

記憶と忘却の間の刑法による過去の克服

本 田 稔*

目 次

- 一 ホロコースト犠牲者の追悼と記憶の意義
- 二 過去の目を閉ざす者は未来に対して盲目になる
- 三 ウルム特別行動隊裁判とフランクフルト・アウシュヴィッツ
裁判
- 四 1960年代の公訴時効論争
- 五 ホロコーストの忘れられた犠牲者は語る
- 六 過去の克服と法治国家刑法のパラドクス
- 七 1968年刑法一部改正と「裏口恩赦」
- 八 ほふられた子羊——看守と秘書の処罰の意味

一 ホロコースト犠牲者の追悼と記憶の意義

1945年1月27日、ソ連軍がアウシュヴィッツ強制収容所を解放し、第二次世界大戦におけるドイツの敗北とナチのホロコーストの終焉を決定づけた。この日は、第二次世界大戦におけるナチの戦争犯罪の犠牲者を追悼し、再び悲惨な戦争を繰り返さないことを固く誓う日である。戦後ドイツは、その悲劇の淵源に潜む異質なものを排除する思想、とりわけ反ユダヤ主義・反セム主義イデオロギーの復活を戒め、世界平和と諸民族の友好、異なる文明の共存を求めてきた。2024年のこの日も、ベルリンの観光名所では色鮮やかな旗やプラカードを掲げた団体が集会を開催したが、例年とは異なる様相を呈していた。「イスラム原理主義組織ハマスからガザ地区を解放せよ」と、イスラエル国旗を身にまとった人々がハマスの人質にさ

* ほんだ・みのる 立命館大学法学部教授

れている人々の顔写真を両手に抱えて、シュプレヒコールを挙げている。その少し離れた場所で、「パレスチナに自由を！イスラエルによるジェノサイドを止めよう！」と書かれたプラカードやパレスチナの旗を掲げている。気を荒くした集会参加者の衝突を避けるために、その間に警察車両が割り込んで停車し、警察官がその周囲に立ち並んでいる。イスラエル・ハマス戦争がドイツにおけるホロコーストの追悼の世論を引き裂いているかのようである¹⁾。

2023年10月7日、ハマスがイスラエルに大規模な攻撃を仕掛け、多くのイスラエル人を殺害し、人質にとった。これに対してイスラエルがハマスの壊滅と人質の奪還を掲げてガザ地区への大規模な反撃を行った。攻撃と反撃が繰り返され、エスカレートし、イスラエル軍が攻勢に転ずると、誰もが予想したとおりガザの住民の悲惨な状態が明らかになった。イスラエルの人々が受けた被害も深刻であったが、ガザ地区北部から南下したイスラエル軍によってエジプト国境へと追い詰められ、戦禍を逃れて彷徨うガザ地区の住民を見ると誰もが心を痛める。深夜、戦闘機の爆音に怯える人々。けがをして血まみれになり泣き叫ぶ子ども。限られた医療器具で点滴、輸血を受ける患者。シーツに包まれた子どもの遺体を抱きかかえ、肩を震わせてすすり泣く母親。いずれも過去の戦争において被害を受けた人々の姿と重なる。配信映像を見た人は一様に思ったであろう。この事態を一日も早く止めなければならないと。その声はガザ地区を攻撃しているイスラエルに向けられ、停戦が呼び掛けられた。ガザ地区の住民を攻撃しているのは、ナチのホロコーストを体験し、誰よりも生命と人権の尊さを知っているはずのイスラエル政府である。多くのドイツ人は、そのことに驚きと戸惑いを隠すことができなかった。

戦後ドイツは、ホロコーストの被害者であるユダヤ人に対する贖罪意識

1) The Asahi Shimbun GLOBE（2024年3月24日）「終章 ナチハンター」がその模様を詳細に報じている。本稿の執筆にあたり、The Asahi Shimbun GLOBE 編集部の中川竜見氏から貴重な情報を提供していただいた。この場を借りて感謝を申し上げる。

から自国の過去を見つめ、ドイツ人が犯した非人間的な罪を克服する努力を重ねてきた。しかし、あろうことか、ユダヤ人の国がガザの住民を殺戮している。ホロコーストの犠牲の意味と定義が揺らぎ始めた。あの国の政府と民は、戦後のドイツ人が背負っていたのと同種の罪を行っているのではないのか。失望と怒りを覚えた人は、異口同音に叫んだ。「ジェノサイドをやめよ。イスラエルは停戦に応じよ」と。

しかし、その叫び声に異質なものを排除する気配を感じ取り、そこに反ユダヤ主義的な動きを察知した人もいた。反ユダヤ主義の感情は、最終的にナチスの過去を相対化することにしかない。それはネタニヤフ政権の態度を口実にしようとも正当化できないし、してはならない。イスラエル国旗を身にまといても、決してネタニヤフ政権を支持しているわけではない。彼らもまた失望と怒りを感じながら、反ユダヤ主義のイデオロギーの台頭と闘っている。

ドイツにおけるホロコーストの犠牲者を追悼する世論はイスラエル・ハマス戦争をめぐる立場の違いから分断されているが、それは単純ではない。ガザ地区の無辜の民の命を救うために行動する人々と反ユダヤ主義の衝動を自制するよう呼びかける人々との間には、警察車両によって分け隔てられているほどの違いはない。ホロコーストにおけるユダヤ人の被害とガザ地区におけるイスラエルの加害によって、単色の「ユダヤ」が複数の相矛盾する色合いを帯び始めている。ホロコーストの犠牲者を追悼する人々の目に映るガザの惨状は、ユダヤの色彩を被害から加害へと変える危険性を帯びている。それだけに反ユダヤ主義の台頭に警戒し、ナチの過去の相対化を戒める風潮が意識的に強められる。「過去はまだ克服されていない」。失望と怒りの事態に直面しようとも、1月27日がホロコーストの犠牲者を追悼する日であることに変わりはない。それに目を奪われるあまり、ホロコーストの過去を克服する努力を清算することは間違っている。1月27日は確かな意味づけを求めているように思われる。

二 過去の目を閉ざす者は未来に対して盲目になる

戦後ドイツは、ナチの過去を克服する努力を続けてきた。中等・高等学校において第二次世界大戦の歴史を、とりわけ大戦におけるドイツの戦争を教え、それを継承してきた。また、ジャーナリズム、小説や映画・ドラマなどを通して、それをリアルに描き、非人間的な行為を可能にした理由、事象の深層にある原因を問い続けてきた。ナチスが不法を重ね、他民族を迫害していたとき、ドイツ人は何をしていたのか、何をしていなかったのか、また何をしてはならなかったのか、何をすべきであったのか。それが最も辛辣な形で問われたのは、とりわけ刑事司法においてであった。

第二次世界大戦終結後、英米仏ソの戦勝国はドイツを占領下に置き、戦後処理の一環として主要な戦争犯罪人の処罰と国家・社会機構からのナチの一掃を行った。占領法規として管理委員会法を制定し、それに基づいて国際軍事裁判所規程と戦争犯罪や人道に対する罪などの裁判管轄権を設けた。「戦勝国による裁き」、「事後法の適用」という非難が向けられたが、ナチの戦争犯罪の捜査と訴追が強力に推し進められたのは占領期においてであった。占領状態の解消と東西ドイツの分裂以降、西ドイツでは州単位で非ナチ化審査が進められたが、1950年代に入るとアメリカの対独政策の基軸が非ナチ（右の全体主義批判）から反ソ・反共（左の全体主義批判）へと転換したのを契機にナチの過去の追及は徐々に沈静化した。それに応じてナチ時代の元官僚が連邦政府の要職に復帰した。連邦司法省も例外ではなく、1930年代の帝国司法省の官僚法曹が続々と復帰し始めた。それに抗して、占領期に裁きを免れた元ナチの実行犯を探し出し、刑法犯として追及する作業が粘り強く進められた²⁾。

2) Klaus Bästlein, Der Nürnberger Juristenprozeß und seine Rezeption in Deutschland, in: Lore Maria Peschel-Gutzeit (Hrsg.), Das Nürnberger Juristen-Urteil von 1947, 1996, S. 9 ff (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

1958年、バーデン＝ヴュルテンベルクのルー・ドヴィヒスブルクに国家社会主義暴力犯罪追及中央局（ナチ犯罪追及センター）が設立された。それは州司法省から派遣された15人の検察官によって構成され、もっぱらナチ犯罪の捜査を管轄する州合同の犯罪捜査機関である。国内外の警察機関の協力のもとに、情報および証拠の収集が行われている。設立後60年以上にわたって、被疑者の氏名、所属組織・部隊などの情報が収集され、それらが178万枚の検索カードで保管されている。カードは膨大な所蔵資料にひもづけられ、例えば被疑者の氏名から強制収容所の当時の職員名簿、そして現在の行政機関の年金受給記録へと照合できる。過去の住所から現在の住所を割り出し、出国記録がある場合には外国に足を運んで所在を調べることもある。戦後80年を迎え、収集される情報も限られ、割り出される被疑者も減少している。被疑者がすでに死亡していることもある。最盛期の1960年代には100人の職員によって運営されていたが、現在は20人程度の規模に縮小されている。しかし、被疑者が生存している可能性がある限り、探し出し、起訴する。近年においても強制収容所の元看守や職員が謀殺罪の幫助犯として裁かれている。それもナチ犯罪追及センターの粘り強い努力の結果である。

2024年8月20日、連邦通常裁判所第5刑事部は、イルムガルト・フルヒナー（99歳）の上告を棄却し、謀殺罪の幫助犯の判決を確定した。フルヒナーは、第二次大戦中の1943年6月から1945年4月までの2年余り、ポー

ゝるその継承」立命館法学第329号〔2010年〕350頁以下）、Klaus Kastner, „Der Dolch des Mörders war unter der Robe des Juristen verborgen“ – Der Nürnberger Juristenprozeß des Jahres 1947, in: Journal der Juristischen Zeitgeschichte für Rechtsgeschichte des 19. und 20. Jahehunderts, Jahrgang 1 Heft 3 (Juli 2007), S. 82 ff (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」立命館法学第325号〔2009年〕63頁以下）、Heiko Maas, „Akte Rosenberg“, in: Recht und Politik Vierteljahreshefte für Rechts- und Verwaltungspolitik 52 Jahrgang 4. Quartal 2016, S. 193 ff (ハイコ・マース〔本田稔訳〕「ローゼンブルクの記録」立命館法学第374号〔2017年〕386頁以下）。本田稔「ナチスの法律家とその過去の克服」立命館法学第327・328号（2009年）795頁以下参照。

ランド北部グダニスク（ダンツィヒ）近郊のシュトゥットホーフ強制収容所で速記係の秘書として勤務した。彼女は、その間に収容された1万人以上のユダヤ人の殺害に関与した謀殺罪の幫助の罪でシュレースヴィヒ＝ホルシュタインのイツェホー州裁判所に起訴された。同裁判所は、2022年12月20日、被告人が犯行当時20歳未満の未成年者であったことから少年法を適用し、執行猶予付きの2年の自由刑を言い渡した。これに対して被告人は上告したが、連邦通常裁判所は上告を棄却した。フルヒナーは、1925年5月、グダニスク近郊のカルトホーフという人口数百人の小村に生まれ、商業学校を卒業後、地元の銀行で秘書として勤務した。職場の上司は「極めて誠実かつ正確に職務を遂行する優秀な従業員」であったと評価したほど、彼女は真面目で勤勉であった。それにもかかわらずと言うべきか、それだからこそと言うべきか、彼女は強制収容所において私情を交えず、上司の指示に従い、与えられた職務に従事した。ガブリエレ・ツィレナー第五刑事部裁判長は、フルヒナーの上告を棄却する決定を言い渡した後、傍聴席をじっと見据え、「1万505人の謀殺および5人の謀殺未遂の幫助に問われた被告人に対する執行猶予付き2年の少年刑（禁錮刑）の有罪判決は、これによって確定された」と、はっきりとした口調で述べた。それは、感情を交えず、法にのみ従って不法を裁く冷徹な正義の言葉であった。

三 ウルム特別行動隊裁判とフランクフルト・ アウシュヴィッツ裁判

過去の克服を推進する作業は、1950年代は低調であった。しかし、1958年のウルム特別行動隊裁判が転換点となってナチ犯罪追及センターが設立され、それは1960年代半ばのフランクフルト・アウシュヴィッツ裁判へと結実した。

占領期においてナチの犯罪の主要な部分を裁判にかけたのは、連合国の国際軍事裁判所であった（その解消は1956年5月30日）。国際軍事裁判所規程

の犯罪類型に該当しない行為は、州裁判所が管轄した。それを刑法犯として裁くにしても、証拠が散逸し、証人も少なく、起訴に至るケースは多くなかった。しかも、公訴時効の完成が迫っていたため、捜査と証拠の収集は時間との闘いであった。

公訴時効は、一般に犯罪行為が終了した時点から進行する。1933年1月30日の権力掌握以降に実行された犯罪も同様にその行為の終了時点から時効は進行する。ただし、ナチの関係者が行った犯罪をナチの司法機関が裁くということは事実上あり得なかったため、その時効の起算点はナチが崩壊し、刑事訴追が可能になった時点、すなわち第二次世界大戦が終結した1945年5月8日とされた。ナチの犯罪に適用される刑法規定は、終身刑に処される謀殺罪と重大故殺罪（刑法211条と212条2項）、長期15年の自由刑に処される単純故殺罪（刑法212条1項）、傷害致死罪（刑法227条）、監禁致死罪（刑法239条）などであった。これらのうち謀殺罪と重大故殺罪の公訴時効は20年で、それ以外の犯罪の公訴時効は15年であった。従って、前者の謀殺罪などの公訴時効は1965年5月8日に、そして後者の故殺罪などの公訴時効は1960年5月8日に完成する予定であった。そのような状況のなかで、親衛隊准将のヴァルター・シュターレッカー博士が率いる特別行動隊の関係者が1958年4月28日に謀殺罪の共同正犯でウルム州裁判所に起訴された。

特別行動隊とは、1939年にドイツ軍がポーランドを侵攻するために設立された親衛隊の従軍組織であり、ポーランドの政治指導者、ユダヤ教区の宗教指導者などを殺害することを基本任務とする特殊部隊であった。シュターレッカーの部隊は、1941年以降、リトアニアのユダヤ人の半数以上にあたる13万人の男女、子どもを殺害した。隊員たちは、被害者に暴行を加えながら犯行現場に追込み、彼らに地面に穴を掘るよう強要し、その後グループに分けて順に射殺し、その穴に葬った。「早くしろ。早くしろ。そうすれば仕事が早く終わるから」と呼び掛けて、任務を遂行した。ドイツ人が外国で行った犯罪の管轄権がドイツの裁判所にあるとしても、どの

裁判所が管轄するのが明らかでなかったため、ウルムの検事局は捜査を打ち切ろうとしていたが、バーデン・ヴュルテンベルクのエーリク・ネルマン検事長が担当検事を解任し、エルヴィン・シューレ上級検事に替えて裁判を継続させた。シューレは、13万人の被害者のうち5500人のユダヤ人と共産主義者を謀殺した共同正犯の罪で特別行動隊所属の10人の元隊員をウルム州裁判所に起訴した。被告人と被害者が限定され、公訴事実も被占領地のバルト諸国における謀殺に限定されたとはいえ、それを証拠によって裏づけ、起訴するまでに至ったことは画期的であった。また、裁判所に謀殺罪の共同正犯ではなくても、その幫助犯の成立を認めさせ、被告人らに3年から15年までの有期刑を言い渡させたことの意義も大きかった。この裁判を機に1958年末にルードヴィヒスブルクにナチ犯罪追及センターが設立され、重要な役割を果たしたエルヴィン・シューレがこのセンターの初代責任者に任命された（ただし、シューレは1933年に突撃隊に、さらに1937年にナチ党に加入した経歴が1962年2月に判明し、センター長の座を追われた）。

この裁判は、社会全体にナチ犯罪が十分に克服されていないことを気づかせた。1959年1月、フランクフルト・レントシャウ紙記者トーマス・グニールカは、アウシュヴィッツ強制収容所に関する書類をヘッセン州検事局に送付した。それは検事長のフリッツ・パウアーの手に渡された。それは「プレスラウ文書」と呼ばれ、アウシュヴィッツ強制収容所、プレスラウ親衛隊裁判所、同警察裁判所を管轄する司令部の親衛隊名簿と収容所の逃亡者を射殺した収容所の所員名簿であった。パウアーは、この書類がアウシュヴィッツ強制収容所において被収容者の謀殺が不問に伏されることを前提に行われたことを裏付ける証拠として証拠能力と証明力があると判断した。そして、一件書類を連邦通常裁判所に送付し、刑事訴訟法13a条に基づいて、本件をフランクフルト州裁判所が管轄できるようにした。これによってアウシュヴィッツ強制収容所におけるナチ犯罪の全容を解明する作業が着手された。アウシュヴィッツ強制収容所における大量殺人に対して重要な任務と役割を担った600人を超える関係者を割り出し、その犯

行を証拠によって裏付けられる被疑者を絞り込み、その任務を忠実に遂行した24人の被疑者を特定し、そのうち23人を謀殺罪の共同正犯の嫌疑で起訴した（1人は起訴前に死亡）。公判は、1963年12月20日から1965年8月20日まで行われ、6人に終身刑（謀殺罪の単独犯と謀殺罪の幫助犯）、11人に有期刑（謀殺罪の幫助犯）、3人に無罪が言い渡され、2人の手続が打ち切られた。1人は起訴後に死亡した³⁾。

シュトゥットホーフ強制収容所で秘書として勤務したイルムガルト・フルヒナーは、強制収容所の管理責任者ではなかった。被収容者を現場で管理または看守する責任者でもなかった。被収容者と接することもほとんどなかったであろう。それでも、彼女の業務は、それがなければ大量殺人機構と化した強制収容所を機動的に運営できないほど必要不可欠な役割を担っていた。しかし、全体は部分によって支えられ、部分の連携が全体を構成したとはいえ、彼女の関与はアウシュヴィッツ裁判の被告人らと同程度のものだったのか。彼女もまた大量殺人機構を機動する歯車の一部だったとしても、フランクフルト・アウシュヴィッツ裁判の法理は、彼女を謀殺罪の幫助犯として断罪する冷徹な正義の法理だったのか。

四 1960年代の公訴時効論争

ウルム特別行動隊裁判からフランクフルト・アウシュヴィッツ裁判までの1960年は、公訴時効をめぐる論争が激しく闘われた年であった。ナチの不法のうち故殺罪にあたる罪の公訴時効は15年であり、その起算点が敗戦の1945年5月8日とされたため、その完成日の1960年5月8日が迫っていた。その直前の3月、ドイツ連邦議会の社会民主党会派は、敗戦から連邦共和国の建国までドイツは占領下であり、その司法の機能は停止し、裁判

3) Fritz Bauer Institut (Hrsg.), Auschwitz-Prozeß 4 Ks 2/63 Frankfurt am Main, 2004, S. 246 ff. 本田稔「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」立命館法学第387・388号（2020年）339頁以下参照。

権が行使できない状態にあったことを理由に、公訴時効の起算点を連邦共和国建国の1949年9月とする法案を連邦議会に提案した。しかし、連邦議会の最大会派のキリスト教民主同盟はこの法案を否決した。民主国家の刑法の大原則は罪刑法定主義である。それによれば、国家がある行為を犯罪として処罰するためには、いかなる行為が犯罪にあたるか、それにどのような刑罰が科されるかを法律によって事前に告知しなければならず、その原則は刑法の時間的適用範囲にも及ぶ。公訴時効を刑事手続法上の規則であるのみならず、刑事実体法上の要件、すなわち刑罰権が行使される対象の時間的属性として捉えるならば、公訴時効の延長や廃止は、犯罪と刑罰の時間的適用範囲の変更を意味する。それを遡って、被疑者・被告人に不利益に適用することは、罪刑法定主義の派生原則である刑罰法規の遡及禁止に違反し、それを明記した西ドイツ基本法103条2項に反する。社会民主党提出のこの法案は、キリスト教民主同盟の反対に遭って否決された（第一次公訴時効論争）。

しかし、謀殺罪の公訴時効が完成する直前の1965年3月に再び公訴時効問題が再燃した。ナチ犯罪追及センターは謀殺罪の捜査を強化し、証拠と証言の収集に尽力した。アメリカのユダヤ人権団体のサイモン・ウィーゼンタールのウィーン資料センターは、オーストリアと西ドイツ在住の著名な政治家・文化人に謀殺罪の公訴時効問題についてアンケートをとり、それが完成することに消極的な意見をまとめ、公表した。1950年代末から東ドイツは、西ドイツの司法省と裁判所に元ナチの法曹官僚と裁判官が潜んでいるという「血塗られた裁判官」キャンペーンを展開していた。ポーランドやチェコスロヴァキアなどもドイツ国外で行われた犯罪に関する記録を西ドイツ政府に提供することを約束した。1965年5月8日以降、未知のナチ犯罪の実態が暴露されることは明らかであった。

このような状況のなかで、連邦議会では、終身刑に処せられる犯罪、つまり謀殺罪の公訴時効を20年から30年に延長する法案、また謀殺罪の公訴時効を廃止する法案が提案されたが、1965年3月の連邦議会において、公

訴時効の起算点を連邦共和国建国の1949年9月にずらし（アデナウアー首相ら全ての国務大臣が就任したのが9月20日）、その完成点を1969年12月31日とすることとした（第二次公訴時効論争）。

しかし、公訴時効の起算点をずらし、その完成点を1969年末に先延ばししたところで、この問題から逃れることはできなかった。1969年には公訴時効の完成が迫る中で、再々度、謀殺罪の公訴時効を廃止する議論が起こった。連邦議会はそれを20年から30年へ延長し、その完成点を1979年12月31日とすることを決定した（第三次公訴時効論争）。そして、最終的に1979年7月の連邦議会において謀殺罪の公訴時効を廃止した（第四次公訴時効論争）⁴⁾。

イルムガルト・フルヒナーは、1979年には54歳になっていた。シュトゥットホルフ強制収容所において速記係として勤務したこと自体が謀殺罪の幫助にあたり、自身が被疑者であり、訴追される可能性があることを認識していたのか。隠れ家のような場所で息を殺して身を隠し、怯えながら生きていたのか。それとも、戦後直後に非ナチ化の審査を受けて、多くの人たちと同様に過去の経歴に関して問題視されることもないまま、「普通のドイツ人」として暮らしていたのか。それは分からない。その40年後に90歳半ばの彼女が謀殺罪の幫助犯として逮捕・起訴され、有罪判決を受けたことをドイツ社会はどのように受け止めたのか。驚きをもって受け止めたのか、それとも当然のことと受け入れたのか。

ホロコーストは、歴史における唯一無二の犯罪であると言われてきた。ナチの過去を克服することは、戦後ドイツの存在証明であるとも言われてきた。過去に目を閉ざす者は、未来に対して盲目になり、過ちを繰り返してしまうと警告されてもきた。ナチ犯罪の実行犯と幫助犯が裁かれること

4) 公訴時効論争に関しては、石田勇治『過去の克服 ヒトラー後のドイツ』（2022年）184頁以下、ペーター・ライヒェル（小川保博・芝野由和訳）『ドイツ 過去の克服』（2006年）255頁以下、本田稔「刑法による過去の克服はいかに頓挫したか」ナマール第28号（2023年）27頁以下参照。

なく生きているならば、あの忌まわしい過去はなかったことになり、犠牲者もいなかったことになる。しかし、そのようなことはあってはならない。ホロコーストの犠牲者を追悼し、記憶し続けなければならない。そのためには、ナチの犯罪に関与した以上、いかなる被告人であれ、感情を交えず、法の命ずるところに従って相応しい裁きを与えねばならない。それは当然であるのかもしれない。しかし、フルヒナーに与えられた裁きは本当に相応しいものだったのか。

五 ホロコーストの忘れられた犠牲者は語る

ベルリンの観光名所でホロコースト追悼の集会が開催された日、国連本部のあるアメリカ・ニューヨークで「国連ホロコースト記念事業」が催された（現地時間1月26日）。クリスティアン・プファイル氏が記念講演を行った⁵⁾。彼はホロコーストの生存者として、しかも「シンティとロマ」の代表者として演台に立った。プファイル氏は、ドイツ出身のシンティである。故郷のトリアーから家族全員が国外追放され、ルブリンのゲットーに送られ、全員がアウシュヴィッツ強制収容所に移送された。プファイル氏はそこで1943年に生まれた。姉のベルタは当時12歳、兄のルードヴィヒはまだ3歳であった。極寒の収容所では、寒さと飢えに耐えながら、子どもであっても厳しい強制労働に従事させられた。彼の母は、生まれたばかりのクリスティアンを布にくるんで作業に出かけた。冬の数ヶ月間、母は

5) クリスティアン・プファイル氏の講演動画と講演の全文（英文）は、https://www.youtube.com/watch?v=iGYFUBZlh_g、https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2024/02/christian_pfeil_-_speech.pdf 本稿の著者は、2024年4月22日にドイツ・ミュンスターで開催されたクリスティアン・プファイル氏の講演会に出席する機会を得た。地元紙「ミュンスター新聞」（2024年4月24日）はその模様を「クリスティアン・プファイルはアウシュヴィッツを赤ん坊として生き延びた」と報じた（Münstersche Zeitung 24. April 2024）。またプファイル氏のミュンスター滞在中に、講演企画の主催団体から許可を得てプファイル氏に直接お会いし、話を聞く機会を得た。

雪の上に子どもを寝かせ、その脇で仕事をした。母は子どもの顔を見ながら働き、子どもは母の声を聴きながら育った。強制収容所に収容された期間は5年に及んだが、家族は全員生きながらえた。それは奇跡であった。

ホロコーストの犠牲者の大多数はユダヤ系のヨーロッパ人であったが(推計600万人)、プファイルはその1割ほどの50万人のシンティとロマの犠牲者の1人であった。彼は代表して述べた。「シンティとロマは、十数年にわたって無視され、否定されてきました。今日の私たちの共同体が備えた良識によってさえも認識されることはほとんどありませんでした」。1945年1月27日、アウシュヴィッツ強制収容所が解放され、その後戦争が終わったが、「それは私たちに対する排除、屈辱、迫害の終わりを意味しませんでした。ナチ時代に私たち家族を移送、迫害したことに責任を負うべき加害者が、今度はドイツ連邦共和国の権威の名の下に、私たちの補償要求に対して決定を下す立場に立っていました。反ジプシー主義は、ドイツとヨーロッパでは途切れることなく続き、それはアパルトヘイトの一形態とも言える人種排除に至りました。しかも、多くのヨーロッパ諸国に散在する少数派に対する排除は大規模なものでした」。

ナチの謀殺罪の時効延長後の1970年代、そしてその廃止後の1980年代、良識ある多くの人々がナチ犯罪を認識し、「シンティとロマ」もまた犠牲者であることを知った。ヘルムート・シュミット(当時)首相のもとで、ようやくシンティとロマの殺害が国際法上のジェノサイドにあたることが認定された。1944年8月2日、アウシュヴィッツ強制収容所に収容された4300人のシンティとロマが収容所内で抵抗運動を組織し、親衛隊に虐殺されたことも明るみにされ、2015年、欧州議会は8月2日をシンティとロマのための国際ホロコースト記念日とすることを宣言した。フランク＝ヴァルター・シュタインマイヤー独大統領が、1945年以降の反ジプシー主義、シンティとロマに対する引き続く不正を『第二の迫害』と呼び、シンティとロマに赦しを請うたのは、2022年のことであった。

シンティとロマは、ホロコーストの忘れられた犠牲者である。クリス

ティアン・プファイルは、2024年8月2日がシンティとロマのための80回目の記念日であることを強調し、それを厳かに記憶するよう訴えた。そして、世界中の若者に呼びかけ、シンティとロマもまたホロコーストの犠牲者であることを記憶し、それを将来へと伝えてくれるよう呼び掛けた。かつて彼とその家族が受けた人種憎悪と暴力がヨーロッパにおいて台頭しつつあるナショナリズムと右翼急進主義によって再び繰り返されそうになっていることに警鐘を鳴らした。最後に彼はアウシュヴィッツの犠牲とそこから引き継ぐべき遺産について語った。「アウシュヴィッツの犠牲の遺産とは、すべての国家、そして国連に結集しているグローバルなコミュニティの義務、責任のことです。それは、シンティとロマ、またユダヤ人などの少数派を守ることはありません。今日、そして今後、私たちは、民主主義と法の支配を擁護しなければなりません」。

クリスティアン・プファイルがこのような講演を行っていた時にベルリンの観光名所で2つの団体が集会を開いていた。いずれもホロコーストの犠牲者を記憶し追悼する集会であったが、一方ではイスラエル政府によるガザ住民へのジェノサイドが批判され、それは（規模の大小はあろうとも）新たなホロコーストのように描き出された。他方ではそのようなイスラエル批判のなかに（抑えられてきた）反ユダヤ主義の感情が溢れ出し、暴走する危険性が訴えられた（アンネ・フランクとその家族が戦時中に隠れ家として使用していたアムステルダムの住居はホロコーストを記念する博物館として運営されている。2024年3月10日にアムステルダムにホロコースト博物館が新たに開館された。それに対してパレスチナの旗を掲げた団体が大規模デモと抗議活動を行った。彼らは、ガザ住民に対するイスラエルの暴挙を問題にせず、ユダヤ人を犠牲者とする新たなホロコースト記念館を開館することの偽善性と欺瞞性を告発した）。この対立は、ホロコーストの被害とガザ地区住民への加害に「ユダヤ」を重ねて捉えられたために引き起こされた。クリスティアン・プファイルが述べたアウシュヴィッツの犠牲の遺産の言葉、すなわちホロコーストの忘れられた犠牲者の「シンティとロマ」の訴えは彼らの耳に届いたのか。

六 過去の克服と法治国家刑法のパラドクス

時計の針を1968年に設定する。1960年代には3つの公訴時効論争が闘われた。1960年の第一次公訴時効論争（故殺罪の公訴時効の完成）、1965年の第二次公訴時効論争（謀殺罪の公訴時効の起算点を1949年に設定）、そして1969年の第三次公訴時効論争（謀殺罪の公訴時効を20年から30年に延長）である。いずれもナチ犯罪人の処罰が時間との闘いであったことがわかる。この闘いは、最終的に1979年の謀殺罪の公訴時効の撤廃とナチ犯罪の無期限の追及に至った。公訴時効の完成を理由に刑法による過去の克服を終了しようとする世論は、総じて劣勢に立たされた。この論争を法治国家刑法の基本原則と関わらせて考察すると、罪刑法定主義の派生原則である刑罰権の時間的効力と適用範囲に関する原則がナチの被疑者・被告人に不利益に修正されたと言えることができる。ナチは法治国家刑法の基本原則、とりわけ罪刑法定主義とその遡及効禁止原則を蹂躪したが、連邦共和国はそのナチの不法と犯罪を克服するために法治国家刑法の公訴時効の原則を修正した。それはドイツ固有の法文化ゆえのことなのか、それとも変革期における歴史の弁証法によるものなのか。いずれにせよ理論的な解明を要する問題である。

国家が法の名のもとにおいてある行為を犯罪として規定し、それに刑罰を科すことができるのは、あらかじめその行為が刑法において犯罪とされ、それに対応する刑罰が定められている場合に限られる。しかも、ある行為が犯罪に当たるか否かを認定し、刑法を適用するためには一定の時間的制約がかけられている。国家はその限界を超えて刑法を適用できないだけでなく、それを問題視することさえ許されない。刑法は制定・施行から廃止まで一般的な効力を有し、特定の行為に対する個別的な効力はその行為の実行から公訴時効の完成までとされている。その期間を超えると国家はその行為に刑罰権を行使できない。犯罪との闘争は時間との闘いである

と言われるが、より正確に言うと、犯罪闘争を促進する刑事政策的な刑法思想と犯罪闘争を制限する法治国家の刑法思想との闘いである。法治国家の刑法思想は、刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障を全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正かつ迅速に適用することを要請する。それは、ナチ犯罪の実行犯と幫助犯であると疑われている人々の捜査と訴追にあたっても同じである。ナチ犯罪の全体と個別の事案の真相を明らかにし、それに刑罰法令を適用して過去を克服することは戦後のドイツ社会の重要課題であった。そのために適用されるべきは「連邦共和国刑法」であった。そのことを理由に公訴時効の起算点を建国時にずらすことはやむを得なかったのかもしれない。しかし、謀殺罪の公訴時効を20年から30年に延長することは法治国家刑法としては禁じ手である。それを廃止して無期限に追及することは言うまでもない⁶⁾。

なるほど、公訴時効制度は、刑事手続に関する規則であって、その期間の延長は罪刑の実体的規定とは無関係であり、罪刑法定主義に抵触しないともいえる。公訴時効の延長は、犯罪である行為を追及する期間を延長するだけであって、犯罪ではなかった行為を犯罪として追及するわけではなく、罪刑法定主義の趣旨に反しないのかもしれない。しかし、刑法は刑罰権が及ぶ時間的領域をあらかじめ確定していたのであるから、その時間的領域を事後的に延長することは、刑罰権が及ばなかった領域に新たに刑罰

6) 刑法適用の時間的範囲はその制定から改廃までである。それ以前には刑法はなく、またそれ以降にも刑法はない。刑法が立法議会によって人為的に制定される限り、刑法の効力と適用はそうように時間的に制約される。しかし、人為的な立法よりも前にすでに形而上の永遠の法が存在し、人間のあらゆる行為がその法によって規律されていると仮定するなら、その形而上の法に反する行為は追及される。罪に罰が科され、それによって法は確証される。罪が裁かれずにあることは、法の否定を意味し、それ自体が新たな罪でもある。罪は永遠に償われる。ナチの不法が明るみになった戦後直後に法哲学者のグスタフ・ラーオブルフはナチの法律を「法律の形をした不法」とし、それを「法律を超える法」によって克服すべきことを説いた（いわゆる「再生自然法論」）。それは「法の革新」であったのか、彼の法思想と公訴時効の延長・撤廃とはいかなる関係にあるのかを考察しなければならない。Vgl. Monika Frommel, Rechtsphilosophie in den Trümmern der Nachkriegszeit, in: JZ 19/2016, S. 913 ff.

権を設定することにほかならず、その時間的領域の外にある行為に刑罰権を遡及的に適用することは、犯罪ではなかった行為を犯罪として処罰することと同義である。したがって、公訴時効の延長と廃止は、法治国家刑法の基本原則である罪刑法定主義に反する。

しかし、ナチの過去を見つめ、それを克服する正義の刑事政策には罪刑法定主義は足枷に思われた。法治国家の刑法は不法を克服する正義に道を譲らねばならなかった。法は正義の動に歯止めを掛けることができなかった。

七 1968年刑法一部改正と「裏口恩赦」

このような正義の動に対して、第二次公訴時効論争の直前の1968年5月に法の反動が起こった。1968年5月24日、ドイツ連邦議会は、刑法の一部改正を伴う秩序違反法施行法案を審議・可決した(同年10月1日施行)。この法案の中に刑法(旧)50条2項の改正案が含まれていた。この刑法改正の目的は、不真正身分犯の共同正犯および共犯に関する2項を3項へ移し、2項に新たに真正身分犯の共犯に関する規定を設けることであった。(旧)2項は、不真正身分犯の刑を加重、減軽または阻却することを法律が規定している場合、その規定はその身分が存在する正犯または共犯にのみ適用されると定めていた。それによって刑の加重的身分が存在しない(共同)正犯や共犯の刑は必要的に減軽された。これに対して真正身分犯の共犯に関する規定は設けられていなかったため、それには身分の有無にかかわらず共犯の一般規定が適用された(教唆犯・幫助犯ともに真正身分犯の法定刑が適用された〔旧48条2項・旧49条2項。ただし、幫助犯の刑については減軽することができた〔旧49条2項但し書〕〕)。秩序違反法施行法に伴う刑法改正によって(旧)2項が3項に移され、2項に新たに真正身分犯の共犯に関する規定が設けられ、これによって真正身分犯の共犯にその身分が存在しないときは、その刑が必要的に減軽されることになった。これが後に

「裏口恩赦」と非難された規定である。

この刑法（旧）50条2項によれば、真正身分犯の共犯のうち身分のない共犯の刑は減軽される。この規定は、行為者の一身専属的な身分に応じた刑を科すという意味において責任主義を徹底するものである。非身分者を身分者と同等に扱わないという意味では科刑における平等主義をも意味する。これがなぜ「裏口恩赦」なのか。それは次のように説明される。謀殺罪は真正身分犯であり（法定刑は終身刑であり、公訴時効期間は20年）、その共犯に身分がないときは、その刑は長期15年の自由刑に減軽され、その公訴時効期間はそれを基準にして15年と算定される（旧67条1項）。その結果、秩序違反法施行法施行の1968年10月1日の時点において、身分のない幫助犯の公訴時効はすでに1960年5月8日に完成していたことになったからである。

謀殺罪の規定には複数の謀殺罪の行為類型が規定されているが、そのなかでもナチ裁判で取り上げられることの多かった「下劣な動機に基づく謀殺」は、真正身分犯の類型である。下劣な動機は、謀殺者を故殺者から典型的に区別する行為者関係的属性であり、謀殺者による殺人を謀殺罪という特殊な犯罪類型として構成する真正身分である。下劣な動機という謀殺者固有の人格が殺人行為に表出されるがゆえに、殺人が謀殺罪を構成するのである。それと故殺者が行う殺人とは似て非なる犯罪現象である。

謀殺罪と故殺罪は、もともとは「熟慮」の有無によって区別されていた。人の生命侵害という客観的な行為としては共通するが、「熟慮」という主観的な要素によって区別されていた。つまり、熟慮に基づく殺人が謀殺罪、それに基づかない殺人が故殺罪として区別されていた。これが独ソ戦開始時の1941年に改正され現在に至っている。ヒトラーなどナチ党の最高幹部は、人種主義的優生思想と異民族排斥主義に基づいてユダヤ人やシンティとロマなどの絶滅政策を実行したので、それが下劣な動機に基づく謀殺にあたることは明らかである。その正犯は専らヒトラーたちであり、強制収容所の現場においてそれを遂行した所長や現場担当者・看守らは謀

殺罪の幫助犯とされた（幫助的道具）。この現場担当者や看守も下劣な動機から命令を遂行し、正犯を幫助したのであれば、彼らの刑は減輕されないが、下劣な動機からではなく職務忠実ゆえに命令を遂行しただけであれば、彼らの刑は長期15年の自由刑に減輕される。その結果、その公訴時効期間は起算点である1945年5月8日から15年経過した1960年5月8日にすでに完成していたことになったのである。これが「裏口恩赦」の論理である。秩序違反法施行法が施行された1968年10月1日以降、多くのナチの謀殺罪の幫助犯の公判と捜査が打切られた⁷⁾。

秩序違反法施行法に伴う刑法の一部改正において指導的な役割を果たしたのが、連邦司法省の官僚法曹ヨーゼフ・シャフホイトレとエドゥアルト・ドレーアーであった（いずれも1933年以降に帝国司法省に入省した官僚法曹であり、ドレーアーは1939年オーストリア併合後にインスブルックで特別裁判所に検事として配属された）。秩序違反法施行法案と刑法改正草案（1962年）は別々に起草され準備が進められていたが、彼らは刑法改正草案から「真正身分の共犯」の規定だけを取り出し、それを秩序違反法施行法案に取り入れ、それを連邦議会に提案する機会を窺がっていた。連邦司法省内の小委員会での検討と連邦議会の法務委員会での審議を踏まえ、1968年5月に連邦議会本会議に提案した（5月24日可決）。それは法案を通す絶好の機会であった。連邦議会の野党勢力、またドイツ労働総同盟、さらには社会主義ドイツ学生同盟は、キージナー政府が狙う非常事態法の制定（5月30日可決予定）を阻止するために、その法案の粉碎を戦略・戦術の最大争点に位置づけ、ゼネストと街頭における抗議行動を準備していた。反対運動は、5月30日を目前に控えて空前の広がりを見せた。激しい攻防の末、非

7) Vgl. Moritz Vormbaum und Florian Eichblatt, § 28 I StGB “Verjährungsamnestie” für NS-Unrecht, in: AK Zeitgeschichte und Ausbildung (Hrsg.), Unrecht mit Recht? Ein Reader zu Nationalsozialismus und juristischer Ausbildung, 2024, S. 51 ff (モーリツ・ヴォルンバウム／フロリアン・アイヒブラット [本田稔訳]「刑法28条1項 国家社会主義不法のための『時効恩赦』」現代史と教育研究会編『あの時の不法は今では法の隣にいます?——国家社会主義と法学教育のための読本』立命館法学第414号〔2024年〕260頁以下).

常事態法案は予定どおり 5 月30日に連邦議會を通過した。非常事態法（Notstandrecht = NS-Recht）に反対するデモ隊は、その 1 週間前に秩序違反法施行法案の脇を通り過ぎていた。

ドレーアーは、非常事態法反対運動が頂点に達し、浮足立ち、それしか見えなくなる瞬間が来るのを知っていた。精密機械のように立体構造をなした刑法解釈学で理論武装した官僚法曹は、この御時世において社会運動家や革命運動家が秩序違反法施行法という無機質な名称の法案に関心を持つことなど絶対ないと確信していた。勤勉な法学部生であれば、その条文に隠された「裏口恩赦」の狙いを読み解くことができたであろうが、そんな学生は運動の現場には居合わせないものである。かりに居合わせていても、運動の幹部になることはまずない。彼らは運動の周辺から「秩序違反法施行法案反対を闘争課題として位置付けるべき……」と小さな声でささやくだけであった。街頭で叫ばれた非常事態法反対のシュプレヒコールの轟音は彼らの声をかき消した。そのお陰でドレーアーは最後の任務を完了することができた。

1968年 5 月24日、秩序違反法施行法案は、案の定、激しい抵抗に遭うことなく、連邦議會で可決された。クルト・ゲオルク・キージンガー首相（キリスト教民主同盟：在任期間1966年12月 1 日-1969年10月21日）は、法案を準備・提案した省の責任者であるグスタフ・ハイネマン法相（社会民主党：在任期間1966年12月 1 日-1969年 3 月26日）を労った。ハイネマンは、大連立政権の閣僚ゆえに非常事態法案に賛成したものの、学生運動には好意的であり、リベラル・人権派として国民から高い支持を得ていた。ヴィリー・ブランド社民党党首（連立政権の副首相兼外務大臣）は、分断されたドイツの世論を修復するのに相応しい人物であるとして彼を連邦大統領候補に指名した。ハイネマンは、連邦議會の決選投票においてゲアハルト・シュレーダー候補（キリスト教民主同盟）を僅差で破り、社会民主党初の連邦大統領に選出された（在任期間1969年 7 月 1 日-1974年 6 月30日）。ハイネマンの周りには彼の大統領就任を祝う大勢の人々が集まった。

八 ほふられた子羊——看守と秘書の処罰の意味

ナチ犯罪の幫助犯の公訴時効を完成させようとする法の反動を阻止し、その追及をさらに継続するためには、正義には二つの条件が必要であった。一つは謀殺罪の幫助犯の成立範囲を広げることであり、もう一つは幫助犯の下劣な動機を証明することであった。

謀殺罪の幫助犯として捉えられたのは、ウルム特別行動隊裁判やフランクフルト・アウシュヴィッツ裁判の被告人たちの経歴からも分かるように、被占領地区の人々や強制収容所の被収容者を自身の手で直接殺害した責任者であった。つまり、ユダヤ人に穴を掘らせてその前に立たせて、銃を乱射した特別行動隊員、そして収容所のガス室を稼働させ、ユダヤ人やシンティとロマなどをそこに直接的に押し込んで、ガス噴射のボタンを押して毒殺した収容所の幹部職員たちが「下劣な動機」から謀殺罪を幫助したとして断罪された。したがって、被収容者の死亡の直接的な原因となる幫助行為を行わなかった隊員、強制収容所の機構において職務上の指導的な地位になかった下級職員は訴追の対象から除外されてきた。しかし、強制収容所における大量殺人は、直接的な行為と被害からなる因果的事象ではなく、その前後と途中において介在した間接的・補助的な関与行為に支えられた重層的・構造的事象の総体であり、大規模工場において工業製品を大量生産するように間接的・補助的な業務なしには成立不可能であった。このように事実認定を変更するならば、被収容者の生命を侵害する直接的な幫助行為に加えて、間接的・補助的な関与行為を幫助に取り込むことができよう。そうすれば、フリッツ・バウアーが訴追の対象から除外した人々にも刑罰権を向けることができよう。現場において被収容者の動静を監視しただけの看守、被収容者の所持品の管理・保管作業に従事した簿記係、収容所長の口頭報告を速記し、所長名義の報告文書を起案した秘書・速記係なども、強制収容所の全体的運営に必要・不可欠な職務を遂行

したということができる。彼らは命令を遂行しただけであったが、強制収容所の設置目的と任務を知っていた。自身の行動が究極的にその目的と任務の達成に資することを認識していた。そのような認識も「下劣な動機」にあたるというならば、現時点においても彼らを謀殺罪の幫助犯として裁くことができる。

正義がこのような論理と法理によって過去を克服するきっかけになったのが、ジョン・デミヤニユクの事件であった。デミヤニユクは、1920年4月3日にウクライナ共和国に生まれた旧ソ連軍の兵士であり、戦中にドイツ軍捕虜となり、アウシュヴィッツ強制収容所において看守として業務に従事した（戦争終結時25歳）。それから66年後の2011年10月26日、ミュンヘン第二州裁判所は、デミヤニユクに対してアウシュヴィッツ強制収容所において「下劣な動機」に基づいて大量の謀殺罪を幫助したと認定した。イルムガルト・フルヒナー（同19歳）に応用されたのはこの法理であった。

刑法による過去の克服とは何なのか。それによって克服される過去の意味を知るためには、看守と秘書を裁いた法理を検証せねばならない⁸⁾。

8) Vgl. Lawrence Douglas, Der Wachmann und die Sekretärin, in: Moritz Vormbaum (Hrsg.), Spätverfolgung von NS-Unrecht, 2023, S. 109 ff. ローレンス・ダグラス（米国アマースト大学教授）は、フルヒナーの謀殺罪の幫助犯の認定はデミヤニユク裁判法理の誤った適用の所産であると批判する。