

ドイツ刑事判例研究 (96)

ドイツ刑法研究会
(代表 曲 田 統)*

アウシュヴィッツ強制収容所の職務に従事したことが 謀殺罪の幫助に当たるとされた事例

鄭 翔**

1. 国家が主導した大量犯罪の枠内で行われ、あるいはそれに関連して行われた行為を刑法上どのように評価すべきかが問題となっている場合にも、共同正犯と幫助犯の区別と規定に関する一般的な諸原則が適用される。しかし、そうした諸原則を適用する際に、その種の犯罪において事実的観点から生ずる特殊性を無視することはできない。
2. ヨーロッパのユダヤ人に対するナチスドイツによる組織的な民族謀殺のような一連の犯行が行われた場合には、その特殊性は次の点にある。すなわち、一方で、多数の人々が、自分は殺人行為の実行に関与することはないが、もっぱら政治的、行政技術的あるいは軍

* 所員・中央大学法学部教授

** 中央大学大学院法学研究科博士課程後期課程在学中

事階級的に責任ある地位にあって、そうした犯罪が実現される際に
行われた個々の謀殺行為に関与し、しかし他方で、大半の人々が、
上からの指令に従いながら、階級的な命令の連鎖の枠内で、個々の
殺人の遂行に直接的に加功したという点である。

3. したがって、比較的下位の階級にあり、自分自身は行為支配をも
つことはないが、大量殺人という事象の組織的な進展に組み込まれ
た関与者の行為を法的にどのように評価すべきかを論ずる際には、
次の点を考慮しなければならない。すなわち、共同正犯者は、多く
のレベルで様々な機能を持ち、様々な犯罪行為によって個々の謀殺
行為に加功していたので、その行為の幫助に当たると考えられる関
与者の行為が、謀殺に正犯として加功する者の少なくとも1人の犯
罪行為を、刑法27条1項の意味で促進したといえるか否かを検討し
なければならない。

BGH, Beschl. v.20.9.2016-3 StR 49/16

[NStZ 2017, 158 = NJW 2017, 498 = JR 2017, 83 = JZ 2017, 255:

BGHSt]

《事実の概要》

原審（LG Lüneburg）が認定した事実の概要は次のとおりである。

被告人は1940年10月に、「確信的なナチ主義者」として、当時は「名誉
あるエリート階級」に属するとされていたSS [ナチス親衛隊] に任意で
志願した。彼は、前線で戦闘行為を行うSSの部隊に配属されなくなっ
たので、当初は自分の希望によりSSの複数の給与部の「会計係」に任命
された。彼は最終的に、1942年9月に「ラインハルト作戦」[ユダヤ人大
量虐殺計画]に参加するために、アウシュヴィッツ強制収容所に「SS突
撃隊員」の身分で配属された。

この作戦は、帝国保安本部長官であったラインハルト・ハイドリヒ

(Reinhard Heydrich) の名に由来し、遅くとも1942年の初めにナチスの権力者たちによって決定され、ドイツの勢力下にあるヨーロッパのすべてのユダヤ人を組織的に殺害することによって行われる「ユダヤ人問題の最終的解決」の一部をなす作戦であり、占領下のポーランドとウクライナのユダヤ人の住民に向けられたものであった。これによれば、そこで生活していたユダヤ人は例外なく追放され、追放のあとすぐに殺害されるか、あるいは「労働による絶滅」という方法で、SSが主導し推進する強制収容所と絶滅収容所で殺害されることになっていた。この目的のために使われたのが、ベウジェツ、トレ布林カ、ソビボルに作られた絶滅収容所とアウシュヴィッツ強制収容所であった。

アウシュヴィッツ強制収容所は、当初は「ポーランドから接收した」複数の兵舎の中に作られた（いわゆる基幹収容所ないし「アウシュヴィッツ第1強制収容所」）。この「基幹収容所」は保護拘禁施設といわれる棟と、主として被拘禁者の財産管理と——その下部組織となる——「被拘禁者の現金管理」といわれる部署がある管理棟からなるものであった。同収容所はすでに1941年10月から拡張され、約3 km離れたビルケナウ村にある大規模な複合収容所がこれに含まれることになった（アウシュヴィッツ第2強制収容所）。このアウシュヴィッツ・ビルケナウ収容所は、「ラインハルト作戦」を遂行するため、1942年から43年にかけて、最終的に絶滅収容所として機能するようになった。すなわち、当初は2棟あった元の農家の建物の中に仮設のガス室が作られ、それと並んで、隣接する火葬場を備えた4つの大きなガス室が建てられた。それらは1943年まで稼働し、最終的には1日に最大5000人が殺害されて焼却された。

1944年3月から、SSは「ラインハルト作戦」を範として、ハンガリー在住のユダヤ人を絶滅する準備（いわゆるハンガリー作戦）を始めた。すでに1944年3月10日に、「アイヒマン隊」と呼ばれたSS隊員のグループが特にこの計画を準備するためにハンガリーに派遣されていたが、1944年3月19日のドイツ軍によるハンガリー占領ののちに、同地在住のユダヤ人がゲッターに駆り集められ、最終的に1944年の5月16日から7月11日の間

にアウシュヴィッツに移送され、それまでの「ラインハルト作戦」の対象となったユダヤ人と同様に計画的に殺害された。

アウシュヴィッツ・ビルケナウでは、SSが、以前使っていた鉄道側線（いわゆる旧ランプ）とは異なり、収容所の中でいったん切れてから3本のレールに分岐する側線（いわゆる新ランプ）を敷設することによって上記の「ハンガリー作戦」の準備をしていた。それにより、列車で輸送されてきたユダヤ人をガス室からわずか数百メートル離れた地点で「降車させる」ことができるようになった。その他の点では「ハンガリー作戦」として行われたことは「ラインハルト作戦」のそれと同じであった。

輸送の「事後処理」のために動員された収容所の職員は、輸送されてきたユダヤ人を貨車から降ろし、その荷物をランプ〔道路や鉄道の分岐点〕に置いたままにするよう指示した。職員らは、彼らが何も知らない状態を維持するために、荷物はあとで届けられるという虚偽の説明をした。職員らはその後、彼らを男女別に分け、いわゆる選別を行うSSの収容所医師のもとへ行くよう駆り立てた。その医師は、外見と短い質問（特に年齢と職業）により、だれを「労働能力あり」とし、だれを「労働能力なし」とするかを決定した。「労働能力あり」とされた者は収容所へ行くよう指示され、そののちに「労働による絶滅」が行われるよう強制労働に従事させられた。その他のユダヤ人は——平均で80%から90%の割合で——すぐにガス室へ送られた。SSの職員らは、彼らに対して「シャワーに行く」という虚偽の説明をした。ガス室のすぐ手前に、脱衣室のような空間が設けられていた。そこでSSの職員らは、輸送されてきたユダヤ人に対して着衣をすべて脱ぐよう指示した。職員らは彼らに——できるだけ気づかれないようにするため——「シャワーのあとで」私物を見つけることができるよう、きちんと印をつけることを求めた。職員らはそれに引き続き彼らをガス室へ入るよう駆り立て、その中で彼らは殺虫剤として使われる「チクロンB」（シアン化水素、「青酸」）によって虐殺された。

「ハンガリー作戦」の遂行により、ハンガリーから約43万人のユダヤ人を乗せた141の列車がアウシュヴィッツに到着した。すぐに殺害されるこ

とが決められていた被害者はそこで登録されなかったので、LGはその正確な数を認定することができなかった。原審の刑事部は、被告人の利益のために、輸送されてきたユダヤ人のうち少なくとも30万人がすぐに殺害されたとした。輸送されてきたユダヤ人がランプに置いた荷物について、次の輸送列車が到着する前に現金と貴重品の探索が行われた。職員らは、それらを再利用するために「被収容者所有物管理事務所」へ運んだ。

本件の被告人には、アウシュヴィッツ強制収容所へ配属されたのちに、「被収容者の現金管理」での仕事が与えられた。彼はその間に「SS 伍長」に昇進し、「ラインハルト作戦」と同じ方法で「ハンガリー作戦」に動員された。そのために彼は、「ハンガリー作戦」が遂行されていた期間内に、詳しく認定することはできないが少なくとも3日間——制服を着て拳銃をもって——「新ランプ」でランプの職務といわれる職務に従事した。その際に彼はまず、アウシュヴィッツに到着した列車から被輸送者を降ろす間に、ランプに残された荷物を監視して窃盗を阻止するという任務を負っていた。SS 隊員の窃盗は、アウシュヴィッツではたしかに日常茶飯事であったし、隊のモラルを維持するために「盗品」の一部を自分のものにするのが黙認されていたため、通常は追及されることはなかった。しかしランプでは、選別後の経過とガス室送りを知らない被輸送者を不安にしないために、荷物を——被輸送者の目の前で——開けたり中を調べたり略奪したりすることは絶対にしてはならないとされていた。被告人は同時に、「ランプの職務」に従事する際に、抵抗や逃走の気持ちを抱かせないように威嚇する役目ももっていた。

被告人は「ランプの職務」とともに、「被収容者管理事務所」の仕事の範囲で、被輸送者の現金を通貨ごとに選別して記帳して管理し、これをベルリンへ輸送する任務を負っていた。彼はそこで、不定期にその現金を「SS 財産管理局」で引き渡し、あるいは帝国銀行のSSの口座に直接払い込んだ。被告人はそのほかに、職務活動中はいつでも被輸送者を監視し、抵抗や逃走の試みを必要であれば武力を用いて阻止する義務を負っていた。

被告人は、アウシュヴィッツ強制収容所での出来事を、「ラインハルト作戦」に関与したときからすでに詳しく知っていた。彼は特に、アウシュヴィッツに輸送されたユダヤ人が、不安なく無抵抗であったことに付け込まれて虐殺されていることを知っていた。同様に彼は、アウシュヴィッツで稼働していた殺人装置を自己の仕事によって幫助していることも認識していた。それにもかかわらず彼は、前線で戦闘行為を行うSSの部隊に送り込まれないために、このことを少なくとも甘受していた。

LGは被告人に、30万件の法的に競合する謀殺の幫助に当たるとして4年の自由刑を言い渡した。被告人はその有罪判決に対して、手続的・実質的法的違反を理由に上告したが、その主張は認められなかった。

《決定理由》

Ⅲ 被告人の事実誤認の主張について原判決を包括的に再検討しても、被告人の不利益となる法的瑕疵があったとは認められない。

原審が法的瑕疵なく認定した事実をみれば、30万件の謀殺の幫助を理由とする被告人の有罪判決は維持される。アウシュヴィッツ強制収容所において「ハンガリー作戦」が遂行されていた間に少なくとも30万人のユダヤ人が陰湿で残酷な方法で殺害されたとするLGの前提は適切である。被告人がこれらすべての犯罪行為を幫助したとする原審刑事部の見解に、法的理由から異議を述べることはできない。

1. 被告人の行為の法的評価は、一般的な諸原則に従って行われる。これによれば次のように評価することができる。

刑法27条〔従犯〕の意味で手助けをする(Hilfeleistung)と評価されるのは——結果犯においては——原則として正犯者による犯行結果の惹起を客観的に促進し、あるいはこれを容易にするすべての行為である。そうした行為が、具体的な特徴をもった結果の発生に何らかの態様で因果的であることは必要でない(一貫した判例; vgl. etwa BGH Urt. v. 8.3.2001-4 StR 453/00, NJw 2001, 2409, 2410 mwN)。幫助は、その行為の予備の段階です

で行うことができるので (vgl. BGH Urt. v. 1.8.2000-5 StR 624/99, BGHSt 46, 107, 115; v. 16.11.2006-3 StR 139/06, NJW 2007, 384, 389, jew. mwN), 正犯者が犯罪の遂行をいまだ決意していない時点でも、これを行うことができる (vgl. BGH Urt. v. 24.4.1952-3 StR48/52, BGHSt 2, 344, 345.; Beschl. v. 8.11.2011-3 StR310/11, NStZ 2012, 264)。幫助行為は、正犯行為が既遂に達したのちであっても、その終了に至るまでこれを行うことができる (vgl. BGH Urt. v. 24.6.1952-1 StR 316/51, BGHSt 3, 40, 43.; Beschl. v. 4.2.2016-1 StR 424/15, juris Rn.13, jew. mwN)。幫助行為は、いわゆる精神的幫助という形態でこれを行うことができる。すなわち、正犯者がすでに犯行の決意をしていても、その犯罪遂行の意思が明示的に、または黙示的であっても強化される場合である。たとえば、正犯者に対してのちの犯行を援助し、あるいは盗品等の換金を約束する場合がこれである (vgl. etwa BGH Beschl. v. 13.8.2002-4 StR 208/02, NStZ 2003, 32, 33; v. 1.2.2011-3 StR 432/10, NStZ 2011, 637)。犯行が複数人の共同の決意に基づいて——たとえば集団や犯罪団体ないしテロリスト団体によって——行われる場合には、その犯行が個々の集団構成員や団体構成員にその者の行為として帰属されるのは、その者がなした集団の合意やその団体への所属だけに基づくものではない。むしろ、各行為について、当該構成員が共同正犯 (刑法25条2項) として、教唆犯として (26条) あるいは幫助犯 (27条) として関与したかどうか、それともおよそ可罰的な寄与をなしたとはいえないのかについて、一般的な諸基準に従って検討しなければならない (確立していた判例: vgl. etwa zur Bande: BGH Beschl. v. 13.5.2003-3 StR 128/03, NStZ-RR 2003, 265, 267; v. 24.7.2008-3 StR 243/08, StV 2008, 575; v. 1.2. 2011-3 StR 432/10, NStZ 2011, 637; それらの統一について BGH Beshl. v. 23.12.2009 -StB 51/09, NStZ 2010, 445, 447f.; v. 7.2.2012-3 StR 335/11, NStZ-RR 2012, 256, 257)。国家が主導した大量犯罪の枠内で行われ、あるいはそれに関連して行われた行為を刑法上どのように評価すべきかが問題となっている場合にも、これらの原則が適用される。しかし、それらを適用する際に、その種の犯罪において事實的観点から生ずる特殊性を無視することはできない。ヨーロッ

パのユダヤ人に対するナチスドイツによる組織的な集団殺害犯罪のような一連の犯行が行われた場合には、その特殊性は次の点にある。すなわち、一方で、多数の人々が、自分の手で殺人行為を行うことはないが、もっぱら政治的、行政技術的あるいは軍事階級的に責任ある地位にあって、そうした犯罪が実現される際に行われた個々の謀殺行為に関与し、しかし他方で、大半の人々が、上からの指令に従いながら、階級的な命令の連鎖の枠内で、個々の殺人の遂行に直接的に加功したという点である。したがって——本件のように——比較的下位の階級にあり、自分自身は行為支配をもたないが、大量殺人という事象の組織的な進展に組み込まれた関与者の行為を法的にどのように評価すべきかを論ずる際には、次の点を考慮しなければならない。すなわち、共同正犯者は、多くのレベルで様々な機能を持ち、様々な犯罪行為によって個々の謀殺行為に共働していたので、その行為の幫助に当たると考えられる関与者の行為が、謀殺に正犯として共働する者の少なくとも1人の犯罪行為を、刑法27条1項の意味で促進したといえるか否かを検討しなければならない。

2. 以上の点に照らしてみれば、LGがアウシュヴィッツ強制収容所における被告人の行動を、同所において「ハンガリー作戦」の枠内で行われた謀殺、すなわち被害者を到着と「選別」の直後にガス室で殺害したことの幫助と評価した点に、法的な瑕疵はない。

a) 以上のことは、第一に、アウシュヴィッツ・ビルケナウに到着した際に被告人がランプの職務を遂行した被害者についていえる。ランプでの選別と「チクロンB」をガス室へ投入して直接的な殺人行為を行うことにより謀殺行為を正犯として実行したSSの隊員を、被告人が刑法27条1項の意味で幫助したとすることについて、詳しい説明は必要でない。なぜならば、被告人は一方で、荷物を監視することによって、到着したユダヤ人が気づかない状態を維持し、他方で、抵抗や逃走を思いつかせないように威嚇する役目の一端を担ってこれに加功したからである。

b) しかし、[被害者がアウシュヴィッツに]到着した際に被告人がランプの職務を遂行する予定がなかった被害者についても、被告人を謀殺の

幫助として処罰することができる」とされた。その点について、「選別」に関与した「医師」や自分の手で殺人を実行したSSの隊員の直接的な行為が、その場にいなかった被告人の一般的な職務の遂行によって物理的または精神的に幫助されたとは認定されていない。しかしLGは、その判決文の冒頭で、被告人はアウシュヴィッツでの一般的な職務の遂行により、1944年の春に「ハンガリー作戦」を指令し、その後指導的な立場でこれを実行し、あるいは実行させた国家とSSの指導者たちを、すでに幫助していたことを適切に指摘している（国家的な権力機構の枠内での間接正犯については vgl. etwa BGH Urt. v. 26.7.1994-5 StR 98/94, BGHSt 40, 218; v. 4.3.1996-5 StR 494/95, BGHSt 42, 65; v. 8.11.1999-5 StR 632/98, BGHSt 42, 65; v. 8.11.1999-5 StR 632/98, BGHSt 45, 270）。このことは以下の事実から明らかである。

ハンガリーから輸送されるユダヤ人を殺害する旨の指令とそのすみやかな実行の前提となったのは、組織化された殺人機構の存在であった。その権力機構は、行政技術的に進行する経過と工場にもたとえられるメカニズムによる実質的で人的な設備に基づいて、短時間で多数の殺人行為を実行に移すことができた。この殺人機構の1つとして、アウシュヴィッツ強制収容所、とりわけその目的のために職務を遂行する人員を備えたアウシュヴィッツ・ビルケナウ絶滅収容所があった。そのように構成され組織化され、従順で忠実な部下をもった「工場に比すべき殺人装置」を、ナチスの権力者たちが意のままに使うことができたことによってはじめて、彼らと指導的な立場にあるSSの幹部が「ハンガリー作戦」を指令し、実際にそのような形態で実行させることができた。したがって、彼らの犯行の決意と作戦実行の指令は、根本的にこうした諸条件によって条件づけられ、これによって大きく促進されたのである。

被告人はこうした犯行の促進に関与していた。彼は「ハンガリー作戦」の命令が出された時点ですでにアウシュヴィッツで職務を遂行していた人的機構の一部であった。彼は職務計画により被害者がランプに到着した際の任務を自覚していたこと、またこれとは別に、被輸送者を監視し、抵抗

と逃走の試みを武力を用いて阻止することが一貫して彼に義務づけられていたことから、彼は大量殺人の組織の中に組み込まれていた。最後に彼は、被害者が持っていた貴重品を再利用する任務を負い、これによって——それが各謀殺行為の終了後に行われたとしても——SSが大量犯罪から利益を得ていたのである。アウシュヴィッツ強制収容所でのこうした機能がそこで働いているSSの隊員によって営まれていたことは、「ハンガリー作戦」の指令について責任ある者に知られており、彼らの犯行の決意とそれに即した指令と命令にとって非常に重要な意味をもっていた。その指令と命令を被告人自身が知らなかったということは、法的には重要でない。殺人機構の枠内で果たされるべきすべての機能が信頼できる忠実な部下によって担われ、それによって「ハンガリー作戦」のスムーズな実行が担保されていることを知っていれば十分である。

原審の判決理由の全体的脈絡からみれば、被告人はこのことをすべて認識しており、少なくとも甘受していた。彼は、アウシュヴィッツでの職務についた直後に、そこでの出来事をすでにくまなく知っていた。彼はそれにもかかわらず、前線に送り込まれなくなかったため、収容所の組織の中に身を置き、自分に与えられた命令をすべて実行した。したがって彼は、他人と共働して自分の任務を遂行することによって、当時の国家とSSの責任ある者が常にアウシュヴィッツで実行されるべき絶滅行為を決定し指令しえたこと的前提条件を作出していたことを、はっきりと認識していた。なぜならば、彼らは自分たちの犯罪命令が同所で実行に移されることを信頼しえたからである。主観的な観点については、非難されている原判決において被告人に帰属されている「ハンガリー作戦」に基づくすべての殺人行為について幫助者の寄与があったと認めるためには、それ以上のことは必要でない。

3. 2. b) で述べた刑事部の法的見解は、BGHの他の刑事部の判例と抵触するものではない。

たしかに、BGHの第2刑事部は、1969年2月20日の判決（2 StR 280/67, Rüter/de Mildt Justiz und NS-Verbrechen, Nr. 595b, Dd. XXI, S. 838ff. に掲

載；その一部は NJW 1969, 2056 にも掲載) で、他の法的な関連問題(大きな時間的間隔によって分離され、本質的に相互に異なり、まったく異なった動機に基づいて行われた一連の行為における大量殺人の法的競合の判断)について次のように述べた。すなわち、「アウシュヴィッツ強制収容所の絶滅プログラムに組み込まれ」、「このプログラムについて同所で何らかの行動に出たすべての人」が、「客観的に謀殺に関与し」、「すべての出来事について責を負う」ということにはならない(下線は原文)。そうでなければ、衛兵の世話に任じられ、その任務に厳格に制限されていた医師も、謀殺の補助の責を負うことになるからである。さらにそれは、収容所で病気になった被収容者を治療して救命した医師についてもいえるであろう。いわんや自分の立場で殺人プログラムに対して比較的小さな妨害行為を行った者は、それが従属的な立場で行われ、奏功しなかったとしても、やはり不処罰とならないであろう (Rüter/de Mildt aaO, S. 882; NJW 1969, 2056f.)。

しかし、この点についてここで立ち入って検討する必要はない。なぜならば、本件で判断されるべき事案は、第2刑事部が例としてあげた事例とは明らかに異なるからである。アウシュヴィッツで起きたことの「すべて」が被告人に帰属されるわけではない。むしろ重要なことは、「ハンガリー作戦」という確実に限定できる一連の事象の枠内で行われた殺人行為について被告人が刑法上の責を負うのか、そしてどのように責を負うのか、という問題である。本件の被告人も「殺人プログラムについて何らかの」行動に出たのではなく、アウシュヴィッツでの組織化された殺人事象と直接関連する被告人の具体的な行為態様が、すでに「ハンガリー作戦」の前段階で認められ、その進行中にも認められると認定されている。こうした具体的な行為態様が法的に評価されなければならない。そうした事案については、当刑事部はむしろ、第2刑事部の判例(たとえば s. etwa Urt. v. 22.3.1967-2 StR 279/66, JZ 1967, 643f.; v. 27.10.1969-2 StR 636/68, juris Rn.9 und 51 参照 [その部分は BGHSt 23,123に掲載されていない]) と一致しているように思われる。第2刑事部は、1969年2月20日の判決 (Rü-

ter/de Mildt aaO, S.882; NJW 1969, 2056, 2057)でも、その立場を放棄するつもりはなかったのである。

4. LGは、被告人が行った援助行為を、法的に競合する30万件の謀殺に対する単一の幫助と評価したが、それが適切であったか否かを当刑事部が検討する必要はない。なぜならば、LGが、被告人のランプの職務を、当該被輸送者の中の被害者らに対する多数の謀殺に対する複数の幫助行為と評価しなかったことは、本件ではいずれにせよ被告人の不利益とはならないからである。

《研究》

はじめに

ナチス幹部やその追従者の責任追及は戦後のドイツにとって重く困難な課題であった。ナチスの指導者であったヒトラー、最高幹部であったゲッベルス、ヒムラーらはすでに自殺していたが、ボルマン、ゲーリング、ヘスらは国際軍事法廷(「ニュルンベルク裁判」1945.11.20~1946.10.1)で裁かれた¹⁾。その後も多くの関与者が国内法に基づいて訴追され、刑法においては主として謀殺罪(ドイツ刑法211条)の解釈とその共犯の成否めぐって様々な議論が続けられてきた。

もっとも、年月の経過に伴う被疑者の高齢化、証拠による立証の困難性、政治状況の変化等の事情から、ドイツの裁判所で審理される件数が次第に減少し、近年では2011年のLG判決が目につく程度である²⁾。本件は

1) 国際軍事法廷では、被告人らは平和に対する罪、人道に対する罪等で裁かれたが、犯罪行為が行われた時点では存在しなかった法に基づいて裁くことができるのか、戦勝国側が原告と裁判官を兼ねることができるのか、被告人の訴訟上の権利が十分に保障されるのか、等の困難な問題があった。

2) LG München II, Urt. v. 12.5.2011は、ポーランドのソビボル絶滅収容所の看守であった被告人(John Demjanjuk)に、2万8060件の謀殺の幫助を理由として5年の拘禁刑を言い渡したが、上告審の途中で被告人が死亡したことによりBGHの判断は示されなかった。これを契機として本件が起訴されたようである。これについて、Kurz, Paradigmenwechsel bei der Strafverfolgung des Per-

しばらく顕在化しなかったSS隊員の裁判として社会の耳目を集めたようである³⁾。そこで、以下においては、本決定の刑法解釈論上の問題点を明らかにしたうえで、それ以外の問題について、これまでに参照した評釈を紹介したいと思う。

1. 刑法解釈論の問題

(1) 本件の刑法解釈論の問題は共犯論にある。すなわち、「ランプの職務」(被輸送者の荷物の監視, 抵抗や逃走を防止するための威嚇等)に従事したことが収容所内で行われた謀殺の「幫助」となりうるのか(共同正犯と幫助犯の区別), そうであるとしても, 幫助行為と個々の殺人との因果関係が必ずしも明らかでないという事情をどのように考えるべきか(幫助の因果関係)が問題となる。

本決定は、「ハンガリー作戦」に基づいて貨車で輸送されてきたユダヤ人を選別した医師と、「テクロンB」をガス室に投入したSSの隊員を謀殺罪の正犯とし、「ランプの職務」に従事した被告人をその幫助犯とした。さらに、組織化された権力機構の中で、「ハンガリー作戦」を指令して実行させた国家とSSの指導者たちを同罪の正犯とし、「一般的な職務」(被輸送者の監視と威嚇, 被輸送者の財産の再利用等)に従事した被告人を同じく同罪の幫助犯とした。被告人が同収容所に勤務していた期間(1944年5月16日から同年7月11日まで)に43万人のハンガリーのユダヤ人が連行され、そのうちの少なくとも30万人が殺害されたので、被告人は30万件の謀殺に対する1個の幫助犯として有罪とされた。

(2) 正犯と共犯の区別について、ドイツの学説においては19世紀初頭以降、主観説と客観説の争いがあった。主観説の陣営においては、関与者の

sonals in den deutschen Vernichtungslagen?, ZIS 2013, S. 122ff. を参照。

3) 戦後のナチス犯罪者の追及については多数の文献があるが、本決定の社会的背景については、Momsen, Das Lüneburger Auschwitzverfahren: Beihilfe zum hunderttausendfachen Mord oder (auch) strafbare Mitgliedschaft in der Terrororganisation »Waffen-SS«?, StV 2017, S. 546f.; Saffering, Anm. JZ 2017, S. 258f. およびそこで引用されている文献を参照。

意思の従属性に着目する「故意説」(Dolustheorie)と関与者の結果に対する利益の程度を基準とする「利益説」(Interessentheorie)が主張されたが、いずれも関与者が結果の惹起について正犯者意思(animus auctoris)を有していたか共犯者意思(animus socii)を有していたかによって区別する点で共通であった。これに対して客観説においては、犯罪行為すなわち構成要件的行為を行ったか否かを基準とする「形式的客観説」が有力であったが、正犯行為の実現に必要な寄与をなした者を正犯とする「必要性説」や、犯罪行為の時点でこれに関与したか否かを基準とする「同時性説」等の学説も主張された。しかし、今日の学説においては、故意説と客観説を統合し、犯罪行為を支配した者を正犯とし、これを支配することなく犯行の実現に寄与した者を共犯とする「行為支配説」が圧倒的に優勢である。

RGの判例と戦後しばらくの間のBGHの判例は「主観説」を採用していた⁴⁾。しかしその後、1975年刑法の25条〔正犯〕が「犯罪行為をみずから、または他人により実行した者は、正犯として罰する」(1項)と規定したことから、BGHの判例は次第に主観説から離れ、今日では、結果に対する自己の利益の程度、行為関与の規模、行為支配もしくは行為支配の意思等を総合的に評価する「規範的混合説」が判例理論として定着している⁵⁾。

本決定は、ナチスによって組織化された権力機構の中で行われた犯罪行為を刑法上どのように評価すべきかが問題となる場合にも、共同正犯と幫助犯の区別に関する上記の「一般的な諸原則」(すなわち規範的混合説)が適用されることを前提として、被告人の「ランプの職務」の遂行と「一

4) その例として「浴槽事件」(RG 74, 84)と「スタシンスキー事件」(BGHSt 18, 87)がよく知られている。

5) ドイツにおける正犯・共犯の区別について詳しくはLK/Schünemann, 12. Aufl. (2006), §25 Rn.1ff.; Roxin, Strafrecht, AT, Bd II §25 IV Rn. 22ff.; 山中敬一監訳『クラウス・ロクシン刑法総論第2巻〔犯罪の特別現象形態〕』(2011年)12頁以下参照。

一般的な職務」の遂行を、いずれも謀殺罪の幫助に当たると評価した。なぜならば、前者については、被輸送者の荷物を監視したこと、被殺者に対して所持品の取扱いに関する虚偽の説明をしたこと、あるいは威嚇の任務を負っていたことにより、収容所の医師とチクロン B をガス室に投入した SS 隊員の謀殺行為に関与したからであり、後者については、「工場にも瞥えられる殺人装置」の中でその職務に従事することにより、「ハンガリー作戦」のスムーズな実行を担保し、ナチスの指導者と SS の幹部の謀殺行為に関与したからである。

(3) では、幫助の因果関係についてはどうか。

ドイツ刑法27条〔幫助犯〕の1項は、「他人に対して、その者の故意により行われた違法な行為を故意により幫助した者は、幫助犯として罰する」と規定する。ここにいう「幫助する」(Hilfe leisten)とは、判例によれば、結果に対して因果関係を有する必要はなく、結果の惹起を促進すればよいとされている⁶⁾。これに対して学説では、幫助行為と結果との間に何らかの因果関係が必要であるという前提に立って、幫助を抽象的危険犯あるいは具体的危険犯と解する説、これとは対照的に、正犯への因果的影響を不要とし、正犯者が幫助者の行為寄与を知っていれば足りるとする「正犯との連帯説」、あるいは法的に否認された危険の増加が必要であるとする「危険増加説」等が主張されている⁷⁾。

本決定は、幫助とは原則として正犯者による犯行結果の惹起を客観的に促進し、あるいはこれを容易にするすべての行為であるとする従来の判例の立場に立って、被告人の「ランプの職務」と「一般的な職務」が正犯者の

6) たとえば、RGSt 58, 133 は、「正犯行為の結果が幫助者の行為によって因果的に共同惹起され、促進され、あるいは可能にされたことは…必要でない。…犯罪構成要件を実現する行為が、それが終了する前の任意の時点で、幫助者の行為によって事実的に促進されていなければならない。」とし、BGH MDR 1972, 16 は、「幫助者の行為は正犯者の行為を容易にし、あるいは促進することで足りる。」とした。

7) 幫助の因果関係について詳しくは LK/Schünemann, a.a.O., §27 Rn.1ff.; Roxin, a.a.O.; 山中敬一監訳・前掲書245頁以下参照。

謀殺行為を促進したと評価したものと思われる。

2. 本決定の意義

(1) 本決定についてはいくつかの評釈が公表されているが⁸⁾、以下においては、法律上の問題のほか、刑事政策的な問題や刑罰論的な問題にも論及したロクシン(Roxin)の評釈を紹介し⁹⁾、本決定の意義を考えてみたい。

ロクシンは、本決定は正当であり、しかるべき意義が認められるとする。すなわち、強制収容所の職員が、その職務に従事している間に虐殺が行われていることを認識し、虐殺のために作られた施設の運用を促進した場合には、謀殺罪の幫助として可罰的であることを明確にした点で意義がある。しかし、本決定には法律的な問題のほか、刑事政策的な問題、および刑罰論的な問題もある。その要旨は以下のとおりである。

法律的な問題

被告人の幫助行為は、数日間にわたり「ランプの職務」に従事したこと、「被収容者の金銭管理」を行ったこと、および職務遂行中に被輸送者を監視したことである。被告人は、強制収容所の中で起こっていたことを詳細に認識していたので、30万件の謀殺に対する故意の幫助として有罪とされたのは正当である。たしかに被告人は必ずしも個々の殺人を認識していたわけではないが、いかなる範囲といかなる規模で殺人が行われているかを知っていれば足りる。

これに関連して、1969年2月20日のBGH第2刑事部の判決は、「アウシュヴィッツでの殺人はあまりにも多数であり、被殺者の特性やその正確な時間によって特定することができない。…そうした大量殺人について、個々の殺人の具体化について詳細な要件を設けようとすれば、大量犯罪の訴追はできなくなるであろう」と指摘した。

8) Grünewald, NJW 2017, S. 500f.; Saffering, JZ 2017, S. 258ff.; Rommel, NSTZ 2017, S. 161ff.

9) Roxin, JR 2017, S. 88ff.

しかし、そうであるとしても、収容所での被告人の行為の態様を考慮せずに、収容所にいたという事実だけで謀殺の幫助として有罪とすることはできない。私見によれば、その行為態様が「犯罪的な意味連関」(deliktischer Sinnbezug)を有する場合にのみ、可罰的な幫助と評価することができる(Strafrecht, AT, Bd II §26 III Rn. 221ff.)。したがって、強制収容所の運営者の犯罪行為と無関係に行われた行為、軽微な幫助行為、あるいは運営者の意図に反する行為を謀殺の幫助とすることはできない。たとえば、被収容者の食糧の調達、被収容者の病気の治療等、被収容者のために行われる行為がこれである。そうした「中立的な行為」は、強制収容所で行われる犯罪行為への同意を表明するものではないので、精神的幫助にも当たらない。

しかし、本件の被告人の行為に「犯罪的な意味連関」がなかったとすることはできない。「ランプの職務」と被輸送者の監視は謀殺のスムーズな遂行を保障するものであった。さらに、奪取した現金の記帳と再利用も、強盗殺人になりうる行為であるから、強制収容所で行われた殺人行為に関連していた。

刑事学的な問題

本件は事件から70年以上の歳月を経たのちに起訴された事件であることから、今日まで罰せられることなく平穩に過ごしてきた強制収容所の職員をあらためて起訴することに意味があるのか、あるいはそれが許されるか、という問題がある。本件の被告人(Oskar Gröning)も94歳になっていた。

こうした訴追のあり方を疑問視する意見がある。しかし私はその点を問題にしない。立法者が謀殺罪の公訴時効を廃止したのは[1979年に廃止]、その犯罪者を生きているかぎり訴追しうると考えたからである。その点で、依然として訴追する側にその権利があるというべきである。

さらに、起訴された高齢の被告人が刑事手続の負担に耐えられるか、あるいは有罪とされた者が行刑の諸条件を充たすか、という問題もある。こ

れについては、被告人の訴訟遂行能力を注意深く検討しなければならない、また、行刑は有罪とされた者が身柄の拘束に耐えうることを前提としている点を考慮しなければならない。重要なのは、被告人が身柄の拘束に耐えうるか否かではなく、裁判所が被告人の可罰的な責任を認定することである。そうした手続は、晩年になっても自己の責任を自覚し、自己の行為を清算する機会を被告人に与えるのである。

刑罰論的な問題

このようにみえてくると、遅くなった有罪判決、あるいは散発的にのみ言い渡さうる有罪判決をいかにして刑罰論的に正当化しうるか、という第3の問題に直面する。この問題に簡単に答えることはできない。

応報は、今日の学説ではいずれにせよ有用な刑罰目的とは認められていない。現代の理解によれば、刑法の役割は、応報によって回復される「正義」ではなく、平和で自由な、基本権を尊重する人間の共生を保障することにある。70年以上の訴追の放棄ののちの、生き延びたごくわずかな人に限定した応報の正義は、きわめて疑わしい。さらに、明確な判断を可能にするには、正義の基準があまりにも漠然としている。30万件の謀殺の幫助について4年の自由刑を妥当とする理由を説明することはできないであろう。

本件のような事例では、予防を目的とする刑罰の基礎づけも困難である。

本件において、特別予防のための刑罰必要性が存在しないことは疑いない。被告人がそうした犯行を繰り返すことはおよそ考えられないからである。被告人を威嚇し、あるいは再社会化する必要もない。むしろ彼は、有罪判決を放棄しても、さらなる犯罪行為を行うことなくその生を終えるであろう。

もっとも今日では、刑罰の目的は一般予防、すなわち犯罪の阻止を目的とする一般人に向けられた働きかけにあるとする見解が有力である。しかし、「消極的な」一般予防、すなわち社会関係的な威嚇効果は、遠い昔に

行われたナチスの犯罪については明らかに無用である。ナチスの殺人のような犯罪は、現在の諸事情のもとでは考えられないからである。強制収容所の補助者の若干名を有罪にすることによって今日の殺人行為に影響を与えることは困難である。

今日有力に支持されている処罰根拠は、いわゆる積極的一般予防論である。この説は、処罰の目的は一般人の法意識へ働きかけること、すなわち法に対する国民の信頼を強化することにあるとする。しかしこの理由づけも、さらなる具体化を必要とする。なぜならば、すべての国民に目を向けるならば、何十年もの司法の怠慢が続くと一般人に法的不安定と動揺を生じさせる、とはいえないからである。一般人は現在の社会状況に反応するのであり、過去をそのままにしておくことを好むのである。

満足な解決を可能にするのは、表現的な (expressiv) 刑罰目的、あるいはコミュニケーション論的な刑罰目的という名称のもとで、重大な犯罪の被害者とその遺族が満足感をもつという利益が刑法による有罪を必要とする理由であるとする比較的新しい見解である (Reemtsma, Hörnle)。

たしかに、この観点は日常的な犯罪よりは生命・身体に対する重大な犯罪について意味をもつ。しかし、強制収容所の犯罪はこの種の最悪の犯罪の1つであり、「想像を絶する人間蔑視」の表明である。「その間に90歳を超えてしまったナチスの犯罪者を、今日においてもなお法廷に立たせ、その者が有罪とされた場合に拘禁刑を科するのは、可能でも適切でもない。しかし、生き延びた被害者とその遺族は、行為者らの刑法上の答責性が裁判所によって認定されることについて権利をもつ。答責性を明らかにすることは被害者にとって実存的な意味をもつ、ということが何度も裏づけられてきた。」(Roxin, GA 2015, S, 185ff.)

BGHは本決定によってこの点を考慮した。これによって積極的一般予防論の刑罰目的との関連も明らかになった。私たちの司法が過去の怠慢を可能な範囲で正すならば、ナチスの被害者の実存が促進され、法治国家への信頼が強化されるからである。

(2) このようにみても、本決定は、共犯論上の問題においては特に

目新しい論点を示したのではなく、むしろ従来判例の見解に従ったものと思われるが、犯罪行為が行われてから70年以上が経過したにもかかわらず被告人の責任を問うことの意義を再確認させた点で意義があるものと思われる。