

# ナチの「不法と犯罪」の戦後処理 (二)

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(以上本号)
- 第三章 占領時代におけるナチ犯罪の追及
- 第四章 連邦共和国におけるナチ犯罪の追及
- 第五章 ナチ犯罪の現象学的・刑事学的分析
- 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

#### (1) 連合国の諸構想

戦後の国際秩序の形成について、最初に英米の考え方が示されたのは、一九四一年八月九日から一二日のイギリスとアメリカの秘密の大西洋会議 (Atlantikkonferenz) の終了後二日に公表された一九四一年八月一四日の大西洋憲章 (Atlantic-Charter) においてであった。ルーズベルトとチャーチルは、そこで「ナチ暴政の最終的破壊」を戦争目的であり、世界平和の前提であると宣言した。<sup>(1)</sup> この最終的破壊という戦争目的は、一九四一年二月から翌年一月にかけてのワシントンでのアルカディア (ARCADIA) 会議でも改めて補充、詳細化された。<sup>(2)</sup> 一九四三年一月の西側連合国のカサブランカ会議において、「無条件降伏」要求がこれに加えられた。ルーズベルトとチャーチルは、カサブランカで一〇日間、会談したのであるが、その最終日、一九四三年一月二四日に、記者会見があり、そこで、無条件降伏要求が公表されたのであった。<sup>(3)</sup> ナチス・ドイツは、連合国にとって交渉相手ではないのであって、第一次大戦の終了時のウィルソンのように後になってドイツがこれを援用できるような条件を呈示しないというのが、この公表の意図であった。<sup>(4)</sup> 一九四三年一月三〇日のモスクワ外相会議において、この無条件降伏条項は、ソ連と中国によっても承認され、この会議の後、ドイツの分割計画が押し進められて行った。一九四三年一月二八日から二月一日にかけてテヘランにおいて、アメリカは、ドイツの五つの部分への分割 (dismemberment)、ルール、ザール地方およびハンブルク、北海―バルト海運河の国際管理化を提唱したが、当初は、ソ連の回答を得ることができなかった。<sup>(4a)</sup>

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理 (二)

ソビエトは、西に進軍し、ポーランド東部領域を占領した。降伏後のドイツの領土問題については、この時点ではまだ、未定であったが、国内秩序については、「非軍事化」「非ナチ化」「非中央集権化」「政治的経済的管理」という標語で、漠然たる合意が成立していた。

しかし、そのうちに英国の計画幹部においてすでに一九四三年九月二三日北ドイツから南ドイツへドイツを縦断する境界が構想された。モスクワ会議の後、列強三国の外務大臣は、「戦争の継続によって生じるヨーロッパの諸問題を検討するにあたって三つの政府が緊密に協力し合うことを保障するために」ロンドンに「ヨーロッパ諮問委員会」(European Advisory Commission)<sup>(5)</sup>を設置することを決めたが、これは、連合国の管理理事会の先行形態をなすものであった。この委員会において、上のイギリスの案が採用された。ソビエトが中部ヨーロッパ深く進出することを憂慮した結果であった。この提案は、一九四四年一月一日にヨーロッパ諮問委員会(EAC)の第二回会議において呈示され、ソビエトによって二月一八日に合意された。一九四四年九月二日のロンドンの「ドイツにおける占領地域と大ベルリンの管理に関する議定書」において、EACは、一九三七年二月三十一日のドイツの国境から出発し、三つの地域と大ベルリンの統一を規定した。<sup>(6)</sup>東プロイセンは、ソビエトの管理、オーバーシュレジエンとポーメルンの一分はポーランドの管理下に、ブレーメンとブレーマーハーフェンは、アメリカの管理下に置かれる。オーストリアは、独立の国家として再建される。ここでは、その他、「非ナチ化政策」の骨子が描かれた。一九四四年一月一日には「ドイツにおける管理機構に関する合意」がEACから付け加えられた。それによって、占領地域の将来の司令官による「最高の主権」(supreme authority)の引き受け、ならびに関係問題に関する「ドイツ全体」に対する連合国の管理理事会が確定された。<sup>(7)</sup>この九月二日と十一月四日の二つの議定書によって、一九四五年以前におけ

る連合国のドイツ政策の基本的要素、とくにドイツの三つの地域への地域分割が規定されたのであるが、注意すべきは、この地域分割は、一九四一年以降列強の間に交渉されたドイツ帝国を多くの主権をもった個別国家に細分化し、それによってドイツの解体を予定していた「分割」(dismemberment)計画とは関係がない<sup>(8)</sup>というのである。この意味の分割計画は、一九四五年初頭ヤルタ会談において、まずソビエトによって、次に英国、最後にアメリカによって、放棄されたのである。

## (2) ヤルタ会談

さて、占領ドイツに関する連合国の指針を規定したのは、一九四五年二月一日のヤルタ宣言であり、一九四七年になって公刊されたヤルタ会談の議定書である。上で述べたこれまでの会議で予定されていた事項が、ヤルタ会談で細目に仕上げられたのである。降伏文書は、一二条aによって補充され、ここでは、連合国は、ドイツに関して「最高の主権」をもつと規定された<sup>(9)</sup>。ドイツの「分割」について、ここで改めて議論された。スターリンは、ヨーロッパ諮問委員会によって準備された、連合国によるドイツの最高権力の継受ならびにドイツの武装解除および非軍事化を規定した降伏文書の中で、分割の目的に関する宣言も盛り込まれるべきだと強く主張した。ルーズベルトは、スターリンに原則として賛成したが、チャーチルは、連合国が分割を確定することを避けようとし、不承不承、スターリンに譲歩したにすぎなかった。かくして、ヤルタ会談における分割の規定は、その方法については具体的な提案を含まない妥協の産物ともいべきものであった<sup>(10)</sup>。イギリスのこの態度は、その当時の東ヨーロッパ事情の展開においてソビエトの支配下では自由で民主的な国家の樹立が困難だという認識に基づいていた。

このようにして、「分割」の可能性は、明らかに「最高の主権」の内容として降伏文書の草案(一二条a)に挿入

された。しかし、スターリンは、ヤルタ会谈の後、この分割案を撤回し、ヤルタ決議に従って、分割を示唆する形で降伏文書の作成に賛成することを拒否した。かくして、降伏の時にはヨーロッパ諮問委員会において作成され、ヤルタで保管された降伏文書ではなく、アイゼンハウアーの司令本部で速成された別の文書が用いられた。<sup>11)</sup> このテキストの中では、ドイツの分割については、もはや触れられていない。降伏の翌日(一九四五年五月九日)、スターリンは、「ドイツの分割や絶滅」はソビエトの意図ではないと宣言して、公式に分割案を放棄した。

(3) ドイツの無条件降伏と占領

一九四五年四月三〇日一五時三〇分、ヒトラーが自殺を遂げたが、その前にデーニッツ海軍元帥を国家元首および軍の最高指揮権者としてその後継者に任命した。しかし、デーニッツ自身は、この時点ではヒトラーが彼を国家元首に任命したことも、ヒトラーが死亡したことも知らなかった。ボルマンは、ヒトラーの死後三時間経った後、無線でデーニッツに「総統は、これまでのライヒ元帥・ゲーリングに代わって貴殿、元帥閣下、を後継者とされた」と知らせたが、この時、ヒトラーの死亡については知らせなかった。<sup>12)</sup>デーニッツの元首就任とヒトラーの死は、五月一日夕方、ラジオ放送を通じてドイツ国民に伝達された。この行為の憲法上の効力については争いがある。一九三二年一月十七日の法律によって改正されたワイマール憲法五一条は、ライヒ大統領の職は、大統領の早期に終了した場合には新たな選挙を行うまで」ライヒスゲリヒトの長官によって執務されると定めていた。しかしこの条項はすでにヒンデンブルクの死をもって事実上失効していた。ヒトラーの独裁の法的基礎は、もはやワイマール憲法ではなく、一九三三年三月二四日のいわゆる「授権法」であった。一九三四年八月一日の「ドイツ・ライヒの国家元首に関する法律」(RGBl. 1934, I, S. 747)の一条は、「大統領の職はライヒ首相のそれと一致する」とされ、その結果、従来のライヒ大統領の権

限は、総統でライヒ首相のヒトラーに委譲された。ヒトラーがその代理を指名した。一九三九年九月一日のライヒ議会での演説でヒトラーは、後継者を自ら任命する権利をもつことを要求した。デーニッツの任命も、この権利に基づく。デーニッツは、この新しい職を無制限の支配であると考えていたわけではなく、暫定的性格のものとしていた。国際法上もデーニッツをドイツの国家元首であると承認することにも争いがあった。<sup>(13)</sup>しかし、デーニッツがライヒ内閣を組織したことは確実である。デーニッツの委託に基づき、一九四五年五月七日にヨードル中将が連合軍司令本部において、五月九日にカイテル陸軍元帥がソビエト司令本部において「ドイツ最高司令部の名前で」あらゆるドイツの海軍、陸軍、空軍の無条件降伏に署名した。デーニッツ政権の政府権力の行使も、地域的にも機能的にも全く限定されていた。デーニッツとその閣僚、軍の最高司令部もすでに五月十一日には連合国の管理理事会の監視下にあったが、デーニッツの政府は、一九四五年五月二三日に拘束された。デーニッツ政権は、連合国から、まったく政府として承認されなかったし、その政府としての性格は、国内法上は正統性を欠くため、国際法上は効果を欠くため争われた。

その法的帰結については、多数論じられている。ドイツ軍の降伏は、国際法上は、停戦宣言を含めた軍事投降という意味をもっていた。ドイツ帝国に対する降伏の効果については、戦後争われた。多数説は、軍事的事項に効果を伝統的に限定することにこだわったが、少数説は、ドイツ帝国も降伏したのであり、しかし、その際、法人格は失わなかったものとする。最も極端な見解は、降伏を国家権力の欠落による帝国の事実的没落の証拠であるとした。<sup>(14)</sup>この点に関する詳細は、後述のところに譲る。

(4) 一九四五年六月五日ベルリン宣言

「ドイツの敗北とドイツに関する最高統治権力の継受に関する宣言」(いわゆる一九四五年六月五日のベルリン宣

言) によって初めて、新たな法状態が生じた。一九四五年六月五日に四人の連合最高司令官アイゼンハワー、シユーコフ、モントゴメリー、ラトル・ド・タシーニユ (Tassigny) は、上の宣言 (Declaration) および他の三点のステイトメントを発表した。<sup>(15)</sup>

- ① ドイツの敗戦に関する宣言、
  - ② ドイツにおける管理手続の確定、
  - ③ フランスを考慮しての占領地域の確定、
  - ④ 他の連合国の政府との審議の確定、
- である。

第一の「宣言」の導入部分は、次のように確認する。

「ドイツ陸、海、空軍は完敗し、無条件降伏し、戦争に責任を負うドイツは、もはや戦勝国の意思に抵抗する力をもたない。それによって、ドイツの無条件降伏が行われ、ドイツは、現在または将来自身に課せられるあらゆる要求に服する」。

かれらは、かれらの政府の名前によってドイツ政府によって保持された全権力を含めて、「ドイツに関する最高の主権」を要求したのである。それによれば、併合は行われるべきではなかった。すなわち、その国境はまだ未定であったが、ドイツの領土は、維持された。これは、後の連続説に強い根拠を与えることとなった。<sup>(16)</sup> ドイツにはもはや固有の政権は存在しない。もはや存在しないドイツの国家権力に代わって、管理理事会が成立させられた。六月五日の「管理手続に関する確認」は、ヨーロッパ諮問委員会における合意に遡及する。<sup>(17)</sup> 管理理事会は、四人の最高司令官

からなる。補助機関として、常任の協力委員会がその下に付属させられた。管理理事会の本拠は、ベルリンにおかれた。このベルリン文書の中で、占領地域についても確定された。このドイツを占領地域に分けるといふ構想は、一九四三年のイギリスの構想による。当時、チャーチルは、西側連合軍がライン川に到着する前に、ソビエト軍がドイツの大部分を占領する可能性を計算しており、彼は、ドイツ全土がソビエトの管理下に入ることを阻止しようと考えたのである。<sup>(18)</sup>ドイツは、今や公的にも四つの区域に分割された。

#### (5) ポツダム会談

一九四五年七月一七日から八月二日にかけてティチリエンホーフ城で開催されたポツダム会談は、三巨頭が一堂に会する最後の機会となり、ヨーロッパに新しい秩序をもたらすという課題を担っていた。それは、四つの分割された地域とベルリンにおける占領政府の出発基盤をなすものであった。<sup>(19)</sup>

この会談において、将来のドイツ政策の基本方針について一致を見た。ここで、ドイツの連合国の占領政策の政治的・経済的原則と方針が詳しく決定された。

「政治的原則」の第三点は、次のように規定する。<sup>(20)</sup>

- (1) ドイツの完全非武装化および非軍事化、そして、軍需に利用されうる全ドイツ工業の排除、もしくははその監視、
- (2) ドイツ国民は、完全な軍事的敗北を喫したこと、その国民が自らにそれによって課したことに對する責任を免れることはできないこと、その独自の非情な戦争の遂行とナチの狂信的な抵抗がドイツの経済を破壊し、混乱と窮乏を不可避なものとしたことを納得させられなければならない。

- (3) 付属組織と下部組織をもつナチ党は、壊滅させられるべきである。あらゆるナチスの行政機関は、解散させら



れるべきである。それがどのような形ででも決して再起することのないよう確実にされなければならない。一切のナチス的・軍事的活動と宣伝は防止されるべきである。

(4) ドイツの政治的生活を民主的基盤上で最終的に改造し、また、国際的生活に対しドイツに出来る平和的協力をなす準備がなされるべきである。

(1) Reimer Hansen, *Das Ende des Dritten Reiches. Die deutsche Kapitulation 1945*, 1966, S. 16 f.; Karl Dietrich Erdmann, *Das Ende des Reiches und die Entstehung der Republik Österreich, der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik* (Handbuch der deutschen Geschichte Bd. 22), 1980, S. 21.

(2) アルカディア会議においては、アメリカとイギリスは、いわゆる「ドイツを第一とする政策」(Deutschland-zuerst-Politik)をこのこと合意した。つまり、日本の参戦の後も、ドイツの生産力や化学的能力を考慮して、まず、ドイツを打ち倒すという戦略である。この会議のその他の成果は、一九四二年一月一日の国際連盟の宣言であった。Vgl. Hansen, a. a. O., S. 17.

(3) ルースベルトの「無条件降伏」要求の説明は、一九四三年一月二六日の会議の公式コミュニケには採用されなかったのであるが、次の如くである。「思うに、我々は、そのことを前もって我々の心と頭の中で描いていた。しかし、それが、首相と私によって紙に書き留められたとは思わない。それは、世界の平和が、ドイツ、日本、イタリアの戦力を全面的に排除することによってのみ、やってくるのだという決断である。ドイツ、イタリア、日本の戦力の排除とは、無条件降伏を意味する。それが将来の世界平和の合理的な保障を意味するのである。ハンゼンによれば、ルースベルトは、無条件降伏要求をこのカサブランカ会議で、突然に思いついたというのは、誤りである。Vgl. Hansen, S. 18, 19.

(4) Bernhard Diestelkamp, *Rechts- und verfassungsgeschichtliche Probleme zur Frühgeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, Jus 1980, S. 403.

(4 a) このテハラン会議とルースベルトの構想については、H・K・ルップ(深谷満雄訳)『現代ドイツ政治史』(一九八六年)有斐閣選書、一六頁以下参照。

(5) ヨーロッパ諮問委員会は、一九四四年一月一四日に設置されたが、その後、ほとんどもっぱら終戦後の共同のドイツ政策

問題を取り組んだ。

- (9) Michael Stolleis, *Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau deutscher Staatlichkeit 1945-1949*, in: Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, I, 1987, S. 179 f.
- (10) Stolleis, a. a. O., S. 180.
- (11) Vgl. Theo Stammen, *Das alliierte Besatzungsregime in Deutschland*, in: Becker/Stammen/Waldmann (Hrsg.), *Vorgeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl., 1987, S. 66.
- (12) Alois Mertes, *Die Tragweite und Bedeutung der Berliner Vier-Mächte-Erklärung für Deutschland*, *Das Potsdamer Abkommen und die Deutschlandfrage*. II. Teil: *Berliner Deklaration und Sonderfragen* (Hrsg. v. Blumenwitz/Kimminich/u. a.), 1987, S. 1 f.
- (13) Erdmann, a. a. O., S. 30 f.
- (14) Erdmann, a. a. O., S. 31.
- (15) Hansen, a. a. O., S. 93. ヒトラーは、四月二十九日早朝、口述筆記させた三通の政治的遺言を同日ベルリンに持って行かせた。一通は「ニーニッツ」<sup>1)</sup>、もう一通は「シュルナー (Schörner)」に宛てられており、残りの一通は、公衆のために保管されるべきものであった。しかし、この文書のどれもその目的を達成しなかった。デーニッツは、このヒトラーの遺言の存在を終戦後にはじめて知った。
- (16) Hansen, a. a. O., S. 99.
- (17) Stolleis, a. a. O., S. 182.
- (18) Mertes, *Das Potsdamer Abkommen und die Deutschlandfrage*, 2, 1987, S. 2.
- (19) Stolleis, a. a. O., S. 183.
- (20) Erdmann, a. a. O., S. 38.
- (21) Erdmann, a. a. O., S. 40.
- (22) Stolleis, a. a. O., S. 184; Erdmann, a. a. O., S. 58. なお「アルフレート・グロセル (山本・三島・相良・鈴木訳)」「ドイツ総決算」(一九八一年)六一頁以下をも参照。

(20) Stammen, Vorgeschichte, S. 65. など、経済原則、政治原則については、前掲『ドイツ総決算』六六頁以下をも参照。

## 第二節 占領政策の執行組織

### (1) 占領政策目的と占領政権のシステム

ドイツにおける占領政府の中心的な目的は、いわゆる四つの大文字のDによって表される。非軍事化 (Demilitarisierung) 、非ナチ化 (Denazifizierung) 、解体 (Denontage) 、民主化 (Demokratisierung) である。<sup>(21)</sup> しかし、この「四つの大文字のD」であらわされるような占領の目的を保障することは、特別の組織と地域的分類をとまなう特別の占領政権の樹立を必要とすると考えられるが、このような占領政権は、どのように組織され、構成されるべきであらうか。<sup>(22)</sup>

まず、占領地域を統治したのは、アメリカ軍とイギリス軍のいわゆる軍事臨時編成部隊 (militarische Detachements) であった。これは、最高司令本部 (SHAEFF) によって一九四四年八月に作成されたドイツのための軍政府のハンドブックに基づいて、戦闘中の軍の背後に即時、新たなドイツ民間統治を組織するものであった。この過渡的局面は、一九四五年七月一日にSHAEFFが解散された後、そして、連合軍が進攻の途上で確保した地域を占領地域として割り当てられた領域に退去した後を終了した。この時点から、連邦共和国の建国まで続く占領体制が組織化されたのである。<sup>(23)</sup>

さて、この意味での連合国の占領政権の全体的システムは、複合体であり、相互に密接な交互関係に立つ三つの次元を包括した。(1) 最高かつ第一の決定次元として各年に二回集まる四列強の外相会議があった。そこでは、共通のド

イツ政策に関する一般的・原則的決定および指針が策定された。(2)連合国の管理理事会が、中間的または第二の決定次元をなした。管理理事会は、「信託」の形式で、占領されたドイツにおける連合国によって引き受けられた国家権力を行使した。(3)占領政府の最下位のまたは第三の次元は、各地域に一つの軍政府によって、形成された。軍政府には、二つの上位の次元で決定された指令と法律を遂行する義務が課せられた。<sup>(24)</sup>

## (2) 占領地域の分割管理

ヤルタにおいて確定された地域へのドイツの分割ならびにベルリンの地区(セクター)への分割は、すでにポツダム会談の開始前に完了した。<sup>(25)</sup>とくにドイツの戦後史を決定づけた軍隊の移動は、まさにポツダム会談を睨んで挙行された。ソビエトは、降伏時点では確かにベルリンを管理したが、それは、ソビエトに予定されていた占領地域の約三分の二に過ぎなかった。一九四五年七月初旬になってはじめて、「逐次―交換―交渉」(Zug-um-Zug-Geschäft)が行われ、ソビエトは、西ベルリンを明け渡し、その代わりに西側連合国の、それらの国々によって占領されたメックレンブルク、チューリンゲン、ザックセン、チェコスロバキアから撤退した。<sup>(26)</sup>

四つの地域は、政治的、経済的に重要性を異にし、異なって統治された。ドイツの中央政府は、フランスの抵抗で成立せず、管理理事会も全ドイツ行政機関の役割を果たすことができなかったので、各占領地域における発展は、初めから独自のであり、その速度も異なっていた。人口数も全く異なっていたし、経済力も差異があり、境界線が経済的必要性の単位を縦断するかのようにつなげられ、異なった文化や歴史、国柄をもつ地域をひとまとめにしていた。また、占領国の政治構想も異なっていた。それぞれが、その地域内で独自のシステムを構想し、独自のドイツ政策でその基準によってそのシステムを修正した。大ざっぱには、次のようにいうことができよう。フランスは、連合諸州からな

るできるだけ弱い、非中央集権的なドイツを望んでいた。その他、ライン左岸地域の管理、ザールラントの引き受け、ルール地方の国際管理を希望していた。ソビエトは、「全体ドイツ」を、中央集権を希望し、このようにして自己の領域を越えて影響を及ぼそうとしていた。アメリカ合衆国は、各ラントの権限を明確にし、民主的に正統化できるように下から上まで改革しようとし、アメリカの連邦制度を模倣した制度を作り上げようとしていた。英国の軍政府は、植民地支配の伝統に従って、中央集権的に作られていたが、かれらは、ドイツ行政府の樹立を支援し、連邦モデルを望んだ。<sup>(27)</sup>

### (3) 管理理事会

連合国によって共同で行使された占領支配の中央機関は、ベルリンの連合国管理理事会であった。その法的地位は、ドイツの法状態に関する理論の関係で異なって解釈された。つまり、国際法上の共同機関としてか、あるいはドイツ国家権力の信託上の受託者としてである。<sup>(28)</sup> 管理理事会は、基礎的文書によれば、二つの課題を負っていた。一つは、そのしかるべき占領地域における個々の最高指揮権者の処分の適性な統一性を心がけることであり、他は、互いに協調しながらドイツ全体に関係する基本的問題についての決定を行うことであつた。<sup>(29)</sup>

一九四五年八月三〇日に管理理事会が設立され、この時点から業務を開始した。<sup>(30)</sup> その住所はプロイセンのカマーゲリヒトの建物の中に置かれた。その構成員は、軍政長官 (Militärgouverneur) と各地域の最高指揮権者 (Oberbefehlshaber) であつた。その代表者達がいわゆる調整委員会 (Koordinierungsausschuss) に集まり、そのもとで、一 (二) (後に一〇) の首脳部をもつ管理幹部 (Kontrollstab) が仕事をした。首脳部には、四列強の代表者が配置された。これら首脳部は、多数の委員会と小委員会を作つた。それとやらんで、一列強国にひとりの管理幹部がいた。その担

当部局は各地域の軍政府とつながりを保つ任務をもった。管理理事会では総じて、約四千人の人が働いていた。

管理理事会の機能能力は、合意に依存する構造のゆえに、列強の相互関係に依存していた。しかも、管理理事会による統治が非常な困難をともなった原因としては、さらに、この複雑な組織構造そのものに由来するものと、全ドイツに対して管理理事会で決定された法律や処分を執行する機関である「ドイツ中央行政所」(deutsche zentrale Verwaltungsstellen)が、当初、ポツダム宣言の中では計画されていながら設立されず、下部の各地域の軍政府などに管理理事会の政策の実行が委ねられた点にあると指摘されている<sup>(31)</sup>。東西の緊張関係の顕在化が、これに拍車をかけた。

占領諸国の緊張関係が増すに連れて、連合国は、一層のこと拒否権を用い始め、そして、ついに管理理事会の終焉をもたらした<sup>(32)</sup>。一九四八年三月二〇日にソビエトの代表者が脱退したのである。従って管理理事会は、ドイツ全土での占領支配の統一化、ドイツ全体の問題の決定といった本来の任務を不完全にししか果たすことができなかった。各地域は、多かれ少なかれコントロールされずに併存し、ソビエトは初めから勝手に行動し、フランスも一九四八年中頃からこれに加わったが、これに対し、イギリスとアメリカは、一九四六年六月から共同作業するようになった。

管理理事会の大きな意義は、布告 (Proklamationen)、法律 (Gesetze)、命令 (Befehlen)、および指令 (Direktiven) といった形式での立法活動にあった。それは、ナチズムの法諸規範や制度を廃止し、新たな法を制定することを目的とした。それは、第三帝国の崩壊と廃止法の発効によって生じた間隙を埋めるとともに、例えば、労働裁判所のような新たな制度を設けるためでもあった。その際、管理理事会は、短期間にナチズムによって制定された大量の法を内容的に検討し、「ナチ・イデオロギー」をともなう要素と「通常の立法」とを分けるといふ困難な課題に直面した<sup>(33)</sup>。

(4) 軍政府

四つの占領地域の軍政府は、それぞれの故国の政府の下にあり、その様々な管轄部門に対して責任を負った<sup>(34)</sup>。一九四五年九月に純然たる軍事占領行政部にとって代わったイギリスのドイツ・コントロール・コミッション (Control Commission for Germany/British Element) (CCG/BE) は、外務省に属するドイツ・オーストリア管理局の下に立ったが、ベルリン近郊のバート・アインハウゼン (Bad Oeynhausen) に本拠を置いた。イギリスは、このコミッションのもとに、地域執行事務所 (Zonal Executives Offices) を置き、それによって各クライスの行政まで統括するという中央集権的行政システムを作って、その地域を自ら統治した。アメリカのドイツ軍政府 (OMGG)、およびドイツ軍政府事務局 (OMGUS) は合衆国防省の管轄に属した。OMGUS は、本拠をベルリンに置いたが、その下部組織をフランクフルトに置いた。フランスのドイツに対する管理委員会 (Conseil de controle de la France pour l'Allemagne) (CCFA) は、外務省の占領問題総委員会によって指揮された。西側占領諸国などの軍政府についても、故国の政府との緊張関係がなくなかった。場所的には、一部はベルリンに置かれたドイツ全体のための軍政府と、一部は、各地域におかれた地域の軍政府とに分けられた。ソビエトのドイツ軍行政部 (SMAD) は、ベルリンの近くのカールスホルスト (Karlsruhe) に本拠を置き、ソビエト占領地域を統治した。他の三つの西側占領地域とは異なり、ソビエトは、その地域の再構成のための詳細な計画を準備したのみならず、この作業を委ねられたよく訓練されたドイツ人のグループを通じても、これを行った。一九四五年四月三〇日にモスクワからドイツに飛んだ「ウルブリヒト・グループ」がそれである<sup>(35)</sup>。

(5) ベルリンの特殊な地位

大ベルリン（一九二〇年に定められた境界線による）は、特殊的地位を占めた。<sup>(36)</sup>ベルリンは、占領地域に属さず、セクターに分けられた。最高の統治機関として、管理理事会の下にある連合国司令部が機能した。司令部は、一九四五年七月一日にその作業を開始した。そこでは、部の長は、一四日毎に交代したが、後には一月毎の交代となった。その指令に基づきベルリンの占領後ソビエトによって形成された市参事会 (Magistrat) が、市長アルトゥール・ヴェルナーのもとに作業した。二〇の行政地区に対する地域行政法（一九四五年九月二六日）を経由して、司令部の管理のもとに起草された一九四五年八月一三日の大ベルリン暫定憲法が成立した。この基礎に基づいて、一九四六年一月二〇日に最後の大ベルリンにおける自由選挙が催された。選挙戦は、明らかに民主主義の方向を向いていた。ソビエト地区では、SPDに対する多数の選挙妨害があったが、投票者数は九二・三パーセントに達した。その際、SPDが六三議席（四八・七％）、CDUが二九議席（二二・二％）、LDP/FDPが一二議席（九・八％）、SEDが二六議席（一九・八％）を獲得した。オットー・オストロウスキー (Otto Ostrowski) (SPD) がオーバーブュルガマイスター (大市長) となった。オストロウスキーは、SPDの意思で一九四七年四月一八日にエルンスト・ロイター (Ernst Reuter) に交代させられる予定であったが、これは、ソビエトの抗議で潰れた。そこでルイーゼ・シュレーダー (Louise Schröder) が、一九四八年末まで代理した。それはベルリンをめぐる神経戦争の時代であった。

その後すぐに共通性がなくなった。連合国司令部は、その仕事を終了し、通貨の統一はなくなった。市議会と市参事会は、東セクターに追いやられ、シェーネブルクへ移った。東ベルリンは、新しい大市長に、元のライヒ大統領の息子、フリッツ・エーベルトを擁した。西側では一九四八年二月五日に市参事会選挙が行われた。一九四九年一月



一八日にエルンスト・ロイターが大市長に選ばれた。一九四九年三月には「ヴェストマルク」が、西ベルリンでの唯一の通貨となった。<sup>(33)</sup>

- (21) Stammen, Vorgeschichte, S. 65.
- (22) Stammen, Vorgeschichte, S. 66.
- (23) Diestelkamp, Jus 1981, S. 409.
- (24) Stammen, Vorgeschichte, S. 67.
- (25) Stolleis, a. a. O., S. 191.
- (26) Stolleis, a. a. O., S. 191.
- (27) Stolleis, a. a. O., S. 192.
- (28) Stolleis, a. a. O., S. 192.
- (29) Stammen, a. a. O., S. 68.
- (30) Stolleis, a. a. O., S. 192 f.
- (31) Vgl. Stammen, a. a. O., S. 68 ff., 70 ff.; auch Stolleis, a. a. O., S. 193.
- (32) ノビエトは六九回「フランクス 一三回」アメリカ 一三回「イギリス 二回」の割合で拒否権が行使された (Vgl. Stolleis, a. a. O., S. 193.)<sup>o</sup>
- (33) Stolleis, a. a. O., S. 193.
- (34) 各軍政府の組織・活動について Vgl. Stolleis, a. a. O., S. 193 ff.; Stammen, a. a. O., S. 72 ff.; Diestelkamp, Jus 1981, S. 409 ff.
- (35) Vgl. Diestelkamp, Jus 1981, S. 410.
- (36) Stolleis, a. a. O., S. 186.
- (37) W. Ribbe, Geschichte Berlins, 2. Band, 1987, S. 1044; Stolleis, a. a. O., S. 186.
- (38) Stolleis, a. a. O., S. 186.

### 第三節 ライヒ連続説と没落説

#### (1) 国家の連続・不連続の問題

前述のように、一九四五年五月八日にドイツ第三帝国は、連合国に対して無条件降伏をした。これによって、第二次大戦は終了し、ドイツは、連合国の占領下に入った。その年の六月五日には、ベルリンでドイツ軍司令部による「ドイツの敗北と最高統治権力の継承に関する宣言」(ベルリン宣言)への署名が行われた。これによって、第三帝国は、滅亡したのである。

さて、この第三帝国の滅亡によって、「ドイツ帝国」が国家として没落・滅亡したのか、それとも、「ドイツ帝国」は、存続して、占領時代を経て、連邦共和国ないし民主共和国につながったのであろうか。この問題は、戦後ドイツの国際法上の地位をめぐる諸要求や外交政策の決定にあたって立脚する政治的立場の出発点となったのであり、連邦共和国の国内法の諸問題についても、ナチ法体制との連続性・断絶性という前提問題をなしたのである。この問題は、もちろん、政治的観点からのみならず、政治と密接に結びつきながら学問的にも、戦後、法学者、とくに国際法学者や歴史家によって、繰り返し議論された。<sup>39)</sup>この学問上の理論が、政治的目的達成のための武器として利用されたことは、我々の問題関心からも重要である。

後に詳述するように、戦後史において、この議論は、何段階かに分けることができるが、最も大まかに段階づけると、ドイツ連邦共和国とドイツ民主共和国の建国の段階と、一九七二年の両ドイツの基本条約の締結以降の段階とに分けることができるであろう。後者については、国際法上は、一九七〇年代の初頭に、ブランドト・シニェール政権のもとでソビエトと結ばれた条約(一九七〇年八月一二日)、ポーランド人民共和国(一九七〇年二月七日)、およびドイツ

民主共和国（一九七一年一月二七日の通行条約、一九七二年五月二六日の交流条約、および一九七二年一月二二日の基本条約）との条約などによって新たな基礎が形成された。<sup>(40)</sup> 国内法上は、すでに一九五三年一月一七日のいわゆる「基本法一三一条」に関する連邦憲法裁判所の判決<sup>(41)</sup>によって、この問題に対する連邦憲法裁判所の判断が示され、そこでは没落説に立脚されたが、さらに、この問題については、連邦憲法裁判所が、ドイツ連邦共和国とドイツ民主共和国の關係の基礎に関する、一九七二年一月二二日のドイツ連邦共和国とドイツ民主共和国の間の条約に対する一九七三年六月六日の法律が、基本法に適合するかという憲法訴訟に対する、一九七三年七月三十一日の判決<sup>(42)</sup>の中で取り組み、ここでは存続説が採られている。<sup>(43)</sup>

「基本法——国際法学者や国法学者のテーゼだけではなく——は、ドイツ帝国は、一九四五年の崩壊を越えて存続した (überdauern) のであり、降伏によっても連合占領諸国によるドイツにおける別の国家権力の行使によっても、その後にも、滅亡しなかったということから出発する。そのことは、基本法の序文、一六条、二三条、一一六条および一四六条から明らかである。そのことは、本法廷が支持する連邦憲法裁判所の不断の判例にも対応する。ドイツ帝国は、存続<sup>(44)</sup>、依然として権利能力をもつが、もちろん、全体国家としては、組織が欠けるために、とくに制度化された機関が欠けるため、自身としては、行為能力がない。基本法の中には、全体ドイツ国民や全体ドイツ国家権力といった見解が『定められてる』(BVerfGE 2, 266 [277])。『全体としてのドイツ』に対する責任は、四列強も、また、担うものである (BVerfGE 1, 351 [362 f., 367])」。

(2) 問題の所在

それでは、なぜ、このような「ドイツ帝国」の存続の問題が論じられたのであろうか。ここで展開される議論を理

解するには法的问题とその歴史的条件について、予め論じておくことが必要であろう。<sup>(46)</sup> ドイツは国家としておよび国際法上の主体として第二次世界大戦の終了の際に滅亡したのだろうか。そうだとすると、ドイツ国民は、戦後、新たな国家形態を改めて樹立したことになる。またはドイツ国家は確かに行為無能力とはなったが、権利能力は存続したのであって、その結果、戦勝国は一九四五年にドイツにおける高権を、信託的に、行為無能力となったドイツ国家のために引き受けたにすぎないのだろうか。この問いに対する二つの異なった答えは、法的にも政治的にも全く異なった帰結を生み出す。軍事占領 (occupatio bellica) だとするならば、戦勝国は、その占領支配権を行使するにあたって、国際法上の慣習法の一般的原则に拘束され、ハーグ陸戦条規 (Haager Landkriegsordnung) およびジュネーブ協定の制限に服する。これに反して、ドイツが国家として没落・滅亡したのならば、占領諸国は、ドイツ人に、その諸国自体の国民にもとりうる処分をなす権限を有する。つまり、今日まで争われている帰結を挙げるならば、ドイツ帝国が、ポツダム会談の時点で行為無能力だったにすぎないのであれば、ドイツは、オーデル・ナイセの東の領域に関する「三巨頭」の決定によって拘束されない。なぜならば、戦勝国は、この他国の領土に関して、国際法上の拘束力をもつて処分できないからである。ドイツ国家がこの時点でもはや存在しなかったとすれば、戦勝国がオリジナルの処分権をもつ領土の有効な割譲が問題である。全ドイツ国家は、その場合、それによって生じた現実の限界内でのみ新たに生成したのである。<sup>(46)</sup>

国際法理論によれば、国家は、軍事的に敗北を喫しただけでは、たとえ完全な占領がそれに続いたとしても、没落・滅亡するものではない。そのような結果が発生するのは、戦勝国が、他国の領土の占領を、併合の意思をもって、または、征服 (subjugation) のために行う場合にのみである。<sup>(47)</sup> 従って、占領者は、他国の国民とその領土を、完全に

征服し、他の国家権力が明らかに排除され、自らの国家権力によって代替せしめるといふ意図をもつ必要がある。ドイツの国家の滅亡、帝国の連続性の問題は、連合国がそのような意思をもっていたか、それを、しかるべき行為において確認したかどうかにある<sup>(48)</sup>。

(3) ケルゼンの問題提起

ケルン大学の職を追われ、オーストリアに移り、さらにアメリカに亡命していた国際法学者ハンス・ケルゼンが、一九四四年に、アメリカの法律雑誌に「終戦直後に確立されるべきドイツの国際法上の地位」と題する論文<sup>(49)</sup>を公表したのが、この問題を法的に論じた最初であるとされている。それまでは、戦争終結後のドイツの取り扱いについての政治上の議論は行われていたが、三巨頭のモスクワ宣言において、オーストリア共和国のドイツ帝国による併合が承認されないとされ、ドイツを多数の国家に分裂させるといふ案の中で、オーストリアを独立国家として再建する方針が決定されたのを契機として、ケルゼンは、このような政治的目的を国際法的にどのように説明すべきかを問うたのである<sup>(50)</sup>。ケルゼンによれば、戦勝国は、ドイツの軍事的制圧ののち、三つの可能性をもつ。

① 第一に、軍事占領 (Occupatio bellica) である。この概念は、一九〇七年のハーグ陸戦条規 (Haager Land-kriegsordnung) においては、国際法上規制された敵対行為の続行中の敵領土の軍事的占領を意味するとされた。しかし、この方法では、例えば、政治構造の変革などの本質的変更が不可能なため、これを採ることはできないとする。そして、終戦後に発表した論文では、これを補って、無条件降伏とデーニッツ政府の退陣によってドイツ国家は、国際法の意味においては存続をやめたのであるから、戦争当事者が欠落したことになり、それによって戦争状態も終了したので、この構成は採れないとした<sup>(52)</sup>。第二に、平時占領 (Occupatio pacifica) である。この方法に関しては、ケル

ゼンは、ナチ政府であれ、その後成立すべき民主的政府であれ、条約の締結が政治的に不適切であり、あるいは、生ずるであろう戦勝国の厳しい措置を考慮すると、ドイツ政府がこれを履行しうるかどうか懸念されるがゆえに適切ではないとする。③最後に、混合占領 (Kondominium) の形式<sup>(53)</sup>があるが、ケルゼンは、これを採用すべきだとする。この方法をとることによって法的にも異議なく、政治的にも合目的な解決が可能だとする。これによると、敗戦国の国家としての主権は完全に排除されるのであり、ドイツ国家の従来の法人格性は、国際法上も、国法上も余さず否定されるのであって、混合占領諸国に好都合だとするのである。ここでも、ケルゼンは、その前提としてのドイツ国家の没落は、無条件降伏とその最後の国民政府の廃絶によって与えられるとする。ケルゼンによれば、「主権国家ドイツの新たな憲法は、ナチ憲法における憲法上の変化または革命的变化の結果ではなく、新しい憲法上の生命の開始であり、ナチスドイツの法的紐帯によってつながれない新たな社会としてのみ、民主的なドイツがこの戦争の後国際組織に加入すべきである」とされる<sup>(54)</sup>。

このように、ケルゼンは、主として敗戦国ドイツの戦後処理という政治的目的のための国際法的理論構成を考えたのであり、その中で、「ドイツ国家の没落」(Untergang des deutschen Staates)を肯定したのであった。しかし、このケルゼンの没落説は、ドイツの全くの異説となった。ただ、クレイ將軍の協力者達からは、この説が少なくとも何らかの影響を与えたことが報告され<sup>(55)</sup>、ニュルンベルク裁判においては、当時、アメリカの戦後政策問題行政部の顧問であったケルゼンの学説に従ったという<sup>(56)</sup>。

(4) ドイツにおける議論の展開

一九六〇年のアルントの論稿<sup>(57)</sup>によれば、この問題の歴史は、大きく三つの段階に分けることができる。第一段階は、

戦闘行為の終了直後、占領の開始の際にドイツが国家として消滅したのかという問いとして現れた。当時のヘッセンの首相ガイラーが著書を公刊し、クルト・シューマヒャーがそれを基礎にしてその政治的姿勢を形成したという。また、学会においてこの問題が大きく論じられたのは、一九四七年四月一六日・一七日にラウンの主導で開催されたハンプルクでの第一回ドイツ国際法学者大会<sup>(58)</sup>での議論である。この大会では、ほとんど専らドイツの敗北とその占領から帰結する法問題が、論じられた。会議は、ラウンの報告で始まった。この大会の以前には、ケルゼンの見解は、ドイツでは全く知られていなかった。<sup>(59)</sup>この大会の報告者、ラウンは、この文献を入手するのに苦労したことを書いているほどである。さて、この会議の報告者は、ケルゼンのこの理論構成と批判的に対決することから出発しているといつてよい。とくに、メンツェルの報告は、ケルゼン説を紹介し、これを批判しつつ信託混合占領であるという自説を展開したものである。メンツェルは、ケルゼンのドイツ没落説に対しては、ドイツ国家は、国際法上は、権利主体でなくなったのではなく、法律行為能力が制限されているにすぎないのだとする。<sup>(60)</sup>このハンプルクの大会では、ラウンのお膳立てで、国際法学者の決議が行われるが、その第一号は、「ドイツ帝国は、ドイツ国防軍の無条件降伏と占領の後も、独自の国民をもつ国家および一般的国際法の意味における権利主体にとどまる」というものであった。<sup>(61)</sup>しかし、この存続説は、政治的には、当時すでに、ドイツの分割という漸次生じていた傾向に逆らうための力を得るひとつの希望という意味をもつたと言われている。<sup>(62)</sup>この第一号を前提に、その他の具体的な戦勝国と占領諸国に対するその行動に関するドイツの要求が、さらに演繹され、決議に掲げられている。ラウンがその報告の中で政治的批判はするつもりはないのであって、法的前提から批判するだけである、と強調したにもかかわらず、掲げられた要求の高度に政治的な性格が、このテーマがたんなる学問以上のことが問題であるということを示している。第二段階は、二つの

ドイツが登場した一九四九年から一九五五年にかけてであり、この二つのドイツ問題がテュービンゲンの国法学者大会で議論されたという。二つのドイツの成立によって問題は、ドイツ帝国がそもそも存続しているかという問いからそれは「どのように」存続しているかという問いに変わってきたとされている。<sup>(63)</sup> 第三段階は、一九五五年以降であり、二つのドイツ問題が、一九四五年まで遡ってはたしてドイツ国家が戦後も存続したのかという問いが問い直された時期であるという。<sup>(64)</sup> アルントの前掲書は、一九六〇年のものであるから、それ以降の展開をも考慮するならば、一九七二年以降、一九九〇年一〇月三日までが第四段階ということになる。以下では、しかし、第一段階における議論の展開とその意味を中心に考察し、一九四九年以降については、略述するにとどめる。

(5) 国内法および国際法上の議論の展開

①一九四六年まで

フレンブルクの海軍司令部にある情報部は、一九四五年五月八日の降伏文書のイギリスによる解説を傍受した。それは、「法的にはドイツ帝国はもはや存在しない」という言葉で始まるものであった。このことは、デーニッツ海軍元帥と国防軍の司令部に、一九四五年五月一二日に伝えられたが、その際、この解釈は誤りであるとのコメントが付け<sup>(65)</sup> であった。これに対して、フレンブルクの職務執行内閣のために、國務次官シュトゥッカルト<sup>(65a)</sup> (Stuckart) は、一九四五年五月二二日に鑑定書を提出した。それは、それ以後繰り返し用いられた論拠をもって、ドイツは国際法的に国家として存続することをやめていないという結果に到達したものであった。<sup>(66)</sup> 翌日、関係者がイギリスによって拘禁されたので、この文書は、知られないままになり、何の効果をも生み出さなかった。崩壊していく体制の最後の権力者以外に、第三帝国が残した混沌の中で、公行政の新構造を樹立しようとした者にとってもこの問題と取り組む契機はあ



つた。<sup>(67)</sup> それらの人々にとっては、ライヒが存続するかしないかは、先に決められるべき日常実務の問題であった。そこで、一九四五年七月一日の「ヘッセン州における法状態について」と題する鑑定書においては、この新しい行政単位がいかなる法制定権能をもつか、それが従来<sup>(68)</sup>の官吏と雇員の雇用関係を続行させるのか、ライヒおよびラント官庁の私法上の拘束性は、保証しなければならぬかが説明されなければならなかった。焦眉の行政および法実務のそのような問題について、この月には一連の鑑定による意見表明が出た。これらの鑑定は、ひとつの例外を除いてすべてライヒは国家としては滅亡していないという結論に達したものであった。この時には、ケルゼンの論文の存在にはまだ気づかれていなかった。<sup>(68)</sup> これらの鑑定が純粹に国法学的に論証していたことは、注目に値する。

②一九四六年中頃から一九四八年まで

ドイツにおける議論の流れの第二段階は、一九四六年の後半に、とくに、国際法上の議論として行われたことに特徴をもつ。ヴィルヘルム・コルニデス<sup>(69)</sup>が一九四六年一〇月から十一月にかけてケルゼンの論文を詳細な内容報告を通じて、ドイツの学会に紹介したが、この議論の発端である。ケルゼンの理論が、当初、即座に徹底的に拒否されたというわけではない<sup>(70)</sup>ことは、これが、コルニデスによって、占領支配の基礎として役立つ資料として、紹介されたことに示されている。連合国の管理官庁を設立するための国際法的考察について何らの公式の発言は知られていなかった<sup>(71)</sup>たのであり、コルニデスは、それが「ドイツの現在置かれている地位をとくに鋭く浮かび上がらせ、このテーマに関して多くの貴重な示唆を提供している<sup>(72)</sup>」がゆえに、これを紹介したのであった。ただし、一九四七年には、すでに、これに対する激しい議論が巻き起こる<sup>(73)</sup>。この段階は、ロルフ・シュテッターの詳細な分析によって幕を閉じる。すなわち、一九四八年夏である。ドイツ法学は、この時期すでに、連続説の圧倒的支持を確固たるものとしていた。

(6) 政治的次元における議論の展開

学問的論争の第二の段階の開始は、すでに何カ月か前に、政治的次元において準備されていた。<sup>(74)</sup>一九四六年五月六日にコンラート・アデナウアーは、イギリス地域の地区顧問団 (Zonenbeirat) において、ドイツの国際法上の状況を、著名な、外国の国際法専門家の鑑定をとることによって説明させるよう提案した。これは、定年退職した外務参事官 (Legationsrat) のオイゲン・ブッデ (Eugen Budde) 博士の考えに由来するものと推測されている。<sup>(75)</sup> 実際家であったアデナウアーは、そのような鑑定書の中で連続説を確認することを通じて、占領諸国がハーグ陸戦条規を遵守する可能性に望みを託したのであった。アデナウアーは、イギリスとアメリカにおいては、法と国際法の尊重の風潮が大であり、従ってこの行動によってドイツの外交政策上の可能性の再生が図られるのではないかとこの考えから出発した。<sup>(76)</sup> もとよりこの望みはかなわなかった。ただし、軍政府は一九四六年九月一六日の最終的解答において、この点における一切の確定を避け、ただ彼らの見解によれば、ドイツの占領には先例はないから、ハーグ陸戦条規は、適用できないということを確認したにすぎなかったからである。同時に、この点をこれ以上議論することを禁止するとされたが、アデナウアーは、これを無視した。一九四七年末から一九四八年初頭にかけて、彼はデュッセルドルフの「ライニッシェ・ポスト紙」(Rheinische Post) 上にこれに関する記事を公表した。<sup>(77)</sup>

その他のドイツの政治家も同じ頃、ライヒの連続性のテーマを国際法の問題だと気付いた。たとえば、ヘッセン州の初代首相カール・ガイラー (Karl Geiler) は、一九四六年初頭イギリス地域会議で、元ドイツの教授でロンドンに亡命したのち、バリスターとなり当時英国ドイツ管理委員会 (British Control Commission for Germany) の会員であったエルンスト・コーン (Ernst Cohn) に出会い、その機会に、一九四六年八月のケンブリッジでの会議で国際

協会に採択されるはずだから、「国際法学会」ドイツ支部を新たに組織するようにと示唆されたのであるが、その時ガイラーはケルゼンの論文について教えられ、この結論は間違いでであると指摘した<sup>(78)</sup>。ヘッセンの司法大臣ゲオルク・アウグスト・ツィン (Georg August Zinn) は、採択申請が却下されることを恐れて、国際的行動は行わず、「南西ドイツ・国際法協会」(Südwestdeutsche Vereinigung für Internationales Recht) の設立で満足した。その最初の会合は、一九四六年九月一八日にヴィースバーデンで開催されたが、首相ガイラーは、「ドイツの国際法上の地位について」報告し、この講演で、ケルゼンの立場を激しく攻撃した<sup>(79)</sup>。ガイラーと結託して、司法大臣ツィンは、自らが一九四六年一月四―六日にヴィースバーデンに招集したラントの司法局長の四地域会議をケルゼンのテーゼに対する彼の攻撃の場として利用した。そのテキストはまず、会議の参加者用の記念本として出版されたが、一九四七年初頭にガイラーによって共同編集された「南ドイツ法律家新聞」<sup>(80)</sup>の中に公刊されたとき初めて、広範な反響を呼んだ。

一九四六年にまたもやほの見えたドイツ講和条約会議の望みとの関連で、この年、至るところで、講和条約の問題について議論され、ドイツ代表団のための資料が作成されることになった<sup>(81)</sup>。一九四六年秋以来、諸ラントの国家目的、州政府官房も、ドイツ平和問題事務局も担当官を設置し始めた。このような委員会および施設において国際法の主体としてのライヒの存続の問題も日程にのぼらなければならなかった。この基盤から、講和条約会議へのドイツの参加とドイツの立場の防衛が、もっとも確実に、保証されえたからである。もちろん、このことは、法的専門知識がこの作業に持ち込まれたところで、最も迅速に行われた。例えば、市長室付の講和条約ハンブルク事務局がそうである。この事務局長には、ハンス・ペーター・イプセン (Hans Peter Ipsen) 教授が招聘された<sup>(82)</sup>。イプセン教授は、戦後のドイツ法の状態問題に関する議論の主唱者のひとりであった著名なハンブルクの国際法学者ルードルフ・ラウン

(Rudolf Laun) 教授の弟子であり、学部同僚であった。

外交センターのようなものが存在しないことから生じる各占領地域にまたがる様々な主導権をとりまとめるという機関を設立するという計画は、すでに前段階においてドイツ人の間での政党政治上の対立に陥っていたのであるが、最終的には、クレイ (Clay) 将軍の異議によって挫折した<sup>(83)</sup>。クレイは、そのような機関の設立をアメリカ地域のみ許可した。こうして出来た「ドイツ平和問題事務局」(Das Deutsche Büro für Friedensfragen) は、一九四七年四月末に、シュトゥットガルトで作業を始めた<sup>(84)</sup>。当初から、その所員もあとの二つの西側地域からの専門家もこの事務局を重視したので、この事務局は、最終的に、ドイツの学問的・政治的活動の重要な収集所・仲介所になった。

#### (7) 学問的議論と政治的雰囲気

注目すべきは、ドイツ帝国が没落していないと解釈するドイツ人の論者達は、その論稿を西側地域で創刊された法律専門誌に掲載したのではなく、政治出版機関誌に掲載したことである<sup>(85)</sup>。また、この事態が完全に新規であると位置づけ、捉えようとすることによって、彼らの考察には、原則として法的な観点に比して政治的観点がより強く考慮されたことも目立った特徴である。これに反して、法律専門誌においては、戦争、降伏およびドイツの占領が法的問題としてのみ捉えられ、伝統的国際法のカテゴリーによって捉えられた。こうすることによって、ドイツが決定的に関わったこの近い過去の出来事が、伝統的国際法のあらゆる限界を越えたものであったということを忘れさせうる価値中立性が守られたのであろう。しかし、このように国際法の確証済の原則へと退却することは、外観上異質な諸々の表現の背後に潜む政治への法の適用という構想を貫徹するためには必要であった。ルードルフ・ラウンは、一九四七年四月一六日のそのバンベルクでの講演において、意識的に、普遍妥当性への要求をもったそのような内在的な法学

的に厳密に学問的な批判を目指した。彼とその同調者は、当時ドイツは国際社会の貶まれ者として政治的には全く発言力がなかったもので、もし不正義なことをしたくなければ、国際法社会が聞き流すことのできない意見表明をなそうと望んだのである。それは、国際法の基準を変更することを一切拒否するときのみ、成功しえた。つまり、伝統的な国際法を援用して、余りにも小さくなったドイツの政治的宇宙の外に支点を求めようとしたのである。<sup>(86)</sup> かかる益々大きくなる多数によって受容された見方においては、反対説を唱える者は、邪魔なアウトサイダーとなった。従って、かれらは、意識的・無意識的に無視された。それに象徴的なのは、ヘレンキムゼーにおける憲法制定会議における出来事である。老練な元外交官、テオ・コルト (Theo Kord) は、当時ボン大学に職を得ており、ドイツ平和問題事務局の「法的问题」と称する討議グループにおける専門家としてその問題に最も精通していたが、ヘレンキムゼーでの会議において、国家没落テーゼは、ただ一人の国法学者―つまりハンス・ケルゼン―によって支持されているにすぎないと述べた。彼は、野次によって、そこに出席していたミュンヘン大学教授ナヴィアスキー (Nawiatzki) も同じ見解だと知らされたのである。すでにナヴィアスキーのような著名な大学教授にもこのようなことがおこり得たのだとすれば、その他の没落説を唱えていた人々、すなわち、当時ブランデンブルク司法省の参事官であったヴォルフガング・アベントロート、市井の学者であったユルゲン・フォン・ケンプスキーあるいはフランクフルトの弁護士であったヴァルター・レーヴァルトにどのようなチャンスがあったらどうか。かれらは、徐々に発言をしなくなった。ときには、徐々に形成されてきた意見の一致を妨害する動きは、好ましくない発言の公刊を阻止することによって封ぜられた。例えば、カルロ・シュミット (Carlo Schmid) とその側近のグスタフ・フォン・シュモラー (Gustav von Schmoller) は、一九四八年に、ユルゲン・フォン・ケンプスキーが後にその著作集 (一九六五年)<sup>(89)</sup> に収録された

「占領と信託のはさま」と題する論文を「メルクル」(Markus)という雑誌に掲載しようとしたところ、これを編集部に圧力を加えることによって阻止しようとしたとされている<sup>(91)</sup>。それを阻止することによって、たとえ西ドイツの政治的・精神的世界をわずかに変ええたにすぎないとしても、基本法が連続説の基盤に成立した当時としては掲載は歓迎すべきことではなかった。それによって、ドイツ国法学・国際法学が国家としてのライヒの存続に関して与えていた一体性の印象が妨げられたかも知れないのである。この印象から、かれらは、一九四七年および一九四八年には益々特殊・具体的な法的帰結を演繹した。かくして連続性は戦争状態の存続に関する、平和交渉へのドイツの代表者の出席の必要性に関する、国籍法についての、修復、復興、接収および占領のための費用に関する意見表明につき不可欠の出発点であった。それらは占領制定法の形式における占領法の新形成について再考することにつながったのである。従って、連続説は、占領諸国の処分に對する多数の反對のための出発点であり、ドイツと多数の地域でのドイツ人の法的地位の改善のための要求に對する基礎となったのである<sup>(92)</sup>。

#### (8) 政治の学問への影響

政治的機関ないし政治家が、自己の政治的主張に利用すべく、このドイツ帝国の存続・没落に関する説につき、学者を鑑定人として招聘したことによって、国際法上の議論は、ますます集中的に行われるようになった。その際、「平和問題ドイツ事務局」がその重要な仲介機能を果たした。この関係で文献に登場する大抵の名前は、この事務局の研究員ないし専門家としての圏内から発したものであった。

一九四七年夏、カルロ・シュミット(SPD)<sup>(93)</sup>は、ヴェルテンベルク州の枢密顧問官であり、司法大臣であったが、ヴィルヘルム・クレーヴェ(Wilhelm Grewe)教授に、占領法と占領制定法の問題に関する鑑

定書を書くように依頼した。この依頼は、明らかに、この問題に関するシュミット自身の、彼がカウフマン教授と一緒にミュンヘンでの首相会議（一九四七年六月六日〜八日）において報告したこの問題に関する努力に関係したものであった。一九四七年九月、カルロ・シュミットは、イギリス地域顧問団の小委員会が提出した占領法草案に入られるよう依頼されたが、平和問題ドイツ事務局は、一九四七年一二月にこのテーマを再び採り上げ、カルロ・シュミットの親しい協力者であったグスタフ・フォン・シュモラーが報告者となった。シュモラーは、委員会において、依頼人の気に入らなかったクレーヴェ教授の鑑定を政治的に穏便なものに修正した。この例は、学問と政治の密接な関係を示している。

当時、占領国に対してドイツ人がもっていた政治的活動余地は、ゼロに近いものであって、徐々に拡大されていくにすぎない。そこで、国際法上の地位を援用することによって、敗北したドイツに対する政治状況を変革しようとして試みられた。<sup>(96)</sup> このことは、SPDの指導部の見解の変更<sup>(97)</sup>に現れている。

クルト・シューマツヒャー<sup>(98)</sup>のもとで、SPD指導部は、当初、「国家と社会の再建ではなく新構築を」という綱領を掲げていた。この政策は、没落説と結びつく傾向をもつことは明らかである。ただし、シューマツヒャーは、この問題を全く法的問題として捉えず、むしろ政治的関心のみが念頭にあった。とくにドイツの国際的地位に関するかれの政治的関心が、当時の支配的雰囲気とは全く異なったものであったことが決定的な意味をもつ。一九四七年一月二八日の社会民主党の記者会見の席上、シューマツヒャーはこの問題について次のように述べた。<sup>(99)</sup> 「戦勝国は、全面的勝利とはあらゆる帰結をとまなう全面的な責任を意味するという事実を払拭できない」。すなわち、彼は、連統説を唱える人々が何としても望んだこと、つまり、ドイツ人の、平和機関への参加を欲してはいなかったのである。むしろ

ろ、彼は、ドイツ人にそのような平和法において意義深く期待しうることを、全面的な責任において熟慮することと  
いう要請を付して、戦勝国に義務が履行されることを望んだのである。SPDの指導部は、一九四七年の前半期には、  
この方針を貫いた。しかし、後半期になって、カルロ・シュミットやゲオルク・アウグスト・ツィンおよびアドル  
フ・アレントなどの指導部の影響力の大きい法律家の影響で、この方針と訣別した。<sup>(10)</sup>一九四八年という決定的な年  
は、社会民主党も、連続説を承認した。

(9) 基本法の制定と連続説・没落説

一九四七年一二月に、四つの連合諸国の外相会議がロンドンで開催されたとき、アメリカは、西側ドイツのマーシ  
ャルプラン・プログラムへの経済的編入に対する、および、西側ドイツを建国することによって三つの西側地域を政  
治的に統合するためのイニシアティブをとった。<sup>(11)</sup>一九四八年二月末に、ロンドンで始まったドイツをめぐる六カ国会  
議では、「自由な国民の共同体へと民主主義ドイツが参加するための基礎を作る」西側の計画に集中して論議された。  
一九四八年中頃になって、三つの西側占領地域に西側の国家をつくることが最終的に決定され、一九四八年七月一日  
に、西側地域の三人の首相は、フランクフルトで、軍政長官から三つのいわゆるフランクフルト憲章を手渡され、こ  
の憲章に記された原則に従って、西側国家のための憲法制定作業を進行させて欲しいという要請が付されていた。<sup>(12)</sup>

ドイツ国家の存続をめぐる議論は、まず、誰が西側国家を建国するに適しているかという問題について風発した。  
FDPの政治家フランツ・ブリュヒャー (Franz Brühler) は、その会議の提案が知らされた直後、ロンドン会議が、  
各ラントの首相に憲法制定作業の準備を委託しようとしたことに、不快の念を露にした。<sup>(13)</sup>ブリュヒャーは、そのこ  
とから、連合国は、明らかに、諸ラントを唯一の現存する法主体とみなし、それによって、連合国がドイツという



法主体の存続を強調するというこれまでの法見解を放棄したという結論を導いたのである。このプリュヒャーの推論は、必然的なものではなかったにもかかわらず、憲法総会 (Verfassungsgkonvent) にまで対立をもたらしした。バイエルンは、初めから、帝国は没落したという立場に立っていた。一九四六年一二月のバイエルン憲法もそこから出発している。<sup>(四)</sup>従って、憲法制定会議においてもバイエルン政府の代表は、諸ラントがドイツの国家権力の唯一の担い手として、西側国家を建国する権限をもつという立場に立脚した。バイエルンにとっては、そのような部分国家の樹立は、理論的にも政治的にも全く問題がなかった。その他の諸ラントの代表は、これに連続説をもって対抗した。それによれば、ドイツは、国家としてもはや樹立しえない、新たに組織化されうるだけであるとされた。この見解は、従来も確かに見え隠れしていたが、連合国に対して向けられた説の定式化においては、決して前景には現れなかった。それは、今や、西側列強の委託によって樹立されるべき構成物の樹立行為の国家論的正統化をめぐる論争の中心に位置することになったのである。

一九四八年九月一日から一九四九年五月八日までの憲法制定会議 (Parlamentarischer Rat) においても、まず、新国家の設立のための憲法論上の正統化が改めて議論の中心となった。<sup>(五)</sup>バイエルンは、諸ラントが国家創設の担い手であるとした独自の憲法草案をボンに提出したからである。これに対して、多数のラントは、すでに憲法制定会議での立場を援用し、原則委員会で第五号において明白に次のように規定した。「ワイマール共和国や、そもそも一九四五年以前のドイツ帝国との関係において、国家権力や領土に関する新しい連邦国家の連続性」は、前文のための編纂委員会に指針として前提されるべきである。<sup>(六)</sup>それは、今や、創設の正統化に関してバイエルンの立場を退けるという以上のものであった。むしろ、それによって、初めから、従来は理論的のみ議論されていた法的立場が、憲法上拘束

力をもたされることになったのであった。この一歩前進によって、連続説は、新たな法的性質を獲得しただけではなく、新たな方向と機能を得たのである。つまり、創設されるべき部分国家の過去の全ドイツ国家に対する連続性は、一般的に、基本法の国家論的基礎とされたのであり、国家的統一の再樹立に対するドイツ人の、この理念に初めから結びつけられていた願いが、憲法上の拘束力をもつ要請へと転じたのである。カルロ・シュミットは、論争の最後に、憲法制定会議における主委員会の委員長として、ライヒの存続が表現されている前文は、レトリック上の序文としてのみ捉えられるべきではなく、基本法の性格にとって決定的であるようなあらゆる要素を含んでいるものだと言明したのであった。<sup>(107)</sup>

(10) 一九四九年以降の学説の検討

さて、一九四九年までにすでに、ケルゼン流の没落説は、以上で検討したような政治的・外交政策的理由から、ドイツ国内ではほとんど支持者をみなくなっていたが、もとより、「ケルゼンの理論が克服されたのは、それが『誤り』であったからではなく、その前提がなくなつたから」<sup>(108)</sup>なのであり、それは具体的には、ドイツ国民が終戦後三年目に入つてまだ国際法的に真空状態におかれていることは、もはや耐えられないこと<sup>(109)</sup>だというのが、一般的雰囲気になりつつあったからである。

前述のように、一九四九年に、連邦共和国とドイツ民主共和国という二つのドイツ国家が建国されると、圧倒的多数説であった連続説にも、この現象に対する説明が求められることになった。当初、二つのドイツの存在を前提にして、両ドイツが存続する「ライヒの屋根」(Reichsdach)の下での国法上の「暫定的制度(Provisorien)」としての部分的組織だと捉える説(部分秩序説 Teilordnungslehre)が唱えられたが、冷戦が始まったことによって、東ドイ

ツは、一九五二年に、ドイツ帝国は一九四九年に没落し、その後、その領土に二つの独立の後継国家が存立したという「二つの国家説」(Zwei-Staaten-Theorie)を採るにいたり、また、ドイツ連邦共和国でも、すでに一九五〇年に、通説は、「国家中核説」(Staatskern-Theorie)の亜種としての同一説 (Identitätstheorie)を採用するに至った<sup>(11)</sup>という。それによると、連邦共和国は、国家としてはドイツ帝国と同一であり、その領土は、全ドイツと捉えられるべきであるが、ただ東ドイツは、不法な、準「反乱的な」政権であると捉えられる。この説によると、東ドイツを国際的に評価することは、ドイツ帝国の新形態としての連邦共和国に対する非友好的行為と見なされるという効果をもつ。この説の危険性についてはすでに一九五九年にマーシャル・フォン・ビバーシュタインによって指摘された<sup>(12)</sup>。キルンは、一九七四年の論文の中では、ドイツ帝国は国法上の権利主体としては、二つのドイツの展開によってもはや存在しないが、国際法上の主体としては存続する、ドイツ連邦共和国は、ドイツ帝国との国法上の連続性をもち、国際法上も同一であるが、東ドイツと同じく「部分的に同一」であるに過ぎないという説を展開している<sup>(13)</sup>。

(11) 一九七〇年段階でのドイツ法状態モデル

全部で四つのモデルが唱えられている<sup>(14)</sup>。これらのモデルは、大きく、没落説と連続説に分けられるが、次の第一説のみが没落説であり、あとは連続説である。

①二つの国家モデル (Zwei-Staaten-Modelle) このモデルによれば、滅亡したドイツ帝国の領土には、二つの新しい国家が成立した<sup>(15)</sup>。ドイツ連邦共和国とドイツ民主共和国である。両国はそれぞれドイツ帝国の後継者であって、それ以上でも以下でもない。それぞれの関係については、両国家は、二つの独立の、相互に独立の国際法の主体のように対立する。このモデルは五〇年代中頃からの東ドイツの理論であり実務である<sup>(16)</sup>。

③無制限自己同一説 (uneingeschränkte Identitätstheorie) 上の説によれば、連邦共和国は、ドイツ帝国と自己同一である<sup>(16)</sup>。しかも、連邦共和国がドイツ国家を国境についても国民についても具現しているのである。このことは、とくに、連邦共和国の領土が今日の基本法の妥当範囲を越えて及ぶのであり、従ってベルリンもドイツ民主共和国もこの領土に含まれるのである。確かに、連邦共和国の国家機関は、事実的理由から、また一般的国際法が連邦共和国に一定の制限を課しているがゆえに、内部ドイツの国境を越えては高権は行使できない。しかし、この状態は、ドイツ帝国という名称をもった存続し続ける統一の国家としての観念を何ら変更するわけではない。この国家の中核を占めるのは連邦共和国である(国家中核説)。

④縮減的国家テーゼ (Schrumpfstaatsese) これは、自己同一説の第二変形類型である<sup>(17)</sup>。このテーゼによれば、連邦共和国は、確かにドイツ帝国と同一ではあるが、存続するドイツ帝国は、その領土という構成要素に関して、その国民に関して、連邦共和国と西ベルリンに「縮減」している。かくして東ドイツは、連邦共和国の外にあるだけではなく、基本法の妥当領域に縮減したドイツ帝国の外にあるのである。基本法の妥当領域と連邦共和国の領土とは一致する。

自己同一説の変形としての国家中核説 (Staatskernmodelle) が、一九六九年まで連邦共和国における学問的議論のみならず連邦憲法裁判所の判例でもあり、連邦政府の「東」ドイツ対策・外交をも決定してきたが、縮減的国家テーゼは、学問的には散発的に主張されているにすぎない。

④屋根理論 (Dachtheorie) この理論の出発点も、部分秩序モデルである。ドイツ帝国の元の領域の上に少なくとも二つの新しい部分秩序、二つの独立のドイツ国家が成立したとする。両国家ともにドイツ帝国とは同一ではない。

屋根理論は、二つの国家モデルとは、この理論がドイツ帝国との自己同一性は認めないが、ドイツ帝国の連続性は固持する点で区別される。その際、行為能力はないが存続するドイツ帝国は、その元の領土の上に存在する部分秩序の上に被さり、それらを少なくとも国家法類似の団体へと統括する屋根のごときものである。<sup>(18)</sup>

第一の「二つの国家モデル」が前提にする帝国没落説は、連邦共和国の憲法（基本法）と矛盾する。基本法は、ドイツ帝国の存続から出発しているということは、連邦憲法裁判所の判例が繰り返し強調するところである。国家中核説に対しては、国際法におけるその基礎に法的疑問がある。この両ドイツ国家の関係については、連邦共和国とドイツ民主共和国の基本条約が規定している。条約の第三条によれば、条約当事国は、「その領土の不可侵性の無制約の尊重」の義務を負う。第四条によれば、「両国のいづれも他方を国際的に代表し、その名称で行為することはできない」とする。さらに第六条では、両条約当事国は、相互関係の基盤として、「両国のそれぞれの高権はその領土に限定される」という原則を確認している。東ドイツに国家性を否認し、ドイツ帝国と同一の連邦共和国の領土の上に存在する政権と性格づけることは、基本条約においてははっきりと承認された国際法上の状況ともはや適合しない。

(12) 国法学上の議論

以上で見てきたように、ドイツ帝国の存続の問題は、むしろ、国際法上の議論であり、ナチス法体系の存続の前提としての「国家の存続」の問題を取り扱ったものではない。<sup>(19)</sup>

それでは、国法学上の議論は、どうであろうか。イエリネック以来の古典的な国家概念は、国家の存立には、領土、国民、国家権力の三要素を必要とする見解（三要素説）であるが、無条件降伏によって、ドイツの憲法が壊滅し、「国家権力」は消滅したのではないのだろうか。しかし、終戦直後の学説は、「国家権力」に代えて「再組織化への

憲法政治的意思」があればよいとする。つまり、国法上の連続には、当該の国民の間で過渡的に憲法生活の続行が表明されていけばよいとする見解を唱えた。例えば、クレーヴェは、「あらゆる革命やある国家の全面的な戦争による降伏によってほとんど必然的に生じる暫定的な無政府状態のように、憲法のない国家が存在する可能性を認めることは法的に許されないことではない。それにもかかわらず、憲法と行為能力のある国民の機関のない国家は、暫定的のみ、また、国家の統一に対する意思が生き残っており、あらゆるエネルギーが正常な憲法状態の再建に向けられているという前提のみ、受忍されうる」とする。<sup>(12)</sup>しかし、二つのドイツの成立によって、一九四九年以降は、国家の続行には、再組織化される国家権力ではなく、「法的に未形成な実体」(rechtlich ungebildete Substanzen)で十分であるという見解が唱えられた。<sup>(13)</sup>この国法上の連続説は、戦後の自然法論議と近似する。

#### (13) 憲法体制の実質上の変革

以上のような国法上の「国家」連続論が、ナチスの憲法体制の連邦共和国への実質的連続性の問題にどのように関わるかについては、明らかではない。少なくとも、ナチスの法体制を妥当せしめていた憲法体制は、実質上、崩壊したというべきであるから、実質的意味における「憲法の非連続性」は承認されているのではないかと思われる。具体的には、憲法体制の変革は、ここでも、一九三三年のナチス「革命」のときと同様、「法思考」の転換というレヴェルで、現実化されることになる。キルンは、この点につき、逆の側面から次のように言う。「ナチス国家の崩壊によって法律学がナチスの憲法体制に内在する法思考からいかにして逃れることができるのかという問題が生じた」と。この法思考の転換は、キルンによると、法治国家的法概念のみの連続という観点において行われた。彼は、言う。

「主として、ナチス時代の法の連邦共和国の法への移行は、ドイツの世論と法学が、一九四五年の崩壊によって、

合理的—法治国家的法概念に立ち戻り、この概念を、暗黙のうちに第三帝国に関するあらゆる法言明の基礎としたことによって成立させられた<sup>(134)</sup>。

つまり、この合理的・法治国家的な法概念のみが、法であるという思考によって、「ドイツの法律学は、ナチス憲法体制とナチス法のエッセンスを音もなく遡及的に除去した」のである<sup>(135)</sup>。

占領諸国の非ナチ化政策が、これらの法の革新の重要な動因であったことは言うまでもない。管理理事会法が次々に発せられ、ナチス法の除去が実現されていった。例えば、司法の再建に関しては、一九四五年一月二〇日の管理理事会布告第三号が、次のような前文を付して、発せられた。「連合諸国によってヒトラーの権力支配が廃止されたことによって、ナチスの裁判所のテロ体制は廃止された。それには、民主主義、文明化および正義の獲得に基礎を置く司法がとって代わらなければならない。管理理事会は、司法の再建に関して次のような原則を宣言する。その原則は、ドイツ全土に妥当する」。ここで挙げられている原則は、「法律の前の平等」「被告人の権利の保障」「ヒトラーの緊急時裁判所、特別裁判所の廃止」「裁判官の独立」<sup>(136)</sup>である。また、刑法の領域においては、ナチ時代の「刑罰法規」全体の放棄を宣言する三つの重要な法律を挙げることができる。一九四五年九月二〇日の管理理事会法第一号、一九四六年一月三〇日の管理理事会法第一号、および一九四七年六月二〇日の管理理事会布告第三号がそれである。管理理事会法第一号によって、政治的性質をもつ二五の法律、またはナチス体制が依拠した緊急事態法が失効させられ、第一一号によって、もう一度、さらに一四の法律と命令がこれに加えられた。布告第三号は、次のように規定する。「ヒトラー政権の時代に政治的または宗教的理由から科せられた刑罰は、取り消されなければならない」<sup>(137)</sup>。

(39) これに関する文献の代表的なものとして入手したものを挙げておくと、vgl. Adolf Arndt, *Der deutsche Staat als Rechts-*

- problem, 1960; Laun, *Der gegenwärtige Rechtszustand Deutschlands*, Jahrbuch für internationales und ausländisches öffentl. Recht, 1948, I, S. 9 ff.; Decken, *Die Grenzen der Geltung der Haager Landkriegsordnung*, a. a. O., S. 22; F. A. Mann, *The present legal status of Germany*, a. a. O., S. 27; Eberhard Menzel, *Deutschland—ein Kondominium oder Koimperium—eine Auseinandersetzung mit den Thesen von Prof. Kelsen—*, a. a. O., S. 43 ff.; Hans-Jörg Bücking, *Der Rechtsstatus des Deutschen Reiches*, 1979 (兼米以文憲 | 國論); Diestelkamp, *Rechts- und verfassungsgeschichtliche Probleme zur Frühgeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, Jus 1980, S. 481 ff.; Menzel, *Zur völkerrechtlichen Lage Deutschlands*, Politisches Archiv 1947, S. 1009 ff.; Friedrich A. Frhr. v. Heydt, *Die Entwicklung der deutschen Rechtslage*, Jahrbuch für internationales Recht, 11 (1962), S. 137 ff.; Ulrich Scheuner, *Die staatsrechtliche Kontinuität in Deutschland*, Deutsches Verwaltungsblatt 1950, S. 481 ff.; Wilhelm Kewenig, *Deutschlands Rechtslage heute*, Europa-Archiv 1974, S. 71 ff.; M. Kirn, *Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität?* 1972; E. Kaufmann, *Deutschlands Rechtslage unter der Besatzung*, 1948; R. Stödter, *Deutschlands Rechtslage*, 1948; Diestelkamp, *Rechtsgeschichte als Zeitgeschichte*, Historische Betrachtungen zur Entstehung und Durchsetzung der Theorie vom Fortbestand des Deutschen Reiches als Staat nach 1945, Zeitschrift für Neue Rechtsgeschichte 1985, 181 ff.; G. A. Zinn, *Das staatsrechtliche Problem Deutschland*, SJZ 1947 Sp. 4 ff.
- (40) Vgl. Michael Kirn, *Der Fortbestand des Deutschen Reiches nach 25 Jahren Grundgesetz*, ZRP 1974, S. 84 ff.
- (41) BVerfGE 3, 58 ff. ノリドモ 一九四五年五月八日ロ公務員關係が消滅したリルが肯定された。また、その前案として「基本法」第八章に於いて「検討の予定である。」「基本法」三二一条の問題として「モ、チビト言及したルリルを参照。その基本法を編纂してト輯なされたモノとして、」vgl. Ernst Forsthoff, *Das Bundesverfassungsgericht und das Bereitbeamtenum*, Deutsches Verwaltungsblatt 1954, S. 69 ff.
- (42) BVerfGE 36, S. 1 ff. = JZ 1973, S. 588 ff.
- (43) BVerfGE 36, S. 15 ff.
- (44) BVerfGE 2, 266 [277]; 3, 228 [319 f.]; 5, 85 [126]; 6, 309 [336, 363]
- (45) Diestelkamp, *Zeitschrift für Neue Rechtsgeschichte* 1985, S. 183 ff.



- (46) Diestelkamp, a. a. O., S. 184.
- (47) Diestelkamp, a. a. O., S. 184.
- (48) 戦勝国の政府の法的意思については、デイステルカンプによれば、フランスのみが、当初から、明白に、ドイツは国家として没落したとみなしたが、これに対して、アメリカ合衆国、イギリスおよびソビエトは、政治的に柔軟な態度をとるべく、明白な確定を避けたとされる。
- いかなる行為が、「征服」(subjugation) に対する戦勝国の意思の確認であるとみなせらるるかについては、一九四五年五月七日八日の降伏が、ヨーロッパ諮問委員会の計画によれば、連合国がドイツの国家権力を委譲させようとする政治的降伏を予定していたにもかかわらず、純然たる軍事的性格をもったことは、今日、争いが無い。一九四五年五月三日のデーンニツ政権の拘束は、「征服」行為とは解されない。従って、議論は、ベルリンにおいて四巨頭が「最高の権力」を継受したとした一九四五年六月五日の宣言に集中されている。連統説の主唱者は、併合の明示的な拒否を読み取る。これに対して、非連統説の主唱者は、この宣言を、連合国のドイツ計画の歴史的・政治的關係の中で、壊滅させられたドイツの高権の代わりにより一方的な宣言によるドイツの高権を決定する意思の表現であると解釈する。Vgl. Diestelkamp, ZfNRG 1985, S. 184 f.
- (49) Hans Kelsen, The international legal status of Germany to be established immediately upon termination of war, The American Journal of International Law Vol. 38 (1944), pp. 689-694. ケルゼンは、当時「戦後政策問題」アメリカ行政局の顧問をつとめた(Vgl. Diestelkamp, ZfNRG 1985, S. 185)。
- (50) ケルゼンには、この問題に関して、彼の論稿が、Hans Kelsen, The legal status of Germany according to the Declaration of Berlin, The American Journal of International Law Vol. 39 (1945), pp. 518-526. 及び「ケルゼンは、一九四七年一月のロンドン会議の直前に(一九四七年八月二七日付の「German Peace Terms」と題するニューヨーク・タイムズの一九四七年九月七日号に公開された投稿において)ドイツとの平和形成の問題について彼の立場から種々の要請をなした。その後、ケルゼンは、さらに別の論稿の中でそれを具体的な提案によって補充した(Hans Kelsen, Is a peace treaty with Germany legally possible and politically desirable, American Political Science Review Vol. XLI No. 6 (1947), pp. 1188 ff.
- (51) 以下のケルゼン説の解説には、注(49)及び(50)のケルゼンの American Journal に掲げる論稿のほか、とくにケルゼン

説にいろいろ検討した。Menzel, Jahrbuch für internationales und ausländisches öffentl. Recht, 1984, I, S. 43 ff. を参考にした。

- (52) Kelsen, Am. J. of intern. Law, Vol. 39, p. 519.
- (53) Kelsen, Am. J. of intern. Law, Vol. 38, pp. 692 f. 混合占領の法的地位とは、ケルゼンによれば、「領土がその領土およびその国民に対してその主権を行使する二つないしそれ以上の国家の共同借用 (Joint tenancy) のもとに置かれるという事実によって特徴づけられる」(p. 692)。
- (54) Kelsen, Am. J. of intern. Law, Vol. 38, p. 693. 一九四四年論文の末尾に、ケルゼンは、混合占領の利点を次の七点に渡って箇条書きにしている。①ドイツの基本的政治的再構成およびその領土の必要な変更につき、国際法の方からは何らの障害もないだろう。国家の行為として、ドイツの将校によって実行された戦争犯罪は、何らかのドイツ国民の政府の同意を得て訴追されるであろう。②休戦条約または指令による平和条約は、ドイツ国民政府と締結される必要はないであろう。③サボタージュを行いうる国民政府は存在しないだろう。④その指令によってとられた措置に対する法的・政治的責任は、現実には権力を保持している権力によって引き受けられるであろう。占領国のコントロールのもとで行動するドイツ国民傀儡政権の疑似的な責任は、黙許されるであろう。⑤新しい民主的ドイツ政府(または何らかの継受国家の政府)は、ドイツの敗北によって作り出された政治状況に対する政治的責任を負わされないであろう。⑥ナチス・ドイツと、将来国際組織に入ることを許されるかも知れない新しい民主的ドイツ(または継受国)との間の法的連続性は存在しないであろう。⑦混合占領を行使する列強の中の一國の方から領土を一方的に処分することは不可能であろう。
- (55) Diestelkamp, Jus 1980, S. 482. もやうに入。占領諸国は「この見解を維持し続けるにつき困難に陥ったとされている。」
- (56) Vgl. Diestelkamp, ZfNRG 1985, S. 185, Am. 16. など。ニールンベルク法律家裁判におけるケルゼン説への言及については、第三章二節(4)(次号)を参照せよ。
- (57) Arndt, Der deutsche Staat als Rechtsproblem, 1960, S. 1.
- (58) Vgl. Diestelkamp, Jus 1980, S. 482.
- (59) 前掲注(53)に準じた Jahrbuch für intern. u. ausl. öffentl. Recht 1948, S. 9 ff. の諸論文を参照せよ。
- (60) Menzel, Jahrbuch 1948, S. 85.

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理 (一)

- (16) Jahrbuch 1948, S. 6.
- (17) Diestelkamp, Jus 1980, S. 483.
- (18) Kirn, Zeitschrift für Rechtspolitik 1974, S. 85.
- (19) Arndt, a. a. O., S. 2.
- (20) Diestelkamp, ZfNRG 1985, S. 186.
- (21) シェトウツカルトは、ライヒ内務省の國務次官で、ニルンベルク立法に関与、そのコンメンタールについては、本稿(一)プロブレの項(前号九二頁以下)参照。シェトウツカルトは、一九四九年四月一四日にニルンベルクでその健康状態を考慮し、三年一〇ヶ月二〇日の拘禁に処せられたが、すぐに釈放された。一九五三年に交通事故により死亡。
- (22) BA R 62/10, Bl. 109 f.; vgl. Diestelkamp, ZfNRG 1985, S. 186.
- (23) Diestelkamp, ZfNRG 1985, S. 186.
- (24) Diestelkamp, ZfNRG 1985, S. 187.
- (25) Wilhelm Cornides, Die völkerrechtliche Stellung Deutschlands nach der bedingungslosen Kapitulation, Europa-Archiv 1946, 209 ff.
- (26) Diestelkamp, Jus 1980, S. 483.
- (27) Cornides, Europa-Archiv 1946, 209, 210 ff.
- (28) 前述の一九四七年四月のロンドン国際法学者大会での議論を参照。
- (29) R. Stödter, Deutschlands Rechtslage 1948.
- (30) Vgl. Diestelkamp, ZfNRG 1985, S. 188; ders., Jus 1980, S. 484.
- (31) Diestelkamp, ZfNRG 1985, S. 188 (Anm. 33).
- (32) Vgl. Diestelkamp, ZfNRG 1985, S. 188; ders., Jus 1980, S. 484. かくして、ディーステルカンプの結論は、次の如くである。すなわち、一九四六年から四七年初期にかけて発生したドイツの法状態をめぐる論争は、政治的な動因から自由だしたわけではなく、そのような影響とは独立に行われたわけでもないのである。
- (33) Vgl. Diestelkamp, ZfNRG 1985, S. 188.

- (87) Vgl. Diestelkamp, ZfNRRG 1985, S. 188 f. E. Cohn, Zum rechtlichen Problem Deutschland, in: MDR 1947, S. 178 ff.
- (87) Diestelkamp, ZfNRRG 1985, S. 189.
- (88) Vgl. G. A. Zinn, Das staatrechtliche Problem Deutschland, in: SJZ 1947, Sp. 4 ff.
- (88) Diestelkamp, ZfNRRG 1985, S. 189.
- (88) Diestelkamp, ZfNRRG 1985, S. 189 f.
- (88) Diestelkamp, ZfNRRG 1985, S. 190.
- (88) Diestelkamp, ZfNRRG 1985, S. 190.
- (88) Diestelkamp, ZfNRRG 1985, S. 191.
- (88) Diestelkamp, ZfNRRG 1985, S. 192.
- (88) Hans Naviasky, Ist Deutschland noch ein Staat? in: Die Neue Zeitung Nr. 33 v. 25. April 1948; Diestelkamp, ZfNRRG 1985, S. 192.
- (88) W. Lewald, Grundlagen der neuen Rechtsordnung Deutschlands. Kritische Betrachtungen zur gegenwärtigen Lage des deutschen Rechts, 1948, S. 5 f., 10 ff.
- (88) Jürgen v. Kempfski, Recht und Politik. Studien zur Einheit der Sozialwissenschaft, 1965, S. 132 ff.
- (90) Kempfski, Zwischen debellatio und Treuhänd. 前掲書のもてがきに基いて、著者は、編集部が一九四八年に公刊を断念したことが、政治家の圧力のゆえにおこられたからであると推測している。これについては、vgl. Diestelkamp, ZfNRRG 1985, S. 193, Anm. 69.
- (91) Diestelkamp, ZfNRRG 1985, S. 193.
- (92) Diestelkamp, ZfNRRG 1985, S. 193 f.
- (93) カルロ・シュミットは、一八九六年南フランスに生まれる。一九四五年から一九五三年までテュービンゲン大学、国際法教授。その後、フランクフルト大学、政治学教授。一九四八年から一九九年まで憲法制定会議委員。一九四九年から七二年まで連邦議会議員。一九七九年「回想録」(Erinnerungen)を出版。一九七九年、ボンにて死去。
- (94) エーリッヒ・カウフマン(Erich Kaufmann)は、一八八〇年生まれ。ミュンヘン大学国際法教授であった。本テーマに

- 関中の著書として、Erich Kaufmann, Deutschlands Rechtslage unter der Besatzung, 1948 年 4 月号。<sup>89)</sup>
- (95) Gustav v. Schmoller, Untergang und Neubildung der deutschen Staatspersönlichkeit (BA Z. 35/151, Bl. 216 ff.); Diestelkamp, ZfNRG 1985, S. 195 (Anm. 89).
- (96) Vgl. Diestelkamp, ZfNRG 1985, S. 197.
- (97) シムル・シュローパー (Kurt Schumacher) は、一八九五年西プロイセンに生まれる。一九三三年より四五年まで、強制収容所に入る。戦後、社会民主党の再建に努力。一九四六年党首。憲法制定会議委員。一九四九年から一九五二年まで連邦議会議員。ソデナマラーの政府に野党として対抗。一九五二年死去。
- (98) Diestelkamp, ZfNRG 1985, S. 197.
- (99) Diestelkamp, ZfNRG 1985, S. 198.
- (100) Diestelkamp, ZfNRG 1985, S. 198.
- (101) Stammen/Maier, Der Prozeß der Verfassungsgebung, in: Becker/Stammen/Waldmann (Hrsg.), Vorgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, 1987, S. 393.
- (102) Diestelkamp, ZfNRG 1985, S. 200.
- (103) Diestelkamp, ZfNRG 1985, S. 201.
- (104) ベーホルトン憲法一七八条参照。Diestelkamp, ZfNRG 1985, S. 201.
- (105) Diestelkamp, ZfNRG 1985, S. 202 f.
- (106) 連続するがゆえに、基本法の暫定的性格 (六号)・高権権限の新構成 (七号) が強調されたのであり、国籍法 (一六条)・一六条) や基本法の場所的采新領域の確定 (二三条) をとりださなくてはならない (Diestelkamp, ZfNRG 1985, S. 203.)。
- (107) Jahrbuch für Öffentliches Recht NF/1, 1951, 25, 41; Diestelkamp, ZfNRG 1985, S. 203.
- (108) Diestelkamp, JuS 1980, S. 484.
- (109) Diestelkamp, JuS 1980, S. 484.
- (110) Vgl. Kirn, ZRP 1974, S. 86; ders., Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität? 1972.
- (111) Kirn, ZRP 1974, S. 87; Marschall/Bieberstein, Zum Problem der völkerrechtlichen Anerkennung der beiden

deutschen Regierungen, 1959, S. 127 ff., 131 ff.

- (12) Kirn, ZRP 1974, S. 90.
- (13) Vgl. Wilhelm Kewenig, Deutschlands Rechtslage heute, in: Europa-Archiv 1974, S. 71 ff.
- (14) Kewenig, Europa-Archiv 1974, S. 73.
- (15) 例えが、一九五六年八月二十九日の人民議會 (Volkskammer) の前での東独政府の説明がさうである。
- (16) Kewenig, Europa-Archiv 1974, S. 74.
- (17) Kewenig, Europa-Archiv 1974, S. 74.
- (18) Kewenig, Europa-Archiv 1974, S. 74.
- (19) Kewenig, Europa-Archiv 1974, S. 75.
- (20) Kirn, Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität? 1972, S. 56 ff.
- (21) Gewe, Ein Besatzungsstatut für Deutschland, 1948, S. 78 f.
- (22) Krüger, Bundesrepublik und Drittes Reich, SJZ 1950, Sp. 113 ff., 115.
- (23) Kirn, (Anm. 120), S. 60.
- (24) Kirn, (Anm. 120), S. 65.
- (25) Kirn, (Anm. 120), S. 69.
- (26) Vgl. Ratz u. a., Die Justiz und die Nazis, S. 21 ff.
- (27) I. Müller, Furchbare Juristen, S. 291 ff.

#### 第四節 非ナチ化手続

##### (1) 非ナチ化の意味

ルツ・ニートンマーが、その『バインゲンにおける非ナチ化』という浩瀚なモノグラフィイを、「非ナチ化」(Entnazifizierung) とする言葉が、ドイツ人には、「過去の克服」(Bewältigung der Vergangenheit) とする概念

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理 ①

と同様に、あまりよい感じを与えない言葉である。その両者ともに、「力づくで、人工的で、否定的で、同時に、二義的で、将来と社会の展望に欠け、あまりにも人格関係的な、不誠実な香りのするものである」という文章で書き出している。とくに、一九四六年三月五日の「ナチズムと軍国主義からの解放のための法律」施行以後、ドイツ人の手で非ナチ化が行われるようになってから、「個々のナチは、骨の髄まで着色されていない限り、褐色の塗料の中で洗浄されて、フレッシュな白いチョッキを着て社会に送り返される」ようになったのであり、その手続は、軍政府では、「白色塗料」(whitewash)と呼ばれ、ドイツ人の間では、当該人の非政治性の宣誓に代わる証明書という意味で、「洗剤証明書」(Persilscheine)といわれたのである<sup>(10)</sup>。本来、非ナチ化という概念は、広義では、ナチ的法律や組織制度の除去、法の平等性の復活、違法に与えられた利益の剝奪や損害回復を意味するが、狭義では、人に向けられた処分たる「人的粛清」(personelle Säuberung)、つまりナチの指導層の権力剝奪 (Entmachtung) をいう<sup>(11)</sup>。このナチ・エリートを政界・官界・財界から排除して、新しい民主的な国家構造を樹立するために行われようとした非ナチ化手続が、以上述べたような評価を受けているのは、なぜなのか。占領国における非ナチ化手続が、どのような構想のもとで、また、現実にとどのように行われたかを考察するのが、本節の課題である。

ところで、アメリカにおいては、非ナチ化手続は、一般的に、「ドイツの社会構造もしくは少なくとも政治構造の原則的変更に対するアメリカの戦略における最も重要な要素」であると理解された。大抵の著者達は、フランツ・ノイマンによって展開された、第三帝国における支配的階級はエリートのカルテルであるという観念の重要性を、非ナチ化計画の理論的基本構想として強調した。非ナチ化は、「人工的革命」(Montgomery) であり、「命令による革命」(Griffith) であり、または少なくとも革命に近似する「指導部の交代」(Dorn) であると理解されていた<sup>(12)</sup>。ニー

トハンマーによれば、占領政策の「革命的」側面は孤立させて見られてはならず、権力政治・経済政策的利害関係の文脈の中ではじめて評価される必要があると指摘されている。

(2) 非ナチ化の二つの基本構想

戦時中、ナチズムの説明に関して二派の政治的グループがあった。ひとつは、ナチズムは、政治的エリートの集団的犯罪を表現したものであるとするいわゆるアウトロー・セオリー (outlaw theorie) を採るグループである。この理論によれば、独裁的指導者グループと「対抗・エリート」に区別される<sup>(13)</sup>。もうひとつは、イギリスの保守的な国務次官ローバート・G・ヴァンシタート<sup>(13)</sup>にちなんで名付けられたヴァンシタートイスト (Vansittartist) のグループである。ヴァンシタートは、すでに一九四一年にその展開を次のように公式にしていた。「ヒトラーは、偶然ではない。彼は、つねに、攻撃者に別のチャンスを与えることを好む種族 (breed) の自然の、継続的な所産なのであり、攻撃者はいつもそのチャンスを掴むのである<sup>(14)</sup>」。後者は、ナチズムとは、ドイツ人の独特な性格の帰結であり、特殊な政治的性格の表明であると解するものである。ヴァンシタートイストは、対独戦争は、ナチズムに対してのみならず、ドイツ人全体に対して遂行されなければならないと主張する点で共通していた<sup>(15)</sup>。

アウトロー・セオリーは、基本的に、ドイツ国内の抵抗グループの見解に似ており、主要戦争犯罪人裁判では、その犯罪的グループのリストアップの際に影響を及ぼした。これに対して、ヴァンシタートイストの見解は、戦後、シュトゥットガルトのエヴァンゲリーシユ教会の集団責任テーゼの表明などに見られたが、また、アメリカの非ナチ化手続の厳格さを支えるテーゼでもあった<sup>(16)</sup>。

アメリカの陸軍省、外務省、財務省の間のドイツの将来の取り扱いに対する方針闘争にも、この二つのグループが



あった。自由主義的保守的なアウトロー・セオリーの提唱者は、陸軍大臣のスティムソン (Stimson) と國務省によって代表されたのであるが、ニューヨークの経済寡占者層 (Finanzoligarchie) に密接な関係をもっていた。そのねらいは、世界の完全に新しい秩序を樹立することではなく、戦前の国際的経済関係を、アメリカ合衆国の著しく拡大する発展の余地を残して継続させることであつた。しかし、このためにはこれを阻害する因子、つまり、ドイツのファシスト的・軍事主義的指導部を排除しなければならなかつた。<sup>(19)</sup> この説の提唱者達はナチズムを「集団犯罪の現象」であると解釈し、ワイマールの伝統たるエリートと一般国民大衆に具現した「別の」ドイツが存在するということがら出発した。ナチの指導者達と軍国主義者達の「犯罪の特権階級」に、法治国的訴訟原則にもとづいて裁判がなされ、ドイツの上流階層が「篡奪的」要素から浄化されると、その他の国民は、このみせしめの処罰によって解放される。このことをニートハンマーは、次のようにいう。「第二次世界大戦の末期における國務省、陸軍省、司法省の政治的計画を調整することによって、ナチ指導者を犯罪の特権階級として排除することによってその他の国民を相対的に責任軽減するアウトロー・セオリー、および、独裁者に属する操作装置およびテロ装置であることを強調する全体主義解釈、ならびに、占領諸国が自らも法治国家的手続に服さなければならないという要請の三者が、ファシズムからドイツを浄化するという問題に対して自由主義的・保守的に寄与するものだというように、あの組織犯罪を構成する点で、一致した」。ナチ支配が「組織犯罪である」という構成は、かれらの原則的な立場の中核であつた。<sup>(20)</sup> ドイツは、ヨーロッパの権力構造と経済構造を安定させるために、ソビエトの拡張的傾向に対する保塁として維持されるべきであり、その社会構造を深く侵害することなしに、西側において政治的に統合されるべきであるというのである。なお、元の大統領ハーバート・フーバーは、この見解の最も著名な主唱者であつた。<sup>(21)</sup>

ヴァンシッターティストは、この独裁的・犯罪的指導者層と、「別の」ドイツという区別を認めない。アウトロー・セオリーが、政府内においてその最も強力な保塁を、外交・軍事畑に、そしてその政治的指導機関にもつたのに対し、ヴァンシッターティズムは、財務省と外国経済行政部のニューディール政策主義者に集中していた。<sup>(18)</sup> ナシヨナリストたる自由主義者、アメリカ合衆国の左翼のこの派のトップには、大統領との個人的親交によって重大な影響力をもつた財務大臣のモーゲンソー<sup>(19)</sup>がいた。ヴァンシッターティストは、ファンズムをドイツの固有のものともみなした。かれらは、ドイツの上流層の大部分は、そのナチ支配への関与のゆえに集团的に拘留されるべきであり、重要なナチの組織の全構成員は個人的選り分けをせずに、公的・私的ポストから追放されるべきであると考えた。それは、必然的に、基礎となっている社会的構造変革に至るべき綱領であつた。<sup>(20)</sup> モーゲンソーは、ドイツ国民を全体として厳しく罰しようとしたのである。

### (3) アメリカの非ナチ化政策構想

非ナチ化問題においては、アメリカがイニシアティブをとり、他の占領地域に対して先鞭をつけたということができるのであるが、アメリカの戦争目的政策の方向は、一九四四年八月末に陸軍大臣スティムソン (Stimson) に宛てた大統領のメモランダムが決定した。それによると、「全ドイツ国民が近代の文明化の法則に反する非情な反逆をなしたのだという事実を、ドイツ民族全体の頭にたたき込まなければならぬ」とある。すでに戦時中から、アメリカの世論の中には、軍国主義、ナチズムではなく、「ドイツ人」そのものが、攻撃戦争、非人間的残虐行為および世界における害悪の責任を負うのだとする傾向が蔓延していた。このような態度の帰結が、ルーズベルトによってカサブランカ会議において高調されたドイツの「無条件降伏」の要求であつた。このような態度にもとづいて、現実的にも

個人の肅清は最も厳しく実行された。

一九四五年四月二六日には、JCS(統合参謀本部 Joint Chiefs of Staff) 指令一〇六七がその最終的な形態でアメリカ軍の最高司令官に向けて発せられた。この指令の中には、モーゲンソーによって唱えられた、ナチス・ドイツと並ぶ「別のドイツ」は存在せず、ドイツ国民は集団的に責任を負うという見解の強い影響を受けたものであった。<sup>(45)</sup> ここでは、「ドイツは解放されるために占領されるのではなく、今まで敵国であったからだ」とある。アメリカのドイツ内官庁は、「ドイツの経済的復興に役立つような、またはドイツの経済を維持する目的をもつ何らの処置をとってはならぬ」かった。また、その指令は、非ナチ化処分として、ナチ組織の解体を掲げている。すなわち、「ナチズムの政治的形成とヒトラー政府の基礎をなしたと思われる」人種立法を含むあらゆる法律を失効させること、元のナチの財産と文書資料の没収、たんに名目的のみ党において活動してはならずナチズムと軍国主義を積極的に支持してきたあらゆるナチ党员、ならびに連合国の目的に敵対的に対立したその他の人々の、公職、および半公的・私的企業の重要なポストからの「排除」、である。ただ、これには、留保もあった。つまり、それは「ドイツの敗北の直後においてのみ」妥当するとされ、それ以降の時期については、「民主的基礎にもとづくドイツにおける政治的生活の再建」が予定されていたのである。この指令は、アメリカの占領政策の決定的な指針となったのであり、それは、現実にも重大な効果を及ぼした。しかも、この措置は、戦後の政治的雰囲気<sup>(46)</sup>に決定的な影響を及ぼした。それは、反ナチ的なドイツの民主的勢力から、「自浄」の可能性を奪い去った。

さて、このJCSの指令は、以上のように、モーゲンソーのヴァンシッターティストの見解の大きな影響を受けたものであるが、実際には、モーゲンソーの見解を貫徹することも、他方で、迅速な民主的再建の可能性を得るために、

元のナチに関する公的生活の迅速な、あまり面倒な手続なしに行われる浄化を望むハル(Hall)やスティムソンによって唱えられた見解を貫徹することもできなかったのであり、その意味で、対立する両派の見解の妥協の産物である<sup>(18)</sup>。この妥協に至った原因は、大統領の外交政策的決断力の脆弱さと、すでにドイツに進軍していた軍に明確な指令を与える必要性があったことであつたという。そのことは、この指令が、占領初期のみ妥当するものであつて、「民主化された」ドイツの国際政治への再編入を排除していないとする一方、非ナチ化計画の範囲内では、ドイツの上流階層のできるだけ広い部分と中間階層の部分とを公的生活における指導的地位について資格なきものとし、同時に責任を負わせるものとすることにその中心がある拡大的な浄化綱領である点に現れている。

#### (4) 各占領地域における非ナチ化手続の特徴

非ナチ化の初期段階においてはあらゆる占領地域において大量逮捕という形で始まつた。次頁の表に掲げたような数字がそのことを明らかにするであろう。

ところで、評決裁判所によって取り扱われたのは、当初、その膨大な裁判の量に鑑みて、比較的簡単な事件のみに限られ、悪名高いナチストにかかわる複雑な手続は取り扱われなかつたのであるが、一九四七年／四八年にいたると連合国の非ナチ化手続は緩和の方向に歩み始めた<sup>(19)</sup>。その結果、「小者は捕まるが、大者は逃がされる」という言葉が当時の流行語となつたほどである。しかも、占領国によってその扱いには大きな差異があつた。とくにアメリカ占領地域では、非ナチ化手続は極めて厳格であつた。集団責任論に依拠して、ドイツ人はすべて「ナチ化」されているという評価から出発された。これが何百万という非ナチ化手続につながつた。戦勝国の非ナチ化手続は、それぞれの連合国の歴史的伝統や価値観を反映している<sup>(20)</sup>。例えば、ソビエトは、非ナチ化の目的とファシズムの社会的基盤

	1947年1月1日までに 拘禁された者	1947年1月1日までに 再釈放された者
イギリス占領地域	64,500	34,000
アメリカ占領地域	95,250	44,244
フランス占領地域	18,963	8,040
ソビエト占領地域	67,179	8,214

\* Erdmann, Das Ende des Reiches, S. 114.

の壊滅とを結びつけて考えた。その結果、ソビエト占領地域では、大量の個人的贖罪に代わって、大土地所有や大企業財産の没収などの構造改革が行われた。従って、このような所有秩序へ転換に、今日まで、ソビエト占領地域における非ナチ化の成功神話は基づいているといえよう。これに対して個人責任の追及は少なかった。大量のナチスト達が、共産党や社会主義統一党の中で、「民主主義的再出発」に向かって統合されているというのである。フランス占領地域においては、非ナチ化の目的の重点は、ライヒの中央分権化に置かれた。かくして個人責任の追及は後退している。イギリス占領地域においては、イギリスの非ナチ化目的を挙げるのは容易でないとされているが、英国ではドイツ人は改善の余地がないという感情が支配していた。ひとつの重要な目的は大コンツェルンを解体することであった。個人処罰に対する基準は、アメリカの実務に依存していた。

(5) アメリカ占領地域における非ナチ化手続

一九四五年および一九四六年のドイツに対する非ナチ化政策に関するアメリカの國務省の公式文書は、次のように確認している。「ドイツに関する統治の主要目的は、①ナチ体制の完全な破壊と②一般の平和と安全を破壊するために作られる体制とイデオロギーの再建に対して確実に防護することである」<sup>(19)</sup>。軍政府の地区部門の将校達は、強力な非ナチ化政策を押し進めるよう義務づけられていた。パットン将軍は、ナチと

反ナチとの対立をアメリカの民主党と共和党の違いにしか考えていなかったので、アイゼンハワーからその職を剝奪されたという事件も起こっている（パットン事件<sup>(18)</sup>）。

### ① 第一段階の非ナチ化手続

アメリカは、元のナチスを全員、公的生活と経済から締め出そうとしていたが、この人的範囲にあたる人々を探索するのに、質問表が導入された<sup>(19)</sup>。ここでは、高い地位を占めていたすべての人がその経歴をできるだけ詳しく申告しなければならなかった。体重、宗教、前科、一九三一年からの毎年の収入、財産状態、職業上の経歴、軍隊勤務、外国旅行、等々の一三一項目の質問に、真実の回答が要求された。未記入や不完全は、軍政府に対する犯罪として刑罰によって威嚇された。六頁にわたる質問用紙の中核部分は、四一項目目と九五項目目であった。それらは、ナチ組織の構成員ないしナチ党の黨員に関する詳細な報告を要求したものであった。裁判官、検察官、公証人、弁護士は、その他、補充質問に答えなければならなかった。その第一の質問は、民族裁判所の構成員かどうかに向けられ、その中では、ゲシュタポ公務員との職業的・私的つながり、行った裁判の種類と数について問われた。

一九四五年一二月初旬には、アメリカ軍政府の事務所にはおよそ九〇万枚の質問表が返って来た。検討の結果、一四万人以上が即刻その地位を去ることになった。ほぼ同数の者が、あまり危険でないナチ・シンパチザンテンに位置づけられた。そしてほぼ四〇〇〇〇人が積極的なナチの敵であることが分かった<sup>(20)</sup>。

非ナチ化の遂行は、アメリカ地域では、一九四六年初頭まで、専ら軍政府の管轄であった。当初は、肅清とは質問表を検討することだけであった。つまり、麦と穀とのふるいわけだけであった。様々な基準により、検討の対象となった人人は、様々なカテゴリーに分類された。例えば、極悪のナチは、「自動的逮捕」(Automaticher Arrest)であり、

ナチ活動家は、地位を負われ、害の少ない場合には、解任奨励であり、同調者は、その地位にとどまることができた。<sup>(13)</sup> 非ナチ化は、大量逮捕から始まったのである。<sup>(14)</sup> 少し前に空きになったばかりの強制収容所がまたもや一杯になりだした。

自動的に逮捕される者とならんで、JCS 指令一〇六七は、その他の、数の上では非常に多数のグループを予定していた。それらのグループは、「自動的に」または駐屯地司令部の裁量で、公職、半公的職業、および私企業から追放されなければならなかった。アメリカの「肅清」政策は、目立って厳しいものであった。かれらは公職に関してはとくに抜本的な「肅清」を行った。一九四五年夏には、規定がより厳しく改正された。一九四七年五月一日の非ナチ化指令は、一三六項目を下らない義務的な追放、解職カテゴリーを含んでいる。<sup>(15)</sup> 一例を挙げると、バイエルンにおける一万八千人の小学校教師のうち半数以上がその地位を失った。その少し後に、アメリカ軍政府は、非ナチ化を全私的経済に拡大した(一九四五年九月二六日の法律第八号)。

② 第二段階の非ナチ化手続

アメリカ占領地域の諸ラントの首相(バイエルン、ヴェルテンベルク、バーデン、グロース・ヘッセン)が一九四六年三月五日に署名した「ナチズムと軍国主義からの解放のための法律」、<sup>(16)</sup> いわゆる「解放法」(Befreiungsgesetz)をもって、非ナチ化の第二段階が開始される。<sup>(17)</sup> アメリカ占領地域の諸ラント議会の先行する草案を軍政府は拒否した。ドイツの政治家達は、該当者の範囲を減らそうと努力したのであるが、それはすべて失敗した。この解放法にはドイツ側から見れば重大な疑問があったが、首相達は、これを採用した。三月五日に、クレイ將軍によって招集されたミューンヘンにおける会議で署名された法律は、同日、法律第一〇四号として公布された。<sup>(18)</sup> この法律によって、非ナチ化

政策は、以後、ドイツ人の手に委ねられることになったのであるが、ドイツ人の協力によってこそ、非ナチ化は、いわば「自浄」作用と理解でき、ドイツ国民のリハビリテーションに道を開くことができるからである。また、そのようにしてのみその手続に影響を行使することができ、評価の誤りなどの最悪の結果を避けることができる。<sup>(160)</sup>

この法律の具体的執行については、次に簡条書きにしておこう。<sup>(161)</sup>

— 政治的解放のための諸ラントの省の設立、

— いくどかの質問表による全成人国民数の把握、

— カテゴリー・システムによって有責とされた人的範囲に対する法的責任推定による起訴、

— 合議体での（一人の裁判長、四人の陪席）「評決裁判所」(Spruchkammer)による司法形式での「評決手続」の

遂行、

— 挙証責任の転換、すなわち、被疑者からの事実無根、または責任の軽いことの立証、

— 五つのカテゴリーへの評決裁判所による分類。<sup>(162)</sup>

アメリカの非ナチ化方式は、管理理事会指令（一九四六年一〇月一二日の第三八号<sup>(163a)</sup>）によってその他の地域にも転用されたが、その相違も大きかった。イギリスとフランスは、評決裁判所手続を継受したが、責任推定の原則、自動的職業禁止の導入および全住民を登録する必要性は無視した。イギリスは、一九四七年秋に非ナチ化をドイツ人の手に渡したのに対して、フランスは、あらゆる決定の認可を連邦共和国の設立まで留保した。しかし、恩赦については、<sup>(164)</sup>  
気前よく行った。

— 全体として、西側では、三六六万六四八件が判定された。一六六七名が主要有罪者（グループI）として、二万三



千六〇名が、有罪者(グループII)として、一五万四二五人が軽微有罪者(グループIII)として、一〇〇万五八七四人が同調者(グループIV)として、そして一二一万三八七三人が、無罪(グループV)に位置づけられた。<sup>(102)</sup>この大雑把な統計は、様々の地域での様々な決定基準については何も言っていない。グループ(カテゴリー)IからIIIには、アメリカ地域では一三・七パーセントが属し、イギリス・フランス地域では一・三ないし二・六パーセントであった。グループ(カテゴリー)IVについても同様に相違が見られた。第IVカテゴリーに属したのは、アメリカは、事案の五一・一パーセントにおいて、フランスは四四・七パーセントにおいて、イギリスはたった一〇・九パーセントにおいてであった。無罪とされた者と手続が中止された者についてみると(第Vカテゴリー)、イギリス地域で八八・七パーセント、フランス、五二・七パーセント、アメリカ、三四・二パーセントである。<sup>(103)</sup>

### ③ 第三段階の非ナチ化手続

非ナチ化規定の弛緩と、全活動の連邦政府の単独責任への移行、および、諸ラントでの終結立法による非ナチ化手続の解散が、第三段階をなす。<sup>(104)</sup>一九四七年一〇月に、アメリカがドイツの非ナチ化官庁の監督を中止したとき、バイエルンにはまだ従来の実務だとカテゴリーIまたはカテゴリーIIにあたる五四万件の未処理案件が残っていたという。<sup>(105)</sup>アメリカの世界政治情勢の変化によって非ナチ化手続は最終的に終わりを告げることとなった。ドイツの連邦議会は、一九五〇年一月一五日に手続の統一的終結に対する推薦を可決した。

### (6) 非ナチ化手続の歴史的意義

ドッターヴァイヒは、西ドイツの戦後の社会と政治に与えた非ナチ化手続の長期的・短期的効果を次のようにまとめている。<sup>(106)</sup>

①ドイツにおける同時代の「世論」の総括は、非ナチ化は、どのような観点から見ても失敗であったという早急な結論に矮小化されている。しかし、一九四五年以降の政治的清浄化の極めて疑問の多い手続と、および、国家と社会、ドイツ人の意義にとつてのその結論と批判的に対決することは、すべて、非ナチ化がナチズムを当該の社会において克服する必要な試みであつて、ナチの支配の帰結そのものであつたのだという事実を考慮しなければならない。

②非ナチ化政策の積極的な作用目的は、敗戦崩壊後のドイツ国民の民主的発展に道をつけ、過去の誤りと間違ひの自己認識と贖罪によつて当事者を浄化した点にあつた。事実、民主的な党が一九四五年から一九四九年にかけてナチストを完全にシャットアウトして、妨害なく成長し、連邦、ラント、郡において政治的指導を獲得するチャンスを得た。その限りでは、非ナチ化は失敗だつたと評価されるだけではない。

③非ナチ化綱領は、政治的・法のおよび道徳的衝動によつて担われた。責任の確認と刑罰の言い渡しならびに民主主義的精神と人道的心情への教育目的による正義の再建の要請が、非ナチ化の動機であつたが、これが批判者の一致した見解によれば非ナチ化が失敗に帰するに寄与した。

④何百万ものナチ化手続から最終的に九〇パーセント以上が「同調者」あるいは「無罪」とされた。この事実だけでも、評決裁判所の決定は、暫定的な効果をもつにすぎなかつたことを明らかにしている。清浄化行動は、一時的にのみ官庁や私企業の人事政策に影響した。刑法によつて有罪判決を受けた者を除いて、ほとんどすべての被追放者が別段何の社会的差別もなく元の職場に復帰した。

⑤極右が連邦共和国においては政治的に微々たる影響力しかもたないことが、非ナチ化政策の直接の結果だとみられるのは、非常に制約された意味においてのみである。

⑥ ニートハンマーの結論によれば、「非ナチ化における該当者の基本的経験は、人事政策において占領諸国の抑圧的行為によりその該当者の社会的地位が脅かされたということであり、一般的窮乏と非常時の段階における、職業禁止によって惹き起こされた待ち時間であり、そして、かれらを政治的日和見主義者と烙印を押した準刑事判決によるリハビリテーションであるにすぎなかった」。非ナチ化措置によって惹き起こされた危惧は、社会の現実においては最終的には実現しなかった。その有効性は、もっぱら、それに関係した人間の政治的・道徳的意識に求められるべきである。

⑦ 非ナチ化手続は、該当者の意識的・半意識的反応をあまり斟酌していない。それは、ナイーヴにも考え深い理性的人間を前提にしている。人は、質問紙に書き込み、評決裁判所の前でいわば自分自身に対する訴訟を遂行するものだとものである。手続の欠点、ドイツの集団責任というまだ効力をもっているテーゼ、生存維持の必要性は、自己正当化につながり、非ナチ化が実現しようとしたもの、つまり、ナチの不法へ政治的共同責任の意識の強化などと正反對のものをもたらす攻撃性につながる。

⑧ 非ナチ化手続に大量の「同調者」を含めたことは、該当者の世代において、民主主義国家へと迅速に馴染むことを妨げる作用をなした。しかし、新しい民主主義に対するしばしば認められる「疎外」には、むしろ第一に、政治に対する広範な嫌悪が基礎になっているように思われる。このような非政治的な態度の原因は、たんに「政治的責任」のみならず「政治的錯誤」も徹底的に変革された政治的状况のもとで「可罰的行為」として評価されたという経験にも求められるし、また、個人のまだ経済的な再建の生存確保が時の要請であった時代に、職業圏と私的生活圏へと優先性を移行させた点にも求められる<sup>(10)</sup>。

- (128) Lutz Niehammer, *Entnazifizierung in Bayern. Säuberung und Rehabilitation unter amerikanischer Besatzung*, 1972, S. 11.
- (129) Niehammer, a. a. O., S. 13.
- (130) Niehammer, a. a. O., S. 13. 英語の *whitewash* には、転じて身の潔白を証明するという意味がある。ドイツ語の俗語で *de Persischein* は、洗剤の商品名 *Persil* から由来するものと思われるが、これも転じて *Freibrief* (許可状) という意味で使われている。なお、シローセル『ドイツ総決算』八一頁およびシュルダーノ(永井・片岡・中島訳)『第二の罪』(一九九〇年)白水社、九五頁をも参照。
- (131) Vgl. Volker Dotterweich, *Die „Entnazifizierung“, in: Vorgeschichte der Bundesrepublik Deutschland* (Hrsg. v. Becker/Stammen/Waldmann), S. 129.
- (132) Niehammer, a. a. O., S. 14 f.
- (133) Niehammer, a. a. O., S. 15; Dotterweich, a. a. O., S. 128.
- (134) Vgl. Peter Steinbach, *Nationalsozialistische Gewaltverbrechen*, 1981, S. 31 ff.
- (135) Sir Robert Gilbert Vansittart は、一八八一年生まれ。イギリスの外交官。一九三八年〜一九四一年外務省主席参事官。第二次大戦直前には対枢軸宥和外交の立案にあたる。回想録として *Lessons of my Life*, 1943 がある。一九五七年死去。
- (136) Vansittart, *Black Record*, 1941, p. 16; vgl. Niehammer, a. a. O., S. 42.
- (137) Steinbach, a. a. O., S. 32.
- (138) Steinbach, a. a. O., S. 32.
- (139) Niehammer, a. a. O., S. 35.
- (140) Niehammer, a. a. O., S. 39.
- (141) Niehammer, a. a. O., S. 36.
- (142) Niehammer, a. a. O., S. 41.
- (143) モーゲンソーについては、眞鍋俊二『アメリカのドイツ占領政策―一九四〇年代国際政治の流れのなかで―』(一九八九年)法律文化社、四頁以下、モーゲンソーのドイツ・プランについては、同書一一頁以下参照。

- (144) Donnerweich, a. a. O., S. 139.
- (145) Erdmann, Das Ende des Reiches und die Neubildung deutscher Staaten, 1980, S. 113.
- (146) Erdmann, a. a. O., S. 113.
- (147) Steinbach, a. a. O., S. 33 ff.
- (148) 各占領地域の非ナチ化手続の特徴について、簡潔な説明として、vgl. Steinbach, a. a. O., S. 35.
- (149) Vgl. Justus Fürstenau, Entnazifizierung. Ein Kapitel deutscher Nachkriegspolitik, 1969, S. 37.
- (150) Vgl. Fürstenau, a. a. O., S. 37.
- (151) Wolfgang Benz, Die Entnazifizierung der Richter, in: Justizalltag im Dritten Reich (Hrsg. v. Diestelkamp/Stol-leis), 1988, S. 121.
- (152) Benz, a. a. O., S. 122.
- (153) Benz, a. a. O., S. 122 f.
- (154) Donnerweich, a. a. O., S. 142.
- (155) Donnerweich, a. a. O., S. 145.
- (155 a) この「ナチズムと軍国主義からの解放のための法律」の第一条は次のように規定する。「(1)我が国民をナチズムと軍国主義から解放するため、また、世界において平和のうちにドイツの民主的國家生活を永く営むための基礎を確保するために、ナチの暴力支配を積極的に支援し、または正義と人道性の原則に違反することによって、もしくは、それによって惹き起こされた状態を利己的に利用することによって有責とされるすべての者は、公的・経済的および文化的生活への影響力の行使から排除され、損害回復の義務を負う。(2)有責者は、説明を求められる。同時に一切の者に正当化のための機会が与えられぬ。」 Vgl. Michael Ratz u. a., Die Justiz und die Nazis, 1979, S. 54 f.
- (156) Erdmann, a. a. O., S. 115; Donnerweich, a. a. O., a. 146.
- (157) Fürstenau, Entnazifizierung, S. 66 ff, 69 ff. この法律の成立史については、vgl. Fürstenau, a. a. O., S. 53 ff.
- (158) しかし、この法律の執行については、ドイツ側とアメリカ軍政部との間には、重大な軋轢が存在した。ドイツ側は、この法律を歓迎した。というのは、この法律によって連合国によって不当に解雇された者を再び経済生活に呼び戻す可能性が生

まれ、また、ドイツの評決裁判所との個人的な交渉によって軍政部のカテゴリ・リストの図式主義を克服できると望んだ  
かたじけなく (Vgl. Fürstenau, a. a. o., S. 72.)。

(159) Vgl. Dotterweich, a. a. O., S. 147.

(160) 本文によつて後述するやうに、五つのカテゴリとは、第Iカテゴリ、主要有罪者 (Hauptschuldige)、第II、有罪者 (Belastete)、第III、軽微有罪者 (Minderbelastete)、第IV、同調者 (Mitläufer)、第V、無罪者 (Entlastete) である。第一および第二カテゴリに属する者は、刑務所収容および強制労働所収容(二年〜一〇年)が言い渡され、第三および第四カテゴリに属する者には、財産没収、年金没収、公職追放、職業および選挙権制限、過料の支払いが科せられた。

(160 a) 「戦争犯罪人、ナチストおよび軍国主義者の拘禁と処罰および危険である可能性のあるドイツ人の抑留、コントロールおよび監視」に関する管理理事会指令第三八号というのが正式名称である。この指令の第二節に「有罪者のグループ」と題して各グループの定義が規定されている(第二条―第六条)。第七条から第一一条までは、それぞれに対する制裁措置(Strafmaßnahmen)を規定する。これについて詳しくは、Vgl. Ratz u. a., a. a. O., S. 28 ff.

(161) Dotterweich, a. a. O., S. 148.

(162) Erdmann, a. a. O., S. 117; Dotterweich, a. a. O., S. 149.

(163) Dotterweich, a. a. O., S. 149.

(164) Dotterweich, a. a. O., S. 149 f.

(165) Dotterweich, a. a. O., S. 150.

(166) Dotterweich, a. a. O., S. 154 ff.

(167) Dotterweich, a. a. O., S. 156.

## 第五節 司法の再編成と非ナチ化手続

### (1) 連合国の司法再編計画

#### ① 英米における司法行政計画

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理 (一)

一九四二年から四三年への変わり目に、イギリスとアメリカは、「戦後計画委員会」(Post-Hostility Planning Committee)を設置した<sup>(188)</sup>。この委員会は、アメリカ合衆国とイギリスに各部をもったが、民間事項に関する共通委員会はワシントンに、個々の国々につき管轄を有する「カントリー・ハウス」をもつ「戦後計画小委員会」はロンドンにその本拠をもった。一九四三年末には、この作業は、当時の西側連合諸国の参謀本部 C O S S A C (連合軍最高司令部参謀長) (Chief of Staff to Supreme Allied Commander) のもとに編入された。一九四三年八月にはドイツに特別の小委員会がその作業を開始した。その後、一九四四年四月には、その法務部 (Legal Branch) が創設された。その任務は、ドイツ法に関する英米の法律家の無知一般について、およびナチズムのもとにおけるドイツの司法の状態について特に、対処することであった。この分析を行うために、招集された小委員会である法学研究班 (Legal Research Unit) は、まず、一九四五年にそれが占領地域によって分割されるまでは、イギリス人とアメリカ人によって平等に占められた<sup>(189)</sup>。

推測される占領期間に関しては、アメリカによれば、一九四四年初頭から、最大限二年と見積もられていた<sup>(190)</sup>。従って、この時期につき義務を負った第一陣の専門家は、一九四六年に、占領期間が満了する前に、アメリカ合衆国に帰国してしまった。アメリカがナチ・エリートやナチ機関を、何週間かで、既存のドイツの民主的潜在力によって交代させられると過少評価したのに対し、イギリスの構想は、もっと現実的であった。イギリス軍政府は、「ドイツをゆっくりと政治的に再訓練すること」<sup>(191)</sup>を予定していた。

## ② 英米の占領政策の指針

ところで、英米の占領政策の実際は、ハンドブックや指針、法規範などに従って、行われたのであるが、アメリカ

の陸軍省によって編纂された「軍政府に関する基本的実地マニユアル」(FM 275)は、まず、ハーグ条規を反映していた。それは、イギリスおよびアメリカの担当局によって何回か改訂された。<sup>(173)</sup>一九四四年には、SHAEF (Supreme Headquarters, Allied Expeditionary Force) による「ドイツにおける軍政府のためのハンドブック」<sup>(174)</sup>が、イギリスとアメリカの共同の準備過程の成果として、西側の連合国の観念を拘束した。ハンドブックは、元々、降伏までの期間のために、構想されたのであるが、後になっても用いられた。それは、それぞれのプログラムの部分の前に、ドイツの国家法やワイマール時代および第三帝国の時代の行政法の簡潔な要約を付したものであった。<sup>(175)</sup>司法に関しては、「ハンドブック」よりも情報が豊かで実務的だったのは、E・J・コーン教授によって著された「ドイツ法マニユアル」と「テクニカル・マニユアル」であった。<sup>(176)</sup>SHAEF G-5によって編集されたテクニカル・マニユアルの二つの版は、司法の再編や占領将校の行為態様における強い連続性をもたらした。このテクニカル・マニユアルと軍政府公報第一号から三号によって、将来の法務官は、ドイツの司法構成、とくに刑事裁判制度、およびこれに関するナチの立法の輪郭を学び、直面する問題に対して理論武装した。

## (2) ナチ司法の閉鎖

一九四五年四月から五月には、事実上「司法の停止」状態に入った。<sup>(177)</sup>もちろん、前線でなかったところでは、区裁判所やラント裁判所は無傷で残った。しかし、次に述べるように、連合国によって裁判所は、当分の間、閉鎖されることになった。

司法の革新にとり重要な法的基礎は、軍政府公報一号から三号における、次の布告・法律および命令である。アメリカ軍の最高司令官アイゼンハワーによって発せられた布告第一号は、その第二条において、最高の司法権力を連合



国軍の最高司令官に委譲し、軍政府の裁判所の設置を宣言した。第三条においては、次のように言われている。「占領地域におけるドイツの全裁判所は、……当分の間これを閉鎖する。民族裁判所、特別裁判所 (Sondergerichte)、SS 警察裁判所、その他の特別裁判所 (außerordentliche Gerichte) の裁判権は、あらゆる占領地域においてこれを剝奪する。刑事・民事裁判所の活動の再開は、……状況がそれを許すようになった時点で、許可される」<sup>(178)</sup>。これに依じて、各々の占領地域において、通常裁判所と行政裁判所が閉鎖され、特別裁判所、党裁判所などが廃止された。そして、あらゆる法律家に認可の留保が宣言された。当分の間のドイツの裁判所の閉鎖を命じた。さらに、民族裁判所、特別裁判所、SS 警察裁判所およびその他の特別裁判所からは裁判権が剝奪された。第四条では、公務員やその他の重要な人物は、当分の間その地位にとどまるよう義務づけられた。このことは、例えば、上級ラント裁判所長官および上級検事ないしその代理は、非ナチ化された後継者が任命されるまでその職にとどまった。

法律第一号<sup>(179)</sup>は、ナチズムを含む法律を廃棄し、司法を人種、国籍、宗教ならびに政治的自由の平等の原則のもとにおいた。

「ドイツの裁判所」に関する法律第二号は、ドイツの司法の綱領的な枠組法であった。その中では、上述の布告第一号におけると同様、上級ラント裁判所とそのもとに位置する裁判所の当分の間の閉鎖を、つまり軍政府の文書による命令が発せられるまでの間の閉鎖を命じた。これによって行政裁判所も閉鎖された。連合国は、ライプツヒのライヒスゲリヒトをもつと厳格に行い、一九四五年四月二〇日にはその職権を「当分の間」消滅させた。ライヒスゲリヒトの再開は、結局行われなかった。<sup>(180)</sup>

(3) 司法の再開

このような廃止・閉鎖措置のあとに、管理理事会の建設的立法が始まった。当初は、ドイツ全土で共通の裁判制度が作られるかの印象を与えた<sup>(81)</sup>。一九二四年三月二日の段階での裁判所構成法が出発点に置かれた。つづいて労働裁判権、行政裁判権に対する基礎が作り出された。すでに一九四五年五月末には、区裁判所とラント裁判所が活動を再開していた。一九四五年秋には最初の上級ラント裁判所の長官の任命が行われ、一九四六年初頭には通常裁判所は、半分、機能を回復していた<sup>(82)</sup>。

組織的には、統一的なものは何もなかった。最も重要な地域を超えた司法行政の組織中枢としてソビエト地域のドイツ司法中央政局 (Deutsche Zentralverwaltung für Justiz) とならんでイギリス地域の中央司法局、および一九四八年七月二四日以降の合同経済領域の行政法務局 (Rechtsamt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes) が挙げられよう。後二者は、組織的にも人員的にも連邦司法省の直接の先行形態となった。共通だったのは、先に挙げた諸点くらいであって、司法行政の分野でも、時とともにますます占領諸国の合意が分裂していき、各占領地域におけるそれぞれ独自の展開の傾向が強く現れる<sup>(83)</sup>。

#### (4) ドイツにおける裁判権

##### ① 軍政府の裁判所

アメリカないしイギリスの軍政府によって開設された裁判所は、まず、刑事裁判権に関するものであった<sup>(84)</sup>。これによって、刑事事件においてはドイツの裁判所に代わって、三種の軍政府裁判所が管轄権をもった。これらの裁判所はすべて、三つの西側地域において、連合軍の最高司令官としてのアイゼンハワー将軍による最高の立法、司法および行政権の継受に基づいて、同じ法律によって設立された。同時に公布された犯罪と可罰的行為に関する命令第一号

	Summary Court	Intermediate Court	General Court
人数	1名の将校	1名または若干名	3名を下らない
管轄	軽微な軽罪	重大な違反行為	重要犯罪
刑量	1000ライヒスマルク以下の罰金および1年以下の軽懲役	10000ライヒスマルク以下の罰金および10年以下の重懲役	無限の罰金および死刑

Aus: Wenzlau, Der Wiederaufbau der Justiz in Nordwestdeutschland 1945 bis 1949, S. 65, Anm. 5.

は、占領国の連合刑法典をなしていた。<sup>(185)</sup>

② ドイツの裁判所の再開

当初、狭義における、つまり、特定の個別事件に客観的法を適用するという意味のドイツの裁判権の管轄制限は、徹底したものであった。これに反して、司法の行使のための外部的基礎を作り出す広義の裁判権としての司法行政は、占領諸国のコントロールのもとでの場所的外出禁止が解除されたのちに、内務行政に限定して、再開された。<sup>(186)</sup> その緊急の任務は、司法の非ナチ化に参加することであった。ドイツの裁判所の再開の前に、連合国は、司法関係者の非ナチ化と認可を軍政部によって行なった。しかし、軍政府がこのために必要な固有の行政機構を設立し、一九四五年五月末から六月初頭にかけて上級ラント裁判所地区の組織的な設立を開始するまでは、個々の、連合軍に従う軍政府の班が、所管の支部の司令官の提案に基づき、裁判所を開設し始めた。軍によって文字通り一步一步引き続いて行われたドイツの裁判所の開設は、まずは、「ハンドブック」の指摘に従って、区裁判所および少数のラント裁判所から始められた。いづれにしても、人的・物的観点においてそれぞれの地域で在庫調べをすることがその前提であった。

(5) 司法における非ナチ化手続

法務部は、司法の非ナチ化を「ハンドブック」とテクニカル・マニュアルに設定された枠内で行った<sup>(187)</sup>。その際、その最大の関心事は、ナチズムの理論から解放された司法制度を作ることであった。一九四五年夏に基礎とされた「熱烈なナチ・シンパ」というカテゴリー<sup>(188)</sup>の場合には、認可された法曹の数は、少ない。一九四五年六月には、ハンブルクでは、二七人のものが、裁判官職に認証されたに過ぎない。その他の北西ドイツの上級ラント裁判所地域でも、様子は似ている。プレーメンにおいては、アメリカは、二名の裁判官を認可しただけで、その他のNSDAPの党候補者の認可を拒否した。

① 上級ラント裁判所長官および上級検事

一九四五年五月以降、占領諸国は、まず、上級ラント裁判所長官および上級検事 (Generalstaatsanwalt) の地位を新たに占められるよう力を尽くした<sup>(189)</sup>。原則的には、人員の確保、およびそれと平行して行われた非ナチ化は、火急の速やかに、ラント裁判所もしくは区裁判所の次元からまだ存在した最高の司法行政の次元に移されるべきであった。上級ラント裁判所長官は、上級検事より高い地位にあるべきだったが、上級検事と同じく、軍政府の間接統治のため、また、占領軍に対するラント裁判所や区裁判所の交渉のための仲介的地位を占めるべきであった。軍政府が三審制の裁判制度と既存の上級ラント裁判所管区をそのまま維持したので、上級ラント裁判所の長官およびその上級検事は、最高のドイツの法曹となった。一九四五年五月以降、その選任は、法務部によって、有責任に関する特に慎重な審査を要求した。法務部は、狙いを定めて人選を行ったことによって、ドイツ人の眼には、イギリス人が弁護士、裁判官、検察官のブラック・リストのみならず、ホワイト・リストをももっているという、まんざら根拠がなくはない印象を喚起した。

イギリス地区に存在した八つの上級ラント裁判所——ブラウンシュヴァイク、ツェレ、デュッセルドルフ、ハンブルク、ハム、キール、ケルンおよびオルデンブルク——においては、法務部は、それぞれ八名の上級ラント裁判所および上級検事の、全部で一六人の最高の地位を満たさなければならなかった。<sup>(99)</sup> ハムの長官の選任にいたるまでは、第三帝国の間の新長官の態度と活動に関する既に存在する、または法務将校によって収集された情報は、十分だと思われていた。

かれらは、六八歳になるまで、その職にとどまることができた。上級ラント裁判所の長官には、一八六七年〜一八八七年生まれおよび一九〇二年生まれが、上級検事には、一八八四年〜一八九五年生まれおよび一九〇一年生まれがあった。一九四五年のその任官の時、長官の平均年齢は六三歳、上級検事のそれは五五歳半であった。かくして、司法の領域でも、「ドイツの政治の強い連続性」が確保されたのである。しかし、同時にすでに任官者の半数がすぐに定年に達することが見込まれていたのである。

弁護士から上級ラント裁判所の長官に任命された者は少なかったが、その中には、ツェレの長官となったホーデンベルクやオルデンブルクのコッホがいた。<sup>(100)</sup> かれらは、個人的な、司法上の、またラント政治上の要求と引き換えに任官を受諾したが、これによって、軍政府によって言い渡された裁判官の認可は取り消しえないという、当初ツェレ上級ラント裁判所に対してのみ取り決められた合意が重要となった。また、裁判官の逮捕は、長官の許可を得て初めて可能となった。これによって、裁判官の独立に反する非ナチ化手続が原則としてうまく拒否できるようになったのみならず、軍政府法第二号によって廃棄された裁判官の解任、左翼の禁止の原則も部分的には復活させられたのである。これにより、ツェレ上級ラント裁判所長官は、すでに占領時代の当初から、軍政府の法務部に対して、強い地位を確

保したのであった。この合意に加えてさらに、ホーデンベルクが一九四五年八月一三日に交渉した「二二項目のカタログ」<sup>(187)</sup>がある。非ナチ化手続には、これらの上級ラント裁判所の長官が協力し影響を与えた。ハンブルクの上級ラント裁判所の長官であったキーセルバッハは、例えば、ナチ (Nationalsozialisten) と党员 (Parteigenossen) とを形式的に同視することに反対した。キーセルバッハは、保守的な人物で、一九四五年になおもヒトラーに呪縛されていた<sup>(188)</sup>という。

② イギリス占領地域における法曹の非ナチ化

イギリス占領地域では、いわゆる「調査」(vetting) のための質問用紙に基づく検討手続が基礎とされた<sup>(189)</sup>。それに加えて、裁判官、検察官、アセッサおよびレフェレンダールは、既述のように、とくに法曹としての経歴に関する「特別の質問表」に記入しなければならなかった。これは、ドイツ語では、「政治的質問表」(politischer Fragebogen) と呼ばれた。

この第一の検討をなすために、長官は、個人的な担当官として、有責でない裁判官を一人その管轄地区から選任した。有責でないということとは、ナチ党に所属していなかったこと、ならびに、その判決が党の政治的利益に関係する訴訟に関与しなかったことを意味する。このことは、一九三三年に裁判所のヒュラルキーにおいて、すでに確固とした地位を確保していた者のみ可能であった。一九三三年後に裁判所に入った法曹には、党によって気づかれない地位につくことは、大抵はできなかった。

一九四五年一〇月一九日には、任命のための権限が、検討手続を迅速化するために、新たに捉え直された<sup>(190)</sup>。従来、全ドイツの司法職員の任命と認可が参謀本部によって行われてきたのであるが、今や、次の職への任命のみが、リュ

ブッケ (Lübbecke) の参謀本部で行われることになった。①上級ラント裁判所——長官、副長官、部長、および上級検事、②ラント裁判——長官と上級検事、③区裁判所——一七万五千人以上の裁判地域内居住者の区裁判所の監督的指導的裁判官、④弁護士会および公証人会の会長。

その判断は、参謀本部において次の書類に基づいて行われた。

①一般的質問表 (ordinary Fragebogen)、②特別質問表、③完成した陸軍安全局 (Field Security Service) の調書 (Action Sheet)、④上級ラント裁判所長官の報告、⑤所管の軍政府の支部への上級法務官の報告、⑥その地に発するその他の重要な情報である。

認可が決定された拘束力のあるガイドラインといったものは、軍政府は挙げることはできなかった。しかし、次の基準が裁判官と検察官の不適格性を表すものとされた。<sup>(註)</sup>①一九三三年四月一日以前に NSDAP 入党したこと。②党裁判所の構成員、③ SS への入隊、④一九三三年以降、中断なく党と SA の構成員であったこと、⑤もし当該者が、党内または SA 内である地位を得ていたとき、すなわち、ロッテンフューラー (Rotenfürer) やシャルフフューラー (Scharführer) がそうであるが、その場合には、一九三七年以降中断なく党と SA の構成員であったこと。専門的な活動の結果としての地位の授与は、評価されなかった。例えば、SA における法律顧問としての活動に基づくシュトゥルムフューラー (Sturmführer) がそうである。

(6) 非ナチ化手続の緩和

① 「背負い込み原則」の導入

一九四五年一〇月末には、「五〇対五〇」原則または「背負い込み原則」(Huckepack-Regel) が採用された。<sup>(註)</sup>

これは、要するに、各々の非有責者が、一定限度まで、形式上の有責者を背負い込んで、司法職に入れることを認める制度であり、司法に対する五〇パーセントの「ナチ」党員の割合は、「管理理事会の交渉にあたって」決定され、「イギリス軍政府には、すでにその他の占領諸国の見解によれば、非常に幅広い認容であると認められた。そこで、ベルリンの法務部の長であったマッカースキー (Macaskie) は、元ナチの認可についてはなるべく控え目に、慎重に取り組んで欲しいと指示した。かくして、一九三七年五月一日以降、NSDAPに入党した法律家は、通常、裁判官または検察官として認可されたし、一九三三年五月一日から一九三七年までの党員も、裁判所長がそれに対して責任を引き受けたかぎり、これらの地位につくことができた。しかし、かれらは、裁判所事務長 (Behördenvorstand) に任命されることは許されなかった。従って、いくつもの区裁判所がひとりの区裁判所長のもとにまとめて服せしめられることになった。

五〇パーセント条項をうまく活用した応募者は、元の軍裁判官 (Wehrmichtsrichter) であつた。<sup>(199)</sup> 一面では、国防軍は、確かに保守派の牙城だとみられたが、他面ではしかし、軍裁判所は、正規の裁判所よりもNSDAPからよりよく防護されていた。そして、占領国の目には、かれらは一般に非有責だとみえる。かれらは、一時的には、上級ラント裁判所の裁判官の九・七パーセントを占めたという。

しかし、軍政府が一般的再認可の門戸を少しだけ開けた後には、上級ラント裁判所長達は、その門戸を今や全開しようと努力した。<sup>(200)</sup> 非党員に対する需要と供給は、非ナチ化手続に直接に依拠する裁判所の開設が、軍政府が予期していたよりは迅速に行われえたにもかかわらず、大きく乖離した。法務部は、有責者の割合を五〇パーセントを越えさせ気はなかつたので、ほとんどすべての上級ラント裁判所地域で、五〇パーセントを下回る試みがなされた。しかし、



法務部は、一九三三年以降に養成を開始された若い法律家を五〇パーセントから除外する準備をしたにとどまった。

② 五〇パーセント条項の廃止

一九四六年六月中旬には、五〇パーセント条項が廃棄され、法曹の認可の新たな段階が始まった。<sup>(20)</sup> これによって、「背負い込み原則」の廃棄が宣言された一九四六年中旬以降、あらゆるドイツの法律家は、非ナチ化委員会によって是認されたかぎりで、つまり、軍政府の公安局 (Public Safety) とドイツの非ナチ化および検査委員会によって、免責されたかぎりで、仕事を続けられるようになった。このようにして、ふたたび専門的資質が、政治的態度に優先することになった。党員でないという事実が試験においてしばしば決定的な意義をもって評価される時代は去ったのである。しかし、五〇パーセント条項の撤廃にもかかわらず、認可手続は促進されず、裁判所の負担も増大していった。一九四七年初頭には、八六〇〇〇件の刑事事件、五六〇〇〇件の民事事件が、イギリス地域において裁判所の処理を待っていた。

③ 定年の引き上げ

当初の非ナチ化手続をあらゆる点で変更していったにもかかわらず、比較的高地位の裁判官の地位——それは、イギリス地域では最大限一六九名であったのであり——の充足は、その後も困難であった。<sup>(21)</sup> 従って、ラント司法大臣の同意を得て、法務部によって、類似の前提のもとで可決された、プロイセンの一九二〇年の定年法 (Altersgrenzengesetz) にならって、軍政府命令一九九号が発せられた。自由で独立の司法を形成すべく、この「例外規定」によって、定年は、六五歳から六八歳に引き上げられたのである。これによって裁判官の地位の充足率は、三八パーセント弱から六四パーセント強に上昇した。一九四八年中頃には、司法はその法曹に関する需要をほぼ満たした。それにもかかわら

ず、一九四八年末まで、人事移動は平均を上回って多かった。一九四八年中頃には空席は充足されていたにもかかわらず、一九四八年以降も法曹が裁判所に流入しつづけた原因は、すでに本来の定年を越えたにもかかわらず、人員不足のために再びその職についた裁判官達が、一九四八年末には大部分再びやめなければならなくなった点にある。これによって、非ナチ化された元NSDAPの党員が認可される見込みは依然として高く、管理理事会の司法省(Ministry of Justice)の長が政治的参謀本部に対して「ドイツの裁判官の地位と司法職にナチが再び大量流入してくる」ことを案じて述べたばかりではなく、ラント司法大臣が非ナチ化委員会の決定を批判するに至ったほどであった。例えば、一九四八年初頭には、指導的地位は三〇パーセントまで元NSDAPの党員によって占められた。ラント裁判所裁判官(Landgerichtsrat)やラント裁判所長(Landgerichtsdirektor)にあつてはイギリス地域においてその率は、八〇と九〇パーセントにのぼつた。中級および平の地位については、党員のパーセンテージは、四〇パーセントにすぎなかつた。一九四八年一月には、イギリス地域の中央司法局長は、「すべての非ナチ化された裁判官を再認容すると、司法は、ナチ時代の末期にそうであつたと同じ陣容で再建されることになる」との危惧を表明したが、これが真実となつた。ナチ裁判官が戻つてきたことにより管理理事会法が一致して嫌われることになり、イギリス地域の最高裁は、二年半にわたつて反乱するラント裁判所と司法犯罪をめぐつて闘争することになつたのである。

#### ④ 定員管理計画

司法のトップは、例外なく新たな人物が登用されたが、この指導的な地位の下にくる地位には、元のナチ時代の法律家達が再任された。これは、ライヒ司法省の元の計画に従つて、「裁判官に対する一般的指令第一号」(Allgemeine Anweisung für Richter Nr. 1)に則り、変更ないし継受された定員管理の結果である。古い定員内ポス

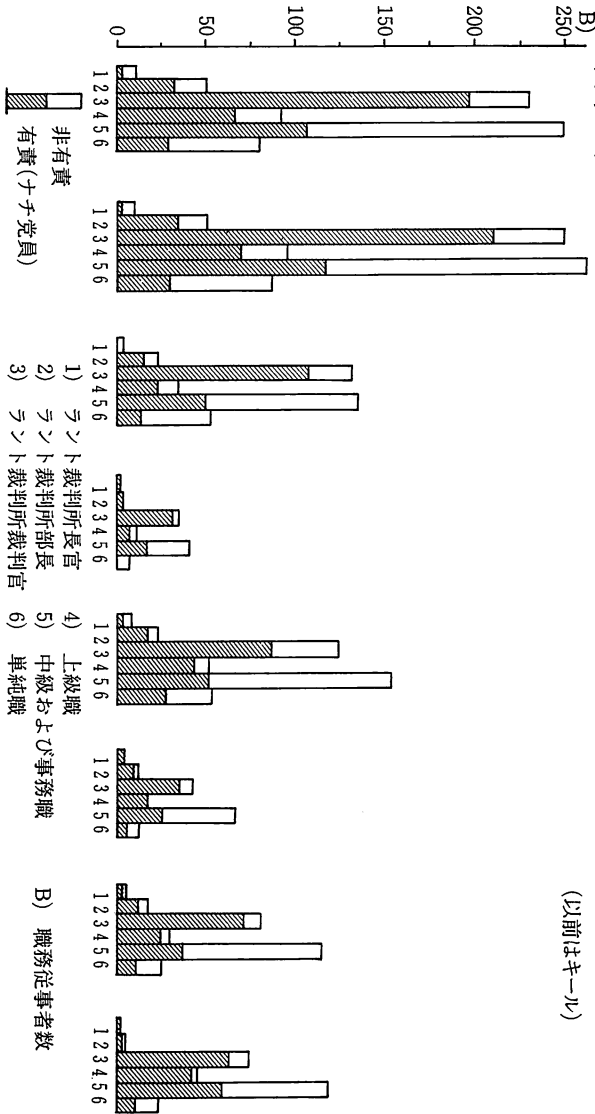
イギリス占領地域のラント裁判所における元ナチ党員数

(Nach : Tätigkeitsberichte der deutschen Gerichte und Staatsanwaltschaften für die MR, Landgerichte, Bd. 1, November 1947 - April 1948, in : BA Z 21/250, Bl. 78, 85, 88, 96, 112, 122, 132, 142 u. 152). Cf. : S. 138, Anm. : 4.

イギリス占領地域のラント裁判所における元ナチ党員数

上級ラント裁判所地区

B) チュッセルボルフ ハム ケルン テラウジエグライク ツェル オルテンブルク シュレスヴィグ ハンブルグ  
 (以前はキール)



Aus : Wenzlau : Der Wiederaufbau der Justiz in Nordwestdeutschland 1945 bis 1949, S. 139.

トのもはや空いていない非有責法律家は、定員内のポストを得るまで、「受命裁判官」や「臨時裁判官」として導入された。

この以前の定員管理計画の継受は、司法関係者には限定なしに受け入れられた。一九四八年末に、法務部が、特別裁判所やSAの構成員として活動していたにもかかわらず、寛大に運用された非ナチ化手続によってカテゴリーIVおよびVに位置づけられた裁判官や検察官を少なくとも俸給の少ない低い地位につけようとしたとき、法務部は、いくつかの判例は、それに反対の見解を採っていたことを知らなければならなかった。これによると、これらのカテゴリーに属する人々は、元の定員内のポストに復帰する権利があるというのである。占領国もラント司法省も中央司法局も、このかれらには憤懣やるかたない法状態に対して共同して対抗する準備はなかった。

#### ⑤ 基本法一三一条法の施行

一九五一年五月一日のいわゆる「基本法一三一条法」<sup>(20)</sup>によって、非ナチ化によって解雇され、いまだ再雇用されていない公務員に関する規定がおかれた。確定判決をもって公務を担い得ないとされた者を例外として、再雇用がはじまった。基本法一三一条は、浄化処分の一部を終了したものとしたのである。イギリス地域における非ナチ化は、「紙の上の革命」にすぎなかった。ドイツ語の用語では、非ナチ化という概念は、「制限からの自由」という意味を持ち、最終的には、ナチであったという非難に対して免疫処置をなす種痘にたとえられたのである。<sup>(20)</sup>

#### (7) ソビエト占領地域における司法の再編と非ナチ化

ソビエト占領地域では、周到な準備と、赤軍の進軍による保護によってドイツ共産党の指導グループが、比較的迅速に、戦後司法構想を練った。<sup>(20)</sup> 地域の状況に応じて、ナチにつき有責でない法律家と、復帰した退職者、地方名士お

よびドイツ共産党の党员などが、様々に混淆した形で「迅速投入裁判官」(Richter im Sofortinsatz)として区裁判所、戦時裁判所、地区裁判所、および民族裁判所における裁判官の機能の遂行を委託された。新たに形成されたラントの行政府の司法部は、一九四五年七月一七日のソビエト軍政部(Sowjetische Militäradministration)(SMAD)命令第一七号によって、ドイツ司法中央行政府(DJVG)において上位機関をもつことになった。<sup>(208)</sup>

ポツダム協定の確定を基礎に、非ナチ化と司法の民主化を考慮して、ソビエト軍政府は、一九四五年九月四日にソビエト占領地域における裁判所制度の再構成に関する命令第四九号を発した。それは、全ソビエト占領地における司法の統一的发展と形式に対する第一歩であつた。<sup>(209)</sup>

命令第四九号の内容は以下の通りである。

ソビエト軍によって占領された地域におけるドイツの裁判所機構の不調和な活動を除去するために、次のことを命ずる。

(a) あらゆるプロヴィンツにおけるドイツの裁判所の制度は、一九三三年一月一日に存在した当時の立法と一致する形で再構成されるべきである。各プロヴィンツにおいては、次の裁判所システムが制定される。地区の数によって地区裁判所(Rayon-Gerichte)(Amtsgerichte)、地方裁判所(Bezirksgerichte: Landgerichte)および上級ラント裁判所(Oberlandgerichte)。

(b) 中央ドイツ司法行政局長は、本年の一〇月一日までにソビエト地域におけるドイツの裁判所の再構成を実行しなければならぬ。

各プロヴィンツのソビエト軍政府長官は、この作業に際して、中央ドイツ司法行政部に必要な支援を保障しなけ

ればならない。

(c) 裁判所体制の再構成の実施にあたっては、NSDAPの元の全党員が、裁判所および検察庁の機構から排除されるべきであり、ヒトラー政権のもとで刑罰政策に直接関与した者も同様である。

(d) 本命令の実施に関するコントロールはソビエト軍政府長官、カラセフ (Karassew) に任せよ。

ソビエト軍政府は、住民に、命令四九号の本質的内容を公示の形式で知らせることが必要であった。この公示の中では、すでに最初の組織化段階において二段階制の裁判所が、社会敵的な襲撃に対して重要な役割を演じたと伝えられた。次のようにいう。今やドイツの裁判所の活動の民主的基盤は、強化された。区裁判所、ラント裁判所および上級ラント裁判所が設立された。「民主的基盤の上で、司法を確立するためには、ナチズムの根絶と民主主義の強化のための任務の確保を保障する人々から、裁判所機関と検察を組織すること」が必要であると。

この公示の中では、命令第四九号の公権的解釈において、たんに司法へのあらゆるファシスト的な反動的な影響を除去することの必要性が強調されているばかりではなく、同時に、反ファシズム的・民主的司法の課題を解決するために、真に民主的な裁判官と検察官を獲得されるべきことが表現されている。

一九四五年一〇月三〇日には、管理理事会の法律第四号が発せられた。<sup>(40)</sup>そこでは、連合国の管理理事会は、ドイツの裁判所の改造は、原則として一九二四年三月二日の段階での旧裁判所構成法と一致するように行われるべきであると規定した。その第四条においては、「積極的にその活動に関わったナチ党の元黨員全員と、ヒトラー政権の刑罰方法に直接関与した者は、裁判官および検察官としてのその職を取り上げられる」とされた。

その少し後になって、管理理事会は、一九四六年一月一二日の指令第二四号および一九四六年一〇月一二日の第三

八号によってナチ党员と軍国主義者を公職や責任を負う地位から追放する別の規定を発した。<sup>(21)</sup> ソビエト占領地域のラントやプロヴィンツではNSDAPの党员は、司法から追放された。従って、これらの規定は、昔の裁判官や検察官が、確かにナチ党の党员ではなかったが、第三帝国の国家や国防軍で、指導的機能を果たし、または元反動的、軍事的なグループや組織に属した者などの事例について問題となった。法律家が、人道に対する犯罪または戦争犯罪を實行したことが明らかになったときは、速やかに、その地位を追放され、刑事訴追されることはソビエト占領地域では自明のことであった。

五つのラントとプロヴィンツの領域では、一九四五年五月八日以前には、二五〇〇人の裁判官と検察官がいた。<sup>(22)</sup> 司法で働いている全体数は、一万六千人を越えた。裁判官および検察官の約八〇パーセントがナチ党やその外郭団体の構成員であった。ソビエト軍政府の命令第四九号の発布以前の最初の非ナチ化処分の後、ソビエト占領地域においては、七〇〇から八〇〇名の裁判官および検察官がいたが、そのうち約一二五人が迅速投入されたものであった。裁判官・検察官の中には諸ラントの規定により、いまだ例外的にふたたび任用されたナチ法律家がいたが、命令第四九号によってザックセンのプロヴィンツで迂回行為が行われたのを除けば、追放された。

ベンヤミンは、ソビエト占領地域の諸ラントやプロヴィンツにおける一九四五年の非ナチ化を総括して、次のようにいう。「元の裁判官および検察官の約五分の四は、再雇用されず、または、解雇された。これによって、元のファシスト的、軍国主義的裁判官および検察官の主要部分は、排除された。それは、司法の民主化の第一歩であったにすぎない。非ナチ化は、同時に、今や進まなければならない第二歩のための道を切り開いた。つまり、組織的にそして体系的に新たな人員を獲得し、その養成への道を見出すことである」。<sup>(23)</sup> ベンヤミンのこの確言にもかかわらずソビエ

ト占領地域の司法の非ナチ化の実証的研究は、東ドイツの崩壊した今、客観的な資料にもとづいて、客観的に評価されなければならないであらう。

- (168) Joachim Reinhold Wenzlau, *Der Wiederaufbau der Justiz in Nordwestdeutschland 1945 bis 1949*, 1979, S. 40 ff.
- (169) アメリカ部門だいつは、'ネイン出身のアメリカ国籍や多(1)命者(2)として指揮された。イギリス部門は、「イギリス特別法学研究班」として、外務省の下に服した (Vgl. Wenzlau, a. a. O., S. 42)。
- (170) John Gimbel, *Eine deutsche Stadt unter amerikanischer Besatzung*, Marburg 1945-1952, 1964, S. 62; Wenzlau, a. a. O., S. 43.
- (171) Dieter Johannes Blum, *Das passive Wahlrecht der Angehörigen des öffentlichen Dienstes in Deutschland nach 1945 im Widerstreit britisch-amerikanischer und deutscher Vorstellungen und Interessen*, Diss. Göttingen 1972, S. 151; vgl. Wenzlau, a. a. O., S. 43.
- (172) Basic Field Manual on Military Government (FM 27-5).
- (173) 'ナチが、シクリン侵攻の経緯(3)後(4)に、'指定されたユダヤ人 (Wenzlau, a. a. O., S. 46 Anm. 1.)。
- (174) SHAEF, *Handbook for Military Government in Germany*, 1944, 1. Aufl.
- (175) Wenzlau, a. a. O., S. 47.
- (176) Ernst Joseph Cohn, *Manual of German Law*, Vol. 1, *General Introduction Civil Law*, 1968, 2. Aufl.; SHAEF, G-5 Division, *Military Government Germany: Technical Manual for Legal and Prison Officers*.
- (177) Michael Stolleis, *Rechtsordnung und Justizpolitik 1945-1949*, in: *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart (Festschrift für Helmut Coing)*, Bd. 1, 1982, S. 390 ff.
- (178) MRABL. (=Militärregierungsamtblatt) Nr. 1, S. 1.
- (179) MRABL. Nr. 1, S. 11; Wenzlau, a. a. O., S. 52, Anm. 3. ナチズムの色彩を帯びる法律として、その第一条(2) 次のような法規範が挙げられている。(a)一九三三年五月一九日の国家の象徴の保護に関する法律 (RGBl., I, S. 285)。(b)一九三三年七月一四日の政党の新形成を禁止する法律 (RGBl., I, S. 479)。(c)一九三三年十二月一日の政党と国家の統一の確保  
ナチの「不法と犯罪」の戦後処理 (1)



に関する法律 (RGBl., I, S. 1016)。(d)一九三四年二月二〇日の国家と政党に対する陰險な攻撃に対する、および党の制服の保護のための法律 (RGBl., I, S. 269)。(e)一九三五年九月一五日のライヒ国旗法 (RGBl., I, S. 1145)。(f)一九三六年二月一日のヒトラー・ネーケント法 (RGBl., I, S. 985)。(g)一九三五年九月一五日のドイツの血とドイツの名譽の保護のための法律 (RGBl., I, S. 1146)。(h)一九四二年二月二二日のNSDAPの法的地位に関する總統の命令 (RGBl., I, S. 733)。(i)一九三五年二月二二日のライヒ國民法 (RGBl., I, S. 1146)。

- (180) Wenzlau, a. a. O., S. 53, 297. カール・レーヴマンシタインは、ライヒスゲリヒトが再開されなかつた理由を、ボンダヤ協定によれば「中央機関」(central agencies)を設けずはならざつたことと求めつゝ (Karl Loewenstein, Reconstruction of the administration of justice in american-occupied Germany, in *Harvard Law Review* 61 (1948) pp. 419-466.

(181) Stollers, Festschrift für Coing Bd. 1, S. 390.

(182) Stollers, Festschrift für Coing Bd. 1, S. 391. 未処理の手續が山積し、とくに離婚事件、増加する犯罪、ナチ時代からの裁判を待つてゐる刑事事件が、極度に数の減少した、部分的には能力において劣る裁判官の負担を増大させた。至るところで、適用されるべき法、ワイマール司法へのつながり、管理理事会立法、せわしく制定された新法の取り扱いについての不安定が蔓延したとされてゐる。

(183) Stollers, Festschrift für Coing Bd. 1, S. 391.

(184) Wenzlau, a. a. O., S. 65.

(185) イギリス占領地域においても、民事司法が予定されていたが、軍事裁判権は、そこでは、純然たる刑事司法にとどまつた。その元々の目的は、軍隊の利益を守ることにあつた。その管轄権は、人的には、占領領域の全員に及んだ。ただし、戦時法が適用される者は例外であつた。事物的には、占領領域において妥当する規範に違反するすべての犯罪に対して管轄する。その規範を誰が発したかは、無関係である (Wenzlau, a. a. O., S. 67)。

(186) Wenzlau, a. a. O., S. 69 f.

(187) ハンドブックと一九四四年四月以降の「指令 CCS 五五一」(Direktive CCS 551)がイギリスおよびアメリカ占領地域の指針をなしてゐた。「ハンドブック」に対するモーゲンソーとそれに続いてルーズベルトの批判の後、一九四四年秋に

アメリカの「JCS 一〇六七」が可決された。それは、内容的にも形式的にもモーゲンソー・プランと一致しており、モーゲンソーの財務省の押印がある。翌年、CCSとハンドブックによって代わるはずの「JCS 一〇六七」は、何度も改訂された (Wenzlau, a. a. O., S. 95)。

(188) テクニカル・マニユアルの積極的リストにおいては九二名の機能分担者は、そのナチスの法形成に対する役割に応じて、三つのカテゴリーに分類された。カテゴリーAの担い手は、その再雇用には、「最高司令部」の同意が必要であった。カテゴリーBは、少なくとも地域兵団 (Corps-District) の許可を要し、第三カテゴリーたるCには、AでもBでもないが、一定の機能を担ったすべての法律家が属した。「熱烈なナチ・シンパ」であるとの証拠がないかぎり、かれは職にとどまりえた (Wenzlau, a. a. O., S. 101 f.)。

(189) Wenzlau, a. a. O., S. 105.

(190) Wenzlau, a. a. O., S. 106 ff.

(191) Hodo Frhr. von Hodenberg は、一八八七年生まれ。Ekhard Koch は、一九〇二年生まれ。ライヒ司法大臣だった Koch-Weser の孫。一九四五年五月、占領直後にオルデンブルクの首相テオドル・タンツェン (Theodor Tautzen) から司法・教会・学校部門の長に招聘された (Wenzlau, a. a. O., S. 107, 109, 111.)。なお、この二人については、第三章四節において遡及処罰禁止論議との関係でもう一度言及する。

(192) このシェルの二二項目は、シェルの上級ラント裁判所の長官の任命をめぐるイギリスの軍政府の交渉の結果であるが、その当時の有利な事案において政治的に可能だったことについて一つの例である。これについて vgl. Wenzlau, a. a. O., S. 157 (Anm. 1)。

(193) Wenzlau, a. a. O., S. 114. キーマン・ハンシュケの報告を引用した。Memorandum Kieselbachs, StAr. Bremen: 3-G. 3. b. 1. Nr. 541. 日本語訳 vgl. Wenzlau, a. a. O., S. 113 ff.

(194) Wenzlau, a. a. O., S. 120.

(195) Wenzlau, a. a. O., S. 127.

(196) Wenzlau, a. a. O., S. 129.

(197) Wenzlau, a. a. O., S. 130.

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理 (二)

- (196) Wenzlau, a. a. O., S. 131.
- (199) 一九四五年一月になって「五〇対五〇原則」は、行刑にも適用されるようになった。約九〇パーセントの看守は、軍の看守 (Militärwärter) として、NSDAPに属していなかった。 「背負い込み原則」は、ここでは、人事の改善にむかひながらなかつた (Wenzlau, a. a. O., S. 131, Anm. 4)。
- (200) Wenzlau, a. a. O., S. 133.
- (201) Wenzlau, a. a. O., S. 136.
- (202) Vgl. Friedrich, Freispruch für die Nazi-Justiz, 1983, S. 109.
- (203) Wenzlau, a. a. O., S. 138.
- (204) 「全公務員および従業員の給与、罰金刑の使途、簿記およびその他類似の事項を含めて、全体的な裁判所行政は、既存のドイツ法によって、とくにこれに関係する行政規定および就業規則に方針づけられる。ただし、別の明文の定めがない場合、または、軍政府の任務または立法の実行の目的のために別のことが必要でない場合に限る」(第四号) (Wenzlau, a. a. O., S. 138, Anm. 8)。
- (205) BGBI., I, S. 307. 「基本法第一三一条に当つては、ある者の法関係の規制のための法律」。基本法第一三一条は、「一九四五年五月八日に公務にあつた者で、官吏法または給与法上の理由以外の理由から解職され、従来まだ、またはその以前の地位にふさわしく役立てられていない……者の法関係は、連邦法によって規制される」とする。なお、これについては、シュルダ一ノ『第二の罪』(永井ほか訳) 一〇二頁以下を参照。
- (206) Wenzlau, a. a. O., S. 144.
- (207) Stolleis, Festschrift für Coing, Bd. 1, S. 391 ff.
- (208) その司法中央政府において、一九四六年四月二二日二日に結成されたSEDが徐々に影響力をもち始めた。ワイマール時代の政治家オイゲン・シュファー (Eugen Schifer) が、外観を装って、一九四八年までトップの座につけられていた。その後には、SMADのソビエトの學校が、つた (Stolleis, a. a. O., S. 392)。
- (209) Vgl. Hilde Benjamin, Zur Geschichte der Rechtspflege der DDR 1945-1949, 1976, S. 64.
- (210) Benjamin, a. a. O., S. 67; Stolleis, a. a. O., S. 392. この法律第四号の前は、「司法の再構成のための諸原則」に関する

一九四五年一〇月二日の管理理事会布告第三号 (A.P.I. K.R. Nr. 1, S. 22) がある。そこで、本マニスマの司法において、テロ体制が問題であったこと、それが連合国の勝利によって廃絶されるべきという確認が行われている。

(11) Benjamin, a. a. O., S. 67.

(12) Benjamin, a. a. O., S. 71.

(13) Benjamin, a. a. O., S. 72.

— 未完 —

前号正誤表

箇所	誤	正
<p>四六頁注⑥ 四七頁注一三 四八頁五行目 五〇頁一一行目 五四頁注(26) 五四頁注(27) 五六頁一行目 五九頁一〇行目 六〇頁三行目 六二頁一行目 六一頁七行目 一〇行目 六三頁一五行目 六四頁後二行目 六三頁九行目 六八頁注(44) 六八頁後三行目 後一行目 八九頁後三行目 九二頁一三行目</p>	<p>Weber/Stein- Weber/Steininger )も見る事ができる。 フェーラー理論 Profile- 赤羽龍夫 織滅戦争 と務所 独自性 試みるべき 喚起</p>	<p>Weber/Stein- Weber/Steinbach )にも見る事ができる。 フェーラー理論 Profile 赤羽龍夫 織滅戦争 務所と 独自性 試みるべき 喚起</p>
<p>修正主義のはざま?」と ディッセルタチオン提出 ヴェルツブルク 司法法界 ドレーヤー・トレンドレ チヘリング</p>	<p>修正主義のはざま?」<sup>(59a)</sup>と ディッセルタチオンを提出 ヴェルツブルク 司法法界 ドレーヤー／トレンドレ ヘリング</p>	