

14. 5-54



14.5

54



始



14.5
54

料資法司

號六十三百二第

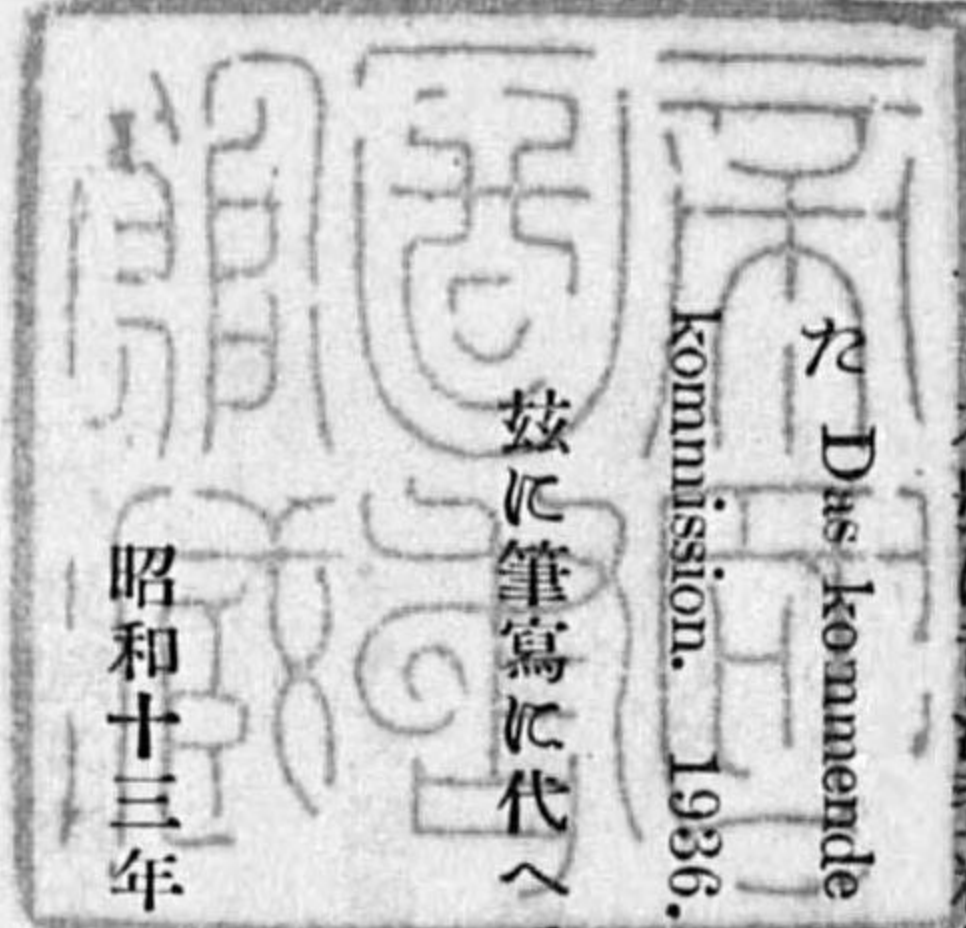
將來の獨逸刑法(各則) 上

— 刑法委員會事業報告 —

[禁轉載] (昭和十三年一月)

司法省調查部

14.5
54



昭和十三年一月

本號は司法資料第二百三十四號の續編として獨逸國司法大臣 Dr. Franz Gürtner によつて公にせられたる *Das kommende deutsche Strafrecht (Besonderer Teil) — Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission. 1936.* の前半の部分の邦譯を收載した。譯者は同じく篠塚春世氏である。茲に筆寫に代へて排印する。

同省 寄贈本



司法省調査部



241
16



圖書各購查部



圖書部
書庫本

司法資料 第二三六號 將來の獨逸刑法(各則)上——刑法委員會事業報告——

目次

第一版の序、刑法改正事業の經過……………一

第二版の序……………五

一、各則篇の組織と任務、其の構成要件の形成、ナチス運動の保護を刑法中に編入するの件……………二

六、ナチス運動の保護を刑法中に編入するの件 國司法次官 ドクトル・フライスラア……………三

二、民族に對する背叛(大逆内亂罪、背叛罪)、獨逸民族の名譽に對する侵害……………二三

大學教授 ドクトル・ナラグラア、ドクトル・メーデー(附註)

三、人種及び傳統的法益に對する侵害……………二七

大學教授 ドクトル・シャーフスタイン……………三三

四、國防力に對する侵害	二七
控訴院長	ドクトル・デュル (第二讀會案については樞密政府顧問)
ドクトル・レオポルド・シェーファー補訂)	
五、勞働力に對する侵害	二〇四
司法省參事官	グラウ
六、民族の健康に對する侵害	二四一
樞密政府顧問	ドクトル・レオポルド・シェーファー
七、婚姻及び家庭に對する侵害	二六六
地方裁判所長	ドクトル・ローレンツ
八、風俗に對する侵害	二九三
大學教授	ドクトル・ウエー・グラフ・フォン・グライスバッハ
九、宗教に對する侵害、死者の安息に對する侵害	三〇〇
大學教授	ドクトル・エドムンド・メツガア
十、動物の保護	三三二
國司法省參事官	グラウ

十一、經濟に對する侵害	三四八
大審院判事	ニートハムメル
十二、民族的法益に對する侵害	三八〇
控訴院長	ドクトル・デュル (第二讀會については國司法省參事官)
ドクトル・リーチュ補訂)	
十三、民族の指導に對する侵害	三九八
國司法省局長	エルンスト・シェーファー
十四、國權に對する反抗	四一三
大學教授	ドクトル・ダーム
十五、民族的平和の妨害	四三四
地方裁判所長	ライマア



目次

序 第一版の序

第一章 刑法改正事業の経過

一、一九三四年四月十六日乃至二十六日の間に

二、一九三四年五月二十八日から六月七日までの間に

三、一九三四年六月八日から六月十七日までの間に

四、一九三四年六月十八日から六月二十五日までの間に

五、一九三四年六月二十六日から七月三日までの間に

六、一九三四年七月四日から七月十一日までの間に

七、一九三四年七月十二日から七月十九日までの間に

八、一九三四年七月二十日から七月二十七日までの間に

九、一九三四年七月二十八日から八月四日までの間に

十、一九三四年八月五日から八月十二日までの間に

十一、一九三四年八月十三日から八月二十日までの間に

十二、一九三四年八月二十一日から八月二十八日までの間に

十三、一九三四年八月二十九日から九月五日までの間に

十四、一九三四年九月六日から九月十三日までの間に

十五、一九三四年九月十四日から九月二十日までの間に

十六、一九三四年九月二十一日から九月二十八日までの間に

十七、一九三四年九月二十九日から十月六日までの間に

十八、一九三四年十月七日から十月十四日までの間に

十九、一九三四年十月十五日から十月二十二日までの間に

二十、一九三四年十月二十三日から十月三十日までの間に

二十一、一九三四年十一月一日から十一月八日までの間に

二十二、一九三四年十一月九日から十一月十六日までの間に

二十三、一九三四年十一月十七日から十一月二十四日までの間に

二十四、一九三四年十一月二十五日から十二月二日までの間に

二十五、一九三四年十二月三日から十二月十日までの間に

二十六、一九三四年十二月十一日から十二月十八日までの間に

二十七、一九三四年十二月十九日から十二月二十六日までの間に

二十八、一九三四年十二月二十七日から一月三日までの間に

二十九、一九三四年一月四日から一月十一日までの間に

三十、一九三四年一月十二日から一月十九日までの間に

三十一、一九三四年一月二十日から一月二十七日までの間に

三十二、一九三四年一月二十八日から二月四日までの間に

三十三、一九三四年二月五日から二月十二日までの間に

三十四、一九三四年二月十三日から二月二十日までの間に

三十五、一九三四年二月二十一日から二月二十八日までの間に

三十六、一九三四年二月二十九日から三月六日までの間に

三十七、一九三四年三月七日から三月十四日までの間に

三十八、一九三四年三月十五日から三月二十二日までの間に

三十九、一九三四年三月二十三日から三月三十日までの間に

四十、一九三四年三月三十一日から四月六日までの間に

四十一、一九三四年四月七日から四月十四日までの間に

四十二、一九三四年四月十五日から四月二十二日までの間に

四十三、一九三四年四月二十三日から四月三十日までの間に

四十四、一九三四年五月一日から五月八日までの間に

四十五、一九三四年五月九日から五月十六日までの間に

四十六、一九三四年五月十七日から五月二十四日までの間に

四十七、一九三四年五月二十五日から五月三十一日までの間に

四十八、一九三四年六月一日から六月八日までの間に

四十九、一九三四年六月九日から六月十六日までの間に

五十、一九三四年六月十七日から六月二十四日までの間に

五十一、一九三四年六月二十五日から七月一日までの間に

五十二、一九三四年七月二日から七月九日までの間に

五十三、一九三四年七月十日から七月十七日までの間に

五十四、一九三四年七月十八日から七月二十五日までの間に

五十五、一九三四年七月二十六日から八月二日までの間に

五十六、一九三四年八月三日から八月十日までの間に

五十七、一九三四年八月十一日から八月十八日までの間に

五十八、一九三四年八月十九日から八月二十六日までの間に

五十九、一九三四年八月二十七日から九月三日までの間に

六十、一九三四年九月四日から九月十一日までの間に

六十一、一九三四年九月十二日から九月十九日までの間に

六十二、一九三四年九月二十日から九月二十七日までの間に

六十三、一九三四年九月二十八日から十月四日までの間に

六十四、一九三四年十月五日から十月十二日までの間に

六十五、一九三四年十月十三日から十月二十日までの間に

六十六、一九三四年十月二十一日から十月二十八日までの間に

六十七、一九三四年十月二十九日から十一月五日までの間に

六十八、一九三四年十一月六日から十一月十三日までの間に

六十九、一九三四年十一月十四日から十一月二十一日までの間に

七十、一九三四年十一月二十二日から十一月二十九日までの間に

七十一、一九三四年十二月一日から十二月八日までの間に

七十二、一九三四年十二月九日から十二月十六日までの間に

七十三、一九三四年十二月十七日から十二月二十四日までの間に

七十四、一九三四年十二月二十五日から十二月三十一日までの間に

七十五、一九三五年一月一日から一月八日までの間に

七十六、一九三五年一月九日から一月十六日までの間に

七十七、一九三五年一月十七日から一月二十四日までの間に

七十八、一九三五年一月二十五日から一月三十一日までの間に

七十九、一九三五年二月一日から二月八日までの間に

八十、一九三五年二月九日から二月十六日までの間に

八十一、一九三五年二月十七日から二月二十四日までの間に

八十二、一九三五年二月二十五日から三月一日までの間に

八十三、一九三五年三月二日から三月九日までの間に

八十四、一九三五年三月十日から三月十七日までの間に

八十五、一九三五年三月十八日から三月二十五日までの間に

八十六、一九三五年三月二十六日から四月一日までの間に

八十七、一九三五年四月二日から四月九日までの間に

八十八、一九三五年四月十日から四月十七日までの間に

八十九、一九三五年四月十八日から四月二十五日までの間に

九十、一九三五年四月二十六日から五月二日までの間に

九十一、一九三五年五月三日から五月十日までの間に

九十二、一九三五年五月十一日から五月十八日までの間に

九十三、一九三五年五月十九日から五月二十五日までの間に

九十四、一九三五年五月二十六日から六月一日までの間に

九十五、一九三五年六月二日から六月九日までの間に

九十六、一九三五年六月十日から六月十七日までの間に

九十七、一九三五年六月十八日から六月二十五日までの間に

九十八、一九三五年六月二十六日から七月一日までの間に

九十九、一九三五年七月二日から七月九日までの間に

一百、一九三五年七月十日から七月十七日までの間に

一百〇一、一九三五年七月十八日から七月二十五日までの間に

一百〇二、一九三五年七月二十六日から八月一日までの間に

一百〇三、一九三五年八月二日から八月九日までの間に

一百〇四、一九三五年八月十日から八月十七日までの間に

一百〇五、一九三五年八月十八日から八月二十五日までの間に

一百〇六、一九三五年八月二十六日から九月一日までの間に

一百〇七、一九三五年九月二日から九月九日までの間に

一百〇八、一九三五年九月十日から九月十七日までの間に

一百〇九、一九三五年九月十八日から九月二十五日までの間に

一百一〇、一九三五年九月二十六日から十月一日までの間に

一百一〇

第一版の序

刑法改正事業の経過

刑法委員会は本書の上巻に於て報告した通りに總則篇を完成した後、更に三つの審議部門に分れて各則篇を審議し、かくして



- 1 一九三四年四月十六日乃至二十六日の間に
 - 殺人罪 (報告委員司法次官ドクトル・フライスラア及び教授ドクトル・グラフィフ・グライスバッハ)
 - 傷害罪 (報告委員教授ドクトル・メツガア竝に地方裁判所部長ライマア)
 - 名譽毀損罪 (報告委員部長教授ドクトル・クレエ竝に教授ドクトル・ダーム)
 - 大逆内亂罪 (報告委員教授ドクトル・ナイグラア竝に地方裁判所検事正ドクトル・ライマア)
 - 背叛罪 (報告委員教授ドクトル・コールラウシュ竝に副委員長グラウ)
 - 政府竝に憲法上の官府に對する加害 (報告委員教授ドクトル・ダーム竝に地方裁判所部長ドクトル・ローレンツ)
- 2 一九三四年五月二十八日から六月七日までの間に

通貨偽造罪（報告委員教授ドクトル・コールラウシュに地方裁判所検事正ドクトル・ライマア）
職務上の犯罪（報告委員部長教授ドクトル・クレエに副委員長グラウ）

公の秩序の妨害（報告委員教授ドクトル・グラーフ・グライスパツハに地方裁判所部長ライマア）
國權に對する反抗（報告委員教授ドクトル・ダームに司法次官ドクトル・フライスラア）

外國との國交の妨害、國民代表に對する犯罪、選舉及び表決の際に於ける犯罪（報告委員教授ドクトル・ナグラーに地方裁判所部長ドクトル・ローレンツ）

國軍に對する加害、經濟上の背叛行為、民族的存立に對する加害（報告委員教授ドクトル・コールラウシュに副委員長グラウ）

司法に對する加害、罪となる行為の賞恤（報告委員教授ドクトル・メツガアに地方裁判所部長ライマア）

3 一九三四年九月十二日乃至二十九日の間に

宗教上の平和に屍體の安息の妨害、決闘、偽誓、人の自由若は安全に對する加害（報告委員司法次官ドクトル・フライスラアに教授ドクトル・メツガア）

婚姻、家庭及び身分に對する加害、姦淫行為、淫行媒介罪及び淫行幫助罪（報告委員教授ドクトル・グラーフ・グライスパツハに地方裁判所部長ドクトル・ローレンツ）

社會公共に危險な行為、社會公共に有害な行狀、麻酔毒の濫用、有體的の民族的法益に對する加害

（報告委員部長教授ドクトル・クレエに副委員長グラウ）

所有權に關する犯罪に財產に關する犯罪、無體所有權及び工業所有權の保護（報告委員教授ドクトル・コールラウシュ、地方裁判所検事正ドクトル・ライマア、教授ドクトル・ダーム及び地方裁判所部長ライマア）

秘密の漏洩（報告委員教授ドクトル・ダーム及び地方裁判所部長ライマア）

文書偽造、權利阻碍、不當の狩獵及び漁撈（報告委員教授ドクトル・ナグラーに地方裁判所部長ドクトル・ローレンツ）

暴利に物價の釣上、賭博、勞働力に對する加害（報告委員教授ドクトル・ダーム及び副委員長グラウ）

民族に對する背叛（報告委員司法次官ドクトル・フライスラア）

が取扱はれた。

其の外第三期には總則篇中のまだ未解決の儘になつて居る二三の問題（刑の範圍、罪となる行為の分類、名譽刑、告訴、犯罪の企圖）、並に草案の組織をも論究した。

各則篇の審議の基礎として委員會に役立つたのは、本報告の上巻の序文中で既に擧げて置いた資料の

外、國司法省に關係官署から送致された具申書や近來公にされた参考文献の全部である。刑法委員會の評議の結果は編纂委員會に於て更に充分の訂正を加へて第一讀會印刷案として編纂し、一九三五年初國政府各省、國家社會主義獨逸労働黨の國法部、獨逸法學士院並にナチス獨逸法曹聯盟に共同審議の爲に送付した。此の第一讀會案中に包含されて居る各則篇の提案、並に將來の刑法典の組織に關しては、刑法委員會の委員の以下所載の論文が其の輪劃を報告して居るのである。

其の間に刑法委員會は一九三五年三月には此の草案の第二讀會に入つた。第二讀會に於ては特に獨逸法學士院の刑法委員會の審議の結果、並に國務大臣ドクトル・フランクの最近招集し、主宰して居る國家社會主義獨逸労働黨の委員會の審議の結果も其の公表され、若は其の他の方法で委員會の手に入れることの出來た程度に於ては之を利用した。

刑法委員會の作業と同時に新刑事訴訟法並に行刑法の草案立案の業も、國司法省内に設けられてある小委員會で著手せられ、既に著しい進捗を見た。刑法改正の全般的な工作に必要な施行法の立案も、國司法省内で既に著手せられた所である。獨逸刑法並に刑事訴訟法の全面的改正の大事業が決議の爲國政府に提出されるやうになるのも、近い將來に期して待つべきものがある。

一九三五年四月十三日伯林にて

國司法大臣 ドクトル・フランツ・ギェルトナア

第二版の序

本報告の「總則篇」の第二版で報告した總則篇の第二讀會の完結してから、刑法委員會は「各則篇」の第二讀會に移つた。即ち

1 一九三五年六月二十日乃至七月三日の間に

各則篇の構成 (報告委員 司法次官ドクトル・フライスラア及び教授ドクトル・グラーフ・グライスパッハ)

背叛罪 (報告委員 大審院判事ニートハムメル及び教授ドクトル・ダーム)

大逆内亂罪 (報告委員 教授ドクトル・グラーフ・グライスパッハ及び教授ドクトル・クレネ)

民族に對する背叛、國防力に對する加害、民族の力の維持 (報告委員 教授ドクトル・ナーグラア及び副委員長グラウ)

宗教に關する犯罪、死者の安息の妨害、婚姻及び家庭に對する加害 (報告委員 大審院次長ドクトル・

チーラック及び教授ドクトル・コールラウシュ)

姦淫行爲 (報告委員 教授ドクトル・メツガア及び檢事正ドクトル・ライマア)

政治的指導に對する加害 (報告委員 司法次官ドクトル・フライスラア及び教授ドクトル・シャッフス

タイン)

外國との國交の妨害、選舉及び表決に關する犯罪、職務の執行の潔白に對する加害(報告委員地方裁判所長ドクトル・ローレンツ及び教授ドクトル・シャッフスタイン)

國權に對する反抗、司法に對する加害(報告委員教授ドクトル・クレエ及び地方裁判所部長ライマア)

宣誓違反(報告委員司法次官ドクトル・フライスラア)

2 一九三五年十月二十二日乃至三十一日までの間に

勞働力に對する加害(報告委員教授ドクトル・クレエ及び教授ドクトル・シャッフスタイン)

民族の保健に對する加害(報告委員教授ドクトル・コールラウシュ及び地方裁判所長ドクトル・ローレンツ)

民族的法益に對する加害(報告委員教授ドクトル・ダーム及び控訴院部長グラウ)

ナチス運動に對する加害(報告委員大審院次長ドクトル・チーラック及び教授ドクトル・ダーム)

民族的平和の妨害(報告委員教授ドクトル・グラーフ・グライスバッハ及び教授ドクトル・シャッフスタイン)

社會公共に危險なる行爲(報告委員大審院判事ニートハムメル及び教授ドクトル・ナーグラア)

文書偽造(報告委員教授ドクトル・メツガア及び地方裁判所部長ライマア)

貨幣高權に對する加害(報告委員教授ドクトル・メツガア及び地方裁判所檢察正ドクトル・ライマア)

決闘(報告委員司法次官ドクトル・フライスラア及び教授ドクトル・グラーフ・グライスバッハ)

殺人(報告委員地方裁判所長ドクトル・ローレンツ及び教授ドクトル・ヘンケル)

傷害(報告委員教授ドクトル・コールラウシュ及び教授ドクトル・グラーフ・グライスバッハ)

3 一九三六年一月九日乃至十八日までの間に

名譽毀損(報告委員司法次官ドクトル・フライスラア及び教授ドクトル・コールラウシュ)

人身の自由若は安全に對する加害(報告委員教授ドクトル・グラーフ・グライスバッハ及び地方裁判所長ドクトル・ローレンツ)

精神的作物に對する加害(報告委員教授ドクトル・ダーム及び控訴院部長グラウ)

經濟に對する加害(報告委員大審院次長ドクトル・チーラック及び教授ドクトル・ヘンケル)

強盜、竊盜、背任、横領等(報告委員大審院判事ニートハムメル及び教授ドクトル・シャッフスタイン)

恐喝、詐欺(報告委員大審院次長ドクトル・チーラック及び教授ドクトル・メツガア)

贓物授受、物件毀棄(報告委員教授ドクトル・ナーグラア及び地方裁判所長ライマア)

密獵(報告委員教授ドクトル・クレエ及び教授ドクトル・メツガア)
 暴利及び價格の釣上(報告委員教授ドクトル・チーグラア及び地方裁判所長ライマア)
 權利阻碍、賭博、祕密の保護(報告委員教授ドクトル・ヘンケル及び地方裁判所檢事正ドクトル・ライマア)
 人種及び傳統的法益に對する加害(報告委員司法次官ドクトル・フライスラア及び教授ドクトル・ナ
 ーグラア)
 少年の處遇(少年裁判所法の編合)(報告委員教授ドクトル・シャッフスタイン及び地方裁判所長ドク
 トル・ローレンツ)
 動物保護(報告委員控訴院部長グラウ及び教授ドクトル・グラーフ・グライスバッハ)
 前言、原則篇(報告委員司法次官ドクトル・フライスラア、教授ドクトル・ダーム、控訴院部長グラ
 ウ及び教授ドクトル・メツガア)
 が取扱はれた。

尙ほ各則篇を更めて審査した爲、第二讀會に於て細目に互つて幾多の改正を行ふ機會が與へられた。其
 の間に公刊された參考の文献は、素より數に於て甚しく豊富ではなかつたけれども、第二讀會に於ては是
 等の文献は充分に斟酌した。わけでも「人種並に傳統的法益に對する加害」の章については、ニュルンベ

ルグ國議會の決議が、出發點とすべき作業上の基礎を與へてくれた。

總則篇の第二讀會後に於けると同様に、以下に於ては各則篇の第二回目の評議についても、委員諸氏が
 報告をされる。

現在第二讀會の法文に於ける刑法典の草案は、もう一度小委員會で審査され、其の規定は逐條に審議さ
 れ、現存して居る刑事訴訟法並に行刑法の草案に調和せしめられる。此の審議は六月中には完結するもの
 との見込であつて、是と關聯して刑法委員會の終局的の草案が成立を告げ、關係方面の意見を徴する爲に
 其の向きに頒布することが出来るであらう。かくの如くにして議會政治の時代に、三十有餘年の拮据
 經營も竟に成就することの出来ないで了つた刑法改正の事業が、間もなく完成するであらうと云ふ根據の
 ある期待が成立つ次第なのである。

一九三六年五月三十一日ベルリンに於て

國司法大臣 ドクトル・フランツ・ギェルトナア

各章の基調となつて居る不動の見解を表明しやうと云ふ、欲求に依つて定められたものでないことは明白だからである。各章の順序が評價の順序を表明しやうとするものでないことは立法者の定めた刑の範圍と其の輕重の關係が、各章の外面的順序と互に何等の關係をも有して居ないことからして、直に誠認することが出来る。更にまた立法者の選定した順序を一瞥して見ると、刑を法定してある法律違反の全體、國家若は個々の民族的同胞を脅威し、又は之に實害を加へて居る程度が、各則篇に於ける各章の位置の標準となつて居るものでないことも明かである。成る程初めの方の數章は社會公共に對する直接の攻撃、脅威若は實害を取扱つて居るのであるが、國民の權利 *staatsbürgerliches Recht* に關する重罪及び輕罪を取扱つて居る第五章になると既に、刑法典の立案者である人々は國民と云ふ概念に對する其の根本的著眼の然らしめる所として此の章を目して全體に對する攻撃を防禦するのに役立つ一章と見ることが出来なかつたのである。蓋し十九世紀に普通に行はれて居た國法上のイデオロギイにとつては個人、そしてまた或る意味に於て國家を結成して居る個人は、一定の群衆人の國家的組織を執る上に於ての出發點たるものと看做され、従つて國民の權利を保護すると云ふことは、とりも直さず個人を保護するの謂に外ならないものと見ざるを得なかつたからである。個人主義の時代に特有であつたやうに、個人に向つて普遍の觀察を傾注する以上は、國民の權利は個人人格の放射としてしか解することは出来ない。そこでわれは其の内容が個人主義の時代にとつても、個人に對する典型的の犯罪たること全然疑を容れないものとしてしか認められな

い、例へば侮辱罪、決闘罪、生命に對する重罪及び輕罪、傷害罪、人身の自由に對する重罪及び輕罪に關する章のやうな章が——其のそれ——の位置を選定するのに何等内面的の理由もなく——各章の中心となつて居るのを見るのである。即ち現行法の組織に於ては是等の章の前、そしてまた團體、全體、國家並に其の秩序に對する犯罪を掲げて居る章の後に道義上の準則を取扱つて居る章、例へば宗教上の犯罪並に風俗に對する重罪及び輕罪に關する章など、換言すれば各則篇の組織中に於ける其の位置の理由のないことに因つて其の現行刑法中に於ける持て餘し者としての性質が既に暗示されて居り、またナチスの政權獲得以前の最近十餘年間に於ける恩赦制度をも包含しての刑事司法の實際に依つて、益々甚しく持て餘し者の持て餘し者たる所以を明かにした章が全く突然に出て來るのである。次に刑法典の立案及び施行の當時個人を保護する爲の典型的の章として認められたに違ひない章の次には、竊盜及び横領、強盜及び恐喝、庇護及び贓物授受、詐欺及び背任、文書偽造、破産に關する章であつて、概念的には直接個人に對する如害を包括するか又は少くとも之を目的とするのであるけれども、刑法が個人に對する加害の爲に之を處罰價值ある行爲として設け刑を法定したのではなく、若はまた個人に對する加害の爲に計り刑法が之を處罰價值ある行爲として設け刑を法定することをしたのではない犯罪を其の中に掲げて居る章が續いて居る。そうかと思ふと今度はまた「罪となる利己」をば何等正常な連鎖もないのに他人の祕密の侵害と一所に取扱つて居る、著しい内面的分裂を示す一章が、全然出し抜けに續いて居る。それから極めて非人格的な物件毀棄の間

奏曲の次に「公共上危険な重罪及び輕罪」が置いてあつて、それに關連して職務上の重罪及び輕罪が續き、此の後者は原則として通常の犯罪の増長したものと解せられて居る以上は、現行刑法典の各則篇の諸章の順序が、全體や其の利益又は個人の多かれ少かれ直接的な侵害と云ふ見地に從つて規整されるものであるとは、實際には到底主張する譯にはいかないのである。

各則篇の全般を貫通する普遍的の根本方針が缺けて居るにも拘らず、兎に角各則篇の個々の部分に於て一種の秩序の看取し得るものがある以上は、現行刑法の各則篇を通覽するに當つて目立つのは、現行刑法が個々の構成要件の内面的組織と其の相互の關係を、大抵の場合個々の自然人竝に其の自然的生存條件と不可分ならしめて居ることであつて、是は兎に角此の法律の立案當時の物質的な根本的著想に合致する所以なのである。けれども個々の構成要件が國民全體竝に其の生活上の必要に結び付いて居る場合に於ては、國民と云ふものは——是が現行法の各則篇の別段な特色の一つなのであるが——生きた有機體としては考察することをしないで、寧ろ生きた國民からは切り離して國家として、云はゞ自分丈で成立つてでも居るのであるやうに考察されて居るのである。是は實にまた當時行はれて居た、國家の概念に對する只知的でしかない態度そのものにも、完全に合致する所以であつた。そしてまた是は、當時自由主義的個人主義の見解が一面を代表して居たやうに、他面を代表して居た形式主義的權威の見解にも適合するのである。かやうな次第であるから、かくの如き見解の行はれて居る以上は、「人種竝に國粹 *Rasse und Volkstum*

の保護」とか、「家庭の保護」とか、「民族的法益 *Volksgut* の保護」とか一九三三年のプロイセン邦司法大臣の刑法覺書の前半中の主なる章、竝に此の覺書の後半中にある「勞働力の保護」などの章が、現行刑法の各則篇中では實質上全然法定されて居ないか、或は他の章の中に隠れて極めて附帶的に、且極めて不完全にしか取扱はれて居なかつたのは、至極當然のことであると云ふの外はあるまい。

惟ふに現行刑法典を起案するに當つては、其の各則篇の組織に關しては畢竟餘り考慮を廻らすことが出来なかつたのであつて、現行刑法の理由書には其の各則篇の配列などに關して言明して居る所は全然ない。そして緒章の中で一八五一年のプロイセン刑法典を引證して居る以上は、此の法律の基礎中には個々の構成要件の全面的配列の辯明とか、論證とか云つたやうなものは包含されて居ないことを注意しなければならぬ。尙ほまた組織の問題を輕視して居るのは獨り現行刑法典文に限られて居ることではなくて、一九〇九年、一九一一年、一九一九年、一九二五年及び一九二七年などの各草案についても亦同じやうに云ひ得られることである。

だが現行刑法の各則篇の配列に關する著眼の傾向の認めることが出来る程度に於ては、分類の標識の統一的でないのが目立つて見える。われ／＼はかくの如き標識として加害された「法益」の客觀的標識、加害の性質(例へば公共上危険な犯罪の場合に於ける)、犯人個人に於ける主觀的標識(例へば職務上の犯罪の場合に於けるが如し)竝に形式的の分類の標識(例へば違警罪の章の附屬せしめてあることに關し

て)の相並び存するのを見るものである。

(b) 學 說

かやうに個々の構成要件やまた構成要件の集團をば、只漫然また漠然相並立させ、相前後させて置くこと云ふことが、系統的組織を要求する學說の需要に適合する所以でないことは、素より云ふ迄もない次第であつて、さればこそ學說は其の独自の道を進んだのである。今本稿の範圍内で此の道を一々くはしく究明するのは勿論不可能である。だが學說の解決方法は何れも、われ／＼の今日の見解には適合しない。われわれは個別的に保護されてある「法益」が何人に歸屬するのであるかに従つて、方針を規整しやうとする配列の試みには賛成することは出来ない。何となればわれ／＼は、「法益」の概念が自由主義的内容を有する場合には、頭から之を否認するものであるし、然らざる場合には無用であつて、従つてまた不自然的な挿入物たるものとして認める次第だからである。法益の概念は法益の主體に對する所持の關係の概念を餘りに喚起し易く、之に因つて容易に民族的生活の基本的價値は民族の生存上の必要の本來の性質たるものではなくて、寧ろ外見上民族の所持する價値的法益たるものであるかの如き觀念を導き易い。かくの如きはわれ／＼の有機的な民族とか生活とか云ふ觀念には合致するものではない。加之かくの如き配列の試みは個人の法益の保護並に全體の法益の保護の部類の外、更に第三の部類として不定の目的を伴ふ法益の部類を認めなければならなかつた所から必然的に失敗に終らざるを得なかつた。かのビルクマイヤだ

とか、ゲルランドだとか、ヘルシュナアだとか、マイヤアルフェルドだとか、ワッヘンフェルドだとか云ふやうな人々の企て、居るやうな、個人に對する犯罪と國家に對する犯罪と社會に對する犯罪とに依つて區別しやうと云ふ配列の試みは、われ／＼の考へる所に依れば、それが(ゲルランドを除いては)個人並に其の保護から出發して居ると云ふこと、單なる唯理的の組織體、即ち社會と云ふ組織體に執著して居ると云ふこと、並にそれが民族の概念に透徹することなくして社會と國家とを併立させて居ると云ふことなどを缺點とするものである。ビンディングが社會に對する犯罪と云ふ總括を稱して、單なる便宜的の分類 *bequeme Etkettierung* に止まるものと云つたのは確に決して不當のことではない。けれどもビンディングの分類も、われ／＼の見解を以てすれば根本的の懸念を免れない。何となればビ氏の分類も法益思想 *Rechtsgüterlehre* の上に立脚するのであつて、保護を必要とする高い統一體のいろ／＼な側面を明かにすると云ふ見地に従つて、法益をいろ／＼の部類に總括して居るからである。ビ氏は犯罪を個人及び家庭に對する犯罪、財産に關する犯罪、公共上危険な犯罪、證據方法及び認證記號に對する犯罪と國家並に國民に對する犯罪とに分類して居るけれども、區別を行ふ上に於ての標準となつて居る、それ自體既に理解し難い分母は、もはや識認することの出来るやうに外面にあらはになつては居ないのである。且又此の場合にあつても個人の保護を以て出發點として居るのが認められるのであるが、かくの如き出發點は個人を民族全體の一部分たるものとして見るわれ／＼の見解とは到底相容れるものではない。更にまたコーリアの

主觀的權利の侵害、文化違反並に文化利益を助成する爲の施設に對する犯罪などに區分する分類は、全く極端に個人から出發して居るものである。否、コーラアはそれ所ではなく個人を有體的の單位としてさへ見ず、寧ろ之を權利の主體として評價して居るのである。従つて氏の犯罪分類の如きは、われ／＼にとつては全然風馬牛たるものである。

(e) 信條としての形體外貌

當時の立法者は、刑法の個別的構成要件 *Einzeltatbestand* の内面的に根據を持つ形式的の組織の存在しないのを以て、缺陷とは感じなかつたのかも知れない。そして一九二五年に至るまでの草案のどれにも各則篇の組織についての理由が示してないと云ふ事實は、前掲のやうな理由に基くのであるかも知れない。けれどもわれ／＼には或る製作物の顔だとか、形だとか云ふものは、それを製作した人物の態度を證明する證據物であるとしか思はれない。われ／＼は形體なり、外貌なり乃至はまた組織なりに依つて既にわれわれ自身の信條を告白することなくしては、苟も刑法を建設することは出来ない。だがわれ／＼は形式的の評價の順位を念頭に置くものでないのは云ふ迄もない。只刑法典各則篇の外面的組織はわれ／＼には、立法者が政治的世界觀的に犯罪人の問題にどう手を下さすかの方法の自然的表明であると云ふ風に思へる。われ／＼には組織は、刑法が如何なる根本精神からして造られたものであるのかを解明するのに、一番適當な手段であるやうに思はれるのである。

さればわれ／＼は各則篇の組織について過去に於て思ひを廻らしたし、また現に思ひを廻らしつゝあるのである。

(d) 外國の刑法

此の場合に他の歐洲諸國の新刑法が各個の構成要件の組織の問題をどう解決しやうとしたかを顧みて見るのは、興味のあることでもあれば、また示唆に富んだことでもあると思ふ。われ／＼のすぐ東隣りのポーランドの刑法典は、本來の刑事刑法と秩序刑法(違警罪法)とを——假令形式の上では之を一つの法律に合體させては居るもの——互に區別し、然も獨り各則篇に於て此の區別をして居るのみに止まらず、既に總則篇に於てかゝる區別をして居るのである。事實上刑事刑法と秩序刑法とは、特に意思刑法の見地から見るに於て本質的に異なるものである。今此の點を詳細に論證するのは本稿の範圍を超越することゝなるであらうが、併し例へば責任形態だとか、辯解事由だとか、正犯の概念だとか、共犯だとか、未遂だとか、時効だとか、第三者の負責だとか、刑罰組織だとか、沒收だとか、合法主義若は便宜主義の原則の承認だとか、譴責だとか、國公課法に依る承服手續 *Unterwerfungsverfahren* の審問の意義だとか、刑事刑法に於ける原狀回復の意義だとか云ふやうな問題は、秩序刑法に於けるとは別様に考察しなければならぬものであることを指示するのは、別に差支はあるまい。かやうな次第であるから我が現行刑法各則篇の第二十九章は其の内容がわれ／＼の考察上刑事刑法と認められない程度に於ては、既にポーランド刑法に於

て秩序刑法特有の總則篇、各則篇を創設せしめるの結果を導くに至つた根本思想を徹底的に貫いて、一般秩序刑法と同様新獨逸普通刑法典中には全然收容されないであらう。其の他の點に於てはポーランド刑法典の各則篇の組織は、われ／＼には別段の示唆は與へない。何となればポーランド刑法典の各則篇の組織はわれ／＼の見地から見ると、大體に於てわれ／＼が現に我が現行刑法典について痛感しつゝあるのと、全然同一の非難を受けるものだからである。即ち珍妙な無機的附屬物としての職務上の犯行 *Strafhandlung im Amt als markwürdiges anorganisches Anhängsel* のあることも獨逸刑法の通りである。民族が生きた民族として解釋されず、國家は形式的に解釋されて居ることも獨逸刑法の通りである。そしてまた主として直接全體に對して指向された犯行から、寧ろ直接に個人を脅威し、個人に加害する犯行へ向つて取扱ひを合理的に進めて行く試みの存在しないのも、獨逸刑法の通りなのである。

ロシア刑法典は既に本報告の總則篇で説明されたやうに、其のイデオロギイ上の論據に於て既にわれわれには全然縁遠いものなのであるが、本稿の關係に於ては、刑法並に刑事司法に於ける各則篇の任務一般について論ずることを必要とする箇所では、われ／＼としても之を論じない譯にはいかないであらう。是は第六條に掲げてある公共上危険な行爲の定義と、ロシアの刑事司法がロシア刑法典第十六條の普遍的構成要件 *Generalthatbestand* との關聯に於て、各則篇の個別的構成要件 *Einzelthatbestand* に對する此の普遍的構成要件の關係に關して前掲の定義に與へた任務とからしておのづから判明する所である。此の點は暫く

措いて問はないにしても、ロシア刑法典の各則の諸章の順序(1)、國家に對する犯罪、(2)、行政上の秩序に對する犯罪、(3)、職務上の犯罪、(4)、教會と國家との分離に關する規定に對する犯罪、(5)、經濟に關する犯罪、(6)、個人に對する犯罪、(7)、國民の保健、公の秩序及び安寧の保護に關する規定に對する犯罪)は、是亦特に明晰なるものではない。ロシア刑法はもと／＼「共產主義」を建前とする *Kommunistisch-angerichteter* 刑法なのであるから、其の當然期待される集産主義的 *Kollektivistisch* の全般的內容の然らしめる所として、組織の上で少くとも國民に對する直接の加害を個人に對する直接の加害よりも優先的な地位に置く明瞭な方針を示すものと、當然考へていゝ譯であらう。所が實際にはそう云ふやうなことは全く行はれては居ないのであつて、此の一事は國民の保健、公の秩序及び安寧の保護に關する規定を、個人に對する犯罪に關する規定よりも後に置いて居る事實の充分證明して亦辯駁を許さない所である。加之われわれは冒頭の諸章の外面的な名稱を見て既に、ロシア刑法典の形式的に權威的な見解に成つて居るものであることを確認するものであつて、此の事實はボルシェヴィズムなるものの考へ方が唯物的な、形式的に集産主義的な、國民を有機的の一體と見ない、階級と云ふ不自然的な觀念を國政指導の基底として居るのであるのに顧みるときは、多く怪むを須ひない。之を要するにロシア刑法にあつても有機的の組織が缺けて居る。蓋し有機的であつて、従つてまた確實に向ふ所を知らしめるやうな根本方針が存在して居ないからである。だから此の刑法典の各則篇の個別的構成要件を讀んで見るときに、實體的の法不法の概念を

全然滅却して了ふ救ひやうのない決疑主義の印象が残るのも、おのづと納得出来ることも知れない。かやうに精神的基礎が根本的に異つて居る以上は、ロシア刑法の形式的組織の中には、獨逸刑法上の革新作業にとつて貴重であり得る手懸りは、到底見出すべくもないのは明白である。

けれどもイタリーの新刑法の組織に一瞥を投ずるのは、興味のあることである。イタリー刑法の各則篇の組織は、全體に對する直接の脅威を意味する犯罪から、専ら個人に對する脅威であることの明白な犯罪に至る非常に明瞭な一線が、一應認められはする。だがそれにも拘らず此の刑法にあつても、既に其の外面的な名稱の上から判断することが出来るやうに、形式的に權威的である見解が基礎となつて居る。只國家的刑法 *staatliches Strafrecht* は、それが國家を防衛して居る場合にあつても亦現實に、生きて居る民族を直接保護するものであると云ふ認識の傾向は認められないでもない。蓋し此の民族國家 *Volksstaat* なるものは、民族それ自體の自然的存在現象 *Daseinsecheinung* であり、且存在形態 *Daseinsform* たるもの外ならないからである。勿論此の見解は、専ら社會公共を直接に脅威する行爲を包括する章の名稱の中ではまだ貫徹されては居ないのであるが、併し寧ろ有機的民族的な、そしてまた實體的な不法の觀念はそれにも拘らず少くとも暗示的には既に、標題の名稱中で犯罪の部類を道德的同分母の上に立たしめやうとする試みの中に於て、即ち公の信念に對して指向されたものと解しやうとする試みの中に於て明かにされて居るのである。そして最後にイタリー刑法典の各則篇の第十章は大體に於て墮胎、生殖力の滅却並に性病

の感染を取扱ふことに依つて、種族の保全と健康の維持に捧げられてある次第であるが、われ／＼は此の點に於て獨り此の犯罪を個人主義的に解釋するのが豫防されて居るのみに止まらず、寧ろその以上に互つて種族、即ちわれ／＼の意味に於ては有機的な民族單位が刑法的秩序の保護の目的として承認されて居るのを看取するものである。わが刑法委員會の草案は、云ふ迄もなくイタリー刑法に於て只暗示的にしか認めることの出来ない所のものを、我が新刑法典の組織の基礎たらしめることになつて居ることに依つて、其の組織上イタリー刑法典の各則篇の組織とも根本的に區別されるのである。

(e) プロイセン邦司法大臣の覺書

ナチス獨逸が個別的構成要件の組織に著手する場合には、民族の本質についての有機的見解や民族的發展の生物學的解釋や、従つてまた有機的的生物學的な民族的法律觀念の外には指導精神たらしむべきものあり得ない。

既にプロイセン邦司法大臣の覺書は、かくの如き方法で其の提案に係る刑法各則篇の配列を行つたのであるが、此の覺書は配列と云ふことに特に重きを置き、序文の中で配列を以て司法大臣ハンス・ケル自身の意見の再録であることを明かにし、之に反して個々の理由はそれ／＼の章の執筆者の見解であることを示すことに依つて、外面的に既に其の配列に重きを置くの主旨を高調して居るのである。プロイセン邦司法大臣の覺書の各則篇の配列、換言すれば「個々の罪となる行爲」の配列は、從來の法律や草案の形式的に

やつてある配列を排斥し、組織の問題は外貌の問題であり、形態の問題であり——而してまた信條の問題である旨を強調して居る。更に覺書は民族協同體を個人よりも優先的に取扱はうと云ふ見地の下に、明確な配列を希求して各則篇を民族協同體の保護と個人の保護との二つの大別に區分することにして居る。かくの如き外面的の名稱に依つて覺書は既に、有機的に出來上つた生物たる民族は組織的の形成物である國家よりも、優先的地位にあるものであると云ふ信條を拋棄しやうとするものである。即ち覺書は形式的に權威的な見解の代りに生物學の見解を以てするの主旨を表明しやうとするものである。だが誤解を生じないやうに一言するけれども、此のことは決して國家それ自體が何か純然たる組織體として解釋されることを意味するものではない。何となれば國家なるものは民族の自然の表現形態 *Erscheinungsform* たるものだからである。覺書は各則篇を根本的に二分することに依つて、保護の必要が問題となる限りに於て民族の利益と個人の利益との對立を承認し、之を表明しやうとするものではなくて、單に民族生活の直接脅威される程度に應じて犯罪の順序を定め、第二の部類に於ては民族協同體の個々の構成員を脅威し、又は之に害を加へるに適した犯罪を收容しやうとするに止まるものである。プロイセン邦司法大臣の覺書は此の最高の配列の原則の範圍内で、民族の傳統的胚種と傳統的法益とを包含させた意味での精神的道義的の價値は、經濟的の價値に優先するの地位を有するものであると云ふ著眼に従つて犯罪を區別し、此の見地に從つて平等に二つの大別の細別を行つて居る。覺書はかやうにして物質を崇拜する心を克服し、實

體的價値を造り出す上に於ての根本の基礎としての道義的生物学的價値を尊重するの念を克服すると云ふ第二の信條を拋棄しやうとしたものである。此のプロイセン邦司法大臣の覺書が刑法の改正にとつて重大な意義を有するものであるのに顧みるときは、此の二つの大別の小分けを以下に於て尙ほ簡單に論究するのは、恐らく骨折甲斐のあることと云はねばならぬ。「民族協同體の保護」と云ふ大別は「人種並に國粹の保護」、「家庭の保護」、「民族的法益の保護」の部類に細別される。民族的勞働力、物に結び付いて居る民族的法益 *sachgebundene Volksgüter*、交通の安全、獨逸の經濟に對する信用などは、かくの如き民族的法益と看做されるものである。

覺書は「人種並に國粹の保護」と題する區分中から「國家の秩序の保護」と題する一章を或る程度まで別除し、之を先頭に置いて居る。是は非常に重要な一章なのであつて、少くとも最初の一章に於て外國に對する國家の地位の保護、背叛罪、友邦に對する敵對行爲の諸罪を取扱ひ、次の章に於ては「國家の内面的秩序の保護」を五節に分つて取扱ひ、(a)、國家、國家の制度及び國家の最高の機關に對する侵害であつて、特に大逆内亂罪、國並に邦、其の徵表及び國家の機關に對する其の他の加害、國家を代表する團體に對する加害、選舉及び表決の際に於ける犯罪、(b)、國軍に對する加害、(c)、國家權力に對する加害、(d)、司法に對する加害、此の中には偽誓、庇護、犯罪の申告の懈怠、誣告、虚偽の自己歸罪 *falsche Selbstbeziehung*、決闘、裁判所の審問に於ける禁止に係る報道を總括してある。(e)、貨幣高權に對する加害

などに分れて居る。そして第三章は職務上の義務の侵害を取扱ふものである。此の區別について一番に目につくことは、職務上の犯罪を其の現行刑法上のあり得べからざる地位から取出して之を正しい場所に移して居ること、竝にそれが重い道義上の義務から演繹された指導者に對する忠誠違反の構成要件を包含して居ることである。けれどもプロイセン邦司法大臣の覺書の大別は、少くとも實質よりも形式を、民族よりも國家を、運動よりも靜止を重しとして、生活の力のあるあつて初めて形態なるものが出て來るのであることを忘却して居る程度に於て、問題たることを免れない。けれども此の大別に屬する他の三つの區分の順序と個々の組織の直線的であることの點に、プロイセン邦司法大臣の覺書の著しい強味を存するのであつて、即ち人種と民族の保護の爲には、「人種に對する加害、民族的存立竝に民族的保健に對する加害、宗教竝に道義に對する加害、民族的名譽竝に民族的平和に對する加害」の諸章が配屬されてある。此の細目の組織に對しては全然何等の反對理由をも主張することは出來ないであらう。「家庭の保護」の下には、(1)、婚姻に對する加害と (2)、繁殖力に對する加害とが屬するのであつて、兒童に對する加害と家庭に對する加害、人種に對する脅威、家庭内の不信行爲が之に續き、「家庭財産 Familienvermögen の保護」の中では先買權 *Nahtrecht* 若は家庭の道義的上級所有權 *sittliches Obereigentum der Familie* を或る意味で認めて、家族の一員たる者の間の形式的な所有權關係は、此等の權利の下位に立つものとしてある。われ／＼は正しく此の點に於て道義から物質へ、生活の本源から其の物質的基礎竝に保護へ、移り行く努力の顯著なるものである。

ものあるを見るのである。最後に「家庭の保護」中には、「身分に對する加害の鎮壓」が配屬されてあるのである。かゝる分類上の著想は、「國家の勞働力の保護」竝に「物に結び付いて居る民族的法益の保護」中に於ける、第一の大別「民族的法益の保護」の最後の區分の小分けの中にも、明瞭にあらはれて居るのである。

だが只一つのこととは——假令尙ほ以下に於て、刑法委員會の草案の組織を論ずる序にもう一度詳細に論及しなればならないとは云へ——こゝで既に簡單に一言して置きたい。それは、「民族的法益の保護」の區分は其の全般に互つて、其の各章の内容の多趣多様である所から、覺書の組織に於て之を遺漏なく解決し盡すと云ふことは、まだ出來なかつた一つの問題を成すものであると云ふことである。

第二の大別の「民族的同胞の保護」は、人身それ自體の保護と勞働力の保護と經濟的活動の保護と云ふ三つの區分に分れ、即ち此の場合にあつても生物學的の基礎からして、寧ろ物質的な方面に移つて行つて居る。それにも拘らずこゝでは小分けの個別的觀察は、ナチスの一般的な根本的著想から生ずる別段の特別な性質を示して居る。「生命は決して最高の法益たるものではない」。従つて名譽の保護は生命の保護よりも先に現はれる。精神的の作物は人格の直接に放射したものととして解釋せられ、従つてまた「個人の保護」と題する區分中で取扱はれ、「經濟的活動の保護」と題する區分中では取扱はれない。プロイセン

邦司法大臣の覺書中で「民族的同胞の保護」と題する大別が、内容上特に「勞働力の保護」と題する第二の區分を追加することに依つて、非常に豊富なものとされて居るのは、ナチスの根本的著眼に添ふ所以に外ならない。即ち是は其の全内容上現行の資本主義的個人主義的著想に成つて居る獨逸刑法には全く縁の無い區分である。由來此の區分に屬する「兒童及び婦女の保護、災害の豫防及び勞働衛生、賃銀保護、職業上の處世の保護」などの章は、現行刑法には全然規定してないか、又は之を附屬法の定める所に一任して居るのであるが、われ／＼の概念に依れば、是等のものこそ刑法の精神的著想を決定する所以のものである。とり分け新組織の特徴を發揮して居るのは、「經濟上の活動の保護」と題する此の大別の最後の區分の規定であつて、こゝで重きが置かれて居るのは、共同生活にとつて確に重要である法律的形象 *Rechtsfigur* たる所有權ではなくて、寧ろ——第一章罪となる利己、第二章法律生活に於ける信義誠實の保護、第三章所有權の保護と云ふ各章の順序から見ても明白である通り——利己を制限する道德的の要求であり、信義誠實を保護する道義的命令なのである。

個々の處罰價值ある行爲をかやうに分類するのは、本來既に刑法から形式的に權威的な、個人主義的資本主義的唯物主義的な性質を奪つて了ふ所以に外ならないのであつて、プロイセン邦司法大臣の覺書の特別の強味が此の分類の點に存することは明白である。けれども他の半面から云へば覺書の提案して居る分類に對する批評中には、まんざら理由のないものもないものもある。例へば此の章は刑法が協同體を保護す

ると同時に個人を保護すると云ふ二重の目的を追求するのであるかの如き印象を喚起し易く、また全體の保護は決して同時に個人唯一に正常な本當の保護たるものではなくて、個人の保護は全體の爲に與へられるものではないのであるかの如き印象を喚起し易い。即ち個人は全體の有機的の一部たるものではなくて、寧ろ全體と並び立つのであるかの如き印象を喚起し易いのである。

此の批評は更に、それでは繁殖力が第一部で保護せられ、勞働力が第二部で保護されて居るのは、一體何が故であるかと云ふ問題に依つて補充される虞がある。此の問題を考へて見ると、勞働力の保護を第一部に移したのについての重大な理由はすぐに判明する。而して此の移轉に賛成する事由についての議論は、其の作用の往々にして直接個々の民族的同胞について感知することが出来るけれども、決して必然的にそうなのでもなければまた獨占的にそうなのでもない犯罪を取扱つて居る、「罪となる利己」と「經濟生活に於ける信義誠實の保護」の章の分類に對する異議に向つて眼を走らしめる。そして最後に「所有權の保護」は所有權を専ら權利としてのみ觀察せず、寧ろ之を民族的生活全體に對する義務としての性質を有する一つの任務たるものと觀察することに依つてのみ、其の内面的の理由を獲得するものである。即ち覺書の分類に反對して、第二部の最後の區分の此の第三章の章を第一部に移すのが、恐らく正當であらうと云ふことも指摘することが出来る。即ちプロイセン邦司法大臣の覺書の第二部は或る程度までうつろにされて了ふ有力な理由を存する次第であつて、此の事實はそれ自體としては一見魅惑的であるやうに見え

二分主義が、果して全然理由あるものであるかどうかと云ふ問題を生ぜしめる。けれども覺書の各則篇の組織についてどんな批評が行はれやうとも、それにも拘らずわれわれは此の覺書を以て新獨逸刑法の各個の構成要件の組織の終局的形成に、依然方針を與へること疑を容れないナチスの試みと解するものである。ナチス精神に充された獨逸の刑法學の最近の勞作を斟酌しても、組織に關するプロイセン邦司法大臣の覺書の提案はもはや「法益」*Rechtsgüter*を考察の中心點には置かないで、道義的生物學的の生活基礎と生活法則 *sittliche und biologische Lebensgrundlagen und Lebensgesetze* を考察の中心點に置いて居るの故丈で、また此の組織に關する提案は民族の生きた有機體が一つの生活體たるものであると云ふ信念と、個人を全的生活體の有機的な一員として評價することから出發して居るの故丈で既に、非常に重大な意義を有することを失はないものである。即ち組織に關する覺書の提案は義務の侵害と義務の侵害に遠いか近いかに依り、また民族的の生活に對する其の侵害方向に依つて刑法を整頓し、此の後なる場合にあつては更に先づ其の生活上の淵源に基き、次に初めて其の生活上の成果に基いて刑法を整頓する努力を示すものである。是等の思想はすべて刑法を有機的に構成された民族保護の法 *Volkschutzrecht* に、そしてまた同時に贖罪の法 *Sühnrecht* に造り上げやうと云ふ意思の成果をプロイセン邦司法大臣の覺書に於て既に表現して居るのである。是等の思想は何れも刑を必要とする根據が犯人の意思、即ち主知的にはなく道義的に、形式的にはなく實體的に理解された犯人の責任の中に存するものであるの事實を認識し、承認すること

の上に生ひ立つ次第なのである。

(f)、刑法委員會の提案

刑法委員會は其の從來の作業の結果として、各個の處罰價值ある行爲を取扱ふ各則篇を民族の保護、民族の力の保護、民族的秩序の保護、民族的同胞の保護及び律義な經濟生活の保護の五者を五つの部類に分つて、此の順序で之を取扱ふ組織にしようとする論議に到達した。

此の刑法委員會の提案に係る組織について先づ目につくのは、プロイセン邦司法大臣の覺書も刑法委員會の第一草案も共に認めて居た、民族的法益 *Volksgut* の保護と云ふ部類を抜いて居ると云ふことである。第一草案は此の部類を「民族の保護」と「民族の指導の保護」の部類の次に位置せしめて居る。けれども刑法委員會は、本報告の第一版に掲げたわたしの議論を瞥見すればすぐと判るやうに、本節に未解決の問題を存するのを常に意識して居たのであつて、従つてわたしは既に本書の第一版中に於て、第二讀會では此の部類の分解と云ふ問題について決意せんことを促さざるを得なかつたのである。民族的法益の概念は當時プロイセン邦司法大臣の覺書からして繼承した所であるが、勿論其の概念の内容を變更してのことであつたのは云ふまでもない。即ちプロイセン邦司法大臣の覺書は第一讀會の草案とは異り、民族の保護 *Volksgesundheit* をも民族的法益中に收容し、公共に危険な行爲をも民族的法益の保護中に包含せしめて居たけれども、然も其の區分内では之を引き分けて、一部は「物に結び付いて居る民族的法益 *Sachliche*

bundene Volksgüter に対する侵害」の章中で取扱ひ、一部は「交通の安全に対する侵害」の章中で取扱つて居るし、更に覺書は「獨逸國の經濟に於ける信用に對する脅威」をば、民族的法益の保護の中に收容して居るけれども、草案は他の處罰價值ある行爲と一所に其の第一の大別「民族の保護」の最後の區分として之を編合して居るのである。だがかやうな區別は存するけれども、覺書と草案の民族的法益の概念は一致した點を多く持合せて居た。兩者は何れも此の民族的法益の概念を以て、用ひ古された法益の概念を仕立直した表現たるものとしては解して居なかつた。特に刑法委員會は法益の思想を否認し、規範說から生れ出たペンディングの法益の概念も、はたまた法律的考察とは獨立して考へられて居る他の種類の法益の概念も、何れも共に否認して了つて居る。われ／＼がペンディングの法益の概念を否認するのは、それが實體的な不法の觀念の論結と一致しないからである。また後なる法益の概念を排斥するのは、之を無用であり、また誤解を招き易いものと思惟するからである。けれどもまた他の半面から云へば、民族的法益の概念を以てして法益の概念との間に一種の對立關係を造り出さしめるやうなことがあつてはなるまい。寧ろ民族とか、其の安寧とか、其の平和とか云つたものを刑法上の保護の目的として考察するの結果として、覺書を起草する時にも、はたまた草案を立案するに當つても、何時も全體としての民族、民族の生活力、民族の精神的道義的態度、民族の指導、民族指導の機關の確實な工作、次いではまた幾千年に亙る民族生活の或る種の收獲物などにナチスの立法者の眼が注がれるやうになつたのが、民族的法益の概念の生じた

所以である。勿論此の全然自然的に説明すべき民族的法益の概念の發生は結局、草案が「有體的民族的法益に對する侵害」と題する區分中に於て取扱つた所のもの、覺書が大體に於て「物に結び付いて居る民族的法益に對する侵害」と題する章中で、取扱つた所のものについてのみ適當した所である。されば第二讀會は「民族的法益の保護」の部類の他の區分を第一草案が規定したよりもつと自然的に編合したら、此の部類を全體として解體し、民族的法益の概念を此の概念が沿革上包括して居る所のもの、即ち草案の所謂有體的の民族的法益と、覺書の所謂物に結び付いて居る民族的法益とに制限することが出來はしないか、どうかについての決斷をしなければならなかつた。

第一草案は「公共に危険な行爲」の區分、「民族の保健に對する侵害」の區分、「勞働力に對する侵害」の區分をも「民族的法益の保護」の部類の中に收容することにはしたけれども、第一草案は民族的法益の本質について、民族は本來どの有機體とも同じやうに「民族的法益」として表示することを得べく、また「民族的法益」として保護することを必要とする、發達と昂上の可能に於て或る程度まで無限である生きた力の集積たるものであると云ふ觀念、否、更に其の以上に互つて民族的法益は民族をして單に草木の如く碌々として徒らに芽生え徒らに枯死して行くのみに止まらず、人間らしく生活して行くことを得しめる所以のあらゆる手段の總體たるものであると云ふ、觀念から出發する全然別個の觀念を採用したのである。けれども是が究極に於ては二つの異つた觀念に外ならないものであつて、其の前者は本當は民族それ

自體と同一視することを意味し、従つてまた各則篇の第一の部類と相並び、且之に對立して刑法の各個の構成要件の一つの小分けの名稱としては不適當たるものであり、其の後者は「民族的法益」の部類を充す區分中に收容される所のものとは全然一致しないものではないかどうかは問題である。學者はまた第一の部類の處罰價值ある行爲はすべて、民族的存立を直接に滅却するの可能若は危険を包藏するのに反し、第二の部類の處罰價值ある行爲については此のことがないと云ふ事由を以てしても、「民族的法益の保護」と云ふ一つの特別の部類を形成するのを辯護した。けれども人種竝に繁殖力の保護と民族の保健の保護とを分離するのを納得させる丈の理由は存在しないのであつて、人種竝に繁殖力の保護を第一の部類に、民族の保健の保護を第三の部類に收容する理由としては、精々の所一方の場合には民族は何れの方向に向つても保護されることになつて居るのだけれども、第三の部類に收容せらるべき所のものにあつては、或る意味で範疇化された民族に外ならないものであることを主張し得た丈である。けれども此の場合にあつても例へば勞働力、繁殖力竝に民族の保健は其の重要性に關して同一の平面内には存しないものであつて、範疇化の程度に關しても互に區別されないものではないか、従つてまたすべて第一の部類に屬しはしないかどうかと云ふ問題は、依然として未解決の儘であつた。更にもう一つある。勞働力は經濟力の最も有力な成分なのであつて、此のことは民族の勞働意思の壞敗、勞働奉仕の拒絶、自傷行爲、外國移住の誘惑、外國への徵募、經營上の安全の妨害、勞働力に對する脅威、勞働詐欺、賃銀の搾取、勞働者に對する同盟

排斥、勞働上の地位よりする驅逐、經營手段の浪費、外國勞働者の雇入れ、工場閉鎖、同盟罷業、工場閉鎖や同盟罷業の煽動、缺くべからざる勞働の拒絶などを包含する「勞働力の保護」の非常に豊富な内容を有する區分が、刑法の社會主義的根本態度の證據物として、「經濟力に對する侵害」に關する區分と併せて、現に第二讀會が決議したやうに刑法典の各則篇の最初の部類に於ける、本當に基礎的の意義を獲得せざるを得なかつたことを暗示するものである。

草案の「民族的法益の保護」の部類の第二の區分は、民族の保健に對する侵害を取扱ふものであつて、性病の蔓延の豫防、傳染病豫防の處置の違反、生活必需品の加毒、痲醉毒の取引、泥酔者竝に少年に向つての酒精分含有飲料の手交などに關する規定を包含するのであるが、併し民族の健康は民族自體の資格として之を保全し、また之を保護することを必要とするのであつて、従つてまた之を有體的の民族的法益と同列には置き難い。

民族の健康竝に勞働力に對する侵害に關する區分の次に、「有體的な民族的法益に對する侵害」に關する區分が来る。此の區分は獨逸國の山林の荒廢、鑛物の獲得、溫泉鑛泉に對する脅威、紀念碑の保護、發掘の保護、郷土の保護、及び獨逸國の領海内に於ける不當の漁撈を處罰して居るのであつて、特に大體に於て思想上の事由 *ideelle Ursache* に基いて處罰を行ふのである。けれども他の一面に於ては此の場合には常に、全然形式的に有體物に指向される所の侵害に關するものであつて、其の程度に於ては是等の處罰價值

ある行爲は、民族の道義的精神的態度に對する侵害とは、少くとも程度の上で區別される次第なのである。

「民族的法益の保護」と云ふ部類の問題たるに値ひするものであることは、「公共に危険なる行爲」の區分が前記の三區分よりも前に置かれてあることからして、一層明白となつた。プロイセン邦司法大臣の覺書の分解した是等の章を存置するのを委員會が決議したのは、公共に危険な行爲の目標が「漠然として居る」が爲ではないのであつて、寧ろ是等の行爲が典型的の意味に於ての民族の平和に對する脅威を意味するの點に存する、是等の行爲の内面的共通性の爲である。だがさればこそまた、果して然らば其の間に委員會も決議したやうに、是等の行爲をもつと遙に民族的平和に對する脅威の近傍に、持つて來てはならないものであるかと云ふ問題が頭を擡げた。是等すべての考察からして、其の名稱上既に別段の説明がない以上は、理解するに困難である所の「民族的法益の保護」の部類を廢止したのである。是は——わたしの考へる所では——プロイセン邦司法大臣の覺書とは違つたことであるにも拘らず、著しい改善を意味するものなのである。

從來のナチス刑法に關する勞作に依ると、すべて各則篇が「民族の保護」を以て始めると云ふのは自明的の事柄なのであつた。第一の部類のかくの如き名稱に對して、そうは云つても結局に於ては刑法全部が民族を保護するものなのであるから、従つてまた此の名稱を構成要件の一部分の爲に使用する譯にはいか

ないではないかと主張するのは、正當であるとは思へない。蓋し此の場合に民族の保護と云つてあるのは狹義の意味に於てあることは、各則篇の次の四つの部類と對比して見、又は是等の部類に依つて正當に補充して見ると誤解を容れない程度にはつきりと判るのであつて、是は何人にとつても合點のいくことであるからである。委員會は此の部類の内容を直接の民族的背叛 *Volksverrat* と、獨逸民族の最も神聖な本質としての名譽に對する侵害に制限した。蓋し名譽を純潔に護持すると云ふことは、獨逸の民族的生活の條件たるものだからである。是は至極宜きを得た界限方法であるやうに思はれる。背叛に對する保護中には背叛罪 *Landesverrat*、指導者に對する背叛 *Hilfsverrat*、竝に大逆内亂罪 *Hochverrat* 等の如き背叛行爲の故を以ても、はたまた背叛行爲中に忠誠の侵害が表明されて居り、従つてまた犯人の心情 *Gesinnung* が全然破廉耻であるの故を以ても、乃至はまた犯人の犯行が直接民族的生活に對して指向されて居ると云ふ——こゝではそう云つて差支ない——直接の侵害方向の故を以ても一つの統一體を形造つて居る行爲を、犯罪行爲全般の先頭に置いてある。人或は指導者に對する背叛をこゝに收容したのは、指導者と云ふもの出現の唯一度丈であるのを典型化することを意味するのであつて、到底忍ぶことの出来ない事柄であるとして時あつてか草案を非難したのであるが、かくの如きは全然不當な非難に過ぎない。先づ第一に此の場合どの程度まで「典型化」が存在するものであるのかは解し難い。次に然もかくの如き規定を設くべきであるかどうかは、云ふ迄もなく指導者自身丈に限り終局的に裁決し得る所である。だが指導者に對する

背叛、換言すれば民族の最高の意思中樞、従つてまた民族の最後の指導機關に對する背叛を規律することなしに放置するやうなことがあつたら、指導者の爲の闘士としての委員會の委員は當然責任を負はざるを得ないであらう。新刑法の構成要件の先頭に在る民族に對する背叛行爲は、各則篇の開卷第一に民族、其の國家及びナチス運動の一體であることに最も力強い承認を與へる機會となつた。こゝに構成されてあるやうな背叛に對する保護は、民族、國家竝にナチス運動の保護の區別の否認されてあるのを明瞭に識認せしめるのであつて、ナチスの立法者に向つて民族が自然の生活體として中心點に位し、ナチス運動と國家とは民族の自然の生活表現や生活現象を成すのであつて、即ち民族も、ナチス運動も、國家も只それ丈を切離して考察して刑法的に之を取扱ふことは出来ないことを示すものである。是と共に形式的權威的な刑法 *formalautoritäres Strafrecht* は當初からして否認される次第であつて、此の事實は實に背叛に關する犯罪について、背叛罪の構成要件を専ら民族の國家的生活表現にのみ結び付けて居ることに依つて表明された所であらう。而して刑法の基礎を民族的同胞の忠誠の義務に結び付けることも、開卷直ちに明白に表明されてある。それは最も重い忠誠の侵害を包含する背叛が先頭に置かれてあることに依つても表明されれば、また背叛の犯罪が一世紀以上にも互つて明かに忠誠の基礎から離脱させることを欲求する方向に向ひ、乃至は獨立した種類の犯罪に分裂させると云ふ方向に向つて發達を續けて來たものが、一朝にして革命的とも云ふべき方法で發達を中止させられて了つたことに依つても、また最後には背叛罪の正犯を明確

に國民丈に制限し、外國人の正犯を特別の章で取扱つて居る程度に於ても表明される所である。各則篇中に於ては開卷直後のやうに民族内部に於ける民族の一員各個の地位とか、民族竝に民族的同胞の道義的の存立についての規定の重味を高調し、民族的生活を有機的に解する見解を力説することが、今こゝで行はれて居るやうな具合にうまくいかない。況んや民族全體の名譽の擁護は、直接背叛に關する犯罪に結び付いて居るに於ておや。名譽の擁護、それは傳來の刑法に於ては全然缺けて居た所である。生活の核子としての名譽は覺書が就中個人の名譽の保護を個人の生命の保護よりも重んじ、名譽毀損に關する犯罪を殺人罪よりも重んずることに依つて高調しやうとした所である。わたしは信ずる。草案は民族全體そのものを保護するに當つて既に如上の思想を實現し、個人の名譽を保護するに當つて初めて之を實現することをしないことに依つて、此の思想を更に印象深く高調したものであると。

背叛に對して民族を保護し、民族の名譽を保護した後各則篇の次の部類に於て民族の基本的生活力——人種竝に傳統的法益 *ethnische, kulturelle*、國防力竝に勞働力——竝に民族の健康を保護するのは、民族的生活を生物學的に考察するに當つての民族保護の自然の繼續である。同時に民族的生活の一切の基本價値は、それが刑法に依つて保護することの出来るものであり、またそれが刑法に依つて保護されることを必要とする限りに於ては、刑法上の保護を與へられる。プロイセン邦司法大臣の覺書が人種保護の要求の聲を揚げた所、外國ではそれが時あつてか全然誤解された後を受けてのこととして、刑法委員會の第一の仕事はまたま

だそれが望ましかつた程度にまで人種の保護を明かにすることは出来なかつた。それが出来なかつたのは一つは刑法外の基本的な人種立法が當時はまだ、完結しては居なかつた爲でもあつた。けれども今日では——特に黨大會の人種立法以來は——刑法の人種を保護する組織の爲の刑法以外の條件は既に造り成されて居る。そこで第二讀會の草案に依れば、「民族の力の保護」の部類の「人種及び傳統的法益に對する侵害」と題する先頭の區分に於ては、人種的背叛、人種の名譽の侵害、騙罔に依る人種的に有害な婚姻、傳統的法益並に人種の保護に關する處置に對する反抗、傳統的法益並に人種の保護に關する處置の遂行の阻碍、繁殖の意思の壊敗、繁殖力の破壊、墮胎、醫療上必要な妊娠の中絶、墮胎手術の提供及び妊娠中絶の爲の手段の公告などの構成要件を取扱ふことが出來た。此の區分について國防力の保護に關する區分があり、次に勞働力の保護に關する區分が來る。草案は特に此の最後の區分に於て、ナチスの刑法改正作業の當初動搖して居たのを克服したのである。動搖と云ふのは、勞働力の保護を部分的には個々の民族的同胞の保護たるものと解し、爾く取扱つて居た點に存するものであつて、かくの如きは獨り相關する新しい眞正な社會主義的規定の分裂を導くのみに止まらず、更にそれ以上に互つて勞働力の保護が恰も個人の保護であるかの如く解せられるの危険を意味することとなるであらう。然もかくの如きは勞働法的關係それ自體の發達が次第に明確に全然私法的考察から離れて行きつゝあること、即ち双面的私法的法律關係 *zweiseitiges-bürgerliches Rechtsverhältnis* と見るにもせよ、また多面的私法的法律關係 *mlrseitiges-bürger-*

liches Rechtsverhältnis と解するにもせよ、兎に角一種特別な法律關係たるものとして此の關係を理解することから離れて、經營に於ける勞務關係を公法上の全體的忠誠關係として理解することに移つて行きつゝあることが極めて明白である以上は、愈々以て不適當であるであらう。若し刑法にして勞働力保護の必要をば勞働力の主體である民族各個の個人的需要たるものとして理解するとしたら、それは寧ろ退歩より以上のことであらう。かくの如きは民族的生活の基本價值としての民族的勞働力を全然誤認するものではないか。そして之に續く民族の保健を取扱つて居る章を以て、第二の部類の三部中の第一のもの、即ち「民族の生活力に對する侵害」の部は終るのである。

草案は生物學的生活力を保護することを建前として居る所から、此の部類の第二部に於て民族の道義的態度の保護に移つて行つて居るのであるが、此の保護は婚姻の保護、道德、信教、死者の安息などに對する侵害の豫防、並に動物保護に關する規定を包含するものである。最後に此の部類の第三部に於ては草案は、經濟に對する侵害と民族的法益の概念の語句上の意義に寧ろ適當した意味に於ての狹義の民族的法益に對する侵害を取扱つて居る。現行の普通刑法は之に相當する規定を云はゞ全然規定して居ないのも同様な有様であるが、之に反し草案の此の二つの區分は内容上非常に豊富である。民族の生活上の必需品に對する脅威、經濟上の背叛行爲、經濟上の秩序に關して爲したる處置の保護、物價政策上の處置の保護、經營上及び營業上の祕密の漏洩、經營上及び營業上の祕密の探知、打明けられた技術上の規定の濫用、公務員

又は官廳の命を受けた者に依る經營上及び營業上の秘密の漏洩、經營上及び營業上の秘密の漏洩の誘惑及び申出、經濟上の組織に於ける公の威力の濫用、經濟上の取引に於ける贈賄、相場詐欺、目論見書詐欺 Prospektsbetrug、相場の釣上、重破産、單純破産、帳簿備付義務の違反、債權者庇護、債務者庇護、債權者に對する贈賄などが經濟の保護に關する區分の規定である。而して獨逸國の山林の荒廢、山林に對する脅威、野獸に對する脅威、妄りに礦物を獲得すること、溫泉礦泉に對する脅威、記念物に對する犯罪、自然物の保護に對する犯罪、動植物の疫病の蔓延の豫防、埋藏發見物の引渡の阻碍、獨逸國の領海内に於ける不當の漁撈は、民族的法益の保護に關する規定である。其の際第一の區分に於て特に目立つて居るのは、殆どすべての構成要件が特に明瞭な道義的の無價値の解明を示すものであり、第二の區分の處罰價値ある行爲は特に著しく民族的法益の思想的價値の爲に民族的法益の保護を遂行するものであつて、其の然るが故に民族に對する犯人の實體的の加害は全然何等の意義をも持たないことが多く、殆ど常に從屬的の意義をしか持つものではないと云ふことである。

背叛行爲に對して民族自體保護し、其の名譽を保護し竝に民族の力を保護した上は事物の自然の考察が民族的生活の秩序の保護に傾注されるのは、素よりそのづからなる勢である。こゝに於てか各則篇の第三の部類は、民族の秩序の保護である。凡そ自然の有機體を觀察するに當つて、直ちに眼を此の有機體の意思中樞に向けるのが、われわれの實生活に對する着眼と合致する所以であるとすれば、其の指導者に對す

る背叛行爲として劈頭の部類中に既に規律されて居ない以上は、先づ民族の意思の中樞である民族の指導者の保護を貫徹するのが、今此の場合にあつても當然のことである。プロイセン邦司法大臣の覺書の如きも細目に於ては幾分か違つた構成の刑法上の保護を提案しては居るけれども、全く同じやうな處置をとつて居る。けれども「民族の秩序の保護」の部類を構成するに當つては、直ちに一つの重要な問題が發生せざるを得なかつた。即ちナチスの國家に於ける民族の指導が統一的なものであることは疑を容れない。否、ナチスの國家に於ける民族の指導は、其の可能である最大の能力を發揮することが出来るやうに、想像し得られる最高の一體に團結して居るものである。けれども此の統一的な民族の指導は國家とナチス運動の兩者の密接に總括された分業に依つて行はれるのであつて、其の然るが故に委員會は民族の指導の保護と更に民族の秩序の保護とを全然分別して、國家指導の保護とナチス運動の保護の二つとして刑法中に構成すべきではなからうかと云ふ問題に直面せしめられたのである。

國家指導の保護とナチス運動の保護とをかやうに平行的に構成すると云ふことは、技術的に想像出來ないことでもあるまい。かくの如き構成が何遍となく反覆される結果を伴ふ虞があると云ふ事實は、かくの如き構成に對する單なる外面的の反對たるに止まるべく、従つてまた決定的の反對ではあるまい。寧ろ民族の指導の二つの分派のそれ々の保護をかくの如く平行的ならしめるのは、民族の指導が二元的のものであるかの如き印象を喚起し易いと云ふ理由の方が、遙に有力な反對論である。けれども指導者はナチス

運動の刑法上の保護を其の指導機關に於て現在の程度以上ならしめることを希望するものであるか、それとも指導者はナチス運動を民族自體と内面的外面的に直接に結合するのが之に對する最善の保護を意味するものであつて、其の然るが故に別段の刑法上の保護は不必要でもあればまた不適當でもあると考へると云ふ意見であるのかは、結局指導者に於て決定することを必要とする所であらう。若し此の決定が細目に互つて構成されたナチス運動の保護を否認すると云ふ意味に於て下されるならば、現在のナチス運動の保護の普通刑法に屬する部分を國家の指導の保護と結合させることが、全然可能でもあればまた適當でもあると思はれる。

草案中に於けるナチス運動の保護の内容及び技術については、本稿の末尾で再び論ずることとする。

此の部類も亦第一の部類に於けると同じやうに、民族的生活を有機的に觀察する刑法の信條を高調するの特に適當な機會を興へるものである。蓋し此の刑法は傳來の刑法に於けるとは異り秩序の保護を國家の秩序以上に互つて擴張し、出来る丈汎く民族の直接の生活秩序内に之を構成して居るからである。國政府やナチス運動の指導者を目指す侵害に對する民族指導の保護の次には、侵害に對する公の秩序の保護が置いてあつて、是は四つの區分に分れて國權に對する反抗、民族的平和の妨害、公共上危険な行爲、職務上の義務の違反を取扱つて居る。尙ほ國權に對する反抗に關する區分中には、就中國權の具體的命令（假令個々の命令にはあらずとも）に對する反抗に關する規定を收容して居るのに反し、「民族的平和」の妨

害の區分中には平和状態を招來する爲の具體的の國家の命令に對して反抗することなしに、平和に反する状態を招來する行爲を記載して居るのである。特に公安妨害、多衆聚合、集會の潰散、惡意に因る住民の不安喚起、救助の呼聲の濫用、民族の使喚、國家を敵視する團結への加入、犯罪團體の結成、處罰價值ある行爲を犯す際に於ける酩酊などの行爲である。

次の區分中では法律秩序に關する刑法の保護は分化して居る。それは此の區分中で司法及び行政に對する侵害、宣誓に對する違反、文書偽造、竝に通貨偽造を罰せんが爲である。是等の三つの部類を以てして協同體の生存、名譽、生活力、其の道義的精神的態度、其の經濟竝に民族的法益、其の指導及び生活秩序の直接の保護を保障して居るのであつて、従つて刑法はこゝに至つて初めて次の第四の部類中で、民族的同胞 *Volksgenossen* の保護に専心することが出来る譯である。

かやうな類別に對して、ナチスの國家のやうな國の法令中では個人を或る程度まで一つの部類の主腦たるものと認めることは不可能であると異議を唱へる者のあつたのは云ふ迄もない所であつて、論者は個人に對する犯罪は實際は全體に對する犯罪に外ならないものであること、所が民族的同胞 *Volksgenossen* の保護と云ふ此の部類の名稱は既に此の部類中に總括されてある處罰價值ある行爲を個人主義的に理解するのに氣勢を添へるものであること、加之民族協同體 *Volksgemeinschaft* の保護價值と個人の保護法益との間に嚴格な區別を立てるのは全然不可能であること例へば勞働力に對する侵害とか風俗に對する侵害とかの

場合に於けるが如くなるものがあるのが少くないこと等を指摘したのであるが、此の論に對しては個人の生存を或る意味に於て否認して丁ふと云ふやうな逆上の處置は解し難いことであること、われ／＼は眞に獨逸民族にふさはしい刑法を作り上げることがを任とするものであること、獨逸民族は個人を「保護價値の主體」たるものと看做しつゝあるものであること、之に依つて各個の民族的同胞をば民族協同體内に於ける任務を託せられたものとして考察することが除外される次第ではないのであるから以上に述べたやうな處置は決して個人主義的たるものではないこと、などを指摘して辯駁することが出来る。何れにしても個人を全體の一部としてのみ考察し、それ以外のものとしては考へることをしないのは、恐らく殆ど獨逸民族にふさはしいものではなく、個人が例へば全然其の生活の主體たるべからざるものであるとか、從つてまた個人の生命に對する侵害は個人に對する侵害として考察すべからざるものであるとか、寧ろ生命の主體は全體の一員たるが故を以てのみ保護を享有すべきものであるとか云ふやうなことは、獨逸民族の理解し兼る所であらう。さればこそ一切の哲學的、世界觀的考察を除外して考へると、生命の主體としての個人を否認する論結に到達することは出来ない。蓋しかやうなことになること、例へば獨逸國の法域内に滯留する獨逸國民以外の國民の生命の保護を論證する爲には、極めて不自然で技巧的な廻り道を選ばなければならぬからである。事實上外國人の生命を侵害する者は獨逸民族の其の賓客に對する保護義務の精神に反する者であると云ふ、只それ丈の理由を以て外國人や其の生命を保護しやうとするのは自然の感情と

相容れないものがあるであらう。加之刑法が獨逸國民の外國に於て外國人に對して犯した犯罪を罰して居る以上は、刑法は此の既に非常に技巧的な論證を以てしても充分ではなくて、もつと／＼實生活に迂遠な論據を選ぶことを必要とするであらう。刑法は自然の感情に對して極めて自然な觀念を提供して居る事物を只一つの原則の爲に枉げて解釋するやうなことは戒めなければならぬこと、換言すれば自然の事物を實生活や民族に迂遠に理解するのは戒めなければならぬことを説明する爲には、恐らく只此の例を示す丈で充分であらう。加之ナチスと雖亦個人の生存を全く否認して了はうと云ふやうな原則などは全然持つものではない。蓋しナチス即ち國家社會主義なるものは實生活に迂遠な思想上の所産である集産主義ではなくて、寧ろ人生を有機的に理解するものであり、其の結果として一つには民族を全體として生活體として觀察し、然もまた各個の民族的同胞を以て全體の範圍内に於て義務を履行するのを生存の使命とする活きた「生命の驚異」として見る次第だからである。けれどもナチスはまた、かくの如く全體の中に吸収されて了ふことに依つて、個人は決して其の生存を否認されて了ふものではなくて、寧ろみづからも向上し自己を完成するものであると信ずるものである。果して然らば民族的同胞も亦民族的同胞として保護してならぬと云ふ法がどこにあらう。民族的同胞 *Volksgenosse* と云ふ語辭を選ぶことそれ自體が既に、個人も亦とりわけて全體との關係に於て觀察され、理解されまた評價されるものであることが暗示されてあるのだと委員會が指摘したのも當然の事理である。かやうな次第であるから此の部類の名稱の爲に、此の部類

中に收容してある犯罪の個人主義的に理解されるのを助成するやうなことは決してあるまい。勿論民族協同體の「法益」と個人の「法益」との間には確に嚴密な區別を立て兼ることが少くないのであつて、這般の關係を理解する爲には獨り勞働力に對する犯罪又は風俗に對する犯罪を念頭に浮べることを必要とするのみに止まるものではなく、本來の所謂財産犯罪と雖も亦すべて場合に依つては民族全體に直接加害する結果に終ることがある。即ち加害された財産又は例へば盜取された物などが法律上民族的財産 *Volkvermögen* であり、または國有財産 *Staatsvermögen* である場合に見る所である。各則篇の其の他の分類もプロイセン邦司法大臣の覺書の分類を繼續發展せしめつゝ、其の基本精神を斟酌したものに外ならない。

プロイセン邦司法大臣の覺書の第二の大別は、民族的同胞の保護を取扱つて居るのであつて、個人の保護と經濟的活動の保護の二つの區分に分れて居る。尙ほわたしは第三の區分（勞働力の保護）は度外視した。蓋し此の區分は曩に述べた所に依つて、此の部類に屬するものではないからである。けれども覺書の規定して居るやうな「民族的同胞の保護」の大別の犯罪の分類の方がもつと正しいのでないかどうかは、少くとも考慮に値ひする所であると思ふ。蓋し財産に對する侵害を個人に對する侵害として特示する必要は結局徹頭徹尾ないからである。此の犯罪に對する保護は、當該の財産が何人に屬するのであるかと云ふ問題とは全然獨立して法律上與へられる次第なのであるから、個人に對する侵害と云ふやうな名稱は理念上此の犯罪内に根據を有するものではないのである。現在の草案は「民族的同胞の保護」の部類を次の六

つの區分に分けて構成して居る。曰く、殺人、傷害、人身の自由に對する侵害、精神上の作物及び秘密の保護に對する侵害がそれである。

個人を其の生活上重要な資格及び其の個人的權能の點に於て保護する各區分の順序について、覺書と比較して目に立つのは、草案が名譽毀損よりも殺人及び傷害の區分に優先的地位を與へて居ることである。此の點は草案の個々の犯罪の第一の部類の構成と一致する。蓋し第一の部類の先頭に置かれてある民族に對する背叛と個人の保護の先頭に置かれてある殺人との間には、民族に對する背叛をも殺人行爲、然も民族全體に關する殺人行爲として解して居る程度に於ては、平行的關係を認めることが出来る次第だからである。けれども他の半面に於ては民族に對する背叛の性質、從つてまた其の不信不義の性質に基いて、民族に對する名譽上の侵害 *Ehrangriff auf das Volk* よりも民族に對する背叛の方を優先せしめるのは、殺人を名譽毀損に優先せしめるのよりは遙に正しいこと疑を容れない。委員會は殺人並に犯罪の侵害方向に於て殺人と類似である傷害にも優先的地位を與へたのであるが、此のことは人類が道義的に高い地位にあると云ふ意味に於て人生最高の財寶としての名譽は、刑法が保護して居る名譽の概念と同一の意義を持つものではないと云ふ理由を以てしても、恐らく之を辯護することが出来やう。人生最高の財寶として考察するとき、名譽は決して保護を必要とするものではなく、また刑罰規範に依つて保護することの出来るものでもない。蓋し此の意味に於ての名譽は第三者に依つて侵害されるものではなく

て、名譽の主體自身に依つてのみ侵害され、若は滅却され得るに過ぎないものだからである。刑法の客體である名譽は、寧ろ他人に依つて行はれる或る人間の人格の價値の評價である。かくの如き名譽の概念に向つては、刑法の領域上では身體及び生命の保護よりも優先的地位を與へないのが正しいやうに思はれる。之に反して殺人に關する區分と傷害に關する區分とを、「身體及び生命の保護」の區分中に總括すること覺書の提案して居る所の如くならしめるのがいゝかどうかと云ふ段になると、それは考慮に値ひすることであるのを失はない。

民族的同胞の保護については、まだもう一つ云つて置かなければなるまい。即ち此の區分の名稱は之を語辭の通りに受取ると、云ふ迄もなく狭きに過ぎる。蓋し生命、身體、名譽、自由、精神上の作物及び個人的の祕密の保護は、民族的同胞に於けると全然同一の方法ですべての國民竝に獨逸國の領土内に在るすべての賓客、更にまたそれ以上に互つてわれ／＼が外國での所犯に係る犯罪をも結局處罰して居る程度に於ては、一般にどんな人間にも與へられなければならぬのは素より言を俟たない。甚しきに至つては自分の背叛行爲に依つて民族協同體の外に身を置き、人權褫奪とでも云つた立場に在る者に對しても——假令其の人格を尊重すると云ふ意味に於ては——はなく、他の事由に由つてであるとは云へ——之に向つて侵害の企圖される場合に於ては、此の部類の法律上の保護が全部發動せざるを得ないのは素より當然である。精々の所名譽の保護に關してそれが疑問であるやうに認められるに過ぎないのであるが、それは只本

來の内面的名譽が犯人自身に依つて破壊されて了ひ、然も此のことが人權褫奪 *Achtung* に依つて明示的に國家の確認する所となつた後にあつては、此の殘る隈なく破壊されて了つた名譽を更に破壊すると云ふことは、もはや全然不可能であると云ふ丈の理由からに過ぎない。だから名稱は——精確にとると——狭きに失するの嫌はあるけれども、之を存置するのが正しいと思ふ。蓋し此の名稱はどの刑法もが専ら一般の民族的同胞の爲に存在するのと同じやうに、自然の儘で専ら此の部類の保護を受ける者を表示するものだからである。而して此の名稱は民族的同胞を其の在るが儘に表示するのであつて、個人を個人そのものとしては、即ち個人を單獨孤立の生活を營む者としては表示せず、寧ろ血縁的同胞 *Blutsgeosse* の同胞たるものとして、民族的同胞たるものとして、民族の一員たるものとして之を表示して居るのである。即ち此の名稱は民族的同胞以上に法律上の保護を擴張する場合がさうであるやうに、自明と云ふことを阻却するものでは決してないのである。

此の四つの部類を除くとあとに残るのは經濟的活動の廣汎な分野であるが、わたしは曩に獨り個人のみ止まらず民族全體や民族の内部に生存し活動して居る組合や團體等も亦相互に、乃至は個人と共に經濟的に活動して居るのであつて、従つて經濟的活動を活動の主體としての個人に結び付けると云ふことは畢竟經濟的活動の本質ではない所から、個々の民族的同胞の保護の範圍内で經濟的活動の保護を規律することは不可能である旨を既に述べて置いた。即ち經濟的活動の保護は獨立の部類として之を設けることを

必要とし、一時刑法改正作業中に試みられたやうに之を個人の保護の部類中に編合することは不可能なのである。既に本報告第一版中の本稿でわたしは、第一草案に於ける此の部類の小分けは他の部類に於けるとは異り法律的形象 *Rechtsgestalt* に従つて行はれて居るのであつて、此のことは章の名稱にも表明されて居れば部類全般の上にも表明されて居るけれども、刑法の各則篇の他の部分に於ては此の区分は行はれて居ない所から失敗である旨を指摘したのであつて、當時既にわたしはプロイセン邦司法大臣の覺書に復歸するのが望ましいと考へたのである。所が委員會は其の仕事の爾後の經過に於て此の提案を著しく尊重することゝなつたので、そこで部類の名稱に關してもはや財産の保護と云ふことが標榜されず、寧ろ律義な經濟生活の保護と云ふことが標榜されるのは素より自明の事柄である。此の部類は經濟生活に於ける信義誠實に對する侵害、所有權に對する侵害、罪となる利己の三つの部分に分れる。此の部類に於ては——第二部の所有權の保護に至るまでも——分類についての著想は統一的なものである。即ち分母は道義的の標準である。併し統一も亦之を以て既に終了する。何となれば道義的の著想自體はいろいろの觀點から獲得される所だからである。即ち第一部に於ては律義な經濟生活の重要性に基いて、また第三部に於ては權利妨害者の行爲の憎惡すべき性質に基いて道義的の著想が獲得される。けれども是は差支のないことかも知れない。蓋し後者は「公益は私益に優先する」と云ふ原則の半面として、即ち道義的の著想として律義な經濟生活の重要性の立場——只消極的にのみ表現すれば——から解釋することが出来るし、實際またそう解

釋することが必要でもあるからである。けれども此の二部の間に法律概念に従つて名稱を附けられて居る一つの部の挿入されることは、わたしには依然として邪魔なやうに感ぜられる。況んや此の法律概念は非常に重要ではあるけれども、今日獨逸の法律秩序に於てはもはや統一的なものでない法律概念であるに於てあや。即ち世襲農地 *Erbbhof* の所有權が今日では例へば住居に於ける動産其の他之に類似のものについての所有權とは其の本質に於て趣を異にして居るものであること、また經營指導者の其の製作物についての所有權も亦動産とか裝飾品とか又は之に類似の物についての所有權とは趣を異にするものであることについては、意見の相違は實際始と成立し得ない。加之「所有權に對する侵害」の部中には、傳來の所有權の概念とも全然結び付かなければ、革命的なナチスの法律上の變革に依つて道義的に醇化された性質とも全然結合されない處罰價值ある行爲、例へば物件毀棄の行爲の如きものも收容されるのである。刑法典の各則篇の最後の部類の此の部分が規定をして居る「所有權」は、民法學者又は勞働法學者乃至は經濟法學者が今日云々して居るやうな所有權では全然なく、然も亦國家社會主義獨逸勞働黨が其の政綱中で云々し、また法律制度の改正に於て世襲農地に對する農夫の關係を形成する上に於て疑もなく極めて完全に仕上げられた所有權でもない。若し強盜、竊盜、横領、贓物授受、物件毀棄及び物件の奪取などの構成要件を所有權に對する侵害の見地の下に總括するのを斷念することが出来ないと思惟するならば、少くとも問題たる處罰價值ある行爲を經濟生活に於ける信義誠實に對する侵害と罪となる利己とに分類することに於て表明

されて居る最後の部類の分母の統一を中斷すべきではなく、寧ろ所有權に對する侵害を此の部類の最後の部分として構へるべきであらう。此の部分に屬する處罰價值ある行爲は確に之に依つては評價されるものではない。蓋し此の部分の外面的順序は決して評價の權度たるものではないからである。けれどもわたしには充分に保障されてあることを必要とするに於て自明的である所有權の保護を、此の如き旗印の下に船出させる必要は全然ないやうに思はれる。何となれば既に本報告の第一版に於て指摘して置いた通り、所有權の保護をば罪となる利己に對する律義な經濟生活の保護として解釋し、之を最後の部類の此の部分に收容すると云ふことは、全然可能でもあればまた實際正當でもある所だからである。かやうにすれば此の場合にあつても新刑法の本質に合致する整然たる分類、即ち道義的見地に依る分類を持つこととなるであらう。

委員會の決議を経た曩に掲げた分類に對する個々の評言であつて、然も大分類や其の決定的の著眼に觸れる所のないものを度外視すれば、決議された配列は兎に角二つの意味を有する。即ち刑法改正の作業に於ける配列に關する決定的の著想を技術的に實施する上に於て當然に發現せざるを得なかつた或る種の動搖が大體に於て手際よく止められて居るのが其の一つである。またもう一つは新刑法の主要な著眼を各則篇の配列中で兎に角分明にすることが出来る限りに於ては、かくの如き新刑法の主要な著眼が充分有效に分明にされて居ることである。

國家の保護とナチス運動の保護の二分主義は平等と云ふ見地の下に屢々論議された所であつて、他の何れの二分主義に於けるとも同じやうに恰も二元的の基本觀念が此の二分主義の基礎となつて居るかの如き印象を起さしめ易いのであるけれども、民族の保護、國家の保護、並にナチス運動の保護の三者を融合させることに依つて二分主義は排除された。刑法上の保護を民族の保護と民族的同胞の保護とに二分することは、何れの二分主義に於けるとも同じやうに對立の思想を養成し、其の結果として對峙の思想を増長せしめるものであるが、此の二分主義は民族の保護、民族の力の保護、民族の秩序の保護、民族的同胞の保護並に律義な經濟生活の保護の五様に配列することに依つて克服されたのであつて、之に依つて同時に經濟的活動もそれが専ら個人の特權でもあるかの如く解する考察の域内から別除されることとなるのである。加之各個の民族的同胞が結局人をして其の存在を耻ぢしめた何者かでもあるやうな印象が避けられる。然も實際に於ては人格の存在を否認して了ふボルシエヴィズムの集産主義とは違つて、ナチスは民族全體内に人格の席を與へ、且之を確保することに依つて人格を顯彰するのであつて、従つてナチスの國では人格は刑法上の保護に於てもそれ相當の地位を占めることが出来るのであるし、また實際に占めざるを得ないのである。

決議された配列の基本となつて居る態度は、既にプロイセン邦司法大臣の覺書の基礎となり、爾來ナチスの刑法改正のすべての作業の基礎となつた態度と、明かに同一である。即ち左の如し。

民族全體の福祉の爲に準備を爲すこと、民族を各個人にとつても人生の出發點であり、また最後の目標たるものとして顯彰すること、民族を有機體として考察し、ナチスの運動やナチスの國家を以て此の有機體の本質から生ずる現象たるものとして考察するのを承認すること、生物學的道義的基本價値を他のすべてのものに優先せしめること、就中之を雲烟過眼視することなく物質的價値に優先せしめること、忠誠と名譽とを民族的生活の道義的主體として明徴ならしめること、最後に刑法の二つの目標である民族的基本的價値と民族内に於ける義務の拘束の兩者を昭明ならしめることである。

新刑法の其の他の重要な特徴は、各則篇の配列中で之を明白ならしめることは出来ない。特徴の一部は總則篇の配列中でも明白ならしめることが出来るのであり、實際また總則篇中では行はるべきことなのである。けれども究極に於ては是はすべて當然に全體としての刑法の任とする所であり、わけでも其の内容の事柄に屬する。

かやうな次第で委員會は傳來的の刑法とは異り、將來の獨逸普通刑法典並に其の各則篇の構成に深刻な信條的意義を與へはしたけれども、是と共に他の半面に於ては苟も建築物の外面的な建築様式が美と云ふ點に於て、建築の眞の意義と目的とを識認せしめんが爲に與へるいろ／＼な可能性を過當に評價することをしない。外面的の建築様式よりは、内面的形成の方が遙に重要だからである。けれども外面的の建築様式は當然内面的の意義形態の美しい映像たるべきものであるし、實際にまたかくの如き映像たり得るもの

なのである。

(二) 刑法典に於ける各則篇の位

凡そ或る法律のそれを見る者に與へる印象——此の印象は此の法律の作用にとつて決して無意義たるものではない——が、其の全體としての外面的構成に依つて左右されるのは素より當然のことである。されば本稿の範圍内に於ても、各則篇が刑法内部で受くべき外面的地位についても二三述べて見たいと思ふ。現行中の諸刑法は何れも總則篇を各則篇に先行せしめること特に現行獨逸刑法典に見るが如くならしめて居るのであるが、プロイセン邦司法大臣の覺書は之に反して各個の罪となる行爲を先行せしめることを提案し、總則の規定を之に隨行せしめやうとして居る。實際是等の提案の何れについても、いろ／＼な論據を援用することが出来る。總則の知識が各則の規定並に其の中に包含されて居る各個の構成要件や法律生活に於ける其の意思を、理解する上に於ての前提條件たるものであると云ふことは云ふ迄もなく間違ひのないことであり、従つてまた純然たる論理的の立場から云つても總則篇を先行せしめるのが自然であるとは否み難い。だが併し一つの刑法典の總則なるものは純然たる法律的技術的性質のものたるが爲に、法曹ならぬ素人の誰にとつても赤い血の氣の通つて居るとも思はれない、従つてまた理解するのに困難な幾多の規定を常に包含するものである。けれども普通刑法典のやうな意義を有する法律は決して専ら法曹の

爲にのみ制定されてあるものではなく、かくの如き法律は寧ろ何人と雖讀み且理解することが出来るやうになつて居る必要がある。所がかゝる法律が非常に理解しにくい抽象的部分で始まつて居るときは、法曹ならぬ素人はその爲に恐れを爲してそれ以上讀んで行くのを止めにしてしひ易い。素人と云ふものは自分の慣れて來て居る犯人竝に犯罪の典型についての心象や、國家は此の犯人典型や犯罪典型の責任をどう問ふて居るか、換言すれば國家は是等の犯人典型や犯罪典型にどんな刑、どんな保安處分を適用すべく命じて居るのであるかと云ふ問題やを刑法と結び付けるもので、さればこそ中世の獨逸のいろ／＼な刑法が全然總則を規定して居なかつたのも、決して偶然ではないのである。蓋し是等の刑法は今述べたやうな刑法についての民族の觀念の、自然の表現たるものに外ならなかつたからである。さればこそまたプロイセン邦司法大臣の覺書も各個の構成要件を先行せしめることを提案したのである。

だがまた別の一面から云ふと、總則篇は非常に多くの信條的のもの *Das Bekennnisurtheil* を包含するのであつて、特に新獨逸刑法の特色を表示する所のものも少くとも各則篇に於けると同様に總則篇中に存する。加之總則篇を知らず且又刑法を實生活上の或る任意の場合に適用しやうと云ふ試みに際して總則篇を斟酌することをしない者は、必然的に各則篇の構成要件や法定刑の意義效力について全然謬つた觀念を懷くに至ることが多く、日常實生活の上に現はれて來る幾百を以て數へる場合に對しては、各則篇は全然何等の回答をも與へてはくれないのである。各則は犯罪の著手があつたものであるかどうか、何人が正犯で

あり若は從犯であるか、また責任の問題はどんな場合にも生じないでは居ないにも拘らず刑法に所謂罪責とは一體何を指して居るのであるか、一向教へてはくれない。犯罪の競合の問題にも答へてくれないければ、法條の競合の問題にも答へてはくれない。其の他等、等の問題について何等各則篇に解答は示されてない。されば各則篇を讀者の手中に押しつけた上で、それで讀者は讀過の際抽象的技術的部分まで進むに及んで初めて法典を閉ぢるであらうことを豫期し、そしてかくても尙ほ讀者に重大な不幸な錯誤の生ずる可能性もなければ、必ずそう云ふことの生ずると云ふ必然性もなしに濟んで行くものと信ずるのは、非常に危険なことである。わたし自身も本報告の第一版中で、各則篇を先行させる利益と、他面あらゆる事情の下に於て總則篇のいろ／＼な原則を讀者に親ませるの必要とからして、總則篇中のいろ／＼の原則を抽出して之を容易に理解することの出来る信條的の先頭に置き、次に各則篇で個々の構成要件を示し、最後に寧ろ技術的的法律的な總則篇を置くと云ふ體制をとると云ふ論結を下す提案をしたことであるが、委員會は此の提案に聽従することをしなかつた。今となつてはわたしも、委員會が此の提案を容れなかつたのは正當であつたと思ふ。成る程原則的なもの、信條的なもの、新刑法の一般原則中で傳來的の原則と異つた所のものを總則篇から抽出して、之を總括することの出来るると云ふのは恐らく正當である。そしてかくの如くするに於ては將來の刑法の特色を印象深く總括するの目的を達成することの出来るのも恐らく正當である。けれども此の場合にあつてもわたしの今日見る所では、殘存して居る總則篇の全部を各

則篇の次に置くと云ふのは、依然として尙ほ非實際的であることを免れまいと思ふ。新刑法の最も重要な特色、即ち形式的な不法の概念から實體的な不法の概念に、心理的な故意の概念から倫理的な故意の概念に、犯罪の刑法から犯人の刑法、意思の刑法に、餘りに時機に後れた、所爲の既遂に達するを俟つて初めて充分嚴格な處置を講ずる全然防禦的な刑法から、適時に彈壓を加へる戰闘的な刑法に、結果を高調する刑法から意思刑法に移行する上に於ての特色ある諸原則を眞先きに標榜することに依つて、銳利で明確な其の種別に叶つた外貌を刑法に與へることが出来るには違ひないが、かくの如き刑法の工作の本當の姿、形は何人も——其の法曹たると其の他の民族的同胞たるに論なく——刑法の全部を熟讀した上で初めて獲得することが出来るのであらう。されば論理的の見地から見て自然的な順序、即ち總則の全部を先行させるのを拋棄することはしないのが正しい。かやうな考慮からして各則篇は總則篇の後に置かるべきものである。

(三) 刑法典の原則篇

併し以上のやうに述べたからと云つて總則篇中から信條的に重要な規定を抽出して、之を特に民衆的な、素人にとつて獨り取り付き易いのみならず、また印象深くもある形式に於て他の部分、即ち總則篇と各則篇とに先行せしめるのは間違ひであると云ふことを言明して居る譯ではない。かくの如き處置の

與へる長所がどんなものであるかは明白である。前に置いてある刑法の諸原則は法曹でない民族的同胞にとつて本當に重要な刑法上の諸原則についての概観を非常に容易ならしめることも出来るれば、また刑法の細目への精研を容易ならしめる刑法への望ましい手引として素人に役立つことも出来る。否、そのみに止まらず刑法上の諸原則が前に置いてあると、裁判官にとつても在野法曹にとつても其の法曹としての仕事を果して行く上に道しるべとなり、或る意味に於て裁判官竝に法曹が個々の規定の錯雜紛糾して居る間に立つて、何時も何時も其の仕事の正しい方向を悟る上にたよりとなる光を放つ燈臺となることが出来る。是等の諸原則は何人にとつても刑法の外貌たるものであつて、外部の世界にとつても亦然り。だから原則篇 *Grundsätzlicher Teil* を以て刑法を始める提案は固執したいと思ふ。

勿論かくの如き原則篇に收容することの出来る原則や規定をどう選定するかと云ふことは、決して容易な業ではないのであつて、法律を仔細に通観するに當つてどの規定もどの規定も非常に重要なものに考へられ、其の爲に結局原則篇が非常に尨大なものになつて了つて、もはや其の本然の任務を果して行くことが出来ないと思ふやうな、過誤を犯すこともないでもあるまい。また本當に原則的のもの丈を選ばうとして篩ひに篩つた餘り、あとに残つたのは餘りに蒼白な、餘りに無色な、餘りに簡単な、餘りに平板な、そして其の然るが故に原則篇と云ふ部分の目的にとつては不適當となつて了ふと云ふやうな、謬りに陥ることもあることであらう。更に信條の標榜と云ふことから刑法、特に其の總則篇の内容の總括に墮して了ふ

と云ふ、別の謬りをも犯し易い。原則篇は決して刑法の内容を概観させる丈に止まるものであつてはならない。然も亦他の半面に於ては原則篇が只刑法の内容の概観に止まるものであつてはならないと云ふことは、苟も刑法への手引をすると云ふ目的に役立つ以上は、原則篇の中にこゝかして總括的の概観を收容するのを妨げるものではない。蓋し原則篇は實に刑法への手引と云ふ目的をも追求すべき筈のものだからである。即ちあらゆる方面に向つて正しい標準を見出すことが肝要である。

更にもう一つ云ふことがある。原則篇は何分原則的の事項に關することであるからして、餘りに抽象に流れすぎて世情に疎く、民族的同胞の理解からかけ隔るか、又は叙情詩もどきの仰々しく氣取つた用語で、餘りにロココ式であり若は超バロック式である建築様式の下に内容を隠すと云ふやうな、不斷の危険の中に在るものである。原則篇はかくの如き弊害に對しても自肅自戒する所がなければならぬ。

原則篇は、それが刑法の成分である場合に限り意義を有するものであることは云ふまでもない。若し原則篇が刑法の成分でないとするならば、裁判官が仕事をすることを燈臺として指導して行くに當つて、當然具有しなければならぬ權威を裁判官に對して持たないこととなるであらう。若し原則篇にして刑法の成分でないとするならば、此の部分の及ぼす作用は錯雜であり、昏迷であることを免れないであらう。けれども原則篇にして刑法の成分たるに於ては、此の部分は刑法が後の部分中で取消したり、若は制限、擴張乃至は變更したりすることを必要とするやうなことは、一切規定しないやうに几帳面に注意することが肝

要である。原則篇に規定してある所は刑法の立法者の意思に添ふことを必要とし、また刑法の立法者の意思の現に在る通りに存在を續け得ることを必要とするのである。

具體的の點に於て、原則篇の甲若は乙の法條を前後の關係の爲に、刑法の爾後の經過に於て反覆するところが時あつてかあらうとも、それはわたしにとつては——そしてはまた一二の場合に於てのみ望ましい所であるが——懸念すべきことでなく、若は精々の所わたしには外面的の不均齊に過ぎないやうに思はれる。わたしはかやうな外面的の不均齊に大した意義を認めることは出來ない。

既に本報告の第一版に於てわたしは、わたしの委員會に向つて提案した原則篇の草案を轉載したのであるが、それは左のやうなものであつた。

第一條

獨逸民族の刑法は獨逸の道義律 *Sittenordnung* の地盤の上に生ひ立てるものとす。従つて刑法の解釋は此の道義律の命ずる所に従つてみづから律することを必要とす。此の命令と相容れざる結果を生ぜしむる解釋は不當なりとす。

第二條

本法が罪となるものと宣言したる所爲、又は或る刑罰法規の基本となる法律思想上、及び健全なる國民の通念上處罰せらるゝに値ひする所爲を犯したる者は罰す。犯罪に一定の刑罰法規を直接適用すべからざ

るときは、其の基本精神が最もよく此の犯罪に該當する法令に従つて處罰を行ふ。

第三條

刑法の目的は非行 *Unthat* に對する贖罪を保障し、非行に對して獨逸民族を保護し、獨逸民族の健全なる道義的の勞働意思と構成意思を増強するに在り。刑は犯人の新しき犯行を抑制し、犯罪の志を懐く他の者をして犯罪に伴ふ結果の故を以て罪を犯すことを戒心するに至らしむるを使命とす。刑法の適用は此の目的に合致することを必要とす。

第四條

贖罪は責任を前提とす。従つて責任ある犯人にあらざれば處罰せず。

意識して法條中に承認せらるゝ獨逸の道義律の命令に違反したる者は責任ありとし、特に犯人が絶對的に違反を欲求したるにはあらざるも、違反を容忍したる場合にあつても然りとす。法律が明示的に輕忽若は單なる過失に因る行爲を以ても足れりとせる場合にあつては、輕忽若は單なる過失に因る行爲を以ても充分とす。

第五條

精神的に薄弱なる者又は意思の薄弱なる者は、其の薄弱なることが本人の適法なる行爲を困難ならしめたりとの辯明を、原則として聽容せらるゝことなし。蓋し薄弱は強健となるの任務に外ならざるを以てなり。

第六條

犯人が意識して行爲を爲したるときは、刑法の贖罪は民族と相容れざる行狀の根幹たり、淵源たる其の意思に聯繫せしめらるゝものとす。従つて刑法は犯人が其の所爲の實行に著手する場合に既に贖罪を要求するものにして、犯人が之を完了したると否とを問はず、従つてまた犯罪に關する外面的の關與の方法如何は、處罰を決定する契機たらずとす。

第七條

刑の量は裁判官に於て當該の犯罪につき刑法中に規定したる刑の範圍に基きて之を定むることを必要とするものとし、専ら犯人の意思の強弱、其の危險性の有無に従つて量定すべく、輕忽若は過失に由る行狀の場合にあつては、犯人の不注意の程度に従つて量定するを要す。

第八條

名譽は獨逸人たる者の最高の財産なり。従つて非行の最も重き結果は、犯人の名譽の滅却若は滅殺なり。犯人がみづから永久的に民族協同體より脱退したるときは、法律は名譽の滅却として人權褫奪 *Achtung* を規定す。

犯人が其の行狀に由つて自己の名譽を著しく傷けはしたるも、非難を容れざる生活に因つて甦生するこ

とを得るときは、之に對して一時的に名譽喪失 *disgrace* を宣言す。名譽喪失の宣言には重懲役を伴ふ。其の外刑法典は制限的の結果を伴ふ名譽刑を規定するものとし、此の名譽刑は犯人の政治上若は公職上の地位の喪失に於て、又は名譽を減殺する判決の公告に於て成立す。

第九條

自己の非行に因つて自己の生命を失ふに該る者については、死刑を規定したり。就中民族及び國家に對して背叛し又は總統に加害する者は、法令の個々の規定の定むる所に従つて死刑に該る。

第十條

本法は自由刑としては、犯人が其の所爲に因つて甚しく名譽を失ひたる場合に規定せらるゝ重懲役、名譽なる行爲に對する刑なるも其の服役を了することに依つて贖罪することを得る刑として輕懲役、名譽を減殺することなき行狀に對する贖罪を意味する刑として拘留を規定す。

第十一條

犯人の人物が刑の服役後未だ非難を容れざる行狀についての保障を與へざるときは、民族を保安する爲に更に之を監置することを得。犯罪の素質が犯人の肉體的性質中に存するときは、刑法は犯人の肉體にも干涉を加へて極力其の素質を治療する處置をも規定す。

第十二條

全體の生存上の必要 *Lebensnotwendigkeit* は、刑法上に於ても各個の民族的同胞の生命及び運命に優先するの地位を有す。刑法は個人の爲に存するものにあらず。刑法が個人を保護するは、個人がみづから民族協同體の一員として感じ、民族協同體の一員として活動し、又は民族協同體が其の他の理由に由つて個人に保護を與ふるが故に、且其の程度に於て行はるゝものとす。されば刑法の適用は決して民族に反する目的を有することを得ず。民族の道義律に相當する法の適用のみに限り、刑法に課せらるゝ任務を果すものとす。

以上の法律案の理由としてわたしの擧げた所は左の通りである。

こんなやうな提案に従つて構成された原則篇は、實體的な法不法の觀念の原則、法律と法の認識の淵源としての健全な民族的通念とは互に平等の價值を有するものであるとする原則、法律の目的に依つて律せらるべき法律解釋上の原則、道義的の價值の標準を包含する責任を處罰の前提たり、原因たるものとして認める原則、精神薄弱なる者に斟酌を拂ふことをしない原則、意思刑法並に是より生ずる統一的正犯概念の原則などを何人にとつてもわかり易く持込むことが出来るであらう。かくの如き原則篇は刑、保安處分及び治療處分を犯罪に對する國家の返答として擧げるであらう。また名譽の喪失や名譽の減殺を刑の最も深刻な意義として表示することも出来やう。然もまた刑の目的をも此の最

も深刻な意味と獨立して識認せしめることが出來やう。最も重い刑種を擧げ、之を名譽の見地に從つて規整することが出來やう。此の如き原則篇は更に若干の別段の規定、例へば刑は國家の任に專屬するものであることを明かにする規定や、法定の責任阻却事由に關する規定などを以て之を増補することが出來るであらう。

所が委員會の其の後に於ける各個獨立の仕事及び共同的工作並に討論は、此の第一草案にもつと簡潔でもつと確定的な、其の中に表明されて居る思想をもつと規律的に形成する用語を興へ、若干の思想と内容を原則篇から別除して、次の現在存在して居るやうな草案に到達した。

一、刑法の根源

刑法は、健全なる民族的感情 *gesundes Volksempfinden* の中に躍動せる法不法についての獨逸民族の道義的觀念 *sittliche Auffassung* の中に根源 *Wurzel* を有するものとす。

二、處罰の基礎

法令が罪となるものと宣言せる所爲を犯したる者、又は刑罰法規の基本精神と民族的感情上刑を受くるに値ひする所爲を犯したる者は罰す。

犯罪に對して特定の刑罰法規を直接適用すべからざる時は、此の犯罪は其の基本精神が此の犯罪に最もよく該當する法令に從つて之を罰す。

三、刑法の目的

刑法は非行に對する贖罪と民族の保護との用を爲す。刑法は民族の生存意思 *Lebenswille* を鞏固ならしむべきものとす。

四、刑法の内容

刑法は民族協同體の生存を保護す。刑法は自己所屬の民族に對する忠誠の侵害を豫防し、民族に對する背叛行爲者を極めて重き刑を以て罰す。刑法は人種的基本と民族の健康を保護し、其の名譽を擁護す。民族の國防力、勞働力及び經濟力、其の精神的及び道義的の態度は、刑法の特に保護する所とす。刑法は民族の自己自身に與へたる秩序を護持す。

刑法は民族の一員として民族的同胞を保護す。

五、責任及び刑

刑は責任を前提とす。責任ある犯人は罰す。

故意に因る責任には、不法を爲すの犯人の意識を必要とす。法不法についての健全なる民族的感情と相容れざる犯人の見解は之を尊重することなし。

六、刑の量定

犯人は其の責任の程度に從ひ、就中其の邪惡の意思並に其の協同體に對する義務 *Gemeinschaftspflicht* に

反抗する程度の強弱に従つて罰す。

七、保安及び治療の處分

常習的犯罪人は其の刑の服役を了したる後も、民族を保護する爲に必要な間は之を監置す。犯罪が犯人の疾患又は變質に基くときは、刑法は刑及び保安處分の外に矯正及び治療の處分を命ず。

八、刑罰法規の解釋

刑罰法規は其の精神及び目的に従つて解釋すべし。

刑罰法規は總統の告示、健全なる民族的感情及び法令の基礎となる法律思想に基いて之を發見すべし。

九、刑事司法の基準としての正義

裁判官の任務は民族の福祉に奉仕するに在り。之に依つて裁判官は正義の爲に奉仕す。

かやうな次第であるから原則篇に關する豫備の作業が其の後に執つた發達は、大體に於て次のやうな方向に在るものである。

(1)、今度の草案は名譽刑や自由刑の簡單に總括した列舉竝に特示を收容することは止めにした。

(2)、「汝は當然かくすべきものなるが故に、汝はかく爲し能ふ」*Du kannst, denn du sollst* と云ふ金言は、道義的訓誡としては重要な教育的意義を有し得るのであるが、専門家が限定歸責能力の問題に於て第一草案の態度を變更する必要ありと認めたる事情を斟酌するに於て、是亦拋棄せざるを得ないことになつ

た。

(3)、新刑法は意思刑法たるの性質を有するのであるが故に、犯罪に對する國家の防衛線の推進を高く標榜することに依つては、即ち罪となる行爲の著手を推進することに依つては、もはや新刑法の此の性質は顯彰することは出來ないのであつて、寧ろ別の方法で次のやうな處置で——わたしの考へる所では從來より一層よく——明かにされるものである。

(a)、責任と贖罪との聯繫を掲げることに依つて、

(b)、責任の概念を道義的なものたらしめるの主旨を掲げることに依つて、

(c)、新しい刑の量定に關する規定を掲げることに依つて、

(4)、いろ／＼な基本精神を充分な根據のない並置關係に於て掲げて居るもとの原則篇の末の項目は分解されて、民族が個人に優先すると云ふ信條は進歩的な新しい直接の民族の保護をば民族に對する民族的同胞の忠誠の義務のやうに、また民族の一員としての個人の評價のやうに高調して居る新しい第四目に依つて表明されて居る。原則篇の新草案は民族の福祉に不利益な結果を來さしめる法律の適用は法律の適用たるものではないとする信條を、法曹に對する最後の呼掛けの中に於て充分な効果を以て表明して居る。此の呼掛けは法曹に向つて正義を督勵し、同時に正義は決して抽象的の理想たるものではなくて、寧ろ法とは民族の福祉に役立つ所のものに外ならないのであることを宣言するものである。

(5)、更に新草案は新に第四目中に法定構成要件の内容の總括を掲げて居るのであつて、之に依つて新刑法の社會主義的著想と——曩に既に述べたやうに——民族的同胞を民族の一員として解する見解とを顯著ならしめて居るのである。

原則篇が現に提案されて居る儘に、又はそれと類似の形で法律となるときは、原則篇は將來の刑法の次のやうな特色ある基本精神を表明することとなる。

(1)、法と道德とは一であつて二ではない。法は道德の外に超然たるものではなくて、道德の間に根柢を下ろすものであると云ふ信條。

(2)、法は法令に由る外、直接民族の良心からも發見すべき旨の命令。

(3)、保安と贖罪と健全なる民族力の増強とを刑の三つの目的たるものとする信條。それと同時に刑法は道義的目的を有するものであるとする信條。

(4)、刑法は社會主義的性質を有するものであり、民族的同胞は民族の一員としての地位を有するものであつて、此の地位は民族的同胞の忠誠の義務に依つて決定されるものであるとする信條。

(5)、贖罪と責任との間には連鎖があること、同時にまた刑法上の責任の概念は道義的なものであるとすること。實體的な不法の概念を以て形式的の不法の概念を克服すること。國家社會主義的獨逸民族のあらゆる疑念の外に超然たる道義的基本觀念について犯罪人と論を闘はすのを全然拒むこと等の信條。

(6)、意思責任 *Willensschuld* に依つて刑の量定を行ふべきを命ずることに由り表明される意思刑法の信條。協同體に對する其の關係に依つて意思責任の評価を爲すべきを命ずることに由り表明される社會主義的刑法の信條。

(7)、刑、保安處分、矯正及び治療處分などの刑法の手段の普遍性を有することの信條。

(8)、裁判官に向つて總統の告示、即ち國家社會主義獨逸労働黨の綱要をも法の發見の指導標たるものとして指示することに由り表明される法の準用の信條。

(9)、民族に結び付いて居る正義の信條。刑事司法の目標として抽象的正義を拒むことの信條。

わたしの考では、かくの如き包括的な、一般に判り易い、刑法の成分を成す、刑法への手引である、刑法の特色を示し刑事司法の規準として役立つ原則篇は、定めて新刑法中に於て重大な意義を有すること、なるであらうと思ふ。

最近原則篇の代りに法律に前文をつけると云ふ考案も、再び勢を得て目立つて來た。云ふ迄もなく前文は全然別個の目的の爲にするものであり、全然別個の文句を言明することを必要とし、刑法の精神に手引すると云ふ以外には著しく逸脱してはならないであらう。そこで特に國家社會主義獨逸労働黨の國法部 *Reichsrechtsamt* の覺書の提案して居る前文の文句に想到しなければならぬ。

「凡そ民族なるものは個人の價値と生命とを包括す。現に生存しつゝある者の血縁と闘争、困苦と活

動は過去の世代の基礎の上に立脚して將來の世代の運命となるものなり。此の偉大なる永久的なる民族的團結はすべての生きとし生ける生命の保持者としての血と協同體の道義的紐帶としての忠誠に依つて支持せらる。血にして腐敗せんか、民族は死滅す。忠誠にして消滅せんか、協同體は瓦解す。忠誠に基づく義務は最高の民族的、道義的義務なり。自己の忠誠の義務を履行する民族的同胞にあらざれば協同體内に地位を有し、價値を有し、名譽を有すること能はず。自己の忠誠の義務に違反したる者は、みづから所屬の民族より離脱して民族協同體に對する裏切者となり、民族協同體内に於ける地位と名譽とを失ひ、かくの如くにして其の忠誠に對する侵害を贖はざるを得ることとなる。國家は此の贖罪を果し、忠誠に對する侵害を處罰することを必要とす。正當なる處罰は民族協同體を鞏固ならしめ、之を保護するに寄與する所以にして、民族的同胞の忠誠の義務の履行に關する重大なる闘争、犯罪人や犯罪に對する闘争の中心に位するものなり。刑法は國家的刑罰制度、贖罪制度の法律的秩序の用を爲すものにして、國家が民族協同體の福祉の爲に忠誠の義務の残る限なく履行さるゝを要求すること、忠誠を破る者には公正な刑が科せられるものなることは、刑法に依つてすべての民族的同胞に告知せらるゝなり。民族協同體、忠誠、義務、名譽及び公正なる贖罪の一般的思想竝に民族的の法律感や道義感との一致は、當然刑法に於て極度にまで義務的の表現を見出すべきものなり。」

刑法委員會も前文の文案を考へたことであるが、最後の討論に於ては最近のいろ／＼の案の中で、次の

ものが特に重きを爲した。

「苟も獨逸の刑法典たるものは民族と指導者とを支持せるナチスの世界觀に依つて貫通されあらざるべからざるものなるを確信して、國政府は獨逸民族に此の法律を付與す。

刑法は法不法についての民族の健全なる感情よりして其の生きたる内容を享受す。刑法の刑は、其の明示の規定に違反したる次第にはあらずとも、其の基本精神に違反したる者にも之を科す。

犯したる不法の贖罪、犯罪人に對する豫防、民族に於ける構成意思の増強は、刑の目的たり。また其の意義たり。

獨逸人たるものの品格の核子としての名譽、獨逸人たるものの神聖なる義務としての民族に對する忠誠は、其の是等のものに歸屬する最高の評價を本法に於て與へらるゝものとす。民族の健全なる精神的態度、人種の純潔、有力なる協同生活にとつての基礎としての傳統的法益を護持し、民族の戦闘力と勞働力を擁護するは、本法が其の特別の目的としたる所なり。「公益は私益に優先す」と云ふ信條は、本法に支配的の印銘を與ふるものとす。

本法は斯くの如き精神を以て立案せられたるものにして、獨逸民族の福祉の爲にする所以の正義の擁護者としての専任裁判官は此の精神に基き本法を基準として裁判を爲すべきものなり。」

國法部の覺書の前文は、個人にとつても民族が生存の目的であることの一般的信條、民族の永久性につ

いての信條、血と忠誠とが民族の基礎であり、支柱であることの信條を以て始まる。次に此の前文は、協同體に對する最高の義務としての忠誠の義務から出發して、忠誠の義務違反を刑法の最も深遠な根據たるものとして標榜し、以て贖罪と民族協同體の保護並に安定を刑法の目的たるものとして顯彰する點に到達して居る。前文の龔に擧げた文案に對して國法部の覺書の前文はみづからを刑法に制限することなく、寧ろ先づ民族其のものの基礎を根本的に論じて居ることを特色として居る。

とは云ふもの、前文と原則篇とは互に他を排斥するものではなくて、寧ろ獨り並立關係に在ることの想像し得られるのみに止まらず、其のそれ／＼が其の特別の目的を果すことが出来るものであるのを指摘したいと思ふ。

(四) 各則篇の任務

刑典の個々の犯罪を取扱つて居る篇の外面的位置よりも遙に重要なのは、刑法が此の篇に與へて居る刑事司法上の任務であることは素より言を俟たない。苟も立法者にして人間の生活の發生せしめる一切の場合を豫め概括的に觀察し、之を規律することが出来るものだと考へる以上は、當然刑典の各則篇に是等の規範の完全性と排他性との要請を伴ふ規範的作用を認めざるを得ない。何れにしても犯罪人の利益を計つて法律の類推的適用の禁止を掲げて居るすべての刑罰法規は、實際上の結果に於ては此の見解に近接

するものである。所がそれは殆どすべての國の刑法を通じての事なのであるから、今日でもまだ大抵の刑法に於ては、各則篇は右に述べたやうな任務を有するのである。各則篇をかやうに形成することの反對の極は、刑法中で個々の構成要件を全然省略して了ふやり方であるが、此のやり方は從來——一九一九年の刑事立法に關する準則を除外すれば——まだこの刑法に於ても實現されたことはない。けれども刑典の各則篇を例示的、説明的の任務に制限する刑法も、終局の結果に於ては同様な作用を有する。一九二六年のロシア刑典はかう云ふやり方をして居る。かくの如き場合に於ける條件は、一つの普遍的構成要件 (Generalthatbestand) を明瞭に又は少くとも默示的に上位に置くことであつて、個別的構成要件 Einzelthatbestand は其の説明的の例として看做さざるを得ないのである。

かくの如き方式には二つの種類を想像することが出来る。即ち犯人が例示構成要件 Beispielthatbestand を實現した場合に裁判官は必ず有罪を言渡さなければならぬものとするとも出来る。また具體の場合に法律が例示してある個別的構成要件で規定したとは別様に裁判し得る道を裁判官の爲に置いて置くことも出来る。一九二六年のソビエトロシアの刑法は此の後なる方法を執つて居る。事實上わたしにはかくの如き方法は、刑法が或る一つの利益の保護 Interessenschutz の手段たる以外に、何ものたることをも欲しない場合に限り可能であるやうに考へられる。ロシア刑法が一つの利益を保護する爲の道具、即ち一つの階級の權力を保護する爲の道具たらんことを念とするものであることは、ロシア刑法の實際また明示的に

宣言して居る所であつて、是ぞロシア刑法のロシア刑法たる所以の特色なのである。

制定した規範に關して完全性と排他性の要請を伴ふ規範的作用を配當すると云ふことは、わたしの感情から云ふと、われ／＼が將來の獨逸刑法の基礎たらしめやうと志して居る實體的な法不法の觀念に合致しない。蓋しかくの如き作用を配當するのは、刑法を目的論的に解釋して見ても法定構成要件とは完全には一致しない犯罪であるけれども、健全な民族的感情から云ふと處罰價值ありと認められるやうな犯罪を贖はしめる爲の餘地を刑法の爲に剩さないからである。かくの如き作用の配當はまた、法の淵源 *die Quelle des Rechts* についてのわれ／＼の觀念にも合致しないであらう。何となれば法の淵源は民族的の道義律であつて、法律ではないからである。われ／＼にとつては法律は寧ろ此の法の認識の淵源 *Erkenntnisquelle* の一つであるに止まり、其の唯一の認識の淵源たるものではない。然も規範の完全性と排他性とを要請を伴ふ法律の規範的作用は、健全な民族的の通念を法律と相並んでそれと平等の價值を有する認識の淵源として認める爲の餘地を剩さないのである。

之に反して規範としての性質を認めることなくして構成要件を只例示的にのみ列擧するのは、立法者としての民族の指導者と民族指導の機關としての裁判官との間に任務を界限しやうと云ふ、われ／＼の觀念とは相容れないものがある。かくの如き列擧は寧ろ實際上には裁判官をして具體的の場合につき、民族指導者たるの地位を占めさせることとなるであらう。即ち指導が無政府主義的なものとなるの危険を包藏す

る任務の紛更を意味することとなるであらう。

草案は此の二つの方法を不可能であると認めて、各則篇の任務、即ち個別的構成要件の任務を規範的作用として構成はするけれども、排他性と完全性とを要請は伴はしめないで構成しやうとして居る。即ち犯人が具體的の場合に、主觀的にも客觀的にも法定構成要件を充したことの認定は、ロシア刑法に於けるとは異り、刑及び場合に依つては保安若は治療の處分を言渡すことを裁判官に強制することになつて居る。けれどもまた他の半面から云へば、犯人が主觀的にまた客觀的に法定構成要件を實現しなかつたと云ふ認定は、犯人が責任能力を有する場合にあつては未だ以て其の無罪の言渡を導くには足りないのであつて、寧ろ場合に依つては裁判官をして第二の法の認識の淵源である健全な民族的の通念は、犯人に有罪を言渡すことを促しはしないかどうかを審査せしめることになつて居る。けれどもかやうな審査を行ふ場合にあつても、裁判官は二つの點に於て法定構成要件に立ち戻ること餘儀なくされる。第一には民族的道義律が健全な民族的の通念に従つて樹立して居る要求であつて犯人が侵害した所のものが、刑罰法規中に於て此の刑罰法規の基礎となる法律思想として表現されて居るかどうかを認定する爲であり、第二には其の肯定される場合には法定構成要件の中から、自分が犯人の所爲を名付ける規準となり、また自分が刑量を發見する上に於ての基礎となるものを選び出す爲である。

草案が個別的構成要件、従つてまた各則篇の全般に與へて居る任務、完全性と排他性とを伴はない規範

的作用であり、同時にまた刑法外の法の認識の淵源から法を見出すことに因つて法を適用する場合に於ける教導的の補佐作用 *wegweisende Unterstützungsfunktion* たるものである。

(五) 法定構成要件の典型的構成についての若干の考察

われ／＼は民族の保護と不法の贖罪とを以て刑法の目的たるものと見ると共に、われ／＼は法 *Recht* を法律 *Gesetz* と同視することなく、寧ろ法を民族的道義から展開させるのであるから、刑法に於ては徹頭徹尾實體的の法不法の觀念が標準たらざるを得ないものであると考へる。だから刑法と云ふものはわれわれの見解から云つても、一に之を法律からのみ推知し認識すべきものではないのであつて、寧ろわれ／＼は刑法外の法の認識の淵源をも識認しやうとするものである。贖罪を必要とする懈怠の場合を除くすれば、われ／＼は犯罪人の不法を意識しての行爲意思 *unrechtbewusster Tatwille* を目して民族の平和的秩序の敵であり、民族の碍けられない生活力の仇である動力たるものと爲し、従つてまた之を以て是非とも斃さなければならぬ不俱戴天の仇敵と見るのである。

刑法についてのわれ／＼のかくの如き根本觀念と相竝んで、立法者の爲し得る所には限りがあり、即ち法律と云ふ製作物は裁判官の工作に依つて補充されることを必要とするものであるの認識が存する。従つてわれ／＼は立法者の作用の能力及ばない場合、換言すれば多岐多端であつて測り知るべからざるもの附與する必要を認めるものである。

此の根本思想からして必然的に生ずるものは、將來の獨逸刑法の各則篇の個別的構成要件の典型的構成についての普遍的論結である。草案は此の必然的の論結を尊重するに努め、此の法律の第二讀會の機會に一層之を表明することにした。蓋し刑法の個別的構成要件の典型的な解剖學的構成は、云ふ迄もなく刑事司法に於て是等の構成要件に配當される生理學的機能に一致しなければならぬものだからである。

苟も刑法たるものの根本的態度は極めていろ／＼の點に於て個別的構成要件の典型的構成上に深刻な影響を及ぼすものであるが、今本稿の範圍内では此の影響をあらゆる方向に互つて究めるのが不可能であるのは素より自明的のことである。とは云ふもの、二つ若は三つの方向に向つて、個別的構成要件の典型的構成の特別な性質を簡単に説明して見ることにしたい。

實體的な法不法の觀念を認め、法律と相竝んで平等の權利を有する第二の法の認識の淵源を認め、また立法者の作用を及ぼす能力の自然に制限されて居るのを認めるの結果として、個別的構成要件並に其の中に包含されて居る個々の規範が寛裕なものとなつて來る一般的傾向を生ずる。此の寛裕は裁判官に對する要求が強くなつて居ることに依つて補正されるのであつて、即ち寛裕が不安定を超へて無方針となり、從

つてまた刑事司法に對する脅威となるやうなことの無いやうにする爲、裁判官は立法者の意向、換言すれば新刑法の世界觀的基礎並に是より生ずる論結に完全に同化することを要求されざるを得ない。

犯罪意思を民族的平和の本來の相手であり、民族の無碍の生活力の仇敵それ自體であると解する以上は、其の結果として刑法の個別的構成要件を主觀的なものとせざるを得ないこととなる。此の主觀化は外面的の認識の標識は存在しないでも、新刑法の責任の概念が道義的に律せられる不法の要素、即ち不法を爲すの意識を收容することに因つて刑法の全部、従つてまた個々の故意の悉くをば責任を包含する構成要件として、主觀的なものたらしめることに依つて既に成就されるものである。

實體的正義の原則を獨り刑法に於てのみに止まらず、とりわけ刑事司法に於て裁判官の助力を借りても確保しやうとする立法者の決意は、各則篇全般の刑の範圍の構成の點にかけても、はたまた刑の範圍に關する政策の點にかけても極めて進歩的な論結に到達せしめる。

以下に於ては更に此の三つの方向にかけて、生理學的作用に依つて律せられて居る個別的構成要件の解剖學的構成を、簡單に論じて見たいと思ふ。

別の關係に於て説明したやうに、草案は個別的構成要件の規範的性質を維持しやうとするものであるが、草案は特に三つの點に於て個別的構成要件の構造を變更して居る。即ち、(1)、個別的構成要件中に規範的構成要件要素 *normatives Tatbestandsmoment* を收容し、増加することに依つてゝある。(2)、構成要件

の全部を原則として規範的なものに形成することに依つてゝある。(3)、犯罪人定型 *Tätertyp* を規範的に劃定することに依つてゝある。更にまた規範的に整理された個別的構成要件の一部は説明的に整理された構成要件として、即ち一種の普遍的構成要件 *Generaltatbestand* として優越した地位に現はれるけれども、一部は説明的に構成された構成要件と同列中にも現はれる。

今こゝでわれわれの論じて居る規範的構成要件要素は、本草案では現行刑法並に覺書の何れに比較しても著しく増加して居る次第であるが、立法者がかくの如き規範的構成要件要素を法律中に繋ぎ止めることの出来るのは、立法者自身が明確な評價の觀念を有する場合に限られることであるのは云ふ迄もない。立法者は規範的構成要件要素を個別的構成要件中に收容することに依つて、裁判官に任意に價值を決定するの權を與へる次第では決してなく、民族指導の觀念に合致する價值決定の權を委任するに過ぎない。ここに於てか然らば法律は何故みづから明示的に、然も説明的に價值決定を行ふことをしないのであるかと云ふ問題を生ずる。併し乍ら評價の明確な觀念を内部に包蔵することは出来るけれども、此の觀念は只規範的にのみ劃定し得るに止まり、説明的には劃定は出来ないこと云ふのが正に此の規範的構成要件要素の一つの特色なのである。由來規範的要素の決定は立法者がやつても、裁判官がやつても何れも平等であることを必要とするけれども、右に述べたやうな次第であるから此の必要な平等は説明的に形成された法律の規定に依つてゝは達成され、維持されるものではなくて、寧ろ單に立法者と裁判官との精神的でもあり且

意思的である、互に相一致した世界觀的著想に依つてのみ達成もされ、また維持もされ得るのである。

此の一致を達成するのは法律の任とする所ではなくて、寧ろ民族教育 Volkserziehung の任である。以上述べた所に依つて既に、われ／＼が目下の關係に於て規範的構成要件要素と云つて居るのは、認定の方法を以ては其の内容を決定することの出来ない、寧ろ評價的考察を加味するに於てのみ決定することの出来る規範的構成要件要素のみを念頭に置いて居るものであることが確定する。従つて本論との關係に於ては草案中で例へば「不實の」とか、「不當に」とか、「適正に」とか、「妓樓類似の」とか、「一般に承認せらるゝ土木工事上の法則」とか、「醫術上の法則」とか、之を要するに規範的なるものとして稱せられるのを常とはするけれども、具體の場合に認定に評價を加味することを必要としないで内容的にも決定することの出来る構成要件要素の使用されて居る程度は全然關係はないのである。尙ほまた序乍ら一言して置きたいのは、是等の要素中の或る者の中には規範的の分子が幾分包含されて居ることがあり得ると云ふことである。例へば「良心に従ふ醫師の慣行」と云ふ構成要件要素に於て直ちに明白となつて居るやうなものである。此の部類の構成要件要素にあつては、結局具體の場合に認定的に内容を決定することが肝要なのであつて、此の内容の決定は事實上特殊の専門知識を以てするに於てのみ行ふことを得るに止まるのであるから、即ち典型的の鑑定問題 Sachverständigenfrage たるものである。法律的概念、例へば

「他人の物」、「代替物」、「契約違反」、「親族關係」、「後見」等の如き概念が構成要件要素としてどんな風使用してあらうとも、法律的の評價を包藏する「規範的」構成要件要素は亦此の列に屬するものである。内容の決定は此の場合にあつても結局は純然たる認識的のものであつて、評價的要素を伴ふことはないからである。此の場合も亦典型的の鑑定問題たるものであつて、此の時には専任裁判官は其の法律に關する知識に依つて、みづから鑑定人たるものである。是等一切の種類の種類規範的構成要件要素は實體的な法法の觀念を承認する爲に、法律と並んで同等の權利を有する第二の法の認識の淵源を承認する爲に、立法者の行動の能力に自然の制限を存するのを承認する爲に、個別的構成要件を寛裕ならしめやうと云ふ立法者の意思と關係を有するものではない。今日下の關係に於ては眞正の規範的要素として學問上表示されるのを常とする規範的構成要件要素の部類が、決定的の意義を有するものである。かくの如き眞正の規範的要素は個別的構成要件を裁判官にとつての指導標に造り上げるものであつて、之を使用するのは法の認識の淵源としての法律に依つて裁判官の自由行動の原則 Grundsatz der freien Führung des Richters を表明するものに外ならない。

かくの如き規範的要素を一般的構成要件に附け加へると、一般的構成要件の説明的要素 beschreibendes Element 否、更に進んで同一の章中での後續の個別的構成要件の強行的の力を奪ひ、又は全然之を廢止して了ふ傾向を有するものである。かくの如き規範的構成要件要素の不規律に適用される結果は、委員會が

其の審議に際して常に念頭に置いた所で、そこで草案は説明的の個別的構成要件をば裁判官がそれに羈束されることは差支ないけれども、決してそれに羈束されることを必要とするものではない例示たるものと評價することによつて、如上の危険を免れた。

現行刑法に比較して真正の規範的要素の増加されて居るのは、既にプロイセン邦司法大臣の覺書に於て目に立つた現象である。今現行刑法典第百十條の構成要件について規範的要素の適用の助けを借り、また其の標準に従つて個別的構成要件の典型的構成の變遷を簡單に指摘するのは、恐らく興味あることである。此の構成要件は説明的要素と規範的要素とを混合的に包含して居るが、プロイセン邦司法大臣の覺書の之に相當する提案は全然規範的に構成されてある。然るに草案の提案は是亦規範的要素が非常に著しく増加されては居るけれども、他の半面に於ては覺書のやうに純然たる規範的には構成する方式を選ぶことをして居ない。ナチス獨逸以前の獨逸刑法は民族の全體的生活に基く評價を指示したり、此の全體的生活の保全にとつての評價を指示したりする規範的要素は全然收容して居ないのと同様である。蓋し國の福祉と云ふ規範的要素(第八十八條第一項及び第二項、第八十九條第三項、第九十條第二項、第九十條b第一項、第九十條d第一項及び第二項、第九十條e第一項、第九十條h第一項、第九十條i第一項)や、民族の福祉と云ふ規範的要素(第二百六十三條第四項、第二百六十六條第二項)はナチスの改正立法に依つて初めて刑法に追加されることとなつた次第だからである。社會的評價の領域に由來する規範的要素は、それが

現行刑法の認めて居る所である限り、之を二つの部類に分つことが出来る。即ち社會的評價の概念(第三百一十一條、第三百三十四條a、第六十六條、第六十八條、第八十五條、第八十六條)と擷取の概念(第八十條第三項、第八十一條a第一項、第三百二條a、第三百二條e)とである。尙ほ從來の根本的著想に依ると、此の二つの規範的觀念の中の前者は自由主義的社會觀念の精神に於て律せられるのであり、後者は社會的經濟的評價思想からして其の評價を執り來るのである概念である。現行刑法は道義的評價に依つて其の内容を決定することを必要とする規範的觀念をも極めて僅かな範圍内に於てのみ、且内面的總括なしに認めて居るに過ぎない。第二百二十六條aに於ける「善良なる風俗」の概念、判例が一部を説明的に決定された概念に變更した第七十四條、第七十五條、第七十六條、第八十三條等の諸條に於ける姦淫行爲の概念、第八十四條第三號aの「無作法」Anstandsverletzungの概念と相類似する第百八十四條bに於ける「憤慨の念を喚起するに適する」Eignung Ärgernis zu erregenの概念、第百八十二條に於ける「品行端正」Unbescholtenheitの概念などがそれである。是と相並んで現行刑法に於ては、生物學的評價に於て決定すべき規範的觀念、例へば第二百二十四條の健康及び疾病の觀念のやうなものは極めて稀に存在するに止まるのであるが、是等の規範的觀念については、それが真正の規範的要素たるものであるかどうか疑ふ餘地がある。是等すべてのもの、外現行刑法典中には經濟的評價に依つて決定すべき概念が二つ剩されて居る。財産 Vermögenと云ふ概念(第二百五十三條、第二百六十三條、第二百八十八條)

と不利益 Nachteil」と云ふ概念(第二百六十六條)とである。現行法は或る状態の程度を評價する上に於て、時に裁判官に行動の自由を與へて居る(第九十條fの甚しく歪曲された主張、第二百二十四條の癡疾及び第二百二十三條b第一項の抗拒不能の如き)のであるが、此の行動の自由を擧げると現行刑法の規範的要素の列はそれでおしまひなのである。

われ／＼が「人を笑ひ物たらしめる」とか、「悪意を以て人を笑ひ物たらしめる」とか、「誹謗する」とか、「輕侮する」とか、「嘲弄する」とか、「悪意を以て蔑視する」とか、「名譽を毀損する」とか云ふやうな語辭に於て現に存在するのを見かけるやうな規範的概念の或る種のいろ／＼な變化は、真正の規範的要素の草案中に於ける著しい増加にとつては餘り若は全然重きを爲すものではない。委員會は更に草案中に包含されて居る語辭の形式の變化はどの程度まで概念の内容の明暗の度合の相違を示すものなのであるか、此の形式の變化を以てして内容の相違を表明せしめることを欲しない場合にあつては、どの程度まで語法の力強さと云つたやうなことの爲に草案中に包含されて居る語辭の形式の變化を維持する必要があるかについて、決斷をすることを餘儀なくされるであらう。かくの如き變化それ自體が規範的要素の増加を意味するものでないことは、素より云ふ迄もない。加之根本概念に變動のあつた所からして規範的要素中新に調整を加へられたものもあるのは、事柄の本質上當然のことである。かくの如くにして民族を以て國家的に結成された人類社會たるものとして唯理的に見る見方の代りに、民族を生活體として有機的に見る

見方が地歩を占めて了つた現在にあつては、社會的評價が別個の光明に照し出されるのは勿論のことであつて、かやうな次第で根本概念に變動を來した結果として、草案に於ける規範的要素は民族又は黨と云つたやうな全體の機構に關しても、例へば黨及び其の支分組織に關する「蔑視」と云ふ要素のやうに、從來とは別様に使用されて居るのは云ふ迄もない。けれども規範的要素のかやうな著しい擴張も、其の適用そのものの擴張を意味する次第では決してなくて、寧ろ畢竟するに根本的著想の變動の結果に外ならない。之に反して——曩に既に述べたやうに——最近二年間のナチスの刑法に關する改正立法が刑法典に附け加へた所のものは、既に規範的要素の使用の純然たる増加を成すものであり、特に非常に著しい増加たるものである。草案は既に前年度の刑法の大改正法がやつてのけたやうに、極めて重要な真正の規範的要素を刑法中に組み入れやうとして居るものであるが、是等真正の規範的要素はすべての裁判官に對する命令であつて、評價は直接民族の良心からして汲んで來べき旨、竝に此の評價は構成要件の要素として個々の所爲を判斷し之を法にあてはめて測定するに當つて斟酌すべき旨を命ずるものである。此の意味に於ては先づ裁判官に依つて行はれる或る行爲の判斷は、何れも法律外の法の認識の淵源を利用して其の基礎に基いて行はれることであるから規範的に規定される。けれども是と相並んで法律外の法の認識の淵源を認める結果としての評價の必要と、實體的の法不法に關する觀念を實現する爲の補助手段としての評價の必要は、法定の個別的構成要件内に影響を及ぼすものである。是は「健全な民族的感情」として刑罰法規中に

組み込まるべき、樞要な意義を有する規範的構成要件要素に於て行はれる。草案は緊急救助の懈怠の場合、生命に對する脅威の場合、また名譽毀損の章中では正當な目的を適法に追求するのを界限するに際し此の要素を使用し、祕密の保護の場合にあつても同じやうな方法をとつて居る。其の外此の規範的要素は總則篇中では、正當防衛竝に緊急状態の場合に使用されてある。此の新しい規範的要素は草案中では、或る變形に於て反覆される。即ち例へば道義違反 *Sittenswidrigkeit* の規範的要素に於ては其のいろ／＼な明暗の度合に於て現はれる（労働者に對する同盟絶交、生命に對する脅威、名譽毀損の權利に於ける正當な目的の追求、祕密の保護）。而して「特に憎悪すべき性質」*besondere Verwerflichkeit*（謀殺及び故殺）、「敬意を拂つていゝ動機」*ehrenhafte Beweggründe*（自殺の誘導）、「相當な事由」*gebührende Gründe*（名譽毀損）などの諸概念も、之を健全な民族的感情の概念の上に構築されたものと認めない以上は、正當な價值決定を爲し得るものではないのである。

勿論本稿の範囲内に於ては、新に取入れられた價值決定の必要ある構成要件の要素を一々評價することが不可能であるのは云ふ迄もないが、只二三のもの丈は擧げて置きたい。即ち「正當な憤激」*berechtigte Entrüstung* とか、「自發的の、眞面目な謝罪若は和解」*ehrliche, freiwillige Abbitte oder Aussöhnung* とか、「使嫉的論議」*hetzerische Erörterung* とか、「少年の性感を刺戟し又は邪道に導くこと」*Überreizung oder Irreführung des Geschlechtsgefühls der Jugend* とか、物の經濟上、藝術上、歴史上若は營業上の意義とか、

博物若は文化史的に貴重な物としての物件の表示、物價鈞上の術數等である。

かくの如く眞正の規範的要素を従来よりも汎く草案中に收容するのが、個別的構成要件の構成にとつて典型的なるものとして認められるのであるが、草案は構成要件を規範的に規整することに依つて更に徹底的に此の點に存する傾向を追求して居る。こゝにわれ／＼は一般的條項や更にそれ以上に互つて、普遍的構成要件についての劇しい法律政策的學問的論議の成果を見るものである。プロイセン邦司法大臣の覺書さへ既に生命に對する脅威、民族的法益に對する無良心な脅威、經營上の安全に對する脅威、取引上の徳義の保護などの場合に規範的に律せられた個別的構成要件を適せんことの提案を掲げて居た。草案は規範的の規整を存置して生命に對する脅威の構成要件を覺書から繼受し、規範的に律せられた次のやうな新しい個別的構成要件を造つた。獨逸國の既往に對する誹毀、獨逸國の風習に對する誹毀、繁殖の意思の壊敗、宗教的な民族的感情の誹毀、勞働力に對する脅威などの構成要件がそれである。是等の全然規範的に律せられた法定の個別的構成要件の外に、草案中にはまだまだ別段の構成要件で結局に於て亦等しく規範的に規定され單に二三の規範的要素を包含するに止まるものではないのが澤山に存在し、然も是等の構成要件は全然規範的に律せられた構成要件の場合に容易に生ずることのあるやうに、抽象と實人生に迂濶なるの印象を免れんが爲の努力を示すものである。是等の場合に於ては草案は、個別的構成要件に活氣と彈力とを與へるの目的を有する例示的の文句を規範的に律せられた構成要件に附け加へて居る。尙ほまた個別

的構成要件の構成が此の例から出發して居て云はゞ附屬的に一般的なものとして居るか、又は逆に規範的に律せられた構成要件を先行せしめ例示に依つて之を明かにして居るものなのであるかは、特別の意義を有する次第ではない。結局に於てはかくの如き構成要件は、すべてまた規範的の構成要件たるを失はなものである。是が例としてわれは、プロイセン邦司法大臣の覺書に於ては大逆内亂罪の規律について提案された技術を擧げることが出来るし、草案に於ては民族的勞働意思の壞敗、民族的戰鬪意思の壞敗、記念物の冒瀆、軍人の煽動、職務上の地位を濫用して姦淫行爲、病院に於ける姦淫行爲、猥褻の文書若は圖畫、猥褻の使用の爲にする物件を擧げることが出来る。とは云ふものゝ是等の例の若干者にあつては、其の中に包含されて居る一般的條項の規範的要素としての性質は、恐らく疑はしいものがあるのを一言して置かなければならぬ。

委員會は第二讀會に於て將來の刑法の各則篇の各章を取扱ふ機會に、各章の先頭には規範的に形成された一般的構成要件を先行せしむべきではないか、若し然りとすれば此の構成要件の後に續いて居る恐らくは規範的要素を含有して居るが然も規範的に律せられては居ない構成要件に、總括的規定 *Dachvorschrift* としての性質を與へるべきではないかどうかを審査した。

個別的構成要件を主觀的に規整するのは、犯罪意思を刑事司法の本來の相手として理解するの結果として生ずる論結であるが、之については只二三言を費すに止めたい。草案中で責任概念を改造して居る以上

ほどの個別的法定構成要件の主觀的なものとなつて居ることの外面的に明白でない場合にあつても、改造それ自體が既に各個の法定構成要件を主觀的なものたらしめる結果を導くものであることは、わたしの曩に早くも指摘した所である。けれども草案は是と相竝んで部分的には規範的目標を示して居る罪人定型 *Teiltyp*、即ち民族に對する誣罔行爲者 *Volkerverleumder*、謀殺者、故殺者の各罪人定型及び専ら説明的に示してある贓物授受者の罪人定型を造ることに由つて、主觀化を表明するの試みを企てた。事實上罪人定型なるものを建設するのは、單に措辭 *Wortfassung* の變更たるのみに止まるものではなく、かくの如き罪人定型に倚りかゝり、かくの如き罪人定型にまつはり付いて生ひ立つて行く個別的構成要件は、之に因つて特別に主觀的に高調されるものであることは疑を容れない。とは云ふものゝ意思刑法の基礎を成し、意思刑法の基礎を確保し、従つてまた本稿の範圍内に於て取扱ふことの出来ない主觀化の結果をも生ぜしめるいろゝの原則を包含する總則篇中に、とりわけ主觀化を存するのは素より自明のことである。されば草案に於ても決して閑却されなかつたことであるが、嘗て屢々宣傳された犯人刑法などのやうな意味に於てのかくの如き主觀化の謬つた觀念や成果に對し、緊切に必要な保護の方法も亦總則篇中に存するのである。

裁判官の助力を借りても刑事司法に於て實體的正義の原則を確保しやうとする立法者の決意は、各則篇一般に互つて刑の範圍の構成や刑の範圍に關する政策の點に於て、進歩的な結果を導くものであることは

曩に指摘した通りであるけれども、今本章でも終りに臨んで少しく述べることにしたいと思ふ。

苟も刑の範囲に限界を設けると云ふことは、具體の場合に不公正であるの危険を包蔵するものである。蓋し如何なる刑の範囲と雖、此の多岐多端で複雑極りない人生の生ずることあるべき一切の可能を斟酌することは、到底不可能だからである。此の故に委員會は先づ第一に、將來の刑法には一體刑の範囲を規定したものであるかどうかと云ふ問題に直面するに至つたのであるが、委員會は此の問題を肯定し、かくの如くにしてプロイセン邦司法大臣の覺書と見解を一にするに至つた。プロイセン邦司法大臣の覺書は深く立入つて此の問題を論ずることはしなかつたけれども、それでも簡單には之に言及して居るのである。また中には刑の範囲を規定することはせずとも、各個の個別的構成要件につき量定の出發點を成すべき方針刑 *Richtungsstrafe* を擧げて置かうと云ふ提案をした者もあつた。けれどもかくの如き提案は直ちに、立法者は當該の犯行の比較的一番頻繁に起る場合はどんな刑を受けるに値ひするものであるかと云ふ見地に從つて此の方針刑を定むべきか、それともある犯行の想像し得られるいろ／＼な具體の場合のほど中位の重さの場合には、如何なる刑が相當するのであるかと云ふ見地に從つて此の方針刑を定むべきであるかの問題を生ずる。だがわたしの考では犯行の中位の重さと云ふものは抽象的には算定することの出来るものではない。中位の重さの場合として考へるに於て竊盜は如何なる刑を受けるに値ひするものであるかと云ふことは、絶對的に斷言する譯にはいかないのである。絶對的の法定刑を刑法典中に採用しや

うとする一切の試みは、刑期が長ければ長い丈益々此の不可能の爲に失敗せざるを得ない。けれども立法者が比較的一番頻繁に生ずる當該の犯行の場合に從つて方針刑を選定することとするならば、幾多の犯罪定型 *Verbrechensstypus* の中で輕微な犯罪が一番頻繁な犯罪たるものであることが判明するであらう。即ち犯罪の頻度に從つて方針刑を選定すると云ふことは輕微な刑を導くの結果となり、是と共に必然的に刑事司法の軟化を招來するに至るであらう。加之方針刑の方法を執る場合に於ては、上や下に向つての例外についての道しるべを裁判官に與へてやる必要があるであらうことは、素より言を俟たない。然もかくの如き道しるべは、上や下に向つての例外の原因を無限に列擧するの結果を導くであらう。此の列擧は其の數に於て無限であるにも拘らず、其の質に於て決して完全ではあり得ないであらう。蓋し道しるべは人生の多岐多端であるのに隨伴して行くことは決して出來ないからである。是と相竝んでわれ／＼は裁判官が各個の犯行にとつての正當な刑量を判斷するに當つて、裁判官が比較的、評價的に自分の眼光を他の犯行について定めてある方針刑に導くことを期待しなければなるまい。蓋しかやうな比較に因つて明かにした割合に基いてのみ、裁判官は丁度其の場合に問題となつて居る犯罪定型について、どれ丈上又は下に向つて方針刑から異なるのを相當とするものであるかの必要な標準を擱むことが出來、かやうにして知ることの出來た範圍内で正當な刑を見出すことが出来るのだからである。されば裁判官は先づ問題たる犯罪定型にとつて本來適當して居る刑の範囲について、決斷を爲すことを必要とするであらう。けれどもかくの如き

は正しく立法者の任務なのである。かやうな次第で立法者が自分の任務を果さうとする以上は、自分の起案する法律の個別的構成要件については立法者自身に於て刑の範圍を定めることを必要とする。立法者は單に自由刑の關する刑の範圍を各個の自由刑種の法定の長期と短期との間の空間と一致せしめること丈に依つて、此の任務を果して行くことは出来ない。蓋し一つには何人にとつても軽い自由刑の長期は、次に重い自由刑の短期よりも重い刑として認められるからである。そこで十年の輕懲役は一年の重懲役よりも重い處罰なのである。けれども次に具體的の場合を観察することなくしては、輕懲役を以て相當に贖罪せしめることが出来るか、又は重懲役を以てしなければ相當に贖罪せしめることが出来ないものであるかを言明することの出来ない處罰價值ある行爲も存する。例へば宣誓に關する犯罪の如し。されば立法者は場合に依つては數個の刑種を一つに配合した刑の範圍を形成する必要がある。けれどもかやうな具合に刑の範圍を構成するに決意した場合にあつても、現行刑法の自由刑の範圍と草案の自由刑の範圍とを比較するに於て直ちに判明するやうに、根本的に異つた結果に到達することがあり得る。現行刑法は五十六の異つた自由刑の範圍を掲げて居るのに反し、草案は絶対的の死刑をも含めて只十二を包括して居るに過ぎない。即ち、(一)、人權褫奪 *the Achtung*、(二)、死刑、(三)、死刑又は終身間の重懲役、(四)、死刑又は終身間の重懲役又は五年を下らない重懲役、(五)、二年を下らない重懲役、(六)、重懲役、(七)、重懲役又は六ヶ月を下らない輕懲役、(八)、六ヶ月を下らない輕懲役、(九)、三ヶ月を下らない輕懲役、(十)、輕懲役、(十一)、二年以下の輕懲役又は拘留、(十二) 拘留の十二である。自由刑の範圍の差別が何と減少したとか。而して刑の範圍の減少は草案に於ては、上方に向つての刑の範圍の限界を大抵の場合刑種の適法な最高の限界にまで擴張することに依つても達成されれば、また刑種の最低限と一致しない多くの限界を廢止することに依つても達成されて居る。現行法の非常に多方面であること、之に伴ふ現行法の刑の範圍の狭さとは法律自體を強制して、「減輕情狀」の制度を設けることに由つて此の狭い範圍が實人生に依つて突破される虞のあることの認識を斟酌するに至らしめた。刑の範圍を狭くしたのは、二重の目的の爲にする意圖に出でたものであることは明白である。即ち上方の限界は、裁判官の恣意に對して個人の保護を提供することを目的とするものである。また下方の限界は人間の同情や習慣にまつはりついて居る脱線の傾向に對して、刑事司法を保護することを目的とするものである。上方に向つての限界は殆ど嘗て實際上の意義を持つたことはなく、また今日われ／＼にとつて何等根本的の意義を有するものではないことは自明の事柄である。之に反し現行法に於ける下方の限界は法定の刑の範圍の限界以下に刑事司法の逃避するのを妨げることには出来ないで、非常に廣汎な範圍に互つて著しく犯罪の鎮壓に害を及ぼした。獨逸の裁判所の刑の量定上の實務についてのエックスナーの研究は、一九三一年當時既に廣大な統計上の資料を根據として反駁することの出来ないやうに此の事實を證明した。其の原因は二つの點に存する。先づ第一に、重疊的並立的に生ずる各個の減輕情狀の想像し得られるあらゆる場合に處して公正の處置を爲すことを得んが爲、苟も減輕情狀を存

九七

する場合には或は無制限に或はまた少くとも非常に廣汎なる範圍に互つて刑の下方の限界を超えるのを許すことを餘儀なくされて居る點に存する。また第二の原因は、斟酌すべき減輕情狀を内容上法律中で例示的以外には列擧することが不可能であつた點に存する。されば實際上に於ては法定の刑の範圍の下方の限界を超え得ると云ふことは、刑の範圍それ自體を全然破壊して了ふことを意味するものである。だから比較的高い下方の限界を有する刑の範圍は、刑事司法の脱線を阻止することは出来ない。

ナチスの刑法は、責任と責任の意識を存するにも拘らず行爲に於て表明されるに至つた意思とを處罰しやうとするのであるから、同種の犯罪を犯す場合にあつても責任と意思とは具體的には非常に區々たるものがあり得べく、従つて其の當然爲すべき贖罪も極めて多端であり、従つてまた刑の範圍の限界も下方に向つて廣汎である必要のあることを識認するものである。草案が自由刑の刑種については、終身間の重懲役、五年を下らない重懲役、二年を下らない重懲役、一年の重懲役、六ヶ月を下らない輕懲役、三ヶ月を下らない輕懲役、二週間の輕懲役、三日の拘留の下方の限界丈を認めて居るに過ぎないのは是が爲である。是等の事實に顧みるときは、草案自體從來の法律が閉して置くのに徒爾の努力を重ねて來た門戸の扉を開放したものであることは否定する譯にはいかない。所謂門戸とは裁判官を脱線させる邪道に通ずる門戸である。此の個々の刑の範圍の下方の限界の數の減少の表明されて居る各個の場合は隨分夥し。そこで學説は、かくの如き邪道への顛落に對する二つの別段な法定の保障を設けんことを提案した。

(Solaffstein, Bemerkungen zur gesetzlichen Regelung der Strafemessung im Kommenden deutschen Strafrecht, Deutsches Strafrecht, Heft 12. Dezember 1934)。即ち法律を以て普遍的な刑の量定に關する規則を定めることと、法律を以て刑の量定に關する裁判に對して上告を爲し得べき旨を確定することである。けれども普遍的な刑の量定に關する規則を確定すると云ふことは、何と云つても刑一般の量定の上には單に間接の影響を及ぼすことを得るに過ぎないものであることは、敢て指摘し、差支ない。蓋し刑の量定にとつて決定的な著眼點が如何なる程度に於て裁判官の斟酌する所となるかは、到底法律を以て確定することの出来るものでないことは、他の半面に於て刑の量定にとつて重大な意義を有する一切の著眼點を、法律中に收容するのが全然不可能であるのと同様な次第だからである。かくの如き著眼點の目錄表は斟酌すべき減輕情狀の目錄表にでも見るやうに、是亦無際限たるの虞があるであらう。若し夫れ刑の量定に關する裁判に對して上告を爲し得るの件に關しては、かくの制度は決定的なものであつた刑の量定の原因に關する詳細の論述を、判決理由中に收容することを強制することになるのは確實であらう。併し乍らかやうに多言な論述も、畢竟機械的のものとなる虞はある。だがかくの如き提案を受け容れるのに反對する主なる理由は、上告裁判所に依つて行はれる或る一つの判決の審査が、法律問題の審査と刑の量定に關する裁判の審査とに分裂すると云ふ、殆ど忍ぶことの出来ない結果を生せしめることである。上告問題をかやうに規律するに當つては、果して然らば何故事實認定の問題も審査の爲上告裁判所に附託することをしないのである

か、換言すれば即ち上告を控訴としなかつたのは一體何故であるかと云ふ別段の問題が有力に發生する。加之大審院の裁判なるものは必然的に記録に拘泥せざるを得ないのであるのに、そう云ふ裁判所に託するにわれ／＼の見解から云つて被告人の個人的印象に基いてのみ下さるべき判決の審査を以てすると云ふが如きは、極めて不都合なことのやうにわたしには思へる。わたし自身嘗て委員會に於て量刑管轄 *Strafmann* の制度を刑法中に設けることを企てたのであるが、此の制度は刑の範圍を廣汎ならしめるの必要と、下方に向つての脱線に對する保護とを結合することを目的としたものであつた。此の考案はいろ／＼の組立を有する裁判所にいろ／＼の量刑管轄權 *Strafbanngewalt* を與へやうと云ふのであつて、特に獨り上方に向つての量刑の限界を伴ふのみに止まらず、原則として裁判所に與へられた量刑管轄權の、下方の限界を下らないことの強制をも伴ふものであつた。わたしの提案は起訴及び公判の爲に各個の案件を、現存の犯罪にとつての適當な刑の範圍を成す量刑管轄を有して居る裁判所に提出することの自由を公訴官廳に與へるにあつた。だから此の提案は結局に於て刑の範圍の限界を犯罪定型の領域から個々の犯罪中に移し、更に此の刑の範圍を確定する權限を立法者から檢事に移すことを意味する。換言すれば檢事にして司法大臣の指令に羈束される以上は、刑の範圍を確定する權限を立法者から司法大臣に移すことを意味するのである。けれどもわたしは、此の提案も亦實際に行ふことの出來ないものであるのを確信した。蓋し一つには、此の提案は第一審の刑事裁判所の幾つかゞ竝立して居ることを要求するであらう。かくの如きは偶々

以て刑事司法の機構が、著しく複雑となることを意味するに過ぎないであらう。次に是等の裁判所の構成をいろ／＼に選定することを必要とする次第であるが、其の如何なる構成も附託された量刑の多種多様であることについての、人を承服させるに足る丈の原因は與へないであらう。更に司法大臣にとつてはどの犯罪については原則として檢事の利用し得べき裁判所はどれなのであるかを定めることに依つて、一般の指令中で再び一定の犯罪定型につき刑の範圍を確定するの外には他に方策は剩されないのであらう。だから司法大臣は只例外の場合に限り檢事正に決定の自由を與へることが出來、又は檢事總長若は司法大臣の裁決を求めんことを命ずることが出來るに過ぎまい。即ち實際上は此の場合にあつても一般的の刑の範圍が作られることゝなるであらう。最後に檢事の決定は公判前に發せられることを必要とするのであるにも拘らず、具體的の場合につき刑の範圍を定めることを檢事に一任するのも不適當であると考へられる。そして結局例外的の場合、即ち責任の程度に關して公判が記録の示す所とは全然別個の状態を示して居る場合にあつては、此の場合につきより低い量刑權を有する裁判所に事件を移送するの權限を裁判所に與へると云ふ、わたしの考へから云つて到底忍ぶことの出來ない間に合せの手段を執らうとしない以上は、少くとも刑の下方の限界を超えるのを許さざるを得ないことゝなるであらう。

以上説述したやうに脱線を防止しやうと云ふ試みのすべて功を奏さないことの判明したと云ふ事實は、かくの如き脱線に對する保障は法律の規定に依つて提供する譯には全然いかないものであるのを暗示して

居るのであるやうにわたしには思へる。刑を量定するに當つては内面的の認識と評價の過程が裁判官の決意に協力するものであるが、判決中に於ける事實の認識の尊重は結局法律を以てもつと強制することが出来るが、之に反して内面的な評價の過程と其の上に立脚する決意は、確實に作用する法律を以て規律することを許さない。昨年度に於て既に相當の法律上の處分を以てすることなくして刑のそれ以上脱線することを妨止し、更にまた十數年に互る裁判所や恩赦の實務に因つて招來された法律で規定してある刑の範圍を廢止する風を大部分既に除くことが出來たのは誠に意味のあることと謂はなければならぬ。かう云ふことがうまく行つた以上は、達成された結果を維持することも可能であるに相違ない。手段は此の結果を達成するに使用された手段の外にはない。そして此の手段は教育的手段である。民族の態度全般に互つての根本的の變革は、刑事司法の革新の結果をも熟せしめた。即ち究極に於ては立法者は裁判官に對して、裁判官は従前の態度に復歸しないであらうと云ふ信頼を持てるものかどうかと云ふ問題しか生ずるものではない。所が委員會は此の信頼を持つた。わたし自身としても此の信頼に間違はないと云ふ意見であつて、従つて草案の各則篇の明示して居る刑の範圍に關する政策は、斷じて難破の厄に遭ふやうなことはないと思ふものである。

(六) 新刑法に於けるナチス運動の保護

個人を以て人生の出發點であり同時にまた終局點であると見る人にとつては、國家は唯理的の目的組織 *rationales Zweckgebilde* であり (社會契約思想)、國家は個人が其の生活上の自由を保全する爲の目的上の處置の產物として、個人の生活の補助手段たるものに過ぎない。けれども民族を以て一個の有機體と解し、個人を以て民族の一員たるものと見る者は、民族を觀察するに當つて其の觀察はどうであらうとも、獨逸民族の中に於て其の生命を荷つて居る運動である其の生活上の核子たるものに自分の注意を注がざるを得ない。かやうにして個人主義的の社會とナチス民族とは區別される。

民族の生活上の核子の保護に關する刑法政策上の問題の發生し得るのは、此の後なる考察についてのみに限られる。けれども此の場合此の問題はどうしても解決せざるを得ない。蓋し生活の核子は民族的生活意思、生活思想及び民族の生理的 (物理的並に道義的) 生活力の代表者たるものだからである。

されば此の問題はファシストの國家に於ても、はたまたナチスの民族に於ても、どうしても解決せざるを得なかつた所である。例へばファシズムに於けるが如く國家の理念が民族的生活の歴史的な力の理念である場合に於ては、此の保護は國家の保護の中に構築されるであらう。實際イタリーではそう云ふことが行はれて居るのである。ナチスの民族や國家に於けるが如く、民族が民族的生活の歴史的な力の思想である場合に於ては、運動の保護は云ふ迄もなく極めて獨自な意義を有するものである。

不法の内容上から云へば、民族の生活上の核子であるナチス運動に對する侵害は、民族及び國家に對す

る侵害の場合にあつても實際に見るやうに、先づ背叛行爲を明かにすることを必要とする。民族の根本法上國家と運動の一致は指導者に於て成立し、組織違反の點に於ても法律的規律の點に於ても然りとする。従つて重大な意義を有する刑法上の特別な結果は、此の場合發生することは不可能なのである。ナチス運動自體に對する侵害は民族に對する直接の侵害であつて、従つて其のナチス運動の破壊を目的とする場合にあつては、是亦直接國家及び其の存立又は民族自體（其の組織的な生活形態からは獨立して）に對して指向される行爲と同様に、背叛に關する犯罪たるものである。此の二つの場合を通じて不法の評価は、同一の犯罪、同一の犯人範圍、同一の民族的同胞に關するものである。蓋し民族、ナチス運動及び國家に對して負ふ忠誠は同一であるからである。されば民族、ナチス運動及び國家に對する民族的同胞の犯罪の特色も亦同一でしかあり得ないのであつて、背叛行爲の想像し得られる犯人の範圍も亦同一たらざるを得ない。特にナチス運動に對する背叛行爲の犯人たり得べき者の範圍を、國家社會主義獨逸労働黨の一黨員たる者に制限するのは正當ではあるまい。かくの如きは實に必ずしもすべての民族的同胞が獨逸民族の生活上の核子に對して、忠誠の義務を結ぶものではないことを意味するであらう。そこで忠誠の義務は上に向つては常に只一つのものでしかあり得ないものであること、即ち民族、ナチス運動及び國家に對する忠誠の義務は同一の忠誠の義務であること、ナチス運動と國家とは究極に於て理念上同一であり、即ちいろいろの表現形態に於ける民族たるものであること、忠誠と背叛とは其の理念上不可分のものであることなど

の理由からして、刑法の改正にとつてはナチス運動竝に國家の保護と、ナチス運動竝に國家に對する處罰價值ある行爲の贖罪が本當の、換言すれば一般的の背叛に關する犯罪、即ち指導者に對する背叛の場合を除いた背叛罪と大逆内亂罪の所で完全に融合して居ることの結果を生ずる。

けれどもナチス運動に對する侵害についての贖罪の刑事政策的必要は、真正の一般的な意味に於ての背叛行爲を遙に超えるものであるのは素より云ふ迄もない。此のことはナチス運動を保護する必要よりも、寧ろ民族の贖罪の必要からして生じた幾多の罰則であつてナチスの政府がナチス運動に對する侵害に對して差向けた所のものが證明する。即ち其の極く重要なもの丈を挙げると、一九三三年七月十四日の政黨の新組織を取締る法律第二條、一九三五年六月二十八日の法律第五條に依つて追加された刑法典第三百十四條b、國竝に黨に對する陰險な侵害を取締る法律、一九三三年十月十三日の法律的平和の保障に關する法律第一條及び第二條、一九三三年四月七日の稱號、勳章及び徽章に關する法律などがそれである。

新刑法は此の刑事政策上の贖罪の必要をどう斟酌すべきであるかにつき委員會は随分深刻に論議したことであつたが、刑法上に於けるナチス運動の保護の立法上の程度は國家社會主義獨逸労働黨自身に於て確定しなればならないと云ふ見解であつた。蓋しナチス運動の刑法的保護がどの程度まで有益であり、またどの程度まで——是も亦斟酌しなければならぬ所であるのだから——有害であるのかを決定するのは國家社會主義獨逸労働黨が一番適して居る次第だからである。

更にまた委員會は實生活の生ぜしめる具體的の場合に於ける干渉の程度も、同種又は相當の處罰價值ある行爲一般について公訴官廳が法定の訴追の強制の下に立たないで寧ろ公訴の問題に於ける裁量の自由の原則が認められて居る程度に於ては、黨に於て之を決定することを必要とするものだと云ふ意見である。勿論その程度以上に互つては、民族的生活と民族の指導（運動又は國家）の二つの領域の一つ内のみに於ける或る犯罪の訴追若しは不訴追を高權的に取扱ふと云ふことは殆ど不可能である。何となれば法の曲解 *Rechtsbeugung* とか官吏の收賄 *Amtsbestechung* とか云つた犯罪は、それが黨の領域内での犯行であると國家の領域内での犯行であるを問はず、法の曲解は常に法の曲解であり、官吏の收賄は常に官吏の收賄であることを失はないであらうからである。かくの如きは其の之を享有する者の負擔に於ての忌ま忌ましい特權 *privilegium odiosum* であつて、然もかくの如き特權は事柄の本質にも役立つことが出来なければ、また之を利用する者の威信にも役立つことは出来ないであらう。だがまた他の半面から云ふと、刑法の改正は豫審や公判前の手續を経由する方法を以てして黨の独自の生活が不必要に妨害され、かくの如くにして國家が自治的な生活形式、就中黨の独自の裁判制度の監督を受けるやうなことはないやう注意する必要があるのは云ふ迄もない所であらう。蓋しかやうな監督は黨の本質にも叶はなければ、また國家の本質とも相容れるものではあるまいからである。こゝに言及した問題は同時に、既に從來の立法に依つて著しく黨に配當され其の爾來成績を擧げて來た程度に於ては、引續き黨に依つて保持されなければならぬ寛假

の自治權の問題 *Frage der Autonomie des Verzehens* を包括す。

ナチス運動の保護の法中には更にそれ以上に互つて、特に著しい法の運動性 *Rechtbeweglichkeit* を欲する需要を存する。だが永久的の運動の中に存する運動それ自體が、保護の規定の頑丈な網に依つて狭められるやうなことの起るのは絶対に避けなければならない。

以上のやうな見地を斟酌して就中審査されもしたし、また究極に於て黨自身の審査することを必要とするのは、ナチス運動の保護についての從來の法はどの程度まで永續法 *Dauerrecht* たらしむべきものであるか、どの程度まで之を時間的に制限された闘争法 *Kampfrecht* として看做すべく、従つてまた普通の效力を有する獨逸刑法典中には收容すべきものではないのかと云ふことである。委員會はまたナチス運動の保護についての從來の法規のどれが刑事刑法であり、どれが秩序刑法であるかを審査した。是亦究極に於ては黨自身に於て其の需要に應じて行ふことを必要とする審査である。

かやうな次第であるから、ナチス運動の保護を獨逸普通刑法典中に收容する限りに於ては、委員會は國家の保護とナチス運動の保護とを成るべく完全に融合するのを以て收容の正しい方式であると認めた。そこで當該の章の保護の目的が國家であり又は黨であるの區別に従つて各則篇の章を分別して、平行的な章とする構成方式は執らなかつた。また構成要件を平行的ならしめる構成も執らなかつた。是等の方式を執

らなかつたのは當然のことである。蓋しナチスの懷抱して居るやうな黨と國家の觀念には、二元主義を暗示して居るやうな機械的な竝立は適當しないのであつて、適當するのは統一を表明する有機的な、即ち統一的な解決以外にはないからである。

以上で背叛行為に對するナチス運動の保護は簡単に説明した。同時に更に黨の性質から生ずるナチス運動の保護の特別の需要にも、また普通刑法典中に收容すべきナチス運動の保護の範圍を定める上に標準と爲すべき除外竝に區分の著眼にも、而してまたナチス運動の保護を刑法典中に組入れるべき方式にも簡単に言及した次第である。

ナチス運動の保護のそれを取扱つて居る數多くの規定中に現はれて來て居る儘にそれを掲載すると云ふことは、本稿のやうな簡単な論文の任とする所であり得ないのは素より當然のことである。

終りに臨んで簡単に一言したい。

背叛に對する保護には、獨逸民族に對して忠誠の義務を負はない者に依つて行はれる敵對行為に對する保護を竝立せしめること、恰も例へば背叛罪について現に見る所の如くならしめる必要がある。

ナチス運動竝に其の主體に指向された名譽上の侵害に對する保護の規定は、ナチス運動の保護の特に重要な部分を成すものである。刑法上理念的に非常に重大な意義を有する問題が、其の結晶點と其の發達の中心點とを見出すのは實に此の部分に於てである。問題とは何ぞや。曰く、全般的な協同體の名譽

Gemeinschaftslehre の保護についての問題がそれである。生きたナチス運動の協同體が其の協同體としての独自の名譽を有するものであることは素より明かなことであるし、また此の協同體の名譽が場合に依つてはそれ自體として保護される必要のあるものであることも自明の事柄である。こゝでは協同體の思想に依つては支持されず權威的の要請に依つて支持されて居る舊刑法第九十七條の微力な箇條の以上に互つて、多くの問題を生ぜしめるであらう所の法律上の需要を満足させなければならぬ。例へば將來の刑法の名譽毀損の章を以て極く重要な協同體の各個に對する特別の保護や協同體の名譽保護を補充せしめる法律上の需要の問題である。

ナチス運動の生活領域に於ける犯罪に特別資格を附與すること *Verbrechensqualifikation* の問題は、非常に重要でもあり且民族的な生活にとつて特に重大な意義を有する問題、例へば國の官吏とナチス運動の役員 *Amtswalter* とを同視することのやうな問題を決定してかゝることを必要ならしめる。此の點に於ては既に其の範圍及び内容上決して輕視することの出来ない判例を存する。委員會は國の官吏とナチス運動の役員とを機械的に同視するのは適當でなく、また黨なるものゝ地位の本質に合致する所以ではあるまい。即ち兩者を同視することが果して適當であるかどうか、適當であるとすればどの程度に於てすべきものであるかは、それらの犯罪定型について一々審査すべきものであると云ふ意見であつた。黨の組織を現行の犯罪類別中に組入れるのについての刑法政策上の領域に於ける一切の問題を、立法的に取扱ふ場合にも同じ

問題が生ずるのは云ふ迄もない。今こゝでは職務に關する贈收賄と贈收賄の犯罪の成立し得る場合の問題、職務に關する犯罪を犯す資格の問題、黨の裁判員と國家の裁判官とを同視する問題、職務上の横領の問題、職權濫用の場合に於ける官吏と役員との取扱を一にすべきか、但はまた兩者を別にすべきかの問題などを擧げるに止めたい。

細目の點に互つては今迄の所では以上のやうな考慮に基いて、黨竝に其の支團體及び附屬團體の保護を特に其の任務とする以下の規定、又は少くとも刑法委員會に於て原則として辯護した所であつた國家の保護とナチス運動の保護との融合の結果として、國家の保護と國家の作用の保護とが確保されて居るのと全く同じやうに、黨竝に其の支團體及び附屬團體の保護を擔當して居る以下の規定を草案中に收容したのである。

(條文の番號は現在の位置に相當するものである)。

第三十二條第四項、(重懲役を言渡されると黨竝に其の支團體に於ける黨員としての資格の喪失をも伴ふ)。

第四十條、(公職と同等の法律上の地位)。

第九十六條、(獨逸民族の指導者に對する背叛行爲)。

第九十八條第二項、(獨逸民族の指導者に對する背叛行爲の豫備)。

第九十八條第三項第四號、(大逆内亂罪の豫備としての突撃隊、親衛隊、ヒットラー青年團の能力減却)。

第二百二十六條第一項、(民族に對する誣罔)。

第二百二十七條、(總統及び國宰相に對する名譽毀損)。

第二百二十八條、(獨逸民族に對する誹毀)。

第二百三十條第二項、(國家的表象に對する誹毀)。

第三百一十一條、(國家的表象の毀損)。

第二百七十九條、(民族指導者に對する暴行)。

第二百八十條、(民族指導者に對する讒謗)。

第三百三十五條、(公の權力の濫用)。

第三百三十七條第二項、(刑事訴追の際に於ける犯罪)。

第三百四十七條、(職務上の祕密の漏洩)(註一)。

第三百四十八條、(外交上の事項に於ける信用の侵害)(註一)。

第三百五十五條、(司法に對する不當の干涉)。

第三百六十五條、(虚偽の嫌疑)。

- 第三百六十八條第二項、(保管の侵害)、
- 第三百七十條、(封印破毀)、
- 第三百七十二條、(公の告示の侵害)、
- 第三百七十五條第二號、(裁判所の審問及び取調に關する禁止に反する報導)、
- 第三百八十條、(黨員たる資格の濫用)(註二)、
- 第三百八十一條第二項、(制服の不當着用)(註三)、
- 第三百八十三條第二項、(稱號又は勳章の濫用)、
- 第四百四條第二項、(公の認證記號)。

(註一) 本條では豫備的作業は未だ完結しなかつた。

(註二) 黨への所屬を妄りに誇稱するのを罰すべきか否かはまだ決定すべく剩されて居る。

(註三) 妄りに制服其他を調製するのを刑事刑法とすべきか、それともまた秩序刑法とすべきかは審査すべく剩されて居る。

二、民族に對する背叛(大逆内亂罪、背叛罪)、

獨逸民族の名譽に對する侵害

プレスラウ大學教授 ドクトル・ナアグラア

A 總 說

(一)、我が獨逸の民族協同體は今日政治上の勢力の中心を成し、從つて同時に現代の法律思想の中心點を形成するものであるから、新刑法典が全體に與へて居る保護も亦、此の新方針に從つて規整される。此の出發點は主として個人を過重視する啓蒙期の精神に於て法律的结果を發展させて居る、一八七〇年七一年の獨逸國刑法典の根本思想とも根本的に相違すれば、また無産階級を以て中心概念に高め、共產黨を以て其の發動的政治的代表機關と目して居る勞農ロシアの刑法典とも違ひ、更にまた國家に最高の地位を認め又は少くとも民族協同體の優越的地位についての明確な認識を有して居ないイタリヤ刑法典の指導原理とも根本的に異なるものである。ナチスは民族協同體と國家との關係、竝にまた民族協同體とナチス運動との關係を解するに當つて、國家にもナチス運動にも最後の價値を認めることをしないで、寧ろ此の兩者を以て政治的民族指導の手段たるに止まるものであつて從つてまた民族協同體の全範圍内に組込まれるも

のと解して居ることであるから、實體的には民族協同體と國家若はナチス運動との間に、全然何等の區別をも認めることは出来ないであつて、民族協同體は是等の法律形態に於てみづからを組織するもので、然もそれに盡きるものではないのである。かのカール・シュミットの言葉を借りて云へば、「國家、ナチス運動並に民族は區別はされるが、分別はされない *Sind unterschieben, aber nicht getrennt*」のである。民族全體はすべての法、すべての政治的活動の根源として、何よりも先に保護する必要ありと認められる所であるが、民族全體を保護する爲には、立法上に三つの保護の目的が出て来る。國家としての法律的組織に於ける民族協同體、動的活動の形態に於ける民族協同體及び法律的に組織されない民族協同體それ自體の三者である。併し此の最後に擧げた、法律的に組織されない民族協同體なるものは、國の領土に依つて制限される民族協同體の意味に於てあることは勿論であつて、外國に於ける少數民族としての獨逸民族の存在から生ずる困難は、必然的にかくの如き制限を設けざるを得ざらしめる。

(二)、本來の意味に於ての國事犯 *Staatsverbrechen* は、此の三つの侵害客體 *Angriffsgegenstand* の最初のもの、意味に於ての國家に對して指向されるのであつて、法律秩序は法律的統一體としての民族協同體に、必要な刑法上の保護を與へるのである。此の刑法上の保護は國家の本體、換言すれば其の全體有機體としての國家に對しても與へられなければならないが、國家の個々の作用及び國家が個々の任務を果す爲の法律的形態若は手段に對しても與へられなければならない。本稿では保護の規定の第一の部類、即ち

國家の政治的存立を保障する目的の爲にする規定文を論議することにする。

獨逸の從來の立法は(ローマ法——*crimen laesae majestatis* 君主に對する罪——又はゲルマン法——*Infidelität* 不忠の罪——から出發して)十八世紀末に至るまで、一つの包括的な犯罪構成要件に於て國家の政治的法律的統一を保護したものである。全體としての國家に對する侵害を大逆内亂罪 *Hochverrat* と背叛罪 *Landesverrat* とに區別するのが、最初プロイセン邦普通法に依つて行はれたものであることは周知の通りであつて、爾來漸次に獨逸國一般の法制の發達にとつて典型的のものとなつたのである。外國の立法の一部——例へばオーストリー、フランス及び最近ではイタリー及びロシアなどの諸國の如き——は、今日既に大逆内亂罪と背叛罪の區別を認めないで居る。狹義に於ての國事犯を一つの統一的な概念に總括するのは、大逆内亂罪と背叛罪との間の必ずしも常に容易でない區別を、立てないでも済むと云ふ大きな利益がある。此の利益たるや、一八一三年のバイエルン刑法や獨逸の邦刑法の間に於ける其の後繼の法と共に、大逆内亂罪が背叛罪の一番重い形式として解釋されて居る場合にあつても生ずる所である。特に國家の領土に對する侵害は、此の二つの犯罪概念の何れに屬せしめられるのであるかと云ふ疑問も亦、之に依つて解決することが出来る。國の對内的存立も、其の對外的存立も何れも共に國の領土の一部を割裂して獨立の國家たらしめる形式に於て(分離 *Separation*)、並に領土の一部を外國の國家組織に併合する形式に於て侵害されるものである。さればプロイセン邦の普通法並に近頃では一九三二年の獨逸刑法協會の提

案は、領土的背叛 (Gebietsverrat) を背叛罪に配屬せしめることが出来たのであるが、現行法や通説たる見解は之を大逆内亂罪に數へて居るのである。刑法委員會は大逆内亂罪と背叛罪との傳來の區別は固執すべきものと考へた。實際此の兩者の間には、實質的な概念的の區別を存する。國家の對外的安全 (是は云ふ迄もなく各個の民族的同胞の安全と混同してはならない。即ち之を個人的のものと誤解してはならないのである)、又は——結局は一つことに歸着する次第であるが——國の國家團體 (Staatengesellschaft) の間に於ける外交政策上の權力的地位は、著しく内政的な法制 (innenpolitische Rechtsgestaltung) と云ふ意味に於ての國の内面的安全とは、明確に區別される。保護を期待して居るのは非常に異つた二つの法益である。國際法と國法とは其の地盤上に於ける出來事の經過に因る戦線の形成が根本的に異つて居る所から、獨り理論上——保護價值に關する方針に従ふ——犯罪形態の分解が必要であるのみに止まらず、とりわけ實際的に法律の保護の特別の組織と法律の保護の手段の分化が必要となるものである。其の結果は云ふ迄もなく、大逆内亂罪と背叛罪との想像的競合を想像することが非常にたやすくなると云ふことである。明確な區別の困難は善かれ悪しかれ犠牲としなければならぬ。けれども此の困難は大逆内亂罪と背叛罪とを同等の地位に置かないで、大逆内亂罪に對して背叛罪を補充的ならしめることにすると減少する。何れにしても領土的背叛を大逆内亂罪に屬せしめるのは適當である。蓋し國家の領土は國家の基本的要素に屬するものであつて、従つて領土 (即ち國家の「身體」である領土) に於て政治上の個體としての國家が侵害さ

れる次第だからである。此の侵害は國の滅却、従つてまた其の存在の絶滅にまで増大することがあり得る。然も技術的には更に領土上の不可侵に對する危険なる侵害は、既に其の豫備の程度に於て彈壓しなければならぬと云ふ事情が附け加はる。だがかくの如き包括的の刑法上の保護は傳來的のものであつて、將來も共に大逆罪についてのみ提供される所に屬する。

(三)、保護價值からして論歩を進め、大逆内亂罪と背叛罪との構成要件の從來の決疑主義を克服して包括的な一般的條文とし、又は少くとも其の想像し得られる欠缺を避ける爲に、個別的構成要件に補充的の一般的條項を追加するのは、素より當然のことである。侵害の客體を解明した後にあつては、純理論上の困難は確かに成立しない。大逆内亂罪は國の存立や其の法律的根本秩序や又は領土の不可侵に對する故意に因る違法の侵害として表示することを得るであらうし、之に反して背叛罪は他國の利益の爲に獨逸國に對して故意に因り違法に、(大逆内亂罪でない) 政治上の不利益を被らしめる行爲として表示することが出来るであらう。刑法委員會は從來傳統的な分析的な方式を固執したのであるが、それは普遍的なものとする丈の實際上の需要が從來尙ほ未だ生じなかつたからである。ロシアの刑法の明かに示して居るやうな「一般的條項への逃避」の危険 (「社會主義國家」に對する侵害、又は「勞農制度」のみに對する侵害) は之を輕視することは出来ない。蓋し白紙の填充は極めて稀なる場合に於てのみ、最高の民族指導の裁決に依つて容易ならしめられ、又は保全され得る次第だからである。

(四) 背叛罪 *Verratsverbrechen* の構成については、將來の法は非常に重要な學說上の示唆を引續き追究して、特に各民族の協同體の間に於ける獨逸國の相對的な權力的地位に關する背叛罪の場合にあつては、内國人竝にそれと同等の地位に在る者(例へば *subditus temporarius* (一時的の從屬關係)、即ち準忠誠 *Quasi-Treuepflicht* —— 不當に爾く稱せられて居る——の關係)の國に對して立つ特別の忠誠の關係からして構成要件を構成し、是と相俟つて二元的に平行した(餘り重くない刑の範圍を特色とする)、内國人に非ざる者の行つた我が國を目的とする侵害に對する刑罰の防禦手段を設けることに依つて、本來のゲルマン法上の裏切の概念をして再び效力を發揮せしむべきであるかどうかの、根本的問題を決定することを必要としたのであつた。獨逸の民族協同體に羈束されない外國人の犯罪は、國際法の原則に従つてのみ取扱ふべしとする進歩的の見解、即ち敵手の權利 *Faundrecht* を適用しやうと云ふ進歩的の見解(例へばラオイエルバツハ、クラインシュネロッド又は一八一三年のバイエルン刑法典などに依つて主張されて居るやうな)は、云ふ迄もなく今日ではもはや全然論争の餘地はない。委員會は一九三四年四月二十四日の改正法と歩調を一にして此の提案——戰時背叛 *Kriegsverrat* の特別な性質は妨げない。以下Eの(1)及び(2)を参照——には従ふべからざるものと考へた。委員會は國の安全の利益と自衛の利益とを主眼とし、國家を脅威するすべての攻撃は原則として、犯人の民族的羈絆 *Volksverbundenheit* には關係なく、成るべく廣汎な範圍に互つて捕捉するに努めたのである。内國人の忠誠の義務の然らしめる所として、内國人に依つて行は

れた國事犯は原則として情狀特に重い犯罪を成すのであつて、其の然るが故に嚴重に處罰することを必要とするものであることは、其の際決して誤認されては居ないのである。同様にして本章の犯罪の違法性の内國人若は外國人としての犯人の資格に依る區別も、獨逸法に依つて承認された國際法の一般原則に従つて生ずるのである。

獨逸國の戰時狀態 *Kriegszustand* も類似の問題を生ずる。凡そ獨逸の民族協同體が外國を相手として興廢存亡の惡戰苦闘を續けつゝあつて、獨逸の民族協同體の内面的抗爭力又は對外的權力的地位を薄弱ならしめるのが、獨逸國にとつて恐らく破滅的結果を伴ふことあるべき至難の時局に於ける背叛行為の特に危険であるのに顧みるときは、獨逸國の戰時狀態は普遍的の刑罰加重事由として發展せしめらるべきであるか。從來はかくの如き普遍的の刑罰加重事由は、わが國の立法上には規定されて居なかつた所であつた。刑法委員會は、此の點について改正を加ふべきものとは少しも考へなかつた。法定してある刑の範圍の廣汎なるものあるのに顧みるときは、是等の特に危険な侵害をも相當に取締る丈の手段は與へられてある譯である。

(五) 未遂(著手)と既遂は刑の範圍に關して之を同視すべきものであるかどうかと云ふ問題に對する總則篇の根本的態度は別として、大逆内亂罪にとつては企圖の典型に従つて構成要件を形成すること(現行刑法典第八十七條に相當する)は缺くべからざる必要である。實際成功した大逆内亂罪は處罰を免れるの

を常とし、従つて大逆内亂罪の刑は本來單に失敗に終つた計畫についてしか、實際上の意義は持たないからである。

(六) 獨逸國は一九三四年四月二十四日の刑法及び刑事訴訟手續の規定の改正に關する法律に依つて、既に大逆内亂罪と背叛罪の問題に對して態度を決定したものである。そして從來法律資料の散在する爲に要領を得にくかつたのが匡正されることとなり(所謂間諜法を編合することに依つて初めてそうなつたのではない)、また新しい價値の標準は刑罰的結果を追ひ越すことに依り、構成要件を擴張することに依り、竝にまた痛切な缺陷を閉鎖することに依つて、識認させられるやうになつたのである。されば刑法委員會は既に今日の民族指導及び國家指導の原則的決定に立脚することが出來たのである。

B 背叛罪

背叛罪に關する規定は、世界列強の演奏會場裡に於ける獨逸國の對外政策的(相對的)勢力、即ち獨逸國の傍國に對する關係を指す所謂對外的安全を保護するのに役立つものである。既にプロイセン邦の普通法は非常に曖昧ではあるけれども、然も其の實體上正當に背叛罪の本質をば「國家が外國に對して對外的危険と不安全とに陥らしめられる企圖」たるものとして表示した。即ちプロイセン邦の普通法が外國の利益の爲に獨逸國の國家的權勢を滅殺する行爲を擧げて居るのは誠に正しいのである。委員會の草案は一

九三四年四月二十四日の改正法と歩調を一にして一般的條項の樹立を斷念し、背叛罪を個々の特別構成要件に分割して居るのである。

A、(1)、機密の漏洩 (Seheimisverrat) とは、國家の機密を故意に因り違法に漏洩するの謂である。國家の機密と云ふ客體は、「外國政府に對して秘密に附することが獨逸國の福祉にとり、特に國防上にとつて必要なる文書、圖畫、其の他の物件、事實又は報道」として定義されて居る。即ち事實(例へば發見の如きも亦然り)又は勢力因子 Machtfaktor の意味に於ての事實の具象化(物件)に關するものである。其の秘密であると云ふことは秘密を知つて居る者の仲間からは決定はされないものであつて(同説、ファン・カルケル、フォン・リスト等)、寧ろ外國政府の不知に依つて決定される。即ち外國政府がまだ知悉して居ない、且又外國政府に於て知悉してはならない一切の事項が秘密なのである。だから秘密の特別な性質上國政府若は國政府に於て秘密を保護することを命じた官廳の意思に従つて秘密に附せられることを必要とする實體的の秘密であり、また事實上に於て外國政府に知れても居ないし、または外國政府の知る所とはならないもの(利益説 Interessentheorie)が基本となるのである。意思説 Willenstheorie の意味に於て國家の機密を形成するのは(國家の機密は官廳に於て明示的に機密たるものとして表示されたものであらねばならないとするのは)、事實と矛盾する(例へば周知の事項が秘密たるものとして表示される場合)か、又は秘密に附することの「必要」が看過されることがある(是は秘密であることの見落された秘密が保護

されず、了らざる結果を來すであらう)のを顧慮するに於て、既に失敗とせざるを得ない。否、國政府自身に於てすらまだ知つて居ないで、即ちまだ秘密の標識の附せられて居らず、然も特に保護する必要のあることのある秘密、例へば國立の試験所に於ける發見のやうなものもあるのである。構成要件該當の行爲は此の如き國家の機密を漏洩することである。「漏洩」*Verrat*は將來も共に、刑法第八十八條第二項の意味に於て定義される。即ち國家の機密を外國政府(元首、内閣)又は外國政府が受領を命じた國家の機關(例へば諜報機關、若は諜報勤務將校)又は其の他の諜者に傳達すること(直接又は間接に)である。公告は此の傳達と同一である。故意 *dolus* は犯人が國の福祉を脅威するの故意を以て國家の機密を傳達し、又は公表したとき、即ち犯人が自分の報道の獨逸國に不利益を興へるやうに利用され若はかくの如き作用を及ぼすのを豫期して居る場合に之を存する。かやうな次第で機密の漏洩は同時に脅威犯 *Gefährdungsverbrechen* であり、且實害犯 *Verletzungsverbrechen* たるものである。而して不能未遂の場合(例へば既に外國政府の知悉する所となつて居た事實の漏洩)にあつては、任意的の減輕が規定してある。

(2)、國家の機密を探知 *Ausspähung von Staatsgeheimnissen* するの罪は、漏洩する爲に國家の機密を違法に且故意に因り獲得した(知悉するか、又は占有するか)者の犯す所である(第一號)。此の場合にあつても不能未遂は任意的減輕の特典に浴する(「當該の犯罪が獨逸國の福祉にとつて何等の危険をも招來する虞のなかつた場合にあつても」)。

(3)、國家の虚偽の機密、即ち似而非機密 *Pseudogeheimnis* の漏洩を以てして委員會案は現行刑法典第九十條^aに關連して、(1)の項下に於ける構成要件に對して精確な對照を提供して居る。似而非機密、換言すれば文書、圖畫若は其の他の物件、事實若は報道にして偽造、變造若は不實のものであり、且其の真正若は事實たる場合には國家の機密たるべきものは、獨逸國の對外的地位の非常に複雑なるもの、あるのに顧みるときは、特に忌むべきものであることは最近の經驗の多々實證する所なのである。此の種のものの爲に我が國の外交關係は一方ならず妨害されるのであるし、またそれに伴つて國の福祉が非常に脅威されるの事實は、有效適切な刑法上の保護を要求するものと謂はなければならぬ。

犯人自身は真正の國家の機密を漏洩したものと信じて居たけれども、實際は虚偽の機密を漏洩して居たに止まる場合にあつては、(1)に依る機密漏洩の未遂を存する。之に反して犯人自身は虚偽の國家の機密を報告するものと信じて居たけれども、實際は真正の國家の機密であつたと云ふ場合にあつては、草案の明示的の規定に依つて、(3)は此の場合にも適用があるのである。

(4)、虚偽の國家の機密(3)の範圍内に於ける探知(2)の構成要件の對照を成すものは、背叛的偽造 *landesverräterische Fälschung* である。此の背叛的偽造の構成要件は不真正の國家の機密の作成(偽造若は變造に因る)も包括すれば、かくの如きものゝ獲得をも包括する。それゝ漏洩の意圖を存することを必要とするのは素より云ふまでもない。錯誤に因つて不真正であると考へた真正の國家の機密は、此の場合にあ

つても偽造の國家の機密に同一である。

(5)、嘗ての（真正若は不真正の）國家の機密を故意に因り公然報道し、又は之を公に論議することに因つて、故意に獨逸國の福祉を脅威する罪は、從來の構成要件を補充したのである。此の場合秘密に附することを必要とする事實は、それを知悉せしめてはならない筈の外國政府に既に知れて居るか、又は手に入つて居たことが條件となつて居る。其の結果として外國政府が知悉すると云ふ方向に於て獨逸國が不利益を被る危険はもはや存するものではないが、他の種類の危険（例へば外國の輿論を喚起することに因り、廣範圍の多衆の熱情を奔放せしめることに因り）は懸念せざるを得ないことがある。此の結果は事情に依つては學問的水準の上に立脚する歴史的形態に於てすら、公表が政治的に見て事宜に適しない爲に喚起されることがあり得る。何れにしても此の構成要件は(1)の構成要件に對して、決して特別犯と普通犯との關係に在るものではない。否、真正の國家の機密と云ふ要素が缺けて居るのである。何となれば機密の漏洩を受ける相手方は既に機密についての説明を受けて居る次第だからである。隨時の政治上の状態に對する斟酌は、公訴を（從來通りに）國政府の請求に繋らしめるのを必要と認めしめる。

(6)、國家の機密（真正若は虚偽の何れたるを問はず）を故意に因り違法に他人に漏洩することに因つて、過失に因り國の福祉を脅威するのを罰する構成要件は、近年痛切に感ぜられつゝあるわが國在來の刑法と云ふ得物の缺陷を補正するものである。此の場合は通常の機密漏洩の相手方である外國政府に對する

通知ではなくて、國家にとつて危険な無駄話である。従つて「他人」が既に此の機密を知つて居たか否か、「他人」は思慮分別を以て機密を接受したか、「他人」は秘密を守るものと看做されるか、秘密を守るものと看做することが出来るか否かなども問ふ所ではない。苟も國家の機密を自分一人に保有せず、違法に之を他人に漏らした者は（それが假令妻とか、又は其の他の近親若は知友に止まる場合にあつても）、重大な危険を賭するものと謂はなければならない。機密の轉達は豫測すべからざるものであるが爲に、犯人は原則として過失に因り脅威を興へるのである。故意に因り違法に國家の機密を承知した者は、漏洩者と同じ。蓋しかやうな舉措に依つても機密を知る者の範圍は不當に擴張され、それが汎く流布するに至る危険の根據を興へることとなるからである。

(7)、犯人が自分の職務上若は自分の服務上の地位又は官憲の委任に因つて知悉するに至つた真正の國家の機密を過失に因り違法に他人に漏洩することに因つて、過失に因り國の福祉に脅威を及ぼすのは、服務上の不注意であつて、例へば服務上の黙秘の義務の侵害、又は國家の使節の不注意又は官吏若は使用人の爲す、黙秘すべき事項若は文書の義務に反する漏洩などである。過失は犯人が秘密に附することの必要であるのを誤認する點にも見出されることがあり得る。此の場合にあつても公訴は、國政府の請求に由つてのみ之を行ふのである。

(8)、豫備行爲としては陰謀 *Komplotz* を除き、背叛的通謀 *landesverräterische Konspiration*（現行刑法典

第九十條。に相當する)を處罰することゝして居る。蓋し陰謀は既に一般的に處罰されることゝなつて居る次第だからである。構成要件は外國政府又は其の諜者との間に、眞正の機密又は似而非祕密を通知するのを目的とする關係を結び、又は之を維持するのを包括する。漏洩の意圖は成立して居て差支ないが、併し必ずしも其の成立して居ることを必要とするものではない。其の結果として間違つた行動を以て既に充分とするのである。商議に入るについての了解又は單に拘束力のない思想の交換のみについての了解でも其の達成された場合にあつては、通謀の概念は既に充されるのである。刑法第九十條。第二項も亦反覆される。

B、背叛的背任 *Landesverräterische Untreue* (外交上の背叛罪 *diplomatischer Landesverrat*、從來の刑法第九十條g)は獨逸國の全權使節の特別犯を取扱ふものであつて、官吏であると否とを問はず、外國政府を相手として公法上の種類に屬する國家の事務を行ひ、又は締結する者を謂ひ、國庫の私法上の取引は取締られては居ず、取引上の相手方(例へば國際聯盟裁判所 *Völkerbundsinstitut*、外國の銀行又は工業のコンツェルンの如き)は問題とはならない。行爲は意識的に違法な、委任に反する行狀に於て成立するのであつて、構成要件は獨逸國の不利益が現實に生じたと否とに拘らず、事務の遂行と同時に既に充足される。だから脅威犯が存在するものであるか、それとも實害犯が存在するものであるかと云ふ古くからの係争問題は、前なる意味に於て解決された次第である。だから委任に反して締結された、けれども後に批准され

なかつた國際間の條約にして、獨逸國に不利益を加へたであらう所のものを指摘するを要する丈のことである。事務と云ふのは財産權上の背任(從來の刑法第二百六十六條)に於けると全然同様に、動作の統一的集合體を形成するものである。従つて行狀の委任違反と、獨逸國に對して加へられた不利益は、只全體としてのみ之を評價することを得るに過ぎない。此の點に於てこそ餘り細目に互つての觀察は、交渉の(例へば商業條約の場合に)伴ふことあるべき當事國間の必然的の取與を斟酌するに於て、世故に迂遠であり、不公正であり、従つてまた忍ぶべからざるものがあると謂はなければならぬ。主觀的構成要件は故意を要求するが、*dolus eventualis* (未必的故意)を以て充分とする。

全然不利益の招來されなかつたか、又は輕微な不利益の招來されたに止まる場合にあつては、重大な結果の招來される虞もなかつた以上は、刑は減輕される。

所謂アルニム條文(外交官としての勤務中に於ける職務の背任的執行)が、將來の刑法中にも收容せらるべきものであるかどうかと云ふ問題は、第二讀會の際外務省とも聯絡した上で決定することを必要とする所であらう。此の必要にして肯定されるとすれば、構成要件は外交上の背叛罪との關聯に於て、説明しなければならぬ。

C、背叛的證憑湮滅 *Landesverräterische Beweisvernichtung* (證憑背叛 *Beweisverrat*、從來の刑法第九十條h)は將來も、獨逸國の外交關係にとつて重大な意義を持つ事實についての證據方法(物的の)の故意に

因る偽造、變造、滅却、毀損、收去若は握り潰しに由つて、故意に因り獨逸國の福祉を脅威する犯罪として形成されることになつて居るのであるが、此の構成要件は、證據に對する脅威が獨り獨逸國と外國との間の權利關係に關するのみに止まらずして、それがよしんば外國間の權利關係であつたとて、獨逸國に關係がありさへすれば本條に該當することとなつて居る程度に於て、現行法に比較して遙に擴張されて居るのである。加之權利上重要な其の他の一切の事實はすべて權利關係と同視されることになつて居るのに反し（例へば或る地圖からして明白となる一定の地域の地理的状況）、内政上丈に重要な關係は除外されるのである（イタリイ刑法典第二百五十五條は違ふ）。理論上から云へば此の構成要件は特殊の物件毀棄罪として、又は特殊の證據方法に關する犯罪として表示すべきものである。故意は前記の犯罪を以てする獨逸國の福祉に對する脅威に及ぶ。イタリイ刑法は過失をも捕捉し、軍事上の準備又は軍事上の作戦の妨害される場合に於ては、可罰性を重くすることにして居るけれども、本草案は此の例に倣ふべきものとは考へなかつたのである。

D、獨逸國に對する重い加害の招來（平和に關する本來の裏切、現在では刑法第九十一條）とは、獨逸國にとつての重大な不利益を惹起するの故意を以て、故意に因り違法に外國政府又は其の諜者と機脈を通ずる（通謀する）の謂である。脅威する加害の性質は區別立てられては居ないのであつて、其の結果として經濟上の不利益も、若はまた其の他の外國との關係の重大な妨害も取締られる次第なのである。草案は

特に戰爭の誘發（換言すれば獨逸國に對して指向された敵國のあらゆる武力的企圖）と、強制手段の挑發（例へば報復、封鎖、干涉、經濟斷交、經濟戰爭等）とを擧げて居る。獨逸國の同盟國は、獨逸國自體とは同視しない。他の半面に於て通謀の相手方は私的機關、例へば外國の經濟團體ではあり得ない。構成要件が此の二つの方向に於て尙ほ擴張の必要のあるものであるかどうかは、考慮しなければならぬ所である。本來の平和に對する脅威については、犯人は加害の意圖を有することを必要としないのであつて、例へば犯人は、武力的衝突が不可避であつて、現在戰端を開く方が後に至つて戰爭を開始するよりも有利な條件の下に落著するであらうと云ふ見解であつても差支ないのである。即ち其の權限のない者は政治上の神意を氣取るやうな僭越を敢てすることを許さないのである。イタリイが第二百四十四條及び二百四十五條を以て提供して居る模範（外國に對する敵對行爲であつてイタリイ國を戰爭の危險に曝露するもの、又はイタリイ國をして中立若は戰爭の義務を負はしめんが爲に外國と聯絡すること）に倣ふべきであるかどうかと云ふ問題は、まだ解決することは出来ない。

外國政府若は其の諜者との通謀は、獨逸國の國民にとつて重大な不利益を招來するの故意を以て、例へば外國で働いて居る獨逸國民の一人を此の外國から放逐せしめるやうにする爲の故意を以て行はれる場合に於ても、處罰されるのである。

E、戰時背叛 *Kriegsverrat* は戰時中に於ける國の軍事上の立場（Dの下に展開させた意味に於ての）に

指向されるものである。真正の脅威犯 *Gefährlungsverbrechen* が形成されるものであることについては、疑は生じ得ない。従来は戦時背叛は結果犯 *Erfolgdelikt*、若はもつと適切に云へば實害犯 *Verletzungsdelikt* (構成要件の客観的説明、是が通説である。例へば判例、註釋書、ビンディング、フォン・リスト・シュミット)たるものであるかそれともまた脅威犯たるものであるか(主観的見解、ローメン・リッソム、氏の説に依ると其の意圖を以てする援助の單純な動作を以て足るのである)について疑があつたのである。戦時背叛は二つの構成要件に於て出現する。即ち戦時背叛の一つの表現形態は

(1)、違法の、敵國の爲にする従軍 *widerrechtliche Wehrhilfe* (現行刑法典第九十一條^aに相當するもの)である。戦時背叛の此の形態の主體たり得るものは、獨逸國民のみに限られ、且又戦争の現實に勃發した後のみに限られる。行爲は敵國の軍隊に於てする服務(新に服務するか又は引續き服務すること)又は獨逸國若は其の同盟國に對して従軍することである。犯人がどう云ふ資格で敵國の軍隊に所屬するのであるか(軍人としてあるか、教官としてあるか、軍醫、看護官、僧侶、技師、鐵道技術者其他としてあるか)、竝に犯人は戰場で活動したのであるか、それとも戰場以外の地で勤務したのであるかは全然重要ではない。また「従軍」*Wehrtragen*と云ふことは、戦闘部隊に於ける服務を要求する次第ではなくて、航空機、戦車若は其の他の器材を運行するのも、本犯罪の構成要件を充足するものである。「従軍」と云ふ字句は、尙ほ其の他にも非常に廣汎な内容を有するものであつて、獨り敵國の正規部隊への服務の

みに止まらず、敵國側の義勇兵團若は其の他の補助兵力への參加(敵國軍部の了解を得て、若は其の了解を得ずして)をも包藏するものである。只眞面目に武器を行使するの意圖は毛頭有することなくして、例へば外國の戦争行爲を怠業状態に導く爲に行動する者又は、獨逸國若は其の同盟國に對して従軍する者ではない譯である。敵國の爲にする従軍の違法性については、一般の原則の適用があるのであつて、従つてフランスの外人部隊に服務して居た獨逸國民にとつての戦争の勃發に因つて生ずる緊急状態を認めたる大審院の判決は將來も共に其の根本的の意義を保有することであらう。犯人が敵國の軍隊に於て司令權を握つて居る場合についての加重は、別に規定してはない。蓋し本犯罪について規定してある刑の範圍の廣大であると云ふことが既に、刑を量定するに當つて此の特殊の場合をも公正に處遇することを得しめるからである。

(2)、内國に居住する者は誰でも、また外國に居住する獨逸國民は誰でも、敵國援助 *Begünstigung des Feindes* (現行刑法典第九十一條^bに相當する)の主體たることが出来る。敵國援助の構成要件は、犯人が獨逸國に對して開かれた戦争中、又は獨逸國に對する戦争の脅威の切迫せるものがあるのと關聯して、敵國の軍隊を支援し又は獨逸國若は其の同盟國の軍隊に不利益を與へることに依つて充足される。稱して支援 *Vorsühn leisten* と云ふのは狀況のあらゆる改善を謂ひ、即ち敵軍の爲にする兵力的關係のあらゆる移動を指すのであり、獨逸國軍に對する不利益とは、其の攻撃力を滅殺する一切の措置を謂ふのである。け

れども交戦部隊の勝敗との關係、従つてまた軍事上の狀況との關係は常に成立して居ることを必要とするが、他の種類に屬する民族的の利害關係に對する加害は、本條の構成要件中に包含されるものではないのである。外國の利益は原則として獨逸國の利益に對應するであらうが、然し舉證の容易であると云ふ點から云つて既に、二つの構成要件形態の傳來の區別を存置するのが適當である。蓋し二十世紀の戰爭なるものは、もはや軍隊の單なる戰鬥たるのみに止まるものではなくて、民族の民族に對する鬭争を意味するものであり、従つてまた經濟的にも思想的にも對敵行爲が行はれることなのであるから、自國に害を與へ敵國を利する形態も非常に多趣多様であつて、單なる軍事行動の範圍を遙に超えて獨逸民族若は獨逸國軍に精神的抵抗力を鎖沈させること（例へば敗北主義的に戰爭に疲困した念を喚起し、又は公の不安をつのらせる等）や、獨逸國の經濟生活を妨害し、又は敵國民の經濟的給養を改善することをも包括するものである。況んや敵國との通商（例へば中立國を經由し、中立の仲買人を通じて行はれる）の如き其の外に在るものではない。個々の商取引が終局の結果に於て、内國に比較して外國を改善せしめる以上は、特別の輸出禁止はなくとも違法である。輸出禁止は普通の援助の禁止中に包含されるものである。責任形態としては未必的故意を以て充分たるものとし、動機に關しては區別はされない。利慾の念が行爲の唯一の動機を成すことが少くないであらう。

獨逸國若は其の同盟國の軍需品に關する契約の不履行は、敵國援助の特殊の場合を包含する（怠業。從來は現行刑法典第九十二條^h）。此の場合は故意に因る場合の外、過失に因る犯行も處罰されるのである。

F、大逆内亂罪に於けるとは異り、背叛罪の豫備行爲は一般的條項に依つて捕捉されては居ないのであつて、寧ろ法律はかくの如き行爲の狭く界限された代表的のもの丈を取締るものである。既に總則篇中で取扱はれて居る陰謀とAの(8)の下に擧げた通謀を除外すると、豫備行爲は左の場合に限り處罰される。

- 1、背叛的犯罪に對する公然の煽動若は刺戟（規行刑法典第九十二條第二項）。是は主として具體化された背叛的行爲を念頭に置くものであるけれども、一般的な氣分の醸成も既に構成要件の充足たるに充分なのである。

- 2、獨逸國民に對する背叛的贈賄（現行刑法典第九十條ⁱ）。

G、二三の比較的輕易な犯罪が背叛罪を補充して居る。是等の構成要件は國防上に貴重な貢獻を致すものである。是等の構成要件に屬するものは左の通りである。

- 1、國防を安固ならしめる爲の國政府の命令に對する不服從（一般的若は特殊的の命令に對する單純な職務上の不服從 *Aufsungelorsun*）。其の例として國家の機密を保全する爲の禁止若は命令を擧げたい。是等の規定の力で國家の公の懲戒權に服しない者に對する嚴格な懲罰を刑罰的強制の形式に於て設けることが出来るのである。

- 2、要塞内に於ける虚偽の氏名の申告（現行刑法典第九十二條 e）、
- 3、要塞内に於て妄りに寫生し撮影すること（圖形、映畫等）（現行刑法典第九十二條 f）。
第二號及び第三號の場合に於ては、前記の場所に於ける滯留が國家の機密の漏洩若は探知の目的と相關聯するものと事情上認むべきときは、刑を加重することに規定してある。
- 4、背叛罪の刑事訴訟に關して妄りに報道をするのを取締る規定（現行刑法典第九十二條 d）。此の規定は獨り國防の利益を保護するのみに止まらず、背叛罪の全領域に干渉を及ぼすものである。公表は公訴機關（警察若は檢事）からも許されなければ、獨逸國の中央官廳からも許されないときに妄りに行はれたものである。

H、「背叛罪」の章中に説明してある犯罪の刑の範圍は、「背叛罪及び民族に對する背叛罪は將來は毫も假借する所なく剿絶すべきものである」（Adolf Hitler, *Kaiserreden* S. 19）と云ふ第三帝國に於ける背叛犯罪の新しい評價と對應するものである。民族協同體の新しい根本的態度は内國人の背叛罪を以て、一切の忠誠違反の最も恥づべきとして最も賤劣なものであり、外國人の背叛罪を以て、獨逸の民族協同體に對する最も危険なる侵害の一つであると解するのである。其の結果として死刑は廣汎な範圍に互つて法定してあり、故意に因る背叛罪についての通常刑は重懲役である。どの刑にも罰金を併科するのを許し、死刑若は重懲役刑には更に財産の全部若は一部の沒收を許すのである。また公安が必要とする以上は、有期

重懲役に併科して保安監置を命ずることを要する。而して沒收についての規定は、現行刑法典第九十三條 a と一致するのである。

C 大逆内亂罪

大逆内亂罪の侵害の客體は、内政上隨時の國家の機構に依つて定まるのであつて、其の結果として時世の變遷に依つて變動する。現在の民族的指導者國家、即ちデモクラシーの一段と高尚になつた國家に於ては、民族の委任に依つて有權的に統治が行はれるのであつて（ゲッベルス）、従つて民族協同體を大逆内亂罪の本來の侵害の目的と看做さざるを得ない。大逆内亂罪は無信仰 *Infidelität* が昔ぞうであつたと同じやうに、再び眞正の民族的犯罪となつたものである。民族協同體は其の國家としての現實の組織に於て、特に

- (a)、其の國家の領土の不可侵性、
 - (b)、其の國家的存立や其の國家としての主權、
 - (c)、其の 根本秩序、及び
 - (d)、（間接）は）其の最高の指揮
- を侵害されるものである。之に反し國家機關の最高位（政治的に裁決を行ふ國家の任務の主體）に於ける

國家機關（國家の權力の主體と云ふ意味に於ての）自體に對する一切の侵害は、すべて此の關係に於ては之を除外することにする。是等の侵害は極めて重要なものであり、また是等の國家機關に對して與へられる刑法上の保護は、極めて力強く展開させることを必要とする次第ではあるけれども、系統上是等のものは民族指導者の保護と云ふ犯罪の部類に收容しなければならぬのである。

(a) 及び (b) について。

國の領土に對する大逆内亂罪は、民族の生活區域に對する侵害を意味する。土地は民族的生活活動の舞臺であり、基礎であると同時に獨逸國の政治的支配の舞臺であり、基礎である。領土の保護は植民地をも（單なる勢力範圍とは異り）包括するものである。

I、刑法委員會の決議に依ると、侵害行爲は、

(1)、獨逸國の領土又は獨逸國の領土の一部をば暴力を以て（暴力又は暴力を加ふべき旨の脅迫を以て）他國の支配下に致す點に於て成立する。他國の領土への本來の併合（換言すれば獨自の國家的存在の滅却）の外に、國家の領土をして獨逸國の主權を脱却するに至らしめる其の他の侵害形態をも取締るものである。

(2)、獨逸國に屬する領土を暴力を以て獨逸國より分離せしめ、此の分離した獨逸國の領土の一部が他國の統治下に屬するには至らないで、國家として獨立するに至る點に於て成立する。

(3)、暴力を以て獨逸國の獨立を狹窄せしめる點に於て成立する。大逆内亂罪の此の形態は新規なものであつて、獨逸國の政治的自己決定を獨占すると云ふ意味に於ての主權の、あらゆる制限に關するものなのである。獨逸國は自分にとつて望まぬ一切の外政上の羈束を免れなければならない。かのヴェルサイユの強制的平和條約以來獨逸國は、獨逸國の國家的區域内に於ける獨逸國の國權の自由な發展を妨害されると云ふことが、政治的にまた實際的に一體如何なることを意味するものであるのかを、痛切に見せつけられて來たのである。苟も獨逸國の高權に對して外國の干涉のあるとき、それは獨逸國の國家的存在にとつての忍ぶべからざる束縛である。外國、特にスウエーデンの如きは早くから既に自由なる政治的自己決定の不可侵について熱心に目覺め、今ではファシストイタリー（イタリー刑法第二百四十一條、イタリーは加之主權に對する攻撃は其の手段についての制限なしに、彈壓することにして居るのである）も亦其の先蹤を追ふて居る。

(c) について。

民族的協同體の法律的根本秩序に對する大逆内亂罪は、從來「憲法に對する侵害」の標語の下に總括されて居る構成要件と一致するものである。即ち此の大逆内亂罪は國家の内政上の根本利益を保護するものである。プロイセン邦司法大臣の覺書の提案に依ると、從來用ひられて居たが遺憾乍ら曖昧である「憲法」Verfassung と云ふ概念に代ふるに、法律的根本秩序 rechtliche Grundordnung と云ふ明瞭な字句を以て

するのが適當である。此の字句は民族協同體の政治的共同生活の法律的基本形態に關するのであつて、即ち所謂實體的の憲法 *materielle Verfassung* に關するものである。從來既に學說も判例も（例へば *Reichsgericht im Sachs. Arch.* 3 S. 366）、「政治的な國家制度の基礎を成す」憲法の部分のみを國刑法典に所謂憲法と認め、然も「此の部分は其の規律が憲法の各本條中に行はれて居ると否とを問はない」ものであるとして居たのである。即ち稱して憲法と云ふのは勞農ロシアの刑法典に於て見るやうに（カール・シュミット。特定の國家の政治的統一及び秩序の具體的な全般的狀態）狀態として理解される次第ではなくて、従つて單なる事實上の權力狀態が法律上の保護を享けるに至る次第のものではなくて、寧ろ法條の總體として、又は少くとも政治の法律原則として理解されるのである。獨逸の民族協同體の法律的根本秩序（獨り單なる「秩序」のみに止まるものではない）は、國家の構成の形成上の指導的大原則を包容するのであつて、従つて本來基礎的の國家の制度のみを認識するに過ぎない。例へば今日では階級のない民族的統一、指導者主義、民族協同體の議會制度、國防組織、裁判所組織若は行政組織それ自體を指すのである。

法律的根本秩序——假には「國家的」根本秩序又は「政治的」根本秩序と云ふ字句を使用しても差支あるまい——は、獨逸の民族協同體の道義的的根本秩序、宗教的的根本秩序若は一般文化的根本秩序と對照を成す。單に「獨逸民族の民族的根本秩序」と云ふ場合には、是等のものも併せ包括されるのであるが、法律的根本秩序と云ふ場合には是等のものは包括されない。其の代り法律的根本秩序はナチス運動と社會的經濟的な根本秩序の主要な成分とを包容するものである。ナチス運動を包容するのは、今日我が國に見るやうな一黨國家 *Einparteiensstaat*（一九三三年七月十四日の國法）に於ては、公法上の團體として認められた國家社會主義獨逸労働黨は、國家と直接結合されて居るのであつて、法律的に國家の根本秩序に編合されて了つて居るからである。社會的經濟的な根本秩序を包容するのは、全體主義の要求を以て出現した國家は、民族協同體の一切の生活活動を捕捉するのであつて、従つて社會的な基礎秩序は民族的統一の法律的政治的原則に依つて包容されるのに反し、經濟の根本的形式は經濟的羈束 *Wirtschaftsbindung* の原則に依つて包容されることとなるからである。

侵害行爲は民族的協同體の法律的根本秩序を「變革する」點に成立する。此の字句は獨逸の刑法の發達の間漸次に慣熟して來たものであつて、從來用ひられて來た「革命」*Umwälzung* とか、「全體若は主たる成分の顛覆」*Umsturz im ganzen oder in ihren Hauptbestandteilen* とか、「禁壓」*Unterdrückung* とか、「其の主たる成分の廢止」*Aufhebung in ihren Hauptbestandteilen* とか云ふ字句を排斥して了つたのである。此の字句は政治的同一 *politische Identität* に關するものであつて、其の強調する所は實に從來の法律秩序全體若は其の二三の重要な成分の否定に在り、其の廢止に在つて、真空狀態（無政府狀態）が生ずると政治的新秩序が生ずるとは問はないのである。されば構成要件は——カール・シュミットの用語で行く

と——「憲法の滅却」*Verfassungsvernichtung* (同時に從來の憲法を制定する權力を廢除して)、「憲法の撤廢」*Verfassungsbeseitigung* (舊來の憲法を制定する權力を存置して、例へばクー・デター)、「憲法を無視する憲法の改正」及び「憲法を無視する憲法の停止」は包含されるけれども、各個の場合に於ける單なる憲法違反(其の他の點に於ては此の一度だけ違反された憲法を引續き施行する)及び單なる憲法怠業 *Verfassungssabotage*、又はロシア刑法典に云つてあるやうに、憲法の有名無實化 *Unterhohlung* と其の效力の減殺 *Schwächung* は包含されるものではない。——法律的根本秩序は之に因つても或る意味に於て侵害されるのではあるけれども。

攻撃の手段としては從來通説であつた現行法の解釋と歩調を一にして、「暴力又は暴力を加ふべき旨の脅迫」を規定してある。従つて構成要件は強要の典型 *Nothigungstypus* に従つて形成してある。更に外國の立法(例へばイギリス、フランスの立法)の模範に倣ひ、また獨逸國の學說や最近にはプロイセン邦司法大臣の覺書(この覺書は其の程度に於ても有權的の刑法を徹底的に貫徹するに努めて居るのである)の屢次の提案に従ひ、法律的根本秩序の其の他の違法の變更(例へば他の種類の脅迫又は詐術に依る欺罔に由るもの)をも取締るべきではないかどうか、まだ考慮する必要があるであらう。勿論刑の範圍を形成する上にも、手段の相違は必然的に影響を及ぼさざるを得ないことであらう。

(d)についで。

最高の民族指導者に對する大逆内亂罪は、總統及び國宰相が其の憲法上の權力を奪はれる點に成立するものである。此の場合には民族指導及び國家指導の今日の組織に於て最高の政治的價值を意味する總統、特に憲法制定の權力をも行使する總統の國法上の地位を動搖させるものである。最後の政治的決定を下す最高の國家機關としての總統の作用にして妨害せられんか、指導者主義の基礎の上に立脚する全國家機構の基礎は動搖せしめられざるを得ないであらう。従つて此の構成要件は憲法に對する間接の侵害を包藏するものである。指導者の人格は、「其の作用の本質と」分離することは不可能なのである(一九二五年十二月二十四日のイタリー刑法に關するロッコオの覺書)。

大逆内亂罪の此の最後の形式は、一九二二年の草案以來カッブの小叛亂と關聯して (*Reichsgericht Bd. 58 S. 263 ff.*)「國家權力の主體に對する攻撃にして國家權力の主體又はかくの如き任を有する國家權力の機關からして、自由な統治作用の權利を奪つて了ふものは、大逆内亂罪と認めるのであつて、此の事が長期間繼續したか、それとも比較的短期間行はれたに止まるものであるかは、問ふ所ではない」、わが國の法制に導入された所である。最高の國家機關の作用を癱痺せしめやうとした、國家にとつて危険な出來事(所謂匿名統制委員會 *anonyme Kontrollausschüsse*)の記憶も此の點に於て反映して居るのである。苟も非合法的の副政府 *Nebenregierung* は、假令一時的に總統から憲法上の權力を奪ふに止まる場合にあつても、之を彈壓せざるを得ない。

總統の組織する内閣の構成員や其の自主的責任の助言者 *eigenverantwortlicher Ratgeber* は、總統自身と同視する。

II、獨逸國の刑法立法は古くから大逆内亂罪に若干の豫備行爲を、獨立の犯罪 *delictum sui generis* として伴はしめたものである。自由主義的な嚴格主義 *liberaler Rigorismus* は、是等の豫備行爲の構成要件を非常に躍起となつて——外國の事例を援用して——論難し、心情刑法 *Gesinnungsstrafrecht* であるとして、古來の君主に對する大逆罪 *Majestätsverbrechen* の殘骸たるものとして、非難攻撃するに努めたのである。論者は國家的に組織された民族協同體に對する犯罪的な、國家の全組織を動搖させるやうな攻撃に對應する止むを得ない自己保護の利益は故意に看過して居る。論者が大逆内亂罪の犯人を以て單に不幸な政治上の敵役としか見ないやうに、次第に傾いて來て居る以上はそう斷ずるの外はない。是等の點についてはすべて今日ではもはや議論の餘地はない。寧ろ逆に長年月に互る紛糾錯綜の後に竟に其の憲法生活の安定を見るに至つた時世は、憲法についての一切の闘争が終局的に完結することを要求するのであつて、従つて大逆内亂の攻撃に關する豫備行爲を既に、特に手強く彈壓する必要があるのである。刑法上の保護區域の縮少どころか、之を擴張し、豫備行爲について法定してある刑を重くするのは、實に時世の要求する所なのである。

委員會は一般的條項を以てして想像し得られる丈の一切の豫備行爲を廣汎に劃した刑の範圍内に組入れるべきであるか、それとも大逆内亂罪の豫備の形式が連續的に變動して居るの結果として既に缺くべからざる必要である所の補充的一般條項の樹立は別として、然も特に危険な豫備行爲は加重的に特別に指摘すべきであるかの擇一關係に直面した。かくの如き特殊の構成要件は、警察及び其の他最初に干渉を加へる機關に明確な指針を與へるの利益をも提供するものである。そこで決斷は第二の法律技術上の形式に有利に歸著した。事實上一九三四年四月二十四日の改正法の既に示して居る通り、此の方向に於てする發展の傾向は到底看過すべくもないのである。

大逆内亂の犯罪の公然の勸誘若は刺戟が特別に規定してある（現行刑法典第八十三條第一項に相當する）。此の行爲は目標や遂行の計畫案上識認することの出来る、具體的の企圖に關することを必要とするものではなく、一般的な革命の氣分の招來にも役立つことがあり得る。例へば刺戟は革命的の出來事、例へば一九二九年五月の市街戰の闘争を嘆美推稱するの形式を執り、以て革命的情熱に拍車を掛けやうとすることもあり得るのである。

一般的に重い刑の適用を受くべき特に危険な豫備行爲の典型的な一例としては、刑法委員會は——部分的には現行刑法典第八十三條第三項に倚據して——左の諸件を特に規定すべきものと認めた。

- 1、大逆内亂を計る組織の形成、
- 2、國家の權力手段の壊敗、

- 3、犯人に與へられた公の權力の濫用、
- 4、兵員の徵募又は資材の調達、
- 5、群集に對する宣傳、
- 6、外國よりする干渉。

四、大逆内亂罪並に其の附屬的犯罪の刑罰的等級は、全然新しい前提から行ふことを必要とするものであることは、一九三四年四月二十四日の改正法の既に充分に示して居る所である。自由主義は究極に於て一切を議會の多數決の原則からして觀察したのであつて、一切の世界觀的、政治的思潮に對して、原則的中立を維持するに努め、是が爲に感傷的な革命的ロマンスに絶大の敬意を拂ひ、政治犯人を不幸な信念上の英雄として理想化し、わけでも犯罪の動機に重きを置き、従つてまた名譽拘禁 *custodia honoris* の刑を設けることに依つて、大逆内亂罪の犯人の敬意を拂ふべき動機を斟酌し、かくの如くにして政治上の信念に忠實なるの餘大逆内亂の罪を犯すに至つた者を、戦争に於ける敵國の俘虜の一種でもあるかのやうに取扱つたものであるが、第三帝國に於ては世界觀上の基礎は根本的に一變して、民族協同體の法律的政治的生活形態の特別の保護の必要や、不祥な動搖に對する國家の絶對的擁護が、再び重きを成すやうになつて來た。されば大逆内亂罪の評價は、嘗て尊屬親の謀殺 *Parricidium* (カント——忠誠の義務を尊重して) 又は「國家の謀殺」 *Mord des Status* (フョイヘルバッハ) との特色のある對照を抜き出すのを常とし

た、自由主義以前の冷靜な評價に復歸しつゝある。かやうな次第であるから委員會案は、大逆内亂罪について原則として死刑及び重い重懲役を規定して居るし、また現行刑法典第八十六條に倚據して、一切の自由刑の外に任意的の罰金をも許すことにして居る。然も大逆内亂罪の犯人はわれから好んで民族協同體に背叛し、みづから選んで民族協同體の外に身を置いたのであるから、之に對しては人權褫奪 *Achtung* を科するし、また發頭人 *Urheber* 若は首魁 *Rädelsführer* に對しては財産の全部又は一部の沒收を言渡すことが出来る。此の收公 *Konfiskation* は大逆内亂罪の犯人にとつて財政的武装解除を意味するのであつて、かくの如くにして將來につき犯人に經濟的の排斥處分を加へようと云ふのである。其の他の點について尙ほ擧げなければならぬのは、保安監置も亦許すものと宣言すべきではないかどうかと云ふ問題である。物及び價値の沒收は現行刑法典第八十六條 a の意味に於て命ぜられるのである。

D 民族に對する背叛

民族に對する背叛に關する章の起點を成すものは、現行刑法典第九十條 f (一九三四年四月二十四日の改正法) である。此の構成要件は現行刑法典中に於てはまだ背叛罪として規定されて居るのであるが、將來は系統上此の犯罪に相當する地位を與へられることとなるのである。即ち此の構成要件は民族協同體を自體(換言すれば國家若はナチス運動として機能の上で形を變へることをしない)に對する犯罪中に列

せられるであらう。獨立の有機的の制度としての民族協同體は、實に一切の法律的、國家的、政治的及び文化的の生活の本質を成すものであつて、年代に於て國家よりも遙に古い存在であり、民族大移動の昔のゲルマン人の例の示して居る通り、時には國家としての生活形態なしにも成立し得るものである。國家の永久的な活力の源泉は、民族協同體の中を流れる。蓋し民族協同體は他の一切の形式的制度と同じやうに國家を作り、國家を形成し、國家を維持するものだからである。新しい世界觀に依つて與へられた民族協同體の最高の自存價值 *Eigenwert* は、必然的に民族協同體それ自體に特殊の法律上、刑罰上の保護を與へるの結果を導かざるを得ない。現代の法律的思想は實に何れも此の民族協同體を中心にして廻轉するものなのである。

此の構成要件を以てして保護するに値ひし、また保護することを必要とするのは、民族的存在と民族的生活の普遍的基础である。——従つて生物學的本質(民族的勢力の保護)であり、民族統體の最後の細胞であり(婚姻及び家庭の保護)、民族的生活の道義的純潔であり(道德及び特に性的道義の保護)、宗教的全的態度であり(宗教の保護)、民族的經濟力である(民族的財産の保護)。然も亦民族協同體の其の他の思想的法益、即ち例へば民族協同體の名譽とか民族的の篤信の念の如きものも、其の保護の外に在るものではない。草案は後者に對する攻撃を、「民族に對する背叛」 *Volksverrat* の標語の下に特別の部類に總括して居るのである。

大體に於て個人主義的方針を辿つて居る從來の法律的思维は、一切の生活現象を最高至上の存在としての個人からして觀察し、判斷することにみづからを制限して居た。従つて家庭も道德も宗教も財産も、原則として個人にのみ關係して居たものであつた(此の著眼がよし往々にして不充分として認められ、超個人的の關係が看過すべくもないにしても)。されば個人的の關係を捕捉することの出来ない場合には、民族的勢力や民族的名譽に關しても同様 (*GS. 103 S. XVII*)、法律上の保護は役には立たなかつたのである。従つて今こそ從來既に久しく苦痛を感ぜられて居り乍ら、自由主義的な全般的態度の純理的條件からして未だ閉鎖することの出来ないで居た缺陷を、補正することが必要である。他の國家、例へばハンガリー若はイタリアなどは、民族的名譽の包括的保護に著手したのに拘らず、獨逸民族については同一の刑法上の保護は、個人主義者や國際主義者の爲に極度の激情を以て排撃されたのである。將來の刑法典は超個人的の法益 (*HB. 103 S. XXXII ff.*) の價値の喪失を極力防止し、之を新に創建し、民族的のエネルギーを強め、家庭や婚姻、道德や宗教を超人格的の價値たるものとして保護して居るやうに、從來誤認され、閑却されて居た民族協同體の基本的價値にも、充分な刑法上の保護を與へるものである。

此の箇所であれ／＼の關心を持つのは、民族的背叛の犯罪部類に過ぎない。是は新しい構成要件の字句を以てして踏み入らうとする一新天地である。成る程外國の立法例はないでもない(最近では例へばポーランド及びリトアニアに於て之を見る)。成る程共和政體保護法に對するあの有名なフリックの反對案は

發達の方向を示し、刑法第九十條 f (一九三三年三月二十一日の民族的勃興の政府に對する陰險な攻撃を豫防する爲の大統領令第三條以上に互つて) は、虚偽の流説に依つて獨逸民族の威信に甚しい脅威を及ぼすのを、構成要件に従つて捕捉しては居る。然し乍ら資料そのものは未だ以て全體としては觀察されて居らず、攻撃されても居ないのである。此の點に於て新法には一大任務の待つて居るものがある。勿論事は永久的の規律に關する次第なのであるから、構成要件をもう一度細心に選定するのが適當であるが、只新しい法律觀念の確實な現在高と稱することが出来る所のもの、そしてまた明確な構成要件に於て捕捉することの出来る所のもの丈は、現在既に法典に編纂して差支ない。犯罪部類の伸展は之を將來に一任せざるを得ないのである。

(1)、今日獨逸民族や獨逸國の名譽や威信を保護する必要のあることについては、争はない。苟も獨逸國の名義と民族協同體の聲價は、名譽毀損のあらゆる攻撃に對して確保されてあらねばならぬ。是は民族的自尊、民族的自己意識の基本的要求の一つである。獨逸國と獨逸民族とが同視されて居るのは、國家は實に民族の特別な生活形態の一つを成すのみに止まり、即ち獨逸國の名譽を傷けるのは獨り獨逸國の政府を傷けるのみに止まらず、とりわけ獨逸の民族協同體の名譽をも傷けることになる爲である。加之稱して「獨逸國」 Reich と云のは鞏固な秩序の状態に在る獨逸民族をも意味するのである。構成要件は具體的な名譽毀損(事實に關する不實若は甚しく歪曲した主張に依る)も、具體的でない然も賤劣な心情に由來す

る公然の誹毀又は惡意に因る侮蔑も包含することを必要とする。外形若は内容の卑陋であることは、誹毀(其の程度に於ては本草案は現行刑法典第九十條 f 以上に互るものである)に特有な性質である。精神の刺戟若は意氣の昂揚に役立つ民族の眞摯な友人の批評的發表は、本犯罪の中に屬することのあり得ないのは、直ちに判明する所である。

(2)、更に其の獨逸魂の權化として生き、働き若は死んで行つたことが現在獨逸民族の崇敬的となつて居る、過去の時代に於ける獨逸民族の偉大なる代表者達の行動は、今日既に公然の誹毀若は侮蔑に對する刑法上の保護を必要とするものである。即ち例へばシュラーゲターが「犯罪についての喜悅」に基く「犯罪人」として、又は「政治的の賤民」として誹毀されたが如き、周知の誹毀は此の中に屬するであらう。また獨逸國軍の業績を惡意に因つて冒瀆し、獨逸の軍人の戰場に於ける英雄的最期を誹謗するが如きは、是非とも贖罪させなければならぬ所である。獨逸民族は協同體的經驗に基いて自分達の英雄を以て自分達の代表者たるものとし、従つてまた其の記念は大切に擁護するものである。本當に學問的である研究の結果や、學問的に實質的である形式に於てする批評は、決して本章の構成要件を充足するものではないのであるが、併し例へばイグナツ・ウロベルが「戦争で殺された者は讚美しないで寧ろ心の底から痛惜すべきだ。何となればかうした人間は屁のやうなことの爲に死ぬものに外ならないからである」と記述するに於ては、死者を神聖なりとする健全なる自己主張の意思に支持されて居る民族は、かくの如き素つ氣な

さを處罰せずには差置くことは到底出来ないのである。積極的に承認することは必要としないのであつて、只誹毀若は侮蔑の發表に限り阻止することを必要とする丈である。

(3)、民族的徴表 *nationales Symbol* (國旗、國章、國歌、獨逸國民歌又はホルスト・ウエツセル歌など) を公然誹毀し、若は惡意に因り侮蔑するのを處罰するのも、特に辯明する必要はない。此の不尊敬は公然設置された國章にして政治上の指導者に對する侵害の中に列擧されて居るものを毀損し、滅却し、若は之に其の他の害を加へることに由る權威の侵害と兩々相並び行はれるものなのである。

(4)、更に民族的記念物、名譽記念園、忠魂碑若は其の他の獨逸國の歴史上に於ける偉人や偉業についての名譽的記念の場所を、加辱に對して保護することを必要とするであらう。
それ以上に互つて獨逸國の風俗習慣(民族的慣習とか、民族的志望とか若は民族的祭典とか云つたやうなもの)は、非常に界限することの困難なものであるにも拘らず、本章中に包含せしむべきものであるかどうかは、是亦更に周匝なる審査を必要とするものであることは、民族的意識であるとか(例へば一九三四年二月八日のリトアニア法第三條)、民族的統一であるとか(同法第九條)云つたやうなものを分裂や煽動に對して保護し、又は獨逸民族の文化的努力や其の文化的寄與を侮蔑に對して保護するのと同様である。只獨逸民族に對する誹毀が既に此の侵害の多數者を包含するものではないかどうかの問題は、前以て解明しなければならぬ所であらうことは云ふ迄もなからう。

獨逸の民族協同體それ自體に對する攻撃の刑は、其の忍ぶべからざる破廉恥の故を以て非常に重くしなければならぬ。現行刑法典第九十條fの模範に倣つて特に重懲役をも法定する必要がある。尙ほまた民族の誣罔者の甚しい脱線は、過失の形態に於ても之を捕捉しなければならぬ。そして獨逸國が其の外交關係に於て重い損害を被つたと云ふやうな場合には、此の結果は加重的に作用を及ぼさざるを得ない。而して沒收については、背叛罪の原則を準用するを要する。

第二讀會に於ては獨逸民族に對する忠誠の違反と云ふ意味に於ての背叛罪の問題が、周匝なる論議の出発點を成した。今日の世界觀的、政治的根本著眼の立場からして考量されたのは左の諸件である。

(a)、(自由主義以前に於ける我が國の法制の發達と歩調を併せ、イタリー刑法典の模範に倣つて)大逆内亂罪と背叛罪との間にもはや區別を設けることをしないで、寧ろ此の二つの犯罪を民族に對する背叛 *Volksverrat* (新しき意味に於ての)と云ふ包括的概念の下に統一すべきものであるかどうか(A、總説の(二)に説く所を見よ)。

(b)、犯人の攻撃方向に由來する廣汎な、規範的の總括的構成要件 *Dach-Tatbestand* としてか(從來の大逆内亂罪と背叛罪とに分割する方式を根本的に廢止して)、又は少くとも現在の孤立的の規律を補充す

る爲に、遮斷構成要件 *Auffang-Tatbestand* を設くべきではないかどうか (A、總説(二)の後半及び(三)以下を参照ありたし)。

(c)、本當の背叛的性質の缺けて居る構成要件は、一切本章から全然除外すべきではないかどうか。

(d)、忠誠の義務に忠實でない犯人については獨逸の民族協同體の自己保護の觀點の下に、假令結果に於て平行はするとも其の本質上は別種である過誤を、取扱ふことを必要とする特別の規律を設くべきではないのであるか (A、總説(三)を参照ありたい)。

刑法委員會は次に記すやうな結論に到達した。

(1)、規律すべき生活現象の外面的に多岐多端であり、内面的に差別相を呈して居るの結果として、大逆内亂罪と背叛罪とは將來も共に之を區別すべきものであつて、且從來の精神に於て維持することを必要とするのであるけれども、此の兩者は「民族に對する背叛」と云ふ新しい名稱の下に之を總括して、以て此の兩個の犯罪は究極に於て獨逸民族を攻撃するものであり、從つて兩者は其の本質の核心上或る程度の統一體を形造るものであることを表明しなければならない。

(2)、本來ゲルマン的のものであつて、今日でも尙ほ民族的に馴染の深い背叛の思想を再び執り上げ、從つてまた民族に對する背叛の犯人の範圍を本來の民族的同胞、即ち獨逸國民丈に制限する必要がある。蓋し祖國に對して本當に忠誠を侵害することの出来るのは、民族的同胞、即ち獨逸國民丈に制限されること

だからである。こゝに於てか更に明白となるのは、最も重い民族に對する背叛の場合については、獨逸國民たる者に對して人權褫奪を規定して置く必要があつたと云ふことである。即ち一部は強制的に(「國の高權に對する大逆内亂罪」と「獨逸民族の根本秩序に對する暴力を以てする背叛」について)、一部は少くとも任意的に(國家の機密の漏洩、戰爭の危険の背叛的招來、背叛的な敵國の爲にする從軍、背叛的な敵國の援助及び背叛的な背任等について)規定して置かなければならなかつたと云ふことである。

(3)、同時に是と平行的に行はれる獨逸國民以外の者の攻撃については、「民族を敵視する外國人の行爲」と云ふ特別の一章を設け(之には——イタリ—刑法典第二百四十二條に於けるとは異り——前に獨逸國民であつた者、例へば民族協同體から放逐された者も屬する)、民族に對する背叛の構成要件を包括的に援用することに依つて——不透徹であるの危険は賭しても——此の章を充たし、内國は特に保安を必要とするものであるのに顧み刑は大體に於て民族に對する背叛行爲の程度に定めることにした(人權褫奪を除外したのは云ふ迄もなす)。

(4)、影響の及ぶ範圍の豫測し難いものがあるのと、法律の衝擊力を減殺する嫌があるのとの故を以て、普遍的構成要件はどんな形式に於ても形成するのを見合はせることにし、即ち個別的構成要件の組織を引續き執ることにする必要がある。

(5)、獨逸國の憲法の改造されたのに顧み、總統個人の包括的な保護を大逆内亂罪の特に重要な形式とし

て發展させる必要がある。民族協同體の一番重く侵害されるのは民族の指導に於てである。

(6)、大逆内亂罪や背叛罪の範圍内に於ては、本來の背叛的行爲を先行せしめ、餘り重要でない其の他の構成要件を之に附隨せしめることとして、構成要件の類別の更新を行ふことを必要とした。従つて次のやうな資料の配列を生ずる。第一章（「民族に對する背叛」）は第一節に於て大逆内亂罪を、第二節に於て背叛罪（第二節は更に「國家の機密の漏洩」と「其の他の背叛的行爲」とに區分される）を取扱ひ、第三節に於て兩者に共通な規定（附加刑、保安監置）を取扱ふ。第二章に於ては「民族を敵視する外國人の行爲」を規定し、第三章は「獨逸民族の名譽に對する侵害」（第一讀會の意味に於ての民族に對する背叛。D、民族に對する背叛以下の記述を参照せられたい）を規定して居るのである。

A、國の獨立若は國の領土の不可侵に對する加害を客體とする、「國の高權に對する背叛」は大逆内亂罪の規定の皮切りを成すものであつて、「獨逸民族の根本秩序に對する背叛」、即ち「獨逸民族の根本秩序」を「動搖させる」*Erstattenung* 侵害行爲が之に接續する。是等の規定は、從來手段を制限してあつた（暴力若は暴力を加ふべき旨の脅迫）の制限を撤廢して、苟も違法の侵害はすべて（例へば經濟上の威力を濫用し若は根本秩序の最も重い形式を精神的に壞敗するのををも包含せしめる）構成要件上捕提することとして居る程度に於てのみ、第一讀會の提案に比較しての實質上の變更が企て、あるのである。云ふ迄もなく刑は「獨逸民族の根本秩序に對する背叛」の範圍内に於て、暴力若は暴力を加ふべき旨の脅迫が施用

せられたか（死刑及び獨逸國民にあつては人權褫奪）、それともまたもつと弱い手段が施用せられたか（死刑、終身間の重懲役、五年を下らない重懲役）に依つて、差等がある。大逆内亂罪の第三の場合たるものは「獨逸民族の指導者に對する背叛」であつて、是は指導者の身體、生命若は自由に對する一切の陰謀を包括するものである。重大な強要の場合は是等の陰謀と同視されるのであつて、従つて暴力若は脅迫を以て指導者が任務を果すのを妨害し、或はまた是等の手段を以てして指導者が特定の意味に於て其の權限を行使するやうに強要するのなどがそれに該當する。現行刑法典第八十條（本來の法文に於ける）の相似規定は、現在の憲法の形式に依ると政府の構成員（指導者の顧問）やナチス運動の下級の指導者に對する攻撃と指導者保護との明確な區別と同じやうに強行的たるものである。

將來に於ても大逆内亂罪の豫備行爲はすべて捕提し、原則として重懲役を以て罰することになつて居る。だが其の特に危険な表現形態は死刑若は終身間の重懲役又は五年を下らない重懲役を以て罰する。指導者に對する背叛の豫備は常に之に屬する。更に特に危険なりとして明示的に特示されてあるのは左の通りである。

- (a)、犯人に託してある公の權力の濫用、
- (b)、外國に於ける犯行、
- (c)、大逆内亂罪を犯す爲の團體の結成、

- (d)、外國政府又は外國の爲に行動する者との通謀、
- (e)、國軍若は警察、突撃隊、親衛隊若はヒットラー少年隊の壊敗、
- (f)、兵員の徵募若は資材の調達、
- (g)、集團的宣傳、

(h)、外國よりする冊子、音譜若は映畫の輸入。

從來の案とは違つて、犯人が豫備的動作を中止した場合については無罪が規定してある。Kronzeuge (犯罪にして共犯者の犯罪の證人たる者) の思想が、之についての標準となつたものである。無罪の條件は豫備的動作を任意的に抛棄し、中止者の關與して居た大逆内亂的企圖の豫備を阻止することであると居る。

處置の不當に苛酷となるのを避ける爲に、餘り重くない犯罪については、前記の規定中に於て死刑を終身間の重懲役若は五年を下らない重懲役に、終身間の重懲役若は五年を下らない重懲役を單純な重懲役に、重懲役を六ヶ月を下らない輕懲役に減刑することになつて居る。

大逆内亂罪の内容を有する冊子を過失に由つて頒布する罪の構成要件は實質上其の儘反覆されて居るのであつて、只從來の補充的條項を無用たるものとして削除した丈が從來の法文と違つて居るに過ぎない。

B、(a)、第二節の「背叛罪」(第一部「國家の機密の漏洩」)は國家の機密とは何か、漏洩とは何かの定

義を以て始まる(現行刑法第八十八條と一致する)。根本的事項については從來の提案を變更しては居ないが、只「偽造したる國家の機密」*gefälschtes Staatsgeheimnis* の字句に代ふるに、「虚偽の國家の機密」*falsches Staatsgeheimnis* の字句を以てするのは用語上の改善を意味するものに外ならない。同様にして漏洩に關する規定につき獨逸國に損害を被らしめるの故意を獨逸國の福祉を危殆ならしめるの故意と同視して居るのは、單に關係を明確ならしめる爲丈のことに過ぎない。脅威の故意(*Gefährdungsvorsatz*)を以てして同時にそれよりもつと進んだ實害の故意(*Verletzungsvorsatz*)をも取締るのは從來既に行はれて來たことであつた。併し乍ら犯人の意思は原則として直接加害に指向されてあるのを常とするものであるが故に、法律の内容は明示的に充分開張するのが適當である。之を脅威犯としても、實害犯としても背叛罪の性質には觸れる所のないは素より言を俟たない。其の構成要件は犯人の行爲が國の福祉にとつて事實上何の損害をも齎さない場合にあつても充足されるものである。

第二讀會に於ては著手(未遂)について刑の任意的減輕が規定されたことであるから、背叛罪の最も重要な構成要件を企圖の典型(*Unternehmensstyp*)に從つて形成することが必要であつた(「國家の機密の漏洩」、國家の機密の「背叛的探知」、「敵國の背叛的援助」、及び「背叛的證憑滅却」)。

統一的の國家指導の利益の爲特別の訴訟條件として若干の構成要件につき、訴追は國司法大臣に於て指令すべきものと規定した(「古い國家の機密の公然の報道」、二つの形式に於ける「國家の機密の抛棄」、

然もまた「背叛的贈賄」、「民族的同胞に對する背叛」、「背叛的民族離間」、及び「戦争の危険の間接的招來」についても。

「國家の機密の漏洩」、「國家の機密の背叛的探知」、「虚偽の國家の機密の漏洩及び探知」(此の探知の構成要件は轉倒された)、「國家の機密の背叛的偽造」、「古い國家の機密の公然の報道」(報道し若は論究し)とある字句に代ふるに、「發表し」*Kundgeben*の字句を以てした)、「國家の機密の拋棄」及び「國家の機密の過失に因る拋棄」の各構成要件は何れも實質上其の儘踏襲された。之に反して「背叛的關係の結成」は、従來は外國政府の代表者丈が擧げてあつたに過ぎないのに反し、現在では外國の爲に行動するどんな謀者との通謀も充分であることになつた程度に於ては、擴張されたものと謂はなければならぬ。また單に形式的に真正若は虚偽の國家の機密の報道の論議せられる丈で既に充分とする。かくの如くにして、犯人は別に重大な漏洩の意圖は持たないで外國政府と關係を結ぶに至つたものであると云ふ普通反覆されるのを常とする反對論をば、外見上から觀察するに於て關係が國家の機密の通知を客體としさへすれば充分とするのであると云ふ理由で論駁するのを常とした大審院の判例が法文化される譯である。最後に新に關係を結成するのは關係を維持することになつて居る(従來は「關係に入る」*Beziehung tritt*)。犯人が事物の通常の経過上直に關係を設定するに適する行爲を爲すときは、既に關係が結成されたものである。従つて例へば書面を以てする服務の提供は、相手方に到達したことを必要としな

す。されば舉證は新法文に依つて著しく容易ならしめられる譯である。

(b)、第二部「其の他の背叛的行爲」に於ては先づ「戦争の危険の背叛的招來」が規定される。此の構成要件は「背叛的關係の結成」に極力模倣してある。之に續くものは「敵國の軍隊の爲にする背叛的從軍」、「敵國の背叛的援助」、「背叛的背任」及び「背叛的證憑湮滅」である。是等の構成要件については第二讀會に於ては何等重要な變更は加へられなかつた。之に反して「背叛的贈賄」は、此の場合にも外國の爲に行動するとの謀者をも、外國政府の代表者と同視することに依つて擴張されることになつて居る。「民族的同胞の一人に對する裏切」(従來は獨逸國民の一人に對する裏切)が「戦争の危険の背叛的招來」との關係から別除されて、獨立されたなら、外部形式は内容にふさはしいことゝなるであらう。「背叛的行爲の勸誘」は其の儘反覆されて居るが、機密の漏洩の類別の形式的事由に因りもう一度特別に形成されたのである。

(c)、「民族に對する背叛」の章では「軍需品に關する契約の不履行」、「國政府の指令に對する不服從」、「軍事上の施設内に於ける虚偽の氏名の申告」、「軍事上の施設内に於ける不法の撮影」などを摘出して、之を適當に第五章「國防力に對する侵害」の章に配當した。「背叛罪の刑事訴訟に關する不法の報道」も、「司法及び行政に對する侵害」の章(「裁判所の審問及び取調に關する禁止違反の報道」の最後の號として)中に收容することにした。

(d)、其の代り新しい構成要件として「背叛罪」の章中に附け加へたのは左の通りである。

(1)、「背叛的民族離間」 *verräterische Volkseinföndung* は獨逸國民の一人が獨逸國外に生活する獨逸民族の一部をして其の國粹を失はしめ、又は其の國粹を抑壓することを企圖する點に成立する。此の場合にあつては、獨逸國民たる者が外國に於ける非獨逸化の運動若は國粹の抑壓に協力するのは其の國粹に對する忠誠を破るものであると云ふ、獨逸の民族的思想がものを云ふのである。所が此の犯罪は國司法大臣の指令のあつた場合に限り訴追されることになつて居るのであるから、對外政策上の困難は恐らく殆ど懸念する必要はあるまいと思ふ。

(2)、戦争の危険の間接的招來は、或る獨逸國民が外國に對して敵對行爲を爲すことに因つて、獨逸國を戦争の危険に曝露する場合に犯す罪である。此の構成要件はイタリー刑法の模範と一致するものである。

(3)、外交官としての勤務中上司の指令に反する職務の執行(昔の所謂フォン・アルニム條文)は、外國政府に對して獨逸國を代表するに當り認識と欲求を以てして *wissenschaftlich* 職務上の指令に違反し、又は國政府を惑はしめるの故意を以て事實に關する不實の報告を爲す者の犯す所である。

(e)、刑法委員會は大逆内亂罪の場合に於けると同様、背叛罪の場合にあつても一切の豫備行爲を處罰すべき旨の提案を受けなければ、之を受け容れることをしなかつた。蓋し刑を以てする保護を爾く廣汎に一般的に及ぼす實際上の需要は生じなかつたからである。

(f)、第三節には大逆内亂罪と背叛罪についての「共通の規定」が列挙してある。是等の規定は附加刑及び保安監置に關するものである。第一讀會の基礎となつた民族に對する背叛の根本的評價は、刑法委員會の將來も共に墨守する所であるのは素より言を俟たないのであつて、刑法委員會は罰金と、受領した報償の收公をどの刑にも併科し、大逆内亂罪については發頭人及び首魁に對して財産の沒收を、背叛罪の大抵の場合に於ては(背叛罪なるものは大抵利己的の動機から出るものであるから)どの犯人に對しても財産の沒收を、それ〴〵規定して居るのである。

最後に民族に對する背叛のすべての場合を通じて公安が必要とする以上は、有期重懲役に併科して保安監置を命ずることを必要とする。沒收については今後は總則篇の規定を其儘適用するのである。

C、「民族を敵視する外國人の行爲」の章は、「敵國の爲にする背叛的從軍」、「背叛的贈賄」、「民族的同胞の一人に對する裏切」及び「民族の背叛的離間」(是等は何れも獨逸國民でなければ犯すことの出来ない犯罪であるのは云ふ迄もない)の唯一の例外を以て、前に取扱つて居る民族に對する背叛の構成要件を實體上(參照を求めるところに依つて)反覆して居る。只「戦争の危険の背叛的招來」、「敵國の背叛的援助」及び「戦争の危険の間接的招來」については、外國人の行爲が内國で行はれたことを必要とするの制限が設けてある。所が忠誠違反の思想はなくなるのであるから、國家の機密の漏洩及び戦争の危険の背叛的招來の死刑に値する犯罪の場合にあつては、刑は死刑の代りに終身間の重懲役を言渡すことを得るの方

法に於て減輕される。外國人が大逆内亂罪を豫備する場合に關しては、外國に於ける犯罪の所犯はそれ丈ではまだ、特に危険な種類の豫備行爲を意味する次第ではないのである。

D、從來の「民族に對する背叛」は——既に説明した通り——第二讀會に於て其の名稱を變更し、第三章は今では「獨逸民族の名譽に對する侵害」と題されることになつて居る。事實上こゝに取扱はれてある罰則は、狹義に於ての忠誠違反を目的とするものではない。

「獨逸民族の名譽に對する侵害」についても普遍的構成要件（民族的感情の侵害とでも云ふやうな）を設くべきではないかどうかと云ふ問題を生じたのであるが、此の場合にあつても刑法委員會は資料をば、明確に劃定した構成要件に決疑的に分割する方法を選んだ。是は主として新に創造された事柄であり、充分な實際上の經驗の缺けて居るの致す所として精確な準則を豫め定めて置くことが必要である以上、益益以て然りとしなければならぬ。

そこで以下の構成要件が收容された。

(1)、「民族に對する誣罔」。

此の構成要件は第二讀會に於ては認識と欲求を以てして行つた不實の、具體的の攻撃（本來の意味に於ての誣罔）に制限されることになつた。第一讀會の構成要件の殘餘は第三號の下に收容した。民族に對する誣罔は良知に反した不實の若は甚しく歪曲した主張であつて、獨逸民族の名譽を侵害する所のものを公

然主張し又は流布した場合に之を存するのであつて、犯人は重懲役を以て處罰されることになつて居り、其の財産は沒收することが出来る。

(2)、「總統及び國宰相に對する誹毀」。

總統及び國宰相を公然誹毀する者の犯す罪である。此の犯罪の訴追は（刑法委員會は、總統及び國宰相は此の問題を自分自身で決定することに重きを置かないであらうと云ふ、見解から出發して居ることであるから）國司法大臣の指令がなければ行はない。此の構成要件を以てして自由主義の時代の經過中に失はれて了つた、政治的に重要な權威の保護を提供しやうと云ふのである。攻撃は總統の地位それ自體に對するものであり、總統の法律上の地位に指向されるものである。従つて總統に對する誣罔、誹謗及び侮辱の間に區別を立てやうと云ふ考案は、全然發生する餘地はないのである。同様にして眞實の立證を許すこと並に正當な目的を追求することに由つて名譽の保護の受ける制限も、すべてなくなるのである。

(3)、「民族及び國家に對する陰險なる攻撃」。

此の構成要件が一九三四年十二月二十日の國家及び黨に對する陰險な攻撃を取締る國法第一條と、非常に親近な點のあるのは到底看過すべくもないのであつて、獨逸民族、獨逸國及び黨又は其の支團體の名譽若は福祉を著しく害するの虞ある不實の主張、若は甚しく歪曲した主張を主張し又は流布する者の實現する所である。情狀特に重い場合に於ては原則的に法定してある輕懲役刑を、重懲役刑に引上げることにな

つて居る。尙ほ犯人の財産は沒收することも出来る。犯人が輕忽に因り主張を眞實であるとか又は甚しく歪曲したものでないとか認められた場合に於ては、刑は二年以下の輕懲役又は拘留に緩和する。

(4)、「獨逸民族に對する加辱」。

此の構成要件は獨逸民族、獨逸國竝に（今度も亦）黨及び支團體に對する公然の加辱若は惡意に因る侮蔑から成立する。

(5)、「獨逸國の過去に對する加辱」。

此の構成要件は、今では獨逸民族の過去に於ける尊敬すべき烈士節婦に公然加辱し、又は惡意に因り之を侮蔑することに由つて爲す獨逸民族の民族的感情に對する甚しい侵害を目標とすることに因つて、第一讀會の決議に比較して變更された。獨逸國軍の業績又は獨逸國の軍人の壯烈なる最期を公然且惡意に因つて侮蔑するのは、直に罪となるのである。

(6)、「民族的標章に對する加辱」。

此の構成要件も公然の加辱若は惡意に因る侮蔑を、構成要件上の行爲として要求して居る。民族的標章として認められるのは國章、國旗、勳章及名譽徽章及び獨逸の民族歌である。黨又は其の支團體の旗章、標識又は名譽徽章若は徽章は國章、旗章其の他のものと同視される。

(7)、「民族的標章の毀損」。

此の構成要件は從來の「政治上の指導に對する攻撃」の章から別除してこゝに之を收めたのである。此の構成要件は犯人が惡意に因り（從來は「其の意圖を以てして」）公然設置した國章若は其の他の國、黨若は其の支團體の標章を毀損、破壊、撤去し、又は識別不能ならしめることに由つて充足されるのである。

(8)、「記念物の冒瀆」。

此の構成要件は名譽的記念の一定の場所、即ち民族的記念物、名譽的記念の場所、忠魂碑等を刑法上の保護の下に置いて居る程度に於て第一讀會の提案に比較して構成要件上制限されたのである。

(9)、「國旗及び民族旗の禁止に反する掲揚」。

此の構成要件は名譽喪失者 *der Ehrlose*（名譽を有せざる者として宣言された者 *der für ehrlos Erklärte*）が國旗若は民族旗を掲揚し、若は國色 *Reichsfarbe* を示し、又は國の帽章 *Reichskolonne* を装用した場合に犯す所である。此の構成要件は言渡された名譽刑を徹底的に貫徹する爲に役立つものである。

第三號乃至第七號の下に擧げた犯罪の刑は、原則として單なる輕懲役であり、第八號にあつては三ヶ月を下らない輕懲役である。けれども此の法定刑は第四號乃至第六號及び第八號の場合に於ては、獨逸國民が外國で此の罪を犯すか、又は其の他情狀特に重い場合を存するときには重懲役若は六ヶ月を下らない輕懲役に引上げられる。第三號乃至第八號の場合に於て國司法大臣が公訴を行ふべからざる旨を指令したと

きは、此の犯罪を訴追する譯にはいかなることになつて居る（訴訟障碍 Prozesshindernis）。

「獨逸國の慣習 Brautium に對する誹毀」の構成要件は、第二讀會に於ては「民族的教育及び調整作業の蔑視」、「獨逸の民族協同體の祝祭日の妨害」、「民族的意識又は民族的統一に對する攻撃」、「獨逸民族の文化的貢献の輕視」、「反民族的徵募」（イタリー刑法典第二百七十二條に相當する）。又は「國際的色彩を有する團體の不法設立」（イタリー刑法典第二百七十三條に相當す）などの構成要件と同じやうに賛成されないで了つた。

三、人種及び傳統的法益に對する侵害

キール大學教授 ドクトル・フリードリヒ・シャーフスタイン

獨逸民族の人種 Rasse や傳統的法益 Ehrgeit を互解壞敗に對して保護するのは、ナチス運動の最高の目的である。將來の獨逸刑法典は其の手段を以てして此の目標に奉仕し、其の範圍内に於て新國家の世界觀的内容を表明することを必要とするのであるから、従つてまた人種の保護と云ふことに特に大なる意義を認めざるを得ない。プロイセン邦司法大臣の覺書は既に其の「人種に對する侵害」と云ふ章中で人種に對する背叛、人種の名譽の侵害及び人種に對する脅威に對する刑罰の制裁を要求したのであるが、特に獨逸人とユダヤ人との間の婚姻竝に婚姻外の情交の禁止竝に此の禁止に相當する人種に對する背叛に關する罰則は、先づ獨逸民族の間に於ける長期に互つての解明と教育との仕事を前提とするものである。かやうな次第であり、且又かやうな規定を施行するについての政治的に適當な時期を決定するのは、政治上の指導當局のみの能くする所であつて、刑法委員會の如きの到底能くする所ではないのであるから、刑法委員會は草案の第一讀會に於ては一時控目勝の態度を執らざるを得なかつたのであるが、然も其の後にニユル

ンベルグ根本法と共に指導者の裁決が行はれ、之に依つて刑法委員會にも其の草案中で、從來草案及び其の他の諸法のいろ／＼な箇所に分散して居た人種及び傳統的法益の保護に關する刑法の規定を、其の意義に相當した箇所を集結し、之を秩序的にし、いろ／＼の點に於て之を補充するの道が與へられた。こゝに於て新に設けられた「人種及び傳統的法益に對する侵害」の章は、爾今永遠に將來の刑法典の世界觀的態度を特に著しく表明するであらう。新設の章は組織上各則篇の第二部「民族の力の保護」中に組入れ、此の章中でも第一番に位置させて國防力に對する侵害及び勞働力に對する侵害の前に据えることとし、以て獨逸民族を人種的壞敗並に遺傳生物學的加害に對して擁護するのが、其の國防力及び勞働力の存續にとつても條件たるものであることを暗示しやうとするものである。

其の内容上から云へば此の章は、獨逸民族の血統及び獨逸民族の名譽を保護する爲の法律から刑法中に收容すべき法定刑の外に、原則的に重要な婚姻保健法 *Ehegesundheitsgesetz* の罰則並に第一讀會の草案中に既に包含されて居た、繁殖力の保護に關する二つの刑の制裁をも併せ包括することになつて居る。其の外此の章中には、第一讀會の草案が舊刑法典の模範に従つて殺人罪と關聯して取扱つて居た、墮胎についてのいろ／＼の構成要件を編合することにした。かやうに從來分散して居た規定を總括することに由つて刑法委員會は、本章の一切の犯罪特に墮胎や不法の斷種なども其の不法の内容に於て、爾今主として獨逸の民族的勢力の人種的基礎や傳統並に人種の保護に關する國家の處置に對する違反と云ふ、統一的の見

地の下に觀察すべきものであることを表明しやうとするものに外ならない。

二

所謂刑法の附屬法を刑法典中に編入するに當つては刑法委員會は、將來の刑法典は一般的で且根本的な意義を有するすべての罰則や犯罪構成要件を包括させるを得ないのであるが、之に反し秩序刑法にのみ屬するか又は少くとも非常に特別的な性質を持つて居て、當該の資料の爾他の法律的規律との直接の關聯のみ充分な意味を以て組入れることが出来るであらう所の刑法上の構成要件や法定刑は、刑法典の外に在らしめることを必要とするであらうと云ふ指導精神から出發したのであるが、他の半面に於ては或る罰則を他の法律中から刑法典中に收容すると云ふことは、其の後には或る此の規定が此の法律中では姿を消して了ふことを餘儀なくされ、従つてまた刑法典中に於ける舊來の欠缺を補填することに因つて、他の法律中に新しい欠缺の出来るのを意味するやうなことがあつてはなるまい。寧ろ問題たる法定刑や其の構成要件は今後は同一の字句を以てして二つの法律内に其の位置を保たしむべきである。刑法委員會はニュルンベルグ根本法や婚姻保健法の罰則を組入れる場合にあつても、是等の原則を以て指導精神としたのである。獨逸人の血統と其の名譽の保護に關する法律の罰則中では、第五條第一項と第二項とに包含されて居る構成要件が根本的の意義を有し、従つて「人種に對する背叛」として將來の刑法典中に包含せしめること

を必要とするものと考へられた。將來の刑法典中に於ては此の罰則は、「人種及び傳統的法益に對する侵害」の章の本來の中心點を成すことを必要とするであらう。二つの構成要件又は法定刑の實質上の變更は此の場合企圖されなかつた。即ち刑法草案に依るも人種に對する背叛の廉を以て處罰されるのは第一に、ユダヤ人と獨逸人若は其の種類上類似の血統の國民との間の婚姻、第二にユダヤ人と獨逸人若は其の種類上類似の血統の國民との間の婚姻外の情交である。何人がユダヤ人であるかは草案の法文上從來の規律に從つて、獨逸の血統や獨逸の名譽を保護する爲の法律を施行し補充する爲に制定された規定に由つて判明する所である。

プロイセン邦司法大臣の覺書は人種に對する背叛の處罰の外に、民族的感情を著しく侵害する獨逸人の異人種との恥を知らない公然の交通を、人種の名譽の侵害として處罰する規定を提案した。刑法委員會は此の提案を取上げたのであるが、併し之を獨逸人の外國人との交通に制限して居る。だが云ふ迄もなく——プロイセン邦司法大臣の覺書に於けると同じやうに——獨逸人のユダヤ人とのあらゆる公然の交通、即ち業務上の取引とか又は街路上若は茶房酒樓に於ける公然の會合をも、今後は刑事罰を以て處罰するやうな心算でないことは勿論である。否、寧ろ提案に係る規定は性的羞恥心を傷けること甚しい、そして是が爲に獨逸民族の種族的自負心を傷ける公然の交渉のみを取締らうとするものである。委員會の提案に係る規定についても該當する例としては、プロイセン邦司法大臣の覺書は既に公開の席上に於けるユダヤ人の

獨逸人との不體裁な舞踏を擧げて居るのである。

獨逸民族の傳統的健康の保護に關する法律からは、人種的に損害を與へ、其の然るが故に婚姻保健法上無効な騙罔に因る婚姻（婚姻保健法第四條並に同第三條）の締結を取締る刑の制裁を、刑法典、特にこれに取扱つた章中に收めることを必要とした。此の罰則も亦根本的の意義を有するのであつて、人種保護の思想に役立つものである。構成要件上の法文若は法定刑を婚姻保健法に比較して變更しやうと云ふ意圖は、騙罔に因る婚姻の締結の場合にあつてもなかつた。

三

ナチスの國に於てわれ／＼の人種やわれ／＼獨逸の傳統的法益を向上發展させる爲、また人種的互解を豫防する爲に行はれる一切の事柄は、獨逸の民族的勢力を維持する上に決定的の意義を有するものであると云ふ事情は、刑法委員會をして本章中に尙ほ若干の刺戟や勧誘の構成要件をも收容するに至らしめた。是等の構成要件中の前者に依ると、將來は遺傳や人種の保護に關する國家の處分を公然蔑視した者、かくの如き處分に對する反抗を公然刺戟した者、又は其の他の方法に於て國家の遺傳及び人種の保護に關する根本精神に、惡意に因り違反した者が處罰されることになつて居る。是等の規定に依ると例へば雜誌上に於て、若は公の集會の席上遺傳病の子孫豫防に關する法律所定の處置を怠ることを勧誘した者は、輕懲役を

以て罰することを必要とするであらう。委員會案は更に同一の理由に因り遺傳及び人種保護に關して確定的に命ぜられた處分を阻碍するのを、輕懲役を以て罰する旨の規定を掲げて居るのである。

更に別段の勸誘の構成要件は、特に組織時代 *Systemzeit* に於て往々にして二兒制婚姻 *Zweikinderelie* 又は婚姻に於ける産兒數の制限について行はれたやうな、宣傳の再興を取締るものである。將來は公然かくの如き産兒の制限を勸誘し又は刺戟した者は、委員會の提案に依れば輕懲役を以て罰し、情狀特に重い場合に於ては重懲役を以てすら罰することになつて居る。更に自己又は他人の生殖能力若は懐胎能力を破壊する者に對して重い刑を法定するのも、獨逸民族の繁殖力を維持すると云ふ同一の目的に役立つものである。今後は只優生學的若は醫學的に適當な法律上に規定してある場合に於てのみ、生殖不能處分を許すことになつて居る。即ち特に遺傳性疾患の故を以て遺傳病の子孫豫防の爲の法律上必要であるとき、又は該當する刑法の規定に依る風俗に關する犯人の去勢に關するときである。他人の承諾を得て之に生殖不能の處置を加へた——結果を心配しないで自由に婚姻外の性的交渉に耽ることが出来るやうにしてやらうと云ふやうな考で——者は、現行法上既に刑法第二百二十五條に依つて重い傷害罪の故を以て處罰される。蓋し此の種の場合にあつては被害者の承諾は善良の風俗に違反するものであつて、其の然るが故に法律上之を斟酌するには足りないからである。刑法委員會の規定した規律は違法の生殖不能の處置に對する特別の規定をば、此の場合に決定の契機でない、そしてまた犯罪の本質に該當して居ない傷害の著眼下に屬せ

しめることをしないで、人種及び傳統的法益の保護の著眼下に屬せしめて居ることに依つて、先づ以上に述べたやうな法律状態と區別されるものである。だがさればこそ將來の刑法典は、自分自身について生殖能力若は懐胎能力を破壊し若は他人をして之を破壊せしめる者をも特に法定刑の下に屬せしめて居る程度に於て、舊來の刑法に比較して處罰價值ある場合の範圍を擴張して居るのである。從來の規定に依ると此の種の場合こそ捕捉することの出来ない所なのであつた。

四

草案の第二讀會に際し是亦人種及び傳統的法益に對する侵害の下に組入れた墮胎についての罰則は、同時に第一讀會の決議に比較して實質上二三の變更を加へた。此の變更は特に醫療上必要な妊娠の中絶に關する規定に該當するものであつて、此の種の妊娠中絶は第一讀會の法文上既に墮胎の構成要件に屬せしめられては居なかつたのである。此の後なる點に關しては刑法委員會は第二讀會に際し其の從來の決議を固執したのであるが、併し醫療上必要な妊娠中絶を認めることに因つてする墮胎構成要件の制限は、尙ほ二つの方向に於て擴張することにした。

一つの擴張は其の間に行はれた遺傳病の子孫豫防の爲の法律の改正法に依つて、そこに詳細に規定されてある條件の下に優生學的の理由に因る妊娠の中絶も認められるやうになつたことからして、必然的に生

じた所であつた。草案の第一讀會に際しては刑法委員會は、優生學的妊娠中絶の適否の問題を決定するの任を有するものとは考へなかつたのであるが、然も此の問題は主管の専門家の機關に依つて解決されたので、委員會は單に此の新しい規律を援用するに止めて、自分の捕捉する場合については墮胎の構成要件を除外することを餘儀なくされたのであつた。

併し乍ら委員會は第二讀會に際し、醫療上必要とする場合の規律についても草案の修正を行つた。第一讀會の際にあつては草案の出發點は、原則としては墮胎として認むべからざるものは妊婦の承諾を以て行はれる醫療上適當な妊娠の中絶のみに限られる。自分と云ふものを犠牲にしてまでも自分の母性としての義務を果さうと云ふ英雄的精神を發揮して、自分の生命にとつての重大な危険をすら敢然賭してかゝらうと云ふやうな妊婦の志を、醫師の專斷的の手術に依つて妨げるやうなことは許さるべきでないといふのであつた。委員會は原則に於ては草案の第二讀會に際しても此の著想を墨守し、只妊婦の承諾を俟たずして行はれたけれども醫療上必要である妊娠中絶は、其の性質上決して墮胎たるものではなくて、従つてまた墮胎として處罰することを得るものではないと云ふ見解なのであつた。將來の刑法は其の構成要件を犯罪の性質並に其の内面的な不法の要素に應じて界限するのに努めつゝあるのだからこそ、そしてまた犯罪人の典型を捕捉し劃定しやうとするのだからこそかくの如き——それ自體としては自主專斷の所爲であるの故を以て自明的に不法であり、また處罰價值のある——手術に、墮胎についての規定を適用するのが

不可能なのである。醫師が母體の生命にとつて重大な危険を存するの故を以て最善の意圖に於て妊娠を中絶し、其の際云はゞ自殺的——醫者としては爾く判斷するに違ひない——とも見るべき妊婦の意思を無視するのを、墮胎者の犯人典型に屬せしめることは到底不可能であらう。寧ろ其の行狀は不法の内容上草案が人身の自由に對する侵害に關する章中に於て、「自主專斷の治療行爲」として處罰して居る場合に相當するものである。されば刑法委員會は、醫師が醫療上必要な妊娠中絶を行ふ場合をすべて墮胎の構成要件から別除し、此の場合につき承諾の要件を削除した。併し乍ら他の半面に於ては刑法委員會は、醫師が重大な危険を豫防する爲にはあるが、然し妊婦の意思なくして又は妊婦の意思に反して妊娠中絶を行つた場合を、自主專斷の治療行爲と關聯して是と同一の章中で處罰することゝしたのである。

けれども刑法委員會は別の方向に向つて醫療上必要な妊娠中絶の範圍を、第一讀會の法文上さうであつたよりも遙に力強く制限した。即ち從來の字句は妊娠の中絶を一般的に「母體の生命若は健康にとつての重大な危険」の場合に許して居るのに反し、第二讀會の法文に依ると「妊婦を死亡若は重い恒久的の健康上の加害から救ひ出す爲に」のみ許される。懸念すべき健康に對する加害に期間の標準を附け加へることに依つて、刑法委員會は此の規定の濫用されるのを防止しやうとするものである。だが同時に之を以てして、妊娠に因つて根據を興へられる生命若は健康にとつての危険が、自分にあつては普通の場合に妊娠に伴ふ危険の程度を遙に超えると云ふ只それ丈の故のみを以て、此の危険を免れることを計らないのが民族

協同體、家庭竝に生れんとしつゝある胎兒に對する妊婦の義務たるものであることを表明しやうとするものである。かくの如き普通以上の自分の生命や健康にとつての脅威と雖、其の生命に及ぼす危険が非常に大であるか、又は少くとも健康にとつての恒久的な重い損害を受けるの懸念のある場合でない以上は、獨逸民族竝に生れんとしつゝある胎兒に對する自分の母としての義務の爲に、妊婦は公平上之を忍ばなければならぬのである。

四、國防力に對する侵害

ミュンヘン控訴院長 ドクトル・デュル。第二讀會に關する分は
樞密政府顧問 ドクトル・レオポルド・シェーファー（國司法省）

現行の國刑法典中に於ては國防力の保護に關する規定は數章に分散されて居て、一部は「國權に對する反抗」の章中に（第一百十二條）、一部は「公の秩序に對する重罪及び輕罪」の章中に（第四百十條乃至第四百十三條）、一部は「違警罪」の章中に（第三百六十條第三號）散在して居る次第なのであるが、國防力の保護と云ふことの重要性は、是等の規定をば獨特の一章中に總括することを必要ならしめる。

由來國刑法典は主として國民皆兵の義務を保護したのであつて、第一百十二條は豫後備の兵役に在る者の勤務の爲の召集に對する不服従を勸誘し若は刺戟するのを取締る刑罰の制裁を以て之を保護し、第四百十條、第四百十二條、第四百十三條及び第三百六十條第三號亦其の保護に役立つものである。だが是等の規定はすべてウエルサイユの強制的平和條約竝に此の條約に基く一九二〇年八月二十一日の法律に因つて、國民皆兵の義務の廢止されると同時に其の意義を失ふに至つたのである。

刑法委員會は第一讀會に於て國防力の保護を取扱ふに當つて既に、國民皆兵の義務が將來間もなく復活

するに至るべきを豫期しては居たけれども、政治上の指導當局の措置の先廻りをするのは刑法委員會としては絶對に爲し得ない所なのであるから、刑法委員會は善かれ悪しかれ一九二一年三月二十三日の兵役法(註一)に立脚するあの長期勤務の志願兵のみから形成され、數上極度に制限された國軍を豫定して居るに過ぎない國防組織を規律の基礎とせざるを得なかつた。けれども刑法委員會は決して國軍を保護する爲の規定のみを以て満足するものではなかつた。ウエルサイユの強制的平和條約が充分なる獨逸國軍の建設に制限を課して居るの事實を顧みるに於て、委員會は特に重きを尙武殉國の精神の保護に置いた。蓋しわが獨逸民族をして群がる敵を相手の闘争に於て無比の偉業と犠牲とを能くせしめ、敗戦後の沈淪の幾十年を持ちこたへさせるものは、實に此の尙武殉國の精神あるのみであるからである。

(註一) 一九二一年六月十八日及び一九三三年七月二十日の法律に依つて改正された。

獨逸國軍の保護に役立つものは第一には軍刑法典である。軍刑法典の規定は差當つては軍人軍屬にのみ適用されるのであるけれども、常人も軍事上の犯罪に對する共犯としての罪は犯すことが出来る。此の一事は今日ではもはや通説であつて、特に大審院の判例中にも承認されて居る所であり、新刑法典中に於ては或る犯罪の可罰性が、特殊の資格若は關係に因つて設定されるのである場合にあつては、此の資格若は關係が數人の加功者の一人について存するときは、以てすべての加功者を處罰するに充分であるとする規定に因つて、全然疑問の外に置かれてあるのである(註二)。従つて「國防力に對する侵害」の章は國軍の

保護を客體として居る以上は、單に軍刑法典の規定を補充するのみに止まるものである。

(註二) 本報告第一卷八十二頁以下を参照。

(1)、「國防力に對する侵害」の章は軍人の煽動の構成要件(第一百十二條)を現行刑法典中から繼承して居るのであるが、其の構成要件は著しく擴張した。即ち此の犯罪が他の規定より重い刑を法定されて居る以上は

獨逸國の軍人を服務上の事項に於ける命令に對する不服従、若は上官に對する抗命、又は上官に對する暴行に誘惑し、又は其の他の方法に於て國軍に於ける軍紀を破壊したる者は輕懲役を以て、また情狀特に重い場合には重懲役を以て處罰されることになつて居る。

獨逸國に對する戰爭中又は獨逸國に對する戰爭の危険の脅威を存するに當つて此の犯罪を犯すときは、刑は重懲役たるべく、其の情狀特に重い場合にあつては終身間の重懲役又は死刑と云ふことになつて居る。

此の規定を刑法第一百十二條と比較するに當つては、將來の獨逸刑法に於ては國刑法典の用語に従つて表現すれば、犯罪の未遂が原則として其の既遂と同視されることになつて居るのを斟酌しなければならぬ。明示的に何等か別段の事項の規定されて居ない以上は、一つの犯罪について法定してある刑は、犯罪を實現するの故意を以て此の犯罪に著手した者を既に處罰するのである。だから現行刑法典第一百十二條の

規定して居るやうに、軍人の不服従を勧誘し若は刺戟した者も亦、軍人を誘惑して不服従ならしめる廉を以て處罰される。現行刑法典第百十二條は軍人階級に屬する一人の者の、上官の命令に對する不服従を勸誘若は刺戟するのを處罰するものである。即ち既に制定されたか又は將來期待せられる一定の命令に對する不服従を、勧誘し若は刺戟するのを處罰するのである。之に反して刑法委員會の草案は苟も不服従の誘惑はどんな誘惑でも捕捉するのであつて、誘惑が一人の軍人、數人の軍人若は不定多數の軍人に對して犯されると否とを問はず、また或る具體的の命令に對する不服従の誘惑たると、一般的に命令に對する不服従の誘惑たるとを問はないのである。服務上の事項への制限は第百十二條中には缺けて居るけれども、是は軍事上の服従の義務の範圍に添ふ所以であつて、即ち何等構成要件の本質的界限を意味するものではない。軍人と云ふ概念の意味は一九二六年六月十六日の告示の法文に於ける軍刑法典に添付されて居る獨逸國の陸海軍に屬する軍人軍屬の一覽表からして、おのづから判明する所である。

刑法委員會の決議に係る規定は、軍刑法典第九十九條に倚據して上官に對する抗命若は暴行の誘惑を不服従の誘惑と同列に置き、且又如何なる方法如何なる手段を以て行はれるを問はず、一般的に國軍に於ける軍紀の如何なる破壊をも處罰して居ることに依つて、現行刑法典の第百十二條を遙に超えるものである。不服従の誘惑や上官に對する抗命若は暴行の誘惑は構成要件の措辭に依つて見るのに、軍紀の破壊の包括概念の一例たるのみに過ぎない。包括する所の廣汎な構成要件を形成はするけれども、例示の方法を

用ふることに依つて之を明確なものとし、活潑なものにして置く此の方式は刑法委員會の屢次施用した所に屬する。

軍人の煽動を罰する罰則は、只補充的の意義をしか持たないことになつて居る。即ち此の罰則は他の規定上重い刑の法定されてある以上は、適用することが出来ないことになつて居る。他の規定上重い刑の法定してあるのは例へば犯罪が敵國援助の構成要件又は大逆内亂罪の企圖を豫備する爲の國軍の壊敗の構成要件（註三）又は軍事上の犯罪への加工の構成要件の根據をも與へる場合に實際に見る所であらう。

（註三）本報告第二のナアグラアの論文を参照せられたい。

(2)、現行刑法典からは脱營の誘惑の構成要件をも繼承することにした。

獨逸國の軍人に脱營を誘惑し、又は獨逸國の軍人の脱營を幫助したる者は輕懲役に處し、情狀特に重き場合には重懲役に處するのである。

此の犯罪が獨逸國に對する戰爭中、又は獨逸國に對する戰爭の危險の脅威を存する際の所犯に係る場合にあつては、軍人の煽動の場合に於けると同一の重い刑の範圍を適用することになつて居る。

此の構成要件は大體に於て現行刑法典第百四十一條の第二の擇一に相當するものであるが、併し個人的には特定して居ない多數の軍人に及ぼす脱營の誘惑を目的とする働き掛けも亦、其の中に屬せしめて居る

ことに依つて現行刑法典第四百一條と區別されるものである。軍人の煽動に對する罰則に於けるとは異り補充的條項は全然添付してない。脱營の誘惑が成功した場合にあつても脱營に對する軍刑法典の罰則は常人には適用されないことになつて居るが、只此の犯罪は同時に別の法律上の見地の下に、例へば敵國援助の見地の下に處罰することの出来るのは素より言を俟たないであらう。

(3)、國軍の保護は獨り軍人へのみ制限する譯にはいかないのであつて、特に近代の戰爭遂行方法にあつては工學的戰備を保護することも、軍人を保護するのと同じやうに大切なことである。こゝに於てか刑法委員會の草案は國防器材の損壞を取締る次のやうな罰則を規定して居る。

國防器材若し獨逸國軍の設備の國防上に使用せらるゝを妨ぐるの意圖に於て之を毀損、破壊若し使用不能ならしめたる者は、重懲役若し六ヶ月を下らざる輕懲役に處す。

戰爭中若し戰爭の危険の切迫せるに當つて此の犯罪を爲すのに對しては、軍人の煽動及び脱營の誘惑の場合に於けると同一の加重刑を規定してある。

此の構成要件は物件毀棄の一般的な構成要件の一斷片である。由來物件毀棄の場合は客體、動機及び所犯方法上非常に多趣多様であり、また其の處罰價值も頗る多岐多端なのであつて、従つてどの場合をも相當に處罰することを得んが爲には、刑の範圍は非常に廣汎に定めることを必要とするであらう。されば現行刑法典ですらも既に、物件既棄の特別の場合を獨立の犯罪として重く處罰して居るのである。國防

器材の損壞の罪はかくの如き特別構成要件の一つの新しいものに外ならないのであつて、保護を受ける客體と犯罪の目標とする所とに従つて其の特色が生ずるのである。「國防器材」とか「國軍の設備」とか云ふ概念は非常に廣汎な意味に解すべきものであつて、苟も戰爭遂行の目的に役立つ所のものはすべて「國防器材」であり、武器や避難所は勿論國防上の一切の補助手段、例へば開進計畫を記載した地圖とか豫備命令とか云つたやうなものも此の中に這入る。此の犯罪の目標、即ち國防の目的の爲にする物の使用を不可能ならしめるの意圖は、此の犯罪に非常に憎惡すべき犯罪たるの烙印を捺するのであつて、従つて非常に重い刑（重懲役若し六ヶ月を下らない輕懲役）を法定することが必要である。而して此の犯罪は同時に敵國援助の構成要件の根據を與へることがあり得る。

(4)、凡そ國軍なるものは國防精神と國防意思の權化たるものとして、また國權の主たる支柱として、國家を敵視し國防を土芥視する人間共の誹毀に曝露せしめられる。けれども國軍の威信は寸毫たりとも傷けらるべからず、國軍に對する信頼は微動たりとも動搖せしめらるべきものにあらざるが故に、既に一九三二年十二月十九日の命令は現行刑法典に組入れた其の第三百三十四條^aに於て、國及び邦の公然の誹毀の外に獨逸國軍を誹毀するのをも處罰することにした。刑法委員會は組織上の理由からして第三百三十四條^aを「獨逸民族に對する誹毀」、「民族的標章に對する誹毀」竝に「國軍に對する誹毀」の三つの構成要件に分析し、此の第三のものを次のやうな字句で「國防力に對する侵害」の章中に收めた（註四）。

公然獨逸國軍、軍旗、其の他の旗章、徽章若は名譽章を誹毀し、又は惡意に因り之を侮蔑したる者は輕懲役に處す。

此の構成要件は現行刑法典第三百三十四條^aの構成要件に比較すると、國軍の軍旗、其の他の旗章、徽章及び名譽章、即ち軍人にとつて特に神聖である所のものをも明示的に保護し、惡意を以てする是が侮蔑はそれが深い熟慮を以て行はれたのではない場合にあつても、罰すべきものとして居ることに依つて擴張されて居る。

(註四) 獨逸民族に對する誹毀、民族的標章の誹毀に關しては本報告に收めてあるナアグラアの「民族に對する背叛」の章を参照せられたい。

(5)、以上に説明した規定は既に、國軍の保護の外に尙武殉國の精神の保護に役立つものである。蓋し國軍を誹毀すると云ふことは、既に過去の昔語りとなつて了つた獨逸史上の悲むべき時代に於ては、國防と云ふ精神を全然壓伏して了ふのに好んで用ひられる手段だつたからである。けれども刑法委員會は民族の國防意思を壊敗して了ふのを、彈壓する特別の罰則を規定するが適當であると思惟した。

公然獨逸國の武力 *Kriegsmacht* に於ける軍事上の服務の拒絶を勸誘し若は刺戟し、又は其の他の方法に於て公然獨逸民族の尙武的自己主張の意思を癩痺若は壊敗せしめたる者は輕懲役に處す。情狀特に重き場合には刑は重懲役とす。

武力 *Kriegsmacht* とは國軍 *Wehrmacht* と云ふのとは異り、獨逸國に對する攻撃の場合に於て干戈を執る爲に召集せらるべきすべての人員を意味するものである。

第二の擇一關係は總統兼國宰相が嚴肅に表明したやうな平和の信仰の告白を決して禁ずるものではなく、また其の任を有する者が平和を維持する爲に努力するのを妨げるものではない。けれども民族的革命の行はれる以前にそうであつたやうに、自分の力に對する自信をわれとわが民族から奪つて了ひ、外國の威力のあらゆる驕傲に對して屈從せんことを説教し、あらゆる抵抗を全然見込なしと主張し、世界大戰の際に於ける犠牲獻身の精神を嘲笑し、父兄の偉烈に對する青年の感激を壓伏して了ふのを忍容するが如きは、もはや絶對に爲し得ないことである。

(6)、特に危險なのは同志を糾合して國防を敵視する精神を助長育成することである。従つて

國防を敵視する結合若は團體に屬する者は輕懲役に處することになつて居る。

(7)、外國の軍隊勤務の爲に獨逸人を徵募するのは、國民皆兵の義務の廢止されたことに由つて其の憎惡すべき性質と處罰價値を失ふものではなく、かくの如きは平和工作の爲竝に祖國防衛の爲に、一旦緩急の場合維持することを必要とする獨逸民族の勢力に對する重大な罪惡である。されば刑法第四百四十一條の第一の擇一關係は、第一讀會の決議に依るも既に新刑法典中に繼承される筈になつて居たのである。其の際

現行法の缺陷を補正する必要があつた。即ち獨逸人を外國の軍隊の徵募者に引渡す者のみに止まらず、獨逸人を外國の軍隊勤務に直接引渡す者も處罰されなければならない。企てられて居る規定は左の通りである。

獨逸人を外國軍隊の軍隊勤務に徵募したる者、又は外國軍隊の徵募者若は外國の軍隊勤務に引渡したる者は輕懲役に處す。

情狀特に重き場合に於ては刑は重懲役とす。

此の犯罪も亦其の獨逸國に對する戰爭中、又は戰爭の危険の切迫せるに當つて犯された場合に於ては重懲役に處すべく、情狀特に重い場合に於ては終身間の重懲役又は死刑に處することになつて居る。

人々の豫期することを敢てしたよりも遙に早く、獨逸民族は總統から國民皆兵の義務を贈られ、従つてまた獨逸民族に其の完全な世界的權勢が贈られることとなつた。従つて「國防力に對する侵害」の章を國民皆兵の義務の要求に應じて改造し、形成するのは第二讀會の際に於ける刑法委員會の最も立派な任務であらう。

*

*

*

刑法委員會は第二讀會に於て此の立派な任務に従事したのであるが、一九三五年九月一日を以て施行さ

れた一九三五年六月二十八日の刑法改正法が其の第三條に於て「兵役義務及び國防力の侵害」と云ふ表題の下に、國民皆兵の義務の一時廢止された結果として十有五年の間、無意義となつて了つて居た從來の刑法典の此の點についての規定を新に規律し、今日の國軍の需要に應じて之を補充して多くの點で之を峻嚴なものにしたことに因つて、此の仕事は非常に樂にされた。是等の新しい規定は大體に於て其の儘草案中に收容することが出來た。けれども殉國の精神を保護する爲の規定は前記の改正法中にはまだ收めてなかつたので、第一讀會に於て既に企てられて居た此の規定に依つて之を補充することを必要としたのである。

第一讀會の草案に於けると同様本章の新しい法文は二つの部分に分たれる。殉國の精神の保護と實體的國防力の保護とである。殉國の精神の保護についての規定は比較的重要な、そして國防にとつて決定的な規定として第一讀會に於けるが如く先頭に置かれたのである。

(一)、殉國の精神の保護に關する規定、

(1)、第一讀會に於けるが如く此の種の規定は民族の國防意思を壞敗せしめるのを罰する罰則を以て始まる。此の規定が其の最初の擇一關係に於て國民皆兵の義務の存在しなかつた間は、獨逸の武力に於ける軍事上の勤務を拒絶することの勸誘若は刺戟に制限する必要のあつたのに反し、現在では獨逸の國軍に於ける服務の義務の拒絶を勸誘し、若は刺戟するのを處罰することが必要となつた。服務上の義務の概念は兵

役法第七條に依つて定まるのであつて、就中現役の服役義務と豫後備の服役義務とを包括する。「獨逸國軍に於ける」服役義務とは國軍の三方面、即ち陸海空軍の何れか一つに於ける服役義務を意味するのであるが（兵役法第二條）、構成要件は檢閲の爲の召集についての規定又は召集命令の不服従の、勸誘され若は刺戟される場合にも既に充足されるものである。けれども既に開始された服役義務の拒絶についての公然の勸誘及び刺戟も處罰されるのであつて、かくの如き規定若は命令に服従せざらしめんが爲、又は既に開始された服役を拒絶せしめる爲の個々の兵役義務者に對する有效な教唆は、兵役義務者にとつての相當の行狀である犯罪への教唆として處罰されるのである。

第二の擇一關係は第一讀會のそれに比較して舊來のまゝである。只處罰される行爲が「痲痺せしめ」、「壞敗せしめ」と云ふ字句で劃定してあつたのを、他の同種の構成要件の場合に於けるが如く「痲痺し若は壞敗せしめんとし」と云ふ字句で、劃定して居るのが違つて居る丈である。是と共に犯罪の著手は獨立の行爲に高められるのであつて、從つて刑の普遍的減輕に依る減輕は、著手された計りの新しい犯罪についても除外される。此の痲痺若は壞敗の試みの著手は、概念的にはもはや問題たるものではない。而して稱して國防意思の「痲痺」と云ふのは、一時的の減勢若は排斥を指すものと解すべく、「壞敗」とあるのは其の終局的滅却を指すものと解すべきである。

此の規定に於て處罰されて居る行爲の危険性の異なるものあるに顧み、第一讀會の決議とは異り輕懲役を三ヶ月以上に引上げることとした。情狀特に重い場合については重懲役刑が存置された。此の重懲役刑は主として戰時若は戰爭の危険の切迫して居る時期に、實際的となるであらう。

(2)、民族の國防意思の壞敗に對する規定は第一讀會に於けると同様、國防を敵視する結合への關與に對する規定と接續する。此の規定の構成要件は草案の他の箇所規定してある、國家を敵視する結合への關與を取締る規定に適應させてある。そこで今後は國防を敵視する結合に關與し、又はかくの如き結合を支持した者が處罰されることになつて居る。中止の可能は此の場合にあつては規定してない。

(3)、國軍に對する誹毀に關する規定は、第二讀會に於ては別段修正されなかつた。國軍の帽章、鐵甲に附した國章竝に國軍所屬員の爲の非戰闘員章も亦保護せらるべき徽章に屬する。犯罪が同時に國軍に對する誹罔を包含する場合にあつては、誹罔に關する規定の一罪を存するのである。

(4)、黨と國軍とは一九三五年の黨大會に於ける總統の演説に依ると、「新しい獨逸國を支持する二つの現象」たるものである。國軍の最高の指揮が黨の最高の指導者に於けると同様、暴行や誹毀に對して特別の保護を受けることになつて居るのは、よく此の事實に適當する所以と謂はなければならぬ。從つて委員會は第二讀會に於ては國軍の指揮官に對する暴行に關する罰則と、其の誹毀に關する罰則の二つを草案中に組入れることにした。陸海空軍の最高指揮官は此の二つの規定を以て保護される（兵役法第二條）。國軍の最高指揮官 oberster Führer、總統兼國宰相竝に國軍の最高司令官 Oberbefehlshaber（國陸軍大臣）は