

◇ 資 料 ◇

刑法によるナチの過去の克服に関する 3つの論考

——ヨアヒム・ペレルス, ミヒャエル・グレーヴェ, トム・セゲフ——

本 田 稔* (訳)

目 次

- 一 ヨアヒム・ペレルス 過去の克服という神話
 - 1 神話としての過去の克服
 - 2 連邦共和国におけるナチの恩赦
 - 3 刑法50条2項が与えた影響
 - 4 裁判所と検事局の態度
 - 5 故意ある補助的道具の理論構成
 - 6 過去の克服の抵抗勢力との闘争
- 二 ミヒャエル・グレーヴェ ナチの幫助犯の恩赦
 - 1 はじめに
 - 2 刑法50条2項の立法過程
 - 3 新規定への反応
 - 4 裁判に与えた50条2項の影響
- 三 トム・セゲフ 「事件は幕を閉じた。しかし、まだ終わっていない」
 - 1 はじめに
 - 2 ドイツにおけるナチ犯罪人処罰の実像
 - 3 アイヒマンとデムヤニユク——二つの裁判の中心テーマ
 - 4 ナチ犯罪人を追及する劇場型裁判
 - 5 ショアの裁きによって確証されるもの
 - 6 予期せぬ無罪判決
 - 7 ショアの生存者は二度苦しめられる
 - 8 法と正義——その対立の相克

* ほんだ・みのる 立命館大学法学部教授

一 ヨアヒム・ペレルス

過去の克服という神話

——ヒトラーの犯罪を法的に克服する作業は頓挫した、
それどころかナチの法の論理に屈服しさえした——

1 神話としての過去の克服

ナチの支配を法律によって克服する作業は広範にわたって行われ、様々な成果が得られた。今日までのところ、このような主張が連邦共和国のお好みの伝統の1つになっている。しかし、再検討すれば、この伝統を維持することができないことは明らかである。ナチ体制の犯罪が処罰されたのは事実であるが、それは全く頓挫している。さらに言えば、たしかに「法律の形をした不法」（グスタフ・ラートブルフ）の概念は、ナチ国家の犯罪的な行為態様に照準を合わせ、その制裁を求めたが、それはもはや連邦共和国では置去りにされ、一部には「法律の形をした不法」の価値を全面否定するものさえ現れている。

ナチの支配を法的に評価する際に、その基準になるのは何か。それは基本法であり、基本権の断固たる妥当性であり、さらには刑法である。しかし、それを無条件に承認しない傾向、それを基準にして判断しない傾向が見られたのは、とりわけ1950年代であった。司法でさえ、繰り返しヒトラー体制の法原理を受容した——そのために、ドイツ連邦の法治国家において、法的な特別領域が形成されるという恐るべき結果が伴った。それは、国家社会主義の法概念の論理をある程度まで模倣するといった結果をもたらした。

このような経緯を認識するために、ナチ独裁の法原理に関する最も重要な研究に今一度視線を向ける必要がある。それは、今日においても有効性が認められているエルンスト・フレンケルの『二重国家』（1941年）である。フレンケルは、その中で、ナチ体制の構造を「措置国家」と言い表した。措置国家においては、法による個人の保障が全面的に停止される。ナチ国家は、人間の生命、自由および財産を専断的に処分することができる。措置国家の支配論理は、親衛隊とゲシュタポの執行実務において、恐るべき形をとって現われる。それは、しばしば司法によって援護される。措置国家は全くもって残虐である。その残虐性は、障害者、ユダヤ人、ロマとシンティ、ソ連軍の捕虜が、また反政府運動家が謀殺されたことによって明ら

かにされている。ヒトラー政権による支配の技術にとって、生命に対する権利は邪魔である。それゆえその権利は除外される。彼らが殺害されたことが、それを物語っている。

2 連邦共和国におけるナチの恩赦

措置国家というカテゴリーの中にある思想は、1945年後は消滅したと論ずる議論があるが、それは信仰であり、勘違いも甚だしい。この思想の主要な構造的要素は、むしろ有効性を発揮しさえしたのである。憲法が妥当しているにもかかわらず、立法、司法および行政において、それは有効性を発揮した。そこには、連邦共和国の大いなるパラドックスがあった。国家による犯罪の処罰を脇に追いやろうと試みる法的発言が相次いだ。それは共感を呼んだ。立法者は、それに応えて、ナチスの暴力犯罪の実行犯の一部を赦免する恩赦令を1949年に発布した。ヒトラーは、帝国水晶の夜において行われた国家による犯罪行為を1938年の恩赦規則によって赦免したが、それと同じ恩赦令が再び発せられたのである。

1954年にも恩赦令が発布された。それは、ヒトラーの恩赦規則に匹敵する論理に従っている。それは、独裁体制の措置国家の行為に対する制裁を解除し、それを法秩序の構成要素へと再編する試みに他ならない。恩赦令の光に照らされて、ナチの幹部が行った故殺罪は、刑罰の上限が3年の懲役刑を超えない限り、上官の命令ゆえに責任を問われない犯罪行為の1つとされ、その刑事訴追は打切られることになった。歴史家のノーベルト・フライが証明しているように、ナチの実行犯の44件の故殺罪は——例えば、1944年10月以降、親衛隊は、アメリカ軍占領下のアーヘン上級市の市長を謀殺したが、この事案はその中に含まれている——この法律にもとづいて不処罰にされた。

アデナウアー政権もまたナチスの法原理の要素を継承した。1950年のヨーロッパ人権条約は、行為が「その実行の時点において、文明化された諸民族によって承認された普遍的な法原則に従えば可罰的であった」場合、国家のテロ行為に関与した者を処罰できると定めていた(第7条2項)。それはいわゆるニュルンベルク条項であり、1945年12月の管理委員会法第10号に由来するが、ドイツ連邦共和国政府は1952年に人権条約を留保したため、ドイツにおけるその効力は失われた。それによって発せられた警告が何を意味していたかは、明らかである。ナチの法体制は法治国家の諸原理を侵害したが、それを問題視することはできない。その法体制は原則的に有効であったということである。実のところ、ニュルンベルク裁判で弁護人

が求めたのはそのことであったのであるが。

3 刑法50条2項が与えた影響

それどころか、1968年には国家が行った犯罪を処罰する可能性が撤廃され、不処罰の範囲も著しく拡大された。ドイツ連邦議会は、刑法典の中に行為関係的要素と行為者関係的要素を区別する規定（刑法50条2項）を取り入れた。謀殺の事象は、表面的には現場にいた実行犯によって支配・管理されていた。この規定によって、大量殺人の支配・管理者は、実際に行われた謀殺事象に関与した者、いわゆる幫助犯でしかないとされた。謀殺罪の幫助犯であれば（謀殺罪の行為者関係的要素〔下劣な動機〕を欠いている場合——訳者注）、その者に適用される公訴時効期間は15年にされた。その結果、帝国保安本部の幹部の責任者もまた（彼らが謀殺罪の行為者関係的要素を欠いている場合、その刑は減輕され、公訴時効は1945年5月8日から起算して1960年5月8日の時点で完成していると遡及的に認定されることになった——訳者注）、丸ごと刑事訴追を免れることになったのである。

このような刑法50条2項の新規定は、後になって「誤り」であったと評価されたが、その規定の目的が何に向けられていたのかは、その当時の司法大臣グスタフ・ハイネマンには知らされないうまでであった。ヴェルナー・ベストは、帝国保安本部において政治的暴力行為を推進するための法的基礎を設けた人物であるが、彼は1950年代初頭にその責任を問われた際、国家による犯罪については責任は問われないことを論証するために議論を展開した。この新規定は、その議論に用いられた際、の概念と関係がある。ベストはどのように主張したか。それは、いわゆるナチの国家機関が行った政治的な犯罪行為は、一身的な犯罪的動機に基づいて行われたものではないというものである。そのように述べて、完全な免罪を求めたのである。

このような理論構成が具体化されたのは、1968年の法改正においてであった。その改正によって机上の実行犯に特権が与えられた。親衛隊の顧問弁護士を務めたベストは、そのような理論構成を用いて影響を及ぼし、帝国保安本部の犯罪を無罪放免にすることに成功した。国家は法秩序によって拘束されない。その拘束は制度的に否定される。このように理解する思想は非常に影響力があった。たとえ基本法の下であろうとも、ナチ犯罪は無罪放免にされた。そのことは、その思想の影響がいかに強かったかを示している。

4 裁判所と検事局の態度

ナチの暴力的な法規範の主要なものは残されたままであり、それを問題として扱わない傾向が見られた。その具体例は裁判において確認された。裁判所は、ナチ司法がいわゆる人種汚辱事件に関して、被告人が有罪であったことだけでなく、彼に言い渡した量刑もまた法的に妥当であったことも承認した。同時に検事局の方としては、ナチの国防軍の占領テロが独裁国家の権力国家の關係の枠組の中で実行されたにもかかわらず、それに解釈を施し、そのようにすることによってヨーロッパ人権条約などの国際法に違反する法適用を正当化した。連邦通常裁判所はというと、1943年まで行われたシンティ・ロマへの迫害に合法性の太鼓判を押した。この最高位の裁判所は、ナチ国家にもいわゆるアサーティブネス（自己主張する権利——訳者注）があることを理由に、政治的なレジスタンス運動——それはディートリヒ・ボンヘーファー、ハンス・フォン・ドーナニイ、アドミラル・ヴィルヘルム・カナリースによって行われた——に対して違法というカインの烙印を押した。「公的に訴訟のように装ったために、それが秩序に適合した訴訟手続であるかのように評価されてしまった」と記したのは、現在、連邦通常裁判所長官を務めるギュンター・ヒルシュである。彼は、そのような文章に続けて書いた。それは「ドイツ司法の歴史における謎の章であり、またそうあり続けるであろう」と。

5 故意ある幫助的道具の理論構成

ナチによる安楽死、強制収容所における犯罪、さらには移動射殺部隊が行った犯罪に利するよう法律家によって活用された法的外観も、国家による犯罪の訴追を制限し、法益が侵害されたことと、それを行った者に制裁を課すこととの間に關係があることをあいまいにするという結果をもたらした。国家的に組織された大量犯罪に対する刑罰が構造的に減輕され、それどころか法治国家の要請がそれによって形骸化されたことについて、共和国の法的良心である検事長フリッツ・パウアーは、「時には被害者を愚弄することを意味した」という言葉で自己の立場についてコメントした。実際に、ナチの殺人装置の機能を担った人物——司令官のマイダグネクは、アウシュヴィッツ収容所副指揮官、ナチの「安楽死」の責任者、さらには特別行動隊の指揮官でもあった——は、幫助犯の役割しか果たしていないと判断され

た。つまり、事件の責任はヒトラー、ヒムラー、ハイドリヒだけにあり、彼はその事件において彼らを幫助しただけだというのである。それは、ナチ裁判に繰り返し持ち出された「幫助犯構成」であった。刑法学者のユルゲン・パウマンは、そのような判断は、あたかもドイツ民族は「ヒトラーという1人の正犯と6000万人の幫助犯」から構成されていたかのように「第三帝国」をイメージしているのではないかと評釈した。ルードヴィヒスブルクのナチ犯罪真相究明中央局の最新の統計によると、ナチの暴力犯に対する裁判において法的に効力のある判決が言い渡された6497人のうち、終身自由刑を言い渡されたのは166人しかいなかった。帝国保安本部所属の特別行動隊の隊員は、その90パーセント以上が単なる幫助犯と見なされた。彼らは、自分の行為ではなく、他人の行為に関わったというのである。

6 過去の克服の抵抗勢力との闘争

的確に述べなければならない。ナチの独裁国家の暴力行為に関して、それもまた法律によって認められた行為であったのだと、その適法性を後から主張する議論が無数になされた。それに対して抵抗したのは、少数派の政治家、連邦司法省の法曹官僚と刑法学者であった。とりわけ政治家のヨゼフ・ミュラー（CSU）とオットー＝ハインリヒ・グレーヴェ（SPD）、ルードヴィヒスブルク中央局のアダルベルト・リュッケールおよびアルフレート・シュトライム、刑法学者のギュンター・シュベンデルおよびヘアベルト・イエーガーの名前をここで挙げなければならない。連邦憲法裁判所もまた、ナチの体制を評価するための明確で独裁批判的な基準を設定した。連邦憲法裁判所は、官僚——反対派に対する急先鋒の役割をしばしば担った官僚——はナチ支配の重要な構成要素であり、彼らの権利は1945年の独裁体制の克服と共に喪失したと、1950年代に宣言した。

とはいうものの、連邦憲法裁判所の立場は、国法学者と連邦通常裁判所の裁判官のなかの抑圧的な多数派——その個人は旧体制の担い手が多かった——によって厳しい非難に遭遇した。ヒトラーの支配メカニズムを見つめる眼を塞ぐことはできなかったが、それは法システムにおいて多数派を取ることはできなかった。

以上のことを振り返って見て、次のことを言わなければならない。ナチ国家の犯罪の処罰という大事業は——アウシュヴィッツ裁判のような重要な訴訟があったにもかかわらず——未完のまま終わった。それは憲法的に何を意味したか。それは明白である。公的に行われた暴力のあらゆる領域は、基本権（基本法1条3項）と国際法（基本法24条）に拘束される。この原則は、多くのナチ犯罪の処罰に対し

て現実的な効力を及ぼさなかった。帝国保安本部に対して大きな訴訟を提起することは、資料からすれば、すでに1950年の時点でできたはずである。600人の被疑者に対して包括的な予備的捜査が行われた。それにもかかわらず、その訴訟は実現されなかった。個別の訴訟はさておいて、ヒトラーに奉仕した司令部の中枢には、数百万人を殺害した犯罪の実行に対して責任がある。それは手つかずのままである。

【付記】 本稿は、ペレルス教授が「デイ・ツァイト」(2006年1月26日付)に掲載した評論記事である。

二 ミヒャエル・グレーヴェ

ナチの幫助犯の恩赦

——刑法50条2項の新規定とそれがナチへの刑事訴追に及ぼした影響——

1 はじめに

フリッツ・パウアーの死の直後、秩序違反法施行法(Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten - EGOWiG)に伴って、1968年に刑法50条2項(以下では50条2項と記す)が改定され、それが密かに施行された。ドイツ連邦共和国は、ナチの不法に向き合ってきた。しかし、その改定と施行は、その関わりのなかで犯した最も重大な過ちの一つであった。彼の死後、それが明らかになった。立法者はこの秩序違反法施行法によって、交通違反のような軽微な犯罪を非犯罪化するを意図していた。それにもかかわらず、改定された法規定によって、いわゆるナチの幫助犯を無罪放免するという結果がもたらされた。

以下において考察されるのは、次のような問題である。50条2項がいかにして立法に取り入れられたのか。そして、裁判所は、ナチの暴力犯罪の実行への関与について、正犯の成立を制限し、幫助犯として認定したが、その幫助犯の刑事訴追に対して、50条2項がどのような影響を及ぼしたのか。以下において考察しようとするのは、この問題である。なお、謀殺罪の幫助犯とは、自ら(正犯として行為する——訳者注)意思を持たない者、また謀殺罪の構成要件要素(例えば、残虐性、卑

劣性、下劣な動機）を実現しない者を指す¹⁾。

ナチの実行犯を法律の規則に基づいて赦免するよう求める動きがあった。その法政策がナチの暴力犯罪と関わる際、それは本質的にこの要請によって形成されてきた。この赦免を求める動きは、まずは1949年と1954年の恩赦令によって表面化し、後に1965年と1969年の公訴時効論争の際に議論的にされた²⁾。キリスト教民主同盟（CDU）とキリスト教社会同盟（CSU）の会派のなかで、その努力を続けてきたのは、元連邦検事総長のマックス・ギューデであり、彼を中心に結集していた人々であった。彼らは1965年以降いわゆる「ナチの小物の実行犯」の赦免に関する議論を重ねてきた。議会の多数派は、それに与することを控えたが、それはとりわけ外交関係に配慮する必要があったからである。それゆえ、ロビーイストは、ある種の「裏口からの恩赦」を実現できないかどうか、その可能性を模索した。

歴史家のウールリヒ・ヘアベルトは、1996年に出版された『ベルナー・ベスト伝』において、それを論証する議論を展開した³⁾。ベストは、元警察署長であり、かつ親衛隊上級集団指導者であった。自由民主党（FDP）のエルンスト・アッヘンバッハは、1937年以降、ナチ党員であり、フランスのドイツ大使館の政策部門の責任者としてユダヤ人の移送に関与した人物であった。戦後は、親衛隊の元幹部の弁護を専門的に手掛ける法律事務所を運営していた。ベストは、その法律事務所の一員になった。アッヘンバッハは、政治・経済の領域に広く張り巡らされたネットワークを自由自在に活用し、ベストはその背後でナチの実行犯の弁護戦略を展開し、調整に乗り出した。

アッヘンバッハの法律事務所によって弁護された人的集団には、どのような人々がいたかという点、親衛隊帝国保安本部（RSHA）所属のいわゆる机上の実行犯も含まれていた。彼らが捜査の対象とされるようになったのは1963年以降であった。捜査は、1964年にはすでに相当な規模に及んだ⁴⁾。翌年には大量に起訴されるので

1) いわゆる幫助犯判決については、Michael Greve, *Der justitielle und rechtspolitische Umgang mit den NS-Gewaltverbrechen in den sechziger Jahren*, Frankfurt am Main u.a. 2001, S. 145 ff. を見よ（以下では *Umgang* と表記する）。

2) それに関しては、例えば Marc von Miquel, *Ahnden oder amnestieren, Westdeutsche Justiz und Vergangenheitspolitik in den sechziger Jahren*, Göttingen 2004 および Greve, *Umgang* を見よ。

3) Ulrich Herbert, *Best. Biographische Studien über Radikalismus, Weltanschauung und Vernunft. 1903–1989*, Bonn 1996, S. 495 ff.

4) 1968年5月、帝国保安本部およびベルリン国家警察本部に所属していた730人の構成員に対して35件の裁判が進められた。

はと予想されていた。そのような事情もあって、アッヘンバッハの周辺にいる事情通の一握りの専門家集団が、巧みな方法を使って、何とかして恩赦令の立法化を画策しようとしていたのではないか。そのようなことを計画することは、決して考えられないことではなかった⁵⁾。

その計画を実施するにあたって、エドゥアルト・ドレーヤーは適任であった。ドレーヤーは、連邦司法部刑法部長であり、1950年代以降、時代遅れとなった刑法を全面的に改正する作業に取り組んでいた刑法改正大委員会の精神的支柱であった。彼は裏口からの恩赦を立法に取り入れるべく才能を発揮し、その典拠を自由自在に示すことができた。なぜ彼がこのような任務を遂行することになったのかというと、彼の政治信条がそうさせたのは確かであるが、とりわけ彼が背負っていたナチの過去に理由があった。ドレーヤーは、1945年以前、インスブルック特別裁判所の検察官として任務にあたり、生活用品の窃盗のような軽罪に対して自ら死刑を求刑し、それを断固として貫いた人物であった⁶⁾。そのようなドレーヤーについて、オーストリア検事長のグリュネヴァルトは潔白証明書を書いたので、そのおかげで彼は1945年以降、再び公務に復帰することができたのである。かつて特別裁判所の検察官としてナチの不法に共同して加担した人物が、数年後にはボンにおいて指導的な刑法改正論者としてナチの犯罪の隠然たる恩赦に積極的に協力できたのは、あの潔白証明書があったからだと言ってもあながち間違いではない。

刑法改正論者は、近代刑法の要請を正当に評価し、それを刑法改正に取り入れるために、正犯と幫助犯を同視することを止めるよう求めた。彼らは、幫助犯の個人責任に見合った処罰を実現するために、幫助犯の刑は必要的に減輕されるべきであると主張して、それを追求した。また、これまで刑法典の規範によって処罰されてきた権利侵害行為のうち、いくつかを非犯罪化することについては、刑法改正の視点からはさほど重要な意味を持っていなかったが、軽罪は将来的には重罪ではなく、秩序違反行為として独自の法律の枠内において規制されるべきであると考えていた。

ナチの幫助犯を赦免したのは、実はその法律であった。それによって刑の必要的減輕規定が、刑法改正作業から切り離され、目立たない状況のなかで秩序違反法施行法(EGOWiG)に取り入れられることになったのである。50条2項は、以下のような文言によって規定された。

5) Herbert, Best, S. 507 ff., vgl. auch von Miquel, Ahnden, S. 220 ff.

6) Eduard Rabofsky, Gerhard Oberkofler, Verborgene Wurzeln der NS-Justiz. Strafrechtliche Rüstung für zwei Weltkriege, Wien u.a. 1985, S. 75 ff.

正犯の可罰性を基礎づける特別の一身上の属性または状況（特別の一身要素）が共犯にないときは、その刑は未遂の処罰に関する規定によって減輕する⁷⁾。

これを謀殺罪に関連づけて見ると、50条2項の規定は、幫助犯には、正犯とは異なり、正犯に科される最高刑（終身刑）を科せないこと、減輕された刑、すなわち最長でも15年の自由刑しか科せないことを意味している。旧規定との決定的な違いはどこにあるかという、それは下劣な動機のような特別の一身要素が幫助犯自身に備わっていなければ、その刑を減輕するとしている点にある。それまでは刑罰を基礎づける要素が正犯にあれば、ただそれだけで謀殺罪の幫助犯にも正犯と同じ終身刑を科すことができたが、新しい規定によれば、幫助犯がその要素を自ら備えていなければ、終身刑を科すことはできなくなった。核心において何が重要であるかという、それは幫助犯の内面的態度と動機であり、犯罪行為それ自体ではないということである。

必要的減輕によって、公訴時効の期間は自動的に15年へと変更された。それにより、このようなナチの幫助犯を訴追することは将来的にもうできなくなった。というのも、その公訴時効は（ナチが連合国に降伏した1945年5月8日から起算して——訳者注）1960年5月8日において完成していることになったからである。たとえ起訴されたとしても、裁判官によって手続は打切られた。1958年11月、ルートヴィヒスブルクにナチ犯罪の解明のための州司法行政中央局が設立され、ナチ犯罪の解明と刑事訴追が制度的に推し進められた。法改正がどのような影響を及ぼすかという問題がおぼろげに感じられていたこともあって、ナチ裁判で言い渡された有罪判決でとくに頻繁に述べられたのは、「下劣な動機から謀殺を幫助した」という言葉であった（謀殺罪の正犯を「下劣な動機」から幫助した場合、その幫助犯の刑は必要的に減輕されず、正犯の刑〔終身刑〕が科される。その公訴時効は20年である。これに対して、「下劣な動機」に基づいていたことが証明されなければ、減輕されて15年以下の禁錮刑になる。その公訴時効は15年である——訳者注）。

問題は次のように設定される。そのように広範囲に及ぶ作用を伴った条項が、人目につかないまま刑法改正作業から切り離されて、秩序違反法施行法に取り入れられ、それを介して刑法に取り入れられたのは何故か。

7) BGBl. 1965 I, S. 506.

2 刑法50条2項の立法過程

50条2項を新たに設けることは、刑法の大改正の構想において着手された。その構想は、その後の1969年から1975年にかけて実施された。まず1955年に1つの条文が計画中の刑法改正草案に盛り込まれた。それは内容的に後の50条2項の規定となるものであった。それからその規定は、1962年政府案33条1号として取り入れられた⁸⁾。

刑法改正のために政府が準備した草案には、127条3項(1962年草案)が含まれていたため、この33条1号の規定からは危険性は全く窺われなかった。127条3項によれば、公訴時効の期間は、刑の減輕および加重によって変更されることは関係なく確定できたからである⁹⁾。33条1項(50条2項)と127条3項が刑法改正の枠組の中に同時に盛り込まれていたならば、ナチの幫助犯の刑事訴追は影響を受けることはなかったであろう。刑法改正草案33条1項(50条2項)が刑法改正の脈絡から取り除かれ、他の法律の枠組に取り入れられ、さらに他の法律の枠組に刑法改正草案127条3項の代わりになる規定が取り入れられず、また取り入れられたとしても、それが削除されてしまえば、話はまた別である。

ドレーヤーは、秩序違反法施行法に関する調査研究部局の関係者から、長いあいだ聞き取りをしていなかったが、1960年の時点では、その後の立法過程に影響力を行使できる地位にあった。秩序違反法施行法の担当者が、秩序違反法施行法の草案と刑法大改正のための1962年政府草案との間に重複があることをドレーヤーに示したのは、1960年以降であった。これをめぐって若干の意見の相違があったが、刑法改正草案の中のいくつかの規定を秩序違反法施行法の総則に合わせることで求められた。その規定のなかには、後に50条2項になる規定が含まれていた。その規定は、秩序違反法施行法案9条(成立後の条文は1条6号——訳者注)と競合し、それゆえ修正されることになった¹⁰⁾。ドレーヤーは、さらに後の50条2項になる規定

8) 「正犯の可罰性を基礎づける一身上の要素(第14条第1項)が、共犯(教唆犯又は幫助犯)にないときは、その刑は第64条第1項によって減輕する」(BT-Drs. IV/650, 4.10.1962, S. 15 u. 150 f.)。

9) BT-Drs. IV/650, 4.10.1962, S. 33. 後にこの規定は、刑法変更法第78条第4項第2号として、1969年5月に連邦議会によって可決された。

10) 秩序違反法施行法に関する調査研究部の1964年1月10日草案については、ラクナー(連邦司法省官僚)の覚書がある(Bundesarchiv(BA) Koblenz B 141/17494, Bl. 19.)。

を秩序違反法施行法の規定に対応させて、さらに調整するために影響力を行使した。それでも、秩序違反法施行法の草案には、必要的に刑を減輕し、後に無罪放免の原因となる規定はなかった¹¹⁾。

それを変化させたのは、1964年7月15日、27日、30日に開催された連邦司法省の担当部局の検討会であった。それにはドレーヤーも参加していた。その検討会には3つの部会があり、そのうちの1つの部会において後の50条2項の規定の文言が最終的に決められ、秩序違反法施行法の草案に取り入れられた。なお、ここで調査報告をした者のうち誰に責任があったのかという問題は遑って明らかはされなかった¹²⁾。

秩序違反法施行法の草案の検討は、1965年6月、州司法行政機関、連邦通常裁判所ならびに連邦検事総長に委ねられた¹³⁾。それに続いて、50条2項を実質的な内容とする新规定が、様々な政策上および司法上の審議機関に移された。しかし、その条項がナチの幫助犯の公訴時効に影響を及ぼす可能性があることに言及した者は1人もいなかった。後に50条2項になる新しい規定は、刑法改正草案127条3項の保護規定が伴わなければ、ナチの暴力犯罪に恩赦を与えることになってしまうのではないかと注目した者も1人もいなかった。秩序違反法施行法案は、1967年1月20日、連邦議会に上程され、それ以上の審議にかけられることなく、1968年5月10日、満場一致で可決された。秩序違反法施行法は、1968年10月1日に施行された¹⁴⁾。

このように50条2項が調整されたのは、アッヘンバッハの法律事務所が影響を及ぼして、率先して恩赦を与えるようにしたこと起因する。それを裏付ける情況証拠が後に出てきた。立法の不備であると主張する者もいたが、刑法改正の責任者として地位にあったのはドレーヤーであり、新规定が設けられた主要な責任が彼に

11) 秩序違反法施行法に関する調査研究部の1964年1月15日草案3頁（BA Koblenz, B 141/17494, Bl. 28.）。

12) 1969年6月6日のゲーラー（連邦司法省部長）の覚書2頁以下（BA Dahlwitz-Hoppegarten, B 141/403654.）。連邦司法省の担当部局が秩序違反法施行法に関して審議した内容は、その関連文書の資料としてコブレンツ公文書館（BA Koblenz）とボン政治文書館（PA Bonn）にあるはずである。筆者はそれを探したが、見つけることはできなかった。その文書は廃棄されたのではないかと思う。

13) 1969年3月および同年6月2日のゲーラー（連邦司法省部長）の覚書2頁以下（BA Dahlwitz-Hoppegarten, B 141/403654.）。

14) BT-Drs. V/2889; BT-Berichte, 5. WP, 173. Sitzung, 10.5.1968, S. 9249 f. u. BGBl. 1965 I, 506.

あったと考えられる以上、立法の不備という仮説は納得いかない。新规定がもたらした結果は、後に好んで主張されたような謎に包まれたものなどでは決してなかった。1964年初頭の「新法学週報」(NJW)にデュッセルドルフの検察官アントン・レーゼンの論説が掲載された。そのなかで彼は、ナチの補助犯を引き続き刑事訴追する動きに対して、導入予定の50条2項が影響を及ぼすかもしれないと明確に指摘した¹⁵⁾。連邦司法省の調査研究担当者から期待がかけられたのは、有力な法学専門誌で表明されたこの見解を確認し、彼らの計画に関係づけることであった。ドレーヤーは、この論説を実際に注意深く読み、そして自らの目的を達成するためにそれを利用したのではないか。だから50条2項を秩序違反法施行法の枠内に取り入れ、それを可決して、世に送り出すことができたのではないか。このような疑念を払拭することはできない。

3 新规定への反応

連邦共和国の公共圏において、1968年10月1日に施行された50条2項の影響が伝わり始めたのは、1968年末頃であった。その年の12月、その規定がナチ犯罪の公訴時効期間に対して影響を及ぼしているかもしれないと、初めて報道したのは「ビルト」日曜版であった。同時に同紙は、この規定によって「褐色の過去」が無視されるのではないかと指摘して、立法者の責任を指摘した。ただし、もたらされたこの状況は、その時点において連邦司法省にとって目新しいものではなかった。秩序違反法施行法が施行される数日前の1968年9月に開催された第47回ドイツ法曹大会において、連邦通常裁判所第5刑事部判事のルドルフ・シュミットは、フロアからの発言として、新规定がナチの暴力犯罪の公訴時効に対して何等かの影響を及ぼしかねないと注意を喚起していたからである¹⁶⁾。

1969年の初頭になって、「シュピーゲル」がようやく真相解明の報道キャンペーンを展開した。連邦司法省は、グスタフ・ハイネマンのもとで直ちに問題の影響の拡大を防ぐために対応した。連邦司法省は、50条2項の新规定から威力を奪い取ることを試みたが、「特別の一身の要素」が行為関係的ではなく行為者関係的なものと解釈されたために、50条2項がナチ犯罪の公訴時効へ及ぼす影響を阻止すること

15) Anton Roesen, »Rechtsfragen der Einsatzgruppen-Prozesse«, in: NJW, Jg. 17 (1964), H. 4, S. 136.

16) 1969年6月10日のシュトゥルム(連邦司法省)の覚書(BA Dahlwitz-Hoppegarten B141/403654.)。

は徒勞に終わった¹⁷⁾。

ドレーヤーもまた問題の拡大を防ぐために同様の議論を展開し、自己の眞の政策的関心がその規定には反映されていないと主張した。ドレーヤーは、1969年に謀殺罪の公訴時効の廃止案が突然出されるときに、恩赦令を起草するよう委託を受けた。そのとき、その恩赦令の創設者になれるという名誉欲に駆られて、規定を提案した。それは、「彼」が考案した50条2項と類似の規定であった¹⁸⁾。ドレーヤーはさらに一歩進んで、卑劣性や残虐性など全ての謀殺罪の要件を念頭に置きながら、広範囲に及ぶ恩赦規定を設けることが望ましいとさえ主張した¹⁹⁾。

その後、1969年5月に連邦通常裁判所第5刑事部は、連邦司法省によって提起された法律問題に取り組んだが、連邦通常裁判所はボンの期待には応えなかった。下劣な動機のような「特別の一身の要素」は、行為関係的ではなく行為者関係的に評価されるべきであると判断した。それによって最終的に数多くのナチの幫助犯の恩赦への道が整えられた²⁰⁾。第5刑事部は、法律の新規定の欠陥を放置した。立法に対して修正を迫るよう介入する義務など自分たちにはないとの理解を示した。

4 裁判に与えた50条2項の影響

多くの検事局と陪審裁判所は、連邦通常裁判所の判断に基づいて、直ちに50条2項の規定を引き合いに出して手続を打ち切り始めた。ベルリン検事局は、1969年6月、帝国保安省本部保護検東部局に所属していた机上の実行犯8人に対する手続を打切った。忸怩たる思いであった²¹⁾。長期にわたって周到な捜査を行った後、この手続を開始したにもかかわらず、その直後に終わった。担当検察官のハンス＝ディートリヒ・ナーゲルが裁判官に「隠蔽された恩赦である」と非難を向けたが、その背景には、そのような事情があったのである²²⁾。

それとは逆に、恩赦を求める圧力団体の活動は活発化した。連邦通常裁判所の判

17) もっとも、すでに公式の理由はそれに反する。特別の一身の心情要素は、個々の共犯者に備わっていなければならず、それゆえに行為者関係的であった（BT-Drs. IV/650, 4.10.1962, S. 152 u. BT-Drs. V/1319, 20.1.1967, S. 61.）。

18) Von Miquel, Ahnden, S. 334 f.

19) Ebd., S. 334.

20) BGH 5 StR 658/68, 20.5.1969, NJW 1969, S. 1182.

21) LG Berlin (500) 1 Ks 1169 (RSHA) (26/69), 2.6.1969, S. 4 f.

22) Bulletin des Comité International de Champs, 6.6.1969, S. 6. から引用。

断は、検事局や陪審裁判所のところで、非常に肯定的に受け入れられた。しかも、検事局も裁判所も、50条2項の新規定の中は「司法経済道具」(ただし、慎重利用されるものであるが)を見出した²³⁾。

著者は、この新規定によって利益を得たのは机上の実行犯だけではなくたと結論づけることができる²⁴⁾。法律の改定は、現場で射殺を実行した警察大隊と治安警察の構成員のような下級幹部にも恩赦を与えることになった。彼らは、陰険に行ったのでもなければ、ま残虐に行ったのでもない。あるいは、命令を受けて遂行したのであって、露骨に夢中になって行ったのではない。内心では本意であった。彼らは、このように述べた。そうであるから、彼らは幫助犯であって、それ以降は訴追されることはないと期待することができたのである。

そのような法的な判断に常に抵抗したのが、フリッツ・パウアーであった。しかし、新規定がナチの暴力犯罪に及ぼした致命的な影響を彼が知る由はなかった。前述のとおり、恩赦を求める運動は事情通の小規模集団によって担われた。彼らは、そのような計画がパウアー、そして熱心に取り組んでいる他の訴追官に知られることを最も警戒していた。新規定が、パウアーが逝去した1968年7月1日以前にすでに連邦議会によって可決されていたのは確かである。しかし、新たに設けられた50条2項がナチの犯罪の訴追に影響を及ぼすことについて内部で議論が行われ始めたのは、実は1968年9月になってからのことであった。

三 トム・セゲフ

「事件は幕を閉じた。しかし、まだ終わっていない」

——エルサレムのジョン・デムヤニユク裁判——

1 はじめに

1987年2月、エルサレムにおいてジョン・デムヤニユクに対する裁判が始まった。その翌日、左派リベラル系の週刊誌「コテレット・ラシット」の第1面を次の

23) Bericht des Mannheimer Staatsanwalts Lambert auf einer Arbeitstagung der mit der Strafverfolgung von NS-Verbrechen befassten Staatsanwälte im April 1970, BA Koblenz, B 162/13, S. 135.

24) Greve, Umgang, S. 386 ff.

見出しが大きく飾った。「誰がそれに興味を持つというのか?」。大袈裟な疑問ではなかった。また、簡単に答えられるものでもなかった。デムヤニユクは、「イワン雷帝」の異名をとった人物である。すなわち、87万人のユダヤ人が殺害されたトレブリンカ絶滅収容所のガス室で進んで働いた人物である。彼をイスラエルに移送したのは、アメリカ合衆国であった。

その当時、イスラエルの人々は、クロード・ランズマン監督の映画「ショア」の入場券を手に入れるために長い行列に並んでいた。それに比べると、デムヤニユク裁判が行われた公判の初日、法廷にはいた人々は少なかった。時が経つにつれて、ある関心が沸き起こった。トレブリンカの生存者は、恐ろしいほどの厳密さで絶滅収容所の身の毛もよだつ恐怖を法廷で語った。イスラエルでは、張り詰めた緊張のなかで、何日にも、何週にもわたって、その問題が追及された。そのなかには、子どもに対する性的虐待もあった。ときおり法廷ではヒステリックな怒りの声が叫ばれた。出廷していた数人は失神した。3人の裁判官のうち1人は、心筋梗塞に見舞われた。

このときデムヤニユクは、66才であった。ウクライナに生まれ、1940年に赤軍に入隊した。負傷し、回復した後、前線に戻り、1942年にドイツ軍捕虜になった。戦後、アメリカ合衆国への入国ビザを取得し、1951年以降、家族とともにクレーブランド（オハイオ州）に転居して、フォードの工場で労働者として働いた。

彼に対する最初の告発は、アメリカ合衆国のウクライナ出身の移民集団の内紛がきっかけであった。集団のなかにはソ連の共産主義体制を支持賛同する者もいたが、それを忌み嫌う者もいた。デムヤニユクは後者であった。1975年、ソ連の元ジャーナリストがナチに協力した疑いのある相当数のウクライナ移住者の名簿をアメリカの司法機関に渡した。デムヤニユクの名前もそのなかにあった。彼は、ソビボル絶滅収容所に勤務していたのではないかと嫌疑をかけられた。トレブリンカ絶滅収容所の生存者も彼の人物確認をした。

アメリカ合衆国には、ナチの犯罪人の責任を追及するための法律は存在しない。その過去を隠して入国ビザを申請した場合、そのことを理由に市民権を剥奪できるだけである。つまり、謀殺ではなく、虚偽の申請を理由に制裁を課すことができるだけである。デムヤニユク事件も同じであった。アメリカ合衆国は、彼から市民権を剥奪した。その時点では、それによって何に着手したかをまだ認識していなかった。アメリカはイスラエルに対して、デムヤニユクの引き渡しを申請するよう求め、そしてそれが実現した。管轄権を持つエルサレムの裁判所は、1988年4月、デムヤニユクの責任を認めて、死刑の判決を言い渡した。彼は控訴した。1993年7

月、有罪とするには疑いがあるとの理由で無罪が言い渡された。その後、引き延ばしが続けられた後、彼はアメリカ合衆国に再び戻ることが許された。この事件は、重くのしかかる気分を残した。自由主義の法秩序の通常の規則では、ナチ犯罪に対して効果的に対抗できない。そのような気分を残した。他の国々においても、ほとんど同じことが語られていた。

2 ドイツにおけるナチ犯罪人処罰の実像

サイモン・ウィーゼンタールという人物がいる。ウィーン生まれの「ナチ・ハンター」は、常々、次のように述べていた。ナチは第二次世界大戦において敗北した。しかし、戦後は勝利した。彼はこのように述べることによって、ナチ犯罪人のほとんどが処罰を免れたことを言わんとしている。

連合国の軍事裁判所は、約5千人のナチ犯罪人に有罪判決を言い渡し、そのうちおよそ800人に死刑を執行したと一般に言われている。そのほとんどがドイツとオーストリアであった。他の諸国、とくにソ連でも裁判が行われた。それによって何人に有罪判決が言い渡されたのかは、正確には誰も知らない。

アンドレアス・アイヒミュラーは²⁵⁾、ある研究において、ドイツの司法機関がナチ犯罪人に対して講じた措置に関して驚くべき事柄を公表した。1945年から2005年までの60年間において、ドイツでは17万2千人に対して3万6千の裁判が行われた。その数字は最初は印象深かったが、10人の被疑者のうち9人は裁判にかけられなかった。有罪判決は1万4千の事件に言い渡されたただけであった。被告人の半数以上に対して、そのほとんどの場合、「証拠不十分」を理由に無罪判決が言い渡された。つまり罪が認められたドイツ人は、たったの6756人であった。その被告人の10人うち9人に有罪判決が言い渡された犯罪は、ドイツ領内で行われたものであった。つまり、占領諸国において行われた犯罪ではないということである。しかも有罪判決のほとんどは、「水晶の夜」の犯罪への関与を理由としたものであって、ドイツにあった強制収容所における犯罪を理由に有罪判決が言い渡されたのは、9パーセントでしかなかった。ユダヤ人迫害への関与を理由に有罪が言い渡されたのは、かろうじて500人程であり、謀殺罪を理由に言い渡されたのは204人しかいなかった。

25) Andreas Eichmüller, »Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen durch westdeutsche Justizbehörden seit 1945. Eine Zahlenbilanz«, in: Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte, Jg. 56 (2008), H. 4, S. 621-640, München: Oldenbourg Wissenschaftsverlag, 2008.

ほとんどの被告人に科されたのは、そのうちでも軽い刑罰であった。3分の1が受けたのは、数か月以上1年以下の禁錮刑であった。5年以上の懲役刑が言い渡されたのは9パーセント程度であり、終身刑が言い渡されたのは166人であった。死刑を言い渡された被告人は6人であり、そのうち4人に執行された。1人は終身刑に減軽され、1人は釈放された。

ドイツで行われた裁判には、人々の耳目をひきつけるものがいくつかあったが、そのなかでも重要なのは、ヘッセン州検事長のフリッツ・パウアーが1960年代初頭に起こしたアウシュヴィッツである。それ以外の裁判は屈辱的な茶番劇に終わった。1970年代後半にデュッセルドルフで行われたマイダネク裁判がそうである。ほとんどの裁判は、それが行われても注目されなかった。オーストリアでも同じであった。

ナチの犯罪人ではないかと推定された被告人は、ほとんどの場合、特別法ではなく、既存の刑事訴訟法の厳密な手続規則に従って裁判にかけられた。ナチスの強制収容所における謀殺も、他のあらゆる謀殺と同様にその規則に従って審理されねばならなかった。証拠請求に関する規定や他の手続規則は、圧倒的に被告人に有利に働いた。多くの被告人とその弁護人は、自由主義の法制度を最大限に活用できることを知っていた。様々な質問を受けた検察官側の証人は、それに耐えられなかった。そのなかには年老いたシヨアの生存者もいた。例えば、次のような質問があった。証人は、被告人の制服の色を確認していますか。緑色でしたか、茶色でしたか、それとも黒色でしたか。もしも茶色であったというなら、その人はここにいる被告人ではありません。制服の色は緑色に統一されていたからです。早朝だったため、灯りが十分に届いていなかったもので、間違えずに被告人を認識できなかったのでしょう。あるいは、太陽が証人の目をくらましたからかもしれません。証人が述べているように、被告人が右手で強く叩いたというなら、それは被告人ではありません。何故なら、この被告人は左利きだからです。証人は、このように詳細な点について勘違いしています。おそらく他の点についても勘違いしていることがあるでしょう。

これらの裁判の結果としてもたらされたのは、寛大な刑罰であった。そのような雰囲気が公的に形成された。そのことによって、法制度が相対的に無力であることが白日の下にさらされた。そして、ドイツとオーストリアの社会には自らを罰する準備がないことも明らかにされた。皮肉な言い方をすれば、イスラエルにおいても同様のことが起こった。

3 アイヒマンとデムヤニユク——二つの裁判の中心テーマ

イスラエルの建国直後の最初の2年ほどの間に、ある事態が起こった。シヨアの生存者が、ナチによって設置された「ユダヤ人評議会」のメンバーや強制収容所で「囚人頭」として従事した人々に遭遇するという事態であった。これらの人々の多くは、不本意に強制的に任務に従事させられたのであるが、その中には若干ではあるが残虐に振る舞った者もいた。イスラエル警察は、これらの協力者を捜索するために過剰なほどの新聞広告を出したが、イスラエルには彼らに対処する根拠法がなかったために、それは徒労に終わった。そのため、警察は法律が必要であると主張した。それは「ユダヤ戦争犯罪人」処罰法と名づけられた。

それは、非常に面倒で心の痛むテーマであった。イスラエル政府は、ためらいながらもその課題に取り組んだが、最終的に国会では痛みを伴う倫理的な原則論争を引き起こした。1950年、ナチとその幫助犯を処罰するための法律が可決された。その法律は、ナチ犯罪とその他の犯罪とを明確に区別した。それは、被告人の基本的な人権を保障しているが、通常の刑事手続とは異なり、特別の裁判官による合議を要件として定め、通常の刑事手続では認められない証明を許容した。例えば、歴史的背景に関する伝聞やそれに関わる認識を証拠として採用することを認めた。

この法律が施行されたとき、イスラエルがドイツ人のナチ犯罪人を逮捕できるとは誰も考えていなかった。イスラエルに住んでいるユダヤ人協力者を処罰するための根拠法が制定されたと考えただけであった。20数名が裁判にかけられ、そのうちの1人に死刑が言い渡されたが、執行されずに死んでしまった。これらの裁判のほとんどは、一般国民の目に触れないところで行われた。イスラエルの報道機関は、死んだように沈黙し続けた。

ナチとその幫助犯の処罰法が制定されたが、ナチ犯罪の積極的な捜査はほとんど促進されなかった。イスラエルは当時、未来を志向していた。若い国家の情報機関は、その治安維持に対して優先的な関心を向けなかったし、ナチの実行犯を探し出すことに力を割かなかった。それゆえ、1953年にサイモン・ウィーゼンタールが、アドルフ・アイヒマンがアルゼンチンに潜伏していると告発しても、情報機関はそれを無視したのである。その4年後、イスラエルは同様の情報をヘッセン州検事長のフリッツ・パウアーから得たが、イスラエルの諜報部員がアイヒマンをアルゼンチンで拘束し、イスラエルに連れてきたのはそれから3年後のことで、それもパウアーがそれを強く求めたからであった。アイヒマンをイスラエルの裁判所で裁判に

かけることができたのは、そのようなことがあったからである。アイヒマンには死刑が言い渡され、1962年5月に執行された²⁶⁾。

デムヤニユクがイスラエルに移送されたとき、人々は自ずとアイヒマン裁判が再来することを期待したが、そのようには運ばなかった。デムヤニユク裁判が行われた条件は全く異なっていた。アイヒマンは、その当時妥当した法秩序の枠内において行為を行った。それは、イスラエルが建国され、その国の法律が制定される前のことである。彼をイスラエルで裁判にかけるには重要な基本原則と向き合わなければならなかった。それは、今日までに世界中の多くの法律家が批判してきたことでもあった。しかしながら、デムヤニユク裁判の段階では、イスラエルの法的権限について改めて説明する必要はなかった。

イスラエルは、アイヒマン裁判が行われるまでは、特段にショアに向き合っていなかった。沈黙が支配し続けたのである。両親は自分たちが何を耐え抜いてきたかを子どもに説明してこなかった。子どもたちには、それを尋ねる勇気がなかった。しかし、アイヒマン裁判は、全ての国民に対して一種の治療のような作用を及ぼしたのである。それから25年後、ショアはすでにイスラエル人のアイデンティティの本質的構成要素になった。そして、ほとんどの若いイスラエル人は、アイヒマン裁判の時点での年配世代以上にそのことを意識するようになった。

アイヒマン裁判は、ニュルンベルク裁判の陰に隠されていた。ニュルンベルク裁判では、ショアは基本的にナチの平和に対する罪と人道に対する罪の枠内において理解されていた。つまり、ショアは裁判の中心ではなかった。裁判において基本的な審判の対象とされたのは、とくに歴史的文書であった。主として注目が向けられたのは、犯罪人に対してであった。

これに対して、アイヒマン裁判では、注目はショアに向けられた。その限りにおいて、その裁判では新しいことがらが表現された。公判ではあまり文書は提出されなかった。むしろ生存者の証言に基づいて進められた。公判の中心には被告人ではなく、そこにいたのは犠牲者の苦悩であった。救出された人の多くは今でも生存していた。ショアは彼らの人生の一部を構成した。「ショア」が上映された——訳者注）1980年代には、多くのイスラエル人がショアを彼らの歴史の一部として考察していた。

デムヤニユク裁判においても、訴追官は、犠牲者の苦悩を中心に据え、主として

26) アイヒマンに関しては、次の研究を見よ。David Cesarani, Adolf Eichmann. Bürokrat und Massenmörder. Aus dem Engl. von Klaus-Dieter Schmidt. Berlin: Propyläen Verlag, 2004.

証人の身の毛もよだつ証言を引き出すことに努めた。アイヒマン裁判の場合と同様に、訴追官はショアの歴史を究明し、トレ布林カの死の収容所の歴史に重点を置いた。しかし、その手続にはアイヒマン裁判ほどの訴求力はなかった。デムヤニユクは、アイヒマンとは異なり、ユダヤ人絶滅に関する決定に関与していなかった。しかも彼はドイツ人ではなかった。無教養で、不格好で、髪の毛の薄い、しかも大声で話すウクライナ人であった。彼を見ていると、親衛隊のエリート士官の古典的なイメージというよりは、19世紀の東欧で起こった反ユダヤ主義のポグロムを思い出す。彼をならず者に教え入れようかと悩む人などいない。しかも、彼はドイツ人のナチではなかった。彼が果たしたのは、副次的な役割でしかなかった。

4 ナチ犯罪人を追及する劇場型裁判

裁判が始まる数ヶ月前、私は情報提供のために担当検事のみヒヤエル・シャケドを招いた。シャケドは、ブロンドの巻き毛をした、頭の切れる、社会問題に関心のある好感の持てる男性であった。歴史に対する責任感からこの裁判に関わっていた。それは、アイヒマン裁判の検察官が話していたことでもあった。シャケドは、600万人の訴追官が自分とともに法廷に立っているように感じたという。彼は、後に「トラウニキ証拠書類」として知られるようになった書類を私に見せた。それは、外見からするとデムヤニユクの氏名と写真が添付された一種の職務文書であり、それは彼がトラウニキ（ルブリン地区）親衛隊訓練所にいたことを物語った。この書類は、彼がトレ布林カ絶滅収容所ではなく、ソビボル絶滅収容所に配属されていたことを証明しているのではないかと、私は察知した（トラウニキから最寄りの強制収容所はソビボルであったからであると推測される——記者注）。しかしシャケドは私に対して、それが疑問の理由にはならないと言い放った。被告人の同一性確認は、疑う余地がない。彼はそう確信して述べた。彼は、裁判では主としてトレ布林カの歴史を省略することを希望した。なぜならば、わずかに残っている生存者がソビボルについて話をするかもしれないからである。ウクライナ人の「イワン」がトレ布林カのガス室に勤務していたことは、すでにアイヒマン裁判において言及されていた。ジョン・デムヤニユクが「イワン雷帝」であることをシャケドが確信していたことは明らかである。

デムヤニユクは、トレ布林カにおいてユダヤ人の絶滅があったことを否定しなかった。彼はそこに——あるいはソビボルに——いたことだけを否定した。彼は主張した。トラウニキの書類は、ソ連の秘密機関の KGB の書類を捏造したもので

あり、そのような書類によって裁判の行方が左右されている。トレ布林カの悲劇とそこから導き出されるべき教訓を中心に置かず、被告人の同一性確認だけが行われてしまった。このように主張した。弁護人の側のペースで事は進められた。

その弁護団は、マーク・オコンナーという人物によって率いられてアメリカ合衆国からやってきた。彼は、アメリカのギャング映画で演技をする弁護士のように振舞った。彼は、芝居がかった大げさな証明をすることによって、ときおり裁判所を鼻で笑い、しばしば裁判官を激怒させた。デムヤニユクのイスラエル人弁護人のヨラム・シェフテルは当時37才で、シヨアによって90人を失った家系の出身者であった。彼は、その気質と世界観ゆえに、支配階級の臭いがする全てのものに反発した。シェフテルは、弁護を共同して引き受ける決意をしたときのことを次のように記した。「私は、ある日の朝、テルアビブ地方裁判所に向かう途中で、共同経営者に対していきなり質問した。『デムヤニユクの弁護人になって、政府が企んでいる劇場型の裁判をくじこうと考えているんだが、君はそれをどう思うかね。そうすることによって、奴らは目の前が真っ暗になるのではないだろうか。奴らがこの危険な賭けに出たことを深く後悔するのではないだろうか』と。『奴ら』とは、もちろんイスラエル司法のことであり、とくにイスラエル検事局のことを念頭に置いていた」。

シェフテルは、彼の著書のなかで²⁷⁾、ドヴ・レヴィン裁判長を怒らせるために、最終弁論だけでなく、ボディランゲージも周到に練習したことを特に記した。だから、裁判官と弁護人が相互に侮辱しあうことなく日が過ぎることはほとんどなかった。シェフテルとオコンナーの間ではメディア受けするような怒鳴り合いも行われ、裁判はその後クライマックスを迎えた。デムヤニユクがそのような弁護人を自分で任意で選任したという理由だけで、絞首刑に処されるのではないかと思われた。

弁護人側の女性証人は、その証言の信憑性が反対尋問によって揺らいだ後、自害しようとした。もう一人のイスラエル弁護人は、窓から飛び降りて、死亡した。葬式が執り行われた際、シェフテルはある人に襲われ、顔に酸をかけられた。驚いただけで、視力を失うには至らなかった。

弁護人側は、一連の外国人の証人を喚問した。彼らは、心ない人々が捏造文書を

27) Yoram Sheftel, Parashat Demjanjuk (Hebrew), Tel Aviv, Adam, 1993; engl.: Defending »Ivan the Terrible«. The conspiracy to convict John Demjanjuk Washington, DC: Regnery Publ., 1996. - Vgl. auch Tom Teicholz, The trial of Ivan the Terrible. State of Israel vs. John Demjanjuk. New York: St. Martin's Press, 1990.

用いて、いかにしてソ連の立場の評判を貶めようとしたかについて証言した。トラウニキ証拠書類が捏造されたものであることを明らかにするために、多くの鑑定意見書が提出された。公判は、文書が収集された場所、タイプライターのモデル、インク、写真、接着剤、印鑑をめぐって一週間延期された。裁判のある局面においては、クリップの使用に関する鑑定意見書さえも尋問の対象にされた。訴追機関によって鑑定人として喚問されたのは、歴史家であった。そのうちの若干名は、ドイツから招かれた。彼らは、たとえトラウニキ証拠書類にトレブリンカ強制収容所という名前が記載されていなくても、デムヤニユクがトレブリンカ強制収容所で勤務に就いていたにちがいないと解説した。すべてに時間がかかった。費用として数百万シェケルを要した。もはや一般国民の関心は向けられなくなった。裁判ではショアがいかに問題であったかということ、ただ時間をかけて追及するだけであった。傍聴席は、たびたび空席になった。

シェフトルは著書のなかで、「屈辱的な劇場型の裁判」であったと記した。そして、付け加えた。「裁判官も、メディアも、正式に裁判の判決が出される相当前から実質的にデムヤニユクに罪があると厳しく非難した。そして、彼に罪を認めさせるために、あらゆる威力を用いる努力をした」²⁸⁾。とくに、裁判記録、とりわけ判決文においては、被告人の名が「イワン」と記され、彼の本名のジョンがせいぜい括弧書きで付け加えられただけであった。このことは、デムヤニユクを激怒させた。

裁判は、通常は映画の上映を行う部屋で行われた。そこは法廷として使われる場所ではなかった。ただし、イスラエルに移送された他の者の裁判とは異なり、ラジオとテレビを通じた報道は許可された。それは、成功を収めた。弁護人だけでなく、証人、裁判官、被告人もまた、時おり自らが観客であるかのような気持ちにさえなった。新聞各紙は、予想していたとおり、係争中の原則のもとで一般に進行中の裁判に適用される制限（無罪推定の原則など——訳者注）を無視し、裁判開始前から被告人は有罪であると論じた。裁判所は、新聞の論説委員に協力を求め、レヴィン裁判長は、ジャーナリストに裁判の背景を解説するために、時には彼らと面会することもあった——それが通常の規則に甚だしく違反していることは明らかである。レヴィンは、手続の初期段階においてデムヤニユクの人物確認は終わり、残されているのは量刑の問題だけであると仄めかした。

このような点から見れば、劇場型の裁判であったことは明らかである。それにもかかわらず、それ以外の点については全く適法であった。被告人は、防禦権を行

28) Yoram Sheftel, Parashat Demjanjuk, S. 225.

使用する可能性を保障されていた。法廷で話される言葉は、全てウクライナ語で、また英語の通訳もあった。弁護側は、イスラエル国家の費用負担のもとに必要な技術的支援を受けていた。デムヤニユクは独房のなかで腰を掛けて座っていた。そこが楽な環境であったことはもちろんである。彼の独房にはラジオの受信機が設置されていた。少しヘブライ語を習い、新聞を読むこともあった。時おり家族に電話を掛けることも許された。気分がすぐれないときは、医師に診てもらうことができた。

5 ショアの裁きによって確証されるもの

数年前、私はボストン大学でナチの強制収容所の司令官に関する博士論文を執筆した²⁹⁾。一度か二度、私はニューヨークにいるハンナ・アーレントを訪れた。彼女は、私の両親と親しくなった。私たちは、自然とある書物について語り合った。それは、彼女がアイヒマン裁判に関して執筆したものである³⁰⁾。驚いたことに、彼女は次のように説明した。その本は重要ではない。世界中でセンセーショナルを巻き起こしたのは、主として副題に「悪の陳腐さについての報告」という表題がつけられていたからであるが、ほとんどの読者はこの語の意味を完全には理解していないであろう。とはいえ、エルサレムのアイヒマンが根本的に重要な仕事を行ったことは認めざるを得ない。アーレントはこのように説明した。私はそれに反論を試みた。最終的には彼女から半ば過ちを認める言葉を引き出すことができた。彼女は言った。歴史的な裁判手続に関して一度でも報告しなければならないジャーナリストは、それをいかに理解すべきか、このことについて私の著書から学べるかもしれません。

私は、まずは「コテレット・ラシット」のために、次いで日刊「ハーレッツ」のために、デムヤニユク裁判に関する記事を書いた。そのとき、私は折に触れてアーレントの言葉を思い出した。私はこの裁判のために、関連する歴史的知識を可能な限り身に付けようと努力した。ナチの強制収容所におけるウクライナ人看守の歴史は、伝えるには手に余り、困難なことは明らかであった。法廷での審理をフォローしようとする読者は、これまで彼らが知る必要のなかった多くの名前、概念、結果

29) Tom Segev, *Soldiers of Evil. The Commandants of the Nazi Concentration Camps.* New York 1988; dt.: *Die Soldaten des Bösen. Zur Geschichte der KZ-Kommandanten.* Aus dem Amerikan. von Bernhard Schmid. Reinbek bei Hamburg 1992.

30) Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem. Ein Bericht von der Banalität des Bösen.* München 1964; München: Piper Verlag, 2006.

に注意を払わねばならなかった。デムヤニユク裁判は、すでに行われたアイヒマン裁判と同じように、歴史を伝達する媒体として限界があったことは明らかであった。ほとんどのイスラエル人にとって教訓的であったのは、デムヤニユク裁判ではなく、映画「ショア」の方であった。

私は、夜になると、証人が恐ろしい内容の証言をしたことを再び思い出した。それは非常に迫力があつた。しかし、裁判中に私に付きまとつた不快感を取り除くことは私にはどうしてもできなかつた。生存者は、デムヤニユクに向かって指を刺して証言をした。数年ぶりに人に出会つたときに、その人が誰であるかを思い出せるものなのかという問題が投げかけられた。とくに問題視されている人物については、エルサレムの裁判が始まる十数年前からメディアでは繰り返し取沙汰され、テレビでも指摘されていた。被告人に対する質問と同時並行して行われる警察の対質は、様々な点において欠陥があつた。とくに対質を申し合わせていない証人を信用してもよいかという点について問題があつたようである。若干の証人は、かつてトレブルリンカの死の強制収容所をめぐる行われた謀殺罪の裁判にすでに出廷していた。

彼らの証言では、生き延びたショアの生存者のすさまじい窮乏生活の例も挙げられた。なぜならば、彼らは「労働可能ユダヤ人」として、絶滅に関わる強制労働に従事したからである。例えば、彼らは死者から金歯を引き抜き、死体を焼却した。彼らは、イスラエルにおいて絶えずこの真実とともに生きていかなければならなかつた。そして今では、国家の公的な機関が立ち上げられ、それによってようやく彼らの新生活を築くことができるようになった。その公的な機関は、彼らに対して、真の謀殺者を発見した、また一緒に謀殺者を処罰できるようになつたと述べた。それは、彼ら（「労働可能ユダヤ人」として絶滅のための強制労働に従事したユダヤ人——訳者注）が自らを浄化し、殺害された自分の親類のかたきを取る最後のチャンスを意味した。それは、一定の留保条件をつけて証人の証言を検討する合理的な理由になつたが、留保条件をつけるのは難しかつた。あなたの証言では不十分ですと、ホロコーストの生存者に面と向かつて言うには、若干の勇気を要したからである（したがって、対質の申し合わせができていなくても、証人の有罪証言を信用せざるをえなかつた——訳者注）。その上、イスラエルの裁判官は、人類がショアを忘れないで記憶にとどめるための歴史的な課題に立ち向かつていた。裁判官が明白におそれていたのは、デムヤニユクを無罪にすることによって——証拠不十分という理由だけで無罪にできる——、ホロコーストそれ自体を否定する反ユダヤ主義的・反シオニズム的な傾向に手を貸してしまうことであつた。裁判官は、この負担を自ら引き受けることはできなかつたし、またそうするつもりもなかつた

（それゆえ、有罪証言に基づいてデムヤニユクに有罪判決を言い渡した——記者注）。

判決文の随所に詩的な表現が見られた。あちこちに厳粛で、ほとんど聖書から抜き出された言葉が用いられていた。裁判官の言葉によると、「神聖な畏敬の念において」、そして「重い責任を完全に自覚して」——このような順序で——書かれた。裁判官は明らかにした。「神聖な畏敬の念において——私たちは、ディアスポラ地区におけるユダヤ民族の苦く酷い運命を、恐ろしいショアの暗黒の日々を調べ、死へ向かう血塗られた道のりを歩みゆくよう訴えかけられている。その道のりは、何百万もの人々の涙で濡れていた（我が国の事例では、87万人の男性、女性、子どもの涙であった）。これらの人々は、ドイツ人の殺し屋と他民族出身の協力者によって大量殺戮され、窒息死させられ、抹殺された」。裁判官は、これらの言葉を法典からではなく、『イスコー』、つまりホロコーストの犠牲者の祈りから引き合いに出した。「重い責任を完全に自覚して」、裁判官は続けた。「法学的方法を用いて、諸経過に関する歴史的真相を認定する。我々はその義務を負わされているからである。諸民族の歴史において、最も暗かった時期に、我々の国はとくにユダヤの民の生涯において不幸に見舞われた」。この点について裁判官は、我々は人間の幸福と不幸を決める「重い責任」を負わされていると、初めて言及した。

裁判は、あらためてイスラエルが——シオニズムのイデオロギーの精神において——共通してショアから導き出した国家的教訓、すなわちイスラエル国家の生存権とその安全維持の必要性を初めて強調した。しかし、その裁判は、国家社会主義がもたらした普遍的な人間的教訓を強調しなかった。デムヤニユクの歴史は何を明らかにしたのか。それは、どの兵士にも公然かつ違法な命令を拒絶すべき義務があったことを明らかにした。多くのイスラエル人は、今日に至るまで、とくにイスラエルの法に深く根差したこの命令を内面化していなかった。訴追官、裁判官、そしてメディアは、この観点をないがしろにした。その限りにおいて、この裁判は見逃ごされていた機会を表面化させたのである。

6 予期せぬ無罪判決

第1審判決から最高裁の判断まで5年を要した。その間に世界は変わった。共產主義帝国の崩壊は、ジョン・デムヤニユクの生命を救った。

上告審の裁判は、1989年5月以降、冷静な雰囲気の中で、劇的な突発的イベントが起こることもなく、最高裁の法廷において進められた。判決文の公表を求める提案が繰り返し出された。というのも、東ヨーロッパにおける新しい情勢のおかげで、弁

護人の代表者と訴追官は、ソ連当局が——ソ連・イスラエルの2国間にあった緊張関係ゆえに——イスラエルの検察官に利用させなかった資料を公開し、その価値を評価することを許したからである。検察官のシャケドは、モスクワから膨大な文書ファイルの束を持ち帰った。1万5千頁を超える書類の中には、トレ布林カの「イワン雷帝」の名前の入った多数の証拠書類があった。それは、イワン・マルチェコの名前である。デムヤニユクは、弁護側が動かす全てのコマよりも、検察官の公正さの方を利用した。

最高裁判所の判決もまた、400頁を超える重厚な文書であり、聖書の言葉で始まっている。ユダヤ人の絶滅の基本計画は、「悪魔の計画」と特徴づけられ、その根源は旧約聖書詩編第83章第4項にある。「彼らは言う。『さあ、我らは彼らを絶命させようと思う。イスラエルの名前が記憶から取り出されてはならない』と」³¹⁾。最高裁判所は、地区裁判所の権限に反しないよう力の限り努力した。そして、裁判所に提示された新たな知見に基づいて、まだ疑わしさが払拭されていないことを理由にデムヤニユクに無罪を言い渡したことを繰り返し強調した。判決は、その現代的な意義はさておき、死刑に反対する強固な議論でもあった。これを受けて、新しい情報が噴出した。

7 ショアの生存者は二度苦しめられる

数ヶ月前、イスラエルテレビ局は、マイヤー・シャムガーの自伝映画を放映した。彼は、イスラエル最高裁判所元長官で、デムヤニユク裁判の裁判長をして無罪を言い渡させた人物である。映画のオープニングでは、エルサレムにあるヤド・ヴァシェム追悼施設にいるシャムガーの姿が映し出された。彼は、裁判の検察官側の証人のヨゼフ・ツアルニーと緊張した面持ちで対面した。

「ほとんど絶対的に確実であることをそれによって担保できる」。地区裁判所は、このように判断した。この心臓が張り裂ける発言に大きな意味を付与しなければならない。ツアルニーは、「イワン雷帝」を大男として描いた。そして、裁判所は、次のように認定した。「その人物は、神経質で、体格がきゃしゃな人間であることが明らかにされている……。ツアルニーがイワンの腕力と体格をそのように描写し

31) Zit. nach: Bibel in gerechter Sprache, hrsg. von Ulrike Bail, Frank Crüsemann, Marlene Crüsemann, Erhard Domay, Jürgen Ebach, Claudia Janssen, Hanne Köhler, Helga Kuhlmann, Martin Leutzsch und Luise Schottroff, Gütersloh: Gütersloher Verlagshaus, 2006, S. 1124.

たのは理由のないことではなかった。彼は体格が小さいわりに真のゴリアテであった。……」。今から21年前、生前のツアルニーが80才を過ぎた病弱な頃のことであるが、彼は以前よりも体が小さくなっていった。イスラエルのテレビ局が元裁判所長官のシャムガーとの面会を調整したとき、ツアルニーは涙を流した。彼の心を痛め付けたのは、シヨアの記憶だけではなかった。最高裁判所がデムヤニユクを無罪にしたこともまた、その原因であった。彼の苦悩と屈辱は、限界を超えていた。ツアルニーはシャムガーから聞き出したかった。「今日の貴方は、この判決とどのように共存しているのですか」。

シャムガーは、同じようにすでに80才を超えていた。控えめで、口数が少ない人である。シャムガーは、ツアルニーに対して、ゲシュタポの手先がダンツィヒに住む自分の両親の家にどのように押し入ったかを説明した。ツアルニーに裁判官のジレンマを理解してもらえよう努力した。シャムガーには自由な感情に従ってもよいという権限は与えられていなかった。彼は法規範に拘束されていた。判決文の最後の段落には、この種の心境がまとめられたように思われる。彼はそれを引用した。「トレブリンカのイワン雷帝に対する起訴内容について、我々は、看守のイワン・デムヤニユクが行ったと認定するには、なおも疑わしさが残るため、無罪を言い渡す。人の心の奥まで徹底的に調べ尽くす権限は裁判官にはなかった。その人の目が何を見ているのか、何を读んでいるのかを調べるには、任意にしかできなかった。事件は幕を閉じた。しかし、まだ終わっていない。生身の裁判官は全能ではない」。

ツアルニーは、確信できなかった。彼は改めて涙ながらに訴えた。

シャムガーの後任でイスラエル最高裁判所長官になったアーロン・バラクは、陪席裁判官としてデムヤニユクに対する上告審に関与した人物であるが、公刊されたばかりの著書のなかで、当時抱いた感情を記していた。「彼（デムヤニユク）が絶滅収容所の看守であったのは確かであると、君は心の底では知っていた。もし彼がデムヤニユク雷帝でなかったならば、彼は雷帝らしくないただのデムヤニユクでしかない。イワン雷帝でないなら、雷帝らしくないただのイワンでしかない。……」³²⁾。

バラクは、リトアニアで生まれ、自信がホロコーストの生存者であった。彼は、上告審の判決を悔やんではいなかった。「私は、デムヤニユクに無罪を言い渡したことがイスラエル国家の名誉になると思う。判決はこの地では、かなり批判を受け

32) Ariel Ben-Dor, Ze 'ev Segal, Oseh Hakova 'im: Din Udevarim im Aharon Barak [Der Hutmacher: Hintergrundgespräche mit Aharon Barak], Tel Aviv, Kinneret Zmora-Bitan Dvir, 2009, S. 249.

た。しかし、それは国家の名誉であると考ええる。それは我が国の司法にとって倫理的基礎である。我々がナチ犯罪人を裁くことができるなら、それはどの国家にでもできる」³³⁾。

8 法と正義——その対立の相克

地区裁判所の裁判官がデムヤニユクに死刑を言い渡したとき、傍聴者のところで歓声と報復を喜ぶ声が上がった。最高裁判所が無罪を公にしたとき、出廷していた多くの人々は、怒りと心痛から泣いていた。多くの人々は、判決は正義を歪めていると感じた。疑わしきは被告人の利益にという理由から、その人物が無罪にされた。そのことは、誇張された法的純粋主義が彼を釈放したに過ぎないという印象を強めた。だからといって、彼に責任がなかったわけではない。

似たようなことは、ドイツにおいても起こるかもしれない。デムヤニユクは、以前の多くのナチ犯罪人と同様に、何らかの法的議論に基づいて罰を免れることができるかもしれない。例えば、ミュンヘンの陪審裁判所が、彼の犯罪はすでにエルサレムにおいて訴追されたので、その事件を改めて審理することができないと判断するなら、処罰を免れることができるであろう。また、彼は89才であり、おそらくドイツの刑事手続が終了するまで生きられないであろう。たとえそうであっても、彼を裁判にかけることは正しいことである。

なぜならば、ニュルンベルク裁判から60年経っても、戦争犯罪や人道に対する罪が、さらには民族謀殺が行われている。人権は、それ自体として保障されるものではない。人権を保障するには、不断の努力が必要である。ナチ犯罪人、その最後の1人の老人に至るまで裁判を継続することは、まずもって将来の戦争犯罪人に対する警告と助言として役立つに違いない。その警告は、将来の戦争犯罪人に対して次のように発している。汝、息を引き取る最後の瞬間まで、被告人席に座ることが許されている。この警告は、もしかするとドイツにおいてデムヤニユク裁判を起こすためのメッセージなのかもしれない。

【付記】 本稿はヘブライ語で書かれた原文をルート・アハラマ (Ruth Achlama) によってドイツ語に翻訳されたものである。

33) Ebd., S. 250.

解 説

(1) 本論文の著者について

邦語訳した論考の原題と初出は、以下のとおりである。

- ヨアヒム・ペレルス「過去の克服という神話——ヒトラーの犯罪を法的に克服する作業は頓挫した、それどころかナチの法の論理に屈服しさえした」(Joachim Perels, Der Mythos von der Vergangenheitsbewältigung - Die rechtliche Aufarbeitung von Hitlers Verbrechen ist überwiegend gescheitert oder folgte sogar der Logik des NS-Rechts, in: Fritz Bauer Institut Newsletter Nr. 28 2006, S. 17-19.)。
- ミヒャエル・グレーヴェ「ナチの幫助犯の恩赦——刑法50条2項の新規定とそれがナチへの刑事訴追に及ぼした影響」(Michael Greve, Amnestie von NS-gehilfen - Die Novellierung des § 50 Abs. 2 StGB und dessen Auswirkungen auf die NS-Strafverfolgung, in: Einsicht 04 Bulletin des Fritz Bauer Instituts Herbst 2010, S. 54-57.)。
- トム・セゲフ「『事件は幕を閉じた。しかし、まだ終わっていない』——エルサレムのジョン・デムヤニユク裁判」(Tom Segev, »Der Fall ist abgeschlossen, aber unvollendet«, in: Einsicht 02 Bulletin des Fritz Bauer Instituts Herbst 2009, S. 16-23.)。

第1論文の著者ヨアヒム・ペレルスは、1942年3月31日にベルリンに生まれ、フランクフルト・アム・マインとチュービンゲンで法律学、哲学、社会学、政治学を学んだ。1973年にフランクフルト大学法学部に経済法に関する論文で法学博士の学位を取得し、1978年にハノーファー工科大学で政治学の教授資格を取得し、1983年以降、ハノーファー大学哲学部の政治学担当教授として勤務し、退職後も同大学政治学研究所において研究活動に従事している。主たる研究テーマは、民主主義的憲法論、国家社会主義の支配構造論、ナチの過去の克服問題であり、戦後のドイツ連邦共和故国においてナチの法・政治イデオロギーの影響が様々な領域においてが残っていることを告発してきた。季刊「批判的司法」の設立・編集に携わり、フリッツ・パウアー研究所顧問を務めている。政治的には社会民主党系であり、学生時代には社会主義ドイツ学生同盟の幹部を務めた経歴を持つ。

第2論文の著者ミヒャエル・グレーヴェは、1966年にニーダーザクセン州南部のヒルデスハイムに生れ、ハノーファー大学で歴史学と政治学を学び、2001年、ペレルスの指導のもとにおいて60年代におけるナチ犯罪の克服に関する論文で政治学博士号を取得した(Michael Greve, Der justitielle und rechtspolitische Umgang mit

den NS-Gewaltverbrechen in den sechziger Jahren, Frankfurt am Main, 2001)。その後もナチ犯罪の訴追状況に関する研究を継続し、その成果をウェブサイト(www.ns-verbrechen.de)において公表している。

そして、第3論文の著者トム・セゲフは、1945年3月1日、イスラエル生に生まれる。

セゲフ家は、1933年にドイツから離れ、1935年にパレスティナに移り住む。トム・セゲフの父のハインツ・シュヴェーリン(1910-1948年)は、ユダヤ系の建築家であった。母親のリカルダ・シュヴェーリン(旧姓メルツァー。1912-1999年)は、プロテスタントの企業家に生まれた写真家であった。二人とも共産主義者・無神論者であった。デッサウ建築学単科大学在学中に知り合い、1932年に「共産主義策動」を理由に放校処分を受けた。

ハインツは、後のイスラエル国防軍の基礎となる「ハガナー」の兵士として第一次中東戦争(イスラエル独立戦争)に参加し、1948年に死去した。姉のユタ・シュヴェーリンは1941年に生まれの建築家であり、社会民主党に所属し、女性運動や核軍縮運動、環境保護運動に取り組み、後に緑の党に移籍し、後にドイツ連邦議会議員(1987-1990年)となった。

トム・セゲフは、イスラエルのヘブライ大学で政治学を修め、ボストン大学留学後、強制収容所司令官に関する論文で学位を取得する。1970年代に、イスラエルの日刊紙「マアリヴ」のドイツ・ボン特派員になり、数多くの新聞・雑誌に記事を投稿し、現在はイスラエルに住み、シオニズムとイスラエル国家の歴史を新たな視点から評価し直す「新歴史家」集団に所属し、著述家として活躍している。

(2) ナチ犯罪の刑事訴追の前提問題

1945年5月8日、ナチ・ドイツが連合国に降伏することによって、ヨーロッパにおける大戦が終わった。ナチ政権において行われた犯罪には様々なものがあったが、そのうちの一定部分はナチの政策遂行の一環として行われたがゆえに、訴追の対象とはされず、むしろ「適法化」された。戦争が終わり、ナチの支配体制が崩壊したことによって、それらの行為にドイツ刑法を適用して処罰できるようになった。それと同時に刑法の公訴時効規定も適用されることになった。

ナチの政策遂行過程において行われた犯罪行為のうち、謀殺罪の公訴時効は20年であり、故殺罪および故殺の助動罪、傷害致死罪、監禁致死罪などの公訴時効は15年であった(刑法〔旧〕67条1項)。ナチが降伏した1945年5月8日を起算点として計算すると、故殺罪などは1960年5月8日にその完成を迎える。そのため、1960

年3月23日に連邦議会で公訴時効の延長の可否をめぐる議論が行われた（第1次公訴時効論争）。社会民主党は、連合国による占領下においてドイツ司法が制約を受けたため、ナチ犯罪を訴追することが困難であったことを理由に挙げて、故殺罪、さらには謀殺罪の公訴時効の起算点をドイツ連邦共和国の司法権が独立した1949年9月15日の翌日の9月16日とする刑法改正を提案した。これに対して、キリスト教民主同盟から厳しい批判が出された。公訴時効を延長する刑法改正を行い、それを被告人に遡及的に適用することは罪刑法定主義を明記した基本法103条2項に反し、またナチの暴力犯罪人という特定の被告人を想定した特定の犯罪の公訴時効だけを延長するのは法の前での平等を定めた基本法3条1項に反する。しかも、占領下においてもドイツの司法による刑事訴追は行われており、公訴時効の停止を裏付けるような司法への制約があったとはいえない。このような批判が出されたため、連邦議会で審議が尽くされないうまま1960年5月8日を迎え、故殺罪などの公訴時効は完成した。

5年後、謀殺罪の公訴時効の完成を迎える直前の1965年3月24日、連邦議会で再び公訴時効の延長をめぐる議論が行われた（第2次公訴時効論争）。この時期は第1次公訴時効論争の時と異なり、国内外の状況は大きく変化していた。1960年、アドルフ・アイヒマンが潜伏先のアルゼンチンのブエノスアイレスからイスラエルに移送され、エルサレムの裁判所で人道に対する罪等により死刑に処された。それはドイツ人に再びナチの過去の克服に関心を寄せるきっかけになった。スイスの国際アウシュヴィッツ委員会（ヘルマン・ランクバイン代表）やアメリカのユダヤ人被害者連盟（サイモン・ウィーゼンタール代表）などの国際的なユダヤ人権擁護団体は、ドイツの政治家、文化人・知識人に対して公訴時効の延長を求める運動を展開した。ファシズムの経済的・物質的基盤を一掃したことを声高に主張する東ドイツは、西ドイツ司法省に元ナチが残留・復職し、裁判所には数多くのナチ裁判官が職務にあたっていることを告発する「血塗られた裁判官キャンペーン」を展開した。連邦議会で、このような外圧のもとで公訴時効の延長の可否を議論することになった。法治国家として再生した西ドイツは、罪刑法定主義や法の前での平等という基本法の要請の意義を踏まえながらも、同時に正義や公正をも指向しなければならない。社会民主党の側からこのような主張がなされ、連邦議会で謀殺罪の公訴時効の起算点を1945年5月8日から1949年12月31日に変更した。その結果、謀殺罪の公訴時効の完成日は、1969年12月31日へとずらされることになった。さらに、1969年には謀殺罪の公訴時効が10年延長され（第3次公訴時効論争）、1979年には謀殺罪の公訴時効は廃止され（第4次公訴時効論争）、現在に至っている（戦後ド

イツの公訴時効論争に関しては、Vgl. Martin Asholt, Verjährung im Strafrecht, 2016, S.45ff. 石田勇治『過去の克服 ヒトラー後のドイツ』〔白水社、2002年〕180頁以下)。

(3) 刑法改正と秩序違反法違反法制定の関連性

以上のようなナチの犯罪人に対する公訴時効をめぐる議論を踏まえると、国内外の世論を受けて、ナチの過去の克服に対する国民的関心が高まり、ドイツ政府と連邦議会はそれに応えるために公訴時効の延長を判断したと評価できる。それは法的安定性と正義の対立と相克を調和し、高次の次元において統一を実現する試みでもあった。しかし、その試みを形骸化する立法作業が同時並行で進められていた。それがグレーヴェ論文が指摘する刑法改正条項を盛り込んだ秩序違反法施行法の制定である。

1871年に施行されたドイツ刑法は、帝国時代、ワイマール時代、ナチ時代において幾度となく改正議論にさらされた。戦後、本格的な議論が本格的に再開されたのは、1960年代になってからであった。社会民主党のグスタフ・ハイネマンが連邦司法大臣(1966年12月1日-1969年3月26日)に就任し、その後連邦大統領(1969年7月1日-1974年6月30日)に選出されるまでの間、活発な作業が進められた。その元になったものが、グレーヴェ論文が取り上げている1962年政府草案である。1962年草案は、正犯と共犯を近代刑法の責任主義の原則に基づいて区別し、それには責任に比例した刑を科すものとしていた。犯罪を自らの行為によって実現するのが正犯であり、それ以外の行為によって実現に関与するのが共犯であり、それらは犯罪的結果の実現に寄与する因果的な作用の面においても、またそれを行う行為者の心理的・主観的な認識の面においても異なるので、それぞれに応じた法的評価が成立するのは当然である。したがって、1962年草案はそれ自体に問題があるわけではなかった。また、行為者の一身的な要素によって行為の可罰性が基礎づけられる構成的身分犯の共犯のうち、その要素(身分)を持たない者については、その責任に応じて刑を必要的に減輕しながら(33条1項)、その公訴時効の期間については共犯に科される刑ではなく、実現に関与した犯罪を基準にするとした(127条3項)。ナチの謀殺罪に関与した共犯のうち、身分を持たない者であっても、その公訴時効の期間は正犯と同じになるので、グレーヴェが指摘しているように、ナチの過去の克服の要請にも応えることができ、実務的に受け入れることができるものであったといえる。このように1962年刑法改正草案は、正犯と共犯の区別に関しては近代刑法の責任主義を徹底しながら、ナチの謀殺罪の共犯のうち、謀殺罪の身分の

ない者の刑を必要的に原型しながら、正犯と同様の刑事訴追を可能にするというものであった。

このような刑法改正草案が議論されていた1960年代の後半は、同時に「学生の叛乱」の時代でもあった。キリスト教民主同盟と社会民主党の大連立政権の時代（1966年－1969年）には、いわゆる院外野党運動（Außerparlamentarische Oppositionen）と呼ばれる大規模な反体制運動が高揚した。大学改革、女性解放、ヴェトナム反戦、核武装反対など様々な政治的課題を掲げた運動が複合的に高揚した。その担い手は労働者と学生であり、その中でも社会主義ドイツ学生同盟は最前線で闘争を率いた中核的組織であった。それゆえ、右派・保守系の団体からの攻撃と対立は激化した。1967年6月、イランのパールヴィズ国王の西ベルリンを訪問したことに対して、アメリカ帝国主義と手を結ぶ専制君主に抗議するデモが過熱し、それに参加した学生ベンノ・オーネゾルクが西ベルリンのオペラ座脇の路上で私服警察官に射殺されると、学生の抗議行動は一気に広がった。授業妨害やボイコットが全国の大学に広がり、ヴェトナム反戦闘争やフランスの五月革命に連帯してさらにエスカレートした。そのような中で、1968年4月11日、社会主義ドイツ学生同盟の幹部の1人で、子どもを肩車してデモの先頭を歩いていたルディ・ドゥチュケが右翼青年に狙撃され、瀕死の重傷を負う事件が発生した。党派間における対立は、もはや妥協が許されないほど緊迫した。ハイネマンは、1968年4月、暴力をエスカレートさせる学生を戒めながら、政府の側にも学生を過剰に追いつめた責任があったと述べて、両者の対立の仲介を試みた。そのために、比較的軽い犯罪などで訴追される学生運動家を法的に救済するために、秩序違反法の制定を急いだ。それに合わせて、「下劣な動機」からではなく、組織の指示を受けて謀殺罪などの構成的身分犯の実行に関与した幫助犯については、その刑を必要的に減輕できるよう秩序違反法施行法に刑法改正条項を盛り込んだ。1962年刑法改正草案から構成的身分犯の共犯の減輕規定（33条1項）を取り出し、それを秩序違反法施行法案に取り入れて法案化し、それを連邦議会で1968年5月に審議・可決した背景には、このような事情があった（三島憲一『戦後ドイツ——その知的歴史』〔岩波新書、1991年〕135頁以下、前掲・石田208頁以下参照。Vgl. Ronen Steinke, Fritz Bauer oder Auschwitz vor Gericht, 3. Auflage, 2016, S.263ff. [ローネン・シュラインケ（本田稔訳）『フリッツ・パウアー アイヒマンを追いつめた検事長』（アルファベータブックス、2017年）298頁以下〕）。

(4) 過去の克服の死角とペレルスとグレーヴェの視角

刑法改正作業と秩序違反法施行法の立法作業は、それぞれ異なる課題を解決するために別々に進められていたが、1968年の学生叛乱を背景にして、両者は結びつけられた。しかし、それはナチの過去の克服の課題に対して、決して小さくない影響を及ぼした。ペレルスとグレーヴェが指摘しているのは、この問題である。もちろんハイネマンは、ナチの幫助犯を「裏口から恩赦」するために、秩序違反法施行法を制定したのではない。その後任のホルスト・エームケ（社会民主党）が、1969年の第3次公訴時効論争において、1968年刑法改正がこのような副作用をもたらすことを司法省が望んでいたわけではなかったと述べ、政府として配慮が足りなかったことを認めた。それは真意であり、決して偽りではなかったであろう。

しかし、グレーヴェが指摘しているように、刑法改正条項（33条1項）が1964年の時点で秩序違反法施行法案に取り入れられることが計画され、それがナチの幫助犯の公訴時効に影響を及ぼす可能性があることを検察官のアントン・レーゼンが指摘していたのである。しかも、フリッツ・パウアーがアウシュヴィッツ裁判を進めていた時期の話である。ハイネマンやエームケと同じように、パウアーもまたそれに気づかなかったのだろうか。それとも、アウシュヴィッツ強制収容所の看守は謀殺罪の正犯であり、幫助犯に関する刑法改正条項の影響は受けないと考えていたのであろうか。それとも、かりに看守たちが謀殺罪の幫助犯であったとしても、彼らはユダヤ人問題の最終的解決を図るという「下劣な動機」から関与したので、刑の減輕はありえず、その公訴時効もまた正犯と同じ20年のままであると即断したのだろうか。それは明らかではない。しかしながら、明らかにされるべきは、秩序違反法施行法案の刑法改正条項の作用を予見していなかったハイネマンなどを利用して、ナチの幫助犯を裏口から恩赦することを間接的に仕掛けたのは誰であったのかという問題である。すなわち、エドゥアルト・ドレーヤーの関与の疑いについてである。さらには、戦前から帝国司法省の官僚法曹として刑事立法に従事し、戦後は連邦司法省において刑法改正作業を指揮したヨーゼフ・シャフホイトレの関わりである。

ドイツ政府は、1960年代の国内外の世論を受けて、ナチの過去の克服に対する高まった国民的関心に応えるために、ナチの犯罪人に対する公訴時効を延長するための努力を重ねてきた。法的安定性と正義の相克の妥協であれ、高次の統一であれ、それはナチの過去を克服するドイツ的な法文化として多くの人々によって承認されてきた。しかし、それと同時に平行で進められた刑法改正や秩序違反法施行立法は、水面下においてそれに歯止めをかけ、流れを止める威力を発揮したことは、ま

だ十分に知られていない。ユダヤ人問題の最終的解決とホロコーストなどを立案・計画し、それを指揮した「机上の実行犯」が「赦免」されたことも、また連邦司法部に潜む元ナチの官僚法曹がその法改正に関わった疑いがあることも明らかにされていない。彼らが、文字通り机上において、刑法改正草案から1つの条項を切り取り、それを秩序違反法施行法案に貼り付ける作業（Arbeit）をすることによって、かつてのアウシュヴィッツの同志を刑事手続から解放（freimachen）したとしたら、その歴史をどのように認識すべきか。その意味において、1968年の刑法（旧）50条2項（現行規定28条1項）の立法過程を詳細に分析する必要がある。

(5) フランクフルトからエルサレムへ、そしてミュンヘンへ

以上のような経過を経て、フランクフルトのアウシュヴィッツ裁判は沈静化した。しかし、いや、それゆえに刑事手続の打切りに対する反発がアメリカとイスラエルで起こった。トム・セゲフの論文は、元ソ連軍兵士で、ドイツ軍捕虜としてアウシュヴィッツ強制収容所に看守として勤務していたジョン（イワン）・デムヤニクが居住地のアメリカからイスラエル・エルサレムに移送され、その地で地区裁判所に人道に対する罪の嫌疑で起訴され、死刑判決を受けたこと、その後一転して無罪が言い渡されてアメリカに帰還したことを苛立ちを滲ませながら、エルサレムのデムヤニク裁判の模様を紹介している。アウシュヴィッツの元看守への「無罪」をいかに受け止めるべきか、非常に悩ましい問題である。しかし、ここではそれ以上の解説は省略しておきたい。ただ、デムヤニクは後にミュンヘンに移送され、2011年5月、その地の州裁判所において謀殺罪の帮助犯、しかも謀殺罪の構成的身分を備えた帮助犯として裁きを受けたことに触れるだけでとどめたい。

イスラエルにおける無罪判決の既判力はミュンヘンの刑事裁判権にどのような効果があるのか。どのような手続を経て、デムヤニクに謀殺罪の構成的身分があると認定されたのか。そもそも元ソ連軍兵士で、ドイツ軍捕虜のデムヤニクがなぜアウシュヴィッツの看守の任務についていたのか。敵国の兵士を「謀殺罪の帮助犯」として裁くことによって克服されるナチの過去とは、はたしてどのようなものか。戦前のドイツ領（ポーランド）において行われた行為に対して、イスラエル（1948年月建国）の刑罰法規（1950年制定）を適用することができるのか。刑罰法規の濫用に歯止めをかける法治国家の罪刑法定主義（刑罰法規の遡及禁止原則）との関係はいかに議論されたのか。この問題は今後とも検討していきたい。

(6) 最後 に

ペレルス教授の論考の原文には、章番号と章題はない。セゲフ氏の論考の原文には、章を示す(*)の印はあるが、章題はない。邦語訳にあたって、その内容を理解し易くするために訳者が便宜的に付したことをお断りしておく。また、グレーヴェの論考には章題はあるが、章番号はない。番号は訳者が付したものである。

論考の日本語訳にあたっては、セゲフ氏から2018年5月17日の電子メールで、グレーヴェ氏からは2018年6月9日の電子メールで邦語訳の許可をいただくことができた。ここに謝意を表したい。ペレルス教授からの許可が書面で得られたことは、ハノーファー大学政治学研究所事務局のルート・ハッハマイスター氏(Frau Ruth Hachmeister)からの2018年7月26日の電子メールと添付文書で確認できた。日本語訳を快諾していただいたペレルス教授に感謝する次第である。教授との連絡の仲介の労をとっていただいたハッハマイスター氏にも感謝したい。またフリッツ・パウアー研究所所長のジビレ・シュタインバッハー教授(Frau Prof. Dr. Sybille Steinbacher)および事務局のハンナ・ヘッカー氏(Frau Hannah Hecker)からもご協力いただいた。お礼申し上げたい。

なお、本稿の参考として、1962年刑法改正草案の関連条文を示しておく。

1962年草案14条1項(他人の者のためにする行為)

ある者が、法人の代表権のある機関として、そのような機関の構成員として、または他の者の法定代理人として行為をしたときは、その構成要件によれば、特別な一身的属性、関係または事情(特別の一身的要素)が可罰性を基礎づける法律は、それらの要素が代理人には存在しないが、本人には存在する場合には、代理人に対してもこれを適用する。

64条1項(特別の法律上の減輕事由)

刑罰が、減輕を定め、または認めている規定により減輕されるときは、次の各号を適用する。

1 無期自由刑に代えて、3年以上の自由刑とする。

33条1項(特別の一身的要素)

正犯の可罰性を基礎づける特別の一身上の属性または状況(第14条1項)が共犯(教唆犯または幫助犯)にないときは、その刑は第64条1項によって減輕する。

127条3項(公訴時効)

時効は、総則の規定に従って規定された、または特に重い事態および比較的重く

ない事態について規定された加重または減軽を考慮することなく、行為がその構成要件を実現したところの法律の法定刑に従って決められる。

- * 本稿は、立命館大学2017年度研究成果国際発信プログラム（後期募集分）「過去の克服法理の刑法理論的展開——アウシュヴィッツ裁判とテムヤンユク裁判における過去の克服の法実相」の研究成果の一部である。