

民族共同体と法（五）

——NATIONALSOZIALISMUSあるいは「法」なき支配体制——

南 利 明

はじめに

第一章 民族共同体の建設——「あらゆるドイツ人、一人一人をわれわれの理想に合致した鑄型に入れて鑄直す」

一 戦いの第二段階

二 運命共同体の建設 I（以上『法経研究』第三七卷第三号、第四号、第三八卷第一・二号、第三九卷第一号）

三 運命共同体の建設 II

（一） 民族の敵に対する対内戦争

（二） 共同体と犯罪（以上本号）

三 運命共同体の建設 II——「民族に対する裏切りは、仮借なき野蛮さでもって焼き払われなければならない」

（一） 民族の敵に対する対内戦争

「民族共同体のために活動する用意のある者だけが、共同体の中で生きる権利を有しているということ⁽¹⁾を人は学ばねばならない〔時代がくる〕であろう」——一九二三年のヒトラーの演説が既に明らかにしていたように、すべての構成員に

対し民族への無条件かつ全体的な忠誠が求められる運命共同体の中にあつて、民族同胞の誰もが無条件に「共同体の分肢」としての地位を承認されうるというわけではなかった。ただ自己の現存在のすべてを共同体の最終目標に定位させ、共同体の運命を自らのそれと重ね合わせる「意思」と「能力」をもつ者だけが、共同体の中で自らの占めるべき「場」を与えられ、共同体にとって「価値」ある者として、民族の分肢たる「名誉」と「法の保護」を享受しうるものとなる。⁽²⁾ 逆に、共同体を裏切り、共同体に敵対、あるいは害を加えようとするすべての者は、そのことによつて「共同体秩序に自らを接合させる意思、あるいは能力をもたない者」⁽³⁾ であることを明らかならしめたものとみなされ、その結果、当然のことながら、民族同胞たる「身分」と、同時に「法の保護」をも喪失する。⁽⁴⁾ 「この喪失は新たな秩序の一般的現象である」とフーバーはいう、「農民は保有地を没収され、経営指導者はその地位を剝奪され、労働者は職場を失い、編集者は職業名簿から抹消され、ライヒ文化協会の会員は除名され……」、最後にはライヒ公民たる身分そのものが奪いとられる。「このよ
うな喪失は、不可侵の権利に対する外部または上からの介入では決してない。むしろ、それは共同体と不可分の法的身分にはじめから包含されていた結合から本質必然的に生ずる帰結に他ならない。」⁽⁵⁾ 元々、ドイツ民族全体を世界観的に統合し、共通の最終目標実現のため、彼らが払いうる最大の奉仕と犠牲を要求しようとする運命共同体が、「民族に対する裏切りや、民族からの逃走を許容しえない」⁽⁶⁾ ことは、改めて指摘するまでもない当然の事柄であつたといわねばならない。
しかしながら、前節で明らかにしたように、第二段階のナチス革命の本来の目的は、共同体からの排除ではなく、全ドイツ民族の共同体への統合ではなかつたか。そのための世界観的教育ではなかつたのか。たしかに、テロルではなく教育が、運命共同体建設のもつとも重要な手段として位置づけられたことにまちがいはない。しかし、たとえそうではあれ、教育はあくまでもそのための一つの手段でしかなかつた。それというのも、何千万という人間を、しかも限られた時間の枠内で、一人残らず完全なナチス主義者へと作り変えることの不可能性は説明するまでもない自明の事柄であつたのだから。

もつとも秀れた血を有する同じドイツ民族の中にも、教育によっては改善不可能な「最悪の人間の屑」が常に存在している、「それ故われわれは」とヒトラーはいう、「対外的な自由を獲得する前提条件として、まずもって対内的な肅清を要求する。……対内戦争が対外戦争に先立って行われなければならない。それは、われわれはドイツ人であり、かつこれを誇りとすると言言する者と、ドイツ人たることを欲せず、あるいははじめからドイツ人たらざる者との間に行われる最終的な決戦である。」⁽⁷⁾一方における民族の構成員に対する世界観的教育の実施、他方における民族の裏切者や敵対者、有害者に対する対内戦争の遂行、それが運命共同体の建設のためヒトラーの頭の中に描かれたシナリオであったにちがいない。⁽⁸⁾いずれにせよ、ドイツ民族に残された選択肢は限られたものでしかなかった。彼らは、「共同体の分枝」として、自らの現存在の全体を共同体のために捧げるか、あるいは「共同体の屑」として自らの現存在のすべてを失うか、そのいずれかではなかったのだから。もはや共同体の運命から切り離され、それと無縁な「安全地帯」はどこにも存在しなかった。⁽⁹⁾一九三三年三月二一日の国会開演説において、「一方で、良き意思をもつすべてのドイツ人を統合し、他方で、ドイツ民族に害を加えようとするすべての者を無害化ならしめること」⁽¹⁰⁾が新政府の方針であることを明らかにしたヒトラーは、さらに二日後、『授権法』の提案演説の中で、「無害化」がはたして具体的に何を意味するかを疑問の余地なくドイツ民族に対して語ってみせた、即ち、「国民政府は、国民と国家の生存を否定しようとするすべての分枝を〔共同体から〕追放することを自らの義務であるとみなす。……民族に対する裏切りは、将来、仮借なき野蛮さでもって焼き払われなければならない。」⁽¹¹⁾

(1) (ed.) E.Boepple, "Adolf Hitlers Reden." (1934) S.59.

(2) H.Goring, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht. 1934. S.234.; (ed.) H.Frank, "Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht. Teil 1." (1935) S.11.; W.Siebert, "Nationalsozialistische Handbuch für Recht und Gesetzgebung." (ed.) H.Frank)

- (1935) S.961.; K.Larenz, "Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft." (1935) S.241.; H.Rössiger, "Führertum und Gerichtsbarkeit." (1936) S.3.; L.Dikow, "Die Neugestaltung des Deutschen Bürgerlichen Rechts." (1937) S.51.
- (3) F.Gürtner, Archiv für Kriminologie. 1933. S.198.
- (4) H.Göring, a.a.O.; K.Larenz, Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie. 1935. S.33.; L.Dikow, a.a.O.; H.W.Kranz, Nationalsozialistische Volksdienst. 1940. S.61.
- (5) E.R.Huber, "Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches." (1939) S.366.
- (6) W.Frick, "Der Neuaufbau des Reichs." (1934) S.25.
- (7) (ed.) E.Boepple, a.a.O., S.72.; A.Hitler, "Mein Kampf." (1927 [1934]) S.580.
- (8) ヒムラーは、ヒトラーユーゲントを前にした一九三六年五月二二日の演説の中で、犯罪に対する闘争の可能性に関連して次のような発言を行っている、「①もっとも重要かつ秀れた可能性は、民族の精神の変革にある。即ち、民族の良き意思をもった大多数の者たちを内面から変革し、彼らを民族の運命のもっとも秀れたかつ確固たるトレーガーへと育成するという企てである。②人口数の上からは、比較的少数ではあるが、内面からの回心が期待されえない者たちが存在する。これら人種的に民族のもっとも悪しき分肢にあつては、彼らの精神を民族の世界観に共鳴させるべき何物も彼らの心の中には存在しないのである。かかる連中に対して必要なことは、彼らが敵対的な世界観の支持者や、国家および民族に対する積極的な敵となることのないよう、予め配慮するにである。」(ed.) Smith / Peterson, "Himmler. Geheim Reden." (1974) S.55.)
- (9) W.Frick, a.a.O.
- (10) (ed.) M.Domarus, "Hitler. Reden und Proklamationen." (1963) S.227.
- (11) Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages. Bd.457. S.27f. その他「同日の発言と」(ed.) M.Domarus, a.a.O., S.421f.; "Der Kongress zu Nürnberg vom 5.bis10.September 1934." (1934) S.37.

(二) 共同体と犯罪

(1) 犯罪とは忠誠義務違反である

右の課題を、警察とやらんで真先に負わされたのが刑事司法であった。「ナチズム革命は司法に対し明白な疑問の余地のない出発点を与えた」とヒトラーはいう、「反社会的存在として、共通の義務を免れようとし、共通の利益を侵害しようとする、そういった連中に対し、民族を維持し保護してゆくことに協力することがその課題である。」⁽¹⁾ その際、司法にとつて、戦いのもつとも有効な武器が「刑法」であったことはいうまでもない。しかしながら、「その圧倒的な自由主義的性格」⁽²⁾ の故に、一八七一年の『刑法典』がもはやかかる要求に応えうるものでなかったことも、これまた誰の眼にも明らかであった。⁽³⁾ その限り、この武器を「最大限それに適した手段」へと作り変えることが新たな立法者の緊急の課題となった。「ナチス刑法は闘争法とならねばならない」とフライスラーはいう、「それは、民族全体の生存および目的を妨げようとする企てに対抗するための刃こぼれのない鋭利な武器とならねばならない。必要なことは、民族の敵の犯罪意思を征服し、調教し、抹殺することである。あれこれの処置が厳しすぎはしないかと恐れることはない。むしろ、たえず自問すべきは、民族の統一が有効に保障され実現されるか否かということである。」⁽⁴⁾

既にフライスラーの文言からも伺えるように、保護されるべき「民族の統一」とは、単なる共同体の外的秩序を意味するものではなかった。一九三六年の『刑法典改正草案』が、その「前文」⁽⁵⁾ において、「不法に対する贖罪」、「民族の保護」とならんで、「共同体的意思の確立」を「刑法の目的」として掲げていたように、民族を裏切り、民族に敵対し、民族に有害な一切の犯罪分枝を共同体から排除する過程で、民族の最終目標実現にとって必要不可欠な「精神的世界観的団結」を形成し維持すること、それが闘争法としてのナチス刑法に負わされた課題に他ならなかった。⁽⁶⁾

ところで、刑法の内容と性格が、当該社会の有する「犯罪観」によつて、そしてこの犯罪観そのものが、これまたそれ

ぞれの社会のよって立つ基本的な「世界観」により強く規定され大きく変化するものであることは、改めて指摘するまでもない自明の事柄に属する。むしろ、刑法や犯罪観そのものに、当該社会の世界観が直接反映され凝縮されるといって過言ではない。その克服が緊急の課題とされた一八七一年の『刑法典』もまた例外ではなかった。『刑法典』の各本条の構成要件を概観し、何よりも先ず気づく事柄は、それが「犯罪とは法益侵害である」との観念を前提とし出発点としているという事実である。たとえば、第二四二条は次のように規定する、「違法に領得する意図をもって他人より自己に属せざる動産を奪取した者は窃盗の罪となし軽懲役に処す。」⁽⁷⁾ここでは「財産」を保護法益とし、それに対する侵害を理由に行爲者に対し一定の刑法的評価、即ち、刑罰が下される。一見自明かつ無前提に見えるかかる観念が、近代に固有の世界観の特徴的産物であったことは明らかである。なぜなら、それは、法秩序の課題を独立の一定の権利主体相互間の「利益領域」の区画設定と保護に見、その結果、一方で、国民の義務を、消極的に、法により保護された他の権利主体に帰属する財貨、即ち、「法益」への不干涉と規定し、他方で、警察と司法の役割を、これまた個人の自由・生命・財産の保護という消極的活動に限定しようとした国家観を前提とするものであったが故に。その限り、個々人を独立の権利主体としてではなく、むしろ、共同体の精神と生を共に担い、民族の最終目標実現に向け、共同体に対する無条件的全体的義務を負う「共同体分肢」としてとらえ、かつ、刑法に対し、反社会的存在としてかかる義務に違背しようとする連中、つまりは、「民族の裏切者」から共同体、とりわけその「精神的世界観的団結」を防衛するための先鋭な武器となることを要求する共同体思想が、こうした犯罪観に与しえなかったことは当然のことであったといわねばならない。

従来の犯罪観に対するもつとも厳しい批判者となったシャフシュタインは、「われわれの時代の精神革命により法益論はその土台を失ってしまった」という⁽⁷⁾。「啓蒙のイデオロギーの毒」⁽⁸⁾としての法益概念に代わって、「民族同胞の共同体分肢としての地位」、なかんずく「人間の共同体的被拘束性が、そこにおいてもつとも強く発現するところの忠誠義務」が、

刑法の理論的作業の中心に置かれなければならない。⁽⁹⁾ シャフシュタインは、このような前提に立って、「忠誠義務違反」、つまりは共同体に対する「裏切り」の中に、法益侵害に代わるべき犯罪の新たな規定の本質を見ようとする、即ち、「共同体思想に定位された刑法は、法益侵害刑法ではなく、義務刑法ではなからうか。法益侵害ではなく、むしろ非難されるべき心情、あるいは義務の侵害が犯罪であるとみなされるべきではなからうか。」⁽¹⁰⁾

むろん、従来「法益」の名で呼ばれてきた犯罪の「攻撃目的物」がもつ意義を否定するわけにいかないことはいうまでもない。クレーがいうように、「刑法の適用が問題となる義務違反というものは、保護されるべき価値の同時的侵害もしくは危殆抜きには考えられえない」⁽¹¹⁾ものだから。たしかに、シャフシュタインによってもっとも典型的な忠誠義務違反犯罪として挙げられた背反罪についても、「民族共同体の安全」という保護すべき価値がなければ、「義務に違反した心情を処罰することについての共同体の利益というものはそもそも存在しないであろう。」⁽¹²⁾しかし、たとえそうであるにせよ、忠誠義務が共同体の構成成分すべての行動を規律する無条件かつ絶対的な「最高法則」となる民族共同体の登場は、犯罪の本質規定にあたり、その程度はともかく、裏切り、即ち、義務違反のモメントの評価を不可避ならしめるに至ったことも、これまた間違いのないところであった。⁽¹³⁾そして、単なる外的な共同体秩序の保護だけではなく、「共同体的意思の確立」を課題とするナチス刑法にとっては、共同体の精神的世界観的団結を根底から脅かそうとするこうした「裏切り」こそが、犯罪行為において何よりも先ず問われるべき不法内容であったといわねばならない。⁽¹⁴⁾

もつとも、「その文言の意味からして忠誠違反を前提とする犯罪である」との解釈の成り立つ余地をもつ犯罪が、従来『刑法典』の中にまったくなかったわけではない。「背反罪 (Landesverrat)」および「大逆罪 (Hochverrat)」がそうである。しかし、当時の立法者が、これらの犯罪を、謀殺罪や窃盗罪同様、もっぱら法益侵害の観点のみからとらえていたことは、第八〇条、第八一条、第九二条において、いずれも忠誠義務違反の有無を問題としうるドイツ人行為者と外国人

行為者との間で刑罰威嚇に関し何らの区別も設けていなかった点からして疑いのないところであった。⁽¹⁵⁾

これに対し、共産主義者をはじめとする政治的敵対者による破壊活動、とりわけ新たな国家権力と共同体にとって重大な脅威となるライヒの「内的存立」および「外的存立」に向けられた攻撃に対抗するために、一九三三年二月四日の『ドイツ民族の保護のためのライヒ大統領令』を皮切りに、大逆罪、背反罪に関し、繰り返し、刑罰強化、構成要件の追加等の処置を行った⁽¹⁶⁾新たな立法者は、早くも二月二八日の『ドイツ民族への裏切り及び大逆罪の策動に関するライヒ大統領令』⁽¹⁷⁾において、表題にもある通り、背反罪の本質を明確に、「ドイツ民族への裏切り」と規定、その後、一九三四年四月二四日の『刑法及び刑事訴訟手続きの規定の改正のための法律』⁽¹⁸⁾においてさらに重要な一步を進めるに至った。この『改正法』が、一方で、『刑法典』の部分的改正という形式をとりながら、そしてまた、他方で、二月二四日の『大統領令』以来わずかな期間に『刑法典』および『軍機密漏洩法』⁽¹⁹⁾、いわゆる『スパイ法』に繰り返し施された変更と追加によってもたらされた法源相互の「不整合性」と、そこから生ずる「不明確性」、およびこれら犯罪に対する闘争に際しての法実務の「不都合性」の解消を目的として掲げながら、その実、従来の犯罪観を前提とするものでも、あるいはまた単なる構成要件の形式的整備を意図するものでもなかったことは、法律改正の直接の責任者であったライヒ司法大臣ギュルトナーの以下の指摘が証明している通りである。「この法律の重要性は」と彼はいう、「構成要件の整備にではなく、むしろ民族と国家に関する新たな根本観念から必然的に求められた裏切り（Verrat）の評価にあつた」⁽²¹⁾と。もつとも、背反罪の本質が、法文上、忠誠義務違反にあると明記されていたわけではない。しかし、国家機密の漏洩の企図に関し、「行為者が外国人である場合終身の重懲役を科すことができる」とし、ドイツ人以外の行為者に限って刑罰の軽減処置を許容した第八九条第二項の規定から、ギュルトナーは、新たな立法者の意図を次のように結論する、即ち、「立法者は」刑罰威嚇「の相異」に⁽²²⁾より、「背反罪の本質を忠誠違反であるとする」見解に対し明白かつ確固たる表現を与えたのだ」と。たしかに、同じ法

益への侵害として形式上共同体にとって同じ危険をもつ行為でありながら、行為者がドイツ人であるか外国人であるかによって刑罰威嚇に關し明確な區別を設けることの根拠は、両者の法的身分の差異、即ち、共同体への忠誠義務の有無において他にありえなかつたにちがいない。⁽²³⁾この他、国家機密の漏洩、あるいは探知の企圖が「ライヒの福利に何ら危険を惹起ならしめるおそれのなかつた」、いわゆる「不能未遂」のケースにつき、これらを新たに可罰行為とした第八九第三項および第九〇条第二項の中にも、同様の立法者の意思を見出すことができるであろう。法益の侵害、あるいは危殆化をまったく伴わない不能未遂を、刑罰を軽減しながらも、独立の犯罪として、法的非難を加える根拠は、ここでも忠誠違反をおいて他にはなかつたのだから。

しかしながら、義務違反の中に新たな規定的本質を見るべき犯罪は、何も背反罪に限られるものではなかつたはずである。それというのも、一人一人の現存在のすべてが共同体の運命と不可分に結ばれた民族共同体の中にあつては、背反罪のみならず、「ドイツ民族に直接向けられ、ドイツ民族の政治的統一、自由および力を害することを目的とする民族同胞による一切の犯罪」⁽²⁴⁾も、程度の差こそあれ、「民族への裏切り (Volksverrat)」⁽²⁵⁾としての性格をもつことに何ら変わりはなかつたのだから。現にライヒ政府は、政權獲得後まもなく、『ドイツ民族經濟への裏切りに対する法律』の中で、「国外資産」、「外国為替」の財務当局等への「告知義務違反」に關し、「ドイツライヒ国籍所有者」による「故意」の違反に限つて、これを「ドイツ民族經濟への裏切り」と規定、その他の行為者による同様の違反に比べ重い刑罰を科すべき旨を宣言していたのである。この「告知義務違反」が、元來、政治的な性質をもつ犯罪ではなかつた限り、より明確に政治的動機から行われる共同体の統一と團結を脅かす他の一切の敵対的な犯罪、とりわけ、政權掌握直後、民族と國家の保護を目的に、一連の刑事立法により新たに可罰行為とされ、あるいは刑罰強化された犯罪⁽²⁶⁾に關しても、これらを背反罪と區別して論ずべき理由はどこにもなかつたといわねばならない。

背反罪を中心とする政治的犯罪において、その違反が問題とされた忠誠義務が民族共同体に対するそれであったにせよ、しかし、忠誠義務の存在はそうした対共同体との関係に限られるものではなかったにちがいない。「民族共同体に対する忠誠義務は、同時に、民族同胞との結合、つまり困難にあたって同胞を救助し、危険にあたって同胞を保護し、同胞を同胞として尊重すべき覚悟と準備をそれ自身の内に包含している」との観点から、フランクの編集になる『指導原則』も、「他の民族同胞に対する不実な（treulos）態度を、民族的忠誠義務の侵害」として処罰すべきことを提案する。⁽²⁷⁾新たな立法者が、こうした提案をまつまでもなく、民族同胞間の忠誠義務違反を不法構成要素の一つとして積極的に評価し、同胞相互間の忠誠義務にその立脚点をおくべき共同体秩序の保護をはかろうとしていたことは、一九三三年五月二六日の『刑法の規定の変更に関する法律』⁽²⁸⁾における「保護監督者の虐待行為」（第二二三条b）および「背任罪」（第二六六条）の構成要件の拡大・整備と刑罰強化からも明らかであった。その中でも、従来の規定に大幅な変更が加えられた第二六六条は、背任罪の不法の本質をめぐる従来の「権限濫用説」と「誠実違反説」の学説上の争いに関し、端的に両説を統合、背任罪が忠誠義務違反による財産侵害をも含むことを明らかならしめた点において、民族同胞間の誠実義務を刑法によって保護しようとする立法者の意図をより明確な形で表現するものであったといえよう。⁽³⁰⁾第二六六条は、「法律、当局の命令、または法律行為により与えられた、他人の財産の処分をなし、または他人に義務を負わしめる権限を故意に濫用し、あるいは、法律、当局の命令、法律行為、または誠実関係により課せられた、他人の財産上の利益を守る義務を侵害し、かつそれにより、財産上の利益を保護すべき者に対し不利益を与えた者は、背任（Untreue）の故に軽懲役及び罰金に処す。」さらに、第二六六条は、新たに第二項として、「とりわけ行為が民族の福利を害し、または他者に特別に重大な害を惹起し、または行為者が特別に邪悪な行為をとった……特別に重大な場合、軽懲役に代わり一〇年以下の重懲役に処す」との項目を追加、これにより、背任罪における誠実義務違反が、民族同胞間だけでなく、対共同体との関係においても、不

法の構成要素となりうることを明言。その他、新たな共同体思想を端的かつ象徴的に表現するものとして、民族同胞相互間の救助義務に関し、一九三五年六月二八日の『刑法典の改正のための法律』⁽³¹⁾により、第三六〇条第一〇号⁽³²⁾に代わって、新たに設けられた第三三〇条の規定があった。それは、救助義務の根拠を、従来の「警察官庁またはその代理人による救助の要請」から、「健全な民族感情」に置き換え、そのことにより、他の民族同胞に対する誠実義務が、「国家」の特別な命令抜きに、民族同胞たる地位にもとづき、まったく一般的かつあらゆる生活状況の中で、すべての個々人に課せられる「法的」義務であることを明確に宣言、⁽³³⁾即ち、「不慮の災厄または共同の危険または困窮に際し、健全なる民族感情に照らし、これが義務であるにもかかわらず、救助を行わない者、とりわけ警察官による救助の要請を受け、自己に重大な危険を伴うことなしに、かつまた他のより重要な義務を侵害することなしに、要請に応ずることができぬにもかかわらず、この要請に従わなかった者は、二年以下の軽懲役または罰金に処す。」

忠誠義務を梃子とした犯罪観の転換、ならびにそれにもとづく可罰行為の拡大、刑罰威嚇の強化は、一九三八／三九年以降、戦争に備えて制定された一連のいわゆる「戦時刑法」の中で、さらにいっそうの展開を遂げることになる。それとこのものも、銃後の統一と団結を必要不可欠とし、そのため、民族のすべての構成員に対し、平時に比べはるかに強く、共同体への忠誠と自己犠牲を要求する「全体戦争」は、⁽³⁴⁾共同体に敵対的な許しがたい裏切り行為の範囲を、決定的に拡大し、かつ厳格な刑罰威嚇を不可避ならしめるに至ったからである。「われわれがすべての民族同胞に対し要求することは、己が生命を民族とドイツのために捧げる覚悟である。間接たると直接たるとを問わず、この民族の掟に背きうると信ずる者は、その生命を断たれるべし。われわれは裏切者と行動を共にすることを欲するものではない」、ヒトラーが、ドイツ民族に対し、改めて、共同体への忠誠と、裏切りに対する厳罰を宣言したのは、一九三九年九月一日、開戦を報告する国会演説の中であつた。⁽³⁵⁾

既にこの一年余り前、ライヒ政府は、目前に迫った戦争に備え、『戦時特別刑法命令』⁽³⁶⁾を制定。『命令』は、「国防軍の背後にある民族全体の団結した意思が戦争の帰趨を決する」最大要因であるとの先の世界大戦の教訓にもとづき、「民族の国防意思の保護」⁽³⁷⁾を目的に、第五条として「国防力破壊罪」を設置。その中で、第一項は、「ドイツ国防軍または同盟国軍隊における服従義務の拒絶の公然たる勧誘または煽動」、「上官に対する不服従、反抗、暴行、もしくは逃亡、不法離脱の誘惑の企図」、「自傷行為、欺瞞的手段、またはその他の方法による、自己または他人の国防義務離脱の企図」等、直接国防義務にかかわる行為のみならず、「ドイツ国または同盟国民族の武力による自己主張貫徹意思の公然たる麻痺または破壊の企て」に対し死刑を規定。法文上、これらの行為が共同体に対する「裏切り行為」であると明言されていたわけではない。しかし、この条項が規定するきわめて厳しい刑罰威嚇の根柢が、先のヒトラーの演説にも見られる「裏切者」に対する断罪にあったことは、右に引用した「理由書」の掲げる『命令』の目的からして改めて指摘するまでもないであろう。この点に関する民族裁判所の理解は疑問の余地のないものであった。一九四三年の夏、ムッソリーニの失脚後しばらくして、市内電車の中で出会った同僚の市参事会員に、「イタリアにおいて起こったと同じ状況がドイツでも生まれるにちがいない。フューラーは引退せざるをえなくなるだろう。……われわれが生きながら焼かれたくないならば、あらゆる犠牲を払って講和を結ばざるをえない」と語り、「自己主張貫徹意思の公然たる麻痺または破壊の罪」に問われたロストック市在住のテオドル・コルゼルトに対する一九四三年八月二三日の判決の中で、民族裁判所ははっきりと確認する、即ち、「〔被告人が市参事会員として行った〕フューラーへの宣誓は、ゲルマン的忠誠関係を打ち立てるものであり、それは人間の全体を拘束し、ただ仕事上の行動だけを拘束するものではない。彼は、われわれの命運を賭けた戦いの中で、敢然と防衛の任にあたるわれわれのナチス的決意を弱化ならしめ、われわれの統一と団結を破壊し、それによって利敵行為を行ったのである。……かかる不実の（treulos）裏切者に対し死刑を宣告することは、民族裁判所に課せられた使命

である。⁽³⁸⁾」

一九三九年九月五日の『民族の害虫令』⁽³⁹⁾および一二月五日の『暴力犯罪者に対する命令』⁽⁴⁰⁾は、共同体の統一と団結を破壊する敵対的な許しがたい裏切り行為の範囲を、窃盗罪や強盗罪等、従来、個人的法益に対する侵害罪として、一般に義務違反を問題とする余地も必要性もないとみなされてきた犯罪へと拡大。『害虫令』第一条は、「立ち退き地域における略奪」とし、「立ち退き地域において、あるいは自発的に退去された建物または場所において略奪を行った者」に対し死刑を、第二条は、「空襲時における犯罪」として、「空襲の危険に対応するためにとられた諸措置を利用して、身体、生命または財産に対する重罪または軽罪を犯した者」に対し一五年以下または終身の重懲役、特に情状重き場合につき死刑を、第三条は、「公共危険罪」として、「放火またはその他公共に危険となる重罪を犯し、これによってドイツ民族の抵抗力を害した者」に対し死刑をそれぞれ規定。さらに、第四条は、戦争状況下における犯罪全体に妥当する「一種の一般条項」として、「戦争により惹起された非常状態を故意に利用し、その他の犯罪を犯した者」に対し、「健全な民族感情が当該犯行の特に非難すべきことを理由にそのことを要求する」場合、通常の刑罰範囲を超え、一五年以下の重懲役、終身の重懲役、または死刑を科すものとした。『暴力犯罪者命令』は、「強姦、街路強盗、銀行強盗、その他重大な暴力行為に際し、銃器、刃器、打撃用武器、またはその他同様に危険な手段を使用し、あるいはかかる武器をもって他人の身体または生命を脅威ならしめた者」、および「武器をもってする暴力により追跡者を攻撃または防衛した犯罪者」に対し、死刑を規定。これら特定の状況、あるいは特定の態様でもって行われる犯罪は、もはや単なる個人的法益に対する侵害罪とはみなされなかった。それというのも、戦争状態につけこんで、しかも、共同体のもつとも脆弱な部分に対して行われる攻撃は、民族同胞、とりわけ本来自らが護るべき家族を残して戦地にある兵士たちの法秩序・政治指導部への信頼、即ち、「戦時において共同体はかかる攻撃から彼らの家族を無条件に保護するであろう」という信頼を侵害し、ひいては、戦争遂行に

不可欠な前線と銃後における民族の精神的な統一と団結を根底から脅かすものとなるが故に。⁽⁴²⁾ これらの『命令』の基本思想が何であったのか。シェーファーは『民族の害虫令』に関する解説の中で次のように書いている、即ち、「この戦争の勝利のためのもっとも確実な保障は、われわれの国防軍の力とならんで、民族共同体の統一と団結である。これを脅かす者は、ライヒを背面から攻撃し、敵を利用する者となる。戦争によりもたらされた状況を民族同胞に対する利己的な攻撃のために悪用し、あるいは民族の抵抗力を害する行為を行う一切の者は、民族の害虫であり、彼らに対しては、背反罪を犯す者と同様、国家権力のすべてを動員して対抗し、抹殺しなければならない。⁽⁴³⁾」あるいはヒトラーも『食卓談話』の中で語っていた、「灯火管制下における窃盗のように戦争を利用した一連の犯罪に対しても、スパイ罪と同様、容赦ない処置がとられねばならない。……理想主義者の数多くが前線で生命を失う今日、卑劣漢が銃後において穩便に取り扱われ、それにより生命が保障されるという事態を許すならば、われわれは一九一七／一八年の世界大戦から何らの教訓も導き出さなかつたことになるであろう。⁽⁴⁴⁾」もはや明らかであろう。すべての構成員が自己の捧げる最大の犠牲を要求され、民族の多くが前線において自らの生命を失う戦時下にあつて、逆に、こうした状況を利用してあれこれの犯罪を行うことは、共同体の世界観的な団結を内側から破壊する「利敵行為」として、第一次大戦での「匕首の一突き」にも匹敵する、共同体にとって許しがたい、⁽⁴⁵⁾それ故もっとも厳しい刑罰威嚇でもって対処されるべき「背反行為」以外の何物でもなかつたということである。

この時期、義務刑法への立法者の定位をより一層明確化ならしめたものとして、既に一九三四年の段階で義務違反の観点から全面改正を施された背反罪に関し、更なる改正を行った一九三九年九月一六日の『刑法典の規定の改正のための法律』⁽⁴⁶⁾があつた。即ち、国家機密の漏洩、あるいは探知の企図の不能未遂に関し、強制的減刑処置を定めた第八九条第三項および第九〇条第二項の削除がそれである。この結果、「不能未遂」は、単に可罰的行為であるだけでなく、刑罰威嚇に

関し、既遂とまったく同様に取り扱われるべきものとなったのである。このことから、フライスラーは、「法律は、背反罪に関するわれわれの法の発展における過度的段階の最後の残滓を最終的に取り除いた」とし、次のように結論する、即ち、「これにより決定的かつ無条件的に、背反罪は忠誠違反の性格を獲得するに至った」⁽⁴⁷⁾と。

もっとも、この場合も、立法者の意思は二つの『改正法』の条項の変化からして明白であったとはいえ、それでもなお、法律の文言そのものからする限り、『改正法』は従来の『刑法典』と大きく変わるものではなかった。そこでは、二つの条項の削除が規定されているだけであり、共同体への忠誠義務の存在が明記されているわけでも、あるいはまた、法文上、背反罪の本質がかかる義務に対する違反であると明言されているわけでもなかったのだから。それに対し、ドイツ民族の命運を賭け、ポーランドに侵攻、イギリス、フランスに宣戦を布告したその同じ日、外国の謀略宣伝からのドイツ民族体の保護を目的に、国防最高評議会により制定された『臨時ラジオ措置に関する命令』⁽⁴⁸⁾は、忠誠義務思想への立法者の定位をまったく新たな方法で表現するものとして、一九三三年二月二八日の『ドイツ民族への裏切り及び大逆罪の策動に関するライヒ大統領令』以来のナチス「義務刑法」の展開にとって画期をなす命令となった。この『命令』のもつ特異な性格を理解するためには、その全文を一読することが手っ取り早いにちがいない。『命令』はいう、

現代の戦争においては、敵国は単に軍事的武器にとどまらず、民族に対し精神的影響を与え、これを無力化ならしめる手段をもって戦うものである。これら手段の一つにラジオ放送がある。敵国の放送はその一言一句すべて虚偽であり、ドイツ民族を害することを目的とするものであることは自明の事柄である。ライヒ政府は、ドイツ民族がかかる危険を認識するものであることを承知するとともに、すべてのドイツ人が責任意識にもとづき原則として外国放送の聴取を行わないことを共同体の中で暮らす上での当然の義務とすることを期待するものである。かかる義務意識を欠如せる民族同胞に対し国防最高評議会は以下の命令を発す。

国防最高評議会は、大ドイツライヒの全地域に対し法律の効力をもつて以下の如く命令する。

第一条 外国放送の意図的聴取はこれを禁止する。これに違反した者は重懲役に処す。情状軽き場合軽懲役を宣告することができる。聴取に使用した受信機はこれを没収する。

第二条 ドイツ民族の抵抗力を危殆ならしめるに適した外国放送の報道を故意に流布した者は重懲役に処す。情状特に重き場合死刑に処す。〔第三条以下略〕

背反罪に関する『改正法』、あるいは『民族の害虫令』の規定との相異は明らかであろう。全体戦争遂行にとって不可欠の前提となる共同体の精神的・世界観的団結の保護を目的に、ここでは、「外国放送の意図的聴取」および「報道の故意の流布」の罪の規定的本質が「義務違反」にあることが、前文における「外国放送の聴取を行わないことの義務」の確認、および「かかる義務意識を欠如せる民族同胞に対し……以下の命令を発す」との宣言により、法文上もはっきりと裏付けられるに至ったのだから。

しかしながら、『改正法』等との相異は、単にそうした形式的な面にとどまるものではなかった。『命令』の前文を一読してわれわれが気づく事柄は、『改正法』を含めた従来の刑法とは異なり、刑罰威嚇でもってする外国放送の聴取の禁止が、この『命令』全体の中で、それが目的とする共同体の統一と団結の保護のための唯一有効な手段として位置づけられているわけでは決してなかったという事実である。むしろ、長文の前文を取って本文に先立って設けた趣旨からして、立法者にとって、より重要であったのは、テックトマイヤーの指摘にもあるように、前文が掲げる民族同胞の責任意識に向けられた「特別な呼び掛け」、即ち、戦時における敵国の放送の危険性の啓蒙、および外国放送の聴取を行わないことの義務づけであったとみて間違いない。共同体の運命と自己の運命を重ね合わせ、共同体への忠誠を常に既に自明の義務と

する民族同胞にとっては、かかる呼び掛けだけで、彼らを外国の謀略放送から遠ざけるに十分であったにちがひなかったのだから。『命令』の目的は、多くのドイツ人が過去において外国放送の聴取を習慣としてきた事情に鑑み、何よりも先ず、民族同胞の注意を喚起し、責任を自覚させることにあったのであり、刑罰威嚇は、こうした呼び掛けが効果を發揮しない「義務意識を欠如せる民族同胞」に対して設けられた、いわば「第二次的な手段」でしかなかったのである。その限り、『命令』は、すべての構成員が同じ一つの世界観に統合され、個人の生活の一切が民族の最終目標に向けて定位される「運命共同体」の成立を前提とし、その上で、民族同胞への呼び掛けを第一義とし、刑罰威嚇を副次的処置とする、⁽⁵⁰⁾まったく新たな立法形式の一つの試みに他ならなかったのだといえよう。⁽⁵¹⁾

この『命令』だけではない。前文において、予め、全体戦争下における民族同胞の義務につき、一般的な宣言規定を設ける命令として、国内経済の円滑な戦争体制への組み込みを目的に、「生活必需品に属する原料または生産物の滅却・横流し・抑留」による「生活物資の公平な配分の阻害」、および「貨幣の退蔵」に対し、死刑を含めた刑罰威嚇を定めた一九三九年九月四日の『戦時経済命令』⁽⁵²⁾、あるいは、購入制限された生産物の購入・交付、購入証明書の不正入手等の行為に対し軽懲役等の刑罰を定めた一九四〇年四月六日の『消費規制刑罰命令』⁽⁵³⁾があった。『戦時経済命令』の前文はいう、「祖国の国境保全はすべてのドイツ民族同胞に対し最大の犠牲を要求する。軍人は自己の生命を捧げ、武器をもって祖国の防衛にあたっている。この捧げられる犠牲の偉大さを思うとき、各自自己のもつ力と資材の一切を民族とライヒの用に供し、規律ある経済生活の継続を保障することは、祖国にある民族同胞すべてにとって自明の義務に他ならない。とりわけ、民族同胞のすべてが自己の生活において必要な制限を課すことは、かかる義務の一つとみなされる。」あるいは、『消費規制刑罰命令』は宣言する、「一切の封鎖の企てにもかかわらず、わが民族に対する生活必需消費財の供給は確保されている。購入券及び購入証明書の採用によりすべてのドイツ人がこれら財貨の割当を受けるべく配慮されて

いる。公正な配分は個々のドイツ人すべての規律に依存する。生産者、加工者及び商人は自己に委託された消費財の管理者として、消費規制の成果に対する特に重き責任を負うものである。」既に明らかであろう。民族の共同体的意思の確立を前提に、ここでもまた、本文に定められたあれこれの犯罪の規定的本質が、前文の掲げる忠誠義務に対する違反にあつたこと、そしてまた、刑罰威嚇が、前文の呼び掛けが功を奏さなかつた場合に備えた「義務意識を欠如せる民族同胞」への対抗手段であつたこと、それらはいずれも先の『ラジオ放送命令』の場合とまったく同様であつたのだ。⁵⁴これら一連の『命令』、とりわけその中に見い出される新たな立法形式は、共同体思想とそれに由来するナチス義務刑法の当然に到達すべき一つの帰結であつたにちがいない。

(2) 罰せられるべきは意思である

『ラジオ放送命令』等の中にその最終的な表現を見い出した忠誠義務思想の導入による犯罪観の転換は、立法者に対し、「予備」、「未遂」、あるいは「教唆」、「幫助」といったそれ自体としては結果惹起を伴わない行為、さらには行為者の内面に留まり、外的行為をいまだ伴わない「犯罪的意思」そのものに対する取り締まりに関し、共同体、とりわけその精神的意思的統一と団結の保護の観点からして、これまでみられなかつたきわめて有効な闘争手段を提供するに至つた。即ち、刑罰権の発動時点の大幅な前進がそれである。

従来の『刑法典』が、刑罰権の発動を、原則として犯罪結果の発生をまつて行うべきとするいわゆる「結果刑法」の立場を採用するものであつたことは、それが、「犯罪とは法益の侵害である」との犯罪観を採用することからする当然の帰結に他ならなかつた。それというのも、この犯罪観からする限り、犯罪とは基本的には「結果」の惹起以外の何物でもなかつたのだから。予備は「実行の着手に至らない犯罪」として、未遂は「未完に終わった犯罪」として、また、勧誘、幫助、談合、自己の提供といった共犯の行為についても、正犯の具体的な実行行為を前提とする一種の「予備行為」として、

ともにその違法性はせいぜい法益の「危殆化」の中に見い出されうるものにすぎず、その限り、それらに対する処罰は例外的であり、たとえ、可罰行為とされる場合でも、既遂のそれに比べ強制的な減刑処置がとられなければならなかつた。⁽⁵⁵⁾ まして、「犯罪的意思」そのものに関していえば、「何人も考えることによって罰せられることはない」との法格言にも見られるように、その意思内容がどれほど危険なものであれ、それに対する処罰が許されるものでなかつたことは、改めて指摘するまでもない自明の事柄であつた。

ところが、「犯罪とは義務違反である」との新たな観念の登場は、この間の事情を一変させてしまった。それというのも、シャフシュタインがいうように、「義務違反の事実と程度は、それにより惹起された結果の発現によって何ら影響を受けるものではなかつた」⁽⁵⁶⁾のだから。その限り、立法者はこれまでのように刑罰権の発動に際し、具体的な実行行為、あるいは侵害事実の発生まで、手を拱いて待つ必要もなく、また強制的な減刑処置の必要もはやなくなつた。単に合目的観点からだけでなく、今や、明確な理論的根拠にもとづいて、犯罪に対する共同体の防衛ラインを、「民族の敵の犯罪意思の抹殺」、つまりは「民族の共同体的意思の確立」⁽⁵⁷⁾にとつて最大限効果的な時点、即ち、行為者の反共同体的「心情」が何らかの形で「外部の世界に露呈された」⁽⁵⁸⁾段階にまで前進させることが可能となつたのである。

「罰せられるべきは結果ではなく行為者の意思である」⁽⁵⁹⁾、義務思想から由来するこうした「意思刑法」への新たな立法者の定位を端的に表現し宣言した法律として、何よりも先ず挙げられるべきは一九三四年の『改正法』であろう。即ち、「刑法典にいう企図（*Unternehmen*）とは未遂と既遂をいう」との第八七条の規定がそれであつた。従来、これと類似の条項として第八二条があり、ここでは、前条の、「第八〇条の場合（皇帝、ラント君主の謀殺又は謀殺未遂）を除き、左の行為（第八一条第一項第一、第二、第三、第四号）を企図した者は、大逆罪の故に終身の重懲役又は終身の禁固に処す」との規定を受け、「計画を直接実行に至らしむべき行為は、すべて大逆罪の重罪を既遂ならしめる企図とみなすべし」と

していた。このいささか不分明な概念をめぐっては、従来から二つの問題点が指摘されてきた。一つは、第八一条のみを想定したこの条項が、同じ「企図」という概念を含む他の第一〇五条、第一一四条、第一二二条、第一五九条、第三五七条、および第三六〇条第一項第五号に対しても適用可能か否かという問題、もう一つは第八二条の趣旨が既遂の範囲を拡大することにあるとして、この拡大がいかなる時点にまで及ぶのかという問題がそれであった。前者については、ライヒ裁判所が他の規定への適用を承認するに及んで決着をみたものの、⁽⁶⁰⁾後者については、ナチス登場直前まで激しい論争が展開されたことは、R・フランクの指摘にもある通りであった。⁽⁶¹⁾ライヒ政府は、『民族と国家の保護のためのライヒ大統領令』、『政党新設禁止法』、『法的平和の保障のための法律』において、「企図」なる概念を積極的に導入する姿勢を明確化。さらに、ライヒ裁判所は、一九三四年一月二三日の判決において、『政党新設禁止法』第二条の「新政党の設立を企図する者」にいう「企図」とは「未遂」を含むものであるとの判断を提示。⁽⁶²⁾こうした状況下、『改正法』は、「企図」が「未遂」を含む概念であることを法文上明確化するとともに、少なくとも構成要件に「企図」なる文言を含む一切の犯罪につき、共同体の防衛ラインを「露呈された共同体への敵対的意思」にまで前進させることを新たな立法者の意思として疑問の余地なく宣言してみせたのである。「未遂と既遂の同一視により、従来に比べはるかに有効な刑罰威嚇が行われるであろう」と立法理由書はいう、「民族共同体の福利は、既に単なる危険に対しても完全な保護を必要とする。贖罪思想からしても、一般の福利の危殆化へ向けられた意思活動を量刑の基準たらしめることが必要とされる。通例、行為者の影響力に服さず、またその立証においてしばしば偶然に左右される損害の発生、もしくは不発生を基準としないことが必要なのである。⁽⁶³⁾」

同じ『改正法』の中で、意思刑法への定位をあらわすもう一つの具体例として、大逆罪の「予備」に対する大幅な刑罰強化があった。大逆罪の企図の予備のうち特に重大なケースである「外国政府と関係を結んだ者、あるいは自己に託された公権力を濫用した者、あるいは兵員を募集しまたは戦闘訓練をした者」に対し、第八二条第二項はいずれも刑罰を従来

の五年以上の重懲役または禁固から、死刑、終身または五年以上の重懲役へ、また勧誘・挑発以外の「その他の方法による予備」については、第八三条第二項が従来の三年以下の重懲役を一〇年以下の重懲役にそれぞれ引き上げるとともに、第三項が、新たに、その他の予備のうち、当該行為が、「大逆を目的とする団体の結成」、「国防軍、警察のライヒ防衛能力の破壊」、「文書等の作成、頒布あるいは無線電信電話の利用による大衆煽動」、「外国からのあるいは外国の宣伝資料利用による大逆行為」を目的とした場合につき、死刑、終身または二年以上の重懲役を規定⁽⁶⁴⁾。

一九三四年の『改正法』を中心に、部分的にはあれ明確な形で導入されたかかる「意思刑法」への定位は、「戦時刑法」の中でより一層明確な形で具体化されることになる。ここでもまた、一九三九年九月一六日の『改正法』による「不能未遂」に関する第八九条第三項および第九〇条第二項の削除が決定的な意味をもって登場する。この中に義務思想への「決定的かつ無条件的な」立法者の意思を見たフライスラーは、同時に、「（この削除により）われわれの背反罪に関する法の発展は純粹な意思刑法として完成をみるに至った」という、「ここではまさに露呈された裏切りの心情が刑罰による威嚇の対象とされているのである。」（一九三四年の『改正法』に見られた）背反罪の本質としての裏切りの評価、既遂を企図なる概念に置き換えたこと、結果惹起を犯罪内容から切り離したこと、国家機密の主観化（『不真正国家機密』）および『真正国家機密』との広範囲にわたる同一視、それらはすべてこの戦略的な目標に至る戦術上の部分的目標にすぎなかった。こうしたこれまでの発展過程に立って眺めた場合、今回の改正法の中であってさして目立たないこの第三章は一つの要石としての重要性をもつものである。⁽⁶⁵⁾

この『改正法』が、背反罪に関し、「意思刑法」への立法者の意図をより一層明確化するものであったとするならば、その他一般の犯罪に関し、未遂と既遂の同一視の拡大化にとって画期をなす命令となったのが、一九三九年一月五日の『暴力犯罪者に対する命令』であった。第四条はいう、「重罪または軽罪の可罰的未遂に対しては、既遂に対し規定され

た刑罰を一般的に科すことができる。」この条項のもつ重要性は、「刑法典にいう企図とは未遂と既遂をいう」との一九三四年の『改正法』により導入された第八七条の規定をはるかに凌駕するものであったといわねばならない。これにより、裁判官は未遂の強制的減刑を規定した第四四条から一般的に解放され、その結果、「企図」なる概念を構成要件に含む一部の例外的犯罪に限らず、重罪および『刑法典』がその処罰を明示的に規定した軽罪のすべての未遂行為につき、今後、一般的に既遂と同様の処罰を行うことが可能となったのだから。未遂と既遂の完全な廃棄を提案する『刑法典改正草案』に比べればいまだ不十分であったとはいえ、立法者はこれにより、偶然の事情に依存する結果惹起ではなく、「処罰されるべきは行為者の犯罪意思である」との「意思刑法」の根本原理、および、民族の精神的団結を含めた共同体の最大限効果的な保護のため、国家の防衛ラインは犯罪意思が露呈された段階へと前進させるべきであるとする、「意思刑法」に由来する最も重要な刑事政策的原理を、現行の『刑法典』に導入することを疑問の余地なく宣言したのだといえよう。⁽⁶⁸⁾⁽⁶⁹⁾⁽⁷⁰⁾

未遂と既遂の同一視だけではない。「意思刑法」への定位からするもう一つ重要な結論として、教唆、幫助、勧誘、談合といった正犯の実行行為を前提とする共犯の可罰性の拡大と刑罰の強化が挙げられねばならない。既に、政権を掌握した年、『ドイツ民族保護のためのライヒ大統領令』において、特定人物に対する暴力行為等の「勧誘または挑発」を可罰行為とし、あるいは、『民族と国家の保護のための大統領令』、『法的平和の保障のための法律』において、ライヒ大統領、ライヒ政府閣僚、裁判官、警察官、突撃隊員等の殺害の「勧誘、そのための自己の提供、かかる提供の受諾、他の者との談合」を可罰行為とし、かつ、刑罰威嚇に関し殺害の「企図」との間は何らの区別も設けなかった立法者は、さらに翌一九三四年の『改正法』において、大逆罪に関し、「談合」の刑罰を従来の五年以上の重懲役または禁固から、死刑、終身または五年以上の重懲役へと強化（第八二条第一項）、また新たに「挑発」の罪を設置し、「勧誘」とともに一〇年以下の重懲役を規定（第八三条第一項）。背反罪に関しては、従来『スパイ法』のみが規定を置くだけであった「談合」の罪を新たに

導入、「勧誘」、「勧誘の受諾」、「自己の提供」、「提供の受諾」とともにいずれも重懲役を規定（第九二条第一、第二項）。これらがいずれも特定の政治的犯罪に対する処置であったのに対し、その他一般の犯罪に関し、従来の『刑法典』の犯罪に関する各条項に対する「意思刑法」の観点からする全面的改正は、戦時刑法に委ねられることになる。一九三九年の『暴力犯罪者に対する命令』は第四条において、「重罪または軽罪の幫助につき、既遂に対し規定された刑罰を一般的に科すことができる」と規定。これにより、従来強制的な減刑処置がとられていた幫助についても、未遂と同様、「行為者の意思責任の程度に応じた」自由な判決の可能性が保障されるに至った。⁽⁷¹⁾立法者は、その後、一九四三年五月二九日の『アルトライヒ刑法とアルペン・ドナウライヒスガウ刑法の統合のための命令』第二章において、第五〇条第一項として以下の規定を新たに追加、即ち、「多数の者が一個の行為に関与したときは、各人は他の者の責任を考慮することなく自己の責任にしたがつて処罰されうる。」これは、「自己の行為の責任を他人のそれに依存させることは、意思刑法のあらゆる原則と相いれないものである」⁽⁷²⁾との観点から、共犯の成立を正犯による構成要件の違法かつ有責な実現にかかわらせようとする従来のいわゆる「極端従属性説」⁽⁷³⁾の立場の放棄を宣言するものであり、これに伴い、同日の『アルトライヒ刑法とアルペン・ドナウライヒスガウ刑法の統合のための命令に関する執行命令』⁽⁷⁴⁾は、教唆および幫助に関する従来の規定の一部を変更、即ち、教唆に関する第四八条が、「故意に他人をしてその者によってなされた可罰的行為を決意せしめた者」から、「刑罰でもって威嚇された行為を決意せしめた者」へ、また、幫助に関する第四九条が、「認識をもつて正犯が重罪または軽罪を犯すことを幫助した者」から、「重罪または軽罪として刑罰でもって威嚇された行為を犯すことを幫助した者」へ、それぞれ改められるに至った。こうした従属性の緩和にとどまらず、『統合命令』は、第一章において、「失敗に終わった重罪の教唆及びその他の予備行為の処罰」と題し、従来の第四九条aに対する全面改正を実施。第一項は、「重罪の実行もしくは重罪への加功を他人に勧誘した者」に対し、「重罪が実行されなかったか、あるいは勧誘とは無関係に

実行された」、いわゆる「失敗に終わった教唆」（「教唆の未遂」）の場合につき、減刑処置の可能性を残しながらも、原則として「教唆者」と同様の刑罰を科すものと規定。その結果、今後は、第四八条にもとづき、「当該行為に適用される法律に従った」処罰、それ故、正犯に対すると同様の処罰が可能となった。第三項は、これまで不可罰とされてきたいわゆる「失敗に終わった幫助」（「幫助の未遂」）に関するまったく新たな規定であり、ここでも、「重罪が行われなかったか、あるいは当人の幫助と無関係に実行行為がなされた」場合にも、「裁判官の義務に合った裁量による刑罰の軽減あるいは免除」を許容しながらも、幫助者を「従犯として処罰しうる」ものとした。これらはいずれも、勧誘・幫助の行為が「成功するか否かは正犯の行為如何にかかっている」のであり、したがって、勧誘者・幫助者は、「さしあたって大抵は、自己の予備行為によりすべての加功を終えている、それ故、当人の意思責任は〔正犯の実行行為の有無にかかわりなく〕実証されている⁽⁷⁵⁾」との「意思刑法」からする当然の結論に他ならなかった。第二項もまた基本的に同じ精神にもとづく規定であり、これまで大逆罪、背反罪といった特定の重罪に限定されていた「談合」⁽⁷⁶⁾の罪を重罪一般に拡大、また新たに、「重罪の実行についての真摯な話し合い」の罪を設置するとともに、重罪のための「自己の提供」、かかる「提供の受諾」を含め、これらの意思表示が「口頭」でもって行われたか否かを問わず、いずれも刑罰に関し第一項の規定を適用するものとした。これは、一九三四年の『改正法』が、大逆罪、背反罪に関し、なお多くの場合、刑罰を正犯のそれに比べ軽減していたことの大きな変化であった。

以上が未遂と既遂の、あるいは共犯と正犯の同一視という形での「意思刑法」の具体化であったとするならば、一九三九年一月二五日の『ドイツ民族の国防力保護のための刑罰規定の補充に関する命令』⁽⁷⁷⁾は、反共同体的「心情」そのものを、純粹に独立の犯罪として、つまりあれこれの犯罪の未遂としてでもなければ、あるいは正犯の存在を前提とする共犯としてでもなく、刑罰威嚇の対象とする点で、忠誠義務思想に立脚し、共同体的意思の確立に定位するナチス「意思刑法」

の発展の中で決定的に重要な意義をもつ命令であった。第三条第一項はいう、即ち、「国防に敵対的な結合（Verbindung）に参加（teilnehmen）し、あるいはこれを援助（unterstützen）した者は、重懲役に処し、情状重からざる場合軽懲役に処す。」⁽⁷⁷⁾でいう「結合」は、第一二八条、第一二九条にいう「結社（Verbindung）」とはその内容を異にするものであるとリーチュはいう、即ち、「国防に敵対的な心情の涵養を目的に、ある程度の指導の下に実現される心情的な統合が存在する限り、まったくゆるやかな集まりがあれば十分であり、〔第一二八条、第一二九条に關し求められた〕組織とか長期的な存続の意図は必要でない。」⁽⁷⁸⁾「参加」あるいは「援助」とは、こうした「結合」への「信仰告白」の一切がそうであり、同じく「民族の国防意思」の保護を目的とした『戦時特別刑法命令』第五条第一項第一号が求めるような、自己主張貫徹意思の破壊のための宣伝といった「積極的な行為」は何ら必要とはされなかった。「結合」の名簿に名前を載せる、「結合」の活動についての情報を得る、あるいは金銭的援助を行うといった、要するに、その者の「墮落的心情」を伺わせるに足る行為で十分であったのであり、そしてこの場合、かかる行為そのものではなく、むしろ、行為の中に表現された共同体への「敵対的心情」そのものが、共同体の精神的世界觀的團結を脅かす、それ自体として既に処罰されるべき対象とみなされたのである。⁽⁷⁹⁾

共同体への忠誠義務を前提に、共同体的意思の確立を課題とするナチス刑法学の中で醸成され、一連の刑事立法の中で具体化されていったかかる「意思刑法」が最終的にいかなる形態をとり、いかなる機能を営むことになるのか、戦争末期、ゲルデラー事件に關与したかどで大逆罪に問われたフォン・モルトケ伯に対する民族裁判所の判決は、先の『命令』以上にはつきりとそのことをわれわれに教えている。判決はいう、「モルトケがただ考えただけであり、計画の実行に何ら關与しなかったという事実は、彼の責任を免除するものではない。……一般的に、Hochverräterとは暴力をもってわれわれの政治的な体制を覆そうとする者であるとすることは間違いではないにせよ、しかしそのことを理由に、大逆罪を、暴

力をもって自己の目的を実現しようとする場合に限ることはまったく誤っている。たしかに平時にあつては、それが大逆罪の唯一の態様であるかもしれない。しかし外部の敵が、われわれの内部の敵の破壊行為というものをあてにする戦時にあつては、「当然事情は異ならざるをえない」⁽⁸⁰⁾と。

判決の前日、刑務所から夫人に宛てられたモルトケ伯最後の手紙は、民族裁判所の判決が象徴的かつ典型的に表現し、その基礎となったナチス「意思刑法」なるものの本質がいかなるものであつたのかを疑問の余地なくわれわれに語っている。「法の原則として以下の事柄が宣言されたのです。『民族裁判所は、モルトケの有するとき敗北主義的見解が、彼のような名声と地位をもつ一人の人間によって表明される場合、かかる表明を慎まないこと自体、既に裏切り行為であるとの立場に立つものである。』『何らそのための権限を有しないにもかかわらず、高度に政治的な問題に関し多くの人々と討論する者は、既に大逆罪の準備を行うものである。』『フューラーが決定すべき事柄について、不遜にも何らかの判断を行う者は大逆罪を準備するものである。』……こうした考え方から導き出される結論は一つしかありません、それは、フライスラー氏の性にあわない人間は、大逆罪を犯すものであるということなのです。……われわれ三人がやったことといえ、ただ考えただけでした。この世間から隔絶した三人の思想、そう単なる思想なのですが、ナチスはそれに感染した人を皆殺しにしたいと思うほど、恐怖を抱いたということなのです。裁判が明らかにしたように、われわれはただ一緒に考えたという理由からデラーの騒ぎとは無関係であり、いかなる实际的行動もとりませんでした。われわれはただ一緒に考えたという理由から絞首刑に処せられるのです。ビラー一枚作つたことさえ一度もなく、暴力の意図もなく、ただ存在したのは思想だけだったので。……責任を問われるべきは、計画でも準備でもなく、精神そのものであるとの記録がこれにより残されたのです。フライスラー万歳！」⁽⁸¹⁾

(3) 罰せられるべきは行為者である

犯罪に対する防衛ラインの前進だけではなかった。「行為」から「行為者」への刑法評価の対象の遡行、それが、新たな犯罪観によりもたらされたもう一つの、そして、おそらくはナチス刑法にとってより重要な変化であったにちがいない。それというのも、今やこのことにより、「共同体的意思の確立」にとって決定的に重要な意味をもつ、当該行為者の「共同体適合性」、つまりは「全体人格」そのものを刑法評価の中心におくことが可能となったのだから。

罰せられるべきは「行為」かそれとも「行為者」かにつき、従来の『刑法典』がいわゆる「行為刑法」の立場を採用するものであったことは、それが、構成要件の内容としてもつぱら「行為」を規定し、この行為それ自体に刑罰の効果を結びつけていたところからして疑問の余地はなかった。評価の中心におかれたのは、個々の行為とその結果であり、それを惹起した行為者本人はその背後に退くことになる。彼が姿をあらわすのはただ行為と刑罰のいわば「結節点」としてでしかなかった。たとえば、刑法第二四二条にいう、「他人より自己に属せざる動産を奪取した者」は、第二一条の「人を殺害した者」、あるいは第二六七条の「公文書を偽造した者」とその内容において何ら違いはなかった。「これこれのことをなす『者（Wer）』は、かくかくの刑に処せられる」、それが刑法の規定の一般的な形式であった。ヴォルフが一九三二年の『行為者の本質について』で指摘したように、「この者が誰であるか」⁽⁸²⁾について立法者は何も語らず、それ故、法律のいう「……する者」は、いわば「中性名詞のようなもの」でしかなかった。もちろん、刑罰の加重または軽減の根拠として、あるいはその他特別の場合、この抽象的な「者」が、「官吏」、「職業賭博者」、「売春婦のヒモ」等特定の行為者へと具体化されることはないではない。しかし、「通常、行為者の社会的・自然的性質は立法者の関心の埒外におかれ、彼の頭の中には、詐欺あるいは謀殺は存在するが、詐欺師、謀殺者といったものは存在しなかった。」⁽⁸³⁾

このような「行為」への排他的な定位もまた、「結果刑法」の場合と同様、われわれが先に指摘した犯罪観、即ち、犯罪とは「法益」の「侵害」であるとする犯罪観の論理的帰結に他ならなかった。それというのも、そもそも犯罪が法益の

侵害に尽き、それ以上の何物でもないとするならば、刑法評価の対象を「行為者」にまで遡らせる必要などどこにも存在しなかったのだから。たとえば、カトリック少年団からの団旗の奪取という行為は、法益侵害という観点から見ると、それがヒトラーユーゲントの団員によって行われようと、その他の者によって行われようと、そこには何らの違いもなかった。そこでは、かかる侵害結果をもたらした「行為」それ自体を問題とすればこと足りたのである。行為者側の事情はせいぜい量刑において問題とされる事柄にすぎなかった。

ところが、すべての個々人が民族同胞として忠誠義務を負う民族共同体の登場は、ここでもまた、この間の事情を一変させてしまった。それというのも、忠誠違反において問われるべきことは、共同体との関係における「行為者の全人格」、つまりは行為者が「共同体の分枝」たる資格、あるいは能力を有するか否かというその点にこそあったのだから。⁽⁸⁴⁾そこか⁽⁸⁵⁾らして、犯罪は、「民族共同体に対する行為者の内的関係」との関連の下に、刑法評価の対象とされ問題とされることになる。たとえば、ガラスはいう、「個々人が規範に服する権利主体から、道徳的義務を負う共同体分枝へとその姿を変えるとき、犯罪もまた単なる外部秩序の破壊、あるいは、法命令に対する形式的違反といったものではありえなくなった。むしろ、犯罪は、行為者と共同体との関係の動揺、つまりは行為者の内面的墮落、反共同体的心情がその中に表現されるところの道徳的に非難されるべき行為へとその性格を変えたのである。……その結果、人格は犯罪の意味内容とともに規定する一つの要素となったのだ。⁽⁸⁶⁾」

行為は、もはや、刑法評価の唯一の対象でもなければ、その中心におかれるべきものでもなくなった。行為は、いわば、「行為者の人格的本性の一つの表現」⁽⁸⁷⁾にすぎないものであり、かかる行為に代わって、今や、当該行為の中に露呈された「反共同体的人格性」が刑法評価の中心に登場する。行為者は、あれこれの行為を行い、あれこれの結果を惹起したが故にではなく、むしろ、あれこれの行為・結果を通して、「共同体からの自己の離反」、「共同体への自己の現存在の組み入

れの拒否」を明らかならしめたことを理由に刑罰非難の対象となる。たとえば、レンツは、「民族国家における犯罪は、法規範に対する形式的な違反でもなければ、個人の法益に対する侵害でもない、それは民族に対する直接・間接の攻撃に他ならない」、その結果、「行為者人格に対する民族的評価」が不可避となったとし、そうした変化を「密猟者」を例にとりながら、次のように説明する、「密猟は単なる財産犯罪といったものではなく、豊富な種からなる健全で力強い自然に對してもつ民族の利益に対する侵害へと変化するに至った。民族の害虫である密猟者に対する刑罰の程度は、密猟された野獣の市場価値でもってはかられるべきではなく、彼の攻撃性、反社会的傾向、暴力的性格といったもの、つまりは露呈された全体人格から判断されねばならない。刑罰非難の対象は、常に行為者であり、それから抽象された行為といったものではない。評価の対象とされるべきは、行為者の共同体適合性（*völkische Gliedhaftigkeit des Täters*）である。⁽⁸⁸⁾」その限り、一般に何が犯罪であるかは、刑法各本条が規定する「若干の構成要件要素（*Tatbestandsmerkmale*）」の中に完全に記述し尽くされうるものでもなければ、⁽⁸⁹⁾逆にまた、構成要件該当の行為を行ったすべての行為者が常に刑法非難の対象となるわけでもなかったということになる。『違法に領得する意図をもって、他人より自己に属せざる動産を奪取した者』は何人たるを問わず窃盗犯であるとはいえない、⁽⁹⁰⁾ダームはそのようにいう。カトリック少年団から団旗を奪い取ったヒトラーユーゲントの団員は、「その本質よりみて窃盗犯ではなかった。」それというのも、彼らの行為は、共同体的観点からして、何ら非難されるべき行為ではなく、むしろ、忠誠義務の履行の表現に他ならず、その限り、彼らは、元来、刑法非難の対象となるべき「反共同体的人格」の持ち主ではなかったのだから。「ただその本質にてらし、窃盗犯である者だけがそうである。⁽⁹⁰⁾」

「罰せられるべきは行為ではなく行為者である」、⁽⁹¹⁾それが、民族の「共同体的意思」の確立を課題とし、かかる統一と団結を破壊する忠誠義務違反の中に新たな犯罪の規定の本質を見ようとするナチス刑法学の到達したもう一つの結論であった。ギユルトナーは、既に一九三五年の「国際刑法、監獄会議」の席上、裁判官の新たな任務を語る中で、「行為者刑法」へ

の定位が政治指導部の基本的立場であることを明らかにしていた、「裁判官は今まで以上に行爲者の人格を斟酌しなければならぬであろう。「ただ行爲を調べるだけでは事はすまない。」行爲と行爲者人格の関わりを探究し、行爲者の動機、共同体の要求に対する彼の態度を審査〔しなければならぬ。〕行爲と結果の特徴は行爲者人格の認識手段としてのみ意味をもつ。〕」

むろん、クレイがいうように、「たいていの犯罪は、それこそ非常に多様な行爲者類型によって実行されるのであり、これらすべての行爲者は一定の行爲類型により統括されるものである」以上、背反罪や大逆罪ほどには忠誠義務と直接関係をもたない一般の犯罪に限っていえば、「〔国防共同体の中での仲間に対する窃盗といった〕特定の義務関係の侵害の中にその淵源をもつケースは別にして、ダームがいう「その本質よりみて窃盗犯である者」といった行爲者類型を想定する余地も必要性もなかったことにつき疑問はない。しかしながら、民族のすべての構成成分に対し、一般的に忠誠義務を負わせる民族共同体の登場が、特定の義務関係の侵害を内容とし、その結果、クレイ自身もその必要性を認めざるをえなかった、行爲者人格に対する刑法的評価を不可欠とする犯罪の範囲を拡大ならしめるに至ったことも、これまた確かなことであつたといわねばならない。

こうした行爲者人格を刑法評価の対象とする最初の試みを、政権獲得直後の一連の刑事立法において企てられた「主観的違法要素」の積極的導入の中に見い出すことが可能である。たとえば、一九三三年五月二六日の『改正法』第二二三条 b — 「小児、青少年、あるいは廃疾または疾病により抗拒不能の者を、……苛め、あるいは虐待した者、もしくは害意をもって自らの義務を怠ることにより彼らの健康を害した者は三ヵ月以上の軽懲役に処す」——がいう「苛め」、「虐待」、「害意」、同じく第二六六条第二項 — 「〔背反罪に關し〕行爲者が特別に邪悪な行動をとつた場合、軽懲役に代わり、一〇年以下の重懲役に処す」——がいう「邪悪な行動」、一九三四年八月七日の『恩赦法』⁽⁹⁴⁾ 第六条第五号 —

—「行為の態様または動機が行為者の野卑な心情を認識させる行為は刑罰免除の対象とはならない」——がいう「野卑な心情」、一九三四年二月二〇日の『国家及び党に対する陰謀的攻撃並びに党制服の保護に関する法律』第二条第一項——「政治指導への民族の信頼を覆すおそれのある、国家または党の指導的人物に関する公然たる悪意のまたは煽動的または野卑な心情から発する陳述を行った者は軽懲役に処す」——がいう「悪意のまたは煽動的または野卑な心情」等がそうであった。

むろん、「主観的違法要素」がナチスの立法者の発明品でなかったことはいうまでもない。そしてまた、従来、主観的違法要素として挙げられてきた目的犯における「目的」、あるいは傾向犯における「主観的傾向」が、当該行為の構成要件該当性を決定するメルクマールとして、元来、行為者人格に対する評価とは無関係なものとしてきたことも、学説・判例の一致して認めるところであった。⁽⁹⁵⁾しかし、すべての個々人が共同体の構成分肢として、一般的かつ恒常的に忠誠義務を負う中で、主観的違法要素のもつ機能および内容が、独立の個人人格の存在を前提とする従来の刑法におけるそれと異なるものとなったであろうことも、これまた容易に想像しうるところであった。ダームは、新たな立法に見られる「害意」、あるいは「野卑な心情」等は、行為者人格に対する評価と無関係なものではなく、むしろまったく逆に、「行為者の共同体適合性」を決定するメルクマールとして、「行為と行為者人格全体を架橋する」機能を営むものだという。⁽⁹⁶⁾つまり、これらの「心情」は、共同体への忠誠違反を表現し、行為者の反共同体的人格を証明するものとして、行為そのものの中にあらわされた行為者人格全体を刑法的評価の対象とするための、いわば一つの梃子として位置づけられるべきものであったというわけだ。

このように主観的違法要素を積極的に導入することにより、行為者の共同体適合性に対する刑法評価への道を開いた立法者は、一九三四年の『改正法』において重要な一步を踏み出すことになる。即ち、この『改正法』により全面的な修正

を施された背反罪に関する第八八条以下の規定がそれであった。もともと、法文上からする限り、この『改正法』が「行為者刑法」への定位をはつきりと宣言するものであったかは、必ずしも明確ではない。たとえば、背反罪に関するもつとも基本的な規定である第八九条第一項は次のようにいう、「国家機密の漏洩を企図する者は死刑に処す。」ここには「Landesverräter」といった行為者類型は見あたらない。それどころか、「漏洩を企図する者」は、旧第九二条の「国家機密を他国の政府に通知し、または公表した者」と同様、表面上は行為と刑罰の結節点でしかなかった。それにもかかわらず、そのことを理由に、『改正法』を従来同様「行為刑法」であると結論することは、新たな立法者の意思を見誤るものといわねばならない。ここでも、外国人に対する刑罰の軽減処置を認めた第八九条第二項の規定が決定的な意味をもって登場する。それというのも、もし刑法評価の一切が法益侵害という行為結果のみに定位して行われるべきであったとするならば、そもそも行為者がドイツ人であるか外国人であるかを敢えて問題とする必要などどこにもなかったはずだから。一方は、共同体への裏切りという行為の中にあらわされた「反共同体人格」が、他方は、国家機密の漏洩という「行為」が、刑法非難の中心におかれたのである。現にヒトラーは、一九三四年七月一三日の国会演説の中で、この点に関する政治指導部の見解を疑問の余地なく明らかにしていた、即ち、「背反罪に対する処罰は、行為の程度、損害の大きさではなく、むしろ、かかる行為により露呈された行為者の心情にもとづいて行われなければならない」と。

この『改正法』に比べ、一九三三年三月二一日の『刑の免除に関するライヒ大統領令』⁽⁹⁸⁾は、それ自体さして目立たない命令であったにもかかわらず、より直接的に、しかも窃盗罪等の一般的罪に関し、一定の行為者類型の想定を明確に伺わせるものとして、この時期、きわめて重要な意味をもつ命令であったといえる。第一条はいう、「ドイツ民族の国民的高揚のための戦いの中で、その準備のために、あるいはドイツの土地のための戦いの中で行われた犯罪行為につき、以下の規定にもとづき刑の免除が保障される」と。そもそも、同じ犯罪——たとえば、謀殺罪や窃盗罪——を犯し、同じ有

罪判決を受け、あるいは受けるべき者の中から、特定の行為者に限つてのみ刑罰の免除あるいは公判の中止を認めることは、当該行為者の人格全体に対する価値判断を抜きにしては考えられないことであつたにちがいない。立法者は、この『命令』において、行為そのものではなく、行為者人格に対する共同体の側からする評価が決定的な意義をもつこと、そしてまた当該行為が犯罪であるか否かは、刑法各本条に規定する「若干のメルクマール」の中に完全に記述し尽くされるものではないことをはつきりと宣言したといえよう。即ち、共同体への忠誠義務の履行が、結果的に、形式上あれこれの法益侵害を惹起ならしめ、かつまた構成要件に該当したとしても、行為者は「その本質よりみて『窃盗犯』でも『謀殺犯』でもなかつた」、それがこの『大統領令』の前提であり結論に他ならなかつたのだ。

むろん、新たな立法者がすべての犯罪につき行為者類型を想定していたかは不明である。しかし、法文上立法者の意図が必ずしも明確ではないその他の犯罪にあつても、それらが大なり小なり忠誠違反を不法の本質とする犯罪であつた限り、行為者人格への定位を否定する理由はどこにもなかつたはずである。背反罪に限らず、共同体、とりわけその精神的世界観的団結を直接害する一連の犯罪にあつて、何よりもまず問題とされるべきは、行為者の「共同体適合性」そのものであつたにちがひなかつたのだから。そして、こうした行為者人格への定位が、共同体への忠誠義務を法文上も明記し、かつあれこれの犯罪の規定的本質が義務違反にあることを宣言した一連の戦時刑法の中で、より具体的かつ明確な形をとつて展開されることになつたのは、行為者刑法と義務思想のもつ関連性からして当然予想されうる事柄であつたといわねばならない。『臨時ラジオ措置に関する命令』が、前文において、「義務意識を欠如せる民族同胞に対し以下の命令を発す」と宣言したこと、『戦時経済命令』、『消費規制命令』が、いずれも前文において、それぞれ「祖国にある民族同胞すべてにとっての自明の義務」、「個々のドイツ人すべての規律」について強調したこと、あるいは、『ドイツ民族の金属収集保護のための命令』が、収集された金属の着服者等を「大ドイツの自由のための闘争を妨害した者」と呼んだこと、これら一

連の事柄からメツガーは立法者の意思を次のように結論する、即ち、「たとえ個々の行為がそれぞれに決定的な役割を演ずるとはいえ、各命令の制定にあたって、常に立法者の念頭にあったのは、そうした行為それ自体ではなく、むしろ、行為者人格、つまり、すべての個人に対し共同体への最大限の犠牲が求められる戦時⁽⁹⁹⁾にあつて、民族全体にとって危険となる人格の全体像であつたにちがいない」と。

このような状況の中で、とりわけ注目すべきは、今や、一定の「行為者類型」が個々の法令の中にはっきりとその姿をあらわすに至つたという点であつた。そうした具体例を、既に一九三八年の『戦時特別刑法命令』の中に見い出すことが可能である。もっとも、この『命令』については、第二条第一項が、「敵に通報する意図をもってドイツ国防軍……の交戦地域内において密かに情報を収集しまたは収集せんとした者」を「スパイ行為（Spionage）」の故に、また、第三条第一項が、「国際法上規定された外部的標章をつけることなく、武装した敵国軍隊の所属員として、武器またはその他の闘争手段を、ドイツ国防軍……を不利益ならしめるために使用した者」等を「義勇行為（Freischäterei）」の故にもに死刑を科すものと規定していたことから、一般にはこれを行為者刑法へと分類することを否定する見解が多かつたものの、しかしながら、それにもかかわらず、この中で、立法者が行為者類型をまったく想定しなかつたわけではなかつたこと、むしろ事実はおそらく逆であつたであろうことは、特定の行為者への第一項の適用の排除を目的に設けられた第二項のそれぞれの文言からして容易に想像しうるところであつた、即ち、「左の各号の一つに該当する者はスパイ（Spione）に非ず」、あるいは「左の各号の一つに該当する者は義勇兵（Freischätzer）に非ず⁽¹⁰⁰⁾。」

しかし、この『命令』以上に、行為者類型をより直接的かつ明確な形で前提し表現する命令として、『民族の害虫令』および『暴力犯罪者に対する命令』が挙げられねばならない。これらは既にその表題において、一定の行為者類型——「民族の害虫」、「暴力犯罪者」——を表現し宣言するものであつたのだから。「立ち退き地域において略奪を行った者」、

「空襲の危険に対応するためにとられた諸措置を利用して身体、生命、財産に対する重罪または軽罪を犯した者」、「放火その他公共に危険となる重罪によりドイツ民族の抵抗力を害した者」、彼らはいずれも「民族の害虫」として、あるいはまた、「強姦、街路強盗、銀行強盜等重大な暴力行為に際し、銃器、刃器、打撃用武器等の危険な手段を使用した者」、「かかる武器をもって他人の身体、生命を脅威ならしめた者」、「武器をもってする暴力により追跡者を攻撃または防衛した犯罪者」、彼らはいずれも「暴力犯罪者」として、ともにそれぞれ「民族の害虫」であること、あるいは「暴力犯罪者」であることを理由に死刑に処せられる。⁽¹⁰¹⁾ これら二つの命令に見られる刑罰威嚇の機能は、明らかに従来の刑法のそれとは異なるものであった。「刑罰威嚇は行為が負うべき結果についての行為者に対する告知をはるかに超えるものである」、フライスラーはそのようにいう、「その本来の役割は、立法者がいかなる行為者類型をとらえようとするものであったかを明らかにしめることにあったのだ⁽¹⁰²⁾」と。たしかに、メツガーの指摘にもあるように、われわれは、これらの命令の中に、「構成要件の形成に関する新たなテクニック」といったものを容易に見い出すことができるであろう。即ち、厳密な個別のメルクマールでもって構成要件を記述しようとする従来の「Merkmalssechnik」に代わる、「具体的な犯罪者像」の提示を目的とする「Bildtechnik」の採用がそれであった。⁽¹⁰³⁾

かかる構成要件の内容と性格の変化は、当然のことながら、法の適用についても大きな影響を与えずにはおかなかった。それというのも、明確に行為者類型が想定されている以上、あれこれの行為の構成要件該当性は、ただそれだけではただちに当該行為者が有罪であることを証明するものとはなりえなかったのだから。⁽¹⁰⁴⁾ 一羽の鶏の窃盜により、当該行為者が「民族の害虫」であるともみなされうることがあるのに対し、逆に、より重大な価値を侵害したにもかかわらず、そうではない場合が当然生じることとなる。「これまで以上に」とニューゼはいう、「行為者の人格に対する調査が重要な意味をもつようになった⁽¹⁰⁵⁾」と。問われるべきは、行為者が、その者の有する人格的本性よりみて、「民族の害虫」、あるいは「暴力

「犯罪者」であるか否かということであつたのだ。その限り、「行為者人格に対する特別な無価値判断」が決定的に重要となる。⁽¹⁰⁶⁾ フライスラーはいう、「立法者は相互に並列的な一連のメルクマールによる構成要件の形成を意識的に放棄し、その結果、あれこれの行為者が彼の立てた一定の犯罪者類型に合致しているか否かに関する判断を求めている」と。ライヒ裁判所もまた、『民族の害虫令』第二条に関する一九四〇年五月三〇日の判決の中でそのことをはっきりと確認した、即ち、「灯火管制を利用し身体、生命、財産に対し重罪または軽罪を犯した者すべてが、第二条によって処罰されるわけではない。既にその表題が示している通り、『命令』は、明らかに民族の害虫、つまりは一定種類の行為者に対し向けられている。それ故、民族の害虫としての本質特性の持ち主であることが明らかになった行為者のみが刑罰威嚇の対象となる。……ある行為者が民族の害虫であるか否かは、犯罪行為の態様、あるいは行為者人格に対する評価、とりわけ前歴、前科、非難さるべき反社会的な心情、動機といった事柄から明らかにされるのである。⁽¹⁰⁸⁾」

もつともこうした理解に対して異論がなかつたわけではない。たとえば、ナグラーは、「判決のように、行為者の有罪判決のために、彼が民族の害虫であることを要求するならば、命令の行動半径はまったく許しがたく、かつまったく不当な仕方であつた、その結果、これら特別の戦争犯罪に対する抑止力は、明らかな麻痺を被ることになる」と批判する。⁽¹⁰⁹⁾ たしかに当該行為者が一定の行為者類型に合致することを、特に行為者の前歴、前科等とからめて、あまりに強く要求することは、戦時刑法の重要な一つの目的である「共同体の保護」を背後に押しやる危険がないとは限らなかつた。ニューゼもまた、一九四〇年一月二十九日のウィーン特別裁判所の判決例——一、〇〇〇キログラムを超える肉を正規のルールにのせなかつた密猟者に対する裁判の中で、特別裁判所は、『戦時経済命令』第一条は、「一定の反社会的な人格特質」にもとづき、「戦争によつてはじめて生まれた事態を利用して特に非難されるべき仕方であつた過度の経済的利益を得ようとする」明白な「戦争寄生者」を対象とするものであるとし、当該行為者への命令の適用を否定した——をひきながら、「行為

者概念の誤った理解」が、共同体の保護にとっていかに大きな危険をもたらすかを説き、「そうした誤解を避けることが戦時刑法への『行為者類型』の導入の自明の前提でなければならぬ」とする⁽¹¹⁰⁾。たしかに、特別裁判所の思い込みにもかかわらず、「共同体に対する背反をもつともドラマティックな形で表現する」とされるこれらの犯罪にあっては、「原則的には、既に、行為者により有責的に構成要件が実現されたことにより、『民族の害虫』としての行為者の特徴が明らかになつたと考えられる」にちがいない。「それ故」とニューゼはいう、「その他に当該行為者が一般的に反社会的人格の持ち主であること〔の証明〕は必要なかったのだ。行為それ自体が行為者を裁くのであり、それによって十分刑罰が根拠づけられることになる。……『行為者類型』は構成要件により規定され、……行為者はいわば構成要件の影であり、したがって、個々の行為が既に行為者の像を刻印している。」これは同時にライヒ裁判所の見解でもあった。「むろんさしあたってたいていは」と一九四〇年五月三〇日の判決は先に引用した言葉に続いていう、「第二条が定めた特別な構成要件の実現から、行為者が民族の害虫であることが明らかとなる。たとえ彼が一般に犯罪人格の持ち主でなかったにせよ、当該行為により戦争遂行中の民族共同体に対する敵対的態度を白日の下に曝したのであり、その結果、彼は民族の害虫とみなされなければならない。」

行為者類型の導入は、戦時という特殊な状況下における特別立法に限られはしなかった。一九四一年九月四日の『ライヒ刑法典の改正のための法律』⁽¹¹³⁾は、行為者刑法の観点から、「謀殺」および「故殺」に関する刑法第二二一条、第二二二条の全面改正を実施。「謀殺者 (Murder) は死刑に処す」、これが、「故意に人を殺害した者、熟慮をもって殺人を實行したとき、謀殺の故をもって死刑に処す」に代わる第二二一条第一項の規定であった。それでは、「謀殺者」とはいかなる者をいうのか。第二項はいう、「謀殺者とは、殺害の欲望から、あるいは性的欲望を満足させるため、あるいは貧欲さから、あるいはその他低劣な動機から、卑劣な方法で、あるいは残忍な方法で、あるいは共同体にとって危険となる手段を

用いて、もしくは他の犯罪行為を可能ならしめ、あるいは隠蔽するため、人を殺害した者をいう。⁽¹¹⁴⁾この法文の文言から既に明らかのように、ここでもまた、刑罰非難の中心におかれているのは、あれこれの行為それ自体というよりも、むしろ、「共同体にとってかけがえのない貴重な財宝」である民族同胞を、特定の動機、あるいは方法にもとづいて殺害することにより露呈された行為者の「反共同体的人格」そのものであったのだ。⁽¹¹⁵⁾これ以外の者、即ち、「謀殺者であることなしに人を故意に殺害した者」について、第二二二条はこれを「故殺者（Totschläger）」とし、終身または五年以上の重懲役を規定。もはや殺人の実行が「熟慮をもって」行われたか否かは問題ではなかった。むしろ、行為およびその他の事情からして、行為者が「謀殺者」であると認識されるか否かが問題であったのだ。立法理由書はいう、「行為者が謀殺者あるいは故殺者と規定されたことにより、裁判官に対し、行為者の全体人格の検討と評価が命じられるに至った⁽¹¹⁶⁾」と。「謀殺者は故殺者とは根本的に異なった（人格的）本性を有する者である⁽¹¹⁷⁾」、これが、新たな立法の前提であり、結論であった。⁽¹¹⁸⁾

この『改正法』がはたして法実務においてどの程度成功を収めたかはともかく、⁽¹¹⁹⁾『刑法典』の中に、しかも殺人というきわめて一般的な犯罪に関し、行為者類型を導入することにより、政権獲得直後の一連の刑事立法とともに始まった行為者刑法への定位が、特定の犯罪に限られた一時的例外的現象ではないとの立法者の意思を、誰の眼にもわかる形で宣言し、明らかならしめた点で、それはナチス行為者刑法の展開の中で画期をなす意義をもつ法律であったといわねばならない。既に、この一年あまり前、ライプツィヒ大学で行われた『刑法における行為者類型』と題する講演において、一九三三年以降の刑事立法につき、「それは、単なる古い刑法典の部分的修正以上のものであった。それは、実際、刑法の本質的構造を一変させ、その全体像をすっかり変えてしまった」との評価を下したダームは、中でも注目すべき出来事として、「刑法評価の結節点として行為が背後に退き、それとともに行為と行為者の関係が大きく変化するに至った」ことを挙げ

ていた、即ち、「多くの徴候からして、外的な行為結果のもつ価値が低下し、揮発化する傾向を認めることができる。行為そのものではなく、むしろ行為者の人格についての価値判断が決定的に重要視されるに至ったのだ。……犯罪は、行為者の心情とか人格像といった、いわば行為そのものと無関係なあれこれの事柄との関わりの中で姿をあらわす。この意味において、伝統的な行為刑法は、今日、解体化の方向を辿りつつあるように思われる。⁽¹²⁰⁾」

- (1) (ed.) P.M.Benneckenstein, "Dokumente der deutschen Politik." Bd.5.(1938) S.33.
- (2) Pfundtner / Neubert, "Das neue Deutsche Reichsrecht." He-6.S.1(neu).
- (3) R.Freisler, "Das neue Strafrecht." (1936) S.39.
- (4) R.Freisler, Deutsches Strafrecht. 1934. S.5f.; ders., Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht. 1933 / 1934. S.116.; ders., "Das kommende deutsche Strafrecht. Allgemeine Teil." (1935) S.14.; ders., "Das neue Strafrecht." S.133f.; H.Frank, Völkischer Beobachter. Vom 5.7.1935.
- (5) (ed.) J.Regge / W.Schubert, "Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts. II. Abteilung. NS-Zeit (1933 - 1939) - Strafgesetzbuch. Bd. 1. Entwürfe eines Strafgesetzbuchs. 1.teil." (1988) S.409.
- (6) "Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des Preussischen Justizministers." (1933)S.23.; R.Freisler, Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht. 1933 / 34. S.116.; ders., "Das neue Strafrecht." S.40.; F.Gürtner, Deutsche Justiz. 1940. S.3.
- (7) F.Schaffstein, Deutsches Strafrecht. 1935. S.101.
- (8) F.Schaffstein, a. a. O.
- (9) F.Schaffstein, "Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft." (1935) S.109f.
- (10) F.Schaffstein, a. a. O., S.110.
- (11) K.Klee, Deutsches Strafrecht. 1936. S.2.
- (12) K.Klee, a. a. O., S.3.

(13) 共同体における犯罪の本質規定にあたり、「義務違反」のモメントをどのように評価すべきかについて、ナチス刑法学内部において必ずしも意見の一致があったわけではない。

「義務違反説」の立場をもっとも強く打ち出したシャフシュタインは、「共同体にとって特に重要な一定の諸価値の保護」が刑法の本質的課題であることを承認しながらも（*Deutsches Strafrecht*. 1935. S.98.）あくまで「一切の犯罪は、その本質よりみて、民族共同体に対する義務違反である」ことに変わりはないとする。（“Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft.” S.132.）彼にとって、「攻撃目的物」(シャフシュタインはこれを従来の「法益(Rechtsgut)」という言葉に代えて、「民族の財貨(Volksgut)」の名で呼ぶべきこと)を提唱する。（*Deutsches Strafrecht*. 1937. S.338.）の何であるかは、わずかに違法性の程度ならびに可罰性に関し、「義務違反の事実が肯定された後、はじめて提起される二次的な問題」でしかなかった。（“Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft.” S.134.）（その他、シャフシュタインと同様に義務違反説の立場に立つものとして、F. Gürtner, *Deutsche Justiz*. 1935. S.464.; F. W. Adami, *Juristische Wochenschrift*. 1935. S.2348.; K. H. Luyken, *Juristische Wochenschrift*. 1936. S.92. 782.; H. Barth, *Deutsche Rechtspflege*. 1936. S.14ff. また、「ナチズム刑法は民族の忠誠義務の上に建設されねばならない」との立場から、将来の『ドイツ刑法典』の体系化を企てたものとして、(ed.) H. Frank, “Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht. I. Teil. 2. Teil.” (1935 / 1936) がある。）

ハ)のシャフシュタインに対し、「法益概念はその由来にもかわらず、今日もまた時代遅れになってはいない」（*Deutsches Strafrecht*. 1936. S.14.）とするクレーは、新理論はいつの時代の立法者であれ、立法者というものが常に前提とする「事実」に背く逆立ちした理論ではないという。義務違反がまずあって、攻撃目的物の何であるかが問題となるのではない。事実はまさに逆なのだ。立法者にとって第一に重要な事柄は、彼により価値あるものとみなされた「侵害客体の保護の必要性であり、この差異からはじめて侵害と結びつけられた義務違反の段階が生じてくる。」（*a. a. O.*. S.2.）むしろ、法益概念の内容が個人主義的なそれと異なったものとならねばならないことを彼もまた承認する。保護されるべき財貨としてはただ一つ「民族の生存」のみが存在するのであり、あれこれの法益、たとえば「生命」あるいは「身体」、「財産」等の保護の必要性は、もっぱら「これらの法益が唯一保護されるべき民族の生存という財貨の現象形式であるということから由来する。」（*a. a. O.*. S.14.）犯罪とは「民族の生存」に対する侵害・危殆に他ならず、義務違反は刑罰の根拠ではなく、特定の犯罪の中でせいぜい「量刑の基礎」として機能するものでしかない。（*a. a. O.*. S.14f.）（クレーと同様に法益侵害説の立場に立つものとして、A. Bergers, *Deutsches Strafrecht*.

1935. S.445ff.; A.Lobe, Gerichtssaal. 1936. S.281f.; Schwinge / Zimmerl, "Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht." (1937) S.63ff.)

一方における「忠誠義務違反」、他方における「民族の生存の侵害」、ともに共同体へ定位しながらも両者の対立は明確である。しかしながら、「共同体の保護」が新たな刑法の至上課題と位置づけられ、同時に、共同体への忠誠がすべての民族同胞の義務であるとみなされたナチス民族共同体の中で、いずれか一方の要素を強調することは共同体における犯罪の全体的把握を妨げかねないのではなからうか。こうした疑問からガラスは、犯罪の十分な意味ある評価のためには、「目的論的评价と道徳的评价の結合」が不可避であるとし、「これら要素のどれか一つを唯一犯罪概念を代表するものへと高めることは、評価の統一を破壊し、犯罪内容の一面化をもたらすことになるであろう」と警告する。（"Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft. Festschrift zum 60. Geburtstag vom Graf W. Gleispach." (1936) S.67f.）このガラスの指摘にあるように、たしかに、問題の所在は「忠誠か法益か」の二者択一、あるいはアクセントの移動といった事柄にあったのではなかったにちがいない。こうした観点から、フライスラーは、一九三六年のある論文の中で、ルイケンの批判に答える形で、これまでの自己の議論を整理しながら、共同体思想に定位すべき新たな刑法の根拠が何であるかを疑問の余地なく宣言してみた、即ち、「刑法の根拠に関し、根本的な点において、われわれの間に意見の相異が存在する余地はありえない。刑法には二つの根拠が存在し、刑法はそこから自らの正当性と必然性を汲み取るのである。その一つが民族であり、他のもう一つが血の結合から生ずる忠誠である。ドイツ刑法はこれら二つの根拠から構築されねばならぬ。」(Deutsches Strafrecht. 1936. S.209.) (その他同様の主張として、J.Nagler, Deutsches Recht. 1934. S.53.; W.Gallas, a. a. O. S. 52ff.; E.Wolf, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht. 1936. S.361f.; H.Welzel, "Der allgemeine Teil des deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen." (1940) S.1ff.; E.Mezger, "Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss." (1943) S.45f.; G.Dahn, "Deutsches Recht." (1944) S.418f.)

一九三五年五月一九・二〇日の両日、ワイマールで開かれた『刑法学者会議』のヘンケルの報告 (Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft. 1935. S.36ff.) は、この問題についての当時のドイツ刑法学の関心、議論の動向を知る上で参考となるであろう。会議では、メツガー、シャフシュタインの報告の後、「実質的不法」の内容についての討議が行われ、それとの関連で、「法益概念は新たな刑法の中で支配的な根本概念の意義をもちうるか」という問題が論議の中心におかれたという、「一方では、法益概念は共同体の保護を目的とする刑法にあっても支持されうるものであり、そればかりか、刑法秩序の課題を、民族に有害

な行為の防止の中に見い出す場合には、必要不可欠であるとの見解が主張された。非常に多様な価値内容でもって見たされうる法益概念は、個人ではなく、全体へと定位することも可能であり、その場合、いかなる法益が民族共同体にとって重要であり、保護に値するものであるかだけを問題とすればよい、というわけだ。これに反対する見解は、法益概念は自由主義的法治国家的思想と結びつくものであるとし、それ故、今日、刑法の根本概念としては無力なものとなった、『利益保護』という考えのみが強調され、道徳的評価という観点が見過ごされてしまったと主張する。これら対立しあう二つの見解の中で、両者を仲介する意見が出された。従来、法益概念が一面的に利益保護という観点から使用され、もっぱら個人主義的に解釈されてきた点を承認しつつ、しかし、それを簡単に捨てざることにについては疑問がある、客観的なものと主観的なものとの結合が将来の法の形成にとって重要である、というのがその主張の内容であった。「これら見解の最大公約数を求めることは不可能であるにせよ、以下のまとめが圧倒的多数の見解に合致するものと思われるとして、ヘンケルは次のように総括する、「法益保護の思想は、構成要件の形成・解釈にあたり、あくまで一つの観点到過ぎず、唯一のそれでは決してないということである。むろん、諸々の価値を保護することとは刑法の課題であるにせよ、……構成要件の形成において果たす役割について、保護法益の類型化と心情の類型化との間に権利の上で違いはない。」

客観的には「共同体の財貨に対する侵害」、主観的には「忠誠義務違反」、それが結局ナチス刑法学という、共同体における犯罪の規定的本質であった、おそらくそう結論してさしつかえないにちがいない。そして、こうした方向での理解が、ナチス指導部のそれとも合致するものであったことは、先に紹介したヒトラーの一九三七年一月三〇日の国会演説からしてほぼ疑問の余地のないものであったと思われる、即ち、「ナチズム革命は、法、法律学、司法に対し明白な疑問の余地のない出発点を与えた。反社会的存在として、共通の義務を免れようとし、共通の利益を侵害しようとする、そういった連中に対し、民族を維持し保護し、てゆくことに協力することがそれである。」(ed.) P.M.Benneckenstein, "Dokumente der deutschen Politik." Bd. 5, S.33.)

(14) こうした義務刑法の観点が、刑法学の分野のみならず、立法政策をも支配していたことは、以下の本文で紹介する個々の立法例の他に、「新国家の世界観ならびに諸要求に合致した刑法草案の作成」を目的に (ed.) F.Gürner, "Das kommende deutsche Strafrecht. Allgemeine Teil." S.5.)、一九三三年秋、ヒトラーの命令にもとづきライヒ司法省内に設立されたギュルトナーを委員長とする『刑法委員会』が、一九三六年二月一日、ライヒ内閣に提出した『ドイツ刑法典草案』に付せられた「立法理由書」の冒頭の文言からしても明白であった。「ナチズムにとって、ドイツ民族があらゆる国家的措置の内容であり意味である。……」

ナチズムは、この生ける民族の運命共同体の保護を、従来の個人人格の保護に取って代わらせた。……犯罪行為を行った者は、共同体に対する自らの義務を侵害した者に他ならない。もっとも重大な犯罪行為にあっては、義務の侵害は、明白な忠誠違反にまで高められることになる。民族に対する忠誠を破った者は、民族から自己を解き放ち、自らの名誉を失い、裏切者となる。刑法の課題は、構成分枝の義務の侵害、および忠誠違反から共同体を保護することであり、一切の重大な違反を刑罰により贖罪する（redimen）にある。」（ed. J. Regge / W. Schubert, "Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts. II. Abteilung. NS - Zeit (1933 - 1939) - Strafgesetzbuch. Bd. 1. Entwürfe eines Strafgesetzbuchs. 2. Teil." (1990) S.1.

(15) R. Frank, "Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich." 18. Aufl. (1931) S.250.

(16) 政権掌握直後、「大逆罪」および「背反罪」に関し、従来の『刑法典』に変更・追加を行った法律・命令として以下のものがある。

①「大逆罪」、「外交機密漏洩罪」、「軍機密漏洩罪」に関し、「差し迫った犯行のおそれのある場合、公の安全のために警察による拘禁」を認めた二月四日の『ドイツ民族の保護のためのライヒ大統領令』（Reichsgesetzblatt. 1933. Teil I. S.35.）、②「共産主義者による国家公安を危殆ならしめる暴力行為の防止」を目的に、「大逆罪」に関し、当該行為が終身の重懲役に相当するケースにつき死刑を定めた二月二八日の『民族と国家の保護のためのライヒ大統領令』（Reichsgesetzblatt. 1933. Teil I. S.83.）、③「外交機密漏洩罪」、「軍機密漏洩罪」、「軍機密探知罪」に関し、死刑を含めた刑罰の大幅な強化と、「背反的偽造罪」、「破壊的大逆罪」等の新たな構成要件を設置した二月二八日の『ドイツ民族への裏切り及び大逆罪の策動に対するライヒ大統領令』（Reichsgesetzblatt. 1933. Teil I. S.85.）、④「大逆罪」、「背反罪」の刑罰強化の拡大とともに、新たな構成要件として、「漏洩を目的とした国家機密の入手」（第九二条 a）、「外国政府のために活動する者との漏洩目的の關係の締結・維持」（第九二条 b 第二項）、「外国政府のために行われる他者との間での漏洩目的の關係の締結・維持」（第九二条 b 第二項）を設置した五月二六日の『刑法の規定の変更に関する法律』（Reichsgesetzblatt. 1933. Teil I. S.295.）、⑤「大逆罪」の構成要件に該当する印刷物の国外での制作、頒布等の行為に対し死刑、終身または一五年以下の重懲役を規定した一〇月二三日の『法的平和の保障のための法律』（Reichsgesetzblatt. 1933. Teil I. S.723.）。

(17) Reichsgesetzblatt. 1933. Teil I. S.85.

(18) Reichsgesetzblatt. 1934. Teil I. S.341.

『刑法典』第二編第一章「大逆罪と背反罪」の全面的改正を内容とする『改正法』は、先ず「大逆罪」に関し、従来の『刑法典』の内容をほぼ引き継ぎながら、攻撃目的物の相異にてらし、三つの構成要件を設置。「領土に対する大逆罪」および「憲法に対する大逆罪」につき、第八〇条はいずれも絶対的死刑を規定、また第八一条として新たに「民族の指導部に対する大逆罪」を設置、最高刑として死刑を規定。「背反罪」に関しては、従来『刑法典』と『スパイ法』が別個に規定してきた外交機密と軍事機密に関する規定を統一化。そのためまず両者の機密を統合して「国家機密」とし、第八八条において以下の定義を与えた、即ち、「本章の規定にいう国家機密とは、外国政府に対し秘密に付することがライヒの福利、とりわけ国防の利益上必要である文書、図画、その他の物件、事実、もしくはこれに関する情報をいう。」さらに、「漏洩」に關しても同様の定義をおいた、「ライヒの福利を危殆ならしめる故意をもって国家機密を他人、とりわけ外国政府もしくは外国政府のために行動する者に入手せしめ、あるいは公表した者を本章にいう漏洩を犯した者とする。」国家機密の漏洩に関する基本的規定として第八九条第一項は次のように定める、「国家機密の漏洩を企図する者は死刑に処す。」その他、改正内容は多岐にわたるが、新たに設置された構成要件として、本文に挙げた国家機密の漏洩あるいは探知の企図の「不能未遂」に関する第八九条第三項および第九〇条第二項の他に以下の規定があった。「錯誤により、偽造、変造または不実とみなした国家機密」の「漏洩」、あるいは「漏洩のための獲得」を、単なる未遂としてではなく、独立の犯罪とし、重懲役を規定した第九〇条a第四項、ライヒの安全を危殆ならしめる故意なしに、国家機密を他人に引き渡し、あるいは探知を企図し、あるいは職務等により聞知した国家機密を引き渡し、結果として「ライヒの福利を危殆ならしめた」、いわゆる「過失」による漏洩の企図に対し、前二者について軽懲役、最後のケースにつき三年以下の軽懲役を定めた第九〇条d、第九〇条e、「でっちあげ宣伝」による「ドイツ民族の威信」に対する攻撃を背反罪の一つとし、重懲役を規定した第九〇条f、「ライヒの福利を危殆ならしめる行為と交換に、外国政府または外国政府のために行動する者より報酬を要求、約束または収受したドイツ人」に対し、一〇年以下の重懲役を規定した第九〇条i。

(19) Reichsgesetzblatt. 1914. Teil I. S.195.

(20) Amtliche Begründung zu dem Gesetz vom. 24. 4. 1934. Deutsche Justiz. 1934. S. 595.

(21) F. Gürtner. "Das neue Strafrecht." S.17.

(22) F. Gürtner. a. a. O.

(23) R. Freisler. Deutsche Juristenzeitung. 1935. S. 909.; G. Dahm. "Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft." S. 92.; ders., Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. 1935. S.308f.

- ドイツ人は「民族に対する裏切者」として、「忠誠違反」を理由に、外国人は「民族の外的な敵」として、もっぱら「法益侵害」を理由に法的非難の対象とされる。量刑の差異はそうした事情の反映に他ならなかった。(F. Gürtner, a. a. O.: Lämmle, Juristische Wochenschrift. 1938. S.2569.; (ed.) J.Nagler, "Reichs = Strafgesetzbuch nach dem neuesten Stand der Gesetzgebung. Leipziger Kommentar." Bd. 1. 6. Aufl. (1944) S.599.) もともと『改正法』はその文言上、ドイツ人を「裏切者」とし、外国人を「外的な敵」と明確に区別していたわけではない。これは、『改正法』があくまで『刑法典』の部分的改正として従来の形式を踏襲しかつ必要最小限の変更を施すものであった点からして当然のことであったといわねばならない。しかし、一九三六年二月の『刑法典改正草案』は、一方で、「大逆罪」および「背反罪」をともに「ドイツ国籍所有者」によってのみ実行されうる「民族に対する裏切り」であるとし、他方で、外国人による同種の行為については、「ドイツ」民族に対する敵対的行為」として、これを本来の「裏切り」からはっきりと区別し、法文上異なった取り扱いを行っている。(ed.) J.Regge / W. Schubert, "Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts. II. Abteilung. NS-Zeit(1933-1939). Strafgesetzbuch. Bd. 1. Entwürfe eines Strafgesetzbuchs 1. Teil." S.422 ff.)
- (24) G.Dahm, "Gemeinschaft und Strafrecht." (1935) S.12ff.; R.Freisler, a. a. O., S.905ff.; (ed.) H.Frank, "Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht. 2. Teil." S.41.; K.Siegert, Deutsche Juristenzeitung. 1936. S.479.
- (25) Reichsgesetzblatt. 1933. Teil I. S.360.
- (26) かかる共同体に敵対的な犯罪としては、『刑法典』が従来から規定し、一九三三年二月二八日の『民族と国家の保護のためのライヒ大統領』および四月四日の『政治的暴力行為の防止のための法律』(Reichsgesetzblatt.1933.Teil I.S.162.)により刑罰を強化された「大逆罪」(第八一条)、「毒物投与罪」(第二二九条)、「放火罪」(第三〇七条)、「爆破罪」(第二二一条)、「溢水罪」(第三一二条)、「鉄道妨害罪」(第三二二条第二項)、「公安を害する毒物投与罪」(第三二二条)の他に、政権掌握直後、共同体の保護を目的に、一連の緊急立法により新たに可罰行為とされた犯罪が挙げられるであろう。そのすべてではないが、主な犯罪として、
- ①ライヒ大統領、ライヒ政府閣僚、全権委員の暗殺の企図、勧誘、談合(『民族と国家の保護のためのライヒ大統領令』第五条第二項第一号)、②被監禁者を政治的闘争の人質として利用する意図をもって行われる監禁(『民族と国家の保護のためのライヒ大統領令』第五条第二項第三号)、③国民高揚の政府を支持する諸団体の構成員以外による制服の所持、制服・団員章の着用(『国民高揚の政府に対する陰謀的攻撃を防衛するためのライヒ大統領令』(Reichsgesetzblatt. 1933. Teil I. S.135.) 第一条)、④右の

制服または団体員章を着用の上、騒擾または住民の中に不安もしくは恐怖を惹起し、あるいはドイツライヒに外交政策上の困難をもたらす意図をもってなされた、人または物に対する可罰行為（『国民高揚の政府に対する陰謀的攻撃を防衛するためのライヒ大統領令』第二条第二項、⑤ライヒの福利、もしくはライヒ政府、それを支持する政党等の威信を甚だしく傷つけるがごとき事実的性質をもった虚偽の主張、または甚だしく歪曲した主張、あるいは流布（『国民高揚の政府に対する陰謀的攻撃を防衛するためのライヒ大統領令』第三条第一項）、⑥ナチス党以外の他の政党の組織的団結の維持、あるいは新たな政党の設立の企図（『政党新設禁止法』（Reichsgesetzblatt. 1933. Teil I. S.479.）第二条）、⑦裁判官、陪審員、検事、警察官、国防軍人、突撃隊員、親衛隊員等の殺害の企図、勧誘、談合（『法的平和の保障のための法律』第一条第一項第一号第二号）。

(27) (ed.) H.Frank. a. a. O. S.109. 同旨の主張として、G.Dahm. a. a. O. S.14.

(28) Reichsgesetzblatt. 1933. Teil I. S.295.

(29) 年少者あるいは抗拒不能者に対する「保護監督者等の虐待行為」に対し、従来、第二二三条a第二項が、「残虐または陰險な処置による身体障害」を条件に、「三ヵ月以上の軽懲役」を科すとしていたのに対し、『改正法』は傷害の有無にかかわりなく「虐待行為」そのものを、さらにいわゆる悪意の遺棄についても、「その者の健康被害」を条件にこれを新たに可罰行為とし、いずれも「三ヵ月以上の軽懲役」を、また、「特に重大な場合五年以下の重懲役」を科すものとした。

(30) Pfundner / Neubert, "Das neue Deutsche Reichsrecht." Ilc-6. S.12(neu).: E.Mezger, "Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss." S.275 ff.

(31) Reichsgesetzblatt. 1935. Teil I. S.839.

(32) 第三六〇条第一〇号の規定は以下の通りであった。「不慮の災厄または共同の危険または困窮に際し、警察官庁またはその代理官より、救助を要請され、自己に重大な危険を伴うことなしに要請に応ずることができるともかかわらず、この要請に従わなかった者〔は、罰金または拘留に処す。〕」

(33) W.Hamel, "Deutsches Verwaltungsrecht." (ed.) H.Frank (1937) S.383f.

(34) F.Gürtner, Deutsche Justiz. 1939. S.1754.; R.Freisler, Deutsches Strafrecht. 1939. S.332f.; G.W.Gleispach, "Das Kriegsstrafrecht. Teil I." (1940) S.1ff.

一九四三年四月一日付けの『裁判官への手紙』の中で、ライヒ司法大臣は、戦時における厳格な処罰の必要性を次のように根

扱っている、「ドイツの一般住民は、卑怯な敵国の攻撃に對しいかなる武器も持ちあわせていない。彼らの武器は、われわれの行為の正当性への揺るぎなき信頼と、不断に変わることのない共同体の統一と団結である。……固く結束した共同体の基礎は、民族同胞すべての相互の助けあいと相互の信頼に他ならない。民族にとってこの上もなく危急かつ危険な折りに、この信頼を破壊しようとする者は、自らを卑怯な逃亡兵となす。彼は、闘争中の民族共同体を見捨て、そのことによりわれわれの敵の一員となる。……いかなることがあっても民族共同体を存続させてゆくために、かかる卑怯な犯罪者に対しては、厳格な処罰が下されなければならない。」(ed.) H. Boberach. "Richterbriefe." (1975) S.102f.)

(35) (ed.) M. Domarus. "Hitler. Reden und Proklamationen." (1963) S.1316f.

(36) Reichsgesetzblatt. 1938. Teil I. S.1455.

(37) Pfundtner / Neubert. "Das neue Deutsche Reichsrecht." IIRV-2. S.4 (neu).

(38) Volksgerichtshof. Urt. vom 23. 8. 1943. Weisenborn. "Der Lautlose Aufstand." (1953) S.265ff.

この判決から明らかなように、「ドイツ民族の自己主張貫徹意思を麻痺し、あるいは破壊する」行為は、共産主義者等の政治的敵対者による政治的プロパガンダに限られなかった。政治的小話、あるいは政治指導部に対する揶揄といった、一般の社会において日常的に見られる行為もまた、そうした行為の一つとみなされたのである。たとえば、「ヒトラーがベルリンの放送タワーの上で、自分はベルリン子を喜ばせたいと言った時、ゲーリングは、それならヒトラー自身がタワーから飛び下りればよいのだと語った」との冗談話を一人のサラリーマンに行った若い戦争未亡人に対し、民族裁判所は、「かかる冗談はわが民族の「指導者への」信頼、勝利への確信、戦闘態勢を腐食ならしめるものである。それは、われわれに敵対する国々の宣伝同様、われわれにとって聖なる存在、即ち、われわれの指導者を貶めるもの以外の何物でもない。……彼女の行ったことは、われわれの国防力を破壊するもつとも恥ずべき行為の一つである」とし、死刑を宣告。(Urt. vom 26. 6. 1943. (ed.) H. Hillermeier. "Im Namen des Deutschen Volkes." (1982) S.63f.) あるいは、寄宿先の「敬虔なナチス主義者」である女主人に対し、「フューラーは病気に罹っている、今やドイツの運命はこうした『狂人』の手に委ねられている、二三ヵ月もすれば革命がおこり、そうなれば『フューラー、ゲーリング、ゲッベルス、フリックは断頭台だ』、あなたも不愉快なめにいたくなければ、フューラーの肖像を捨てた方が賢明だ」と語ったピアニストに対し、民族裁判所は、「彼の行為は、ドイツ民族同胞のもつ「ナチスへの」信頼に対する卑劣な侵害以外の何物でもない。彼は、それにより、公然と、われわれの運命を賭けたこの戦いにおける勇敢な自己主張の力を害し

たのである。われわれの民族が一致団結し力強く勝利に向かって行進しようとするこの時にあたり、彼は、われわれの勝利を脅かす危険な存在として、死刑に処せられねばならぬ。」（Volksgerichtshof. Urt. vom 3. 9. 1943. (ed.) G. Weisenborn, a. a. O., S. 261ff.）

- (39) Reichsgesetzblatt. 1939. Teil I. S.1679.
- (40) Reichsgesetzblatt. 1939. Teil I. S.2378.
- (41) Pfundtner / Neubert. "Das neue Deutsche Reichsrecht." Ilc-19. S.1.; Göbel, Deutsche Justiz. 1940. S.177.
- (42) W. Best, Deutsches Recht. 1939. S.1698.; Wächter, Deutsche Justiz. 1940. S.474.; Niederreuther, Deutsche Justiz. 1941. S. 389.; H.Mittelbach, Deutsches Recht. 1942. S.113.; W.Tegtmeyer, Deutsches Recht. 1942. S.442.; Richterbriefe. Nr. 2. vom 1. 11. 1942. (ed.) H.Boberach. a. a. O., S.24.
- もともと、灯火管制下における窃盗罪等をあくまで個人的法益に対する侵害行為とみなし、『害虫令』の規定を単なる「刑罰強化規定」に過ぎないとする見解がなかったわけではない。（たとえば、J.Nagler, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht. 1940. S.219.）これに対し、ライヒ裁判所は、一九四〇年五月二二日の判決の中で次のようにいう、「第二条は、身体、生命、財産に対する重罪および軽罪に関する従来の刑法典の刑罰規定の強化を目的としたものでは決してない。なるほど、ここでは生命等への侵害が条件とされているにせよ、そうした行為そのものではなく、むしろそれを通して行われる共同体への攻撃がまったく新たに刑法評価の対象とされているのである。銃後における法的平和の維持という一般の利益こそが保護されるべき法益であったのだ」と。（RG. 4. StrSen. Urt. vom 31. 5. 1940., Deutsches Recht.1940. S.1231.）その他、同司の判決として、RG. 2. StrSen. Urt. vom 26. 2. 1940., Deutsche Justiz. 1940. S.457.; RG. 2. StrSen. Urt. vom 20. 5. 1940., Deutsches Recht. 1940. S. 1421.
- (43) Pfundtner / Neubert, a. a. O.
- (44) (ed.) H.Picker, "Hitlers Tischgespräche." (1976) S.331f.
- (45) R.Freisler, Deutsche Justiz. 1939. S.1450ff.; ders., Deutsche Justiz. 1940. S.885.; Richterbriefe. Nr. 1. vom 1. 10. 1942., (ed.) H. Boberach. a. a. O., S.9f.
- (46) Reichsgesetzblatt. 1939. Teil I. S.1841.

- (47) R.Freisler, Deutsche Justiz. 1939. S.1566.
- (48) Reichsgesetzblatt. 1939. Teil I. S.1683.
- (49) W.Tegtmeyer, Deutsches Recht. 1940. S.354.
- (50) そのことは、『命令』の成立を伝えるフェルキッシャー・ベオバハターの以下の解説記事からも明らかであろう、『ラジオ放送命令』は、ドイツ民族の統一と団結を破壊せんとする敵の常套手段であるもつとも下劣な武器、即ち、ラジオ放送を通じて行われる虚偽の宣伝に対する戦いにとつて有効な働きをするにちがいない。今日、外国放送の聴取が厳格な刑罰の威嚇の下におかれようと、それは自明の事柄に他ならない。ドイツ民族が一致団結しフェューラーを支持するこの時にあって、唯一ドイツにおいて有効な言葉はフェューラーの言葉だけなのだから。……今日、自らの運命を賭けたこの戦いを遂行すべく、ドイツ民族は、精神的にも十分な態勢を整え終わっている。精神的な抵抗力が、外国からの虚偽の放送により突き崩されることを許してはならない。いかなるドイツ人も、もはや外国の放送を聴取することはないであろう。われわれを精神的に疲弊させようとする外国の攻撃は失敗に終わるのである。ここでもまた、ドイツは堅固な防衛戦線を既に構築済みなのだから。しかし、教化不可能な人間に対しては、法律の定める厳格な刑罰が下されねばならない。』(Völkischer Beobachter. Vom 2. 9. 1939.)
- (51) こうした立法形式が従来見られなかった新たなものであったにせよ、フライスラーは、既に、一九三四年のある論文において、将来のナチス刑法は、「健全な共同体分肢」に対する「教育」と、「犯罪を行う民族の層」に対する厳格な刑罰威嚇によって、「共同体的意思の確立」という課題に応えるべきものとしていた。即ち、「ナチス刑法は民族に対する教育という偉大な課題を果たさなければならぬ。刑法は、すべての民族同胞に対し、彼らが民族の分肢としていかなる行動をとるべきか、また、何をすべきでないかを理解させなければならない。その際、刑罰威嚇ではなく、むしろ、それぞれの規範の中に含まれる倫理的公準の重要性により、そのことを個々の民族同胞に自覚させるべきである。なぜなら、この刑法の教育的課題の対象は、健全な民族の全体なのだから。しかし、それとならんで、ナチス刑法は、民族全体の生存および目的を妨げようとする企てに対抗するための刃こぼれのない鋭利な武器とならねばならない。」(R. Freisler, Deutsches Strafrecht. 1934. S.5.)
- (52) Reichsgesetzblatt. 1939. Teil I. S.1609.
- (53) Reichsgesetzblatt. 1940. Teil I. S.610.
- (54) 一九四〇年三月二九日の『ドイツ民族の金属収集保護のための命令』(Reichsgesetzblatt. 1940. Teil I. S.565.) は、「金属の収

集はドイツ民族に強制された生存闘争の遂行のためドイツ民族に課せられた犠牲である。収集された金属、または所有者により供出を予定された金属を着服、あるいはその他かかる金属の利用を妨げた者は、大ドイツの自由のための闘争を妨害した者であり、そのことの故をもって死刑に処せられる」との規定を置くだけであったが、これは丁度半月前のゲーリングのドイツ民族への呼び掛け（『収集の目的…自発的な供出にもとづく金属備蓄』）を立法化したものであり、その意味で、以下の呼び掛け文そのものが『命令』の「前文」にあたっていたといえよう。呼び掛けは、「前線に対する奉仕以上に、銃後にとっての課題、名誉ある義務は他に存在しない。戦うのは前線であり、彼らのため働き犠牲を捧げるのが銃後の役割である。敵の一切の陰謀的攻撃といえども、民族の統一と団結を前にして、たちまち砕け散るであろう。……敵が今抱く愚かな希望は、戦争遂行にとって重要となる金属がわれわれのもとで尽きるのではなからうかということにある。「かかる彼らの根拠のない希望を打ち砕くべく」私は本日大々的な収集活動と呼び掛ける。今求められていることは、銅、青銅、黄銅、錫、鉛、ニッケルといった必要不可欠な一切の金属をライヒ防衛の用に供するため、われわれ全員がナチズムに相応しい犠牲共同体となることである。すべてのドイツ人が全力を尽くしてこの金属収集の目的達成のために貢献するであろうことを、私は確信する。フューラーに対し、彼が民族とライヒに与えた一切の喜捨に、行動を通して感謝を捧げようではないか。供出は、フューラーに対するもつとも美しい誕生日の贈り物となるであろう。」（*Völkischer Beobachter*, Vom 16. 3. 1940.）

この場合も、先の『ラジオ放送命令』と同様、主眼が民族同胞の義務意識の喚起におかれ、刑罰威嚇はあくまでも第二次的措置でしかなかったことは、呼び掛け文が先行し、半月おくれで『命令』が出されたことから明らかである。三月一五日の『呼び掛け』に関連し、ゲーリングに対し行われたフェルキッシャー・ベオバハターのインタヴィューは、そのことをはっきりと証明している、即ち、「問…それでは、元師閣下、今回の行動に関しても、まず第一に問題であったのは、ドイツ民族の犠牲精神に対する呼び掛けだったと理解していいわけですね。答…民族の健全なナチス精神というものに呼び掛けを行ってきたこれまでの場合と同様、われわれの呼び掛けが十分理解されるであろうと確信しています。したがって、今回も、私の信頼が裏切られることはないでしょう。……問…閣下、収集は実際どのようなようにして行われるべきなのでしょう。答…これに関する詳しい指示（『収集の目的…自発的な供出にもとづく金属備蓄』）が既に発せられました。とりわけ強調されていることは、供出は絶対に自発的な意思にもとづいて行われなければならないということです。それが今回の供出に固有の本質なのです。」（*A. a. O.*）

(55) 『刑法典』は、予備につき、大逆罪、通貨偽造罪を除きこれを不可罰とし、未遂については、第四三条において、その処罰を

「重罪」および「法律が明示的に処罰すべきを規定した軽罪」に限定、かつ、第四四条において、「重罪または軽罪の未遂は、既遂の重罪または軽罪よりも軽く処罰しなければならない」と規定。また、勧誘、勧誘の受諾、自己の提供、かかる提供の受諾、談合といった共犯の行為についても、未遂と同様、第四九条a等において、これらの行為の処罰を重罪、あるいは特定の重罪に限定し、かつ刑罰に関し、幫助の場合を含め、強制的な減刑処置を規定していた。

(56) F. Schaffstein, "Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft." S.137.

(57) R. Freisler, "Denkschrift des Zentrallausschusses der Strafrechtsabteilung des Akademie für Deutsches Recht über die Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts." (1934) S.13.

(58) 『プロイセン司法大臣の覚書』が、「今後は、侵害結果の発生ではなく、むしろ侵害の危険の惹起が国家の刑罰権の発動を許容ならしめる。したがって、構成要件の文言は、通例、可罰的行為の『企図』、つまりは、あれこれの侵害結果を惹起するに『適した』行為の着手に定位するものとなる」(『Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des Preussischen Justizministers.' S.112f., 123.)として以来、ナチス刑法学は、ほぼ一致して、刑罰権の発動の時点を、法益侵害の「結果」から行為者の「意思」へと移動させるべきことを提唱してきた。しかし、その理由づけは必ずしも同じではなかった。義務違反説の立場から、犯罪の「結果」ではなく、行為者の「心情」が決定的であることを移動の根拠として挙げるシャフシュタイン等 (Ebert, Der Deutsche Justizbeamte. 1934. S.173.; F. Schaffstein, a. a. O.; (ed.) H. Frank, "Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht. 1. Teil." S.30f.) に対し、クレー等は法益侵害説の立場から、「共同体の最大限効果的な保護」という刑事政策的観点を根拠として挙げた。(R. Freisler, "Das kommende deutsche Strafrecht. Allgemeine Teil." S.18ff.; ders., "Denkschrift des Zentrallausschusses der Strafrechtsabteilung des Akademie für Deutsches Recht über die Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts." S.13.; Schneider = Neuenburg, Juristische Wochenschrift. 1934. S.257.; K. Klee, Deutsches Strafrecht. 1936. S.4f.)

(59) R. Freisler, a. a. O., S.18.

(60) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Bd. 5. S.60., Bd. 16. S.165., Bd. 39. S.323., Bd. 41. S.138., Bd.42. S.266., Bd. 50. S.146., Bd. 56. S.175.

(61) R・フランクは、コンメンタールの中で、第八七条に関する見解を以下の三つにまとめている。①企図は未遂の全領域を包括する。②未遂の行為の中、直接完了へと向けられた行為のみを指す。③予備の最終段階の行為も含まれる。フランク自身は以下

の理由を挙げ、第二の見解を妥当とした、「第八〇条の刑罰が第八一条第一項のそれと比べ、より厳しくされていることは明白である。さて、第八一条第一項に比べより重い犯罪であるとされる第八〇条に関する予備の可罰性は、第八三条ないし第八六条により規定され、したがって最悪の場合でも一五年以下の重懲役を科せられるにすぎない。その点からして、第八一条のより重い重罪に関する予備に対し、「それを既遂とみなし」終身の重懲役を科すことは、法文上排除されていると考えざるをえない。予備の最終段階の行為が第八二条にいう企図に含まれるとする見解は、それ故支持しえないものである。他方、企図を未遂と同一視することも、そのすぐ前におかれた第八〇条が明白に『未遂』について語っている以上、拒否されねばならない。それでもなお、第八二条が未遂の領域を包括すると考えた場合、あえて第八〇条が未遂を明記したことの意味が理解しがたいものとなる。」

（“Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.” 18. Aufl. S.252f.）

(62) RG. Urt. vom 23. 1. 1934. Juristische Wochenschrift. 1934. S.1910.

(63) Amtliche Begründung zu dem Gesetz vom 24. 4. 1934. Deutsche Justiz. 1934. S.595.

立法理由書が、「共同体の福利の保護」と「贖罪思想」の二つを、未遂と既遂の同一視の根拠として挙げているところから明らかのように、立法者は、先に紹介した（注（58））法益侵害説と義務違反説を総合する立場に立つものであったと解しうる。

(64) その他、「背反的収賄罪」に関し、行為者が、「外国政府または外国政府のために行動する者」に対する「報酬の要求、または收受」を「書面」により行った場合、かかる書面の「発送」をもって「行為は既遂となる」とした第九〇条 i 第二項、および「第八九条ないし第九〇条 a、第九〇条 f ないし第九一条 b に定める背反罪」の「勧誘」、そのための「自己の提供」、「勧誘または提供の受諾」に関し、行為者が「勧誘、提供または受諾」を「書面」により行った場合、かかる書面の「発送」をもって「行為は既遂となる」とした第九二条第二項も同様の思想の表現であったといえよう。

(65) R.Freisler. Deutsche Justiz. 1939. S.1566f.

(66) 第四条が、『暴力犯罪者に対する命令』の第一条、第二条だけを対象としたものではなく、その他のライヒ刑法およびラント刑法全体に妥当することについては、学説・判例ともこれを承認する。（Pfundtner / Neubert, “Das neue Deutsche Reichsrecht.” Heft 23. S.6.; A.Kayser, Deutsches Recht. 1940. S.349.; RG. Urt. vom 4. 1. 1940., Deutsche Justiz. 1940. S.156.）

なお、第四条が特別規定の形態をとった限りにおいて、その後も形式上妥当性を有することになった『刑法典』第四四条の改正は、一九四三年五月二九日の『アルトライヒ刑法とアルペン・ドナウライヒスガウ刑法の統合命令のための執行命令』

(Reichsgesetzblatt. 1943. Teil I. S.341.)」を待たなければならなかった。新たな条項はいう、「重罪または軽罪の未遂は、既遂の重罪または軽罪よりもその刑罰を軽減することができる。」

- (67) 一九三六年の『刑法典改正草案』第七条は次のように規定する、「犯罪行為を自己においてまたは他人を通じて実行する故意をもって着手した者は正犯としてこれを処罰する。実行の着手とは事態に関する行為者の観念にてらし直接構成要件の実現に向けられた一切の行動をいう。裁判官は刑罰を軽減することができる。」(ed.) J.Regge / W.Schubert, "Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts. II. Abteilung. NS-Zeit (1933-1939). Strafgesetzbuch. Bd. 1. Entwürfe eines Strafgesetzbuchs. 1. Teil." S.410.)
- (68) Pfundtner / Neubert, "Das neue Deutsche Reichsrecht." Ilc-23. S.5f.; R.Freisler, Deutsche Justiz. 1939. S.1856.; A.Kayser. a. a. O.

(69) 未遂と既遂の同一視による犯罪意思に対する防衛ラインは、さらに法実務の中で、未遂概念の拡大化により、より一層前進させられることになる。たとえば、一九三六年一月一九日の判決 (Urt. vom 19. 11. 1936., Deutsche Justiz. 1937. S.198.) において、「国家機密の探索の企図」(第九〇条) に関し、「探索活動は探索地点への到着でもって開始されたものとみなされるべき」との判断を示した民族裁判所は、その後、フランス義勇軍への参加を目的にフランスへの脱出途中スイス国境近くで逮捕されたドイツ国籍所有者に対する一九四〇年八月一二日の判決の中で、刑法第九一条aに定める「戦争中における敵軍への勤務、またはライヒもしくはその同盟国に対する武器の行使」の実行の着手は、「国境への到着」によって開始されたとし、未遂を限りなく「予備」に近づけることにより、共同体の防衛ラインをより一層前進ならしめるに至った。判決はいう、「行為が既遂に至らなかったのは、被告人の意思に反した事柄であった。一九三九年九月四日に国境のすぐ傍に到着したにもかかわらず、スイスへの越境を翌日にもちこさざるをえなくなったのは、その日の深夜の強い雨のせいであった。最終目的にてらし被告人が行った事柄は、予備行為の枠をはるかに超えるものであった。予備概念にとって重要なことは、それ自身によって何ら法益の危殆化がおこらないということである。しかし、この場合、国境への到着により、被告人の犯罪計画はほぼ成功し、それによりライヒの安全が危殆ならしめられたのである。なぜなら、もし越境が成功していたならば、そしてそれは時間の問題であったのだが、彼はドイツの勢力圏を脱出できたであろうし、そうすれば近いうちにフランスに到着し、義勇軍に参加することになったであろうことは、十分予想しえたところなのだから。それ故、被告人は、刑法第九〇条a、第四三条の規定にてらし、重罪の未遂の内的構成的要件のすべてを実現したとみなされる。」(Urt. vom 12. 8. 1940., Deutsches Recht. 1940. S.1769.) その他同旨の判決として、

Volksgerichtshof. Urt. vom 25. 7. 1940., Deutsche Justiz. 1940. S.1062f.

- (70) その後、一九四三年五月二九日の『アルトライヒ刑法とアルペン・ドナウライヒスガウ刑法の統合のための命令』(Reichsgesetzblatt. 1943. Teil I. S.339.) は、この『暴力犯罪者に対する命令』第四条の規定を前提に、「可罰的未遂」の対象を、「国家権力に対する抵抗」(第一一三、第一一七条)、「虚偽による宣誓に代わる保障」(第一五六条)、「要求にもとづく殺人」(第二一六条)、「贓物取得」(第二五九条)、「文書の滅却」(第二七四条) および「虚偽の登録」(第三四八条) へと拡大、その結果、従来不可罰とされてきたこれら犯罪の未遂行為についても、既遂と同様の処罰が可能とされるに至った。

(71) Pfundter / Neubert, "Das neue Deutsche Reichsrecht." IIc-6. S.222.

(72) (ed.) F.Gürtner, "Das kommende deutsche Strafrecht. Allgemeine Teil." S.110ff.

- (73) ライヒ裁判所が、従来、第四九条——「認識をもって助言または行為により正犯が重罪または軽罪を犯すことを幫助した者は従犯として処罰する」——を、「極端従属性説」の立場から解釈してきたことにつき、たとえば、RG.1. StrSen. Urt. vom 2. 3. 1922., Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Bd. 57. S.16. 参照。

(74) Reichsgesetzblatt. 1943. Teil I. S.341.

(75) Pfundtner / Neubert, "Das neue Deutsche Reichsrecht." IIc-23. S.6.

- (76) リーチュは、「この罪の導入は、もともと実行行為への関与を拒否し、またおそらくは警察と連絡を取り合うことを決意している者との間で、重罪の実行について話し合いを持つとする者をも刑罰威嚇の対象とするために行われた」とする。(Pfundtner / Neubert, "Das neue Deutsche Reichsrecht." IIc-6. S.221.)

(77) Reichsgesetzblatt. 1939. Teil I. S.2319.

(78) Pfundtner / Neubert, "Das neue Deutsche Reichsrecht." IIc-22. S.5.; K.H.Nüse, "Das Kriegsstrafrecht und Kriegsstrafverfahren." (1940) S.33.

(79) Pfundtner / Neubert, a. a. O.; K.H.Nüse, a. a. O.; ders., Deutsche Justiz. 1941. S.359.

(80) Volksgerichtshof. Urt. vom 11. 1. 1945., W.Wagner, "Der Volksgerichtshof im nationalsozialistischen Staat." Anlage 29.

同様の判決として、「ヨーロッパ連合」を組織し、その政治的パンフレットの中で、世界観および宗教の相異を超えたすべての反ファシズム勢力の団結を訴えたR・ハーヴェマンらに対する一九四三年二月一六日の判決があった。「パンフレットの基礎を

なすのは敗北主義であり、共産主義的かつブルジョワ的個人主義的としか評しようのないスターリンおよびルーズベルトへの迎合は、国防力の恥しらずな破壊以外の何物でもない。これらパンフレットおよびヨーロッパ連合の全体的精神の中に、闘争中のわれわれの民族に対する裏切りの一切が存在する。……今日、勝利実現のために全力を投入せず、敗北に備えて力を保存しようとする、そうした考え方そのものが既に徹頭徹尾犯罪的なのである。彼らの裏切りの核心は敗北主義の中にある。……もし裏切りが一つの成果を達成したその時に初めて、彼らに対する戦いを開始するとするならば、それは余りに手遅れに過ぎるといふものであろう。被告人らの裏切りの意思が彼らの責任を根拠づけるのである。」(Europäischen Ideen. 1980. Heft 48. S.20ff.)

- (18) "Helmuth J.Graf von Moltke 1907-1945. Letzte Briefe aus dem Gefängnis Tegel." (1951) S.30f., 40ff.
- (32) E.Wolf. "Vom Wesen des Täters." (1932) S.19.
- (38) E.Wolf. a. a. O., S.20.
- (48) G.Dahm. "Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft." S.102.; F.Schaffstein. "Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft." S.124.; R.Freisler. "Das neue Strafrecht." S.39, 62.; E.Wolf. Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht. 1936. S.362.; W.Gallas. "Festschrift zum 60. Geburtstag vom G.W.Gleispach." S.51.; A.Lenz. Mitteilungen der kriminalbiologischen Gesellschaft. 1938. S.12.; G.Dahm. "Der Tätertyp im Strafrecht." (1940) S.28.; W.Gallas. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 1940. S.379.; K.H.Nüse. Deutsche Justiz. 1941. S.357.
- (58) R.Freisler, a. a. O., S.62.
- (98) W.Gallas, a. a. O.
- (87) E.Mezger. "Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss." S.45.
- (88) A.Lenz, a. a. O., S.10ff. 『世界刑法』 G.Dahm, "Gemeinschaft und Strafrecht." S.11.; F.Gürtner. "Das neue Strafrecht." S.29f.; ders., Deutsche Justiz. 1939. S.1754.; E.Mezger. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 1940. S.368.; H.Welzel. "Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen." S.1ff.
- (68) E.Mezger. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 1937. S.677ff.
- (96) G.Dahm. "Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft." S.102.
- (16) R.Freisler, a. a. O., S.84.; E.Mezger, a. a. O., S.677.; A.Lenz, a. a. O., S.12.

- (92) F.Gürtner, a. a. O., S.29. 彼の「回廊のそと」 G.Dahm, "Gemeinschaft und Strafrecht." S.11.; E.Wolf, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht. 1936. S.362.; E.Mezger, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 1940. S.358.; ders., "Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss." S.45f.
- (93) K.Klee, Deutsches Strafrecht. 1936. S.5f.
- (94) Reichsgesetzblatt. 1934. Teil I. S.769.
- (95) RG. Urt. vom 14. 2. 1914., Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Bd. 48. S.174ff.; R.Frank, "Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich." 18. Aufl. S.269.
- (96) G.Dahm, "Der Tätertyp im Strafrecht." S.4f.; E.Mezger, a. a. O., S.358f.; W.Becker, Deutsche Justiz. 1942. S.677f.
- (97) (ed.) M.Domarus, a. a. O., S.422.
- (98) Reichsgesetzblatt. 1933. Teil 1. S.134.
- (99) E.Mezger, a. a. O., S.365f.
- (100) 『戦時特別刑法令』の中に行為者刑法への定位を見出すものとして、E.Mezger, a. a. O., S.365.
- (101) 「『命令』の表題は重要な意味をもたない」として、これらの命令が「行為者刑法」であることを否定しようとする見解がなかったわけではない。たとえば、H.Mittelbach, Deutsches Recht. 1940. S.1497f. これに対し、グライスパッハは以下のように反論する、「表題もまた法律の内容の一部であり、したがって法律の効力を有するものである」と。(Deutsches Strafrecht. 1940. S.3.)
- (102) R.Freisler, Deutsche Justiz. 1939. S.1852.
 フライスラーは「民族の害虫令」が想定する「民族の害虫」を、それぞれの態様に応じて、さらに次の三つに分類する、即ち、
 ① "Plünderer"、② "feige Meintäter"、③ "gemeingefährliche Saboteur"。なお、彼は「戦時経済命令」が想定する行為者類型として、「Wirtschaftssaboteur」を挙げ、これを民族の害虫に続く戦時刑法における第四の行為者類型であるとす。 (Deutsche Justiz. 1939. S.1450.)
- (103) E.Mezger, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht. 1940. S.62.
- (104) R.Freisler, a. a. O.; ders., Deutsche Justiz. 1940. S.54.; E.Mezger, a. a. O.; G.Dahm, Deutsches Recht. 1940. S.1421.; G.W. Gleispach, Deutsches Strafrecht. 1940. S.3.

- (105) K.H.Nüse, "Das Kriegsstrafrecht und Kriegsstrafverfahren." S.10.
- (106) H.Mittelbach, Deutsches Recht. 1941. S.239.
- (107) R.Freisler, a. a. O.
- (108) RG. 2. Str. Sen. vom. 30. 5. 1940., Deutsches Recht. 1940. S.1422f. その他 回生の判決について RG. 2. Str. Sen. vom. 20. 5. S. 1940. Deutsches Recht. 1940. S.1420f.; RG. Str. Sen. vom. 16. 9. 1940., Deutsche Justiz. 1940. S.1195.; RG. 1. Str. Sen. vom. 8. 8. 1941., Deutsches Recht. 1941. S.2185f.; RG. 5. Str. Sen. vom. 7. 5. 1942., Deutsches Recht. 1942. S.1150.; RG. 3. Str. Sen. vom. 16. 11. 1942., Deutsches Recht. 1943. S.403.; RG. vom. 28. 3. 1944., Deutsches Recht. 1944. S.447. ただし シュヴァルツが部長をとめる第四法廷は、『民族の害虫令』をあくまで行為刑法の観点からとらえようとする。即ち、『第一条は、特定の行為者人格ではなく、特別に重大な状況の下で行われた行為を対象としようとするものである』と。(RG. 4. Str. Sen. vom. 2. 5. 1941., Deutsches Recht. 1941. S.1721.)
- (109) J.Nagler, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht. 1940. S.226f.
なお、一九四〇年五月三〇日の判決に代表されるライヒ裁判所の立場を支持するものとして、E.Mezger, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 1940. S.367 f.; G.Dahm, a. a. O., S.1421f.; K.H.Nüse, Deutsche Justiz. 1941. S.357f. 逆に批判的な立場をとるものとして、ナグララーの他に、Schwarz, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht. 1941. S.158.; K.Klee, Deutsches Strafrecht. 1943. S.11ff. がある。
- (110) K.H.Nüse, a. a. O., S.358.
- (111) F.Gürtner, Deutsche Justiz. 1939. S.1754.
- (112) K.H.Nüse, a. a. O., S.359.
- (113) Reichsgesetzblatt. 1941. Teil I. S.549.
- (114) フライスラーは『改正法』の解説の中で、第二二一条第一項の規定は「独立の条項」であるとし、「それにより謀殺者の処罰に必要な一切の事柄がすべて語られている」という。したがって、第二項は、第一項の内容の具体的かつ例示的な説明として位置づけられるものでしかなかった。「第二項は排他的な要求をもった法的定義ではない。特別な場合、行為者の全体人格の検討、観察、評価にもとづいて、低劣な動機が存在にもかかわらず、行為者が謀殺者ではなく、故殺者であるとの決定が禁じられている

わけではない。……逆にまた、第二項の定める三つのグループに属する者だけが謀殺者であり、それ以外の者は単なる故殺者にすぎないというわけでもない。」（R.Freisler, Deutsche Justiz. 1941. S.934f.）その他、同趣旨の見解として、Pfundtner / Neubert, "Das neue Deutsche Reichsrecht." IIc-6. S.173.; G.W.Gleispach, "Das kommende deutsche Strafrecht. Besonderer Teil." S. 373.; G.Dahm, Deutsches Recht. 1942. S.404.

(115) Pfundtner \ Neubert, "Das neue Deutsche Reichsrecht." IIc-6. S.171f.

「行為者刑法」が忠誠義務思想と密接に関係するものとした場合、『改正法』が他者の生命の侵害をはたして「民族への裏切り」行為とみなしていたかどうかは、法文から見る限り必ずしも明確ではない。しかし、フランクの編集になる『指導原則』が、「共同体同胞の完全な抹殺は共同体自身に直接かわる事柄である。そのため、他者の生命の侵害を評価するに際し、当該行為を生み出した「行為者の」心情が決定的に重要な意味をもつ」（(ed.) H.Frank, "Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht. 2. Teil." S. 117f.）としていたところからも伺えるように、民族同胞の殺害は、民族の最終目標実現にとって必要不可欠な人的資源の滅却を招来する行為として、共同体のすべての構成員に課せられた「忠誠義務」に対する違背とみなされるべきものであったにちがいない。こうした理解は、民族同胞間の救助義務を定めた第三三〇条cの規定からも裏付けられるものであったといえよう。

(116) Zit. bei H.Mittelbach, Deutsches Recht. 1942. S.426.

ライヒ裁判所もまた、一九四二年一月二七日の判決の中で、「行為者の全体人格に対する評価が不可欠である」ことを承認している。（RG. 4. Str. vom. 27. 11. 1942., Deutsches Recht. 1943. S.289f.）

(117) R.Freisler, a. a. O., S.934.

(118) なお、『法律』は、「謀殺」「故殺」に関してのみならず、同時に、第三条において、いわゆる「高利貸し（Wucher）」に関する第三〇二条dおよび第三〇二条eの刑罰を三ヵ月以下の軽懲役から重懲役に加重した際、まったく新たに、「高利貸（Wucherer）」なる行為者類型を導入した。

(119) 『改正法』が、ナチス刑事立法の行為者刑法への定位を象徴的に表現するものであったとして、はたして、殺人というきわめて一般的な犯罪への行為者類型の導入が、法実務においてどの程度成功を納めたかにつき、ライプツィガー・コンメンタールは、戦後、以下の評価を下している、「行為刑法として整序された現行『刑法典』の中に、第二二一条を通して、行為者刑法を部分的

にしるごつそりと導入しようとした一九四一年九月四日の『改正法』の試みは、今日、たしかに失敗に終わったとみなされうる。」
(ed.) J. Nagler, 『Strafgesetzbuch nach dem neuesten Stand der Gesetzgebung. Leipziger Kommentar.』 Bd. II. 6. und 7. Aufl. (1951)
S. 182.) その他 同様の見解として H. Rüping, "Grundriß der Strafrechtsgeschichte." (1981) S. 98. 〔川端他訳『ドイツ刑法史
綱要』〕

(20) G. Dahm, "Der Tätertyp im Strafrecht." S. 4ff. その他 同様の認識を示すものとして K. H. Nüse, a. a. O., S. 357.; W. Becker,
Deutsche Justiz. 1942. S. 677f.