

國家發展研究 第五卷第二期
2006年6月 頁 137-192

德國納粹屠殺事件之 處理與借鏡

葛祥林*

收稿日期：2007年3月5日

接受日期：2007年5月3日

* 玄奘大學法律學系助理教授。

摘要

本文討論納粹屠殺之重點有三：納粹執政時期之法律狀態，納粹國家不法於二次大戰後在法律上之處理以及台灣由此值得參考之經驗。為了增進對於歐洲往事之理解，本文首先指出納粹之國家不法行為於規範上之條件何在？若當今稱該規範為一種「違法之法律」，此評價在法學上之依據何在？基於此規範屬性之理解，本文進而指出納粹經由何行為實現其不法政策，此大規模之國家不法行為如何運用納粹及當年德國之黨政軍結構來實現其屠殺政策。對應此對於以往事實之重構，本文說明，納粹所實施之國家不法行為於德國戰敗後獲得何種司法上之評價。在此個別介紹戰勝國經由紐倫堡軍事審判庭以及經由盟軍監督委員會和各佔領區之軍政府所實施之處理模式，前者藉由國際法上之刑事審判來制裁主要戰犯，後者原本期盼藉由行政處分及刑事訴訟之並用加以處理德國之全體人口。相對之下，聯邦德國處理納粹屠殺案件以及納粹之其他國家不法案件主要運用司法之刑事審判程序。基於德國若干刑事判決之分析可以看到判決所列之被害人與納粹依其政策所毀滅之被害人類型不相符。由此得知，德國戰後於司法上對於納粹國家不法之反省，雖然已相當努力，但仍有其特殊盲點。其次，本文依據典型判決之分析加以指出，德國刑事司法在審判納粹國家不法案件所運用之具體論理呈現何特點，尤其解釋判決推理如何經由不法命令、幫助犯等概念之運用來區分及認定案件中之責任分配。基於此，本文反省台灣哪方面值得參考聯邦德國以刑法來處理國家不法行為之問題，並且藉此協助台灣社會能夠共同克服過去歷史所遺留之陰影。

關鍵字：納粹、屠殺、國家不法、違法命令、國際刑法、紐倫堡審判、戰犯、不人道行為、命令危難、幫助犯

一、前言

本文探討，戰後德國如何面對與處理德國於納粹執政時期所發生之國家不法，即指出司法能夠在何程度處理歷史性大量屠殺及廣泛踐踏人權之事件。由於德國納粹不法幾乎構成現代社會首次大規模反省國家不法之問題¹，並且在此其中思考國家經由何行為模式實現何犯罪？為該犯罪應負責之人為何？等問題，所以變成 20 世紀後半逐漸建構國際刑事法院之起點，也變成處理類似事件之重要參考點，甚至變成處理類似事件之樣本。

若由台灣之角度反省該事件，則容易可以看到二大差別：首先，德國納粹不法之被害人群非常多，各個被害人群之特徵、其被害模式及德國戰後之處理方式等問題十分不一，使台灣於二二八所引發的問題看起來似乎單純許多，至少直接殘害群眾之期間較短、被害人群似乎缺乏跨國、跨民族等之侵害行為、加害者所行使之不人道行為在思想上之基礎也不明顯為一個包含整個（東亞）文化圈之長久歧視心態。其次，德國戰後不僅指出加害者是誰的問題，德國社會也確實到 2002/2004 年為止都還有訴訟案件在處理加害人被起訴之刑案。與此相比，不管學者有多麼細心指出歷史原貌，台灣民間社會過去大部分僅以一個極為簡單之外省人—本省人思維來反省自身之歷史傷痕；一般人過去也同樣僅指責「國民黨」、「蔣介石」或「陳儀」，以為這些應負起相關責任，但似乎很少有人問起個別加害行為之加害人是誰？他在此事件中之責任何在？制度化

¹ 當然，希特勒(Hitler)宣揚並且實行對於猶太人及其他不受欢迎人群之屠殺之前，19 世紀早已經歷了民族屠殺事件，無論係一次大戰之土耳其，還是史大林政權，他們都引發過大規模（即超過百萬受害者）之人殺人、統治者滅絕特定民族和族群等事件。唯這些事件後續沒有得到當地統治者之承認，更是沒有獲得當地社會對於相關事情之普遍反省。因此，如土耳其記者 Hrant Dink 於 96 年 1 月 19 日之謀殺案所示，由於土耳其迄今未公開承認百年前大量殺害亞美尼亞人，所以從此所遺留之歷史傷痕從未痊癒。因為俄國從未澈底地正視史大林對於少數民族之屠殺行為，所以少數民族之武力反抗也一再暴發。

之不法侵害有那些制度上及心理上之前提要件及社會上之訓練過程？² 等等。

因此，本文之認知興趣由上述兩種思考及處理歷史傷痕上之明顯差異而產生，即一方面想讓讀者瞭解，德國（及其臨近國家）如何將納粹時期之國家不法予以類型化，其同時如何運用此類型化來認定加害者及被害者等多種人群之結構性特徵，並且基於此指出可適用之法律依據，使加害人與被害人基於其特殊個別經歷及遭遇而形成之關係轉變成加害人與國家間之刑事訴訟關係。另一方面試圖來探討台灣及德國等法規關於處理相關問題之規範依據有何相異之處，且進而思考德國社會為何不討論「補償」及所謂「轉型正義」(transitional justice)，反而討論「重新合好」(Wiedergutmachung)³及「克服過去」(Vergangenheitsbewältigung)。

為此，本文首先指出納粹執政時期之法律以及該法律之「不法」問題，再而指出戰勝國所設置之盟軍控制委員會 (Allierter Kontrollrat) 以及聯邦德國於戰後如何經由立法及刑事司法處理當年之「不法」，尤其要檢視，刑事司法於實體法及程序法上之前提要件、其具體運作、其所表現之特殊盲點、其在具體裁判中之推理模式及其在此推理中所建構和運用之概念。最後要考慮，台灣在何處以及依何程度適合以德國經驗為借鏡而調整自身之法律基礎及有關之法律運行。

二、納粹執政時期之法律

德國於納粹執政前所施行之憲政制度與台灣現行體制類似，即其所

² 恰好最後一個問題，就是關於納粹不法之研究到現在不停之重要原因之一；相關理論探討，參看例如 Richards Rhodes, *Masters of Death: The SS-Einsatzgruppen and the invention of the Holocaust*, Westminster/MD: Knopf, 2003, p. 21 ff.

³ Wiedergutmachung 有時另譯為「平反」，可是，因為詞面上難以發現，德國所謂平反及中國大陸所謂平反之差異究竟有多大，所以本文較傾向於「重合」或「重新合好」之稱。其次，由於本文之篇幅有限，故僅探討克服過之問題，不討論德國如何補償被害人之措施及其補償政策所呈現之問題。

行使之政治制度一方面基於代議政治之民主制度，另一方面實現國家主權機構間之權力分立思想。然而，德國威瑪時期之政府及議會兩者都不穩定，政府大部分由多黨組閣，所以一遇到敏感問題時就垮台。少數政黨在極端情況時只要全國性贏得數十萬選票，就可以進入議會中，使尤其小政黨非常忠於創黨理念及特殊利益團體之利益保護。此造成很多小政黨以自身理念為重，使其在特定議題絕不可能與其他政黨妥協，使政黨基於不妥協之心態寧可於議會中打群架、杯葛議會運作等等，但絕對不肯將短期利益擺在一邊，然後談起國家前途及眼前困難之出路。

納粹政權在此不穩定政情中以少數政黨獲得組閣權，納粹一旦奪得行政大權之後，就試圖擴大自己的控制範圍而迅速壟斷一切國家權力。納粹迅速經由立法和警察等機構來直接控制國家之規範體系以及整體社會之秩序；不到一年，幾乎一切德國之實質權力流落於納粹執政者之手裡。納粹獲得絕對控制規範體系之權力來自威瑪憲法之濫用：威瑪時期之憲法原本僅在緊急時期賦予總統頒布緊急命令之職權，但德國議會卻於全球性之經濟大恐慌時失去其立法功能：自 1932/7/31 之國會改選起，納粹黨（NSDAP）及德國共產黨（KPD）之得票率超過一半⁴，雖然納粹黨於同年 11 月之國會改選失去部分選票，但共產黨增加了其得票率，使議會中否定民主政治之政黨仍然站多數⁵。議會政治之無能使德國民眾以及政治菁英共同認定，德國當年之憲政體制必須澈底變更；議會之無能另外導致政府之日常措施都必須常態性以總統之緊急命令權予以頒布，否則德國會在經濟危機中置於無政府狀態⁶。反對民主憲政之政黨經由自己所推行之議會杯葛政策來說服一般民眾不信任民主制度，使老百姓在相當程度以為，解決之道在於一種偏向權威性（autoritär）之政治體

⁴ 德國議會於 31.7.1932 之選舉結果：NSDAP - 37.3%，KPD - 14.3%，兩者合計 51.6%，即能夠有效阻擋任何法案。

⁵ 德國議會於 6.11.1932 之選舉結果：NSDAP - 33.1%，KPD - 16.9%，兩者合計 50%，即能夠有效阻擋任何法案。

⁶ 參看 Hans-Ulrich Thamer, Die nationalsozialistische Massenbewegung in der Staats- und Wirtschaftskrise, bpb, <www.bpb.de/publikationen>, 瀏覽於 2007/1/25。

制。因此，當 Hitler 於 1933 年 1 月正式獲得組閣權，並且與其他保守政黨組聯合內閣時，納粹僅獲得三分之一之國會席次，但可以利用多數人不信任議會政治之氣氛，使議會在納粹黨軍之武力危嚇以及民意和媒體壓力之下於 1933/3/24 通過所謂「授權法案」(Ermächtigungsgesetz)⁷，即以修憲之三分之二多數決消滅權力分立之基本架構。雖然該授權法原先設為限時法，即僅限期創造合併立法與行政兩權之機會，但直至納粹政權崩潰為止，該法多次在時間上之延長使得德國議會不可能以憲法所賦予之職權來對抗行政。因此，由該日期以來，帝國議會(Reichstag)失去其憲法上之意義。納粹仍然沒有直接將該機構來廢除，其理由主要在帝國議會所享受之宣傳利益，即一般老百姓看到國會通過之法案，就自然而然會感到相關事項十分重要，所以不可能輕意違抗之。

在具體運作上，該制度導致法律與行政命令之法律位階相同，即任何政府部門都可能經由行政命令來修改法律。實務上，此不僅構成一種潛在性破壞法安定性及法體系性之危險，納粹政權確實廣泛依各部門之短暫需求而進行法律修正之工作。舉例言之，在戰爭之勝敗未定時，德國刑事訴訟法(Strafprozessordnung, StPO)已由行政部門(具體：帝國司法部(Reichsjustizministerium))於同一日(1942/8/14)修正二次：「有關繼續簡化刑事司法之命令」(Verordnung zur weiteren Vereinfachung der Strafrechtspflege)在刑事訴訟法之第 X 章第 X 節「準備主審程序」(Vorbereitung der Hauptverhandlung)修正第 214、220、222、226 等條；「有關刑事程序中廢除主審程序開始決議之命令」(Verordnung über die Beseitigung des Eröffnungsbeschlusses im Strafverfahren)修正同一章節之第 213 及 215 等條；兩者皆由當日之司法部長 Schlegelberger 簽名⁸。此

⁷ 參看 Hans-Ulrich Thamer, Beginn der nationalsozialistischen Herrschaft, bpb, <www.bpb.de/themen>, 瀏覽於 2007/1/25。

⁸ 有關德國刑事訴訟法之持續性問題，詳看葛祥林，德國刑事訴訟法變遷及其在整體刑法之定位，玄奘法律學報第三期(2005/6)，頁 1-52；關於刑法(Strafgesetzbuch)修正所程現之平行現象，參看葛祥林，法安定性與社政變遷之調和—德國刑事法規百餘年的立法政策—，成果報告，國科會委託研究，計畫編號：NSC

現象顯示，當時之司法部已不願以「法律」之形式修正法律，且已喪失體系性統籌該法之修正。因此，納粹德國之法律變遷不僅以「法律」之名義而修正法律，其另以「施行法」、「施行細則」、「行政命令」、「行政命令之執行命令」（Durchführungsverordnung zur Verordnung, DVO zur VO）等方式來修正之；部分修法事件甚至直接以所謂「領袖令」（Erlaß des Führers）來修改法律⁹。

此立法、行政合一之憲政架構完全符合納粹之意識型態，即允許「領袖」（Führer）能夠完全由上而下之命令方式貫徹其意思。當年有不少德國菁英想要為此政治形態提出一相應理論¹⁰，並且藉此將納粹帶進社會主流，使納粹不要實現其較為極端之口號。可是，納粹領導核心並不認同此類哲理和政治實踐，反而利用這些原本異己之聲音、人物等等來掩飾自己不人道之企圖與具體政策。因此，就立法形式之選擇而言，納粹立法者首要所考慮的恐怕不是法律位階或相關規範之重要性，其所考慮的反而是該規範在面對社會大眾、一般國家專業機構以及特殊黨政機構所發揮之宣傳、提高任意行政（即擴大執政便利性）加速政策執行（即簡化權力濫用之程序）等利益。因此，當納粹於 1935 年公布所謂「紐倫堡法律」（Nürnberger Gesetze）時，其所採取之立法形式名義上為「法律」¹¹，當納粹於 1941 年推行「最終解決」（Endlösung）政策時¹²，其所採取之立法形式為行政機關之內部信件¹³、行政命令之執行令等等。¹⁴

90-2414-H-002-009。

⁹ 關於此點，參看例如陳顯武，德國納粹執政時期之刑事政策與刑事立法措施對戰後德國刑事立法方面之影響，成果報告，國科會委託研究，計畫編號：NSC 84-2421-H002-035。

¹⁰ 依據部分文獻所記，納粹掌權之初，普魯士教育部官員曾經對於一群身屬新黑格爾學派之法學者表達此心願；參看陳顯武，K. Larenz 戰前的法學思想－其法哲學、法學方法論及法律義理學的關聯，成果報告，國科會委託研究，計畫編號：NSC 87-2414-H-002-026，頁 3，尤其註 11。現代歷史學者在論及晚期威瑪政治理念時認為，當年多數保守陣營之政治家自以為納粹只要納入體制，就會失去其革命性訴求而歸順既有保守陣營之領導核心；參看例如 Thamer, Hans-Ulrich, Beginn der nationalsozialistischen Herrschaft, bpb, <www.bpb.de/themen>, 瀏覽於 2007/1/25。

¹¹ 納粹黨第七屆全國會議於 10.-16.9.1935 在紐倫堡（Nürnberg）市舉行；在此，部

基於此，除非行為人屬於納粹之權力高層，一般人不容易明白個別行政處分或各個官方命令之真正意涵，何況很多法案、命令等等呈現一種雙層意義架構：表面上之意義在於維護獲得一般認同之利益，深層意義在於使老百姓無法配合，使老百姓可以經由選擇性執法而被逼迫要全面配合統治者。下列牽涉到日常生活之案例能夠說明此雙層意義架構之運作：「麵包店命令」（Bäckereiverordnung）自 1937/1938 禁止師傅於清晨讓學徒工作，使學徒實質上不可能合法地學到如何作早上出爐之麵包。表面上之「立法」理由在於維護青少年之健康，實質上之深層理由在於取得任意起訴及關閉從事技術教學之店。換言之，由該命令以來，該行業必須全面配合納粹當地之幹部，否則無法營業。然而，由於相關行政命令首次公布之日期是 1908 年，所以在一般專家及老百姓之眼中似乎不屬於具有特屬納粹意識型態或納粹思想等意涵之法規，該命令於 1937 年之修正理由（即其例如於 1938 年在布來梅邦所公布之地方性行

分黨員要求創造區分所謂德意志人（Deutsche）與所謂猶太人（Jude）之法律依據；於是，納粹臨時請相關部會之公務員由柏林來紐倫堡，且於兩日內擬草三個法案：維護德意志血源及德意志尊嚴法（Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre，以下簡稱維護血源法）、帝國公民法（Reichsbürgergesetz）及帝國國旗法（Reichsflaggengesetz）。未被囚禁之國會議員與承辦人同時來到紐倫堡，並且於 15.09.1935 通過相關法案；雖然該法案表面上經過國會之立法，但國會此時已無異議，也根本未經過討論，僅認可先前由納粹黨所提出之法案。該法案之簽署有四名：領袖兼帝國總理 Hitler、帝國內政部長 Frick、帝國司法部長 Gürtner 及領袖代理人 Heß（Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre）。關於該法案之立法史，參看例如<de.wikipedia.org/wiki/Nürnberger_Gesetze>，瀏覽於 2007/1/27；關於該法案之內容，參看例如<www.documentarchiv.de/da/fs-antijuedische-verordnungen.html>。

¹² 納粹當年推行所謂「最終解決」政策並不表示，納粹領導階層當時才擬定相關政策。據 Richard Rhodes 所分析，「最終解決」於戰爭初期階段已形成，SS 領導 Hermann Heydrich 於 1939 年 10 月在信件中已用過類似的用語，且此時於所侵略之波蘭地區已開始將猶太人集中於臨近鐵路之營區內等等；參看 Richards Rhodes, *Masters of Death: The SS-Einsatzgruppen and the invention of the Holocaust*, Westminster/MD: Knopf, 2003, p. 6.

¹³ 參看 Michael R. Marrus, *The Holocaust at Nuremberg*, p. 17 f., <www1.yadvashem.org/exhibitions/nuremberg/home_nuremberg.html>，瀏覽於 2007/1/27。

¹⁴ 參看例如猶太人[自我]標示之警察命令（Polizeiverordnung über die Kennzeichnung der Juden），01.09.1941，收錄於<www.documentArchiv.de/ns/jdnstern.html>，瀏覽於 2007/1/30。

政命令)表面上又聽起來合理,於是德國立法者於1990年才終於重新放寬該法令所包含之教學限制,相關地方性施行法規於1995年才經由邦立法而在部分德國地區失效¹⁵。

三、納粹於規範層次上之不法

假如我們由現代法治國原則觀察當年納粹之憲改模式(授權法之空白授權)以及其日後之立法運作(以下位階之行政命令修正上位階之法律),則我們很容易得到「此法律體系明顯違背憲法」之結論。假如依現代法治國之意識來重新檢視上述法案,則該法案如同無數其他法案根本經不起違憲審查:上文所提起之授權法,若不管其是否因意思表示受脅迫而無效,若不考慮到當時議會規則臨時修正之程序瑕疵問題¹⁶,則該授權法案在內容上仍未包涵立法者之充分(即具體)授權。因此,依現今之憲法解釋理論,光靠這點,該法案理應被解釋為違憲。關於所謂猶太人必須隨時在自己身上標示出自己之身份,使外界能輕而易舉地對之行使一連串之歧視性及破滅性行為,該命令明顯違背平等原則,同時也違背法律保留原則。依憲法理論,基本權利之限制,必須以法律為之,否則理所當然違背憲法。就全面屠殺猶太人(即所謂「最終解決」)之信函而言,其違背國家之存在意義本身:自英儒 Hobbes 以來,法學者主張國家之任務在於維護其公民,使「人為人之狼」(homo homini lupus)之狀態¹⁷得以克服,但「最終解決」之信函(即極機密公函)恰好相反,其要求部分公民要經由公業化之理性方式而滅絕另一部分公民。可見,

¹⁵ 參看例如不來梅邦之立法例:布來梅邦公共衛生服務法(Gesetz über den Öffentlichen Gesundheitsdienst im Lande Bremen), <www.gesundheitsamt-bremen.de/leitung/pdf/oegd.pdf>, 瀏覽於2007/1/27。

¹⁶ 為了達到應席議員之名額,即為了滿足程序要求,國會之議事規則臨時被修正,即認定議員被逮捕或因怕被逮捕而逃遺之情形,被解釋為因無正當理由而不出席,使若干議員不計入應出席之名額;若議事規則未經過如此之臨時「修正」,則當日之議會根本無法進行表決。

¹⁷ 中文在此情況有時論及「萬人與萬人為敵」之「自然狀態」。

該公函積極地創造 Hobbes 以為僅在未國家化之原始社會中才可能存在之「人為人之狼」狀態，使受該命令之人普遍及任意殺害他人。甚至表面上看起來很單純之麵包店命令之修正令依行政命令之方式而限制具憲法位階之營業自由、教學自由及法律保留原則，所以依現代法治國原則之標準當然違背憲法。

然而，納粹時期之法律是否因違背法律之本質而不具有法律應有之效力，此問題之答案並沒有如此單純。誠如 Foucault 所言，歷史學經常以後人之理解詮釋先前所發生之事情，此導致一種特殊之失真效應。若要免此效應，則應將歷史現象當作一種「過去之遺蹟」(monument du passé)，即應進行理解上之還原，由當時之理解加以掌握歷史現象之特徵和意義。¹⁸

舉例言之，法律保留原則 (Gesetzesvorbehalt) 或法律優先原則 (Gesetzesvorrang) 之概念於 1924 年已被德國行政法學者 Otto Mayer¹⁹ 所提出來，相同之原則亦可由凱爾生 (Kelsen) 於 1929 年所提起之法秩序階層構造 (Stufenbau der Rechtsordnung) 理論²⁰ 而演繹出來。雖然如此，可是由上述規範違背這些憲法原則之事實仍然難以獲取該規範違背憲法之結論。還是應該說：如此之結論當年似乎不可能出現。此種結論之所以不可能出現，其理由主要分為下列三點：(一) 憲政制度於先天設計之不足，(二) 納粹後天對該規範所進行之制度破壞以及 (三) 憲法理論之不足。

就制度設計上之不足而言，威瑪德國缺乏一具有違憲審查權之司法機構；換言之，威瑪憲政體制強調主權在民之思想，即一方面賦予公民行使直接民主之表決權²¹，另一方面在推翻皇帝特權之後終於實現 19 世

¹⁸ 參看 Michel Foucault, *Archéologie du savoir*, Paris: Gallimard 1969, p. 14 f.。

¹⁹ 參看 Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 1, Leipzig: Duncker & Humblodt, 3. Aufl., 1924, S. 68。

²⁰ 此為後人所謂規範層級 (Normenhierarchie) 理論之原貌，參看 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien: Deuticke 1934, S. 73 f.。

²¹ 依威瑪憲 §§ 18, 43 等條，公民直接民主 (公民投票) 之權利僅限於總統之罷免 (§ 43) 及各邦界限之重劃 (§ 18)。

紀長久無法落實之主權在民原則，因而採取議會至上之制度選擇，即賦予國會憲法監督之職權。依此，權力分立架構無法直接限制民意；具體言之：一個缺乏直接民意基礎之憲法機構（即司法）不可能限制一個具有直接民意基礎之憲法機構（即兼具民意基礎及立法權之議會）。由於違憲審查權與主權在民原則間存在（至少潛在）此種根本衝突，所以強調主權在民思想之威瑪憲法也未曾設計此種強而有力之司法權。納粹上台後不斷減少異己之制度保障，所以也當然沒有強化司法在憲法上之權限。綜上所述，授權法案一旦通過，人民如同以往無法經由權力分立之基本架構而要求司法對於違背憲法之行為進行審查（並導致如此之行為停止），但從此以來也無法經由議會至上之基本架構而要求國會行使憲法監督之職權。²²因此，先天之設計不足與後天之制度破壞在結果上拾配，使得違背憲法之規範也好、違背憲法之行為也好，兩者似乎不可能被其他國家權力機構予以糾正。

若當年之德國司法已無專門違憲審查機構存在，那麼普通法院之法官有無可能仿效美國憲政體制而在個案裁判中適用憲法？當年之法官可否以憲法規範為具體個案之裁判規範，且藉此得到現今法治國原則對於相關法規範之違憲評價？答案恐怕同樣是否定的！憲法規範十分抽象，因此不可能直接引用憲法而不需要先前經過法官（或法學）之解釋。因此，此問題之解答不僅屬於制度設置之問題，同時也屬於憲法理論之問題。就此理論問題而言，有不少現今當然被肯定之憲法原則，當年尚未出現或尚未獲得專家學者之正面肯定。舉例言之，如上文所述，於維也納開始其學術生涯之法學者 Kelsen 於威瑪時期發展出關於法秩序階層構造之理論²³；然而，該理論當年尚未獲得廣泛之肯定²⁴。其實，假設其理

²² 當然，在此之前，威瑪議會在實際運作上早已無法行使此職權：如上文所述，於自納粹上台之前，反對民主憲政體制之極左（KPD）及極右（NSDAP）政黨在議會中已合起來站多數席位，所以有效杯葛任何民主立法程序。

²³ 此理論之學術影響到現在都存在，現今之規範層級理論（Theorie der Normenhierarchie）在相當程度延續 Kelsen 原先之理論基礎；參看例如陳顯武、葛祥林，論條件式規範之邏輯特性，國科會委託研究，計畫編號 NSC

論於威瑪時期已廣泛被接受，納粹統治者仍然不大可能接受之，畢竟納粹認為出生為猶太教徒、自 1905 年加入天主教教會之 Kelsen 仍然屬於「猶太人」²⁵，即「自然」成為政敵；自 1930 年任教於德國科隆（Köln）大學之 Kelsen 因而於 1933 年已被逼迫離開其教職，並且逃離德國²⁶。在人文及社會科學領域中，納粹不僅逼迫猶太人退出學術領域，其同時也試著將有關學者所提出之理論創新予以否定。因此，由 1933 年以來，德國不可能有法官或法學者正面肯定 Kelsen（或其他所謂猶太學者）先前所提出來之理論。不僅如此，任何相關理論由納粹上台之後就遭到壓迫及否認；若相關理論無法被否定，就會至少在相關引註去除不受歡迎學者之姓名。基於此，Kelsen 於 1934 年（即納粹上台後）所提出來之理論不可能被納粹統制下之德國法學所接受，所以當時也不可能有可能有法官在具體裁判中主張，當下位階規範與上位階規範發生衝突時，該衝突表示下位階規範違背上位階規範，因而最終很可能也違背憲法。

其次，法律授權理論之思想基礎就是法秩序階層理論：除非下位階規範必須合乎上位階規範，即必須依上位階規範為其規範依據，否則具體授權在憲法理論上根本沒有存在之必要。可是，因為納粹認為領袖應享受無限之創造空間，使其能夠全權處理德意志民族復興之大業，所以當然反對任何拘束其權限之理論。若該理論還與所謂猶太學者有關，那麼該理論被容納之可能性就更低。授權法為空白授權之批評及違憲理由於當時也因此而不可能被當時之立法或司法所接受。當時不可能沒有一

91-2414-H-002-003，頁 5。

²⁴ 參看 Karl Larenz, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, Berlin: Juncker & Dünhaupt, 2. Aufl., 1935, S. 45 f.。

²⁵ 維護血源法 § 1 片面主張「猶太人與具德意志血源……公民間之通婚被禁止。……」，帝國公民法 § 2 II 又主張「……經由帝國公民證之給予而獲取帝國公民權……」。此極為簡短之規範創造一種分化整個德國社會之體制，且使得原本根深蒂固屬於整體社會之德籍猶太人忽然間喪失其公民權，即喪失憲法上之權利保障。

²⁶ Kelsen 後來經由瑞士、捷克斯洛伐克等地逃到美國，並且自 1942 年任教於柏克萊大學；關於 Kelsen 生涯之資料，參看例如 <de.wikipedia.org/wiki/Hans_Kelsen>，瀏覽於 2007/1/31。

個法官能夠以授權法案係空白授權為由而宣告相關命令違憲。因此，依當年之法律系統言之，則難以主張授權法案或任何其他遭到現今法學批評之法案缺乏有效性或時效性。²⁷

有關當年修正法案之記錄另顯現一重大問題：由於部分修正法案完全不指出其所修正之具體條文為何，所以對於現今之法學構成評價上之困難：例如，由帝國政府決議通過、由「領導」（Führer）及帝國總理 Hitler、司法部長 Gürtner 及國防部長 Keitel 於 1939/9/16 所公布之「有關修正一般刑事訴訟程序、軍事刑事審判程序及刑事法典等部分條文之法」（Gesetz zur Änderung von Vorschriften des allgemeinen Strafverfahrens, des Wehrmachtstrafverfahrens und des StGB）一命令在其名稱中就指出，其意旨在於修正刑事訴訟法；事實上，該命令也確實修正之，即一方面擴大軍事審判權；另一方面創設許多新制度，其中有如「非常異議」（außerordentlicher Einspruch）之制度，使得帝國檢察總長（Reichsoberstaatsanwalt）在判決發生效力後一年內可以針對該已確定判決提出異議，即使得相關判決之既判力及確定力消失，但由於相關制度完全缺乏刑事訴訟法中之對應條文，所以聯邦德國有關刑事訴訟法之歷年記載完全忽略此一法案。²⁸其次，部分當年的行政命令表面上尊重刑事訴訟法之條文，甚至明文指出相關條文不受影響²⁹，但相關規定事實上建立起傳統刑事法庭以外之職權，即為納粹之政治司法的法律濫用提供制度上之條件。因此，該時期之修正法案究竟牽涉到那些刑事訴訟

²⁷ 參看楊日然，法理學，台北：三民，2005/10，頁 64 等。

²⁸ 參看例如 Lutz Meyer-Goßner, Strafprozessordnung. Kommentar, München: Beck 2003, S. XXXV f.

²⁹ 參看例如「有關刑事法庭、特別法院之管轄權以及有關其他刑事程序法規定之命令」（Verordnung über die Zuständigkeit der Strafgerichte, die Sondergerichte und sonstige strafverfahrensrechtliche Vorschriften）（1940 年 2 月 21 日）第二十條明文強調，刑事訴訟法第一百二十五條及一百二十八條所指定一審法院法官之權限不受影響，但確為特別法院之法官創設同等職權，即事實上使正軌刑事法庭法官之權限縮小。然而，例如 Meyer-Goßner 完全忽略該命令此方面之修正；參看 Lutz Meyer-Goßner, Strafprozessordnung. Kommentar, München: Beck 2003, S. LII。

法的具體條文，後人經常到現在都還不清楚，部分於 1980 年代末期才局部予以重構。³⁰

四、納粹於實踐層次上之不法

若由納粹之施政實踐看納粹之不法，則所獲得之印象與上述規範層次上之法律體系中之不法十分相符。納粹基於其對猶太人之醜化以及基於歐洲社會長期存在之歧視猶太人之心態，自 1942 年起實施大量屠殺猶太人之政策：納粹統治範圍內原先居住大約 9,600,000 個猶太人，依保守估計，戰後消失者有大約 5,700,000 人，人之所以消失了，其原因大部分不外乎納粹之屠殺行為。在此，納粹慘害猶太人之政策由先前之歧視而導出後續之全面性破壞。相關政策大致上可分為三個不同階段：強制遣民、送至東戰領區（尤其波蘭）之集中營以及全面屠殺。Wisliceny³¹於納粹時期曾任高階行政主管，其直接參與相關政策執行，並且於戰後由戰勝國所舉辦之紐倫堡審判中以證人身份予以具結。依其陳述，Wisliceny 參與第一階段之期間由 1937 年開始，第二階段自 1940 年起維持到 1941

³⁰ 參看尤其 Gerhard Werle 之相關研究；該學者在研究德國刑事實體法之際指出，納粹刑法之所以能夠一方面高度維持其原貌，另一方面被統治者濫用，理由在於司法與警察法之制裁程序的部分脫解，依 Werle 之觀察，1936 年之「祕密警察法」（Gestapo-Gesetz）使得警察完全不受偵查程序之拘束。雖然 Werle 沒有進一步指出，此現象首要屬於程序保障之範疇，因此不應只考慮到刑事實體法與警察法之互動，但由此仍然可以看出來，當年的統治者否定刑事法庭壟斷國家刑罰權。該體制之重組主要仰賴法院組織內之「特別法院」（Sondergericht）及「人民法院」（Volksgerichtshof）以及 Werle 所分析之法院組織外的、由警察自行決定的犯罪防止措施；參看 Gerhard Werle, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, Berlin: Walter de Gruyter 1989, S. 57 ff., 681 ff., 684。另也參看葛祥林，德國刑事訴訟法變遷及其在整體刑法之定位，（部分運用本人所主持之國科會計畫成果，NSC 90-2414-H-002-009），*玄奘法律學報*第三期（2005/6），頁 11。

³¹ Dieter Wisliceny 為 SS 軍官，其在觀鍵性時期成為 Adolf Eichmann（及策化屠殺令實際落實方式者）之屬下，戰勝國於 1946 年之紐倫堡審判僅利用其證詞，但未對之起訴；然而戰勝國引渡 Wisliceny 至捷克，在此，其後來被判死刑，判決執行於 1948 年；參看<de.wikipedia.org/wiki/Wisliceny>，瀏覽於 2007/2/1。

年底，第三階段係 1942 年初至 1944 年底之期間³²。如同當年之立法資料³³所示，納粹依法要求全德國歧視猶太人，並且藉此使猶太人於德國失去其生活空間，自 1933 年初已開始進行³⁴。

由於納粹想要屠殺者為數甚多，所以於 1941/1942 反省以傳統暴行「清除」佔領區猶太居民之政策。自德蘇戰爭起，納粹之「安全組織」（Sicherheitsdienst, SD）組成所謂「任務群」（Einsatzgruppen），並且要求這些小組以屠殺方式「清除」其任務範圍。由於相關人員長期以屠殺為業，所以不僅自己失去任何尊重對方之心態，同時也對於外界觀感失去任何警覺心。為了勉強維護「保安隊伍」（Schutzstaffel, SS）及其他納粹「菁英隊伍」在一般人及德國軍方眼裡之尊嚴，SS 之特別法庭甚至因相關暴行而判 SS 軍官重刑³⁵。SS 之特別法庭聘請了 600 餘名法官，表示 SS 之違紀及犯罪等行為非常普遍³⁶。可是，該判決不可能掩飾上述任務小組之恐怖成績：四個小組以直接人殺人之方式於東歐各殺害了。舉例言之，任務群 B 之「任務小組 9」（Einsatzkommando 9）之六位領導向位於柏林之「帝國安全總局」（Reichssicherheitshauptamt）報告，1941

³² 參看 International Military Tribunal, Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946, Vol. 4, Nuremberg: International Military Tribunal, 1947, pp. 356-357。

³³ 參看「歷史性之(反)猶太法令」(historische (anti-)jüdische Rechtsverordnungen), <www.documentarchiv.de/da/fs-antijuedische-verordnungen.html>, 瀏覽於 2007/1/27。

³⁴ 因 Wisliceny 於 1937 年才開始負責關於猶太人之業務，所以在其具結中將第一階段之起點列為 1937 年；參看 Affidavit of Dieter Wisliceny, <www.ess.uwe.ac.uk/genocide/Wisliceny.htm>, 瀏覽於 2007/2/1。

然而，於 7.4.1933 所立法之「重建職業公務員制度法」(Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums) § 3 I 明定「不具亞利安祖先之公務員應予退休，……」，即已開始依歧視猶太人之意識型態將猶太人由公共領域予以排除。上文已提起之 Kelsen 也是基於此故而被逼迫離開科隆之教職。可見，納粹上台不到 3 個月，就已經開始強制性「促使」猶太人遺民：Kelsen 由此以來未回到德國工作過。

³⁵ 參看「依德意志民族之名於戰線判 SS 軍官 Max T. 殺害 510 名烏克蘭猶太人（男女少）及其他犯罪」(Feldurteil im Namen des deutschen Volkes vom 24. Mai 1943 gegen den Waffen-SS-Angehörigen SS-Untersturmführer Max T. wegen der Erschießung von 510 ukrainischen Juden (Männern, Frauen und Kindern) und anderer Delikte), 部分收錄於 <de.wikipedia.org/wiki/SS-Hauptämter>, 瀏覽於 2007/2/1。

³⁶ 參看 SS und Polizeiberichte, <<http://de.wikipedia.org/wiki/SS-Hauptamt#SS-Hauptamt>>, 瀏覽於 2007/2/1。

年於 5 至 10 月之期間內進行殺害 11,449 人，戰後審判相關罪刑之柏林邦法院³⁷確任其中 6,800 件殺人罪，審判長同時估算實質被害人之人數大概高達 15,000 人³⁸。據任務群自己向柏林所回報之數目，其於 1941 年所殺害之猶太人總計 500,000 人³⁹。納粹之領導階層在此大量屠殺猶太人之際預到了困難：其一部分觀察到行使相關任務之人員在個性上之轉變，其另一部分看到相關罪行之痕跡與罪證難以隱藏⁴⁰。因此，SS 帝國領隊（Reichsführer SS）Himmler 才想以工業化之方式來進行屠殺猶太人之「業務」。可見，納粹歧視猶太人以一種漸進之方式轉變成一種以工業理性之方法大量屠殺受歧視之族群；納粹自己曾經稱之「最終解決」，後人稱此大屠殺為 Holocaust。

雖然猶太人在整個屠殺過程中站相當高之比例，並且在戰後引起西方社會最多之注意，但納粹之不人道事業不僅如此。二次戰爭所造成之直接及間傷亡人數高達大約 50,000,000⁴¹至 60,000,000 人⁴²，其中大體有 40,000,000 人死於歐洲（參看表一）⁴³。如資料所示，猶太人在整體傷亡統計中僅站 20%以下之被害人，且非軍人（不含猶太人）死亡人數有非

³⁷ 參看 AZ 3 PKs 1/62。

³⁸ 參看 Für eine Schachtel Zigaretten, <www.gazette.de/Archiv/Gazette-Maerz2003/Ruprecht01.html>, 瀏覽於 2007/1/27。

³⁹ 參看 <de.wikipedia.org/wiki/Einsatzgruppen#Opferzahlen>, 瀏覽於 2007/2/1。

⁴⁰ 上述 SS 特別法庭之所以判刑 Max T. 之真正理由也大概就在此：其拍照相關屠殺行為，並將有關照片寄給家人，使德國境內之民眾得知，前線後塵中究竟發生些什麼事。

⁴¹ 參看 Der Zweite Weltkrieg, <www.shoa.de/content/section/4/40/>, 瀏覽於 2007/1/31。

⁴² 參看 Zweiter Weltkrieg, <de.wikipedia.org/wiki/2._Weltkrieg#Zivilbevölkerung>, 瀏覽於 2007/2/1。

⁴³ 由於二次大戰長達 6 年，戰後之歐洲又亂，且政治上迅速出現冷戰之互不合作局面，所以「真正」死亡人數迄今無法確認；舉例言之，部分資料指出蘇聯之傷亡人數為 1.360 萬軍人及 600 萬非軍人，其他資料又認定蘇聯之傷亡人數為 860 萬軍人及 1.700 萬非軍人。無論資料相差多少，其共同認定蘇聯之傷亡人數於二次大戰中最大。舉例言之，1942/1943 年蘇聯南部 Stalingrad 之役究竟死了多少人始終不明，但德軍之傷亡人數大約 30 萬人、蘇聯紅軍大概約 50 萬人、該市居民由戰前之 850,000 減少至 1.700 人。比較 <de.wikipedia.org/wiki/Tote_im_Zweiten_Weltkrieg> 與 <de.wikipedia.org/wiki/2._Weltkrieg#Die_Opferzahlen>, 瀏覽於 2007/2/1; 另參看 1943: Germans surrender at Stalingrad, <http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/february/2/newsid_3573000/3573003.stm>, 瀏覽於 2007/1/5。

常多不是直接經由戰爭行為而死，反而是戰爭以外納粹不人道政策之被害人。此被害者之種類非常多，且不同文獻又指出相當不一樣之被害者分類（參看表二）。

表一 二次大戰之傷亡人數

地區	軍人	非軍人 (含空戰與遊擊戰)	猶太人	德國人及德裔人口 (自 1949 年止)
歐洲	19,020,000	13,270,000	5,450,000	1,470,000

資料來源：F. W. Putzger: Historischer Weltatlas, Velhagen & Klasing, 1969；

引自 < de.wikipedia.org/wiki/Tote_im_Zweiten_Weltkrieg >，瀏覽於 2007/2/1。

表二 納粹不人道政策之被害人類型

德國戰後刑事判決所列舉之被害人種類	奧地利有關納粹犯罪研究中所列舉之被害人群	網路開放辭典	集中營之監禁分類
德國警察 德國軍人 外來勞工 精神病患 被囚禁者 自願協助者 希特勒青年 猶太人 戰俘 SA ⁴⁴ 隊員 人民兵 武力反抗者 吉普賽人 市民 不明	猶太人 吉普賽人（羅馬、辛地） 安樂死之被害者 強制勞動者/戰俘 同性戀 政治性被害者 其他被害群眾	受政治破壞者 受種族歧視而被破壞者 （俄國人、賽爾維亞人、猶太人） 辛帝與羅馬 同性戀 所謂「反社會份子」 （Asoziale） 所謂「違害軍隊士氣者」 （Wehrkraftzersetzer） 宗教人士（Geistliche） ... 同性戀者 所謂「反社會份子」 耶和華見證人（Zeugen Jehovas） 政敵	集中營之監禁分類 1. 人類（Mensch） 細分如 1.1. 政治犯 1.2. 聖精研究者 1.3. 犯罪者 1.4. 違背社會秩序者 1.5. 同性戀者 2. 低〔級〕人類 （Untermensch） 細分如 2.1. 斯拉夫人 2.2. 吉普塞人 2.3. 猶太人

資料來源（依續）：< www1.jur.uva.nl/junsv/brd/Opferdeufr.htm >

< www.nachkriegsjustiz.at/ns_verbrechen/weitere/index.php >

< de.wikipedia.org/wiki/2._Weltkrieg#Zivilbevölkerung >

Wolfgang Sofsky, Die Ordnung des Terrors: Das Konzentrationslager⁴⁵

⁴⁴ 衝鋒隊伍（Sturmabteilung，SA）。

五、戰勝國之軍事審判及盟軍監督委員會關於納粹國家不法之措施

(一) 戰勝國之國際軍事審判庭

盟軍武力反抗納粹及其戰友，並於 1945 年春終於獲勝。在戰線前進之際，盟軍寸步發現納粹對於異己之慘酷與不人道。雖然之前已有了零星傳言，納粹於集中營施行殘暴滅絕敵我之政策，但相關政策規模之大以及實際行為殘忍之程度超過了任何人之想像。因此，盟軍面對另一個重要問題：誰要為這些罪行負責？德國戰敗後不可能消失無踪，因此要考慮如何重建該國家？如何防止納粹東山再起？

雖然納粹政權對於異己之破壞大量利用及扭曲刑事程序法的規定，但盟軍在戰爭已打幾年，於 1941 年底至 1942 年秋才漸漸提出審判納粹戰犯及屠殺老百姓等罪行之訴求⁴⁵，並且於 1942/10/7 由 17 國通過將籌組國際戰爭法庭之決議⁴⁷。此原則性之宣示並未立即形成或指出相關法院組織、刑事程序及實體法之法律依據。實際上，盟軍於戰爭末期才終於開始注意到相關具體問題，並且自 1944 年底起集結專家，以期創造將審判納粹領導人物之條件。⁴⁸因此，四個盟軍國於德國已投降（1945/5/8）之後才提出「國際軍事審判庭」（International Military Tribunal, IMT⁴⁹）之有

⁴⁵ Wolfgang Sofsky, *Die Ordnung des Terrors: Das Konzentrationslager*, Frankfurt/Main: Fischer 2002, 引自盧宣合, *Die Verfolgung der Homosexuellen im Dritten Reich. Ursachen und Auswirkungen*, 碩士論文, 輔仁大學, 2004/6, 頁 69。

⁴⁶ 雖然美英於 25.10.1941 已警告納粹，將要審判之，歐洲與納粹敵對之 9 個國家之代表於 13.1.1942 終於正式宣布 St. James 宣言，即聲明將依國際法審判納粹之罪行，當時在戰場較為重要之盟軍國政府後來才加入或接收此宣言之基本構想（贊同者有如中國 9.1.1942、蘇聯 14.10.1942，平行宣示類似內容者有如美國 21.8.1942、英國 8.9.1942）；參看 Robert K. Woetzel, *The Nuremberg Trials in International Law*, London: Stevens; New York: Praeger, 1962, p. 3 f.。

⁴⁷ 參看 Woetzel, p. 4。

⁴⁸ 參看 Matthias Etzel, *Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat 1945-1948*, Tübingen: Mohr 1992, S. 46。

⁴⁹ 當年之資料事後出版，整個資料總計 42 冊：International Military Tribunal, *Trial of*

關規定，並且於 1945/8/8 以「行政合約」(executive agreement) 確認相關規定將成為共同籌組及審判納粹領導之基礎。⁵⁰基於該行政合約，四大戰勝國於同日另行公布「國際軍事審判庭章程」(Charter of the International Military Tribunal at Nuremberg)，即創造該審判之雙重法律依據。⁵¹

依此，歐洲戰場之四大戰勝國於紐倫堡開設軍事審判庭，並且經由一連串之刑事訴訟予以審判所謂「戰犯」(Kriegsverbrecher)。第一個「主要戰犯」(Hauptkriegsverbrecher) 之訴訟由 1945/10/18、1945/11/20 起⁵²，至 1946/10/1 止審判 22 位戰犯。原先所預期之被告人數有 24 個納粹及軍事領導，但其中有一位不具就審能力 (Gustav Krupp von Bohlen und Halbach)、一位起訴前自殺 (Robert Ley)，使被訴人數僅有 22 位。就判決之執行而言；該法院僅執行 20 個判決，其中之死刑以絞刑於 1946/10/16 而執行。判決之宣判及執行在人數上之差異來自兩種不同原因：一位受判決人 (Hermann Göring) 於執刑絞刑之前一日自殺，另有一位受判決人 (Martin Bormann)，雖然始終不在場⁵³，但仍經過審判，且被判死刑。紐倫堡審判另行起訴組織，並控告其為犯罪組織 (即以犯罪為形式上及實質上之總旨)。依此訴訟項目，國際軍事審判庭宣告下列組織之全部或其之一部分為犯罪組織：納粹黨之政治領導協會 (Korps der politischen Leiter der NSDAP)、保安隊伍 (Schutzstaffel, SS)、安全組織

the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946, 42 Vols., Nuremberg: International Military Tribunal, 1947。

⁵⁰ 參看 Woetzel, p. 3。

⁵¹ 關於此點，參看 Kai Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlin: Duncker & Humblot, 2. Aufl., 2004, S. 79。

⁵² 蘇聯原先要求於柏林舉行戰犯之審判，然柏林當時無合適場所。因此，主要戰犯之起訴儀式於 18.10.1945 於柏林舉行，後續之訴訟與未經轟炸之紐倫堡邦法院來進行。參看 Klaus Kastner, *Das Internationale Militärtribunal "Der Nürnberger Prozess"*, <www4.justiz.bayern.de/olgn/imt/imtd.htm>，瀏覽於 2007/1/27。

⁵³ Bormann 於 2.5.1945 在柏林逃亡失敗之際自殺，但由於似乎無直接證人，所以其生死戰後不明，1950 年代，德國法院宣布 Bormann 死亡，但法醫於 1973 年才終於認定該年於柏林所尋獲之遺骨屬於 Bormann，日後之 DNA 分析再度確認此一身份認定之結果；參看 Martin Bormann, <de.wikipedia.org/wiki/Martin_Bormann>，瀏覽於 2007/2/4。

(Sicherheitsdienst, SD)、衝鋒隊伍 (Sturmabteilung, SA)、祕密國家警察 (Geheime Staatspolizei, Gestapo)⁵⁴、帝國政府 (Reichsregierung) 及國防軍總司令部 (Oberkommando Wehrmacht, OKW)。這些組織多數後續被宣告為犯罪組織，使各該組織之成員必須指出其不曾犯罪之事實，否則一律被認定為共同犯罪之共同正犯。唯部分組織因缺乏犯罪組織應有之規模 (帝國政府)、國際軍事審判庭組織條例 (Charter of the International Military Tribunal at Nuremberg, IMTC) § 9⁵⁵所要求之組織章程與組織型態 (國防軍總司令部) 或根本缺乏為犯罪組織之重要性 (SA) 而未成立相關罪名。其他組織，雖然原則上被認定為犯罪組織，但其中有特定部門例外獲得不為犯罪組織之認定 (例如帝國安全總局 (Reichssicherheitshauptamt, RSHA) 第 III、VI、VII 局被認定為當然之犯罪組織，該總局之其他局未經過此原則性之認定，換言之，其他局之成員僅於特定個案中才可能因個人行為而被判刑)，也有部分人員因職業之非重要性 (例如工作於祕密國家警察之打字員、工友等技術性人員) 而獲得除外之待遇，即不需證明自己無罪。⁵⁶

戰勝國將納粹之主要領導人以及將當年之國家及納粹黨等多種不同性質之重要組織予以起訴，並且大部分日後予以判刑，表示其並不贊同戰爭責任僅限於一種抽象之「國家組織」，反而應要看具體行為之行為責任應由誰來負。由此可以看出紐倫保審判之多種特徵：(一) 就個人責任而言，戰勝國延續一次大戰後所建立之戰犯審判實踐，並且如同一次大戰後之戰犯審判積極肯定個人之相關法規範、具體不法行為以及由此具體不法行為所產生之違法性及個人責任⁵⁷。(二) 就集體責任而言，由判決之具體內容來看，在該審判之主體中看不到「國家」，最多只看得到部

⁵⁴ 台灣俗稱「蓋世太保」。

⁵⁵ 參看 Woetzel, p. 275。

⁵⁶ 有關各該組織之犯罪認定與否以及其個別例外，簡易參看 Woetzel, p. 195-199。

⁵⁷ 有關一次大戰戰犯於 Leipzig 之審判，參看例如 James F. Willis, Prologue to Nuremberg, Westport/Con.: Greenwood, 1982, p. 126-147。

分國家組織（如帝國安全總局等），且大部分被起訴之國家組織後來沒有以該當犯罪組織之罪名而被判刑。雖然部分被告主張其行為當時屬合法，且雖然原告部分難以說明，為什麼 1907 年之海牙公約（Hague Convention）約束德方，但其仍未運用例如威瑪憲法 § 4⁵⁸，即沒有允許該法院以納粹領導違背國內法為由而反駁其阻卻違法之主張。由於納粹並未明文廢除威瑪憲法，且由於該條文並未強制性要求德國必須簽署有關條約，國際公法之法規範才可能於德國國內法上發揮拘束力，也沒有指出其相關規範有無限制，所以該規定原本能夠全然排除納粹退出海亞及日內瓦（Geneva）等公約之抗辯。

其次，戰勝國準備紐倫堡審判顯然有所不足，並且受自身意識型態及價值體系之限制。基於此，戰勝國並沒有依照納粹之意識型態指出該意識型態之不人道構造（例如自掌權以來對於猶太人之系統性破壞）⁵⁹，也不知要如何反應納粹對於辛地及羅馬之破壞（紐倫堡之起訴書僅於一處隨手提起「吉普塞人」）⁶⁰，更是無法反應納粹對於男同性戀者之系統性破壞。尤其在男同性戀之案例可以很清楚地看出來，戰勝國如何僅選擇性追訴納粹之不法⁶¹：集中營規章要求一切被監禁者必須於服裝上標示出其被監禁之理由，即依監禁理由之不同類型於上衣及褲管上有彩色圖型，每一種圖型代表一種監禁理由（參看表二）⁶²。因此，納粹被害

⁵⁸ 威瑪憲法 § 4 概括承認「一般所承認之國際公法規範為德國帝國法規範之一部分，其具有國內法上之拘束力」（Die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts gelten als bindende Bestandteile des deutschen Reichsrechts）。

⁵⁹ 其詳，參看 Marrus, p. 1 f.。

⁶⁰ 參看 Marrus, Fn. 20, S. 41.。

⁶¹ 納粹之法醫學對於不法性行為之處罰與處分併列姦殺、戀童及同性戀等人，並且依此敘述方式將同戀納入「危險性犯罪」者所應獲得之待遇內。文獻經由一種非常「價值中立」之態度思考，如何將此類犯人予以「治療」（及去除性器官），使其再社會化有所可能。該文獻同時代表性地表現，（醫學）專家如何在全然接受「立法者」價值選擇之後，如何殘害受歧視之被害人而完全不考慮，自己所持有之或所贊同之價值選擇應有之限制何在；參看例如 H. Fincke, Die ersten 50 Entmannungen gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher im Oberlandesgerichtsbezirk Dresden, DStR 2 (1935), 192 f.。

⁶² 關於此點，參看例如盧宣合，Die Verfolgung der Homosexuellen im Dritten Reich. Ursachen und Auswirkungen，碩士論文，輔仁大學，2004/6，頁 68-69。

人之類型應依此加害者自身所適用之分類方式而進行。可是，由於部分盟軍當年仍將同性之性行為看成犯罪，所以於紐倫堡審判中當然也隻字不提相關破壞、苦難與違背人道之不法行為。紐倫堡審判之起訴書全然忽略之，部分評論紐倫堡審判之文獻也跟著而未正式有關問題⁶³。

紐倫堡審判，雖然有前述缺失，但也有其貢獻：其理解多年之戰爭及大規模犯罪現象為一種結果性犯罪，因此於起訴策略中一貫地強調，納粹具有侵略戰爭之意圖，並且依此依圖調整其所有行為⁶⁴。基於此理解，紐倫堡審判同時指出結構性之犯罪因素（即犯罪組織）及個人之犯罪因素（即領導者在犯罪結構中所扮演之角色及其具體行為）。除此之外，其至少於局部範圍內也指出政策性之犯罪因素（即深入理解當年之命令架構以及政策擬定、傳遞、監督與執行等行為階段）。雖然後者之評價於紐倫堡審判中仍不完整，但原告所提出來之豐富證據資料中經常出現相關問題，使當時之社會依此能夠快速建構相關一初步理解，並且使後續之研究能夠詳細重構相關問題。依此，紐倫堡審判之重要特點在於納粹之屠殺行為被理解為個人和集體等雙重性質之犯罪事件⁶⁵，並且以侵略性戰爭之整體計畫為起訴要旨和訴訟主軸。

（二）紐倫堡之附審

除了主要戰犯之軍事審判以外，戰勝國從一開始籌備紐倫堡審判時，就想要將整個納粹犯罪結構予以揭露，所以另行規劃 12 個所謂「後續訴訟」（Folgeprozess）或附審（參看表三）。四大戰勝國為此一方面於

⁶³ 雖然 Marrus 於其他問題呈現相當高水準，但是否應依集中營之受害者分類而重評價紐倫堡審判之功與過，尤其是否應重新反省紐倫堡所忽視之受害者（例如男同性戀）問題，其僅在「吉普塞人」略有所批評。

⁶⁴ 參看 n.a., Nuremberg proceedings, in: Israel Gutman (ed.), The Encyclopedia of the Holocaust, New York: Macmillan, 1990, 引自 <www1.yadvashem.org/exhibitions/nuremberg/home_nuremberg.html>, 瀏覽於 2007/1/27。

⁶⁵ 尤其美國司法於德國戰敗前已依個人責任為由，將德國戰犯予以判刑（U.S. Rep. 317 (1942)），紐倫堡軍事審判庭依此判決以及依該判決所列舉之其他先例而突破國際刑法是否限於審判國家之層次。

1945/12/20 立了「第 10 號盟軍監督委員會法」(Allied Control Council Law No. 10)，另一方面為此再次籌組相關審判庭。然而，由於西方戰勝國（美、英、法）與蘇聯之關係於 1946 年快速惡化（即在一序列訴訟尚未結束之前形成冷戰之基本局面），所以無法為後續之訴訟設置共同之審判庭。因此，管理紐倫堡區之美國佔領區軍政府頒布第 7 號行政命令；該命令之第 1 條確定軍事審判庭之設置，同命令第 10 條賦予該審判庭之裁判法律上及實質上之拘束力及證明力⁶⁶。每件後續之訴訟以一種具有代表性之結構因素為主體，個別訴訟之被告人數以及判刑之輕重十分不一。此反應納粹恐怕統治之特點之一：納粹利用整體社會來計劃性地、理性地達成自己之政策目標。因為如此，所以納粹採取工業社會之勞動分工概念，且部分依此技巧來掩飾其罪行。例如 IG Farben 企業集團（工業）被控訴提供集中營屠殺猶太人之毒氣；然而，該企業經理辯稱自己全然不知納粹想利用之來殺人。因為沒有任何罪證能夠證明，相關經理對於其所出售產品之用途有所認知，所以相關人員獲得無罪判決。

表三 紐倫堡審判—後續訴訟一覽表

訴訟序號	犯罪之結構性因素	期間	被告人數	死刑判決	無罪判決 免刑判決 (未審)
1	醫療人員	46/12/9-47/8/20	24	7	8
2	軍隊領導下之強制性勞動等	47/1/2-47/4/17	1		
3	司法人員	47/2/17-47/12/14	16		4 (2)
4	SS經濟與行政總局	47/1/13-47/11/3	18	4	3
5	Flick企業集團	47/4/18-47/12/22	6		3
6	IG Farben企業集團	47/8/14-48/7/30	24		10 (1)
7	東南歐軍事將領（人質）	47/7/15-48/2/19	12		2 (1)
8	SS種族與開墾總局	47/7/1-48/3/10	14		1
9	任務群	47/7/15-48/4/10	24	14	(2)
10	Krupp企業集團	47/12/8-48/7/31	12		1
11	外交部（及其他部會）	47/11/4-48/4/14	21		2
12	國防軍總司令部	47/12/30-48/10/29	14		1 (2)

⁶⁶ 參看 Kai Ambos, S. 79 f.。

資料來源：Isreal Gutmann (ed.), The Encyclopedia of the Holocaust, on: www1.yadvashem.org/exhibitions/nuremberg/home_nuremberg.htm ; de.wikipedia.org/wiki/Nürnberger_Prozess#Der_Prozess_gegen_die_Hauptkriegsverbrecher_und_die_Nachfolgeprozesse

納粹，為了強化其不人道政權，並且施行其暴力政策，自上台以來都盡可能利用整體社會之資源。除了傳統工會與部分教會以外，沒有一個社會組織能夠或願意抵制納粹之「一致化」(Gleichschaltung) 政策；換言之，除了極少數之社會組織以外，其他市民社會全然屈服於納粹之黨政領導，使納粹能夠任意利用任何社會資源。紐倫堡附審也就反應此一事實，如表四所示，被告之身份代表政治、軍警、金融與工業、科學與專家等不同權力階層。

表四 紐倫堡審判－後續訴訟之被告身份與階層歸屬

權力階層	被告身份	人數
政治	部長與高階政務官	22
軍警	SS 職員與警察	56
	軍事將領	26
金融與工業	企業家與銀行家	42
專家學者	醫師、司法人員	39
合計		185

資料來源：< de.wikipedia.org/wiki/Nürnberger_Prozess >

雖然戰勝國所受到之破壞相當大，但戰勝國所組成之審判庭並沒有因自己所受到之痛苦而集體地嚴懲加害人。如表五所示，紐倫堡附審之審判庭並未一口咬定被告必然受重罰，也並沒有因被告罪行之踐暴而給他不人道之待遇。當年之起訴書不見得等於絞刑前之必經開幕曲。為數不少之訴訟案件甚至獲得無罪判決或免刑判決；例如第 6 號後續訴訟之 24 共同被告中就有 10 個獲得無罪判決，另有了 1 位 (Max Brüggemann) 因重病而缺乏就審能力，所以僅經過起訴，但未經過審判。整體而言，185 個被告中有了 177 位受判決，其中被判死刑或無期徒刑者僅占受判

決人數之四分之一，被判有期徒刑者剛好超過一半，獲得無罪判決者大約為被告中之五分之一。

表五 紐倫堡審判－後續訴訟之判決

訴訟結果	人數	比例 (%)	
死刑	24	13.6	13.0
無期徒刑	20	11.3	10.8
有期徒刑 (1 年 6 月至 25 年)	98	55.4	53.0
無罪	35	19.8	18.9
小計	177	100	95.7
其他 (因受判決前死亡、無就審能力等)	8		4.3
合計	185		100

資料來源：< de.wikipedia.org/wiki/Nürnberg_Prozess >

此數據顯示，紐倫堡審判及其附審等訴訟之目的並不在於假借司法之名，行報仇之實，其目的反而在於揭發納粹罪刑之原貌及其內在機制，並且審判其中負有責任之決策者及其主要行為人。由於當年幾乎只有德國領導階層，才了解納粹罪行之全貌、其內在之制度邏輯以及其對於猶太人以及其他受歧視之民族和人群之政策後果，所以紐倫堡審判使相關犯罪機制、後多加害人之個人性格於政經結構中之扭曲、被害者之無故等等變得再清楚不過。在教育民眾之功能以及此經由處罰而得以恕罪之效果不限於主要戰犯之審判，由於附審訴訟之被告及其訴訟代表含蓋著整個社會菁英階層，所以更加明顯地展現當時納粹政權在制度運作上之全面性、其具體行為之殘忍以及其對於人權之蔑視。

(三) 盟軍監督委員會及其他戰勝國機構關於納粹國家不法之措施

自德國投降以來，四大戰勝國先接管一切德國政府之任務，並且共同組成盟軍監督委員會 (Allierter Kontrollrat)；後者以及四個佔領區軍政府形成德國戰後之公權力機構，直至 1949 年西三佔領區設置「聯邦共和德國」(Bundesrepublik Deutschland, BRD)、東佔領區設置「德意志民主共和國」(Deutsche Demokratische Republik, DDR) 為止。因此，盟

軍忽然面對一個全新局面：其不再要設法打擊及毀滅納粹之敵對政權，反要重建德國社會，並確保該國家對內以及對外皆尊重人權。主要影響西德（即聯邦德國）重建之美軍在德國戰敗前不久才開始研究，納粹德國之法體系究竟為何能夠顛覆德國社會，使一個原先具法治國精神之社會大量依法制度性地破壞一群一群之被害人。

盟軍為此立用行政立法手段，並且概括廢除一切「典型納粹性法律」（*typisch nationalsozialistische Gesetze*），即例如直接以種族歧視或種族屠殺為立法意旨之法律。然而，很多法律之「納粹主義意涵」並不明顯，其他有諸多法律僅經過部分修正，所以也不可能全盤包涵「典型納粹性思想」。盟軍監督委員會在整理此整體法規範之任務上沒有多大貢獻，唯德國之刑事法典被盟軍所召開之修法委員會逐條予以修正，但任何其於重要法規所作出之修正，無論係允許刑事訴訟法之濫用或係扭曲經濟行政之條文，都沒有被注意。當相關專家學者發覺問題之重要性時，美蘇間之衝突已經惡化，使盟軍監督委員會無法達成修法上之共識⁶⁷。

盟軍之各個軍政府反而將注意力繼續放在行為人及犯罪組織等客體上。為了達到納粹勢力由德國社會徹底被消除之目標，盟軍監督委員會於 1946/1/12（即美蘇間出現對立之前）向德國各地方（政府）下達第 24 號指令（*Anweisung Nr. 24*），要徹底地清理行政及其他單位，使納粹黨員排除在各該機關之外。軍政府第 8 號法律之第 1 號執行命令將此「清理」工作擴大到經濟領域，並且要求德方為此任務籌組「檢察單位」（*Prüfungsstellen*）。可見，盟軍在法律上尚未創造進行紐倫堡附審審判庭之組織依據，已經先前規定整體社會必須投入一種「自身清理」機制。由於初步之結果符合盟軍之期待，所以例如美國佔領區軍政府於 1946/3/5 具體化盟軍監督委員會第 24 號指令，即立所謂「解放法」（*Befreiungsgesetz*）。依該法，任何滿 18 歲之德國人必須填寫表格，並

⁶⁷ 有關此點，參看 Matthias Etzel, *Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat 1945-1948*, Tübingen: Mohr 1992, S. 47, 200.

藉此說明其是否曾屬於納粹黨黨員、特定納粹組織之成員等等。該表格所列出來之組織如下：國防軍、帝國勞動服務隊（Reichsarbeitsdienst，RAD）、死亡組織（Organisation Todt，OT）、Speer 運輸團、納粹領導或軍事將領之功能、經濟或慈善組織之參與、職業與收入、企業控制權、頭銜、職（官）位、職業資格、軍政府就業許可、關於是否屬於責任群之自我評估⁶⁸。可見，相關表格之說明義務遠超過紐倫堡審判中宣布為犯罪組織之範圍，即確實含蓋報告者過去之全部生活。盟軍之政策目標站全國人口非常高之比例：當年居住於西方三區，且曾經參與過納粹黨組織等機構之「嫌疑人」超過 600 萬人而該 600 萬人依原來之構想都要由德國之公共生活（即由國家、經濟等等）被排除⁶⁹。此數目相當於德國當時成年人口之五分之一⁷⁰。

單由此人口比率利來看，德國要全然執行此政策有困難，若那麼多人不能參與正統社會，這些人必然立刻形成另一種次文化。假若如此，該次文化反而更加延續，且純正地延續原本之納粹思想。因此，此種全然排除納粹於社會之外並不構成一個可行政策。不但如此，若真正全然排除該 600 萬人於公共生活之外，則必然排除很多受納粹逼迫之人於公共生活之外，即形成二度受害之人。其次，有很多人在納粹執政之際發現納粹之惡性，但不得已必須繼續保留其黨籍，否則失去職業權等等⁷¹。

⁶⁸ 當年表格之影像複製於 Dokumentations-Archiv für jüdische Kultur und Geschichte Chaim Frank，<www.juedisches-archiv-chfrank.de>，瀏覽於 2007/1/27。

⁶⁹ 參看 Chaim Frank, Entnazifizierung. Über das Gesetz zur Befreiung von Nationalsozialismus und Militarismus, <www.juedisches-archiv-chfrank.de>，瀏覽於 2007/1/27。

⁷⁰ 德國於 16.6.1933 之人口總計大約 6500 萬人；納粹於 17.5.1939 再度進行人口普查時，德國、奧地利及部分捷克之人口大約為 8000 萬人。29. Oktober 1946 於德國（含蘇聯佔領區）所進行之人口普查結果顯現大約 6450 萬人，其中西三區以及柏林之人口有大約 4700 萬人；參看 <de.wikipedia.com>；Die Entstehung des Grundgesetzes，<www.jupol.net>，瀏覽於 2007/2/7。

⁷¹ 例如德國基督教教會多數參與所謂德意志基督徒（Deutsche Christen）之納粹組織（即允許自己被一致化），當牧師於教會中講理不合納粹時，該牧師不得繼續職業。報告人之祖父因此理不僅受祕密國家警察之監控，另於 1939 年夏被逼著由東普魯士教會轉到少數之自由教會。一切缺乏此種非一致化組織之行業當時就沒有此民生上之空間，其必須全面配合納粹政權，要不然就沒飯吃。（納粹集中營門口

諸如此類之理由使盟軍從一開始就不想全然落實最初之政策訴求，反而依法建構納粹主義者之分類，並且依此分類衡量個人應負擔之責任及其在公共場域應背負之限制。盟軍於 1946 年迅速開始進行人口之普查、分類以及處罰。美區解放法⁷²第 4 條將納粹等人總共分為五類⁷³：主要責任者（Hauptschuldige）；責任者（Belastete）（含積極主義者、軍國主義者、獲得利益者（Aktivisten, Militaristen, Nutznießer））；輕微責任者（Minderbelastete）（即所謂「假釋群」（Bewährungsgruppe））；跟隨者（Mitläufer）；免於責任者（Entlastete）。

雖然盟軍開始進行該政策，但是未完成。到 1949 年該政策停止時，西方三軍政府於 6,080 萬黨員之案件中僅辦完大約 2,500 萬案件⁷⁴，表示其所處理之人數僅達到四成左右。在此四成中，西方三區清理納粹之具體結果顯示，參與納粹及軍隊等組織之人口中只有 0.07% 屬於主要責任者，若將主要責任及責任等兩類加起來，則總人數仍然達不到 1%（參看表六）。

表六 盟軍於西方三佔領區之除納粹成果—依解放法之分類

責任分類	人數	比例 (%)
主要責任者	1,700	0.07
責任者	23,000	0.92
輕微責任者	150,400	6.02
跟隨者	1,006,000	40.24
其他（即免於責任者）	1,181,100	47.24
合計	2,500,000	100

資料來源：<<http://www.juedisches-archiv-chfrank.de/zgs/denazificat/adenazi.htm>>

當時也宣掛著：「不勞動者不得食」（Wer arbeitet soll auch nicht essen），即明顯警告集中營外面之人，除非服務於大眾，否則失去自身之生存權！

⁷² 該法之全名為「關於美國區由納粹主義及軍國主義解放之法」（Gesetz zur Befreiung von Nationalsozialismus und Militarismus für die amerikanische Zone）。

⁷³ 雖然其他佔領區之法源與美區一樣為盟軍監督委員會之第 24 號指令，但各該區之法令在文字上有了少許之差別；各區在執行該法之落差更大，尤其蘇聯佔領區之執行為嚴格。

⁷⁴ 參看 <www.juedisches-archiv-chfrank.de/zgs/denazificat/adenazi.htm>，瀏覽於 2007/1/27。

然而，盟軍原先依除納粹化名義所逮捕之人口高達 182,000 人，其中有了 86,000 人於 1947 年底已經又被釋放。受判決者總共有 5025 人，其中判死刑者有 806 件，執行死刑有 486 件⁷⁵。因此，由被處理者眼光來看，清除納粹之處理程序相當不公平，由盟軍之眼光來看，該程序之效率十分低。然而，沒有被監禁以及沒有被認定為重大或中度責任者仍然因為該政策而面臨生活上相當多困難。例如 Karl Larenz 於 1946/11 被指控為具納粹背景，故此必須停止其於 Kiel 大學之授課。雖然審查結果認定其加入納粹黨之後反而沒有宣揚納粹思想⁷⁶，也未將之列入應負責任者之類型，但由於審查會中有人指出，其於 1935 至 1937 年間表達過「納粹思想」(nationalsozialistische Ansichten)，所以當地軍政府建議其停職且退休。因此，其未被逼著要辭職，唯退休手序也沒有順利進行，使 Larenz 自 1946/11 至 1947/5 未收到任何薪水⁷⁷。對於戰爭末期受轟炸而無家可歸（即必須 5 人居住官方安排之 2 間狹小房間中）者，此待遇同樣係一種審判外之處罰。

為了 5,000 餘判決而監禁 182,000 人，此政策之正當性必然要被質疑，若加上被監禁者個人因此而受到的損害，若加上該社會本身已受到了轟炸及大量難民⁷⁸與當地受難者同時爭取一個窮困社會之資源之境況，則不難以理解，多數德國人由原先贊同除納粹化政策之態度轉變成一種反對該政策之態度。戰後德國及西方國家之學者經常認為，此態度之轉變係老納粹之頑固及西方國家與德國保守勢力結盟，使他日之戰敵共同反抗蘇聯等等政策所促成。然而，由上述當年社會事實來看，德國

⁷⁵ 資料來源：Manfred Görtemaker, *Geschichte der Bundesrepublik Deutschland*, Fischer 2004，引自<de.wikipedia.org/wiki/Entnazifizierung>，瀏覽於 2007/1/27。

⁷⁶ 有關 Larenz 於戰爭時期遠離納粹思想之歷史事實（甚至要求行為人有時必須為主觀正義違反客觀正義，即要求個人必須為了正義而違反國家法律）；參看陳顯武，K. Larenz 戰前的法學思想－其法哲學、法學方法論及法律義理學的關聯，頁 6-9，尤其頁 5 註 19。

⁷⁷ 參看 Karl Larenz 寫給 Hermann Glockner 之信件（20.5.1947）。

⁷⁸ 西佔領區當時之 6,500 萬人口中大約有了 9,500 萬人屬於由波蘭所「管理」之德國地區、由蘇聯所「管理」之德國地區、由捷克、由其他東歐及東南歐所逃離或被驅逐者，戰後所謂「被驅逐人口」(Vertriebene)。

老百姓難以理解，盟軍是否真有必要為了 2、3 個將受判決之人而監禁 100 個，且除了這 100 個損害到更多人。因此，德國於 1945 至 1949 年間僅經過一種局部性之除納粹化，使聯邦德國在建國後仍然必須繼續處理相關案件。

其他盟軍和戰勝國亦籌組相關審判機構，並且試圖將納粹之戰犯於該機構予以審判。冷戰時期討論紐倫堡審判之文獻指出歐洲戰區有例如美、英、法、加拿大、荷蘭、挪威、波蘭等國另行設置專門審判機構來制裁當年之戰犯⁷⁹。可是，相關機構實際比該文獻所列舉者多。有不少其他受害之歐洲國家自行設置相關機構，其中有例如屬於東歐之蘇聯和捷克以及屬於西歐之比利時。基於意識型態、蘇聯 Stalin 為人之風格以及蘇聯先前所經歷之殘忍破壞，蘇聯「清掃」法西斯之政策比西方戰勝國嚴格⁸⁰，但其同時利用（部分甚至濫用）審判納粹之名義來清算不服從共產黨領導之人⁸¹。捷克於納粹時期失去其國家而受到無數之侵害與破壞，所以當然也進行審判戰犯等等之任務。可是，因為捷克後來選擇驅逐德裔人口（即捷克超過四分之一之國民），所以大部分放棄對於納粹之法律制裁，否則該政策難以施行。惟部分重大罪犯（例如上文所提之 Wisliceny）仍受法律制裁（紐倫堡審判之證人 Wisliceny 沒有因提供證詞而變成「污點證人」，其於捷克死於絞刑）⁸²。在西方國家而言，例如比利時亦自行審判當年之戰犯，例如紐倫堡附審之受判決人中就有一位因戰犯之罪行而引渡至比利時，並且於該國被判無期徒刑。

⁷⁹ 參看 Woetzel, p. 218。

⁸⁰ 參看 < de.wikipedia.org/wiki/Entnazifizierung >；瀏覽於 2007/1/27。

⁸¹ 參看例如 Walther von Seydlitz-Kurzbach 於 1950 年因所謂戰犯而受之判決；參看 < de.wikipedia.org/wiki/Walther_von_Seydlitz-Kurzbach >；瀏覽於 2007/2/5。

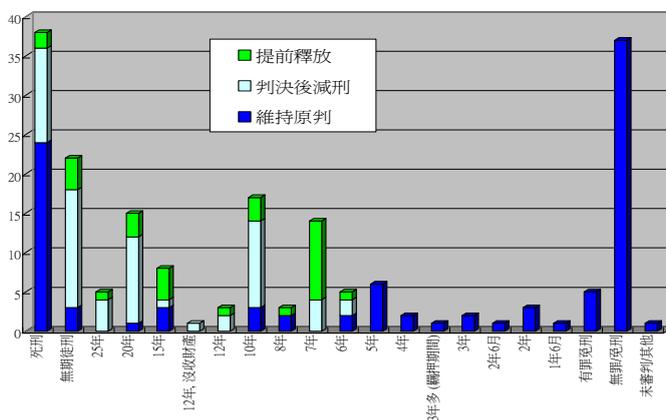
⁸² 關於捷克制裁納粹罪犯之法律與政策，參看 Katerina Kocová, Die Außerordentlichen Volksgerichte ("MLS") in den böhmischen Ländern, Justiz und Erinnerung 10 (2005/5), S. 4 f.。

六、聯邦德國處理納粹屠殺與戰犯等案件

盟軍於 1946/47 年太過於嚴格清除納粹於社會中之勢力團體，但於 1948/49 年已大量「放水」，即在紐倫堡附審判決宣布以後，允許為數不少之非主要戰犯獲得減刑及提前獲釋之待遇（參看圖一）。因此，剛剛新建立之聯邦德國當然又看到西方盟軍態度之轉變，又面臨選民之壓力(如上文所述，一某種角色參與過納粹組織者大約站當年成年人之五分之一，即代表非常多選票)。

此清除納粹勢力及審判戰犯政策之多重衝擊使得聯邦德國社會要求一種政策轉變，在一般老百姓之眼裡，蘇聯所主導之驅逐德裔人民之政策以及盟軍在清除納粹所犯之政策錯誤使居住在碎石中之德國老百姓不得不認為自己亦屬受害者。故此，當年之德國社會發生一種統合作用，非納粹之主流社會願意庇護納粹者，只要該納粹不明顯維持原來歧視種族等意識型態之理念，使主流社會在主觀上認定該納粹之歷史包袱顯得「輕微」。

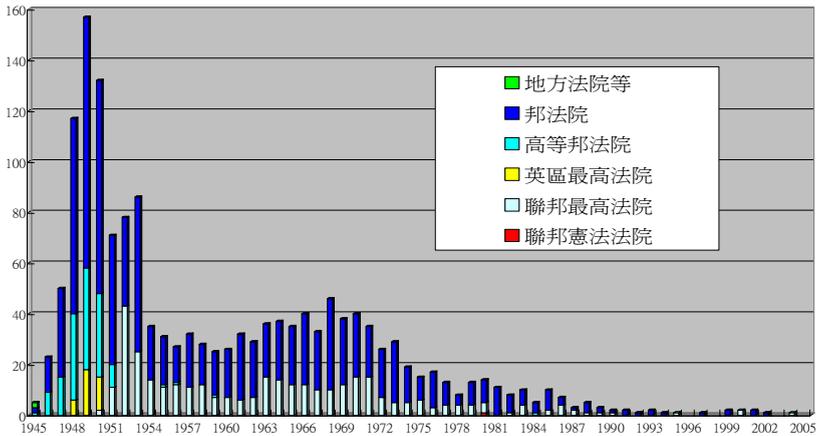
圖一 紐倫堡主要戰犯及附審之判決及執行



資料來源：Robert K. Woetzel, The Nuremberg Trials in International Law, p. 3 ff.

既然西方盟軍懲處納粹之決心早已消失，才剛設立之德國聯邦議會於 1949 年底就立「赦免法」(Straffreiheitsgesetz)，使早於 1949/9/15 所實行之犯罪行為不罰，但以刑罰未超過 6 月者為限。盟軍（美軍）後續於 1951 年對於很多紐倫堡之受刑人進核定減刑（參看圖一），使德國一般社會更以為納粹之犯罪行為不需要再行追究。因此，德國法院自 1945 年原先與盟軍平行所進行之納粹時期刑事犯罪之追訴自 1949 年開始減少（參看圖二），且於 1951 年銳減。德國聯邦議會於 1954/12 立第二赦免法，使更多納粹時期之罪刑不得以刑法予以訴追。此立法事實所對應之社會態度早於 1954 年之判決數量明顯表露⁸³，自 1947 年以來，所有德國法院之相關訴訟案件首次在 40 個判決以下。在此之後，僅強烈要求反省過去之 1968 年社運使司法體系又一次出現超過 40 個判決。

圖二 德國法院審判納粹時期犯罪行為之案件－依法院層級



資料來源：<www1.jur.uva.nl>。

⁸³ 因此，Fein 之主張，以為第二赦免法導致司法更加不予以處理納粹犯罪事件在統計上顯示恰好相反之特質，司法不處理相關案件，所以立法者僅宣示性認可此一般社會之心態；參看 H. Fein, *Vergangenheitspolitik – Die Produktivität der Verdrängung?*, *Rubin 1/100*, <www.ruhr-uni-bochum.de/rubin/>；瀏覽於 2007/2/7。

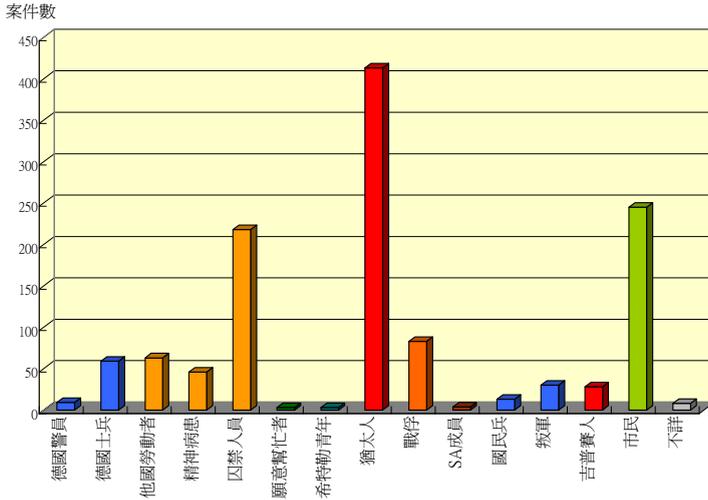
自 1970 年代末期以來，相關判決明顯更加減少，他日之行為人快速死亡，所以當然不可能出現於法院；2002 年邦法院之判決以及 2004 年聯邦最高法院之判決大概成為德國司法處理納粹屠殺及納粹時期犯行之句點。邦法院總共所處理之案件有了 1,028 件，所有法院在此期間所處理之案件有了 1,558 件⁸⁴。其他研究所提供之數據略高一點⁸⁵，Rüter/de Mildt 指出，關於納粹時期之殺人事，德西（即原來西方三佔領區以及由此所產生之聯邦德國）於 1945 至 1997 年間進行過 912 個刑事訴訟，其被告人數為 1,875 人，其中有 14 個被判死刑、150 個被判無期徒刑以及 842 個被判有期徒刑⁸⁶。雖然各研究機構所公布之數據略有差異，但荷蘭研究案所搜獲之判決應已相當具有代表性。這些判決表示（參看圖三），被害人之種類不分民族、職業或年齡，德籍、外國籍、猶太人、德國軍警、老少等都成為該時期之被害人，且其案件都獲得法院之審判。然而，在人數而言，不難發現猶太人明顯最常成為相關案件之受害者，其他經常於相關案件成為受害者之群體依序係各式各樣囚禁人員以及一般市民。牽涉到戰俘、他國（強制）勞動者及德國士兵等被害人之案件已明顯偏少；精神病患、叛變之軍人、所謂吉普塞人及最後戰爭階段所徵招之國民兵之案件數皆在 10 至 50 之間；其他案件，如殺害德國警員、SA 成員等等都僅具個位數。

⁸⁴ 資料來源：<www1.jur.uva.nl>。

⁸⁵ 其原因在於 Amsterdam 大學之研究案（即製成上述圖表之原始資料來源）有部分檔案尚未尋覓，使其所包含之判決數偏低，日後應該還會稍增加。

⁸⁶ 參看 C.F. Rüter, D.W. de Mildt, *Die westdeutschen Strafverfahren wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945-1997. Eine systematische Verfahrensbeschreibung mit Karten und Registern*, Amsterdam: APA Holland University Press, 1998, S. 316 ff.。

圖三 德國法院審判納粹時期犯罪行為之案件－依被害人類型



資料來源：〈www1.jur.uva.nl〉。

前列數據皆牽涉到謀殺（德國刑法第 211 條）之罪名，若考慮到全部與納粹犯行有關之訴訟案件，則案件總數當然明顯較高。德國各邦之司法行政於 Ludwigsburg 共同所設置之偵查納粹罪行之機構⁸⁷，依該機構所公布之資料，聯邦德國各邦檢察署之歷年偵查案件高達 10 萬多件，但僅 6,495 被告受終局判決。其實，依罪名而區別統計資料另有其意義：罪名是否涉及到謀殺之構成要件不僅牽涉到犯罪行為之非價義涵，即統計資料是否狹意針對納粹屠殺事件而設，此同時也反應司法實務之現實與重大問題。依德國法，刑事追訴時效原本不可能超過 20 年。由於戰敗前之訴訟時效停止至德國投降為止（1945/5/8），且由於戰勝國直接行使德國司法權時期之訴訟時效中斷（自 1945/5/8 至 1949/12/31），所以納粹

⁸⁷ Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen，設於 6.11.1958。

屠殺事件之訴訟時效於 1969 年底本來應屆滿。可是，德國社會於 1968/69 年經歷了反右派之社會運動，使立法者重視訴訟時效屆滿之問題，並將殺人罪名之訴訟時效延長至 30 年。其後來於 1979 年將殺人罪名之訴訟時效完全取消⁸⁸，使檢察官永久性地得以起訴納粹之屠殺行為，只要有犯罪行為人還活著，檢察官原則上就可以起訴之。

若比對相關案件之被害者人數（猶太人：413 人）以及例如被納粹所屠殺之猶太人人數（5,700,000），則發現一種超過 1：10,000 之比例。造成此數據上之落差有多種原因：其一當然是盟軍已處理過不少若干大型案件，其二是部分納粹時期之犯罪人員戰後逃離德國或隱姓埋名⁸⁹。但是，相當一部分加害人也是因為德國司法不願意積極地辦案而未成被告。此問題之嚴重性可由 Josef Eichmann 之（非）案來說明：Eichmann 於納粹期間在帝國安全總局上班，且在其辦公桌策劃所謂「最終解決」政策之具體行政措施。戰後，Eichmann 逃離德國而赴阿根廷。德國 Hessen 邦之檢察總長 Fritz Bauer 於 1957 年獲信，指稱 Eichmann 及其家人於阿根廷健在，所以想辦理此萬人殺手之案件。唯該檢察總長不信任德國司法審納粹案件之決心，於是直接通知以色列情治單位，使以國後續以國家之公權力行為將 Eichmann 於南美洲綁架，送至以國，審判之，並且最後將 Eichmann 處以絞刑⁹⁰。

除了上述原因以外，造成刑案中被害人及實際上被害人如此大落差之原因在於刑事司法之程序邏輯本身：當法院認定被告殺死 1 個或殺死 1,000 個被害人時，法院同樣要看到相關證據，並且給被告辯論之機會。因此，刑案中之被害人越多，整個訴訟要打的時間越長，使檢方要挑選

⁸⁸ 參看德國刑法第 78 條第 2 項。

⁸⁹ 關於阿根廷國家機關為納粹所提供之庇護、天主教會為納粹逃亡所提供之資訊及協助等事宜，參看 Uki Goñi, *Odessa: die wahre Geschichte. Fluchthilfe für NS-Kriegsverbrecher*, Theo Bruns, Stefanie Graefe (transl.), Berlin: Assoziation A, 2006.

⁹⁰ 美軍早年已將納粹戰犯逃亡路線稱為「老鼠路徑」(rat line)，關於 Eichmann 沿著此路線之逃亡及後續之逮捕之簡單敘述，參看例如 < www.ila-bonn.de/artikel/ila301/rattenlinie.htm > ; < de.wikipedia.de/wiki/adolf_eichmann > ; 瀏覽於 2007/1/27。

其所起訴之犯罪行為究竟係那個，並且在此斟酌較具代表性之犯罪行為是那一個、較易於證明之犯罪行為是那一個、較嚴重之犯罪行為又是那一個？

聯邦德國之刑事司法逐年形成辦理相關案件之「習慣」性詮釋方法及裁判風格。為了讓台灣讀者瞭解其特點何在，以下簡短地分析其中一個代表性判決（即 Stuttgart 邦法院於 1968/6/11 所作成之終局判決）⁹¹，並且依該判決指出德國司法審判有關納粹屠殺案件之特點。

該判決之推理在結構上區分下列同論點案件事實：

（一）案件事實

被告以領隊之角色維護屠殺猶太人之「瓦斯氣車」（Gaswagen）安全。在此，集中於某處之猶太人被關進卡車後方密閉空間，排氣管被接到卡車後方，使卡車行進時自然而然毒死後方之猶太人。

（二）不法構成要件

該行為該當德國刑法第 211、49 等條幫助謀殺（Mord）之不法構成要件。

因法院主張，殺害猶太人之命令，雖然當年在外觀上具有法律性質，但其不法義涵明顯，且屬被告於良心上所認知，故此不可能獲得法治國上之承認，即缺乏一般法律之效力；為了強化此方面之認定，該邦法院特別引用聯邦最高法院之有關判決⁹²。

因為若干命令違法，故負擔該不法行為之主要責任在發號該命令者，即在納粹之政治及軍事領導層。執行該命令者僅協助該不法行為，但無獨立參與該不法行為之策劃；假如執行者不參與該命令之執行，整體計畫之實現並不受影響。因此，具體行為人，雖然以領隊之身份參與該屠殺計畫，但作僅構成殺人犯之幫助犯。

⁹¹ Urteil des LG Stuttgart vom 11.06.1968 (Ks 21/67).

⁹² 參看 BGHSt. 5, 230 (233)。

（三）有責性

既然行為人對於行為違背任何良心及道德規範等等有所認知，其就難以推卸責任。行為人遵守上級命令之原因不在於害判抗命所引起之後果，其原因反而在於一種習慣性之尊命心態，使行為人不得以緊急危難或類似之理由而阻卻罪責。

（四）追訴時效

依行為當時之法律，惡意殺人之追訴時效為 20 年，但該追訴時效自德國投降才開始（1945/5/8），且自戰爭結束至聯邦德國之司法得以實質運作間停止（1949/5/8 至 1949/12/31），所以本案之追訴時效依「關於刑法中時效期間計算之法」⁹³尚未屆滿。

（五）量刑

雖然行為人以幫助犯之犯罪形態該當惡意殺人之罪名，同時也缺乏阻卻違法及阻卻罪責等理由，但由於盟軍以被告參與 SS 為由而曾經將被告予以監禁（1946-1948），由於其在準備本訴訟亦被羈押 3 個多月，且由於該先前之拘禁與本案直接相關，故此以被告過去之監禁期間折抵本案之刑期。除此之外，被告自戰爭結束以來具良民之記錄，使被告對於現今之社會有其正面貢獻。因此，被告於宣判後不另行監禁。

部分上述論點值得更詳細地談論。關於納粹之法律規範本身違背正義，因而成為一種違法規範一問題，戰後之文獻大部分引用 Radbruch 之理論觀點以及聯邦最高法院在其判決中對於 Radbruch 意見在實務上之採納。Radbruch 主張，納粹依成文法（即依實定之法律）所實現之目的違背最低度正義之訴求，他因此在戰後稱該現象為「法律性之不法」（gesetzliches Unrecht）⁹⁴，並要求行為人在遇到此種不法時必須依「超

⁹³ Gesetz über die Berechnung strafrechtlicher Verjährungsfristen vom 13.4.1965 (BGBl. I 315).

⁹⁴ 關於「惡法亦法」或「惡法非法」之爭，另參看楊日然，法理學，台北：三民，2005/10，頁 39。

法律性之法」(übergesetzliches Recht)，即依一種超成文法規範之正義，為行為依據⁹⁵。Radbruch 在他處直接主張，合乎正義之法必然以具宗教色彩之自然法為基礎⁹⁶。如此之主張同時間接地肯定國際軍事審判庭之論點，即認為裁判納粹屠殺事件不受罪刑法定原則或法律溯及既往禁止等限制⁹⁷，反而直接以國際規範所公認之價值觀（即依一種準宗教、互為主體之正義概念）為裁判依據⁹⁸。盟軍之審判庭於此處明文指出，國際刑事審判屬於國際公法，因此如同一般國際公法也可以利用國際「公認之習慣」(recognized customs)、國際法上之先例及「一般文明民族所共享之刑事司法之一般原則」(general principles of criminal justice common to civilized nations generally)，並且依此為裁判依據。

雖然戰後之德國文獻僅提出 Radbruch 及最高聯邦法院為該建解之依據，但恰好德國（刑）法學界對於相關論點早已十分熟悉。Kelsen 之弟子 Alf Ross 於 1934 年已批評新黑格爾學派，即主張依單一國家之道德習慣等等而建構法規範之正義內容必然屬於一種自欺欺人之心態，若要建構之，則必須以人類共同之道德規範為正義內涵之科學基礎⁹⁹。依此，Ross 直接批評 Julius Binder¹⁰⁰，但字裡行間否定納粹一意孤行之「法的更新」(Rechtserneuerung) 運動之正當性。持有完全不同理論基礎及政治導向之德國法學者自 1939 起也露續主張軍官（或他人）有時必須為了維護正義而違背國家法律¹⁰¹。國防軍之將領自 1942 年起也逐漸表達如此

⁹⁵ 關於此點，參看 Gustav Radbruch, SJZ 1946, S. 105 ff.; 關於此問題之討論，另參看 Arthur Kaufmann, *Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, Aalen: Scientia, 1985, S. 155 ff.。

⁹⁶ 參看 Gustav Radbruch, *Die Erneuerung des Rechts, Die Wandlung 2* (1947), S. 15 f.

⁹⁷ 關於此點，詳看 Kai Ambos, S. 112 f.。

⁹⁸ 直接參看 U.S. vs. von List et al. (紐倫堡附審第 7 號訴訟), *International Military Tribunal*, Vol. 11, p. 1239, 引自 Kai Ambos, s. 115.。

⁹⁹ 參看 Alf Ross, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, Kopenhagen: Levin & Munksgaard; Leipzig: Meiner, 1933, S. 442, 446 f.。

¹⁰⁰ 參看 Alf Ross, 425-428.。

¹⁰¹ 如 Erich Schwinge (1939)或 Karl Larenz (1943); 其詳，參看陳顯武、葛祥林，*法價值論中之超個人主義*，*台大法學論叢*第 32 卷第 2 期(2003/3)，頁 16-17; 陳顯武，*K. Larenz 戰前的法學思想－其法哲學、法學方法論及法律義理學的關聯*，頁 3

之觀點，並且基於此於 1944/7/14 試圖行刺 Hitler。然而，戰勝國當時對於德國法學之理解不足，所以不可能依這些論點批評當權者對於其「違法性法律」之本質必然清楚，德國當年之學者也不太感提起戰敗前之著作，因其絕大多數害怕戰後時對其有成見之人在反納粹之論述之際另找到具「納粹思想」之文字，所以僅論其錯誤，不論其貢獻。

該案另顯示相關罪行之特殊訴訟時效問題：依德國刑法，幫助犯依德國刑法第 27 條第 2 項要依該法第 49 條第 1 項簡輕其刑，使殺人犯所面臨之無期徒刑轉變成 3 年以下之有期徒刑。此刑罰之原則性轉變又導致謀殺之幫助犯獲得非永久性追訴時效之待遇。依德國刑法第 78 條第 3 項第 2 款之規定，10 年以上有期徒刑之訴訟時效為 20 年。因此，若法院採取本案關於幫助犯之解釋，則導致任何依納粹之不法命令實行殺人行為之犯罪嫌疑人於 1969 年底過後不可能被追訴。依此，任何「非自主性」所實行之「幫助」謀殺之行為於 1969/12/31 屆滿。因此，由於上文圖二所含蓋之資料限於殺人案件，所以其曲線於 1970 年代明顯偏低。除非案件於追訴時效屆滿前已經過起訴，但法院尚未結束其審判，否則僅例外案件（即未經過法令之案件，異言之，當年被納粹很可能同樣被視為違記或違法之案件）還可能被起訴，但此種犯罪行為人在納粹之黨政體系外自行決意要殺人之行為在數量上往往沒有納粹以工業化方式殺人之多。

德國（西德）戰後面對自己之過去時，最初似乎無言以對，但很快就開始混淆加害－被害關係之分界：戰前及戰爭時期之加害者與戰爭末期及戰後自己變成被害者。在個人眼裡，前者與後者不見得有了直接關聯性，使不少當年之人不想再提起「過去」。例如上文所提起之 Larenz 就能夠代表此一時代：其從未公開為了自己先前之行為與著作提出辯護。其實，由其未出版之文獻中可以看出來，Larenz 戰後確實有反省過其戰前之法哲學立場（即其政治立足點），甚至在信件中批評先前同樣屬

註 13、頁 5 註 19。

於新黑格爾學派之 Glockner 於戰後沒進步。此表示，Larenz 不為自己提出辯護，應該不是因為他不瞭解自己過去之錯誤，也不是因為他想繼續提倡納粹主義，而恰好是因為他自己瞭解到自己先前之錯誤，但同時也瞭解到，若他反駁相關批評，恐怕就對不起無數受難者。因此，外界某方面感到此人當目標很容易，但 Larenz 卻更不願意談論過去所發生之事情。

這種對於過去所發生之事情始終維持沉默之心態後來讓很多人不舒服：德國社會之行為模式是否真正改變了？過去所發生之集體犯罪、集體破壞人權等事件是否再不可能發生？因此，沒有親自積極參與過戰爭之人於 1968/69 年開始反權威、反既得利益者、反政黨分 等等。此種由根本來質疑既有權力結構之社會運動也不願意變成一種「正式」政治勢力，反而形成所謂「議會外之反對勢力」（außerparlamentarische Opposition）。德國從納粹以來沒經歷過如此強大之社會運動。該運動重要著力點之一，是一般社會在公共輿論中不面對戰敗前所發生之事實；因此，當年之年輕人質疑任何不坦然說清楚自己過去之人為「老納粹」。依該社會運動之風氣，納粹時期不可能有任何正當之處。因此，「納粹」變成德國社會之有效禁忌：只要被該禁忌稍微牽累，整件事情全然就被扭曲及貼上「紐粹的」標籤。若看例如 Michael Stolleis 對於 Larenz 之批評，則發現 Stolleis 所參考之著作都出版於 1934/35 年間，表示納粹尚未立過紐倫堡法案，也尚未開始大量物體地毀滅異己¹⁰²，就可以理解此社會風氣。

此廣泛的社會心態自 1990 年代起又發生變化，在直接參與過納粹屠殺事件之加害人一一死去之際，德國社會面對自身歷史走進間接記憶之階段。在此，原來所建構之禁忌不可能不折不扣地繼續維持。因此有人甚至提問，戰後社會排除納粹記憶至潛意識是否造服當年社會，因為此社會習性使大量之專家知識能夠蝸入戰後社會，同時，對於過去錯誤經驗最

¹⁰² 參看 Michael Stolleis, *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgechichte im Nationalsozialismus*, Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1994.

清楚之當事人能夠在沒有被質疑之空間中改變自己，使其日後不再犯同樣的錯誤，同時藉此個人作事性格之改變也避免社會重新犯同樣錯誤¹⁰³。

七、結語－對處理台灣史之提示

若今天反省德國納粹屠殺事件在法律上的處理，並且由此觀照台灣二二八事件，可以有多方面的反思。然而，在此之前，或者應先強調這兩起事件在運作時間上的差異：納粹屠殺事件，經過長達 6 至 8 年的籌備，納粹在這段期間，建立了一套非常完整的殺人制度：由養線民、警察執行一致化，到集中營的建立與管理等等經驗累積，自承辦、執行、監督等各類人員之集體歧視文化經過物體破壞之習慣至無情之生理毀滅，無一不是直接促進納粹於 1941/42 至 1944 年間所進行之工業化屠殺，並使該政策在外在行為之客觀條件以及在當事人內在之主觀條件成為可能。台灣社會從日本投降後到二二八事件發生時只經過短短 1 年多的時間，當時之「國民政府」恐怕根本還沒有真正理解台灣人與當年「大陸同胞」之間在歷史上、習慣上、個性上的種種差異，更沒有感覺得到，這些差異應該要被尊重。因為當時執政者沒有瞭解自己所治理者究竟為何，所以也不可能長遠規劃其對於特定團體、人群或個人要如何系統性地、制度性地行使先隔離、後毀滅之政策¹⁰⁴。因此，二二八事件中恐怕存在著非常多臨時性、突發性、且戰且走、甚至誤打誤撞之「馬虎」因素。這方面二二八事件與後續所發生之白色恐怖時期政治案件大不相同。單就兩種歷史傷痕在侵害行為之特徵就截然不同：二二八事件之加害行為大部分直接由武裝單位引發，因此究竟誰什麼時候死在那裡到現

¹⁰³ 質疑此觀點者，參看例如 H. Fein, *Vergangenheitspolitik – Die Produktivität der Verdrängung?*

¹⁰⁴ 因此，二二八事件與白色恐怖時期之高壓政策顯示重大差別，無論係歷史條件、政策擬定與施行，兩者各方不太一樣。

在都成謎。白色恐怖時期政治案件反而經過情治及司法等單位，即成為一種於法有據之破壞行為態樣。

因此，若要在眾多納粹屠殺事件中找到類似於二二八事件之案件類型，則最可能考慮到的大概是前線後進行「清理」所侵佔地區潛在反對勢力的「任務群」。任務群獲得納粹高層若干命令，所以瞭解到要「除掉」(liquidieren)一切可能危及到自己統治訴求之人¹⁰⁵。依當時之用語，「除掉」意即「直接謀殺、大量地謀殺」。納粹對於此類屠殺行為採行一種非常極端地雙重標準：在沒有引起外界大量注意、沒有留下直接證據的前提下，納粹認定此命令之達成合乎其利益，因此給予鼓勵；可是，屠殺行為一旦沒有維持其隱密性，為此（消息走漏）該負責之政策執行者就會被納粹清算¹⁰⁶。

依上述德國戰後之司法裁判上所採取之解釋，大約可以描述如下：直接經由軍隊在非戰區以及在無戰爭上必要之前提之而屠殺老百姓，係一種屠殺行為。該屠殺行為之責任分為兩種，其一為規劃及（違法）命令該犯罪行為之責任，其二為依（非法）命令而執行該屠殺行為之責任。前者構成德國刑法第 211 條殺人（謀殺）罪，後者僅構成德國刑法第 211、27 II、49 I 等規定之殺人罪之幫助犯。

德國刑法以及台灣於二二八期間所施行之中華民國刑法（以下簡稱台灣刑法）兩者之構成要件幾乎一樣。可是，依上級命令之行為何時構成犯罪，在德國與台灣有相當大的差別：依德國審判納粹屠殺行為之判決，行為人明知該命令係一所謂「合法」命令，即該命令合乎法律所規定之程序及實質要件，該行為人依此命令所實行之構成要件該當行為仍

¹⁰⁵ Ohlendorf(任務群 D 之領導)於紐倫堡審判中直接承認，其所獲得之命令就是「除掉」任務範圍中之一切猶太人及蘇聯之政治委員(Soviet political commissars)；參看 Marrus, p. 16。

¹⁰⁶ 參看上文所引 SS 特別法庭之判決，(Feldurteil im Namen des deutschen Volkes vom 24. Mai 1943 gegen den Waffen-SS-Angehörigen SS-Untersturmführer Max T. wegen der Erschießung von 510 ukrainischen Juden (Männern, Frauen und Kindern) und anderer Delikte)。

然可能犯罪。假使行為人瞭解該命令之殘忍、不人道性質，則行為人不可能單純主張：其「依命令而行使」，所以不必為該行為負刑法上之殺人犯或殺人幫助犯之責任。台灣刑法第 21 條「依所屬上級公務員命令之職務上行為，不罰。但明知命令違法者，不在此限。」過去之解釋不一樣。例如早在韓忠謨之刑法原理一書中已提起，該條但書對於依命令行為之不罰限制，即該條對於依命令行為除罪化之限制，其用意在避免「下級公務員易於假借上級公務員職務上之命令，遂行犯罪」¹⁰⁷。可見，韓忠謨在此根本沒有思考過，上級所發號之命令本身有無可能違法，所以也沒想過，下級公務員是否基於此規定而可直接獲得一種「抗（違法）命令（令）義務」，以免未來遭到刑事處罰。較新的教科書到現在也未真正討論此方面之問題，黃榮堅提到台灣刑法第 21 條第 1 項與公務員服務法第 2 條之潛在矛盾¹⁰⁸，使公務員在遇到違法命令時即遇到兩難，即公務員必須選擇，要依違法命令而犯罪，使其將來或許遭到刑事處罰，還是要違背行政法，使其立即遭到違紀等處分。然而，違法命令之有效性是否違背依法行政之基本原則，該命令是否因此而根本缺乏行政法上（對外以及對內）之效力，所以當然也缺乏拘束力¹⁰⁹，黃榮堅似乎沒有考慮到。

無論二二八時期之軍隊，還是當年之情治及警察等單位，不僅是行使公權力，所以應該符合刑法上之公務員概念，至少軍隊同時也具備軍人身份，所以其不法行為不僅要依照台灣刑法予以判斷，同時也要依照於 1929/9/25 所公布施行、於 1937/7/2 所修正之陸、海、空軍刑法（以下簡稱軍刑法）予以判斷。該法第 15 條原則上肯定刑法總則之規定，即認定其「與本法不相抵觸者，適用之」。首先應注意，當年之立法者黨國不分，軍刑法第 16 條明文規定「背叛黨國聚眾暴動者，……首魁死

¹⁰⁷ 韓忠謨，刑法原理，台北：自刊，1955，頁 168。

¹⁰⁸ 黃榮堅，基礎刑法學（上），台北：元照，二版，2004，頁 165。

¹⁰⁹ 既然憲法上之法治國原則自然而然導出依法行政之訴求，上級對下級之命令權當然也要合乎此一形式上及實質上都存在之合法性要求。因此，公務員服務法第 2 條之例外不服從，當然受其憲法及行政法上之保障。

刑……」。依現今之理解，該規定顯然要支持一黨獨大之政治局面，所以往年當然也可以當作懲處共產黨之法律依據。

軍刑法第 16 條所顯露之問題不僅如此，除了二二八當時依法不分黨國以外，其也在規範一不法構成要件：當軍人背叛黨國時，就要面臨嚴厲制裁：「一、首魁死刑。二、與謀背叛或為群眾之指揮者，死刑或無期徒刑。三、為逆黨宣傳陰謀煽惑民眾者，三年以上十年以下有期徒刑。四、附從者，依前款處斷」。依此，純粹「逆黨宣傳」就已經足以讓國軍被判 3 年以上有期徒刑。

軍刑法之抗命罪雖不那麼明顯，但在當時黨國不分的局勢下，處理方式應大同小異。萬一軍人當時違抗長官命令，其依軍刑法第 64 條「一、敵前，處死刑。二、軍中或戒嚴地域，無期徒刑或十年以上有期徒刑。……」表示台灣省一宣布戒嚴令，軍人抗命時，依情節之輕重就要判死刑或十年以上有期徒刑。唯黨必須透過軍事命令系統，才可能引發相關作用。依軍刑法第 2 條各款關於軍刑法適用範圍擴充之規定，非軍人不適用之。此一方面表示，上述違背軍令之處罰的嚴厲程度與納粹統治下德國國防軍之相關規定不相上下。二方面可以由此得知，除非參看其他特別法（如戒嚴令等等），否則當時之軍人不必聽命於文人，文人也不必聽命於軍人。此三方面表現，盟軍在納粹之命令責任體制所觀察之特徵於台灣過去之時空背景重新展現於眼前：黨政軍具有一共同之領導核心而該領導核心內在無權力分立之機制。雖然此權力分立之機制於領導核心消失了，但其面對整體社會時，仍有必要依據黨政軍等個別服從機制而實現該核心之政策。

雖然當年之軍刑法對於軍人抗命之案件加以嚴懲，但執行違法令是否構成犯罪之問題仍然不因此而消失。既然軍刑法第 15 條規定：刑法總則之規定原則上適用於軍刑法本身，且軍刑法第 64 條也沒有明文排除由軍令可能所引發之刑事責任，所以當然要將台灣刑法第 21 條之規定也適用於軍人上級給下級之命令。當然，若當年下級軍人依此為由而向長

官表達拒絕執行亂殺無辜的命令，則如此抗辯上級命令之態度，恐怕將導致該下級軍人依「敵前」抗命而被處死。德國戰後之刑事司法也曾承認此「命令危難」(Befehlsnotstand)，且依此理由免除或減輕受命令者之罪責。當法院這麼做，其等於先前認定被起訴之不法行為原則上係一種犯罪現象，但基於合法行為不可能被期待之事實而放棄對於個別行為人之處罰。然而，在大部分案情，行為人根本沒有顯現此種內心掙扎而直接依命令行使其屠殺行為。如上文所引用之 Stuttgart 邦法院之判決所示，在行為人缺乏此種內心掙扎之情況下，上級之違法命令並沒有導致相關犯行被合法化（台灣刑法第 21 條之原意），也不導致其得以阻卻罪責（如命令危難），僅使該屠殺事件之行為主體缺乏該犯罪行為在主觀層次上之主控權，即否定行為人具有一自主之犯罪故意。法院如此之見解應該與當時之現實以及行為人（受判決人）之個人認知相符，使判決在公眾眼裡得到其正當性¹¹⁰。因此，執行納粹屠殺命令之行為人在正犯與從犯之認定上，大部分僅被列為幫助犯而沒有被認定為共同正犯¹¹¹。

因此，上級命令究竟是否構成違法命令，此問題成為整個二二八事件刑事責任歸屬之關鍵。要回答此問題，可以有兩個完全不同途徑：¹¹²其

¹¹⁰ 如若不然，受判決人一定不會在受一審判決之後就放棄其法律救濟，且使邦高等法院依審判上訴案件時就難以維持原判。

¹¹¹ 基於此理，德國刑法學界迄今不可能以行為人是否直接實現不法客觀構成要件之標準而認定行為人是否共同正犯，反而絕大多數學者仍然贊同支配行為理論，即以行為人是否能夠支配該行為而認定其是否共同正犯（即同時認定其是否一應為該犯罪事件負全責之正犯），還是行為人在支配能力之缺乏之下、同時又未實現客觀構成要件，所以僅構成幫助犯（即得以減輕其刑之從犯）。由此觀點來看，台灣部分相關學說值得再反省。由於德國刑法僅在謀殺設置一無限期之追訴時效，但在幫助犯設 30 年之追訴時效之期限，所以從 1969 年起重新定義所謂「幫助犯」之定義，使此概念緊縮。因此，如上述判決在此之後直接認定被告所實現之罪名係「謀殺」。換言之，在維持所謂「書桌上之行為人」(Schreibtischtäter) 為正犯之前提下，僅具有限自主決定權之第一現場之行為人同樣被認定為「謀殺」之共同正犯。此概念轉變同時反應直接戰敗後一般人對於自己之能力及責任的主觀認同以及 1960 年代末期以來德國社會對於「長輩」責任之不同看法和正義觀。

¹¹² 德國社會在處理納粹時期之國家不法從未提起「轉型正義」(transitional justice) 之概念，因其始終強調，納粹所違背之正義恆久存在，恰好因為該正義之本質未變，所以後人才可能指出當年之不法，所以也才可能責怪當事之行為人不應該這麼作，使當時之犯罪行為有責任歸屬及處罰之可能性。假如正義本身發生其轉變，則當時之行為依當時之標準就不可能為犯罪，既然如此，也不可能以事後所立起

一完全採取當年之實定法為判斷依據，其二採取德國司法在克服歷史陰影、克服過去之社會因應過程中所採取之法律論理方式，即區分法與法律。

第一種方式在一定程度內難以回答。當一個從來沒有在台灣生活過的蔣介石在大陸聽到陳儀或他人的回報，聽說台灣有動亂，他是否真正瞭解當地到底發生了什麼事？當他依照內戰之日常生活經驗認定，既然台灣社會發生動亂，就應該依照慣例動用軍隊來平息此不安的局面，他的命令有多具體？他是否有法律上之義務，且有客觀上之能力來正確地判斷當地趨勢如何？反過來，當台灣當地之菁英想在民眾與軍隊之間協調，且因為其協調之努力而日後變成軍隊之獵殺目標，不管當時發號施令之人是否形式上有發布該命令之權，該命令之實質內容已全然喪失任何合法性。然而，最高命令權與下達具體屠殺行為之命令間之距離甚遠，在刑法上究竟是誰應負擬定及貫徹該政策之責任，恐怕日後還值得進一步來研究。當年蔣介石及其領導班之權力運作：國民黨在軍閥與威權兩極端之間到底如何擬定其政策？蔣介石來台之前對於中國政壇之控制到底有多好？大陸到現在無法消除之「諸侯」以及一般老百姓傳統上之「天高皇帝遠」和今日之「上有政策，下有對策」等生活經驗於內戰期間造成了什麼樣的執政限制。此情況在蔣介石、陳儀和台灣當時軍警以及情治單位首長間形成了一個什麼樣的互動局面？各單位首長自行能夠負責的、應該負責的、願意負責的範圍究竟有多大？是陳儀利用蔣介石來提供鎮壓民眾之「工具」？還是蔣介石利用陳儀來壓老百姓？還是兩者是犯罪共同體，雙方合議行使不法暴行？除非這些問題得到清楚地答案，否則違法命令在黨政軍各層間之責任歸屬難以有所定論。

若採取第二種方式，即區分法與法律，並且認定形式上合法之命令實質上違法，因其違背基本的正義理念，在二二八事件並不無可能。誠如上文所述，假如法令（即成文法及具體命令）違背基本之人道精神和正義理念時，則任何行為人應該能夠瞭解此措施之殘忍性質。中華民國

來之標準被認定為犯罪。

在參與東京審判時也背書過：「反人道罪：……殺人、滅絕民族、使人為奴隸、強制性遷移民族以及其他不人道之行為……不管其是否違背行為人或行為地之國內法」等行為「應由個人予以負責」¹¹³。中華民國簽署此章程之時間剛好在二二八發生之前一年，表示當時之國家領導認同，當犯罪所侵害之價值超過一定程度，該犯罪行為不必然適用罪刑法定原則。換言之，罪刑法定原則之立法目的在於保護老百姓，以免國家任意行使公權力而依此濫權行為來破壞個人¹¹⁴。反過來說，當國家以權力之濫用來破壞個人時，該濫權行為不應該以罪刑法定原則為無責無罰之保障。若這樣理解罪刑法定原則，也就可以瞭解為何國家以及行使國家行為之個人在濫用公權力時就不能－或至少不應該能－依此原則為由而逃避刑法上之責任¹¹⁵。由此同時可以理解，德國也好，台灣也好，嚴格來講長期以來始終未好好地面對「轉型正義」(transitional justice) 問題¹¹⁶，即未處理戰後政治事件。台灣在對待二二八事件和白色恐怖時期政治案件方面應堅持之正義概念始終一致¹¹⁷！因為此正義概念一致（並且恆久

¹¹³ 參看 Statute of the International Military Tribunal for the Far East (1946) § 5.

¹¹⁴ 由罪刑法定原則之立法史觀之，可以非常清楚地看到此一立法目的：當北德聯盟於 1860 年代想立法刑法典時，少收屬於該聯盟之國家尚未具備成文刑法。其理由在於當地純樸，老百姓都清楚何為、何不為，故此無制定刑法之必要。換言之，罪刑法定原則之目的在於保障公民，以免有人不知不覺被指控，使其在無法預期之狀況下遭到刑事審判。

¹¹⁵ 國際刑法於二次戰後也瞭解到相關困難，且瞭到有時必須依超國家之法規範維護特定國家之公民受自己政府之暴行和虐待，所以於日內瓦公約明文制定內戰時適用部分一般戰犯之罪名。雖然國際社會於 1960/70 年代經常批評該規定，但該批評大部分代表一些有暴行之虞的政府。自 1990 年代起，南斯拉夫及魯安達等內國衝突嚴重到外界不感再視而不見，所以一方面以武力干涉內國衝突，二戶面於衝突解決之際組成特設國際刑事法庭。個該法院也已肯定個人濫殺無辜之刑事責任。換言之，國際社會於 1940 年代末期廣泛認定，國家必須對外以及對內保障老百姓之生命安全，國家一旦嚴重違背此任務，則國家以及行使該國家公權力之犯罪行為人皆必須為了不人道等罪行負刑事責任。雖然過去有一段時間，相關原則不容易予以貫徹，但近十餘年，國際社會已開始依強制力量（武力及司法）來制裁相關犯罪。參看例如 Steven R. Ratner, Jason S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford: Clarendon, 1997, p. 91-101。

¹¹⁶ 假如正義本身發生其轉變，則當時之行為依當時之標準就不可能為犯罪；既然如此，當時之行為也不可能（至少不應該）以事後所立起來之標準被認定為犯罪。

¹¹⁷ 中華民國之「戰爭罪犯審判條例」(15.10.1946，於 19.5.1978 業已廢除) 原本未特

存在)，所以後人才可能指出當年之不法，所以也才可能有後人可以責怪當時之行為人不應該這麼做，使當時之犯罪行為有責任歸屬之可能，而且有處罰之可能。

別說明其所規範之「戰爭」究竟係國際性之戰爭，還是也包括內戰，但由其所適用之時間範圍可以明顯看出來，該法係針對中日戰爭而設。當年立法者於第 2 條也明顯將行為主體限於「外國軍人或非軍人」，表示其心目中之戰犯首要係「外國人」，且於同條第 2 款也明文規定「違反戰爭……慣例，直接或間接實施暴行者」亦含蓋於該法之處罰範圍內。該法第 4 條第 1 項實質上排除溯及既往禁止，使戰後才立法通過之法可以適用於戰爭時期以及甚至適用於戰爭時期前所發生之犯罪行為；同條第 2 條也排除另一傳統刑法之基本原則，即明文排除「刑法第八十條關於追訴權時效之規定」之適用。該法於第 3 條所列舉之具體犯罪行為一定足以涵蓋一切於二二八事件所發生之罪行！因此，若當年之執政者後來自己不遵守自己所立起來的軍事行為規範，該執政者不可能主張這些行為本來是可以作的、是合法的。

當年之執政者後來也間接地表示，自己明白自身所背負之罪名，所以在立法「殘害人群條例」(22.5.1953)時採取一種難以包括族群衝突之人群定義(所謂人群僅包含民族、種族及宗教團體)。前兩個法律之詳細規定，參看<lis.ly.gov.tw/lgcci/lglaw>。

參考書目

- 陳顯武，*德國納粹執政時期之刑事政策與刑事立法措施對戰後德國刑事立法方面之影響*，成果報告，國科會委託研究，計畫編號：NSC 84-2421-H002-035。
- 陳顯武，*K. Larenz 戰前的法學思想—其法哲學、法學方法論及法律義理學的關聯*，成果報告，國科會委託研究，計畫編號：NSC 87-2414-H-002-026
- 陳顯武、葛祥林，*論條件式規範之邏輯特性*，國科會委託研究，計畫編號 NSC 91-2414-H-002-003。
- 陳顯武、葛祥林，*法價值論中之超個人主義*，*台大法學論叢*第32卷第2期(2003/3)，頁1-26。
- 葛祥林，*德國刑事訴訟法變遷及其在整體刑法之定位*，*玄奘法律學報*第三期(2005/6)，頁1-52。
- 葛祥林，*法安定性與社政變遷之調和—德國刑事法規百餘年的立法政策—*，成果報告，國科會委託研究，計畫編號：NSC 90-2414-H-002-009。
- 盧宣合，*Die Verfolgung der Homosexuellen im Dritten Reich. Ursachen und Auswirkungen*，碩士論文，輔仁大學，2004/6。
- 楊日然，*法理學*，台北：三民，2005/10。
- 韓忠謨，*刑法原理*，台北：自刊，1955。
- 黃榮堅，*基礎刑法學(上)*，台北：元照，二版，2004。
- Kai Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlin: Duncker & Humblot, 2. Aufl., 2004.
- Matthias Etzel, *Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat 1945-1948*, Tübingen: Mohr 1992.

- H. Fein, Vergangenheitspolitik – Die Produktivität der Verdrängung?, *Rubin 1/100*, <www.ruhr-uni-bochum.de/rubin/> ; 瀏覽於 2007/2/7 。
- H. Fincke, Die ersten 50 Entmannungen gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher im Oberlandesgerichtsbezirk Dresden, *DStR 2 (1935)*, S. 186-197.
- Michel Foucault, *Archéologie du savoir*, Paris: Gallimard 1969.
- Chaim Frank, *Entnazifizierung. Über das Gesetz zur Befreiung von Nationalsozialismus und Militarismus*, <www.juedisches-archiv-chfrank.de> , 瀏覽於 2007/1/27 。
- Uki Goñi, *Odessa: die wahre Geschichte. Fluchthilfe für NS-Kriegsverbrecher*, Theo Bruns, Stefanie Graefe (transl.), Berlin: Assoziation A, 2006.
- Manfred Görtemaker, *Geschichte der Bundesrepublik Deutschland*, Fischer 2004.
- Israel Gutman (ed.), *The Encyclopedia of the Holocaust*, New York: Macmillan, 1990.
- International Military Tribunal, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946*, 42 Vols., Nuremberg: International Military Tribunal, 1947 。
- Klaus Kastner, *Das Internationale Militärtribunal “Der Nürnberger Prozess”*, <www4.justiz.bayern.de/olgn/imt/imtd.htm> , 瀏覽於 2007/1/27.
- Arthur Kaufmann, *Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, Aalen: Scientia, (orig. Mainz 1949), 1985.
- Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien: Deuticke 1934.
- Katerina Kocová, Die Außerordentlichen Volksgerichte (“MLS”) in den böhmischen Ländern, *Justiz und Erinnerung 10 (2005/5)*, S. 1-11.

- Karl Larenz, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, Berlin: Juncker & Dünnhaupt, 2. Aufl., 1935.
- Karl Larenz, Brief an Hermann Glockner, 1947/5/20.
- Michael R. Marrus, *The Holocaust at Nuremberg*, <www1.yadvashem.org/exhibitions/nuremberg/home_nuremberg.html> · 瀏覽於 2007/1/27.
- Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 1, Leipzig: Duncker & Humblodt, 3. Aufl., 1924.
- Lutz Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung*. Kommentar, München: Beck 2003.
- Gustav Radbruch, *SJZ 1946*, S. 105 ff.
- Gustav Radbruch, Die Erneuerung des Rechts, *Die Wandlung 2 (1947)*, S. 8-16.
- Steven R. Ratner, Jason S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford: Clarendon, 1997, p. 91-101.
- Richards Rhodes, *Masters of Death: The SS-Einsatzgruppen and the invention of the Holocaust*, Westminster/MD: Knopf, 2003.
- Alf Ross, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, Kopenhagen: Levin & Munksgaard; Leipzig: Meiner, 1933.
- C.F. Rüter, D.W. de Mildt, *Die westdeutschen Strafverfahren wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945-1997. Eine systematische Verfahrensbeschreibung mit Karten und Registern*, Amsterdam: APA Holland University Press, 1998.
- Wolfgang Sofsky, *Die Ordnung des Terrors: Das Konzentrationslager*, Frankfurt/Main: Fischer 2002.
- Michael Stolleis, *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgechichte im Nationalsozialismus*, Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1994.

Hans-Ulrich Thamer, *Die nationalsozialistische Massenbewegung in der Staats- und Wirtschaftskrise*, bpb, <www.bpb.de/publikationen> , 瀏覽於 2007/1/25.

Hans-Ulrich Thamer, *Beginn der nationalsozialistischen Herrschaft*, bpb, <www.bpb.de/themen> , 瀏覽於 2007/1/25.

Gerhard Werle, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, Berlin: Walter de Gruyter 1989.

James F. Willis, *Prologue to Nuremberg*, Westport/Con.: Greenwood, 1982.

Robert K. Woetzel, *The Nuremberg Trials in International Law*, London: Stevens; New York: Praeger, 1962.

Affidavit of Dieter Wisliceny , <www.ess.uwe.ac.uk/genocide/Wisliceny.htm> , 瀏覽於 2007/2/1.

AZ 3 PKs 1/62

Feldurteil im Namen des deutschen Volkes vom 24. Mai 1943 gegen den Waffen -SS- Angehörigen SS-Untersturmführer Max T. wegen der Erschießung von 510 ukrainischen Juden (Männern, Frauen und Kindern) und anderer Delikte , 部分收錄於<de.wikipedia.org/wiki/SS-Hauptämter> , 瀏覽於 2007/2/1.

Urteil des LG Stuttgart vom 11.06.1968, Ks 21/67

U.S. Rep. 317 (1942)

U.S. vs. von List et al.

參考網站

de.wikipedia.org/wiki/Martin_Bormann

lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw

news.bbc.co.uk

www.documentarchiv.de

www.gazette.de

www.gesundheitsamt-bremen.de

www.jupol.net

www.shoa.de

www1.jur.uva.nl

www1.yadvashem.org/exhibitions/nuremberg/

Treatment and Reference of the Nazi Holocaust

Georg Gesk

Abstract

When discussing the Nazi holocaust, this paper focuses upon three major points: the legal situation during the Nazi time, the legal treatment of Nazi state crimes after WWII, and legal aspects that can act as reference for Taiwan. In order to facilitate comprehension of the problem of state crimes committed in the Nazi era, this paper first points to normative preconditions of Nazi state crime, especially possibilities for judging relevant norms as being ‘unjust law’ or ‘legal injustice’ are discussed. With this background knowledge, an overview of concrete crimes committed by the NS state and its representatives is given, concentrating upon structural features that enabled the Nazi leadership to utilize party, state, and military for perpetrating criminal policies, i.e. for committing murder on an industrial scale: crimes that later became known as the holocaust. Reflecting this reconstruction of the past, the article goes on and explains different forms of legal evaluation of these

state crimes after the war ended. On one hand, we find legal actions of the victorious powers, i.e. the Nuremberg trials of major war criminals and denazification policies towards the whole of Germany of the Allied Control Council and various Military Governments in Germany between 1945 and 1949. Forms of legal actions make use of international criminal procedures (Nuremberg trials) as well as of a combination of administrative law and criminal procedure (denazification policy). Compared to this, the Federal Republic of Germany clearly tended towards criminal procedures when legally reflecting crimes of the Nazi past. A comparison of types of victims as outlined in court judgments and of the victim typology of Nazi policies (concentration camps), we can make out specific deficiencies within German legal treatment of Nazi state crimes that existed despite numerous achievements. An analysis of a court judgment offers exemplary insights into the line of argument German courts used when convicting individuals of committing crimes against humanity, notably the notions of unlawful orders and of crime participant open ways to make differences in the allocation of criminal responsibility. Finally, the article reflects upon possibilities for Taiwan to make reference of the German example when dealing with state crimes committed in her own past. It does so in the hope of helping Taiwanese society to overcome some of the remaining shadows of history.

keyword: Nazi, Holocaust, state crime, unlawful order, international criminal law, Nuremberg trials, war criminal, crimes against humanity, emergency due to orders, crime participant

