

草案の他の箇所でもかゝる如き攻撃に對して保護されて居る。此の二つの規定中の前者に於ては、總統、國政府の閣僚、黨の全國指導部の部員を保護する爲の相當の規定に於けると同様、是等の國軍の指揮官の身體若は生命及び自由に對する一切の企圖竝に強要が捕捉されてある。此の規定が特別法 *Lex specialis* として、例へば謀殺若は故殺の場合に重い刑の適用を除外するものでないことを明かにする爲、所謂補充的條項 *Subsidiaritätsklausel* が追加された。

第二の、國軍の指揮官の誹毀を目的とする規定は、是亦他の民族の指導を誹毀に對して保護する爲の相當の規定に摸倣してあるのであつて、國軍の指揮官に對して名譽毀損、誣罔又は侮辱の罪を犯した者が處罰される。かやうにして構成要件に關しては侮辱の一般的構成要件が援用される。けれどもかゝる如き犯罪は國軍の威信がそれに因つて冒瀆された場合に於てのみ、特別の規定中で之を捕捉するものである。だから國軍の指揮官が私人として侮辱された場合に於ては、名譽の保護に關する一般の規定の適用があるである。此の特別規定の範圍内に於ても眞實の立證は相變らず許されるのであつて、若しでもないときは國軍の指揮官は名譽毀損の攻撃に對して、一身の潔白を示すことが不可能ならしめられるであらうし、また主張された所のものゝ眞否を不問に附することを餘儀なくされるであらう所の處罰は、必然的に低調に墮することを免れ難く、此の場合には本當の贖罪を包含しないであらうから、眞實の立證を禁ずるに於ては折角の處罰も國軍の指揮官の役には立たないのである。更に侮辱に關する規定の中では眞面目な謝罪や

和解の減輕若は無罪の効果に關する規定は適用することが出来るし、犯人が被害者の態度について第三者の理解し得る興奮に於て夢中になつて犯罪を爲すに至つたときも、刑の減輕若は無罪を許す旨をも明示することにした。正當の利益の保護やそれ自體としては罪とならぬ表明も、侮辱の意圖に於て行はれるときは之を處罰することなどについての、規定を適用し得るの道も確保した。政治的に望ましくない刑事訴訟手續を阻止することを得んが爲に、他の規定に於けると同様國司法大臣が之に異議を唱へた場合に於ては、公訴を許さない旨を規定することにした。

(二)、實體的の國防力の保護についての規定、

(1)、此の種の規定の劈頭に位するのは第一讀會から踏襲された軍人の煽動を處罰する規定である。此の規定は第二讀會に於ては、立法上の原因を明確に表明する「軍紀の破壊」と云ふ標題を與へられることとなつた。構成要件に於ては此の規定は軍刑法典第九十九條に同化してある。一面に於ては此の規定は、どんな不服従の煽動をも捕捉する次第ではなくて、寧ろ軍刑法典上刑事的に罪となる不服従の煽動（從順の拒絕、不從順の固執、軍刑法典第九十四條及び第九十五條）を捕捉するに止まるものであるが、他の半面に於ては既に第一讀會に於て行はれた現行刑法典第一百十二條に比較しての、上官に對する抗命若は暴行の煽動（軍刑法典第九十六條及び第九十七條）への擴張は存置して居る。其の外第一讀會の規定の中では、他の方法で國軍に於ける軍紀を破壊しやうとする者を處罰する一般的條項も存置してあるのである。

此の犯罪は獨逸國の軍人に對して、又は新しい兵役組織に應じて附け加へられたやうに、豫後備に在る兵役義務者に對して犯されたことを必要とする。豫後備に在る兵役義務者にあつては本人が軍事上の命令權の下に立つて居る時代に於ける、軍刑法典に對する違反を目的とする勧誘のみが問題となるのであるのは素より言を俟たない。獨逸の兵役法上軍人としては看做されない國軍所屬の文官に對しては、此の犯罪は犯すことは出来ない。此の規定は特定の獨逸國の軍人若は兵役義務者が、勧誘される場合のみを捕捉するものである。犯人が不定の範圍の軍人に向つて勧誘を爲した場合にあつては、事情に依つては曩に(1)の下に取扱つた獨逸の國軍に於てする服務義務の拒絶の公然の勧誘又は刺戟を存するのであるし、さもないときは罪となる行爲の公然の勧誘又は刺戟についての一般的规定が適用される。こゝに論じた規定に依つては、獨逸國の軍人若は兵役義務者の勧誘若は刺戟の失敗に終つた場合のみが捕捉されるのである。此の點を明白に識認せしめんが爲、犯人の行爲はもはや第一讀會に於けるが如く「誑惑し」、「崩壊し」と云ふ字句を以て劃定することなく、寧ろ「勧誘し若は刺戟し」及び「崩壊せんとし」と云ふ字句を以て劃定することにした。此の犯罪が成功したときは、犯人は一般の規定上被勧誘者の犯す軍事上の犯罪の教唆者として、刑を言渡すことを必要とする。

軍紀の崩壊に對する一般的條項は、軍人に對する行爲に制限される。豫後備の身分に在る兵役義務者に對する之に相當する行爲の場合にあつては、其の程度に於ては全然處罰の必要を存しない。

此の規定も亦犯人が國軍をして其の任務を果すのを不可能ならしめることを企てた場合にあつては、他の重い規定、例へば大逆内亂罪に關する規定の適用を妨げるものではない。此の結果は補充的條項を附け加へることに依つて確保されてある。

此の場合には特別構成要件として高められた豫備行爲を存する次第であるから、罪となる著手は考へられない。けれども犯罪の著手の際に於ける積極的の悔悟に關する規定は當然適用し得ることになつて居る。されば此の規定は準用せらるべきものとして明示的に宣言することにしたのである。

(2)、此の犯罪に續く脱營の勧誘に對する規定は相當に改造した。即ち左の通りである。

「獨逸國の軍人に向つて脱營を勧誘し若は刺戟したる者、又は獨逸國の軍人の脱營を容易ならしめんとしたる者は、他の規定中に於て此の犯罪に重き刑を法定しあるにあらざる以上は輕懲役に處す。」

情狀特に重き場合には刑は重懲役とす。

第……條 (犯罪の著手の際に於ける積極的の悔悟) は本條の場合に之を準用す。」

此の場合にあつても現行法(一九三五年六月二十八日の改正法の法文に於ける現行刑法典第四百十一條)とは異り、犯罪の成功しなかつた場合のみが處罰してある。脱營が實行された場合にあつては、犯人は軍事上の犯罪(軍刑法典第六十九條乃至第七十五條)の教唆者として處罰すべく、犯人自身も亦軍人であつたときは軍刑法典第七十八條に依り處罰しなければならぬ。尙ほまた此の規定は重い犯罪に對する教唆

及び従犯の成功しなかつた場合についての、一般的規定に關する特別の場合を包含するものではなくて、寧ろ是等の規定は其の遙に重い刑の法定してある以上は、此の場合にも適用がある。双方の論結は補充條項を追加することに因つて確保してあるのである。

現行刑法の刑の範圍は一九三五年の改正法以來は三ヶ月以上五年未滿の輕懲役、情狀特に重い場合に於ては重懲役である。所が新規定は從來の規定とは異り勸誘及び従犯の失敗に終つた場合のみを捕捉して居るのであるから、三ヶ月の短期はもはや存置しないことにした。

(3)、外國の軍隊勤務の爲にする徵募を取締る規定は、大體に於て一九三五年六月二十八日の改正法の法の儘を踏襲した。だから外國の軍隊勤務への直接の引渡は外國軍隊の徵募者への引渡と同視することにし、其の刑を重くした。草案の新しい法文はもはや軍隊勤務 *Heerlicheit* については規定することなく、寧ろ外國軍に於ける従軍 *Waffendienst in einer ausländischen Macht* と云ふことを標榜することにした。是は外國の海軍若は空軍に於ける勤務にも、關することがあり得るのを明確にする爲である。

外國の軍隊に於ける服務それ自體を處罰すべきものであるかどうかと云ふことは、尙ほ審査を要する所である。

(4)、之に續くものは兵役義務の保護に關する規定であつて、一九三五年六月二十八日の改正法に依つて第四百十條乃至第四百四十一條、第四百四十二條、第四百四十三條の諸條に於て、既に今日の國軍の需要に相

當する丈の法文を興へられることになつたのである。草案は是等の規定に些少の變更を加へて其の儘之を踏襲したに過ぎない。

(a)、現行刑法典第四百十條に相當する服務上の義務の回避についての新規定は、今後は「現役の服務義務の履行を免れる」の故意を以て行爲を爲す、兵役義務者を目的とするものである。之に依つて此の規定は、是亦兵役義務に屬する豫後備の身分に於ける兵役の服務を免れやうとする者を、處罰しやうとするものでないことを明かにしたのである。通常尙ほ國軍に於ける現役の服務に召集され得べき者は、すべて此の罪を犯すことが出来る。兵役法第六條に依り戰時若は特に緊急の状態に於て國陸軍大臣の布告を以てして現役に服役する義務者の範圍を擴張することを得ることになつて居るけれども、此の便法はかくの如き布告の及ぶことあるべき者をして、此の規定の意味に於ての現役の服務を免れることを得べき兵役義務者たらしめる次第ではないのである。

刑は三ヶ月の輕懲役の短期を設けることにした程度に於て、改正法に比較して引上げてある。之に依つて協同體に對する義務の意義は恰も兵役法に於て特に高調される次第である。此の最低刑や公職就任資格の褫奪の普遍的規律に顧みるときは、此の點についての特別の規定はもはや必要ではなかつた。

一九三五年六月二十八日の改正法に依つて刑法典中に組込まれることになつた、第四百十條に相當する海外移住の禁止の違反を取締る規定は、從來の規定とは異り第四百十條と同じくもはや豫後備役に於

ける將校と下士卒との間に區別を立てて居ない。だが第四百十條^aとは違つてもはや「現役の兵役義務履行の後」と云ふ字句は掲げて居ないのである。蓋し既に服役済の豫後備の所屬員のみならず、豫後備役には屬するけれども現役の兵役の服役は了して居ない兵役義務者、例へばまだ現役の服役に召集されたことのない補充兵（兵役法第七條第一項、^b第二項、第二十條）をも捕捉する必要があるからである。法定刑は草案の一般的規律に適應させることにした（二年以下の輕懲役若は拘留）。

一九三五年六月二十八日の改正法の法文に於ける刑法第四百十條^bに相當する、戰爭中獨逸國の領土を去るのを取締る規定は、構成要件の點に於て其の儘之を改正法から繼承することにした。けれども刑は著しく重くし、一ヶ月を下らない輕懲役から六ヶ月を下らない輕懲役と云ふことにした。是は危急の狀態に在る祖國に對する不忠であり、總統及び國宰相の明示的の命令に對する不服従たるものに外ならないからである。情狀特に重い場合については新に財産の沒收を許すことにした。公職就任資格の喪失に關する特別の規定は、此の問題が一般的に規律されたことに因りもはや必要でない。

(b)、服役の不資格の招來及び欺罔に因る服役義務の回避に關する規定も、大體に於て其の儘を一九三五年六月二十八日の改正法から繼承することにした。

第一の規定に於ては「兵役義務に」不資格ならしめることのみを取締つて居るのであるが、從來の「兵役義務を履行するに」とある法文は不精確である。蓋し兵役義務は専ら年齢に繋るものだからである。

る。

制限的不資格の招來についての規定の法文は變更した。それでは此の場合故意も亦制限的の不資格のみに指向されてあることを、必要とするものであるの主旨を明徴にする爲である。

未だ兵役義務者に非ざる者も犯人たることが出来る。犯人が既に軍人であるか、既に召集が決定して居るか、又は志願兵として採用されたか、又は現役の兵役義務に服役する爲、若は勤務演習の爲に召集されたのである場合にあつては、軍刑法典第八十一條及び第八十二條の適用がある。

(5)、國防上の器材の損壞の構成要件は第一讀會の決議に倚據するものであつて(3)の項を見よ)、一九三五年六月二十八日の改正法に依つて第四百十三條^aとして現行刑法典中に收容された。第二讀會に於て更に之を審査した結果構成要件を著しく擴張し、竝にまた法定刑を著しく重くすることにした。此の規定は今後は

國防上の器材又は獨逸國の國防上の用を爲す設備を毀損、破壊若は使用不能ならしめ、且之に因つて獨逸國軍の戦備 *Schlaffähigkeit* を危殆ならしめたる者は重懲役に處し、情狀比較的重からざる場合には三ヶ月を下らざる輕懲役に處す。

缺陷ある國防上の器材又は前項の設備を調製し、又は供給し、之に因つて獨逸國軍の戦備を危殆ならしめたる者の罰亦前項に同じ。

情狀特に重き場合には終身間の重懲役又は死刑を言渡すことを得。

過失に因り獨逸國軍の戦備を危殆ならしめたるときは、刑は輕懲役とす。

第一項の基本構成要件は、現行刑法典第四百十三條^aに些少の變更を加へて之を再録したものである。先づ第一にもはや獨逸國軍の設備とは云はないで、獨逸國の國防上の用に役立つ設備と云つてある。是は損壞された設備が國軍に屬さない場合にあつても、此の罰則を適用し得るものであることを表明しやうとするのである。即ち例へば郵便及び鐵道の施設、橋梁、谿谷の堰堤、國防上の器材を調製する御用商人の機械や装置をも、それが國防上の設備に役立つ限りに於ては本條の規定で保護される。けれども他の半面に於ては別段の構成要件上の要件として獨逸國軍の戦備 *Schlagerfertigkeit* を危殆ならしめることの要件が附け加へられたことに依つて、構成要件は制限されることになつた。犯人の故意は此の脅威に及ぶことを必要とする。かくの如くにして新しい罰則の施行の基礎となる立法上の原因は明確にされ、同時に此の規定の適用を其の目的として居ない無害の場合に及ぼす虞か阻却されるのである。内面的の構成要件と外面的の構成要件とをかやうに制限するのは、刑が重くなつて居ること、特に重懲役が基本刑として法定してあることからして是認することが出来るのである。

特に重要な意義を有するのは第二項を附け加へたことである。國軍の技術的裝備に對する怠業は、既に國防器材の調製の階段に於て之を犯すことが出来るのは具體的の場合の教へる所である。されば第二項は

缺陷のある國防器材若は國防の役に立つ設備を故意に因り調製し若は供給するのを、其の犯罪に因つて獨逸國軍の戦備が危殆ならしめられる場合に同一の刑を以て罰することにした。

情狀特に重き場合の刑は現行法に於けると同様かくの如き犯罪が、民族並に國にとつて特に危険であるの故を以て重きは死刑にまで互るのであるが、此の法定刑中に於ては公共の危険を招來する場合を例として指摘するのを無用として斷念した。

委員會は第二讀會で第四項に故意に因る國防器材の損壞を處罰する規定を附け加へ、此の規定にあつては獨逸國軍の戦備を危殆ならしめることの構成要件の標識に關して、犯人に向つて過失のみの責任をも問ひ若は之を立證することが出来ることからして、技術的の國防裝備に對する刑法上の保護は更に增強されることになつて居る。

(6)、第二讀會の決議に依ると、國軍及び國防力の保護に關する章中には、從來背叛罪に關する章中に收められて居たけれども、之を背叛罪に關する章中に收めるのを適當としないうほ二三の構成要件が編入される。是は一つは軍需品に關する契約の不履行に關する規定であり、他は軍事上の施設内に於ける虚偽の氏名の申告及び不法の撮影及び軍事上の命令に對する不服從に關する規定である。第一讀會に於ける此の規定の規律に關しては本報告第二の論文を参照。第二讀會に於ては是等の規定に關して次のやうな修正が行はれた。

(a)、軍需品に關する供給契約の不履行に關する規定は其の第一項に於て、現行刑法典（一九三四年四月二十四日の刑法改正法の法文に於ける刑法第九十二條^a）の維持する所である、該契約が官廳との間に締結された契約であることを必要とするの條件を抛棄して居る。けれども危急の場合に於ける國軍の戰鬥力をして著しく減殺せしめられることなからしめんが爲には、軍需品の供給に關する私人間の契約も絶對的に履行される必要がある。國防器材の損壞に關する規定の適用を獨逸國軍の戰備を脅威する缺陷のある國防器材の供給に及ぼして居るのに顧み、本規定の適用範圍はそれ以外の武力の需要する所に關する契約に制限することが出來た。一年を下らない輕懲役と云ふ從來の刑の範圍は或る點では緩に過ぎ、或る點では嚴に傾いて居る嫌がある。草案は現在ではどんな重い場合をも正當に處罰することを得んが爲に、六ヶ月を下らない重懲役若は輕懲役を規定して居るのである。

一般的な困窮の状態の場合に於ける供給に關する契約の不履行に關する規定は、從前（現行刑法典第三百二十九條）既にそうであつたやうに再び公共上危険な行爲の列中に加へることになつた。

此の規定を下請の義務を負ふ企業者に及ぼす規定中に於ては、此の字句に代ふるに用語上適切な「關係企業者」の語を以てし、また給付義務者の代理人を特に擧げることがを止めにした。蓋し此の種の代理人は既に一般の規律上當人が自分自身の爲に行爲を爲したのであるかの如く處罰されるからである。

過失に因る犯行につき輕懲役を、輕微な場合には拘留を、そしてそれと共に罰金をも規定してある。一

九三四年四月二十四日の改正法の法文に於ける現行刑法典第九十三條及び第九十三條^aの從來の規定は、是等の規定中に於て取扱はれてある問題が一般的に規律されて居るのに顧み、もはや之を必要とはしなかつた。

(b)、軍事上の施設内に於ける虚偽の氏名の申告に關する規定は、一九三四年四月二十四日の改正法の法文に於ける現行刑法典第九十二條^eに相當するものであるが、此の規定中に於ては構成要件は簡單なものとした。要塞や軍港は軍事上の施設たるものであること疑を容れないのであるから、もはや特に之を擧げることをしなかつた。Reichsmarine（國海軍）と云ふ代りに Kriegsmarine（海軍）と云ふ専門的の名稱を用ひ、「官廳、官吏若は軍人に對して」と云ふ代りに草案竝に新兵役法の用語例に相當する「官廳、公務員若は國軍の所屬員に對して」と云ふ字句を選んだ。國軍所屬の文官も國軍の所屬員である。黨若は其の支團體の職員に擴張することは見合はせた。事は純然たる軍事上の事項に關する次第だからである。「營業上の施設」gewerbliche Anlage といふ代りに單に「施設」Anlage とのみ云ふに止めたのは、國防器材が國家若は都市の施設に於ても設置されることがあり得るからである。

滞在若は不正の申告又は申告の拒絶が背叛罪若は機密の探知の目的と牽聯するものと、事情上認むべかりし場合に行はるべき刑法第九十二條^eの加重は削除した。此の如き加重は嫌疑刑 Verdachtsstrafe を設定するものに外ならないのであつて、かくの如きは意思刑法の諸原則と到底相容れる所以ではあるまい。刑

の範圍は普遍的に二年未滿の輕懲役若は拘留に引上げてあるので、重い場合にあつても公正な刑を量定する上に十分な餘地を與へるのである。

第九十二條。第四項も削除した。之に依れば犯罪は、官廳其他が法律中に表示してある申告を請求するの權を有して居た場合に限り、罪となることになつて居たのである。けれども有權的の刑法は官廳、公務員及び國軍の所屬員が具體的の場合に申告を請求するの權限を有して居なかつたことの後に至つて判明しやうとも、兎に角一應は官廳、公務員及び國軍の所屬員の云ふ所の聽從されるのを要求せざるを得ない。國權に對する反抗の場合に於ける相當の規律も亦、同じ方向に於て動いて居るものである。

此の構成要件についても現行刑法典第九十三條、第九十三條^aに規定してある刑竝に保安處分は特に擧げることゝを必要としなかつた。

(c)、軍事上の施設内に於ける不法の撮影に關する規定は、一九三四年四月二十四日の改正法の法文に於ける刑法第九十二條^fの規定に相當するものであつて、實質上變更された點は極めて少い。「權限なくして主管軍憲に」の字句は、それよりも遙に簡單な「妄りに」と云ふ字句に代へた。軍事上の施設の外に海軍の艦船を特に擧げて居る。其の他の點に於ては此の規定は法文に於て(b)の下に論じた規定に適應させて居る。撮影物を取引に供するの件についての構成要件は誤解を避ける爲に明確な字句を執らしめることにした。刑は此の犯罪が國防にとつて危険であるの事實に顧み、罰金から二年未滿の輕懲役又は拘留に引上

げることとした。そこで現行刑法典第九十二條。第二項の加重情狀は削除しても差支ないことになつた。補充的條項が挿入してあるので同時に違反された重い規定、例へば背叛罪に關する規定の適用は確保される譯である。

(d)、軍事上の指令に對する不服從に關する章の最後の規定は、一九三四年四月二十四日の改正法の法文に於ける現行刑法典第九十二條^bの規定に、些少の修正を加へて之を繼承することにしたのである。新しい法文はもはや國政府の命令若は禁止命令を前提とするものではなく、何れの軍憲の命令若は禁止命令を以ても十分である。即ち制限された地域について效力を有する局地的の規定で、同一の保護を必要とするものもあり得る。

從來戰爭の場合について規定された刑の加重は、情狀特に重い場合の加重に於て普遍的なものとなされ、戰爭の場合は單に特に重い場合の一例としてのみ擧示されるに過ぎないのである。

刑は此の場合にあつても罰金から二年未滿の輕懲役又は拘留に引上げ、情狀特に重い場合については輕懲役(長期の制限無し)に引上げることとした。

五、勞働力に對する侵害

司法省參事官 グラウ

(1) 苟も精神的、肉體的の業績は健全なる人間に内在する勞働力 *Arbeitskraft* から生ずるものであつて、勞働力は云はゞ人間が神の攝理に恵まれて價値を汲み來ることを許された源泉にもさも似たるものである。即ち勞働力は未だ以て財産の一部分たるものではないが、極めて重大な價値を有する經濟上の因子たるものである。換言すれば勞働力は人間の名譽、生命及び自由と相竝んで恐らく最も大切な保護價値 *Schutzwert* である。蓋し勞働力の喪失は獨り經濟的の破滅を導くのみに止まらず、精神的の壞敗と絶望をも導くものだからである。之を全然經濟的の半面からのみ觀察しても、今日われわれ獨逸人にとつては勞働力なるものは、われわれがわれわれの存在の經費を支辨して行く爲の殆ど唯一の要素たるものなのである。

抑も民族の勞働力は個々の勞働力の總和に於て具象化されるのであつて、個々の民族的同胞がそうであるやうに獨逸民族も亦其の勞働力に由つて生活する。われわれに於て勞働力を保護し、其の保護を刑法上の制裁を以てして迄も確保しやうとする以上は、われわれは民族の總勞働力をわれわれの保護の處分の中心點に置かざるを得ない。他の保護價値に於けるとも同じやうに各個の民族的同胞の勞働力は、此の民族的同胞が協同體の一員として其の割前に應じた民族の此の保護價値の主體たるの故を以てのみ、また其の程度に於てのみ保護することを必要とするであらう。

自分の所屬する民族の爲に勞働することが出來ると云ふことは獨り神の賜たり、自分としての權利たるのみに止まるものではないのであつて、勞働は實に一個の眞面目な義務たるものでもある。ナチス黨の綱領第十は民族の爲に精神的、若は肉體的に創造する各個の民族的同胞の此の義務を文字の上に現はして居る。苟も此の義務に反する者、不道德な原因から此の勞働の義務を回避する者、又は他人の勞働の意思を麻痺せしめる者は民族的勞働力に加害するものに外ならない。獨逸の勞働力の實體は飽く迄維持されることを必要とするのであつて、其の然るが故に望ましからぬ海外への移住と云ふやうなことに對して保護されなければならない。併し乍ら獨逸國內に於て活動しつゝある勞働力を維持して之を助長保育するものも亦、決して其の重要な程度に於て讓るものではない。不徳義な經濟的壓迫は勞働力を麻痺せしめる所以であるのだから、獨逸國の勞働者をして其の力を發揮して餘蘊なからしめんが爲には、搾取とか不徳義な同盟絶交の處置に對して之を保護せざるを得ない。獨逸人の爲に其の勞働の口を保全してやり、また之を出來得る限り刑法的にも保護すると云ふことは、獨逸の勞働力を保護する爲には是非必要である。蓋し健康

で力強い肢體と明快な悟性とを兼ね具へて居り乍ら、空しく業を休んで徒食して居なければならぬと云ふこと程労働心を阻碍し、甚しく個人の氣力を消磨して了ふものはないからである。最後に労働力を平等に使用して協同體の福祉の爲に労働力の利用されるのを保障するには、労働上の平和の維持されることが必要である。

(2)、此の範圍に於て獨逸の労働力を刑法中に於て保護すると云ふ刑法委員會の希望は、現行刑法典とは相容れ難くまた往年の改正運動とも調和し兼ねる。惟ふに現行刑法典中に於ては財産は随分汎く保護されて居るけれども、財産的價値を獲得する上に於ての源である所の労働力、換言すれば人間の精神的肉體的活動については保護が全然缺けて居るのも同様であると云ふ事實程、現行刑法典の資本主義的著想を露骨に現はして居るものはない。成る程現行刑法典は個人の生命、健康及び自由を侵害に對して保護することに依つて、間接には労働力を保護しても居る。何故と云ふのに人の生命を保護し、健康を保護して、そしてまた自由を保護することに於て人の労働力も保護されるものであることは素より言を俟たないからである。また働くの意思を持たない者に對し、怠惰者に對し、労働嫌忌者に對し、乞丐に對し、また浮浪者に對しての二三の罰則は現行刑法典中に存在しないではない。だが其の保護がどんなにまあ不十分なものであるかは、労働力を保護の價値ある特殊の法益として擧げることすら全然見合はせて居ると云ふ事實から見て既に明々白々たるものがある。加之此の不十分な保護も刑法の特別の章中に於て設けられて居るので

はなくて、他の見地の下に總括された散在的の規定に於てのみ與へられて居るに過ぎない。新刑法典草案は個々の構成要件に於て此の保護の改善と擴張とを規定して居るけれども、其の何れと雖われ／＼の見解に相當する丈の餘地を此の保護に與へては居ないのである。労働の民族精神を宣布し、労働を尊貴なものにした新しい國家、協同體にとつての労働の命令をどう履行するかのみ依つて人間を評價する新しい國家にとつては、労働力それ自體に對して刑法典中で廣汎な保護を與へ、此の保護をば此の保護の價値の民族にとつての重大な意義にふさはしいやうに形成するのはその自明的の義務である。

(3)、刑罰法規としての根本法である刑法典の中に收容すべき構成要件の正しい限界を見出す爲には、先づ犯人の範圍が經營協同體 *Betriebsgemeinschaft* の所屬員に制限されることなく、何人に於ても構成要件を實現することの出来る本當に刑罰的内容を有する一切の規定を、收容する必要があると云ふ建前から出發しなければならなかつた。けれども其の以上に互つて其の刑法上の意義の然らしめる所として經營の指導者に於てのみ、又は指導者を包含する經營の所屬員に於てのみ犯すことの出来る構成要件の若干者をも、刑法典中に收容する必要がある。其の程度に於ては民族的労働の秩序に關する法律に基き名譽裁判上の手續に於て、經營所屬員に制裁の加へられる社會的名譽に對する違反、竝に大抵の場合單に労働力の抽象的脅威のみであるに過ぎない些細の内容を有する違反を捕捉する労働者保護に關する特殊の立法に對する經營の所屬員の過誤に界限すべきや否やの問題を生ずる。

社會的名譽に對する特に重要な違反としては労働秩序法第三十六條第一號及び第二號中には、經營の指導者 *Führer des Betriebs* の側としては其の勢力の濫用の下に惡意に因り隨從者 *Gefolgschaft* に屬する者の労働力を利用することが擧げられてあり、隨從者の側に於ては之に屬する者の一人が隨從者團を惡意に因り使喚することに由つて労働上の平和を脅威することが擧げられてある。此の二つの過誤は、刑事的不法の内容を有するの故を以て刑法典中に收容するのを見合はせる譯にはいかなる諸構成要件と、大牙相錯綜するものである。即ち例へば雀の餌程の賃銀を拂つて惡意を以てして労働者を搾取するが如きは、刑法上も之を處罰することが出来なければならぬ。隨從者の使喚もそれが例へば同盟罷業を導かうとするが如き場合に於ては、刑法上も亦之を處罰することが出来なければならぬ。假令民族的労働の秩序に關する法律に依つて新に造り出された指導者と隨從者との間の信任關係は、出来る丈刑事裁判所の干渉を免れしめるやうにしなければならぬとは云へ、少くともかくの如き構成要件はそれが同時に名譽裁判上處罰される場合に於ても刑罰法規の根本法たる刑法典中に當然收むべきものである。かくの如く刑事上の構成要件が階級的名譽に關する過誤と大牙相錯綜するのは、現行法上にあつても既に稀有の事例ではなく、加之民族的労働の秩序に關する法律自體が第三十九條に於て、二つの手續の併立を明示的に規定して居るのである。

労働者の保護の立法の界限に關しては、兒童や婦女の保護に關する規定、事故の豫防及び労働衛生に關する規定、労働時間の規律や賃銀保護に關する規定、職業上の處世の保護及び社會立法に由る保護を刑法典中に安定せしめるのを考へることが出来た。かくの如き規律は之に因つて此等の労働力の保護に關する規定も亦、それが今日現にさうであるやうに單行の幾多の法律及び命令中に散在して居る場合に於けるよりも、遙に力強い作用を及ぼすであらうと云ふ利益を有すること疑を容れまい。蓋し労働者の保護をば寧ろ警察法規たるものとして觀察されるいろ／＼の法律中に移したのが、労働力に對する加害を以て餘り大した意義を有するものではないかの如く認めしめ、此の重要な民族的法益の助長的取扱についての民族の利益には全然相當しない刑を、之に對して科するのに多大の貢獻を致したことは看過すべくもない所だからである。それにも拘らず刑法委員會は此の道を進むことをせず、労働者保護の立法には觸れることをしやうとしなかつた。其の見解に依ると是等の規定を刑法典中に收容するのは、輪劃的構成要件 *Palmer-tatbestand* の形式に於てのみ問題となるに止まるであらう。蓋し國民經濟の狀況變動し、技術的發展の變遷の不斷に行はれることに因つて是等の規定は頻繁に改正を餘儀なくせられ、従つて是等の規定は本來根本法たる刑法典中に收めるのに適當しないからである。けれどもさればと云つて是等の規定の代りに二三の少數の輪劃的構成要件を以て足るものとするならば、それは現行の法律状態に比較して只外見上の改善たるのみに止まるであらう。蓋し是等の構成要件は其の包括すべき筈の規定に依つて、加補される必要のあること依然たるものがあるのは勿論であらうし、是が適用は刑法典の廻り路を経ることなくして適用さ

れる場合に於けるよりも、遙に困難となるであらうからである。加之若しかうするに於ては、形式的の秩序違反から比較的重要な種類の違反に至るまで軽重極めて様々な違反を、一つの刑の範圍に總括することを餘儀なくされるであらう。かう云ふやうな理由と其の外にまた、將來恐らくは勞働に従事する獨逸人の一切の法律關係は、「勞働法典」[Gesetzbuch der Arbeit] に於て包括的に規律されるであらうと云ふ希望とは、委員會をして勞働者の保護に關する立法を刑法典中に繼承するのを、全く斷念するに至らしめたのである。

(4)、獨逸人の勞働力に對する罪となる侵害は、五つの小分けに分けられることは既に述べた通りである。それは左の五種である。

- 1、勞働の民族的義務の侵害、
- 2、民族的勞働力の實體の侵害、
- 3、勞働の自由の侵害、
- 4、勞働の機會の侵害、
- 5、勞働の平和の妨害。

刑法委員會は此の小分けの輪劃内に於て、以下に論ずる構成要件を新刑法典の爲に規定した。

勞働の民族的義務の侵害、

(a)、民族協同體の爲に勞働するのがどの獨逸人も義務である以上、此の義務の履行に反對する宣傳的の動作を爲す者は、民族の勞働力に最も重大な損害を與へるものである。所が民族協同體の爲にする勞働の義務は、勞働奉仕 *Arbeitsdienst* の制度に於て最も明白に且最も美しく表明されるものなのであるから、勞働奉仕の制度はとりわけかくの如き公然の侵害に對して、刑法上の保護を必要とする次第である。此の場合に勞働奉仕が現在のやうに任意的の制度であることを續けやうと、其の後に至つて法定の勞働奉仕義務が設けられやうとは格別の意義を有するものではない。されば委員會は民族的勞働意思を壊敗せしめるのを罰する構成要件を全章の先頭第一に置いた。之に依ると公然且惡意を以てして勞働奉仕を嘲弄し又は其の制度を侮蔑した者が輕懲役で罰せられて居る。公然勞働奉仕を拒絶せんことを勧誘し又は刺戟する者も亦、同じやうに處罰することになつて居る。

(b)、勞働奉仕に對する無責任な宣傳の豫防は、未だ以て勞働奉仕を保護するには充分ではない。新國家が勞働奉仕に於て社會主義的協同體への一番重要な教育手段であるを見、此の制度に依つて其の世界觀上の根本要求を實現しやうとする以上は、此の制度の意義たるや非常に大なるものがあるのであつて、從つて公然に行はれたのでない其の他の一切の侵害にも、其の保護を及ぼす必要がある。されば勞働奉仕に於ける規律の崩壞は、とりわけ處罰しなければならぬ所であり、其の外惡意に因り他人の勞働奉仕の給付を抑制する者も處罰するを要する。法定の勞働奉仕義務を設ける場合にあつては、此の義務の侵害も刑法

上捕捉する必要がある。

(c)、各個の獨逸人は民族の勞働力の共同的の主體 *Mitglieder* たるものなのであり、また民族の運命は各個の獨逸人の強弱及び活動の如何に依つて左右される次第なのであるから、何人も自分に内在する勞働力を無制限に勝手に處分することは許されない。何れにしても獨逸人の一人が自分の肉體を侵害することに因つてわれから其の勞働力を破壊する場合にあつては、協同體は無爲にして之を傍觀する譯にはいかならぬ。かくの如き勞働力の破壊の最も重要な場合は、公私の扶助を受けるの目的を以てする自傷行爲 *Selbstverletzung* である。委員會はかくの如き行爲を内容とする構成要件を必要であると思惟し、之を輕懲役に處することにした。

(d)、自傷行爲に因る勞働の義務の不履行よりも頻繁に發生するのは、勞働嫌忌 *Arbeitscheu* に因る勞働の拒絶の場合である。かくの如き行狀は扶助の必要に因り公の保護事業に由つて扶助せられる者が、勞働嫌忌に因り自分に配當された自分の肉體的精神的の力に相當する勞働を爲すことを拒絶する場合にあつては處罰價値を有する。蓋し勞働を爲す民族的同胞の負擔に於て生活する者は此のみじめな状態を終熄せしめる爲に、あらゆる機会をつかまなければならぬ次第だからである。だが失業保險及び不況保護から扶助を受ける者も亦此の種の犯人の範圍内に包含せしむべきものであるかどうかは、疑はしいことがあり得る。蓋し是等の者が不當に勞働を拒絶する場合にあつては、其の扶助金を停止されることに因つて既に相

當重く處罰される次第だからである。

(e)、怠惰者 *Müßiggänger* も亦其の協同體の爲にする作業の義務を侵害するものである。そこで現行刑法典第三百六十一條第五號の中に包含されて居る、自己又は其の家族の爲に扶助を必要とする状態を招來した怠惰者を處罰するの價値ありとする思想は、拾ひ上げなければならなかつた。けれども構成要件は他人の資金の濫用されると云ふ點を狙ひ所とする譯にはいかなないのであつて、寧ろ賭博、飲酒、若は怠惰に因つて生計の資を得ること又は自分の法定の扶養の義務を果すことを不可能たらしめた者を、處罰價値ありと認めるのである。

(f)、現行刑法典が乞丐 *Betteln* 竝に放浪 *Landstreifen* を秩序違反以上のものと認めないのは、是等の構成要件内に普通刑事的内容の存在するのを看過したものに外ならない。蓋し乞丐竝に放浪者は大抵の場合勞働嫌忌若は放縱 *Arbeitscheu oder Liederlichkeit* に由つて行爲を爲す次第だからである。即ち是等の徒は自分の生活を安易にせんが爲に、自分の勞働の義務に違反するものである。此の契機を二つの構成要件の中心點に据えてかゝると、そこに存在するものはや輕易な違警罪たるものではなくて、民族の勞働力に對する侵害を意味する民族に加害する行狀である。かやうな次第で委員會は此の二つの構成要件を一九二七年の草案の法文の儘、此の箇所を持つて來べきものであると思惟するに至つたのである。兒童を乞丐の爲に派遣するのを取締る罰則も本章中に收容して差支ない。蓋し犯人はかくの如き方法に依つても

自分自身の労働の義務を免れ、加之自分の子をして労働に馴れしめると云ふ別段の義務にも違反することとなるからである。

民族的労働力の實體に對する侵害、

労働力を正しく且意味深く發揮するときは、それがどんな労働力であつても生産を増し、民族の生活を高め、輸出價値の額を増大せしめる。貧にして自分の手足や精神の働きに因つて生活する外には生活の様のない民族は、どんな労働力も自分の民族の爲に保存されるやうに、また之を助長育成してそれが充分に完全に利用され得るやうに、取扱ふのに努める必要があるのである。

(a)、一八九七年六月九日の移住制度に關する法律第四十五條第二項は、獨逸人を誑惑して外國に移住するやうにさせるのを業とする者を罰して居る。此の構成要件は獨逸の労働力に對する侵害としてこゝに繼承することを必要とした。其の外此の關係に屬するものは移住詐欺 *Auswanderungsbetrug* の遙に重い犯罪であつて、此の犯罪にあつては人を欺罔して移住を決意せしめ、然も犯人は利得の意圖 *Bereicherung* *absicht* を以て行爲を爲すのである。之については情狀特に重い場合に於ては重懲役をも法定して置く必要がある。

(b)、更に此の箇所に屬せしむべきは、獨逸の労働者の外國への募集竝に周旋に關して制定された規程に對する違反である。是等の規程は一九二七年九月二十日の命令に依つて維持されて居る、一九二三年十月

四日の命令中に包含されて居るのであるが、委員會は是等の輪劃的構成要件を刑法典中に收容すべきものと認めたのである。之に反して労働仲介若は職業相談の施設を不法に開設し、労働仲介若は職業相談を妄りに行ふのを處罰する別段の構成要件をも收容するのは見合はせることにした。蓋し是等の構成要件は、寧ろ形式的の秩序違反を包含するに止まるものだからである。

(c)、特定の労働の經營に於ける保護の設備を特に保護すると云ふ、既に現行刑法典第三百二十一條中に包含されて居る思想は、一九二七年の草案第二百三十三條に於て當然に一切の經營に擴張され、個々の機械に迄も及ぼされることとなつたし、其の外此の草案中に於て獨り保護の設備の破壊毀損のみに止まらず、其の撤去、其の使用不能、其の運行の停止及び保護の設備の不當の設置、不使用、竝に不當の使用をも處罰することにしたのは誠に適切な次第であつた。委員會はかくの如く労働力の技術的保護を擴張するのを非常に望ましいこととして之に左祖することにしたのであるが、之に反し委員會は現行法と共に生命に對する危険の外に、健康に對する脅威の招來を以て既に處罰の價値あるものと認めた。けれども此の構成要件をば甚しい過失に因る違反にも擴張すべきものとする、二三の労働法學者の希望には従ふことが出来なかつた。蓋し之に因つて此の規定が、餘りに廣汎に擴張されることとなる嫌があるからである。此の労働力の保護に關する特に重要な構成要件は獨り經營所屬員ばかりでなく、第三者、特に例へば機械の製造業者に於ても之を犯すことを得るのであつて、其の選定された法文は左の通りである。

經營内に於て又は機械について人の生命若は健康を保護するに役立つ設備を毀損し若は是が使用を不可能ならしめ、是が運轉を停止し、又は規定に反して之を設置若は使用せず、又は正當に之を設置若は使用せず、之に因つて他人の生命、健康若は勞働力にとつての重大なる危険を招來したる者は輕懲役に處す。情狀特に重き場合にあつては刑は重懲役とす。

(d)、更に考慮する必要のあつたのは、此の特別の保護の外に此の領域上に於ける他の一切の重い違反をも刑罰法規の根本法である刑法典中で捕捉せんが爲に、更に一つの一般的補充的な勞働力の脅威に對する構成要件を必要としはしないかと云ふことである。若し傷害罪の章中で健康に對する脅威の一般的構成要件を形成することゝすれば、かくの如き構成要件は恐らく無用であらうが、委員會は此の舉に出ることをしないで、婦女、少年及び兒童を過勞せしめることに因つて其の健康を脅威するのを處罰する丈に止めた。此の領域に於ける勞働者保護に關する幾多の法律も亦、委員會の見解上から云へばかくの如き構成要件を無用たらしめるものではない。蓋し此の構成要件に於ては具體的の脅威を條件たらしめることを必要とするであらうし、且また内面的構成要件が認識と欲求を以てする無良心の行爲の一番悪い場合に制限されることに依つて、遙に重い刑量も相當とするに至るであらうからである。尙ほまたかくの如き構成要件に於ては犯人の範圍は、經營に關係のない者にも擴張することを必要とするであらう。従つて委員會は經營内若は其の他の勞働の場所内に於て認識と欲求を以て且無良心に、他人の勞働力にとつての重大な危険

を招來した者を輕懲役に處し、情狀特に重い場合に於ては重懲役に處するのを推稱して居る。他の規定中に於て之につき既に重い刑の法定されてある場合には、此の重い規定を適用するを要するのは云ふまでもなす。

勞働の自由に對する侵害、

(a)、僅か計りの賃銀を支給することに依つて勞働力を搾取するより以上に、勞働力を害し之を弱めるものはない。之に因つて生ずる不自由や懶惰の状態竝に勞働を不快とするの心は、勞働者をして自分や自分の力について絶望の念を懷くに至らしめる。現行法は刑法第三百二條に於て、勞働力の暴利的搾取が營業的若は常習的に行はれるときに限り之を罰することゝして居る。即ちまるで全然之を罰しないのも同然である。蓋し是等の條件は、極めて稀なる場合に於てのみ立證することが出来るに過ぎないからである。他の箇所にて論せられて居るやうに、委員會は現行法の金錢暴利 (Eldwucher) と物件暴利 (Sachwucher) との間の區別を撤廢し、行爲の營業性を特別の刑の加重事由としてのみ觀察し、従つて現在では即ち苟も勞働者を僅かの賃銀で搾取する事實があればそれがどんな搾取であらうとも、此の普遍的な構成要件の下に屬することゝなるのである。それにも拘らず賃銀暴利 (Lohnwucher)こそ特別の意義を有するものであるの事實に顧み、其の程度に於て更に一つの特別構成要件を形成し、此の構成要件にあつては犠牲者の勞働に對して犠牲者に、勞働の給付の種類及び期間と顯著な不釣合の關係に在る反對給付を提供する點に、犠

性者の搾取を存するものとする必要があるやうに思はれる。かくの如き行爲が社會的に特に憎惡すべきものであるの事實は、輕懲役の外に重懲役をも法定してあること、及び營業的犯行の場合にあつては普通重懲役のみを言渡し、破廉耻の宣言 *Ehrlosklärung* をも爲すべきものとして居ることに依つて、表明する必要があつた。

(b)、賃銀暴利の場合の外、詐欺的の處置を以てする労働者に對する加害をも論究することを必要とした。普通の詐欺の構成要件は其の程度に於ては、必ずしも常に充分にして確實な保護を提供するものではない。蓋しよく見かける營利の可能を妨げるに過ぎない場合は、詐欺の構成要件に依つて捕捉されるものであるかどうかは疑があるからである。成程大審院 (*RGGst. Bd. 25 S. 371*) は特別の態様を有する場合に於て、相當の對價と交換的に自分の労働力を換價する可能を阻碍し若は困難ならしめるのをば、財産をかくの如く脅威するものとして考察するを得べきこと、此の可能を阻碍し若は困難ならしめるのは財産上の加害と同視すべきものであることを認定したけれども、それにも拘らず營利の可能を妨害する是等の場合を法律中に明示的に擧げるについての必要は存する。之を詐欺の構成要件中で實現すべきであるか、それとも労働力の保護についての特別構成要件中で實現するのを更に適當とするかは、曖昧なことがある。其の外労働力それ自體を詐欺のやり方に依る加害に對して保護するの必要をも、存するかどうかは疑はしいものがある。かくの如き加害は例へば或る労働の健康にとつての有害な性質、又は其の危険性を默

秘することに依つて行はれることがあり得るであらう。此の問題は委員會に於て更に審査する必要があるであらうと思ふ。特に其の際究明しなければなるまいと思はれるのは、かくの如き構成要件につき尙ほ更に利得の意圖 *Bereicherungssicht* を存することを必要とするものであるかどうか、又は犯人が悪意を以てする欺罔に依り又は悪意を以てする黙秘に依つて、他人をして勞務關係の開始若は續行を決意せしめ、之に因つて其の労働力を害したる場合にあつても、既に處罰價值ある場合を存するものではないかどうかと云ふことである。

(c)、労働證明書 *Arbeitspapier* に、證明書の文面の上には現はれない方法で労働者を特示することを目的とする標識を附するのは、現行法上既に禁止されて居る所である。かやうに事情に通じて居ない者にとつては其の意義を認識することの出来ないやうな祕密の記號を以てして、労働者に同盟絶交を喰はすと云ふやうなことは、労働の自由を害すると共に、労働力をも癱痺せしめる所以に外ならない。加之是等の處置は其の陰險である點に於て、また公明正大を缺く點に於て全然新國家の見解と相容れないものがあるのである。されば現行の刑罰を以てする保護（營業條例第四百十六條第三號、國保險法第四百九十五條）は、之を重くして刑法典中に收容することを必要とした。其の外労働者を一定の労働の場所から閉め出すことを目的とする、道義に反する談合をも處罰せざるを得なかつた。だがかくの如き談合のどんな場合をも禁止すると云ふが如きは、到底不可能であつた。蓋し所謂 ブラックリスト 表を作成するについての全然正當な理

由も、存在する場合のあるのは素より言を俟たない所だからである。そこで委員会は次のやうな構成要件を提案した。

事情に通せざる者が直ちに其の意義を識認することを得ざる標識にして労働證明書の爾他の内容よりして看取することを得ざる方法に於て當人を特示することを目的とするものを労働證明書に附したる者は、輕懲役若しくは拘留に處す。

労働者若しくは使用人を労働の地位 *Arbeitsplatz* より排斥することを目的とする道義に反する談合を他人と爲したる僱主、經營の指導者又は其の他の監督者の罰亦前項に同じ。

労働の機會の侵害、

(a)、自分の責任に非ずして労働地位を失ふと云ふのは、往々にして労働者の被ることあるべき最も悲むべき運命である。されば労働秩序法第五十六條は、解約申入が不當に苛酷であり且經營の状態に由來するものでない場合には、解約申入の取消を労働裁判所に訴求することを得るの權利を労働者に與へた。勿論尙ほ其の他の條件をも具備することを必要とするものであるのは、云ふ迄もない（就業した期間が一年以上であること、當該の經營には少くとも十人以上の労働者が使用されてあること）。更に労働秩序法第二十條は告知義務と、其の満了後に至つて初めて解雇が有效となるべき期間の指定とを命ずることに依つて、解雇の數の大である爲に労働市場の混亂に陥るのを防止することにして居る。此の規定は成る程いゝ

考から出たものには相違ないけれども、經營の資金が無良心に浪費されて、其の結果經營が突如として行きついて了ひ、之に因つて労働者が喰ふに食なくして一日一日を過さざるを得ないやうな場合には、一向役には立たないのである。經營の指導者のかくの如き態度と云ふものは、名譽裁判上の過誤たることを超えること遙に大なるものがあるものであつて、重い刑事上の犯罪を意味するものと謂はなければならぬ。所有權は獨り權利を興へるのみに止まるものではなく、寧ろ民族協同體に對しても義務を負ふものであると云ふナチスの見解の正當であることは、恰も此の領域上に於てこそ明白に示されるのである。此の場合に國家は多くの労働者の幸福と生存とを左右する經營が、企業者に屬する經營資金の無良心に浪費されることに因つて、破滅の淵に沈淪するのを忍容することは出来ない。そこで委員會は、無良心に自分に屬する經營者は自分に託せられた經營の經營資金を浪費し、之に因つて經營を全然若しくは部分的に破綻せしめた者は、經營の所屬員が犯人の此の行狀に因つて獨り一時的のみに止まらない失業者となつた場合には、輕懲役を以て罰する構成要件を推稱することゝしたのである。

(b)、新國家に於ける經營の指導者 *Führer* と隨從者 *Gefolgschaft* との間の關係が、相互の信賴と友愛の上に立脚することになつて居ると同じやうに、隨從者相互も友愛を以て結成されることになつて居る。従つて密告 *Denunziation* も同僚をして其の労働の地位を失はしめるに適するやうな性質のものである場合にあつては、獨り道義上憎惡すべきであるのみに止まらず、處罰の價值をも存するものである。局外者

が恐らくは自分で取つて代らんが爲に、悪意に因り經營の所屬員につきかくの如き不實の主張を爲す場合にあつても、事は即ち同様である。されば悪意に因り或る労働者又は使用人について、労働の地位を失はせるのに適したやうな事實に關する不實の主張を、僱主若は労働の地位を左右する機關に向つて爲した者は、輕懲役を以て處罰することを必要とするであらう。

(c)、最後に獨逸の労働者の労働の機會は、外國の労働者を不法に雇入れることに因つても侵害される。そこで一九三三年一月二十三日の國勞働大臣の命令は、如何なる條件を存するに於ては外國の労働者を雇入れることが出来るかを定め、此の命令に對する違反を處罰することになつて居る。委員會は外國の労働者の募集、仲介及び使用に關する規程に對する違反を處罰する輪劃的構成要件を、刑法典中に收容することに決定したのである。

労働の平和の妨害、

(a)、労働の平和を妨害し、労働力を癱痺せしめる最も深刻な闘争手段は、工場閉鎖と同盟罷業とである。此の二つのものはナチスの國に於ては、もはや成立する餘地は全然ない。民族的労働の秩序に關する法律（第十九條及び第三十二條）に依つて、労働の管理人 *Treuhänder* は労働の平和の維持に配慮するを要するものであること、及び労働の管理人は經營規則の内容や個々の勞務契約の内容についての準則を定め、竝に經營の一つの部類についての労働協約をも制定することが出来ることが決定された。だから此等

の社會的係争問題はもはや從來の同盟罷業や工場閉鎖の手段に依つては解決されるものではなく、國家機關の責任ある決定に依つてのみ解決されるのである。若し夫れ政治上の理由よりするときは、同盟罷業や工場閉鎖は益々以て許すことは出来ない。蓋しかくの如きは民族國家 *Volksgemeinschaft* の性質や、指導者思想と全然相容れるものではないからである。國家の指導は世界觀の全體主義を要求するのであつて、従つて此種の政治的闘争手段を正當なりとして認めることは決して出来ない。是等過去の時代の闘争手段は經濟上にも政治上にも、意義と正しさとをもはや持たないのであつて、偶々以て民族の労働力を最も甚しく減殺する民族を害する行狀たるに過ぎないのである。されば將來は民族は相當の罰則に依つてもかくの如き不當の處置に對して保護されなければならない。其の絶對的に禁止し且處罰する必要があるのは工場閉鎖である。そこで常時二十人以上の者を使用する經營の指導者として、隨從者の全部若は一部に對して工場を閉鎖したる者は、輕懲役を以て罰するを要する。

群集犯罪 *Massendelikt* としての同盟罷業の場合にあつては、委員會は同盟罷業の使喚者及び既に勃發した同盟罷業の首魁を捕捉するのを以て、適當であり且有效であるものと見た。蓋し權威的の國家こそ犯人の數の餘りに多大であるの致す所として、往々にして實際に實現することの出来ないやうな刑を法定すべきではあるまいからである。之に反して他の箇所では、官吏の同盟罷業は其のどの同盟罷業者をも罰する旨を宣言した。蓋し此の場合にあつては、公務員なるものが國家に對して特別の忠誠の義務を負ふもので

ある事情の然らしめる所として、犯罪の刑事的内容は非常に重いものとなつて来るからである。そこで次のやうな同盟罷業の構成要件が規定された。是は消極的の抵抗をも包括するのである。

常時二十人以上の者を使用する經營の隨從者、又はかくの如き經營の個々の所屬員に向つて共同して契約に反して労働を抛棄し若は悪意に因り經營の存續若は其の正常の進行を妨害する方法に於て労働を爲すことを勧誘し、又は之を刺戟したる者は輕懲役に處す。

其の同盟罷業若は經營の妨害とまで發展したるときは、首魁の罰亦前項に同じ。

其の外公然工場閉鎖、同盟罷業又は經營の妨害を勧誘若は煽動したる使喚者も輕懲役に處することを必要とした。

更に大規模の經營を維持するのに缺くべからざる労働を契約に反して履行しないのは、契約に違反する各個の労働者の個人について處罰の價値あるものと認むべきである。尙ほ人的怠業 *Personensabotage* も暴力を以て労働意思を労働から離れしめることに因つて犯すに於ては、本章の必要的構成要件に屬するものであるが、之に反して物的怠業 *Sachsabotage* は生活上重要な經營に於てのみ特に之を捕捉すべく、其の場合にあつては物的怠業は關係する一般的规定を以てして、充分に取締ることが出来るものと委員會は見た。従つて此の構成要件は社會的に危険な犯罪中にも列することにした。

(5)、特に労働力の爲に設けてある章以外に於ても委員會は、別段の單行的構成要件を以ても極力労働力

を保護するに努めた。即ち重い傷害罪の構成要件中には長い間繼續する労働力の障碍を明示的に掲げ、更に兒童、少年及び婦女の肉體的及び精神的の力を無良心に酷使するのに對して、雇傭關係若は勞務關係の輪劃内に於て是等の者を保護することになつて居る既に擧げた健康に對する脅威の構成要件を設けることに依つて、労働力の別段の保護が保障してある。特に雇傭關係若は勞務關係に在る兒童及び少年をも保護する一九三三年五月二十六日の法律第一條第十五號に依つて、第二百二十三條bとして挿入した兒童虐待の構成要件を新刑法典中に收容すべきものであることは、自明のことと認められた。更に建築手工業者 *Bauhandwerker* の労働力は、現行法に於けると同じやうに、土木工學上の法則に違反することに因つて公共の危険の招來される場合に此の違反を處罰する方法で加害に對して保護されることになつて居る。風俗に關する犯罪の領域上に於ては、職務上の地位を濫用しての姦淫行爲に關する罰則、竝に經濟上の從屬的關係に在る者を姦淫行爲に強要するの件に關する罰則も、是亦労働力の保護に役立つものである。最後に強要の一般構成要件も、之に因つて労働力も亦保護されるやうに構成された。蓋し現今では脅迫と云ふ強要手段は、遂げやうとする目的の爲にそれを脅迫することが善良の風俗に反する手痛い害悪を以て、脅迫の行はれたことを必要とすることになつて居る以上は、事情に依つては勞務關係よりする解雇を以て不當に脅迫するのも、強要の構成要件を實現することがあり得る。従つて強要の規定に依つても獨逸の労働者は、其の生存と労働力とを保護されるものである。

(6)、委員會の希望では、獨逸の勞働力の保護に役立つ本章こそ新刑法典中の他の何れの章にも見ないやうな、新國家の相貌を充分に示現するものたらしめやうと云ふのである。即ち自分の力を民族の爲に提供する獨逸の勞働者、自分の肉體を勞働の爲に捧げることが厭はない獨逸の勞働者、勞働と云ふ闘争に於てわれとわが生命を犠牲とする覺悟のある獨逸の勞働者は、ナチスの國の最も重要な一員として認められるものであること、民族の力と生存とは此の獨逸の勞働者に於て具象化されるものであることを、恰も本章を以てして明確に表明しやうと云ふのである。苟も民族の勞働力を維持し之を強力にしやうとする國家たるものは、民族の勞働力の爲に將來への道を用意せざるを得ないのである。

二

(1)、第二讀會に於ては委員會は、本章に別段の構成を興へた。現今に於ては黨綱要第十に規定してあるやうな勞働の道義的理念こそ、勞働力の刑法上の保護の出發點を成すべきものである。凡そ勞働は獨逸の民族的同胞の義務であり、名譽たるものである。勞働は動作の種類に依つて評價されるものではなくて、寧ろ個人が天の自分を置いた地位に於て致した義務履行の程度に従つて評價されるのである。此の道義的理念は獨逸民族の中に生きて居る。此の理念を實現する爲に惡戰苦闘しつゝある民族を保護し、其の勢力を強め、即ち其の自然の生活意思と勞働意思を癱痺壞敗の試みに對して擁護すること、刑法の任務に外な

らない。此の勞働についての民族的意思の最も生き生きした表現を示すものは、實に勞働奉仕の制度である。されば此の制度は此の箇所特別に保護することが必要である。

民族的勞働意思の外に獨逸の勞働の精神的秩序の保全、特に勞働的平和の維持は民族的勞働力を維持するについての最も重要な條件の一つである。されば勞働力の平等にして意味深い發揮を保障する爲に、是と相關聯して従前民族の勞働力を甚しく害した勞働闘争手段をば、刑を以て罰することゝした。尙ほまた獨逸の勞働者の勞働の自由を保障することが必要である。従つて將來の刑法典は勞働者を其の勞働の地位より驅斥することを目的とする誣罔に對して、及び不道義的な同盟絶交の處置に對して勞働者を保護することになつて居る。尙ほ傭主に依る勞働力の暴利的搾取や勞働者の詐欺的加害も、此の箇所勞働の自由に對する侵害として處罰することにしたのである。

最後に委員會の希望する所では、刑法典は勞働の人的及び物的の基礎の維持されるのをも助ぐべき筈のものである。されば勞働者には勞働の地位についての危険に對する保護を興へ、兒童や妊婦には勞務關係に於ける酷使に對して保護を興へることになつて居るし、また經營資金の無良心な浪費を處罰し、以て勞働者を勞働の地位の喪失に對して擁護することになつて居る。尙ほまた内國に存在する勞働の機會が専ら獨逸の勞働者に留保されるやうにすること、また獨逸の勞働力の實體を好ましからぬ移住に對して保護することも、勞働の基礎を維持するのに役立つ所以である。

以上の新しい區分に應じて労働嫌忌、怠惰、放浪、乞丐及び乞丐の爲にする兒童の派遣に關する構成要件は、本章から抽出されて、「乞丐及び労働嫌忌」の獨立の章として別の箇所收容されることゝなつた。

労働力の保護についての章は、今後は次のやうな構成を示す。

I、民族の自然の労働意思の保護、

- 1、民族的労働意思の壊敗、
- 2、労働奉仕制度の敵視、
- 3、國労働奉仕の所屬員の煽動、
- 4、労働無能力の招來、

II、労働の精神的秩序の保護、

- A、労働の平和の侵害、
 - 1、工場閉鎖、
 - 2、同盟罷業、
 - 3、労働意思ある者に對する強要、
 - 4、1乃至3の犯罪を以てする生活上重要な民族の必需物に對する脅威、
- 5、労働闘争の使噓、
- 6、缺くべからざる労働の拒絶、

B、労働の自由に對する侵害、

- 1、労働者に對する同盟絶交、
- 2、労働の地位よりする驅斥、
- 3、労働詐欺、
- 4、賃銀暴利、

III、労働の人的及び物的基礎の保護、

- 1、經營の安全の妨害、
 - 2、兒童及び婦女の酷使、
 - 3、労働力に對する脅威、
 - 4、經營資金の浪費、
 - 5、移住の爲の誑惑、
 - 6、外國に於ける募集及び外國の労働者の使用、
- (2)、労働力の新しい刑法上の保護は、從來の個人主義的、唯物主義的考察方法とは根本的に趣を異に

し、ナチスの法律思想に合致するのであつて、従つて新刑法典の性質と相貌とは特に著しく労働力の刑法上の保護に依つて、決定されるに至るものである。されば本章の特別の意義は、二三の特に重要な章についてのみ規定されて居るやうな前文 *Vorspruch* に依つて、形式的にも特示されることになつて居る。委員会の選定した前文は本章の區分の根本となる思想に倚據するものであつて、左の通りの内容である。

労働は獨逸の民族的同胞の義務にしてまた名譽たるものなり。刑法は獨逸民族の労働意思を保護し、労働の平和を保護し、労働の自由を保護す。刑法はまた労働者の労働の場所についての危険に對し、また其の労働の地位より驅斥せらるゝことに對して労働者を保護す。

(3)、第二讀會に於ても委員會は、民族の労働意思や其の労働の義務を果すにつき内面的の心構へのあることが、獨逸の労働力の一番重要な條件であり、基礎たるものであると云ふ見解から出發した。されば民族的労働意思の壊敗を處罰する構成要件は、本章の先頭に置かれる。けれども労働奉仕制度の保護は此の章から取りのけられるのであつて、此の保護は現在ではすぐ次の二つの構成要件に於て初めて生じて來るものである。そこで將來民族的労働意思の壊敗の廉を以て處罰されるのは、公然獨逸民族の労働意思を痲痺若は壊敗せしめやうとする者と云ふことになつて居る。刑としてはかくの如き無責任な宣傳に對しては三ヶ月を下らない輕懲役、情狀特に重い場合に於ては重懲役が規定してある。

民族的労働意思の具象化されたものとしての労働奉仕の制度を保護する爲の二つの規定が、以上の基本構成要件に接續する。現在では先づ宣傳犯罪、即ち労働奉仕の義務を拒み又は此の義務を免れることを公然勸誘し又は刺戟すること、國労働奉仕の制度及び其の表象を公然誹毀することが是等の規定に於て捕捉され、輕懲役を以て罰せられる。第二の構成要件に於ては國労働奉仕の所屬員に向つての、其の奉仕の義務に甚しく違反することの勸誘若は刺戟をば、輕懲役を以て罰することにして居る。奉仕の義務の違反は刑事上罪となるのではないのであつて、寧ろ單に懲戒法上處罰されるに止まるのであるから、此の構成要件は一定の、特に處罰價値ある過誤の勸誘に制限することは出来なかつた。されば委員會は奉仕の義務の甚しい違反を目標とするものである。何を以て奉仕の義務の甚しい違反であると解すべきかの根據は、一九三六年二月二十五日の國労働奉仕の懲戒法に求むべく、此の法律は第三條に於て二種の異つた懲戒罰（小さいものと形式的のもの）を提供して居るのである。だから新しい構成要件の意味に於ての甚しい奉仕義務の違反は、それが労働奉仕の所屬員につき形式的の懲戒罰を以て罰することを必要とすべき場合に、常に之を存することゝなるであらう。

此の第一の部類の最後の構成要件として續いて掲げられて居る自傷行為に因る労働不能の招來は、第二讀會に於ては大體に於て別に變更されなかつた。

(4)、労働の平和を保護する爲のいろ／＼な構成要件の範圍は、第二讀會に於ては變更されなかつたけれども、二三の構成要件は部分的に改造された。即ち第一讀會は常時二十人以上の者を使用する經營に保護

を制限して居たのに反し、現在では保護は常時十人以上の者を使用する一切の經營に擴張されることになつた。此の制限は勞働秩序法第五十四條に於ける解約申入の保護に關する規定との、内面的の關係に基いて選定されたものである。蓋し勞働秩序法第五十四條に於ける解約申入の保護に關する規定は、此の大きさの經營についてのみ規定されて居る所だからである。けれども此の限界を勵行して餘地を剩さないことにすると、勞働闘争が數個の經營に擴がる場合、特にそれが平等的共同的の處置である場合については、處罰の需要を充分斟酌する所以ではないであらう。例へば或る土地で一定の種類の小經營で、其のそれ／＼が常時十人未滿の勞働者を使用して居るものゝすべてに於て、共同的の同盟罷業が勃發した場合にあつては、此の同盟罷業は一つの獨立した大經營に於ける勞働の拋棄よりも遙に危険なことがある。そこで委員會は現在では、勞働闘争が合計の上で常時十人以上の者を使用する數個の經營に於て、同時に發生した場合について同種の刑を規定することにした。第二讀會に於ては更にそれ以上に互つて、生活上若は戦争上重要な需要を満足させるのに役立つ經營に於ける勞働闘争に關する場合にあつては、使用人の數についての最低限を拋棄することになつた。

此の部類の構成要件中の最も重要なものである同盟罷業は、現在では第一讀會の構成要件に對して次のやうな法文を執ることになつた。

常時十人以上の者を使用する經營の隨從者又は個々の所屬員をして共同的に同盟罷業に入らしめ、

又は惡意に因り經營の秩序的進行を妨ぐるの方法に於て勞働を爲さんことを勸誘し若は煽動したる者は輕懲役に處す。

前項に記載したる方法に於て合計の上にて常時十人以上の者を使用する數個の經營の隨從者若は個個の所屬員に作用を及ぼしたる犯人の刑亦前項に同じ。

同盟罷業又は經營の妨害の際に於ける首魁の罰亦同じ。

委員會が今日ではもはや「共同して契約に違反して勞働を拋棄する」と云ふことを云はないで、「共同的に同盟罷業に入らしめ」と云ふ字句を使用して居るのは、同盟罷業者は普通勞務關係を永久的に解除するの意圖は全然持たないのを常とすると云ふ考慮に基くものである。稱して「同盟罷業」*Streik* と云ふのは、勞務契約を永久的に解除することなくして共同の目的を達成する爲に、經營所屬員の多數者が共同的に勞働を拋棄するのを指すものと解すべきである。従つて勞働の拋棄も決して契約違反たることを必要とするものではないのである。

勞働闘争を取締る刑法上の保護は、工場閉鎖、同盟罷業若は勞働の意思ある者に對する強要に因つて、生活上若は戦争上重要な民族の需要を脅威するの件についての新しい構成要件を設けて、重い刑（三ヶ月を下らない輕懲役、情狀特に重い場合にあつては重懲役）を以て之を罰することに依つて、第二讀會に於ては著しく嚴格なものとされることゝなつた。

缺くべからざる労働の拒絶についての構成要件も改造されて、現在では民族の生活上若は戦争上重要な需要を満足させる爲に役立つ経営に制限されることになつた。然も他の半面に於ては此の構成要件は、缺くべからざる労働の不履行以上に互つて、消極的抵抗にも擴張されることになつた。加之労働者が契約に違反して行爲を爲したかどうかと云ふことは、もはや重要ではないのであつて、只労働者が義務に反して行爲を爲したと云ふこと丈で充分とするのである。蓋し生活上重要な経営及び戦争上重要な経営にあつては、労働者が解約申入期間——時には只の一日丈のことも少くない——の満了した後にあつても常態的に経営の運行されるのに充分な補充の配慮されるまでは、経営全部を續行する上に重要な自分の持場を守つてそれを離れることをしない丈のことを、労働者に向つて期待せざるを得ない次第だからである。然もまた別の半面から云へば労働者が適時に解約申入を爲し且充分な補充員を存する場合にあつては、労働者が労働を抛棄するのを非難する譯には全然いかならう。

(5)、労働の自由の保護に関する構成要件は、第二讀會に於ては「労働の地位よりする驅斥」丈増大させることにした。此の構成要件は從來労働の機會の妨害として看做されたものであるが、此の構成要件は實際上に於ては、自分の労働口の選擇に関する労働者の自由な決意を制限するものである。

第一に本章に屬する「労働者に対する同盟絶交」の構成要件は、第二項に於て相當の決議若は指令の遵奉を労働者に対する同盟絶交の談合と同視することにして居る點に於て、擴張された。儲主組合並に労働

組合は労働の組織に関する規律の更新に依つて今日では廢止されて了つたけれども、經濟上の組合の相當な活動の可能は阻却されなかつた。其の外構成要件は現在では從來よりも簡單に明確に構成されて居るのであつて、左の通りの法文を執ることになつて居る。

公然看取することを得ざる方法に於て當人を特示する標識を労働證明書に記載したる者は、二年以下の輕懲役又は拘留に處す。

道義に反して労働者を労働の地位より驅斥すべき談合を他人と爲し、又はかくの如き決議若は指令を遵奉したる者の罰亦前項に同じ。

「労働の地位よりする驅斥」は、名譽の保護に関する一般的の規定に對して特別構成要件となることになつて居る。従つて此の構成要件は第二讀會に於ては、出來得る限り誣罔に近似せしめることにした。此の構成要件を是認せしむべき特別の關係は、不實の主張は被害者をして其の労働の地位を失ふに至らしめるに適して居ることを必要とするの點に存する。之に反して不實の主張は、名譽毀損であり若は其の他の方法で人を貶するものであることを必要としない。尙ほ主張は本人を労働の地位に留まらしめると否とを決定し得べき機關に向つて行はれ、若は流布せられることが必要である。かやうにして構成された構成要件は労働者にとつて特別な名譽を保護する手段を提供するものであるが、かくの如く労働者の名譽を特別に保護することは、勞務關係の意義の重大なるものあるを考慮するに於て之を是認することが出来るので

ある。こゝに於てか委員會は、經營の指導者又は其の他本人を勞働の地位に留まらしむべきや否やを決定する機關に向つて、良知に反して他人に關し本人をして其の勞働の地位を失はしめるに適した主張を爲し又は之を流布した者を、三ヶ月を下らない輕懲役で罰し、情狀特に重い場合に於ては重懲役で罰しやうとするものである。

前行の規定が誣罔に對して特別構成要件となることになつて居ると同じやうに、勞働詐欺は詐欺の一般的構成要件の特別の場合を成すことになつて居る。此の構成要件も亦第二讀會に於て改造せられ、就中出来る丈密接に詐欺の構成要件に同化された。特殊の勞務關係を斟酌するに於て必要な區別は、次の點に存する。欺罔された勞働者の行ふ處分は勞働の動作の開始、續行若は拋棄に制限される。其の際委員會は契約上の關係は重要でないこと、従つて第一讀會に於て選定された「勞務關係の開始、續行若は拋棄」と云ふ字句は適切でないこと云ふ見解を奉じた。更に此の構成要件を充足するには、決して財産上の損害を必要とするものではない。現在では此の構成要件を充足するには如何なる損害を以ても足ることになつて居るのであつて、勞働力とか名譽とか其の他のものに對する加害丈で充分とするのである。最後に犯人は利得の意圖を以て行爲を爲したことを必要とするものではない。かやうな次第で現在では惡意に因る欺罔を以て、又は惡意に因る默秘を以てして人をして其の勞働上の動作を開始、續行若は拋棄するの決意を爲さしめ、之に因つて本人若は他人に損害を興へた者が、勞働詐欺の廉を以て處罰されることになつて居るの

である。刑は輕懲役たるべく、輕微な場合には二年以下の輕懲役若は拘留たり、情狀特に重い場合にあつては重懲役と云ふことになつて居る。

貸銀暴利の構成要件は、大體に於て其の儘踏襲され、只此の構成要件にあつても一般的の暴利の構成要件に、一層よく同化させることにしたのである。

(6)、新に形成された「勞働の人的及び物的の基礎」の部類に於ては、大體第一讀會に於て「民族的勞働の實體の侵害」と、「勞働の機會の侵害」の下に總括された構成要件を收容した。

此の部類の劈頭には經營の安全の妨害と云ふ、重要な構成要件が置かれることになつて居る。此の規定は第一讀會の決議に比較して著しく擴張された。先づ第一に可罰性は特殊の經營上の怠業の場合以上に互つて、何れの職場 *Arbeitsstätte* についての事故にも及ぼされることとなつた。即ち一つの經營に於てのみに止まらず、また一つの特殊の技術上の施設又は機械についてのみに止まらず、勞働者の使用されて居る何れの場所にも及ぼされることとなつたのである。特に設備された永久的の職場も前提されては居ない。戶外に於て、田園に於て、海上に於て若は山林中に於て行はるべき勞働に關することもあり得る。更に「施設」に於ける保護の裝置の概念は變更され、此の概念の下には本來の保護の裝置の外に、保護の裝置としての作用を爲す自然の施設も含まれる。例へば漁夫、樵夫及び石工などを勞働の際に於ける事故に對して保護する裝置の如し。是等の自然の施設が保護の作用を有するものとして周知であり、また實際にそ

う利用されるのを以て充分とするのである。罪となる動作は現在では、其の用を爲さざるに至らしめる一切の場合に擴張された。其の外不作爲に因る犯人も犯人がかくの如き施設を有効に設備し、維持し若は行使するの義務に違反するすべての場合に擴張されることになった。即ち此の義務違反はもはや規定違反の形式的な概念に従つて判断せらるべきものではない。こゝに於てか構成要件は左のやうな法文を執ることになった。

職場について人を保護するの用を爲す施設の全部若は一部を無効ならしめ、又はかくの如き施設を有効に設備し、維持し若は行使するの義務に違反することによつて他人の労働力にとつての重大なる危険を招來したる者は、輕懲役に處す。

情狀特に重き場合にあつては、刑は重懲役とす。

第一讀會に於て「傷害罪」中に列せられて居た、婦女及び兒童の酷使を取締る構成要件は、現在ではここに移されることになった。かやうに規定の所在を變更した理由は、委員會の見解に依ると、構成要件は勞務關係に因つて犯人に依存することになつて居る兒童、及び妊婦に制限する必要があると云ふことである。其の他の一切の酷使、例へば學校とか、修業とか、家庭生活とかに於ける酷使は現在では可罰性から除外されることになった。何となれば是等の場合にあつては教育や修業の問題が、決定的の意義を有する次第だからである。勞務關係以外に於ける酷使の極端な場合は、どの道傷害罪の見地の下に既に捕捉され

るものである以上、意を安んじてかやうな處置に出ることが出來た譯である。更に酷使に因つて生ずる危険は労働力の重大な脅威に制限された。現在では構成要件は左の法文を執ることになつて居る。

無良心に勞務關係に因つて自己に依存する十八歳未満の者又は妊婦を酷使して其の労働力を甚しく

危殆ならしめたる者は、三ヶ月を下らざる輕懲役に處す。

情狀特に重き場合にあつては、刑は重懲役とす。

認識と欲求を以てする無良心の行爲に因る労働力に對する其の他の脅威の何れをも取締る、第一讀會に於て既に規定された補充的の構成要件は存置された。

經營資金の浪費の構成要件も存置された。只此の構成要件は現在では常時十人以上の者を使用する經營に制限されて居る。蓋し小經營に於ては労働秩序法に依る解約申入の保護を存せず、且又工場閉鎖及び同盟罷業の構成要件も亦、普通小經營には適用されないことになつて居る以上は、此の構成要件をも比較的大規模の經營に制限するのが適當であるからである。更に從來は經營資金の浪費の結果として、經營所屬員の失業と云ふことが要求されたものであつたが、由來失業の到來と云ふことは、往々にして犯人に於て全然豫見することの出來ない、偶然の事情にのみ左右されるに過ぎないことが多いのであるから、委員會は只犯罪に因つて經營所屬員を解雇の運命に至らしめることのみを、要求するのを正當であると認められたのである。

本章の最後の構成要件中には現在では只移住の誑惑、外國に於ける募集及び外國の労働者の使用が包含されて居るに過ぎない。是等の構成要件は第二讀會に於ては内容上著しい改正は受けなかつた。

六、民族の健康に對する侵害

ドクトル・レオポルド・シェーファア

ナチスの國家の一切の努力の終局の目的は、獨逸民族の保存と向上とであるのだから、自然ナチスの國家は民族の健康の保全に其の特別の注意を拂はざるを得ないこと勿論である(註一)。此の目的の爲に役立つ國家的手段は云ふまでもなく専ら刑法外の性質を有する處置であつて、數多くの健全な子孫を儲けんが爲の法律上及び行政上の處置(例へば一九三五年十月十八日の婚姻健康法を参照)とか、民族の健全な榮養、住宅、被服、労働及び生活方法の保全とか、少年及び成年たる民族の同胞の保健的訓練とか、疾病及び死亡を減少せしめる爲の努力とか、保健制度の統一とか、遺傳病保有者の斷種とか、それであるが、民族の健康に對する侵害であつて、刑法を以てして豫防することの出来るものもないではない。然も此の場合保護の客體の有する意義の重大なるものあるの然らしめる所として、現行法や從來の諸草案に於けるとは異り、之に關する規定を刑法各則篇の民族の健康を保護する爲にのみ設けてある、特別の一章中に總括することを必要ならしめる。かくの如き特別の一章を形成するときは、新國家の立法者にとつて特に重要である民族の健康の保全と云ふ思想が、司法の上でそれに相當した丈の注意を拂はれるやうになる爲の、

保障が提供されることとなる次第なのである。

(註一) 黨綱要第二十一。

かくの如き章は自然の勢として、欠缺を伴ふことを免れない。蓋し究極に於ては民族の健康の保護にも役立つべき幾多の罰則が、其の内面的關係の然らしめる所として他の章中に收容されるの止むを得ない結果となるからである。此の點に於て擧げなければならないのは人種、傳統的法益及び繁殖力の保護に関する規定、特に墮胎の取締に関する規定であり、次に殺人及び傷害、決闘を取締る規定であり、勞働力に対する侵害に関する規定の大部分であり、特に自傷行為、營業的施設及び機械についての運用の安全の妨害、婦女及び兒童の酷使を取締る規定であり、而してまた扶養義務の違反、妊婦の遺棄、家庭の財産の持出に因る家族の必要な生計の脅威に関する規定であり、姦淫行為、特に兒童及び少年に對する姦淫行為並に就中井水竝に空氣の加毒、土木工學上の法則に對する違反、人命に對する脅威、公共の危険の助長、緊急救助の懈怠等の如き公共上危険な行為の若干を取締る多くの規定、及び公の交通の保全に関する規定などである。其の外温泉に對する脅威に関する規定の如きもこゝに擧ぐべきであらう。加之例へば軍人の自傷行為を取締る罰則(軍刑法典第八十一條及び第八十二條)勞働者保護立法の大部分、特に刑法典以外に於て規律されて居る、婦女及び兒童を不適當若は健康上有害な勞働に使用するのを取締る規定、種痘法、食料品取締法、鉛及び亞鉛の取締に関する法律、屠肉検査法、阿片煙吸食の取締に関する法律、性病豫防法、

飲食店酒場取締法及び其の他の法律のやうな刑法附屬法中の規定も亦、此の關係に屬するものである。

刑法典中の一般的规定であつて此の種類に屬するものもいろいろある。歸責無能力者及び限定歸責能力者を療養院及び養育院に收容し、酒癖者及び癡醉劑濫用者を酒癖矯正所若は節制所に收容するの件についての規定とか、各則篇中に散在して居る是等の處分の秩序的な執行を保全する爲の規定などがそれである。更に特に擧ぐべきは酩酊 Trunkheit の刑法的處遇に関する一般的规定である。わけても泥醉 Volltrunkheit を取締る罰則、換言すれば故意若は過失に因り酒精含有飲料を飲用することに由り、又は其の他の癡醉劑を用ひて歸責能力を阻却する酩酊の状態に身を置き、此の状態に於て刑を法定してある行為を犯した者に對する制裁を指摘しなければならぬ。此の規定は第一讀會に於ては總則の規定中に置かれてあつたのであるが、第二讀會に於ては各則篇に移され、特に「民族的平和の妨害」の章中に置かれた。蓋し此の規定は民族の健康に對する侵害を直接の客體とするものではなくて、寧ろ主として無思慮な酩酊に因つて公共の平和を脅威するのを取締ることを目的とするものだからである。

従來の決議に依ると、本章中には三種類の規定が置かれた。

- 1、傳染病を蔓延せしめるのを取締る規定(性病及び疫病)、
- 2、加毒したる必需品若は健康上有害なる必需品の取引を取締る規定、
- 3、癡醉毒及び煙草の濫用を取締る規定

かそれである。

是等の規定は全部既に現行法中に收容してあるのだけでも、極めていろ／＼な法律中に散在して居た。今之を本章中に収めることにしたのは其の何れもが民族の健康に對する危険な侵害たるものであることを理由とするものである。

(1) 傳染病を蔓延せしめるのを取締る規定、

此の部類の最初の規定は、一九二七年の性病の撲滅に關する法律の第五條及び第六條の規定を總括したものであつて、先づ第一に處罰されるのは、傳染の危険を伴ふ性病に罹つて居るに拘らず性交を遂げる者である。從來の規定にはまだ其の外に「犯人が之を知れるか、又は事情上推知せざるべからざるとき」と云ふ別段の要件が設けられてあつたのであるが、此の要件は削除して差支ない。一般の法則上處罰の爲には所謂未必的故意 *Eventualdolus* を以て充分とするのであつて、即ち何か特別の規定を設けることをしないで、犯人が其の性病に罹つて居る可能のあるのを認め乍ら、然も尙ほ性交を遂げることを敢てしたと云ふ丈で、處罰するに足るのである。委員會は勿論軽い刑の下に於てはあがあるが、犯人が過失に因つて分のかくの如き病氣に罹つて居るものであることを認識しなかつた場合にまでも、可罰性を擴張しやうとして居るのであつて、かやうに規律するに於ては、現行法の「又は事情上推知せざるべからざるとき」と云ふ文句の中に包含されて居る證據の推定は、全然無用となる譯である。

本草案は前記の法律の第六條の規定についても同じやうな處置をとり、第二項として之を新規定中に收めて居る。此の場合にあつても犯人が傳染の危険を伴ふ性病に罹つて居るのを「知れるか又は事情上推知せざるべからざるとき」の條件は削除され、可罰性は専ら犯人が傳染の危険を伴ふ性病に罹つて居るにも拘らず婚姻を締結し、豫め相手方に自分の病氣について通知を爲すことを懈つたこと丈に繫らしめられる。此の構成要件についても——假令比較的軽い刑でこそあれ——過失の場合に對して刑を法定してあることは、實際上の適用を有効に補充し、之を容易ならしめる所以なのである。

性病患者の性的交渉の場合にあつては脅威構成要件 *Gefährdungstatsbestand* であることは從來の通りであつて、故意に因る傳染の證明された構成要件に對して單に補充的たるのみに止まるものである。此の犯罪の結果として被害者が長期間又は永久に其の繁殖能力を妨げられるものと豫見されるときは、危険なる傷害の故を以て、また此の結果が犯人の意圖に出でた場合にあつては重い傷害の故を以て重懲役を言渡すべく、尙ほ前なる場合に於ては六ヶ月を下らない輕懲役を選択せしめる。脅威自體についても刑の範圍は現行法に比較して重くしてある（三年未滿の輕懲役から單なる輕懲役、即ち十年未滿の輕懲役に引上げることにした）。

委員會の企てて居ることゝに收容した二つの構成要件の規律は、更に二つの別段な重要な點に於て從來の規律と趣を異にして居る。從來は此の犯罪は二つの場合を通じて被害者の告訴のあつた場合に限り訴追す

ることが出来たのであつて、告訴は被害者が告訴人の親屬である場合にあつては取下げることが出来るやうになつて居たのであるが、親告罪の問題についての委員會の一般的著眼は、此の規定の廢止を導いた。此の廢止は既にプロイセン邦司法大臣覺書中に於て提案せられた所であつた。將來は刑事訴訟の問題についての被害者の所存を聽き、此の犯罪は刑法上訴追すべきものであるかどうかについての、自分の本分に從つての裁量に屬せしめられて居る決定に際して、之を斟酌するのは檢事の任であらう。其の際こゝに問題となる犯罪は獨り個々の被害者に對する脅威たるのみに止まらず、更に其の以上に互つて民族の健康に對する特に無良心な侵害、從つてまた民族協同體自體に對する特に無良心な侵害をも成すものであると云ふ見地に、著しく重きを置くことを必要とするのは云ふ迄もあるまい。

更にプロイセン邦司法大臣の覺書と關聯して現行法の二つの場合に定めてあつた六ヶ月の公訴の時効期間は廢止された。此の如き純然たる個人主義的思想傾向に歸著せしむべき規定は、公訴の時効に對して現行法（本報告第一卷參照）とは根本的に別個の立場に立つて居る刑法典中には、もはや全然其の地位を要求することは出来ないのである。

此の部類の第二の規定は、現行刑法典第三百二十七條の白紙規定に若干の變改を加へて之を踏襲したものである。構成要件は次のやうに簡單にされた。

傳染力を有する人間の疾病の輸入若は蔓延を豫防する爲に法律を以て定めたる規程又は主管官廳に

於て下したる命令に違反したる者は、他の規定中に於て別段の定めを爲さざる以上は輕懲役に處す。

新法文は先づ一九二七年の草案に倚據して、從來争はれて居た特別の疫病豫防法との關係を明確にして居る。是等の特別法が特別の罰則を規定して居る以上は、是等の罰則は特別規定としてこゝに論じた補充的の構成要件に優先する。二つの法條の間に法條競合を存するのである。所が刑は現行刑法典第三百二十七條に比較して著しく重くしてあるから（從來の二年以下の輕懲役又は罰金の代りに單なる輕懲役）、將來は特別法中に特別の罰則を收容する機會を生ずることは、從來よりも遙に稀であらう。刑を重くした結果、違反に因つて人間が傳染病に罹つた場合には三ヶ月以上三年以下の輕懲役を科すべき旨の、從來の規定の第二項も無用と認められるやうになつた。此の場合には將來は基本刑の範圍内（十年以下の輕懲役）に於て刑を相當に量定することに因つて、相當の處罰を見出すことが出来る。將來は恐らく疫病取締の立法に反する特に危険な違反につき重懲役刑を相當とするか、又は輕微な、特に過失を以てのみ犯される違反行爲について、比較的輕い刑、恐らくは單なる違警罪刑のみを以て充分と認める場合にのみ、規定を設けることを必要とするであらう。第二讀會に於て再應規定を審査するに際しては、一面では特に重い場合について重懲役刑が認められ、また他面に於てはプロイセン邦司法大臣の覺書及び一九二七年の草案と關聯して過失に因る犯行も刑法典中に於て規律され、且輕い法定刑を以て明示的に處罰されてあ

ることに依つて、上述のやうな特別規定も無用たらしめることが出来はしないかどうかを考慮する必要があるであらう。かくの如き規律を設けると、當該の特別法は欠缺を包含するものとなるであらうと云ふ非難は如何にも起り相であるが、かゝる非難は少しも適切なものではなく、特別法中で隨時考慮に上る過誤を詳細に劃定し、之に是等の過誤は刑法第…條に依り處罰する旨の制裁を結び付けるのに對して、何等懸念を生ずる次第ではないのである。かくの如き規律は一面に於ては特別法の明確にして遺漏のない規律を維持すると共に、他の半面に於ては關係の罰則を普通刑法典中に收容することに因つて、民族協同體の立場から見ても是等の罰則に當然歸屬する丈の重みを與へることとなるであらう。

此の構成要件を簡單にした法文は、從來取締られて居なかつた場合、又は兎に角疑を容れない程度には取締られて居なかつた場合にも及ぶものである。立法者が從來「隔離處分若は監督處分又は輸入禁止處分」の違反を罰する丈に止めて居る場合には、例へば衣服若は下着の消毒若は除去の命令をも併せ捕捉したものであつたかどうか、疑を容れる餘地があつた。更に現行法上に於ける別段の係争問題は、「法律を以つて」定めた規程を主管官廳の命令と明示的に同視することに因つて、判例の精神に於て解決された。最後に現在既に大體「故意に」vorsätzlichと云ふのと同じやうに解釋されて居る「認識と欲求を以て」wissentlichの字句が削除され、之に因つて所謂未必の故意をも包含するなどの故意に因る行爲もが、一般の規定に従つて處罰されることに依つて、内面的の構成要件も亦從來の判例の精神に於て明確にされることとなつたのである。

(2)、加毒したる必需品又は健康上有害な必需品を取引に供すること、

現行刑法典第三百二十四條は、委員會が其の公共に危険であり、また人の家畜にとつても共同の危険であるの故を以て、「水竝に空氣の加毒」の表題の下に公共上危険な行爲の中に加へた所謂井水加毒の構成要件の外、公の購買若は使用に提供するの使途を有する物件に加毒し、又は之に人の健康を破壊するに適したものであることの自分に知れて居る物質を混合し、又はかくの如き加毒若は危険な物質を混合せしめた物を認識と欲求を以てして、且此の性質を秘匿して賣却、陳列し又は其の他之を取引に供した者に對する罰をも包含するものである。委員會は必需品に關する不正の全領域を附屬法に一任しやうとした從來の諸草案と異り、然もプロイセン邦司法大臣の覺書に倚據して幾分か法文を簡單にして、民族の健康に對する侵害の章中に收めた。加毒した必需品又は其の他健康に有害な必需品を取引に供することの伴ふ民族の健康にとつての非常な危険は、かくの如き種類の過誤の少くとも一番重いもの丈を普通刑法中で取扱ふことを必要ならしめる。委員會の選んだ法文は左の通りである。

公衆に購買せしめ又は消費せしむるの使途を有する物件に加毒し、又は之に健康上有害なる物質を混合したる者、又はかくの如き加毒したる物件若は健康上有害なる物質を混合したる物件を陳列、賣却し又は其の他取引に供したる者は重懲役若は六ヶ月を下らざる輕懲役に處す。

過失に因り本條の罪を犯したるときは、刑は輕懲役とす。

此の構成要件の及ぶ範圍は從來の規定よりも幾分か廣汎である。先づ第一には健康上危險である性質についての犯人の知識に關しては、もはや直接故意 *Volus directus* は要求されないので、寧ろ所謂未必的故意を以て足るものとして居るし、次に取引に供することの構成要件については、犯人が取引に際して健康上有害である性質を秘匿したことの要件は掲げられて居ない。かくの如き秘匿の存在しない場合に於つても、民族の健康にとつての危險は等しく大なるものがあるのである。特に必需品が其の健康を脅威される消費者の手に到達するまで、多數の人の手を経る場合に然りとす。

此の新規定も亦現行刑法典第三百二十四條の場合に從來主として認められたやうに、構成要件に於て遙に包括的な一九二七年七月五日の食料品取締法第十二條の規定と、一罪 *Tateinheit* の關係に立つてあらう。けれども此の問題はまだ一審査が必要である。從來食料品取締法の規定は特別法 *Leges speciales* として刑法第三百二十四條に優先するのであつて、従つて法條競合を存するのであると云ふ見解が、充分の理由を以て主張された。果して然るものなりとせば、現在の構成要件は實際上單に些細の意義を有するに過ぎないであらう。けれども普通刑法の規定は、食料品取締法の特別規定に對して加重構成要件 *Qualifikationstatbestand* を成す次第なのであつて、即ち食料品取締法の規定の適用を除外するものであると云ふ、反對の見解も考へられる。

食料品取締法の第十二條は、食料品取締法の最も重要な規定であつて人の健康の保護に役立つものに對する故意及び過失に因る一切の違反行爲を罰するものである。罪となるのは就中、それを飲食するに於ては人の健康を害するのに適するやうに他人の爲の食料品を調製する等の所爲であり、其の外それを飲食するに於ては人の健康を害するのに適するやうな物件を、食料品たるものとして一般の取引に供すること、食器、酒器及び料理用器具の如き、化粧品、被服材料、玩具、絨緞等の如き或る種の必需品をば、其の成分の然らしめる所として又は其の不潔なるの致す所として、其の用途に従ふ使用に際し又は其の豫見せられる使用に際して人の健康を害するの適するやうに調製し、又はかくの如き必需品を取引に供することである。最後に第十二條に依れば民族の健康を保護するのに役立つ施行規則に對する違反行爲も罪となる。犯罪が人を重く傷害し又は人の死亡を惹起した場合については、基本構成要件に於て罰金と併せて規定してあつた輕懲役刑の代りに十年以下の重懲役を以てするのである。

委員會の新規定は食料品取締法の捕捉して居る場合の一部、即ち犯人が自己の行爲に因つて健康に對する加害を招來した場合、又は他人のかくの如き行爲に因つて加害された物件、又は健康上有害なものとなつた物件を取引に供する場合のみに關するものである。人の細工に因らないで、例へば内面的の分解に因つて腐敗し又は健康上有害となつた必需品を取引に供することは、從來提案されて居た法文に依つては取締られては居ないのであつて、即ち此の取締は食料品取締法に一任されてあつたのである。従つて刑も非

常に峻嚴であつて（重懲役又は六ヶ月を下らない輕懲役）、かくの如き種類の過失に因る行爲については輕懲役が定めてあるのである。少くとも健康上有害な必需品を故意又は過失に因つて取引に供する一切の場合を、普通刑法中で規律した方がいゝのではないかどうかと云ふことは、考慮しなければならぬ所であらう。若しかやうにするときは、恐らく基本刑を引下げて重懲役刑を情狀特に重い場合に制限することを餘儀なくされるであらう。提案されたやうな一般的の規律は、食料品取締法に依つて刑法典から別除された刑法第三百六十七條第七號が、其の意義にふさはしい重い刑を以てして、再び普通刑法中に收容されるの結果を來すであらう。

食料品取締法の範圍外に於ける他の多くの規定、例へば必需品、特に食料品を調製する際に於ける鉛若は亞鉛又は健康上有害な色彩の不當の使用を取締る規定に對する新しい規定の關係は、更に審査を行ふことを必要とする。是等の過誤は從來は大抵違警罪刑を以てのみ、即ち今日の見解に依れば全然不十分な刑を以てのみ處罰されるに過ぎなかつたのである。

(3)、癡醉毒及び煙草の濫用を取締る規定、

酒精、阿片、コカイン及び類似の癡醉劑竝にニコチンを攝取することが民族の健康に類廢的作用を及ぼすの結果として、此の民族的に有害な毒物の濫用を撲滅する爲に職分を盡すのが立法者の義務となつて來る（註一）。今此の害について統計的に詳細な説明をするのは、本報告の範圍を超えることとなるであら

う（註二）。だからこゝでは只一九二六年度に於て我が國の酒癮者保護機關が、三十萬人の酒癮者を計上したことを一言する丈に止める。更に最近に至つて獨逸の新聞紙が、酒精の子孫に及ぼす不祥な作用をば二三の驚愕に値ひする數字を以てして認定して居る、フランスの新しい統計について行つて居る論述を指摘したい。之に依ると酒癮者の家庭に於ける死産竝に早産の數は、常人の家庭に於ける其の數のは、二倍を算して居るし、生後第一年の兒童の死亡數は後者の五分の一に對して前者は三分の一に上り、兒童の六歳を超えて生殘するもの常人の家庭にあつては七〇パーセントであるのに反し、酒癮者の家庭にあつては五〇パーセントに止り、生殘兒童にあつても酒癮者の子は精神薄弱者、虛弱者及び道義的低格者であることを示すことが少くない（註三）。

（註一）癡醉毒の危險な作用については廣汎な内容を有する文獻、例へば Wlasak, Grundriss der Alkoholfrage (2 Aufl., 1929); Willbrandt, Der Alkoholismus als Problem der Volkswirtschaft (1924); H. Eister, Das Konto des Alkohols in der deutschen Volkswirtschaft (3. Aufl., 1927) を参照せられたこと。

（註二）酒精問題の統計的資料を掲げて居るのは就中左の書物である。

Papoth, Todesursachen und Alkohol missbrauch (meitz. - statistische Beiträge zur Alkoholfrage, 1. Heft, Berlin 1929);

Bracht, Alkohol, Volk, Polizei (Berlin 1930); Baer, Der Alkoholismus, seine Verbreitung und seine Wirkung auf individuellen und sozialen Organismus (Berlin 1878); Jahreis, Alkoholismus (im Handwörterbuch der Kriminologie)。

（註三）されば遺傳病の子孫豫防の爲の法律も亦第一條第二項に於て、重い酒精中毒に悩む者の斷種を許すことにして居る。

刑法の立法者は經驗上癡醉毒の濫用が犯罪と極く密接な關係に在る以上、益々以て極力癡醉毒の濫用を

取締る理由を有するものである。即ち多くの犯罪は麻酔毒の直接の作用の下に行はれるし、他の多くのものは過當の若は常習的の麻酔毒の攝取又は麻酔毒濫用者の血統に基く肉體的、精神的の錯亂に其の原因を有するものである。

されば委員會は從來の諸草案に倚據して麻酔毒の濫用を取締る刑法上の處置を總括し、第三の部類として今こゝで論じて居る章中に收めることにした。是等の規定は其の後從來の諸草案中から一部は現行刑法典中に收容され（第三百三十條り、施設内に收容されて居る者に對する麻酔毒の交付）、一部は一九三〇年四月二十八日の飲食店酒場取締法（第十六條第一號乃至第三號、第二十九條及び第三十條、酒精分含有飲料の酩酊者及び少年に對する交付、竝に少年に對する煙草の交付）に收容されることになつた。飲食店酒場取締法中に收容されてある構成要件も亦、酒精の濫用に對する刑法上の處置の主要な部分を成すものであつて、普通刑法典中に於ては此の構成要件を缺くことは出来ない。且又是等の構成要件は畢竟必ずしも全然飲食店酒場取締法中に收めるのに適するものではない。蓋し是等の構成要件は一部は小取引に於ける交付をも併せ捕捉するものだからである。加之全然不充分である法定刑（違警罪刑、再三の累犯の場合に限り三ヶ月以下の輕懲役又は罰金又は是等の刑の何れか一方）を著しく引上げることが必要とするの事情も、普通刑法典中に此の構成要件を收容するのを辯護するものである。

前記の構成要件の外に委員會は尙ほ一九二九年十二月十日の阿片煙の吸食取締に關する法律中からも阿片、モルヒネ、コカイン及び類似の麻酔薬を不法に取引に供するのを罰する規定を普通刑法典中に收容しやうとして居る。素より刑法典は是等の麻酔毒の禁壓を遺漏なく規律することは出来ないのであるが、併し基本構成要件は麻酔毒の濫用の刑法的取締にとつて非常に重要な得物を包含するものであつて、民族の健康の保護に關する章中には之を缺くことは出来ないのである。阿片煙の吸食取締に關する法律は將來如何なる形式の取引、及び如何なる種類の麻酔劑を「不法たるもの」として認むべきやを定め、其の處罰に關しては普通刑法典を指示すればよい。かくの如き規律は偶々以て此の罰則の意義を高める所以に外ならないであらう。其の他の點に於ては阿片煙の吸食取締に關する法律の補充的の構成要件（營業者の購入證明書強制の違反、商品在高帳に關する規定の違反等）は舊來の儘としてよい。けれども妄りに調製し、輸入し、輸出するのを刑法典中に於て處罰すべきではないかどうかと云ふことは考慮しなければならぬ。

委員會の提案に係る、施設に收容されて居る者に對する麻酔毒の交付に關する規定は、先づ現行刑法典第三百三十條りの構成要件を踏襲したものであるけれども、著しく此の構成要件を擴張して居る。從來は酒癮矯正所又は節制所に「收容された」者に對して、妄りに麻酔毒を交付するの丈を罰して居たのであるが、此の意味に於て收容されるとは、刑事裁判所の命令、其の他の官廳の指令例へば後見裁判所若は少年裁判所の指令に依り（少年裁判所法第七條）、又は親權者若は後見人よりして施設に附託された者の謂で

あつて、之に反し任意的に施設内に在る者は「收容された」者ではないのである。けれども民族の健康と云ふ見地よりするときは、任意的に自分の痼疾の救治を求めつゝある酒癖者、若は痲醉毒中毒者に痲醉毒を供給することに因つて、本人の孜々砒々たる長年月の努力を失敗に終らしめると云ふのは誠に憎惡すべきこと、謂はなければならない。加之施設内には普通強制患者と任意患者とが同時に在留するを常とするのであるから、任意の患者が痲醉毒の交付を受けても別に處罰されないで済むと云ふ事實は、著しく施設の規律と目的とを妨げないでは置かないであらう。是等の理由に因り委員會は、酒癖矯正所若は節制所に收容中の者に認識と欲求を以て施設の長の許可を受くることなくして、酒精分含有飲料又は其の他の痲醉薬を供給した者は、對價と交換的に之を行つたと無償で之を行つたとを問はずべて可罰性の下に屬せしめることとした。更に委員會はかくの如き施設の被收容者に向つて惡意に因つてかくの如き飲料の攝取を誘惑した者、例へば被收容者をからかふことに因つて、其のさなきだに多大の努力を以てして辛ふじて維持し續けて居る所の、節制の決意を裏切らせやうとする者も罪となるものと宣言して居る。かくの如き誘惑は被收容者の考試的釋放後に行はれること特に多く、そしてまたかゝる場合に特に危険たるものである。恐らく數ヶ月間に互つて終局的治癒の見込の下に行ひ續けられて來た節制療法の成功が、無責任な「友達」の爲に往々にして一瞬に水泡と化せしめられて了ふことがよくあるのである。かやうな弊害も刑法上の手段を以てして極力防止しなければならない所に屬する。酒癖者矯正所若は節制所から釋放された

者の必ずしも何人をも、他人に依る新な攝取の誘惑に對して永久的に保護することは出來ないけれども、少くとも刑事裁判所が收容所内に收容した者丈については、そして釋放が單なる條件付の收容の猶豫たるのみに止まる間丈は、かくの如き刑法上の保護を提供するのが至當であるやうに思はれる。されば委員會は第二項に於て次のやうに規定して居るのである。

條件付にて酒癖矯正所又は節制所内に於ける收容を猶豫せられたる者に對し猶豫の期間中惡意に因り酒精分含有飲料若は其の他の痲醉薬を攝取せんことを誘惑したる者の罰亦前項に同じ（二年以下の輕懲役又は拘留）。

飲食店若は酒場又は小賣取引に於てする泥酔者に向つての酒精分含有飲料の交付に關する規定は、法定刑を二年以下の輕懲役又は拘留（罰金）に引上げたのを除外すれば、委員會は飲食店酒場取締法第十六條第三號及び第二十九條の規定を其の儘踏襲した。既遂犯のみが罪となることになつて居るのは從來と同様である。酩酊者に向つて更に酒精分を攝取せんことを誘惑するのをも處罰しやうと云ふ提案は、「明白に上機嫌の状態に在る」者に酒精分を交付するのにも規定を及ぼさうとする提案に於けると同様、舉證の困難なるの故を以て懸念があつた。

委員會はまた少年に對し酒精分含有飲料並に煙草を交付するのを罰する規定も、それが少年たる民族的同胞の發育盛りの時期にとつて根本的の意義を有するの結果として、民族の健康上極めて重大な意義を有

するの事實に顧み、同じやうな處置を執ることにした。是等の規定は飲食店酒場取締法第十六條第一號及び第二號、第二十九條及び第三十條の規定の法定刑を重くした丈で、實質上其の儘踏襲してある。之に依ると飲食店若は酒場の經營に於て又は小賣取引に於て火酒又は主として火酒を含有する飲料を、飲用の爲十八歳未滿の者に交付することは出来ない。更に他の酒精分含有飲料竝に煙草をば教育の權利を有する者又は其の代理人の不在の所で、飲食店酒場の經營に於て十八歳未滿の者自身の飲用の爲に交付することを得ない。委員會は此の最後の場合に於て保護年齢を十八歳に引上げべきではないかどうか、及び十六歳未滿の兒童には全然喫煙を禁止し、本人自身の吸煙用の爲にかくの如き兒童に煙草を交付するのを罰すべきではないかどうかを考慮した。併し從來の規定をかくの如く擴張することは、實際上實行不可能であると云ふ意見が多かつたのである。

飲食店酒場取締法を、提案されて居る規律と調和せしめるのは施行法の任とする所である。此の場合にあつても飲食店酒場取締法中で、刑法典の參照を求めるのが望ましいであらう。

「民族の健康に對する侵害」の章の組織と内容は、第二讀會に於ても大體に存置された。併し細目に於ては二三の必ずしも重要でなくもない修正が加へられた。

(1)、傳染病を蔓延せしめるのを取締る規定については、今後は疫病の蔓延を取締る一般的の規定をば、性病を蔓延せしめるのを取締る特別の規定に優先せしめることにして居る。

(a)、疫病を蔓延せしめるのを取締る規定は其の法文に於て更に簡單なものとし、情狀特に重い場合に於ての加重刑を挿入することに因つて補充した。其の法文は左の通りである。

傳染力を有する人の疾病の蔓延を取締る規定に違反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。

外國よりする疾病の輸入は、蔓延の一つの場合たること疑を容れないものとして、もはや特に之を擧げることをしなかつた。輸入及び通過の禁止に對する違反も、乃至はまた種痘に關する規定の違反も明示的に列擧することを必要としなかつた。疫病の取締に關する新しい法律の用語例に従つて、一般的に傳染力を有する疾病について云々してある。稱して傳染力を有する疾病と云ふ中には獨り本來の意味に於ての疫病のみに止まらず、傳染に因つて蔓延せしめることの出来るすべての疾病、特に人間から人間へ傳染する計りでなく、禽獸の仲介を以て、例へば昆虫、寄生虫若は其の他の微生物に因つて傳染する疾病も包括されるものである。場合に依つては獸疫若は旋毛虫の如き鳥獸から人に傳染する寄生虫も之に屬することがあり得る。只それは主としてかくの如き獸疫若は寄生虫の傳染に對する、人の保護に役立つ規定に關する程度に於てのみに止まるものであることは言を俟たない。第一讀會に比較して新しい情狀特に重い場合に

ついでに加重を設けることに因つて、此の領域上に於ける現實に刑事的な附屬刑法上の一切の構成要件を、刑法典に於て總括することが出来ることとなる。曩に提案したやうな過失に因る犯行についての輕い罰則の收容は、第二讀會に於ても見合はせられた。蓋し過失に因る違反行爲は大抵の場合秩序違反たるのみに止まるものであつて、刑法典中に於ては之を容れる餘地を剩さないからである。之を秩序罰刑法典に於て總括することが出来なくはないかどうかは、審査する必要があらう。

附屬法を普通刑法典中に編入する一般的の技術に關しては、普通刑法典中に收容した規定を附屬法中で削除することが是等諸法の内面的關係を分斷する虞のある場合に、附屬法中で同じ構成要件を反覆し法定刑に關しては普通刑法典を指示することにしやうと云ふ曩に爲した提案は、第二讀會の際委員會の同意を得る所となつた。附屬刑法の規律を更新するに際しては一般的に爾く處置することが企てられた。かくの如く改造された附屬法の規定に對する普通刑法典の新規定の關係についての疑義は、此の場合にはもはや發生することはあり得ない。けれども附屬刑法中に於ける規定が特有の法定刑を具へて居る以上は、是等の規定は普通刑法典の關係規定と法條競合の關係に立ち、従つてまた獨立して適用せらるべき特別の規定を成すものである。秩序違反についての處置も同じやうであつて、其の規律は秩序罰刑法典中に收容されるか、又は附屬法中に殘存せしめられるのである。

(b)、本章の第一の部類の第二の規定、即ち性病の蔓延に關する規定も亦構成要件に於て遙に擴張され、

現在では

性病患者として他人と婚姻を締結したる者、又は他人と性交を遂げ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。

過失に因る犯行の場合にあつては、刑は二年以下の輕懲役又は拘留とす。

と云ふことになつて居る。

性病豫防法中に於ては、曩に取扱つた一般的の規律に應じて、第五條及び第六條の代りに次のやうな規定を設くべきであらう。

性病患者として他人と婚姻を締結し又は性交を遂げたる者は、獨逸刑法典第……條に依り之を罰す。

此の規定が「性病患者」と云ふことを法文中に云つて居るのは、まだ傳染力を有する犯人のみを念頭に置いたものである。所が此の規定は性病の蔓延を豫防しやうとするものであつて、またそう云ふ表題をつけてあることであるから、傳染力を有する犯人のみを念頭にすることを明示的に標榜する必要はない。其の外現行法並に第一讀會の決議とは異り、性病患者が婚姻を締結するに先だち自分の性病を相手方に通知しなかつたことの要件は、之を掲げることを見合はせた。假令此の場合が一番普通の場合ではあるにしても、婚姻の相手方が民族の健康の利益上設けてある、健康上不適法な婚姻を締結することの禁止を

無視した場合にあつても、可罰性は原則として除外せらるべきものではないからである。其の際禁止に係る婚姻が騙罔に因つて行はれたものであるときは、草案の他の箇所に掲げてある人種上有害な婚姻の騙罔に由る締結に關する規定が、一罪として適用される。内國に於ける婚姻について許婚者双方又は男子たる許婚者が外國の國籍を有するの故を以て（婚姻健康法第五條第一項參照）、婚姻適格證明書 *Ehelicheitzeugnis* が必要でないときは、こゝに論ぜられて居る性病の蔓延を取締る規定のみを適用する。

假令單に脅威の構成要件を存するのみに止まり、性交に因つて他人に性病を傳染せしめたことの證明された場合に初めて、重い傷害の比較的峻嚴な法定刑の適用があるに過ぎないのであるとは云へ、第二讀會に於ては脅威構成要件についても情狀特に重い場合の爲には重懲役を法定することが企てられた。此の加重規定は就中、疫病の蔓延を取締る一般的の規定につき、同種の加重が行はれて居るの事實に顧み、之を是認することが出来るのである。

脅威を受けた相手方ほどの程度まで、此の犯罪を訴追すると否とを左右する権利を與ふべきであるかと云ふ問題は、第二讀會に於て更めて審査された。此の審査は此の犯罪の脅威を受けた者が犯人の配偶者である場合に於ては、犯罪の脅威を受けた者の所存を聽いた上で初めて此の犯罪を訴追すべきや否やを決定するやう、法律の規定を以て檢事を羈束することにしやうと云ふ論結を導いた。被害の配偶者が刑事訴訟手續の開始されるのについて全然利益を有して居ないか、又は恐らく婚姻と云ふ共同生活の利益の爲並

に夫婦間に子供のあると云ふやうな關係上、刑事訴訟手續の開始に斷然反對する場合にあつては、檢事に干渉を強制すると云ふことは全く是認することが出来ないものと認めざるを得なかつた。

(2)、加毒若は腐敗の食料品を取引に供するのを罰する規定、

第一讀會の結果に關する報告中に於て既に、此の領域の根本的審査が促されたのであるが、それは第一讀會では此の領域がまだ充分に解明されなかつた爲である。第二讀會に於ては此の審査が行はれて、二つに區別された「食料品の加毒」と「腐敗食料品の取引」とに關する規定が、草案中に收容されることになつた。

此の二つの規定は食料品に關するものであり（一九三六年一月十七日の告示の法文に於ける食料品法第一條）、其の前者にあつては生活の必需品にも關するものである（此の法律第二條。此の法律第二條第五號に擧げてある「食料品に屬しない色彩」に關しては、食料品、嗜好品及び消費物を製造する際に於ける健康上有害な色彩の使用に關する一八八七年七月五日の法律の特別の規定を其の儘にして置くことになつて居る）。

前なる規定（食料品の加毒）は健康上有害な製品の製造に關するものであつて、それが加毒に因ると、健康上有害な作用を及ぼす其の他の製造及び獲得に因るとを問はず、包裝、保管及び運搬をも包含するものである。結果は常に此の製品が其の用途に従つて使用された場合又は其の豫見される使用の場合（飲

用、使用若は消費)に、他人の健康に對して重い加害を招來するの虞があると云ふことであらねばならぬ。健康上有害な物質の混合については新法文に於ては、從來の刑法第三百二十四條に於けるとは異り、明示的にはもはや全然言及することをして居ない。健康上有害な物質を混合した物質は本當の毒物と云ふ譯のものではないけれども、以上に述べたやうな場合は之を加毒と稱して敢て懸念を挿む必要はない。かくの如き物件を販賣の爲貯藏し竝に取引するのは、製造及び獲得竝に包裝、保管及び運搬などに於けると同様處罰される。販賣の爲に貯藏すると云ふ構成要件は、物件が既に販賣の計畫をした地に在ること、又は既に販賣に適した状態に在ることを前提とするものではない。刑の範圍は三ヶ月を下らない輕懲役とし、情狀特に重い場合に於ては重懲役を規定してある。過失に因る犯行に於ては刑は二年以下の輕懲役又は拘留である。

第二の規定(腐敗食料品の取引)中では、實際上遙に頻繁であつて且其の然るが故に民族の健康にとつて特に危険な場合が取扱つてある。即ち人の細工を俟つことなく自然の經過に因つて、例へば内面的の分解に因つて食料品が腐敗し、其の有用性が非常に侵害せられ、従つて之を健康上有害たるものと稱せざるを得ない場合である。食料品法第三條第一號bに於けるが如く、此の規定は食料品に制限される。罪となるのは腐敗した食料品の販賣の爲にする貯藏又は其の取引であつて、他人の健康を甚しく害するの結果を伴ふ虞のあるときである。刑は食料品の加毒の場合に於けるよりも軽くしてある。

食料品取締法の規定の他の健康保護法(鉛、亞鉛其他に關する法律)の規定に對する關係については、施行法中で必要な解明を行はなければならない。健康に對する重い加害の危険を存する以上は刑法典の規定を、其の他の場合に於ては食料品取締法又は其の他の健康保護法の規定を適用することになつて居る。

(3)、麻酔毒及び煙草の濫用を取締る規定、

(a)、第一讀會の結果に關する報告中に於て考慮された、麻酔劑の不法取引を取締る規定を不法の製造及び輸入に及ぼすの件は、第二讀會に於ては委員會の決議する所となつた。此の構成要件は更に從來阿片煙の吸食取締に關する法律の捕捉する所となつた一切の場合を包含せしめる爲に、獲得、取得及び加工にも及ぼされることとなつた。輸入は通過運送をも包括する。輸出は特に擧げることとを必要としなかつた。蓋し輸出が「取引」を成すことは疑を容れない所だからである。處罰が不法な行爲の條件に聯繫させられてある以上は、かくの如くにして阿片煙の吸食取締に關する法律竝に其の施行規則中に於て詳細に劃定された適法な取引の條件、例へば官廳の許可、購買證明書の強制の條件が關係を持たしめられることとなるのである。

過失に因る犯行も現在では刑法典中で處罰されるのであつて、第一讀會に於て企てられたやうに、阿片煙の吸食取締に關する法律中で處罰されるのみに止まるものではない。

(b)、從來「施設に收容中の者に對して痲醉毒を交付するのを處罰する規定」として表示されて居た規定は、今後は「治療上の處置の妨害」と云ふ適切な名稱を與へられることゝなつた。保護は第一讀會の結果以上に互つて酒癖者矯正所若は節制所に於て、外來患者としての處置のみを受けつゝある患者にも及ぶ。他の半面に於ては全構成要件は其の目的に應じて、犯罪に因つて治療上の處置の妨害の喚起される懸念のある場合のみを捕捉することに制限された。此の制限に顧みるときは、施設に收容されて居る者に酒精の飲用を誘惑する所爲の可罰性を、悪意の場合に制限する必要はもはやなかつた。取消を留保して施設より釋放された者に對して誘惑を行つた場合にあつたは、從來「悪意を以て」に劃定されて居た内面的構成要件は、「認識と欲求を以てして且無良心に」として一層適切に表示されることになつた。

(c)、酌酎者に對する酒精分含有飲料の交付に關する規定については、罰則を既遂犯に制限する從來の方針はもはや存置されないことになつた。かくの如き制限を設ける必要はもはや認めることは出来ないからである。

(d)、少年に對する酒精分含有飲料の交付に關する規定は、第一讀會の際企てられた制限を以て第二讀會に於ても存置された。保護年齢の引上は見合はせることになつた。

少年に對する煙草の交付は、著しく輕微な刑事上の内容を有する構成要件に關するものであつて、恐らく秩序違反としての處罰を以て充分とする次第なのであるから、之を刑法典から除外することにしたのである。

七、婚姻及び家庭に對する侵害

ライプチヒ地方裁判所長 ドクトル・ローレンツ

ナチスの刑法は何よりも民族と家庭とに重きを置くものである。實に家庭と従つてまた婚姻は、共に國家と文化の基礎に外ならない（従つて他の半面に於ては此の事實を認識して婚姻竝に家庭に對して共產主義の闘争が行はれるのである）。されば婚姻と家庭とがかくの如き意義を有して居るのに應じて新刑法典は、婚姻竝に家庭の爲の保護の規定を特別の一章中に收め、以て現行刑法典が問題たる規定を別様の見地に従つて、いろ／＼の章に分散させて取扱つて居るのと違つた處置を執ることにして居る。委員會は恐らく更に一つ二つの構成要件を本章に屬するものとしてこゝに移すことが出来るであらう（例へば近親相姦、騙罔に因る婚姻外の性交）。併し別様な收容方法も辯護することが出来るのである。

A 第一讀會の結果

婚姻竝に母性の罵詈、

委員會は婚姻及び母性を公然罵詈するのを處罰價値ある犯罪として、プロイセン邦司法大臣の覺書の提

案に従つて自分の案の先頭に置き、只婚約關係を除外することにした。それは婚約關係と云ふ概念はわが獨逸國に於ては地方に依り、また人民の社會に依つて極めて區々たるものがあるからである。凡そ婚姻や母性は國家の制度として當然保護せらるべきものである。何となればナチスの見解に依ると是等のものは、刑法上の保護を必要とする丈の意義がある次第だからである。母性を罵詈する上に於ては其の母性が私生關係であると嫡出關係であるとは重要ではないことになつて居る。新國家に於ては母性は民族の力の基礎たるものとして、惡意に因る罵詈に對して當然保護されることになつて居るからである（「母性」の惡意に因る罵詈は、風儀の頹廢した賣笑婦については概念上想像し兼る所である）。けれども之に對して統制されて居ない、そしてまた統制することの出来ない結合に由來する私生の子は、人種衛生、遺傳衛生の立場からして全然好ましいものでないこととは、一言せずして置くべきでない。

重 婚

重婚の構成要件は先づ現行刑法典第七十一條のそれと一致するものであつて、只委員會の提案は著しく簡單に構成されてある。二つの場合が問題となる。即ち
 既婚者が第二の婚姻を締結するか又は或る人が既婚者と婚姻を締結する場合と、此の兩者の結合する場合とである。犯人が第二の場合に其の相手方の既婚者たることを知つて居たことを必要とするものであることは、法律案中には明示的には言明してないのであつて、此の點は現行刑法典第七十一條と趣を異に

する。けれども此のことは一般的に委員會案第十六條からしてあつたから判明する所である（尙ほ本報告第一卷フライスラア意思刑法論の末尾、エルンスト・シェーファー責任理論中限定責任能力に關する項）。

將來の刑法に於て重婚を状態犯 *Zustandskelikt* たりしむべきであるか、それとも繼續犯 *Dauerdelikt* たりしむべきであるかと云ふ問題は、委員會の未解決の儘として置いた所である。之を状態犯として観ずること、せんか、若し違法の状態のまだ成立して居るのに時効は既に進行を開始して居ると云ふやうな妙な結果、即ち事情に依つては重婚のまだ存続して居る間に、時効に因つて公訴が阻却されると云ふやうな變な結果を豫防しようとするれば、現行刑法典第七十一條第三項に相當する規定を、從來の時効規則の基礎の上に構築する必要があつた。委員會は之に相當した規定を規定した。併し是が法文は將來の時効に關する規定に適應させることを餘儀なくされた（此の點については本報告第一卷ライマア時効論を參照せられたる）。之に依ると將來は公訴の強制 *Verfolgungszwang*、公訴の可能 *Verfolgungsmöglichkeit* 及び公訴の禁止 *Verfolgungsverbot* の三つの期間が區別される。従つて公訴禁止の期間は二つの婚姻の一方が解消し、又は無効と宣告された場合に初めて進行を開始するものであることを表明する必要があつた。かくして現行法の欠缺も今こそ併せ補正されると云つたものである。從來は最初からは豫期せぬ故意 *dolus super-veniens* は重婚の構成要件を充足するには充分でなかつたもので、従つて自分の締結した婚姻の成立中に至つて初めて、例へば自分の配偶者がまだ有效な婚姻生活中に在る者であることを承知し、爾來自分の婚

姻生活の重婚生活であることを知り乍ら婚姻生活を續けた者は、刑法上捕捉することか出来なかつたものであるが、現在では——假令輕懲役を以てのみに止まるとは云へ——自分が重婚を締結したものであることを承知した後、此の重婚を解消するのに必要な處置（婚姻無効の訴 *Nichtigkeitssklage*）を執ることを懈つた者の爲に、處罰が規定されて居るのである。即ち國家は獨り重婚を締結することそれ自體を憎惡するのみに止まらず、重婚に於て生活することをも憎惡するものである。けれどもプロイセン邦司法大臣の覺書の提案に従ひ、「認識と欲求を以てして重婚の宗教外の手續を爲したる官吏」を明示的に同一の刑を以て罰するの理由は、委員會案に依る加功の規律を顧慮するに於て（本報告第一卷に於けるドーナニイ正犯及び共犯論第一條第一項を參照）、もはや全然存在しなかつた。刑の範圍については委員會は重懲役——上方の制限なし——と六ヶ月を下らない輕懲役とを定めた。蓋し實際の事實の示した所では、少くとも非常に多くの場合は決して重懲役に値ひするものではなく、特に未必的故意 *dolus eventualis* に想到する場合に然りとする次第だからである。

婚姻詐欺、

現行刑法典が第七十條に於て騙罔に由る婚姻の締結 *Eheerschleichung* として罰して居る所のものを、提案では婚姻詐欺 *Ehebetrug* と稱して居るのであるが、此の二つの構成要件は實質に於て一致する。此の罰則を理解することは、現行刑法典第七十條の二つの可能が從來の諸草案に従つて、二つの特別な項に

於て各別に取扱はれて居ることに依つて容易にされた。委員會案が第二の可能について欺罔のみを云々し、奸惡なる欺罔 *arglistige Täuschung* について云々することをしないのは、現行法に比較して實質上何等違つたことを意味するものではない。蓋し婚姻取消の原因たることを得べき欺罔は、民法第三百三十四條に依る欺罔の外にはあり得ないのであつて、然も此の規定は奸惡なる欺罔のみに限り取消の原因たり得るものとして居るからである。

婚姻詐欺が被害者の請求のあつた場合に限り訴追することを得るものであることは、先づ第一に提案中にも取入れられた。かくの如き規定を其の儘にして置くことが出来るものであるかどうかは、將來尙ほ所謂親告罪が存在するであらうかどうか、又は國家の刑罰權の發動に關する決定を個人に委任すると云ふことが、權威的國家の本質と必ずしも相容れないものではないのであるかどうかに依つて併せ左右されることである。尙ほ此の場合に關しては婚姻と云ふ制度は非常に重要な制度なのであるから、従つて被害の配偶者が取消の訴を提起することに依つて、欺罔を忍ぶ意思のないことを充分に識認させた以上は、婚姻詐欺の訴追を被害の配偶者の意思に繫らしめる譯にはいかないものであると云ふ、見解を主張することも出来るやう。

遺傳病若は遺傳的の癡醉毒の害惡を持込むことに依つて婚姻竝に將來の家庭の傳統的公益 *Familienerfolg* が、奸惡に脅威される場合についても刑法上の保護を提供しやうと云ふプロイセン邦司法大臣の覺書

の要求は、委員會案の法文の大體に於て公正に處遇して居る所である。此の場合は大抵民法第三百三十四條に従つて取消すことの出来る場合であらうが、或る種の部分的領域については性病の撲滅に關する法律第六條に模して制定された、「民族の健康に對する侵害」と題する章中に設けてある規定——婚姻は無効と宣言されるのを俟つことを必要としない——は、更に進歩的な刑法上の保護を興へるものである。

婚姻の障礙に關する身分官吏の欺罔、

委員會は新しい構成要件として、「婚姻の障礙に關する身分官吏の欺罔」を提案して居る。二人の婚約者の何れもが相手方に依つて欺罔されることなく、寧ろ双方共存して居る婚姻の障礙を全然明知して居て、其の然るにも拘らず婚姻しやうとする場合も想像することが出来る。所が婚姻の障礙に關して欺罔を爲すことに由つて、無効の婚姻を締結するに身分官吏を協力するに至らしめた者は、別の規定中に於て重い刑（例へば委員會案の間接の不正の錄取を参照）を法定せられあるにあらざる以上は、輕懲役を以て罰せられることになつて居る。かくの如く二人の配偶者に了解を存する場合が、前記の規定の主なる適用の場合たるべく、假令其の外にも尙ほ適用を想像し得られないでもないけれども、其の實際上の意義は殆ど存在しないであらう。蓋し大抵の場合他の罪となる行爲が是と競合するであらうからである。

姦通、

姦通は將來の刑法に於ても處罰されるであらう。従前いろ／＼の方面から提案されたやうに姦通を無罪

たらしめるが如きは、今日の國家の道德慣習に對する見解に顧み、また婚姻や家庭についての國家の評價を斟酌する。於て、全然問題たることを得ないのである。姦通を處罰して居ない國としては勞農ロシアを別にしては、極めて少數の國を存するに過ぎない。けれども此の點を度外視すると姦通者の刑法上の取扱は法律に依つて區々たるものがある。即ち姦通の夫、姦通の妻竝に姦通の第三者に依つて刑を異にして居る法律もあれば、姦通者の想像し得られる一つ一つの範疇の間に全然區別を設けない法律もある。現行獨逸刑法の如きは此の種類に屬する。此の一事は將來も存置されることになつて居る。尙ほ將來の刑法に於ては構成要件は劃定されないことになつて居る。既知の事項として豫定されるのである。委員會の提案に於ては「姦通したる者は輕懲役に處す」と云ふ簡潔な法文が衆口一致を以て受け容れられることになつた。此の法文は直ちに曩に述べた三つの想像し得られる場合を包括するものである。凡そ形式的に成立して居る婚姻は何れも打被することが出来る。所が未遂は現行法に於けると同様罪とならないことになつて居る——それは立證するのが困難であるからである——のであるから、一般の規則が原則として從來未遂として稱せられて居る正犯の行爲をも處罰することにして居るのに顧み、本條の適用は此の場合明示的に除外せざるを得なかつた。處罰は既遂犯についてのみ行ふ旨が言明される。公訴の條件たるは將來も共に婚姻が姦通に因つて離婚されたと云ふことであつて、此の點は例へば一九三〇年の新イタリー刑法典と趣を異にするものである（第五百五十九條以下を參照）。處罰を離婚の場合に制限しなければならぬと云

ふことは、假令原則としては承認する必要はないけれども、處罰の請求は婚姻の續行されて居る場合に於ては、事實上極めて稀にのみ生ずるに過ぎないであらう。國家の基礎の一として婚姻の制度に對する國家の地位からして、姦通の處罰價值を演繹する場合に特に然りとするのである。同様にして公訴の條件として被害の配偶者の告訴が要求される。プロイセン邦司法大臣の覺書と一致して配偶者の宥恕したにも拘らず、職權を以て姦通を訴追するのは認めなかつた。プロイセン邦司法大臣の覺書は此の場合、姦通に因つて家庭の傳統的法益に恒久的の損害の加へられた場合（相手方たる配偶者又は子に遺傳病を傳染させた場合の如し）にあつては、配偶者が宥恕したにも拘らず公訴を引續き續行することを考案したのであるが、かくの如き規律は時期尙早たるものとして否決された。犯罪の當時配偶者間の家庭的共同生活が行はれて居なかつた場合に於ては、裁判所は處罰を見合はすことを得る旨の規定は、現行法に比較して新しく然も從來の諸草案には適當した規定である。例へば新イタリー刑法は第五百六十一條第二項に類似の規定を掲げて居る。配偶者間の家庭的共同生活が行はれて居ないとは、事實上家庭的共同生活の行はれて居ない場合と、判決若は其の他の裁判所の命令に基いて家庭的共同生活の行はれて居ない場合との兩者を念頭に置いたものである（民法第一千三百五十三條第二項及び民法第一千五百七十五條及び民事訴訟法第六百二十七條）。其の實際決定の契機となるのは、婚姻關係の動搖の程度が既に非常に進んで居て、従つて裁判所が専ら相手方の報復心及び類似の欲望を充す爲の手段のみを提供することを欲しない以上は、姦通を處罰

するのをよや相當と認めることの出来ないやうな場合もあり得ると云ふ考慮である。

此の構成要件を審議するに當つては、特に尙ほ以下の提案を審査することを必要とした。

プロイセン邦司法大臣の覺書は本來の姦通の外に、婚姻の平和の侵害 *Ehefriedensbruch* の特に重い場合を、それ自體としては恐らくは處罰價値あるものとして認められたのであるが、之を刑法的に捕捉すべき時期は尙ほ未だ到來したものと認めなかつた。其の際覺書は往々にして反覆される婚姻關係の忠實及び平和の義務の特に憎惡すべき攪亂や、實際上決して稀にのみ現はれるものではない離婚の原因に想到したものである。蓋し是等のものは刑法に所謂姦通よりも遙に賤劣であり、また遙に危険であることが少くないからである。併し乍ら覺書は先づ一つには性的倒錯（反自然的の性交類似の所業を念頭に置いたのである）を、次には配偶者の一方のかくの如き過誤を姦通と同視し、是が罰を規定した。蓋し是等の所業は其の重いものは健全な民族的感情上、姦通と同視せらるべきものであるからである。併し乍ら委員會は構成要件をかくの如く擴張するのを拒んだ。其の理由としてはいろ／＼あるが、先づ第一に姦通なる犯罪は古來確定した概念なのであつて、何人と雖——即ち民族的同胞中の最も單純な人間ですらもが——之を以て全然特定した出來事を指すものであるとし、此の概念は狭めることも出来ないがさりとてまた擴張する譯にもいかないものであると解して居るのである。かくの如く用語に其の根據を有し、明確であつて疑義を容れる餘地のない概念は、苟も立法者にして民衆に親みの深い法を造り出すことを欲求する以上は、妄りに之

に手荒い細工を加ふべきではない。だがそう云ふ點は度外視するにしても、若しかゝる提案に同意することにしたなら、其の限界が極めて曖昧である所から、法律的安定が脅威されるに至るのを認めざるを得ないであらう。健全なる民族的感情の上で、其の重さに於て姦通と同視せらるべきものが一體他にあるであらうか。

教育權の侵害

教育權の侵害 *Minderbruch* とはこゝでは局外から教育關係、即ち教育權利者の教育權に干渉を及ぼすことを意味する。即ち現行刑法典第二百三十五條の構成要件と類似する構成要件である。此の構成要件については判例は既に、教育權利者、即ち教育權の主體の權利は保護せらるべきものであることを明かにしたのであるが、此のことは現行刑法典第二百三十五條の法文からして直ちに明白となる次第ではないのであるから、こゝに既に表題を以てして之を明かにしたのである。構成要件の態様は現行法に比較して簡單にしてある。其の手からは未成年者——提案には「二十一歳未満の者」と云つてある——を奪取してはならない人物を列擧するのは止めて、「此の者の世話を爲すの權を有する者より奪取する」と云ふ風に規定した。情狀特に重い場合については重懲役刑が法定してある。姦淫の目的を以てする奪取其の他は原則として情狀特に重い場合として評價することを必要とするであらうから、かくの如き加重的の動機を列擧する必要はない。

犯人又は共犯が被拐取者と婚姻した場合にあつては、此の犯罪は婚姻が無効と宣言された場合に限り訴追されると云ふのは新規の規定である。拐取についての現行刑法典第二百三十八條の規定と相似たるものがあるけれども、只此の規定にあつては解除條件としての訴追の障碍の此の作用を有するのは拐取者、換言すれば正犯との婚姻あるのみであつて、教唆者は從犯との婚姻はかくの如き效力を有するものでない點が違ふ丈である。委員會は以前のオーストリーの提案に従つて、此の擴張に賛成したのである。

從來の諸草案に従つて公訴の遂行を一般的に被害者の承諾に繋らしめるのは、情狀特に重い場合を斟酌するに於て既に委員會の懸念した所である。けれども處罰價値のない場合又は處罰についての公の利益の存在しない場合に訴追を見合はせる方法を與へる何等かの形式で、此の思想を表明するのは委員會は留保した。かやうな目的は公訴を被害者の請求若は承諾に繋らしめることに依つて、又は公訴を檢事の裁量に屬せしめることに依つて（刑事訴訟法第五十三條に従つて）、之を達成することが出来るであらう。

扶養義務の違反、

現行刑法典第三百六十一條第一項第十號の提供して居る保護が充分でないことは、實際上の事例の示す所である。そこで先づ第一に法定の扶養義務の違反に對して充分な保護を與へ、次に扶養義務者が——何等正當の理由を存することなくして——其の義務を履行しない爲に、扶養權利者が公の扶助を受けざるを得ないことになる點に存する公の保護の濫用に對しても、充分の取締を行ふことが必要である。實際上に

は主管官廳が犯人に向つて扶養の義務を履行するやう催告したことが可罰性の條件となつて居るのが、大抵の場合非常な困難を醸し出すのを常として居る（扶養義務者が扶養料支拂を催告されはしたけれども、其の催告した官署が——偶々——権限のない官署であつたなどと云ふことが随分ある）。委員會の提案は、先づ第一に法定の扶養の義務丈が問題となるものであることを明瞭に表明し、次に公の救済又は他人の救済がなければ生活上の必需が脅威されると云ふ單なる事實を以て充分として居るのに反し、現行法に依れば官署の仲介を通して他人の救済を要求するの餘儀なきに至つたことを必要とするのである。此の場合にあつてはもはや單なる回避では充分でなく、悪意若は重大なる利己に因つて所爲の行はれたことを必要とするのは云ふ迄もない。例へば善意に因る考で、先づ教育上の理由と云ふやうなことから、扶助を差控へる場合などは當然除外せらるべきものである。現行刑法典第三百六十一條第一項第五號の構成要件に相當する構成要件は、他の個所に收容された（「勞働力に對する侵害」の章中ではそれは怠惰 *Müßiggang* の條文である）。

扶養の義務の違反を以て親族間の信義侵害 *Familientreubruch* の一つの形式たるものと見る以上は（プロイセン邦司法大臣の覺書を参照）、今日の國家の家庭に對する見解や、あらゆる點に於て國家が家庭と云ふものに多大の保護價値を認めて居るの事實に顧みるときは、單なる罰金や拘留は問題となることは出來ない。従つて本條の行爲については拘留の外に二年以下の輕懲役を選択せしめることにした。

以前にはこゝに附隨的に別段の構成要件として、「兒童の放置 Verlassen eines Kindes」が規定されておつたのであるが、實際上處罰價値のある場合は殆ど想像することが出来なかつたので——遺棄 Ansetzungの構成要件は引續き存置されることになつて居る——次いでまた此の考案を抛棄することにしたのである。

身分の侵害、

委員會はこゝでは、法文を簡單なものにして居る點を除外すれば、現行刑典第六十九條と一致する構成要件を提案して居る。大審院は *R. St. Bd. 25 S. 191* で犯人が自分の身分を隠蔽し若は變更するのは、本來刑法第六十九條の下に屬するものではないと云ふことを判示したけれども、之に反し委員會案は犯人自身の身分の虚偽若は隠蔽も此の罰則に依つて併せ捕捉されるものであることを併せ表明したのである。

此の構成要件は、根本的の考慮からして從來そうであつたよりも遙に身分の明確と云ふことに重きを置かざるを得ない（アリアン人種！ 人種的純潔！）ナチスの國家に於ては、全然特別の意義を有する構成要件たるものである。そして此の理由に因り此の點に於て過誤の犯されることも亦、從來の統計の示して居るよりは遙に頻繁たるものと期待せざるを得ないであらう。何と云つても此の場合は實に個人にとつて、事情に依つては自分の生存若は自分の全家庭の存立が賭せられる場合なのだから。處罰を賭してまで

も何とかやつて見やうと云ふ誘惑はこゝで問題となるやうな場合には吃度起ることがあり得る。けれども他の半面に於てはナチスの國家は恰も此の場合をこそ峻嚴に處分することを必要とし、此の點に刑法上充分な保證を有することを必要とする。されば處罰の方法としては射利の意圖に於ける所犯に係る場合につき、無制限に有期重懲役が規定された。若し夫れ法定刑に關してはイタリヤ刑法典は考ふべきものと與へて居る。蓋しイタリヤ刑法典は其の第五百六十六條及び第五百六十七條に於て、或る種の身分上の侵害を三ヶ月の輕懲役の最低刑を以て罰して居るのであつて、ファツシヨはナチスとは違つて人種と云ふ思想を高調することには縁遠いにも拘らず、尙ほ且つ此の舉に出でて居るのを見れば思ひ半に過ぐるものがあるからである。

實質上から云ふと戸籍法第六十七條に相當する規定も之に屬する。此の問題は充分審査されたことであるが、是等の諸條が戸籍法から摘出すべきものであるとは一般に考へられた所であつた。

妊婦の放棄、

是は全然新しい構成要件である。自分の妊娠させた婦女——本人が此の婦女と婚姻したのであると否とは問ふ所ではない——を無良心に遺棄し、之に因つて當該の婦女竝に其の期待すべき子に脅威を及ぼした者を處罰しようとするのである。委員會は殺人罪を取扱ふに當つて既に類似の、然も著しく廣汎に劃した構成要件の採用を決意したのであるが、其の後に至つて之に對して起つて來た懸念は新しい法文を導くに

至つた。加之此の構成要件は組織上此の箇所に「母性の保護」と云ふ見地の下に列せしめるのが正しいやうに思はれる。要求されるのは母子にとつての直接の重い危険の招來である。例へば妊婦が自殺し若は自殺しやうとした場合、又は分娩した婦女が自分の見捨てられた状態について絶望の餘り、自分若は子又は自分と子の兩者を殺し若は殺さうとした場合を考慮したものである。けれども妊娠させた男子が重大な原因に因り、例へば婦女が其の妊娠の状態にも拘らず他の男子と情を通じたと云ふやうな理由から、自分の妊娠させた婦女の世話をしないやうになつた場合は除外すべきであらう。従つて處罰されるのは無良心な救済に補佐の拒絶のみに限られるであらう。

家庭財産の無視、

此の構成要件も亦新規のものであつて、プロイセン邦司法大臣の覺書の提案に歸著するものである。生活上重要な家庭財産 *Familialgute* (家庭の自由處分禁制財産 *Familienvermögen*) は法律を以てする目的に關束してあることが必要である。即ち此の財産は國家的に「禁制されてある」ことが必要である。配偶者若は子の絶對に必要な生計の資は、他の配偶者若は父母の惡意を以てする脅威に對して當然保護されてあるべき筈のものである。親族法についての民法の規定は決して充分な保護を與へるものではない。此の新に造られた家庭の自由處分禁制財産の概念については、民法上の關係は全然没交渉であつて、個々の財産物件の所有者が何人であるかは重要としない。生活上極く重要な物の讓渡は、或る場合には常に之を處罰す

ることが出来なければならぬ。云ふ迄もなく「扶養義務の違反」の構成要件も亦充足されることが往々にしてあり、此の場合にあつては既にかくの如き方法で、刑法上の處罰を可能とするであらう。

B 第二讀會の結果

委員會は第二讀會の際にも「婚姻竝に親族に對する侵害」の章中に、第一讀會の際に於けると同一の構成要件を再び收容した。一九三五年九月十五日の所謂血統保護法及び一九三五年十月十八日の婚姻保健法の公布された後にあつては、個々の構成要件を是等の諸法から本章中に收容すべきではないかどうかを併せ審査することを必要としたけれども、人種の純潔と健全は獨逸民族の勃興にとつて決定的の意義を有するものであると云ふ思想から出發して委員會は、此の二つの法律を——少くとも其の基本的の規定に於て——「人種及び傳統的法益に對する侵害」と題する章中に編合したのであるが、此の章は「民族の生活力に對する侵害」の一部に屬するものである。

本章の最後の構成要件中では所在の變更を行つた。即ち身分の侵害に關する條文は末尾に置いて、扶養義務の侵害に關する相關聯する規定を分斷しないやうにした。更に妊婦の放棄についての條文と、家庭財産の轉匿についての條文の二つの條文の位置を取換へた。かやうにして個々の條文の內面的關係を、既に其の連續に於て一層よりよく表明しやうとして居るのである。

個々の構成要件について實質上次のやうな修正を行つた。

婚姻と母性の罵詈

婚姻及び母性を公然罵詈するのは、其の如何なる罵詈たるを問はず之を罰することにする。惡意 *Fors-willigkeit* を必要とすることを特別に高調するのは必要でない。蓋し惡意の必要であることは既に罵詈の概念中に包含されて居ることだからである。侮蔑の場合にあつては將來も共に惡意が必要とされる。

重婚

重婚については委員會は、第一讀會の草案の第二項と第三項を再び削除する決意をした。第二項を以てし捕捉しようとする場合は、實際上は極めて稀であらう。其の發生する場合にあつても大體に於て、健全な民族的觀念上實際に重婚を解消するのに必要な處置を執ることを懈つた配偶者が、果して處罰價値のあるものであるかどうか疑はしく思はれるやうな態様を有することであらう。道義的に眞面目に締結した婚姻であり、且又事實上永い間もはや成立して居ない、内面的には全然潰滅して了つて居る第一の婚姻よりは、倫理的には寧ろ遙に價値のある婚姻である重婚の解消を、善意者自身——善意者自身は重懲役に値ひする重婚者に比較して處罰に適するものではない——に刑罰の制裁を以て強制するのは決して適當ではない。加之第二の婚姻の法律的存立は第三者に於ても之を消滅せしめることが出来る。即ち檢事は民事訴訟法第六百二十三條に依り無効の訴を起すことが出来るのである。配偶者としては場合に依つては非常に重

大な義務の衝突を回避させて貰へることとなるであらう。

かやうな次第で第二項は削除されたのであるから、第三項も亦廢止せざるを得ないことになつた。第一項の重婚は重懲役に値ひするのであるが、重懲役に値ひする犯罪については、訴追禁止の階段は將來もはや問題とはならない。

單なる過失に因る重婚の締結は、將來も共に無罪たるものである。

婚姻詐欺

婚姻詐欺の構成要件は、第一讀會の構成要件に比較すると第一項と第二項とが總括され、今後は欺罔に由つて他人をして自分と婚姻するの決意を爲さしめた者が罰せられることとなつたので、從來よりも遙に簡單なものになつた。欺罔は婚姻の締結を無効たらしめ、又は之を取消し得べきものたらしめる事實（惡意に因る黙秘をも包含する）に關することを必要とするものであることは、婚姻が其の隱秘された事實又は欺罔に因つて無効と宣言された場合に限り、所爲を訴追する旨の既に決議済の第二項の規定からしておのづから明白である。脅迫に由り相手方をして婚姻を決意せしめた者は、欺罔者と同視することになつて居る。既遂犯に限り處罰する。未遂を處罰すると云ふことは、獨り其の特別の實際上の需要を存しないのみで止まらず、犯人が其の目的を達成したとすれば其の婚姻は無効となるべきものだらうか、それとも取消し得べきものであるだらうかと云ふことを認定するの任務までも、刑事裁判所に課することとなるであら

う。即ち法律が犯罪の既遂の場合にあつては細心の熟慮を以てして民事裁判所にのみ委任することにして居る任務が、刑事裁判所に課せられることとなるであらう。

其の後刑事訴訟法の草案中で、刑事訴訟手續への被害者の關與についての規定が根本的に變更されたので、従来の第三項は之に適應せしめられることになつた。従つて新しい第三項は、被害者を審訊した後に至つて初めて訴追についての決定を爲す旨を言明してあるのである。

騙罔に由る婚姻の締結

従来の規定は「婚姻の障碍について身分官吏を欺罔する罪」と云ふ標題を以てして、第一項に於て左の法文を執つて居る。「騙罔に由つて人をして自己と無効の婚姻を締結せしめたる者は、此の犯罪が別段の規定上重き刑を法定せらるゝにあらざる以上は、三ヶ月を下らざる輕懲役に處す」。

第二項は、現在では既遂犯について規定して居る。さもないときは事が婚姻の締結まで進まなかつたと云ふ廉で、婚姻の無放を宣言する譯にはいかなの場合にあつては、罪となる動作は存在しないのだと云ふ見解を生ずる虞があるであらう。

曩に擧げた「人種及び傳統的法益に對する侵害」の章中に於ける「騙罔に由る人種上有害な婚姻の締結」の條文は、此の構成要件の特別の場合を包含するものであつて、ほと現行の婚姻保健法第四條に相當するのである。

姦通

姦通については何等重要な變更は加へられなかつた。第二項と第三項の位置を變更したのは、従来の第三項は實體法的の性質を有する規定であるのに反し、従来の第二項は公訴の條件を規律する規定であつたからである。新しい第三項は婚姻詐欺の場合に於けると同じやうに、第三項と第四項とに分解した。委員會は此の場合には刑事訴追に際し被害者の意思を無視することの出来ない場合の一つを存するものであるのを明知したけれども、刑事訴訟手續に對する第三者の關與は將來はもはや許されないことになつて居る以上は、此の場合にあつても公訴を被害者の請求に繫らしめることは出来なかつた。之に反し被害の配偶者が所存を聽かれた際、訴追に反對である旨を表明した場合にあつては、内面的な服務上の指令は原則として姦通を訴追することを檢事に禁止するであらう。姦通を一般的に——即ち姦通に由つて破られた婚姻關係の存續する場合にあつても——處罰することは、いろ／＼の方面から要求された所であつたけれども、委員會は之を拒んだ。刑の範圍としては第一讀會の草案の刑の範圍を其の儘にすることにした。それは一度姦通を處罰することになつて居る以上は、現行刑法に於けるが如く、罰金の刑丈を以て處罰する譯にはいかなからである。

教育權の侵害

抑留 *Vorenhalten* は概念上奪取 *Entziehen* に併せ包括されるのであるに拘らず、事の明確を期する爲

に奪取の外に抑留をも構成要件該當たるものとして特別に擧げた。奪取は一時的の奪取を以ても充分とする意味に考へられて居るのである。

法定の刑の範圍は軽くされた。此の場合にあつては非常に軽く判斷すべき場合を存するからである。否、それ所ではなく、極く軽い刑すらもが既に道義的の感情に反するやうに考へられる場合さへ想像することが出来るると云ふ考慮からして特に輕微な場合に於ては全然處罰を見合はせることが出来るやうになつて居る。

新規なのは此の場合にあつても、被害者の意見を徴した後に至つて初めて訴追を行ふべきや否やを決定する旨の第四項の規定である。委員會は第一讀會の際かくの如き規定を設けることを自分に留保したのである。

扶養義務の違反、

扶養義務の違反の構成要件は、扶養權利者の生活上の必要を著しく脅威するのに限定し、公の救済若は他人の救済を必要とすると云ふことは、かくの如き脅威が何時存するのであるかと云ふことについての例示的の場合として、之を擧げるに止めることに由つて改正された。

家庭財産の無視、

此の條文は前條の特別の場合を成すに止まるものである。従つて法定刑も互に適應させることを必要と

した。獨り家庭の全財産を讓渡する場合のみに止まらず、家庭財産の生活上重要な各個體も既に構成要件を充足するに充分たるものであることを明確に表明する爲に、家庭財産と云ふ語の前の定冠詞を削除した。其の他の點に於ては構成要件は、扶養を著しく脅威するを以て充分とすることに由つて、擴張された。

妊婦の放棄と身分の侵害、

此の兩條は實質上其の儘である。

*

*

*

*

*

所が第二讀會の決議に基いて本章は次のやうな法文が規定されることになつた。

第a條 婚姻竝に母性の罵詈、

公然婚姻若は母性を罵詈し又は惡意を以て之を侮蔑したる者は輕懲役に處す。

第b條 重 婚、

既に配偶者を有するに拘らず婚姻を締結したる者、又は既に配偶者を有する者と婚姻を締結したる者は重懲役又は六ヶ月を下らざる輕懲役に處す。

第c條 騙罔に由る婚姻の締結、

騙罔に由り人をして自己と無効の婚姻を締結せしめたる者は、此の犯罪が他の規定上重き刑を法定しあるにあらざる以上は、三ヶ月を下らざる輕懲役に處す。

既遂の犯罪は婚姻が無効として宣告されたる場合に限り之を訴追す。

第d條 婚姻詐欺、

欺罔若は脅迫に由り他人をして自己と婚姻を締結するの決意を爲さしめたる者は、輕懲役に處す。

既遂犯にあらざれば罰せず。既遂犯は欺罔若は脅迫に由り婚姻が無効として宣言せられたる場合にあらざれば訴追せず。

訴追について決定するに先だち、被害者の所存を徴することを必要とす。

第e條 姦通、

姦通したる者は輕懲役に處す。既遂犯にあらざれば罰せず。

犯罪の當時配偶者間の家庭的共同生活の廢止せられたりし場合にあつては、處罰を見合はすことを得。本條の犯罪は姦通の故を以て離婚の行はれたる場合に非ざれば訴追せず。

訴追について決定を爲すに先だち、被害者の所存を徴することを必要とす。

第f條 教育權の侵害、

暴力、偽計若は脅迫を以て二十一歳未滿の者の世話を爲すの權を有する者の手より、此の二十一歳未滿

の者を奪取し若は抑留したる者は二年以下の輕懲役又は拘留に處す。特に輕微なる場合には處罰を見合はすことを得。

情狀特に重き場合、特に射利心に基く所犯の場合にあつては、刑は重懲役若は六ヶ月を下らざる輕懲役とす。

犯人又は其の他犯罪に關與せる者が被拐取者と婚姻したるときは、婚姻の無効を宣言せられたる場合にあらざれば本條の犯罪を訴追せず。

訴追について決定を爲すに先だち、被害者の所存を徴することを必要とす。

第g條 扶養義務の違反、

惡意に因り又は甚しき利己心に基いて法定の扶養の義務を回避し、其の爲に扶養權利者の缺くべからざる生活上の必需を著しく脅威し、特に公の救済又は他人の救済を請求せざるべからざるに至らしめたる者は、二年以下の輕懲役又は拘留に處す。

第h條 家庭財産の無視、

惡意に因り又は甚しき利己心に基いて家庭財産を讓渡し又は之を持出し、之に因つて配偶者又は卑屬の生計を著しく脅威したる者は、二年以下の輕懲役又は拘留に處す。

第i條 妊婦の放棄、

自己の妊娠せしめたる婦女に對し無良心に此の婦女の妊娠又は分娩の爲に必要とする救済を拒み、之に因つて母體及び子にとつての直接の危険、又は重大なる危険を招來したる者は、輕懲役に處す。

第k條 身分の侵害、

子を摺り換へ、又は其の他身分を偽り若は身分を隠蔽したる者は、輕懲役に處す。

犯人が射利心に因り本條の行爲を爲したるときは、刑は重懲役とす。

八、風俗に對する侵害

ベルリン大學教授 ドクトル・ウエー・グラーフ・フォン・グライスバッハ

本章は狹義に於ての風俗に對する犯罪と他人の姦淫行爲の助成を包括するものであるが、現行法に於けるとは違つて婚姻に對する犯罪は包含しない。婚姻に對する犯罪は新刑法に於ては家庭に對する犯罪として、特別の一章中に併合される。風俗壞亂の裁判の報道を取締る規定もはや本章中には屬することなく、寧ろ禁止に係る裁判の報道に關する他の場合と併せて、「司法及び行政に對する侵害」と題する章中に收めてある。惟ふに本章の規定の目標は構成要件を形成し、法定刑を設けることに依つて性的風俗の保護を厚くし、性的交渉の健全化を計ることであらねばならない。蓋し風俗なるもの（本章の意味に於ては常に性的生活に關係を有するものである）は、民族的生活の繁榮の基礎に屬するものだからである。こゝに取扱ふべき多くの構成要件は先づ個人に對する侵害を包含するのであるが、併し是等の構成要件にあつても一番重要なことは、民族の風俗的秩序 *völkische Sittenordnung* に對する侵害であり、民族の正しい風俗的態度を脅威することである。此の著想は論ずべき構成要件を一纏めにして、民族の精神的態度に對する侵害を總括して居る章中に列せしめるのを是認せしめるものである。

最近まで獨逸民族の間に於て風俗の頹廢甚しく、わけても大都會にあつてはそれが公々然と行はれる有様であつたが、此の弊風は現行刑法を以てしては殆ど抑止することが出来なかつた。けれども現行刑法の規定が此の弊風を抑止することが出来なかつたのを、規定の不充分であつたが爲に歸著せしめるのは餘り正當とは云ひ難く、其の主なる原因は寧ろ是等刑法の規定が適用されなかつたが爲に外ならない。風俗に對する刑法上の保護を改善しやうと云ふ努力は、汗牛充棟も管ならぬ程の冊子圖書の公刊を見るに至つたのであるが、立法的成果は達成することが出来なかつた。然るにナチスの革命は根本的に事態を好轉せしめることとなり、此の革命は獨逸民族の甦生として健全な風俗上の態度を貫徹させ、發展させ、普及させるのに寄與する所が頗る大であつた。即ち新政府の就任と同時に刑法の規定に著しい變更を加へることなくして、極めて短い期間内に不斷に端正な空氣を汚瀆する數々のものを一掃し、猥褻の文書圖書や風俗を害する藝術並に公の催しを禁絶して居るし、司法、特に刑の量定に關する業績は此の方面の當局が其の任務を充分に理解して居るものであることを示しつゝある。こゝに於てか生ずる論結は、現行法の内容は其の大半を草案中に收容して差支ないと云ふことである。只欠缺を補正し、細目に互つて多くの事項を改善せざるを得なかつたのは勿論であるが、此の點については個々の構成要件を叙説するに當つて、それに附隨して一々報告することとする。

尙ほ初めにも一言して置かなければならないのは、現行法に於て全然不充分であつた本章の組織についてある。將來は本章は五つの部類を區別することに立脚する。先づ第一は性的自由に對する侵害である。其の暴力を以てせられたると、意思無能力若は從屬關係の利用せられたるとを問はない。偽計を以てして意思を惑はせるのはこゝに附隨せしめてある。第二の部類は兒童及び少年の保護であり、第三の部類は反自然的の姦淫行爲であり、第四の部類は公の風俗の保護であり、最後は第五の部類で他人の姦淫行爲の助成の彈壓である。

草案並に本報告が稱して姦淫行爲 *Unzucht* と云つて居るのは、性交 *Beischlaf* の外に其の他の如何なる性的行動 *geschlechtliche Betätigung* をも指稱するものであつて、只性交と姦淫行爲とを對立させて居る場合は此の限りでないことを明示的に注意して置きたい。即ち姦淫行爲と云ふ語辭は、其の無制限に使用された場合にあつては同性間の性的交渉をも指稱するのであつて、然も男子間のそれも婦女間のそれも併せ指稱するのである。婚姻に因る性的交渉 *ehelicher Verkehr* は特別の事情を具備する場合に限り（例へば其の公然行はれた場合に限り）、姦淫行爲として評價されることがあるに過ぎない。姦淫行爲の概念を普遍的に制限すべく試むべきではないかどうか、其の範圍は或は餘りに廣汎に過ぎ、例へば事情に依つては單なる接觸は害を及ぼすことがないとして差支ないのではあるまいかと云ふ問題も生じたのであるが、此の問題は否決された。かやうな種類の試みは初めから失敗することに運命づけられてあるのであるから、寧ろ個々の案件の具體的事情を斟酌し、特に關係を有する社會の健全な民族的觀念を顧慮して、正

當な限界を見出すの任は司法當局に一任するのを可とすると云ふのである。

本節の犯罪中の若干者を訴追するには、被害者に對する斟酌なくして行ふべきでない。さればと云つて是等の犯罪は現行法の意味に於ての親告罪 *Antragdelikt* 又は授權罪 *Ermächtigungsdelikt* たるものではない。國家の刑罰權に關する處分は全然若は兎に角從來と同一の程度に於ては、之を個人に委ねる譯にはいかないのであつて、従つて被害者の請求に依つて刑事訴訟手續を制約することも出来なければ、被害者の絶對的否認權の形式に於て刑事訴訟手續を左右させることも出来ない。之に反し場合に依つては——以下に擧げた場合などは正にそれである——檢察が被害者の所存を徴し兎に角訴追に反對して主張される事情（名譽に對する脅威、將來婚姻の見込の減少その他）を審査するのを必要とすることがある。此の場合にあつては檢察は被害者が訴追に對して主張する反對理由が、民族協同體の立場から見れば被告人に對する有罪の言渡についての利益よりも、重きを爲すものであるかどうかを判斷することを必要とするであらう。然も檢察は豫めかくの如き理由の重大であることを肝銘すると共に、犯人の手で買収の行はれた結果反對理由が主張されるのでないことの心證をつかむ必要のあるのは云ふ迄もあるまい。此の根本的見解を貫徹するのは、刑事訴訟法の任とする所であらう。こゝでは只それを指摘しないで置く譯にはいかなない文に止まる。

第一の部類、

強 姦、

此の構成要件——暴力又は生命若は身體に對する直接の脅迫を以てする性交の強制——は、歴史的發展とも一致すれば、また民族的觀念にも添ふ所以である。強姦は常に重懲役に値ひする最も重い犯罪として本章の劈頭第一に置かれることを必要とする。それよりも多少軽い脅迫を以てする性交の強要も、之を罰することを必要とするのは云ふ迄もないが、併し強姦の構成要件を此の方向に向つて擴張することゝするに於ては、此の犯罪の範圍の傳來的に確定して居るのと相矛盾するの結果を生じ、重懲役刑丈を唯一の法定刑として居る有效な作用をも弱めることゝならざるを得ないであらう。

重懲役刑丈を言渡す刑率は情狀特に重い場合に對しては充分ではない。そこで現行法（刑法第七十八條）ですらも既に犯罪に因つて被害者の死亡を惹起した場合について、著しい刑の加重を規定して居るではないか。されば草案は情狀特に重い場合については刑の最低限を五年に引上げ、且終身間の重懲役を認めるの方法を選んだ。人種的背叛 *Rasserverrat* は情狀特に重い場合として擧げてある。強姦の結果侵害の犠牲者が死亡したときは、死刑をすら言渡すことが出来るのであるが、是は總則篇の規律に依り特に重い結果を豫見することの出来た場合に限られる。

姦淫行爲の強要、

此の構成要件は強姦でない強要を捕捉するものである。即ち前の構成要件に對して補充の關係に立つも

のである。従つて此の構成要件は第一に事の性交に關しない以上は、性的交渉に於ける何れの強要にも及ぶ。此の場合手段は擴張されて一般の概念と一致する何れの脅迫を以ても充分とするのである。第二に今右に述べた理由に因り身體若は生命に對する直接の脅迫でなく、寧ろ他の種類に屬する脅迫である以上は、性交の強要も亦此の構成要件に屬する。刑としては重懲役刑と選擇的に六ヶ月を下らない輕懲役刑が認められてある。

凌辱 Schändung、

此の罰則は精神病者竝に意識の喪失又は其の他純然たる肉體的の事由に因り抗拒不能である者を保護する規定である。精神病若は抗拒不能である婦女を性交の具に供するのは重い凌辱として重懲役のみを以て罰することとし、其の場合（上に述べた所に依れば姦淫行爲の強要の場合に於けると同様、同性間の姦淫行爲も之に屬するものである）はすべて單なる凌辱として總括してある。此の場合にあつては六ヶ月を下らない輕懲役も認められてある。

犯人が性交の意圖を以て催眠術又は麻痺劑若は麻酔劑を施用することに由つて、被害者を無意識又は抗拒不能ならしめたときは、總則篇の規律上「暴力」を存するのであつて、従つて強姦が成立するに至るものである。

強要の場合に連接して職務上の地位の濫用及び病院に於ける地位の濫用を存する。此の二つの構成要件

は現行法（刑法第七十四條第二號及び第三號）に比較すると、プロイセン邦司法大臣の覺書と步調を一にして之を擴張してある。

先づ自分の監督の下に託せられた者と姦淫行爲を行ふ公務員はすべて之を罰するのは、職務の純潔の必要とする所である。同様にして獨り検査官のみに止まらず、其の職務上の地位を濫用して姦淫行爲を行つた公務員は何れも罪となることになつて居る。犯人の職務上の地位に關しての強要は、何れも此の構成要件の下に屬する。けれども職務が其の主體に與へて居る所の權威の濫用や、人民が公務員に對して、また使用人若は僕婢が主人に對して感ずる從屬感乃至は畏憚の感を利用するのも、此の構成要件の下に屬する。只是等の事情の適當しない場合に限り、即ち例へば公務員が私人たる訪問者との姦淫行爲に際し、公務所を濫用したのに止まる場合に於ては、懲戒上の處罰のみを以て充分とする。

囚人との姦淫行爲の可罰性についても同一の條件を必要とすることになつて居る。公の監置施設内に收容されて居る者は囚人と同視することを必要とするけれども、可罰性は此の場合にあつては現行法に於けると同じやうに、獨り此の施設の使用人のみに止まらず、單にそこで就業して居るに止まる者についても生ずるものである。

現行法は病人若は要救濟者の爲の公の施設内に於ける姦淫行爲のみを取締つて居るに過ぎないけれども、將來は私設の施設も併せ包含されることになつて居る。勿論私設の施設の場合にあつては病人にとつ

ては普通特定の施設の門を叩くべき強制が缺けて居る次第であるけれども、病人に對して猥褻を強ひるの故を以て別の施設を訪ふこととするのは患者にとつて非常に困難でもあり、または不可能でもあることである。果して然らば救済を必要とする状態が既に病人の或る程度の從屬性を設定する次第であつて、監督若は處遇の義務を濫用し、かくの如き施設内に於ける地位を姦淫行爲の爲に濫用するのは、かくの如き施設が私人の經營に係る場合にあつても、民族の福祉に貢獻するを要するの任務を果すのを妨げる。犯人の範圍は施設の經營主を包含し、またそこで使用されて居る者及びそこに就業して居る者をも包含する。之に反して侵害の目的としては、婦女並に十八歳未滿の者のみを問題とすることになつて居る。此の如く制限して居るのは、今述べたやうに犯人に關して構成要件を著しく擴張して居るのと、男子間の同性的姦淫行爲が絶対に罪となることになつて居る（性交類似の動作の場合のみに限られるものであるのは云ふまでもない）のとの爲であるが、一方施設に使用されて居る婦女である使用人と男子たる成年の被收容者との姦淫行爲をも、刑罰を以て取締る實際上の必要は存在するものではない。

經濟的に從屬的地位に在る者に對する姦淫行爲の強要は、現行法こそ認めて居ないが殆ど例外なしに切實に必要であるとして認められ、プロイセン邦司法大臣の覺書も提案して居る構成要件たるものである。此の構成要件は性的領域に於ける暴利搾取とでも表示することを得べき行狀を取締ることを主眼とするものである。即ち經濟的の困窮若は弱點を性的に利用するのを、然も成るべく包括的に處罰しやうと云ふのである。

従つて從來の諸草案の先蹤を追ふて、雇傭關係若は勞働關係に因つて設定される從屬關係を濫用するの丈を捕捉するのでは、到底充分とすることは出来ないのであつて、寧ろ求職者が猥褻の強制を甘受すると云ふ條件の下にのみ職場の提供せられ、若は周旋される場合も包含されることが必要である。更に構成要件をば搾取的に性交を遂げること限定するのは充分でなく、十八歳未滿の者に關する限りに於ては犯人が他の形式で姦淫行爲を志した場合にあつても、可罰性を生ずることしなくてはならない。此の犯罪の既遂は現存する雇傭關係を利用する場合に於ては、姦淫行爲のあるに於て初めて發生するものではなくて、從屬的地位に在る者が自分に向つて行はれた強制に従ふの決意を、爲すに至らしめられた場合に既に發生するものである。されば、而してまた往々にして審問の失敗に於けるのを豫防する爲に、例外として未遂を可罰性から除外するのが正しいやうに思はれる。

犯人が被害者と婚姻したときは、此婚姻の無効を宣言されない以上は訴追は阻却される。訴追について決定を爲すに先たち被害者の所存を聴くことは、もはや法律上には規定されて居ない。犯人が婚姻を以て婦女を釣り、又は其の他性交を婚姻に因る性交と思惟せしめる婦女の錯誤を喚起し若は利用することに因つて、騙罔に因り性交を遂げると云ふことは餘り度々行はれることではないけれども、併し非常に處罰價值のある事實關係である。そこで構成要件に變改を加へることなくして現行法の規定（第七十九條）を踏襲することを必要とするであらう。

第二の部類、

児童及び少年の保護は、こゝに論ずべき領域上に於ける刑法の立法者の最も重要な任務の一つたるものであるが、現行法に比較して更に之を擴張すべきや否やと云ふことは、極めて深刻に論議された所である。先づ第一に、特に憎悪すべき児童凌辱をば重懲役のみを以て罰すること、しやうと云ふ希望があつた（現行刑法典第七十六條第三號參照）。之に附隨する構成要件——十六歳未満の素行端正の少女を性交に誘惑するの構成要件は、不充分である。従つて教會や少年裁判所、少年裁判所補佐會竝に獨逸少年保護中央會の聯合會やの提案に一致して絶對的保護年齢を引上げ、誘惑の構成要件を幾倍にも擴張することが推稱された。立法的取扱の一番困難なのは、頻繁に發生する場合が餘りにも多趣多様である點に存する。一は姦淫行爲の概念の範圍の餘りに大に過ぎるのが興つて力があるのである。けれども之を分割しやうと云ふ試みは見込はない。特に比較的輕微な場合と雖其の児童に及ぼす影響の如何に従つて、非常に區々に評價する必要があるからである。次に犯人の年齢である。「児童凌辱者」(Kinderzändler)と云ふ名稱には、普通年を取つた者又は少くとも成熟した好色漢の觀念が結び付くのを常とするけれども、是が爲に少年の犯人もあることを忘却してはならないのであつて、事實上少年の犯人の方が年を取つた者の場合に於けるよりも遙に多いのであり、春機發動期に在る児童の自然の儘の拘束されない共同生活は、往々にして一時的の過誤を導くことが多いものであること、此の過誤は犯人の人格上そしてまた往々にして相手方にとつ

ての結果上、児童凌辱者の典型の場合に於けるとは全然別様に評價しなければならぬものであることが力強く指示された。此の論議の結果先づ、

児童との姦淫行爲の構成要件に於て保護年齢を十四歳から十五歳に引上げることになつた。「姦淫行爲の具に供すること及び誑惑」は現行法に於けるよりも遙に明確に、發生するすべての場合を捕捉するのであつて、児童が當該の行爲の意義を意識しなかつた場合、又は第三者との姦淫行爲を遂げるに至らしめられる場合をも捕捉するものである。刑としては重懲役又は六ヶ月を下らない輕懲役が規定してあるし、十六歳に満たない者は處罰されないことになつて居る。經驗上現在では被告人が被害者の年齢を知つて居たことを立證することが出来ない爲に、犯人に有罪を言渡すことの出来ないことが多い。されば此の方向に於ては過失に因る行爲も罪となるものと宣言してある。換言すれば過失に因つて犠牲者の年齢の十五歳以下であることを知らなかつた犯人は、輕懲役に處することになつて居るのである。

児童の保護は児童の面前に於ける猥褻行爲を處罰することに由つて更に補充される。犯人竝に保護を受ける者の年齢については曩に述べた所の適用がある。けれども可罰性は犯人が其の意圖を以てして児童の面前で行爲を爲した場合に限り發生することになつて居る。之に依つて其の居住の關係の然らしめる所としてのみ餘儀なく児童の面前で、性交を行つた夫婦を罰するのは當を得ないと云ふ懸念をも除くことが出来る。人或は此の場合にあつてはさなくとも夫婦間の性交は姦淫行爲たるものではないとして、異論を唱

へる者があるかも知れない。此の異論はそれ自體としては確に正しいのであるけれども、かくの如き性交もそれが他人の面前で行はれる場合に於ては、姦淫行爲として看做さざるを得ないであらう。

誘惑 *Verführung* (現行刑法典第八十二條) の構成要件も擴張されることになつて居るが、特に獨り少女のみに止まらず十六歳未満の男兒も性交の爲の誘惑に對して保護し、素行端正 *Unbesonnenheit* と云ふ標識は削除することに依つて、構成要件の擴張が行はれて居るのである。素行端正の標識は實際裁判の辯論の上で被告人たる誘惑者の防禦方法が被誘惑者の素行の全部を明るみに持ち出して、被告人の爲の保護の手段たらしめるに努めるの結果を來した。加之素行端正の標識を以てして専ら主眼とするのは處女の不可侵性を保護しやうと云ふのではなくて、寧ろ發育期にあつて性格のまだ充分強くない少女に決定の自由を出來得る限り保護してやらうと云ふに在るのである。單なる誘惑は決して素行の端正であることを前提とするものではない。更に犯人が相手方の年齢を知らなかつたけれども、併し之を知ることの出來べき等であつた場合に於ては、此の犯罪についても當然過失の責任を存すべきである。犯人の年齢をば十八歳を超える者に制限する企のある以上は、此のことは再應審査してよからう(註)。況んや少年裁判官に少年の發育の不充分を斟酌する廣汎な権限の與へられてあるの事實に顧みるときは、十七歳十八歳の者すらも誘惑に因る處罰から除外する必要は全然なく、然もまた之についての懸念は存在しないやうに思はれる。可罰性を姦淫行爲の爲にする(獨り性交の爲にする場合計りではなく)誘惑に擴張しやうと云ふ提案

は、少年保護同盟に於ても提出した所であり、また實際に見る此の種の場合中の重いものを指示することに依つて支持され、また問題たる年齢の少年少女は往々にして倒錯的(併し乍ら同性的ではない)交渉に誘惑されることがあつて、之に因つて重い損害を被ることがあり得るのであり、且犯人はかくの如き場合に於ては大抵冷靜な熟慮を以て行爲を爲すものであると云ふ事實に依つても支持されたのであつたにも拘らず、結局貫徹しないで了つた。構成要件がどの種類の姦淫行爲にも擴張されると、其の範圍は確に廣汎なものとなるが其の範圍の廣汎であることが重大な懸念を喚起するならば、性交の誘惑は別として誘惑された者の健全な發育にとつての由々しい危険の場合に限り、可罰性を生ぜしめると云ふやうに制限する方法を恐らく考量することが出來るであらう。

(註) 是は第二讀會に於て行はれた所である。尙ほ以下に論ずる所を参照せられたい。

婚姻の締結のあつた事實の斟酌に關しては、經濟的に從屬の地位に在る者に對する強要の下に述べた所が適用される。訴追の強制を緩やかにした點については、緒論の末尾を参照せられたい。

被養者 *Pflegekinder* との姦淫行爲に關しては、自分の教育、訓練、監督若は指導に託せられた二十歳未満の者と姦淫行爲を遂げた者は、重懲役若は六ヶ月を下らない輕懲役に處せられることになつて居る。普遍的の法文の方が列舉主義よりも優つて居る(刑法第七十四條第一號参照)。普遍的の法文は就中繼父をも捕捉することが出來るからである。

卑屬との姦淫行爲——二十一歳未満の卑屬親と姦淫行爲を遂げた場合であつて、近親相姦 *Blutschande* (性交)でない場合——は先づ近親相姦の構成要件を補充するものであるやうに思はれる。けれども可罰性にとつては優生學的の理由は此の場合成立するものではなくて、處罰を決定するものは父母の地位を濫用することであり、家庭の基礎を破壊することである。此の構成要件は之に由つて是認せられるものである。

猥褻の刊行物及び之に類似のものを普遍的に彈壓するの件は、後に至つて論ずることとする。惟ふに少年(十六歳未満の者)には特殊の廣範圍に互る保護が必要であり、加之性的衝動の健全な發育を人爲的な加害に對して擁護することも大切である。そこでこゝに一つの構成要件——少年の性的誑惑——を設けて、獨り猥褻の文書、圖畫又は描寫のみに止まらず、少年の性的感覺を過當に刺戟し又は誑惑するに適した物件をも取締ることとした。罪となる行狀は對價と交換的にするあらゆる種類の通達であつて、其の無償を以て行はれた場合にあつても、犯人が十八歳以上の者であつて且行爲が有害な結果を招來することを目的とした場合にあつては、其の無償で行はれたと云ふ事實に拘らず罪となるものである。

第三の部類、

近親相姦 *Blutschande*

近親相姦の構成要件については現行刑法(第七十三條)に比較して、單に一つの修正が行はれたに過

ぎなかつた。即ち今後は此の構成要件はもはや姻族間の性交を捕捉するものではない。近親相姦を罰するのは今後はもはや優生學的の原因に由るものではない。家族間の聯鎖 *Familienband* は血族 *Blutsverwandten* の場合に於けるよりも著しく弱いのであつて、少年を保護する爲には既に前記の構成要件のみを以て充分とするのである。十八歳未満の者を無罪とするのは、現行法に依つて卑屬たる親族のみに制限されて(現行刑法典第七十三條第四項)、將來は絶對的に效力を有することになつて居る(だから兄弟姉妹間の性交は兩者が十七歳未満の場合には全然罪とはならないであらう)。之については曩に誘惑について述べた所を参照せられたい。

禽獸との姦淫行爲、

此の行爲の可罰性が引續き存続するのは素より言を俟たない。此の構成要件は大審院の判例と協調して、只性交類似の行爲のみを取締つて居るのである。

男子間の姦淫行爲、

此の犯罪の處罰價値のあることについては全然論明する必要はないと云ふ見解が、例外なしに成り立つたのである。

之に反して女子間の性的交渉をも處罰する必要がありはしないかと云ふ點は、篤と審査しなければならなかつた。暴力若は脅迫の施用、從屬關係の濫用、被養者若は卑屬の關係の濫用、兒童に對する犯行に關

する限りに於ては、是等の構成要件の法文上既に實際に問題となる所である。誘惑の場合にあつては擴張を新に考慮することが出来るであらう（其の箇所を参照せられたい）。加之重くない同性間の交渉の構成要件を婦女の上に擴張するのに對しては、次のやうな理由の反對なるものを存する。即ち男子の場合にあつては生殖力が浪費されるのであつて、是等の男子は大抵の場合生殖から除外されるのであるが、女子にあつてはそう云ふことは全然なく、又は少くとも男子と同一の程度に於てそう云ふ次第では決してない。加之此の惡徳は男子の間に於ては女子の間に於けるよりも遙に甚しく蔓延して居るのであるし（賣笑婦の間に於ては此の限りではない）、且又女子にあつては寧ろ他人の觀察を免れ易く、餘り人目には立たないのを常とするので、即ち實例に依つて他人が道義的に腐敗させられるに至る危険は、男子の場合に於けるよりも遙に少いのである。尙ほまた女子間の友誼的關係は祕密の形式を執るのを常とする爲に、此の場合大抵成立する構成要件認定の困難と、理由のない告發竝に審問の危険は非常に大なるものがあるに至らしめられるであらう。最後に——一九一二年のオーストリー刑法典の註釋に於て既に指摘されてあるやうに——同性間の性的交渉を罰するについての重要な原因は、公生活を茶毒すると云ふことである。公生活の茶毒は此の云はゞ一種の疫病を極めて力強く取締ることをしない場合に生ずる。公の勤務や經濟生活に於ける人物竝に其の業績の評價、各種の地位への補任、濫用に對する保護の處置と云つたやうなものはすべて男子は男子らしく考へ、感じ、而してまた男子らしい動機に依つて動かされるものであると云ふ見解に

基くものである。女子にあつてもまた然り。假令天稟の素質の成立は刑法を以てして彈壓することを得ない所のものであるにしても、少くとも其の行動は——乃至は妨げられることなく此の行動に耽り得るの可能は、此の云はゞ一種の疫病の蔓延と其の作用の深到を非常に助長することゝなるであらう。従前公生活の茶毒と稱せられた所のもは、公生活に於て女子の果す役割が比較的極めて控目勝なものであるの事實を顧みるときは、女子にあつては殆ど問題とはならないのである。

かやうな次第であるからもつと論じなければならぬのは男子の同性間の性的交渉のみについてであるが、男子の同性間の性的交渉の可罰性をば——大審院の從來の判例と歩調を一にして——明示的に性交類似の行動に制限することを必要とするかどうかの問題は、結局之を否定せざるを得ない。（一九三五年六月二十八日の法律參照）。制限すると云ふことは、同性間の性的行動の比較的小部分丈しか捕捉しないことを意味するのであらうが、然もまた此の交渉の危険と損害とが此の部分にのみ伴ふものであると主張する譯にはいくまい。加之立證は往々にして非常に困難なものがあるのに、どんな場合にも交渉が性交類似のものであつたことを立證することを餘儀なくされるものであるとするならば、最も重い形式の犯行を訴追し處罰することも非常に妨げられることゝなるであらう。さば同性間の交渉の惡徳を有効に彈壓することを得んが爲には、構成要件の字句を廣汎ならしめることが必要である。之に對してはそう云ふことにすると特に年少者の間に於ける通常の性的交渉の不可能なるが爲に由來する單なる偶發的の過誤である所

の、比較的無害な行爲までが罪となるものと宣言されることとなるであらうと云ふ、異論を唱へる者があ
るかも知れない。けれども草案は此の場合について遁げ道の一つ設けて居る。犯罪の當時まだ二十一歳で
なかつた關係者については、特に軽い場合につき裁判官に刑を科することを見合はせるの權限を與へてあ
るのがそれである。

雇傭關係、勞務關係又は從屬關係に因つて設定される依存關係の濫用、二十一歳未満の男子の誘惑（犯
人の年齢は此の場合にあつては、二十一歳以上である）及び營業的犯行又は是が爲の申出は重い姦淫行爲
として重懲役を以て罰すべく、比較的軽い場合には三ヶ月を下らない輕懲役を以て罰するものとし、重く
ない犯行の殘餘のみを輕懲役を以て罰して居るのである。

第四の部類、

猥褻行爲の公然の履行、

現行法（第八十三條）の設けて居る構成要件は餘りに狹隘に過ぎるので、實害犯 *Verletzungskelikt*
——不快の念を喚起さす——に代ふるに脅威犯 *Bedrohungsdelikt* を提案し、行狀が不快の念を喚起する
に適した狀況の下に公然猥褻行爲を爲すのを取締ることにした。

猥褻の文書及び圖畫、猥褻の用途を有する物件、

第八十四條第一號及び第三號に於ける構成要件は、實際に成績を擧げた構成要件であるので之を總括

し、動作に關して一層之を補完した。そこでかくの如き物件を流布せしめた者、又は何等かの方法に於て
之を他人の手に入れた者も罪となる。其の外淫猥な文學の取締に關する法律は其の儘效力を保有すること
になつて居る。其の使用が醫學上適當である物件（例へば性病の傳染を豫防する爲の物件）を賣買し、取
引するのは、特別の規定を以てして規律することになつて居る。

猥褻な交渉を招來する爲の公告、

現行刑法典第八十四條第四號は其の儘之を踏襲して差支ない。

營業的姦淫行爲及び姦淫行爲の勸誘、

本草案は一九二七年二月十八日の性病の撲滅に關する法律、竝に一九三三年五月二十六日の刑法改正法
に因つて造り出された法律狀態から出發するものである。密賣淫の經營を必要な制限内に止める爲には、
一九三三年五月二十六日の法律に因つて新に加重された規定を以て構成要件上充分である。けれども特に
少年の保護に關しては是等の規定は非常に重要なものであつて、従つて違警罪を別除して了つた後にあつて
も、實體刑法中に包含せしめることを必要とする規定である。尙ほ輕懲役をも——拘留と相並んで——法
定することになつて居る。されば第三百六十一條第六號、第六號a、第六號b及び第六號cは大體に於て
其の儘こゝに編入することになつて居る。營業的の姦淫行爲を監督する爲に制定された規定の違反を取締
る刑罰は新規の規定である。けれどもさればと云つて規則主義 *Regelentierung* の舊來の制度に復歸する

意圖は全くない。

第五の部類、

淫行媒介、

淫行媒介 *Kuppeler* は淫行の機會を周旋し又は之を造り出し若は之を供與することに因つて他人の淫行を助成する點に於て成立し、また義務違反の不作爲に因つても之を犯すことが出来る。かやうに淫行媒介の概念の範圍は廣汎なのであるから、どんな淫行媒介の行状をも罪とすると云ふ譯にはいかない。そこで餘り重くない場合の爲に制限を設ける關係上、利己心に因る犯行又は常習的の犯行と云ふ現行法上既に設けてある標識が是認されることになつた。かやうな次第で現行刑法典第八十條は大體に於て其の儘、第二項（妓樓を經營するのは淫行媒介である）及び第三項（住居を供與するのは搾取の場合に限り罪となるものである）をも併せて新刑法に收容されることゝなつた。是と相俟つて重い淫行媒介罪は其の利己心に因る犯行若は常習的に犯されたのではない場合にあつても、重い刑を法定することを必要とする。併し現行法とは違つて此の場合に重い淫行媒介の二つの等級を設けることになつて居る。即ち一番重い場合——狡猾なる策略の施用（現行刑法典第八十一條第一號）及び淫行媒介者が自分の犠牲者を營業的の姦淫行爲に致し若は姦淫行爲に抑留する場合（新設）——は重懲役のみを以て罰することになつて居る。尙ほ犯人は破廉恥なるものとして宣言するを要する。更に十八歳未満の者、竝に犯人の教育、訓練、監督若は指導

に託せられた者又は妻を淫行媒介の客體とした場合にあつては、重懲役の外に六ヶ月を下らない輕懲役を認めてある。此の構成は父母が許婚者間の性交を許し、之を淫行媒介の罪と認めざるを得ない場合に、單に輕懲役のみを適用することを得しめるものである。許婚者間の性的交渉を忍容する上に可罰性の除外例を認めやうと云ふ舊來の諸草案の提案は、多くの賛同を見出すことなくして了つた。此の種の除外例は人民のいろ／＼な社會の間に存する許婚者間の、性的交渉についての觀念にしか根據を有することは出來ないことであらうから、之を法律の正條中に收容すると云ふことは非常に好ましからぬ論結と結果とを招來するの虞がある。加之不法の意識の要件は免責し得べき場合に於て釋放を行ひ、又は全然起訴しない爲の正しい道を開く所以なのである。

婦女賣買、兒童賣買、

所謂少女賣買業者 *Maicheländler* の特に危険でもあり、また特に憎惡すべき行動は、極力峻烈に取締らざるを得ない所なのであつて、此の點はプロイセン邦司法大臣の覺書も既に指摘した通りである。假令此の行動の範圍についての觀念は随分誇張されたものがあるかも知れないし、且又われから淫行を抗拒しない少女が實際の期待に反して居たが爲にみづから少女賣買業者の犠牲たるものとして標榜するものがあるかも知れないにしても、兎に角非常に大きな處罰價值を有する場合の随分夥しいものがあるのは、絶對的に確定の事實である。加之わが獨逸國は少女賣買の撲滅に關する國際協約に加入したことに依つて、少

女賣買を撲滅する爲に特別の豫防的處置を講ずるの義務を負ふものである。從來既に論議された構成要件は是が爲には不充分である。既に婚姻及び家族に對する侵害の所で論ぜられた教育權の侵害は、全然個別の法益の保護に關するものであるけれども、少女賣買が教育權者と協調して犯されることもあるし、或はそれ所でなく教育權者自身に於て之を犯すこともある。然もまた全然教育權に服さない者に依つて犯されることもあるのである。婦女拐取 *Frauenraub* に對する關係（自由に關する犯罪についての報告を參照）が今こゝで一般的に審査することを必要とするのである以上は、換言すれば姦淫行爲の目的（婚姻の目的ではない）が拐取者を指導して居る以上は、婦女拐取を犯人自身の爲にする拐取に限定することに因つて明確な區別が生ずる。最後に淫行媒介に較べて見ると婦女賣買業者は特殊の特に危険な典型を成すものであつて、此の典型は所要の重さの刑を法定することに依つて、既に之を明白ならしめることを必要とする次第なのである。此の典型の標識は第一に動作の種類であつて、募集 *Anwerben* であり、羅致 *Verzelen* *leppen* であり、誘拐 *Ertücheln* であり、然り而して犠牲者を淫行に致すの意圖、即ち犠牲者をば特定して居ない人物との姦淫行爲に致すの意圖である。犠牲者が十八歳未満の者（男女何れの性別に屬するやは何處所ではない）であるときは、構成要件は之に依つて既に充足される次第であつて、刑は重懲役に破廉恥の宣言 *Ehrlosklärung* である（兒童賣買）。同一の動作が同一の意圖に於て十八歳以上の婦女に對して營業的に行はれたとき、又は精神病者若は抗拒不能者に對して行はれたとき、又は暴力、脅迫若は狡猾

な策略を以て行はれたときは婦女賣買である。刑は婦女賣買の場合にあつても、兒童賣買の場合に於けると全く同一で、情狀特に重い場合（例へば外國への羅致）に於ては、五年を下らない重懲役又は終身間の重懲役に科することになつて居る。少女賣買を撲滅する爲の國際協約は更に正犯として關與はしないすべての關係者をも捕捉すること、並に少女賣買業者が逮捕された地は何處にまれ犯罪地たるものとするに重きを置いて居るのである。委員會の提案に係る構成要件の形成方法や、犯人の概念の廣汎であることや、犯罪地についての一般的规定やはその結果を保障するのであつて、此の場合特別の規定は必要としないであらう。

淫行助成、

淫行助成 *Zuhilfertei* は現行法（現行刑法典第八十一條 a）に倚據して、搾取的淫行助成 *ausbeuterische Zuhilfertei* と媒介的淫行助成 *kuppelerische Zuhilfertei* との間に區別が立て、ある。大審院の設けて居るやうな淫行助成者の賣笑婦に對する人的關係の標識を、構成要件中に收容するのは無用である。蓋し「淫行助成者」なるものは一つの確定した典型たるものだからである。此の典型こそ形式的の解釋を豫防する爲に、搾取的淫行助成の構成要件と融合せらるべきものである。かやうな次第であるから賣笑婦から只一回だけ出捐を受けるのは、此の出捐につき何等法律上の請求權の全然成立して居なかつた場合にあつても、一概に之を目して淫行助成たるものとすることは出来ない。本草案は一九三四年十一月二十四日の法律と

歩調を一にして、淫行助成を以て重く處罰すべき犯罪たるものと見て居る。それにも拘らず誤認することの出来ないのは、比較的軽い場合の生ずることがあると云ふことである。現行法の一般的な減輕情状は廢止される。されば重懲役の外に六ヶ月を下らない輕懲役を許すことになつて居る。

第二讀會の結果

本章の第二讀會は細目の點に互つての改正を導いた丈である。尙ほ本章の名稱の統一を擁護する爲に、表題も「風俗に對する侵害」と云ふ字句を選んだ。

強姦と姦淫行爲の強要との關係は、近頃論議の目的となつた。此の場合單なる法條競合を存するものであつて、第一の構成要件は第二の構成要件に對して特別法の關係に立つものであると云ふことは、極めて明白であるやうに見受けられ、之を法律の正條中で特に指摘する必要はないのである。従つて獨り性交を目的としない姦淫行爲の爲にする如何なる強要も姦淫行爲の強要の犯罪を成すのみに止まらず、暴力も施用されなければ強姦の場合に豫定されて居る重い脅迫も施用されない婚姻外の性交の強要も、姦淫行爲の強要を成すものである。

凌辱の場合にあつては此の犯罪の客體の劃定方法が新に審議された。そこで精神病患者、意識喪失者及び其の他抗拒不能者を列擧するに決した。即ち此の場合にあつては責任無能力を定義する場合に於けるとは

違つて、心神耗弱者は特に指摘はされないことになつて居るのである。心神耗弱者の甚しい者に至つては、之を精神病患者の列に加ふべきであらう。さもない場合に於ては心神耗弱者が抗拒不能であるかどうか、換言すれば其の精神状態の然らしめる所として道義律に従ふ性的衝動の満足と、道義律と相容れない性的衝動の満足との間に區別を立て、之に應じて其の行狀について決意を爲すことが不可能たるものなのであるかどうかを審査する必要があるであらう。更に此の場合に單なる意識の障礙をも併せ包含させるのは、餘りに廣汎に過ぐるものと認められた。責任無能力に關する規定と同じ調子で律しやうと云ふのは不當であらう。わけても心理的標識の作用を及ぼす場合に於て然りとするのである。されば意識喪失者のみに限り、精神病患者と同視される。第三の種類として續くものは從來同様抗拒不能者である。刑は幾分か引下げて單純な凌辱の場合にあつては三ヶ月を下らない輕懲役で、單純な凌辱の情狀特に重い場合に限り重懲役である。重い凌辱の場合にあつては、重懲役の外に六ヶ月を下らない輕懲役を許すことになつて居る。

職務上の地位を濫用しての姦淫行爲の場合にあつても、重懲役の外に同じ程度の輕懲役を相當とするやうに思はれる。

經濟的依存關係に在る者に對する強要、

第一讀會に於ては、こゝに論ぜられた誅求の可罰性は、犯人が依存的の地位に在る者をして婚姻外の性

交の決意を爲さしめる場合に制限され、只第三の場合で十八歳未満の者についてのみは、姦淫行爲の爲にする濫用のみが構成要件を成すことになつて居た。是は懸念なしとしない所であつて、今後は性的の目的の爲にする經濟的の依存關係を利用して誅求するのに對して充分な保護を確保せんが爲に、性交類似の行爲を性交と同視することにしたのである。

兒童の保護、

絶對的の保護年齢を十四歳から十五歳に引上げることは、再度の審議の結果到底維持し得なかつた所である。そこで草案は保護年齢を十四歳とするのに復した。之に反して十六歳若は十八歳の犯人を無罪たらしめるのは止めにした。蓋し具體的の案件の状況上相當であるまいと思はれる處罰を避ける爲には、少年裁判所法の規定を以て充分とするからである。

姻族間の性交、

委員會は第一讀會の見解とは異り第二讀會に於ては、輕懲役のみを此の場合の法定刑とし、比較的輕い場合には拘留をも科することを得るものとした。何となれば此の犯罪は親族間の羈絆を甚しく危殆ならしめる、非常に不道德な行狀たるものに外ならないからである。けれども姻族關係を設定する婚姻が犯罪の當時もはや成立して居なかつた場合に於ては、可罰性は發生しないことになつて居る。姻族關係を仲介する婚姻の共同生活が犯罪の當時存在して居なかつたときは、刑を科するのを見合はせることが出来る。

是は他の特に輕い場合に於ても同様である。

淫行媒介、

單純な淫行媒介の場合、竝に少年の淫行媒介の場合にあつては、案件が特に輕いものとして評價すべきときは、刑を科するのを見合はせ得ることになつて居る。委員會はかくの如き方法で更に別段の一つの道を開かうとして居るものである。それは特殊の事情を汎く斟酌することを得しめんが爲に外ならない。

保安監置、

保安監置は總則篇の規定上累犯を條件とするのであるが、風俗に關する犯罪の極めて重い場合に於ては、保護の必要を満足させる上にはそれ丈では充分ではない。變質に基く犯人の高程度の危険性は、此の場合既に犯行に因つて非常に明瞭に示現されるのであつて、従つて受刑者の服役後之を永く監置するのを是認せしめるのに、極めて充分な基礎を存するものと云ふことが出来る。そこで草案は強姦、凌辱、兒童との姦淫行爲、及び男子間の重い姦淫行爲について保安監置を認めやうとするものである。

九、宗教に對する侵害、死者の安息に對する侵害

ミュンヘン大學教授 ドクトル・エドムンド・メツガア

總論、

宗教に關する犯罪 *Religionsdelikt* は刑法中特別の地位を占めるものであつて、只刑事統計の上に現はれた案件の數丈を見て、此の犯罪の意義を判斷する譯にはいき兼ねる。此の犯罪は實際上には決して頻繁に生ずるものではないけれども、然も將來刑法を形成するに當つては、當然重要な地位を占むべきものである。蓋し此の犯罪は獨逸民族の生活にとつて根本的の意義を有する問題に關するものだからである。

此の犯罪の構成要件を形成するには三つの出發點を想像することが出来る。即ち此の犯罪の構成要件を

- (a)、宗教自體の保護を目的たらしめることも出来る、
- (b)、宗教的平和、特に宗教團體一般の間に於ける平和、又は權利能力を有する宗教團體若は公法上の團體としての宗教團體の間に於ける平和の保護を目的とすることも出来る、
- (c)、個人の宗教的感情の保護を目的とすることも出来る

のである。

我が國現代のナチスの國家は其の根本觀念上、國家、換言すれば國家的に秩序立てられた民族協同體の優越的地位から出發して居るのであつて(註一)、國家的に秩序立てられた民族協同體内に於て國家が宗教自體の保護を要求して居るのである。此の意味に於て國家を負擔するナチス運動は、指導者自身絶對に動かすべからざるものと稱して居る一九二〇年の綱要第二十四に於て、「國家内に於ける一切の宗教上の信條の自由は、それが國家の存立を危殆ならしめることのない以上、又はゲルマン民族の風俗感及び道義感に違反することのない以上はすべて自由であること」を要求し、黨としては現在のキリスト教の見地を奉じて、然も信仰上特定の信條に羈束されないことを主張して居る。一九三三年七月十四日の獨逸新教會の組織に關する法律、並に一九三三年七月二十日のローマ舊教會との協約及び同日のローマ法皇廳との協約の施行に關する法律に於て行はれて居るやうに、二つのキリスト教會を特示して居るのは以上の事實に對應するものである。だから以下に於て一々擧ぐべき宗教に關する犯罪はキリスト教、教會其他一切の場合に關し、尙ほそれが獨逸的感情と一致する以上は他の宗教、教會にも關するものである。

(註一) 往時に就つては Bruns; Die Religionsvergehen (Strafrecht. Abhandlung Heft 301 — 1933) の總括的説明及それに引用せられてゐる文献參照。

かの舊獨逸國について現行刑法典の「宗教に關する犯罪」と云ふ諦念的の表題を有する第十一章の第百

六十六條乃至第六十八條や、之を補完するワイマール憲法の第三十五條以下に表明されて居るやうな、宗教的の局外中立の態度は殊更に之を拋棄したし、かくの如き保護を刑法上の手段を以て確保する必要も、委員會の肯定した所である。新國家は自分の尊重する宗教が、往々にしてナチス革命以前の時期に於てすら聞いたことのないやうな方法で、誹毀されても罰しないで置くやうな状態を忍容することは到底出來ない。最高の存在に對する極めて原始的な恭敬の念をかくの如く侵害するのは、國家として處罰價値ありと認めざるを得ないのである。

けれども宗教自體を保護することを求めてかくの如く要求はしても、宗教自體の保護以外には個々の宗教團體（もつと適切に云へば、宗教的協同體）の間に於ける平和の保護は、別段斟酌する必要はないと云ふことを言明する心算は毛頭ない。之に反して個人の宗教的感情の保護は、國家自身が或る宗教に歸依して此の宗教を相當に刑法的に保護する場合にあつては、著しく獨立的の意義を失ふものである。特にかくの如くにして特別な「憤慨」Argernis nehmen の要件は個々の構成要件中に於て否認される。即ち從來既に立法上謬れるものとして表示された標識である。

委員會は從來現行刑法典第六十六條中に結合されてあつた神の褻瀆、個々の宗教團體に對する侵害、教會其の他に於て誹毀の狼藉行爲を爲すことの三つの構成要件を分別して、之を獨立の構成要件に形成した。

神の褻瀆

現行刑法典第六十六條に依れば、公然誹毀の表示を以て神を褻瀆することに因つて、憤慨の念を生ぜしめた Argernis geben 者は罰せられることになつて居る。

だが以上に述べたやうな次第であるから、可罰性の條件としての「憤慨」の要件には、もはや執著することは出來ないのであつて、構成要件としては「公然神を褻瀆したる者」と云ふ字句を以て充分としなければならなかつた。神と云ふ概念を事こまかに定義することは拒まざるを得なかつた。蓋し裁判當局にして根本的の出發點さへ心得て居るなら、細目の點にかけての解釋の正しい方法は直ちに發見することが出来るであらうからである。「褻瀆する」Missen と云ふ語辭も、依つて以て具體の場合に犯人の褻瀆の意思を認定するを要するものであること、竝に宗教上の眞面目な見解の争は法律に於て取締ることは出來ないものであることを明かにするものである。「公然」と云ふ概念は、豫期しない報告に因つて公に披露されたに過ぎない純然たる私的の表明は、罰せられないことを保證して居るのである。獨り口頭若は書面を以てする表示のみに止まらず、繪畫、象徴其の他の製作物及び之に類似の褻瀆も亦併せ包含されるものであることは、素より言を俟たずして明白である。

宗教的民族感情若は宗教的協同體の誹毀

神と云ふ概念について説明的の追加條項を加へることに依り、又は獨逸民族の宗教的感情を侵害するこ

との別段の要件を設けることに因つて、神の褻瀆の構成要件を重からしめ、又は制限しやうと云ふ提案は委員會の否決する所となつた。けれどもかくの如き違反は、獨りそれ自體としてすべての場合を通して罰せられることになつて居る神の褻瀆のみに因つて行はれるものではない。従つて新しい包括的の規定を附け加へるのが必要と認められる次第であるが、此の規定はもはや現行刑法典第六十六條に於けるが如く、個人に憤慨の念を喚起することを目標とする譯にはいかないのであつて、寧ろ民族の感情を目標とすることを必要とするのである。即ち

「公然獨逸民族の宗教的感情を甚しく侵害したる者は、輕懲役に處す」
と云ふものである。

宗教に關する犯罪の領域に於ける現行法の一番争はれた點は、現行刑法典第六十六條の第二の場合であつて、此の規定中では寺院並に宗教團體の「制度及び習慣」が擧げられて居るのであるが、此の保護の平等を缺いて居ることを非なりとする意見は餘程以前からあり、其の理由とする所も正當なので、従つて「教理及び崇拜の對象」を附け加へることに依つて之を擴張するか、さもなければ其の全規定を削除することが提案されたのである（註二）。

（註二）之については特に Kohlransch, Die Beschimpfung von Religionsgesellschaften (1908).

實際の話現行刑法第六十六條に基く有罪の言渡は此の點に於て、其の極く大部分が新教徒に關するも

のであり、其の舊教徒に關するものは單に一小部分のみに止まるものである。ルーテル其の人を誹毀しても別に罰せられないで済んだけれども、之に反してローマ法皇を誹毀するに於ては、「ローマ・カトリック教の制度」に關する誹毀の罪を犯すこととなつたのである。かくの如き不平等の因は、一つは事柄の本質中に存する。蓋しカトリック教會の生命は主として制度や習慣に於て具體化されて居るのに反し、新教會の生命は教理と個人に存するからである。其の程度に於ては此の二つのキリスト教の宗旨は、其の現に在る所の儘を保護せざるを得ない。けれども何れにしても「教理」を附け加へることに依つて、現行刑法を擴張するのが相當であると認められた。之に因つて教授の自由や信仰の自由が、妨げられるものでないのは素より言を俟たない。保護すべき宗教上の協同體の範圍に従つて問題を解答することは懸案の儘であつて、差當つての所「國家の承認した所である宗教上の協同體」への制限が行はれたのである。更に委員會は誹毀と云ふ語辭が、範圍の確定した概念を示すものでないことを明知して居た。兎に角誹毀と云ふ言葉は如何なる種類の侮辱をも指す次第ではなくて、特に無作法な形式に於てする、又は特に野卑な心情に由來する侮辱を指すものであることが表明してあるのである。「讒謗する」verunglimpfenと云ふ語辭についても同じことが云ひ得られる。

かやうな次第であるから國家の承認した所である宗教上の協同體の保護に關する規定は次のやうになる。

「國家の承認したる所に係る宗教上の協同體を公然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。」

「國家の承認したる所に係る宗教上の協同體の教理、制度又は習慣を讒謗したる者の罰亦前項に同じ。」

禮拜所及び禮拜の對象の褻瀆、

現行刑法典第六十六條の第三の場合は、部分的に現行刑法典第三百四條と結合された。剩す所は現行法に於けると同様禮拜の爲に「特定した」場所である。従つて本章の二つの別段な規定の法文は左の通りである。

「禮拜の爲に特定しある場所を褻瀆したる者は輕懲役に處す。」

「公の場所に於て禮拜若は宗教上の崇拜に捧獻したる物件を撤去し、破壊し、毀損し又は之に誹毀的の行爲を加へたる者は輕懲役に處す。」

禮拜の妨害、

禮拜の妨害と云ふことを普通の規定（強要其他）に比較して特別に擧げるとは必要であると思ふ。

單なる故意を以て充分とするものであるか、それとも意圖若は惡意を要求すべきものであるかは、再應審査しなければならぬ所であらう。兎に角一時故意を以て充分とするものと認められた。下方に向つての

刑の範圍を擴張したのは此の事實に對應するものである。僧侶の職務上の動作の故を以ての、又は其の職務上の動作に關聯しての誹毀及び一身に向つての侵害に對する僧侶の保護は、之を官吏保護法中に移した。依つて以て一九三三年七月二十日のローマ法皇廳との協約第五條に満足を與へるのである。

従つて委員會案の規定（現行刑法典第六十七條に相當するもの）は左の通りである。

「禮拜若は個々の禮拜上の行爲を阻止し若は妨害したる者は、輕懲役に處す。」

死者の安息の妨害、

此の犯罪は現行法に於ては、現行刑法典第六十八條、第三百四條、第三百六十七條第一號中に規律してある。現行法に於てはいろ／＼の係争問題に關して、屍體についての「權利者」の詳細な定義を掲げてあるけれども、是等の問題は事柄の本質と密接な關係に立つものではないのである。されば此の場合には將來の裁判の準則として、一般的の態様を有する評價の概念を選ぶことが必要であつた。保管の侵害も亦もはや決定的に中心點には置かれなかつた。民族の英雄の崇拜の保護（プロイセン邦司法大臣の覺書）は民族的背叛に關する特別の一章中に收めることにした。社會公共の爲に犠牲となつて死んだ者の崇敬の保護も、特別に規律することになつて居る。屍體解剖の問題は此の箇所を取扱ふことは出來なかつた。解剖中其の他の屍體についての權利は、從來通り竊盜に關する法條及び之に相當する其の他の規定に一任されてある。従つて以下の規定は特別の一章中に收めた。

「死體の凌辱、墳墓の凌辱、死者又は其の遺骨に對して冒瀆を爲したる者、又は死者若は其の遺骨に對して誹毀的の行爲を加へたる者は、輕懲役に處す。」

埋葬の場所若は墓表を褻瀆したる者の罰亦前項に同じ。」

「葬式の妨害、

葬式を阻止し又は之を妨害したる者は二年以下の輕懲役又は拘留に處す。」

第二讀會の結果

第二讀會は大體に於て從來の基礎から出發した。特に第二讀會の草案は獨逸民族の宗教的感情の保護を固執しやうとするものである。獨逸民族の間に於ける宗教的信條の非常に多端なるものあり、其の信條の非常に自由なるものあるのを顧み、委員會は其の究極に於て統一的な、獨逸人自身の本質に深く根ざした、自分よりも高い神に對する恭敬の念から出發して差支ないものと思惟した。かくの如き恭敬な態度に對する惡意に因る公然の侵害は、當然刑法を以て處罰すべきである。是はプロイセン邦司法大臣の覺書の見地にも適應する所以である。けれども委員會は第二讀會に於て、第一讀會で約束された神の褻瀆を取締る罰則と、惡意に因る獨逸民族の宗教的感情の侵害を取締る罰則との二つの罰則を、互に融合させること

を決意し、特に宗教的感情の侵害の例として神の褻瀆を擧げると云ふ形式を以てして居る。従つて次のやうな法文を生ずることとなるであらう。

公然神を褻瀆したる者、又は惡意に因り獨逸民族の宗教的感情を侵害したる者は輕懲役に處す。

之に因つて先づ神の褻瀆の處罰原因が明かにされる。即ち神の褻瀆の處罰原因は、他人の宗教的信念を尊重するの義務に違反し、従つてまた宗教的感情に反するの點に存する。けれども「獨逸民族の宗教的感情の侵害」と云ふ標識の解釋についての指針も同時に與へられる。此の場合に委員會は「神の褻瀆」の神の概念は曩に説明した根本思想に應じて、比較的近時の宗教的方向から形成されたやうな神の觀念をも包括するものであると云ふ考から出發して居るのである。此の神の觀念も嘲弄に對する保護を要請する。他人の宗教的信念を尊重すべしと云ふ命令は、かくの如き宗教的見解の讒謗されるのを許さなければ、古くからの傳來の神の觀念の誹毀されるのを許すことは出來ない。更に委員會は前記の規定並に結局全章の解釋が、黨綱要第二十四から出發しなければならぬと云ふ建前を規律の出發點として居る。黨綱要第二十四に於て「宗教的信條が國家の存立を危殆ならしめることなく、又はゲルマン民族の風俗若は道德に關する感情に反することのない以上は」、國家内に於けるあらゆる宗教的信條に自由が認められてあるからには、是等の條件に叶はない信條は刑罰を以てする保護を享ける譯にはいかないものであることが、おのづから明白とならざるを得ない。

宗教團體の保護に關する罰則も、同じく第二讀會に於て再應周匝に審査された所である。委員會はもつと法文を簡約にする提案をしやうと決意した。即ち委員會は「教理、制度及び習慣」を特筆するのは無用であると思惟するものである。從來の判例上既に宗教團體は獨りそれ自體無作法な形式で侵害されることに依つて誹毀されることがあるのみに止まらず、宗教團體にとつての特色であり、且つ核心と一致する教理若しは制度が讒謗されることに依つても間接的に誹毀されるものである。だから其の程度に於ては教理、制度及び習慣を特に擧げる必要はない譯である。併し宗教團體の宗教的觀念の核心に屬しない教理、制度若しは慣習が誹毀され、従つて宗教團體自體が侵害されたものと認められない場合に於ては、宗教的感情の惡意に因る侵害に對する曩に報告した罰則の保護を以て充分とする。此の規定は犯人が公然公法上の或る宗教團體を誹毀し又は惡意に因つて之を侮蔑する場合に制限される。併し委員會はまだ此の問題を終局的には解決することが出来なかつた。蓋し此の問題は協同體の名譽の保護は、どの程度まで法律を以て規定すべきであるかと云ふ問題の範圍内、もう一度審査して見る必要があるからである。

禮拜の妨害を取締る罰則に關しては、第一讀會で主觀的構成要件の再應に審査が留保されたのであるが、此の再應の審査の結果は即ち禮拜若しは個々の禮拜的行爲の阻止については故意を以て足るものとし、之に反して單なる妨害については意圖を必要とするの提案を導くに至つた。大都會に於ては街衢を疾驅する重い車輪や交通信號等の騒音が教會の内部に迄も聞えて來て、禮拜に妨害の作用を及ぼすのを避けるこ

とは殆ど不可能である。故意を以てする行爲を以て足り、従つてまた條件付の故意も處罰を招くことがあり得るものとするならば、今述べたやうな場合も處罰されることとなるであらうが、本當に處罰價値のあるのは妨害それ自體の爲に喚起された妨害以外にはあり得ないであらう。國若しはナチス黨に對する攻撃の爲に教壇の利用されるのを豫防する爲に妨害の行はれる場合についての明示的の規定は、必要でない。かくの如き妨害は違法であり得ないことは、草案の基礎となつて居る一般的の不法の觀念からしておのづから明白となる所であつて、且從來の判例にも合致する所以なのである。

十、動物の保護

國司法省參事官 グラウ

一

獨逸民族が遠い昔から動物に與へて來た保護と云ふものは、其の人種的感情と合致するものである。由來人種的に考察すれば獨逸人なるものは、動物を愛好する精神に富む人種なのであつて、動物を目して是も亦自分と同様に神の造り給ふた生物たるものであると觀じ、動物も亦人間と同じやうに苦痛を感じることの出来るものであることを悟り且之を斟酌して來た。われわれの祖先たるゲルマン人にあつては神に對する信仰と日常の生活とが動物と密接に結合されて居たのであつて、動物の中には彼等にとつて神聖なものであつたものも随分あり、わけても馬は其の尤たるもので、鎮守の神苑に於ける豫言の動物であり、勇士の死に際して捧獻される供物であつた。實にゲルマン人の日常生活は畜産に依つて支配されて居たと云つても過言ではないのであつて、即ち彼等は牧畜農業者たるものであり、タチツスの如きも既に、家畜はゲルマン人の唯一にして然も其の最も愛好する所有財産たるものであると、記述して居る程である。かやうに獨逸人の血管には動物愛護の精神の流れて居るにも拘らず、動物の保護は數世紀來獨逸國で法

律上に規律はされなかつたのであつて、其の嚆矢たるの榮譽を擔ふ者は一八三八年の刑法典中で、獨逸國に於ける最初の動物虐待をば法律で罰するの制度を布いたザクセン王國であり、一八三九年にはバイエルン並にウエルテムベルヒ之に續き、後には獨逸の大抵の邦が之に倣ふやうになつた。

一八七一年の國刑法典は是亦動物虐待を罰しはしたけれども、單に違警罪刑を以て制裁として居るに過ぎない(第三百六十條第十三號)。國法を以てする處罰構成要件も、此の制裁と同様極めて不十分なものであつた。蓋し手荒な虐待の外惡意に因る苛責のみを動物虐待として處罰して居るに止まり、且また此の兩者も公然若は他人の憤慨を喚起する方法で行はれた場合に限り、罰せられたに過ぎないからである。かくの如くして當時獨逸國を支配して居た自由主義は、獨逸民族の古來の傳統に反して動物を物に低格させるの業を完成させた。即ち動物は爾後はもはやそれ自體の爲に保護せられるのではなく、もはや生物として保護されるものではなくて、其の與へられる保護は動物虐待に因つて人の道義的感情が傷けられるからと云ふ、ひたすら人間の爲のみに因つてある。刑法典中に於て個人主義的思想を是程極端に表明すると云ふことは、到底及びもつかないことであつた。

動物虐待に對する此の全然不十分な國法上の制裁は、ナチスが政權を獲得するに至るまで繼續し、其の結果として學問的の動物試験や無苦痛の屠殺の如き、動物保護のあらゆる問題中の二つの焦眉の問題も亦未解決の儘に放置されることゝなつた。プロイセン邦農務大臣は既に一八八五年二月二日の布告に依り、

獸醫學及び農學の専門學校に向つて、動物の生體に對する實驗は眞面目な研究若は授業の目的の爲にのみ、且教授若は私講師の手に依つて、又は其の責任の下にのみ行ふことを許す旨を命じ、更にまた實驗の目的と絶對に相容れない譯ではない場合に於てはすべて、實驗に先だつて動物に痲酔を施して置くことを必要とする旨を定めて居るのであるが、此の布告並に類似の好意的の布告は、實驗の目的として選ばれた犠牲の爲には餘り役立つものではなかつた。蓋し此の布告に對する如何なる違反をも既に處罰すべき罰則なるものは、存在して居なかつたからである。けれども動物虐待の一般的構成要件（第三百六十條第三號）も、云はゞ全然適用し得なかつたのも同然のことであつた。蓋し公然と云ふ條件若は憤慨の念を生ぜしめると云ふ條件は大抵の場合之を存しないことが多いし、また學者は構成要件の要求して居るやうに惡意若は残忍の念からして行爲を爲すものではなくて、寧ろ原則として知識慾に因つて行爲を爲すのを常とするからである。

動物の無苦痛の屠殺の問題も、第三百六十條第十三號に依つて充分には解決されなかつた。特に此の構成要件に基いてユダヤ教の儀式としての屠殺を取締ることは出来なかつた。蓋しユダヤ教の宗教的協同體、従つてまた其の宗教的慣習も國家的に承認されて居たことであるから、ユダヤ教の屠殺は當時の見解上違法たるものではないからである。更に此のユダヤ教の屠殺の任に當る者が信仰に厚いユダヤ人としてユダヤ教の儀式としての屠殺に關する規定を遵守した場合に、本人が残忍に若は惡意に因つて行爲を爲し

たものと云ひ得るかどうかは疑問とする所であつた。加之此のわれ／＼の見解上法外な動物虐待も大抵の場合公然とは行はれず、且又大抵の場合無關係の者が憤慨の念を感じることのあるやうには行はれないのを常とするのである。かくの如くにしてユダヤ教の屠殺は依然として無罪であり、加之既に一九〇二年當時に行はれた屠畜場の管理人やその他の鑑定人に發問した返事は、殆どすべての者の回答が屠殺の準備行為並に屠殺の切開自體をば、殘酷であるとして居ると云ふ結果であつたにも拘らず、ユダヤ教の屠殺は一九一七年六月二日の告示に依つて全國に互つて明示的に適法なるものとして引續き承認さへされたのであつた。

二

ナチスは此の問題に於ても、はたまた他の多くの問題に於ても民族の人種的感情に倚據して居る次第なのであつて、如何なる種類の動物虐待をも非なりとし、わけても動物が人間にとつてどうでも犠牲にされなければならぬものであるとするならば、之を敏速に且無用に苦痛を與へることをしないで屠殺するやうにせんことを欲するものである。かくの如くにして先づ最初には一九三〇年一月二十九日に初めてバイエルンの邦議會で（註）、屠獸は血液の排出に著手するに先だつて之を痲酔させて置くべき旨の法律を通過させることに成功した。次いで一九三一年と一九三二年にはブラウンシュヴァイク、アンハルト、メクレン

ブルグ・シユエーリンは之に倣つて麻酔強制の制度を施行することゝなつた。ナチスの政權獲得の後其の制定した最初の重要な法律は、獸類の屠殺に關する一九三三年四月二十一日の法律であつて、國の領土の全部に亘つて温血動物の無麻酔の屠殺を罰し、特に其の故意に因る行爲であると過失に因る行爲であるとを問はず、六ヶ月以下の輕懲役を以て罰することゝしたのである。之を以てして直接ユダヤ教の屠殺の禁止が制定された次第ではないけれども、少くともユダヤ教の屠殺は之に依つて實際上に不可能ならしめられたものである。何となればユダヤ教の屠殺の儀式は、全然麻酔してない動物に向つて行はれることを必要とするものであるからである。更に此の法律第一條第二項に依れば、他の種類の、即ち冷血動物の屠殺の場合にあつても麻酔の強制を規定するの權限は、國內務大臣の手に留保されてある。そこで此の規定と後に制定された一九三三年十一月二十四日の動物保護法第十四條中に掲げてある授權に基き、國內務大臣は一九三六年一月十四日の命令に依つて、人間の食料に供せられる大抵の魚類についても麻酔の強制を命じ、只鰻と鮭については麻酔を行はないでもいゝとなつて居るけれども、是等の魚類については甲殻類や蛙の場合に於けると同様特別の屠殺方法が規定してある。此の規定に對する違反行爲は動物保護法第九條第三項第三號と關聯して此の命令第六條に依り、當該の犯罪が更に重い刑、特に動物虐待の刑を以て罰せられて居ない以上は、百五十馬克以下の罰金又は拘留を以て罰することになつて居る。

(註) Müller, Das Schlachten als Ausdrucksweise rassistischen Denkens und Handelns, Ziel und Weg 1935, Heft 22 を參照。

既に一九三三年五月二十六日には新國家の最初の刑法改正法が屠殺法に附隨して、動物の其の他の保護を別個の基礎の上に立脚せしめた。そこで今後は現行刑法典第四百四十五條に依り、動物を殘酷に虐待し又は其の意圖を以てして之を苛責した者は、六ヶ月以下の輕懲役に處することになつて居る。刑法第四百四十五條の齎した進歩は、現在ではもはや惡意に因る苛責の存在することを必要としない點に存する。即ち犯人はもはや苛責についての快感に依つて、行爲を爲すの決意を爲さしめられたことを必要とするものではないのであつて、犯人が苛責と云ふことに重きを置いて居りさへすれば、それで充分である點に存する。更に今後は動物はもはや再びそれ自體の爲に保護されることゝなつたのである。蓋し此の犯罪は公然に犯されたことを必要としなければ、また憤慨の念を生せしめるに適した方法で行はれることも必要としないからである。最後に刑の範圍は輕い違警罪刑から餘り重くない輕懲役に引上げられることゝなつた。此の第四百四十五條の外刑法改正法に依り第三百六十條第十三號として、尙ほ一つの輪割構成要件 *Rahmentatbestand* が法律中に收容された。此の輪割構成要件は動物保護の目的を以て制定された規定に對する其の他のすべての違反をば、違警罪刑を以て罰して居るのである。之に依つて此の領域上に於ける幾多の邦法上の規定は、少くとも其の法定刑に於て著しく豊富とされた譯である。

ナチスの動物保護の立法は、同年内に更に制定された一九三三年十一月二十四日の動物保護法に依つて、其の頂點に達した。此の法律は獨逸民族に、其の高程度の文化狀態と歩調を一にする動物保護を現實に與

へ、尙ほ此の領域上に成立する邦法の多岐多端に互るのを阻止した。即ち此の法律の第一條は最初の刑法改正法に依つて附け加へられた現行刑法典第四百十五條より以上に互つて、苟も動物を不必要に苛責するのをすべて動物虐待として禁止したのである。蓋し從來必要とされて居た其の意圖を以てする苛責の要件は、其の證明の困難なるの故を以て随分數多くの動物虐待者をして處罰を免れしめることゝなるのは、經驗の教へた所であるからである。是と相竝んで法定刑（此の法律第九條第一項）は、再應二年以下の輕懲役に引上げた。

此の法律の第二の核心は、學問上の動物試験に關する周匝な規律であつた（第五條乃至第八條、第九條第二項）。甚しい苦痛若は加害を伴ふ手術や處遇は、現在では原則として禁止され、處罰されることになつて居る。但し學問的に指導されて居る施設や試験所であつて或る種の條件を具へ、動物試験についての明示的の許可の與へられて居る場合に限り、例外が認められる。此の許可された動物試験を施行する上には、法律は更に被試験動物を極力保護することを目的とする特別の規定を設けて居るのである。

最後に此の法律は處罰の外に犯人に對する更に著しく有效な附帶處分 *Nebenmassnahme*（第十條、第十條）を規定して居る。即ち現今では動物虐待に因る處罰の外に、受刑者に屬する動物の沒收若は屠殺を言渡すことが出来る。また其の代りに受刑者の費用で一時動物を、他に寄託すべき旨を命ずることも出来るのである。

かやうな次第でわれ／＼は、ナチスに依つて造り出された動物の保護に關する模範的の法律的規律を有する譯であるが、現在の所では刑法的の動物保護はもはや刑法典中には存在しないで附屬諸法中に移されてあつて、是等附屬諸法は刑法的見地を度外視するも資料の全部を遺漏なく規律して居るのである。

三

此の歴史的、法律的基礎に基き、刑法委員會は動物保護の罰則を將來の刑法典中に收むべきであるかどうか、若し收むべきものであるとすれば如何なる方法に於てすべきものであるかを、決意しなければならなかつた。

(1)、刑法委員會は先づ第一の問題を肯定した。即ち刑法委員會はナチスの刑罰法規の根本法である刑法は、動物の保護と云ふやうなことを默看過することは出来ないと言ふ信念なのである。凡そ動物なるものは、其の貴重なる内容を取去ることなくしては、民族の生活から切離して考へることは出来ないであつて、従つて民族としては動物虐待と云ふことを以て無害な秩序違反たるものとは認めず、寧ろ眞正の刑事的不法たるものであると感ずるのである。加之政治上の理由も動物を保護する爲の極めて重要な構成要件が、新刑法典中に收容されるのに賛成するものである。何となれば此の新しい法律は、當然特に著しく新國家の世界觀を反映せしむべきものだからである。されば現在尙ほ附屬法中に收めてある刑事的不法の部

分に於て、ナチスの觀念に特に合致する所のものは根本法中に編入することが必要である。そして新國家が獨逸人の人種的感情に倚據して、模範的の業績を擧げた動物保護の領域こそ此の根本法中に編入すべき事項に屬するものである。收容に對する懸念は、若干の規定を收容した爲に附屬法が此の領域上に於て、其の構成や關係を破壊される虞のある場合に限り成立するであらう。蓋し動物保護法の全部を刑法典中に收めることは到底不可能だからである。其の之を收容することの出来るのは其の中の一小部分、即ち刑事的の構成要件のみに限られ、他の行政上の規定は秩序違反に對する罰則も併せて、附屬法中に殘留せしめることを必要とするのである。此の模範的であつて且方針を與へてくれる諸法の懸念すべき破壊を豫防する爲に、刑法委員會は此の章についても、また刑法的附屬法を收容する必要の現はれて居る他の場合についても、以下の方法を提案して居るのである。曰く、

是等の構成要件は引續き附屬法の立法に於て其の儘にして置き、只是等の構成要件が其の從來の特有の法定刑を失はしめるに止め、處罰は現行刑法典……條に従つて行ふ旨の指示を以て此の特有の法定刑に代へる。之に依つて獨り今後は可罰性が、刑法典中に收容されてある構成要件からして明かになることが明示されるのみに止まらず、此の點からもまた特有の法定刑を伴つて附屬法中に殘留せしめられた構成要件は、一に附屬法に依つてのみ罰せられると共に内容上類似の、一般的の態様を有する現行刑法典の構成要件に先行するものであることも明白となるのである。此の附屬法に對する關係は新刑法典の施行法中に於

て、明示的に説明することを必要とするであらう。かくの如き方法で刑罰法規の根本法たる刑法をば特に重要な、世界觀的に制約された構成要件丈け増加させることが出来ると共に、他の半面に於ては其の他それ自體としてまとまつた附屬法中から個々の構成要件を刑法典中に收容することに因つて、生ずるであらう所の不利益を避けることが出来るであらう。

(2)、刑法を以てする動物保護の意義の重大であるのに顧み、此の保護には法律の特別の一章を充てる必要のあることは委員會の明知した所であつた。此の章の位置にとつては、如何なる法律原因が動物保護の基礎となつて居るか、重大な意義を有することである。一九一三年、一九一九年及び一九二七年の各草案は、何れも動物保護を財産犯罪の次に置いて居るのであるが、一九〇九年の豫備草案及び一九三三年五月二十六日の刑法改正法は、動物保護を公の秩序の保護の中に列して居る。委員會は動物は人の財産の目的物として保護することを必要とするものではないこと、其の保護は動物虐待に因つて公の秩序が妨害されると云ふ事實に立脚せしめる譯にはいかないものであることに、全然疑を挿むことをしないのであつて、委員會は寧ろ動物をそれ自體の爲に保護しやうとするものである。蓋しかやうに基礎を與へられた動物保護に限り民族の見解に合致する次第だからである。けれどもかやうに構成された動物の保護に關する章を將來の刑法典の規定された組織内に編入させるのは困難を醸す所以である——何となれば將來の刑法典は其の各則篇に於て、民族、民族の力、民族的秩序、民族的同胞及び律義な經濟生活の保護に従つて配列され

てあるからである——し、且又どの動物虐待も、特にそれが處罰されないで置かれる場合にあつては、民族の精神的道義的態度を傷けるに至ることは、誤認すべくもないことであるのだから、そこで刑法委員會は動物保護をば「民族の力の保護」の部類に屬する、「民族の道義的精神的態度に對する侵害」中に列せしめることを決意した。

(3)、(a)、どの動物保護の罰則の基本構成要件も動物虐待である。凡そわが獨逸國の世界觀、道義觀の深刻な革新を特に明瞭に示すものは、此の構成要件が一八七一年の刑法典第三百六十條第十三號から刑法典の第四百十五條bを経て、更に動物保護法第九條への道程上で嘗めた變遷に若くものはない。現在動物保護法第九條は動物の如何なる不必要の苛責や如何なる残忍な虐待をも、全然別段の制限を伴はしめることなくして二年以下の輕懲役及び罰金又は是等の刑の一を以て罰して居る以上は、之を以てして恐らくはもはや是れ以上改善すべくもない動物虐待に對する保護が興へられて居る次第であつて、此の保護は此の法文に於て直ちに——けれども法定刑を多少變化させて居るのは云ふ迄もない——新刑法典中に收容することが出来るのである。此の構成要件は次のやうな法文となるであらう。

動物虐待、

不必要に動物を苛責し、又は残忍に之を虐待したる者は二年以下の輕懲役又は拘留に處す。

(b)、本來の動物虐待と相俟つて本當の動物愛護家の何人も胸を、益々新に興奮させたものは不法の動

物試験であつた。然も此の點については特別の構成要件が必要である。蓋し動物試験の場合にあつては動物虐待の普遍的條件は、其の現在の法文を以てしても、極めて稀にしか立證することは出来ないからである。若し此の點についての有效な保護も新刑法典中に收容されるのでなかつたら、刑法を以てする動物保護も完全を誇ることは出来ないであらう。動物保護法(第五條)が動物の生體に對する試験と云つて居るのは試験の目的を以てする甚しい苦痛若は加害を伴ふ如何なる手術、如何なる處遇をも指稱するものであつて、是等の試験は第六條に基いて明示的に許可されない以上は、不法でありまた罪となるものなのである。けれども動物試験が第六條に依り許可された場合にあつても、其の實行に於て第七條の特別の保護規定に違反するときは、是亦不法たることを免れない。只第九條第二項が許可されない動物試験の施行について六ヶ月以下の輕懲役及び罰金又は是等の刑の一つを法定して居るのに反し、許可された動物試験の實地に於ける違反は第九條第三項第二號に依り違警罪刑のみを法定されて居るに過ぎない。刑法委員會は第九條第二項の刑事的構成要件のみを新刑法典中に收容するに決し、之に反して第九條第三項第二號の秩序違反に第九條第三項中に包含されて居る其の他の秩序違反は、附屬法の定める所に一任することに決した。従つて以下の構成要件を刑法典中に收容することを必要とするであらう。

不法の動物試験、

試験の目的を以て所要の許可を受くることなくして甚しき苦痛若は加害を伴ふ手術若は處遇を動物

の生體に加へたる者は二年以下の輕懲役又は拘留に處す。

刑は現行法のそれに比較して引上げ、動物虐待に因る刑と平等に形成した。蓋し不法の動物試験の場合こそは動物虐待を立證することは殆ど不可能であつて、其の然るが故に不法の動物試験の何れの場合についても既に、動物虐待の場合に於けると平等の最高刑を法定して置く方が適當だからである。其の輕微な場合は總則の規定に従ひ二年以下の拘留の代りに罰金を言渡すことに依つて、満足に解決することが出来るのである。

(c)、委員會が將來の刑法典中に收容することを希望して居る第三の構成要件は、動物虐待的の屠殺に關するものである。此の構成要件を刑罰法規の根本法中に收容することは、ナチスがユダヤ教の教理から演繹された特殊の動物虐待的屠殺方法の要求よりも、式に叶つた屠殺の要求の方に重きを置くことを必要とする旨を公言するに至つた最初のものである以上、益々以て望ましい所であると云はなければならぬ。けれども此の構成要件は屠殺法第一條及び第六條が既にユダヤ教の屠殺それ自體を禁止して居ないやうに、此の種の屠殺を禁止する心算では全然ないのであつて、只苟も動物虐待と稱することを得べき屠殺はどんな屠殺でも禁止して居ると云ふ丈のことである。屠殺法第一條第一項には溫血動物は屠殺に際し血液の排出に著手するに先だつて、之を麻酔させることを必要とする旨が規定してある。けれども一九三三年四月二十一日の動物の屠殺に關する命令に依り、鳥類にあつては屠殺が敏速に頭を胴から完全に切斷する

ことに依つて行はれる場合にあつては、屠殺に先だつて之を麻酔させることをしなすといふことになつて居る。従つて構成要件は規定に従ひと云ふ語辭を挿入することに依つて、一般の規定からの例外を指示する必要がある。即ち左の通りの法文となるのである。

溫血動物を屠殺するに當り血液を排出するに先だち規定に違反して之を麻酔せしめざる者は、二年以下の輕懲役若は拘留に處す。

刑は此の場合にあつても屠殺法第三條の刑に比較して重くしてある。屠殺法第三條に掲げてある過失の構成要件を踏襲することは見合はせた。蓋し此の構成要件は單なる秩序違反として附屬法中に置く方が適當であるからである。また屠殺法第一條第二項及び動物保護法第十四條に基いて制定され、冷血動物の無麻酔の屠殺を處罰する規定に對する一切の違反は此の構成要件に依つては捕捉されない(一九三六年一月十四日の命令を參照。此の命令は人の食用に供する大抵の魚類について麻酔の強制を命ずるものである)。蓋し是等の違反行爲は動物保護法第九條第三項第五號に依れば、只違警罪刑を以てのみ處罰せられ、従つてまた秩序違反として附屬法中に留めた方が適當であるからである。

(d)、動物保護法第十條中に規定してある刑罰的附加處分の中では、當該の動物の「沒收」は新刑法典中に繼承することを必要とするであらう。只新法の用語法上沒收の代りに收公の宣言 Verfallerklärung を許すべきである。蓋し此の場合此の處分は保安處分たるものではなくて、當該の動物が受刑者に屬する場合

に限り受刑者に科せらるべき純然たる刑たるものであるからである。收公の宣言を爲し得る道は動物虐待的の屠殺にも擴張するのが適當である。收公の宣言の代りに動物保護法第十條に準じて、三ヶ月以下の期間犯人の費用を以て動物を別所に寄託し、之を飼育せしめんことを命ずることが出来るであらう。動物保護法第十條に於て認められた動物の屠殺を明示的に擧げることには行はないで差支ない。蓋し是等の處分は收公の宣言に基いて既に、云はゞ之を執行することが出来るからである。第十條第二項に尙ほ規定されて居る獨立の「沒收」は、特定人を訴追し又は特定人に有罪を言渡すことの出来ない場合については、之を拋棄しなければならなかつた。蓋し現今沒收の代りに選擇すべき收公の宣言は、不特定人に對する刑として科する譯にはいかなからである。新刑法典の施行法中に於ては第十條は、動物保護法中に殘留する構成要件に關しても、刑並に保安處分についての刑法典の新しい一般的规定にあてはめることを必要とするであらう。

四

けれども將來の刑法典の動物保護は「動物の保護」の章中に包含されて居る規定を以て、盡きるものではない。從來本當に動物を愛護する人間にとつて悲むべきことは、他人の動物を殺傷した者が現行法上は「物件の毀損若は破壊」（現行刑法典第三百三條）に因つて處罰されることであつた。刑法委員會は現在

是等の場合について——云ふ迄もなく「物件毀棄」の章中に於てであるが——一つの特別な構成要件を設け、此の構成要件に依ると他人の動物を殺傷した者は、二年以下の輕懲役又は拘留に處せられることになつて居るのである。動物を單なる物として評價する耻づべき著想は、此の一事に依つても明瞭に排斥されて居るのである。更に「公共に危険なる行爲」の章中に於ては、人又は動物の食用若は使用に供せらるゝ空氣若は水に加毒し、之に依つて動物にとつての公共的の危険を招來したる者は、輕懲役に、其の輕微な場合にあつては拘留に處することになつて居る。「民族的法益に對する侵害」の章は獸疫の蔓延を取締る爲に制定された、規定に對する違反行爲の爲の法定刑をも掲げて居る。最後に「密獵」の章中に於ては密獵並に密漁につき、獵師若は漁師の法則に従はない密獵を特に重い罰を以て罰して居る。此の最後に擧げた規定については、動物の形造つて居る民族的法益を維持することが専ら處罰の目的である以上は、苦痛の甚しい疾病や殘酷な屠殺方法に對して動物を保護すると云ふことも、亦其の中に含まれて居ることは到底看過することは出来ない。

十一、經濟に對する侵害

大審院判事 ニートハムメル

現行法に於ては經濟に對する侵害を取締る罰則は随分汎く散在して居るのであるが、現行刑法典中に於ては此の場合特に第八十七條が、犯人の良知に反して他人に關して其の信用を脅威するの虞ある事實を主張し又は之を流布する場合につき、誣罔に因る刑を規定して居る程度に於て問題となるものである。不正競争法第十五條は此の規定と相觸接するものであつて、其の罰則は誣罔的主張を爲すことに依つて他人の營利的業務、業務の主體若は支配人の人身、他人の商品若は他人の營業上の給付に攻撃を加へ、且此の攻撃が營業の經營に損害を興へるに適したものである場合に犯人を罰するのである。同じ法律は第十二條に於て經濟上の取引に於ける贈賄及び收賄を、第十七條及び第十八條に於て使用人、勞働者若は徒弟が雇傭關係の效力存続中に犯す營業若は經營の秘密の漏洩、竝に不法の方法に於て獲得した營業上若は經營上の秘密を濫りに換價し若は通知するのを、第二十條に於て他人を第十七條若は第十八條に對する犯罪に誑惑するの試みや、かくの如き犯罪の爲にする提供及び提供若は勧誘の受諾を取締つて居る。脅威された營業の被傭者に對するものではなくて、官署の公務員、代表者若は使用人、鑑定人若は其の他の代理人に指

向され、經濟的の機密にして職務上の資格に於て自分達の知るに至つたものを妄りに披露し若は換價するのを豫防することを目的とする罰則も、前に擧げた漏洩に對する罰則と内面的の關係を保つものである。かくの如き規定は随分澤山の法律中に掲げてあるのであるが、其の中特に擧ぐべきものは營業條例第百四十五條^a、國公課法第四百十二條及び國保險法第四百十二條乃至第四百四十四條などである。取引所法は第八十八條に於て相場詐欺 *Kursbetrug* と目論見書詐欺 *Prospektbetrug* を罰し、第八十九條に於て市場の攪亂 *Kursverberai* を罪となるものと宣言して居る。一般相場の釣上 *Preisverberai im allgemeinen* を取締る罰則は、特に一九三一年十二月八日、一九三四年五月十六日、一九三四年八月七日、一九三四年九月二十二日、一九三四年十二月十一日及び一九三六年一月八日の各命令の掲げる所であつて、其の一部は一九三四年七月三日の經濟上の處置に關する法律に立脚するものである。是が對照を成すものは一九三四年十二月三十一日の競争に關する命令の第一條であつて、此の規定は適正な經濟上の要求に反して財貨若は給付を實費以下の價額で提供する者をば、或る外面的及び内面的の條件の下に處罰することとして居るのである。一九二三年十一月二日、一九三〇年七月二十六日及び一九三二年六月十四日の命令及び一九三三年七月十五日の法律中に規律されて居る企業聯合權 *Kartellrecht* は、罰則に於て其の保護を求めて居る。最後に破産法第二百三十九條乃至第二百四十四條並に和議法第二百二十二條及び第二百二十三條も亦、經濟に對する侵害の豫防に役立つものである。

併し乍ら以上の概観は未だ以て決して充分たるものとする事は出来ないのであつて、經濟に對する罪となる加害者は脅威の領域は、畢竟的確に界限することは不可能である。蓋し竊盜、横領、恐喝、贓物授受、詐欺、背任及び文書偽造等の如き、經濟上の取引に於ても往々にして犯されることのある犯罪はすべて、經濟の上にも不利益な作用を及ぼすことがあり得る次第だからである。商法第三百十二條乃至第三百十八條^a、營利及び經濟組合法第四百十六條乃至第五百十一條、有限責任會社法第八十一條^a乃至第八十四條及び有價證券寄託法第九條乃至第十二條などの構成要件についても、直ちに同じことが云ひ得られる。

惟ふに將來の刑法を支配し、決定するものは、民族の福祉は専ら民族の生活力と其の道義的精神的な清らかさと強さとに依存するものであるとする信念である。従つて刑法典の草案は、普通經濟にも害を及ぼすのを常とする勞働力に對する侵害を取締る罰則をば、經濟に對する爾他の侵害を取締る章よりも前の章中に規律して居るのであるが、他の半面に於ては草案は、經濟なるもの、民族協同體にとつての意義の頗る重大なるものあるの事實を斟酌して、經濟に對する侵害に特別の一章を割き、前掲の附屬法中に於て構成要件が單なる秩序罰を以ては贖ふことの出来ない不法たるものとして表示して居る爲に、之を刑法中に繼承することを得べきもの、竝に繼承せざるべからざるものを一つに結合したのである。

けれども單に舊法を繼承するのみを以て充分とする事は出来ない。經濟界の進展は斟酌しない譯には

いかない。即ち現代に於ては大企業が凄しい勢で勃興し、社會全體の生活上の必需を満足させる爲に必要な資料の夥しい額を支配する可能性は漸次開かれつゝある。こゝに於てか打つて一丸となり、共同的に動作を行はうとする風潮漸く普及するに至り、或は關係者の自由意思に因つて然るもあれば、或は國家の強制の下に行はれるものであるが、若し夫れ關係者にして一度「公益は私益に優先する」の大原則を無視せんか、かゝる經濟生活の形態中には由々しき危険の包藏されるのを見るのである。新刑法は此の領域上に於て豫期しなければならぬ處罰價值ある行狀を、新しい罰則に於て處罰して居るのである。

一、新 法

かやうな新天地に罰則の入り込んで行く場合にあつては、非常な注意が肝要である。處罰價值ある生活現象がまだ必ずしも常に明確に識認し得られないで居ると云ふ事情、特に其の限界がまだ不分明であつて曖昧になつて居ると云ふ事情は、法定の構成要件の字句を頗る困難ならしめるのであつて、獨特の法則に従つて行はれつゝある經濟生活の進行が、刑を法定することに依つて左右せられ得やうとは、何人も期待する譯にはいかないのである。經濟生活の全般又は社會全體の福祉にとつて不利益でない偉大な業績を爲すべき、經濟生活に於て有力な人間の決意は、自分の企て、居る所のものが刑事裁判官に依つて責任を問はれざるを得ないと云ふ、懸念に因つて阻止されることがあつてはならない。且又かくの如き問題につい

て判断すべき裁判所の能力にも、狭い限界が劃せられるのである。

だがかやうな懸念からして、裁判所の審問の結果として、違反が経済的に是認することの出来ないものであり且経済界全般又は社會全體の福祉に損害を興へ若は之を脅威するものであると云ふ裁斷を、普通充分な確實さを以て下し得るやうな違反は、差當り少くとも處罰すべき必要が生じて来る。是等の構成要件は重要な出來事丈を捕捉するやうに形成すべきものであつて、刑は之に相當する必要がある。刑の下方の限界を六ヶ月の輕懲役に定めることが出來るとしても、他の半面に於ては裁判所をして、不名譽な作用を伴ふ重懲役を言渡すことをも得しめるのが相當である。

かやうな次第で草案は三つの新しい構成要件を提案して居る。即ち生活上の必需を満足せしめるのに役立つことを必要とする資料の物質的存立に破壊的の侵害を加へること、經濟上の權勢を射利の爲に濫用すること、及び獨逸國の經濟上の機密を外國に漏洩することである。

(1)、民族の生活上の必需品に對する脅威、

草案は原料若は生産品にして民族の生活にとつて缺くべからざる必需品をば、自己又は他人を利得せしめる爲に滅却し、之に因つて公共の缺乏を招來した者を重懲役又は六ヶ月を下らない輕懲役を以て罰すること、しやうとするものである。

此の提案は犯人が罪となる行爲を犯した物に對する、犯人の事實上及び法律上の關係について言明する

所がない。犯人が他人の物に加害した場合にあつては、犯罪は物件毀棄の性質を示すものである。經濟に對する侵害の章に於ける罰則は、此の場合にあつては物件毀棄の章に於ける規定を排斥する。蓋し此の規定は外面的の經過、内面的の運動並に欲求に係る別段の結果の特別な標識に依つて、後者と區別される次第だからである。従つて此の規定は遙に重い刑を法定して居る。併し乍ら此の提案は犯罪の客體を成す所の物が犯人にとつて他人の物でなく、寧ろ民法の規定に従つて原則として任意に處置することを得べく、また他人の如何なる干涉をも排斥することの出來る場合を主として念頭に置くものである。

稱して民族の生活にとつて缺くべからざる必需の原料若は生産物と云ふのは、獨り狹義に於ての食料品たる物、又は爾後それに加工することに因つて食料品となり得る物を指すのみに止まらず、民族が生活を送り且之を維持するのに必要な一切の物は之に數へるのである。食物又は飲物として消費される物質の外に衣服若は住居として、器具若は武器として使用される物も附け加はる。だが其の肝要であることは常に、其の必要で缺くことが出來ないと云ふ性質である。

「滅却する」vernichten と云ふ語辭は、液體を溢し捨てるとか、可燃物なら燃して了ふとかすることに依つて行はれるであらうやうに、物を全然なくして了つた犯人丈が構成要件を充足するものであると云ふことを言明しやうとする次第ではなくて、單に物を其の目的の爲に使用することが出來ないやうにする單なる變化も、滅却と同視することが出來るのである。

更に此の犯罪を既遂たらしめるには、生活上必要な物を滅却した結果として、一般的の缺乏の生ずることが必要である。一般的の缺乏 *allgemeiner Mangel* は當該の物が民族の全體又は地域上限られた民族の一部、又は民族的同胞の大多數にとつて缺乏する場合に之を存するものである。缺乏は必ずしも繼續的であることを必要としない。犯罪の當時既に若干時の後には此の一般的の缺乏を除去することを得べく、また除去されるであらうことを豫見し得るにしても、此の事情は提案された規定の適用を妨げるものではない。

犯人は犯罪の當時此の物の民族の生活にとつて缺くべからざる必需のものであるのを知つて居たこと、及び此の物を滅却し且かくの如き缺乏を招來するの意思を以て、總則篇の意味に於て行爲を爲すことを必要とする。また射利心は犯罪の動機として立證せられることを必要とするのである。

之を要するに内的要件も、外的要件も何れも共に裁判所が自分達に與へられてある手段を以てしてそれを究明し、認定することを得るやうに、また例外として經濟的には認められる生活上必需の多量の原料若は生産品の滅却が、裁判所の訴追及び處罰から除外されるであらうことを懸念するを要しないやうに構成してある。

(2)、經濟界の團體に於ける公の權力の濫用、

委員會の評議の經過中に於て、當該の領域上に於ける獨逸の市場を支配し、獨逸の經濟の需要からして

暴利的の利益を達成する爲に、或る種の原料、農業上若は營業上の生産品又は其の生産の爲の手段を買占め又は賣惜んだ犯人に對して指向せらるべき規定が考慮された。けれども市場を支配すると云ふ努力は殆ど何れのカルテルにも内在する契機なのであり、且又裁判所の手續に於ては原則として或る種の原料若は生産品を此の支配の意思を以て其の處分權内に齎し、又は處分權内より放すことをしない犯人が、其の際獨逸の經濟を暴利的に搾取することを意圖するものであるかどうかは、確實に確めることの出来ないのを常とするのであるから、之を草案中に收容することはしなかつた。

之に反して本草案は、現在では別に一つの規定を設けて居る。即ち經濟上の組織體内に於て託せられて居る公の權力を濫用して、不當に自己又は他人に財産上の利益を致した犯人は、重懲役若は六ヶ月を下らない輕懲役に處せられるのである。

提案に係る規定はカルテル法の法律思想の流れを汲むものであつて、有力な經濟上の權力が利己心に驅られて謬つた道を辿る場合に其の脅威する危険に對して、經濟全般や共同の福祉を保護するのに貢獻しやうとするものである。犯人は經濟生活に於て有力な地位を占めて居ることを必要とする。所謂經濟生活に於ける有力な地位なるものは、犯人が經濟上の團體内に於て、即ち任意的に結合した結合體に於て、若は國經濟大臣が一九三三年七月十五日の法律の第一條第一項に依り設立した強制的カルテルに於て、營業を指揮して居ることに立脚しなければならない。かくの如き團體内に於て犯人が自分に與へられた役割の然

らしめる所として、經濟全般又は共同の福祉に打撃を與へるやうな作用を及ぼすことの出來るときは、公の權力が犯人に託せられたものである。稱して權力の濫用と云ふのは、義務に反した、彈劾に値ひする使用若は不使用を指すものと解すべきである。「自己若は他人に財産上の利益を致す」と云ふ構成要件の標識については、詐欺に關する現行法の判例の結果を利用することが出来る。「不當に」と云ふ行爲の要件は、犯人の行狀が經濟的に是認することの出來ないものであつて、且律義な企業家が則つて以て自己の行動の基準とすべき條理と穩當の念に反するとき、充足されることとなるのである。

尙ほ一九二三年十一月二日のカルテル令第四條第二項は、新規定の構成要件に於ける如何なる個々の行爲を、犯人が以上に述べた權力を與へられて居たと云ふ條件、竝に犯人の意思竝に所爲が以上に説明したやうな標識を示して居ると云ふ條件の下に、組入れることが出来るのであるかの根據を與へて居る。

云ふ迄もなく此の規定中に表示されてある犯罪は、多くの場合に於て詐欺、背任若は恐喝として現はれるであらう。即ち個々の場合の狀況に従つて是等の犯罪に對して適用することの出来る規定に基いて、重懲役にも處することが出来るであらう。更には等の犯罪は原則としてカルテル令第十七條、一九三〇年七月二十六日の緊急カルテル令第五條又は強制カルテル法第一條第二項竝に第七條に従つて科せられる秩序罰の一つの根據を與へるであらう。けれども欠缺は豫期せざるを得ない。だが提案に係る規定からして明白に認めることの出来る、性質の顯著な、不法の内容の大きい犯罪をば一つの特別な構成要件に要約し

て、通常の刑事訴訟手續に於て之を訴追し且之に相當な贖罪を見出すやうにさせるのは、就中草案の負ふて居る責任であらねばならぬ。

(3)、經濟的背叛、

現行刑法典第八十八條以下に因る國家の機密の漏洩と、不正競争法第十七條に依る營業若は經營の秘密の漏洩との間には、經濟的背叛 *Wirtschaftsverrat* として本章中に編入すべき、經濟全般に對する處罰價値ある侵害を存するのであつて、此の種の背叛に對して刑法上の防禦を設けるの必要は、戰爭後直ちに強く主張された所である。蓋し戰爭の爲に案出され、適用された極めて巧妙な探知の手段方法は、戰爭が終結するや經濟上の進歩の爲にする各國民の角逐に移用されることとなつたからである。我が獨逸の立法者は一九三二年三月九日の經濟の保護に關する命令中に於て、必要缺くべからざる事項を或る程度まで斟酌し、其の他の點に於ても改正された不正競争法第十七條に第三項を附け加へて、犯人が營業上若は經營上の秘密を不法に他人に通知するに當つて、此の秘密が外國で利用されるであらうことを知つて居たと云ふ、又は犯人がみづから之を外國で利用したときは、刑を五年以下の輕懲役に加重するのを許すことにした。所が外國の立法者は此の犯罪に對してもつと遙に峻嚴な處置をとつて居るのであつて、即ち一九三五年四月九日の經濟上の間諜 *Wirtschaftsspionage* に關するチェッコ・スロウアキヤの法律は、重要な公の需要を脅威するの意識を以て經濟上の秘密を直接若は間接に外國に於て漏洩し、又は外國に於て漏洩し若は外

國に於て利用するの意圖を以て經濟上の祕密を探知した犯人は、五年以下の懲役に處することゝして居り、また同一の法律は經濟的背叛の概念を定め、探知及び漏洩に對する罰則をば特許法の保護を受けて居る發明や、適法な經濟上の關係の範圍内に於て此の保護を達成することを目的とする行爲や通知に適用することを除外し、尙ほ若干の豫備行爲、例へば漏洩や探知の申出の如きもの、並にかくの如き目的の爲に關係を結ぶのを處罰して居る。スウキス聯邦の安全の保護に關する一九三五年六月二十一日の聯邦の決議も、製造の祕密若は營業の祕密を外國の政府、官署、政黨若 之に類似の團體若は其の代表者に入手せしめ、又は前記の機關の一に入手せしめる爲に探知した者は輕懲役に處し、情狀比較的重い場合には重懲役に處すべき旨を規定して居るのである。

草案に關する仕事は、以上の外國法の辿つた方向に向つて進まなければならぬ。以下述べる所は獨逸法の缺陷を示すものであつて、同時にまた新に設けらるべき規定の作用を及ぼすべき範圍を示すものである。

背叛罪にとつて標準となる國家の機密の概念は、現在では刑法典第八十八條第一項の定める所であり、新法の踏襲する所となるものと豫見されるのであるが、其の中には外國の政府に對して默祕することが國の福祉、特に國防にとつて必要であることの本質的標識が包含されて居る。稱して國の福祉と云ふのは何を意味するのであるのかは、國防と云ふことを指示してあるのを除外すれば、詳細には言明されて居な

い。それにも拘らず背叛罪に關する一切の規定が、外國のわが國に對する敵對的攻撃を阻止し若は豫防する程度に於て、必然的に民族の保護に役立つたねばならぬことは、背叛罪に關する一切の規定の精神に合致する所以である。國の福祉は其の安全と同視される。多くの場合に於ては少數の人間にのみ知れて居る、即ち祕密の事實であつて營業上の目的に實際利用もされるし、又は利用することも出来るものであり、また經濟を著しく促進するか又は促進することの出来るものは、國の安全にとつても重大な意義を有する。是は主として鐵及び鋼鐵工業、機械製造業、自動車工業、電氣工學及び化學工業に於ける或る種の進歩的の出來事について云ひ得られることである。併し乍らそれ以外の經濟全般にとつて重要な祕密な物又は事實は、外國が之を利用することが出来るやうになつても、決して證明することが出来る程の危険に國の安全が陥ることのないやうな性質のものである。こゝでは、單に美を高める丈の處置に因つて或る製作品の價值や販路を昂上させる、貴金屬工業、製陶工業並に硝子工業などの個々の經營を指示することが出来る。されば獨逸の經濟の保護の必要が、國の福祉の要件と一致しない領域が剩されるものと謂はなければならぬ。

他の半面に於ては不正競争法第十七條は、其の法文を改正し且加補しても尙ほ不充分たることを免れな

い。此の規定は隨時背叛の脅威を受ける個々の經營は保護することを必要とするけれども、經濟全般を保護することは必要でないと思ふ思想から形成されたものである。第一項の制裁は或る經營の使用人、労働

者及び徒弟のみを目的とするのであつて、之に反し企業家を目的とするのではない。また此の規定は雇傭関係が繼續する間に犯された背叛に對してのみ適用することが出来るに過ぎない。第十七條に因る輕罪の未遂は原則として無罪である。第四項は従前の法律状態とは異り現在では、通知の受領者が既に秘密を知つて居るか、又は之を知るの権利を有して居たのを通知の受領者が知らないで居た場合にあつても、既遂を認めなければならぬ結果を有するのである。

されば草案は、獨逸國の經濟上の秘密を外國に漏洩し、又は外國に漏洩するか若は自身外國で不法に之を利用するの故意を以て、獨逸國の經濟上の秘密を獲得した者を六ヶ月を下らない輕懲役に處する旨の内容の規定を提案し、また追加條項には犯罪が背叛罪を取締る規定上重い刑を以て罰せられることのない場合に限り、此の規定を適用すべき旨を述べてある。情狀特に重い場合に於ては刑は重懲役と云ふことになつて居るのである。

犯人の範圍には制限はない。犯人として問題となるのは獨逸國民及び外國人、發明者、企業者、使用人及び労働者、營業上の取引に於て秘密を託せられた者、又は營業上の取引に於て秘密を知悉するに至つた者、及び偶然に因り又は罪となる方法で秘密を獲得した者などである。可罰性は漏洩の當時默秘を特別の義務たらしめる権利關係が、犯人と秘密を營業的に利用するの権利を有する者との間に成立して居るかどうかに依つて左右されるものではない。未遂は總則篇の規定上有罪たるものである。

經濟上の秘密と漏洩の概念は法律中で説明してある。此の規定は獨り文書、圖畫若は其の他の有體物に具象化された精神的勞働の結實のみに止まらず、創造的な精神作用の具象化されない結果も亦、漏洩に對して保護されるものであることを識認させるものである。此の規定は保護を受けて居る一切の物及び事實について、それを外國に對して默秘することが、獨逸の經濟界の能率を發揮する上に重要であることの要件を樹立して居るのである。此の標識は、秘密の漏洩が單に獨逸の一つの經營者の能率の發揮を脅威することがあるに止まる場合には、原則として充足されるものではないのであつて、寧ろ一般的に獨逸の經濟全般の需要又は此の經濟の或る一つの部門の全部、又は特に大規模な經營の多數者の需要として表示される所のものが、賭せられることを必要とする。併し乍ら序に指摘しなければならぬのは、獨逸の經濟界には其の範圍上勢力上極めて有力であつて、其の能力を著しく妨害するのは經濟全般の上に關係なくして止むことの出来ない、それ自體一つに纏つた個々の企業もあると云ふことである。

漏洩については此の規定は、犯人が認識と欲求を以て獨逸の經濟の損害に於て外國の爲に行動する者に秘密を到達せしめ、又は公然之を報知した場合に漏洩を存するに至るものと云ふ風に規定して居る。此の點で國家の機密の漏洩を取扱つて居る規定との部分的一致が生ずる。裁判官は利得と損失とを細心に比較考量することに依つてのみ、報知が獨逸の經濟にとつて損害に歸著するものであるかどうかを裁判することが出来るのである。之には普通鑑定人の助力が必要であるのが常であるが、利得の側では經營

の秘密を外國に譲渡することに因つて、外國の支拂手段や外國の本位貨を以てする債權が獨逸の經濟界に輸入されると云ふ事實が重きを爲すし、損失の側では主として經營の秘密の利用が内國から外國へ移行することに因つて、労働者を使役する機會が獨逸の經濟界から失はれる場合に生ずる損害を斟酌せざるを得ない。だが獨逸の經濟界が秘密を利用する爲に必要な原料を失つて居る場合に於ては、上に記したやうな意味に於ての損害が、問題たり得るものでないのは素より云ふ迄もない。

犯人は認識と欲求を以て *wissentlich* 獨逸の經濟界の不利に行爲を爲したものであることを必要とする。犯人が有害な結果の發生する見込のあるのを認め乍ら、然も尙ほ行爲を敢てしたと云ふの丈では未だ以て充分とすることは出来ない。此の認識と欲求を以てすること *Wissentlichkeit* の要件は、必要缺くべからざるものである。苟も經濟界に活躍する者、又は經濟界の爲に行動する者は此の點に生ずる問題に於て、敏速に決意を爲す必要があるのであつて、果して何れの方法が終局の結果に於て獨逸の經濟界にとつて、利益たるものであるのだらうかを確實には豫見することの出来ない狀況に於ても、其の不確實である爲に刑事上の訴追を受ける危険のあるのを顧念しないで、冒險をやつてのけることが出来るやうになつて居る必要があるからである。私心のない企業家精神は、決して罰則に依つて束縛する譯にはいかないのである。

適法な經濟的關係の範圍内に於ける通知、特に外國の特許を受ける爲の辯論、免許の附與、コンツェル

ンの結成や經驗の交換などは此の規定に依つて罰せられるものではない旨の、提案に係る規定の別段な明示的の法文は、以上述べたやうな點に觸れるものである。

此の規定が其の他の點に於て國家の機密の漏洩に關する規定と違つた法文の體裁を執つて居るのは、經濟上の漏洩の場合にあつては通知の受領者としては——背叛罪の場合に於けるとは異り——普通外國の政府又は外國政府の爲に働く者が問題となるのではなくて、外國の經濟界の業務執行者又は代理人が問題となるのを常とすると云ふ考慮から出たものである。之に反して此の規定は、外國の爲にする動作の概念若は外國に對する通知の概念を確定することは、殊更に見合はせた。何れにしても此の後なる字句は空間的に解釋すべからずして、寧ろ經濟的に解釋すべきである。眼目たるは通知が効果を顯はして、外國の企業が當該の國の經濟界の獨占的利益若は主たる利益の爲に、秘密を營業的に利用し得るやうになるかどうかと云ふことである。此の事實は直ちに立證し得る場合が多いであらう。疑義の生ずることのあり得るのは獨逸國內に支店を有し、獨逸國內で獨逸國民を使用する者若は労働者として使用し、秘密を利用することに因つて獨逸國內の經營を増強し若は擴張する外國企業に向つて、通知の行はれた場合である。此の場合にあつては、犯人が獨逸の經濟界の不利に行爲を爲したかどうかと云ふ問題が、混入して來るやうになる。外國の企業に依つて秘密の利用された爲に、獨逸の經濟界には害になるよりも寧ろ役に立つことの判明する場合には、前記の問題を否定せざるを得ないのである。

現在の章の爾他の内容は、現行法の規定に倚據するものである。草案は此の場合に裁判の結果を利用するに於て差支ない。即ち草案は自分が刑法典内に引繼ぐ規定を改正し、加補することを相當とする場合には、是等の規定を改正し、加補することを心掛ける必要がある。以下に於て論ずる規定は、草案の規定して居る順序に従つて之を四つの部分に區分することが出来る。統制經濟に對する違反、經濟上の取引に於ける漏洩、探知及び贈收賄、公定相場又は市價に對する不正の影響、破産の四つがそれである。

(1)、經濟上の秩序を正し、物價を規律する爲の處置の保護、

委員會は自由經濟から統制經濟への移行の道が拓かれた計りの現在の狀況に於て、統制經濟に關する規定若は投資の命令に對する違反、工業經濟に於ける物價の釣上、物價の統制 *Preisbindung* の濫用、農産物市場令の價格に關する規定の違反、連鎖式取引 *Kettenhandel* などに對する鬭争を細目に互つて踏襲する罰則の起案に従事すべき原因を存するものであるかどうかを審査したのであるが、其の際委員會は昨年度に於て制定された幾多の規定であつて、特に穀物、家畜及び家畜よりする生産物の取引を規律し、民族の榮養にとつて重要な或る種の經濟部門を結合し、内國の貨物を使用すべき強制を課し、或は個々の特定の貨物を以てする取引に於て、或は一般的取引に於て掛値を豫防するに役立つものを考慮した。委員會は

かくの如き規定は單に特別の關係に因つて制約された。時間的に制限された緊急處分に止まるものと看做すべきものであるかどうか、若し看做すべきものであるとすれば果して如何なる程度に於てあるかの問題を提出したのであつたが、審議の結果此の領域上に於ては差當つての所控目にすべきではあるが、併し刑法典中に於ては、永久的なるものとして表示される所のものに對して態度を決すべきであると言ふ決意に到達した。即ち將來の發達に適應することの出来る原則を表明するの決意に到達したのである。刑法典は國家が生活上必要な財貨の生産を保全し、助長して其の價格をば一面に於ては生産者の給付に相當し、他面に於ては消費者の購買力に相當するやうにさせる爲に經濟界に與へた規定に反抗した者は、司法處分に依る處罰を豫期せざるを得ないものであることを、明白ならしめやうとするものである。

かやうな次第であるから構成要件内に行政規定に依り充填すべき範圍が與へてあり、また刑種竝に刑量の確定してある罰則が規定される。管轄行政官廳の自由は留保に因つて保障される。即ち罰則の言明する所は、罰則の中で定められて居る刑は行政規定が秩序罰以外の刑を法定して居ないか、又は處罰を見合はせて居る場合に限り之を科すべきものであると云ふことである。

草案は此の如き留保を以てして二つの罰則を提案して居るのであつて、其の一つの罰則に依れば、財貨若は給付に關する取引、貨物の生産、加工若は消費の監督及び規律に關する規定、又は營業の經營若は給付能力の利用若は擴張に關する規定、又は新なる設立の禁止に關する規定に對して故意に違反した者は、

二年以下の輕懲役又は拘留に處せられる。もう一つの規定は、財貨若は給付を以てする取引について設けた價格若は値幅に關する規定に故意に違反した者を輕懲役に處し、輕い場合には拘留を以て罰することに於て居る。此の第二の規定の比較的峻嚴なのは、物價の釣上 *Preistreiberei* と云ふことは社會全體を犠牲として行はれる不當利得であるから、特に憎惡すべくまた危険でもあるが爲である。過失に因る行狀に對する法定刑は見合はせて、其の處罰は秩序罰に一任してある。此の二つの規定には第二項を追加して、犯罪が一定の物體に關する場合にあつては此の物體、又は其の價格に相當する金額を收公する旨を宣言することが出來ると規定して居るのである。

將來其の内容が罰則の範圍内に組入れられる行政規定が制定されるときには、行政官廳にして司法處分に依る保護を請求しやうとする場合には、行政官廳は此の行政規定中で此の規定に對する違反は、以上二つの罰則の一つに從つて處罰される旨を表明することを必要とするであらう。

(2)、經濟上の取引に於ける漏洩、探知、及び贈收賄、

認識と欲求を以て獨逸國の經濟界の損害に於て犯される外國に對する經濟上の漏洩を捕捉するものは、前に述べた新しい規定であつて、此の規定は情狀特に重い場合には重懲役を刑として規定して居るのである。従つて其の外經濟上の取引に於て著しく信義誠實の命ずる所に反して、之に因つて個々の營業の經營又は數個の經營に損害を與へ、又は之に脅威を與へた犯人の處罰を其の外に規定する必要がある。冒頭に

擧げた不正競争法、營業條例、國公課法、國保險法及び其の他の法律の規定は、據つて以て將來の刑法の法律的規律の構築せらるべき基礎を成すものなのである。

(a)、經營竝に營業の秘密の漏洩、

草案の提案する所は——以下に於て尙ほ論ずる所あるべき一つの重要な例外を除けば——大體に於て不正競争法第十七條第一項及び第二項の規定の内容と一致するものである。第一項については「使用人、労働者若は徒弟として」と云ふ字句を削除したにも拘らず、自分の勞務關係の然らしめる所として經營内に於て自分に託せられたか、又は自分の知悉するに至つた經營上若は營業上の秘密を漏洩した者に對してのみ法定刑が指向されるの程度に於て、犯人の範圍の制限が保障されて居る。更に提案された規定が工業的經營の外に農業的經營竝に園藝的經營をも擧げて、營業の經營 *Geschäftsbetrieb* と云ふ集合名詞を使用することをしないで居ることによつて、實質上の變動は生ずるものではない。蓋し不正競争法第二條は現行法について、此の最後に擧げた二種の經營も第十七條に所謂營業の經營中に、包含されるものと解すべきであることを明かにして居るからである。漏洩の意思、漏洩の行爲は草案の提案中に於ては犯人が對價を受けて、又は工業的經營に損害を加へ、又は自己若は第三者に不當に利益を致すの意圖を以て、妄りに秘密を人に通知するのを罰すると云ふ風にしてある。即ち「競争の目的」についてはもはや言及する所はないのである。刑としては輕懲役が法定してあり、輕い場合にあつては拘留である。現行法に比較すると刑

は可なり重くなつて居る。

不正競争取締法第十七條第一項と一致して、雇傭關係の存續中に義務者の行ふ漏洩を處罰すべきであるかどうかと云ふ非常に争のあつた古くからの問題は、委員會の周匝に考量した所である。委員會は制限の原則を新法中に移植し、以て被傭者が雇傭關係の終了後其の自由な行動を不當に妨げられることのないやうに、特に其の職業上の仕事に従事するに當つて過去に於て習得した所のものを、自分の將來の處世の上に公明正大に利用するのを妨げられないやうにすることに決した。他の半面に於ては委員會は二つの標識の競合する場合、即ち傭主の側では經營の存立竝に繁昌の上に秘密が特に非常に大切であり、然も被傭者の側では勞務關係から脱退した後に秘密を曝露することが、道義に反する信用の侵害であると云ふやうな場合については、如上の原則に例外を設けて置くのを相當と認められた。されば草案中に掲げられてある規定の第一項の第一段は「勞務關係の有効期間中」に行はれる通知のみを捕捉するやうな字句を執つてある。併し第二段は、秘密が當該の經營の業績にとつて特に重大な意義を有し、且通知が健全な民族的感情を著しく害する場合にあつては、第一段の規定して居る所は勞務關係の終了後に於ける通知についても適用がある旨を定めて居るのである。

前記の規定の第二項は、不正競争法第十七條第二項に調和させてある。「善良なる風俗に反する」と云ふ字句は、「民族の健全なる感情上不正なる」と云ふ字句に代へた。對價を受けてする行爲と云ふ要件、又は特定の意圖を以てする行爲の要件は、新しい規定の第一項が表示して居る所のもので一致するのである。

更に以下の事柄を指摘して置かなければならない。犯人は總則の規定に依り——現行法とは異り——漏洩を完了するの故意を以て之に著手した場合に既に處罰されるものである。罰則は内國人たる受領者に對する漏洩と、外國人たる受領者に對する漏洩とを罰して居るのであるが、後者は其の性質上外國に對する大規模の經濟に關する漏洩を取締る重い規定に基いて、處罰することが出來ないと云ふ條件の下に於てである。従つて此の場合に提案されて居る規定は、例へばオーベルプアルツの中位の規模の陶器工場の或る勞働者が、其の工場で行つて居る、秘密にされて居る、非常に賣口のいゝ著彩方法をチェッコスロウアキヤの陶器工場の業務執行者又は其の代理人に漏洩し、之に因つて漏洩の被害者たるオーベルプアルツの工場の經營に——證明し得る丈の別段な結果は生ずることなしに——損害を加へた場合に適用するを要するのである。何となればかくの如き犯罪は之について、當該の犯罪が獨逸の經濟界の損害に歸著するものであると云ふ判斷を下すことが出來るまでに、増長するものではないからである。

(b)、經營上及び營業上の秘密の探索、

草案は對價を受けて、又は經營に損害を加へ又は自己若は他人に不當に利益を致すの意圖に於て、妄りに人に通知し若は利用するの故意を以て經營上若は營業上の秘密を探索した者は、二年以下の輕懲役又は

拘留に處する旨の内容の、新しい規定を提案して居る。之に因つて精確に界限された漏洩の豫備行爲が處罰される次第である。内面的の經過の要件は非常に嚴密に構成されて居て、従つて使用人及び労働者の間で就業時間中又は非就業時間中に普通に行はれる無害の間が、此の規定に因る訴追を免れ得べきや否やを眞面目に懸念する必要はない。

(c)、打明けられた技術上の規定の濫用、

草案が此の表題の下に提案して居る所のものは、不正競争法第十八條 倚據するのであつて、問題たる客體の列擧を簡單にして居る點、竝に「競争の目的を以て若は利己心に因り」と云ふ字句に代ふるに、漏洩を取締る規定に於けると同様の字句を使用して居る點に於て、不正競争法第十八條の規定と異なるに過ぎないのである。

(d)、公務員若は官署の命を受けたる者の犯す經營上及び營業上の秘密の漏洩、

經濟上の經營の經營主はいろ／＼の法律の規定を以てして公務員、帳簿検査官、鑑定人若は其他官署の命を受けた者の監督若は検査を受ける義務を負はしめられる。是等の規定は普通官吏でない人間が黙秘を守る必要があることを規定して居るのであつて、官吏でない人間は黙秘を守るべき旨を宣誓すべく、又は例へば一九一七年五月三日及び一九二〇年二月十二日の贈收賄竝に秘密の漏洩を取締る命令の第一條に於けるが如く、黙秘の義務を良心に従つて履行すべき一般的義務の負課の行はれない場合にあつては、

特別に義務の負課を爲すべき旨を命じて居るし、黙秘の義務の違反に對して經營を保護すべき刑罰をも掲げて居る。罰則の二三のものは冒頭に掲げてあるが、今擧げた命令の第七條の外更に商法第三百十八條 a、食料品法第十八條及び酒造取締法第三十條をも補充として追加しなければならぬ。法定してある刑はいろ／＼であつて、刑は普通可なりに低く構成されてあるけれども、それでも多數の法律は犯人が利己心に因り、又は經營に損害を被らしめるの意圖に於て行爲を爲す場合について、刑の加重を規定して居るのである。

同じ保護の必要は、労働秩序法第五條以下の規定からも生ずる。何となれば是等の規定は信任委員 *Vertrauensmann* が任務を果すのに必要な報告を之に向つて爲すの義務を經營の指導者に負擔せしめるものだからである。

刑法典の改造は此の離散して居る規定を結集するの機會を與へるもので、即ち草案は統一的の規定を提案し、公務員として若は信任委員として又は官署の命を執行するに當つて若は法律の規定する經濟上の審査に基いて自分に打明けられたか、又は自分の知悉するに至つた經營上若は營業上の秘密を妄りに披露し若は利用した者に、二年以下の輕懲役又は拘留を科することとして居る。刑罰の規定は公務員及び信任委員に對しては無條件に規定してあるが、官廳の命を受けた者及び經濟審査員に對しては、是等の者が良心に従つて其の義務を果すべきを宣誓したか、又は拍手に因つて其の義務を負つたか、又は特に黙秘の義務

を負擔せしめられた場合に限り規定してあるのである。

自分の職務若は委任の終了後妄りに祕密を曝露し、又は之を利用した犯人も亦罰すべきものであることは素より明かである。規定は此のことを明示的には表明して居ない。

規定は更に犯人が對價を受けて、又は經營に損害を加へ又は自己若は第三者に不法に利益を致すの意圖を以て、行爲を爲した場合には刑は輕懲役である旨を規定して居る。

(e)、經營上若は營業上の祕密の漏洩の爲の誑惑竝に申出、

草案はこゝでは不正競争法第二十條の規定の構成要件と法定刑とを踏襲して居るのであるが、草案は「競争の目的を以て又は利己心に因り」と云ふ字句を削除することに因つて此の規定を變更し、また公務員若は官署の命を受けた者に依る經濟上の祕密の探索若は祕密の漏洩をば、前記の方法で豫備した者をも處罰することに依つて之を擴張して居る。更に草案中に提案してある規定は、任意的且終局的に犯罪の遂行を抛棄し、其の犯行若は結果を阻止した者、又は他の事情が介入して阻止の作用を及ぼした場合にあつては自發的に且眞摯に遂行若は結果を阻止するに努力した者は、通則に従つて罰することをしない旨を言明して居るのである。

(f)、經濟上の取引に於ける贈收賄、

不正競争法第十二條は、草案が經濟上の取引に於ける贈收賄に差向けやうとする規定の模範として役立

つものである。構成要件に於ては、「營業上の取引に於て」と云ふ字句竝に「競争の目的を以て」と云ふ字句を削除し、「營業上の經營の」と云ふ字句に代ふるに「他の」と云ふ字句を以てして居る點に於て相違がある。刑は重くなつて、原則としては輕懲役であるが、輕い場合については拘留が法定してあるのである。

(g)、被害者の所存の聽取、

草案は前に(u)乃至(o)の下に論じた犯罪について、訴追について決定するに先だち、被害者の所存を聽くことを必要とする旨を規定して居る。

(3)、公定相場若は市價に對する不正の干渉、

委員會は相場詐欺、目論見書詐欺竝に相場の釣上等現在取引所法第八十八條及び第八十九條中に掲げてある犯罪を取締る規定を、刑法典中に編合するのが果して相當であるかどうかと云ふ問題を審査したのであるが、是等の犯罪は獨り取引所若は市場に出入する者又は取引所若は市場と關係を有する者のみに止まらず、また獨り商人及び營業者のみに止まらず、何人に於ても之を犯すことが出来るものなのであると、また是等の犯罪は憎惡と危険性とに於て特に著しいものがあるの故を以て、前掲の問題を積極的に解した。従つて構成要件を精確周匝に構成し、内面的經過の要件を軽くし、法定刑を重くし、草案の他の規定との調和を表明することが必要となつて來たのである。

(a)、相場詐欺、

草案中に提案してある規定に依ると、自己若は第三者を利得せしめる爲に事實に關する不實の主張若は甚しく歪曲した主張であつて商品若は有價證券の公道相場若は市價に作用を及ぼすに適したものを主張し又は流布し、又は其の他に之に適した、欺罔を豫期した手段を施用した者は輕懲役に處せられることになつて居る。

輕い場合について拘留を許すべき充分な理由は認めることは出來ないのであつて、寧ろ犯罪が國に對する戰爭中又は戰爭の危険の切迫して居る時期に犯される場合には、刑は重懲役と云ふことになつ居る。

(b)、目論見書詐欺、

此の構成要件は——國經濟大臣の發案に従つて——擴張されることになつて居る。草案の規定は、認識と欲求を以て目論見書に不實の記載を爲し、又は有價證券若は組合の持分の申込又は購買若は賣却を招來すべき書面若は公の通知、公告若は發表に不實の記載を爲したる者に輕懲役に規定して居る。此の規定は新に附け加へた組合の持分 (Gesellschaftsanteil) について、各種の組合や社團の持分及び持分證書は組合の持分と認める旨を記して居る。かやうにして民法上の組合若は權利能力を持たない社團の形式で現はれる、或る種の山師的企業の持分若は持分證書の誇大廣告を彈壓する爲の手段を設けやうと云ふのである。

(c)、相場の釣上、

草案は此の構成要件をも簡單にし、また擴張することを意圖して居るのであつて、商品若は有價證券の公道相場若は市價に作用を及ぼすべき報道を公表すること、又はかくの如き報道を公表するのを見合せることに對して、給付と顯著な不權衡の關係に在る對價を提供、約束、供與し又は要求し、又は自己若は第三者に約束若は供與せしめた者は輕懲役に處すべき旨を提案して居るのである。

(4)、破産、

破産の爲には經濟界が廣範圍に互つて損害を被り、又は危険の中に引込まれ、其の信用を動搖させるやうな影響の生ずることが特に多いのであるから、破産に關する罰則は刑法典中に收むべく、特に現在の章中に收めることが必要である。

現行法の規定は改正する必要があるものかどうか、改正する必要があるものとするればどの程度に於て、あるかを議するに當つては、二つの問題が重きを爲した。即ち支拂の停止又は破産手續の開始は判例の原則に従つて可罰性の單なる條件と認め、従つて裁判所は支拂の停止若は破産の開始が破産行爲と因果の關係に立つものであり、且債務者に於て有責に招來せられたものであることを立證する必要はないものとすべきであるか。竝に破産行爲をそれ自體を獨立させて、即ち豫め示してある可罰性の條件の成否とは無關係に處罰することが可能であり、また相當たるものであるかどうかと云ふ問題である。委員會は其の前者を積極的に、其の後者を消極的に解した。かやうに解する上に決定的となつた契機は左の通りであ

る。司法の實際が經濟界を保護する爲に造り上げた原則を今となつて拋棄することゝするならば、破産の訴追は測り知ることの出來ない、然も兎に角著しい妨害を受ける虞がある。蓋しそう云ふ因果關係上の連鎖と債務者の内面的行狀を立證することは、普通殆ど超克し難い困難に妨げられるものだからである。特に非常に錯綜した關係を持つ大企業の崩壊する場合、即ち非常に多數の債權者を擁する債權者團が損害を被る場合に於ては、刑事訴追は必然的に役に立たないことゝならざるを得ないであらう。かくの如き場合に於ては支拂不能の原因についての鑑定人の意見は往々にして岐れ、債務者に於て豫見することの出來なかつた出來事、債務者の支拂を停止するの餘儀なきに至つたについての最後の原因となることが多い。次に公訴官廳が支拂の停止若は破産手續の開始からしてそう云ふ處置を執るに至る理由が生じた譯でないのに、例へば單なる密告などに基いて企業者が其の商業帳簿を不明瞭に記帳して居りはせぬかどうか、浪費に因つて過當の額を消費し又は信用に由つて商品を取得し、秩序的な經濟の要求と相容れない方法で甚しい低價で讓渡して居りはせぬかどうか、經營若は家庭の内部に迄立入つて探究せんことを經濟界に強ひるのは不可能であり、またそう云ふことを強ひてはならないのである。

従つて委員會は重破産並に單純破産を取締る罰則並に債權者及び債務者の庇護を取締る罰則中で可罰性の條件をば、「債務者が其の支拂を停止したるか、又は其の財産に關して破産手續の開始されたる場合に」と云ふ字句を以て言明することを決議した。

尙ほ次のやうな考慮が行はれた。曰く、重破産については破産法第二百三十九條第一項が、「債權者に不利益を被らしめるの意圖 Absicht」と云ふ字句を以て示して居る内面的標識は、「行爲が債權者に不利益を被らしむるの結果に歸著することあるの意圖 Bewusstsein」として記載した。是は「意圖 Absicht」の語が法の適用上に受けた解釋と歩調を合はしたのである。同一の構成要件について裁判所が重破産については非常に大多數の場合に於て、輕懲役を言渡すのを常とするの事實に顧み通常の刑の例外の刑に對する關係は逆にした。また單純破産については破産手續の開始を引伸ばす意圖の要件は、商品若は有價證券の蕩盡の構成要件中で之を除去し、過失に因る犯行の處罰を特に規定した。同一の犯行中帳簿備付の義務の違反は比較的容易な所犯方法として特に之を指摘し、如何なる責任形態に於ても罪となるものとした。尙ほ犯人が成規の時期に自分の財産の貸借對照表を作成することを懈つた場合には、犯人は帳簿備付の義務に違反したものであると推定することにした結果、構成要件が簡約ならしめられることゝなつた。債權者の庇護及び債務者の庇護を取締る規定は簡單にし、且其の内面的の經過に於て精密に規定した。最後に破産法第二百四十二條及び第二百四十三條第二號の構成要件は、和議法第二百二十二條及び第二百二十三條の構成要件と結合させた。破産法第二百四十四條に相當する規定はもはや必要でない。蓋し將來の刑法典は一般に、是等の法定刑が他人の代理人として行爲をする者にも適用されるやうに規定する筈だからである。そこで草案は次のやうな要領を内容とする規定を提案するものである。

(a)、重破産、

以上に論じた可罰性の条件にして具はるに於ては、自分の財産の成分を隠蔽し又は轉匿し又は法律上自己に於て備付けべき義務を負ふべき商業帳簿を隠蔽、滅却し、又は自分の作爲若し不作爲が自分の債権者の不利益に歸著することあるべきを意識するに拘らず、自分の財産状態に關する見通しを不可能ならしめるやうに記帳し若し變改した者は、三ヶ月を下らない輕懲役に處し、情狀特に重い場合には重懲役に處する。

(b)、單純破産、

前記の條件の下に浪費若し博戲若し賭事を爲すことに因り、又は商品若し有價證券を以てする差額取引に因つて過當の額を消費し又は負債を負ひ、又は信用を以て商品若し有價證券を取得し、且適正な經濟の要求と相容れない方法で著しく低價に之を讓渡し *Veräußern* 若し手離し *weggeben* たる者は、故意に因る犯行の場合にあつては輕懲役に、過失に因る犯行の場合にあつては二年以下の輕懲役又は拘留に處する。

(c)、帳簿備付義務の違反、

法律上自己に於て備付の義務を負ふ商業帳簿をば、故意若し過失に因つて備付けることを懈り、隠蔽若し滅却し、又は自分の財産状態に關する見通しを不可能ならしめるやうに記帳し若し變改した者は、可罰性の條件の成就する場合にあつては二年以下の輕懲役又は拘留に處する。

(d)、債権者の庇護、

支拂不能者として自分の處置が債権者の一人を他の債権者に對して庇護するの結果に歸著するのを知つて居るのに拘らず、此の債権者が全然請求するの權利を有しないか、其の行はれた方法に於ては若し其の行はれた時期に於ては請求するの權利を有しない擔保若し辨濟を此の債権者に提供した者は、二年以下の輕懲役又は拘留に處することになつて居る。此の場合にあつても可罰性の條件の干渉がある。

(e)、債務者の庇護、

債務者の一人の財産の一部を其の利益の爲に隠蔽し若し轉匿した者は、可罰性の條件が此の債務者の一身に具はる場合には、三ヶ月を下らない輕懲役に處する。

破産手續に於て又は破産手續の開始に關する裁判に先行する手續に於て、又は破産を豫防する爲の和議の招來を目的とする手續に於て、虚構の債権を主張した者の罰亦前段記す所に同じい。

情狀特に重い場合については重懲役が法定してある。

(f)、債権者に對する贈賄、

破産債権者の表決に際し又は破産を豫防する爲の和解の提案に際して、自分が特定の精神に於て表決を爲すことに對して特別の利益を供與せしめ若し約束せしめた者は、二年以下の輕懲役又は拘留に處する。

十二、民族的法益に對する侵害

ミュンヘン控訴院次長 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

「公益は私益に優先する」の原則は、不文法として法律生活並に經濟生活の全部を支配することになつて居るのであつて、社會公共にとつて經濟的に若は思想的に貴重な一定の自然若は人力に由る產出物を民族の爲に保存し、又は民族の利益に利用するの道を確保すべき規定に於て、特に立法上に顯彰された所である。刑法委員會の草案は此の種の產出物を名づけて有體的民族的法益 *körperliche Volksgüter* と云つて居る。是が保護の爲の規定は國法、特に邦法中に散在して居るのであるが、委員會案は其の保護の爲に一章を捧げて居る。併し其の内容に至つては到底完全を要求することは出來ないのであつて、新刑法典は是等の點についての一切の罰則を總括して欲しいものであると云ふ非常に正しい希望は、刑法改正の仕事と同じやうに古くから唱導されて居た所であるにも拘らず、遺憾なことにはまだ充されては居ないのである。第一違警罪の構成要件は既に刑法典中に收容するには適しない。蓋し新刑法典は罪となる行爲の今日の分類の意味に於ての重罪及び輕罪のみを包含することになつて居るからである。けれども重罪及び輕罪の構成要件と雖、すべて之を刑法の附屬法から分離して之を繼承することは出來兼ねる。何となれば是等の

罰則は、大抵構成要件が參照することを餘儀なくされる他の規定と、極めて密接な關係に在るものだからである。けれども新刑法典は少くとも刑法を以て保護されて居る法益と、新獨逸國に於ける其の評價についての見通し丈は當然與ふべきものである。此の目的の爲に必要である以上は、刑法の附屬法の中の最も重要な罰則丈は、出來得る限り刑法委員會の草案中に繼承した。だが其の際白紙規定 *Blanketvorschrift* を全然避けることは出來なかつた。けれども是等の白紙規定は、出來得る限りに於て、明確に劃定された構成要件を包含するやうに形成したのである。

「有體的の民族的法益に對する侵害」の章を審議するに當つて、刑法委員會を指導した著想も亦、以上のやうなものであつた。即ち本章は左の七條の罰則を包含するものである。

(1)、地下の財貨 *Bodenschätze* の獲得、

礦物が其の自然の礦床上に在つて鑛業法の適用を受ける以上は、是等の礦物は之について標準となる邦法の規定に従つて土地の所有者の處分權から別除され、無主物として看做される。是等邦法の規定は其の大綱に於て一致するものである。此の所謂王領の礦物 *regale Mineralien* の範圍は獨逸の各邦に依つて區區であつて、這般の事情は、各地方の關係や經濟上の需要や乃至はまた其の沿革に歸著せしむべきものである。是等王領の礦物の探求や獲得やは國家に保留されて居るものもあれば（保留礦物）、また何人にも、只それについて設けてある規定の定める所に従ふ丈で許されて居るものもある（自由採掘礦物）。

是等の規定に依ると、自由採掘の礦物を獲得しやうとする者は、豫め其の權利（即ち鑛山採掘權 Bergwerkseigentum）の附與を請求することが必要である。此の權利は一定の條件を具備するに於ては、必ず請求者に附與されることになつて居る。此の礦物を獨占的に探求獲得する權利、少くとも礦物を探求獲得する權限を附與する國家の權利に於て、國家の上級所有權 Oberigentum の獨逸古法の思想が表明されるのであつて、妄りに國有の礦物を獲得しても、獲得者は其の礦物の所有者となるものではない。寧ろ礦物は例外として國家の物權的歸屬權 dingliches Anfallsrecht の適用を受けない以上は、依然として無主物たるものである。そして礦物が此の國家の物權的歸屬權の適用を受ける場合にあつては、礦物は無權利者に依る獲得と同時に國家の所有權に移るのである。

刑法委員會の企て、居る規定は、此の法律狀態に倚據するものであつて、即ち左の通りである。

未だ他人の所有に屬せざる礦物を妄りに獲得する者は、二年以下の輕懲役又は拘留に處す。

此の犯罪は、權利者 物權的歸屬權 dingliches Anfallsrecht の場合にあつては權利者に代る別人）が礦物を獲得し、依つて以て之についての所有權を取得する以前に於ける、國有の（保留者は自由採掘の）礦物についてののみ犯すことが出来る。國有でない礦物は其の埋藏される土地の成分として、土地の所有者の所有權に屬し、其の違法の獲得は、現行刑法典第三百七十條第二號又はそれよりも遙に適切な獨逸普通刑法典草案（國議會提出案）第四百九條第二項に相當する特別の規定に依つて此の規定の適用が除外されない以

上は、竊盜、背任、橫領其他として他人の財産を保護する爲の規定に従つて罰せられる。

(2)、溫泉に對する脅威、

大抵の獨逸の邦法は溫泉について保護區域を定めることを得るものと規定し、之に大體に於て——細目の點に於ける相違は度外視する——次のやうな效果を結び付けて居る。保護區域内に於ては溫泉に影響を及ぼすことあるべき工事は、官署の許可がなければ、又は少くとも主管官署に對して届出でた上でなければ行ふことは出来ない。溫泉の變更若は新掘についても、同じ原則の適用がある。工作が溫泉の存立若は狀態に影響を及ぼすことの判明した場合にあつては、主管官廳は其の中止を命ずることが出来るし、其の爲し得る以上は原狀の回復をも命ずることが出来るのである。加之保護區域を定めるに先だつて既に、溫泉の保護の規定を設けることも出来る。

此の種の邦法上の規律は、以下に掲げる刑法委員會の草案に於ける規定の基礎たるものである。

其の保護の爲に制定せられたる規定に違反することに因つて藥效する溫泉に損害を加へ、又は之に脅威を及ぼしたる者は二年以下の輕懲役又は拘留に處す。

(3)、獨逸の山林の荒廢、

山林なるもの、氣候狀態や水利關係にとつて有する意義だとか、山林が自然の災害に對して與へてくれる保護だとか、獨逸の山林の產出高を以てして木材に對する内國の需要を出来る丈け多く充す國民經濟上

の利益とか、獨逸民族の其の山林との繋りとか云ふものは、自分に委託された民族的法益としての山林を合理的に經營すべき義務を山林の所有者に負擔させる。山林の所有者は自分が過去代々の拮据經營と保護育成の結實を享受すると同時に、山林の産出能力を來るべき時代の者の爲に保存しなければならぬのである。そこで既に試験済みの山林經濟上の原則と相容れない木材の利用は、獨り來るべき年度の産出高を本年度に於て先廻りして收穫して了つて、將來の需要を充す上に不利益を被らしめるのみに止まらず、其の管理を謬らない場合に達成することが出來るであらう全收穫高を減殺することになる。かやうな考慮からして國政府は一九三四年一月十八日の山林の荒廢を取締る法律を制定する必要ありと見た。此の法律は山林を保存する爲、及び獨逸の國民經濟にとつて毎年必要となる木材の産出額を保全する爲に、一切の非國有の山林につき、まだ伐採するまでに成熟して居ない針葉樹の喬木林の立木を伐採することや、一般に一つの經營單位に屬する喬木林の面積の一定の部分以上に互つて伐採を行ふのを禁止して居る。此の法律第三條第一項の罰則は、次のやうな普遍的な法文に於て新刑法典中で踏襲されることになつて居る。

山林を保護する爲に制定ありたる規定に違反して山林の立木を伐採したる者は、二年以下の輕懲役又は拘留に處す。

禁止に反して伐採したる木材が犯罪に關與したる者の何人にも屬せざる場合にあつても、刑に併科

して是が沒收を言渡すことを得。

此の白紙規定は邦法の規定を以ても填充することの出來るのは云ふまでもない。例へば保護林に對する伐採の禁止若は伐採の制限に由り、又は前記の國法中に於ける規律以上に互つて山林の適正な管理を保全しやうとする規定に由つて、之を填充することの出來るのは素より言を俟たない。だが國家、地方團體若は其の他の公法上の團體の服務上の内規に對する違反は、此の規定の適用を受けないことになつて居る。

(4)、獨逸の領海内に於ける不法の漁撈、

國際法上の原則に依ると、沿岸國は沿岸漁撈を自國の國民丈に保留することが出來る。獨逸國は此の保留を一八七六年二月二十六日の刑法典改正法に依つて行ひ、現行刑法典に第二百九十六條^aを追加したのである。所がこゝで設けた規律には欠缺があつて、其の缺陷として判明したのは此の第二百九十六條^aに依ると、獨逸國民は外國人に此の犯罪を教唆し、若は外國人の犯罪を幫助した場合にしか處罰されないと云ふことになる。また第二百九十六條^aに依ると、通説が適切に認めて居るやうに、故意に因る犯行でなければ處罰されないのであるが、是亦不充分である。そこで刑法委員會の草案は此の欠缺を補正したのであつて、其の議決した規定は左の通りである。

外國人故意又は過失に因り獨逸國の沿海 Küstennmeer 内に於て若は獨逸國の領海 Eigengewässer 内に於て妄りに漁撈を爲したるときは、二年以下の輕懲役又は拘留に處す。

獨逸國民故意若は過失に因り獨逸國の沿海内に於て又は獨逸國の領海内に於て外國の船舶上に於て外國人の爲に妄りに漁撈を爲したるとき亦前項の刑に同じ。

船舶若は其の從物内に在る漁獲物及び漁具にして犯罪に關與したる者が携帯若は使用したるものは、其の關係者の何人の所有にも屬せざる場合に於ても之を沒收すべし。過失に因り本條の犯罪を犯したる場合に於ては、漁具の沒收を見合はすことを得。

「獨逸國の沿岸水」 *deutsche Küstengewässer* と云ふ概念の代りに、「獨逸國の沿海」 *deutsches Küstennear* 及び「獨逸國の領水」 *deutsche Eigenigewässer* と云ふ概念を用ひたのは、決して實質上の變更を意味するものではない。だが第二項の規定は新規の規定である。此の法文の上からと規定全般の目的とからして將來も、沿海漁撈が獨逸國民の委任に於て且獨逸國民の計算に於て行はれる場合には、沿海漁撈は妄りに行はれるものではないことがおのづから明白となるのである。自己の計算に於て外國の船舶上で漁撈する獨逸國民も、獨逸國民に雇傭されて沿海漁撈に従事する外國人も何れも共に罪とはならない。けれども其の場合にあつては外國人に由る沿海漁撈又は第二項の條件の下に獨逸國民に由つて行はれる沿海漁撈は、其の許可の明示的に與へられて居ない以上は常に不法である。過失は將來も共に罰せられることになつて居るのであつて、特に漁撈に際して必要であり且可能である注意を缺くの結果として、獨逸國の領海の限界を超えるのを本質とすることが出来る。けれども故意に因る犯行の場合に現行刑法典第二百九十六條^a

に於けるが如く、所有權關係には關係なく行ふことを必要とする漁具の沒收は、過失に因る犯行の場合には見合はせることが出来ることになつて居る。

(5)、記念物の保護、

現行刑法典第三百四條に於ける記念物の保護 *Denkmalschutz* は、物件毀棄に對する保護の擴張されたものに過ぎない。即ち物件毀棄についての第三百三條の一般的规定とは異り、記念物保護の第三百四條に於ては公訴は告訴の條件に繋らしめられることなく、且それよりも重い刑が規定してあり、然もとりわけ自己の物と他人の物との間に區別が立てられて居ないのであつて、記念物の所有者と雖記念物を違法に毀損し、若は之を破壊した場合にあつては罪となることを免れない。刑法委員會の草案は三點に於て此の記念物の保護を擴張して居る。

(a)、保護を受ける物の範圍を擴張してある。

(b)、保護を擴張して居る。

(c)、過失に因る犯行をも處罰することにして居る。

そこで以下の規定が提案してある。

公の記念物、又は學問上藝術上風景上若は歴史上の原因に因り官廳が保護の下に置きたる自然若は人爲の產出物を毀損し、破壊し若は使用不可能ならしめ、轉匿し若は禁止に反して變更し若は移出

したる者は輕懲役に處す。

學問上藝術上歴史上若は營業上の意義を有する物にして公衆の接近し得べき蒐集所、公の建物又は其の他の公の場所に在るものにつき前項の犯罪を犯したる者の罰亦前項に同じ。

過失に因り本條の犯罪を犯したる者は拘留に處す。

保護を受くる物件が犯罪に關與したる者の何人の所有にも屬せざる場合にあつても、刑に併せて保護を受くる物件の沒收を言渡すことを得。

第一項に於ては自然若は人爲の產出物であつて、學問上藝術上風景上若は歴史上の原因に因り官廳が保護して居るものを、公の記念物と同視して居る。公の記念物の概念は現行刑法典第三百四條に於けると同一で、其の念頭に在るのは自然界の產出物や獨逸國の學者藝術家が我が民族に與へてくれた豊富な財寶は、將來の獨逸國民の爲に保存されなければならぬと云ふ認識から生ずる國法及び邦法の規定である。是等の規定中には二つの異つた方式が施用されてある。即ち是等の規定の與へて居る特別の保護を、目錄中に登載する（目錄の作成 *Inventarisierung*）と否とに繫らしめて居るか、又は一般的にそれについて一定の標準の與へられてある保護價值の條件に結び付けてあるかである。二つの方式は委員會案の前記の規定の意味に於ての物を保護の下に置くの結果を來す。

此の規定の第二項は經濟上藝術上若は營業上の意義を有する物であつて、大體に於て現行刑法典第三百四條に於ける藝術、學問若は營業の客體に相當するもの、外、歴史上の意義を有する物をも擧げて居る。現行刑法典第三百四條に比較して少しく制限された點は、物が其の屬する領域にとつて或る意義を有することを必要とする點である。

現行刑法典第三百四條に於けると同様、新規定も亦他人の物と自己の物の双方について效力を有する。けれども新規定は獨り毀損及び破壊のみに止まらず、使用不能、轉匿、變更若は移出を處罰して居ることによつて、第三百四條よりも遙に廣範圍に及ぶものである。其の際左の區別が立て、ある。毀損、破壊、使用不能及び轉匿は其の儘罪となるが、變更及び移出は其の明示的に禁止されて居る場合に限り罪となる。官廳の保護することとして居る物については、大抵の場合移出の禁止を存するか、又は許可を受けることなくして移出するのを禁止してあるのを常とする。後者を以ても充分とするものであることは云ふ迄もない。他の物については移出を罰せんが爲には初めに先づかくの如き禁止命令が、發せられてあることを必要とするのである。

蒐集所は其の入場若は其の利用が全然若は部分的に、一定の固人的條件の證明若は特別の許可に繫らしめられてはあるけれども、然も特定の條件を具備するときは普通許可せられるのを常とする場合にあつても、一般的に接近し得るものである。

過失に因る犯行の可罰性は、犯人が自分の犯行を加へた物の官廳の保護の下に在るものであることを知