

◇ 資 料 ◇

## ドイツ連邦司法省の戦後秘史（２）

M・ゲルテマーカー／Ch・ザッファーリンク著  
『ローゼンブルクの記録』の紹介

本 田 稔\* (訳)

### はじめに

本稿は、マンフレート・ゲルテマーカー／クリストフ・ザッファーリンク『ローゼンブルクの記録』の第二編「各総局と関連問題」第三章「ナチの遺産と連邦共和国の立法」第四節「気づかれなかった恩赦」の紹介である。それは、以下の問題意識に基づいて行われる。

第二次世界大戦の連合国軍は、敗戦国ドイツの占領期を通じてナチ時代の過去の清算と克服を一応完了した。その後占領政策が解除され、ドイツは独立国家として再出発した。しかし、戦中から徐々に明らかになり始めたアメリカとソ連の対立に投げ込まれ、ヨーロッパ世界は資本主義陣営と社会主義陣営が対立する冷戦構造に放り込まれ、ドイツはそれによって引き裂かれた。ドイツ西部は、アメリカ、イギリス、フランスの資本主義国によって占領されたため西側陣営に属することになり、成立したドイツ連邦共和国は資本主義陣営の最前線としての役割を担うことになった。それに対応する形で東部はソ連によって占領されたため、東側陣営に属し、成立したドイツ民主共和国は社会主義陣営の最前線として役割を担うことになった。資本主義と社会主義のイデオロギー対立、政治的・経済的勢力圏の維持・拡張競争、世界を二分する軍事ブロック間の緊張が激化した。

前回においては、ドイツ連邦共和国の成立直後の連邦司法省第二総局（刑法）の人事政策に関するゲルテマーカーとザッファーリンクの分析と評価を紹介した。戦後入省組の司法官僚、個人名、ナチ時代の経歴、入省の経緯などの史料に関して指摘されたことを一言で表すと、「司法機関におけるナチから連邦共和国への人的連続

---

\* ほんだ・みのる 立命館大学法学部教授

性」となるであろう。人的連続性は、ナチ時代の過去に責任（それは道義的責任のみならず、刑事責任をも含む）を負う法学エリートが連邦司法省の官職を得て、安定的な地位を確保したという意味にとどまらなかった。彼らには特別な任務が与えられていた。それは元ナチの犯罪人を「免責」することであった。それは同時に彼ら自身の罪責を免れることでもあった。かつての上司のうち、ある者は自殺を図り、もうこの世にはいない。またある者は、戦勝国の裁判によって裁かれ、口を封じられている。しかし、この法学エリートたちは誰に指示されるまでもなく、何をなすべきか知っていた。「裏口恩赦」の必要性を認識していた。

しかし、ナチの犯罪人を秘密裡に恩赦することなどできるのか。ゲルテマーカーとザッファーリンクはこのような問題関心に基づいて、史実を丹念に調べ、当時の関係者のところに足を運び裏付け調査を行った。そして、「裏口恩赦」を仕掛けた人物を突き止めた。結論に至るまでの二人の分析的推理は非常に興味深い。

なお、本紹介では、読者に内容を正確に理解してもらうために若干の注記（注：）を入れた。参考になれば、幸いである。

---

#### 第四節 「気づかれなかった恩赦」：

##### 議会の機能不全か、それとも陰湿な策略か？

1950年代および1960年代においてナチ犯罪の刑事訴追に深刻な怠慢があったことがこれまでの説明において様々に述べられた。この怠慢は、部分的には意識的に下された政治的決定の所産であった。1949年と1954年の刑事免責法のときのように、ナチの過去に「けりをつける」ことを望む声が政治や社会の中に広範囲に広がっていた。要職に就いていた人々は、多くの事案に関して、ナチ犯罪の刑事訴追を妨害するか、訴追できないようにすることに精を出した。ハンス・ガウリークがそうである（注：1904年8月29日、プレスラウ生まれ。1933年入党。1942年、プレスラウ特別裁判所首席検事。ニュルンベルク国際軍事裁判で被告人および国家機関の弁護人を務めた。外務省入省後、権利保護局の公使館参事官に就任した。ナチの被疑者が外国で不在のまま有罪判決を受けることがないよう、その権利を保護するために諸外国に対して警告するなどした）。彼は連邦共和国の成立直後は連邦司法省の中央権利保護局に所属し、同局が外務省に移管された後は外務省に人事異動した。裁判所と検事局には国家社会主義の遺産ともいえる人物が残っていたため、（注：ナチの犯罪の刑事訴追は）しばしば不十分な結果しかもたらされなかった。ナチの実行犯の訴追には格別なほど慎重な態度がとられ、た

とえ訴追されて有罪判決が言い渡されても、注目に値する寛大な判断が下された。政治的動機に基づいてナチの犯罪に全面的な恩赦を求めたのは、例えばエッセン弁護士会のグループ、自由民主党の政治家のエルンスト・アッヘンバッハ（注：1909年4月9日、ジーゲン生まれ。1940年以降、在パリ大使館・公使館に勤務。1943年、外務省文化政策局に配属。1946年、エッセンで弁護士業を開始し、アメリカ占領地区の継続裁判のうちIGファーベン裁判や外務省裁判に弁護士として短期間であるが関わった。1950年以降、ノルトライン＝ヴェストファーレン州自由民主党所属）、またニュルンベルク戦犯訴訟の元弁護士人たちが設立したハイデルベルク法律家会議であったが、その要求は実現しなかった。さらに1965年には連邦議会とドイツの国内外の公的議論の場において激しい議論が行われ、ナチの謀殺罪の公訴時効期間を1969年まで延長することが決定され、それがさらに1979年まで延長された（注：1965年には公訴時効の起算点を連邦共和国成立の翌年の1950年1月1日にする法律が制定され〔BGBl. 1965 I, S. 313〕、1969年には謀殺罪の公訴時効を20年から30年に延長する刑法改正が行われた）。このような議論は物事の考え方の（注：恩赦から処罰への）方向転換をもたらし、ようやくナチ犯罪の真剣な捜査が広く社会的に受け入れられた兆しであった。それが最終的に刑事訴追や判決に影響を及ぼすかに思われた。

### 1968年秩序違反法施行法

1968年5月24日、ドイツ連邦議会は、上記のような事情を背景にして、ある1つの法律を可決した。その法律の表題は、秩序違反に関する法律のための施行法（Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten = EGOWiG）であり、ほとんど人畜無害であることしか表していなかった。秩序違反法施行法はその名称がすでに伝えているように補充法、つまり旧法を改めた新しい秩序違反法の施行に伴う附則規定を一括した法律であった。立法者はこの法律によって再びあの路線を歩んだ。それは1952年3月の秩序違反法の制定以来追求してきた軽犯罪の非犯罪化という路線である<sup>255)</sup>。あまり重大でない犯罪行為はこの法律によって「秩序違反行為」に組み入れられ、それには刑罰ではなく過料が科されることになった。

すでに米英占領地区の経済刑法では1947年から1949年までの間に刑法を刑事刑法と行政刑法に区別し、それによって参考になる良い経験が積み重ねられていた<sup>256)</sup>。そこか

255) Gesetz zur Ordnungswidrigkeiten vom 25. März 1952, BGBl. 1 1952, S. 177 ff. (1952年3月25日の秩序違反法)

256) Gesetz der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (Wirtschaftsstrafgesetz) vom 26. Juli 1949, WiGBL 1949, S. 193. 本

ら刑法とは別のもう一つの領域が得られた。1952年3月の秩序違反法の制定理由では、「犯罪行為には道義的に非難に値する不法性がある」が、秩序違反行為にあるのは「倫理的に無意味な不法内容」であると述べられていた。それゆえ、犯罪行為に対しては名誉剥奪的な効果が及ぶが、「行政規則に従わない行為」にはそのような効果は及ばないとされた<sup>257)</sup>。現在、我々はこれを違ったふうに定式化し、犯罪行為に対する名誉剥奪的な効果を否定しているが、この(注：犯罪の反倫理的不法と秩序違反行為の没倫理的不法の)区別は我々の法理解に深く刻み込まれている。秩序違反法の主要な適用事案は道路交通法違反であり、その違反行為は1968年の施行法によって秩序違反法に移された<sup>258)</sup>。1968年の秩序違反法の新规定は、特別刑法と秩序違反法という異なる法律に分類されてきたものを可能な限り統一し、それによって簡素化を図ることを目的とした。これは通常の立法事象であった。そのため、「小刑法」の施行法を制定するにあたり、それに妥当する一般原則を参照できるようにするために、「大刑法」、すなわち刑法典を変更したことは驚くべきことではなかった(注：刑法典は、犯罪と刑罰の一般原則〔反倫理的不法としての犯罪とそれに対する道義的・倫理的制裁として刑罰〕を定めている。それを一般刑法=大刑法と呼ぶことができる。これに対して、道路交通法も秩序違反法も「刑罰」を定めている点では「刑法」であるが、それらが定める犯罪は行政規則違反という没倫理的な不法であり、それへの刑罰も没倫理的な制裁でしかない。これらの法律を特別刑法=小刑法と呼ぶことができる。このように秩序違反と道路交通法違反は犯罪とは質的に異なるので、刑法とは別の法規によって規制されるべきであり、没倫理的不法という共通点に基づいて統一法規に組み入れるならば、個別に分散された法規を全体として

---

法(1949年7月26日の経済刑法〔経済刑法典〕の簡素化のための統一的経済領域管理法)は連邦議会によって1951年3月31日までに連邦の全域に拡張された。Siehe Gesetz zur Erstreckung und zur Verlängerung der Geltungsdauer des Wirtschaftsstrafgesetzes vom 29. März 1950, BGBl. I 1950, S.78. (1950年3月29日の経済刑法典の適用期間の拡張と延長のための法律)

257) BT-Drucks. 1/210 vom 28. März 1951, S. 14. 同草案はジェームズ・ゴルトシュミットの著作に依拠している。James Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtshistorischer und rechtsvergleichender Grundlage, Berlin 1902. (ジェームズ・ゴルトシュミット『行政刑法の歴史と比較を踏まえた刑法と行政法の境界領域の研究』〔1902年〕)

258) Vgl. BT-Drucks, 5/319, S. 51. Siehe hierzu auch BAArch B 141/17485, Umstellung von Straftatbeständen des Straßenverkehrsrechts auf Ordnungswidrigkeiten, Bd. 1. 大刑法委員会との提携に関しては、連邦交通省宛のヴァルター・シュトラウスの1957年12月5日の書簡(BArch B 141/17485, Bl. 44-48)を参照されたい。

簡素化することができる。そのために制定されたのが秩序違反法である。したがって、秩序違反法の制定は連邦司法省が行うべき通常の法整備事業であった。このように犯罪に対する倫理的な刑罰と行政法規違反に対する没倫理的な制裁を二元的に分類することは可能であるが、今では刑罰観も見直され、その道義性・倫理性は改められ、名誉剥奪的な性質は否定されている。したがって、秩序違反法〔小刑法〕の運用にあたって刑罰に関する一般原則を参照できるようにするために、刑法典〔大刑法〕の刑罰の一般原則を没倫理的なものに変更し、それを秩序違反法施行法として制定することに問題はなかった。なお、刑罰の一般原則の没倫理の変更とは、刑法〔旧〕50条2項の改正であった）。

その施行法は1つの重要な目的を達成した。立法者が施行法において行ったのは、必要な変更を可能な規定にまとめ上げることであった。そのためには改正——ここでは新しい秩序違反法の公布——が必要であった。我々が関心を向けている問題に関していえば、必要と判断された規定を相互に調整するために、これらの規定の1つが秩序違反法施行法1条6号に盛り込まれた。それが刑法50条2項の変更であった。秩序違反法施行法の公布から1年経って、連邦通常裁判所第5刑事部は、謀殺罪の幫助犯の事案に関して、この変更によって公訴時効期間が必要的に短縮され、それにより数えきれない程の多くのナチ犯罪の時効が突如として完成したと宣言した。その結果、大量の戦争犯罪人の裁判手続が打切られ、実行犯の罪は不問に付された。秩序違反法施行法によって何件の手続が打切られたのかを正確に数えることは不可能である。なぜならば、ルードヴィヒスブルクの中央局は、どの事案がどの検事局に任されているかを登録する「捜査開始記録書」を作成しておらず、しかも後に州の司法行政機関と検事局に後に問い合わせても、特筆すべき回答を得ることはできなかったからである<sup>259)</sup>。しかしながら、膨大な数であったことは確かである——その中には捜査が開始されずに終わった無数の事案があったことも考慮にいれなければならない。

この公訴時効の完成の効果を意図的にもたらしたのは誰だったのか。連邦司法省

---

259) 筆者は2015年8月28日にナチ犯罪追及センター長のシュリム上級検事にインタビューを行った。1966年から1968年までの刑法（旧）50条2項が妥当していた時期に、裁判所は謀殺罪の幫助を理由に有罪判決を言い渡したのが全ナチ犯罪の43パーセント、全有罪数の65パーセントであった。連邦司法省の1969年の備忘録にはこの数値の推計根拠がある。もしろん、このように数値を見積もるにあたって、裁判所が偶然に行為関係的メルクマールを認定したならばという点を考慮に入れるべきではないことは当然である。備忘録には同時にこのことが指摘されている。Vermerk Götz vom 30. Mai 1969, in: BArch B 141/403654, Bl. 136.

第二総局の刑法の専門家集団だったのではないかと、中でもエドゥアルト・ドレーアー部長だったのではないかと疑われている。もちろんそれは不明なままである——ベルリンの法社会学者フーベルト・ロットロイトナーは、その問いを「事態を一変させたのは誰、ドレーアー？(Hat Dreher gedreht?)」という挑発的で鋭い言葉で見事に言い表した<sup>260)</sup>。秩序違反法施行法をめぐる歴史は、それによれば1つのドラマとして描かれている。省の側からその制定に関わったドラマの俳優の何人かは、ナチ犯罪の公訴時効の完成に個人的に関心を持っていただけではなかった。彼らは法律の定式化に長年従事した経験があり、なかにはナチ時代に遡る者もいた。そのため彼らは自ら問わざるを得なかったのである。公訴時効の完成の効果が及ぶ範囲はどこまでなのかと。

### 秩序違反法施行法の意義と目的

1962年8月、第二総局で刑法改正を担当するカール・ラックナー課長は、エドゥアルト・ドレーアーの1960年秩序違反法予備草案に基づいて同法の第一次事務局草案を提出した<sup>261)</sup>。刑法では「正犯」と「共犯」が種別化されているが、この事務局草案9条によれば、秩序違反行為には基準としていわゆる統一的正犯が用いられていた。統一的正犯原理が妥当するところでは、1個の所為に関与した者は全て正犯であり、量刑の判断に際してようやく関与の度合が重要な役割を果たす。これに対して種別化モデルは、様々な関与形態を「正犯」、「教唆犯」、「幫助犯」に区別する<sup>262)</sup>。この場合の共犯の可罰性は、正犯の可罰性から導き出される。どちらの(注：統一的正犯原理または種別化モデル) 帰属体系に意義があるかをめぐって争いがあるが、立法者が刑法典において正犯と共犯に応じた体系を区別して規定していることは事実であり、その体系は1968年まで秩序違反法においても妥当していた。

2つの体系において提起されているのは、次の問題である。すなわち、関与者のうち一方は明らかに特別な身上の要素を備えているが、他方の関与者がそれを備えていない状況をどのように扱うべきかという問題である。この問題に関して刑法典は、両関与者の行為が異なる犯罪構成要件に該当する場合、その2つを区別するための解決策を刑法50条2項に設けていた。例えば、自身は警察官ではないが、警

---

260) Hubert Rottleitner, Hat Dreher gedreht? Über Unverständlichkeit, Unverständnis und Nichtverstehen in Gesetzgebung und Forschung, in: Rechtshistorisches Journal, 2001, S. 665-679.

261) BArch B 141/17493, Bl. 41 ff.

262) Vgl. heute §§25, 26, 27 StGB.

察官を幫助して被害者に傷害を行かせた者は、刑法223条の傷害罪の幫助で処罰されるだけである。これに対して警察官は、刑法340条の公務上の傷害罪によって重く処罰される。それゆえ、同条によれば正犯が公務の担当者である場合、公務員という要素は刑罰加重要素と呼ばれる——それは傷害罪の刑罰を加重する。

これに対して、正犯が刑罰を基礎づける一身上の要素を備えていることを示しているときにだけ、法律が正犯の行為を可罰的であると宣言する場合、そのような刑罰基礎づけ要素が問題になる。例えば、刑法339条の枉法罪は法律の文言によれば、裁判官のみが行い得る犯罪である。裁判官でない者は枉法罪の正犯たりえないが、それでも法を枉げる裁判官を手助けすることはできる。この幫助犯の可罰性は正犯の可罰性から導き出されるので、幫助犯も339条によって処罰される。ここでは50条2項は1968年までは解決策としては役立たなかった。なぜならば、裁判官でない者には受皿となる罪の構成要件がなかったからである（注：警察官による傷害を幫助した非警察官は、公務上の傷害罪の基本類型である軽い傷害罪の刑で処断される〔不真正身分犯の共犯には刑法50条2項に基づいて通常の刑を定めた傷害罪が適用される〕。裁判官による枉法を幫助した非裁判官は裁判官と同じ枉法罪の刑で処罰される〔刑法50条には真正身分犯の共犯に関する規定がないため、非裁判官には刑法49条2項の幫助犯の一般規定が適用され、その刑は減輕されない。ただし、同2項但し書きにより刑を減輕することができる〕。これは体系的な不正義である。幫助犯が備えていない特別な一身上の要素が刑罰を基礎づけるのか、それともそれを加重するのかという偶然の事情によって刑罰の重さが左右されるという体系的な不正義は、すでに19世紀末に批判されていた。それ以来、その解決策が繰り返し議論されてきた。それは次のようなものである。すなわち、そのような「受皿構成要件」がない場合、幫助犯の刑は、正犯が処罰されることの構成要件から導き出されるが、——正犯に比べて——減輕されるという解決策である。大刑法委員会と連邦司法省がその解決策を1962年刑法改正政府草案に取り入れたのは、このような経緯があったからである。草案33条1項では次のように定められていた。「正犯の可罰性を基礎づける特別な一身上の要素（14条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1項（注：〔特別な法律上の減輕事由〕無期自由刑に替えて3年以上の自由刑とする）により減輕する」。

新しい秩序違反法には統一的正犯を導入する考えが連邦司法省では確定していた。しかし、問題の事案（注：真正身分犯の共犯に身分がない事案）に対応するためには、刑法典を参照するだけではだめなことは明らかであった。なぜならば、刑法典はそのような事案を想定していなかったからである。そこで選ばれた解決策は誠に適切なものであった。それゆえ、この点に関して刑法改正を行うならば、この問題が新し

い秩序違反法において起こっても、刑法を参照して技術的に明快に対処できると思われた。1964年7月に第二総局の打ち合わせの席上において、これを前倒しして改正することが決定された。それを決定したのは、ヨーゼフ・シャフホイトレ、エドゥアルト・ドレーアー、カール・ラックナー、ゲオルク・シュヴァーム、エーリク・ゲーラーであった<sup>263)</sup>。

刑法50条2項を改正して新规定を設けることは意味があった。それどころか必要であり、長らく待たれていた。刑罰を基礎づける一身上の要素と刑罰を加重する一身上の要素を等しく扱うことは、刑法改正の全過程において歓迎された。つまり、諸州の委員会、連邦議会の刑法改正特別委員会において歓迎された。対案グループにおいても同じであった。つまり、完全な合意が形成されていたのである。だから秩序違反法への統一的正犯の導入は、上記の2つの要素の不平等な扱いを取り除き、この論点に関する刑法改正を行うきっかけにもなったのである<sup>264)</sup>。

### 公訴時効への影響

この規定（注：真正身分犯の共犯の刑を必要的に減輕する刑法50条2項）には政治的な問題はなく、またそれは全ての委員会において基本的に賛同を得ていた。そのことは後にも繰り返し指摘された<sup>265)</sup>。しかしながら、そのような指摘は、すでに審議されたように62年草案が刑法の全面改正に向けて1つの提案を行っていたこと、すなわちあり得る相互作用（注：ある規定の改正が他の規定に影響を及ぼし得ること）をあらかじめ考慮に入れていたことを覆い隠した。その1つに公訴時効の期間があった。公訴時効の期間は、威嚇された刑罰によって決まる——つまり、重い罪は軽い罪よりも長い期間を経なければ時効にかからない。1962年草案は、公訴時効期間に及ぶ影響も及ばないようにするための条文を必要とした。それが127条3項であった。「総則の規定に基づいて定められた、又は特に重い事態、比較的重くない事態について定められた加重又は減輕を顧慮することなく、時効は、行為がその構成要件を実現した法律の法定刑に従って決める」。このような条文が（注：秩序違反法施行法に伴う刑法改正案に）付け加えられていたならば、公訴時効の完成によって直面するあら

---

263) BArch B 141/403654, Bl. 188.

264) ゲーラーは1969年6月6日にグスタフ・ハイネマン連邦司法大臣に理由書を送った。その理由書にも同様のことが記されていたと備忘録には記載されている。BArch B 141/403654, Bl. 187.

265) 例えば、ゲーラーが1969年6月6日にグスタフ・ハイネマン連邦司法大臣に理由書を送ったときの備忘録。BArch B 141/403654, Bl. 188.

ゆる問題を回避することができたであろう（注：刑法改正の施行日の1968年10月1日より前に行われた行為〔例えば、特別な一身上の要素を持たない者による謀殺補助〕に対して公訴時効期間の決定に関する規定〔62年草案の127条3項に対応する規定〕を適用するための経過措置がとられていたならば、その罪の公訴時効期間は据え置かれる〔謀殺罪の補助犯の公訴時効期間も謀殺罪の正犯と同様に20年に据え置かれる〕ので、刑法改正によって「裏口恩赦」を防ぐことができる）。この127条3項の条文が秩序違反法施行法の草案には含まれなかった事実——それがいかなる理由によるものか、また誰の仕業によるものかはともかく——は、上で述べた問題に広く結果を及ぼした「技術的」なミスを意味した。それ以外では、その問題は秩序違反法そのもので論ぜられ、公訴時効は秩序違反法施行法145条2項で言及されていた。秩序違反の領域における公訴時効を決定する規則は、秩序違反法20条と21条に取り入れられ、それに関して経過規定が設けられた。

しかし、このミスを訂正することはまだ可能であった。むしろミスを訂正すべきであった。30人を超える共同研究者が連邦司法省において4つの専門委員会に分かれて、秩序違反法および秩序違反法施行法の各草案の審議に参加していた。各草案が閣議決定に付される前の1966年6月、ゲーラー課長は、最終議論を行う会議に草案を提案した時点でミスを訂正すべきであった。第二総局（刑法）の共同研究者は賛成票を投じたも同然であった。刑法改正に関する全体報告書である第二報告書R1では、とくに秩序違反法施行法1条6号と154条2項の規定が検討されていた<sup>266)</sup>。その結論は簡潔な言葉で書かれた。「異議なし。提案されている変更は1962年刑法改正政府草案33条に対応している」<sup>267)</sup>。1966年6月15日、草案はその後第二総局のドレーアー部長の署名入りで速達便で州司法行政機関と連邦の各省庁に送付された。1966年6月20日、ゲーラーとヤニシェフスキーは、秩序違反法と秩序違反法施行法の草案にそれぞれ理由書を付けてイエーガー連邦司法大臣に送った（注：62年刑法改正政府草案33条は、共犯が刑罰を基礎づける特別な一身上の要素を持たない場合の必要的減輕を定めていた。それが62年草案から取り外され、秩序違反法施行法草案1条6号に取り込まれ、刑法50条2項の改正を伴う秩序違反法施行法案が連邦司法大臣に提案された）。しかし、草案理由書の備考欄では刑法50条について一言も触れられていなかった<sup>268)</sup>。1967年1月——この時期から連邦司法大臣にグスタフ・ハイネマンが就任し、事務次官にはホルスト・エムケが就任した——、連邦議会において同法案の第1読会が行われた。

266) 当時の草案には2条6項と142条2項があった。Vgl. Vermerk Göhler vom 5. Juni 1966, in: BArch B 141/85574, Bl. 159-167.

267) BArch B 141/403702, Bl. 108.

268) Vorlagevermerk vom 20. Juli 1966, in: BArch 141/403654, Bl. 193 ff.

司法大臣自らが草案を提案し、その際に秩序違反行為と道路交通法改正に関して多くを論じた<sup>269)</sup>。省の新指導部は、法案の関係書類の中に問題があるとは思っていなかった。なぜならば、もしも法案に問題があるならば、省の専門家によって慎重に検討され、取り除かれるだろうし、またそうするであろうと信頼できたからである。ホルスト・エームケが後の回想で述べたように、秩序違反法施行法の案件について、この方向での注意喚起はなされなかった——明示的な警告はなされなかった<sup>270)</sup>。

1967年10月12日、連邦議会法務委員会が秩序違反法施行法について審議したとき、連邦司法省からはゲーラー課長と部下のブッテンディークが出席した<sup>271)</sup>。秩序違反法施行法1条6号、つまり刑法50条の変更規定は、「政府草案の条文をそのまま取り入れたものである」。それ以上の解説はなく、またそれ以上の質問もなかった<sup>272)</sup>。法務委員会がその審議の基礎資料にしたのは、刑法改正特別委員会の規定案であった<sup>273)</sup>。1967年4月13日に特別委員会において規定を提案したのはゲーラーとエドゥアルト・ドレーアーであり、その規定案は特別委員会においても全会一致で承認されたものであった<sup>274)</sup>。マルティン・ヒルシュ議員は、この規定案は特別委員会においてすでに審議されたのかと(注：連邦議会法務委員会において)質問した。これに対して、ドレーアーは「その場で異論はなかった」と答えた<sup>275)</sup>。実際にも異論は出されず、全会一致で承認された。それは、実際にもそのとおりである。しかし、特別委員会が1962年刑法改正政府草案をもとに全体規定を審議したこと、その規定は127条3項のような公訴時効に関する附則が含まれていたこと、そしてその附則が秩序違反法施行法に——すでに述べたように、どのような理由からであれ、またどのような動機からであれ——取り入れられていないことが見落とされた。その後1968年3月から4月に連邦議会で第2読会および第3読会が開催された<sup>276)</sup>。1968年5月24日、秩序違反法施行法が可決され、後に連邦法令集に公示され、1968年10月1日に施行された<sup>277)</sup>。

269) 大臣発言と発言メモの草案は、BArch B 141/85547, Bl. 72 ff.

270) 著者は2013年10月13日に日にホルスト・エームケ元連邦司法大臣(教授・博士)に新聞紙上でインタビューを行った。

271) Stenographisches Protokoll des BT-Rechtsausschusses, 5/53, 12. Oktober 1967.

272) Ebd., S. 37.

273) Ebd., S. 30

274) Beratungen des Sonderausschusses Strafrechtsreform, WP 5, Sitzung 57, S. 1094 f.

275) Stenographisches Protokoll des BT-Rechtsausschusses, 5/41, 20. April 1967, S. 22.

276) BArch B 141/8550.

277) Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (EGOWiG) vom 24. Mai

## 胸騒ぎ

それは、簡潔または冗長な規則が付けられ、世俗的で細かな事柄を扱った複雑な法律であった。また、ある犯罪行為の「関与者」の処罰に関して、特に刑法典の必要最小限の、また実際にも異論のない変更を含んだ法律であった。だが、この変更が公訴時効に及ぼす影響を確実に除外する規定を設けることは「忘れられた」<sup>278)</sup>。この新法に関する審議には——連邦の各州、連邦通常裁判所、国務大臣、連邦議会と同法務委員会、連邦参議院および同法務委員会、連邦司法省の刑法の専門家——全員が参加した。それにもかかわらず、誰一人としてこのミスに気づかなかつたというのか。

このような展開がいかなる事情を背景に進められたのか。それを理解するためには、遅々として進まないナチ犯罪の刑事訴追の当時の状況に目を向ける必要がある。1960年代の半ば、とりわけアウシュヴィッツ裁判以降、この点に関して1つの変化が起こったようである。ルードヴィヒスブルクに国家社会主義犯罪を究明するための州司法行政機関中央局が設立された（注：1958年）。戦争犯罪の情報は制度的に収集され、その捜査情報は管轄権を有する検事局に伝えられ、そのお陰で遅々として進まなかったナチ犯罪の手續が徐々にドイツ中で進められるようになった。ベルリンでは帝国保安本部の元部員に対する大規模な裁判が準備された。それは、いわゆる「机上の実行犯」に対する先例となる裁判であった。ルードヴィヒスブルクの中央局は、その事案をキール検事局に送った。それはクラクフとポフニヤのゲットーの住民を虐殺した事案であった。1967年3月18日、ヴィルヘルム・クンデ、ヘルマン・ハインリヒ、フランツ＝ヨーゼフ・ミュラーが起訴された<sup>279)</sup>。様々な困難に遭遇しながらも、この事件に関わる証人がイスラエルとアメリカにいることが突き止められた。キール裁判所刑事部の代表は、犯行現場を目で見て確認するためにわざわざポーランドに赴いた。1967年にクンデに対する裁判が健康を理由に打切られた

---

1968, BGBl 1968, S. 503 ff. 1968年4月2日の連邦参議院法務委員会小委員会でバーデン＝ヴュルテンベルク州代表は、同法の他の規定を10月までに調整することはできないので、同法の施行を1969年1月1日にずらすことを提案した。

278) 「忘れられた」というのはエドゥアルト・ドレーアーの認識でもある。Eduard Dreher, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 15. Juli 1969 - 5 StR 704/68, in: Juristische Rundschau 1970, S. 146.

279) Anklageschrift vom 18. März 1967 - 2 Js 10/67 = 2 Ks 1/67; Ergänzung der Anklageschrift vom 26. September 1966 - 2 Ks 4/66, in: Ladesarchiv Schleswig-Holstein, Abr. 352.3 Nr. 16564.

後、ハインリヒは1968年3月19日、クンデによる大量殺人および職権濫用を幫助したとして6年の刑に処された。ミュラーは6人に対する謀殺罪の正犯として終身刑に処された<sup>280)</sup>。これに対して弁護人が上告し、事案は連邦通常裁判所第5刑事部において審理されることになった。このナチ犯罪を刑法によって清算する作業——それは本件以外の多くの裁判にも関係する作業——を完全に成し遂げるために、すでに1965年に連邦議会で謀殺罪の公訴時効の20年を延長するかどうかをめぐって激しい議論が行われた。最終的に公訴時効の起算点を1945年の戦争終結日から連邦共和国建国の翌年——つまり1950年1月1日——にずらし、引き続きナチの実行犯を捜査し、処罰できるようになった<sup>281)</sup>。

しかし、この手続の大部分を実務面において一夜のうちに終了させる効果を発揮したのが、秩序違反法施行法であった。連邦司法省にいる責任ある人々はこのことを知っていたのか。その答えは、ある会話から明らかになる。1968年9月17日から20日までニュルンベルクで開催された第47回ドイツ法曹大会の関係者の間でなされた会話である。法曹大会が1966年にエッセンで開催されたときには、その議事日程にはナチ犯罪の追及が議題としてあがっていたが、ニュルンベルクでは違った。法曹大会の刑事法部会の会長を務めたのはヴェルナー・ザルシュテット連邦通常裁判所第5刑事部長であった。刑事法部会のテーマは、性刑法の限界領域であった。法曹大会のプログラムの一覧表には、ローテンブルク・オブ・デア・タウバーとフレンキッシェ・シュヴァイツへの散策、それと並んでゲルマン国立博物館、交通博物館、ミネラルウォーター会社「クヴェレ」の通信販売施設、グルンディッヒ社（注：1945年にニュルンベルクで設立された電気機器メーカー）、玩具製造工場への見学が記載されていた。ニュルンベルクには帝国党大会の会議用地や司法宮殿の陪審裁判所法廷があったが、関心の対象ではなかった。しかし、連邦通常裁判所第5刑事部のルドルフ・シュミット連邦判事は、法曹大会の議事以外の場所でキール州裁判所のハ

---

280) Landesgericht Kiel, Urteil vom 19. März 1969 - 2 Ks 4/66; abgedr. in: Christiaan F. Rütter und Dick W. De Mildt (Hrsg.), Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung Deutscher Strafurteile wegen Nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945–1999, Bd. 27, Amsterdam 2003, Lfd. Nr. 667.

281) Gesetz über die Berechnung strafrechtlicher Verjährungsfristen vom 13. April 1965, BGBl. I 1965, S. 315. 連邦憲法裁判所は1969年2月26日判決（2 BvL 15/68）によって、公訴時効規定が形式的な性質を有することを根拠に基本法103条2項（遡及禁止原則）違反は認められないと論じて合憲と判断した（Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 25, S. 269 ff.）。

ルトムート・ホルストコッテ長官に対して次のように指摘した。ヘルマン・ハイ  
ンリヒとフランツ＝ヨーゼフ・ミュラーの事案がキールからカールスルーエに送られ、  
上告審である連邦通常裁判所第５刑事部において係争中であるが、刑法50条２項の  
新規定が謀殺罪の（注：幫助犯の）公訴時効に影響を及ぼす可能性があるのではない  
かと。ホルストコッテは、連邦司法省でドレーアーの指導下にあった第二A部で  
シュトゥルム課長の補佐を務めたことがあった。この時ちょうどシュトゥルムはニュ  
ルンベルクにいたので、彼はこのような指摘があったことをシュトゥルムに伝えた。

それから９ヶ月後の1969年6月10日にシュトゥルムが作成した覚書には次のよう  
に記されていた——その間に起こった法の破局を思い起こして読んでいただきたい  
（注：「その間に起こった法の破局」とは、1969年5月20日の連邦通常裁判所第５刑事部の判決  
のことである。それによってハインリヒの謀殺幫助は公訴時効が完成していることを理由に手  
続が打切られた。ゲルテマーカーとザッファーリンクは、この判決が「机上の実行犯」に対す  
る先例となったと認識している）。「私は（注：ホルストコッテから）この指摘を受けて、驚  
き、また悩んだ。なぜなら私を知る限り、秩序違反法施行法（EWOWIG〔傍点ママ〕）  
の立法手続において、そのような影響が及ぶことは誰にも知られていなかったから  
である」<sup>282)</sup>（注：シュトゥルムは、ホルスト・エームケ連邦司法省事務次官の口頭による指示  
に基づいて1969年6月10日にこの覚書を作成した。それはすでに連邦通常裁判所第５刑事部が  
公訴時効の完成を理由に手続を打切る判断をしたあとであった）。シュトゥルムは、（注：第  
47回ドイツ法曹大会の終了後に）ニュルンベルクからボンの本省に戻った直後にドレー  
アー部長に事情を説明し、キール州裁判所長官のホルストコッテがシュミット連邦  
判事から情報提供を受けた１週間後の1968年9月26日に「法律問題の検討」を書き  
留めた備忘録を作成した（注：備忘録を作成したことも1969年6月10日の覚書に書かれて  
いた）<sup>283)</sup>。シュトゥルムは、この備忘録に法律状態を次のように書き留めた。問題は  
何か。それは連邦通常裁判所が謀殺罪のメルクマールをどのように解釈しているか  
である。連邦通常裁判所が、謀殺罪のメルクマールの第１グループを刑法の新50条  
２項の意味における特別な一身上のメルクマールと理解しているならば、刑法50条  
２項に定められた必要的減輕は共犯者に及ぶ。そうすると、共犯者の処断刑の長期  
が引き下げられ、20年であった公訴時効が15年になる<sup>284)</sup>。シュトゥルム課長はその

282) シュトゥルムの覚書は1969年7月10日に作成された。エームケ事務次官の口頭による指示  
があったのはその前日である。Vermerk Sturm vom 10. Juni 1969, angefertigt nach münd-  
lichen Auftrag von Staatssekretär Ehmke vom Vortag, in: Barch B 141/403654, Bl. 201.

283) Ebd.

284) Vermerk Sturm vom 26. September 1968, in: Barch B 141/403653 Bl. 17-20.

ように書いた上で、連邦通常裁判所刑事判例集第 1 巻368頁と同第17巻215頁を参照した。その判例からは、連邦通常裁判所が動機、目的および類似の内心的メルクマールを行為者ではなく行為を特徴づけるメルクマールであると捉えていることが読み取れる。つまり、連邦通常裁判所はナチの謀殺罪にとって重要な意味を持つ下劣な動機のメルクマール（人種憎悪）を行為関係のメルクマールと評価していると言った。しかし、シュトゥルムは、影響力のあるシェーンケ＝シュレーダー刑法注釈書が211条の注31において第 1 グループと第 3 グループ（注：「他の犯罪行為を可能にし、若しくは隠蔽するために」）のメルクマールを人的不法の要件として扱っていることも指摘した。そして、「この問題に関する判例の展開は注視しなければならない」と付け加え、変更された法律はその 4 日後に施行されるが、その変更は謀殺罪の正犯とそのメルクマールを備えている関与者にとって重要な意味はないと、最後に確認した<sup>285)</sup>。（注：シュトゥルムの備忘録には、謀殺罪の基本的性格をめぐる争い、それが帮助犯の公訴時効に及ぼす影響に関して非常に重要な事柄が記載されている。まず、謀殺罪の基本的性質に関する問題について解説する。刑法211条 1 項は「謀殺者は無期の重懲役をもって罰する」と定めている。では、謀殺者とは誰のことかという点、同 2 項で 3 つのグループに分類して定められている。第 1 グループでは、謀殺者とは「殺人の嗜好から、性欲の満足のために、物欲から、若しくはその他の下劣な動機から人を殺す者」である。「殺人の嗜好から、性欲の満足のために、物欲から、若しくはその他の下劣な動機」という要素が殺人を謀殺として可罰性を基礎づける特別な一身上の要素にあたるならば、謀殺罪はその要素を有する者のみが行い得る罪であり、それは真正身分犯である。謀殺罪の可罰性を基礎づける要素を持つ正犯を帮助した者がその要素を持たない場合には刑法〔新〕50条 2 項が適用され、その刑は終身重懲役刑から 3 年以上15年以下の重懲役刑に減輕される。刑法67条 1 項によれば長期において10年を超える有期自由刑に処される重罪の公訴時効は15年であるので、特別な一身上の要素のない謀殺帮助犯の公訴時効は15年となる。謀殺罪の基本的性質に関するこの理解は、下劣な動機などの第 1 グループの内心的要素を「行為者関係の要素」と解する立場からのものである。ただし、シュトゥルムはこの立場に立たない。彼は下劣な動機などの要素を「行為関係の要素」と解している。すなわち、謀殺罪は「下劣な動機に基づく殺人」であり、下劣な動機は殺人行為の違法性またはその非難性に関わる要素である。したがって、その要素は刑法50条 2 項の一身上の要素ではない。つまり、謀殺罪の正犯が下劣な動機に基づいて行っていることを知りながら帮助した者に同じ動機がない場合、帮助犯には共犯の一般規定〔刑法48条・教唆犯、同49条・帮助犯〕が適用され、謀殺罪の帮助犯が成立し、その公訴時効は謀殺罪の正犯と同様に20年である。はたして謀殺罪

---

285) Ebd.

の内心的要素は行為者関係の要素なのか、それとも行為関係の要素なのか。シュトゥルムは、謀殺罪の内心的要素を連邦通常裁判所判例に即して行為関係の要素であると捉えているが、それに反対する有力説、すなわち「下劣な動機」を人的不法観に基づいて行為者関係の要素と解する学説からの批判があることを示し、「この問題に関する判例の展開は注視しなければならない」と記した。そして最後に、1968年の秩序違反法施行法の制定に伴う刑法50条2項の改正は、「謀殺罪の正犯とそのメルクマールを備えている関与者にとって重要な意味はない」と確認した。シュトゥルムがこのように締め括ったのは、下劣な動機なしにナチの謀殺を幫助することはありえないという素朴な認識があったからなのか、それともその要素を備えていない関与者にとって重要な意味があることを期待していたからなのかは分からないが、1969年5月20日の連邦通常裁判所第5刑事部は、この問題に対して「行為者関係の要素」の立場から最終的解決を行った。それはゲルテマーカーとザッファーリンクがいう「机上の実行犯」に対する先例となった）。

シュトゥルムは、この備忘録を確認してもらい、法律状態について口頭で協議をするために、それを1968年9月27日にドレーアーとクリューガー第二総局長に転送した。ドレーアーは、「私の見解では、連邦通常裁判所が従来の判例を変更するとは思われない」と、手書きで備忘録に書き加えた。9月30日、クリューガー第二総局長は備忘録に署名し、10月7日の週に、つまり秩序違反法施行法の施行後1週間後に協議を持つことを提案した。その後、少し経った1968年11月27日、不安に感じたシュレースヴィヒ＝ホルシュタイン州司法大臣が、連邦司法省と全ての州司法行政機関に書簡を送り、秩序違反法施行法1条6号によって刑法典に設けられた50条2項の施行によって、ナチの謀殺罪の幫助犯は公訴時効が完成しているためはや処罰できなくなるのではないかと、このような危惧を感じている、と書いた。同州司法大臣は、キールの司法機関によって厳罰に処されたハインリヒとミュラー事件の判決文——連邦通常裁判所第5刑事部に上告された事件の判決文——を書簡に添付し、そしてこの事案が——それと共に他の全ての謀殺罪の幫助犯の事案も——どのような結論になるかは明らかであると指摘した<sup>286)</sup>。

その同日、連邦議会の社会民主党会派の法制度作業部会が開催され、そこにルードヴィヒスブルクの中央局長で、上級検事のアダルベルト・リュッケールが来賓として招かれた。彼はその場でシュレースヴィヒ＝ホルシュタイン州司法大臣と同じ懸念を表明した。リュッケールは、中央局の助手がモスクワを訪問した成果について講演し、「多くの新しい犯行地と実行犯が明らかにされた」と述べた。そして、ナ

---

286) Schnellbrief Zinzly vom 27. November 1968, in: BArch B 141/403653, Bl. 2 f.

チの机上の実行犯の処罰についても述べて、次のように説明した。上官の命令を引き合いに出して下劣な動機があったことが証明されなかった者でも故殺罪の幫助犯 (Beihilfe zum Totschlag) として処罰できるが、その公訴時効は刑法50条の新規定のために1960年に完成していると<sup>287)</sup>。この点に関して作業部会長のマルティン・ヒルシュは、刑法改正特別委員会によって決定された刑法改正が秩序違反法施行法1条6号によって先取りされ、それによってナチの机上の実行犯に「不可避的にもたらされた」結果を法務委員会の誰も気づかなかつたとコメントした<sup>288)</sup>。彼はさらに明解に述べた。その規定は、「知りながら、故意に、そして全会一致で」可決された、民主的に成立した法律であり、それはあらゆる人に対して効力がある。もちろんナチの実行犯に対してもである、と<sup>289)</sup> (注：リュッケールは、上官の命令に基づいて謀殺罪を幫助した者は下劣な動機がないため故殺罪の幫助にあたりと主張している。その処断刑は5年以上の自由刑であるので、公訴時効は1960年5月8日に完成していたことになる。このような理解は、故殺罪が殺人の基本類型であり、謀殺罪が下劣な動機による加重類型であるとの理解に基づいている。故殺罪と謀殺罪では下劣な動機の有無の点で異なるが、それ以外の行為主体、実行行為、結果などの点では同じなので、2つの犯罪の構成要件は故殺罪の範囲において符合している。したがって、正犯が下劣な動機から謀殺罪を行い、関与者が上官の命令ゆえにそれを幫助した場合、幫助犯には下劣な動機がないので故殺罪の幫助にとどまる。その刑は15年以下の自由刑になるので、公訴時効は1960年5月8日にすでに完成していることになる。リュッケールは刑法50条3項によって故殺罪の幫助が成立し、その公訴時効が1960年5月8日に完成していると理解しているようであるが、謀殺罪が下劣な動機などの内面的要素による故殺罪の加重類型であり、それが刑を加重する特別な一身上の要素であるならば、〔旧〕50条2項を適用して同じ結論を導くことができ、〔新〕50条2項・3項の適用は問題にはならないと思われる。また、マルティン・ヒルシュ議員は、1967年10月12日の連邦議会法務委員会に出席した社民党所属の連邦議会議員である。彼は、法務委員会において秩序違反法施行法1条6号、つまり刑法50条の変更規定は(62年刑法改正政府草案)の条文をそのまま取り入れたのもであると説明を受けて、この規定案は刑法改正特別委員会においてすでに審議されたのかと質問した。この質問に「その場で異論はなかつた」と答えたのは、ドレーアーであった。社会民主党と連邦司法省の間には思想的対立はあっても、ハイネマンが大連立政府の司法大臣であるため、ここでは休戦状態にあったようである。ヒルシュは「気づかなかつた」と述べた。知り得るだけ

287) Protokoll der 79. Sitzung des AK Rechtswesen der SPD-Bundestagsfraktion vom 27. November 1968, in: BArch B 141/25747, Bl. 41.

288) Ebd., Bl. 46.

289) Kalte Verjährung, in: Der Spiegel, Nr. 3, 1969, S. 58 f.

の刑法解釈論的知性の持ち主であっても、その法律は連立与党の責任に基づいて「全会一位」で可決した民主的な法律である以上、ナチの実行犯を含むあらゆる人に対して効力が及ぶということなのであろう。社民党は大連立政府の一端を担う責任政党であったため、また秩序違反法施行法が非政治的な法律のように思われたため、批判を控えたのであろう。これに対してドレーアーは常在戦場であった。社民党の休戦状態を「裏口恩赦」を仕組む絶好の機会として利用したのではないか。

連邦司法省第二総局では、その間にもこの事態について継続して集中的な検討が行われた。それと同時に1968年12月6日、ロベルト・ケンプナー（Robert Kempner）の書簡が連邦首相官房に届けられ、そのことが連邦司法省に伝えられた。ケンプナーは書簡の中で、公訴時効の完成について外国では否定的な見出しで報道され、憂慮されていると指摘した。もっとも、彼——ケンプナー——は立法者が勘違いしたという前提に立っていた<sup>290)</sup>。シュトゥルム課長が1968年9月26日に書き留めていた議論（注：「法律問題の検討」の備忘録<sup>291)</sup>）の背景について調査が行われ、連邦通常裁判所の判例について詳細な検討が加えられた<sup>292)</sup>。12月17日、クリューガー総局長は、連邦通常裁判所が常に謀殺罪と故殺罪の2つの犯罪を独自の不法構成要件であると見てきたことを指摘し、キールからの書簡に対して（注：シュレスビヒ＝ホルシュタイン州司法大臣は、1968年11月27日付の書簡の中で、刑法50条2項によってナチの謀殺罪の帮助犯の公訴時効が完成したことになると危惧を抱いていることを表明した）、謀殺罪メルクマールは「純粹に客観的」に理解しなければならないと答えた<sup>293)</sup>。ようやく問題が認識された。「気づかれないままの公訴時効」が迫っていた。1968年12月19日、「南ドイツ新聞」と「デイ・ヴェルト」は「思いがけないアクシデント」について報じた<sup>294)</sup>。「我々はイライラして、髪をかきむしった」と、後にホルスト・エムケ連邦司法省事務次官（当時）はその時の状況を書き表した<sup>295)</sup>。しかし、連邦検事総長を通じて連邦通常裁判所に影響力の行使を試みることができた。ほとんど救い難いものであつ

290) Schreiben Kempners vom 6. Dezember 1968, in: BArch B 141/403653, Bl. 35-37.

291) Vermerk Sturm vom 26. September 1968, in: BArch B 141/403653 Bl. 17-20.

292) Vermerk Bulow vom 3. Dezember 1968, in: BArch B 141/403653, o. Bl.; Vermerk Sturm vom 11. Dezember 1968, in: BArch B 141/403653, o. Bl.

293) この回答を準備したのはシュトゥルムであった。Siehe Vermerk Sturm vom 11. Dezember 1968, in: BArch B 141/403653, Bl. 11 ff. Siehe Vermerk Sturm vom 17. Dezember 1968, in: BArch B 141/403653, o. Bl.

294) Süddeutsche Zeitung, Nr. 304, 19. Dezember 1968, S. 4; Die Welt, Nr. 296, 19. 12. 1968, S. 6.

295) 著者は2013年10月13日にホルスト・エムケ元連邦司法大臣（教授・博士）に新聞紙上でインタビューを行った。

でも、それを阻むために試みる事ができた<sup>296)</sup>(注：クリューガー総局長は、連邦通常裁判所が故殺罪と謀殺罪を「2つの独自の不法構成要件」であると見てきたというが、この「独自性」の意味を考える必要がある。故殺罪と謀殺罪は人を殺すという点では共通性はあっても、それぞれが独立した犯罪であり、基本類型・加重類型という関係性はない。謀殺罪は謀殺者という特殊な人間によって行われる殺人であり、故殺罪はそれとは異なる人間、すなわち一般的な人間によって行われる殺人である。ある人間が謀殺者という特殊な人間であるか、それと異なる一般の人間であるかを客観的に区別する基準は何かというと、それは211条の「下劣な動機」などの要素である。それは行為に関係する要素ではなく、行為者に関係する要素である。謀殺罪は謀殺者という身分者が行う真正身分犯であり、それに関与した者に身分がない場合には刑法50条2項が適用され、その刑が減輕され、その公訴時効期間は15年になり、1960年5月8日に完成していたことになる)。

### 連邦通常裁判所における闘争

1968年12月6日、秩序違反法施行法の事案について連邦司法省と連邦検事総長との間で検証可能な折衝が持たれた。連邦司法省から折衝に出席したのは、エドゥアルト・ドレーアーであった。連邦検事局からは、ルードヴィヒ・マルティン連邦検事総長が休暇中であったため、シューマッハー連邦検事が出席した<sup>297)</sup>。両者は、謀殺罪メルクマルは行為関係のであるという点で一致していた。問題の解決はランゲ連邦検事に委託されるが、彼は連邦通常裁判所の従来判例は誤っており、刑法50条2項を適用する必要があるという見解に明らかに傾いていた<sup>298)</sup>。その間にもベルリン高等裁判所は、帝国保安本部の元部員に対する手続に関する逮捕審査の限度において公訴時効の問題に答えを出す必要があった。そして、1969年1月6日に公訴時効の完成は法律(注：秩序違反法施行法の制定に伴う刑法50条2項)によって目論まれてはならず、また連邦通常裁判所も謀殺罪のメルクマルを従来から客観的かつ行為関係的に解釈してきたと説明した<sup>299)</sup>。

マルティン連邦検事総長は、ベルリン高等裁判所の見解を連邦通常裁判所で確認

296) シュトゥルムもまたそれを勧めた。Vermerk Sturm vom 11. Dezember 1968, in: BArch B 141/403653, o. Bl.

297) Vermerk Dreher vom 6. Dezember 1968, in: BArch B 141/403653, o. Bl.

298) Vgl. Annette Winke, Eine Gesellschaft ermittelt gegen sich selbst. Die Geschichte der Zentralen Stellen Ludeigsburg 1958-2008, Darmstadt 2008, S. 135.

299) Kammergericht, Beschluss vom 6. Januar 1969 - 1 Ars 63/68, in: Juristische Rundschau 1969, S. 63, 64.

することを試み、公訴時効の完成という主張に厳しく反対する議論を行い、それを謀殺罪のメルクマルの行為関係性によって根拠づけた。連邦検事総長は、国家によって組織された大量謀殺の事案においても謀殺罪メルクマルの行為関係性は「争う余地はない」と考えた。だから彼は、「巨大な絶滅機構を設置するきっかけになった人種憎悪という下劣な動機」は「行為者だけでなく、行為をもいっそう危険なものとして現す」<sup>300)</sup>と説明したのである。マルティン検事総長は、連邦通常裁判所に上告されている問題を刑事大法廷によって審理させることを狙っていたが、刑事大法廷は原則問題を管轄し、しかも事案を担当する刑事部がそれをめぐって一定の法律問題に関して一致点を見出し得ない場合に関与するため、連邦検事総長自らが刑事大法廷にその審理を依頼することはできなかった<sup>301)</sup>。第４刑事部では、ピアリストークのゲッターとグロドノ第１ゲッターを一掃したアルテンローとエアリスの事案の公訴時効問題に関する上告判断が問題になっていた。ともかく検事総長は、その判断を1969年２月28日に延期することに成功した<sup>302)</sup>。

この時点において連邦司法省は、連邦通常裁判所がナチの謀殺罪の補助犯の全ての事案について公訴時効の完成を宣言するために秩序違反法施行法を盾にするのではないかと予想したが、対外的に非常に明快な態度をとった。連邦司法省は、1969年１月14日、フリッツ・ゼンガーとクルト・マティックの社会民主党所属の連邦議会議員の質問に対する回答の中で、法律の変更はナチの謀殺罪の正犯の処罰には影

300) Der Generalbundesanwalt, Die Stellungnahme des Generalbundesanwalts zur Verjährung der Beihilfe zum Mord aus niedrigen Beweggründen (連邦検事長「下劣な動機に基づく謀殺補助の公訴時効の完成に関する連邦検事長の見解」), in: Neue Juristische Wochenschrift 1969, S. 1975, S. 1157-1159.

301) Ludwig Martin, Die Bundesanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, in: Deutsche Richterzeitung 1975, S. 317.

302) Vgl. Sitzungsprotokoll der Hauptverhandlung vom 28. Februar 1969, in: Landesarchiv Nordrhein-Westfalen Detmond D 21 A/6197, Bl. 309. Vgl. auch Solche Tücke, in: Der Spiegel, Nr. 22, 1969. Der Fall wurde erst am 5. Februar 1970 entschieden. Siehe BGH Urteil vom 5. Februar 1970 - 4 StR 272/68, in: Entscheidungen Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Bd. 23, 224 (Vorinstanz LG Bielefeld). Hier nahm der Senat das objektive Mordmerkmal der Grausamkeit an, so dass §50 Abs. 2 StGB nicht zur Anwendung kam. Dabei fällt der denkwürdige Satz: 《Denn solche Massenvernichtungen konnten nur grausam durchgeführt werden.》(ここでは刑事部は残虐性を客観的メルクマルと捉えたので、刑法50条2項を適用しなかった。「そのような大量絶滅は残虐に行い得ない行為である」という重要な命題がそこで述べられた。)

響しないと述べた<sup>303)</sup>。それはその通りである。しかし、「正犯」として捉えられるのはナチの犯罪人のうちわずかであって、そのほとんど全ては「幫助犯」として位置づけられていることには言及しなかった。連邦司法省はその上で、ナチの謀殺罪の幫助犯の場合についても、自身の人格において謀殺罪のメルクマールを備えている幫助犯は影響を受けるおそれはないこと、「権限のある机上の実行犯については、通常は自身の人格において『下劣な動機』から行った」と思われるので、これまでどおり可罰的であると説明した。しかし、それには致命的な誤った評価が含まれていた。なぜならば、幫助犯の「下劣な動機」の証明はその後には基本的に行われなくなったからである——被告人は命令に服したことを引き合いに出すだけでよかったからである（注：幫助犯の被疑者が上官の命令に従って行動したと主張すれば、それは国家への忠誠心と職務への忠実性ゆえの行動であり、「下劣な動機」からではなかったと推定される。それでも検察官が被疑者を幫助犯として訴追するためには、「下劣な動機」を裏付ける独自の証拠を提出しなければならない<sup>304)</sup>。皮肉にも 2 人の議員宛てに書かれた連邦司法省の回答書では、元々の原案の文章は（注：下劣な動機がなければ）「無罪」とされていた。その後、（注：下劣な動機から行ったので）「可罰的」と書き改めねばならなかった<sup>305)</sup>。

幫助犯が自身の人格において謀殺罪のメルクマールを備えていないが、正犯が「背信的」、「残虐に」または「下劣な動機から」行ったことを知っていた場合、回答書では、判例はこのメルクマールを「例外なく正犯の行為に関わらせるだけであって、行為者の人格に関わらせない」、「もう一度述べると、それは下劣な動機のメルクマールにも」あてはまると書かれていた<sup>306)</sup>。この点に関してはハイネマン連邦司法大臣でさえ、「判例がこの概念（注：下劣な動機の意義）を従来とは異なって解釈すると考える理由は今のところない」と説明した<sup>307)</sup>（注：ハイネマン司法大臣はこの発言を1969年1月16日の連邦議会で行った）。もっとも、この発言は裁判所の独立性に対する許されない介入にあたるかと捉えられたため、大臣の発言用のメモを準備する際に誰かがその表現形式の調子を強めたに違いないと、省内で直ちに犯人捜しが始まった。その結果、行き着いたのがドレーアーであった。彼は釈明しなければならず、1969年1月28日の備忘録で説明した。大臣が朗読したのはシュトゥルム課長が作成した回

303) Dringende mündliche Anfrage vom 14. Januar 1969, in: BArch B 141/403653, Bl. 89 f.

304) Ebd.

305) Anlage 1 zum Vermerk von Sturm vom 15. Januar 1969, in: BArch B 141/403653, Bl. 90, 92.

306) Ebd., Bl. 90, 93.

307) Vgl. Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode, 208. Sitzung, Stenographisches Protokoll, 16. Januar 1969, S. 1126 f.

答書であり、その起案文には当該文章は入っていなかったが、誰かがそれを書き換えたために、大臣がそれを読み上げたようであるが、誰が書き換えたのか分らないと説明した<sup>308)</sup>。ドレーアーの備忘録の最後には大臣に話し合いを申し入れたことが書かれてあった。この話し合いが行われたかどうかは資料から明らかにできない。しかし、ホルスト・エームケは、それを前提にはできない、なぜならばエームケ自身はドレーアーではなく、クリューガー局長と話し合いを持ったと話しているからである<sup>309)</sup>。ドレーアーはその２日後に改めて釈明しなければならなかった。そのとき問題になったのは、1969年1月29日のドイツ新聞協会の報道であった。その報道では「法曹労働時報」が非難を加えていることについて報道され、「嘆かわしいことに不十分な仕事」をしていると省が非難された<sup>310)</sup>。ドレーアーは、以前の備忘録を示したが、ますます無力に響きただけであった。最終的にエームケは、ドレーアーの備忘録の上に書き入れた。「私には分からない。しかし、この問題は処理済みであると考えている」<sup>311)</sup>。

協議（注：連邦司法省と連邦検事局との協議）はその後も——内部的にも、また対外的にも——行われた。リヒャルト・シュトゥルム、デテレフ・ハーティヒ・フォン・ビューローは、特別な一身上のメルクマールに関する連邦通常裁判所の判例と大刑法委員会の議論をまとめた<sup>312)</sup>。ドレーアーは、シューマッハー連邦検事およびヴェストラム連邦検事と協議するために1969年1月30日にボンに向かった。彼はマルティン連邦検事総長にも協議に参加するよう要請した<sup>313)</sup>。「南ドイツ新聞」はその日の朝刊で、ドイツ民主共和国最高検事総長のヨーゼフ・シュトライトの主張を報じた。シュトライトは、連邦共和国の「明白な国際法違反」を非難し、刑法50条を「ナチ犯罪人保護条項」と特徴づけた<sup>314)</sup>。ヴェストラム連邦検事は、連邦通常裁判所は大法廷による解明がなくても1962年5月22日の第5刑事部の判決で示唆された見解から逸脱することはないであろうと、後に協議において強調した。それは「下劣な動

---

308) Vermerk Dreher vom 28. Januar 1969, in: BArch 141/403653, Bl. 127.

309) Zeitungen-Interwie d. Verf. mit Bundesminister a. D. Prof. Dr. Horst Ehmke, 13. Oktober 2013.

310) Vermerk Dreher vom 30. Januar 1969, in: BArch 141/403653, Bl. 130 f.

311) Vermerk Dreher vom 11. Februar 1969, in: BArch 141/503653, Bl. 132 f.

312) Vermerk Sturm/Bülow vom 27. Januar 1969, in: BArch 141/4503653, Bl. 133 ff.

313) Schreiben Dreher an Bundesanwalt Schumacher vom 22. Januar 1969, in: BArch B 141/403653, Bl. 126.

314) Auszug aus dem Presse- und Inforationsspiegel Nr. 21/69 vom 30. Januar 1969, in: BArch B 141/403653, Bl. 136.

機」を「行為関係的な構成要件メルクマル」として解釈する見解であった<sup>315)</sup>。あろうことか、ドレーアーは自ら連邦通常裁判所の判決に賛同しているとコメントを施したのである<sup>316)</sup>(注：ヨーゼフ・シュトライト [Josef Streit, 1911-1987]。戦後直後にドイツ自由青年同盟とドイツ共産党に参加。1946・47年にソ連占領地区のシュヴェーリンの人民判事修習課程 [Volksrichterlehrgang] を修了し法曹の資格を取得。1962年から1986年までドイツ民主共和国最高検事総長。1965年に論文「ワイマール共和国における階級司法の展開傾向」でフンボルト大学から博士号を取得)。

## 判 決

もっとも、その判断(注：「下劣な動機」が行為関係的な構成要件のメルクマルかどうかの判断)は、今やベルリン(原文ママ。カールスルーエの間違いか?)の連邦通常裁判所第5刑事部の手中にあった。しかし、この刑事部の個々の構成員が背負っている過去は、最初から何か良いことを期待させなかった。1951年以来第5刑事部判事であり、1956年以降その部長を務めたヴェルナー・ザルシュテット(Werner Sarstedt, 1909-1985)は、その当時、最も影響力のある刑法家の1人であった。彼の法律家としての経歴は、1939年5月1日にリューネブルク州裁判所から始まった。1944年にはツェレ上級州裁判所判事へと昇進した<sup>317)</sup>(注：第二次世界大戦中はイタリアで従軍し、捕虜収容所に収容された。1947年にツェレ上級州裁判所に復帰した)。しかしながら、彼のこの過去はドイツ司法界の批判的グループにとっても彼を忌避する理由にはならなかった。そのようなこともあって、バーバラ・ユスト＝ダールマン(Barbara Just-Dahlmann)の日記(注：『ある女性検察官の日記』[Tagebuch einer Staatsanwältin, Stuttgart: Radius-Verlag, 1979.]が公表された1979年、ザルシュテットはそれに序文を書いたのである<sup>318)</sup>。ダールマンは、ルードヴィヒスブルク中央局の職員としてのみならず、公的な生活においても一個人としてナチ犯罪の追及に精力的に尽力した。1966年に

---

315) Niederschrift vom 7. Februar 1969, in: BArch B 141/403653, Bl. 147. そこにおいても掲載されている記録調書案のかなりの部分は、ドレーアーによって個人的に補足された。Siehe auch BGH, Urteil vom 22. Mai 1962 - 5 StR 4/62, in: Neue Juristische Wochenschrift 1962, S. 2209.

316) Ebd., S. 2209 f.

317) Hubert Rottleitner, Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945, S. 109.

318) Werner Sarstedt, Vorwort, in: Barbara Just-Dahlmann, Tagebuch einer Staatsanwältin, Stuttgart 1979.

エッセンで開催された第46回ドイツ法曹大会において、ザルシュテットはとくにフリッツ・パウアーとアダルベルト・リュッケールと共同して、ナチ手続の領域において決定的に重要な措置を求め、しばしば正犯ではなく助動犯として手続がとられていることを批判した「ケーニヒシュタイン宣言」を発表した<sup>319)</sup>。

第5刑事部の判事席には、ナチの疑いがかけられた者が少なくとも3人いた。カール・ジーマー（Karl Siemer. 1907-1982）は、突撃隊行動隊長であり、1939年にキール州裁判所判事に就任した。彼はそこで——少なくとも形式的には——1942年の時点では勤務していた<sup>320)</sup>。ルドルフ・シュミット（Rudolf Schmitt. 1906-1976）は、上述のようにニュルンベルクで開催された法曹大会の場で、連邦通常裁判所は連邦司法省に受け入れがたい判断をくださてであろうと、州裁判所のホルストコッテ長官に注意喚起した人物である。彼は1933年に国家社会主義ドイツ労働者党と海軍突撃隊に加入し、1937年以来ベルリン州裁判所に勤務した<sup>321)</sup>。ルドルフ・シュミットは、1952年に連邦通常裁判所の判事に就任したが、彼の過去だけは知られていない。そして最後にルドルフ・ベルカー（Rudolf Börker. 1905-1988）は、判決の準備という重要な役割を果たし、報道官の任務も務めた。1933年から34年まで国家社会主義ドイツ労働者党の連合支部幹部を務め、1936年以降はマグデブルク州裁判所に勤務した<sup>322)</sup>。マグデブルク警察本部は、1948年にベルカーに対する捜査手続を進めたが、ほどなくして8月11日に打ち切った。なぜならば、彼はブラウンシュヴァイク、つまり「西側地区」にいたからであった。その手続において、ベルカーは1942年から45年までリガの空軍裁判所判事として勤務し、アテネとクレタにおいて活動に従事したことの責任が問題にされた<sup>323)</sup>。彼は1944年にドレスデン空軍第3地区軍裁判所に判事として勤務し、彼の指揮下において少なくとも1件の死刑判決を言い渡した。死刑に処されたのは、18歳の飛行士のホルスト・ガフガであった。彼は空軍から逃亡し、その後詐欺を行った嫌疑で「民族敵対者」として兵役適性と市民的名誉を终身剥奪され、死刑に処された<sup>324)</sup>。ベルカーは、1945年には上級幕僚判事として死刑の執行に

---

319) Dem Kreis gehörten freilich Erich-Leichner und Anton Roesen an. Die Erklärung findet sich in: BArch N 1415 Nr. 2. Vgl. zum Ganzen auch Horstmann und Litzinger, An den Grenzen des Rechts, S. 9 ff.

320) BMJ PA Caspers, P 11 - C 1.

321) Ebd.

322) Ebd.

323) BArch DO 1, Nr. 24772, Bl. 89 und RS.

324) Urteil vom 29. Juni 1944 - 2 K. St. L. 976/44. この判決の刑は裁判権者のレールツァー大

も携わった<sup>325)</sup>。しかも、このような経歴上の事項は、彼が連邦共和国において経歴を継続する阻害事由にはならなかった。1953年以降、彼は連邦検事局に勤務し、1954年に連邦通常裁判所判事に就任した。

ベルカーは、ハインリヒおよびミュラー事件の上诉状判決を言い渡すにあたり公判を準備しなければならない立場にあることを報道官として発表した。このことは、検察官と弁護人によって提出された書面に彼が目を通し、提起されている法律問題を解決するための提案を彼が提示しなければならないことを意味した。このような場合、通常は投票という形式——それはある意味では判決の理由書を準備する作業でもあった——によって行われた。同僚判事が彼の見解に確信を持つことができるならば、それが刑事部の判決になった。これに反して、彼の見解が通らない場合には、新たな投票が行われ、刑事部の多数意見を反映した見解を出さなければならなかった。

1969年4月28日、ベルカーはハインリヒの事案について評決にかけて、まず同僚判事たちに提案した。この時点では彼はまだミュラーの上诉状を審理にかけるつもりでいたが、ハインリヒに対する手続は分離審判された。彼はハインリヒについては公訴時効が完成しているので、手続は打切られるべきであるという見解に固執した。彼は連邦検事局の議論を斥けて、次のように述べた。連邦検事局は幫助犯の行為と実行犯の行為を抽象的に考察することは細かすぎ、それは民族謀殺罪の議論には適さない、民族謀殺 (Völkermord) の行為の外形的形象は、下劣な動機ではなく、ただ行為者が現に行った行為の方法・態様によって形成される、外部的に実現されない動機のような内心的メルクマールは、(注：民族謀殺罪の構成要件該当性を判断するにあたって) 法的に重要ではなく、そのメルクマールはおよそ認識することもできない。連邦検事局はこのように述べるが、その議論はそれ(注：謀殺罪の下劣な動機)には重要ではない。その事案(注：ハインリヒの被告事件)は政治的な動機から世間の耳目を集めたにすぎず、それは明解で単純な問題であり、我が刑事部で判断することで「足りる」と言わねばならない。ベルカーはこのように述べて大法廷に意見を仰ぐことを拒否した<sup>326)</sup>。連邦通常裁判所第5刑事部の同僚判事たちは、ベルカーの議論を

---

将によって減輕された。その後ガフガは軍刑務所に引き渡された。レールツァー大將は、1ヶ月あたり部隊の80パーセントの隊員が生き残れない部隊状況を考慮して減輕した。BA-MA Feldstrafgefängenen-Abteilung 4, Akte 2, ohne Pag.

325) Wie etwa die des Gefangenen Leo Segieth am 19. März 1945, BAArch RM 123/17047, Bl. 86.

326) BAArch B 283 Nr. 5217. これは記録文書の最終ファイル(頁番号なし)である。ベルカーによる連邦検事局(GBA: Generalbundesanwaltschaft)の議論の分析は16ページから始まる。

支持した。その結果、ハインリヒに対する５月２０日の判決文は、ベルカーによって意図された形式のままであった<sup>327)</sup>。つまり、ヘルマン・ハインリヒに対する手続きは最終的に打切られた。結論的には無罪も同然であった。彼自身に下劣な動機があったことは証明されなかったからである。それゆえ、彼の幫助の公訴時効は、上述のメカニズムに基づいて完成したとされた<sup>328)</sup>（注：ドイツ連邦共和国は、国連の「集団殺害犯罪の防止及び処罰に関する条約」〔１９４８年１２月９日のジェノサイド条約〕に加入し、その義務を履行するために１９５４年８月９日にジェノサイド条約加入法２条に基づいて、ジェノサイドを「民族謀殺罪」として刑法２２０条に取り入れた〔条約への正式加入は１９５４年１１月２４日〕。その後、２００２年の国際刑事裁判所〔ICC〕規程の発効および同裁判所へのドイツの加入に伴い、２００２年６月３０日、国際刑法施行法２条１０号によって刑法２２０条を廃止し、それを国際刑法典６条に移した。後藤啓介「ジェノサイドにおける『行為支配』と『破壊する意図』——ドイツ連邦通常裁判所ルワブコンベ事件判決（BGH, Urteil des 3. Strafsenats vom 21.05.2015 – 3 StR 575/14 –）を契機として——」亜細亞法学５２巻１号１６７頁参照。民族謀殺罪は、〔旧２２０条第１項〕国家的、人種的または宗教的な集団などの全部または一部を破壊する目的で、その集団の構成員を殺害する行為、〔第２項〕その集団の構成員に身体的または精神的に重い障害を加える行為、〔第３項〕集団の身体的破壊を生ぜしめるのに適した生活条件の下にその構成員を置く行為、〔第４項〕その集団内部での出産を阻止すべき措置を加える行為、そして〔第５項〕その集団の児童を他の集団へ強制的に移送する行為の５類型に分類した。それはドイツ国際刑法典６条においても同様である。伝統的な刑法学に基づいて民族構成員の謀殺という結果を基準にして行為を類型化すると、第１項が基本類型である民族謀殺罪であり、第２項が傷害類型、第３項が遺棄類型である。それらは第１項の予備類型である。第４項が民族構成員の出産を阻止する強制墮胎類型である。そして、第５項が略取・誘拐類型に分類することができる。これらも第１項の予備類型である。このように刑法２２０条には民族の絶滅に至る種々の段階的行為を「民族謀殺罪」として包括的に規定していた。第二次世界大戦において〔あるいは、それに先行する欧米の帝国主義勢力によるアジア・アフリカ・ラテンアメリカでの植民地争奪戦争と先住民殺戮戦争において〕人類が経験したジェノサイドという具体的な歴史的事象を基準にすれば、民族構成員の絶滅に至る直接的な作用や実質的な効果に応じた行為類型を個別化するのは妥当ではないということもできよう。伝統的な刑法学説に基づいてジェノサイドを基本類型と予備類型、または正犯類型と共犯類型に区別するのは、事柄の本質を抽象化し、

327) 5. StR 65/68; in: BArch B 283 Nr. 5217, Bl. 109.

328) BGH, Urteil vom 20. Mai 1969 - 5 StR 658/68, in: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Bd. 22, S. 375 ff.

その責任をあいまいにすることになりかねない。連邦検事局がナチの謀殺罪に関して「民族謀殺罪」の語を用い、その包括的な行為類型に着目したのはこのような理由があったからであろう。ただし、211条の謀殺罪はそれ以前に制定・改正されたので、その成否を220a条の民族謀殺罪の議論に基づいて論ずべきかどうかは別の問題である。

ミュラーの手続は分離審判された。上告審がミュラーに対する上告を受理しようとしたので、ベルカーはその議論にさらに手を加える必要があった。受理の理由は弁護側の証人による虚偽証言であった。もちろんベルカーはそれに異議を唱えるつもりはなかった。もっとも、ミュラーは——絶滅の全般的計画とは別に——自身の責任において殺害を行い、キール州裁判所で謀殺罪の正犯として相応の処罰を受けたため、新しい判例（注：ハインリヒの事案に関する連邦通常裁判所第5刑事部1969年5月20日判決）はミュラーの助けにならなかった。ミュラーの事案は証人の重大な虚偽証言のためにキールに差戻され、最終的に差戻し審で刑が減輕された。1970年7月10日、ミュラーは12年の懲役刑に処された<sup>329)</sup>。

連邦通常裁判所の判事たちは、ハインリヒに関する判決理由を述べるにあたり次のように説明した。刑法211条は、自己完結した（注：謀殺罪は放殺罪の加重類型ではない）構成要件であり、それゆえ謀殺罪メルクマールは刑罰を基礎づける要素である。そのような場合、刑法50条2項が適用される。「物欲」および「下劣な動機」は、特別な一身上の要素とみなされる。この見解は大刑法委員会の決定に拠るものである。その法律規定の歴史もまたそれ以外の解釈を受け付けない。このように説明し、最後に連邦通常裁判所のコフカ（元判事）のポスターのキャッチコピーのような無内容な言葉を引用した。「行為者の動機というものは、その人の中にあるのであって、他の人の中にはない」<sup>330)</sup>。裁判官たちは、このような解釈が辻褄の合わない結論に至ることを認めていた。なぜならば、「背信的」（行為関係のメルクマール！）な謀殺を幫助した者が、「人種憎悪に基づく殺人」に関与し、しかもその殺人が「民族集団全体

329) LG Kiel, Ost v. 10. Juli 1970 - 2 Ks 4/66, in: Landesarchiv Schleswig-Holstein, Abt. 352.3 Nr. 16553, Bl. 1 ff.

330) Else Koffka, Ist §50 Abs. 2 StGB n. F. auf den Gehilfen anwendbar, wenn der Haupttäter aus dem Gehilfen bekannten niedrigen Beweggründen tötet, die beim Gehilfen fehlen?, in: Juristische Rundschau, 1969, S. 41-42. ドレーアーは、連邦通常裁判所1969年7月15日判決を批評して、故意だけでなく、その他の主観的要件は専ら行為者自身の中において見出すことができると正当な指摘をしている。それでも、主観的要件の行為関係性は、従来から承認されてきた。その命題は刑法50条2項の解釈にあたって役に立たない。Siehe Dreher, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 15. Juli 1969 - 5 StR 704/68, in: Juristische Rundschau 1970, S. 147.

の絶滅への奉仕」であることを知っていた者よりも重く処罰される理由が理解できないからである（注：正犯の殺人が背信的な行為であることを知りながら幫助した者には正犯と同じ謀殺罪の刑が科されるが、正犯が人種憎悪という下劣な動機から殺人を行っていること、それがジェノサイドにあたることを知りながら幫助したが、自身には下劣な動機がない場合には謀殺罪の減輕された刑しか科されない理由が理解できない）。しかし、第５刑事部は「実に理解できない」と言いながらも、次のような言葉を述べた。

「辻褃の合わない結論に至ったのは、『秩序違反法施行法の予備作業の段階において50条の新規定が、公訴時効に対して、特に謀殺罪の共犯の公訴時効の問題に対してどのような結論をもたらすのかが完全に見落とされていた』（ホルスト・シュレーダー法律時報1969年132頁）からである。謀殺を様々な方法で幫助した場合、新規定は異なる結果をもたらすが、その規定を解釈するにあたって、それを考慮に入れてはならない」<sup>331)</sup>（注：背信性〔heimtückisch〕は謀殺罪の行為関係的要素である。したがって、正犯の行為が背信的な謀殺であることを認識していた幫助犯には謀殺罪の終身刑が科される。幫助犯の公訴時効は正犯と同じ20年である。これに対して、人種憎悪は下劣な動機にあたり、それは謀殺罪の行為者関係的要素である。幫助者が正犯に民族憎悪＝下劣な動機があることを認識していただけでなく、自身にも下劣な動機がなければ謀殺罪の減輕された刑しか科されない。幫助犯の公訴時効は15年になる。背信的な殺人も下劣な動機による殺人も等しく謀殺罪であるにもかかわらず、幫助犯の処断刑に格差が生ずるのは辻褃が合わない。しかし、連邦通常裁判所第5刑事部は、このような処断刑と公訴時効期間の格差問題を刑法50条2項の規定の解釈にあたって考慮してはならないと判断した）。

連邦の判事たちは、このような決定を行う立場から、唯一の注釈者——ホルスト・シュレーダー——の引用文の後ろに身を隠し、我が刑事部は法規定の成立過程における省のミスを訂正する立場にはないと、肩をすくめて主張した。判決文の1頁前で、法律史からそれ以外の結論を根拠づけられないとも述べた。それにもかかわらず、判事たちは——引用に身を隠して——立法の際に「明らかな」ミスがあったと過ちを認めた。判事たちは、明らかに等しい状況がそのような解釈によって不平等に扱われ、そのため不正義が生ずることをも認め、連邦検事局のそれ以外の議論には耳を傾けなかった。たとえ耳を傾けたとしても、それを嘲笑して一蹴した。連邦

331) BGH, Urteil vom 20. Mai 1969 - 5 StR 658/68, in: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Bd. 22, S. 375, 381.

検事局の議論というのはどのようなものであったかという点、公訴時効期間の決定にあたって幫助犯と正犯を抽象的に考察する議論、人種憎悪による殺人を民族謀殺と類似のものとして扱う議論である。そのような議論は、刑法211条2項の「下劣な動機」には適さないと言ったのである<sup>332)</sup>。

以上により、幫助犯自身に下劣な動機があることが証明されない場合には、幫助犯の全ての行為の公訴時効が完成することが確定した。この結論がいかんにして成り立ったかという点、それは幫助犯判例（注：ナチの机上の実行犯を謀殺罪の幫助犯として扱った判例）、下劣な動機を特別な一身上のメルクマールとする解釈（注：下劣な動機を謀殺罪の可罰性を基礎づける特別な一身上の要素と捉える解釈）、そして公訴時効問題を種別化して、抽象的には考察しない議論（注：下劣な動機のない謀殺幫助犯の処断刑を必要的に減輕し、それに基づいて公訴時効期間を決定する議論）を結合することによってである。第5刑事部は、これによって第4刑事部の判断を意識的に待たずに、また大法廷の解明を求めずに、自ら判断した。それによって秩序違反法施行法の起草者によって第5刑事部に提供された機会を利用した。

## 破局の結末

子どもが井戸に落ちた。連邦司法省事務次官は、判決の翌日になって慌てて原因を解明するよう要請した。第二B5課長はアルプレヒト・ゲッツであり、その補佐はシュテューヴェンであった。同課はその日に備忘録をまとめ、有罪にならなかった（注：手続打ちりによる事実上の無罪）ハインリヒに関する事案と量刑考慮について再び述べた<sup>333)</sup>。1969年3月26日、グスタフ・ハイネマンの後任として連邦司法大臣の職を引き継いだホルスト・エームケは、再度、秩序違反法施行法の成立過程について情報を聴取することを希望した。ゲーラー課長は、誰がその法律の可決に関わったのか、その人物が刑法50条にいかなる態度をとったのか<sup>334)</sup>、そしてその立法手続はいかに進められたのか<sup>335)</sup>、について複数の備忘録をまとめなければならなかった。さらに元課長のシュトゥルムは、連邦判事の議論を叙述し、連邦通常裁判所が下劣な

332) BGH, Urteil vom 20. Mai 1969 - 5 StR 658/68, in: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Bd. 22, S. 375, 380.

333) Vermerk Götz vom 21. Mai 1969, in: BArch B 141/403654, Bl. 103-105, und BArch B 131/25612, Bl. 73.

334) Vermerk Göhler vom Mai 1969 (ohne genaue Datungsangabe), in: BArch B 141/403654, Bl. 158, und Vermerk Göhler vom 2. Juni 1969, in: BArch B 141/103654, Bl. 156-157.

335) Vermerk Göhler vom 6. Juni 1969, in: BArch B 141/403654, Bl. 187-190.

動機を特別な一身上のメルクマールと捉える解釈を支持していると認めた<sup>336)</sup>。ただし、彼は判決における連邦検事局の民族謀殺罪の議論の取り扱いが最も弱い点であり、幫助犯の公訴時効が異なる期間になるのは不適切であると批判した<sup>337)</sup>。

この備忘録は監督責任を負う本省に一括して送られた。なぜならば、国内外の報道機関の憤慨が大きかったからである。イスラエル、米国、その他の国にある連邦共和国の外交代表部に抗議文書が送られ、その代表はその釈明に迫られるはめになった。ハンス・ガウリークは、外務省から一報を送り、イスラエルとの関係が急激に悪化する可能性があるかと警告した<sup>338)</sup>。事態はさらに政治的に厄介なことになった。1965年に公訴時効の起算点をずらすことが決定されたが、その計算によって1969年に公訴時効が完成してしまうからであった。この時、議会が新たな判断を行うことが決まっていた。その判断にあたってエームケ大臣は、最終的に謀殺罪の公訴時効を廃止し、それに伴う明確な関連規定を設けることに賛成を表明した<sup>339)</sup>。彼はナチ犯罪追及センター所長のアダルベルト・リュッケール上級検事と協議するために、彼に5月29日にボンに来るよう要請した。しかし、リュッケールはこの状況をさほど大袈裟に評価していなかった。（注：第二B5課長のゲッツは5月29日の協議におけるリュッケールの発言を備忘録に以下のようにまとめた）裁判所は、刑法50条2項に関する新判例によって、下劣な動機のような人種憎悪以外のメルクマールを重視して考慮しなければならなくなるであろう。過去にはこの下劣な動機を認定することでしばしば満足することができた。しかし、ナチの謀殺罪には背信的に、そして残虐な方法で実行されたものが多い。この判決は、影響の点に関していえば「机上の実行犯」に及ぶだけである。机上の実行犯は、自身の行為がどのような結果に至るのかを全く知らなかったと論じて、それを盾にいつものように言い訳するであろう。強制収容所と特別行動隊の事案は、引き続き追及されるであろうが、帝国保安本部や国軍の最高司令部の官吏に対する手続きは打切るべきだと主張するだろう<sup>340)</sup>（注：1969年5月29日にリュッケール検事がエームケ事務次官に述べた発言を次のように表現することができる。ナチの謀殺罪には人種憎悪などの下劣な動機から殺人を指示するなどした行為の他に、強制収容所などの現場で背信的または残虐な方法を用いて行われたものがある。1969年判例の事案では謀殺の関与者の下劣な動機の有無が争点になったが、今後は背信的・残虐な殺害方法の認識

336) Vermerk Sturm vom 23. Mai 1969, in: BArch B 141/403655, Bl. 153-169.

337) Vermerk Sturm vom 27. Mai 1969, in: BArch B 141/403655, Bl. 99-102.

338) Schnellbrief AA gezeichnet von Gawlik, in: BArch B 141/403654, Bl. 123-127 u. Bl. 148-151.

339) Vermerk Götz vom 29. Mai 1969, in: BArch B 141/403654, Bl. 63.

340) Vgl. ebd., Bl. 63-68.

の有無が問題になるだろう。背信性や残虐性は謀殺行為を特徴づける行為関係の要素であり、関与者がそれを認識していた場合には謀殺の幫助犯が成立する。強制収容所などにおいて行われた大量殺人は基本的に背信的または残虐な方法で行われた。その現場において関与した者にその認識があったことは明らかである。したがって、第 5 刑事部の判例はそのような事案の先例にはなりえない。その先例になりうるのは、むしろ現場に居合わせていなかった関与者の事案である。彼らは、帝国保安本部や強制収容所管理棟など現場から離れた場所で執務室から謀殺を指示した「机上の実行犯」である。彼らは現場にいなかったのも、そこでの殺人がいかに行われるかは知らなかった、その方法の背信性と残虐性を認識していなかったと主張するであろう。しかし、彼らが執務室で大量殺人を指示したのは、ナチの優生思想、党綱領の路線、他民族排外主義に基づいていたからである。それは下劣な動機に基づいて党の基本政策の遂行を補佐したことに他ならない。このような机上の実行犯の事案が裁判にかけられ、被告人らが第 5 刑事部の判例の適用を主張しても、彼らが下劣な動機から謀殺に関与したことは明らかなので、50条 2 項が適用されて刑が減輕され、公訴時効が短縮されることはない。

謀殺罪と民族謀殺罪の公訴時効は、キリスト教民主同盟・キリスト教社会同盟の会派の強い要請を受けて、まだ廃止されていなかったが、1969年 6月26日、最終的に連邦議会の 3分の2の多数によって第 9 次刑法変更法が可決され、その期間が30年に延長された<sup>341)</sup>。イスラエルでは、ドイツは表向き期待に応えるかのように振舞っているが、その裏側では秩序違反法施行法と幫助犯判例によって事実上の恩赦がなされるであろうと報道された<sup>342)</sup>。そのため、連邦司法省ではアダルベルト・リュッケールをイスラエルに派遣することにした。リュッケールは、その地では高く評価された検事であり、いくつか講演を行い、インタビューに応じるなどした。在イスラエル・ドイツ大使館は、外遊は目覚ましい成功を収めたと報道した。イスラエルの憤慨した世論は沈静化し、討論は淡々と報じられた<sup>343)</sup>。外務省も大喜びであった<sup>344)</sup>。

第 5 刑事部は——公然たる批判が向けられ、専門家からも異論が唱えられたが

341) 謀殺罪の公訴時効は最終的に1979年 7月16日の第17次刑法変更法 (BGBl. 1979, S. 1946.) によって廃止された。

342) Vgl. Schreiben AA an BMJ mit Fernschreiben der Deutschen Botschaft in Tel Aviv vom 27. Juni 1969, in: BAArch B 141/89183 (o.Bl.).

343) Schreiben der Deutschen Botschaft an das Auswärtige Amt vom 23. September 1969, in: BAArch B 141/89183 (o.Bl.).

344) Schreiben Auswärtiges Amt an BMJ vom 4. Juli 1969, in: BAArch B 141/89183 (o.Bl.).

——、特別の一身上のメルクマールに関する判例にとどまった<sup>345)</sup>。背信性と残虐性は少なくとも行為関係のメルクマールであり、それゆえ刑法50条2項は行為関係のメルクマールには適用されないという判例が連邦通常裁判所の他の刑事部によって確定された<sup>346)</sup>。それによって今後は謀殺罪の行為関係のメルクマール（注：謀殺罪の第2グループ：行為方法の背信性と残虐性）と行為者関係のメルクマール（注：謀殺罪の第1グループ：行為者の動機の下劣性）は区別されることになった。後者は特別な一身上のメルクマールであり、刑法50条2項によれば幫助犯が自ら備えていなければならない要素である。しかし、どの事案においても幫助者に下劣な動機があったとは認定されなかった。命令を受けた「普通」の人は、ナチの人種イデオロギーについて知り、命令を違法であると捉えていたので、法律の意味における下劣な動機に基づいて自ら行動したのではなかった。被告人の中に机上の実行犯はいなかった。

#### 状況を一変させたのは誰、ドレーアー？

そうは言っても、この事態を全体としてどのように評価すればよいのか。それは立法上の失策だったのか。公訴時効を完成させないよう制限的な条項を秩序違反法施行法に設けずに、その法案を法務委員会などの委員会を通して、議会を頭ごなしに通過させるために、連邦司法省の内部で共謀した者がいたのか。それとも、エドゥアルト・ドレーアーが1人でナチの幫助犯を刑事追討から守るために刑法の知識を活用したのか。ホルスト・エームケは、その法律は連邦司法省の全総局と数多くの課によって数年かけて繰り返し審議し、誰も公訴時効に及ぶ影響には気づかなかつたという見解を今日でも主張している<sup>347)</sup>。しかし、結局のところ問われた問題に答えは与えられていない。今日でも連邦司法省で閲覧できる文書においても、また連邦文書館の専門文書や連邦議会の法律文書においても、この陰湿な計画、つまり陰

345) Vgl. Dreher, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 15. Juli 1969 - 5 StR 704/68, in: Juristische Rundschau 1970, S. 145 f. ドレーアーは連邦司法省を退職後も連邦検事局の救済の試みを擁護した。彼は論証が不十分であったことを連邦判事に証明し、「いわゆる立法の失策」を意識的に利用したのではないと彼らを非難した。Siehe auch BGH, Urteil vom 5. Februar 1970 - 4 StR 272/68, in: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Bd. 23, S. 244 ff.

346) BGH, Urteil vom 15. August 1969 - 1 StR 197/68, in: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Bd. 23, S. 103 ff., sowie BGH, Urteil vom 27. Oktober 1969 - 2 StR 636/68, in: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Bd. 23, S. 123 ff.

347) Zeitungen-Interwie d. Verf. mit Bundesminister a. D. Prof. Dr. Horst Ehmke, 13. Oktober 2013.

謀中枢機関としての連邦司法省刑法総局が考え抜いて共謀を図ったことを問題視している文書を見つけ出すことはできない。もっとも、それはあまり驚くに値しない。考えてもみよ。そのような計画を立案した記録を後世の人々に残すことを誰がするだろうか。

それに対して、少なくともエドゥアルト・ドレーアーがそれに重要な役割を果たしたことを裏付ける見過ごせない証拠がある。彼の名はその当時、信頼できる学識ある熟練者として、かつ立法の領域において長年の経験を兼ね備えたドイツの指導的な刑法家として通っていた。立法の作業工程の「基礎」を固め、法的な課題を設定することにかけて、刑法総局の官僚法曹の中でドレーアーの右に出る者はいなかった。それゆえ、基本方針だけでなく法的な個別論点、さらには政治的観点から見て神経をとがらせる論点に関しても、彼は信用のおける人物であった。彼が大刑法委員会でも働き始めた数年後に、公訴時効が問題になること、それと刑法50条2項の関わりがあることに気づいていたようである。大刑法委員会は個別的な管轄に分かれ、それぞれに部の課長、課員、専門担当員が配属されていた。ドレーアーは、彼らとは異なり、秩序違反法施行法が可決されるまでの過程において、規定の制定作業の細分化と同時に、その体系的・整合的な整備を見通しながら職務に取り組まねばならなかった。彼は金属線の配線工事のような細かな作業を行うことができたので、この任務を無事にやり遂げる能力の持ち主であることに疑いなかった。最終的に彼自らが刑法改正草案のための1960年予備案を起草した。

秩序違反法施行法に伴う刑法改正によって公訴時効に影響が及ぶかもしれないことを、省の幹部職員が長いあいだ気づかなかったというのが事実だったとしても、1968年9月17日の時点でそれを疑う余地が彼らにはあった。なぜならば、連邦通常裁判所第5刑事部のシュミット判事がその日に公訴時効に関する刑事部の見解を省職員のホルストコッテに伝えたとき、秩序違反法施行法はまだ施行されていなかったからである。1968年10月1日の施行日まで13日あった——そうすると、同法は議会の手続によって停止できたし、停止できなくても簡単な補充規定を設けて問題の箇所を是正できたかもしれない。というのも、すでに前から次の規定があったからである。「総則の規定に基づいて、又は特に重い事態、比較的重くない事態に関して定められた加重又は減輕を顧慮することなく、時効は、行為がその構成要件を実現した法律の法定刑に従って決める」。この定式があれば、幫助犯の処罰可能性が公訴時効の完成によって奪われることを回避できたであろう。それに対応する提案を1968年9月25日の午前中の閣議で協議し、午後2時開始予定の連邦議会第185回本会議において議員立法によって提案できたであろう。議会の2日後、つまり9月27日の時

点で必要とされる３回の法案読会を開催するのに十分な時間がまだあったであろう。その規定は刑法改正特別委員会においてすでに最終的な審議が済んでいたもので、実際にも法務委員会が改めて関わる必要はなかったであろう。基本法76条2項に規定された連邦参議院の関与（注：連邦参議院の法案先議権）を省略することもできたであろう<sup>348)</sup>。そのような手続は、事態の緊急の必要性に直面すれば、おそらく議会内だけでなく、議会外においても必要な賛同を得られたであろう。本件とは異なるが、他の事案において実際にもそのような手続がとられたことがあった<sup>349)</sup>。

しかしながら、これらの個別的な論点は連邦司法省刑法総局から見れば取るに足りなかった。しかし、第二総局の担当者——とくに課長のシュトゥルム博士と部長のドレーアー博士、総局長のハンス＝ヨアヒム・クリューガー——には、立法の瑕疵と連邦通常裁判所の予期された判決について1968年9月17日・18日の時点で直ちに指導部に情報提供する義務があったはずである。情報が提供されていたならば、ハイネマン連邦司法大臣とエームケ事務次官は、残された2週間を使って議会によって問題解決がなされるために、直ちに政治的行動に出たに疑いない。第二総局の担当者が大臣に知らせなかったことは、最終的に連邦司法省全体に帰せられる重大な義務違反を意味した。

クリューガー総局長には責任者の中でも最も軽い責任しかなかった。彼がエームケ事務次官の個人的な要請を受けてハンブルクの州司法機関から連邦司法省に異動したのは1967年5月になってからであり、それまでは刑務所長をしていた。したがって、彼は省ではわずかな職務経験しか積んでおらず、全体としてボンにおける職務は彼には重すぎたようである。しかも彼が連邦司法省刑法総局長に昇進したのは、1968年9月2日になってからである——つまりニュルンベルクで決定的に重要な指摘を受けるちょうど2週間前であった。リヒャルト・シュトゥルムは刑法典総則の担当課長であった。同僚のホルストコッテが連邦判事のシュミットと行った会話について知らされた直後にそれを上司である第2A部長のエドゥアルト・ドレーアーに伝えた。シュトゥルムのその行動は少なくとも適切であったといえる。もっとも、

---

348) 連邦参議院第328会議は、1968年10月4日に行われる予定であった。

349) そのような手続の例は、1973年のエネルギー保障法である（BGBl. I 1973, S. 1585）。同法は4日足らずで内閣と連邦議会によって提案された。連邦参議院は事が終わってから連邦憲法裁判所に提訴し、その手続を非難することもできた。しかし、たとえ形式的な手続違反が非難に値するものであっても、憲法裁判所の判事は実体法の変更を疑いなく成立させるであろう。Vgl. Michael Kirn, Die Umgehung des Bundesrates bei ganz besonders eilbedürftigen Regierungsvorlagen, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 1974, S. 1-5.

彼がそれに対応する文書を備忘録の形で作成したのは9月27日であり、その9日間を無駄に過ごしたのはなぜかは分からない。彼はその備忘録をドレーアーを介してクリューガー総局長に送った。ドレーアーは、その備忘録に手書きで「連邦通常裁判所が従前の判例から(逸脱すること)はほとんどないと思う」と過小評価する注記を書き加えた。換言すると、「心配ご無用」ということである。したがって、あまり経験がなく、過大な任務を背負った総局長が警告を発する理由を見いだせなくても、それはあまり驚くに値しない。

したがって、問題は全てドレーアーのところに戻ってくる。ここで見られたような方法で立法を指導することに多くの人々が関心を持ったのは確かである。しかし、連邦司法省で一定の地位にあったドレーアーには、秩序違反法施行法によって公訴時効の完成が定式化されないようにする方法があった。ただし、彼はすでに1959年、1962年、そして1965年に3つの事件で知られた存在であった。これらの事件では、彼はインスブルック特別裁判所で問題のある死刑判決に関与したことが裏付けられた。(注: シェトゥルムの備忘録に過小評価する注記を書き加える) ちょうど1ヶ月前の1968年8月14日には、クノフラハとハウザーに対する死刑判決への関与の嫌疑によりボンで刑事告発されていた。つまり、公訴時効定式が最終的に秩序違反法施行法に含まれないように必要な方法を用いて法律の制定に影響を及ぼす手段を手にしていたのは、連邦司法省の刑法総局における立場上ドレーアーだけであった。インスブルック特別裁判所での活動を理由に彼に対する責任追及の声が上がっていた。それは彼にとって刑法的視点から見ると危機を意味するだけでなく、彼の個人的評判と彼の職務上の地位にとっても不都合なことであった。しかも彼にはさらに最悪の事態になりうる事件があった。それはライムベルガー事件である。それはドレーアーが1942年11月に行為後わずか数時間のうちに死刑判決をもぎ取り、執行に至らせた事件である。そのため、それは手続上「判決にあらず」とされるおそれがあり、そうなった場合にはドレーアーは裁判所による殺人の共犯として、それどころか共同正犯として可罰的に行動したことになる<sup>350)</sup>。つまり、ドレーアーには秩序違反法施行法の成立を急がねばならない理由があったのである。だから連邦議会の法務委員会での重要な審議の場において、マルティン・ヒルシュ議員の端的な質問に対して、たとえ形式的手続面において正しくても、実質的な補足をすべき回答を、その限りでいえば歪曲された回答をすることによって、議会が刑法50条2項を受け入れ易くするために地均しをしたのである。

---

350) Siehe hierzu ausführlich S. 334.

秩序違反法施行法が可決された後の彼の態度もまた注目に値する。クリューガーはまだ総局長に就任しておらず、シュトゥルム課長のニュルンベルクからの報告を正確に位置づけ、その全体的な射程範囲を認識できる立場にはなかった。そのため、ドレーアーは部長として個人的に省の上層部に情報提供するためにイニシアチブを発揮すべきであった。それをしていたならば、ハイネマン連邦司法大臣とエムケ事務次官は短期間のうちに議会に政治的に働きかけ、連邦通常裁判所の公訴時効完成判決を——それはドレーアー自身が先取りしていたものに違いないのだが——すんでのところで食い止める時間的な余裕がまだあったのではないか。つまりドレーアーは、連邦政府ができたはずの連邦通常裁判所の判決を阻止する試みをできなくするために、（注：シュトゥルムから報告を受けた1968年9月17日から数えて）2週間の時間を稼いだのではないか。シュトゥルムは、ようやく数日経って（注：1968年9月27日）備忘録を作成して総局の上司に伝え、ドレーアーはそれに意見を表明した。備忘録の欄外に注記を書き入れた。その注記によって彼の危機的な状況は回避された。まだ総局に根を下ろしていなかったクリューガー総局長は、法律の成立過程を知らなかった。ドレーアーが専門性の点においてクリューガーより優れていることに争いの余地はなかった。クリューガーが協議のために日程を調整したとき、ドレーアーの心は非常に穏やかであった。そのときすでに法律は施行されていたからである。このような時に悪事を考える。それがベテン師というものである。ある方法で立法に影響を及ぼし、最終的にナチ時代の謀殺罪の助成の大半の事案を時効にかからせる動機、手段、機会があったのは誰か。それは、唯一人ドレーアーだけであった。