

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理(一)

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」(以上本号)
 - 第二章 戦後占領政策の展開とドイツの法状態
 - 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

(1) 過去の陰

一九四九年に誕生した「ドイツ連邦共和国」は、一九八九年に四〇周年を祝い、すでにその前の「ワイマル共和国」の期間よりも、また「第三帝国」の期間よりも、さらに、両者を合計した期間よりもはるかに長く続いている。しかも、一九八九年一月九日の「ベルリンの壁崩壊」後、東西両ドイツの統一に向かつて、おそるべき速度で、事態は進行し、一九九〇年七月一日からの経済統合を経て、当初、一月二日に予定されていた統一は、一〇月三日に繰り上げられた。「ドイツ連邦共和国」と「ドイツ民主共和国」は、これによって政治的にも統合し、法的には、西ドイツ基本法第二三条の適用により、ドイツ民主共和国がドイツ連邦共和国に加盟するという形によって、ひとつの国家になった。これによって、戦後体制（ヤルタ体制）が完全に終結し、法理論的には旧ドイツ帝国を引き継ぐ完全な国家が回復したことになる。しかし、これによって実際には、第三帝国の滅亡、連合国による占領、ソビエト占領地域と西側占領地域の対立、一九四九年の東西二つのドイツの成立、一九六一年のベルリンの壁の構築という戦後のドイツとヨーロッパ史を規定してきた戦後処理の段階が終わり、新たな「ドイツ」が始まったことになる。ドイツ連邦共和国は、今や、第三帝国という過去に規定されたその暫定的な性格を捨てて、統一ドイツという積年の念願を果たし、確固たる基盤を得たのである。しかし、ヨーロッパにおいて、このドイツ統一が必ずしも諸手を挙げて歓迎されているわけでもない点に、ドイツの過去が陰を落として⁽¹⁾いる。

これまでの戦後西ドイツの歩みを振り返ってみれば、西ドイツの歴史は、その前史たる第三帝国の陰に規定されてきたといつてよい。終戦直後の西ドイツでは、「再建」が合い言葉であったが、国家の再建、西ドイツ国民のアイデンティティーの再獲得過程において、「ドイツ人のナチズムという過去との精神的・実際の対決」⁽²⁾が重要な役割を果たしたことも忘れてはならない。過去の陰は、西ドイツにおいてはつねに現在するものであった。カール・ヤスパースは、かつて、「連邦共和国は、どこへ行くか」を問い、「第三帝国と、それが可能ならしめたものから徹底的に距離をとること」によって、「新たに樹立された国家の新しい道徳的基盤」を作り上げることが重要だと答えた。⁽³⁾しかし、まさに、第三帝国から徹底的に距離をとることが、結局、できていないのではないかという反証の方が説得力をもって挙げられてきたことも、また事実である。

(2) 西ドイツの政治文化—国民総責任

過去の克服は、四〇年をこえる戦後ドイツの歴史の中で、一貫してひとつの「政治文化」を形成してきた。⁽⁴⁾ここで、政治文化とは、社会全体にとって、または社会的大集団にとって一定の時代に特徴的な政治的指針型および行動範型を意味するが、過去の清算は、政治的理念でもあり、国民に課せられた普遍的行動型でもあった。もちろん、ナチの犯罪的政権やその所業につき、国民の誰に責任があるのかは、内部的には、意味があった。しかし、ナチの犯罪は、ドイツ国民の全体に課せられた罪業であり、全体としての国民と国家が背負わなければならないカインの刻印でもあった。集団責任 (Kollektivschuld)⁽⁵⁾論が根強く唱えられたように、一九四五年以降、ナチ犯罪に対する責任と義務は、ドイツのアイデンティティーの一部であった。⁽⁶⁾国民は、もはや言語共同体、文化共同体、抽象的歴史共同体であるだけでなく、責任共同体でもあった。その点で、ナチス犯罪に対するドイツ人の関係は、ドイツ人のアイデン

ティティの領域に属するのである。ナチズムからの解放以降、この議論はその独自の道を歩んだ。そして、責任と贖罪の心がけは、ドイツの責任の一部として、世界に対してまたは世界において明らかにされなければならなかった。ドイツ政府と国民に重くのしかかった過去の罪、それが、戦後西ドイツの政策の重要な側面を規定したことはまぎれもない事実であり、それが、西ドイツの法治国家体制や民主主義・自由主義体制、さらには経済体制の発展を支えるバネでさえあった。

(3) 過去の克服への疑問

しかし、西ドイツが戦後、著しい経済成長を遂げ、国際的にも有力な西側の一員として承認され、国内政治的にも法治国家・社会国家の基盤が出来上がる段階にいたると、過去の克服は、将来の目標となる生産的なものではなくして、むしろ、国民の負い目をつねに自覚させるものとして、手枷足枷であると感じられるようになる。この傾向は、とくに六〇年代に顕著になる。ハンブルクの社会心理学者、ペーター・ホーフシュテッターは、一九六〇年代の初めに次のように書いている。「全世界の中にその過去を克服した民族などいない。その当時の情動が、オデッセウスが冥界の門のところ、短時間、それと対話をなした血の気のない陰になってしまう地点まで、その過去から、そつと距離をとることはできる。私には、我々が原理的に解決不能な任務に取り組むことは、賢明でないように思われる。」。

一九六八年の初版において提唱されたアルミン・モーラーのテーゼにおいては、過去の克服については、次のようにいう。「過去の克服は、人間を当為観念によって育成しようとしすぎであり、政治における現実的な思考と行動を封じ込める。……ドイツ人は、『消極的に特権化された』国民の継続的地位にとどめられてはならない。……過去の

克服をその誤った形態において行い続けることは、ヒトラーを事後的に勝利に導くこと以外の何ものでもない。それは、ドイツ人を消極的な形で、ヒトラーが積極的な形で求めたものにしてしまうであろう。つまり、あらゆるものから、たんに偶然的な細部においてではなく、原則的に、区別される国民にするであろう。」⁽⁸⁾

かくして、贖罪と悔悟の重苦しい雰囲気の中で、自己を抑圧して生きるのもう十分だ、過去の「埋葬作業」(Trauarbeit)⁽⁹⁾、つまり、過ぎ去った過去を暴かないで、そっとしておくことこそが、ドイツ人の自意識を覚醒し、アイデンティティーを確立する所以だとするのである。

(4) 忘却こそが、国民の統合の手段か

他方では、過去の克服の不十分さについても、つねに書かれてきた。最近の連邦共和国の歴史についての論述の中には、「ドイツ人の褐色の過去は、いまだかつて真剣に清算されたことがない。それは、軽視、忘却、隠蔽、あるいは沈黙によって言葉の真の意味において『克服』されてきた」とするものがある。しかし、前述のように、これを逆手にとって、この過去に目を瞑る態度こそが、ドイツ国民の統合を促進したのだという見解も有力になっている。一九八三年の初頭、ベルリンにおいてナチス権力掌握五〇周年を記念して、行われた講演において、ヘルマン・リュッツベは、全体的清算が行われなかったことに、彼のいわゆる統合テーゼをもって正当化を与えた。彼のテーゼは、「ナチズムに関するこのある種の沈黙が、とくに『経済成長』の時代には、社会心理的・政治的に必要な、ドイツ連邦共和国の市民権を獲得するための、わが戦後国民の変貌の手段だった」というものである。⁽¹⁰⁾ さらに補充して、「この連邦共和国の初期の歴史を特徴づける個人的・制度的な、ナチという過去を公共の場でテーマとすることを控えるということは、確かに過去をではなく、その主体を、新しい民主国家に統合するという努力の機能であった」とする。こ

れによって、彼は、「市民の義務として、ナチの過去について意思を通じて沈黙する」ことが、政治的強化と宥和の前提だとするのである。⁽¹²⁾

このようにして、西ドイツの戦後政治の中で「過去の清算」は、つねに陰になり日向になつて、あるいは「いわばヤヌスの顔のような二面性をもって、現実政治と国民意識を規定してきたといつて過言ではない。つまり、「第三帝国」との対決も、連邦共和国の歴史に属するのである。これは、政治家、学者、国家の制度、学校、大学、そして司法、マスコミ、さらに被害者や非被害者によつて行われてきた。しかし、過去の清算は、最もわかりやすい形では、ナチ犯罪の処罰、すなわち刑事裁判という形式によつて行われた。⁽¹³⁾

- (1) ドイツ国内でも、例えば、キュンター・ツラスのようなりはラルな文化人が、過去の経緯からドイツの統一に反対し、
わが東西の連合国家構想を打ち出してこそ、よく知られてゐる。
- (2) Vgl. Jürgen Weber, Einleitung, in: Weber/Steinbach, Vergangenheitsbewältigung durch Strafverfahren, 1984, S. 8.
- (3) Jaspers, *Wohin treibt die Bundesrepublik?* 1966, S. 67; Weber /Steinbach, a. a. O., S. 8.
- (4) Reichel, *Vergangenheitsbewältigung als Problem unserer politischen Kultur*, in: Weber /Steinbach, S. 151.
- (5) *リベリウム* 等、vgl. Karl Jaspers, *Die Schuldfrage* (Serie Piper 698), 1965, S. 23ff, 50ff.
- (6) Steinbach, *Nationalsozialistische Gewaltverbrechen in der deutschen Öffentlichkeit nach 1945*, in: Weber /Steinbach, S. 14.
- (7) Peter Hofstätter, *Die Zeit* v. 14. 6. 1963; vgl. Reichel, Weber /Steinbach, a. a. O., S. 145f.
- (8) Armin Mohler, *Vergangenheitsbewältigung*, 1980, S. 11 u. 89; Reichel, Weber /Steinbach, a. a. O., S. 145.
- (9) この言葉は「シタインマン」に由来し、「ナチ犯罪を刑法でなくして清算する」こと、即ち「罪業の前提は、その「シタインマン」な意味で使われたい」(Steinbach, Weber /Steinbach, a. a. O., S. 14)。

- (10) Rudolf Steininger, Deutsche Geschichte 1945-1961. Darstellung und Dokumente in zwei Bänden, Bd. 1, 1983, S. 15; Weber, in: Weber/Steinbach, a. a. O., S. 9.
- (11) Hermann Lübbe, Es ist nichts vergessen, aber einiges ausgeheilt. Der Nationalsozialismus im Bewusstsein der deutschen Gegenwart, in: FAZ v. 24. 1. 1983; auch, Lübbe, Der Nationalsozialismus impolitischen Bewußtsein der Gegenwart, in: Deutschlands Weg in die Diktatur, (Hrsg. v.) Martin Broszat u. a., 1983, S. 329-349. (ルンペン・マニッシュ、チノーリッヒに哲学を教えたが、かつて「ホルトライン・ヴァストフレン」の文部大臣の地位にあり、大学民主化法が可決されたとき、退任した。)
- (12) Reinhard Kühnl, Ein Kampf um das Geschichtsbild, in: Streit ums Geschichtsbild (Hrsg. v. Kühnl), S. 220.
- (13) Weber, Einleitung, in: Weber/Steininger, a. a. O., S. 8.

第二節 ナチズム像の史的変遷

(1) 西ドイツ戦後史における「歴史像」の変遷

戦後西ドイツのナチズムに対する取り組みは、まず、終戦直後の、一致して反ファシズム的歴史像の支配した時代から五〇年代以降の冷戦の時代を迎えた「全体主義」的歴史像の時代へと変遷する。終戦直後は、キリスト教民主同盟から共産主義者に至るまで、反ファシズムという点で基本的合意を得ていた¹⁴⁾。当時の三大ファシズム枢軸国たるドイツ、イタリア、日本の敗戦のあと、ファシズムは、それを支持したあらゆる勢力や人物をも含めて、ドイツの国民の多数にとって克服されるべき対象であった。ファシズムをめぐる論議も、このような出発状況から始まった。一方では、今や刑務所や強制収容所から出所し、あるいは亡命先から帰郷し、また、地下潜伏生活から地上に姿を現した反ファシスト達が、ワイマール共和国の崩壊の経験とファシズムの経験から教訓を引き出して、今度こそは民主主義

に確固たる基礎を与えるべく、国家と社会の抜本的な変革を試みようとしたのである。⁽¹⁵⁾ かれらには、民主主義の壊滅と独裁の台頭、戦争に導いたのは大資本勢力の利害であったこと、従って、経済もまた民主的コントロールに服せしめられなければならないことは明らかであった。かくして、当時、CDUに至るまでのあらゆる政党が社会化の要求を掲げ、一九四六年四七年の初期ラント憲法においてこのことが憲法の中に取り入れられていた。この点は、各政党の初期の綱領にも、さらに一九四九年の基本法(例、一三九条、二六条、一五条)も見る事ができる。

当時のナチズム観は、それを特殊な恐怖政治的性格を有するものととらえ、抵抗運動の存在を強調するというものであった。ファシズム理論の捉え方については、大学で教えていた当時の歴史学者や法律家、経済学者などが、その大多数において、かつてファシズムをイデオロギー的に支持した者達であったことから、自分達およびその帰属するブルジョワ社会に責任がないことを証拠立てようとし、あらゆる責任をヒトラーとその取り巻きに帰せようとして、いわゆる「フューラー理論」(Führertheorie)を唱えたのである。⁽¹⁶⁾

アメリカ合衆国とソビエトの敵対関係が顕在化するにつれて、反ファシズムの基本的合意は崩れるにいたる。⁽¹⁷⁾ この時代には、西側ドイツにおいては、非ナチ化手続が打ち切られ、ナチ時代の政界、経済界、法曹界などの指導的人物達が、それぞれ社会復帰し、高い地位を占めるにいたる。

このことは政治的状况一般に重大な帰結をもたらしたのみならず、反民主主義的イデオロギーを再生させ、極右からのアジテーションを寛大視する風潮につながったばかりか、ファシズムをめぐる論議にも重大な影響を及ぼした。今や、かの、反ファシストによって唱えられた、民主化や社会化を迫るファシズム解釈は、国家に敵対し、親モスクワ的なものと誹謗され、世論から押し退けられていったのである。⁽¹⁸⁾

かくて、共産黨員などは公職から追放され、ナチ時代に「国家の敵」とみなされた人々が再び国家の敵として法廷に立つことになる。⁽¹⁹⁾さらに、一九五六年のドイツ共産党(KPD)の連邦憲法裁判所による禁止によって、反体制的言辭は、共産主義的であり、禁止されているものとしうる手段が提供された。このようにして、五〇年代には、毎年約一万五千名の者に対する政治的捜査手続が開始されたのである。かくして、もはやファシズムを政治的・イデオロギー的に支持する勢力は守勢から、攻勢に転じた。⁽²⁰⁾この時代のナチズム像は、いわゆる「全体主義テーゼ」(Totalitarismus⁽²¹⁾)として表される。すなわち、「反ファシズム・テーゼ」ではもはやなく、反共産主義、社会主義を含めた意味での「全体主義」像の中にナチズムが組み入れられたのである。これによって、反ファシズム的戦線は一見張られ続けているように見え、民衆の中のまだ根強い反ファシズム的な声を汲み上げ、同時に左翼に対する闘争手段としてそれを構造替えることができるようになったのである。今や、共産党こそが全体主義的脅威の中心であり、東ドイツは、全体主義の現実の代表なのである。当時の政治的宣伝文句でいうと「ヒトラーは死んだが、ウルブリヒトは生きている」のである。

さて、冷戦時代の政治の崩壊によって、一時的にネオ・ナチ政党の隆盛を見た。⁽²²⁾ドイツ国民党(NDP)が一九六六年から一九六八年にラント議会で五パーセントから一〇パーセントの投票数を獲得したのである。しかし、当時の緊張緩和政策と改革運動によって、これらのネオ・ナチの動きが封ぜられたのみでなく、そもそも右翼自体がその勢力を弱められることになる。

これによって、一二年の間、保守党が政権から押し退けられるに至った。七〇年代は、ナチに関する歴史像の分裂の時代である。この時代には、一般的に民主的な傾向が強くなる。保守主義のイデオロギー的ヘゲモニーは、学問に

においても動搖させられるに至る。とくに六八年の学生の反乱の時代から、歴史学も、その方法論的基礎の反省の欠落を意識し始める。「理論の欠落」(Theorielohz)が論議されるようになり、若い世代の歴史学者達は、マルクス主義的方法をその研究に採り入れ始める。ファシズム解釈も、部分的にはマックス・ヴェーバーやアメリカ社会学の影響などをも受けて、方法的にも内容的にも、全体主義テーゼとは一線を画し、近代化論が考慮に入れられ、様々な多元的支配理論(Polykraftheorien)が形成され、さらに、ファシズム論を、一部では、独占資本主義独裁であると見る見解も注目されるに至るのである。⁽²³⁾

しかし、保守主義の方からも、新たな攻撃が始まる。とくに、この反撃は、一九七三年の経済危機を契機として、長期にわたる失業状態の発生、労働者の社会的不安の増大、若者層の将来への展望の喪失などがもたらされた。今や社会批判的勢力のみならず、社会民主党によってめざまされた改革の期待でさえも危険であるとみなす風潮が生じてきた。右翼の攻撃は、ファシズム論にも及んだ。もはや克服されたかに思われた過去の理論がふたたびかき出され、巨額の金を注ぎ込み、宣伝された。フェーラー理論や全体主義理論が「ヒトラー・ブーム」(Hitler-Welle)の形で大衆に提供されたのである。⁽²⁴⁾それは、多くの出版物を通じて行われる。その中心命題は、ヒトラーとその体制もポジティブな側面をもっていったというものである。⁽²⁵⁾この時代を代表するのは、ヨアヒム・フェストとセバスチャン・ハフナーのヒトラーに関する通俗的研究である。フェストは、ヒトラーの誤りはソビエトに対する戦争のために全ヨーロッパの戦力を動員せずに、逆に西側に対して戦争を起こしたことであるというテーゼを提供した。ハフナーも、ヒトラーを評価する。

右翼陣営は、そのような戦略を精力的に展開した。かれらは、その政策の基礎を確立するために、学問的・イデオ

ロギー的インフラストラクチャーを築き上げることから開始した。雑誌、出版社、アカデミー、会議が新たに作られ、それらは、科学的政治のための助言を行い、数の上で多数のインテリにも魅力あるネオ保守のイデオロギーを作り出すために、役立てられたのである。

しかし、他方、この時代には、民主的勢力の活動も活動化する。一九七五年五月一〇日には、フランクフルトでファシズムからの解放四〇周年記念を契機として四万人の人々がデモを行った。それは、フランクフルトで戦後行われた最大のデモであった。⁽²⁹⁾一九七八年四月二二日には、ケルンで、一七カ国のヨーロッパ諸国から三万人の人々が参加して国際反ファシズム宣言が行われた。民主勢力の動員力は、一九七九年にフランス・ヨーゼフ・シュトラウスが首相候補として指名されたときに、そして、それに対する反応が連邦共和国の歴史において初めて、右翼の首相候補に対する比較的広い国民運動が生じたときに、とくに明瞭に示された。⁽³⁰⁾

社会民主党政権による改革の政治の放棄に対する失望と大量の失業者と若者達の将来の展望を奪った経済的危機、そして政権掌握者がこの危機に立ち向かう能力をもたないということによって、右翼のイデオロギーが魅力を増していった。右翼の歴史家の攻撃もこれに属する。

かくして、一九八〇年代に入って、社会民主党からキリスト教民主同盟への政権交代が行われる。一九八二年に成り立したコール政権は、「精神的・道徳的転換」を旗印に掲げる。⁽³¹⁾連邦共和国の経済的・軍事的発展にとっては、ナチズムの経験と記憶は、大きな障害だと感じられるのである。連邦共和国は、最終的に「一九三三年から一九四五年の呪縛」からないし「ヒトラーの影」から解き放たなければならないのである。コールの助言者、マルチン・シュテュルマーは、「歴史は国民のアイデンティティーのための道標である」という基本的立場に立ち、歴史を国民のアイ

デンティティと政治的合意を獲得するための宗教代替物と見なす。⁽³²⁾「どのような民族も長きにわたって犯罪的な歴史を背負って生きていくことはできない」(フランツ・ヨーゼフ・シュトラウス)⁽³³⁾のであって、過去を振り返るのでなく、ドイツ分裂の克服を、ヨーロッパの統合という将来を見つめなければならぬのである。

かくして、すでに一九八六年夏の歴史家論争にいたる土壌は形成されていたのである。

(2) 歴史像の修正

歴史像の書き換えは、国民意識の変革を図り、過去の負い目からの脱却を図るには、必須の手続である。それには、ナチズムの歴史的認識そのものを修正し、ナチズムの意義を新たに位置づける作業が前提となる。ラインハルト・キューネルは、その著書『歴史像をめぐる争い』(一九八七年)において、ナチズムに関する従来の歴史像を修正しようとする場合、つねに次の三つの要素が組み合わされて、行われるとしている。⁽³⁴⁾すなわち、①ファシズムの犯罪を無害なものであるとし、それはごく普通のありふれたものであるとすること、②これらの犯罪の一部分を、それを良いことに役立つもの、残酷ではあるが、しかし不可避に必要なものにとらえることによって、正当化すること、③最後に、これらの犯罪の許されざる部分を、その因果的構造の中で、その部分が最終的に他のもの、つまり、社会主義や共産主義のせいに行うことができるように、曖昧なものにしてしまうことよってである。

ファシズムの犯罪のこのような取り扱いに対する思考資料は、著しい部分においてすでにファシズム自体によって作りだされている。無害化の方法は、すでに公式の用語法の中に表現されている。「特別扱い」「最終的解決」などがそうである。正統化の方法は、ファシズムの全政策を特徴づけている。かの恐怖機構は一九三三年に「ドイツを救う」ために樹立され、一九四三年以降は、ボルシェヴィズムから「ヨーロッパを救う」ために存在したのだ。かくし

て、イギリスの歴史的発展と比較して唱えられた、歴史における「ドイツの特異な道」(deutscher Sonderweg)⁽²³⁾の考
え方も、第一次大戦後の時代をそもそも「ファシズムの時代」(ノルテ)とすることによって普遍化され、排撃され
る。

このようなナチズムの歴史像の修正の試みと、それに対する批判が、典型的に現れたのが、一九八六年の夏以降、
西ドイツの知識人と世論に衝撃的にもう一度ナチズムの問題に目を向けさせたいわゆる「歴史家論争」である。

- (14) Kühnl, a. a. O., S. 201.
- (15) Kühnl, Faschismustheorie und Politik: Die Entwicklung der Faschismuskussion in der Bundesrepublik Deutschland, in Faschismustheorie (R. Kühnl), 1979, S. 280 f.
- (16) Kühnl (Anm. 15), S. 281.
- (17) Kühnl (Anm. 14), S. 202.
- (18) Kühnl (Anm. 15), S. 282.
- (19) Kühnl (Anm. 14), S. 202. ただし、すでにファシズムが犯し、国民の意識の中に深く刻みこまれた恐るべき犯罪のゆえに、
反ファシズムが完全なつづえを失ってしまうことはなかった。しかし、公式にファシズムから距離をとる態度は、この時以来、不
誠実と二重底性の要素をもつことになったのである。それらの要素は、今日までその種の態度表明にとって特徴的で、もち
ろく、連邦共和国における政治文化に対しても効果がなくはなかったとされている。
- (20) Kühnl, a. a. O., S. 203; Vgl. Hans Mommsen, Aufarbeitung und Verdrängung, Das Dritte Reich im westdeut-
schen Geschichtsbewusstsein. in: Ist der Nationalsozialismus Geschichte? (Hrsg. v. Dan Diner), 1988, S. 76.
- (21) Kühnl, a. a. O., S. 203; ders., (Anm. 15a), S. 283.
- (22) Kühnl (Anm. 14), S. 213.
- (23) Kühnl (Anm. 15), S. 283 ff., S. 285.
- (24) Kühnl, a. a. O., S. 285 f.

- (25) Kühnl, (Ann. 11), S. 216. 保守層の重要な代弁者である出版社シュプリンガー社の新聞「Die Welt」は、ヨアヒム・フエストの著書(次注参照)について次のように書いた。「ヒトラー像の修正は、実際に、学術的価値をもつにすぎず、神経を静める効能をもつだけなのだろうか。それとも、それによって新しい歴史形成力をもつエネルギーも形成されるのだろうか。つまり、アウトマンの建設以外の事跡についてもヒトラーをあるいは評価することを学ばなければならないのではないだろうか。しかし、まさにその点にこそ、ファシズムの最も抜本的なドイツ版を形成したヒトラーの画期的な意義が実証されているのである。今日、生活規制の自由主義的モデルは、ほとんど魅力を失いかけており、秩序への問いかけがしばしば尊大にも、自己主張してしまっているのだから……ドイツの過去の一切の重要な対象に対する関心が、育ってきたのである。ゴッラーに對する関心を示す『Die Welt vom 1. 10. 1973; Vgl. Kühnl, (Ann. 15), S. 287)。
- (26) Joachim Fest, Hitler, Eine Biographie, 1973 (1987, Ullstein-Buch; Nr. 33087) など、邦訳として、フエスト『ヒトラー』(上二) 赤羽龍夫訳(河出書房新社)一九七五年がある。なお、フエストは、この著書の成功後、フランクフルター・アルゲマイネの編集者に招聘された。フエストには、その他『第三帝国の顔』(Das Gesicht des Dritten Reiches. Profile einer totalitären Herrschaft, 8. Aufl., 1986)と云ふ著書があり、第三帝国の主役達の性格論などを展開している。
- (27) Sebastian Hafner, Anmerkungen zu Hitler, 1978. なお、ゼムスチヤン・ハフナー『ヒトラーとは何か』赤羽龍夫訳(草思社)一九七九年をも参照。
- (28) とくべ強調される『おぼろげ Bild』や『Die Welt』などを発行するシュプリンガー社の出版界における影響力である。
- (29) Kühnl, a. a. O., S. 214f.
- (30) Kühnl, a. a. O., S. 215.
- (31) Kühnl, a. a. O., S. 218.
- (32) Vgl. Kühnl, a. a. O., S. 219.
- (33) Vgl. Bayernkurier vom 23. Februar und 4. Mai 1965; Kühnl, a. a. O., S. 223.
- (34) Kühnl, a. a. O., S. 212.
- (35) 「特異な道」論争については、松本彰『ドイツの特殊な道』論争と比較史の方法」歴史学研究五四三号(一九八五年)一頁以下参照。

第三節 歴史家論争とナチズムの克服

(1) 歴史家論争の意義

一九八六年の夏以降、西ドイツで、この「歴史家論争」(Historikerstreit)⁽³⁶⁾がトピックになったことは、日本においても紹介されている。⁽³⁷⁾この論争は、その名称だけを聞くと、歴史学の学界内での学問的論争のように聞こえるが、実際には、公開の意見交換の形を取っており、しかも政治的意識の問題が中心となっている。むしろ、それは、「連邦共和国の自己意識をめぐる徹底的に政治的な争い」⁽³⁸⁾であるともされている。かくして、論争の中に、現在の政治と歴史学との交錯が典型的に現れており、過去の清算をめぐる議論の格好の例であるので、まず、本稿の関心の枠内で、この論争の意味を紹介しておこう。

論争の直接のきっかけは、ベルリン自由大学の現代史教授エルンスト・ノルテが、一九八六年六月六日号のフランクフルター・アルゲマイネ紙に掲載した「過ぎ去ろうとしない過去——書かれたが、行われえなかった報告」⁽⁴⁰⁾という論説を読んだ、社会哲学者でフランクフルト大学教授のユルゲン・ハーバマスが、同年七月一日号のツァイト紙に「一種の損害清算、ドイツ現代史叙述の弁明論的傾向」⁽⁴¹⁾という反論の論評を掲載したことにある。ハーバマスの批判は、この新保守主義的修正主義(neokonservativer Revisionismus)者、ノルテのみならず、方向を同じくするケルン大学のアンドレアス・ヒルグラーバー教授、さらにボン大学のクラウス・ヒルデブランド教授⁽⁴²⁾、エアランゲン大学のミヒャエル・シュテュルマー教授にも向けられている。

この論争で問題の中心となった点を、まず、ハンス・ウルリッヒ・ヴェーラーの記すところによって簡条書きにし

ておくと、①ナチズムとその大量犯罪、その緘滅戦争そのものを歴史的に位置づけ、また、そのドイツの現在と未来に対する意義を問うこと、②他の蛮行との間違った比較によってその比類なき蛮行を相対化しようとする軽業的に試みられたこと、③安定化しつつある歴史意識がなくなりつつあるように見えるがゆえに力に対する保守的なアイデンティティー感覚の覚醒に寄与しようとするネオ保守主義的な歴史家や文筆家が試みたこと、④「弁論的傾向」が、ドイツの現代史を研究する若干の歴史家において現れてきて、影響を及ぼし始めたという非難が正当なものと確認することである。⁽⁴⁵⁾

(2) 「歴史化」の意義

さて、この歴史家論争は、一九八六年夏に始まったのであるが、もちろん、ネオ保守主義的な論調の論稿は、それ以前にすでに公表されていたのであり、この時点を境に問題がより闡明になったにすぎないともいえる。この論争のひとつの中心は、もちろん、「ナチズムの歴史化」の問題である。この「歴史化」の概念は、修正主義者たるノルテなどによって初めて用いられたものではなく、社会自由主義的な歴史家であったミュンヘン大学の現代史研究所長の故マルチン・ブロッシャート⁽⁴⁴⁾やポッフムのルール大学の現代史教授ハンス・モムゼン⁽⁴⁵⁾らによって提唱されたものである。ブロッシャートが、「メルクル」(Merkur)という雑誌の一九八五年五月号⁽⁴⁶⁾においてこの概念を用いたのが、その最初である。その論文の中で、ブロッシャートが、「歴史化」の概念を定義しているわけではないので、その解釈には違いが生じうるが、「歴史化」の意義については、二つの見解が可能である。ひとつは、ノルテのようにナチズムやその蛮行を新たな政治的視角から再構成しようとするもので、もうひとつは、ブロッシャートが提唱するように、ナチスに対する基本的態度は同じであるが、様々な見解の歴史家が抜本的な学問上の議論を闘わせる土壌を形成

するという意味での歴史化である。⁽⁴⁷⁾前者は、明らかに歴史化の意義を歪曲・濫用したものである。フリートレンダーは、歴史化の概念を四つの要点に分けて分析し、その意味を確定しようとしている。⁽⁴⁸⁾①ナチ時代の研究は、あらゆる他の歴史現象の研究と同じであるべきである。その研究は、問題提起と方法的端緒による一切の制約を回避しなければならぬ。②その時代の解釈をなおも支配している政治的・道徳的枠組みは、本質的にもっと複雑な像、つまり、社会的連続性のもつ意味に適切な位置づけが与えられるような像によって代替されなければならない。そしてナチ時代に關する白か黒かの心象は、あらゆる矛盾を孕んだ諸側面が記述された心象へと代替させられるべきである。ナチズムは、その破局的な結末によってのみ判断されるのではなく、また、その時代の人々の生活と社会の発展の種々の側面が、必ずしも、政權およびその目的と協調する必要があるということが明らかにされるべきである。③上の二点によって、また、極端に政治的な視座に中心的な意味を与える態度が減少してきたことによって意味されるのは、

「一九三三年—一九四五年」という時代的枠組みが著しく相対化されることであり、また、ドイツ史にも西側世界の歴史にも共通する歴史的発展のより大きな流れの中にナチ時代を嵌め込むことである。④全体としては、ナチ時代から歴史家が自ら距離をとること、すなわち、全体として、その時代に対する道徳的判断によって行われる「必ず学ぶべき教訓」としての症候群は、これを取り除くことが肝要である。その時代の錯綜矛盾する諸側面を包括的に叙述することが、歴史一般の新たな道徳的評価が根づくための唯一の可能な基盤となるであろう。また、ナチズムの歴史化から引き出される諸理論に照らして見た場合も、こうすることが、その基盤となるであろう。マルチン・プロッシャートは、これを次のように表現している。「ナチという過去から一括して距離をとることも、まだ抑圧とタブー化の一形式である。それは、長くなればなるほどいっそうのこと、ナチの過去の前または後に存在する『神聖な』領域

における修復された歴史主義に対する補償的なアリバイであるという印象を作り出すことがある。まさしくナチズムという経験に基づいて、歴史一般の道徳的感受性を高めるべく、上にいうような、距離を置くといった障害を消滅させること、——これが、歴史化を擁護する意味である」⁽⁴⁹⁾。

このフリートレンダーのいう「歴史化」は、ここから様々の結論を引き出すことができる。確かに、例えば、ナチ時代の日常史の研究から、ナチ時代も特殊なものではなく、過去と現在に連続する側面をもった時代であるという帰結を引き出すこともできる。また、「近代化過程」という大きな歴史的連関の観点から見た場合、ナチ時代が、近代化を促進したという側面があることは否定できない。フリートレンダーは、例えば、社会保険制度や女性解放が、ナチ時代には促進されたという⁽⁵⁰⁾。しかし、これらの帰結を判断するにあたっては、白か黒かの論理ではなく、彼のいう第二の歴史化の正しい意味において評価されるべきであろう。

(3) ノルテの「歴史化」概念と「応答」論

「過ぎ去ろうとしない過去」論文によって、ノルテの説くところを見ておこう⁽⁵¹⁾。ノルテは、まず、ナチ時代が歴史化されていないことを説く。ナポレオン時代は、すでにその同時代人にとってもっていた緊迫性を失った。それゆえに、その時代は歴史家に委ねることができる。これに反して、ナチズムの時代という過去は、いまだ、ますます、生き生きと、力強くなっていくかに見える。しかも模範としてではなく、恐ろしいもののイメージとして、まさしく現在として根つき、あるいは首斬り刀のように現在という頭上に吊り下げられている過去としてなのである。

ノルテによれば、白か黒かという思考は修正されなければならないのであるが、そのひとつの試みとして、他の歴史上の事象との「平等取り扱い」を要求する。その際、「キーワード」となるのは、次のような「アジア的残虐行

為」である。後にヒトラーと親しくなったマックス・エルヴィン・フォン・シュイプナーリヒターは、一九一五年にエルツェルムのドイツ領事であったが、そのとき、トルコによるアルメニア人の処刑、二〇世紀の最初の大きな民族虐殺が始まったのを体験した。彼は、トルコ官憲に衝突し、トルコ政府の殲滅の意思に対する無力さを嘆いたのであるが、その彼がアルフレート・ローゼンベルクの代わりに東部占領地域の大臣になっていたら、どう振舞っていただろうかとは誰にも分からない。しかし、彼とローゼンベルクやヒムラー、その上、彼とヒトラーの間に根本的な違いがあったとは思われない。一九四三年二月一日にヒトラーがスターリングラードの第六部隊が敵の手に落ちたと知らされたとき、状況判断会議にあたって、次のように予言した。捕虜となった将校達の幾人かは、ソビエトの宣伝活動をやるだろう。「そのような将校達の一人がモスクワに連れてこられて『鼠とり籠』の前に置かれたという状況を想像する必要がある。その者は、何でも署名し、白状するだろう」。鼠とり籠とは、ノルテによれば、ルビアンカ刑と務所考えるのは誤りである。それは、ジョージ・オーウェルの『一九八四年』の中で描かれたように、腹を減らした鼠とり籠の前に人の頭をもつていつてこの蓋をあけると脅して拷問することを意味するのである。これらの例からノルテは、次のような結論を引き出す。「次のような問いかけを行うことが許されよう。しかもそのように問うことが避けがたいと思われる。ナチスト達は、またヒトラーは、ひょっとして、『アジア的残虐行為』を彼らが自らをそのような行為の潜在的ないし現実的被害者とみなしたがゆえに遂行したのではないか」。(52)ここで、ノルテが展開しているのは、要するに、ヒトラーの行ったアウシュヴィッツなどにおけるユダヤ人などの殲滅政策は、ボルシェヴィズムや、その他の共産主義体制の殲滅政策の脅威に対する応答だという彼がすでに別の論文で展開した理論である。「アウシュヴィッツは、まず第一に、伝統的な反ユダヤ主義の帰結ではない。それは、とくに、……ロシア革命の殲

滅過程に対する不安から生まれた応答なのである。たしかに、アウシュヴィッツは、その模範としたところのものよりも残酷である。「なぜなら、ここでは、人間の殲滅が準機械的に行われているからである」。その点にのみユダヤ人虐殺の「独性自」(Singularity)がみられるのである。

(4) アンドレアス・ヒルグルーバーの「ふたつの没落」

歴史家論争が始まったとき、ヒルグルーバーは、ナチの外交、戦争政策の専門家として国際的に尊敬される名声を博していた。⁽⁵³⁾ ノルテの論文の公刊の直前に、ヒルグルーバーの「ふたつの没落」という一〇〇頁足らずの著書が出た。⁽⁵⁴⁾ それは、一九八四年と一九八五年の論文をまとめたものであった。副題では、どのようなふたつの没落なのかを示されている。すなわち、「ドイツ帝国の破滅とヨーロッパのユダヤ人の終焉」である。そのはしがきの中で、ヒルグルーバーは、「ふたつの国民のカタストロフィー」の性格における共通性、その関連性を強調する。そのふたつのカタストロフィーとは、「一九四一年から一九四四年のナチスドイツの権力範囲におけるユダヤ人の謀殺」と一九四四年と四五年の「ドイツ人の東ヨーロッパからのそれに直接に続く追放」である。ヒルグルーバーは言う。確かにそれらの前史や責任の所在は異なる。「ユダヤ人の謀殺は、専ら、ヒトラーのドイツにおいて一九三三年に、国家イデオロギーとなったラディカルな人種理論の帰結である。東ヨーロッパからのドイツ人の追放と、ドイツ帝国の壊滅は、ナチの暴力支配の犯罪に対する『応答』であるのみならず、戦争の間に発生するに至った敵国たる列強の長く熟慮された目的に対応していた」。このような必要な区別は行ないつつ、このふたつの恐るべき出来事の原因、経過、帰結を明らかにすることが肝要である。これによって、ユダヤ人とドイツ人のカタストロフィーが問題であるのみならず、全ヨーロッパが、とくに戦争によって壊滅させられた中央ヨーロッパがその被害者となったことが問題なのだということ

が明らかになる。⁽⁵⁶⁾ここでは、ヒルグルーバーによれば、結局、ナチ政権によって積極的に遂行されたユダヤ人虐殺とその戦争のもっとひどい結果であるヨーロッパの古き国家体制の壊滅が同等に取り扱われているのである。両者ともに同次元で「被害者」なのである。

(5) ユルゲン・ハーバマスの反論

ハーバマスは、シュトウルマーの「歴史意識の機能的解釈」を考察の出発点にすえる。シュトウルマーは、「近代化の過程」を「一種の損害清算」であるとす。シュトウルマーによれば、工業化社会における個人は、「アイデンティティーを換気するような意味」が与えられることによって代償を与えられなければならないのである。その際、個人のアイデンティティーではなく、「共同存在の統合」が重要であるが、「政治に対する責任を意識した歴史学は、国民的合意を促進するような歴史像を樹立し、広めるという呼びかけをせざるをえない」のである。歴史学は、この意味の換気を学問的方法において行うといわば「意味の換気と脱神話化の間の綱渡り」⁽⁵⁸⁾のようなディレンマに立つというのである。

① 批判的考察

さて、まず、ヒルグルーバーの「綱渡り」が考察される。ヒルグルーバーは、初めに「アイデンティティーの問題」、つまり、著者が、その当時のどの立場にその叙述に際してアイデンティティーを感じるべきかについて論じる。そして、歴史家はたったひとつの選択肢をもつ。つまり、「東部におけるドイツ国民の具体的な運命、および、ドイツ東部軍とバルト海領域のドイツ海軍の絶望的ないしけにえ的な労苦と同一視しなければならぬのである」。

これを読んだとき、読者は呆気にとられて自問することになる。なぜ一九八六年の歴史家が、四〇年の間隔をおい

て回顧を試みべきでないのだろうか、つまり、なぜもともと歴史家が自らを解き放ちたいその人独自の視座を入れるべきでないのだろうか。このような「通常の」視角から、ヒルグルーパーは、歴史を書こうとはしない。なぜならそうすると「殲滅戦争におけるモラル」の問題が不可避免的に危険にさらされるからである。ヒルグルーパーは、この関係で、ドイツの「東部戦線」が維持されたかぎりでのみ、収容所での抹殺行動も続ぎえたのだというノルベルト・ブリュームの言葉を想起する。この事実はドイツの兵士の目にネマースドルフの奪還のちに焼き付けられた「強姦され殺害された女子や子供のおそるべき光景」に長い陰を投げかけるに違いないであろう。ヒルグルーパーには、勇敢な兵士、絶望的な民間人、ナチ党の筋金入りの権力者の視点から事象を叙述することが重要なのである。彼は、当時の戦闘員の体験に自己を投入する。それはまだ我々の回顧的な知見によって縁取りされ、刻印されていないからである。

ヒルグルーパーによれば、連合国の戦争目的に基づけば、ドイツが敗北した場合に、プロイセン・ドイツの東部地方を救うといった見通しは、戦時中を通じてどの時点でも全くなかった。その際、彼は西側諸国のこの冷淡さを「背景となっているプロイセン像」によって説明する。西側諸国は、プロイセンを壊滅させるという幻想として捉えられた戦争目的によって眩惑されていたのである。西側諸国は、全ヨーロッパが、どのようにしてロシアの侵攻によって一四五年の崩壊の敗北者になったかを知るのが遅すぎたのである。ここでヒルグルーパーによれば、ドイツ東部軍の戦闘の意義に正しい光りを当てることができる。つまり、それは、「連合国の意思によって壊滅させられるべきドイツ帝国の大国としての地位の擁護のための絶望的な防衛戦」だったのである。

シュテュルマーは、⁽⁵⁶⁾「どの程度まで、ヒトラーの戦争であり、どの程度までドイツ人の戦争であったのか」という

問いに関心を抱くが、ヒルグルーパーも、ユダヤ人抹殺について同様の問いを発し、一九三三年にもシナチではなく、ドイツ国民党などが権力を握っていたら、どうなっていたかという仮定的な考察をめぐらす。ニュルンベルク法は、同じように発せられていたであろう。というのは、それが、社会の大部分の感情と一致していたからである。いずれにせよ、ドイツのユダヤ人の三分の二は外国に出たであろう。最終的解決については、それを初めから考慮していたのはヒトラーだけであった。そして、ヒルグルーパーによれば、生きるに値しない生命などの安楽死とユダヤ人の最終的解決の間には鋭い亀裂がある。前者は、国民の賛同を得たが、後者は、ヒトラーが、ゲーリング、ヒムラーなどの側近からも孤立していたとする。そのように、ヒトラーが、その理念と決断に対して単独責任を負う起因者として同一化されたあとでは、あとは説明をどう貫徹するかである。

ノルテは、その「神話と修正主義のはざま？」という論文で、修正の必要性を「第三帝国」の歴史が広く勝利者によって書かれ、「ネガティヴな神話」にされたということによって根拠づける。五〇年代の全体主義理論ですら、違った視座を与えたわけではなく、ネガティヴな像の中にソビエトをも入れることになっただけである。ノルテには、さらに「相互の抹殺の脅威の対話」が重要である。ユダヤ人による「全滅」(annihilation)計画が、アウシュヴィッツの大分前、つまり、ユダヤ人世界会議の時にあったので、ユダヤ人を戦時捕虜として扱うことが正当化されていたというのである。

シュテュルマーは、意味換気と学問のディレンマについて次のように書いている。「分割されたドイツの現実においては、ドイツ人は、国民国家においてもはや根拠づけられえないが、国民なくしても、また根拠づけられないアイデンティティを見出さなければならぬ。イデオロギーの計画者は、国家意識の蘇生について合意を作り出さなけ

ればならないが、同時に、しかし、NATOの領域から国民国家的な敵の像を追放しなければならない」。この操作には、 Nolteの理論は大きな利点をもつ。彼は、一つのハエたたきで二匹のハエをたたくのである。ナチ犯罪は、それが（今日なお続いている）少なくともボルシェヴィキの殲滅の脅威に対する応答だと理解されることによってその特異性を失う。アウシュヴィッツは、今日大規模に技術的刷新を遂げたことによって蔭が薄くなる。また、アウシュヴィッツは、いまなお我々のドアの前に立っている敵の「アジア的」脅威によって説明されるのである。

② ハーバマスの総括

以上の保守派の歴史観に対するハーバマスの総括は以下の如くである。⁽⁶⁰⁾ 連邦共和国における国民の歴史意識を強めるという真剣に考えられている努力に対しては誰が反対しようとするだろうか。過ぎ去ろうとしない過去から歴史化するように距離をとるための理由は十分に存在するのである。マルティン・ブロッシャーは、それを説得力をもって論じた。犯罪性とナチの日常の二重底の通常性の間の、破壊と生命力溢れた給付能力の間の……あの複雑な関係は、効果的に客観化させつつ自らの中に像を結ばせることに堪えうるであろう。父親や祖父による短絡的に道徳化された過去の苦しまぎれに教育的に仕立て上げられた認識は、そうすると、このような距離をとった理解とは異なる。驚愕すべき過去の理解と有罪認定との間の慎重な区別が、催眠的麻痺を消滅させうるであろう。このような歴史化のみが、幸運にも脱道徳化された過去のしがらみを振り落すインパルスを手に入れることにもなるであろう。

国民意識の中に自然発生的に根づいているアイデンティティーの蘇生を意図する者、予測可能性、合意の作出、意味換気による社会的統合の機能的命令に左右される者は、歴史叙述の啓蒙的效果をばからねばならず、歴史認識の広く効果的な多元主義を否定しなければならない。例えば、シュテュルマーは、統一化された歴史像を擁護するので

あり、それは、私的なものに追いやられた宗教的信仰力の代わりに、アイデンティティと社会的統合を保障しうるものなのである。宗教に代わるものとしての歴史意識、つまり、歴史主義のこの古い夢をもってする歴史記述は、何か、負担過剰となっているのではないか。

修正主義者達が、今日、かれらが、現在を、任意に再構成可能な前史のスポットライトから照らし、この選択から特に適合した歴史像を選択できることから出発するとき、それは、解釈学的洞察を誤解するものである。むしろ、鋭い方法的意識は、一切の閉じられた、しかも御用歴史家によって命じられた歴史像の終焉を意味するのである。不可避的な、決してコントロールされていないのではない、可視性のある解釈の多元性は、開かれた社会の構造を反映するものでしかない。

連邦共和国の西側の政治文化に対する留保なき開放性は、我々の戦後時代の大きな知的業績である。私の世代は、それを誇りとすることができると。このような開放性が実現されたのは、まさしく、中心イデオロギー（中華思想）の克服による。我々の修正主義者達は、それを「ドイツ人の旧ヨーロッパの中心的地位」（シュテュルマー）、および「破壊されたヨーロッパの中心の復活」（ヒルグルバー）というその地政学的な銅鑼を（Tamam）打ちならしてもう一度復活しようとするのである。我々を「責任に囚われている」（シュテュルマーとオッペンハイマー）といった常套句をもってこの事実に関する羞恥心を払拭しようとする者、また、ドイツ人を、その国民的アイデンティティの因習的な形態のもとへと呼び戻そうとする者は、西側への我々のつながりの唯一頼りになる基盤を破壊するのである。

(6) 歴史家論争の争点と意義

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理（一）

このノルテ、ヒルグルバー対ハーバマスの論争の紹介によって、「過去の克服」の西ドイツにおける捉え方を概観するといふ本章の目的には、もはや十分であろう。この論争は、もとより、歴史学方法論の対立にも絡むのであるが、主として、その対立の軸は、「連邦共和国の政治的自己理解が、まさにその歴史的次元において、今日また将来、いかに定義されるべきかという問題」であつた。⁽⁶¹⁾従つて、それは、まさしく政治的立場の対立だったのであり、ナチズムという過去が、未だに西ドイツの政治状況を強く規定していることの証左である。ヴェーラーは、この論争においては、次の四つの争点があつたとまとめる。⁽⁶²⁾①比較の濫用。これは、ファシズム体制と共産主義体制の比較が、この四〇年間にわたつて、全体主義研究の中心だつたことを指す。ヒトラーとスターリン、ポル・ポトの比較などもそうである。②アイデンティティーの希求。一方ではいふ。ドイツ連邦共和国は、歴史なき国家であり、国民は分裂させられ、アイデンティティーを失つた。しかし、アイデンティティーとは何かという概念内容は明確にされていない。西ドイツ国民のアイデンティティーの意識は、時代遅れの国家的自負によって、または、「通常化された」ナチ時代の觀念によって覚醒されるのではない。連邦共和国の国民の内省的なアイデンティティーは、将来も、いかに、自己批判的に、傲慢さや排他主義の欲求から解放されて、我々の過去の重荷を背負つて歩むかによつて実証されるのである。③思考禁止としての地政学の理論。これは、「ドイツの運命は、その地理的位置」にあるとするもので、ドイツは、中心に属しているという、最近再び主張されはじめた理想である。④帰結の一例、議論から学問的実践へ。ここでヴェーラーが問題にしているのは、とくに歴史学者の人事政策と心情統制への実践である。ヴェーラーは多くの研究所の新人事が、保守派の学者に代えられていつている例を挙げている。⁽⁶³⁾

(36) 「歴史家論争」については、西ドイツでその後、多数の文献が出版されている。筆者が入手した極わずかの文献を上げて

「ナチ」 Historikerstreit. Die Dokumentation der Kontroverse um die Einzigartigkeit der nationalsozialistischen Judenvernichtung, Serie Piper Bd. 816, 1987 (本書には、歴史家論争の経緯にわたって書かれた論文が再録されている) ; Dan Diner (Hrsg. v.), Ist der Nationalsozialismus Geschichte? Zur Historisierung und Historikerstreit, 1988; Hans-Ulrich Wehler, Entsorgung der deutschen Vergangenheit? Ein polemischer Essay zum „Historikerstreit“, 1988; Reinhard Kühnl, Streit ums Geschichtsbild. Die „Historiker-Debatte“ Dokumentation, Darstellung uns Kritik, 1987.

(37) 佐藤健生「ナチズムの特異性と比較可能性」ドイッの『歴史家論争』—思想七五八号(一九八七年)第八号七四頁以下参照。この文では、論争の経緯と各論者の論点が紹介されている。その他、望田幸男「ナチズムを『総決算』するに」ドイッ現代史論争」朝日ジャーナル一九八七年一月六日号八七頁以下。

(38) Wehler, a. a. O., S. 10.

(39) ホルンスト・ホルテが、ハートローデスマイルタの高校教師(Studienrat)であったが、一九六四年に、『ファシズムとその時代』(Faschismus in seiner Epoche)という著書を著し、ケルン大学で教授資格を得た。一九七四年には、ホルテは『ヒトラーと冷戦』(Deutschland und der Kalte Krieg)という第二書を著したが、その著書ではすでにスターリン時代のソビエト社会主義と比較すれば、ナチ政権は「一九三九年までは『法治国家・自由主義の楽園である』などという記述がみられる」比較による日常茶飯化」(ハーター・ゲイ)の方法によって、第三帝国の犯罪を「相対化」しようという意図が見られるという。そのほば一〇年後に、第三書『マルクス主義と産業革命』(一九八三年)を公刊する。なお、ホルテの編集した『ファシズムに関する諸理論』(Ernst Nolte (Hrsg.), Theorien über den Faschismus, 6. Aufl., 1984)には、一九二一年以降の様々な人々のファシズム論が収録され、ホルテは「ファシズムに関する四〇年の諸理論」というまえがきを書いている。

(40) Ernst Nolte, Vergangenheit, die nicht vergehen will. Eine Rede, die geschrieben, aber nicht gehalten werden konnte, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 6. Juni 1986; Historikerstreit, S. 39 ff.

(41) Jürgen Habermas, Eine Art Schadensabwicklung. Die apologetischen Tendenzen in der deutschen Zeitgeschichtsschreibung, Die Zeit, 11. Juli 1986; Historikerstreit, S. 62 ff. なお、邦訳として山本真人訳・ノーバーマス「一種の損害清算」ドイッ現代史記述の弁明的傾向」みすず三二二号(一九八六年一月九頁以下、一二月号三三頁以下)を参照。

(42) ホルデブロンナー(Klaus Hildebrand)は、この歴史家論争では、「暴君の時代」(Das Zeitalter der Tyrannen)と云うナチの「不法と犯罪」の戦後処理(一)

記事をフランクフルター・アルゲマイネの一九八六年七月三十一日号に掲載して参加した(再録として、Historikerstreit, S. 84 ff.)。ヒルデブランドは、一九四一年生まれで、ヒルグルーバーの忠実な弟子である。九五〇頁に及ぶ一九六七年の博士論文「ヒトラーとナチ党の植民地問題に対する関係」によって学界に登場した。マンハイム大学に提出した教授資格請求論文は今までに公刊されていない。その後、一九七九年に薄い教科書『第三帝国』(本文一二二頁)を刊行した。一九八四年になって初めてそのモノグラフィ「エアハルトから大連立へ」が『ドイツ連邦共和国の歴史』と題する全集の中で公表されている。彼は、ホルテのナチズムの「歴史化」に賛意を表し、ナチ政権とスターリン時代のロシア、カンボジアの石器時代共産党のような例との比較によって、「歴史化」を図らうとしてくる(Vgl. Wehler, a. a. O., S. 24 ff.)。

(43) Wehler, a. a. O., S. 7.

(44) フロッシュャート(Martin Broszat)(一九二六年〜一九八九年)は、一九八九年一〇月一四日に病没したが、一九五三年ケルンのテオドール・シーダーにウィルヘルム二世時代のドイツの反ユダヤ運動に関するディッセルタチオン提出して博士号をとり、一九五五年に現代史研究所の研究員となった。一九七二年に、四六歳で所長となり、没するまでその地位にとどまった。その間、アウシュヴィッツ裁判などの鑑定人を務めた。この鑑定から、その著『S.S. 国家の解剖学』(Anatomie des SS Staates, Bd. 1-2, 1967)が生まれた。一九六一年には、『ナチのホーランド政策』(Nationalsozialistische Polenpolitik 1939-1945)を著し、一九六九年には『ヒトラーの国家』(Der Staat Hitlers)を著した。最近では、「ナチズムの歴史化」をめぐるザウル・フリートレンダー(Saul Friedländer)との間の書簡の交換が公表されている(Martin Broszat/Saul Friedländer, Um die „Historisierung des Nationalsozialismus“, Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte 1988, S. 339 ff.)。フロッシュャートの追悼文集「上記 Vierteljahrshefte の一九九〇年一号五頁以下に掲載されている」。

(45) モムゼン(Hans Mommsen 1930-)は、ホップム大学現代史教授。一九六〇年から六一年まで現代史研究所研究員。著書として『第三帝国における公務員制度』(Beamtenum im Dritten Reich)(一九六六年)がある。兄弟にデッセルドルフ大学現代史教授のヴォルフガング・モムゼン(Wolfgang Mommsen)がいる。マックス・ウェーバーのハイデルベルク大学の前任者であったあのテオドール・モムゼン(Theodor Mommsen)は、曾祖父。

(49) Broszat, Plädoyer für eine Historisierung des Nationalsozialismus, Merkur 39, 1985, S. 373-385; 及び「本論文が、Broszat, Nach Hitler, 1988, S. 266 ff. に再録されている」。

- (47) Vgl. Friedländer, Überlegungen zur Historisierung des Nationalsozialismus, in: Ist der Nationalsozialismus Geschichte? (Hrsg. v. Dan Diner), S. 34 f.
- (48) Friedländer, a. a. O., S. 37 f.
- (49) Broszat, a. a. O., in: Nach Hitler, S. 281.
- (50) Vgl. Friedländer, a. a. O., S. 39. フリートレンダーは、「歴史化は、ナチ時代の像の中に、多数のより一般的な、そして長期の展望をもった歴史的過程をなめこむ必要性に歴史家の注意を向けさせるのであり、多くの『通常の』社会的発展が、事実、第三帝国の二二年間からのみ端を發したということとはありえない、このような傾向は、その発端を一九三三年以前に、そして、一九四五年以降のドイツ社会の中にも長くその痕跡をとどめている」とするのである。そして、例えば、第一次大戦以前の社会保険の計画が一九四一年四二年にドイツ労働者戦線の研究グループによって完成され、それが大部分、連邦共和国に受け継がれているというプロクシヤートの挙げる例を紹介している。ウィルヘルム二世時代から、ワイマールを経て、ナチに至って女性解放の遅々たる歩みが加速されたという例も挙げられている。
- (51) この論文については、vgl. Historikerstreit, Serie Piper, S. 39 ff.: Wehler, *Entsorgung der deutschen Vergangenheit*, S. 38 ff. を参照せよ。
- (52) Historikerstreit, S. 45.
- (53) Wehler, a. a. O., S. 23.
- (54) Hillgruber, *Zweiterei Untergang*, 1985. フントレブス・ヒルグルーバーの教授資格請求論文は、『ヒトラーの戦略・一九四〇年／四一年の政治と戦争』（一九六五年）として公刊された。一九六八年には、フライブルク大学に招聘された。フライブルクでは当時の学生運動の最中、彼は、「戦史学者」というレッテルを貼られ、それが多分、彼を保守主義に向かわせたと思われる（Wehler, a. a. O., S. 21）。一九七二年にはケルン大学の招聘を受けた。その後、多数の論文、批評を發表しているが、予定されている大著は未公刊である。
- (55) Wehler, a. a. O., S. 46.
- (56) Wehler, a. a. O., S. 48f. 「ナチは、ヒルグルーバーの所説の詳しい紹介は、その場所ではないので、省略する。」
- (57) Habermas, *Eine Art Schadensabwicklung*, in: *Historikerstreit*, S. 62 ff.

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理 (一)

- (58) Habermas, a. a. O., S. 63. ハーバースについては、もはや紹介するまでもないであろうが、一九二九年生まれ、フランクフルト大学哲学教授。『ポスト形而上学思想』(藤原ほか訳)一九九〇年(未来社)、『コミュニケーション的行為の理論』上中下(藤原賢一郎ほか訳)未来社(一九八五年)、『認識と関心』(奥山次良訳)未来社(一九八一年)ほか多数の著書が翻訳されている。
- (59) シェテールマー (Michael Stürmer) は、多数の政治に関する公刊物を著し、ヘルムート・コールの「助言者」ないし「ゴーストライター」としてよく知られたエアランゲン大学の教授である。教授資格請求論文は、一八七一年から一八八〇年までの「ビスマルク国家における政府と帝国議会」(一九七一年)である。当初、故郷カッセルのゲザムト・ホッホシュエーレの教授となったが、一九七三年にはすぐにエアランゲン大学に移り、その前任者であったヴァルター・ペーター・フックス教授を通じて、その弟子であったヘルムート・コールと知り合った。一九八三年には、『ドイツ人とその国民』という著書をジードラー書店編集の叢書の一冊として出版した。
- (60^a) Nolte, Between Myth and Revisionism? in: H. Koch (Hrsg.), Aspects of the Third Reich, 1985, S. 17-38. これは、一九八〇年にミッテンヘンのジーマンス協会で行われた講演の英語版である。ドイツ語版として Nolte, Zwischen Geschichtslegende und Revisionismus? Das Dritte Reich im Blickwinkel des Jahres 1980, in: Historikerstreit, S. 13ff.
- (61) Habermas, a. a. O., Historikerstreit, S. 72 ff.
- (62) Wehler, a. a. O., S. 189.
- (63) Wehler, a. a. O., S. 167 ff.
- (64) 例えが、よく知られたローマ・パリ、ロンドンの「ドイツ歴史研究所」(Deutsche Historische Institute) (DHI) およびフリンツトンの同研究所の四つの外国における研究所のうち三つが最近新たな所長人事を行った。ロンドンではヴォルフガング・モムゼンに代えてバイロイトの若いアドルフ・M・ビルケが所長となった。パリでは、カール・フェルディナント・ヴェルナーに代わって、エアランゲンのホルスト・メラーがなった。メラーは、ノルテに教授資格請求論文を提出した。フリンツトンでは、現代アメリカ史の専門家でビーレフェルト大学のユルゲン・コッカは、近代史家のキール大学のハルトムート・レーマンに破れた。Vgl. Wehler, a. a. O., S. 190 ff.

第四節 刑事司法による「過去の克服」の問題点

(1) 問題の所在

以上のように、第三帝国の陰影は、戦後ドイツの外交を規定し、国内政治をも規定してきた。過去の克服は、その時々々の政治状況を反映しつつ、様々な面で、課題であった。しかし、ここで、我々の関心となるのは、司法の次元での克服、とくに、刑事司法によるナチ犯罪の処理による過去の克服である。西ドイツにおいては、ナチ犯罪の「政治的解決」は行われず、「刑事的解決」がなされた⁽⁶⁴⁾とされ、立法者は、實際上、ナチ犯罪の追及については、時効延長を除いては何も行わなかったとされているのであり、かくして、過去の克服の主要部分を占めるのが、刑事司法によるそれとなった。そして、この刑事司法による過去の克服も、政治状況のみならず、ナチ時代からの司法の連続性によっても、法理論にとっても規定された。これは、果たしてどのように行われたのかという素朴な問いにまず始まって、戦後政治史の中でどのような変遷を辿ったのか、その法的基礎は何であったのか、ナチ犯罪の処理という実践的課題は、刑法理論にどのような影響を与えたのか、第三帝国時代の不法体系は、どのように克服されたのか、さらに、第三帝国時代の「不法」体系や伝統的法理論が戦後の法理論にどのような影響を残しているのかなど、問いかけられるべき問題は、とめどもなく浮上する。

刑事司法による過去の克服は、もちろん、ナチ犯罪裁判という形で行われたのであるが、ペーター・ノルに従って言えば、ナチ犯罪裁判とは、不法国家がその後継者としての法治国家によって交代させられたことによって発生した事態を清算する試みの⁽⁶⁵⁾一部である。ノルは、ナチ犯罪処罰を、成立した法治国家が過去の克服との関係で取り組むべき全体的課題の中に位置づけて、次のように説明する。「ドイツは、一九三三年から一九四五年まで犯罪者によって

支配された不法国家であった。そしてこの不法国家の後継者として一九四九年に、連邦共和国が成立した。それは、争うことのできない、自由な、法治国家的で民主的な憲法をもつ。しかし、大部分において、すでに従来から存在していたのと同じ国民をもつ。同じ国民のもとでありながら国家がこのように完全に變化したことは、不可避免的に、強い緊張と困難な問題をもたらす。……不法国家の後継者の役割を引き受けた法治国家は、次の四つの課題をもつ。

- ① 現在と将来に対する予防的影響の目的での歴史的・政治的原因探究
- ② 法秩序の清浄化
- ③ 損害の回復
- ④ 原因に責任ある行為者の処罰

である。不法国家と対決させられた法治国家に提起された第四の課題、つまり、不法に責任を負う行為者の処罰は、とくに、最も困難なものである、……。立法者は、この課題の克服を、……ほとんど完全に司法に委ねた⁶⁶⁾。しかし、旧体制のもとで、その国家が追及した政策とイデオロギーに従って、組織的に行われた犯罪を処罰することは、すでに、通常の犯罪に対する処罰とは、その意味を異にする。処罰は、犯罪の予防のために行われるというよりは、むしろ、ドイツ社会全体の、国際社会に対する贖罪・応報あるいは、アリバイとして、ないし、将来に対する民主国家樹立への決意の表明としての機能をもつものと思われる。この意味で、ナチ犯罪処罰は、通常の犯罪処罰を越える射程と意味をもち、戦後のドイツ社会と刑法学が直面した第一の新たな課題であったということができよう。後に詳しく検討するように、ナチ犯罪処罰のための自然法論の復活、正犯概念をめぐる主観説の維持、一九六〇年第一に至るまでの責任論・刑罰論における贖罪応報論の堅持、時効論議など、ナチ犯罪処罰の要請が、刑法上の理論に影響を与えた

例は、数多い。

このように、本稿では、ナチ時代の「不法体系」の戦後における克服、ナチ犯罪の処罰を中心にして、戦後西ドイツ社会や刑事司法が直面した諸課題や、そのための諸理論を検討する。以下、論を進める前に、著者の問題意識を明らかにしておきたい。

(2) 問題意識

① 政治の中の刑事司法

まず、ドイツの過去の克服が、ドイツの戦後政治の問題であったことは動かし難い事実であるとすれば、刑事司法による過去の克服も、政治的な営みであることを拭い難い。ナチ犯罪は、とくに第三帝国の組織犯罪という側面をもっているであって、犯罪自体が政治的に動機づけられたものであったという事実も、それが犯された政治体制が旧体制に属するという事実も、すでにそれが政治的連関の中に深く組み込まれていることを示している。しかし、ドイツの敗戦直後から八〇年代に至るまでのナチ犯罪裁判そのものも、政治状況に規定されていることはすでに指摘した通りである。

② 法体制と刑事司法における連続性と非連続性

一九三三年以降、ナチ政権獲得によって、いわゆる法の「革新」がナチ立法者や裁判官の課題となったが、このときも、法の革新は、様々な次元での「二重性」の特徴を示しながら、政治と学問的論証の間で遂行されていたのであるが、⁽⁶⁸⁾第三帝国の崩壊による新法体制も、この法の「革新」の課題の前に立たされることになる。もとより、この場合は、基本的には占領諸国による法律や布告が、第三帝国の「法」を廃棄するという形で法の革新が行われるが、

過去の法が、あらゆるところで残存するのは、ナチの政權獲得後と同様である。ナチ法体制の克服という政治的課題がどのように遂行されるかも、我々の重大な関心事である。制度面の連続性のみならず、司法を担う人員の連続性も、戦後西ドイツ司法の有り方に重大な影響を及ぼした。法学界ならびに実務界のナチ時代からの連続性が、過去の克服に投げかけた陰は大きい。

③ 戦後法思想のナチ被規定性

一方、戦後の法思想に目を転じると、ここでもナチ不法体系の存在が、戦争直後の法思想を規定したことが明白である。この規定は、全く逆の二つの意味において発生したことができる。一つは、本稿の直接のテーマにかかわるが、戦後のナチ犯罪処理のために実践的な思想的根拠を与えるという政策的目的のために、ナチ法思想の淵源となる法思想を「悪玉」として捉え、それに対極に立つ法思想を新たな民主主義的・革新的法思想として基礎におかれたという意味で、ナチ法思想との断絶・逆転を志向するという意味で規定されている点である。具体的には、法実証主義と自然法思想がそうである。果たして、この図式が、成り立つかどうかは、極めて問題があるが、この点については、後に論証する。二つ目の意味は、ナチ法思想の根幹がそのまま戦後へと連続したというそれである。ナチ時代に活躍した法律学者が、戦後の西ドイツの法思想界をリードしたことは、後に挙げるような、戦後の各法分野での第一人者にナチ時代の新進気鋭の学者が多かったことから推測できる。しかも、例えば、第一の意味における断絶に疑問を呈し、法実証主義ではなく、ナチ的「自然法」がナチ法学の神髄であったとするならば、ナチ法思想は、形式上もその姿を変えるだけで、戦後法思想にうまくつながっていくのである。ここでは、例えば、ラーレンツの「具体的普遍概念」⁽⁶⁹⁾の連続性のほか、筆者が、かつてナチ時代の正当防衛に関する判例と、戦争直後の正当防衛に関する判例と

を比較したとき、判例文の中の正当防衛の制限根拠とされる原理が、戦前は「健全な民族感情」であったが、戦後は、その文言を「自然法」ないし「事物の本性」という言葉に置き換えるだけで、論証方法は全く同じであるという現象を指摘したことがあることを例証としておこう。しかし、本稿では、この二つ目の意味でのナチ被規定性の問題は、原則として、射程外とする。

④ ナチ犯罪裁判の刑法理論への影響

上述のように、刑法における責任論と刑罰論も、戦前からの倫理的責任論、贖罪応報論が、ナチ犯罪の処罰という実践的課題によって強化されて、一九六〇年代前半まで、強力に西ドイツの刑法学を呪縛していた。確かに、ペーター・ノルがいうように、一般予防の概念は、威嚇を意味するだけではない。⁽⁷¹⁾むしろ「あらゆる人間が任意に適法にふるまうための根拠をなす法意識と法確信がより本質的である」。⁽⁷²⁾今日の言葉で言えば、ノルは、ナチ犯罪の処罰にも積極的一般予防機能が認められるというのであるが、その当時は、このような刑罰の機能は、一般に知られていなかった。ナチ犯罪処罰論的根拠は、贖罪応報に求めざるをえなかったものであり、また、当時は、これが最も説得的な根拠づけであった。さらに、正犯と共犯の区別における主観説の隆盛は、大きく、ナチ犯罪処罰に規制されていたものと思われる。逆に、組織的権力機構による罪に関するロクシンの正犯の背後の正犯の理論の一適用例は、ナチ犯罪を意図して唱えられたものである。我々は、ナチ犯罪裁判において、どのような刑法理論が問題となったか、それが、理論にどのような影響を与えたかをも検討の対象とする。

⑤ 連邦共和国の法体制の政治性

一九八九年秋までにソビエトのペレストロイカの影響は、東欧諸国にも徐々に明白に及んできていたが、東ドイツ

の出国の自由が容認されて以降、東西冷戦時代の終焉が語られるようになった。一九四五年以来の四〇年代後半の、占領諸国のドイツ政策は、ナチ体制の解消、民主的・自由主義的法治国家の樹立であった。しかし、一九五〇年代に入り、冷戦時代が本格化するとともに、当初は、ナチ勢力からの防衛が目的であった新たな政治体制づくりも、共産主義からの防衛に重点に転化させるに至る。「防衛する民主主義」は、西ドイツ民主主義の特徴を表す標語となるが、民主憲法の擁護の名のもとに、新たな政権の弾圧が始まったともいえる。その刑法下の端緒をなすのが、いわゆる政治刑法の復活である。その後、西ドイツの司法は、六〇年代末期から七〇年代にかけて極左によるテロに脅かれ、八〇年代には、原子力発電、空港建設などの反対運動、住居の占拠の問題などの政治事件に取り組み、経済の発達と社会福祉の充実を一方の柱としつつ、政治的にも極左、極右を取り締まることによって政治的中庸を確保し、法治国家と社会国家の実現を図っていく。西ドイツ戦後社会を観察する場合、政治的自由の限界が明確に存在すること
を思い知らされる。刑法や刑事訴訟法の理論を例による、その自由の限界内では、罪刑法定主義や被告人の権利の保護は、無条件に妥当するが、この自由の限界を越えると、徹底的な犯罪予防、社会防衛の優先性があらわにされるのである。⁽⁷⁴⁾ ナチ犯罪処罰は、過去の克服の手段であったのみではなく、「戦う民主主義」につながって、政治刑法における徹底性を引き起こす誘因ともなったものと思われる。

著者が本稿を草するにあたって、導きの糸とした以上の諸観点は、以下の各章、節において具体的に論証される。

- (64) Vgl. Armin Draber, *Nationalsozialistische Gewaltverbrechen vor Gericht-Problematik der NSG-Verfahren aus der Sicht des Richters*, in: Weber/Steinbach, *Vergangenheitsbewältigung durch Strafverfahren?* S. 101.
- (65) Vgl. Peter Noll, *Die NS-Verbrecherprozesse strafrechtsdogmatisch und gesetzgebungspolitisch betrachtet*, : in Re-

chtliche und politische Aspekte der NS-Verbrecherprozesse (Hrsg. v. P. Schneider u. H. J. Meyer), 1968, S. 39.

(66) Noll, a. a. O., S. 39.

(67) ヤスミンズは、かこびナチ犯罪を「国家行政による大量殺人犯罪」(Verbrechen des staatlichen Verwaltungsmassenmordes)と評した。Jaspers, Die Schuldfrage. Für Völkermord gibt es keine Verjährung, 1979 (Serie Piper 191, S. 136 ff. u. S. 199 f.; Weber / Steinbach, a. a. O., S. 57.

(68) 山中「ナチス刑法における『法の革新』の意義——その解明の試み——」関西大学法学研究所研究叢書第三冊(一九八九年)一五九頁以下参照。

(69) じれたじろじち「山中・前掲論文一七〇頁以下を参照。Karl Larenz, Rechtspersonen und subjektives Recht, in: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 225 ff.

(70) 山中『正当防衛の限界』(成文堂・一九八五年)二二三頁参照。

(71) Noll, a. a. O., S. 41.

(72) Noll, a. a. O., S. 41.

(73) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 2. Auflage 1967, S. 242 ff.; ders., Bemerkungen zum „Täter hinter dem Täter“, Festschrift für Richard Lange, 1976, S. 173 ff., bes. 192 ff.

(74) 筆者は、かこび「西ドイツ社会を「ナチ社会」と特徴づけた」ことについて Yamanaka, Das Gesetzlichkeitsprinzip im japanischen Strafrecht, Kansai University Review of Law and Politics Nr. 11 (1990), S. 109 ff., bes. 121 f.

なす「「ナチ国家」における警察権のあり方」Erhard Denninger, Der Präventions-Staat, Kritische Justiz 1988, S. 1 ff. がある。

第五節 司法と克服をめぐる過去

(1) 司法の担い手の連続性

最近にいたるまで、とくに司法の領域では、ナチとの連続性が人事を通じて残存していた。この意味で、第三帝国

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理(一)

の統治機構のうち、司法人事ほど戦後との連続性を保った機構はないといってもよいだろう。官僚機構と司法は、専門家集団であり、政治的変革によってすぐに代替可能なものではない。ナチ政権は、法幹部の強制的同質化を内面的強制的同質化と外部的強制的同質化の二重の形態で、既存の専門化集団を政治的・イデオロギー的に改造して、押し進めようとした。⁽⁷⁶⁾そして、それは、独裁体制のものであったので、成功を収めたかにみえる。しかし、占領国の場合、非ナチ化は、当初望まれたように徹底はできなかった。このことが、ナチ犯罪裁判においても、司法機構の担い手そのものが元ナチに属し、過去の克服に消極的となる結果を招き、さらに、法理論的にも、同根の理論が若干の装いを新たに唱えられるという結果を招いたものと思われる。この司法ないし法学界における過去との連続性の問題は、八〇年代に入ってようやく、一般に議論されるようになった。⁽⁷⁶⁾それは、司法界においては、元ナチの裁判官や検察官が引退し、影響力を失い、学界においても、法学界の当時から重鎮が八〇歳を越え、直接、影響を及ぼしうる弟子の時代から、その次の世代が独立して大勢を占めるようになってきたからだと思われる。⁽⁷⁷⁾

(2) 司法における非ナチ化

連合軍は、その布告第一号⁽⁷⁸⁾において、「占領地域におけるすべてのドイツの裁判所は、……当分の間、閉鎖する」という命令を発した。当初、若い世代の法曹が育つまで一〇年間はすべての裁判所を閉鎖し、連合国が「植民地司法」(Kolonialjustiz)を実施しようとも考えたのであるが、連合国もそこまでラディカルな改革には至りえず、結局、一九四五年の六月には、区裁判所およびラント裁判所が再開されることになり、その年の秋には、初代の上級ラント裁判所長官が任命されるに至る。一九四五年一月三日の管理理事会法(Kontrollratsgesetz)第四号⁽⁷⁹⁾は、「ドイツ裁判制度の改造を実施するためには、積極的にナチス党の活動に協力したあらゆる早くからのナチ黨員、およびヒト

ラー政府の処罰方法に直接関与したあらゆる他の人々は、裁判官および検察官としてのその官職を剝奪されなければならず、それらの地位に就くことが許されてはならない」と命じたのであった。しかし、実際には、この命令に従うことは裁判所を閉鎖しなければならぬことを意味した。例えば、バンベルク上級ラント裁判所管轄内では三〇九人の法曹のうち三〇二人がナチ黨員であった。⁽⁸⁰⁾そこで、例えば、英国占領地域では、一九三七年以降に入党した者は、法職に就くことが許されるなどの緩和対策がとられた。一九四六年には、結局、非ナチ化手続の終了したあらゆる法曹に、窓口を解放したのである。この非ナチ化手続が非常に緩やかに大番振る舞いされたので、「ドイツの裁判所と法職にナチが再び大量に押し寄せること」になった。すでに一九四八年には、英国占領地区の裁判所所長の三〇パーセントが、そしてラント裁判所長、判事(Landgerichtsdirektoren u. räte)の八〇から九〇パーセントがもとの黨員ということになった。また、バイエルンでも、一九四九年には、九二四人の裁判官および検察官のうち、七五二名が、すなわち、八一パーセントのものがナチであった。⁽⁸¹⁾しかも、ナチ時代にすでに高い地位に就いていた裁判官や検察官は、戦後に至っても高い地位に就いたのである。

(3) 法学界の連続性

さらに、前述のように、大学法学部において、ナチ時代に活躍した教授達が、正教授として君臨し、あるいは多数の弟子を抱える定年退官した名誉教授として院政を敷いているという時代が続いた。このような教授の君臨した講座においてナチス法学に対する研究書がディッセルタチオンとして受理される可能性が極めて小さく、このテーマで学位をとろうというような愚行が自ずと回避されるのは、火を見るよりも明らかである。⁽⁸²⁾

ナチ支配の時代に、総じてドイツの大学の三分の一の教授が職を追われ、一九三九年までに、ほぼ四五パーセント

の講座が新たに占められた。法律学では、これは六〇パーセントにのぼる。戦後の大学の再建にあたっては、職を追われた同僚を呼び戻す必要があったが、呼び戻されたのは、ナチに追放された教授達ではなく、連合諸国によって追放された教授達であった。⁽⁸⁵⁾ 一九四五年秋に、イギリス占領地域で第一回大学学長会議が開催されたが、その際、イギリスの「教育将校」が、「ドイツの教授達は、ナチに追放された教授達を呼び戻すのにどうするのか」と尋ねたときに、学長達は、当惑による沈黙をもって答えたといわれている。その年の一月にアメリカ占領地域の学長会議がハイドルベルクで開催されたときも、民主化と学生の共同決定権の拒否、そして職を停止されたナチ教授の再招聘が提案され要請されたが、誰も、亡命中の学者を呼び戻すことは提案しなかった。ナチスに追放された正教授の一七パーセントのみが再びその職に再招聘されたとい⁽⁸⁴⁾う。

法学部では、エルンスト・フォルストホフ、ゲオルク・ダム、ヴァルター・ハメル、エルンスト・ルードルフ・フリーバー、ギュンター・キュッヘンホフ、カール・ラーレンツ、テオドール・マウンツ、ヘルベルト・クリューガー、ハンス・ペーター・イプセン、ウルリッヒ・ショイナー、ヴェルナー・ヴェーバー、アルノルト・ケトゲン、ハンス・カール・ニッパードイ、ハインリッヒ・ヘンケル、フリードリッヒ・シャフシュタイン、エーリッヒ・シュヴィンゲ、ハンス・ヴェルツェル⁽⁸⁵⁾などナチ時代にナチ法秩序を共同形成した教授達は、その講座を取り戻し、五〇年代に通説を形成した。すでにナチ時代に出ていた教科書が改定版として、ただナチの用語だけが非ナチ化されたが、ナチ時代と変わらない内容の理論がこれによって、唱えられた。⁽⁸⁶⁾ 例えば、第三帝国の警察法の専門家であったヴァルター・ハメルは、「自由主義の足枷から解放された」「警察国家の本質」をつねに宣伝してきたのであるが、一九五七年にも「各々の者の自由は、民族と国家に対する機能として、また、奉仕としてのみ存在する」とし、マールブルク大学の

講座担当者として、さらに「人格とは、ドイツの見解によると、フランスの革命イデオロギーにいう個人ではない、人格は、他人を害しない、または他人の権利を妨害しないあらゆることをなしうるといふ自由をもたない。それは、他人に対する責任のためになり、また、社会の価値のためになり、優越すべき、そして具体的な個人を他律的な義務に拘束するような共同の生存の価値のためになるものである」。このように権利を義務に転化したあと、ハメルは、「基本権とは個人の権利をとくに特権化する意味をもつのではなく、国家における社会学的諸力を共同社会の調和のとれた構造へと統合構成する規定力をもつ。……基本権は、国家の統一、民族の統一を作り出すものである⁽⁸⁸⁾」とする。

(4) ナチ法律家の戦後の活躍

それでは、ナチ時代に活躍したどのような法律家達が、戦後も活躍したであろうか。法学者と実務家につき代表的な人物について粗描してみよう。

① ハンス カール・ニッパードイ (Professor Dr. Dr. h. c. Hans Carl Nipperdey)

ニッパードイはテューリンゲンのバート・ベルカで一八九六年一月二日に生まれた。一九一七年博士号取得。一九二〇年イェナ大学でハインリッヒ・レーマンとユストス・ウィルヘルム・ヘーデマンのもとに教授資格請求論文を提出。一九二五年ケルン大学正教授。死亡するまでケルン大学にとどまる。マドリッド大学、サンパウロ大学から名誉博士号を受ける。一九六八年一月二日ケルンで死亡⁽⁸⁹⁾。ニッパードイはすでにワイマール共和国において、著名な労働法学者であった。一九二八年には労働法の教科書の第一版が出版されている。一九三一年には、エンネックツェルスとの民法総則の第二三版を出版している。一九三三年から一九四五年まで、彼は、アルフレート・ヒュック (Alfred Hueck) やロルフ・ディーツ (Rolf Dietz) とともにナチ労働法の「注釈者」(Chefkommentatoren) であった

(Kommentar zum Gesetz über die Ordnung der nationalen Arbeit)。ハンス・フランクのドイツ法アカデミーの会員であり、国民労働秩序法の草案づくりに参加した。その注釈においては、彼は、この法律をナチス民族共同体イデオロギーの言葉によって解説し、そのイデオロギーによって、従業員の義務を予測できないほど拡大し、労働者、従業員を實際上企業の決定権力に、つまり、ワイマール時代の労働法上の拘束から解放された資本の活用の関心に、服せしめた。一九三九年以降全労働者と従業員に妥当した労働強制の体系を注釈した。もっともその体系は、東欧の労働者、ポーランド人、政治的囚人、ユダヤ人、その他の民族的少数者に対する非人間的な労働システムにだけは及ばなかったのであるが。かれらの特別の法状態および「服従者には所屬しない」という法的効果も、ヒュック、ニッパードイ、ディーツの注釈書(一九四三年)では極度の細心さで論述された。

一九四五年以降、ニッパードイは、その「指導的」地位をさらに拡大していった。一九五四年から一九六四年まで、彼は新たに創立された連邦労働裁判所の長官であった。ニッパードイと、学界と実務の相互作用によって形成された周知の保守的な「労働法(学者の)カルテル」は、もちろん、権力政治的な状況を表すものであり、多数の法律家の中で広まっていた組合に対して距離をとる人々を代表するにすぎない。他方、ニッパードイが、ナチストとなりたくはなかったと説く文献もある⁽⁹⁰⁾。ニッパードイが当時としては、ユダヤ人の出だった(少なくとも半ユダヤ(Halbjuden)まではいかなかった)からであるという。

② エーリッヒ・シュヴィンゲ (Professor Dr. Erich Schwinge)

シュヴィンゲ⁽⁹¹⁾は、一九二五年にイェナ大学で「フランクフルト国民会議に至るまでの陪審裁判所をめぐる戦い」で博士号を得た。一九二九年グリュンフトについてボン大学の学部助手となる。教授資格請求論文は、『刑法におけ

る目的論的概念構成』（一九三〇年）であつた。その年、「動産執行法における瑕疵ある国家行為」（一九三〇年）という民事訴訟法の論文をも書いてゐる。その後すぐにキール大学で講義する。ハレ大学に移る。一九三六年マールブルク大学に招聘。マールブルクの法学部は、「新しい法学」を拒否していたが、そこで同僚となつたツインマールと『刑法における本質直観と具体的秩序思考』（一九三七年）を著し、キール学派の權威刑法と対立する。その後、一九三八年には、『ドイツ法学における非合理主義と全体的考察』を出版、ラートブルフ、エーベルハルト・シュミットらが絶賛した。しかし、他方、シュヴィンゲは、軍刑法のコンメンタールをも著した。一九三九年秋、ウィーンに招聘される。一九四一年にはウィーンで戦時裁判官となる。戦時裁判官として、彼は、一九四一年一月から軍とともにフランス、ベルギー、ロシア、イタリアを縦断した。シュヴィンゲは、ウィーンの戦時裁判所の長官であつた。刑法の教授であり、防衛刑法の注釈書を著してゐた。シュヴィンゲは、一九四四年八月にウィーンに空爆があつたときに、破壊された家の片づけを手伝つていた一七歳の少年アントン・レシュニーが空の財布と二つの時計を窃取し、その時計の一つを側にいた婦人に与えたという事件を担当した。レシュニーは、召集のすでに一週間後に、彼は窃盗と戦時状態の悪用によつて起訴され、法廷に立つことになつた。その裁判長がシュヴィンゲであり、レシュニーを「略奪行為」によつて有罪とした。シュヴィンゲは、判決の中で「彼が行為の時に一七歳であつたという事情は、それ（死刑）を何ら変更するものではない」と書いてゐる。略奪行為の刑は、軽懲役、城塞刑、とくに重い場合にも有期重懲役、終身重懲役であり、最も重い場合にのみ、死刑が定められていた。裁判所の判決は死刑であつた。補充軍の命令権者としてのヒムラーは、この刑を重すぎるとして後に（一九四四年一月二十九日に）、この刑を一五年の重懲役に変更したほどであつた。レシュニーは、これによつて、戦争を生き延びた。シュヴィンゲはチロルで六ヶ月間イギリ

ス軍の捕虜となったが、一九四六年には、再びマールブルクに講座をもち、一時的に、総長にまでなった。一九四六年以降シュヴィンゲは、約一五〇の事件において高級将校やSSの隊員の弁護を、とくにフランスにおいて引き受けた。一九六四年には、左翼の学生から彼のキール学派への態度などを理由として攻撃され、マスコミにこれが採り上げられ、シュヴィンゲは、人格権の侵害を理由として提訴した。⁽⁹²⁾一九七七年には「ナチ時代における軍事司法」に関する研究書を著し、戦時司法の役割を言い繕い、無害化し、正当化した。シュヴィンゲの戦後の主たる活動分野は、著書の編集であった。『ナチズムの時代におけるドイツの軍事司法』⁽⁹³⁾がそれであった。この著書は、当初、元の戦時裁判官で後のカールスルーエの連邦検事のオットー・ペーター・シュヴェリング (Otto Peter Schweling) によって、ミュンヘンの現代史研究所の委託によって書かれたものであった。現代史研究所が、鯉ぶしの番をさせるのに、公共の費用を使って、猫を養っていたことに気付いたのは遅すぎた。この著書を公刊することを現代史研究所は拒否した。シュヴェリングは、これによって倒れ、突然に死亡した。シュヴィンゲはあとを継いで、その著書を半分に縮め、出版した。⁽⁹⁴⁾

③ テオドール・マウンツ (Professor Dr. Theodor Maunz)

テオドール・マウンツ⁽⁹⁵⁾は、一九〇一年九月一日ダッハウに生まれた。一九二五年ハンス・ナヴィアスキーの下で博士論文を書き、一九三三年「公的物権法の主要問題」で教授資格を得る。一九二七年から一九三五年までバイエルンの行政局で働いたあと、一九三五年からフライブルク大学私講師、一九三七年から一九五二年までフライブルク大学の正教授。一九五二年からミュンヘン大学公法教授。ヘレンキムゼーでの憲法制定会議の委員。一九五七年には、CSU選出のバイエルン文部大臣となる。一九六四年にその過去のため、世間の抗議により、退職した。一九六九年

に定年退職。一九三七年の『行政法教科書』の著書がある。一九三六年の「主観的公権の終焉」という論文においては、「我々の法がいまや服する指導者―服従者思想は、主観的公権の伝統的理論を、初めから新たな光りのもとで見られなければならない」とし、「共同体の中の人格を正しく認識することが、国家に向けられた主観的公権の観念を克服する」と述べる⁽⁹⁶⁾。一九四二年には「秘密国家警察の目的」について書き、そこで、ゲシュタポは「その本質上、そして法律の是認によって、あらゆる国家に危険な流れを探究し、制圧する任務をもつ。闘争手段のひとつは、自由の剝奪である。保護検束の言い渡しの管轄をもつのは、ライヒ保安本部であり、国家警察本署であり国家警察署である。党の執務所とその支部は、管轄ある警察署への保護検束を申し立てることができる。……裁判所は、保護検束命令、その要件、内容適法性および効果を検討の対象となしえない」とした。戦後の、マウンツ／デュリッヒの基本法のコメントールは定評のある注釈書である。彼の弟子、ヘルツォークは、連邦憲法裁判所の長官であり、シヨルツは一九八八年から一年間連邦防衛大臣であった。

④ カール・ラーレンツ (Professor Dr. Karl Larenz)

カール・ラーレンツは、一九〇三年四月二三日ヴェーゼル(Wesel)に生まれた⁽⁹⁷⁾。一九二六年ゲッティンゲンで学位取得。一九二九年教授資格論文提出、ゲッティンゲン大学私講師。一九三三年キール大学民法・法哲学教授。一九三七年までプロイセン上級行政裁判所の部長。一九六〇年ミュンヘン大学教授。一九七一年定年退職。学位論文は、『ヘーゲルの帰属論と客観的帰属の概念』(一九二七年)。ラーレンツは、キール学派の代表的民法学者であり、一九三五年には、当時「突撃隊学部」(Stoßtruppfakultät)と呼ばれた⁽⁹⁸⁾キール大学法学部を中心とするキール学派のナチ法学に関する論文を集めた『新しい法学の基礎』を編集した。その編著の中で彼自身は、「法人と主観的権利」と題する

論稿を著した。そこでは、「法仲間とは、民族仲間であるものだけである。民族仲間とは、ドイツ人の血が流れている者だけをいう」とし、「民族共同体の外に立つ者は、法の中にも立たず、法仲間ではない」とする。これは、ラーレンツの「具体的権利能力」の思想を現したものであり、明らかにユダヤ人の権利能力を制限する趣旨である。相続法、家族法においても、平等思想を排し、人種イデオロギーを持ち込んでいる。⁽⁹⁸⁾「民族精神と法」という論文においては、次のようにいう。「血は、精神に、精神は血にならなければならない。……精神は衰えることがあるから、血は精神を駆り立てなければならない。しかし、精神は、それが血から革新されるときにのみ、獲得される」。彼は、初期においてユリウス・ビンダーの影響を受け、ヘーゲルの概念に学び、具体的普遍概念の方法を樹立する。彼の法学的類型論は、ヘーゲルの具体的普遍概念の現象形態である。戦後、ラーレンツはこの方法論を展開し、「今日でも、この『法学方法論』の第五版においては、抽象的観念と具体的概念のヘーゲルの区別に関する補説は、むしろ彼の全体的な法的解釈学的、方法的の研究に対する導入部、信仰告白の部であるかに読める」。⁽⁹⁹⁾「カール・ラーレンツは、法学者からすでに、法学の一部になったのである」とまで評され、彼の著作は“Der Larenz”と称されるのである。⁽¹⁰⁰⁾

⑤ フリードリッヒ・シャフシュタイン (Professor Dr. Friedrich Schaffstein)

一九〇五年ゲッティンゲンに生まれる。ゲッティンゲン大学私講師。後にマールブルク大学に移る(一九三〇年)。一九三三年ライプツヒヒ大学教授。一九三五年キール大学教授。一九四一年から一九四四年までシュトラーヌブルク大学教授。ナチに与していたとして追放されていたが、一九五三年ゲッティンゲン大学教授となる。ゲッティンゲン科学アカデミー会員。シャフシュタインは、ダムととともに、キール学派の代表的な刑法学者であり、戦後も、定年退職した今日まで、学界活動を続けている。シャフシュタインは、ダムとの共同作品たる『自由主義刑法か権威刑

法か』⁽¹⁰⁾で新しい刑法学を提唱し、そこでは、権威刑法を主張し、強い刑事司法の確立を目指した。シャフシュエタインは、一九三五年の「義務違反としての犯罪」⁽¹¹⁾において、犯罪の本質を法益侵害とみるのではなく、義務違反とみる刑法体系を構築しようと試みた。行為者類型論と心情刑法の思想がこの犯罪観の背景にあることはいうまでもない。戦後は、とくに少年刑法の分野に業績を残した。⁽¹²⁾

⑥ エルンスト・フォルストホフ (Professor Dr. Ernst Forsthoff)

フォルストホフは、⁽¹³⁾一九〇二年九月一三日生まれ。一九七四年八月一六日死亡。一九二五年カール・シュミットの下で博士号をとる。一九三〇年教授資格請求論文を書く。一九三三年フランクフルト大学教授。一九三五年ハンブルク大学。一九三六年ケーニヒスベルク大学、一九四一年ウィーン大学、一九四三年から一九四五年までハイデルベルク大学教授。一九四九年から再びハイデルベルク大学教授。フォルストホフは、一九三三年『全体国家』⁽¹⁴⁾という小冊子を著しているが、「全体国家とは、自由主義国家に対立するもの」⁽¹⁵⁾である。その中で彼は、次のように書く。

「種の同一性と民族的同一所属性の意識は、とくに種の相違を認識し、友と敵を区別する能力に現実化する。しかも、重要なのは、他の国民に属することが直ちに認識できない場合に、種の相違を認識することである。例えば、文化的・経済的生活に積極的に参加することによって種が同一であるとの幻想を抱かせ、民族への共属の感情を芽生えさせる恐れのあるユダヤ人においてそうすることである。政治的ドイツ民族の再生は、このような欺罔に終止符を打ち、ドイツにおいては、種の相違を意識して、つまり、ユダヤ人であることを意識して生きる以外に生きうるのだという最後の希望をユダヤ人から奪わなければならない」⁽¹⁶⁾。彼は、一九三八年に今日行政法的認識にとり重要となった小冊子を公表した。「給付の担い手としての行政」⁽¹⁷⁾である。それは、給付行政、侵害行政という基本的観念を提唱したも

のであった。⁽¹¹⁾ カール・シュミットの憲法論が国家の統治に関する著書であったとすると、フォルストホフの著書（行政法の教科書）は、国家の行政（Verwaltung）に関するそれであった。⁽¹²⁾

⑦ ゲオルク・ダーム (Professor Georg Dahm)

一九〇四年アルトナ生まれ。一九六二年死亡。⁽¹³⁾ ラートブルフのもとで一九二七年に博士号取得。一九三〇年「中世末期のイタリア刑法」⁽¹⁴⁾によって教授資格取得。一九三三年、キール大学教授。一九三五年から一九三七年までキール大学学長。一九三九年ライプツヒヒ大学。一九四一年シュトラーズブルク、一九五一年パキスタンのダッカ大学の教授。一九五五年キール大学教授。シャフシュタインと共著の「自由主義刑法か権威刑法か」（一九三三年）で、キール学派の刑法を代表する。一九三五年には、「犯罪と構成要件」と題する論文を書き、一九四〇年には、「法における行為者類型」と題する論文を著し、行為者類型論を展開する。⁽¹⁵⁾ この行為者類型の考え方は、当時の刑事立法にも、解釈にも強い影響を及ぼした。⁽¹⁶⁾ 例えば、民族有害分子命令の第二条は、「民族有害分子」という行為者類型を前提としているものとされる。

⑧ ハインリッヒ・ランゲ (Professor Dr. Heinrich Lange)

一九〇〇年三月二五日ライプツヒヒに生まれる。一九七七年九月一七日シュタルンベルクにて死亡。一九三四年ブレスラウ大学教授、一九三九年ミュンヘン大学教授。ドイツ法アカデミーにおける民法の革新の一般的受託者。一九五一年ザールブリュッケン大学、一九五三年ヴェルツブルク大学教授。ランゲは、ドイツ法アカデミーの有力会員であり、民族法典の編纂に力を注ぐ。⁽¹⁷⁾

次に、戦後、ナチ時代における司法実務の経歴を引き続いて展開し、戦後司法法界で重要な役割を果たした法律家

を紹介しておこう。

① エドゥアルト・ドレーヤー (Dr. Eduard Dreher)

エドゥアルト・ドレーヤー⁽¹¹⁾は、一九〇七年四月二十九日ドレスデンの近くのロツカウで生まれる。一九三二年ライプツヒで博士号取得。インスブルックの検察官として、ドレーヤーは、特別裁判所において幾多の軽微事犯に死刑を求刑した。自転車横領や購入切符の濫用などの軽微な犯罪として重懲役になるに過ぎない場合には、彼は、いわゆる無効の抗告 (Nichtigkeitsbeschwerde) によってその公訴を継続させた。当時四一歳の工場労働者、カロリーネ・ハウザーが、食料品、衣料品カードを闇取引したが、ドレーヤーはカロリーネに死刑を求刑した。彼女は、「幸運にも」一九四二年四月一五日に一五年の重懲役に処せられたに過ぎなかった。ドレーヤーは、ライヒスゲリッヒトへの上告によって特別裁判所の判決を破棄し、新公判を開くよう請求し、死刑を要求したが、ライヒスゲリヒトは、一五年の重懲役を維持した。

一九五一年にはドレーヤーは、国会議員アドルフ・アルントの推薦で、連邦司法省の刑法部の担当官となり、その経歴を継続した。政府参事官 (Oberregierungsrat) から経歴を開始し、カンターのあとを受けて連邦司法省の課長 (Ministerialrat) となったが、その後昇進し、定年となる一九六九年まで連邦司法省の部長 (Ministerialdirigent) であったが、彼は、連邦司法省の大刑法委員会(Generalreferent)の座長 (Generalreferent) であった。また、最もよく利用され「灰色のドレーヤー」と俗称される刑法の注釈書、ドレーヤー・トレンドレの「刑法」⁽¹²⁾の著者である。ドレーヤーは、戦後の刑法の展開において最も影響力のあった人物といつてよい。

② パウルハインツ・バルドゥス (Paulheinz Baldus)

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理 (一)

戦争後、バルドゥスは、⁽¹²⁾まず裁判官となり、次に連邦裁判所の部長となった。彼は、連邦裁判所の「裁判官および検察官に対する懲戒手続のための部」の部長であり、そこから裁判官・検察官を監督した。一九七一年初頭には、彼を裁判長として、「安楽死」行動の医師に対する大訴訟における上告が審理されたとき、フリードリッヒ・カール・カウル教授は、付帯訴訟の代表者として、彼を、偏向のゆえに忌避した。カウルは、アウシュヴィッツ裁判において有罪とされたSSのウンターシャルフリーダー(Unterscharführer)のオズワルト・カードウツク(Oswald Kaduck)の証言を引用した。その証言によれば、彼は、その当時その命令を総統の官房から、つまり、「バルドゥスとかいう、今日のカールスルーエの部長」から受け取ったというのである。バルドゥスは、事実、一九三九年にはライヒ司法省から総統の官房に移っていた。戦時中、彼は、野戦法務官(Feldkriegsgerichtsrat)として働いた。忌避申請は、バルドゥスのその官庁内の協力者が「安楽死行動」T4⁽¹³⁾に参加したということにも基づいていた。それにもかかわらず、申請は却下された。バルドゥスは、それによって、時期を早めて定年となった。それ以前には、バルドゥスは、ドイツ連邦共和国の法政策の重要な軌道決定に参画した。

とくにドイツ・ソビエト友好協会会員に対する裁判における裁判長として、彼は、共産黨員追及の頂点に立った。一九五五年七月二八日には、彼の部は、この協会の会員を「憲法違反団体への加入」「秘密結社」「犯罪的組織への加入」によって有罪とした。大刑法委員会において、彼は、とくに国防軍の原子力武装に反対する運動の犯罪化を擁護した。彼を裁判長として、一九六九年に連邦裁判所の悪評高いレップ判決(Laepfle-Urteil)⁽¹⁴⁾を下した。レップ判決とは、ケルンの一般学生委員会の委員長の、キリスト教民主学生連合の構成員クラウス・レップレが、その仲間とともに公共交通料金の値上げに反対して市電のレール上に座り込み、何台かの市電を止めた事案につき、

ケルン・ラント裁判所が無罪を言い渡したのに対して、連邦裁判所第二部がこれを破棄し、「本法廷において認定された程度のデモ権の承認は、好戦的な少数者によって行使されたテロを合法化することに帰着する」として、座り込みデモにおいてはすでに軌道上に受動的に座ることが、強要的暴行として可罰的であるとされた。この強要構成要件における「暴行」概念定義が、現在まで判例をなしている。

③ ヴィリー・ガイガー (Professor Dr. Willy Geiger)

ガイガーは、一九四一年から一九四三年までバンベルクの特別裁判所の検察官として活動した。当時、彼は、少なくとも五つの死刑判決を下した。とくに一八歳のポーランド人に対して「民族有害分子」とした。「編集者の法的地位」に関する一九四一年の学位論文において、彼は、ジャーナリストがその出自のゆえにのみ、職業禁止を受けるというアリア条項について、次のように書いた。「本規定は、出版界に対するユダヤ人の圧倒的、民族有害な、そして文化侵襲的な影響を、一挙に除去した」。編集者は「原則的にアリア人の出自でなければならぬ」という命題を、彼は、ナチ党の党綱領から直接的に演繹したのである。一九七五年五月二十九日、ガイガーが報告者であった連邦憲法裁判所の判決⁽¹⁸⁾の中では、公務員の忠誠義務像について、次のようにされている。「政治的忠誠義務は、——国家および憲法に対する忠誠——は、国家と憲法に対する形式的に正しいが、関心のない、冷たい、内面的に距離をとった態度以上のものを要求する」。つまり、公務員が「彼がつくすべき国家の中で、——現在もそしていつも——わが家にいるように感じることを要求する」というのである。

④ ハンス・グロプケ (Hans Grobke)

グロプケ⁽¹⁹⁾は、一八八九年九月一〇日デュッセルドルフ生まれ。一九三二年から一九四五年までライヒ内務省の国籍

事項担当の担当官。一九四七年アーヘンの市議会 (Stadtkämmerer) 一九四九年にはノルトラインヴェストファレンのラント会計院の副院長。一九五三年から一九六三年まで連邦内閣官房の国務次官であった。一九三八年に内務大臣のフリックは、ミュンヘンの総統の代理人に宛てて書いている。「上級政府参事のグロプケ博士は、私の省の中で疑いもなく最も有能で手腕のある官吏である」と。グロプケは、一九三五年九月一日のいわゆる「ニュルンベルク立法」に関与したほか、同年一〇月一八日のドイツ民族の遺伝健康保護のための法律、一九三七年一月三日の個人身分法、姓名の変更に関する法律の立法に関与した。一九三六年にはベック社から上司のシュトゥッカルトと共著で『ドイツ人種立法コンメンタール』⁽¹²⁾を出版している。ここでは、「性交」の概念につき、広義の解釈をとり、性交類似行為をも含めるといふ説が主張されている。コンラート・アデナウアーは、一九五三年一〇月、グロプケを国務次官に任命した。彼のナチ時代の活動は、東ドイツの宣伝の主目標となった。一九六三年には、東ドイツで彼を欠席のまま、終身自由刑を言い渡した。一九六三年、アデナウアーが退陣したとき、公務を退いた。スイスに住所を移そうとしたとき、スイスから滞在許可を得られなかった。一九七三年二月一三日に、七五歳でバート・ゴードスベルクにて死亡。

⑤ オイゲン・ヘリング (Professor Dr. Eugen Hering)

チヘリング⁽¹³⁾は、連邦行政裁判所の部長であり、とくにその中では、人的交流範囲において大きな影響力をもった。ナチス国家における彼の職と機能は、とくにナチ党のクライスハウプトシュテレンライターであり、SSの隊員であり、アウシュヴィッツから南へ四〇キロの地点にあるジビエック (Zywiec) の警察署長であった。とくに警察署長として彼は、住民に対するあらゆるゲシュタポやSSの行動に参加した。個人的には彼は、かの多くの地域で実行された移住計画をコントロールした。一九四二年四月二日には、彼はSSの制服を着て、一人のポーランド人の市民の、マ

ルクト広場で絞首刑として公開の処刑を指示したとされている。その中には、彼が連絡係として使っていた一六歳の少年がいた。一九四五年初頭には、自らの手で路上で、シヴィエックの市民を銃殺したとされる。一九八一年五月一日に反ファシスト連合が手紙によって、以上の事実につき非難したが、連邦行政裁判所長官からは回答はなかった。

⑥ ギュンター・ヨーエル (Dr. Günther Joel)

ヨーエルは、⁽¹²⁹⁾一九三三年五月一日以降、ナチ党員となった。彼は、党のスキャンダルを処理する管轄をもつライヒ司法省の中央検察庁には、信頼のできる人間であった。一九三七年には、ライヒ司法大臣ギュルトナーは、彼をSSやゲシュタポに対する司法省の連絡係とした。一九四一年には、彼は、省の課長 (Ministerialrat) となり、一九四三年には、ハムの上級検事 (Generalstaatsanwalt) およびSSの突撃隊長 (SS-Obersturmbannführer) となった。ギュンター・ヨーエルは、⁽¹³⁰⁾エリアス裁判において、陰謀をめぐらし、それによって司法省を訴訟から排した。彼は、後に「夜と霧」計画」の鍵を握る人物であった。一九四七年には法律家裁判で彼は、一〇年の懲役に処せられ、一九五一年には恩赦を受け、釈放されて後、すぐさま、ある大コンツェルンの法律顧問弁護士となった。

⑦ ヨーゼフ・シャフホイトレ (Josef Schafheutle)

シャフホイトレは、⁽¹³¹⁾一九三三年ライヒ司法省の政府参事官となり、政府特別刑法部門に配属され、ギュルトナー、フライスラー、ティーラックなどと共に第三帝国の刑法を起草した。その後、シャフホイトレは、司法省局長 (Ministraldirektor) の地位につき、連邦共和国の政治刑法も、シャフホイトレの手になる。

⑧ エルンスト・カンター (Dr. Ernst Kanter)

カンターは、⁽¹³²⁾ライヒ戦時裁判所の第二部の裁判官であり、一九四三年からは「裁判長」(Generalrichter)としてデ

ンマークのドイツ軍最高指揮官付の最高裁判官であった。彼の机の上からデンマークの抵抗運動家に対する少なくとも一〇三の死刑判決が産み出された。後に彼は連邦共和国の連邦司法省の政治刑事司法部で省の部長 (Ministerialdirigent) となった。とくに彼は大刑法委員会の調整役であった。またよりにもよって彼が元のナチの裁判官に対する東ドイツから提起された非難を公式に検討した。一九五八年にカンターは連邦裁判所の、政治刑事事件を管轄する第三部の長に昇進した。一九五九年には、ついに、抗議があつて、定年を待たず退職した。

⑨ ヴォルフガング・イマーヴァール・フレンケル (Wolfgang Immerwahr Frankel)

フレンケルは、ライヒ検察庁の元の部長であり、「軽い」判決に対する無効抗告につき責任をもっていた。元のシュトゥットガルトの上級裁判所長官のリッヒャルト・シュニットが評した言葉によれば、「死刑の狂信者」であった。少なくとも四四件につき重懲役に死刑に転換したという。一九六二年三月二日には、彼は、連邦上級検事 (Generalbundesanwalt) となった。彼に対する捜査手続には、カールスルーエ上級ラント裁判所は、一九六四年九月三日に、次のような理由で終止符を打った。「共和国の最高の検察官にまで昇進したフレンケルには、彼が戦時中、上述の規定の妥当性を疑ったこと、いわんやその無効性を認識したことは証明されえない」。フレンケルの過去が暴かれて以来、マスコミに騒がれ、彼が退職させられるまで、まだ何カ月かかった。彼は、その際、年金を全額受け取り、支払いはそれ以降も続いている。

⑩ ルードルフ・ヴェーバー・ロルチュ (Rudolf Weber-Lortsch)

ヴェーバー⁽¹³⁾ロルチュは、一九三三年以来、SAの上級グループ指導者であり、ポーランドの占領以降、オーバーシュレージエン地方の警察署長代理であった。ソビエト侵攻の後、ヴェーバー⁽¹³⁾ロルチュは、まずライヒスコミッサ

リアート・ウクライネ」のSSおよび警察指導者となった。その官庁のもとで、SSと警察の特別部隊・出撃部隊によるユダヤ人とウクライナ人の大量殺戮が行われたのであった。一九四二年六月から彼は、オスロのノルウエー高等SSおよび警察の行政・法務局長となり、この職から一九四二年一月二五日に、七〇〇人から九〇〇人のノルウエーのユダヤ人がアウシュヴィッツに輸送されたと報告されている。一九六八年には、彼は連邦行政裁判所の裁判官に任命された。一九七五年二月六日に、連邦行政裁判所の第二部は、ドイツ共産党の党員が公務員になれるかについて判決を言い渡した。判決は、その女教師 (Anne Lenhart) に対して、「連邦政府がこの政治的党の目的を違憲とみなしていることを意識した」にもかかわらず、ドイツ共産党 (DKP) に入党したことを非難し、教師の道を最終的に閉ざした。ヴェーバー||ロルチュとも、この判決において裁判官席に座っていたのは、ハンブルクでの「人種恥辱」裁判における裁判官であったエドマン・ド・シャプルーシュ (Edmund de Chapeaurouge) であった。

このようなナチ法学関係者のリストを増やすことは、ここでは、これ以上は意味がないであろう。もとより、戦後、存命したナチの「王冠法律家」(Kronjurist) カール・シュミット⁽⁷⁵⁾についても、言及すべきであったが、シュミットについてはあまりにも有名であるので、むしろ、ここでは省略した。別に予定している拙稿の中では、新しい研究成果をも踏まえて詳しく取り扱う予定であるので、それに譲りたい。

(75) このふたつの強制的同質化については、山中・前掲・法学研究所研究叢書第三冊一六四頁以下、一八一頁以下参照。

(76) 一般書として、ナチ司法との連続性を論じる著書が、ドイツの書店の店頭を賑わしている。例えば Ingo Müller, *Furchbare Juristen, Taschenbuchausgabe* 1989; Bernd Rüthers, *Entartetes Recht*, 1988; Ulrich Vulteius, *Kampfanzug unter der Robe*, 1984.

(77) しかし、ベック社が一九八八年にその創立二二五年を記念して、ベック社と関係の深かった法学者の伝記を集めた著書を

- 発行したとき、そこに採り上げられたラーレンツ、マウンツ、などの伝記からナチとの関係を表す叙述はほとんどなかったことが話題となった。もとより、その筆者は、直接の弟子であった (Juristen im Portrait. Festschrift zum 25jährigen Jubiläum des Verlages C. H. Beck, 1988.)。この書評と「プロ」R. R. Wittmann, Feste feiern, Rechtshistorisches Journal Nr. 8 (1989), S. 168 ff. の中でマッターペンは、例えれば、チオドール・マウンツに関する弟子のヘルマンの叙述に「彼」のナチ権力支配の間に公刊された他の (教授資格請求論文以外の) 論文については全く論及していない」とする。例えれば、一九三六年の「主観的公権の終焉」という論文について言及がなっているのである (S. 171 ff.)。ラーレンツについても、彼が哲学上の師とするヘーゲル哲学をラーレンツは誤解してゐる、すなわち「具体的普遍概念というラーレンツの幻想が、その概念に関するヘーゲルの理論の全くの誤解に依拠する」(S. 172) と断じた上、ラーレンツの反ユダヤ思想、「人種思想」についてマターデリクセンが全く言及しつゝなると批判してゐる (S. 173 ff.)。ラーレンツは、『現代の法および国家哲学』(Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl., 1935, S. 139) に於ては、ヘッラーの「我が闘争」を引用して「民族と国家」というテーマを論じているのである。なお、これに比べれば、フォルトホフについては、デーリングは、また、その著書「全体国家」に言及して、人間フォルトホフをその歴史において捉えようと努力してゐるとする (S. 175)。マレーヤーについても、ラックナーは極短くしかナチ時代の活動に言及しつゝなるとされる (S. 175 ff.)。
- (79) Vgl. M. Stolleis, Rechtsordnung und Justizpolitik 1945-1949, in: Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart (Festschrift für Helmut Coing) Bd. 1, 1982, S. 385 ff.; Götz, Bilanz der Verfolgung von NS-Strataten, 1986, S. 9 f.
- (80) 一九四五年一〇月三〇日。第四条。Vgl. M. Ratz u. a., Die Justiz und die Nazis, 1979, S. 23.
- (81) Vgl. I. Müller, a. a. O. S. 205.
- (82) Vgl. Müller, a. a. O., S. 205.
- (83) ティームト・マレーヤーの浩瀚な教授資格請求論文 (D. Majer, „Fremdvölkische“ im Dritten Reich, 1981) が、マレーヤーに提出されたとき、教授資格請求論文としては、時代とテーマが限定されすぎているなどの理由で、審査を通らなかつたという。このことは、一九八七年夏に来日されたヘルリン自由大学のロットロイトナー教授から聞いた。マレーヤーは、後に、スイスの大学から教授資格を得た。

- (87) Müller, Furchbare Juristen, S. 237.
- (88) Müller, a. a. O., S. 237 f.
- (89) カハレンツのナチ裁判の活動と意識について、本格的な研究が必要である。リッポゼ、ロマンの「研究を著して得られた」Monika Frommel, Welzels finale Handlungslehre. Eine konservative Antwort auf das nationalsozialistische Willensfreiheit - oder die Legende von der „Überwindung des Wertneutralismus“ im Strafrecht, in: Strafrecht, in: Strafrecht und Polizei im Dritten Reich (Hrsg. v. Udo Reifner / B.-R. Sonnen), 1984, S. 86 ff. 54頁、ロマン「刑法改正の『犯罪学』」『新』犯罪学とナチズム』(ロマンローレンツ編・ナチス犯罪論法研究誌) (54頁、1977年) 79頁以下を参照。その理、カハレンツについて、vgl. Fritz Loos, Hans Welzel (1904-1977), Die Suche nach dem Überpositiven im Recht, in: Rechtswissenschaft in Göttingen, 1987, S. 486 ff.
- (90) Müller, a. a. O., S. 239.
- (91) Walter Hamel, Die Polizei, in: Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, S. 395.
- (92) Walter Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, 1957, S. 30, 60.
- (93) リッポゼ、カハレンツについて、Spuren des Unrechts. Recht und Nationalsozialismus. Beiträge zur historischen Kontinuität, (Hrsg. v. Martin Bennhold), 1989, S. 111 f.; Hermann Stumpf, Hans Carl Nipperdey, in: Juristen im Portrait, S. 608 ff.
- (94) Stumpf, a. a. O., S. 615.
- (95) カハレンツの犯罪について、Ernst J. Cohn, Gelehrter in Zeiten der Wirrnis, in: Persönlichkeit in der Demokratie (Festschrift für Erich Schwinge zum 70. Geburtstag), 1973, S. 1 ff.; Vultejus, Kampfanzug unter der Robe, S. 97 f.
- (96) Cohn, a. a. O., S. 5.
- (97) Otto Peter Schweging, Die deutsche Militärjustiz in der Zeit des Nationalsozialismus, 1977, 11頁以下、犯罪学と犯罪学と Messerschmidt, Manfred / Wallner, Pritz, Die Wehrmachtjustiz im Dienste des Nationalsozialismus - Zerstörung einer Legende, 1987.

- (74) Vurtejus, a. a. O., S. 98.
- (75) ヲハシメテ之ヲ裁断スルノ權ヲ有スル者ニテハ、Peter Lerche, Theodor Maunz, in: Juristen im Portrait, S. 553 ff.; Jörg Friedrich, Die Kalte Amnestie, 1984, S. 292 f.
- (76) Rütters, Entartetes Recht, S. 44 f.
- (77) ホーネンハ之ヲ裁断スルノ權ヲ有スル者ニテハ、Uwe Diederichsen, Karl Larenz, Juristen im Portrait, S. 495 ff.
- (78) Rütters, Carl Schmitt im Dritten Reich, 1989, S. 85.
- (79) Larenz, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 241.
- (80) Diemut Majer, Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems, 1987, S. 188.
- (81) Larenz, Volksgeist und Recht, Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie, Bd. 1, 1934 / 35, 40 (42).
- (82) Diederichsen, Juristen im Portrait, S. 457.
- (83) Diederichsen, a. a. O., S. 509.
- (84) Dahm / Schaffstein, Liberales oder autoritäres Strafrecht? 1933. 44 ff. ハルカニシテ、其中・前掲憲法研究所研究叢書第三三冊「ドイツ國憲法」參照。
- (85) Schaffstein, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, in: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, S. 88 ff.
- (86) Vgl. Schaffstein, Jugendstrafrecht, 1959.
- (87) ナルニテ、之ハ之ヲ裁断スルノ權ヲ有スル者ニテハ、vgl. Karl Doehring, Juristen im Portrait, S. 341 ff.
- (88) Forsthoff, Der totale Staat, 1933.
- (89) Forsthoff, Der totale Staat, S. 7.
- (90) Forsthoff, Der totale Staat, S. 39.
- (91) Doehring, Juristen im Portrait, S. 346.
- (92) Doehring, Juristen im Portrait, S. 347.
- (93) ナルニテ、之ハ之ヲ裁断スルノ權ヲ有スル者ニテハ、Christian-Friedrich Mengler, Einführende Worte zum Gedenken an Georg Dahm, S. 7 ff.
- (94) Dahm, Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, 1931.

- (11) Dahm, *Tätentyp im Strafrecht*, Festschrift für Heinrich Siver, 1940=Leipziger rechtswissenschaftliche Studien 124, 1940.
- (111) Vgl. Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, 1975, S. 208 ff. 山中・法学研究所研究叢書Ⅲ冊 一七二頁参照。
- (112) Vgl. Gerhard Werle, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, 1980, S. 244 ff.
- (113) ランゲは、ドイツ法マカニリーの法学研究部門で大きな影響力をもった。民族法典の編纂にあたっては、クーニマンとならんで中心的役割を果たした。ランゲのドイツ法マカニリーにおける役割については、後記予定している拙稿「ナチス法學とドイツ法マカニリー」を参照し、註文を併せて読む。Vgl. Lange, *Die Lage und Aufgabe der deutschen Privatrechtswissenschaft*, 1937.
- (114) ユンナーの経歴については、Vullejus, *Kampfanzug unter der Robe*, S. 94 ff.; Karl Lackner, in: *Juristen im Portrait*, S. 261 ff.; Ingo Müller, *Furchbare Juristen*, S. 214. なお、その他、雑誌「メンヨーゲル」がユンナーの著書「経験としての夢」の書評を通じてユンナーの経歴に言及していた。インスブルックの特別裁判所での検事時代は、「夢体験者」(vgl. Dreher, *Traum als Erlebnis*, 1981, S. 62 ff.) たるユンナーについては、悪夢のうたをめぐって、この体験については、自伝語のなかで述べた。
- (120) 手記のある版を挙げれば、Dreher / Tröndle, *StGB 44. Auflage*, 1988. ユンナーは、その古稀を祝う記念論文集が一九七七年に出版された。(Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, 1977, ユンナーには、論文集の他「経験としての夢」(Traum als Erlebnis, 1981) や「意路の自由」(Die Willensfreiheit, 1987) に関する著書がある。
- (121) Vgl. Bennhold, *Spuren des Unrechts*, S. 113 f.; I. Müller, *Furchbare Juristen*, S. 219.
- (122) この「安楽死行動」について、詳しくは、第五章参照。
- (123) BGHSt 23, 49 f., 54. なお、カウザー・犯罪学(山中訳) (成文堂・一九八七年) 二九三頁以下をも参照。
- (124) Vgl. Bennhold, *Spuren des Unrechts*, S. 113.
- (125) BVerfGE 39, S. 349.
- (126) マルテンについては、R. Strecker (Hrsg.), *Dr. Hans Globke, 1961: R. Wistrich, Wer war wer im Dritten Reich?* 1987, S. 108; Friedrich, *Die kalte Amnestie*, S. 294. マルン・シムルターノ『第二の罪』(永井・片岡・中島訳) 一九九〇年一二二頁以下をも参照。

ナチの「不法と犯罪」の戦後処理(一)

- (27) Stuckart Wilhelm / Globke Hans, Kommentare zur deutschen Rassengesetzgebung, Bd. 1, 1936.
- (28) Vgl. Bennhold, Spuren des Unrechts, S. 111.
- (29) Vgl. I. Müller, a. a. O., S. 212 f. 乃キ「キントナー・モーヘル」ケントナー・モーヘル、ワイマル時代の國務次官クルト・モーヘル (Curt Joel) の息子、一九四七年に司法省に入り、一九五〇年に省課長となり、連邦司法省の商法・經濟法部門のライターであった同名のキントナー・モーヘルとは別人である。
- (30) ホルンス裁判について、vgl. Helmut Heiber, Zur Justiz im Dritten Reich. Der Fall Elias, Vierteljahresschrift für Zeitgeschichte 1955, S. 275 ff.; D. Majer, „Fremdvölkische“ im Dritten Reich, S. 664, Anm. 146. 民族裁判所の所長、長官、チーローニッックチーローニッックのものを民族裁判所の原告として容認した。
- (31) Vgl. I. Müller, a. a. O., S. 213.
- (32) Vgl. Vulejusz, Kampfanzug unter der Robe, S. 93; I. Müller, a. a. O., S. 214.
- (33) Vgl. I. Müller, a. a. O., S. 218; Bennhold, a. a. O., S. 109.
- (34) Vgl. I. Müller, a. a. O., S. 220; Bennhold, a. a. O., S. 109 ff.
- (35) Vgl. Rütters, Carl Schmitt im Dritten Reich; ders., Entartetes Recht, S. 57 ff., 99 ff.; J. Seifert, Theoretiker der Gegenrevolution. Carl Schmitt 1888–1985, Kritische Justiz 1985, S. 193 ff.

第六節 ナチス法研究の「特殊性」と「客観性」

(1) 従来のナチス法研究

上(第二節)で述べたような戦後における過去の克服過程の展開の経緯および「克服されざる司法と法学界」の中では、ナチス法研究もそのような状況に規定されていたように思われる。一般のナチ研究と同じように、ナチス法の研究についても、執筆者の動機と政治的意図が、その研究に強く反映しているのである。その意味でも、ナチス法研究は、現在の問題をも扱うものである。従って、ナチス法の戦後処理の問題を論ずるにあたって、ナチス法研究の研究

状況とその方法論上の特殊性の問題を素材にして、戦後のナチズム認識とナチズムの克服の相関を論じておくことは無駄ではないと思われる。

さて、グルッフマンは、従来のナチス法や司法の研究を、大きく、次のような三つのタイプに分類する⁽¹⁸⁾。第一に、まず、戦後すぐに現れた研究に代表されるような、ナチス法体制を、ドイツの法史のワイマール時代までの発展からの脱線、従来の法体制の宿命的な崩壊であると捉える立場である。これを、ここでは、ナチス法脱線論 (Kastro-phenieorie) 的著作と仮に名付けておこう。これに属するのは、例えば、ヴィルヘルム・ビュシユルの『第三帝国における法の没落』(一九四七年)⁽¹⁹⁾ やフリッツ・フォン・ヒッペルの『警告と教訓としてのナチスの支配秩序』(一九五五年)⁽²⁰⁾ である。第二に、とくに、ナチス時代に実務家であった著者による、弁明論的な著作である。これに属するのは、例えば、フーベルト・ショルンの『第三帝国における裁判官』(一九五九年)⁽²¹⁾、ヘルマン・ヴァインカウフの『ドイツの司法とナチズム』(一九六八年)⁽²²⁾ である。さらに、弁明論的色彩の濃いのが、オットー・ペーター・シュヴェリングの『ナチズムの時代のドイツ軍事司法』(一九七七年)⁽²³⁾ である。第三に、一九六〇年代の後半から数多く登場するナチズムとは直接関係をもたなかった世代の研究者による研究がある。これらの多数のモノグラフィ、ディッセルタチオン、論文、ドキュメンテーションなどを逐一挙げることは不可能であるが、とくに、その頁数の浩瀚さからしても重要な研究書として、民法に関するベルント・リューターズの『無制限解釈』(一九六八年)⁽²⁴⁾ およびナチズム期の法に関する最近の教授資格請求論文たるヴェルレの『第三帝国における司法刑法と警察による犯罪闘争』(一九八九年)⁽²⁵⁾ のほか、包括的な研究として、ディームート・マイヤー『第三帝国における異民族』(一九八一年)⁽²⁶⁾ と、ローター・グルッフマンの『第三帝国における司法』(一九八八年)⁽²⁷⁾ を挙げるに恐らく異論はあるまい。そ

他、とくに一九八〇年代に入って、多くのモノグラフィイやコロクイウム、連続講義を契機とする論文集が公刊されるようになったが、この種の出版物の学術的価値は多様である。

さて、以上の三つの傾向への分析は、むしろ、戦後から一九八〇年代までの巨視的な分類にすぎない。むしろ、問題は、この第三世代の研究者による研究から始まるのだといっても過言ではない。つまり、この第三のタイプの研究方向が、脱線論や弁明論と全く異なった次元の、評価を超越した客観的な研究の総称と解するのは、全く早計の誹りを免れないということある。歴史の出来事からある程度の時間的間隔を置いてはじめて客観的な研究が可能となるというのは、一般的には事実であろうが、その時間的間隔が「ある程度にすぎない」場合には、かえって、その歴史の出来事に対する態度に亀裂が見られるようになり、その研究の「政治性」が前面に出てくる可能性が大となるのである。従って、このナチズム研究の政治性の問題は、個人的体験の枠を越えた歴史の時点で、つまり、研究者個人の当時の行動の正当化や弁明という体験論的な動機を越えて、政治的イデオロギーとして、取り扱われることによって、学問的・方法的な問題点はより鮮明なものになるといってよいであろう。ここで必要なのは、やはり、先のブロッシヤートの意味におけるナチズムの「歴史化」なのである。

(2) ナチス法研究の「特殊性」

さて、ミヒャエル・シュトライスとディーター・ジモンは、その「ナチズムに関する法史研究の予断と価値判断」と題する論稿において、他の法史の分野に比較したナチス法研究の「特殊性」(Besonderheiten)について論じている。⁽¹⁷⁾ 本稿は、直接、ナチス法を研究するものではなく、その戦後の処理をテーマとするものである。従って、ナチス法研究の方法論をその研究本体の前提として論ずることは、問題にならない。しかし、ナチス法研究の「客観性」の

問題は、戦後のナチス法の捉え方一般の問題を典型的に現しているように思われる。ナチス法の学術研究の方法も、ナチス法の認識一般の問題でもあるからである。それに加えるに、我々のテーマであるナチス法の戦後処理の問題とは、実は、現在が過去たる歴史的事実をどのように解釈し、どのように現在につながるその波紋を処理しようとしているかを問うものにほかならない。従って、歴史学方法論として展開される議論は、現在における過去の認識と対処の議論に対応するものといつてよい。

かくして、上記のシュトライス／ジモンの論稿のうちとくにシュトライスの議論を紹介しつつ、ナチス法の評価における予断と客観性の問題を検討するのか、本節の課題である。

まず、ナチス法研究の特殊な点として以下のものが挙げられ、検討される。^(出)

- ① 「ナチス法研究の著者には元裁判官や高級官僚が多い」。このことは、一方では、大きな長所をもつ。つまり、それによって、学問的作業の孤立化が緩和され、近隣諸科学への実り多き接触が導かれることになるのである。しかし他方、ディレッタントイズムと主観主義に陥る危険がある。資料の批判的選択や解釈が確保されていないからである。とくに、著者が、第三帝国の司法機構において何らかの地位を占めていた場合に、分析と自己表現の間の限界が不確実なものとなるというのである。その典型的な例は、シオルンやヴァインカウフ、シュヴェリングの著作である。
- ② 「著者のもつ対象への情緒的關係」。ナチズムは、多くの世代の心理の中に痕跡を残した。そのような場合、著者にも何らかの形で情緒的影響が残っているものである。とくに亡命生活を送っていた人々や、事件の側にいた人々にとつてはそうである。もちろん著者達は異なった形でそれぞれの情緒と取り組む。かれらは、あるいはあからさまにそれについて語り、あるいは克服しようとする。また、かれは、学問研究へのそのさまざまな影響を認めている。

③ 「ナチズムがもたらした政治的状況が今日にまで影響している」。ナチス法研究に関わる者すべてに対して、望むと望まざるとにかかわらず、ナチズムによって惹き起こされたドイツの分割、連邦共和国とドイツ民主共和国において異なつて内面化された政治的前提条件、言語規制および思考禁止が影響する。このことがナチズムとの取り組みに本質的に影響していることが前提とされうる。

④ 「世代問題が研究に対して不可思議な影響を及ぼしている」。多くの大学の教師自身がこの領域には不快感をもつてしかアプローチできないので、かれらはこの領域について研究したいという弟子に勧めることはできないし、できれば直接やめさせたいと思っている。このようにして、自らそれに関わりあつた研究者の消極的態度が少なくとも次の弟子の世代に影響している。⁽¹³⁹⁾

次に、シュトライスは、次のようなナチス法を歴史として研究する場合の幾つかの言い回しを素材にして、ナチス法研究の予断と価値判断について論じる。⁽¹³⁹⁾ ① ナチズムについて語るには、まだその時ではない。また、逆に、

② この時代を体験した者だけがその時代を理解できる。③ 「法律家だけがナチス法について完全な意見を述べうる」。④ 「ナチ時代の研究はカロリング時代の法理念に関する研究とは違つた風に行われなければならない」。

⑤ 「この時代の判断に関しては、誰もが関係をもち、個人的な立場をとるべく強いられることになる。他のどこよりも、ここでは歴史は現代の教訓であると理解されなければならない」。

これらの言葉のそれぞれについてのシュトライスのコメントは次の通りである。⁽¹⁴⁰⁾

① 「ナチズムについて語るには、まだその時ではない」。

これは、ナチにかかわつた刑法学者ダームの一九五一年の言葉である。⁽¹⁴¹⁾ ダームは、「一九三三年から一九四五年ま

でのあいだのドイツの運命を規定した、歴史的諸力の基準なき非難と咎め」と当時の通説的なナチズムの消極的評価を批判したのであった。このナチズムに対する評価にはまだ時機が熟していないという防衛戦略は、時を経るにつれ維持するのが困難になってきた。ローベルト・シャイニング⁽¹³²⁾は、一九六八年のその憲法史の記述においてナチズムを除外したのであるが、それを、歴史家の権限はここでは限界に突き当たるとして根拠づけたのであった。近い過去が決定指針的に現在に影響している場合には、この限界に突き当たるのであり、その場合、ナチ時代の法史的考察は、まだ法史家というより法哲学者と法解釈学者の仕事であるとするのである。客観化の程度を高めるには、一定の時間的問題と一定の事実的前提が必要なことは承認されている。しかし、何十年もたった今、この除外はもはや維持できない。ナチズムは、「歴史的」であり、法史をも含めて歴史学のあらゆる帰結をとまなうものである。ナチス法の歴史研究が積み重ねられた結果、「まだその時機ではない」という防衛論はその基盤を事実上奪い去られたといつてよい。

② 「その時代を体験した者のみはその時代について判断できる」。

この年寄りが若者によく使う言葉は、それ自体、ナチズムに特殊なものではない。観察者としてまた(は)行為者としてある出来事を自ら経験を共にし、または共にその出来事を形成した者、その者によって概観された部分については、大抵は文書による資料の解釈を通じるのであるが、複雑な事象の経過の再構成を試みる者よりは、情報量が多いことは争いえない。しかし、看過しえないのは、同時代的観察者または行為者の特権化された地位から生じる誤謬である。行為者は、しばしば興味深い日記やメモワールを書くが、その者が同時に自分から距離をとった歴史家でもあろうとすると、それは、経験上、負担過剰である。過去とその中で自分の業績を積極的な光りの中に照らしたい

という深い人間的願望は、客観的叙述と評価の要請と抗い難く衝突するのである。この周知の現象は、多くの著名な政治家のメモワールに見られる。

③ 「法律家のみがナチス法について完全に意見を述べうる」。

この命題は、もう少し慎重に言くと、法史家のみがナチズムにおける法体系の特殊法律的問題に答えることができるという意味であるが、これは、そうあからさまに言われることではないが、それでもナチス法の研究は、ほぼ法律家の独占領域だとみなされている。しかし、これが、ナチス国家における法律家の役割を外部から評価できないという意味であれば、ナチズムにおける一定の社会的領域の歴史的研究は、一定の学問分野によっては独占されえないものだというべきである。法律専門用語や、理論問題の日常用語への翻訳はそれに原則として矛盾するものではない。法律家が、専門用語をあやつる点で優位に立つという意味であれば、このことが従来、とくに消極的帰結をもたらしてきたことが指摘されるべきである。

(a) 法律家は、知らず知らずのうちに、その教育過程の公準に従って、現行法から出発し、そこから指導的観点と評価基準を引き出す。例えば、今日の憲法原則をまだそれが知られていなかった当時の判例の記述に適用する場合がそうである。このような手続は、非歴史的であり、ある時代はそれ自身の前提に則して評価され、その資料はそれ自身の文脈から理解されなければならないという一般に受容された方法的原則に矛盾する。

(b) 法律家は、刑法や民法の因果・帰責モデルに導かれる癖がある。これによって、歴史家に関心をもつことのある因果系列が全く背後に退いてしまう。例えば、シュヴェリングは、当該法律家とその判決の中でナチ的思考を認識させたことによって、「有罪」とされるかどうかを問題にした際、非ナチ化手続の際の質問表の諸カテゴリーに対応

するグループ分けを行ったのが、その例である。ナチス法の偏見のない歴史的研究は、均整のとれた全体像を得ようとすれば、そのような責任カテゴリーや、政治的に興味深い点だけにこだわることから解放されなければならない。

(c) 法律家にとっては法律外の動因を無視し、抑圧し、あるいは、除外するようシステムティックに教育されていることが典型的である。その教育過程で、法律家は、事実を「法的问题」が浮き上がるように下準備しなければならない。この技術を歴史的事実に転用するなら、それは誤りにつながる。というのは、歴史においてはよくに「法律的」動因が問題であり、ここで関心を引くのは、その社会的決定因子の全体との法のかかわりだからである。法律的叙述は、従って、叙述されるべき事象の法令集や判例集の中にある規範的な骨組みを強調するのが常である。

(d) 規範の内容のみに考察が限定され、全体的手続は背後に退くことが多い。例えば、裁判官による歴史叙述は、刑事事件を、警察の捜査や行刑に注目せず、自らの活動領域である判決活動を中心にみる癖がある。しかも判決者の立場に立ち、被判決者の立場に立たないことが多い。

(e) 法律家は、歴史家と違って、法全体が「体系」をなすものであり、それは、原則として矛盾なく叙述でき、再構成できるものでなければならないという観念をもって育った。したがって、現実が混沌としているところでも体系を見出そうという誘惑にかられることは明らかである。とくに体系のないという体系をもつナチズムのような独裁体制を叙述するときには、この法律家のこの習癖は問題である。

④ 「ナチス法の研究は、カロリング時代の法理念に関する研究とは違ってアプローチされなければならない」。

これによってしばしば意味されるのは、ナチズムは歴史のあまりにも特異な現象であるので、それには歴史家の普通の方法は通じないということである。これによって、ナチズムにおいては、公的にいわれていることと、現在とは

とくに大きな亀裂があるということも意味されうるが、そうだとすると、ナチス法の研究においては、その研究が、たんなる精神的な文献を法現実から隔てるギャップを考慮することなく、ナチス法を純然と精神的に論じることが批判されうることになる。

⑤ 「ナチズムの研究においては、歴史家には、『党派的立場』『個人の立場』、とくに教訓となる核心が期待される」。この教訓を与えることを放棄した、冷静に距離を置いた「ナチズム」というテーマの論じ方は、明らかに不安を掻き立て、しかも政治的に堪え難いと感じられることがありうる。この背後には、ナチ政権のような体制は二度と繰り返してはならないという感情的圧力と政治的願望がある。歴史学はそれが社会に役立つことを実証し、「政治的教育学」となるその義務を真剣に考え、歴史からの「教訓」を仲介しなければならぬ。日常的な見解では、歴史は現在をも志向しなければならぬ、つまり、今日の行動の指針とならなければならぬとされる。多くの学者は、「客観性」を「現在にとつての有益性」と結びつける。

他方、一部の歴史家は、過去の存在から当為を演繹する可能性を否定する。そこから、それが最も優れた政治教育の意図において要求される場合でも、現在を志向する歴史記述の義務の否定につながる。この立場を唱える者は、その社会的有益性を多数説のように強く主張できないということに対して対価を払わなければならない。この立場に属する歴史家は、従って、現在の法、または若い世代に対する積極的な結果のゆえに、ナチス法の研究を行うのではない。このような歴史的説明が「何のために」行われるかという問いは、個人的に、またそれ以上説明できない価値決定にもとづいてのみ答えられうる。⁽¹⁸⁾

以上のシュートライスのナチス法研究における予断と価値評価に関する考察は、結局、いまだ十分に「歴史化」されていないナチズムの「客観的認識」の可能性をめぐる議論でもあった。本章のテーマである「過去の克服」の要請そのものが、克服されるべき「過去」に条件づけられ、拘束されているのであって、客観的歴史認識と矛盾する契機を含むものである。しかし、「客観的認識」の可能性という学問の方法論がここでの直接の関心ではない。むしろ、客観的認識に至りえない諸々の状況の中で、戦後の現実のナチズム認識の解明こそが、関心の対象である。つまり、過去と現在のかかわりの中で、西ドイツの戦後という広い意味での「現在」が、「過去」にどのように規定され、過去をどのように認識したかをナチ犯罪とナチの不法体系の克服という側面に焦点をあてて、解明するというのが、本稿全体のねらいなのである。

- (136) 下の分類ごとの付註。Vgl. Lothar Gruchmann, *Justiz im Dritten Reich 1933-1940*, 1988, S. 1 ff.
- (137) Wilhelm Püschel, *Der Niedergang des Rechts im Dritten Reich*, 1947.
- (138) Fritz von Hippel, *Die nationalsozialistische Herrschaftsordnung als Warnung und Lehre. Eine juristische Betrachtung*, 1947.
- (139) Hubert Schorn, *Der Richter im Dritten Reich*, 1959.
- (140) Hermann Weinkauff, *Der deutsche Justiz und der Nationalsozialismus*, 1968.
- (141) Otto Peter Schweeling, *Die deutsche Militärjustiz in der Zeit des Nationalsozialismus*, 1977. 44頁 既出(注九三)に
対応する本文の記述を参照せよ。
- (142) Bernd Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 1968.
- (143) Gerhard Werle, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechenbekämpfung im Dritten Reich*, 1989.
- (144) Diemut Majer, „Fremdvölkische“ im Dritten Reich, 1981.
- (145) Lothar Gruchmann, *Justiz im Dritten Reich 1933-1940*, 1988.

- (146) ナチズムと法に関する文献を解題したものを、Helmut Kramer, Entstehung, Funktion und Folgen des national-sozialistischen Rechtssystems, Ein Literaturbericht, Kritische Justiz 1987, S. 218 ff.; 以下、ナチス刑法に関する文献一覽として Hinrich Rüping, Bibliographie zum Strafrecht im Nationalsozialismus, 1985, 第四十卷を参照しよう。III の 9 の 2 を著した人は、(Hrsg. v. H. Rottleuthner), Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, Archiv für Rechts und Sozialphilosophie (ARSP), Beiheft Nr. 18, 18, 1983. (邦誌・ローマローターニ「邦」邦語邦文ナチズム) (ナチス邦語論研究全集・一九八七年) colloquien des Institut für Zeitgesche. NS-Recht in historischer Perspektive, 1981.
- (147) Michael Stolleis / Dieter Simon, Vorurteile und Werturteile der rechtshistorischen Forschung zum Nationalsozialismus, in: NS-Recht in historischer Perspektive, 1981, S. 13 ff.
- (148) Stolleis / Simmon, a. a. O., S. 17 ff.
- (149) Stolleis / Simmon, a. a. O., S. 20 ff.
- (150) Stolleis / Simmon, a. a. O., S. 21 ff.
- (151) G. Dahm, Deutsches Recht, 1951, S. 332.
- (152) R. Scheyhing, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 1968, S. 10.
- (153) ショアラートム由著「」の最後に著した多数語と与との (Stolleis / Simmon, a. a. O., S. 32.)°