

民族共同体と法(六)

—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『法経研究』第三九卷第二号)

(三) 共同体と刑罰 (本号)

(三) 共同体と刑罰

(1) 追放としての刑罰

刑罰観が犯罪観同様当該社会の基本的な世界観によって強く規定され、したがってまた当然に当該社会の犯罪観と不

民族共同体と法(六)

可分に結びつくものであったことは、あれこれの論者の指摘をまつまでもなく、改めて指摘するまでもない自明の事柄に属する。その限り、ナチス刑事立法に見られる犯罪観の変化によって、同時に刑罰観もまた大きな変化を被ったことは容易に想像しうるところであった。ただ法文上からする変化としてわれわれがさしあたって気づく事柄は、刑罰の強化、とりわけ「死刑」と「終身刑」の大幅な増加⁽¹⁾という現象だけである。そのこと以外、たとえば一九三五年の『刑法改正委員会』の第二読会に提出された『刑法典改正草案』が、「民族の裏切者」に対する刑罰として、「死刑」とともに「追放」⁽²⁾をおいたような、刑罰の内容あるいは本質にかかわる変化を具体的な形で見出すことは不可能である。それは、共同体の成立を前提に、それまでとは異なった新たな立法形式を採用した『臨時ラジオ措置に関する命令』や『戦時経済命令』の場合も同様であった。しかしながら、新たな立法者が、一八七一年の『刑法典』を支配した刑罰観、即ち、犯罪とは法益侵害であるとの犯罪観を前提に、刑罰の本質を、行為者に加えられる「害悪（応報）」として、侵害された法益に見合う一定の法益——自由、生命、財産等——の行為者からの剝奪の中に見ようとする、そうした刑罰観⁽³⁾に依然として依拠していたと考えることは、ナチス刑事立法の目的およびその中であらわれた犯罪観の変化からして到底容認しえないところであったといわねばならない。民族の裏切者からの「共同体の統一」の保護を最大の目的に、一方で、犯罪の本質を「忠誠義務違反」に、他方で、刑法評価の対象を当該行為にあらわれた「行為者人格」にまで遡って求めるべきとする限り、たとえ注文上眼に見える変化がなかったにせよ、刑罰の本質もまたそれに伴って当然変わらざるをえなかつたはずだから。

もつとも、ナチス刑法学の中で、刑罰の本質をどのように規定すべきかにつき統一的理解があつたわけではない。刑罰を応報刑としてではなく、純然たる教育刑として再構成しようとした一九二三年の『自由刑の執行に関する諸原則』⁽⁴⁾の立場を拒否し、あくまで刑罰の本質を「不法の贖罪（応報）」としてとらえ、ただ、贖罪要求の根拠を、「法益侵害」

に代わって、「忠誠違反」に求めようとするフライスラーやフランク等⁽⁵⁾に対し、クレーは、贖罪は、その根拠が何であれ、「刑罰の望ましい波及効果」ではあるにせよ、所詮は「第二次的なもの」でしかないとする。⁽⁶⁾なるほど、彼もまた、重大な犯罪の場合、人々の間で「贖罪の要求」が強く出されることを承認する。しかし、この要求の根拠はあくまで「(共同体) 保全への衝動」、即ち、「平和と安全を保障する法秩序の中に生きているという、犯罪により動揺させられた意識の再建への衝動」に他ならないとし、そこからして、彼は、「民族の生存の諸条件の保護の必要性」の中に、贖罪に代わる新たな刑罰の根拠を求めるべきものとする。⁽⁸⁾ここでは、刑罰は過去の犯罪行為に対する贖罪ではなく、共同体保護のための手段として、そして、そのこと自体が刑罰の根拠として位置づけられる。その限り、贖罪がそうであったように、行為者の「責任」を前提とする理由もなければ、必要もない。その結果、刑罰と保安処分⁽⁹⁾の区別も意味を失う。それは、元来「自由主義的法治国家理念の産物」に他ならない。もはや、いかなる意味においても、過去の行為に対する「道徳的責任」という贖罪の観念⁽¹⁰⁾の入り込む余地はない。それは、将来のナチズム刑法の「責任理念ではありえない」、クレーはそう結論する。これに対し、贖罪説に立つシャフシュタインは、クレーの功績が「フォイエルバッツハヤリストにおいて既に見られた、法益保護ドグマと純粹な『目的刑』の原理との関係」を改めて明らかにした点にあったとしながら、しかし、「こうした観念が新たな刑法の本質を正しく反映しているとは思わない」と彼はいう、「刑法の意味は決して保護思想の中に、したがって犯罪の本質は決して法益侵害の中に汲み尽くされうるものではない。……犯罪および刑罰についての純粹に功利主義的な内容規定は、まさしく新たな刑法の基礎をなすところの、行為に対する行為者の道徳的責任の原則と矛盾する。刑罰のもつ予防的效果の刑事政策的重要性については、法益保護の要素が個々の犯罪の構成要件の形成ならびに不法内容にとって有する意味と同様、争うつもりはない。しかし、刑罰の本質を完全かつ正確に規定するためには、目的という契機は十分とはいえない。」⁽¹¹⁾

ナチス刑法の、おそらくはもつとも重要な課題が民族共同体の保護にあつたことは改めて指摘するまでもないにせよ、しかし、新たな立法者が、贖罪思想を否定し、刑罰の本質と根拠をもつぱら共同体保護の中にとらえようとするクレール流の「保護・目的刑思想」に依拠するものではなかつたことは、さしあたり一九三三年一月二四日の『危険な常習犯罪者に対する法律並びに保安・矯正処分に関する法律』⁽¹²⁾が刑罰と保安処分の「二元主義」の採用をはつきりと宣言していたところからして既に明らかであつた。そして、翌年五月一四日、ライヒ司法大臣ギュルトナーは、新たなライヒ法律の制定までの暫定措置として、一九二三年の『自由刑の執行に関する諸原則』の修正を目的に、『自由刑並びに自由剝奪を伴う保安・矯正処分の執行に関する命令』⁽¹³⁾を制定、この中で、刑罰の中核をなす「自由刑」につき、新たなナチス民族共同体における刑罰の「本質」と「目的」が何であるかを明らかにした。「自由刑の執行により、受刑者は自ら行つた不法を贖罪すべきものとする」、このように第四八条第一項において、刑罰の本質が「応報」にあることを改めて宣言した立法者⁽¹⁴⁾は、さらに、第二項および第三項において、この刑罰の内容および機能を次のように規定した、「自由の剝奪は、それが受刑者にとって厳しい害悪であり、かつ精神的教育が不可能である者にとつても、新たな可罰的行為を行うという誘惑に対する永続的な抑止を生み出すよう構成されなければならない。受刑者は、規律と秩序に服せしめられ、労働と義務の履行の習慣を自己のものとし、かつ確固たる道徳意識を有するものとならねばならない。」刑罰は、その本質において過去の不法に対する「応報」であると同時に、その機能において受刑者に対する「教育」の手段である、これが『命令』の見解であり、立場であつた。この教育はいかなる目的に定位すべきものであつたのか。第一〇六条第三項はいう、「愛国心ならびに法的意識の涵養」、および「民族共同体の生存にとって有用な構成成分への育成」がその目的である、と。

それでは、刑罰の本質が基本的に過去の不法の「贖罪」にあるとして、この贖罪の根拠、あるいは本質をどのように

理解すべきであつたのか。この点に関し『命令』自体は何も語っていない。しかし、共同体における犯罪が、その程度はともかく、忠誠違反を不法内容とする限り、贖罪は単なる民族の財貨の侵害行為に対するそれに終わるものではなかつたはずである。法益侵害に代わつて、あるいはそれと並んで義務違反が贖罪の根拠として登場する。しかも、忠誠違反において問われるべきことが、共同体との関係における「行為者の全体人格」であつた限り、刑罰によつて贖われるべきは、共同体への忠誠義務に違反して省みない行為者の「反共同体的人格」そのものであつたといわねばならない。ヴォルフは、そのことをはつきりと確認する、即ち、「刑罰の本質は、個別的責任に対する形式的な応報ではなく、犯罪を行つた行為者について民族共同体の側からする具体的価値判断にある」⁽¹⁵⁾と。その限り、刑罰は、侵害された法益に見合う一定の法益——自由、生命、財産等——の行為者からの剝奪といつたものではやはりありえなかつた。そうではなくて、犯罪によつて暴露された行為者の反共同体的な人格の在り様に見合つた「共同体における行為者の法的身分」の「減少」あるいは「剝奪」、それが新たな刑罰の内容を構成する。⁽¹⁶⁾その際、共同体に対する裏切りの程度が、民族の財貨に対する侵害の程度とならんで、刑罰の程度と内容を決定する。「行為者がどの程度民族共同体から自らを解き放ち、また彼の背反がどの程度の強さのものであつたか、この意思責任の程度に応じて刑罰が確定されなければならない」、ギュルトナーはそのようにいう、「今日求められるべきは、全体の世界観からの離反の程度に応じて行為者が判断される刑法である。共同体の中で個々人に立てられる要求に背けば背くほど、彼の意思責任は重くなり、刑罰は厳しいものとならねばならない」⁽¹⁷⁾。

しかし、裏切りの程度が、個々の犯罪により異なる以上、すべての犯罪を画一的に取り扱うことは、当然のことながら、不可能となる。ゲームは、背反罪や大逆罪のように、忠誠違反を不法の本質とする「裏切り」と、さしあたり義務違反を問題とする必要のない窃盗罪や強盗罪のような「犯罪」をはつきりと区別して論ずべきことを提案する。即ち、

「民族の裏切り」は、一般の犯罪がそうであるような意味において、もはや「共同体内の犯罪ではない」⁽¹⁸⁾と。それに対し、窃盗罪や強盗罪の場合、通常、たとえばそれにより「民族の生存の基本秩序」が破壊されようと、それは「民族秩序の究極の根柢にまで達するものではない」⁽¹⁹⁾。この場合、行為者が犯行後も依然として共同体の内に入り、共同体の「法仲間」であることに変わりはない。彼らには、事後の贖罪により「共同体との関係を修復する可能性が残されている」⁽²⁰⁾。『自由刑の執行に関する命令』が、刑罰の目的として、はっきりと、「贖罪を通し犯罪者を再び」民族共同体の有用な構成分肢たらしめること」を挙げていたことは、このダームの見解を裏付けるものであったといえよう。生命の剝奪を内容とする死刑であっても、基本的な違いはなかったはずである。それは、行為者が共同体の法仲間であったという事実を抹殺しようとするものではなかったのだから。むしろ、生命でもつてする罪の贖いにより、共同体との関係を修復する、それが死刑の目的であったと解されよう。ところが、民族の裏切りの場合、その程度が何であれ、それが民族同胞たる法的身分を構成すべき共同体への忠誠義務に対する違背を不法の本質とする限り、共同体秩序の破壊は、当然のことながら、行為者と共同体との内的関係にまで達することになる⁽²¹⁾。たとえば、他国と関係を結び、共同体に害を加えるべく国家機密の漏洩を企図する“Landesverräter”、あるいは灯火管制を利用して民族同胞の身体・生命・財産に対する重罪もしくは軽罪を犯す「民族の害虫」、彼らは、自らの共同体における民族同胞としての法的身分と名誉を放棄し、「自己自身を共同体の外におく者」⁽²²⁾に他ならない。したがって、裏切りに対する刑罰としての「法的身分の減少あるいは剝奪」は、具体的には、裏切者の現存在全体の共同体からの排除を宣言する「追放」以外になかったにちがいない⁽²³⁾。そして、「追放」が文字通り現存在そのものの排除を内容とする限り、それは、「共同体的意思の確立」という課題からしても、あるいはまた、行為者の反共同体的人格それ自体を刑法非難の中心におくべきとする行為者刑法の立場からしても、ナチス刑法にとつてもつともふさわしい刑罰の形式であり、内容であったといえよう。

新たな立法に見られる死刑や終身刑の増加は、こうした「追放」の刑法的表現であり、結果に他ならなかったのではなかろうか。ダームは、明確に、「死刑あるいは終身刑は〔法仲間の地位を自ら放棄した〕事態の表現に他ならず、追放の執行である」とする。この場合、終身刑が、死刑と同様、共同体からの永久の追放を意味することはいうまでもない。それは決して共同体の法仲間として存在しつづけることを意味するものではなかった。「たとえ追放された者が生き続けようと、彼と共同体とのあらゆる結びつきは永久に廃される。」⁽²⁵⁾あるいは、有期の自由刑についても、当該刑罰の根拠が忠誠違反にある限り、それは、単なる人格的自由の剝奪ではなく、「名誉の減少の表現」⁽²⁶⁾として、「共同体からの一時的な追放」⁽²⁷⁾以外の何物でもなかったにちがいない。

ただし、少なくとも法律の文言からする限り、立法者が背反罪に代表される民族に対する裏切り行為を共同体「外」の犯罪として、また裏切者に対する刑罰を、共同体からの「追放」としてとらえていたかは必ずしも明確ではない。しかし、一九四二年九月三〇日のヒトラーの演説が明らかにするように、この点に関する政治指導部の見解は疑問の余地のないものであった。ヒトラーはいう、「今日、口先だけの帰依ではすまない。すべての民族同胞は、自己の有する財貨および能力の一切を、共同体の用に供さなければならぬ。一切のサボタージュに対し、われわれは厳格に対処するであろう。われわれの民族のもっとも優れた者たちが、前線において自己の生命を犠牲に捧げるこの時代にあつて、民族〔の統一と団結〕を破壊する犯罪者のための場はどこにも存在しない。彼らは容赦なく共同体から排除されることを覚悟しなければならぬ。われわれは彼らを抹殺(ausrotten)するであろう。実際、これまでそうしてきたのだ。」⁽²⁸⁾もはや、明らかであろう。裏切者は民族の法仲間ではないこと、「共同体的意思の確立」を目的に、裏切者に対する刑罰としては、「抹殺」、即ち、共同体からの「追放」しか残されていないことがはっきりと語られている。ライヒ司法大臣も、民族の害虫に対する厳格な処罰を要求した一九四三年四月一日付けの『裁判官への手紙』において、同じ考えを繰り返してい

た、即ち、「自らの行為により途方もなく悪しき心情と卑劣な性格を暴露した民族の害虫にとって、彼らが民族共同体の中で占めるべき場はどこにも存在しない。法律が承知する唯一の刑罰は死刑である⁽²⁹⁾」それでは、裏切者への厳格な処分を要請された裁判所の実際の対応はどうであったのか。一九四〇年一月一六日のブレスラウ特別裁判所の判決はいう、「民族同胞の安全と、民族の統一を脅かす害虫は共同体の生活からこれを排除することが必要である。暗がりを利用し街路において路上強盗を企てる卑劣な連中に対しては、もつとも重き処罰、死刑が宣告（されなければならぬ⁽³⁰⁾）」。あるいは、民族裁判所の見解はより明快であった。共産党青年団の組織への参加を理由に、「大逆罪」に問われた共産主義者に対する一九四三年八月五日の判決の中で、この共産主義者を、「自己自身をドイツ民族共同体から排除した」者として位置づけ、さらに次のように結論した、「ライヒの安全は彼の共同体からの追放(ausmerzen)を断固として要求する。それ故、民族裁判所は死刑を宣告するものである。被告人の名誉は、これを永久に剝奪する⁽³¹⁾」。

刑罰が裏切者の共同体からの追放、とりわけ永久の追放を内容とする限り、贖罪の性格もまた当然大きく変化せざるをえなかった。刑罰はもはや行為者本人の罪の償いを目的とするものではありえなかったにちがいない。それというのも、共同体との絆を完全に断ち切り、自己自身を共同体の外に置く裏切りは、いかなる刑罰によっても贖われうる行為ではなかったのだから。この場合、行為者の側からする限り、贖罪について語りうる余地はなかったといわざるをえない⁽³²⁾。むしろ、ここでは、「共同体自身の贖罪」、即ち、「共同体の腐った分枝」を分離・除去することによる「民族の永続的な自己浄化」こそが問題であったのだ。フライスラーはいう、「贖罪は、行為者が刑期を勤めあげるということによっては可能ではない。裏切者を民族共同体から抹殺することにより、彼の裏切りによって汚された民族を浄化すること、贖罪思想の本質がある⁽³³⁾」と。軍需工場における非合法ビラの配付を理由に「背反罪」に問われた四人の共産党細胞に対する一九四四年七月二五日の判決の中で、民族裁判所は、かかる新たな贖罪観への立脚をはっきりと宣言してみせた、即

ち、「民族としてのわれわれの浄化の必要が、裏切者に対する死刑を要求する。」⁽³⁴⁾

(2) 種的変質者としての裏切者と共同体からの淘汰

「浄化」の目的と機能が、民族の最終目標実現の不可欠の前提条件となる共同体の「世界観的同質性」の維持・強化にあつたことは改めて説明するまでもないであろう。しかし、浄化の意義は単にそれだけにとどまるものではなかつたにちがいない。それというのも、追放により浄化されるべきは、民族同胞としての義務に違背して省みない裏切者の反共同体的な世界観あるいは道徳意識だけではなかつたのだから。

既に明らかにした⁽³⁵⁾ように、民族のもつ「世界観」を当該民族の人種的遺伝素質 (Erbmasse) と不可分のものであるとみなし、共同体への忠誠を北方人の「血」に根拠づけられ、北方人にのみ固有の「種的特性」に他ならないとするナチズムの立場からする限り、民族の最終目標実現のためすべての民族同胞に求められる忠誠義務に対する違背は、民族の法・道徳的秩序からの頹落の証明であるにとどまらず、同時に、その当の者が「種」共同体としての民族共同体の構成成分でありえないことの「生物学的」な証明でもあつたのである。北方人にとって、忠誠義務の履行は、「種に即し、種に根拠づけられた」強制されるまでもない「本質的かつ必然的な事柄」であつたのに対し、逆に、何らかの理由から、北方人としての「種的特性」を失つた者からすれば、共同体に対する裏切りこそがそうしたものであつたのだ。それ故、或る人間が、「誠実な民族同胞」であるか、それとも「共同体の裏切者」であるかは、基本的には「種に即し、種に根拠づけられた」、つまりは、いわば「運命そのもの」として、決して当人の自由な意思の選択に委ねられるような問題ではなかつたのだといわざるをえない。いずれにせよ、そのことは、個々人が北方人の血を持ち、北方人としての種的特性を維持しているか否かの結果であり、その表現であつたのだから。⁽³⁶⁾ クランツはいう、「社会的行動、即ち、自己の現存在を共同体に組み入れ、共同体に定位し、共同体の中で、共同体のために行動する能力と、遺伝的素質との間には関係が

ある⁽³⁷⁾」と。結局のところ、ナチズムにとって、裏切りは、単なる「道徳的変質」を超え、「人格全体の変質 (Entartung)」の表現であつたのであり、裏切者とは「種的変質者 (Entartete)」のことに他ならなかつたのだ。⁽³⁸⁾「犯罪行為の淵源としての種的変質は、われわれにとつてこの上もなく重要な意味をもつ」、このようにフランクが語つたのは、一九三八年一月二八日、ミュンヘンで開催された『ドイツ刑法協会』の第一回総会での講演においてであつた、「われわれの考えによれば」と彼はいう、「優れた民族というものはすべて、自らの生存目標の実現のために必要とされる資質を、人種的な根源的基体の中に豊富に付与されているが故に、『種的変質』という言葉は、われわれが今ここで問題にしている事柄をきわめて明確に言いあらわすものである。立派な民族にあつては、種そのものが価値あるものとみなされねばならないのだから、種的変質は個人にとつて立派な民族の正常な種からの脱落を意味する。この種的変質あるいは頹落の原因は、たいていの場合、優れた人種の間と劣等人種の混血の中に見い出すことができる。完全な種的変質者は、一切の人種的な感受性を欠き、共同体に対し害を与えることを、まさに自己の課題と心得ている。彼は、民族同胞としての義務の履行を自己の生涯の使命であるとする、そうした人間とまったく正反対に位置する存在に他ならない。⁽⁴⁰⁾」

もはや明らかであろう。何故、「共同体の浄化としての贖罪」といった観念が持ち出されなければならなかつたか。共同体との絆の完全な切断が、行為者の側からする贖罪を不可能ならしめたというだけではなかつた。「種的変質者としての裏切者」、かかる人種生物学的な規定が、結局のところ、有責的行為に対する道徳的・非難といった意味での「贖罪」について語ることを、ほとんど意味のないものにしてしまつたのである。共同体自身の浄化は、それにとつて代わるべき観念であつたのだ。その限り、フライスラー等により主張された新たな贖罪観の中に、贖罪理論の変質、あるいは「危機」を見ることはそれほど困難なことではない。「最近の贖罪理論は」とクレーはいう、「たとえばその中に道徳的責任の贖罪がなお微かに見られるにせよ、その核心、本質にてらし、実際のところ、保護理論の一つの表現でしかなかつた⁽⁴¹⁾」

と。

こうした刑罰観⁽⁴²⁾の変化だけではない。裏切り、および裏切者についての生物学的な観念は、「追放」にもう一つの、そしておそらくは決定的に重要な意味と機能を付与することになる。即ち、「共同体の中での生殖活動の可能性の剝奪」と、それによる変質した遺伝的素質の「淘汰」、および「品種改良」がそれであった⁽⁴³⁾。追放としての刑罰のかかる意味と機能は、既に古代北方ゲルマン民族にとって自明の観念であったとニコライはいう、「〔古代北方ゲルマン民族では〕法は血の共同体から生まれてくるものであり、法は、結局、この共同体に奉仕するものであった。……民族共同体の外に存在する者は〔法の〕保護を受けられず、法秩序の外に存在する者であった。彼は同等の権利を認められることなく、また同等の身分をもつものではなかった。それ故、個人に執行されるもつとも重い処罰が、〔共同体からの〕追放であったのだ。……自らの行為により『種の変質者』であることを明らかならしめた者に対しては、追放という処分が下された。つまり、彼は、人種的ならびに生存法則上重要な価値をもつ共同体から排除されたのであり、彼は、共同体から妻を娶ることが許されず、また民族の仲間となる子供を生むこともできなかった。個人に生まれながら備わっているが故に彼自身にはなるほど責任はないが、しかし、その存在により共同体全体にとって有害となる諸特性がこうして淘汰されたのであった⁽⁴⁴⁾。」

浄化は、文字通り、種的統一⁽⁴⁵⁾体としての民族体の浄化、つまりは変質した遺伝素質の共同体からの「生物学的」な排除を意味するものに他ならなかったのである。「種的同質性」の実現と強化、それが、「世界観的同質性」とならば、追放としての刑罰のもう一つの目的であり機能であったのだ。そして、世界観が民族のもつ遺伝的素質と不可分であるとされた限り、裏切りの中に露呈された変質した遺伝素質の淘汰は、刑法が目的とする世界観的な統一と団結の強化のための不可欠の手段であり前提でもあったにちがいない。新たな立法、とりわけ戦時刑法に顕著に見られた死刑の増加が、

かかる「ドイツ民族体の種的変質者からの浄化」、つまりは「淘汰」を目的とするものであった⁽⁴⁶⁾ことはいうまでもないであろう。一九四〇年一月一日、すべての法曹に宛てた年頭書簡の中で、ライヒ司法大臣ギュルトナーは、ヒトラーにより刑事司法に立て渡された課題——「民族の裏切者に対する共同体の保護」——が人種生物学的な目的に定位する課題であることを疑問の余地なく確認していた、「ドイツの未来を決する戦いの開始となるべき年の初めにあたり、……われわれは、民族とフューラーのために自らの生命を捧げた民族同胞を想起し、畏敬の念を抱かずにはいられない。国内の戦線の一翼を担う司法にとってもまた、きわめて重要な任務が存在する。司法は、自らの役割を果たすべく、ドイツ民族の戦闘意思の確立と強化のため、かつまたかかる意思を弱化ならしめようとする裏切者の容赦なき淘汰のため尽力しなければならぬ。」⁽⁴⁷⁾

(1) 死刑を定める構成要件の数は、プロシャートによれば、一九三三年以前の三件から、一九四三／四四年段階において、四六を下らない件数にまで増加したという。(M. Broszat, "Der Staat Hitlers." (1969 [1979]) S. 418f.)
こうした状況下、一九四四年五月五日の『戦時特別刑法令の補充のための第五命令』(Reichsgesetzblatt. 1944. Teil I. S. 115)は、第五条aとして以下の規定を新たに設けることにより、死刑の範囲をほぼ無制限に拡大するに至った。「故意による可罰的行為により、戦争指導あるいはライヒの安全にとって重大な不利益あるいは深刻な危険を惹起ならしめたすべての行為者につき、通常の刑罰が健全な民族感情に照らし贖罪として充分でないとみなされた場合、通常の刑罰の枠を超え、威嚇された刑罰方法の最大限の刑罰、あるいは有期もしくは終身の重懲役、あるいは死刑を宣告しうるものとする。同様のことは、戦争指導あるいはライヒの安全にとって特別に重大な不利益あるいは特別に深刻な危険を惹起ならしめたすべての過失による可罰的行為につき妥当する。」

(2) 『草案』(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. 173 ff.) 第二八条は、「追放」

との表題の下、以下の規定をおく、「ドイツ国籍を有する犯罪者が自己の犯罪行為により永久に民族共同体より自己自身を排除した時、法律の認めた場合につき、追放を言い渡さなければならぬ。追放は死刑と結合されるものとする。追放せられた者は名誉を喪失したものと宣言され、自己の人格につきドイツ国籍並びに死因処分をなす能力を含めた行為能力を喪失する。犯行後行つた死因処分は無効とする。追放とともに受刑者の財産の没収を行うことができる。追放は判決の確定とともに効力を生ずる。追放はこれを公示しなければならぬ。」

- (3) R. Frank, "Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich." 18. Aufl. (1931) S. 45.
- (4) Reichsgesetzblatt. 1923. Teil II. S. 263.
- (5) (ed.) H. Frank, "Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht. 1. Teil." (1935) S. 11, 23f.; R. Freisler, "Das neue Strafrecht." (1936) S. 40.; ders., Deutsches Strafrecht. 1936. S. 196 ff.; H. Barth, Deutsche Rechtspflege. 1936. S. 16 f.

- (6) K. Klee, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. 1934 / 35. S. 487.
- (7) K. Klee, a.a.O.
- (8) K. Klee, a.a.O., S. 497.
- (9) K. Klee, a.a.O., S. 487 f.
- (10) K. Klee, a.a.O., S. 497.
- (11) F. Schaffstein, Deutsches Strafrecht. 1937. S. 340 f.

こうした両者の対立が、彼らの犯罪観の対立にまで遡るものであったことはいうまでもない。ただ、シャフシュタインの主張の文言からも明らかかなように、彼のクレーに対する批判の眼目は、保護思想の一面化に向けられたものであり、刑罰の機能と目的の一つが共同体の保護にあることまで否定するものではなかった。この点に関し、ザイデンシュテュッカーは、一九三六年の『刑法典改正草案』がその前文において、「刑法の目的」として、「不法に対する贖罪」、「民族の保護」、「共同体的意思の確立」を挙げていること等から、第三ライヒにおける刑罰の機能と目的を多面的にとらえるべきことを提案する、「民族共同体の保護がナチス刑法の意味であり目的である。……しかし、それが刑罰の唯一の目的ではありえない。……刑罰は共同体への忠誠義務違反に対する贖罪でもある。……〔贖罪と保護、いずれか一方を優先させることは許されないこ

とであり、」刑法は同様の比重で両者を自らの目的とするものである。……民族共同体の贖罪的保護 (sühnende Schutz der Volksgemeinschaft) が第三ライヒにおける刑罰の統一的目的である。」(H. Seidenstücker, "Strafzweck und Norm bei Binding und im Nationalsozialistischen Recht." (1938) S. 45 ff.)

(12) Reichsgesetzblatt. 1933. Teil I. S. 995.

(13) Reichsgesetzblatt. 1934. Teil I. S. 383.

この『命令』のほぼ一年前の一九三三年八月一日、プロイセン政府により制定公布された『プロイセン刑罰執行法並びに恩赦法』(Preußische Gesetzsammlung. 1933. S. 293.) は、第一条において、刑罰執行の目的を次のように規定していた、「刑罰の執行は判決の確定後ただちに行われなければならない。このことは、犯罪に対する効果的な闘争に関する国家の利益、並びに刑事司法の威信から要求されることである。判決が行為の後ただちに宣告され、執行が判決の後でできる限りすみやかに行われることは、刑事司法への信頼を強化する。行為の直後に判決がなされ、判決の直後に刑罰の執行が行われるという危険が、犯罪を行おうと欲する者によって自覚されるならば、犯罪行為以前に第三者を威嚇することの効果はより一層大となる。有罪宣告を受けた者が一般になお教育可能である場合、この者に対する教育的作用もまた、もし行為の後でできる限り時間をおかずに刑罰執行が行われるならば、最大となるであろう。」自由刑の執行の目的につき、第六条が以下の規定をおく、「刑罰の執行によって、受刑者に対しては、彼が、自ら犯した国家法秩序に対する侵害を、厳しい害悪として構成されるべき自由の剝奪によって贖うべきことを、持続的に真摯に自覚せしめなければならない。刑罰の執行により受刑者の中に生み出されるべきものは、犯罪を繰り返した場合、刑罰執行の害悪が再び身にふりかかってくることの畏怖であり、それは、内的教育の不可能な犯罪者にあっても新たな犯罪行為への誘惑が阻止される類のものでなければならない。そのため、目的意識的な規律と秩序の維持、労働と義務の履行の習慣、及び宗教的・道徳的・精神的影響を与える試みが必要とされる。」かかる刑罰の具体的な執行に際し、第九条は、「将来の善行の見込み」のある受刑者、あるいは「自らの全体的な生活態度により秩序ある生活遂行への意欲を持続的に明らかならしめた」受刑者を、その他の受刑者から分離すべきことを定めている。

(14) 立法者が、第三ライヒの末期に至るまで、「贖罪」としての刑罰の本質規定を、基本的に維持し続けたことは、注(1)で紹介した一九四四年五月五日の『戦時特別刑法令の補充のための第五命令』により追加規定された第五条 a の文言からして

- (15) E. Wolf, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 1934. S. 544 f. の『世』の『国民』の『Rietzsch, "Das kommende deutsche Strafrecht. Allgemeine Teil." (1935) S. 119, 138.; E. Mezger, "Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss." (1943) S. 160.; G. Dahm, "Deutsches Recht." (1944) S. 419.
- (16) E. Wolf, a.a.O.; G. Dahm, "Gemeinschaft und Strafrecht." (1935) S. 6 ff.; K. Larenz, Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie. 1935. S. 36 f.; (ed.) H. Frank, "Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht. 2. Teil." (1936) S. 55.; K. Siegert, Deutsche Juristenzeitung. 1936. S. 479. <テーマン等の編集による『民族法典』第一巻は、第五條において以下の規定を設けてゐる。『民族同胞が刑事裁判官により名誉喪失の判決を受けた時、彼が法生活への完全な参加に値しない者と判断される限り、刑事裁判官は、民族共同体における法的身分の剝奪を宣言し得る。』(ed.) J.W. Hedemann / H. Lehmann / W. Siebert, "Volksgesetzbuch. Grundregeln und Buch I." (1942) S. 29.)
- (17) F. Gürtner, "Das neue Strafrecht." S. 29 f. の『国民』の『Rietzsch』の『K. Larenz, a.a.O., S. 36 ff.
- (18) G. Dahm, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. 1935. S. 284. の『国民』の『Rietzsch』の『K. Siegert, a.a.O., S. 478.
- (19) G. Dahm, a.a.O., S. 284 f. の『国民』の『Rietzsch』の『K. Siegert, a.a.O., S. 479.
- (20) G. Dahm, a.a.O., S. 284. の『国民』の『Rietzsch』の『K. Siegert, a.a.O.
- (21) G. Dahm, a.a.O., S. 284 ff.
- (22) G. Dahm, a.a.O., S. 284. の『国民』の『Rietzsch』の『"Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des Preussischen Justizministers." (1933) S. 21.; G. Thierack, "Denkschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht über die Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts." (1934) S. 30.; (ed.) H. Frank, "Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht. 1. Teil." S. 11, 37.; R. Freisler, Deutsche Juristenzeitung. 1935. S. 912.; Barth, Deutsche Rechtspflege. 1936. S. 16 f.; K. Siegert, a.a.O., S. 478.
- (23) G. Dahm, a.a.O., S. 286.; ders., "Gemeinschaft und Strafrecht." S. 9. の『国民』の『Rietzsch』の『"Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des Preussischen Justizministers." S. 31.; G. Thierack, a.a.O.; R. Freisler, a.a.O.; ders., Deutsches Strafrecht. 1939. S. 335.; Rietzsch, a.a.O., S. 119.; K. Larenz, a.a.O., S. 36.; K. Siegert, a.a.O., S. 478.

「追放」という文言は、それが共同体の内にある者を、共同体の外へと放逐することとして理解される響きをもつ限り、この場合の表現としては必ずしも適切なものとはいえないかもしれない。ラレンツは、追放としての刑罰は、「行為者が共同体とともに自己自身の存在の内奥の根柢を侵害し、自己自身を共同体から排除したという事実」を、当の本人に宣言的に確認するものでしかないとする。(K. Larenz, a.a.O., S. 35 f.) 先に紹介した「改正草案」もまた、「ドイツ国籍を有する犯罪者が自己の犯罪行為により永久に民族共同体より自己自身を排除した時 (Hat ein Verbrecher deutscher Staatsgehörigkeit sich durch seine Straftat für immer aus der Volksgemeinschaft ausgeschlossen) 法律の認めた場合において追放を言い渡さなければならぬ」としていた。

- (24) G. Dahm, a.a.O. 同書の見解とついで E. Forstorf, "Der totale Staat." 1. Aufl. (1933) S. 41.
- (25) G. Dahm, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. 1935. S. 287.
- (26) G. Dahm, "Gemeinschaft und Strafrecht." S. 9.
- (27) K. Larenz, a.a.O., S. 37.
- 自由刑の執行に關し、それが「一時的な追放」としての性格をもつ限りにおいて、リーチュは、終身刑の場合をも含め、「行刑上、他の囚人から〔彼らと〕隔離する必要がある」とする。(Rietzsch, a.a.O.)
- (28) (ed.) M. Domarus, "Hitler. Reden und Proklamationen." (1963) S. 1923 f. の「刑罰の執行とついで」"Der großdeutsche Freiheitskampf. Reden A. Hitlers." Bd. 3. (1943) S. 147 f.
- (29) (ed.) H. Boberach, "Richterbriefe." (1975) S. 102 f.
- (30) Sondergericht Breslau. Urt. vom 16. 1. 1940., Deutsche Justiz. 1940. S. 248.
- (31) Volksgerichtshof. 1. Senat. Urt. vom 5. 8. 1943 = 10J17 / 41g 1H194 / 43., Bundesarchiv Koblenz. の「刑罰の執行とついで」 Volksgerichtshof. Urt. vom 13. 12. 1944 = 1-H 357 / 44 9J230 / 44., Bundesarchiv Koblenz.
- (32) H. Seidenstücker, "Strafzweck und Norm bei Binding und im Nationalsozialistischen Recht." S. 46.
- (33) R. Freisler, "Das kommende Strafrecht. Allgemeine Teil." S. 13 f.; ders., Deutsche Juristenzeitung. 1935. S. 911.; ders., Deutsche Justiz. 1935. S. 1251.; ders., Deutsches Strafrecht. 1939. S. 335. 同書の「犯罪とついで」(ed.) H. Frank, "Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht. 1. Teil." S. 23 f.; K. Siegert, Deutsche Juristen-

zeitung. 1936. S. 478.

(34) Urt. vom 25. 7. 1944., W. Wagner, "Der Volksgerichtshof im nationalsozialistischen Staat." (1974) S. 120 f.

(35) 本章二七参照。

(36) H. Nicolai, "Rassengesetzliche Rechtslehre." (1933) S. 44 ff.; E. Forststoff, a.a.O., S. 39.; W. Darré, "Um Blut und Boden." (1941) S. 317.

(37) H. W. Kranz, "Die Gemeinschaftsunfähigen. 1. Teil." (1939) S. 9.

(38) G. Dahm, "Gemeinschaft und Strafrecht." S. 11.; ders., Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. 1935. S. 288.; H. Seidenstücker, a.a.O., S. 51.

(39) G. Dahm, "Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft." (1935) S. 88.

(40) H. Frank, "Nationalsozialistische Strafrechtspolitik." (1938) S. 32.

(41) K. Klee, Deutsches Strafrecht. 1942. S. 69.

(42) 容易に推測しうるように、刑罰観の変化は、民族の統一と団結の維持を、平和時に比べ、より一層強く要求する全体戦争の開始と無関係ではなかった。フライスラーは、一九三九年の或る論文の中で、フューラー自身、「民族の保護に優位を与えた」ことを報告しているし (Deutsches Strafrecht. 1939. S. 332.)、あるいはまた、ライヒ司法大臣は、一九四二年一月一日付けの『裁判官への手紙』において、「戦時における刑罰の目的は、まず第一に民族共同体の保護にある」ことを明確に謳い、「したがって、行為者の個人的事情の過度の斟酌は差し控えなければならない」との指示を与えていた。(H. Boberach, a.a.O., S. 13.) あるいは、一九四三年一月一日付けの『手紙』もまた同様であった、「今日、われわれの刑法の思想と行動の中心にあるのは、民族共同体の保護である。」(A.a.O., S. 55.)

戦争末期、民族裁判所の判決の中に、こうした指導部の要請に応ずる形で、刑罰根拠として、端的に「共同体の保護」が、しかも「贖罪の必要」に先立って挙げられているケースを容易に見出しうる。たとえば、自分の家の中で、「ナチの豚野郎」といった言葉を使って、繰り返し党に対し怒りをぶちまけ、さらに復讐と殺害を口走り、国防力破壊罪の未遂と大逆罪の予備に問われた四〇歳の婦人に対する判決の中で、民族裁判所は次のようにいう、「戦時にあつてかかる人物から生ずる危険は明白である。……ライヒの保護、ならびにわれわれの民族の贖罪の必要が、かような場合、もっとも厳しい刑罰を断

「国憲の意義」(Urt. vom 1. 8. 1944., W. Wagner, a.a.O., S. 129 f.)

- (43) A. Rosenberg, "Der Mythos des 20. Jahrhunderts." (1930 [1939]) S. 580.; R. Kaimmer, "Hochschule für Politik der Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei. Ein Leitfaden." (1933) S. 97.; K. Larenz, a.a.O., S. 40.; H. Seidenstück-er, a.a.O., S. 51.; E. Mezger, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht. 1940. S. 62.; G. Dahm, "Deutsches Recht." S. 419.
- (44) H. Nicolai, a.a.O., S. 18, 46 f. 「国憲の意義と」 R. Kaimmer, a.a.O.
- (45) G. Dahm, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. 1935. S. 286.
- (46) W.G.v. Gleispach, Deutsches Strafrecht. 1941. S. 4.; E. Mezger, a.a.O.
- (47) F. Gürtner, Deutsche Justiz. 1940. S. 3.