

民族共同体と法（七）

—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（『法経研究』第三九卷第三号）

(四) 常習犯罪者と保安処分（本号）

(四) 常習犯罪者と保安処分

「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」として、共同体の統一と団結の保護のため、共

同体から「排除」され、「淘汰」されるべき「種的変質者」は、“Landesverräter”や「民族の害虫」に代表される、「裏切者」に限られはしなかった。「常習犯罪者」、「道德犯罪者」、「少年犯罪者」等、共同体の敵として、たとえ直接共同体の安全、あるいは民族の精神的・世界的な統一と団結の破壊を目的とするものではないにせよ、主として自己の内面的な「犯罪的性向 (Hang)」——それが遺伝的な原因によるものであれ、あるいは、習慣等後天的な原因によるものであれ——にもとづいて民族同胞に危害を加え、多くの場合、刑罰が効果をもたず、あるいはそもそも刑罰を科しえず、その結果、同種の犯罪を繰り返し、共同体の厄介となるだけでなく、法秩序および政治指導部に対する民族同胞の信頼を脅かし、ひいては結果として共同体の統一と団結を破壊しかねない彼らもまた、奉仕と自己犠牲を民族同胞の「血」に根ざしたドイツ人としての本性的義務であるとする共同体の中にあつて、「種的変質者」のもう一つの、おそらくは量的にはより重要な類型であつたにちがいない。そして、民族の裏切者に劣らず、常習犯罪者に代表されるこれら犯罪者から共同体をいかに効果的に保護するかが、新たな立法者にとって緊急に解決を要するもう一つの重要な課題となつたことはいうまでもない。

一九三三年一月二四日、ライヒ政府の手により制定され、翌年一月一日から実施された『危険な常習犯罪者に対する法律、並びに保安及び矯正処分に関する法律』⁽¹⁾は、そのための最初の立法措置であつた。「有責的行為に対する処罰の中に、将来の刑法のすべての課題を見ることは許されえないことである」、このリーチュの言葉の中に、新たな『法律』の基本精神・出発点が端的に表現されているといつて過言でない。彼は続けていう、「行為者が自己の不法を贖罪し、将来的に正しい行いをすべく導かれるというだけでは十分ではない。公益を私益に優先させるべき法秩序にとって、侵害された法秩序の再建、行為者の善導とならんで、あるいはそれ以上に重要なことは、刑法にとっての一つの新たな課題、即ち、民族共同体の維持・保全を実現することである。無罪判決を言い渡された精神病者が、すぐさま釈放され、再び

新たな災いを惹き起こすことが可能となったり、あるいは、子供に対し暴行を加えるといった忌まわしい性癖を払拭しきれない道徳犯罪者が、刑期を終えた後ただちに新たな犠牲者として罪もない子供を物色しようとしたり、押し込み強盗を職業とする者が、刑務所を出た後、有能な警察官により逮捕されるまで、次々と新たな『仕事』を行ったりすることが許されるならば、それは民族共同体の利益と合致しうるものではない。むしろ、民族共同体は、自己を共同体に接合しようとする人間に対し、自らの権利を主張しなければならぬ。……警察が彼を逮捕することに成功するまで、自己の犯罪的性向のままに生き、全体を犠牲にする権利は誰にも許されるものではない。むしろ、彼らの存在が共同体にとって危険なものである限り、これまで彼らが悪用してきた権利や利益を、民族共同体が奪いとったとしても、彼らは不平を言える筋合いのものではない。刑法典は、それ故、「行為者の責任の存在を前提とし、かつ当該行為に対する応報としての」刑罰とならんで、「将来の犯罪行為を予防するため、行為者のもつ危険性に則した」保安および矯正の処分を予め備えなければならぬ⁽²⁾。」

「刑罰一元主義」の立場から、犯罪および犯罪者に対する闘争手段としてただ「刑罰」しか知らず、そのため、一方で、明白にそのことが予見できる場合であれ、犯罪行為の発生を手を拱いて待たなければならず、他方で、刑罰が効果を發揮しない、あるいは刑罰を科しえない犯罪分枝に対し、共同体保護の観点から、何ら有効な対抗策をとりえなかつた従来の『刑法典』のもつ「明白な欠缺を補充」し、かつ「共同体を害する犯罪および犯罪者に対する有効な闘争のための法律的根拠の設置を求める緊急に差し迫った要請」に⁽³⁾ 応えるべく、新たに「二元主義」の原則をはじめて『刑法典』に導入した『法律』は、まず、「危険な常習犯罪者」に対する闘争手段として、刑事司法に対し、二つの手段を新たに提示するに至った。即ち、第二〇条aにおける「刑罰の加重」と、第四二条eにおける「保安監置」がそれである。

「既に二回有罪の確定判決を受けた者が、新たな故意行為により、自由刑に処せられることとなり、かつ、諸行為の

全体的評価の結果、危険な常習犯罪者であることが明らかとなった場合、新たな行為に対し、より重き刑罰が定められていない限り、五年以下の重懲役を科し、また新たな行為が、右の刑罰の加重なくしても重罪である時、一五年以下の重懲役を科さなければならぬ。刑罰の加重は、過去の二回の有罪判決が、重罪または故意による軽罪を理由として宣告され、かついずれの有罪判決においても、死刑、重懲役、あるいは六カ月以上の軽懲役が科せられたものであることを前提とする。」これが、第二〇条a第一項であった。この第一項が、「二回の有罪の確定判決」を前提としていたのに対し、「多くの実例が示しているように、常習犯罪者が何年にもわたって法の網をくぐり抜け、悪行を繰り返すということとは珍しいことではない。前に有罪判決により警告を与えられなかったというだけで、かかる犯罪者に対する無害化の手段を差し控えなければならぬとすることは、国家の安全と合致するものではない」との観点から、『法律』は、第二項として、以下の項目を追加、即ち、「少くとも三回の故意行為を行い、かつ諸行為の全体的評価の結果、行為者が危険な常習犯罪者であることが明らかとなった場合、裁判所は、第一項に挙げられたその他の前提が充足されなくとも、個々の行為に対し同様に刑罰を加重することができる。」⁽⁵⁾

それでは、「常習犯罪者」とはいかなる犯罪者をいうのか。『法律』自体は何も語っていない。しかしながら、これが、消極的には、いわゆる「機会犯罪者」、即ち、「それまで非の打ちどころのない生活を送りながら、激情にかられ、あるいは万やむをえない状況のため、自己の本来の性質とは無縁な可罰的行為を犯すに至り、それが彼の人生の悔やみ切れない一挿話をなす」⁽⁶⁾、そうした犯罪者から区別されるものであったことはいうまでもないであろう。ライヒ裁判所は、フォン・リスト以来周知となった、かかる区別を前提としながら、さらに、常習犯罪者を積極的に次のように定義する、「性格的な素質にもとづき、あるいは習慣的行為により後天的に獲得された内面的性向にもとづき、繰り返す犯罪を行い、かつまた繰り返す犯罪を行う傾向をもつ人格をいう」と⁽⁷⁾。

しかし、行為者は、ただ単に常習犯罪者であるというだけでなく、さらに「危険」な常習犯罪者でなければならなかった。この点に関し、客観的立場から、常習犯罪者であることがただちに「危険」な常習犯罪者であることを意味するとの見解が成り立ちえないわけではなかったが、ライヒ裁判所は、「再犯の可能性の存在だけでは不十分である」との立場を採用、即ち、「この危険は特別な程度において存在しなければならぬ。つまり、再犯の危険性がとりわけ明白でなければならぬ。単なる可能性というだけでなく、犯罪行為の繰り返し、ならびに、そこで示された犯罪的意思の執拗さ、強さに鑑み、彼が今後も有するであろう犯罪的性向により、将来もまた犯罪を繰り返し、法的平和の重大な破壊をもたらすにちがいないとの一定の蓋然性が証明されなければならない。そのため、彼が、将来、重大な法益を侵害し、あるいは、危険の特別な程度を意味する犯罪的手段を使用し、あるいは、同様の犯罪的力を発揮し、その結果、法的平和にとって特別な危険を生じさせるであろうとの推測のための確かな根拠が必要となる。」⁽⁸⁾

こうした「危険性」についてはともかく、刑罰の存在根拠、あるいは加重根拠として、「常習性」の概念を、従来の『刑法典』が知らなかったわけではない。たとえば、貨幣の裁断、磨削、その他の方法において価値を減じられた貨幣を、「常習的に価値の完全な貨幣として流通させた者」に対し軽懲役を規定した第一五〇条、あるいは、「常習的に贓物故買を行った者」に対し一〇年以下の重懲役を規定した第二六〇条がそうであった。しかし、「両者の相異は誰の眼にも明白である」とライヒ裁判所はいう、「従来の刑法においては、常習性は、犯罪行為の実行と結びついていたのに対し、常習犯罪者の場合、行為者の人格と結びついている。それ故、従来の刑法が常習性という概念を用いる場合、このメルクマーは、もっぱら犯罪行為の実行から導き出されるのに対し、新たな条項にあっては、それは、行為者の人格と結びついている。したがって、常習性の原因は、犯罪行為の実行の中に存在する必要はない。『常習性』という概念は、犯罪者の内的本質の傾向、一つの心的状態を意味するものであり、……繰り返しへの性向により特徴づけられる。……それ故、

常習犯罪者は人格である。⁽⁹⁾もはや明らかであろう。行為者が、加重された刑罰非難を受けるのは、繰り返し犯罪を行ったからではなく、そのことにより、彼が、自らの人格的本性にてらし、「危険な常習犯罪者である」ことを明らかならしめたからに他ならなかった。「罰せられるべきは、行為ではなく、行為者である」、ここでもまた、行為は、行為者の犯罪人格の単なる徴表としての意味をもつものでしかなかった。

もつとも、同じように「行為者人格」が刑法評価の対象とされながら、危険な常習犯罪者が、前々節で紹介した“*Lan-desverräter*”や「民族の害虫」等とは異なる行為者類型に属するものであったことは、メツガーやダームが指摘する通りであった。後者の場合、「忠誠義務違反」の中に犯罪の規定的本質が求められ、その結果、行為者の全体人格に対する刑法的評価が不可欠であるとされたところから明らかのように、行為者類型の想定は、民族共同体の存在、およびそこから生ずるすべての民族同胞に対する規範的要請、即ち、「共同体への忠誠」を抜きにしては考えられないものであった。その限り、これらの類型が、「規範的行為者類型」、「社会的行為者類型」、あるいは、有責的な構成要件の実現が原則として行為者の当該行為者類型への該当を意味するものとされたところから、「構成要件的行為者類型」の名で呼ばれるべきものであったのに対し、「危険な常習犯罪者」は、刑法的、犯罪学的に明らかにこれらとは異なる内容と性格を持つ類型であったといわねばならない。それというのも、ここでの刑法非難の眼目は、共同体に対する忠誠義務違反にあったわけではなかったのだから。むしろ、一九世紀の末以来、自然科学の影響の下、一般に知られるに至ったいわゆる「犯罪学的行為者類型」こそが問題であったのだ。行為者は、忠誠義務違反の故ではなく、「犯罪学的」な“*So-Sein*”（この場合は、「犯罪への性向」を理由に、刑罰威嚇の対象とされることになる。ライヒ裁判所が、単なる構成要件の充足だけでなく、より積極的な形で、「行為のそれぞれが、行為者の犯罪的本質、犯罪への性向、つまりは、たえず新たに犯罪活動への興味を生じさせ、それにより繰り返し犯罪を行わせしめる、そうした行為者の人格の中に根ざした内的な犯罪

的態度の表現であり、結果であることが明らかにされなければならない⁽¹¹⁾との見解を明らかにしたことは、単に『法律』が「諸行為の全体的評価」を求めていたからだけではなかつたにちがいない。犯罪的性向が「行為者の人格を構成し、人格の核をなし、人格の構造を規定し」、その結果、繰り返された犯罪行為が、「いかにも当人の人格にてらし、彼にとつてふさわしい、まさに彼ならば」といえるものでなければならなかつたのである。⁽¹²⁾ いずれにせよ、問題の中心が、行為者の「犯罪学的な人格的本性のあり様 (So-Sein)」それ自体にあり、かつ、行為者の「犯罪人格」それ自体が、加重された刑罰非難の根拠であつたことにつき、疑問の余地はなかつた。⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾

共同体保護の観点から見た場合、刑罰威嚇の加重の目的が、執拗な再犯への傾向を抑圧し、共同体の安全を保護することにあつたことは改めて説明するまでもないにせよ、かかる加重された刑罰によつても、常習犯罪者のもつ危険から共同体を完全に保護しうるかは疑問であつた。それというのも、多くの場合自己の内面的性向にもとづいて犯罪を繰り返すとされる彼らにあつて、刑罰威嚇が有効な働きをすることは一般に期待しえないことであつたにもかかわらず、加重された刑罰といえども、それが時間的に制限されたものである限り、たとえどれほど共同体にとつて危険な常習犯罪者であれ、所定の刑期を終了しさえすれば、再び共同体に舞い戻ることが許され、その結果、手にした自由を彼らが再び新たな犯罪のために悪用しないという保障はどこにも存在しなかつたのだから。⁽¹⁵⁾ 終身刑、あるいは死刑の宣告が、唯一有効な対抗手段として考えられるかもしれない。しかし、曲がりなりにも、一切の刑罰は犯された犯罪行為に対する応報であり贖罪でなければならぬとの原則をあくまで維持しようとする限り、両者の間に均衡が保たれるわずかな場合を除き、一般的にはそうした手段をとることは不可能であつたといわざるをえない。そのため、『法律』は、第四二条 e において、『刑法典』の中に初めて「保安処分」の措置を導入、即ち、「第二〇条 a により危険な常習犯罪者として有罪宣告を受けた者につき、公の安全がそのことを必要とする場合、裁判所は、刑罰とあわせて保安監置を命ずる。⁽¹⁶⁾」保安

監置の根拠と目的は、明らかに刑罰のそれとは異なるものであった。即ち、過去の有責的行為に対する贖罪ではなく、「刑罰によっては改善不可能な」、「変質し、あるいは墮落した」行為者の内面的性向に由来する、「共同体に対する現在する慢性的危険」からの共同体の保護がそれであった。⁽¹⁷⁾「保安監置は、有罪の言い渡しを受けた者、自由刑の執行により自己の行為を贖罪した後、これを監置し、無害化することにより、更なる可罰的行為から民族共同体を保護することを目的とするものである」、一九三四年五月一四日の『自由刑の執行、並びに自由剝奪を伴った保安及び矯正処分の執行に関する命令』⁽¹⁸⁾第三章第一六条はそのようにいう、「監置の絶対的に確實であることと逃走の防止の目標は、本人の特別な危険性を考慮し、容赦なくこれを遂行しなければならない。」この監置の期間は、共同体の保護が要求する限り、無制限であるとされた。第四二条fは規定する、「收容はその目的の必要とする間継続する。……保安監置には期間の制限はない。」ただし、同時に、收容の継続に関し以下の制限が設けられている、「右の処分にあつては、裁判所は、一定の期間の経過以前に、その都度、收容の目的が達成せられたか否かを決定しなければならない。……この期間は三年とする。審査の結果、收容の目的が達成せられたと認められた場合には、裁判所は被收容者の釈放を命じなければならない。⁽¹⁹⁾しかし、第四二条hの規定による限り、この釈放もまた、「收容の条件付停止」でしかなかった。「被釈放者が釈放後の自らの行態により、処分の目的上、新たな收容の必要性を明らかならしめ、かつ処分の執行がいまだ時効にかからない場合、裁判所は釈放を取り消す。⁽²⁰⁾」

これは、まさしく、「公益は私益に優先する」とのナチズムの根本思想の具体化に他ならなかった。既に自己の犯した罪の償いを終えているにもかかわらず、また、いまだ具体的な犯罪行為を行っていないにもかかわらず、ただ共同体の安全の保護を目的に、再犯の「蓋然性」さえ認められれば、「危険な常習犯罪者」は、「自由の剝奪」、それも共同体が必要とする限り、一生涯そうした状況におかれることとなったのだから。「こうした処分が、刑罰とならんで、あるいは刑

罰をこえて、行為者に加えられる一つの悪であることを、われわれは十分承知するものである」とフライスラーはいう、「しかし、われわれがかかる処分を執行するのは、われわれの国家が、真面目な、そして法律に忠実な民族同胞を、共同体に自己を組み入れようとしなない犯罪者から保護することを断固決意したからであり、また、正義の観点からして、共同体のために犠牲に捧げられるべきは、真面目な民族同胞ではなく、共同体にとって危険の震源となる当の者に他ならないからである。⁽²¹⁾」

「危険な党習犯罪者」同様、彼自身の有する犯罪的人格の故に、その存在自体が共同体の安全にとって大きな脅威となるにもかかわらず、刑罰を科しえないか、あるいは不十分な刑罰しか科しえない「責任無能力者」および「限定責任能力者」に対し、『法律』は、第四二条bにおいて、新たに保安処分の一つとして「療養所または看護所への収容」を規定。『刑法典』が、従来、責任主義の立場から、第五一条において、犯行当時、行為者が、「意識喪失」、あるいは「精神作用の病的障害」により、「自由な意思決定の能力」を欠いていた場合、「可罰的行為は存在せず」とするだけで、放免後ただちに新たな犯罪行為を行うおそれのある精神病者等の有害な犯罪分枝から、共同体の安全を保護するための何らの措置の可能性も裁判官に与えていなかったのに対し、『法律』は、まず第五一条に大幅な修正を追加、「責任無能力」の範囲を拡大するとともに、従来明文の規定が存在しなかった「限定責任能力」に関する条項を新たに設けた上で、「民族共同体の保護」と、「責任無能力者」および「限定責任能力者」に対する「治療」ならびに彼らの「法律に適い秩序ある生活への矯正」⁽²³⁾を目的に、第四二条bにおいて、「公の安全がそのことを要求する場合」、「行為者の全人格の評価」にもとづき、⁽²⁴⁾「責任無能力者」に対しては、刑罰に代わって、また、「限定責任能力者」に対しては、刑罰とあわせて、「期間の制限なく」、「療養所または看護所への収容を命じる」こととした。

「刑事統計の示す通り、一般に可罰的行為を行う傾向を有し、そのためしばしば民族共同体にとって恒常的な危険の

淵源をなす⁽²⁵⁾」にもかかわらず、これまで「責任無能力」、あるいは「限定責任能力」の故に、刑罰を免れ、あるいは軽減されてきた「アルコール飲用者」および「麻酔剤飲用者」につき、『法律』は、裁判官に対し、新たに刑罰の執行と保安処分の実行という二つの闘争手段を提供。即ち、「故意または過失にもとづき、アルコール飲料またはその他の麻酔剤を飲用することにより、責任能力（第五条第一項）を阻却する酩酊状態に自己をおいた者、かかる状態において刑罰をもって威嚇された行為を行った場合、二年以下の軽懲役または罰金に処す」、これが第三三〇条aの規定であった。さらに、第四二条cは、「完全酩酊」の故に第三三〇条aにより有罪を宣告された者を含め、その他、「アルコール飲料またはその他の麻酔剤を常習的に過度に摂取する者が、酩酊中に行った重罪または軽罪、あるいはかかる常習と原因結果の関係にある重罪または軽罪の故に有罪を言い渡された」場合、「本人をして、法律に適い秩序ある生活に習熟させる」とを目的に、「裁判所は、必要な場合、酒癖者矯正所または禁断療法所への収容を刑罰とあわせて命ずる」ものと規定。

「浮浪者」、「乞食」、「常習営利淫行者」、「労働忌避者」等、一般に「消極的受動的な内面的性向」により特徴づけられ、生活への意欲を欠き、自らのパンを名誉ある労働によって得ようとする傾向にきわめて乏しく、そのため、常習犯罪者のようにとりわけて「社会に対し敵対的な人物 (Antisoziale)」ではないにせよ、しかし、「共同体にとって厄介で負担となる存在」であるともみなされたいわゆる「反社会的人物 (Asoziale)」⁽²⁶⁾に対しては、『刑典』が、従来、第三六一条において、一定の条件の下に彼らの行為に対し「拘留」を規定するとともに、第三六二条において、裁判所に、刑罰の言い渡しと同時に、刑の終了後のラント警察官庁への「付託」を選択的に許可、警察官庁は、「二年以下の期間労働留置所へ収容し、または公益的労働に使用する権限を有する」としてきたが、これに対し、『法律』は、第四二条dにおいて、「労働を強制し、かつ法律に適い秩序ある生活に習熟せしめる」ことを目的に、裁判所に直接保安処分措置の実行を許可、「裁判所は、必要な場合、刑罰とあわせて、労働留置所への収容を命ずる。……労働不能者は、これをアジ---

ルへ収容することができる。」さらに、第四二条 f において、これらの収容を二段階に分けて行うものとした。即ち、主として「矯正」を目的とする二年以下の収容、およびこの収容が十分な効果を發揮しなかつた場合の、主として「共同体の保護のための反社会的人物の隔離」を目的とする、場合によっては生涯継続するところの収容がそれであった。⁽²⁸⁾

「病的、または変質的性衝動」⁽²⁹⁾により性犯罪を繰り返す、「危険な道德犯罪者」につき、彼らのもつ「性衝動」を無害化ならしめることにより、行為者の更なる道德犯罪から共同体を保護することを目的に、『法律』は、第四二条 k において、以下の三つの場合につき、「裁判所は、判決当時、満二二歳以上に達した男性に対し、刑罰とあわせて、去勢を命ずることができる」と規定。即ち、「強制猥褻、凌辱、小児に対する猥褻、強姦（第一七六条ないし第一七八条）、あるいは性衝動の刺激または満足のために行われた公然の猥褻行為または身体傷害に関する軽罪または重罪（第一八三条、第二二三条ないし第二二六条）の故に、六カ月以上の自由刑の言い渡しを受けた者にして、既に一度同一の行為により自由刑の確定判決を受けたことがあり、かつ、行為の全体的評価の結果、危険な道德犯罪者であることが明白となった」場合、「少くとも二種類以上の行為により、一年以上の自由刑の言い渡しを受け、たとえ同様の行為によりいまだ有罪の言い渡しを受けざるも、行為の全体的評価の結果、危険な道德犯罪者であることが明白となった」場合、「性衝動の刺激または満足のために行われた謀殺（第二二一条ないし第二二五条）の故に、有罪の言い渡しを受けた」場合がそれであった。⁽³¹⁾

「保安監置」から始まり、「去勢」に至るこれら一連の保安処分の目的が、「行為者の犯罪人格」に定位し、行為者の危険性の態様に応じた形で、彼らのもつ将来的な危険を「無害化」ならしめ、それにより、「民族共同体の安全を保護する」ことにあつたことは、ライヒ司法大臣の司法当局に宛てた一九三八年三月三日付けの『回状』が冒頭において改めて確認している通りであつた、即ち、「法律の目的は、時宜を得た保安および矯正処分により、行為者の人格にてらし予

見されうる重大な犯罪行為に対抗し、真面目な民族同胞の共同体を保護することにある。⁽³²⁾しかし、当時、刑法学、犯罪学、あるいは人種学の領域において、保安処分の対象となる犯罪分枝のもつ“*So-Sein*”の原因を、一般に彼らの「遺伝的変質」の中に求めようとする見解が支配的であった限りにおいて、保安処分は、同時に、まったく新たな意味と機能を獲得することになる。たとえば、ライヒ司法大臣の先の『回状』は、危険な常習犯罪者に対する保安監置の処分につき、以下の指示を与えていた、「犯罪者の犯行が、改善不可能な遺伝的性格特性にもとづいて行われた場合、その者の存在は、通例、民族共同体にとって恒常的な危険を意味するものとなる。それ故、このようなケースにあつては、保安監置は原則として終身のものとする。⁽³⁴⁾」むろん、「共同体にとって恒常的な危険」が、ここでは、何よりもまず、犯罪的なそれの意味するものであつたことはいうまでもない。しかし、『理由書』が、「保安処分の適用を受けるべき者の大多数は、民族にとって負担となる劣等な子孫を残すことによつても民族共同体にとって危険な存在となる」としていたところからも明らかなように、「危険」は同時に「人種生物学」的なそれをも含むものであつたといわざるをえない。その限り、危険な常習犯罪者の終身の監置は、単に更なる犯罪からの共同体の保護だけでなく、それと同時に、「追放」、つまり、“*Landesverräter*”や「民族の害虫」等、北方人としての種的特性を喪失した「裏切者」に対し刑罰として科せられたあの「追放」と、結果的に、同じ意味と機能をもつものであつたといわねばならない。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」という人種生物学的な意味と機能がそれであつた。同様のことは、その收容が終身に及ぶ可能性をもつ、「責任無能力者」、「限定責任能力者」に対する「療養所または看護所への收容」、「反社会的人物」に対する「労働留置所またはアジールへの收容」、さらにはより端的な形で、「危険な道德犯罪者」に対する「去勢」についても妥当するにちがひなかつた。

もつとも、『理由書』は、「遺伝病を有する犯罪者から生まれる劣等な子孫から、民族全体を保護する課題は、優生学

の領域に属するものであり、刑法のそれではない」ことを明確に指摘していたし、ライヒ裁判所もまた、保安処分を人種衛生的な目的のために利用することを、『法律』の本来の趣旨からはずれるものとして拒否していた。⁽³⁵⁾しかし、たとえそうであったにせよ、それは、保安処分の主たる目的ではなかったというだけにすぎない。保安処分が結果として右に挙げた機能を営むことは、これまた否定しえないところであったのだから。グライスパツハは、既に、一九三二年のIKVの会議の報告の中で、「新たな運動が保安処分に反対の立場をとると見ることはまったく誤ったことである」とした上で、この処分導入の根拠に関連し、次のような見解を明らかにしていた、即ち、「有害者を民族共同体から排除し、その他、生殖の可能性を彼らから剝奪することが問題となる場合、これらの手段をとることを何ら躊躇するものではない。⁽³⁶⁾あるいは、シェーフアー等による『法律』の注釈は、「望ましくない子孫の誕生の防止」を、明確に保安監置の処分の「目的の一つである⁽³⁷⁾」と位置づけ、また去勢についても、「なるほど、「ライヒ裁判所がいうように」人種生物学的目的は去勢が命じられるための独立の根拠とはなりえないものの、しかし、それは、「『遺伝病的子孫の防止に関する法律』等により今日実施されている」計画的な人種衛生的措置を望ましい仕方⁽³⁸⁾で補完する機能をもつものである」とをばつきりと確認していた。いづれにせよ、保安処分が、「改善不可能な変質・墮落した犯罪者の後を継ぐべき子孫の孵卵所を干上がらせること」⁽³⁹⁾によっても、犯罪に対する闘争に貢献するものであるとの見解は、多くの刑法学者、人種衛生学者に共通のものであった。その後の事態の展開、たとえば一九三七年一月三〇日のライヒ司法大臣の『回状』⁽⁴⁰⁾が、「囚人の遺传的素質等の計画的調査」の遂行と、「その調査結果の刑事司法への利用」を目的に、「犯罪生物学的調査のための機関の設置」を命令、その調査対象として、少年犯罪者等とならんで、「保安および矯正、あるいは去勢の処分を言い渡された者」を挙げたこと、あるいは一九三九年五月二四日のライヒ内務大臣の『回状』⁽⁴¹⁾が、一九三九年七月一日にライヒ刑事警察局に設置される「青少年犯罪に対する闘争のためのライヒ中央機関」の任務として、「犯罪への遺伝

的素因を有する小児及び青少年に対する刑事警察による監視」を挙げ、「この意味において、先ず第一に対象とされるべきは職業犯罪者および常習犯罪者の子孫である」としていた事等をあわせ考えるならば、『法律』の中に、「犯罪、および犯罪者に対する生物学的闘争の開始⁽⁴²⁾」を見い出したとして、決して的外れではなかったにちがいない。現にシュヴァルツとノアックは、『第三ライヒの立法』の中で、「自己の民族を劣等な諸人種から隔離することにより、また、自己の人種の劣等な要素、墮落した要素を選択淘汰することにより、人種、即ち、血の共同体を可能な限り、改善し、かつ純化する」ことが、新たな政治指導部の課題であるとした上で、「望ましからざる分岐の淘汰のための第一歩が以下の法律により踏み出された」として、『帰化の取り消しと国籍剝奪に関する法律⁽⁴³⁾』、『遺伝病的子孫の防止のための法律⁽⁴⁴⁾』とならんで、この『常習犯罪者法⁽⁴⁵⁾』を挙げていた。

一九三三年一月二四日の『法律』により口火を切られた犯罪学的“*So-Sein*”に対する「人種生物学的闘争」は、大戦中、いわゆる「戦時刑法」の一貫として制定された一連の法律・命令の中で決定的な展開を遂げることになる。即ち、「少年重大犯罪者」を中心とする少年犯罪者に関する一九三九年一〇月四日、一九四一年九月一〇日の二つの『命令』と一九四三年一月六日の『法律』、「危険な常習犯罪者」および「道徳犯罪者」に関する一九四一年九月四日の『改正法』がそれであった。

一九三九年一〇月四日の『重大少年犯罪者に対する保護の命令⁽⁴⁶⁾』は、第一条第一項において、「犯行の際一六歳以上の少年」に対し、検察官は、「成人に対する公判及び決定につき管轄権を有する裁判所に対しても控訴を提起することができる」ものとし、第二項において、かかる場合、裁判所は、「行為者が、当人の精神的道徳的発達にてらし、一八歳以上の者と同一視され、かつ犯行に際し明らかにされた特別に非難すべき犯罪的心性、または民族の保護がそのことを要求する場合、成人に対し定められた刑罰、ならびに保安および矯正の処分を科す」ものと規定。一九四一年九月一〇日の

『少年に対する不定期刑の宣告に関する命令』⁽⁴⁷⁾は、第一条第一項において、少年の犯した行為につき、「九カ月以上の軽懲役が求められ、かつ、刑の執行中に行われる教育によって当人を再び民族共同体の中に組み入れることが可能となるために必要な刑罰期間が、行為の中に現れた少年の有害な傾向の故に、予め決定しえない場合、裁判官は不定期の軽懲役を科す」との規定。さらに、一九四三年一月六日、「少年法の簡素化と統一化」を目的に、「フューラーの特別授權」にもとづき、ライヒ司法大臣は『少年刑法命令』⁽⁴⁸⁾を制定、これにより一九二三年の『ライヒ少年裁判所法』が全面的に改正されるに至った。「一四歳以上一八歳未満」の「ドイツ人少年」⁽⁴⁹⁾を対象に、『命令』は、彼らの犯行に対し、「刑罰（少年軽懲役）」と「懲戒手段（少年拘禁）」を科すことができるとした上で、第四条第二項において、刑罰を科しうる場合として以下の場合を挙げた、「裁判官は、責任の重大性の故に、または行為の中に現れた少年の有害な傾向の故に、民族共同体の保護の必要性ならびに贖罪の要求が、刑罰を求める場合、少年軽懲役を科す。」「少年重大犯罪者」に関しては、第二〇条が以下の規定をおいた、即ち、「少年が、行為の当時、道徳的精神的な発達において、一八歳以上の行為者と同一視せられうる場合、裁判官は、健全な民族感情が行為者の特別に非難すべき心情の故に、また行為の重大性の故に、そのことを要求する場合、通常の刑法を適用する」、これが第一項の場合であった。さらに第二項はいう、「少年が、行為の当時、当人の道徳的精神的発達にてらし、いまだ成人と同一視せられえないものの、当人の人格及び行為の全体的評価によつて、少年が性格的に変質した重大犯罪者であることが明らかにされ、かつ民族の保護がそのことを要求する場合、また同様である。」これにより、従来、一九三九年の『命令』に関して投げかけられた疑問、つまり、「異常な早熟の故に成人と同一視されうる少年を対象とする」結果、「一八歳の平均人に達してはいないが、しかし、当人の人格発達からして既に成長が終わり、今後一般成人の精神的道徳的水準への到達を期待しえない」、おそらくは共同体にとつてもつとも危険な少年犯罪者に対する適用が不可能となるのではないかとの批判が完全⁽⁵⁰⁾に解消されるに至った。行

為者が一四歳未満である場合の取り扱いについては、第三条第二項がこれを規定、原則として「刑事責任は存在しない」としながらも、行為者が行為の当時一二歳以上であり、かつ「非行の重大性の故に、民族の保護が刑法上の処罰を要求する場合、少年と同様の責任を追求される」ものとした。

既に一九三三年の『法律』により、刑罰が加重され、あるいは保安処分が定められた「危険な常習犯罪者」に関しても、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』⁽⁵¹⁾は、彼らに対し新たにもっとも厳格な刑罰を規定するとともに、同様の刑罰威嚇の対象として「道德犯罪者」⁽⁵²⁾という新たな行為者類型を導入、即ち、「危険な常習犯罪者（第二〇条a）および道德犯罪者（第一七六条ないし第一七八条）は、民族共同体の保護または正当な贖罪の要求がそのことを必要とする場合、死刑に処す。」

「危険な常習犯罪者」および「道德犯罪者」に対するこうした厳しい刑罰威嚇が、少年犯罪者、とりわけ「少年重大犯罪者」に対する厳格な措置を含め、一九三九年九月一日の全体戦争の開始と無関係でなかったことはいうまでもない。ヒトラーはいう、「われわれの民族の最善の同胞が前線に投入され、自己の生命を犠牲にするこの戦時にあつて、犯罪者が共同体の中で存在を許される場はどこにも存在しない。……とりわけ、いかなる常習犯罪者といえども、新たな犯罪を行うことにより、この戦争から逃れることができるなどといった甘い考えをもつべきではない。前線で真面目な民族同胞が死ぬこの時代、彼らを国内で生きながらえさせる理由などどこにも存在しない。」⁽⁵³⁾かかる「民族の害虫、国内戦線の第一級の怠業者」⁽⁵⁴⁾とみなされた常習犯罪者等から共同体を保護するためのもっとも効果的な闘争武器として裁判官の手に与えられたのが、『改正法』であり、『少年刑法命令』であったのだ。

むしろ、厳格な刑罰威嚇だけではなかった。これらの法律・命令の中に容易に見い出すことができるより重要な特徴は、犯罪学的“So-Sein”に定位した「行為者刑法」のより一層の具体化・鮮明化であったにちがいない。⁽⁵⁵⁾「一九三九年一

○月四日の『命令』の根本思想は、従来の『少年裁判所法』に定める年齢制限の一般的な引き上げにあつたのではない」とライヒ裁判所はいう、「むしろ、『行為者類型』の提示、即ち、特別に非難すべき犯罪的心情を暴露し、『その額にやがて成人した時に反社会的人物となるであろうことが書き込まれている』（フライスラー）早熟の少年犯罪者という類型の提示が問題であつたのだ。⁽⁵⁶⁾」一九四三年の『法律』の場合も同様であつた。第二〇条の文言から明らかのように、少年は彼が犯したあれこれの「行為」の故にではなく、「早熟の犯罪者」であること、あるいは「性格的に変質した重大犯罪者」であることを理由に、「重大少年犯罪者」として一般刑法の適用を受ける。むしろ第一項が一八歳以上の成人と同一視の条件の一つとして、明確に、「行為者の特別に非難すべき心情」とならんで「重大な行為」を挙げていたように、行為が意味をもたなかつたわけではない。しかし、それはあくまで付随的な条件でしかなかつた。立法者にとって「『行為者』の犯罪人格が決定的であつた⁽⁵⁷⁾」ことは、第二八条が、少年犯罪者一般につき、「彼の精神的、心的、肉体的特徴の評価」を目的に、手続きの開始後、可能な限り、「彼の生活状況、家族状況、生活史、民族共同体および少年共同体での行態、その他一切の事情」の調査を求め、「とりわけ当該被疑者が重大少年犯罪者であるか否か」につき、「犯罪生物学の知識をもつた小児科医師による調査が、また観察に必要な場合には、適当な施設への収容が行われうる」としていたところからしても明らかであつた。

「人は何を行つたかによつてではなく、その人が何であるかによつて罰せられる」、一九四一年九月四日の『改正法』もまたこうした思想の一つの具体化に他ならなかつた。⁽⁵⁸⁾ いやそればかりか、先の『少年法』以上に、この『改正法』の中に、もつとも典型的な形で右の思想を見出しうるといつて過言ではない。ここでは、文字通りただ特定の行為者類型——「危険な常習犯罪者」、⁽⁵⁹⁾「道徳犯罪者」——だけが挙げられていたのだから。「行為についての言及は、少くとも法文上からする限り、一切存在しない。それは、同じように行為者の反共同体的人格を刑罰威嚇の対象としながらも、「行

為の全体的評価」をその出発点においた一九三三年の『常習犯罪者法』とも異なるものであった。ティーマンがいうように、「今やただまったく行為者だけが問題であった」⁽⁵⁹⁾のだ。『法律』が規定する唯一の刑罰としての「死刑」は、まさしくそのことの表現であり結果に他ならなかったにちがいない。それというのも、「処罰の対象が、行為者の人格であり、個々の行為でないとするならば、必然的にただ一つの刑罰のみが宣告されうる」のは自明のことであったのだから。⁽⁶⁰⁾

それでは、ただ一つの刑罰の宣告の対象として、行為者の「何」が問題とされるべきであったのか。ライヒ裁判所の言葉を借りていうならば、「生き続けることが共同体にとって厄介となり負担となる行為者の犯罪人格」がそれであった。⁽⁶¹⁾それも、後継子孫への影響という点から考えれば、後天的に獲得された内面的性向ではなく、むしろ、『ライヒ少年裁判所法』がいうところの「性格的に変質した重大犯罪者」に端的に表現されているような、当該行為者の犯罪人格を構成し、墮落した人生を運命づける、遺伝的に制約された「劣等性(Minderwertigkeit)」⁽⁶²⁾そのものがより重要な問題であったことはまちがいない。かかる「劣等性」は単なる「種」の内部での逸脱を意味するものではないとメツガーはいう、むしろ、その当の者を通常「精神病質者(Psychopath)」の名で呼ぶところの「種」からの逸脱、即ち、犯罪人格を構成する、文字通りの意味での「種的変質」⁽⁶³⁾がその本質を規定する。したがってまた、「劣等性」は明らかに「危険性(Gefährlichkeit)」とは異なる概念であった。危険性が、行為者の犯罪人格から生まれる共同体の安全に対する脅威であったとするならば、劣等性はかかる危険がそこから生ずる犯罪人格の構成的本質として、共同体の有する遺伝的素質全体に対する、それ故、共同体にとってより根源的な脅威であったといわねばならない。⁽⁶⁴⁾最近の犯罪学の研究の功績はかかる種的変質と重大犯罪者との間に因果関係があることをはっきりとわれわれに教えた点にあるとダームはいう、即ち、「家族および双子に関する研究は、犯罪の原因一般に関し遺伝的素質のもつ重要性を明らかにしただけでなく、素因の意義が、犯罪の種類により異なるものであることをも示した。常習犯罪者による犯罪と精神病質との関連性は、機会犯罪者の場合の

それよりも本質的に大であり、また少年犯罪者との関連性は、成人犯罪者のそれをはるかに凌駕することが明らかにされた。周知のように、一卵生双生児の場合、二卵生双生児とは異なり、彼らは通例同じように犯罪を行い、とりわけ、⁽⁶⁵⁾ 双子の一方が年少で犯罪を行いかつ常習犯罪者となる場合には決定的な一致が見い出される。」

犯罪人格の構成的本質としての、したがってまた直接かつ究極の犯罪原因でもある「遺伝的劣等性」が刑罰威嚇の中心に据えられる限りにおいて、刑罰の根拠と性格も、当然のことながら、大きく変化せざるをえなかった。何よりもまず、刑罰は、過去の有責的行為を理由に、犯罪者に対して加えられる道徳的非難といった意味での「贖罪」としての性格を完全に喪失する。それというのも、「危険な常習犯罪者」であれ、あるいは「重大少年犯罪者」であれ、本人自身の責任ではない遺伝的素質により規定され、それ故いわば「宿命的な必然性により犯罪を犯す」犯罪者に対し、「『汝なすべきが故に、汝なしあたう』という道徳的パトスを求めることはまったく意味のないことであつた」⁽⁶⁶⁾ のだから。「自由」はないところには、メツガーがいうところの「生活遂行責任」の意味においてであれ、行為者の責任を問題とする余地はなかつたし、「責任」のないところに、「贖罪」としての刑罰の成り立つ余地もなかつた。本来責任非難を行うこととは不可能なこの種の人間に対し、保安処分ではなく、なお、刑罰そのものが科せられなければならないとした場合、責任に代わる根拠としては、「共同体の保護」という刑法の目的以外にそれを求めることは不可能であつたにちがいない。⁽⁶⁷⁾ 現に『改正法』をはじめとする一連の法律・命令の中に、「合目的性の観点の優位と正義（『正当な贖罪』）の後退」⁽⁶⁸⁾ といった現象をはつきりとした形で見い出すことが可能である。既に紹介したように、一九三九年の『命令』は、「重大少年犯罪者」に対し成人と同一の刑罰、保安処分を執行しうる条件として、「行為に際し明らかにされた特別に非難すべき心情」⁽⁶⁹⁾ だけではなく、それとならんで、「民族の保護が要求する」場合を挙げていた。あるいは、一九四一年の『改正法』は、「危険な常習犯罪者」および「道徳犯罪者」につき次のように規定する、即ち、「民族共同体の保護または正当な贖罪の

要求がそのことを必要とする場合死刑に処す。」ここでは、保護と贖罪の順番が逆転する。こうした「共同体の保護」への言及は一九四三年の『命令』の中にも同様に見い出すことができる。第四条第二項によれば、「保護ならびに贖罪への民族共同体の要求」が、少年への刑罰の宣告の条件であった。ここでも保護の優位が見られる。さらに、第三条第二項において、一二歳以上の行為者に対する少年刑法の適用の条件として、また第二〇条第二項において、「性格的変質」を内容とする「重大少年犯罪者」に対する一般刑法適用の条件として、それぞれ挙げられたのは、「民族の保護の要求」であった。ここでは「特別に非難すべき心情」も、あるいは「贖罪の要求」も見あたらぬ。いずれにせよ、右に挙げたすべての場合につき、「応報」の見地からしてはたとえそのことが正当化されえない場合であれ、「共同体の保護」が要求し必要とする限り、死刑が、あるいは一般刑法の適用が可能とされたのである。責任非難を前提とせず、もっぱら合目的見地からのみ科せられる刑罰は、もはや本来の意味での刑罰ではなかつたといわざるをえない。むしろ、ここでは、刑罰は、「保護・目的刑罰」として、いわば一種の「保安処分」としての性格をもつに至つたといえよう。⁽⁷⁰⁾⁽⁷¹⁾

もはや、疑問の余地はなかつた。『改正法』をはじめとするこれら一連の法律・命令は、単に従来の『刑法典』のみならず、その二元主義の採用が明確に贖罪思想への定位を表現していた一九三三年の『常習犯罪者法』ともはつきりと異なる刑罰思想に立脚するものであつたのだ。もつとも、この当時、依然として立法者が、一般的に、刑罰の本質と根拠を「贖罪」に求めていたことは、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』⁽⁷²⁾第五条aの文言からして否定しえないところであつたにせよ、しかし、少なくとも、これらの法律・命令に限つていえば、かつての二元主義の立場を明確に放棄したと考えられる限り、クレールとシャフシュタイン等の間で戦わされた刑罰の本質と根拠をめぐる論争もまた、新たな観点から見直されなければならなくなつたといえよう。既に“Landesverräter”等「民族の裏切者」に対する刑罰としての「追放」の中に、保護思想の優位が見られることは、先に紹介した通りであつたが、今や、

それだけでなく、「共同体理念は、国家による処罰の唯一の尺度として、民族の生活の諸条件の保護の必要性をその根拠とすることを要求する。意思自由に根ざした道徳的責任の贖罪といった観念を弄ぶ責任理念は、将来のナチズムのそれではない」とのクレーの主張が、部分的ではあれ明確な形でもって勝利を収めたといえるのだから。⁽⁷⁴⁾

贖罪から共同体の保護へ、しかも、この変化の中にあつて、共同体が、そこから保護されるべき当のものが、単に重大犯罪者のもつ危険性ではなく、改善不可能な遺伝的劣等性それ自体に他ならなかつたとみなされうる限り、刑罰、とりわけ死刑が、共同体の法的安全の保護に留まらず、「浄化、あるいは淘汰刑罰」として、純粹に人種生物学的な意味と機能を獲得するに至つたことは当然のことであつたといわねばならない。即ち、共同体の裏切者に対する場合と同様の、あるいはより一層鮮明な形での、重大犯罪者の共同体からの「排除」、「抹殺」による、彼らのもつ劣等な遺伝的素質の「淘汰」、ならびにドイツ民族体の生物学的な「浄化」がそれであつた。⁽⁷⁵⁾ それも、一九三三年の『法律』が導入した保安処分がそうであつたように、単に「結果的に」そうであるというだけではない。ここでは直截的な形での目的と機能が問題であつた。「この点でわれわれは」とリーチュは書いている、「『改正法』の中に古代ゲルマンの刑法思想への回帰を見い出すことが可能である。そこでは死刑は『種的変質者を可能な限り強力に淘汰するための手段として位置づけられ、公開の死刑は人種の純粹性を保持せんとする衝動に由来するもの』であつたのだ。⁽⁷⁶⁾」

これは、同時に、ライヒ司法大臣ギュルトナーの見解でもあつた。一九四三年一月一日付けの『裁判官への手紙』は、『改正法』に代表される刑事立法の目的が、『断種法』等により開始されたドイツ民族体の生物学的浄化の補完と、より一層の推進にあることを疑問の余地なく明らかにしていた、即ち、「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。刑罰は、改善が可能な限り、反社会的犯罪者を威嚇すべきであり、このことが不可能な場合には、彼らを容赦なく死刑判決により共同体から排除すべきである。刑法は、時の経過とともに、個々の犯罪に対

する懲罰とならんで、その大部分が反社会的、病的あるいは墮落した家族の中から生まれってくる、そうした重大犯罪者から民族体を浄化するという課題を引き受けるに至った。したがって、刑法は、民族の淘汰、浄化、健全化を目的とするナチス国家の基本的な諸法律と緊密な有機的連関のうちにある。もしわれわれがあらゆる手段を使って、共同体にとって有害な変質した犯罪者の攻撃から、われわれの共同体の健全な構成を保護することに努力を傾けないとするならば、われわれが、ドイツ人の血を有害な人種混合から守ったり、遺伝病的子孫の誕生を防止したり、あるいは婚姻に際し入念な健康診断を行ったりすることに、はたしてどれほどの意味があるだろうか。……今日、刑法は、民族衛生学的課題を實現しなければならぬ。改善不可能な反社会的犯罪者を継続的組織的に排除することにより民族共同体を保護することは、わが民族の自己保存の命ずるところであり、かつまた正義の命令である。……今日尺度は厳しくされねばならない。……この戦争がわれわれの勝利でもって終わった暁、反社会的犯罪者によって害されることなく、自らに課せられた歴史的使命を果たしうるような、健全で強力な指導的民族であることが、われわれの希望である。⁽²⁹⁾」

- (1) Reichsgesetzblatt. 1933. Teil I.S. 995.
- (2) Rietsch, Deutsche Justiz. 1933. S. 745f.
- (3) Begründung zu dem Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. November 1933., Deutsche Reichsanzeiger und Preussischer Staatsanzeiger. Nr. 277. Vom 27. 11. 1933.; Pfundner/Neubert, "Das neue Deutsche Reichsrecht." IIc-10. S. 1 (neu) f.; F. Exner, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 1933. S. 630.; Schäfer, "Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung." ((ed.) H.Frank) (1935) S. 1362f.
- (4) Begründung zu dem Gesetz vom 24. November 1933., Deutsche Reichsanzeiger und Preussischer Staatsanzeiger. Nr.

277. Vom 27. 11. 1933.

(5) なお、第三項として、いわゆる「累犯時効」に関し、以下の規定が設けられた、「前の有罪判決は、その確定力の発生と次の行為との間に五年以上の期間が経過したとき、それを考慮しない。いまだ確定判決を受けざる前の行為は、それと次の行為との間に五年以上の期間が経過したとき、それを考慮しない。」

(9) Begründung zu dem Gesetz vom 24. November 1933., Deutsche Reichsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger. Nr. 277. Vom 27. 11. 1933.

(7) RG. Urt. vom 19. 4. 1934., Juristische Wochenschrift. 1934. S. 1662.; RG. Urt. vom 21. 7. 1938., Juristische Wochenschrift. 1938. S. 2331.; Pfundner/Neubert, a. a. O., S. 6 (neu).

(8) RG. Urt. vom 19. 4. 1934., Juristische Wochenschrift. 1934. S. 1662.; RG. Urt. vom 8. 6. 1934., Juristische Wochenschrift. 1934. S. 2057.; RG. Urt. vom 27. 9. 1934., Juristische Wochenschrift. 1934. S. 3062.; Pfundner/Neubert, a. a. O., S. 7 (neu).; Plischke, Blätter für Gefängniskunde. 1934. S. 125.; Rietzsch, Deutsche Justiz. 1938. S. 183.

ただ、ライヒ裁判所は、その後のいくつかの判決で、「犯罪意思の強弱」「侵害法益の価値の大小」「行為の手段」につき、これらの事柄は法律のいう危険な常習犯罪者であるか否かの認定につき無関係である(Urt. vom 25. 8. 1938., Deutsche Justiz. 1938. S. 1597.; Urt. vom 19. 1. 1939., Deutsche Justiz. 1939. S. 1472.) との見解を打ち出し、その結果、強力な犯罪的意思にもとづき犯行を繰り返す「職業犯罪者」のみならず、限定的な責任能力しかもたない、そして意思薄弱の故に犯罪を繰り返す、いわゆる「精神病質者」「精神薄弱者」もまた危険な常習犯罪者として、加重された刑罰威嚇の対象となり得るものとした。(Urt. vom 3. 7. 1936., Juristische Wochenschrift. 1936. S. 2805.; Urt. vom 18. 4. 1939., Deutsche Justiz. 1939. S. 869.)

(6) RG. Urt. vom 19. 4. 1934., Juristische Wochenschrift. 1934. S. 1662.; Pfundner/Neubert, a. a. O., S. 3 (neu) f., 5 (neu).; Rietzsch, a. a. O., S. 181.

(10) G. Dahm, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 1939. S. 145f.; ders., "Der Tätertyp im Strafrecht." (1940) S. 4ff.; E. Mezger, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 1940. S. 354ff.; ders., Deutsches Strafrecht. 1942. S. 113ff.; K. H. Nüse, Deutsche Justiz. 1941. S. 357ff.

(11) RG. Urt. vom 19. 4. 1934., Juristische Wochenschrift. 1934. S. 1662.; RG. Urt. vom 8. 6. 1934., Juristische Wochenschrift. 1934. S. 2057.; Pfundner/Neubert, a. a. O., S. 12 (neu).; Rietzsch, a. a. O., S. 184.

繰り返された犯罪が同一種類のものであることを要するか否かにつき、ライヒ裁判所は、「これを否定」ただ、その場合には、行為者が常習犯罪者であるか否かにつき、「特別に慎重な検討が必要である」とする。(Urt. vom 25. 9. 1934., Juristische Wochenschrift. 1934. S. 3130.; Urt. vom 10. 1. 1935., Juristische Wochenschrift. 1935. S. 932.)

(12) Pfundner/Neubert, a. a. O., S. 5 (neu).

(13) P. Bockelmann, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht. 1940. S. 311.; (ed) J. Nagler, "Reichs-Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Lieferug I. " 6. Aufl. (1944) S. 193.

なお、犯罪人格性の原因・根拠については、ライヒ裁判所によれば、それが、「遺伝的な性向にあるのか、あるいは、教育、その他の仕方で後天的に獲得された性向にあるのか、あるいは、犯罪の繰り返しの結果もたらされた自己抑止力の後退にあるのかは、問題ではなかった。」(Urt. vom 19. 4. 1934., Juristische Wochenschrift. 1934. S. 1662.; Urt. vom 11. 12. 1934., Juristische Wochenschrift. 1935. S. 1411.) その他、*回旨の見解として* Pfundner/Neubert, a. a. O., S. 6 (neu).; Schafheule, Juristische Wochenschrift. 1933. S. 2795.

(14) 危険な常習犯罪者に対する刑罰加重の根拠が当人の「犯罪人格」にあったとして、それでは、何故そのことを理由に刑罰加重が行われなければならないか、また行いうるかについては、刑罰観とも関連して、意見の対立があった。たとえば、ボツケルマンが、あくまで贖罪論の立場から、「生得的素質を克服しえなかった」ことの責任にそれを求めようとした(P. Bockelmann, "Studien zum Täterstrafrecht." Bd. 2. (1940) S. 154.) のに対し、メツガーは、端的に、特別予防の観点からなされる「目的刑」としてこれをとらえるべきであった。(E. Mezger, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 1937. S. 688ff.; ders., Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht. 1940. S. 62.) いずれにせよ、行為者の「犯罪人格」を根拠として行われる刑罰加重は、彼の犯した行為に対する贖罪としては本来説明のつかない事柄であった限り、この『法律』の中に、贖罪思想の修正、あるいは後退といった現象を指摘することが可能にちがいない。そして、こうした修正、後退が、一九四一年九月四日の『ライヒ刑法典改正のための法律』の中でより明確な形をとって現れてゆくことについては、後述参照。

(15) F. Gürtner, Archiv für Kriminologie. 1933. S. 198.

(16) 保安監置執行の条件として、ライヒ裁判所は、以下の二点を挙げている、即ち、「公の安全を保障する法秩序への直接的脅威の存在」、「共同体の保護のために」他の手段が存在しないこと」がそれであった。(Urt. vom 19. 4. 1934, Juristische Wochenschrift. 1934. S. 1662.)このうち、「法秩序への脅威」について、ライヒ裁判所は、「『一切の疑いを排除する確実性』は必要なく、「犯罪的」性向にもとづき、刑の終了後も、再び犯罪を行うであろう『蓋然性』が存在」すればよいとする。(Urt. vom 1. 9. 1938, Deutsche Justiz. 1938. S. 1794.)したがって、一般的には、第二〇条aにより「危険な常習犯罪者」であると認定された者は、同時に、保安監置の対象とみなされ、「単なる改善の可能性」だけでは、保安監置の適用除外のためには不十分であるとされた。(Urt. vom 26. 8. 1938, Deutsche Justiz. 1938. S. 1597.; Urt. vom 26. 9. 1938, Juristische Wochenschrift. 1938. S. 3029.)ただ、「改善の蓋然性」に関しては、必ずしも統一的ではなく、たとえば、一九三九年四月二七日の判決 (Deutsches Recht. 1939. S. 987.)が、「第二〇条aの前提が存在する場合、保安監置の適用が除外されるのは、被告人の改善が蓋然的に期待される場合に限られる」とするのに対し、一九三九年一月九日の判決 (Juristische Wochenschrift. 1939. S. 477.)は、「改善の希望が非常に高い蓋然性で期待される」ことを求めている。

さらに、保安監置の決定に際し重要となる「危険」の判断時期につき、ライヒ裁判所が、これを「釈放時」に置いた (Urt. vom 19. 4. 1934, Juristische Wochenschrift. 1934. S. 1662.) のに対し、シェーファー等は、「それは、行為者の今後の変化についての予測といった課題を裁判官に負わせることとなり、これは、あまりに多くを彼に求めるものだといわざるをえない」とし、危険の判断時期を「公判時」に置くべきとの立場を主張。(Pfundner/Neubert, a. a. O., S. 35 (neu.))一九三八年三月三日のライヒ司法大臣の回状 (Deutsche Justiz. 1938. S. 323.)は、「この問題につき、以下の指示を与えた、「公判の結果行為者が危険な常習犯罪者であることが明らかとなった場合、常に保安監置の問題が検討されねばならない。とりわけ、行為者の性格、素質、身につけたテクニックにてらし、民族共同体にとって彼が危険な存在となる場合、原則として保安監置が提議されねばならないであろう。彼が、確かな仕事につきこうとせず、住所が不定であり、犯罪者仲間と交際し、その中に身を隠し、あるいは警察による監視のための命令に違反した経験をもち場合も同様である。行為に際し武器を携行した者、釈放後すぐさま犯罪を犯した者、熟練した犯罪者、警察に対し広範で困難な捜査活動を強いた者、新たな犯罪の実行を目的に脱走した経験をもつ者の場合、通例保安監置が行われなければならないことにつき疑問の余地はない。」

ただ、ライヒ裁判所は、その後も、たとえば、一九三八年一〇月二二日の判決（Juristische Wochenschrift. 1938. S. 3101.）が、具体的な検討事項として、「刑罰の執行による性格および内的態度の改善の期待」「年齢を経ることによる犯罪的意思の減退の期待」「疾病、あるいは老衰による恒常的な肉体的無能」「釈放後の警察による効果的な監視措置」「釈放後の家族の保護」等を挙げ、これらの事情の如何が「保安監置の必要性を否定する契機となりうる」としたように、「釈放時」に危険判断の時期をおく姿勢を変えてはいない。（同様の判決として、Urt. vom 17. 6. 1938., Deutsche Justiz. 1938. S. 1157.; Urt. vom 9. 1. 1939., Juristische Wochenschrift. 1939. S. 477.）

(17) R. Freisler, Deutsche Justiz. 1938. S. 626.; (ed) J. Nagler, a. a. O., S. 241.

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

(19) ライヒ司法大臣は、釈放の条件につき、司法当局に宛てた一九三八年三月三日の回状の中で、以下の指針を挙げた、「保安監置からの釈放が認められるのは、当局の義務に適った裁量にもとづき、被收容者が更なる犯罪行為を行わないであろうと高い蓋然性が期待される場合に限られる。予測が困難な場合には、釈放は認められない。法律の明白な文言からして、ここでは『疑わしきは被告人の利益』との原則は妥当しない。」（Deutsche Justiz. 1938. S. 323f.）

(20) 被監置者の釈放は、戦時において、より厳しい制限にさらされることになる。ライヒ保安警察局は、一九四〇年三月二〇日の刑事警察官署に宛てた『回状』（(ed.) Reichssicherheitshauptamt—Amt V—, "Vorbeugende Verbrechensbekämpfung. Erlass-Sammlung." (1941) S. 174.）において、「司法当局が、刑事警察の反対にもかかわらず、被監置者を釈放した場合、ただちに彼を予防拘禁する」ことを命じ、さらに一九四〇年五月四日のライヒ司法大臣の『回状』（A. a. O., S. 183.）もまた、各上級ラント裁判所の検事長に対し、以下の指示を与えた、「戦争状態により惹起された異常な状況（灯火管制、配給の統制）は、犯罪分枝にとって、可罰的行為の実行への特別の誘因を成す。平和時にあつては、保安監置の目的が達せられたと考えられる場合であっても、戦争の随伴現象により、常習犯罪者のもとにある新たな可罰的行為への性向がたやすく目覚めさせられるものであること、さらにまた、平和時において行われる計画的な監視が、今日官吏の不足により十分に行われえなくなっているということ、それらのことが忘れられてはならない。それ故、現時点での被監置者の釈放は、通例、その保護がすべての司法当局の最高の義務であるところの民族共同体を危殆ならしめるものとなる。したがって、私は、当分の間、保安監置からの一切の釈放に対し強く反対し、かつまた裁判所に対しても以上の観点を斟酌するよう働きかける

ことを求めるものである。」

- (21) R. Freisler, Beiträge zur Rechtserneuerung. Heft. 8. S. 22.
- (22) 具体的には、「責任無能力」の場合につき、「意識喪失」を、「意識障害」に変更、また「心神耗弱」を新たに付け加えるとともに、「自由な意思決定の能力を欠いていた場合」を、「行為の不法であることを認識し、またこの認識にしたがって行為をなす能力を欠いていた場合」に変更。更に、従来明文の規定のなかった「限定責任能力」に関し、新たに第二項として以下の規定を設けた、「行為の不法であることを認識し、またはこの認識にしたがって行為をなす能力が、行為の当時、前項の事由の一つによっていちじるしく限定せられていた場合、未遂の処罰に関する規定にしたがい刑罰を軽減することができぬ。」
- (23) 目的については、一九三四年五月一四日の『執行命令』(Reichsgesetzblatt. 1934. Teil I. S. 383.) 第三章第五条がこれを規定する。
- (24) Pfundner/Neubert, a. a. O., S. 25 (neu.); RG. Urt. vom 17. 6. 1935., Juristische Wochenschrift. 1935. S. 2366.; RG. Urt. vom 3. 10. 1938., Deutsche Justiz. 1938. S. 1796.
- (25) Schäfer, "Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung." (ed.) H. Frank) S. 1373.
- (26) Pfundner/Neubert, a. a. O., S. 30 (neu.); R. Freisler, a. a. O., S. 24f.
- (27) なお、従来、『刑法典』が、第一八一条aおよび第二八五条aにおいて、それぞれ「売春婦のヒモ」、「賭博者」についても、第三六二条に定める「浮浪者」等に対すると同様の措置の執行を裁判所に許可していたが、第四二条dは、「賭博者」、「売春婦のヒモ」の收容につき、これを規定しない。これは、「彼らは通例労働留置所における取扱に服するその他の分子と調和しない」ことを理由に、「賭博者」については、刑務所における強制労働に従事せしめることが、また、「たいていの場合、犯罪的傾向を有する」売春婦のヒモについては、より厳格な刑罰の執行が妥当であるとみなされたからである。(Begründung zu dem Gesetz vom 24. November 1933.) こうした観点から、後者につき、『法律』は、第三章第一四号において、第一八一条aに定める刑罰を、「一カ月以上の軽懲役」から「五年以下の重懲役」へと引き上げた。
- (28) Pfundner/Neubert, a. a. O.
- (29) RG. Urt. vom 25. 6. 1934., Deutsche Justiz. 1934. S. 1154.

- (30) Begründung zu dem Gesetz vom 24. November 1933., Deutsche Reichsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger. Nr. 277. Vom 27. 11. 1933.
- (31) 去勢処分の前提として、前二者のケースに関し、『法律』が求める「行為の全体的評価」について、ライヒ裁判所は、「個々の行為」、「それらが行われた状況」、「その際被告人が明らかにした心情」の検討を挙げ、その際、危険な常習犯罪者がそうであったように、道徳的犯罪への「性向」の存在は必ずしも必要ではないとする。(Urt. vom 12. 11. 1934., Deutsche Justiz. 1935. S. 70.) したがって、「機会的行為もまた行為者の性衝動の表出」として、全体評価の対象とみなされたのであり、いずれにせよ、危険な道徳犯罪者は、通例、危険な常習犯罪者でありえても、必ずしもそうである必要はないとされた。(Pfundner/Neubert, a. a. O., S. 44a (3) (neu).)
- (32) Deutsche Justiz. 1938. S. 323.
- (33) 常習犯罪者や反社会的人物等と遺伝的素質との関係を肯定するものとして以下を参照。G. Thierack, "Denkschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht über die Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts." (1934) S. 25f.; T. Vierstein, "Erblehre und Rassenhygiene im völkischen Staat." ((ed.) E. Rüdin) (1934) S. 338ff.; F. Stumpfl, "Erbanlagen und Verbrechen." (1935) S. 284f.; H. Hildebrand, Blätter für Gefängniskunde. 1937. S. 425.; R. Freisler, Beiträge zur Rechtserneuerung. Heft. 8. S. 20, 26, 29.; ders., Sonderbeilage zur "Deutsche Justiz". 1938. S. 42.; ders., Deutsche Justiz. 1938. S. 626.; Pfundner/Neubert, a. a. O., S. 6 (neu).; Rietzsch, Deutsche Justiz. 1938. S. 182.; P. Heinke, Blätter für Gefängniskunde. 1939. S. 265.; Koopmann, Archiv für Kriminalbiologie. 1944. S. 89.
- (34) Deutsche Justiz. 1938. S. 324.
- (35) RG. Urt. vom 28. 9. 1934., Juristische Wochenschrift. 1935. S. 519.; RG. Urt. vom 27. 11. 1934., Juristische Wochenschrift. 1935. S. 519.
- (36) W.G.v. Gleispach, Mitteilungen der IKV. Neue Folge. Bd. 6. 1933. S. 167.
- (37) Pfundner/Neubert, a. a. O., S. 36 (neu).
- (38) Pfundner/Neubert, a. a. O., S. 44a(1) (neu).

- (33) G. Küchenhoff, "Nationaler Gemeinschaftsstaat." (1934) S. 12.; F. Ruttko, "Erblehre und Rassenhygiene im völkischen Staat." (ed.) E. Rüdin (1934) S. 92.; A. Gütt, "Ausmerzung krankhafter Erbanlagen." (1934) S. 35.; ders., "Dienst an der Rasse als Aufgabe der Staatspolitik." (1934) S. 20.; Schwarz/Noack, "Die Gesetzgebung des Dritten Reiches." (1934) S. 18f.; E. Mezger, "Der Erbkrank und der Asoziale im nationalsozialistischen Staat." (1934) S. 39ff.; Gütt/Rüdin/Ruttko, "Gesetz zur Verhütung erbkrankens Nachwuchses vom 14. 7. 1933." (1936) S. 5ff., 61.; R. Peter, Volk und Rasse. 1937. S. 343.; R. Freisler, Beiträge zur Rechtserneuerung. Heft. 8. S. 29.; ders., Deutsche Justiz. 1938. S. 626.; ders., Sonderbeilage zur "Deutsche Justiz." 1938. S. 42.; P. Heinke, a. a. O., S. 266.
- (40) Deutsche Justiz. 1937. S. 1872.
- (41) Ministerial = Blatt für Reichs = und Preußischen Ministeriums des Innern. 1939. S. 1181.その他 一九三八年三月三日のライヒ司法大臣の『回状』(Deutsche Justiz. 1938. S. 323.) 参照。
- (42) E. Ristow, Erbgesundheitsrecht. 1935. S. 239.
- (43) Reichsgesetzblatt. 1933. Teil I. S. 480.
- (44) Reichsgesetzblatt. 1933. Teil I. S. 529.
- (45) Schwarz/Noack, a. a. O., S. 15f.
 アダムもまた、一九三七—一九三八年の或る論文の中で、「〔断種法等による〕人種的に劣等な民族の分枝のドイツ民族体からの浄化を補完すべく、現行刑法典に新たに導入された人種生物学的条項」の一つの具体例として、『常習犯罪者法』を挙げてゐる。(F. W. Adami, Rasse und Recht. 1937/1938. S. 299.)
- (46) Reichsgesetzblatt. 1939. Teil I. S. 2000.
- (47) Reichsgesetzblatt. 1941. Teil I. S. 567.
- (48) Reichsgesetzblatt. 1943. Teil I. S. 635.
- (49) 『法律』の適用が原則として「ドイツ人少年」に限定されたことは、この『法律』の根本思想と無関係ではなかった。一九四一年の『命令』が、少年犯罪者に対する「不定期刑の宣告」の是非を、また当該『法律』が、不定期刑の宣告を受けた彼らの「試験的釈放」(第五九条)および「警察への引き渡し」(第六〇条)の是非を、「少年犯罪者の共同体への組み込み

の「可能性」の有無に求めていたことからして既に明らかのように、「法律」の目的は、未だ人格形成の終わっていない「少年」に対する教育を通し、彼らを共同体にとって有用な分枝とすることにあつた（Pfundner/Neubert, "Das neue Deutsche Reichsrecht." Ilc-24. S. 60.; Kümmerlein, Deutsche Justiz. 1943. S. 532.）のであり、その限り、第一条において、「本法はドイツ人にとって妥当する」とされたことは当然の結論であつたといわねばならない。

(50) F. Exner, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 1940. S. 340f.

(51) Reichsgesetzblatt. 1941. Teil I. S. 549.

(52) 「道德犯罪者」は、一九三三年の『常習犯罪者法』にいう、「危険な道德犯罪者」とも異なるまったく新たな行為者類型であつた。ここでは、ただ一回限りの行為によって、行為者はもっとも厳しい刑罰威嚇の対象である「道德犯罪者」とみなされることになる。

(53) (ed.) M. Domarus, "Hitler. Reden und Proklamationen." (1963) S. 1342, 1923f. 同書の発言として、"Der großdeutsche Freiheitskampf. Reden A. Hitlers." Bd. 3. (1943) S. 147f.

(54) Schmidt-Leichner, Deutsches Recht. 1941. S. 2145.

(55) 「行為者刑法」の具体化に関していえば、ライヒ裁判所は、一九三九年四月二四日の判決の中で、「行為者類型の助けを借りて、個々の構成要件を強調し、それにより特定の人格像を裁判官の頭の中に惹起せしめようとする傾向」を、「最近の刑事立法の展開の中に明白な形で見出しうる」特徴であることを確認、当該判決の中で問題となつた一九〇〇年六月二五日の『改正法』により導入された「売春婦のヒモ」に関する第一八一条aの規定についても、これを、こうした傾向に即して解釈し直すべきであるとし、そのことにより、司法もまた、刑事立法にあらわれた最近の「傾向」に賛成するものであるとの立場を明らかにした。「第一八一条aの規定は、売春婦のヒモそれ自体、つまり明白な特徴をもつた一つの『犯罪者類型』の取り締まりを目的に制定されたものである。……ここでは行為者のもつ特徴が問題となつていふことを、第一八一条aは、括弧で括つた『売春婦のヒモ (Zuhälter)』という言葉によって表現しているのである。それ故、その適用は、行為者が行為者を『売春婦のヒモ』であることを認識させる場合のみ正当化される。したがつて、行為者が処罰されるのは、自らのもつ本質および売春婦との関係の在り方において、売春婦のヒモという『行為者類型』に合致する場合に限られる。これと対立する従来の見解 (RGSt. Bd. 34. S. 72., Bd. 35. S. 60.) に賛成することはできない。行為者が彼の人格にてらし、一

- 般に理解されている意味における『売春婦のヒモ』であることが明らかとされる事情の確認が常に必要となる。……そのため、被告人の前科を明らかにし、場合によっては被告人の評判、ヒモ仲間内の交遊関係、他の売春婦との関係といった事柄についての正確な調査が要求される。」(Urt. vom 24. 4. 1939., Deutsches Recht. 1939. S. 1507.) その他、同旨の判決として Urt. vom 30. 1. 1940., Deutsches Recht. 1940. S. 495.
- (56) RG. Urt. vom 10. 10. 1940., Deutsches Recht. 1941. S. 43.; RG. Urt. vom 2. 5. 1941., Deutsches Recht. 1941. S. 1721.
- (57) E. Mezger, Deutsches Jugendrecht. 1944. S. 84ff.
- (58) G. Dahm, Deutsches Recht. 1944. S. 2.
- (59) Thiemann, Deutsches Recht. 1941. S. 2651.; R. Freisler, Deutsche Justiz. 1941. S. 931.; H. Mittelbach, Deutsches Recht. 1942. S. 425.
- (60) Thiemann, a. a. O.; H. Mittelbach, a. a. O.
- (61) RG. Urt. vom 24. 3. 1942., Deutsches Recht. 1942. S. 890.; RG. Urt. vom 2. 10. 1942., Deutsches Recht. 1942. S. 1781.
- (62) R. Freisler, "Das neue Strafrecht." (1936) S. 147.; ders., Deutsche Justiz. 1939. S. 1850.; G. Dahm, Deutsches Recht. 1942. S. 403.; RG. Urt. vom 24. 9. 1943., Deutsche Justiz. 1943. S. 527.
- (63) E. Mezger, a. a. O., S. 90.
- (64) G. Dahm, a. a. O.; ders., Deutsches Recht. 1944. S. 3f.
- (65) G. Dahm, a. a. O., S. 2.
- (66) G. Dahm, a. a. O.
- (67) G. Dahm, a. a. O.
- (68) E. Schmidt, "Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege." 3. Aufl. (1983) S. 437f.
- (69) 「合目的性」の見地が導入された結果、死刑判決に際し、その判断基準となりうるか否かが問題とされた事柄に、被告人のもつ「労働力としての有用性」があった。ライヒ裁判所は、一九四三年四月五日の判決 (Deutsches Recht. 1943. S. 759.) において、この問題につき、「有罪となった道徳犯罪者、常習犯罪者が刑務所の中でなお有用な労働力たりうるということ、は、決定的な意味をもつものではない」とし、これを否定したのに対し、一九四三年六月二二日の判決 (Deutsches Recht.

1943. S. 1042f.) では、改善への微かな期待の存在だけでなく、むしろ、とりわけ「労働力をもった被告人の労働から生まれる民族共同体にとっての有用性」を理由に、「被告人は共同体の保護のため、その死が求められる生存に値しない犯罪者ではない」との結論を下した。後者の判決につき、ダームは、「判決の立場からすると、被告人が老人であったり、病気であったりしてもはや労働力を持たない場合、死刑が問題とされうることになる。この種の考え方に対しては躊躇いを禁じえない。それは、人間と法の尊厳を侵すものである」との批判を行っている。(G. Dahm, Deutsches Recht. 1944. S. 3.)

(70) G. Dahm, Deutsches Recht. 1942. S. 402.; ders., Deutsches Recht. 1944. S. 3.

(71) 「保護思想」と、これらの『法律』、『命令』がなお刑罰の要求根拠として挙げている「贖罪」の関係をどのように調和させるべきか。フライスラーは、一九四一年の『改正法』に関し、「贖罪の要求」を「浄化の要求」として理解することにより、両者ははじめて相互に補いあうものとする。「この贖罪の要求は、タリオの原則、あるいは行為と刑罰の平衡から引き出されるものではない。『贖罪』をこのようにとらえることは、刑法についてのわれわれの考え方と合致しうるものではない。それというのも、こうした考えは、自由な空間での行為といった観念をもたらし、また贖罪の程度の評価につき、行為の外的結果の不当な重視を生み出すことになるからである。それはまた神話的な超越論的観念の産物でもない。それは、民族有機体の自然的機能に他ならない。贖罪の要求は、民族有機体の健全な浄化の要求なのである。」(R. Freisler, Deutsche Justiz. 1941. S. 930f.)

これは、既に紹介した(本章三(三))民族の裏切者に対する追放としての刑罰の本質に関する理解と軌を一にするものであったが、クレーは、このフライスラーの解釈を贖罪観念の拡張であると、この問題を純粹に保護思想の立場から次のように解釈すべきことを提案する、「一九三九年の『命令』が、重大少年犯罪者と成人との同一視の条件として要求する、特別に非難すべき犯罪的心情と民族の保護の二者択一は、コールラウシュの指摘するように、立法者が、特別に非難すべき心情につき、『厳格な贖罪』を念頭においていたことを伺わせる。しかし、それにもかかわらず、われわれが従うべきはグライスパツハの以下の解釈である、即ち、行為者の心情、あるいはその他の理由により、民族の保護のために、そのことが必要とされる場合、重大少年犯罪者は成人と同じように処罰されることになる、と。グライスパツハの見解のもつ正しさは、たとえ行為者が特別に非難すべき心情の故に処罰される場合であっても、常に問題となるのは民族の保護であるということとを明らかにした点にあった。……一九四一年の『改正法』の場合も、民族の保護とらんで贖罪の要求が出されている。

しかし、後者の下に、反社会的衝動にとらえられた改善見込みのない者の淘汰に対する民族の浄化要求というものを理解する限り、このでもまた保護目的のいささかオーバーな潤色が問題となつてゐるにすぎないと解される。」(K. Klee, Deutsches Strafrecht. 1942. S. 71.)

(72) 本章三(三)注(1)。

(73) 本章三(三)。

(74) K. Klee, Archiv für Rechts und Sozialphilosophie. 1934/1935. S. 497.

(75) 右に挙げた法律・命令の他に、『刑事訴訟法』第三五九条の中に、「被告人の不利となる再審」が許される条件として、「民族の保護のためにそれが必要となる」ことを規定した一九四三年五月二九日の『刑事司法の簡素化のための第三命令』(Reichsgesetzblatt. 1943. Teil I.S. 342.) もまた、この勝利を補強するものであったとみなされる。

(76) G. Dahm, Deutsches Recht. 1944. S. 4.

(77) E. Mezger, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht. 1940. S. 62.; ders., Deutsches Jugendrecht. 1944. S. 91f.; W. G.v. Gleispach, Deutsches Strafrecht. 1941. S. 4.; Schmidt-Leichner, Deutsches Recht. 1941. S. 2145.; G. Dahm, Deutsches Recht. 1942. S. 403.; ders., Deutsches Recht. 1944. S. 2ff.; RG. Urt. vom 24. 9. 1943., Deutsche Justiz. 1943. S. 527.; RG. Urt. vom 15. 9. 1944., Deutsches Recht. 1945. S. 47.

刑罰とりわけ死刑のもつ人種生物学的機能に早くから注目し、強調した者にニコライがいた。一九三三年に発表した論文の中で彼はいう、「経験と考察は、遺伝が犯罪に際し、いかに大きな役割を演じているかをわれわれに教えている。……それ故、将来の刑法は絶えず問わねばならないであろう、即ち、ある特定の犯罪から、犯罪者の悪しき素質が推論されうるか否か、と。かかる『犯罪』が行われた場合には、刑法の課題は、悪しき素質の淘汰に対して配慮することにある。……かつての刑法制度は、追放、つまり共同体からの排除という手段をとり、やがて後になつてからは、死刑が通常となつた。……犯罪者を殺す権利が社会の側にあるのか否かを問うべきではなく、むしろ、犯罪者を生きながらえさせることにより、すべての善良な人々を犯罪者および彼らの劣等な子孫の危険に曝す権利を国家は有しているかが問われねばならない。……古いドイツ法では、行為者本人だけではなく、彼の家族全員が追放処分を受けたのである。行為者本人が明らかにしただけでなく、遺伝により彼の子孫に伝えられ、彼らの中に現に存在している悪しき素質そのものを対象にしようとの基本的考えが

「こにはあつたのだ。」(H. Nicolai, Deutsches Recht. 1933. S. 3f.)

(78) Pfundner/Neubert, "Das neue Deutsche Reichsrecht." IIc-6. S. 170.

少年刑法の場合もまた同様であつたにちがいない。もつとも、危険な常習犯罪者の淘汰をもつぱら目的とした『改正法』とは異なり、少年刑法の基本思想が「教育」にあつたことは、既に述べた通りである。(注(49))しかしながら、ティエラックは、「ナチズムの観念による限り、この教育思想は淘汰思想と密接不可分の関係に立つものである」という。(G. Thierack, Deutsche Justiz. 1943. S. 540f.) たしかに、教育が、少年犯罪者を「有用な構成分肢」として、再び「共同体へ組み込む」ことを目的とするものであつた限り、逆に、初めから教育の効果が期待されえないか、あるいは刑の執行途中そのことが明らかとなつた場合、少年犯罪者に対し、「人種的に価値なき分肢」として、「共同体からの排除」が要求されることになるのは、右の目的からして、いわば当然の結論であつたといわねばならない。重大少年犯罪者に対する一般刑法の適用、あるいは「共同体へ自己を組み入れる期待が失われた場合」における警察への引き渡しは、そのことの表現であり、またそのための手段であつたと解される。(Pfundner/Neubert, "Das neue Deutsche Reichsrecht." IIc-24. S.60.; R. Freisler, Monatschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform. 1939. S. 210f.)

(79) (ed.) H. Boberach, "Richterbriefe." (1975) S. 55ff.