

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理(五)

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(以上四二巻二号)
- 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(五)

四七 (一二三五)

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 (以上本号)

第六章 ナチ犯罪と刑法理論

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

(1) 概念

「ナチ犯罪」(NS-Gewaltverbrechen)とは、ひとつの集合概念である。従って、ナチ犯罪との内包と外延の厳密な定義はない。しかし、それは、ナチズムのイデオロギーを背後にもち、法と国家、そしてその担い手たる指導層も一般国民をも巻き込んだ政治的犯罪であり、その意味では、権力犯罪・組織犯罪であるという点に、概念的中核が見られる犯罪である。それは、従って、以下において具体的に言及されるようなさまざまな特徴を示している。

広い意味でのナチ犯罪という概念のもとでは、通常、「戦争犯罪」と「ナチ権力犯罪」の二つのものが総称されるが、まず、ここで「ナチ犯罪」とは、戦争犯罪とは区別されるものであることを指摘しておかなければならない。ルートヴィヒヒスブルク・センターの上級検事のハインツ・アルツトは、「戦争犯罪とナチ犯罪の区別について」という論文⁽¹⁾の中で、この両者の明確な概念区別を行った。それによると、戦争の隠れ蓑のもとで実行された、例えばユダヤ人、ポーランド人、ロシア人の民間人に対する犯罪は、戦争犯罪ではない。ナチ犯罪は、戦争犯罪とは逆に、敵国の構成員に向けられたものではなく、人間そのものに向けられたものである。その基本原理は、「理念的な人間性

の価値を全く尊重しないこと」である。戦争犯罪とは、国際法の一部としての戦時法に反することである。ナチ犯罪はすでに国内法において可罰的なものである。戦争犯罪においては「お前も同じ」(mit ihnen)という原則と「空白状態」(tabula-rasa)原理の原則に従って、相互的な相殺またはアムネスティが行われうる。しかしナチ犯罪の場合にはそうではない。ナチ犯罪とは、戦争と何ら内部連関なくして発生したものである。そして、イデオロギーとして正当化された人間存在、および一定のグループの生存権の一般的抹殺を現している。

(2) ナチ犯罪のイデオロギーと権力機構

① ナチ犯罪のイデオロギー

ナチの法に対する考え方のひとつの基本原理は、「人間は等しく人間なのではなく、行為は等しく行為なのではない」というものであるとされる。⁽²⁾ 民族共同体思想は、具体的秩序に従って、人間を差別し、法・権利の享受を制限・排除される集団を作り上げる機能をもつものであった。⁽³⁾ ナチ犯罪もまた、この原理から説明されうる。ナチ犯罪とはナチズムの付随現象にすぎないものではなく、ナチの人種イデオロギーと偏向性の一貫した帰結であることを忘れてはならない。

ナチス・ドイツにおいて行われたシステマティックな大量殺人は、それを可能にした社会全体のイデオロギーと権力機構を前提としている。ここでナチ犯罪の担い手となった人々は、通常は、個人的には犯罪の素質をもった者ではなく、ナチ犯罪への関与の何年前か前、あるいは後には、大抵は、良き市民としての生活を送っていた人々であった。⁽⁴⁾ ここでは、「価値のない」人種と民族を「根絶する」というナチの指導部から課された任務に服する者に、それに

よって自らが非社会的であるかに振る舞っており、自らが社会の根本規範の外にいるという感情を与えない「雰囲気」が、その時代に形成されていたことは看過できない。これが、その後に至っても、ナチ犯罪行為者に責任の感情が欠けている一因である。ナチ犯罪の特徴は、ナチ犯罪が、一つまたは多数の組織化された集団の行き過ぎ行為であり、また、戦争犯罪であり、独裁の所産であるというでもない。それらは、ナチ犯罪という全体的現象において一役を担ったかも知れないが、このような大量の集団を根絶するような犯罪を責任を感じることなく行わしめた動機をなすものではないのである。むしろ、ナチズムの人種理論(Rassenlehre)が、その他の点では、曖昧模糊たる、そして体系的には把握できないナチズムの「世界観」の中核をなす。「北方人種」が創造的人種であり、人類の指導のために支配するというこの疑似科学的人種イデオロギーが、決定的な役割を果たした。宣伝によってこの対極に位置づけられたのが、「価値の低い」人種である。すでに一九世紀からドイツにおいて反ユダヤ主義が顕在化してきているが、これが、ナチズムの世界観の中核要素とされたのである。一九三五年のニュルンベルク法によって、ドイツのユダヤ人から市民権を剥奪し、これらの人々を見えない壁に囲まれたゲットーに囲い込んだのである。

② 権力機構の樹立

政治的敵対者や人種的な敵の抹殺のためには、既存の国家の行政機構だけでは十分ではない。ナチスは、権力掌握の後、外部的・内面的強制⁽⁶⁾によって、反ナチ的思想をもつものを排斥し、反抗を抑圧し、権力機構を作り上げていく。これは、行政官僚機構においても司法機構においても、容赦なく押し進められていった。そして、価値の低い人々(Minderwertige)を特別扱いし、権利を剥奪する役割を担う特殊な団体が形成されていた。その主たる役割を果たしたのが、いわゆるSSであり、ナチ党(NSDAP)の軍隊である一九二五年に創設されたSAの下部組織であっ

た。⁽⁷⁾ S S は、「ドイツ・人種の支配体制を展開し、それをあらゆる権力手段をもって守る」任務をもっていた。ヒムラーの S S がナチ国家の中心的なテロ組織に発達したのは、S D によるものであり、また警察と融合した結果であった。S D、つまり、「ライヒスフューラー S S の保安局」(Sicherheitsdienst) は、ラインハルト・ハイトリッヒの指揮下にあり、情報収集活動などを行う機関であった。その他、ナチ犯罪で重要な役割を演じるのが、ライヒ保安本部 (R S H A) であった。計画的なユダヤ人抹殺につきとくに重要だったのは、ライヒ保安本部の第四局 (ゲシュタポ) であった。⁽⁸⁾

(3) ナチ犯罪の類型

ナチ犯罪は、このようにナチ政権の「権力犯罪」であり、国家が、その支配政党のイデオロギーに基づき組織的に政策の一環として遂行したものだという側面をもつ。具体的にその犯罪の展開過程を見ていくと、それは、偶発的・付随的現象というより、むしろ、ナチズムの政策の展開過程と密接に関連した形で現れている。

① 権力掌握・確立のための政敵に対するテロ犯罪

すでに、ヒトラーへのライヒ首相の授任およびライヒ議会の新選挙の挙行そのものが、暴力的に行われたのであるが、権力を確立するために、非合法な手段を使って、政敵を排除していくことが必要であった。権力掌握直後に発生した最も重要な事件である「ライヒ議会放火」事件は、憲法の基本権の停止するための手段であった。カール・デイトリッヒ・ブラッターによれば、一九三三年一月三〇日から七月までは、権力掌握の第一段階をなすのであるが、ここでは、ライヒ議会の放火は、形式的には象徴的な意味をもつ事件である。⁽⁹⁾ ナチズムの闘争部隊は、半国家的・半警察的な地位にまで押し上げられ、ナチ主義者の暴力は正当化された。共産主義者や社会民主主義者は、迫害

され、選挙活動は妨害され、いわゆる「褐色のテロ」(brauner Terror)の対象となり、弾圧された。この第一段階の末期には、NSDAP以外の政党は、解散に追い込まれることになった。司法への介入が行われ、ナチストの犯罪は、訴追されなくなった。

② ナチ内部の権力闘争のための犯罪

この段階は、いわゆる「レーム一揆」事件⁽¹⁰⁾(Röhm-Putsch-Affäre)に代表される。ナチの「運動」時代の独裁から不動の独裁体制を作り上げるために「犯罪」行為が投入される。SAとライヒ国防軍の対立関係は、一九三四年に、ヒトラーとSAの隊長エルンスト・レームの緊張関係に至る。ヒトラーは、レームが一揆を企てているという口実のもとに、一九三四年六月三〇日、ハインリッヒ・ヒムラーとゲーリングを使ってレームをはじめ多数のSAの指導者を逮捕しあるいは殺害する。それにとどまらず、この機会に、その他の政敵、例えば元のライヒ首相シュライヒャーなどをも殺害する。このレーム事件で殺害された者の数は、正確にはわからないが、八〇人から二〇〇人の間だと推測されている。⁽¹¹⁾この殺害作戦を法的に繕うため、ヒトラーの政府は、三日後の一九三四年七月三日に「国家正当防衛処分に関する法律」を發布し、その行為を国家正当防衛の遂行措置であったとして正当化しようとする。ここで重要なのは、政敵を打ち倒すための暴力の適用そのものではなく、むしろ、公然と行われた犯罪行為を正当であるとし、ナチのやり方が明らかにされたことである。「総統が法を守る⁽¹²⁾」というのが、ナチの憲法理論が、レーム事件から引き出した帰結のひとつなのである。それは合法性の軌道内で新しい支配秩序を樹立するというナチズムの要求の真の背景を、例証するものである。このレーム一揆については、後にもう一度触れることにする。

③ 強制収容所犯罪

強制収容所は、当初、ひそかに設立されるが、一九三三年夏以降、大規模な強制収容所が設立されはじめる。例えば、ダッハウ、オラニエンブルクなどである。これらの収容所の中では身体・生命に対する犯罪が日常茶飯事であった。しかし、それ以前に、法治国家的刑事手続なくして収容されること自体がすでに犯罪であることはいうまでもない。第一段階（一九三三年～一九三六年）においては、強制収容所は、とくに政敵のための特別施設であった。第二段階（一九三六年～一九四一年）においては、迫害の重点が新たにされたこと（いわゆる「非社会者」「犯罪者」）により、また、新たな囚人カテゴリーの追加により（とくに「聖書研究派」「エホバの証人」、一九三九年からユダヤ人、さらに外国人、ジプシー、同性愛者）、また、戦時経済的な動機によって、特徴づけられる。第三段階（一九四二年～一九四四・四五年）においては、一方では、目的がさらに広げられたことにより、他方では、絶滅収容所の設立によって特徴づけられる。軍需産業は、一方では強制収容所内での労働力の確保のため、労働力を損なわないような処遇を要求する。しかし、他方では、ユダヤ問題の「最終的解決」のため、工場のように処理される殺害の包括的シSTEMの組織化と絶滅収容所の設立につながる。⁽¹³⁾

④ユダヤ人に対する犯罪

(a) ユダヤ人の迫害

すでに論じたように、ナチスのプロバガンダにおいてはユダヤ人嫌悪は、初めから中心的な役割を果たしたのであり、反ユダヤ主義は、ナチイデオロギーの中核となった。⁽¹⁴⁾ ヒトラーはすでに『わが闘争』の中で、ユダヤ人問題についてドイツ民族に闘争する思想を与えるのだと声明している。ナチ法思想によれば、ユダヤ人は、民族同胞ではなく、人間としての基本的価値を有しないものとして排斥される。ユダヤ人に対する組織的迫害は、すでにナチスの権力掌

握の直後から始まっていた。一九三三年四月には、いわゆる公務員再建法によってユダヤ人の公務員を公職から締め出し、公職に就くことを禁じた。「職業を奪い、所有権を剝奪し、遺産を残すことも受け取ることも許されない。公園のベンチに腰掛けることも、あるいはカナリアを飼うことも許されず、公的交通手段を用いてはならず、レストランを訪れ、コンサート、劇場または映画を訪れることも許されない。かれらには人種法が妥当し、国民としての権利はすべて剝奪されている。住居移転の自由はなく、人権とその人間の尊厳は、かれらが強制収容所に輸送され、ガス室に行き着くまで、塵のようなものとなる」⁽¹⁵⁾のであった。

他方、国内にとどまるユダヤ人に対しては、「人種恥辱」罪を定めたニュルンベルク法など様々な差別立法をなし、ユダヤ人を「民族共同体」の片隅で権利を制限された立場に追いやった。一九三八年一月七日には、「ライヒ水晶の夜」事件につながる出来事がパリで発生した。このライヒ水晶の夜事件といわれる一九三八年一月九日〜一〇日に発生したナチによる大規模なユダヤ人の組織的迫害事件について、以下で若干詳しく紹介しておこう。

(b) ライヒ水晶の夜事件

「ライヒ国民法」(Reichsbürgergesetz) は、すでに一九三五年にユダヤ人からドイツ国籍を剝奪した。差別的措置の一環として、一九三八年一〇月末には、ライヒ政府は、一万人を越える東部出身のユダヤ人を列車でポーランド国境に輸送した。ポーランドがこれらの人々の受け入れを拒否したため、かれらは国境の無人地帯で、ポーランドが最終的に受け入れるまでキャンプしなければならなかった。⁽¹⁶⁾これらの受難者のひとりの息子で、パリに住む一七歳のヘルシエル・グリュンシュパン (Herschel Grynszpan) は、両親の苦しみに復讐するため、パリのドイツ大使を射殺しようとした。大使は大使館にいなかったため大使館書記官エルンスト フォム ラート (Ernst vom Rath) に

迎えられ、ラートを射殺した。ゲッベルスは、この暗殺事件を、ドイツ全土でユダヤ人襲撃（ポグロム）を組織するのに利用しようとした。¹⁷ポグロムは、一九三八年一月九日から一〇日にかけて突撃隊（SA）やSSによって組織的に挙行された。警察は介入しないように命令され、消防隊は、ユダヤ人の所有以外の建物を保護するため活動するよう命じられていた。さらにベルリンからの指令で、SA、SSや煽動された民間人はシナゴーク（ユダヤ教会）に押しかけ、劫掠し、放火し、破壊し、さらにユダヤ人商店から掠奪し、ユダヤ人の家を取り壊し、無数のユダヤ人に暴行を加え殺害した。ゲーリングに対するハイトリッヒの報告によると、一九一のシナゴークが燃やされ、その他七六が完全に破壊された。ハイトリッヒによれば、三六人のユダヤ人が殺害されたというが、実際にはその何倍にもおぼるとされている。ほぼ二万人のユダヤ人が強制収容所に拘引された。ラートの殺害に対する「贖罪金」としてドイツのユダヤ人に一〇億ライヒスマルクの拠出金が課せられた。

さて、戦後、この時のポグロムについても、その追及が問題となった。一九六五年二月二四日の連邦司法省の報告によれば、その時点までに二七〇三名がこの狼藉行為に参加したとして有罪とされ、そのうちほとんどの者は有期自由刑に処せられた。しかし、当時の法によると軽罪の時効は五年であり、一九四五年から起算しても一九五〇年には、ガラスを割るなどの軽微な行為については時効にかかったことになる。¹⁸

(c) 収容所への収容、ユダヤ人の抹殺

一九三三年から一九三七年にかけて、ドイツ国内のユダヤ人は、すでに五〇万人から三五万人減少し、三八年から三九年には、さらに一〇万人が国外に逃れた。一九三九年九月に戦争に突入したとき、ドイツ国内には約二〇万人のユダヤ人が居た。一九四一年九月中頃から、ユダヤ人は「ユダヤの星」を服に付けなければならなくなった。¹⁹

一九四一年秋までは主として東ヨーロッパ、つまり、ドイツ国防軍に占領されたポーランド、ソビエト地区のユダヤ人が抹殺されたが、一九四二年一月二〇日のベルリンにおける「ヴァンゼー会議」(Wannsee-Konferenz) において「ヨーロッパのユダヤ人問題の最終的解決」計画が、政府関係者やSS、警察の幹部の前で明らかにされた。この全体計画においては、まず当時の総督領といわゆる「ライヒスガウ ヴァルテラント」におけるゲッターに集められたユダヤ人絶滅収容所に送り、そこで毒ガス「チクロンB」や排気ガスによってかれらを殺害するものとされた。このようにして空いたゲッターには、新たな占領地域のユダヤ人を収容するというのである。⁽²⁰⁾

収容所における抹殺は、クルムホフでは少なくとも一五万二千人、ベルセッチでは少なくとも三九万人、ソビボルでは少なくとも一五万人、トレブリンカでは少なくとも七〇万人が殺害されたとされている。さらに、アウシュヴィッツでは百万人を越えるとされており、ルブリン・マイダーネックでは、デュッセルドルフ陪審裁判所の認定では二五万人を越えるとされている。

(d) ヨーロッパにおけるユダヤ人の抹殺数

全ヨーロッパで何名のユダヤ人の命が奪われたのかについては、通常、六〇〇万人と言われている。⁽²¹⁾これは、ライヒ保安本部(RSHA)で働いていたSSの将校でシュトゥルムバンフューラーのヴィマヘルム・ヘットウル(Wilhelm Hoerr)とハウプトシュトゥルムフューラーのディーター・ヴィルスリツェニー(Dieter Wisliceny)がニェルンベルク国際軍事法廷で証言したところに基づく。アドルフ・アイヒマンが述べていたものだというのである。⁽²²⁾これによると、約四〇〇万人は抹殺収容所で殺害され、残りの二〇〇万人はロシアに対する出撃隊の出撃により射殺されたという。ニェルンベルク裁判の後、記録が発見されたが、この記録の信憑性は統計局のコルヘア(Korherr)に

国名	人数	①最低	①最高	②	③	④
ドイツ		160,000	180,000	195,000	170,000	
オーストリア		58,000	60,000	53,000	40,000	310,000
チェコスロヴァキア		233,000	243,000	255,000	260,000	
デンマーク	(100人以下)			1,500		
ノルウェー	700		700	1,000	6,000	(1000以下)
ルクセンブルク	3,000		3,000	3,000		
オランダ	104,000		104,000	120,000	90,000	130,000
ベルギー	25,000		28,000	57,000	40,000	
ソ連					1,500,000	700,000
リトアニア					135,000	
ラトヴィア	700,000		750,000	1,050,000	85,000	200,000
エストニア					(若干)	
ポーランド	2,350,000	2,600,000	3,271,000	2,800,000		300,000
フランス	60,000	65,000	140,000	90,000		
イタリア	8,500	9,500	20,000	15,000		70,000
ユーゴスラヴィア	55,000	58,000	64,000	55,000		60,000
ギリシア	57,000	60,000	64,000	60,000		60,000
ブルガリア	—	—	5,000	7,000		言及なし
ルーマニア	200,000	220,000	530,000	425,000		270,000
ハンガリー	180,000	200,000	200,000	200,000		300,000
難民控除人数				6,029,500 308,000		
総計		4,194,200	4,581,200	5,721,500	5,978,000	5,100,000

Aus : Henkys, Die nationalsozialistischen Gewaltverbrechen, S. 172.

*なお、Reitlinger, a. a. O., S. 573の表をも参照。

①最低 ⇨ Reitlinger 1953 mindestens ①最高 ⇨ Reitlinger 1953 höchstens

② ⇨ 英米の委員会1946年4月 ③ ⇨ Leszczynski Juni 1946

④ ⇨ Hilberg 1960

よって確認された。ヒムラーが一九四三年初頭に作成させた「ヨーロッパのユダヤ人問題の最終的解決」に関する報告書が、それである。コルヘアは、これによって、一九四三年三月三日には、ヨーロッパですでにユダヤ人の抹殺は、四〇〇万人に達していたと結論づけた。

一九四六年四月には、人口分布学的方法を用いて、ある英米の委員会が五七二万一五〇〇人のユダヤ人が殺害されたとした。これに対して、統計学者のヤコブ・レスチンスキー (Jakob Leszczynski) は一九四六年六月に五九七万八千人の死者を数え

たと発表した。歴史家のライトリンガー (Reitinger) の推定によると、最も低い推定であるが、四一九万四二〇〇人から四五八万一二〇〇人の間である。⁽²³⁾ 同じく歴史家のヒルベルク (Hilberg) によれば、五一〇万人と推定されている。⁽²⁴⁾

これを表にすると、前頁の表のようになる。

⑤ 「生きるに値しない生命」の抹殺 (安楽死)

ここでは、「無駄飯食い」(nutzloser Esser) を排除しようというナチの思想が実行される。安楽死・行動により約一〇万人の人々が犠牲となったが、これには医師や看護人が強力していた。⁽²⁵⁾ 「生きるに値しない生命」の抹殺は、一九四一年にストップされた。しかし、いわゆる「囚人安楽死」、つまり、労働能力のない無駄飯食いの囚人の殺害は、継続され、「子供の安楽死」、例えば、致命的薬剤の投与による殺害も継続された。⁽²⁶⁾ これについて詳しくは、次章で考察する。

⑥ 出撃隊による犯罪

(a) ポーランドにおける出撃隊

一九三九年九月一日、ヒトラーは、国防軍をポーランドに侵攻させ、第二次世界大戦が始まった。この戦争の勃発の後、戦線の直接の背後であるポーランドにおいては、保安警察、保安局、国防軍、SSをひとまとめにして作られた、大規模な範囲に管轄をもつ出撃隊 (Einsatzgruppe) が組織されたが、その任務は、外部的には、とくに国防軍に対して「戦闘中の部隊の背後での敵対国におけるあらゆるライヒとドイツに敵対する分子の克服」であった。⁽²⁷⁾ 具体的には、ポーランドのインテリや指導層、そしてまたユダヤ人を抹殺することを目的とした。一九四〇年七月二日の

ハイトリッヒの秘密書類へのメモによれば、出撃隊は、ポーランドの指導層に関する「絶滅命令」を受け、この命令の遂行過程で、ポーランドのインテリを何千人も殺害したことがわかる。⁽²⁸⁾

一九三九年十一月一日の出撃部隊一六の報告は、次のようである。

「ポーランドのインテリに対して遂行された行動は、終了したと考えられる。一〇月三日から十一月一日までの結果は、上の表の通りである。

慎重な推定によってもいわれる「インテリ作戦」(Intelligenz-Aktion)⁽²⁹⁾により六万人から八万人の人々が、専らポーランド人とユダヤ人であったが、被害に遭っている。その作戦は、外国でこれについて報道が始まったことにより、一九四〇年初頭に中止された。⁽³⁰⁾

(b) ソビエト出兵における出撃隊

	抹殺	避難	解雇
73	67	66	
3	2	1	
2	—	5	
—	1	1	
13	3	10	
1	—	4	
2	1	4	

一九四一年五月以降、四つの「保安警察とSDの長官の出撃団」が組織され、それはそれぞれ四つから五つの出撃隊ないし特殊部隊 (Einsatz-bzw. Sonderkommandos) に分けられた。それらは、保安警察 (ゲシュタポと刑事警察) の所属員、SDの所属員からなつたが、後に警察補充隊および武装SSの大隊が加わつた。それらは、ライヒ総監SSないしライヒ保安本部によって与えられた指示の範囲内で、民間人に対して処刑処分を実行する特殊な警察的任務を帯びるものであった。かれは、ライヒ総監SSに責任を負うのであり、国防軍にはなかつた。ロシアへの出兵開始の直後、一九四一年六月に、出撃隊および出撃部隊は、その出撃範囲内で、「ユダヤ人問題」を解決するよう、つまり、労働力と

して必要でないすべてのユダヤ人を殺害するよう命令を受けた。一九四二年二月六日、出撃隊Aの指導者で保安警察およびSDの命令権者は、三つの彼に服する出撃部隊につきのような電報を打った。⁽³¹⁾

「処刑について

実行された処刑の数について、(a) ユダヤ人、(b) 共産黨員、(c) パルチザン、(d) 精神病患者、(e) その他（詳しく述べよ）に分けて速やかに報告を乞う。全体数の中の助勢と子供の数はどれほどか」。

カウエン・リトアニアに駐屯する出撃隊三の回答は、「出撃隊三による一九四二年二月一日までの処刑に関して、

(a) ユダヤ人、一三六四二人、(b) 共産黨員、一〇六四人、(c) パルチザン、五六人、(d) 精神病患者、

六五三人、(e) ポーランド人、四四人、ロシアの戦争捕虜、二八人、ジプシー、五人、アルメニア人、一人

全体数、一三八二七二人、そのうち女性、五五五六人、子供、三四四六四人」であった。

個々の出撃隊は、「ソビエト連邦事件報告」を行ったが、これによると、一九四二年四月までの被害者の数は、出撃隊Aについては、ほぼ二五万人、Bについては、ほぼ七万人、Cについてはほぼ一五万人であり、Dについてはほぼ九万人であって、総じて、ほぼ五六万人である。

⑦ その他、ジプシーの抹殺、そして、民族裁判所による司法殺人⁽³²⁾（五〇〇〇以上の死刑判決）、ソビエト人捕虜、アメリカ人捕虜の殺害などがある。

(4) オピッツによるナチ犯罪裁判の分布研究

① ナチ犯罪の類型

オピッツによれば、次のような犯罪類型に分けられる⁽³³⁾。次に、このオピッツの研究にもとづいて、ナチ犯罪、とく

に謀殺罪の展開と統計的数字を紹介するために、この分類をまず紹介しておこう。オピッツによれば、ナチ犯罪は、①一九三三年政権交代後の政敵の排除、②いわゆる「レーム一揆」事件、③一九三八年一月のボグロム（いわゆるライヒ水晶の夜）、④一九三九年八月三十一日までの強制収容所および刑務所における犯罪、⑤一九三九年九月一日から一九四五年五月八日までのライヒ領域における強制収容所および刑務所における犯罪、⑥占領地域における強制収容所、絶滅収容所、およびゲッターにおける犯罪、⑦施設内の大量殺人（いわゆる「安楽死」）、⑧ポーランドおよびソビエトにおける出撃隊による大量抹殺犯罪、⑨最終段階の犯罪、一九四五年初年に行われた外国人労働者、囚人、およびその他の人々に対するナチ殺人、⑩その他の犯罪、以上の犯罪類型に入らないすべてのナチ殺害犯罪に分けられる。この分類は、大方、連邦司法省の報告書と一致する。強制収容所犯罪（④と⑤）が、ここでは二分されている点、報告書とは異なる。なぜなら、占領地域の強制収容所は、部分的に絶滅収容所となったからである。

② 有罪判決数と年代

有罪判決の年については、ドイツ連邦領域での裁判所で一九六五年までに第一審有罪判決が出て、一九七〇年二月三十一までに確定した判決、三一九件を調査したオピッツは、次頁のような表を掲げている。³⁴

② 犯罪群における傾向

第一段階において行われたライヒ領域における強制収容所や刑務所の中の犯罪（第五類型）および占領領域でのそれ（第六類型）、そしてポーランドとソビエトにおける出撃隊の大量殺戮犯罪（第八類型）の手続においては、東ヨーロッパの出撃部隊や強制収容所において、多数の犯罪行為が行われたということが示されているが、その当時の判決からわかるのは、これらの「個別行為」の背景がほとんど解明されていないことである。³⁵ これには、証人がいな

一審判決の年	犯罪群①	②	③	④	⑤	⑥	⑦	⑧	⑨	⑩	合計	%
1946年	1	—	—	—	—	—	5	—	3	—	9	
1947年	2	—	—	—	—	—	15	—	11	—	28	
1948年	9	1	1	—	—	—	7	—	7	—	25	
1949年	2	—	1	—	1	9	—	—	7	3	23	
1950年	3	—	—	1	2	3	—	2	2	2	15	
小計	17	1	2	1	3	12	27	2	30	5	100	
%	77.3				9.4	15.2	100	2.9	69.7	21.7		31.3
1951年	—	3	—	1	2	3	—	—	1	1	11	
1952年	1	1	1	—	—	1	—	—	—	—	4	
1953年	—	—	—	—	2	4	—	—	1	—	7	
1954年	—	1	—	—	1	2	—	1	1	—	6	
1955年	—	—	—	—	2	2	—	—	—	1	5	
小計	1	5	1	1	7	12	—	1	3	2	33	
%		71.4			21.9	15.2			69.7	21.7		10.4
1956年	—	—	—	—	2	—	—	—	1	—	3	
1957年	—	—	—	—	2	2	—	2	—	—	6	
1958年	—	—	—	1	—	1	—	11	1	—	14	
1959年	—	—	—	2	—	2	—	—	—	—	4	
1960年	—	—	—	4	2	4	—	—	3	—	13	
小計	—	—	—	7	6	9	—	13	5	—	40	
%					18.7	11.4			18.8	11.6		12.5
1961年	—	—	—	1	4	1	—	17	—	—	23	
1962年	4	—	—	—	3	1	—	10	1	8	27	
1963年	—	1	—	—	—	11	—	15	4	2	33	
1964年	—	—	—	—	2	6	—	7	—	2	17	
1965年	—	—	—	4	7	27	—	4	—	4	46	
小計	4	1	—	5	16	46	—	53	5	16	146	
%	18.2				50	58.2		76.8	11.6	69.6		45.8
全体	22	7	3	14	32	79	27	69	43	23	319	100

Aus : Opitz, Strafverfahren und Strafvollstreckung bei NS-Gewaltverbrechen, S. 30.

六二(二二四〇)
 かったこと、資料がなかつたこと、処理能力がなかつたことなどの理由が考えられる。第一段階の時代の資料は、行為の規模を表象することができなかつたこと、捜査当局の協力・調整がなかつたことを示している。強制収容所における殺害の領域においてのみ不断の継続が実施されていた。一九五八年のウルムでの訴訟の後の努力によって初めて、爾後、短期間で有罪判決が著しく増加するような捜査につながつたのである。それは、一九六一年から一九

六五年の段階だけで、全有罪判決の四五・九パーセントが発生したという結果をもたらした。上記の犯罪群とその他のどの類型にも属さないナチ犯罪〔第一〇類型〕において、この時期におけるそれぞれの全有罪判決の五〇パーセントを超えるものが行われた。

以上によって、ナチ犯罪の概念内容と諸類型を具体的に示すことができたかと思う。次に、これらのナチ犯罪が戦後の裁判所によってどのように処理されたかを、主としてこれらの類型別に法理論的問題点をも考慮しながら次節で検討したい。

(一) Heinz Artzt, Zur Abgrenzung von Kriegsverbrechen und NS-Verbrechen, in: Adalbert Rückerl, (Hrsg.), NS-Prozesse. Nach 25 Jahren Strafverfolgung: Möglichkeiten-Grenzen-Ergebnisse, 2. Aufl., 1972, S. 163ff.; ders., Zur Abgrenzung von Kriegsverbrechen und NS-Verbrechen, GA 1969, S. 14ff.; vgl. Bernd Hey, Die NS-Prozesse-Probleme einer juristischen Vergangenheitsebewältigung, in: Weber/Steinbach, Vergangenheitsebewältigung durch Strafverfahren?, 1984, S. 56.

(二) 下記の「フヘレキミン・エ・ス・オ・ハンター」は、ポテンパ事件 (Potempa-Fall) をロクメント・ト・マイトローター・ローゼンベルクの言葉で述べた (Vgl. Heinrich Hannover/Elisabeth Hannover-Drück, Politische Justiz 1918-1933, 1987, S. 306)。ポテンパ事件とは、一九三二年八月九日に、ポテンパで、共産主義者を殺し、八月二二日にポイテンの近郊の特別裁判所において、政治的故殺として五件の死刑判決が出された事件をいう。この事件については、ハンノーファー・ハンノーファー・ミューリヒットの前期書三〇一頁以下を他、Paul Kluge, Der Fall Potempa. Dokumentation, in: Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte 5 (1957), S. 279ff.

(三) 下記の「フヘレキミン・エ・ス・オ・ハンター」は、ポテンパ事件 (Potempa-Fall) をロクメント・ト・マイトローター・ローゼンベルクの言葉で述べた (Vgl. D. Majer, „Fremdvölkische“ im Dritten Reich, 1981, S. 82ff. 私法上の権利能力の制限を主張する論稿をいう) vgl. Karl Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, in: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 241ff.

(四) Vgl. Reinhard Henkys, Geschichte und Gericht der nationalsozialistischen Gewaltverbrechen, in: Henkys, Die nationalsozialistischen Gewaltverbrechen, S. 25.

- (5) Henksy, a. a. O., S. 26. なお、人種概念と民族概念の相違については、D. Mayer, a. a. O., S. 88ff. 山中敬一「ナチス刑法における『法の革新』の意義」関西大学法学研究所研究叢書第三冊『ナチス法の思想と現実』（一九八九年）一八六頁参照。
- (6) 法幹部の内部的強制的同質化と外部的強制的同質化の概念については、山中・前掲書一六四頁以下、一八一頁以下参照。
- (7) その組織や実態については、vgl. Buchheim/Broszat/Jacobson/Krausnick, Anatomie des SS-Staates, 1, 2. Bde, 4. Aufl., 1984.
- (8) Vgl. Henksy, a. a. O., S. 35.
- (9) Vgl. Karl Dietrich Bracher, Die Krise Weimars und die Stufen der Machtergreifung, in: Wolfgang Michalka (Hrsg.), Die nationalsozialistische Machtergreifung, 1984, S. 3ff. 上のブラッハーの段階区分に於て、第二段階は、権力確立の時期であつて一九三三年七月から一九三四年初頭まで、第三段階は、内部的権力対立の時期であつて一九三四年七月まで、第四段階は、一九三四年七月一三日の強制的同質化されたライヒ議会の開催から始まる。なお、ブラッハー『ドイツの独裁』I (山口定・高橋進訳) (一九七五年) 四一五頁以下、四三六頁以下なども参照。
- (10) この事件に対する司法省の対処については、Lothar Gruchmann, Justiz im Dritten Reich 1933-1940, 1988, S. 434ff. が、詳しくこの問題について、別に予定しようの「ナチス法學とドイツ法マカナー」の中で採り上げる予定である。なお、vgl. Mathilde Jamin, Das Ende der „Machtergreifung“: Der 30. Juni 1934 und seine Wahrnehmung in der Bevölkerung, Die nationalsozialistische Machtergreifung, S. 207ff.
- (11) Rückert, NS-Verbrechen vor Gericht, 1984, S. 27.
- (12) カール・ノットマンによるヒトラーに於けるレームラの殺害を正当化する論文のタイトルは (Der Führer schützt das Recht, DJZ 1934, Sp. 945ff.) として使われた言葉である。その後、ヒトラーが唯一の法源となつたのである。
- (13) Vgl. Rückert, a. a. O., S. 27ff.
- (14) Noam/Kropat, Juden vor Gericht 1933-1945, 1986, S. 1ff.
- (15) Kempner, in: Walk, Das Sonderrecht für die Juden in NS-Staat, 1981, Einführung, S. XIII.
- (16) Götz, a. a. O., S. 66.
- (17) この事件については詳しくは、vgl. Hermann Graml, Reichskristallnacht, 1988, S. 9ff.

- (18) Götz, a. a. O., S. 73ff.
- (19) Noam/Kropat, a. a. O., S. 3f. また、一九四三年七月一日の命令 (13. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 1. 7. 1943, RGBl. I S. 372) に基づいて、ユダヤ人の可罰的行為は、裁判所によってではなく警察によって処罰され、ユダヤ人の財産は、その死後、ライヒに帰属するものとされた。
- (20) Rückerl, a. a. O., S. 51ff.
- (21) Vgl. Henkys, a. a. O., S. 169.
- (22) Vgl. Henkys, a. a. O., S. 169.
- (23) Gerald Reidingler, Die Endlösung. Hitlers Versuch der Ausrottung der Juden Europas 1939-1945, 1979, S. 557ff.
- (24) Vgl. Henkys, a. a. O., S. 171.
- (25) これについて、上田健一「末期医療と医師の生命維持義務の限界(1)」同志社法学二〇七号(一九八九年)八頁以下参照。とくに、すでに一九二〇年の段階で学問的にこの安楽死計画を推奨した、ビンディング・ホッヘ「生存に価値なき生命の毀滅——その程度と形式」(Binding/Hoche, Die Freigabe lebensunwerten Lebens, Leipzig 1920) (一九二〇年)のそこでの紹介を見よ。その他、宮野彬「生きる生命を絶つことの許容性——ビンディングとホッヘの見解を中心に」鹿大法学論集三〇号(一九六七年)一一三〇頁以下をも参照。なお、「生きる価値のない」(lebensunwert)という言葉は、このビンディング・ホッヘの著書に由来する。
- (26) Vgl. Peter Steinbach, Nationalsozialistische Gewaltverbrechen, 1981, S. 18.
- (27) Rückerl, a. a. O., S. 35ff. ドイツが、一九三九年から一九四五年まで五年間ポーランドを支配していた間にポーランドにおいて、ポーランド人に対して行われたナチ犯罪が最も多くまた最も酷いものであった。ポーランドは、いわば「ラディカルな民族的・ナチ的世界観理論と政策の適用領域」となるという運命を負わされたのであった (Vgl. Henkys, a. a. O., S. 75).
- (28) Rückerl, a. a. O., S. 37.
- (29) この作戦の実行については、軍の内部からの多数の抗議が寄せられた。例えば、病人輸送部五八一の第三中隊の中隊長は、一九三九年一〇月九日にヒトラーに宛てて、公式ルートを通じて、報告し、その中で一九三九年一〇月八日にシュヴェツにおいて民族ドイツ自衛隊によって実行された大量射殺、とくに二歳から八歳の子供を射殺したことに対する怒りを露にし

159 (Ruckerl, a. a. O., S. 37.)°

(30) Ruckerl, a. a. O., S. 41.

(31) Ruckerl, a. a. O., S. 42.

(32) 司法殺人については、本稿の関心から重要であるので、第三節で改めて論じる。

(33) Oppitz, Strafverfahren und Strafversteckung bei NS-Gewaltverbrechen, 1979, S. 27.

(34) Oppitz, a. a. O., S. 30.

(35) Oppitz, a. a. O., S. 35.

第二節 ナチ犯罪裁判の典型例

(1) 密告事件

① 密告事件の意義

密告 (Denunziation) は、権力者が直接実行した「犯罪行為」ではない。むしろ、国民が、権力機構を間接的に利用して、他人を陥れ、あるいは、権力機構の心理的圧力に唆されて仲間を売るという行為である。しかし、この行為の中には、国民の相互監視による統制を支配の道具としたナチスの恐怖支配の特徴が典型的に見られる。しかも、密告が国民相互間での裏切り行為として行われるものであるため、その密告者に対する摘発・糾弾の動機は強い。これを反映してか、戦後のナチ犯罪裁判においては、管理理事会法一〇号の主たる適用事例は、密告の事案であったのであり、当初、戦後の判例において量的にも重要な意味をもった。密告事件で有罪とされた者の全体数は、六〇〇名を越える。しかし、証明なしとして、無罪とされる例も多く、一九六四年の最後の密告事件も無罪に終わったという。⁽³⁶⁾

②密告事件の犯罪構成要件

密告事件の犯罪構成要件は、管理理事会法一〇号二条の「人道に対する犯罪」である。人道に対する犯罪は、ここでその内容をもう一度紹介すると、「暴行行為および軽罪、それに、次の、上の構成要件に尽きない例、つまり、謀殺、根絶、奴隷化、強制連行、自由剝奪、拷問、強姦、または他の文明国の国民に向けて実行された非人道的な行為を含む。さらに、政治的、人種的または宗教的理由からの迫害である。その際、それらの行為が、その行為が実行された国の国法を侵害するかどうかは考慮しない」というものである。これらの行為類型のうち、密告の場合、とくに「暴行行為」「その他の非人道的な行為」または「迫害」が適用されることが多いが、いずれにせよ、この人道に対する罪が適用されることは疑いがない。これについては、一九四六年一月二日の法務部、地方執行部の公式伝達において「密告者事件は、訴追され、ドイツの正規の裁判所によって審理される」とされている。⁽³⁷⁾

まず、「暴力行為またはその他の非人道的な行為」が一つの概念なのか二つの概念なのか争いがあった。⁽³⁸⁾ キーセルバッハは、暴力行為という総体概念の例示であると解釈し、ランゲもこれに従う。⁽⁴⁰⁾ 上級ラント裁判所の中には、「暴力行為」に当てはめるものがある。しかし、密告自体が、暴力行為ではなく、それは、そのような行為を有責に惹起し、または目指すものにすぎない。また、判例の中には⁽⁴¹⁾（ハム上級ラント裁判所のように）、「暴行行為」を「残酷行為」に読み替えるものもある。倫理・心情が問題にされているのであるが、これに対しては、心情刑法であるという批判がある。⁽⁴²⁾ 多くの判例は、密告を、同じく管理理事会法一〇号の二条一項の「迫害」の概念のもとに入れる。⁽⁴³⁾ 管理理事会指令三八号は、密告を迫害概念の下位事例だとしている。つまり、「迫害へのその他の寄与」（二条九号）だというのである。⁽⁴⁴⁾

以下に、「迫害」概念に包摂した密告事件に関する判例の事案と判旨を掲げておこう。

③ベルリン・ラント裁判所一九四八年一月四日判決⁽⁴⁵⁾

〔事実〕 被告人(女性)は、元のヘッセンの内務大臣ロイシュナー (Leuschner) をゲシュタポに告発し、それによって彼を拘禁させ、のちに絞首刑にさせた。被告人と同じ階に、元のヘッセン内務大臣ロイシュナーが家族とともに住んでいたが、被告人とロイシュナー夫人は仲が悪かった。一九四二年五月九日に、ガウアムト指導者のBが被告人のところへ下宿人として引越してきた。彼の任務はロイシュナーを密かに探ることであった。被告人は、ロイシュナーが元のヘッセンの内務大臣だとは、全く知らなかったと主張したが、これは信用できない。それどころか、裁判所は、Bの任務についても詳しく知っていたと確信する。さらに彼女は、ロイシュナー一家を自らも密偵していた。一九四四年七月二〇日の暗殺事件のあと、ロイシュナーの夫人が、夫の居所を教えなかったために、逮捕された。ロイシュナーは、以前から逮捕が迫っているのを予想して、たまにしかこの住居を使っていなかった。この住居に来るときは、裏戸から入るようにしていたが、この事実をも、被告人はゲシュタポに告げている。証人の証言によれば、ゲシュタポは、被告人の知らせで、彼女のところに来て、ロイシュナーを探していたという。さらにロイシュナーが、近くの元の家政婦の家に潜んでいることもゲシュタポに教えた。

〔判旨〕 被告人は、管理理事会法一〇号二条一項c、二項、三項の犯罪により有罪である。その条項によれば、他人を政治的、人種的、宗教的理由から迫害した者は処罰される。発生した結果、つまり、被迫害者の逮捕や、処刑が、迫害と因果関係に立つ必要はない。迫害そのもので十分なのである。迫害からさらに不利な結果が生じたならば、この事情は、量刑にとってのみ重要である。陪審裁判所は、しかし、本件においてはこの因果関係が存在するものとす

る。

被告人がロイシュナーを政治的な理由から迫害したかどうか、または、彼女が、迫害のために政治的手段を用いたかどうかは、わからない。しかし、カマー裁判所の基本判例によると、他人を異なった政治的心情から迫害したことを前提とせず、むしろ、行為者が被被害者を意識的に、恣意的な・非人間的なナチ政権の暴力に委ねたことで十分である。

ここでは、政治的心情からの迫害であることが要求されていないことが注目に値する。⁽⁴⁶⁾ また、迫害は、結果犯ではなく、企行犯とされていることが重要である。

(2) 最終段階犯罪

第二に多くの有罪者を出したのが、いわゆる「最終段階犯罪」である。⁽⁴⁷⁾ 最終段階犯罪とは、連合軍が近づいてきたときに白旗をかかげた者、または国民突撃隊の構成員の武装解除を行った者を殺害した筋金入りのファナテイク、その他、個人的な敵をその機会を利用して殺害した者などの、戦争の末期に実行された犯罪をいう。全体で二〇〇人の者が、このような犯罪で有罪とされた。例えば、次のような例がある。⁽⁴⁸⁾ 党の組織のある従業員が、一九四五年三月末に、一六歳の少年を、その少年が食料を横領し、「ユダヤ人」の外観をしていたがゆえに、射殺したという事件では、犯人は、一九四六年初めに有罪とされ、処刑された。次に、ナチズムを情熱的に嫌悪していた一九歳の少年が一九四五年四月中旬に、アン斯巴ッハで、戦闘司令本部につながる電話回線を切断した事案がある。アン斯巴ッハを最後の一発に至るまで防衛しようとしていた戦闘司令官は、規定にはまったくない「身分裁判所」を作り、その少年を死刑に処し、即刻、絞首した。戦闘司令官は、この行為のため一〇年の重懲役に処せられた。

さらに、元SSの将軍ジモンに対する裁判を挙げておこう。ブレットハイムの村(ローテンブルクの近く)で、ハンゼルマンという農夫と郡の役人のウルが幾人かのヒトラー・ユーゲントの少年を武装解除した。かれらは、抵抗によって、近づきつつあるアメリカ軍によりその村が破壊されることを恐れたからである。この報告を受けたジモンは、事態を説明するため、ブレットハイムに、ある将校を派遣した。この将校は、受命に反して、若干の尋問のあと、身分裁判所手続を行い、ハンゼルマンを死刑に処した。その地のグループ指導者と村長は、その判決に署名することを拒否した。将校は、このことをジモンに報告し、ジモンは「事件を正常化する」よう命令した。将校は、再度、正規の身分裁判所手続の法的要件に相応しない手続を進め、改めてハンゼルマンに死刑を言い渡した。手続が規則通り遵守されたと考えたジモンは、この判決を承認し、ハンゼルマンは絞首された。その地のグループ指導者と村長に対して、さらに身分裁判所手続が進められた。かれらは、まず、誰がヒトラー・ユーゲントを武装解除したかを知らないと述べ、後に、ハンゼルマンの処罰を逃れさせようとしたからである。両人は、「防衛力破壊」として死刑に処せられ、ジモンが承認してから電話線に吊るされ処刑された。戦後、ジモンに対しては、この事件についてはさしあたり手続が進行させられなかった。というのは、別の事件でイギリス軍事裁判所からパドゥアで死刑を言い渡されたからである。しかし、彼は、後に恩赦を受け、一九五四年に釈放された。その後のドイツの裁判では、ジモンは二度、無罪とされた。つまり、二つの判決ともに、連邦裁判所で破棄されたのである。第三の公判においても証拠なしとして無罪とされた。ここでも判決はおなじように取り消されたが、上告手続での決定はもはや行われなかった。ジモンが一九六一年に死亡したからである。

(3) 政敵抹殺事件

政敵抹殺事件としてドイツの裁判所で捜査手続が開始されたのは、四一人に対してである。そのうち一三人が有罪とされたにすぎない⁽⁴⁸⁾。まず、ナチの権力確立過程で行われたライヒ議会放火事件について、とくに、有罪とされた被害者からの戦後の提訴について紹介しておきたい。

①ライヒ議会放火事件裁判

(a) ライヒ議会放火事件の意義とその後の展開

一九三三年二月二七日の「ライヒ議会放火」事件は、ヒトラーないしヒトラーの側近が仕組んだという疑いは濃厚であるが、今日まで、確証は得られていない。しかし、ゲーリングが放火に関与しているという説が有力に主張されているなど、論争はいまだに続いている⁽⁴⁹⁾。ライヒ政府の火災後の反応の早さ、目撃証人と目された人々が短期間のうちに死体で発見されたことなどの事情から、少なくとも何らかの形でナチスが放火に関与していた可能性が排除できないことは、この事件を審理した当時のライヒスゲリヒトの判決理由の中でも指摘されている⁽⁵⁰⁾。

ナチスは、この事件を武装した共産党員の蜂起であると宣伝し、放火事件の翌日、二月二八日には、ライヒ大統領がワイマール憲法四八条二項に基づいて「共産主義者の国家を危険に陥れる暴力行為から防衛するために」「民族と国家の保護のための命令」を発した。その五条一項によると、とくに刑法が内乱(八一条)および放火(三〇七条)で終身重懲役以下の法定刑を科している犯罪に死刑を科することができた。一九三三年三月二四日には、ライヒ議会は、「国民とライヒの緊急状態の除去のための法律」、いわゆる授權法を可決した。一九三三年四月一日に発効した一九三三年三月二九日の死刑の言渡と執行に関する法律によつて、二月二八日の命令の五条は、一月三一日から二月二八日の間に実行された行為にも妥当すると規定された。これによつて、刑罰法規の遡及効が認められたのである。こ

の一九三三年三月二十九日の法律は、ライヒ議会放火犯人とされた、オランダ共産党の活動家であったオランダ人の名前をとって「ファン・デア・ルッベ法」と呼ばれている。⁽⁵¹⁾

(b) ファン・デア・ルッベに対する裁判

このライヒ議会放火事件の裁判は一九三三年九月二日から二月三日までライプツヒのライヒスゲリヒトの、政治犯を管轄する刑事第四部において開かれた。裁判長は、その部の部長ビュンガー (Bünger) 博士であった。被告人席には、二四歳のファン・デア・ルッベの他に、ドイツ共産党のライヒ議会派会長エルンスト・トルクラー (Ernst Torkler)、ブルガリアの共産党員ディミトロフ (Dimitroff)、ポポフ (Popoff)、タネフ (Taneff) が座っていた。一九三四年二月二三日に、ルッベには死刑判決が言い渡され、他の者は無罪とされた。一九三四年一月一日ライプツヒのラント裁判所の中庭で、斬首によってルッベの死刑が執行された。⁽⁵²⁾

(c) ファン・デア・ルッベに関する再審請求

このオランダ人、マリヌス・ファン・デア・ルッベ (Marinus van der Lubbe) の再審が、ルッベの兄弟からベルリンの地方裁判所に請求された。⁽⁵³⁾ ルッベは、ライヒスゲリヒトの刑事第四部において内乱罪と暴動的放火および単純放火の観念的競合として死刑判決を受け、同時に市民的名譽権を剝奪された。これに対して、アムステルダムに住むルッベの兄弟 (J. M. van der Lubbe) が一九五五年九月に一九五一年一月五日の「刑法の領域におけるナチの不法の回復のための法律」(WGG) に基づき、ライヒスゲリヒトの判決を破棄すべく、ベルリンのラント裁判所に請求した。請求は、一九五八年五月三日のラント裁判所の決定によって、請求期間の渡過と形式条件の不充足を理由として実体審理に入らずに却下された。

一九六五年一月一日の訴状により、ルッベの兄弟は、一九六五年九月一四日の「連邦賠償法改正のための第二次法律」(BEG-Schlußgesetz)の九条一項に基づき、改めて、ライヒスゲリヒトの判決を破棄する請求をなした。一九六七年四月二日にベルリン・ラント裁判所は、ライヒスゲリヒトの判決を変更し、ルッベを人に危険を及ぼす放火(ライヒ刑法三〇六条二号、三号)および單純放火の未遂(三〇八条、四三条)で有罪とした。死刑は、八年の重懲役に減じられ、市民的名譽の喪失は、破棄された。これに対してルッベの兄弟および上級検事からなされたカマーゲリヒトへの訴願は、一九六八年五月一七日に棄却された。⁵⁷⁾

次に、ファン・デア・ルッベの兄弟は、再審を請求した。一九八〇年二月一五日には、ベルリン・ラント裁判所は、再審請求を理由あるものとした。「一九六七年四月二一日のベルリン・ラント裁判所の決定によってすでに変更された、一九三三年二月二三日のライヒスゲリヒトの第四刑事部の判決は、マリヌス・ファン・デア・ルッベの無罪として破棄される」。その無罪理由は、ルッベ事件に対する判決には、枉法の責を負う裁判官が関与していたというものであった。

これに対して、檢察は、即刻、カマーゲリヒトに抗告した。⁵⁸⁾一九八二年二月二〇日、カマーゲリヒトは、決定を破棄し管轄を理由に再審を拒否した。カマーゲリヒトは、以前のライヒスデリヒトの代わりとなる管轄権が存在しないということから出発する。⁵⁹⁾これを受けて、フランクフルトの弁護士ローバート・ケンプナーが、一九八三年一月に連邦裁判所に即時抗告を行った。連邦裁判所は、一九八三年五月三〇日に、カマーゲリヒトは確かに管轄権をもつが、ファン・デア・ルッベは、関与を自白しており、刑を八年の重懲役に減じるべきだということを根拠に抗告を棄却した。

戦後約三〇年をかけた、ルッベの兄弟の前には、繰り返し厚い壁が立ちはだかつたのである。この訴訟の基礎となるべき「事実」は、たんなる裁判所の事実認定の域を越えて、歴史学上の学説の対立を反映したものであり、その意味でもルッベが有罪か無罪かを結着させるのは至難の作業となっている。

②レーム「一揆」事件裁判

(a) レーム事件の意義

一九三四年初頭には、SAと国防軍の対立が激しくなっていたが、これが、ヒトラーとSAの隊長エルンスト・レーム(Ernst Röhm)の緊張関係につながった。⁽⁶⁰⁾レームが一揆を企てているとの口実で、一九三四年六月三〇日の夜にヒトラーは、ゲーリングやヒムラーと謀り、ミュンヘンに飛び、SSの部隊とともにレームとSAの幹部のいたバート・ヴィースゼーへ向かい、SAの幹部達の寝込みを襲って、多数を射殺し、ミュンヘンでもさらにその他の多数の幹部を射殺、ベルリンではゲーリングがSA幹部殺害行動を組織した。

その機会に、ヒトラーは、多数の政敵を殺害した。例えば、元のライヒ首相のフォン・シュライヒャーおよびその妻、ブレドウ(Bredow)将軍、省の課長クラウゼナー(Krausener)、七一歳の元のバイエルンの首相リッター・フォン・カール(Ritter von Kahr)などである。この時の被害者の正確な数は分からない。リュッケアルによれば、この推定は、八〇人から二〇〇人の間を揺れ動いているとされる。⁽⁶¹⁾ヒトラーは一九三四年七月一三日の帝国議会の演説では、七七人の死者が出たと述べたが、パリで発行された亡命者の白書では四〇〇人を越える数となっている。⁽⁶²⁾

(b) クラウゼナーに対する裁判

省の課長クラウゼナーの殺害に関しては、被告人Gに対する連邦裁判所の次の判決がある。⁽⁶³⁾

被告人は一九五三年五月一八日のベルリンのラント裁判所（陪審裁判所）において謀殺罪で一五年の重懲役刑に処せられた。連邦裁判所はこの判決を破棄した。

〔判旨〕

公判は、次のような事実を認定した。

ナチの権力者に嫌われた人物達の中には、ライヒ交通省の課長のエーリッヒ・クラウゼナー博士もいた。彼は、「カトリック行動隊」の指導者（Führer der Katholischen Aktion）としてまた、生一本のカトリック信者として第三帝国の権力者から嫌われていた。それに加えて、クラウゼナーは、一九三四年六月二四日に、ホッペガルテンにおけるベルリン司教区の第三回カトリック大会においてカトリック行動隊の指導者として六万人の信者の前で、ナチ体制の全体主義的意図に、真向から対立するこの行動の綱領を信奉することを表明した。カトリック大会には、ヒムラーとハイトリッヒによって送りこまれた多数のゲシュタポおよび保安本部のスパイが潜り込んでいた。入手した情報に基づいてゲシュタポと保安本部は、クラウゼナーがレームともその他のSAの幹部とも何ら関係がなかったにもかかわらず、一九三四年六月三〇日の肅清行動に含めることを提案した。

一九三四年六月二九日に、ベルリンのSSは警戒体制に入った。一九三四年六月三〇日には、被告人は、親衛隊隊長（Sturmabführer）Wから、被告人の配下に属する一八人のSS隊員とともに、秘密国家警察署に集まり、ハイトリッヒのところに出頭するよう依頼を受けた。被告人が秘密警察署に出頭したとき、ハイトリッヒの秘書室でおよそ八人のSSの制服を着た人々および背広姿の人々と出会った。ハイトリッヒは、その後、執務室から出てきて、そこに居た者達に書類の山を見せながら簡単な説明を行った。それは、大要、レームがヒトラーに対する一揆を企んで

おり、それには突撃隊の全幹部が関与しているというものであった。さらにハイトリッヒは、そこに現れた者に、緊急事態であり、命令を受けると即座に執行しなければならぬと肝に銘じさせて、個々に執務室に呼び、リストアップした人々を逮捕し、ゲシュタポによる処刑のため引き渡すことを命じた。被告人ももうひとりの私服のゲシュタポとともに一八名のSS隊員の協力で、リスト上に挙げられた人物を逮捕するよう要請された。その後、ハイトリッヒは、被告人に個人的に声をかけ、「クラウゼナーの事件を引き受けて欲しい。貴殿自身で射殺せねばならない」と述べた。

被告人は、盲目的にヒトラーを崇拜するナチストであったが、ゲシュタポと一八人のSS隊員を引き連れて、即刻命令を実行した。ライヒ交通省に向かい、一三時には現場に到着した。部隊を路上に待たせて、ゲシュタポとともにクラウゼナーの執務室のある省の二階に赴き、課長付のGにクラウゼナー博士に面談したいと申し出た。被告人は、クラウゼナーに秘密警察の要請により国家敵対的策動の容疑で拘引すると告げた。その際、クラウゼナーが背中を向けるなど射殺するのに好都合な機会を狙っていたが、クラウゼナーが上着をとるために衣装戸棚に向かい、その後、帽子かけから帽子をとろうとした機会をとらえた被告人は、彼の個人用のピストルを引き抜き、背後、一・五メートルの地点からクラウゼナーの右の頭めがけて撃った。クラウゼナーは、その場に倒れ、その後、被告人はハイトリッヒにその電話で報告し、ハイトリッヒの命令に従って、射殺に使ったピストルをクラウゼナーの死体にもたせて自殺を「偽装した」。

陪審裁判所は、被告人の殺害行為が刑法二二一条による謀殺なのか、二二二条の故殺なのかという問題を検討し、結論的に、謀殺を肯定した。

裁判所は、まず、盲目的に職務命令に従った行為について、裁判所は、被告人は命令を適法だと思ったのであり、納得し同意してそれに盲目的に従ったのだが、S、S、つまり、盲目的服従を強いる組織に対して自由意思で義務づけられていたにすぎず、そのような者は、困難な状況に陥ることがあるという危険を自ら負担しなければならぬとする。〔任意に他人の意思に服従する者は、刑法上有責である〕というのである。……刑法は、盲目的服従に責任阻却事由を認めていない。

被告人が命令に従って行動したという事実は、彼に刑法五二条（強要構成要件）の保護が、このような根拠から味方する限りで、重要でありうる。しかし、その犯罪行為は、例えば、被告人に、生命・身体に対する現在の危険をともなう脅迫によって強要され、彼自身の意思がそのような脅迫によって曲げられたのではない。ナチズムの支配の下で、自発的に、犯罪とテロに奉仕した者すべてが、もしかれらが犯罪行為に協力することを拒絶していたなら生命と生命に危険が及んだということ指摘するのみで、責任を免れうるというのが、刑法五二条の意義ではない。被告人の行為はこのような理由から刑法五二条によって法的に責任阻却されない。

刑法五四条の「緊急避難」も、「超法規的緊急避難」も問題にはならないというのが結論であった。量刑については、一五年の重懲役にとどまった。

(4) 安楽死裁判

①「T4作戦」

(a) 安楽死計画の開始

すでに一九二九年には、ヒトラーは、何らかの身体的欠陥をもって生まれてきた子供はすべて殺害するという思想

を抱いていたが、この子供の「安楽死」計画および一九三九年以降抱かれた類似の計画は、当初は、教会の抵抗を考慮しても分かるように、国民の意見がまだ十分に「成熟」していないと判断されて、実行に移されなかった。⁶⁴一九三五年の公式刑法改正委員会においては「安楽死」を不可罰とすることは、「いわゆる生きるに値しない生命の抹殺の許容は、問題にならない」として、明確に否定された。しかし、すでに一九三三年七月一日には、遺伝病者の不妊手術を認める「遺伝病の子孫の予防のための法律」ができており、別の方向から、「人種の純粋性」を維持するという目的が追及されていた。現実の奇形児や精神薄弱児の殺害は、すでに一九三九年以前に開始されていたが、戦争の勃発によって初めてヒトラーとその計画に賛同する精神医学者や健康行政官吏は、「無価値な」生命の大量・計画的抹殺の機会を得た。しかし、ヒトラーは、形式的法律の発布はしなかった。

(b) ヒトラーの命令

何回かの準備作業委員会の開催ののち、一九三九年一〇月初旬、ヒトラーは、九月一日に遡る授權文書に署名した。⁶⁶

アドルフ・ヒトラー

ベルリン、一九三九年九月一日

ライヒ指導者 ボウラーおよび

医学博士 ブラント

には、自らの責任において、不治の病にかかっている者の人間の評価ののち、その病状が重篤であるという判断があった場合、安楽死が与えられよう、名前の上で特定された医師の権限を

拡大することが委託された。

ヒトラー

この「総統命令」は、当時においても法的基礎にはなりえないものであり、ごく少数の者しかその存在を知らなかった。この計画は、「総統の官房」の指揮に服し、様々な偽装のための符牒を用いて呼ばれた。それは、例えば、「公益病人輸送協会」と称され、この協会の所在地たるベルリンのティアガルテン通り四番地の頭文字をとって「T4作戦」(Aktion T4)と呼ばれている。⁽⁶⁸⁾ ナチズムの信奉度の高い医師を集めて委員会を組織し、抹殺されるべき病人が選抜され、それらの病人達の少数の者が病院などに運ばれ、注射により殺害された。大多数の者は、ヴェルテンベルクのグラーフエンエック (Graefenegg)、リンブルク近郊のハダマール (Hadamar) に輸送され、そこでガス室に入れられ、一酸化炭素により殺害された。このようにして、一九四〇年一月から一九四一年八月までにおよそ七万一千八十八人の人間が殺された。⁽⁶⁹⁾ 一九四一年八月には、公的には「T4作戦」はストップされたが、大量殺人は、続行された。しかも、病気の程度などを顧慮せず、例えば政治的に好ましくない人物や人種、労働能力の欠如を理由としても、精神病とされるなどの拡大を見た。もとよりそれは全く違法であったので、この計画の遂行は、厳格な秘密の保持を前提とした。従って、司法は、「T4作戦」については、当初、その存在すら知らなかった。しかし、この計画の規範的な措置がくりかえし司法の規範的な秩序構造に衝突する場合が出てくることは避けられなかった。例えば、精神医学的検査を受けた犯罪者が、偽装された絶滅施設の一つに収容されて、検察官が刑事手続を続けたり、死刑を執行できないという事態が生じていた。

(c) 一九四一年四月の法律家会議

一九四一年四月二三日および二四日に、ベルリンの「ハウス・デア・フリーガー」⁽²⁰⁾ (Haus der Flieger) においてライヒ司法省が司法の全指導幹部を招集した会議が開催された。議長を務めたのは、戦後ニュルンベルク法律家裁判の被告人となった国務次官フランツ・シュレーゲルベルガーであった。九〇人から一〇〇人の参加者があったが、その中には、三四人の上級ラント裁判所長官全員、三四人の上級検事、その他、当時の国務次官ローラント・フライスラー、ライヒスゲリヒトの長官エルヴィン・ブムケ、民族裁判所の長官オットー・ティーラックとライヒスゲリヒトおよび民族裁判所の二名の上級ライヒ検察官ならびに多数のライヒ司法省の官僚がいた。日程は、第一日の午前が「司法にとって特に重要な問に関する講演」であった。シュレーゲルベルガーは、参加者の職責を全うするために重要な総統のあらゆる決意に精通する義務について述べた。⁽²¹⁾「噂だけではなく、事実についてあなた方にお知らせしなければならぬ。もししなければ、裁判官や検察官が、善意で、しかし錯誤によって不法とみなす処分に対して、——これは司法および国家の重大な損害なのであるが——、対立し、責任なく総統の意思と矛盾に陥ることは、避けがたい」⁽²²⁾からだというのである。次に、シュレーゲルベルガーは、官庁の長の報告の中に現れた、「生きるに値しない生命」の抹殺の問題、および国民の中に飛び交っている信じられない噂に関する疑問に言及した。その後、シュレーゲルベルガーは、ヴィクトア・ブラックと精神医学者ヴェルナー・ハイデ教授に啓蒙的な講演を委ねた。両者は、表面的に飾りつけただけで、殺害計画について述べ、この計画に対する疑いを晴らそうとした。ブラックは、ヒトラーの授權文書のコピーを回覧した。

会議の出席者達は、異議を申し立てることもなくこの説明を傾聴した。原則的批判はなく、少数の者のみが質問し

た。それに続いてシュレーゲルベルガーが「この処分に対する総統の法的に妥当する命令が出た後は、安楽死の実行に対する疑念はもはやなくなった」と解説したときも、大抵の者は沈黙していた。ただ一人の参加者だけが、法律による規制の必要性を論じた。参加者達は、沈黙のうちに、「T4作戦」を裁判官または検察官によるあらゆる妨害に對してブロックするという要求を受け入れた。上級検事達は、シュレーゲルベルガーによって、刑事訴訟法一五二条の起訴法定主義に反して、収容施設での殺害に関する請求や告訴をすべてそのままライヒ司法省に提出するよう指示された。上級ラント裁判所長官には、彼は、ラント裁判所長官に「T4作戦」とヒトラーの命令について口頭で伝達するよう依頼した。これらすべての措置によって、殺害計画に対する告訴やその他あらゆる計画された大量殺害計画の円滑な遂行を妨げうるものを隠蔽しようと画策されたのである。⁽⁷³⁾

(d) 一九四五年以降

一九四五年以降、これに参加した法律家は、法廷に引きずり出されることはなかった。追及されたのは、差し当たって、加担した医者、その他の看護人、および行政組織者であった。まず第一に、ニュルンベルク医者裁判があり、一九四七年八月一九日・二〇日の判決で死刑とされた者の中には、この計画の組織者としてのカール・ブランドとヴィクトア・ブラックがいた。一九四六年から一九四九年には、各地の裁判所で、これに対するその他の裁判が行われた。殺害計画の主犯に對するその他の訴訟には当初至らなかった。「T4作戦」の指導的組織者の一人は、ヴェルナー・ハイデ (Werner Heyde) 教授であった。⁽⁷⁴⁾ ハイデは、ニュルンベルク医者裁判の証人として出頭しなければならなくなったが、その後、一九四七年七月二五日にはヴェルツブルクのアメリカ軍の捕虜輸送中、走っているトラックから飛び下りて逃走した。その後、フリッツ・ザヴァーデ (Fritz Sawade) 博士という名前で、一二年間「精神医

学専門医」として煩わされることなくフレンスブルクに住み、シュレスヴィッヒ・ホルシュタイン州の官庁や裁判所から最もよく照会される医者であった。彼に鑑定を依頼したほとんどすべての人々が彼の素性と過去および七万人以上の精神病患者に対する殺害のゆえに逮捕状が出ていることを知っていた。シュレスヴィッヒ・ホルシュタイン州のラント社会裁判所の長官、その他シュレスヴィッヒ・ホルシュタイン州のおよそ二〇人の裁判官、検察官、省の官吏がこの事情をよく知っていた。⁽⁷⁵⁾ この沈黙の理由は、たんに仲間意識からというだけではなく、ハイデ／ザヴァーデに對する裁判によって多数の一九四五年以降に司法と保健行政においてそのまま活動している法律家や医者によって「安楽死計画」が支持されたことが世間の目に触れることにはなれないかという危惧にも求められうる。

一九五九年一月二日のこのハイデの逮捕により、ハイデが「ヴァンゼー会議」について供述して以降、ようやく検察庁は、一九四一年のその会議に出席したうちの当時の生き残り三〇人に対する捜査手続を開始するに至った。それ以前には、一九四七年にも、収容所医者のアドルフ・ヴァールマン (Adolf Wahlmann) がフランクフルトの陪審裁判所で、自らを弁護して、この安楽死作戦には、もともと法的疑問があったけれども、著名な法律家によるかの会議によってその計画に是認が与えられたことにより、それはなくなつたと述べたのであり、会議の様子についても十分な知見が集まっていたにもかかわらず、検察は、長年何も行動をおこさなかつたのであつた。

(e) フリッツ・バウアーの告発状

刑事訴追が、初めから法律家の仲間意識の前に屈伏しなかつたのは、当時のヘッセンの上級検事フリッツ・バウアーその人に起因する。彼は、手続を初めから上級ラント裁判所の検察官のレベルで進めさせた。一九六五年四月二日には予審の開始の申し立てを行った。全部で二〇名の被疑者、つまり、フランツ・シュレーゲルベルガー、なら

びに一人の上級ラント裁判所長官、五人の上級検事および三人の高級官僚に対して申し立てられた。その申立状には、フリッツ・パウアーは次のように記した。⁽⁷⁶⁾

「この事件の」主犯は、裁判所と検察庁が動かないという確実性を必要としていた。なぜならば、一つには、かれらには、いかなる関与者に対しても、まさしく殺害施設の下級職員に対しても何らの処置をとられないことが関心事であったし、他方では、司法が処置をとれば、『T4作戦』が公衆の目にふれる危険が内包されていたからである。戦争のさなかに、このような多数の家庭に直接に関係する問題に直面したくないという国民の声と世界の中の道徳的非難を危惧しなければならぬ中立国および敵国を考慮すれば、このような事情のもとでは殺害を中止しなければならなかったであろう。そのような危惧にどれほどの重要性が与えられるかは、一九四一年八月の計画的殺害の上述した突然の中止が示している」。

「戦後の刑事手続においてナチの不法の小物にすぎない幫助者になされた要求と比べてみると、ドイツ司法の（この会議に）参集したトップには、かれらが、その沈黙によって何千もの殺人の幫助者になることを妨げるために、反対し、しかも場合によってはその職をなげうつと宣言することが期待された。かれの責任は、それにもかかわらずに沈黙し、自らを行動による共犯者にした点に見られる。被疑者達がもし疑義を表明し、場合によってはその職をなげうつとしたならば、『T4作戦』は、大きな蓋然性をもってすでに一九四一年初頭に終了していたであろう。このような結論は、公になることに対して主犯達が非常に敏感であったことに鑑みると、ほとんど必然であつたろう。刑法上の評価にとつては、しかしながら、このことは問題にならない。行われなかった行為が行われていれば、正犯行為を続行することを困難ならしめれば十分である」。

(f) 訴追の中止

事實は、明らかになつてきたにもかかわらず、手續はさらに何年もかかった。リンブルクのラント裁判所の予審判事はサポータージュしようとした。彼は、そのような犯罪の存在を認定することに「疑義」を抱いていた。刑事裁判部によつて、予審の開始が指示されなければならなかつた。しかし、これが行われたのは、告発状 (Anschuldigungs-schrift) の送達以後一年九カ月以上も経つた一九六七年一月二六日の決定によつて初めてである。その間に、何人かの被疑者が死亡し、訴訟能力なしとされた。一人の被疑者が改めて聴聞された。公訴の提起と公判を妨げるものはや何もないと思われた。⁽⁷⁷⁾

一九六八年六月三〇日に、フリッツ・パウアーが突然に死亡した。彼の死後すぐに、手續をこっそりと終了させることができるかという考慮がなされなければならなかつた。予備捜査は、一九六八年七月二八日に終了した。この間に、三〇人の被疑者は、四人に減つていた。「補充捜査」を遂行するということで鎮静期間をおいたあと、上級検事は、いづれにせよ一九七〇年三月三十一日には被疑者の訴追中止を提案した。一四巻にのぼる書類を数える手續の終末は、リンブルク・ラント裁判所の〔原文で〕たつた九行からなる決定⁽⁷⁸⁾であつた。そこには検察官の提案だけが引用してあり、事實状態や法状態に対する独自の考察はまったく窺われな⁽⁷⁹⁾。次に引用する。

「訴追中止に対する検察官の提案には賛同できる。この提案の、予審と捜査手續の結果を十分に評価した適切な根拠によれば、被疑者達には謀殺幫助は、十分な嫌疑の意味においては、証明されなかつた。従つてそれは、提案通りに、事実上の理由から刑事訴訟法一九八条、二〇四条により、また費用については刑事訴訟法四六四条、四六七条により訴追中止とされた⁽⁸⁰⁾」。

手続を何としても中止するという検察官の意図は、ブラウンシュヴァイクの上級検事の代表者ヴィルヘルム・ヒルテ (Wilhelm Hirte) 博士⁽⁸²⁾の事案においてとくに顕著であつた。ヒルテは、彼が疑義があつたにもかかわらず、言葉が発しなかつたのは、自分が「最も若い参加者」(三五歳)であり、この集まりでは全く名前を知られていなかったし、とくに馬蹄形の机の内側に座っていたからであると、答えた。この答えに対してフランクフルトの上級検事は、次のように述べた。「ヒルテ博士が、T4作戦に対してその疑義を公然と表明しなかつたのならば、そこには、まだ刑法上重要な不作為はない。沈黙は、議論が許されなかつたという理由からしても、ただちに賛成したものと解釈されえない」⁽⁸²⁾。

しかし、実際には、この午前、発言は禁止されてはいなかつたのであり、検察官は、ここでは先行する説明があつた場合の沈黙の解釈に対する簡単な基本原則を無視している。

さて、この「T4作戦」裁判は、一九七二年一〇月八日に最後の被告人となつたハンス・ヘーフェルマン⁽⁸³⁾ (Hans Hehlmann) に対する訴訟能力なしとしての終極的な手続打ち切りによって幕を閉じた。ヘーフェルマンは、長年の知己クロース教授らの鑑定を集めて、訴訟無能力を勝ち取つたのであつた。このように、この裁判では、医者と法律家が互いにかばい合いながら、結局、誰一人として有罪とはされないという結果に至つたのである⁽⁸⁴⁾。

(3) フランクフルト安楽死裁判

「T4作戦」に関与した医師に対する裁判としては、ハイデ事件のあとに、ハイデの取り調べ中、ハイデがたびたびその名前を挙げたことが切っかけとなつて、次の「安楽死」事件が表面に出てきた。上級検察官フリッツ・パウアーは、「T4作戦」に関与した医師⁽⁸⁵⁾として、「ドクター・シュミット」と名乗っていたシュトゥットガルトの婦人科

医アクヴィリン・ウルリッヒ⁽⁸⁶⁾ (Aquilin Ullrich)、「ドクター・リーパー」ないし「ドクター・ケラー」と名乗っていたその同僚のハインリッヒ・ブンケ⁽⁸⁷⁾ (Heinrich Bunke)を再確認し、一九六一年から六二年にかけてこれらの人物を逮捕した⁽⁸⁸⁾。一九六五年一月二五日に、上級検察庁は、「ドクター・バーダー」と称していたクラウス・エンドルヴァイト⁽⁸⁹⁾ (Klaus Endruweit)、ならびに、「ドクター・シュトゥルム」と名乗っていたニコラウス・ボルム⁽⁹⁰⁾ (Kurt Borm)とともに上記の二人をも謀殺罪で起訴した。しかし、その後、ボルムについては、さらに多くの犯罪を行っているのではないかという疑問が出てきたため、ボルムについては、さらに捜査が続行されることになり、一九六六年一〇月三日のフランクフルト・ラント裁判所の陪審裁判所での公判に現れたのは、ボルムを除いた三名であった。一九六七年五月二三日には、判決が下された⁽⁹¹⁾。判決では、『T4作戦』の枠内で遂行された大量殺人は……行為時に妥当として、今日も妥当する刑法二二一条の意味における構成要件を充足する。一切の人間の生命は、精神病患者のそれも含めて、その滅びの時まで刑法二二一条の保護を受ける」として、謀殺の幫助の構成要件該当性を肯定した。しかし、次のようにいう。

「しかしながら、被告人らは、有責に行為しなかった。かれらには、違法性の意識がない。かれらは、その行為が「許されざるもの」であることを知らなかったのであり、回避不可能な禁止の錯誤において行為したのである。被告人らは、かれらが『自然の生きる意思をもたない』精神病患者の殺害の場合にのみ関与し、その殺害は許されていたということから出発した。これによって責任がなくなるのであるから、被告人らは、無罪とされえた」。

この判決の後、三年余り経って、連邦裁判所は、一九七〇年八月七日に、この判決を破棄した。陪審裁判所は、公判を再開しなければならなかった。ボルムに対する手続も併合して、一九七一年末に新たな手続が開始されることに

なった。公判開始の直前、一九七一年一月二六日になって、手続を続行するとブンケに心筋梗塞の危険があるという鑑定が採用され、ブンケに対する手続が暫定的に打ち切られた。一二月六日には、ウルリッヒに対する急性ストレス状態を理由として訴訟能力なしとする鑑定が提出され、一五日には、これについても暫定的に手続が打ち切られた。一九七二年二月六日には、エンドルーヴァイトにつき、心筋梗塞の証明がなされ、結局、ホルムだけが残った。ホルムは、一九七二年六月六日に、無罪判決を勝ち取った。理由は、「違法性の意識」がなかったという⁽⁹²⁾。連邦裁判所は⁽⁹³⁾、一九七四年三月二〇日にこの判決を確認した。

その後も、これらの被告人は、「訴訟能力」が欠如しているにもかかわらず、医師としての業務を続行した。ウルリッヒは、一九八四年二月になってシュトゥットガルトの政府が、医師免許を停止する措置を取り、三月には、一九七八年一月以降違法に医療行為を行っていたエンドルーヴァイトにも業務停止が命じられた⁽⁹⁴⁾。

一九八六年一月二九日には、限定的に訴訟能力が認められて再び公判が開始された。一九八七年五月一八日になって、フランクフルト・ラント裁判所は、ブンケとウルリッヒに対し、謀殺幫助を認め、違法阻却事由も責任阻却事由も存在しないとして、それぞれ四年の自由刑を言い渡した⁽⁹⁵⁾。

- (36) Götz, Bilanz der Verfolgung von NS-Strafaten, 1986, S. 37.
- (37) Wilhelm Kiesselbach, Zwei Probleme aus dem Gesetz Nr. 10 des Kontrollrats, MDR 1947, S. 5.
- (38) Vgl. Richard Lange, Zum Denunziantenproblem, SJZ 1948, Sp. 305.
- (39) Kiesselbach, MDR 1947, S. 5.
- (40) Lange, SJZ 1947, Sp. 305.
- (41) OLG Hamm, SJZ 1948, Sp. 330.

- (42) この判例は、*「低劣な、種族主義的な情に動かされて大なるもの」*を命ずなければならぬとあるのである。ハンブルク上級裁判所も、構成要件の前提として「倫理的無価値判断」を要求する (Urteil vom 17. 12. 47)。ランタゲ、これは、道徳に回った極めて疑わしい限界線越えであると批判する (Lange, SJZ 1948, Sp. 305)。
- (43) OLG Kiel, MDR 1947, S. 307. 彼の判、KG DRZ 1947, S. 344. 参照。
- (44) Vgl. Lange, SJZ 1948, Sp. 307.
- (45) Götz, a. a. O., S. 37.
- (46) なぞ、密告事件の判例にこうだが、本稿③法學論集四一巻一号一七四頁以下をも参照。
- (47) Götz, a. a. O., S. 40.
- (48) Götz, a. a. O., S. 40f.
- (49) ランタゲ、vgl. Hofer/Calic/Graf/Zipfel (Hrsg.), Der Reichstagsbrand, Bd. 1 (1972), Bd. 2 (1978); Backes/Jaßen/Jesse/Köhler/Mommsen/Tobias, Reichstagsbrand. Aufklärung einer historischen Legende, 1986. この後者の著書は、ナチがライヒ議会放火を行ったことを積極的に証明したとする一九六八年に設立された「ルクセンブルク委員会」のテーゼに反論したものである。なぞ、わが国の文献として「四宮恭一『国会炎上』(一九八四年)参照。
- (50) Vgl. Sonnen, Strafgerichtbarkeit-Urteilsurteile als Regel oder Ausnahme, Reifner/Sonnen (Hrsg.), Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich, S. 44.
- (51) Vgl. Günter Grißbohm, Der Volksgerichtshof, Jus 1969, S. 55.
- (52) Vgl. Günter Grißbohm, Jus 1969, S. 55;.
- (53) Vgl. Dokumentation. Wiederaufnahmesache Marinus van der Lubbe, Strafverteidiger 1981, S. 140ff.
- (54) GYBl. 1951, S. 31.
- (55) ランタゲ、vgl. Strafverteidiger 1981, S. 140ff. 彼の要旨が掲載されている。
- (56) GYBl. 1965, S. 1258.
- (57) vgl. Strafverteidiger 1981, S. 143. この判決の中で、カマーゲリヒトは、ライヒスゲリヒトが、政治的根拠から判決を下したという非難に対しては、それが政治的裁断であったという見解を否定している。

- (85) vgl. Strafverteidiger 1981, S. 146.
- (86) Vgl. Sonnen, in: Reifner/Sonnen (Hrsg.), Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich, S. 45.
- (87) Rückertl, a. a. O., S. 26.
- (88) Rückertl, a. a. O., S. 27.
- (89) Götz, a. a. O., S. 58.
- (90) Götz, a. a. O., S. 59ff.
- (91) Vgl. Helmut Kramer, Oberlandesgerichtspräsidenten und Generalstaatsanwälte als Gehilfen der NS- \rightarrow Euthanasie (Kritische Justiz (KJ) 1984, S. 26; \rightarrow の註釋に附録に於ての圖より了解せしむるに於て Gruchmann, Justiz im Dritten Reich, S. 497ff.
- (92) Franz Gürtner, Das kommende Strafrecht, BT 1935, S. 258.
- (93) Vgl. Kramer, KJ 1984, S. 27.
- (94) Vgl. Lothar Gruchmann, Euthanasie und Justiz im Dritten Reich, Vierteljahreshfte für Zeitgeschichte, 1972, S. 244; Rückertl, a. a. O., S. 34; Ute Daub, Der Frankfurter Euthanasie-Prozeß, KJ 1986, S. 437, Anm. 8. ナイムガルテン四番地は画家トックス・リーベマン (Max Liebermann) の元邸宅がもつたものなり、その土地の上には、現在、ベルリン・ニールハーモニーが建つて居る。
- (95) Kramer, KJ 1984, S. 27.
- (96) 元のプロイセン・ラント議会の議員ハウスの建物 (フリッツ・アルブレヒト通り五番地) であるが、その後、民族裁判所がここに入り、一九三五年からその隣にまつたライヒ航空省のものとなった。
- (97) Kramer, KJ 1984, S. 29.
- (98) Gruchmann, Vierteljahreshfte f. Zg 1972, S. 235ff. なお、タルツマンには、 \rightarrow の「T4作戦」によって一九三九年から一九四一年の間に、約六万人から八万人殺害されたという (S. 244)。
- (99) Kramer, KJ 1984, S. 30.
- (100) \rightarrow のサヘルナー・ハイナ教授の了解せしむるに於て、詳しきに於て、Vgl. Ernst Klee, Was sie taten-Was sie wurden, 1988, S. 19ff.; ders., Euthanasie (im NS-Staat. Die Vernichtung lebensunwerten Lebens), 1983, S. 59ff. ハイナは、一九〇二年四月二十五

日生まれ。一九三二年からヴュルツブルク大学の精神医学・神経医学の私講師となる。一九三五年五月、ナチ党入党。一九三六年SSに採用される。遺伝生物学の調査のため強制収容所に派遣される。一九三九年、非常勤教授となる。一九三九年夏以降、病人や障害者の大量殺害計画に参加。安楽死処分の組織において、医学責任者となる。

- (75) ハイデは、一九四五年五月二八日に、イギリス軍に逮捕される。一九四七年七月二五日に逃走ののち、シュレスヴィツヒ・ホルシュタインに向かい、キールで、フリッツ・ザヴァーデの名前で偽造された釈放証明書を手し、その後、メンケベルクで難民証明書を発行させ、一九四九年のクリスマス頃、フレンブルクに落ち着いた。フレンブルク・ミュルヴィックでスポーツ医を募集しているのを知り、彼によれば、大市長に本当は自分が誰であるかを打ち明けて、ザヴァーデ博士として雇われ一九五一年一月まで、その地位についていた。上級保険局の鑑定人リストに最初に「ザヴァーデ博士」の名前が登場するのは、一九五〇年一月一五日である。かくて、ザヴァーデ博士は、その後、七千件の鑑定書を書いた。この頃、すでに社交の場で、ザヴァーデ夫人が、自分は、「たんなる」神経医夫人ではなく、「ハイデ教授夫人」であると名乗ったといったこともあり、キール大学医学部の誰もがそのことを知っていたという。一九五九年一月一二日に、ザヴァーデはフランクフルトの官憲に出頭した(Klee, Was sie getan-Was sie wurden, S. 20 ff.)。その後、一九六三年に、ハイデを刑務所から脱獄させる計画があったが、一九六四年二月二日、「T4作戦」本部の主任ティルマンがケルンで「自殺」した翌日(二月一三日)、リンブルク・ラント裁判所での公判開始(一九六四年二月一八日)の五日前にブッツバッハ刑事施設(Haftanstalt Butzbach) 独房の中でハイデが死んでいるのが発見された(Klee, a. a. O., S. 45ff.; Kramer, KJ 1984, S. 32 FuBn. 43) 『シベルスキ『裁かれざるナチス』(宮野・稲野訳) 一一一頁以下参照)。

(76) Kramer, KJ 1984, S. 35f.

(77) Kramer, KJ 1984, S. 34.

(78) Beschluß des Landgericht Limburg vom 27. Mai 1970.

(79) Kramer, KJ 1984, S. 34.

(80) Js 20/63 Bd. XIV, Bl. 177; Vgl. Kramer, KJ 1984, S. 34 FuBn. 69.

(81) ホルテ (Wilhelm Hirte) 49 第一検察官、戦争開始後マウンシュヴァイクの上級検察庁の長。法学博士 (Vgl. Klee, a. a. O., S. 251.)。

- (22) Vgl. Kramer, KJ 1984, S. 37.
- (23) ヘーフェルマンは、一九〇六年生まれ。一九三二年七月に農学博士の学位を取る。一九三六年一月に「総統の官房」に勤務。彼は、初めから安楽死作戦の計画・組織化に関与。一九四八年一〇月末にアルゼンチンに移住。一九五一年以降、本屋の支配人であった。一九五五年二月にはドイツに帰ってきた。ハイデが勾留されて以降、スペインに逃げていたが、気候が合わず一九六〇年八月一八日には、ドイツに帰国。ミュンヘンにて、その二日後の八月三〇日に検察庁に出頭した (vgl. Klee, a. a. O., S. 37ff.)。一九八六年当時まだ存命。
- (24) Vgl. Kramer, KJ 1984, S. 42.
- (25) 「T4作戦」事件につき、ガス施設に派遣された医師は一人であったが、そのうち四人は戦争中に死亡し、二人は、自殺した。
- (26) ウルリッヒは、一九一四年生まれ。ミュンヘンで大学医学部に入學し、一九三五年から三六年にはヴェルツブルクに学び、一九三七年当時、医長であったハイデ博士の大きな影響を受けた。一九三九年に医師試験に合格、四一年には博士号を取った。一九四〇年に、ハイデが、かれをT4に誘い、ブランデンブルク・ガス殺施設長代理となった。
- (27) ブンケは、一九一四年七月二四日生まれ。一九三五年から三六年にかけてキール大学に学び、冬学期にフライブルクで学び、そこで、ウルリッヒと知り合う。一九三七年NSDAPに入党。一九四〇年六月末ないし七月初旬に、総統の官房に来るよう通知を受けた。そこでウルリッヒの提案により、協力するようハイデによって伝えられた。一九四〇年八月に彼はブランデンブルク・ガス殺施設で仕事を開始した。
- (28) Vgl. Daub, KJ 1986, S. 435. 二人ともすぐに釈放された。ウルリッヒは、一九六一年八月二日に逮捕され、九月八日には遵守事項を付けられて釈放された。ブンケは数日間未決監にいただけで、一九六二年四月一九日には、遵守事項を付して釈放された (Vgl. Klee, a. a. O., S. 113ff.)。
- (29) エンドルーヴァイトは、一九一三年生まれ。一九三三年にアビトゥアをとった後にSSに入った。ミュンヘンで大学入學。一九三五年〜三六年にはヴェルツブルク大学で学ぶ。一九三九年、緊急時医師免許を取る。一九四〇年一二月にはゾネンシュタイン・ガス殺施設に行き、一九四〇年六月から一九四一年八月までに、ザックセンの施設のガス室で一万三千七二〇人を殺害した。一九四一年、ハイデの助力で博士号取得。彼の場合は、一九六二年六月二〇日に逮捕されたが、逮捕期間は、

その日の一〇時四〇分から一七時三〇分の間のみであった。

(90) ホルムは、一九〇九年生まれ。一九三〇年には、すでにナチ党入党。彼は、SSのトーテンコップ団で活動し、一九三九年には武装SSに入り、ヒトラーの護衛となった。一九四〇年九月二〇日に総統の官房の「特別任務」のために休暇を与えられ、ベルリンの武装SSの衛生兵監察所に属した。ホルムは、何千というスコポラピンとモルヒネのアンブールの作成に関与した。一九六二年六月一六日逮捕されたが、六月二九日には釈放され、開業医を続けた。

(91) Vgl. Klee, Was sie taten-Was sie wurden, S. 124f.

(92) Vgl. Klee, Was sie taten-Was sie wurden, S. 125f.

(93) Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20. 3. 1974, KJ 1974, S. 428.

(94) Vgl. Klee, a. a. O., S. 125f.

(95) これについて詳しくは、宮沢浩「『安楽死事件』と西ドイツの刑事司法——ナチス犯罪追求と過去の清算」世界五二二号（一九八八年）一七一頁以下を参照。

第三節 司法犯罪の自浄作業

(1) 司法殺人

ドイツの司法は、ナチ時代に少なくとも三万二千の死刑判決を下したと言われている。⁽⁹⁶⁾ 三万以上の死刑判決が一九四一年から一九四四年の間に下された。戦争の転機であった一九四二年には、ドイツの裁判官は、平均して月に七二〇人の者を殺害していた。ナチスの司法犯罪は、「血の司法」(Blutjustiz)という概念に包摂されるものではなく、大量殺人装置による殺人である。⁽⁹⁷⁾ この殺人の行為者は、裁判官である。連邦裁判所は、一九五六年にその有罪判決を、民族裁判所は、裁判所ではないという理由で、確認した。⁽⁹⁸⁾

このように「法服をまとった殺人者」を中心とする「恐るべき法律家達」による犯罪は、近年、現代法史家によって、最も注目を集めてきたナチ犯罪である。この司法犯罪は、戦後のナチ犯罪の司法による追及においても、すでに指摘したように、ナチ時代との連続性を強くもつ追及者が、同じ体験をしたかつての同僚を裁くという特異性のために、最も問題の多い領域とされてきた。⁽⁹⁹⁾ここでは、この領域について概観を与えることは不可能なので、典型的な「テロの道具」であった民族裁判所の性格と二、三の戦後の司法犯罪に対する裁判例を検討するにとどめたい。

(2) 司法犯罪と民族裁判所

民族裁判所は、いわゆるナチの権力掌握の一年あまり後に、一九三四年四月二四日の「刑法と刑事訴訟の規定の変更に關する法律」⁽¹⁰⁰⁾に基づいて、形成された。すでに述べたように、これにはライヒ議會放火事件の教訓が切っ掛けになっている。特定の政治事件については、つねにナチの意味で判決を下すことを期待できるような特別裁判所の形成の必要があったのである。民族裁判所は、従来、ライヒスゲリヒトが管轄権をもっていた内乱罪および外患罪事件および一九三三年二月二八日の「國民と國家の保護のためのライヒ大統領の命令」⁽¹⁰¹⁾の五条一項による犯罪につき管轄権をもった。一九三六年四月一八日の「民族裁判所に關する、そして俸給法の第二五次改正に關する法律」⁽¹⁰²⁾によって初めて民族裁判所が「裁判所構成法の意味における正規の裁判所」たるべきであると規定された。⁽¹⁰³⁾民族裁判所は、それ以降、ライヒスゲリヒトと並んで、最高のドイツの裁判所であった。民族裁判所の管轄は、時を経るにつれ、つねに拡大の一途を辿った。公判においては、民族裁判所は、五名の構成員によって占められた。裁判長ともうひとりの構成員が、裁判官職資格をもっていなければならなかった。もちろん、ナチズムの心情が確実だと信じられ、ナチの権力者の意向にそった判決を下すだろうと期待できる職業裁判官のみが、民族裁判所に招聘された。⁽¹⁰⁴⁾一九四三年には、

年	民族裁判所			ドイツの裁判所の死刑判決の全体数	そのうち民族裁判所の死刑判決%
	被告人	死刑判決	無罪		
1934	80	4 (5.0%)	—	102	3.9
1935	632	9 (1.4%)	—	98	9.1
1936	625	10 (1.6%)	—	76	13.1
1937	618	32 (5.2%)	52 (8.4%)	86	37.2
1938	614	17 (2.8%)	54 (8.8%)	85	20.0
1939	470	36 (7.6%)	40 (8.5%)	139	25.9
1940	1091	53 (4.8%)	80 (7.3%)	250	21.2
1941	1237	102 (8.2%)	70 (5.6%)	1292	7.9
1942	2572	1192(46.3%)	107 (4.7%)	4457	26.7
1943	3338	1662(49.7%)	181 (5.4%)	5336	31.1
1944	4379	2097(47.8%)	489(11.2%)	4264	49.2

Aus : Adalbert Rückerl, NS - Verbrechen vor Gericht, S. 84.

民族裁判所には、一人の所長、一人の副所長、三人の各部の部長、九人の民族裁判所裁判官および二五名の補助裁判官がいた。一九四四年には、一人のオーバーライヒ検察官、五人のライヒ検察官、四人の上級検察官、一六人の一級検察官、九人の検察官、二七人のそれ以外の補助者がいた。六つの部は、それぞれ五人の裁判官によって占められ、そのうち五人が S A, S S, 警察および将校からの素人裁判官であった。一九四四年には全員で一七三名の陣容を誇っていた。その活動期間たる一〇年間には、民族裁判所は五七〇人の裁判官および検察官を擁した。⁽¹⁰⁶⁾

一九四二年から一九四五年の間に、民族裁判所は、四九五一件の死刑判決を下した。⁽¹⁰⁶⁾ 一九三四年と一九四四年の間の、民族裁判所に起訴された人の人数と言い渡された死刑判決の数を比較すれば、—— 那裁判所と身分裁判所を除いて—— ドイツの裁判所で下された死刑判決の全体数とまったく同様に、判決実務の厳格化が進んでいく過程が認められる。無罪判決の割合は、民族裁判所への起訴が、どの時点でも有罪判決と同じ意味をもつというわけではないことを示している。⁽¹⁰⁷⁾

一九四二年に民族裁判所によって言い渡された死刑判決の数が飛躍

的に上昇している理由は、もとのライヒ司法省の国務次官ローラント・フライスラーが民族裁判所の長官になったことによる。一九四四年にふたたび急激に上昇しているのは、一九四四年七月二〇日のヒトラー暗殺未遂事件との関係で民族裁判所によって下された死刑判決が多かったことによって説明されうる。当初から、民族裁判所は、ナチの思想を判例実務に移し、法律をナチの意味において解釈するための機関であったが、当初その活動は、行き過ぎはあるものの、いまだ伝統的な法理論を尊重はしていた。一九四二年以降は、このような制約も取り払われ、純然たるテロの道具となる。⁽¹⁰⁸⁾

戦後の司法犯罪裁判において、民族裁判所の裁判官に対する刑事訴追として、最も著名なものが、カマーゲリヒツラートのハンス・ヨアヒム・レーゼ (Hans-Joachim Resse) に対する裁判である。

(2) レーゼ事件

① 民族裁判所裁判官レーゼの起訴

一九六七年にベルリンの検察庁は、上級検事ギュンターの働きかけで、司法による大量殺人の容疑で民族裁判所の六三人の構成員とそこで活動している上級ライヒ裁判所検察庁の公務員に対して三五件の捜査手続を開始した。⁽¹⁰⁹⁾ 鉄製の戸棚にしまわれた判決の入った箱が抜本的に検討された。ほぼ三〇〇件の事案において、レーゼの署名があった。小柄な男であったが、民族裁判所の補助裁判官として少なくとも三七三件の事件に関与し、二二一名の人々を絞首台に送った男である。⁽¹¹⁰⁾ ベルリンの捜査裁判官グループの指導的人物であったレーゼは、カトリックの神父マックス・ヨーゼフ・メツガー (Max Josef Metzger) の謀殺のほか、六件の謀殺⁽¹¹¹⁾で起訴された。レーゼは、一九三九年に民族裁判所の捜査裁判官となり、一九四一年一月一〇日から戦争の終わりまで民族裁判所の第一部の裁判官であり、フ

ライスラーの陪席裁判官であった。ライヒ司法大臣ティラックは、彼のことを一九四二年に「熱心で即断力がある」と評している。フライスラーは一九四五年二月三日に爆撃で死亡したので、生き残った民族裁判所の裁判官としては、彼が代表的人物であった。実は、一九六二年ミュンヘン検察庁が、すでに一度、レーゼを取り調べたが、手続を、被疑者には、意識的な殺人の故意が証明できないという理由で打ち切ったという経緯があった。大規模な記録の発見によって、今回は、レーゼの起訴の見込みが大きかったので、ベルリン上級検察庁は、パイロット訴訟としてレーゼを起訴した。もしこれで有罪判決が得られるようであれば、他の訴訟がこれに続くはずだといふのである。⁽¹¹⁾

レーゼを有罪に持ち込むには、謀殺構成要件しかなかった。なぜなら、枉法は、すでに時効となり、故殺も一九六〇年五月九日に時効にかかっていたからである。

②ベルリン・ラント裁判所一九六七年七月三日判決⁽¹²⁾

フライスラーは、民族裁判所の判例に対して、とくに第一部のそれに対して、支配的な影響力を行使した。……民族裁判所の裁判官としての彼の任務は、とくに、いわゆる敗北主義を克服すること、すなわち、一九四三年初頭以降、国防軍が重大な軍事的敗北を喫した後、ドイツ帝国の勝利に関する疑いを抱き、これを口に出す者に対して厳しい刑をもって望むことにあった。この目的を達成するために、フライスラーは、とくに量刑において被告人に不利に、伝統的な、法律にそった原則を無視した。被告人は、平均以上の知性を持ち、法に関する十分な知識があるにもかかわらず、フライスラーの法実務を阻止するために何もなさなかった。

被告人は、七つの事案すべてにおいてフライスラーによって提案された死刑判決に賛成した。被告人は七件において故意で法を枉曲した(刑法三三六条)。故意による枉法は、しかし、被告人が意識的に残酷で極度に苛酷な刑罰の

禁止に違反したことに存在する。彼が言い渡された死刑が、あらゆる、法秩序によつて是認されるべき観点を考慮して、行為の不法内容と行為者の責任に対する堪え難い不均衡に立ったことを認識したにもかかわらず、……この刑に賛成した。

陪審裁判所は、七つの事件における殺人は、低劣な動機から行われた、または行われたはずであるという確信をもった。それは、フライスラーの深い人間蔑視、政治的に別の心情をもった人に対する憎悪、彼のファナティズム、テロと残酷さによつて政治的目標を達成しようとする志向に源を發している。……自らの見解として、被告人は、しばしば冷笑的な公判指揮を行い、彼が当時被告人達になした人間扱いしない扱い、判決理由の情熱的なスタイルを確信していた。従つて、被告人は三件において謀殺幫助、および四件において謀殺未遂に対する幫助で処罰されるべきであつた。

謀殺幫助の法定刑は一五年の重懲役であつたが、陪審裁判所は、一九六七年七月、三日に五年の重懲役に処した。被告人と檢察官が連邦裁判所に上告した。

③連邦裁判所一九六八年四月三〇日判決^(四)

「合議制の裁判所の構成員として、被告人は、評決にあたつて、当時の現行法によつても独立で平等で、法律のみに服し、良心にのみ責任を負つた。彼の義務は、自らの法確信にのみ従うことを要求している。それを彼から、他人つまり、フライスラーの如き裁判長が、奪うことはできない。従つて、被告人が意識的に法状態に対するその裁判官としての確信に反して死刑判決に賛成したのならば、彼は極めて個人的な寄与をなしたのであり、もし判決が違法であれば正犯とはなつても、殺人罪の幫助ではありえなかつた。

そこから、内面の行為側面にとっては、被告人が低劣な動機から自ら死刑に賛成したときにのみ、処罰されうることになる。このことは、判決理由から認められないばかりか、この可能性も全く排除される。」

かくして、連邦裁判所は、その他のナチ犯罪実務に反して、幫助ではなく、——第三帝国でも妥当していた裁判所構成法一条を示唆して——共同正犯を認めた。その理由として裁判官は、法律と良心にのみ服し、独立であるということを挙げるのであるが、これは、レーゼに特権を保障することになるだけだという可能性を秘めた論証である。というのは、レーゼを謀殺幫助者ではないとするなら、レーゼ自身が謀殺の故意をもち、低劣な動機をもたなければならぬからである。

④陪審裁判所の判決

ベルリンにおける新陪審裁判所が、若いカマー裁判所裁判官に任用されたばかりの四二歳のオスケ博士を裁判長として一九六八年二月六日に下した判決は、事実、無罪に達した。しかもレーゼに対してだけではなく、民族裁判所全体、そのうえ、ナチ司法全体に対する無罪判決を言い渡したといえるものである。¹¹⁵この裁判で中心的な役割を果たしたのは、カトリックの司祭マックス・ヨーゼフ・メツガー博士に対する民族裁判所での裁判である。実は、連邦裁判所は、一九四三年にメツガーを民族裁判所にの前に引きずり出した元のゲシュタポのスパイのダグマール・イルムガルトの裁判が問題になったときに、この事件とは、すでに取り組んでいた。イルムガルト判決では、一九五六年六月二八日に、連邦裁判所は、民族裁判所がメツガーに対して、死刑を言い渡した法的構成は、司法ではなく、「違法な殺人に裁判形式を活用したにすぎない」ものであったと認定した。このような法適用は、「政敵の抹殺」に役立つだけであり、「不可侵の法的中核領域」を侵害するといっているのである。「まさしくこれによってその種の『判例』は、テ

口の道具としてのその新の姿を露にしたのである。メッガー博士の有罪判決と彼に対する判決の執行は、刑事司法を隠れ蓑にした故意による違法な殺人であった⁽¹¹⁶⁾」。

⑤ベルリン・ラント裁判所一九六八年一月六日判決⁽¹¹⁷⁾

本手続の対象をなす七つの事例において、可罰的行為があったと、被告人には証明されない。連邦裁判所は、民族裁判所を「独立の、法律にのみ服する裁判所構成法一条の意味における裁判所である」とするが、本法廷もこの見解に従う⁽¹¹⁸⁾。さて、連邦裁判所の判例によれば、裁判官は、彼がその決定を故意の枉法(二三六条)によって行ったときにのみ、裁判上の決定(死刑判決)によって惹き起こされた殺人のゆえに刑法二二一条または刑法二二二条によって処罰される。本法廷は、被告人に対し、彼が民族裁判所の裁判官として、ここで審査される七つの刑事手続において、法律事件の指揮や決定の際に、故意に当事者の不利に、法の枉曲(刑法三三六条)の責めを負うことを証明できない。「メッガー博士の事件においても、当時の被告人メッガー博士が彼の法的地位を制限された態様で防御において妨害されたことは認定できない⁽¹¹⁹⁾」。刑法九一条および戦時特別刑法命令(KSSVO)の五条⁽¹²⁰⁾は外部からの危険な困窮の時代において内部におけるその存立を厳しい戦時法規によって確保しようとする一切の国家の法に源を発する。それらは、「書かれざる超法規的法に反するものではない⁽¹²¹⁾」。「刑法九一条bのメッガー博士の事件への適用は、主張しうる法律解釈の枠内にとどまるのであって、被告人には刑法上の非難はなされえない⁽¹²²⁾」。ライヒスゲリヒトの判例を文献における通説によると加勢による「利敵行為」(Feindbegünstigung)は、行為が敵国側に戦争状態を有利に形成したときに、存在する。刑法九一条bには、物的な支援のみならず、精神的支援も含まれる。「それは、全国民が、戦争状態に引き込まれていき、敵の戦闘意思を弱めるために、心理的手段に大きな意義を与える近代戦争の本質に相

応する」。「最終的にイギリス政府に到達すべきかれのメモの流布によってメツガー博士は、利敵行為という企行の構成要件を客観的に充足したのである」。

次に、戦時特別刑法命令五条の適用についても、被告人を非難できない。その五条によれば、「その他公然と、防衛上の自己主張に対するドイツ民族の意思を……麻痺させ、または破壊しようとした者」が可罰的だとされる。この「公然性」の構成要件要素も充足されている。ライヒスケリヒトの判例によれば、行為者が一人の人に向けてのみ話したとしても、それによつてのちに広い範囲に伝播し、公然にいたるならば、この行為は、公然である。このような解釈は、確かに疑問ではあるが、連邦裁判所と一致し主張しうるものである。

連邦裁判所の判例⁽¹²⁾に鑑みて、本法廷は、なお、とくに、被告人が確かに規則に則つて行われる手続において、妥当する法を外面的に正しく適用したが、裁判上の形式を利用して内部の政敵を抹殺するために、事実・法的に不適切な動機を追及することによつて、被告人が上記七件において仮象裁判に対する加功によつて法を枉曲したかを検討した。しかし、そのような動機は被告人には証明できなかった。連邦裁判所は、確かに、メツガー博士事件を、その決定が、政敵を違法に殺害するために、たんに仮象的に法と関係している手続であると判断した。連邦裁判所は、その見解をなかんづく書面による判決理由中の公式化に基づかせた。しかし、これは、……被告人レーゼに対する証拠資料としては不適切である。本法廷は、被告人が彼によつて供述された、法律の目的に相応した法的考慮以外の考慮から判断した、また、法を装つてのみ政治的狂信主義または類似の低劣な動機からナチの内部の政敵を抹殺しようとしたという帰結を許す事實は認定できなかった。

枉法 (三三六条) の証明がないのであるから、被告人は、刑法二二一条、および二二二条の意味における違法な殺

害、その未遂ででも有罪とされえない。

⑤被告人レーゼの死亡と民族裁判所の裁判官の追及

検察は、ベルリンのラント裁判所の判決に対して上告をなしたが、新公判に達する前に、一九六九年九月一日に被告人が故郷で無罪のまま死亡した。これに対して、ニュルンベルク法律家裁判の原告であった弁護士ロバート・ケンプナーは、とくにレーゼ事件をそのままにはしておかなかった。彼にせつつかれて、レーゼの死後一〇年を経て、ベルリンの司法大臣 (Justizsenator) のマイヤー (SPD) が一九七九年一〇月に、事実上民族裁判所の五七〇人の構成員のうち生存中の六七人の裁判官と検察官を法廷に引きずり出すことに着手した。この民族裁判所裁判は、老人達を鉄格子の後ろに収容するのが目的ではなく、「独立の、法律と良心に義務を負う裁判官」のおぞましい称号を葬り去ることが目的であった。⁽²⁴⁾ 「被告人は、ただひとつ大量殺人者に裁判官の特権を与えてきた戦後司法であった」といってよい。リベラルな当時の司法大臣マイヤーは次のように書いている。「ついに最高裁の判例も、時の変化にさらされることになった。私見によれば、あらたな熟考のチャンスである。ひょっとして変化した裁判所の意識という点でもそうである。」と。変化した裁判所の意識の代弁者は、三三歳のベルンハルト・ヤーンツ (Bernhard Janz) であった。ベルリンの最も若い検察官である彼が訴追官となったのである。

しかし、捜査は容易ではなかった。民族裁判所の死刑判決に署名しているだけでは、謀殺の立証には十分ではなかった。「低劣な動機」を個人的に証明しなければ、時効となった故殺の構成要件しか満たさない。見込みのある被疑者の数は少ない。新聞記事などに現れた名前は、八一歳になるブレイメンの年金生活者、パウル・ライマース (Paul Reimers) である。彼もフライスラーの陪席裁判官であったことがあり、一二二件の死刑判決に署名している。

ヤーンツは、民族裁判所の五六七名の裁判官と検察官の厳密な統計を作成し、その後の運命を検討した。DDRから死亡証明書を取り寄せ、個人書類を収集した。五二名の被疑者が特定できた。これらの被疑者の全判決を起訴状を付して集められ、公判記録、手書き文書、期日メモ、恩赦や執行の書類が整理された。起訴の期日は、一九八五年と決定された。一九八三年一月二七日に、ヤーンツは、ベルリンの議会の法律委員会に報告書を提出したが、そこでは、ヤーンツの迷いが現れている。⁽¹³⁶⁾

一九八三年、マイヤーの後継者、ベルリンの司法大臣ショルツ(CDU)は、辛抱を乞うた。というのは、捜査は「極めて困難、大規模であり、時間のかかるものだ」からである。四年間作業し、検察庁は、被疑者のうち二人を取り調べただけであった。捜査の始まった時点ですでに大抵の被疑者は八〇歳を越えており、七年間の捜査中にかねらの半数が死亡した。一九八六年九月二六日、ベルリンの検察庁は、ついに「司法道化芝居」に、手続の打ち切りによって幕を引いた。⁽¹³⁷⁾

(3) ホレンダー事件

民族裁判所以外の特別裁判所においても、ナチスの「法律」に従って苛酷な刑が言い渡された。このようにナチスの法律に従った裁判官の死刑判決が、謀殺罪を構成するかどうかは、不法な制定法に従った裁判の「違法性」の問題という法哲学と実定法理論の根本問題を提起する。以下に紹介するホレンダー事件に対する戦後のカッセル特別裁判所での裁判は、裁判官に対する枉法罪の成否の問題および謀殺罪の成否の問題を提起する有名な裁判であるので、ここで検討しておきたい。ホレンダー事件とは、次のような事件である。⁽¹³⁸⁾

① 事実の概要

二八歳のハンガリー人、ヴェルナー・ホレンダー (Werner Holländer) は、ドイツで大学を卒業し、一九四一年三月以降、軍需企業たるヘンシエル・ゾーン社で働いていた。その会社に就職する際にはじめて自分の両親がユダヤ人であることを知った。ホレンダーは、それを知った後にも、学生時代の女友達と関係を続け、その他「ドイツ人の血の流れている」若干の女性と短期間の関係をもった。これによって、ホレンダーは、裁判所によれば、「危険な常習犯」となり、「この種の犯罪には、ただひとつの刑罰、すなわち、死刑のみがありうる」とされ、カッセル特別裁判所は、一九四三年四月二〇日は、ホレンダーに死刑判決を言い渡した。⁽¹²⁸⁾ホレンダーの行為に対して適用された「純血保護法」においては、死刑の規定はなかったにもかかわらず、死刑が言い渡されたのは、一九三三年一月二四日の常習犯人法は、三回故意による行為を実行し、それによってその行為者が「危険な常習犯人」であるという全体評価が下されるならば、一五年以下の重懲役にまで刑を加重すると規定しており、その上、一九四一年九月四日に発布された法律は、「危険な常習犯人および風俗犯人は、民族共同体の保護と正当な贖罪に対する欲求がそれを必要とする場合には、死刑に処せられる」と規定した。これらの規定を組み合わせられることによって、ホレンダーは、死刑判決を受けたのである。

ホレンダーを死刑に処したカッセル特別裁判所の裁判官、フリッツ・ハッセンキャンプ⁽¹²⁹⁾ (Fritz Hassencamp) とエドムント・ケスラー⁽¹³⁰⁾ (Edmund Kessler) が、戦後、枉法と故殺の観念的競合としてカッセル陪審裁判所に起訴されたが、一九五〇年六月二八日、二人は無罪とされた。判決要旨は、次の如くである。

②カッセル陪審裁判所一九五〇年六月二八日判決⁽¹³¹⁾

ナチ時代のその死刑判決が枉法(刑法三三六条)にあたるかどうかという問題を検討するにあたって、戦後のカッ

セル陪審裁判所は、法規정이規則通り適用されたかどうかを調査しなければならないとし、危険な常習犯人であると認定には三回の反復で十分であるところ、ホレンダーは四回行ったのであるから、この適用に問題はないとする。しかし、これを前提にしても、ホレンダーの精神状態について調査する必要があったとする。「ほぼ一年間にわたって行われた、判決によって認定された四つの事件だけから、ホレンダーが常習犯人であり、しかも危険であると推論することは、当法廷の見解によればほとんど不可能である」。「判決は、当法廷の見解によれば、その言渡において余りにも苛酷であった。従って、それは誤判である」。このように認定した上で、カッセル陪審裁判所は、それにもかかわらず、誤判の認定から必然的に、裁判官であった被告人達の処罰につながるわけではないとする。被告人に枉法罪の責任の存在が証明されなければならない。そこで、「主観的構成要件」が検討されることになる。カッセル陪審裁判所の結論は、次の通りである。

「被告人らにあっては、確かに、かれらは狂信的な党信奉者であり、『総統の法律』という意味でのナチスの法律は、文字通り適用されなければならないと信じていた」。「被告人らは、法律実証主義のみが決定的であつてよいのではなく、裁判官は人間でもあらねばならないことを失念していたのである。それにもかかわらず、違法な故意による行為は認定することができなかった⁽¹³⁷⁾」。このようにして、枉法罪は認定されえなかった。そこで、カッセル陪審裁判所によれば、「それによって、故意殺人の訴因も根拠がなくなる」のである。

③ フランクフルト上級ラント裁判所一九五一年二月七日判決⁽¹³⁸⁾

検察官は、フランクフルト上級ラント裁判所に上訴した。上級ラント裁判所は、一九五一年二月に原判決を破棄し、カッセル陪審裁判所に差し戻した。

「その点で、被告人らがホレンダーに対する死刑をザッハリッヒな法的綱領から適切であるとみなしたか、それとも、行為がザッハリッヒにはそんなに重いものではなく、死に値するものではないと思つたにもかかわらず、これらの政治的見解にもとづいて死刑の言い渡しに達したのが特に注意深く検討されなければならない。この問題を検討するにあたっては、文章上の特別裁判所の判決におけるザッハリッヒでないユダヤ人敵視的な表現が、注目すべき徴表であるかも知れない」。

④ フランクフルト陪審裁判所一九五二年三月二八日判決⁽¹⁴⁾

一九五二年三月二八日には、カッセル陪審裁判所は、政治的見地から死刑判決が根拠づけられたかどうかをとくに検討したが、最終的には無罪判決を維持した。その際、問題とされたのは、次のような表現である。「……そして、ユダヤ人の厚顔無恥の典型的徴候である」、「世界ユダヤ教の信者達とドイツが戦っている間にドイツ人種的名譽を汚そうとした被告人が抹殺されるべきは、ドイツの法感情から言えば、正当なる贖罪の命じるところである」。これに關して、カッセル陪審裁判所は、次のようにいう。「問題の文章は、特徴的に残酷な、下品な表現を含んでいる。しかし、このような粗野な表現を通じて独裁者の法に役立つよう行動したことが、これらの確信に相応していたことは排除できない。粗野で残酷に見えることが、独裁者法の特徴であることは決して見誤られてはならない。粗野な表現は、決して必然的に、被告人ケスラーが、ユダヤ人ホレンダーにつき抹殺の意思という法とは疎遠な思想から、手続と判決において上述の誤判を行ったという推論を許すわけではない……」。従つて、判決理由文からは、被告人に疑いを容れない嫌疑は認められない」。

このように、裁判官が故意に法を曲げたかどうかの判断が、その裁判官に謀殺罪が成立するかどうかの前提問題と

して論じられているのが、ナチス司法殺人裁判の特徴であるが、これについては、次章で詳しく検討する。裁判の長期化と下級審と連邦裁判所の間の何度かの往復も、ナチ犯罪裁判の特徴といえるかも知れない。次の事件は、この意味でも典型例であろう。

(4) S S身分裁判所事件

①フッペンコーテンおよびトルベックに対する裁判

一九四四年七月二〇日のヴォルフシャンツェにおけるシュタウフェンベルクによるヒトラー暗殺未遂事件が失敗に終わった後、その関与者達の徹底的な追及が始まった。ゲシュタポ自身は、約七千人を逮捕したと発表した¹³⁵が、実際には逮捕者の数ははるかに多かったとされている。その中には、ヴィルヘルム・カナーリス (Wilhelm Canaris) 提督もいた。カナーリスは、身分裁判所の判決により一九四五年四月九日にフロッセンビュルク強制収容所において絞首刑に処せられた。

このカナーリス提督らの著名な抵抗運動家に対するS Sによる「身分裁判」は、戦後、法廷の裁きを受けることとなった。この「S S身分裁判手続」において原告であったヴァルター・フッペンコーテン (Walter Huppenkotten) と裁判長であったオットー・トルベック (Otto Thorbeck) に対する裁判は、およそ七年間に渡って繰り広げられ、三回ラント裁判所と連邦裁判所の間を往復した。全部で六回判決が書かれ、最終的には、裁判長無罪、原告の部分的有罪をもって終了した¹³⁶。当初、「身分裁判所の手続」に加担したという咎で、原告のフッペンコーテンのみが、起訴され、その後、ミュンヘン陪審裁判所における第二の公判から初めて裁判長のトルベックが起訴された。後者は、謀殺幫助五件につき、前者は、それにもう一件の謀殺幫助を加えた罪の容疑であった。

②カナーリス提督らの抵抗運動に対する裁判

カナーリス提督は、軍事防衛局 (militärischer Abwehrdienst) の元局長、オスター將軍、ゲレーおよび、ライヒスゲリッヒト參事ドーナニイ、ボンヘッファー牧師は戦時中この局で働いていた。ザック裁判官は、抵抗グループのつなぎ役を務めていた。

被告人、フッペンコーテンは、ライヒ保安中央局 (RSHA) の行政課長 (Regierungsdirektor) であり、SS の隊長であった。一九四五年四月六日には、強制収容所 O (ザックセンハウゼン—オラニエンブルク) においてライヒスゲリッヒトラートであった D (Dohnanyi=ドーナニイ) に対する「身分裁判手続」が、おなじくフロッセンブルク強制収容所においては、Generalsabrichter の S (ザック)、提督 C (カナーリス提督)、將軍 O (オスター將軍)、牧師 B (ボンヘッファー、ディートリッヒ) および陸軍大尉の G (ゲレー) に対する「身分裁判手続」が行われたが、被告人は、これらの裁判に、原告の代表者として係わった。この身分裁判手続の被告人達の容疑は、一九四四年七月二二日の陰謀に加わったというものであるが、被告人達は全員死刑に処せられた。被告人は、この加担により、謀殺の幫助として起訴されたが、陪審裁判所は、無罪を言い渡した。

③ミュンヘン陪審裁判所一九五一年二月一六日判決¹³⁶⁾

フッペンコーテン無罪。事実審裁判官は、「いわゆる身分裁判所の法的性質」の問題を提起すること、いわんや「身分裁判所手続」が現実にも赤裸々な謀殺を法的に少し彩色するだけの仮象的な手続でなかったのかどうかという問いに答えることを必要とはみなさなかつた。むしろ、「裁判的外観を維持して」「身分裁判手続」が行われたと認定した。当時の法状態によれば、六名の抵抗運動家の行為は、大逆罪などの構成要件を充足するというのである。かく

して、かれらに与えられた死刑判決は、その限りで正当であったことになる。確かに強制収容所の中のSS身分裁判所は、抵抗運動家の行為に対しては、管轄権をもたない。しかし、ヒトラーは、一九四二年以降無制限の権力をもつたことによって、その管轄権を命じることができた。従って、身分裁判所の裁判官は、謀殺幫助として処罰されえない。

これに対して検察官は、連邦裁判所に上告した。

④連邦裁判所一九五二年二月一二日判決⁽¹⁷⁾

〔判旨〕 原判決の論述は、Dらに対しては「身分裁判手続」が行われたのであり、いずれにせよ、それは、「裁判的雰囲気」の中で行われたのであり、六名の被処刑者の行為は、当時の法状態においては重大罪などの構成要件を充足するものであり、当時の法のもとでは有罪だということに集約される。

原判決の判旨には、身分裁判手続が「裁判的外観を維持して」行われれば、謀殺に対する幫助は排除されると理解できるがゆえに、法的に異議がある。

つまり、かれらの生命が奪われた方法が、当時の法によってもカバーされない、あるいは、国家による承認とは独立に妥当する一般に拘束力のある法的原則を侵害するものであり、被告人がその加担をなすときにそれを知っていたと認定されるならば、謀殺ないし故殺の幫助として有罪とされなければならないのである。……原判決が言うように、「裁判的外観」が維持されているだけの、つまり、外観上、裁判手続にとって妥当する規定を考慮されているように見えるだけの手続は、たとえ必要な外観的形式がまだ保障されているとしても、名前の上からも実質上も、裁判手続ではない。

(a) 身分裁判所の法律上の基礎。これについては、原審は、たしかにこの裁判所の設立は戦時刑事手続規則の管轄規定に適合しないが、それにもかかわらずこれを法律に基づかないものということはできないとする。なぜならば、一九四二年四月二六日のライヒ議会で決定以降、一般的管轄規定の制限はもはやなくなったからである。しかし、この身分裁判所は、被告人にS Sの隊員がいなかったにもかかわらず、S Sに所属する者だけで構成されていた。ここでは強制収容所のそれぞれの司令官が、「裁判官」だったのである。陪審裁判所は、恣意に対立する法の本質と、裁判官の判決の本質を完全に誤解している。(1)身分裁判所の不法な形成。身分裁判所の任命は、戦闘中の軍隊の一般的秩序と安全を維持するために、実行されたばかりの重大な犯罪の即時処罰のために軍事的根拠からのみ問題となるものであった。しかし、本件の場合には、身分裁判所手続は、全く必要ではなかった。それは、従って、法律上の規制に合致しない。(2) S S身分裁判所の不十分性。拘留された将校達は軍事裁判権に服する。同じことは、軍事防衛局に属していた者達(ドーナニイ、ボンヘッファー)にも当てはまる。しかし、被疑者の誰にもS Sの特別裁判管轄には服さない。(3)身分裁判所の構成。裁判所の構成員の一人は、それぞれ公正な裁判を望むべくもない政府の「死刑執行代請負人」つまり、それぞれの収容所の指揮官がなった。

(b) 身分裁判所手続の詳細の法的評価。(1)弁護人の不選任。戦時刑事手続規則五一一条二項によれば、被告人にはいずれも弁護人が付けられなければならないことになっている。確かに一条二項は、身分裁判所に、一条二項によってあらゆる事情の下で考慮されるべき規定を厳守した上で、「合義務的な裁量」によってその手続を形成することを許している。しかし、弁護人を付けないことが合義務的な裁量に基づく決定だとする根拠は考えられない。(2)議事録作成者の不在。戦時刑事訴訟命令五三条一項によれば、基本的には、裁判手続には書記官も在席しなければならない

が、本件手続においては、書記官の出席はなかった。

(c) 被告人の虐待。原審は、カナリス提督が、処刑される前の晩に、鼻骨を折られるという拷問を受けた事実を証人Wにモールス信号によって壁をたたいて伝えていた事実の法的評価を怠っている。この証言に信用性があるとするれば、カナリスは「公判」において著しく虐待されていたものといふことから出発されなければならず、裁判の「外観」をも維持していなかったことになる。

(d) 身分裁判所の短さ。長い拘留の後、真の意味で短い裁判が行われた。五人の被拘留者に対して、一日の公判で済まされた。

(e) 「判決確証」の不獲得。戦時刑事訴訟命令一条二項四号によれば、身分裁判所の判決は、裁判所長によって確証されなければならない。一切の戦時、または政治裁判上の判定が、この確証が行われる前には、判定は、たんに鑑定書の性格をもつにすぎないのであるが、この確証に対しては、戦時刑事訴訟令の七七条以下は、事後審査手続を定めている。形式的に必要な「判決確証」の不獲得は、従って、明確に当時の法に反する。

(f) 「判決執行」の方法。処刑は、それを尊重することが、死を与えられて当然の犯罪者ですら不可侵的に要求される、人間らしさ、人間の尊厳を全く無視するような形式で行われた。執行手続や事後手続も、収容所での全手続が真の法的手続および裁判手続ではなかったことを示している。

⑤ ミュンヘン陪審(ラント) 裁判所一九五二年一月五日判決¹³⁸

ここでは、被告人Hは、自らの供述によって、フロッセンビュルクの裁判長であったトルベックを裁判所の前に引きずり込んだ。兩人ともに、当時の法律規定によれば、かれらの行為は正当化されると主張した。

両者ともに一九三九年一月一七日の戦時刑事手続規則を適切に適用したというのである。また、トーナニイの公判無能力も証明なしとされた。これに対してライヒ保安局長のエルンスト・カルテンブルナーによる死刑判決の正式の確証はあったとされた。また、手続の際の若干の規則違反については、両被告人が意識的に仮象的手続を実施し、または手続の仮象的性格を良心の緊張を欠いたがゆえに、等閑視したのではないとする。このようにして、結局、被告人HもTも謀殺幫助につき無罪とされた。

⑥一九五四年一月三〇日連邦裁判所判決⁽¹⁹⁾

連邦裁判所は、「事実の解明のあらゆる可能性を尽くしてはいない」として、再び第二回目の第一審無罪判決を破棄し、今度は、別の事実審裁判官、つまりアウグスブルク陪審裁判所に事件を差し戻した。連邦裁判所は、第一審の証拠調べにおける矛盾と事実解明における不備を批判した。とりわけ、連邦裁判所は、裁判長による判決確証の問題に関する十分な確認がないとする。「戦時刑事手続命令の六節三号に対する一九三八年九月一九日の第一次実施令によれば、死刑判決に関与した裁判官は、判決審理に引き続いて、恩赦の問題について書面で、立場を決めなければならない、この発言が封緘された封筒に入れられて記録にとどめられなければならない。陪審裁判所は、これが本件において行われたかどうか、またどのような根拠から行われなかったのかを検討していない。

かくして第二回目の上告審の理由の中心は、移行してしまった。つまり、もはやHとTが仮象上の、しかし無効な刑事手続に加担したという事実が、論述の中心に立つのではなく、行為関与者が「判決の審議」に引き続いて戦時刑事訴訟命令に従って、恩赦の問題につき書面で立場を決めたかどうか、なぜ、彼らがカナリスらの事件において判決確証を獲得しなかったのかという問題が中心になった。

このような判決における重点の移行によって、当時の「裁判長」T博士が謀殺と並んで同時に、もし彼が意識的に五人の抵抗運動家に対する仮象手続を実行したのならば、または少なくとも、そのような仮象的にすぎない手続が問題であるという可能性を予測し、それを甘受した場合、枉法罪でも有罪であるということが、末尾に傍論として短く書かれているだけである。

⑦一九五五年一〇月一五日アウグスブルク陪審裁判所判決⁽¹⁰⁾

アウグスブルク陪審裁判所は、フッペンコーテンとトルベックを、カナリス提督殺害について謀殺幫助に、フッペンコーテンをそのほかにドーナニイ事件につき謀殺幫助で有罪とした。フッペンコーテンは、総じて七年の重懲役、トルベックは四年の重懲役に処せられた。

アウグスブルク陪審裁判所は、いわゆる身分裁判所とその死刑判決を評価するに当たっては、規則上定められた確証が行われたかどうかという問題は、極めて低い役割を果たすに過ぎないという見解である。しかし、アウグスブルク陪審裁判所も、この手続とその結果の性格について、明確で詳しい言明を与えているわけではない。一方では、裁判所は、身分裁判所はカナリスらに対して「煩わしくなった囚人達を裁判手続を装って始末することができるという目的だけ」で組織されたものであったという確信に達したが、他方では、フロッセンビュルク強制収容所において「言い渡された判決そのものは、その言い渡しの時点で存在したその形式的成立に関する法律規定と一定程度一致していた」のだという見解から抜け出ることができていない。アウグスブルク陪審裁判所は、従って、身分裁判手続の中に、「裁判所による」刑事手続を、それぞれの「死刑判決」の中に「裁判官による」判決を認めている。しかし、この手続と結果を、つまり死刑の言い渡しと執行を違法だとしている。このことを、アウグスブルク陪審裁判所は、

第一連邦裁判所判決の言い回しを引き継いで、「身分裁判手続」を命ずる命令権者、従ってヒトラーとカルテンブルンナーには、真実追求と正義に基づく独立の裁判官の判決がではなく、敵対者の抹殺が重要だったのだということを援用して根拠づけている。

⑧連邦裁判所一九五六年一月一九日判決⁽⁴⁾

連邦裁判所は、アウグスブルク陪審裁判所の有罪判決を、トルベックについては全面的に、また、フッペンコーテンについては部分的に破棄し、ドーナニイ事件については自ら無罪を言い渡した。フッペンコーテンには、カナリース提督に対する謀殺幫助についてのみ、六年の重懲役刑が言い渡された。

この判決理由においては、もはや、独裁者ヒトラーに、法的には、身分裁判所を恣意的に設置する無制限の命令権力が認められるとか、または、それぞれの強制收容所の所長と同じく、陪席裁判官には犯罪的装置の仮借なき代理人であり、殺害命令の自発的な執行者と宣言されたといったことは全く述べられていない。この手続は、「許可をほとんど要しないものである」とされ、「純然たる仮象的な手続が存在するに過ぎないという一点の曇りなき裁判官の確信を得る事実上の基礎は十分に形成されていなかった」のである。トルベックには、手続形成において強制規定を侵害したとは、「証明できない」のである。⁽⁴⁾

連邦裁判所は、さらに、「身分裁判所手続」を評価するには、一九四五年四月の出来事が今日の認識によってどのようなものとされるかではなく、行為時の法律状態やその他の所与によって彼の任務がどうであったかが決定的であると強調する。

「その当時、抵抗運動家に対して、……裁判しなければならなかった、そして、その者を一点の曇りなき手続に

おいて自白したとみなした裁判官には、今日、もし当時の法律のもとに服していたということに鑑みて、抵抗運動家には、より高次の、国家の法律の刑罰威嚇に先行する抵抗権の観点のもとで、例えば、超法規的緊急避難という正当化事由が味方するかどうかという問題に取り組まずして、内乱、外患ないし戦時反乱(軍刑法五七条)で有罪だと認め、従って死刑で有罪とすべきだと信じたとき、刑法の観点からみて、決して非難をなすことはできない⁽⁴³⁾。さて、身分裁判所事件の原告であったフッペンコーテンについては、起訴という意味での判決の執行に協力したことによって責任が問われないかどうかをさらに検討する必要がある。「フロッセンブルクにおいては、陪審裁判所の疑いの余地なき認定によれば、五人の抵抗運動家の『処刑』は、身分裁判所の判決がその宣告の後に、——基準となる手続規定によって事情によっては、行われなければならないのであったのであるが——、確認されることなしに、執行された」。確認を不必要とする例外的事情は存在しなかった。このことは、被告人フッペンコーテンには、知られていたことであった。その上、彼は、そのような『処刑』を阻止する義務を負っていた。判決の確認がないことは、直ちに抵抗運動家の殺害を違法とする。彼の『処刑』への関与によってフッペンコーテンは謀殺の幫助として有罪である⁽⁴⁴⁾。

(96) Jörg Friedrich, *Freispruch für die Nazi-Justiz. Die Urteile gegen NS-Richter seit 1948. Eine Dokumentation*, 1983, S. 13. なお、リュッケアルは、軍事裁判所と特別裁判所を除けば、一万六千以上の死刑判決を下し、そのうち、一五〇〇〇件が一九四一年から一九四四年の間に下されたという (Rückerl, *NS-Verbrechen vor Gericht*, S. 75)。

(97) Friedrich, a. a. O., S. 13. フリートリッヒは、「司法」の被害者も、裁判されたのではなく、精神障害者と同じように、「選抜され」「殺害された」のだという。「選抜者が法曹国家試験に合格していたことは、この事情に関係がない」。

(98) BGHSt 9, 305

- (96) 以下の通り、*Recht* vgl. I. Müller, *Fruchtbare Juristen*, S. 275ff. ④「*山口県*」の節を参照せよ。
- (97) RGBL 1934, I, 341ff.
- (98) RGBL 1933, I, S. 83.
- (99) RGBL 1936, I, 309f.
- (100) 民族浄化の過程として、vgl. Hannsjoachim W. Koch, *Volksgerichtshof*, 1988, S. 86ff.
- (101) vgl. Rückert, a. a. O., S. 83.
- (102) Rückert, a. a. O., S. 418f.
- (103) Vgl. Günter Frankenberg/Franz J. Müller, *Juristische Vergangenheitsbewältigung - Der Volksgerichtshof vom BGH*, KJ 1983, S. 146; Udo Reifner/B.-R. Sonnen (Hrsg.), *Staatsjustiz und Polizei im Dritten Reich*, 1984, S. 13.
- (104) Vgl. Rückert, a. a. O., S. 83.
- (105) Vgl. Rückert, a. a. O., S. 87.
- (106) Vgl. Friedrich, a. a. O., S. 456; ders., *Die kalte Amnestie. NS-Täter in der Bundesrepublik*, 1988, S. 368. ④「*Rasenhorn*, *Das Verfahren gegen Rehe* und die Problematik des § 336 StGB, NJW 1969, S. 458.
- (107) Vgl. Friedrich, *Freispruch für die NS-Justiz*, S. 467.
- (108) その他、大井と、*トリン*事件 (Fall *lich*)、*トロン*事件 (Fall *Jurkowski*)、*シー*事件 (Fall *Bahner*)、*オー*事件、*バー*事件 (Fall *Oberüber*)、*ア*事件、*ト*事件 (Fall *Dr. Arndt*)、*ミ*事件 (Fall *Müller*)、*バ*、*ク*「*シ*事件」(Fall *Dr. Metzger*)、*バ*、*ク*、*リ*の事件として、*ナ*が下した民族裁判所の判決として、vgl. Friedrich, a. a. O., S. 468ff.
- (109) Vgl. Friedrich, a. a. O., S. 456.
- (110) Zit. bei Friedrich, *Freispruch für die Nazi-Justiz*, S. 458ff.
- (111) Zit. bei Friedrich, a. a. O., S. 461f.
- (112) I. Müller, a. a. O., S. 238.
- (113) BGHS 9, 305; vgl. NJW 1968, S. 1339.

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理 ⑤

- (117) Friedrich, a. a. O., S. 463.
- (118) Friedrich, a. a. O., S. 475.
- (119) Friedrich, a. a. O., S. 476.
- (120) Friedrich, a. a. O., S. 468. 刑法九一条(利敵行為)は、第一項「内国においてまたはドイツ人として戦争中にライヒに對してまたは切迫した戦争との關係で敵國を援助しようとした者、またはライヒの戦力またはその同盟國の戦力に損害を与えようとした者は死刑または終身の重懲役に処する」というもの、第二項「行為がライヒまたはその同盟國にとって重要な損害、および敵國に重要な利益を与えなすぎず、重大な結果を招きうることもなかつたときは、二年を下回ることにない重懲役が認められる」というものである。
- 戦時特別刑法命令五条は、第一項では「次の者は、防衛力の破壊のゆえに死刑に処せられる。一、公然と、ドイツ軍または同盟軍における兵役義務の履行を拒否しよう煽動し、または唆した者、その他、公然と、防衛上の自己主張に対するドイツ民族または同盟國の國民の意思を麻痺させ、または破壊しよう企てた者。二、省略」とし、二項では「重くない場合には重懲役または輕懲役が認められる」と規定する。
- (121) Friedrich, a. a. O., S. 477.
- (122) Friedrich, a. a. O., S. 478.
- (123) BGHSt 9, 302
- (124) Friedrich, a. a. O., S. 491.
- (125) Friedrich, a. a. O., S. 492.
- (126) I. Müller, Furchbare Juristen, S. 284f.
- (127) 今の事件については Friedrich, a. a. O., S. 306ff.; [民族裁判所の判決について] Noam/Kropat, Justiz und Judenverfolgung Bd. 1 Juden vor Gericht 1933-1945, 1975, S. 168f.; [戦後の裁判について] dies., Bd. 2 Juden vor Gericht 1945-1955, 1978, S. 308ff.; Günter Spendel, Rechtsbeugung durch Rechtsprechung, 1984, S. 3ff.; Müller, a. a. O., S. 278; (128) 今の判決の抜粋は Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Im Namen des Deutschen Volkes. Justiz und Nationalsozialismus, 1989, S. 427f. に収録されている。

- (129) ハッセンキャンプは、一八七八年生まれ。一九〇七年アセッソニア試験合格。点数は、*befriedigend*。一九一一年、フルダの近くのノイホフで補助裁判官となる。一九二六年カッセルに来る。一九三三年に特別裁判所主席裁判官になる。彼は、あまり優秀でない裁判官（陪審裁判所の判決の中では「平均的な法律家」とする）だとみなされていた。事件の判断は、陪審判事に任せていて、その見解に従うのが常であった。上司には彼の弱点が知られていたもので、彼にはつねに優秀な陪審判事がつけられていた。一九三三年五月にナチ党入党。S Sの振興隊員として月々ライヒスマルクを払っていた。
- (130) ケスラーは、一九〇二年生まれ。一九三三年カッセルの区およびラント裁判所裁判官に任命される。少年事件にとくに關心をもち、学生時代から目を患っていたが、カッセルでは優秀な法律家とされてきた。一九三三年五月にナチ党入党。
- (131) Noani/Kropat, *Justiz und Judenverfolgung*, Bd. 2, *Juden vor Gericht 1945-1955*, 1978, S. 308ff.
- (132) Noam/Kropat, a. a. O., S. 315.
- (133) Noam/Kropat, a. a. O., S. 316, 318.
- (134) Noam/Kropat, a. a. O., S. 320. [抜粋]
- (135) 135の身分裁判事件については、vgl. Spendel, *Rechtsbeugung durch Rechtsprechung*, S. 89ff.; ders., *Festschrift für Ulrich Klug*, 1983, Bd. 2, S. 377ff.; Friedrich, a. a. O., S. 202ff.
- (136) Friedrich, a. a. O., S. 203f.
- (137) BGHSt 2, 173; Friedrich, a. a. O., S. 204ff.
- (138) Friedrich, a. a. O., S. 209f.
- (139) Friedrich, a. a. O., S. 210ff.
- (140) Spindel, a. a. O., S. 106ff.; Friedrich, a. a. O., S. 212ff.
- (141) Spindel, a. a. O., S. 108ff.; Friedrich, a. a. O., S. 218ff. 139の判決によって本件は、確定した。
- (142) Spindel, a. a. O., S. 108ff.
- (143) Friedrich, a. a. O., S. 218f.; Spindel, a. a. O., S. 110.
- (144) Friedrich, a. a. O., S. 221. 139の「やうに」フッセンコーテンが処刑の執行に関与した点で違法であるとする判決の見解に対しては、シュベンデルが厳しくこれを批判している。フロッセンビュルク強制収容所でのカナリスらの「有罪判決」は、

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理(五)

「裁判所長」(Gerichtsherr)たるヒトラー、あるいはその委託を受けたカルテンブルンナーによって確認されていないというのが違法であるというのが本判決のフッペンコーテンの行為を違法とした理由である。しかし、シュペンデルによれば、違法性の問題を、「身分裁判所」の設置の種類や、「手続」の執行に、つまり、「死刑判決」に至った状況にからせるのではなく、「裁判所長」による、つまり、殺人の起因者(教唆者)であるヒトラーらによる「確認」にからせることは、全くグロテスクである(Spendel, a. O., S. 112f.)。

第四節 ナチ犯罪の刑事学的分析

(1) イェーガーによるナチ犯罪の特徴づけ

カール・ヤスバースは、ナチ犯罪を「国家行政による大量殺人犯罪」と特徴づけた⁽¹⁶⁾が、それは、ナチ犯罪の刑事学的特徴をよく表している。ナチ犯罪の集団犯としての刑事学的分析を行った刑法学者ヘルベルト・イェーガーは、ナチ犯罪を「国家的に組織された集団犯罪」であったと特徴づけている⁽¹⁶⁾。イェーガーは、一九六六年初頭までに終了した研究において、ルートヴィヒスブルク・センターの資料を駆使し、未公開の裁判資料をも多数収集・調査し、『全体主義的支配のもとにおける犯罪』(初版一九六七年)を公刊した。上のナチ犯罪の特徴づけからも明白のように、ナチ犯罪は、国家犯罪であると同時に集団犯罪であるという側面をもつ。いわば国家自体が犯罪的組織なのであり、通常の集団犯とは、そこに差異が見られる。別の機会に書かれた「集団犯罪の刑事学に関する思考⁽¹⁸⁾」と題する論文において、イェーガーは、集団犯に特徴的なのは、次のような二つの特殊性であるとする。(1)道徳的価値志向の集団の変更が見られること。その変更は、もしそれがなければ効果的であるような規範表象、文化的禁止、阻害因子および責任メカニズムを、それによって弱体化し、または完全に停止することにつながるものである。(2)個人を、自ら

の発意では決して行うことができなかつたであろう行為へと動機づける状況上の影響、外部的行為条件および集団力動的な適応強制に特殊な意義が認められることである。その意味で、その効果においては最も重大な犯罪において、個人の責任が、疑問にさらされることが多いのである。集団的に実現された損害の全体については個人によって責任を負いえず、その個人的な作用の割合はしばしば十分には孤立化して取り出すことができない。イエーガーによれば、「命令による強制、同調性の圧力、集団力学、そしてまた不法の意識の低下によって主観的責任の追及も困難になる」⁽⁴⁹⁾のである。しかし、私見によって、さらに付け加えると、ナチ犯罪の特色としての国家による犯罪という側面を無視することはできない。ここでは、国家的権威と合法性の仮装などの準倫理的正当化要素も加わって、個人の責任意識はより希薄になるものと思われる。準正当性をもった国家体制の中で、組織化されたヒエラルキー的装置を用い、国家的な無言の圧力の中で、個人は「小さな歯車」となって、権力者の医師を純粹に機能的に遂行する「テロ」の道具となる。しかし、このような不法国家の中の犯罪についても、その組織の内外的関与の形態に関し、さまざまな形態がありうることはいうまでもない。

(2) 全体主義的犯罪の現象形態類型

さて、このような国家的に組織化された集団犯罪としてのナチ犯罪を刑事学的に分析したイエーガーは、この全体主義的犯罪を三つの現象形態に分類した。①命令されていない犯罪（過剰行為）、②命令遂行の比較的独立の形態（任意的行為）、③事象に対する個人的影響がほとんど存在しない遂行の非独立的な形態（命令による行為）が、それである。⁽⁵⁰⁾以下では、このイエーガーの分析を紹介して、ナチ犯罪の特徴的な側面を明らかにしたい。

①過剰行為⁽⁵¹⁾

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理 (五)

まず何らの命令なくして実行された犯罪もナチ犯罪に属することがある。それは、自分自身の動機から行われる行為ではあるが、「通常の」個人的犯罪からは、それが、刑事学的に、一定の外界の事情に、つまり、全体主義的支配、集団的テロ、政治イデオロギーの大衆教化などに結びつけられていることによって、区別される。従って、それは、集団的例外的事態における個人的行為であると特徴づけられよう。

(a) 後楯のない行為 (Ungedeckte Tat) これは、国家機関によって完全には担保されておらず、許されざる不法行為だとみなされ、しかも部分的には、刑事訴追された犯罪を意味する。その数は、もとより、極めて少数であった。これに属する例としては、開戦後初期の専断的に行われたテロ行為が法違反・規律違反として処理された事例がある。例えば、橋の修理のために徴用された五〇人のユダヤ人を、夕方、作業の後にシナゴークに連れ込んで、突然、射殺したSS突撃隊員と巡査につき、戦時裁判所は、軽い自由刑に処し、後に恩赦を与えられた事件が、これに属する。その他、テロと私的犯罪が組み合わさった事件がある。一九四三年後半に、強制収容所における汚職事件の調査から、殺人行為が明らかになり、その調査を開始せざるをえなくなった事件が発生した。調査の発端は、ブーヘンヴァルト (Buchwald) 強制収容所であった。その所長が戦時経済犯罪を行ったという疑いがかけられたのであるが、調査委員会によって、証人として予定していた囚人がもはや生きていないことが発覚した。このようにして、委員会は、明らかに不利な証人を消す目的で実行された犯罪の罪跡を発見したのであった。所長夫妻と幾人かの看守が逮捕され、部分的にはSS裁判所手続で有罪とされた。捜査は別の収容所にも及び、全部で八〇〇件の同種の事件が捜査され、二二〇人のSS隊員が有罪判決を受けた。

この種の事件には、明らかに命令に反しているが、刑事上訴追されなかったものが多数存在する。捜査機関に検挙

の関心がほとんどないこと、職務規律の遵守違反を見逃すという一般的実務がこの背景には存在した。

(b) 恣意的行為 (Willkürakte) なかんとなく、強制収容所、抹殺収容所、ゲットーなどにおいて、暗黙のうちに受容されたか、明示的に是認された多数の犯罪が行われた。これらの殺害行為は、囚人の生殺与奪の無制限の支配をもつ全く統制できない権力的地位の行使として行われた。それらは、全くシステムティックに、日常行為として、まるで殺人が蚊を殺す行為であるかのように行われた。多数の犯罪がさりげなく行われ、なんらの外部的な行為に至る契機もない場合も稀ではない。行為者自身が二〇〇人から三〇〇人の被害者を出したと自白した事件があるが、実際にはこの何倍もの数に登ると推測されている。証人の供述によれば、「虎のように」残忍なトレブリンカの最後の所長について、デュッセルドルフ陪審裁判所は、口頭の判決理由において、所長が所内におけるその権力を恐ろしく利用し尽くしたことを認定した。彼は、囚人をいわれなく虐待し、殺害した。巡回と点呼の際に彼は射殺しガス室に送る囚人を探し求め、囚人に飼い馴らした犬をけしかけ、銃の台座やバケツで殴り、背後や馬上から撃った。

(c) 作戦行動の際の過剰行為 (Aktionseizesse) 個人的恣意的行為は、収容所の恒常的なテロとだけ結びつくのではなく、直接に抹殺に向けられてはいない集団の迫害行動——例えば、ユダヤ人街の手入れ、搜索、ゲットーの明け渡し、収容所への輸送——とも結びついていた。もちろん、命令状況は、ここでは、いずれにせよ、作戦行動への参加そのものが、一般に、命令に起源をもつ点で、強制収容所犯罪のそれとは異なっている。この具体例としては、次の例のみを挙げておこう。あるユダヤ人輸送列車がポーランドの途中の駅で停車したとき、小さな女の子が列車から降りて、五ズロツティーと引き換えにスプーン一杯の水が欲しいと駅員に懇願した。あるドイツ人の駅員がコップに水を入れて持ってくるように命令した。その子が水を飲んでいる最中に、輸送係長は、手に持ったコップをたたき

落とし、その子を虐待し始めた。列車からその子の父親が駆け寄り、慈悲を嘆願した。係長は、ピストルを抜いてその父親の首を撃って殺害した。この例は、作戦行動の際の過剰を典型的に表している。

(d) 迎合行為 (Willährigkeitaten) 上官の意思に合わそうとして犯罪に出る場合もある。上官の意図は、ついでに煽動したり、希望、ほめめかしまたは暗号で表現されたガイドラインとして示されるにすぎず、その上、それが部下によって「感じ取られる」に過ぎない場合もある。テロ・システムは、命令によってのみ統御されるのではない。それは、体制の意味において「正しい」行動が単純に命令されるのではなく、部下によって解釈しつつ探されなければならぬ間接的な心理的操縦方法にも依拠する部分もあるのである。命令と服従に代わる間接的影響と迎合的適応というこの方法は、一般に、極めて確かであって、指導部が、その犯罪的行動にあたって公式に姿を現したくない場合には、背後にとどまって、明示的な命令を避けることができるのである。例として、次のものを挙げておく。

メルク (Melk) における囚人収容所分室長が、病気の囚人達を自らの手で多数絞殺したとして起訴された。被告人は、所長が「この分室には無駄飯食いが多すぎる」とほめめかしたから、明らかに彼に期待されていたことをしようとしたのだと述べて、自己弁護した。その際、被告人は、いつも彼の見解によれば、もはや長く生きれなかった囚人を選んだのであった。

(e) ポグロムへの参加 (Pogrombeteiligung) 大量犯罪の形式で行われる一定の犯罪については、それが全体行動としては統制・操縦されているが、個別行為に関しては、比較的恣意的に行われているのが典型的である。その際、統制は、権力者およびその首謀者が、そのすでに熱狂化され、または計画的に煽動された信奉者の攻撃性に、一定の方向を与え、このようにして、テロの道具としての潜在的な犯罪準備性に役立てる点に存在する。しかし、このよう

な事例においては、具体的な経過ではなく、ポグロムの惹起のみが操縦されているのである。個々の行為者は、特定の、その行為を細かく確定する命令に直面せず、一定の緊急の暴力的傾向をもった大衆心理的意味における暗示的な集団状況に巻き込まれるだけである。一九三八年一月のライヒ水晶の夜のポグロムを例として、この「操縦された自発性」の機序がとくに明らかにされる。一月九日の行動は、中央で指揮されていたにもかかわらず、個々の行為は、部分的に自発的に、命令なき暴行とみななければならない。

(f) 専断的命令 (Eigenmächtige Befehle) もっと大規模な抹殺行動も、必ずしも大量抹殺のシステム——例えば、国家の『命令機構』——にうまく組み込まれるわけではない。若干の行為複合は、非中央集権化された、個々の命令者の主犯性が証明可能であるような組織的に独自の集団犯罪であるとみなされなければならない。もとより、そのような集団的過剰の独自性の大きさは、多様である。満員の強制収容所や医務室で「席をあける」ために、労働不能な囚人を淘汰すべく、また、「無駄飯食い」を殺害するために、囚人を大量に殺害することなどがその例である。

② 自発的行為 (Initiativen)⁽¹⁸²⁾

大抵の犯罪または犯罪的部分行為は、命令に起因する。それにもかかわらず、個々の行為者は、比較的独立して、それに関与できた。しかも、詳しく見ると、その執行も個人的動機によって共同決定されていることがしばしばである。

(a) 任意の関与 (Freiwillige Beteiligung) 任意とは、命令された犯罪への命令されざる関与を表す。例えば、銃殺に参加する者を任意に申告させて、銃殺隊を組織する場合がその例である。そのような参加者が現実、自発的に行為したのかどうか、全体主義的状况にとって典型的な「任意の強制」(Freiwiliger Zwang) に服したのかどうか、

つまり、確かに決断の自由は形式的に保障されているが、個人は任意だと主張して断るのがむづかしいという場合であつたのかどうかはいつも明確に認識できるとは限らない。

(b) 独立の個別行為 (Selbständige Einzelaten) 個人が、命令に基づいて抹殺行動に参加した場合ですら、そのような行動の経過中に、実行された犯罪が全く自発的だつたこともありうる。そのような犯罪は、確かに一般的命令によってカバーされていたが、その際、個人的な、そしてまったく利他的な動機から行われた。例えば、「捜索活動」の迫つた村のユダヤ人達が、うまく警告され、隠れることができた。しかし、赤ん坊を抱いた老婦人が抹殺隊の手に落ちた。彼女が隠れた人々の隠れ場所を白状しようとしなかったので、隊員の一人が、赤ん坊をその手から奪い取り、足を擱んで頭をドアの柱にぶつけて粉砕した。婦人は、全く動転して、隠れ場所を喋ってしまった。この非道が、統制された行動の枠内で行われたにもかかわらず、具体的な命令に起因しないことは明白である。出撃隊によつて独立に大規模な抹殺行動が行われたこともある。一九四八年のニュルンベルクの出撃部隊判決においても、出撃部隊が、命令された処刑とならんで別の殺戮行為をも頼まれて行ったことが明らかにされている。出撃部隊Cは、精神病院長から二七〇人の不治の患者を抹殺してくれるように頼まれ、この願いを聞き入れた。ここでは、大量抹殺のための出撃の内部での、とくに命令されていない自発的行動が問題になっている。

(c) 独自の命令権力 (Eigene Befehlsgewalt) 隊員が独自の決断を行ったに違いない場合にも、自発性は存在したといえる。「最終的解決」は、ヒトラーの原則命令に起因するものであるにもかかわらず、この大規模な、大きく枝分かれした抹殺行動は、単純に、個人の影響力が全くない、中央で統御された機械的な遂行過程だとはみなしえない。命令は、個別事例においては、依然として、一層の具体化、予見できない状況や変化する利害への適応を必要

とする。それは、また、例えば、抹殺の範囲や例外に関しては、さらなる解釈を必要とした。すでに、労働搾取と淘汰の原理も、命令の修正を必要とした。それは、ときには、どの原理が優先するかについて、ライヒ保安本部と経済・行政本部との間の見解の相違につながった。つまり、ユダヤ人の根絶か、軍需産業の利益かである。ライヒ保安本部は、できるだけ多くのユダヤ人を根絶しようとし、経済・行政本部は、できるだけ多くの労働力を確保したかったのである。抹殺行動の具体的な経過を規制し操縦するには、原則的命令は、あまりにも抽象的にすぎる。これを実行するためには、もしそれがなければ一般的命令が何らの効果を生まないままになるであろうというような、無数のさらなる決断が必要である。少なくとも大勢の高い地位にいる幹部には、独自の決断をする裁量の余地があった。例としては、出撃部隊の部隊長が、全部で一三万人以上のユダヤ人の殺害の命令を実行したという出撃部隊犯罪に関して、例外的に労働者としてのユダヤ人 (Arbeitsjuden) とその家族の殺害は禁止されていたにもかかわらず、男性の労働者の断種を行って、ユダヤ人の生殖を断とうとしたという場合が挙げられる。

(d) 上に向かつてのイニシアティヴ (Initiative nach oben) 大量殺戮の組織的メカニズムは、「上から下への」厳格にヒエラルキー的な命令統制にもとづいてのみ機能するだけでなく、「上に向かつてのイニシアティヴ」も存在する。決定権限のヒエラルキーが存在することは確かであるが、下部の役所は、行動に対する実際上の影響力から事態に対する中心的役割を果たすものである。それに対して、その上司の決定は、むしろ授權と許可という性格をもつ。例えば、アイヒマンは、イエルサレムにおいて、彼の部下であるユダヤ人担当官が占領地区において、どのような処置が「実際上そもそも実行可能か」を報告し、許可されるか批判されるかの要約的報告を行ったと供述している。上に向かつてのイニシアティヴは、とくに専門家の犯罪——例えば、医学的人体実験の場合のように——が問題である

ときに、一定の役割を演じる。ここでは、いかなる実験を行おうとするか、一定の実験がそもそも望ましいと考えるかどうか、実行者自身に依拠する。

(e) 協力的態度 (Kooperatives Verhalten) 統制・操縦された行動の内部でのイニシアティブであるのみならず、個々の部下が大量殺戮を促進した多くの行為寄与も含まれる。ここでは、いったん、すべての人間の行為が命令可能なのではないということを疑ってみなければならぬ。例えば、多くの知的な行為寄与は、その全体的性質からして、一切の命令的操縦が剥奪されたものである。部下は確かに射殺に参加しろという命令を受けることができる。しかし、いかに抹殺が技術的に最もうまく実行されるかにつき、一定の観念や思いつきを得よとは強制されない。従って、参加の一定の形式は、協力的にのみ可能である。それは、協力への心づもりを前提とする。この心づもりがいかなる意義をもったかは、殺戮の方法が原則的命令によってすでに規定されておらず、まず考案されなければならなかったことを疑う場合には、明らかになる。ここでは、部下には広い活動の余地が存在した。「最も実際的な」解決を見出そうとすれば、機械的服従は必要ないのであって、個々人の破壊的な技術的・組織的ファンタジーを必要とする。ガス車、ガス室、死の浴室、などの装置は、すべてまず考案されなければならなかったのであり、初めから存在したものではない。例としては、元刑事 (Kriminalrat) のクリスチャン・ヴィルトの病人を殺戮する装置の考案があげられる。

(f) 個人的行動 (Persönliche Aktivität) 大量殺戮の規模と迅速さは、部下がその行動を押し進めるエネルギーに依存している。一例を挙げると、出撃隊の例がある。ロシアとの戦争の開始直後に、ティルジツトの出撃隊は、リトニアの国境地帯で「肅清行動」を実行した。その際、五千五百二人の人が被害に会った。出撃隊長の行動が、す

で、極端な個人的行動の様相を呈している。彼が隊に命令を伝え、あらゆる準備をし、大量殺戮の初期段階で生じる困難をすべて克服し、どのようにすれば執行が最もスムーズに行くかについて提案し、技術的実行可能性に対する異議を退けた。

(g) 執行行為 (Ausführungsverhalten) 殺戮の最終段階でもまだ、個人の行為のヴァラエティーが認識できる。出撃隊の射殺行動にあたって、例えば、段階の目盛りは、極端な精神的負担の状況から、その途上で付加的な残酷行為が行われる重大なプログラムのような違反行為にまで達する。例えば、妊婦の下腹を撃たれ、赤ん坊が空中に投げられ、機関銃で撃たれ、文字通り押しつぶされた事案がある。この種の犯罪は、中央の操縦に服してはいない。それは、遂行への直接の加担者の自発的な非道行為であるとみなされなければならない。

③命令行為 (Befehlstaten)

命令行為または服従行為といえるのは、個人の行為が命令によって厳密に規定され、行為者には独自の裁量の余地が全く存在しない全く独立性のない犯罪の事案においてのみである。細分化は、ここでは、受命者の異なった動機状況に基づいてのみ可能である。

(a) 確信行為 (Überzeugungstaten) まず、受命者が、自分を国家の指導部の殺戮計画と同一視する場合がつねに存在する。というのは、かれらは、反ユダヤ主義者としてユダヤ人の根絶に賛成し、体制を支持しようとし、または大量粛清を「政治的に正当であり、戦争には不可欠である」とみなしたからである。そのことは、無条件に、射殺への参加が、若干の事案において、「不快な」「むづかしい」任務である感じられることを排除しないが、行為者は、機械的に服従するのではなく、体制の確信的な信奉者として行動したということである。

(b) 自動的服従 (Automatischer Gehorsam) 服従の一定の形式にあっては、すでに行為者にとっては、命令に従うことは全く自明のことであつたがゆえに、強制状態だといえない。かれらは、一度として執行から逃れようと考へたことがなく、外部からの圧力の下で行為しているという意識もない。例えば、ヘスは、「当時は何も考へなかつた」という。「総統自らが、『ユダヤ人問題の最終的解決』を命令されたならば、古いナチストには何ら考へることとはなかつた。ましてやSS指導者にとってはさうである」。ここでの服従の型にとって特徴的なのは、自己の判断の排除である。個人的確信や独自の関心がないのみならず、葛藤の可能性もない。出撃部隊に加担したある被告人は、「我々は道具化され、機能化されていた……内面的には私は、この射殺を確かに拒否していたが、しかし、さう機能しなければならなかつた」と語っている。

(c) 犯罪的付随的動機 (Kriminelle Nebenmotive) 命令に基づいて実行された若干の犯罪にあっては、彼の行為を、服従の観点のもとでのみ、見ることを排除する受命者の犯罪的な独自の動機が認識できる。これに属するのは、まず、命令が、実行者のサディスティックな願望を受け入れる事案である。そのような行為者にあつては、命令された犯罪のほかに、過剰行為も証明されることが稀ではない。典型的な例は、ブーヒェンヴァルトの強制収容所において所長の命令で少なくとも二五人の囚人をエヴィパン (麻薬剤)、フェノール (石炭酸) および空気の静脈内注射によつて殺害したハウプトシャルプフェーラーの事件である。裁判所は、極めて残酷な拷問と虐待の責任をも負う行為者が、拘束的な服従から行為したのではなく、囚人を苦しめることに独自の関心をもち、苦しめ殺す楽しみから行為したということを前提とした。従つて、行為者が進んで行為した原因は、残酷さと殺害欲にもありえたのである。その他、ユダヤ人の迫害の際に、被害者から貴金属などを略奪した行為者が多数存在する。ある警察事務員は、取り調

べられた際に、「ユダヤ人迫害行動は、意思に反して実行されたのだと思うと間違いである。ユダヤ人に対する憎しみが大きく、それは復讐であって、金銭や金を奪おうとしたのである」と強調したことを挙げておこう。

(d) 日和見主義と集団適応 (Opportunismus und Gruppenanpassung) 出世と犯罪の間の関係は、もっと明白に認識できる。大量殺戮への積極的な関与とは、出世と昇進の見込みが結びついている。出撃隊の所属員の間では、その「東部出撃」には、その後の職業上の出世に有利になることが期待されていた。出世の可能性とも、また、自己顕示欲とも関係していたのは、「試練の必要性」(Bewährungsbedürfnis)である。すなわち、大量殺戮を、体制の意味において「完全に役立つ」ための苛酷な試練のように「耐える」という願望である。従って、若干の者からは、大量殺戮への参加はかれらが「タフ」であることを証明する「チャンス」であるかに経験された。タフであることは、SSのエリートの資質であった。「軟弱」であるともみなされるほど恐れられたことはなかった。あるSSのシャルフフューラーは、なぜ射撃に参加することを拒まなかったのかと尋ねられたとき、次のように説明した。「私は、自分が意気地無しだとみなされるのが、怖かった」。このような動機は、命令行為者の自己記述を赤い糸のように貫いている。いつも、隊員が「面目を失墜しない」ことが重要なのである。

(e) 葛藤状況 (Konfliktituationen) 葛藤事例とされるのは、テロの圧力のもとに行われた行為、つまり、その際、行為者が、彼が欲してもいないし、是認してもいない行為へと強要された行為のみである。極端な場合には、危険状況に応じて、命令緊急非難における行為が問題になりうる。段階的にみると、葛藤状況は、極めて多様である。若干の事案においては、射撃への関与を逃れるための、たんにうわべだけの、すぐに諦めに屈する試みが見出される。また、ときには、実際上の困難を口実にした異議が唱えられたが、最終的には、目立たず、不愉快なことを招きたく

ないという欲求がこれを押さえるという事案もある。ときには、自己の良心の呵責を何人かの被害者をこつそり釈放することによって軽減するという努力も認められる。出撃部隊の隊員が処刑を遅らせることもあった。最後に、兵士の態度や絶対服従と服従忠誠に関する一定の観念の意味で、大量殺戮が非難すべきものとみなされたにもかかわらず、引き起こされた真の良心の葛藤も存在した。反応の段階の幅は、広い。それは個人的残酷性が爆発する場合から、冷笑的な無関心、または、大量殺戮を写真に撮るといったセンチシヨナルなものに対する欲求を通じて、精神的崩壊に至るまでに及ぶ。

(3) 結 論⁽¹³⁾

以上の叙述によって、ナチ犯罪にも、当時の体制からも禁止されていた犯罪から強要された犯罪までさまざまな形態があることが分かった。イエーガーは、さまざまな留保をつけながら、ナチ犯罪の領域において極めて慎重を統計的推定を行うと、一九五八年八月から一九六三年八月までの五年間に、有罪とされた者の二〇パーセントは、過剰行為者、二〇パーセントが、自発的行為者、六〇パーセントが命令行為者であるという⁽¹⁴⁾。また、葛藤行為者の割合は、調査した資料の一五パーセントから二〇パーセントにとどまったとされている。そして、若干の極めて少数の葛藤事例が命令緊急避難ないし誤想緊急避難であると評価されたのであり、これらのことから、ナチ犯罪を圧倒的に強制とテロの結果であるとみなす可能性は排除されるのであって、命令による圧力があると言いうことができるのは、むしろ事案の比較的少数部分についてのみであるとする。

イエーガーのナチ権力犯罪への関与形態の刑事学的分析は、全体主義的体制の中で行われる集団犯罪の特色をよく表している。全体主義的体制は、上から下への命令のみで成り立つものではない。そこには、それを支える人々とそ

の中でアイデンティティーを感じようとする人間、あるいはその中で権力機構の上方に向かって上昇しようとする人間、さらに、命令や作戦行動の機会を利用して、残虐な行為を行うことによってうっ積を晴そうとする人間など、様々な集団的社会的相互行為の中で、この分析に現われたような多様な類型の犯罪群が存在するのである。このような全体主義的体制内犯罪の犯罪心理学は、ナチ犯罪の共犯形態や責任に関する議論の前提とされるべきものである。なお、イエューガーは、命令緊急避難と違法性の意識についても、多数の事例をもとに分析しているが、これについては省略し刑法理論との関係で言及することにする。

- (145) Jaspers, Die Schuldfrage. Für Völkermord gibt es keine Verjährung, 1979, S. 136ff. なお、ハナ・マーレントによれば、ナチ犯罪は、「行政による大量殺戮」である。
- (146) Herbert Jäger, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft. Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität, 1982, S. 21;
- (147) Jäger, a. a. O., S. 15.
- (148) Jäger, Gedanken zur Kriminologie kollektiver Verbrechen, in: Jäger, a. a. O., S. 380ff. なお、イエューガーは、その他、Be-trachtungen zum Eichmann-Prozess, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 1962, S. 73ff. などについてもナチ犯罪の特徴を論じている。
- (149) Jäger, a. a. O., S. 381.
- (150) Jäger, a. a. O., S. 21ff.
- (151) Jäger, a. a. O., S. 22ff.
- (152) Jäger, a. a. O., S. 44ff.
- (153) Jäger, a. a. O., S. 76ff.
- (154) Jäger, a. a. O., S. 77.