

Title	ナチス犯罪の追及と西ドイツ刑事司法：特に、ナチス犯罪追及センターの活動とナチス犯罪者の外泊に関する許諾の問題を中心として
Sub Title	Die Verfolgung von NS-Gewaltverbrechen und die bundesdeutsche Strafjustiz unter besonderer Berücksichtigung der Tätigkeit der "Zentralen Stelle" in Ludwigsburg und der Gewährung von Hafturlaub für lebenslänglich verurteilte NS-Verbrecher
Author	宮澤, 浩一(Miyazawa, Koichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1988
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.61, No.2 (1988. 2) ,p.9- 69
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	青柳文雄先生追悼号
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19880228-0009">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19880228-0009</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# ナチス犯罪の追及と西ドイツ刑事司法

——特に、ナチス犯罪追及センターの活動と  
ナチス犯罪者の外泊に関する許諾の問題を中心として——

宮澤浩一

## 第一章 ナチス犯罪追及センターの活動

- 一 はじめに
  - 二 ナチス犯罪に関する最近の文献
  - 三 ナチス犯罪とは何か
  - 四 ナチス犯罪訴追の実績
  - 五 内外の政治情勢の推移とナチス犯罪訴追の動き
  - 六 小 括
- ## 第二章 ナチス犯罪の無期受刑者の外泊許諾の問題
- 一 はじめに
  - 二 判例の動向
  - 三 学説の状況
  - 四 むすびに代えて——過去の清算とわれわれ——

## 第一章 ナチス犯罪追及センターの活動

### 一 はじめに

一 一九八七年八月一七日、ベルリンのシュパンダウ刑務所で、旧ナチス党の副総統であったルドルフ・ヘスが九三歳の生涯を閉じた。<sup>(1)</sup>一九四六年一〇月一日、ニュールンベルヒ国際軍事裁判所で、無期刑の判決を受けたヘスは、四一年間、文字通り、終身の刑を受けたことになる。もともと、ヘスは、第二次大戦中の一九四一年五月一〇日に、スコットランドに飛び、和平提案をしようとしたが、抑留<sup>(2)</sup>され、それ以後、身柄を拘束されていたから、この拘禁期間を加えると、四六年間も、自由社会から隔離されていたことを意味する。

二 第二次大戦後の西ドイツは、ナチス支配のドイツからの完全な脱却を宣明し、事実、非ナチス化に努めてきた。<sup>(3)</sup>過去の清算と克服を実現するために、あらゆる試みを実現してきたということが出来る。<sup>(4)</sup>かつて占領・支配した国々への巨額の賠償を支払い、経済援助を続けていることは勿論、ナチス犯罪者を今日まで、訴追し続けている。ナチス党の復活を阻止するための法的・政治的な努力と工夫を重ねてもいる。<sup>(5)</sup>しかしながら、ボン基本法の「人間の尊厳」に関する条項を手がかりに、高齢の政治犯人ヘスに対して、その晩年に、仮釈放を認めようとして手を尽したことも事実である。ナチス犯罪をにくみ、ナチスを断罪してやまない刑法学者たちも、ナチス犯罪者に対して不必要に長期にわたり、「終身の自由刑の執行」となりかねない実務の在り方に対しては、かなり批判的である。最近、アルトゥール・クロイツァーは、自由刑執行に際して模範的な受刑者で、釈放後の予測も良いのに、重罪犯人で、責任が重大であるとの理由で社会に戻そうとしない実務の在り方を批判し、併せて、シュパンダウにいるルドルフ・ヘスの拘禁継続を非人間的であるときめつけたことであつた。<sup>(6)</sup>もともと、ヘスの場合、その恩赦や仮釈放に最後まで反対したの

は、四ヶ国の占領軍のうちのソヴェエトであった。

これは、国際政治的な問題が色濃くからんでいるナチスの主要犯罪者の問題であるから、いささか例外的な扱いと言えるかも知れない。

三 ところが、ナチス犯罪の故に、有罪となり、殊に、無期自由刑に処せられた者については、ドイツのラント司法省当局者も全く同じように厳しい態度を今もってとり続けている。研究者である大学関係者はもとより、受刑者の処遇に当たっている矯正施設関係者や、それらの者の意見を聴いて判定を下す執行裁判官が、外泊（掃休）や仮釈放を認める判断を下しても、「責任の重大さ」、「不法の大きさ」を理由として、さらに服役を続けることを求め、不同意の意見を出し続けているという現実がある。<sup>(8)</sup>

ナチス犯罪を訴追するために、確実な証拠を集収し、確保し、公訴を維持できるように支援する体制として、連邦政府と各ラントの司法大臣の合意に基づき、一九五八年に、バーデン・ヴュルテンベルヒ州の州都シュトゥットガルトの効外ルートウィッヒスブルヒに、「ナチス犯罪追及センター」が設置され、爾来、ナチス犯罪に関する資料を集め、被疑者の住居地の検察庁が刑事訴追を効果的に行うことができるように、起訴及び訴追のための証拠を提供する仕事を続けている。<sup>(9)</sup>

四 一〇〇〇年帝国を豪語していたナチス体制が、一九四五年四月三〇日のヒトラーの自殺、五月七日のデーニッツによる降服でもって、もろくも崩壊して、四二年を過ぎた今、なお、うまず、たゆまず、戦前と戦中の記録を丹念に整理し、ドイツ内外に今日もなお、生き続けているナチス犯罪者を求めて活動を続ける司法関係者の執念を思うとき、過去を断罪することにより、現在の自分達の存在を証明するとともに、将来、若し、かつてと同じように、侵略を準備し、不法な戦争を企て、他民族に非人道的な犯罪を繰り返えすようなことを犯したならば、同じように永久に断罪を続けられるであろうという、一般予防的な抑止効果を、今、政治の掌にある人々に対しても發揮しているというこ

とが出来る。その意味では、此の愚直なまでの過去の自らの責任追及の姿勢は、かつての敵国、被占領国の心ある者に、信頼の感情を生む契機ともなっている。

一九八七年五月一八日に、フランクフルト高裁は、いわゆる「安楽死計画」に関与した二人のナチス医師に対して、四年の自由刑を言い渡す有罪判決を下した。<sup>11</sup> 判決は、いまだ確定していない由であるが、此の裁判に際しても、起訴に持ち込むことだけでも幾多の困難を克服せねばならなかった。何故なら、敗戦後、四〇年以上も、地域住民の中で生活し、信頼の厚い医師として、良い世評をえていた「老医師たち」の半世紀も以前の「犯罪」を立証し、断罪することは至難のわざであったからにほかならない。

五 戦前、戦中に、周辺諸国に多大の被害を与えた元凶であるナチス犯罪を許さず、四〇年以上経過した今日でも、それを追及してやまない西ドイツの司法関係者の姿勢に、私はこだわり続けている。これは、ドイツ人の国民性によるのであろうか。そして、戦争中の日本軍人たちによって犯されたアジア近隣諸国民、捕虜への残酷な仕打ちに対して、責任を自らの手で追及しなかったばかりか、それらの歴史的事実に目をつぶり、頬被りし、或いは威丈高になってその事実を否定しようとしてかかる者が多い。極端な者は、歴史の叙述を変えようとしてかかる。これが、日本人の国民性なのであろうか。

六 故青柳文雄博士のライフワークの一つに、国民性という角度から、裁判のあり方、法の見方を比較検討する御仕事がある。<sup>12</sup> 本稿は、私の心のなかにわだかまっている「戦争責任」のとり方について、ドイツ人の国民性を探ること、追悼の意を表したく思う。

(1) その死は、自然死であるのか、それとも自殺であったのか、死亡を伝える記事によると、はっきりしない。後世の考証にまつところが大きい。

(2) Gerhard Schulz, Deutschland seit dem Ersten Weltkrieg, 1918-1945, in: Reinhard Rürup - Hans-Ulrich Wehler -

- Gerhard Schulz, *Deutsche Geschichte* Bd. 3, 19. und 20. Jahrhundert 1815-1945, 1985, S. 583.
- (3) 非ナチス化の状況に「Justus von Fursenau, Entnazifizierung - ein Kapitel deutscher Nachkriegspolitik, 1969. 名著」Adalbert Rückerl, *NS-Verbrechen vor Gericht. Versuch einer Vergangenheitsbewältigung*, 2. Aufl., 1984, S. 117 ff.; Albrecht Götz, *Bilanz der Verfolgung von NS-Statfaten*, 1986, S. 115 ff. 法曹界への非ナチス化の不徹底をどう対応し、厳しく批判を加えようか? Ingo Müller, *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, 1987 年。
- (4) はたして、過去の清算はできたのだろうか? 重要な問題提起の書は「Jurgen Weber - Peter Steinbach (Hrsg.), *Ver-gangenheitsbewältigung durch Strafverfahren? NS-Prozesse in der Bundesrepublik Deutschland*, 1984 年である。この編著は一九八三年五月に「トゥッチング (Tutzing) における政治教育アカデミー」がナチス犯罪の訴追に関心をもち専門家の会議を開催し討議したときの報告とパネルディスカッションを編集したものである。
- (5) ワイマール共和国末期に、多数の少数政党が乱立し、政治的に混乱したのにつけ込んでナチス党が権力を掌握した苦しい体験をふまえ、小党が議会に席を占めない工夫をした制度が、五パーセント条項である。これについては、山田晟・ドイツ法概説 I 憲法・行政法・刑法・刑事手続法、一九七四年、三四頁、四二頁、コンラート・ヘッセ・阿部照哉他訳・西ドイツ憲法綱要、一九八三年、七三頁以下。
- (6) Arthur Kreuzer, *Entwicklungstendenzen in der Kriminalpolitik heute*, in: Rolf Ellermann (Hrsg.), *Friedrich-Naumann-Stiftung Kriminalpolitik 1984/85*, 1987, S. 158.
- (7) カール・ベーターズ、ベーター・カリス、ハインツ・シェーラー・ディーンなどである。これについては、後出・六一頁以下に紹介する。
- (8) この点については、後出・五〇頁以下に詳論する。なお、宮澤浩一・無期自由刑受刑者に対する執行緩和について―西ドイツの判例と学説を中心にして―、矯正協会創立百周年記念論文集、昭和六三年、所収も参照。
- (9) この連邦施設について、A. Rückerl, op. cit. (Anm. 3), S. 139 ff.; A. Götz, op. cit. (Anm. 3), S. 117 参照。なお、宮澤浩一・ナチス犯罪の追及と西独の刑事司法―われわれ自身を見直すために―、世界、一九八五年九月号、四〇頁以下、同、過去の贖いを考える―ナチス犯罪追及センターを訪ねて―、世界、一九八六年九月号、一四頁以下に、此の施設の前所長リュッケル氏と現所長シュトライム氏と会見した記録を記してある。
- (10) 一九六八年六月二五日の第八次刑法一部改正法律により新設された「平和に対する反逆」の罪のなかに、第八〇条侵略戦

争の予備、第八〇条<sup>a</sup>侵略戦争の挑発の規定がある。この立法提案に対応するものとして、Alternative-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Bes. Teil Politisches Strafrecht, vorgelegt v. Jürgen Baumann et al., 1968. があげられる。

(11) この裁判に關しては、Ute Daub, Der Frankfurter Euthanasie-Prozess. Kritische Justiz Jg. 19, 1986, S. 433 ff. ウルリッヒとブンケに対する裁判の帰趨については、ボッフム大学教授ギェンター・ブラウ氏の私信（一九八七年一〇月二三日）により知りえた。

(12) 青柳文雄・犯罪とわが国民性、昭和四四年、同・統犯罪とわが国民性、昭和四八年、同・日本刑法論 国民性の視角から、昭和四八年、同・刑事裁判と国民性（機能編）、昭和五〇年、同・刑事裁判と国民性（理論編）、昭和五一年、同・刑事裁判と国民性（総括編）、昭和五四年など。

## 二 ナチス犯罪に関する最近の文献

一 西ドイツでは、ナチスに関する文献は、敗戦後から今日まで、多数公刊されている。<sup>(13)</sup> 特に、一九八五年の敗戦後、四〇年を経過した追憶の年を節目として、ナチス犯罪についてののみならず、ナチス法制、その司法や行政、殊に、警察制度に關して、かなり多くの文献が寄せられた。本稿では、そのうち、ナチス犯罪関係とその訴追システムを中心として叙述することとし、併せて、最近、刑事政策の分野で最も大きなテーマとなっている、ナチス犯罪者で無期刑を言い渡された者に対する執行緩和について、検討を加えることにする。

ナチス犯罪者に対する裁判の状況も、一つのテーマであり、公判の進行に關して詳細に追うてゆく必要はあるが、私自身の手に余る問題であるから、刑事訴訟法の専門家の手にゆだねたいと考える。そこで、比較的詳しいビブリオグラフィを、注として掲げておくので、御関心のあるむきに利用して頂きたいと思う。<sup>(14)</sup>

二 すでに述べたように、ここ数年、殊に、一九八二年以降、刑法学者や法哲学者が、ナチス法制、殊に、刑事司法や警察のはたした役割、不法国家を支えた議論について、批判的に検討している文献が多数出版されている。例えば、

国際法哲学・社会哲学会ドイツ部会は、一九八二年一〇月一日、一二日に、ベルリンで「法・法哲学と国家社会主義」の共同研究を行い、提出された報告を『法哲学・社会哲学年報』の別冊一八号として、一九八三年に公刊した。<sup>(15)</sup>

一九八二年冬学期に、ハンブルク大学第二法学部と政治・経済単科大学とが共同して、「第三帝国における刑事司法と警察」に関するセミナーを主催し、そこに提出され、共同討議された報告をまとめた編著を一九八四年に公刊した。<sup>(16)</sup>一九八三年五月に、トゥチングにある政治教育アカデミーが、ナチス犯罪の訴追に関心をもつ専門家の会議を開催し、「刑事手続により、過去の克服はできるか」という共同テーマで討議をした。そこでの報告を集め、「西ドイツにおけるナチス訴訟」という副題を付けて、同じく一九八四年に出版した。<sup>(17)</sup>

これらの著作物が、何故、今、出版されるのかといえは、「ナチスの犯した罪」を風化させてはならないとする考え方がこうした各種の企画を推進する人々に共通しているからである。一〇〇〇年も続くと豪語していたナチス政権は、僅かに一二年と三ヶ月八日しか存続しなかった。その短かい期間に犯した数多くの審行によって、ドイツの文化的名声、過去の遺産が無に等しくなってしまった。その不法国家が崩壊して、すでに四〇年以上の歳月が経過しようとしている。今、此の異常な歴史的出来事を正確に記録しておくとともに、過去の過ちを適確に指摘し、批判的態度決定をしておかなければ、歴史の証人としての役割を放棄することになるし、この機会を逸するならば、忘却されるおそれも大きい。

三 ナチス政権の存続期間の三倍以上もの年月が経った今、西独の人口構成からみて、六二〇〇万人の国民の五〇％は、一九四五年以後に生まれた人たちであり、一二％の者は、戦争末期には、まだ学童であった。従って、国民全体の三分の二ほどの人々にとって、ナチスについて、伝聞によって知っているにすぎず、残りの三分の一の人々の多くは、いろいろなことを知りたいと思わないばかりか、知ろうとしない「拒否的な態度」をとっているのが現実の姿である。<sup>(18)</sup>この状況にあつて、歴史から学ぶ必要性は大きく、過去の出来事を直視する意義は大きい、というのである。同じ

ような野暮なことが再びドイツの歴史で繰り返されないためにも、過去を正確に叙述する著作が次々と公刊されたのである。

ナチスの犯した犯罪の訴追準備機関の責任者であったリュッケル氏が、『法廷に現われたナチス犯罪』(初版一九八二年、再版一九八四年)<sup>(19)</sup>を公刊しているが、ここでも、戦争直後から今日に至るまで、長い年月をかけてナチス犯罪を追及している横年の努力を正確に語っている。研究者のなかにも、例えば、ハノーバー大学のヒンリッヒ・リュエビングのように<sup>(20)</sup>、ナチス時代の刑法、刑事司法に関して、正面から取り組んでいる人も少なくない。<sup>(21)</sup>

(13) 全部の文献を列挙することは、余り意味がない。一九七五年より以前の文献については、例えば、ナチス犯罪に関して Herbert Jäger, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft. Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität*, 1967. ナチス犯罪者の裁判について Ulrich-Dieter Opitz, *Strafverfahren und Strafvollstreckung bei NS-Gewaltverbrechen*, 1976 とのことあげられた諸文献を参照。

(14) ナチス犯罪者に対する裁判については、注(13)に掲げたもののほか、A. Rückerl, *NS-Prozesse - Möglichkeiten, Grenzen, Ergebnisse*, 1971; ders., *Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen 1945-1978*, 1979 (注(13)の著書の先駆的業績と(18) Moritz-Noam, *NS-Verbrechen vor Gericht 1945-1955. Justiz und Judenverfolgung II*, 1978; Helge Grabitz, *NS-Prozesse - Psychogramme der Beteiligten*, 1985.

ユダヤ人の迫害に関する文献としては、Noam-Kropat, *Juden vor Gericht 1933-1945. Justiz und Judenverfolgung I*, 1976, 2. Aufl., 1986; dies., *Die jüdische Bevölkerung Gießens. 1933-1945. Justiz und Judenverfolgung III*, 1979; Heiner Lichtenstein, *Reichsbahn in den Tod. Massentransporte in den Holocaust 1941 bis 1945*, 1985; Arno Weckbecker, *Die Judenverfolgung in Heidelberg 1933-1945*, 1985; Eugen Kogon - Hermann Langbein - Adalbert Rückerl, *Nationalsozialistische Massentötung durch Giftgas. Eine Dokumentation*, 1986.

ソウ、ユート人民のソウ、ユート軍捕虜に対する残虐行為に関して、Alfred Streim, *Die Behandlung sowjetischer Kriegsgefangener im »Fall Barbarossa«*, Eine Dokumentation, 1981; ders., *Sowjetische Gefangene im Hitlers Vernichtungskrieg. Berichte und Dokumente 1941-1945*, 1982; Eine Schuld, die nicht erischt. Dokumente über deutsche Kriegsverbrechen in

- der Sowjetunion, 1987.
- ナチスの国家主義と歴史 Dieter Kolbe, Reichsgerichtspräsident Dr. Erwin Bumke. Studien zum Niedergang des Reichsgerichts und der deutschen Rechtspflege, 1975; Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Der Unrechts-Staat. Recht und Justiz im Nationalsozialismus, 1983; dies., Der Unrechts-Staat II, 1984; Dietmar Albrecht - Holger Clausen (Hrsg.), Justiz und Drittes Reich, 1984; Martin Hirsch - Diemut Majer - Jürgen Meinck (Hrsg.), Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus, 1984; Dörig Schadt - Michael Caroli (Hrsg.), Heidelberg unter dem Nationalsozialismus. Studien zu Verfolgung, Widerstand und Anpassung, 1985; Karl-Leo Terhorst, Polizeiliche planmäßige Überwachung und polizeiliche Vorbeugungshaft im Drittenreich, 1985; Theo Rasehorn, Justizkritik in der Weimarer Republik. Das Beispiel der Zeitschrift »Die Justiz« 1985.
- (15) Herbert Rottlathner (Hrsg.), Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus. Vorträge aus der Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) in der Bundesrepublik Deutschland vom 11. und 12. Oktober 1982 in Berlin (West), ARSP Beiheft 18, 1983. (ブルンターール・カマンペン・上田健一・竹下賢一訳・ナチズムと法哲学。同志社法学一八五号。一九八四年。二二二頁以下。なお、ブルンターール・カマンペン・宮澤浩一監訳・法哲学と刑法学の根本問題。一九八六年。一九頁以下に再録) 参照。なお、この特集号は、ロットロイトナー他・ナチス法理論研究会訳・法 法哲学とナチズム。一九八七年として公刊された。
- (16) Udo Reifner - Bernd-Rüdiger Sonnen (Hrsg.), Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich, 1984.
- (17) J. Weber - P. Steinhach, op. cit. (Anm. 4).
- (18) A. Rückert, op. cit. (Anm. 3), S. 13.
- (19) 前注(8)の前身で、注14であげた二著がゆえ。
- (20) ナチス時代の刑事法関係のモノリナツラノ「ヒンリッヒ・ルピング、Bibliographie zum Strafrecht im Nationalsozialismus, 1985. ナチス時代の刑事法関係のモノリナツラノ「ヒンリッヒ・ルピング、Bibliographie zum Strafrecht im Nationalsozialismus, 1985, S. 112 ff.; Strafjustiz im Führerstaat. GA 1984, S. 297 ff.; »Streng aber gerecht. Schutz der Staatssicherheit durch den Volksgerichtshof«. JZ 1984, S. 815 ff. (同じ論文を「Festschrift für Rudolf Wassermann, 1985, S. 983 ff. 以下) ; Sind die Urteile des Volksgerichtshofes richtig? NJW 1985, S. 2391 f. などがある。
- (21) ナチス時代の刑法規則について、Uwe Brodersen, Gesetze des NS-Staates, 1968. その刑罰法の不赦について、ヘルムート・オスターマイヤー, Strafrecht, 1971 がある。

## 三 ナチス犯罪とは何か

一 戦後四〇年、追及が続けられている「ナチス犯罪」の概念は、極めて複雑な内容である。それは、ナチスが政権を取り、崩壊するまでの一二年余の年月内で犯された数多くの犯罪の複合体である。<sup>(22)</sup>

①まず、その政敵に対する人権侵害がある。ナチス党はワイマール共和国の獅子身中の虫のように、街頭で乱暴を働らき、特に、共産党や社会民主党の支持者に対して、街頭で武力闘争を挑んでいたが、次第に権力に近づくにつれて、一時、暴力行使を手控えていた。一九三二年一月の総選挙で、ナチ党は第一党にはなったが、七月に行われた総選挙での大勝利のときと比べると、かなりの議席を失った。<sup>(23)</sup> ワイマール時代末期の政局は混乱し、不安定な政局を乗り切ろうとあせる右翼政治家の思惑もからんで、一九三三年一月三〇日に、ヒトラーはパーペン中央党首との連立内閣の首相となり、政権の座に曲りなりにもついた。その直後の二月一日、ヒトラーは緊急令により国会を解散し、その混乱に乗じてナチス党の勢力を拡大しようとはかった。プロイセン州の内務大臣となり、警察権力を握っていたゲーリングが、共産党や社会民主党の選挙運動を露骨に妨害した。

その選挙戦のさなかに、ライヒ議事堂が放火された(二月二七日)。<sup>(24)</sup> ゲーリングは、この事件を共産党の一斉蜂起の現われであるときめつけ、その弾圧に乗り出した。翌二八日に、ヒトラーは、ヒンデンブルク大統領に働きかけて、「民族と国家を保護するための緊急令」を公布し、憲法上認められた基本権の停止を命ぜしめた。<sup>(25)</sup> このようにして、三月五日に総選挙が行われ、ナチ党は四四%の議席をえたが、独裁権を合法的に得るための三分の二を獲得することはできなかった。そこで、新国会に「全権委任法」を提出し、突撃隊の恫喝のなかで、三月二三日に同法を成立させ、全権力を手中に収めた。<sup>(26)</sup> この前後の時期に、共産党、社会民主党、その他の政敵に対して、あらゆる暴力行為が犯さ

れ、政治犯は強制収容所に送り込まれ、人権無視の収容生活を余儀なくされたのである。<sup>(27)</sup>

②いまだに、被害者の数が八〇人とも四〇〇人ともいわれているのだが、突撃隊のレーム隊長とその部下を殺戮した「レーム・プッチュ」というナチス党内部の主導権争いによる殺害事件が、一九三四年六月末から七月初めに起きて起きた。<sup>(28)</sup> ナチスが権力の座につくまで、レームの配下にあった突撃隊が街頭で反対勢力、殊に、労働者や大衆で左翼のシンパの人々に対して乱暴、狼藉を働いて、党勢の拡張に努めたのであるが、ナチス政権が確立して後は、党内党の趣を呈し、その分派活動は目に余るものがあった。そこで、秘密警察と親衛隊がひそかにその機会をうかがううちに、主だった幹部が集まったところを襲い、全員を捕えて殺害するとともに、全国的に残党を肅清した。

③一九三八年一月九日の夜、ユダヤ人の商店、会社などに、親衛隊によりそのかさされた大衆が乱入し、ショウウインドを破り、商品や家具、什器を奪い、破壊するといった乱暴な行爲があった。粉々に砕けたガラスが路上に散らばり、月の光に輝いた様子をとりえて、「ライヒの水晶の夜 (Reichskristallnacht)」とよばれた。<sup>(29)</sup>

一九三八年一月一二日の会議の席上、治安警察隊長ラインハルト・ハイトリッヒは、死者三七名、破壊された商店など七五〇軒、放火により喪失したユダヤ教会一〇一個所と報告している。それより先、一月一日に、ヘルマン・ゲーリング・プロイセン首相に当てた秘密報告では、略奪の罪で逮捕した者は一七四名である、としている。その中での被害についてのデータは、同月一二日の報告であげた数値よりもはるかに少ない。

④当初は、政敵を収容する目的で造られた強制収容所<sup>(30)</sup>であったが、一九三九年九月一日に、ポーランド侵入でもって開始された第二次大戦の進行とともに、占領地域での政治犯をも収容するようになった。この施設内では「思想の

改善”をはかり、收容者間での離反をうながすために密告を奨励するなどの方法を悪用し、收容者に苛酷な扱いを繰り返した。<sup>(31)</sup>

⑤一九三九年九月に、ポーランド侵入により、第二次大戦が始まった。その初期の頃に、精神病患者や身体障害者など、「生きるに値しない生命」をナチス医師団の手による「安楽死計画」<sup>(32)</sup>で大量に抹殺した。治療及び看護施設に収容されていた「患者」たちは注射により殺害された。その後は、ガス殺の設備のある施設に送られ、一酸化炭素ガスで毒殺した。この「安楽死計画」で、ドイツ人一〇万人が殺害されたという。

⑥ポーランドを屈服させた後、秘密警察部隊を投入し、占領政策に反対する者、その他、あらゆる理由をつけてポーランド市民を迫害した。<sup>(33)</sup>この行動は、ドイツ国防軍には秘密とされたが、その目的は、ポーランドの知識階層に属する人々を抹殺することにあった。ハイトリッヒ名義の文書に、「抹殺命令 (Liquidierungsbefehl) ”とあった。慎重に見積っても、この“知識人除去計画”により、六万人乃至八万人のポーランド人とユダヤ人が犠牲者となった。

ポーランドにおけるこの計画は、一九四〇年初頭に一時期中止されたのである。それは、外国の通信社が此の事実を報道したために、国際世論の反発をおそれたからであるといわれている。<sup>(34)</sup>

⑦一九四一年六月に独ソ戦が開始された後、治安警察隊が投入され、占領地の市民に非人道的な行動をとった。<sup>(35)</sup>

これらは、A B C Dの各隊に分れ、占領地での“成果”の報告を義務づけられた。残された記録<sup>(36)</sup>のなかに、各隊に対して、実施された処刑の数を、ユダヤ人、共産主義者、バルチザン、精神病患者、その他に分けて報告し、全体数と婦女子、少年の数をも付記するように求めている。「ソ連邦・事例報告」で、一九四二年四月末までの被害者数を見

ると、A部隊二五万人、B部隊七万人、C部隊一五万人、D部隊九万人、合計で約五六万人となっている。その後、ソ連戦線での占領地域の拡大、戦線の膠着化、バルチザン活動の活発化、レニングラード、モスクワ、スターリングラードの各戦線での敗退といった経過の途上で、次第に敗色が濃くなり、希望のない戦争の前途にやり場のない気持を住民や捕虜にぶつけたであろうから、これらの秘密部隊の殺害行為の被害者数は、はるかに多くなったのではあるまいか。

⑧ソ連、ユーゴ、ブルガリアと戦域が拡大するにつれて、各地でバルチザン活動が活発化したため、これらとの戦闘が激しくなり、バルチザンの捕虜は勿論、彼らに協力した村落や個人の家を焼きはらい、みせしめの殺戮を犯すなどの非人道的行為が各地で繰り返された。

その残虐行為の一端は、若干の文書に残されている。一九四二年二月二九日付のヒトラーに対する親衛隊指揮官からの報告において、わずか四ヶ月間に、南ロシア、ウクライナ、ポーランドのビアリェストク地区で、一五〇の村落と一、九七八軒の農家を焼き払ったと述べている。<sup>(37)</sup>一九四二年二月末にヒトラーに宛てたヒムラーの報告では、同じ地域で、同年八月から十一月末までの間に、バルチザンの一党との戦闘で、三六万人余のユダヤ人、戦闘中又は捕虜にした後に射殺したバルチザン九、九〇〇名、その他同調者ないしその疑いある者一万四〇〇〇人余を殺害したと述べている。

⑨ユダヤ問題の最終解決が一九四二年一月に正式に決まり、それ以後、ユダヤ人の大量の計画的殺害が実施され、各地の強制収容所に多数のユダヤ人が送り込まれ、ガス室で殺害され、焼却された。<sup>(38)</sup>

これらの人数は、ユダヤ人絶滅施設などに残されていた記録、戦後のナチス犯罪人裁判に提出された証拠書類などから、その最低限の人数が割り出されたものである。例えば、チェルムノの施設では、一五万二〇〇〇名、ベルツェ

ツクでは一五万人、ソビポールでは一五万人、トレブリン<sup>(39)</sup>カでは七〇万人が、青酸ガスにより殺害された。そのほか、アウシュビッツでは一〇〇万人をこえる犠牲者を数え、リュブリン・マジダネクでは、二五万人が殺害されたとデュッセルドルフ重罪裁判所は認定している。

⑩ 捕虜に対する犯罪

ポーランド戦においても、捕虜に対する虐待や不法な殺害はあったが、対ソ戦における殺戮は、一九四一年の国防軍と保安警察の命令と布告によるものであり、多数の捕虜がこの「法的措置」により殺害された<sup>(40)</sup>。その命令のなかで、特に、ソヴィエト政治委員を戦闘中又は抵抗に際して捕えたときは、原則として直ちに武器を用いて殺すべし<sup>(41)</sup>、とした。この種の特別命令は、繰り返し出され、部隊に配属された人民委員も、捕え次第、殺害するよう命ぜられた。ユダヤ系の捕虜と政治的に疑わしい捕虜を治安警察の司令に引き渡すよう指示が出ていたが、これらの特別な捕虜だけでなく、ソ連戦線では、一般の捕虜に対しても、苛酷な扱いがなされた。一九四一年から四五年までに、五五〇万人のソ連兵の捕虜がドイツ軍の手に落ちたが、停戦時までに二六〇万人が死亡した。その大部分は、飢餓と傷病によるものであったが、特殊部隊の手で射殺された者も多かった。

⑪ 占領地の住民に対するテロ

国防軍に占領された国の住民も、しばしばテロや報復攻撃の被害を受けた。住民に対するこれらの虐殺行為の殆んどは、保安警察や治安警察の手で犯された。当初は、占領地の治安を維持するために威嚇の目的で犯された<sup>(42)</sup>。殊に、ポーランド占領の頃は、反抗する住民を強制労働所や警察の留置場に送り込んだ。それら住民の大部分は、二度と再び戻らなかつた。その後、戦線が拡大し、各地の住民の抵抗が強まり、ドイツ軍人や保安警察隊員、その施設を攻撃

する事件が増えたので、報復のために、住民を殺害するようになった。通常は、一对一〇の割合でこの種の見せしめ的な行為がなされるが、ドイツ軍の場合は、一人の兵士の被害に五〇人の人質を殺害した。<sup>(43)</sup>一つの村全体が報復の対象となった例も少なくなかった。

## ⑩その他の犯罪内容

ソ連やポーランドからドイツ国内に多数の者が強制労働者として連行された。これらの者が些細な違反を犯しても、死刑が加えられた。例えば、ドイツの婦女子と性交をしたり、その未遂を犯した例がそれである。又、敗戦直前に、連合軍が接近してきた折に、白旗を掲げたこれらの強制労働者や占領地の住民の多くが、即座に射殺された。<sup>(44)</sup>

右のような一二種類の犯行が、ナチス犯罪と総称される。これらは、傷害、暴行、脅迫をはじめに、器物毀棄、建造物損壊、放火、殺人、強盗、逮捕・監禁、さらに強姦など、多種多様な罪種を含む事件群であり、第二次大戦後に、まず占領軍によりドイツ国内で裁判がなされ、それと併行して、各国の軍事法廷で裁かれ、その一部の事件がドイツ国内の裁判所で裁かれたのである。<sup>(45)</sup>

二 ドイツの裁判所で、ナチス犯罪により有罪判決を受けた者の数は、第一表の通りである。

この数字の背後には、後に指摘するように、訴追関係者の苦勞がひそんでいるほか、国内・国外の多種多様な政治的影響が影を落としている。一九五〇年代の半ばを過ぎる頃に、有罪者の数がぐんと減ったのは、暴行、傷害、逮捕・監禁、放火、建造物損壊などが時効となったためである。さらに、リュッケル氏が、トゥチング会議で述べているように、ナチス犯罪者といっても、捕虜や被收容者に対して自分の手で暴行を加えたり、人前に出て命令を下したりした「小物」の犯行を立証することは、証拠法上、比較的容易であるのに対して、秘密命令を策定したり、命令

第一表 ドイツ国内裁判所による  
ナチス犯罪の有罪被告人数

1945	23	1965	32
1946	238	1966	32
1947	816	1967	13
1948	1819	1968	35
1949	1523	1969	30
1950	809	1970	33
1951	259	1971	39
1952	191	1972	26
1953	123	1973	20
1954	44	1974	8
1955	21	1975	28
1956	23	1976	14
1957	43	1977	7
1958	22	1978	8
1959	15	1979	6
1960	23	1980	3
1961	38	1981	7
1962	36	1982	9
1963	28	1983	4
1964	21	計	6469

Rückerl, 2. Aufl., 1984, S. 329.  
なお、1983年のデータは、リュッケル氏自身から得たものである。

れない。<sup>(47)</sup> 勿論、その批判は、一部分、当たっているが、しかし、裁判の帰趨を考えれば、これほど気楽な批評はない。何故なら、民主主義的な法秩序のもとで、一人の者を有罪とし、社会的存在を抹殺するには、慎重な手順がいる。「大物たち」の容疑事実は、今日の段階では、「謀殺罪」であり、その法定刑は、「無期自由刑」である。「謀殺」に加担したとの立証に成功すれば、「無期刑」が自動的に言い渡される。戦後三〇年以上も、市民の中にひそんで生活していた者を裁判にかけ、「無期刑」を言い渡した例も少なくないのである。

この種の事件では、被告人や弁護人の反証は、相当に激しい。戦争中の役割がデスクワークであった者の容疑を固める証拠は、主として「書類」であり、その殆んどが敗戦直前の混乱期に処分されたり、空襲で消失しており、東欧諸国から送られた文書の写しには、信憑性に欠ける物が多いし、弁護側の主張として、「元本」の提出を求めたり、「写し」の真实性を立証するために、その元本を保管する国への検証の要請をするなどの戦術がとられている。他方、証人の記憶は次第に薄れ、重要な参考人が次々に死亡するという状況のなかで、膨大な資料から立証に必要な文書を集め、それを手がかりにして複雑な秘密の機構を割り出し、容疑者の役割、その犯した行為を立証してゆかねばならな

したり、官僚機構の中核にいて、大量殺人などの重大犯罪に直接・間接の責任を持つ「大物」の容疑について証拠固めをするのに困難を極めたためである。<sup>(48)</sup>

三 気楽な傍観者の目には、立証の容易な「小物」の事件を数多く処理し、ナチス党の幹部クラスの「大物」の事件は先送りされ、証拠不十分でうやむやにされたと映るかも知

いのである。時が経過すればするほど、検察側に不利な状況となってゆくのは、当然のことであろう。こうした困難にも拘らず、ひたむきに過去の出来事を洗い出す努力は、手輕に擲擧してすませる問題ではないのである。

敗戦後間もない頃には、別の意味での困難があった。それは、占領軍からナチス犯罪の訴追権限を与えられた当時、腕の良い検察官と事件の背景を見透す能力を備えた裁判官をうる事が非常に困難だったのである。戦争中、多くの国民はナチス党に入党した。裁判官、検察官にも党員は多かった。<sup>(48)</sup> 大戦後、「非ナチ化」のための審査が行われ、公職追放が実施されたが、冷戦の影響で、この措置がうやむやになった。ナチス犯罪を裁く司法関係者の手が、必ずしもクリーンではなかったし、戦後に任官した者は、事態を正確に把握する力に不足していた。

四 ここで、ナチス時代の刑事司法(裁判)、殊に、特別裁判所、就中、国民裁判所による人権侵害について一言せねばならない。<sup>(49)</sup> ドイツ国民、特に、ナチス体制に反対する知識人、軍人、政治家のなかに、相当多くの犠牲者が出ており、一三番目のナチス犯罪ともいふべき「犯罪行為」である。しかしながら、敗戦後、国民裁判所の裁判関係者に対して、刑事責任を追及した例は少ない。<sup>(50)</sup>

全権委任立法により、法律の制定権を得たライヒ政府の手で、一九三四年三月二四日に特別裁判所の創設をみた。政治犯を扱う特別裁判所の必要性は、ライヒ国会議事堂放火犯人五人のうち、四人の共産党の国会議員に無罪判決を下したライヒ裁判所に、ナチスの政策に反対する政治犯の裁判を委せることはできないと判断したためである。<sup>(51)</sup>

このように、裁判官や検察官のなかには、戦争中、ナチスの法律を文字通り適用するのに抵抗し、厳格な解釈方法を用いて、無罪判決を出した者や訴追を控える努力をした者もいたが、多くは、「法律は法律である」という受けとめ方をして、不法な法律を適用し、結果的に、不法国家に協力する者が多かった。これに対して、国民裁判所に属する裁判官や検察官には、「法服を着たテロリスト」<sup>(52)</sup>が多かった。この裁判所の前身として、特別裁判所が創設され、当初は、共和国保護のための政令など、ナチス政権樹立当初の緊急立法のうち、政治的性格のある規定違反を裁判す

第二表 国民裁判所における裁判とその結果（1934年～1944年）

年度	被告数	死・刑	無・罪	ドイツ裁判所の死刑総数	国民裁判所の死刑の割合
1934	80	4 (5.0%)	—	102	3.9%
1935	632	9 (1.4%)	—	98	9.1
1936	625	10 (1.6%)	—	76	13.1
1937	618	32 (5.2%)	52 (8.4%)	86	37.2
1938	614	17 (2.8%)	54 (8.8%)	85	20.0
1939	470	36 (7.6%)	40 (8.5%)	139	25.9
1940	1091	53 (4.8%)	80 (7.3%)	250	21.2
1941	1237	102 (8.2%)	70 (5.6%)	1292	7.9
1942	2572	1192(46.3%)	107 (4.7%)	4457	26.7
1943	3338	1662(49.7%)	181 (5.4%)	5336	31.1
1944	4379	2097(47.8%)	489(11.2%)	4264	49.2

Rückeri, 2. Aufl., 1984, S. 84.

るために、各高裁管内に一庁設置した。五名から成る合議体は、裁判長と主席陪席が職業裁判官で、三名の素人裁判官が加わった。その多くは軍人であり、党員のこともあったが、彼らは、幹部クラスではなく、都市の党のうちの区会の指導者程度の者であった。<sup>54</sup> この程度の質の良くない裁判所が次第に管轄を拡げ、戦時立法により多数公布され、しかもその大部分に死刑を課する法規違反事件を担当するようになった。戦争前には、比較的軽い法定刑であったが、国民裁判所及びその他の特別裁判所で言い渡された多数の有期刑受刑者は、服役の後、直ちに秘密警察により拘束をうけ、強制収容所に入れられた。その間、一九三六年四月一八日に「国民裁判所」が創設され、ライヒ裁判所と肩を並べる最高の裁判所となった。内乱罪、叛逆罪、その他、政府、防衛力に対する危害行為、経済犯罪、戦時犯罪などを包括する戦時刑法違反へとその管轄を拡げていった。

ナチス権力を維持し、戦争遂行のために国民を狩り立て、反対する者を容赦なく殺戮した「特別裁判所」と「国民裁判所」の手で、極めて多くのドイツ人が生命を奪われた。軍事裁判、即決裁判を除き、第三帝国の二二年間に一万六〇〇〇件以上の死刑判決が言い渡されたが、その多くは、実は、特別裁判所、殊に、国民裁判所に由来するものである（第二表）<sup>56</sup>。一九四二年から、被告人数も死刑数も飛躍的に増加しているが、これは、ライヒ司法省次官で、自ら、「総統の政治的尖兵」と称していたローランド・フライスラーが前任者のオットー・ティーラックのあ

とをついで、国民裁判所長官に就任したためである。<sup>(57)</sup> それより先、一九四〇年、四一年も、それ以前と比べて倍増しているが、第二次大戦勃発によるものである。

五 一九四一年一月六日、ソ連の猛反撃が始まり、東部戦線で一進一退の攻防が続ぎ、結局、モスクワもスターリングラードも陥落せず、かえって、スターリングラードでは、ソ連軍に包囲されたパウルス指揮下のドイツ第六軍は一九四三年二月初めに降伏した。そして八月八日に、イタリアが降伏し、勝利の望みは断たれた。一九四四年六月六日に、連合軍はノルマンディーに上陸し、東西両面からの攻撃を受けるに至った。<sup>(58)</sup>

相い次ぐ敗報により、国民の間で勝利の希望はなくなり、次第に反戦の気分が高まり、反ヒトラーの運動が盛となり、遂には、一九四四年七月二〇日にヒトラー暗殺未遂事件が起きた。この事件関係者に対する国民裁判所の審理は、裁判という名に値しない、被告人に対する加辱の儀式であった。<sup>(59)</sup> 司法機関の形をとったナチスの権力装置を手中に収めていたフライスラーは、一九四五年二月三日のベルリン大空襲の折に、国民裁判所の建物の全壊に際して、爆死した。<sup>(60)</sup> 記録によると、国民裁判所の裁判官、検察官であった司法関係者は五七七人であった。一九七九年に、それらについて捜査がなされた折には、生存者は一一〇人であったが、捜査の期間に、二七人が死亡した。八三名の生存者のうち、はっきり、死刑判決に関与した証拠のある者は、二九名にすぎず、しかも、その大半は、老齢のために、公判を開くのに耐ええない人々であった、<sup>(61)</sup> という。

(22) 以下の叙述は、A. Ruckert, NS-Verbrechen vor Gericht, op. cit. (Anm. 3), S. 22 ff. 及び A. Götz, Bilanz der Verfolgung von NS-Strafaten, op. cit. (Anm. 3), S. 33 ff. に基づくが、適宜、他の文献のデータをも加えてくる。

(23) この動きについては、Gerhard Schulz, op. cit. (Anm. 2), S. 489 ff. のほか、林健太郎・ドイツ史(新版)、四〇八頁以下、特に四一二頁以下参照。

(24) A. Götz, op. cit. (Anm. 3), S. 46 ff. に、此の放火事件が誰の仕業であったか確実なことは分っていないし、ニュールンベルヒ裁判でも、明確な証拠は出なかったとしながらも、事件後の処置の早さといひ、ナチの共同正犯性、少くとも、オランダ

人ファン・デア・ルッペを教唆し、支援したことは、おそろくありえたとと思われる。」としている。

- (25) M. Hirsch et al., op. cit. (Ann. 14), S. 87 ff. に於けるの政令が出づる。
- (26) M. Hirsch et al., op. cit. (Ann. 14), S. 92 ff. に、全権委任法、その国会での討議(第八立法期、第二日、一九三三年三月二三日議事録)、ナチス党機関紙「ヘルキッシェ・ノイホフター」の記事、同法に賛成する論文がある。
- (27) 政敵に対する迫害行為につき、A. Götz, op. cit. (Ann. 3), S. 48 ff. に、若干の判決の抜萃が出ている。なお、A. Rückerl, op. cit. (Ann. 3), S. 23 f.
- (28) レーム事件は、ナチス党機関紙では、「国家に対する正当防衛(Staatsnotwehr)」であると強弁した。事実、国家正当防衛の処分に関する法律も公布された(M. Hirsch et al., op. cit. (Ann. 14), S. 136 f.)。この事件の被害者数につき、A. Götz, op. cit. (Ann. 3), S. 57 ff. に「ヒトラーは、一九三四年七月一三日の国会演説で死者の数を七十七名と云っているが、ハリで公刊された移民白書は、四〇〇名という数字をあげている。リュッケレルは、殺害された者の数を八〇名ないし二〇〇名という(同書・前出注3、二七頁)。
- (29) A. Götz, op. cit. (Ann. 3), S. 66 ff.; Rückerl, op. cit. (Ann. 3), S. 32 ff. 本文の数字は、リュッケレルによったが、デットによると、一九一のユダヤ教会が焼け、七六が完全に破壊され、三六名のユダヤ人が殺害され(実数は、その数倍である)、二万人のユダヤ人が強制収容所に送られた」とある(同書、七三頁)。
- ユダヤ人を経済生活から駆逐した法的根拠などの資料は、ヒルシヒ他・前出(注14)、三六一頁以下、特に、三六四頁以下にニュールンベルヒ裁判に提出されたブロイセン首相ヘルマン・ゲーリングのユダヤ人問題に関する発言の速記録が収録されている。また、ハイデルヘルヒ市内での落行につきは、A. Weckbecker, op. cit. (Ann. 14), S. 188 ff. へ ders., Die Judenverfolgung in Heidelberg, in: Schadt - Caroli (Hrsg.), op. cit. (Ann. 14), S. 438 ff. を参照。
- (30) 強制収容所設立の法的根拠は、一九三三年二月二八日の国家と国民を保護するためのライヒ大統領令であったが、それと殆んど同時に制定された「国家秘密警察法」、一九三三年四月二六日と一九三六年二月一〇日の国家秘密法に、「保安拘禁もしくは予防拘禁権」が与えられた。これらについて、M. Hirsch et al., op. cit. (Ann. 14), S. 326 f. へ「詳しへば、K.-L. Terhorst, op. cit. (Ann. 14), 参考。
- (31) 強制収容所とそこにおける不法につき、A. Rückerl, op. cit. (Ann. 3), S. 27 ff. に詳しく、一九四五年初頭に、強制収容所とその付属施設内に、多様な国籍の被収容者六〇万人が収容されていたという(同書二九頁)。
- (32) ヒトラーの秘密命令「オイタナジー計画」により一〇万人以上の人間が殺害された問題につき、A. Götz, op. cit. (Ann.

- 3) S. 74 ff. v. A. Rückert, op. cit. (Anm. 3), S. 34 f. など、ドイツ国民の遺体病保護に関する法律について M. Hirsch et al., op. cit. (Anm. 14), S. 356 f. を参照。
- (33) ヒーレンシュタインの秘密警察の出動グループ (Einsatzgruppe) について A. Rückert, op. cit. (Anm. 3), S. 35 ff. に詳細がある。また A. Götz, op. cit. (Anm. 3), S. 118 を参照。
- (34) A. Rückert, op. cit. (Anm. 3), S. 41.
- (35) ソンホルム占領地域における秘密警察の出動グループについて A. Rückert, op. cit. (Anm. 3), S. 41 ff. のほか、特に A. Streim, Die Behandlung sowjetischer Kriegsgefangener usw., op. cit. (Anm. 14), 1981, S. 69 ff.; ders., Sowjetische Gefangene usw., op. cit. (Anm. 14), 1982, S. 81 ff. 及び Eine Schuld, die nicht erlösch, op. cit. (Anm. 14) 所載の各種命令をも参照のこと。
- (36) A. Rückert, op. cit. (Anm. 3), S. 42 f. を参照。
- (37) 本文の叙述及びヒーターゼ A. Rückert, op. cit. (Anm. 3), S. 50 ff. を参照。
- (38) A. Rückert, op. cit. (Anm. 3), S. 51 ff.; A. Götz, op. cit. (Anm. 3), S. 126 ff. のほか、一九八七年公刊のソウヴェト占領地域における残虐行為の諸命令 (前出・注14) をも参照。
- なお、前出(注14)に掲げたユダヤ人迫害に関する文献のうち、死の旅路にユダヤ人を各地から輸送した件については、ハイナー・リヒテンシュタインの著書「ガス室での大量殺人については、オイゲン・ローゴンの編著により、その残虐行為の状況を知る必要がある」。
- (39) シャン＝フランソワ・ステーネル・永戸多喜雄訳・トレプリンカ 絶滅収容所の叛乱、一九六七年参照。
- (40) これらについて、シットライム氏の二著を参照のこと。
- (41) A. Rückert, op. cit. (Anm. 3), S. 69 を参照。ソウヴェトの政治委員は、戦闘中又は抵抗中に捕えたときは、原則として直ちに武器を用いて解決すべしと命ぜられた。
- (42) 有名な「夜よ霧よ (Nacht-und-Nebel-Erlass)」について A. Götz, op. cit. (Anm. 3), S. 141; A. Streim, op. cit. (Anm. 14), 1981, S. 272 を簡単にあげよう。
- (43) A. Rückert, op. cit. (Anm. 3), S. 72. によると、事前に措置を予告し、犯人がみつからず、事件と措置との間に、時間的・場所的な関連があり、事件と報復措置との間に均衡がとれていることなど、国際的に認められた規律の枠内であれば、たとえドイツ官憲は、これらを全く無視した」とある。

- (44) 此の犯行は「A. Rückert, op. cit. (Ann. 3), S. 74 ff. 及び」敗戦直前の犯行は「特」A. Götz, op. cit. (Ann. 3), S. 40 ff. 参照。
- (45) これらのうち一九四六年から五年までの三一九件の判決を分析したものと「U.-D. Oppitz, op. cit. (Ann. 14) 及び」A. Götz, op. cit. (Ann. 3) は「各事件につき具体的な裁判例が掲記されている。」
- (46) A. Rückert, Staatsanwaltschaftliche Ermittlung der NS-Verbrechen - Schwierigkeiten und Ergebnisse, in: J. Weber - P. Steinbach, op. cit. (Ann. 4), S. 77.
- (47) 西義之・西マイトはモデルではない。正論一九八七年二月号、二六八頁以下。同・ドイツ人の生き方 死に方、一九八七年、一二六頁以下。著者は「ニルンブルクで用いられた平和や人道への罪で訴追せず、」実定法の刑法に違反した暴力犯罪を追及しているだけ」であると非難するが、国内法による刑事裁判を前提とする限り、それは仕方ないことである。それをしもやっていたら国の国民の一人として、第一次大戦後のワイマール時代に、ドイツの裁判所が戦争責任を追及しなかったことなどをあげつつも、空しく、ためにする議論でしかない。自虐的でなく、自国の解意を自己批判することがなくて、何で他国の現在の精神的墮落をとがめることができようか。過去の歴史への反省なくして、周辺諸国に思い上った態度をとる政治家や行政の掌事もある者共に迎合することなど、とるべき態度ではない。
- (48) ナチス支配下で「司法に対し、常に厳しい批判が浴せられた。その状況は「M. Hirsch et al., op. cit. (Ann. 14), S. 507 ff. 警察権力、殊に、国家秘密警察が刑事司法を遠慮なしに侵犯した点については、同書一八七頁を参照。A. Rückert, op. cit. (Ann. 3), S. 106. 第二次大戦後の四ヶ国軍政下のドイツの司法は「A. Götz, op. cit. (Ann. 3), S. 33 ff. を参照。」
- (49) 特別裁判所・国民裁判所は「その法的根拠は、M. Hirsch et al., op. cit. (Ann. 14), S. 470 ff. 及び」これらの裁判所設立に関する法規、当時の論議などが再録されている。その他「A. Götz, op. cit. (Ann. 3), S. 145 ff.; I. Müller, op. cit. (Ann. 3), S. 146 ff.; A. Rückert, op. cit. (Ann. 3), S. 75 ff. を参照。」
- (50) Friedrich Karl Fromme, Gegen Volksgerichtshof - Richter wird nicht mehr ermittelt. Ein schmerzlicher, ein wohl-tuender "Schlusstrich" nach mehr als 40 Jahren. Frankfurter Allgemeine v. 23. Oktober 1986.
- (51) 特「此の点については」A. Götz, op. cit. (Ann. 3), S. 146; M. Hirsch et al., op. cit. (Ann. 14), S. 470; A. Rückert, op. cit. (Ann. 3), S. 76 ff. 特「S. 82 を参照。」
- (52) 例えは「国民の害虫 (Volkschädling) に関するライヒ裁判所判例 (判例集七五卷二〇四頁) がそれである。此の問題は「Hans Welzel, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen. 3. Aufl., 1944, S. 102 f. 及び」

れた対して、Edmund Mezger, Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss. 3. Aufl., 1943, S. 206 ff. は、此の法律の文言の単なる解釈に終結して居る。Friedrich Karl Kaul, Geschichte des Reichsgerichts Bd. IV 1933 - 1945, 1971 年、東独で出版された本であるから、当然のことながら、ナチス時代のライヒ裁判所の刑事判例をきびしく批判して居る。

勿論、独裁国家において、司法が権力者の意志に正面から反対し、その意志に反した「独立」を確保しようるものでないことは、リューベングの分析でも明らかである(H. Rüping, op. cit. (Anm. 20), GA 1984, S. 298 ff.)。ライヒ裁判所長官として、ドイツの刑事裁判の歴史に悲劇的な名をとどめたホルヴァン・ポムケは「ドイツ」D. Kolbe, op. cit. (Anm. 14). 特にその第三部「ライヒ裁判所長官ポムケと第三帝国(一九三三年—一九四五年)」参照。

(33) Mödern in der Richterrolle 及び A. Rückerl, op. cit. (Anm. 3), S. 75.

(34) 及び Heinz Hillemeyer, (Hrsg.), »Im Namen des deutschen Volkes« Todesstrafe des Volkgerichtshofes, 1980, S. 32.

(35) Standgericht. ポーランド人とユダヤ人を対象とする簡易裁判手続で、ドイツ軍占領下の東部地区に創設された。この点 及び Hirsch, op. cit. (Anm. 14), S. 496 ff. に法規とフランス人の解説がある。

(36) I. Müller, op. cit. (Anm. 3), S. 149 及び一九三七年から四四年までの統計が出ている。注目すべきは、有期の重懲役(一〇年以上以下に分ける)と軽懲役も示められて居る。

(37) 此の両者の時代に分けて、国民裁判所の裁判につき論評しているのは、H. Rüping, »Streng aber gerecht usw.«, op. cit. (Anm. 20), 及び

(38) 及び動向及び G. Schulz, op. cit. (Anm. 2), S. 583 ff. 及び林健太郎編・前出(注33)四五三頁以下。

(39) A. Rückerl, op. cit. (Anm. 3), S. 84.

(40) M. Hirsch et al., op. cit. (Anm. 14), S. 559.

(41) F. K. Fromme, op. cit. (Anm. 50) 及び

#### 四 ナチス犯罪訴追の実績

すでに、第一表で示したように、第二次大戦後、西独でのナチス犯罪追及の動きは、内外の政治的变化につれて

揺れ動いた。米ソの反目は、ナチス体制の崩壊直後にすでに表面化していたが、一九四五年八月三〇日に成立した米英仏ソ四ヶ国共同管理体制の中心機関である「管理理事会」で、西側三国とソ連の対立がことあるごとに露呈した。それは、ナチス国防軍が占拠していたポーランド、ハンガリー、チェコスロヴァキアなど、いわゆる東欧諸国において、ソ連政府の息のかかった政権が誕生し、ソ連の支配が次第に多数の国で確立しようとする状況に対し、米英の指導者が不信の念を深めたためであった。<sup>(62)</sup>

東西の対立が極限に達したのは、一九四八年六月一九日のベルリン封鎖、その翌日の二〇日、米英仏管理地域(西独)で実施された通貨改革であった。その後、西側三国の占領軍政府は、七月一日に、西独一一州の州首相に対して憲法制定議会を召集する授權を行った。ドイツ側としては、ドイツが東西に分裂することをおそれ、正式の憲法ではなく、暫定的な憲法の性格を持つものとして「基本法」の制定を目的とし「議院評議会」を発足させ、アデナウアーを議長としてその制定作業に当たらせた。基本法は、一九四九年五月に制定作業の終了、三国占領軍政府の承認、西独各州の批准を経て、同年五月二三日に発効した。基本法が議院評議会で可決成立した日と前後して、ベルリン封鎖は突如解除された。<sup>(63)</sup>一方、東独の憲法制定の動きは、一九四六年一月に始まり、一九四九年五月末に、第三期ドイツ人民会議により可決された。東西ドイツの独立は、一九四九年九月七日に成立したドイツ連邦共和国と同年一〇月七日に成立したドイツ民主主義共和国により、分裂して実現した。西独では、一九五四年二月に再軍備を実現するための基本法改正を実現し、同年一〇月に北大西洋条約機構に加盟した。西独の政治は比較的安定して居り、一九六〇年代に入ると、経済も奇蹟の復興をとげ、国際政治の上でも、次第にその地位は高まっていった。このような社会の変動につれて、国民の間で、もはや戦後ではないという意識が強まるとともに、いつまでもナチスの影におびえたり、ナチス犯罪を裁判にかけることは今さらおかしきという声が出始めた。<sup>(64)</sup>

二 このような社会状況に大きな変動をもたらしたのは、社会民主党の政権参加と東方政策の転換であった。

ナチス犯罪の追究と西ドイツ刑事法

第三表 ナチス犯罪訴追の実績(確定判決)

年度	予備捜査手続開始数	無期自由刑	有期自由刑	不処罰
1965	—	4	28	3186
1966	—	4	28	3186
1967	—	5	8	4313
1968	—	8	27	2581
1969	—	15	15	2726
1970	1188	10	23	2234
1971	1228	13	26	3859
1972	1229	4	22	2257
1973	1301	1	19	1888
1974	1499	6	2	1233
1975	2235	3	25	1692
1976	1113	1	13	1207
1977	1736	3	4	2709
1978	1399	2	6	2487
1979	696	—	6	852
1980	907	1	2	1003
1981	460	1	6	1033
1982	822	—	9	717

Rückerl, 2. Aufl., 1984, S. 329, u. 330.

ワイマール共和国時代に政権政党であった社会民主党は、戦後の西ドイツにおいて、長い間、野党であった。一九六三年一〇月にアデナウアーに代って政権の座についたエアハルト内閣が、経済政策にゆきつづまるとともに、東欧諸国との関係修復にも打開策を見出せぬまま退陣したあとを継いで登場したキージンガー内閣に、社民党党首でベルリン市長であったブランドが外相兼副首相として参加し、キリスト教民主同盟・同社会同盟と社民党の大連立内閣を形成し、懸案であった多くの法改正を実現し(例えば、一九六八年五月の非常事態法、一九六九年六月の第一次刑法改正法、同年七月の第二次刑法改正法、東欧諸国との国交樹立をめざして、努力をつみ重ね、ルーマニアとユーゴスラヴィアとの関係改善をはたした)。

一九六九年九月二八日に行われた第六回総選挙の結果、第二党となった社民党は、第三党の自由民主党との連立政権樹立に成功し、東方外交を積極的に推進し、遂に、一九七〇年にポーランドとソ連との関係を正常化するのに成功した。<sup>(65)</sup>

こうした政治の動向を受けて、国交回復がはかられていた時期に、東欧圏の国々からナチス犯罪に関連する文書が流れ込み、ナチス犯罪追及の手をゆるめようとする世論に歯止めをかける結果となった。<sup>(66)</sup>

三 時代の変化が、ナチス犯罪の訴追に、どのような影を落としているかをデータでみてみることにする(第三表)。

同一年度内の捜査手続開始と、無期・有期判決

第五表 ナチス犯罪者の犯行時の地位

年度	Aグループ	Bグループ	Cグループ
1958	33.3%/48	45.4%/48	21.2%/50
1959	58.3%/49	12.5%/59	29.2%/57
1960	42.8%/54	21.4%/62	37.5%/54
1961	33.3%/51	50.0%/53	16.2%/56
1962	49.0%/53	30.6%/54	20.4%/62
1963	43.7%/54	45.6%/55	10.9%/60
1964	51.4%/56	37.1%/53	11.5%/60
1965	73.6%/54	16.1%/55	10.3%/59
1966	53.6%/58	30.9%/56	15.4%/61
1967	42.8%/57	37.1%/61	20.0%/61
1968	63.4%/58	25.2%/60	11.4%/61
1969	46.8%/58	40.2%/62	12.8%/66
1970	57.6%/60	33.3%/67	9.1%/65
1971	39.1%/62	56.5%/61	4.4%/68
1972	60.7%/61	35.7%/64	3.6%/66
1973	46.9%/61	46.9%/64	6.2%/64
1974	63.1%/64	31.6%/65	5.3%/73
1975	45.4%/61	36.4%/68	18.2%/68
1976	75.0%/66	20.8%/70	4.2%/67
1977	20.0%/53	80.0%/68	— / —
1978	100.0%/67	— / —	— / —
1979	73.3%/63	6.7%/72	20.0%/71
1980	57.1%/66	21.4%/64	21.4%/70
1981	63.2%/64	21.0%/71	15.8%/77
1982	71.4%/65	14.2%/69	14.2%/69
1983	100.0%/69	— / —	— / —

Aグループ：下級，中級職。下士官，強制収容所囚人自治委員

Bグループ：上級職。少尉以上，ナチス党中堅幹部

Cグループ：参事官以上の高級公務員，大佐以上，ナチス党地方委員・上級幹部

Rückerl, 2. Aufl., 1984, S. 332.

パーセンテージの次の数字は，公判時の平均年齢

第四表 ナチス犯罪により，重罪裁判所の公判に付せられた裁判の結果（1958年～1983年）

年度	被告人総数	無期自由刑	有期自由刑	無罪，手続の打ち切り
1958	29	2	15	12
1959	23	4	8	11
1960	22	7	9	6
1961	47	3	29	15
1962	50	4	37	9
1963	49	2	32	15
1964	35	2	16	17
1965	84	14	42	28
1966	77	13	41	23
1967	32	7	18	7
1968	118	23	46	49
1969	50	6	13	31
1970	34	8	13	13
1971	28	3	11	14
1972	28	2	17	9
1973	50	8	25	17
1974	20	6	10	4
1975	11	1	5	5
1976	24	2	9	13
1977	5	1	2	2
1978	4	1	2	1
1979	14	—	5	9
1980	13	1	8	4
1981	19	1	12	6
1982	7	—	6	1
1983	5	—	2	3

Rückerl, 2. Aufl., 1984, S. 331.

数などには、直接の関係はない。一九六〇年代と七〇年代とを比較すると、ナチス犯罪の訴追が、次第に困難になりつつある状況を知りうる。そのなかにあって、一九六九年から七一年にかけての三年間に、四〇人ほどの者に無期自由刑が言い渡されていること、有期の自由刑も、六〇人をこえる者に言い渡され、この三年間に、かなりの成果があがったことが分る。これは、社会民主党と自由民主党の連立政権の時代で、キリスト教民主同盟、同社会同盟が野党であって、制度改革が大きく前進した時期にあたる。

第四表にみられるように、ナチス犯罪追及センターが開設された一九五八年以降、二五年間に、重罪法廷で扱われた被告人数とその階層別の分析結果によると、一九六〇年代と比べて七〇年代になると被告人の数も有罪判決の数も減ってくる。犯行時の身分についてみると(第五表参照)、一九五〇年代から六〇年代にかけて、比較的地位の高い者が関与していたが、次第に中級又は下級の役人、下士官クラスの下級幹部が訴追される傾向が出てくる。一九七九・八〇年には、再び、上級者に対する審理が増えているが、これは謀殺罪は時効にならないとする第一六次刑法一部改正法律の影響かも知れない。また、被訴追者の平均年齢が次第に高くなり、殊に、中級、上級の階層の者は、最近では平均して七〇歳をこえている<sup>(65)</sup>。

(62) 林健太郎編・前出(注23)、四五九頁以下参照。

(63) 西ドイツの基本法制定の際に、ヘルリン封鎖が、その死刑廃止に影響したという問題について、宮澤浩一・死刑廃止の歴史(二)、法学研究二九卷一一号、一九五六年、五七頁参照。

(64) A. Rückert, op. cit. (Ann. 3), S. 132.

(65) 林健太郎編・前出(注23)、五二八頁以下。

(66) A. Rückert, op. cit. (Ann. 3), S. 167ff.

(67) うちばら、A. Rückert, op. cit. (Ann. 3)の第二版巻末の付録によった。一九八三・八四年のデータは、私的に獲得したものである。

## 五 内外の政治情勢の推移とナチス犯罪訴追の動き

一 ナチス犯罪の追及の度合いを、時代区分し、その時期の主な出来事と関連づけて説明してみる。

一九四五年——一九五〇年

此の時期は、占領下であり、有罪確定者数が最も多かった<sup>(68)</sup>。非ナチス化の措置法により、立法・司法・行政等の公職についていた者が、個別にナチス政権に対する協力度を審査され、かなりの人が追放処分をうけた。この非ナチ化を最も徹底的に行なったのは、ソ連占領地域（東独）であり、西側では、アメリカ占領地域がかなり厳格に実施した。これに反して、イギリス占領地域では、不徹底であったという。例えば、一九四〇年に裁判官であった者のうち、わずか三〇%の者が公職を追われたにすぎない。その当時は、戦争の初期であり、連戦連勝のニュースが国民の士気を高め、ナチス党入党する者の多かった時期である。それなのにわずかに、三〇%の者しか追放されなかったということとは、免責された者が多かったことを意味する<sup>(69)</sup>。

ナチスの影を背負った司法関係者が、戦後のナチス犯罪を公正に裁けたかという疑問は残っている。敗戦後のドイツで、BC級の戦争犯罪人に対する軍事法廷が開かれ、占領軍の法廷関係者はこの事件処理で手一杯であったために、ドイツ人がドイツ人又は無国籍人に対して犯した犯罪については、ドイツの法廷でドイツの裁判官により審理することを任せた管理理事会令一〇号が出た。その裁判でも、人道に対する罪や戦争犯罪にかかる構成要件の適用が問題となり、法実証主義的な発想をとる当時の裁判官にとって、事後法的なこうした法規の扱いに際して、戸惑うことが多かったようである<sup>(70)</sup>。

しかし、訴追された事件の多くは、殺人罪や傷害罪で処理しうる事件であり、戦争中に、どのような地位について

いたかを記録によって調べることは比較的容易であり、被害者の記憶も鮮明であったから、物的、人的証拠をうるのにさほど困難はなかったようである。もっとも、敗戦の混乱と分割統治の状況であったため、戸籍の喪失、電信・電話など通信連絡が思うにまかせぬ事情もあった。又、インフレに対抗する通貨改革で、生活難にあえぐ市民は、その日暮らしに追われ、一九四八年六月一九日に突発したベルリン封鎖とそれに対抗したアメリカ空軍の大空輸のニュースが社会に緊張をもたらし、騒然とした雰囲気の中でナチス犯罪者を訴追し、裁判することには、大へんな苦労があったようである。それというのも、敗戦直前に、東プロイセン、ブレスラウを中心とするシュレジアに侵入したソ連軍に追われた経験をもつ人々や、東独でソ連軍にひどい目にあつて西独に移住した人々の心理の底流に、強い反ソ、反東欧感情があつたからである。

この時期、五、二二人の者に有罪判決が下された。その殆んどは、中程度以下の犯罪であり、殺人罪で有罪となつた者は、一〇〇人程であつた。<sup>(71)</sup>そしてその犯行も、戦争末期に、徹底抗戦の命令に違反した逃亡兵を撃つたり、降服しようとする民間人を射殺した犯人も少なくなかつた。その他、「安楽死計画」に協力した医師たちや、ブーフエントワルト、ソビボールなどの強制収容所や絶滅計画の実施場の所員なども有罪となつた。<sup>(72)</sup>

一九五一年——一九五五年

一九四九年五月に制定されたボン基本法は死刑を削除したため、ナチス犯罪者に対する最高刑も無期刑となつた。一九五二年に、再軍備が決まり、北大西洋条約機構への加盟が決まり、この戦後政治の大転換期の前後に、過去の清算は終わったとする意見が出始めた。このような風潮に対し、フランクフルトのフリッツ・バウアー・ヘッセン州検事総長<sup>(73)</sup>、チューリッヒ大学のK・S・バーダー教授<sup>(74)</sup>、後に連邦国会の議員となつた、マックス・ギューデ連邦検事総長<sup>(75)</sup>らは、ナチス犯罪を追及する手をゆるめてはならないと強調した。一九五五年末までに、有罪判決を受けた者の数は、

五、八六六名であり、一九五〇年以降の裁判では、強制収容所、絶滅施設、秘密警察の拘留所などにおける残虐行為の責任を問われた者は多数にのぼった。<sup>(76)</sup>一九五一年以後の五年間の無期受刑者は、一三名である。<sup>(77)</sup>

この頃から有罪者数が減ってゆくが、それは、比較的軽い罪についての五年の時効が、一九五〇年に完成したことや一九四八年の通貨改革で経済的に混乱し、一般市民が、ナチス犯罪どころではないという生活感情を持ったことなどの反映であろう。他方、この頃になると、戦争中の出来事に対する洞察に欠けるような裁判官や検察官が増えて、比較的重要な事件の処理にさえ支障をきたすようになったともいう。例えば、当時の文書に用いられた暗号、符牒、隠語を解読できないといった立証上の問題がでてきた。

そのような事態を重視した司法関係者らの間に、ナチス犯罪者の容疑を固めるため、被疑者の居住地の検察庁ではなく、総合的な訴追支援体制を確立する必要があるという声が出始めた。一九五三年以降に、予備捜査開始手続にのる事例が増え始めたのだが、それは、同年九月に、ナチスの不法な訴追や裁判により被害を受けた者に対する補償法が制定され、提出された申請書を分析することで、それまでに不明であった容疑事実や容疑者の解明のための手がかりがえられたためである。その他、この五年間に、ザクセンハウゼンやアウシュヴィツの強制収容所関係のナチス犯罪者が訴追され、有罪判決を受けた。前の五年に比べて、有罪者の数は減ったが、重要な意義のある五年間であった。一九五五年の年末に、公訴時効一〇年の罪の時効が完成したため、以後、訴追すべき罪種は大幅に減り、殺人罪のみしか扱えないこととなった。

一九五六年——一九六四年

一九五五年九月に、アデナウアー首相がソ連を訪問し、その際に締結した協定により、一五、〇〇〇名の戦犯その他、ソ連に抑留されていたドイツ人が戻ってきた。その中に、捜査当局が探していた重要なナチス犯罪者が含まれて

いた。一方、ウルム市で、戦争中にリトアニアでユダヤ人を大量に殺害した責任者が一九五六年に捕えられ、訴追された。<sup>(78)</sup>そしてこのウルム事件で、立証上、多くの困難に遭遇したことを契機に、一九五八年一月一日に、西独の全州の司法大臣・司法長官の会議が開催され、正式に、ルートウィヒスブルクに「ナチス犯罪追及センター」の創設が決議された。<sup>(79)</sup>各州は、裁判官又は検察官をここに派遣する義務を負うこととなり、スタッフの確保とその後の充実により、次第に、ナチス犯罪訴追のための中心機関の名実を備えてゆくこととなった。

私は、一九八六年五月一二日に、このセンターを訪ね、前所長のリュッケルル氏と現所長のシュトライム検事長の案内で、同所の活動状況をつぶさに見学することが出来た。記録のために、ナチス犯罪者を訴追するために必要な準備を同所がどのように進めているのか、管轄検察庁が事件を起訴するため、さらには公訴を維持するために、どのような努力が払われているかについて、データを掲げておきたい。

センターのドキュメンテーションについては、一九八五年度の活動状況に関する統計にその詳しい数値が出ている。主たる資料は、(一)カード、(二)文書類、(三)裁判記録の三パートからなり、いずれも女性の所員が献身的に働いている。

カードは、人名別、地名別、所属別に分けて作成され、多数のカードボックスに整然と分類されている。その総数は八五年末で、一三四万枚であり、半年に一万枚増えている。この主要なカードは、すべてフィルムに収録されている。このカードによって、一万七〇〇〇余の犯行地と約三八〇〇の所属・勤務先の状況が捕捉できるようになっている。

文書類は、八五年末に八二万八〇〇ページ分が収納されており、この部門では、一年に一〇〇〇〇ページ余増えた。全体のうち、約三七万ページ分が一四万枚のカードに転記され、そのほかに、五一八本分のマイクロフィルム化された文書が保管されている。いずれも、事例ごとに分類・整理され、ファイルボックスに収納され、なかでも、アウシュヴィツ関係、特に、アイヒマン関連の文書の膨大さに目を奪われる。

裁判記録文書の数は明らかでないが、ドイツの裁判所でよくみかけるように、ファイルに綴じた書類を無造作にひもでからげ、被告人の氏名別に整理棚に整然と分類されている。ドイツ人の資料の蒐集と分類は他国民の追従を許さぬほど精密で徹底的であるが、ここにもその典型を見る思いがした。

センターが創設された後、一九八五年末まで、被疑者のうち、正確に特定しえない者に対して、センターが予備捜査を手がけたのは四、九五四人であり、うち四、八五三人の捜査を終了し、各検察庁に事件を送致し、現在、なお捜査中の者は一〇一人を数える。ちなみに、敗戦の日、一九四五年五月八日以降、ドイツの検察庁の捜査した被疑者総数は、九〇、九二一人であり、そのうち、一二人に死刑、一六〇人に無期自由刑、六、一九二人に有期自由刑、一一四人に罰金刑、一人に少年法による警告の有罪判決が確定した。他の被疑者のうち、無罪、不起訴、公判の不開始、裁判所又は検察庁による裁判の中止、被疑者の死亡などの事由で解決された者は八三、一四〇人であり、残りの一、三〇二人について、今なお手続が継続中である。<sup>80)</sup>

統計によると、一九八五年度に、センターは五五件の予備捜査を手がけたが、そのうちの四二件はポーランドから送られてきた資料に基づいている。しかし、この種の事案も、最近では、次第に数少くなっている。センターの様子をみると、昨今では、残務整理の感がするという。末端の殺人実行者で敗戦の年に二〇歳であった者も、今となっては還暦を過ぎていて、まして、ユダヤ人殺害その他の人類に対する罪の主謀者、謀議参加者、指示者などは八〇歳を過ぎていよう。それほど遠くない将来、ナチス犯罪者の死に絶える日が来る。

ところで、この時期から、「謀殺罪」の時効をめぐって、種々のかけ引きが行われはじめた。<sup>82)</sup>

改正前のドイツ刑法典第六七条によると、謀殺罪と民族謀殺罪の時効は二〇年であった。ナチス統治の時期には、ナチスのこの種の犯罪を訴追しうる可能性はなかったという理由で、当初、一九四五年の降服の日を時効の起算点とした。その後、西独が独立した一九四九年を起算点に改め、時効を一九六九年まで引き延した。さらに、謀殺罪の時効期間自体を二〇年から三〇年に延長して、一九七九年まで引き延し、そしてついに、第一六次刑法一部改正法律(一九七九年)で、これらの犯罪の時効を廃止することとしたのであった。<sup>83)</sup>

その間、重大な事件が続発した。一五年の公訴時効の罪につき、本来の時効が成立する一九六〇年に、ポーランド政府から大量のナチス犯罪関係の文書が送られてきて、此れを契機として、西独国内に、ナチス犯罪の訴追にもっと力を入れるべきであるとの世論が高まった。同年五月には、アイヒマンがアルゼンチンでイスラエルの秘密警察の手

で捕まり、イスラエルに護送されるという事件があった。「ナチス犯罪追及センター」は、アメリカの関係当局の書類の調査に係官を派遣し、書類の点検に当らせたところ、これまで知られていなかった貴重な資料を発見した。一九六〇年代になって、有罪判決を受けた者の数が以前と比べ、三〇人前後に増えたのは、これらの出来事に関連している<sup>(84)</sup>。

一九六五年——一九六九年

一九六五年末に予想される「謀殺犯」などの時効の成立を目前にして、時効延長の問題にそろそろけりをつけるべきではないかという議論が連邦政府部内に出始めていた。そこで、念のためということ、西独の各州政府とともに、ナチス犯罪と関連する各国政府に対して、時効問題を打ち切るに当たり、関連のありそうな文書があれば送付願いたいという趣旨の回状を一九六四年一月二三日に発送した。これに対し、東独、ブルガリア、ユーゴスラヴィア、チェコスロバキアの各政府から、大量の書類の写しが届き、さらにソ連からも大量の資料が届いた。時効を三〇年に延長した（第九次刑法一部改正法律）のがこのときである。

センターも訴追準備活動を充実し、専門部門三九が国別・犯罪の種類別に五つの部に配属される大きな組織になった<sup>(85)</sup>。この五年間の積極的な調査活動により、一五、〇〇〇件もの予備捜査を実施し、三六一名の容疑者につき、重罪裁判所の公判にもちこみ、そのうち、六三名に無期刑、一六〇名に有期刑の言渡しがあった（なお第四表の数字は確定判決数である）。その殆んどが、民族謀殺など、ナチス犯罪のうちの重大な事犯の容疑者であった。

一九七〇年——一九七九年

この時期に、戦後民主主義の鬼っ子と言われたドイツ赤軍が、銀行強盗、要人の誘拐、殺人を犯し、世間の非難が

集中した。民族謀殺とともに謀殺罪も時効が成立しないとする立法上の措置は、このような政治情勢における政治的な決断であった。

この一〇年間に、一三、六二四名に予備捜査がなされ、二一九名に対して重罪裁判所への起訴がなされた。そのうちの一三七名に有罪判決が言い渡され、うち三二名に無期自由刑が宣告された。これらの事件のなかには、アウシュヴィッツ、トレブリンカなど、悪名高い強制収容所の幹部クラスの者が含まれていた。<sup>(86)</sup>

#### 一九八〇年以降

この時期のナチス犯罪の追及に大きな影響を及ぼしたのは、一九七九年末に、西独のテレビに放映された「ホロコースト」というアメリカのテレビ映画であった。戦争中の事情を知っている者はもとより、戦後生まれで、ナチスの犯罪など昔の話であって、今さら何をしているのかと傍観的な態度をきめ込んでいた若い世代の人々に対し、強烈なショックを与え、新聞の投書欄などに、司法関係者は今まで一体何をしていたのかという調子の意見が数多く登場し、訴追を能率的にすすめる雰囲気が出てきた。

しかし、一九八〇年にもなると、戦争中に二〇代であった者でも六〇歳に近づく年齢となり、まして、民族謀殺を謀議しうる立場の幹部クラスの人々は、七〇歳、八〇歳の高齢になっているため、公判中に老衰で死亡するなどの事例が増えている。<sup>(87)</sup>

二 こうした状況は、今後、ますます進行してゆくであろうし、やがては、ナチス犯罪者を訴追しようにも、生存する者が皆無になるという事態を迎えることになろう。ルートウィヒスブルクのセンターは、残された時間と競争する形で、現所長のアルフレッド・シュトライム検事長の指揮のもとで、精力的に訴追のための予備捜査を続けている。西独も、財政事情が良くないため、予算の削減措置がとられている。ナチス犯罪追及センターも、対象者の数が次第

に減少している現実とのからみで、最盛期と比べるとスタッフの数は減っている。その間に蓄積された資料は、コンピュータにより処理され、検索が迅速に行われるなど、効率化しているが、ここでの準備を公判に生かすために、幾多の困難に遭っているのも、又、事実である。

(68) 第二次大戦後の各占領地帯におけるナチス犯罪者関係の裁判については、A. Götz, op. cit. (Ann. 3), S. 22 ff. による。米英仏三国占領地帯では、ニュールンベルヒ裁判を含めて、五、〇二五被告が「戦争犯罪」を理由として「有罪の言い渡しを受け、八〇六名に死刑の宣告があった。そのうち、四八六名が処刑され、残りは、無期又は有期刑に減軽された。ソ連占領地帯での裁判に関しては、信頼すべきデータはないという (A. Rückert, op. cit. (Ann. 3), S. 99 ff.)。

一九四九年五月に発効したボン基本法に、死刑廃止の条項が入ったが、占領状態は続いており、基本法発効後にも、「戦争犯罪人」の処刑が行われたため、ドイツ政府は、占領軍政当局に抗議をした事実がある。

その他の国でのドイツ人に対する裁判により、ベルギーにおいては、七五被告のうち一〇名、デンマークでは、八〇被告のうち四名、ルクセンブルクでは六八被告のうち一五名、オランダでは二〇四被告のうち一九名、ノールウェーでは八〇被告のうち一六名に死刑が言い渡されたとルーツ、ヒスブルヒのナチス犯罪追及センターの記録による (A. Rückert, op. cit. (Ann. 3), S. 101.)。

(69) A. Rückert, op. cit. (Ann. 3), S. 106 ff.

(70) 本文の叙述は、A. Rückert, op. cit. (Ann. 3), S. 109 ff. に依拠している。

(71) U.-D. Opitz, op. cit. (Ann. 14), S. 30. 二〇種類のナチス犯罪別に、一九四六年から六五年までの有罪判決数が表示されている。その他、州別の判決数、第一審判決と確定判決の比較など、詳しい分析がある。

(72) A. Rückert, op. cit. (Ann. 3), S. 121 ff. 以下の事件と「A. Götz, op. cit. (Ann. 3), 〇各項目に、判決の抜萃を掲載している。

(73) Fritz Bauer, Im Namen des Volkes. Die strafrechtliche Bewältigung der Vergangenheit, in: H. Hammerschmidt (Hrsg.), Zwanzig Jahre danach. Eine deutsche Bilanz 1945-1965, 1965, S. 301 ff.

(74) Karl S. Bader, Politische und historische Schuld und staatliche Rechtsprechung, in: Möglichkeiten und Grenzen für die Bewältigung historischer und politischer Schuld in Strafprozessen, 1962.

- (75) A. Rückert, op. cit. (Anm. 3), S. 134 以下。
- (76) A. Rückert, op. cit. (Anm. 3), S. 136. 以下。一九四五年から五五年までの一年間のナチス犯罪者の裁判の記録について、Moritz-Noam, op. cit. (Anm. 14) 第二巻参照。
- (77) U-D. Oppitz, op. cit. (Anm. 14), S. 41 (Tabelle 4).
- (78) この事件について、A. Götz, op. cit. (Anm. 3), S. 117; A. Rückert, op. cit. (Anm. 3), 140 ff. 参照。
- (79) 正規の名称は、Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen として、A. Götz, op. cit. (Anm. 3), S. 117 ff.; A. Rückert, op. cit. (Anm. 3), S. 142 ff.
- (80) ナチス裁判に関する「緑の党」の質問に対する連邦司法省の答弁について、Antwort der Bundesregierung auf die Große Anfrage der Fraktion DIE GRÜNEN »NS-Justiz«, Kritische Justiz Jg. 20, 1987, S. 95 ff. を参照。同じに述べられたデータは、ほぼ、本文に掲げたものと同一である。
- (81) これらのデータは、一九八六年五月二二日に、ルートヴィヒスブルクのナチス犯罪追及センターを訪問した折に、シントミム所長より提供された資料 Die statistische Angaben über die Tätigkeit der Zentralen Stelle für die Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 1985 として一九八五年と八六年の一月一日現在の統計データに依拠している。
- (82) この問題について、A. Götz, op. cit. (Anm. 3), S. 143 ff. として一九六〇年の社民党の提案、一九六五年、六九年、七九年の論議をそれぞれ項目に分けて説明している。以下、A. Rückert, op. cit. (Anm. 3), 特して S. 151 ff.; S. 174 ff. u. S. 205 ff. を参照。以下、Martin Hirsch, Anlauf, Verlauf und Ergebnis der Verjährungsdebatten im Deutschen Bundestag, in: Weber-Steinbach, op. cit. (Anm. 4), S. 40 を参照。
- (83) 西ドイツにおける殺人罪についての時効廃止を扱った文献として、能勢弘之・寺崎嘉博・西独における時効制度改革の動向、ジュリスト七〇二号、一九七九年、四七頁以下、阿部純二・ナチス犯罪と公訴時効の廃止、法律のひろば、三二巻一〇号、一九七九年、四七頁以下及び望田幸男・ナチス戦犯追及と西ドイツ・デモクラシー、書齋の窓二八八号、一九七九年、二頁以下、宮澤浩一・西独における殺人罪の時効廃止、同誌、八頁以下を参照。
- (84) これについて、A. Rückert, op. cit. (Anm. 3), S. 156 ff. 参照。
- (85) ナチス犯罪追及センターの構成については、A. Rückert, op. cit. (Anm. 3), S. 180 ff. 六五年から六九年までの実績について、同書一九二頁以下。
- (89) A. Rückert, op. cit. (Anm. 3), S. 201 ff. 以下。

(28) ハンブルクにおいて、ナチス犯罪の訴追に当たっているクルゲ・グラハマンの著書 Helge Grabitz, op. cit. (Anm. 14) に描かれた、ナチス犯罪者の裁判関係者の状況について一読の価値がある。過去の清算については I. Müller, op. cit. (Anm. 3), S. 221 ff. を参照。

400 ff. Bernd Hey, Die NS-Prozesse einer juristischen Vergangenheitbewältigung, in: Weber - Steinbach, op. cit. (Anm. 4), S. 51 ff.; Helge Grabitz, Die Verfolgung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen aus der Sicht einer damit befaßten Staatsanwältin, ebenda, S. 84 ff.; Armin Draber, Nationalsozialistische Gewaltverbrechen vor Gericht - Problematik der NS-Verfahren aus der Sicht des Richters, ebenda, S. 100 ff. を参照。

## 六 小 括

リュッケルル前所長から聞いた話などを加えて、この項目にまとめをつける。

ルートウィヒスブルクのセンターの仕事は、現在では、市民から理解され、支援されているが、設立当時は、必ずしも快く迎えられたわけではなかった。一九五八年に開設された項、ルートウィヒスブルク市の市長選挙があり、「此のような施設が当市にあるのは、此の土地の恥である」という市長談話が公表されたこともあったという。ナチス犯罪の訴追は、すでに説明したように、内外の政治情勢や、政治家たちの思惑で右に左にゆれた。いい加減でやめしようという声が出るかと思うと、外国からの意外な反応に驚いて、時効延長法案を急いで可決するというように、ナチスの犯した重い犯罪のツケは、西独の戦後政治を絶えずゆさぶった。暫くして、ほとぼりがさめた頃になると、臭い物にフタをしるといった論調が飛び出してくる。

そのたびごとに、「集団的自己意識を人為的に訂正した歴史に不合理なやり方で同一化することで、新たに攻撃的な試みをする企て」(ベーター・ノル)<sup>(88)</sup>をはねのけ、対抗していかなければならなかった。ナチス犯罪の追及にあたる人々に対して、「世界におけるドイツの名声を傷つけるものだ」という非難が多かった。しかし、ドイツの名声を傷つ

けるのは、ナチス犯罪者を裁く裁判ではない。中途半端で打ち切ろうとする人々こそ、ナチスの悪業を隠そうとする者だという国外からの批判を招いた。ナチス裁判を「愛国心」から否定しようとする者も少なくなかったが、そうした「愛国心」なるものが、実は発育不全であるという事実をつきつけられ、論破されたのである。

政治的な議論は、そのような応酬で片がつくが、法廷での法律論は、困難を極めた。

(83) Peter Noll, *Rechtliche und politische Aspekte der NS-Verbrecherprozesse*, in: *Kolloquium mit Peter Schneider*, 1968, S. 49.

## 第二章 ナチス犯罪の無期受刑者の外泊許諾の問題

### 一 はじめに

一 ナチス犯罪の故に、無期自由刑の判決を受け服役中の受刑者数は、必ずしも多くはない。今日、全国で一八名を切る状況ではなからうか。<sup>(89)</sup>しかし、一九八五年以前には、その受刑者が、西ドイツの刑事政策、殊に、その近時の進展にとって一つの大きな障害となっていた。一九七六年に、待望久しい行刑法が制定されたのであるが、その中で、国際的潮流に応じた執行緩和の施策が数多く導入された。外出、外部通勤、外泊(帰休)<sup>(90)</sup>などの制度である。その後、無期自由刑の受刑者に対して、仮釈放を認める第二〇次刑法一部改正法律も一九八一年一月八日に成立した。<sup>(91)</sup>

これらの規定をナチス犯罪の無期受刑者が利用しようとして、外泊や仮釈放を申請する機会が増え、実務上、多くの困難を招来した。

二 無期自由刑の受刑者に仮釈放を認める要件として、刑法五七条aは、①一五年服役したこと、②仮釈放後の予測が

良いこと、のほかに、③有罪の言い渡しを受けた者の特別に重い責任がなお執行を要するとし、この三つをあげている。<sup>(92)</sup> ナチス犯罪者のうち、特に、多数の謀殺事件に関係した者については、この③の要件が常に問題となり、判例上は、仮釈放申請を却下する事例が極めて多い。<sup>(93)</sup> 立法者は、此の規定を導入した理由として、同じ謀殺犯人にも情状の重い者、殊に、多数の被害者を生ぜしめた者もいれば、一人を「謀殺した」者もいるので、何らの区別を設けず一律に仮釈放を認めることは不当であるとする考慮によった。<sup>(94)</sup> この規定が、執行裁判所において、仮釈放を認めるか否かの判断に当って、裁判官の判断にブレーキをかけている。ナチス犯罪者の犯行の重大な不法、重い責任は、余りにも明白だからである。他方、相当に老齢となった無期刑の受刑者に、社会復帰の希望を断つことの非人間性をきびしく批判する意見も少なくないのである。

三 外泊の申請に関する争いは、さらに深刻である。何故なら、仮釈放の場合とは異なり、行刑法の外泊に関する規定には、「責任の重大さ」にふれることなく、無期自由刑を言い渡された受刑者は、①未決の期間などを含めて、一〇年服役したこと、又は②その者が開放行刑に指定されていることのいずれかの要件を充たしていれば、外泊を認めるとある(行刑法第一三條)。<sup>(95)</sup> これは、服役中の受刑者の努力によって社会復帰に適した処遇成績をあげたときは、その成果に応じて執行を緩和し、自由社会での処遇に移すという「行刑」の理念による。<sup>(96)</sup> 行刑法第二条は、「自由刑の執行において、受刑者は、将来、社会的な責任において、犯罪行為を犯すことなく生活する能力を付与されなければならない(行刑目的)。自由刑の執行は、その後の犯罪行為に対する社会の保護にも、また、役立つものとする」と規定する。ここには、「社会復帰」が唯一の目標として掲げられ、社会復帰後の予測が良いことも二次的に規定されている。<sup>(97)</sup> ナチス犯罪者には、この「社会防衛」の要件は当てはまらない。そして、敗戦後、二〇年も三〇年も、市民の中で生活していた彼らは、「社会復帰」の問題を改めて検討する余地のない程に、社会に適応して生活していたのである。

四 行刑法の起草に当たった「行刑法委員会」<sup>(98)</sup>でも、連邦国会の「法務委員会」でも、行刑の目的について、種々に、

検討を加え、多数意見は、常に、社会復帰、再社会化を行刑の目標とするという考えをとった。少数意見としては、刑法学で争われている種々の「刑罰の目的」、殊に、責任と刑の均衡(応報)や贖罪といった「目的」も、行刑の目的として規定すべきである、としたが、執行に当る者の指針として、争いの多い概念を持ち込むべきではないとする多数意見に制せられた。<sup>(99)</sup>

ところが、判例は、多くの係争事件に関する法判断に際して、「社会復帰」の見地と併せて、行為の「不法」と「責任」の重大さをも勘案すべきこと、「責任と刑との正しい調和」を考慮すべきことを強調している。<sup>(100)</sup>殊に、ナチス犯罪者に対する「外泊不許可」の論拠に、この考え方をうち出している。

五 この法判断は、ナチス犯罪による無期自由刑の受刑者ばかりでなく、一般の無期受刑者にかかる事案、そして、「外泊」ばかりでなく、「外出」などの執行緩和に関する判断についても用いられる。実務家のなかにも、こうした判断の不当さを批判する者がいるが、学者の多くは、批判的な意見を表明している。<sup>(101)</sup>

問題を限定して、本稿では、「外泊」の申請について、若干の検討を試みる。

(89) ドイツの矯正統計(Statistisches Bundesamt, Rechtsplege Fachserie 10 Reihe 4 Strafvollzug 1986)には、細かいデータはない。トゥリエー大学のハンス・ハイナー・キューネ氏を通じて連邦司法省に問い合わせたところ、一九八五年一月一日現在のデータを知らせてきた(一九八七年二月八日の私信)。その後、仮釈放になった者がいるかどうか不明である。なお、A. Ruckert, *op. cit.* (Anm. 3), S. 330の表によると、一九七三年以降に無期自由刑の言い渡しを受けた者は、一八名である。(90) 西ドイツ刑法の外泊(婦休)制度について、宮澤浩一・西ドイツの立法と判例に現われた外泊制―通常の外泊制を中心として、法曹時報三二巻八号、一九八〇年、一頁以下。

(91) ナチス犯罪者の仮釈放(保護観察のための残刑の執行延期)に関して、一九八二年一月二日のカールスルーエ上級地方裁判所は消極的な決定を下した。キール大学のエックハート・ホルンは、これに批判的な評釈を加えている(Curistische Rundschau 1983, S. 377 ff., bes. 380 ff.) 外泊における似た、論争の状況が認められる。

(92) ドイツ刑法典(宮澤浩一訳)、一九八二年、三二頁参照。

- (85) 19の条に「Dreher - Tröndle, StGB 43. Aufl., 1986, § 57 a Rnr. 8, 8 a, 11; Laekner, StGB 16. Aufl., 1985, § 57 a Rnr. 2 b; H.-H. Jeschek et al., Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar 10. Aufl., § 57 a (RudJ) Rnr. 5 ff.; Schönke - Schölder - Stree, Strafgesetzbuch 22. Aufl., 1985, Rnr. 4 ff.; Rudolphi - Horn - Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Rnr. 7 ff.; E. Horn, Systematischer Leitsatzkommentar zum Sanktionenrecht. Stand 1987, § 57 a Rnr. 2 ff.」
- (86) 19の問題に「民法」判例、学説を「広範に検討」している Heinz Müller-Dietz, Der Versagungsgrund der Schuld-schwere nach § 57 a I Nr. 2 StGB, StVerf. 1983, S. 162 ff. 参照。又「法資料」の「BT-Drs. 8/3219, S. 7. 参照」。
- (86) 一九七六年西ドイツの刑法法(輔倉京一訳)「監獄法改正資料」四頁、一九七七年「六頁」の問題に「シュビ」Schwind - Böhm, Strafvollzugsgesetz. Großkommentar, 1983, S. 84 ff.; Calliess - Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz. 4. Aufl., 1986, S. 114 ff.; Grunau - Tiesler, Strafvollzugsgesetz. 2. Aufl., 1982, S. 67 ff.; Alternativkommentar, Kommentar zum Strafvollzugsgesetz. 2. Aufl., 1982, S. 79 ff. 参照。
- (86) 前田・注95の「注釈書」の「H. Müller-Dietz, Strafvollzugsrecht. 2. Aufl., 1978, S. 104 ff.; A. Böhm, Strafvollzug. 1979, S. 107 ff., 118 ff.; R.-P. Calliess, Strafvollzugsrecht. 2. Aufl., 1981, S. 153 ff. など」の「ドイツ司法矯正施設(刑務所)の協力をえて、同所の外泊の現状について面接調査を実施し、その結果を分析した Dieter Brosch, Der Hafturlaub von Strafgefangenen unter Berücksichtigung des Strafvollzugszieles, 1983」と執行裁判所の判例及び「ハーレーン・マナルマン」の「州の一刑務所での外泊と外泊の実務を調査した Peter Meier, Die Entscheidung über Ausgang und Urlaub aus der Haft - Eine rechtsdogmatische Analyse anhand der Rechtsprechung der Vollzugserichte und der Entscheidungspraxis einer Justizvollzugsanstalt, 1982, 参照。」
- (87) 19の規定の立法動向について「前田・注95と94との文献の当該規定に関する解説参照。」
- (88) 19の条に「Entwurf eines Gesetzes über den Vollzug der Freiheitsstrafen und der freiheitsentziehenden Maßnahmen der Besserung und Sicherung - Strafvollzugsgesetz, (Kommissionensentwurf), 1971」と一九七二年公刊の「政府案」理由書「七五頁以下を参照。」
- (86) BT Drucksache 7/3998, S. 5 f. に「註」。
- (100) 次節に「これら」論及する。
- (101) 前出・注95、96と後出・注110、111を参照。

## 二 判例の動向

一 まず、一九七七年六月二一日の連邦憲法裁判所第一部判例<sup>(102)</sup>をとりあげることにする。この判例は、無期自由刑の受刑者、殊に、ナチス犯罪者の外泊にかかる事案の下級審判例に大きな影響を及ぼしているからである。

ところで、此の判例の事案は、直接、外泊を内容とするものではなく、無期自由刑そのものが、人間の尊厳にかかる基本法第一条第一項、個人の基本権のうち、人格の自由な発展にかかる同第二条第二項などに違反するのではないかとする憲法異議の訴えに対する連邦憲法裁判所の法判断を示したものであった。

この件について争われていた当時は、無期自由刑に仮釈放の規定はなく、もっぱら恩赦による方法でしか、無期囚受刑者は、社会に戻るすべがなく、しかも、恩赦の実務は、州政府によってかなりばらつきのある運用がみられた<sup>(103)</sup>。この判決は、第二〇次刑法一部改正法律の制定を促したことであった<sup>(104)</sup>。

本件の事実、他罪を陰蔽するために背信的な殺人を犯した被告人にかかる。フェルデン地裁の重罪部は、右の行為を刑法二二一条の謀殺に該当すると認めたが、同条の無期自由刑は基本法の人間の尊厳条項その他に違反する疑いがあるとして、憲法裁判所に事件を移したのである。

連邦憲法裁判所第一部は、基本法の人間の尊厳と人格権の保護に関する規定が、無期の自由剝奪とあい容れるかを慎重に検討し、その判断の過程で、有期刑とは異なる無期刑の自由剝奪の度合いの大きさは、刑罰の本質に深くかかわっており、殊に、責任と贖罪とに密接に関連するとして、「本来、すべての刑罰は、犯罪行為の重さ及び犯人の責任と正しい均衡がとれていなければならないのであり、無期自由刑においては、不法と責任の内容が殊に重大であるため、その受刑者が重い責任をあがうのに極めて長期にわたる拘禁状態に置かれることで、その責任を負うことを全うしうる」との判断を示した。それに付言して、「一生涯、その身柄を施設に拘束する、文字通りの終身刑は、

人間の尊厳に反する」と指摘し、この部分で、無期刑の心身に及ぼす影響を詳論した。<sup>(107)</sup>

判決は、無期刑の受刑者にも、将来の社会への復帰に備えて、生活能力を身につけさせるよう配慮し、自由剝奪の有害な作用を避け、人格の変容をきたさぬように配慮すべきことを強調している。

その立論と関連し、文字通りの「終身」に近い自由剝奪は、全くの例外的場合に限るべきであるとす所論において、無期自由刑の仮釈放の判断にあたり、社会的予測（社会復帰にとって有利な予測）とともに、他の基準として、殊に、謀殺罪の行為の基礎にある不法と責任の内容を充分に考慮し、共同生活の安全、責任との均衡、贖罪、予防、不法に対する応報など、刑事制裁の多くの局面を検討すべきである、とし、謀殺罪は、特に、不法・責任内容が極端に大きいという理由で、異常に重い刑罰を科している現行刑罰体系は、基本法の根本思想と相容れるものである、とする。ただ、個別事件の特性に応じて、仮釈放の時点を具体的に判断すべきであるから、事件によっては、その処理に個別的な相違が出るのは、事柄の性質上、当然である、と述べている。

二 右の判例を受けて、外泊に関し、その判断を援用したのが、カールスルーエ上級地方裁判所決定（一九七七年一月二五日）<sup>(108)</sup>である。

本件における外泊許可の申請人は、八名に対する八件の謀殺罪と少くとも一万八九〇〇名の謀殺に対する補助の罪で無期自由刑の言い渡しを受けたナチス犯罪者である（一九六六年七月一日日シエトットガルト地裁重罪部判決）。

同人は、一九四一年から四三年まで、占領地域であるポーランドの治安警察の司令としてユダヤ人絶滅計画に参加した。

外泊申請は、施設長によって却下されたが、その理由は、バーデン・ヴュルテンベルヒ州司法省の同意がえられないためである、とした。此の判断を不服とする異議に対し、執行裁判所は、申請人に外泊を認めるべきであるとの判断を下した。しかし、此の判定に対して、州司法省は、上級地方裁判所に抗告したのであったが、同裁判所は決定

により、州司法省の主張をいれ、執行裁判所の決定を破棄した。

カールスルーエ上級地方裁判所は、外泊の許可については、行刑法上の要件に掲げられている逃走のおそれ、犯罪を犯すための外泊悪用のおそれがなく、また処遇上も社会復帰をうながすのに有用であるという判断ができることのほか、申請人が犯した犯罪の高度な不法内容とそれから生じる重い責任の程度を考慮せねばならないとし、執行裁判所が、もっぱら受刑者の社会復帰の観点に従って外泊の許可を与えるべきであり、他の刑罰の観点は考慮すべきでない」と判断したのに対して、同裁判所は、社会復帰が真に意味をもち、新たな犯罪を防止しうるには、服役中に、自己の責任を洞察し、過去の過ちと自分の弱さを克服するよう働かせる必要がある、そのためには、行為の不法、受刑者の責任内容を判断に加えなければならないのであって、社会復帰に成功するか否かは、自分の重い責任をあがなうに足る長期間の執行を要する、という。また、外泊を許可するか否かの判断に当たっては、責任の重さ、贖罪の必要性の点で、かなり長期の期間、刑罰を引き続いて執行することが相当であるかどうか、外泊を認めるのが早すぎはしないかどうかを慎重に検討すべきであり、その際に、受刑者に、恩赦が近い将来、認められるという期待がなしうるかどうかを併せて考慮すべきであるともいい、さらに、長期にわたる拘禁の心身に及ぼす影響をも併せて判断すべきである、とする。

本件申請人の行為につき、裁判所は、事件当時の異常な状況下で仕方なく犯されたというよりも、申請者自身の衝動から行為に出ており、ナチスの民族主義的イデオロギーに同一化し、自然的にユダヤ人の大量殺害を実行したものであると認定し、行為の不法、責任の重さからみて、外泊を認めることはできないとした。この決定と同趣旨のものとして、一九八一年六月一日のハム上級地方裁判所決定がある<sup>(10)</sup>。

右のカールスルーエ上級地方裁判所決定に対して、カール・ペーターズは極めて厳しい論評を書き、そのなかで、行刑法第二条は、行刑の目的として、受刑者の社会復帰以外の目的は明示しておらず、処遇の一環として行われる外

泊に関して、それを許可するか否かの判断に当り、他の刑罰目的を持ち出すことは間違っている、とした。行刑委員会の有力メンバーであったペーターズのこの論評は、無期自由刑受刑者に対する外泊の許可についての学説上の多数説<sup>(11)</sup>を形成するのに重要な役割をはたした。

三 フランクフルト上級地方裁判所（一九八〇年四月三日決定<sup>(12)</sup>）も、外泊許可申請をしたナチス犯罪者に対して、同人が、多数のユダヤ人に毒物を注射して殺害したことを重視し、医師の立場にありながら、事件当時、不自然かつサデイステックな心情で謀殺を犯したものであると認定し、此の重大な不法・責任内容を考慮するならば、長期にわたる継続して服役をする必要があるのであって、申請人が高齢で、これまで二〇年に及ぶ拘禁によって、心身の健康に影響がある点を考慮する必要があるとしても、なお、現時点で外泊を認めるわけにはゆかない、とした。

もっとも、ナチス犯罪者の事件であるからといって、外泊申請に当たり、客観的要件についての判断を誤まることはもとより許されない。行刑法第一三条第三項の「一〇年執行に付されていること」という要件につき、未決拘禁の期間を通算しなかつた施設長の不許可決定に対し、裁量の間違ひというよりは、法の錯誤である、とするハンブルク上級地方裁判所決定（一九八二年二月一五日<sup>(13)</sup>）がある。

四 とところで、すでに述べたように、ナチス犯罪者で無期自由刑の受刑者は、次第に高齢化している。いくら、最近の施設内処遇が、受刑者の健康に意を用いているからといって、長期にわたる拘禁生活という異常な環境は、その心身に影響を及ぼさないわけではない。上掲の一九八〇年四月二二日のフランクフルト上級地方裁判所決定に先立つ一九七九年三月五日に、同じフランクフルト上級地方裁判所は、七四歳のナチス犯罪者で無期自由刑の言渡しをうけ、一八年間、拘禁生活を続けている者に対し、その外泊許可申請を却下する決定<sup>(14)</sup>を下した。この事件の申請人は、いづれも共同正犯で犯された一万三四四九人に対する八件の謀殺罪と同じく共同正犯で犯した一件の謀殺未遂の罪で無期刑を言い渡されたことだった。申請人の主張の重点は、長期にわたる拘禁により、心身の健康に大きな影響があるた

め、外泊により、心理的疲労を軽減する必要がある、とした。刑事第三部は、行刑法第一三条は、心身の状態を考慮して外泊を許容する趣旨でないこと、同法第三條第二項に、自由刑の有害な作用に対処すべき旨規定されているが、そのことから直ちに外泊を許すと推論しうるものではないこと、一九七七年の憲法裁判所第一部判決は、心身の健康を考慮すべきことを判示しているが、特に重症の心筋梗塞の場合とはかく、その判旨から直ちに外泊を認めるべきであると結論づけることはできない、とした。これと併せて、この裁判が行われていた当時、国会で審議中の無期自由刑の受刑者に仮釈放を認めることを内容とした「第一七次刑法一部改正法律」に言及し、この草案に、一五年服役した者でも、その犯行の責任が重大であるときは、仮釈放を許可しないと提案されていると指摘して、申請者の犯罪行為の不法・責任の重大さに照して、外泊を認めることはできない、とした。

五 フランクフルト上級地方裁判所の二件の決定をうけて、二名のナチス犯罪無期受刑者は、連邦憲法裁判所に憲法異議の訴を提起した。

連邦憲法裁判所第二部（一九八三年六月二八日決定<sup>(15)</sup>）も、一九七七年の同裁判所第一部及び多くの下級審判例と同様に、外泊を認めるべきか否かを判断する際に、申請人の犯罪行為の不法・責任が重大であった場合、責任との正しい均衡、贖罪、応報、社会の保護、そして刑罰の予防機能などを充分考慮し、犯人の犯した責任が重大であるときは、責任をあがなうのに充分なだけ長期の継続的拘禁を要すると判断することは、裁量を正しく行ったことであり、原案に誤りはない、とする。

しかし、申請人の行為の不法や責任がいかに大きいからといって、彼らの年齢や健康状態について、個別事件の具体的事情を十分に検討せずに、その心身の状態を考慮して外泊の許可をしなかったのは、事案にかかわる重大な事情をすべて検討したことにならず、不都合である、とする。その理由として、無期自由刑であるからといって、終身の拘束を行い、社会生活に戻りたいという希望を全く奪うことを認めるわけではないのであって、責任との正しい均衡

その他の刑罰目的にかかわる観点により、人間の尊厳に基礎を置く受刑者の社会への再復帰の希望に対し、たとえ、その望みが死の直前に達せられるにしても、その余地を認めるべきである、とし、さらに、第二部は、若干の内科学の著書を引用しながら、高齢者は、心身ともに弱り、その老化の進行が速まってゆくという事実をあげ、高齢の受刑者の将来は極めて限られており、また、恩赦の見込みはないであろう。そうであれば、たとえ短時日であっても、外泊させ、自由な社会にふれさせることを許しうる場合がある、として、当該二名の申請人は七九歳であり、相当病身でもある。たしかに、二人が、今日となつては想像もできない残酷なナチスの暴力支配の犯罪に協力したことは、重い処罰に価する。だが、本件の高齢の受刑者は、間もなく生涯を終るのであるから、たとえ短かくてもよいから、一般の社会生活にふれる機会を与えるのが相当である、とした。

六 この多数意見の結論に賛成しながら、外泊許可に際して、行為の不法、責任の重さを併せて考慮すべきであるという点に消極的な意見をつけた「少数意見」(マーレンホルツ判事<sup>(10)</sup>)がある。

その要点は、行刑法には、無期刑の受刑者の外泊許可につき、不法や責任を考慮するべきかにつき、何らの規定はない。それに、刑罰の害悪について執行機関に判断させれば、犯罪行為の不法や責任の重さに応じ執行機関が加重する余地を認めることになり、自由刑を単一化した趣旨に反する。社会復帰に資するかどうか、社会の安全を害することなく、社会復帰処遇を実施しうるかという行刑の目的以外のものを考慮する余地はない、とする。

この決定の多数意見に対して、フェルデン地裁所長のハインリヒ・ベックマン<sup>(10)</sup>は評釈を加え、そのなかで、少数意見を支持する立場を明らかにしながら、事実審裁判所により言い渡された判決の執行を担当する施設や執行にかかる諸問題につき判定をする執行裁判所が、不法や責任の重さについて、一体、どのように判断しうるのか、その判断の次第では、越権行為になりうるが、はたしてそれでよいのか、又、事実審裁判所の判定した不法や責任の重さに拘束されなければならないということになると、刑の執行期間中に示めされた受刑者の社会復帰への努力、真面目に服役

している態度を積極的に評価し、処遇成績に応じて執行を緩和させてゆくといった弾力的な運用ができないこととなり、処遇の硬直化をまねく。無期受刑者や長期の受刑者の処遇内容が、過去の行為に対する評価に制約され、処遇上の働らきかけによって変容した人格の発展に即した判断をしにくくすることは、処遇行刑の破綻をもたらす、というのである。

七 この判決を受けて、フランクフルト上級地方裁判所第三部は、一九八三年一〇月一七日の決定<sup>(10)</sup>により、二人の申請者に外泊を認めた。その決定内容は、前出の一九八三年連邦憲法裁判所第二部決定とほぼ同様であるから、ここでは繰り返さない。

ただ、一点だけ加えておくと、ヘッセン州司法省が、一九八三年八月一二日に、右の憲法裁判所決定に対する意見表明のなかで、「申請者兩名の年齢や健康状態を評価したとしても、その責任が極めて大きいことを考慮するならば、無期自由刑の継続的執行の必要性の方がなお重要である」との主張を繰り返したということである。上掲のフランクフルト上級地方裁判所第三部決定は、ヘッセン司法省の意見を否定して下されたものである。

八 ナチス犯罪以外の一般の謀殺事件その他の重大事件の場合、無期受刑者の外泊申請、その他、刑の執行緩和にかかる申請についても、行為の不法や責任の重大さを併せ考慮すべきであるとして、申請を却下した事例は決して少なくない<sup>(11)</sup>。これらについては、ただ、その事実だけを指摘するにとどめたい。

(10) BVerfG, Urt. v. 21. 6. 1977-1 BvL 14/76. BVerfGE Bd. 45, 1978, S. 187 ff. = NJW 1977, S. 1525 ff.

(11) アルトゥール・カウフマン・宮澤浩一訳・無期自由刑について、宮澤訳編・刑事法学の諸問題、一九七八年、二八九頁。  
無期自由刑に関する文献のうち、特に、H. Einsele - J. Feige - H. Müller-Dietz, Die Reform der lebenslangen Freiheitsstrafe, 1972; Klaus Friedrich Röhl, Über die lebenslange Freiheitsstrafe, 1969 参照。

(12) H.-H. Jescheck - O. Triffterer, Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig? Dokumentation über die mündliche Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht am 22. und 23. März 1977, 1978, 44.

(105) 前出・注102の連邦憲法裁判所は、その判決のなかで、無期自由刑の三段階説(モーリッツ・リープマン)を詳しく紹介している。当初は、強いデプレッションと精神の高揚が交互に生じるから、刑務所の扉が開り、拘禁状態が永遠に続くという不安からの精神の動揺に対処するために、特に、慎重な処遇が必要となる。次いで、精神を破壊するような刑務所の雰囲気に対抗しようとして空しい努力を重ねた後に、どうすれば、再び自由な社会に戻れるかに思いを致し、施設の指導に従い、行状を良くすることで恩赦を認めてもらうように工夫する安定期に入り、二〇年ほどして後、興奮が沈静し、希望を求める喜びに代って、感情がにおったときりぬ、不信任感、そして社会に対する不信任感、憎しみがこうじて、次第に無表情となり、感情を失なつた人間になるという。これは、ヨーロッパの多くの国々の二〇〇名以上の無期自由刑受刑者の実態調査によるものである(Moritz Liepmann, *Die Todesstrafe. Ein Gutachten mit einem Nachwort*, 1912, S. 184 ff.)。

このように、長期にわたる拘禁が、受刑者の心身に悪影響をもたらしたことを考慮する一方、当時の拘禁行刑と比べて、今日の処遇行刑は、施設内の生活、拘禁反応に対応したいろいろな工夫がこまやかに行なわれているので、直ちに同じ程度の不利な作用を及ぼすとはならない。(BVerfGE, op. cit. (Anm. 102), S. 230 ff.; NJW op. cit. (Anm. 102), S. 1526 f.)。

(106) 前出・注104のインヘックト・マリンテラーの編著の副題にもあるように、一九七七年六月二二日の連邦憲法裁判所判決は先立ち専門家の意見聴取の公聴会を、多くの学者や実務家が発言をした。連邦憲法裁判所判例集四五卷二〇六頁以下に、それらの要旨が載っている。

(107) BVerfGE, op. cit. (Anm. 102), S. 258 ff. = NJW, op. cit. (Anm. 102), S. 1532.

(108) OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25. 11. 1977 2 Ws 230/77. JR 1978, S. 213 ff. = ZfStV Sonderheft 1978, S. 9 ff.

(109) OLG Hamm, Beschluss vom 12. 6. 1981 7 Vollz (Ws) 26/81 NSfZ 1981, S. 495 f. (以下「既述」) だが、ウリッデ一九八一年六月一日となつては、誤記である。 = MDR 1981, S. 1044. 同じくだが、同じ判例として OLG Frankfurt, Beschl. v. 5. 3. 1979 3 Ws 893/78 (Str-Vollz) ZfStV Sonderheft 1979, S. 28 = NJW 1979, S. 1173 など。

(110) Karl Peters, *Beurlaubung von zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten*. JR 1978, S. 177, bes. 178 f.

(111) 多数意見の論文のなかで、Peter Meier-Beck, *Schuld und Generalprävention im Vollzug der Freiheitsstrafe*. MDR 1984, S. 447 ff.; II. Müller-Dietz, *Schuldschwere und Urlaub aus der Haft*. JR 1984, S. 353 ff.; ders., *Strafvollzug, Tatopfer und Strafzwecke - Zur Bedeutung von Tat und Schuld im Langzeitvollzug* -. GA 1985, S. 147 ff., bes. 154 ff. の問題につき、判例を細かく分析し、多数説を支持する者は、ペーター・マイヤー、前出注99) である。

これら対して、判例の立場を支持する者は、例として、Theodor Grunau, *Über den Regelurlaub der Strafgefangenen* - § 13

- des Strafvollzugsgesetzes - DRiZ 1978, S. 111 ff.; Trepow, Gerichtliche Kontrolle von Ermessensentscheidungen und unbestimmten Rechtsbegriffen im Strafvollzugsrecht. NJW 1978, S. 2230. 444 Alexander Böhm, Vollzugslockerungen und offener Vollzug zwischen Strafzwecken und Vollzugszielen. NSStZ 1986, S. 201 ff. 404
- (11) OLG Frankfurt, Beschl. v. 22. 4. 1980 3 Ws 213/80 (StVollz). NSStZ 1981, S. 157.
- (12) OLG Hamburg, Beschl. v. 15. 2. 1982 Vollz (Ws) 5/82. NSStZ 1982, S. 303.
- (13) OLG Frankfurt, Beschl. v. 5. 3. 1979 3 Ws 893/78 (StVollz). ZfStVVo Sonderheft 1979, S. 28 ff.
- (14) BVerfG, Beschl. v. 28. 6. 1983. 2 WvR 539/80 u. 612/80. BVerfGE Bd. 64, 1984, S. 261 ff. = JZ 1983, S. 889 ff. = NJW 1984, S. 33 ff. = NSStZ 1983, S. 476 ff. = StVVert. 1984, S. 160 ff. (mit Anm. Heinrich Beckmann).
- (16) BVerfGE, op. cit. (Anm. 115), S. 276 f.
- (17) BVerfGE, ibid., S. 281 f.
- (18) BVerfGE, ibid., S. 285 ff.
- (19) StVVert. 1984, op. cit. (Anm. 115), S. 160 ff.
- (20) OLG Frankfurt, Beschl. v. 17. 10. 1983 3 Ws 213/80 (StVollz), 3 Ws 195/80 (StVollz), ZfStVVo 1984, S. 117 ff.
- (21) 此の点につき、別稿(宮澤浩一・無期自由刑受刑者に対する執行緩和、特に外泊について—西マインの判例と学説を中心として、矯正協会創立百周年記念論文集、一九八八年)に詳しく論じている。
- 若干の判例をあげると左の通りである。
- (1) アウクスブルク地裁(執行裁判所決定一九七八年六月一六日) 夫殺しの女性無期自由刑受刑者にかかる事件。家庭内での葛藤であり、再犯のおそれはないが、被害者の身内や近所の住人の感情を考慮し、外泊を認めない、と決定(ZfStVVo Sonderheft 1978, S. 26 f.)。
- (2) ハム上級地方裁判所(一九八一年一月二五日決定) 年末年始にまたがる外泊許可につき、すでに、外泊の日数限度を越えている、とした(NSStZ 1982, S. 135 u. 216 f.)。
- (3) フランクフルト上級地方裁判所(一九八二年五月五日決定) 外泊許可の要件のうち、一〇年経過前に申請を提出した件に対して、一〇年経過前の申請は不適法である、とした施設長の却下処分を不当であるとした(NSStZ 1983, S. 46 f.)。
- (4) ハンブルク上級地方裁判所(一九八一年四月一五日決定) 施設の都合で閉鎖施設において執行中の受刑者の申請を不許可とした施設長の判断を不当であるとした(NSStZ 1981, S. 276)。

(5) シェントウットガルト上級地方裁判所(一九八四年五月二五日決定) 許婚者を謀殺した無期囚が、両親らに同伴されて外出する許可を求めたケースであり、逃走や外出を悪用するおそれがあるか否かと併せて、当該受刑者の行為の不法と責任をも考慮すべきである、としてくる(NSZ 1984, S. 429 f. = StrVert. 1985, S. 27 f. = ZfStV 1984, S. 252 = NSZ 1984, S. 525 ff., mit Anm. Müller-Dietz - 但し、判例の日付と事件番号が違っているが、事件の内容は、前三者と同一)。

(6) ハイルブロン地方裁判所(一九八五年二月二七日決定) 謀殺未遂二件などで無期自由刑の執行をうけている者が、一五年後に仮釈放を申請し、却下されたため、外出を申請したところ、施設長が、公共の安全のほか、行為の不法、責任の重大さなどを理由にして、申請を却下したのに対して、執行裁判所が、社会復帰以外の刑罰の目的を外出の許可に際して考慮するのは正しくないとして外出を認めた事例である(NSZ 1986, S. 380 f. = StrVert. 1986, S. 259 f. = MDR 1986, S. 697, 但し、決定の日付が一九八六年三月二〇日となっているが、誤りである)。

### 三 学説の状況

一 すでに一言したように、無期自由刑受刑者の外泊許可に関する州司法省当局者の消極的な態度に対して、学説の多くは、批判的な意見を表明している。憲法裁判所が、現実政治の思惑を承認するために法律の解釈をまげていると言わんばかりの厳しい非難を浴せている例もみられる<sup>(12)</sup>。勿論、いつの場合にもみられるように、実務で確立された判断を支持する者も少しはいる<sup>(13)</sup>。

事柄がナチス犯罪者とかかわるだけに、実務と学説の対立には、学問的な興味をそそる問題がある。それというのも、学者が、ナチス犯罪を許さないという一般論に立脚し、その追及はもとより、服役中のナチス犯罪者の社会復帰に対して消極的な論陣をはり、これに対抗して、実務担当者、殊に、司法行政の責任者が、政治の主流にある者の意向を忖度して、政治的判断に基づき、条文や慣例をたてにとり、ナチス犯罪者を早目に釈放しようとする世論をも援用してその措置をとり、裁判所がそれに追従するという図式であれば、わが国の状況に照して大へん分りやすいので

ある。ところが、西ドイツでは、事情はまさに逆なのである。ナチスやその犯罪に対して決して寛容でない研究者が、法規の適用の在り方に関する実務の現状を批判しているのである。そこには、法律論と政治的判断のかかわりを神経質なまでに回避しようとし、物事の筋道を間違えないようにしようとの立場が貫徹されているように思われる。そこには、ナチス犯罪者の処遇という、いわば例外的な現実にとらわれた法規の解釈や運用が実定法の根本的考え方、基本構造をゆるがし、法の制度目的の根幹を崩壊させるという危機意識に根ざしているようにさえ思われる。

二 この学説の動向を詳しく紹介することは、実は、これまでの説明を反復することになる。というわけは、憲法裁判所や上級地方裁判所レベルの多くの判例によって、外出、外泊の許可・不許可の判断に当って、社会復帰の観点と併せて、応報(責任との正しい均衡)、贖罪、法秩序の防衛、予防など、刑罰に関する一般的な観点をも考慮し、全体的に、当該申請人をして一般社会生活にふれさせることが妥当か、つまり、時期的にみて社会に一時的に戻すことが早すぎないか否かを判断すべきであるとすする判例が一応、実務上、固まっているにも拘らず、施設当業者(矯正施設長)や執行裁判所は、受刑者からの申請を認め、外出・外泊を許可するという判断を繰り返して、その都度、州司法省の異議、上級地方裁判所による判定の否決が繰り返されたのであった。処遇の現場にかかわりをもつ責任者が、そのような態度を取り続けたのは、まさに、「学説」の多数説が、実務の現場からの距離の離れた上級審や司法行政当局者の判断に真向うから対立し、実定法規に根拠のない、社会復帰の観点以外の基準を設けて、外出・外泊を認めることを阻止している解釈は、現行法規に違反すると繰り返して指摘し続けたからにはかならない。上級の裁判所によって退ぞけられた施設長や執行裁判所の裁判官の「判断」は、学説上の多数説の主張内容とはほぼ同じ趣旨の議論なのである。

三 そこで、此のテーマに関する学説の動向に関心をもち、それをさらに詳しく検討したいと思われるむきのために、学説の状況について分類し、概観をしておくことにする。

まず、行刑法の注釈書における本テーマに関する見解についてであるが、現在までのところ、大小四種類のコメントアルのうちで、カリス／ミューラー・ディーツ<sup>(124)</sup>が、早くから此の点について、判例上の多数説に対して批判的な意見を明示し、行刑法第一三条の解釈について、同法第二条の「行刑の目的」として掲げられた「社会復帰」以外の他の刑罰目的を併せて解釈すべきでない<sup>(125)</sup>と主張している。此の立場と同じ意見は、行刑法の「アルタナティーフ注釈書」で、J・フェーストらも<sup>(126)</sup>とっている。これに対して、判例の立場を支持するのは、グルナウ／ティースラーの注釈書である<sup>(127)</sup>。ベーム／シュウィンツ共編の「行刑法大注釈書」では、A・ベームがこの条文の注釈を担当しているが、今一つ、その去就は明らかでない<sup>(127)</sup>。

行刑法に関する教科書・体系書では、カリス<sup>(128)</sup>、ミューラー・ディーツ<sup>(129)</sup>、それに、カイザー／ケルナー／シェヒ共著は、判例の動向に批判的な論陣をはっている<sup>(H・シェヒ<sup>(130)</sup>)</sup>。これに対して、ゾルバハ／ホフマンは、判例の大勢に従って解説している<sup>(131)</sup>。ベームの教科書は、判例の動きの紹介に加えて、その大勢の判断に同調的な意見を述べている<sup>(132)</sup>。

論文においては、圧倒的に、判例の在り方に批判的であり、なかでも、ペーターズ<sup>(133)</sup>、ミューラー・ディーツ<sup>(134)</sup>、さらに、パウマン<sup>(135)</sup>、ベンマン<sup>(136)</sup>らも、社会復帰行刑の理念に従った論理をふまえた議論を展開している。行刑法をめぐる特集号を組んだ行刑雑誌上の論文の多くも<sup>(137)</sup>、憲法裁判所の判例を含む実務の動向に対し、同調的でない議論を展開している。又、実務家の手になる論文も、その多くが<sup>(138)</sup>、責任との均衡（応報、贖罪、公共の安全などの観点を外泊・外出の許可とからめて）解釈論を展開する判例の動きに対して、消極的ないし批判的である。連邦憲法裁判所の判例に対しても、それが出たら黙ってしまうのではなくて、それをきびしく批判する州レベルの裁判所の裁判官の論文が出て<sup>(139)</sup>いる。何故、そうなのかといえは、行刑や保護観察は、州政府のレベルの問題であり、それにかかわる重要な論点について、間違った方向に進まれてはならないといった使命感のようなものに支えられた議論であって、裁判官の真の

独立とは何かを考えさせられるものがある。連邦の行政官や裁判官になるについては、本人の応募、政党的推薦などによる西ドイツの法制の下では、法律と良心に従って判断する裁判官たちは、連邦の省や裁判所が「上級」であるなどの理由で遠慮することはない。この点で、中央集権的な発想以外には考えられないわが国の常識で西ドイツの状況を「理解」しようとする、大きな間違いを犯しかねない。

四 一九八七年は、西ドイツの刑法法が施行されて一〇年になる。ドイツ犯罪学会は、ドイツ弁護士会の協力をえて、一九八七年一月五日に、フランクフルト市の「アルテ・オペー」で「行刑法一〇年 社会復帰は行刑の唯一の目的か」というテーマで大会を開催した。現在までに入手しえた資料<sup>(10)</sup>によって知りうるのは、当日の報告者のほぼ全員が、行刑法に規定された執行緩和につき、社会復帰の目的以外の刑罰目的を「併せ考える」ことに反対であり、「責任の均衡(応報)」や「贖罪」を外泊などを許容するか否かの判断に加えるべきではない、とする意見であった。ただ、一人、バーデン・ヴュルッテンベルヒ州司法大臣ヘインツ・アイリッヒのみ、連邦憲法裁判所判例などの判旨を支持した。そして同州の「執行緩和と外泊に関する指示」のなかに、極めて抑制した形式で、問題となる行刑上の判断に際して責任と刑罰目的が考慮せられるべきことを採り入れた、とし、その必要性について、特に重い責任を負っているが、しばしば、開放処遇に特に適した犯人、例えば、経済犯罪者が、数週間、数ヶ月して、まるで何事もなかったかのように、以前の近隣の人々の生活するところに現われることを防ぐためにも、責任や刑罰の目的を考慮して判断するしかない、と説明をした。改めて、社会復帰を強調するまでもなく、収容生活を送っているナチス犯罪者についても、その論旨はこれを用いることができる。

五 右の議論をも念頭に置きながら、判例の大勢に対して否定的な立場にある論説のしめくりとして、行刑の実務家たちの意見を紹介したいと思う。

バイエルン州の行刑に永年たずさわってきた心理学者の共同研究をまとめ、ワルター・バイヤーが発表している<sup>(10)</sup>。

若し、執行に関する事柄において、犯罪行為の不法・責任を併せて考慮せねばならないのであれば、矯正の現場の者に、極めて困難な役割を課すことになり、処遇、殊に、拘禁者の社会復帰への協力、その心の準備に極めて悪い影響を及ぼしかねないから、判例の見解をとることはできない、という。

行刑に関する判断の基礎としての「責任」の概念も不明確である。犯した行為の不法、責任は、公判により明らかとなり、判決で確定される。それが、自由刑の執行により、服役期間中に、次第にあがなわれる。その間、処遇によって、自己の行為とその責任について洞察し、後悔し、つぐないの気持を納得し、社会に復帰した後には、再び罪を犯すまいと心に誓い、社会に受け入れられるように懸命の努力を重ねる。そのような内心的経験が責任の前提をなす筈である。ところが、処遇に当る機関が、行刑の目的としての社会復帰を越えて、それと併せて、責任の重さ、行為と責任と刑罰の均衡、応報などをも考慮すべきことになる、その不法や責任の判断は、判決においても確定された行為責任、つまり、裁判所の判断に拘束されざるをえなくなる。本来、回顧的である「行為責任」の判断を、「展望的になすべき」社会復帰の観点に加えることは、当然、施設内での受刑者の努力に対して、外泊のみならず、あらゆる処遇関係の判断にブレーキとなる「制限的な」基準として作用せざるをえず、かくして、矯正職員と受刑者との間の信頼関係をそこなう「消極的判定」を生み出し、処遇計画に有害であると言わざるをえない。若し、判例の大勢が求めるように、行為責任を実現し、贖罪がなされたか否かを不法・責任の重大な事例において、極めて長期にわたる服役を要するということになるならば、受刑者は、処遇的な働きかけにのってこず、或る者はデプレッションな反応をもって、他は、アグレッシブな反応をもって、いずれにしても、処遇計画に非協力的な反対を生むこととなるだけに終り、行刑の目的としての社会復帰は、事実上不可能となる、と鋭く批判している。

(122) Heinrich Beckmann, op. cit. (Ann. 115), S. 165.

(123) その多くは、実務家又は実務出身の学者である。前出・注山にあげたもののほか、最近の論文のなかで、例えば、Karl

- Peter Rothhaus, Die Bedeutung des Strafvollzugsgesetzes für die Reform des Strafvollzugs. NSStZ 1987, S. 4. 465ff.  
 Klaus Meyer, Zehn Jahre Strafvollzugsgesetz - Das Gesetz im Rückblick. ZfStV 1987, S. 9 f. の叙論が、その後の「たがが、裁判官、連邦憲法裁判所の判例を支持しつつある」となっている。
- (27) Calliess - Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, 2. Aufl., 1979, § 13 Rnr. 17, S. 98 (初版では「この問題を扱っていないから」)。  
 (28) Alternativkommentar zum Strafvollzugsgesetz, op. cit. (Anm. 95), § 2 Rnr. 4. 44ff. Feest, Anmerkung zum OLG Frankfurt, Beschluss v. 2. 9. 1982 (強姦罪に特有の定期刑に処せられた者の開放処遇への移行に於いて消極的判断をした事例) NSStZ 1983, S. 143 f. 276. 字説の多数説と同じ意見が述べられている。この評釈がなされたと同じ判例で「カイザーも同じ趣旨の意見を書いている(同誌一四二頁以下参照)」。
- (29) Grunau - Tiesler, op. cit. (Anm. 95), § 13 Rnr. 14.  
 (30) Schwind - Böhm, op. cit. (Anm. 95), § 2 Rnr. 5 u. 9. 276以下「二三条を註釋しつつは、ヴァン・キーンリントが、その「賣出の重刑」を考慮すべきに主張している(同条註釋三六)」。
- (31) P. Calliess, op. cit. (Anm. 96), S. 157.  
 (32) H. Müller-Dietz, op. cit. (Anm. 94), S. 109 f.  
 (33) Kaiser - Kerner - Schöch, Strafvollzug. Ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1982, S. 94.  
 (34) Günter Solbach - Hans Joachim Hofmann, Einführung in das Strafvollzugsrecht, 1982, S. 41 f.  
 (35) A. Böhm, op. cit. (Anm. 96), S. 29 f.  
 (36) K. Peters, op. cit. (Anm. 110).  
 (37) H. Müller-Dietz, op. cit. (Anm. 110).  
 (38) Jürgen Baumann, Schuld und Sühne versus Urlaub. ZfStV 1987, S. 47 ff.  
 (39) Günter Benmann, Über das Ziel des Strafvollzugs. Festschr. f. Paul Boockelmann, 1979, S. 895 f.  
 (40) 行刑法雑誌 (ZfStV) 一九八七年第一分冊に前出・注123 (シラウンス・マイヤー) と注125 (エムゲン・ンウマン) のほか、九論文が寄せられている。なお、同誌一九八五年第四分冊には、「行刑の課題」と題し、五論文がある。ついでながら、保護観察雑誌 (Bewährungshilfe) 第三三卷第四分冊、一九八六年にも「行刑法一〇年として」H. Müller-Dietz, Zehn Jahre Strafvollzugsgesetz - Bilanz und Perspektiven -. S. 331-360; Rupert Scholz, 10 Jahre Strafvollzugsgesetz, S. 361-366 がある。

(138) 前注137にあげたほか、例えば Werner Hill, Tatschuld und Strafvollzug - Analyse eines Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts, ZfStrVo 1986, S. 139 ff. など。

(139) 前出のハインリッヒ・マックマン (注15) がその例である。

(140) 現在、ケルン大学に留学中の慶應義塾大学井田良専任講師から送られてきた大会プログラム、レジュメ及び主催者の許可をえて録音したテープ三本がそれである。此の会議で報告された論稿は、近く、犯罪学叢書 (Kriminologische Schriftenreihe) に公刊される筈である。

大会は、ヘッセン州司法大臣カール・ハイニンツ・ロッコホとドイツ犯罪学協会長ハンス・マイター・シュヴァイント (ボンム大学教授) の挨拶に続いて、次の順序で報告・討論がなされた。

Heinz Eyrich, Hat sich das Strafvollzugsgesetz bewährt?

Dieter Bandell, Der Behandlungsgedanke in der Strafvollzugspraxis - eine Bestandsaufnahme.

Hans de Witth, Ist eine Reform des Strafvollzugsgesetzes gegenwärtig notwendig?

Hubert Diel, Sollen Strafzwecke wie Schulausgleich, Sühne, Verteidigung der Rechtsordnung in den Strafvollzug hineinwirken?

Jürgen Baumann, Vollzugsgestaltung unter Schulgedichtspunkten?

Rüdiger Deckers, Der Strafvollzug und das Vollzugsziel aus der Sicht des Rechtsanwalts.

(141) Walter Bayer et al., Tatschuldausgleich und vollzugliche Entscheidungen - Überlegungen zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 28. Juni 1983 -, MschrKrim. 70, Jg., 1987, S. 167 ff.

#### 四 むすびに代えて

——過去の清算とわれわれ——

一 第二次大戦前と大戦中に、ナチス・ドイツが犯した数多くの犯罪は、たしかに、桁はずれのものであった。そうした不法、無法が近隣諸国にもたらした損害に対し、西ドイツ政府は、物的には、終戦から今日に至るまで、損害賠

償を払い続けていると同時に、精神的には、その加害の事実を率直に認め、謝罪をし、かつその意志を事実によって示している。自分たちは、過去の政治体制、法制度と違うし、思考方法も全く違うという事実を、自からの過去をきびしく断罪し、しかも、自分達の手で責任の追及をするという行動を通じて内外に示している。とかく疑いの目で見がちの被害者たち、直接、間接の被害を受けた近隣諸国の疑惑に答え、西ドイツが国として、ヨーロッパのみならず、英米の国々に受け容れられているのは、この愚直なまでの自己断罪と過去の悪行を常に反省しているという事実によるところが大きい。同じ民族が、そう遠くない過去に犯した数々の犯罪に充ちた歴史を忘れないということは、勇氣がある。しかし、この勇氣があつてこそ、再び、悪しき歴史を繰り返さないという歯どめになる。

二 一九八五年五月八日、第二次世界大戦終了の日から四〇年たった此の日、ドイツ連邦共和国のリヒアルト・ワイツェッカー大統領は、その思い出の日の式典に、感動的な式辞をした。<sup>(18)</sup>

そのなかで、戦いと暴力支配のなかで斃れた人びとを一つ一つとりあげた。強制収容所で命を奪われた六〇〇万のユダヤ人、ソ連、ポーランドの無数の死者、ドイツ人としては兵士として斃れた同胞、空襲、捕虜、故郷を追われる途中で命を失った同胞、殺害された同性愛者、精神病患者、銃殺された人質、ドイツ占領下のレジスタンスの犠牲者、ドイツ国内での労働組合員、共産主義者のレジスタンスの犠牲者をあげ、これらの人々を思い浮べ、多くの人間の苦悩を心に刻む日であることを強調している。

このように、過去の出来事をしっかりと心に刻み、過去を忘れないことの意義を、ワイツェッカーは、次のようにいう。

今日の人口の大部分は、あの当時子供だったか、まだ生まれてもいませんでした。この人たちは自分が手を下してはいない行為に対して自らの罪を告白することはできません。

ドイツ人であるというだけの理由で、彼らが悔い改めの時に着る荒布の質素な服を身にまとうのを期待することは、感情をも

った人間にできることはありません。しかしながら先人は彼らに容易ならざる遺産を残したのであります。

罪の有無、老幼いずれを問わず、われわれ全員が過去を引き受けねばなりません。全員が過去からの帰結に関り合っており、過去に対する責任を負わされているのであります。

心に刻みつけることがなせなくも重要であるか理解するため、老幼たがい助け合ねばなりません。また助け合えるのであります。

問題は過去を克服することではありません。さようなことができるわけはありません。後になって過去を変えたり、起こらなかったことにするわけにはまいりません。しかし、過去に目を閉ざす者は、結局のところ現在にも盲目となります。非人間的な行為を心に刻もうとしない者は、またそうした危険に陥りやすいのです<sup>(18)</sup>。

三 欧米の人々の間で、第三次大戦の引き金をドイツ人がひくことはないだろうが、日本人ならやりかねないということ心配している人は少なくない。腹を割って話をしうる人々のなかに、本気で心配している者がいる理由の一つは、第二次大戦を追悼する責任ある人々の言葉のなかに、自国の戦死者、戦没者をいたむ言葉はあっても、アジア各国で非業の死をとげた人々をもいたむ言葉が、いぞ出てこないところにある。三六年間も他民族を支配し、多くの悪業を犯したことの反省を、明確な言葉で、責任ある者が謝罪していないことにも、過去から何も学んでいないのではないかを疑わせる理由の一つがある。

四 われわれ日本人は、国際社会のなかに、真の友人を持っていないと言っているのはあるまいか。最も近い隣人であるアジアの諸国は、真底、日本を許していないのではあるまいか。根強い疑惑、不信任が底流にあるために、ことあるごとに、反日感情として出てくるのではあるまいか。

直視することはばか悪な過去と現在とが断絶していると言ひ切れないあいまいさが、わが国にはつきまといている。西ドイツの場合、過去を清算しようとする努力を、いろいろ形に現われたやり方で、着実に進んでいるという点は、本文で示めた。勿論、それは、法や司法という限られた側面についてであるが、一応、描けたと思う。ナ

チス犯罪は、組織の犯罪であり、制度化された不法国家があつてはじめて実現しえた。命令や法規とそれを実現する各種の機構を前提として、国家の名において、それらの「犯罪」が実行された。国民の意志を仮構して、同じような「不法国家」が再来すればともかく、そのような事態を許さなければ、将来、ナチス犯罪の再発はありえない。

五 これに対して、日本の場合、法規によらず、命令によらず、現場での怒りや本能の赴くままに、殺戮し、破壊し、虐待に狂奔する烏合の衆を統率しえない軍隊や政府の統制に服さない軍人階層が、敗戦によって消滅しなければ、政府自らは何ら手をつけることができなかつた。非理性的な力やマスの力に対して無力な政治は、形を変えて今日にも残っている。法による統治、法による秩序というのは、此の国には、無縁なのであろうか。政治、殊に、現実の力の行使をただ追認することが法の役割であるとするなら、法は、権力の侍女でしすぎない。

ナチス犯罪の追及にかかわっている西ドイツの司法の一面は、将来の政治の暴発に対して、予防的に作用していると思われる。

哲学のない政治は、現状を肯定し、現状を維持するための理屈を提供する器械となる。そればかりか、現状を支配する者の意志を忖度して、国を誤まらせる方向へと道を拓くための奉仕までしかねない。再び、国を滅ぼすような方向に暴走する政治勢力に歯どめをかけるのは、法の存在理由でなければならぬ。

そのような法を求めることが、今日のが国では、余りにも少ないように思う。大勢につくことは、易しい。敢て、真に、今日、少しでも多くの者に知って欲しいと考えて、西ドイツの法曹関係者が努力を重ねている事柄のうち、現在の日本では遺憾ながら最も日の当らないテーマの一つを論じた所以である。

(142) ワイツゼッカー・永井清彦訳・荒れ野の四〇年、岩波ブックレット55、一九八六年（初出・世界一九八五年一月号、一八四頁以下）。

(143) ワイツゼッカー・前注142、一六頁。西義之・前出（注47）一四五頁では、このワイツゼッカーの演説を「空々しく響く」

とか「絶叫している」と「論評」しているが、国を代表する大統領が、これだけ率直に、戦争責任を認める発言をした事実の重大さを理解しえないで、軽々しい社会論評など、してもらいたくないものである。

(144) 朝日新聞一九八七年一月一六日夕刊七頁のゲルハルト・シュミットの言葉。