

ナチス＝ドイツにおける少年厳罰化について ——少年の刑事責任と「健全な民族感情」——

野 田 龍 一 *
南 優 美 **

論旨：わが国における少年厳罰化の根拠の1つとして「国民感情」が挙げられる。；ナチス＝ドイツ期にあつては「健全な民族感情」が少年への厳罰科刑の判断基準であつた。；ナチス＝ドイツは、「健全な民族感情」なる概念をGoetheなどのドイツ古典主義ないしロマン主義から借用しながら換骨奪胎した。；それは、犯罪少年に、責任原理に立つ正規の刑罰よりも重い刑罰を科すさいの一般条項としてナチス＝ドイツ期の立法および実務で濫用された。；ナチス＝ドイツ期と同様、現在のわが国にあつても、「国民感情」概念は、刑法の法律構成に外在的な、融通無碍の、「両刃の剣」であり、その濫用は、きわめて危険である。

目 次

はじめに

1. 1923年少年裁判所法

* 福岡大学法学部教授

** 福岡大学大学院法学研究科博士課程後期3年在学生

2. 民族害虫命令
3. 少年重犯罪人に対する保護命令
4. ドイツ法アカデミーでの審議
5. 1943年少年裁判所法
6. 統計および裁判例
むすび

*文中 [] は、執筆者による挿入部分を意味する。

はじめに

わが国の少年法制においては、少年に対しては、その年齢のゆえに、いくつかの優遇が図られている。例えば、刑法第41条によれば、14歳未満者の行為は罰されない。また、少年法第51条によれば、罪を犯す時点で18歳未満であった者に対しては、死刑をもって処断するべきときは、無期刑とする。また、罪を犯す時点で同じく18歳未満であった者に対して無期刑をもって処断するべきときでも、10年以上15年以下の有期の懲役または禁錮を科することができる。

少年なるがゆえの優遇に対しては、近時、厳罰化の観点から、相次いで改変がおこなわれた。例えば、刑事処分については、いわゆる逆送が、16歳以上に限定されていたのが、14歳以上からとなり¹⁾、また、保護処分について、従来14歳以上の者に限定されていた少年院送致は、おおむね12歳以上から、と、年齢の引き下げが実施された²⁾。

こうした少年に対する厳罰化の際に、その理由の1つとして挙げられるのが、「国民感情」である。2000年改正について、森喜朗内閣総理大臣は、第二次森内閣発足時の記者会見で、「…少年の健全育成を達成すると同時に、悪質な少年犯罪を抑止するための方策について、国民感情を十分に踏まえな

がら、少年法の改正も含めて、早急に検討を進め、適切な対策を講じてまいりたいと思っています」³⁾と述べた。少年犯罪が発生するたびに、マスコミは、声高に「国民感情」を唱える。『東奥日報』は、少年関係法制の見直しについての社説で、「主権者たる同じ日本国民なのに、ひとたび被害者側に回ると、法律は、加害者の人権にのみ配慮し、被害者を置き去りにしがちだ。国民感情から見て、刑事司法のこのいびつな『形』は、確かにおかしい」⁴⁾と説いた。しかし、なにが「国民感情」なのか、だれが、どのように「国民感情」を判定するか、は、曖昧模糊としている⁵⁾。

こうした近時のわが国における傾向を目の当たりにしつつ、本稿では、ナチス＝ドイツにおける厳罰化への途をたどってみたい。なぜなら、ナチス＝ドイツにおいては、戦時下にあつて、少年の厳罰化ないし刑事責任能力の引き下げが実施され、そのさい、「健全な民族感情」das gesunde Volksempfinden が、重要な根拠を提供したからである。

ドイツ少年刑法における刑事責任年齢に関しては、つとに、渡邊一弘『少年の刑事責任一年齢と刑事責任能力の視点から一』⁶⁾がある。しかし、古代ローマから現在までを対象とするこの業績は、我々が取り組もうとするナチス＝ドイツ期については、3頁を充てているにとどまり⁷⁾、今後、さらに一層取り組むべき諸課題を残している。ドイツにあつては、Wolffの業績⁸⁾が、こんにちなお第一に参照されるべき先行研究である。しかし、2001年には、ドイツ法アカデミー少年刑法委員会の議事録が公刊され⁹⁾、また、2008年には、従来参照が困難であった1944年から1945年にかけてのライヒスゲリヒトの裁判例集が公刊された¹⁰⁾。1個の小石を積み上げたい。

本稿では、以下、まず、ヴァイマル期における1923年少年裁判所法における少年年齢と刑罰規定を見る。ついで、ナチス＝ドイツにおける少年厳罰化の前提となった個別法令、ならびに少年に関して厳罰化を規定した法令を検討する。さらに、少年刑法改正に取り組んでいたドイツ法アカデミーに

おける、この厳罰化をめぐる議論を見たうえで、1943年少年裁判所法における当該規定を考察する。最後に、当時の最高裁であったライヒスゲリヒトの裁判例を手がかりに、実務での運用の実態を検討し、最後に、「健全な民族感情」ならぬ「国民感情」が一人歩きすることについての懸念を示唆してみたい、と思う*。

注)

- 1) 少年法第20条。2000年改正により、送致時16歳未満の少年を逆送の対象から除外していた但書が削除された。
 - 2) 2008年改正少年院法第2条第2項。
 - 3) 歴代内閣総理大臣記者会見平成12年7月5日（インターネット版）。
 - 4) Web 東奥・『東奥日報』社説2003年9月25日。
 - 5) 「国民感情」とは、『日本国語大辞典 第二版』第5巻（2001年）608頁によれば、「国民一般の感情。特に、国家に対する帰属意識に由来する感情」とある。そこで引用されている宮武外骨「裸に虱なし」（1920年）『宮武外骨著作集』第8巻334-335頁「我々平民共の崇祖敬神 官僚の御方々様は世界思潮の流入に驚いて、今更に崇祖敬神の国民感情を鼓吹されておられますが、立派な系図持ちの人々は祖先も明瞭で其祖先を崇拜されるでせうが、我々平民共は精々三代か五代の名を知るのみで…」を参照。
 - 6) 2006年専修大学出版局刊。
 - 7) 渡邊『少年の刑事責任』127-129頁。
 - 8) Jörg Wolff, Jugendliche vor Gericht im Dritten Reich, 1992.
 - 9) Ausschluss für Jugendrecht, Arbeitsgemeinschaften für Jugendarbeitsrecht und Jugendstrafrecht (1934-1941), Werner Schubert ed., Akademie für Deutsches Recht, Protokolle und Ausschüsse, Bd. XI, 2001. 以下では、Werner Schubert ed., AfJ, AGfJu, JStとして引用。
 - 10) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd.78, Berlin, 2008.
- *本稿は、執筆者南 優美が、2007年から2009年にかけて、福岡大学大学院法学研究科博士課程後期において挙げた研究成果の一部である。執筆者在学中の指導教員である野田龍一は、本稿を校閲したにとどまる。本稿の掲載にあたっては、福岡大学研究推進部および法学部研究推進部委員 蓑輪靖博先生のご高配にあずかった。感謝したい。南 優美は、『福岡大学大学院論集』第41巻第2号に、「ナチス＝ドイツにおける少年拘禁について」を、『本誌』第54巻第4号に、「ナチス＝ドイツにおける少年不定期刑について」を、それぞれ公表予定である。

1. 1923 年少年裁判所法

1871 年ドイツ＝ライヒ（帝国）刑法典第 55 条第 1 項は、満 12 歳をもって刑事責任能力年齢としていた¹⁾。

これに対し、1923 年少年裁判所法は、少年を、満 14 歳以上満 18 歳未満者とした（第 1 条）うえで、刑事責任年齢を、満 14 歳に引き上げた（第 2 条）。さらに、同法によれば、少年については、刑の減軽が規定された。なかでも、一般に死刑または終身重懲役刑が言い渡されるべき場合には、1 年ないし 10 年の軽懲役刑が言い渡されるべき、と規定された（第 9 条第 1 項）。14 歳以上 18 歳未満の少年には、死刑が言い渡される可能性は全くなかったのである²⁾。

注)

- 1) 1871 年刑法典における刑事責任年齢については、渡邊『少年の刑事責任』99-101 頁。
- 2) Jugendgerichtsgesetz. Vom 16. Februar 1923, in: Reichsgesetzblatt 1923, I S.135. 渡邊『少年の刑事責任』126-127 頁。

2. 民族害虫命令（1939 年 9 月 5 日）

1939 年 9 月 1 日、ナチス＝ドイツは、ポーランドへの侵攻を開始した。第二次世界大戦が始まった。同月 5 日、ライヒ防衛長官会議¹⁾は、いわゆる民族害虫命令を公布した²⁾。

第 1 条は、住民の立ち退かされた地域内、または住民が任意に退去した建造物または場所内において掠奪を行なった者を死刑（絞首刑）に処すると規

定した。

第2条は、空襲の危険を予防するために行なわれた措置を利用して人の身体、生命もしくは財産に対し重罪または軽罪を行なった者は、終身の重懲役に処し、情状とくに重いときは、死刑に処することを規定した。

第3条は、放火またはその他公共に危険な重罪を行ない、これによってドイツ民族の抵抗力に損害を加えた者は、死刑に処することを規定した。

第4条は、故意に戦時状態により惹起された非常関係を利用して、さきの3条所定の犯罪以外の犯罪を行なった者は、犯罪が特に非難に値するものであるがゆえに、「健全な民族感情」³⁾がこれを要求するときは、通常の刑罰の範囲を超えて15年以下の重懲役、終身の重懲役または死刑に処することを規定した。

ここから明らかのように、たとえ窃盗であっても、それが、戦時状態が惹起した非常関係を利用して行なわれたときは、その窃盗が非難に値するがゆえに、「健全な民族感情」がこれを要求するときには、通常の刑罰、すなわち、刑法典第242条の規定する1日以上5年以下の軽懲役刑（第16条）⁴⁾を超える重罰が科されることができたのである。

一例を挙げれば、1943年3月8日のエッセン特別裁判所判決⁵⁾が、衝撃的である。被告人Yは、リトアニア出身、69歳、身体の不自由な男性であった。Yは、エッセンにおける空襲の間、公設防空壕にとどまっていた。Yの住居は、空襲で破壊された。Yは、翌日から、被災者に提供された小学校に宿泊し、そこで食事の提供も受けていた。1943年3月8日、Yは、空襲被災者として申告するために、オペラ劇場に赴いた。その途上、Yは、破壊された店舗の後ろに、食器鉢があるのに気づいた。かれは、それを、炊き出しのさいに食事を受け取るのに用いようと考え、真新しい食器鉢を探し出し、それを紙で包み持ち去った。ついで、Yは、さらにオペラ劇場に向かって歩き、1本の牛乳瓶を見つけた。Yは、これを飲料用に用いようと考えて

拾ったが、汚かったので、捨てた。警察官が、Yを見咎め、拘束した。Yが、かの食器鉢を持っていることが判明した。

特別裁判所は、民族害虫命令第1条にもとづいて、Yが食器鉢を持ち去った行為は、「住民の立ち退かされた地域内」において他人の物を領得する行為、すなわち、「掠奪」であると認定した。そのさい、その獲得物である食器鉢が価値の低いものであることは、この認定に反しない、と述べた。Yの行為は、一般予防の見地から厳罰に値する。都市領域の大部分が完全に破壊されたことにより、瓦礫になった地域に散乱している物の安全にとっては、きわめておおきな危険がもたらされる。大勢の人々が、この有利な機会を利用し、誰もが、価値の低い物品を領得するであろうならば、おおきな価値が失われ、そして、公安が、もっとも脅かされることになる、というのである。「とくに激しかった敵の空襲の後の、この特別な危険な状況のゆえに、たとえ価値の低いものであれ、不法領得すべてが、健全な民族感情からすれば、とくに危険で、かつ、とくに非難されるべきものとして、掠奪であると見える」⁶⁾のである。

特別裁判所は、被告人Yを、かの民族害虫命令第1条により、死刑に処した。加えて、同裁判所は、Yが、敵に加功し不名誉に行為したとして、刑法第32条⁷⁾により、Yの公権（市民的名誉権利）を剥奪した。

Yは、翌日1943年3月9日、エッセン警察本部の中庭で、処刑（銃殺）された。「健全な民族感情」は、犯罪と刑罰との間にあるべき比例原則を一蹴して、空襲後の瓦礫から食器鉢1鉢を拾った男を、死刑にするのである。

その他、1941年から1945年にいたるライヒスゲリヒト判例集によれば、「健全な民族感情」に依拠しつつ、民族害虫命令により処断した事例は、枚挙にいとまがない⁸⁾。

注)

- 1) この機関が、法律の効力を伴った命令を発令できるのは、1939年8月30日の「ライヒ防衛に関する長官会議の設立についての総統布告」第2条「ライヒ防衛に関する長官会議は、法律の効力をもつ命令を発令することができる。ただし、わたし [Hitler] が、ライヒ政府またはライヒスタークによる法律の可決を命じるときは、このかぎりではない」に、その根拠をもつ。RGL., 1939, I S. 1539. ナチス＝ドイツにあっては、行政命令が法律の効力を持ちえたことにつき、藤 かおる「ナチス行政組織法の理念と展開」『追想の記』（遺稿・追悼集）21-44頁。とくに、37頁を参照。
- 2) Verordnung gegen Volksschädlinge. Vom 5. September 1939, in: RGL., 1939 I S. 1679. これについては、市川秀雄『ドイツ戦時刑法研究 第一巻』（1943年）280-400頁が詳しい。
- 3) das gesunde Volksempfinden. この概念については、Ferdinand Kadecka, Gesundes Volksempfinden und gesetzlicher Grundgedanke, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd.62, 1944, S1-27参照。かれによれば、「健全な民族感情」とは、事実上の民族感情ではない。民族感情が健全であるかぎりは、それは、そもそも、なんら現実的なものではなく、理想的なものである。それは、「裁判官の考えによれば、ドイツの本性、ドイツの感性の在り方 Sinnesart に照応するとき、あるいは、より正しく言えば、民族感情が健全であろうならば、それに照応するであろうとき法感情である。…健全な民族感情を参照指示することは、たんに、裁判官の胸中それ自体に生きている法感情にアピールすることにはすぎない。ひとが健全な民族感情と呼称するものは、実は、裁判官自身の精神である。法律がことになって考える場合ですら、実は、つねに、裁判官自身の法感情が決定するであろう。なぜなら、だれにも、次の確認が浸透しているからである。かれの法感情は、現実の民族感情とは一致しないにせよ、しかし、健全な民族感情には一致する、という確信である」(S4)。

かれは、ここで、Goethe, Maximen und Reflexionen, 142 [これは154の誤りか?] を援用する。Goetheは、そこで、VolkheitとVolkとを区別する。それは、KindheitとKindとの区別に相当する。Volkheitをここでは「民族体」と訳した。Grimm, Deutsches Wörterbuch, Bd.XII/II,26 (1951), col.484によれば、Campeによる説明として、Volkheitとは「例えば、cristenheit (キリスト教全体、キリスト教世界) などのように、全体として、その人間的と特性および固有性を持った人格として考えられる Volk (民族)」とある。

Goetheは、「…立法者および統治者は、民族体 Volkheit に耳を傾けねばならないのであって、民族 Volk に耳を傾けるのではない。民族体は、つねに同じことを発言し、理性的で、かつ不変であり、純粋でかつ真実である。民族は、

明白な意欲としては、その意欲するところを知らない。そして、この意味において、法律は、民族体の普遍的に発言された意思であって、それは、多数の者がけって発言しないが、しかし、悟性ある者が認識し、そして、理性ある者が満足することを知っており、そして、善なる者が、よろこんで満足させる意思である」と述べている。Johann Wolfgang von Goethe Werke,dtv., Bd.12, 1998, S.385. しかし、Kadecka の引用にもかかわらず、ナチス＝ドイツの「健全な民族感情」は、悟性的・理性的・善なるものであったのか？今後究明すべき課題といわねばならない。この概念が、ナチスにあって、いわば一般条項として、制定法軽視を根拠付ける機能を果たしたことについて、青井秀夫「現代法理学の課題と展望」青井秀夫・陶久利彦編『ドイツ法理論との対話』（2008年）51頁 注12）を参照。

「健全な民族感情」の周知の一用法が、1935年6月28日の「刑法典改正法」Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs. Vom 28. Juni 1935における、第2条である。：RGBl., 1935 I S.839「法律が可罰的なものと明定した行為または刑罰法規の基本思想ならびに健全な国民感情により刑罰に値いすると考える行為をおこなった者は罰せられる。行為に対して直接に規定する刑罰法規がないときには、その行為に対して最もよく妥当する基本思想を持った法律によって罰せられる」。訳は、莊子邦雄『現代法律学全集 25 刑法総論』（1977年）76頁の訳を借用した。この1935年6月28日改正刑法第2条につき、牧野英一「わが國とドイツとの刑事政策」『刑法研究 第十卷』（1943年）270-271頁は、「刑法の解釈上健全な國民感想（ママ）に依るの類推解釈を許したものである」として「わが刑法について、わたくしが古くから主張してゐるところであるが、今日なほ反對を免れない點になつてゐる」と述べている。

- 4) 「不法に領得する意図をもって他人の動産をこの他人から奪う者は、窃盗のかどで、軽懲役をもつて罰する」。Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1926, S.488; 邦訳：最高裁判所事務総局刑事局『刑事裁判資料第90号 ドイツ刑法』（1954年）, 117頁。軽懲役刑については、第16条「I 軽懲役の長期は5年、短期は1日とする」。Frank, StGB, S.50; 邦訳『ドイツ刑法』7頁。
- 5) Hans Mommsen und Susanne Willems ed., Herrschaftsaltag im Dritten Reich, 1988, S.370-371.
- 6) Mommsen u. Willems ed. Herrschaftsaltag, S.371.
- 7) 「死刑および重懲役には、それに併せて公権の喪失を宣告することができる」。Frank, StGB., S.66; 邦訳『ドイツ刑法』16頁。（ただし、「死刑」は、邦訳にはない）。
- 8) 以下、そのおもな裁判例を挙げる。（出典・判決年月日・事実関係のあらまし・原審判決・ライヒスゲリヒトの判断の順に引用。成人事件に限定している）：
 - ① RGSt.Bd.74.S.98・1940年2月26日・出征中の戦友の妻に対する詐欺未遂（被告人は戦場で戦友と皮革の売買について商談し、戦友たる夫は被告人に皮革を売っ

たと偽り、皮革を詐取しようとした)・1年3月の重懲役・被告人の上告棄却：「…民族害虫命令第4条の要件は、判決で十分に証明されている。被告人は、詐欺未遂を、戦争状態によって惹起された異常な諸関係(戦場に夫があること、妻による代理など)を利用することによって行なった。判決は、なるほど、健全な民族感情が、行為の特別の非難のゆえに、同命令第4条にもとづく被告人の処罰を要求することを述べなかった。しかし、同命令第4条および刑の量定についての論述は、かの刑事法廷が、この判断基準を認定したことを認識させる」(S.100)。

② RGSt.Bd.74,S.166・1940年4月8日・夫が出征中の人妻に、性交を強要する手紙を出し、同女の女性としての名誉を侵害した[侮辱罪]・?・ライヒスゲリヒトは民族害虫命令適用肯定：「…刑事法廷は、さらに、こう認容した。健全な民族感情は、この犯罪行為の特別の非難のゆえに、この犯罪行為が、…民族害虫命令第4条にもとづいて処罰されることを、要求する」(S.166-167)。

③ RGSt.Bd.74, S.181・1940年4月22日・暴行による侮辱・?・ライヒスゲリヒトは民族害虫命令適用肯定：「…第4条のケースにおいては、戦争状態によって惹起された異常な諸関係を利用したことに加えて、健全な民族感情が、行為の特別の非難のゆえに、正規の刑罰の、そこで規定される逸脱を要求する、ということが付け加えられねばならない。…」(S.182)。

④ RGSt.Bd.74, S.226・1940年6月18日・午後17時ごろ貯炭場のトラックから3個の車輪をタイヤごと窃盗・8年の重懲役・公権剥奪・保安処分・同命令第4条の適用を否定・ライヒスゲリヒトも否定：「ここ[ラント裁判所が、刑法典法定刑：2年-15年の重懲役の枠に収まる8年の重懲役を言い渡したことから]確認されることができるのは、健全な民族感情は、このきわめて幅のある刑を逸脱することを要求しないということである。同命令第4条適用を左右する諸要件の1つが、ここでは存在しない。それゆえ同命令第4条は、適用できない。…」(S.227)。

⑤ RGSt.Bd.74, S.239・1940年6月27日・窃盗・同命令適用否定・ライヒスゲリヒトも否定：「事実審裁判官の理解するところでは、健全な民族感情は、同命令第4条による厳罰化を要求しない。なぜなら、被告人には前科がなく、戦争で活躍し、鉄十字2級および1級を受章し、戦傷により、持続的な相当の損害を、その営利能力についてこうむったからである」(S.240)。

⑥ RGSt.Bd.74, S.262・1940年7月5日・ポーランドで生死不明になった兵士の母親に対する詐欺・同命令第4条により6年の重懲役・ライヒスゲリヒトは民族害虫命令適用肯定。原審特別裁判所には責任宣告に過誤ありという：「…特別裁判所には、新たな公判にもとづいて、次のことを審理することがゆだねられつづけねばならない。健全な民族感情が、正規の刑罰の枠を逸脱することを要求するかどうか…である」(S.263)。

⑦ RGSt.Bd.74, S.321・1940年5月30日・消防士が衛生課程実施中の女学校のコート掛けに架けられたコートから、「暗闇に乗じて」懐中電灯と札入れを窃盗・

さらに窃盗未遂・？・肯定？：「…『民族害虫』の本性を行為者として明らかにする者のみが、すなわち、かれが健全な民族感情からすれば、重懲役刑に値するような犯罪行為の力または行為の非難でもって民族共同体の法的平和を破壊する者のみが、この刑罰規定に属す」(S.322)。

⑧ RGSt.,Bd.75, S.333・1941年9月16日・3名の少女に対する教師によるわいせつ行為・原審ラント裁判所は、被害者の親告なしにでもドイツ人少女への侮辱として、同命令第4条で処罰可能と判断：「…国家の利益が、そして健全な民族感情もまたドイツの少年を保護するために、被告人の処罰を要求する。…」・ライヒスゲリヒトは否定：理由：親告なければ処罰できない、と判断 (S.334)。

⑨ RGSt.,Bd.76, S.111・1942年4月16日・ライヒ郵便の手押車配達夫が、約50ないし60個の小包から、総額120ライヒスマルク相当の食料品や生活必需品を窃盗・特別裁判所は、被告人の行為を民族害虫命令では処罰しなかった・ライヒスゲリヒトは、民族害虫命令第4条の適用を肯定：「かかる〔民族害虫命令第4条の適用を〕否定する考えは、たんに健全な民族感情に反するばかりか、民族害虫命令の目的とも相容れがたい」(S.112)。

⑩ RGSt.,Bd.76,S.120・1942年4月20日・イギリスの航空機が撒布した偽造衣類配給券に、それと知りつつ架空の名前を記載し、切断して織物の受給のため使用・特別裁判所は、重文書偽造のみで処罰・ライヒスゲリヒトは、民族害虫命令第4条の適用を肯定：「…自己の利益のために、敵が欲することをなすことを許し、そして、敵が提供した手段を、民族共同体を犠牲にして利益を得るために使用することをはねつけない者は、非難されるふるまいをし、したがって健全な民族感情からすれば民族害虫と見られるべきである」(S.121)。

⑪ RGSt.,Bd.76,S.151・1942年5月12日・ポーランド人による14歳未満者に対する強姦・特別裁判所は4年の刑罰収容所 Straflager 収容を言い渡した・ライヒスゲリヒトは、民族害虫命令第4条での処罰を肯定：「適用される刑罰法規は、民族害虫命令第4条である。この第4条は、死刑を、次の特別のケースに関して規定する。それは、健全な民族感情が、死刑を、犯罪行為の特別の非難のゆえに要求する、というケースである」(S.152)。

⑫ RGSt.,Bd.76, S.385・1943年3月22日・小荷物の窃盗・？・ライヒスゲリヒトは、民族害虫命令第4条の構成要件を充たしているか審理するべきと説示：「民族害虫命令第4条の刑罰の外的および内的な判断基準が存在するならば、さらに、行為者は、その本性からしてもまた民族害虫として見られ、かつ処遇されるべきかどうかを吟味するべきである。この民族害虫は、健全な民族感情からすれば、基本犯罪行為〔刑法典〕の刑罰にもとづいてではなく、民族害虫命令第4条にもとづいて処罰されるべきである」(S.387)。

⑬ RGSt.,Bd.77, S.24・1943年4月20日・財布窃盗累犯・6年の重懲役・ライヒスゲリヒトは、死刑の可能性を示唆：「変更法第1条よりすれば、死刑が要請

されるのは、民族共同体の道徳感情および正義感情が、(とくに戦争事情によって高められた)、ドイツ民族の福利を配慮する要求が、行為者を無害化することを求める場合である」(S.27)。

⑭ RGSt.,Bd.78,S.25・1944年6月15日・詐欺・区裁判所は、6月の軽懲役を言渡した・ライヒスゲリヒトは、民族害虫命令第4条による処罰を求める検察側の上告を棄却：「... 官庁の命令を回避してガーデンハウスを手に入れようとしたアパート住民が、[被告人との] 契約締結のさいに積極的な当事者であった。被告人によって惹起された損害は甚大ではない。この事情のゆえにすでに、戦争によって惹起された異常な事情が、民族害虫命令第4条の意味において認容されることができかどうかは、疑わしい」(S.28)。

要するに、「健全な民族感情」にもとづき民族害虫命令第4条違反が明確に認定されたケースは、①②③⑥⑦⑨⑩⑪⑫⑬である。いずれも戦争状態ないしポーランド人に関係する。これに対して、④⑤⑧⑭では、ライヒスゲリヒトは、国民感情を判断基準として、民族害虫命令第4条の適用を否定している。いずれも戦争状態とは無関係な犯罪の事例である。

3. 少年重犯罪人に対する保護命令 (1939年10月4日)

さきの民族害虫命令の規定する重罰、特に死刑ないし終身重懲役刑は、1923年少年裁判所法第9第第1項に拠るかぎり、少年については適用することができなかった。しかし、民族害虫命令以後、少年についても、厳罰化が図られるようになる。

その1つの契機が、1921年生まれのユダヤ人 Herschel Grynszpan (Grünspan) 事件であった。その家族が秘密警察 Gestapo によってハノーファーからポーランドに追放されたことに怒った Grynszpan は、1938年11月7日、パリで、ドイツ大使館書記官 Ernst vom Rath を射殺した¹⁾。ちなみに、1938年11月9日から10日にかけて実施されたユダヤ人迫害「水晶の夜」²⁾ は、かの Grynszpan 事件に対する報復措置であった。

その2の契機は、1939年に、Walter Wolfなる少年が、その雇主に対して強盗殺人を行なった事件である。同事件がマスコミで報道されると、Hitlerは、1939年、時の司法長官 Gürtner に対して、この少年を死刑にすることを望んだ³⁾。

こうした事件の影響を受けて、1939年10月4日に防衛長官会議によって公布されたのが、少年重犯罪人に対する保護命令であった⁴⁾。

第1条は、犯行の時点で16歳以上の少年に対しては、検察官が、成人に対する審理および裁判について管轄権を持つ裁判所にも公訴を提起できるものと規定した。

公訴を提起された裁判所は、犯人が精神のおよび道徳的発育からして18歳以上の者と等しいものとされ、かつ、犯行に際して明らかにされた、特に、非難される犯罪的志操からして、または、民族の防衛上必要であるときは、成人に対する法定刑および保安処分および矯正処分を犯人に科することになった。

さらに、第4条は、この命令が、その施行前に行なわれた犯罪についても適用されることを規定した。刑罰不遯及原則が、ここで脆くも崩れ去った⁵⁾のである。

注)

- 1) この事件については、Hans Mommsen ed., *Herrschaftsalltag im Dritten Reich*, S.387-388 ; Wolff, *Jugendliche vor Gericht*, S.36-37 を参照。
- 2) 「水晶の夜」における各地での暴虐については、Rita Thalmann und Emmanuel Feinermann, *Die Kristallnacht*, *Die kleine weisse Reihe* 108, 1988 を参照。
- 3) この事件については、Wolff, *Jugendliche vor Gericht*, S.35-36 を参照。
- 4) *Verordnung zum Schutz gegen jugendliche Schwerverbrecher*. Vom 4. Oktober 1939., *RGBL*, 1939 I S.2000. この命令については、佐伯「独逸における少年保護法規の沿革と現状」411-412頁参照。Wolff, *Jugendliche vor Gericht*, S.37-45 も参照。

- 5) 刑罰に遡及効を持たせるのは、ナチス＝ドイツに特徴的である。この点につき、Wolfgang Naucke, Die Missachtung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots 1933-1945, in: Festschrift für Helmut Coing, zum 70. Geburtstag, Bd.1, 1982, S.225-247にある遡及効を付与された法令一覧を参照。S.230に本命令あり。

4. ドイツ法アカデミーでの審議

1934年以降、少年法、特に少年裁判所法改正作業を続けていたドイツ法アカデミー少年刑法委員会は、少年重犯罪人命令について、政府からはまったく知らされておらず、Wolffによれば、委員らは、官報でもって、はじめて、この命令を聞き知った¹⁾。

この命令の公布・施行後、委員会は、その草案に、この命令を取り込むのに苦慮する。

1) 1940年11月21日 - 23日ミュンヘンでの会議

公刊された議事史料に拠るかぎり、委員会で、少年重犯罪人命令についての対応が取り上げられたのは、1940年11月21日 - 23日にミュンヘンで開催された会議においてである。

議長を務めたGottfried Boldtは、こう問題提起をした。少年重犯罪人問題は、厄介である。かの命令は、誤った訴訟上の文言をもつ。かの命令が出発するのは、検察官が、公訴を成人裁判所に提起できる、ということである。裁判官は、この場合には、成人刑法の措置および刑罰を言い渡す。あたかも、少年が、訴訟上のみならず、実体法上も、成人刑法の規定に服従するべきであるかに見える。かの命令の規定を、実体的規定と訴訟的規定とに二分することが目的にかなったことであろう。第二に、成人に対してと同じ刑罰を少年に対して言い渡すことについての根拠が明らかにされるべきである。かの命令は、戦時法規 Kriegsgesetz である。それは、重懲役、はたまた死刑す

らをも、広範に許す。この命令を少年裁判所法の中に取り入れることができるのは、この命令を改変することができる場合、とくに、少年の成人との等置、というつまずきの石を改変できる場合である。この少年と成人との等置は、実務にあっては、おおきな難題をもたらすであろう²⁾。少年に対して死刑を科することへの懸念が、ここでは、表明されている。

Franz Exner は、次のように、2つのケースを分離して規定することを提案した。

①「犯罪行為を犯す時、16歳以上であり、かつ、その精神的、かつ道徳的な発育からすれば、18歳以上の者と等しく見られるべき少年に対しては、裁判所は、健全な民族感情が、行為の重さおよび行為において示される、特別に非難される志操のゆえに、この処罰を要求するときには、成人に対してもまた許される刑罰を言い渡す」。

②「犯罪行為を犯す時に16歳以上である少年に対しては、裁判所は、少年の全人格および少年の行為を全体的に評価すれば、少年が、精神的に価値の低い重犯罪人であり、民族の保護が、この重犯罪人にあつては、この処遇を必要とする場合には、成人に対して許される刑罰および措置を言い渡す」。

①にあつては、主観的にもまた客観的にも重いケースがある。早熟の少年を、成人と等しく置くべきである。実質的正義が要求するところによれば、この少年は、成人と同様に処遇され、成人相応の贖罪が生じる。正義にかなった贖罪の観念が優勢である。

②にあつては、民族の保護が、重罰を要求する。意図されるのは、早期に犯罪的な素質をもつ精神病的犯罪人および常習犯罪人である。早熟という要件は不要である。なぜなら、もっとも危険な、精神病質の少年は、18歳になっても、その他の道徳的な成熟に到達していないかぎりでは、早熟ではないからである。②のケースの少年は、はじめから、精神病質の少年であり、18歳以上の者とは比定できない³⁾。

Exner の 2 つの提案に対して、議長 Boldt は、次のようにコメントした。①は、委員会で審議されたことに相応している。しかし、②は、少年裁判所法の根本思想からいくぶん逸脱している。②のケースは、少年とは無関係な、むしろ保安処分⁴⁾のケースである。

Exner は、これに対して、Roland Freisler に拠って、②を少年刑法で規定することを擁護した。Freisler によれば、②で念頭に置かれるのは、その遺伝が、すでに、悪への道を、蓋然性のある人生の道として予示し、そして、他の理由からして、養護教育や刑の執行による効果のない道を歩んでいる少年たちであり、重犯罪人、精神病犯罪人である⁵⁾。

Hermann Schmidhäuser は、ハイルブロン刑務所所長としての経験から、こう述べた。刑務所には、ある少年がいる。この少年は、たしかに、強度に病的であり、かれは、刑務所では、優等生としてふるまった。こうした少年に死刑を規定することを考えてみたい。死刑については、きわめて慎重に規定するべきである。かれは、かの少年重犯罪人命令を、少年裁判所法に取り入れることに反対した。かれは、別の少年のケースを引用した。この少年は、少年を、生徒寮において、残忍なやり方で殺人をした重犯罪人であった。しかし、かれは、才能に恵まれてはいるが、感情の粗野な少年であった。この少年は、刑務所で、犯した犯罪について今はどう思っているのか、と尋ねられ、また同じことをすると返答した。この少年は、学校ではすこぶる評判が良かったが、性的に変態であった。こうしたケースにあっては、Schmidhäuser は、一定程度までは、民族感情にかんがみれば、重懲役刑は適切かと考える。しかし、死刑については、ことなる。刑務所には、少年の謀殺犯がいた。少年は、まったく未熟であった。こうした少年を成人と等置するわけにはゆかない⁶⁾。Schmidhäuser もまた、少年への死刑の適用には反対であった。

検察官 Herbert Vornfeld は、かの少年重犯罪人命令は、たまたま戦時中

に公布されたにすぎないのであって、それ自体としては、戦時命令とは言えないと述べた⁷⁾。

Otto Rietsch は、少年重犯罪人命令は、戦争勃発の時点（1939年9月1日）には完成していて、その公布が、戦争のために遅延したことを述べた⁸⁾。

ハンブルクの検察官 Otto Blunk は、この問題を議論するには、なおいっそう資料を収集調査するべきだと主張した。そして、かれは、児童を殺害した少年の風俗犯に対して死刑判決を言い渡したメクレンブルクの特別裁判所判決を紹介した。この死刑は、ハンブルクで執行された。判決を読めば、誰もが、かような極悪人が消されたことを、おおきな恵みだと言うであろうが、判決理由を読めば、この死刑判決は、すこぶる問題である⁹⁾。

議長 Boldt は、少年裁判所法改正のさいに Exner の提案を再検討したいと述べた¹⁰⁾。

最後に、Rietsch は、かれの当面の意見として、少年重犯罪人命令を、少年裁判所法の中に取り入れるべきだと述べた。少年重犯罪人規定を変更するのは、第一には、委員会に授与された権限の範囲のゆえに、また、第二には、実質的理由（その内容には触れない）のゆえに、目的にかなったことではないであろう、と言うのである。少年重犯罪人命令をいじくることは、少年裁判所法の新規起草を、「ギリシアのついたち」まで（みそかに月が出るまで）延期する、すなわち、けっして完成しないことになろう、と言う¹¹⁾。

2) 1941年1月23日 - 25日ゴスラーでの会議

1941年1月23日 - 25日にゴスラーで開催された委員会は、審議結果としての指導原理 *Leitsätze als Beratungsergebnis* を取りまとめた。この指導原理は、刑罰の程度と量定に関連して、少年重犯罪人命令については、次のように規定した。「1939年10月4日の少年重犯罪人に対する保護命令第1条第2項（ライヒ官報第1部2000頁）は、この少年裁判所法によっては触れられない」¹²⁾。

3) 1941年8月26日 - 30日バード＝アウスゼーでの会議

1941年8月27日、少年刑法委員会は、少年重犯罪人規定の取り込みについて、審議を行なった。

議長 Friedrich Schaffstein が、次のように問題を提起した。①少年重犯罪人命令を、少年裁判所法中に取り込むべきか否か。②取り込むべきだとすれば、その文言について訂正の余地があるか、あるいは、その文言は Exner の提案のままよいのか、である¹³⁾。

ライヒ司法省局長 Ernst Schäfer は、①について賛成した。②については、少年重犯罪人命令の文言が多くの疑問を生み出していることを指摘し、また、少年重犯罪人についての裁判管轄を、ラント裁判所の少年刑事法廷部とするべきであることを提案した¹⁴⁾。

ライヒ健康庁の人種衛生＝人口政策研究所所長 Robert Ritter は、はたして、16歳以上18歳未満の少年であって、18歳以上の成人と等しいと見られるべき者についてのケースなるものが、従来存在したケースがあるか、と質問した¹⁵⁾。

区裁判所顧問官 Ludwig Clostermann が、一度、14歳の、将来の重犯罪人の全ての兆表（メルクマール）を持つ少年と出会った、と発言した¹⁶⁾。

議長は、それは、第1項ではなく、第2項に該当するケースであると指摘した¹⁷⁾。

Schmidhäuser は、第1項に該当する少年のケースを知らないと言った。かれは、第2項についても要件が狭すぎるとの見解を述べた。かれは、第1項にも、また第2項にも該当しないケースとして、精神的にすこぶる発育している少年が、異常な性的動機から、別の少年を絞殺したケース、ならびに、高度に知的な、異常性格の少年が、修道院で強盗をし、被害者を引き出して、冷酷に殺害したケースを報告している。かれによれば、第2項は、これらのケースをも対象とすることができるよう一般化されるべきである¹⁸⁾。

ヴィーン大学教授 Ferdinand Kadecka は、第1項の削除および第2項の「精神的に」の削除を提案した¹⁹⁾。

ハンブルク大学教授 Rudolf Sieverts は、北ドイツ（特にハンブルク）における最近12年の統計資料にもとづいて発言した。第1項に該当するケースは全くない。第2項については、ハンブルクでの最近12年の統計によれば、少年事件の半数がこれに該当する謀殺事件である。かれは、この統計資料に拠って第1項の削除を提案した²⁰⁾。

Schäfer は、少年重犯罪人に対する保護命令のきっかけとなった諸事件をあげた。それは、グラーツ管区で発生した2人兄弟（18歳未満および13歳）の事件・ブラスレオで発生した、17歳6カ月の少年が自動車運転手を射殺し、数名のSA（突撃隊員）を冷笑しながら殺害した事件・パリでドイツ大使館書記官を射殺した、かの Grynspan 事件である。これらのケースにあっては、かりに少年重犯罪人命令が存在しなかったであろうならば、少年へ言い渡されることができる最高刑は、軽懲役10年なのである。第1項は必要であるが、問題なのは、18歳直前（例：17と4分の3歳）の少年の処遇である²¹⁾。

Schäfer は、続けて、少年重犯罪人年齢を一律16歳以上とすることを提案した²²⁾。

Kadecka は、14歳や15歳の少年でも、凶悪犯罪を行なうと指摘した²³⁾。

Sieverts は、第1項に該当するケースとして、少年の政治的暗殺計画をあげた。このケースにあっては、発育成熟が重要なのではなく、成人の政治犯人と同じ処遇が重要なのである²⁴⁾。

議長は、Sieverts に賛成して、第1項にあっては、発育成熟が問題なのではなく、民族感情を顧慮し、また予防的観点から少年を成人と等しく処遇することが重要なことだ、と説いた²⁴⁾。

Sieverts は、「終身重懲役または死刑で処罰される犯罪行為を行なったとき」という要件を、第1項に挿入してはどうか、と提案した²⁵⁾。

議長は、この要件はあまりにも狭すぎる、と難色を示した²⁶⁾。

ライヒ刑事警察局長 Friederike Wiecking は、ベルリンの16歳半の少年のケースを紹介した。この少年は、母親を殺害し、自宅から持ち去った金銭でもって買春したが、未成熟であった²⁷⁾。

ヴィーンのラント裁判所所長 Johannes Meissner は、同性愛の男性を殺害し強盗を行なった少年が、軽懲役10年の判決言渡し後にやってきた母親に抱きつき号泣した事件および灯火管制中に強盗を行ない死刑判決を受け勾留中に他の被勾留者について殺人未遂を行なった18歳未満の少年が、処刑直前に、検察官に、その犯した罪についての謝罪を告白した事件を報告した。かれによれば、これらのケースは、少年にはなお可塑性があることを示している²⁸⁾。

Schmidhäuser は、およそ少年犯罪は、一見残酷に見えるにせよ、それは、実は、たんに少年の未成熟のあらわれにすぎない、と説いた。そのうえで、第2項で十分だと主張した²⁹⁾。

議長は、この委員会の意見としては、第1項のケースは稀であるとまとめた。また、第2項については、「精神的に」の代わりに「魂について」としたらどうか、と提案した³⁰⁾。

Ritter は、「精神的」の代わりに「性格的」としたらどうか、と提案した³¹⁾。

ドイツ法アカデミーでの少年重犯罪人規定の取り込みに関する審議は、消極的であった。とくに少年に死刑を科することに対しては、各方面から反対論がでた。しかし、ドイツ法アカデミーでの審議は、ナチスの不法な厳罰化「立法」の前には無力であった。

注)

- 1) Wolff, Jugendliche vor Gericht, S.37.
- 2) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt., S.186.
- 3) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.192. 同趣旨の提案は、Franz Exner, Die Verordnung zum Schutz gegen jugendliche Schwerverbrecher,in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd.60, 1940, S.350 に見える。
 なお、この Exner 案に対しては、ケーニヒスベルク大学教授 Paul Bockelmann が、責任原理の観点から批判を行なっている。II.Aussprache, Bericht von Dr. Paul Bockelmann, Professor in Königsberg, in: ZfGStrW, Bd.60, 1940, S.351-353. かれによれば：「[少年重犯罪人] 命令においては、なるほど、責任原理と保安原理とが交じり合っている。たしかに、かの命令は、もちろん、責任原理を堅持しようとする。だがしかし、かの命令の厳罰化された刑罰を、責任能力が減少している行為者 [少年] に適用してよいのか?なぜなら、この行為者 [少年] には、道徳的な、またひよっとしたら精神的発育の能力がないからである」。 (S.351)。刑法本来の責任原理をないがしろにすることへの勇氣ある批判である。
- 4) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.193.
- 5) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.193.
- 6) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.193-194.
- 7) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.194.
- 8) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.194.
- 9) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.194.
- 10) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.194.
- 11) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.194-195.
- 12) その日付は不明。Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.390.
- 13) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.449.
- 14) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.449.
- 15) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.451.
- 16) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.451.
- 17) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.451.
- 18) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.451.
- 19) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.452.
- 20) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.452.
- 21) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.452.
- 22) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.453.
- 23) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.453.Schäfer 発言中の差し挟みとして。
- 24) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.453.

- 25) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.453.
- 26) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.454.
- 27) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.454.
- 28) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.454.
- 29) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.454-455.
- 30) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.455.
- 31) Werner Schubert ed., AfJ, AGfJAuJSt, S.455.

5. 1943 年少年裁判所法

少年重犯罪人に対する保護命令は、ドイツ法アカデミーでの審議を経て、1943 年の少年裁判所法¹⁾では、どのような文言にいたったのか。

(1) 条文

第 3 条は、犯行時に 14 歳未満である者は、原則として、刑事責任を負わないとした。ただし、民族の保護が、非行の重大さのゆえに、刑法上の刑罰を要求するときは、犯行の時点で 12 歳以上であれば、14 歳以上の少年と同じ刑事責任を負わせられる²⁾。

なお、12 歳以上 14 歳未満者には、少年重犯罪人に関する規定の適用はない。

第 20 条は、14 歳以上の少年の重犯罪人に関して、規定を設けた。

少年が、犯行の時点において、道徳的かつ精神的に発達しており、その結果、その少年が 18 歳以上、すなわち成人の犯罪人と等しいものとされたときで、健全な民族感情が、犯罪人の特に非難するべき志操のゆえに、かつ、その犯罪行為の重大さのゆえに、要求するときには、裁判官は、一般の刑法を適用する。また、少年が、犯罪行為の時点において、なるほど成人と等しいものとされることはできないが、少年の人格および少年の犯罪行為の全体評価の結果、少年が性格的に異常な重犯罪人であり、かつ民族の保護が、こ

の処遇を要求する場合もまた、同様である³⁾。

ここにあるのは、健全な民族感情や民族の保護といった判断基準の重視である。

また懸案であった少年重犯罪人についての裁判管轄については、第26条第2項で、ラント裁判所の少年刑事法廷部が、一般刑法にもとづけば許されるすべての刑罰ならびに保安処分および更生措置を、判決として言い渡すことができる、と規定された⁴⁾。

(2) Kümmerleinによる注釈

かの少年の刑事責任能力を引き下げる、おそるべき規定について、Kümmerleinは、次のように注釈する⁵⁾。

1939年10月4日の少年重犯罪人に対する保護命令の拗ってたつ思想は、こうである。少年刑法の教育思想は、早熟の少年重犯罪人には当てはまらない。なぜなら、これらの早熟の少年重犯罪人は、その発育の点では、もはや本来の少年ではないからである。

「実質的正義」が、こうしたケースにおいては、一般刑法の適用を要求する、という。1943年の少年裁判所法第20条は、この思想を、洗練しかつ拡大する形で採用した。

第20条第1項が、少年の重犯罪人に対する保護命令に照応する。一般的刑法を適用する要件は、次の通りである。

犯罪人は、犯行の時点において、道徳的かつ精神的に発達して、犯罪人は、18歳以上の年齢の犯罪人と等しいとされることができ、換言すれば、犯罪人はその道徳的かつ精神的発育の点では、18歳者の平均的類型にふさわしいことである。このように早熟の有無を決定的な判断基準とすることは、ライヒスゲリヒトによっても強調された⁶⁾。

しかし、一般刑法を適用するには、さらに、健全な民族感情が、犯罪人の特に非難されるべき志操のゆえに、かつ、犯罪行為の重さのゆえに、一般刑

法の刑罰と措置とを要求することが、要件とされる。1939年10月4日の少年重犯罪人に対する保護命令とは異なって、犯罪人の特に非難されるべき志操が、犯行において明らかであることは、要件とはされない。第20条が要件とする犯罪人の「志操」を判断するには、本質的には、犯行の精神的背景にもとづいて決定すべきである⁷⁾。

学説にあっては、1939年10月4日の少年犯罪人に対する保護命令を、18歳者の平均類型にふさわしいほどに発育していない者にも適用できるかが問題とされた。第20条第2項は、第1項の早熟者とならんで、早熟ではないが、「性格的に変質的な重犯罪人」に対する処罰を規定した。これによって、かの問題は解決された。この第2項がめざすのは、「早熟の犯罪的な、生成中の常習犯罪人」(多くは精神病質者)を逮捕することである。要するに、第2項が目論むのは、一種の保安処分的措置の少年への実施であった。このためには、裁判官は、犯罪生物学的に教育を受けた少年医のサポートを必要とする⁸⁾。

1939年10月4日の少年重犯罪人に対する保護命令は、一般刑法の適用を、満16歳以上の少年に限定した。しかし、1943年少年裁判所法では満14歳以上の少年に一般刑法の適用が、可能である。

1939年10月4日の少年重犯罪人に対する保護命令は、少年の重犯罪人については、成人裁判所での公訴提起を規定した。しかし、1943年少年裁判所法では、原則として、ラント裁判所の少年刑事法廷部に公訴を提起するものとする。なぜなら、少年が重犯罪人であるかどうかの判断をするためには、少年を評価する特別の知識が前提とされるところ、こうした専門知識は、成人裁判所の裁判官には欠如しているからである。もっとも、第76条第2項では、当該犯罪の特別の重みないし非難が引き起こす刺激のゆえに、または公の秩序または安寧の重大な危殆のゆえに、特別裁判所での即決の有罪判決が、検察官の意見によって要請されるときは、公訴は、特別裁判所に行なわ

れることになる⁹⁾。

ライヒスゲリヒトの判例¹⁰⁾は、少年に、少年重犯罪人に対する保護命令の要件が欠けているにもかかわらず、民族害虫命令にもとづく有罪判決を言渡している。1943年少年裁判所法施行後は、この判例は見直されるべきである。少年に民族の害虫として重い刑罰を科することができるのは、少年裁判所法の枠内のみに限定される¹¹⁾。

1943年少年裁判所法は、基本的には、先行命令をさらに厳罰化したものと言える。ただし、少年重犯罪人に関する裁判管轄は、成人法廷から、少年法廷に移された。

注)

- 1) Text:Reichsjugendgerichtsgesetz, RGBl.,1943 I S.637.
- 2) RGBl., 1943 I S.639.
- 3) RGBl., 1943 I S.641.
- 4) RGBl., 1943 I S.642.
- 5) Heinz Kümmerlein, Das neue Reichsjugendgerichtsgesetz, I.Verfehlungen Jugendlicher und ihre Folgen; in: Deutsche Justiz (DJ), 1943, S.529 ff; ders., II. Jugendgerichtsverfassung und Jugendstrafverfahren, in: DJ, 1943, S.553 ff.
- 6) DJ, 1943, S.537.1940年10月10日ライヒスゲリヒト刑事第5部判決。RGSt.,Bd.74, S.307が当該裁判例である。この裁判例については、後述(6.(2)①)する。
- 7) DJ,1943, S.537.
- 8) 第28条第3項「特に被疑者が少年重犯罪人であるか否か、という問題を究明するために、被疑者は犯罪生物学の素養ある少年医の診断を受けることができ、かつ、観察のために必要なときは、施設に送致されることができる」。RGBl., 1943, I S.642.
- 9) 第76条第2項「検察官が特別裁判所で公訴を提起できるのは、当該特別裁判所が、一般的規定からすれば、管轄権限を持つ場合である」。RGBl.,1943, S.649.
- 10) 1941年5月2日ライヒスゲリヒト刑事第4部判決。RGSt.,Bd.75, S.202が当該判決である。この裁判例については、後述(6.(2)①)参照。
- 11) DJ, 1943, S.538.

6. 統計および裁判例

1939年10月4日の少年重犯罪人に対する保護命令ないし1943年少年裁判所法が規定する少年に対する厳罰規定は、実務にあって、どのように運用されたのか。

(1) 統計

遺憾ながら、正式の統計には接することができなかった。ただ、Exnerによれば、1940年8月19日付けのライヒ司法省からの通知として、1939年10月4日の少年重犯罪人に対する保護命令第1条に関する事件としては、21件がライヒ司法省によって知られた。裁判所は、そのうち、11件についてかの第1条の適用を否定し、10件について肯定した¹⁾。

また、同じExnerが聞き知った全有罪事件は、19件であり、それは、次の通りであった²⁾。

1. プレスラオー—謀殺および重強盗—死刑
2. ベルリン—謀殺および重強盗—死刑
3. ベルリン—謀殺および暴力犯罪—死刑
4. シュタールガルト—重窃盗および単純窃盗（15件）—6年の重懲役・6年の名誉喪失・警察の保護観察・保安処分
5. ハレー—民族害虫命令第4条（様々な強姦および窃盗）—12年の重懲役—10年の名誉喪失
6. ケーニヒスバルク—民族害虫命令第4条（業務上横領）—5年の重懲役・5年の名誉喪失
7. グラーツ—民族害虫命令第2条（窃盗）—2年の重懲役
8. ケーニヒスバルク—文書偽造・詐欺・横領—戦時経済令第1条、連続窃盗—5年の軽懲役
9. メメル—単純窃盗および重窃盗—3年6月の軽懲役

- 10.ギーゼン—窃盗— 2年の軽懲役
- 11.ハノーファー—強盗—死刑
- 12.ケムニッツ—強盗— 10年の重懲役および保安処分
- 13.ハンブルク—強盗— 5年の重懲役
- 14.ハノーファー—強盗—死刑
- 15.ボン— 3名の少年による強盗襲撃—各人15年の重懲役
- 16.ミュンヘン—謀殺—死刑
- 17.ロシュトック—謀殺—死刑
- 18.ケルン—窃盗— 4年の重懲役および警察による保護観察
- 19.カールスルーエ—謀殺—死刑

1923年少年裁判所法に拠るならばありえない死刑が、19件のうちの8件を占めた。

(2) 裁判例

裁判例としては、例えば、Geerlingの論文で紹介されている裁判例³⁾が衝撃的である。

それは、反逆および国家の裏切り者として敵を利する行為の予備罪として、判決の時点で17歳のHelmuth Hübenerが、民族裁判所で死刑判決を1942年8月11日に言い渡され、同年10月27日に執行された、という事件である。Hübenerは、ハンブルクの抵抗グループのメンバーであった。かれは、当時聴取を禁じられていたイギリスのBBC放送をもとに、ナチス＝ドイツの宣伝報道の虚偽を暴き、ヒトラー打倒を呼びかけるチラシをハンブルクで配った。

では、ライヒスゲリヒトの判例集からは、いかなる裁判例をうかがうことができるか。これまでに参照できた裁判例は、総計5件である。判決年月日・担当刑事部・出典・原審裁判所は次の通りである。

① 1940年10月10日・刑事第5部・RGSt., Bd.74,S.307・ケーニヒスベルク

= ラント裁判所付特別裁判所

② 1941年5月2日・刑事第4部・RGSt., Bd.75,S.202・ブレスラオ=ラント裁判所

③ 1942年3月13日・刑事第4部・RGSt., Bd.76,S.88・ライプツィヒ特別裁判所

④ 1943年7月6日・刑事第5部・RGSt., Bd.77, S.131.・ヴィーン=ラント裁判所

⑤ 1944年5月22日・刑事第5部・RGSt., Bd.78, S.8.・ベルリン=ラント裁判所

これらの裁判例における被告人の氏名・性別・年齢・罪状は次の通りである。

① Elisabeth K.・女性・(第1審判決時) 17歳10ヵ月・詐欺・重文書偽造

② 不明・男性・(犯行時) 16歳・単純窃盗・民族害虫命令第2条(重窃盗)

③ 不明・男性・(犯行時) 18歳・強盗

④ K.・男性・(犯行時) 16歳・民族害虫命令・少年重犯罪人に対する保護命令

⑤ H.K.・男性・(犯行時) 15歳4ヵ月・窃盗・民族害虫命令第1条

これらの裁判例における事実関係は、あらまし、こうであった。

① Elisabeth K は、詐欺⁴⁾ および重文書偽造⁵⁾ により、しかも、食料品不足および戦争状態が惹起した異常な諸事情を利用したとして、民族害虫命令第4条⁶⁾ によって起訴された。

② 被告人は、単独で、2件の単純窃盗を、そして、他の者たちと共謀して、5件の重窃盗を行なった。被告人は、重窃盗にあつては、空襲警報措置を利用して実行した。

③ 被告人は、犯行時18歳ではあったが、19歳未満であった。かれは、真夜中に、灯火管制のために消灯されていた公道で、女性Fに対して強盗を行なった。かれは、民族害虫命令第2条⁷⁾・刑法第249条⁸⁾・第250条第1

項第3号⁹⁾ 違反でもって起訴された。

④被告人の具体的な犯罪行為は、不明である。裁判例集から判明するのは、被告人が、灯火管制措置を利用して、当該犯行に及んだ、ということである。

⑤被告人は、ベルリン空襲後に、焼け跡となった住宅の後片付け作業を支援するために、ヒトラー＝ユーゲント隊員らとともに、派遣された。被災地を片付けている時、被告人は、樫でできた松葉杖・将校略帽・コーヒー豆・靴底・サッカーボール・懐中電灯および乾電池・石鹼・靴墨・鍵掛け・手首関節バンド・婦人用手袋・写真機・銅貨を隠し取った。

被告人は、民族害虫命令第1条¹⁰⁾ または窃盗でもって、ベルリン＝ラント裁判所に起訴された。

これらの事件において、原審判決は、次の通りであった。

- ① 10年の重懲役・5年の公権（市民的名誉）剥奪¹⁰⁾
- ② 罰金・2年の軽懲役¹¹⁾
- ③ 死刑？¹²⁾
- ④ 不明
- ⑤ 1月の少年拘禁¹³⁾（民族害虫命令第1条の適用を否定）

以上の第1審判決を不服として行なわれた上告および上告理由について検討する。

①上告人は、上級ライヒ検察官である。上告理由は、次の通りである。原審である特別裁判が、以下の諸点を設定したのは、なるほど正しかった。第一に、本件においては、詐欺罪および重文書偽造罪についての構成要件事実がある。第二に、被告人は、食料品不足およびそれとともに戦争状態によって惹起された異常な関係を利用した。しかし、特別裁判所は、「健全な民族感情」が、犯罪行為の特別の非難のゆえに、正規の刑罰の枠を超えることを要求することについては触れなかった。また、特別裁判所は、被告人が、少年重犯罪人に対する保護命令に違反したかどうかについては、ただ、被告人

が身体的に十分に発育し、かつ精神的には、公判における挙動や犯行において示した抜け目なさからすれば、18歳の者と等しく発育していることを述べてはいる。しかし、特別裁判所は、かの少年重犯罪人に対する保護命令の根本思想を誤認した。この根本思想とは、何か。それは、少年への処罰の年齢を引き下げることにあるのではなく、当該少年が、成長すれば反社会的人間になるであろうという意味での「行為者類型」Tätertyp、すなわち将来における常習犯になるという非難されるべき志操を強調することにある。これらの点に触れなかったがゆえに、特別裁判所は、法適用の過ちを犯し、不当な刑罰を科した¹⁴⁾。

特別裁判所が、民族害虫命令に関しては、「健全な民族感情」の要求するところに触れず、少年重犯罪人に対する保護令に関しては、「行為者類型」に触れなかったことから、特別裁判所の判決理由には、法適用の過誤があり、刑の量定を誤った、というのである。

②上告人は、被告人である。被告人は、単独で2件の単純窃盗を行ない、また、共謀して5件の重窃盗を行なった。5件の重窃盗のうちの1件では、被告人は、道具でもってある金庫の扉の鉤のボルトを切断した。被告人には前科前歴があった。14歳の時に、貧困寡婦の住居に2回侵入し、金銭を奪った。16歳の時に、ウエイトレスと同棲した。居酒屋を営んだが、いかさま賭博を行なったがゆえに、居酒屋は禁止された。被告人の父親は、戦争勃発後、兵役に就いており、自宅にいない。この事件において、プレスラオのラント裁判所は、被告人が、民族害虫命令の規定する「害虫」の「行為者類型」に属するかどうかに触れた。ラント裁判所は、被告人は、その犯罪行為によって、戦争を遂行している民族共同体に対して敵対的態度を取り、この態度から、かれが、民族共同体に敵対し、戦争の事情を、利己的に悪用し、民族害虫として見られるべきことが示されると判断した。しかしながら、ラント裁判所は、被告人が、その道徳的な発育からすれば、18歳の者と等しいとき

れるべきこと、という少年重犯罪人に対する保護命令第1条第2項の構成要件事実については判断しなかった。被告人は、なるほど精神的発育の点では、18歳の者と等しいとされるが、道徳的発育の点では、等しいとされることはできない、というのである。要するに、上告理由によれば、ラント裁判所は、被告人の少年としての年齢を無視して、民族害虫命令のみでもって少年を処断したが、ここに法適用の過誤がある、という。上告理由では、これに加えて、父親が兵役に就いていることを看過したことが指摘されている。

被告人には、民族害虫犯としての「行為者類型」は備わっておらず、被告人は、たんに少年の「軽率さ」ないし「センセーションの快樂」から犯行に及んだ、という。

民族害虫命令は、少年にも無条件に適用されるべきか、少年重犯罪人に対する保護命令の要件を充たすときにおいてのみ、民族害虫命令は、少年に適用されるべきであるのか。上告は、前者の見解に立つラント裁判所判決を後者の見解に拠って批判した。本件犯罪が、一般的な少年のエピソードか、「行為者類型」的犯罪傾向によるものかも争点となった¹⁵⁾。

③上告人は、被告人である。被告人は、1941年9月3日の真夜中ごろ、灯火管制のために街灯が消灯されている公道上で、F女に対して強盗を実行した。その後、被告人は、奪った金銭でもって放浪し、プレーメンに向かい、同地で金銭を費消した。この事件において、原審は、本件強盗が、民族害虫命令第2条に規定する「空襲の危険を予防するために行なわれた措置を利用して、人の身体、生命もしくは財産に対し重罪または軽罪を行なった者」に該当すると判断した。これに対して、上告は、本件強盗が、特に重い強盗ではないこと、また、被告人が、なるほど18歳ではあるが、なお未成熟であると主張した¹⁶⁾。

④上告人は、上級ライヒ検察官である。その上告理由は、次の3点に及んだ。第一に、ラント裁判所は、民族害虫命令を、3名の被告人に適用するに

あたり、これらの被告人が、その犯行の際に、灯火管制を利用した、ということのみに根拠付けた。だがしかし、ラント裁判所は、これらの被告人が、民族害虫の本性を持ち、したがって、特別の程度において犯罪行為の力または行為の非難性をもって民族共同体を破壊したことを認定していない。第二に、ラント裁判所は、検察官の申し立てがなくとも、3名の被告人のうち、少年であった2名について、少年重犯罪人に対する保護命令の意味で「少年重犯罪人」であるかどうかを判断するべきであったのに、この判断を怠った。第三に、上告は、少年である2名については成人刑法を適用するべきであると判断した¹⁷⁾。

⑤上告人は、上級ライヒ検察官である。被告人は、空襲により罹災した建物の撤去作業を支援するために派遣された。その際、被告人は、散乱している様々な物品を自らのポケットに入れるなどして、隊長によって取り調べられた。ラント裁判所は、被告人をライヒ刑法典第242条にもとづいて窃盗罪につき、1月の少年拘禁に処した。被告人は、なるほど、罹災建物から盗んではならないことを意識していた。しかし、掠奪者として行為するという弁識能力が欠如していた。ゆえに、掠奪の客観的要件はあるにせよ、主観的要件がない、というのである。これに対して、検察官は、ラント裁判所が、被告人を、民族害虫命令第1条にもとづく掠奪刑について有罪と判決しなかったとして、上告した¹⁸⁾。

こうした上告を受けて、ライヒスゲリヒトは、いかに判断したか。

①ライヒスゲリヒトは、上級ライヒ検察官の上告を認容し、特別裁判所判決を破棄したうえで被告人の住所地にあるLラント裁判所に移送した。民族害虫命令第4条の要件としては、第一に戦争状態が引き起こした異常な諸事情を利用したこと、第二に「健全な民族感情」が、犯罪行為が特に非難されることのゆえに、正規の刑罰の枠を超えることを要求することがある（ライヒスゲリヒト1940年4月22日判決¹⁹⁾）。特別裁判所は、これら2つの要

件のうち第2の要件について触れることがなかった。特別裁判所は、被告人の身上経歴、被害者の数が多数であること、被告人が一般に及ぼす危険については、刑法典第263条の枠内で言及した。しかし、それは、「健全な民族感情」が、なぜ、正規の刑罰の枠を超えることを要求するのか、を明らかにするものではない。被告人は、これまで前科前歴がなく、犯行時において17歳であり、被害額は約100ライヒス＝マルクに及んだ。この被告人に、民族害虫命令を適用するためには、その人格の本性、教育的措置に対するふるまい、公共や環境への一般的態度をさらに審理するべきである。ライヒスゲリヒトによれば、被告人が、その身体的かつ精神的な発育の点で、18歳の者と等しかったかどうか、が重要なのではない。決定的に重要なのは、被告人の早熟が、犯罪行為において、強度に発育した墮落および非難される犯罪人的傾向について明らかになっているかどうか、である。特別裁判所の審理は、この点において不十分である。被告人が行なった詐欺は、それ自体としては、家庭教育から解放され、かつ正しい道を踏み外す事情に陥っているような少年にとっては、なんら異常なものではないのである²⁰⁾。

②ライヒスゲリヒトは、原審判決を支持して、被告人の上告を棄却した。第一に、少年にもまた民族害虫命令第2条は適用され、死刑または重懲役に科されることがある。第二に、死刑または重懲役は、1923年少年裁判所法によれば、少年には原則として排除され、ただ、少年重犯罪人に対する保護命令第1条第2項の要件が存在するかが判断されなければならない。すなわち、少年が精神的および道徳的発育からして18歳の者と等しいものとされ、かつ、犯行に際して明らかにされた、特に非難される犯罪的志操から、または、民族防衛上必要なとき、という要件である。しかし、民族害虫命令第2条は、空襲予防措置を利用して犯罪が行なわれたこと、という客観的要件しかあげていない。これよりすれば、夕闇迫るということを利用して行なわれた犯罪は、単純窃盗ではなく、民族害虫命令第2条の適用を受けることにな

る。また、少年重犯罪人に対する保護命令が求める要件についても、原審判決は正当に判断した。被告人は、少年であるにもかかわらず、その犯罪行為が、この被告人を、民族害虫命令にもとづいて処罰することを要求する。原審判決には、「健全な民族感情」の要求に対する違反もない。民族害虫命令第2条においても、「健全な民族感情」の要求するところが、判断基準となる。上告は、さらに、被告人の父親が兵役に就いていて不在であったことを、原審判決が看過していると非難した。しかし、これは、問題にはならない。なぜなら、被告人は、14歳のとき、父親がいまだ兵役に就いていなかった時に、数々の重窃盗を行なったからである。被告人の犯罪行為は、父親の監督がないことではなく、すでに犯罪傾向のある被告人の人格によるものである。

ライヒスゲリヒトは、つまるところ、民族害虫命令第2条に拠って、少年は、客観的に空襲を悪用して窃盗を行なったこと、また、少年重犯罪人については、少年にすでに犯罪傾向があることを、決定的理由として、少年に重罰を科することを是認した²¹⁾。

③ライヒスゲリヒトは、上告を認容して、原審判決を破棄、差戻した。第一に、被告人は、たんに暗闇を利用して、「重くはない」強盗を行なったに過ぎず、「空襲の危険を予防するために行なわれた措置を利用して」を要件とする民族害虫命令第2条には該当しない。第二に、被告人は、なるほど18歳ではあるが、発育障害あらば、18歳未満者と同一視されるべきである。そうすると、被告人に厳罰を科するには、1939年10月4日の少年重犯罪人に対する保護命令第1条第2項に規定する「精神のおよび道徳的発育上18歳以上者と同一視」されるべきかどうか、より詳しく審理される必要がある、というのであった²²⁾。

④ライヒスゲリヒトは、上告を認容して、原審判決を破棄した。その理由は、次の通りである。第一に、原審判決は、被告人らが、民族害虫の本性を持ち、特に、犯罪的行為の力または行為の非難性をもって民族共同体を侵害

したことを認定しなかった。第二に、原審判決は、検察官の申し立てなしにもまた、少年2名が、少年重犯罪人であるかどうかを審理せねばならない、と上告が説くのは、誤りである。検察官は、少年重犯罪人については、成人法廷に公訴を提起するべきであった。本件では、検察官は成人法廷ではなく、少年裁判所に公訴を提起した。この場合には、少年裁判所は、2名の少年に対して成人に対する刑罰を言い渡すことができないのである。第三に、しかし、検察官は、その上告にあたり、少年である2名の被告人に成人刑法を適用することを認めている。検察官は、公訴を変更しているのであり、爾後、少年裁判所には管轄権限はない。差戻し審はラント裁判所の成人法廷で行なわれるべきだ、というのであろうか。最後に、公訴を提起されたラント裁判所（成人法廷）は、2名の少年被告人につき、その人格および前歴を補充的に調査し、その発育について専門家の意見を聴取するべきである。2名の少年被告人が少年重犯罪人か否かを判断するにあたっては、かれらが身体的および精神的発育の点で18歳である者と等しいかどうかではなく、かれらの早熟が、犯罪行為において、特に、発達した道徳的墮落および非難される犯罪人的性格の点で明らかかどうかである²³⁾。

この判例では、ライヒスゲリヒトは、少年重犯罪人認定の類型としては、発育の程度ではなく、少年における犯罪傾向の兆候、すなわち「行為者類型」を重視している。

⑤ライヒスゲリヒトは、上告を認容して、原審判決を破棄、差戻した。この事件では、1943年少年裁判所法の適用が、遡及して行なわれた。本件では、1923年少年裁判所法ではなく、1943年少年裁判所法が、遡及的に適用されるべきである。根拠は、1943年11月6日の少年刑法第1条である。さて、1943年少年裁判所法第3条によれば、少年が犯行の時点において、その道徳的かつ精神的な発育からすれば、犯行行為の不法 *das Unrecht* を弁識し、この弁識にしたがって行為するに十分成熟している場合である。だがし

かし、それは、少年がその行為は可罰的であることまでを弁識することを要求しない。本件において、少年は、その犯罪行為が、法秩序の意味および目的に違反すること、その行為が、人間の平和で秩序付けられた共同生活と相いれがたいこと、そして、それゆえに法がそれを受忍しないことを弁識するに、十分成熟していた。

原審判決は、被告人である少年が、民族害虫命令第1条にもとづく責任を負うかどうかについて十分審理を尽くさなかった。民族害虫命令第1条は、任意に退去された建物または空間において残された動産については治安維持が欠如するので、この欠如する治安維持にかわって、特別の刑罰威嚇を置くことを、その目的とする。本件において、被告人が撤去作業をしていた建物は、かの「任意に退去された建物または空間」に該当し、また、かの建物に散乱し、被告人が領得した物品は、「そこに残された動産」に該当する。

民族害虫命令第1条にもとづく有罪判決にあたっては、犯罪者が、民族害虫の本性を持つことが要件である。犯罪者は、この本性を持つがゆえに、戦争のさなかにある民族共同体に対する敵対的態度を明らかにし、戦争事情を利己的に利用し、民族害虫と見られるべきである。少年の年齢はそれ自体としては民族害虫なることを排除するものではない。しかし、少年犯罪者にあっては、人格および犯罪を行なった諸事情を特に注意深く評価するべきである。犯罪者の「行為者類型」なるものは、要求されない。民族害虫性の本性で十分である。原審裁判所は、犯罪生物学的鑑定を手がかりにこれを審理するべきであった。

かりに、民族害虫命令第1条の適用が否定されるにせよ、民族害虫命令第2条または第4条の適用が、さらに審理されるべきである。

原審裁判所は、なるほど、被告人の犯罪行為を、それ自体としては重いとしながら、被告人の前歴が瑕疵なきこと、また、被告人が今では悔悟の心境を明らかにし、再犯のおそれがないことを理由に、少年拘禁なる懲戒処分

十分だと判断した。原審判決は、民族共同体の保護と贖罪を求める要求よりも、被告人の事情を優先させた。しかし、すでにライヒスゲリヒトの判例(1943年6月25日判決²⁴⁾)が明らかにしたように、悪行には正義にかなった贖罪が生じるべきであり、民族共同体には、必要な保護が与えられなければならない。少年拘禁では不十分ならば、刑罰が言い渡されるべきであったのである。1943年少年裁判所法第4条第2項によれば、保護と贖罪とを求める民族共同体の要求が、少年の罪のおおきさのゆえに、あるいは、犯罪行為において明らかになった少年の有害な傾向のゆえに、刑罰を要求するときには、刑罰（少年軽懲役）が言い渡されるべきであるとされるのも、民族共同体保護を、被告人の責任よりも優先する、というかの思想の表れである。

原審裁判所は、本件を、民族害虫命令にもとづく掠奪についてではなく、刑法典にもとづく窃盗について審理するにせよ、処遇に関しては、被告人の犯罪傾向の特別の重さを斟酌するべきである。被告人は、民族仲間が敵の攻撃によって被害を受け、窮乏しているのを救援する立場にありながら、立場を濫用し回収された財産を我が物としたのである。犯罪行為のこの重さにあっては保護と贖罪とを求める民族共同体の要求にとって、懲戒処分（少年拘禁）で十分かどうかを、原審裁判所は注意深く審理すべきである²⁵⁾。

処遇の判断は、被告人の責任いかにではなく、もっぱら、民族共同体の利益に左右されていることが、注目に値する。

注)

- 1) Exner, ZfGStrW., Bd.60, S.348.
- 2) Exner, ZfGStrW., Bd.60, S.348.
- 3) Wayne Geerling, Protecting the National Community From Juvenile Delinquency: Nazification of Juvenile Criminal Law in the Third Reich, 2006, p.1-20. ただし、引用は、http://www.arts.monash.edu.au/eras/edition_2/geerling.htm に拠った。
- 4) ドイツ刑法典第263条第1項「自己または第三者に違法な財産上の利益を供

する目的をもって虚偽の事実を仮構して見せかけることにより、または真実の事実を歪曲もしくは抑制することにより、錯誤を呼びおこし、または持続させることによって、他人の財産に損害を加える者は、詐欺のかどで軽懲役をもって罰し、これに併せて罰金ならびに公権の喪失を宣告することができる」。Frank, StGB, S.557-558: 邦訳『ドイツ刑法』127頁。

- 5) ドイツ刑法典第 267 条「I 法律的取引における欺罔のため、真正でない文書を変造し、または真正でない文書もしくは変造の文書を行使する者は、文書偽造のかどで軽懲役をもって罰する。…III とくに重い場合には、刑は重懲役とする」。Frank, StGB, S. 584 : 邦訳『ドイツ刑法』130頁。
- 6) 民族害虫命令第 4 条「戦争に因って生じた非常事態を利用して、故意に、[第 3 条までに規定した犯罪以外の] その他の犯罪をなしたときは、健全な民族感情が、当該犯行のとくに非難に値するがゆえにこれを要求する場合には、通常の刑の範囲を超えて、死刑または無期懲役もしくは 15 年以下の懲役に処する」。RGL, 1939 I S.1679: 邦訳: 市川『ドイツ戦時刑法研究 第 1 巻』294 頁。
- 7) 民族害虫命令第 2 条「空襲に対する防衛のためにとられた諸措置を利用して、身体、生命もしくは財産に対する重罪または軽罪を犯した者は、15 年以下の懲役または無期懲役に処す。とくに重い場合においては、死刑に処する」。RGL, 1939 I S.1679: 邦訳: 市川『ドイツ戦時刑法研究 第 1 巻』294 頁。
- 8) ドイツ刑法典第 249 条「(単純強盗) I 人に対する暴力をもって、または身体もしくは生命にとつての現在の危険をもってする脅迫を用いて、不法に領得する目的をもって、他人の動産を奪う者は、強盗のかどで重懲役をもって罰する。II 酌量減輕するべき事情があるときは、6 月以上の軽懲役に処する」。Frank, StGB, S.526 : 邦訳: 『ドイツ刑法』122 頁。
- 9) ドイツ刑法典第 250 条第 1 項第 3 号「I 次の場合には、5 年以上の重懲役が宣告される。…3 強盗が公の道路、街路、鉄道、公の広場、公海上、または水路上でなされるとき。…」。Frank, StGB, S.529 : 邦訳: 『ドイツ刑法』122 頁。
- 10) RGSt., Bd.74, S.307.
- 11) RGSt., Bd.75, S.203.
- 12) RGSt., Bd.76, S.90, 「…決定的な概念の判断基準(メルクマール)は、戦時の困窮諸事情からすれば、その暴力行為が重いものであると見られ、行為者は、立法者の意思からすれば、死に値するかどうか、ということである」をあるのを参照して、推断。
- 13) RGSt., Bd.78, S.9.
- 14) RGSt., Bd.74, S.307-308.
- 15) RGSt., Bd.75, S.203-204.
- 16) RGSt., Bd.76, S.89-90.
- 17) RGSt., Bd.77, S.132-133.

- 18) RGSt., Bd.78, S.10.
- 19) この裁判例については、本稿上述 2. 注 8) 所引の第③裁判所を参照せよ。
- 20) RGSt., Bd.74, S.308-309.
- 21) RGSt., Bd.75, S.204-205.
- 22) RGSt., Bd.76, S.89-90.
- 23) RGSt., Bd.77, S.132-133.
- 24) RGSt., Bd.77, S.102. 当時 16 歳 6 ヶ月の少年が、就業先から帰宅中の女性に対し、性交を目的として、暴行により侮辱した。ラント裁判所は、ドイツ刑法典第 185 条（法定刑は罰金または 2 年以下の軽懲役）に依拠しつつも、少年への教育を重視して、1 月の少年拘禁を言渡した。上級ライヒ検察官が、これを不服とし、少年には、「健全な民族感情」の観点から、また、民族共同体保護の優遇から、自由刑を科するべきであるとして、上告。ライヒスゲリヒトは、上告を認容し、少年には、自由刑（軽懲役）を科するべきだと判断した。ライヒスゲリヒトによれば、原審判決は、民族共同の保護がなにを要求するのかを看過している。ナチスの原則からすれば、威嚇または犯罪人を無害化することによる民族共同体の保護は、個々の被告人の利益よりも優先されるべきだからである。
- 25) RGSt., Bd.78, S.10-14.

むすび

ナチス＝ドイツにおける少年への厳罰規定は、ナチス＝ドイツの諸政策全体と同様に、戦争遂行の一環として設けられたものであった、とすることができる。

その発端は、特に、空襲による諸影響、これを具体的に言えば、爆撃を受け、住民が退去した建物における掠奪、あるいは、灯火管制を奇貨とした窃盗など、治安維持の欠如を利用した犯罪一般に関して、厳罰を科することであった。その背後には、Hitler の次の思想があったことは否めないであろう。

「戦時下の恥ずべき犯罪を犯す者に対しても厳罰をもって当たるという態度を明らかにする必要があると思う。例えば、灯火管制下での犯罪だ。これに

野蛮とも思えるほどの刑罰を科さずして、灯火管制の暗闇でのひったくり、婦女暴行、空き巣狙いなどをどうやって防げるというのだ。こんな犯罪に対しての処罰は死刑のみ。犯人が七十であろうが十七であろうが年齢には関係なしだ」¹⁾。

このように、戦時を理由として、刑法典所定の法定刑に、法秩序外の刑罰を加重するためには、「健全な民族感情」の要求が、その拠り所とされた。

この厳罰規定は、ついで、少年の犯罪人をも対象とした。その要件は、原則として、犯行時に16歳とされ、成人年齢である18歳から2歳引き下げられた。こうした16歳以上の少年に刑罰を科する要件としては、①精神的かつ道徳的発育からして18歳者と等置されること、または、②-1) 犯行に際して明らかにされた、特に非難される犯罪的志操からして、もしくは、②-2) 民族の防衛上必要であることが挙げられた。

1943年少年裁判所法は、この厳罰化の流れに棹をさすものであった、といえる。

第一に、満12歳以上であれば、民族の保護が、非行の重大さのゆえに、刑法上の刑罰を要求するときは、14歳以上の少年と同じ刑事責任が科された。

第二に、少年が、①犯行時に、道徳的かつ精神的に発育しており、その少年が18歳者と等しいとされたときで、②「健全な民族感情」が、犯罪人の特に非難するべき志操のゆえに、かつ、その犯罪の重大さのゆえに要求するとき、裁判官は、成人刑法を適用する。これとならんで、少年が成人と等置されないが、①少年の人格および犯罪行為の全体評価が、少年が性格的に変質的な重犯罪人であるとし、かつ、②民族保護が、この処遇を要求するときも、裁判官は、成人刑法を適用するものとされた。

これらの厳罰化傾向に特徴的であるのは、刑法が本来前提とする犯罪者の責任に注目するのではなく、「健全な民族感情」という刑法の法律構成外の

要素を判断基準として持ち込み、民族共同体保護の観点を重視する傾向である。ライヒスゲリヒトもまた、この傾向に追随した。われわれが利用することのできた5件の裁判例は、この追随の軌跡を明らかにするものである。

第二次世界大戦後、ドイツでは、1943年少年裁判所法第20条の戦後における適用可能性が、争われた²⁾。ドイツ連邦共和国では、1951年11月20日には、連邦裁判所 Bundesgerichtshof が、1943年少年裁判所法第20条の失効を宣言するにいたった³⁾。

1953年少年裁判所法では、戦時刑法とも言うべき少年犯罪厳罰規定は、削除されていった。しかし、はたして、こうした厳罰規定を、あるいは、ナチスに特殊なイデオロギーに、あるいは、戦時態勢に特殊な事情に還元し、現代とは無関係だと言い切ることができるであろうか。そうとは言えない気がするの、ひとりわたしのみであろうか。例えば、以上の厳罰規定適用の判断基準として頻出する「健全な民族感情」とは、冒頭で見た少年法改正にあって強調された「国民感情」や、裁判員制度でもてはやされている「健全な市民感覚」を思い出させる⁴⁾。「市民感覚」が健全なのか、病的なのかを、誰が、いかなる基準で判断するべきなのだろうか。将来、万が一にも、日本の社会全体が、再び軍国主義化してゆくとき、「健全な民族感情」ならぬ「健全な市民感覚」という曖昧模瑚とした一般条項が、跋扈しはしないか⁵⁾。ナチス＝ドイツにおけるのと同様の国家共同体至上主義のもとで、刑法本来の構成要件や、判例として蓄積された刑の量定が、ともすれば忘却されがちになるのではないだろうか。ナチス＝ドイツの少年刑法はけっして「昔話」ではないのである。ナチス＝ドイツ少年刑法の本質と現代社会におけるその意義を、今後さらに究明したい*。

注)

- 1) ヒュー・トレヴァー＝ローバー解説・吉田八岑監訳『ヒトラーのテーブル・トーク 1941-1944 (下)』(1994年)(No.226 1942年5月22日昼)178-179頁。
- 2) 戦後における第20条の適用可能性を肯定する裁判例として、1947年12月6日ゲラ上級ラント裁判所(ソ連占領地区)判決(Neue Justiz 1947, S.254-256)を、また、これを否定する裁判例として、1950年8月30日バイエルン上級ラント裁判所判決(Neue Juristische Wochenschrift, Bd.4, 1951, S.162-164)を、それぞれ参照できた。肯定裁判例は、1943年少年裁判所法第20条が、「悪性は年齢を補う」*malitia supplet aetatem*というカロリナ刑法典やプロイセン一般ラント法にすでに見えるところであり、また「健全な民族感情」は、法の源泉としての支配的な民族(国民)感覚の意味に解すれば、民主主義的法とは相容れうるものであると説いた。これに対して、否定裁判例は、1943年少年裁判所法第20条が、ナチス＝ドイツにあって、1939年10月4日の少年重犯罪人に対する保護命令に由来するところから、この命令同様に、ナチスの思想遺産を含むと説いた。では、「健全な民族感情」については、どうか。刑法の規定文言には明確性が、また、その解釈にあっては、正確さが要求される。しかるに、裁判官が、刑事裁判にあって、法文のある一部を、その裁量で無視し、あるいは、刑法規定外から恣意的に選択された概念でもって、刑法規定の概念を置き換えるとすれば、この方法論によっては、刑法規定の解釈と運用とにあっては、不誠実さとあいまいさに、そして、それによって「自由な法発見」に門戸を開放することになろう。ナチスの立法者は、「健全な民族感情」でもって、この「自由な法発見」を意図したのである。ナチス＝ドイツにあってこそ、「健全な民族感情」なる一般条項の名のもとに、いかに恣意的な「自由な法発見」がおこなわれたかにつき、ふたたび、青井秀夫「現代法理学の課題と展望」『ドイツ法理論との対話』が参照されるべきである。

ちなみに、「健全な」や「民族感情」という概念それ自体は、まさに18世紀末から19初頭におけるドイツ古典主義ないしロマン主義(例えば、Hegel-Savigny-Puchtaの「民族精神」ないし「共通の民族確信」)の中で生まれてきたものであった。では、こうした概念が、どのようにして、ナチス＝ドイツで転用されるにいたったのか、また、両者の用法には、根本的に、いかなる相違があるのかの究明は、今後の課題である。GoetheやSavignyにおける「健全な」－「病的な」の対比については、兒玉 寛「サヴィニーと『法解釈の一義的明晰性ルール』・断章I」『原島重義先生傘寿 市民法学の歴史的・思想的展開』(2006年)245-274頁を参照。
- 3) Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Bd.2, 1952, S.88-90.

とくに S.90：「ナチスの立法者は、ライヒ少年裁判所法の中に、第 20 条第 2 項を付け加えることによって、刑罰は、行為者の責任に照応しなければならない、という刑法の本質的な原則を見捨てた。ナチスの立法者は、これをもって、ドイツの刑法学者らが、1939 年 10 月 4 日の [少年重犯罪人に対する保護] 命令の拡大解釈に対して提示した疑念を無視した。…ナチスの立法者は、異常な少年重犯罪人を、ほとんどもっぱら、保安思想の観点から見て、そして、それでもって、たんに責任と贖罪との原則のみならず、法の下での平等の思想をもまた侵害した。成人は、原則として、その責任の程度に応じて処罰されるのに、少年は、…かれには責任のない、その性格的な異常のゆえにのみ、より厳格な処罰を受けるべきとされた。このことは、少年刑法の本質を形成する、少年の行為者の未熟さの斟酌を除去することになろうとも行なわれるべきだとされた。責任の思想と正義を犠牲にして、保安目的をこのようにも一方的に過度に強調するのは、刑法秩序のもっとも重要な諸原則に反するのである。…」。

- 4) 高山佳奈子『『国民感覚』と刑事責任』棚瀬孝雄編『市民社会と責任（京都大学大学院法学研究科 COE 研究叢書）』（2007 年）85-110 頁の指摘に、わたしも共感するものである。
- 5) ここで想起されるのは、チョーザレ＝ベッカリーア『犯罪と刑罰』の次の一節である。以下は、石井三記・福田真希翻訳「ベッカリーア『犯罪と刑罰』第五版（一）」『名古屋大学 法政論集』第 228 号（2008 年）382 頁の訳による。あらゆる犯罪につき裁判官は完璧な三段論法に拠るべきことを説いて、ベッカリーアは述べる。「法律の精神に尋ねよ、という一般公理ほど危険なものはない。そのような公理は、意見の氾濫で破られてしまう堤防のようなものだ。このことは、大衆の胸中では逆説的に見えようが、私の目には自明の真理のように見える。大衆というのは、国家にはびこる誤った原理から生まれる遠い将来の重大な結果よりも、現在の些細な混乱の方に心を動かされるものだ。そもそも、われわれの知識と思想はすべてつながりあっている。そして、そのつながりが複雑であればあるほど、そこから出発する道筋や、そこに到達する道筋は増える。また、人にはそれぞれ自分の見方があって、さらにその見方は時とともに変わってゆく。したがって、法律の精神も変わっていくものなのだ。たとえば、裁判官の論理のよしあし、消化器官の健康状態、裁判官の気性の激しさや病気のときの弱さ、裁判官と被害者との関係、人間の魂が不安定であるためにあらゆる対象の見え方を変えてしまう細かな圧力もこれを左右する。ゆえに、市民の運命は裁判所が変わるごとに何度も変化し、不幸な者の生命は、裁判官が理屈を誤ったり、いつか気分を乱したために犠牲となってしまうというわけである。複雑な刺激を受けて心を動かされた裁判官は、その結果を法律の正当な解釈と取り違えてしまったのである。こうして、同じ裁判所が同じ犯罪を罰しているのに、時が変われば別の刑罰が科されてしまう。これは、裁判所が法律の恒常的で安定した声ではなく、

解釈という、誤った不安定な声に耳を傾けてしまったからである」。

殷鑑遠からず。第二次世界大戦前のわが国において、「非国民」の名のもとに、いかなる差別・迫害が行なわれたか、知らない者は、いないであろう。例えば、川島武宣『ある法学者の軌跡（復刊）』（1997年）182頁「…軍人勅諭を知らぬとは、きさまはそれでも日本人か」とあるのを参照せよ。『日本国語大辞典 第二版』第11巻（2001年）236頁によれば、「非国民」とは、「国民としての義務・本分に違反する者。国民としての観念がうすい人。特に、第二次世界大戦時に、軍や国策に対して非協力的な者を非難する語として用いられた」。葛野尋之「経験科学と刑事立法—『国民の期待』への応答をめぐって—」『立命館法学』第273号（2000年）1頁以下が、少年法の厳罰化傾向に対する警鐘として印象的である。同論文は、アメリカにおける厳罰化が必ずしも少年犯罪を抑制するにいたっていないことを実証したうえで、こう指摘する。「厳罰化ないし犯罪統制の強化の要求という形で表現されることの多い『国民の期待』について、その内容をより精緻に解明し、それがどのように形成されるのか、どのような要因がそれに作用しているのか、などを問題にしなければならない。…厳罰化の要求を引き起こす『犯罪不安』が、より広範で根深い『社会不安』のひとつの現れではないのか、という視点にも留意すべきであろう。そうであるならば、『犯罪不安』の解消を狙った刑事立法によって、たとえ一時の『安心』が得られたとしても、それはつかの間の偽りにしか過ぎず、基盤に残る『社会不安』が暫くしてまた『犯罪不安』となって表出し、厳罰化要求が再び生じることになるからである。…司法の本来の機能が市民の人権保障にこそある以上、最重要の課題とされるべきことはやはり、権力行使の恣意・専断からの人権保障である。戦前・戦中期の深刻な人権侵害への反省に立ち、人権保障に深く配慮して、手厚い適正手続を定めたのが憲法である。人権の最大限の尊重を原則とする憲法の下では、人権保障こそが刑事司法のテーマであり、『国民の期待』は権力的な犯罪統制の強化ではなく、実体的・手続的に適正な刑事司法による人権保障に向けられている、と理解するべきであろう」（19-20頁）。「健全な民族感情」の内実が、この日本で、いままさに問われているのである。

*本稿執筆にあたり、福岡大学法学部教授 福山道義先生および同教授 平田紳先生に、問題提起・資料提供・原稿閲読など多大のご教示を賜った。感謝したい。

（2009年9月30日成稿・2009年10月5日提出）