

326.94  
I.14



\*0016195000\*

3

0016195-000

326.94-I14ウ

ドイツ戦時刑法研究

市川秀雄・著

栗田書店

第1巻

昭和18

ACG

この著作物は、著作権者不明のため、著作権法  
第67条の規定に基づき、平成12年5月15日  
付けで文化庁長官の裁定を受け使用するものです。

102

326.94  
I.14

市川秀雄著



戰時刑法研究

第一卷

栗田書店



960  
59

はしがき

世界が擧げて非常時局に入るとともに、非常時に對處するためいろいろの法令がつぎつぎにと後を追つて制定され公布された。かやうな現象はわが國においては固よりのこととして、ナチス・ドイツにおいてしかり、フアツシヨ・イタリヤにおいてしかり、イギリスにおいても、亦、しかるのであつた。學者はかやうな非常時に對處するの立法を稱して『非常時立法』といひ、その法令を呼ぶに『非常時法』の語をもつてした。しかるに非常時が進展して更に一段ならしめられ、やがて、それが世界的戰爭に發展するに及んで、その『非常時立法』『非常時法』は、『戰時立法』『戰時法』の名稱に依つて代られることになつた。さうして、刑事法の領域においても、亦、『戰時刑事立法』『戰時刑事法』の語が用

二  
ひられるに至つたのであるが、その戦時刑事法は、ナチス・ドイツの刑事法學者の諸家からおしなべて之を「Kriegsstrafrecht」の語に依つて呼ばれてゐるのである。それで、わたくしは、ナチス・ドイツの刑法諸家の間に用ひられる「Kriegsstrafrecht」に倣つて之を『戦時刑法』の語をもつてすることにしたのである。本書において『戦時刑法』とは、戦時刑事法のおしなべてを指稱する意味においてわたくしはこの語を用ゐた。しかし、『戦時刑法』の語は、わが國の學界においては一 generally 未だ殆ど慣用されてゐないやうである。

二

さて、『戦時刑法』の語は、わが學界において未だ殆ど用ひられてゐるのでないこと上のやうなのであるが、しかし、わが國においても大東亞戦争勃發以來制定せられた具體的の戦時刑事法規の裡において『戦時刑法』の概念は徐々に確立せられつつあるところであるのである。

惟ふに、十九世紀の法律が二十世紀のそれに展開せしめられるために、全法律

は、平時法から非常時法に、非常時法から更に戦時法へと進展せねばならぬのであり、さうして、現在まさにその一途をたどりつつあるものであることが、今や、漸くにして確かめられた、とすることが出来よう。

それで、刑事法の領域においても、亦、しかり、といはねばならぬ。すなはち、十九世紀の刑事法が二十世紀のそれに展開せしめられるために、刑法をはじめの刑事訴訟法やその他爾餘の刑事法や、平常時の刑事法から非常時のそれに、さうして、更にわたくしのいはゆる『戦時刑法』へと發展せねばならなかつたのである。フアツシヨ・イタリヤにおいては、その非常時が一段ならしめられることになると、及んで、その刑法法典の裡に多くの『戦時刑法』を規定したのであるが、ナチス・ドイツにおいてもその非常時の進展とともに刑法法典に若干の『戦時刑法』が導入されることになつた。さうして、その刑法は、その全體が、實に、『戦時刑法』としていはゆる『國防國家法的基礎』の上に構成されねばならぬ、といはれるに至つたのである。わが國においても、亦、その非常時が一段の發展を重ねた大東亞戦争の勃發をまへにして、『刑法中改正法律』（昭和十六年法律

第六十一號)をもつて刑法法典の裡に遂に『戰時刑法』が規定を見ることになつたのである。わが刑法第二編『罪』の第七章の二の『安寧秩序に對する罪』に關する第二百五條の三及び四の規定が、すなはちそれである。かくして、わが刑法も戰時刑法として、今や漸次に『國防國家法的基礎』の上に再構成せられむとするに至りつつあるのであり、『國防刑法』又は『高度國防刑法』といふ言葉が漸く學者の口に上るやうになつたのであるのが、上のことを實證してゐるのである。

四

三

今次の世界的の兩つの戦争、すなはち、大東亞戦争とヨーロッパ戦争とは、ともに、その戦争の本體についていへば、世界觀と世界觀との闘ひ、これを有體にいふならば、十九世紀的世界觀と二十世紀的世界觀との戦ひであるといふことが出来るのである。世界觀の間にも闘争があるのであることは、今や、デイルタイの言に俟つて知られるのでない。かくして、今や、上の兩つの戦争は、世界觀と世界

觀との戦ひを解決すべきための歴史的必然のものであるとせねばならぬのである。

されば、十九世紀の文化をして二十世紀のそれに進化せしめるためには、今次の戦争は避くべからざるものであるとされねばならぬ。従つて、一の文化現象としての法律について考へるとき、十九世紀の法律をして二十世紀のものたらしめるところの原動力は、今や、實に、上の兩つの戦争の裡に在るとせねばならぬ。されば、わたくしは、わたくしが近く著した『世界觀・法律觀・經濟觀』において、『戦争は法律を進化せしめる原動力である』ことを明かにしたのであるが、かやうにして、戦争と最も深く關聯してゐる戰時法の裡にこそ十九世紀の法律をして二十世紀のものたらしめる萌芽が含まれてゐるのであり、戰時刑法の裡にこそ十九世紀の刑法をして二十世紀のものたらしめるところの胚種が包藏されてゐるのである。従つて、戰時法、とりわけて戰時刑法においては従來の傳統的な法律における概念をもつてしては理解し難いものがあるのであり、全く新しい刑法上の概念の多くのものが包有されてゐるのである。セシル・

ナイ・カー Cecil. T. Carr は『イギリスの非常時立法』Crisis Legislation in Britain. Columbia Law Review, Vol. XL. No. 8, December 1940 において『緊急事態に處するには、従來の恆久不變とされるもろもろの原理を攪き亂さずにおくか、しからずむば、それらのもろもろの原理を打ち砕いて突き進むかのいづれかの途がある』といつてゐる。しかし、わたくしをしてほしきままにいはしむるならば、そもそも、今次の非常時においては、後者の途をたどらざるべからざるところにその特色が存するのであり、さうして、そこに超非常時たり、その非常時が戦争にまで發展したるゆゑんのものがある。されば、今次の非常時は、まさに、十九世紀の傳統的思想の根本的諸原理を打ち砕いて二十世紀の新らしき諸原理を打ち建てむとしてゐるのであり、さうして、それを推進せしめる原動力たるものが、實に、世界的に有機的關聯を有つた今次の兩つの戦争であることは、今や、多くいふまでもない。かやうにして、二十世紀の法律、すなはち、當來の法律、さうして又當來の刑法について思ひをめぐらすとき、戦時法戦時刑法こそ今後最も研究せられざるべからざるものであるとせねばならぬのである。

## 四

しかし、戦時法戦時刑法の研究は、實際上の必要からも、今、最も喫緊に爲されざるべからざる理由が存するのである。蓋し、戦争を完遂して最後の勝利を獲得するためには、戦時立法を必要とするのであるが、わたくしに再びセシル・テイ・カーの語を引用することが許されるならば、『難事件が悪法を生むものとするならば、緊急の事態はそれ以上の悪法を生み易いのである』のである。しかも、戦時の立法が妥當なものであるか否か、といふことは戦時の生活を圓滑ならしめるか否かを決定するものであり、戦争の遂行に影響するところが格別に甚大なのである。

さて、戦時法のうち、とりわけ戦時刑法は戦争完遂に至大の關係を有つてゐるのである。蓋し、近代の戦争は全體戦であり、國家總力戦であるのであつてみれば、戦線と銃後といふやうな區別は嚴密には爲され得ないのであり、銃後は直ちに最前線の戦線に繋がつてゐて戦線と銃後とは一體化され、銃後もいはゆる國

内戦線 *innere Front* として両者は最高度において結束されねばならぬのである。従つて、戦時においては、国内戦線たる銃後は、戦線に在る軍隊におけると全く同様に、極めて嚴格にその秩序と規律とが守られねばならぬのである。銃後の秩序が紊れ規律が遵守されざるとき、銃後は克く戦線を掩護して之にエネルギーを提供することを得ないのである。されば、銃後の秩序と規律とを維持すべき戦時刑法は、格別に戦争の遂行と密接な關聯を有つてゐるのである。かやうにして、戦時刑法の適否及びそれがいかに運用せられつつあるか、それが克く遵守せられるか否かといふことは、戦争の完遂に影響するところ甚大であるのである。従つて、戦時刑法の研究は、今、最も喫緊にして缺くべからざる當面の研究として學者に要求されてゐるのである。されば、ナチス・ドイツにおいては、戦時法一般にわたつての周到綿密な研究が學者から爲されつつあるのであるが、特に戦時刑法の研究に至つては、刑法諸家から精細にそれが爲されつつあるところであるのである。

## 五

しかるに、わが國においては、戦時法一般にわたつての研究は暫らく之を措き、戦時刑法の分野についてのそれは極めて寥寥たるものであるといはねばならぬ。否、わたくしに語を強めていふことが許されるならば、それは未だ殆ど手が著けられてゐない、といつても敢て必しも過言ではないかとも考へられるのである。

今、わが學界、特に刑法學界においては、日本固有の刑事法の研究、日本法理的刑事法の樹立、特に日本法理的刑法の確立といふことが高調されてゐるのである。日本固有の刑事法を採求して日本法理的刑事法を確立し、さうして、日本精神に基づいてわが刑法を再構成するといふことが必要にして時宜に適した研究であるかと考へることについては、わたくしも敢て人後に落ちる者でない。しかし、見方に依つては、これは提言としては當然なものであり、わづかながらではあるが、夙に爲され來つたところでもあるし、又、今後永きにわたつて不斷に研究され



ねばならぬ根本的な學問上の仕事であるといはねばならぬ。同様に、戦争なるものが近い將來において絶対に勃發せざるべきことの豫想され得ぬ限り、『戰時刑法』についての研究も、亦、將來も永きにわたつて爲されねばならぬのであることいふまでもない。しかし、それとは異つた意味において、戰時刑法の研究は、戰時の今、差當りに於いて、實際上、日本固有の刑事法の研究といふことよりもより以上に必要にして喫緊なるものとして要求されてゐるのであり、今にしてこれが研究の等閑に附せらるるところあらむか、戦争遂行の上に測らざる障礙を來すべきことを保し難いのである。されば、戰時刑法の研究は、今、刑事法に關して爲さるべき最も焦眉の、さうして最も重要な研究題目中のその最たるものとせねばならぬ。これ、わたくしが、淺學菲才敢てみづから揣らず、不遜にも戰時刑法研究の陳吳の役目を務めむとして、未熟なる本書を世に送るゆゑんであるのである。わたくしは、わたくしの研究が至らざるものなることをみづから最も深く認識してゐる。この熟せざる研究がわが戰時刑法研究の捨て石となり、礎石ともなり、世に戰時刑法研究の機運を喚び起すならば、わたくしの願ひは

足りるのである。とはいへ、しかし、戰時刑法の研究をとほしてのわたくしの學問報國の微衷も、いささか、そこに汲まれて欲しいのである。

## 六

さて、わたくしは、本書において戰時刑法研究の對象としてナチス・ドイツのそれを選ぶことにした。惟ふに、ナチス・ドイツの戰時刑法は世界各國のそれに比較して最も完備したものである、といふことが出来るのである。さうして、わが戰時刑法のうちにはナチス・ドイツのそれを母法としてゐるものがあるのであるし、又わが戰時刑法は之に影響をうけてゐるところが最も多いのである。されば、わが戰時刑法にとつてはナチス・ドイツのそれが最もよく他山の石たり得ることが出来るのである。これが、實に、わたくしが、わが戰時刑法の研究を爲すに先立つて戰時刑法一般の研究の對象として敢てナチス・ドイツのそれを選んだわけであるのである。しかし、わたくしは、ドイツの戰時刑法を研究するに方つても、出來得る限り之をわが國のそれと比較し、更にイタリヤそ

他の國國のそれとも比較することを忘れなかつたつもりである。しかし、それらの比較は、いづれも差當りの一應のものに止めることにした。その比較法的に詳細なる研究は、いづれ別著として世に送りたい希望である。

抑も、比較法的研究といふとき、人人は動もすれば、それが外國法の研究に終始するものでもあるかのやうに考へがちなのである。さうして、人に依つては、外國法の研究は徒らにわが固有法を蠱毒するものであるかのやうにもいふのである。しかし、わが固有法を眞に自覺的に展開せむがためには、わが固有法の精神の探求を必要とし之に沿つてわが刑法を展開せしめることに努力すべきは勿論であるが、一方、又外國法をその根柢から深く把握し之と比較的に考察するの努力を怠つては、その目的を達成し得ないとせねばならぬ。

凡そ、外來文化の吸収同化といふことは、あらゆる民族にとつてその文化の不斷の發展のために必要不可欠なことであるのみならず、わが日本文化も亦絶えざる外來文化の吸収同化に因つて生生發展し來つたのであり、これが又わが民族文化の創造的進化性を永遠に把持してゐるゆゑであるといふこととせねばならぬ。

さうして、同様に、法律文化の不斷の發展のためには、やはり、外國の法律文化の吸収同化といふことが絶対に必要であることは、文化一般におけるそれと同一であるのである。されば、法律を發展せしめるためには、比較法的研究は最も必要にして有力なる手段の一つであるのである。ただ、それは飽くまでも手段であつて、目的ではないことを銘記すべきである。外國法の吸収同化に因つて直ちに根柢から日本法的なるものが崩壊喪失されるかのやうに考へるは、わが民族法の根柢をなす日本法的なるものが、その根本において、變じて、しかも、決して變ぜざるもののあることを末だ達觀せざるものであるといはねばならぬ。それが眞に日本精神を根柢とする日本法であるならば、日本法とは決してしかく脆弱なものではないはずである。されば、外國法の研究は、決して日本法の自覺的展開を阻害するものでなく、むしろ、これを助長せしめる有力なる方法の一つであるといふこととせねばならぬ。そこに、比較法的研究上、わが固有法の比較法的自覺といふことの意義があるのである。ただ、比較法的研究にあつても、要はわが國の法律を中心とし、之を進化せしめるの立場を忘るべきでないといふことである。

今、本書の成るに際し、わたくしは恩師牧野英一先生に深く學恩を感謝せねばならぬ。先生は、わたくしの戦時刑法の研究に方り、わたくしに不斷の垂教と日々に激勵とを賜はつたのみならず、研究室に在る戦時刑法に關する貴重なる文獻を擧げてわたくしに貸與して下され、さうして、更に眞に御多忙なる時間を割かれて、わたくしの蕪雜なる草稿を嚴密に御校閲下され、文字の末に至るまでに懇切なる訂正の筆を入れて下されたのである。しかし、本書の草稿の御校閲半ばにして先生は遽に大患を獲られ御病床に仰臥せられるに至つた。わたくしは、今、先生の御快癒の速かならむことを深く念じ、ひとへにそれを祈りつつあるのである。本書の成るは、しかくひとへに先生の學恩に因るところであるが、しかし、本書に魯魚焉馬の誤りはもとより、若し事實に謬異のあるあらば、それは固より悉く一にわたくしの責である。累を先生に及ぼすなからむことを茲にとわつておかねばならぬ。

わたくしは、本書の第一卷を漸く世に送ることを得るに至つたが、もし幸に世の人人が本書の第二卷第三卷の世に出でむことを更に容れられるならば、ひきつづいてそれを公刊することにしよう。

わたくしは、本書の第一卷においては第一章乃至第四章にナチス・ドイツの戦時刑法の總論を、第五章乃至第七章に各論としてその戦時刑事實體法の三つのものに就いての研究を詳にした。さうして、差當り第二卷においてはひきつづいて戦時刑事實體法の重要なものの若干に就いて、第三卷において戦時刑事實體法の重要な幾つかに就いての研究を公にする用意をしてゐる。その後、事情がもし之を許すならば、更に遠く卷を重ねてゆくことにしたいと冀望してゐるのである。

最後に、本書の題簽につき恩師菅虎雄先生を煩はした。先生が御病氣中にもかかはらず、わたくしのために雄渾絶妙の筆を揮はれたことに對し、わたくしは心から感謝のまごころを捧げねばならぬ。わたくしは、先生の御病氣の一日も速くをさまらむことを祈るや、亦、切なるものである。

昭和十八年二月六日、南窓の梅花はじめて春信をつぐる朝

鎌倉扇ヶ谷の草居にて

著者

## 凡例

一、本書の参照したる諸文献は之を巻首に列挙することを爲さず、各章節の項末に列示し、本文中の註と對照してその引用を明かにした。

一、本書に引用した外國の諸文献は、出來得る限り最新の、さうして權威あり又は有力なりと思はるるものに據つた。但し、ヨーロッパ戦争がドイツとソヴェトとの間の戦争に發展したるため接受し得ざりし文献及び大東亞戦争勃發のため入手し得ざるに至りし文献は之を除外せざるを得なかつた。しかし、他日此等の文献に接し得るに至るに方りては、之をも参照引用して本書を増補せむことを期してゐる。

一、ドイツ戦時刑法の規定を直接その原文に就き知らむと欲せらるる人人は、Hoche, Deutsches Kriegrecht, 1939/41, Bd. I V. 又は v. Gehlen, Deutsches Reichs-Gesetzbuch für Industrie, Handel und Gewerbe, Ausgabe 1939 III-IV, 1940 I-III. に據り知ることを

得べし。しかし簡便には Graf v. Gleispach, *Kriegsstrafrecht* I-III. 1940 の各巻末に掲げられたる Anhang において又は Kohlrausch, *Strafgesetzbuch*, 1941, 36. Aufl. 若は E. Drexler und W. Csollich, *Kriegs-Strafrecht*, 1940 等に就いて知ることを得よう。

一、ドイツの法規の引用には例へば一九三九年九月一日の『ラジオの臨時措置に關する命令』といふ如き場合には *Verordnung über ausserordentliche Rundfunkmassnahmen vom 1. September 1939* (RGBl. 1939 I S. 1683) とするを通常とすべきも、ナチス・ドイツの戦時刑法の標題にはその立言概して非常に長きにわたるもの多きをもつて、本書においては敢て *Verordnung über ausserordentliche Rundfunkmassnahmen, Vom 1. September 1939* (RGBl. 1939 I S. 1683) の形式を採ることとした。但し、本書においてもその標題の短きものには通常の用例に従つたところがある。

一、戦時刑法の各條文を考察するに方り、構成要件を明かにし、特に内部的構成要件、外部的構成要件とに分ちて叙述を試みたのは、全く叙述の便宜上の方便に過ぎない。必しも構成要件の理論を過重視したるに因るものでない。

一、索引は主要なりと思はるる事項、人名、法規に付てのみ之を網羅した。しかし、なほ脱漏あるを免れない。その明かにした頁數の如きも一一につき悉くを挙げなかつた。

一、外國語につき例へばナチス・ドイツはナツイス・ドイツといふが如く日本語に移すことを正確といふべきも、わが國の慣用に従ひ、ナチス・ドイツとした。その他にも之に倣へる類ひのものが多し。

# 目次

## 第一章 序説

### 第一節 戦時刑法の概念

- 一 第二次ヨーロッパ大戦の勃発とドイツの刑事立法(一)
- 二 戦時刑法と戦時刑事訴訟法(四)
- 三 全體戦と戦時法(八)
- 四 戦時刑法と將來の刑法學(一〇)
- 五 國防刑法又は高度國防刑法と國防國家法的基礎(一三)
- 六 純正戦時刑法及び不純正戦時刑法(一六)

### 第二節 戦時以前の戦時刑法

- 一 わが國とフレンチ・イタリヤ及びナチス・ドイツにおける戦時以前の戦時刑法(二)
- 二 戦時特別刑法令(二七)
- 三 戦時以前の戦時刑法としてのドイツ軍刑法(三〇)
- 四 限時法的戦時刑法及び恆久法的戦時刑法(三三)
- 五 戦時刑事特別法中改正法律(三七)

目次

第二章 ドイツ戦時刑法の沿革と性格…………… 元

第一節 ドイツ戦時刑法の沿革…………… 元

- 一 戦時刑法の制定における一元主義と二元主義(三六) 二 前大戦におけるドイツの敗戦と戦時刑法の制定(四五)

第二節 ドイツ戦時刑法の性格(その一)…………… 五〇

- 一 ドイツ戦時刑法とナチスの世界観(五〇) 二 ナチスの世界観と實體的正義の思想(五三) 三 ドイツ戦時刑法における實體的正義の原理(五五)

第三節 ドイツ戦時刑法の性格(その二)…………… 五九

- 一 ナチスの刑法と社会保全主義(五九) 二 ドイツ戦時刑法と社会保全主義(六二) 三 戦時刑法の職能(六三) 四 戦時犯罪と刑の加重(六六) 五 戦時刑法における社会保全主義と刑の加重(七一)

第三章 ドイツ戦時刑法の特色…………… 六八

第一節 国防参议院令について…………… 六八

- 一 緒言(七〇) 二 第二次ヨーロッパ大戦とドイツの国防組織体制の強化(八〇) 三 国防参议院の構成とその性質及び国防参议院令(八三)
- 第二節 ナチス戦時刑法の前文について…………… 九二
  - 一 ドイツ戦時刑法と前文(九三) 二 前文と法規の精神(九五) 三 わが非常時立法の趣向(九八)

第四章 ドイツ戦時刑法の特質…………… 一〇一

第一節 戦時刑法と主観主義…………… 一〇一

- 一 ドイツ戦時刑法における主観主義の発展(一〇三) 二 ナチスの戦時恩赦令の思想的意義(一〇五)

第二節 戦時實體刑法における主観主義の発展(その一)…………… 一一一

- 一 行爲刑法から行爲者刑法への発展(一一二) 二 戦時刑法における未遂及び従犯に關する可罰性の修正(一一三) 三 暴力犯人に對する命令の文化的意義(一一〇) 四 重く犯罪少年に對する防衛令の思想的意義(一一八)

第三節 戦時實體刑法における主観主義の発展(その二)…………… 一一三

- 一 行爲者類型又は犯罪人定型の思想(一三二)
- 二 戦時刑法の基本思想と行爲者類型論(一三四)
- 三 ナチスの刑法における構成要件獨裁思想の動搖(一四〇)
- 四 戦時刑法における行爲者類型論の發展(一四六)
- 五 戦時刑法における死刑の汎濫と行爲者類型思想との關係(一五〇)

四

第四節 戦時刑事訴訟法における主観主義の發展……………一六一

- 一 緒論(一六一)
- 二 第二次ヨーロッパ大戦勃發以前におけるドイツ刑事訴訟法(一六六)
- 三 ドイツにおける戦時刑事手続法の動向(一七一)

第五章 ラジオに關する刑事立法……………一八三

第一節 總説……………一八三

- 一 ラジオの第一次世界大戦(一八三)
- 二 一九三九年九月一日のラジオの臨時措置に關する命令(一八四)
- 三 一九三九年九月十一日のラジオの臨時措置に關する命令の施行令(一八七)
- 四 ナチス・ドイツにおけるラジオ統制(一八八)
- 五 ラジオの臨時措置に關する命令の追加令(一九一)

第二節 命令制定の精神……………一九一

- 一 ラジオの臨時措置に關する命令の前文(一九二)
  - 二 前文と命令の解釋(一九三)
- 等三節 第一條について……………一九四

- 一 行爲者(一九四)
- 二 外部的構成要件(一九五)
- 三 内部的構成要件(二〇一)
- 四 沒收(二〇八)
- 五 輕き場合(二一一)
- 六 未遂(二一一)

第四節 第二條について……………二二二

- 一 行爲者(二二二)
- 二 外部的構成要件(二二三)
- 三 内部的構成要件(二二六)
- 四 特に重き場合(二二七)

第五節 第三條について……………二二〇

- 一 職務行爲と違法性の阻却(二二〇)
- 二 職務上の聽取に關する要件(二二〇)

第六節 第四條について……………二二二

- 一 第四條の廢止(二二二)
- 二 ラジオの臨時措置に關する命令と國防裁判所の權限(二二二)

第七節 第五條について……………二二三

目次

五



- 一 ラジオの臨時措置に關する命令第五條と國防軍所屬者(二三三) 二 警察官廳の告發(二二四)

六

## 第六章 戰時經濟に關する刑事立法……………二三五

### 第一節 ナチス・ドイツの非常時經濟に關する刑事立法の沿革……………二三五

- 一 近代戰と經濟戰(二三五) 二 ドイツ現行刑法と國民經濟の侵害(二三七) 三 非常時とドイツ經濟立法(二三二)

### 第二節 戰時經濟令……………二三二

- 一 一九三九年九月四日の戰時經濟令概觀(二三二) 二 前文(二三四)

### 第三節 戰時經濟令制定の精神と經濟刑法……………二三七

- 一 戰時經濟令と戰時統制經濟(二三七) 二 戰時經濟刑法について(二三八) 三 ナチス・ドイツにおける經濟刑法の發展(二四三) 四 經濟刑法の本質(二四六)

### 第四節 經濟サボタージュ……………二四八

- 一 經濟サボタージュ(二四九) 二 一九三六年十二月一日の經濟サボタージュに對

する法律(二四九) 三 各個の管理令と戰時經濟刑法(二五二)

### 第五節 第一條第一項について……………二五五

- 一 行爲者(二五五) 二 外部的構成要件(二五五) 三 内部的構成要件(二六一)

### 第六節 第一條第二項について……………二七一

- 一 構成要件(二七二) 二 管轄權(二七五)

### 第七節 第二十九條について……………二七六

- 一 經濟全權委員長及びライヒ行政委員長(二七六) 二 ライヒ價格形成委員(二七七) 三 文獻及び論文(二七八)

## 第七章 國民の害賊性に對する銃後治安維持の

### ための刑事立法……………二八〇

### 第一節 立法の沿革……………二八〇

- 一 敗戰主義と裏切處罰法(二八〇) 二 國家の内部的弱體化と秩序の維持(二八三) 三 わが戰時犯罪處罰の特例に關する法律(二八四)

目次

七

第二節 立法の趣旨 ..... 二六七

- 一 戦時状態の利用と利己主義(二八七)
- 二 標題の特異性(二八九)

第三節 命令の全文と施行令 ..... 二九三

- 一 命令の全文(二九三)
- 二 命令の施行令その他(二九五)

第四節 いはゆる『國民の害賊』に該当する行爲者 ..... 二九九

- 一 行爲者の分析(二九九)
- 二 國民の害賊と行爲者類型(三〇三)

第五節 第一條について ..... 三〇六

- 一 第一條第一項について(三〇六)
- 二 第一條第二項について(三一七)
- 三 第一條第三項について(三一〇)

第六節 第二條の本質 ..... 三三一

- 一 第二條の本質に關する三つの見解(三二二)
- 二 通説と特別犯罪説(三二三)
- 三 フライスター及びナグラ教授の見解(三二七)

第七節 第二條について ..... 三三九

- 一 構成要件(三二六)
- 二 基本的犯罪行爲の未遂(三三五)
- 三 燈火管制の利用(三四一)
- 四 基礎的構成要件への附加要件(三五〇)
- 五 第四條との關係(三五三)
- 六 第二條の本質に關する見解の差異(三五四)
- 七 特に重い場合(三六〇)

第八節 第三條について ..... 三六一

- 一 公共に危険なるサボタージュ(三六二)
- 二 行爲者(三六三)
- 三 公共に危険なる重罪(三六三)
- 四 ドイツ國民の抵抗力に對する侵害(三六九)
- 五 内部的構成要件(三七一)

第九節 第四條について ..... 三七二

- 一 綜合構成要件(三七三)
- 二 第四條の本質(三七四)
- 三 『其の他の犯罪行爲』の意義(三八二)
- 四 基本犯罪の未遂との關係(三八四)
- 五 いはゆる『戦時状態の利用』の意義(三八六)
- 六 獨立犯罪性(三九〇)
- 七 第四條と申告罪(三九一)
- 八 第四條の適用と刑の量定の要件(三九四)

第十節 第五條乃至第七條について ..... 三九八

- 一 第五條について(三九八)
- 二 第六條及び第七條について(三九九)

### 索引

目次

索引 ..... 一一九

法令索引

..... 一四

歐文索引

..... 一三

# ドイツ戦時刑法研究 第一卷

## 第一章 序 説

### 第一節 戦時刑法の概念



ドイツにおいては、一九三九年九月一日をもつてドイツ国防軍に對する實力行使の命令を下したのと同時に、いちはやく同日附をもつて「ラジオの臨時措置に關する命令」Verordnung über ausserordentliche Rundfunkmaßnahmen Vom 1. September 1939 を公布した。さうして、その後三日にして、

なほち九月四日には『戦時經濟令』Kriegswirtschaftsverordnung. Vom 4. September 1939 を公布し、更に九月五日には『國民の害賊に對する命令』Verordnung gegen Volks-

schädlinge. Vom 5. September 1939 を公布して、戦時國內における非常時状態に對する治安維持の確保を期した。その後、更につぎつぎに銃後治安確保のための重要な刑事立法が爲され、之が公布されたのはもとよりのことである。例へば、同年十月四日には、『重い犯罪少年に對する防衛令』 Verordnung zum Schutz gegen jugendliche Schwerverbrecher. Vom 4. Oktober 1939 が十一月二十五日には、『國防力の保護の爲の命令』 Verordnung zum Schutz der Wehrkraft. Vom 25. November 1939 が、さうして、十二月五日には、『暴力犯人に對する命令』 Verordnung gegen Gewaltverbrecher. Vom 5. Dezember 1939 が制定公布を見てゐるのであり、ひきつづき最近に至るまで、その立法はつぎつぎにと後を絶たないで續けられてゐるのである。すなはち、一九四〇年にはひつてからは、重要な刑事上の立法として、三月九日の『少年保護の爲の警察令』 Polizeiverordnung zum Schutze der Jugend. Vom 9. März 1940 や三月十日の『ライヒ労働勤務の保護の爲の命令』 Verordnung zum Schutze des Reichsarbeitsdienstes. Vom 12. März 1940 や三月二十九日の『ドイツ國民の金屬回收の保護の爲の命令』 Verordnung zum Schutze der Metallsammlung des deutschen Volkes. Vom 29. März

1940 や更に四月二日の『報道通信に關する命令』 Verordnung über den Nachrichtenverkehr. Vom 2. April 1940 や四月六日の『購入を制限せられたる生産品の管理の領域に於ける規則違反に對する處罰並に刑事手續に關する命令』 Verordnung über Strafen und Strafverfahren bei Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften auf dem Gebiet der Bewirtschaftung bezugsbeschränkter Erzeugnisse. Vom 6. April 1940 ——この命令はその標題があまり長きに亘つてゐるので、通常は『消費規正處罰令』 Verbrauchsregelung=Strafverordnung と略稱される——や、さうして、更に十月四日の『少年刑法の補充の爲の命令』 Verordnung zur Ergänzung des Jugendstrafrechts. Vom 4. Oktober 1940 や十一月一日の『少年禁錮規則』 Jugendarrestordnung. Vom 1. November 1940 や、等等が制定され公布されてゐるのである(一)。

又、刑事手續に關しても、戦争の開始とともに、非常時状態に對處するための刑事手續法として、一九三九年九月一日には、『裁判所の構成並に訴訟手續の領域に於ける諸規定に關する命令』 Verordnung über Massnahmen auf dem Gebiete des Gerichtsverfassung und der Rechtspflege. Vom 1. September 1939 (RGBl. I s. 1658) ——これは、通

當『簡易化命令』と稱せられる——が更に同年九月十六日には『刑事訴訟法、軍刑事訴訟法並に刑法の規定の變更に關する法律』Gesetz zur Änderung von Vorschriften des allgemeinen Strafverfahrens, des Wehrmachtstrafverfahrens und des Strafgesetzbuchs. Vom 16. September 1939 (RGBl. I S. 1841) がさうして一九四〇年二月二十一日には『刑事裁判所の管轄權、特別裁判所並に其の他の刑事訴訟法の規定に關する命令』Verordnung über die Zuständigkeit der Strafgerichte, die Sondergerichte und sonstige strafverfahrensrechtliche Vorschriften. Vom 21. September 1940 (RGBl. I S. 405) 等が制定され、その公布を見るところとなつた。

一 此等の命令は、形式上は命令であるけれども法律と同一の效力を有つものであり、しかも、それがかやうに戦争の勃發とともに矢繼早やに制定を見、公布せられるのは、ナチス・ドイツにおいては、わが國の法律がその制定に一一議會の協賛を必要とするのと異つて、議會の協賛を必要とせず、總統の委任に因つて、かかる命令を制定公布するの權を有つてゐる。『國防參議院』に依つて爲されるからである。これについては後に詳しく論ずる。

二 さて、かやうに上に擧げた戦時におけるドイツ國內の非常状態に對して、

その銃後の治安を確保するための刑事に關する諸立法や、又、戦時の刑事手續に關する諸立法やを總括して、ナチス・ドイツの學者は、之を一般に『戦時刑法』Kriegsstrafrecht と呼んでゐるのである(一)。しかし、學者に依つては、戦時における非常状態に對處するための刑事手續に關する諸立法を、特に『戦時刑事手續法』Kriegsstrafverfahrensrecht と呼んで、之を純粹に刑事實體法的なものについての戦時立法と區別してゐるものもある(二)。しかし、グライスバッハ教授のいはれてゐるやうに、戦時刑法の公布の際には、その内容の統一といふことには重要性がおかれてゐないので、それ故に、特に一つの法規の裡に刑法や裁判所構成法や刑事手續法やが恐らく内面的關聯を存することなくして規定されてゐるのであることを、われわれは注意せねばならぬのである(三)。

それで、普通『戦時刑法』と呼ばれるものは、多く殆ど今次の歐洲大戦争の開始とともに生じた國內の非常状態における銃後の治安の確保を目的として制定せられたものである。詳言すれば、今次の戦争に因つて兎もすれば紊されがちな國民協同體の内部における平和と秩序とを平時におけるよりも、より鞏固

に擔保する目的のために『戰時刑法』は立法せられたのである(四)。蓋し、戦争が勃發するや刑法に依るの社會の保護が強化されるといふことは、おのづから必要なことであり、それはドイツにおいてのみならず、常にいづれの國國にも一般に妥當することであるのである。さうして、ナチス・ドイツにおいても、大東亞戦争の勃發後、銃後の秩序と治安とを確保するために『戰時民事特別法』(昭和十七年二月二十三日法律第六十三號)や『戰時犯罪處罰の特例に關する法律』(昭和十六年二月十九日法律第九十八號)や『戰時刑事特別法』(昭和十七年二月二十三日法律第六十四號)や『裁判所構成法戰時特例』(昭和十七年二月二十三日法律第六十二號)やが制定され公布されたのであるが、此等は、それぞれ、わが國における戰時民事法であり、戰時刑法であり、戰時民事手続法たり、戰時刑事手続法たるものである。『裁判所構成法戰時特例』は、裁判所構成法戰時特例といふ名稱を有し、それは裁判所構成法を臨時に變更する特例法であることは勿論であるけれども、その裡には實質的に訴訟法的な規

定たるもの例へば第三條、第四條、第七條のやうなものも存してゐる。それ故に、『裁判所構成法戰時特例』はその裡に訴訟法の戰時特例をも包含してゐるのであつて、戰時裁判所構成法であるとともに、又、戰時民事手続法であり、戰時刑事手続法でもあるのである。

又、わが國においては、大東亞戦争のはじまる以前に、既に戦争の不安に備へて、刑法法典中に、第七章の二として『安寧秩序に對する罪』を新設し、その中に第百五條の三及び第百五條の四の規定のやうな戰時刑法の規定が置かれることになつた。此等の規定が一種の戰時刑法であることは明かであり、戰時刑法がわが刑法法典中に導入されたことは注意されねばならぬところである。しかし、これに就いての詳しくは後に論じよう。

I Vgl. Nagler, Kriegsstrafrecht, Gerichtssaal, 1940, Bd. 114, Heft 1—3, S. 9 ff.; Graf Gleispach, Kriegsstrafrecht I, 1940; Erwin Pichler=Drexler und W. Theofried Allinger=Colllich, Kriegsstrafrecht, 1940 etc.

II Vgl. Willi Schäfer, Das Kriegsstrafrecht und Kriegstrafverfahrensrecht, Akademie für Deutsches Recht, Jahrbuch 1939/40, S. 270 ff.

III Graf Gleispach, Kriegsstrafrecht I, 1940, S. 8.

三 惟ふに、近代戦は、軍隊に依る純粹な武力戦が經濟戦並に宣傳戦に高められて以來、フォン・ルーデンドルフ、Ludendorff 將軍の有名な言葉のやうに、近代の民族戦は一定の範圍内で行はれる武器に依る軍隊の戦ひに對していはゆる『全體戦』*totaler Krieg* の形において爲されることになつたのである。すなはち、近代の民族戦は戦闘に従事してゐる國家の軍隊のみならず、同時に、廣い範圍に互つて銃後の國民にも戦争の勝敗を擔はしめてゐるのである。それ故に、軍隊の動員はやがて、銃後國民の動員となつて現はれるのである。すなはち、近代戦は國民と國民との對立戦であり、萬事は國民全體に關係して來るのである。かやうにして、近代戦は、『全體戦』として戦争をしてゐる國國の國民にその最後の原動力を試煉することになるのであり、いはゆる『國家總力戦』の名に値ひするものたるに至るのである。

それで、既に近代戦の形態がかやうなものであるがために、戦争の勃發は、同時に全國家内のすなはち、銃後に在る全國民の生活状態並に生活秩序に對してそ

の完全なる轉換を招來することになる。さうして、そのために全く一變せられた社會状態は社會の各方面に新しい生活様式を要請するのであり、銃後の社會には、戦時に適應すべき新しい秩序と規律とが生み出されねばならぬわけになる。しかも、その新しい秩序と規律とは、平和な時におけるよりも、はるかに確固たるものであり、又、緊張したものであることを必然的に要求することになるのである。かやうにして、この要請に應ずるために、新らしく戦時法 *Kriegsrecht* として戦時行政法 *Kriegsverwaltungsrecht* や戦時民法 *Kriegs-Bürgerliches Recht* や戦時刑法 *Kriegsstrafrecht* やが制定を見ることになつたのである。ナチス・ドイツにおける戦時法についてのことは暫らく別として、わが國のそれについていふならば、『國家總動員法』のやうなのは戦時行政法であり、『戦時民事特別法』のやうなのは戦時民法であり、『戦時犯罪處罰の特例に關する法律』や『戦時刑事特別法』のやうなのは戦時刑法であるのである。なほ、『戦時裁判所構成法特例』のやうなのは、後に論ずる如く、戦時裁判所法であるとともに、又、戦時民事訴訟法であり、戦時刑事訴訟法でもあるのである。

四、しかし、今、わたくしは、戦時行政法や戦時民事法やのことは暫らく之を別として戦時刑事法に就いて事を考察してみることにしたのである。

さて、上のやうに、今、近代戦は、全體戦として、又、國家總力戦として特色化されてゐるのであるが、全體戦或は國家總力戦とは、國民の一人一人の力、すなはち、國民の諸力が擧げて戦争目的に向けられねばならぬ、といふことを意味するのである。わが『國家總動員法』のやうなのは、實に、このために制定の必要を見たわけである。それで、このためには、いかなる場合においても、必要とならば戦時に在つては特に私益は完全に公益の前に譲らねばならぬことになるのである。

さうして、ナチス・ドイツにおいては、『公益は私益に先立つ』*Gemeinnutz geht vor Eigennutz* といふことは、既に、ナチ黨の綱領第二十四の第二項として示されてゐるところである。かやうにして、それ故に、若し銃後の國民が銃後の協同的行動に對して妨害を與へ、その私利私慾のために社會秩序を紊し、又は社會秩序を維持する法律を侵犯するといふやうなことは、實に、國家及び國民全體に對して罪を犯したことになるのであり、従つて、戦時における犯罪行爲——それは多く個

人の私利私慾から爲されるものとされるのである——は、平和な時における同一の行爲よりも、はるかに重大な意味を有つて來るのであり、それは嚴に排斥され取締られなければならぬのである。しかも、同時に、戦時においては、銃後の社會の保護を強化しなければならぬ必要が根本的に増大して來るのである。それは、銃後の國民の力は戦線の軍隊に向けられ、又は戦争上必要な職務に用ひられるのと且つ作戦地域の内外における戦時の諸措置に因つて全く一變させられた生活様式——例へば戦争のため居住地から撤退を命ぜられるとか、又は防空措置が執られる等に因り——や戦争に因る異常なる社會状態の招來や等のためにおのづから銃後國民一般の生活に對する正常なる保護が缺けることに原因して、銃後國民の一般生活が容易に侵害を受けるに至るからである。かやうにして、法律、特に刑法は、保護の薄弱となつた銃後の社會に對する侵害、すなはち一般犯罪について法に依る保護の強化を圖らなければならぬと同時に、戦争を完遂するため、社會秩序を平時におけるよりもより鞏固に維持せねばならぬ必要に迫られるのである。かくして、銃後の社會は、戦時に適した特別なる



刑事法を有たねばならぬのである。かかる要請に應じて制定されたものが、すなはち戦時刑法であり、戦時刑事手続法であるのである。されば、廣く戦時刑法は、戦時において銃後の國內における國民の賊——これをナチス・ドイツの學者の適切なる用語を藉りれば *Innerer Feind* である——を排撃し、銃後の治安を確保することを目的として制定せられたものである。さうして、戦時刑法 *Kriegsstrafrecht* なる語はナチス・ドイツの學者の創意になるものであるのであるが、ナチス・ドイツにおいては、かやうにして、兎に角に、事實として、具體的に一般刑法の間から『戦時刑法』といふ刑罰規範の一群が高められるに至つたのである。ナチス・ドイツ以外の國國でも、例へばイタリアやソヴェトやイギリスやにおいても『戦時刑法』なる言葉は未だ一般化されてゐないのであるが、しかし、事實として事は同一の趨勢に在るものであるとせねばならぬ。

さて、わが國においては、わたくしはナチス・ドイツの學者からの創造になる *Kriegsstrafrecht* から翻譯した『戦時刑法』の語を用ひてゐるが、しかし、『戦時刑法』なる語は未だ殆ど用ひられてゐないやうである。わが國においては、今、

『戦時刑事法』なる語が之に代つて用ひられてゐるのである。かやうに、『戦時刑法』なる言葉は、未だわが國において一般に用ひられるに至つてはゐないけれども、しかし、わが國においても、既に擧げたやうに、戦時刑法が刑法法典の裡に導入され、又、それが單行法としても制定を見、公布されたところであるので、事實としては、戦時刑法は一つの純刑法的概念として具體的な法規そのものの裡において認められることになり、それが定立されるの趨勢に在るのである。さうして、人類の間において、戦争の勃發の可能性が向後全く豫想せられないやうなことになる限り、將來の刑法學は『戦時刑法』なる題目を無視し又は之を看過することが出来ないわけであるのである。

一 拙稿『ドイツ戦時刑法における主観主義』法學新報第五十二卷（昭和十七年）第一號乃至第三號。

五 上のやうに、戦時刑法は戦時における國內の賊 *Innerer Feind* を排撃し、銃後社會の治安を確保することを直接の目的としてゐるものではあるが、しかし、それは、又、之に因つて間接に前線の軍隊の地位を確守せしめることにもなるので、

わが國の學者の裡には、戰時刑法を『國防刑法』或は『高度國防刑法』と呼んでゐるのである(二)。例へば、泉二博士は、戰時刑法をもつて高度國防刑法の一種とされ、高度國防刑法は概ね(一)狹義の國防刑法(二)防諜刑法(三)經濟刑法(四)思想刑法の四分系より組成されるとされてゐる。さうして、狹義の國防刑法とは、『軍を中心として其の組織、紀律、施設、軍機、兵器類に對する侵犯を處罰する法規が此の部類に屬する』とされ、『刑法第二編第三章第八十一條乃至第八十九條(外患の罪)、陸海軍刑法及び兵役法の罰條等が主要なものである』といはれてゐる(三)。

しかし、廣く高度國防國家の見地において乃至高度國防といふことから之を觀るならば、今や、上と同様な意味合ひから、すべての法律は悉く何等かの意味において『國防法』といはるべきでなければならず、刑法法典をはじめとして、多くの刑事諸立法も亦何等かの意味において『國防刑法』と呼ばれねばならぬわけである。豈、ひとり戰時刑法のみ之を特に『國防刑法』の名に値ひするものとすることを得ようか。既に、ナチス・ドイツにおいては、すべての法律は『國

防國家法的基礎』wehrsrechtliche Grundlage)の上に立つものでなければならず、特に、刑法の今後における構成が非常時のさし迫つた要請に因つて必然的に國防國家法的に形成されねばならぬことは、今や、一般に認められてゐるところであるとされてゐる。さうして、新しい刑法法典の有用性と價值とは、それにおいて、いかなる廣い範圍に互つて軍刑法の根本思想を採り容れて、之を實現することに成功してゐるか、といふことに依つて十分に測定されるであらうとされ、それ故に、刑法法典は『國防刑法』Wehrstrafrecht)の基本であり、その出發點でなければならぬ、といはれてゐるのである(三)。かやうな次第であつてみれば、わたくしは、戰時刑法のみを特に『國防刑法』と呼ぶことに遽かに左祖し得ないのである。

一 安平判事『國防刑法に於ける經濟犯の意義』統制經濟第二卷(昭和十六年)第五號

第一二八頁。泉二博士『高度國防刑法の概観』「法窓餘滴」所收、第二頁。

二 泉二博士『高度國防刑法の概観』前掲第四頁以下。

三 Grau, Das allgemeine Strafrecht als Grundlage des Wehrstrafrechts. Wehrstrafrecht und allgemeines Strafrecht, Beiträge zur Rechtsornnung, Heft 2, S. 15 ff.

六 さて、戦時刑法は、戦時における銃後の犯罪者たる国内の賊を對象として銃後の治安確保を維持するために制定を見たものであるが、戦時刑法は、もとより戦時中における總ての犯罪を對象としてゐるものではなく、戦時刑法は、戦時犯罪として特殊なる形態を採つてゐる犯罪をのみ對象とし之に適用するため制定せられたものである。詳言すれば、戦時刑法は、今現に當面しつつあり且つ喫緊にそれについて適當に配意しなければならぬ戦時犯罪の特殊なる形態のみを顧慮し、之を對象としてゐるものなのである。

かやうにして、戦時刑法は、概言して、戦時状態と直接又は間接に深い關係において在る犯罪として特殊なる形態と意義とを具有してゐる犯罪のみを顧慮して、國防政策の上からこれに對する銃後治安の維持並に銃後の法秩序を確保するため制定されたのであるが、かくして、戦時刑法について、ドイツの刑法學者は、二種のものを區別するのである(二)。すなはち、それは『純正戦時刑法』 *echte oder eigentliches Kriegsstrafrecht* と、『不純正戦時刑法』 *unechtes oder uneigentliches Kriegsstrafrecht* との二種である。それで、今、グライヌバッハ教授に従へば、この兩つのも

のは大體次のやうに概念上區別されてゐる。すなはち、一つの命令又は同一の命令——ナチス・ドイツの戦時刑法は殆ど全部が命令の形式で國防參議院から制定公布されてゐる——の裡において、それが戦争と關係があるのかどうか疑はれ得るし且つ戦争のために公布されたといふことが明瞭に現はれてゐないやうな改正規定と相並んで明かに戦争のために公布された諸規定が存在してゐる。さうして、前者は特に臨時的の禁止を新らしく實施するについてのものが多いのである。それで、戦時刑法とは何ぞや、といふ問題が生ずるのであるが、それに関しては戦時中適用せられるといふやうに單に限時的に區別するのでは十分でない。蓋し、すべての戦時刑法は決して、戦争の終了とともに失効させられねばならぬものではないからである。それ故に、むしろ、その内容が戦争状態と事實上關聯してゐるといふことが、戦時刑法の規定の要點として要求されることになるのである。それで、その規定の内容に戦争状態との事実上の關係が存するものなるときは、之を『純正戦時刑法』と呼び、さうでなくして、別に、新法律が戦時中繼續して效力を有するものなるときは、之を『不純正戦時刑法』

と稱し得よう、といはれてゐる(三)。わたくしは、別に、この兩者を、その概念上、むしろ次のやうに區別したいとおもふ。すなはち、戰時状態と直接に深い關聯において在る犯罪現象に對してその特殊なる意義を具有する犯罪現象たるの點を顧慮せられて戰時における特別な刑事法の對象として規定を見ることになつた刑事法規がいはゆる『純正戰時刑法』であり、又、戰時状態と間接においてではあるが、しかし、これと深い關聯において在る犯罪現象として同様にその特殊なる意義を具有する犯罪現象たるの點を顧慮せられて戰時における特別な刑事法の對象として規定を見ることになつた刑事法規がいはゆる『不純正戰時刑法』である、としたのである。

しかし、いづれにしても、この兩者は、かやうに概念的には一應區別せられ得るのは兎もあれ、具體的にはしかく兩者を峻別し得ないのである。すなはち、グライス、パツハ教授に依れば、『不純正戰時刑法』は上に擧げた臨時的禁止に關するものについてまさに適切に該當するとせられつつ、(これについては、この禁止の方法に依る新しい制度は、戰爭の勃發する以前から、永い間、それは戰時状

態とは關係なく、ライヒ司法長官の命に依つて設置された『刑事訴訟法改正委員會』amtliche Kommission für die Erneuerung des Strafverfahrensrechts に依つて討議され、提案されてゐたのであつたといふ事情を特に附言することが出来る)、しかし、これは、時間的關係をはなれて、戰爭との關聯をも除外し得ないので、この新制度は戰時中にも作られ得るのである、とされてゐる。蓋し、戰時に際しては右の新制度のやうなのに對する需要は、まさに喫緊なところとして要求されるからである。否、戰時中に在つては檢察官廳も裁判所も、ただでさへ新規定——『純正戰時刑法』——の洪水に遭遇して之に精通しなければならぬ上に、その勞働力の點において根本的に低減させられてゐる状態であるにかかはらず、實際上の仕事は從來より高められつつあつて、しかも、之を克服してゆかねばならぬのであるからして、一般に現行法規には手を觸れしめないであらうから、この新制度が採用されるのは明白である。それ故に、外觀上『純正戰時刑法』と『不純正戰時刑法』との間に嚴格に限界を劃して之を峻別し得るやは疑問である。少なくとも、『純正戰時刑法』を廣義に解するとき、すなはち、戰爭においてのみ現はれる

效用及び諸事情に基づいて『純正戦時刑法』の限界を劃さうと欲する場合に  
 は特にしかりとされてゐるのである(三)。又、わたくしの上を示した區別に従つ  
 ても、具體的には兩者を峻別し得ないのである。蓋し、高度國防といふ觀點の上  
 からしては、戦時における犯罪が果して戦時状態と直接に深く關聯してゐるの  
 か、或は間接に深く關聯してゐるのであるか、といふことを實際上仔細に嚴格に  
 識別することは非常に困難である。否、それは殆ど不可能なものとせられねば  
 ならぬのに因るからのことである。さうして、ドイツの學者も、亦、この兩者を峻  
 別することの至難であることを認めてゐるところであるのである(四)。  
 ・それで、要するに、『純正戦時刑法』も、亦、戦時刑法であることには毫も變り  
 はないのである。

- I Graf Gleispach, *Kriegsstrafrecht I*, 1940, S. 8 ff.
- Graf Gleispach, *Entwicklungsrichtungen im Kriegsstrafrecht. Deutsches Strafrecht*, 1941, Heft 1-2, S. 1.
- II Graf Gleispach, *Kriegsstrafrecht I*, S. 8.
- III Graf Gleispach, *ibid.*
- IV Graf Gleispach, *Entwicklungsrichtungen im Kriegsstrafrecht*, S. 1.

## 第二節 戦時以前の戦時刑法

一 しかし、戦時刑法は、之を嚴密に考察すると、必しも上のやうに戦争開始後  
 において制定され公布を見たもののみは限らないのである。ドイツにおい  
 ても、今次の大戦が開始される以前において、さし迫つた戦争の危険に備へて、後  
 に述べるやうに、豫め戦時のための刑事諸法規が公布された。これも、亦、戦時を  
 對象としてゐる點において、戦時刑法といふことが出来よう。わが國において  
 も、亦、昭和十三年法律第五十五號(改正、昭和十四年法律第六十八號、昭和十六年法  
 律第十九號)の『國家總動員法』のやうなのは、戦時行政法であるとともに、又、一  
 の戦時刑法としてもいいであらう。それにおいては、『本法に於て國家總動員  
 とは、戦争(戦争に準ずべき事變の場合を含む、以下之に同じ)に際し國防目的達  
 成の爲、云云』と立言され、且つ罰則の規定が附せられてゐるのである。この法  
 律に在つては、明かにさし迫つた戦争の場合における戦時の諸措置を豫め法律

的に規定することが目的とされてゐるわけである。さうして、戦争以前の戦時刑法といふのについて特に注意されねばならぬのは、イタリアの刑法法典である。すなはち、一九三〇年のファッシスタ刑法法典は戦争の場合に對する諸規定を廣汎に包含してゐるのである。それで、ファッシスタ刑法法典は廣範圍に互る一種の戦時刑法を含んでゐるわけであるが、これは、ファッシスタ刑法法典の一つの特色とされていとおもふのである。わが刑法法典は、從來、特に戦争の場合を對象とする規定を有つてゐなかつたのであるが、イタリアやドイツやのそれに影響をうけたのもあらうか、漸く最近、昭和十六年三月十二日法律第六十一號の『刑法中改正法律』——これは昭和十六年三月二十日から施行された——に依つて刑法中に『安寧秩序に對する罪』といふ一章が第七章の二として新設され、その裡の第五條ノ三及び第五條ノ四の規定に依つて刑法中に戦時刑法が導入され、いはゆる『國防國家法的刑法』の基礎を固くしたことに對しては上に一言した。それで、上の刑法第五條ノ三及び第五條ノ四の規定においては、それぞれ、戦時——なほ、戦時のほかに天災其他の事變の場合を

も含んでゐる——に際して人心の惑亂又は經濟上の混亂を誘發すべき虚偽の事實を流布した者及び暴利を得ることを目的として金融界の攪亂、重要物資の生産又は配給の阻害其他の方法に依り國民經濟の運行を著しく阻害する虞ある行爲を爲したる者を處罰する旨の規定を設けるに至つたのである。これも、亦、いはゆる『戦時以前の戦時刑法』としてわが國において注意せらるべき規定であらう。(なほ、此等の規定は、わが刑法中に國民經濟に對する侵害に關する犯罪を規定したものであつて、これに依つて、わが刑法は、はじめて國民經濟の有つてゐる重要な意義を考慮に容れたのであり、さうして、これとともにわが刑法中に、いはゆる『經濟刑法』の概念が採り容れられたものとして注目すべきであるとおもふのである。このことは、ナチス・ドイツにおける『經濟刑法』の發展の模様と比較し、これと關聯して興味あるところであるが、わが刑法のこれと關聯してナチス・ドイツにおける『經濟刑法』の發展のことに就いては後に詳論しよう)。

さて、ナチス・ドイツにおいては、ファッショ・イタリアの刑法法典におけるや

うに、刑法法典の裡に戦争の場合に對し廣汎なる規定を爲してゐることは、後に説くやうに、しかく多くないのであるが、しかし、單行法規として戦争の場合を豫想して規定された戰事刑事的立法としての多くのものが存在してゐるのである。例へば一九三六年十月二十九日の『四箇年計畫施行の爲の法律』Gesetz zur Durchführung des Vierjahresplans, Vom 29. Oktober 1936 や一九三六年十二月一日の『經濟サボターージュに對する法律』Gesetz gegen Wirtschaftssabotage, Vom 1. Dezember 1936 や一九三八年八月十七日の『戰時及び軍の特別配置の場合に於ける特別刑法に關する命令』Verordnung über das Sonderstrafrecht im Kriege und bei besonderem Einsatz, Vom 17. August 1938 やのやうなのは、ナチス・ドイツにおいてその非常時が一段ならしめられたのとともに萬一の戦争の場合に備へるために戦争を豫想して制定を見た法規であり、それ等には、いづれも非常に重い罰則——死刑をもつて臨んでゐる——が規定されてゐるのである。

しかし、われわれはいはゆる『戰時以前の戰時刑法』Kriegsstrafrecht der Vorkriegszeit の規定を、なほ、直接手近に、ドイツ刑法法典の裡に見出すことを得るのであ

る。——それは、フアツシヨ・イタリヤの刑法法典におけるやうに廣汎な範圍に互るものでないこと勿論である——それは、まづ、第一に、刑法法典の叛逆罪 Landesverrat の章の各則規定において見出される。すなはち、特に第九十一條の『叛逆の通謀』Landesverräterische Konspiration や第九十一條 a の『叛逆的武力援助』Landesverräterische Waffenhilfe やいはゆる戰時背叛 sogenannte Kriegsverrat やに關する規定例へば第九十一條 b の『利敵行爲』Begünstigung des Feindes や、又、第九十二條 a の『軍隊の必需品に關する契約の破棄』Bruch von Verträgen über Bedürfnisse der Wehrmacht や竝に第九十二條 b 第二項の『國土防衛確保の爲の命令に對する違反行爲』Zuwerhandeln gegen Anordnungen zur Sicherung der Landesverteidigung やの規定がそれである。さうして、國防義務並に國防力の保護の爲の諸規定 Vorschriften zum Schutz der Wehrpflicht und Wehrkraft すなはち、第四百十條乃至第四百十三條 a の諸規定の裡で第四百十條 b の『戰時に於けるドイツ國土の拋棄』Verlassen des Reichsgebietes während eines Krieges といふ構成要件のみは明白に戰時にその目標がおかれてゐる。又、脱走を誘惑すること(第四百四十一條第三項)や國防資材の毀損

(第百四十三條 a 第四項) やの場合においてその特に重い場合に對し著しく科刑が強められてゐたことは戰時状態を目標としてゐたものといつてもよいであらうとされてゐる(二)。しかし、第百四十一條の規定は、現在では『戰時特別刑法令』Kr. Sond. Str. RVO. の第五條第二號が代つて適用されることになり、又、第百四十三條 a は一九三九年十一月二十五日の命令第一條に依つて代はられることになつた。さうして、上の規定が此等戰時の命令の規定に依つてかやうに代はられることになつたことは、上の規定が、實に、戰時を目標としたものであつたことを裏書きしてゐるものといはねばならぬのである。

抑も、ナチス・ドイツにあつては、戰爭の場合には國防力が最高度に發展し、國防軍が極度に擴大するのに伴れて、それに對する刑法上の保護も亦高められねばならぬとされ、その結果、上に擧げた刑法法典の大逆罪 Hochverrat と叛逆罪 Landverrat との章が一九三四年四月二十四日の法律に依つて新たに設けられたのであるが、これは、今や、戰爭の場合のための有效なる準備工作であつたことを證明してゐるのである。さうして、同様に一九三五年六月二十八日の法律及び一

九三六年七月二日の法律に依つて爲された『公の秩序の侵害』の章における二三の變更も亦しかりとせねばならぬのである(三)。それで、かやうに來るべき戰爭の場合を慮つて、戰時のために刑法規定の改新を行つてゐたことは、今次の戰爭に際して、戰爭のための刑法改正を、この改新が行はれなかつたならば戰時に際して要求されたであらうよりも、遙かに狭い範圍内で食ひ止め得たのであつた、といはれてゐるのである(三)。

I Vgl. Graf Gleispach, Kriegsstrafrecht I, 1940, S. 11.

II Graf Gleispach, a. a. O. S. 30.

III Vgl. Graf Gleispach, ibid.

二 さて、戰時に對處する刑法の改正は、主として上に擧げた『戰時特別刑法令』すなはち、一九三八年八月十七日の『戰時並に軍の特別配置の場合に於ける特別刑法に關する命令』の裡に包含されてゐるのである。さうして、この命令は、一九三九年七月五日の全權委任命令に基づいて國防軍司令長官が全國國防軍に對して一九三九年八月二十六日——今次の大戦のはじまる數日以前であ



る——に效力を發生せしめたものである。更に、この命令は、ドイツの軍刑法を變更し且つ之を補充したのみならず、又、實に、一般刑法法典をも變更し且つ之を補充してゐるものである。しかし、この命令は、右の變更と補充とを戦時のための特別法としてのみ行はうとしてゐることは、平和時法の例外的なる諸規定を廢止しないで、むしろ、戦時においては右の例外的なる諸規定が適用されてはならぬといふことが規定されてゐるに過ぎないことに依つて明瞭であるのである。さうして、國防軍司令長官は、右の命令をその時その時の現行法に妥當するやうに解釋し且つ戦争遂行の必要上命令を變更し補充するの權能を有つてゐるのである。この命令に對する變更權竝に補充權は既に一九三九年十一月一日の補充命令 *Ergänzungsvorordnung vom 1. November 1939* に依つて行はれたところである。それで、上の戦時特別刑法は全國國防軍に對して適用されるのであるが、しかし、不法退却 *unerlaubte Entfernung* や脱走やのやうな純粹に軍事上の犯罪に關するのではない限り一般人 *Zivilpersonen* に對しても、亦、適用されるのである。かくして、一般人は、戦時特別刑法令に依つて罰せらるべき行爲については戦時裁判所

の管轄に屬してゐるのである。すなはち、國防力の解體、問諜、占領したる外國領土内にて司令官より公布されたる命令に違反する行爲等（一九三八年八月十七日の『戦時及び軍の特別配置の場合に於ける軍刑事手續に關する命令』第二條第四號 a 乃至 d 參照）の行爲については、一般人も軍事裁判所の裁判管轄に服さねばならぬのである。かやうにして、戦時特別刑法は一般人に對しても適用性があることになつてゐるのである。

序ながら、附言しておきたい。上にわたくしが擧げたのは今次の戦争開始前のナチス・ドイツの戦時特別刑法 *Kriegssondersstrafrecht* であるが、ナチス・ドイツでは戦争の開始後、すなはち一九三九年十一月二十五日に、更にドイツ國民の國防力の保護の刑事規定を補充するために國防參議院から命令が公布された。すなはち、『ドイツ國民の國防力保護の刑事規定の補充の爲の命令』 *Verordnung zur Ergänzung der Strafvorschriften zum Schutz der Wehrkraft des deutschen Volkes. Vom 25. November 1939* がこれである。この命令には、人及び時に關する效力について何等特別なものが規定されてゐないので一般原則が適用されるわけである。

さうして、これはドイツの保護領においてドイツの国籍所屬者にあらざる者、すなはち非ドイツ人にも適用される重要な命令であるが、これについては、いづれこの命令を考察する際に譲ることにする。

三 さて、われわれは、ドイツにおいて、刑事上、戦争の場合に對する配意について、別に、その刑法法典の外に軍刑法の裡に非常に多くのものが爲されてゐるのを見出すのであるが、これは、もとより、その法典の性質から當然なこととせねばならぬ。わが國においても、同様に陸軍刑法、海軍刑法の裡に之について多く規定を見出し得るもののあること勿論である。例へばわが陸軍刑法第八十六條や第九十九條や、海軍刑法第八十六條や第百條やのやうなのは、その典型的な例といひ得るであらう。

それで、まづ、ドイツの軍刑法の範圍においては、第百五十五條の『從軍者』*Ge-folge*に關する規定が上のことを示してゐる(二)。同様に、第百五十八條の『戰時俘虜』*Kriegsgefangene*や戰場において叛逆を爲したる者又は第百三十四條の『戰場に於ける屍體強盜』*Leichenraub*の罪を犯したる者又は第百六十一條に規定さ

れてゐるやうに、ドイツ軍から占領せられた外國の領土においてドイツ軍の部隊又はその部隊員に對し、若はライヒ長官の命令に基づいて設置せられた官廳に對してドイツの法律に従へば罰せらるべき行為を爲したる者やに關する規定も、しかりとされる(三)(四)。さうして、更に、『戰時背叛』*Kriegsverrat*——これは、ドイツ刑法第九十一條b竝に軍刑法第五十七條以下に、依る戰場において行はれる叛逆罪である——や軍刑法第六十二條、第六十三條の戰場において軍隊を危地に陥れることに對する應急的の規定も、亦、しかり(五)(六)(七)(八)。さうして、その行為が戰場において行はれる——例へば軍刑法第一二九條の『掠奪』*Plünderung*におけるやうに——といふことが、多くの場合において刑罰を科せしめる基礎事情である(九)。又、非常に多くの場合においては、戰場で犯罪行為が行はれたといふ事情や敵前での犯行、戰闘中の犯行——例へば軍刑法第八十四條の怯懦行為——といふ事情やが刑を加重せしめる結果をなしてゐるのである(一〇)。

一 ドイツ軍刑法第百五十五條の規定は次の如し。曰く、『ドイツ國に對し爲されたる戰爭中、一定の職務又は契約關係に因り交戦中の國防軍に所屬し又は國防軍中に止まり若は

國防軍に隨行する者は、皆本法の規定、特に戦時法規を適用せらる」と。

二 ドイツ軍刑法第五十八條の規定は次の如し。曰く、「俘虜の犯罪行為に對しては、其の軍人たるの階級を標準として本法を準用す」と。

三 ドイツ軍刑法第三十四條の規定は次の如し。

第三百三十四條 戰場に於て不法に領得するの意圖を以て、戰場に残されたるドイツ軍又は其の同盟軍の部隊の所屬者より物を奪取し又は戰場に於ける、行軍中に於ける、輸送中に於ける、野戦病院に於ける病者、負傷者より、若は保護に委ねられたる俘虜より物を奪取し又は強奪したる者は十年以下の懲役に處す。輕き場合には五年以下の禁錮に處し、下士官に對しては同時に免職を言渡すべし。

公民權を喪失せしむることを得。

四 ドイツ軍刑法第六十一條の規定は次の如し。曰く、「外國人又はドイツ人にして、ドイツ軍の部隊より占領せられたる外國の領土に於て、ドイツ軍の部隊又は其の所屬者に對し、若は總統又はライヒ長官の命令に基づきて設置せられたる官廳に對し、ドイツ國の法律に従へば罰せらるべき行為を爲したる者は、本人が該行為をドイツ領土内に於て行ひたるべきと同様に之を處罰す」と。

五 ドイツ刑法第九十一條bの規定は次の如し。

第九十一條b 國內に於て又はドイツ人として、外國に於て、ドイツ國に對し爲さるる戰爭中又は切迫せる戰爭と關聯して、敵軍を援助し若はドイツ國又は其の同盟國の戦闘力に不利

益を加へんことを企行したる者は死刑又は無期懲役に處す。

行為がドイツ國及び其の同盟國に對する輕微なる不利益を招來したるに止まり且つ敵軍に輕微なる利益を與へたるに過ぎずして重大なる結果をも招來することなかりし場合には二年以上の懲役を言渡すことを得。

六 ドイツ軍刑法第五十七條の規定は次の如し。曰く、「戰場に於て刑法第九十一條bの規定に依る叛逆罪を犯したる者は戦時叛逆として死刑に處す」と。

七 ドイツ軍刑法第六十二條の規定は次の如し。

第六十二條 戰場に於て其の職務を故意に怠り且つ之に因りて敵の企圖を促進せしめ又は交戦中のドイツ軍又は同盟軍の部隊に危険若は不利益を惹起せしめるの結果を生ぜしめたる者は十年以下の懲役若は十年以下の禁錮又は拘禁に處す。輕き場合又は職務不履行が故意に出でたるに非ざるときは、三年以下の自由刑とす。

下士官に對しては禁錮と併せて免職を言渡すことを得。

八 ドイツ軍刑法第六十三條の規定は次の如し。

第六十三條 次の各場合には死刑に處す。

(一) 要塞司令官が豫め總ゆる防禦の手段を盡すことなくして要塞を敵に歸せしめたるとき

(二) 司令官が戰場に於て自己に命ぜられたる防禦手段を怠り、因りて自己に委ねられたる一定の地を放棄し又は敵に歸せしめたるとき

(三) 戦場に於て敵に降伏したる司令官が、降伏の結果、自己の率ゐる部隊に武装解除を來たさしめ且つ自己に要求せらるる總ゆる義務を盡さざりしとき

(四) 軍艦又は其の乗組員を敵に引渡したる軍艦の司令官が、豫め右の引渡を避ける爲に自己に要求せらるる義務の總てを盡さざりしとき。

第二號及び第三號の輕き場合には五年以上の拘禁又は終身拘禁とす。

#### 九 ドイツ軍刑法第二百二十九條の規定は次の如し。

第二百二十九條 戦場に於て戦争の恐怖を利用し又は自己の軍事上優越の地位を濫用して、

(一) 土地の住民の物件を違法に領得するの意思を以て公然奪取し又は強取したる者若は

(二) 権限なくして戦時課税を徴收し又は強制徴發を爲し若は自己の利益の爲に程度を逸脱したる徴發を爲したる者は、掠奪の罪を犯したる者とす。

一〇 ドイツ軍刑法第八十四條の規定は次の如し。曰く、『戦闘中臆病に因り逃走を爲し又は同僚に言語若は合圖に依り逃走を誘惑したる者は死刑に處す』と。

四 次に、今次の戦争以前における刑事手續法は、戦争の場合の規定を殆ど備へてゐなかつたのである。しかし、今次の戦争以前の時代における二つの施設すなはち、國事裁判所と特別裁判所とは、今次の戦争の勃發に際しても價値あるものたることを證明してゐるといはれてゐる(二)。さうして、更に、一九三八年十

一月二十日の特別裁判所の管轄權の擴張に關する命令も、亦、同様に戦時に價値あるものとされてゐるのである。

さて、かやうに、今次の戦争勃發後新らしく制定された戦時刑法とは異つて、今次の戦争勃發以前において制定され、戦争の場合に對處するための刑事上の法規を稱して、ドイツの學者は、之を『戦時以前の戦時刑法』 Kriegsstrafrecht der Vor-Kriegszeit と呼んで區別してゐるのである(三)。さうして、このいはゆる『戦時以前の戦時刑法』も、亦、戦時に際しての秩序、特に銃後の社會秩序を維持するため配慮された規定なのである點から觀て、一種の戦時刑法といふことが出来るのである。しかし、上に擧げた軍刑法に規定されたものの中には、戦時において銃後の秩序を維持強化するもののみならず、戦場——戦線——における秩序を直接に維持することを目的としてゐるもののあることを注意せねばならぬのである。

それで、わが國においても、『戦時犯罪處罰の特例に關する法律』や、『戦時刑事特別法』やのやうなものに對して、上に擧げた刑法第百五條ノ三及び第百五條

ノ四の規定のやうなのは、いはゆる『戦時以前の戦時刑法』に属するものであるが、これは戦時一般に際して常に適用せられるのである。之に反して、『戦時刑事特別法』のやうなのは、『戦時犯罪處罰の特例に關する法律』は、『戦時刑事特別法』の第四條第五條にそのまま吸収されて廢止されることになつた。大東亞戦争といふ特定の戦争中においてのみその適用を見るべきものであつて、將來起ることあるべき戦争一般についてその戦争中に常に適用を見るべき戦時恆久法ではない。それは、大東亞戦争の開始から講和條約に至る期間中適用さるべき戦時限時法であり、戦時臨時法である。蓋し、このことは、この法律の附則第四項に『戦時終了の際に於て必要な経過規定は勅令を以て之を定む』とあることから知り得られるのである。すなはち、戦争の終了を豫定してゐるのであることから、この法律に『戦時』といふのは、特定の戦争期間——この法律では大東亞戦争の期間を指す——を意味してゐるのであることは明かなところといはねばならぬ。それで、わたくしは、かやうな戦時刑法を、『限時法的戦時刑法』又は『臨時法的戦時刑法』と呼び、之に對して、刑法第百五條ノ三及び

第百五條ノ四の規定のやうなのを『恆久法的戦時刑法』と稱して區別することにしてゐるのである(三)。しかし、『限時法的戦時刑法』又は『臨時法的戦時刑法』が、やがて『恆久法的戦時刑法』にまで爲り得るであらうこともあることは、おのづから別個の問題であるとせねばならぬのである。それは兎も角もこのこととして、わたくしが上に『限時法的戦時刑法』又は『臨時法的戦時刑法』と名づけたもの、或は又わたくしが『恆久法的戦時刑法』と呼び做したのもの、ともに、それは戦時刑法たることに變りはないのである。

I Vgl. Graf Gleispach, *Kriegsstrafrecht* I, S. 12.

II Graf Gleispach, a. a. O. S. 11 ff.

III 拙稿『比較戦時刑法序説』法律時報第十四卷(昭和十七年)第九號第二四頁。通巻第八六四頁。

五 序ながら上に擧げた昭和十七年二月二十三日法律第六十四號をもつて公布せられた『戦時刑事特別法』は、その後、更に第十議會を無修正を以て通過した『戦時刑事特別法中改正法律』に依つて改正を見ることになつた。右の

『戦時刑事特別法中改正法律』は昭和十八年三月十三日に公布され、同年同月二十八日から施行されることになつた。わが國においても、その刑法法典中に戦時刑法が導入されることに因り、又、かやうに刑法法典以外の單行の戦時刑法が改正増補されることに因つて、戦争の發展とともにわが刑法はますます戦時刑法の色彩を濃厚ならしめるとともに、刑法が國防刑法化を鮮やかならしめられてゐることを、われわれは十分認識しなければならぬ。かくして、このことは、やがて、わが刑法法典も、亦、いはゆる『國防國家法的基礎』の上に構成せらるるに至るべきことを示唆してゐるものといはねばならぬのである。

## 第二章 ドイツ戦時刑法の沿革と性格

### 第一節 ドイツ戦時刑法の沿革

一 いはゆる『戦時刑法』は、ひとりナチス・ドイツのみが有つてゐるのではなく、その他にイタリアをはじめとしてイギリスもソヴェトも之を有つてゐるし、わが國も亦之を有つに至つたことは上に述べた。しかるに、此等戦時刑法を有つ世界の國國の中で、ナチス・ドイツの戦時刑法が特に完備したものとされてゐるのであり、さうして、ナチス・ドイツも亦しかく最も完備した戦時刑法を有つてゐることをもつて誇りとしてゐるのである。

ドイツの戦時刑法が模範的なものとされてゐることは、大東亞戦争の勃發直後、わが國で最初に制定された戦時刑法たる『戦時犯罪處罰の特例に關する法

律』が實に、ナチス・ドイツの戰時刑法たる一九三九年九月五日の『國民の害賊に對する命令』を——特にその第二條を——母法としたのであること——  
 このことは、右の法律の制定當時わが司法當局の示唆せられたところである——  
 一からも推知されるのである。又、この特例法においては、その科刑が一般に加重され且つ死刑のやうな極刑が規定されてゐるにかかはらず、從來のやうに起訴や審理や等の手續に永い時日を要することなく審理を速かにし、その處置を迅くするやうにされるに至つたのも、亦、おそらくは上の『國民の害賊に對する命令』第五條の『特別裁判所の手續の促進』の精神や、その他ナチス・ドイツの戰時刑法の一種であり、その手續法である一九三九年九月一日附の『裁判所の構成並に訴訟手續の領域に於ける諸規定に關する命令』Verordnung über Massnahmen auf dem Gebiete des Gerichtsverfahrens und der Rechtspflege, Vom 1. September 1939 (RGBl. I S. 1659) ——これは、通常『簡易化命令』と略稱されてゐる——や一九三九年九月十六日附の『刑事訴訟法、軍刑事訴訟法並に刑法の規定の變更に關する法律』Gesetz zur Änderung von Vorschriften des allgemeinen Strafverfahrens, des Wehrnachstrafverfahrens und des Strafgesetzbuchs, Vom 16. September 1939 (RGBl. I S. 1841) や、一九四〇年二月二十一日附の『刑事裁判所の管轄權、特別裁判所並に其他の刑事訴訟法の規定に關する命令』Verordnung über die Zuständigkeit der Strafgerichte die Sondergerichte und sonstige strafverfahrensrechtliche Vorschriften, Vom 21. Februar 1940 (RGBl. I S. 405) やの精神に影響されたところが少なくないものと考へられるのである。これらの點に鑑みると、ナチスの戰時刑法がわが戰時刑法に影響を及ぼしたところが決して少なくないといはねばならぬのである。さうして、更にドイツの戰時刑法が完備してゐるものであることは、之をイタリアの戰時刑法と比較することに依つて更に明瞭となるのである。

抑も、ナチス・ドイツに次いで、否、今次の戰爭勃發以前に在つては、それにも超えて戰時刑法に意を注いだのは、フアツシヨ・イタリアである、といはれてゐるのである。すなはち、フアツシヨ・イタリアにおいては、一九三〇年フアツシスタ刑法法典を制定する際に戰時刑法に就いても周到な配意が爲されて、戰時の場合に對處するための廣範圍に互る諸規定がフアツシスタ刑法法典の裡に包

含せしめられたのであることは、既に上にも觸れたところであるが、例へばフランススタ刑法法典において戦時に關する規定は次のやうな多數に上つてゐる。すなはち第二百四十二條第一項、第二百四十六條第三項、第一號、第二百四十七條乃至第二百五十三條、第二百五十七條第二項、第一號、第二百五十八條第二項、第二百六十條第二項、第二百六十一條第二項、第二百六十二條第二項、第二百六十三條第二項、第二百六十五條、第二百六十六條第三項、第二百六十七條、第二百六十七條第三項、第五百十條、等、等である。かやうに、イタリアにおいては、既に戦争勃發前に在つてそのフランススタ刑法法典の裡に戦時刑法の諸規定が採り容れられてゐて、ドイツのやうに大部分の戦時刑法が戦争勃發とともに臨機に單行法として制定公布を見たのと大に趣を異にしてゐるのである。それで、將來のためには、かやうにイタリアのやうな手續を採るのを適當とするか又は戦時に際して豫め配意されたいはば特別法を制定すべきであるかといふことは、十分検討されねばならぬところであるとしてされてゐるのである(二)。しかし、イタリアのやうな方法、すなはち、廣汎に亙る戦時刑法を豫め刑法法典の裡に包含せし

めるのよりかも、やはり、今次の戦争においてドイツが採つたところのやうに、その必要に應じて時宜に適した各種の戦時刑法を臨機に制定公布した方がより効果的であり、より完備したものであつたことが、今や明瞭に實證されるに至つたのである。かやうにして、今次の戦争が勃發するや、從來のいはゆる『ヒットラー法』 Hitler-Gesetz がさうであつたやうに、矢繼ばやに戦時刑罰法規を、やはり『ヒットラー法』として、次に手際よく、その順序を過たず、適時に制定公布したことに由つて、今や、ナチス・ドイツの戦時刑法は世界において最も完備したものであるといふの定評を贏ち得るに至つたのである。

それで、ナチス・ドイツの戦時刑法は、戦争勃發といふ忽率の際に制定され公布されたものであるにもかかはらず、それは、既に戦前から周到なる用意の下にその立法が準備されてゐたと考へられるものだけに、その一つ一つの法規についての立法に方つても、實に、あらゆる點に綿密にして精緻なる配意の程が窺はれるのである。これに就いては、後に詳細に考察するので、茲には一一の例示に關しては深く觸れるつもりはないが、例へば戦時刑法における科刑の峻嚴は、そ



の峻嚴なるゆゑんを克く民衆一般に對して知悉せしめ、之を十分に理解せしめることと相俟つて巧に運用の妙を發揮し、刑政の經營をして圓滑ならしめてゐるのである(三)。しかも、之に加ふるに、今日においては、後に明かになるやうに、各種の戰時刑法について既に相當の數に上る判例が示されてゐるのであるし、且つ學者の努力に依つて既に二三の戰時刑法一般に互つての優秀なる註釋書のやうなもの——例へばコールラウシュ教授の註釋書やグライスバッハ教授のそれや、ナグラ教授の論文におけるやうな——が公にされてゐるので、その解釋と適用とに關しても、亦、殆ど缺けるところがない、といつていいであらうかと思はれるのである。それで、ドイツの戰時刑法が、いかに整頓されたものであるかといふことは、今後各國の戰時刑法についての比較的考察乃至研究の進むに伴れて、いよいよ明瞭さを加へてゆくのであらう、とわたくしは考へつつあるのである。さうして、わたくしは、わが國の戰時刑法に付ても、理論上解釋上ドイツのそれと比較して考察し研究することに依り——別に、又、特にイタリヤの戰時刑法やイギリスやソヴェトヤのそれと比較的研究を爲すの要あることはいふ

までもないところである——最もよくそれを運用し得るゆゑんのものがある存するのであらうと確信するのである。

一 Graf Gleispach, *Entwicklungsrichtungen im Kriegsstrafrecht*, S. 1.

二 なほ、これに就いて詳しくは、拙稿『比較戰時刑法序説』法律時報第十四卷(昭和十七年)第九號所載参照。

二 諸國の戰時刑法中、ナチス・ドイツのそれが模範的なものであることは、既に上に擧げたやうであるが、それについては、おのづから理由の存することである。すなはち、それは、實に、その沿革に原因を有つてゐるとされてゐるのである。

抑も、既に上に述べたやうに、前ヨーロッパ大戰に在つては純粹な武力戰の外に經濟戰並に宣傳戰の、さうして之に伴つて更に思想戰の形態において戰爭が發展したことに因り、戰爭の本質が從來の戰爭のそれとは著しく異つて複雑化するに至つたのであり、従つて戰爭そのものの領域も著しく擴大されて、それは戰場における最前線から銃後へと廣く互ることになつたのである。かくして、

最近の戦争は、文字通りの『全體戰』であり、『國家總力戰』にまで發展せざれば止まないものである。さうして、その『全體戰』又は『國家總力戰』は、軍隊のみならず、斷然、廣く銃後の戰線 *inure Front* を包含してゐる。それで、最近の戦争においては戰線と銃後とを結んで一體とし、以て外敵に當らねばならぬのである。かくして、前ヨーロッパ大戰このかた、『高度國防』といふことがいはれるやうになつたのである。

さて、高度國防といふのにおいては、戰線と銃後とを最高度に結束せしめ、是に由つて祖國の戰つてゐる戦争を完遂し、輝かしい勝利を得ることを窮極の目的としてゐるのであるが、銃後をして積極的に戰線の軍隊に協力し、之に力を供給してその背後を完全に掩護せしめ、戰線と銃後との最高度の結束を實現せしめるためには、特に國家内において確固たる秩序を維持し、銃後の人人の生活を完全に保障し之を安定せしめることを喫緊にして最大の必要事とするのである。しかるに、前大戰當時のドイツにおいては、かやうな點に對する政治的、特に廣い意味の國防政策が完全でなかつたために、その政治が高度國防政策の本性を

具有しなかつたので——これは、當時、ドイツにおいて分立主義、特に聯邦特權主義に因るの分立主義の弊害が甚しかつたこと、國民感情に目覺めたのがあまりに遲きに失したことが及び全く統一のない黨派的政治理論が行はれたこと、等に原因してゐた、とナチ黨の人人から非難されてゐるところである——それが實に、一九一八年の崩壊を招來したのであることは、既にドイツ人のみならず、われわれの夙に克く知つてゐるところである。

それで、これがために、殆ど連戰連勝であつたドイツの『常勝國防軍』 *unbesiegbare Wehrmacht* の輝やかしい偉大なる戦争の成果にもかかはらず、銃後の祖國は戦争を繼續することを拒否したのであつた。かやうにして、ドイツの崩壊は、外部から來たのでなくして、實に、ドイツ國家、すなはち、ドイツ人の祖國の内部から招來せられたものである、といはれてゐるのである(一)。すなはち、前大戰においては、ドイツは武力戰では非常に優勢であつたので、その敗戦の最後の日に至るまでドイツの軍隊は國外に進撃してゐたにもかかはらず、銃後の無秩序不統一は、遂にドイツをして聯合國に對し不名譽な屈服を申し出でしめねばならなかつた

のである。さうして、かかるところに敗戦の理の存在してゐたことは、ナチス・ドイツの指導者たちを特に憤慨させたのである。かくして、祖國が嘗めた過去の敗戦の経験の結果に基づいて、今、ナチス・ドイツにおいては、特に高度國防國家の思想が高調され、格別に戦時下の國內の秩序の確守といふことが重大視され、國內の人人の生活を安全ならしめて、前大戦の當時と異り、今や、銃後が積極的に戦線の國防軍に協力し之に戦争のためのエネルギーを供給すべき銃後の活動を完からしめるために、特に銃後の社會を對象とし、その銃後生活の安寧と秩序とを維持して支障なからしめるために、『戦時刑法』の諸法令がその制定を見るに至つたのである。ナチス・ドイツが『戦時刑法』を重要視し、その充實を圖り、その完備に大いに意を用ひてゐるのも、實に、以上のやうな苦い経験を前大戦において味はつたのに因るのであつて、これが、おのづから曾ての大戦の戦勝國たるイギリスやフランスやのやうな國と異り、戦時刑法が特にナチス・ドイツにおいて完備を見るに至つたゆゑのものであるといはねばならぬのである。

三 かやうに、ナチス・ドイツの戦時刑法は、戦時刑法として模範的なものであり、それは、しかく由つて來るところの歴史的沿革を有つものであることを考へて置くことは、ナチス・ドイツの戦時刑法一般を考察する際に特に重要なことであつて、例へばナチス・ドイツの戦時刑法の具有する性格や特色やを理解する上においても、それは格別に必要なことなのである。今、一例を擧げるならば、ナチス・ドイツの戦時刑法に在つては、一般に科刑が加重されてゐて、それはしばしば死刑のやうな極刑が規定に見えてゐるのであるが、これをもつて淺薄にナチス・ドイツの戦時刑法に應報主義、威嚇主義、一般豫防主義乃至客觀主義の思想が支配的であるとか、又は之が復活されたなどと即斷してはならぬのである。ナチスの刑法學者の裡にも亦かやうに考へてゐる者がなくはないのであるが、しかし、これは、全く、後に詳論するやうに、ナチスの戦時刑法においては、銃後社會の秩序を維持するための必要上からする社會保全主義の思想が支配的であるのに基づくのである。このことは、實に、上の沿革について考察するとき、克く理解され得るところなのである。

## 第二節 ドイツ戦時刑法の性格 (その一)

一 ナチス・ドイツの戦時刑法の誕生するに至つた沿革の由来を明かにしたわたくしは、更にその具有する戦時刑法の性格に就いて考察せねばならぬ。ナチス・ドイツの戦時刑法の性格がいかなるものであるかを一言にして盡せば、それは、徹頭徹尾ナチスの世界観から支配されてゐるといふことである。抑も、ナチス・ドイツにおいて今日行はれてゐる刑法は、一八七一年五月十五日に『ドイツ刑法法典』として公布せられたものであつて、それがナチス政權確立以前の制定にかかるといふことは言を俟たない。この現行ドイツ刑法法典には、ナチス政權確立とともに、精密な附屬法が附加せられた外に、又刑法法典自身の中にナチスの精神に基づく新規定の多くのものが修正規定として

挿入されたことに因つて、現行刑法法典がナチス的なものに變更されたのであるけれども、しかし、それは、始源的に且つ根本的にナチスの世界観から創造されたものといふことは出来ないところとせねばならぬ。それで、別に、ナチス政權確立後に作られた多くのいはゆるナチス刑法綱領や草案やがある。例へば、ナチス政權が確立した一九三三年に發表されたプロイセン司法長官ハンス・ケルルの『刑法覺書』Nationalsozialistisches Strafrecht, Denkschrift des Preussischen Justizministers (Hans Kerrl), 1933 があり、別に國民社會黨の『刑法綱領』Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht, 3. Aufl. 1935 があり、更に國務長官ハンス・フランクがドイツ法學士院長として宣言した『國民社會主義的刑法政策』Hans Frank, Nationalsozialistische Strafrechtspolitik, 1938 があり、さうして、一種の草案としては、ギュルトナーに依つて監輯された『當來のドイツ刑法』二卷(總則及び各則)Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, 2. Aufl. 1935-1935 がある。これ等がナチス的世界観からの創造にかかるものであることは疑を容れないのであるけれども、しかし、これは綱領であり草案であるに止まつて、未だ現行の法規となるまでに至

つてゐない。

若し夫れ、ドイツ現行陸軍刑法に至つては、七十年戦争の経験に基づいてモルトケ將軍が古プロイセンの軍紀の精神を核子として一八七二年にこれを作り同年六月二十日に公布されたものである。これは、第一次世界大戦の敗戦後のワイマール憲法下の沈滞時代を経て殆ど變更されるところなくして過ぎて來たのであり、ドイツにおいては敗戦の経験に因つて得たところに依り陸軍刑法を改革せねばならぬといふことには氣づかれてゐるのであるが、それは停頓のままになつてゐるのである。それで、かやうな事情が考慮されて、上の現行陸軍刑法に對しては、一九三八年八月十七日の『戦時及び軍の特別配置の場合に於ける特別刑法に關する命令』Verordnung über das Sonderstrafrecht im Kriege und bei besonderem Einsatz, Vom 17. August 1938 — この命令は、略して『戦時特別刑法令』Kriegs-sonderstrafrechts-Verordnung と呼ばれてゐる——が制定されたのである。しかし、之を別にして、ドイツの現行陸軍刑法は、上のやうな事情の次第から、やはり始源的根本的にナチスの精神から導かれてゐるとはいひ得ないところである。

しかるに、ドイツの銃後を確守するために制定された『戦時刑法』に在つては、事のはじめから根本的に且つ徹底的にナチスの世界觀に基づいて創作されてゐるのである。それは、上に叙べたやうな戦時刑法の制定の由來に原因して、格別にナチスの世界觀から支配されてゐるのである。さうして、それは實體的なる法規においてしかり、手續的なる法規において、亦、しかるのである。されば、その戦時刑法は眞にナチスの法律であり、眞のナチスの刑事立法である、といふことが出来るのである。

二．さて、ナチスの世界觀の特色として擧げらるべきものは多々あるであらうけれども、そのうちで、ナチスの全法律に對して最も思想的に影響を及ぼし、その法律一般にわたつての革新思想の根柢を支配してゐるものは、何といつても『實體的正義』materielle Gerechtigkeitの思想であるとせねばならぬ。

抑も、この『實體的正義』といふ思想は、ナチスすなはち國民社會主義の精神に基づいてゐるものであつて、最もよくナチスの世界觀の根本的且つ本質的なものを表現してゐるのである。それ故に、ナチスの世界觀に従へば、國民の全

生活の個個の場合に對し、さうしてその末梢的な生活關係の部分に至るまでにこの『實體的正義』が貫徹され、徹底的に實現されねばならぬ、とせられるのである。それで、この『實體的正義』の觀念は、法律が究極において正義の實現を目的とし、これを擔保するためのものであるのに關聯して、特に法律一般にわたつてそれが實現され、徹底的に確保されねばならぬとされてゐるのであるが、全法律のうち、なかんづく刑事法においては正義の擔保せられると否とはその影響するところ特に重大なるものがあるので、従つて、『實體的正義』の思想は、今や、刑事法一般にわたつて格別に重要視されねばならぬ、といはれてゐるのである。

それで、この『實體的正義』の觀念とはいかなるものであらうかといふに、これを端的にいふならば、それは抽象的形式的な正義の觀念に對するもので、從來世に行はれた抽象的形式的な正義の觀念をもつてしては、今や、國民生活を、衡平に、圓滑に、摩擦なく、妥當に進展せしめてゆくわけにゆかぬとされるのである。十九世紀から最近までの自由主義個人主義の時代においても、正義が高調され

たのではあるが、それは、徒に抽象的形式的なものに過ぎなかつたのである。從來、しかく正義が強調されたのにもかかはらず、實生活上正義の完うされなかつたことを想起するだけで、事は當然に明かにされるところであるのである。

三 さてこの『實體的正義』の思想は、ナチスが政權を確立し、刑法の改正事業に着手した當時において既に強調されてゐたところで、すなはち、『實體刑法』の改正に際して、その貫徹と形成とに努めつつあるところの指導精神の裡で第一位に置かるべきものは、嚴格に實體的に規制された不法の概念をもつて形式的不法の概念を克服することである。換言すれば、わが國の刑事司法を實體的正義の思想の上に徹底的に置き替へるといふことである』といはれてゐたのである(一)。さうして、その後、『實體的正義』といふことはナチス刑法の標語として、國民社會主義労働黨(ナチ黨)の『刑法綱領』——これは、一九三五年三月十日から十五日までのナチ黨法律部の刑法委員會が決議したところとして發表されたものである——において、はじめて公然と揚言されるに至り、爾來ナチス刑法においてしばしば高調せられるに至つてゐるところのものである(二)。

右のナチ黨の『刑法綱領』には、『實體的正義』の觀念について次のやうに揚言され、それが高調されてゐるのである。すなはち、その綱領第九に曰く、『國民社會主義刑法においては形式的な正不正なし。實體的正義といふ思想が存するだけである』と。それで、その第十一及び第十二においては、時に關する刑法の效力、場所に關する刑法の效力はそれぞれ實體的正義に依つて定めらるべきことが示されてあり、さうして、その第二十六には、時効が實體的正義の原則から分離せらるべきでないことが明かにされてゐるのである。さうして、ナチ黨の『刑法綱領』において、しかく公然と揚言されるに至つた實體的正義の思想は、一九三五年六月二十八日の刑法の改正法に依つて刑法上遂にその實現を見ることになつた。それは、ドイツ刑法新第二條の規定においてである。すなはち、『實體的正義の思想は、類推の許容を求めるの要求において明瞭にその沈澱物を見出した』のであつた(三)。

右のドイツ刑法新第二條の類推を許容することについての規定に關しては、わたくしは後に詳論する際に譲ることにして、しかし、ナチスの戰時刑法におい

ては、この『實體的正義』の思想は、更に發展を重ねることになつたのである。すなはち、それは、ナチス戰時刑法において、今、甚だ重要視せられてゐる『行爲者類型』又は『犯罪人定型』の思想 *Tätertyp-Godanke* に依つて更に展開せられることになつたのである。しかし、これについても、亦、わたくしは後に論ずるところに譲らねばならぬのであるが、かくして、ナチスの戰時實體刑法においては、ナチスの世界觀から出てゐるところの『實體的正義』の思想から徹底的に支配せられてゐるのである。

それで、この『實體的正義』の觀念は、ナチス・ドイツに在つては、その刑事手續法においても、亦、痛切に必要とされてゐるのであり、やはり、その標語とまでされてゐるのである。それは、ナチスの多くの學者、例へばフライスラーをはじめのエルンスト・シェーファーやジゲルトやヒニューベルやテグトマイエルやの諸家が特に論じてゐられるのであり、わたくしにも上の諸家の論文に基づいて既に論じたところがある(四)。しかし、ナチスの戰時刑事手續法においては、『實體的正義』の思想は、いよいよますます、それが鮮やかにされてゐるのであ

る。これについては、わたくしは後にも論ずるところがあらうが、なほ、別に之について考察したわたくしの論文がある(五)。さうして、私見に依れば、今や、ナチスの戦時行刑法規においても、實體的正義の思想は、その指導精神とされてゐるところではなからうかとおもはれる。しかし、これについても、亦、わたくしは、その詳しきはわたくしの別に論じたところに譲ることにしよう(六)。これを要するに、『實體的正義』の思想は、ナチスの世界観が最も徹底的に表現せられてゐるその戦時刑法一般(戦時刑事手続法も含めての)及び戦時行刑法において最も完全に、さうして最も鮮やかに實現され實踐されてゐるのであり、すなはち、それがその原理とされてゐるのである(七)。

Ⅰ E. Schäfer, Die Auflockerung des Verfahrens im künftigen Strafprozess und der Gedanke der materiellen Gerechtigkeit. Zur Neugestaltung des Strafverfahrens und Strafvollzuges, 1935, S. 23.

Ⅱ この『實體的正義』の思想については、既に牧野博士が事を論じられたものがある。同博士『改正刑法假案とナチス刑法綱領』第一五七頁以下。又、わたくしも『ドイツ戦時刑法と實體的正義の原理』刑政第五十五卷(昭和十七年)第三號第四號において詳細にこれについて論じた。

Ⅲ E. Schäfer, ibid.

Ⅳ Freisler, Grundzüge des kommenden Strafverfahrensrecht. Zur Neugestaltung des Strafverfahrens und Strafvollzuges, 1935, S. 11.

F. Schäfer, Die Auflockerung des Verfahrens im künftigen Strafprozess und der Gedanke der materiellen Gerechtigkeit. Zur Neugestaltung des Strafverfahrens und Strafvollzuges, S. 23 ft.

K. Siebert, Die Rechtskraftwirkungen im künftigen Strafprozess. Zur Neugestaltung des Strafverfahrens und Strafvollzuges, S. 63.

v. Hinüber und W. Tegtmeyer, Strafverfahrensrecht seit Kriegsbeginn, 1940, S. 16.

五 拙稿『ドイツ戦時刑法と實體的正義の原理』前掲。

六 拙稿『ドイツ戦時刑法と實體的正義の原理』前掲第四號第四二頁以下。

七 これに關して詳しくは、拙稿『ドイツ戦時刑法と實體的正義の原理』(前掲)に就いて見られたる。

### 第三節 ドイツ戦時刑法の性格 (その二)

一 ナチス・ドイツの戦時刑法一般においては、上に論じたやうに、『實體的



正義』の思想から支配され、之がその原理とされてその戦時刑法一般にわたつての性格を基礎づけてゐるのであるが、この『實體的正義』の原理は、又更にその戦時刑法における社會保全主義の性格を基礎づけるものになつてゐるのである。

抑も、『實體的正義』に對する從來の抽象的な正義の思想は、歴史的にはフランス革命の人権思想に因つて刺戟され、これに原因して擡頭したものであるが、それは十九世紀における個人主義的自由主義的な雰囲気の中に培はれて發達したものであるので、その思想の根柢において個人主義的な正義すなはち個人的正義であり、従つてそれはその限りに於いて抽象的形式的なものに止まり、全體に妥當する具體的な全體的正義すなはち社會的正義にまで發展するを得なかつたのである。しかるに、最近個人主義、自由主義の思想が揚棄せられたのに伴ひ、個人的正義たる從來の抽象的形式的な正義の思想も亦止揚せられて、ここに一種の社會的正義を意味する『實體的正義』の思想が高調せられることになつたわけである。

さて、全體的な社會的正義たる『實體的正義』が支配的であるところにおいては、個人的なるものよりも國家的社會的なものが優越することになるのは自然の數とせねばならぬ。かくて、個人に對する國家社會の優位は、あらゆる點において『公益は私益に優先する』“*Gemeinnutz vor Eigennutz*” ことになつた。すなはち、經濟上においては、いはゆる『價値の顛倒』が招來され、個人經濟は國民經濟の裡に没入することになつたのであり、法律の世界においては、特に個人に對する國家社會の優位が法律に依るの諸種の統制政策として現はれ、所有權や契約の自由やのやうな個人の權利は極度に制限されることになつた。さうして、それは、刑法上においては、傳統的な罪刑法定主義が從來の個人主義的な意味のものから新らしく國家的な意味においてのものに展開を重ねることになり、又、刑法は從來のやうに犯罪に對して個人を擁護するものであるとともに、特に更に犯罪に對して國家社會を保護するものたることになり、ここに國家社會を犯罪から保全するの思想すなはち社會保全主義が強く刑法思想を支配することとなつたのである。

二 　しかし、社會保全主義は、特に最近に及んで初めて高調せられるに至つたものではない。それは、夙に『社會防衛主義』の名において主觀主義の學者に依つて主張されたものである。しかるに、それは、一派の學者特に客觀主義の學者から功利主義的なものとしていたく排斥されたのであつた。それが、ナチス・ドイツの戰時において、今、刑政の思想を支配することとなつたのである。

それで、ナチス・ドイツの戰時刑法においては、上の社會保全的思想がその性格を構成してゐるのである。このことは、例へば戰時刑法である『ラジオの臨時措置に關する命令』が敵國に對するドイツ國民の精神的抵抗力の保護といふ國家的目的から立法されてゐること、又、『戰時經濟令』が個人經濟の保護といふことを目的とせず、むしろ、全く國民經濟の保護といふことを眼目として立法されてゐること、『國民の害賊に對する命令』や『暴力犯人に對する命令』やも結局において銃後社會の治安を維持確保するための立法であり、さうして、『重い犯罪少年に對する防衛令』も、亦、早熟なる少年犯罪者から社會を防衛せむとするための立法であること、等、等、から推知されるのである。特にこの最後

の『重い犯罪少年に對する防衛令』の如きは、その立言に従へば、この命令は特別に少年の非難さるべき犯罪者の情操を標準としてその刑罰を一般成年者のそれと同等にすることを要求してゐるのであるが、それは、むしろ、一般國民の保護すなはち、社會防衛といふことが、その刑罰をして一般成年者の刑罰と同一ならしむべきことを要求し得るのである、といはれてゐるのである(一)。

一 Graf Gleispach, *Entwicklungsrichtungen im Kriegsstrafrecht. Deutsches Strafrecht, 1941, Heft I—2, S. 1.*

三 　さて、ナチス・ドイツの戰時刑法においては、一般にその科刑が峻嚴で死刑のやうな極刑もしばしば規定に上つてゐるのである。これに對して、一派の學者特に客觀主義の學者は、これをもつて應報主義、一般豫防のためにする威嚇刑主義が支配的になつたのであるとしてゐるのであるが、しかし、これは、全く、上に擧げたやうに、ドイツの戰時刑法において國家、社會を犯罪に對して保全するといふ思想が強く支配的になつたことに因るのである。

抑も、ナチス・ドイツにおいて、戰時に在つて科刑が峻嚴にせられ、さうして刑が一般に加重され、死刑がしばしば規定に上るやうになつたのについては、次の

やうな理由に因ると説明されてゐるのである。すなはち、ナチ黨が政權を掌握するとともに、刑法は特に重要視され、それは不正と犯罪 *Unrecht und Verbrechen* とを鎮壓することに因つて、健全なる國民生活が營まれるための基礎條件を爲すところの全法律的秩序を維持すべき重要な職能を負荷されたのである。さうして、戦争が勃發するとともに、秩序を保護すべき刑事上の職能は二重の點に關して本質的な變更を見ることになり、それは強化されることになつたのである。すなはち、まづ第一に、國民の全民族協同體に對する義務は、一般に嚴格ならしめられ、擴張され、強化されることになつた。蓋し、銃後の各人は、無條件に、さうして利己心を捨てて、その力を併せて外敵に衝るべく、國民は固く結束して前線に在るところの國防軍に協力し、之に力を供給してその背後を掩護しなければならぬからである。そのために、國民は平和なる生活状態及び平穩なる労働過程に在る時期におけるよりも遙かに多くの確保されたる秩序と嚴格なる規律とを必要とするに至るのであり、従つて、その結果、銃後の規律が殆ど軍隊の様式化することは生活上の必然となつて來るのである。それにもかかはらず、銃後

の各人が、民族協同體に服従せず、又は國民の平和を妨げ、さうして、國民の一致を阻害するといふことは、國家、民族の危機を前にして、國家、國民全體、すなはち社會に對して重大なる罪を犯すことになるのであり、それ故に、その者の行爲に基づく法律侵害、さうして、特に銃後における秩序を維持するための戦時刑事法規の侵犯は、平和なる時における同一の行爲よりも又遙かに重大なる意味を具有してゐることになるわけである。それで、國民道徳を萎靡沈滞せしめ、又は生産力を弛緩せしめ、更に銃後を混亂せしめるやうなことは、絶対に許されないところである。かくして、戦争に原因する社會事情の變化は、法律侵犯の場合の評價の際にも亦評定價値の變化を招來せしめる。すなはち、戦争に因る國民生活の各方面の危機とともに、犯罪は平常時とは異つた意義を有つ結果、犯罪の帶有する義務違背性が高調され、それは刑の加重といふ姿における秩序立つた峻嚴性——それは、實際には、殆ど非妥協的に——が強化されたる不法内容と必然的に歩調を合はせねばならぬことになつて來る、といはれてゐるのである。

さうして、第二には、これと同時に、銃後の社會を保護するの必要が社會みづか

らの裡に根本的に増大して来る。それは、銃後の力が國防軍や戦争の前線やに向けられ、又は戦争上必要の職務に用ひられるのと且つ作戦地域の内外における戦時の諸措置とに因つて(例へば戦争のため居住地から撤退を命ぜられ、又は防空措置が執られる等に因つて)生活様式が全く一變されるののために、國民一般の生活及び生活財の正常なる保護が缺けることに基づいて、右の國民一般の生活及び生活財が容易に侵害を受けるからである。それで、法律秩序は、保護を失へる人人に向けられる侵害に對して法に依るの保護の強化を圖らねばならぬのである。(しかも、反社會的者は右のやうな機會を利用することを決して見逃すことをしないのであることが、特に考慮されねばならぬ)。かやうに國民一般の生活條件の變異するにつれて、やがて、立法も、さうして、特に判決も亦おのづから變化することになる。特に國家、社會のやうな協同體が絶對視され、その保護が重大視される時代においては、犯罪と刑罰——刑を量定し、これを確定することは、裁判所の義務とされてゐる——との間の均衡は新らしい價値の原動力をもつて改新されねばならぬのである(二)。すなはち、刑罰一般が平均し

て強化され加重されるといふことは、その時の國家、社會の狀況の變化とともに變轉するのであり、さうして、法秩序の感受性乃至刺戟性 *Empfindlichkeit oder Reizbarkeit der Rechtsordnung* は法の侵害に對して時に著しく鋭敏になるのである(三三)。かやうにして、戦時といふ超非常時狀態が法秩序の感受性乃至刺戟性を法の侵害に對し極度に鋭敏ならしめたのにつれて、法の侵犯の場合の評價の際に方り、その價値關係は法秩序の侵害が社會に及ぼすところの増大する現實的危険性と關聯して犯罪者に不利に展開されるに至るのである。すなはち、社會保全上おのづから刑が加重されるわけになるのである。之に對して、かやうに犯罪者に不利に刑が加重されて犯罪が酷しく評價されても、それは、國民の新らしい世界觀に従つて評價された刑の加重が妥當なる程度を逸脱しない限り應報的正義 *vergelende Gerechtigkeit* に背反するものでない、と刑の應報性を主張する學者が辯明に力めてゐることを注意せねばならぬ(四)。

I Vgl. Nagler, Die Strafe, I. S. 608 ff.

II Vgl. Nagler, a. a. O. S. 615 ff.

三 フライスラーも、亦、かやうなことをいつてゐる。Freisler, Deutsche Justiz, 1939, S. 1707. をりして、フライスラーは、かやうな考を一層詳細に Deutsches Strafrecht, 1939, S. 329 ff. に展開してゐる。それで、そこにおいては、ドイツ刑法第五十一條第二項は、いかなる場合においても、事情の緩和といふことを一般的に許容したものであるとするのは誤解であつて、かく解することは許さるべきでない、とされてゐるのである。

四 Vgl. Knecht, a. a. O. S. 614 u. 624.

四 抑も、犯罪や社會生活の變化やは、常にその時時の社會條件に一致して起るものである。されば、犯罪といふことそれ自體は、ただ概念としてのみ不變であるが、しかし、犯罪の形態は時代の狀況につれて全く異つてゆくのである。うして、このことは慣習犯人に對してのみならず、機會的犯人に對しても亦妥するところである(二)。それで、戦時には戦時に特有な犯罪や戦時につれた犯罪やが生ずるわけである。かくして、既存の法規をもつてしては戦時の犯罪現象を適當に鎮壓し處置し得ない限り、特別なる戦時刑法を創定すべき立法上の必要が要請されるわけになるのである。わが國において、大東亞戦争の開始とともに召集された第七十八帝國議會に、主として空襲防衛のための燈火管制下の

社會生活の安定を阻害すべき犯罪を防止する目的をもつて、『戦時犯罪處罰の特例に關する法律』が戦時刑法として提案せられたのも、更に、その後、『戦時刑事特別法』が制定せられたのも、特別なる戦時刑法を創定すべき立法上の必要から、まさに上のやうな要求に應ぜむとするものであるといはねばならぬ。右の『戦時犯罪處罰の特例に關する法律』や、『戦時刑事特別法』々に規定せられてゐるやうな犯罪の大部分は、現行の刑法の下に在つてそこに規定せられてゐる法定刑をもつてしても、その運用の如何に依つては、十分に燈火管制下の社會生活を脅かすやうな犯罪を防止することが出来るものとも學者から考へられてゐるのである(三)。しかるに、上のやうな特別なる法律が戦時刑法として刑が加重されて制定されるのを見たといふことは、そこに特別なる立法的理由が考へられねばならぬわけである。されば、これについては、右の兩法は上のやうに空襲防衛のための燈火管制下の戦時の犯罪現象を既存の法規をもつてしては適當に鎮壓し處置し得ないものと政府乃至司法當局が考へた結果、戦時の社會的要請を顧慮し、これに基づいて兩箇の法律が創定されたものと考へざるを

得ない。しかし、それは兎も角もあれ、法律上の義務の強化と關聯して從來の刑の範圍が戰爭關係に對する必然的保護を未だ保障してゐない領域に在つてはいかなるところにおいても、戰時刑法は、刑罰において認識し得べき價値の命題の從來とは別な獨立の秩序に依つて、犯罪と刑罰との間の時宜に適した正しい調和を發見するやうにしなければならぬのである。されば、それは、一般に犯罪に對する價値の統一が企てられ、又、それとともに必然に全體的に刑が加重されるといふことを意味するのでない。それは、むしろ、今、既に當面しつつあり且つ現に適當にそれについて配意しなければならぬ戰時犯罪の特殊なるものについてのみ顧慮されねばならぬのである(三)。

それで、上のやうな理由からして、ナチス・ドイツにおいては、刑罰一般が加重されたのではなくして、實に、戰時犯罪としての特殊な犯罪のみが科刑の加重される對象となつたのである。さうして、戰時刑法においては刑が加重された戰時犯罪に對し、戰時といふ特別な社會情勢に因つて、特に社會保全の必要上、一般に法規が峻嚴に適用されることになつた、といはれるのである。

一 Nagler, Kriegsstrafrecht, Gerichtssaal, Bd. II, 4, (1940), Heft 3-6, S. 186.

二 牧野博士「戰時犯罪處罰特例法」警察研究第十三卷(昭和十七年)第一號第二頁以下參照。

三 Vgl. Nagler, a. a. O. S. 137.

五 さて、戰時状態に因る特別な社會保全——それは銃後の社會の保全である——の必要から、戰時刑法においては、科刑が峻嚴に加重されることになり、刑罰そのものが最高度に緊張させられるに至つた——それにおいては、實に、しばしば懲役から死刑にまで達してゐるのである——のであるが、これに對して、應報刑論者、客觀主義の學者、例へばナグラ教授のやうなのは、これは刑における威嚇作用 *Abschreckungswirkung* を重要視した結果に由來するとし、又、應報刑の一種の副作用 *eine Nebenfunktion der Vergeltungsstrafe* が、國家政策の必要上、今や、ますます刑政の前面に出動して來たものである、と主張するのである(二)。しかし、かやうなのは、應報刑論乃至客觀主義の立場からすれば、上のやうに考へることは當然なところともせねばならぬのであらう。すなはち、法定刑がしかく加重せられ

たことは、世の人人の格別なる注意を喚起する上に大きなはたらきを有つものであるともされよう。そこに、特に威嚇に因る一般豫防的作用が考へられぬこともないであらう。しかし、戦時刑法における一般豫防的作用といふことについては、ナチス・ドイツに在つては、それが格別に重要な戦時刑法である場合には、後に述べるやうに、それについては、いはゆる『前文』を附し又はその標題に特別な立言或は字句を用ひて一般の人人の注意を特に喚起せしめることにしてゐるので、法定刑を重くした點を特に専ら世の人人の注意を喚起するためのもものと解する必要はないわけである。一般豫防上固より戦時刑法は重要なものなので、ナチスの戦時刑法には殆ど皆前文が附せられてゐるか、しからずむば、その標題に特別の工夫が凝らされてゐるのである。さうして、戦時刑法において特に法定刑が加重され科刑が峻厳にされたのは、そこに規定された戦時に在つての特殊の犯罪についてのみのことであつて、決して刑事上における全犯罪についてのことではないのであることを考へねばならぬ。又、更に、ナチス・ドイツに在つては、その立法の極めて一少部分においてのみではあるけれど

も、既に平和な時において刑の強化といふことが用意されてゐたのであるのが注意されねばならぬ(三)。さうして、わが國に在つても、戦時刑法たる『戦時犯罪處罰の特例に關する法律』や『戦時刑事特別法』やにおいては、刑が一般に峻厳となり科刑が加重されてゐるのが特色となつてゐるのであるが、これがためにわが國において、刑政上、應報刑思想威嚇刑主義が活潑になつたとはせられなないであらう。更に、イタリアのファツシスタ刑法法典においては、戦時刑法の諸規定が廣い範圍に互つてその中に採り容れられてゐることは上にも擧げたところであるが、その戦時刑法の諸規定においては、やはり、一般に特別に科刑が加重して規定されてゐるのである。このことから推して、ファツシヨ・イタリアにおいては同様に應報主義威嚇刑思想が、刑政上、支配的になつたとは斷じ得ないであらう。かやうな點に鑑みるとときには、それは、やはり戦時状態といふ特別な社會の情勢が必要とし、それに由來するところの異常なる社會防衛社會保全上の必然的現象として、その特殊なる戦時犯罪を罰すること重かるべきが故に、一般に刑を加重して之を重く罰するのみのものであるとせねばならぬので

ある。すなはち、ナチス戦時刑法における刑の加重、峻厳といふことも、銃後の社会保全の必要から重かるべきに重く、軽かるべきに軽くといふ主観主義の根本思想が、やはり、そこに展開されてゐるのである。過ぎぬわけである。平常時においては勿論のこととして、戦時といふやうな非常時においてこそ、重かるべきに重く、軽かるべきに軽く罰するといふ主観主義の根本思想は、社会保全上、いよその妥當性を發揮するのであることを、ナチス・ドイツの戦時刑法において遺憾なく實證してゐるものとわたくしは観るのである。さうして、ナチス・ドイツに在つて民族協同體がその根本をなすものとして格別に重要視され、ナチス國家の中心概念をなすものとせられるのに鑑みて、ナチス刑法においては全體主義的な社会保全社会防衛思想も亦しかく重要視せられるに至るのであり、戦時刑法においてはそれが格別に高調され、戦時刑法制定の目的とされるやうになつたのである。蓋し、戦時刑法制定の目的が、銃後の社会の秩序を維持し、銃後の社会を戦時の犯罪から防衛し、之を保全するに在ることは、既に上に考察したところから明かである。

抑も、社会保全乃至社会防衛主義の思想は全體性的な思想のものである。ただに個人的な道義的責任といふことを主張し、それのみ重きを置いて考へる人人は、動もすれば社会保全社会防衛の思想をもつて社会功利的なものとするので、それをもつて道義といふものを忘れたるかの如きものともするのであるが、しかし、社会保全主義乃至社会防衛主義の思想は、一面において個人の社会全體に對する道義的責任を問ふのもあるのである。されば、社会保全の思想は全體性的であるとともに、又、道義的責任といふこととしかく無縁なものではないのである。彼が個人的道義上の責任すなはち善を根本として専ら事を論ずるのに對し、此れはより高次なる社会的道義上の責任すなはち正義を基本として事を考察するのである。さうして、實に、そこに、社会防衛主義の倫理性——それは、主として全體性的な社会倫理的なものである——が存在するのである。社会保全主義の思想は、この故に、刑政上、決してしかく功利的なものでもないのである。

それで、ナチス・ドイツの協同體主義においては全體性の原理を理念とする



が故に、全體性的な社會保全の思想が、今や、しかく格別に重要視されるに至り、それが戰時刑法制定の目的概念とされることになつたのは當然であり、さうして、ナチスの客觀主義の學者までもが、亦、今や、『戰時刑法には、守備又は作戰區域におけるわれわれの國防軍の地位を確守すること、しかし、それにもまして、就中國家内における害賊 *innerer Feind* に對する國民の總動員をなすことが課せられてゐる』と社會防衛主義的な口吻をもらすに至つてゐるのである(三)。惟ふに、この言葉の裡には、戰時刑法に依つて戰時國家内の戰時犯人に對して銃後の社會を防衛しこれに依つて高度國防國家の實を擧げむとするのを目的としてゐることが明かにされてゐるのである。すなはち、これは戰時國家内の社會保全といふことが、實に、戰時刑法における目的の中核を爲してゐるものであることを示唆してゐるとせねばならぬのである。重かるべきに重くといふ合理的な根據を國家社會の具體的な諸事情の裡に明かにしてゐる主觀主義に依るの刑政の運用こそ戰時における高度國防に伴ふ社會防衛社會保全の實を確保して、國家秩序乃至社會秩序の維持を完うし得る唯一の手段なのである。さればかか

るところから、このヨーロッパ戰爭の勃發とともに、今や、從來ナチスの刑法上の理念とせられ原理とせられた應報刑贖罪刑の思想をもつてしては、後に明かにするやうに、一九三九年九月一日の『國防軍の爲の總統兼ライヒ首相の恩赦布告』並に同じ年の九月九日の『一般人民の爲の總統兼ライヒ首相の恩赦布告』のやうなのを妥當に理解してゆくわけにゆかぬのではないであらうか(四)。さうして、このことは、應報刑や贖罪刑やの思想をもつてしては、戰時においては、もはや、高度國防乃至銃後の社會保全といふことに役立たず、到底之を全うし得ざるに因るものなることを、今や、端的に實證したものとといふことが出来るのであるまいか。

I Nagler, *Kriegsstrafrecht*, Gerichtssaal, Bd. 114, (1940), Heft 3-6, S. 137.

II Vgl. Graf Gleispach, *Kriegsstrafrecht*, I, 1940, S. 11.

III Nagler, a. a. O. S. 148.

IV この恩赦令の有つ意義に就き、詳しくは拙稿『刑罰經濟の發展』帝國大學新聞第九一五號(昭和十七年九月十四日附)所載及び拙稿『ナチス贖罪刑思想の展開』法學新報第十二卷(昭和十七年)第十二號第一三三頁以下参照。

## 第三章 ドイツ戦時刑法の特色

### 第一節 国防参議院令について

一 ナチス・ドイツの戦時刑法の特色として挙げらるべきものはいろいろあるといへよう。例へば、之を實體法についていへば、それが殆ど『国防参議院』からの命令として公布されてゐて、しかも、それは形式上は命令であるが、その命令は法律と同一の效力を有つてゐるものであること、又、それにおいては科刑が一般に加重せられ、極めて峻厳なるものであつて、しばしば死刑の規定が見えてゐること、又は無制限額の罰金刑が規定に上つてゐること、個人の保護といふことよりも遙かに社會の保護といふことに重点がおかれてゐること、（これについては、既にナチス戦時刑法の性格を爲すところのものとして上に詳細に考察

したところである）、さうして、更に多くの戦時實體刑事法規に前文 *Vorwuch* が附されてゐること、又、その標題に從來のそれと異つた一の新スタイルを出してゐること、等、等が挙げられ得るであらう。

又、戦時刑事手続法についていへば、戦時といふ非常状態に對處する必要から手続の迅速化といふことに重点がおかれてゐること、これに伴つて手続が非常に簡易化されてゐること、しかし、一方には又手続法上精確といふことが強調されてゐること、更に手続上それに伴ふ勞働力が極度に節約されてゐること、さうして、手続上の抽象的形式的な規定に拘泥することが排斥されて、事の實體に即して手続を運営するやうに規定が改新されたこと、等、等がその特色として擧示され得るであらう。

それで、以上に列示したナチス戦時刑法の諸特色は、その二三のものを除いて、之をナチス戦時刑法を一貫してゐるその本質的特色、すなはち、その特質から演繹せられるところであるので、それらの特色については、ナチス戦時刑法の特質に關して考察する際に之を併せて詳細に論ずることにした。

ただ序をもつて、右のうちナチス戦時刑法の特質から演繹せられざる二三の特色についてのみ茲に概説しておきたいと思ふ。しかし、これに關しても、詳しくは後に具體的な戦時刑事法規について考察する際に譲ることとしたい。

二 さて、ナチス・ドイツの戦時刑法の實體法に關するものは、殆ど『国防参議院』 *Ministerrat für die Reichsverteidigung* から制定され公布されてゐて、すなはち、いはゆる『国防参議院令』と呼ばれてゐるのである。さうして、それは命令の名辭をもつて示されてはゐるのであるが、後に明かにするやうに、一九三九年八月三十日の總統令第二に依つて法律と同一の效力を有つてゐるのが戦時刑法の特色の一つとなつてゐるのである。それで、『国防参議院令』は、通常、『国防参議院は法律たるの效力を有する命令を公布す』といふ形式において發せられ、議長たるゲーリング又はその命令の制定に參與した主管の参議院委員又は其他の委員によつて署名される例になつてゐる。『国防参議院令』は通常『ライヒ法律公報』 *Reichsgesetzblatt* に掲載されて公布されるのである。しかし、国防上の理由から公布されない場合もあるのである。

『国防参議院』の構成に付ては後に述べるが、戦時刑法がかやうに国防参議院に依つて制定され公布されるのは、要するに戦時刑法を戦時中機宜に適した時において迅速に制定し且つ之を迅速に公布し、それに因つて銃後の秩序を的確完全に維持せむとするの目的に出てゐるのである。戦時のやうな非常の秋に當つては事を敏速的確に運ぶことを第一の要義とするのはいふまでもない。かかる必要に應ずるために、ナチス・ドイツにおいては、今次のヨーロッパ大戦の勃發とともに、總統令に依つて国防参議院が設置されたのである。

抑も、ナチスの憲法は、その制定當初から国防組織法であり、国防憲法 *Wehrverfassung* であつた。従つて、ナチスの國家體制は、その成立のはじめから本質的に国防國家 *Wehrstaat* としての體制を具有してゐたので、戦争の勃發に因つてその體制の構成を變更するの必要はなかつたのであるが、しかし、その国防組織の體制は更に之を強化し發展せしめねばならなかつた。それで、国防参議院や国防参議院委員 *Reichsverteidigungskommissionen* やが設置されたのは、国防組織體制の強化を物語るものである。さうして、その非軍事的国防組織 *Organisation der zivilen*

Vertheidigung の強化の樞軸をなすものが、右の國防參議院と之に伴ふ國防參議院委員との設置であるのである。

三 『國防參議院』は、一九三九年八月三十日の『國防の爲の參議院の構成に關する總統令』Erlas des Führers über die Bildung eines Ministerrats für die Reichsvertheidigung. Vom 30. August 1939 (RGBl. I s. 1539) に依り常置委員會として設置されたもので、『現時の外交關係の緊張せる時に際し、予は行政及び經濟の一元的指導の爲に次の指令を爲す』といふ前文が右の總統令の冒頭に掲げられてゐる。その構成は、ゲーリング元帥を議長として、その下に總統代理、行政總監、行政總受任者、經濟總監、經濟總受任者、國防軍總司令官、官房長の常置國防參議員から成つてゐる。

國防參議院は、之が設置に關する總統令の前文に明示されてゐるやうに、行政及び經濟の統一的指導といふ非軍事的國防の統一的指導を行ふ目的をもつて設けられたものであるが、しかし、行政及び經濟に關する統一的指導は、戰爭勃發のやや以前に設けられた四箇年計畫受任者、行政總監(行政總受任者)、經濟總監

(經濟總受任者)に依つて夫々の領域に行はれてゐるのである。しかるに、以上の三總監をもつて國防參議院が新たに構成されたことは、戰時においては行政と經濟とを全く一體化してその一元的指導を強化することになつたのであり、それとともに、更に之に總統代理及び國防軍司令官を參加せしめたことは、ナチ黨と國家の非軍事的國防との統一化を緊密ならしめ、同時に、非軍事的國防と固有の軍事的國防との緊密化をも計らむとするにあるのである。すなはち、國防參議院が設置された目的は、要するに、戰時に方つて、軍、黨、行政、經濟の指導力を國防參議院に合一して一元化し、臨機に有效適切なる措置を講じ得るやうにしようとするにある。

それで、國防參議院は、非軍事的國防の一元的指導を總統の委任に基づいて行ふものである。それは之に關する總統令の前文から明かなところで、従つて、國防參議院は法律の授權に因る制限的なものでなく、總統の直接の委任に基づく包括的なものである。すなはち、それは授權に基づく機關 Organ kraft Ermächtigungでなくして、總統(指導者)の委任に基づく機關 Organ kraft Führerauftrag であると

いはれてゐる。さうして、國防參議院はかやうに總統の包括的な委任に基づいてゐるものなのであるが、その委任は包括的で、確定的な限界を有つてゐない。ただ、委任が總統の意志に基づくものであるから、その限界がおのづから總統自身の決するところに存することは明かなことである。(この點において國防參議院は、『四箇年計畫』の受任者に似てゐるといへるのである)。従つて、國防參議院は、總統が留保を爲さない限り、行政及び經濟のあらゆる領域において包括的委任に基づき非軍事的國防の統一的指導のための廣汎な命令權を有つてゐるのである。さうして、その命令權は、一九三九年八月三十日の總統令第二に依り、『法律たるの效力を有する命令』Verordnung mit Gesetzeskraftを發するの權、すなはち、一般的に法規を制定し、之を公布するの權である。その總統令第二には、『政府又は議會に法律を議決することなくして、予が指令したる場合には、國防參議院は法律たるの效力を有する命令を公布することを得』と規定されてゐるのである。かかることから、國防參議院令は、殆どその全部に互つて、形式上は命令であるが、法律と同一の效力を有つことになつてゐるのである(二)。それで、國

防參議院は非軍事的國防に關し總統に直屬し總統に對してのみ責任を負ふ最高の法規決定機關であり、又、最高の命令機關である。

さて、國防參議院の命令權は、新らしい戰時立法手續の制度化の一つであり、それが新らしい立法權者の創設でないことは明瞭である。蓋し、國防參議院は總統の委任に因つて立法を行ふので、それが究極において總統の意思の表現であることは明かであるからである。従つて、國防參議院令は總統自身の命令、すなはち、總統令と同位置におかれてゐるのであり、國防參議院令は法律及び總統令を廢止變更することが出来るのである。その結果、國防參議院令に對しては裁判所は審査權を有し得ないことになるのである。

しからは、ナチス・ドイツにおいては、何故に國防參議院のやうなのを戰時に設けて、之に依り新らしい立法手續を執らしめるといふ制度を必要としたのであらうか。それについての理由は、私見に依れば、それは政府すなはち一般の行政官廳や議會やに依るの立法手續を執つてゐるのでは、戰時において事を的確に決定し敏速に運ぶといふことに缺けるところがあるからである。詳言すれ

ば、議會に依るの立法は固よりのこととして、政府に依りて爲される立法といへども、なほ多少の形式的な煩瑣な手續を伴ふのである限り、事を敏速的確簡易に運ぶことを第一義とするの非常時の要請に應ずる點において缺けるところがあると思ねばならぬのである。それで、戦時における上の要請に即應するためにより簡易な立法手續として國防參議院といふ新しい立法手續の組織が創案されたわけなのである(三)。されば、戦争勃發以來、ナチスの戦時立法は國防參議院令として公布されるものが壓倒的に多數を占めてゐるのであるが、しかし、一九三九年八月三十日の總統令の第二において總統が政府又は議會に依るの立法を留保してゐるところに依つても明かであるやうに、戦時中國國防參議院に依る立法手續が創設されたからとて、決して政府又は議會に依るの立法手續が停止されたわけではないのであることを注意せねばならぬのである。

しかし、國防參議院に依るの立法は、しかく戦時の情勢に適合した立法手續であり、向後漸次立法手續として正常化されることになり、その一方、煩瑣な形式的手續を伴ふ議會に依るの立法は、ますます例外的な立法手續とされる傾向が顯

著となるであらう。さうして、是に因つて從來から法律と命令との區別が、形式上、實體上、殆どなくなつてゐたナチス・ドイツにおいては、今後、ますます兩者の區別は有名無實なものとなるに至るのであらう。

國防參議院令の效力範圍は、保護領たるベーマン及びメーメン、オストマルク地方を含む全ドイツ國は勿論、一九三九年十月十二日の『ポーランド占領地域の行政に關する總統兼ライヒ首相の布告』*Erlass des Führers und Reichskanzlers über die Verwaltung der besetzten polnischen Gebiete*, Vom 12. Oktober 1939 (RGBl. I s. 2077). の第五條及び第六條に依りポーランド占領地をも包含してゐる(三)。しかし、一九三九年九月一日の『國防參議院委員の任命に關する命令』*Verordnung über die Bestellung von Reichsverteidigungskommissaren*, Vom 1. September 1939 (RGBl. I s. 1565). の第四條及び一九三九年九月二十二日の『國防參議院委員の任命に關する命令の施行の爲の國防參議院の指令』*Anordnung des Ministerrats für die Reichsverteidigung zur Durchführung der Verordnung über die Bestellung von Reichsverteidigungskommissaren*, Vom 22. September 1939 (RGBl. I s. 1937). の第五條に依つて、直接の作戰地域においては、明文がない限り國防參

議院令は適用されず、専ら軍司令権が行はれるのである。

国防參議院に關するより具體的なことは、後に戰時刑事法規を考察する際に譲ることにして、序をもつて、更に、国防參議院の指導機關たる国防參議院委員のことを少しばかり記しておかう(四)。

国防參議院は、統一的指導のための機關として国防參議院委員 Reichsverteidigungskommissaren を任命してゐる。すなはち、一九三九年九月一日の『国防參議院委員の任命に關する命令』に依れば、『非軍事的國防の統一的指導の爲に各國防區に對して一人の国防參議院委員を任命す』と規定されており、且つ『其の職務は國防區(ライヒ郵便、ライヒ鐵道及びライヒ財務行政の若干の區域は之を除外す)に於ける總ての非軍事的行政區劃の行政の指導並に國防軍の要求に因る非軍事的國防の措置を一元的に遂行するものとす』とされてゐる。さうして、『国防參議院委員は國防區に於ける国防參議院の機關にしてライヒ内務長官の職務監督に服す』と立言されてゐる。

かやうにして、国防參議院の機關たる国防參議院委員は、國防軍との協力の下

に非軍事的國防の統一的指導を遂行するわけであるが、更に『国防參議院委員會』 *Verteidigungsausschuss* なるものが設置されて国防參議院委員を援助することになつてゐる。すなはち、一九三九年九月二十二日の『国防參議院委員の任命に關する命令の施行の爲の国防參議院の指令』に依れば、『国防參議院委員の間には其の諮問に應じ且つ援助の爲に国防參議院委員會が構成せらる』と規定されてゐる。之に依つて国防參議院委員の統一的指導は完きを期せられてゐるのである。

一 国防參議院令が法律と同一の效力を有することによつて、それは、はゆる『授權法』と呼ばれてゐるナチス政權樹立の根本的基礎をなす一九三三年三月二十四日の『國民及び國家の艱難を除去する爲の法律』 *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich, Vom 24. März 1933* に直接に基づいてゐるものやうに、述べてゐる者もあるが、それは謬りである。

二 わたくしのやうな見解に對し、しかし、五十嵐(豐作)教授は、シュイナ― *Schöner* の見解を是認せられて之に據られつつ、次のやうに說かれてゐる。但し、教授は、国防參議院のことを『國防會議』と呼ばれてゐるので、その文中に國防會議とは国防參議院のことである。それで、教授曰く、『まづ、國防會議は現代戰爭の全體性に適應するために行政及び經濟の非軍事的國

防を國防軍との緊密なる連絡のもとに統一的に指導することから必然的に生まれることはもちろんであるが、ドイツにおいて特にかかる最高の統一的機關が要請される理由があるのである。すなはち一九三三年以來のナチ政府の官廳機構の發展から要請されるのである。まづ、ライヒ政府の構造變化である。いふまでもなくライヒ政府は一九三三年以來、連帶責任制度を廢棄して單獨責任制度をとるに至つた。フューラーは「同輩のなかの第一位の人」ではない。閣僚はすべてフューラーの下僚として助言者、協力者となつた。ライヒ政府とはフューラーの緊密な助言者、協力者のサークルの總括的な名稱にすぎない。このことは嘗てのライヒ政府とちがつて、フューラーがひとり政治のみならず、行政及び經濟の統一的指導の擔ひ手となり、したがつてかれの負擔が増加したことを意味する。つぎに同じく一九三三年以來ドイツの中央官廳の歴大化であつた。ライヒ最高官廳及びフューラー直屬の特別受託者の多數の増加がこれである。この中央官廳機構の歴大化は必然的に官廳相互の關係を複雑ならしめて、この機構の運営の圓滑さを缺くとともに統一を失はしめるに至る。かかる政府の官廳機構の發展からの歸結はフューラーの過度なる負擔解除をなすとともに統一の強化をはかることである。(中略)。大戰の勃發は一舉にこれを根本的に解決するに至つた。國防會議の設置による非軍事的國防の統一的指導の包括的な委託によりフューラーの負擔解除をするとともに黨及び國防軍との連絡のもとに行政及び經濟の強力なる指導權の集中が行はれたのである」と(五十嵐教授『ドイツ國防會議論』法學第十卷昭和十六年第四號第六八頁通頁第三九八頁以下)。しかし、要するに、問題は、何故に『大戰の勃發は一舉にこれを

根本的に解決するに至つた」のであるかであり、さうして、その解決の方策として國防參議院の設置を見るに至つたかといふことである。

三 一九三九年十月十二日の『ポーランド占領地域の行政に關する總統兼ライヒ首相の布告』に次のやうな前文が附されてゐる。曰く、『ポーランド占領地域に於ける公の秩序及び一般社會生活を原狀に復する爲に予は次の命令を發す』と。さうして、その第五條に曰く――

(一) 國防參議院、四箇年計畫の受任者及び總督は、命令の形式に依りて法規を設定することを得。

(二) 右の命令は「ポーランド占領地域に對する命令公報」を以て之を告知す。と。

又、その第六條に曰く――  
 『國防參議院長、四箇年計畫受任者並にライヒ政府の長官は、ドイツの生命圏(Lebensraum)及び經濟圏(Wirtschaftsraum)の計畫施行上必要とする指令を總督に所屬する地域に對しても之を適用することを得』と。

四 國防參議院に關しては後藤(清)教授『ドイツ戰時勞働法』法律時報第十二卷第八號第十九頁及び五十嵐教授『ドイツ國防會議論』(前掲)がある。特にその後者には詳細に事が考察されてゐる。



## 第二節 ナチス戦時刑法の『前文』について

一 次に、ナチス戦時刑法の『前文』について概説しておかう。

ナチスの戦時刑法においては、多くその冒頭に『前文』(Vorpruch) が附せられてゐるのが、その特色の一つとなつてゐる。しかし、この前文が法規の冒頭に附せられることは、ナチス・ドイツになつてからのことといひ得ようが、それは戦時刑法においては、はじめられたことではないので、戦時刑法の制定を見た以前のナチスの平常時の法律においても、亦、往往それに前文が附加されてゐるのを見たのである。既に、例へば、一九三五年一月三十日の『ドイツ地方自治團體規則』(Die Deutsche Gemeindeordnung vom 1. Januar 1935) や一九三八年四月三十日の『児童の労働及び少年の労働時間に關する法律』(Gesetz über Kinderarbeit und die Arbeitszeit der Jugendlichen vom 30. April 1938) (これは、『少年保護法』(Jugendschutzgesetz) と呼ばれるものである) やにおいて之を見たところである。すなはち、前者には次のや

うな簡単な前文が附せられてゐた。曰く、――

『ドイツ地方團體規則は、地方自治團體に黨及び國家との緊密なる協同に依り、最高の活動を可能ならしめ、以て地方自治の創始者シュタイン男爵の眞精神に於て國家目的の達成に協力するを得しめむとするものである。すなはち、國民的意思に依り滲透せられた統一民族の中に於て協同體を再び各個人の運命に優先せしめ、公益を私益に先んぜしめ且つ民族の最優良者の指導下に眞の民族協同體を創造し、其の中に於て善意なる總ての民族同胞に對し相互所屬の感情を抱かしめむとするものである。』

ドイツ自治團體規則は國民社會主義國家の根本法の一であり、國家の再建は之に依り用意せられたる地盤の上に完成すべきである。

茲に於て政府は左の法律を決定し之を公布する』と。

さうして、又、後者の前文に曰く、――

『少年保護は國民保護である。』

總ての少年を精神的肉體的に健全なる國民に教育することは、民族的必要で

あり且つ國民社會主義的義務である。

ドイツ少年に保護を加へ之を育成し、さうして之に因りて少年の能率を増大せしめることは政府の意思とするところである。

従つて、左の根本觀念の實現は此の目的に資せむとするものである。少年の労働は原則的に之を禁止する。

少年は労働時間の制限及び夜間労働の禁止に因り過度の要求より保護せられる。職業的再教育、肉體的有能化、人格の形成及び國家政策の爲に必要な餘暇は之を確保する。

少年の休暇及び其の有意義なる利用は之を保障する。

之を以て政府は左の法律を決定し之を公布する」と二。

かやうに、戦時刑法の制定以前において既に前文が附せられた例が少數ながら存在してゐるので、これを敢て必しも戦時刑法においてのみ特有な珍らしいこととすべきではないかもしれぬ。しかし、戦時刑法以前のそれは極めて稀である——わたくしは、寡聞にして戦時刑法以前の法規に前文の附せられた例を

上に挙げた二つのもの以外に一二のものを知るに過ぎない——のに反して、ナチス戦時刑法の實體法の大部分には、殆どそれに前文が附せられてゐるのであり、且つそれに前文のないものは何等かのそれを必要としない理由が存在してゐるか、しからずむば、後に説くやうに、別に工夫が凝らされてゐるかしてゐるので、やはり、之を戦時刑法の特色の一つに數へても必しも過ぎたるものとはいはれないのである。

一 『少年保護法』に就いては、その公布の當時、わたくしは詳しく紹介したものがあ

る。拙稿『兒童の労働及び少年の労働時間に關する法律（少年保護法）について』法學新報第五十卷（昭和十五年）第四號所載参照。

二 抑も、この前文なるものは、法規の趣旨を一般民衆をして克く理解せしめるために、特にその法規の冒頭に掲げられるのである。それで、戦時刑法のやうな臨時法的な、さうして又例外法的な外觀を有するもの——戦時法は一種の非常時法たることは疑ひないことであり、その非常時法は、わが國においても臨時法的なものであり、例外法的な外觀を有するものとされてゐるのである——に

ついで、格別に之を一般民衆をして克く理解せしめるの必要があるとされるのである。蓋し、戦時刑法が一般銃後の民衆に克くその趣旨を理解されて、之が徹底的に遵守せられ、国内の秩序が十分に維持せられるか否かといふことは、國家が戦争を遂行してゆく上に非常に重大な影響があるのである。嘗ての大戦における銃後の無秩序がドイツの敗戦を招いたことは、ナチス・ドイツの指導者たちの最もよく承知してゐるところなので、ナチスの戦時刑法には、多く、まづ、前文が冒頭に掲げられるに至つたのである。

それで、今回の戦争がはじまると殆ど同時にその公布を見たところの最初の戦時刑法ともいふべき『ラジオの臨時措置に関する命令』には、まづ前文が附せられた。さうして、その後三日にして公布せられた第二番目の戦時刑法たる『戦時経済令』にも、やはり、前文が附せられてゐるのを見るのである。

さて、『戦時経済令』の公布の翌日の公布にかかる『國民の害賊に対する命令』には、前文は掲げられてゐない。しかし、この命令には、後にこの命令について考察する際に詳論するやうに、他の命令とはちがつてその標題に特殊な工夫

が凝らされてゐて、標題それ自體が特別な意味を有つてゐるので、敢て前文を掲げることとを必要としないのである。又、その後には公布を見た『重い犯罪少年に對する防衛令』や、更に『暴力犯人に對する命令』やにも、亦、前文はない。しかし、私見に依れば、これらの戦時刑法には、後にこれらのものについて詳論するときに考察するやうに、他の戦時刑法と異つて、やはり前文を掲げる必要のないものであるといへるのである。

しかるに、その後一九四〇年にはひつてから公布を見た戦時刑法たる『購買を制限せられたる生産品の管理の領域に於ける規則違反に對する處罰及び刑事手續に関する命令』すなはち普通に『消費規正刑罰令』と呼ばれるものは、再び前文が掲げられてゐるのである。惟ふに、この命令は、銃後の消費生活を統制する上に重大なる意味を有つもので、経済統制政策を政府が實行するのに對し非常に重要なものである。銃後の消費生活の破綻が前大戦に敗戦の結果を招いた有力な原因の一つでもあるドイツにおいては、事の重大性に鑑みて、ナチスは、この命令にやはり前文を附することを忘れなかつたのである。さうし

て、民衆に命令の精神の理解を徹底させることに依つて、銃後の生活の消費規正を完遂せむとしたのである。(二)更に、その後の『金屬回收の保護の爲の命令』にも、亦、前文が存してゐるのである。

一 『消費規正刑罰令』に就き、詳しくは拙稿『戦時ドイツの「消費規正刑罰令」について』法學新報第五十三卷(昭和十八年)第四號以下を参照されたい。

三 さて、上に挙げた多くの戦時刑法たる命令には、殆どその法定刑のうちに見えてゐないが、しかし、禁錮及び無制限額の罰金刑が規定されてゐるのである(第一條)。されば、單に法規の精神を民衆一般にひろく理解せしめるためのみならず、又、その規定する科刑の峻嚴であることのためにも——この科刑の峻嚴といふことが、ナチス戦時刑法の特色をなしてゐることは既に論じた——前文のやうなものを掲げて、その刑の重いゆゑんを豫め一般民衆に知らしめるといふことが必要であるのである。戦時刑法において科刑を重く規定するのはよし。

しかし、立法者は、そのしかく重かるべきゆゑんものをまづ十分に民衆に知らしめるのでなければならぬ。しかるのち、之に由らしめるのでなければならぬ。刑の重かるべきゆゑんものを民衆に豫め知らしめないで、しかも、民に臨むに峻刑をもつてするのは、いはゆる『民を罔するもの』である。かやうなのは、決して法の尊嚴を保つゆゑんでなく、決して法を遵守せしめ得るものでない。ナチス・ドイツの戦時刑法がその侵犯者に對するに重刑をもつてするに方り、まづ、之に前文を掲げて刑の重かるべきゆゑんものを豫め克く人人に知らしめてゐるのは、その周到なる配意の程を窺はしめるものといはねばならぬのである。

なほ、ナチス戦時刑法の標題の特異性に關しては、後に具體的な法規のそれについて考察する際に詳論しよう。

序ながら、わが國における戦時刑法は未だ餘り多く公布されてゐないのであるが、前文の掲げられたものはない。すなはち、わが戦時刑法の代表的なものともいふべき『戦時犯罪處罰の特例に關する法律』にも『戦時刑事特別法』に

も前文は見えてゐない。しかし、わが國においても、法規の精神とするところ理念とするところを民衆に克く理解せしめるために、立法上、その法規自體の中に之を明かにしてゐるのが最近の傾向となつてゐる。その最も代表的なものとしては、『國家總動員法』（昭和十三年法律第五十五號）を擧げることが出来る。すなはち、その第一條に法律制定の精神を闡明してゐる。曰く、『本法に於て國家總動員とは、戰時（戰時に準ずべき事變の場合を含む、以下之に同じ）に際し、國防目的達成の爲、國の全力を最も有効に發揮せしむる様人的及物的資源を統制運用するを謂ふ』と。國家總動員法のやうな極めて重要な法律には、かやうに法律の精神を民衆に理解せしめるための解説的なものを必要とすることは明かなところであるが、他にもなほ二三の例を擧げることが出来る。例へば、『農村負債整理組合法』（昭和八年法律第二十一號）の第一條は、『本法は、農山漁村に居住する者の、經濟更生を圖る爲、隣保共助の精神に則り、其者をして負債整理組合を組織せしめ、組合の樹立したる負債償還計畫及經濟更生計畫を履行せしめ、以て其負債の整理を爲さしむることを目的とす』と規定して法律制定の

目的を明かにし、『國民健康保險法』（昭和十三年法律第六十號）の第一條は、『國民健康保險は、相扶共濟の精神に則り、疾病、負傷、分娩又は死亡に關し保險給付を爲すを目的とするものとす』と立言して法律の精神を示し、又、『農地調整法』（昭和十三年法律第六十七號）の第一條には、『本法は、互讓相助の精神に則り、農地の所有者及耕作者の地位の安定及農業生産力の維持増進を圖り、以て農村の經濟厚生及農村平和の保持を期する爲、農地關係の調整を爲すを以て目的とす』と規定して法律の理念を宣示してゐる。さうして、特に最近のものとしては、『産業設備營團法』（昭和十六年法律第九十二號）が擧げられよう。その第一條に曰く、『産業設備營團は、戰時（戰爭に準ずべき事變の場合を含む）に際し、軍需産業生産擴充計畫産業其の他の國家緊要産業の設備にして事業者に於て建設又は維持すること著しく困難なるものを施設し及政府の指定したる規格に依る船舶を建造し竝に産業設備之に充つべき機械及器具を含むに、して未完成又は遊休の状態に在るものの活用を圖ることを目的とす。云云。』と。

かやうに、一般法規の間に在つては、わが國においても、その法規の趣旨を宣明

せむとする傾向の顯著なるを見受けるのである。しかし、刑事立法の分野に在つては、未だかやうな趨勢を見るまでに至つてゐないやうである(一)。

なほ、わが國においても、憲法や皇室典範には、告文、憲法發布勅語竝に上諭が前文のやうに冒頭に掲げられてゐて、わが憲法皇室典範の根本精神が簡潔雄大莊重な文章に依つて闡明せられてゐるのであることを遺却してはならぬ。

一 ナチス戰時刑法における前文と標題とに關しては、わたくしは、別に、わが國のそれとの比較において、なほ詳細に論じたものがある。拙稿『比較戰時刑法序説』(法律時報第十四卷昭和十七年第九號所載)がこれである。

## 第四章 ドイツ戰時刑法の特質

### 第一節 戰時刑法と主觀主義

一 ナチス・ドイツの戰時刑法におけるいろいろの特色に就いては、その多くのものが戰時刑法の具有する本質的特色、すなはち、その特質から由來してゐるものであることは既に上に述べた。しからば、ナチス戰時刑法を一貫してゐる特質は何であらうか。これを一言にして蔽へば、それは、戰時刑法における實體法及び手續法を通じて、すなはち全戰時刑法を一貫して主觀主義の思想から壓倒的に支配されてゐるといふことである。さうして、ナチスの戰時刑法を展望するとき、それが、その實體法の領域において、はた又その手續法の分野において、今後ますます主觀主義の思想に依つて壓倒的に支配されてゆくであらうと

いふことがいはれ得るのである。このことは已にドイツの有力な刑法學者に依つて指摘されてゐるところであるが、なかなづく之を論じてその最も鮮やかなるものは、グライスバッハ教授の論文『戦時刑法における發展的趨向』(Entwicklungsrichtungen im Kriegsstrafrecht)である(註せねばならぬ。これは載せて『ドイツ刑法』誌一九四一年一月乃至二月號に在るものである(二)(三)。それで、わたくしも、亦、主としてこの論文を参照し、なほ他の二三のドイツ刑法家の文献を參酌しつつナチス戦時刑法の展望を論じてみたことである(三)。かやうに、ナチスの全戦時刑法が主觀主義の思想に依つてますます支配されるであらうとその趨勢を即斷するのは、なほ次次に戦時刑法が制定されつつあるところからして、之を早計なりとするものもなくはないのであるが、しかし、わたくしが後に試みるやうに、戦時刑法のそれぞれについて詳細に之を考察し、それを綜合して諦觀するときは、それは決して早計な、さうして當らざる推斷にあらざることが實證されるものといへるのである。

I Graf Gleispach, Entwicklungsrichtungen im Kriegsstrafrecht, Deutsches Strafrecht, 1941, Heft 1-2.

Neue Folge / 8. Band, s. 1853.

二 このグライスバッハ教授の論文は、一九四〇年十一月二十二日から同月二十四日までミュンヘンで開かれたドイツ法學士院 Akademie für Deutsches Recht の年次會の折の刑法學會並に國際及び外國刑法研究會のミュンヘン會議においてなされたドイツ法學士院會員たる教授の講演にかかるところのものである。

三 拙稿『ドイツ戦時刑法と主觀主義』法學新報第五十二卷(昭和十七年)第一號乃至第三號がこれである。

二 しかし、ナチス・ドイツの刑法學界においても、上のやうな趨向を否定し、むしろ戦時刑法においては今なほ客觀主義が支配的である、否、それにおいてはますます客觀主義、應報刑主義の思想が鮮やかにされつつある、と主張してゐる學者がなくはない。例へばナグラ教授のやうなのがその代表的なものであるとすることが出来るであらう。されど、かやうな主張は戦時刑法の實體に即したるものといふことを得ないのである。

抑も、ナチス・ドイツにおいては、今次の戦争勃發に因つてドイツ國防軍に動員令が下された日に、國防軍の所屬者たるべき受刑者にして刑の比較的軽い

者に對して恩赦が爲されたのである。すなはち、一九三九年九月一日の公布にかかる『國防軍の爲の總統兼ライヒ首相の恩赦布告』 Gnadenlass des Führers und Reichskanzlers für die Wehrmacht. Vom 1. September 1939 (RGBl. I s. 1549). がこれである。さうして、又、その後數日にして、國防軍の所屬者たるべき受刑者以外の受刑者に對しても亦刑の比較的軽い者には恩赦令が發せられた。すなはち、一九三九年九月九日に公布された『一般人民の爲の總統兼ライヒ首相の恩赦布告』 Gnadenlass des Führers und Reichskanzlers für die Zivilbevölkerung. Vom 9. September 1939 (RGBl. I s. 1753). がこれである(一)。

さて、この兩つの恩赦布告は、その公布の即日から效力を有つことになつてゐるので(その十一條)、この日から國防軍に所屬すべき受刑者又はしからざる一般受刑者にして刑の軽い者はその刑が免除され又はその執行が停止され、獄窓をはなれて戦線に銃を執つて驅馳し又は銃後の社會において生産に従事し、それぞれ祖國の危急に奉仕し得るやうになつたのである。さうして、その人人の間には、戦場で輝かしい勳功を建てて既に祖國に殉じ過去の汚名を雪いだ者も

多數あるであらうし、又は銃後の生産力の増強その他に奉仕しつつ更生の生活を營んでゐる者も少なくないであらう。

さて、わたくしは、此等の恩赦布告をナチスの『戦時恩赦令』と呼んでゐるのである。さうして、わたくしは之について別にその思想的意義を論じたことがあるので、今、その詳細はそれに譲らねばならぬのであるが、この恩赦令は、大體二つの點に關してわれわれに深く示唆を投げかけてゐるものがあると思はねばならぬ(二)。その一は、從來高調され來つたナチスの贖罪刑思想が解消的發展を遂げたといふことであり、さうして、その二は、刑罰經濟といふことと關聯して人的資源がいかに大切に於てその保護が必要であるかといふことである。今、その第二の意義は別として、第一のそれについて少しばかり考察してみよう。

由來、ナチスの刑法は、刑罰における應報的な贖罪性を高調しつつあるのをもつて、その一つの特色とされてゐるのであるが、そこに贖罪とは刑罰なる一の罪惡に依るの過去の非行に對する贖ひとするものである。しかるに、上の戦時恩赦令は、刑に依る贖罪に代へて受刑者を戦争に参加せしめ又は銃後に奉仕せし



めて祖國に奉公の誠を盡さしめることに因つて過去の罪を贖はしめむとする  
ことを目的としてゐるものであるといはれ、又、これをもつて受刑者に對する總  
統の慈惠であるとされてゐるのである。

是に由つて之を觀れば、それが戦争といふ非常の秋を契機としてのことであ  
るとはいひながら、既に贖罪といふことは、必しも刑罰といふ害惡に依る應報  
的なものであることを要しないことになるのであり、場合に依つては、むしろ國  
家社會に役立たしめるといふおのづから教育的なる方法に依ることによつて  
贖罪の實を擧げしめ得るといふことを新らしくわれわれに示したことになる  
のである。さうして、又、このことは、受刑者も究極においては國家的社會的に再  
生して國家社會の爲に役に立つべき存在でなければならぬのであり、これが眞  
に正しい意味の贖罪の名に値ひするものなることを示してゐるのである。か  
やうにして、害惡刑に依るの應報的な贖罪といふことは、茲に解消されたのであ  
る。しかし、贖罪といふ倫理的な觀念そのものは、害惡的な刑罰を超えて更に高  
次なものとして發展を重ねることになつたわけであるのである。さうして、か

やうなことが、ナチス・ドイツにおいて、假令それが戦争に適合した方法として  
一時的に採られたもの——ナチスの『戰時恩赦令』は、その一つの目的が戦争  
に因る人的資源の不足を補ひ、之を確保する爲の刑罰經濟の見地から出てゐる  
ものであることも否定し得ない。ドイツの學者もそのやうな口吻を洩らして  
ゐるのである——であるといへ、それが思想的には贖罪といふことの觀念を  
高次ならしめるの契機をなしたものであることは、今や疑ふ可からざるの事實  
である。それで、戦争はかやうにして刑罰の觀念を一次程の高きに引上げしめ  
たこととなるので、わたくしは必しも戦争を禮讚するものではないけれども、し  
かし、戦争がかやうに事物の觀念、思想一般、否、延いては文化一般を高めしめる點  
をも閉却することを得ないのである。それは兎も角もあれ、かやうなを契機  
として、わたくしは、今後、ナチス・ドイツにおいては、思想的に刑の應報性害惡性  
は揚棄せられて、おのづから刑の教育性が高調されるの趨勢に向ふものと確信  
するのである。

さて、刑罰の觀念をもつてその教育性にありと主張してゐるのは、いふまでも

なく教育刑論であるが、教育刑論は、由來、久しく受刑者の國家的社會的復歸といふことを刑罰の目的として主張してゐるのである。さうして、受刑者の國家的社會的復歸といふことは、これを再生せしめて國家社會に役立てしめることを眼目としてゐること勿論である。されば、教育刑論においては、一派の人人が考へてゐるやうに、贖罪といふことを刑の倫理性として忘れてゐるのではなく、ただ、そこに贖罪とは害悪刑のそれが個人倫理的意味においていはれてゐるのとはおのづからその意義を異にして、より高次の國家的社會的倫理的意味においてこれを考へてゐるのである。

しかし、教育刑の主張がドイツにおいて發展したものであるにもかかはらず、それはドイツにおいて、從來、學界や實務の方面やから適當に理解されたのでなく、却つてナチスの世となつてからは應報思想が復活し、害悪刑贖罪刑が高調されるに至つたのである。(しかし、われわれは、この間において、一方に又主觀主義的な意思刑法の主張が強調されたことを注意せねばならぬ)。しかし、今や、上の兩つの戦時恩赦令に依つて、戦争はナチスの刑法から應報思想を後退せしめ贖

罪刑害悪刑の思想を解消せしめることになつたのである。さうして、これと伴つてナチス刑法に強調された意思刑法の思想はますます發展を重ねることとなり、それに對して客觀主義は戦時刑法においてますますその地歩を失ふことになつたのである。

一 この兩つの恩赦布告に關しては、わたくしは、拙稿『ナチス贖罪刑思想の發展』法學新法第五十二卷(昭和十七年)第十二號に詳しく紹介しておいた。

二 ナチス・ドイツの兩つの恩赦布告に關する思想的意義を、わたくしは、拙稿『刑罰經濟の發展』帝國大學新聞第九百十五號(昭和十七年九月十四日附)及び『ナチス贖罪刑思想の發展』(前掲)において考察した。

## 第二節 戦時實體刑法における主觀主義の發展 (その一)

一 ナチス戦時刑法の特質は、客觀主義が斥けられ、主觀主義に依つて壓倒的に支配されてゐるといふことであるのは既に述べた。しからば、そのことは、戦

時體法においていかに具現されてゐるであらうか。これを一言にして盡くせば、それは『行爲刑法』Tatstrafrecht から『行爲者刑法』Täterstrafrecht への一段の發展を示すものであり、その躍進を明かにするものである、といへるのである。次に、それについての少しばかりを考察しよう。

さてナチス戰時刑法における『行爲刑法』から『行爲者刑法』への發展について、それを最も鮮やかに示してゐるものとして、わたくしは、まづ第一に、一九三九年十二月五日の『暴力犯人に對する命令』を擧げねばならぬ。すなはち、その第四條は、『未遂及び從犯の場合の刑の加重』Schärfere Strafe bei Versuch und Beihilfe なる標題の下に、次のやうに規定されてゐるのである。曰く、『重罪又は輕罪の可罰的未遂又は從犯に對しては、一般に、既遂に對し規定せらるる刑が許容せらる』と。

それで、この第四條に依ると、汎く『一般に』allgemein 可罰的未遂に對して既遂につき規定されてゐる刑を適用することが『許容される』zulässig ことになつたのであり、同様に、從犯に對しても之が許容されることになつて、すなはち、從犯

に對しても正犯と同様に處罰し得ることになつたのである。詳言すれば、可罰的未遂及び從犯に對する刑の適用において、之を既遂のそれ正犯のそれと同視するか否か、すべては裁判官の裁量に委ねられたとしていいわけであるが、これは、一般に、未遂に對しても、從犯に對しても行爲者刑 Täterstrafe が適用され得るやうになつたことを、右の第四條が明かにしたのである。重ねて之をいへば、一般に未遂及び從犯に對する行爲刑に立脚してゐた思想が、行爲者刑に立脚することに轉換したのを示してゐるのである。

二 さて、わたくしがこの『暴力犯人に對する命令』第四條に依るの未遂及び從犯に對する可罰性のかかる修正をナチス刑法における行爲刑法から行爲者刑法への轉換として重大視するゆゑんものは、それが單に『暴力犯人に對する命令』における暴力犯人 Gewaltverbrecher に對してのみ適用せられるに止まらず、更に現行ドイツ刑法法典の變更、すなはち、その第四十四條及び第四十九條第二項の規定の修正と結合してゐるものであるからであり、この第四條の規定してゐるところは、實に、刑法上、重大なる意義をもたらしたことになるからであ

抑も、上の第四條は、『未遂及び従犯の場合に於ける刑の加重』といふ標題を有つてゐるのであるが、同じ命令の第三條の管轄權を明かにした規定——この第三條は、一九四〇年二月二十一日の命令の第二節第十三條第六號及び一九四〇年三月十三日の命令の第二十一條第三十二號に依つて追訂され、更に一九四〇年三月三十日の命令に依つて廢止されるに至つた——に依つて、『持兇器暴力行爲』(同じ命令の第一條)及び『犯人追跡の際に於ける助力者に對する保護』(同じ命令の第二條)に關する事實的竝に法律的規定からは分離されて、全く獨立なものになつてゐるのである。すなはち、第四條は第一條乃至第三條に對して何等の内面的關係を有つてゐるのでないのである(三)。かかるところから、命令第四條は、むしろ一般に全刑法に適用せらるべきものである、とせられるのである。さうして、このことは、實に、第四條において立言されてゐるその『一般に』といふ字句が特に第四條に附加されたのに因つて、一層明瞭にされてゐるわけであるのである。

それで、ナグラ教授は、『もし、われわれが、「暴力犯人に對する命令」の全體を仔細に吟味するならば、「未遂及び従犯の場合の刑の加重」といふことは、ただに暴力的犯罪者を對象としてゐるに止まらない。すなはち、詳言すれば、この命令の範圍内に制限せられてゐるのみでなく、むしろ、その範圍を遙に超えて刑法法典の變更といふこと自體を包含してゐるのであり、従つて、刑法法典の適用せられる範圍全體——それ故に陸軍刑法をも含めて——に及んでゐるのである』といはれてゐる(三)。さうして、他のドイツの刑法家、例へばコールラウシュ教授やグライスバッハ教授やウィーリー・シエーフアーやヒニューベルやドレックスマラーやクゾーリツヒヤの諸家も、亦、ナグラ教授とその所見を同じくしてゐられるのである(四)。すなはち、コールラウシュ教授は、『未遂の場合にはその刑を減輕すべし、といふ第四十四條の拘束規定 bindende Vorschrift は一九三九年十二月五日の「暴力犯人に對する命令」第四條に因つて一の可能規定 *eventuelle Vorschrift* に改められた』といはれ、又グライスバッハ教授は、『暴力犯人に對する命令』第四條に依つて全く一般的に行爲者刑が未遂にも、さうして従犯に

も適用され得ることが明かにされた。なほ、これに因つて内容的にはオーストリアの法律がドイツの法律 Reichrecht になつた。さうして、コード・ペナル Code Penal に依繫してゐたのが除去されることになつた』といはれてゐるし、シェーファーも亦『第四條は、それがその立言において「一般的に」とあるのに因つて、附屬法、追加規定、戦時刑法及び陸軍刑法を含めての全刑法に適用される』とし、さうして、更に、『それは將來の刑法總則の先驅を意味してゐるのである』とすらいつてゐるのである(五)。しかし、かやうな諸家の見解の間に在つて、ひとりウエルツェル教授のみが、それに異見を示されてゐるのが注意されねばならぬであらう。すなはち、教授は、この第四條をもつて暴力犯人に對してのみ適用あるものとされるのである。それで、その理由とせられるところは、教授に依れば、未遂と既遂とを同一視することは、とりわけて最も行爲者類型に對して適當してゐる。蓋し、それは、行爲者類型にあつては、行爲者自體が既に不法なる反社會的存在であつて、その行爲は右の行爲者自身の不法なる反社會的存在の蔭にかくれ退いてしまふのであるから、これにおいて既遂と未遂とを分別するといふこ

とは、之を是認し得ないところであるといふにあるのである(六)。さうして、この『暴力犯人に對する命令』における暴力犯人が一の行爲者類型を表示してゐるものであることは、ドイツの刑法家としての有力な諸家——例へばコールラウシユ教授やグライヌバッハ教授やの兩家がそれである——から認められてゐるところである(七)。ウエルツェル教授がそれを認めてゐられるのは固よりのことである(八)。

それで、かやうに、暴力犯人が一の行爲者類型であるとせられるのであつてみれば、上のウエルツェル教授の見解は一理なしとしないのであるけれども、ナグラー教授は、ウエルツェル教授の主張に對して、これを命令第四條の一般的意義を誤解したものである、としてゐられるのである(九)。わたくしも、行爲者類型に屬する犯罪者をのみ特に不法なる反社會的存在とするのウエルツェル教授の上の見解は、これを支持し難いところとせねばならぬとおもふ。抑も、刑法が未遂を罰するゆゑんものは、その行爲に因り、假令行爲自體が未遂に終つたといへ、それをもつて行爲者の悪性すなはち反社會的人格を徵表するに十分なる

ものとして、詳言すれば、その行爲者は、行爲が未遂に終つたことに左右されることなく、不法なる反社會的存在なることが明かにせられたのに因るのである。されば、不法なる反社會的存在とせらるべきものは、豈ひとり行爲者類型に屬する犯罪者のみに止まらむや。一般に犯罪とせらるべき行爲の既遂者はもとより、その未遂者といへども、それに因つてその者の反社會的性格が識別せられる場合には、亦、これをしかりとせねばならぬのである。かくて、わたくしは、命令第四條に關するその適用の範圍については、ナグラ教授をはじめの上に擧げた諸家の見解に左袒せざるを得ぬのである。さうして、これをもつて現在のドイツの刑法上の通説とせねばならぬのである。

かやうにして、第四條において立法者の意圖したところは、單に暴力犯人を對象としたに止まらず、それは、刑法諸家のいはれるやうに、現行刑法の全體に互つての未遂と從犯との規定に關する變革——行爲刑法から行爲者刑法への——を目的としてゐるものであることを、われわれは確かめ得たのである。上の變革が將來のドイツ刑法法典の先きまはりを意味してゐるか否かといふことは、

暫くこれを兎も角ものこととして、『暴力犯人に對する命令』は戰時刑法中特に重要なものであるに止まらず、その第四條の規定は、刑法全體にとつて格別に注目すべき重要な立法なのである。

一 これについて拙稿『ナチス・ドイツにおける未遂及び從犯の可罰性の修正』法學新報第五十二卷(昭和十七年)第四號第一頁以下参照。

II Vgl. Willi Schäfer, Das Kriebsstrafrecht und Kriebsstrafverfahrensrecht. Akademie für Deutsches Recht, Jahrbuch 1939/40, S. 259.

III Nagler, Die Neuordnung der Strafbarkeit von Versuch und Beihilfe. Gerichtssaal, 1940, Bd. 115, Heft 1—2, S. 25.

IV Kohlrausch, Strafgesezbuch, 1941, 36. Aufl. S. 798.

Graf Gleispach, Entwicklungsrichtungen im Kriebsstrafrecht, S. 1.  
Willi Schäfer, *ibid.*

v. Hinüber, Strafrecht unter Berücksichtigung des kommenden Rechts, Allgemeiner Teil, Kriegsmachtzüge, I Nachtrag, 1940, S. 2.

F. Drexler u. W. Csolllich, Kriebs = Strafrecht, 1940, S. 17.

H Kohlrausch, a. a. O. S. 137.

Graf Gleispach, *ibid.*

- Willi Schäfer, a. a. O. S. 259 ff.  
 六 Welzer, Grundzüge des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1940, S. 94.  
 七 Kohlrausch, a. a. O. S. 795.  
 Graf Gleispach, a. a. O. S. 2.  
 八 Welzer, a. a. O. S. 38 u. 123 ff.  
 九 Nagler, a. a. O. S. 25. Anm. 2.

三 さて、かやうにして、ドイツの現行刑法に規定せられてゐた未遂と従犯とに關する原則的規定は、今や、上の戰時刑法に依つて徹底的に——ナグラ教授に依れば、それは、實に、徹底的にしかりといはれてゐるのである——修正され變更されることになつたのである。さうして、有力なるドイツ刑法家、例へば上に擧げたコールラウシュ教授やグライスバッハ教授やをはじめのフライスラーやウィーリー・シェーファーやヒューベルやの諸家は、之をもつて意思刑法への轉向とされてゐるのである。例へば、グライスバッハ教授が『暴力犯人に對する命令第四條に依つて全く一般に行爲者刑が未遂にも、さうして従犯にも適用され得ることが明かにされた』といはれたことは、既に上にも引用したと

ころであるが、フライスラーは『命令第四條の中に新らしい意思刑法の基本的見解の本質的な結論を見出す』ことを認められ、又ウィーリー・シェーファーは第四條をもつて『それは意思刑法の道への著しい前進である』といひ、更にヒューベルも『命令第四條は意思刑法の原理に據つてゐる』と説いてゐるのである。(一)その他、ドレックスマラー及びクゾーリツヒの兩家亦しかり。(二)

しかし、之に反してナグラ教授は異説を主張し、われわれが、上の『暴力犯人に對する命令』第四條をもつて新らしい構成原理の基礎をなすものと評價し、さうして、その第四條から立法の完全なる轉回が爲されたのであると論結しようとするならば、これを更に詳言すれば、すなはち、責任主義——それにおいては責任といふことを指導精神としてゐる——に基づく結果刑法の放棄であると推論を導いて來るのであるならば、忽ち不合理なことになつてしまふ、といふ趣旨のことを明かにせられ、又、『もし、第四條に或他の作用が附加せられるならば、すなはち、特に一面的な意思刑法のイデオロギイのために第四條がその難局を打開すべきであるとするならば、第四條は刑法法典の體系中の一の出しやばり

者として、又、刑法法典の體系を矛盾に導くところの妨害者たることになるであらう』とまでいはれてゐるのである(三)。さうして、特に、上にわたくしが引用したフライヌラーの所見を批難せられて、『命令第四條の條文をもつてしては、自分にはフライヌラーの結論には賛同し難いやうに考へられる。なぜならば、第四條の條文について見るとき、それは決して客觀的竝に主觀的な要素の間に何等の區別をしてゐないからである。さうして、少なくとも、現今は犯罪に對してなほ主觀客觀の兩要素を等價値し、對等視してゐるのであり、特に戰時の刑事立法においては行爲の結果が甚だ重要なものとして重大視されてゐるにおいてをやである。それ故に、自分はフライヌラーに與みするわけにはゆかないのである』といはれてゐる(四)。

もとより、わたくしは、第四條の新らしい規定からして、今、ただちに、性急に責任主義を抛ち、結果刑法を否認して之を葬り去らうといふのでない。しかし、刑法におけるその進化の大道において之を觀るとき、われわれは、夙に、古い傳統的な責任主義を抛棄して、それを指導原理としてゐる結果刑法から遠ざかりつつあ

るのが刑法發展の趨勢であるのであること——例へば、われわれは、かやうな趨勢の典型を一般に結果的責任として理解せられる結果的加重犯に關する學說、立法例の變遷において見ることが出来る。又、未遂や教唆やに關する學說及び立法の變遷のやうなものも之を明かにしてゐるものである——を率直に承認せねばならぬのである。さうして、わたくしは、『暴力犯人に對する命令』の第四條をもつて、その具有する規定の精神から推論して、上に擧げたドイツ刑法家の諸家に左袒して、ナグラ教授の所見とは反對に、刑法發展の大きな流れに沿つて意思刑法の立場から爲された修正であると考へざるを得ないのである。すなはち、詳言すれば、それは未遂及び從犯に關する行爲刑法から行爲者刑法への展開であるとせざるを得ないのである(五)。

序ながら明かにしておくならば、第四條に依る未遂と從犯とに關する現行刑法の變革について、ナグラ教授は、『かやうな現行法に對する徹底的變革の措置が、なほ、かくも重要な戰時法令の比較的に祕密なる場所に在つて、しかも、誤解され易い形式において爲されたといふことは、策として (taktisch) それが幸で



あつたかどうかは暫く措くとしても、それはさし當り重要な問題でない』といはれ、更に語をつがれて、『しかし、それよりもなほ遙かに重要なことは、一つの他の——いはば戦略的な (strategisch)——危険である。すなはち、刑法草案、特にその總則において計畫されてゐた革新を、その草案に依るの革新を俟つことなくして、それに先んじて、別にこの新規定(一九三九年十二月五日の『暴力犯人に對する命令』第四條を指す)に依つて行はうといふこと、しかも、草案に依るの革新の一般的效果をも無視して、戰時的處置の方法において爲さむとしたことは、果して妥當なことであらうか』と痛論してゐられるのである。すなはち、教授は、未遂と従犯とに關する徹底的な變革が、『暴力犯人に對する命令』といふやうな戰時刑法に依つて爲されたことに不満を感じてゐられるやうなのである。惟ふに、上に見たやうな現行刑法上の徹底的な變革の必要は、これを教授が明かにしてゐられるやうに、既にその草案、いはゆる『來るべきドイツ刑法』(Das Kommen-  
de deutsche Strafrecht) が之を企圖してゐるところであるが、しかし、草案に依つては事を急速に運び得ないままになつてゐたのであることが格別に注意されねば

ならぬのである。しかし、それにもかかはらず、非常時は思想の進展を急激に促進せしめるのである、事の實現を急速度において成就せしめるのである。さうして、これが、實に、非常時の具有する特異性であるのであるが、すべての事物の甚しく急速なる變革が要請せられ、しかも、それが急激に實現せられざるべからざるところに、非常時の非常時たるゆゑんのものが存在するのである。われわれは、これを最近におけるわが國において見たのであるが、今、同じやうなことをナチス・ドイツにおいても亦見るわけなのである。されば、ナチス・ドイツにあつて、その現行刑法における重要な部分についての徹底的な變革は、草案において事を運ぶの悠長なる邊を待つに由なく、戰時刑法なる非常時立法に依つて事の實現を促進するの要請に應じたものとせねばならぬので、そこに、ナチス・ドイツにおける非常時の非常時たるゆゑんを看取し得るとおもふのである。すなはち、わたくしをしていはしむれば、非常時立法のみそれをしかく速に實現せしめ得たのであり、ひとり戰時刑法がしかくそれを容易に成就し得たところとせねばならぬのである。されば、敢て繰り返していはう。わたくしは、『暴力犯

人に對する命令』が、現行刑法上における傳統的に重要な規定をしかく容易に抛たしめたところに、それが非常時立法であり、戰時刑法たるゆゑんを看取し得るとともに、又、そこにこの命令の制定せられたる文化的意義を認めようとするのである、と六。

なほ、ナグラ教授は、現行刑法の徹底的な變革のかやうな措置が、『戰時法令の比較的に祕密なる場所に在つて、しかも、誤解され易い形式において』爲されたことを難ぜられてゐるのであるが、かやうに事が戰時法令の比較的に祕密なる場所に在つて、しかも誤解され易い形式において爲されたといふことについては、グライスバッハ教授に依れば、それは戰略上の必要に出たのであり、ドイツに在つて事を上のやうな措置において執つたことは戰略上幸福であつたとせられてゐるやうである(七)。しかし、これに對して、ナグラ教授は、グライスバッハ教授の所説をもつて、それは、實際には、學者の迂遠なる小理窟 Professorale Pedanterie に過ぎぬ、と非難してゐるのである(八)。

なほ、わが國においても、未遂に關しては、刑法第四十三條の規定に對して一歩

を進めて、『盜犯等の防止及處分に關する法律』(昭和五年法律第九號)が既遂と未遂とを區別しないことにしたのであるが、盜犯防止法のこの例は、今次の戰時刑法に於いてますます擴大されつつあるのであることを附言しておきたい。例へば、『戰時犯罪處罰の特例に關する法律』や『戰時刑事特別法』やにおいて之を見つつあるのである。

I Graf Gleispach, a. a. O. S. 43.

Freisler, Deutsche Justiz, 1939, S. 1856.

Willi Schäfer, a. a. O. S. 260.

v. Hinüber, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1940, Kriegsnachtrag. I.

II E. Drexler u. W. Golllich, Kriegsstrafrecht, 1940, S. 17.

III Nagler, Die Neuordnung der Strafbarkeit von Versuch und Beihilfe, Gerichtssaal, 1940, Bd. 115, Heft 1—2, S. 26 u. 35 ff.

IV Nagler, a. a. O. S. 33, Anm. 9.

Vgl. Nagler, Kriegsstrafrecht, Gerichtssaal, 1940, Bd. 114, Heft, 3—6, S. 140.

五 これにつき詳しくは拙稿『ナチス・ドイツにおける未遂及び從犯の可罰性の修

正』法學新報前掲第六號第七六頁以下參照。

六 これにつき詳しくは拙稿『ナチス・ドイツにおける未遂及び従犯の可罰性の修正』法學新報前掲第四號第一四頁以下参照。

七 Vgl. Graf Gleispach, Das Kriegsstrafrecht I. 1940, S. 44.

八 Nagler, a. a. O. S. 25. Anm. 3.

四 ナチス戦時刑法における主観主義の發展は、行爲刑法から行爲者刑法への轉換を上のやうに鮮やかに示してゐるのであるが、わたくしはかかる轉換を示すものとして、更に一九三九年十月四日附の『重い犯罪少年に對する防衛令』を挙げなければならぬ。この命令は國防參議院から制定公布された戦時刑法の一つであるが、これが、又、行爲刑法から行爲者刑法へといふ同一の原理の上に立ちかへつて來たのである。すなはち、右の命令は、その精神において早熟少年を成年者と同等に取扱ふことにしたのである。それで、グライスバッハ教授も、『この命令の立言に従へば、勿論、それは少年の特に非難さるべき犯罪者の情操を標準とし、それに基づいてその刑罰を一般成年者のそれと同等にすることにしてゐるばかりでなく、又、一般國民の保護といふことから、その刑罰をして一

般成年者のそれと同等にすべきことが要求され得るのである』、早熟少年犯罪者を成年者と同等に罰することが、國民の保護すなはち社會の保全から爲されてゐることについては、わたくしは既に之を明かにしておいた。『しかし、少年の特に非難せらるべき犯罪者の情操は少年刑法を適用すべく適當してゐないので、その情操の性質及び種類の上からいへば、それは決して少年の情操ではないとせねばならぬのであつて、これが、實に、成年者と同等に取扱ふことにした決定的な理由であるのである』といはれてゐる。それで、少年刑法は、グライスバッハ教授のいはれるやうに、『かかる少年、すなはち、早熟少年から解放され、少年刑法はかやうなものはや少年とは違つた性質の者について、そこに少年と一緒に規定してはならぬ』とされて、上の命令が特に制定を見たわけなのである。(三)。

さうして、これは少年犯罪者について行爲者刑法への發展を鮮やかに示してゐるものといはねばならぬのである。

さて、グライスバッハ教授は更に語をつがれて、『さうして、これと同時に、これに因つて少年刑法は別にますます少年に適するやうにその規定が完成せられ

得ることになるのであるが、これが最も意義ある成果をわれわれは「少年禁錮」(一九四〇年十月四日附の「少年刑法の補充の爲の命令」)の施行において見るのである』といはれてゐる(三)。この『少年禁錮』又は『少年拘禁』*Jugendarrest* は、一九四〇年十月四日の『少年刑法の補充の爲の命令』*Verordnung zur Ergänzung des Jugendstrafrechts, Vom 4. Oktober 1940* において採用されたものであるが、この少年禁錮又は少年拘禁の適用範囲は、グライスバッハ教授もいはれてゐるやうに、これも亦主観的な事情に従つて規定されてゐるのである(四)。このことは、最近、一九四〇年十一月二十八日附のその施行令に依つて非常に明瞭にされてゐるところであるのである。これに關しての詳しくは後に『少年刑法の補充の爲の命令』について考察する際に譲ることにしたいが、要するに、戦時刑法においては、かやうに行爲刑法から行爲者刑法への發展、すなはち、主観主義の發展が鮮やかなのである。

- 一 Graf Gleispach, *Entwicklungsrichtungen im Kriegsstrafrecht*, S. 1.
- 二 Graf Gleispach, *ibid.*
- 三 Graf Gleispach, *ibid.*
- 四 Graf Gleispach, *ibid.*

### 第三節 戦時實體刑法における主観主義の發展 (その一)

一 ナチス戦時刑法における行爲刑法から行爲者刑法への發展を示すものとして、わたくしは、次に戦時刑法における『行爲者類型』又は『犯罪人定型』の思想 *Tatertyps-Gedanke* を挙げねばならぬ。さうして、これについて、わたくしは、可罰性 *Strafbarkeit* が行爲者類型に關して多大な影響を與へたことを指摘しなければならぬのである。すなはち、特に戦時刑法においては、多くの場合に法律から規定されてゐる構成要件を一定人が違法且つ有責に *rechtswidrig und schuldhaft* 實現するといふことでは、未だこれに對して可罰性ありとなすに足らぬのであることが注意せられねばならぬ。可罰性ありとなすためには、その一定人は、これに加ふるに法律が考へてゐるところの行爲者類型又は犯罪人定型に相當しなければならぬのである。それで、グライスバッハ教授の話を藉りていへば、こ

の行爲者類型なるものは、人人が構成要件から表示された具體的な行爲の現はれ Tatabid を主觀的なものに移す、すなはち、表現せられたる行爲から一種の行爲者たる形相 ein Tatabid を創造するといふことからのみ明かとなるのではなく、むしろ、それは、それを超えて、かくして獲得せられたる形相に更になほ一つ乃至若干の特徴を附加してゐるのである。しかも、それは、全く主觀的な性質のものであることを格別に注意せねばならぬのである。(二) かやうにして、ここにも、亦やはりナチス戦時刑法における主觀主義の發展が見られ、その活潑なる展開が爲されてゐるのであることを看取せねばならぬ。

抑も、行爲者類型に關する學理は、ナチス・ドイツにあつては、戦時に及んで乃至戦時刑法においてはじめて唱へられたものではない。行爲者類型の學說については、わたくしが後に『國民の害賊に對する命令』を考察する際に詳にするやうに、今、ドイツの刑法學界において非常に重視され、活潑に論議されてゐるところである。わたくしは、これについての文献の大體を『國民の害賊に對する命令』を考察する際に擧示しておいたし、又、わたくし自身も他日之に就いて

詳細に考察をめぐらしてみたいと考へてゐる。それで、行爲者類型についての詳細なことは、別にこれに關する獨立の論議の際に譲らねばならぬのであるが、行爲者類型の學理に對しては、ダームやメツゲルや、更に格別にポツケルマンやの諸家が貴重なる貢獻をしてゐるのである。なほ、フライスラーも亦行爲者類型を信奉する學派の歸依者の一人に屬してゐるのである。しかし、これについて、フライスラーが行爲者類型を信奉する學派に屬してゐるのは、彼がその活潑なる學者としてのための理由からのみではなく、むしろ、格別に司法省におけるその官職上の地位が與つて有力なのである、とグライスバッハ教授は皮肉をいつてゐられるのである。(三)。

さて、それは兎も角ものこととして、行爲者類型には『規範的(一般的)行爲者類型』 „ein normativer (genereller) Tatabidus“ と『刑事學的行爲者類型』 „ein kriminologischischer Tatabidus“ とがあるものであり、この兩者を峻別しなければならぬのである。しかし、わたくしが茲で考察しようとするのは、その前者に重きを置いてゐるのであることを、特に豫め明かにしておかねばならぬ。

- I Graf Gleispach, h, Entwicklungsrichtungen im Kriegsstrafrecht, S. 2  
 II Graf Gleispach, ibid.

二 戦争の勃發に際し刑法上の防衛が迅速に強化されねばならなかつた時に方つて、戦争勃發直後に制定された戦時刑法の法規は行爲者類型を基礎として構成されたのであつた(二)。すなはち、一九三九年九月六日には同年同月五日の『國民の害賊に對する命令』が公布された。さうして、それから三箇月の後には、これについて『暴力犯人に對する命令』が公布を見ることになつたのであるが、既にこれらの法令の標題からして戦時刑法は刑事立法の一種の新らしいスタイルを徴表してゐるものといはねばならぬのである。抑も、右の標題は行爲者類型を基礎として構成されてゐるものである(三)。さうして、この標題が格別に重要な一種の意味を有つてゐるのであることはいふまでもない。これについては、わたくしは後に『國民の害賊に對する命令』を考察する際に詳しく論ずるところがあらうが、それ故に、もし人あつて、その標題の有つてゐる重要性を否定し、又はその標題をその法令を解釋するなどの場合に方つてどうで

もよいものと考へて差支へない、と主張しようとするならば、かやうな反對理由は極めて根據の薄弱なもの、否、全然根據のないものといはねばならぬのであつて、われわれはこれに對して形式上からも異論を唱へ得るのである、といふ趣旨のことをグライスバッハ教授もいはれてゐるのである(三)。すなはち、右の標題も、亦、法令の内容を爲してゐるのであり、それは法律効果を有つてゐるのであることが遺却されてはならぬのである。それで、『行爲者に關聯させられた構成要件は、法律が考へてゐる行爲者の形相 *das Bild des Täters* をなほ明かにしない。抑も、行爲者の形相は、法律の標題から明かとなるのみならず、又、戦時法規の生じた狀況——さうして、この狀況に従つて戦時法規は理解されねばならぬのである——や科刑の重いことやからもわかる』といはれてゐる(四)。それで、上のことを知る技術はいろいろあつて、種種まちまちである。すなはち、或種の命令は、行爲者類型を徴表するために一種の名稱のみを用ひてゐるにすぎぬものがある。例へば、『國民の害賊に對する命令』の第一條の如きものは、後に詳論するであらうやうに、『掠奪者』*Plünderer*——これが一種の名稱である——を處断す

ることをもつてその目的としてゐるのであつて、その構成要件に附加して『撤退せられたる又は任意に退去されたる領域』と規定してゐるところのものは、全く場所的限定にすぎないのである。或は又或種の命令は不十分なる構成要件を以て満足してゐるのがある。例へば上の『國民の害賊に對する命令』の第二條のやうなのがこれである。これについては、わたくしは『國民の害賊に對する命令』第二條について考察する際に詳論したので茲では省略することにしよう。更に、之に反して、他の法規の規定における立言においては、この不十分なところを補ふのに主觀的なる價值概念例へば特別なる非難性 *besondere Verwerflichkeit* をもつてしてゐるのがあるのである。例へば『國民の害賊に對する命令』の第四條のやうなのがこれであつて、これにおいては『健全なる國民感想が當該犯行の特に非難に値ひするものなるの故に之を要求する場合に』といふことが附加されてゐるのである。これについても、後に詳論するところを併せ見られむことを希望して、茲では之に止めておかう。

しかしこれらの外に、なほ、行爲者類型の概念を全く欠缺し得ない一場合の存

在してゐることを、われわれは看過してはならぬのである。これは、わたくしが右に引用した命令の規定の一群のいづれの中にも入れられ得ないものである。すなはち、それはドイツ國民の金屬の献納に對して罪を犯した者である。その『金屬回收の保護の爲の命令』における構成要件は、非常に廣汎に包括的に規定されてゐる。すなはち、それに依ると、献納すべきものと規定されてゐる物件に因つて利得した者のみならず、右の物件を使用不能ならしめた者も死刑に處せられることになつてゐるのである。それで、ライヒ國民啓蒙並宣傳長官 *Reichsminister für Volkserziehung und Propaganda* は、ベルリンの大運動場において爲したその演説中に、前大戰中の金屬回收のことに關聯して金屬の甚しい濫用を想起し、さうして、それとともに、當時、個人の裡には金屬に依つて巨萬の富を得た者のあることを回想したのであつたが、ドイツにおいては、今や、かかる出來事は極力防止されねばならぬところであると考へられてゐるのである。それ故に、同長官が右の行爲者に對しては死刑をもつて臨むことを説いたときには、之に對して數千の聽衆は萬雷の如き拍手を送つたといはれてゐる(五)。かやうなところ

から、この場合には、ドイツの法律として最も重い刑罰である死刑が適用せられる行爲者類型は、格別にきびしい形式において表現されたのである。しかし、日常生活においては、上の場合とは全く性質を異にした場合のあることが氣づかれてゐるのである。しかも、かやうな場合にも、亦、それは上の構成要件に合致してはゐるのである。それで、日常生活の場合におけるその行爲でも故意に右の一場合に解されてゐるのではあるが、しかし、グライスバッハ教授は、『わたくしにいふことが許されるならば、かやうなのは何等根據のないもので、それ自身に殆ど價値のないものである。かやうな日常生活の場合における行爲でも、やはり、死刑に處せらるべきものであらうか』といつてゐられる(六)。私見に依つても、かやうな日常の行爲におけるものが、『金屬回収の保護の爲の命令』の構成要件に該當し之を充足してゐるからといつて、それは直ちに之を處罰することを目的としてゐるのではない。これについては、わたくしは後に詳論するつもりであるので、茲ではその際に譲ることにせねばならぬのであるが、『金屬回収の保護の爲の命令』は極めて短い前文をもつて始まつてゐるのである。すな

はち、この命令は、構成要件と科刑との間に一の文言を挿入してゐる。曰く、『かやうな態度(金屬献納のサポーター)を爲すことを指す)をとる者は、大ドイツの自由の爲の戦ひを妨害する者である』と。さうして、この『大ドイツの自由の爲の戦ひを妨害する者である』の故に因つてこそ、實に、金屬回収の命令に違反した者は死刑に處せられるのである。それで、この『大ドイツの自由の爲の戦ひ』、『prossedentscher Freiheitskampf』の妨害者といふ表示は、先づ刑の加重の理由を示してゐるのであるが、しかし、これは又行爲者類型を指示してゐるものでもあるのである(七)。蓋し、それは、グライスバッハ教授のいはれてゐるやうに、ドイツ國民の戦つてゐる戦争の結果に必ずや關係するであらうやうな行爲が問題にされねばならぬのであるし、又、その故意そのものは行爲者の金屬献納を汚辱するの情操から由來してゐるものにちがひないところとせねばならぬからである(八)。われわれは、上に挙げ來つたやうな場合を、法令の前文やそれと類似の解説やに依つて根據づけられてゐる行爲者類型の一群に數へることが出来るであらうが、ナチス・ドイツにおいては、法律の標題、前文又は法律の他の表示が行爲者



類型を示してゐるかどうかは、總統又は總統からそれを委任された者が一定の行爲者類型を刑罰規定に隸屬せしめようとするの意思がこれを明かにしてゐるのであつて、構成要件からして行爲者類型が十分に解き明かされ得るわけのものではない、といはれてゐることが注意されねばならぬのである(九)。

- 一 Vgl. Graf Gleispach, *Entwicklungsrichtungen im Kriebsstrafrecht*, S. 2.
- 二 Graf Gleispach, *ibid.*
- 三 Graf Gleispach, *ibid.*
- 四 Graf Gleispach, *ibid.*
- 五 Graf Gleispach, *ibid.*
- 六 Graf Gleispach, *ibid.*
- 七 Graf Gleispach, a. a. O. S. 3.
- 八 Graf Gleispach, *Kriebsstrafrecht* III, 1941, S. 35 ff.
- 九 Vgl. Graf Gleispach, *Entwicklungsrichtungen im Kriebsstrafrecht*, S. 3.

三 上に述べたやうなところから、今日の趨勢をもつてすれば、ナチスの戦時刑法に就いて研究せむとする者は、行爲者類型を理解することを是非とも必要

とすることになるのである。

ナチス・ドイツにあつては、ドイツ刑法において從來罪刑法定主義の原則を規定してゐた舊第二條を、その一九三五年六月二十八日の刑法改正に關する法律を以て改正し、『刑罰法規の類推的運用に依る法律創造』といふ標題の下に『法律上罰すべきものと明規せられたる行爲又は刑罰法規の基礎觀念及び健全なる國民感想に依り處罰に値ひするとせらるる行爲は之を罰す。行爲に付直接適用すべき一定の刑罰法規なきときは、其の行爲は其の基礎觀念が之に最もよく適合する法規に依つて處罰せらるべし』といふ新第二條の規定を設けて、新たに刑法における類推の可能を許容したのであることは既に之を述べた。これは、刑罰を健全なる國民感想と一致せしめて、いはゆる免れて恥なきの徒なからしめむとしたのである。さうして、これは、『構成要件獨裁』すなはち構成要件至上主義を行爲者類型の學說が否定したのとは別の意味においてではあるが、しかし、構成要件獨裁主義を或程度否定したものといはねばならぬ。この新第二條の規定が『實體的正義』の原理から由來してゐるものであることは

既に上に説いたところであるが、この行爲者類型の思想も亦『實體的正義』の原理から出て來て來てゐるのである。すなはち、從來の傳統的な構成要件獨裁主義を貫くときには、既に説いたやうに、一方には罰せられざるべからざる者が罰せられざることあるに至るのであるし、又、他方には罰すべからざる者が罰せらるることあるを免れない結果を生ずるのである。このことは、既に上にも説いたやうに『金屬回収の保護の爲の命令』が構成要件のみをもつてすれば、日常生活上の行爲にも該當することになるの結果からも知られるところである。

それで、この後者の場合たる罰すべからざる者を罰するといふことは、前者の場合たる罰せられざるべからざる者が罰せられざるべからざることの場合よりも、より多くの法の尊嚴を保ち刑の威信を高めるゆゑんでなく、又社會の秩序を維持するところでない。これは平時たると戦時たるとを問はずしかり、とせられねばならぬ。しかも、戦時刑法においては科刑は特に加重せられ、それにおいては死刑の規定を見ること、實に、しばしばなのであり、いはゆる『死刑の洪水』といはれるほどである。かやうに、ナチス・ドイツの戦時刑法においては一般に科刑が加

重され、苛酷峻嚴なものとなつてゐる上に、なほ戦時中にあつては、しばしば社會の保護を強化する必要上、無辜が罰せられ、又、一時的の過誤に出でた行爲が罰せられるのである。さうして、これは構成要件獨裁の思想が支配的であればあるほど、その弊害は多いとされるところである。

されば、かやうな限りにおいて、行爲者類型は刑法新第二條に一つの反對を示してゐるものといへるのである。さうして、刑法新第二條における類推の可能の許容が極端に行はれるときには、その弊を控制するのが行爲者類型の思想なのである。しかし、今、兩者——刑法新第二條の規定と行爲者類型——における極めて似かよつた思想過程が問題にされてゐるので、それはドイツにおける多くの文献において既に論ぜられてゐるところである。しかし、それは茲では兎も角ものこととしよう。

かやうなところから構成要件論とりわけて構成要件獨裁の思想は、ナチス・ドイツにおいては、刑法新第二條の規定が代表する思想たる類推許容のそれから批判されたのとは別な見地に在つて、戦争勃發とともに、今や、戦時刑法の行爲

者類型の思想に依つて、再び深刻なる批判を受けねばならぬことになつた。

抑も、行爲者類型に關する思想は、必しも戰時刑法において現はれたものでない。又、これに關する學理も戰時刑法の發展とともににはじめて唱へられるに至つたものでない。行爲者類型に關する規定がはじめて立法者に依つて採り容れられたのは、ナチス・ドイツにあつては、その戰時刑法の制定を見る以前において刑法第八十一條<sup>a</sup>に『娼婦に養はれる代りにその保護をする男』すなはち『Zuhälter』なる行爲者類型がその構成要件に附加されたのはじまるのである<sup>(一)</sup>。さうして、行爲者類型論が學理として論ぜられたのも亦戰時刑法の制定を見る以前においてのことである<sup>(二)</sup>。しかし、この行爲者類型が眞にしばしば法規の裡に現はれるやうになつたのは、何といつても戰時刑法においてのことであり、學者が行爲者類型の思想について多くを論ずるやうになつたのも戰時刑法の制定を見るに至つてから後のことであるとせねばならぬ<sup>(三)</sup>。それで、ナチス・ドイツにあつては、その戰時刑法を通じて、行爲者類型論は、今、盛んに刑法學界において論議せられてゐるところである。現に一九四〇年九月にワイ

マールで開かれた『ドイツ刑法教授會議』Arbeitsgemeinschaft der deutschen Strafrechtslehrer においては、この行爲者類型説に對する根本的な意見が決定されたといふのであるが、しかし、その後も學界から行爲者類型説はしばしば論争の標的とされ、多くの刑法家から論議の對象とされてゐるのを見るのである。さうして、行爲者類型論については、グライスバッハ教授が説いてゐられるやうに、『ドイツ刑法學における行爲者類型の學説は、その反對者に比較して支持者の方が遙かに多いといふことは、今や、ますます確言することが許されるだらう』といひ得るまでに至つてゐるのである<sup>(四)</sup>。されば、行爲者類型論は、ドイツの刑法學上、特に戰時刑法において格別に重要視されねばならぬことになつたのである。

I Freisler, Deutsche Justiz, 1939, S. 145f.

Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 74, S. 199 ff., besonders S. 202.

II Mezger, Die Straftat als Ganzes, Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft, Bd. 57. (1938), S. 675 ff., besonders S. 688 f.

III 戰時刑法の制定後に發表せられたる論文の主なるもの次の如し。

(1) Bockermann, Studien zum Täterstrafrecht, Teil II. Abh. d. Krim. Inst. Berlin. 1940.

- (2) Dahm, Der Tätertyp im Strafrecht, 1940.  
 (3) Bockermann, Der Tätergedanke im Strafrecht. Bemerkungen zu dem Buch von Dahm. Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht, 1940, S. 311 ff.  
 (4) Nagler, Kriegestrafrecht. Gerichtssaal, 1940, Bd. 114, Heft 1—2, S. 140 ff.  
 (5) Gallas Referat auf der Weimarer Tagung deutscher Strafrechtslehrer. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 60, (1941).  
 四 Graf Gleispach, Entwicklungsrichtungen im Kriegestrafrecht, S. 3.

四 かやうにして、われわれは戦時刑法においては行為者類型の學說に従はざるを得ない、とグライスバッハ教授もいはれてゐるのであるが、ライヒ裁判所も、亦、今日では、殆ど行為者類型の學說に追隨してゐるといつて過言でないのである(一)。ライヒ裁判所がいかに行為者類型の思想に追隨し、之に依つてその判決を爲してゐるかの事の次第は、後にわたくしが各戦時法令を具體的に考察する際にライヒ裁判所の最近の判例を擧げて詳にするところから、やがてそれを確かめ得るであらうが、かやうに、ライヒ裁判所が行為者類型の思想に依つてゐることについて、グライスバッハ教授は、『わたくしは、ライヒ裁判所が行為者類

型の學說に殆んど追隨してゐるのを非常に愉快なことに考へてゐるのであるし、又、その結果、戦時刑法の峻嚴さを弱めたといふ非難を怖れるものでもない。何故ならば、事實はまさに反對であるからである。行為者類型説が國民の害賊に非ざる者、暴力犯人に非ざる者、金屬献納のサポータージュを爲したるに非ざる者等の人人に對して嚴刑の宣告されるのを防止するならば、行為者類型説は、その不正なる適用に因つて鈍くなるにちがひない戦時刑法の峻嚴さと效驗とを確保するのである』といはれてゐるのである(二)。まことに、戦時中には戦時刑法の強力なる力は増大されねばならぬ。しかし、それだからといつて、その結果、外觀的な特徴に因り一定の行為に對し死刑又は自由刑を科することに因つて、その情操からすれば社會の一員としておく方がよいやうな國民同胞を非常に永い期間社會から除外するといふのでは、戦時刑法をして永く成功を收めしめるといふわけにはゆかない、といふことを特に注意せねばならぬのである。さて、ライヒ裁判所が行為者類型の學說を採り容れてゐるのについては、學者から、『ライヒ裁判所の判決に對して一つの希望が提出されねばならぬ。それ

は、原則として行爲者類型の二つの種類のもを峻別されたいといふことである』と提言されてゐることを附言しておきたいのである(三)。さうして、『それがためには、被告が國民の害賊であるといふことを確認するため、その行爲以前の被告の行狀(身持ち)がその行爲と一緒に参考にされるといふことに對しては何等反對すべきところはないのであるが、しかし、それに就いては、規範的行爲者類型の場合に在つては、かかる事柄は徵表としてのみ價值があるに過ぎないのであつて、犯罪學的行爲者類型の場合におけるやうに、上の諸事情が、ただちにその(行爲者)類型を表示し得るものではないといふことが固く遵守されねばならぬ』とグライスバッハ教授がいつてゐられるのを注意しておかねばならぬのである(四)。

又、グライスバッハ教授のいはれるところに依ると、裁判官や検事やの職に在る人人からは、しばしば、行爲者類型説は彼等に非常に困難な職務を委任することになつた、といふことが強調されたのであるが、しかし、又、一方においては、行爲者類型と關聯して正しい判決が一層爲され得るであらうといふことを高調し

た意見をも、亦、聞くのである、といふことである(五)。これについては、教授は、なほ『自分は上の二つの意見を兩つながら正しいと考へる。われわれが、現在の科刑の峻嚴なるものの若干は戦争後は除去されることになるであらうといふことと、検事總長の非常上告並に判決無効の申立に依つて非違を修正する——勿論のこととして既に執行された死刑についてはこれを除外せねばならぬが——ために法律上の救済をなさしめることを、これと併せて考へるときには、行爲者類型の利用を廢止せず、むしろ之を維持することに對して支持せねばならぬ非常に有力なる理由があるのである』といつてゐられるのである(六)。

行爲者類型説はかやうに戦時刑法にとつて重要視せらるべきものであり、裁判所もこれに追隨してゐるのであることは既に述べたが、しからは、われわれは、將來、すなはち、平和克服の日においての刑事立法にとつても、亦、行爲者類型は價值あるものとしてしかるべきであらうか。この問題に關してグライスバッハ教授は、『かやうな問題は、現在の状態を考察することとは全く別問題であるとせねばならぬ。右のやうな問題を、決定的に斷定するべく、われわれのこれに對

する経験の時期は、おそらくは未だあまりに短かすぎる』といはれつつも、しかし、又、『ドイツ刑法學における行爲者類型の學説は、その反對者に比較して支持者の方が遙かに多いといふことは、今や、ますます確言することが許されるだらう』としてゐられるのであることは、既にわたくしが上に引用した(七)。

- 一 Graf Gleispach, *Entwicklungsrichtungen im Kriegestrafrecht*, S. 3.
- 二 Graf Gleispach, *ibid.*
- 三 Graf Gleispach, *ibid.*
- 四 Graf Gleispach, *ibid.*
- 五 Graf Gleispach, *ibid.*
- 六 Graf Gleispach, *ibid.*
- 七 Graf Gleispach, *ibid.*

五 最後に、わたくしは、ナチス戰時刑法においてしばしば規定に上つてゐる死刑と行爲者類型説とについての關聯を考察しなければならぬ。

抑も、ドイツの刑事法においては、死刑は、戰場における軍事上の犯罪、例へば戰時背叛罪のやうなのを除いて、一九三三年までは個人に對する最も重い犯罪、す

なはち殺人罪に對してのみ認められてゐたのであるが、ナチ黨が政權を掌握した以後は、民族協同體に對する最も重い不信 *die schwersten Treubrücken gegenüber der Volksgemeinschaft* たる大逆罪 *Hochverrat* と背叛罪 *Landesverrat* との場合にも、亦、死刑を科することになつたのである (Verf. §§ 88 ff. i. d. Fassung d. Ges. v. 24. IV. 1933.) (1)。

しかるに、ナチスの戰時刑法は、既に述べたやうに、その根柢から國民社會主義の精神に依つて充たされてゐるので、そこでは民族協同體が第一義とせられることに因つて、社會防衛的思想、より精確にいふならば、社會保全主義の一種と見られる民族協同體保全主義の思想が刑法存在の第一義とせられることになつた。さうして、これが極端に高調されるの結果と、又、戰時刑法における特別な犯罪性が民族協同體に對して極度の害惡を及ぼすの結果とは、戰時刑法における犯罪者を民族協同體から選除(淘汰) *Auslese* しようといふこと——これも亦一種の社會保全思想、民族保全思想の現はれである——と更にかかる犯罪者を選除することに因つて、ドイツ民族自體の變質 *Entartung* を防止しようといふ一種の民族保全思想から戰時刑法においてのみならず、ひろくその刑罰制度全體並

に刑罰と性質を同じくする領域に在つては一般に刑が加重されたのとともに、又、實にしばしば死刑が規定に上ることになつたのであり、さうして、死刑が法定刑として規定されるのみならず、その適用範囲が著しく擴大され、實際にそれが刑として宣告せられ、又執行されるのである、といはれてゐるわけである(三〇)。ドイツ戰時刑法において、いかにしばしば人人は死刑の規定に遭遇するか、後に追追に明かになるであらうやうに、『ラジオの臨時措置に關する命令』の第二條、『戰時經濟令』の第一條、『國民の害賊に對する命令』の第一條乃至第四條、『暴力犯人に對する命令』の第一條、『ドイツ國民の國防力保護の爲の刑罰規定の補充令』の第一條、第二條、『金屬回收の保護の爲の命令』の規定、等、等の多きに互つて、實に、死刑が規定されてゐるのである。人人が之を指して『死刑の洪水』『死刑の氾濫』と呼び、或はナチス戰時刑法は『屍の野』を爲してゐるといふのも亦宜なる哉とせねばならぬ。さうして、かかる『死刑の洪水』をもつて應報刑の立場より理解すべきものとし、『死刑を認めることは人格を尊重することと矛盾しない』と強調してゐるクレエー教授のやうなのがあるのではあ

るが、之を一概に應報刑、威嚇刑の立場からのみ理解すべきではないこと上に述べたところから明かであらう(三一)。

それで、ドイツの戰時刑法において上のやうな死刑の氾濫を見るに至つた理由は、ドイツ民族體 Volksgemeinschaft が變質し、それが頽廢することを防止し、民族體を淨化しようとするのを目的としてゐるといふことが特に指摘されてゐること上のやうなのであるが、しかし、ラムマツシュエ H. Lammasch が自然淘汰の目的のためにする死刑の施行を目して、之を非常な錯誤であるとしたのは有名なことである。グライスバッハ教授は、ドイツの戰時刑法における死刑の氾濫の現象を目して、『今日の新らしいドイツ國家においては、その根本思想並にそれに對する評價は上とは異つてゐるのであつて、それは、之に加ふるに、なほ戰時の英雄的な雰圍氣に起因してゐるのである』といはれ、別に示唆に富む一家の見を示されてゐる(四)。それで、教授が右の一家言をなされる理由とせられるところは次のやうである。曰く、『廣大にわたる戰線に在つては、戰線が比較的平隱である時ですらも、多數のドイツ人は毎日ドイツ國竝に總統のために死んでゐるの

であるし、數千の少年は極度の冒險慾から空中戦や潜水艦戦やにおいてその生命を曝らしてゐるのである。さうして、それ等多數のドイツ人は既に平和な時においてわれわれの優れた同胞であり前途有爲な人人であつた。又、それら數千の少年達は自己の職務の偉大なのに感激して未曾有の成果を擧げるべく邁進したのであつた。それらの人人は何れも自分自身の裡に或變化を體驗したのである。そして、それは一様に人人を一つの同じやうな方向に驅り立てないではおかないのである。それで、國民がその最も優れてゐる同胞を日に日に犠牲に供してゐる時には、刑法も、亦、一種の英雄的性格を帯びることにならねばならぬのでなからうか。それで、刑法は國民を國民の害賊から解放しようと思ふやうになるのであり、しかも、社會的に全く役に立たずに生を過ごしてゐるやうな者からも國民の負擔を解放しようと思ふに至るのである』と。さうして、教授は更に語をつづけられて曰ふやう、『かくして、今や、民族體の悪い負擔を軽減し、民族體を淨化しようといふ努力は以前よりも遙かに強化されてゐるのであつて、それは刑法において、又刑法以外において實證されてゐる』と(五)。茲に、

教授が、民族體の悪い負擔を軽減して民族體を淨化せむとするの努力の強化が『刑法以外』において實證されてゐるとせられるのは、おそらく一九三三年七月十四日の『遺傳病的子孫防止の爲の法律』Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses. Vom 14. Juli 1933 等に依るの惡質遺傳病者の斷種などを意味せられてゐるのであらう(六)。しかし、それは兎も角ものこととして、要するに、戦時刑法において、しかく屢死刑の規定を發見するに至つた理由は、グライスバッハ教授もいはれてゐるやうに、上に述べたところの民族體から悪い負擔を軽減するために、民族體を淨化することに努力するといふ措置を實行するのに戦時状態が利用されたといふのでは決してなく、むしろ、戦時状態は種種の事物に對する價値の認識を變異せしめたので、それは格別に價値の認識を個人生命自體の上からドイツ民族の純潔と優秀との上に移動したのである。今や、ナチス・ドイツに在つては、未曾有の大なる戦争の遂行とともに、個人生命の價値を尊ぶことはさることながら、それにも増して遙かにドイツ民族の純潔性と優秀性との上にその價値の認識を深め、より多くの價値を置くことになつた。このことが、實に、



曾ての平和の時におけるよりも、より廣い範圍に於いて明白に追求するに値ひする目的、すなはち、ドイツ民族の純潔性と優秀性ととの確保に向つての努力を容易ならしめたとともに、戰時刑法においてしかく屢死刑の規定を爲さしむるに至つたわけであらう(七)。しかし、かやうにナチスの戰時刑法において屢死刑をその規定に上せたことは、おそらくは戰時刑法の悲劇であるとせねばならぬ。蓋し、刑法家が國家の害賊性を除外し殲滅することは非常に消極的にのみ爲し得るにすぎないところであるからである。さうして、グライネバッハ教授のいはれるやうに、『戰線に在る兵士のヘロイズムには限界はないけれども、しかし、民族體の負擔の軽減と淨化とのそれにはおのづから限界があつて存する』とせねばならぬのである(八)。されば、かやうなところから、死刑の規定を氾濫せしめること竝にこれに基づいて實際に死刑を宣告し、これを執行することにはおのづから節度を守り極端に走ることを戒めねばならぬのである。

それで、ナチス・ドイツの死刑の規定の洪水に對して、その諸敵國又はドイツに對して快く思つてゐない諸外國は、ナチス・ドイツはその國內の敵に對する

戰ひ *Krieg gegen den inneren Feind* を血の海に依つて遂行した、ナチス・ドイツの戰時刑法は『屍の野』 *Leichenfelder* である、といつて非難を浴びせてゐるのである

(九)。しかし、ナチス・ドイツの刑事司法はその死刑の規定の氾濫に對して節度を守るべきことの戒めを自覺してゐると、グライネバッハ教授はいはれてゐるのである(一〇)。さうして、教授は、更に、諸外國から浴びせてゐる上の非難のいかに當らざるものであるかを反駁して、ナチス・ドイツにおいてはその戰時刑法を運用するのに死刑の氾濫に對して節度を守つてゐればこそ、まさに、ますます一貫して重い科刑を特に種種な行爲者類型と結合せしめ、或は戰時中に在つて少年禁錮の制を導入し、又、刑執行の職責に關する諸規定竝に單に過つて罪を犯したにすぎぬやうな犯罪者を、その行爲が或種の犯罪者の人格を表現してゐるやうな犯罪者から區別すべきことに關する諸規定をもつてせられてゐる一九四〇年七月二十二日の新らしい刑執行命令が制定を見ることになつたのである、といふ意味のことを強調してゐられるのである(一一)(一二)。

今、ナチス・ドイツにおいて刑法學上の論議の中心となつてゐる行爲者類型

の主張は、戦時刑法の運用上、特に死刑の規定の氾濫に對して上のやうな深い意味を有つてゐるのであり、そこに、戦時刑法において、その運用上、ますます主観主義が強化されねばならぬ必然性が存在してゐるのであることを、われわれは格別に注意せねばならぬのである。さうして、刑の適用について節度を守らざるべからざるゆゑんものは、~~さ~~ただに死刑の場合についてのみに限らむや、それは汎く刑一般にわたつてその必要のしかること——すなはち、重かるべきに軽く軽かるべきに軽く——は夙に主観主義の強調してゐるところであり、その客観的なる行爲の外観のみに因つて科刑を量定せむとするの客観主義、その刑の動もすれば反動的なるが故に不必要に苛酷を極めむとするの應報刑主義に反省を加へ來つたところであるのである。されば、主観主義を徹底した行爲者類型の主張は、汎く刑一般の經營運用に方つて重要視せらるべきものでなければならぬのである。

わたくしは行爲者類型の學說とその主張とに就いてなほ深く研究を進めねばならぬことは固よりのこととして、今、わたくしの解するところにして幸に若

し大なる誤りが無いとせられるならば、抑も、この行爲者類型の主張は、在來の犯罪の構成要件理論が客観主義の學者から過當に尊重され、その結果、特に刑の適用の上において確立されたいはゆる構成要件獨裁の思想が最近漸くにしてその弊害を露呈し來り、特に戦時刑法のやうな非常時法に在つては科刑が一般に峻嚴に高められてゐる結果として、刑の適用上、構成要件獨裁の思想にのみ依據するときは、動もすれば著しくその妥當性を缺くの結果を免れないことになり、これが爲に漸くそれが動搖を示し來つたのに對し、これに嫌りなく思つてゐた學者、特に主観主義の學者から、客観主義的な構成要件理論の思想を超えて、茲に新たに主観主義的な行爲者類型の學說が主張せられることになり、構成要件獨裁の弊害を妥當に調節せむとするに至つたのである。されば、行爲者類型説は、構成要件論の動搖を超えて主観主義の立場から刑法上の思想を新らしく展開せむとしてゐるものといはねばならぬ。さうして、これとともに刑法上の思想は、ますます行爲刑法から行爲者刑法へと展開されることになるわけである。かやうにして、今や、かかる方面、すなはち死刑及び汎く嚴格に加重せられたる

刑一般の適用に關する方面からしても之を調節按排するために、戰時刑法においては、ますます主觀主義の思想が強化され、それが發展を見ることになつた次第とすることが出来るのである。

- 一 v. Hinüber, Strafrecht unter Berücksichtigung des kommenden Rechts, Allgemeiner Teil, 1940, S. 78.
- 二 Graf Gleispach, Entwicklungsrichtungen im Kriegsstrafrecht, S. 4.
- 三 Klee, Deutsches Recht, 1940, S. 353.
- 四 Graf Gleispach, ibid.
- 五 Graf Gleispach, ibid.
- 六 一九三三年七月十四日の『遺傳病的子孫防止の爲の法律』については、わたくしは詳細に考察したものがあつた。拙稿『國民優生法とその文化的意義』法學新報第五十一卷第六號以下。拙稿『少年福祉より見たる斷種論の文化的意義』刑政第五十三卷第十一號以下。
- 七 Graf Gleispach, ibid.
- 八 Graf Gleispach, ibid.
- 九 Graf Gleispach, ibid.
- 一〇 Graf Gleispach, ibid.
- 一一 Vgl. Graf Gleispach, ibid.
- 一二 茲にグライスマハ教授から一九四〇年七月二十二日の新らしい刑執行命令とい

はれてゐるのは、一九四〇年七月二十二日の『ライヒ司法行政の範圍内に於ける刑執行の爲の執務竝に執行規定の統一』Vereinheitlichung der Dienst- und Vollzugsvorschriften für den Strafvollzug im Bereich der Reichsjustizverwaltung vom 23. 7. 1940. — これは『行刑令』Strafvollzugsordnungと略稱せられる——を指すもので、これはナチスの新統一行政法規として制定されたものである。これに就いて詳しくは拙稿『ドイツ戰時刑法と實體的正義の原理』刑政第五十二卷(昭和十七年)第四號第四二頁以下参照。

#### 第四節 戰時刑事訴訟法における主觀主義の發展

一 刑事實體法における主觀主義の發展と歩調を揃へて、ナチス戰時刑法に在つては、その手續法においても、亦、主觀主義の發展を見るに至つた。しかも、刑事法の領域において、主觀主義化といふ點について人人から少しの期待を、否、殆ど何等の期待を、もかけられてゐなかつたともいはるべき手續法の分野に在つてすらも、それは特に著しく貫徹されたのであつたのであることを、わたくしは

格別に興味あることとせねばならぬのである。さうして、それは、裁判所構成法において、事物の管轄が新たに構成されたことに因つて主観化が貫徹されるに至つたのであつた二。

抑も、刑事手続法は客観的にすべてが行はれてゐた領域であるといふことについては、凡そ異論のないところであつた。ここでは科刑の重いこと又は事件の客観的性質——例へば政治犯といふやうな——が標準となつて事を決定してゐたのである。しかるに、しかく著しく客観的な特徴に依つて構成せられた領域の裡に主観的見地が闖入せしめられることになつたのであるが、その最初の闖入をなさしめたものは、少年裁判所の制度を採用したことに因るとされてゐるのである(三)。蓋し、それにおいては被告人たる少年の人格から推定される一種の主観的な徴表が管轄権を決定することになつたからである。しかし、それにも増して遙かに意義ある主観化の展開を示す第二のものは、今や、個々の事件において科せらるべき刑、すなはち宣告刑が決定的な役割を果してゐるといふ事實である。すなはち、管轄権に對する決定的標準が法定刑から個々の事件

において推定的に科せらるべき刑へと移行することになつたのである。それで、管轄権構成の出発點は、第一に、抽象的評價たる可罰行爲の種類及び刑の重さではなくして、むしろ各種の刑事裁判所に認めむとする處罰権である。従つて、被告人を正しく罰するため十分なる處罰権を有するであらう裁判所が事件を管轄するのである。かかる管轄権構成の結果、管轄は行爲及び行爲者に關する具體的なる評價に従つて、それ故に、又特に罪の程度に従つて決定されるのである。従つて、事件の個別化及び主観的觀察といふことが裁判所構成法の領域にも入り込んで來るのである。

かくの如くにして、主観的事情が戰時刑事手続法においては非常な範圍にわたつて事を決定するやうになつたのである(三)。勿論、國事裁判所 *Volksericht* や特別裁判所 *Sondergericht* やの客観的に限定せられた管轄は、依然として維持せられてゐる。しかし、『國民の害賊に對する命令』の第一條に規定せられてゐる『掠奪者』 *Plünderer* や、『暴力犯人に對する命令』の『暴力犯人』 *Gewaltverbrecher* やが特別裁判所の管轄に指定されてゐることを考へるときには、人人は再び主観