

# ローレンス・ダグラス 看守と秘書

本田 稔\* (訳)

ここに紹介するのは、ローレンス・ダグラス「看守と秘書」である (Lawrence Douglas, *Der Wachmann und die Sekretärin*, in: Moritz Vormbaum (Hrsg.), *Spätverfolgung von NS-Unrecht*, Springer 2023, S. 109-118.)。

著者のダグラス教授は、1959年アメリカ合衆国生まれ。1982年にブラウン大学で文学士、1986年にコロンビア大学で文学修士を取得した後、1989年にイェール大学ロースクールで法学博士の学位を取得した。現在、アメリカ合衆国マサチューセッツ州に本部を置くアマースト大学法学部で法学と社会思想を講じている。代表的な著作に、*Will He Go? Trump and the Looming Election Meltdown in 2020* (「彼は行くつもりなのか——トランプと溶解する2020年選挙」)、*The Right Wrong Man: John Demjanjuk and the Last Great Nazi War Crimes Trial*, 2016 (「正しい悪人——ジョン・デミヤニクとナチ犯罪の最後の大物裁判」)、*The Memory of Judgment: Making Law and History in the Trails of the Holocaust*, 2005 (「判決の記憶——法創造とホロコースト裁判史」) などがある。「看守と秘書」は、ナチの不法の訴追をめぐる現在の諸問題を考察したシンポジウムにおいてダグラス教授が英語で報告した講演原稿を基にしている (Lawrence Douglas, *The Guard and The Secretary*)。紹介するのは、ミューンスター大学法学部のモーリツ・フォルンバウム教授によってドイツ語訳され、2023年の報告集に掲載された論文である。元の講演原稿に注記はなく、掲載にあたって補足されたものである。

「看守と秘書」という論文の表題からダグラス教授の問題意識を読み取ることは難しい。しかし、看守と秘書の間にある一つの共通点が理解できれば、教授の問題関心は非常に鮮明になる。第二次世界大戦末期の1944年当時ソビエール絶滅収容所に勤務していた看守のジョン・デミヤニク (ウクライナ出身のソ連軍兵士。終戦当時25歳。旧名イワン [Iwan]。後に米国に移民し、ジョンと名乗る) は、ナチ親衛隊が行った2万

---

\* ほんだ・みのる 立命館大学法学部教授

7900人のユダヤ人殺害を手助けしたとして、2011年11月28日、ミュンヘン第二州裁判所によって謀殺罪の幫助犯の有罪判決を受けた(判決後、被告人の死亡により判決は確定)。また、連邦通常裁判所は2024年8月、大戦末期のシュトゥットホーフ強制収容所における1万人以上のユダヤ人殺害を手助けしたとして、同収容所司令官専属秘書のイルムガルト・フルヒナー(終戦当時19歳)の上告を棄却し、謀殺罪の幫助犯の有罪判決を確定した。ダグラス教授はこのナチの謀殺罪の幫助犯の二つの事案を比較し、その共通点と相違を踏まえて、謀殺罪の幫助犯の法理を批判的に検証している。それは、戦後続けられてきたナチ裁判の現局面(もしかすると最終局面なのかもしれない)における刑法理論と刑事実務の課題、事実認定と刑法適用の方法の限界を改めて浮き彫りにしている。ナチの過去とは何なのか。刑法による克服の目的とは何だったのか。それによって戦後ドイツ社会は何を得たのか。戦後世界はそこから何を学んだのか。刑法理論と刑事実務はそれにどのように関わり、そこからどのような教訓を得たのか。この問題の考察もまたタイムリミットに差し掛かろうとしている。

本稿は、立命館大学法学部2025年度前期「専門ドイツ語Ⅲ」の授業での議論を踏まえたものである。大学教育においては、英語や仏語、独語などの外国語が一般教養科目として履修が義務付けられているが、「専門ドイツ語」は、それらを履修し終えた学生が法律学・政治学の学習と結びつけてドイツ語の語学力を習得するための任意の履修科目の一つである。一般教養科目の単位は卒業要件として計算されるが、任意の科目はそれには加算されない。そのため受講するものもないのも任意である。受講生の人数も少なく、授業の規模も小さい。しかし、その分だけ受講生同士の対話は活発である。法と政治だけでなく、哲学と思想、歴史と文化などの問題も話題になる。受講生はそれぞれに興味をもって学んでいるというのが担当者の実感である。今年度前期に担当した「専門ドイツ語Ⅲ」の受講生は、立命館大学法学部の中嶋伸哉君(3回生)と鈴木瞳君(3回生)。2025年度後期はヴェルツブルク大学法学部に留学中)の2人であった。私を含め3人でナチの過去の刑法による克服について議論を重ねた。本稿は、ダグラス論文に関する本田の理解と評価をその議論を踏まえてまとめたものである。

なお、ダグラス「看守と秘書」は10頁の短い論文であるが、判例や学説、法制度などに関する専門的な知識を前提にして書かれているため、内容的には非常に難解である。論文の内容を正確に紹介するために、日本語の表記を工夫した(訳注:と表記した箇所)。原文には章節は付けられておらず、内容に即して訳者の方で付けたものである。イタリック体で記載された部分には傍点(˙)を付けた。なお、邦語訳

にあたりダグラス教授から2025年7月26日付けで承諾を得ることができた。謝意を表する。

## 目 次

### 論文の要旨

- 一 はじめに——デミヤニユク裁判以前
  - 二 デミヤニユク裁判以降——グレーニンク、ハニンク、ダイ、フルヒナー
  - 三 デミヤニユク裁判における検事局の論証戦略
  - 四 コーネリウス・ネストラーの論証戦略
  - 五 グレーニンク裁判の論証方法
  - 六 デミヤニユク裁判の先例のフルヒナー裁判への誤った適用
  - 七 ジェノサイド、人道に対する罪の幫助犯の可能性
- 解 説

## 論文の要旨

シュトゥットホーフ強制収容所司令官元秘書イルムガルト・フルヒナーは、謀殺罪の幫助犯の嫌疑で訴追されている（訳注：ドイツ連邦通常裁判所は、2024年8月20日、フルヒナーの上告を棄却し、犯行当時、未成年であったことから少年法を適用して執行猶予付きの2年の自由刑の判決を言い渡した原審の判断を確定した）。その裁判では、デミヤニユク判決の原則が誤って適用された。しかも、それはグレーニンク裁判において拡張的に適用されたものである。本稿の目的は、この点を明らかにすることにある。デミヤニユク裁判の原則が誤って適用された背景事情には、結局のところドイツ司法がナチの大規模な残虐行為を刑法211条に基づいて謀殺罪の範疇に位置づけざるをえなかったことがある。

### キーワード

デミヤニユク グレーニンク ハニンク フルヒナーの職務的関与 謀殺罪の幫助犯 個別的構成要件 列車発着場での任務 人道に対する罪 ジェノサイド 1969年連邦通常裁判所アウシュヴィッツ裁判判決

## 一 はじめに——デミヤニユク裁判以前

2011年、ミュンヘン第二州裁判所は、ジョン（イワン）・デミヤニユクに有罪判決を言い渡した。それはドイツ司法を通じて行われた一つの恐ろしい行為であった。ドイツ連邦共和国の裁判所は、デミヤニユクに有罪判決を言い渡すことによって、親衛隊が管理・運営した絶滅収容所の臨時看守に謀殺罪の幫助の責任があることを初めて認めた。さらにそれ以上に重要なことは、その判決が概して絶滅収容所の看守の刑事訴追を長きにわたって阻んできた理論的障壁を取り除いたことである。過去の判例は、私が特徴づけたように「二段階格下げ」(double shift)をもたらし<sup>1)</sup>。ドイツの裁判所には、これまで元収容所看守の裁判において、元看守を謀殺罪の正犯として処罰した例があるが、それは国家的に計画された大規模な絶滅行為の枠組とは別の次元において謀殺罪を行った極端な行為者を正犯として扱ったものである。この要件を満たしたのは、基本的にイワン・グロズヌイのような加虐的性向の強い怪物のような男性、すなわちトレ布林カ強制収容所勤務の精神病質の看守だけである——デミヤニユクが当初そのグロズヌイと間違えられたことは有名な話である<sup>2)</sup>。ユダヤ人を射殺して大規模な墓穴に埋めた特別行動隊の隊員、ツィクロンBをガス室に投げ入れた絶滅収容所の看守もいたが——彼らも同じように謀殺罪の正犯として扱われるのではと思う人がいるかもしれないが——彼らが自分たちは命令を遂行しただけであると主張すれば、ドイツの裁判所は彼らを謀殺罪の幫助犯としか見做さなかった。それに対して、例えば特別行動隊による大量射殺行為の現場で補助にあたった者、あるいは絶滅収容所において「通常」の監視業務に従事した者は——彼らは謀殺罪の幫助犯として扱われるのではと思う人がいるかもしれないが——処罰されなかった。

この「二段階格下げ」(訳注：本来的には正犯にあたるべき行為を行った者を従犯として格下げしてその刑を減輕し、さらに従犯にあたるべき関与者を格下げして共犯から除外して無罪にする)は、基本的に1969年の連邦通常裁判所のアウシュヴィッツ裁判判決から受け継がれた後戻りできない遺産であった。この最上級の裁判所はその判決の中で、アウシュヴィッツ強制収容所を統一的な謀殺複合機構として捉えることを拒んだ。強制収容所で勤務し、そこで職務に従事しただけでは謀殺罪の共同責任を負わされな

---

1) Douglas 2018.

2) Landau & Levinson 1991.

いと述べた<sup>3)</sup>。では連邦通常裁判所はアウシュヴィッツ強制収容所をどのように扱ったかという点、そこを一つの場所として取り扱った。すなわち、数千件の個別的な行為が行われた場所、それ自体として個別的に証明されねばならない個々の犯罪行為が行われた現場として取り扱った。この判決によって収容所の看守を刑事追迫することが非常に困難になったことはいうまでもない。なぜならば、個別的な殺人行為を裏付ける証拠を提出することは——たとえ不可能でなくても——困難だからである。特定の看守が特定の殺人行為に関与したと述べて、被告人に不利な証言ができる生存者はいるが、わずかしかないであろう。元看守であれば証言できるかもしれないが、被告人は証人の元同僚である。そんな彼らが被告人の絶滅への関与を証言し、彼らに不利な証拠を提出することはないであろう。それゆえ、連邦通常裁判所の判決のおかげで、自身の手で殺人を実行した人々は、たとえ証拠が存在しても、せいぜいのところ幫助犯として裁かれるだけであった。その個別の行為が証明されなかった絶滅収容所の数千人の看守や臨時職員は訴追されなかった。

デミャニク判決は、この従来までの判例——1969年アウシュヴィッツ裁判判決——への違反を意味した。この裁判で判例違反の判決が言い渡されたのは、元親衛隊の看守やその臨時職員の大多数が平和のうちに人生を終えた後であった。物事を冷ややかに見る癖のある人は、おそらくこれは偶然の出来事ではないと主張するかもしれない。判例違反の判決を言い渡す差し迫った必要がないならば、判例から時間が経過していることを踏まえれば、その判決の意義をさして大きくはない。ただし、それを完全に排除することはできない。

ミュンヘン第二州裁判所は、デミャニクに対する裁判において次のように判断した。ソビボル強制収容所のような親衛隊管理の純粹収容所（訳注：絶滅を唯一の目的として設置された収容所）では、全ての看守が謀殺罪を幫助した——つまり絶滅だけが収容所における彼らの任務であった。このような事案では、検察官は個々の殺人行為への関与を裏付ける証拠を提出してその責任を証明する必要はない。看守には殺人機構の一部として組織的な大量謀殺を幫助した責任がある。彼らの責任は、彼らが従事した職務から直接的に証明することができる。ミュンヘン第二州裁判所はこのように判断した。

---

3) 連邦通常裁判所1969年2月20日判決を見よ。BGH. Urt. v. 20. Februar 1969 – 2 StR280/67. In: Rüter/de Mildt (Hrsg.), Justiz und NS-Verbrechen. Nr. 595b, Band XXI. 838 ff.

## 二 デミヤニユク裁判以降

### ——グレーニク、ハニク、ダイ、フルヒナー

2015年、リューネブルク裁判所は、「アウシュヴィッツの簿記係」と呼ばれた元親衛隊看守のオスカー・グレーニクを有罪に処した。その判決は、デミヤニユク判決が切り開いた突破口を適用した最も重要な事例であり、しかもそれを拡張したものである<sup>4)</sup>。デミヤニユクは、我々が知っているように、その判決が法的に確定する前に死んだ。グレーニクは、約30万人のユダヤ人の謀殺を幫助したと認定した判決を不服として上告したが、連邦通常裁判所はそれを棄却した。連邦通常裁判所が適用したのは、デミヤニユク判決において主張された共犯理論であった——しかも、それは拡張適用された<sup>5)</sup>。

この拡張適用された共犯理論の理解は、さらに次の事態をもたらした。ラインホルト・ハニクは、アウシュヴィッツ強制収容所において親衛隊看守として勤務した。彼もまた2016年にデトモルト裁判所によって17万人のユダヤ人の謀殺を幫助したとして有罪に処された。ダンツイヒのシュトゥットホーフ強制収容所において親衛隊看守として勤務していたブルーノ・ダイも同じである。彼はハンブルク裁判所において5232人の謀殺を幫助したとして有罪に処された。これらの事案において適用されたのが、グレーニク裁判におけるデミヤニユク判決の拡張バージョンである。

シュトゥットホーフ強制収容所司令官パウル・ヴェルナー・ホッペの専属秘書で、「悪魔の秘書」と呼ばれたイルムガルト・フルヒナーは、1万1412件の謀殺を幫助した疑いでイツェーホーの裁判所に起訴された<sup>6)</sup>。ただし、私の見解によればフルヒナーの事案はそれ以前のものと同様に異なる（訳注：看守と秘書の違い）。私は、デミヤニユク裁判において導き出され、その後のグレーニク裁判において拡張適用された法学的突破口が、不幸にもフルヒナーの手続において適用されたのではないかと疑っている。もっとも、フルヒナーの訴追が法学の見地から見て相当であったか否かについて、私はその考察を第一に位置付けているわけではないことを申し添

---

4) この点については、本書掲載のマーク・ドランブル／カロリーネ・フォーネットの論文を見よ。

5) BGH. Urt. v. 20. September 2016 – 3 StR 49/16.

6) 本稿は、2021年10月22日の講演を基にしている。イツェーホー州裁判所は、2022年12月20日の判決によって被告人を謀殺罪の幫助犯と認定し、施行猶予付きの2年の自由刑を言い渡した。

えておきたい。フルヒナーには証拠があり、それが想像以上に彼女に不利に働くことは明らかであろう。私の考察はその点ではなく、むしろこの裁判の象徴的・構想的な次元の位相に関わっている。このような観点から見た場合、絶滅過程を支えたデミヤニユクのような看守と、強制収容所という狭い世界において比較的影響力の小さな役割しか果たさなかったフルヒナーのような人物との間には違いがある。それにもかかわらず、イツェーホーの裁判所はフルヒナーの裁判においてこの相違を意図せず曖昧にしたのではないかと、私は憂慮している。

### 三 デミヤニユク裁判における検事局の論証戦略

ミュンヘンの検事局は、デミヤニユク裁判を起こすにあたって、キルステン・ゲッツェの戦略に依拠した。彼女はルードヴィヒスブルクのナチ犯罪追及中央センターに勤務していた当時、同僚のトーマス・ヴァルターと共に捜査手続を準備した検察官である<sup>7)</sup>。連邦通常裁判所は、第一次フランクフルト・アウシュヴィッツ裁判の判決において、個別の行為の証明原則（訳注：検察官は被告人がアウシュヴィッツ強制収容所で従事した職務内容だけでなく、彼らに関与した個々の謀殺事件を証明しなければならない）を定式化した。ゲッツェのアプローチ方法は、連邦通常裁判所の判例において定着した個別の行為の証明原則をきっぱりと否定しなかったが、それを迂回することを試みた。デミヤニユクは、1943年に半年間トラウニキ収容所で看守として訓練を受け、看守としてソビボル絶滅収容所に勤務した。ゲッツェは、議論の照準をソビボルの殺人施設の状況に合わせた。その論証方針は三段論法のように単純明快であり、それゆえ反証しにくいものであった。

- ・ソビボル絶滅強制収容所の看守は、その全員が謀殺的な大量絶滅に関与した。
- ・デミヤニユクはソビボル絶滅収容所の看守であった。
- ・それゆえ、デミヤニユクは必然的に謀殺に関与した。

これは演繹法による論証である。つまり前二者の前提が真である場合、そこから導き出される結論も真になる。検察官は、主要な前提——ソビボル絶滅収容所の看守は、その全員が謀殺的な大量絶滅に関与した——の基礎を固めるために、ディーター・ポール教授の言説に依拠した。ポール教授は、元アメリカ合衆国ホロコースト記念博物館所属の歴史家ピーター・ブラックに関する研究を行い、自説を主張するにあたってブラックの研究を引き合いに出した。ポール教授は（訳注：デミヤニユ

---

7) 本書掲載のキルステン・ゲッツェの論文を見よ。

ク裁判において) 歴史鑑定人として2つの点について証言した。第1点は、ソビボールは絶滅を目的とした単一目的収容所であったことである——ソビボール絶滅収容所に移送されたユダヤ人の生存期間は平均で4時間を超えなかった。これは決して新しい情報ではなかったが、ポール教授の証言のおかげで検事局の論証方針が実行に移された。検事局の論証方針は、連邦通常裁判所のアウシュヴィッツ判決(訳注: 個別的行為の証明原則に立った判決)を前提にしながら、強制労働に従事する被収容者を監視した看守もいたと思われるマイダネクやアウシュヴィッツのような絶滅収容所と、全ての看守が必然的に絶滅過程を支えたソビボールのような絶滅収容所とを区別した(訳注: 強制収容所には、拘束、強制労働、絶滅などを目的とした複合目的収容所と、絶滅を唯一の目的とした単一目的収容所の2種類がある。1969年のアウシュヴィッツ判決は、前者の複合目的収容所の事案に関する判断である。それは後者のソビボール絶滅収容所のような単一目的収容所の事案の先例にはなりえない。これがゲツツェの戦略である)。

第2点は、ブラック研究から得られた重要な認識である<sup>8)</sup>。つまり、ソビボール絶滅収容所の看守はその全員がおしなべて出動態勢にあったという点である。ソビボール絶滅収容所は、アウシュヴィッツ強制収容所と比べると小さな規模の施設であり、手狭で家内制手工業的な民族謀殺工場のような場所であった。ソビボール絶滅収容所には約20名の親衛隊員とトラウニキ強制収容所養成組のデミヤニユクのような100ないし120名の看守がおり、看守部隊の全てが彼らによって編成された。トラウニキ組の看守は、3つの部隊に分けられた。1つ目は収容所の監視を管轄する部隊、2つ目は「ユダヤ人労働者」の小規模班の監視を管轄する部隊——そのユダヤ人は監視員の奴隷として労働するので、即座に抹殺されることはなかった——、そして3つ目は待機部隊(訳注: 休憩と仮眠)であった。看守たちは8時間毎に任務を交替した(訳注: トラウニキ強制収容所で看守として養成された看守は「トラウニキの男たち」(Trawniki-Männer)と呼ばれた。ここでは「トラウニキ組」と表記しておく)。

ガス室に送られる予定のユダヤ人を乗せた移送列車が到着すると、この8時間交替制は変更された。つまり、監視業務に従事する者はほとんどいなくなった。監視台にはほんの一部の看守だけが残った。それ以外の者は、絶滅の作業を滞りなく行うために列車発着場に派遣された。トラウニキ組の全員が、ある者は監視台で被収容者の逃亡や暴動を阻止するための監視業務に従事することによって、またある者は列車発着場で任務にあたることによって、収容所の機能であるユダヤ人の大量謀殺を下支えたのである。

---

8) Black 2011, S. 1 ff.

ゲツツェが立てた検事局の戦略的視点から見た場合、この点が重要である。つまり、この検察官は、デミヤニユクが実際に行った行為ではなく、彼が果たさなければならなかった任務に基づいて起訴した点である。そうすると、もしもデミヤニユクの弁護人がトラウニキ組の看守の中に専属の調理人として働いていた者が若干でもいたことを証明するならば、起訴の大前提は崩れてしまうであろう<sup>9)</sup>。しかし、検事局はソビボール強制収容所が絶滅収容所であり、全ての看守が収容所の絶滅過程に直接的に関与したと指摘することによって、デミヤニユクが必然的に絶滅過程に関与したと論じたのである。検事局は、このような方法によって連邦通常裁判所のアウシュヴィッツ裁判判決を迂回し、同時にそれを考慮に入れたのである。アウシュヴィッツ裁判判決を考慮に入れたというのはどのような意味からかということ、検察官は——その後の裁判所の判決も同様に——デミヤニユクの謀殺への関与を統一的な全体的行為の意味においてではなく、複数の個別的行為の意味において評価したということである。ミュンヘンの裁判所は、デミヤニユクを2万7900人のユダヤ人の謀殺を幫助したとして有罪にしたが、その被害者数をどのように計算したかということ、彼がソビボール絶滅収容所において看守として勤務していた時期に列車発着場に到着した個々の移送列車のユダヤ人の人数に関連づけて計算したのである<sup>10)</sup>。輸送列車が到着する毎にそれが謀殺の新しい個別的行為として描き出されたということである。デミヤニユクはそのユダヤ人の謀殺を幫助したというのである（訳注：ディーター・ポール教授によると、ソビボールに移送されたユダヤ人のほとんどが4時間以内に殺害された。看守はユダヤ人移送列車が到着すると発着場に出向き、そこでユダヤ人を4時間以内にガス室に送った。ソビボールにおいてユダヤ人の殺害が統一的な作業として全体的に行われていたのであるが、検事局は、デミヤニユクが関与したのはその絶滅過程ではなく、列車発着場に移送された個々のユダヤ人の謀殺であると認定することによって、アウシュヴィッツ裁判判決の個別的行為の証明原則を踏まえた。そして、そのデミヤニユクが関与した謀殺の被害者数の計算にあたっては、被移送者の総数から概算するという方法がとられた。つまり、個別的行為の証明原則を迂回した）。

---

9) Anklageschrift in der Strafsache gegen Demjanjuk, John - 115 Js 12496/08, StA München I, Verfahrensakte, S. 3002 ff. Leigt dem Autor vor.

10) LG München. Urt. v. 12. Mai 2011, Justiz und NS-Verbrechen Lfd. Nr. 924.

#### 四 コーネリウス・ネストラーの論証戦略

デミヤニユクの訴追に携わった法律家の全員が、このように連邦通常裁判所の判例を迂回する必要があるとか、またブラックの研究がこの訴訟にとって有意義であると確信していただけてはいない。ケルン大学の刑法教授コーネリウス・ネストラーは、デミヤニユク裁判で附帯私訴人となり、それ以来グレーニク、ハニク、ダイに対する裁判で附帯私訴人代理を務めた。彼は次のように主張した。専ら調理係として職務に従事していた看守が数人いたとしても、そのことには何の意味もない。ある看守が勤務していた場所がアウシュヴィッツ強制収容所であるとか、それともソビボル絶滅収容所であるということもあまり意味はない。これら全ての収容所は、謀殺という大きな宇宙空間における衛星のような存在であった。この宇宙空間で勤務した者は、個々の特殊な役割を担いながらも、統一的で犯罪的な殺人過程を補助したのであると(訳注：国家社会主義を巨大な宇宙空間にたとえるならば、強制収容所はその政策を遂行する一つの衛星である。衛星には各々の特色があるが、それらが全体として宇宙空間を形成する。強制収容所にも各々の特色があるが、そのいずれもがホロコーストを機軸する機軸としての機能を有している。どこの収容所であろうと、そこに勤務した看守には国家社会主義のホロコーストに同じ責任を負わねばならない)。ネストラーの見解から見れば、デミヤニユクの犯罪を個別的な単独の犯罪行為として扱うことは無意味である。ネストラーは言う。移送列車が到着する度毎に、ソビボル収容所は突如として本来の機能とは直接関係のない謀殺センターに変質したのではない。ソビボル収容所は最初からすでに謀殺センターとして存在していたのである。ミュンヘン第二州裁判所は、デミヤニユクの関与が一体的な方法に基づいて行われたものと理解しているのであって、個別的な犯罪の集積であると理解しているのではない。ただし、その理解は論理的なものにとどまっている——もちろん、それは裁判の着想や道徳に合致している。

ネストラーの着想は、フリッツ・パウアーの議論を踏まえて野心的に構成されたものである。パウアーは、1965年にデュッセルドルフのトレブリンカ強制収容所裁判が行われていた当時、次のように主張した。「謀殺機構で働いていた者には、彼がそこで何をしていたかにかかわらず、謀殺に関与した責任がある」。パウアーは、「このような法学的取り扱い方法は、……これまで……刑事訴訟において普通に行われてきたことから逸脱し、まさに自明であったものから逸脱している」ということを念頭に置きながら論じた。

「シラーという名前の強盗集団や『殺人株式会社』という名前のギャング組織に所属する人物には謀殺罪の責任がある。この国の刑事法律家であれば、それに疑いをはさまないであろう。その人物が『ボス』としてデスクに座って謀殺命令を出したのか、彼がリボルバーを与えたのか、彼が犯行場所を指定したのか、彼が引き金を引いたのか、彼が見張りをしていたのか、それとも任務の遂行上、作業分担の枠内で別の行為を行っていたのか。そのようなことは問題ではない」<sup>11)</sup>。

刑事訴訟ではこれまで検察官には、被告人が個々の行為に関与したことを証明することが求められた。ネストラーは、このような証明を検察官に求めることは理論的に誤っていると論じた。ネストラーは、デミヤニク裁判の論告において印象深い言葉を用いて、ドイツの法律家は長いあいだ「承認されてきたとはいえ、誤った法的視点に固執してきた」<sup>12)</sup>と非難した。ネストラーによれば、これまでドイツの裁判所において前途有望な道のりが築き上げられてきたが、連邦通常裁判所の1969年判例はそこから足を踏み外したという。すでに1950年にフランクフルトの裁判所は、ソビボル収容所のフーベルト・ゴメルスキーとヨハン・クリアアという2人の親衛隊将校に対する裁判において、「ソビボル収容所はユダヤ人の殺害を唯一の目的としていた。そこに勤務していた全ての者はそこで起こった出来事に関与した」<sup>13)</sup>と認定した。裁判所は、クリアアについて、彼は最初は強制収容所のパン調理部を監視し、その後は「靴管理部」——殺害されたユダヤ人の靴の収集、分類、保管に責任を負う部局——を監視する任務に従事していたと述べたが、それは特に注目に値する。あらゆる活動が「強制収容所を稼働させるのに必要であった。したがって、このようなパンの理調部……の活動も、また『靴管理部』……の活動も、そこにおいて生じた結果の原因であった」<sup>14)</sup>。その16年後の1966年にハーゲンの裁判所は、ソビボル強制収容所の親衛隊幹部に対する裁判において次のように認定した。

「この収容所において自らの手でユダヤ人を殺害した、あるいは自らユダヤ人がそこで殺害されるきっかけを主導的に作り出したと証明された者は、9人の被告人のうち1人もいない。しかし、彼らは収容所に配属され、犯行現場の直ぐ傍で自身の職務を遂行して、ユダヤ人の大量殺人の全てに因果的な作用を及ぼしてそれを促進

---

11) Im Auftrag des Fritz Bauer Instituts, Foljanty & Johst 2018, S. 1423.

12) Erklärung von Nestler 2011, S. 22.

13) LG Frankfurt a.M., Urt. v. 25. August 1950 - 52 Ks 3/50, Justiz und NS-Verbrechen Lfd. Nr. 233, 286.

14) LG Frankfurt a.M., Urt. v. 25. August 1950 - 52 Ks 3/50, Justiz und NS-Verbrechen Lfd. Nr. 233, 286.

し実現した」<sup>15)</sup>。

ここで我々はこの2つの裁判所の判決を検討する。この裁判所は、従属性に関する包括的で統一的な見解を示している。パウアーとネストラーが後に主張したのはこの2つの裁判所の見解であった(訳注:従属性とは、看守の行為はそれ自体として独立して単独で行われたのではなく、絶滅という収容所の主目的に従属して行われたという意味である)。先行するこの2つの裁判所の視点から見ると、連邦通常裁判所のアウシュヴィッツ判決は理論的に誤った誠に残念な展開であった。職務ゆえに関与したという事実に基づいて従属性を適切に理解すべきであった。それにもかかわらず、そこから離反した。もっとも、1950年のフランクフルト裁判所と1966年のハーゲン裁判所は、ソビボル強制収容所という単一目的収容所的事案を検討したものである。これに対してパウアー＝ネストラーのアプローチ方法は、この単一目的収容所とアウシュヴィッツやその他の収容所のような複合目的収容所の看守の行動を区別することに意味があるのかと問題提起したのである——被収容者を殺害することは普通の収容所生活においても避けられない現実だったからである。

## 五 グレーニク裁判の論証方法

デミヤニクを裁いたミュンヘンの裁判所は、ネストラーの議論を斥け、ゲッツェの議論を受け入れた(訳注:ネストラーは、ソビボルのような単一目的収容所とアウシュヴィッツのような複合目的収容所を区別せず、また収容所における任務内容の違いを重視せず、勤務した看守の全員に無条件に謀殺の補助の責任があると主張した。これに対してゲッツェは、看守の責任が無条件に認められるのはソビボル絶滅収容所のような単一目的収容所においてだけであると主張した)。グレーニク事件の裁判所は——事実審においても、また上告審においても——見たところ両方のアプローチを同時に適用したことが注目を引く。ただし、そのような取り扱いに伴う緊張関係・矛盾関係への直接的な言及はない。我々が記憶しているように、グレーニクはアウシュヴィッツ強制収容所において親衛隊下級軍曹として2年間勤務し、その間に移送されたユダヤ人から金銭を没収し、その管理・記帳を担当した——彼が「アウシュヴィッツの簿記係」と呼ばれるゆえんである。ただし、起訴状ではグレーニクは30万人のユダヤ人の謀殺を補助した責任があるとされたが、それは彼がアウシュヴィッツ強制収容所に勤務した

---

15) LG Hagen, Urt. v. 20 Dezember 1966 - 11 Ks 1/64, Justizn und NS-Verbrechen Lfd. Nr. 642 a, 217.

2年間の全期間を網羅した数字ではなかった<sup>16)</sup>。その期間は、起訴状ではデミヤニユクの起訴状に依拠して、彼が1944年5月16日から7月11日までの勤務した2ヶ月間に限定された——それはアウシュヴィッツ強制収容所の謀殺史において最も集中的に殺人が行われた期間であった。この期間に42万5千人を乗せた141台の車両がハンガリーからビルケナウに到着し、到着後、被収容者は数時間以内にガス室に送られ、少なくとも30万人が殺害された（訳注：この移送作業は「ハンガリー作戦」と呼ばれている）。

この2ヶ月間に大量殺人がひっきりなしに行われた。ビルケナウ強制収容所（訳注：アウシュヴィッツ第二強制収容所）は、ソビボル絶滅収容所にも似た絶滅を唯一の目的とする絶滅収容所と化していた。「ハンガリー作戦」の間、グレーニクはビルケナウに配属され、そこにおいて新たに送られてくる被収容者のトランク搬入部で補助作業に従事し、トランクに現金が入っていないかどうか確認し、見つ次第それを計算してベルリンに送り届けた。グレーニクはこの任務を列車発着場において遂行したので、ゲッツェのアプローチ方法に基づいて、直接的・不可避免的に絶滅過程に関与したと認定され、謀殺罪の幫助として処罰されたのであるが、検事局はグレーニクが列車発着場での作業にあたったのは3回だけであり、その3件の事案を起訴状に挙げることしかできなかった。しかも、それはこの被告人自身の供述から明らかにされたものであった。そうすると、グレーニク裁判の検事局がゲッツェのアプローチ方法を厳格に適用していたならば、リューネブルクの裁判所はこの3件の個別的行為しか有罪にできなかったことを意味する<sup>17)</sup>。つまり、もしもグレーニクが列車発着場の任務に従事したことを否定したならば、デミヤニユク裁判におけるゲッツェの制限的なアプローチ方法に従う限り、彼を全面的に無罪にせざるをえなかったであろう<sup>18)</sup>。しかし、裁判所はこの厳格なアプローチ方法を採用しなかった。ゲッツェの制限的なアプローチ方法を超えて、ネストラーのより包括的で統一的な幫助概念に従って、グレーニクはアウシュヴィッツ＝ビルケナウ強制収容所に勤務した2ヶ月間に行われた30万人のユダヤ人の謀殺を幫助したと認定したのである。ネストラーの幫助概念によれば、「ハンガリー作戦」の最中の行為に看守や収容所員が従事した職務を関連づけて理解するならば、その職務の全てが絶滅という単一目的の実現を促進する効果を有していたことを意味する。つまり、リューネブルクの裁判所は、デミヤニユクの前例を単純に適用せず、それを拡張的

16) Anklageschrift in der Strafsache gegen Oskar Gröning, LG Lüneburg - 27 Ks 9/14, 1191 Js 98402, Liegt dem Autor.

17) Burghart 2019, S. 28.

18) Ebd., S. 29.

に適用してグレーニクを有罪にしたのである（訳注：単一目的収容所であるソビオールにおける謀殺の幫助犯の法理を複合目的収容所であるアウシュヴィッツ＝ビルケナウの事案に拡張的に適用した）。「ハンガリー作戦」は、膨大な数の幫助犯の関与なしには行い得ない大規模な大量殺人であった。「ハンガリー作戦」を単一目的の統一的な謀殺罪として扱うために意味のある適した方法としては、デミヤニクの先例を拡張的に適用することしかなかったのであろう。

## 六 デミヤニクの先例のフルヒナー裁判への誤った適用

デミヤニクの先例を拡張的に適用することによってグレーニク裁判において包括的で統一的なアプローチ方法が採用され、それに有用性があることが明らかになった（訳注：そのアプローチは、あらゆる強制収容所が最終的には絶滅を目的とした単一目的収容所であり、そこで勤務した看守は全て絶滅に関与したがゆえに、謀殺罪の幫助の責任を負わねばならないとするパウアー＝ネストラーのアプローチである）。しかし、それに限界があることがフルヒナー裁判において示された。ここで注目し値するのは、連邦通常裁判所がフランクフルト・アウシュヴィッツ裁判においてこのアプローチ方法について行ったコメントである——それは的確であるが、それ以外の点は誤っている。同裁判所が次のように論じたことを思い起こすことができる。もしも収容所を犯罪の統一的複合機構として取り扱うならば、それは不合理な結果に至るであろう。というのも、収容所の維持に協力した人がどれほどの期間そこで勤務したか、その人が担った役割がどの程度重要であったのかというようなことは無関係に、協力者は謀殺罪の幫助犯と見做されてしまうからである。同裁判所はその判決の中でアウシュヴィッツ強制収容所の専属医師の事例を挙げた。彼は被収容者の病気の回復のために配属された医師であったにもかかわらず、謀殺罪の幫助犯の統一的理論に基づくならば、彼もまた謀殺罪の幫助犯として有罪にされてしまうであろう<sup>19)</sup>。幫助犯の統一的理論からは、その医師はどの患者をガス室に送るべきかを鑑別する役割を担っていたという極端な誤解が伝わってくる。今日その判決文を読む者は驚きを隠せないであろう<sup>20)</sup>。連邦通常裁判所のコメントはフルヒナー裁判の問題を浮き彫りにするのに役立つ。

私の見解によれば、フルヒナー裁判は、デミヤニクのような必然的かつ相当な

19) BGH NJW 1969, 2056.

20) Burghart 2019, S. 31.

程度において絶滅過程を幫助した看守とフルヒナーのようなシュトゥットホーフ収容所において命ぜられ遂行された謀殺に間接的に関わった速記係とを区別しないことによって連邦通常裁判所の不合理なシナリオを実現した。ハンナ・アーレントは、フリッツ・パウアーと同じ立場から、フランクフルト・アウシュヴィッツ裁判に対して有益な批判を行い、「大量謀殺を実行し、また大量謀殺を共謀したのであれば、どのような絶滅収容所であろうが、そこにおいて任務を担った親衛隊の全ての隊員は大量謀殺の実行と大量謀殺の共謀に関与したとして告発され得るし、また告発されるべきである」と論じた<sup>21)</sup>。しかし、検察官がフルヒナーの行為をデミヤニクやグレーニクのそれと法的に区別しえないものとして取り扱ったために、アーレントの力強い視点の威力を台無しにしてしまったのではないかと私は危惧している（訳注：パウアーは、大量謀殺の実行に直接関与した親衛隊員を謀殺罪の幫助犯として訴追した。アーレントはそれに共感し、それを支持する言葉を力強く述べた。そのときフルヒナーのような直接関与しなかった人物の訴追をも求めたかということ、そうではなかった。彼女の言葉は親衛隊の隊員に対して向けられたとき力強い威力を発揮しうるが、司令官の執務室で速記の業務に従事していた秘書に向けられたときにも同じ威力を発揮するだろうか。それは疑問である）。

## 七 ジェノサイド、人道に対する罪の幫助犯の可能性

とはいえ、そのことはフルヒナーに責任がないことを意味するものではない。やはり、フルヒナーにもデミヤニク、グレーニク、ハニク、そしてダイと同様に謀殺罪の幫助犯の責任がある。遅くなったとはいえ、彼らを裁判にかけ、有罪を言い渡すことに道義的に意義があることは明らかである。しかし、フルヒナーの行為がこれらの看守の行為と同じように非難されるならば、その裁判の道義的明白性は失われるであろう。もしも、法学の世界にもう一つの区別された空間があるならば、フルヒナーは人道に対する罪の幫助犯として起訴されたに違いない。しかし、残念なことにドイツの検察官が活動する空間はそうではなかった。というのも、ドイツ連邦共和国が建国の初期段階において、いわゆる連合法を継承することを拒否したため、もはや人道に対する罪の条項を遡及適用できなくなったからである。デミヤニク裁判が行われた際に、私は附帯私訴人の代表に質問したときのことを思い出した。私はその代表に対して、デミヤニクをジェノサイドの幫助犯の嫌疑で

---

21) Arendt 2005, S. 243.

起訴できないことを残念に思っているかと尋ねた。もしもそれができるならば、大量殺人の絶滅作戦を窮屈な謀殺罪構成要件の引き出しに押し込むという骨の折れる作業から検察官を解放できるからである。その代表の答えは、自動反射装置のように返ってきた。「最悪の犯罪を裁くためであっても、遡及法を適用することは誤りであろう」(訳注：ニュルンベルク国際軍事裁判所規程は、第二次世界大戦中の行為について、戦後それを戦争犯罪、平和に対する犯罪、人道に対する犯罪を規定した。それらはジェノサイドを包括した概念である。その規程を適用できるのは、連合国が設置した国際裁判所、すなわちニュルンベルク国際軍事裁判所だけである。ドイツの国内裁判所にはそれは適用できない。たとえ連邦共和国建国後にドイツの国内裁判所が連合国の管轄権を継承したとしても、その規程の制定以前に行われたデマニユクの行為にそれを適用することは刑罰法規の遡及適用であり、それは罪刑法定主義に反する誤りである)。しかし、この経験豊かな刑法家は、連合国によるドイツ占領中にドイツの国内裁判所が親衛隊員を人道に対する罪を理由に裁いたことを知らなかったようである。実際にもベルリンの裁判所は、ソビボール強制収容所の残虐行為に対する戦後直後のドイツの裁判において、収容所の「ガスの親方」と呼ばれたエーリク・パウアーを人道に対する罪を行ったとして裁いた<sup>22)</sup>。しかし、連邦共和国における人道に対する罪の訴訟は、ドイツの国家主権が回復すると共に終わってしまった。なぜならば、ドイツの法律家が、刑罰法規の遡及適用の禁止原則はそのような訴追を禁止していると主張したからである。私はドイツの法律家とは異なる立場からこの非常に問題の多い結論に対して詳細に取り組んだことがある<sup>23)</sup>。今日の視点から見れば、次のことを記憶に留めておくことが重要である。第一には、ドイツ以外の国家はドイツの立場を斥けなければならないと強く訴えていることである。第二には、ドイツは「連合国」のいわゆる遡及法を拒否すべきであると主張しているが、それを主張しているのは、国家社会主義のドイツにおいて影響力を行使し、今ではナチ犯罪を精力的に清算することに乗り気でない報復主義的な法律家だということである。

このようにドイツが連合国法の継承を拒否したために、ドイツの検察官はナチの大量犯罪を謀殺罪構成要件という引出しに押し込まざるを得なかった。それがナチの大量絶滅行為への関与者の訴追に破滅的な結果をもたらすことは予期しえたことであった<sup>24)</sup>。私が考えているように、フルヒナーに対する裁判が絶滅収容所の看守

22) Sobibór-Prozess (Berlin) - LG Berlin, Urt. v. 8. Mai 1950 - PKs 3/50.

23) Douglas 2013, S. 44 ff.

24) 本書掲載のゲアハルト・ヴェルレ論文を参照。

と強制収容所の秘書を概念的に区別せず、その相違を取り去ってしまうならば、異なる二種類の犯罪を同じ謀殺罪の幫助犯として取り扱わざるをえなくなる。それは誠に遺憾である。

ドイツの検察官に自由に使いこなせる法的道具があるなら、我々はフルヒナーを人道に対する罪の幫助犯として訴追し、デミヤニユク、グレーニクとハンクをジェノサイドの幫助犯として裁くことを期待したい。人道に対する罪のカテゴリーには、迫害、隷属化、そして非人間的処遇が含まれ、それはフルヒナーが支え促進した行為を謀殺罪の幫助よりも適切に記述していると思われる。他方でジェノサイド、つまり一つの集団それ自体の絶滅は、看守らが実現した事象により相応しく該当する。この異なる訴追道具を適用するならば、秘書と看守の幫助行為の間に重要な概念的・道義的な相違があることを承認し、それを明確にできるであろう。

しかし、残念ながらそうはならなかった。ハンナ・アーレントは言う。いくつかの法学的カテゴリーを混同するならば、国家的に推進された犯罪の本質に関する文化的・歴史的な誤解はより深刻なものになってしまうであろうと。私の見解では、フルヒナーの犯罪とデミヤニユクのそれを法学的に区別するなら、そのような混同を回避することができる。ただし、残念ながらドイツ法はそれを認めていない。私は、フルヒナーを訴追するならば、せいぜいのところ不幸な概念的混乱に行き着くだけだろうと危惧している。ナチ時代の当時の事情を知る者を時間が経ってから訴追するのは、最悪の場合、復讐に動機づけられた無意味な行為であるという批判に利用されるだけである。

#### 参考文献

- ・ Arendt, H. (2005), Auschwitz on trial, in: H. Arendt & J. Kohn (Hrsg.), Responsibility and judgment, S. 243 ff., Schocken Books.
- ・ Black, P. (2011), Foot soldiers of the final solution: The Trawniki training camp and operation Reinhard. Holocaust and Genocide Studies, 25 (1), S. 1 ff.
- ・ Burghardt, B. (2019), Die Strafsache "Oskar Gröning" vor dem Bundesgerichtshof, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2019, S. 21 ff.
- ・ Douglas, L. (2013), Was Damals Recht War: Nulla Poena and the prosecution of crimes against humanity in post-war Germany, in: L. May & E. Edenberg (Hrsg.), Jus post bellum and transitional justice (S. 44 ff.), Cambridge University Press.
- ・ Douglas, L. (2018), The right wrong man: John Demjanjuk and the last great Nazi war crimes trial (Illustrierte Edition), Princeton University Press.
- ・ Foljanty, L. & Johst, D. (Hrsg.), (2018), Fritz Bauer Kleine Schriften (1921–1961) Band 1, 1962–1969 Band 2, VE. Campus.

- ・ Landau, A.F., & Levinson, D. (1991), The Demjanjuk trail. The Israel Bar Publishing House.
- ・ Nestler, C. (2011). Schlussvortrag im Strafverfahren gegen Jonh Demjanjuk, [http://www.nestler.uni.koeln.de/fileadmin/sites/strafrecht\\_nestler/Demjanjuk/PleadN-D-End.pdf](http://www.nestler.uni.koeln.de/fileadmin/sites/strafrecht_nestler/Demjanjuk/PleadN-D-End.pdf). Zugriffsdatum am 30. 30. 2023.

## 解 説

ドイツ政府と軍組織は、第二次世界大戦中、ドイツ国内およびポーランドなどの被占領地域において、ユダヤ人、ポーランド人、シンティとロマなどの他民族に対して非人道的な行為を行った。戦後、それはドイツ占領中に連合国管轄のニュルンベルク国際軍事裁判所によって戦争犯罪や人道に対する罪として裁かれた。また、ドイツの国家主権回復後もその一部の行為は謀殺罪の正犯またはその幫助犯として裁かれた。それは現在においても続けられている。ダグラス論文は、中でもデミヤニク裁判（2011年）とフルヒナー裁判（2022年。上告審は2024年）を取り上げ、その理論的・実務的な取り扱いの特徴を検討している。その論点の内容は以下のようにまとめることができる。

第1の論点は、第二次世界大戦中のユダヤ人やシンティとロマなどに対する迫害と非人道的な行為についての刑法的評価についてである。それらは、刑法の謀殺罪に該当し、強制収容所などでそれに関与した看守などは謀殺罪の幫助犯として扱われきた。謀殺罪の正犯は、反ユダヤ主義の民族主義的憎悪やアーリア人の優生思想に基づいてホロコーストを検討、協議、立案、計画、指示した党と政府の要職者であり、強制収容所などの現場において被収容者をガス室で殺害する作業に関わった収容所長や看守などはその幫助犯であった（ダグラスは被収容者の生命を直接侵害する行為を幫助として認定する方法を「二段階格下げ」と名付けた）。いわゆるフランクフルト・アウシュヴィッツ裁判において確立された連邦通常裁判所の1969年判例によれば、強制収容所の所長や看守、専属医を謀殺罪の幫助犯として裁くためには、検察官は彼らが個別的・具体的な謀殺行為に関与したことを証明しなければならなかった。収容所に勤務していた時期にガス殺が行われていたことなどを証明しても、それと被告人との直接的な関係が証明されない限り謀殺罪の幫助犯と認定することはできなかった。アウシュヴィッツ裁判の被疑者・被告人がナチの関係者であり、彼らに関与した不法な行為が国際軍事裁判において揺るがすことのできない歴史的な事実として認定されていても、強制収容所におけるガス殺と直接的な関係があることが証

明可能でなければ起訴することはできなかった。フランクフルトの検事長のフリッツ・バウアーがアウシュヴィッツ裁判において23名の被告人しか起訴できなかったのは、個別的行為の立証原則がすでに刑事実務において定着していたからである。

第2の論点は、デミヤニユクを謀殺罪の幫助犯として裁いたミュンヘン第二州裁判所の判断内容についてである。ダグラスによれば、ミュンヘンの裁判所は連邦通常裁判所の1969年の判例、すなわち個別的行為の立証原則に違反したと論評した。米国のホロコースト研究によれば、アウシュヴィッツ強制収容所とソビボル強制収容所（論文では絶滅収容所と表記されている）はユダヤ人や反政府活動家などの収容所である点では共通しているが、個別적으로는質的な相違があるという。デミヤニユクが看守として勤務したソビボル強制収容所は、被収容者の絶滅を唯一の目的として設置されたものであり、そこに勤務する所員や看守はその全員が例外なく絶滅に関与したという。これに対してアウシュヴィッツ強制収容所は、そこにおいてガスなどを用いた絶滅も行われたが、収容や強制労働などの直接的な生命侵害を伴わない行為も行われ、そこで勤務する全員が絶滅に関与したというわけではなかった。ミュンヘンの（キルステン・ゲッツェ検事を中心とする）検事局は、米国の研究に依拠して、デミヤニユクが勤務したソビボル絶滅収容所が単一目的収容所であった事実をもって、彼が絶滅に関与した証拠にかえて、彼が収容所に勤務していた期間に行われた27,900件の殺害の全てに関与したと主張した。ミュンヘン第二州裁判所もそのように認定した。たしかに、デミヤニユクがソビボル絶滅収容所に勤務した時期に彼がガス殺や銃殺などに関与したことは合理的に推認することができる。彼はトラウニキで訓練を受けて養成され、絶滅をも含む任務のためにソビボルに投入された看守だったからである。しかし、たとえそうであっても、彼がソビボルに勤務した期間に行われた全ての謀殺罪を幫助した事実は証明されていない。その意味において1969年判例の個別的行為の証明原則に違反している。このような論証と証明の空白をソビボル絶滅収容所の特殊性が埋められるかどうかは検討を要するが、ドイツが今でもナチの過去を克服するために、やむを得ない理論的・技術的な法理であると捉えられているのではないと思われる。

第3の論点は、デミヤニユク判決の法理がその後グレーニク事件に適用拡大、さらにフルヒナー事件に適用されたことについてである。グレーニクもフルヒナーもデミヤニユクと同様に戦時中に強制収容所に勤務していた。しかし、グレーニクが勤務していた強制収容所はアウシュヴィッツ＝ビルケナウ強制収容所であり、フルヒナーはシュトゥットホーフ強制収容所であり、それはいずれもデミヤニユクが勤務したソビボルのような絶滅を唯一の目的とした強制収容所ではなかった。し

たがって、グレーニクがデミヤニクと同じ看守であっても、彼は被収容者からの没収物を記帳し、それをベルリンに届ける簿記係であり、被収容者を直接的に監視・監督する業務には就いていなかった。たとえ、「ハンガリー作戦」の最中に被収容者を直接監督したことはあっても、それは数回でしかない。その際の作業が謀殺罪の補助に該当するとしても、彼が勤務した1944年5月から7月までに殺された30万人全員の謀殺罪に関与したという認定は、デミヤニク裁判の法理を不当に拡張適用したものであるといわなければならない。さらに、フルヒナーについては、彼女は速記担当の秘書であり、被収容者を間接的に監視する業務にさえ従事していなかった。彼女は収容所司令官の専属秘書であり、その業務が収容所の全体的運営を円滑に進める上で必要であったとしても、それは被収容者の生命に対して有害な作用を間接的に与え及ぼすものではない。フルヒナーのこのような「中立的行為」は、「二段階格下げ」の方法によれば補助にあたらないとされてきた。しかし、それにも謀殺罪の補助犯性を認めるとするのは、デミヤニクやグレーニクの裁判法理を超えているといわねばならない。

とはいえ、フルヒナーはもちろん、デミヤニクやグレーニクもまた無罪放免というわけではない。彼らもまた何らかの責任を負わねばならない。その罪責の問題が第4の論点である。ダグラスは、デミヤニク裁判以降のドイツの刑事司法が1969年判例の拘束力を緩め、それを拡張し、本来的には対象外であるはずの事案にまで適用したことを批判的に見ている。彼らもまた何らかの責任を負わねばならないのは確かであるが、それが謀殺罪の補助の責任というのは理論的に妥当ではない。ドイツの刑事司法がこのような矛盾を犯したのは、ドイツの刑事司法が刑法上の犯罪である謀殺罪とその補助犯に拘ったからであると、ダグラスは見ている。そして、ドイツが主権回復後に人道に対する罪やジェノサイドのような犯罪を処罰する法律を制定していたならば、このような矛盾に陥ることなかったことを指摘している。もはや過去に戻ることはできないし、またそのような立法が現実的に可能であるともいえないので、ダグラスの批判は理念的な提言にとどまっているが、ドイツにおける刑法によるナチの過去の克服の現在の状況がアメリカの社会思想・法思想の研究者の眼にどのように見えるのかという点から考えると興味深い。戦後直後のドイツが主権回復後にナチの不法な過去をいかに処理しようとしていたのか、刑法だけで処理できると考えていたのか、人道に対する罪のような規定を設けるのは事後法の適用であることを理由に明示的に退けたのか。この点について史料に基づいて明らかにする必要がある。

第4の論点は、1969年判例を起点にしてデミヤニク、グレーニク、フルヒナー

の裁判法理を見ていくと、1969年判例以降の裁判の流れが二重ないし三重に判例から逸脱していることである。この種の事案に対しては1950年・60年代に幾つかの裁判が行われ、そこにおいて謀殺罪の幫助の成立を認めるための事実認定と法適用の方法が確立していた。1969年判例はいわゆる個別的行為の証明原則を内容としているが、それは強制収容所の看守であった被告人が、いつ、どこで実行された謀殺行為に幫助として関与したのかを個別的に証明しなければならないことを検察官に求めた。それは過去の裁判例の修正であった。しかし、ミュンヘンの検察官は裁判において被告人デミヤニクが絶滅を唯一の目的とするソビボル絶滅収容所に勤務していた記録をもって、彼が勤務した間に移送され殺害された全ての謀殺罪に関与したことの証明に替えてしまった。その論理が米国におけるホロコースト研究から演繹できるとしても、それがドイツの刑事裁判における事実認定に取って替えられるものではない。これは検察官の負担を軽減するための判例原則からの逸脱であるといわねばならない。また、ソビボルのような単一目的収容所ではないアウシュヴィッツ＝ビルケナウ強制収容所の簿記係兼看守であったグレーニクに対してデミヤニク裁判の法理を適用して、彼が勤務した時期の30万件の謀殺罪に幫助として関与したと認定したのはデミヤニク裁判の法理の拡張的適用であり、1969年判例からの二重の逸脱である。しかも、その法理をシュトゥットホーフ強制収容所の司令官秘書のフルヒナーにも適用したのは完全な逸脱である。たしかにフルヒナーは司令官の速記担当の専属的秘書として勤務し、収容所の運営とは無関係ではなかったが、彼女は被収容者を直接的に監視する業務には従事していなかった。司令官の発した言葉をタイプライターで記録して書類を作成する機械的な作業をこなすだけである。しかも戦争終結当時は未成年者であった。政局の推移やヨーロッパにおけるドイツの立ち位置を正確に理解していたとは思えない少女は今では老婆となっていた。そんな彼女を探し、法廷に引きずり出して裁かねば克服できない過去の意味が問われるべきである。

ナチの過去を克服する戦後直後の裁判においては、むしろパウアー＝ネストラー的な事実認定戦略を採用した事案があり、そのことをダグラスも指摘している（ソビボル強制収容所は絶滅が唯一の目的であったと認定した1950年のフランクフルト州裁判所判決、トレブリンカ強制収容所を謀殺機構と断じた1965年のデュッセルドルフ州裁判所判決、ソビボル収容所の看守の日常業務は被収容者の謀殺に因果的に促進的な作用を及ぼしたと認定した1966年のハーゲン州裁判所判決）。被収容者のガス殺などが行われた「絶滅強制収容所」の「看守」はその全員が謀殺罪の幫助の責任を負うべきであるという判断は、1960年代までは戦争体験を共有する世代に受け入れられやすかったのであろう。ま

た、諸外国のユダヤ人権団体などの要望も強かったと思われる。ドイツが国際連合や欧州共同体に加盟するうえで必要に迫られていたとも考えられる。ただし、その裁判の訴追対象は、いずれもが絶滅収容所の親衛隊将校や幹部に限定されていた。たとえ絶滅収容所の関係者であっても、デミヤニユクのような補助看守にも適用されることは自明ではなかった（ソ連兵の彼は捕虜としてドイツ軍捕虜収容所に収容されたが、よりましな待遇が与えられると知らされてトレ布林カで看守として訓練を受けることに同意した）。複合目的の収容所の「簿記係」のグレーニクのような者にも適用されることも当然ではなかった（彼は基本的には親衛隊員として被収容者の所持品の没収と記帳を担当し、臨時的に列車の発着場での業務に従事したのは3回ほどであった）。フルヒナーはそのような彼らと比べても、謀殺の現場に直接おらず、そこから離れた場所（強制収容所本棟から相対的に独立して併設された事務管理棟〔Vorlager〕）にいただけであり、すでに対象から除外されていたのではないか。1950年・60年代の訴訟は強制収容所の司令官や幹部を対象に進められたため、その下部で働いた者の起訴は見送られたのではないか。パウアーとネストラーが対象が限定された裁判から独自の事実認定戦略を演繹できたとしても、看守や秘書などの職階の者は最初から対象外であったと思われる。そうすると、1969年に連邦通常裁判所が判例を定式化したのは、収容所の親衛隊将校や幹部クラスの被疑者・被告人の事案に関する事実認定方法を確立するためであったと思われる。

第5の論点は、この事実認定方法の内容についてである。ダグラス論文はこの点について言及していないため詳述は避けるが、それは前年の1968年5月に行われた秩序違反法施行法の制定に伴う刑法の一部改正に関わる。これに伴って改正されたのは、刑法（旧）50条2項であった。刑法50条2項は、不真正身分犯の共犯に正犯の身分がない場合の刑の必要的減軽を定めていたが、真正身分犯の共犯がその身分を備えていない場合に関する規定はなかった。そのため真正身分犯の共犯に正犯の身分がない場合、正犯が身分者であることを知っていれば通常の共犯規定が適用され、共犯には正犯の法定刑が科された。共犯の公訴時効期間は正犯の刑を基準に決定されたため、例えば真正身分犯である謀殺罪に関与した者に正犯の身分（例えば「下劣な動機」）がなくても、彼らは謀殺罪の法定刑で処断された（無期自由刑。ただし任意的減軽可。公訴時効期間は20年。1949年連邦共和国建国時から計算して1969年12月31日に完成）。1968年刑法改正によって真正身分犯の共犯に関する規定が設けられ、共犯が真正身分犯の正犯の身分を備えていない場合について、不真正身分犯の共犯の規定と同様に特別の規定が設けられ、刑が必要的に減軽されることになった。その規定が刑法50条2項に取り入れられ、不真正身分犯の共犯の規定が3項に移設された（現

在の規定は刑法28条1項と同2項がそれに対応）。この改正によって真正身分犯・不真正身分犯ともに共犯に正犯の身分がない場合には刑が必要的に減軽されることになった。その結果、真正身分犯である謀殺罪を幫助した親衛隊の将校や幹部に身分があることが証明されなければ、彼らには謀殺罪の減軽された刑が適用されることになった（処断刑は15年以下の自由刑。公訴時効期間は15年。1945年5月9日から計算して1960年5月8日に完成）。1968年改正の刑法50条2項が同年10月から施行された結果、ナチの謀殺罪の幫助犯の被告人の裁判が打切れ、多くの被疑者に対する捜査が中止された。

1969年に連邦通常裁判所は、個別の行為の証明原則を定式化したのが、それは強制収容所内において行われ謀殺とそれへの関与の事実を個別に証明するだけでなく、幫助者の身分性にも関わる原則である。つまり、幫助者が謀殺罪の身分（下劣な動機など）を有していることが証明できなければ、すでに公訴時効が完成したものととして扱わざるを得ない。身分が証明できるのであれば、正犯と同様に公訴時効は完成しない。それなら捜査を続けてもよいが、はたしてフルヒナーはどうであったのか。

強制収容所の幹部、看守、職員の名簿は、現場だけでなく、ベルリンの帝国保安本部などでも管理されていたに違いない。収容所の現場において指揮を執る責任者は司令官であり、その配下に親衛隊幹部がいる。看守らは、幹部の指示に従って直接現場で行動する。職員名簿は、おそらく司令官を筆頭に職階順に氏名が書かれ、それは職責の軽重の順に対応していたと思われる。フリッツ・パウアーがフランクフルト・アウシュヴィッツ裁判を提起したとき、彼はアウシュヴィッツ強制収容所の司令官や幹部のうち23名を起訴しただけであった。巨大な謀殺機構において作業に従事していたという理由で職員の全てを裁判に掛けたわけではない。理念的には全てが絶滅に関与していたと言っても、刑事裁判における事実認定は証拠裁判主義によって拘束される。誰の行為がガス殺の被害と因果関係があるのか。検察官はこれを証拠に基づいて証明しなければならない。その行為者が結果の発生を認識していたのかも証明の対象である。しかも、「下劣な動機」に基づいていたのかも証明しなければならない。パウアーは、名簿の上から順に訴追可能な職員を割り出し、捜査し、証拠が揃ったから起訴したのである。そうであるなら、下位の職員については、事実上の不起訴処分が付したと考えるのが自然である。パウアーによって訴追され、第1審で有罪認定を受けた被告人でさえ、上告審で「下劣な動機」が証明されていないとして裁判が打切られた者もいた。そうであるなら、起訴しなかった事案を蒸し返して、事実と証拠の評価替えをして起訴すべきではない。

連邦通常裁判所の1969年判例から40年以上を経てデミュニクが訴追された。その後、強制収容所の親衛隊員も訴追され、さらにフルヒナーが訴追された。ソビボー

ル絶滅収容所の看守であれ、シュトゥットホーフ強制収容所の秘書であれ、バウアー＝ネストラー流に言うならば、謀殺機構としての強制収容所を機動した者として責任があろう。しかし、彼らはナチの謀殺罪の幫助犯の訴追が活発に行われていた1960年代に起訴されなかった人々である。それがどうして今になって訴追されたのか。ダグラスは「復讐」という言葉を用いた。そのようなことをしても「無意味」だと批判した。しかし、いったい誰に対する復讐なのか。ナチに対する復讐か。現代のドイツ人がナチの過去に対して復讐するのか。なおも生き延びている「ナチの残党」に復讐するのか。ドイツ民族は過去のある時期にナチによって甚大な被害を被った。その傷はまだ癒されていない。だから復讐するのか。ウクライナ出身の元ソ連兵と司令官の元秘書の女性がどのような被害をドイツ民族に与えたというのか。刑法による過去の克服とは何だったのか。ダグラスの指摘は、この問いに答えが出されていないことを痛感させる。