

刑法による過去の清算と法の復権

本 田 稔*

目 次

- 一 アウシュヴィッツ裁判後の過去の清算
- 二 フリードリヒ・エンゲル事件——『コリーニ事件』は告発する
- 三 ナチス犯罪の公訴時効論争と秩序違反法施行法の制定
- 四 戦前と戦後の「間」——歴史の時計はリセットされなかった
- 五 「1968年」——激動の時代の陥穽
- 六 永続する過去の清算——どこに向かうのか？

一 アウシュヴィッツ裁判後の過去の清算

それは1通の告発状から始まった。アウシュヴィッツ強制収容所におけるユダヤ人の大量殺人を実行犯の実名入りで告発した手紙が、ヘッセン州検事局に送られた。告発状はすぐに検事長フリッツ・バウアーのもとに転送され、告発内容の信憑性が検討された。第二次世界大戦中、ポーランドのアウシュヴィッツ（ポーランド正式名オシフィエンチム）で何があったのか。検事長を中心に調査と捜査の体制が整えられ、アウシュヴィッツ強制収容所元所長ロベルト・ムルカから24名の被疑者のうち、23名が謀殺罪の共同正犯などの罪でフランクフルト州裁判所に起訴され、1963年12月20日、その第1回公判が行われた。ここにフランクフルト・アウシュビッツ裁判が始まった。

被告人の数と弁護団の規模などから、市街中心地にある州裁判所の建物では手狭であることは明らかであった。国内外の生存者、歴史家・研究

* ほんだ・みのる 立命館大学法学部教授

者、ジャーナリストだけでなく、外国の新聞記者やテレビの報道関係者なども裁判を傍聴することが予想された。そのため、市内のガラス市民会館のホールを陪審法廷として改装して、そこで裁判が行われ、筆舌に尽くし難い過去の不法と野蛮が現代に呼び戻された。それは決して時間の経過とともに過ぎ去り、消失する事実ではなかった。歴史の時計は1945年5月8日にリセットされなかった。歴史の過去は、今なお現存していた¹⁾。

被告人らが行った行為が刑法の何罪の構成要件に該当するのか、行為時に被告人らに責任能力があったのか、それ以外の適法な行為を選択することが期待可能であったのか。不法を裁くために用いられたのは、刑罰権の濫用および恣意的行使を制約する法治国家の刑法原理と刑法学説であった。1965年8月10日、フランクフルト州裁判所は、被告人らの行為は謀殺罪の幫助(共同幫助)にあたと認定した。謀殺罪の正犯は、ユダヤ人問題の最終的解決を協議、立案、計画し、その実行を命令したヒトラーを最

1) ヘッセン州検事長フリッツ・パウアーが進めたアウシュヴィッツ裁判については、Vgl. Irmtrud Wojak, Fritz Bauer und die Aufarbeitung der NS-Verbrechen nach 1945, Blickpunkt Hessen Nr. 2/2003. (その邦訳は、イルムトゥールド・ヴォヤーク [本田稔・朴普錫共訳]「フリッツ・パウアーと1945年以降のナチ犯罪の克服」立命館法学337号 [2011年] 559頁以下参照); Ronen Steinke, Fritz Bauer oder Auscheitz vor Gericht, 1. Auflage, 2015. (その邦訳は、ローネン・シュタインケ [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』 [2017年]); Helmut Ortner, Keine Stunde Null - Warum NS-Juristen in Deutschland straffrei ausgingen und all damit einverstanden waren. (ヘルムート・オルトナー [本田稔訳]「時間はリセットされなかった——ドイツでナチの法律家が罪を問われないまま出発でき、多くの人々がそれに理解を示した理由」龍谷法学51巻1号 [2018年] 787頁以下。なお、邦訳のもとの論文は、2017年12月17日、刑事司法及び少年司法に関する教育・学術研究推進センター主催第5回講演会「司法の戦後責任——ドイツと日本の比較」のオルトナー講演「現存する過去、記憶する義務」にオルトナー氏自身が加筆したものであるため、ドイツの学術誌などには掲載されていない)。拙稿「過去の克服とフリッツ・パウアー」立命館法学369=370号(2016年) 607頁以下、拙稿「法と正義の狭間に立つアウシュビッツ裁判」季刊・戦争責任研究90号(2018年) 93頁以下、拙稿「甦る法律家フリッツ・パウアー——ナチの過去の克服をめぐる近年のドイツの法事情」法の科学49号(2018年) 161頁以下、拙稿「フリッツ・パウアーとアウシュヴィッツ裁判——『刑法による過去の克服』が提起する理論的課題」立命館法学387=388号(2020年) 339頁以下も参照。

高責任者とするナチ党の幹部であり（すでにニュルンベルク国際軍事裁判で審理済み）、強制収容所で勤務し、直接の実務的作業に従事した被告人らは、その幫助犯と認定された。ムルカら被告人は、アウシュヴィッツ強制収容所の設置目的、政策課題、自身の任務を了解していた。ヒトラーら謀殺罪の正犯の心情と動機を理解していた。ユダヤ人をガス室に閉じ込め、ガス噴射のスイッチを押した自身の行為からユダヤ人収容者が絶命することを承知していた。パウアーは被告人らを謀殺罪の共同正犯として起訴したが、たとえ幫助犯（正犯の故意のある幫助的道具）であっても、ドイツの裁判所がアウシュヴィッツの過去を裁いたことの意義は小さいものではなかった。審理の対象は、直接的には被告人らの個々の行為であったが、それによって第三帝国の歴史の事実を浮き彫りにし、ユダヤ人問題の最終的解決という党綱領の実像を明らかにできたからである。ただし、被告人らを「正犯の故意ある幫助的道具」とした裁判所の認定は、その後行われた同種の裁判を意外な方向へと転回させることになった。

アウシュヴィッツ裁判の過程において、検事長のフリッツ・パウアーは、助手の検事に指示を出して、次なる裁判を準備した。被疑者は、障害者などに対する安楽死作戦を計画・立案・遂行した専門家たちであった。その中心には、1931年10月以来、司法大臣フランツ・ギュルトナーのもとで事務次官を務め、1941年1月にギュルトナーが死去した後、その後任として司法大臣代行となったフランツ・シュレーゲルベルガーがいた。シュレーゲルベルガーは、1947年、占領下のニュルンベルク国際軍事裁判の継続として行われた法律家裁判において、戦争犯罪、平和に対する犯罪、人道に対する犯罪を理由に終身刑を言い渡された（健康状態ゆえに受刑能力なしを理由に1951年に仮釈放）。パウアーは、安楽死作戦はそれらの罪とは別個のものであるとして、謀殺罪の幫助犯に該当するとして起訴した。しかし、裁判所は、シュレーゲルベルガーの行為はすでに法律家裁判において審理済みであるとして、一事不再理を理由に手続を打切った。法律家裁判は、ニュルンベルクで行われたとはいえ、ニュルンベルク国際軍事裁判所

規程に基づいて、占領国であるアメリカ合衆国の軍政府によって行われた外国の裁判である。第三帝国の不法国家を司法省において支え、不法に奉仕した最高級の官僚法曹の責任は、戦後ドイツにおいて問われなかった。また、他の被告人らにも、別の理由から同様の措置が講じられた。謀殺罪の幫助犯のうち身分のない者の刑を必要的に減輕する1968年10月1日施行の秩序違反法施行法に伴う刑法の一部改正によって、その公訴時効は1960年5月8日(正確には5月9日零時)に完成していたことになり、手続が打切られた。ハノーファー大学の政治学者ヨアヒム・ペレルスは、この公訴時効完成のトリックを「恩赦のための裏口」と酷評した²⁾。

二 フリードリヒ・エンゲル事件——『コリーニ事件』は告発する

1944年5月14日、イタリアのジェノバにあるドイツ軍専用の映画館「オデオン」でヴィリー・ビンゲル主演の映画「叛逆者」が上映された。上映開始直後、イタリアの反ファシズム・パルチザンが観覧席に秘密裡に設置した爆発物が爆発し、少なくとも5人のドイツ兵が死亡し、15人が重傷を負った。

2) フリッツ・バウアーがアウシュヴィッツ裁判後に計画した裁判については、Vgl. Michael Förster, Jurist im Dienst des Unrechts - Leben und Werk des ehemaligen Staatssekretärs im Reichsjustizministerium, Franz Schlegelberger (1876-1970), 1995.; ders, Rechtsschutz für Behinderte im Dritten Reich? - Wie die führenden Köpfe der Justiz den Massenmord an den Behinderten decken, in: Hanno Loewyn/ Bettina Winter (Hrsg.), NS- »Euthanasie« vor Gericht - Fritz Bauer und die Grenzen juristischer Bewältigung, 1996, S. 59 ff.; 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 ff.; Michael Greve, Amnestie von NS-Gehilfen - Die Novellierung des § 50 Abs. 2 StGB und dessen Auswirkung auf die NS-Strafverfolgung, in: Einsicht 04 Bulletin des Fritz Bauer Instituts Herbst 2010, S. 54 ff. ペレルス論文とグレーヴェ論文の邦訳として、本田稔訳「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、ミヒヤエル・グレーヴェ、トム・セゲフ」立命館法学379号(2018年)308頁以下参照。

「オデオン」の暗殺事件から5日後の5月19日、ドイツ海軍の実行部隊が報復措置として、人質として取ったイタリア人捕虜59名をジェノバ近郊のトゥルキーノ岬で射殺した。この措置を命じた人物が2002年5月にハンブルク州裁判所に謀殺罪で起訴された。それがフリードリヒ・エンゲルである。

フリードリヒ・エンゲルは、1909年1月3日にヴァルナウの学校教師の家庭に生まれ、商学を学んだ後、キール大学で体育学、歴史学、ドイツ語学、哲学を学び、文献学で学位を取得した勤勉な学生であった。その一方で、ナチ党キール大学学生細胞の指導的活動家でもあった。1936年に親衛隊に入隊し、国家保安本部で勤務し、1940年にはノルウェーに配属され、1943年からはイタリア・ジェノバの保安警察および国家保安本部司令官として勤務した。1995年にイタリアのトゥーリン軍事裁判所の軍検事局がエンゲルを捜査し、彼がジェノバ勤務中に246人のイタリア人パルチザンと民間人の殺害に関与していたとして、彼をトゥーリン軍事裁判所に起訴した。裁判所は、1999年11月15日、59人を射殺した事実を認め、戦争犯罪としての謀殺罪の成立を認定して、被告人不在のまま終身刑を言い渡した。イタリアはドイツに対してエンゲルの引き渡しを求めたが、ドイツは基本法16条2項（引渡禁止条項）を理由にこれを拒んだ（この条項は2000年11月29日に改正され、引渡しが可能になった）。しかし、エンゲルの行為はドイツの裁判所の手続にまだかけられていなかったため、ハンブルク検事局はすでに1998年9月から捜査を開始し、2000年には謀殺罪の嫌疑での捜査を進めていた。そして、トゥルキーノ岬の事件から58年が経過した2002年5月7日、93歳のエンゲルをハンブルク州裁判所に起訴した。

ハンブルク州裁判所は、2002年7月5日、トゥルキーノ岬の射殺については、59名のイタリア人を射殺した事実は明白であり、さらにその残虐性の点につき、エンゲルが明らかに非情で冷酷な心情に基づいていたこと、被害者に精神面での苦痛を負わせ、その苦痛の程度も、それを負わせた時間的長さも、殺害に要する程度を超えていたことを踏まえ、殺害方法の残虐性を認め、エンゲルもまたその認識があったとして、謀殺罪の正犯の成

立を認めた。ただし、科されたのは法定刑として唯一定められた終身刑ではなく、それが減輕された7年の自由刑であった。

ハンブルク州裁判所は、1993年にベルリン州裁判所がエーリヒ・ミールケに言い渡した6年の自由刑の判断を連邦通常裁判所が是認した1996年10月10日の判例に基づいてエンゲルの行為の量刑を判断した。ミールケ(1907-2000年)は、1921年にドイツ共産主義青年同盟に加盟し、1925年にドイツ共産党に入党し、「赤旗」の記者として活動した。1931年にベルリンのビューロー広場で2人の警察官を謀殺し、1人の警察官に重傷を負わせ、ベルギーに逃亡後、ソ連に亡命した。敗戦後のドイツに帰国後、1949年のドイツ民主共和国の建国と同時に設立された国家保安省(シュタージ)の事務次官を務め、1957年に同長官に就任した。ベルリンの壁崩壊と東西ドイツの統一後にビューロー事件で起訴され、1993年10月26日、ベルリン州裁判所は、2名の警察官に対する謀殺罪と1名の警察官に対する謀殺未遂罪の成立を認め、刑法49条1項1号を適用して、6年の自由刑を言い渡した。ハンブルク州裁判所は、このベルリン州裁判所の判決を是認した連邦通常裁判所の判断を判例として位置づけ、エンゲルに7年の自由刑を言い渡した。ミールケ事件は1931年に行われ、それが裁かれたのが、行為から62年が経過した1993年であった。ハンブルク州裁判所は、行為から裁判までの間に長期の年月が経過した点にミールケ事件とエンゲル事件の共通性があることを理由に連邦通常裁判所の判断を判例として適用したのである。ハンブルク州裁判所は、責任と刑罰の比例原則は「どのような個別的事案においても」考慮されねばならないと強調して、第三帝国の国家保安本部司令官エンゲルに科されるべき刑もイタリア人の射殺命令に比例したものでなければならぬと述べて、事件から58年の年月が経過していることを踏まえて、次のように述べた。

「ベルリン州裁判所で審理されたミールケ事件の場合と同様に、犯行と裁判の間には相当長く、また想像し難いほどの時間の経過がある。本法廷において判断を言い渡すべき事案については、刑事訴追機関(ここではと

くにイタリアの刑事訴追機関）が、被告人に罪責を負わせる資料が存在していたにもかかわらず——もっともミールケ事件については東独の時代に刑事訴追することは不可能であったのだが——、また1947年以降はいつでも捜査を行うことができたはずであったにもかかわらず、およそ50年も活動を起さなかったという点を付け加えることができる。この捜査がなぜおよそ50年も行われなかったかについて、確信をもって確認することはできなかった。しかし、おそらくそれは承知の上でのことなのではないかと考えざるをえない。国家刑罰請求権の消滅の思想は、このようなことを想定していなかったわけではない。いずれにせよ、裁判所は、たとえ犯行から時間が経過した点に着目しようとも、刑法211条にそれ自体として定められている終身刑を言い渡さなければならないというならば、それは耐え難いと感じざるを得ない」。

ハンブルク州裁判所は、犯行から時間が経過したにもかかわらず、法律が定めた刑しか言い渡してはならないなら、それは「耐え難い」と述べた。刑法は犯罪と刑罰を定める法律である。その法の要件を満たし、犯罪にあたることが認定された以上、刑法によって定められた刑罰を科さなければならない。たとえ「耐え難い」と感じられようとも、法律に忠実であることが裁判官の責務である。戦後のドイツ司法は、法律実証主義の形式論理がナチの法律に対する抵抗力を裁判官から奪い去ったと指弾したグスタフ・ラートブルフのテーゼを羅針盤にして、ナチスの悪しき法律実証主義を超えることを課題として追求してきた。ハンブルク州裁判所は、そのテーゼの論理を持ち出して、あろうことかナチの謀殺犯に刑法49条1項1号を適用して、7年の自由刑を言い渡した。この判決に対して、弁護人は破棄・無罪を主張して上告し、検察官は破棄・終身刑を主張して上告した。2004年6月17日、連邦通常裁判所は、エンゲルが謀殺罪の主観的要件である「残虐性」を備えていたことをハンブルク州裁判所が十分に審理していないことを理由に、上告を破棄し、エンゲルの年齢と行為時から年月が経過ことを理由に刑事訴訟法349条4項に基づいて手続を打切っ

た³⁾。

弁護士で作家のフェルディナント・フォン・シーラッハは、エンゲル事件を素材にして『コリーニ事件』を書き、そこにフリードリヒ・エンゲルに替えて親衛隊大隊指導者のハンス・マイヤーを登場させた。1944年5月16日、イタリアのパルチザンはジェノバを占領するドイツ軍と兵士に対して爆弾戦を敢行し、多数の死傷者を出した。ジェノバのドイツ国家保安本部は直ちに「断固たる措置」をとることを決定し、見せしめとして収容所の20人の収容者を射殺した。その命令を下したのがハンス・マイヤーであった。ただし、物語ではマイヤーはエンゲルとは異なり、謀殺罪の正犯ではなく、その幫助犯として、下劣な動機や残虐性などの謀殺罪の身分のない幫助犯として扱われている。しかも、射殺された父親の仇をとる被告人コリーニによって謀殺された被害者として描かれている。マイヤーの謀殺罪の幫助の公訴時効は、秩序違反法施行法による刑法50条改正によって1960年5月8日に完成したことになったため、すでに捜査が打切られていたことが検察官から報告され、それを聞かされたコリーニは判決公判の前日に自殺を図った。裁判官は、判決公判の法廷において、被告人不在を理由に裁判の打ち切りを宣言した⁴⁾。

-
- 3) フリードリヒ・エンゲルとその事件については、Vgl. Ingo von Münch, Geschichte vor Gericht - Der Fall Engel, 2004. エンゲル事件のハンブルク州裁判所の判決要旨は、Münch, aa.O., S. 116 ff. その連邦通常裁判所2004年6月17日判決は、BGHSt 49, 189. エーリヒ・ミールケについては、Vgl. Klaus Bastlein, Der Fall Mielke - Die Ermittlungen gegen den Minister für Staatssicherheit der DDR, 2002. ハンブルク州裁判所が参照したビューロー広場事件のベルリン憲法裁判所1993年12月2日判決は、NJW 1994, Heft 7, S. 436 ff. その連邦通常裁判所1995年3月10日判決は、NStZ 1995, Heft 8, S. 394 ff. 連邦通常裁判所が参照したカイアッツォ事件の連邦通常裁判所1995年3月1日判決は、NJW 1995, Heft 19, S. 1297 ff.
- 4) フェルディナント・フォン・シーラッハ(酒寄進一訳)『コリーニ事件』(2017年)の訳者あとがき(195頁以下)参照。また、松竹株式会社配給の映画「コリーニ事件」(マルコ・クロイツバイントナー監督)の紹介は、拙稿「映画『コリーニ事件』が問いかけるもの」立命館ロー・ニューズレター89号(2020年9月)16頁以下参照。

三 ナチス犯罪の公訴時効論争と秩序違反法施行法の制定

ナチスの崩壊と第二次世界大戦の終結によって、第三帝国の時代の数々の不法が明らかにされ、法による裁きかけられるようになった。それらは米・英・仏・ソの連合国による占領下において、戦争犯罪、平和に対する罪、人道に対する罪として、連合国の管理委員会が定めた管理委員会法やニュルンベルク国際軍事裁判所規程などに基づいて裁かれた。占領状態が解消され、ドイツ連邦共和国とドイツ民主共和国が建国されて以降、ドイツ連邦共和国は戦前までのドイツの継承国として、過去を清算するために1871年刑法を適用した⁵⁾。

第三帝国の時代に人種憎悪から行われたユダヤ人殺害や優生思想から行われた障害者の安楽死は、謀殺罪に該当する。その他の殺人は、故殺罪に該当する。両罪は、人命の侵害の惹起という外部的・客観的側面の点において共通しているが、それを行った行為者の動機・目的、方法・態様という内面的・主観的事実の点において異なる。人間の行為が主観・客観の一体不可分な現象であることを考えると、両罪は本質的に異質な犯罪類型であり、共通性はない。人は誰でも状況や機会によっては他人に害を加え、ときにその生命をも奪ってしまうことがある。故殺罪とはそのような殺人

5) ニュルンベルク国際軍事裁判と継続裁判については、Vgl. Klaus Kastner, „Der Dolch des Mörders war unter der Robe des Juristen verborgen“ Der Nürnberger Juristenprozeß des Jahres 1947, in: Journal der Juristischen Zeitgeschichte, Jahrgang 1 Heft 3, 2007, S. 81 ff. (その邦訳は、クラウス・カストナー [本田稔訳]「謀殺者の短剣は法律家の法服の下に隠されていた——1947年ニュルンベルク法律家裁判」立命館法学325号 [2009年] 63頁以下参照); Klaus Bästlein, Der Nürnberger Juristenprozeß und seine Rezeption in Deutschland, in: Lore Maria Peschel-Gutzeit (Hrsg.), Das Nürnberger Juristen-Urteil von 1947, S. 9 ff. (その邦訳は、クラウス・ベストライン [本田稔訳]「ニュルンベルク法律家裁判とドイツにおけるその継承」立命館法学329号 [2010年] 350頁以下参照)。拙稿「ナチスの法律家とその過去の克服——1947年ニュルンベルク法律家裁判の意義」立命館法学327=328号 (2010年) 795頁以下参照。

罪である。それゆえ故殺罪は、身分犯ではない。これに対して謀殺罪は、謀殺者(Mörder)という特殊な人間類型にあたる者だけが行う殺人である。それゆえ謀殺罪は、真正身分犯である。謀殺罪の法定刑は終身刑であり、その公訴時効は20年であり、故殺罪の法定刑は15年以下の自由刑であり、その公訴時効は15年である。正犯が謀殺罪の身分を有していることを知りながらそれを援助するなどした場合、謀殺罪の幫助犯が成立するが、その処断刑は謀殺罪の法定刑である終身刑であるため、その公訴時効も謀殺罪の正犯と同じ20年とされてきた。

公訴時効の起算点は、まずは第二次世界大戦が終結した1945年5月8日とされた。そのため、故殺罪の公訴時効は1960年5月8日に完成することとされた。しかし、故殺罪の公訴時効の完成を前に、ドイツ連邦議会において社会民主党からナチ犯罪の追及がまだ十分ではなく、公訴時効の完成を延長すべきとする提案が出された。これに対しては、キリスト教民主同盟などから反対され、それは被疑者・被告人に不利な刑罰権の行使を認める罪刑法定主義違反の措置であり、またナチ犯罪の被疑者の公訴時効だけを延長するならば、それは法の前での平等に反するとして斥けられた(第一次公訴時効論争)。次いで、謀殺罪の公訴時効が完成する1965年5月を前に社会民主党が、犯罪に対して行使される刑罰権は一般にドイツ連邦共和国の刑罰権であり、それは建国によって確立したものであるから、公訴時効の起算点はアデナウアーが連邦共和国建国の翌年の1950年1月1日とし、それが完成するのは1969年12月31日とすべきであると提案し、それが議会で承認された(第二次公訴時効論争)。しかし、そのように公訴時効の起算点をずらしても、謀殺罪やその幫助犯の公訴時効は1969年12月に完成することは避けられなかったため、謀殺罪の公訴時効を30年とする刑法改正が行われ、それによって10年延長することが認められた(第三次公訴時効論争)。さらに、10年後の1979年には謀殺罪の公訴時効そのものが廃止された(第四次公訴時効論争)⁶⁾。

6) 公訴時効論争については、Vgl. Martin Asholt, Verjährung im Strafrecht, 2016, S. 45 f. 石田勇治『過去の克服——ヒトラー後のドイツ』(2002年)180頁以下、ペーター・ラメ

ドイツ刑法は1871年に制定され、100年を迎えようとしていた。国内外の社会情勢の推移、犯罪と刑罰をめぐる国民感情の変化などを背景に刑法改正作業が進められ、1962年に刑法改正政府草案が作成された⁷⁾。そこでは謀殺罪と故殺罪の規定はそのままであったが、政府草案の身分犯の共犯に関する33条に、不真正身分犯のみならず、真正身分犯に関しても共犯の規定が設けられ、真正身分犯の共犯のうち、身分のない共犯の刑を必要的に減軽する一般規定が設けられた（刑法〔現〕28条と同じ）。つまり、刑法〔旧〕50条には、謀殺罪のような真正身分犯に関与した共犯のうち、下劣な動機や残虐性などの身分のない者の刑を減軽する規定がなかったために、それも謀殺罪の法定刑である終身刑で処断されざるをえなかったが、刑法改正案は身分のない共犯の刑を減軽し、15年以下の自由刑で処断するとした。ただし、共犯の公訴時効については、身分の有無にかかわらず、真正身分犯の正犯の法定刑を基準にして算定するとした。したがって、謀殺罪の幫助犯のうち身分のないものであっても、その公訴時効は正犯と同じ20年である。刑法改正草案が作成された1960年代には、それとは別に秩序違反法施行法の制定作業が進められていた。それらを一括して担っていたのが、エドゥアルト・ドレーアーである。

四 戦前と戦後の「間」——歴史の時計はリセットされなかった

エドゥアルト・ドレーアーは、1907年4月29日、ロッカウ（ドレスデン近郊の小都市）の地元の美術大学教授のリヒャルト・ドレーアーの息子として生まれた。1926年から29年までウィーン、キール、ベルリン、ライプツィヒで法学と国家学を学び、第一次国家試験合格後にドレスデンでの3

↘イヒェル（小川保博・芝野由和訳）『ドイツ 過去の克服——ナチ独裁に対する1945年以降の政治的・法的取り組み』（2006年）243頁以下参照。

7) Vgl. Thomas Vormbaum/ Kathrin Rentrop (hrsg.), Reform des Strafgesetzbuchs - Sammlung der Reformentwürfe Band 3: 1959 1996, 2008, S. 245 ff.

年間の修習を経て、1932年にライプツィヒのヘルマン・ヤールライス教授のもとで学位を取得し、翌年の1933年に第二次国家試験に合格した。同年5月1日、ナチ党に入党し、1943年にインスブルック特別裁判所首席検事に就任し、政敵を法的に排除する苛烈な政治的訴追を行いながら、自転車の窃盗などの軽微な犯罪に死刑を求刑する死刑執行官としての役割を勤めた。戦後、シュトゥットガルトで弁護士として働いた後、1951年に連邦司法省に入省し、刑法・刑事訴訟法改正部会の部会長に就任すると同時に大刑法改正委員会委員兼刑法小委員会委員を務めた(1969年退官)⁸⁾。

ドレーアーは、1960年に秩序違反法施行法の予備草案をまとめ、それをもとに刑法改正作業部会長のカール・ラクナーが秩序違反法施行法の報告用草案を作成した。秩序違反法とは、重大ではない犯罪を秩序違反行為としてまとめ、それに刑罰ではなく、過料を科す法律であり、1952年3月に制定・施行されたものである。それには刑罰基本法としての刑法の総則の正犯・共犯の二元体系が適用された。ドレーアーは、秩序違反行為には統一的正犯体系を適用し、その行為に関与した複数の者の処断方法については、その関与の度合いに応じた刑を科すべきと考え、施行法の予備草案をまとめた。それは、不真正身分犯に非身分者が関与した場合に成立する犯罪とその処断刑を確定する方法とは異なるが、実質的に同じ結論を導き出すことができるものであった。しかし、刑法には真正身分犯に非身分者が関与した場合の処断方法に関する規定がなく、それに適用されるのは正犯の規定しかなかったため、非身分者は真正身分犯の法定刑で処断されざるをえず、この点について長く議論が続けられてきた。そこで大刑法改正委員会は、1962年政府草案33条1項に「正犯の可罰性を基礎づける特別な一身上の要素が、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」という1文を盛り込み、刑法(旧)50条2項の条

8) エドゥアルト・ドレーアーの経歴については、Vgl. Ernst Klee, Das Personen-Lexikon zum Dritten Reich - Wer war was vor und nach 1945, 2003, S. 118; Richter (Sondergericht), Books LLC ®, Wiki Series, Memphis, USA, 2011, S. 4 f.

文を政府草案33条2項に移す改正案をまとめた。

秩序違反法施行法案と刑法改正政府案は、別個のものであるため、1967年4月13日にまず秩序違反法施行法案が刑法改正特別委員会に提示された。その法案を作成したのは、ドレーアーであった。しかも、その法案の中には刑法（旧）50条の改正条項が含まれていた。その法案は、刑法改正特別委員会で異論なく承認された。そして、1967年10月12日から連邦議会の法務委員会で同法案の審議が開始された。マルティン・ヒルシュ議員から、その法案は刑法改正特別委員会ですでに審議されたのかと質問があった。それに「そうです」と答弁したのは、ドレーアーであった。この秩序違反法施行法案が1968年3月から4月にかけて連邦議会の本会議で審議された。この法案は、あまり注目されることなく同年5月24日に可決され、10月1日に施行された。「正犯の可罰性を基礎づける特別な一身上の要素」がない幫助犯の刑が減輕され、それを基準に公訴時効が算定された結果、彼らの罪の公訴時効は1960年5月8日に完成していたことになった。アウシュヴィッツ裁判後、フリッツ・パウアーは安楽死作戦に関与した専門家を継続して追及しようと作業を進めていたが、それはこの法改正によって挫かれた⁹⁾。

五 「1968年」——激動の時代の陥穽

1960年代の西ドイツは、学生叛乱の時代であった。ナチスの政治的台頭を阻めなかった親世代に対する反抗、その世代に染みついた権威主義的体質の忌避、そしてそれに潜む「新しいファシズム」の危険の告発は、国内外の様々な運動と結合して拡大し、過激さを増した。1950年代末のウルム

9) Manfred Görtenmaker, Christoph Safferling, Die Akte Rosenburg - Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit, 2016, S. 399 ff. 刑法（旧）50条の改正過程について詳細に分析するものとして、佐川友佳子「身分犯における正犯と共犯（2）」立命館法学317号（2008年）118頁以下参照。また、前掲注2）のPerels（ペレルス）とGreve（グレーヴェ）の論文を参照。

親衛隊行動隊裁判において第2次世界大戦中の東部戦線でのナチ犯罪が明らかにされるや否や、ルードヴィヒスブルクに「ナチ犯罪究明のための州司法行政中央本部」が設置され、ナチの過去の捜査が強化された。1961年にはイェルサレムでアイヒマン裁判が、さらに1963年にはフランクフルト・アウシュヴィッツ裁判が行われた。

同時にその時期は、世界的にヴェトナム反戦運動が高揚していた。1966年にはベルリン自由大学で「ヴェトナム会議」が開催され、フランクフルト学派の社会哲学者ベルベルト・マルクーゼが講演し、学生運動は徐々に社会変革のための理論によって武装し始めた。1968年1月30日、北ヴェトナム人民軍と南ヴェトナム解放民族戦線による「テト攻勢」は、アメリカが掲げる自由と正義を排撃し、その虚構性を打ち破った。同年4月、公民権運動の指導者マーティン・ルーサー・キング牧師の暗殺は、多民族国家・アメリカにおける人種差別の根深さと平等の欺瞞性を白日のもとにさらした。大学改革を求めて決起したフランスの学生運動は、労働組合の連帯とゼネストの支援を受けて全土に拡大し、引き起こされた戦後最大の内政危機は、ド・ゴール体制の崩壊の契機となった。そのような政治の風は東側諸国においても吹き荒れた。チェコスロヴァキアのドゥブチェクの指導にもとで「人間の顔をした社会主義」の模索は、東独や東欧諸国に民主化の希望と可能性を与えたが、それもつかの間、ソ連は8月にワルシャワ条約機構軍を派兵して制圧した。

このような激動する世界情勢の中で、ドイツの学生たちは、既成の政党、労働組合から距離を置いて、自らを院外野党運動（Außerparlamentarische Oppositionen）と称して、自由で自発的な行動を行った。大学構内での自主講座の開催、批判大学や対抗大学の開講などから、学内外での抗議行動、さらには学生運動に冷やかなシュプリングァー社など保守系出版社への抗議行動が展開された。それは放火事件にまで発展した。1967年6月2日、ヴェトナム侵略を続けるアメリカと蜜月関係にあるイランのパールレビ国王夫妻の西ドイツ訪問に際し、西ベルリンで大規模な抗議行動が行われ

た。そこに参加していた学生ベノ・オーネゾルクが私服警官に射殺されたのを受け、学生の抗議行動は激しさを増した。1968年4月3日、フランクフルトの2軒の百貨店が放火され、実行犯は「ヴェトナムでの殺戮に無関心な社会に抗議するために行った」と自己の行為を正当化した。それに対抗するかのようになり、4月11日、右翼系学生が抗議デモに参加中の社会主義ドイツ学生同盟の理論的指導者ルディ・ドゥチュケを銃撃した。ドゥチュケは頭部に銃弾を受け、瀕死の重傷を負った。司法大臣グスタフ・ハイネマン（社会民主党）は、純粋なドイツの若者が左右に分かれて対立し、命を落としているのを憂えた。彼らの中には組織の上層部から指令を受けて、それに加担しているだけの者もいるはずである。正義感からの行きすぎた行為の刑を減輕できないかと、刑法を専門とする司法官僚に対して素直な気持ちを述べた。しかし、それをよそに学生たちの行動は苛烈さを増した。1968年5月、非常事態法に反対する闘争が全面的に展開された。社会主義ドイツ学生同盟は、非常事態法（Notstandsgesetz）とは「NS法」であり、それは「民主主義の非常事態」であり、権威主義的国家体制の兆候であると訴えた。反対運動は、学生のみならず、労働組合、宗教団体、政党へと拡大し、ドイツ全土でストライキが決行された。非常事態法案は、ドイツ国民が注目するなかで5月30日に可決され、6月1日に施行された。1968年5月には、非常事態法案以外にも様々な重要法案が連邦議会で審議されていたが、それらはあまり注目されることなく可決された¹⁰⁾。

ドイツ社会の深部にある不法な過去を暴き、それをえぐり出し、親世代の責任を批判し追及した学生たちの若い情熱と純粋な正義感は、ドレーアーにはどのように映ったのだろうか。激動する時代の若者の情熱と正義には歯止めがかからないものである。それは、あの歓喜と狂気の時代を生きた人々の場合も同じであった。フリードリヒ・エンゲルも、ハンス・マ

10) ドイツの「68年世代」については、三島憲一『戦後ドイツ——その知的歴史』（1991年）135頁以下、石田・前掲注6）208頁以下、井関正久『ドイツを変えた68年運動』（2005年）41頁以下参照。Vgl. Julia Angster, Die Bundesrepublik Deutschland 1963-1982, S. 33 ff. 64 f.

イヤーも、彼らは職務に忠実で、秩序を重んじる勤勉なドイツ人であった。フランツ・シュレーゲルベルガーも、ローラント・フライスラーもそうである。彼らは自己に課せられた職務を遂行するにあたって、下心や、下劣な動機など微塵もなかったはずである。残虐な方法など一切とらなかつたに違いない。精緻な刑法注釈書を書き上げる粘り強い根気と精神力、明晰な頭脳と膨大な知識を持った司法官僚がそのように考えていたかは分からない。

六 永続する過去の清算——どこに向かうのか？

秩序違反法施行法と非常事態法が連邦議会で可決された後、フリッツ・パウアーが7月1日の朝、自宅の浴槽のなかで死んでいるところを裁判所の職員に発見された。享年65歳。ナチスによる迫害と亡命生活、司法省と裁判所に残留する元ナチとの軋轢、検事長としての肉体的疲労と精神的疲弊、それを抑えるための鎮痛剤と睡眠導入剤の常用などが重なったことが原因であると見られた。また、1969年3月30日の日曜日の早朝、フランス人女性のフランシーヌ・ルコントが、ヴェトナム和平交渉の拡大パリ会談の会議場近くで焼身自殺をはかった。国連がヴェトナム戦争とナイジェリア戦争の停戦和平のために乗り出すよう求める書簡をウ・タント国連事務総長に送ったが、変化が見られなかったことに絶望し自殺したようである。心身に変調をきたしていたことも要因であると報じられた。享年30歳。さらに、同年8月6日、フランクフルト学派のテオドル・アドルノがスイスでの休暇中に急死した。僚友のマックス・ホルクハイマーは、講義中のアドルノに対して女子学生が上半身裸体で乳房を突き出して抗議したことが死の原因ではないと異例の談話を発表した。そのホルクハイマーも1973年にこの世を去った。右翼系学生の銃弾を頭部に受けて重傷を負ったルディ・ドゥチュケは、その後遺症に悩まされながら1979年のクリスマスの日亡くなった。享年39歳。彼は、ナチスの台頭を阻めなかった親世代を非難し、彼らが引きずる権威主義的体質を厳しく批判した。そして、

それが日常の生活様式や文化の至る所に潜み、同時代人の人格の構成要素になっていることを自覚していた。学生運動や社会運動内部における男性優位の無自覚な運営が批判されるべきことも知っていた。この権威主義的パーソナリティーこそが新しいファシズムの精神的培養土であると告発したアドルノの思想を受け継ぎ、徹底した自己批判と自己検証を模索する中での死であった¹¹⁾。

しかし、過去の克服と不法の清算は、なおも粘り強く続けられた。ナチ犯罪の実行犯が謀殺罪の補助犯として扱われようとも、それに謀殺罪の身分、すなわち「下劣な動機」や「残虐性」などの要件が備わっているならば、公訴時効にかかることなく訴追できるからである。フリードリヒ・エンゲル事件後、注目される一つの裁判が行われた。ジョン・デミヤニク裁判である。デミヤニクは、1920年にウクライナのジトーミル州ベルドイーチウの農家に生まれた。1941年にソ連赤軍に入隊し、独ソ戦の中、1942年にドイツ軍捕虜としてソビボル、マイダネク、フロッセンビュルクの各強制収容所で看守として勤務した。戦後アメリカに亡命し、ニューヨークに移住し、1958年にアメリカ国籍を取得し、本名の「イヴァン」を「ジョン」に改名した。

デミヤニクは、1986年にイスラエルに移送され、トレブリンカ強制収容所での残虐行為に関与した疑いで、当地の裁判所で死刑判決を受けたが、後に無罪が確定し、アメリカに移送された。しかし、アメリカではソビボル強制収容所の看守歴があったことが証明されたため、デミヤニク

11) いまいずみあきら（作詞）・郷伍郎（作曲）、新谷のり子・古賀力（歌）「フランシースの場合」（1969年6月15日発売）は、フランシース・ルコントに捧げられた追悼曲である。学生運動の経験がある新谷は、1960年の安保闘争で警官隊の弾圧によって圧死した樺美智子の命日に合わせてこのレコードを発売することを希望したという。学生運動や政治運動の闘士が常に男性であるとは限らないことがよく分かる。3月30日は、フランシース、新谷のり子、樺美智子の3人の名前を記憶に刻む日である。また、アドルノはフリッツ・パウアーの葬儀委員長を務めた。パウアーの訃報に接したときの彼の思いは、その「社会学講義」の第14回最終講義（1968年7月2日）で語られている。T・W・アドルノ（河原理・太寿堂真・高安啓介・細見和之訳）『社会学講義』（2001年）202頁以下参照。

から市民権を剥奪することが決定された。2009年5月11日、ドイツに移送され、11月30日、27,900人に対する謀殺罪の幫助犯としてミュンヘン第二州裁判所に起訴された。裁判所は強制収容所で看守として勤務したデミヤニユクを「大量殺戮機械の一部」であったと指弾し、勤務した約3年間に28,060人の謀殺罪を幫助したとして、5年の自由刑を言い渡した。彼は、下劣な動機から残虐な方法でユダヤ人を死に追いやった大量殺戮の一旦を担ったというのである。デミヤニユクは控訴したが、保釈中の2012年3月17日、バイエルン州の老人福祉施設で死去した。91歳であった¹²⁾。

デミヤニユク裁判もまたアウシュヴィッツ裁判と同様に、ドイツの過去を克服し、その不法を清算する裁判であった。たとえ敵国の捕虜であろうが、強制収容所の看守役を強いることが「虐待」にあろうが、彼をナチスの謀殺罪の幫助犯として裁くことなしには、ドイツ史の不法な過去を克服することはできない。彼には緊急避難も過剰避難も適用されない。トラは叩かなかつたが、ハエは叩く。そういう論理なのだろう。そうであるなら、ベルンハルト・シュリンクが『朗読者』を通じて吐露した過去を背負い続ける重圧をデミヤニユク裁判から感じざるを得ない。ドイツ語の文章を読めない女性（ロマ族の可能性を指摘する説もある）がナチの手先、ホロコーストの加害者として、戦後のドイツ人によって裁かれることにシュリンクが重苦しい心情を吐露したのは、彼女が真に裁きを受けるべき者たちの身代りとして、不法を清算する儀式の生贄として捧げられたからであると思われる。デミヤニユクはハンナである¹³⁾。

12) ジョン・デミヤニユクについては、Vgl. Heinrich Werfing, Der Fall Demjanjuk - Der letzte Grosse NS-Prozess, 2011, Tom Segev, »Der Fall ist abgeschlossen, aber unvollendet« - Der Prozess gegen John Demjanjuk in Jerusalem, in: Einsicht 02 Bulletin des Fritz Bauer Instituts Herbst 2009, S. 16 ff. 本田稔訳「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・ベレルス、ミヒャエル・グレーヴェ、トム・セゲフ」立命館法学379号（2018年）412頁以下参照。

13) 映画「愛を読むひと」(The Reader) について西部邁氏の見解 (https://www.youtube.com/watch?v=or82_AMuljw) 参照。西部邁は、様々な留保をつけながらも、『朗読者』の1シーンにおいてハンナ・シュミッツがルーマニアで育ったと述べたことを捉えて、➤

ヨシユカ・フィッシャー外相（当時）のもと、ドイツ外務省が省史における不法な過去の調査研究を開始し、その成果を2010年に『ドイツ外務省＜過去と罪＞』としてまとめた。ナチス政権を対外的に代表した国家行政組織の過去が明らかにされた。それに触発されてハイコ・マース法相（当時）のもとで、ナチ党員や親衛隊員の連邦司法省における人的連続性などが調査され、それが2016年に『ローゼンブルクの記録』としてまとめられた。刑法による過去の克服と不法の清算が、被疑者らの生物的生命に限界づけられて終わろうとしているとき、責任ある省庁がその襟を正して、自身の黒史を後世に伝えることは意義深い¹⁴⁾。しかし、それだけでは十分で

↘彼女がドイツ人ではないこと、ミヒヤエルが贈った下着を手に取り喜んで踊りだしたこと
からどこにもいるようなドイツ人女性ではないこと、「ルーマニア」という国名から「ロマ族」であることを推察する。そしてヨーロッパにはユダヤ人迫害だけでなく、それ以外にも差別と排除の歴史があったこと、ユダヤ人はヨーロッパのカーストの中に位置付けられ、一応は人間として扱われていたが、ロマはそこからも排除された人間以下の存在を強いられていたこと、シュリンクはそれを意識しながら『朗読者』を書いた可能性があることを指摘する。なお、伊藤白『「朗読者」と『糾弾の文化』——ベルンハルト・シュリンクにおける過去の罪の相対化』ドイツ文学158巻（2018年）60頁以下は、シュリンクがハンナをホロコーストの「被害者」として描き、加害と被害の関係を転倒させ、ナチ犯罪を相対化していることを検証する。

- 14) Vgl. Eckart Conze, Norbert Frei, Peter Hayes, Moshe Zimmermann, *Das Amt und Vergangenheit – Deutsche Diplomaten im Dritten Reich und in der Bundesrepublik*, 2010. (エックアルト・コンツェ／ノルベルト・フライ／ペーター・ヘイズ／モシェ・ツインナーマン [稲川照芳／足立ラーベ加代／手塚和彰訳] 『ドイツ外務省＜過去と罪＞』 (2018年)。その紹介として、拙稿「ドイツ現代史の深層に迫る問題提起の書 独立歴史委員会による外務省の歴史の記録」図書新聞2018年7月7日); Manfred Görtenmaker, Christoph Safferling, *Die Akte Rosenburg – Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit*, 2016. 連邦司法省の報告書に関しては、Vgl. Hieko Maas, Fritz Bauer – „Ein Held von gestern für heute“, in: *Recht und Politik* 3/2015, S. 145 ff. (ハイコ・マース [本田稔訳] 「フリッツ・パウアー 『昨日の英雄。それは今日のためにいる』」立命館法学373号 [2017年] 487頁以下); Heiko Maas, *Die „Akte Rosenberg“ – Der Umgang des Bundesjustizministerium mit der NS-Zeit in den 1950er und 60er Jahren und die politischen Konsequenzen für die Gegenwart*, in: *Recht und Politik* 4/ 2016, S. 193 ff. (ハイコ・マース [本田稔訳] 『「ローゼンブルクの記録」——連邦司法省は1950年代および60年代にナチ時代とどのように関わったか、それは現代にいかなる政治的結果をもたらしたか』立命館法学374号 [2017年] 386頁以下)。また、拙稿「現代司法における戦前・

はない。なすべきことは、アドルノが提起し、ドゥチュケが実践した権威主義的パーソナリティーの克服である。ハンナとデミヤニユクを過去の克服の儀式に捧げることを厭わない司法の権威主義を根絶することが課題である。過去の克服は、未来の模索へと向かうのか。不法の清算は、法の復権をもたらすのか。今後とも注視したい。

↘戦後の断絶と連続——フリッツ・バウアーをめぐる近年のドイツの司法事情から学ぶ」法と民主主義524号(2017年)31頁以下参照。