

重要要素が決定的に重要であるといふことに氣づくであらう。更に、一九四〇年二月二十一日の『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』の第十四條に依ると、檢事は、行爲者の犯罪の決意の動機並に情操の非難性の裡に強固に根ざしてゐる行爲の非難性に因つても、亦、特別裁判所の專屬にあらざる管轄の事件をその管轄とすることが出来るのである。これについては後に詳論することにして、要するに、かやうに刑事手續法の分野においても主觀化、すなはち主觀的見地 *subjektiver Gesichtspunkt* に立つて事を決定するの趨勢はいと鮮やかに示されてゐるのである。

さて、戰時實體刑法における主觀主義の發展と呼應して、戰時刑事手續法においても、しかし主觀化が發展せしめられたことは、私見に依れば、それは當然なこととせられねばならぬところである。蓋し、『刑法は之に相應した手續法が伴はなかつたならば、それは單なる學理として止まらねばならぬ』からである。四。それ故に、刑法が一定の世界觀に従つて確立された後に在つて、次いで起る問題は、當來の刑事手續を上の世界觀に相應するやうに確立し整序することであらう。

ればならぬのである。すなはち、この事たるや、それは刑事手續が世界觀的に規制された實體刑法の目的の裡にその世界觀に相應するやうに確立されることであり、その結果、刑事訴訟法の特色が實體刑法の特色に一致するものでなければならぬことを意味するのである。従つて、かかる限りにおいては、刑事訴訟法は實體刑法の映像であるにせざるを得ないのである。五。さうして、既に戰時實體刑法が實體的正義の原理から指導され貫徹されねばならぬのであつて、みれば、實體法に相應すべきものたる手續法が、やはり、實體的正義の原理から支配され統制されねばならぬのは當然なところであるにせねばならぬ。かやうにして、新たに生成せられつつある戰時刑事訴訟法が主觀化されるのも、亦、自然の數とせねばならぬのである。六。

I Graf Gleispach, *Entwicklungsrichtungen im Kriegsstrafrecht*, S. 2.

II Vgl. Graf Gleispach, *ibid.*

Graf Gleispach, *Das Kriegsstrafrecht II*, 1940, S. 49.

III Graf Gleispach, *Entwicklungsrichtungen im Kriegsstrafrecht*, *ibid.*

Graf Gleispach, *Das Kriegsstrafrecht II*, *ibid.*

四 Freisler, Grundzüge des kommenden Strafverfahrensrecht. Zur Neugestaltung des Strafverfahrens und Strafvollzugs, 1935, S. 1.

五 Freisler, a. a. O. S. 5.

六 戦時刑事訴訟法が實體的正義の原理に依つて指導され支配されてゐることにつき、詳しくは拙稿『ドイツ戦時刑法と實體的正義の原理』刑政第五十五卷第四號第二六頁以下参照。

二 抑も、ドイツにおける一八七七年一月二十七日の裁判所構成法は、裁判所の事物の管轄を判決せらるべき犯罪の種類に従つて規定してゐたのであつた。すなはち、犯罪の三つの種類、違警罪、軽罪、重罪の種類に對して、原則として三つの異つた裁判所、すなはち、參審裁判所 *Sch. fengericht* 刑事裁判所 *Strafkammer* 陪審裁判所 *Schwurgericht* が設けられてゐたのである。しかし、上の三つの犯罪種別の中の一つの可罰的行爲の所屬性に因る裁判所の管轄権の限界は極めて接近してゐて、大まかな分け方であつたのである。例へば、參審裁判所は違警罪及び比較的輕微なる軽罪と或種の重罪とを、刑事裁判所は比較的軽い軽罪と一定の重罪とを、陪審裁判所は極めて重い重罪を管轄してゐたのである。なほ、この外に大

逆罪 *Hochverrat* 背叛罪 *Landesverrat* 及び間諜罪に對しては、ライヒ裁判所がはじめから特別管轄権を有つてゐたのである。

さて、その後、現在の戦争がはじまるまでは、判決せらるべき犯罪の構成要件及び科刑に依るの管轄権の規定が、原則として從來のまま繼續して維持されて來た。しかし、個々の規定は再三變更を受けてゐるのである。それは裁判所の組織が數回に亙つて變更されたのに因るものであつた。さうして、之に因つて、特に漸を追うて下級裁判所の管轄が擴張されることになつたのである。例へば、刑事裁判所からその管轄権が參審裁判所へ、又、參審裁判所の管轄権が單獨判事に移轉されるやうになつたのである。一方、これとともに、檢事に對して、後に述べるところの一種の『共同決定権』の認められる傾向が顯著になつて來たのである。それは、檢事が、非常に多くの場合において、犯罪の種類に依つて管轄が定まつてゐる裁判所に對して公訴を提起するのに代へて、一の他の裁判所(上の管轄裁判所より上級又は下級の)に公訴を提起することを得るやうになつたことをいふのである。それで、例へば、竊盜に對しては通常その管轄裁判所は參審

裁判所であるが、しかし、検事は之に對して公訴を提起せず、單獨判事又は刑事裁判所に對して公訴を提起し得るのである。

しかし、その後、今次の戦争のはじまつた當時は、上の管轄權に關する規定は非常に見極めのつけ難いものとなつてしまつたのである。今、二三の例を示せば、次のやうである。

まづ、區裁判所の管轄としては、違警罪及び一定の輕微なる輕罪はすべてその管轄に屬することとなり、なほ、その他の犯罪にしても、検事がそれについて公訴を提起した場合には、原則としてその管轄となるのである。又、検事が公訴を提起したるときにして且つ犯罪嫌疑者が異議を申立てない場合には、一定の個個に列舉せられたる重罪も亦その管轄となるのである。

次に、參審裁判所の管轄としては、區裁判所判事が當然に管轄權を有せず且つ検事の公訴提起に因つて區裁判所判事又は刑事裁判所の管轄に屬することを、得る以外の總ての輕罪に對してその管轄權を有するのである。その外に、參審裁判所は、一定の列舉せられたる重罪竝に検事の公訴提起に因つて區裁判所判事又

は刑事裁判所の管轄に屬することを、得る以外の重罪に對してその管轄權を有するのである。

更に、刑事裁判所は、十年以下の懲役に該る重罪、參審裁判所が當然にその管轄權を有するに非ざる重罪及び一定の列舉せられたる最高刑に該る重罪に對して當然にその管轄權を有する。又、検事が公訴を提起した場合には、すべての參審裁判所の事件に對してその管轄權を有するのである。

さうして、陪審裁判所は、國事裁判所、刑事裁判所、參審裁判所又は特別裁判所の管轄に屬しないすべての重罪に對してその管轄權を有つてゐる。これ等の重罪は、實際上死刑を科すべき罪 *Kapitalverbrechen* で、かやうに死刑に該る罪の事件に對し管轄權を有つてゐるのである。

なほ、この外に特別な刑事事件に對しては、ライヒ裁判所に代つた國事裁判所及び特別裁判所 *Sondergericht* がその管轄權を有することになつてゐるのである。すなはち、國事裁判所は大逆罪及び背叛罪の事件に對して管轄權を有つてゐる。又、國事裁判所は大逆罪及び背叛罪の比較的輕微な事件については事件

を控訴院に移送するのであるが、それが移送された場合には大逆罪及び背叛罪も控訴院の管轄に属する。更に、特別裁判所は、一定の刑事事件、なかんづく政治的性質を帯びた刑事事件にして急速に判決が爲されることを要求されてゐるものに對して管轄権を有つてゐるのである。(因に、ナチスが政權を得てからは、政治犯を裁判するために特に資格を與へられた人人に依つて組織された特別なる二つの裁判所が設けられた。それが、すなはち上に擧げた國事裁判所と特別裁判所とである。さうして、大逆罪及び背叛罪の事件については、國事裁判所がライヒ裁判所に代はることになつた。蓋し、ライヒ裁判所は、大逆罪や背叛罪のやうな事件に關する裁判のためには上告裁判所として適當しないやうに考へられてゐるのである。又、輕微なる大逆罪及び背叛罪の事件は、上のやうに控訴院に事件が移され得るのである。

かやうに、今次の大戦がはじまるまでは、ナチス・ドイツに在つては、刑事訴訟法における事物の管轄に關しては、犯罪の種類、すなはち犯罪の構成要件又は科刑が基準とされて事が規定されてゐたのである。換言すれば、それにおいては

客觀的な見地が支配的であつたといはねばならぬのである。それ故に、かく犯罪の種類に依つて管轄権を決定するといふことは、抽象的にして且つ形式的機械的なるを免れないものとして學者から非難せられてゐるところであるのである(一)。

一 Vel. v. Hindöber u. W. Tegmeyer, Strafverfahrensrecht seit Kriegsbeginn, 1940, S. 16.

三 さて、今次の戦争開始とともに、それ以後のドイツにおける刑事手續法の改革變更は廣汎にわたつてゐるので、わたくしは、その詳しきを後に譲ることとせねばならぬのである。それで、茲では、その戦時刑事手續法がいかに主觀化されつつあるか、といふことに直接に關聯してゐる手續法上の變革についてのみ事を明かにするに止めることとしよう。

それで、上のやうに刑事訴訟法における事物の管轄に關して客觀的立場が基準とされて事が規定せられてゐたのに對して、まづ、一九四〇年二月二十一日の『刑事裁判所の管轄権、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 strafver*

fahrsrechtliche Vorschriften, Vom 21. Februar 1940 (RGBl. I S. 405) — これは又、一九四〇年三月十五日からの施行された——が、管轄権決定の方法を全く新らしい原則の上に打ち樹てたのである(二)。すなはち、右の命令以來は、一般の裁判所にあつては、犯罪の種類や犯罪の構成要件や科刑やからその管轄権がもはや客觀的にのみ限定されたり又は客觀的なものが決定的な役割を有つことなく、既に述べたやうに、主觀的な觀點、すなはち、具體的な個々の事件において科せらるべき刑に依つて決定されることになつたのである(三)。従つて、戦争開始後は區裁判所、刑事裁判所、國事裁判所、特別裁判所等の管轄権は多くの變更を見ることになつた。その一例として特に事の最も著しいものを擧げるならば、それは、上に擧げた檢事の『共同決定權』*Mitbestimmungsrecht* が更に一段と強化されたことである。

抑も既に一定の刑罰權を有つた各種類の裁判所を認めることにしてみると、次いでそれから起る問題は、一體、何人が具體的な個々の刑事事件に付ていかなる裁判所が之を裁判せねばならぬかといふことを決定すべきか、といふことで

ある。何故ならば、現行法は廣く之に關する刑罰權の段階を決定し得ないからである(三)。それ故に、既に刑事訴訟法委員會 *Strafprozesskommission* は、ただ暫定的に、とはいつてゐるが、しかし、事實上、それは殆ど決定的に裁判管轄の決定權を檢事に與へることにしたのである(四)。さうして、今や、同様にナチス・ドイツにおいては檢事に之を認めることにしたのである。それで、戦争開始後、檢事は、告訴狀及びその事件の調査に基づいて正當なる刑及び仍ほ命ずることもあるべき保安處分に關する豫後 *Prognose* を判斷しなければならぬことになつた。さうして、これに依つて檢事は個々の事件において科せらるべき刑に關して一定の豫見を爲し、その豫見に基づいて右の事件を管轄すべき裁判所を選択し得るのである。すなはち、個々の事件においていかなる裁判所が管轄裁判所として決定されねばならぬかといふ問題の決定權は、戦時刑事手續法たる上の『管轄令』の第四條に依つて根本的には檢事に之を委ねられるに至つたとしていいわけであるのである(五)。さうして、かやうなのが檢事の『共同決定權』であるのであるが、かやうな思想は、今はじめて矛盾なく戦時刑事手續法の全體に一貫

して實現されたところであることが注目されねばならぬのである(六)。それで、検事の『共同決定権』の行使に因り、検事は區裁判所の管轄をもつて十分なりと思料するときは區裁判所に對して公訴を提起する(『管轄令』第四條第一項前段參照)。しかし、この場合、區裁判所判事は、事件が自己の領域を著しく超ゆるものと思料するときには、公判手續の開始を拒絶し得る(同令第四條第二項)。又、公判の結果、區裁判所をもつてしては不十分なることが認められたる場合には、區裁判所判事は決定をもつて事件を刑事裁判所へ移送する(同令第八條參照)。又、検事が區裁判所をもつて十分ならずと思料した場合には、刑事裁判所に對して公訴を提起する(同令第四條第一項後段參照)。しかし、刑事裁判所は、後に明かにするやうに、その管轄が區裁判所のそれと異つて何等制限されてゐないのであるから、刑事裁判所が區裁判所をもつて十分なりと思料する場合でも公判手續の開始を拒否することを得ないのである。

さて、それ故に、區裁判所及び刑事裁判所の管轄を見ると次のやうになつてゐるのである。

まづ、戰爭開始後の區裁判所判事の權限は次の如し。

- (一) 二年以下の懲役
- (二) 五年以下の禁錮又は拘禁
- (三) 長期六週間の拘留
- (四) 罰金刑
- (五) 總ての附加刑及び附帶的結果——例へば公民權の喪失、官職剝奪、追徴金及び判決の公示
- (六) 保安監置及び去勢以外の總ての保安處分——例へば勞働所收容又は治療所收容等

である。なほ、區裁判所判事は以上の刑と保安處分とを併せて宣告し得るのである。

かやうにして、結局區裁判所判事の管轄事件は上の區裁判所判事の權限に基づくものと検事が區裁判所判事に公訴を提起したのに基づく事件とであるといふことになるわけである。

又、刑事裁判所の管轄権は次の二つである。

(一) 法律が規定する總ての刑及び保安並に矯正處分

(二) 検事が刑事裁判所に公訴を提起した事件

かやうにして、検事は、『共同決定権』を行使する場合には、當該事件を區裁判所に送るべきか又は刑事裁判所に送るべきか、といふことについて、主觀的に、さうして十分合理的に事を決定しなければならぬのである。

なほ、右の検事の『共同決定権』は區裁判所、刑事裁判所以外にも擴大されてゐて、検事は自己の裁量に依つて、國事裁判所並に控訴院の管轄に屬せざる重罪及び輕罪の事件に對しても、當該事件の重大性又は非難性のために、又、社會に惹起したる刺戟のために、若は公共の秩序又は治安に對する重大なる危険のために特別裁判所の即時判決を必要とする場合には、事件を特別裁判所の管轄とすることが出来るのである(同令第十四條第一項、第十六條)。

更に、檢事總長は、國事裁判所又は控訴院の管轄に屬せざる刑事事件に付、その事件の性質上、之を適當と思料した場合には、ライヒ裁判所特別刑事部に公訴を

提起することを得る權限を與へられることになつた(同令第九條)(七)。

惟ふに、かやうに檢事の權限が強化されて、『共同決定権』のやうなのが與へられたのは、ナチス・ドイツにおいては、刑事訴訟法は國家と個人たる被告人との間の鬭争の規則 *Kampfrege* であつてはならぬといふ見地から、檢事の地位をもつて訴訟手續を經營する積極的主體であり、眞實を探求して正當な法律的判斷を爲し且つ刑を量定する機關として裁判所に對し獨立の助言者であり建言者でなければならぬ、とするのに基つてゐるのである(八)。それで、場合に依つては、管轄に關する客觀的な、それ故に形式的な規定や機械的な審級の順序やを超えて事件を取扱ふことに依つて、すなはち、檢事の主觀に基ついて檢事にも裁判管轄の決定に付て協力參與せしめることが妥當であるとされるのである。かやうにして、管轄に關する規定は著しく主觀化されることになつたのである。さうして、かやうに檢事の主觀を尊重し、之に基ついて檢事に管轄の決定に付て協力參與せしめることは、これに因り檢事は事の當初から事件に付て實體的に理解せねばならぬことになるので、これは、一方に、又、裁判を迅速適正に運ぶゆゑ

んであるのであるが、これは、實に、戰時刑事訴訟法の要請にも適ふことになるのである(九)。

右に擧げた訴訟手續の迅速、裁判の敏活といふことは、平時においても必要とされるのであるが、戰時においては特にしかりとされねばらぬ。さうして、戰時犯罪とされるものについては特に銃後の社會へ影響を及ぼすことが多大であり、急速に裁判を營むことに因つて速かに社會の治安を恢復せねばならぬ。それで、特に戰時犯罪には即時判決を要求されるものが多いのである。これに基づいて、戰爭の開始とともに、特別裁判所の管轄權は著しく變更されることになつた(一九四〇年二月二十一日の『管轄令』第十三條參照)。さうして、今や、戰時犯罪 *Kriegsdelikt* と呼ばれて急速な裁判を必要とする戰時刑法中の一定の犯罪、例へば『國民の害賊に對する命令』第一條の掠奪者 *Plünderer* や『暴力犯人に對する命令』第一條の『暴力犯人』 *Gewaltverbrecher* や『戰時經濟令』第一條の經濟サボタージエ *Wirtschaftsabotage* を爲したる者や『ラジオの臨時措置に關する命令』第一條の外國放送の聽取者やその第二條の外國の放送にかかるとこ

ろを流布したる者やは特別裁判所の管轄に指定されることになつたのである。『管轄令』第十三條參照)。さうして、此等の戰時犯罪者はそれぞれ一定の行爲者類型を徵表してゐるので、このことは、上にも述べたやうに、主觀的要素が決定的に重要視されるに至つたことを意味してゐるのである。

又、國事裁判所や特別裁判所における客觀的に限定せられた管轄權は依然として維持せられてゐるのではあるが、しかし、これも、戰爭の勃發とともに、上の『管轄令』に依つて變更を見ることになつたのである。例へば、國事裁判所は、その專屬的管轄の事件中或種のものについてその輕微なる事件は之を控訴院に移すことが出来ることになつた(管轄令第六條)。例へば大逆罪の豫備行爲(刑法第八十二條第八十三條)、叛逆罪にして輕罪なるもの(刑法第九十條b乃至e)、更に叛逆罪に關し謀議を爲す罪(刑法第九十二條)がこれである。さうして、特別裁判所においては更により著しい變更を見ることになつた。すなはち、或種の政治犯に對する特別裁判所の專屬管轄權は廢止されることになつた(二〇)。それで、特別裁判所の專屬管轄とされる政治犯は、今や、一九三四年十二月二十日の

『ライヒ及び黨に對する陰險なる侵害竝に黨の正服の保護に關する法律』——これは、後に述べるやうに、『裏切り處罰法』 Heimrückgesetz と呼ばれるものである——に規定せられる重罪及び輕罪と刑法第三百三十四條 a に規定せられる國家に對する侮辱罪 (Beschimpfung des Reichs)、同條 b に規定せられる黨に對する侮辱罪 (Beschimpfung der Partei) の二つのみとなつたのである(『管轄令』第十三條參照)。

元來、特別裁判所は一定の刑事事件、特に急速に裁判することを要する政治犯に對して管轄權を有するものであり、ナチスの政權獲得後は政治犯に對する重要な裁判所であつたのである。しかるに、今や、政治犯といふ事件の客觀的性質に因つて特別裁判所の專屬管轄とされたところのものが、上の一定の政治的犯罪事件に制限されることになつたのである。これは、固よりナチス政權が確立し政治的な諸關係が安定したことに因つて政治犯は今や極めて稀に發生するやうになつたのにも歸因するのであるけれども、しかし、又、之に關聯して事物の管轄が客觀的立場——例へば、かく單純に政治犯といふやうなこと——からの

み左右されてゐたところから解放され、大に主觀的事情が考慮されるに至つたのにも因ることを注目せねばならぬのである。さうして、特別裁判所の管轄權の決定に關して大に主觀的事情が考慮されるに至つたことについては、上にも既に述べた如く、特別裁判所の專屬管轄以外の總ての重罪及び輕罪にして國事裁判所又は控訴院の管轄に屬せざるものに對し、檢事はその自由裁量に依つて、若し行爲が重大なるか、特に非難すべきものなるか、公共に影響を及ぼすところ大なるものなるか、公の秩序又は安寧に對し重大なる危険あるものなるかに因り特別裁判所の即時判決を要すと思料する場合には特別裁判所に公訴を提起することが出来る、といふことになつたのが、之を鮮やかに示してゐるものとせねばならぬのである(一)。蓋し、上に擧げたやうな行爲の非難性は、グライスバッハ教授が指摘される如く、實に、行爲者の動機の非難性及び行爲者の情操の裡に in d. r. Verwerflichkeit von Beweggrund und Gesinnung des Täters 極めて深くその根柢を有つてゐるとせねばならぬからである(二)。手續法に付なほ細かには、後にそれについて考察する際に詳論することにしよう。

- I v. Hindör u. W. Tegmeyer, Strafverfahrensrecht seit Kriegsbeginn, 1940, S. 16.
- II Willi Schäfer, Das Kriegsstrafrecht und Kriegsstrafverfahrensrecht, Akademie für deutsches Recht, Jahrbuch 1939/40, S. 275.
- v. Hindör u. W. Tegmeyer, *ibid.*
- III Graf Gleispach, Das Kriegsstrafrecht II, S. 50.
- IV Vgl. Grau, Die sachliche und örtliche Zuständigkeit, bei Gürtner, Das kommende deutsche Strafverfahren, S. 186 ff.
- V Willi Schäfer, *ibid.*
- VI Vgl. v. Hindör u. W. Tegmeyer, *ibid.*
- VII ライヒ裁判所特別刑事部 besonderer Strafsenat des Reichsgerichts は一九三九年九月十六日の『變更法』に依つて検事總長から爲される非常上告に對する事件を審議するために新たに設けられたものである。部長と四人の陪席とから成つてゐる。
- VIII Vgl. Freisler, Zur Neugestaltung des Strafverfahrens und Strafvollzuges, S. 1.
- IX これについて詳しくは拙稿『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)第四號第三五頁參照。
- IO Vgl. v. Hindör u. W. Tegmeyer, a. a. O. S. 19.
- II Vgl. Graf Gleispach, a. a. O. S. 54.
- III Graf Gleispach, Entwicklungsrichtungen im Kriegsstrafrecht, S. 2.

第五章 ラジオに關する刑事立法

第一節 總 說

一 近代戰においては、戰爭は戰線に立つてゐる者のみの間で行はれるのではない。敵國の銃後を攪亂するといふことも速に戰勝を得るの手段として有力なるものの一つであるのである。

まことに、『戰爭は力と力との衝突である』といはれ、それは一方の力が他方の力を超克せむとするの努力であるともされるのである。さうして、相手方の力を克服せむためには、自己の力を強化する必要はいふまでもないこととして、それとともに、相手の力を分裂せしめて、これを弱めしめ、それに因つて相手方を打挫くことにも力を注がねばならぬ。敵國を解體せしめてその力を弱める目的

で行はれる對敵宣傳の方法には、ラジオに依るものと文書、新聞、映畫等、等に依るものがある。換言すれば、相手國の國民の耳を利用するものと直接眼に訴へるものとのである。さうして、その宣傳は總ゆる手段と技術とを傾け盡して遂行される。なかんづく、最も有効にして最も適切に、さうして、しかも最も簡易に遂行し得るのが、いはゆる『耳語宣傳』 *Füsterpropaganda* といはれるラジオを利用するものであることは、今や、人人に周知のところである。曾てのヨーロッパ大戰の當時には、ラジオに依るの宣傳手段は存在しなかつた。放送は今次の大戦において、はじめて出現した銃後攪亂のための最も新鋭な武器であり、交戦國は勿論のこととして、世界の各國が、今、盛んに之を利用してゐるのである。それ故に、今回の大戰は、又、『ラジオの第一次世界大戰』ともいはれてゐるのである。

二 かやうな次第から、ナチス・ドイツにおいても、戦争とともに逸はやくラジオに關して特殊なる非常對策が講ぜられ、それについての命令が公布されたのは又當然なところとせられねばならぬ。さうして、それが、すなはち、次の一九三九年九月一日附で公布された『ラジオの臨時措置に關する命令』 *Verordnung*

über ausserordentliche Rundfunkmassnahmen. Vom 1. September 1939 (RGBl. 1939 I S. 1683; ausgegeben am 7. September 1939) で、これは公布と同時にその効力を生じたものである。この命令には、いはゆる『軍隊的に簡潔な言葉』 *militärisch Knappen Worten* に依つて、この命令制定の趣旨を明かにした前文 *Vorspruch* が附されてゐる。かやうな前文が附されてゐるのがナチス・ドイツの戦時刑法の特徴の一つであることは、已に明かにしておいた。

今、右の命令に附された前文とともに、その全文を掲げること次の如し。――

一九三九年九月一日の『ラジオの臨時措置に關する命令』

近代戦においては、相手方は軍事的武器を以て戦ふのみに止まらず、進んで國民に精神的に影響を及ぼし、依つてこれを疲労困憊さすべき諸種の手段を以ても戦争を遂行する。右諸種の手段の一つがラジオである。戦争の相手方が放送して來る一語一語は明かに虚構の言であり、ドイツ國民に損害を加へるためのものであること言を俟たない。政府は、ドイツ國民がかかる危険を知悉するものであることを知つてゐる。されば、政府は、各ドイツ國民が外國の放送の聴取

を原則として中止することをその責任の自覺から國民一般の日常の當然の義務にまで高めるやうに期待してゐる。しかし、かやうな責任の自覺を缺くところの同胞に對して、國防參議院 *Ministerrat für die Reichsverteidigung* は、次の命令を公布する。

國防參議院は大ドイツ帝國の領土に對し法律たるの効力を有する命令を公布す。

第一條 外國の放送を有意的に聽取することは之を禁ず。右に違反したるときは懲役に處す。その輕き場合には禁錮に處することを得。聽取のため用ひられたる受信用装置は沒收す。

第二條 ドイツ國民の抵抗力を害するに適するとせらるる外國の放送にかかる報道を故意に流布したる者は懲役に處す。その特に重き場合には死刑に處す。

第三條 本命令の規定は職務の執行中に遂行せられたる行爲には之を適用せず。

第四條 本命令に違反したるに因る審理及び判決は特別裁判所の權限に屬す。

第五條 第一條及び第二條に基づきて爲さるる刑事訴追はライヒ警察官廳の告發ある場合に限り之を爲すことを得。

第六條 ライヒ宣傳省長官は本命令の施行のために必要なる法律規定及び行政規則を定む。但し罰則に關する限りライヒ司法長官との諒解の下に爲さるべし。

第七條 本命令は公布と同時に効力を生ず。

——以上がその全文である。

三 なほ、この命令の施行令の全文を掲記すること次の如くである。——

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』 *Verordnung zur Durchführung der Verordnung über ausserordentliche*

Rundfunkmassnahmen. Vom 11. September 1939 (RGBl. I S. 1746; Ausgegeben am

13. September 1939)

一九三九年九月一日のラジオの臨時措置に関する命令第六條に基づき次の如く規定す。

第四條に、國防裁判所の權限は變更せらるることなしを加ふ。

第五條に、(一)本規定は國防裁判所には適用せず。(二)國防上級司令部の長官は命令の第一條及び第二條に基づく犯行の起訴に對して特別の規定を定むを加ふ。

— 以上がその全文である。

四 さて、この命令は、ナチス・ドイツの戰時におけるラジオに関する一種の統制法であるといへるのであるが、かやうなラジオに関する統制は、ナチス・ドイツにおいては、今次のヨーロッパ大戰を機としてはじめて行はれたのでないことを注意せねばならぬのである。

それで既に今次のヨーロッパ大戰がはじまる以前に公布されたラジオに関する統制法規としては、夙に一九三七年十一月二十四日の『無免許無線放送者に對する法律』(Gesetz gegen die Schwarzsender. Vom 24. November 1937 (RGBl. I S. 1293) が

ある。この法律は戰時法ではないけれども、しかし、一種の非常時法であるとともに、ラジオに関する統制法でもあるのである。されば、ナチス・ドイツにおいては、ラジオに關して戰前から既に統制しつつあつたところを、戰爭の勃發とともに、上の戰時立法たる『ラジオの臨時措置に關する命令』に依つて、その統制を更に一段と擴大強化したに過ぎないのである。

一九三七年十一月二十四日の『無免許無線放送者に對する法律』に就いての詳しきは、之を別の機會のこととせねばならぬのであるが、序をもつて、茲に少しばかりその概要を明かにしておかう。

この『無免許無線放送者に對する法律』は、全條九條から成つてゐるものである。さうして、第一條は罰則、第二條は無免許無線放送者、第三條は過失に因る無免許無線放送、第四條は無線放送装置の製作、販賣、所持、第五條は無線放送装置、第六條は認可、放送許可、第七條は沒收、第八條は施行規則、第九條は經過規定となつてゐる。

それで、先づ、無免許無線放送者 Schwarzsender は懲役に處せられることになつ

てゐる(第一條第一項)。但し、その輕き場合には刑は禁錮である(同條第二項)。さうして、次のやうな者が無免許無線放送者とされるのである。すなはち(一)官の豫め貸與し又は許可したるに非ざる無線放送装置を設備し若は之を使用したる者(二)無線放送装置の設備又は使用の爲官より其の貸與又は許可を得たる者之を官の禁じたる傳送に利用したるとき(三)無線受信装置を其の規定に反し違法に報道、信號、暗號に使用したる者がこれである(第二條第六條)。『過失に因る無免許無線放送』 *fahrlässiges Schwarzsenden* すなはち第二條に列擧した行爲の一つを過失に因りて犯したる者は禁錮に處せられる(第三條)。かやうにして、無免許無線放送は過失をも嚴重に罰してゐるのである。しかし、これは、無線放送が國の内外に重大な結果をもたらすことから見て當然なことといはねばならぬ。更に無線放送装置を濫りに製作し、販賣し又は所持するときは、無免許無線放送者と同様に處罰されることになつてゐる(第四條)。なほ無線放送装置に關しては、一九二八年一月十四日の『送信装置に關する法律』 *Gesetz über Fernmeldesammlagen* の規定に依るのである。

五 さて、上の『ラジオの臨時措置に關する命令』の實施に際しては、追加の命令が出てゐるのであるが、それは必要なる限り、後にこの命令について述べる際にこれを掲げることにして、今、ここでは省略することとする。それで、右のラジオに關する刑事立法について、これに關してのその後の命令をも必要なる限り紹介しながら少しばかりの考察を試みよう。

第二節 命令制定の精神

一 この『ラジオの臨時措置に關する命令』が制定された立法の精神は、わたくしが上に述べたところ及び特にこの命令の前文から既に明かであらう。さうして、この命令の前文に依つて、特にその『軍隊的に簡潔な言葉』に依り、かくこの命令を制定した政府の趣旨が明かにされてゐるのである。それで、後に『國民の害賊に對する命令』について述べる際に明かにするやうに、この『國民の害賊に對する命令』におけるその標題すらもがこの命令の一部として法

律的効果を有たされてゐて、その命令の規定を解釋するに方つて有力な根據を提供するものとせられてゐるのから考へてみても、この『ラジオの臨時措置に關する命令』の前文は、もちろんのこととしてこの命令の一部分をなすものであつて、法律的效果を有つてゐるものであるとせられねばならぬのである。この點については、わが國の法律にあつても、例へば憲法の前文に掲げられてゐる告文や上諭やが憲法と一體をなすものとして、法律的效果を有つると同様であることは既に述べた。されば、この『ラジオの臨時措置に關する命令』の前文も、亦この命令の規定を解釋するに就いて有力なる根據を與へるものであることはいふまでもないところであり、従つて、この命令の規定を解釋するに方つては、常にその前文ががへりみられねばならぬのである。それで、今この命令が制定を見ることになつた趣旨を要約すれば、この命令の趣旨とするところは、グラフィスバッハ教授やシェーファーやがいふやうに、戦時におけるドイツ國民の心構へを保護すること *Schutz der seelischen Haltung des deutschen Volkes* に役立てしめようとするもので、すなはち、その前文にも明かにされてゐるやうに、敵が戰爭を

遂行する主要なる手段とするもののうちの一つである敵の宣傳、特にいはゆる『耳語宣傳』に依る多くの虚偽の報道 *Lügnemeldungen* に因つて國民の精神的抵抗力の弱められることを阻止し、これを克服せむためのものである(一)(二)。

I Graf Gleispach, *Das Kriegsstrafrecht* I, 1940, S. 40.

Willi Schäfer, *Das Kriegsstrafrecht und Kriegsstrafverfahrenrecht*, Akademie für Deutsches Recht Jahrbuch 1939/40, S. 256.

II v. Hinüber, *Strafrecht unter Berücksichtigung des kommenden Rechts*, Besonderer Teil, 1940, 6. Aufl. S. 11.

Nagler, *Kriegsstrafrecht*, Gerichtssaal, 1940, Bd. 114, Heft 3-6, S. 195.

二 されば、この命令についてのあらゆる解釋に關しては、かかる立法の趣旨、特にこの命令の前文において明かにされてゐるところを基準としてなされねばならぬ。さうして、この命令の前文において明かにされてゐる趣旨の下に、この命令に違反する行爲は、國家を危殆にする行爲として峻嚴な刑をもつて、實に場合に依つては死刑をもつて罰せられることになつてゐるのである(一)。

I v. Hinüber, *ibid.*

第三節 第一條について

一 まづ、本條の行爲者について述べよう。

本條における行爲者であるが、その中にはドイツ人のみならず、又、外國人も包含される(一)。これに關しては、この命令の前文について見ても、之に反對するの趣旨は窺はれない。否、この命令の前文は、ドイツ國民の責任の自覺についての前文の諭告の部分において、その立言に従へば、ドイツ國民同胞についてののみこの命令は適用されるもののやうにいつてゐるのであるけれども、この規定の精神とするところは、その立言を超えて、この命令は外國人、無國籍者及びユダヤ人にも、亦、適用されることを要求してゐるのである。蓋し、ドイツの國土において生活してゐるすべての此等の人人は、ドイツ國民の損害となるであらうやうなことは如何なることでもこれを行はないといふおのづからなる義務を有つてゐるからである(二)。されば、この命令は、ドイツにゐるすべての外國人、無國籍者

及びユダヤ人に對しても、おのづから適用され得ることになるものであるのである。但し、イタリア人に關しては、これから除外される。すなはち、『同盟國たるイタリアにその國籍を有する者に依つてイタリアの放送の聴取及びその聴取せられたる報道のイタリア人に依る他のイタリアに國籍を有する者への報知は、一ラジオの臨時措置に關する命令』に對し違反とならず』といふ規定が、一九四〇年九年二十日の『ラジオの臨時措置に關する命令の第三次施行令』*Dritte Verordnung zur Durchführung der Verordnung über ausserordentliche Rundfunkmassnahmen* Vom 20. September 1940 (RGBl. I S. 1255) の第一條に規定されることになつた。なほ、右の第三次施行令はその全文二條より成つてゐて、その第一條は、既に上に擧げた通りであり、その第二條は、『本命令は公布とともに效力を生ず』となつてゐるものである。

一 Kohlrausch, Strafgesetzbuch, 1941, 36. Aufl. S. 763.
Willi Schäfer, *ibid.*

二 Willi Schäfer, *ibid.*

二 次に外部的構成要件について考察することにする。

本條における外部的構成要件として『外國の放送が聴取される』ことを要する。さうして、『外國の放送が聴取される』ことを以て足るのである。すなはち、『外國の放送が聴取される』ことが、外部的構成要件の必要にして且つ十分なる要件であるのである(二)。さうして、本條に『外國』とは敵國たると同盟國たると、將たまた、中立國たるとを區別しない(三)。すなはち、ドイツの保護領にドイツ帝國の主權の下に在る舊ポーランド領——これらの領域内の各地からの放送はドイツ宣傳省の監理下にある。但し、例へば、クラカウ *Krakau* やワルソー *Warschau* やのそれはドイツ宣傳省の監理をうけないから除外することになつてゐた——を含めてのドイツ國以外のあらゆる國國を指稱するものである(三)。すなはち、外國の放送とはドイツの放送局にあらざる放送局 *nichtdeutscher Sender* からの放送にかかるものを指稱するのである。蓋し、中立國の如きは、ドイツの報道とともに敵國の報道をも亦ドイツの報道と平等に放送して來るので、意識的又は無意識的に敵國の代辯者となるからである。それ故に、中立國からの放送と雖も亦これが聴取を國民に嚴禁しなければならぬわけになるので

ある。それで、ライヒ國民啓蒙並に宣傳省 *das Reichsministerium für Volksaufklärung und Propaganda* は、一つのリスト *eine Liste* を作つた。その表に従へば、保護領等を含めた大ドイツ國 *das Grossdeutsche Reich* の領域において總計七十三の放送局からの放送が聴取されることを許されてゐるといふことになつてゐる。此等の放送局の局名、その波長、戦時中の放送規則等の詳細に關しては *Reichsverwaltungsblatt 1940, Heft 35, S. 498* を參看されたい。

又、その外國からの放送が、政治的内容のものであるか、しからざる内容のものであるかは、問はるるところでない。詳言すれば、聴取せられた外國の放送の内容が、例へば煽動的な演説であらうと、或は非政治的なもの、すなはち音楽であらうと又は科學的な講演等であらうと、氣象報告、例へば天氣豫報のやうなものであらうと、更に明白に全然信ずる價值のない荒唐無稽の内容のもので、そのためにドイツ國民に對して何等働きかけるに足るものでないやうなものであらうと、それらは全く重要なこととされないとされてゐる(五)。ライヒ裁判所は、その刑事部の宣告にかかると一九四〇年八月二十七日の判決において、『一九三九年九月

一日の命令第一條の禁止は總ゆる外國の放送に及び、單純なる音樂の放送にも、亦、及ぶものとす』と判示して、外國からの放送にかかるものが單純な音樂であつても、之を聴取したときは第一條の違反になることを明かにしてゐる(六)。上の判決において明かにされてゐる事案はつぎのやうである。被告は、その妻の所有にかかる四球ラジオ受信器を占有してゐた。これに依つて被告は既に戰爭勃發以前から外國の放送を聴取してゐた。しかるに、被告は、一九三九年九月一日以後も繼續してその居宅において外國の放送を、すなはち、スイスのベロミニンスター放送局並にオランダのヒルフェルズウム放送局からの放送を、一九三九年九月一日の命令の禁止を被告は知つてゐたにもかかはらず、有意的に、すなはち、わざわざ聴く意思を以て之を聴取してゐた、といふのにあつた。右の事案において、被告は抗辯して曰く、『被告が聴取したる放送は常に音樂的演藝に關するものばかりであり、且つ、しかも、被告は、その禁止は報道にかかる放送のみに關し、音樂のそれは禁止せられたるものにあらずと考へてゐた』と。かかる被告の抗辯に對し、地方裁判所は之をもつて何等の理由なきものとし、命令第一

條は外國からの放送の有意的聴取を禁止してゐるのであり、且つその禁止は外國の放送に關し何等の制限を設くるものにあらず、として被告の抗辯を一蹴したのであつた。ライヒ裁判所は、この上の地方裁判所の見解を支持するのに、『ラジオの臨時措置に關する命令』の前文の一節である『戰爭の相手方が放送して來る一語一語は明かに虚構の言であり、ドイツ國民に損害を加へるためものなること言を俟たない』といふのを引用し、更に『本命令の第一條は外國からの放送の有意的聴取を禁じてゐるので、この禁止は全く無制限である。すなはち、右の禁止は、第二條のやうに、報道、特に政治的種類の報道についてのみ制限してゐるのでない。何故なれば、第二條は、第一條と對比するとき、これと異つて明白に報道に關してのみ立言してゐるからであるし、又、この「ラジオの臨時措置に關する命令」の前文から考へても、これが支持され得る。それ故に、敵國から放送される音樂でも或は中立國から放送されるそれであつても、音樂の聴取も、亦、禁止されるのである。さうして、かやうに廣く禁止をすることが立法者の意思に相應するといふことは、第一條の立言からのみならず、本命令の第五

條からも明かなところである』といふ趣旨を判示してゐるのである(七)。

次に、本條にはゆる『聴取』*Abhören* についてであるが、『聴取』とは、ただ『聞く』或は『聴聞する』*Hören* といふのよりも狭義であつて、それは『つとめて』又は『害意を以て』故意に傾聴する』*geflissentliches Hinhören* を意味する、とコールラウシニ教授は解してゐられる(八)。換言すれば、「害意なしにではなく」或は「何の氣なしにでなく」すなはち *arglos* にはなくして外國の放送を聴くことである。さうして、このコールラウシニ教授が述べてゐる “*geflissentlich*” といふ字句は、最近、ライヒ裁判所で現行刑法第七十六條に關する罪についての一九三九年七月三日の判決の中において新らしく使用したところであつて、“*arglos*” の反對を意味するものとして用ひられてゐるのである(九)。

I Kohlrausch, a. a. O. S. 763.

II Kohlrausch, *ibid.*

v. Hinüber, a. a. O. S. 11.

Nagler, a. a. O. S. 196.

III Willi Schäfer, a. a. O. S. 257

E. Drexler u. W. Gsellich, *Kriegs-Strafrecht*, 1940, S. 6.

Nagler, a. a. O. S. 196.

IV Nagler, *ibid.*

V Kohlrausch, *ibid.*

E. Drexler u. W. Gsellich, *ibid.*

Nagler, *ibid.*

六 Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 74, S. 271.

七 Entscheidungen des RG. in Strafsachen, Bd. 74, S. 272.

Vgl. Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht. 1940, S. 376.

八 Kohlrausch, *ibid.*

九 Entscheidungen des RG. in Strafsachen, Bd. 78, S. 246.

三 更に、次には内部的構成要件についての若干の考察を試みることにしよう。

内部的構成要件は、本條においては『有意的に』又は『意識的に』*absichtlich* といふことで示されてゐる。『有意的に』又は『意識的に』とは、何等かの意思の下に聴取すること、一般には『故意』を意味するとされてゐる(一)。さうし

て、コールラウシニ教授は、『有意的』又は「意識的」であること、すなはち「Absicht」は行爲の動機と同じであるかどうか、といふ問題は、ここでは問題にならぬことである。蓋し、行爲者は聴取するといふことを有意的にのみなし得るからである』といつてゐる(三)。詳言すれば、外國からの放送であると知りながら、その放送を聴取した場合には、その放送が外國の何處の國から放送されたかといふことが重要なのではなく、むしろ、外國から放送されたその内容、例へばそれが外國の音楽であるとか、外國の意見の發表であるとかいふのを、『有意的』に聴いたことが重大な問題なのであるといふのである。

更に、ナグラ―教授は、本條の『有意的に』といふことについて、つぎのやうに極めて注目すべき提言をしてゐられる。曰く、『この命令における「有意的」にといふのは、之に依つて故意の形式を制限しようとしてゐるかのやうな外觀をとつたと考へられる。われわれは、實に、今、一種の變動の裡に在る。その變動に因つて、法律に規定されてゐる結果を行爲者が招來したときについてののみ、まさしくその行意を「有意的」にといふのである。しかし、現行法はかやうな特

殊化を未だ見るに至つてゐない。從來の刑罰規定では、「有意的」といふことを極めて稀な場合にのみ特別な目的への努力と解してゐた。さうして、そこでは、その特別な目的への努力の結果として、結果の觀念は行爲への動機であつたのである。しかるに、この命令の前文に依つて明かにされた第一條の目的規定に従へば、上のやうな例外は、この命令においては例外たるの地位に置かれて甘んじてゐるわけにはゆかない。それ故に、「有意的」Absichtとは全く「故意」Voratzと同じ意味であり、しかも、それは未必的故意をも包含するのである。勿論のこととして、その場合には、故意の場合と全く同様に違法の認識が必要とされねばならぬこともとよりである』と(三)。かやうに非常時立法の一種たる戰時刑法にあつては、從來の故意の觀念が動搖し、變動しつゝあるのであるといふことに、われわれは格別に留意するの必要があるのである。

かやうな見地から、同様に、未必的故意をもつて本條の犯罪の成立に十分であるとするの所見を明かにしてゐるのがある。すなはち、未必的故意をもつて本條の犯罪の成立に十分であるかどうか、といふ問題については、既にドレックス

ラー及びクゾーリツヒの兩家は未必的故意をもつて犯罪の成立に十分であるとしてゐる(四)。しかし、コールラウシニ教授は、これについて、『既に「聴取」といふことが害意を以て故意に傾聴することを表示してゐるのであるから、この限りにおいて、この問題は否定されねばならぬ。しかし、それは、放送が外國からのか、自國からのであるかと思つて聴くことに關する限りは肯定されねばならぬ。それで、例へば聴取されたことが外國の放送局からの放送にかかつてゐるものである可能性があると考へながらも、しかも、明かに、自分自身に對しすなはち、ひとりごと)又は他人に對して「萬一、外國からの放送だつたら仕方がない、そのときはまあどうにでもなれ」といひながら聴取するやうなのは第一條に該當する』と論じてゐる(五)。なほ、これに關しては、グライスバッハやフライスターヤベストやガラスヤニニセヤ等の諸家が、それぞれ一家言を發表してゐられる(六)。しかし、此等諸家の意見の相違は、その結果においては、大なる差異がないのである(七)。さうして、この點については、わたくしは、コールラウシニ教授の見解に左袒したいとおもふ。

又、音樂の聴取でも外國から放送されるものについては本條の違反になり得る、といふライヒ裁判所の判決があることは上に述べたやうであるが、これについては上に引用したやうに、音樂の聴取は許されてゐるのだらうといふ聴取者の考へは、ライヒ裁判所の判決が示したところに従へば、それは、いはゆる一種の『不注意に因る刑罰法規の錯誤』 ein unbeschuldiger Strafrechtsirrtum であるであらう(八)。これについて、コールラウシニ教授は、又、つぎのやうにいはれてゐる。曰く、『當來の法律 das kommende Recht に従へば、かやうな錯誤——「不注意に因る刑法の錯誤」を指す——は刑法第五十九條に依つて、告示をうけた者に對してはこの「ラジオの臨時措置に關する命令」第一條から除外されるであらうが、しかし、その「不注意」に對して或種の刑罰が科せられねばならない。蓋し、しばしば公の告示がなされたに拘はらず、かかる場合において行爲者が法律を犯したことの義務違背を認識しなかつたからである』と(九)。これに對して、クレエ教授は、次のやうにコールラウシニ教授の言を批評してゐる。曰く、『コールラウシニが違法の認識を必要とすること及び刑罰法規並に非刑罰法規の錯誤

を區別しないことの見地から、將來の法律を既に今日にでも適用し得ると考へるのであるならば、ライヒ裁判所の判決の立脚地に立つてゐるわれわれは、これに従ふことは出来ない』と(二〇×二)。附言するに、ライヒ裁判所は、犯罪の成立には違法の認識を必要とせずとし、又、刑罰法規と非刑罰法規との錯誤を區別してゐるのである。これに對して、コールラウシニ教授は、上のクレエー教授の見解を更に批評して、『不注意に因る刑法の錯誤も、その「不注意」に對しては或種の刑罰が科せられねばならぬのであるから、クレエーの危虞は、それ故に根據のないことといつてよいであらう』と反駁されてゐる(二三)。かやうにして、上のやうな場合には、ドレックスマラー及びクゾーリツヒ兩家は、『外國の放送に、意識的にではなく、偶然に、すなはち「故意」なくしてラジオを調節して波長を合せた場合には、それが外國の放送に關するものであるといふことを認識したときから可罰性が始まることになる』としてゐるのである(二三)。

又、本條に『聴取』といふ概念の中には、他人から調節されたラジオに依つて外國放送が聴取される場合も、亦、はひり得ること勿論である(二四)。

- I E. Drexler u. W. Colllich, *ibid.*
- Nagler, a. a. O. S. 197.
- II Kohlransh, *ibid.*
- III Nagler, *ibid.*
- IV E. Drexler u. W. Colllich, *ibid.*
- V Kohlransh, *ibid.*
- VI Vgl. Kohlransh, a. a. O. S. 193 ff. Anm. II, 3 zu § 59.
Graf Gleispach, *Kriegsstrafrecht*, I, 1939, S. 40.
- VII Freisler, *Deutsche Justiz*, 1940, S. 105.
Best, *Deutsches Recht*, 1939, S. 1697.
- VIII Gallas, *Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 59, S. 438.
Vgl. Kohlransh, *ibid.*
- IX Vgl. Kohlransh, *ibid.*
- X Entscheidungen des RG. in Strafsachen, Bd. 74, S. 271.
- XI Kohlransh, a. a. O. S. 763 ff.
- XII Vgl. Klee, *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1940, S. 377.
- XIII 一、なほ、この註一〇に掲げたクレエー教授の論稿はライヒ裁判所の判決を批評したものであるが、教授はその中において、コールラウシニ教授の所論について批評してゐられるのである。

- 一一 Kohrausch, a. a. O. S. 764.
- 一二 E. Drexler u. W. Golllich, ibid.
- 一三 E. Drexler u. W. Golllich, ibid.

四 沒收について注意すべきものは次のやうである。

沒收に關しては裁判所が判決の中で言渡をなす(一)。この場合には所有者の可罰性はその前提ではない(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』第一條には、外國の放送を有意的に聴取した際に用ひられたる受信装置は沒收されることが規定されてゐたので、ライヒ裁判所の判決に示されたものにも、被告の妻の所有にかかるラジオの受信装置でも沒收し得る旨を判示したものがあつた(三)。しかし、後には、『ラジオ所有者の責に歸することなくして受信装置が本命令違反の行爲に使用せられたるとき』には一九四〇年七月二日の『ラジオの臨時措置に關する命令の第二次施行令』Zweite Verordnung zur Durchführung der Verordnung über ausserordentliche Rundfunkmassnahmen. Vom 2. Juli 1940 (RGBl I S. 922) に依つて右の受信装置はこれを沒收するを得ぬとす

ることも、既に上に擧げた一九四〇年八月二十七日のライヒ裁判所の判決が明かにしてゐるところである。

序ながら、右の一九四〇年七月二日の第二次施行令の全文を掲げると次の如し。

一九四〇年七月二日の『ラジオの臨時措置に關する命令の第二次施行令』

(一九三九年九月一日の『ラジオの臨時措置に關する命令』第六條に基づきて)

第一條 ラジオ受信装置が所有者の責に歸すべきことなくして犯罪行爲に使用せられたるときは、命令第一條に依り其の使用せられたる受信装置は沒收より除外せらるることを得。

第二條 本命令は公布と同時に效力を生ず。

——これがその全文である。さうして、この命令は一九四〇年七月五日に公布されたものである。それで、この上の規定に依つて、強制的に規定せられてゐ

た没収の苛酷さは、受信用の装置の所有者が外國からの放送の聴取に關係しなかつた場合には、それが除去されることになるのである。しかし、受信用装置の所有者の過失に因る行爲は没収を妨げることが得ないとされてゐる(四)。すなはち、その所有者の過失に因るの違反は没収から免れることを得ないといふことになるのである。

更に、序ながら明かにしておく、この一九三九年九月一日の命令中の『外國の放送』とは、ドイツの保護領及びドイツ國の主權の下に在る舊ポーランド領を含めたドイツ國の領土以外から放送される總ての放送を指稱するものであることは上に述べた。すなはち、ドイツ領に編入された東部領域には、一九四〇年四月二十九日の命令 (RGBl. I S. 694.) に依つて一九三九年九月一日の『ラジオに關する命令』はその一九三九年九月十一日の施行令と一緒に適用されてゐるのである。これについては、一九四〇年四月二十九日の命令を参照されたい。但し、一九四〇年十二月二十三日の命令に依つて遡及效を有たされることになつた。すなはち、一九四〇年四月二十九日——ドイツ領に編入された東部

領域に命令が效力を發生した日である——以前に彼地で行はれたラジオに關するこの命令に對する違反行爲にも、亦適用せられることになつてゐるのである。

I E. Drexler u. W. Csolllich, *ibid.*

II E. Drexler u. W. Csolllich, *ibid.*

III Vgl. Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht, 1940, S. 376.

五 輕き場合に關して注意すべきもの次の如し。

本條に規定されてゐる『輕い場合』についてであるが、それが輕い場合であるかどうかについては、行爲者の人格や行爲をなした動機やから判断されねばならぬ。さうして、それが一回限りの過失に關するものかどうか、といふことも、その行爲者の人格や行爲をなした動機やから判定され得るであらう(一)。

I E. Drexler u. W. Csolllich, *ibid.*

六 未遂については述べべきものがない。

但し本條の未遂は直ちに罰し得るとする學説がある(二)。注目すべき見解とせねばならぬ。

I Nagler, a. a. O. S. 197.

第四節 第二條について

一 まづ、行爲者に關しては次のことが注意されねばならぬ。

本條の行爲者は、外國の報道を自分自身で聞いたのでなくとも、他人からそれを傳聞した者でもよい(一)。又、第一條におけるそれと全く同様の理由に依つてドイツ人のみならず、外國人でも本條の行爲者たり得る。それ故にドイツの領土に在住する外國人、無國籍者、ユダヤ人にも、亦、本條は適用されるのである(二)。

I Kohlrausch, a. a. O. S. 764.

II Willi Schäfer, a. a. O. S. 256.

二 外部的構成要件について考察しよう。

本條を規定した目的は、耳語宣傳を遮斷することにある。それ故に、ドイツに關係あることに關する講演も報道といふ中にはひることになる(一)。國民の抵抗力を危殆に陥れるといふことは必要ではなく、客觀的に抵抗力を危殆にする

に適するものと認められることをもつて足るのである(二)。詳言すれば、この抵抗力を危殆にするに『適する』*reignet* といふことが、實に、本條の必要にして且つ十分なる要件なのである(三)。それ故に、ドイツ國民の抵抗力の事實上の危険が生ぜしめられたことを必要としない。それは、その報道が、ドイツ國民の抵抗力を危殆にするに適するといふことだけで十分であるからである(四)。

本條に『抵抗力』*Widerstandskraft* とは、一九三八年八月十七日の『戰時特別刑法に關する命令』*Kriegssonderstrafrechtsverordnung. Vom 17. August 1938 (RGBl. 1931, I S. 1455)* — この命令は、正しくは、*Verordnung über das Sonderstrafrecht im Kriege und bei besonderem Einsatz* といはれ、通常 *Kr Sond Str RVO.* なる略號が用ひられる — の第五條『國防力の解體』*Zersetzung der Wehrkraft* の第一項第一號に規定せられる『武器を手にして自ら進んで祖國を防衛するの意思』*Willen zur wehrhaften Selbstbehauptung* と同じ意味である(六)。蓋し、『物質的抵抗力』*materielle Widerstandskraft* といふときは、之に反して、一般に一九三九年九月五日の『國民の害賊に對する命令』*Verordnung gegen Volksschädlinge. Vom 5. September 1939 (RGBl. I S. 1679)* の第三條における

『抵抗力』を意味するから、本條における『抵抗力』は之と異り前述のやうな意味に用ひられてゐると解すべきである。すなはち、『精神的抵抗力』 *seelische Widerstandskraft* を意味するものである(七)。

本條の要件たる『流布』 *Verbreitung* の中には、行爲者が意識して他人をして同席せしめて報道を聞かせるのもこの中にはひり得るし、又、行爲者が聞いたことを他人に知らせるのもこの概念の中にはひるのである(八)。なほ、これについては、國事裁判所 *Volksgesichtshof* の判例がある(九)。さうして、前者の場合は第一條との想像的競合(ドイツ刑法第七三條参照)となり、後者の場合には實質的競合同第七四條参照)となるわけである。しかし、第二條の第一條との競合は大抵實質的競合であらう(一〇、一一)。

外國人の間で報道を流布するのも、亦、ドイツの國防力を危殆にする結果を生ぜしめ得るとの國事裁判所の判決がある(一二)。

又、ここに『流布』といふことに關しては、本命令は一九三四年十二月二日の『裏切り處罰法』 *Heimtückgesetz* の第一條及び第二條に對して、ここでは特別規

定となるわけである(一三、一四)。

I E. Drexler u. W. Csollich, *ibid.*

II E. Drexler u. W. Csollich, *ibid.*

III Kohrausch, *ibid.*

IV Willi Schäfer, a. a. O. S. 257.

V Kohrausch, *ibid.*

六一九三八年八月十七日の『戰時特別刑法令』の第五條第一項第一號の規定は次の如し。曰く、『國防力の統一を阻害したるに因り、左記の者は死刑に處す。(1)ドイツ及び其の同盟國の國防軍に服役するの義務に服することを拒否すること公然勸告し又は煽動し、若しドイツ又は其の同盟國の國民の自ら進んで武器を執りて祖國を防衛するの意思を萎靡せしめ或は弱體化せしめんと企てたる者』と。

七一九三九年九月五日の『國民の害賊に對する命令』の第三條『公共に危険なる犯罪』は次のやうに規定されてゐる。曰く、『放火又は其の他の公共に危険なる重罪を犯し、因りてドイツ國民の抵抗力を害したる者は死刑に處す』と。この規定における『抵抗力』とは明かに『精神的抵抗力』に對するものとしての、『物質的抵抗力』 *materielle Widerstandskraft* を意味するものであることを理解し得よう。

八 Kohrausch, *ibid.*

E. Drexler u. W. Gsolllich, *ibid.*

九 Deutsche Justiz, 1940, S. 1115.

一〇 Kohlrusch, a. a. O. S. 765.

一一 本條の點については Deutsches Recht, 1940, S. 1494. ○ Mittelbach の論文参照。

一二 Deutsche Justiz, 1940, S. 1115.

一三 E. Drexler u. W. Gsolllich, *ibid.*

Vgl. Kohlrusch, a. a. O. S. 764.

一四 一九三四年十二月二十日の『裏切り處罰法』 Heimtückgesetz は正しくは『國家及び黨の背信的攻撃に對する並に黨の制服保護に關する法律』 Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutz der Parteiformen. Vom 20. Dezember 1934 (RGBl. I S. 1264) とされる法律で、ドイツ及びナチ黨に對する背信的（裏切的）行為に關する法律である。通常これを略して Heimtückgesetz と呼ぶのである。その第一條及び第三條はそれぞれ各三項より成り、かなり長い條文なので茲では省略した。

三 次に、内部的構成要件について考察しよう。

本條の内部的構成要件は『故意』を前提としてゐる。すなはち、報道の流布は、該報道が外國から放送されたもので、且つそれはドイツ國民の抵抗力を危険ならしめるに適するものであるのを知つてゐることを要件とする。但しこの

第二の點においてグライスバッハ教授は見解を異にして、抵抗力を危殆にするといふことは可罰性の單なる條件に過ぎないといつてゐる。これに對して、コールラウシニ教授は、しかし、抵抗力を危険にするといふことを知らないで外國からの報道を流布した場合に、不名譽な、さうして最も重い刑を以てのみ罰せられる行為が問題になつてゐるのではない、といつてゐる（二）。なほ、本條には、『故意に』 vorsätzlich 流布したる者とあるから、『過失』に因る場合は包含されぬと解せねばならぬ（二）。

一 Kohlrusch, a. a. O. S. 765.

二 Vgl. E. Drexler u. W. Gsolllich, *ibid.*

四 『特に重い場合』といふのについて少しばかりを述べよう。

本條には、『特に重い場合』には死刑に處すとあるが、本條に『特に重い場合』とは、特に危険なる場合といふの意味であつて、行為者又はその行為に特別な危険のある場合には『特に重い場合』といふことになるかとされてゐる（二）。

それで、一九四一年九月二十七日のベルリン特電は、『ラジオの臨時措置に關

『する命令』についての特別裁判所の判決を次のやうに報じてゐる。簡単な報道なので判決の詳細を知る由もないが、大體の事案の内容は、被告たるニールンベルヒのヨハン・ヒルトといふ四十八歳になる男が祕かにロンドンやモスクワの放送を聴いて、ヒットラー總統やナチ黨首腦者の悪口を故意に近隣の者にいひふらしてゐたといふのであつて、これに對して特別裁判所は死刑を宣告した。又、なほ、他の一つの事案の内容は、ポーランドにおけるドイツ總督領たるグラウデンツの某醫師の許で家政婦をしてゐた四十二歳になるポーランド婦人が、ポーランド人にはラジオの受信器の所有を禁ぜられてゐるにもかかはらず、主人の不在中に知人のポーランド人數名を集めて外國からの放送を聴取するのを常習的にやつてゐたといふのであるが、被告たるこのポーランド婦人に對して特別裁判所は同様に死刑の宣告をなし、又、右の被告に招かれて一緒に外國からの放送を聴いてゐた他のポーランド人たちはそれぞれ十年の懲役に處せられたといふのである。さうして、上のベルリン特電は、『ラジオの臨時措置に關する命令』の適用に依つて死刑が宣告されたのは、この上の兩つの事件が

はじめてであると報じてゐる三。惟ふに、特別裁判所は、上の兩つの事件においては、具體的に特に罪狀の重い場合として死刑を宣告したのであらう。さうして、右の第二の事案に依つて考へると、多數人を同席せしめて外國の放送にかかると、ものを一緒に聴取せしめるのは、外國の放送を聴取しこれを流布した場合と同視せられることが明かにされたのであらうか。その詳細は他日右の二つの判決が仔細に報道された後でなければ論議すべき限りでないが、かやうに常習的に外國放送を聴取してそれを流布するやうな場合には、銃後攪亂の危険も大なるものがあるかと考へられるので、かかる場合はいはゆる『特に重い場合』とせられるのであらう。しかし、その流布するの心情、動機等において悪性の大なるものが認められるときにも、亦『特に重い場合』といふ裡に包含されるのでなからうか。

I E. Drexler u. W. Coellich, *ibid.*

二 わたくしは、右の二つの判決の事案が報道されたのについて、東京朝日新聞及び大阪朝日新聞紙上にその解説を書いた。それは載せて東京朝日新聞昭和十六年十月四日附以降及

第五節 第三條について

一 本條については、特別なる職務規定が公布されてゐる。それで、一定の機能を以て正當に聴取された報道については、職務上のみは利用されても差支へないのである(一)。すなはち、この場合には行爲の違法性が阻却されて合法的 *rechtmässig* になるのである。それ故に、第一條竝に第二條の違反は常に客觀的に違法なものであることにならう。

— F. Drexler u. W. Golllich, *ibid.*

二 『ラジオの臨時措置に關する命令の施行令』に依れば、かかる職務上の聴取に對しても、外國放送を聴取するには宣傳長官の特別なる書面に依る許可を必要とする。この場合には、公共の必要上、特に例外として聴取することを許可されるのである(二)。

1 Nagler, a. a. O. S. 197.

第六節 第四條について

一 この第四條の規定は一九四〇年三月十三日の『刑事裁判所の管轄、特別裁判所及び其の他の刑事訴訟法の規定に關する命令の施行令』 *Verordnung zur Durchführung der Verordnung über die Zuständigkeit der Strafgerichte, die Sondergerichte und sonstige strafverfahrensrechtliche Vorschriften. Vom 13. März 1940. (RGBl. I S. 489)* の第二十九條に依つて廢止されることになつた。さうして、その後は一九四〇年二月二十一日の『刑事裁判所の管轄、特別裁判所及び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. Februar 1940. (RGBl. I S. 405)* の第十三條第三項『一九三九年九月一日のラジオの臨時措置に關する命令に依る犯罪に對しては特別裁判所の管轄とす』が適用されることになつた。かく事件を特別裁

判所 *Sondergerichte* の專屬管轄としたのは、裁判手續を簡易化して裁判を迅速に處置するためである。今、ドイツにおいては、後に戰時刑法の刑事手續を述べる際に詳にするであらうが、裁判官、検事等の訴訟手續履踐上の勞働力を節約 *Einsparung von Arbeitskräften* するために、刑事訴訟法の領域に在つては、裁判の『簡易化』と『迅速化』といふことが強調されてゐるについては、既に簡單ながら觸れておいた。又、一方、刑事手續の領域に在つても、刑法のそれにおけると同じやうに、『實體的正義』といふことがいはれてゐるのである。それで、今、『ラジオの臨時措置に關する命令』の違反行爲がかやうに特別裁判所の專屬管轄となつたのも、やはり、右の裁判の簡易化と迅速化との目的のためと實體的正義を實現するためとの故に因るのである。なほ、右の一九四〇年二月二十一日の命令第三十九條第二項を参照せられたい。

二 又、本條に關し、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第一次施行令』第四條に依つて、國防裁判所の權限は何等變更されないことを注意すべきである。それ故に、特別裁判所は、その限においては管轄權を有

してゐない。それで、『ラジオの臨時措置に關する命令』第五條は、國防裁判所に對しては適用されない。すなはち、『ラジオの臨時措置に關する命令』第一條及び第二條の違反行爲に對しては、警察官廳の告發がなくとも國防裁判所は刑事訴追を爲すことが出来るわけであるのである(一)。その他、『ラジオの臨時措置に關する命令』第一條及び第二條の違反行爲を訴追するためには、國防軍に對して特別なる規定が發せられてゐる(二)。

一 Willi Schäfer, *ibid.*

二 Willi Schäfer, *ibid.*

第七節 第五條について

一 本條の規定は、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』の第五條に依つて、國防軍の所屬者には適用されないことを注意せねばならぬ。

次に、個々の事件において軽い場合が與へられないかどうかを裁判所は審理しなればならぬが、しかし、刑の量定に方つて罪の重い場合にのみは、通常判決に依つて決定されるといふことが顧慮されねばならぬ(一)。

— E. Drexler u. W. Csollich, *ibid.*

二 又、本條の規定に依つて第一條及び第二條の違反行爲は警察官廳の告發を俟つてのみ訴追がはじめられるのであるが、これは輕率な告發や惡意に因る告發や害意に基づく密告やに依つてこの命令が濫用され、更に、これに因つて檢察當局が奔命に疲れしめられるやうなことのないやうに防止するためである。さうして、この本條に依る警察官廳の告發は、ドイツ刑事訴訟法第六十一條の意味における告發ではないので、それ故に、右の第六十一條に規定されてゐる三箇月の期間には拘束せられないのであることを注意すべきである(二)。

— Willi Schäfer, *ibid.*

第六章 戰時經濟に關する刑事立法

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

一 近代の戰爭は、戰線における武器をもつてする戦ひであるとともに、同時に、又、銃後における國民經濟の戦ひでもあるのである。これが、實に、近代戦が國家總力戦であるといはれるゆゑである。かやうにして、銃後における國民の經濟生活が圓滑に營まれるか否かといふことは、戰爭の勝敗に重大なる影響を及ぼすので、ナチス・ドイツにあつては、ナチ黨がその政權を掌握するや、間もなく、戰爭を豫想して、いはゆる一種の非常時に入つたのであつたが、その非常時は國民經濟の強化よりはじまり、さうして、之が最も重要視されたのである。國民

經濟を強化し確守して國家の總力戰に最も有效適切に役立てしめるためには、實に、『計畫經濟』 *Planwirtschaft* を樹立せねばならぬ。さうして、計畫經濟を樹立し、これを破綻なく經營運行せしめるためには、いはゆる『統制經濟』 *gebundene Wirtschaft* を確立せねばならぬのである。すなはち、かやうにして、『計畫經濟』と『統制經濟』とは同意語であることになつたのである。

抑も、ゾムバートは、夙に、『經濟はわれわれの運命ではない』 *Die Wirtschaft ist nicht unser Schicksal.* といふ示唆多き警句をもつて近代經濟の本質を喝破したのである。まことに、近代の經濟理念においては、『經濟はわれわれの運命ではない』のである。近代の經濟は、十九世紀における自然的、放任的な經濟理念から意思的、干涉的な新しい經濟理念へ轉回しつつあるのである。かやうにして、非常時の經濟は、格別に、自由主義的な個人主義的な資本主義の時代におけるかやうに、經濟そのものを、運命のまにまに、曾て信ぜられたかの『見えざる手』 *die unsichtbare Hand* に打ちまかせておいたり、或は、又、曾てのかの經濟上の『豫定調和』 *die prästabilierte Harmonie* の説を信じて、無秩序、無計畫に放任せしめておくわけ

にゆかない。それで、非常時の經濟においては、國家は計畫經濟をますます強化し、これを破綻なく經營し運行してゆくために、實に、『經濟統制』 *Wirtschaftlenkung* を行ひ、經濟に干渉せねばならぬことになつたのである。しかも、『經濟統制』を強行するためには、第一に、いはゆる『經濟に對する侵害』 *Angriffe auf die Wirtschaft* や、『國民經濟の裏切り』 *Verrat der Volkswirtschaft* やを徹底的に彈壓し取締つて、これを絶無にまでするのでなければ、計畫經濟も畢竟破綻を來たし、非常時の經濟は國家總力戰に役立たぬ結果に終らざるを得ない。

二 しかるに、ドイツにおいても、曾ての自由主義個人主義の經濟時代にその制定を見たところの現行ドイツ刑法典の中には、いはゆる『ドイツの經濟に對する侵害』 *Angriffe auf die deutsche Wirtschaft* に關する特別なる章 *besonderer Abschnitt* はこれを發見することを得ないのである。すなはち、現行刑法典は、固有の意味における財産犯を除いて、一般には、何處にも殆ど『ドイツの經濟の保護のための規定』 *Vorschriften zum Schutze der deutschen Wirtschaft* を包含してはゐないのである。されば、かやうな『ドイツ經濟の保護のための規定』は後になつてはじめて漸

次に種種の附屬法 *Nebengesetz* において、例へば『不正競争に對する法律』 *Gesetz gegen das unerlaubte Wettbewerb* とかや『營業法』 *Gewerbeordnung* とかや『取引所法』 *Börsengesetz* とかやがその中に採り容れられたのであつた(二二二)。かやうな事情から草案、すなはち一九三五年に發表された『當來のドイツ刑法』各則 *das kommende deutsche Strafrecht, Besonderer Teil, 1935* においては未だ特別の章を有つに至らなかつたのであるが、それが一九三六年に發表された『當來のドイツ刑法』各則(第二版) *das kommende deutsche Strafrecht, Besonderer Teil, 1936, 2. Aufl.* においては、その第十一章として『經濟に對する侵害』 *Angriffe auf die Wirtschaft* なる特別の一章を設けるに至つたのである。さうして、草案は、これをもつて、實に、全ドイツ國民に對し經濟が有つてゐるところの意義を考慮に入れた、としてゐるのである(三三四、三五六)。

I Vgl. v. Hinüber, *Strafrecht, Besonderer Teil, 1940*, (Schäffers Neugestaltung von Recht u. Wirtschaft), S. 30.

II 『當來のドイツ刑法』各則第二版(一九三六年)には次のやうにいはれてゐる。曰く、

『現行法においては經濟の侵害に對する罰則は廣汎に散在してゐる。現行刑法典中においては、之について特に第八十七條が、行爲者が事情をよく知つてゐるにもかかはらず、他人に關してその信用を危殆ならしめる可能性のある不實の事實を主張し、又は流布する場合に關して誣罔に因る刑を規定してゐるといふ程度で之を問題としてゐるにすぎないのである。(中略)。しかし、かやうな程度では未だ之をもつて十分なりとすることは出來なから』と。(Das kommende deutsche Strafrecht, Besonderer Teil, 1936, 2. Aufl. S. 228 u. 229.)

III Vgl. v. Hinüber, *ibid.*

IV 『當來のドイツ刑法』各則第二版において、ニートハムメル(Niethammer)は揚言して曰く、『民族の福祉は専ら民族の生活力とその道德的竝に精神的純潔性と強靱性に依存する、といふ信念が當來の刑法を支配し規制する。それ故に、刑法典の草案は、經濟にも害を及ぼすのを常とする勞働力の侵害に對する規定を經濟に對する爾餘の侵害についての章の前に置してゐる。しかし、他面において草案は、民族協同體に對して有つてゐる經濟の重大なる意義を考慮に容れることになつた。それで、經濟に對する侵害に特別の一章を割き與へたのである。さうして、その構成要件が單なる秩序罰をもつては購はれざる不法なるものとして表示されてゐるが故に、之を附屬法の中から刑法において擔當し得るものと及び擔當せねばならぬものをついに結合したのである』と。(Das komm. deutsch. Strafrecht, Besond. Teil, 1936, 2. Aufl. S. 229.)

V 『當來のドイツ刑法』各則第二版において、ニートハムメルは、更に語をつづけて曰く、

『しかし、單に舊法を承繼するのみをもつては十分でない。經濟の不斷の發達は之を考慮に容れることを要求する。現代においては、大企業が非常な勢で勃興してゐる。さうして、個々の大企業が社會全體の生活上の需要を満足させるために必要な物資の大量を支配し、それを自己の意のままにし得るの可能性は漸漸に現はれ出して來たのである。それで、結束して協同的行動に出でむとすることが廣く流行するに至つてゐる。それは關係者の自由意思に基づいて結束が行はれることもあれば、或は又國家的強制の下に行はれることもある。それで、その中の一人の關係者と雖も「公益は私益に優先する」といふ原則を無視するときには、經濟生活のかかる形態においては忽ち由由しい危険が孕まれることになるのである。そこで、新しい刑法は、この領域の上で考慮に容れられねばならないところの處罰に値ひする行為に對して、新しい罰則を以て對處しなければならぬことになつた』と。(Das Komm. deutsch. Strafrecht, Besond. Teil, 1936, 2. Aufl. S. 229 ff.)

六 この『當來のドイツ刑法』各則第十一章の『經濟に對する侵害』なる章の中には從來附屬法中に散在してゐた重要な諸規定が包含された。しかし、此等の諸規定は變形をうけることになつたのである。すなはち、從來の諸刑罰規定は個々の企業者の保護に役立つてゐたのであり、構成要件もこれに相應して構成されてゐたのであるが、草案の諸規定においては、明白に、ドイツの國民經濟は國民全體のものとして保護されねばならぬ、とされてゐる。なほ、この點につき、詳しくは、Freisler, Das neue Strafrecht, S. 127. を参照されたい。又、そこに規定された新しい構成要件には、その當罰性として『公益は私益に優先する』といふ原則を樹

立したナチスの經濟感想 Wirtschaftsgesinnung が提示されることになつた。そのナチスの經濟感想とは、すなはち、國民の生活上の必然的需用を危殆にすること、經濟上の權力的地位の濫用及び經濟的裏切り Wirtschaftsverrat の三つである。(Vgl. v. Hinüber, ibid.)

三 しかし、その改正や、草案の法典化やを俟つに違がないことほど非常時がさし迫つてゐたドイツにおいては、ナチ黨が政權を獲得するや、かかる事態に對處するがために、上の草案は別として、はやくも一九三三年七月十二日には『ドイツ國民經濟の裏切りに對する法律』 Gesetz gegen Verrat der Deutschen Volkswirtschaft. Vom 12. Juni 1933. を制定公布して、徹底的に經濟統制に乗り出したのをはじめとして、非常時における經濟を強化したのであるが、その後一九三六年には、ひつて非常時が更に一段ならしめられるに及んでは、一九三六年一月十七日の『食料品及び必需品の取引に關する法律』 Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln und Bedarfsgegenständen. Vom 17. Januar 1936. や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 — Bestellung eines Reichskommissars für die Preisbildung —. Vom 29. Oktober 1936. や更に、一九三六年十二月一日の『經濟サボタージニ對する法律』 Gesetz gegen Wirtschaftssabotage. Vom 1

December 1936. や、等の非常時における經濟に關する立法がつぎづぎにと公布されたのである。さうして、一九三九年六月三日には『價格の規定に對する違反行爲の際の刑及び刑事手續に關する命令』 Verordnung über Strafen und Strafverfahren bei Zuwiderhandlungen gegen Preisvorschriften. Vom 3. Juni 1936. を公布したのであつたが、今次の大戦勃發の動機となつたポーランド攻略のために、一九三九年九月一日ドイツ國防軍にポーランドに對する實力行使の命令を下した後三日にして、すなはち、同月四日には逸くも國防參議院に命じて戦時の國民經濟を經營するについての基準的法規である『戦時經濟令』 Kriegswirtschaftsverordnung. Vom 4. September 1939 (RGBl. I S. 1609). を公布したのである。

第二節 『戦時經濟令』

一 さて、この一九三九年九月四日の『戦時經濟令』も、亦、上に述べたラジオに關する命令と同様に、『法律たるの效力を有する命令』である。それは、上に

述べたラジオに關する命令と同様に、一九三九年八月三十日の『國防參議院の構成に關する指導者の指令』の第三條に依つて『法律たる效力を有する命令』として國防參議院から公布されたのに由るのであるが、已に詳述したところなので茲に再説しない。それで、この命令は非常に重要なものであるだけに、その前文とともに全條三十條に互つてゐる。さうして、この命令は次の各章節に岐れてゐるのである。すなはち、

第一章 戦争阻害行爲 Abschnitt 1. Kriegsschädliches Verhalten (第一條)

第二章 戦時諸税 Abschnitt 1. Kriegsteuern

第一節 所得税の戦時増徴 Unterabschnitt 1. Kriegszuschlag zur Einkommensteuer
(第二條乃至第五條)

第二節 ビール及び煙草の戦時増徴税 Unterabschnitt 2. Kriegszuschlag auf Bier und Tabakwaren (第六條乃至第十條)

第三節 ブランデーの戦時増徴税 Unterabschnitt 3. Kriegszuschlag auf Branntweingeistzeugnisse (第十一條)

第四節 シャンパンの戦時増徴税 Unterabschnitt 4. Kriegszuschlag auf Schaumwein (第十二條)

第五節 州市町村及び其の他の公共團體の戦時負擔金 Unterabschnitt 5. Kriegsbeitrag der Länder, Gemeinden und sonstiger Körperschaften des öffentlichen Rechts (第十三條乃至第十七條)

第三章 戦時諸勞賃 Abschnitt III. Kriegslöhne (第十八條乃至第二十一條)

第四章 戦時諸價格 Abschnitt I. Kriegspreise (第二十二條乃至第二十八條)

第五章 末尾規定 Abschnitt V. Schlussbestimmung (第二十九條第三十條)

——となつてゐる。

二 さて、この命令は、大體戦時經濟立法の分野に屬するものといはるべきものであるが、わたくしは、茲では、この命令の中で刑事的事項に關係ある部分、すなはち、第一條、第二十九條及び第三十條についてのみの少しばかりを考察することにする。

この命令にも、上の『ラジオの臨時措置に關する命令』と同じやうに、亦、軍隊

的に簡潔な言葉に依つてこの命令制定の精神を適切に表現した前文が附されてゐる。今、次に、その前文とともに刑事的規定である第一條その他を掲げれば、次の如し。

一九三九年九月四日の『戦時經濟令』

『われわれの祖國の國境確保は、ドイツ國民同胞の一人一人について最高の犠牲を要求する。兵士はその生命を賭して郷土を護つてゐる。この兵士の生命を賭するもの多きを目のあたり見るとき、郷土に安住する國民同胞の一人一人が、その諸力及び諸物資を盡して國民並に國家に捧げ、因つて以て統制經濟生活の維持經營を保證することはその當然の義務である。なかんづく、これがために同胞の一人一人が生活上必然に制限を受けさせられることも、亦、當然である。』

これに因つて、國防參議院は法律たるの效力を有する次の命令を公布す——
——これが命令の前文である。

これに續いて、第一節『戦争阻害行爲』の第一條に曰く、——

第一條 (1) 國民の生活必需品たる原料品又は生産品を滅失し、又は正常なる取引外に置き若は退蔵し、因りて故意にその需要の充足を危ふからしめたる者は懲役又は禁錮に處す。特に重きときは死刑を宣告することを得。

(2) 正當の理由なくして貨幣を退蔵したる者は禁錮に處す。特に重きときは懲役に處す。

と。さうして、第五章の末尾規定に曰く、――

第二十九條 (1) 經濟全權委員長竝にライヒ行政全權委員長の方針に従ひ、當該の權限あるライヒ長官竝にライヒ價格形成委員は、各場合に於て、相互の諒解の下に、本命令の施行及び補充のため法規命令及び一般的行政規定を公布することを得。

(2) 右ライヒ長官竝にライヒ價格形成委員は本命令に依り授權せられたる權限を他に委任することを得。

第三十條 此の命令は公布の日より效力を有すと。

第三節 『戰時經濟令』制定の精神と經濟刑法

一 『戰時經濟令』の制定せられた精神は、この命令の冒頭の前文に依つて明かであるであらう。この前文も、亦、『ラジオの臨時措置に關する命令』のそれと同じやうにも、もとよりこの命令の一部をなすものであつて、それ故に、この命令の規定を解釋する際には、常に命令の一部として且つ命令の指導精神を示すものとして、これに従つて解釋せらるべきである。さうして、又、この前文は命令の一部として法律的效力を有するものと解さねばならぬ。

それで、この命令の制定された精神は、上にもいつたやうに、命令の前文から明かなところであらうが、それは、又、ナグラー教授に依れば、ドイツの平常時の經濟 *deutsche Friedenswirtschaft* を出来るだけ迅速に、且つ、效果的に戰爭の諸條件に適合させ、さうして、この平常時の經濟の戰時經濟への轉換に因つて戰時統制經濟をして最高度の能率發揮をなし得るやうに發展せしめることであり、これが『戰時

『經濟令』に課せられた義務である、といはれてゐる(二)。

又、シェーファーのいふところに依れば、この命令は、生活必需品に屬するすべての生産物の供給を住民のために確保することを目的としてゐるものである。それ故に、この命令は、第一に、さきの大戦以來著しく有名になつたいはゆる戦争成金 *Kriegsgewinnler* や戦争を利用して不正な手段で巨利を博する者 *Kriegsschieber* やを對象とし、さうして、それら戦争成金型の人人が再び輩出するのを防止しようとするにあるのである、と(三)。蓋し、ヒットラーが、夙に、何人も戦争に因つて利得すべからず、といふことを標語としてゐるのは有名なことである。

I Nagler, *Kriegsstrafrecht, Gerichtssaal*, 1940, Bd. 114, Heft 3-6, S. 172.

II Willi Schäfer, a. a. O. S. 258.

二 『戦時經濟令』のうちで、その第一條は、『戦時經濟刑法』 *Kriegsstrafrecht* の一つの重要な場合について規定してゐるものである(二)。それで、序ながら、今次に戦時經濟刑法に就いて若干の考察を加へておかう。

抑も、ドイツにおいては、ナチ黨がその政權を確立するとともに、その世界觀から『すべての價値の顛倒』 *Umwertung aller Werte* が實現され、その結果、全公的生活機構の外面的變革並に右の機構の擔ひ手としての人類の内面的變革が行はれたのである。すなはち、ナチス的世界觀に依つて、人間生活の全領域は、個人に對してその進むべき道を指導する最高の價値を有つてゐる民族協同體理念に依つて支配され、民族協同體の有機的全體の裡に没入せしめられることになつたのである。かやうにして、經濟理念においても、亦、價値の顛倒が行はれ、從來の自由主義的經濟理念において重要視された個人的經濟が國家的經濟とその價値を顛倒して、國民經濟又は國家的經濟の裡に埋没せしめられるに至つたのである。かくて、ナチスの法律觀が、個人から出發しないで全體から出發してゐるやうに、ナチスの經濟觀も亦個人經濟から出發しないで、國民經濟から出發することになつたのである。ここに、又、經濟理念の變革は經濟倫理の變革をもたらしことになつたわけである。

かやうにして、經濟の領域においては格別に全體的な秩序思想が尊重されねばならぬことになるのであるが、このことが、上に述べた國家に依る統制經濟の

運営と關聯し、これと相俟つて、ますます國家をして全體的な經濟秩序の維持發展に力を注がしめねばならぬことになつたのである。

それで、かやうな經濟觀の變革とともに、勞働法と企業法との領域から、いはゆる『經濟法』 *Wirtschaftsrecht* なるものがその誕生を見ることになつた。この經濟法なるものに對するままとまつた一つの概念は、從來、十分には獲得されなかつたのであるが、しかし、最近においては、漸く、經濟法とは、概言して、それは勞働法と企業法とを合體し、之を總括して國家の經濟力を維持し且つ増大發展せしめるための經濟關係の法である、といふことに概念づけられるに至つたのである(三)。さて、かやうな意味における『經濟法』に對して、いはゆる『經濟刑法』 *Wirtschaftsstrafrecht* なる一つの獨立した刑事法の領域における思想がさきの大戦後に擡頭を見ることになつた。

抑も、この『經濟刑法』なる思想は、さきの大戦以前においては全く知られてゐなかつたのであるが、それが最近約十年來、初めてその地歩を確立するに至つたのである。しかし、この若い特別なる法領域は、『經濟法』のそれと同様に、そ

の概念ははつきりされなのままになつてゐたのであるが、ナチ黨の政權獲得とともに、經濟倫理の變革をはじめとして、その經濟觀が從來のものに對し一變して對蹠的な轉回を爲したことに因つて、『經濟法』の概念及びその諸領域等の限界も漸次に確立せられるに至つたのと相俟ち、ナチス的な經濟に關する刑事諸立法に依つて、はじめて具體的に『經濟刑法』が亦特殊なる法概念として認められ、それが定立される機運に向つたのである(三)。すなはち、一九三三年以來、その違反に對して刑罰を科することにしたところの經濟的諸規範の公布せられた數は殆ど無限の廣範圍に及んでゐるのである。さうして、それは、今なほ、常に増大の趨勢を辿つてゐるのである。かやうにして、兎に角に、一般刑法の間から『經濟刑法』としての刑罰規範の一群が高められた。しかし、その趨勢の多くの如きにもかかはらず、『經濟法』と同様に、今なほ、われわれは組織的なものにまで生長した『經濟刑法』の本質に關して論ずることは出來ないであらう、とグルールもいつてゐるのであるが、その目的は、『經濟を營みつつある國民同胞の民族協同體に對する責任を喚起し、經濟力の濫用を抑壓し、國家の經濟秩序

を維持する措置に強き力を與へ、經濟生活の確立と安固とを保護し、真正なる經濟的取引を促進し、それに依つてドイツの經濟に對する信頼を確固たらしめるにある』といはれてゐる(四)(五)。しかし、經濟刑法の規定の多くのものは全く過渡的時代に對して妥當性を有つてゐるにすぎないで、それは時の経過とともに再び廢止される運命にあるものであると見てゐる學者もある(六)。しかし、經濟刑法の觀念は、決してしかく單なる過渡的時代の法律でなく、やはり、その裡には、恆常法的に發展する或ものを包藏してゐるのである。それで、ヘーデマン教授は、將來の刑法法典は『經濟刑法』なる題目を看過することが出來ぬであらう、といはれてゐるのである(七)。

I Vgl. Willi Schäfer, a. a. O. S. 257.

II 『經濟法』に關しつゝの詳細については拙稿『ドイツにおける經濟刑法の發展』「統制經濟」第三卷(昭和十六年)第六號第一三二頁以下參照。

III Vgl. Gruhl, Grundfragen des nationalsozialistischen Wirtschaftsstrafrecht, 1939, S. 5 ff.

IV Gruhl, a. a. O. S. 6.

V Rietzsch, in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. VII, 1937, S. 881.

六 Gruhl, ibid.

七 Hedemann, Deutsches Wirtschaftsrecht, 1939, S. 70.

三 かやうな次第からもとより一九三六年に公にされた『當來のドイツ刑法』においても『經濟刑法』の思想は看過されなかつた。すなはち、その各則の第二版——その第一版において經濟刑法の思想が看過されてゐたことについては已に上に述べた——の第十一章として『經濟に對する侵害』なる特別の一章の中に經濟刑法の觀念が採り容れられたのである。かくして、『當來のドイツ刑法』各則第十一章の『經濟に對する侵害』の中には、從來附屬法中に散在してゐた重要な諸規定が包含されることになつた。しかし、此等の諸規定は全く變形せしめられたのである。すなはち、從來の諸刑罰規定は個個の企業者の保護に役立つてゐたのであり、構成要件もそれに相應して構成されてゐたのであるが、この草案の諸規定においては、明白に、ドイツの國民經濟は國民全體のものとして保護されねばならぬとされてゐる(二)。さうして、かかるドイツの國民經濟に對する觀念は、『戰時經濟令』第一條において格別に明かにされて

ゐるのであるが、このことは後に明瞭となるであらう。

それで、『當來のドイツ刑法』各則第十一章の『經濟に對する侵害』の中に規定された新らしい構成要件は、その當罰性において『公益は私益に優先する』といふ原則を樹立したナチス・ドイツの經濟感想を明かにした。そのナチスの刑法上に表現された經濟感想は、すなはち、第一に國民の生活上の必要なる需要を危殆にすること、第二に經濟上の權力的地位の濫用、第三に經濟的裏切りの三つとされてゐる(三)。さうして、後に明かとなるであらうやうに、『戰時經濟令』の第一條においては、實に、上の第一のもの、すなはち、國民の生活上の必要なる需要を危殆にすることについて刑事制裁が加へられてゐるのである。

さて、かやうにして、『當來のドイツ刑法』において『經濟刑法』に關する觀念は具體的にやや明瞭にされるに至つたのであるが、しかし、それは、この草案とは別に、この草案が公にされた一九三六年の前後において——勿論ナチス政權樹立後のことである——漸次、經濟に關係して規定されるに至つた個々の法律に依つてますます明確にされるやうになつた。その諸法律は、すなはち、一九三

三年七月十二日の『ドイツ國民經濟の裏切りに對する法律』や、その後の一九三六年一月十七日の『食料品及び必需品の取引に關する法律』や、等、等であるが、最近におけるドイツの『經濟刑法』の格別に著明なる例としては、『經濟上の間諜』Wirtschaftsspionageと『經濟サボタージュ』Wirtschaftsabotageとが擧げられる。この兩つのもものは、それぞれ、一九三八年八月十七日の『戰時及び特別動員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 1939の第二條及び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』Gesetz gegen Wirtschaftsabotage. Vom 1. Dezember 1936並に一九三九年九月五日の『戰時經濟令』の第一條において格別明かに規定されてゐるところである。さうして、その外には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、又、價格に關する諸規則の領域、すなはち、いはゆる『價格刑法』Preisstrafrechtといはれるものやにおいても主として刑事上の處置がとられてゐる。さうして、その刑事上の處置は、勿論、多くの個別的な規定に依つて、ますます日に

日に新たな補充が行はれねばならぬといふ現況にあるのであるが、このやうにして、兎に角に、ドイツに在つては、具體的な法規そのものの裡において、『經濟刑法』なる新たな法概念が發展しつゝあるのである(三)。しかるに、かやうに一般刑法の間から『經濟刑法』なる觀念の下に一種の刑罰規範が高められたのと相伴つて、今や、又更に戰時刑法の間から『戰時經濟刑法』なる刑罰規範が高められることになつた。その特に顯著なる例を示し且つその好典型とされるものが、すなはち、以下に考察しようとする一九三九年九月五日の『戰時經濟令』の第一條なのである。

I. Vgl. Freisler, Das neue Strafrecht, S. 127.

II. v. Hinüber, Strafrecht, Besonderer Teil, 1940, S. 30.

三『經濟刑法』に關する詳細については拙稿『ドイツにおける經濟刑法の發展』「統制經濟」前掲第一三五頁以下參照。

四 なるほ、餘言ながら、『經濟刑法』又は『戰時經濟刑法』の本質に就いては、學者の間にあつても未だ必しも明かでなく、定説のないものである。『經濟刑法』をもつて或は行政犯又は法定犯についての規定であるとなし、或は秩序罰

Ordnungsstrafe を規定したものに外ならぬとしてゐるのがそれである。しかし、わたくしに臆説を許されるならば、『經濟刑法』乃至『戰時經濟刑法』は、今や、刑法の内部における統一的な法概念であり、それは純粹に刑法的なものであつて、行政刑法乃至はその一部又は秩序罰に屬するものでない。これを行政刑法乃至はその一部又は單なる秩序罰とするのは、經濟秩序の維持増進といふことが現在においていかに國家にとつて重大なものであるか、又、國民經濟が國家にとつていかに大切なものであるか、といふことを認識するに未だしきものがあるからである。抑も、ナチス・ドイツにおいて『當來のドイツ刑法』が『經濟刑法』の概念を採り容れてゐるのも、それは、ニートハムメルがいみじくもいつてゐるやうに、『その構成要件が單なる秩序罰を以ては購はれざる不法なものとして表示されてゐる』が故に、經濟に對する侵害の犯罪を『刑法の附屬法の中から刑法において擔當し得るものと、及び擔當せねばならぬものとを、一つに結合したのである』のである(二)。すなはち、經濟觀の變革に因つて、從來の行政犯乃至法定犯とせられたものも、純刑事的なものとされつつ、しかも、自然犯化され

ることになつたのである。自然犯は、自然法におけると同じやうに、決して内容の變化し得ないものではなく、その内容は恆に可變のものである。かくて、今や、『經濟刑法』なるものは行政刑法ではなく、刑法の内部における純刑法的なもの、すなはち、自然犯的概念のものである。わが國においても、未だ統制經濟法規違反が行政犯として考へられがちなのは、この法定犯の自然犯化の趨勢が十分に認識されてゐないからであるとおもはれる。ナチス・ドイツにおいて、戰時刑法が、經濟犯に對して、死刑の極刑までを特にその戰時經濟刑法その他において規定してゐる——例へば『戰時經濟令』第一條におけるやうに——のは、經濟犯が單なる行政犯でないことを示唆してゐるものとせねばならぬのである。

I Das kommende deutsche Strafrecht, Besonderer Teil, 1936, 2. Aufl. s. 229.

第四節 經濟サボタージュ

一 一九三九年九月四日の『戰時經濟令』の第一條は、上に明かにしたやうに、戰時經濟刑法の重要な一つの場合を規定したものであつて、生活上の重要な原料品又は生産品 *die lebenswichtigen Rohstoffe oder Erzeugnisse* を滅失すること *Vernichten* 或はそれ等を正常なる取引外に置くこと *Beiseiteschaffen* 或は退藏すること *Zurückhalten* に因つて、住民の生活上の需要の充足を故意に危険に陥れること、その第一項及び貨幣を正當の理由なくして退藏すること、すなはち、貨幣を蓄めこむこと *Hinhalten von Geld* (その第二項)の犯罪に關して規定してゐる。學者は、上の此等の行爲を『經濟サボタージュ』 *Wirtschaftssabotage* と呼んでゐる(一)。それで、第一條は、戰時刑法の立場から、かやうな『經濟サボタージュ』に關する峻嚴なる罰則を規定したものである。

I v. Hinüber, a. a. O. S. 12.

二 『戰時經濟令』の第一條は、上に示したやうに、いはゆる『經濟サボタージュ』に關する犯罪についてその罰則を規定したものであるが、『經濟サボタージュ』に關する法律としては、別に重要なものに一九三六年十二月一日の『經

濟サボタージニ對する法律』 Gesetz gegen Wirtschaftsboycott. Vom 1. Dezember 1936
があることが忘れられてはならぬ。この『經濟サボタージニ對する法律』
は、戰時刑法ではないけれども、ナチス・ドイツにおける非常時法の一つとして、
經濟刑法上、格別に重要視せらるべきものである。この法律は、主としてドイツ
に國籍を有する者が、故意に且つ非良心的に *wissenschaftlich und gewissenlos* 陋劣なる私
慾又は他のいろいろな卑劣なる動機に基づいて *aus grobem Eigennutz oder aus ander-*
en niederen Beweggründen 外國へ財産を逃避させることに因つて、ドイツの經濟に重
大なる損害を與へることに對して、これを防止するために刑罰を規定したも
のである。すなはち、その第一條第一項に曰く、

『ドイツ國民にして故意に且つ非良心的に陋劣なる私慾又は其の他の卑劣な
る動機に基づき、法律の規定に反して財産を外國へ逃避せしめ又は外國に滯留
せしめたるままに爲し、因つてドイツの經濟に重大なる損害を加へたる者は死
刑に處す。その財産は沒收す。仍ほ、その行爲を外國に於て爲したる者も亦之
を罰す』

と。さうして、これに對する判決は國事裁判所から言渡されることになつてゐ
る。すなはち、國事裁判所がその管轄裁判所に指定されてゐるのである(第一條
第二項)。

序ながら、『經濟刑法』とされるものの規定のうち、死刑のやうな峻嚴な刑
がしばしば見えてゐるのに關して一言せねばならぬ。刑の峻嚴について、多種
多様な經濟刑法の法規は、この法律の領域の特性竝に特別なる峻嚴性を示現
してゐるとされ、且つその特別なる峻嚴性は此等の法規を支配せねばならぬ、と
いはれてゐるのである(一)。例へば、それは、一定の營業を繼續して行ふことの禁
止とか、當該商品若は貨幣の沒收、又は公然と氏名を擧示する——いはゆる『曝
しものにする』 *an den Pranger stellen* のである——といふやうな刑罰がその特性
に相當してゐるのである。又、その峻嚴性は、價格委員が種種の『物の價格に關
する犯罪』 *Preisdelikte* に對して懲役を科することを留保してゐる點及び之に加
ふるに、上に擧げた『經濟サボタージニ對する法律』が外國へ財産を逃避さ
せることに因つてドイツの經濟に重大なる損害を與へることに對して死刑を

規定したこと竝に戦時経済刑法の規定の一種であり、以下に考察しようとする『戦時経済令』の第一條が亦死刑を規定してあるといふことに現はれてゐるとされるのである。しかし、経済刑法が戦時法乃至非常時法から更に恆常法として發展する場合に、はたして刑の峻嚴性を永く常に維持し得られるであらうか、わたくしとしては疑なきを得ないのである。わたくしは、経済刑法が、戦時法のやうな臨時法としてはさもあれ、しかし、追迫の恆常法としては、刑の峻嚴性は必しも経済刑法の特徴とせられねばならぬことがないであらう、と考へる。

— Verl. Gruhl, a. a. O. S. 34ff. besonders S. 38.

三 個々の管理令 *Bewirtschaftungsverordnung* の中に包含されてゐる諸種の罰則も、亦いはゆる戦時経済刑法に屬してゐる。さうして、右の罰則にあつては、それは純經濟的な刑罰規定であるのである(一)。

それで、生活に必要な諸種の消費財に依つてドイツ國民がその生活を組織的に維持してゆくことのために、一九四〇年四月六日の『購買を制限せられたる生産品の管理區域に於ける規定に對する違反行爲の際の刑罰及び刑事手

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 (RGBl. I S. 610) — 通常『消費規正刑罰令』 *Verbrauchsregelungs = Strafverordnung*

と呼ばれてゐることは已に述べた——も、亦、それに役立ちつつあるのである。

この命令は全文十五條から成つてゐて、非常に重要な戦時刑罰法規であるので、わたくしは、いづれ近い日において更にこれについての考察を詳にすることにしてゐるのであるが、この命令は、敵國のドイツに對する封鎖の企てに對して、ドイツ國民の消費生活を確保することを目的としてゐるものである。それで、この命令の前文は、實に、『あらゆる敵の封鎖の企てに對抗し、生活に必要な消費財に依つてドイツ國民の生計の維持は確保されてゐる』といふ冒頭の言葉に

はじまつてゐる。さて、敵國の企圖する封鎖をもともしないためには、上のやうに、國民の消費生活の維持を確保するといふことが絶対に必要になつて來るのであるが、そのために、ドイツにおいては、諸種の切符 *Karten* や購買票 *Bezugschein* やの制度を實施

して、ドイツ國民の一人一人に消費財についてのその割り當を確保せしめようとしたのである。そのために、購買權なくして ohne Bezugsberechtigung —— 例へば購買券 Bezugskarte や購買票 Bezugsschein やを所持しないで —— 購買制限品を買つたり、自己に歸すべからざる證明切符を自己のために利用したり、不正の又は不完全なる申告に依つて購買權を不當に取得したり、切符を取引したり、購買制限品を賣るべき義務があるのかかはらず賣惜んだり、購買權あることの證明書を受取り又はそれを切り取つたのかかはらず、當然渡すべき品物を渡さないで抑へてゐたりするやうな者、すなはち、購買制限生産品の生産者、消費者、營業者の違反行爲に對しては、この命令に依つて禁錮及び罰金 —— 罰金の額は無制限である —— の刑又は此等の刑の中の一つの刑を科し、さうして、軽い場合には一五〇ライヒスマルク迄の罰金又は拘留が言渡されることもあるのであるが、かやうにして、今、ドイツにおいては、この命令に依つて消費生活の統制違反の行爲、すなはち、又一種の經濟サボターージュと呼ばれるべきものを徹底的に阻止してゐるのである。されば、戰時刑法であるこの『消費規正刑罰令』も、亦、戰時經濟

刑法の重要なものに屬する一つであるのであるが、これについて詳にすることは、上に述べたやうに、事を後日に期して、茲では省略せねばならぬ。

I Vgl. Willi Schäfer, a. a. O. S. 258.

第五節 第一條第一項について

一 まづ、行爲者についてのことからはじめよう。

本條は、その行爲者に該當し得る者として、ドイツ國民の各人を對象としてゐるのであつて、それ故に、ドイツ國民たる者は誰でもその行爲者たり得る。しかし、ドイツ内地に滯留する非ドイツ人、すなはち、外國人、無國籍者、ユダヤ人も亦行爲者たり得るし、同様に經濟統制に當つてゐる官廳に所屬してゐる官吏や職員やでも行爲者たるに差し支へないのである(二)。

— Nergler, a. a. O. S. 175.

二 次に、外部的構成要件を考察しよう。

本條第一項の外部的構成要件としては、第一に行爲者に因つて事實上惹起せられた需要の充足の危殆といふことが重要であるが、その需要の充足を危殆ならしめるといふことのためには、それがあまりに小範圍に止まるものでなく、且つあまりに短時日間のものでないことを要する。すなはち、一定の區域内において、適當な時期に解決の道のつかないといふ憂慮すべき程度に物資の缺乏を來すものでなければ、需要の充足を危殆ならしめると十分にでないのである(一)。しかし、全國民の需要についての充足を危殆ならしめるといふの必要はなく、國民の需要の比較的大なる範圍に互つてそれを危殆ならしめることを以て足りるのである(三)。

それで、判例としては、假令それのみでは未だ需要の充足を危殆に陥れるやうな現象を惹起しないとしても、しかし、或一人の行爲者の行爲が流行の端緒をなして、その行爲が傳播的作用を及ぼし得るであらうし、さうして、それに因つて一種の需要の充足の危険が生ぜしめられ得るといふ趣旨の判決をエッセンの特別裁判所 *Sondergericht Essen* がなしたのがあつた(三)。

次に、『原料及び生産品』 *Rohstoffen und Erzeugnisse* とは、一般の人人がどうしてもそれを必要とするところの總てのものをいふのである。さうして、國民の抵抗力——ここに、抵抗力とは精神的、身體的のそのの兩者を意味する——を維持するために必要とする總てのものは、生活上、どうしても必要なものである。それ故に、萬一それが無いときには國民の比較的廣い範圍にとつて一の大なる犠牲を意味するであらうやうな享樂物資、すなはち、嗜好品も、亦、この中にはひるのである。例へば酒や煙草やはその類である(四)。なほ、ニューセは、『生活必需品』の限界を豊富に且つ詳細に引例叙述してゐる(五)。しかし、ニューセのそれはそれとして、先づ、ナグラ教授の説くところに聽くと、原料品とは穀物 *Cereide* や家畜 *Vieh* や石炭 *Kohlen* やのやうな基本諸物質 *Grundsubstanzen* であり、生産品とは半製品 *Halbfabrikate* や既製品 *Fertigfabrikate* やをいふとし、さうして、右の原料品と生産品とは、ドイツ住民の生活上の重要な需要に供せられるものでなければならぬ、すなはち、それは、生活上重要なものである限り、生活の資料又は其の他の大衆用の品品であるとしてゐる(六)。さうして、教授は更につづけて曰く、『この

概念——原料品と生産品とのそれを指す——は、恐らくは第一次の世界大戦の経済立法中において最初に用ひられたものであり、且つ一九二〇年十一月十日の大統領令 *Präsidentialverordnung vom 10. 11. 1920* の中において再び用ひられたところであるが、今、更にその概念を廣めて、ここに『生活上の必需品』といふ觀念として用ひられたものである。それは、例へば国防軍の戦闘力及び能率を高めるための生活資料竝に原料品といふやうな意味の、人の生存を維持せしめつつあるものであるといふことを必要とはしない。しかし、さうではあるが、それ等は、國民の生活上、何等かの方面——例へば生計の維持、被服、住居、煖房、等といふやうな——に特別の程度において役に立つものでなければならぬ。それ故に、單なる享樂貨材、例へばビール、酒、煙草、等でもこの中に包含されることになるのである。されば、ここでは、その細目に互り狭く解釋することは、妥當でなくして、むしろ廣く解釋する方が適當してゐるといふことが立法上の理由から明かになるのである。しかし、いづれにせよ、どのみち單なる贅澤品、例へば香水、藝術品、裝飾品、贅澤な食料品のやうなものは、生活上重要な國民の需要とは極度に

矛盾するものである。同様に、ドイツ國民經濟に對し、過剰なものの中から支出される輸出品がそこから排除されよう。蓋し、此等の品は、内地における國民經濟の經營運用上及び財政政策上——外國爲替獲得上——しかく重要なものであるが、しかし、それだからといつてドイツ國民同胞自身の生活上重要な必需品であると誤想することは出來ないからである』と(七)。しかし、これに對して、ニースは、國民の間によく行はれてゐる樂器、例へばハーモニカ又はピアノのやうなものすらをも、國民生活上重要な需要のある生産品といふ概念を廣く解釋して、この中に包含させやうとしてゐるのである(八)。

次に、本條において刑罰を科せられる行爲は三種のものに岐れる。その一は、『滅失』 *Vernichten* である。ここに、『滅失』とは、原料品又は生産品がその物の正常なる使用に對して役立たなくなることの意味するのである。必しも物理的滅失を意味しない。その二は、『正常なる取引の外に置くこと』 *Beiseiterschaffen* である。ここに、『正常なる取引の外に置く』とは、原料品又は生産品がその場所を變へられること等に因つて正常な經濟取引から除外されることをいふの

であるが、隠匿行爲 *Verheimlichungshandlung* は必しも必要ではなく、又、所在の場所を遷移することも重大な意味を有つてゐないと解さねばならぬ。例へば、自分の家にもあるであらうのに、營業所の商品を自家住宅において費消するやうなものも十分この概念中に入れられ得るのである(九)。又、わが國においていはれてゐる、いはゆる『關取引』もこの概念の中に入れられるであらう。さうして、その三は、『退藏』 *Zurückhalten* である。退藏とは、原料品又は生産品をその所在の場所を變へることなくして正常なる經濟取引を留保することをいふのである。例へば、賣り惜しみや經濟上の理由なくして商品の交付を拒否するやうなものをそれとして擧げることが出来る(一〇)。

更に、本條には『需要の充足を危殆にし』とあるが、これは、以上の三種の行爲のうちの一つに因つて日常生活を單に危殆にするといふことで十分であつて、實際に不利益なる結果が発生することを必要としないのである(二)。なほ、この『需要の充足を危殆にする』といふことは、行爲者の故意といふ觀念に包括されねばならぬのであるが、行爲者の故意については次の内部的構成要件の項

において考察することにする。

- I Kohlrausch, a. a. O. S. 766 ff.
- II E. Drexler u. W. Csollich, a. a. O. S. 7 ff.
- III Vgl. Deutsche Justiz, 1940, S. 573.
- IV E. Drexler u. W. Csollich, ibid.
- V Nüse, Kriegsstrafrecht, S. 16 ff.
- VI Nagler, a. a. O. S. 174.
- 七 Nagler, a. a. O. S. 174 ff. besonders S. 175.
- 八 Nüse, Deutsche Justiz, 1940, S. 253.
- 九 E. Drexler u. W. Csollich, a. a. O. S. 8.
- IO E. Drexler u. W. Csollich, ibid.
- II E. Drexler u. W. Csollich, ibid.

三 内部的構成要件に考察を進めよう。

第一項の内部的構成要件としては、第一に『故意』が問題になるのであるが、これは外部的構成要件の總ての事情と關聯させられてゐるのである。それで、當該物資の日常生活上の重要性についても、又、上に述べたやうに、需要充足の危

殆性についても、亦、關係させられてゐる。さうして、この場合には、勿論、未必的故意をもつて十分とせられ、且つ錯誤はしばしば法律の解釋にのみ關してゐる。それ故に、ライヒ裁判所の見解に依れば、それは重要ではないことになるのであらうといはれてゐる(二)。それで、未必の故意をもつて十分であるのであるから、行爲者が日常生活上における需要の充足を危殆ならしめるためにその行爲を爲すことを必要としない。すなはち、行爲者が自分の行爲に因つて右のやうな危殆の状態が招來されるであらうのにもかかはらず、例へば射利心や利慾やからその行爲を敢てすることを意識してゐる場合には、それをもつて本條の犯罪を構成せりとなすに足るのである(三)。

さて本條においては、需要の充足を危殆にするのに關し、それには特に『害意を以て』せられることを要することになつてゐる。さうして、法文には、特別に“böswillig”、すなはち『害意を以て』又は『惡意を以て』なる字句に依つて立言されてゐる。抑も、この“böswillig”なる字句については、ドイツの法律學界において、しばしば論争の對象となつたものであるらしいのであるが、また、裁判の

判決例においても、おのおのの判決に引用されてゐるこの字句の意義は一定してゐないのである。それは、ライヒ裁判所刑事判決録の中に、『この語——böswillig を指す——の意義に關する見解は一致してゐない』とあるのに依つても明かであるのである(三)。

それで、この“böswillig”といふ字句は、行爲者の單なる故意をはるかに超えた内部的な心意をいふものであることは、まづ確實であつて、恐らくは之に對しては異論はあるまい、といはれてゐる(四)。但し、エッセンの特別裁判所はこれに反對の見解を示してゐることである(五)。さうして、コールラウシニ教授は、『しかし、この言葉——“böswillig”を指す——を更に“Absicht”と同視することは正當でない。典型的なる戦争成金又は戦争を利用して巨利を博する者にとつては、他人に損害を與へることは問題ではなくして、自分自身が利得することとが問題なのである。“Böswilligkeit”すなはち「惡意」とは、“Absicht”すなはち「故意」にまで犯意が高められたものを意味するのでなくして、むしろ、犯意に或新たなるもの etwas neues すなはち或志向 eisinnungsmässiges が附加されたもの

をいふのである。射利心又は利慾心はその顯著なるもののやうではあるが、しかし、ここではそれでは未だ十分でない。『Böswilligkeit』といふには、それに、なほ、全體の福祉の消極的破毀といふ觀念が附加されねばならぬ。それは全體の福祉に對する敵意ではないが、しかし、それに對する意識的な冷淡である。換言すれば、すなはち戦争成金に特有なる極端なエゴイズムをいふのである。更に、詳言すれば、「この戦時經濟令は特に戦時といふ國家の非常なる秋においてすらも利益を得ることに狂奔して止まぬ貪慾心から、戦時たることをも顧みず、一般社會關係を自己の利益獲得のための犠牲とするやうな非良心的な商取引を爲す者の徒輩を取締り、之を罰することを目的としてゐる」のである』と述べられてゐる(六七八)。更に、ナグラ教授の所説にこれを聽くならば、そこでは次のやうにいはれてゐる。曰く、『この『Böswilligkeit』といふのには、故意ある經濟サポタージニのみが妥當する。すなはち、單純なる惡意 einfacher Dolus では決して十分でない。むしろ、危殆にせむとするの故意に加ふるに、これを特徴づける害意 Böswilligkeit が表示されなければならぬのである。それは、法律に敵意を示す

特別に非難さるべき意思 ein besonders verwerflicher rechtsfeindlicher Wille といふのが適切である。それで、その特に非難さるべき反法律的意思は、例へばその行爲に依つて實現されてゐる行爲者の非良心的事實、すなはち、何ものをも顧慮しない強慾心又はその他の邪惡な墮落した經濟感想にそれが認められるのである』と(九)。なほ、これに就いての諸家の見解を探るならば、次のやうである。ニニ―セは、『böswillig』とは行爲の非難性あることの單純なる自覺を有つた不正で十分である、といつてゐる(二〇)。これに對し、グライスバッハ教授は、『害意をもつて』すなはち böswillig といふには、反社會的——社會に對して敵意を示す——心情 eine gemeinschaftsfeindliche Gesinnung の徵表が見出されねばならぬ。換言すれば、行爲者が需要の充足を危殆にするために行爲し且つ危殆になつたために喜び又は満足を感じずるにちがひないやうなものをいふのである、といつてゐられる(二一)。それで、要するに、わたくしがドイツにおける諸家の所説を綜合して考へるときは、『böswillig』とは、エッセンの特別裁判所が判示したところのやうに、單に『故意に』といふ意味でないことだけは、おのづから明かなところといはね

ばならぬのである(二三)。さて、さうして、これに關する判例としては次のやうなのがある。それは、ライヒ裁判所刑事判例集第七十四卷 *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, Bd. 74. に掲載されてゐる第九十六事件で、それは、『一九三九年九月四日の戰時經濟令第一條における「正常なる取引の外に置くこと」*Beiseiterschaffen* —— 關取引もこれに入る —— と「生活上重要なる需要の充足を害意を以て危殆にすること」との構成要件の特質の解釋』なる標題の下に、一九四〇年九月十九日にベルリン地方裁判所の判決に對する上告に關してライヒ裁判所の爲した判決である。この判決においてライヒ裁判所は、同裁判所が一九三八年二月二十八日になした刑事判決 —— これは刑法第二百二十三條bの「害意を以てする過怠の概念」に關する判決である —— がこの字句に關聯して判示した一節を引用し、さうして『法律は故意 *Absicht* を遙かに超えて或非難すべき心情の裡にその故意の根源を見出すところの一の内部的心意過程をば *Böswilligkeit* とするものである (*RGSr. Bd. 72. S. 118ff.*)。さうして、戰時經濟令の第一條の意味における「害意を以てする行爲とは、もし被告がその行爲の際に商品を正

常なる取引の外に置くことに因つて、その商品を必要とする一般住民の需要の充足を危殆にすることが明白であるにもかかはらず、しかも、非難すべき動機からその計畫を遂行したのである時には、その事實關係に因つて害意をもつて爲されたことが肯定されねばならぬ』と判示してゐる(二三—二四)。なほ、この判決に現はれた事案は、被告人たる某女が、一九三九年十月中に、その知り合ひのK女から購買券なくして購買を制限せられてゐる毛糸のジャケツ及びオーバー用ジャケツ約二〇〇枚を二、〇〇〇ライヒスマルクで買入れ、そのうちから同様に購買券なしに二、三枚を他人に賣り、更に共同被告人たるHを通じてその七十五枚を一口として賣らしめたといふことに關するものであつた。

序ながら、*Böswilligkeit* なる字句は、以前には古い刑法草案の第九十五條、第九十七條、第九十九條及び第一〇一條に存在してゐたのである。さうして、それは、今日でもなほ刑法第一〇三條a、第一三四條b、第一三五條の構成要件の特質をなしてゐるのであり、その上、刑法第一三四條a、第一三四條b及び第二二三條bにおける新立法竝に上にも述べた一九三四年十二月二十日の『裏切り處罰法』

“Heimtückgesetz”の第二條においてこの字句が用ひられてゐるのである(二五)。

但し、この字句の意義に關する見解は一致してゐない、といふことを一九三八年二月二十八日のライヒ裁判所が判示したことは已に上に明かにしておいた。

さて、次に本條にその特に重き場合とは、その行爲者の行爲の結果が一般の場合よりも比較的重大なるときか、又はその危殆に陥れた範圍が廣きに互るときかの場合である、と主張する學者がある(二六)。この命令が戰時といふ非常時の立法であるの意味合ひから、又、その非常時たるが故の格別なる極度の社會秩序の維持のために、死刑といふ極刑をもつてしてまでも社會的威嚇を行はねばならぬ點からして、さうして、しかも、この死刑は非常時の意味において——以下順次に述べてゆくナチス・ドイツの戰時刑法における諸立法においては諸所にかやうな規定を散見するのである——それは曾て古代諸國の刑法においてわれわれがしばしば見たやうないはゆる死刑の氾濫、死刑の洪水の復活を、非常時の社會秩序維持のための社會的威嚇の必要から、格別に斷行せねばならなかつた點について考へてみても、かやうに客觀的に重大な結果を招來した場合に特

に重しとせられるべきことは、もとより一應首肯し得ないことではない。しかし、わたくしとしては、かやうに刑の量定の際には客觀的事情からのみでなく、その行爲者のその行爲に出でた主觀的事情において、特に行爲者の悪性の顯著にして且つ大なるものが認められるときには、これをも亦刑の量定において斟酌せねばならぬのでなからうかとおもふ。この場合も亦罪特に重しとする場合の刑の量定に有力に作用すべきものではなからうか。もとより、わたくしは、行爲者の悪性大なるときには特に重き場合としてこれを死刑に處すべしといふのでないことを誤解を避けるために、茲に明かにしておかねばならぬのであるが、わたくしは、ただ、上のやうに、行爲の結果のみから刑の量定をなすべしとするのは、ナチスの主張する意思刑法の思想からは遠ざかること少なからざるものがあるであらうとおもふので、その矛盾を指摘したいに止まるのである。なほナチス・ドイツにあつては、かくのごとく死刑の氾濫を復活し、社會及び犯罪人を威嚇することをもつて犯罪防止を實踐してゐるのであるが、實際の例においては、死刑を以ての斷罪は今迄にあまりに行はれないやうである、といはれてゐる

ことを附記しておかう。

又、本條本項の構成要件は、次章において述べるであらう『國民の害賊に對する命令』の第三條の規定に對して特別規定をなしてゐると考へられるが、しかし、『國民の害賊に對する命令』の第四條に依つて刑を加重することは恐らく可能であらうとされてゐる(二七)。惟ふに、この本條の規定は、恐らくは第一に職業上原料品及び生産品の取引に關係する人人に對して適用されるのを目的としてゐるのであるが、しかし、消費者といへども、亦、本條第一項の意味の可罰的行爲の責任を負ひ、それに因つて罰せられることもあり得るのである。それは、特に上に述べた『正常なる取引の外に置くこと』すなはち、いはゆる闇取引や買占や買溜やをすることに因つて一般の需要を危殆にする場合においてである。しかしこの場合においては、それが極めて少量なる場合が多いであらうから、需要の危険を招來するとは考へ得られないので、本條第一項の構成要件の充足は否定されねばならぬことにならう(二八)。

I Vgl. Kohlrausch, a. a. O. S. 767.

- II E. Drexler u. W. Csollich, *ibid.*
- III Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 72, S. 118.
- IV Kohlrausch, *ibid.*
- V Kohlrausch, *ibid.*
- VI Kohlrausch, *ibid.*
- 七 Vgl. Deutsche Justiz, 1940, S. 1170.
- 八 E. Drexler u. W. Csollich, *ibid.*
- 九 Nagler, a. a. O. S. 175 ff.
- IO Nüse, a. a. O. S. 261.
- II Graf Gleispach, *Kriegsstrafrecht*, I, 1940, S. 53.
- III ハヤシの特別裁判所の判決については Vgl. Deutsche Justiz, 1940, S. 674.
- IIII Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 74, S. 289.
- IIIV なほ、一九四〇年九月十九日のライヒ裁判所刑事部の判決(一九四〇年の第九十六事件)が引用した一九三八年二月二十八日の同裁判所刑事部の爲した判決は、刑法第二百二十三條bの善意を以てする過怠böswillige Vernachlässigungの概念に關するもので、事案は、看護の義務ある夫が病臥中の妻に對してその義務を善意を以て過怠したといふのに關するものであつた。
- IIH Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 72, S. 118 ff.

- 一六 E. Drexler u. W. Csolllich, *ibid.*
 一七 F. Drexler u. W. Csolllich, *ibid.*
 一八 Vgl. E. Drexler u. W. Csolllich, *ibid.*

第六節 第一條第二項について

一 まづ構成要件から考察しよう。

この第一條第二項の規定が制定された趣旨は、經濟の非常に重要な中樞神經ともいふべきドイツの貨幣保證制度を危殆にすることを防止するためのものである。従つて、本項の構成要件はこのことに關聯してゐるのである(一)。
 すなはち、それは阿堵物 *Geldhortung* を理由なく退蔵すること *ungerechtfertigte Zurückhaltung* において成立する。さうして、ナグラ教授に依れば、この本項の犯罪は、純粹に命令抗拒のそれとして表示されてゐるといはれてゐる(二)。

更に、ナグラ教授に依れば、それ故に、退蔵とは、貨幣が正常な流通から姿をか

くすほど貨幣を澤山に溜め込むこと或は用意(準備)しておくことを意味するとし、かやうなのを俗に *hansern* すなはち、『むやみに金を貯め込む』といふのであるが、しかし、その概念は相對的であるとしてゐる。それ故に、行爲者の經濟上の状態——例へば産業上の企業であるとか、私人の家計維持とかのやうな——や、又、行爲者の從來の經濟慣習、例へば行爲者は從來資金の一定の貯へを現金で所持してゐるのを通常としてゐるとかいふやうな慣習やが重要なことになつて來るのである。それで、銀行や貯金組合やに現金で金錢を預け入れしておくことは、自然反對に現金の流通を阻害するといふことを意味するものではないとされてゐるのである(三)。

それで、要するに、この第一條第二項の規定は、貨幣、すなはち阿堵物 *Horung* についてのいはゆる慾ばり *Hanser* ——出し嫌ひ、握り屋——に對して適用することを目的としてゐるのであるから、『正當なる理由』を缺如してゐるといふことで本項の犯罪の構成要件を十分に充足するのである。蓋し、コールラシユ教授のいふやうに、本項では行爲者が害意を以て *Böswillig* ドイツ國民の利益を

危殆にすることを前提要件としてゐるのでなく、むしろ、常に、その行爲者の意圖が正當の理由を缺如してゐるといふ點、すなはち、國民經濟の目的に反することに關聯を有つてゐるからである(四〇五)。それ故に、主觀的には、行爲者には彼が自分にとつて貨幣を退藏するのに正當なる理由がないといふことを自覺してゐることのみが必要とされるに過ぎないのである(六)。されば、例へば近い將來の支拂義務を履行するために、特に鑛山労働者全員に對する貨金の如きは支拂の時期を違へずに準備されねばならぬ——いはゆる確定準備金 *Liquiditätsreserven*——のであるから、かやうな金錢を集蓄しておくことは、その經濟的正當性に因つて行爲の客觀的違法性が阻却されるわけである(七)。

又、本項に『貨幣』 = *Geldzeichen* といふ概念には、硬貨又は紙幣であるか、若は法律上の強制通用力を有つてゐるか否かといふやうな差別なしに、國家的に許容され又は認められてゐる各種の支拂の用具が包含されねばならぬとされてゐるのである(八)。

I Nagler, a. a. O. S. 176.

II Nagler, *ibid.*

III Nagler, *ibid.*

IV Kohrausch, a. a. O. S. 768.

V *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, Bd. 74, S. 115. を参照せられた。

VI E. Dresler u. W. Goellich, *ibid.*

七 Nagler, a. a. O. S. 177.

八 Nagler, a. a. O. S. 176 ff.

二 本項の犯罪の管轄權その他について注意すべきもの次の如し。

本項の違反は輕罪である。但し、オストマルクにおいては、舊ドイツ領におけるとは反對に、それが未遂の場合にも罰せられることになつてゐる。しかし、他面、オストマルクにおいては、犯罪に供せられた貨幣を沒收することは裁判所では出來ないことになつてゐるのである。それは刑法第四十條の沒收に關する規定はオストマルクにおいては行はれてゐないからである。それで、實際の運用においては、裁判所はその判決を管轄行政官廳に知らせて、それに依つて必要があるときには、行政官廳は本來の權限内においてそれを處理するより外に手

段は公然には存してゐないのである(一)。

なほ、本條第一項及び第二項に依り罰せらるべき行為については、一九四〇年二月二十一日の『刑事裁判所の管轄、特別裁判所並に其の他の刑事手続法規に關する命令』 Verordnung über die Zuständigkeit der Strafgerichte, die Sondergerichte und sonstiger Strafverfahrensrechtliche Vorschriften. Vom 21. Februar 1940 (RGBl. I S. 405) の第十三條第四號の規定に依つて爾後特別裁判所の專屬管轄となつてゐる。

I. E. Drexler u. W. Golllich, *ibid.*

第七節 第二十九條について

一 第二十九條及び第三十條は本命令の末尾規定 Schlussbestimmungen ですから、附則ともいふべきものである。第三十條については別に註すべきものがない。第二十九條についてのみ二三のことを加へよう。

第二十九條に『經濟全權委員長』 der Generalbevollmächtigte für die Wirtschaft 及び

『ライヒ行政委員長』 der Generalbevollmächtigte für die Reichsverwaltung とあるのは、上に擧げた一九三九年八月三十日の『國防參議院の構成に關する指導者の命令』 Erlass des Führers über die Bildung eines Ministerrats für die Reichsverteidigung. Vom 30. August 1939 (RGBl. I S. 1539) の第一の二に依つて國防參議院にその常置委員として所屬してゐるものである。なほ、この國防參議院の議長はゲーリング元帥であり前記のライヒ行政全權委員長、經濟全權委員長の外に常置委員として總統代理、ライヒ長官並に書記官長及び國防軍總司令官があることは、已に述べた。

二 又、本條に『ライヒ價格形成委員』 der Reichskommissar für die Preisbildung とあるのは上に擧げた一九三六年十月十八日の『四箇年計畫施行のための命令』に依つて遂行される四箇年計畫の施行のために一九三六年十月二十九日の『四箇年計畫施行の爲の法律——ライヒ價格形成委員の任命——』 Gesetz zur Durchführung des Vierjahresplans——Bestellung eines Reichskommissars für die Preisbildung——.

Vom 29. Oktober 1936 の第一條第一項及び第三項に依つて設置され及び任命されるものである。今、右の第一條第一項及び第三項の條文を掲げれば、次のやうで

ある。曰く、

第一條第一項 各種の物品竝に給付、特に日常生活の總ての需要、總ての農業、産業、工業の生産品竝に各種の物資、商品の取引及び其の他の報酬に對する價格形成を監視するためにライヒ委員が任命せらる。

同第三項 ライヒ委員は總統竝にライヒ宰相より任命せらる。(以下略)と。

序ながら、ライヒ委員及びライヒ價格形成委員の權限について附言すれば、それは右の第二條以下に規定されてある。それに依ると、大體、ライヒ委員は國民經濟上適正なる價格及び報酬の確保のために必要なる處置を講ずべき權限を有するものである(同第二條第一項)。

三 最後に『戰時經濟令』第一條及び末尾規定に關して論述されてある文献及び論文の重要なものを若干擧げておかう。

(1) Graf Gleispach, *Kriegsstrafrecht*, I, 1940, S. 52.

(2) Nüse, *Kriegsstrafrecht*, S. 16 ff.

(3) Nagler, *Kriegsstrafrecht*, *Der Gerichtssaal*, Bd. 114 (1940) S. 133 ff. bes. 172 ff.

等である。この最後のナグラ教授の *Gerichtssaal* 誌上の論文は約百頁に亙るものであつて、この『戰時經濟令』についても叙述が若干の頁に亙つて觸れられてゐる。外に、ニエセーの *Deutsche Justiz*, 1940 に載せた論文及びフライスラーの論稿が、亦 *Deutsche Justiz*, 1940 に載せられてゐる。

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

第一節 立法の沿革

一 國家を腐敗せしめて國力を分裂弱體化せしめるいはゆる敗戰主義 *Defeatism* を克服することは、國民を指導してゆく上における國防政策上最も重要な任務の一つである。すなはち、國力を統一發展せしめて、國民が國家總力戰を完遂するためには、秘かに敵と通ずることを策することや國家の機密を探るやうなことやは堅く之を防がねばならぬのである。敵に對する破り難い抗戰意思は、最後に確定的の勝利を得る最高の保障である。この破り難い抗戰意思は、戰つてゐる軍隊竝に國民の精神的脊椎をなしてゐる。さうして、特にドイツ人

にとつては、一九一八年における歴史的な出來事が回想されねばならぬわけである。惟ふに、この歴史的事實がドイツ人に想起せらるるとき、ドイツ人たるものは慄然たらざるを得ないであらう。當時、ドイツ國防軍は偉大なる戰果を擧げたのであり、戰線においては連戰連勝であつたにかかはらず、國民や國民の代表者やにおいて祖國を飽くまでも防衛しようといふことが斷念せられ、拋棄されたので、遂に、外國に進出してゐたドイツの軍隊は戰爭に挫けてしまつたのであつた。その結果、ドイツは休戰の條約に續いてヴェルサイユの條約に屈服せざるを得ないことになつたのである。

かやうに、ドイツが前大戰において、遂にヴェルサイユの條約に屈服せざるを得ないやうなことに立至つたについては、その裏面に、ユダヤ人等に依りドイツをして敗戰主義に導かしめるための運動が盛に行はれたのに因るとせられてゐたことは、廣く世に知られてゐるところの事實である。さうして、このユダヤ人等に依る敗戰主義の運動の暗躍は效を奏して、遂にドイツの國力を分裂解體せしめ、ドイツ銃後の國民に意思の不統一をもたらさしめ、その戰意を喪失せし

めたのであつた。かくて、ドイツ銃後の國民の意思をして、最後には、戦争指導者戦争遂行論者から完全に離反せしめ、終に戦勝を抛棄せしめることにすらなつたのである。大戦中、特に大戦の末期においては、ドイツの戦争指導者は、いかにこの敗戦主義運動に惱まされたことであるか、さうして、結局、戦争指導者はこのユダヤ人等に依る敗戦運動に屈服したのであるが、ドイツの當時の戦争指導者が敗戦主義の運動に對して嘗めた苦惱には非常に大なるものがあつたのである。それで、ナチ黨が政權を握つてからは、ユダヤ人に對するその處置の頗る峻厳にして苛酷なるものがあるやうであるが、かかる當時における這裏の事情に通ずる者にとつては、ユダヤ人に對しナチス・ドイツが執つた冷厳酷烈なる處置について、必しも諒解し得られざるところでない、といはれてゐるのもあるのである。

それで、かやうな苦い經驗を知つてゐるナチス・ドイツに在つては、ドイツの國家をして内部的に弱體化せしめるやうなことを目的とする各種の企行を嚴に防止するために、既に上に述べた一九三四年十二月二十日のいはゆる『裏切

り處罰法』の第一條以下に倣つて、種種の立法が制定されることになつたのである(一XII)。

I Nagler, *Kriegsstrafrecht*, Gerichtssaal, 114. Heft 3-6, S. 183.

II 『裏切り處罰法』については第五章第四節の二註一四参照

二 しかし、これと同時に、他面、これとはちがつた意味で、戦時における國內の秩序を破壊し、銃後における國家の内部的弱體化に重大な影響を與へる特殊な戦争犯罪に對しても、亦、有效適切なる對策が講ぜられねばならぬ。すなはち、軍隊が國外へ進駐してゐる間、故國においては銃後の社會生活をして平穩圓滑ならしめるために、治安を維持し秩序を保全せねばならぬのである。さうして、この點についても、亦、ドイツは前大戦において苦い經驗を嘗めたのであつた。それで、銃後における社會生活を阻害する不良なる要素を除去するために、一九三九年九月五日に『國民の害賊に對する命令』 *Verordnung gegen Volksschädlinge*. Vom 5. September 1939 (RGBl. I S. 1676; ausgegeben am 6. September 1939) が國防參議院から公布されたのである。

それで、この命令も、亦、前述した二つの命令と同様に、『法律たるの效力』を有たされた命令であるのである。

三 さて、わが國においても、大東亞戦争が勃發するや、その直後に召集せられた臨時議會たる第七十七帝國議會に、『戰時犯罪處罰の特例に關する法律案』が政府提出の法律案として提出された。同議會は、この法律案を通過せしめたので、昭和十六年十二月十九日をもつて法律第九十八號『戰時犯罪處罰の特例に關する法律』が公布された。さうして、昭和十六年十二月二十三日の公布にかかる勅令第千八百八十一號をもつて、これがその翌日の十二月二十四日から實施されるに至つた。

この法律は二箇條から成つてゐて、『戰時に際し、燈火管制中又は敵襲の危険其の他人心に動搖を生ぜしむべき状態ある場合』において犯されたる特殊の犯罪に對し、その刑を加重する旨を規定したものである。その第一條は猥褻罪について規定を設けたものであり、その第二條は盜犯について規定してゐるものである(一)。

それで、わが國における戰時刑法たるこの新法律に就いて見ると、新法律は、明かに、ドイツの戰時刑法たる『國民の害賊に對する命令』の第二條に對應するものであり、しかも、それは、ドイツの右の命令を母法として立法されたものであることが略明瞭であるとするのが許されるであらう。ドイツの『國民の害賊に對する命令』においては、特に第一條の規定が重きを置かれてゐるのである。それは、第一條が第二條よりも先んじて規定されてゐるといふことからばかりでなく、その刑が當然に死刑であり——第二條にあつては、その特に重い場合において死刑が科せられることになつてゐる——さうして、情狀の特に重いのに對しては、死刑が絞首の方法に依つて爲され、しかも、ドイツにおいては死刑執行の方法として絞首が特別の意味を有つものであることは、後にわたくしが述べるやうであるところからも理解されるのである。しかし、わが國においては、幸にもドイツの命令の第一條の事態が未だ發生してゐないので、その立法は他日のことに譲られて、ドイツの命令の第二條に相應する場合について、わが現行刑法所定の刑罰をもつてしては到底不十分なるを免れない——これは、司法

大臣が議會においてこの法律について説明せられた言葉のうちに見えてゐるところである——として、これについての對策上の情勢の必要から、上の新立法を見ることになつたのである。わが新立法は、實體法的な規定に止まつて、ドイツのそのやうに、手續上の特例は規定されてはゐないのである。

しかし、この新らしい戦時刑法は極めて應急的なものであつたので、その後、これは更に整備擴大された戦時刑法として第七十九回帝國議會に提案されて、無修正をもつて兩院を通過し公布を見るに至つた『戦時刑事特別法』（昭和十七年法律第六十四號）の中にその第四條、第五條としてそのまま編入されることになつた。それ故に、『戦時犯罪處罰の特例に關する法律』は右の『戦時刑事特別法』に依つて形式的には廢止されるに至つたのであるが（同法附則第二項）、しかし、實質的には『戦時刑事特別法』に吸收されたことになるわけである。

わたくしは、今、わが國におけるこの新法律の規定に就いて、ドイツにおけるの『國民の害賊に對する命令』第二條との比較法的な詳細な考察を、茲では、その

場合でないとして、別の機會に譲らねばならぬ（三）。但し、その多少は、上に、第三章において爲しておいた。

一 この新法律については、特にドイツのそれとの比較的立場において、牧野博士が、わたくしの論文を引用されて、詳細に考察をめぐらしてゐられる。博士のその論文『戦時犯罪處罰特例法』は載せて、『警察研究』第十三卷（昭和十七年）第一號にある。

二 わたくしは、『比較戦時刑法序説』『法律時報』第十四卷（昭和十七年）第九號において比較的考察を試みておいた。

第二節 立法の趣旨

一 さて、この命令は、上に述べたやうなドイツにおける銃後の社會情勢が、必要とする非常時立法たる戦時刑法として制定されたものであるが、この命令の制定された趣旨を、更に一層明確にすれば、この命令は、戦争のために國民一般が困窮してゐるのを利用して、他人に損害をかけてまでも卑劣な私利私慾を圖ら

うとするやうなあらゆる企行に對して、戰爭に原因する國民同胞の特別なる無防禦状態が刑法中に罰則の強化された規定の挿入されむことを要求してゐるので、これに應ぜむがためのものである(一)。まことに、前大戰においてドイツに在つては、一部の國民——特にユダヤ人がしかりといはれてゐるのであるが——は、戰爭に因つて一般國民の困窮が非常なものであるにもかかはらず、卑しむべき利己主義や陋劣なる私慾やから戰爭を利用して巨利を博し、又は戰爭に因る國民の無防禦状態を悪用して犯罪を行ひ、それに因つて國民の經濟生活を紊亂し、或は國民の銃後の社會生活を甚しく脅かし、國民一般に對し物質的竝に精神的に多大の損害を與へたことは覆ふべからざる事實であつたとせられてゐるところで、これがその敗戦を招いた一つの大きな原因であるといはれてゐるのである。されば、かやうな前大戰における苦い經驗に基づいて、ナチス・ドイツにおいては、この命令を、その第六條に依つて、後述するやうに、ベームとメーレン *Böhmen-Mähren* にも、ドイツが保護者たる關係においてドイツ人たらざるドイツ國家の所屬人に對しても適用してゐるのであるが、同時に、又こ

の命令において、民族協同體に甚しい不法を加へる犯罪者達の群を、實に、『國民の害賊』『國家の獅子身中の蟲』すなはち *Volksschädling* とまで呼んで此等の者を一括し、これに臨むのに嚴罰をもつてしてゐるゆゑんのものがあるのである(二)。

I Nagler, n. n. O. S. 204 ff.

II Nagler, *ibid.*

二 それで、上のやうな次第から、この命令には、特に『國民の害賊に對する命令』といふ標題が與へられてゐるのであるが、今、この命令に就いて、注意せねばならぬことは、この命令には、上の二つの命令、すなはち『ラジオの臨時措置に關する命令』や『戰時經濟令』やに對するのと異つて、前文が附されてゐないことである。

惟ふに、『ラジオの臨時措置に關する命令』や『戰時經濟令』やに對するその標題は、多く、在來の通常の法規における標題と異らず、法規の内容を單純平凡に、さうして、極めて抽象的に表現してゐるのにすぎない。それ故に、その標題からして具體的な法規の趣旨なり、法規の精神なりとして豫定せられてゐるとこ

ろを推量することは非常にむづかしいとせねばならぬのである。すなはち、かやうな標題からは何等具體的な法規の特徴を知り得られないので、かかる標題は何等法規の具體的内容性を率直簡明に徴表し得るものではないとせねばならぬのである。かやうな理由に依つて、上の『ラジオの臨時措置に關する命令』や『戰時經濟令』やにおいては、そこに豫定せらるる法規の精神なり、理念なりを一般の人人に克く理解せしめるためには、右の法規の精神なり、理念なりを平明率直に解説したものを法規の前文として掲げ、これをもつて人人の理解に資せしめるの必要があるわけである。これが、すなはち上の兩つの命令においては前文が附せられたゆゑであるのである。

しかるに、『國民の害賊に對する命令』にあつては、從來の法規のそれと趣を異にして既に『國民の害賊』 Volksschädling といふやうな強烈な立言がその標題に用ひられてゐるのであるが、グライスマット教授に従へば、かかる標題は、實に、刑事立法の一の新らしいスタイルを表現してゐるとされるところであつて、右の標題が格別に重要な一種の意味を有つてゐるものであることは已に上

に擧げた(二)。すなはち、かかる立言は、實に、その標題それみづからの裡に法規の具體的内容性を或程度表現してゐるところとせねばならぬのである。『國民の害賊』といふやうな異常にして人心を刺戟するところの立言がなされてゐる『國民の害賊に對する命令』なる標題は、かやうにして、標題それ自體が既にその法規がきびしい刑罰を伴つたものであることを人人に想像させるのみならず、そこに規定せられてゐる犯罪行爲が、おのづから極めて悪性有害なるものたるべきことを豫想せしめるのである。かかる次第から、實に、『國民の害賊に對する命令』のみについては、法規の標題自體からその制定の趣旨や法規の精神やが一般の人人に容易に或程度理解せられるであらうとして、他の戰時刑事法規におけるやうな前文が附せられなかつたわけであるのである。

それで、かやうなわけ合ひから、他の法規においても勿論のことではあるが、この『國民の害賊に對する命令』にあつては、その標題も、格別に、命令の一部として特別なる法律的效果を有つてゐるのであるとせられ、法規解釋の際に非常に重要視されねばならぬものとされてゐるのである。すなはち、コールラウシ-

教授は、「國民の害賊」といふ行爲者の表示は單純なる標題ではない。むしろ、それは、本質的に法律の解釋と適用とのためのものである」といはれてゐる(二)。さうして、グライスバッハ教授は、又別に、「もし人人がこの標題をどうでもよいもの、大して關心を有つべきものでないと解釋することを主張するのであるならば、それは極めて理由の薄弱なものである。それで、それに對して、われわれは、形式上の異論を唱へ得るのである。右の標題も、亦、法律の内容に數へられてゐるのであり、さうして法律効果を有つてゐるのである」ともいはれてゐる(三)。なほ、後に明かにするやうに、今や、その概念が一の行爲者類型にまで高められつつある『國民の害賊』なる概念と關聯して、このことは特別に重大なる意義を具有してゐるのである。しかるに、ナチス・ドイツの『國民の害賊に對する命令』の第二條に相應してゐるわが『戰時犯罪處罰の特例に關する法律』の標題は、ナチス・ドイツのそれと比較して、法律の標題そのものとして何等新味のない、又、聊かの迫力をも有たないものとせられねばならぬのであつて、特に戰時刑法たるの法律の標題としては、わたくしには大いに未だしきものが感じられるやうにおもはれたことであつたについても既に上に觸れておいた。

I Graf Gleispach, *Entwicklungsrichtungen im Kriegsstrafrecht*, S. 2

II Kohlrusch, a. a. O. S. 768.

III Graf Gleispach, *ibid.*

第三節 命令の全文と施行令

一 まづ、この命令の全文を掲げることによらう。次の如し。――

一九三九年九月五日の『國民の害賊に對する命令』

國防參議院は法律たるの效力を有する次の命令を公布す。

第一條 撤退を命ぜられたる地域内の掠奪

(一) 撤退を命ぜられたる地域又は任意に退去したる建物若は場所に於て掠奪を爲したる者は死刑に處す。

(二) 判決は野戰軍事裁判所の管轄に屬せざる限り特別裁判所に於て之を

爲す。

(三) 死刑は絞首して之を執行することを得。

第二條 空襲の際に於ける犯罪

空襲に對する防衛の爲に執られたる諸措置を利用して、身體、生命若は財産に對する重罪又は輕罪を犯したる者は、十五年以下の懲役又は無期懲役に處す。特に重き場合に於ては死刑に處す。

第三條 公共危険罪

放火其の他公共に危険なる重罪を犯し、因りてドイツ國民の抵抗力を害したる者は死刑に處す。

第四條 戰時狀態を利用することに因る刑の加重

戰爭に因り生じたる非常狀態を利用して、故意に、其の他の犯罪を爲したるときは、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は、通常の刑の範圍を超えて、死刑又は無期若は十五年以下の懲役に處す。

第五條 特別裁判所の手續の促進

行爲者が現行犯を發見せられたるか、又は行爲者の罪責明白なるときは、特別裁判所の總ての手續に於て、裁判は、期間を遵守することなく、直ちに之を爲すことを要す。

第六條 效力範圍

本命令の諸規定は、保護領たるペーメン及びメーレンに亦之を適用す。仍ほドイツ國民たらざる者に對しても亦之を適用す。

第七條 末尾規定

ライヒ司法長官は本命令の施行及び補充の爲必要なる法規的及び行政的の諸規定を設く。

——以上が命令の全文である。

二 なほ、この命令には次の施行令及びその他のこれに關する命令が公布されてゐるので、便宜のため、それ等をも掲げておかう。次の如し。——

一九三九年九月七日の『國民の害賊に對する命令の施行令』 Ver-

ordnung zur Durchführung der Verordnung gegen Volksschädlinge. Vom 7. September 1939 (RGBl. I S. 1700; ausgegeben am 3. September 1939)

一九三九年九月五日の『國民の害賊に對する命令』第七條に基づき次の命令を公布す。

第一條 死刑を絞首に依りて執行すべきか否かに關する決定は刑執行官廳に於て之を爲す。

第二條 被害者の告訴を待ちてのみ起訴せられ得る行爲は命令第二條の意義に於ける輕罪に非ず。

——この施行令に次いで更に第二次施行令が公布された。次の如し。

一九三九年九月二十七日の『國民の害賊に對する命令の第二次施行令』 Zweite Verordnung zur Durchführung der Verordnung gegen Volksschädlinge. Vom 27. September 1939 (RGBl. I S. 1939)

一九三九年九月五日の『國民の害賊に對する命令』第七條に基づき保護領ペーメン及びメーレンに右の命令を適用するため次の命令を公布す。

第一條 行爲が『國民の害賊に對する命令』に依り處罰せらるる行爲とすべきか否かは、ドイツ帝國の諸刑罰規定に従つて判斷すべし。

第二條 一九三九年八月二十六日のサボタージニ行爲の爲のペーメン及びメーレンに於ける保護者たるドイツ帝國の命令の諸規定は、國民の害賊に對する命令の諸規定に依つて其の效力を妨げらるることなし。

——以上がその全文である。

更にオストマルクに對し、次のやうな命令が發せられてゐる。

『オストマルクに於ける國民の害賊に對する命令の適用令(一九三九年九月七日のライヒ内務長官の一般指令)』 Anwendung der Verordnung gegen Volksschädlinge in der Osmark. AV. d. RIM. v. 7. September 1939 (9133/2 —Ia 21109.)

一九三九年九月五日の國民の害賊に對する國防參議院の命令を適用するため、余はオストマルクに於ける全檢事に對し次の訓令を爲す。

(一) 行爲が前記命令第二條乃至第四條に依りて處罰せらるるものに該當す

るか否かは、オストマルクに行はるる法律に従ひて判断せらるべし。オストマルクに行はるる法律に依り裁判上處罰せらるべき違法なる行爲に對しては、前記命令第四條のみが適用せらる。

(二) 前記命令第二條乃至第四條に規定せられたる條件の下に於ては同條所定の刑を宣告すべし。

(三) 前記命令に依り處罰せらるべき行爲に對しては一九三八年七月八日附の刑の適用命令の諸規定が準用せらる(一)。

これがその全文である。

次に、『國民の害賊に對する命令』についての考察をしよう。

一 茲に、一九三八年七月八日附『刑の適用命令』とは、正しくは、『エスタルライヒ地方にドイツ國の刑罰規定を適用するための一時的諸規定』 Allgemeine Bestimmungen für die Anwendung von Strafvorschriften des Deutschen Reichs im Lande Österreich. Vom 8. Juli 1938 といはれるものであるが、これが前記のやうに『刑の適用命令』 Strafenanpassungsverordnung と略稱されるのである。この命令は、一九三八年三月十三日の『ドイツ國とエスタルライヒとの合邦に關する法律』 Gesetz über die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich. Vom 13. März 1938 一これは四

節から成つてゐる——の第三節に基づいて、ドイツ國の法律並に命令の中に包含されてゐる刑罰法規の適用に關しては、その効力はエスタルライヒ地方に及ぶ、といふ趣旨の規定(命令)であつて、二節より成り、第一節は全條十條に亘り、第二節は『エスタルライヒ刑法第十三條に代へてドイツ刑法第十三條を適用す』といふ一項があるのみである。

第四節 いはゆる『國民の害賊』に該當する行爲者

一 この命令中のいはゆる『國民の害賊』 Volksschädling といふものには、私利私慾をのみ計らむとする利己的方法において輕罪又は重罪を行ふために、戰時關係を利用した者が之に該當するのである(二)。すなはち、これを分析すれば、

(一) 戰爭を犯罪行爲に利用する者(第一條、第二條、第四條)

(二) 戰爭に因つて生じた種種な困苦を意識しつづ之を増加せしめたる者(第三條、特に『戰時經濟令』第一條と同質の行爲なる限りしかり)

右の兩者を『國民の害賊に對する命令』は一の『國民の害賊』として罰するのである(三)。蓋し、かやうな行爲を爲す者は、自己みづからを敢てドイツ民族

協同體から除外するものといふべく、それ故に、かかる者には、法律が極めて峻嚴に適用されねばならぬのは當然である、とされるのに由るのである(三)。かやうな見地から、この『國民の害賊に對する命令』は、『戰時經濟令』に依つてその缺けたるところが補充されて完全になるのであることが注意されねばならぬ(四)。

さて、この『國民の害賊』といふ用語は、この命令の單純なる標題にすぎぬものではなく、それは本質的に法律の解釋と適用との基準と爲るものである。さうして、かやうな思想は、第一條に對してはさして明瞭には現はれてゐないが、第二條になると、この思想は鮮やかにされてゐて、やがて、それは第四條の解釋にも影響を及ぼすやうになるのである。それで、このことは、構成要件の特質の實現が直ちに第二條——第四條についてもしかりとさるべきであらう——の適用を正當とするのではなく、むしろ、その外に行爲者自身において國民の害賊たる類型を表示してゐることが確定されて、はじめて第二條の適用が妥當とされるのである(五)。さうして、この行爲者類型についての詳細に關しては、第二條及び第四條の解説の際に譲づることにしたいが、これと類似した目的で、この『行爲

者類型思想』 Tierertyp-Gedanke が、はじめて立法者に使用されたのは、ナチス・ドイツにあつては、その刑法第百八十一條aにおいて、『娼婦に養はれる代りにその保護をする男』すなはち *Nährler* なる行爲者類型が犯罪構成要件に附加されたのはじまるといはれてゐるのである(六)(七)(八)(九)。

I v. Hinüber, *Strafrecht unter Berücksichtigung des kommenden Rechts, Besonderer Teil*, S. 12.

II Kohlrausch, *Strafgesetzbuch*, 1941, 36. Aurl. S. 763.

III v. Hinüber, *ibid.*

IV v. Hinüber, *ibid.*

V Kohlrausch, *ibid.*

VI Kohlrausch, *ibid.*

七 ドイツ刑法第百八十一條aの規定は次のやうである。曰く、

『營業として淫行を營む婦女の不道德なる營利を搾取して生計の資の全部又は一部とする男子、若は常習として又は利己心に因り猥褻なる營業の執行に關してかくの如き婦女に保護を與へたる者、若は其の他之を助成したる者(淫行助成者 *Zuhälter*)は一ヶ月を下らざる禁錮に處す。』

淫行助成者が當該の婦女の夫なるとき、又は淫行助成者が暴力若は脅迫を施用して婦女に

猥褻なる營業を爲すことを強制したるときは一年を下らざる禁錮に處す。

禁錮に併科して公權を褫剥し警察監視を認め、並に第三百六十二條第三項及び第四項に規定したる結果を以て地方警察官廳に附託する旨を言渡すことを得』と。

八 なほ、右のドイツ刑法第百八十一條 a の規定に表現された行爲者類型なる、"Zuhälter" については、Kohlrausch, Strafgesetzbuch, 1941, 36. Aufl. S. 379 を参照。

九 この『行爲者類型思想』については、ドイツの學界は今、盛んに論議を集中してゐるところであつて、これに關する論述は、コールラウシュ教授の擧げてゐるもののみでも既に次の數種に上つてゐる。

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

(2) Bockelmann, Studien zum Täterstrafrecht, Teil II, in Abh. d. Krim. Inst. Berlin, 1940.

(3) Dahm, Der Tätergedanke in Strafrecht, 1940.

(4) Bockelmann, Der Tätergedanke in Strafrecht., Bemerkungen zu dem Buch von Dahm, Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht, 1940, S. 311 ff.

(5) Nagler, Kriegsstrafrecht, in Geistrecht, Heft 114. (1940) S. 140 ff.

(6) Galus Referat auf der Weimarer Tagung deutscher Strafrechtler, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 60. (1941)

等である。なほ特に『國民の害賊に對する命令』中のそれについて論じた述作について

後出第七章第四節二の註三を参照されたい。

二 さて、ナグラ教授は、『國民の害賊』たる行爲者類型について、次のやうに論じてゐる。曰く、『あらゆる重い國民の害賊性 Volksschädlichkeit に對して防衛を爲すことは、戰時立法のなすべき事に屬してゐる。戰時立法の間では、客觀的構成要件と違法なる行爲の効果の意味における結果とが、ともに壓倒的に目立つて重要視されてゐる。さうして、かかることは戰時經濟立法の諸刑罰規定についても、亦、妥當するところである。反法律的意思 rechtseindliches Wollen の強弱は第二次的意味において、はじめて重要な問題となつて來るのである(一)。蓋し、國民の財産は、實に、残る限なく確保されねばならぬのである。さうして、新しい法律上の義務が突如として現はれ、それが民族協同體に對して格別に意義あるものであるときには、嚴格なる科刑の形體の中に存する心に徹するきびしさは、常にその新らしい法律上の義務の客觀的重要性に對應しなければならぬ。それ故に、この新らしい法律上の義務に對しては、非常に緊張した刑の範圍——それは、しばしば懲役から死刑にまで達する——と相竝んで絶對的に規定

されて居り、且つその規定に依つて何等假借しない刑法の類型が亦おのづから現はれて来るのである。さうして、その刑法の類型は、場合場合において、それぞれ異つてゐる意思の氣質に因つて刑罰を一樣化することを、確かに裁判所に對して妨げてゐるのであるが、それ故に、刑法の類型は、平時においては——民族協同體の特別なる保護の必要がある他の秩序を特に例外的に強ひてゐない限り——可動的な刑の範圍のために後退してゐるのを常とするのである」と(三)。

わたくしは、今、刑法上の類型の有つかやうな意義に對しての批判は、その場所でないので差し控へねばならぬのであるが、それは兎も角もあれ、かやうに行爲者類型の思想が、最近、特に問題となりつつあつて、さうして非常時立法、特に戦時立法においては、それが格別に重要視されるやうになつたことは注意されてしかるべきであらう(三)。それで、この『國民の害賊』といふ概念も、亦、今や、上に述べたやうに、一の行爲者類型にまで高められつつあるのである(四)(五)。

一 スールも、亦、同様に『第一に行爲の諸事情が評價されるべきで、しかる後、第二に行爲者の人格の特別なる個性(特異性)が評價されるべきである』といつてゐるのは、注目に値ひす

るとせねばならぬ。Vgl. Suhr, Deutsches Recht, 1940, S. 482. しかし、かやうな思考に關しては、わたくしとしては大に疑を存するところである。

II Nagler, a. a. O. S. 140 ff., besonders 144.

三 抑も、この戦時立法の構成要件たる『犯罪者類型』又は『犯罪者定型』 Verbrechertyp といふと適切にいふならば、『行爲者類型』 Tätertyp に關しては、グラーフ・グライスマハ—— Graf Gleispach, Das Kriegsstrafrecht I, S. 17 f. におさす——又、それに追隨するメツガー—— Metzger, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1940, S. 62. におさす——の兩家が、新たに勃興した觀察方法を以て事を始めたのであるが、既にこれより先きダム—— Dahm, Zeitschrift der gesammten Strafrechtswissenschaft, 59, S. 143 ff. におさす——は『行爲者類型』にいつし論じてゐるのである。此等の諸家は、この新しい觀察方法の助けに依つて獨立した行爲類型から出發して傳統的(因襲的)な刑法に備りかかつてゐる行爲の定型化(類型化)を超えて更に或ものに達せむとし、それに依つて傳統的な行爲者類型に關しての新らしい説明を得ようと望んでゐるのである。

IV Graf Gleispach, Kriegsstrafrecht I, S. 16 ff.

Metzger, Deutsches Recht, 1940, S. 628.

五 グライスマハ教授は、今や、『國民の害賊』 Volksschädlinge の行爲者類型を確立することの可能であることを固く信じてゐるのであるし、又、これに對してメツガー教授も大に賛意を表してゐるところである。これに關しては前註三に掲げた兩家の論文においてそれぞれ

第五節 第一條について

一 まづ、第一條第一項についての考察からはじめよう。

本條第一項の構成要件は、撤退を命ぜられたる地域又は任意に退去されたる建物若は場所における掠奪行爲である。

(6) さて、本條第一項に『撤退を命ぜられたる地域』*frei gemachtes Gebiet*とは、軍事上の理由からする官廳の命令又は勸奨に基づいてその住民が退去した全部又は一部分の地域をいふのである(二)。さうして、一九三九年九月一日附の『國防軍の特別配置の場合に於ける危険なる區域又は住居よりの退去若は撤退の際の家族保護に關する命令』*Verordnung über Familienunterstützung bei Räumung oder Freimachung von gefährdeten Gebieten oder Wohngebäuden im Falle des besonderen Einsatzes der Wehrmacht. Vom 1. September 1939. RChl. I S. 176D* の第一條に依つて、國防軍が特別

に配置される爲に軍當局又は都市の官廳(例へば市當局等の如し)の命令に基づいて一定の地域若は場所から少なくともその住民の大部分が立去つたときは、それは撤退と見做されねばならぬ(三)(四)。又、その撤退された地域が作戰地域であるか若は軍事上の施設——例へば飛行場のやうな——の近くであるため特に危険が感ぜられる地域であるとかいふことは、重要なことでないとされてゐる(四)。

(b) 次に、『任意に退去されたる建物若は場所』*freiwillig geräumten Gebäuden oder Räume*とは、ウィーラー・シェーファ(Wiili Schäfer)の解するやうに、本命令の前段との關係上、それと同様に『住民の大部分が、戦争状態の特別の危険があるとの印象に因つてその建物若は場所を見捨てて立去つたこと』と解されねばならぬのであり、退去に際してその所有物を持つて行つたか残して行つたかといふことは、『任意の退去』といふことに關係を有たないのである(五)。されば、數人の個人が退去したに過ぎぬといふやうな場合はこの中に入らないし、又、退去したのは、軍隊が直接に近づいて來たのに因るといふことは必要でないわけである

六。しかし、立退いた住民が歸住を始めたときでも、未だ個々の地域又は建物若しくは場所が前述のやうな程度において危険に曝らされてゐる限りは、この第一項が適用されるのである(七)。要するに、戦争の危険のためにその住民に依つて一定の地域又は場所が任意に立退かれることは、その意味の上からは強制的に撤退を命ぜられる *zwangsweise Evakuierung* のと同じことであるとされてゐる(八)。

(c) さて、更に、本條における『掠奪』 *Plünderung* の意味である。『本條においては、撤退された地域又は任意に退去したる建物若しくは場所における掠奪といふことに刑法の重點が置かれてゐるのである。それで、撤退された地域又は任意に退去された建物若しくは場所において掠奪を行ふ者が掠奪の罪とされる。さうして、この構成要件では、それが明かに特異な全く獨立した新らしい創造であるといふことが問題になるので、それ故に、この掠奪するといふ構成要件は一種の獨立犯罪 *ein delictum sui generis* を構成するとされてゐるのである(九)。惟ふに、この構成要件は撤退せられたる地域又は場所に殘された物件の特別なる保護の必要と關聯してゐるのであつて、右の物件の保管及び保護は、戦争といふ冷酷な

る運り合はせから、恐らくは、その家や官舎やを全く見捨ててゐるやうに強要されてゐる管理者には殆どはや不可能であり、右の物件は無責任なる人人から容易に奪ひ去られるがままになつてしまふのである。そこで、この構成要件充足の行爲の特徴として、法律は「掠奪する」 *plündern* といふ言ひ現はし方を用ひてゐるのである』とナグラ教授は説明してゐる(一〇)。さうして、フライスラーも、『第一條の「掠奪者」 *Plünderer* といふのにおいて、われわれは、叛逆者とともに最も輕蔑される犯罪者類型である戰場において死體から品物を奪ふ人、すなはち *Leichenfledder* のわれわれにとつて厭ふべき不快なる反映を見るのである。この掠奪者といふのは構成要件の特異なる構成に因つて組成されてゐるのではなく、立法者はそれを極めて單純に立言してゐる。しかし、いづれにせよ、いやしくも裁判官たる者は、掠奪行爲——「……掠奪したる者は」 *wer...plündert* とあるのは、それは、實に、いはゆる行爲者類型としての掠奪者が單純にいはれてゐるのでない——すなはち、反法律的行爲の特異性を根本的に合理的に理解することの職責を回避し得ないのである』といつてゐるのである(一一)。又、ヒニ

「ベルもこれに和して、『この命令が該當させようと欲してゐる撤退された地域における掠奪者とは、その者の人格からもたらされた、しかもそれは構成要件の特質の複合に依つて組成されたのではない一定の犯罪者類型である。それ故に、その概念を分析することは許されない。それよりも、むしろ裁判官は、行為者は法律が規定し表現してゐる類型を實現してゐるかどうか、といふことを専心審査すべきである』といつてゐる（二二）。それで、このためには、ドイツの軍刑法第二百二十九條に依る犯罪と比較し、更に同様にドイツ刑法第二百五條第二項の掠奪者についても比較を考へるのが自然であらう（二三）（二四）。さうして、ナグラー教授は、事實上、それ等の主要なる根本思想は同一であるとし——但し、後に述べるやうに、コルラウシ教授が之に對して、それは同一でない、といつてゐられるのは注目すべきである——この『掠奪する』といふ語は——通俗の語感に立法理由のやうに一樣に他人の物を盗んで運び去ることを暗示してゐるのであるが——公然と若は祕かに、しかし、そのいづれにしても他人の動産を不法に領得することを意味してゐて、それ故に、それは通常は横領、しかし、時

には竊盜、強盜、恐喝をも包括してゐるのである、といつてゐる（二五）。蓋し、住民達がその場所を見捨てて去つて行つたときには、通常は新たに保管——例へば軍の官廳に依つて——がなされるといふやうなことはない。それ故に、取り残されていつた物品は、通常は、誰の物かわからなくなるのである。それで、エッセンの特別裁判所においては、十分なる監視がなくして後に残された品物が残つてゐる場合には本條の構成要件の成立がないと狭く解してゐる（二六）。しかし、反對に、その物品の領得が第四條に該當し得るものを行為者が撤退された地域内に持ち込んだときには、本條第一條に依つて保護されないといふことは正當である、と右の判決においては強調されてゐるのである。

(d) さて、本條においては、勿論比較的重大な又は比較的廣範圍の事件が問題にされねばならぬのであつて、そのために瑣末な事件——例へば少量飲食物竊盜、刑法第二百四十八條aの困窮に因る竊盜、重要な意味のない森林竊盜、原野竊盜のやうな——ははじめから除外されるのである（二七）。それで、ドイツ刑法第二百四十七條において特徴づけられてゐる例外關係も、それが親族的關係の間

の行爲であるのと竊取又は横領された物の價額が微少のもので瑣末な事件であるのとのために行爲の違法要素が緩和され得るのであるが、本命令の第一條においては前述のやうに瑣末な事件は除外されるので、上の刑法第二百四十七條の例外關係は本條にはその必要がないことになるのである(二八)(二九)。但し、グラスイバツハ教授は、この本條の適用外か否かの限界を、ナグララー教授やドレックスラー及びクゾーリツヒの兩家やのやうに瑣末な事件か否かに求めず、その限界を行爲に依つて實地に示された情操において求め、すなはち、明かに卑しめらるべき情操をもつて『國民の害賊』たる徵表である、といつてゐるのは傾聽すべきであらう(二〇)(二一)。又、ナグララー教授は、器物を損壞し、使用不能にすること等は既にその言語上『掠奪』Plündernの概念の中に入れしめられない。それ等には刑法第三百三條以下及び軍刑法第三百三十二條以下が適用されるとしてゐる(二二)(二三)。なほ、ドレックスラー及びクゾーリツヒの兩家も、亦、掠奪とはその語の用法に従つて、解釋されねばならぬ、といつてゐるから、大體ナグララー教授と同じ趣旨の見解に歸著することにならう(三四)。又、ナグララー教授は、本條の

客觀的違法性は現今の社會通念とせられるもので、社會倫理的に決定せられてゐる實體的反法律性に従つて格別に正確に確立せられることを要するとし、そのために、軍刑法第二百二十九條第三項はこれに對して二三の示唆を與へるとされてゐる。——もとよりのこととして、上に述べたやうに、教授は本條の掠奪の概念と軍刑法第二百二十九條及び刑法第二百五條第二項のそれとは同一根本思想のものであるとしてゐることを考へておかねばならぬ——それで、教授は、本條の故意には、軍事上の理由から、その住民に立退かれ、それがために特別なる守護を必要とする地域又は場所であるといふことが行爲者に暗に意識されてゐることが必要であり、物品を運び去る當時において領得の意思が既に存在しなければならぬのは自明なことであるとしてゐるのである(三五)。それ故に、教授は、領得の意思は使用竊盜(furtum usus)と關聯して、後になつてはじめてそれが懷かれるに至つたときには、單純なる横領に止まることになる、としてゐられるのである(二六)(二七)。

しかし、コールラウシニ教授は、前述のやうにナグララー教授の見解とは反對に、

刑法第二百二十五條第二項と軍刑法第二百二十九條との規定における『掠奪する』“plündern”といふのはその概念を同じくしない。そのそれぞれの意義は構成要件からはじめて確定されるのであるとしてゐるのである(三八)。さうして、更に本條の意味における『掠奪者』Plünderer とは、第一項に規定された場所において他人の財産に對し害を加へる者をいふ。但し、掠奪者がその財産の無防禦を意識しつつ之を利用した場合であることを要すると説いてゐられるのである(三九)。かやうな見解からすれば、器物を損壞、使用不能にすること等も、必しも本條から除外されるのでないことにならう。なほ、エッセンの特別裁判所の判例は、大體コールラウシニ教授の上に述べられた見解と同趣旨のやうである(三〇)。又、トリエルの特別裁判所の判決では、ただ婦人や子供のみが隔離させられ(遠くに立退かせられて)た場所については本條は適用されない旨を判示した(三一)。但し、この場合本條が適用されないからといつて、當然に竊盜や横領やの罪が成立しないといふ意味にはならないことを注意すべきである。

I Kohlrausch, a. a. O. S. 769.

E. Drexler u. W. Csollich, a. a. O. S. 10.

II Nagler, a. a. O. S. 207.

III 一〇一九三九年九月一日の『國防軍の特別配置の場合に於ける危険なる區域又は住居よりの退去若は撤退の際の家族保護に關する命令』は、又、『退去家族保護法』Räumungsgesetz vom 30. März 1936 (RGBl. I S. 327) の第七條に基づいて制定公布されたものである。全文五條より成る命令である。今、本文と關係のあるその第一條のみを掲げることにする。次
○如し。曰く、

第一條 國防軍を特別に配置する場合に於て、官の命令に依り危険なる區域又は住居より退去又は撤退したるに因りその生活必需品の確保を失ひたる者は、本命令の規定を以て變更せられ、一九三九年九月一日の國防軍の特別配置の場合に於ける家族保護に關する命令の標準に従つて家族保護を受く。

IV Nagler, ibid.

V Kohlrausch, ibid.

VI E. Drexler u. W. Csollich, ibid.

VII Kohlrausch, ibid.

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 第五節

Ⅷ Nagler, *ibid.*

Ⅸ Vgl. RMG. 21. S. 148 und 248 ff.

Ⅹ Nagler, a. a. O. S. 205.

Ⅺ Freisler, Deutsche Justiz, 1939, S. 1451.

Ⅻ v. Hinüber, a. a. O. S. 12.

Ⅼ ドイツ刑法第二百二十九條は次のやうに規定されてゐる。曰く、『戰場に於て戦争の恐怖を利用し又は自己の軍事上の優越の地位を濫用して、

(I) 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
(II) 権限なくして戦時課税を徴収し又は強制徴収を爲し又は自己の利益のために程度を逸脱したる徴収を爲したる者

は掠奪 (Plünderung) の罪を犯したるものとす』と。

Ⅽ ドイツ刑法第二百五條第二項の規定は次のやうになつてゐる。序ながら、第二項を明瞭ならしめるため、第一項をも掲げておく。第一項に曰く、『多衆公然徒黨を爲し且つ協力して人又は物に對し暴力行爲に出でたるときは、此の徒黨に加はりたる者は公安を害したる者とし三箇月以上の禁錮に處す』と。つづいて第二項に曰く、『首魁並に人に對して暴力行爲に出でたる者又は物を掠奪し (Sachen geplündert haben)、滅失若は破壊したる者は十年以下の懲役に處す。仍ほ警察監視の許容をも宣告することを得。刑を減輕すべき事情の存するときは六箇月以上の禁錮に處す』と。

Ⅾ Nagler, a. a. O. S. 206.

Ⅿ Vgl. Deutsche Justiz, 1940, S. 515 ff.

ⅰ Nagler, *ibid.*

ⅱ ドイツ刑法第二百四十七條は次のやうに規定されてゐる。曰く、『親族、後見人又は教育者に對し竊盜又は横領を犯したる者、又は自己が待弟關係にある者、若は自己を僕婢として家族内に於て使用する者に對して、微少なる價額の物件を竊取し又は横領したる者は、告訴あるときに限り訴追せらる。但し、告訴の取下を許す(第一項)。血族たる尊族親が卑族親に對して又は配偶者の一方が他方に對して犯したる竊盜若は横領は無罪とす(第二項)。前二項の規定は前記の個人的關係を有せざる共犯又は補助者には之を適用せず(第三項)』と。

ⅲ Nagler, *ibid.*

ⅳ Graf Gleispach, *Kriegsstrafrecht*. 1 S. 20.

ⅴ 但し、ナグラ教授は、グライスパッハ教授が擧げてゐる例(物品の價値が少ないこと等)は主觀的なものからでなく、むしろ、反對に客觀的な方面から指導されてゐるといつて反駁してゐる。Vgl. Nagler, a. a. O. S. 206. Anm. 47.

ⅵ Nagler, a. a. O. S. 207.

ⅶ ドイツ刑法第三百三條以下とは、第二十六章の『器物毀棄』に關する罪を規定した條文である。また、軍刑法第三百三十二條以下とは、主として戰場における他人の物件の故意に基づく破壊、劫掠に關するものであるが、それは『掠奪』と同様に處罰せらるるとする規定である。

その第三百三十二條は規定して曰く、『戰場に於ける他人の物の悪意又は故意に基づく破壊若しくは劫掠は二年以下の自由刑に處す。特に重き場合には掠奪(Plünderung)と同じく之を處罰す』と。更に、つづいてその第三百三十三條に曰く、『(一)他人に對し暴力を以て掠奪又は之と同様に罰せらるべき行爲を爲したるときは、十年以下の懲役が宣告せらるることを要す。暴行に因りて重大なる身體障害が惹起せられたるときは十年以上の懲役に處し且つ因りて人を死に致したるときは死刑に處す。罪それよりも輕き場合には無期懲役に處す。(二)右の行爲が數人より爲されたる場合に於ては首魁は前段同様に處罰せらる。自ら他人に對して暴行を爲さざるも右の行爲に關與したる者は十年以下の禁錮に處す。仍ほ同時に下士に對してはその免職を宣告することを要す』と。

二四 E. Drexler u. W. Gsellich, *ibid.*

二五 Nagler, a. a. O. S. 208.

二六 Nagler, *ibid.*

二七 使用竊盜については、ナチスでは次のやうな見解が支配してゐることを注意すべきであらう。すなはち、國民社會主義勞働黨の『刑法綱領』の第六〇には『他人の財物に對する侵害は、民族同胞の生活の物質的要件、その行動の道具及びその創造の成果を侵すものである。他人の財物に對する直接なる侵害は、利己的なる又は悪意ある情操に出でたるものなるに於いては、刑事上の贖罪を要するものである』とされてゐる。さうして、パンヌ・フランクは次のやうにいつてゐる。曰く、『この點におきて刑事上の贖罪の必要が存在する限り、他人の財

物を一時的に勝手に取つてゆくところの使用竊盜 Gebrauchsdiebstahl は財物を永続的に取つてゆくことを目的としてゐる竊盜と關聯して利己的な奪取として竊盜と同様に罰せられねばならぬ』と。(H. Frank, *Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht, Besonderer Teil*, 1936, S. 121 ff.)

二八 Kohrausch, a. a. O. S. 770.

二九 Kohrausch, a. a. O. S. 769.

三〇 Vgl. Höchstgerichtliche Rechtsprechung, 1940, Nr. 633.

三一 Vgl. Höchstgerichtliche Rechtsprechung, 1940, Nr. 632.

二 次に、第一條第二項についての考察をしよう。

第一條第二項は、一九四〇年三月十三日の『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の施行令』Verordnung zur Durchführung der Verordnung über die Zuständigkeit der Strafgerichte, die Sondergerichte und sonstige strafverfahrensrechtliche Vorschriften. Vom 13. März 1940 (RGBl. I S. 489)の第二十一條第一項及び第二十二項第三十號に依つて一九四〇年三月十五日から廢止されることになつた(一)。

I Vgl. Kohrausch, a. a. O. S. 769.

第七章 國民の善悪性に對する統後治安維持のための刑事立法 第五節

三一九

三 更に、第一條第三項についての考察を進めよう。

本條第三項は、『死刑は之を絞首 *Erhängen* して行ふことを得』と規定してゐる。ドイツにおいては、その刑法第十三條に依つて、通常、『死刑は斬首 *Enthauptung* に依つて之を執行すべし』といふことになつてゐる。しかるに、それが『國民の害賊に對する命令』の第一條に違反した行爲者、すなはち掠奪者に對する死刑の執行に際しては、通常の死刑執行の方法たる斬首に依らないで、絞首に依つても執行され得ることが特に許容されてゐるのであるが、蓋し、これは、その行爲が格別に破廉恥なものである場合には、古代ドイツの法律感情に従へば非常に不名誉な方法、すなはち、絞首 *Erhängen* が選ばれ得ることになり、さうして、これに依つて死刑が執行されたのに因るのである二。詳言すれば、この『國民の害賊に對する命令』に違反した行爲は、もともと破廉恥罪の最たるものといはねばならぬので、これに違反した行爲者にしてその行爲が格別に破廉恥的なものである場合においては、右のドイツ古代の特別な破廉恥罪に對する刑罰執行の方法であつた絞首の刑が第一條の罪に關聯して、今、ナチス・ドイツの世になつて復活さ

れることになつたのである。すなはち、それは、非常に懐古的復古的な思想——古代ドイツの法律感想 *altddeutsches Rechtsempfinden*——が、今や、ナチス・ドイツにおいても亦行はれてゐるものとせられるべき一つの證左を、われわれに示してゐるのであるとせねばならぬのである。これに由つてこれを觀れば、ナチス・ドイツにおいて、今、その刑罰に關して應報刑論やいはゆる贖罪刑論や害惡刑論やが有力に主張されてゐるのを亦われわれは偶然でないとせねばならぬ。しかし、それは兎も角もあれ、この第一條第三項に依る絞首の決定は、一九三九年九月七日の『國民の害賊に對する命令の施行令』第一條に依つて、刑執行官廳、すなはち、檢事が之を爲すことになつてゐるのである三。さうして、これは、檢事の權限が擴大強化された例として引き合ひに出されるのであることについては、既に上に述べた。

I Vgl. Nagler, a. a. O. S. 208.

II Kohlausch, *ibid.*

Nagler, *ibid.*

• v. Hinüber, a. a. O. S. 12.

第六節 第二條の本質

一 第二條に就いて明かにするのに先だつて、まづ第二條の本質を考察することからはじめよう。

さて、第二條の本質に關しては、種種の學說の對立が見られる(二)。その學說の見解の相違は、實體上の違法要素に關するものよりも、むしろ、法律的構成に關するものが多いのである。さうして、第二條の本質を把握理解し、それを適用するのに可能なる三種の考へ方がある。すなはち、その一は、第二條をもつて、人的刑罰量定規範 *persönliche Strafzumessungsregel* を定めたものであるとして、その二は、構成要件に因る刑罰加重の基礎 *tatbestandlicher Strafhöhungsgrund* を規定したものであるとして、さうして、その三は、特別犯罪 *Sonderverbrechen* を規定したものであるとして、その本質を把握し、理解し、これに依つて第二條の適用に資しようといふのである(三)。それで、コールラウシ教授の見解に依ると、右の第一の學說、すなはち、

第二條をもつて人的刑罰量定規範を定めたものであるとするの見解は、勿論非常に熱心に主張されたのであるけれども、しかし、それは採用することを得ないとされてゐるのである。蓋し、われわれが、第二條をもつて、身體、生命並に財産に關する一般刑法の構成要件に對し、これに附加的の意味で規定された一の非獨立的な、すなはち、從屬的な規定として考へるにしても、この第二條の規定は、しかし、なほ、一般刑法の身體、生命並に財産に關する構成要件に對して更に構成要件上の補足を加へてゐるのであつて、單に行爲者の刑の加重の徴表を示してゐるのみのものではないからである、とされるのに因るのである(三)。

I Kohrausch, a. a. O. S. 770.

Nagler, a. a. O. S. 208 ff.

II Kohrausch, *ibid.*

III Kohrausch, *ibid.*

二 かやうにして、第二と第三との學說が、第二條の本質を克く把握せしめ、理解せしめ得るものとして残されることになるのである。

さて、最高法院の判決に依ると、第二條をもつて構成要件に因る刑罰の加重原因を規定したものであるとする第二の見解は、身體竝に財産に對するあらゆる重罪及び輕罪に漸次にその適用を見むとしつつあるところ、今や、恐らくは通説と見做されねばならぬものである(一)。しかし、それにもかかはらず、判示せられた數多くのその判決からは、その法律的構成は、まだまだ十分明瞭でないといはれてゐるのである(二)。

それで、次に、第三の見解における多義にして曖昧なる『特別犯罪』: "Sonderverbrechen" なる語は、格別にその意味を明かにする上に障礙があるのである。さうして、上に述べたやうに、この第二條をもつて、『單純な刑の量定の基礎』: "bloßer Strafzumessungsgrund" を示したものとすることを否定することからしては、なほ未だいはゆる『特別犯罪論』の結論を生ずるといふことにはならないのである。それで、單純な刑の量定の基礎を規定したものとすることを否定するのは、むしろ、次の二つのことの可能性を未解決のままにしておくことになる(三)とされてゐる(三)。すなはち、それは、基本的な情狀加重罪——例へばドイツ刑法第二百四十

二條の單純なる竊盜に對してのその第二百四十三條の夜間竊盜のやうに——についての特別關係の成立の可能性と純粹なる特別犯罪——例へばドイツ刑法第二百四十二條の竊盜に對する關係におけるの同じくその第二百四十九條の強盜のやうに——の存在の可能性あることを未解決のままにしておくことである。さうして、最高法院が一種の純粹なる特別犯罪 *ein echtes Sonder Verbrechen* ——それが不明確なる名稱であるにかかはらず——といはないのは、それは、上の第二百四十二條に對するの第二百四十三條の關係の説明に複雑を來すことが明かであるからである。しかし、第二百四十三條が第二百四十二條に對する特別犯罪でないことは争ひの餘地がないところである(四)。

かやうなわけで、第二條の法律的構成を明かにすることは、實際上においては、些細なことでもなく、重要な意味を有つてゐるのである(五)。蓋し、それは、後に述べるやうに、未遂、競合、累犯、檢事の求刑、刑法第五十條、判決の形式上の表現法、等、等がこの第二條の根本的見地と關聯してゐるからである。勿論、判決は第二條についての根本的見解から意識的に結論を得たことを必要とはしてゐない。しか

しわれわれはその判決を考察して、判決は第二條に關していかやうな根本的見解に據つてゐるかといふことを知ることが出来る。すなはち判決に表はされてゐるところから遡つて、判決は第二條の本質に對しその根柢においていかなる見解を採つてゐるのであらうか、といふことをわれわれは推斷し得るのである。さうして、このやうにして、判決に現はれたところをわれわれが考察した結果も、亦、判決は主として根本的な情狀加重罪の見解を採つてゐる、といふ結論にわれわれは到達することになるので、従つて、それは、判決が『特別犯罪』說の見解を採つてゐるといふの結論に到達させるものではないのである(六)。

更に、第二條は、事實的竝に人的刑罰加重の基礎を基本的構成要件の一系列にもたらし來つたといふこと、すなはち、いはゆる犯罪の情狀加重性 *sog. Deliktsqualifizierung* を明かにしてゐるのである(七)。しかし、第二條は特別犯罪なる語の從來から慣用されて來た意味における特別犯罪を創り出すのではないのである。それ故に、基本的犯罪に對するこの情狀加重犯は一つの新しい、さうして且つ獨立的な違法要素を有つてゐるといふことは否定し得ないところとさ

れねばならぬわけである。しかし、このことは他の多くの情狀加重犯罪——例へば重い竊盜——においても亦、場合は同様であつて、それはその犯罪の情狀加重性に因つて根本的に基本的犯罪との關係を喪失するといふことはない、とコールラウシ＝教授もいつてゐられるのである(八)。

- 一 Kohlrausch, *ibid.*
- 二 Kohlrausch, *ibid.*
- 三 Kohlrausch, a. a. O. S. 771.
- 四 Kohlrausch, *ibid.*
- 五 Kohlrausch, *ibid.*
- 六 Kohlrausch, *ibid.*
- 七 Kohlrausch, *ibid.*
- 八 Kohlrausch, *ibid.*

三 上に述べたこの第二條の本質に關する諸家の論争的對立的な所見において、一方においては、特にフライスターは第二條と第四條との特別犯罪說を代表し、これに對して、他方においては、ナグラ教授は基本的犯罪への從屬性を強

調してゐる。さうして、教授は特に第四條に對しては明白にこれを強調してゐられるのである(一)。この兩家の論争においては事實に即した對立が眼目となつてゐるのではなくして、むしろ同一の現象から出て來ると思はれる二つの觀點すなはち、一は非常に犯罪學的であり、他は非常に體系的に論理が導かれてゐるのを特徴としてゐる二つの觀點が、そのおのの所見をして異にせしめる緣由となるのであらうとされてゐるのである(二)。しかし、要するに、ドイツの學界及び裁判所の見解としては、第二條をもつて構成要件に因る刑罰の加重を規定したものとす説が通説たらんとしつゝあるのであり、少なくとも、今最も有力視されてゐるのである。

一 Feisler, Deutsche Justiz, 1939, S. 1450 ff., 1705 ff., 1850; Deutsche Justiz, 1940, S. 385 ff., 1045 ff., 1229 ff.

Nagler, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1940, S. 219 ff., 226 ff.

Nagler, Gerichtssaal, Bd. 114, 1940, S. 208 ff.

二 Vgl. Kohlrusch, ibid

第七節 第二條について

一 第二條の基本的構成要件の第一は、身體、生命又は財産に對する重罪又は輕罪である。しかし、その限界をわれわれがドイツ刑法上の法益保護の一體系の意味において解釋するときには、それは甚しく狹隘なものになるのである。『しかし、かやうな解釋が命ぜられてゐるのではない。判決は、當然に、所定の場合の過程を多種多様なものとして考へてゐるのである。そのことから、風俗犯や國家權力や自由意思やに對する犯罪行為として體系的に考へられてゐた犯罪行為及び、實にその上に、純正な不作爲犯までもが、亦、その具體的過程に相應して國民の害賊に對する命令第二條の意味における「身體又は生命に對する」犯罪行為と見做されるのである』とコールラウシニ教授はいつてゐるのである(一)。さうして、ライヒ裁判所は、その一九四〇年五月二十日の判決において、『その行為の性質上、行為者が國民の害賊たることの明かなる場合には、國民の害賊

に對する命令第二條は不作爲犯にも仍ほ適用せられ得るものとす』と判示した^(三)。事案は、被告は、燈火管制のため消燈せられたる道路において、その消燈が被告に負はされてゐるドイツ刑法第三百三十條^cの救助義務の不履行の發見を妨げることを認識しつつ、右の救助義務を履行せざるの意圖の下に、燈火管制の消燈に因る闇黒を利用して、自己の救助義務を履行しなかつた、といふのにかゝるものであつた^{(三)(四)}。

又、本條と風俗犯とに關するものについては、ドイツ刑法第七十五條^a及び第七十六條^fに關するライヒ裁判所特別刑事部のなした判例がある。但し、兩者とも身體の侵害又は身體に對する脅迫と結合した場合のみに關するものであつた^(五)。更に、本條と國家の權力とに關するものについても、亦、既に最高法院の判決がある^(六)。又、ドイツ刑法第二百四十條の『強要』*Zwang* について、ライヒ裁判所は、その一九四〇年三月四日の刑事部判決において、強要そのものは意思の自由に對する輕罪であるが、しかし、『それは、むしろ戰時關係といふこと及び國民の害賊に對する命令の立法の精神並に目的が顧慮されねばならぬ』

とし、つづいて、『果して然らば、意思の自由に對する犯罪的企行も、亦、身體又は生命に對する侵害であり得る』と判示し、且つ、更につづけて、『國民の害賊に對する命令を解釋するに方つては、純理論的評價と思考とは之に對して解決を與へ得ないであらう』とその判決の中において揚言してゐるのである^{(七)(八)}。さうして、右の判決中に現はれてゐる事案は、被告は、被告の逃走を阻止しようとした某、某等二人に對し、燈火管制に因るの闇黒を利用して、用捨なく自己の乗つてゐた車を彼等の方に突進させ、彼等を轢き殺さむとして脅かしつつ、右二人を強要しその正當なる企圖を中止せしめようとしたといふのにあつた。なほ、この判決は、前審裁判所たる刑事裁判所 *Stadtkammer* が『強要の場合には國民の害賊に對する命令第二條の侵害となる』として本件の事案に關し第二條を適用したのに對し、ライヒ裁判所がこれに賛意を表して上告を棄却したものである。すなはち、右のライヒ裁判所から示された見解に依るときには、戰時關係を顧慮し、又國民の害賊に對する命令の精神に従へば、從來單に意思の自由に對する犯罪とせられてゐた行爲も亦身體又は生命の侵害となり得るとされることになつ

たわけである。さうして、ウエルツェル教授は、この判決とその趣旨を同じくして、『茲に、身體竝に生命に對する犯罪とは、單に身體侵害のみに止まらず、人の自由を侵害する犯罪、暴力的風俗犯も、亦、しかり』といつて、*Körperverletzungen* のみならず、*Freiheitsdelikte* をも身體竝に生命に對する犯罪としてゐるのが注目せられねばならぬであらう(九)。又、ドレックスマラー及びクゾーリツヒの兩家も、おそらくは、この判決に賛意を表してゐるのであらうか、『意思の自由に對する侵害も、亦、第二條の保護の下にはひつて來る』とせられてゐるのである(一〇)。しかし、この判決に反對し、この判決はその理由とするところにおいて否定されねばならない、とコールラウシニ教授は主張されるのである。すなはち、論じて曰く、『ライヒ裁判所の判決の理由にもかかはらず、戰時及び平時において、理論的解釋に依つても、實際上の解釋に依つても、強要は意思の自由に對する輕罪であり、さうして、しかも、輕罪たるに止まる。しかし、判決の基礎となつてゐる具體的の場合においては、身體又は生命に對する侵害に因つて、(轢き殺さむとすることに因り威迫して)強要の結果が生じたのである。それ故にこそ、命令の第二條が

適用されねばならなかつたのである。さうして、かやうに考へることが正當であり、かく考へることの結果は、具體的な事案の觀察について前記判決の採つた方法のやうに、命令の精神を顧慮した實踐上の解釋と理論的思考とを、刑事上であのやうに對立せしめることもなく、それ故に、法益すなはち刑法の體系を個々の事案の必要に順應せしめる方法に依るよりかも、はるかに異論なく到達し得たであらう』と(一〇)。わたくしも、亦、コールラウシニ教授の見解に左祖して、ライヒ裁判所の判示を、その理由において妥當ならざるものが存すると考へたい。惟ふに、わが國においても、強要罪は、刑法上、人の自由を對象とする法益を侵害するの罪とせられることが一般であつて、これが人の生命、身體を對象とする法益を侵害するの罪と區別するのに異論がないところであるのである。

I Kohlrausch, a. a. O. S. 772.

II Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Bd. 74, S. 199.

Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1940, S. 225.

III Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 74, S. 199 ff.

四 この事案に對する前記の判決は賛成支持も受けてゐるのであるが (Vgl. Deutsche Justiz,

1940, s. 1193) しかし、この判決に對しては、その支持を躊躇する學者もある。例へば、ナグラー及びダーム(Dahm)の兩家がそれである。ナグラー教授は刑法第三百三十條cは身體若は生命に對する輕罪でなくして、むしろ、その純然たる國家の命令に服従しないことを罰するのであるからとして判決に反對し (Zeichnrit der Akademie für Deutsches Recht, 1940, s. 226 ff.) 又、ダームは、同條は社會同胞への義務の違反すなはち同胞への不人情を罰するのであるからとして反對してゐるのである (Deutsches Recht, 1940, s. 1421)。要するに、問題は、右の判決が組織法を目標としてなされるべきであるか、或は意欲せられたる具體的経過を目標としてなされるべきであるか、といふことである。それで、『後者の見解は國民の害賊に對する命令第二條の精神によく適合するであらう。蓋し、それは第二條の立言と衝突することでもなく、又、基礎的犯罪との組織的關係を失ふこともないからであつても、し、われわれがこの見解をもつて許され得ないものであると考へるならば、第三百三十條cに關するこの判決のみならず、その他第二條に關する判例は悉く否定されねばならぬであらう』と云つて、コールラウシュ教授がこの判決を支持してゐられるのは注目せらるべきであらう (Kohlrausch, a. a. O. s. 772)。

IV Verl. Deutsche Justiz, 1939, s. 1905.

Verl. Deutsches Recht, 1940, s. 318.

六 Höchstgerichtliche Rechtsprechung, 1940, s. 1136; Verl. Deutsche Justiz, 1940, s. 629.

七 Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 74, s. 114.

八 ドイツ刑法第二百四十條には次のやうに規定されてゐる。曰く、『暴力又は重罪若は

輕罪となるべき脅迫に依りて強要し、他人をして不法に行爲、忍容又は不作爲を爲さしめたる者は一年以下の禁錮又は罰金に處す。本條の未遂は之を罰す』と。

九 Welzel, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrecht, 1940, s. 125.

IO E. Drexler u. W. Gollisch, a. a. O. s. 10.

II Kohlrausch, a. a. O. s. 773.

二 基本的犯罪行爲の未遂は、第二條の構成要件を充足する、といふのを通説とする(一)。さうして、ライヒ裁判所の判決はこのことを明かに承認してゐるのである。すなはち、ライヒ裁判所の示した一九四〇年三月十九日の刑事部判決の要旨の(二)には、基本的犯罪行爲の未遂と第二條との關係について、次のやうにいはれてある。曰く、『基本的犯罪行爲が未遂にのみ終りたるときと雖も第二條に對する犯罪は完成したるものとす』と(三)。この判決は、基本犯罪の未遂をもつて之を第二條に依る犯罪の既遂とし、これに對して、第二條が適用せられるに十分なものであることを判示したものである。しかし、之に對して、コールラウシュ教授は、基本犯罪が重罪であらうと輕罪であらうと、すなはち、いかなる基本犯罪の未遂にも第二條が適用せられるのであつて、基本犯罪の未遂は第二

條に依つて情狀に因る加重が行はれなくとも罰せられるであらうかといふことは問題にならないとされ、さうして、基本犯罪の未遂が第二條に依り罰せられるのは、通常の通り、かやうな情狀に因る加重が基本犯罪を重罪にすることから生ずるとしてゐられる(三)。この點について、教授は、基本犯罪の未遂自體が可罰的のものでなければならぬ、とせられたその第三十五版に主張せられた見解を拋棄され、今、かやうに改められたのである(四、五)。これは注目されねばならぬところである。

それで、更に、コールラウシニ教授は、上に擧げたライヒ裁判所の判決に對して、『第二條に對するライヒ裁判所の判決——上の判決等を指す——は、基本犯罪の未遂に對して「國民の害賊に對する命令」第二條の適用があることを認めてゐるのではあるが、しかし、右の第二條を適用することは、第二條に關して爲された一九四〇年三月十九日のライヒ裁判所の刑事部判決並に「國民の害賊に對する命令」第四條に關して爲された同年二月二十六日のライヒ裁判所刑事部判決が認めてゐるやうに、未遂犯から既遂犯を創造するのではない。われわ

れがライヒ裁判所の判決の大多數とともに基本犯罪に對する第二條の關係を刑法第二百四十二條に對する第二百四十三條の關係のやうに理解するときには、そのときにこそ、まさに、基本犯罪の未遂は、あくまでも、やはり第二條の未遂に止まるものとされねばならぬ』と批評せられてゐる(六、七、八、九)。惟ふに、上のライヒ裁判所の判決は、基本犯罪の未遂をもつて『國民の害賊に對する命令』第二條の既遂となるものとし、右第二條の既遂として罰せむとしたものである。しかし、基本犯罪の未遂は、コールラウシニ教授のいふやうに、第二條の既遂となるものでなく、やはり第二條の未遂でなければならぬ。しかし、第二條は重罪に關する規定であるので、ドイツ刑法第四十三條第二項の規定に従つて、未遂に關する特別の規定がなくとも之を罰し得るものとせねばならぬ。されば、コールラウシニ教授は、わたくしが上に紹介したその判決の批評につづけて、次のやうに述べてゐる。曰く、『第二條の加重せられたる條件の下に國民の害賊から行はれた竊盜は未遂に終つた重い竊盜と同じである。それで、その刑は第四十四條に従つて減輕され得る。しかるに、もしその反對の判決に對して、ライヒ裁判所

が、その一九四〇年二月二十六日の判決において爲したやうに、第四條はドイツ刑法第二十條の場合と同様な法律的立場にあることを判示してゐるとするときは、右の判決は、その反對の判決に對して右の判決に述べられてゐる判決自身の言葉を以て第二十條 a は單に人的刑罰加重規定を包含してゐるのであるといふことが答へられねばならない。しかるに、反對に、國民の害賊に對する命令第二條と第四條とは、特別な構成要件を包含してはゐないのであるけれども、しかし、なほ事實上の構成要件の加重を包含してゐるのである』と上の判例に對する批評をつづけてゐられるのである(一〇)。

I Kohlrusch, a. a. O. S. 773.

Vgl. E. Drexler u. W. Csollich, *ibid.*

II Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 74. S. 137.

III Kohlrusch, *ibid.*

IV Kohlrusch, *ibid.*

五 因みに、コールラウシュ教授の刑法註釋第三十五版(Kohlrusch, Strafrechtbuch, 35. Auf.)は一九四〇年に公にされたものである。

六 Kohlrusch, *ibid.*

七 コールラウシュ教授が右の判決に對する批評のうち引用されてゐる一九四〇年二月二十六日のライヒ裁判所刑事部の判決とは、その要旨に次のやうにいはれてゐるものである。曰く、『一九三九年九月五日の國民の害賊に對する命令の第四條においては、或犯行の未遂に對し並びに従犯の行爲に對しては——刑法第二十條 a におけると類似して——既遂の行爲に對すると同様の刑を科するものとす。云云。』と。なほ、この判決については、わたくしは、第四條の解説をする際に引用して詳細に考察しようとおもふ。

八 ドイツ刑法第二百四十二條とは次のやうないはゆる單純なる竊盜(einfacher Diebstahl)に關する規定である。曰く、——
第二百四十二條 違法に領得するの意圖を以て他人より其の動産を奪取したる者は竊盜の罪とし禁錮に處す。

本條の未遂は之を罰す。

と又、刑法第二百四十三條とは、いはゆる重い竊盜(Gewerter Diebstahl)についての規定である。

曰く、——

第二百四十三條 左の場合には十年以下の懲役を言渡すべし。

(一) 禮拜に定められたる建物より禮拜の爲に奉獻せられたる物件を竊取したるとき

(二) 押込又は踰越に依り若は容器を破開して建物又は圍墻を過らしたる場所の裡より竊取したるとき

(三) 建物又は圍墻を廻らしたる場所の入口を開く爲め又は内部に在る扉又は器容を開く爲め合鍵若は本来その開披の爲に用ひられざる他の道具を使用して竊盜が爲されたるとき

(四) 公道、街衢、廣場、水路若は鐵道に於て、又は郵便用建物若は之に附屬する構内に於て、又は停車場に於て繫縛材料若は包装材料を切斷若は解放することに依り、又は合鍵若は本来其の開披に適せざる其の他の道具を使用することに依りて旅客の荷物其の他運送の客體に屬する物を竊取したるとき

(五) 竊盜又は竊盜の共犯の一人が其の行爲を爲すに際して兇器を携帯したるとき

(六) 強盜又は竊盜を連續して爲さむが爲に數人の者が加功したるとき

(七) 犯人が竊盜の意圖を以て潜入したる人の居住せる建物又は同一の意圖を以て潜伏したる人の居住せる建物に於て夜間に竊盜を行ひたるとき。竊盜の當時右建物内に居住者の居らざるとき亦同じ。人の居住する建物に附屬する圍墻を廻らしたる場所及び同様な場所内に在る各種の建物並に人の居住する艦船は人の居住する建物と同視す。

減輕すべき情狀の存するときは三月以上の禁錮とす。と。

九ドイツ刑法第二百四十三條(重い竊盜に關する規定)の未遂は、第二百四十二條(單純なる竊盜に關する規定)のやうに奪取行爲の開始とともに始めて出現するのではなく、むしろ、第二百四十三條に規定せられたる行爲の開始のときから既に可能であるのであることを注意すべきである。これに關しては Kohlrausch, a. a. O. S. 463. を參照。

10 Kohlrausch, a. a. O. S. 773.

三 本條に『空襲の危険を防衛する爲に執られる措置』Zur Abwehr der Flieger-gefahr getroffene Massnahmen とは第一に燈火管制 Dunkelung である(一)。しかし、燈火管制に因つて闇黒化されたのと異つて、自然の暗闇 natürliche Dunkelheit では空襲防衛の措置の利用とするのに十分でなく、すなはち燈火管制などがなくてさへ、もともと自然に存在してゐる闇黒 die ohnehin bestehende natürliche Dunkelheit 例へば田舎道のやうな途上で暗闇が利用されても、それは第二條の問題とはならないのである(二)。しかし、それは、正常な科刑の範圍内で、通常、刑の加重原因とはなるであらうこと勿論である。さうして、防空措置の第二は空襲警報 Fliegeralarm である(三)。しかし、空襲防衛練習のための警報、すなはち訓練警報も、亦、右の措置の中にはひることになつてゐる。蓋し、練習のための警報は、住民をして必要なる防衛措置を嚴守せしめるやうに訓練するのに役立つてゐる一種の『空襲の危険を防衛する爲に執られる措置』であるからである(四)。それで、なかなづく多く問題を生ずるのは燈火管制の暗闇の間においてであらうが、しかし、白晝でも

例へば空襲警報の際本條の犯罪が行はれ得るであらう(五)。

さて本條には『空襲の危険を防衛する爲に執られる措置を利用して』とあるのであるが、ウエルツェル教授もいつてゐるやうに、この『利用して』すなはち „unter Ausnutzung“ といふ言葉の解釋がやつかないのである(六)。それで、この言葉について、まづ目につくことは、ナグララー教授もいつてゐるやうに、本條においては、從來使はれてゐた „Benutzung“ といふ文字の代りに „Ausnutzung“ といふあまり世に行はれない新奇な表現用語が選ばれて特にこれが使用されたことである(七)。さうして、これは、恰も、軍刑法第二百二十九條の新らしい語法が戦争の恐怖の利用といふ措辭において、すなはち從來の „Benutzung“ の代りに戦時關係の利用といふのにおいて、 „Ausnutzung“ といふ文字を用ひたのと同じであるといへよう(八)。これについて、ナグララー教授は、純粹に言語上からいへば、 „ausnützen“ とは „nutzend erschöpfen“ と同じ意味であるとし、且つ、それ故に、自己に提供せられた機會を單純に役立てる das bloße Gebrauchmachen ことでは十分でなくして、むしろそれは、その機會を狙ふとか、または機會を特に效果的に利用する besonders ausgieb-

ige Benutzung ことを必要とする、といつてゐる(九)。さうして、この點は、既にライヒ裁判所が一九四〇年二月十六日に爲したその判決においてこれを明かにしてゐるところである(一〇)(一一)。それ故に、ウエルツェル教授も『利用して』 „unter Ausnutzung“ といふ言葉は、決して、燈火管制が行爲をさせる動機であつたといふことを意味するのでもなく、又、燈火管制に因つて行爲の準備若は實行が促進されたといふことを意味するのでもないとしてゐる(一二)。さうして、これについてはハンブルグの特別裁判所が同じ趣旨の判決を示した(一三)。それで、ウエルツェル教授は、更に『利用して』といふのには、單に主觀的に燈火管制を意識してゐることと足りるとする見解は第二條の立言とも一致しないし、又、自分の考へるところでは、『國民の害賊に對する命令』の意味とも一致しない、ともいつてゐる(一四)。しかし、ウィリー・シェーフアーは、『國民の害賊とされる者が空襲の防衛のために採られる措置なることを意識して之を自己の犯罪行爲に利用するのでなければならぬ』と簡單にいつてゐるのにすぎぬ(一五)。

これに對して、ウエルツェル教授は、更に語をつづけて、『又、いかなる種類の防

空措置も犯罪遂行を容易ならしめるものであるもので、これに對して刑の加重といふことで均衡をとらうとしてゐるのである。それ故に、空襲の措置は、行爲の直接の準備又は實行を若は行爲者の逃走を容易にするのでなければならぬ。少なくとも主觀的にはそれを容易にする(何故なれば、「利用して」といふことには一種の主觀的な傾向が含まれてゐる)と考へられねばならぬ。それで、行爲者が、この容易にすることを利用しようとして欲したものでなければならぬ』といつてゐる(一六)。フライスターも同じやうに考へてゐるのである(一七)。さうして、今や、ライヒ裁判所も、亦、同じ趣旨の判例を示すに至つたのである(一八)。

しかし、種種の防空措置 *Luftschutzmassnahmen* について、いかなる行爲の段階において——豫備から實行後の逃走までを含めて——その防空措置が行爲者から利用されたかは問はれるところでない、とされてゐる(一九)。又、犯罪そのものの實體の實行が目標とされねばならぬので、犯罪の實體の實行を終つた後になつてからの利用行爲は問題とされない、とナグララー教授はいつてゐる(二〇)。さうして、かやうにして、假令、以上のやうに限定された犯罪の終了までの行爲のうちの一

部分の間においてのみ防空措置がその必要上利用される場合であつても、それで本條の犯罪の成立には十分であるとされてゐるのである(二一)。以上の諸家の見解と關聯して判例に上つた事案には次のやうなものがあつた。それは、二人の婦人が、何のことからかして幾分躍起となつた結果、燈火のともつてゐるその借家の中で、掴み合ひをはじめた。それで、家主から戸外に追ひ出されても、燈火管制のために暗闇になつてゐた街上でなほ掴み合ひをつづけてゐたが、そのうちに、一方の婦人が他方の婦人に對し、後ろから懷中電燈をもつて、その頭部を打ちつづけて負傷をさせ、因つてドイツ刑法第二百二十三條^aに該當する行爲を爲したといふ事件であつた。これに對して、ナグララー及びフライスターの兩家は、ともに、その二人の婦人の中の一人が故意に暗闇に適するやうな闘争手段を少しでも自分から採つたのでない限り、燈火管制の利用といふことにはならないのであるが、しかし、彼女らの掴み合ひの危険は燈火管制に因る暗闇のために著しく増加してゐるのである、といつてゐる(二二)。ウエルツェル教授も、亦、右の事件に對して、『國民の害賊に對する命令』第二條を適用すべきではないとし、それ

は、右の一婦人は燈火管制に因つてその行爲を容易にされたものでもないし、又、暗闇にまぎれてその行爲をなしたのでもないからであるといふ理由に依つてであるとしてゐるのである(二三)。

次に、防空の措置が實施されてゐる中に犯罪行爲が爲された場合、その場合において、必しも常に空襲防衛措置 *Fliegerabwehrmassnahmen* —— 特に燈火管制の際において —— の利用とは認められない、といふ趣旨の判決が、ハンブルグの特別裁判所から示された(二四)。蓋し、空襲防衛措置の行はれてゐるうちに爲された行爲と雖も、積極的に何等か意識的に之を利用する意思の下に爲されたものでなければ利用行爲とはいはれ得ないからであらう。上に擧げた二人の婦人に關する判決のやうなのは、この趣旨において理解さるべきであらう。なほ、上のハンブルグの特別裁判所から示された判決と同趣旨の判決が、その後一九四〇年二月十六日にライヒ裁判所からも示された。この判決については上に述べたので茲に再説しないことにする(二五)。

しかし、他面、この防空措置が執られなかつたならばその行爲は恐らく爲され

ずにあつたらうといふことは、本條の犯罪の成立に對して何等の要件をも爲さない。すなはち、犯罪行爲の實行が燈火管制に因つて兎に角に容易ならしめられた——例へば被害者の防衛を困難ならしめるとか、警戒を阻害するとか、又は第三者の救助を妨害するとかして——ことが、先づ第一に、客觀的に必要にして且つ十分なる要件であり、次に、第二に、行爲者が上記のことを意識してその行爲を爲すことを決意したことが、主觀的に必要にして且つ十分なる要件である(二六)。この點も、亦、上に擧げた一九四〇年二月十六日のライヒ裁判所の判決の明かにしてゐるところであるが、なほ詳しくは、ライヒ裁判所特別刑事部のなした一九三九年十二月十九日の判決に就いて見られたい(二七、二八)。更に又、このことを明かにした判例は相當多數に上つてゐるのである(二九)。

又、防空の爲の措置が犯罪行爲の準備のために利用され、或は犯罪行爲後において、その結果を確保するために利用され、若しは犯行後の逃走を容易ならしめるために利用された場合でも、本條の犯罪を構成するに十分であることは、既に述べたところから明かであらう(三〇)。さうして、上に擧げた最後の場合、すなはち、犯

行後の逃走を容易ならしめる場合においては、『行爲者に右の事情が遅くとも行爲の實行中に意識され、しかも、その行爲が敢行されたことが内部的構成要件となる』とライヒ裁判所は一九四〇年七月二十五日の刑事部の判決において判示したのである(三一)(三二)。なほ、この判決とその趣旨を同じくするライヒ裁判所及び最高法院の判決も、亦、相當の數に上つてゐるのである(三三)。

- I Willi Schäfer, a. a. O. S. 258.
- E. Drexler u. W. Csolllich, a. a. O. S. 10.
- Vgl. Nagler, a. a. O. S. 210.
- II E. Drexler u. W. Csolllich, *ibid.*
- Welzel, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 240, S. 125 ff.
- Nagler, a. a. O. S. 210 ff.
- III E. Drexler u. W. Csolllich, *ibid.*
- IV E. Drexler u. W. Csolllich, *ibid.*
- V Welzel, a. a. O. S. 125.
- VI Welzel, *ibid.*
- VII Nagler, a. a. O. S. 211.

八 ドイツ軍刑法第二百二十九條の規定については前出参照。

九 Nagler, a. a. O. S. 212.

一〇 Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 74, S. 63 ff.

一一 ライヒ裁判所はこの判決について、『空襲の危険を防衛するために執られた措置が爲されてゐる間において、換言すれば、燈火管制のために暗闇となつてゐる間に第二條の犯罪が行はれたからといつて、それは必しも空襲の危険を防衛するために執られた措置を利用して生命、身體又は財産に對する重罪若は輕罪が爲されたとはいへない。『空襲の危険を防衛するために執られた措置を利用して』といふ用語が示してゐるやうに、むしろ、なほ或ものがそれに附け加はらねばならぬ。それで、燈火管制がなかつたならば、その行爲は恐らく爲されなかつたらうといふことは必要ではないが、しかし、他面において、行爲の實行が燈火管制に因つて幾分か容易にされたといふことが、非常に大切なこととしてなほ十分に要求される』とし、更に『行爲は燈火管制を十分意識して利用したのでなければならぬ』と判示した。因みに、本案は、職務執行中の調査部長 M に對し、燈火管制中において被告が激昂のあまり意識的にビール罐を投げつけたといふのであつた。

一二 Welzel, a. a. O. S. 125.

一三 Deutsche Justiz, 1939, S. 1836.

一四 Welzel, *ibid.*

一五 Willi Schäfer, a. a. O. S. 258.

- 一六 Welzel, *ibid.*
- 一七 Feisler, *Deutsche Justiz*, 1939, S. 1706.
- 一八 Vgl. RG. BSTS. in *Deutsche Justiz*, 1940, S. 101.
- 一九 Nagler, *ibid.*
- 二〇 Nagler, *ibid.*
- 二一 Nagler, *ibid.*
- 二二 Nagler, a. a. O. S. 212. Anmerk. 55.
- 二三 Welzel, *ibid.*
- 二四 Vgl. *Deutsche Justiz*, 1939, S. 1835.
- 二五 この判決については既に上に述べた。
- 二六 Vgl. Kohlrausch, a. a. O. S. 774.
- 二七 Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 74, S. 62 besonders 63.
- 二八 Vgl. Urteil des Besonderen Strafsenats des RG. v. 19. Dezember 1939, Nr. 3/39 *Deutsches Justiz*, 1940, S. 101.
- 二九 例へば、一九四〇年三月十九日のライヒ裁判所の刑事部判決の要旨に曰く、『燈火管制に因りて行爲の實行が容易ならしめられ、且つ行爲者が行爲の容易ならしめられたることを意識したることは、一九三九年九月五日の國民の害賊に對する命令第二條の構成要件に屬するものとす』と (Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 74, S. 137)。外にエッセ

ンの特別裁判所の判決 (Vgl. Höchstrichterliche Rechtsprechung, 1940, S. 633) 及びコートブス地方裁判所判決 (Vgl. HRR. 1940, S. 762) 等々がある。

三〇 Kohlrausch, a. a. O. S. 774.

三一 Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 74, S. 246, besonders 247.

三二 なほ、この判決の專案は、一は、被告は一九三九年十一月二十七日に某醫院の待合室から、談話室に行つて居つた G の外套を竊取し、右竊取後道路に出でたる際恰度燈火管制の暗闇がその逃走を容易ならしめることを意識した。さうして、それを利用することに因つて彼は竊取した外套を確保することに成功したといふ事件であり、他の判決も同様に、被告 P が Kr と談合して齒科醫の待合室から外套を竊取し、燈火管制が逃走を容易ならしめることを意識し、之を利用して逃走したといふ事件であつた。

三三 同趣旨の判決には、ライヒ裁判所の列示した一九四〇年二月十六日の刑事部判決(前出参照)、一九四〇年三月十九日の同刑事部判決(前出参照)、一九四〇年九月二十六日の同刑事部判決 (Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 74, S. 299) 等々がある。

四 ここで、わたくしは、第二條の行爲者類型について述べなければならぬ。行爲者類型そのものの觀念については、上にその概觀を考察したので茲に再説しない。

さて、第二條の規定のうちには、一種特別なる行爲者類型は含まれてゐないのであるから、第二條に規定されてゐる行爲を爲した者は『國民の害賊』であるとされてしかるべきわけである。しかし、行爲者を『國民の害賊』として第二條を適用するためには、防空措置を利用して爲された基礎的構成要件 Grundtatbestand の實現に對して別に附け加はらねばならぬ更に一つの要件がある。すなはち、それは、夙に、フライスタールが特に之を論じたところである(二)。しかし、今や、ライヒ裁判所に在つても、一九四〇年五月二十日の判決において、新たに『刑法第百八十一條 a に依つては "Zuhörer" —— これは、「娼婦に養はれる代りにその保護をする男」をいふのである(著者註) —— の行爲者類型のみが處罰せらるべきであるのと同様に、國民の害賊に對する命令は、國民の害賊の行爲者類型をのみ對象として處罰する』と判示するに至つた(三)。さうして、上の判決においてライヒ裁判所は、裁判官は、一面において第二條の外部的竝に内部的構成要件を確認するに際しては、格別に細心に審理するの義務を負ふ、といふ趣旨を判示しつつ、更に語をつづけて、次のやうにいつてゐるのである。曰く、『しかし、他

面において、裁判官は、事件の全事情から、さうして、特に行爲自體から —— この外に、學者に依つては、例へばコールラウシ教授のやうに、行爲者のこれまでの行狀から、といふことを附加しようとしてゐるのがある(著者註) —— 國民の害賊として見做なされねばならぬ一種の行爲者人格が認識せられるかどうかを、その構成要件の特質を確認する場合に在つては審査しなければならぬ』と判示したのである(三)(四)。なほ、檢事總長 Ober-Reichs-Anwalt のなした判決無効の申立に對して、上と同趣旨のライヒ裁判所の判決が爲されてゐるのを注意すべきである(五)。

I Freisler, Deutsche Justiz, 1939, s. 1451.

II Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 74, s. 199 besonders 202.

III Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 74, s. 203.

IV Vgl. Kohlrusch, a. a. O. S. 774 ff.

V Vgl. Deutsche Justiz, 1940, s. 1169.

五 本條の第四條に對する關係を少しばかり考察しておかう。

第四條に對して、本條は一種の特別規定を爲してゐるものであり、且つ、本條は

第四條に對する特別規定として、一定の場合にはそれに優先して適用されるのである(二)。それ故に、第四條は、空襲防衛の措置以外の他の戦争に因る諸種の困難なる事情が犯罪行為——身體、生命又は財産に對する犯罪行為をも包含すること勿論である——を實行する場合に利用されたときには、その適用を見るのであるが、又、假令、空襲防衛の諸措置を利用する場合であつても、それが利用されて爲された犯罪が、身體、生命又は財産に對する重罪又は輕罪以外の他の犯罪行為に關する場合であるときにも、亦、その適用を見るであらう(三)。さうして、第四條の場合には、『健全なる國民感想』 *gesundes Volksempfinden* に依つて刑の加重が要求されてゐるかどうかといふことが更に審査されねばならない。但し、わたくしが本節四において詳論したところが考慮されるならば、刑の加重に關する點では、第二條との差異は、勿論顯著なものではないことにならう。

I Kohlrausch, a. a. O. S. 775.

II Kohlrausch, *ibid.*

六 なほ、本條に關する根本的見解の如何に因つて、その結果として生ずる諸

種の事項についての影響の若干のものに關して少しばかりの考察をしておかう。

さて、本條の本質に就いての把握に關して三種の見解が存在することは、既にわたくしの上に詳論したところである。さうして、本條の本質に就いては右の三種の見解のうち、本條をもつて『人的刑罰量定規範』 *persönliche Strafzumessungsregel* とするものについては、それが採る可からざることに關しても、亦、上に論じたところである。それで、又、本條の本質に關する見解の残りの二つのもの、(a) 基本犯罪に對する本條の構成要件に因る情狀加重の規定として把握するの見解すなはち『構成要件に因る刑罰加重規定』と解するの見解と、(b) 特別犯罪として把握するの見解とが有力なものであることも已に上に述べた。さうして、本條の本質をいかに把握し、いかに理解するかに従つて、本條の未遂や共犯の競合の場合やに關して、その適用上重大なる差異又は影響を及ぼすことのあるべきをも既に上に述べておいた。今、次にそれについての考察をしてみよう。

(一) 未 遂

本條の未遂の場合に關しては、上の a の見解に従つても、又、b の見解に依つても、ともに本條の適用をうける。さうして、兩つの見解のいづれに従ふとするもともにドイツ刑法第四十四條に依つて刑の減輕が許されることになる。但し、b の見解すなはち第二條をもつて特別犯罪とするの見解を執るところでは、これに關して議論が存してゐる。これは、已に上に述べたところである。

(二) 共 犯

a の見解に従へば、ドイツ刑法第五十條が適用される(二)。例へば、行爲者(正犯)が國民の害賊にして、從犯は然らざるとき、又は從犯が國民の害賊であるが、しかし、行爲者(正犯)は然らざるときには、第二條は常に國民の害賊に對してのみ適用されねばならぬ。これに反して、b の見解に従へば、從屬的取扱ひをうけることにならう(三)。それ故に、正犯のみが國民の害賊であるときには、正犯も從犯も、ともに第二條の適用を受けて罰せられねばならぬことになるであらう。これに反して、從犯のみが國民の害賊に該當するときには、正犯も從犯も、ともに基本的犯罪の法規に従つてのみ罰せられることになる。

さて、これに關して、コールラウシニ教授は、b の見解における右のやうな結果は、恐らくは、無意味な、さうして面白からぬことであらう、といはれてゐるのである(三)。かやうな妥當ならざる結果を生ぜしめる點に、特別犯説が實際上の缺陷を包藏してゐることは、注意せられねばならぬところであらう。

I Kohlrusch, a. a. O. S. 773.

II Kohlrusch, *ibid.*

III Kohlrusch, *ibid.*

(三) 競 合

a の見解に従へば、基本的犯罪の法律に對する第二條の關係においては、第二條のみが適用されることは自明のことである。されば、いかなる種類の競合も第二條と基本犯罪との間では決して問題にはならないのである(二)。

次に、b の見解に従へば、第二條と基本法——基本的犯罪を規定する法規——とは、恐らくは、相互に對立してゐるのであらう。しかし、又、恐らくは、第二條は特別法——いはゆる『法條競合』(Gesetzes-Konkurrenz)——であらう(三)。それ故に、a の

見解とbの見解との結果はこの點では同一に歸著することになる。さうして、はじめのうちにはライヒ裁判所から承認されたのであつたとはいひながら、行爲の單一又は想像的競合(ドイツ刑法第七十三條)を認めるといふことは到底出來得ないところであらう(三)。

— Vgl. Kohlrusch, a. a. O. S. 775.

II Vgl. Kohlrusch, *ibid.*

III Vgl. Kohlrusch, *ibid.*

(四) 告訴

ドイツ刑法第七十九條の罪は、時として第二條に該當することであるが、しかし、aの見解に従へば、告訴を待つてのみ訴追され得る(一)。

— Vgl. Kohlrusch, a. a. O. S. 776.

(五) 判決の形式

判決の形式に就いては、aの見解に従へば、『被告は國民の害賊に對する命令第二條と關聯せる竊盜の廉に依り……に處す』、『Der Angeklagte wird wegen Dieb-

stahls i. Vbdg. mit § 2 Volkssch. d. VO. zu... verurteilt』といふことになる。これに對して、bの見解に従へば、『被告は國民の害賊に對する命令第二條に關する犯罪の廉に依り……に處す』、『Der Angeklagte wird wegen Verbr. gegen § 2 Volkssch. d. VO. zu... verurteilt』といふ形式に依つて判決されることになる。さうして、ライヒ裁判所は、殆どその悉くに互つての判決において第一の形式を採つてゐるのである。従つて、ライヒ裁判所は、第二條においては特別犯罪といふことを認めてゐないといへるのである(二)。このことも、亦、第二條の本質に關するaの見解を、已に述べたやうに、通説たらしめるのに與つて力があるところとせねばなるまい。

— Kohlrusch, *ibid.*

(六) 累犯

aの見解に従へば、判決は後の累犯刑を基準とすることが出来るが、bの見解を採れば反對である。

さて、以上の結果を比較綜合すると、第二條の本質に關しての論争は、實際上、重要なものでない、とはいへないのであつて、論争の價值あるものとせねばならぬ

のであり、さうして、その結果は、^aの見解が妥當なものとして承認せらるべき結果となることを示唆してゐるといへるのである(一)。それで、以上のかやうな結論は、ライヒ裁判所の判決の見解とも一致してゐるところであつても、し結果から遡つて原因を斷定し得るならば、それは、ライヒ裁判所は、第二條をもつて特別犯罪——不明確なる名辭のそれは除いて——とは見てゐないで、むしろ、一種の情狀加重犯罪と見てゐるのであることを知り得られる、とコールラウシニ教授はいつてゐる(二)。

一 Kohrausch, *ibid.*

二 Kohrausch, *ibid.*

七 本條において罪特に重い場合とは、行爲者の裡に國民の害賊たるの類型が格別に顯著であつて、そのために、その者を國民の中から選除 *Ausmerzung* するやうに命ぜられる場合が、特にこれに該當するとされてゐる(二)。蓋し、ナチス・ドイツにおいては、死刑は、徹底的な反社會的性格者をドイツ民族の裡から選除して、ドイツ民族から劣悪なる犯罪性すなはち惡質を排斥し、民族の頹廢を防止

するとともに、民族の優秀性を確保し増進しようとするの目的からますます之を刑として保存するの必要ありとせられてゐることは、わたくしが既に上に論じたところである。さうして、國民の害賊たる類型者が極めて惡質な反社會的者であるとせられてゐることは、茲にいふまでもないところである。

その他、行爲者の人格の根柢に立入つて、例へば行爲者が幾度も犯罪を行つてゐるとか、行爲者を特徴づけてゐる多くの前科をその者が有つてゐるとか、いふやうな場合においても、亦、之に該當するとされてゐるのである(二)。

一 Kohrausch, *ibid.*

二 Vgl. Deutsche Justiz, 1940, s. 101.

Deutsches Recht, 1940, s. 317.

Deutsche Justiz, 1940, s. 248.

第八節 第三條について

一 この第三條は、いはゆる公共に危険なる犯罪の重罪 Verbrechen —— 輕罪 Vergehen ではない——に該當する行爲、例へば放火等を爲し、それに因つてドイツ國民の物質的抵抗力に損害を與へることに關する犯罪についての規定である。さうして、かやうに公共に危険なる犯罪を行ふことに因つて國民の物質的抵抗力を害することを、學者は特に『公共に危険なるサボタージュ』 gemeingefährliche Sabotage といつてゐる(一)。それで、第三條は、戰時刑法の立場から、この『公共に危険なるサボタージュ』に關する犯罪についての峻嚴なる刑罰を規定したものである。なほ、これに對して、已に述べた『戰時經濟令』第一條に規定されてゐるやうに、原料品又は生活上の重要な生産品について、之を滅失し、正常なる取引外に置き、又は退藏し、それに因つて一般住民の生活上の需要の充足を故意に危険に陥れること(その第一項)及び貨幣を理由なく退藏すること(その第二項)を、學者は『經濟上のサボタージュ』 Wirtschaftssabotage といつてゐるのであることは、上に明かにしておいた(二)。

v. Hinüber, Strafrecht unter Berücksichtigung des kommenden Rechts, Besonderer Teil, 1940, 6. Aufl.

S. 12.

II v. Hinüber, ibid.

二 『國民の害賊に對する命令』の第三條に規定せられたる犯罪の行爲者は、公共に危険なる重罪——輕罪にあらず——例へば放火を爲し、それに因つて國民の物質的抵抗力に侵害を加へたる者である(一)。かやうな者は、本條に依つていはゆる『國民の害賊』と烙印づけられるわけである。

I v. Hinüber, a. a. O. S. 12.

三 『國民の害賊に對する命令』の第三條に規定された罪については、これに關聯してドイツ刑法第二十七章の『公共に危険なる重罪及び輕罪』 Gemeingefährliche Verbrechen und Vergehen (第三百六條乃至第三百三十條)の中において規定せられてゐる重罪——輕罪は問題とされず、從つて除外される——及び『爆發物法』 Sprengstoffgesetz の中に規定されてゐる重罪——輕罪は問題とされず、從つて除外される——すなはち、同法第五條以下に規定されてゐる規定中の特に第五條乃至第十條に關する重罪が、本條にいはゆる『公共に危険なる重罪』とし