必要かどうかである。

いずれにせよ、このような未必の故意を排除する見解は、「根拠づけられず、不合理な動機からのみ説明しうる」ものとされている。<sup>(48)</sup>なぜ、裁判官は、未必の故意で職業上の義務に違反するだけでは十分でないが、その他の専門家、例えば医者は、未必の故意で法に違反しただけで処罰されるのかは合理的に説明できないのである。

(b) 一九六二年草案における枉法の「故意」

一九六二年草案において三三六条の改正が問題になったときに、「故意」という責任形式は、「ことさらに」または「わざと」という主観的要素によって置き換えようという案が計画された。これは、判例・学説において一部で有力に主張されていた、枉法においては直接故意のみを罰するべきであるという見解に呼応する。立法者は、この三三六条の新規定を明示的に、枉法には未必の故意で十分であるという方向で決定した。

未必の故意による枉法を処罰することは「司法の独立」を脅かすものだという理由は、全く問題にならない。むしろ、実際には、直接故意のみをみとめることは、裁判官の無責任に危険な後押しをするものである。三三六条で目指されている目的とは、「裁判官の独立の確保」、すなわち、ここでは「責任からの自由」ではなく、まさに逆に裁判官の「責任」の警告であり、従って必然的にその「決断の自由の制限」なのである。<sup>(47)</sup> 枉法の故意を直接故意に限るのは、「奇妙な司法特権化」<sup>(47)</sup>である。

(6) ナチ犯罪裁判における枉法罪に関する判例

以上の解釈論の具体的展開として、若干の判例を検討しておこう。枉法罪が問題になった判例として、「ホレンダー事件」判決およびカナーリス提督らの陰謀に対するフッペンコーテンの「SS身分裁判所事件」判決についてはすでに言及した。<sup>(47)</sup> ここでは、まず、一九五六年の素人裁判官による身分裁判所の判決の事件について検討しておこう。

① 一九五六年一月七日連邦裁判所判決<sup>(47)</sup>

〔事実〕 被告人Sは、SS軍団の司令権をもつ將軍として一九四五年にドイツ帝国の滅亡直前に当時の戦闘地域で多くの身分裁判所を開催し、裁判長に、被告人Gや被告人Oを据えた。被告人Smは、二つの事案で陪席判事を務めた。被告人らの構成する身分裁判所は、ここで問題となる事案において全員を死刑とした。一例を挙げると、Gは、以前

に、ある村のある農夫に死刑判決を下したが、地方グループ・リーダーWがその判決を通知せず、余りにもその刑が重すぎるとして判決に署名するのを拒否したので、その村の村長GaとWを、OとSmの加わった身分裁判所によって死刑に処したというものである。その身分裁判手続は違法であり、たんに思想の違う者を威圧してナチの恐怖支配を長引かそうという目的で行われたものであった。被告人達は、枉法と観念的競合として謀殺罪で起訴された。陪審裁判所は証拠不十分で無罪を言い渡した。

(判旨) ①枉法(刑法三三六条) 枉法罪については、素人裁判官には、三三六条は適用できないというのが、連邦裁判所の判例である。連邦裁判所は、この旨を野戦裁判所の陪席、労働裁判所の陪席、身分裁判所の裁判官でない裁判長についてすでに判示している。従って、刑法三三六条による被告人G、OおよびSmの訴追はできない。被告人Sについても同様である。普通刑法の上では、Sも兵士であって、素人裁判官と同じ扱いを受ける。

②刑法三三六条の意味における裁判官職務の行使による殺人行為 三三六条による被告人らの処罰が可能だとしても、そこで確された、裁判官職務の行使にあたっての刑事責任の制限が、どの程度被告人に役に立つのかを検討されなければとらない。素人裁判官に対してもこの規定の保護は与えられるのである。

刑法三三六条は、通説によれば、確定的な、未必でない故意を要求する。刑法三三六条による裁判官の刑事責任のこの制限は、裁判官の独立の確保の一部をなす。しかし、この目的が達成されるべきならば、刑法三三六条の枠内における裁判官の活動が、別の規定による処罰につながるのには、裁判官が刑法三三六条による枉法の責を負ったときのみである。なぜならば、もし裁判官が、間違った宣告についての未必の故意のみが認定可能な場合には、確かに枉法の訴因については無罪とされなければならないが、殺人または自由剝奪については有罪とされなければならないと

すれば、三三六条によって目指された、裁判官の独立の確保という目的は、不完全に達成されるだけだろうからである。

かくして、本判決においては、素人裁判官は、「裁判官」ではないとして、枉法罪の成立を否定し、さらに、素人裁判官についても、「枉法」といえるような場合でなければ、殺人罪は成立しないとして、これをも否定したのである。

次に、先にも紹介した「カツツェンベルガー事件」判決について見ておこう。

② 連邦裁判所一九七〇年七月二一日判決<sup>(17)</sup>

〔事案〕 被告人FとHは、一九四二年二月一三日に、ラント裁判所所長Rの指揮する特別裁判所の陪席裁判官として、ユダヤ人の商人K（カツツェンベルガー）を人種恥辱につき死刑に処した。同時に、観念的競合として枉法も実行されたのであった。

陪審裁判所は、両名を、故殺として三年および二年の自由刑に処した。しかし、枉法については、公訴時効が完成しているものとした。これに対して、検察官および被告人が上告した。

〔判旨〕 ここでは、枉法の点についての連邦裁判所の判断を検討する。

当時まだユダヤ人立法が是認されておらず、法的に不法と認識されていたにもかかわらず、被告人達は、Kに対する裁判において、法的手続方法の、当時も存在していた可能性を、利用しなかった。それは、民族有害分子命令の援用によっていっそう先鋭化されている。判決理由から明らかに窺われるのは、いかなる事情のもとでも死刑の言渡しに至るといふ志向である。同じことは、証拠の評価にも民族有害分子命令二条四条の支持しえない解釈にも、最終的

に人種の所屬が刑罰加重事由として死刑を正当化すべき量刑の考量にも当てはまる。

陪審裁判所は、正当にも、枉法は、事実の捏造によって、そして、法律規定の不当な適用によって、また、適切な事実の認定の後の量刑にあたっての裁量の濫用によって実行されうることから出發する。しかし、陪審裁判所は、その際、それに代わる実行の可能性があることを正しく考慮していない。

まず、連邦裁判所によれば、原審は、枉法が問題になったのは、とくに被告人達が、特別裁判所の構成員としてKに対する訴訟において、S女との何度にもわたる性交渉、つまり、一九三五年九月一五日の純血保護法二条、五条二項の意味における事実につき、意識的に「疑わしきは被告人の利益に」の原則に違反したという点であるが、原審は、これを「事実の捏造」の概念にあてはまらないものとして、否定した。この見解は、出發点からして誤りである。

ところで、純血保護法五条二項は、法定刑として死刑を定めていない。したがって、Rらは、一九三九年九月五日の民族有害分子命令の二条、四条との関係で、「人種恥辱」として被告人を死刑に処したのである。この命令の遡及の効果は、その発布に先立つ時期においては、すでにその内容的な関係によって排除されている。なぜなら、それは、戦争状態を利用した行為を把握するものだからである。ひょっとすると事実捏造であるかも知れないという観点からは、特別裁判所の死刑判決には、——信頼しうる証憑に支持された——被告人の確信が基礎とされていたかどうかを検討されるべきである。つまり、その確信とは、当時の被告人が民族有害分子令の発効から一九四〇年三月までの期間にいわゆる人種恥辱の構成要件を、民族有害分子令二条、四条という特別の条件のもとで、充足したということに關するものである。

被告人による事実の意識的捏造があつたということには、原判決において明確に表現されているように、特別裁判



所の手續の明白な目的、特別裁判所の判決理由、以前の手續における被告人の供述が賛成する。

(a) Kの事件においては、裁判を装っただけであつて、實際は、法を隠れ蓑として、Kの抹殺を図つたものである。捜査裁判官は、拘留命令の却下を示唆して、十分な証拠がないがゆえに、Kに対する緊急の容疑は否定されなければならないという見解を唱えていた。特別裁判所の裁判官達は、この見解に、捜査裁判官との話し合いの際に、反論したが、捜査裁判官は、一件書類からこの注記を取り除くというRの要求を峻拒した。そこで、Rは、被告人Fによつて指揮されていた手續を自分の事件として、被疑者に死刑を科せうとした。「Rは、その裁判を見世物裁判として利用した。彼のとくに粗野で意地悪く冷笑的な公判指揮は、確信的なナチストにあつてすらスキャンダルだと感じられたほどであるが、ここで法的形式を濫用して不法が行われたことの紛れもない徴表である」。

(b) 陪審裁判所は、特別裁判所の理由をもっと詳しく検討しなければならなかつたであらう。それは、明白に、被告人が、人種恥辱の実行と民族有害分子命令の行為態様を証明されたとはみなしていなかつたことを認識させるものである。特別裁判所判決は、矛盾に満ち、構成要件的に重要な事実についての証拠上重要な認定の欠如および実質的考慮の欠如を覆い隠すべき変則的な法的構成に満ちている。「一九四〇年三月まで繰り返し行われたという人種恥辱的な性交」の認定は、十分な証拠上の基礎に欠けている。

(c) 意識的な事実の捏造を窺わせるような考慮は、被告人が以前の手續で述べた供述にもその確証を見出せる。つまり、F博士は、一九四七年のニュルンベルク法律家裁判において証人として被告人Kの人種恥辱は、証明されえなかつたと述べているのである。

これらの三つのどの観点についても、陪審裁判所は、新公判で考慮しなければならない。

枉法罪の成立について、上記の判例の考察は、以下の点をめぐって、行われた。<sup>(16)</sup>

(1) 事実認定において——Sとの被告人Kとの性交がとくに一九三九年九月から一九四〇年三月まで行われたという事実は、証明されなかった。

(2) 事実の包摂において——民族有害分子命令の二条および四条の構成要件、とくに、戦争状態の「利用」というメルクマールは、法的に適用不可能である。

(3) 量刑において——ある構成要件要素(「ユダヤ人」という性質)をもってする刑の加重(自由刑に代えて死刑)は、法的に誤って根拠づけられており、その他、正しくは主張できない。

この判例は、三三六条の様々な問題について若干の考察をなす契機となる。

(a) 連邦裁判所は、事実の捏造の問題については、詳しく論じている。しかし、誤った法の適用については、全く簡単に触れているにすぎない。その際、本来、被告人がすでに国家的不法を遵守することによって、すなわち、「純血保護法」を遵守することによって、法を曲げたのかどうか、従って、恥辱判決が、すでに恥辱法律に依拠しているがゆえに存在するのかどうかという前提問題が解決を迫られている。この問題に答えることはむづかしいが、それにもかかわらず、連邦裁判所は、もし「法律の形をとった不法」という概念の適用がナチスのユダヤ人立法にとつて拘束力のない宣言にとどまるべきではないとすれば、このような観点からも三三六条を検討しなければならなかったであろう。

誤った法適用は、いずれにせよ、当時の法律規則によっても、存在する。なぜならば、「純血保護法」によって軽懲役、または重懲役をもって処罰されるべき「人種恥辱」に対する通常の法定刑を超越して、死刑を言渡すことは、

行為がその他の構成要件的前提のもとで行われたときにのみ可能であったからである。つまり、民族有害分子命令二条によれば、特に重大な事案である限りで、「身体」に対する犯罪としての飛来物からの危険性を避けるために取られる処置を「利用する」ことによってであり、また、健全な国民感情が、犯罪の特に非難すべき性質のゆえに、刑の加重を「要求」する限りで、民族有害分子命令四条によれば、戦争状態によって惹起された異常な状況を「利用」することによってである。「民族有害分子命令」の上記のメルクマールを、従って死刑の本質的条件を、特別裁判所は、被告人Kが、一九三九年の開戦のち何度も夜陰に乗じてS女を訪れ、これによって「闇の状態」を利用したという点に認めている。なぜならば、平和時に存在する明るく照らす街灯の欠如<sup>(476)</sup>が、被告人に大きな安全を与えたからであり、彼が、この行動をとったときに、直観的に通行人による観察を逃れるようにしたからである。「民族有害分子命令」のこのような「解釈」は、支持できないだけでなく、聞くに堪えない<sup>(476)</sup>。

- (46) RGS25, 276; 57, 31; 69, 213; 71, 315: Vgl. Hans-Ludwig Schreiber, Probleme der Rechtsbeugung, GA 1972, S. 193 Fußn. 1; Manfred Seebode, Das Verbrechen der Rechtsbeugung, 1969, S. 9. シュライバーによれば、一九七二年までの連邦裁判所の判例は、七つである。ペーレントによれば、一九八四年には全部で九件の裁判があり、六件が無罪、一件が手続打ち切り、二件のみが有罪であった。一九八五年については、一五件の裁判、二一件が無罪、一件が打ち切り、三件が有罪であったこと<sup>(477)</sup> (Hans-Joachim Behrendt, Die Rechtsbeugung, Jus 1989, S. 945.)
- (47) シュライバーは、一九七二年の前掲論文(一九三頁)で、この三年間にこれに関する二〇本の論文が公開されていると書いている<sup>(478)</sup>。
- (48) この事件の内容と判決については、本稿(5)(四一卷四号)九五頁以下参照。
- (49) Vgl. Behrendt, Jus 1989, S. 946.
- (50) Spendel, LK § 336 Rdnr. 9.

- (41) Spendel, LK § 336 Rdnr. 10.
- (42) Spendel, LK § 336 Rdnr. 11.
- (43) Vgl. Seebode, a. a. O., S. 12; Cramer/Schönke/Schröder, StGB, § 336 Rdnr. 4.
- (44) Vgl. Siegfried Schlösser, Strafrechtliche Verantwortlichkeit ehemaliger Richter an Sondergerichten, NJW 1960, S. 943f.
- (45) Vgl. Seebode, a. a. O., S. 13ff.; Spendel, LK § 336 Rdnr. 37ff. 「JGに於て、被疑者に弁護士の対立を許さざるは、むづかしいことである。」
- (46) Spendel, LK § 336 Rdnr. 37.
- (47) Vgl. SchwG Berlin DRiZ 1967, Sp. 390, 393; Seebode, a. a. O., S. 16; Spendel, LK § 336 Rdnr. 37. 「JGに於て、キニシトトメテ、弁護士の対立を許さざるは、むづかしいことである。」 (Sarsted, Fragen der Rechtsbeugung, Festschrift für E. Heinitz, 1972, S. 434.)
- (48) Spendel, LK § 336 Rdnr. 38.
- (49) 「JGに於て、被疑者に、義務違反を認めざるは、むづかしいことである。」 vgl. Rudolphi, Zum Wesen der Rechtsbeugung, ZStW Bd. 82, S. 611; 木の野, 「JGに於て、被疑者に、むづかしいことである。」 Geppert, Jura 1981, S. 78ff.; Wagner, Amtsverbrechen, 1975, S. 212. 木の野, 被疑者に、むづかしいことである。」 Spendel, LK § 336 Rdnr. 39.
- (50) NGHSt 10, 294 = NJW 1957, 1158.
- (51) Vgl. Begegnann, Das Haftungsprivileg des Richters im Strafrecht, NJW 1968, S. 1361.
- (52) 「JGに於て、むづかしいことである。」 vgl. Fritz Bauer, Das „gesetzliche Unrecht“ des Nationalsozialismus und die deutsche Strafrechtspflege, in: Gedächtnisschrift für G. Radbruch, S. 305.
- (53) Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: SJZ 1946, Sp. 108.
- (54) Spendel, LK § 336 Rdnr. 49.
- (55) Vgl. Schlösser, NJW 1960, S. 944.
- (56) Binding, Lehrbuch 1905, II, 2, S. 556, Anm. 2; vgl. Evers, Die Strafbarkeit des Richters wegen Anwendung unsittlicher Gesetze, DRiZ 1955, S. 187f.

- (427) RGZ 118, 327.
- (428) Spendel, LK § 336 Rdnr. 50.
- (429) Schlösser, NJW 1960, S. 944.
- (430) Schlösser, NJW 1960, S. 946.
- (431) Schlösser, NJW 1960, S. 944.
- (432) BGHS: 3, 111 = NJW 1952, 1024.
- (433) BGHS: 10, 295 = NJW 1957, 1158.
- (434) BGHS: 2, 173.
- (435) Schlösser, NJW 1960, S. 945.
- (436) Spendel, LK § 336 Rdnr. 53.
- (437) Vgl. Seebode, a. a. O., S. 34ff.
- (438) BGHS: 2, 194.
- (439) BGHS: 6, 46.
- (440) BGHS: 8, 243.
- (441) Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 1962, S. 224ff., 242f.
- (442) BVerfGE 10, 81; Vgl. Seebode, a. a. O., S. 35.
- (443) Vgl. Seebode, a. a. O., S. 36ff.
- (444) Spendel, Die Goldene Regel als Rechtsprinzip, Festschrift für Fritz von Hippel, 1967, S. 491; ders., Über eine rationalistische Geisteshaltung als Voraussetzung der Jurisprudenz, in: Beiträge zur Kultur- und Rechtsphilosophie (Festschrift für G. Radbruch), 1948, S. 68ff.; vgl. Seebode, a. a. O., S. 38f.
- (445) Seebode, a. a. O., S. 39.
- (446) Radbruch, SJZ 1946, Sp. 107.
- (447) Vgl. Seebode, a. a. O., S. 41.

- (448) BVerfGE 6, 435.
- (449) Vgl. Seebode, a. a. O., S. 41.
- (450) ジャビツゴシツチク' vgl. Seebode, a. a. O., S. 45.
- (451) Coing, SJZ 1947, Sp. 63.
- (452) Seebode, a. a. O., S. 45.
- (453) Evers, Die Strafbarkeit des Richters wegen Anwendung unsittlicher Gesetze, DRiZ 1955, S. 188f. シテコッケー' 立憲  
 者ヲ' 国政ヲ保護シテハベシトシテハベシクモ其意ハハタシラベクザ' 反対根拠ナルコトヲ著シク (Schlösser, NJW 1960, S. 946)。
- (454) Evers, DRiZ 1955, S. 189.
- (455) Seebode, a. a. O., S. 46.
- (456) ジャビツゴシツチク' vgl. Seebode, a. a. O., S. 44f.
- (457) Radbruch, Rechtsphilosophie, 1950, S. 347; ders., SJZ 1946, Sp. 107. ラートブルフ著作集第四卷「実定法と自然法」(一  
 九六一年) 一七〇頁参照。
- (458) Radbruch, SJZ 1946, Sp. 107.
- (459) Berner, Gutachtenfür den 13. deutschen Juristentag, Verhandlung der 13. deutschen Juristentages, Bd. 1, 1876, § 3, S.  
 111f.; Seebode, a. a. O., S. 45.
- (460) Seebode, a. a. O., S. 45.
- (461) Seebode, a. a. O., S. 47. シテレッサ' は' 其の見解に対して「基本法二〇条も、超実定的法を意味するのではなから」と  
 主張。「法律」ヲ' 示すれも国家的法規範を意味し、基本法二〇条は、ただ「法律」と「法」が矛盾することがあるハ  
 シテトシツクニシテ知ラズクニシク (Schlösser, NJW 1960, S. 945)。
- (462) Vgl. Seebode, a. a. O., S. 47f.
- (463) BGHSr 10, 294, 300f.
- (464) Spandel, LK § 336 Rdnr. 77. 本条' vgl. Spandel, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Richters. Die Vorsatz-  
 form bei der Rechtsbeugung, in: Rechtsbeugung durch Rechtsprechung, 1984, S. 55ff.

- (465) BGHSt. 10, 294.
- (466) Bemann, Wie muß der Rechtsbeugungsvorsatz beschaffen sein?, JZ 1973, S. 547.; Beckenkamp, ZRP 1969, S. 168.; Sarstedt, Heintz-Festschrift, S. 443. 彼の「たゞたゞの思解が、かなりの多数で48%」。
- (467) Bemann, JZ 1973, S. 547.
- (468) Spengel, LK § 336 Rdnr. 78. 未必の故意で十分だとする見解が、ホチ、フリッツ・パウマーによつて唱えられ、その後「ヤーホーホ」なる「たゞたゞ」持った (Fritz Bauer, Radbruch-Gedächtnisschrift, S. 306.; Seebode, a. a. O., S. 107ff.; ders., Rechtsblindheit und bedingter Vorsatz bei der Rechtsbeugung, in: Jus 1969, S. 207f.)。
- (469) BGHSt. 10, 294.
- (470) Spengel, LK § 336 Rdnr. 79.
- (471) Spengel, LK § 336 Rdnr. 82.
- (472) 本稿(5)・四一巻四号一〇二頁以下、一〇六頁以下参照。
- (473) BGHSt. 10, 294 = NJW 1957, 1158.
- (474) NJW 1971, 571. だが、この事件の事実について詳しくは、後述第九節の注(59)参照。
- (475) 「たゞたゞ」 Spengel, Justizmord durch Rechtsbeugung, in: NJW 1971, S. 537ff.; auch in: Rechtsbeugung durch Rechtsprechung, 1984, S. 37ff., だが、この事件のもとはなつた一九四二年一月三日のヒュルンベルク特別裁判所の判決について、シントメンタルの前掲書二二〇頁以下に収録されてゐる。
- (476) Vgl. Spengel, a. a. O., S. 41.

第九節 ナチ犯罪と行刑上の諸問題

(1) ナチ犯罪と終身自由刑

謀殺罪に対しては、法定刑は、終身自由刑のみが規定されている。有期自由刑については、刑法は、五七条におい

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理 (七)

て保護観察のための残刑の猶予(仮釈放)の規定を置き、科せられた刑の三分の二の執行を終えたときに、一定の条件のもとで、これを認めていたが、終身自由刑については、本来は、残刑の猶予の規定はなかった。終身刑の残刑の猶予の規定は、一九八一年になって新設された。もちろん、このことは、終身刑受刑者が実際上も二度と自由の身になれなかったというのではない。一九四五年五月八日から一九五五年二月三一日までに終身刑に処せられた七二四名の受刑者のうち、一九七五年二月三一日の時点でまだ収容されていたのは二五一名であり、若干の死亡した者を考慮しても、恩赦率は六〇パーセントに達している<sup>(47)</sup>であり、圧倒的に、一五年から二五年のうちに恩赦によって仮釈放されていたことを指適しておこう。他方、一九七七年に効力を発した行刑法の一三条三項においては、「終身自由刑に処せられた受刑者は、その者が先行する未決勾留またはその他の自由剝奪を含めて一〇年間行刑に付され、またはその者が開放処遇に移された場合には、一時帰休を許さる」と定める。終身自由刑に処せられた者といえども恩赦によって社会復帰する可能性はあるのであり、通常の生活に溶け込む準備をしておく必要がある<sup>(48)</sup>というのがその趣旨であった<sup>(47a)</sup>。

ナチ犯罪者の一九七〇年までの行刑の状況、とくに有期自由刑からの仮釈放の問題や恩赦の問題については、オピッツの研究を紹介することによってすでに第四章第五節で検討した<sup>(48)</sup>。本節においては、上記の終身自由刑受刑者の仮釈放と一時帰休の問題について、とくに刑罰目的ないし行刑目的と「責任」との対抗関係を中心に検討する。

(2) 刑法五七条 a の新設と残刑の猶予

(a) 立法過程と五七条 a の意義

連邦憲法裁判所は、謀殺罪に対する終身自由刑の合憲性を認めた前に紹介した一九七七年の判決<sup>(49)</sup>の中で、終身刑に



処せられた者にも、死ぬまでにもう一度自由の身になることができるような原則的なチャンスをも、法律上、規定することは、人道的行刑の条件であるとし、立法者に、そのような仮釈放に関する立法をなすことを委託した。すなわち、これは、連邦憲法裁判所は、終身刑が違憲であるという異議に対しては、その規定も、その言渡しも合憲であるとしつつ、その刑を、完全に執行することは問題であるとしたのであって、これは、行刑の次元で、終身刑のもつ問題の解決を図ることを示唆したものであるといえよう。<sup>(80)</sup>ところで、一九七七年一月一日の行刑法の発効以降、ここでは、行刑の目的を社会復帰にあるものとし、終身刑受刑者にもそれが妥当としたのであった。したがって、法律上、それを可能にする手だてを講じることが焦眉の課題でもあった。そこで連邦政府は、一九七九年一月五日に、第一次刑法改正法案の五七条aに「終身刑における残刑の猶予」の規定を置いた。しかし、この草案は、立法期の終了のため審議未了となった。第九立法期になって、一九八〇年一月二六日に、SPDとFDPの会派議員によって、あらためてその草案が提案され、紆余曲折の末、一九八一年二月八日の第二〇次刑法改正法が、一九八一年二月一五日に公布された。それは、次の内容のものであった。

五七条a 一項「裁判所は、試験観察のための終身自由刑の残刑の執行は、次の場合、猶予する。

- 一、刑の一五年が受刑され、
- 二、有罪者の責任の特別の重大性が、それ以上の執行を要求せず、また、
- 三、五七条一項二号および三号の前提が存在する場合」。

この規定の二号には、「責任の特別の重大性」とあるが、もともと一九七九年の第一七次刑法改正法においては、その後ろに「又は法秩序の防衛」という文言が入っていたのが、連邦議会の法務委員会での削除が提案されたので

あつた。<sup>(48)</sup> 一九八六年四月一三日には第二三次刑法改正法によって、この後に、第二文が付け加えられた。

解釈論上、この「責任の特別の重大性」の要件が違憲であるという見解もあり、責任清算という観点のみから、五年を越える受刑を正当化できるものではないとする見解も唱えられている。例えば、ベックマンは、「責任清算は、抑圧的な独自の刑罰目的としては、憲法上保護される法的価値ではない<sup>(49)</sup>」とし、この観点からする一五年を越える受刑を要求するのは、違憲であるとする。これに対して、シュトレーは、立法者は、終身自由刑が極めて異なった責任の程度の上に根拠づけられるものであり、したがって、最高刑に処せられたすべての者に対して、その責任を考慮せずに、猶予時点を区別を設けずに確定することは、不適切であるという考慮を行ったのだとする。<sup>(48)</sup> 「ひどい事情のもとで行為した大量殺人者は、一回の殺人を、謀殺の前提条件を越える責任なしに行つた行為者よりは、長い受刑に値する」というのである。ここで、特別の重大性とは、責任の程度が著しく高いもの、すなわち、抜本的に均衡を失うほどに責任が大きいことが必要であり、その場合にのみ、受刑期間を一五年を越えて延長しようと解すべきである<sup>(48)</sup>とされる。

ところで、第一九次刑法改正法の連邦参議院で調整委員会を要請した理由書の中で、立法当時の謀殺に対する時効廃止の議論と結びつけて論じられており、謀殺の場合には、「明らかに再社会化ではなく、重大な責任の追求<sup>(49)</sup>」が前面に出るとされている。このように一九七九年の謀殺時効廃止議論との時間的・事実的関連をもってこの五七条aの立法手続が進められたことに注意しなければならない。つまり、「この両規定ともにその主たる動機は、ナチ犯罪者が処罰を免れ、十分に処罰されないことを防止しようとした<sup>(48)</sup>」ともいえるのである。このことは、連邦議会での議員の発言にも見られる。「連邦政府草案」の理由書の中でも、謀殺の規定が「一人に対する謀殺」と「嫌悪

すべき付随事情のもとでの大量殺人」とを同じく処罰しようとしているとされているが、その間には大きな幅がある。この大量殺人という言葉から推測されるように「責任の特別の重大性」というメルクマールが採用された背景には、ナチ犯罪者の処遇に対する考慮があったのである。<sup>(48d)</sup>

(b) 判 例

五七条 a の解釈については、一九八三年二月四日のニュルンベルク上級ラント裁判所の決定<sup>(48e)</sup>が重要である。事案は、建築現場のバラックでビールを飲んでいて飲み仲間を一五分間にわたってハンマーや重いボルトカッターで殴り、刺し、切って酷い苦痛を与えて殺した事案につき、一九六八年に謀殺の共同正犯として終身重懲役に処せられた被有罪判決者が、一九八二年に仮釈放を申請したものである。行刑裁判所は、申請を却下した。この決定では、次のようにいう。「上に向かう受刑期間の時間的段階づけの出発点は、一五年という最低受刑期間である。それは終身自由刑に前提される責任の最低限、つまり『通常の責任』(Regelschuld) なし『平均的事案における謀殺者の責任』である。」「本法廷は、その不断の判例を固持する。それによれば、刑法五七条 a による刑の猶予につきまず考察にのぼる殺人罪において、終身自由刑の引き続いての執行が必要なのは、被有罪判決者の責任が、行為に関係するすべての事情を全体的に評価して通常現れるような、謀殺や故殺の終身刑によって処罰された犯罪の平均から、特に重大な事案において、上に向かつて終身自由刑の猶予がすでに一五年の受刑によって一般予防と適正な責任清算(贖罪)という刑罰目的と一致するものではないであろう、または、一般公衆の法意識の重大な混乱につながるであろうという場合にのみである」。しかし、この平均的責任からの逸脱という考え方は、このすぐあとの一九八三年二月二一日のハム上級ラント裁判所の決定<sup>(48f)</sup>においては、このような立法者の意思は、法の規定からも、立法者の目的からも立法資料か

らも見いだせないとする。もちろん、ニュルンベルク上級裁判所の決定の特徴は、もとより「責任の特別の重大性」の解釈に「一般予防」思想を盛り込んでいることであるが、これは、この規定の立法の際にまさに排除された観点である。<sup>(48)</sup> もちろん、この見解は、責任とは、一般予防および特別予防であると理解する場合には理解可能であるが、その点については本決定では触れるところはない。先に触れたように、本規定の立法過程において、もともと含まれていた「法秩序の擁護」は、削除されたのであり、それは、一般予防ではなく、「責任の特別の重大性」のみで十分だとされたからである。また、通常の責任の思想についても学説では批判が強い。<sup>(49)</sup> もし、一五年が通常であれば、立法者は、謀殺罪の通常の受刑期間は一五年であると書くべきであっただろう。

(c) ナチ犯罪に関する判例

レーフェルは、一九八二年八月三日から一九八六年一月一〇日の間に五七条 a の「責任の特別の重大性」につき判示した上級ラント裁判所の八五件の決定を採り上げて、そのうち二件の形式的理由で棄却されたもの、および二件の行刑裁判所に差戻したものを除く、八一件につき次のように言う。<sup>(48a)</sup> このうち残刑が猶予されたものが一六件（一九・七％）であり、残りの六五件の猶予を否定した判決のうち四七件（七二・三％）が責任の特別の重大性を肯定した。このうち三四件（七二・三％）が多数の犯罪を犯した事案であり、一七件（三六・二％）がナチ犯罪を行ったものであった。従って、多数の犯罪を行った事案の二件に一件がナチ犯罪ということになる。

さて、この刑法五七条 a は、ナチ犯罪者の仮釈放については、どのように適用されたのであろうか。これについては、まず、責任の特別の重大性を理由に残刑の猶予を否定した一九八二年一月二日のカールスルーエ上級ラント裁判所の決定<sup>(49)</sup>がある。

〔事実〕 Bは、SSのハウプトシュトゥルムフェーラーであり、一九四一年から一九四三年まで、ユダヤ人に対する抹殺作戦との関係で行った行為につき、一人づつに対する八回の謀殺罪と少なくとも一万八千九百人に対する謀殺に対する一回の幫助犯として有罪とされ、終身刑に服していた。Bは、命令しただけではなく、自らの手でユダヤ人を射殺した。一九六一年七月一日に未決勾留に付され、一九六八年五月七日に、受刑を開始した。恩赦の請願は、成功しなかった。コブレンツ・ラント裁判所は、一九八二年六月二八日の決定で、残刑の猶予を否決した。

〔決定要旨〕 正義の要請および適正な責任清算の原則によれば、そのような事案においては、ただ終身自由刑に前提とされている、責任の「最小限」に相当する刑法五七条aの最小限受刑期間にとどまらない。むしろ、それは、原則的に、そしてその他の有罪の重要性にに応じて、明白に越えられるべきである。それは、行為不法の大きさから、また、責任の大きさから正当される。何回にもわたる法益侵害は、いずれにせよ、有罪判決において考慮される。

上述の評価方法は、ナチ犯罪の有罪判決における猶予の問題にも同じく妥当する。判断にあたって、その点で、ナチ不法支配の特別の状況が考慮されるべきである。権力犯罪は孤立的ではなく、全体的関連と不法体系の所与への根づき方を考慮して見られるべきである。

「本法廷は、有罪とされた本人の行為が時間的にかなり遡り、ナチのテロ・システムと特殊な態様で結びついていたというところを見誤るものではない。しかしながら、ナチの人種イデオロギーとの、当時指導的役割を果たしていた有罪者のその当時の完全な同一化、自発的な確信的な献身、その著しく過剰な自己のイニシアティブ、そしてその行為に現れた残酷性、冷血性、および低劣な心情に照らすと、責任の程度の評価に際して、重要な責任軽減的な事情は、責任の重さの決定的な相対化をもたらさしめる上の意味における、巻き込まれたという観点のもとでは、明白ではない。

有罪者によって贖罪されるべき責任の特別の重要性は、全体的評価において決定的である。異常な責任の程度に対して、従来の受刑期間では、現在まだ適正な関係とはなっていない。執行状況、年齢およびその現在の健康状態を考慮しても、責任の特別の重大性は、さらなる執行を要求する」。

次に、一九八五年六月五日のフランクフルト上級ラント裁判所の決定<sup>(4)</sup>も、二二年八カ月受刑したナチ犯罪者に対する残刑の猶予を認めなかった。

〔事実〕 被有罪判決者人は、八七歳になったものであるが、アウシュヴィッツおよびビルケナウの強制収容所において五四の事案につき少なくとも六四人の人を謀殺した罪で終身自由刑に処せられた。被有罪判決者は、一九六二年から、刑の確定した一九七〇年まで未決勾留に付され、それ以降、刑に服していた。一九八四年には、被有罪判決者は、開放処遇に付された。一九八三年五月三一日、行刑委員会 (Strafvollstreckungskammer) は、残刑の猶予を否定した。しかし、一九八四年一月二日のマールブルク・ラント裁判所の決定により、行刑委員会は、保護観察のための終身自由刑の残刑を延期した。この決定に対して、検察官が、抗告を申し立てた。

〔決定要旨〕 (a) 正義の要請および、実行された不法に対する贖罪と応報の観点と結びついた適正な責任清算の原則は、刑法五七条 a の最低限度受刑期間は、多くの犯罪行為からなる行為不法と個人的責任の程度が、終身自由刑の言渡しにとり前提とされる「最低限」の責任をはっきりと上回る時、また、事情に応じて、著しく越えられることを要求する。(b) 責任の重大性は、執行手続において独自に行えるものではなく、むしろ、その決定は、刑事裁判官の判決にもとづいて、その認定が修正されてはならないという条件付きで行われるべきである。責任の判断は、むしろ、厳格にこの認定に、そして、事実審裁判官の評価に高速されているのである。(c) 被有罪判決者の基礎となつて

いる犯罪行為に対する有罪判決の不法内容および責任内容は、五四件の謀殺行為により全体で六四人の人を低劣な動機から謀殺し、それによって五四回終身自由刑を実現したということによって特徴づけられる。無垢の、そして絶望の淵に立った人間を多数殺害したことは五七条 a の意味における特に重い責任を根拠づける。(d) 被有罪判決者の高齢には、自由刑のさらなる執行が必要かという問題に特別の意味をもつ。この関係では、しかし、被有罪判決者は、一九四七年から一九六二年まで自由に生活しており、一九六六年に六八歳になって初めて終身自由刑に処せられたということから出発されるべきである。したがって、被有罪判決者の年齢自体は、最低基準をはるかに越えるさらなる執行に反対するものではない。被有罪判決者が、その有罪判決後、一度たりともその犯罪行為の不法に対する洞察を示さず、したがって責任清算も一度たりとも行われなかったことも、ここで必要な考慮にあたって、全く意味のないことではない。被有罪判決者の行為は、四〇年以上も前に遡るが、被有罪判決者の協力のもとに強制収容所の中で実行された不法と、彼の協力によって惹き起こされた苦痛は、その当時のアウシュヴィツ強制収容所の囚人にも、そこで殺害された被害者の親族にも、またドイツおよび外国の国民の大部分の者の中にも生きている。したがって、今日もなお、一切の者が、その者によってその当時に個人的に実行された不法に対して、依然として責任を負わなければならぬ」。

これに対して、B から憲法判断が求められた。これについては、これを理由なしとした一九八六年四月二四日の連邦憲法裁判所の決定<sup>(49)</sup>がある。

〔決定要旨〕 刑法五七条 a の規定に対しては、憲法上、何も問題はない。連邦憲法裁判所は、明白に、次のことを示唆した。終身自由刑の猶予を意味するように規制するのは刑事立法者の任務であると。さらに、それは、猶予の基

準について次のように述べている。釈放の時点の確定のために、有罪判決の基礎となつてゐる行為の不法および責任内容も考慮することも考えられうるのであり、そのような區別は、それぞれの事案の特殊な性格を正当に評価することができると。

基本法によれば、人間の尊厳と自由な人間の人格を最高の価値として尊重するのは、法治国家の第一の義務である。行刑においては、行為者は、執行のたんなる客体に貶められてならない。本件のような事案にあつては、高齢の、終身自由刑に処せられた被有罪判決者の高齢性が、特に重大な責任のために一五年の最低限受刑期間をはるかに越える刑の執行の場合には、試験観察のための残刑の延期に関する決定にあたってつねに重要性をもつ。

しかし、上級ラント裁判所が、刑法五七条 a の規定を客観的に支持できない方法で解釈したことは認定できない。B の謀殺の数が多いことは、責任の重さを評価するときには、考慮されるべきである。

以上のことから、上級ラント裁判所の決定は、とくに五四人の謀殺については、八七歳という高齢を考慮に入れても、憲法上支持できる。しかし、本法廷は、ちなみに、新たな判断が下されるまでには、今や八九歳になつてゐるのであるから、これ以上に刑罰を執行することが、憲法上の、とくに人間の尊厳によつて引かれた限界を守つてゐることはほとんど主張できないような高い意義を、B の年齢に与えられることを示唆しておきたい。

さて、一九八六年一月一三日のハム上級ラント裁判所の決定<sup>(98)</sup>は、上記の諸判例とは異なり、ナチ犯罪者について、仮釈放を肯定した。

〔事案〕 六九歳にならうとする被有罪判決者は、一九三八年から一九四二年までザックセンハウゼン強制収容所の幹部であり、この間、多数の囚人を虐待し、殺害したのであつたが、一九五九年にボン・ラント裁判所の陪審裁判所



において、四六件の謀殺、八件の謀殺未遂で、そして一件の謀殺未遂幫助で、謀殺のそれぞれの事件につき終身重懲役に、その他の犯罪につき一五年の重懲役の併合刑に処せられた。

一九四六年一月二日は、すでに、ソビエト軍パトロール隊に逮捕され、一九四七年一月一日には、ソビエト軍事法廷で終身拘禁刑に処せられた。一九五六年には、いわゆる「恩赦されなかった囚人」(Nichamnestier)としてドイツ官憲に引き渡された。同年逮捕され、同年二月九日から未決勾留以後ずっと拘禁されている。一九八二年には仮釈放を申請したが、責任の重大性により否認された。

一九八五年二月七日にふたたび申請され、行刑裁判所は、心理学・精神医学者の鑑定をとった後、仮釈放を命じた。〔決定要旨〕すでに本法廷が、一九八二年一月七日に述べたように、責任は、被有罪判決者の極度に重大であり、一九五六年以来連邦共和告においてその前には一〇年間、ウォルクタ(Workuta)刑務所において、受刑したにもかかわらず、さらに受刑することが必要だと思われた。しかし本法廷の見解によっても、その間に、贖罪の必要性は充たされた。被有罪決定者は、一九四五年五月の終戦以降、数日の例外はあるが、その人生を専ら不自由な状態で過ごしてきた。すなわち、ほぼ四〇年にわたってである。連邦憲法裁判所が述べたように、自由刑の人間の尊厳をもった執行は、次のような場合には、もはや保障されないであろう。すなわち、被有罪判決者に、彼の人格的發展とは無関係に、その自由を、高齢になっても、また、長期の受刑の後に、もう一度要求するという一切の望みを初めから奪われる場合である。それによって、行為者の責任が極めて重大であっても、その年齢、特別の拘禁状況、ならびに重病は、終身自由刑のさらなる執行が必要かどうかの決定にあたって、考慮されるべきである。行刑裁判所とともに、本法廷は、被有罪決定者が自らに課した法外な責任にもかかわらず、終身自由刑のこれ以上の執行はもはや必要ではな

いという見解である」。

次に一九八七年二月一八日フランクフルト上級ラント裁判所<sup>(9)</sup>決定を検討しておこう。

〔事案〕 現在八二歳になる被有罪判決者は、一九六五年八月二〇日に少なくとも四七五件の謀殺、少なくとも六件の謀殺の共同正犯の共同幫助で終身重懲役、および一五年の併合刑に処せられた。一九八三年六月二八日の連邦憲法裁判所の決定を基礎として、被有罪判決者にはしばしば帰休が保障された。一九八四年には開放施設に移された。一九八三年二月一七日にマールブルク・ラント裁判所の行刑裁判所は、責任の特別の重大性をもって、仮釈放を拒否した。しかし、高齢、これまでの受刑期間、健康状態を考慮して、さらに二年の後には釈放が真剣に考慮に値するものと示唆した。これにもとづき、一九八四年六月二六日に、新たに猶予の申請をなした。一九八六年七月八日の決定により、行刑裁判所は、残刑の執行を猶予した。検察官の即時抗告を認める。

〔決定要旨〕 行刑裁判所の見解とは逆に、被有罪判決者の責任の特別の重大性は、終身自由刑のさらなる執行を必要とする。

責任の重大性は、刑法五七条 a による決定にあたって独自に決定されうるものではない。それは、むしろ刑事裁判官の認識を基礎とする。

判決の認定によれば、被有罪判決者の犯罪行為の不法内容および責任内容は、人間の表象力ではほとんど理解しがたい次元に達している。このことは、まず行為の数にもあてはまる。謀殺行為の数のみならず、行為の動機、行為のきっかけ、行為遂行の態様なども、責任の特別の重大性の極端な程度を表している。

自由刑の執行が適正な責任清算の観点のもとでどのくらいの期間続くべきかは、個別事例の問題である。終身刑の

さらなる執行が必要かどうかという問題を検討するにあたっては、年齢と健康状態が特別の考慮に値する。この関係では、被有罪判決者が一九六〇年に逮捕されたときにすでに五六歳であったことを考慮しなければならない。一九六五年に有罪判決を受けたときには六一歳に近く、一五年受刑したときには、——未決勾留を算入して——すでに七一歳であった。この時点までは、仮釈放は法律上でできない。これは、責任の特別の重大性のある場合には、その後の受刑期間にも続く。さもなければ、高齢で有罪とされた犯罪行為者は、不当に特権化されることになる。

(2) 終身刑受刑者の一時帰休

(a) 一時帰休と刑罰目的

さて、この事件の被有罪判決者Bは、上述のように、行刑法一三条一項により帰休の申請をした。この終身自由刑の受刑者の帰休の問題については、行刑法一三条三項に規定がある。そこでは終身自由刑受刑者は、一〇年の最低の受刑の後に初めて帰休をとることができる。ただし、開放処遇に付されている場合には一〇年以前にも帰休されうるとされている。<sup>(48)</sup>ところが、この一三条三項には、具体的・実質的にどのような要件が充足される場合に、一時帰休が認められるのかについては、規定がなく、そもそも帰休が権利かどうかとも争いがある。一般的には、それは、行政官庁の裁量に委ねられているのである。行刑官庁に裁量の余地がある限りで、裁量は、行刑目標および行刑原則の観点で行われるべきであるとされる。<sup>(49)</sup>ここで、一時帰休を決定するにあたって、再社会化とならんで適正な責任清算および贖罪の思想をも全面に押し出す見解も展開されている。この見解は、とくに「内部的な」行刑処分と「外部的効果」をもつ行刑処分との区別を根拠とする。施設内部での内部的行刑処分は、再社会化が全面に出てくるべきなのに対して、刑の執行が中断するのではないとしても、事実上の効果としてはそれに近い一時帰休の場合には、贖罪や責

任清算という刑罰目的も考慮されるべきだというのである。そして、カールスルーエ上級ラント裁判所<sup>(49)</sup>が、とくにこのような見解に立った。しかし、この見解は、学説によって批判されている。とくに、行刑法において刑罰の責任機能および贖罪機能に立ち返る点、および内部的に作用する行刑処分と内部的に作用する行刑処分の間の区別は、法律上の根拠がないからである。<sup>(49)</sup>この決定では、また、有期自由刑と終身自由刑の区別や一般犯罪とナチ犯罪の間の行刑に区別を認めているが、これも法律上の根拠をもたないという批判に晒されている。

(b) 行刑目標とその他の刑罰目的の葛藤

このように、一時帰休に関する規定の適用において、行刑目標のみが考慮されるべきか、または、その他の刑罰目的、とくに責任清算や贖罪の観点も考慮されるべきかが、とくにナチ犯罪者の一時帰休の問題をめぐって学説と判例の間の対立を生んだのであった。この問題について、なお、詳しく検討しておきたい。

さて、一九七七年一月一日から施行された行刑法の二条は、自由刑の執行における「執行目標」(Vollzugsziel)を定め、そこで、執行の二つの任務を掲げている。それは、行為者の再社会化と、それ以上の犯罪行為からの一般社会の保護(保安)である。この目標相互間においては、しかし、具体的な行刑法の個別規定の解釈においても葛藤が生じることが予想される。この目標葛藤は、この再社会化と保安の間にも生じうるが、その他の「目標」との間にも生じうる。すなわち、立法者は、執行の目的としての「贖罪や威嚇」<sup>(49)</sup>は、完全に否定したにもかかわらず、それらと再社会化の間にも葛藤が生じうるのである。この点では、帰休に関する判例が、「法の継続形成」というよりも、むしろ「法の修正的形成」を行っているものと指摘されている。<sup>(50)</sup>

(c) 一時帰休をめぐる判例

ところで、ナチ犯罪者の帰休の申請に対して判断を下した最初の判例は、先に紹介した一九七七年一月二五日のカールスルーエ上級ラント裁判所の決定<sup>(50)</sup>である。ここでは、行刑官庁の裁量においては、実行された行為の大きな不法内容と責任の程度をも考慮しなければならないとされ、一六年の受刑後の帰休請求も却下された。ここでは、次のようにいう。「再社会化理念は、正しく理解された」とすると、実体刑法において支配的な責任思想、およびそれに相応する適正な責任清算および贖罪の刑罰目的とは架橋できないほど矛盾するわけではない」。そして、とくに「その実質的な影響によって、たんなる内部的な行刑の形成を越えて、行刑の存続そのものに触れる処分が問題になるならば、刑罰が、実行された不法に対する贖罪にも適正な責任清算にも役立つべきであるという思想はより強く前面に出てくる<sup>(51)</sup>」というのである。終身刑においては、とくに適正な責任清算の思想が重要性をもつのであるが、「このことは、申請者がそのグループに属するあの終身自由刑に処せられたナチ権力犯罪者の行為者グループに妥当する」。これらの人々は、外部的には刑罰とは無関係な生活を送っているから再社会化の必要はないのである。このカールスルーエ上級ラント裁判所の見解に対しては、学説からの激しい批判がある<sup>(52)</sup>。とくにカール・ペータースは、「終身自由刑に処せられた者のグループの内部での区別は、行刑法においては根拠はない。あらゆる有罪者に立法者は刑事政策的根拠から<sup>(53)</sup>行刑の段階における純粹に特別予防的な根拠を基準としたのであり、ナチ犯罪者もそこから排斥されるわけではない<sup>(54)</sup>」という。内部的行刑処分と外部的行政処分の区別についても、同様に法律上の根拠がないと批判している。

フランクフルト上級ラント裁判所、ハム上級ラント裁判所などの同様の判例<sup>(55)</sup>が続いたあと、一九八三年に、先に紹介したBの連邦憲法裁判所への憲法訴訟に対する判断<sup>(56)</sup>が出たのであった。

さて、この事案の経過は以下の通りである。まず、行刑裁判所は、帰休の申請を否決した。これに対して、ヘッセ州の司法大臣が抗告を申し立てたが、これは成功した。フランクフルト上級ラント裁判所が、一九七九年三月五日の決定で行刑裁判所の判断を破棄し、事件をBの責任の重大性について認定するために、行刑裁判所に差し戻した。一九八〇年一月三〇日の決定により、行刑裁判所は、あらためて、Bに一〇日の帰休を保障する義務を課した。ヘッセ州の司法大臣の抗告によりフランクフルト上級ラント裁判所は、一九八〇年四月二日に行刑裁判所のこの決定を破棄した。<sup>(507)</sup> 連邦憲法裁判所は、この上級ラント裁判所の決定を破棄した。<sup>(508)</sup>

〔決定要旨〕 行刑官庁の長は、決定的に、その責任の特別の重大性が、現在のところ帰休の保障を妨げるという考慮からBの帰休を否定した。なぜなら殊に拘禁からの仮釈放が行われるのかどうか、いつ行われるのかがわからないからである。上級ラント裁判所はここに裁量の瑕疵を認めない。裁判所は、それは、再社会化の要請からも、帰休の保障に関する決定がもつぱら再社会化の観点のもとで行われるという帰休制度の意義と目的からも行われず、別の、刑罰の目的と結びついた観点、とくに受刑者の責任の程度と、その関係での仮釈放の問題が、むしろ責任清算と贖罪という刑罰目的は、行刑の開始とともにその意義を失ったのではないということから出発されるべきである。極めて重大な不法内容および責任内容をもつ行為の場合には、法共同体への再編入は、極めて長期の自由刑の受刑によって初めて可能となる責任の清算を前提とする。終身自由刑受刑者に対する行刑法二三条三項の特別の規定は、一〇年の最低受刑期間のうちに初めてこのような人々の帰休を許すものとするのであるが、終身自由刑に処せられた者が適正な責任清算と贖罪の観点のもとで刑の中断なき執行がかなり長い期間にわたり必要であるほど重い責任を負っているという考慮をも表している。

法律のこの解釈には憲法上の疑義はない。(a) 基本法の恣意の禁止は、責任の特別の重大性を考慮することにより侵害されるものではない。(b) 行刑法一三条の帰休の保障における責任の重大性の考慮は、憲法に基礎をおく受刑者の再社会化の思想と調和する。

上級ラント裁判所は、Bの年齢と健康状態に、行刑法一三条によって行われるべき裁量決定に対して原則的に一切の意義を否定した。このことは、基本法一条一項との結びつきで基本法二条一項から演繹される個々の事案のすべての本質的な事情を考慮せよという要請と調和しない。

基本法一条一項に照らして、まさに高齢の受刑者にとっては、自由に生きる者の共同体への適正な社会的再編入のチャンスに関して、帰休の考慮が特別の重要性をもつのである。

このようにして、連邦憲法裁判所は、拘禁からの帰休の保障に関する判断にあたって行為責任の重大性をも考慮するというこの解釈を、「憲法上は異議を唱えられない」とし、再社会化という憲法に根拠をもつ思想からは、受刑者の年齢とその健康状態が帰休許可の判断において考察外にとどめられてはならないとしたのである。<sup>(30)</sup> 連邦裁判所の見解によれば、したがって、刑罰と執行の「ほころび」を繕うためには、他の刑罰目的を考慮することは、しかも憲法上の要請であると解釈されうるのである。<sup>(31)</sup>

#### (d) 拡大解釈と立法の動き

その上、ナチ犯罪者に対するこのような解釈が、他の犯罪者にも拡大される傾向が指摘されている。<sup>(31)</sup> つまり、ラント司法行政や上級ラント裁判所は、その後、その他の刑罰目的を考慮することを正当化するため、この連邦憲法裁判所の判例を援用し、この見解をナチ犯罪者からその他の終身自由刑受刑者や有期刑受刑者にも推し及ぼしていった。

のみならず、このような一般的な刑罰目的は、帰休の決定の場合のみならず、開放施設への移送、執行の緩和に関する決定にも重要な役割を果たすようになった。そのような刑罰目的としては、責任清算、贖罪のほか、一般予防（法秩序の擁護）が挙げられる。

判例は、このように重い犯罪については、行刑においても、一般的な刑罰目的を含めるという傾向にあり、学説は、これを厳しく批判しているという状況である。シエヒによれば、しかし、従来この問題につき詳しい見解を表明したのは、全部で一九の上級ラント裁判所のうち、五つのみであり、残りは学説の通説と同じ見解を採っているとされる<sup>(52)</sup>。したがって、帰休や行刑の緩和を否決する際に「責任の重大性」と「法秩序の擁護」を立法において規定しようとする動きにつながってきている。すでに一九八五年には、バーデン・ヴュルテンベルクでは、行刑の緩和や帰休の決定にあたって、「責任の重大性ならびに自由刑の言渡しをもって追及される諸目的」が考慮されるべきだとする行政実務上の命令が出されていた<sup>(53)</sup>というが、一九八七年には、バイエルンおよびベルリンにおいてこの方向での立法提案がなされている<sup>(54)</sup>。この動きは、しかし、一九八七年六月の司法大臣会議において論議された後、沙汰止みになったとされている。おそらく、その年の五月の、ドイツ・オーストリア・スイス刑法学者大会での「一〇年の実務において実証された行刑法の目的を、再社会化から古い応報・贖罪行刑の方向へと逆行させる傾向」に対する共同の反対声明<sup>(55)</sup>が意味をもったのであろう。

(e) まとめ

以上において、謀殺罪によって終身自由刑に処せられた者の仮釈放の問題および刑務所からの一時帰休の問題を採り上げたが、「責任の特別の重大性」という行為責任と、他方で社会復帰という行刑目的の理念上の対立は、ナチ犯



罪者の高齢化によって、死ぬまでに自由をふたたび獲得しようという希望を与えるという人間の尊厳の保障の問題のみならず、再社会化目的に役立つとされる一時帰休制度や行刑の緩和の具体的判断の問題として集中的に現れてきている。終身自由刑受刑者の仮釈放は、大半は、否定されている状況にあるが、これを肯定する判例も現れ初めている。ナチ犯罪者の高齢化の観点と、多数の謀殺を實行したという責任の重大性が、ここで現実的に対立させられているのであるが、判決理由に挙がっていないとしても、仮釈放を否決する裁判所の判断の背後にはナチ犯罪者の処遇に対する近隣諸国の国際的監視の眼を配慮した政治的判断が存在するという側面をも払拭できないのではないだろうか。いずれにせよ、ナチ犯罪者の処遇が、再社会化行刑を標榜するドイツ行刑法実務にも深刻な影響を及ぼしているのである。

(47) 『レベド・リベラ』 vgl. Ute Revel, Anwendungsprobleme der Schuldschwererklausel des § 57a StGB, 1989, S. 1, S. 21.

(47a) Vgl. Callies/Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, 2. Aufl., 1979, Rdnr. 17 zu § 13.

(48) Opitz, a. a. O., S. 203ff. 本稿(4)四一巻二一六〇頁以下参照。

(49) BVerfGE 45, 187. (本章第七節②九四頁以下参照)

(48) 『レベド・リベラ』 vgl. Beckmann, Die Aussetzung des Strafrestes bei lebenslanger Freiheitsstrafe, NJW 1983, S. 537ff.; Kunert, Gerichtliche Aussetzung des Strafrestes der lebenslangen Freiheitsstrafe kraft Gesetzes, NSiZ 1982, S. 89; Stree, Das Merkmal der besonders schweren Schuld im Rahmen des § 57a StGB, NSiZ 1983, S. 289; Lenzen, Die besondere Schwere der Schuld i. S. des § 57 a StGB in der Bewertung durch die Oberlandesgerichte, NSiZ 1983, S. 543ff.; Müller-Dietz, Der Versagungsgrund der Schuldschwere nach § 57 a I Nr. 2 StGB, Strafverteidiger 1983, S. 162ff.; ders., Mord, lebenslange Freiheitsstrafe und bedingte Entlassung, Jura 1983, S. 568 ff., 628 ff.

(49) Vgl. vor allem Beckmann, NJW 1983, S. 537 ff. 444ff. 『レベド・リベラ』 Vgl. auch Revel, a. a. O., S. 6 ff.

(49a) Beckmann, NJW 1983, S. 542.

(49b) BT-Drucksache 8/3218, S. 7.

- (484) Vgl. Stree, NStZ 1983, S. 289; ders., in: Stree/Schönke/Schröder, StGB 23. Aufl., Rdnr. 4 zu § 57a
- (485) Stree, in: Stree/Schönke/Schröder, StGB, Rdnr. 4 zu § 57a
- (486<sup>a</sup>) BT-Dr. 9/655, S. 2; Revel, a. a. O., S. 149.
- (486<sup>b</sup>) Revel, a. a. O., S. 149; Vgl. Bubhoff, JR 1982, S. 443.
- (486<sup>c</sup>) BT-Dr. 8/3218, S. 7
- (486<sup>d</sup>) Revel, a. a. O., S. 67
- (486<sup>e</sup>) OLG Nürnberg NStZ 1983, S. 319. 女性は、そのほかに、終身自由刑受刑者の仮釈放に関する判例として、OLG Celle Beschluss v. 15. 2. 1983, Strafverteidiger 1983, S. 156; OLG Hamburg, Beschluss v. 6. 10. 1983, MDR 1984, S. 163. 女性は、*そのほかに、* 裁判官の決定により、OLG Düsseldorf, Beschluss v. 18. 5. 1990, NStZ 1990, S. 509.
- (487) OLG Hamm NStZ 1983, S. 318.
- (488) Vgl. Müller-Dietz, Strafverteidiger 1983, S. 166; Stree, NStZ 1983, S. 291. *そのほかに、* ケーン・トリン 刑法国大条「*仮釈放の際に、一般予防的観点から、その規定に違反するもの*」。
- (489) Kunert, NStZ 1982, S. 510f.; Stree, NStZ 1983, S. 289f.; Lenzen, NStZ 1983, S. 543f.; Müller-Dietz, Strafvert. 1983, 162, 164; Revel, a. a. O., S. 38.
- (489<sup>a</sup>) Revel, a. a. O., S. 70 ff., 77f., 145.
- (490) OLG Karlsruhe NStZ 1983, S. 74.
- (491) OLG Frankfurt NJW 1986, S. 598.
- (492) BVerfG NJW 1986, 2241 = Strafverteidiger 1986, 485.
- (493) OLG Hamm NStZ 1986, S. 315.
- (494) OLG Frankfurt NStZ 1987, S. 329.
- (495) Vgl. Kaiser/Kerner/Schöck, Strafvollzug 4. Aufl., 1991, S. 129.
- (496) Vgl. Callies/Müller-Dietz, a. a. O., § 13 Rdnr. 17.
- (497) Beschluss des OLG Karlsruhe, JR 1978, 213ff. 事案は、一人に対する八件の謀殺と少なくとも一万八千九百人の人对す

る一事件の謀殺幫助で、一九六六年七月一日に終身自由刑に処せられた者の帰休申請に関するものである。

- (49) Callies/Müller-Dietz, a. a. O., § 13 Rdnr. 17.
- (49) 行刑における責任の意義については、vgl. Schüller-Springorum, Tatschuld im Strafvollzug, in: Jenseits des Funktionalismus, Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, S. 63ff.
- (50) Kaiser/Kerner/Schöck, a. a. O., S. 74.
- (50) OLG Karlsruhe JR 1978, 213.
- (50) JR 1978, S. 215.
- (50) については、vgl. Alexande Böhlm, Vollzugslockerungen und offener Vollzug zwischen Strafzwecken und Vollzugszielen, NStZ 1986, S. 204f; 494f; 500f; Kaiser, NStZ 1983, S. 142; Müller-Dietz, JR 1984, S. 353ff. 464f.
- (50) Peters, Beurlaubung von zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten, JR 1978, S. 179.
- (50) OLG Hamm Beschluß v. 12. 6. 1981, MDR 1981, 1044 = ZfStVo 1980, 122; NStZ 1981, S. 495.
- (50) BVerfG, Beschl. v. 28. 6. 1983, NStZ 1983, S. 476.
- (50) OLG Frankfurt, Beschluß v. 22. 4. 1980, NStZ 1981, 157. 決定は、行刑法二三条による帰休は、原則として、受刑者の健康状態を改善する任務をもつものではないとして、それは、拘禁無能力による行刑の中断の代替措置ではないとする。ただし、帰休の保障が申請者の心筋梗塞を明らかに持続的に現象させる唯一の可能性である場合は別であるとする。
- (50) この連邦憲法裁判所の決定の対象となった事案は、この他にもう一件ある。それは、七九歳の非有罪決定者の事案であり、一万三千四百四十九件の謀殺の共同正犯などによって一九七〇年にミュンヘン・ラント裁判所IIによって終身自由刑に処せられた者により、受刑していたが、五日間の帰休を願ったものである。
- (50) Kaiser/Kerner/Schöck, a. a. O., S. 74.
- (50) Kaiser/Kerner/Schöck, a. a. O., S. 75.
- (51) Kaiser/Kerner/Schöck, a. a. O., S. 75.
- (51) Kaiser/Kerner/Schöck, a. a. O., S. 76.
- (51) AV des JM Bad. - Württ. vom 5. 2. 1985 (4511—VI/6 und 4516—VI/11)

(514) Vgl. Kaiser/Kerner/Schöch, a. a. O., S. 76.

(515) Vgl. dazu Schüller-Springorum, a. a. O., 63.

### 第一〇節 ナチ犯罪と訴訟実務上の諸問題

#### (1) ナチ犯罪追及における訴訟法上の困難

ナチ犯罪の公訴時効の問題については、すでに第四章で論じたが、その他の訴訟法上の論点としては、とくに捜査および立証の困難性の問題が指摘されている。もっとも、ここでは、刑事訴訟法の法理論的論点は論議されていないように思われるので、前章までの刑法理論上の論点の取り扱い方とは、異なり、むしろ、ナチ犯罪手続における実務上の問題点を論じることになる。さて、捜査の困難性については、犯罪行為や行為者に関する記録の調査、行為者の探索の問題、立証の困難性の問題には、書証の問題、証人の確保とその証言による立証の問題などがあり、さらに、巨大な犯罪複合をどのようにして、つまり、全体を一挙に起訴するか、あるいは、部分的複合を切り離して起訴するかといった問題がある。また、長期裁判の問題があり、そのほか、とくに、ナチ犯罪者の高齢化とともにますます顕在化してきたナチ犯罪者の公判能力の問題が重要である。

この訴訟上の問題点については、幾つか論じた文献はあるが、実体法上の問題点と比べて、それほど詳しくは議論されていない。むしろ、ここでは、ルートヴィヒ・ヒスブルク・センターの所長であったアドルベルト・リュッケアルの、検察官としてのナチ犯罪訴訟の捜査上の問題点をまとめて叙述したものが、もっとも詳しいといえる。そこで、リュッケアルの書いたもの<sup>(516)</sup>を中心として、訴訟法上の問題点を指摘しておこう。

ところで、ナチ犯罪追及側にとっては、ナチ犯罪の立証の問題が最重要課題であることはいうまでもないが、立証の困難は、何といってもナチ犯罪の特殊性に由来するものである。それについては、すでに論じたが、ここでも、リュッケアルが強調しているその特殊性をもう一度確認しておこう。それは、ナチ犯罪が、準行政的権力犯罪であるということである。リュッケアルは、次のようにいう。「ナチ犯罪は、通常の犯罪とは、まずもって、それにあつては、後者と違って、個人的な動機から発して、責任を完全に意識して行われる個人の他の個人に対する犯罪が問題ではないことによつて、異なる。ナチ犯罪者は、——外見からすれば個人的な行為者だと見えるような場合でも——意識的・無意識的に、……ナチの指導の目的設定の枠内で、あるいはそれと一致して、行動したのである。明白に過剰行為と評価されうる事件を除けば、ナチ犯罪にあつては、原則として、その点で全く機能的な国家的運営によつて細目に至るまで計画され、そしてそれに服する執行機関によつて計画に添つて執行される大量殺人、つまり、しばしば場所的・時間的に分離されて行われる個別行為から構成されるのであるが、その間には何らかの方法で多かれ少なかれ密接な物的・人的関係のある大量殺人と関係している。とくに伝統的な個人の犯罪と準行政的犯罪とのこの差から、警察、検察および裁判所がナチ犯罪を検挙し処罰するにあつて今日まで直面する困難が生じるのである」<sup>(517)</sup>。

(2) ナチ犯罪の捜査と認定の困難性

① 捜査方法の展開過程

リュッケアルによれば、ナチ犯罪とナチ犯罪者の捜査については、次のような展開過程をたどつた<sup>(518)</sup>。まず、一九五九年に、ロードヴィッヒスブルク・センターが設けられ、それによつてナチ犯罪のシステムティックな解明がなされ

るまでは、何らかの方法で、つまり私人の告発によろうと、別の調査との関連であろうと、容疑者に辿りついた場合にのみ、刑事捜査手続が開始された。戦後何年かが経っていたにすぎなかったのも、証人は、その当時すでに存在していた被害者の組織によって大抵はあまり大きな困難なく発見された。とくに、行為の時にその被害者やその生き残った苦難をもにした仲間や親戚に眼前で対面したことがある、あるいは、人が、その名前を当時聞き知った、または、その当時から経過した時間が短いことによってまだ正確に思い出すことができた人物が被疑者だったからである。

一九五九年以降、従来まだ刑法上把握されていなかった行為や、まだ知られておらず、または発覚していなかった行為者に調査対象が拡張された。<sup>(519)</sup>ここでは、捜査の端緒となるような示唆は、当時はまだそんなに分厚くなかった関係書類から、あるいは、これとは逆にまだ多く存在したいわゆる強制収容所文学のコレクションから得ることができたのである。しかしながら、直接犯罪に加功した者を発見するだけではなく、さらに間接的関与者までできるだけ完全に把握するのは、困難なことであった。

② 予備捜査手続の端緒

かくして、ナチ犯罪の刑事訴追の端緒は、一般的に言えば、まず、①文献における示唆、次に、②記録、例えば、ニュルンベルク裁判の記録、さらに、③すでに係属中の他の手続からの示唆、から得られる。<sup>(520)</sup>予備捜査は、これらの資料に書かれた事実を検討し、適切な証拠によって基礎固めをし、または検証することから始まる。調査の開始時から、犯罪複合の種類と規模が明らかになるような文書による資料があった事案は少ない。つまり、ある特定の人物に対して行われた刑事訴訟における間隙なき立証にとって、この記録が十分であったことはない。なぜなら、行為時に

おいてすら、内部執務上の文書交換において客観的に多義的な暗号を使っていたからである。手続の次の段階において入手できない必要な書証を入手することは、初めは、著しく困難であった。西側諸国の公文書館に対しては、一九六〇年代はじめから、よい関係ができた。共産圏諸国にある公文書館については、検察やルートヴィヒ・センターに、一九六四年末頃から、そこに存在する膨大な記録を利用する可能性が連邦政府によって認められた。<sup>(22)</sup>

大きな強制収容所や強制労働施設において実行された犯罪に関しては、戦後作られたナチ政府の元の被害者の団体、とくにいわゆる収容所協会に、犯罪の目撃証人として考察にのぼる人物の住所を紹介するという可能性があった。<sup>(23)</sup> ナチ犯罪複合をなす歴史的事実の確認には、その後の捜査段階で出てきた問題と比較して、大きな困難があったといえない。犯罪の現場近くに住んでいた者については、大概の場合、何カ月かで探し出すことができた。当時、今日のドイツ連邦共和国の外に住んでいたドイツ人については、故郷の役場や戸籍係に照会した。その他の場合には、フライブルクの軍事公文書館に照会した。

### ③ 組織的権力犯罪における犯罪と犯罪者の認定

さて、リュッケアルは、ナチ犯罪が組織的犯罪であり、しかも、同じ命令に基づいて行為地が各地に分かれる犯罪複合体である点に、独自の困難を見いだしている。つまり、同時に刑事訴上処理されるべき行為複合を見つけ出して、これを水平方向にも垂直方向にも、これとは別に訴追されるべき事件と区別することが困難であるとする。<sup>(24)</sup>

リュッケアルによれば、上に向かう垂直方向の区別は、つまりある犯罪に間接的に命令者として、または命令伝達者として関与した上位にくる地位を占める者に対して、分離独立した刑事訴追のために手続を分離することは、あらゆるそこから生じうる実務上の困難にもかかわらず、下に向かってまだ刑事訴追に引き込まれうる末梢な関与者の限

界がどこに引かれるべきかという問題に答えるのと比べて、比較的問題がないように思われたという。なぜなら、ドイツ刑法において支配的な条件説によれば、その条件を取り除いて考えたときに結果が発生していなかったであろうという事情はすべて原因であるからである。ナチ犯罪の実務にこれを適用すると、例えば、次のことを意味する。駅長または踏み切り番が、その職務指令に従って、その駅またはその区間を走る列車に、自由に通行できるようにしたが、その際、その列車が抹殺収容所に人々を輸送するものであることを知っていたという場合、この駅長または踏み切り番は、これらの人々の死を引き起こしたものであり、厳密に言えば、これは謀殺の幫助である。この種の事件の核心から遠く離れた関与行為を謀殺幫助として訴追することは、検察官にはほとんど期待されていないであろう。しかし、もう少し近いところにいる、例えば、射殺現場で見張っていた者や、処刑場を立ち入り禁止とした人員はどうであろうか。これらの人々は、被害者を命令に従って殺した「小さな発砲者」(Kleiner Schütze)とは、異なつて取り扱われなければならないのであろうか。<sup>(3)</sup>

かくして、このように、リュッケアルは、組織犯罪における垂直の関係での関与者の範囲と水平方向への関与者の関与を、実務上、どこまでを起訴すべきなのか、困難な問題であるとしているのである。

### (3) 立証の困難

さて、このような事情のもとで、個々の行為関与者に関しては、ナチ犯罪訴訟における証拠状況はどのように評価されるべきか。ナチ犯罪は、今日、——終戦から三八年、犯罪が行われてから四〇年以上も経ったあとで——<sup>(4)</sup>行為者の有罪が、客観的な点でも主観的な点でも可能であるところまで、<sup>(5)</sup>解明されうるのだろうか。リュッケアルは、ナチ裁判において、犯罪の立証にまつわる論点を挙げて論じている。そこでは、とくに次のような事情を挙げている。



① 刑事訴訟法における最も説得力のある証拠手段は、被告人の自白であるが、何一〇年も経った後には、自白する被疑者・被告人はいなくなった。というのは、これらの者がお互いに連絡をとりあって、口裏を合わせて、それぞれの訴訟経験を伝達しあっているからである。ナチ体制の下っぱ達は、もはや、再社会化したのであって、自白する必要はないと考えているのである。捜査手続や刑事手続に巻き込まれた人々を援助する組織があったことも指摘されている。<sup>(527)</sup>一九六七年夏に、秩序警察の元の将校によって経営された相談所が発見されたことがある。組織者は、法律相談の濫用によって責任を問われた。一九六九年には、保安参謀本部の元の著名な所属員が、ナチ裁判に引き込まれた者に対する「答弁援助」組織を作ろうとしたことが知られた。<sup>(528)</sup>この試みは、発覚した時点では、計画の段階をすでに越えていたという。この機会に押収された多数の資料は、コンタクトをとるべき人物や元のナチ組織の所属員の会やそのシンパへの接触方法について多数の示唆を含んでいた。このようなグループによって助言されている人々は、かれらの元の上司、協力者または同僚の誰が死亡したか、または少なくとも死亡したものと考えてよいかについて、よく情報を与えられており、かれらは、犯行のあったことそのもの、そして犯行現場にかれらがいたことを、存在する証拠からみると成功の見込みをもって否定できない場合にも、少なくとも直接の犯行への関与を、死亡した者に押しつけることができるのである。

② もはや現場検証ができないため、陪審裁判所は、實際上、供述証拠と書証によってのみ判断を下すことができることが多い。どちらの証拠に重点が置かれるかは、被疑者・被告人がどの行為者類型に属するかにかかっている。<sup>(529)</sup>ナチ犯罪者は、通常、二つのグループに大別できる。ひとつは、命令者および命令仲介者のグループであり、今日、「机上犯罪者」と俗称されているものである。他のグループは、「犯行に近接する行為者」と総称されるものであつ

て、処刑現場での射撃手、強制収容所や抹殺収容所の看守、ガスマの運転手などがこれに属する。要するに被害者と面と向き合った者である。この両グループにつき、証拠の状況は、異なる。机上犯罪者は、被害者や部下にはその名前も容貌も知られない。この場合の証人は、命令の出された「机」の近くにいた者であるから、本人自身が被疑者になる可能性があり、自ら、被告人によって不利な証言をされることを恐れている。従って、机上犯人は、記録の助けをもってのみ犯行を認めさせることができる。これに反して、いわゆる犯行に近接する行為者の場合には記録にその名前が記載されていることもほとんどないのであるから、証人の証言によって、立証される<sup>(530)</sup>。

③ 一九六五年以降検察庁とセンターによって、ナチ犯罪に関する内外のあらゆる文書による証拠が集められたため、記録資料は膨大なものとなった。一九八一年一月一日現在で、ルードヴィッヒスブルク・センターには、ほぼ五二万四千枚の記録のコピーがあった<sup>(531)</sup>。このオリジナルは、圧倒的に外国の公文書館から探し出されたものである。記録は、約一三万八千枚のカードからなる事項索引カタログとして、約二千のキーワードを付されている。外国の公文書館にあるドキュメントのコピーは、大部分、アメリカ、ソビエト、フランスおよびチェコに由来するものである。約八万枚のコピーの主要部分は、ポーランド・ナチ犯罪調査主要委員会によって用立てられた。

証拠の価値を段階づけると、記録が最も重要である。ドイツの公文書館の記録は、ほとんど調査されたが、近年、外国からドイツの管轄検察庁に送られて来ない日はないほどである。すでにニュルンベルク裁判の時に、そのような記録には変造されたものが多いという噂が根強かったが、今日も、このような不信は完全には払拭されていない<sup>(532)</sup>。

④ 証人については、絶対的に客観的な、すなわち、独立した、予断なき証人はいない。証人の証言の客観的真實性を判断するのが、依然として裁判所の最も困難な課題である<sup>(533)</sup>。ナチ犯罪の場合には、「中立の」証人がいないのであ

るから、これはいっそう困難である。謀殺行動の多数は、当時厳格な秘密保持の上で無関係な者を排除して行われた。行為者の側に立つ圧倒的に多数の証人は、自分が巻き込まれるのを恐れるだけでなく、その当時の記憶を消してしまいたいと考えており、もはや思い出せないという。

犯行時に被害者の側に立っていた証人の証言についても批判的に検討しなければならない。そのような証人達が、真実の証言をしようと真摯に努力しているとしても、誤判の可能性は高い。ますます大きくなっていく犯行と証人尋問の間の時間的間隔は、高齢化と大きな時間的間隔は、記憶の喪失と同じであるという見解と結びついて、今日、多くの訴訟観察者などの証人の記憶能力に対する疑問を招来させている。とくに証人が、これまでその精神的平穩を再び獲得するためにあの忘まわしい出来事を記憶から消し去りたいと努力し、今ふたたびその意識の淵から明るみに引き出すことを強要され、その際、ほとんど必然的に記憶の間隙をファンタジーによって補填する危険がともなうことが認められる場合に、このことは、あてはまる。<sup>(53)</sup>

立証は、原則的には唯一の証人によっても可能である。ナチ犯罪裁判のように行為がすでに何年も前に遡り、しかも証人の証言の客観的眞実内容が疑問視されうる特別の事情が存在する場合には、この唯一の目撃証人の証言は、しかるべき高い要件を充足しなければならない。

⑤ その他、リュッケアルは、様々の鑑定人についても論じているが、もとより、心理学・精神医学者による証人の記憶力の鑑定のみならず、例えば、命令緊急避難に関する現代史学者の鑑定も頻繁であり、さらに、素人裁判官が関与する場合には、歴史的背景に関する鑑定も有益であったという。<sup>(55)</sup> 例えば、フランクフルト・アウシュヴィッツ裁判の初期におけるミュンヘンの現代史研究所員による、後に「SS国家の解剖学」と題して公刊された鑑定が有名であ

1962年	3.6年	1972年	8.3年
1963年	4.5年	1973年	9.4年
1964年	4.8年	1974年	9.1年
1965年	5.4年	1975年	11.7年
1966年	6.1年	1976年	9.4年
1967年	6.1年	1977年	16.8年
1968年	7.4年	1978年	12.0年
1969年	7.4年	1979年	13.1年
1970年	7.6年	1980年	13.0年
1971年	8.2年	1981年	13.0年

る。

(4) 長期裁判

他の刑事訴訟と比較してナチ犯罪訴訟は、非常な長期裁判となりがちである、司法機関が非難されることがあるが、この訴訟遅延には様々な理由がある。<sup>(37)</sup> 大抵の場合、まず初めに、センターにおいて「未知の人物」に対して予備捜査が行われなければならない。次に、何か月も、場合によっては何年もの調査の結果、大きな犯罪複合体（例えば、出撃隊、絶滅収容所における犯罪）内で実行された犯罪行為につき、一人の又は多数の容疑者を発見したとき、行為者の住所に管轄ある検察庁に事件を送致する。

容疑者の捜査の困難性とその居所の確定の困難性のほかに証人の確定の困難性もこれに加わる。そして公判の長さは、本質的に尋問されるべき証人の数に依存する。<sup>(38)</sup> 経験によれば、一日、二人の証人尋問が精一杯だという。外国人の証人がドイツ連邦共和国の裁判所の公判に出頭するのを拒否したときには、そのような場合にどのようにして有効な証言を得られるかにつき決定しなければならない。つまり、外国にいる証人は、裁判所の受託構成員によって―検察官と弁護人の立ち合いのもとに―尋問され、調書を公判で読み上げられるべきか、判決作成に加わる全員が、個人的に証人の直接の印象を得ることが必要か。とくに重要な証人や、判決が唯一、目撃証人の証言に依存しているような場合は、全員の直接の聴取が不可欠であろう。

しばしば被告人は、三五年、四〇年も昔の二〇歳前後に行った殺人行為のゆえに法廷に立つ。裁判所は、そのよう

な事件において、被告人が成人刑法によるか少年刑法によって判決されるべきかを検討しなければならない。<sup>(539)</sup> 謀殺既遂は終身刑である。少年法によると同じ犯罪につき長期一〇年の自由刑となる。裁判所は、被告人席にすわっている五五歳から六〇歳の男を、四〇年も前の当時の道徳的・精神的發達に應じて、少年だと、または成人だとみなさなければならぬ。

手続の平均的長さは、刑事訴追官庁が初めて活動を起こして以降から計算して、センターに存在する書類によれば、第一審判決で終結したナチ裁判の場合、前頁の表のようになる。<sup>(540)</sup>

この統計を評価するにあたっては、六〇年代の前半に開始された手続の多くのものにおいて、捜査は、この当時、重要な外国の公文書館にあった記録がまだ入手されていなかったために、進捗しなかったことを考慮に入れなければならない。目的的で効果的な捜査は、檢察長が一九六七年からおよそ一九七〇年の間に大規模にそのような文書による証拠資料が手に入ったときに初めて行うことができたのである。<sup>(541)</sup>

#### (5) 訴訟遅延の理由

それでは、なぜナチ犯罪訴訟は、このように長い期間を要したのか。時には、とくに東側の出版物においては、ドイツの檢察機關が、行為者を刑罰から逃れさせるために、ナチ犯罪裁判を意図的に遅らせているという主張が行われたことがあった。<sup>(542)</sup> この点については、さておくとしても、リュッケアルによれば、捜査が困難であったとしても、もし担当官がもっとイニシアティブと機敏性を發揮していたならば、幾つかの訴訟は、もっと短期間で終結したであろうということは否定できない。「大きな訴訟複合の場合、私は、事実のできるだけ包括的な説明および全行為者範囲の認定に対する努力をしたことによって、訴訟期間の短縮化が実現されえたかどうかを疑問に思っている」<sup>(543)</sup>。幾つか

の根拠が、一つの大きな裁判から、訴追に熟した行為複合を分離して、選んで裁判所に持ち出すことに賛成したかも知れないであろう。こうしていたならば、確実に、この部分複合に関して、手続の短縮に導いていたであろう。しかし、そうしていたならば、異なった場所のそれぞれに異なった裁判所が実際には同一の複合と取り組まなければならなかったであろう。証人は、何度も同じ事実について聴取されなければならなかったであろうし、同じ目的で、あちらこちらに旅し、また、裁判所も、一人の証人に事情聴取するために外国に、次々に出かけなければならなかったであろう。様々の手続における被告人達が、互いにかばいあおうとすることもできたであろう。行為複合が個々の手続において目的合理的に文意されるか、または、時間のかかる集合手続において取り扱われるべきかという問題は、一般的には答えられないものである。

(6) 公判能力の問題

刑事被告人は、訴追可能でなければ、公判を続行できない。例えば、被告人が死亡した場合には、訴訟障害が発生したことになり、打ち切り決定がなくとも手続は、自動的に終了する。公判能力が欠けた場合も、訴追可能性がなくなくなる。公判能力とは、「被疑者被告人がその利益を合理的に主張し、その権利を擁護し、その弁護を分別をもって理解可能なように遂行できる」被疑者・被告人の能力であるとされる。<sup>(54)</sup> この概念は、民事訴訟における訴訟能力とは全く同一ではなく、民法上の法律行為能力がなくとも存在しえ、また、責任能力があっても自殺未遂があればなくなることもあるのである。公判の遂行が被告人の生命を脅かし、それによって回復不可能な健康障害が生じるという場合には、手続が打ち切られる。一時的に公判能力がなくなった場合には、裁判所は、暫定的に手続を中止する。公判能力の回復が予想できない場合には、手続は、最終的に打ち切られる。

さて、このように、ナチ犯罪において、被疑者・被告人が医師によって公判無能力とされた場合、これらの者は、法廷に立たず、<sup>(56)</sup>またはすでに開始された公判が中止されなければならない。あるいはまた、同じ理由から、連邦裁判所によって第一審の判決が破棄されたあと、陪審裁判所による新たな公判がもはや遂行できなくなる。リュッケアルによれば、そのような公式の医師の公判無能力の証明書が、裁判所によって何の検討もせず、受け入れられているという印象があたえられているが、それは、誤りである。多くの事件において裁判所は、その他の医師の鑑定を取り寄せ、または短い間隔をおいて繰り返し新たな公式の医師による検査を行うのである。

一例を挙げると、一九七四年ミュンヘンの陪審裁判所は、当時六七歳の、ユダヤ人の女性や子供を殺害した罪で基礎された元保安警察およびSDの出撃部隊一〇aの指導者に対する手続を、公式の医師によって認定された公判無能力のために、暫定的に中止せざるを得なくなった。一九七九年になってもう一度行われた公式の医師の検査は、その公判能力が蘇っていることを明らかにした。そこで、七二歳になった被告人が勾留され、一九八〇年に一〇年の自由刑に処せられた。<sup>(56)</sup>

健康上の理由で「公判能力」が否定されたこともあった。ポーランドとソビエトにおける大量殺戮の主謀者の一人で、ライヒ保安主要局長、SSオーバークルツペンフューラーのブルノ・シュトレッケンバッハは、ソ連で二五年の強制労働に処せられたが、一九五五年にドイツ連邦共和国に移送された。ハンブルクの司法官庁は、一九五七年に初めて捜査を開始したが、手続を打ち切った。しかし、一九六一年には国際的な抗議にあつて捜査を再開した。シュトレッケンバッハは拘禁されたが、四カ月のちに拘禁免除を受けた。検察官は改めて捜査し、一人の検察官が一〇〇名以上の証人を尋問し、三万枚の書類を作成した。一九七〇年から一九七三年まで裁判所の予備調査があり、シュ

レッケンバッハが少なくとも百万人の命を奪ったという内容の五一二頁にわたる起訴状が完成したとき、七二歳になつた被告人は病氣だと主張した。彼は、冠不全と循環器衰弱だといふのである。ハンブルクの病院の医師は、「案件付」の公判能力のみを認めた。すなわち、公判を日に何回も中断しなければならぬといふのである。ハンブルク・ラント裁判所の第七第法廷は、そのような訴訟は、被告人の人間の尊厳と相容れないとして一九七四年四月三〇日に手続を最終的に打ち切つた。<sup>(547)</sup>

公判無能力は、裁判所によつて、公式の医師による鑑定に基づいて、被告人が公判の予定された時点でもはや、彼の利益を合理的に擁護し、その弁護を理性的に、また理解可能な方法で行い、訴訟上有効に説明を行い、または反論することを許す精神的明晰の状態にないことが認定される<sup>(548)</sup>とき、採用される。また、公判無能力は、被告人の身体的・精神的状态に鑑みて、彼が公判を遂行しまたは継続すればその生命を失い、健康に重大な損害を及ぼす、たんなる遠い可能性があるだけではなく、深刻に危惧されうるときにも存在する。しかしながら、リュッケアルによれば、公判無能力を認める若干のこのような医師の鑑定は、被害者からのみならず公判に関与した法律家からも驚きを与えることは否めない。とくに、公判無能力とされた被告人が明らかに短期間だけではなく、身体的・精神的に立派に活動することができる<sup>(549)</sup>と知られた場合にそうである。

病氣による手続打ち切りが、ナチ犯罪において他の刑事手続よりも頻繁なのは、裁判所の寛大なことによるのではなく、被告人が公判時点で、伝統的な暴力犯よりも本質的に年とつてゐることによる。陪審裁判所に起訴された公判時のナチ犯罪者の平均年令は、次の表の通りである。<sup>(549)</sup>

この表は、健康状態が公判の遂行を妨げない被告人について作成されていることに注意しなければならない。公判



無能力となったものを含めると平均年齢はもつと上がる。

かくして、ナチ犯罪においては、公判無能力は、「生物学的アムネステイ」の役割を果たしたのであった。リュックケアルの自制した叙述にもかかわらず、現実には、「公判無能力」が、かなり拡大解釈されているとの印象は払拭でき

1960年	55.5歳	1968年	58.6歳	1976年	67.2歳
1961年	52.7歳	1969年	61.0歳	1977年	64.8歳
1962年	54.3歳	1970年	61.1歳	1978年	66.6歳
1963年	54.8歳	1971年	61.7歳	1979年	66.6歳
1964年	55.6歳	1972年	62.5歳	1980年	66.7歳
1965年	55.9歳	1973年	62.6歳	1981年	67.8歳
1966年	59.0歳	1974年	64.4歳		
1967年	59.4歳	1975年	63.8歳		

Aus: Ruckerl, a. a. O., S. 233

きない。シュトレッケンバッハの例が示すように、有名なナチ犯罪者ほどに、公判無能力として手続が打ち切られることが多いとも指摘されている。<sup>(50)</sup>その他に、インゴ・ミュラーによれば、ハム上級ラント裁判所が、SSオバーシュトゥルムフューラーのヘルムート・ビショップを一九七〇年五月二六日に、公判終了直前に鑑定人の診断により「血圧の過度の上昇が予想される」として手続を中止した事例や、特別裁判所裁判官のハインツ・フーゴー・ホフマンおよびカール・フェルバー、カッツェンベルガーの殺害容疑に関するニュルンベルク人種耻辱裁判<sup>(51)</sup>においても、ニュルンベルク・ラント裁判所は、一九七六年八月六日に、公判無能力のため、終極的に手続が打ち切った。しかし、検察官は、ホフマンについては、暫定的中止を申し立てたのであった。鑑定により、ホフマンの弁護士業務は続行できるとあったからである。しかし、ニュルンベルク・ラント裁判所第五部は、これを終極的に打ち切った。ニュルンベルク・ラント裁判所は、その理由を次のように根拠づける。「ホフマン博士は、身体上の補助の必要性から公判無能力ではなく、知的・情緒的障害をもつからなのである。今後、能力が限定されているとはいえず、弁護士

業務を続行しようという被告人の意思は、その公判能力に矛盾するものではない。なぜならば、被告人は、その脳機能的老衰のために、長い、専門的に複雑なそして情緒的に煩わしいことの多い裁判の公判につき公判無能力とみなされるだけだからである<sup>(85)</sup>」。

- (85) Vgl. Adalbert Ruckerl, NS-Verbrechen vor Gericht, 1984, insb. S. 220ff., 261 ff.; ders., Staatsanwaltschaftliche Ermittlung der NS-Verbrechen-Schwierigkeiten und Ergebnisse, in: Weber/Steinbach, Vergangenheitsbewältigung durch Strafverfahren?, 1984, S. 71ff.; Baumann, Die strafrechtliche Problematik der nationalsozialistischen Gewaltverbrechen, in: Henkys, a. a. O., S. 280. シュタインバッハの文献は「訴訟法上の問題と題する節の中で」<sup>86</sup>とこのを公訴時効の問題と費を「<sup>87</sup>証拠法の問題を簡単に論じつらぬに過ぎぬ」。なか「その他」<sup>88</sup> vgl. Armin Draber, Nationalsozialistische Gewaltverbrechen vor Gericht - Problematik der NSG-Verfahren aus der Sicht des Richters, in: Weber/Steinbach, a. a. O., S. 100 ff, ins. 102ff.
- (86) Ruckerl, NS-Verbrechen, S. 220.
- (87) Ruckerl, NS-Verbrechen, S. 221.
- (88) Ruckerl, NS-Verbrechen, S. 221.
- (89) Ruckerl, Weber/Steinbach, a. a. O., S. 75.
- (90) Ruckerl, Weber/Steinbach, a. a. O., S. 75f.
- (91) Ruckerl, Weber/Steinbach, a. a. O., S. 75.
- (92) Ruckerl, NS-Verbrechen, S. 222.
- (93) Ruckerl, NS-Verbrechen, S. 222.
- (94) Ruckerl, NS-Verbrechen, S. 222.
- (95) 一九七四年三月の判決に於て「<sup>96</sup>」 Ruckerl, Weber/Steinbach, a. a. O., S. 77.
- (96) Ruckerl, NS-Verbrechen, S. 237.
- (97) Ruckerl, NS-Verbrechen, S. 238.
- (98) Ruckerl, NS-Verbrechen, S. 238.

- (52) Rückert, NS-Verbrechen, S. 240.
- (53) Rückert, NS-Verbrechen, S. 241f.; ders., Weber/Steinbach, a. a. O., S. 77.
- (54) Rückert, NS-Verbrechen, S. 242.
- (55) Rückert, Weber/Steinbach, a. a. O., S. 77f.
- (56) Rückert, NS-Verbrechen, S. 249.
- (57) Rückert, NS-Verbrechen, S. 251.
- (58) Rückert, NS-Verbrechen, S. 259f.
- (59) Hans Buchheim/Martin Broszat/Hans-Adolf Jacobsen/Helmut Krausnick, *Anatomie des SS-Staates*, Bd. 1, 1967, Bd. 2, 1967.
- (60) Rückert, NS-Verbrechen, S. 261ff.
- (61) Rückert, NS-Verbrechen, S. 270.
- (62) Rückert, NS-Verbrechen, S. 273.
- (63) Rückert, NS-Verbrechen, S. 273.
- (64) Rückert, NS-Verbrechen, S. 273.
- (65) Rückert, Weber/Steinbach, a. a. O., S. 81.
- (66) Rückert, Weber/Steinbach, a. a. O., S. 81.
- (67) Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 19. Aufl., 1985, S. 123.
- (68) Rückert, NS-Verbrechen, S. 230.
- (69) Rückert, NS-Verbrechen, S. 231.
- (70) Ingo Müller, *Furchtbare Juristen*, S. 260f.
- (71) Rückert, NS-Verbrechen, S. 232.
- (72) Rückert, NS-Verbrechen, S. 233.
- (73) Ingo Müller, a. a. O., S. 260.

(551) このカツエンベルガー事件については、第八節でその判決を検討したが、その事実は詳しくは以下の如くである。それは、一九四〇年にユダヤ人教会の代表者レオ・カツエンベルガー (Leo Katzenberger) (六七歳) が、結婚して写真屋を営んでいた三〇歳のイレエネ・ザイラーとの人種恥辱を犯したとして、隣人からニュルンベルクのゲシュタポに告発されたことをきっかけとする事件である。カツエンベルガーは、イレエネの父親と以前から親交があった。警察は、即刻、カツエンベルガーを逮捕した。イレエネは、尋問に対して、カツエンベルガーとの性的交渉は否定した。それは、父親と娘の関係であったというのであった。性的種類の接触があったと推測した検察官は、カツエンベルガーを人種恥辱で起訴した。「代償行為と解される接触」を行ったというのである。ラント裁判所の裁判官は、カール・フェルバー (同時に特別裁判所の裁判官でもあった) であったが、その隣室にいたのが、特別裁判所のオズワルト・ロートハウク博士であった。ロートハウクは、調書を読み、これは、特別裁判所の管轄であるとした。カツエンベルガーは、人種恥辱を戦時の夜の間を利用し、兵役に就いている夫の留守中に人種恥辱を行ったからというのがその理由であった。ロートハウク、フェルバー、ホフマンを裁判官として、一九四二年三月一三日から一四日にかけて、これを宣伝のための「見せ物裁判」としようとするロートハウクが仕組んで、党関係者で満ちた法廷で公判が開かれ、フェルバーとホフマンは、ロートハウクの訴訟指揮に疑問をもったが、最終的に、ロートハウクの主張するカツエンベルガーには死刑、ザイラーには二年の拘禁刑という判決に同意し、フェルバーが判決書を書いた。これについては、vgl. Friedrich, *Freispruch für die Nazi-Justiz*, S. 269ff. など。ロートハウクは、一九四七年一月にニュルンベルク軍事法廷において終身刑に処せられたが、九年後の恩赦ラッシュウの際に釈放された。一九五八年にはバイエルン政府に年金を請求した。

(53) Friedrich, a. a. O., S. 300; vgl. Müller, a. a. O., S. 261.