

## ドイツ刑法史に関するヴォルフガング・ナウケの文献紹介

本田 稔

## はしがき

ここに紹介する文献は、フランクフルト大学のヴォルフガング・ナウケのドイツ刑法史に関する二つの論稿である。これらは、ナウケが一九八〇年代後半から進めているドイツ刑法史に関する歴史研究の一部であり、すでに紹介した「ナチス刑法」に関する論稿（本田「ナウケ『ナチス刑法——現代刑事政策の倒錯かそれとも適用事例か？』」刑法読書会・犯罪と刑罰第一〇号（一九九四年）一八二頁以下参照）を含めて、全体で三部作を構成しており、いずれも、同大学の紀要の一つである *Rechtshistorisches Journal* に掲載されたものである。これらによって、ドイツ刑法史研究に関するナウケの基本的理論を知ることができるものと思われる。

ドイツ刑法史に対するナウケの研究方法の特徴は、これまで余り研究対象にされることのなかった一九世紀末の植民地政策や二〇世紀初頭の戦争政策によって産み出された特別刑法にまで考察の射程を広げながら、一般刑法と特別刑法との関連性の解明を試みる点にある。換言すれば、一八七一年刑法という「法治国家」刑法およびその原理と「非法治国家」的な刑事政策との関連、つまり相対立する異質物の複雑な絡み合いとしての現代刑法の全体像を明らかにすることにあるといえる。

ナウケが言及するように、ドイツ刑法史研究には、一九世紀末から二〇世紀初頭にかけての植民地政策や戦争政策などの国策が十分に反映されていない。「肯定的に評価できる刑法の発展を優先させるために、植民地刑法のようなものを無視している」。否定的にしか評価しえない刑法現象は、研究の対象枠か

ら外されている。例えば、ハンス・ヴェルツェルは、ナチス期の刑事立法を総括して、(1)ナチス思想に基づくナチス固有の刑法規定、(2)ナチス刑法思想により濫用された刑法規定、(3)ドイツ刑法史における継続的発展としての刑法規定という三つの系譜に分類する。そこではナチス的なものと非ナチス的なものととの区別はなされているものの、ナチス的なものを産み出した先行する刑事立法の特徴と系譜の詳細は、言及されていない。  
Vgl. Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 13.

ナウケが指摘するように、近代学派の教育刑論や予防拘禁などの刑罰思想の歴史的背景、違法性の錯誤に関する立法と理論、「授權法」や一般条項などの雛形、さらには刑事裁判官の裁量権の拡大と刑事手続の簡素化の傾向が、この植民地政策や戦争政策と無視できない関係を持ち、それが「現代的」なものとして継承されてきたのであるならば、この時期の特別刑法は、ドイツの「一般刑法」史の理解にとって重要な意味を有するものと思われる。研究の対象枠から外された刑法現象が、それに続く現代刑法を準備する可能性を与える、というナウケの指摘は、その意味で興味深く、刑法史研究に一つの視座を提供するといえる。

\* ナウケ教授は、一九九三年夏に紹介者がフランクフルト滞在中に、本稿の紹介を承諾して下さった。また、生田勝義教授（立命館大学）からは、ナウケ教授の紹介からフランクフルトでの資料収集にいたるまで、数多くのアドバイスを頂きました。ここに両教授に對して、深く感謝致します。

ドイツ植民地刑法 一八八六年—一九一八年  
Deutsches Kolonialstrafrecht 1886-1918,  
Rechtshistorisches Journal 7, 1988, S. 297-315.

## 目次

- 一 植民地刑法…現代ドイツ刑法史の一断面
- 二 合目的な刑事政策の適用事例としての植民地刑法
- 三 植民地刑法の基礎としての白人と先住民との区別
- 四 先住民に対する実体植民地刑法
- 五 植民地の刑事裁判所構成法と先住民に対する植民地刑事訴訟法
- 六 結論と問題

## 一 植民地刑法…現代ドイツ刑法史の一断面

(a) 本稿は、ある主題を確かなものにすることを目的としている。ドイツ植民地刑法は、一八八六年「ドイツの保護領域の法的諸関係に関する法律」に現れている。<sup>1)</sup> 同三条は、例えば、皇帝は植民地の刑事事件に関して、命令により検察官の協力を

求めることが「できる」と規定している。ドイツ植民地刑法は一九一八年に効力を失ったが、法理論的または法史的な改造によって撤廃されずにいる。ドイツ植民地刑法には、現代刑法を準備する可能性が示されている。

(b) ドイツの植民地における刑法は、それが獲得した文化状況と蓄積した権力について、帝国市民に対する刑法に関する当時の著作以上に多くのことを語ることができる。植民地刑法には、刑法的現代性が確固として明瞭に示されている。主題は、それが内容としている多くの副題によってやっと梓づけられたばかりである。法文<sup>(2)</sup>および文献の収集<sup>(3)</sup>は、暫定的なものである。調書作成する刑法史は、不愉快であるがゆえの不慣れた課題を自らに提起している。刑法史は、一般に、肯定的に評価できる刑法の発展を優先させるために、植民地刑法のようなものを無視している。

## 二 合目的な刑事政策の適用事例としての植民地刑法

(a) ドイツ帝国は、一九世紀末および第一次世界大戦の終結時までの二〇世紀初頭に、アフリカ、南太平洋および東アジアに植民地を持っていた。<sup>(5)</sup>そのことは、ドイツから遙か遠く離れたところにあるこれらの地域を、つまりドイツとは文化的に異

なり、相互に根本的に異なる地域を、法学的に管理するという雄大な問題として捉えられていた。<sup>(6)</sup>その任務は「多様に、さらに非常に流動する生活関係を固定的な法学的形態に鑄造すること」である。この生活関係に言及しない構想は、植民地刑法に携わる法学者の射程の外にある。とりわけ植民地刑法に関する多くの議論からは、ドイツ人に対する帝国法を外延とする職業的制約には拘束されずに、法的幻想をとにかく思い通りにすることができるといふ法律家の喜びを看取することができる。<sup>(8)</sup>

(b) 一八八六年に植民地刑法が形成されるまでに、その都度あらゆる限りの特別法を伴った憲法、刑法、刑事訴訟法、裁判所構成法という固定的な法学的形態がある。植民地の刑事法律家は、この状態を指して、「ドイツ法学が優れている」と奢りさえしている。<sup>(9)</sup>しかし、この状態を植民地に引き継ぐことは、考えられていない。ドイツ法学の高い水準は、ドイツ文化の高い水準から説明されると考えられている。他の文化には他の刑法が導き出されるのである。<sup>(10)</sup>刑法は、国家権力を組織し社会過程を形成するものではなく、国家の権力的必要性と社会過程によって形成される。社会過程と国家的必要性が文化的でなければ、刑法もそうではありえない。かかる単純相対主義は、厳格さをもって法学的に翻訳される。

料

資

(c) 植民地刑法の法学的に熟考された枠組みを構成しているのは、「ドイツの保護領域の法的諸関係に関する法律」(一八八六年に制定され、一八八八年と一八九九年に改正され、一九〇〇年以来「保護領域法」(SchGG)と呼ばれる<sup>(1)</sup>)と「領事裁判所構成法」(KonsularGG)(最後に改正されたのは一九〇〇年)<sup>(2)</sup>である。ドイツ刑法の植民地への移植は、——膨大な法的損失を伴って——ドイツ刑法を非ドイツの領域へ延長するための法学的モデルを内容とする次のような方法で行われる。

保護領域法一条一項は次のように定めている。

「皇帝は、ドイツの保護領域における保護権力を帝国の名のもとに行使する」。

この定式が成立した時には、それはまだ、帝国権力の助力によって通商人を保護する約束として受け取られていた。しかし、そのうち、その定式はより多くの事柄を含むようになる。保護思想は、植民地に対する完全な国家主権の表現として表される。保護権力が口にされ、そして住民に対して刑罰を科す権力を内容とする完全な国家権力が法学的に考えられる<sup>(3)</sup>。保護と命名することによって、刑罰を科す権力を正当化する現代の刑法的シェーマの確立が見られる。

(d) 保護領域法一条は、植民地刑法から法治国家を排除して

いる。一八七一年帝国憲法によれば、主権者は連邦参議院である。連邦参議院は、法的な規則設定の枠内で、形式ばった手続に当然従わねばならない。連邦参議院、つまり通常の規則設定手続は、執行権、つまりここでは皇帝によって代行される。

執行権は、植民地刑法を作り出すことができるし、また作り出している。本来的には「刑法」という用語法は、今ではもう正しくない。執行権は、刑罰権力を作り出すというべきであろう。しかし、そのような表現が異例のものと思われることが、現代刑法の徴候なのである。国家の官庁に由来する全ての刑罰メカニズムを「刑法」と命名することが、確実に習慣化されている。植民地刑法は、かかる発展から命を授かり、そしてその発展を固定化する。

植民地刑法が、憲法から逸脱して執行権によって作り出されるものでなければならないことの説明は、驚くほど単純である。帝国憲法は、植民地における刑罰にとっては合目的的ではない、というのがそれである。保護領域において、刑法のような高権は、迅速かつ一元的に取り扱われうるものでなければならぬであろう。それが達成されうるのは、皇帝が状況に応じて行動しうる場合だけである<sup>(4)</sup>。それによって刑罰の合法性は片づけられ、そして、典型的な事態が明らかになる。状況が必

要とするなら、刑罰の合法性は、適切な行動を妨げることも、先送りすることもしてはならない。状況の必要性が、執行権を決定するのである。

### 三 植民地刑法の基礎としての白人と先住民との区別

(a) 事柄は、いかに可能であろうとも、全く法学的に大雑把に説明されるものではない。

「植民地」という状態の徴候は、そこに白人と先住民がいるということである。大量の「植民地刑法」の法学的現実には、白人Ⅱ文明人、先住民Ⅱ非文明人という等式がある。明らかにされていない「文化的相違」<sup>(16)</sup>が、拡大された刑罰道具の基礎になっている。

文明人には文明化されたドイツ刑法を適用し、非文明人にはうまく制御される、非文化にのみ適合した規制装置を適用するという要求は、明らかに保護領域法（四条）の基礎である。その要求は、鋭くかつ周辺問題にまでおよぶ「白」と「先住」という定義によって実現される。全ての専門的技術は、限界づけについて論争する。

法律——保護領域法四条と七条三項——は、限界づけの大きな困難を知っており、問題があれば皇帝の命令権を参照する

よう指示している。それから作り出された規定は、一九〇〇年一月九日の「ドイツの保護領域における法的諸関係に関する命令」の次の二条である。

「保護領域法四条および七条三項の意味における先住民は、他の有色人種と同列に扱われる。但し、総督（地方長官）が帝国首相の許可を得て例外を決定する場合は、この限りではない。日本人は、有色人種の構成員とは見做されない」<sup>(17)</sup>。

注釈と学問的論稿は、論争を激烈にしている。法的特権者と無権利状態の者が、一九世紀および二〇世紀に、法的厳格さをもって大きな人間集団へといかに区別されるのが、ここでは十分に吟味されている、という考えを退けることはできない。

(b) 植民地において、文明人のための刑法と非文明人のための刑法を区別して組織する必要性はまた、白人と先住民に対する規則の安定性の様々な段階を通じて現実を満たされる。

特別規定を伴う刑法、刑事訴訟法および裁判所構成法が、白人の場合には、保護領域法二条および領事裁判所構成法四条以下の諸規定によって植民地領域に引き継がれている。もっともここにおいてさえ著しく特徴的な変更がなされている。白人

## 資料

に対する法律的な帝国刑法は、合目的性の留保の下に置かれているのである。その留保は、帝国刑法を植民地の状況に適用する皇帝の命令によって、法律によって公布される皇帝の命令によってもたらされる（保護領域法六条）。それに、帝国宰相の命令が付加されるが、それは法学的には、皇帝の命令権の委任と保護領域法一五条二項によって可能となる。帝国宰相は、その命令権を総督に委任することができる。<sup>(18)</sup>白人に対する大量の法律的な帝国刑法は、故意に様々な命令者の自由に委ねられている。このような処分可能性が、刑事司法の簡素化と迅速化の傾向を伴って用いられたのである。<sup>(19)</sup>

(c) 最大の刑法理論上の関心は、植民地の先住民に対する刑法である。先住民は、当時すでにその扱いが不誠実であった法学的規定によって、法律的な帝国刑法の体系から引き離されている。保護領域法四条は、先住民が白人と同じ規定に従うという美しい原則を設定しているが、それは皇帝の命令による決定がある場合だけだという限界を設けている。皇帝の命令は、出されない。効果が遠くまでおよぶ規則は、規則を設けないことによって生まれる。先住民は、帝国法の刑法規定に従うのではなく、帝国の刑罰権力のみに従う。作り出されるのは、先住民刑罰メカニズムである。それは、植民地行政の裁量から作り

出され生成し、そして多くの官庁の命令と処分、また個別的な指図によって統制される。

(d) 個々の点については、次の通りである。

先住民に対するドイツ植民地刑法は、刑罰に関する目標を設定すること、目標達成のための手段が植民地の官吏と兵士によって最も良く発見されることを確定すること、そして行き過ぎを限界づける多くの支離滅裂な行政規定から成り立つ。

先住民刑法の目標を設定するために、フランツ・フォン・リストの近代学派が文句なしで引き合いに出される。<sup>(20)</sup>先住民を処罰する場合、刑罰は処罰する側の文化状況に依存しているということが、特に精確に示される。処罰されるべき側が全く文明化されていない場合、刑法はその教育的機能を示すことができるし、また示さなければならぬ。先住民刑法は、すぐれた教育刑法である。まさしく議論されている帝国少年刑法とのパラルルな関係は、示唆に止まらない。

「先住民は子どもである——子どもは禁止や刑罰によって教育されねばならない」<sup>(21)</sup>

という命題（一九〇五年）<sup>(22)</sup>は、前代未聞ではなく、経験的に相応しいものと感じられている。

#### 四 先住民に対する実体植民地刑法

(a) 先住民に対する実体植民地刑法がとりあげられるのは、このような実体刑法が存在しないということを確認するためにほかならない。

(b) 刑法総則——それが可罰性の要件を扱う限りで——と刑法各則は、廃止される。文献は、これを伝える努力をしていない。程度が低く、そのうえ不明瞭な文化状況に向けられる適合的で教育的な刑事政策は、構成要件の限定、故意と過失の峻別、未遂、共犯を取り扱いえない<sup>(23)</sup>。法律なければ犯罪なしの原則は、植民地刑法にとっては、いうまでもなく不必要であると説明されている<sup>(24)</sup>。その説明は、帝国裁判所が電気エネルギーの窃盗を刑法二四二条に基づいて窃盗として処罰することを、類推禁止を理由に拒否した(RGSt 29, 1897, S. 111)時期になされている。帝国刑法におけるこの出来事は、植民地刑法に比べれば、世話好きで、法学的には瑣末な事件である。

先住民に対する植民地刑法には、「裁判所の前での偽証」という新しい犯罪行為が、実務の要求によって作られている。「裁判所」とは、植民地の官庁である。もちろん被告人も、その犯罪行為を行<sup>(25)</sup>う。

少年の近親者に、その少年の犯罪行為の刑事責任をとらせる必要性が生じている。それに対応する犯罪行為が、作り出されている<sup>(26)</sup>。一九世紀末に、再び嫌疑刑の必要性が生じている。その必要性は直ちに満たされたものの、努力によって再び抑えられざるをえない<sup>(27)</sup>。

同時に、明確な実体刑法の依って立つ諸原理、合法性原理と裁判官の独立の原理が、法律なければ犯罪なしの原則と共に排除される。有効な刑事政策は、この窮屈な諸原理に心を思わせる<sup>(28)</sup>必要はない。

ここに、口頭による若干の論拠がある。

「植民地における未発展の、文明化されていない状況を顧慮すれば、実務の自由な展開のためには、十分な余地が与えられるべきであらう……」<sup>(29)</sup>

「中世の判決において、いわゆる判決発見者が自己の法確信から法命題を創出したように、今日、先住民刑事裁判官は、法的確信に基づけば彼に可罰的に思える行為を罰するための自由裁量を多様に与えられている」<sup>(30)</sup>

「植民地においては、……判決の重点は、民族と共同する裁判官の感情にある。教育の課題は、ただ民族の法によってのみ解決され<sup>(31)</sup>う」。

植民地刑法に関する多くの官庁の多くの命令と処分は、可罰的行為を定義するにあたり、一定の指針を与える。<sup>(32)</sup>但し、その文言は恣意的なものであり、実体先住民刑法が刑事政策的な実験領域として編纂されたものであることを裏付けるに過ぎない。いかなる規定も可罰的行為の限界を越えて作られないということが、一部においては依然として貫かれている。<sup>(33)</sup>以前の規定（一八八八年）は、重罪と軽罪に関する帝国刑法の諸規定に基づいている。<sup>(34)</sup>この種の限界づけは、維持されない。その特徴をなす拡張が、一八九九年以降の膠州の総督命令にある。<sup>(35)</sup>その命令が可罰的と宣言しているものは、まず総督が命令によって

刑罰を科す全ての行為、次いで帝国、健康、生命、自由および財産に対する帝国刑法典上の重罪と軽罪、さらには公的秩序を安定たらしめようとする帝国刑法典の違警罪、最終的には中国帝国において刑罰を科されている全てのものである。つまりそれは、規則技術的に簡潔に確立された欠缺のない法益保護モデルである。一九〇二年にこのモデルは、再び簡素化される。内容と規則手続から見れば、同時代人には奇妙には思われない一九〇二年五月（正確な日付は分からない）の「先住民に対する刑事裁判権の行使に関するカメルーン総督の服務規定」は、帝国刑法典が可罰的と宣言している行為、保護領域法六条に基づ

く皇帝の命令により、または保護領域法一五条に基づく帝国宰相の命令により可罰的とされた行為を包括している。保護領域法六条、一五条は、実体刑法を完全に留保し、刑罰量の限界のみを定めているに過ぎない。

一九〇二年のこの服務規定は、実体先住民刑法が可罰的行為を規定する際に拘束されていないことを、明らかにしている。引用された服務規定の二条の冒頭にある、刑事訴追は記述された行為を理由に始めることが「許されているに過ぎない」という定式は、無意識の法学的シニシズムのひとつであり、それは近代刑法史では珍しいものではない。刑法上の価値判断が、厳格な法治国家刑法という言葉手段を用いて表現される場合に、そしてそれを理由に、法学的シニシズムは生み出される。その場合、「事実上の法治国家」は堅持されない。

総督命令によって実体刑法が取り扱われる場合、冒險的で、少なくとも緊急に解釈を施す必要のある刑事政策思想の発展が見出される。トーゴの総督は、帝国刑法の法観念が刑罰によって徐々に先住民に教え込まれることを、一九〇七年以降の布告において宣言している。<sup>(37)</sup>周知のように、先住民の一定の風俗が犯罪の意思の表現であるという、通常の刑法的言語によつては理解し難い見解は、この通達に基づいている。このよう



な見解を総督は、まだ時期尚早と評価している。<sup>(38)</sup>

(c) 先住民に対する実体植民地刑法が多少なりとも詳細に存在するのは、刑罰の領域においてだけである。植民地刑法のこの部分は、命令と処分によって生成する。命令と処分を言い渡す管轄は、皇帝、帝国宰相、外務大臣とその官吏、総督、植民地の官吏にまで広範に拡張されている。刑罰を用いる者は皆、明らかに、刑罰の生成をも可能にされている。帝国刑法典の刑罰カタログは、内容的に野蛮なものにされている。

典型的な「東アフリカ、カメルーンおよびトーゴのドイツ保護領域における先住民に対する刑事裁判権および懲戒権の執行に基づく帝国宰相の処分」<sup>(40)</sup>は、「裁判による刑罰」を次のように定めている（二条）。

「許容されている刑罰は、身体刑（杖刑、笞刑）、罰金、強制労働を伴う懲役、禁固、死刑である」。

実体植民地刑法が、条件付きの有罪と条件付きの無罪の制度を合目的なものとして受け入れ、それによって当時の現代的な刑事政策の重要な要求を満たしたということは、学問的うねりばれなしには堅持されない。<sup>(41)</sup>さらに実体植民地刑法は、国際刑事学協会その他の要求を実現した。

「国内の先住民犯罪者をもも追放しうるためには、国際刑事

学協会によって大いに主張された犯罪者の無害化という法政策的思想の貫徹が、保護領域にとってまさに合目的な方法で、つまりヨーロッパの諸関係にはもちろん殆ど適用されえない方法で実行される」。<sup>(42)</sup>

若干の厳格性が、杖刑の形態に適用される。文献が述べているように、この刑罰は、帝国刑法典の刑罰カタログの継承を不可能にしている。帝国刑法典は、杖刑というものを知らない。しかし、この刑罰は、「事実に基づけば、なしで済みます」ことはできない。<sup>(43)</sup>杖刑は、アラビア人、インド人と婦女に対して適用してはならない。一六歳以下の男子は、笞刑を受ける。総督は、折檻を承認しなければならない。医師は、「それが行われる場合」、杖刑の執行に居合わせるよう指示される。<sup>(44)</sup>杖刑を説明する際の法的手続は、糾問訴訟において被告人を拷問にかけるための要件と手段を確定する法律学を想起させる。植民地刑法は、それより荒っぽいだけである。

罰金刑は、陳腐な日数罰金制で科せられる。アフリカの諸地域の罰金刑は、無制限である。<sup>(45)</sup>徴収しえない罰金の自由刑への変更は、保証されている。<sup>(46)</sup>「有罪を言い渡された者の無能力さゆえに」支払われない罰金を徴収するための「独特で、とにかく非常に合目的な諸原則」が、植民地にあることが分か

料

る。つまり、罰金刑は賃金から天引きされ、一定の最小限の金額が確保されるのである。<sup>(47)</sup>

資

植民地刑法の刑罰概念は——現実の合目的性に向つづけられたあらゆる刑罰概念と同様に——、全く曖昧である。それは、刑罰、保安処分、科料、折檻および警察処分を包括している。<sup>(48)</sup>民事的な損害賠償は、刑法によって組織統合され、実務によって新たに作り出された犯罪行為である「契約義務違反、特に服務および労働関係の場合のそれ」に結び付けられる。<sup>(49)</sup>有色人種の労働者間の規律を維持するために必要である、というのがその理由である。<sup>(50)</sup>

合目的な処罰の結果は、文獻において次のように報告されている。合目的に処分を科す場合、民事法、警察法、刑法という異なる法分野は、この区別が効果を減少しているがゆゑに重要ではない。合目的な処分は、合目的な法学的要件を持つていだけでよい。それは、先住民の服務義務と官庁の一般的な命令権である。服務義務に反する行為は、相当と見做された官庁の反作用を引き起こした。官庁の「大雑把な命令権」は、合目的でありうる全てのものを包括している。<sup>(51)</sup>と。

## 五 植民地の刑事裁判所構成法と先住民に対する植民地刑事

### 訴訟法

先住民に対する手続における植民地の刑事裁判所構成法と植民地刑事訴訟法は、一九世紀末頃には、一九四五年春に第二次世界大戦が終結した時のドイツ帝国領内のそれと同じ外観を呈している。帝国ドイツの訴訟原理は、円滑なものになっている。権力分立は、考慮されない。刑罰を科す司法は、行政の手中に落ちている。裁判官の独立は、考慮されない。これらの原則は、刑罰を科す官吏の指図に従属することによって補完される。便宜性原理が、公然と合法性原理にとつてかわる。<sup>(52)</sup>

この種の規則を束ねる技術的な法学的手段は、明らかに自由に用いられている。刑事訴訟政策の意思を技術的に完全に創造したものが、すでに一八八八年に見られる。「先住民に対する刑罰命令」の二条は、可罰的行為を曖昧に規定している。同三条は、次のように定めている。

#### 「訴追に関する決定

第二条によれば可罰的な行為が訴追に値するかどうか、またこの訴追が提起される必要がないかどうかは、その管轄権を持つ官吏（裁判長）によって状況に応じて決定され

る<sup>(53)</sup>。

それは、次のような法治国家的文献の命題に法学的に支えられている。刑事事件は、確かに原則的には裁判所によって判決されねばならないが、しかし刑事事件はまた、

「……裁判所による判決から引き離され、行政官庁や行政裁判所に移送される。何故ならば、この種の事件の取扱いや処理には、特に行政裁判所や警察の利益が結び付いているからである」<sup>(54)</sup>。

法学的にまとめると、先住民の刑事事件の判決には、「特別の政策的利益が、より正確にいうと、刑事政策的利益、最終的には経済政策的利益」が存在するのである。結論的には次のようになる。

「つまり裁判権は、独立した、法律にのみ従う裁判所によって行使されない」<sup>(55)</sup>。

手続過程の組織構成は、弾劾訴訟の諸原則を奪われている。先住民に対する植民地刑事訴訟は、最初から糾問訴訟として意図されている。捜査官、訴追官と裁判官は、同じ官吏である。<sup>(56)</sup>一八九〇年三月一〇日のマーシャル島の「先住民に対する（帝国宰相）の刑罰命令」は、このことを次のように定めている（三一条一項）。「裁判長（管轄権を持つ植民地行政裁判所官吏であ

る——憲法上の補足）は、その確信に基づいて刑事訴追に値するような可罰的行為を認識した場合、すぐに手続を開始する」<sup>(57)</sup>。

手続は、被告人に対する保障を全て失った。先住民は、訴訟理論上、手続の「客体」と見做される<sup>(58)</sup>。

手続は、通常の場合、その管轄権が不明確にしか規定されていない単独の裁判官の前で行われる。手続は、書面で行われる。被告人の自白は、証拠手段である。拘禁義務が存在する<sup>(59)</sup>。

興味深いのは、緊急刑事手続という形態である。同時代の文献は、帝国刑事訴訟法に比べて完全に変質させられた先住民に対する通常手続を、「正規の手続」と呼んでいる<sup>(60)</sup>。「緊急状態」<sup>(61)</sup>（騒擾、襲撃または他の緊急状態）においては、この手続は「大雑把な手続」に変えられる。それはもはや手続ではなく、純然たる権力行使である。つまり、「少なくとも二名の陪席裁判官を可能な限り召喚する下で、……先住民に対して死刑を直ちに執行することができる。……調書は作成され、……判決と共に、事後的に総督に提出されねばならない」<sup>(62)</sup>。

刑事訴訟は、同時代の原理に従ったとしても、行政手続であり<sup>(63)</sup>、それは結果的に、死刑が必要であるといふことを裁判官吏に対して指図する法学的可能性にまで行き着く<sup>(64)</sup>。上訴は存在しないので、審級順序は存在しない<sup>(65)</sup>。そのことは、法学的にまず

料

資

まずのものと見做されている。何故なら、上級の行政官庁のより重要な決定は、確実なものにされねばならず、そしてその決定は管轄権の自由裁量にあるからである。<sup>(65)</sup>この行政刑事手続の特別の性格が、それ以外に保障しているのは、裁判長の指揮権が、通常の刑事手続の上訴機能を請け負いうるということである。<sup>(66)</sup>法学的実益がこのように蓄積されたことにより、徹底的に政策化された恩赦権には重要な意味が与えられる。<sup>(67)</sup>不利益上訴の禁止は、「未知」のものである。<sup>(68)</sup>

## 六 結論と問題

(a) 帝国の建国と皇帝帝国の終焉との間の時代は、刑法史上、「法治国家的な社会時代の始まり」というタイトルの下で扱われる。<sup>(69)</sup>法治国家に反し、非社会的なドイツ植民地刑法の生成と影響が、この時代に入り込む。一八七一年以降の刑法発展に関する通常の学問的エチケットは、正しいものではない。次のような表題が現実的である。「国家刑罰権力の明確な法的限界の否定」。

(b) ベーリング（一八六六〜一九三二年）、ビンディング（一八四一〜一九二〇年）とリスト（一八五一〜一九一九年）の犯罪行為体系の発展を、ドイツの自由主義刑法学の偉大な業績の

事例として受け取りながら、<sup>(70)</sup>合法性、合法的な刑事訴追と裁判官の独立を公的に耳障りよく実務上効果的に放棄した、同時代に生成したドイツ植民地刑法に全く言及しないことは、刑法史の記述において許されない。ベーリング、ビンディングとリストは、彼等の側では植民地刑法に関わり合いを持っていない。<sup>(71)</sup>だが、植民地刑法は、間違った発展である。適切であると説明された数少ない刑法という対象に刑法学を異様に自己制限していることが、確認できるであろう。それによって植民地刑法の全ての形態は、刑法学の対象領域から消滅するのである。

一九世紀末と二〇世紀初頭の刑法学の大家達は、植民地刑法に強く関わるべきであった。植民地刑法を育成したのは、彼等によって展開された法学的方法なのである。リストの近代学派からは、刑罰目的が借用され、ビンディングからは、集積する法学的素材を学問的に選別するための実証主義の方法が借用される。植民地刑法の法文と実務の有効性は、一九世紀末と二〇世紀初頭の刑法学の、画期的で自らが記した枠組みを表明している。

(c) 帝国刑法は、植民地刑法を阻むことはできない。帝国刑法は、植民地刑法の諸要求に対して非常に無力なものであることを自ら暴露する。帝国刑法の法的性質は、政治的内容に対す

る法学的な表現様式でしかなく、それは、すぐに放棄される明らかに厄介な表現様式である。植民地刑法は、帝国刑法とは全く異なる刑法などではない。植民地刑法は、変容させられた帝国刑法である。この帝国刑法は、あの植民地刑法をすでに内にさせている。

雛形のような事象が、一九世紀末に見出される。長い議論の後に生み出され、厳格な合法性と正義への努力に誇らしげに基づいた帝国刑法が存在する。しかし、明らかにこの帝国刑法は、自己解体力をすでに内に秘めている。合法性と正義は、この刑法の明確な限界ではなく、文化依存的な印である。法律の形をした、正義を探究する刑法が存在するのは、それが時代にとって合目的だからである。その時代は、刑法を通じた刑事政策によって制御されている。最も合目的な刑事政策として現れるのは、目下のところ法律の形をした、正義を主張する刑罰である。その場合、古典派と近代学派との間には何の相違もない。<sup>(72)</sup>方法の点で、両者は区別されるに過ぎない。

これらの方法が、植民地刑法よりも空想的であらうとも、またより忌まわしいものであらうとも、植民地刑法は、刑法の古典派と近代学派の思想的歩みを捨て去ることなく現れ出る。植民地刑法がいかに必然的なものであるかを見ることは、恐ろし

いことである。

この領域の規定群を深く研究すればするほど、この領域に関する現代の法学的議論が、問題の多いものであることが分かる。植民地刑法は、帝国においても現代的な刑事政策であり、明らかなように、別の現実を基に変容している。植民地刑法は、挿話などではない。「刑法の一時的変質」というシェーマで、それを処理することはできない。植民地刑法は、帝国刑法の精神から生成する。帝国刑法は、植民地刑法を評価する法的規準ではなく、帝国刑法は非合目的な植民地刑法として現れる。帝国刑法は、植民地刑法において、長らく待望された政策的有効性へと解放される。国家刑法の適用事例としての帝国刑法に確固として結び付けられている帝國的態度、それは、ここでは醜く現れるのである。

(d) 同時代の法律家達が、政策的に有効な植民地刑法を帝国刑法から発展させるために、なすべきことを認識するその確信は、驚くほどである。彼等は、国家と刑罰権力が同一である<sup>(73)</sup>と信じている。現実の合目的な刑罰のためには、国家に対する服従義務と刑罰による服従要求に関する平凡な理論で、十分に十分なのである。

学問的には殆ど経験のない植民地刑法の評論家達もまた、刑

料

資

法が、常に存在する刑罰権力にヴェールを着せるものであることをよく知っている。それゆえに、植民地刑法が発展し始めた時点で、植民地における刑罰権力が依然として拘束されていないこともまた明らかである。しかしそれは、政治的には余りにも憂慮すべきことであろう。<sup>(73)</sup>つまり規定を定め、それから最も複雑な道を動揺せずに歩むのである。帝国刑法は植民地の刑罰権力にヴェールを着せるものとして引き合いに出されうるし、そうされざるをえないことが、法学的慣習によって被い隠される。だが帝国刑法は、現代の刑罰権力を内容的にも手続技術的にも適切に限界づけるものではないと明快に理解されている。

この限界を突破し、それをむしろ有効性へと改造することが取り組まれる。行われたことに対しては、当時、何の提案も対案草案も存在しない。刑事法律家は、自然に獲得された、あるいは一世紀に渡る公刑法の訓練から獲得された彼の持参金を公然と参照する。行動しているのは二流の法律家である、と言うことはできない。この法律家は、特に上手に書いたり話したりすることを好まない。だが彼等が稿にしたことは、同意的な学問の目前において、学問的カテゴリーを伴って、法令集、学術雑誌、追放された理論家によって編集された著作集と学位論文において、そして議事録において、公的に実行されている。

合法性は、簡素化された規則手続によって補充され、裁判官の独立は、従属的な官吏の指図に拘束されることによって補充され、合法性原理は、便宜性原理によって補充される。全てのことを成しうるのに、これ以上のもは必要ではない。一週間、何の抵抗もなく、ことは全く簡単に進められる。刑事政策の限界である刑法の命題（リスト 一八九三年）<sup>(74)</sup>が示しているのは、それが内容としている事柄、つまり無内容で、悪い意味での理論的な美辭麗句である。

また、印象的なモデルがある。すなわち、一方で合法性、合法的な刑事訴追と裁判官の独立を伴う刑法が、他方で単純な規則設定、刑罰を科す者が指図に従属すること、便宜性を伴う刑法が共存しており、それらは原則的に区別されず、その政策的有効性の程度に応じて区別される。

植民地刑法において、法律による制限を持たない教育的な刑事政策が生成する。その場合、刑法史的な描写を緊急に必要とする法学的な行動が発覚する。当時の刑法学者は、法学的に一念に検討された帝国刑法という基準を持っている。しかしながら、これは模範として挙げられない。当時の刑法学者はその尺度を、強固なもの、拘束力あるものとは見做しておらず、処分尺度として受け止めている。「植民地の刑罰」という目的に奉

仕するものが、取り出される。取り出された部分は刑罰目的によつて新たに構成され、有益であると見做された政策的道具を生み出す。植民地刑法は、繰り返すことのできる模範を訓練したものである。植民地刑法によつて獲得された訓練が、すでに第一次世界大戦において利用されている。つまり、「植民地刑法」という刑法類型は、被占領領域の外国人に対する刑罰の適用において再び現れる。<sup>(76)</sup> 刑法が口にされながら、法的に制御されない刑罰権力が想定されるとは、このことをいう。

(e) 法律の形をした、合法的な、独立した刑法が、政策の自由裁量に対置される規則関係であることを、植民地刑法は一八七一年以降初めて実証している。合法性と刑事政策は、新しい現代的関係に入った。刑事政策は、合目的な合法性の基準を規定する。刑法の政府寄りの性格が明るみに出、<sup>(76)</sup> 一八世紀と比較した場合、別のものが存在しないならば、それは再び明るみに出る。厳格性と柔軟性との間で止まることなく動揺する近代ドイツ刑法史は、合目的な法治国家刑法の法学的に精通した構成、この刑法の合目的な非法治国家刑法への法学的に精通した改造、合目的な法治国家刑法の再構成などの間にある動揺であり、そして時折、——様々な刑法的素材を基に判断されるものであるが——法治国家刑法の同時的な構成と解体の間に

ある動揺であると容易に理解できる。

もし、法治国家の規則群が刑事政策的有効性の不十分さに疑問を抱いたならば、植民地刑法は、二〇世紀においてその都度発生するであろう特徴を完全に教育的に示してくれる。なおも不快なのは、法治国家刑法が植民地刑法を、合目的な刑罰という同質の特別形態としてしか現していないことである。そしてこの植民地刑法は、おそらくのところ、ドイツ帝国が遅れて他の植民地諸権力から受け継いだ卑劣な刑法、ヨーロッパ的刑法の新形態である。<sup>(77)</sup> 植民地刑法の比較史は、まだまだ描写されなければならない。

ヴォルフガング・ナウケ

〔原註〕

(1) RGBI 1886, S. 75.

(2) 植民地刑法の諸規定を、最もよく説明するものとして、Die Deutsche Kolonial-Gesetzgebung, Sammlung der auf die deutschen Schutzgebiete bezüglichen Gesetze, Verordnungen, Erlasse und internationalen Vereinbarungen, hrg. u. a. von RIEBOW und ZIMMERMANN, 13 Bände, Berlin, 1893ff. und ZORN/SASSEN, Deutsche Kolonial-

資料

gesetzgebung, 1. Aufl. 1901, 2. Aufl. 1913. "Kolonial-Gesetzgebung" の表現が、語のうえから、本書が、法律の僅かな部分しか含んでいない、収録しているのは、圧倒的の命令、布告、処分である。その種の純曲的な法律用語法は、植民地刑法の明白な特徴である。その用語法は、同時代の教養學にない防護をいふ。植民地法は、その「法律」の「その度毎に法廷の裁量力のある処分が含まれる」(HERBERT KRAUS, Reichsstrafrecht und Deutsche Schutzgebiete, 1911, S. 20)。

(3) PAUL BAUER, Die Strafrechtspflege über die Eingeborenen der deutschen Schutzgebiete, in: Berliner Tageblatt vom 28. 02. 1904; HEINRICH BRINKMANN, Strafrecht und Strafverfahren für die Eingeborenen der deutschen Schutzgebiete, 1904; FRIEDRICH DÖRR, Deutsches Kolonialstrafprozessrecht, 1913; EDLER v. HOPFMANN, Einführung in das deutsche Kolonialrecht, 1911, §26: das Strafrecht; HANS KARLOWA, Die Strafgerichtsbarkeit über die Eingeborenen in den deutschen Kolonien, 1911; KÖBNER und ZIEGLER, Kolonialstrafrecht, Mitteilungen der IKV, Band XI (1904), S. 545ff.; HERBERT KRAUS, Reichsstrafrecht und Deutsche Schutzgebiete, 1911; RUDOLF MALLMANN, Rechte und Pflichten in den deutschen Schutzgebieten, 1913, §29; das Strafrecht; KARL FREIHERR v. STENGEL, Die deutschen Schutzgebiete, in: v. LISZT und

CRUSEN (Hrsg.), Die Strafgesetzgebung der Gegenwart, II. Band, 1899, S. 385ff.

(4) ヲ植民地法を作るに於て素樸の刺激をいふ。E. R. HUBER, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band IV, 1969, S. VII, 604ff.; GIESEN, in: Festschrift zum 125 jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, 1984, S. 177ff.

(5) 法律の精密な観念をいふ。LABAND, Deutsches Reichsstaatsrecht, Neubearbeitung 1907 (das öffentliche Recht der Gegenwart, Band I), S. 186f.

(6) ZORN, Das Recht der Kolonien, in: Deutsche Monatschrift für das gesamte Leben der Gegenwart, hrsg. v. Julius Lohmeyer, 1901/02, S. 52ff., 213ff.; KRAUS (前掲註3), S. 3. 特に刑法をいふ。KÖBNER(前掲註3), S. 545; BAUER, in: AöR 19 (1905), S. 32ff.

(7) BRINKMANN (前掲註3), S. 1.

(8) この意味は、110世紀の初頭と見なす。植民地は必要とされ、処罰をいふ。植民地刑法は、その警告と見なす(BAUER, in: Berliner Tageblatt vom 28. 02. 1904)。帝國刑法は、この警告が相前後にない。これを一定法化する。植民地刑法の範囲と数、僅かである。若干の言明をなす。この意味は、BAUER, 前掲書。一九〇一年、植民地は、約一萬二千以上の刑事判決が言渡された。そのうち、三九〇の判決は一年以上の自由刑を、四二の判決は死刑を言渡した。一九〇二年、ドイツ帝國では三八の死刑判決が言渡した。



わたり。

- (6) KÖBNER (前掲註6), S. 545f.; BAUER, in: Berliner Tageblatt vom 28. 02. 1904; KARLOWA (前掲註6), S. 2.
- (10) BRINKMANN (前掲註6), S. 1f.; KÖBNER (前掲註6), S. 545 ff.; BAUER, in: Berliner Tageblatt vom 28. 02. 1904; KARLOWA (前掲註6), S. 1.
- (11) RGBl 1886, S. 75; 1888, S. 75; 1889, S. 365; 1900, S. 809.
- (12) RGBl 1900, S. 213.
- (13) LABAND (前掲註6), S. 189; ZORN (前掲註6), S. 52f.; BRINKMANN (前掲註6), S. 4ff.
- (14) BRINKMANN (前掲註6), S. 5f.
- (15) BRINKMANN (前掲註6), S. 1. 国法上の回復もあつたもののうち、LABAND (前掲註6), S. 190. 帝国は未だ試み文化政策として知られてゐたものではなかつた。
- (16) 同前、BRINKMANN (前掲註6), S. 19 以下。
- (17) 特に鐵道法中のうち、KARLOWA (前掲註6), S. 4ff. 90. 以下、BRINKMANN (前掲註6), S. 20f.; DOERR (前掲註6), S. 5f.; ZORE (前掲註6), S. 61ff. 参照。
- (18) 植民地刑法中の命令権による法律の解体に関する優れた概観のうち、KÖBNER (前掲註6), S. 553 以下、BACKHAUS, Das Verordnungsrecht in den deutschen Kolonien, 1908.
- (19) 概観中のうち、特にKÖBNER (前掲註6), S. 548ff. 以下、BRINKMANN (前掲註6), S. 7f.; KARLOWA (前掲註6), S. 1ff.; v. STENGEL (前掲註6), S. 392ff. を見よ。オーストリア帝国刑法が白人と有色人種に異なる帝國刑法は「種族別と異なる具体的状況」とは「同様な種族と異なる環境と下で」解決の問題となつた。KRAUS (前掲註6), S. 19ff. 48ff. 特に S. 59f. 参照。
- (20) KÖBNER und ZIEGLER (前掲註6). 國際民事訴訟の大谷を著したうち、KARLOWA (前掲註6), S. 28.
- (21) BAUER, in: AGR 19 (1905), S. 34f.; 国法中のうち、v. KARSTEDT, Beiträge zur Praxis der Eingeborenenrechtsprechung in Deutsch-Ostafrika, 1912, S. 49ff.
- (22) BRINKMANN (前掲註6), S. 1, 11; BAUER, in: Berliner Tageblatt vom 28. 02. 1904; KÖBNER und ZIEGLER (前掲註6), S. 2; KRAUS (前掲註6), S. 60.
- (23) ZIEGLER (前掲註6), S. 580ff.; BRINKMANN (前掲註6), S. 25, 41ff.; BAUER, in: Berliner Tageblatt vom 28. 02. 1904.
- (24) ZIEGLER (前掲註6), S. 585-587; KARLOWA (前掲註6), S. 21ff.; BRINKMANN (前掲註6), S. 41f. 以下、特に「種族別と異なる状況」の下で、種族別と異なる法創造の……興味深い事例」のうち、BRINKMANN (前掲註6), S. 44.
- (25) KARLOWA (前掲註6), S. 28 以下、この新しい犯罪行為が「国内の法観念を知らなかつた本来の正しき実践の……重要である」であつた。MALLMANN

料

資

- (前掲注<sup>30</sup>), S. 231f. 参照。
- (27) ZIEGLER (前掲注<sup>30</sup>), S. 579 の記録を参照。
- (28) 同。ZIEGLER (前掲注<sup>30</sup>), S. 552ff. を見よ。
- (29) BRINKMANN (前掲注<sup>30</sup>), S. 47f.; BAUER, in: Berliner Tageblatt vom 28. 02. 1904; KARLOWA (前掲注<sup>30</sup>), S. 27f. を見よ。
- (30) ZIEGLER (前掲注<sup>30</sup>), S. 580.
- (31) KARLOWA (前掲注<sup>30</sup>), S. 27f. その立場は、植民地刑法におけるリットル学派の影響により有益である。KARLOWA は、同学派の見解が帝国刑法二条の類推禁止に一致せざることを述べている。彼は——言葉の上び引き継がれた出典をもとに——、刑事裁判官が法創造者であるならば法律上の刑法原則以外に存在するものがある、というリストの見解を引用する。KARLOWA は、そのうちが植民地刑法における問題なのだ、と結論を出した (S. 28)。
- (32) BAUER, in: Berliner Tageblatt vom 28. 02. 1904.
- (33) 概観たるものとして KARLOWA (前掲注<sup>30</sup>), S. 21ff. を見よ。BRINKMANN (前掲注<sup>30</sup>), S. 41ff. は、完全なるものとして、Die deutsche Kolonial-Gesetzgebung (前掲注<sup>30</sup>), S. 42.
- (34) RINKMANN (前掲注<sup>30</sup>), S. 42.
- (35) Die Deutsche Kolonial-Gesetzgebung (前掲注<sup>30</sup>), Teil 1, 1893, S. 555ff. 所収のウィーギン・カンペニツの一九一八年一〇月二日の刑罰命令二条一項を見よ。もっともこの命令の二条二項は、帝国刑法との結びつきを、すでに再び解消している。
- (35) Die Deutsche Kolonial-Gesetzgebung (前掲注<sup>30</sup>), Teil 4, S. 191-193 所収の中国の法的関係に関する命令。
- (36) Die Deutsche Kolonial-Gesetzgebung (前掲注<sup>30</sup>), Teil 6, S. 467.
- (37) Die Deutsche Kolonial-Gesetzgebung, Teil 11, S. 93-95. 所収の先住民の犯罪行為の処罰に関する総督の回覧公報。引用された回覧公報 (前掲注 37) は、先住民に対する刑法の従来の取扱ひの目的と経験を反映している。それは、根拠——異文化——が見出されるあらゆる抵抗に対する「文明化された法観念」の貫徹である。刑法典を代行する布告の理論的・道德的な性格は、興味深い。同時代の表現様式における刑事学的考察と、この詳細なものとして KARSTEDT (前掲注 12), S. 49ff.
- (39) 概観たるものとして KARLOWA (前掲注<sup>30</sup>), S. 11ff., BACKHAUS (前掲注<sup>32</sup>).
- (40) Die Deutsche Kolonial-Gesetzgebung, Teil 2, 1898, S. 215ff.
- (41) KÖBNER (前掲注<sup>30</sup>), S. 573; BRINKMANN (前掲注<sup>30</sup>), S. 31f. は、その都度、命令実務からの証明を備えている。
- (42) KÖBNER (前掲注<sup>30</sup>), S. 573.
- (43) BRINKMANN (前掲注<sup>30</sup>), S. 26, KÖBNER (前掲注<sup>30</sup>), S. 574 は、「杖刑は、……なしで済ましてなら」という。
- (44) 上述の命令三条以下 (前掲注 40)。なおこれ以上の命令と処分

- を定むる概観たるものなり” KARLOWA (前掲註<sup>3)</sup>, S. 29 ff.
- (45) 罰金刑の上限は無限定となければならぬという思想は、今世紀の七〇年代の始め頃の罰金刑改正をめぐり論争となつて再び強ひつた。下記の紹介のように、NAUCKE, Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung, 1975, S. 7 以下で、概観を資料を提供するものなり” BRINKMANN (前掲註<sup>3)</sup>, S. 34f.
- (47) BRINKMANN (前掲註<sup>3)</sup>, S. 35.
- (48) BRINKMANN (前掲註<sup>3)</sup>, S. 25f.; KARLOWA (前掲註<sup>3)</sup>, S. 29 ff.
- (49) BRINKMANN (前掲註<sup>3)</sup>, S. 36f.; v. STENGEL (前掲註<sup>3)</sup>, S. 405.
- (50) BRINKMANN (前掲註<sup>3)</sup>, S. 36.
- (51) 明瞭に、実態を基に語ら ZIEGLER (前掲註<sup>3)</sup>, S. 585f. は、一九〇四年の国際刑事事協会大会で語つたもの。
- (52) 同じ内容の概観により、BRINKMANN (前掲註<sup>3)</sup>, S. 47f.; KARLOWA (前掲註<sup>3)</sup>, S. 54ff.; ZIEGLER (前掲註<sup>3)</sup>, S. 582ff.
- (53) Die Deutsche Kolonial-Gesetzgebung (前掲註<sup>3)</sup>, Teil 1, 1893, S. 555ff. 所収のウィーギニト・カンペニムによつて公布された一八八八年一〇月二日の先住民に対する刑罰命令。この文言は、植民地刑法の初期において確認するもののである私企業への刑罰権力の付与を、つまり現代の私刑法の奇妙な形態を示してゐる。
- (54) LABAND (前掲註<sup>3)</sup>, S. 306. 言葉のより KARLOWA (前掲註<sup>3)</sup>, S. 55 以下を継がなければならぬ。
- (55) KARLOWA (前掲註<sup>3)</sup>, S. 55. 事実上同じ” 事と資格により定めらる” BRINKMANN (前掲註<sup>3)</sup>, S. 47f. 以下 ZIEGLER (前掲註<sup>3)</sup>, S. 582ff.
- (56) BRINKMANN (前掲註<sup>3)</sup>, S. 54 (先住民に対する刑事手続の「純種間的性格」); KARLOWA (前掲註<sup>3)</sup>, S. 72 (民族意識とそれと純種間の原因)。
- (57) Die Deutsche Kolonial-Gesetzgebung (前掲註<sup>3)</sup>, Teil 1, S. 672 ff. (633) は掲載されてゐる。管轄権を持つ行政官吏と裁判長との同列化は、同命令三条から明らかである。
- (58) BRINKMANN (前掲註<sup>3)</sup>, S. 56f.
- (59) この観点から、察知されてゐる (前掲註<sup>3)</sup>。BRINKMANN (前掲註<sup>3)</sup>, S. 53f. KARLOWA (前掲註<sup>3)</sup>, S. 79f. 参照。
- (60) BRINKMANN (前掲註<sup>3)</sup>, S. 60.
- (61) BRINKMANN (前掲註<sup>3)</sup>, S. 60. 実際上「強たるものにより KARLOWA (前掲註<sup>3)</sup>, S. 60, 87.
- (62) KARLOWA (前掲註<sup>3)</sup>, S. 54ff.; ZIEGLER (前掲註<sup>3)</sup>, S. 583, 587; BRINKMANN (前掲註<sup>3)</sup>, S. 62.
- (63) ZIEGLER (前掲註<sup>3)</sup>, S. 584 以下、これを実態を基にして報告してゐる。
- (64) 概観たるものなり” KARLOWA (前掲註<sup>3)</sup>, S. 83ff.
- (65) BRINKMANN (前掲註<sup>3)</sup>, S. 62; KARLOWA (前掲註<sup>3)</sup>, S. 85ff.

## 料

## 資

- (9) KARLOWA (前掲註<sup>83</sup>), S. 86; BRINKMANN (前掲註<sup>83</sup>), S. 62.
- (97) ZIEGLER (前掲註<sup>83</sup>), S. 588.
- (89) KARLOWA (前掲註<sup>83</sup>), S. 85.
- (69) EBERHARD SCHMIDT, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrecht, 3. Aufl., 1965, S. 333.
- (70) EBERHARD SCHMIDT (前掲註<sup>83</sup>), §§ 273, 320.
- (12) BELING, Lehre vom Verbrechen, 1906 年, 植民地刑法という低地から遠く隔たれている。彼は植民地刑法を「刑法における法適用法の問題」としての美しき学問的事例として言及しているだけである(特に21頁以下を参照)。しかしBELINGは、植民地刑法に留意していただけない。植民地刑法においては、あらゆる法的事態は問題とはならない。彼を捉えている。——BINDING 年, 実定的な帝国刑事立法に関する学問的に最高水準の整理をえた概観を提供している。植民地刑法に婉曲の言及がある(19頁以下) (Grundriss, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 1907, S. 47; 帝国刑法が「我が國の全植民地において効力を持つ」と。そのうち、植民地の主要問題には当りなまが、先住民の処罰の場合にはそうではない)。——VON LISZT 年, 帝国刑法の法源を概観する際に、無関心にも、植民地刑法に関する若干の法律しか記録していない。憂慮すべき効果を伴った1900年の重要な保護領域法の改定(Lehrbuch, 14. Aufl., 1905, §12)。
- (72) NAUCKE, Die Aufhebung des strafrechtlichen Analogieverbots, in: NS-Recht im historischer Perspektive, 1981, S. 97ff. それを紹介するものとして ZStW 94 (1982), S. 537, 552 を参照。詳細で細分化するものとして FROMMELT, Präventionsmodelle in der deutschen Strafrecht-Diskussion, 1987, 特 S. 69ff., 115ff. など WESTPHALEN, Karl Binding, Materialien zur Biographie eines Strafrechtsgelehrten, Diss. Frankfurt am Main, 1987, S. 408ff. を参照。
- (73) 個々の点では、よく説明されている。周知の点として、植民地において、刑罰を科す官吏の合目的な拘束されている。残念な措置が、最初に植民地刑法の規則を生み出している。BRINKMANN (前掲註<sup>83</sup>), S. 13f. を参照。彼は、植民地官吏の刑罰を科すという行為を過激な、それが法律違反ではないのだが、故に、処罰されようという見解(いわゆるサヘラム事件)を、同時代の法学的論争から報告している。また V. STENGEL (前掲註<sup>83</sup>), S. 404 を参照。
- (74) VON LISZT, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, 2. B and, 1905, S. 79f.
- (75) GOLDSCHMIDT, Die Rechtsgrundlagen der deutschen Strafgewalt gegen Ausländer im besetzten Feindgebiet, in: ZStW 37 (1916), S. 52ff. を参照。
- (76) それで、ちょうど同時代人の注目となっている。BAUER, in: AöR 19 (1905), S. 32ff.; EDLER v. HOFFMANN (前掲註<sup>83</sup>), S. 219f. を参照。
- (77) 若干の資料を提供するものとして、BAUER (前掲註<sup>83</sup>), S. 58ff. など KRAUS (前掲註<sup>83</sup>), S. 8.

## 第一次世界大戦の刑法について

Über das Strafrecht des 1. Weltkrieges,

Rechtshistorisches Journal 9, 1990, S. 330-342.

### 一 戦争勃発以前の刑法の範囲

第一次世界大戦勃発以前の刑法は、途方もなく広範な領域に及んでいる。刑法、刑事訴訟法および裁判所構成法の刑法的部分に関する同時代の学問的関心は、これらの法律が「あの」刑法であることを隠蔽している。軍刑法は、固有の軍刑法典と固有の軍刑事裁判所構成法を發展させた。政治的および社会的生活領域で、刑法から免れているものは一つとしてない。<sup>(1)</sup> 蔓延した植民地刑法が存在する。<sup>(2)</sup> 税法、料金法、商標法および関税法は、刑罰威嚇を伴って作用する。出版、結社、移住、海事、交通の諸制度には、刑罰規定が入り込んでいる。銀行、保険、営業、通商、狩猟および漁業は、刑法によって統制されている。生命、健康、所有、財産、自由および競争は、刑法に加えて個別法規によって保護されている。<sup>(3)</sup> 帝国刑法はラント刑法によって補充され、拡張されている。例えば、プロイセンは、戦争開

始以前には、経済刑法から洪水予防刑法にまで及ぶ固有の法律上の刑罰制度を自由に使いこなすことができる。<sup>(4)</sup>

帝国刑法とプロイセン刑法は、開戦の準備ができていた。帝国軍法と徴兵法は、全ての部隊が戦闘可能な状態を維持することを、刑罰威嚇によって確実にしている。<sup>(5)</sup> 軍事機密の漏洩は、重罰の下に置かれている。<sup>(6)</sup> 電書鳩交通法は、特別刑法において發展している。一八九四年の「戦争における電書鳩と電書鳩交通の保護に関する法律」<sup>(7)</sup> 四条には、典型的な規定が見られる。

つまり、国防省の許可のない鳩による情報の送達に対して三月以下の禁固刑を規定している命令が、戦時には許されている。第一次世界大戦開戦時点での最初の命令の一つは、一九一四年七月三十一日の「情報を送達のための鳩の使用に関する命令」<sup>(8)</sup> で、許可のない鳩による情報の送達に対して三月以下の禁固刑を科している。その法律において広く認められている命令は、刑法を生み出す。それは、つまり刑法を常に自由自在にできるメカニズムであり、現代刑法に対して、因果論の立場よりも多くのことを証言することができるメカニズムである。

一九一三年、一四年の刑法の状態を特徴づけているのは、帝国憲法六八条により帝国法として妥当している一八五一年戒嚴令に関するプロイセン法である。<sup>(9)</sup> 同法は、憲法上権限のある法

制委員会の決定なしに、平時の刑法を非常時の刑法に変換させるための法学的に形づくられた手段を規定している。

刑法にとっての中心点は、次のようなものである。

諸個人の自由権、法的な裁判官の原理および例外裁判所の禁止は、簡素な手続において否定することができる（五条）。

一八七〇年刑法施行法のより重い刑罰威嚇、すなわち終身刑に代わる死刑は、ほとんどの国家保護犯罪に自動的に妥当する。

八条一項は、国防軍への大規模または中規模の妨害に対して死刑を科している。八条二項は、情状酌量のある場合には通常の刑罰枠を一〇年以上二〇年以下の懲役刑にまで軽減している。

この規定は、裁量に基づいて刑罰威嚇の厳しさを軽減させる事後手続的の確な例である。九条は、防衛力に対して新たに設けられた中規模または小規模の毀損に一年以下の禁固を定めている。一〇条は、量刑を加重された犯罪行為と戒厳状態に関する

法律八条、九条に列挙されている行為とを、簡素な手続（二一条以下）を伴う戦時裁判所に管轄移送することによって、戦時刑法のこの体系を完全なものにしている。それは、簡素化された刑法の相当考え尽くされた綱領であり、法律の変更を必要とせず、宣戦布告によって告知されるだけでよい。

こちら側からの宣戦布告は、帝国憲法六八条に基づいて命令

によって出すことができ、一九一四年七月三日に次のような命令によって出されている。「帝国領域は……これによって戦争状態に入ったことを宣言する」<sup>(1)</sup>。この命令は、一般刑法の大部分を戦争状態に適合させる。平和刑法と戦争刑法が遭遇した場合、平和刑法は戦争状態刑法という柔軟な変形体に過ぎないことが暴露される。

## 二 第一次世界大戦の刑法のための規則技術

近代ドイツ刑法の発展の一定の内容的指針を見つけ出すことを試みるなら、近代刑法が即座に思い通りになり、即座に変更できる傾向を持っていることが、繰り返し確認される。それは、日常政治に奉仕するという刑法の近代的能力の副産物である。この傾向は、一九一四年から一九一八年に特に明確に示されている。

これを証明する重要な資料は、一で挙げられた戒厳状態に関する法律である。この法律は、新しい規定を設けることなく、すでに平時において先取りされた戦時刑法の構図を定めている。この構図は、現存する刑法を戦争の必要性に適合させる。

新しい刑法、すなわち現実の戦争状態に適合させられた刑法を作り出すための規則道具は、命令である。第一次世界大戦の

戦時刑法は、命令刑法である。

規則技術は、周到に準備されていた。確かに、帝国憲法は明示的な命令理論を全く含んでいないが、主題の点で戦争に密接な関係のある前戦争法が、学問的な立法論に調和しながら、戦時において利用可能な広範な命令授權を創出した。<sup>(12)</sup>先に引用した電書鳩法は、その赤裸々な事例である。

しかしながら、戦争開始時点における規則技術のこのような状態でさえ、十分なものではないと理解されていた。例えば、現行刑法を適宜利用することができないという欠陥を危惧せざるをえなかった。

その表題によれば人目を引かない、一九一四年八月四日の「戦時における経済的措置と為替および小切手法の期間延長に関する連邦参議院への授權に関する法律」<sup>(13)</sup>は、それゆえに政治的に先見の明のある、法学的に考案された、新たに簡素化された規則装置である。その法律は、根拠もなく刑法史においてほとんど忘れられている。<sup>(14)</sup>

一九一四年のこの授權法は、三条一項で、「戦時において、経済的損失を除去するために必要と認められた法律上の措置を命令する」権限を連邦参議院に与えている。「経済的措置……授權」という幅広い公的な法律名と三条の「経済的損失を除去

するため……の措置」という曖昧な条文との差異は、奇妙な感じを与えるであろう。法律の取扱いは、幅広い法律名に従う。「経済的措置」は——内容と定式から見れば——、その都度講じられる。刑法的に翻訳すると、このことは、経済領域において刑法的措置を創出することを意味している。

一九一四年授權法三条の（法律を施行することなく）「法律上の措置を命令する」という表現は、細心の注意を払って読まれねばならない。それは、現代の刑法的な法律概念である。「法律上の措置の命令」という表現は、それが非常に急速に生成する法の、特に刑法の法源であることを示している。一九一四年八月四日の授權法が施行された二日後、つまり一九一四年八月六日の帝国官報には、その授權法が利用した法学的雛形が姿を表している。

連邦参議院は、この法律に基づいて「処分」を与えるが、それは帝国官報においてしか告知されていない。<sup>(15)</sup>その翌日の一九一四年八月七日、戦時に妥当する定式が得られた。それは連邦参議院の「処分」ではなく、「命令」であり、帝国官報に「告知されたもの」である。<sup>(16)</sup>そしてこの規則的雛形（一九一四年授權法三条に基づく命令の告知）は、煩わしい技術として、一九一四年から一九一八年までの帝国官報を貫いている。戦時刑法

料は、この雛形において論じ尽くされている。

この場合、一九一四年授權法三条一項において用いられた「『経済的』損失を除去するための措置」という表現をその技術が恣意的に拡張するというのが、規則設定に役立つ。あらゆる政治的に重要な題材は、「経済的」なものかもしれない。「経済的」損失を除去するための命令を告知することによって、戦時裁判所の管轄権が拡張され、国政調査が刑法によって援助され、<sup>(18)</sup>麻薬刑法の新規定が創出され、<sup>(19)</sup>行刑問題が精力的に取り組まれ、<sup>(20)</sup>刑法による借家人の保護が行われる。<sup>(21)</sup>

刑法典は、目立たない役割しか果たさない。戦争が継続している間、新しい法律が特別刑法の形で現れる。その刑罰法規は、病人看護に際しての職業制服を保護し、<sup>(22)</sup>祖国の救助活動を促進し、<sup>(23)</sup>そして帝国軍事裁判所の補助裁判官の招聘を規律する。<sup>(24)</sup>戦争終結にもかかわらず、租税刑法と関税刑法のような刑罰法規は、益々増加する。<sup>(25)</sup>また刑事手続の簡素化のために、法律形態は煩わしいものとならざるをえない。<sup>(26)</sup>ともかく、命令刑法と比較すれば、第一次世界大戦の法律刑法は、ほとんど利用されていない。

戦争終結当時、刑法的な規則技術は、一九一八年一月二日の「ドイツ民族に対する……布告」において頂点を極める。

その布告は、政治犯罪に対する「法律の効力による」大赦を認め、<sup>(27)</sup>係属中の刑事手続を政治犯罪を理由に打ち切っている。

### 三 一九一四年から一九一八年までの刑罰の内容的現代化

#### (a) 戦時経済刑法

一九一四年から一九一八年までの戦時の帝国官報は、刑法、刑事訴訟法および裁判所構成法の領域における中核刑法の変更をただ僅かしが掲載していない。中核刑法を戦時の必要性に順応させるには、明らかに戒厳状態に関する法律で十分であったようである。

だがしかし、以前から中核刑法が全く及んでいないか、あるいはただ表面的にしか及んでいなかった重要な領域がある。戦時刑法の内容的に新しいものは、戦争の勝利への共通意思という精神から、より一般的にいうと、社会の官僚的統制という精神から仕上げられた経済刑法の誕生である。一九一四年授權法三条一項に基づく刑法的命令は、経済統制に関する社会の国家的統制のための強力な意思を示している。生成しつつある経済刑法は、傑出した特徴を持っている。

その経済刑法は、迅速かつ適切な生産力を持っている。それは、明白な具体主義を示している。取引可能な財で、一九一



四年から一九一八年の経済刑法から免れているものはない。燕麦、大麦、粗びき粉、タバコ、ミルク、米、じゃがいもなどのあらゆる財の生産・貯蔵・販売は、刑法的規定によって包括されている。刑法は、最も馴染みの薄い陳腐な物をも、社会的に重要で、従って刑法上関心のあるものと理解する自分の能力に気がつく。最高価格（不当利得）<sup>(28)</sup> 刑法、販売統制刑法、企業統制刑法および戦時需要刑法は、法学的に形作られた刑罰規定を、「哺乳瓶の吸口としての利用に適しているゴム製の乳首……」<sup>(29)</sup>、「子牛の皺胃」<sup>(30)</sup>、「食べ残しと残飯」<sup>(31)</sup>の領域の隅々にまで広げている。

経済的取引として理解されず、それゆえに刑法的な社会統制に従わない社会的な現象など、ほとんど存在しない。一九一四年から一九一八年までの帝国官報を読めば、常軌を逸した警察法と経済行政法が刑法に変換されていることの証人になるであろう。

# (b) 実体刑法と刑事手続法の新たな統一

このような膨大で乱雑な実体経済刑法群は、正規の刑法においては展開しえない。通常の刑事訴訟はあまりに非経済的であり、通常の帰属論はあまりに高度な要求をし過ぎる。非常に不明確な実体刑法の刑事手続と帰属理論への影響は、即座に判明

する。つまり、手続は簡素化され、帰属は、裁判官および検察官の広範な裁量によって弛緩される。

一九一四年授權法に基づいて根拠づけられた現在または将来の経済刑法に対しては——一九一四年授權法に支えられた「告知」によって——、刑罰命令手続が、一年以下の禁固、罰金および没収という刑罰威嚇を組み入れている。<sup>(32)</sup> 戦時経済刑法は、上述の刑罰枠を原則的に越えていないので、一九一四年授權法の広範な領域では、常に簡素化された刑事手続が管轄権を持つ。刑事裁判所の「負担軽減」は、簡素化によって、つまり刑事訴訟法の安全装置の解除によって進められる。

いかなる市民も経済刑法を概観できないので、一九一四年授權法にその存在の恩恵をこうむっている刑法規定には、考案された禁止の錯誤に関する特権が採り入れられている。<sup>(33)</sup> これもまた一九一四年授權法に基づいている。継続的に影響を与える刑法思想および刑法規定の雛形は、明白である。つまり、現実の統制の必要性に基づく実体刑法の拡張、手続の簡素化、手続における非犯罪化がそれである。経済刑法に関わって発展したに過ぎないこの雛形の結果として、その後加わったのは、法律上の、現代的な、すなわち核心部分において二度と消滅することのない刑事手続全体の簡素化であり（管轄権を持つ裁判所を選

料

扱する際の檢察官の裁量、刑罰命令手続の拡張<sup>(34)</sup>、行刑の合目的な、つまり一層順応的な形成であり、刑事訴追と刑罰執行を免除することによる実体刑法の大規模な訂正である。<sup>(35)</sup>

資

(c) 一九一七年錯誤命令

一九一七年錯誤命令は、第一次世界大戦における刑法の現代化の一部として、より精確に描かれねばならない。この命令は、錯誤理論、刑事責任論にとって、違法性の意識の教養学的整理の問題についての一九五二年BGH判決(二卷一九四頁)に比較にならないほど全体的に重要である。BGH判決は、一九一七年命令に言及されないうまま、近代刑法史における「転換」<sup>(36)</sup>として説明されている。一九一七年錯誤命令の評価は、近代刑法史の対象である問題を解く試金石である。<sup>(37)</sup>

一九一七年の立法事情は、次のような様相を呈している。

一九一四年授権法によって、真つ先に刑法が、余りにも急激に作り出された。その量を確認することはできない。錯誤命令は、行為者状況を、「氾濫する規定の存在や適用可能性についての免責的錯誤」、つまり行為者が「行為を許されているものと見做した」(一条一項)ことになる錯誤と特徴づけている。行為者状況の広範囲に渡る不的確な記述と、それに伴う錯誤理論の広範囲に渡る誤った方向は、ここから始まる。一九一七年

錯誤命令は、一方では曖昧なメカニズムで創出された恣意的な経済刑法群を見ながら、他方ではこの経済刑法群と付き合う機会を持たない市民を見ている。その結果、刑罰を科す国家は告知の新しい形態を作り出す努力をしなければならず、この努力が失敗に終わった場合、刑罰を科してはならないことになるであろう。「錯誤」概念の導入は、過度な規則設定と不明確な規則解釈という不都合から国家を解放する。実定法が存在とその適用可能性に関して錯誤概念が導入されたために、擬制が市民の負担となる。市民は、あたかも一九一四年授権法に基づく規則設定の可能性と帝国官報の内容について不断に熟考し、錯誤によりその内容を誤解しているかのように扱われざるをえない。だが問題は、錯誤者ではなく、国家のせいで告知されていないことにある。国家に責任がない場合、一九一七年錯誤命令以降は市民の責任を阻却しない錯誤が問題となり、国家に責任がある場合、一九一七年以降は責任を阻却する錯誤が問題となる。しかしその後も、責任を阻却しない法律の錯誤と免責的な法律の錯誤の違いだけは残り、従って余りにも広範で、過度に不明確な刑事立法の負担の市民への押し付けは、依然として残されたままである。禁止の錯誤に関するその後の理論は、このような状態を認識せずに、それを固定化している。

知らないことに對して錯誤概念を導入することと同様に重要なのは、一九一七年に訴訟へ「錯誤」論を移植したことである。この移植の巧妙さは印象的であり、二〇年代に初めて登場した、実体刑法の訂正に関わる判断を待たずに行われる手続打切りの様々な可能性との關係を示している。

捜査手続と公訴提起後の公判手続は、綿密に区別される（一条、二条）。検察官は、捜査手続において免責的錯誤を理由に手続の打切りを決めるが、決定という形式での区裁判所判事の同意を必要とする。決定には議論の余地はない。決定は、被告人に通知されねばならない。手続の打切りは、限定的な法的効力しか持たない。新事実と証拠手段は、手続を継続させる（一条三項）。中間手続と主要手続において、裁判所は、経済刑法における免責的な禁止の錯誤がある場合、刑罰命令の提案または主要手続の開始を拒否するか、もしくは被告人に無罪を言い渡さなければならない（二条）。

一九一七年錯誤命令が、手続打切り、起訴以外の措置、刑罰免除、不起訴処分のための事後的な規則を持つていることを、明確に認めることができる。この規則を支配している雰囲気は、すでに明らかである。国家は説得力のない刑法を多く作り過ぎ、市民には僅かな責任しかないという主張によって、具体

的な訴訟において初めてこの刑法の適用を免除する。かかる刑法を全く創出しない可能性、あるいは限定的にしか創出しない可能性は、存在しない。実体刑法、刑事訴訟法および裁判所構成法の便宜的統一が実際に行われるのである。それはセンスのないものであるが、模範的である。<sup>(40)</sup>

#### (d) 予防拘禁の法学的確保

第一次世界大戦において、法学的に組織された広範な予防拘禁が作り出される。刑事訴訟法は、戦争開始時に、狭く限定された刑事訴訟的な強制手段と、さらには強制的な自由制限を定めている。それと並んで、警察のみによって人を拘留する——同様に明確に限定された——法律上の可能性がある。<sup>(41)</sup>戦争開始と共に、自由剝奪のこの二つの可能性に予防拘禁が採り入れられる。

一八五一年の戒嚴状態に関するプロイセン法五条は、迅速な手続において人身の自由権を廢止することを認めている。それは行われている。個々の点については、法律四条から明らかである。軍事司令官の手に移った執行権は、——同時代の法学的定式化によれば——「無制限に……公的安全性のために……臣民の人身の自由に対する任意の侵害を行う」ことができる。以下の確認は、一九一七年以来のものである。「恣意的な逮捕だ

けでなく、人身の自由へのあらゆる種類の制約からも防波堤が取り崩される<sup>(43)</sup>。政治色のある手続において無罪を言い渡された人々に、予防拘禁命令が出される<sup>(44)</sup>。

かかる状況についての議論は激烈であった。その議論は、たわいもないサークルで行われたのではなく、帝国議会と学問的文献において行われた<sup>(45)</sup>。

一九一六年に、一般条項的要件（一条）と、勾留命令およびその審査の際の手続に類似する手続保障（二条以下）を持つ「戦争状態と包囲状態を理由とした逮捕および逮捕期間制限に関する」法律が施行される。同法は、ドイツ人のみに適用される<sup>(46)</sup>。

この立法手続は、近代刑法史にとって典型的な事象である。容易に確立可能な——合法性は、第一に、新しい、刑罰領域に属する強制手段の創出に奉仕する。強制手段の限定は、立法事象の副産物であって、主産物ではない。一九一六年予防拘禁法は、予防拘禁思想を刑法の一部分として定着させる<sup>(47)</sup>。

多くの研磨面において知られる行為概念に関する議論とは違い、刑法における予防拘禁の生成とその継続的效果に関する議論は、近代刑法史の中心テーマではない。そのことが、ナチス体制がこの権力手段を考案し、それがナチス体制と共に崩壊し

たという安易な先入観を支配している。

#### 四 近代の刑法発展に対する第一次世界大戦の刑法の意義

近代ドイツ刑法史の全体的素描において、第一次世界大戦の刑法は、たいてい完全に無視される。第一次世界大戦は、せいぜいのところ、行為者志向の刑法改正を継続しえなかった時代として<sup>(48)</sup>、しかも行為者志向の刑法改正に対して障害を与えた時代として登録される<sup>(49)</sup>。それは、一面的に理解された啓蒙主義、短縮された観念論哲学および絶対的に位置づけられた近代学派から混成された、つまり狭められた刑法史への視座であり、そして同時に安易な刑法史への視座である。かかる視座はおそらく、第一次世界大戦の刑法（ここでは刑事訴訟法）が一時的な措置しかもたらさなかった、という支離滅裂な意見を承認しうる。その措置は、「それ以降、もちろん継続的效果を及ぼした<sup>(50)</sup>」のであって、事実には合わない<sup>(51)</sup>。すでに同時代の文献は、第一次世界大戦が、刑法と刑事訴訟法を不断にかつ権力強化的に変革するであろうことを予見していた<sup>(52)</sup>。

権威的な経済刑法が生成している。それは、二度と消滅することなく、伝統的な刑法群を現代的なものとして開花させる。一九一七年錯誤命令と刑事手続の簡素化に関する様々な規則

は、刑法の将来的発展の傾向を示している。

公刑法は第一次世界大戦中に強化され、同時に規則の設定と規則の取扱いの点でフレキシブルなものにされている。正に要求された安全と社会秩序の状態に対する刑法の貢献は、明らかに開花している。同時に、第一次世界大戦の強力な適合能力のある刑罰は、現代の刑罰である<sup>(33)</sup>。

第一次世界大戦が終結した時に、近代学派と緊密な関係を持っていた刑法学者は、戦争が多く重要な試みを促進した、従って戦争が作り出した基盤を基に増築しなければならないと考えた。<sup>(34)</sup> それに対して、戦争それ自体は犯罪なのかという他の刑法学者の問題、つまり刑法による戦争の進展をも脅かす問題は、臆病で非法学的に響いている。<sup>(35)</sup>

ヴォルフガング・ナウケ

〔原註〕

- (1) 一九一三年の状況を最も良く概観するものとして、ALLFELD, Die Strafgesetgebung des Deutschen Reiches, 2. Aufl., 1913.
- (2) 個別的には G. WALZ, Die Entwicklung der Strafrechtspflege im Kamerun unter deutscher Herrschaft 1884-

1914, Beiträge zur Soziologie Afrikas, Bb. II, 1981; Naucke, Deutsches Kolonialstrafrecht 1886-1918, RJ 1988, 297ff.

(3) 列挙は、ALLFELD (前掲注1) の凡例を参照。

(4) LINDEMANN, Sammlung der wichtigsten Preussischen Strafgesetze, 2. Aufl., 1912 を見よ。刑法の場合、一九世紀から二〇世紀への過渡的な「公法の産物」(STOLLEIS) の一環と観念する。STOLLEIS, Die Entstehung der Interventionsstaates, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte, 1989, 134ff., 特記 136ff. を見よ。

(5) ALLFELD (前掲注1) 一一七頁に掲載されている。

(6) ALLFELD (前掲注1) 一一三頁では、一八九三年軍事機密漏洩罪に対する法律とされている。それは、一九一四年六月三日改正、強化された。RGBl. 1914, 195.

(7) RGBl. 1894, 463.

(8) RGBl. 1914, 269.

(9) Gesetzsammlung für die Preussischen Staaten 1851, 451. LINDEMANN (前掲注4) 四三頁に掲載されている。

(10) CONRAD, Das Gesetz über den Belagerungszustand in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1916; W. RIEGER, Der Belagerungszustand, insbesondere in seiner Bedeutung für Strafrecht und Strafprozeß, Diss. Göttingen 1916; WYNEKEN, Zur Reform des Deutschen Kriegszustandsrechts, Diss. Göttingen 1917. — 今田徳博受、1957 E.R. HUBER, Deutsche Verfassungsgeschichte seit

料

資

- 1789, Bd. V, 39ff.
- (1) RGBL. 1914, 263.
- (2) LABAND, Deutsches Reichsstaatsrecht, Neubearbeitung auf der Grundlage der 3. Aufl. des kleinen Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1907, 127ff., 130f. 444頁以下。
- (3) RGBL. 1914, 327. 今日の法學上の問題なる點を以て之を以て E. R. HUBER, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. V, 62ff.; WIETHÖLTER in FS f. Böhm, 1905, 50f.; TIEDEMANN, GA 1969, 73; HATTENHAUER, Jura 1984, 284; STEFAN WERNER, Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus, Diss. Ffm., 1990, 18ff., 34ff.
- (4) FREHSE, Ermächtigungsgesetzgebung im Deutschen Reich 1914-1933, 1985 44頁以下。FREHSE によつて註明と特赦といふべきは正確な説明を以てする統制管理領域の命令が、圧倒的に刑罰威嚇を伴ふ命令である。TIEDEMANN (前掲註3) 211頁以下を参照。
- (5) RGBL. 1914, 357.
- (6) RGBL. 1914, 359.
- (7) RGBL. 1916, 1067.
- (8) RGBL. 1916, 1233 および 1918, 1261.
- (9) RGBL. 1917, 256.
- (10) RGBL. 1917, 412.
- (11) RGBL. 1918, 1135 (1140) および 1143.
- (12) RGBL. 1915, 561.
- (13) RGBL. 1916, 1333.
- (14) RGBL. 1917, 217.
- (15) RGBL. 1918, 779ff.
- (16) RGBL. 1917, 957 (1037).
- (17) RGBL. 1918, 1393 (Ziffer 6).
- (18) 一九一四年以降の帝国官報である「経済刑法に関する煩わしい事項を知るに」連の刑法命令は、総括である。全体を概観するものとして FREHSE (前掲註4), 28ff.; TIEDEMANN (前掲註3), 73f.; JÜNGER, Die Kriegsgesetze, o.J. (1915); ALSBERG, Kriegswuchersstrafrecht, 2. Aufl., 1917. 一九一四年から一九一八年の帝国官報の分析及び刑法史を發展するに達するものである。
- (19) 一九一四年授權法三条に基づいて「ナチス」黨の元首に関する告発。RGBL. 1914, 879 (1条)。
- (20) 予審の職責に関する命令。RGBL. 1917, 195 (五条)。
- (21) 一九一四年授權法三条に基づく「食ひ残した残飯の活用に関する告示」。RGBL. 1916, 593 (九条)。
- (22) RGBL. 1915, 325 および 631.
- (23) RGBL. 1917, 58.
- (24) 刑事司法の簡素化に関する法律。RGBL. 1917, 1937. 「五規の刑事訴訟手続への戦争状態の影響」と関するものとして多くの個別的問題が CARL SCHMITT, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 38 (1917), 783ff.
- (25) RGBL. 1915, 130, 1917, 412.
- (26) RGBL. 1918, 644, 708, 1046, 1071, 1303.

- (37) RGBL 1917, 58.
- (38) JESCHECK, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1988, 406.
- (39) 例えば、刑法体系上の責任論の「歴史的」基礎に関するACHENBACHの資料が豊富で正確な研究は、「歴史的」の表面上、年代数に基づいて整理された条文描写のみに基づく。第一次世界大戦は、なるほど分類のための目付として思い浮かべられるが、責任論の状態に関して、ビンデマンの規範論以上に多くの事例を証言する一九一七年錯誤命令の場合には、意味はない。
- (40) 同時代の文献は、一九一七年錯誤命令の原理的意義をさまざまに扱った。BINDING, Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht (LZ) 1917, 1ff. und 297ff.; v. HIPPEL, LZ 1917, 697ff.; LOBE, LZ 1917, 225ff.; KARL MEYER, ZStW 39 (1918), 304f. 参考。第一次世界大戦の終結後、直接扱ったヴォルフ・K. RIEGER, Die Umgestaltung des Strafrechts und des Strafprozesses während des Weltkrieges, Diss. Göttingen, 1920, S. 3ff., 51. TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, 1. Allgemeiner Teil, 44 及び TIEDEMANN (前掲注 2), 74f. 以上の実態の文献は、一九一七年錯誤命令の評価は、同時代の文献を「回つた」ものではなく、むしろヴォルフ・STEFAN WERNER (前掲注 2), 36 参考。
- (41) 簡潔な概観として WYNEKEN, Zur Reform des deutschen Kriegszustandsrechts, Diss. Göttingen 1917, 41f. 参照。
- (42) WYNEKEN, a. a. O. (前掲注 14) 42.
- (43) WYNEKEN, a. a. O. (前掲注 14) 42.
- (44) WYNEKEN, a. a. O. (前掲注 14) 43.
- (45) WYNEKEN, a. a. O. (前掲注 14) 四一頁以下を参照。
- (46) RGBL 1916, 1329ff. 同法の意義について E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. V, 53ff. 参照。
- (47) 同時代の文献は、予防拘禁思想の法化を満足に記録し、実証主義的な議事日程に、つまり個別解釈に転じている。典型的なのは EBERHARD SCHMIDT, ZStW 38 (1917), 368f.; MITTERMAIER, Deutsche Juristenzeitung 1917, 115f.
- (48) MAURACH-ZIPF, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 7. Aufl., 51; JESCHECK, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 89.
- (49) EBERHARD SCHMIDT, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965, 405. v. Liszt に対応して、特別予防的の方向づけられた刑法典の改正問題が、実定的な戦争刑法を明快に総括する一九二〇年以降の K. RIEGER (前掲注 9) の叙述より一九一四年から一九一八年の「戦争と犯罪」に関する犯罪学的考察の背景でもある。LIEPMANN, Krieg und Kriminalität, 1930 参考。K. Rieger 及び Liepmann の著作は、つまり、研究対象の偏狭は全く明白である。その研究対象は、永遠に重要なものと扱

## 料

握られた近代等派の表象のみを重点的に包括するだけ、戦争刑法による刑法一般の原理的変更を包括しているなら。

## 資

- (50) v. HIPPEL, Der deutsche Strafprozeß, 1941, 51. 号、  
v. HIPPEL, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 1930, 59. 参照。  
同様のものとして MARQUARDT, Die Entwicklung des  
Legalitätsprinzips, Diss. Mannheim 1982, 80ff., 155.

- (51) 1 卷、WIETHÖLTER (編輯、註、2), 41ff., 50; STO-  
LLEIS (編輯、註、\*), 143 ff.; KOCKA, Klassengesellschaft  
im Krieg, 2. Aufl., 1978. 既述の通り、FROMMEL,  
Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskus-  
sion, 1978, 23; STEFAN WERNER (編輯、註、2), 23, 49.  
既述の通り、第一次世界大戦の意義と関する、DÖRNER,  
Rechtstheorie 17 (1986), 385 ff. を見よ。「第一次世界大戦  
と刑法」のうちに、DÖRNER の著である「刑法と  
犯罪学」を、よく知ることが出来る。

- (52) FRANK, Krieg und Strafrecht, LZ 1915, 1ff.; BELLING,  
Die Vereinfachung des Strafverfahrens durch die Bundes-  
ratsverordnung v. 7. Oktober 1915, ZStW 37 (1916),  
257ff., 特、263ff.; DELAQUIS, Strafrechtliche Kriegs-  
ziele, ZStW 39 (1918), 276ff.; KARL MEYER, Entwick-  
lungskeime aus dem Kriegsstrafrecht, ZStW 39 (1918),  
299ff.; KARL MEYER, Präventivpolizei und Strafver-  
fahren, LZ 1918, 185ff.; K. RIEGER (編輯、註、4), 51ff. を  
見よ。

- (53) HEYMANN が一九二一年に現代の産業法に関して示した

ことが、刑法に要する。軍事的な戦争経済の法改正は、新し  
い産業法——新しいドイツ刑法——の基礎となる (HEY-  
MANN, Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirt-  
schaft als Grundlage des neuen deutschen Industrierechts,  
1921)。この関係の重要な証拠は、DÖRNER (編輯、註、2),  
特、400f.

- (54) DELAQUIS, ZStW 39 (1918), 特、297-299.  
(55) FRANK, LZ 1915, 1.