

# ナチの「不法と犯罪」の戦後処理 (六)

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」(以上四〇巻五号)
- 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 ライヒ連続説と没落説
  - 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(以上四〇巻六号)
- 第三章 占領時代におけるナチ犯罪の追及
  - 第一節 連合国のナチ犯罪処理構想
  - 第二節 ニュルンベルク裁判
  - 第三節 占領地域におけるナチ犯罪裁判
  - 第四節 管理理事会法一〇号の適用の法的諸問題
  - 第五節 管理理事会法一〇号の適用をめぐる政治的動向
  - 第六節 占領時代のナチ犯罪追及の特徴(以上四一巻一号)
- 第四章 連邦共和国におけるナチ犯罪の追及
  - 第一節 一九五〇年代のナチ犯罪の追及
  - 第二節 一九六〇年代のナチ犯罪の追及
  - 第三節 一九七〇年代以降のナチ犯罪の追及
  - 第四節 ナチ犯罪の追及と時効論議
  - 第五節 ナチ犯罪裁判における謀殺罪の統計的研究
  - 第六節 ナチ犯罪裁判に対する非難声明(以上四一巻二号)
- 第五章 ナチ犯罪の現象学的・刑事学的分析
  - 第一節 ナチ犯罪の概念と類型
  - 第二節 ナチ犯罪裁判の典型例
  - 第三節 司法犯罪の自浄作業

第四節 ナチ犯罪の刑事学的分析(以上四一巻四号)

第六章 ナチ犯罪と刑法理論

第一節 ナチ犯罪の刑法理論への反映

第二節 命令緊急避難と違法・責任

第三節 ナチ犯罪と責任論

第四節 ナチ犯罪と違法性の意識(以上本号)

第五節 ナチ犯罪と共犯論(以下本章次号)

第六節 ナチ犯罪と量刑論

第七節 ナチ犯罪と謀殺罪

第八節 ナチ犯罪と枉法罪

第九節 ナチ犯罪と行刑上の諸問題

第一〇節 ナチ犯罪と訴訟実務上の諸問題

第七章 ナチ不法体系の克服

第八章 ラートブルフ・テーゼの意義

第九章 政治刑法の復活

結語

## 第六章 ナチ犯罪と刑法理論

### 第一節 ナチ犯罪の刑法理論への反映

#### (1) ナチ犯罪の特徴と刑法理論における問題点

すでに見てきたように、ナチ犯罪は、通常の犯罪とは異なった特質をもっている。国家権力の庇護のもとに組織的に行われた犯罪、非人道性においては歴史上もまれな犯罪、被害者の大量性においても希有な犯罪であり、行為者も、いわゆる「机上犯罪者」としての権力中枢に座るものから末端の「同調者」に及ぶ幅広い層に至る。さらに、残虐非道な犯罪でありながら、ナチの圧政下の、誰でも行為者になりえた、非難されるべきではあるが、戦争の付随現象として免責されうるものであり、いわば「紳士犯罪」<sup>1</sup>でもある。その他、訴追までに長い時間を要したものもある点でも、特徴的である。

さらに、ナチ犯罪に対する対応の側からも、少なからぬ特異性をもつ。例えば、ナチ犯罪の処罰は、戦後ドイツの

「過去の克服」のもっとも顕著な手段であり、いわば過去の克服という政治的課題が、「刑法」に背負われたという側面が否定できない。そこでは、ナチ犯罪処罰の政治的・社会的要請が暗黙のうちに認められる。逆に、上のような政治的権力犯罪としての特色をもったナチ犯罪は、全体主義的国家体制の所産でもあり、半強制的であったとしても、全ドイツ国民の多かれ少なかれ加担した犯罪ともいえるものであった。そこでは、自らも何らかの形で加害者であり、他人を責めるに疚しさ残り、宥恕の気持ち強い。また、犯罪追及側の検察官や公平に判断すべき裁判官も、ナチ体制下の加害者であったことも少なくなく、不問に付したいという方向に働く。

このような特色をもつナチ犯罪に対して、刑法を適用する場合、本来、通常の個人的な犯罪と比べてかなり特殊な問題が投げかけられる。集団犯に対する刑法理論の修正の問題は、依然として刑法の共犯論の重要な課題であり、また、国家権力の後楯のもとに、「命令」に基づいて実行された「犯罪」につき、行為者の責任を問うるのかどうか、ナチ不法国家において「法律」の形式で要請された行為が違法なのかどうか、あるいは、その違法性の「意識」ないしその「可能性」を行為者がもっていたのかどうかなどは、もとより個人犯罪においても問題になりうるのであるが、ナチ犯罪については、いわば一般的に、このような問題が前面に出てきたのであった。さらに、厄介なのは、ナチ裁判の「政治性」が、裁判結果に知らず知らずのうちに一定の方向づけを与え、それが、刑法理論に影響を及ぼすという連関がないのかどうかという問題である。確かに、刑事法にとつては、政策的に言えば、結論的に、罰するか罰しないか、重く処罰するか軽く処罰するかが決定的であり、現実的には、論理的帰結としてこの方向が決まる側面と、そうではなくて、結論は、具体的な状況や政治的判断で決まるが、その理由づけが理論的になされる必要があるという側面とがありうることは否定できない。ナチ犯罪は、あまりにも軽い量刑が与えられすぎているという見方が強い

ようであるが、法定刑の幅を越えて刑を軽く量定することはできないのはいうまでもない。したがって、ここでは、犯罪の成立要件の方を嚴格に解釈することによって、そもそも犯罪として成立することを限定しようという工夫が凝らされることになる。このような形で、ナチ犯罪に対する政策的要請が、刑法理論に反映することになる。しかも、政策的志向が極めて強いため、往々にして、従来の刑法理論が振じ曲げられて、いびつな発展を遂げることも排除できなかったようにも思われる。

## (2) 本節の課題

ナチ犯罪の処理のための刑法理論的特徴的展開については、すでに、罪刑法定主義の問題におけるその現れを検討し、時効論については詳論したが、以上のナチ犯罪の特色を前提として、その他の犯罪論においてどのような理論的展開が見られたかを検討することは、戦後ドイツの刑法学の発展の特色を知る上でも重要な課題である。もちろん、刑法学の展開に重大な影響を及ぼさなかったとしても、ナチ犯罪処罰のためにどのような理論構成が用いられたのかを検討することも本節の課題である。確かに刑法理論の展開が意識的にナチ犯罪の処理に導かれた場合と、無意識的に影響を受けている場合とを識別することは困難である。戦後司法におけるナチ犯罪の刑法理論上の意義を過大評価するのも危険であるが、とくに一九六〇年代においては、時効論議とともに、刑法理論の多くの分野で、ナチ犯罪処罰が一定の意義をもったことは紛れもない事実である。

以下では、刑法総論上の問題、各論上の問題および刑事訴訟法上の実際的問題点を採り上げる。それは、具体的に、正当化事由、命令緊急避難、責任阻却事由、違法性の意識、共犯論、それに、謀殺罪のもつ問題点、枉法罪の問題であり、さらにナチ犯罪訴追上の問題であるが、これらの諸問題に、ナチ犯罪の影響が最もよく現れていると考え

られるからである。

- (1) Henkys. Die nationalsozialistischen Gewaltverbrechen. 1960, S. 202. Bernd Hey. Die NS-Prozesse—Probleme einer juristischen Vergangenheitsbewältigung. in: Weber/Steinbach. Vergangenheitsbewältigung durch Strafverfahren? 1984, S. 57.
- (2) インゴ・ミュラーは、「<sup>1)</sup>の裁判においては、謀殺罪が立証された場合にも、一日か二日の軽懲役ということが希有ではなかった」という (Ingo Müller. Furchbare Juristen, 1987, S. 258)。さらにミュラーが挙げる例を紹介すると、四万人の殺害容疑で起訴され、終身刑を求刑されたフェレンツ (Fellenz) は、フレンスブルク・ラント裁判所によって一九六三年に四年の重懲役を言い渡され、その中に三年一ヶ月の未決勾留が算入された。

## 第二節 命令緊急避難と違法・責任

### (1) 命令に基づく行為と刑法理論

全ナチ犯罪裁判の約四分の三において、被告人は、何らかの形で、命令されたとか指示があったと抗弁した。<sup>3)</sup> 一般的にも、ナチ犯罪においては、極端な場合には、行為者が、自発的意思で行った個人的な殺人に至るまで、もしそれを拒否したなら身に危険が及ぶような命令に従って行われたのだという抗弁がなされているとされている。このような主張が、犯罪論の中でどのような意味をもつのかについて検討するのが本節の課題である。命令は法秩序によって行われるのだから、命令に従った行為は正当であり、正当化事由になるという理論構成が、まず考えられる。その他、当時のドイツ軍刑法四七条に基づいて責任阻却されるという理論構成もありうる。さらに、「命令緊急避難」(Befehlsnotstand) というカテゴリーが主張された。このように、刑法理論上、命令された行為であることにより、その犯罪行為の違法性や責任が阻却されることになるかどうかを検討されるべきである。

例えば、ユダヤ人の抹殺に対する命令が正当化されるかについて、このことが問題になる。事実、ナチ時代においては、「総統の命令」が法的性格をもち、ヒトラーは法律ではなく、立法権力の担い手に拘束されるという見解が唱えられた。<sup>14</sup> このような見解は、もちろん、連邦裁判所によって否定されている。<sup>15</sup> そのような命令は、自然法という上位の規範に反するとされた。自然法の妥当性及び妥当範囲については争いがあるが、謀殺を命令するような法律が、自然法に違反し、無効であるという点では意見の一致を見ている。明白に「法」に反し、犯罪を構成するような命令は、命令だというだけで正当化されることはないのである。<sup>16</sup>

しかし、「命令」そのものが正当化事由ではないとしても、事情によっては、受命者が刑法の一般的な違法阻却事由の認められる状況に立っていたがゆえに、その命令にもとづく行為が正当化される事態は考えられる。刑法においては、一般的な法律上の正当化事由としては、正当防衛や緊急避難の制度がある。その他、超法規的緊急避難が認められている。例えば、安楽死裁判においては、この作戦に関与した医師達の側から、自分達は、もつと大きな損害が発生するのを防止するために、この作戦に参加したのだと主張された。イギリス地区の最高裁判所は、このような抗弁に、正当化を認めず、刑罰阻却事由のみを認めた。<sup>17</sup>

さらに、義務衝突も考えられる。職務上の義務と人道的義務の衝突である。その他、責任阻却が問題になる事案として、出撃隊事件におけるように、命令緊急避難として責任がないとされることがないかどうかも検討されなければならない。ここでも人間の生命を奪う行為が責任阻却の対象となるとするためには、少なくとも刑法(旧)五二条や(旧)五四条に基づいて責任阻却できる程度の法益の保護、例えば、行為者の身体・生命の保護のための行為でなければ、緊急避難として責任阻却されない。その他、誤想避難(Putativnotstand)の場合には、危険状態は事実上存在

する必要はない。身体・生命に対する危険を誤認した場合には、故意の殺人による処罰はありえない。これらの諸問題が端的に論じられている判例を紹介して、問題の所在を具体的に示しておこう。

〔一九四九年七月二三日の最高裁判所の判決〕<sup>8)</sup>

〔事実〕 被告人たる看護婦WとMは、「小児科」において、被告人We博士のもとで職務に従事していた。一九四三年の半ば頃に、Wは、We博士の指示のもとに二歳から八歳までの精神に障害をもつ幼児二五人をルミナールによって殺害した。Wは、「遺伝・素質重症研究ライヒ委員会」のH博士から、そのような重症を解消するための「法律」ができたと説明されており、Wはこれを信じていたが、実は、そのような法律はなかった。Mは、少なくとも四人の子供を殺害したが、そのような法律が存在すると聞かされていたかどうかなどは事実認定がなされていない。陪審裁判所は、両被告人の行為を謀殺幫助と人道に対する罪であると評価した。裁判所は、両者が「違法性の意識」、つまり「全く一般的に、彼らの行動が一般的倫理と道徳の枠外で行われているという感情」をもっていたものとし、少なくとももち「えた」とする。

なお、判決は、初めに「被告人C」の罪責について論じているが、被告人Cの行為の事実関係については、何ら記述がなく、不明である。

〔判旨〕 原審は、被告人Cを超法規的緊急避難を無罪の理由とする。しかし、ここには、ライヒスゲリヒトの判例の意味における超法規的緊急避難は存在しない。超法規的緊急避難は、行為者が故意に構成要件該当的に行為したが、しかし、それが、相対的に低い価値の法義務に対してある法義務を充たし、またはより低い法益の不利に、ある法益を保護するためであったばあいのみである。そのような利益または義務の衡量の事案は、本件においては存在し

ない。すでに次の理由で、異なった法益の対立とは言えない。なぜならば、関係する法益は、ここでは患者の生命だけだからである。患者の二つのグループを対置させることはできない。

被告人が法義務の対立の中に陥れられているわけでもない。被告人は、国民としても、医師としても公務員としても、その作戦に参加する義務を負っていたわけではない。超法規的緊急避難の意味における法義務が対立していたわけではないのである。

強い倫理的必要性と承認された倫理的目的性によって行為した者は、責任なしとされるといふ見解にも従いえない。正しくは、一般的に承認された、争いのない倫理的命令にしたがって行為した者は、それによって構成要件を実現した場合ですら、法的に責任を追及することが困難な場合には、責任なしとされるといふのが、この思想である。

それにもかかわらず、被告人Cは、場合によっては、不可罰である。「行為者が、そのそれ自体規範違反的な行為に対して、他方で、あらゆる倫理的非難を阻却しようとはしないとしても、確信的な倫理的根拠を主張することができらるなら、刑法上の責任があるにもかかわらず、まさしく、それが倫理的責任と明らかに一致することも矛盾することもないがゆえに、刑罰を阻却するという結論が唯一の脱出口である。これには、まさしく国家的権力保持者が、その犯罪的計画によって、被告人が法律上の殺害禁止を侵害するきっかけを与えたという考慮が付け加わる。国家のこのような行動なしには被告人にはそのような葛藤は生じなかっただろう。行為者が重大な国家的不法に対する戦いの中で、法を侵害しなければならなかったときに、刑罰を科することは、法治国家にはふさわしくない。したがって、本法廷は、一身の刑罰阻却事由を認めるものである」。

被告人WとMについては、「違法性の意識」ないし「その可能性」が問題となった。この点については、陪審裁判



所で新たに審理し、「被告人らが、意識的に違法に殺害したのか、不法の知見のための能力をもっていたのか」が検討されなければならない」とする。

この判決では、様々の犯罪論カテゴリーを検討したのち、結局、本来、犯罪を非難すべき国家が法侵害を誘発したことを考慮に入れて、犯罪の成立を肯定しながら、刑罰を阻却するという構成をとったのである。この判決に典型的に現れているように、ナチ犯罪が国家的組織犯罪であるという特徴をもつために、命令に従った行為が犯罪として処罰されるかどうか、理論的に、どのような根拠によって、正当化され、責任を阻却され、あるいは刑罰を阻却されるかを問い、これに対する学説や判例の態度を検討するのが、本節の課題である。しかしながら、その前にまず、戦時における「命令」が、犯罪行為の構成につき、国際的にどのように取り扱われたかを概観しておきたい。

(2) 戦争犯罪における「命令」と責任

とくに戦時犯罪において、上官の命令にもとづく行為によって犯罪が実行された場合の、命令された部下の刑事責任をめぐる議論が、ドイツにおいて最初に注目を浴びたのは、第一次世界大戦の後のことであった。ヴェルサイユ条約によって要求されたドイツの戦争犯罪人の裁判は、最終的にドイツのライヒスゲリヒトに委ねられ、ライヒスゲリヒトは、一九二一年から一連のその種の事件を扱うこととなった<sup>10)</sup>。ところが、ドイツに対する不信感は強く、その裁判結果については、イギリスで理解がみられたにすぎなかった。しかし、イギリスにおいても、とくに厳しい批判を被ったのが、「命令にもとづく行為」の責任に関するドイツの裁判所の考え方であった。その際、とくに注目を集めたのは、イギリスの病院船「ドーバー・キャッスル」(Dover Castle)を撃沈したドイツの艦長ノイマンに対して無罪判決を言渡した裁判であった。ノイマン無罪の理由は、撃沈は、司令官の命令に基づいていたというものであった。

これは、ライヒスゲリヒトの見解によれば、国際的な法理とも調和している「優位的命令の理論」(doctrin of superior orders)に従ったものである。しかし、イギリスにおいては、これが国際法を否定するものであり、もしこの理論が一般的に承認されると、あらゆる行為者が上官の命令の背後に立てこもることができるのであるから、戦争遂行の制限に関する国際条約の実行は不可能となることを恐れられたのであった。そこで、このライヒスゲリヒトの判決が先例となることを恐れ、一九二二年の潜水艦戦に関する国際ワシントン条約の三条に、「何人も、これらの規則の一つに違反する権力のために、その者が上位の政府機関の命令にもとづいて行動したかどうかを問わず、戦時法規を侵害したものとみなされるべきである」という規定を設けようとしたが、一般に承認されるに至らず、効力を発しなかつた。<sup>11)</sup>

第二次大戦後、英米は、命令にもとづく行為について英米法の考え方を貫徹しようとした。ニュルンベルクにおける国際軍事法廷のための制定法八条には、「被告人が政府あるいは上官の命令にもとづいて行為したという事実は、処罰阻却事由とみなされるものではないが、それが法廷の見解によって正当であると思われるときには、刑罰軽減事由として考慮される」と規定された。一九四六年二月一日には、国連総会が満場一致の決議において制定法の国際法原則とニュルンベルク裁判の判決を確認した。ニュルンベルク国際軍事法廷のための制定法とほとんど同じ文言が、管理理事会法一〇号二条四号bに用いられた。「何人かが、その政府またはその上司の命令にもとづいて行為したという事実は、犯罪に対する責任から解放しない。しかし、その事実は、軽減事由として考慮されうる<sup>12)</sup>」。その後、この規定は、各占領地域のドイツ刑法にも導入された。例えば、アメリカ占領地域における一九四六年六月一日に効力を発したナチ犯罪処罰法およびイギリス占領地域の一九四七年五月二三日の刑事司法に対するナチの干渉の排除

のための命令にも同様の規定がある。後者においては、「何人かが、その政府または上司の命令にもとづいて行為したという事実、その者を犯行に対する責任から解放しない。しかし、それは刑罰軽減的に考慮されうる」と定める<sup>13</sup>。このような英米法系の考え方に対して、ドイツ法における「命令に基づく行為」のとらえ方は、大陸法系と言ってもよいであろう。フォン・ヴェーバーによれば、「この問題におけるドイツの法理は、ベームアの時代以来、原則的には変わっていない。その法理は、ライヒ官吏法一三条と軍刑法四七条に表現されている<sup>14</sup>。ナチ時代には、一九三七年一月二六日の「ドイツ官吏法」七条一項があった。それによれば、「官吏は、その職務行為の適法性に対して責任を負う。その者は、その上司の職務上の命令または、特別規定によつて彼に対して指示を与えうる権限をもつた者の職務上の命令に従わなければならない。但し法律によつて別の定めがない場合に限る。責任は、その場合、命令を与えた者が負う。官吏は、その遂行が彼にとつて明白に刑罰法規に違反する命令に従つてはならない<sup>15</sup>」とされた。それによれば、公務員は、その行為の適法性に責任を負う。そのことは、公務員は、受けた命令の形式的適法性を検討しなければならないが、その内容的正当性、その実質的適法性を検討する必要はないということの意味する。「内容的に不当であっても、適法な命令の遂行に対する責任は、部下が命じられた行為の犯罪的性格を認識するところから始まる」のである。ここでは、犯罪を実行するように命じられたような場合でなければ、部下は、上官の命令に従わなければならないという厳格な上意下達の命令・服従構造が前提とされているが、その代わりに、そのような命令に従つた部下の責任は問われないというようになっているのである。

しかし、フォン・ヴェーバーによれば、英米法とドイツ法の相違は、結局、相対的なものとされる<sup>16</sup>。しかし、ドイツ法には、緊急避難の規定(旧五二条、五四条)や義務衝突、違法性の錯誤の理論によつて、責任阻却される場合

が認められている点で、命令にもとづく行為そのものが、一般に「責任阻却」事由ではなく、「刑罰軽減事由」であるとする英米法の見解とは異なる。以下においては、ドイツ法における「命令にもとづく行為」に対する理論構成を検討しておく。

### (3) 命令と正当化

管轄権のある上官によって、その職務上の権限の枠内で、法秩序を尊重して与えられた命令は、適法であると、一般に承認されている。正当化的作用は次のことに依拠する。すなわち、他人の権利圏への侵害を含む命令がより高次の法に基づいて正当化されるとき、部下の行為は違法でありえない、なぜならば、それがまさに法秩序を貫徹し実行するに役立つからであるということである。<sup>17</sup> 逆に上官の命令が違法であるときは、その実行も違法であるとするのが通説である。なぜならば、部下は、本来的な行為権限をもたず、演繹された行為権限をもつにすぎないからである。<sup>18</sup> 例外は、違法な命令が部下にとって拘束的であるときであり、この場合、正当化的な効果をもつとする見解がある。したがって、この説によれば、この場合、命令に基づく行為は、独自の正当化事由であるとされる。<sup>19</sup> しかし、この場合、責任阻却事由であるとする見解も有力である。責任阻却事由説を採るハンス・ヨアヒム・ヒルシュは、次のように述べる。「違法な命令が、犯罪行為の実行に関するものであるときは、部下の行為は、違法であり、ただ責任の側面が問題になるにすぎない。部下は、彼が命令の遂行によって違法な犯罪行為が実行されることを認識し、または彼に知られた事情によれば、それが明らかなきとき、有責に行爲したものである。……責任が軽微なものであるとき、国防刑法五条二項により刑の軽減の可能性がある。命令された行為の内容が軽罪の場合には、刑の免除がありうる。違法な命令が犯罪行為の遂行に関するものではなく、秩序違反行為である場合には、実行者はつねに不可罰である」。

さて、ナチ犯罪訴訟においては、判例は、犯罪行為を命じる命令は例外なく違法であり、拘束力をもたないとし、高次の命令による正当化は何らの役割を演じないとしている。

①違法な命令の拘束性

裁判所は、違法な命令は拘束力をもちうるのかという問題につき、異なった見解を採っている。

(一) 違法な命令は、決して拘束的でありえないとする判例がある。この見解は、古い文献において唱えられたものである。<sup>23)</sup>

(二) これに対して、大抵の裁判所は、通説とともに、軍事的命令の違法性は、部下にとつてのその拘束性を原則として阻却しないと認める。<sup>24)</sup> この見解は理論的に根拠づけられているわけではないが、大抵は、軍事事項の必要性が迅速な決定とその遅滞なき執行を要求するという実際の考慮によつて<sup>25)</sup>いる。この議論の背後にある思想は、部下の検討権限を制限するという思想である。ある命令が違法であるということから、即座にそれが拘束力をもたないと帰結しようとした場合には、部下には、一切の命令をその適法性につき検討する権利を認めなければならないというのが一貫している。なぜならば、さもなければ、部下は、違法で拘束力のない命令を遵守する場合には、自らに実行の結果に対して責任を負わされる危険にさられるであろうからである。このような検討権は、実際の軍事的理由から認められない。軍刑法四七条や今日の国防軍刑法五条、二二条、兵士法一条における規定からして、部下の服従義務は、その遂行によつて犯罪または軽罪が実行されることになる命令の場合にのみ、なくなるということが明らかになる。かくして、民事不法や秩序違反の実行を含み、従つて違法でもある命令は、守られるべきである。このような場合には、法律は明らかに、服従義務を一般的法律遵守義務より上に置き、違法だが拘束力のある命令の可能性を認めてい

るのである。

それでは、拘束力の限界はどこにあるのだろうか。

## ② 命令の違法性

適法な命令でなければ正当化機能をもたないが、命令の適法性が否定されるのは、命令が国内法、国際法、超法規的<sup>25</sup>に違反する場合である。①法律違反の場合。法律、その他の上位規範に反する命令は違法であることはいうまでもない。②国際法違反の場合。すでにワイマール共和国憲法第四条が、国際法の一般的に承認された原則は、ドイツ法の構成要素であると宣言していた。すなわち、命令が国際法上の原則に反する場合、それは、ドイツ法によっても違法なのであった。<sup>26</sup>③自然法違反の場合。とくに終戦直後には、超法規的法原則に対する違反をもって、命令や法律、布告の違法性が根拠づけられることが多かった。<sup>27</sup>とくに判決の宣告や法的手続の保障なしに発せられる処刑命令の場合がそうであった。裁判所が、これらの命令を「自然法違反」とすることはめったになく、大抵は、「人間の共同生活の基本的原則」、「あらゆる文明国の国民の基本的な法原則」、「自然的人倫律の永遠の規範」などの言い回しが用いられた。連邦裁判所も、手続なしに処刑した事案を「法の、不可侵の、例外を許さない中核領域」を侵害するものとして<sup>28</sup>いる。④行為時の特別の事情の影響。これは、戦争という外部的事情や第三帝国の法的状況が、命令の違法性の判断にどのような影響を及ぼすかという問題である。<sup>29</sup>つまり、具体的には戦時には、平和時とは違った国家行為に対する判断基準が適用されなければならないのではないかという問題である。この点、連邦裁判所は、個人の自由や生命に対する国家の干渉は、共同体が生死をかけて戦っているときには、別の判断に服するのであり、従って、身分裁判管轄における手続規定の略式化も、一定の限度内で、適法であるとみなすことから出発する。<sup>30</sup>

ところで、「総統の命令」の規範的性格の問題についても議論されたが、これは、被告人が、公判において、その行為は、最高の国家指導部の命令によって許可されていると主張したからである。この問題については、様々な議論が展開されたが、学説は、結論的に国家の指導者が命令したこのみをもって行為を正当化できないとする点では一致している。<sup>31</sup> 異なっているのは、理由づけである。判例においては、ヒトラーがライヒ議会によらず法律を發布する権限をもったかどうかという問題を詳論しなかつたが、それを肯定するとしても、最高の国家権力にも拘束力のある限界があるということを強調した。<sup>32</sup> 連邦裁判所は、原則的法原理に反する高権行為は、適法の推定を受けないとする。また、総統の命令の法的性格が形式的根拠から否定されたこともある。<sup>33</sup> 一九三九年九月三十一日の安楽死命令がそうである。それは、慣例に従って公表されることもなく、秘密にされ、所管の大臣によって連署されもしなかつたのである。

(4) 軍刑法四七条にもとづく責任阻却

一九四〇年一〇月一〇日の時期における軍刑法四七条は、次のような内容であつた。<sup>34</sup>

「I. 職務事項における命令の遂行によって刑法が侵害されたときは、それに対しては、命令を与えた上官のみが責任を負う。しかし、命令に従つた部下には、次の場合、共犯者の刑が科せられる。

1. 部下が与えられた命令を踰越したとき、または
2. 上官の命令が、一般の、または軍に関する重罪または軽罪を目的にした行為に該当することが、部下に知られていたとき

II. 部下の責任が軽微なときは、その処罰は免除されうる。」

軍刑法四七条<sup>36)</sup>の解釈学的位置づけについては争いがあった。部分的には、人的不法阻却事由とされ、部分的には、正当化事由だとされ、また、責任阻却事由と解された。このうち最後の責任阻却事由説が通説であった。

注意すべきは、部下が命令に基づいて、違警罪 (Übertretung) を犯したとき、部下は、軍刑法四七条によって正當化されたことである。というのは、法律は、この事案については服従義務を、刑法を遵守せよという義務より高く評価したからである。ここでは、正当化的義務衝突の事案が問題となるのである。

さて、軍刑法四七条一項二文二号によれば、命令が重罪または軽罪の遂行を要求したとき、その命令は違法であり、ただ部下が犯罪的目的を知らなかったときには、部下には非難されない。その点で、軍刑法四七条は、違法性に関する錯誤を定めているのであって、責任阻却事由とみられる。

ドゥックラウによれば、ナチ犯罪に関する全手続の約三分の二の事件において、この規定に言及されている。当初は、この規定は、もとより無視されることしばしばであった。軍刑法四七条の責任阻却事由を援用することは、命令緊急避難状態において行為したものであるという主張と並んで、ナチ犯罪訴訟の最も重要な弁護方法であったといつてよい。ナチの受命行為者の責任軽減にとつての軍刑法四七条の意義は、部下自身の責任の薄弱性が、その法文に表現されていたことと、部下が命令の犯罪的内容を知っていたことを証明するのが裁判所には事実上困難であるという点に基づく。

#### ①軍刑法四七条の解釈

(i) 命令目的の可罰性の知見 軍刑法四七条一項二文二号は、部下が命令の犯罪的内容を知っていたときにのみ、例



外的に、共犯者として処罰されるものとする。ここで「知っていた」というのは、積極的知見を意味する。たんなる懷疑や過失による不知では十分ではないとされている。<sup>38</sup>これは、一般の行為者に比べて、軍関係者の場合を、とくに特権的に扱うものである。なぜならば、普通の行為者が違法性に関して錯誤に陥った場合、その錯誤が不可避的なものであった場合にのみ、不可罰とされるのに対して、軍刑法四七条一項二文二号による場合には、「回避可能性」は問題にならないからである。この規定は、イギリスやフランス、アメリカの規定と比べても、部下に有利なものだとされている。<sup>39</sup>

さて、戦後の裁判所の判例の中には、この規定の解釈を部下の責任を拡大する方向に修正するものが目立つ。つまり、「有責な不知」や「犯罪的目的の認識可能性や明白性」で十分だと解するのである。例えば、ボン・ラント裁判所は、次のように述べる。「部下の必要な積極的知見につき、過度の要求はなされる必要はない。命令が、行為の時に、当時の状態において、明白に、すなわち、誰にでも、従って部下にも、認識可能的に、犯罪的なものを意味することと十分である」。このような四七条の規定の趣旨を明らかに越える解釈は、ある程度、意識的に、プロイセンに発する服従義務の過当な強調、それによる部下の自己責任の否定の思想に基づく規定を新たな法思想に適合させようとしたのものであるとされている。

(ii) 上官の意図の知見 軍刑法四七条一項二文二号は、部下の責任を、上官が、その命令によって重罪または軽罪を意図していたことを、部下が知っているかどうかに依存させている。このことは、命令の不法性を知っているだけでは十分ではなく、部下は、有責となるには、上官がその命令によって意識的に重罪または軽罪の実行を意図していることを意識していなければならないということの意味する。<sup>41</sup>この解釈は、文献と判例における通説である。「意図」

とは、古い見解によれば、「目的」「動機」の意味に理解されたが、新しい見解によると「直接的故意」で十分であるとされている。いずれにせよ、部下は、命令の背後にある上官の意思を知らなければならないし、裁判所も、部下が上官の「意思」を知っていたことを判断するには、命令者の動機を探求しなければならないのである。部下がこの知見をもっていることを証明することは極めて困難であることは明白である。これも、絶対的服従を旨とする軍規律の維持という観点から、説明できるものである。

軍刑法四七条一項二文二号の文言が認める厳格に主観的な解釈から出発した裁判所が、常に被告人の無罪という結論に至ったことは、驚くに当たらない。なぜなら、被告人には、そこまでの知見がなかったから、あるいは、もっと頻繁には、そのような知見は証明されなかったからである。軍刑法四七条による責任阻却を否定した判例では、上官の動機には立ち入られず、その結論は、ただ、部下が命令の犯罪くさを認識していたことだけをもって根拠づけている。<sup>13)</sup>

カッセル・ラント裁判所およびハーゲン・ラント裁判所は、部下の責任を、彼が命令をを違法と見させる事情について明らかに知っていたことで十分としている。ここで、「意図」とは、客観的意味において、違法な目的に方針づけられていることを意味するにすぎないと考えられているのである。<sup>14)</sup>

## ② 部下の検討義務

軍刑法四七条における規定は、部下に違法な命令が与えられた場合に、部下が陥った服従義務と法遵守義務の間の葛藤における妥協の表現であった。ここで浮かび上がって来る問題は、部下は、命令の遂行によって刑罰法規に違反しないことを確実なものとするために、指示をその適法性について検討してよいか、その上、検討しなければなら

いかである。<sup>15)</sup>軍刑法四七条の定式からは、法律が、原則として服従義務に優先権を与えていることが明らかになる。もし部下の一般的な検討権を承認すると、命令の權威という軍事的重要性の意義が失われてしまう。通説は、従って、部下の一般的な検討権を否定する。それではいかなる条件のもとで検討権が肯定されるのか。いくつかの裁判所は、部下は、その命令が重罪または軽罪を目的とするものであったとき、それを検討できるとして、「制限的検討権」を認め、また別の裁判所は、基本的な法命題や自然法違反の場合を挙げる。しかし、何が自然法違反などは、検討の条件ではなく、検討の結果、分かるものであり、検討権を認めることは検討しなかつたとき、部下は不利益をも甘受しなければならぬことを意味するのであり、結論的には部下の検討義務は認められないのである。<sup>16)</sup>

この軍刑法四七条に適用について生じる問題は、主として、その規定の不備に源を発するものであるとされる。ナチ時代に典型的な命令思想の誇大な拡張と、あらゆる生活領域への命令の秩序機能の拡大によって、四七条における規定が、その実用性と何ら無関係な法的意味を獲得した。<sup>17)</sup>部下を広く保護するようなこの規定形式は、もしこの文言通り適用されていたならば、大抵の事案において受命者を不可罰とする結果になつたであろう。このような立法の不備に直面して、裁判所は、一般刑法上の原則による理由づけによって適正な結論に至るため独自の道を歩もうとしたことに不思議はない。例えば、命令に従うことにつき、犯罪性の明白なこと、権利濫用であること、あるいは、有責であつたことなどが考慮された。<sup>18)</sup>

(5) 命令緊急避難

①命令緊急避難の一般的理解

ナチ犯罪裁判においては、「命令によって行為しただけだ」として、緊急避難であつたと主張する例が極めて多い。

この主張は、命令緊急避難 (Befehlsnotstand) というカテゴリーで表される。「いわゆる命令緊急避難の問題が重要な役割を果たさなかったナチ犯罪裁判は、ドイツの裁判所においては過去になかったことである」とまで言われている。<sup>49</sup> この「ほかに逃れる道がなかった命令状況」(ausweglose Befehlssituation) にあつたことを理由として処罰を免れるというテーゼは、多数の被告人や弁護人によって主張されたのではなく、人口に膾炙し、広く論議の対象とされた。<sup>50</sup> 「命令緊急避難」の概念は、法的なものではないが、「一部の世論にとっては、経験的立証による基礎づけを必要としない一種の『神話』になつたかに思われる」とされた。<sup>51</sup> リュッケアルによると、後になって、この命令によって逃れる道がない状況であつたとか、拒否すれば身に危険が及んだという弁明が、ナチ裁判において強く主張されなくなつたのは、ヘルベルト・イエーガーの事実資料に基づく研究結果によるものとしている。<sup>52</sup> そして、リュッケアルは、「被告人の弁護人によって、裁判所には、犯罪的命令の遂行の拒否が、当該の法律上の規定の意味において客観的に迫りくる受命者の身体・生命の危険を惹き起こした事案は、ただ一つとして示されえなかつた」と断言する。イエーガーは、この命令緊急避難の主張が、ナチ犯罪裁判において常に繰り返し援用され、一見したところそれをもっともらしく見せかけた理由を四つ挙げ、それぞれのテーゼに反論を掲げている。<sup>53</sup> 第一に、恐怖政治の条件のもとでは、大抵の人々は順応するものであるという一般の経験が挙げられる。しかし、この順応は、政治的状況への日和見主義的適応や同調性の要求の結果としても生じる。ちよつとした不安材料、例えば、出世できるかを憂慮し、孤立することを恐れることも、順応性に影響する。必ずしも生命・身体への脅迫を必要としないのである。第二に、命令を受けた、犯罪を實行した人々は、ほぼ全く前科のない人々であり、ナチ体制の崩壊の後、再び普通の人になつたという事実がある。しかし、この事実が、かれらにかけられた圧力がよほど強かつたという抛り所にされているが、犯

罪がこの時代に限局されていたのは、一定の社会的・政治的例外状況にも関係している。つまり、外部的脅迫以外の要素、例えば、大衆の政治的洗脳、道徳意識の変化、処罰しないという約束の存在、犯罪実行の集団性などが役割を果たしていることもありうるのである。第三に、そのような極端な犯罪は、個人の衝動から生じるものではなく、強制されて行われたものであるという見方がある。このテーゼは、過剰犯罪の存在によってすでに論駁されている。第四に、計画的に大量殺戮を行い、自国民だけではなく、大陸全土を恐怖政治の方法で抑圧した体制が、その命令の遵守を強烈な措置をとることによって貫徹するにやぶさかでなかつたに違いないという考え方があつた。これについても、全体主義体制の複雑かつ矛盾した現実をたんに観念的な類推や論理的推論で適切に捉えうることは稀であることが近年の恐怖政治の歴史的分析によって解明されてきているという反論が成り立つ。このようにして、イエーガーによれば、命令緊急避難が成立する背景が存在したのかどうかについては、対立する二つの仮説が成り立ちうるのであつて、この問題は、抽象的な思考やナチ時代の雰囲気の主観的な追想だけでは判断できないのである。

②命令緊急避難の法的前提

(一) 一般的緊急状態の否定

この命令緊急避難の援用は、公共の議論においては、命令に基づいて行爲した者は、緊急避難の状態にもあつたという一般的な観念につながるスローガンの意味をもつ。しかし、もとより、第三帝国の国家組織の厳格な命令・服従構造に鑑みて、ナチの支配下、とくに戦時においては、一般的に命令緊急避難の状態が成立していたという俗説は、法的には意味がないことはいうまでもない。特定の集団の状態そのものが、例えば、全体主義的支配のもとに生きるすべての人の危険状態が高まつていることが、受命者の不処罰につながるのではなく、常に、特定の極端な条件

下で行われた個別行為が不処罰とされうるのである。従って、受命者の置かれた一般的状況を一般的に緊急避難と解することは法的には不可能である。<sup>34)</sup>このような集団的な命令緊急状態を現行法は知らないものであって、連邦裁判所の判決においても、このことは強調されている。<sup>35)</sup>

(二) 法的意味における緊急避難状況

法的には、「命令緊急避難」とは、刑法(旧)五二条、五四条における緊急避難規定の特殊事例にすぎない。一九七五年改正以前の五二条、五四条は、それぞれ次のような規定であった。

〔第五二条〕

①行為者が不可抗力の暴力によって、または、その者自身の、または親族の身体または生命に対して、現在の、他の方法では避けることのできない危険と結びつけられた脅迫によって、行為へと強要された場合、可罰的な行為は存在しない。

〔第五四条〕

行為が、正当防衛の事案の他に、有責でない、他の方法では除去できない緊急避難の状況において、行為者または親族の身体または生命に対する現在の危険から救助するために実行された場合、可罰的行為は存在しない。

第五二条にあつては、行為者に他人の意思に従うことが強要されたという事情がなければならないのに対し、五四条の場合には、確かに心理的圧迫にも立つが、しかしまだ自己の意思決定に基づいて行為するという点に、これら二つの規定の違いがある。命令に基づく行為の場合、通常、五二条にあたる。何故ならば、受命者は、他人の意思決定に基づいて行為しているのであつて、自らの意思決定に基づくのではないからである。従って、この相違は、命令

の、行為者に対する規定力に依存するといふことができる。

命令緊急避難の要件の第一は、命令を履行しなかつた場合の、そして急迫する危険から避ける可能性がない場合の、部下の身体または生命に対する「現在の危険」である。

①危険状態

(a) 切迫性 危険が切迫するときに、緊急避難の前提が与えられるが、判例の一部は、命令を拒否した場合に死をもつて罰せられる場合、「命令」があれば、「切迫」しているとする。<sup>37</sup> 若干の裁判所は、切迫の危険を基礎づけるために、加重された服従・処罰規定、緊急時命令によつて拡大された上官の権限、S S裁判所に服すること、総督府でのS Dの無限定の権力、または行為者を覆う氏族全体責任命令 (Sippenhaftungserlaß) を基礎にする。さらに別の判例では、一般的な恐怖政治状況、およびS Sの指導部によつて醸し出された不安の雰囲気、「明白に必然的に命令と結びついた」脅迫に対する論拠として挙げている。しかし、これらの判例では、一般に、切迫する危険の「具体性」は、あまり厳格に要求されていない。判例の中には、しかし、具体的な切迫性の存在なくしては、一般的心理的強制状態は、責任阻却事由となりえないとみなすものも存在する。<sup>38</sup>

(b) 身体・生命に対する危険 命令を拒否した場合の身体・生命に対して切迫する危険は、主として、軍裁判所、S S裁判所および警察裁判所への引き渡し、強制収容所への連行に認められている。<sup>39</sup> しかし、後に詳論するよう

に、歴史学者や法律家の研究によれば、行為者を脅かした危険は、戦後過大評価されていることが明らかにされた。軍刑法九二条、九四条によれば、命令拒否または服従拒絶の場合の死刑または終身刑の宣告は、認められてはいたが、そうすべく規定されていたわけではない。従つて、この効果を受けることが確実であるとか極めて蓋然性が高いとみ

るのは疑わしい。SSや警察裁判所の判決も、その評判よりはるかに軽いものであったとされている。不服従の場合、通例、短期拘留、または軽懲役であった。ナチストも軍刑法四七条一項二文二号における規定を維持したのであるから、戦時裁判所手続によって脅かされた危険も、小さなものであったと評価されている。裁判所の判決なくして始末されることは、連隊長には部下の生殺与奪の権利を認められていなかったたのであり、なかったといつてよい。裁判所は、しばしば、服従拒絶の場合には「即座に壁の前に立たされた」という被告人の抗弁に対して、戦争中を通じて、兵士が命令拒否のために射殺されたという例は一例も知られていないという専門家の示唆によって対抗した。<sup>(6)</sup> S Sに関しては、しかもヒムラーがSS所属員に対する全判決の確認とその執行命令を自らに個人的に留保していたことが知られている。その限りでSS隊員にも、上官から直接の危険が迫ることはなかった。

しかし、多くの裁判所が、「被告人には恐らく保護検束、強制収容所、または死が脅かしていた」という推測によって生命の危険を認定するにあたって満足している。このことは、裁判所が極めて安易に被告人の命令緊急避難の援用を認めていることを示している。

(c) 現在性 テュービンゲン・ラント裁判所<sup>(6)</sup>は、その行政管区におけるジブシーの逮捕を指揮しなければならなかったある郡長につき、「強制収容所に収容されるというナチ恐怖政治に鑑みて切迫する危険」を、刑法旧五二条の意味における「現在の」危険であるとみなした。これに対して、即時射殺が予想できないため、裁判にかげられるという一般の危険がたんに「潜在的な」ものであるため、といった理由で「現在性」を否定する裁判所もある。しかし、一般的には、ここでも「現在性」概念の拡大の傾向がみられる。

## ② 退避可能性

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理(六)



危険状態からの退避不可能性は、具体的状況と個人の性質や部下の能力に依存する。<sup>(62)</sup> ナチ犯罪の場合、殺害命令から逃れる可能性は、命令がたんなる授權と解釈されたとき、存在する。その他、上官が別の考えをもっている指摘したり、命令遂行を引き伸ばし、馬鹿を装ったり、騙したり、酔っぱらったり、病気だと偽ったりすることによって、退避する可能性がありうるものとされている。

(i) 退避行為の期待可能性

法律は、たんに意味のある努力だけを要求しているから、退避手段がなく、反対の意思を実証するに役立ちうる別の試みの見込みがないことが確実な場合、部下にはその諦めは、非難できない。その限りで、退避の見込みは、期待可能性の基準をもなす。しかし、裁判所は、あまりにも性急に、何らかの退避の努力が見込みのないものであったと認定しすぎであるとされている。現実には、慎重な抵抗の見込みのないことが、はじめから確実である事案は、より厳格な上官および不利な外部的事情の場合でも、その見込みが与えられた場合よりも稀であるだろう。従って、少なくとも、命令の遂行から逃れようとする試みをなすことは、通常、葛藤状況にあったと主張する部下に、期待されえただであろう。そのような試みの不首尾がはじめて、命令の遂行が実際に身体・生命に対する危険を逃れるための最後の手段であったかどうか、また、部下によって選ばれた方法が最終的にたんにより快適なものであったにすぎないのかが、明確にしたであろう。

より厳格な期待可能性基準が妥当するのは、緊急避難状況を自ら有責に招来させた行為者に対してである。被告人が、犯罪の実行と結びついていると予想されるSS、またはゲシュタポにおけるその職を解除しなかったことは、被告人に、緊急避難状況を有責に招来させたという責めを負わせられた。このような観点を考慮して、裁判所は、上官

への反対意見や問い返しは、つねに期待可能であつたとする。

(ii) 命令緊急避難に対する裁判所の態度の評価

さて、最終的には、命令緊急避難については、裁判所は、あまりにも安易に緊急避難を認める傾向が見られたとい<sup>63</sup>う。ハナツクは、命令緊急避難に対する連邦裁判所の判例は、まさしく厳格であると確認しているが、これは、破棄された判決が非常に多いことも関係して、陪審裁判所が、圧倒的に、あまりにも寛大に判決したことを昭示するものである。なぜ事実審裁判官は、多くの事案で寛大になつたのであろうか。これにつき、ドゥックラウは、次のように説明する。命令に基づく行為者が、多くの事案において実際にその犯行の責任を軽減する圧迫のもとに立つていたことは事実である。この圧迫が、緊急避難類似の程度まで達していかないにもかかわらず、そのことは、時の経過にもなう贖罪要求の低下と、しばしば関与度が低いといった別の要因ともあいまって、犯罪への加功の当罰性への疑問を根拠づけたのである。また、犯罪が説明のつかないものであることも、寛大さに対する決定的な要因ではないかとされてい<sup>65</sup>る。さもなければ普通の市民がそのような恐ろしい犯罪に加担したことをどのように想像すべきであらうか。峻厳な方法を用いたことで知られるナチ国家が、命令拒否に死刑や即座の射殺以外の方法で反応したと想像することができ<sup>66</sup>るだろうか。このような事情が、命令に従つたが、その現象をたんに表面的に捉え、理性的な検討を加えることのできなかつた行為者に緊急避難が存在するといふ一種の不合理な推測を根拠づけたのである。

(6) 歴史学的・経験的研究

最後に、ナチ時代の「命令」の意味について歴史学の立場から一般的に研究したブッフハイムと、ナチ犯罪に関する資料によつて、「命令」とその違反について調査したイエーガーの研究を紹介しておきたい。

(a) プッフハイムの「命令と服従」の研究

プッフハイムは、歴史家として、ナチ時代における「命令と服従」について研究したが<sup>66</sup>、そのテーマは、殺害命令の出された、そして命令を受けた者がいた「全体的な精神的・政治的状況」の研究であった。プッフハイムは、「命令の正当化に二種類のもの」があり、それに応じて「二種類の異なった服従義務」があるとす。すなわち、伝統的な軍隊生活における「命令」と「服従」および、とくに一九一八年以降に出現した世界観的・政治的根拠からする「命令」と「服従」である。前者においては、①命令は、軍事目的の追及に限定されている。②軍事目的は、それが上位の国家目的に役立ち、軍事的秩序がより包括的な国家秩序に根ざしているときのみ正当化される。これに対して、後者は、義勇兵団 (Freikorps) として登場したもので、任意の仲間関係によつて成り立ち、国家の規範にのみ従うものではなく、兵士自身の政治的確信と愛国者の志願にもとづくのである<sup>69</sup>。これはナチ運動につながる。プッフハイムは、このような対比を「職務上の命令」(Befehl in Dingsachen) と「世界観における命令」(Befehl in Weltanschauungssachen) の区別として特徴づけている<sup>70</sup>。ナチ時代になって、いままでもナチ運動の領域に限定されていた「世界観における命令」が、公的生活に侵入してくることとなった<sup>71</sup>。「原理的には、すべてのドイツ人が全体主義的な微用要求に服し、様々な政治的強要にさらされることになった」。

プッフハイムによれば、「ナチ支配体制においては、規範的行政および非規範的行政（これは、実務においては反規範的行政である）が存在した」という<sup>72</sup>。この二つの行政の領域には、二種類の命令が原則的に対応する。職務における命令は、規範的領域に、世界観における命令は非規範的領域にである。もとより、このふたつの領域は、相互に分離されているのではなく、相互浸透的である。その意味で、世界観における命令の拘束性は、法的拘束性ではなく、

規範外の拘束性である。したがって、法律上の条文を援用して總統の命令を拒否することはできない。しかし、特別の危険なく成功の見込みのあるそのような命令をのがれる方法は存在した。それは、次の三つのグループに分けられる。①世界觀的に根拠づけられた命令ならびに忠誠義務の客觀的正當性を一応承認しておいて、主觀的にはそこから帰結する要求に堪ええないと認める。②世界觀的に根拠づけられた命令ならびに忠誠義務の客觀的正當性を一応承認しておいて、上官の精神的水準とメンタリティーに合ったザッハリッヒな異議を唱える。これは、「『ごもつともですが・』という反対方法」(Opposition des Jaaber)である。③明示的な説明をせずに暗黙のうちに逃れる。

(b) イェーガーの經驗的研究

命令を拒否し、逃れた場合に、拒否者に生じた危険については、ナチ犯罪裁判の中で様々なことが語られてきた。例えば、犯罪的命令に従わなかった者は死刑に処せられ、あるいは射殺されると言われ、あるいは強制収容所に収容されるとか、または、試験觀察部隊に入れられるとか、その他、身体に害を与えられ、降格され、除隊させられるといった効果が与えられるものと言われている。イェーガーは、ルートヴィッヒスブルク・センターの資料などを調査し、これらの実態を解明しようとした。その結論のみを示すと、以下の如くである。

証言によれば、殺害命令に反対し、または、回避したと主張されている全部で一〇三例について、調査した。そのうち一四例につき身体・生命への加害が主張された。その内わけは、九例につき死刑もしくは銃殺、四例につき強制収容所収容、一例のみが試験觀察部隊入隊が主張されたのであった。残りの八九例についてはその他の不利益が課せられ、あるいは何らの不利益が加えられなかったと主張された。

加害例が、調査された結果、処刑だとされていた九例のうち、二例だけにつき、そのことが立証された。三例は確

認められず、四例は別の事案であることが分かった。四例の強制収容所収容の主張のうち、一例が明らかに誤りであり、三例が別の事案に関係していた。試験観察部隊入隊の一例は、反対の立証がなされた。

その他の八九例については、五つのグループに分類される。<sup>76</sup>

①第一グループ（第一五例〜一七例）、積極的反抗の事案。②第二グループ（第一八例〜二六例）、命令拒否および正式の抗議（例えば、上位官庁への報告）。③第三グループ（二七例〜四七例）、命令を回避するための様々な方法（例えば、予防的に配転を願ひ出る、交代要求、前線志願、作戦参加の無能力の告白などである）。④第四グループ（四八例〜五九例）、全部隊の集団的命令拒否。⑤第五グループ（第六〇例〜一〇三例）、免除要求をも含めた個人的な服従拒否。

第一グループの積極的命令拒否は、一例において何ら不利益を受けず、一例につき、前線送り、叱責、戦後に拘禁するぞという威嚇であり、一例において降格という効果が与えられた。第二グループについては、一例につき叱責、捜査手続（後に中止）、一例において配転、前線送り、一例において部隊の変更、一例につき、責任ある将軍の交代、その他五例において、不利益を受けず。第三グループにおいては、大抵の事案で、不利益を受けず、一例においては逮捕されたが、後に釈放された。第四グループにおいては、不利益効果は何ら生じなかった。内部的な抗争は生じた。一例においては警察将校の交代が行われた。第五グループにおいては、四例において職務上の不利益が生じた（例えば、いやがらせ）。二例においてSSからの除籍、一二例において配転など、七例において前線送り、一例において降格。一例において自殺。一七例は何らの効果を生じなかった。

これらの事例を評価してイエーガーは、従来、身体・生命への加害があったという事例は一例も証明されていない

という印象深い結論を示している。命令を拒否すれば、射殺されるとか強制収容所送りだというテーゼは、まだ証明されていないのである。<sup>177</sup>

イエーガーは、命令緊急避難に関する研究全体のまとめとして、次のように結論づけている。「命令緊急避難の刑事学的意義は、調査された資料から分かるように、しばしば考えられているよりは、抜本的に小さい。<sup>178</sup> そのことは、受命者が強い心理的な圧迫ではあるが、責任阻却されるには至らない圧迫にさらされていたということを排除しない。まず、確かなのは、過剰行為やイニシアティブ行為をおこなえという強制は存在しなかったし、進んで服従する場合も、いろいろな形のものがあるが、命令緊急避難を排除するということである。したがって、緊急避難の問題はすべて、葛藤犯罪の領域においてのみ重要である。それは、調査された事案の一五パーセントから二〇パーセントと見積もられている。……従って、命令緊急避難を犯罪学の中心概念だとみなし、そこから、ナチ大量犯罪の全体現象を説明できるであろうとするのは不可能である。命令緊急避難と全体主義的支配との一般的関係は、……存在しない」。さらに、イエーガーは、犯罪的命令を拒否したために身体・生命に危険が及んだ事例はなかったこと、むしろ、別の方法で命令を回避する努力がなされたこと、その他、主観的命令緊急避難、つまり誤想避難が犯罪統計には大きな意味をもったとしている。

(3) Volker Ducklau, Die Befehlsproblematik bei NS-Tötungsverbrechen, Diss. 1976, S. 6.

(4) Huber, Verfassung des großdeutschen Reiches, 2. Aufl., 1937/39, S. 237, 242; vgl. Baumann, Die strafrechtliche Problematik der nationalsozialistischen Gewaltverbrechen, in: Henkys, a.a. O., S. 295.

(5) OGHSt. I. 321 = MDR 1949, 370 = SJZ 1949, 347; BGHZ 3, 106. 前者の判例によれば、このような見解は、「法治国家的観察方法によれば、法源論としては何らの意義をもたない単独支配者のための法共同体の構成員の冒瀆的な自己放棄であ

る」としてゐる。なお OGHSt 2. 117 にもつても、前記 OGHSt 1. 321 が引用されてゐる。

- (6) Vgl. Henkys, a.O., S. 296.
- (7) OGHSt 1. 321; OGHSt 2. 117 = NJW 1950, 151. (7) の画者であるバトラーの秘密命令に関する判例であり、同様の問題点を取り扱われている。なお、前者の判例評釈として、Wezel, MDR 1947, 373; Eb. Schmidt, StZ 1949, 559; Peters, JR 1949, 496 がある。後者の判例評釈として、Haltung, NJW 1950, 151; Seibert, DRZ 1949, 557; Reincke, MDR 1950, 77 がある。これらのナチの安楽死判例については、vgl. Klefsch, Die nat.-soz. Euthanasie im Blickfeld der Rechtsprechung und Rechtslehre, MDR 1950, S. 258ff.
- (8) OGHSt 2. 117 なお、(7) の判例の(7)の罪責に関する部分を紹介したものととして、前掲 Klefsch, MDR 1954, S. 263f.
- (9) 本稿で引用してゐる OGH の判例集には掲載されていないが、クレフィッシュによれば、医師 W は、違法性の意識の可能性の欠如を主張したが、OGH はこれを斥けた。(Klefsch, MDR 1950, S. 263) .
- (10) Vgl. Hellmuth von Weber, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl, MDR 1948, S. 24.
- (11) Vgl. Weber, MDR 1948, S. 34. イギリス法およびアメリカ法における命令にもつて行爲について略述したものととして、vgl. Weber, MDR 1948, S. 36; Oehler, Handeln auf Befehl, Jus 1963, S. 306f. なお、おなじく、ライヒスゲリヒトの一九二一年の Llandovery Castle 事件判決についても、両論文に記述がある。(7) の事件については、一九五〇年二月九日のフライブルク上級ラント裁判所の判決でも引用されてゐる。OLG Freiburg JZ 1951, 85). ライヒスゲリヒトのこの判決を参照して、第一次世界大戦の時に作られた、部下は、上官の命令に基づいて実行した犯罪について不可罰であると定めたイギリスの Manual of Military Law の 443 条に新しい内容が盛り込まれた。それによると、「上官の命令の援用は、その命令が戦争法規や戦争慣習の一般的に承認された原則に違反し、または明らかに国際法の一般的に承認された原則を侵害したときには、許されないとされた。
- (12) この規定については、本稿(三)・法学論集四一巻一七二頁を参照せよ。
- (13) Vgl. Weber, MDR 1948, S. 34.
- (14) Vgl. Weber, MDR 1948, S. 35.
- (15) (7) については、vgl. Ducklau, a.O., S. 9f.

- (16) Vgl. Weber, MDR 1948, S. 37.
- (17) Vgl. Ducklau, aa.O., S. 75.
- (18) Vgl. Schöнке/Schröder/Lenkner, StGB Vorbem §§ 32ff. Rdnr. 87.
- (19) Schöнке/Schröder/Lenkner, aa.O., Rdnr. 87, 88a.
- (20) Vgl. Hirsch, LK Vor § 32 Rdnr. 165.
- (21) Vgl. BayOblG NJW 1949, S. 759; vgl. Ducklau, aa. O., S. 76.
- (22) M. E. Mayer, Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten, 1908, S. 137; Dolapschkeff, ZStW 1958, S. 238. これによれば、「拘束的なのは、法秩序への拘束のみであり、拘束的な違法な命令とは「矛盾した構成である」とされる。
- (23) これについては Vgl. Baumann, Strafrecht, AT 7. Auflage, 1975, S. 346ff. バウマンによれば、「学説の大部分によって違法な命令の拘束的効果の可能性は肯定されている。バウマンは、この見解に対して、適法な命令のみが受命者の行為にとり正当化事由でありうる」とし、違法な命令は、いずれにせよ責任阻却事由として作用するとする。これに従う判例としては、  
vgl. Ducklau, aa O., S. 76, Fußn. 9 に挙げられた若干の判例を参照。

- (24) Vgl. Ducklau, aa O., S. 76.
- (25) Vgl. Ducklau, aa O., S. 82.
- (26) このように、戦争犯罪の違法性と個人的責任の領域にとつては、当時すでに、国際法的効力と国内法的効力のいわゆる二元主義は採られていなかった。(Ducklau, aa.O., S. 85)
- (27) Vgl. Ducklau, aa O., S. 88.
- (28) BGHSr. 2, 234 (238).
- (29) Vgl. Ducklau, aa O., S. 90.
- (30) BGHSr. 2, 174. これは「カナリス提督らのヒトラー暗殺未遂事件関与容疑に対する身分裁判所の裁判官に対する裁判の事件である。これについて詳しくは、本稿(四)・法学論集四一巻四号一〇八頁以下参照。しかし、ここでは、ここで重要な判断の部分は、紹介を省略したので、以下で、紹介しておこう。判決は、次のように論じる。「個人の民族と国家への関係は、確かにあらゆる時代と状況について決定されるべきではない。個人の自由と生命への国家の干渉は、共同体が異議のない、



確かな生活を享受するか、または、生死をかけて戦っているかどうかに応じて、事情に従って異なつて判断されえ、また、されなければならぬ。……従つて、被告人には、被告人が、当時妥当していた法状態において少数の強行手続法規のみを遵守し、そして、被告人の権利がその他一般に平時において通常である場合よりも、低い程度に保障されたということだけが認定されたとき、刑法上非難を加えることはできない。……被告人に対する非難は、ここでは、この手続によって、例外を許さない最低限の要求が無視されたという点にある……」。

- (31) Dazu vgl. Ducklau, aa.O., S. 911f. への秘密命令の規範的意味について論じた文献として、Baumann, Rechtmäßigkeit von Mordgeboten, NJW 1964, S. 1399; Roesen, Rechtsfragen der Einsatzgruppenprozesse, NJW 1964, S. 133, 1111; Arndt, Heiliges Recht, NJW 1964, S. 486, 1310; Welzel, Gesetzmäßige Judenmordungen?, NJW S. 521; Redeker, Bewältigung der Vergangenheit als Aufgabe der Justiz, NJW 1964, S. 1097; Lewand, Das Dritte Reich - Rechtsstaat oder Unrechtsstaat?, NJW 1964, S. 1658.

- (32) Vgl. Ducklau, aa.O., S. 92; 先の BGHSt 2, 174 の判例の中では次のように言われている。「ナチ国家の権力者達は、……多数の規定を發布し、命令を発した。それらの規定や命令は、『法』を制定するという要求をもっていたが、にもかかわらず、法的性格に欠けるものであった。なぜならば、それらは、一切の国家的承認から独立して妥当し、しかも（広く把握された法律上の規定の文言とまだ調和するように思われる）それと対立する官憲の行為よりも強いあの法的原則を侵害するからである。正義を指さず、平等の思想を意識的に否定し、あらゆる文化的国民に共通の、人間の人格の価値と尊厳に関する法確信を著しく無視するような官憲の命令は、法をなすものではなく、それに従う行為は、不法にとどまる」。

- (33) このように法的性格を否定した判例は、少なくない。これについては、vgl. Ducklau, aa.O., S. 93, Fußn. 84.

- (34) Vgl. Ducklau, aa.O., S. 9; Ruckertl, NS-Verbrechen vor Gericht, 1984, S. 286f.

(35) 軍刑法四七条は、違法な命令が与えられた場合に、部下が服従義務と、一般刑法尊重義務との葛藤に陥つた場合に関する規定をなすものであるが、その成立史について一瞥すると、それは、一八四五年のプロイセン軍刑法および一八六九年のバイエルン軍刑法に由来する。この法律ができる以前には、プロイセンでは、部下には職務命令への絶対的服従義務が課せられていた。プロイセン軍刑法七一条において、命令が明らかに重罪または軽罪を目的とする行為に関するものであることが部下に知られていたときは、部下を処罰するという規定となつた。しかし、これは、プロイセンには行き過ぎであると考え

られ、一八六〇年に内閣令をもって、命令の遂行において軍隊の忠誠が侵害されたときのみ、部下は処罰されるというように、「有権解釈」された。一八七二年以降、一九四五年まで、本文で紹介したような四七条一項一号の趣旨の規定となつた。

- (36) Vgl. Ducklau, aa O., S. 97.
- (37) Vgl. Ducklau, aa O., S. 98.
- (38) Vgl. Ducklau, aa O., S. 103.
- (39) Vgl. Ducklau, aa O., S. 103.
- (40) Urteil vom 11. 4. 1962 8 Ks 1/62, Nr. 534 m. H. a. OLG Freiburg JZ 1951,85; BGH NJW 1951, 323. Vgl. Ducklau, aa O., S. 104ff.
- (41) Vgl. Ducklau, aa O., S. 107.
- (42) Schwinge, MStGB, Anm. III 2 zu § 47.
- (43) Vgl. Ducklau, aa O., S. 109f.
- (44) Vgl. Ducklau, aa O., S. 110f.
- (45) Vgl. Ducklau, aa O., S. 113f.
- (46) Vgl. Ducklau, aa O., S. 117.
- (47) Vgl. Ducklau, aa O., S. 131ff.
- (48) Vgl. Ducklau, aa O., S. 133. ドゥックラウによれば、無罪判決に至った疑問のある判例は多い。例えば、命令を内面的に否定的に評価した、魂が動揺させられた、ショックを受けた、強く内面的に否定していた、一般的人間的・道徳的疑義があった、何かしら変だという感じがあったことなどを認定したにもかかわらず、犯罪的目的を知っていたとは認めなかつた判例が多数ある。
- (49) Vgl. Rückertl, NS-Verbrechen vor Gericht, 1984, S. 282.
- (50) Jäger, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, 1982, S.81.
- (51) Jäger, aa O., S. 81.

- (52) Vgl. Ruckerl, aa.O., S. 282, Fußn. 65.
- (53) Jäger, aa.O., S. 81f.
- (54) Jäger, aa.O., S. 83.
- (55) BGHSt. 3, 276.: 本本案は、ゲシュタポに所属していた被告人達が、一九四二年一月五日のライヒ保安局の秘密命令に従って、東部労働者を「特別処遇」したことが、絞首刑に処したことが、故殺幫助に問われた事案である。刑法五二条の適用については、原審は「もし被告人が『特別処遇』を拒否していたとすれば、強制収容所に送られ、SSの隊員として当時の戦時法に従って死刑に処せられていたであろう」というのであるが、これは、五二条を適用するに十分ではない。ナチズムの支配のもとで何年も進んで犯罪とテロに……奉仕していたあらゆる人々が、たんに、犯罪的行為にそれ以上加担することを拒否したなら身体・生命に危険が及ぶと示唆することによって責任を逃れようというのは、刑法五二条の趣旨ではない。陪審裁判所の新公判では、身体・生命に対する差し迫った現在の危険が証明されてはじめて、五二条の適用が考察にのぼる。
- (56) Vgl. Ducklau, aa.O., S. 153.
- (57) LG Ravensburg, LG Aachen: その他の判例については、Ducklau, aa.O., S. 154f.
- (58) Vgl. Ducklau, aa.O., S. 156f. 上官が残酷で情け容赦のない性格であったとき、部下は、圧迫状態にあったことの徴表とされる。
- (59) Vgl. Ducklau, aa.O., S. 159f.
- (60) それらの判例については、Ducklau, aa.O., S. 161 Anm. 46 に列挙されている。
- (61) Vgl. Ducklau, aa.O., S. 163.
- (62) Vgl. Ducklau, aa.O., S. 166.
- (63) Vgl. Ducklau, aa.O., S. 187.
- (64) Hanack, Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Verbrecher, JZ 1967, S. 30.
- (65) Vgl. Ducklau, aa.O., S. 189.
- (66) Hans Buchheim, Befehl und Gehorsam, in: Anatomie des SS-Staates, Bd. 1, 1867, S. 213ff. など、これを要約した論稿として

↳ ders., Das Problem des sogenannten Befehlsnotstandes aus historischer Sicht. in: Rechtliche und politische Aspekte der NS-Verbrecherprozesse (Hrsg. v. Peter Schneider/Meyer, Hermann J.) , 1968, S. 25ff.

- (67) Buchheim, aa.O., S. 215.
- (68) Buchheim, aa.O., S. 216.
- (69) Buchheim, aa.O., S. 216.
- (70) Buchheim, aa.O., S. 222.
- (71) Buchheim, aa.O., S. 223.
- (72) Buchheim, aa.O., S. 263.
- (73) Buchheim, aa.O., S. 291; ders., Rechtliche und politische Aspekte, S. 32f.
- (74) Jäger, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, S. 94ff.
- (75) Jäger, aa.O., S. 120ff.
- (76) Jäger, aa.O., S. 120.f.
- (77) Jäger, aa.O., S. 122.
- (78) Jäger, aa.O., S. 158ff.

### 第三節 ナチ犯罪と責任論

#### (1) 戦後贖罪社会と刑法上の責任概念

ナチ犯罪裁判においては、責任の認定と刑の量定も困難な問題である。ところで、我々は、今日、戦後西ドイツにおいては、一九六〇年代後半にいたるまで、責任刑法、贖罪・応報刑法が支配していたという事実を知っている。<sup>19)</sup> 再社会化刑法が有力になるのは、六六年対案を待たなければならなかった。マウラッハの『ドイツ刑法 総論』一九五

八年版<sup>80</sup>では、次のように書かれている。

「刑罰とは犯罪者に有責な過ちのゆえに法によって科せられる害悪である。刑罰害悪は、権利制限によって、犯罪に含まれる権利の侵害の清算を実現する。一切の刑罰は、その本質上、従って、応報である。「正当な」応報のみが、刑罰として妥当してよいのだと強調することは、応報の中に、有責な行為の、法によって惹き起こされた効果を認めることのみが守られるとき、必要でない」。

ナチ時代において刑法は、たんなる目的刑法になり、国家の利益を貫徹するための権力道具として濫用された。ナチス刑罰論は、応報刑論と目的刑論の融合であり、個人の自由と権利に、積極的に介入する刑罰論である点に特徴をもつ。これに対して、上の見解は、国家に限界を付し、道徳的自由を尊重し、犯罪者の尊厳をも尊重するもののように思われる。刑罰とは、「正当な」応報である。この命題は、刑罰を根拠づけると同時に限定するものでもある。有責な行為、つまり「責任」に刑罰が均衡的に対応しておれば正しい刑罰なのである。<sup>82</sup>

ここで、刑罰と責任とが相互に表裏の関係にあることが分かるが、従来から、責任と刑罰は、道徳的な非難の意味をもつか、法的な非難に過ぎないのかについては争いがあった。例えば、責任概念についても、すでに、エドムント・メツガーは、法的責任概念を唱えていた。「刑法上の責任は倫理的な意味における責任ではなく、法的意味におけるそれである。それは、いわゆる意思自由をめぐる争いとは関係がない<sup>83</sup>」。これに反して、ヴェルツェルによれば、「刑罰の思想に固執し、これが集団の倫理とは無関係の保護処分に解消されないかぎり、刑罰の正当化前提は、行為者の責任である」とされるのであるが、「法における責任原理と倫理における責任原理の内容は、同一である。我々が刑法において強調する責任非難は、倫理的責任のある断面でありうるが、これに原理的に矛盾してはならない」と<sup>84</sup>

される。アルトウール・カウフマンも、責任概念は、實質的に理解されてはじめて意義を有するとして、「實質的には、責任は倫理的責任としてのみ存在する<sup>85</sup>」という。

このような倫理的責任の原理を明らかにしたのが、一九五二年三月一八日の連邦裁判所（大法廷）判決<sup>86</sup>である。

「刑罰は責任を前提とする。責任とは、非難可能性である。責任の無価値判断をもって、行為者には、彼が適法に行動しなかったこと、彼が、法に則して決断しえたにもかかわらず、不法に向かって決断したことが非難される。責任非難の内部的根拠は、人間が自由で答責的、道徳的な自己決定を目指し、従って、彼が道徳的成熟に達したとき、また、自由な道徳的自己決定への素質が（責任無能力によって）一時的に麻痺させられておらず、または、ずっと以前に破壊されていないときには、法に向かって決意し、不法に反対して決意する能力を有するのである。人間が、自由な、答責的な、倫理的な決定において、法に向かい、不法に反する決心をなす前提は、法と不法を知ることである。彼が自由において決断したことが不法であることを知る者は、それにもかかわらずそれを行ったとき、有責に行為したのである」。

このように、法的責任論を唱える見解が極めて例外的であるというわけでもなかったにもかかわらず、責任と刑罰が、道徳的・倫理的なものであるという捉え方は、一九六〇年代半ばに至るまでは、西ドイツの判例や実務において支配的な見解であり、そもそも刑法が道徳を維持するものであるかに考えられていたのであり、このような倫理化された刑法の任務の理解は、一九六六年の対案グループの刑法教授達の「刑法の脱形而上学化・脱倫理化」の主張と啓蒙によってはじめて、その問題点が意識されるに至ったといっても過言ではないのである。このような刑法の世俗化の運動は、広く言えば、西ドイツ社会の変化に起因するものというべきであろう。西ドイツの社会そのものが、一九

六〇年代に至るまでは、ナチ犯罪の贖罪に努めなければならないという社会的・国家的課題のもとに立たされていたのであり、戦後世代が育つまでは、倫理的責任が個々人の肩と胸に重くのしかかっていたのであった。刑法理論も、このような「贖罪社会」の例外たりえず、ナチ不法国家を克服する国家は、理念上は、道義的に優越する国家でなければならなかった。刑法は、このような国家の刑法でなければならなかったことは言うまでもない。風俗犯の領域で道義的刑法観を標榜したことでよく知られているのは、自分の娘が婚約者と家で性的関係をもつのを容認した母親を「媒合罪」で処罰し、「性交渉の意義は原則として子供を生むことである」とした連邦裁判所の一九五四年二月一七日の大法廷判決<sup>47)</sup>である。これらの道義的刑法観の背後に、ナチ犯罪処罰という戦後西ドイツの社会的課題があったのであり、それによって、六〇年代半ばまで、道義的責任概念から脱脚できなかったのだと言えば言い過ぎであろうか。バウマンも、「刑法上の責任と道義上の責任を、同じだと言わないまでも、相互に組み合わせるという試みが、……刑法上の責任概念にとって新たな危険である<sup>48)</sup>」として、「実証主義からの訣別、自然法の再発見、とくにナチの刑事不法の記憶がこのような方向に影響したのだ」と指摘している。いずれにせよ、ナチ犯罪が、刑法上の責任概念に何らかの影響を与えたことは否定できないように思われる。このことは、次のような原因をもつものと推測される。第一は、ナチ犯罪者が非人道的な、自然法に反する行為を行ったことは、道義的に非難される必要があったので、責任と刑罰を、国家の政策と合理的な刑事政策的考慮の所産にすぎないとすることはできなかったということである。第二は、理論的にも、応報刑論でなければ、ナチ犯罪の処罰を理論的に根拠づけるのが困難であるから、無意識に合理化が回避されたのである。

我々は、すでに、命令緊急避難の理論などによって、ナチ犯罪者の「責任」軽減が根拠づけられようとするのを検

討してきた。以下においても、責任軽減的な理論構成の試みについて、さらに検討を加えておこう。

(2) 「超法規的責任軽減事由」の理論

謀殺罪の法定刑が終身刑のみであることから、事情によつては、刑が重すぎると感じられる場合があり、ナチ犯罪についても、全体国家のもとでそのような時代の状況に巻き込まれて犯罪を實行した者について、その行為者個人の責任はむしろ軽減されるのであり、これが、責任論と量刑論に反映させるべきだという見解が、とくに、ハナックによつて第四六回ドイツ法曹大会において唱えられた<sup>90</sup>。このハナックの見解に従う判例が、上級審で破棄されるという一連の裁判所の判断がある。以下では、この理論と判例に焦点をあてて、ナチ犯罪の「責任」の問題を考察することにした。

(a) ハナックの主張

まず、第四六回ドイツ法曹大会においてハナックが説いた理論的根拠について検討を加えておこう。ハナックは、まず、フリーゼンハーン教授が、ケーニヒシュタインにおいても、いわゆるナチ権力犯罪は、ノーマルな犯罪であり、従つて、刑法上それ相応に取り扱われなければならないと示唆した点<sup>90</sup>を手がかりとして、この見解を少なくとも責任の領域では不当で危険なものともみなすことから出発する。ハナックは、およそ次のように論じる。ナチ犯罪者にあつては、「ノーマルな」犯罪においては決して存在しないような彼らに有利に働く特別の責任減少事由が援用されなければならない。そのような特別の責任減少事由は、犯罪の起因者が作り出し、または利用した社会心理的背景から生じる。この問題提起にとつては、国家と社会の変質した状況が行為にとつて明らかに一種の培地を意味することが重要である。この社会心理学的背景は、個々の行為者に影響する様々な因子が微妙に入り混じつたものから成り立



つ。行為は、戦争を利用して行われた。それは人間の生命がもともとあまり重要でない時代である。被害者は、システマティックに孤立化され、その人間の尊厳は奪われ、下等な人間の烙印を押された。多数の演説や新聞の論説、疑似学術論文が、我々国民の大きな一部分、つまり「ユダヤ人」が、もはや人間、あるいは仲間たる人間ではなく、寄生虫であり下等人間だと宣伝している。我々の刑法典の規範は、このような大規模な狂気、国家によって操縦された大量犯罪の状況に適合するようには作られていない。判例においては、繰り返して伝統的な責任軽減事由の一つによってこの状況を考慮しようと試みられている。ただ、この方法は、この軽減事由の伝統的な内容を変容させることなくしては大抵は歩みえないのである。緊急避難と誤想避難は、現行法においては責任阻却事由としてのみ存在し、厳格な条件が付されている。それらは、抵抗意思が限定されているという典型的な問題を捉えることができない。同様にして命令の拘束力に関する錯誤の問題や陰での命令や半強制的な命令の問題も把握されないのである。

かくして、不法国家によって形成された行為者の特徴的な全体状況は、柔軟な法定刑がなく、または十分でない場合には、結局、特別の超法規的な責任軽減事由をもってのみ把握されるのである。このような方法は、正犯と共犯を区別する際に、その特別の状況を把握しようとする判例の努力よりも、いずれにせよ、優っている。

ハナツクの考察に対しては、すでにケーニツヒシュタインで次のような批判があった。これによれば、例えば、酷い事件において寛大な裁判を助長することになるというのである。しかし、ハナツクはこれに対して次のように反論する。すなわち、それは責任の転嫁を意味するにすぎない。また、立法者のみが法定刑を破ることができると指摘されたが、これに対しては、立法者が残念なことに沈黙しているからといって、とくに全く異なった事情に向けて作られた刑法典に従って判断することが裁判官に強いられる場合には、裁判官に我々の理論の規則に従って、超法規的責

任輕減事由を展開することが妨げられるものではないと反論された。さらに、法秩序の擁護の観点と、その他、将来において圧力下の行為にあつて法意識が否定されることになるという不安が、ハナツクの解決法を採らせないのだと批判された。しかし、ハナツクによれば、この点でまさしく法治国家刑法の誤解が明らかになる。なぜなら、我々が不法国家によって形成された行為者の状況そのものを認識するという勇氣をもつときのみ、実際に、その出来事が、刑法という手段によって、何百という犯罪者による個々の犯罪として輕視され、いわゆる過去の克服にとっての刑法のさもなくとも負担過重の可能性を過大評価し、または濫用するという非難に我々をさらすかもしれないような方法で処罰されるということを防止するからである。

(b) 「緊急避難」を認めない判例の傾向

ハナツクは、通常の緊急避難の適用がナチ犯罪においては困難であるということを、このような超法規的な責任輕減事由を必要とする理由であるとす。例えば、次の判例は、緊急避難（刑法五二条、五四条）という法規上定められた責任阻却事由の認定が困難であることを例示している。<sup>(93)</sup>

①一九六五年一月四日の連邦裁判所の判例

「上告趣意は、被告人は命令緊急避難において行為したという。つまり、興奮しやすく残酷な収容所所長に対するあからさまな反抗は、被告人には、……期待できなかつた。もし彼が、殺害行為に際して直接の協力から身を離しておくよう努力したとするならば、それは、事情からして、彼に要求できた最も要求できないことであつたであろうとする」。連邦裁判所は、伝統的な法と調和して、この論告は、被告人が、決して任せられた任務を何とかして逃れようという意図をもたず、むしろ、当時の権力者の恭順な服従者として、非人間的な命令に服従せず、または回避する可

能性に考慮を払うことなく、不動に命令に忠実であつて初めからこの任務を遂行しようとしていたことを看過しているという。これによれば、陪審裁判所の適切な見解によると、被告人が、さもなければ迫ってくる自己の身体の危険から逃れるために、その行為を行ったということは問題になりえない。

このようにして、ここでは、被告人は、自ら任務を遂行しようとしていたのであつて、「緊急避難」は問題にならないとするのである。

②一九六五年一月一三日の連邦裁判所の判決

この判決も、同じ線上にある。陪審裁判所は、被告人は客観的に命令緊急避難の状態にあつたのではないと認定した。しかし、ひよつとすれば、服従を拒否した場合には、死刑に、さもなくとも重く処罰されると信じていたが故のみ、命令に従つたのかも知れないことを認めたのである。これについて陪審裁判所は、被告人は、脱出口についてよく考えなかつたにもかかわらず、このいわゆる緊急避難によつて責任阻却されることがありうると論じた。つまり、かれらには、どうすれば、かれらが命令を逃れることができるかについて、自らの責任では何も考えなかつたとは、証明されえないというのである。連邦裁判所は、この見解には疑義があるという。「被告人Sに、命令の遂行を申告はするけれども、実際には、射殺しないということが期待されるかどうかは、疑わしい」。「しかし、いずれよせよ、被告人達には、地方警察隊の官吏に、彼によつて主張された状況の中で、命令されたものではあるが、決してその隊の任務の範囲には属さない処分が法外なものであつた場合には、思いつかれなければならなかつた逃げ道が与えられていた」。

ここでは、連邦裁判所は、いわばそのような犯罪行為の実行をするべく緊急避難状況に陥る前に、退避可能性が

あつたはずだと認定して、緊急避難の成立を否定したのである。このように、法規上の緊急避難規定の適用について、判例は、厳格な態度を取ったのであり、それゆえに、「超法規的責任阻却事由」を認める必要があるというのが、ハナックの基本的見解なのである。

(c) 超法規的責任阻却事由をめぐる判例

一九七六年になってハンブルク・ラント裁判所が、ハナックの見解を実務において実証するような判決を下した。

①一九七六年三月九日ハンブルク・ラント裁判所判決<sup>(9)</sup>

〔事実〕 当時二一歳であつた被告人Eは、一九四二年から四三年には、白ロシアのユダヤ人強制労働者のSS収容所の係長であつた。当初、彼の上司は、ユダヤ人を疲労困憊するまで働かせるように、無能力者・病人は除去するように、彼に指示した。被告人は、それに従つた。約一年経つて、千人以上のユダヤ人が殺害された。彼自身は、自ら、少なくとも五〇人を射殺した。陪審裁判所は、被告人を謀殺で有罪とし、一二年の自由刑を言い渡した。

〔判旨〕 法律は、責任が少ない場合には、刑も軽いものとしている。行為者が異常な条件のもとで行為したとき、この特別の行為事情が、法規上の責任減少事由または責任阻却事由に構造的に似ている……ときには、刑を軽くする可能性が開かれる。陪審裁判所は、次のような法確信に達した。国家の権力者によつて命じられた、包括的な心理的および外部的権力手段をもつて貫徹された犯罪においては、…個々の行為者のために、一定の条件のもとでは、個人の責任を、国家のテロの予め与えられた構造との特別の種類の結びつきが、超法規的な責任軽減事由として承認されなければならない、と。

これをさらに敷衍して、ラント裁判所は、次のように論じる。「以上すべてのことからして、SS国家は、その服

従者の法的認識のみならず、法を行う意思力と決断力も同じくいくども侵害し、弱体化させた。刑法は一つのモメントを、ただ狭い、技術的な意味において、錯誤の問題として捉え、他のモメントを緊急避難ないし誤想避難の問題として捉えた。しかし、緊急避難という法的な概念は、状況の典型的なもの、つまり、全体主義的条件のもとでの行為の麻痺の現実的基礎にはあたらぬ。それはつまり、一般的な、命令に近い行為に対する圧力、知的・感情的対抗物の拒否、人間の生命に対する一般的な無頓着、テロの目に見えた暴力、どこにも謀殺に対する反対の声が目に見えてあがらないという認識、起こるべきことは、どっちみち起こっていたという推定、行為者が完全に互換性があるものとして現れること、また、深く訓練された、疑問のない、ほんやりした規律である。しかし、それは、その中では、法に則った行為への決断が疑問の中で押しつぶされ、窒息させられた精神的次元であった。現実の方向づけ水準、行為水準は、——緊急避難に関しては、——法的緊急避難概念において前提にされる次元のはるかに下に位置する。従って、ナチ犯罪訴訟と現代史的研究が、真正の緊急避難の事案は、当時、存在したのは極めて希有であり、いずれにせよ——人間の行為準備の「通常の」観念から出発して、——何百万人という被害者と何万人の行為者と幫助者ともなう巨大な謀殺行動に鑑みて、一見思われるよりははるかに稀であるという推定を根拠づけたのは不思議なことではない。「連邦裁判所は、国家的テロに巻き込まれたことを責任軽減的なものと認めているのであるから、それが、たんに正犯と共犯の区別という法解釈学的な道の上でのみ生じるのかどうか、その結果、刑罰が確かに『大物の』幫助者の場合には軽減されるが、比較的小物の正犯者の場合には、残らず終身刑に処せられることになるのかどうか問われるべきである。そのようなことは、陪審裁判所の見解によれば正しくない。巻き込まれたことによる責任軽減は、抜本的で包括的であるから、正犯者の有利にも働かなくてはならない。さもなくば、責任に応じた処罰と

いう原則が観念上の構成の強制の犠牲にされる」「特別の責任軽減を承認することによって、ナチ犯罪に対する一見全く対立する考え方を基礎にするかに見える理解を、有意義なジンテーゼにまで止揚することができるのである」。

## ② ハナツクの評釈<sup>95)</sup>

ハナツクは、この判決は、自分の主張を採り入れたものとし、妥当なものと評価する。ハナツクによれば、この判決は、ナチの不法の緩和に向かう傾向に何の關係もないことは明らかである。ここでは問題は、この行為者が、通常の行為者のように取り扱われるべきか、刑事責任が不法国家の所与の中に深く根差しているがゆえに、法治国家の観点からは事情によっては特別なことが妥当するかどうかにある。ナチ犯罪の特殊性を個々の場合において、超法規的責任軽減事由によって評価するという思想は、すでにケーニヒシュタインの秘密会議でも激しく争われた。そしてハナツクによれば、判例は、我々の解釈学の規則に従って少なくともそのような超法規的責任軽減事由を展開することを妨げられないのである。

この判決に対して、検察官側から上告され、連邦裁判所の第五刑事部が終身自由刑を言い渡した(③判決)。これに対する憲法訴訟は、後述の連邦憲法裁判所の決定により、連邦裁判所の第四刑事部に移送された。第四刑事部も、被告人に終身自由刑を言い渡した(④判決)。

## ③ 一九七七年五月三日連邦裁判所判決(第五刑事部)<sup>96)</sup>

〔決定要旨〕 検察官の上告趣意は、陪審裁判所が被告人Eを終身自由刑に処さなかつたことを非難するが、正当である。陪審裁判所は、刑法二二一条の絶対的刑罰の法定を正当にも合憲であるとする。それは一切の法律上承認さ

れた刑罰軽減事由を正当にも排除する。唯一法定された刑罰の下限を下回ることを、陪審裁判所は、「巻き込まれたことによる責任軽減」という観点において正当化しようと試みる。上級連邦検察官は、これに対して、次のように論じた。「それには連邦裁判所の従来の判例が反対する。確かに特別の事情において『国家による犯罪の命令』は刑罰減輕事由をなしうることは承認される。法律上の刑の枠の内部でそれが可能であるところでは、その考慮は問題ではない。むしろ、そのような考慮から法律上の法定刑が、軽減されうるかどうかの問題なのである。陪審裁判所が正当であるとみなすことは、刑法二二一条の合憲的適用を越え、場合によって別に別の理由から軽減された法定刑をさらに軽減することにつながらなければならないであろう。連邦裁判所は、それを従来認めてこなかった」と。この見解は、一九六九年七月一五日の判決によって支持された。連邦裁判所は、強要構成要件のみならずその他においても、権力支配のシステムへと巻き込まれたことが独自の刑罰軽減事由であると認めてこなかった。連邦裁判所は、この巻き込まれたことを法律上の軽減事由の前提の枠内での事実的な事情としてのみ考慮したのであった。

この決定の後、国選弁護人 (Pflichtverteidiger) の選任を拒否されたことに対して、フェア・トライアル (法治国家原理) に反するとして連邦憲法裁判所に憲法訴訟を提起したが、一九七七年一〇月一九日連邦憲法裁判所の決定<sup>97</sup>によつて、私選弁護人に対する費用を払えない場合には、国選弁護人を付けることを要求できるものとされた。かくして、連邦裁判所第四刑事部がこの事件を管轄することとなった。

④一九七八年二月二三日連邦裁判所判決<sup>98</sup>

〔判旨〕

法律上承認された刑罰軽減事由は存在しない。「巻き込まれたために責任を軽減する」という観点から唯一のものとして法定された刑を下回らせることは正当化できない。……「法律の明白な意思は、その種の考慮から

刑の軽減を認めることに反対している。謀殺のゆえの刑罰威嚇は、重くない事案を知らない。法律上の刑罰軽減事由が存在しない場合には、それ以外の刑罰軽減事由が、唯一のものとして威嚇された終身自由刑の免除を可能にするわけではない」。……連邦裁判所の第五刑事部は、一九六九年七月一日の判決 (BGHSt 23, 39) で、およそ次のように述べている。本法廷は、国家権力による大量殺人が、歴史における前代未聞の出来事であり、刑法典がそれに合わせて作られてはならないということを見誤ってはいない。……裁判所は、刑罰法規をこの種の行為につき、自由な法創造において作り変える権限をもたない、と。本法廷もこれに賛成する。その他でも連邦裁判所は、権力支配のシステムに巻き込まれることを、一度も独自の刑罰軽減事由とは認めていない。これは、堅持されるべきである。

被告人は、もう一度、憲法裁判所に訴えたが、連邦憲法裁判所は、次の決定において終身自由刑を定める二一条を合憲であるとした。

⑤一九八〇年四月一六日連邦憲法裁判所決定<sup>99</sup>

〔決定要旨〕 連邦憲法裁判所は、終身自由刑に関する判決において (BVerfGE 45, 187 = NJW 1977, 1525) 終身自由刑が絶対的に定められているところでも、個々の事案においては責任にふさわしい処罰につながりうるといふ可能な解釈の方法を記述した。その際、決して、刑法上の責任軽減事由の解釈と継続形成の問題に手がかりを求めた必要はない。憲法上は、責任原理を実現し、比例の要請を維持するために、「不法体系へと巻き込まれたこと」という一般的な責任軽減事由による法の継続形成を通じて、刑法体系を補充することが必ず必要になるだろうという観点は明らかではない。連邦の最高裁判所には、法が継続形成されるべきかどうか、必要な場合にはどのようにして継続形成されるべきかについての最終的な決定があたえられる。かくして「巻き込まれたこと」による刑法上の責任軽



減事由が考察外にとどまらなければならぬとしたならば、連邦裁判所は、終身自由刑を言渡すにあたって、刑法二一条の客観的主観的構成要件を完全に充足したものとみなすことができたものである。

しかし、Bは、連邦裁判所が終身自由刑がその責任にふさわしいかどうかを明らかに未決定のままにし、そして、法の明確な意思は、刑の軽減の認容に反対するという見解を唱えたとして、これを違憲であると非難する。このような疑義は理由がない。責任原理違反は存在せず、終身自由刑を言い渡した点が、比例性の要請に反するものでもない。

このようにして、判例は、ハナックによって主張された、法律上の減刑規定がなくとも「不法システムに巻き込まれたという理由で責任を軽減するべきである」という理論を、最終的に採用しなかつたのである。ハナックの理論は、国家自体が、不法国家であり、その国家体制のもとで犯罪へと「巻き込まれた」者は、いわば国家標準説の意味での期待可能性が減少するという意味では、理論的に不合理とはいえないものであるが、この理論が、明らかに法規定に反して主張された点に無理があつたと評することができよう。

(79) これに関するわが国の文献として、ユルゲン・パウマン編著（佐伯千仞編訳）『新しい刑法典のためのプログラム―西ドイツ対案起草者の意見』（一九七二年）二二頁以下、四一頁以下、六九頁以下など、内藤謙『刑法改正と犯罪論』（上）（一九七四年）九九頁以下参照。

(80) Maurach, Deutsches Strafrecht, AT, 1958; vgl. Armin Draber, Nationalsozialistische Gewaltverbrechen vor Gericht - Problematik der NSG-Verfahren aus der Sicht des Richters, in: Weber/Steinbach, Vergangenheitsbewältigung durch Strafverfahren? S. 106.

(81) これについては、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）一八六頁以下、山中「ドイツにおける受刑者の法的地位の展開」(二)法学論叢九六卷一号八三頁以下参照。

- (82) 当時の「責任論」は、むしろ、結果責任を排して、心理的責任主義を貫徹するという点、および、規範的責任論の台頭、そして、意思の自由論との関係に問題意識の中核が置かれていたように思われる。従って、ランゲーヒンリックセンの、次の論文も、刑罰との関係における責任主義の内容については、論じられていない。Vgl. Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht, ZStW 73, (1961), S. 210ff.; ders., Die Schuld- und Irrtumslehre, Niederschriften, S. 381ff.
- (83) Edmund Mezger, Strafrecht, 3. Aufl., S. 251. メズガーによれば、この道徳的責任観と法的責任観の対立は、ホルト・フォン・ヘルネンタ (Hald von Ferneck, ZStW 32, 265) の「ついでに」の認識をめぐった (S. 251, Anm. 7)。
- (84) Hans Welzel, Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatives Problem, ZStW 67, S. 198.
- (85) Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2. Aufl., 1976, S. 120.
- (86) BGHSt. 2, 194 = NJW 1952, 593.
- (87) BGHSt. 6, 464.
- (88) Baumann, JZ 1962, S. 41.
- (89) Ernst-Walter Hanack, Zur Frage geminderter Schuld der vom Unrechtsstaat geprägten Täter, in: Probleme der Verfolgung und Ahndung von nationalsozialistischen Gewaltverbrechen, 1967, S. C 53ff.
- (90) Vgl. Ernst Friesenhahn, Probleme der Verfolgung und Ahndung von nationalsozialistischen Gewaltverbrechen, Bericht über eine von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages veranstaltete Klausurtagung, aa.O., S. C 12ff., 27ff.
- (91) Hanack, aa.O., S. C 56f.
- (92) Hanack, aa.O., S. C 57. そのほか、フリーゼンハーンによれば、圧力下の行為において一般的に責任を軽減することは、違法性の意識の低下につながるという批判があった (Friesenhahn, aa.O., S. c 28)。なお、ホナッタの提案のもった意義や効果については、vgl. Bernd Hey, Die NS-Prozesse-Probleme einer juristischen Vergangenheitsbewältigung, in: Weber / Steinbach (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung durch Strafverfahren, S. 67ff.
- (93) Vgl. Hanack, Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher, JZ 1967, S. 334.

- (94) NJW 1976, S. 1756.
- (95) Vgl. Hannack, NJW 1976, S. 1758.
- (96) NJW 1977, S. 1544.
- (97) NJW 1978, S. 151.
- (98) NJW 1978, S. 1336.
- (99) BGH NJW 1980, S. 1943.

#### 第四節 ナチ犯罪と違法性の意識

##### (1) 違法性の意識の意義

違法性の意識とは、自らの行為が違法であるという意識のことをいうが、刑法学においては、犯罪として処罰されるには、行為者にこの違法性の意識がそもそも必要かどうか、あるいは、それは、「故意」とは別のものなのかどうか<sup>94)</sup>が争われてきた。その議論は、違法性の意識は、故意に属するとするいわゆる厳格故意説から、違法性の意識そのものではなく、その「可能性」が故意に属するという制限故意説、さらに、故意は、犯罪事実、とくに構成要件的意思などにつきるのであって、違法性の意識の可能性は、それとは別個の責任要素であるとする責任説があり、現在でも学説は対立している。<sup>95)</sup> ドイツにおいては、一九五二年の連邦裁判所の判例<sup>96)</sup>によって、違法性の意識は責任要素であるとされ、責任説が通説となり、一九七五年の刑法改正で、一六条に「構成要件の錯誤」を規定し、一七条に「禁止の錯誤」を規定したことによって、法律上、明確に「責任説」が採用された。もとより、ここでは、回避可能な禁止の錯誤は、故意に関係しないとされているのであり、違法性の意識の「可能性」が責任非難の要件とされているので

ある。

さて、違法性の意識の内容については、まず、その意識の対象が問題となる。それは、侵害される法規の知見ではなく、行為の可罰性でもなく、行為者が自らの行為が社会秩序に反し、従って、法的に禁止されていることを知っていること<sup>102</sup>で十分であるとされている。つまり、「実質的違法性の知見」が必要なのである。アルトウール・カウフマンは、このことを「社会有害性の意識」(das Bewusstsein der Sozialschädlichkeit)と呼んでいる<sup>103</sup>。この意味で、違法が「評価」を表すのに対して、「実体」を意味する概念である「不法」を用い、一般に、「不法の意識」(Unrechtsbewusstsein)という言葉が用いられている。

さて、この不法の意識の問題は、もちろん、「責任原理」との関係で、行為者を「非難」するためには、その行為が違法な行為であるということを知っていなければならぬか、あるいは、それを知っているのでなければ「故意」があるとは言えないのではないかを中心問題とする。したがって、責任原理を厳密にとらえるならば、現実の不法の意識がなければ、責任は問えないことになるが、しかし、責任説に立って、過失責任を問題にしようとするかぎり、そうすることは過剰なことを要求することになるであろうし、また、もしそうすると、不注意にも違法法であることを意識しなかったものも不可罰とせざるをえなくなる。そこで、学説は、潜在的な不法の意識すなわち、「違法性の意識の可能性」があれば十分だとするのである。このことは、すでに、ナチ時代のメツガーの「法盲目性」(Rechtsblindheit)のテーゼにおいて考慮されている。「処罰根拠は、法に対する意識的な反抗に存在しうるが、また、それどころかなおいつそう法盲目性にもありうる」のである<sup>104</sup>。このように、法的に盲目であったものに対して、不可罰を保障することはできないという考え方は、秩序維持の思想からは当然に導き出される実際的な帰結である。した

が、戦前においては、ライヒスゲリヒトは、一般的に、「違法性の意識」を考慮せず、責任を問うという見解に立脚していた。<sup>(16)</sup> このような状況の中で、戦後の司法において、ナチ犯罪における「不法の意識」が大きなテーマとなるのである。ここにおけるナチ犯罪における違法性の意識の問題とは、違法性の意識をめぐるドイツの戦後の判例の初期の展開史の一面でもある。我々は、かくして、次に、ナチ犯罪における違法性の意識の特徴を、まず、論じておかなければならない。

(2) ナチ犯罪者の独自のモラルと違法性の意識

ナチ犯罪の特色のひとつは、ナチ犯罪者達は、自ら残虐非道な行為をしているにもかかわらず、その意識が希薄なことである。その行為が違法で非人道的であるという感情がなく、むしろ、残虐行為を「心の疚しさなく」行っている<sup>(16)</sup>のであり、しかも、「社会的に必要だ」あるいは「義務を果たすのだ」とプラスの意識をもっている<sup>(16)</sup>のである。その原因としては、『価値の低い』人種や民族を『絶滅する』というナチの指導部から与えられた『任務』に服する者に、それによって非社会的なことを行うとか、社会の根本規範の外に在るという感情を与えなかったような『雰囲気』が、ヒトラー時代のドイツに醸し出されていた<sup>(16)</sup>「ことに求めることができよう。このような雰囲気の中で『犯罪』に及んだナチ犯罪者のうちには、現在の眼からみれば、『倒錯した法意識』をもつタイプが多く見られる。

よく知られているのは、アウシュヴィッツ絶滅収容所長ルードルフ・ヘス (Rudolf Hess) <sup>(16)</sup>の意識である。ヘスの人物像を鋭く描いたヨアヒム・フェストは、まず、次のように言う。全体主義の特色は、あらゆる概念を逆転させ、あらゆる基準を倒錯する点に見られるのであるが、「新しい独自のモラル」をも強調したのであった。「歴史、人種、民族共同体、その他同じように解釈できる概念の名のもとに、全体主義的システムは、とくに方向を見失って、確実な

ものに飢えている人々に、『より高次の法則』に従い、『鉄の必然性』と自己を同一化する潜在的な心構えを呼び覚ます<sup>104</sup>』のである。「新しい、エリートのエートスの空疎な宣伝文句に踊らされて、多数の普通のドイツ人達が、それに従い、無意識に訓練されて、その犯罪的性質がすでに明らかになっていたにもかかわらず、正しいことを行っているのだという主観的にわかまりのない感情をもっていたのである<sup>105</sup>」。「より高次の法則のイデオロギー、つまり、新しいモラルの格率と、システムの包括的服従構造との関係における伝道者の格率は、かれらに、個人的に感じられる責任意識をもつことなく、忍耐強く、義務を意識して、非人道的な委託をも果たすことを可能にした」のであった。ルードルフ・ヘスは、中程度の地位にいた体制幹部であり、第三帝国では二流の人物であったが、彼には、上のような事情が極端な形で見られる。フェストによると、「この人物の内面の歩みの中には、つねに不安と虚しさ、無目的性によって決定された依存への欲求以外はない」のであり、「一人前になれなかった人間のディレンマのおぞましい理想的事例」であって、「全面的献身の悲惨さ」が示されているのである<sup>106</sup>。ヒトラーは、犯罪という言い回しは、すでに克服された世界に由来するものであり、ただ「積極的態度と消極的態度」が存在するだけだと、事に触れて述べていたが、ヘスは、この考え方の鬼子であった。「伝統的な道德的範疇の外に立って、一切の個人的関係と、個人的責任の意識を捨て、殺人は、執行過程でしかなかった<sup>107</sup>」のである。

このように、ナチ犯罪者の中には、その犯罪行為があたかも当然の正しい行為であるかの意識しかもっていない者も見られるのである。このような意味で、刑法上責任を肯定するための要件として「不法の意識」が必要だとすると、それが欠けているナチ犯罪者が多く、それが当然裁判で争われることになるのである。

### (3) 戦後の学説の状況

戦争終結直後の「違法性の意識」に関する学説の状況に一瞥を払っておこう。この時代は、大雑把にいえば、判例の新たな動向と歩調を合わせて、すでにライヒスゲリヒトの頃から判例に批判的であった学説が、違法性の意識の必要説にますます固まっていき、また目的行為論の「違法性の意識」論が有力になつてくる過程と捉えることができ。しかし、ディートリッヒ・ラングは、その「不法の意識の問題について」と題する一九五〇年／五一年の論稿を、「何年か前までは、故意責任によつて処罰するには違法性の意識が必要であるという見解が一般的に承認されつつあるかのように見えたのであるが、最近では明らかに逆行現象が見られる」と書き出している。これは、一九四〇年代の末にヴェークナーやヴィネフェルトがライヒスゲリヒトの判例の見解を支持する論文を公刊したのみならず、ラートブルフが、違法性の意識の要件は、命令説的な法理観を基礎とすれば要求されるべきであるが、法の源初的形態が決定規範ではなく、評価規範であるという説を基礎とすれば要求されるべきでないとしたことを指している。ここでは、フランクフルト上級ラント裁判所一九四七年八月一二日判決の評釈において展開されたラートブルフの見解を詳しく見てみることにしよう。まず、先のラートブルフの見解における「命令説的な法理観」(imperative Rechtsauffassung)とは、O・A・ゲルマンの著書の表題によつたものであるが、ラートブルフは、ここでは、違法概念につき、命令説に立てば違法性の意識は要求されるが、評価規範説に立てば必要ないとしているのであるが、次のように説明する。「不法は、それが禁止されているがゆえに不法ではなく、不法であるから禁止されているのである」。命令、つまり決定規範はたんに法の第二次的な形式であるにすぎず、法の源初的形式は、評価規範、つまり法制定権力の価値判断なのである。この法の源初的形式に方向づけられた責任論は、故意に、違法性の意識を要求することは必要でない。それによれば、故意は、行為者が立法者がその反社会的で不正な性格を見出した、法律上の構成

要件にそれを表現したその行為の性質を行為の実行の時に知っていたならば、すでに与えられているのである。このラートブルフの理論は、ラングも指摘するように、明らかに、ナチの施設内殺人に対する裁判を切っかけにして従来  
のライヒスゲリヒトの見解を見直した結果主張されたものである。<sup>(10)</sup>これに反して、目的的行為論からは、故意行為の  
処罰のためには、禁止されているという現実の意識ではなく、その意識の可能性で十分であるという見解が唱えられ  
ていた。この見解によれば、禁止されていることを知りうるという可能性は責任に属するのであるが、それは故意と  
は無関係である。これは、ヴェーバー、ヴェルツェル、ブッシュの立場であり、マウラッハも同方向に向かっていた。<sup>(11)</sup>  
他方では、もとより、違法性の意識は故意に属するという故意説も唱えられていたが、ナークラー、メツガー、  
シェーンケからは制限的故意説の方向を打ち出していた。例えば、ナークラーによれば、違法であることを知らないこ  
とは、それが、ドイツ民族の社会倫理と矛盾する基本的態度に基づくときは、重要でないとする。<sup>(12)</sup>

#### (4) 戦後の判例の変化

ライヒスゲリヒトは、法律の錯誤は、重要でないという立場を一貫して採っていたが、戦後の実務では、状況は変  
わった。アルトウール・カウフマンによると、「ライヒスゲリヒトは、その存在の全期間、刑法上の故意は、何らか  
の不法の意識とは独立であるという見解を採っていた」<sup>(13)</sup>のであり、これに対しては、激しい批判が浴びせられてきた  
にもかかわらず、ライヒスゲリヒトの判例は、統一されており微動だにできなかったのであるが、この状況は「一九四  
五年に全く抜本的に変化した」とされる。ハルトウングによれば、「ナチ政権の崩壊が状況を変えた」<sup>(14)</sup>のであるが、  
「まさにナチの崩壊の結果において、禁止の錯誤の問題に原則的な立場を表明することを不可避なものとした著しい  
数の事件が惹き起こされた」のであった。しかし、戦後の裁判所は、一般的に非常に謙抑的であり、一般原則を樹立



することを回避しようとしてきたのであって、いわば判例においては「事例毎に決定され、責任の問題に関してまだ統一方針は出ていない」のであった。「最高裁判所の不在がここで不利に働いている」とされる。

さて、戦後の裁判所は、「生きるに値しない生命」の抹殺や、政治的、人種的、宗教的理由からの密告などのナチ犯罪と取り組むという課題を突きつけられたのであるが、このようなその当時の国家理念に一致して、適法性の意識のもとに実行された犯罪の行為者は、行為時には行為は「違法でないと思っていた」と主張するのが常であった。戦後の裁判所において、最も早く、最も明確にライヒスゲリヒトの錯誤論から離脱したのは、キール上級ラント裁判所であった。幾つかのナチ犯罪裁判でない事件の判決において、キール上級ラント裁判所は、以前のライヒスゲリヒトの判例は克服されなければならないと述べている。

キール上級ラント裁判所一九四六年四月一三日判決

〔事案〕 ある農夫が、一九四五年九月初旬に、船の料理人に、種畜の価格で、屠殺目的で牛を売った。その行為は、当時、閉鎖地区に属する場所で行われた。刑事法廷は、戦時経済犯罪として有罪とした。被告人は上告理由として、行為の時点では、ドイツ国防軍の降伏ののち、閉鎖地区では、ナチ時代のすべての法律は、とくにすべての経済規定は廃棄されたという見解が唱えられていたと主張した。

〔判旨〕 刑事法廷は、闇で屠殺することは許されていると思つたという被告人の主張は、刑法の錯誤として重要でないとするが、正当でない。むしろ、本法廷は、刑罰法規の錯誤と非刑罰法規の錯誤の区別に関する、また、違法性の意識は、法律上の構成要件が違法性を明白に表明しているときにのみ、故意に属するということに関するライヒスゲリヒトの判例は、古くなったとみなされなければならない。文献においては、すでに古くから、ほとんど統一の

に、違法性の意識は故意に属するという見解が唱えられている。この間、責任能力に関する規定の改正によって、この問題は、立法者によって同じ意味において決定された。刑法五一条、五八条および少年裁判所法三条において、責任能力については、被告人が、「行為の不許容性（ないし行為の不法）を弁識し、この弁識に従って行為する」ことができなかったかどうかを基準とされている。しかし、もし不法の認識の能力が責任の前提であれば、不法を行うという意識はつねに故意に属さなければならない。従って、闇の屠殺に関する刑罰法規が廃棄されたという被告人の錯誤は、重要である。

本判決は、違法性の意識が故意に属するものと明言している。この事件は、戦時経済命令（K W V O）違反事件に関するものであった。本件を評釈した区裁判官のヴィネフェルト<sup>(四)</sup>は、本判決は、戦時経済命令の第一条に、構成要素として「悪意で」(böswillig)と書かれており、これによって「意識的に違法に」(bewußt rechtswidrig)実行されることが要求されるがゆえに、本命令の事案に限って違法性の意識が故意に属するものとしたものと解釈する。経済刑法のような行政犯において違法性の意識を要求すると「我々の経済法規の貫徹力」が疑問視されるからである。しかし、先の引用によれば、判旨からは、本判決は、一般的に違法性の意識は故意に属すると判示しているものと解するのが自然である。

その他の二つのキール上級裁判所の判決は、次の如くである。一九四六年九月二四日の判決<sup>(五)</sup>においては、行為者が、管轄権のある経済官庁による誤った情報によって錯誤して、彼によって行われた交換業が、経済統制措置にあたらな  
いと思つたことが問題となつた。その他同ような事案<sup>(六)</sup>、二件につきキール上級裁判所は判断を下している。これらすべての事案につき、故意は、禁止の錯誤を理由として否定されている。ここでは、刑事刑法ではなく、秩序違反刑

法が取り扱われていることに注意する必要がある。その後、若干の時を置いてからのキール上級裁判所の判決（キール上級ラント裁判所一九四七年七月九日判決<sup>(14)</sup>）では、ある難民が、逃避の際に、高価な宝石類を隠した。被告人がそれをのちほど見つけ、自分のものとした。そして、被告人は横領罪で起訴されたという事案につき、横領の構成要件が客観的に充足されたことは、明らかに認定された。難民は、その所有権を放棄していなかった。しかし、被告人は、違法性の意識をもっていなかったと主張した。隠された物は、発見者が自分の物にしてよいと思っていたというのである。キール上級裁判所は、不法を行ったという意識は、つねに故意に属すると強調した。「行為者が発見物を無主物だとみなしたから、領得の権利があるという行為者の誤認は、故意をつねに阻却する……」。不法の意識は、規範的構成要件要素の正しい判断に依拠する。行為者が他人の物に対するその行為の有害性を知っていたなら、法律上禁止されていることを錯誤したとしても、何ら考慮されない。このことは、さらに後のキール上級ラント裁判所の事案<sup>(15)</sup>にもっと明瞭に表明されている。被告人の妻が自殺未遂を行ったのを発見した被告人は、すでに死亡しているかどうかをたしかめもせず、「とどめの一発」を打ってやった。彼は、安楽死は許されていると思つたと主張した。裁判所は、この主張を退けた。「行為者が許されざること、非難されるべきことを行うという感情をもっていることで、不法の意識とするに十分だといふのである。つまり、これらの判例においては、行為が反社会的意味をもつことを意識しておればよいとしているのである。<sup>(16)</sup>

(5) ナチ犯罪における「不法の意識」の特色と問題点

(a) 不法の意識の可能性の欠如の根拠

イエーガーは、ナチ犯罪における「不法の意識」の問題の研究<sup>(17)</sup>において、裁判所が実際に「不法の意識」ないしそ

の可能性の「不存在」をどのように認定しているかを調べたが、それによると、もとより、裁判所は、「盲目的な服従」の事案に、受命者に不法の意識（の可能性）が欠けるものと認定するところまで、広く特権を認めているわけではない。証拠の評価にあたって、裁判所は、その行為が違法なことを知らなかったという被告人の主張をそのまま受け入れる必要はなく、この主張を根拠を挙げて立証しなければならぬのはいうまでもない。つまり、被告人は、彼にテロ行為に関与するよう要求した命令をなぜ適法であるとみなしたのかを根拠づけなければならないのである。その適法性を信じることができるのは、「命令がそのひどい内容にもかかわらず、法秩序に矛盾しないと考えた」場合のみである<sup>(18)</sup>。さらに、不法の意識を判断するにあたっては、裁判所は、自由な証拠評価において決定を下すに重要でありうるすべての事情を考慮しなければならない。とくに、裁判所は、不法であることが明白である場合には、あらゆる人に異議のないことは、当該行為者にも知られているはずだ、という立証負担を軽減する推論を行うことができる。また、刑事訴訟が実際に可能でなければならないということから出発すならば、相対的に複雑な立証方法を真剣に批判できないであろう。不法の意識のように心理的な事実は、判例にとっては、調査するのが非常に困難である。しかし、法発見の過程において必然的に含まれている擬制的モメントを視野の外におくべきではない。不法の意識が明白に存在する場合であるという命題も、最終的には証明できない信念であるとみなされなければならない。

#### (b) 不法の意識の内容

本来、むづかしいのは、不法の意識の内容をどのように規定するかという問題である。ここでは、どのような不法が意味されているのかについては、学説上も一致していない。とくにナチ犯罪においては、「法律」と「法」との同一性がなくなっているのでそうである。イエーガーによれば、まず、様々な現象を区別しなければならぬ<sup>(19)</sup>。①行為

の法的意味の知見、すなわち、その行為の適法性・違法性の意識と、②行為の態様が、イデオロギー的・政治的に正当であり必要であるという不合理な本能と欲求に操られた確信、それに、③個人的良心反応である。第一の場合には、法的規範秩序が、関係する基準システムである。第二の場合には、イデオロギー的教義または政治的集団利害がそうであり、第三の場合には、集団の影響に依存するとしても個人の良心がそうである。かくして、大量抹殺は、絶対に必要であるという行為者の、狂信的確信、つまり固定観念は、違法性の意識も良心の反応をも阻却しない。ここでは状況は確信犯の場合と比較できる。また、不法の意識は、単純に良心と同一化されるものでもない。なぜなら、意識的に法規範から距離をとる人間も疑いなく、良心の呵責なしに行為することもでき、他方で、法秩序に反しない行為をするときに責任の意識に苛まれることもあるからである。

(c) 形式的な意味の知見

行為者の不法の意識は、法律上の禁止を知っている場合には肯定される。従って、自らが関与するテロ行為が、法または「何らかの形式的規定」に反すると意識しているが、「こんな重大時には」法のことなど考える必要はないと信じていた行為者には、不法の意識は肯定される。<sup>(10)</sup> ブッフハイムは、これを「不法の意識の停止」(Suspendierung des Unrechtsbewusstseins)と呼んでいるが、このように法秩序や道徳秩序の外に位置する価値観によって自らを正当化する行為者は、ナチの指導部にいた人物に見られるものである。

(d) 並行評価

争いがないのは、不法の意識の概念が、責任要件としてのその刑法上の機能を果たすべきならば、法律上の規範の知見に尽きるのではなくて、より不明確で感情的な評価である「素人仲間の並行的評価」も含ませられなければならない

ないということである。<sup>(12)</sup> 文献においては、不法の意識の基準を詳しく規定するために多くの公式が展開された。例えば、行為者が、一般公共の福祉にその行為が矛盾し、共同生活に不可欠な規範に矛盾し、国家的秩序に、または共同体の秩序に矛盾し、または社会的に承認された生活利益に対する侵害を認識していたときに、不法の意識が存在するとするものがある。その際、一般に、合理的な認識は前提とされない。「評価」や「感情的な気持ち」で十分である。このような出発状況は、全体主義犯罪の場合には、全く異なる。<sup>(13)</sup> というのは、全体主義的状况の下では、普通は役に立つ並行評価が、反対の評価によって代替されているからである。つまり、法的に禁止されたことはイデオロギー的には許されており、命じられてさえいるし、その逆もまた成り立つ。良心の志向は、もはや社会で妥当していることに対するある程度確かな指標ではない。「公共の福祉」という概念は、一面的な公式の解釈に服するようになった。例えば、全体主義思考に特有の特殊論理によって、ユダヤ人の「民族有害分子」の抹殺は、「社会的に必要なこと」になるのである。むづかしいのは、行為者が実際には正当化されないのに法律によって正当化されると信じていたような事案である。ここでは、明らかに不法な内容である法律に従うという意識も、責任非難を阻却すべきかである。これは、否とされなければならぬ。

#### (e) 超法規的法評価

連邦裁判所の判例も、不法の意識の判断を、その法律がどのような内容をもつかということを勘案せずに形式的な法律状態から出発しないような基準にかからしめている。すなわち、超法規的法評価を援用している。例えば、ある判決において、連邦裁判所は、このような超法規的法的评价を用いている。次のように言う。被告人は、違法性の意識をもっていった。けだし、彼は、「ただその出自のゆえにのみ多数の罪なき人々をガス殺にすることは、その生命に

対して一切の人々が権利をもつという最も素朴な人にも意識されている原則に著しく違反したということについて明らかであった<sup>(15)</sup>からであると。従つて、判例は、責任の問題を行為者の不法の意識にかからせるときには、国家の命令に盲目的に方向づけられるのではなく、個人に、「その表象世界および概念世界という手段をもつて、また、独自のまたは一般的な思考方法に基づいて、命令者がその命令をもつて追求する目的を表象することを期待する。そしてまた、その命令によつてもくろまれた行為が法的当為の命令と一致しまたは一般的法確信によつて不法であるかどうかについて、その良心に照らして説明を与えることを期待する」のである。

さらに別の判決においては、「被告人が、ナチ国家において、そのような絶滅作戦を命令し、実行し一切の刑事訴追を阻止する権力をもつ上部から命令が由来することを信頼するだけでは十分ではない。被告人は、彼が命令がそのひどい内容にもかかわらず法秩序に反しな<sup>(16)</sup>いと思つたときに初めて、適法性について信じたのである」とする。

法と法律とが、法感情が逸脱する法律的规定をもなお法として受容する限りで、同一である時代には、不法の意識は、実定法に関係しなければなら<sup>(17)</sup>ない、つまり、形式的法と「並行評価」でなければなら<sup>(18)</sup>ない。しかし、この前提は、法と法律が著しく乖離した場合には維持できない。

(f) 権利剝奪的意識 (Entrechtungsbewusstsein)

迫害犯罪は、個々の規範に対する違反ではなく、法そのものに対する集団的正面攻撃への加担である。つまり、「権利をもつという権利」を剝奪するものである<sup>(19)</sup>。この迫害者の規範は、まさに、不平等なもの、または不平等に烙印を押された人々は、あらゆる権利を、生きる権利までもはぎ取られるべきである……、被迫害者からは、一切の人間の尊厳を排除されるのであり、いわば、人間そのものに対する攻撃であるということの意味する。この意味での法

敵対性は、意識の問題だけであるのではなく、まさに全事象の背後に潜む意図であつたのだ。ここでは、そのような狂気に直接支配されていない人々も、その法破壊的な性格を、結局、本能的に把握できるほどに直接にあらゆる法意識に対立する。けれども、だからといって、それによって、「不法の意識」という意識内容にまで凝縮するものではない。

(g) 無関心による不法の意識の欠如

ナチ犯罪の中には、「行為者の意識の中に、そもそも何らかの法に関係する評価……を推定することが、大胆にすぎると思われるような事案」が存在する。<sup>117</sup> 行為時に、そもそも「法といったもの」についての意識は何らなかつたという場合があるからである。まさしくこのような事案では、可罰性をなないものとするのは不適切であろう。その良心の葛藤にある行為者にあつては、その完全な不法の意識のゆえに、可罰性を肯定しなければならぬであろう。この場合、刑法も、不可罰とするのではなく、回避可能な禁止の錯誤を要件とするとか、「法盲目性の概念」を、一般的錯誤規則を必要的に補充するものとみなすことによつて、この結論を回避するのである。さらに、「行状責任論」を認めることによつても、可罰性が肯定される。シュミットホイザーは、次のように言う。<sup>118</sup> 「特殊な感覚の鈍麻が、犯罪の国家的命令と、刑事訴追から行為者を逃れさせることに基づいて、生じることがある。……ここでは、それぞれの行為者がその殺害の際に、その行為の不法を意識していたとはいえないであろう。ここでは、事情によつては抹殺されたそれぞれの人間の生活との価値の接触をまったく感じさせない殺人の機械化を認めなければならないのである。しかし、私は、ここで、先行する現実の不法の意識の観点のもとで可罰性を肯定することに疑問をもたない」。ここでは、責任刑法がその限界に至つていてもいいうるのであろう。



(6) ナチ犯罪における不法の意識に関する判例

違法性の意識の内容が、形式的に法律に反することではなくて、実質的な反社会的意味をもつことで十分だとすることは、とくにナチ犯罪における「違法性の意識」について重要な役割を果たす。ナチ犯罪においては、制定された不法に従って行動した場合には、違法性の意識が否定されるというのでは、ナチ犯罪の処罰は不可能だからである。シーエンケは、当時、不法を行うという意識は、行為者が共同生活に不可欠の諸規範に対する行為または不作為の矛盾を意識することである」とし、さらにその際、「不法とは、形式的法律違反の意味において把握されるべきではない」として、スイスの連邦裁判所の判決を引用している。「行為者が、法に反するという感覚をもっていたとき、それが他人の主観的権利に対するものであろうと、法秩序の他の命令に反するものであろうと、また、そう正確な表象なくして、ただ法であるものに反するという場合であらうと」行為者には違法性の意識が存在する。かくして、違法性の意識の実質的内容の要求は、とくに、ナチ犯罪において必要とされることになる。

(a) 安楽死裁判

① フランクフルト上級ラント裁判所一九四七年八月一二日判決(アイヒベルク裁判)

一九三九年九月一日、ヒトラーは、その秘密命令によって、「不治の病」にかかっている者に「安楽死」(Gradentod)を施すよう命じた。医師達は、精神病者やその他の「厄介者」(Ballastexistenzen)を殺害することに力を貸した。上告人シュミット博士は、少なくとも小児病棟の三〇人の子供達をモルヒネ注射または五〇一〇ccのルミナル注射で自ら殺害した。そのほかにも三〇〇〜五〇〇人の子供達を部下に指示して殺害させた。裁判所は、ヒトラーの文書は、形式的な法律の効力をもたないということから出発したので、法律による不法や超法規的法に関

する考察の必要を省いた。違法性の意識については、次のようにいう。「刑事裁判所は、ライヒスゲリヒトの判例によれば、違法性の意識は、違法性が法律上の構成要件の中に明白に採用されるときにのみ要求されなければならないということから出発した。この判例は、異論がないわけではないのであるから、刑事裁判所は、被告人が不法をなすという意識をもっていたかどうかを検討することを必要だとみなした。被告人の行為にあつては、……『安楽死』が問題ではなく、大規模な抹殺プログラムの実施が問題なのである。このことは、被告人は知っていたであろう。……被告人には、全計画が『おそるべきもの』であつた、彼がそれにつき精神的に悩み、まさしく震撼したという事実は、良心の警告、その行為の不法の認識以外のなものでもない。特定の法律に違反するという意識も、行為の可罰性の知見も問題ではない」。この説明には、原則として疑義はないが、補足が必要である。

本件の特殊性は、精神病者の殺害は、ライヒの最高の立法者の命令によって彼に許されていると信じたことにある。もし「国家によって定立された秩序に反して行為するという意識」で十分だとするなら、被告人に違法性の意識の非難をなすことはできないであろう。しかし、そのような考察方法は、ナチのえせ法の真の本性には不適切である。一切の法がその意味上、正義に仕えるよう規定される秩序と規約以外のものとは定義されえないように、従つて、制定法の正義に対する矛盾がたえられない程度に達する場合、制定法が「不当な法」として正義から逸脱しなければならぬように、被告人にも、もしこの法命題が自然法的に明白な命題に反するならば、彼が法命題の存在を信じていたと主張することは許されない。ここではこのことが問題なのである。

被告人シュミット博士は、殺害を許容する法規範の存在を信じていたことは、——もしかすると、——本来の意味での安楽死、すなわち、死に臨んだ病人に苦痛の伴う死との戦いを短縮するために施される恩寵による死が問題で

あつたならば、責任阻却されるかもしれない。しかし、刑事裁判所の認定によれば、それは問題外である。被告人は、その医師としての裁量によって死に瀕している病者を死の苦しみを短縮するために殺害したのではなく、その生命が価値をもたないからとして、殺害許可の出ている精神病者を殺害したのである。不治の病人を助けることではなく、冷淡な功利主義による殺害が問題だったのである。しかし、これは人間の本性に反し、法の本性にも反し、従つて、眞の錯誤も錯誤らしきものも、これに関しては、考えられないほどに、法の本質を欠いている。被告人が拘束力ある命令を主張する点についても、同じことである。刑事裁判所は、そのような命令が拘束的であつたかどうかについてこれを正当にも否定する。不法の意識の問題にとつては、いずれにせよ、このことは意味をもたない。殺害の許容と同じく、眞の殺害命令も殺害命令らしきものも、違法性を阻却しない。被告人は彼に与えられた命令のようなものが彼に謀殺の実行を期待していたことを知っていたことは、刑事裁判所によつて正当にも肯定されている。従つて、刑事裁判所は、被告人の違法の意識を正当にも肯定した。

この判決にはラートブルフの評釈<sup>(註)</sup>がある。ラートブルフは、この判決を入念な根拠づけを賞賛し、この判決の著しい意義をほめ讃える。違法性の意識に関しては、ラートブルフによれば、問題は、被告人がヒトラーの書簡を誤つて法律だとみなしたもありうるとされなければならないのではないかという点にある。また、「そのような施設内殺人 (Anstaltmord) を適法だと思ひ込んだ場合に、『法律の形をとつた不法』の同時的な意識、法律そのものの不適法性の認識、故意に必要な違法性の意識を根拠づけうるのか」も問題である。ラートブルフは、「行為者が、立法者がその反社会的で不当な性格を見出した、また、立法者が法律上の構成要件の中に表現したその行為の性質を、行為の実行の際に知っていたとき、従つて、彼の実行したことを意識し、彼のなしたことが立法者と同じ観点のもとで捉えら

れていたとき、従つて、事實の錯誤にも包摂の錯誤にもない場合には、故意はすでに与えられる」とする。このラー  
トブルフの言明は、ナチ「立法者」も立法者であると考えれば、その趣旨が明確ではなくなるが、ここでは、真の意  
味の自然法に則つた立法者が予定されているものと思われる。しかし、上級ラント裁判所のこの理由づけは、刑事裁  
判所のそれに比べても、違法の意識に関しては、もうひとつ明確でないようにも思われる。この点で、アルトゥー  
ル・カウフマンは、第一審の刑事裁判所の判旨に注目する。刑事裁判所は、行為者がその行為の不法の認識をもつた  
という結論に達した。なぜならば、その計画は、彼には全くおそるべきものだったという事実、彼がそのもとで精神  
的に恐ろしく悩み、震撼したという事実は、彼の良心の警告であつたに違いないからだというのであるが、カウフマ  
ンは、この論述に注目する。カウフマンによれば、上級ラント裁判所は、ただ「なぜこのような明白な自然法違反の  
事案においては、行為が適法であると思ひ込んだことが、考慮に値しないのかを説明する必要があつた」という。上  
級裁判所が、言いたかつたのは、次のことである。「行為が明白に人間の共同生活にとって不可欠である最も基本  
的な命令に反するとき、行為の適法性の信念ですら、それにもかかわらず、反社会的に行爲しているという非難され  
べき意識を払拭できない。けだし、行為者が依拠できると信じている法律にはその不法的性格が明白に現れてい  
らである」。

②カマーゲリヒト一九四六年八月二四日判決<sup>(註)</sup>

〔事實〕 ヒトラーの精神病患者安楽死命令に従つて、六〇〇人の患者を殺害した女医と看護婦の謀殺罪が問題と  
なつたのが本件である。一九四三年の年初に、精神病院長は、彼らにヒトラーの秘密命令が発せられたことを明らか  
にし、被告人らに法律は遵守されなければならないと強調した。さらに、被告人達は、命令を遵守し、秘密を守るこ

とを誓約する文書に署名するよう要求され、署名した。被告人達の決定によって、モルヒネースコポラミンが大腿部に注射され、六〇〇人が殺害された。陪審裁判所は、被告人らの行為に謀殺罪を適用し、死刑判決を下した。カマーグリヒトは、この判断を確認し、違法性の意識がなかったと主張した被告人の上告を棄却した。

〔判旨〕 「かれらが継続して労働能力をもたないことを理由として不治の精神病者の生命を抹殺することは、一般的道徳則に反し、その当時も反したのであるから、被告人の責任は、彼女が、違法性の意識をもたず、その行為を許されているものとみなしえたことよって排除できない」。しかし、このように述べた後、カマーグリヒトは、従来のライヒスゲリヒトの判例に従うか、最近の違法性の意識を要求する新たな学説に従うかは、未決定のままにするものとする。なぜなら、コールラウシュのように、彼がしたことを知っている行為者は、それが許されなかったことを「知らなければならなかったし、知ることができた」ことで十分とする見解もあるからである。「本法廷は、何人も、彼に違法性の意識が欠けていたことを根拠づけるために、一般に承認された道義則に矛盾する観念を援用することはできないという見解である」。

本判決を評釈したリッヒャルト・ランゲは、「ライヒスゲリヒトの実証主義的錯誤論からの訣別」があらゆる陣営において行われているとして、例えば、学説においては義務違反の概念における評価の実質化を挙げ、それは、反社会的意義の認識、反倫理性、禁止されていることの認識、共同体侵害の意識などとして形成されているという。しかし、すでに、ナチ時代である一九三八年の刑法草案においても、法律違反の意識を越えて不法の意識へと違法の意識を実質化しようと試みていたことが指摘されている。そして、ランゲによれば、「もし本判決が、何人も一般的に承認された道義法則に反する態度を援用できないという命題を定立したのであれば、それは、何人も『法と不法に関す

る健全な民族感情と調和しない』態度を援用しえないとした三八年草案の規定をたんに言い換えたものにすぎない」とされているのが興味深い。その意味では、ランゲもいうように、自然法の理念はナチストによって否定されたのではなく、ナチス法においても「ドイツの自然法」ないし「SAの自然法」思想は存在したのである。

本判決においては、労働不能で不治の精神病者の生命の抹殺が一般に承認された道義法則に反することが確認されている。「生きるに値しない生命の抹殺」は、ビンディング／ホッヘ<sup>(15)</sup>によって提案されたが、純学問的な賛同者は少なかったであり、被告人が「行為時には、ドイツにおける公的見解がそのような行為を是認していたことを援用することはできない」のであり、その命令が秘密であったこと、秘密厳守義務違反に厳しい刑罰が威嚇されていたことがそのことを裏付ける。

また、理論的には、この判決では、不法の意識の<sup>(16)</sup>可能性について判断してはいるが、以前のライヒスゲリヒトの判例の見解を明確に放棄すると言っているわけでもなく、判断を留保しており、違法性の意識不要説を排除していないことに注意すべきである。アルトゥール・カウフマンによると、この判決は、違法性の意識と実質的な不法の意識とを同一視しているが、実質的な不法の意識はその行為の非難の感情なのであるから証明が難しくないと<sup>(17)</sup>いう。

### ③ドレスデン陪審裁判所一九四七年七月七日判決<sup>(18)</sup>

被告人は、ヒトラーの命令に基づいて、不治の精神病者ばかりではなく、政府の食料制限によって身体的に弱った者をも殺害した。裁判所は、管理理事会法一〇号を適用した。違法性の意識に関しては、被告人には違法性の意識は欠如していなかったし、その命令の国家法上の有効性についても重要な錯誤は見出せないという。倫理の最も基本的な命令との残酷な人間蔑視のナチ法の矛盾は、被告人にとっては認識可能であった。被告人がナチズムが善悪の彼岸

を旨指して、倫理を超えたものを実現しようとしていたと考えていたとしても、そのことは「彼が、その命令の全く道徳に反した、犯罪的な性格を認識していたということを何ら変更するものではない」。

このようにして、裁判所は、原則として、不法の意識を故意の一つの構成要素とするシェーンケの見解に従ったのである。<sup>(10)</sup>この場合、刑法旧五九条二項の規定によれば、行為者が過失によってその行為の禁止されていることにつき錯誤した場合には、過失の実行行為として処罰が可能ならずである。これによると過失行為が可罰的でない場合には、有責な行為も不可罰にとどまることになる。この不都合な結論を避けるべく、法盲目性は一般に、考慮されないものとした。法盲目性とは、法・不法に関する一般的観念と調和しない観念だと定義される。この関連で、裁判所は、ふたたび「道義則」や「基本的な法原則」という概念を援用する。ここから、行為が刑法に反するか、自然法にも反するかによって、違法性に関する錯誤を異なつて取り扱おうとしていることがわかる。ここでは、裁判所は、自然法的観点を過度に強調したため、違法性の意識を超法規的意味における道義違反の意識と同視し、不当に、実質的違法性の要件にかからしめた。

一九四八年五月二一日のラーヴェンスブルク・ラント裁判所の判決<sup>(11)</sup>は、その典型的な例である。

「違法性の意識は、国家によって定立された秩序に反して行為するという意識と同値できるのではなく、行為者の行為が一般的道義則に反しているときすでに存在する」。

故意説に立ちつつ、一般的道義則に反することの意識があれば、違法性の意識があるとする見解は、故意説の見解を厳格に貫徹せば、多くの事案において故意を否定せざるをえなくなるという実際の不都合を、違法性の意識の存在を柔軟に認定することによって救おうとするものであるが、ナチ犯罪者という特殊な事案は、ともかく、一般的には責

任阻却の可能性を一括して排除する可能性をもっており、疑義がある。

違法性の意識は、故意の要素ではなく、独立の責任の要素である責任説は、判例においては、後に紹介する一九五二年三月一八日の連邦裁判所の画期的な判決<sup>(10)</sup>を待たなければならなかった。

(b) 密告事件

人道に対する犯罪の中で、数の上で最も多いのは、政治的、人種的、宗教的理由からする密告の事案であるが、ここでも、密告の違法性の意識の実質的内容については、完全に明確には認定できないことが多いため、困難な問題がある<sup>(11)</sup>。というのは、告発は、法治国家においては、それが誣告であった場合にのみ処罰されるものであり、動機はどうかであれ、禁止されているものではないが、ナチ支配の時代においては正当な人道的な処罰に対する保障が欠けていたのであり、密告された者は、司法手続に乗せられる場合はまだしも、「司法ではなく、ナチの専政の権力の確保が主要関心であった偏向した裁判機構<sup>(12)</sup>」に委ねられるのである。ここでは、密告者は、制定法に反した行為を行っていると意識をもってはいない。密告された者の行為は、その当時の制定法によれば可罰的であったのであり、密告は許されていた。そこで、「実質的不法および責任の考え方のみが、満足しうる結論に導く」ことになるのである。ランゲは、この点を考慮して「密告」を次のように定義する。「密告とは、裁判官の形式的な制定法服従によって実定法とは明白に矛盾するのではないが、実質的には不法を、つまり、承認され、保護された自由および尊厳、生命および健康に対する人権の侵害を意味する行為である<sup>(13)</sup>」。従って、ここでは、被害者が密告の結果こうむる非人道的扱いを意識して意欲し、あるいは認容していることのほか、行為の実質的不法を知っていることが、密告者の責任の前提となるであろう。



この問題については、まず、キール上級ラント裁判所の決定を挙げておこう。

①キール上級ラント裁判所一九四七年一月三日決定<sup>106</sup>

〔事實〕 被告人は、ナチ党のメンバーであり、戦時中、教師で校長であった。一九四四年三月のある日、政治の授業のときに、何でもけちをつける人 (Miesmachertum) について話した。休憩の時間に、ある学童が黒板に散髪屋だとおぼしき人の絞首刑の絵を書いて、「散髪屋Bは、アジテーターだ。奴を吊るせ」と添え書きした。被告人は、他の児童からも詳しく話を聞き、書き取って、何日か後に郡長に手渡した。散髪屋は、防衛力破壊で六年の重懲役に処せられた。被告人は、管理理事会法第一〇号の人道に対する犯罪によって起訴された。

〔判旨〕 被告人は、この出来事の何日か後に、郡長の要請に応じてこの書きつけを手渡したにすぎない。この行為が、管理理事会法一〇号の意味における「迫害」とされるかどうかは疑わしい。被告人は、黨員として、郡長の指示に従わなければならなかったのであり、その当時不法だったことを何ら要求されていないからである。「政治的理由からの迫害」には、書かれざる構成要件要素として「非人道性」が要求されている。行為の非人道性は、その実行の種類や、動機および結果にありうる……一般的な責任論によれば、被告人は、行為の時にそれらをすべて知っていたのでなければならぬ。それについては、刑事裁判所は、被告人には、彼がその行為によって、政治的理由からの非人道的な迫害を実行したということは、大きな蓋然性をもって、証明されえないと論じた。

本判決では、簡潔にはあるが、非人道性について認識があるということは、その行為の実行の種類、動機および結果の認識があることであるとして、本件では、このような故意の証明がないものと判示した。この点をもう少し詳しく論じているのが、イギリス地域の最高裁 (OGH) の判決である。

②最高裁一九四八年一月十九日判決<sup>(16)</sup>

〔判旨〕 被告人が告発自体を意欲していたことは疑いがないが、刑事裁判所は、その上、Aに対する重い結果をも甘受したとみなした。ナチの刑事訴追が、恣意的で、基準なき処罰によることを知っていたからである。しかし、これのみで管理理事会法一〇号二項一号の内面的構成要件が要求するものを知っていたことを証明したことにはならない。けれども、商売を営む女性としてその時代の生活に疎遠ではなかった被告人は、ナチの迫害方法を少なくともその恣意性において……知っており、Aをひよつとすればありえ、あつてもしかたがないと思われた重大な結果にもかかわらず、告発したのである。かくして、未必の故意は肯定される。このように未必の故意で行為する者は、「さらに適切な考察をなすならば、その行為の法違反性および義務違反性を認識することができた。最も単純な人間でさえも、恣意は、国家から発するものであるにせよ、正当なものではありえない」。

このように、本判決は、まず、事実に関する故意を肯定し、それが存在するとすれば、違法性の意識は持ちえたはずであるとしている。

③デュッセルドルフ上級ラント裁判所一九四七年一月一日判決<sup>(17)</sup>

この判決では、いわゆる密告は「政治的理由からする迫害の観点のもとでのみ、人道に対する犯罪として評価される」とし、迫害とは、個人をその権利や人格圏において制限する目的で個人に対して国家の権力機構を発動させることであると定義する。この判決では、不法の意識については論じていないが、主観的には密告者は、その行為の非人道的な結果について認容し甘受するのでなければならぬとしている。すなわち、「密告者は、その密告の結果、国家的・政治的権力の濫用的適用によって、政治的・宗教的または人種的理由から、被密告者の人権の侵害に至るこ

とを意識していたのでなければならぬ」とするのである。

さて、この重い結果の認識・認容の点であるが、この問題は、管理理事会法一〇号の「人道に対する犯罪」の性質をどのようなものとするかに関係する。すでに、第五章第二節で論じたように、密告を「迫害」行為に包摂するベルリン・ラント裁判所の一九四八年一月四日の判決は、この犯罪を企行犯として、迫害からさらに重い結果が生じたことにつき因果関係を必要としないとしていた。このベルリン・ラント裁判所の判決と比較するとき、本判決は、明らかに、重い結果に対する客観的因果関係と主観的認識・認容を要求しているのである。

④ブラウンシュヴァイク・ラント裁判所一九四七年一月二五日判決<sup>10)</sup>

〔判旨〕 多くのドイツ人は、その当時の国家を与えられた国家秩序として承認していた。このようにして、ナチ国家の適法性を善意に信じており、このように信じてこのような政治的告発を行い、法治国家の限界内での刑事訴追をしようとした者、つまりその未必の故意において重い結果を認めていなかった者には、主観的には、それが人道に対する犯罪の構成要件につき要求されているのであるから、非人道的な心情につき非難されえない。その告発が、被害者にとり非人道的な結果を惹き起こすことを意識していた者は、ナチ国家の適法性に関して善意に信じていたということを援用できない。〔管理理事会法一〇号にあつても、行為者がその犯罪の結果を意識しており、それを認容していたときにのみ有罪判決が可能である〕……。

本判決においては、「非人道的な心情」が非人道的結果の認識と同義であると理解されている。この非人道的な心情については、次のような判例がある。

⑤ コンスタンツ・ラント裁判所一九四七年九月二日の判決<sup>11)</sup>

〔判旨〕 違法性の意識のみならず、非人道的な行為の意識も、また、故意に属する。違法性だけで、人道に対する犯罪の特殊な不法内容を十分にかつ完全には特徴づけるものではない。とくに注意すべき、正義によってまさしく明らかに要求されるこの犯罪類型の当罰性をなすのは、この非人道的な違法性である。したがって、非人道的な行為の違法性の意識は、行為者の非人道的な心情が行為の不法内容をとくに高めるような種類の相互関係に立たなければならぬのである。

本判決においては、非人道的な心情は、「違法性の意識」のほかに必要なものとされている。そして、その論証として、次のケーニヒスベルク市長のゲルデラーに対する密告事件の判決を引用している。この判決も違法性の意識と、「非人道的行為の意識」の問題の区別を論じているのであるが、後者は、特別な非人道的な心情ではなく、故意の問題と捉えられているようにも思われる。

⑥カマーゲリヒト一九四七年五月一七日判決<sup>15)</sup>

〔事実〕 被告人ヘレーネ・シュヴェルツェル (Helene Schwarz) は、ラウシエンで、ケーニヒスベルクの第二市長のカール・ゲルデラー (Karl Goerdeler) 博士と知り合った。およそ二〇年後の一九四四年三月には、被告人は、会計係をしていたが、八月一日および八日には、ゲルデラーは、七月二〇日のヒトラー暗殺事件に参与したとして新聞紙上で指名手配された。被告人は、これを読んで、会計主任のシャートヴィンケルに、ゲルデラーを知っており、顔が分かると話した。あくる日の八月一二日に、ある料理屋で、被告人は、ゲルデラーが座っているのを見つけ、同僚にメモを渡し、シャートヴィンケルに届けさせた。シャートヴィンケルは、首を振ってこれを疑ったが、被告人が確かだということで、結局、立ち去ったゲルデラーを追いかけ、逮捕した。被告人は、ヒトラーから個人的に一〇〇

万マルク以上の清算小切手を報償としてもらった。被告人は、謀殺と人道に対する犯罪によって起訴されたが、謀殺は、陪審裁判所によって否定された。人道に対する犯罪については有罪とされ、一五年の懲役刑に処せられた。被告人は上告した。

〔判旨〕 判決では、「政治的理由」からの迫害にあたるかが論じられ、「行為者が、被迫害者を意識的に、ナチ政権の恣意的・非人道的な暴力に委ねたことで十分である」とし、行為者が個人的復讐の意図から密告した場合でも、政治的理由になりうるものとした。従って行為者の非人道的な行為の認定にあたっては、決定的にその意思方向と表象が問題である。「その際、非人道的行為の意識と違法性の意識は、区別しなければならぬ。ナチ政権の非人道的な方法、とくにゲシュタポの方法を知り、このことを知りながら、被迫害者をこの方法に委ねる者は、彼がその措置を法律に則り、国家機関あるいは党の機関を干渉に義務づけるとみなしたことを主張できない。当法廷は、……何人も、彼に違法性の意識が欠けているということの根拠として、一般的に承認された道義則に反する態度を援用することとはできないとした（一九四六年八月二四日）。この関連で、陪審裁判所の判決は、彼女はすべて法律に従って行動し、超法規的緊急避難において行動したという被告人の異議を法的にどう評価するのかを明確に認識させないことが非難されるべきである。上告は認められる。

⑦フライブルク・ラント裁判所一九四七年九月一二日判決<sup>25)</sup>

この判決では、「迫害」行為の主観的要件として次の二つの要件があげられている。「①すべての犯罪構成要件に属する一般的な不法の意識、②特殊な人間性に反する事実の知見と意欲、つまり、冷酷な、自由の人格権や独自の意見の表現を蔑ろにする機構の牙に捕らえられるという自分の行為によって惹き起こされた被被害者に対する危険に

ついでにの知見、および冷酷な意欲、またはこの展開の——劣らず非人道的な——意識的な受忍である」。

判決は、続いて、不法の意識について次のようにいう。「人道に対する犯罪についても、客観的違法性に対応するものとして、全く一般的に、不法に行為するという、つまり、正確な表象がなくとも法に反するという意識で十分である。密告の原則的な事案において、そのような不法の意識が存在していたことは、ラートブルフとともに、認められる。事実上は、しかし被告人がどの程度、そもそも不法の意識をもっていたかは疑問である。従って、コールラウシュの正当な論述を示唆することが必要である。それによれば、自分のなしたことを知っている行為者が、法的（倫理的）表象の一定の基礎は、あらゆる場合に前提とされなければならない、されてよいがゆえに、自分がそれをなしてはならず、なさないことができたときと意識していたことで十分である。

⑧ケルン最高裁判所一九四八年八月一七日判決<sup>5)</sup>

#### 〔事実〕

被告人Aは、一九四二年來、Kの家に住んでいたが、一九四三年五月に、爆撃にあった未亡人Mとその娘Eが同じ家に引越してきた。Kが、不作法で侮辱的で乱暴であったため、共同生活は我慢のならないものとなっていた。ついに母娘は、Aに保護して欲しいと頼んだ。Aは、Mを差し出し人として、A、M、Eの三人の署名のある密告状を、郡長 (Kreisleiter) 宛に差し出した。その手紙には、Kは防空壕での侮辱的言辞のほか、政府が戦争をやめないこと、戦争に勝つことがないと述べたことが書いてあった。郡長は、この手紙の一部をゲシュタポに渡した。Kは逮捕されたが、六カ月後、十分な嫌疑なしとして釈放された。被告人達は、原審により、人道に対する罪によって有罪とされたが、上告した。

#### 〔判旨〕

被告人らの告発は、Kの政治的言辞について書いてあるかぎり、客観的に違法であった。Kの発言は、

可罰的行為ではない。「行為者が、その行為の違法性の意識をもつことは必要ではない」。「行為者が、彼の弁識、成熟、人生経験の基準に従って、またはその精神的素質に従って、それを持ちえたということで十分である。……客観的に認識しえないことのみが責任阻却するのである。被告人らにあつては、……この認識の可能性がなかったということはできない。被告人らはしかも、Kをその行為によつて国家の恣意にさらすことを知っていた。これを知らながら行為するのは、通常、結果を容認し、適切な考察にしたがつてその行為が正当でありえないことを認識しなければならぬ」。

この判決から明らかになるのは、裁判所は、「違法性の意識」ではなく、「違法性の意識の可能性」を要求していたということである。カウフマンによれば、「右の裁判所は、これによつて、実質的不法の意識は、つねに、行為の違法性を認識する可能性をも開くということをおうとしている」<sup>(15)</sup>のである。

(c) 最終段階犯罪

次に、いわゆる「最終段階犯罪」の範疇に属する事案を二つ採り上げておこう。いずれも、上官の命令によつて処刑した事案であるが、前者は、刑罰法規の錯誤として責任阻却を認めなかつた事例、後者は、正当化事由の認識の不存在を理由に責任棄却を肯定した事案である。

① シュトゥットガルト上級ラント裁判所一九四六年一月六日判決<sup>(16)</sup>

〔事実〕 被告人Hは、犯行当時空軍少佐であつたが、終戦段階では戦闘機隊の司令官であつた。被告人Rは、彼の副官であつた。一九四五年五月四日に、その隊は、グローセンブローデ飛行場から、フレンスブルクの南のエッゲベックの飛行場に移ることになった。明け方、H少佐の部下の一人の操縦する飛行機が、命令を受ける前に、ス

ウェーデンに向かつて逃亡しようと試みた。スタートした直後、飛行機は、海中に落ち、乗っていた三名の部下が救助され、医務室に運ばれた。Hは、これを知るや、ピストルをもってRほかの部下とともに医務室に出かけ、三人に罪を自認させ、射殺を申し渡した。三人は防空壕のところに立たされ、Hと中尉W（Wは、別の裁判所で裁判）とが射殺した。ラント裁判所は、Hを故殺で、Rを故殺未遂で有罪とした。

〔判旨〕 「行為の後に、捕らえられた行為者が何らかの裁判上の有罪決定なくして、処刑されてはならないことは、あらゆる文明国の基本的な法原則である。これに対するあるかも知れない錯誤は、どのような事案においても考慮されず誰も責任阻却しない<sup>(16)</sup>」。この判決の別の箇所では、また、次のように述べる。「被告人の激昂は、逃亡した乗組員が、極めて危機的な時代において、同輩を見殺しにしようとしたことを思えば、全く理解できる。しかし、それは、全く明白に人間の共同生活の被告人にも知られた原則に矛盾した、とくに処刑は、規則に従って有罪判決が先行しなければ行いえないというあらゆる世界に妥当する原則に矛盾する行為を正当化しない。この一般的に承認された規範に対する方が一の錯誤は……故意を阻却する事実の錯誤（刑法五九条）ではなく、たとえそれが、あらゆることを許容することができるかに見える命令によって惹き起こされたとしても、考慮されない刑罰法規の錯誤である<sup>(17)</sup>」。

②ハーゲン・ラント裁判所一九四七年八月四日判決<sup>(18)</sup>

〔事実〕 被告人Wは、軍の主計官であったが、一九四五年三月に、理髮係のMが敗北主義的な言辞を弄したので、報告した。四月一三日、連合軍が目前に進軍してきたとき、Wは、戦闘司令部の副官に電話で、Mの措置について尋ねた。副官は、即刻、射殺して報告するようにと命令した。Wは、部下被告人Kとその他の下士官に命じて射殺させた。その二時間後アメリカ軍の戦車が侵入してきた。刑事裁判所は、Wを謀殺と、人道に対する犯罪で有罪とした。



Kは、無罪とされた。

〔判旨〕 被告人Kについては、「低劣な動機」がなく、謀殺ではなく、故殺である。人道に対する罪も成立しない。被告人Kは、命令に基づいて行為したので責任がないとも主張した。

被告人Kは、命令の違法性とその犯罪的な目的を知っていたときには、Mの射殺に対して責任を負う。それを知らなかったという主張に対して反証が挙げられていないから、Kは免責されるように思われる。外面的事情は、処刑が規則通りの基礎に則っていたように思わせる。Kのような地位の兵士には、そのような事情のもとで命令を検討することは期待できない。Kは、この事案の事実的事情を知らなかったのであるから、倫理則に適合した選択を行うことはできなかった。判決を執行していると彼が考えたことが適切であったならば、それは正当化される。この思い込みが適切でなかったならば、Kが有責にそのような思い込みに至ったのかどうかを検討されなければならない。その判決が規則通りに成立したかどうかの検討は、彼の地位から見て被告人に義務づけられていないのであるから、法秩序によって承認された正当化事由を存在すると見なしたのであり、責任阻却される。

本判決では、正当化事由の前提の不認識を理由にして、事実の錯誤とみなし、故意を阻却するとしたものである<sup>(15)</sup>。(7) その後の不法の意識に関する判例

先に紹介した一九五二年三月一八日の連邦裁判所大法廷決定<sup>(16)</sup>は、違法の意識についても、必要説を主張してライヒスゲリヒトの刑罰法規・非刑罰法規区別説から訣別したことで、有名となったものである。この事件は、第二小法廷から大法廷に提起されたものであるが、弁護士が脅迫によって弁護士料を依頼人に請求したが、このような請求を正当だと信じていたと主張したという強要罪に関する事件である。本決定において連邦裁判所は、次のように論じる。

「違法性の意識とは、次のことを意味する。すなわち、行為者が、自分のしたことが法的に許されず、禁止されていることを知っているということである。……違法性に関する錯誤は、構成要件該当の行為が禁止されていることに関係する。つまり、行為者は自分が行っていることを知っているが、それが許されていると誤って思い込んでいるのである。その錯誤は、彼がその行為を禁止規範の不知のためには誤解のために、許されているとみなし、または行為は原則として禁止されているが、彼がその法的限界を誤解し、またはその存在を誤って認めたことによって、この場合には、反対の規範によって正当化されると考えていることに依拠する。違法性に関する錯誤は禁止の錯誤である」。このようにして、連邦裁判所は、まず、ライヒスゲリヒトの見解を検討し、次のように断定する。

「刑罰法規に関する錯誤は、可罰性を阻却しないというライヒスゲリヒトから継受され、迷うことなく堅持された命題は、それによると、行為者に対する責任非難はなされえず、責任のない禁止の場合に処罰に、従って刑罰は責任を前提とするというあらゆる刑罰の不可侵の原則につながる<sup>(10)</sup>。かくして、故意説と責任説を検討し、責任説が妥当であるとし、「禁止の錯誤に陥って実行された行為の可罰性にとつて決定的なのは、良心の緊張がどの程度期待可能かという問題である<sup>(11)</sup>」として、違法性の意識ではなく、違法性の意識の可能性が重要であるとする。そして、結論として、次のように言う。

「刑法二四〇条の場合には、行為者は、違法性がそれには属さない刑法二四〇条一項の行為事情を知っていなければならず、そしてその他に、強要によって不法を行うのだという意識をもたなければならず、または、良心の適度な緊張によつてもつことができないならぬ<sup>(12)</sup>」。

この大法廷決定は、「事実的故意」(Tatvorsatz) という概念を使っており、厳格故意説を採る学者からは、連邦裁

判所がこの説を採るのではないかと期待されたが、その何週間か後の第一小法廷の二つの判例において、この期待を裏切った。まず、一九五二年六月六日の判決<sup>105</sup>においては、懲罰のためにそれ自体正当化される事情を誤って存在すると錯誤して、この場合、懲罰権限があると結論づけた事案において、「刑法(当時の)五九条によって事実の錯誤として取り扱われるべきである」とした。次に一九五二年七月一日の判決<sup>106</sup>においては、正当防衛における防衛の執拗さ、強さに関して錯誤があった場合を「事実の錯誤」であるとした。そのような錯誤は、錯誤が回避不可能であった場合に可罰性を阻却し、回避可能な場合には「過失刑」につながるにすぎないとしたのである。

- (100) これについて、概観したものとて、vgl. Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Teilb. 1, 7. Aufl., 1987, S. 500ff.
- (101) BGHSt. 2, 194. この判例については、後述する。
- (102) Vgl. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts AT, 4. Aufl., S. 408.
- (103) Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1985, S. 142ff.
- (104) Edmund Mezger, Rechtsirrtum und Rechtsblindheit, in: Probleme der Strafrechtserneuerung (Festschrift für Eduard Kohlrausch), 1944, S. 183.
- (105) Dazu vgl. z. B. Kaufmann, a.O., S. 46ff. カウフマンによれば、あらゆるその見解に対する攻撃にもかかわらず、ライヒスゲリヒトは、五〇年以上にわたってその立場を維持しつづけたのである。
- (106) Vgl. Jäger, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, S. 163.
- (107) Herkys, Die nationalsozialistischen Gewaltverbrechen, S. 25.
- (108) 196 Rudolf Höb, 1987年まで、シュペンダーウ刑務所に収容されていた Rudolf Höb (本稿) 一三九頁および一五三頁注(17)参照)とは異なる人物であることに注意を喚起しておこう。
- (109) Joachim Fest, Das Gesicht des Dritten Reiches. Profile einer totalitären Herrschaft, 8. Aufl., 1986, S. 372ff.
- (110) Fest, a.O., S. 373.

- (111) Fest. aaO., S. 374.
- (112) Fest. aaO., S. 374.
- (113) Fest. aaO., S. 376.
- (114) 櫻井の論議に對するコメントの「櫻井の論議の集り」評議の長尾の「櫻井」 Vgl. Fritz Hartung, Der Rechtsirrtum in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Unrechtsbewußtsein. DRZ 1949, S. 342ff.; Adolf Schönke, Unrechtsbewußtsein, Vorsatz und Irrtum, DRZ 1946, S. 101f.
- (115) Dietrich Lang, Zur Frage des Unrechtsbewußtseins, ZStW 63 (1950-51), S. 332.
- (116) Wegner, Über Irrtum, in: Festschrift für Leo Raape 1948, S. 401ff.; Winnefeld, Bewußtsein der Rechtswidrigkeit und Vorsatz, DRZ 1947, S. 365f.
- (117) Radbruch, SJZ 1947, S. 633.
- (118) OLG Frankfurt, SJZ 1947, Sp. 621ff.
- (119) O. A. Germann, Imperative und autonome Rechtsauffassung in methodischen Grundfragen, 1949, S. 23ff.
- (120) Radbruch, SJZ 1947, Sp. 634.
- (121) Urteil des OLG Frankfurt v. 12. 8. 1947, SJZ 1947, Sp. 621ff.; vgl. Lang, ZStW 63, S. 333.
- (122) Vgl. v. Weber, Grundriß des Deutschen Strafrechts, 1948, S. 63, 106, 123; Welzel, Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns im Strafrecht, SJZ 1948, S. 371f.; Busch, Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre, 1949, S. 27ff.
- (123) Maurach, Grundriß des Strafrechts AT, 1948, S. 108.
- (124) Nagler, LK, 6. Aufl., 1944, § 59 II 1; Mezger, Strafrecht, AT, 1948, 3. Aufl., S. 334; ders., Festschrift für Kohlrausch, S. 184; Schönke, StGB, 4. Aufl., § 59 VI 1b.
- (125) Nagler, LK, 6. Aufl., § 59 II 1. Vgl. Lang, ZStW 63, S. 344.
- (126) Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949 (Neudruck 1985), S. 24ff., 210.
- (127) Haltung, DRZ 1949, S. 344.
- (128) Arthur Kaufmann, aaO., S. 210f.

- (129) Arthur Kaufmann, aa.O., S. 24.
- (130) LG Kiel, DRZ 1946, S. 126=JR 1947, S. 64.
- (131) Winnefeld, DRZ 1947, S. 365f.
- (132) OLG Kiel, Urteil v. 24. 9. 1946, SchlHanz 1947 29.
- (133) OLG Kiel, Urteil v. 4. 5. 1946, SchlHanz 1946 22f.; OLG Kiel Urteil v. 1. 11. 1947, SchlHanz 1948 5f. Vgl. Kaufmann, aa.O., S. 212, Anm. 1.
- (134) OLG Kiel, MDR 1947, S. 271.
- (135) OLG Kiel, Urteil v. 7. 4. 1948, SchlHanz 1948 147. Vgl. Kaufmann, aa.O., S. 213.
- (136) Kaufmann, aa.O., S. 213.
- (137) Jäger, aa.O., S. 166ff.
- (138) Jäger, aa.O., S. 167.
- (139) Jäger, aa.O., S. 170.
- (140) Jäger, aa.O., S. 172.
- (141) Buchheim, Anatomie des SS-Staates I, S. 279. ブッフハイムは、これを次のように説明する。「ナチの大量犯罪に加担した者が、その際、不法の意識をもっていたかどうかという問いが立てられるとき、その問いは一般的に肯定的に答えられなければならない。行為者の特徴的な精神的態度は、法がきっぱりと不法である、あるいはその逆であると説明されるあらゆる価値の全面的な再評価によるものではない。それは、また、実証的規範や道徳的規範の絶対的否定からなるものでもなく、むしろ、それ自体承認された、通常の生活においても尊重されている規範が、例外的な場合には、歴史的〔または政治的〕必要性の名において、停止されるといふ点からなるのである。それは、制度的領域においては、裸の政治的目的のための現行の法律の停止に相応したのである。従って、犯罪に加担した者については、一般的に、〔……〕彼らは、部分的に停止された不法の意識をもつということができらる」。
- (142) Jäger, aa.O., S. 173ff.
- (143) Jäger, aa.O., S. 175.

- (144) Jäger, aa.O., S. 177 ; BGH 3 StR 672 51.
- (145) Jäger, aa.O., S. 178; BGH 5 StR 196 61.
- (146) Jäger, aa.O., S. 181.
- (147) Jäger, aa.O., S. 183.
- (148) Schmidhäuser, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, in: Festschrift für H. Mayer, S. 333.
- (149) Schöke, Unrechtsbewußsein, Vorsatz und Irrtum, DRZ 1946, S. 102.
- (150) Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts Bd. 60, Teil I, S. 418.
- (151) OLG Frankfurt, SJZ 1947, 621ff. mit Anm. von Radbruch.
- (152) Radbruch, SJZ 1947, Sp. 633ff.
- (153) Radbruch, SJZ 1947, Sp. 634.
- (154) Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewußsein, S. 216.
- (155) Kammergericht, JR 1948, 139=DRZ 1947, 198.
- (156) Lange, DRZ 1947, Sp. 200.
- (157) Binding/Hoche, Die Freigabe Lebensunwerten Lebens, Leipzig 1920.
- (158) Arthur Kaufmann, aa.O., S. S. 218.
- (159) Schwurgericht Dresden, NJ 1947, 193f.
- (160) Vgl. Ducklau, Die Befehlsproblematik bei NS-Tötungsverbrechen, S. 138.
- (161) LG Ravensburg Urteil v. 21. 5. 1948 KLS 75 48, Nr. 59; vgl. Ducklau, aa.O., S. 140.
- (162) BGHSt. 2, 194= NJW 1952, 593.
- (163) Kaufmann, aa.O., S. S. 223. なお、密告事件裁判については、すでに第五章第二節において検討した(四一卷四号六六頁以下参照)。
- (164) Kaufmann, aa.O., S. 224.
- (165) Lange, SJZ 1948, S. 302ff.

- (166) MDR 1947, 307.
- (167) OGH DRZ 1949, 21 = Lange, SJZ 1948, 655ff.
- (168) OLG Düsseldorf, MDR 1948, 123.
- (169) LG Braunschweig, MDR 1948, 125.
- (170) Konstanz, MDR 1947, 305.
- (171) Kammergericht, DRZ 1947, 308.
- (172) LG Freiburg, MDR 1948, 126.
- (173) OHG MDR 1948, 425.
- (174) Kaufmann, aa.O., S. 227.
- (175) OLG Stuttgart, SJZ 1947, 204.
- (176) OLG Stuttgart, SJZ 1947, 206.
- (177) OLG Stuttgart, SJZ 1947, 207.
- (178) LG Hagen, MDR 1948 49, 89ff.
- (179) Kaufmann, aa.O., S. 223.
- (180) 社(註) 参照。
- (181) BGHSt 2, 202.
- (182) BGHSt 2, 209.
- (183) BGHSt 2, 211.
- (184) Eberhard Schmidhäuser, Unrechtsbewußtsein und Schuldgrundsatz. Schwerpunkte der BGH-Rechtsprechung auf dem Gebiet des Strafrechts, NJW 1975, S. 1809.
- (185) BGHSt 3, 105.
- (186) BGHSt 3, 194.