

# 岐路に立つ刑法による過去の克服

本 田 稔\*

## 目 次

- 一 「あの戦争」から80年を経た過去の克服
- 二 「過去」を背負い続けるドイツ社会のメンタリティー
- 三 急展開する刑法による過去の克服
- 四 残された課題——刑法によって克服された過去とは何か

## 一 「あの戦争」から80年を経た過去の克服

第二次世界大戦、太平洋戦争が終結して80年が経過し、「あの戦争」の意味が再び問い直されている。「あの戦争」の本質と特徴に関して様々な意見もあろうが、それが現代の位置関係を測定し、今後の行方を指し示す座標軸の原点であることに相違ない。戦争と平和、独裁と民主、権威と自由、差別と平等、迫害と抵抗、侵略と解放などの座標軸の立体構造の中に「あの戦争」を位置づけたとき、それに伴う不正や犯罪は現代の我々に何を問うたのか。それを近時のドイツに見ながら考えてみたい。

中川竜児『終章ナチ・ハンター ナチ犯罪追及 ドイツの80年』<sup>1)</sup>の表題が示しているように、ナチ犯罪の追及は、80年前に終結した「あの戦争」の意味を問う作業の一環として続けられてきた。それはナチの不法な過去を克服する市民的課題と深く結びつけられて取り組まれた。この粘り強く

---

\* ほんだ・みのる 立命館大学法学部教授

1) 中川竜児『終章ナチ・ハンター ナチ犯罪追及 ドイツの80年』(朝日信書、2024年) 24頁参照。

取り組まれた社会的営為を概観することは容易ではないが、その全体像を知るためにナチ犯罪の刑事手続と有罪認定を量的に把握することが有益であろう。中川はミュンヘンの現代史研究所のデータに基づいてドイツ司法当局（西ドイツ以降）のナチ犯罪の刑事手続数と有罪判決数（1945-2005年）を整理している。その数値から興味深いことが伺われる。2005年、つまり戦後60年の時点において、刑事手続（事件受理、捜査開始、起訴・不起訴処分）の増減傾向は、概ね次のようであった。

第二次世界大戦終結後、連合国軍によるニュルンベルク国際軍事裁判と其の後の継続裁判が行われた。それと並行してドイツの検事局と裁判所によってナチ犯罪の捜査と訴追、そして裁判が行われた。その結果、1948年に刑事手続は4000件を超え、有罪件数も2000件ほどまで記録した。しかし、1949年のドイツ連邦共和国の成立後、その勢いは終息し、1953年の刑事手続は250件程度、有罪件数は120件ほどにとどまった。その後、微増傾向に転じ、1960年には手続件数は1400件に達したものの、有罪判決は数件程度であった。その後、再び減少傾向を見せたが、1963年には手続件数500件、1965年には手続件数900件に増えた。しかし、有罪件数は依然として数件のままであった。その後1987年まで手続件数は減少し続けた。1988年には手続が1000件を超えたが、再び1995年まで減少が続き、1998年に突如として1000件を超えたものの、減少傾向は2005年まで続いた。

この数値の増減傾向をどのように評価すべきか。ナチ犯罪の刑事手続と有罪件数の増加傾向をその時期の社会的・政治的状況と関連づけると、次のような特徴が伺える。

ナチ犯罪の刑事手続と有罪件数のピーク時は、結果的には連合国軍による占領期の1945年から1949年までの時期であった。ただし、それはナチ党と政府の幹部および資本金家などの主要戦争犯罪人、また医師や法律家などナチスの政策に深く関与した特殊な職業層を対象にした手続の件数であり、数は多くなく、むしろ量的にはドイツ検事局によって捜査され、国内

裁判所で裁かれた者の方が多かったことを指摘しなければならない<sup>2)</sup>。つまり、連合国軍が党や政府の幹部の戦中の行為をニュルンベルク国際軍事裁判所規程に基づいて国際法違反を理由に裁いた件数よりも、ドイツ裁判所がドイツ刑法を用いて裁いた件数の方が多かったということである。占領政策に後押しされ、連合国軍を補完する役割を担っていたとはいえ、ドイツの検事局と裁判所にはナチの過去を刑法を用いて克服する意思と能力が備わっていたと評価することもできる。

その後のピーク時は1960年である。この時期、ナチの犯罪は国際法ではなくドイツ刑法によって追及された。ナチの犯罪のうち故殺罪や傷害致死罪、監禁致死罪などの公訴時効（15年）が完成するのが、敗戦の1945年5月8日から計算して15年目の1960年5月8日であったことから、「駆け込み訴追」が相次いだのではないと思われる。この時期の第一次公訴時効論争では、公訴時効の起算点を1945年5月8日ではなく、連邦共和国の行政権が確立した翌年の1950年1月1日にずらす刑法改正案が連邦議会に提案されたが、否決された。そのことは1965年の増加時期にも当てはまる。この時期にナチ犯罪の手續と裁判が増加したのは、ナチ犯罪のうち謀殺罪の公訴時効（20年）が1965年5月8日に完成するためであった。ヘッセン州検事長のフリッツ・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のもこの時期であった。ただし、その完成直前に公訴時効の起算

---

2) ドイツの裁判所が占領期にナチ関連の犯罪を審理した件数や内容について明らかではないが、ハイケ・シュトッパが禁止の錯誤と故意の関係をめぐって連邦通常裁判所が責任説を採用するまでの経緯を明らかにする過程において、占領期のドイツ裁判所で審理された事案を紹介している。Vgl. Heike Stopp, Hans Welzel und Nationalsozialismus, 2018. シュトッパは、ハンス・ヴェルツェルの履歴を振り返り、1930年代後半から1940年代前半までの主要業績の理論的傾向を分析し、それが連邦通常裁判所大法廷判決（BGHSt 2, 194）に影響を及ぼした過程を跡付けるために、オランダの刑法学者のクリスティアーン・フレデリク・リューターとディック・デルモート・デ・ミルトが編集した膨大な量のナチ裁判の資料を参照している。Vgl. Christiaan Frederik Rüter/ Dick Welmoed de Mildt (Hrsg.), Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945-1999, Bd. I-XXII, 2. Auflage, 2012 (Digitale Veröffentlichung 2012).

点を1950年1月1日にずらし、その完成日を1969年12月31日とする法改正案が連邦議会に提案され、可決された。ナチ犯罪に適用されるのは「ドイツ連邦共和国」の刑法であるというのがその理由であった(第二次公訴時効論争)。1969年には謀殺罪の公訴時効期間を30年とする刑法改正案が可決され、その規定が適用されて10年延長され(第三次公訴時効論争)、それが完成する1979年には謀殺罪の公訴時効を撤廃する刑法改正案が可決された(第四次公訴時効論争)。公訴時効の改正規定を遡及適用するのは法治国家刑法の罪刑法定主義に反すると批判されたが、ナチ犯罪の処罰と過去の克服に法的足枷をはめることはできなかった<sup>3)</sup>。

1988年の増加傾向は、東欧の社会主義諸国の自由化と情報公開の波を受けて、ナチ犯罪の捜査手続の着手件数が増えたことによるものと思われる。その後の1998年の増加は、ソ連・東独などの社会主義国の崩壊による全面的な情報公開の影響によるものであろう。それが一段落ついた2000年以降の着手件数は底をつき、2005年まで下げ止まりの状態が続いた。

敗戦から60年が経ち、被疑者の居場所や潜伏場所はおろか、その生存の事実さえ確認することが困難になり始めた。被疑事実を裏付ける証人の存在・生存も不確かになり、証拠も散逸していった。敗戦当時、ナチの親衛隊の指揮官や強制収容所の管理者が30代の中級幹部であったならば、すでに90歳を超えている。「おそらくもう生きていないであろう」と考えても不思議ではない。ナチ犯罪の追及は1998年を最後に終わりを迎え、それによって刑法によるナチの過去の克服も終結したと記録される日が来るであろうと思われた。

---

3) 本田稔「刑法による過去の清算と法の復権」立命館法学第405・406号(2023年)701頁以下、本田稔「刑法による過去の克服はいかに頓挫したのか」神戸・ユダヤ文化研究会「ナマール(港)」第28号(2023年)15頁以下、本田稔「記憶と忘却の間の刑法による過去の克服」立命館法学第417・418号(2025年)参照。

## 二 「過去」を背負い続けるドイツ社会のメンタリティー

占領期にナチ犯罪の追及に大きな力を発揮したのは連合国軍であり、またドイツの検事局と裁判所であった。その作業の延長線上にドイツが自らナチ犯罪の追及を担う存在になるには、1950年代末のナチ犯罪追及センターの設立を待たなければならなかった。1950年代に入ってナチ犯罪の事件数は急減したものの、1950年代半ばから増加傾向に転じた。それにはドイツがヨーロッパ社会と和解して、その共同体の一員となることなしにドイツの復興はあり得ないという政治的思惑があったからであろうが、過去を忘却しようとする衝動を抑え、過去を未来に向かう行動の指針とすることを求める市民的良識が生きていたからである<sup>4)</sup>。ドイツの刑法史家によると、1958年のウルム特別行動隊裁判を突破口にして、ナチ犯罪の捜査が加速したという。そのような社会の動きを受けて設立されたのがルードヴィヒスブルク・ナチ犯罪追及センターであった<sup>5)</sup>。

ナチ犯罪の追及拠点が確立されたことは画期的な出来事であった。戦前の党および政府の関係文書と資料、個人情報などを解析するために連邦諸州から派遣された検察官からなる専門家集団が組織されたことは、ナチ犯罪の捜査を推進する力強い原動力になった。50年代末から60年代までの3回の

---

4) 本田稔「刑法による過去の清算と戦後民主主義」立命館法学411・412号（2024年）283頁以下参照。Vgl. Theodor W. Adorno, Was bedeutet: Aufarbeitung der Vergangenheit, in: Eingriffe Neun kritische Modelle, 1962. edition suhrkamp 10 26-32. Tausend 1966, S. 125 ff. (Th. W. アドルノ【大久保健治訳】『批判的モデル集Ⅰ——介入』【法政大学出版社、1971年】157頁以下)。アドルノは、過去の克服または清算という時の「過去」とは1933年から1945年までの12年間の「過去」の問題だけでなく、それを我々が自己の問題として受け入れ、未来へと向かう行動の指針にしきれていない現在の問題を指摘している。過去の克服の法的問題を考える時にもこの視点が重要である。

5) Gerhard Werle, Der Holocaust als Gegenstand der bundesdeutschen Strafrecht, S. 7-25, Thomas Will, Die Zentrale Stelle in Ludwigsburg, S. 121-136, in: Moritz Vormbaum (Hrsg.), Spätverfolgung von NS-Unrecht, 2023.

公訴時効論争を経て、生存の可能性がある被疑者を捕らえ、ドイツの平和と民主主義の基礎を固めようとする取り組みは、社会の支持の下に進められた。

しかし、1970年代以降から80年代までは、「ナチ追及疲れ」ともいえる精神的状況に見舞われたのではないだろうか。居場所が不確かな被疑者を追いかけるのは骨の折れる作業である。様々寄せられる情報を手掛かりにしてアイヒマンの居場所を突き止め、ドイツの検事局とイスラエルの諜報部員が潜伏先のアルゼンチンで彼の身柄を確保する映画のシーンを観たことがあるが<sup>6)</sup>、そのような手に汗握るスリリングな作業ではないであろう。センターの職員は、執務室にこもって個人情報カードを一枚一枚めくり、出生地、戦中の住所、職業歴、保有資格、家族関係、住民登録番号、旅券番号、年金番号などを照合して時間をかけて特定の人物を割り出す。そして、「ブラジルに潜んでいるのではないか」、「ベネズエラにいる可能性がある」と捜査方針を立てて地球の裏側に向かう。ドイツの厳しい冬の時期、向こうは真夏の太陽が照りつけている。「今年のバカンスはベネズエラでお過ごしですか」と皮肉を言われることもあったであろう。それでも、被疑者がいる可能性がある限り、最後まで追及することが自己の職責であり使命であると言いつつ聞かせたに違いない。非常に辛い作業である。

また、大国が軍事力に物を言わせて小国に介入していることに抗議する者はいても、その終結後にその「過去」を問いただす者はいない。過去はすでに「過ぎ去った」からである。公共の場において戦前・戦中のドイツ（と日本）の「過去」を問題視する言論は活発であるが、そのような批判が大国の、とくに国連安全保障理事会常任理事国の現下の不法に向けられる

---

6) ヘッセン州検事長フリッツ・パウアーのナチ犯罪追及を描いた映画「アイヒマンを追え ナチスがもっとも畏れた男」（日本では2017年1月公開）。その時期にドイツで出版されたフリッツ・パウアーの評伝として、Ronen Steinke, Fritz Bauer oder Auschwitz vor Gericht, 1. Auflage, 2015.（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』[アルファベータブックス、2017年]）。

とは思えない。「過去を背負い続けねばならないのは、そのとおりである。しかし、なぜドイツの過去は過ぎ去らないのか。なぜドイツだけが……」という眩きは、「そろそろ、このあたりで終わりにしたい」という声を無言のまま社会の底辺に沈殿させたように思われる。さらには、「ナチは良いことも行ったのでは？」と問う声さえ聞こえてくる。ナチの12年間の国家改造の中にはナチ・イデオロギー固有の制度もあったが、導入された社会制度の中には今でも利用されているものもある。アウトバーンの建設、裁判所職員の夏季休暇制度、健康診断制度など、有益な利益が得られていると指摘されている。また、ワイマール時代から懸案になっていた社会的課題を実現したものもある。刑罰制度でいえば一例として「保安処分」を挙げるものもある。それらを割り引いて考えたとき、ナチそれ自体も割り引いて相対化できないかという思いがあったのではないかと思われる。

1980年代後半から90年代にかけて東欧諸国の情報開示により、ナチの被疑者情報が急増し、捜査件数も増えたと思われるが、ドイツ統一後に問題になったのは、ナチの過去（第一の過去）と同時に東ドイツの過去であった。社会主義革命を実現したソ連を労働者・農民の祖国とするコミンテルン・ドイツ支部の延長線上に成立したドイツ民主共和国の過去、スターリン・ブレジネフ流の管理統制型社会主義の過去、国家保安省（シュタージ [Ministerium für Staatssicherheit]）に象徴される国家秘密警察の監視抑圧体制の過去の克服（第二の過去）が課題とされた<sup>7)</sup>。しかし、その過去がナチの過去以上に重視されることはなかった。ドイツ東部出身で戦後西に移住した者のなかには、ドレスデンなどの東部地域に私有地を所有しながらも、東独の社会主義的国有化政策のために土地所有権を事実上喪失した者がいた。その元所有者に土地を返還するための法的手続のあり方などが活発に論じられたが、土地の国有化政策などの社会主義制度の根本問題に理論的なメスが入られることはなかった。人民抑圧システムは成立した国家体制の官

---

7) 本田稔「ガラスケースの中の『東独刑法教科書』」大阪経済法科大学図書館報「楽音」No.22（1996年11月）9頁以下。

僚主義的・人民管理的性質にその原因があったのか、社会主義本来の性質を変質させた要因は何であったのか、そもそも社会主義の学説に起因する現象であったのではないか。解明すべき問題は山積していたが、それが「第二の過去」の克服の課題として扱われることはなかった。東ベルリン地区から西ベルリンに壁を越えて逃亡を試みた者を射殺した国境警備兵が統一後、故殺罪などで裁判に掛けられ処罰され(壁の射手訴訟)<sup>8)</sup>、国境警備兵に射殺するよう命じたエーリヒ・ホーネッカー国家評議会議長が殺人罪の正犯に問われたが、1993年に裁判は打切られた。その後、娘が住むチリのサンティアゴに亡命し、そこで1994年5月末に死去した。

東独の過去の克服は「不発」であったと言わざるを得ない。秘密警察の内幕が暴かれることはあっても、ナチの過去と同程度に、あるいはそれ以上に社会問題化することはなかった。刑法学者を中心に旧東独の刑事法制度に関する共同研究が行われたが<sup>9)</sup>、それによってナチの第一の過去の克服が終了したことにはならなかった。なぜならば、東独の過去の問題はルー

---

8) 本田稔『『壁の射手』訴訟と遡及禁止原則』大阪経済法科大学法学研究所紀要第19号(1994年)29頁参照。Vgl. Ralf Dreier, Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes, in: Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, S. 57-70. (ラルフ・ドライアー [本田稔紹介]「ドイツ社会主義統一党国家における制定法の形をした不法? —東独国境法を素材に」同志社法学第240号 [1995年] 215頁以下)、Bernhard Schlink, Rechtsstaat und revolutionäre Gerechtigkeit, in: Neue Justiz 10/1994, 48. Jahrgang, S. 433 ff. (ベルンハルト・シュリンク [本田稔訳]「法治国家と革命的正義」大阪経済法科大学法学論集第35号 [1995年] 367頁以下)、Wanja Andreas Welke, Rückwirkungsverbot zugunsten staatlicher Kriminalität?, in: Kritische Justiz, Jahrgang 28 Heft 3, 1995, S. 369 ff. (ヴァンヤ・アンドレアス・ヴェルケ [本田稔訳]「国家による犯罪に有利な遡及禁止?」大阪経済法科大学法学論集第36号 [1996年] 161頁以下。)

9) ドイツ統一直後から東独の「第二の過去」の克服に関して理論的な研究を行ったのは、フンボルト大学法学部刑法研究室のクラウス・マルクセンとゲアハルト・ヴェルレである。Vgl. Klaus Marxen/Gerhard Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht, 1. Auflage, 1999.1 その第1版が出版されたのが1999年であり、第2版はミュンスター大学法学部のモーリッツ・フォルンバウムの参加の下に2020年に出版された。その概要は、(A) 東独の不法の現象形態、(B) 東西ドイツの国境における暴力犯罪、(C) 選挙犯罪、(D) 枉法罪、(E) 密告、(F) シュタージの犯罪、(G) 刑事施設における犯罪、(H) ドーピング、(I) 汚職と政治腐敗、(J) 経済犯罪、(K) 諜報などに関して詳細に記述されている。

ドヴィヒスブルクのナチ犯罪追及センターの課題ではなかったからである。2000年代に入って、東独の過去の克服は終息した。ナチの第一の過去は残されたままであった。ナチ犯罪追及センターは設立から50年を迎えようとしていた。このまま発展的解消ということにはならなかった。

### 三 急展開する刑法による過去の克服

ナチ犯罪の追及が急展開し始めるのは、ナチ犯罪追及センターの50周年にあたる時期からである。2010年代に入って、強制収容所の元看守を謀殺罪の幫助に問う裁判が立て続けに行われた。最初に注目されたのは、2011年にミュンヘン第二州裁判所で行われたジョン（イワン）・デミヤニク裁判である。デミヤニクは、1920年4月3日、ウクライナに生まれたソ連兵であり、捕虜として捕虜収容所に収容された後、よりましな待遇が与えられると知らされてトレブリンカで看守として訓練を受け、後に「絶滅収容所」と呼ばれたソビボル強制収容所に1943年から2年ほど看守として勤務した。その間に2万7900人のユダヤ人被収容者の謀殺を幫助したとして有罪判決を受け<sup>10)</sup>、上告中の2012年3月17日に死亡した（死亡時91歳）。

次に注目されたのは、2015年にリューネブルク州裁判所で行われたオスカール・グレーニク裁判である。グレーニクは、1921年6月10日、ニーダーザクセンのニーンブルク／ヴェーザーに生まれ、親衛隊下級軍曹としてアウシュヴィッツ＝ビルケナウ強制収容所に1943年から2年間勤務した。移送列車でアウシュヴィッツ・ビルケナウまで運ばれた被収容者を列車発着場で待ち構え、彼らの所持品を検査し、現金を見つけると没収・記帳してベルリンの国家保安省本部に送金することが彼の任務であった。ゆえに「アウシュヴィッツの簿記係」と呼ばれた。グレーニクは、1944年5月16

---

10) Ausfertigung LANDGERICHT MÜNCHEN II IM NAMEN DES VOLKES URTEIL der 1. Strafkammer des Landgerichts München II als Schwurgericht in der Strafsachen gegen Demjanuk John 12. Mai 2011.

日から7月11日まで「ハンガリー作戦」の2ヶ月間に42万5千人のユダヤ人の謀殺を補助したとして有罪に処された。上告したが、2016年9月20日に連邦通常裁判所が上告棄却し、判決が確定した(2018年3月9日死去。96歳)<sup>11)</sup>。

さらに注目を集めたのは、2022年のイツェーホー州裁判所のイルムガルト・フルヒナー裁判であった。フルヒナーは、1925年5月9日、ダンツイヒで生まれた。シュトゥットホーフ強制収容所司令官のパウル・ヴェルナー・ホッペの速記担当の専属秘書とし1943年6月から1945年4月まで2年ほど収容所に勤務し、1万1412人のユダヤ人の謀殺を補助したとして起訴され、1万505人の謀殺を補助したとして2年の自由刑を言い渡され、当時少年であったことから少年刑法が適用されて5年の執行猶予が付けられた。上告審である連邦通常裁判所は2024年8月に上告を棄却し、判決を確定した。フルヒナーは2025年1月14日に死亡した(死亡時99歳)<sup>12)</sup>。シュトゥットホーフ強制収容所司令官のホッペについていうと、ボーフム州裁判所は1957年6月4日に彼に謀殺罪の補助犯の有罪判決を言い渡し、9年の自由刑に処した(フルヒナーはホッペを補助した「謀殺罪の間接補助」にあたる)。1960年代前に釈放され、1974年に死亡した。彼の裁判でフルヒナーは証人として証言したといわれている。

これら以外にも強制収容所の元看守が謀殺罪の補助犯として裁かれた裁判がいくつかある。厳しい時代に生まれ、国家の意向に従う以外に行動に選択の自由がなかった彼らの人生の最期は余りにも哀れで、惨めであった。

---

11) BGH, Beschl. v. 20.9.2016 - 3 StR 49/16=BGHSt 61, 252., Boris Burghardt, Die Strafsache "Oskar Gröning" vor dem Bundesgerichtshof Zugleich Überlegungen zum Begriff der teilnahmefähigen Haupttat i.S.v. Abs. 1 StGB bei arbeitsteilig organisierten, systemischen Handlungszusammenhängen, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 1/2019, S. 21ff. それを評釈として、鄭翔「アウシュヴィッツ強制収容所の職務に従事したことが謀殺罪の補助に当たるとされた事例」比較法雑誌第51巻第4号(2018年)151頁以下参照。

12) BUNDESGERICHTSHOF IM NAMEN DES VOLKES URTEIL 5 StR 326/23 vom 20. August 2024 In der Strafsache gegen (Irmgard Furchner).

しかし、沈静化していたナチ犯罪の追及がなぜ2010年以降に再燃したのか。それには理由がある。端的に言えば、それは「事実と証拠の評価方法の変更」である。この問題をアメリカのアマースト大学のローレンス・ダグラスが論文「看守と秘書」において的確に指摘している<sup>13)</sup>。その内容は、概ね以下の5点にまとめることができる。

#### (1) 連邦通常裁判所1969年アウシュヴィッツ判例の意義

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認定方法である。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主義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幹部であり、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し、それ以外の方法で協力した者を幫助から除外する認定方法を「二段階格下げ」〔double shift〕と呼ぶ）。

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（第2刑事部）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（ダグラスはこれを「個別的行為の証明原則」と呼ぶ<sup>14)</sup>）。つまり、収容所に勤務していた時期にガス殺が行われていた事実を証明しても、それと被告人との直接的な関係が証明できなければ謀殺罪の幫助犯とすることはできなかった。ア

---

13) Lawrence Douglas, Der Wachmann und die Sekretärin, in: Vormbaum (Fn. 5), S. 109-118. (ローレンス・ダグラス〔本田稔訳〕「看守と秘書」立命館法学422号〔2025年〕399頁以下。)

14) BGH, Urt. v. 20.2.1969 - 2 StR 280/67, NJW 1969, 2056.

ウシュヴィッツ裁判の被疑者・被告人が戦中に勤務した場所がどのような場所であったのか、そこでどれほどの大規模な大量殺人が行われていたのか。これらがニュルンベルク国際軍事裁判の資料から明らかにされ、それが揺るがすことのできない歴史的な事実であっても、強制収容所における彼らの行為と個々のガス殺との間に直接的な関係があることが証明できなければ起訴することはできなかった。

ヘッセン州検事長のフリッツ・パ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、個別の行為の証明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<sup>15)</sup>。この原則がある限り、検事局はナチ犯罪の捜査手続を開始できても、起訴にまで踏み込めるかは未知数であった。1970年代以降、ナチ犯罪の捜査手続が急減したのは、被疑者の居場所が不明である、証拠が散逸している、証人の記憶が不確かであるという事情があっただけでなく、この原則が被疑者・被告人の基本的な人権を刑罰権力から保障する理論的障壁として機能していたからである。

## (2) アメリカのホロコースト研究を援用した事実と証拠の評価替え

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認定方法である。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年判例、すなわち個別の行為の証明原則から逸脱してデミヤニユクを有罪にした。アメリカのホロコースト研究によれば、ソビボル強制収容所とアウシュヴィッツ強制収容所は、ユダヤ人や反政府活動家などを収容する施設である点で共通しているが、本質的な相違がある。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、被収容者の殺害、つまり絶滅を唯一の目的として設置された。そこに勤務する所

---

15) Fritz Bauer Institut, Auschwitz-Prozeß 4 Ks 2/63 Frankfurt am Main, S. 2755 ff. フリッツ・パウアーが起訴した被告人の経歴については、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 387・388号(2020年)355頁以下参照。そのほとんどが親衛隊幹部であった。

員や看守は、日常的な業務として、監視塔での施設監視、逃亡者の発見・拘束、収容所内での暴動の抑止などの業務を分担しつつも、列車発着場に移送されてきた被収容者の多くをその日のうちにガス室で殺害する任務を共同して遂行した。アメリカのホロコースト研究によれば、ソビボル強制収容所における被収容者の生存時間は平均して4時間程度であったという。それゆえソビボルは「絶滅収容所」(Vernichtungslager)と呼ばれた。これに対してアウシュヴィッツ強制収容所(Konzentrationslager)ではガスなどを用いた殺害も行われていたが、収容や強制労働など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殺害に関与したわけではなかった。

キルステン・ゲッツェを中心とするミュンヘンの検事局は<sup>16)</sup>、アメリカのホロコースト研究に依拠して、ソビボル強制収容所が絶滅を唯一の任務とする絶滅収容所であったと評価し直し、看守が列車発着場で共同して遂行した任務をガス室での被収容者の謀殺であったと認定し直し、デマニェクがソビボル絶滅収容所に勤務した期間の2万7900件の謀殺に看守として関与したと主張し、ミュンヘン第二州裁判所もそのように認定した。デマニェクがソビボル絶滅収容所の看守としてガス殺に関与したことは推認できよう。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を幫助した事実を証明したことになるのだろうか。それは1969年判例の個別的行為

---

16) Vgl. Kirsten Goetze, Das Demjanjuk-Urteil: Eine späte Korrektur, in: Vormbaum (Fn. 5), S. 83 ff. 中川(前掲1)は、キルステン・ゲッツェのインタビュー内容を紹介している。ゲッツェは検事として担当したデマニェク裁判だけでなく、その後のグレーニクとフルヒナーの事件についても思うところを述べている。そこで述べた「ほかに方法があるはずだ」という言葉は、自身が担当した裁判の方針や判決が最善のものであったと受け止めていないことを表しているように思われる。ただし、それが「不満足」なのか、「後悔」なのかは分からない。それはナチ犯罪の追及や刑法による過去の克服の理論的総括にあたって検証されるべき論点である。

の証明原則に違反していないだろうか。ミュンヘン第二裁判所は、このような事実と証拠の評価替えによってデマニユクを有罪にしたが、「証明の空白」をソビボル絶滅収容所の特殊性によって埋めることができるかは疑わしい。

### (3) デマニユク裁判の認定方法の誤った拡大適用

第3の論点は、デマニユク裁判の認定方法がその後グレーニク裁判に拡大適用され、さらにフルヒナー裁判にも適用されたことである。

グレーニクもフルヒナーもデマ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、それらはいずれもデマニユクが勤務したソビボールのような絶滅収容所ではなかった。したがって、グレーニクがデマニユクと同じ看守であったことを根拠にデマニユク裁判の認定方法をグレーニク裁判に適用することはできない。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。「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たが、その回数は数えるほどであった(アウシュヴィッツ＝ビルケナウ強制収容所は「ハンガリー作戦」の時期には絶滅収容所と化したという)。その時の作業がかりに謀殺罪の幫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30万人の謀殺に関与したというリュネブルク州裁判所の認定は、デマニユク裁判の認定方法を不当に拡張している<sup>17)</sup>。

さらに、フルヒナーについていえば、彼女は速記担当の秘書であり、被収容者を監視する業務には就いていなかった。彼女は収容所司令官の専属秘書であり、その業務が収容所全体の運営を円滑に進める上で必要であっ

---

17) Douglas, a.a.O., S. 115 f.

たとしても、それは機械的な作業工程の一環として行われた「中立的行為」であり、謀殺罪の幫助に該当するほどの有害な作用を有しているとはいえない。それゆえフルヒナーのような下級職員の関与は、「二段階格下げ」の方法によって幫助にあたらなるとされてきたのである。しかし、イツェーホー州裁判所は事実と証拠の評価を替えることによって、彼女の関与に幫助犯性を認めたが、それはデミヤニユクやグレーニクの認定方法を超えているといわねばならない<sup>18)</sup>。

ダグラス論文では言及されていないが、フルヒナーは1950年代末、シュトゥットホーフ強制収容所の司令官パウル・ヴェルナー・ホッペの裁判に証人として証言した。つまり、ボーフムの検事局は、収容所の職員名簿などを押収し、フルヒナーが速記担当の秘書として勤務していたこと、彼女が司令官の業務（ユダヤ人被収容者の殺害）に協力していたこと、司令官が口頭で述べる言葉をタイプライターで文書化し、それをベルリンの本部に送付する業務を勤勉にこなしていたこと、またツィクロンBなどの化学薬品の発注などの業務なども担っていたことを知っていた。しかし、彼女は強制収容所の死の業務の実態を解明するための証人として召喚されただけであった。それは（「二段階格下げ」によって）彼女を起訴しないこと、つまり被疑者から除外することを前提とした扱いであったといえる。それにもかかわらず、60年後に事実と証拠の評価を替えて、起訴するというのは1969年判例の完全な否定であるといわねばならない。ナチ犯罪の幫助犯に関する判例を変更し、起訴されなかった事案を蒸し返して起訴し、変更された判例をその事案に遡及適用して処罰するというのは、法治国家の刑法原則から認められるのか。事実として認められた判例の法源性を変更し、それを被告人に不利益に適用することは罪刑法定主義と緊張関係に立たないのか。

---

18) Douglas, a.a.O., S. 116 f.

#### (4) ジェノサイドおよび人道に対する罪の幫助

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ではないことをダグラスは強調する。彼らもまた何らかの責任を負わねばならないという。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が、それが謀殺罪の幫助というのは妥当なのだろうかと疑問を呈する。なぜならば、ダグラスはそれがドイツ刑事司法の矛盾の表れであると見ているからである。それはドイツの刑事司法がナチ犯罪の追及を刑法上の謀殺罪とその幫助犯に拘った点にある。そして、ドイツが主権回復後にニュルンベルク裁判所規程を継承し、ジェノサイドや人道に対する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はなかったであろうと指摘する<sup>19)</sup>。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ったかは疑問なので、ダグラスの批判は理念的な提言にとどまっている。しかし、ドイツ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法思想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。連邦共和国の成立直後のドイツがナチの過去の不法をいかに克服しようとしていたのか、ナチの犯罪を刑法だけで追及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

---

19) Douglas, a.a.O., S. 117 f. ダグラスは、デミヤニク裁判の際にドイツが戦後直後に人道に対する罪などの規定を設け、それを(遡及)適用できるようにしていたなら、この「矛盾」を避け得たのではないかとある人物に質問したが、その相手は附帯私訴人として裁判に関わっていたゲアハルト・ヴェルレ(フンボルト大学)であった。もちろんヴェルレは人道に対する罪の規定を設け、それを戦前に行われた行為に適用することは、刑罰法規の遡及禁止原則に違反すると答えた。それは至極当然であろう。しかし、占領時代においてベルリンの裁判所が人道に対する罪の規定(これはニュルンベルク国際裁判所規程の犯罪規定である)を適用できた理由は明らかではない。遡及適用禁止に違反した結果か、それとも自然法の適用か。検討を要する問題である。

法の適用にあたることを理由に退けたのか。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。

#### (5) F・バウアーとC・ネストラーの事実認定方法の問題

1969年判例を起点にしてデミヤニユク、グレーニク、フルヒナーの裁判を見ていくと、その後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が分かる。しかし、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示されていたという。この方法と1969年判例の関係が第5の論点である。

1969年判例は「個別的行为の証明原則」を内容としているが、それによれば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検察官は個別的に証明しなければならない。ミュンヘンの検事局は裁判においてそこから逸脱したのであるが、ナチ犯罪を追及する戦後直後の裁判においては、むしろミュンヘンの検事局のような事実認定方法が採用されていた。例えば、フリッツ・バウアーは、強制収容所は謀殺工場であり、そこに勤務していた以上、それがソビボールか、アウシュヴィッツか、シュトゥットホーフかは関係ないと主張していた。ケルン大学のコーネリウス・ネストラーはバウアーの主張を継承し、2010年代の裁判に積極的に関与した。具体的には、ソビボール絶滅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、トレ布林カ絶滅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、ソビボール絶滅収容所の看守の日常業務は被収容者の謀殺に因果的で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を援用して、デミヤニユクやグレーニクの有罪の論証に関わった<sup>20)</sup>。

被収容者のガス殺などが行われた強制収容所の看守は、その全員が謀殺

---

20) Dauglas, a.a.O., S. 113 f.

罪の幫助の責任を負うべきであるという主張は、1960年代までは戦争体験を共有する世代に受け入れられ易かったのであろう。また、諸外国のユダヤ人権団体などからの処罰要請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ことに注目すべきである。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看守にも適用されたわけではなかった。アウシュヴィッツ＝ビルケナウ強制収容所の「簿記係」のグレーニクのような者に適用されることも自明ではなかった。フルヒナーはそのような彼らと比べても、謀殺の現場におらず、強制収容所の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、すでに訴追対象から除外されていたとあってよい。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は裁判所に証人として召喚されることはあっても、起訴されることは見送られたのではないかと思われる。パウアーとネストラーが1950年・60年代の裁判から独自の事実認定方法を演繹できたとしても、それを看守や秘書などの職階の者にまで適用できるかは検討すべきであろう。

#### (6) 1968年秩序違反法施行法に伴う刑法改正との関係

以上がダグラス論文の要点である。ここではそれが言及しなかった点について記しておく。それは「個別的行為の証明原則」の射程範囲についてであり、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関する規定であった。不真正身分犯の共犯に正犯の身分がない場合、正犯の刑が必要的に減軽されて処断されると定められていた。これに対して、真正身分犯の共犯に関する規定は刑法にはなかった。そのため真正身分犯の共犯が正犯の身分を備えてい

なくても共犯の一般規定（刑法〔旧〕49条1項・2項）が適用され、共犯は正犯の法定刑で処断された。そして、真正身分犯の共犯の公訴時効期間は、その処断刑である正犯の法定刑を基準に決定された（刑法〔旧〕67条1項）。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がなくても、共犯は謀殺罪の法定刑で処断され（無期自由刑。ただし、任意的に減輕可能）、その公訴時効は20年とされた。その結果、謀殺罪の幫助犯の公訴時効は1949年の連邦共和国成立の翌年の1月1日から計算して1969年12月31日に完成するとされた。

1968年の刑法改正によって、これまでなかった真正身分犯の共犯に関する規定が刑法50条に設けられ、真正身分犯の共犯が正犯の身分を備えていない場合、不真正身分犯の共犯の場合と同様に刑が必要的に減輕されることになった。その規定が刑法50条2項に設けられ、それまでの不真正身分犯の共犯の規定は同条3項に移された（それらは現在の刑法28条1項と同2項に対応）。この改正によって真正身分犯の共犯に正犯の身分がない場合、刑が必要的に減輕され、その公訴時効も減輕された処断刑を基準に決定されることになった。その結果、例えば真正身分犯である謀殺罪を幫助した親衛隊将校などに正犯の身分（例えば「下劣な動機」）があることが証明されなければ、謀殺罪の減輕された処断刑を基準に公訴時効も決定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。この場合は、1945年5月9日から計算して1960年5月8日に完成）。刑法50条2項は1968年10月1日から施行された。その結果、ナチの謀殺罪の幫助犯の被告人の裁判は身分を備えていることが明らかでないため打ち切れ、またナチの謀殺罪の幫助犯に対する多くの捜査も滞り、また中止された。

1969年に連邦通常裁判所第2刑事部が個別的行為の証明原則を定式化した3ヶ月後に第5刑事部がもう一つの判断を示した<sup>21)</sup>。その結果、個別的

---

21) BGHSt 22, 376. それは、その前年の1968年刑法改正によって設けられた刑法50条2項に関するホルスト・シュレーダーの解説を引用している。Vgl. Horst Schröder, Der § 50 StGB n. F. und die Verjährung beim Mord, JZ 1969, S. 132 ff. シュレーダーは、謀殺罪の「下劣

行為の証明原則は強制収容所内において行われ謀殺とそれへの関与の客観的事実を個別的に証明するだけでなく、幫助者の謀殺罪の身分性をも対象に含むことになり、幫助者が謀殺罪の身分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して扱われることになった<sup>22)</sup>。

強制収容所の職員名簿は、その管理部だけでなく、ベルリンの帝国保安本部などでも保管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、親衛隊幹部の指示に従って直接現場で行動する。その名簿は、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名を名簿から割り出して起訴した。巨大な謀殺機構において作業に従事した者の中でも、特に重大な責任を負う者を厳選した。そこで勤務したという理由で全ての職員を裁判に掛けることは予定していなかった。理念的には全ての者に絶滅に関与した責任があると言えても、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。誰が強制収容所における絶滅を組織化し、それを取り仕切り、機動させたのか。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。その行為者が自身の行為からもたらされる結果を認識していたのかも証明の対象である。「下劣な動機」に基づ

---

な動機」は行為者関係の要素であり、幫助犯が成立するためには、正犯に「下劣な動機」が備わっていることを認識しているだけでは足りず、幫助犯自身がそれを備えている必要があると解釈する。そして、幫助犯がそれを備えていない場合にはその処断刑は15年以下の自由刑に減輕され、その公訴時効は15年になることを指摘している。1968年刑法改正から改正条項の解釈論の定式化を経て連邦通常裁判所判例へと結実する流れは驚くほど迅速であったといえる。

- 22) この点は、Manfred Görtemaker/Christoph Safferling, Die Akte Rosenberg - Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit, 2016, S. 399 ff. に詳細な記述がある。1968年の秩序違反法施行法の制定に伴う刑法改正を誰が計画・遂行したのかは不明であるが、エドゥアルト・ドレーアーの名前を挙げる者が複数存在することを指摘しておきたい。Vgl. Christoph Safferling, Lex Rosenberg: Überfällig oder Überflüssig?, ZDRW 1/2019, 62 f.

いて行ったのかも証明しなければならない。このようにパウアーは職員名簿の上から順に訴追可能な職員を割り出し、捜査し、証拠が揃った順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ち切られた者もいた。それが1969年連邦通常裁判所第5刑事部判例の結果でもあった。

1969年から40年以上を経てデミヤニユクが訴追された。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。ソビエ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、パウアー＝ネストラ一流に言うならば、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補助犯の訴追が活発に行われていた1960年代に起訴対象から除外された人々である。それがどうして今になって訴追されたのか。「下劣な動機」の存在を裏付ける証拠が発見されたというのか。それとも彼らの事案に関する事実と証拠の評価替えをして、事案を蒸し返して訴追したのではないか。ダグラスはこの点を「復讐」という言葉を用いて批判した。そのようなことをしても「無意味」だとも述べた。誰が誰に対して復讐するというのか。ナチに対する復讐か。現代のドイツ人が生き延びているナチの残党に対して復讐するのか。ドイツ民族は過去の一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。だから復讐するというのか。たとえそうであったとしても、ウクライナ出身の元ソ連兵と司令官秘書のドイツ人女性が、あの戦争においてドイツにどのような被害を与えたというのか。加害と被害が倒錯していないか。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。

#### 四 残された課題——刑法によって克服された過去とは何か

海外のメディアによると、ドイツにおけるナチ犯罪の追及はイルムガルト・フルヒナーの有罪判決を最後にして終わるであろうと報じている。それによって刑法による過去の克服も終わることになる。しかし、結末は新たな問題を生み出すものである。我々は、戦争と平和、迫害と自由、不法と正義の座標軸の立体構造のどのあたりにいるのか。ナチ犯罪の追及が社会や刑法にいかなる理論的影響を及ぼしたのか。我々はドイツにおける理論的営為から確たる法的な羅針盤を手に入れたのか。このような問題を考えねばならないが、その前にはたして刑法による過去の克服とは何だったのか、それによっていかなる過去が清算されたのかを総括しなければならない。