

民族共同体と法（八）

——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（『法経研究』第三九卷第四号）

（五） 罪刑法定主義の否定（本号）

(五) 罪刑法定主義の否定

「ナチス刑法は、共同体の統一と団結の保護のため、民族の敵および害虫に対処しうる刃こぼれのない鋭利な武器とならねばならない」、こうした観点から、それがもつ「圧倒的な自由主義的性格」の故に、その克服が緊急に求められた一八七一年の『刑法典』の中にあつて、とりわけ最大の攻撃目標とされた条項として、以下の規定があつた。即ち、「行為は、それがなされる以前に刑罰が法律により規定されている場合に限り、これを処罰することができる。行為がなされた時から判決の言い渡しに至るまでの間に法律の変更がある時、もつとも軽い法律を適用しなければならない。」

いわゆる「罪刑法定主義」の原則を宣言したとされる『刑法典』第二条のこの規定が、ナチス登場以前、ドイツ刑法理論を支配したところの、法益概念に定位し、「構成要件論」を中核とする犯罪論の一つの論理的帰結に他ならなかつたことは改めて指摘するまでもないにちがいない。社会の中で生起する無数の反社会的・反道徳的行為のすべてが「犯罪」となるわけではない、それが構成要件論の前提であり、出発点であつた。この前提からして、立法者に対し以下の要請が出される。即ち、立法者は、予め、無数の行為の中から、「刑罰」という強制手段により保護されるべき一定の権利主体に帰属する財貨、即ち、「法益」に定位しつつ——むろん、法益の選択・確定は立法者の判断に委ねられている——、刑法的評価の対象とすべき「行為」を抽出し、さらに、行為の主体・客体・態様等にてらして、これを類型化し、法的な定型として刑法各本条に個別的に規定しなければならない、と。この法的定型が、「構成要件」、あるいは「法的構成要件」の名で呼ばれる当のものであつた。たとえば、窃盗罪の場合、「財産」を保護法益とし、その構成要件は次のように規定される。「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」がそれである。強盗罪の場合、同じ保護法益に定位しながら、法益侵害の態様の相異に応じて構成要件の内容は、「人身に対する暴力をもって、または身体もしくは生命に対する現在の危険をもってする脅迫に訴え、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」へと変化する。社会の中で生起するあれこれの行為は、かかる構成要件に該当する限りにおいて、刑法的評価の対象とされ、逆に、実質的正義の観点からして、たとえどれほど不法な内容をもつものであったとしても、構成要件に該当しない以上は、刑法的評価の対象となることはありえない。

ここにおいて、構成要件論が、国家の刑罰権の行使を統制・制限するものとして、「罪刑法定主義」の思想と結びつくことはもはや明らかであろう。⁽¹⁾ 一切の犯罪が、法的構成要件、つまりは、法律の存在を前提とする。むろん、それだけではない。既に第二条の文言にあらわれているように、一切の刑罰もまた法律の存在を前提とする。いかなる行為が犯罪となるか、そしてまた、犯罪に對しいかなる刑罰が科せられるかは「法律」によってのみ決定される。「法律なければ犯罪なし、法律なければ刑罰なし」、これが第二条の規定により帰結される罪刑法定主義の原則であつた。そして、ワイマール憲法もまた、第一一六条において、刑法第二条第一項の文言をそっくりそのまま繰り返すことにより、改めて、これが憲法上の原則でもあることを宣言したのであつた。即ち、「行為は、それがなされる以前に刑罰が法律により規定されている場合に限り、これを処罰することができ。」かかる規範主義的な觀念が、「犯罪とは法益侵害である」との觀念同様、近代に固有の世界觀の反映であつたことはいうまでもない。なぜなら、それは、独立の個人人格を出発点とし、この独立人格の国家からの自由な生活領域の最大限の保障を目的に、個人生活への国家の干渉を可能な限り制限するとともに、減少した国家の一切の権力活動を、予め国民代表機關により制定された法律に依存せしめ、そのことにより、個人の自由にとって最大の脅威となる恣意的・擅断的な権力活動を防止し、同時に国家の権力活動の予測可能性を実現しようとする近代の個人主義的自由主義的法治国家思想の具体的表現の一つに他ならなかつたのだから。その限り、民族の最終目標の実現を目的に、法律や命令の有無とはかかわりなく、「共同体の分枝である」という事実そのものにもとづいて、すべての民族同胞に對し、最終目標に至るあらゆる生活状況の中で、共同体に對する「全体的義務」を課しう

るものとし、そしてまた、刑法に対し、闘争法として、運動のそれぞれの局面において課せられるかかる義務に違背し、共同体の統一と団結を破壊しようとする一切の民族の敵および害虫への厳格かつ遺漏のない対応を要求する共同体思想が、「法律なければ犯罪なし」との原則に与しえなかつた⁽²⁾として何の不思議もなかつたといわねばならない。

早くも一九三三年三月二九日、『絞首刑に関する法律⁽³⁾』において、従来の『刑法典』による限りせいぜい終身の重懲役の対象としかならない国会放火犯、ヴァン・デア・ルツベに対する死刑執行を目的に、二月二八日の『民族と国家の保護のための大統領令』第五条の遡及適用を命令し、刑法第二条およびワイマール憲法第一一六条の定める原則が新たな政治指導部の方針に合致するものではないとの意思をはじめて明らかならしめたライヒ政府は、その後、一九三三年一月二四日の『常習犯罪者法⁽⁴⁾』第三章において、保安処分に関してではあるが、その遡及適用を指示、即ち、「保安および矯正の措置については判決の当時妥当する法律にしたがつて決定すべし」、これが刑法第二条aとして新たに設けられた規定であつた。さらに、その執行が刑法第二〇条aにかかわる「危険な常習犯罪者」に対する保安監置については、第五章において特別にこれを規定、即ち、「公の安全の必要性」を条件に、一九三四年一月一日以前に行われた行為へと遡及させ、また、一九三四年一月一日以前の判決により服役中の「危険な道德犯罪者」についても、「公の安全の必要性」を条件に、去勢措置の追加を許可。あるいは、形式的不法に代わり、「実質的不法」の観念を『刑法典』に導入したものであるとして、同じ『常習犯罪者法』において変更と追加が行われた「責任無能力者」および「限定責任能力者」に関する刑法第五十一条の規定があつた。その「欠如」あるいは「限定」が問題とされたところの、「行為の不法 (Unerlaubte) であることを認識し、またはこの認識にしたがつて行為をなす能力」にいう、「行為の不法」について、『理由書』は次のようにいう、即ち、「不法という概念は不適法 (Unrechtmäßig) よりも広く、法に対する違反だけでなく、同時にまた道德律に対する違反をも包含するものである。したがつて、自らの行為が、法的あるいは道德的に禁止されているという

ことを、行為者が認識する能力を有していたか否かが問題なのである。⁽⁵⁾この規定のもつ新たな意味は、一九二三年の『少年裁判所法』⁽⁶⁾第三条が少年の責任能力に関して定めた「行為の不適法 (Ungesetzliche)」と比較して明らかであろう。たしかに、『法律』は、責任能力の問題に関連して、「道德律は制定法と同列に位置するものである」との原則、つまり罪刑法定主義とは明らかに相いれない重要な原則を打ち立てたのだといえよう。⁽⁷⁾遡及効、あるいは実質的不法の觀念の導入により明らかにされた罪刑法定主義の原則の修正・否定は、可罰的行為の拡大という局面に限られるものではなかった。いわゆる「レーム事件」に関して、一九三四年七月三日、ライヒ政府の手により発せられた『国家緊急防衛措置法』⁽⁸⁾は、逆の面から、共同体思想が罪刑法定主義の原則と相いれないものであることをドイツ国民にはつきりと印象づけるものとなった。『法律』はいう、「大逆的ならびに背反的攻撃の鎮圧のため、一九三四年六月三〇日、七月一日及び二日に行われた諸措置は、国家緊急防衛として正当なものである。」

以上が、個別の緊急の要請に対応した罪刑法定主義の原則の修正ないしは否定であつたのに対し、ライヒ政府は、一九三五年六月二八日の『刑法典の改正のための法律』⁽⁹⁾において、「刑事司法の柔軟化、実質的正義の実現と、民族共同体のより効果的な保護」⁽¹⁰⁾を目的に第二条を全面的に改正、九月一日からこれを実施した。「法律が可罰的であると宣言した行為、または刑罰法規の基本思想ならびに健全な民族感情にしたがい処罰に値する行為を行った者は処罰される。行為に対し直接適用されるべき特定の刑罰法規がない場合、行為は、それにもつともよく適合する基本精神をもつた法律にもとづいて処罰される」、これが新たに設けられた第二条の規定であつた。この条項は、「法律なければ刑罰なし」の単なる例外規定といったものではなかった。法文から明らかのように、刑罰法規の基本思想と健全な民族感情に由来する不文の法が、制定法規とならんで、それとまったく同等の地位をもつ法源として位置づけられているのだから。⁽¹¹⁾さらに、『改正法』は、従来第二条第二項において規定されていた刑罰法規の時間的妥当に関し、これを新たに第二条aとして

規定、従来の強制的規定を改めるに至った。即ち、「行為の可罰性と刑罰は、行為の時点において妥当する法 (Recht) にしたがって決定される。判決の時点、行為の時点よりも軽い法律が妥当する場合、この軽い法律を適用することができる。判決の時点、行為がもはや刑罰威嚇の対象ではなくなった時、処罰を中止することができる。」⁽¹²⁾ この改正に関連し、同じ日、ライヒ政府は、『刑事訴訟規則ならびに裁判所構成法の改正のための法律』⁽¹³⁾ を制定、その中で、『刑事訴訟法』に第一七〇条 a および第二六七条 a として以下の規定を追加、「健全な民族感情にしたがい処罰に値する行為が、法律上可罰的であると宣言されていない場合、検察官は、刑罰法規の基本思想がその行為に合致するか否か、また、この刑罰法規の類推適用により正義を実現しうるか否かを検討しなければならない。」これが、第一七〇条 a であつた。第二六七条 a はいう、「被告人が、健全な民族感情にしたがい処罰に値するも、法律上可罰的であると宣言されていない行為を行ったことが公判において明らかとなつた場合、裁判所は、刑罰法規の基本思想がその行為に合致するか否か、また、この刑罰法規の類推適用により正義を実現しうるか否かを検討しなければならない。」

この年の八月一九日、ライヒ司法大臣ギュルトナーは、ベルリンで開催された第一一回「国際刑法・監獄会議」において、『ドイツ刑法革新の中の正義の思想』と題する講演を行い、その中で、改正されたばかりの新たな条項のもつ意義と機能が何であるかを明らかにした。「非難されるべきあらゆる行為は、しかるべき報いを見出すべきである。いかなる者も、法律の網の目を潜り抜けることは許されない。むしろ、非難されるべき行為を行った者は、誰であれ、法律の不備にかかわりなく、本来彼に帰属すべき処罰を科せられなければならない。それ故、Nulla poena sine lege に対し、Nullum crimen sine poena という原則が打ち立てられたのである。」このように、今回の刑法改正の理由を明らかにしたギュルトナーは、さらに、この改正の結果、刑法ならびに刑事司法に対しまつたく新たな課題、即ち、「真なる正義の実現」が課せられるに至つたとする、「法律の定める刑罰規定に違反した者だけを処罰することで満足する限り、それは、

正義の目標をただ部分的に実現するだけでしかない。立法者が欠陥を放置しておいた場合、あるいはまた、犯罪者が立法者によって予見できなかった新たな抜け穴を発見した場合、裁判官に法律の適用を諦めさせることは、真の正義の要請と合致するものではない。いうまでもなく、将来起こりうるあらゆるケースを予見し、前もって制定法化することは、いかなる立法者にとつても不可能である。しかし、法律が不完全であるからといって、非難されるべき行為に対する処罰が行われないようなことがあつてはならない、むしろ、立法者が欠陥の存在を知つたならば、それを埋めるであろうと考えられる場合、処罰が実行されなければならない、それが真なる正義からする要求に他ならない。」もはや、「形式的不法」は新たなナチス刑法の理念ではなかった。「それに代わつて実質的不法の概念が登場する。民族共同体の利益に対するあらゆる侵害、民族の生存の要求に対するあらゆる違反が不法とみなされる。それ故、今後、ドイツでは、法律によつて禁じられていない場合でも、不法が行われうる。刑罰による威嚇が存在しない場合でも、民族共同体が立てた生存目標に対するあらゆる侵害は不法となる。」かくて、法律は、「法と不法に関する唯一の認識根拠」たる資格を喪失する。むしろ、民族の指導者が、自らの意思をその中に表現する「法律が、法を認識するためのもの」とも重要な根拠である「こと」にかわりはない。しかし、「立法者が、生活のすべての状況を漏れなく規則化することの不可能であることを承知し、残された欠陥の補充を裁判官に任せた」限りにおいて、立法者と裁判官の関係は、まったく新たな観点から規定しなおされなければならない。ちやうど、戦争において、全体の作戦目標だけを示し、その枠内での状況に応じた彼の意思の具体化を下位の指揮官に委ねる将軍のように、「立法者もまた、彼が立てた全体的な目標の枠の中での法の発見を裁判官に任せ」なければならない。「犯罪者に対する闘いにおいて、裁判官に対し、状況に応じた行動が命じられることとなつたのだ。」その際、これにより、「法の不安定性」が惹起されないのであるかとの当然予想されうる疑問に対し、「われわれはそうは思わない」とギュルトナーはいう、「なぜなら、ナチズムはドイツ民族に統一的な、民族全

体を支配する世界観を与えたのだから。この統一的な世界観から、裁判官は「法を」汲み取ることができるのである。世界観が、立法者の中心思想を認識し理解する根拠として、法適用の統一性を保障する。⁽¹⁴⁾」

もはや明らかであろう。この『改正法』のもつ意義と影響力は、単に一つの条文の改正といったものにとどまるものではなかった。共同体の統一と団結を破壊せんとする一切の有害分枝に対し、具体的な立法の有無とかかわりなく、ナチズムの世界観の立場から、共同体の保護のために必要とされる刑罰威嚇を行う「法律上の根拠」を裁判官に与えることにより、新たな条項は、犯罪者に対する闘争法としてのナチス刑法の要石としての地位と性格を獲得するに至ったのだから。カール・シュミットはいう、「『改正法』は、類推の禁止を類推の命令により置き換え、裁判官に対し法創造を期待することにより、なるほど新たな刑法典ではないにせよ、しかし、一つの新たな刑法を生み出すに至った。それは単なる『改正』にとどまるものではない。従来の刑法典は根本から覆され、その結果、たとえば、文言上、刑法典の個々の条項は不変のままであつたにせよ、それは本質的に従来のものとは異なる内容をもつことになったのだ。⁽¹⁵⁾」

こうした状況の中、先のギュルトナーの言葉にもかかわらず、少なくとも近代的な法治国家的意味での法的安定性は失われてしまったといわざるをえない。実質的正義の優位と、厳格な法律拘束性からの裁判官の解放により、今や、民族同胞は、共同体の中で、何が禁じられ、何が許されているかを確実に知る手掛かりを失ってしまったのだから。『刑法典』はそのための保障ではなくなった。「禁じられていないことは許されている」に代わって、まったく新たな行動原理が登場する、即ち、「許されていないことは禁じられている」がそれである。⁽¹⁶⁾『刑法委員会』もまた、第一読会における論議の報告の中で、そのことをはっきりと確認している、「自らの行為が適法であるか否かにつき、疑念をもつ者は、行為を差し控えることが賢明というものである。それでもなお敢えてそのことを行おうとする者は、そこから生ずる危険を覚悟しなければならない。⁽¹⁷⁾」

もつとも、『委員会』の忠告にもかかわらず、「行為の差し控え」が常に安全を保障したわけではなかった。むしろ事態はまったく逆であったのである。それというのも、すべての民族同胞に対し、民族の最終目標の実現に向け全力を尽くし、協働することが求められる民族共同体の中にあつて、ヒトラーがラウシュニングに対し明らかにしたように、「何もしない」ことはそれだけで既に共同体にとって有害な敵対的行為として、断罪の対象とみなされるべきものであったのだから。こうした思想は、既に、カルルスルーエ区裁判所の一九三三年五月一九日の判決の中にはつきりと表現されていた。五月八日、カルルスルーエでのライヒ代官の任命式の席上、ドイツ国歌、ホルストヴェッセルの歌を歌わず、またヒトラー式挨拶を行わず、刑法第三六〇条第一号——「不当に静穏を乱す騒ぎを惹起し、あるいは甚だしい狼藉をはたらいた者は、罰金または拘留に処す」——違反に問われた被告人に対して判決はいう、「少し前までは、純粋に党員だけが行う信仰告白の様式に過ぎなかったヒトラー式挨拶は、今日、単に党の枠を超えて、ドイツ国民により新たな国家への信仰告白として受け入れられるに至った。それは、今や一つの党への帰属を意味するものではなく、むしろ、ナチス党の指導により改革された政治状況を承認し、肯定し、新たな国家に協力する宣言を意味するものとなった。……その限りにおいて、ヒトラー式挨拶を行うことは、〔たとえば法律上の義務ではないにせよ〕拘束力をもった公衆道徳である」とみなして差し支えない。……新国家、指導者への信仰告白が求められる国民的集会に参加しながら、共同の意思表明を共に行わない者は、集会の統一と精神を乱すものに他ならない。……証拠調べにより明らかとなったように、式典に参加したすべての人々は、ヒトラー式挨拶を行った。合唱にも参加しなかった被告人のみが、手を挙げず、その場の人々に奇異な感じを、そしてまた不快感を与えたのである。……被告人は、自らの態度が人々の感情を害するものであることを認識できたし、また裁判所の確信するところによれば、そう認識していたはずである。彼は、まわりの人々から手を挙げるように求められながら、そうしなかったのだから。彼は、そのことにより、その場に居合わせた人々の信

念や考え方を拒否することを明らかならしめ、その結果、刑法第三六〇条第一号にいう不穏な状況が生みだされるに至ったのである。⁽¹⁹⁾「何もしない」ことそれ自体を刑法非難の対象としたかかる判決の結論が、政治指導部の意思に適用ものであったにせよ、判決の理論構成が、いわゆる「不真正不作為犯」に関する従来の通説、即ち、彼らに対する処罰は、もっぱら当事者が予め結果回避の「法律上の義務」を負う場合に限られるとしてきた通説的見解⁽²⁰⁾を超え、当時の『刑法典』の規定からしていささか強引な解釈によるものであったことも、これまた否定しえないところであった。ところが、第二条の改正はこうした状況をも一変させたのである。「健全な民族感情にしたがい処罰に値する行為を行った者は処罰される」との新たな条項は、単に「法律上の義務」だけでなく、『プロイセン司法大臣の覚書⁽²¹⁾』やフランクの『指導原則⁽²²⁾』が要求してきた、共同体に由来する「道德義務」の不作为による侵害をも「刑法上」明確に可罰行為とみなす可能性を生み出すに至ったのだから。これにより、民族の最終目標実現のため、共同体生活のあらゆる場において民族同胞すべてに課せられる共同体義務を履行しようとせず、共同体の事柄に無関心を決め込むいわゆる「非協力者」、「怠業者」に対する刑法的断罪の手掛かりが刑事司法に対し与えられることとなったのだ。⁽²³⁾⁽²⁴⁾いずれにせよ、すべての民族同胞は、積極的な行為を行うことも、また行為を差し控えることも、ともにそこから生ずる危険——刑法的非難——を覚悟しなければならない、そうした状況の中に投げこまれたのであり、逆に、政治指導部は、最終目標に定位した運動のあらゆる段階、あらゆる生活状況の場で、すべての民族同胞に対し、文字通り、彼らの「現存在の幅と深みの全体を支配する」⁽²⁵⁾権限と手段を手に入れたのだといえよう。⁽²⁶⁾

この根本的な改正の後も、ライヒ政府は個々の立法の中で、繰り返し、遡及処罰、あるいは健全な民族感情による処罰を具体的に指示することを止めなかった。「営利を目的に、奸計、脅迫、または暴力を用いて、小児を誘拐し、あるいは、その他自由を剥奪した者」に対し死刑を定めた一九三六年六月二二日の『小児営利誘拐法⁽²⁷⁾』は、その効力を一九三

六年六月一日に、「強盜の意図をもち、自動車を停止させる装置を置いた者」に対し死刑を定めた一九三八年六月二二日の『街路強盜法』⁽²⁸⁾は、その効力を一九三六年一月一日に、それぞれ遡及させ、その他、一九三九年一〇月四日の『少年重大犯罪者に対する保護の命令』⁽²⁹⁾、一九三九年二月五日の『暴力犯罪者命令』⁽³⁰⁾、一九四二年一月二二日の『背反罪に対する規定の補充に関する法律』⁽³¹⁾、一九四三年一月六日の『少年刑法命令』⁽³²⁾は、いずれも、より一般的に、「法律（命令）は、それが効力を発する以前に行われた犯罪行為についても妥当する」との規定をおいた⁽³³⁾。あるいは、健全な民族感情に対する侵害・違反を当該行為の処罰の根拠とするものとして、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法規定の補充に関する命令』⁽³⁴⁾が、また、健全な民族感情を刑罰の加重根拠とするものに、一九四四年五月五日の『戦時特別刑法令補充のための第五命令』⁽³⁵⁾があつた。

一九四一年一二月四日の『編入された東方地域におけるポーランド人およびユダヤ人に対する刑事司法に関する命令』⁽³⁶⁾は、それがもつ内容からして、こうした一連の立法措置の中にあつて、さらに新たな段階を画するものであつたとみなされる。第二条はいう、「ポーランド人およびユダヤ人は、ドイツ刑罰法規に違反した場合、あるいはドイツ刑罰法規の基本思想にもとづき、編入された東方地域の中に存在する国家の必要性に従つて刑罰に値する行為を行った場合にもまた処罰される。」さらに、第三条は、死刑に関し、以下の規定をおいた、「法律が予め死刑を定めるものでない場合にも、行為が特別に低劣な心情を明らかにしめ、あるいはその他の理由から特別に重大である場合、死刑が宣告される。これらの場合にあっては、重大少年犯罪者に対しても、死刑が科せられうるものとする。」同じように罪刑法定主義の原則の否定を宣言しながら、『命令』が、刑罰法規と並ぶ第二の法源として、「健全な民族感情」ではなく、「国家の必要性」を掲げたことは、むろん理由のないことではなかつた。それというのも、ドイツ民族の血を有せず、共同体に対し何ら忠誠義務を負わないポーランド人やユダヤ人に対し、「不法、責任、贖罪についてのドイツ民族の健全な感情」を要求し、

彼らの行為の可罰性をそれにかかわらせることは本来不可能なことであつたのだから。ドイツ民族ならびにその權威を代表する国家官庁に対し単に外的な「服従義務」を負うに過ぎない彼らに対しては、まさしく「国家の必要性」が処罰の基準として相応しいものであつたにちがいない⁽³⁷⁾。しかし、そうした単なる形式的な事情だけでなく、この法源の変更が、罪刑法定主義の否定の中に本来含まれていたはずの刑事司法の「合目的化」の傾向を、たとえポーランド人やユダヤ人を対象としてではあつたにせよ、疑問の余地なく明らかならしめた点において、この『命令』は、一九三三年の『ヴァン・デア・ルツベ法』以来の立法の中で、画期をなす意義をもつものとなつたのである。「裁判所の使命は、東方地域のためにフューラーにより立てられた高度の政治的課題・目的を実現することにある」、『命令』の注釈の中でグラウが指摘したように、刑事司法は、部分的とはいへ、名目上も、はつきりと、ヒトラーの手の中にある合目的な政治的道具へとその性格と役割を変えるに至つたのだ。

一九三五年六月二八日の『改正法』を頂点に、一連の立法により推し進められた罪刑法定主義の否定が、ナチス刑法に対し、最終的にいかなる形態と内容を与えるものであつたのか。一九四一年五月一五日付けのシュヴァルツェ・コールの論説は、われわれにその一端を教えている。即ち、「かつての法によれば、禁じられていないことは、原則的に許されたことであつた。国家が刑罰により強制しうる事柄だけが義務であつた。もし、ナチス国家が自らの道徳的かつ政治的目的を、こうした古い法観念の助けを借りて実現しようとするならば、法律機械を全速回転させる必要に迫られることになる。結局、そうしたところで、すべてを条文化し、すべての怠慢を刑罰でもって威嚇することは不可能であるということが認識されるにちがいない。明白な法感情があれば、そしてまた、それが責任感をもつて貫徹され、あらゆる判決の基礎とされるならば、新たな法律の制定など不必要であるだけでなく、現にある法律も余計なものとなるにちがいない⁽³⁹⁾。」これは同時にヒトラー自身の見解でもあつた。彼は、同じ年の一月一日の深夜、總統大本營の中で、「立

法によつて今より以上に構成要件を詳細に規定することは、われわれにとつて何の役にもたたない」ことをはつきりと確認した上でさらに以下の指摘を行つていた、「重要な事柄というものは、統一的な法律の適用が可能となるように、概念的に整備することは不可能なことなのだ。〔一定の条件さえ整えば〕われわれは、現在ある法典に、〔ナチズムの〕諸原則をとつて代わらせることが可能である。⁽⁴⁰⁾」ここでは、法源としての制定法規の消滅と、それに代わる、ナチズムの世界観の登場が疑問の余地なく語られている。一九四二年三月二〇日、ゲッベルスがヒトラーに対し明らかにした刑法改正プランは、まさしくナチス政治指導部が求めた闘争法としてのナチス刑法の理想の姿が何であつたのかを端的に表現し、明らかにするものに他ならなかつた。彼はいつもの日記にその日の出来事を書いて、「民族同胞に広く知られたナチスの民族指導の諸原則を犯した者すべてに対し、軽懲役、重懲役、あるいはとりわけ重大な場合にあつては、死刑が宣告される、そうした一つの法律の制定を私はフューラーに提案した。かかる法律は、犯罪者に対する戦いにまつた新たな基礎を提供し、とりわけ従来われわれの追求の手を免れてきた連中に対し、断固たる処置をとることを可能ならしめるであろう。⁽⁴¹⁾」この提案が、ギュルトナーの死後ドイツ司法の責任者となつたシュレーゲルベルガーにより、「そのための法律上の根拠が存在しない」ことを理由に、繰り返し拒否されたことは、ゲッベルス自身、同じ日記の中で打ち明けている通りであつたが、大ドイツライヒスタークが、ヒトラーの依頼にもとづき、ヒトラー個人の「意思」——つまり「健全な民族感情」や「民族指導の諸原則」といったものでさえなく——にすべてを委ねる『決定』を満場一致で可決したのは、それからわずか一カ月後の一九四二年四月二六日のことであつた。『決定』はいう、「ドイツ民族の生存を賭けた今日の戦争にあつて、フューラーは、勝利を実現し、促進する一切の事柄を実行するための権限を自ら掌握しなければならぬ。それ故、フューラーは、既存の法規に拘束されることなく、国民と国家の指導者、国防軍最高司令官、政府の長、最高行政権所有者、最高裁判権所有者、かつ党の指導者として、いついかなる状況においてであれ、必

要とあらば、すべてのドイツ人に対し、彼らの義務の履行を、フューラーにとって適当と思われるあらゆる手段を使って強制しうる権限を有するものでなければならない。かかる義務に対する侵害がなされた場合、フューラーは、自らの良心にもとづき、その者の法的権利にかかわりなく、当人に相応しい贖罪を科し、個別に所定の手続きをとることなく、彼の職業、身分、地位から追放する権限を有するものとする。⁽⁴³⁾」

（１）構成要件論と罪刑法定主義との結びつきをはっきりと表現するものとして、一九〇六年に発表されたベーリングの『犯罪論』があった。この中で、構成要件が犯罪論の中でもつ意義をはじめて明確にしたベーリングは、「行為は違法・有責であるというだけで刑罰の威嚇を惹起する時代は過ぎ去った。実定法上定められた構成要件が犯罪類型の輪郭をすべて網羅的に列挙する。この意味において構成要件に該当しない行為は、たとえそれが違法・有責の行為でありうるとしても、今日犯罪とされることは決してありえない。今日では、可罰的行為と処罰されるべき行為は同じものではない」とした上で、さらに、『刑法典』第二条との関わりについて次のように続ける、「そのこと〔可罰的行為と処罰されるべき行為が同じものではないこと〕についていささかの疑念もないことは、第二条を一瞥するだけで明らかである。ところが、奇妙なことに、第二条のもつ根本的重要性については至るところで強調されているにもかかわらず、そのもつとも大事な点、即ち、実定法により承認されていない一切の犯罪類型の排除という意義を正しく認識したものはどこにも見当たらない。通常指摘されるのは四つの原則——〔慣習法の禁止、類推の禁止、絶対的不定期刑の禁止、刑法の不遡及〕——である。これが正しいことはいうまでもない。しかし、ここには以下の理解、つまり予め明確に輪郭づけられた構成要件のみが、ある行為に犯罪というスタンプを押すにあたって問題となるのだという、一番重要な事柄の理解が欠落している。そのことは既に最初の二つの原則に含まれているとの反論がなされよう。しかし、明確に公式化された構成要件に該当する行為のみが犯罪となるという原則は、独立の重要性をもつ原則なのである。第二条の完全な理解のためには、上の四つの原則に以下の原則を優先させなければならぬ。即ち、実定法により明確に定式化された犯罪類型のみが刑罰威嚇の対象となる、あるいは、構成要件なければ犯罪なし。」（E. Beling, "Die Lehre vom Verbrechen." (1906 [1964]) S. 21ff.）

- (2) "Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des Preussischen Justizministers." (1933) S. 127.; K. Peters, Juristische Wochenschrift. 1933. S. 1562.; H. Nicolai, Juristische Wochenschrift. 1933. S. 2315f.; Ebert, Der deutsche Justizbeamte. 1934. S. 174.; H. Henkel, "Strafrichter und Gesetz im neuen Staat." (1934) S. 11f.; F. Schaffstein, Deutsches Recht. 1934. S. 349ff.; K. Klee, Deutsche Juristenzeitung. 1934. S. 639ff.; C. Schmitt, Juristische Wochenschrift. 1934. S. 714.; H. Bunge, Juristische Wochenschrift. 1934. S. 1107f.; K. Schäfer, "Das kommende deutsche Strafrecht. Allgemeine Teil." ((ed.) F. Gürtner) (1935) S. 200ff.; R. Freisler, Deutsches Strafrecht. 1935. S. 12ff.; K. Siegert, Juristische Wochenschrift. 1935. S. 889.; F. Grau, Der deutsche Justizbeamte. 1935. S. 137.; (ed.) H. Frank, "Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht. 1. Teil." (1935) S. 28.
- (3) Reichsgesetzblatt. 1933. Teil I. S. 151.
- (4) Reichsgesetzblatt. 1933. Teil I. S. 995.
- (5) 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.
- (6) Reichsgesetzblatt. 1923. Teil I. S. 135.
- (7) Pfundner/Neubert, "Das neue Deutsche Reichsrecht." IIc-10. S. 44a (17).; Schafheutle, Juristische Wochenschrift. 1933. S. 2798.
- (8) Reichsgesetzblatt. 1934. Teil I. S. 529.
- (9) Reichsgesetzblatt. 1935. Teil I. S. 839.
- (10) Amtliche Sonderveröffentlichungen der Deutschen Justiz. Nr. 10. S. 27.
- (11) Pfundner/Neubert, "Das neue Deutsche Reichsrecht." IIc-6. S. 67f.; E. Schäfer, Deutsche Justiz. 1935. S. 991f.
- (12) 「時限法」の取り扱いについては、第三項が、これを規定「特定の期間のためにのみ制定された法律は、その妥当中に
行われた犯罪に関し、それが廃止された後にも、これを適用しなければならない。」
- (13) Reichsgesetzblatt. 1935. Teil I. S. 844.

- (14) F. Gürtner, "Das neue Strafrecht." (1936) S. 22ff.
- (15) C. Schmitt, Deutsche Juristenzeitung. 1935. S. 923.
- (16) H. Nicolai, "Rasse und Recht." (1933) S. 51.; G. Küchenhoff, "Nationaler Gemeinschaftsstaat. Volksrecht und Volksrechtsprechung." (1934) S. 11.
- (17) K. Schäfer, "Das kommende deutsche Strafrecht. Allgemeine Teil." ((ed.) F. Gürtner) S. 203.
- (18) H. Rauschning, "Gespräche mit Hitler." (1940) S. 211.
- (19) AG. Karlsruhe. Urt. vom. 19. 5. 1933., Juristische Wochenschrift. 1933. S. 1675.
- (20) R. Frank, "Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich." 18. Aufl. (1931) S. 16ff.
- (21) "Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des Preussischen Justizministers." S. 132.
- (22) (ed.) H. Frank, "Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht. Teil 1." S. 32.
- (23) E. Mezger, "Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss." (1943) S. 57ff.
- (24) 第二条の有するかかる「作為と不作為の構成要件の同一視」の思想は、一九三六年の『草案』第一三条の中により端的な形で見い出される、即ち、「義務に違反し行為を行わない者は、健全な民族感情にしたがい正犯または共犯として有責とみなされる場合、行為した者と同様に処罰される。」((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." (1988) S. 411.)
- (25) H. Rauschning, a. a. O., S. 179.
- (26) 共同体義務に反した不作為の中に構成要件的行為を見い出した判決として、本文に挙げたカルルスルーエの判決の他に、たとえば、婚約者の堕胎の決意を知らながら、これを黙認し、結果として堕胎に至らしめた男性の不作為を刑法第二一八条にいう「堕胎による胎児の殺害」の幫助とみなした LG. Weimar. Urt. vom. 18. 7. 1938., Juristische Wochenschrift. 1938. S. 3031. 契約により心身障害者の扶養義務を負う夫の留守中、この者の世話をせず死に至らしめた妻の不作為を刑法第二一六条にいう「傷害に因り被害者の死亡を惹起した」とみなした RG. Urt. vom. 11. 10. 1940., Deutsches Recht. 1941. S. 195. 自らの地所内での家畜の密殺を知らながら、警察にしかるべき通報措置をしなかったことを、『戦時経済命令』第一条

第一項違反に該当する犯罪行為の幫助とみなした *SondGer. Magdeburg. Urt. vom. 5/9.5. 1942.*, *Deutsches Recht. 1942. S. 1939.*、不作為による生活必需品の腐敗を『戦時経済命令』第一条第一項にいう「滅却」とみなした *RG. Urt. vom. 18. 10. 1943.*, *Deutsches Recht. 1944. S. 285.* 等がある。

- (27) *Reichsgesetzblatt. 1936. Teil I. S. 493.*
- (28) *Reichsgesetzblatt. 1938. Teil I. S. 651.*
- (29) *Reichsgesetzblatt. 1939. Teil I. S. 2000.*
- (30) *Reichsgesetzblatt. 1939. Teil I. S. 2378.*
- (31) *Reichsgesetzblatt. 1942. Teil I. S. 668.*
- (32) *Reichsgesetzblatt. 1943. Teil I. S. 635.*
- (33) その他、国家機密の漏洩、あるいは探知の企図の不能未遂に関し、強制的減刑措置を定めた第八九条第三項、第九〇条第二項の削除を命じた、一九三九年九月一六日の『改正法』(*Reichsgesetzblatt. 1939. Teil I. S. 1841.*)は、同時に、「これらの条項〔第八九条第三項および第九〇条第二項〕は、この法律が効力を発する以前に行われた行為につき、もはや適用されえない」との規定をおくことにより、新たな規定の遡及適用を認めた。

- (34) *Reichsgesetzblatt. 1939. Teil I. S. 2319.*
- (35) *Reichsgesetzblatt. 1944. Teil I. S. 115.*
- (36) *Reichsgesetzblatt. 1941. Teil I. S. 759.*
- (37) Pfundner/Neubert, "Das neue Deutsche Reichsrecht." *Ilc-25. S. 13.*; R. Freisler, *Deutsche Justiz. 1941. S. 1131.*
- (38) Pfundner/Neubert, a. a. O.
- (39) *Das Schwarze Korps. Vom 5. 15. 1941.*
- (40) (ed.) W. Jochmann, "Adolf Hitler Monologe im Führer Hauptquartier 1941—1944." (1980) S. 120f.
- (41) (ed.) L. P. Lochner, "The Goebbels Diaries. 1942—1943." (1948 [1970]) S. 133.
- (42) (ed.) L. P. Lochner, a. a. O.
- (43) *Reichsgesetzblatt. 1942. Teil I. S. 247.*