

# ラートブルッフを中心として

——ドイツ法學最後の日とその最後のひとびと——

常盤敏太

## 目次

- 一 ドイツに還る
- 二 ラートブルッフの文化觀
- 三 全體國家と文化のオートノミー
- 四 ドイツ法律學界送葬曲
- 五 法理學者の過去帳
- 六 刑事學界の變遷
  - イ 刑事政策の問題
  - ロ 規範的責任論
  - ハ 自由刑法か權威刑法か
  - ニ 暴力刑法の勝利
- 七 行刑界における變遷
  - チ ナチ刑法に躍るひとびと
  - イ プロイセンにおける近代行刑制度の排撃
  - ロ 新プロイセン行刑規則
- 八 附記

## 一 ドイツに還る

昭和九年三月末以來、わたくしはイタリヤに旅してゐた。ドイツとイタリヤの法律學界の比較を思ひ立つたがためである。これはドイツでのわたくしの師匠ラートブルッフの勧めでもあつた。最初、わたくしは何故だかこの旅に心が進まなかつた。それをわたくしは自分がイタリヤ語を得手ないためだと判断した。それでも、前年パレルモにおける國際刑法會議で知り合つた學者を順々に訪ねることによつて、わたくしの好學心はうづき出さずにはゐなかつた。それが七月に急遽ハイデルベルグに再び還ることになつた。師のラートブルッフが、この九月から、多分に、リタウエンの首都コブノー大學に招聘されて行かれるからである。

ラートブルッフは、前年五月以來、ナチ政府のために象牙の塔からさへ逐はれたことであつた。その頃、シシリヤの旅からイタリヤを南北に、ラ夫妻とわたくしとの三人の旅は約一月以上も續いたことであつたが、ナチの亂暴な地位剝奪がイタリヤの新聞を賑はし、或は直接ドイツの友達からそれとなく悲報が傳へられる度に——手紙に明らかにさまに詳細が書けない所以は、ナチ政權以來ラ氏への往來は悉く開封せられ、政府の處置に關するものたる限り、ナチに氣に喰はぬものは沒收せられ或は悪用せられるからである——今度はわたくしの番だらう。トシ！（わたくしのラ家庭における呼名）わたくしが、その時、日本人のやうに、どんなに上手に微笑し得るか見てゐて御覽！と何度も夫人とわたくしに語られたことであつた。その結果はハイデルベルグに着いてから程經て初めて實際とな

つた。さうして、それは、彼が大學を去らねばならぬことの一片の通知が届いてから、數週間目の新聞に發表せられた。當時から、ドイツの全部の新聞は官報化してゐたのであるが、何故にこの發表を遅らせたのか知らない。彼の休職は當時の情勢としては當然であつたのであるが、彼の人物に接したことのある人達は、そのナチ轉向者であるかと否とを問はず、愛惜の感を深くした。唯、彼の人物を直接に知らない人達のみが快哉を叫び得たのである。彼は、それほどに、個人的には敵のない人である。彼の辭職理由は、全く彼が多分に自由主義者リベラリストであり、社會民主黨の思想綱領の構成者、指導者、遵奉者の一人であつたし、又あるからである。ナチの惡政が續く限り、アンシュッツやデラキー教授のやうに、早晚、彼も辭めたに違ひないのだから、早く血祭に上げられたことは、今日、却つて彼の幸とするところであらう。ラートブルッフのやうにユダヤ人でなくて大學教授を辭めさせられた人は數多くない。しかし、その人達は、學内に残つてゐる極めて少數の人達と共に、ほんたうに學問を愛好し、ドイツの學問を憂慮し、祖國を愛し、祖國の國際的孤立を憂惧しつゝある人達である。

彼が五月に職を退けられて以來、外國の大學或は研究所から數多くの招聘がなされてゐる。わたくしはその度毎に相談を受ける光榮に浴した譯であるが、よく——トシ、わたくしは英國、日本、南米ならば招聘に應じてもよいと思ふ氣がするよ——などと、いはれてゐた。英國の正義を愛好する國民精神と、日本の文化、殊に諦觀あきらめを中心とした日本精神とを極端に尊敬してゐられるがためである。南米では法律思想よりもゲーテを中心にした文學を講じて見度いといふのである。——彼が隠れもないゲーテ研究者・愛好家であり、種々の會合でゲーテの講演など遣られてゐることは日本では餘り知つてゐる人はなからう。——多分、イタリヤに愛想をつかした彼は、青空碧海のイ

タリヤの旅を新天地南米に移して夢みてゐるのかも知らない。彼は、わたくしのこんな問には微笑を以つて應へたのみであつた。ところが意地の悪いことには、彼の好きなどいふ日本からは招聘どころか挨拶の手紙すら來なかつた。ただ、牧野博士が彼の辭職について學者に對する理解に充ちた慰めの手紙を送られてゐた。彼はそれを極端に喜こんでゐた。流石に英國は二個所の大學から法律・社會學の方面に彼の就任を交渉して來てゐた。一つは彼の親友を通じてである。しかし、彼には、それを受諾せねばならぬ程事情が迫つてゐなかつたのと、私的な條件の點で考へ合はせらるべき點が残されてゐた。それなのに夫婦共に嫌ひな米國からは數多くの交渉がなされたのであつた。それは、實際、米國らしく、ドイツから逐はれた大量の學者達の爲に、俸給などは、相當、人を馬鹿にしたものであつたと思ふ。フランスのL大學及び研究所から來た招聘は、わたくしには好感のもてる紳士的なものであつた。しかし、フランスとドイツの關係を知る者には、よし、彼が無智な反フランス感を持してゐないにしろ、國粹主義と反フランス宣傳で立つナチ政府に逐はれて行けない國であることがよく知られよう。彼は國民感情を無視しても、これに反對して國を賣る利己主義なユダヤ人でもなければ、利益爭奪に狂奔するナチのやうに非憂國者でもないのである。その他數多くの小國があつたが、この間にあつて終始強硬にその招聘の使ひを立て續けてゐるのがコブノI大學であつた。しかるに、リタウエンとドイツとは、久しい間、友好關係に立つてゐない。これがナチ政府の諒解を遷延せしめつつあつた所以ではなかつたらうか。最近、國交親善化と共に、彼も、亦、然らば一學期づつ講義に行つてもよいといふ事になつたらしい。かくの如く、彼の行否は、今日も尙、一に外的な條件に係つてゐるのだから、何時とり止めになるやも知るを得ないのは當然である。

(補註) 果して、不安な豫感の通り、九月七日附ベルリンからの手紙によれば、外務省はラートブルッフにコブノー大學習聘受諾拒否を迫り、彼は遂にその申出に従つた旨、報知があつた。若し、彼がその意に反すれば、國籍を失ひ財産は沒收せられたであらう。一度は内諾して置きながら、自ら責任を執らず、被招聘者本人に拒絶を強要するなど、ナチに、果して良心ありやなど、今更反問するも愚であらう。先生の手紙の後尾に曰く『さて、わたくしも、さしあたり眼前に横たはる空虚を超越する爲に、新たな學問的仕事を求めねばならない』と。

とまれ、師匠はコブノーへ出發前、わたくしとこまごまのことを語り度いといふのであつた。弟子に裏切られ！それは歐羅巴には稀な弟子思ひのラートブルッフの欲するところで、時勢の然らしむる以上、寧ろ、彼の弟子達の出世の爲に、その彼からの離反を促した位ではあつたらうけれど——淋しい彼が、わたくしの様な異國人に最も深い子弟の愛惜を感じられることを痛ましいことに考へつつ、ハイデルベルグに急いだことであつた。彼のハイデルベルグ出發迄にわたくしに與へ得る日時は十四日の豫定であつたが、われわれには餘りに多くの語るべきことと爲すべきことがあつた。否、山上の垂訓のやうな息詰る毎日の仕事が終わつても、われわれの別離はなか／＼容易ではなかつた。わたくしは決心を度び重ねつつも、引き止められる儘に遂に、その地に二十日を過して仕舞つた。彼の許で繰返された學者、知己達を招く順々のお茶の會合、夕食後の會合に、彼とわたくしのみは變らない顔であつた。これらの會合は、彼にはハイデルベルグからの一時的別離宴であることは勿論であるが、同時に、わたくしには、正に、ドイツにおける彼の最後の心盡しとして催された學徒への最上の餞別であつた。

## 二 ライトブルッフの文化觀

わたくしのドイツ學界觀を記述する限り、事の順序として、師匠ライトブルッフの最近の考へを、ここに、今少しく詳細に掲げることもあながち無駄ではあるまい。勿論、彼の文化觀は單行本や度々の論文を通じて餘りに有名であり、且つ、本文の如き隨筆的小文の能く盡すところではない。それは他日、本格的な論說の機會に譲るとして、ここには唯、彼の最近の日常スケッチに止めることを許され度い。

全體論として、彼が文學・美術、殊にそれらの歴史を愛好することは一通りではない。彼はこれらの無量な材料から、自己の文化觀と、その高雅な香り高い文字とを築き上げてゐることである。殊に、日本及び東洋の文化については彼が原文を讀み得ないだけに、異常な憧憬と注意を拂つてゐることが窺はれる。さうして、彼は日本文化の支那や歐洲、即ち、兩大陸文化からの根本的な差異を、その極致的精神化の完成として理解してゐるのである。國民生活の中における極致的精神文化の完成は、ひとり、優秀な民族が外寇からの不安、即ち、物質的な憂慮なくして、自然と共に生活し得た三千年の長日月によつて初めて可能であるとしてゐる。凡て、宿命と共に快居し、大自然の猛威の前にも大笑する、その諦觀は西洋キリスト教を救ふ精神でなければならぬ。ツァラアストラはキリスト教を佛教思想で蘇らせることが出来るのみである。ライトブルッフが日本を觀、日本の生活を生活し度いとなす所以は、ここから發生してゐる。

こんな事もあつた。或る日、當時、彼の所謂自分の一生中の最もよい書物ではないが、最も立派フアイエルバツハな書物である『フアイエルバツハ傳』をものしてゐた際、その日記、オランダの旅、一八二九年六月三日ヘーグの博物館においてとして、書拔を示されながらフアイエルバツハが日本のことを既に書いてゐる、といふことから始まつて、種々の話をせられたことがある。ラ師の曰く、フアイエルバツハも既に多くの注意を東洋に拂つてゐたのであるが、それまで、彼はその世界に觸れたことがなかつたのであらう。その中に『支那及び日本の世界に、これでわたくしも任んだといふことが出来よう、殊に日本。……』。等と記述されてゐる。それはミナモト・マタカとかいふ日本の皇帝がオランダ人に贈つた一つの手箱ド、セを觀たといふ程度のものであるが、當時これによつて感じたフアイエルバツハの愉快は『これで』nunnehrと書いてゐるところでも知れよう。この頃からフアイエルバツハは、世界、殊に東洋の法律文化を蒐集し初めたのである。彼は多くの材料と意見を未發表の儘逝いたのであるが、これがコーラーの先驅を爲してゐるのである、と。今日、日本の品物や日本人は世界を活歩してゐる。したがつて、ラートブルッフが日本を経験し得る程度は地下のフアイエルバツハの羨むところであらう。しかし、ラートブルッフの心痛は、歐洲人達が日本の文化をキリスト教の精神にする前に、逆に、日本人は西洋人、殊に、ドイツ人と同様に、日本人同士の間、その對人生活（政治生活・團體生活）において、自然に對するやうな今迄の敬虔さを失つて、がむしやらになつて行きつつあるらしいことにあるといふのである。

ここに挿話を離れて、ラートブルッフの最近の國家運動と文化に關する意見を紹介するのも場所であらうか。これも、この間、彼は、殆んど國際座談會とも思はれるやうな、ハイデルベルグ在住各國學徒を招待した彼の自宅で

夜の會合で、談、たまたま最近の權威主義オトリイレスブレンヂヤに及んだとき、彼はこれを直接論難する代りに、文化のオートノミーのために、その立場から論ぜられたことであつた。それは直ちに彼の文化觀でもあるのであるから、ここにその要領を摘記して見よう。

### 三 全體國家と文化のオートノミー

文化の世界は恰かも八百萬の神々ゐますギリシヤの神國の有様のやうなものでもあらう。各神々は部門に従つて各最高價值を持してゐられる。その各々は独自の殿堂と、獨特の拜殿と各自の神仕へと、それ自らの神祭りとを有してゐる。さうして、各々は、他の夫々に對して、獨立した特異價值を有してゐるのである。恰も科學と藝術とがそれ自身以外に何等他に目的を有してゐないやうに、亦、道義的な人格や宗教的神聖は、その價值を自己自身の内のみ保持してゐるのである。かやうに、法の自律性といふのも『Fiat justitia, pereat mundus』なる文句の中にその極致の表現を見るのである。これらの價值も政治的目的の下に隸屬すると、遂に破滅するものだとせられてゐる。否、寧ろ、これらの價值は國家と對立的地位において、その自律性を認めて呉れとの請求、即ち、科學・藝術・宗教及び道德の獨立性並に裁判の不羈性の要請をなすのである。

ところが、反對に之に對して國家に關する新理論（即ちナチ學者筆者註）は、文化のこの自律性を舊い『自由主義的』偏見と看做さんとするのである。『全體國家』の名の下に、國家工作及び國家權力の無限性に關する舊警察

國家的見解を更新したのである。他の言葉を以つてすれば、個人的價值——道德及び宗教——を物的價值——科學・藝術・法律——と同様に、政治的價值——國民及び國家——の獨裁の下に置かんとするのである。換言すれば、國民福利及び國家利益が、科學にその任務を設定し、且つ、その限界を引かねばならぬ。藝術は國民性の表現でなければならぬ。宗教は國教の立場に還元される。道義的人格の價值は、國民及び國家に對するその寄與によつて量られる。同様に、法は絶對的に國民及び國家福利の役に立たねばならぬ、この利益に反する獨自なる正義の觀念は認められない。正義の觀念と共に、しかし、法の自律性即ち文化の獨自的形態としての法が否定せられるのである。かくの如くであるから、全體國家は決して、自分を法治國と呼べる權利は有してゐないといはねばならぬ。

文化の獨立性と共に全體國家は、又、文化の負帶者である職業、即ち『自由職業』を否定するのである。自由職業は政治的權力から影響せられることなく、人格的、若くは、物的價值を恣にすることをその本質とする。しかるに、全體國家においては、醫者や辯護士は個人利益の代表者たる職分を休止する。前者は種族衛生の維持者であり、後者は國家利益の機關である。患者や依頼人は、かくて彼等の信頼してゐる人が彼等の個人的利益を、より高い利益のために犠牲に供することあるべきを豫期せねばならぬのである。自由職業の根基である信頼は、之によつて、匡救すべからざる迄に覆へされる。これと同時に、新聞雜誌の編輯人は最早思ふ存分に自分の確信を吐露することは出来ない。寧ろ、精神のない政治擴聲器に成り終らねばならぬのである。かくて、新聞の自由、即ち、文化の獨立性の、眼にて見得る發表形式は無くなつたも同然である。一言を以つてすれば、自由に發育せんとする公論に權威的指導者意思 (Führerwille) がとつて代るのである。

文化、殊に、科學のこの束縛を、認識論の外皮を附けた國家によつて、合法化せんと試がなされてゐる。傳來の學説が『科學の絶對性』から撼り落されたとの見解が唱へられてゐるのである。しかし、少くとも文化科學が世界觀的條件に羈束されることは確かである。リッカーも早くから指摘してゐるやうに、文化科學上、本質的事實選擇に、價値への關係は決定的影響を有するものである。そこで、各時代を新たにする毎に、世界歴史は書き直されなければならぬことになる。蓋し、時代觀と共に、亦、その歴史の觀察點も異つて來るからである。それで、その度毎に、澤山な歴史的事實の中から時代歴史的に重大でないものが取り捨てられ、それに重要なもののみが選擇せられるのである。しかし、もし、豫め權力的に確定せられた世界觀的條件に縛られた科學に基いて、再び、その國家の權限が演繹せられるならば、それは思惟の飛躍である。何時の時代においても、相對立する時代觀が相互に相争ふ。さうして、その各々は同様に各自の觀察點に基いて科學を追及する權利を許與せられなければならぬ。蓋し、その中に、われわれが或る事實を觀察する場面の數が多ければ多い程、われわれはその本質を正當に評價することを望み得るからである。

さもあらばあれ、科學の國家屈從は、却つて、その科學が科學としての國政上における目的到達の邪魔をなしてゐるのである。換言すれば、科學が、明らかに或る特定の國家或は國民の利益を超越した眞理を追及するのでなく、その各々の利益のみに關する辯護を述べ立ててゐると假定すれば、誰が、如何なる確信力を以つて、國の限界の彼方においても、尙、この種科學を科學として捧持し得るものぞ。正に、その成果が科學的認識であり、同時に、國家的意義を有する場合に、それが他の國々に信賴を贏ち得るは、その努力の方向が、ただ單に、自由、即ち國家

屈從からでなく、眞理に向つて發祥した場合には限るのである。確かに、科學的思考は——それよりもより高い程度において藝術的製作は——不可避的に國民的特異性の限界内に縛り着けられてゐるものである。しかし、これを弱點であると觀る必要は毫も存しないのみか、そこには特別な力が存在してゐるものであらう。恰も、各個人の人格のやうに、亦、國民の性格も眞實であり強力なものである。但し、これは特に努力せられずに自然に發現した場合のものに限るのである。國民的並に個人的性格は、目的とか天職とかいつたものではない。天恵であり、天賦であるのである。全力を盡して一種獨特な性格にならうと努力する者は手に鏡を擁して物眞似を續くる木猴になるであらう、しかし、決して人格者にはならぬ。之に反して、自己を忘却して超個人的目的に奉仕する人は、知らない間に、人格者に成熟するのである。同様に、亦、或る國民については、特にその個性を發揮せんと努力することなしに、物的目的、人間的、文化任務、眞理、或は、美、若くは正義に奉仕しながら、それによつてのみ、その國民的特異性が充され得るのである。ドイツ人の、ひたすら、事物のためにのみ制作したものは、凡て純粹にドイツ的である。しかも、若し、ただ單に、かくの如きドイツ的類別を受けた制作が純粹に物的努力から發祥してゐる限り、その効果は國の限られた範圍に制限されずに世界中に、その國民を宣傳することになるのである。これに反し、自己の文化の中に踰躑して、故意に、自己の國民性の表現以外に何も努力しない國民は、陰鬱な狹隘に据して世界から爪弾きせられるのである。かくて、精神界においても亦、國民を相互に離隔する彼の自給自足主義が發生する。異國民間における紳士的な競争及び健全な意思の疏通の代りに、パピロン塔下における如き言葉の混亂が來るのである。さうして、單に自分自身で努力探究する國民のみが『文化宣傳』の有効な形式——實は決して宣傳に

ならない形式——を棄てるのである。蓋し、それは文化工作自身の平靜なる宣傳力に信頼し得るからである。

かくて、全體國家は、その文化に對する關係においては、廢墟の真中にある孤城を意味し、豊かな、うるはしい、沃野の代りに、悲しむべき荒野を意味し、朗らかな且つ寛容な多神主義に屬する領域に頑張つてゐる暴君的な唯神主義を意味してゐる。

#### 四 ドイツ法律學界送葬曲

さて、全體國家主義の本尊ドイツが、各國から鼻つまみものにされてゐることは、事實であるが、さうして、これからのドイツの科學がどんな形で生れて來つつあるか、否かは、後に述ぶるとして、さしあたり、考へられることは、在來の比較的自由的な空氣の中に育ち、さうして、伸びて來た科學及び科學者達は、このナチの重壓の中では息がつけなくなつたであらうことである。ユダヤ人や反對政黨的意見を有してゐた學者で強制休職を言渡された人以外にも、眞の前時代の科學者達は、自ら進んで大學を去つたことである。その出來ない、或は學者の風をした政黨人達は、急に、四肢を繕にとり代へるのに忙しい。鯨のやうに時々プーツと人に見つからぬところで息を吹いてゐる有様である。こんな連中が前時代の意味における科學者として取扱はれ得ないのは鯨が魚遍に書かれても文句がいへない程度のものであらう。とまれ、ここにドイツ學界の送葬曲がしめやかに奏でられる譯である。

しかし、ここで、わたくしに出來る詳細は法律學一般と刑事法のことだけである。それでも、ナチ革命によつて

直接に最も學問的根柢を震撼せしめられたものは法律學の中でも、正に、わたくしの取扱はんとする方面といふことが出来よう。蓋し、一見したところにおいても、革命前の著名な學者は追放せられ、焚書は公行せられ、原告がユダヤ人であるか被告がナチ轉向官吏である限り、その訴は裁判所で拒否せられ、リヨーム無任所大臣、シュライヘル將軍一派のやうに裁判を用ひず死刑が行はれ、大審院長の代行すべき大統領の地位はヒットラーに依つて奪取され、ゲーリングの言を借るまでもなく、實にや、ヒットラーはドイツであり、その法律である、の觀を呈してゐる。ワイマール憲法は、一リヨームを殺戮するほどの挨拶もなく、片附けられて行つた。かくて、わが愛すべきナチ國家學三人男の隨一ケューロイターが *Der nationale Rechtsstaat*, 1932 などと大章にこちつけて見ても、どうにもドイツの法治國として所謂の地位は根柢から覆へされて仕舞つたのである。

## 五 法理學者の過去帳

過去に時めいたドイツ法理學の流れを、わたくしは、假りに、ここで九つに分つて眺めよう。一はシタムラー一派であり、二はラスク、マックスウェーバー、ラートブルッフ、カントロウィッツを網羅する西南ドイツの流れであり、三はレオナハト・ネルソン、これと親戚組のバウムガルテン、四はケルゼン一派の純粹法主義、五が今度矢張りナチから追はれた大哲學者エドムンド・フッサールの子供ゲーハルト・フッサールである。その六をカトリック法律哲學派ペテロシエツクとし、その七は社會主義法律哲學である。以上の七個の學派と異つて過去の時代に生

存し、當時、他人から相等馬鹿にせられつつ、ナチになつて今を時めきつつあるものに、ビンダーの學派と最後の第九番目にエムゲ、ザウアー、グルングラー等の連中が居る。

ナチの所謂革命前、二十世紀ドイツの持つた、一番名前の喧しい法律哲學者は、何といつてもシタムラーである。彼の名前や學説はよくわが邦にも知られてゐるので、わたくしはここに多く彼について語ることに必要を感じない。ただ簡単に、彼についての形ばかりの外郭を記して、次に來る流派の序の形式を調へるに止めよう。

彼、シタムラーは、人も知る、コーエン、ナトルプの弟子である。例の『經濟と法律』を著はして著名である。しかし、その後、再三再四、この筋書ばかりを繰返してゐるので、私小説ならずとも、讀者は大抵飽きて仕舞ふといふものである。わたくしは、一九二五乃至七年の交滞獨の際、彼の隱退前の講義を伯林で聞いたことがあつたが、既に、その範圍は彼の法律哲學教科書のエキストラクトを出でなかつた。今は伯林からハルツのヴァイニゲローデに隱退して、餘生を樂しまれてゐる（一九三八年四月逝去）。『經濟と法律』で見るやうにマルクス主義には反對だし、ユダヤ人ではないから、假令、今度のナチの暴風雨にあつても逐はれることはなかつたであらうが、ナチの學問冒險について、彼、果して、如何なる意見を以つて應へたであらう。彼の學問的一生、それは、自らのむところ（Selbstbewusst）強く、自分の説には頭から批評を許さなかつたことで有名である。自分ではあの喧しいドイツの法律哲學界に立つて、ひとり太陽の如く輝いてゐた積りらしい。異説など、てんで、筆舌の端にもかけなかつたものである。反對説を無視し、自説に對し批評を許さない！この種の法理學者はわが邦には見られないやうである。ドイツの法理學で、多かれ少かれ、カントの影響を受けないものはないとしても、ここにカント主義（Kantier-

nismus)の代表的のものとして、西南ドイツ學派の驍將リツカートと共にハイデルベルグの哲學を脊負つて立つてゐたエミール・フォン・ラスクと、その一派があげられねばならぬ。ラスクは、リツカートが昭和八年から講義も止めて、ネツカー河畔に靜思の生活を續けてゐられるに反し、不幸、世界大戰に戦死を遂げたことであつた。彼、及び彼の同志は頑迷な二元主義、即ち、シタムラーの *Seit* と *Sollen* との間から脱却しやうと試みたのであつた。ラスクのこの考へは法理學に偉大な影響をもたらしたのであるが、この法理學への影響は著名な社會學者マックス・ウェーバーの共同的作用であることを忘れてはならない。彼は卓越した相對主義の考へを持してゐたことである。彼、及び彼等の代表者が實にラートブルッフとカントロウイツツである。ラートブルッフ個人については既に述べたところで推察して貰ひ度い。また、彼の著『法律哲學』は餘りに著名である。カントロウイツツは中世法制史家である。實に、自由法運動の設立者は彼であつた。フライブルグやキールの大學教授を経て、最近米國の大學に招聘されて彼の地に既に一學期を過してゐる。目下、英國に滞在して學問及び學友のために努力してゐられると聞く。(歸朝の途次ケンブリッジの彼の家庭に二夜を過し、ロンドン・スクールの彼のゼミナールにも列し、相變らずの元氣に接することが出来た)彼は、又、ナチ政府から、彼の自由主義が氣に喰はぬとて、キール大學を逐はれたことであるが、時、恰も彼の『刑法論』は上梓されるべく出版書肆と契約が締結せられ、彼はフィレンチェの假寓に、家族と共に休暇を楽しんでゐると、強制辭職と出版解約とが同時に到達した。辭職は兎も角、出版の方は豫て聞き知つてゐたナチが出版屋を嚇したのから始まつて、訴訟になれば、判事は、ナチの趣旨に反する判決をすると言にされる段取りまで行つてゐたのであらう。書物屋側、即ちナチの蔭武者は『事情變更の原則』を出して遮二無二通すことになつてゐたらしいのである。地方ナチ、若くは、似而非ナチの權力濫用といつ

たら、中央大官の存じよらないものもあつたらう。その後のドイツの司法権の運用を見ると、恐らく、彼が訴へたとしても、裁判所は、何とかいつて受け付けなかつたかも知れない。民事にしる、刑事にしる、ナチ反對黨のものは受訴しないなどは革命を知らないわれわれ日本人には考へられないことである。われわれが學生であつた最近まで、歐洲殊にドイツは先進國特に法治國として、諸先生の推獎その極を致したものであつたと思ふが、今日、その歐洲には少數者のための法律など存しないのである。考へて見るがよい。刑務所の外にナチ反對者收容所 *Verhörtationslager* があつたり、裁判なしの公然の死刑執行があつたり、反ナチの受訴は拒まれ續けてゐるのである。

筆が思はず他岐に走つたが、カントロウイッツの書物も遂にスイスにおいて出版せられることになつたと聞く。一日も早く之を見度いものである。學問の同志、彼とラートブルッフは、又、私的に、否、家庭的においても極端な親しい間柄である。その友情の數々は、ここに書く場所ではあるまいけれども、實に、麗はしく、ドイツ學者仲間には有名である。ラートブルッフの微笑を含んだ温顔、恰かも聖者の如きに比し、彼は頓智に富み、快々として大聲に喋り、一夕を隣席に過せば少々耳が聳するであらう。この性格の差異が、又、二人を共に和せしむる所以か。時に論争はやつても離れられぬ二人である。

ここに、第三に述べようと思ふレオナハト・ネルソンは、カントの流れを汲む點においては、前者に劣らない。實に、彼はカントとフリースより出發し、シタムラーヤリツカートと並行して彼の立場を有してゐた。彼は、人も知る、最も激烈な信仰的な自然法、理性法の代表者であつたのである。彼はゲッティンゲンにおいて逝いた。わたくしは彼の人物について直接知るところがない。唯、彼の知人の語るところによれば、非常な實行家であり、殊に、

生活改善に努力した活動家であつたといへば、わが邦の末弘博士のやうな人でもあつたらうかと思ふのである。

ネルソンの理性的態度及び樂觀的考へは、その儘、これをアルツール・バウムガルテンに見ることが出来る。彼の立派な人格はその著『人間の道』“Der Weg der Menschen”でも知られよう。見たところも、堂々たる態度と溫雅な容姿とを有してゐられる。實に、彼は、亦、非常な雄辯家でもあるが、それは舌頭の技巧の故ではなく、彼の人格と態度と、その演舌の内容から來てゐることは疑ひない。わたくしは、一九三三年フォイエルバッハ百年忌に、その後逝くなられたハイムベルガー教授から招待せられて、フランクフルトの墓參に行つたことがある。その時、彼は同大學でフォイエルバッハの講演をした。彼の演舌を聞き、晝夜二食を彼と共にしたわたくしは、彼とハイムベルガーの人物に非常に牽きつけられるところがあつた。刑法學専門の領域では、兎に角、最近わが邦の牧野博士のやうな人は僅々一人二人しか居ないと思つてゐるが、人物の方でも、ラートブルッフや死んだハイムベルガー、それからバウムガルテンと、最近ナチの旗持ちにはなつてゐるがメツガーのやうな柄のよい學者は外にならぬと思ふ。その人格者バウムガルテンも、流石に、ナチの暴狀に愛想をつかして、自ら進んで退職し、スイスのバーゼル大學に去つて行つた。革命當時から、フランクフルト大學はイの一番に學生獨裁を斷行して有名であつたが、お蔭でこんな立派な教授を失つて、當時、既に、豫備判事から學生監になつてゐたナチの學生隊長あたりが教授になつたことである。

ハンス・ケルゼンはどんな立場をとるか。日本でも彼の亞流を汲んで、ドイツに下火になつたこの頃、彼の純粹法學は、その他の純粹經濟學、純粹何々と共に盛んになつてゐると聞く。わたくしは、ここに、彼のデッサンを須

ひないであらう。學說の詳細は横田教授や木村教授のケルゼン研究論文を讀んで貰ふこととして、事の順序上纏りをつけるに、要するに彼の純粹法學 *Reine Rechtslehre* といふのは、方法論的に明瞭なる識別力を以つて、ポジティビスムスの基礎の上に建設されたものである。之を *Sein* と *Sollen* 對立の上に造築されたノルマティビスムスといふことが出來よう。實に、彼を最後のカンティアナーとして、ここに記述する所以である。しかし、彼には多分にエドモンド・フッサールの影響を受けた弟子があり、彼も亦何時の頃からか、法律現象學派を口にしてゐるのであるが、次に記する學派に比すると亞流なるの外、大體、生地は本來のカンティアナーに外ならぬのである。ウィーン大學からケルン大學に招待せられたのは、まだ、記憶に新たなることであるが、同國人ヒットラーに逐はれて、今はゲンフ（ヂュネーブ）の國際研究所（*Etude internationale*）に勤務せられてゐる。純粹法學の佛舍利を日本に迎へる運動はないものであらうか。

現象學派に屬する法理學は、凡て、エドモンド・フッサールに遡る。彼の現象學を法理學に移入適用したのはアドルフ・ライナツハであつた。残念なことには、彼も、亦、世界戰爭の犠牲として大砲の餌と化したのである。かくて、今日、その主代表者は大フッサールの子ゲーハルト・フッサールといはねばならぬ。久しく、キール大學に法律哲學の講義を續けられてゐたが、一時、ナチによつて教壇を逐はれた。因に、彼はユダヤ人であるといふ。しかし、最近フランクフルトにバウムガルテンの後を襲ふことが定つてゐるのである。この稿が世にまみえる頃には勿論、彼はフランクフルト大學教授であらう。

序であるから、筆を滑らして見ると、以上の例に見るやうに官吏の職は官吏法記載條件（例へば戰爭負傷等）を

有しないユダヤ人だから、必ずしも剝脱せられるといふのではない。一度キールを逐はれたフッサール教授が、再び、フランクフルトに迎へられたり、數限りない著名なユダヤ人、例へば、日本醫學界では神棚にでも登らされるやうなザックス血精學教授等々も、まだその儘、職にあつて、アリヤン族の血とユダヤ人乃至は有色人種、例へば、日本人などの血との差を研究(?)してゐるのである。とまれ、純粹ドイツ人でも自ら職を辭した學者は相當の數にのぼる。しかし、ユダヤ人で辭表を敲きつけたのは殆んどないといつてもよい。よほど我慢強い民族か、或は、遠謀深慮よろしく、一族に累の及ぶを慮れ、雌伏してゐるのかも知れないが、表見一大侮辱を加へられながら、職にべんべんとしてゐるのなど、われわれ日本人には夢想だも出來ないことである。こんな奴隸犬のやうな一族を恐怖して迫害するドイツ人の氣が知れないと同時に、ユダヤ人も、亦、あまり意氣地がなさ過ぎるから馬鹿にされるのではあるまいか。將又、全然その反對であらうか。

その六として、カトリックの法理學がある。ミュンヘン大學を中心としてペテロシェーク Petroschek が代表してゐる。バイエルンを中心にした舊教勢力がこの法理學者を生んだのである。カトリックを土臺として、法律學を觀ようとするところ、わが田中耕太郎博士にも比すべきであらうか。わたくしは彼を知らない、従つてその人となりを記することの出來ないのは残念であるが、ドイツ法理學界においては、政界におけるパーベンのやうに特異の地位を占めてゐるのである。カトリックは、ドイツではナチ政府以來繼子扱ひにせられてゐる。彼とて、餘りカトリシズムを高調してゐると、他の社會主義者と一緒には限れないとも限らない。

ナチの色彩のない法理學の最後として、社會主義法理學 Sozialistische Rechtsphilosophie があげられねばな

らぬ。この學派はスベイヤリツヒによつて展開せられたものであるが、不幸、彼は早逝したのである。

わが邦にも著名なアントン・メンガーはウィーン人であるが、そのオーソドクセン・マルクシスムスを、法曹社會主義と稱ばしめるに至つたのも彼である。この中、マルクシスムス社會主義法理學の最も重要な代表者をカー・レンナーとする。彼は、前に、オーストリー聯邦首相として、政治に干與したこともあり、實に、オーストロ・マルクシスムスの代表的人物である。今日まで、同じドイツ語を用ひながら、ドイツでは餘りに彼等の説に關心を拂ふことが少ないといはねばならぬ。殊に、ナチの世になつてからは、コムニストの名とエダヤ人の血とが結合したやうな、マルクス主義は、その名において、既に、許されない言葉・意見・書物でなければならぬ。わが國ではメンナーについてもレンナーについても正しい理解と詳密な紹介が平野學士によつてなされてゐる。これと同時に、わが法律學者や法曹、殊にわが大審院は徐々ではあるが、堅實な民衆法律、社會法律の歩みを續けてゐる。それが正義と妥當を包含する法であるからである。それは 天皇の下賜せられる人民全體のものであり、その中の一二強者の恣慾によつて破壊されてはならぬものだからである。ここにも、日本人と西洋人との差が明瞭に浮ぶ。西洋の法制史が語つてゐるやうに、折角、人民が國民的法律感情で築き上げた自己保護の法律も、一部暴君的權力獲得者によつて、賽の河原の積石よりも脆く打ち壊されて仕舞ふ。かくて、百年の進歩は一日にして舊態野蕃時代に引き戻される。世界大戰まで、ドイツは、帝政の許においてさへ、その法律の社會化に健全な發達を遂げてゐたのであるが、今、ナチは全體國家なる美名にかくれて、産業を壊し、民意を殺し、凡ての文化と正義を灰燼に歸してまで、その一部の榮華を恣にせんとしてゐる。これがドイツの國粹社會主義獨逸勞動黨と銘打つた者の人民保護・社會福

利増進政策であるのである。

こんな中に居てフーゴー・ジンツハイマーがフランクフルト大學教授の地位と、同時に、辯護士の職を奪はれたことは餘りに當然であらう。勿論、彼は社會主義法理學者といふ以外に、オーストロ・マルクシズムスの一派ではない。彼は、自ら、根本的に、マルクシズムスを研究して労働法を組み立て、一派の社會主義法理學を建設してゐるのである。彼は労働法學者としてわが邦にはよく知られてゐる。彼はユダヤ人ではあるが、彼の所謂社會主義が、主として、ナチの忌諱に觸れたのであらう。目下、アムスターダムの研究所に職を得て研究を續けられてゐる。濃厚そのものの如き態度、英國式な紳士を思はしむる話し振りは、どうして、理論において、かくシャルフであり得るかを疑ふほどであるが、凡ては、彼の賢明に歸することが出來よう。社會事實から、彼は、根本的にマルクシズムスを考へ直して、彼の學問を建設した、といはれる程あつて、ロシアや日本のマルクシストのやうに、無批判な宗教的マルクス信仰から事を起したのではない。それは、彼の労働法なり、法理學を聴き、或は讀んだ人には、直ちに、肯づけることである。彼の人間味がレーニズムと合流することを拒んだのであらう。

次に、ナチ革命前に位してはゐるが、しかし、ナチから逐はれる代りにナチを生んだ法理學派を述べてこの過去帳を閉ぢようと思ふ。

その一、即ち第八の學派の代表者はビンダーである。彼の部厚な法律哲學は、よく、古本屋の店頭にも見られる。厚さでその書物の價値が推し量られるとすれば、さしあたり、彼の法理學は、ドイツ第一であらねばならぬ。彼の説はナチ法律學への過渡的存在だといはれてゐる。その『ドイツ國民國家』Der deutsche Volksstaatなどは過

渡ではなくて、立派な完成ナチ主義である。わが邦でも、全體國家を研究せんとする人々は、先づ、事をビンダー邊りから起さねばならぬ。しかし、その研究が終つた頃全體國家が如何であらうなどの豫言は、わたくしには、勿論、出来ないことである。彼の弟子に、カール・ラレンツが居る。若いところでは、これを捕へて、一々、ドイツの何學派に屬する學者であるなど判定することは、目下、一寸出来ない。皆、先師を裏切つても、ナチに走り自己の榮達の道に血眼になつてゐる輩だからである。しかるに、ラレンツやエムゲのやうなのは、その師匠が既にナチ主義の育て役であつたから、その儘、師匠の學派の一員だといふことが出来る。幸なる若人達である。換言すれば、現在有職の若人達は皆ナチである。しかし、師譲りの學説はナチではない。下世話に、英國製ビフテキといふのである。外部のみが蒿色（ナチの色）に焼けてゐるが内部は赤色（ナチの嫌ふ共產黨の色）であるとの謂であらう。わたくしが、これらの若人を政黨屋としてナチといふに吝かでないと同時に、學者として、さて、何れの學派に歸屬せしむべきかに判断つかぬ所以はここにある。その中の稀の例外を以つて、ラレンツはナチ學派に屬する青年學徒であるといふことが出来る。

第九に纏められるものに、エムゲ、ザウワー、グルングラーがある。これらが、現在のナチ御用黨學派をなしてゐるのである。

先づ、エムゲについて述べれば、彼も、亦、ビンダーの影響の下に立ち、ナチで有名なテューリンゲン州イエナ大學に育つたのである。テューリンゲンは革命前、既に、一州悉くナチであつた。その長官フリックはその功によつてライヒ内務大臣に任ぜられた位であつたから、エムゲの忠勤も、亦、認められるところとなり、州政府は特に、

彼のために法理學の講座を新設したことであつた。今日迄、全ドイツ大學中、特に、法理學の講座の設けられてゐるのはテューリンゲンのイェナ大學がただ一つである。彼の得意や思ふべしといはねばならぬ。彼は、また、一方ニーチェ・アーキーフの長として、ドイツ國粹主義を雑誌編輯を通して喧傳してゐるのである。

法理學の書物で部厚な點からいへばザウワールのそれも著名であらう。他人の悪口をいつたことのないラートブルッフも、ザウワー著はすところの法理學を評して、夥多の文獻が並べられ過ぎて纏りがついてゐない。それに、恐ろしく晦澁でよたよたした敘述である等と評されてゐた。勿論、その一部にはよい考へがある。それは價值本體論 Wertmonaden を開始したことであるともいはれてゐたと記憶する。實に、彼の文化哲學 (Kulturphilosophie) にナチ主義は發祥してゐるといふことが出來よう。目下、彼はケーニツヒベルグ大學教授として益々ナチ主義を高調してゐるのである。彼は頭が悪いからナチになつたのか、ナチになつたから頭が悪くなつたのか、その何れたるを知らないが、兎に角、頭がよくないことは定評がある。

同様な系統に、ウィルヘルム・グリングラーがある。彼のアフォリステツシユな行き方と自然科學的な方法とはその局面轉回にあたり、即ち、兩者を合致せしむるに甚だ困難なところが見える。ダルムステットの工科大學教授である。彼の書籍の出版ごとに、屢々、出版屋が誇大な廣告、即ち、『グリングラー教授は世界一の大學者で名聲四海に轟いてゐる』などと書くので、彼は知人に遭ふごとに自分の知らないことだ、と申譯をする。これで、氣の小さい正直な人のやうであるが、それも出版の度に、たび重なるといふのだから、本氣に、恥かしがつてゐる譯でもなく、案外、彼の知人にだけ申譯をしてゐる狸であるかも知れない。とまれ、以上第八・第九に述べた教授の大部

分は皆これから、ナチの續く限り、愈々その論旨を進めて、御用を勤めて行かうとする人達である。されば、事の序に、わたくしも筆をここに運ばせた丈けであつて、決して過去帳に記載さるべき人々ではないのである。

## 六 刑事學界の變遷

### (イ) 刑事政策の問題

八〇年以來、新派と舊派(Klassische Schule)との争は刑事學界において餘りに有名である。前者が、國際刑事協會(IK V)を組織し、機關誌として全刑法學雜誌(Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft)を用ふれば、後者は、刑法會(Strafrechtliche Gesellschaft)に立つ籠り、雜誌『法廷』(Gerichtssaal)を旗幟として相譲らなかつた。その論争が、最も、尖鋭であつたのは、矢張り、新派の總帥リストの在世中であり、兩者は、相容れないものとして睨み合ひながら、對立を續けて來たことであつた。しかし、舊派の曉星相繼いで地に墜ち、舊派は漸く寂寞の感を抱かしむるに反し、若い學徒はリストの門下に輩出し、その思想は二十世紀當初の刑事學界を覆ふに至つたのである。他方、舊派の學徒も多く時代の思潮を取り入れ、又、新派は刑法改正において急進をさけ、妥協に傾き、その刑法改正委員會における人格者カールを中心として兩學派の對立は昔日の如く甚だしくなくなり、論點も、漸く、昔日の刑事政策問題(Kriminalpolitische Probleme)から、他へ移りつつあつたのである。しかし、兩者の合流或は同席は、一九三三年一月八日に、故ハイムベルガー教授がフランクフルトに、殆ん

ど悉くの刑事學者を招待する迄は、實現しなかつたことである。彼はその年の五月二十九日にフォイエルバッハ百年忌の世話をしてゐたが、その年の避暑から歸らぬ儘に長逝したのであつた。別に、學說上とり立てていふ程のことのない彼ではあつたが、世話好きで、人格者で、他方々々爺であつたのが、この劃期的な催を成就することを彼に許したのであらう。當日は、ハイムベルガーと、今、ハイデルベルグに隠退してゐるミッターマイヤーと、退職控訴院判事といふ肩書を有する老教授デンケが三人の爺役であつたのである。ドイツでは珍らしい老人を奉つたこの會合が、ダーム、シャッフスタイン、エンギツシュ等青年の中堅組への反逆に因を發してゐただから面白い。

さて、記述を筋道に歸すと、新派と舊派の刑事政策問題を中心とした争は、個々の例外は別として、時代の大勢が、新派に有利に解決したものはねばならぬ。勢ひ、舊派は他の問題に轉向するの餘儀なきに至つたのであるが、それに反し、新派の中には、舊派との對立を超越して前進を續けた一派があつた。即ち、リストの流を酌むラートブルッフやリープマンは、リストの精神を體しながら、時代と共に、益々、彼の刑事政策を改善し進歩せしめた。その説くところは、舊派の人達が、リストを相手に争つてゐた時とは、餘りに懸け隔り過ぎてゐた。それが、同じ方向に刑事政策の百米コースを争ふ限り、一は決勝點から先を目ざし、他はまだ出發點に穴を掘つてゐるやうなもので、てんで論争にならなかつたのである。むしろ、リープマンと争をし得るのは昔の同志、新派に屬する人との技術問題であつた。例へば、凡くら組の隊長コールラウシュなどが、リープマンの死後、ぐずぐずと言つてゐる位である。ラートブルッフなどはコーラウシュを推稱して、彼は最も忠實なリストの弟子であるといつてゐるけれど、假りに彼を進歩せぬリストの遺孽であるとするれば、時代は進歩して、今日見ると、彼は、舊派の

彼方に、置いてきぼりを喰はされてゐることを知らねばならぬ。リープマンと同一方向に事を考へてゐる刑事政策實務家、殊に、監獄學専門家にゲンツが居る。彼は早くプロイセンのシュレスウィッヒ、ホルシュタイン地方、即ち、キール控訴院管轄内の行刑官吏として行刑實務を掌るかたはら、一九二五年頃からラートブルッフの推舉に基き、キール大學に行刑學を講じ、後、一九二八年司法省に轉じてからは伯林大學にその講義を續けてゐたのである。彼は、又、プロイセンの累進行刑規則を作つたことにおいて有名である。彼は、政黨に興味なく、又、ナチの所謂、社會主義者でもない、純然たる學究膚の人であり、天神髻の持主、善良な人道主義者であるのであるが、彼の立案になる一九二九年プロイセン累進行刑規則が部内の評判を一人で脊負ふに至り、當時から既に悪い敵役を持たねばならなかつた。それに、人の名聲を羨望するやうな輩は、洋の東西を問はず卑怯なもので、ナチの勃興と共に、之と組んでゲンツを司法省から逐ひ出して仕舞つたものである。勿論、大學の講義など彼に残される筈がない。一九三三年夏の頃、伯林郊外のチェーレンドルフの彼の寓居に電話すると、最先に『わたくしに對する電話の内容は、悉く記録されるのですからそのお積りで』と堂々やられるので、一寸面喰つたことがある。彼の率直な一面が窺はれて面白いと思つた。自動式の電話が長く出なかつたのは、特に、盜聽係が用意するのに手間どつたのであらう。彼の勇敢な紋切型の警告には、毎度ながら、盜聽者も苦笑してゐたであらうが、革命の相貌が見えるやうであつた。約半年以上もの休職の後、最近は漸く區裁判所の判事に任命されてゐる。昔のやうな教育刑論も論じられず脾肉の歎をもらしてゐることであらう。リープマンは死し、ラートブルッフは強制退職、ゲンツは緘口令、これにナチは後に、述ぶる人々の逐放と共に教育刑論など吹きとばして、聲高らかに、*Die Verbrecher sollen wieder*

zitiern と叫んでゐる。實に、彼等の暴狀には犯罪者のみならず、善良なる國民がをのひてゐることである。

### (ロ) 規範的責任論

革命前迄賑つた今一つの問題で、新舊兩派に共通のものは、リープマン一派のやうに刑事政策を突き進めたのと異り、退いて刑法本論の方法論的問題を取扱つたものであつた。即ち、主觀的要素と法律要素の検討が興味を持たれたのである。かくて、規範的責任に關する限りの normative Tatbestandsmerkmale 論と、従つて、これより裁判官の裁量 (richterliches Ermessen) が問題となり、進んで、法外緊急狀態 (übergesetzlicher Notstand) につき期待可能性 (Unzumutbarkeit) を有せざるや否やが論ぜられたことであつた。この點については、わが邦においても宮本英脩教授(宮本教授著、日本刑法、參照、日)を初め多くの學者によつて關心を寄せられたところであるから、ここに、わたくしはナチ革命直前の時代問題としてその名を止むる丈けにしよう。唯、ドイツで、この問題を主として採り上げたのは、ハンブルグ大學のエバーハート・シュミット (E. Schmidt) とボン大學のグリーンフット、それからミューンヘン大學のメツガーといふことが出來よう。その中、前二者はリスト直系の新派の學者で、シュミットはハンブルグ大學からキール大學に教授として招かれ、今は再びハンブルグに歸つて、デラキエ教授がナチに愛想をつかして辭職しジュネーブの自動車會社(?) に退いてからは、刑法第一講座をも擔當して二人分活動してゐる。幅の廣いじやみ聲をして、ニコニコし、時々教室にタキシードを着て、午後の茶か食事の招待を授業と連絡して見せる癖があるけれど、そのづんぐりした體にはタキシードが似合ふとも思へなかつた。少し、形式過ぎたものの考へ方

に頭の深みをあやしまれることが多い。デラキ一のやうに食へないといふ感じも起させぬけれど、又、彼のやうに紳士然としてもゐない、田舎臭がある。總じて高潔の感じの起らぬのは西洋人的物質拘泥が目立つためであらうか。一九三四―五年の冬學期からはリープマンの弟子ジーフェルト *U. J. Feilcke* がハンブルグ大學教授になるといふ噂であるから、彼も半肩樂になる譯である。若冠ジーフェルトがリープマンの故地に新教授となり得たことは愉快に堪へない。ナチも人がないので、若い者なら轉向(?)させて、空席を埋めようといふのであらう。いくらドイツでもゲーリング流のナチ労働者を大學教授に任命して、『ヒットラーはドイツなり法律なり』など、お題目を唱へさせる譯にも行かないと見える。

規範的責任論者の第二グリュンフトはボン大學の教授であつた。しかし、ナチは彼をも屠つた。今は、わたしの傳聞にして誤なくば、再びハレの教授になられてゐる。態度といひ頭といひ申分のない學者である。彼はユダヤ系の人であるが、四十代のこれから立派な仕事をするだらうと囑目されてゐた人である。ナチはユダヤ人なるが故に立派な學者を逐つたが、實に、彼も、一時、その一人であるといはれてゐた。

規範的責任論者であつて新派、即ち、リストの系統を引いてゐない者はメツガーである。世人の知るところは折衷的應報論者である。それらは凡て彼の著『刑法』によつて知ることが出来る。彼の人物の濃厚篤實なることは、彼に接した人々の一齊に認むるところであらう。従つて、彼はリストの弟子達ともよき理解の下に立ち、舊派の人とも相争ふことを好まないのである。序に、彼の立場をここに述べれば、彼は今日ナチの刑法理論家としては大立物である。しかし、生粹なナチの人々のやうに、徒らに、肩をいからし、聲を上げましてまで、ナチのドイツ刑

法 (Deutsches Strafrecht) を宣傳するものではない。ナチもよき人を捕へてドイツ法律翰林院 (Die Akademie für Deutsches Recht) の會員にしたものである。同じミュンヘン大學の教授でも、エクスマーのやうに、遠く日本から訪ねて行つた某弟子の悪口を他人に嘲弄半分に語るほど輕率でない。唯、しかし、そのメツガーが、一九三四年著す『刑事政策』(Kriminalpolitik) に、特に、ドイツ法律翰林院會員などと書いたり、わたくしと偶然ツングスピチエ登山電車で遭つた時など『ナチ刑法』プロイセン司法省覺書の内容について、ドイツ語では、非常に面白い思想だ、といひ、その他、少しの批評も他聞を憚かつて、フランス語でやられてゐたのを觀て、一種の腑甲斐なさを感じた。尤も、同時に、他方、ドイツのナチの嵐が如何に内輪において強く感じられてゐるかを察知せしむるものであつた。彼は、凡ゆる方面に友を有してゐる如く、彼の學問的注意は一に自派に限らず、反對説にもよく拂はれてゐることである。又、外國の文獻もよく目を通されてゐる。彼は、又、わたくしを見る度に、日本語の讀めないことを残念がつてゐられたことである。それは、彼が法學志林の每號のレジューメと論題に注意を怠らぬことを示してゐた。それこれの題目につき尋ねられたわたくしが、却つて未だ最近の志林を全部讀んでゐないので面喰つた位であつた。殊に、ドイツの書物の新刊紹介がドイツの諸雜誌よりも先に、志林において爲されてゐるのに一驚を喫してゐられた。文獻引用方法の一點一句をなをざりにせぬ正確さにも感歎せられてゐた。パレルモの刑法會議では、わたくしは志林のことを他人の前で、メツガーに應へることによつて、肩身を廣くしたことである。わたくしが、また刑法會議において議長の末席をけがしたことも、直接にはラートブルッフやメツガー等ドイツ學者のお蔭であつたが間接には法學志林の力であつたのである。とまれ、ドイツでは法學志林に每號常に注意を拂ふ唯

の二人を見た。それはラートブルッフとメツガーであるのである。さうして、感じたことは、偉大な學者は文字は讀めなくともどこか眼の着けどころが、否、心の留めどころが、凡くら學者とは異なるものだといふことであつた。

### (ハ) 自由刑法か權威刑法か

さもあらばあれ、新派と舊派の對立は敍上の如き傾向と人々を辿りながら、漸くその特徴を失つて來たことである。さうして、革命直前の對立問題は全く新派舊派を離れて政治を多分に含む權威刑法 *autoritäres Strafrecht* と自由刑法 *liberales Strafrecht* との争ひに化して行つた。權威刑法論者はこれをナチの刑法論とし、特に、ドイツ刑法 (*Deutsches Strafrecht*) と銘打つて、ナチの權威國家の理論付けに參與したのであつた。自由運動 (*Freiheitsbewegung*) と自稱しながら、——わたくしには、ナチの全體國家主義はドイツ的自由の意義から觀ても人民束縛運動としか思はれぬのであるが——極端に自由主義を嫌ふナチは、勿論、以前の自由刑法論者を悉く大學から逐ひ、或は、強制的に緘口して仕舞つたので、一九三三年の四月以後はこの争が一方面からのみ聞かれるのである。しかし、權威刑法論者は自由刑法論者から發表の自由を奪ひながら、尙、その無言の論理的脅威を如何ともする能はず、今日、尙、その亡者の幻影を相手に、盛んに、之が論難を續けてゐるのである。されば、わたくしは、新しい刑法學界における對立の問題としての自由刑法か權威刑法かの争に筆を起し、次いで、今日のナチの刑法改正行事に及ばねばならぬ。

さて、權威刑法説が、しかく、大波瀾を起さうとは夢想だにしなかつたであらう小著 *Liberales oder autori-*

täres Strafrecht? 1932 とその著者 Dahm 及び Schaffstein に遡る。序に、兩者の家柄を洗つて見るのも面白からう。ダームはラートブルッフの子飼ひの弟子であり、又、最愛の弟子であつた。今日でも、ラートブルッフがダームの内氣であること、善良なこと、しかし、非常に頭腦明晰であること等を譽めそやすのを聞く。殊に、彼の問題の著書の粗惡なところ、及び政治的なところは共著者シャッフスタインの筆になること等を、ダームのために辯疏してゐるのを見て、ラートブルッフにおける師の情のこまやかなるを知るのである。ダームが、今を時めくキール大學教授として、招聘せられる迄、ラートブルッフが見たダームの地位及び經濟上の面倒は、至れり盡せりのものであつた。ハイデルベルグにおいて、刑法各論やローマ刑法史や責任論などを講ぜしめ、更に、マンハイムの高等商業及びその附屬通譯學校において、法律各般の講義を擔當せしめられてゐたことであつた。それが、何故に、師に弓を引いたか。實際、彼は、外に、ドイツ人特有の強頑なところを有するのであるが、その内氣なことはドイツ人教授中には珍らしい。尤も、日本人の美德、遠慮といふものからは程遠いものであるけれども、感じの悪い人ではない。それが、舊時代の刑法に叛逆の嚆矢を放つた。これは、時代が彼を無理矢理に英雄にしたといふより説明のしようがない。シャッフスタインにしたところが、それ程の獯漢ではない。ダームのやうに、内氣ではなく少少惡智慧はあるかも知れないが、わたくしには惡感を持つてなかつた。否、ダームよりも、より以上ドイツの青年の一本氣な意氣を以つて進むところに、好感が抱かれたことである。一九三三年一月八日のフランクフルトの會合において、老大家達の前における敬虔な二人には、わたくしの若い同情が沸いた。これは、エクスマナーのやうな初老が、空威張りの態度を取りながら、他方、自分の著書が前述小著の中に引用せられ論據とせられてゐるのを得意

とし、恰も、自分は青年の味方であり、青年運動の先驅者であるかの如き顔をする阿諛的態度などとは比較にならぬ程、眞面目、且つ、紳士的であつた。シャッフスタインは、いふまでもなく、ヒッベルの弟子である。木村教授も嘗つて法學志林でこの小著の紹介をせられた時に述べられたと思ふが、かくて兩人は各、新派の師匠を持つてゐたのである。詳言すれば、ラートブルッフもヒッベルもかくれもないリストの弟子であるのである。この二人の新派、即ちリストの孫達は、おのづから突變異トランスミューションを起して、ここに『ドイツ刑法』を建設することになつたのである。

一九三二年の末つ方、ダームに遭つた時は、彼、少々腐つて居た。といふのは、先輩連中のこの小著に對する批評は相等苛酷を極めたからである。若し、彼等に、政治的な所謂ナチの權威説の勃興とナチ革命が幸せなかつたならば、二人は永久に學問的に葬り去られてゐたかも知れない。ダームが、相弟子のわたくしに、彼の小著を喜こんで贈る勇氣の出たのは、それから數月後であつたと思ふ。ところが、運命といふものは妙なもので、今ではダーム自身氣の毒がる位に先輩を權威的に追ひ拂つて大勝利者となつたのである。

一九三二年十一月の總選舉にナチが絶對多數黨となり、國粹運動・青年運動が熾烈を加へ、外國傳來の文化や比較的國際色の深い人道主義等を排すること急に、ドイツの國內は鼎の沸くが如くであつた。ヒンデンブルグ大統領は、漸く、ヒットラーに會見を許したけれども、之が總理たるを好まざるが如くであつた。しかし、結局、大勢の致すところは止め得ず、日に日に、ナチの宣傳と運動に組して街路を行進する者が増加したのである。されば、刑事學界においても徒衣徒食の外、定見のない學者は、急に『ドイツ刑法』運動に款を通じ、或は、公然と之を稱揚する有様で、學界も政治のあふりを喰つて、相當喧しくなつて來たのである。

かくて、老人役で無難なハイムベルガーが、何とか雙方によき諒解を齎らす考へで、翌一九三三年一月八日にフランクフルト大學教授會會場に全ドイツの刑事學者を招待し、現下の問題『自由刑法か權威刑法か』を論ずることになつたのである。外國人では、恰も、ドイツ留學中のわたくしが唯一人であつた。ドイツ老人共の一言辭毎に、わたくしの出席が光榮の遣り場と化して、却つて、恐縮したのであつた。

この時の議長は老ミッターマイヤーであつた。ドイツには珍らしい土砂降りの日に、薄暗い大會議室が議論で白熱化するのであつたが、議長先生すこぶる氣の長い纏め方を一席づつやるので、世話役のハイムベルガーが、袖ならぬ上衣の裾をひく有様、實に、彼によつて議場の戰意は頗る柔げられた効果は大であつた。集まる人三十有餘人、ハンブルグのエバーハート・シュミットが缺席した外は、全ドイツの刑法學者が參集したといつてもよかつた。先づ開會の辭が終ると議長の長たらしい前口上の後、ダームがその新刑法の立場を述べ、討議に入つたのであつたが、先づ、ジーゲルトがダームの助太刀に立ち、長口説をやると、次に、ラートブルッフの發言となり、その空虚と無材料と無統計とが衝かれ、更に、近代刑法の立場等が述べられる。ところが、シャッフシタインが、之に、一二反駁し、舊派のナグララーが立つて、例の赤ら顔にづんぐり體を振りながら『ドイツ刑法』論者のいふところはビンディングやビルクマイヤーの意見と一致するもので、ダーム、シャッフシタインはわが學派に再び賛成したものだなどといひ出し、ダーム、シャッフシタインはおるか、若い新派の人々に妙な顔をさせたものであつたが、溺れる者藁でも握むのたとへ、四面楚歌の先輩の中に居て、舊派の混線係りナグララーに感謝したやうでもあつた。しかし、ナグララーの意見には誰も觸れる人はなかつた。結局、渦中の人ダーム、シャッフシタインと、當時、まだ豫備判事

級の三人の友人の外は皆『ドイツ刑法』運動に警告を發したのである。その中で、ただ、ナグラールとエクスマーだが、若い者の研究には何でも賛成であるなどと言葉をにこした。殊に、刑罰は重くせねばならぬ、判事の自由裁量や犯罪人改善など結果がよくない、早速、制限又は廢止せねばならぬ、など述べ立ててゐた。しかし、老ヒツベル教授が、訛を交へたドイツ語で犯罪統計を讀み出した頃から、夕食の時間が氣になり出し、ハイムベルガーは横合から、一人五分間を連呼し、條件を附しながら、發言を許可させてゐた。しかし、誰もその制限を守つた人はない。エンゲルハルトとメツガーそれから早く去つたデラキーは發言せなかつたと思ふが、他は皆一言づつ喋つた。わたくしに、何か感想がないかと呼びかけるから、立ち上りながら、非常に澤山！實際、わたくしの下手な言葉が喋るには、質においても量においても、餘り澤山の感想が有りすぎる。しかし、一言で盡せば、先づ、日本にも老人と若人のコンフリクトはよくある、といふと皆笑ひ出した。ただ、日本青年學徒の反旗を翻すのは、わたくしを知る限りでは、進歩的思想に基くと思ふが、『權威刑法』の反旗レネは頗る退歩的のように思ふといつたら、誰も眞面目な顔をして黙つてゐた。前に述べるのを忘れたが、一寸外貌がナグラール型のアジャツフェンブルグが赤鼻に極度の近眼鏡をかけて、なかなか妙味のあることをいつてゐた。彼が、最後に、又、一寸、犯罪防壓についての方策としてのドイツ刑法派の立場に同情してゐた。彼は本來、温厚の長者であるのではあるが、ユダヤ系の人だけに餘り強い反對もせなかつたのであらう。この日、要領のよいことをいつて、ドイツ刑法論を衝いてゐたのはグリュンフトであつたらう。四十歳そこそこの彼が、舊時代の最後の人でもあるかの如き感じがした。

恐ろしく、夕食が遅れ、餘り華やかでない晚餐が停車場前のロシヤ料理店地下室で催された。勿論、各自勝手の

注文、各自拂であつた。もの言へば唇寒し秋の風で、わたくしはこの地下室では、先の一言がたたリ、天羽聲明以上に辯明せねばならぬのに弱つた。先づ、エンゲルハルトがテーブルスピーチをやれといつてコップをチャン／＼たたいたのである。仕方なしに、今日は難有うございました、わたくしの最大の光榮です、などいつて座らうとすると、ラートブルッフが日本では老人を尊敬するから、老人と若い者の間にはコンフリクトはないだらうといふのである。弱つたけれど、コンフリクトは眞理研究の進歩には、残念ながら、不可欠だから、あります。しかし、日常のことでは若いものは、自分個人に關する限り、我慢するからスツライトはない。それで、學問でもコンフリクトはあるが、スツライトはないと申し上げ度いですと、答へた。ところが、方々からこんな場合には弟子はどうするか、あんな場合にどうするかといふ習慣の質問である。得意になつて返事をしたが、實際は日本でどうしてゐるか、——それに、各個人個人で感情も異なるであらうから——わたくしは、今日も尙、よくは知らない。ただ、わたくしの答へたところに依れば、或は、日本の師匠は凡て寛大で人格者であり、或は、弟子は恐ろしく敬虔で柔順であることになつたのは事實であらう。それはそれとして、エンギツシュやジーゲルト連が、どうしてわれわれの思想は退歩的と思ふか、といふのには、その妥協點を見つけて置いて返答せねばならぬので困つた。結局、日本は國粹思想は何千年來のものだから國粹思想のみ回顧することは、寧ろ、退歩である。今日、國粹思想は日本では感じない位完成し、健全で日常生活の中に充満してゐる。これを肥し、進歩せしむるには他の思想を以つてする外なかつたのだ。日本は、最近五六十年に、制度としては、澤山な外來品を入れてゐる。日本でも、最近この外來制度を驅逐せんとする國粹運動があるやうであるが、これを學者までやり出したら、コムニストと同様日本の破壊である。

丁度ドイツがギリシャ・ローマ及びキリスト教文明を脱ぎすてて、チューリンゲンの森に樹上生活が出来ないのと同様だ、といふと、いやドイツは共和國革命以後愛國心を喪つてゐるので、日本の場合と逆の轉回が必要なんだ、しかし、退歩的思想ではない、マルクシズムスが退歩的だといふのである。これでは果しがないので、わたくしは、戲談半分に『尤も、青年の失業問題を解決するために、わたくしは國粹自由日本労働黨を作つて老人を追拂らばふ、かとも思つてゐる』と聲を落していふと、連中、皆笑ひ出して終つた。わたくしは、今日、尙、さうして、日本語でいつても一體どんなに説明してよいのか知らない。唯、わたくしは思ふ。科學、殊に、文化科學は政治を離れて存在しない。しかし、文化科學の目的が政治以外には全く存在しないと考へると色々不都合を生ずる。そのために科學と政治が相互に助成せないのみか、遂には、相殺し合ふやうになる。實驗濟み自然科學のものの言ひ方を借りれば科學の本質は、かくて、最後に、科學自身であると解するより外仕方がないのである。電子は波でもあり物質でもあると解するより仕方がないと同様に、科學は政治であり眞理探究であると解するより仕方がないのである。一つの認識は、同時に他の否認を意味しない。そこに、常に、科學の存在が残るのである。ドイツの若い學徒達は——どこ迄本氣か知らないけれども——餘りに科學の政治的價値を觀過ぎて、それがまた科學であることを忘れてゐるのに近い。

### (三) 暴力刑法の勝利

一九三三年一月八日の、所謂フランクフルト刑事學者會同はかくして漸く終つたのであるが、政治の方は白熱的

にドイツ全土を褐色化して行つた。ナチの世ともなれば、直ちに、失業者は影を没して、景氣は建て直され、さて、フランスを初めポーランド、ロシヤ等に次々と報復をやつて遣らうといふのである。安シガーの煙が濛々としてゐるので有名な、ドイツのビーヤ・ロカールは、このやうな景氣のよい話で一杯である。久しきの憂鬱から蘇つて、彼等は、各人が急にヒットラーのやうに『男！ 女！ お前！ お前達！』といつた呼びかけを使ひ出した。わが國民が世界的發展をするために忍んだ臥薪嘗膽など思ひもよらぬこと、美衣美食をし、年一度の旅行もし、外國に眼にも見せて呉れようといふ國民であるから、その中から選ばれた學者にも變りがあらう筈がない。大部分は、各方面からナチの御用を勤め、例によつてドイツ著名の印刷洪水を現出したのである。舊派ビンディングの流を酌むジーゲルトなどナチのお陰で、最近ゲッテンゲン大學教授に任命されたのであるが、早速、忠勤を抜きん出て、『新國家の刑法綱要』Karl Siegart, Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate, 1934 を著はして次のやうなことを書いてゐる。『一九三三年正月三十日の政府轉換によつて凡ての方面に互つて模様が大變な變り方をした。政治上の自由主義と共に、亦、内部的に衰弱して來た科學的自由主義は没落して仕舞つた』(同上六頁) などが、これである。實にや、彼の言の如くコーラウシュやシュミットやガラス連中は權勢の前に兜を脱いだであらうが、内部分から弱くなつて行つたといふことは、その同派中からダム、シャッフシタインの反逆者を出したからとて、一概にいふことが出来ない。ただ、政治的權力主義が強くなつて、暴力で生命・財産・言論の自由を奪つたがため、皆、沈黙を餘儀なくさせられたのである。わたくしの知つてゐる辯護士や官吏で二月から六月頃までに屠殺された者が何人あるか知れない。ジーゲルトの言の如くんば、彼や舊派のエトカー、ナグラー連のやうに餘り香しくない

連中の思想が内部的に強くなつたことにもなるであらうが、具眼の人々はその妄を笑ふことが出来るばかりである。論より先に、ナグラ一の『刑罰』や、ゲリヒトザールについて最近の彼等の論文の一二を讀んで見るべきである。

その恐ろしくバナルなプロイセン司法省の『ナチ刑法』Nationalsozialistisches Strafrecht を見ても分ることであらう。しかし、自由主義刑法といふか、或は新派の刑法といふか、それは最早街頭に聞くを得ざることになつたのは事實である。外部的に、暴力的に、閉ぢ込められて仕舞つたからである。

三月から毎日毎日官吏は勿論、學者の罷免が束になつて發表せられた。皮肉なことには、わたくしは、ドイツには教授と稱する人數の如何に多きかを、この罷免の新聞面で知つた位であつた。勿論、新しい教授の中には時々顔馴染みのも居た。この頃、學生達から騒がれて——勿論ナチの學生であるが——伯林大學の總長を棒に振つたコーラウシュは、六月十日に開かれた國際刑事協會ドイツ部會幹事部會で、その議長たるの影響を働かして、ナチへの降伏決議をして仕舞つた。この時に、ライトブルッフとシュミットとは、流石に、退場し、贊成決議に加はらなかつたと漏れ聞く。コーラウシュはビールのほろ酔ひ加減でやつたことかも知れないが、他の幹事達の學者の風上にも置けないこと、彼と同罪である。その決議文の拙さつたらない。今少し名文が作れさうなものであるが、こんな時は、文字の國支那と異り、ドイツ語はドイツ人にも都合が悪いと見える。こんな晦澁な妙な文章を譯したことがないが、その見本までに、拙文拙譯を左に掲げて見る。

國際刑事協會ドイツ部會幹事部會は決議をなすこと次の如し。

國粹社會主義の、政治的思想及び實行を同一視する國家觀念の、その思想・實行の合一は、國際刑事協會ドイツ部會が、

數十年來要求し來たつたに拘らず、無効に終つてゐた計畫的・效果的犯罪防壓の可能性を、側近にまで招來した。強力國家への信奉は、裁判官や國民意識の手中にある刑罰に、法律的形式における國家意思の發表として、それに歸せられた威力と尊敬とを再び賦與するのに適合してゐる。これで、國家權力はまた、職業的犯罪の假借なき淘汰に覺悟のほどを示すことが出來よう。その覺悟は——國際刑事協會の有效な刑事政策のためへの努力には遺憾なことであつたが——國家權力には、今日まで、長い間、餘り潜在してゐなかつたのである。この國家への信奉に連絡した國民共同並びに凡ゆる國家的作用の基礎及び理由に對する信奉は、他方、行刑における教育的思想に一の新たな意味を與へるものである。無選擇にして、無效果的なる『改善』試験の場所を、責任感を喚起し國民共同への復歸の目的によつてコンツロールせられてゐる作用、即ち、この種感化が可能で、且つ全體の利益になるであらう人々への作用のために、とり上げられるのである。

わが邦の刑法新制定にあたり、この精神で協力することを國際刑事協會ドイツ部會はその最も重要な任務と看做す。

ベルリン、一九三三、六、一〇

こんな曖昧な宣言では、わたくしには、内容の果して、何たるかが解らないけれども、ナチに秋波を送り、或は轉向しようとしてゐることだけはよく解る。ラートブルッフのいふやうに、彼コーラウシュはリストのその儘を信奉してゐる弟子である。彼には豫め改善不能犯人なる概念が頭の中に用意されてゐることである。このIKVの決議の時から、彼は、ナチの刑法思想を改善思想と保安思想とからなつたものとして推稱し、ラートブルッフ、リーブマンによつて曲げられた刑法思想が再び軌道に還り、ここに、新立法が達せられるだらう等といつてゐる。IKVの方向は彼によつて直接に、ナチによつて間接に、變更せられ、今は昔の面影はないことになつたのである。しかし、この轉身によつて、彼はゴールドシュミットのやうに伯林大學刑法講座を棒にふる必要がなくなつたので

あらう。因にゴールドシュニットは新たにフランクフルト大學教授に任命せられるらしい。

かくの如く、新派の中に生れた反逆者權威刑法は、そのナチの暴力を借りて母體を壓迫して仕舞つた。この機に臨んで舊派が權威刑法或はドイツ刑法運動といち早く結んだことはいふまでもない。かくして、今迄の如き自由な學派の對立はナチ權力のために表面から姿を消して仕舞つてゐる。しからば、果して、如何なる人物が、如何なることを、ナチ國家新刑事界においてなしつつあるかを述べねばならぬ。

ダームとシャッフシタインについては既に述べたが、彼等青年の開始した『ドイツ刑法』運動を國粹社會主義運動、換言すれば、ヒットラーの『余の闘争』Mein Kampf 及び、その後の彼の演説、並びに未發表の意思、即ち、ヒットラー自身と結びつけて、ここに長年の刑法改正を斷行しようとする一派のあることを忘れてはならぬ。即ち、プロイセン司法省を中心とした司法大臣ケール Hanns Kerrl、祕書官フライスラー Roland Freisler の一派である。彼等は多く一介の政治家的官吏であるか、社會から忘れられたか、或は未知の學者達である。一々その名前を連ねるのは甚だ筆者にも興味のないところであるから、次に順次に述べる人々の外のものについては、先づ Nationalsozialistisches Strafrecht, Denkschrift des Preussischen Justizministers 1933 の第一〇及び第一一頁と、その後著はれた Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts, Denkschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht, 1934 の扉を見て頂き度い。

刑法的部門を詳述する前に、今一つ、事の順序として、ナチの法律、殊に立法體系を略述して、刑法部門の、その中における地位を明らかにせねばならぬ。

(ホ) ナチの法治國とは

ヒットラーはその一黨ナチを引き具して三月の所謂無血革命を斷行し、引續いて暴力の限りを盡したことはあるが、對内的にも對外的にも法治國たることを宣傳し續けた。當時の新聞はほとんどん發行を禁止されるので、ナチのいふ通りに書かねばならぬことになりつつあつたことであるが、多くの新聞のナチ法治國論は實に滑稽極まるものであつた。誰が見ても、法治國の宣傳にはならない代物であつた。唯、その横車を押す丈けの暴力の如何に絶大であるかを示し得たに過ぎない。これは今日とても、尙、甚だ覺束ない論據を呈示してゐるに過ぎない。カール・シュミットでもケエールロイターでもニコライでも、どうにも甘く曲言出來ぬものと見える。フォッシンシェ新聞の本年三月二十五日のナチ的法治國といふ社説を讀んでも、抱腹絶倒である。ナチがユダヤ人ウルシタイン經營から同新聞を奪取したはしたもの、内容はどうにもならぬものと見える。その後、この嘗つては、ドイツ第一のインテリ新聞であつたフォッシンシェも亡くなつて仕舞つた。ナチにはインテリは御免だからであらう。一七〇四年に創刊され、二百三十年の長い歴史あるこの新聞も、ゲルマンの樹上生活にまで復古しようとするナチには、餘りに、新らしいのであらうか、惜氣もなく廢刊にして仕舞つたことである。去年七年十九日カールシュミットはケルン大學國法教授からミュンヘン大學の教授に榮轉せしめられたほどのナチ隨一の國法學教授であるが、彼が全國を演説して廻つて、ナチの法治國たることを説いてゐるのも御役目御苦勞だが、彼が眞の學者なら、氣が知れないほどのものである。ハイデルベルグでは、直接、拜聽する光榮に浴したわたくしも、ドイツ法律學のデカダン化を嘆じな

い譯には行かなかつた。しかし、教授は勿論、少數ではあるが、堅實な學生達も批評をすることが出来ないのだから、この點丈でも、ナチ國家は非法治國、即ち、警察國家の典型である。その流石の彼も『法律週間雜誌』*Juristische Wochenschrift* に書いたことには *Dass wir alle irgendwie einen Rechtsstaat wollen, ist selbstverständlich* (われわれは、皆、何等かの法治國を希ふのは當然である) と。甚だ曖昧な言ひ方であるが、兎に角の法治國、或は、何等かの法治國をわれわれは望んだこともなければ論じたこともない。法治國といふ名前は、勝手に着けたのでない限り、何等かの法治國などあつたのでは堪らない。われわれはナチのやうな國を警察國と呼び馴れてゐる。それは、法治國と對立した國家形式である。この『法律週間雜誌』はナチ法曹團の機關雜誌として、フランクが發行人となり、その名も去年の六月から *Deutsches Recht* 月刊雜誌と改め、編輯方針を全然改めたことではあるが、それがために、尙、警察國が法治國でないことは、白が黒でないより明らかである。

ヒットラー、ゲッベルス、フランク等は、唯、法治國の言葉を用ひて大向をうならせ、内容をいはない政治家だからよとして、舊時代からの學者帝國司法大臣であるゲオルトナーあたりは良心的なことをいつてゐる。曰く、モンテスキューの所謂三權分立がなく、リスト一派の罪刑法定主義がなく、又、裁判官の獨立がなくても、ドイツには『原始的ドイツの思想と感情』がある。今日でも、ドイツ人の中にはアリストテレスやモンテスキューの名は知らない人が多からう。しかし、この最も單純な人々も裁判官が政治家のお先棒になつて使はれるならば、彼等を裁判官とは思はない。唯、捕吏や首切り役としか見ないなどと。これは、彼がドイツ法律翰林院の一九三四年三月頃の會合の際に放つた言葉であるが、わたくしは、これをナチへの具體的警告と見る。蓋し、ナチは、裁判官を國

民の前に、一捕吏とし、一首切役人と化せしめてゐるからである。若し、彼の用語の上のみから、この演説を開けば、事實の上に立たぬ一阿吏の呆言でしかない。われわれは、法治國をアリストテレスやモンテスキューと呼んだことはない。又それらの專賣と認めたこともない。元來、また、法治國の態様は少しづつ異つても行かう。しかし、法治國は警察國の對立でなくなることは永久にないのである。さうして、現在についていへば、ナチ政府の下におけるドイツは、決して、法治國ではないのである。ヒットラーが一九三三年一月三十日に首相に任命せられ、三月に總選舉を濟ませ、月末頃には他の黨派を閉め出して仕舞つて、ナチ黨員及び賛助者ばかりで議會を開き、立法の權限を議會から政府に移させ、議會、即ち、立法機關はその職能を失ひ、殊に、一大臣や一黨幹部が法の類推禁止や不遡及の原則を勝手に否定したり、又、所謂ワイマール憲法は正式に改正された譯でもないのに、各自が勝手に否定する言辭を吐き、ヒンデンブルグの死後は、一片の内閣令で、大統領代位權を大審院長から、ヒットラーが奪取したのである。

その裁判官の任免黜陟については、尙更、極端な警察國若くは專制的暴政が行はれた。殊に面白いことには、これらは、悉く、他への見せしめのために新聞で發表されたのである。犯罪者ばかりではない——國家の前に震へねばならぬのは——。しかし、ナチに忠勤を抜きん出た人々は、直ちに、その恩賞に預るのである。例へば、古くはナイトアルト判事 Neithardt がミュンヘン控訴院長に任ぜられたごとき、彼は彼の任命者フランクの宣言したやうに、ヒットラーのミュンヘン事件當時裁判長として立ち、當時の社會民主黨の壓迫を排して斷然公正を保つたといふのである。彼、若し、今日、ナチ政府の下において公正を保つたならば、強制休職に處せられたであらう。假り

に、ナチのいふごとく、彼を社會民主黨が壓迫又は誘惑したとしても、これを肯ぜざりし彼を、強制退職としなかつたところに第二帝國では、少くとも、裁判官の獨立も亦、法律尊重、即ち法治國の實も保たれてゐた譯である。

これより先、フランクがヒットラーから権限を與へられた代理者として『ドイツ法律前線』Front des Deutschen Rechtes を組織するや、その風を望み既に、一九三三年六月一日までに續々と馳せ參ずる者を出し、當時、次掲の如き多數の法曹會を集結大成することが出来た。即ち、ドイツ判事團體登錄ライプツィヒ (Deutscher Richterbund e. V., Leipzig) を初め、Richterverein beim Reichsfinanzhof, München; Preussischer Richterverein e. V., Berlin; Verein Sächsischer Richter und Staatsanwälte e. V., Leipzig; Bayrischer Richterverein e. V., München; Bund Deutscher Rechtspflege e. V., Berlin; Deutscher Notarverein e. V., Berlin; Deutscher Anwaltverein e. V., Berlin; Verband Wirtschaftswissenschaftl. höherer Finanzbeamter, Berlin; Bund Akademischer Volkswirte e. V., Berlin; Institut der Wirtschaftsprüfer, Berlin; Reichsverband der deutschen Volkswirte (BDV), Berlin; Verband Deutscher Diplomkaufleute e. V., Berlin; Reichsverband leitender Angestellten (Vela), Berlin がこれである。わが邦の辯護士會と同様小黨分立で全體としての力がなかつたために、フランク等から一揆に押し潰されて、新たに Bund Nationalsozialistischer Deutschen Juristen が結成されたのである。

わが邦においては、未だ、官吏一般の結社が問題になつてゐる位で、判檢事のこの種結社あることを知らないが、ドイツの在來のごとく、日頃、小黨に分立してゐたのでは結合の意義なく、徒らに黨間の利益黨争を増し、いざ對

外的に事を構へるを要する時に、その無力なるを覺悟せねばならぬのである。

さて、勢に乗じたナチ忠勤の判事や検事は、神聖なるべき法服を着けて、ナチ團體の行列に加はり、街路を練り歩きながら、示威を行ふの醜態を呈するに至つたのである。ところが、宣傳大臣ゲッベルスの手中にある映畫殊に、その週報は、之を撮影して、觀衆に誇示してゐる有様であつた。意氣地のない觀衆は、また、ナチ黨員に聞こへよがしに、大聲で、それを稱揚する。巷は虚聲に充ちてゐるといつてよからう。實に、これらによつて、ナチの權力は十分に、民衆に徹底せしめられたことであつたらうが、司法官の獨立など愈々頼りないものに化して行つたのである。横車を押すナチ黨員、或は、凡てを諦めた民衆、その裁判の前に得意と失意の差こそあれ、凡て、今日、裁判の公正など信じてゐる者は一人もないといつてよい。これで、尙、何らかの法治國といふを得べくんば、アリヤン族ならずとも、法治ならぬはないと斷じられよう。

#### (一) ドイツ法律翰林院

とまれ、一九三三年四月二十七日にバイエルン司法大臣フランクが『各州司法の統一及び法律秩序の改新に關する帝國代官』Reichskommissar für die Gleichschaltung der Justiz in den Ländern und für die Erneuerung der Rechtsordnung といふ長い名の代官の地位を、ねだり得てからの彼の活動は、實に、めざましいものがあつた。これで、前述の國家社會主義ドイツ法曹會を組織し、これらを合成して行きなやんでゐた法曹大會を十月一、二、三の三日間ライプツヒにおいて開催したのである。毎日幟旗のお祭り、ハイル・ヒットラー、大衆擧手の壯

觀、整列行進、ホルストヴェッセル歌合唱など、お祭り好きのドイツ人を喜ばせるものばかりであつた。政治演説會のやうなドイツ法曹會は、かくて、終りを告げたのであるが、その二日目に公布せられた『ドイツ法律翰林院』*Akademie für Deutsches Recht* の組織こそ、ナチの法律中央集權として活動しつつあるものである。勿論、フランクはその會長として活躍してゐる。その第一回の會合が十一月五日からベルリン市役所市會議員室で行はれた。元來、この會は、最初、國際問題について重大な關心の下に用意されたのである。即ち、ゲッベルスのいつた如く、軍縮問題及び平等權問題におけるドイツ國の立場に關する法律的根據を考へて、世界に宣傳し、その權利主張をなさうといふのであつた。しかし、第一回のブルンスの『法律問題としてのドイツの平等』に續いてなされた、ヘーデマンの私法の公法化、殊に、物權法における公益は私益に先んずるの原則が、十九世紀における私法の發展に伴つて述べられ、更に、カール・シュミットが公法の新建設について述べ、次第にドイツの緊急としてゐる立法部門に及ぼされた。これより先、フランクは來るべきドイツ法律改正部門について、内閣の決議を経てゐたが、その決議の内容を十月二十六日に新聞記者に發表してゐる。それによれば、四つの委員會が設けられたのである。その第一は、刑法立法委員會で、フランクの代理でプロイセン司法省秘書官フライスラーが指揮し、第二は民事訴訟立法委員會で、ミュンヘン大學教授ウイルヘルム・キツシュが指圖し、第三は全民事法法制で、これは餘り廣汎なために、尙、小區に分けられることにならう。わたくしは不幸にして、まだ、今日までその長の任命せられたのを聞かない。第四は一般の經濟法改正の委員會である。この中、第一の刑法改正はナチには焦眉の急に思はれ、屢々新法發布の旨が發表せられてゐる。四つの法律改正の中でも、最も重要視されてゐるのである。わたくしは、他の三

つの委員会については之を記述し、その内容に立ち入るを得ないのであるが、その中の刑法改正委員会と、その仕事を把へて、わたくしの目的、ドイツ刑事學の變遷、殊に、その結末たる最近の方向に還つて述べて見よう。

(\*)尙、詳細については一九三四年六月以來毎月發表されつつある月刊雜誌 *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht* の内容を参照されたい。この發行者は、勿論、院長フランクである。

さて、法律翰林院の院長であり刑法委員會の會長であるフランクについては多くを説明するを要しなからう。彼は前頭の忝げ上つた丸顔をして、熱情家そのものの如き感覺を眉宇の間によせてゐる。勿論、彼は學者でもなければ先覺者でもない、唯、目先のきいた政治家であり、雄辯家であり、殊に、忠實なヒットラーの僕であるのである。早く、ミュンヘン司法大臣となり、今日、帝國法律代官となり翰林院長となつたのも、この熱心と忠實がさせたのである。刑法委員會においては會長代理としてプロイセン司法省祕書官ローランド・フライスラーを使つてゐる。彼は猪武者のナチ黨員である。刑法を第一番に遮二無二法律にせねばならぬといふのも彼である。しかも、フランクの信賴の下に刑法改正委員會の決定的組立はフライスラーに委ねられたのである。彼は、思ひ切つて、その過激な思考方法を押し進めてゐる。しかし、誰しも彼の考へが反對なくして、その儘通過しようなどは、ナチの暴力の下においても、信じてゐない。

かくて、フライスラーはプロイセン司法大臣ケール *Hanns Kerrl* をついで、一九三三年の十二月に例のナチ刑法 *Nationalsozialistisches Strafrecht* を出したのである。この覺書の序言には、これが刑法の草案たるを欲しないし、又、草案ではないと謙遜的言辭を弄してはゐるが、これとは反對に、これが起草中十月十一月の交には、

これを以つて四・五月の中に新刑法を制定しようと放言してゐた。以つて、彼の意氣を窺ふことが出来よう。しかし、刑法など、半素人の彼の如きが考へるほど、單純に出来上る筈がない。約一年後の一九三四年九月翰林院立法部とは別個に、ヒットラー直接の命による帝國司法大臣ゲョルトナーの率ひる刑事立法委員會によつて、漸く、總論を脱稿した有様である。尤も、先のプロイセンの覺書には他の今一つの重大な目的があつた。それは帝國司法省、殊に、司法大臣ゲョルトナーに對する輜當である。ゲョルトナーはナチ黨員ではない。恐らく今日は黨員となつたであらうが、長らく國粹黨の殘留として立つてゐたのである。それに、彼はフライスラー邊りから動かされ得ない立法技術と思想を有してゐる。舊時代から練つて來た草案係としての司法大臣ゲョルトナーには、流石の亂暴なフライスラーも齒が立たない。それで、彼は自己の直屬長官ケールをつついて、前述の覺書を出版したのである。彼が特にその覺書の序文中に、これは國家社會主義ドイツ刑法の骨組を建設せんとしたものだと言つて、舊來の立法形式を暗に否定したのもこのためである。ナチ運動の渾沌なる時には、明らかに、大勢はこれに有利であつた。否、裁判官の中には法律になる前に、この覺書に従つて判決したなどの氣の早い忠勤者も居た。確かに、フライスラーの出足の早いには一步の得があつた。しかし、實力の差は最初一步の出足位ではどうにもならぬものである。翌年四月までには、法律にするとまで宣傳し、亂暴な幹部を通じて壓迫と督勵を續けてゐたにもかかはらず、他の帝國司法省案が僅に總論を完成したに過ぎない有様である。メツガーあたりが、プロイセンの草案は思想豊富だなどといつて稱めてゐたのは、恰も、子供の自由畫を將來があるといつてゐるやうなものである。ナチ子供幹部の親達の手前、苦しい名文句を發見したものであつた。しかし、その草案なり、畫きなぐりでは、結局どう

にもならぬものであつたのである。それは權威刑法開祖の片割れシャッフスタインが刑法雜誌に批評してゐるのを見ても分る。Schaffstein, Nationalsozialistisches Strafrecht. Gedanken zur Denkschrift des Preussischen Justizministers, (Z Str W, Bd. 53, Hft. 6, S. 603 ff.)。權力的であれば大賛成であるべきシャッフスタインすら、非常に要心しながらではあるが、警告的批評をなしてゐる。しかのみならず、當初は、フライスラーが人形に使つてゐたケールも流石に愛想をつかして、ゲョルトナーと一緒に組んで仕舞つてゐる。最後の刑法組立役の大任、否、大權を擁して怨みあるの有様である。

### (ト) 國粹社會主義刑法

しからば、プロイセン司法省の覺書、國粹社會主義刑法とはどんなものか、これとこれを取り卷く文獻の内容について述べねばなるまい。

さて、覺書は、そのいふところによれば、非法律専門家の理解を容易ならしむるために、普通の刑法若くはその草案と反對に、第二部に總論を置き、その第一部には、今日まで各論といひなされて來たものが各個可罰行爲 Die einzelnen strafbaren Handlungen の名の下に述べられ、その第一類は國民共同の保護、第二類は國民仲間の保護に大別せられ、第一類は、又、國家秩序の保護、種族及び國民の保護、家庭の保護並に國民財物の保護の四章に、第二類は個人の保護、勞働力の保護及び經濟活動の保護の三章に分たれてゐるのである。警察國家の昔に還らんとすの意圖であらうか、公共利益の名の下にナチの政府を第一位に考へ、個人利益はこれに悖らない限り最後に廻すの

である。その間、法律的に正義及び客觀的法律狀態を顧慮することなく、一に、刑法に依る權力誇示と人種的妄想に終始してゐるのは滑稽である。ジーゲルトにはしむれば、リストのテーゼ『刑法は犯罪人のマグナ・カルタである』といふことが、犯罪人の手綱を緩め、フロイデンタールの『理解は許容』だといふことが恩赦の濫發となつたのである、と。更に刑法はそんなものではない。刑法といふのは、國家の最強な權力手段を行使するものであつて、これで國民の生活秩序を保護し、その地位及び秩序を内外に向つて維持するものである。かくて、兎に角、政治を條件とする科學が必要だとすれば、それは、第一に刑法でなければならぬ、と続けるのである。さうして、この科學の政治的目的設定の必要性は、ナチの國では絶對不可侵の根據を有してゐる。といふのは、ナチの經典ヒットラーの『余の鬭争』第二三四頁に明らかに記されてゐるからである。即ち『凡ての思想、凡ての理念、凡ての教義、凡ゆる智識は、皆アリヤン族及びドイツ國民の確立、増殖の確保、子孫の養育、血液の純潔維持、母國の自由及び獨立といつた目的に役立たねばならぬ』のである。これで『宇宙創造主』がドイツ國民に下し給つた『使命』を果し得ることになり、かてて加へて、その學理は世に行はれず死物化するが如きことがなくなるといふのである。ジーゲルトは、それこそ刑法だと結論するのであるが、今日、ナチの刑法が生々してゐる限り、そのため多數の同胞が殺傷されて行かねばならぬ皮肉な、悲しい現象を呈してゐるのである。その昔、亂暴な強者が弱者を自己の思ふが儘にするために、勝手な禁止や命令を刑罰と共に規定したことは容易に考へられよう。それが、各個の場合について明君なるがために、刑罰規定が合理的であり、従つて、よく世に行はれたか否かは、問ふところではない。兎に角、その刑罰は支配者の恣意に出たに外ならないのである。人、皆、その何が故に罰し、罰せられるかを、疑

ふに至るは理の當然であらう。トマス・ダキノは一應、これに解答を與へた。犯罪は神の欲し給ふ地上の秩序を紊すものであり、刑罰は天國の正義の地上投影であるといふのである。さうして、神といふ借りものから脱却して、地上、われわれの正義を確立し、ここに、われわれの欲しない犯罪と、これに對する正義によつて基礎づけられた刑罰とが、カントによつて稱へられたことであつた。牧野博士のいはれるやうに、正義はそれ自身發展せねばならぬ。そこに衡平の分身と妥當の子とが、その目的に向つて協力することになるのである。ところが、このナチの刑法は突然に『われわれは犯罪者を罰する、それが利己的に (eigennützig) 自己の重要性を國民のそれに先行せしめたから』といふのである。その意味するところ、公益は私益に先行するといふにあり、その維持の爲には個人の生命を犠牲にするも敢て辭せぬといふのである (vgl. Siegerl, Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate, 1934, S. 115)。しかし、これでは、中世以上の專制君主の、余がわれわれに、一族の利益が國民のそれに、置き換へられたに過ぎないのではなからうか。『必要だ』から罰するといふことはニコライ流の強さはあるが、この場合、説明を怠つてゐるそしりは免れないのである。まだ、何が故に必要か、まで遡る餘地があると思ふ。犯罪及び刑罰の規定以外に刑法一般論として、刑罰の基礎及び目的の上から考へ合はせられなければならぬ。國民及び國民生活を保護するためには、刑罰若くは刑法のみによる必要はない。寧ろ、積極的に國民及び國民生活を高揚する方法は他に多々あるであらう。國民全體は個々の國民を措いて他にないことを知らねばならぬ。一國民が他より優秀なるや否やは、各國に共通な、否、人類世界上共通なるべき文化を有し、しかも、その文化がその國民的芳香と優秀を保つときに定まるのである。ドイツがゲルマンの樹上生活に還つて鎖國を續けるにおいては、自稱する北部人種ノルウェーラツセの優秀

性を比較する必要がないではないか。ドイツ人がナチのやうな蕃行を敢てする限り、過去の優秀人種の尊敬を失ひ、その宣傳は益々笑柄を呈するのみであらう。世界中、最上の刑法は、ドイツにおいても最上のものでなければならぬ。徒らに除外例を設けることが優秀性を示すものでないことは、水の低きにつく如く、文化が技術的歸一の方向を辿らんとするに見ても明かであらう。人種の優秀といひ、國民の精華といひ、自分で自惚れて、宣傳これ努めても、誰一人これを認めることの出来ないものであれば、愚といふの外なく、眞に優秀であれば、無言の宣傳も、尙眞に偉大な力を有するものである。

とまれ、この覺書を通じて、ドイツの人種運動の歸趨を見よう。おそらく、刑法各論草案はこれとは非常な相違において發表されねばならぬものと思ふ。唯、その根本精神はヒットラー經典に據るものであつて、ナチ政府の存續する限り、ヒットラーの發意なくしてはこれを改めることは出来ない。従つて、その思想の制定法化は、兎に角、思想方向は今日既に批判されることが出来る譯である。

その思想上における基礎とも見られるものは、個人を基とする自由主義・脆弱な人道主義を排して、血と血とで連なり離すことを得ない全體を構成の基本として、これが單位を作り上げたことにある。従つて、覺書(一九)もいふやうに、ナチ國家は自由主義的解釋を排して、共同の維持及び保證のために法益を保護するといふのである。在來の刑法も、その國家生活の規範なるの故に、共同の秩序又は法益保護を一般に考へたことは事實であるが、ナチ刑法は極端に、個人利益を顧慮しない、殊に、その自由を甚だしく犠牲にするとともに、敢て、顧みないところに特徴があるといへよう。こんな根本的な差異は、極端なロシヤ刑法においても同様といはねばならぬ。犯罪の起るところ、

皆、公益に關係があるのは、新舊刑法、共に、變化はない筈であるが、この覺書は、公益とか公共とかいふものと私益とを對立せしめる代りに、直接全體の保護に關するものと、國民の一人としての保護に關するものとの二つを掲げてゐる。在來、私益と思はれたものも、ここでは國民の仲間だから、國民を保護する意味において、第二次的に仲間の一人を保護するといふのである。

行爲地については、明らかに現行法第三條、一九二七年草案第五條は、領地或は國內の言葉を用ひ、覺書も略同様に——尤も覺書やジーゲルト等は船中や飛行機上の犯罪につき差異あることを力説してゐるけれどもこの點は學說上決定してゐるところである——主權の及ぶ範圍(Hoheitsbereich)なる用語によつて屬地主義を採つてゐることである。かくの如き特殊な刑法で、通常の社會觀念を以つてしては察知し得難い犯罪防壓を強行せんとする場合、外國人に對する特別の加重となり、世界の交通を妨害すること甚だしく、時代に逆行するものたるや明らかである。例へば、今日迄、屢々強要され來つた國旗・黨旗に對する揚手禮の如きは、單にドイツ人に限り適用し、尙、違警罪(Ubertretung)を除外せんとする(覺書一  
二六頁)場合、警察規則(Polizeiverordnungen)の中に組入れることになるのでもあればまだしも、これを直接、全部、犯罪として重刑を科せんとする意圖であるらしい。されば、この極端な主權誇示と、人種に關する保護の妄想を中心とした犯罪に關する限り、文化的に暗黒時代、或は刑法上における排外主義、若くは、敵視主義時代再歸の觀を呈するのである。マルクス主義者の所謂「階級法制」(Klassenjustiz)といふは、衡平の中にかくれた不衡平を指摘することが多い。しかし、ナチ刑法は故意に不衡平を目的としてゐるものであつて、現代においては想到し得ないところといはねばならぬ。覺書は、北米合衆國南部諸州の黒人排斥や、

濠洲の所謂白濠主義を引いて、この點はドイツ立法の嚆矢にあらざるべきを主張するのであるが、それ等の法律或は私刑を模範とするに足る進歩的のものとして認める者はあるまい。蕃人と鬪ひ、山林原野の自然を征服しつつある人が、自己の小兒的優越感を維持するために定めたものに外ならないのである。勿論、自ら世界最優秀なる北部人種を誇稱する文明國ドイツの眞似るべき制度ではあるまい。

覺書(四七頁)は人種學的な説明をなした後、遂に、ドイツ血族團體といふ範圍に限つて性交を認めるものらしい。受精防止の道具を用ひても罰せられる旨、特に但書がせられてゐるところから見れば、伯林や漢堡あたりに棲息する外人相手の女達は、さしあたり鑑札の代りに國民權剝奪 (*Entziehung des Staatsbürgerrechts*) の烙印を押されることであらう。しかし、在來のドイツ、否、歐洲全般の男女生活關係に關する警察の態度からして、これが十二分に遂行されて行くがためには、今少しく自國國民生活の根本觀念から考へ合せて、先づ、街路及び屋外を清掃する心組がなくてはなるまい。口さがない京童はいふ。こんなことは、凡て嫉妬深いナチ黨員の考へ出したことである。革命前、伯林で美人を同伴してゐるのは殆んどユダヤ人であつた。それで、金のないナチの青年は、金持のユダヤ人がドイツ中の美人を奪つて仕舞ふのを憤慨して立つたのだ。それだから、ナチの綱領には、ユダヤ人排斥に關するものと、女をとられまいとすることが、主となつてゐる、と。それがあらぬか、革命の當初にマンハイム新聞が、日ごと取扱つたドイツ人ユダヤ人の男女交際組に對する膺懲の記事は大變なものであつた。毎日、何十組となく二週間も續いたと思ふ。わたくしの知つてゐる或る會社の所有者ユダヤ人は、知り合ひのドイツ女學生をタイピストに雇ひ、友達としてダンス等に行つてゐたのであるが、遂にこの新聞にのせられ、曰く、ユダヤ人重役がド

イツ人タイピストを誘惑した、何日には何處の踏り場、何日には何處へドライブ、等と大袈裟に書き立てられた。しつかり者のドイツ女は新聞社に行つて、誘惑ではない、成人の女が自由意思で選擇した男だ、といつたとかで、新聞が再度記事とするに至り、又、大變になり、益々迫害中傷が加はるばかり、二人は、遂に、パレスチナに行つて仕舞つた。若し、今少しく長くマンハイムに居たならば、他の多くの例のやうに、ドイツ女は頭髮を切られたり、市中引き廻しのリンチ位受けねばならなかつたであらう。されば、眞偽は兎に角、ナチの綱領は、凡て、下民の嫉妬に基因してゐるなどいはれるのも無理はあるまい。流石に、覺書作成者達は土民と異り、單なる社交的なる交際においても、尙、ドイツ婦女子が言葉を交はし得ない人種は、ユダヤ人・ネグロ・その他列記される有色人種に限る旨の規定を設けんとするもの如く、又、その交際が公の場所において行はれ且つ方法が破廉恥的でドイツ人の感情を害する程度のものでなければならぬ、等の制限を設くるべきものとなしてゐる(四八)。果して、刑法の規定たるべきものか、又、刑法に規定することによつて目的を達し得るものか疑はしい。

#### a ナチ刑法各論

各個犯罪規定を通じて、特に、注意と保護とを拂つてゐる單位は、ナチ國家においては、最早、個人ではなくて、家庭である。第一部の人種及び國民性保護に次いで、特に、家庭保護が規定されるに至つた。國家は家庭を單位として成立することが知られたのである。さうして、家庭の負載者を男と認めつつあることは、妻の侮辱は亦、夫の侮辱と規定(四九)せるに見るも明らかであらう。生めよ殖せよ主義のナチ國家において、夫婦とその子供が單位として取扱はれるのは當然である。しかし、ナチ婦人運動の女指導者や、ナチの有識者と語つて知ることは、個人主義

を排し、小團體にしる家庭を單位とする限り、そこに一定の秩序が必要である。それをゲルマンの昔に還り夫權を尊重するなどといふのである。結局は、日本の家族制度のやうなものを作り度いといふに歸する。唯、何分、北部人種は世界最優秀で、頭蓋骨が深く、顔面が云々だから、外國殊に有色人種の日本に學ぶなどいふほど度量がなないのである。時に、米國や濠洲の黒人いぢめなどを、眞似ではないが、先例として申譯にする位のことである。とまれ、わが家族制度、殊に、戸主權を中心としたそれには、長年月の歴史と訓練が続けられて來てゐる。それを單位としたわが邦の團結力も、結局、これに堪へる丈けのわれわれの犠牲心理があるからである。眞の家族制度は、わが邦のこの社會制度の中に經驗せられざる限り、體得出來る觀念ではない。表見的に家庭を中心とせんと考へても、根本的社會觀念から改造せざる限り、わが邦のごとき共同相關の一連が結ばれるものではあるまい。例へば、革命の最初頃に、母親がその娘或は息子にしてユダヤ人と交際してゐるのを警察に届けて、踏み場から拉致せしめた時、一般は、少くともナチ主義新聞は、この種の母を天晴ナチの母として稱揚した。又、その母達は自ら得意になつて、家庭の名譽を保つたと吹聴するのである。こんな國に、どうして國の基礎としての家庭など生れるものか。家庭は、その所屬者各自の家庭であり、各自皆相當の犠牲を忍ばねばならぬと同時に、共同の名譽をも有する。殊に、母は家庭を凡ての家族の避難所・安息所として提供するために最も大きな犠牲心と對外的名譽心を必要とする。一家の母が持つ影響が、戸主のそれに數倍するのは、このためであらう。歐洲における子供の家庭生活上の缺點は別とするも、歐洲の如き非家庭的な母親の許に、如何にして國家の單位が結成されるものであらうか。子供の恥、即ち、家庭の恥を内部で處理せんと苦慮するその苦心は、一見、國法に反くが如くして、實は、自己が名譽

ある國の單位、即ち、家庭を確立して國を大ならしむる所以であるのである。孔子の、所謂、眞の正は亦その中に在るのである。これら東洋思想は、未だ、ナチの文化、北部人種の頭腦を以つてしては理解するところではない。

犯罪感情として強調せられる他のものに名譽がある。在來とても、ドイツにおける名譽罪の頻發は、到底、零に近いわが邦の犯罪現象と比較する術もなかつた。わが國人が他人の名譽を傷つくることの少いが故か、否かは暫く問はないまでも、わが邦には判例・研究殆んど材料がないといつても過言ではあるまい。小野博士の勞作にしろ、多く外國の研究に俟つものであり、わが國民感情には甚だ縁遠く且つ理解し難きものといはねばならぬ。ナチの目的とする名譽保護も亦われわれには理解に苦しむものが多い。先づ、名譽保護のために特に裁判外に許可されようとしてゐる名譽裁判（懲戒裁判）を通じての決闘がこれである。覺書は、生命を堵して男子の面目を保つのは、ドイツの武士道（Tugend）であり、かくの如く國民性の中に深く根ざす行爲を罰すべきものではないとしてゐる。名譽に關する限り、わが邦には切腹といふこともあつた。刑罰など恐れては居ない筈である。名譽維持はそれとして、國法はまた重んぜられなければならぬ。この間、ナチ刑法の排除せんとする情狀酌量の規定こそ採らるべきであらう。所謂、確信犯については、加へられる害惡（刑罰）とは別に、かうした名譽とその尊敬とが隨伴するのは止むを得ないとせられてゐる。しかるに、覺書は決闘遊戲には名譽を許し、眞の決闘が死の結果を招來した場合、刑罰を以つてこれに臨まんとするのである。かくて、ナチ刑法の意思主義が、ここでは結果主義に顛落する。生命を堵して男の面目を保つことが、ドイツの美德なるが故に、これに刑罰を科せぬといふならば、その後始末も決闘立會人達に全部一任したらよいと思ふ。命に別狀がないことを保障して置いて、さて、チャンチャンチャラと、

切れ物をふり廻す學生のメンズールごときで、ドイツ男の名譽が保てるといふならば、そんな名譽が果して名譽であるか否かを考へ直さねばなるまい。況んや、今迄の軍人社會に行はれたやうに、決闘請求を怠り若くは決闘迴避を爲したために、その職を失ひ仲間を逐はれたとは全然反對に、ナチ刑法覺書では、これを公表して憶病者を輕蔑することに成れば、却つて、公表した者が罰せられるのである。ジーゲルトもいつてゐるやうに、國民の決闘に關する考へは、二つに分れたといはねばならぬ。決闘は數百年來ドイツ人の小部分に限り行はれたに過ぎない。しかも、眞のヅエルは殆んどなく、名譽裁判を経て、ピストルを空中に向つて發射して濟ますが如き形式的な遊戲に化しつゝあつたのである。決闘それ自身を許さねばならぬ根據は、最早、ドイツに存在しないのみならず、文化の今日、正に嚴禁すべきことであらう。決闘の名譽維持の方法として意義のあるのは、一に生命を堵することに繋る。もし、生命喪失が國家の他の理由から防止されねばならぬとすれば、決闘は存立し得ない。徒らに、虚榮のために顔に傷を作る遊戲をなすが如きは、決闘の骨董的・歴史的な名譽を冒瀆するものである。學生がメンズールをやるのは、大學出と然らざるものを明らかにせんとする一の方法であり、果して今日のヒットラー青年が決闘の特異性を理解するや否やは疑はしいといふならば、結局、この覺書規定は刑法第二一〇條aの代りに置かれたこととなり、若い學生の喝采を博し、共に知識階級の特異性を示さんとするに外ならぬ。もし、然りとすれば立案者の兒戲はナチの國民平等觀に反旗を翻すものといはねばならぬ。シャッフンスタインも覺書の過激な提案は在來の名譽保護が不十分であつた反動で、この儘に止まるべきではないことを暗示してゐる(前掲六(三五頁))。あまつさへ、その他の國民名譽毀損及び個人保護としての名譽毀損の規定は、甚だしくナチの權力濫用を豫め警告しつゝあるのである。

この覺書犯罪規定の今一つの最大特徴であり、同時に濫用の危険の存するものは、國事犯(Staatsdelikte)に關する規定である。全體國家・權威國家を主張するナチの思想は——それは大部分ゲルマン自體の發見ではなくてイタリヤのファッシスムスの眞似であるが——ドイツ本來の團體的相互扶助的な立場を去つて、却つてラテンの一部階級の權力的・支配的傾向にあり、従つて甚だしく重罰を以つて臨むことになるのである。イタリヤのファッシヨ刑法に見る如く、覺書では刑罰を重くし、犯罪となるの行爲の數を倍加したのはまだしも、今迄のドイツ刑法では到底想像も及ばない位の一般的不確定的な犯罪構成要件を定めんとした。例へば、覺書第一章叛逆罪(Landesverrat)中においても、流言蜚語(Greuelhetze)により、或は發明を外國に交付することによる叛逆及び經濟上における叛逆罪等が新たに定められてゐる。事實、流言蜚語にナチ幹部の怒つてゐる事は非常なものである。この言葉も、ユダヤ人ボイコットの時に始まる。爾來、戸の立てられぬとせられてゐる人の口に死刑の戸を立てようとするのがナチである。コンチェントラチオンスラーガーを建てたのも主としてこのためであつた。しかし、今迄のコンチェントラチオンスラーガー收容の理由とせられたやうな犯罪構成事實を叛逆罪と定め、これに死刑が科せられたのでは、現代に再びドラコン法が採用せられたといふも過言ではあるまい。發明の外國交付は最近の産業間諜と關係して、ドイツは先に Spionagesgesetz を作つた程であつて、今日、これを刑法中に規定せんとするも驚くに足らない。唯、叛逆罪、殊に、大逆罪(Hochverrat)に關するものが甚だしく一般的に規定され、在來のドイツ刑法及びその草案がなした如き列記的な犯罪行爲は、この覺書の關する限り、單なる例示的な行爲と化したのである。殊に、國の最高機關や國旗に對する侮言を罰するは當然とするも、更に、國家誹謗やナチ運動及びその機構並びに形

成の誹謗が、皆、犯罪行爲とせられ、且つ、これに關する限り故意と重大なる過失の別を認めず同様に罰せんとするのである。この新たな侮辱罪を通じて見ても、世に、ドイツのナチほど勝手に陰謀の限りを盡しつつ、尙、他人の評判を氣にする者はないといはねばならぬ。同じやうな一般的犯罪構成事實の規定方法は、國民に有害な行爲を公然促進した場合にこれを罰する旨の規定にも伺はれる。刑法第一一〇條・第一一一條が單に法規違反の行爲を促進する者を罰せんとするのから見れば、形式主義を捨て實質的の不法觀念を呈示し、凡てナチ主義に反する輩を網せんとするのである。又、刑法第一二六條脅迫的治安妨害 (Landzwanig) を、より一般的に、人民を惡意を以つて不安に陥れる罪といつた如く規定してゐる。これで、インフラチオンや飛行機襲來などの不安、若くは恐怖を惹起する風評者を罰せんとするのである。しかし、政府の放つた流言蜚語、例へば伯林上空に快速の外國機飛來、官廳街に宣傳文を投じて去るなどは、軍備平等權獲得のために國民に不安を與へて驟起せしむるものであつて、賞めらるべきものでもあらうか。しからは、ナチ刑法は露骨に中世紀前の階級刑法に立ち返ることとならう。

次に、特殊なる規定は、官廳を煩はす健訟病患者に對する嚴罰である。歐羅巴人ほど權利を口にして、争ひの恥を知らぬ人種はない。従つて、所謂、健訟病患者も相當多い。その上、ドイツ人は物質以外に名譽上のことも、ひと一倍氣にする故、何かといふと、昔は皇帝、今日は大統領若くはフェーラー、首相等に手紙を書くのである。降つては、警察への投書の多いのもこの現はれであらう。これがために、ヒットラー等は反對者の祕密を知るに便宜を得、リョーム等を殺戮する原因ともなつたのであらうが、ナチが天下を取つた今日では、徒らに煩雜な仕事と化して困つてゐるのである。又、下級官廳は、自分の處置について、一々上級官廳に不平をいはれるのでは堪らない。

従つて、ナチ政府は、刑罰威嚇によつて、この煩はしさから遁れようと思ふのであらうが、果して、それが奏效するか否かは疑問である。ヒットラー官房から、ものの役にも立たぬ、當らず障らずの返信を貰つて、女子供が活動寫眞のスターから署名入繪葉書を貰つた以上に、狂喜してゐる訴訟狂の病はかなり重いと同時に、ナチ黨が、他方、その訴や投書を利用せんとするものであり、それが類別に、檢舉に、刑罰に、手心を必要とすべく、一二の嚴罰を通じ一部に對し好ましからぬもののみを退治出来るものとは思はれぬ。それよりも先に、現在のゲルマン人種に筆舌の先で喧争することの如何に恥づべきかを知る感覺を植ゑ付けることである。わが邦では近く明治時代に、或る地方長官が賭博の密告を獎勵するため、密告者に利益を提供したことであるが、それは成績を擧げなかつたと聞いてゐる。わが邦では、賭事に熱中するやうな輩でも、卑しい心事に基く密告、歎願は心よしとしないからである。

この例は、施政者が民の前に赤面して引き下つたことになる。それに反し、現に覺書もいつてゐる通り、ドイツでは一四〇年以前プロイセン裁判所構成法 (III. 1, §§ 30, 31 der Allgemeinen Gerichtsordnung von 1793) 中に規定されたに拘らず、訴願、訴訟、更に上級官廳や監督官廳に對する手紙辯 (Schreiberei) は今日、尙、増加を見るばかりである。所謂革命も一段落着いた今日、ナチ幹部も卑しい權謀・術策・宣傳等を止め、寧ろ、道義的に國民に模範を垂るべきではあるまいか。刑罰的威嚇は、これら政策と相俟つて行はれねば效果なく、國民は政府眼中の梁に苦笑するであらう。さもあらばあれ、皇帝や大統領に特設された官房手紙掛が、これら手紙狂に煩はされ通したること、人氣俳優連以上なるは、われわれ日本人の到底想像も及ばぬことである。彼等は、主として物慾に關はる日常の不和喧争を原因とし、日頃睦じかつた時代に知り得た相手方の短所と覺しきものを、關係官廳に問ひ合せるこ

とから事を始めるのである。こんなことに當らず障らずの返事をせねばならぬドイツの官廳は、日本のそれに比して、甚だしく厄介といはねばならぬ。實に、ドイツにおいては、この種手紙狂は少數の特例ではなく、ドイツの一般的傾向なのである。かくの如き惡弊は、勿論、ナチのやうな權力的政府によつて改革斷行せらるべき最も重要な點であらう。しかし、更に又、これら手紙狂は自己を護るために、權力者の好む阿諛を用ふる術にたけてゐるものである。しからは、權謀術策を事として世俗の人氣をあふり、その力で天下を取つたナチの人々が、果してどれ程に、これら阿諛的人民を擊退し得るや、甚だ疑はしといはねばならぬ。もしそれ、この刑罰規定が、唯、單に、ナチの行爲に反對する正當な訴願・訴訟その他の歎願に對してのみ濫用せられるならば、この刑法は愈々惡法たるの名を高め、ナチはドイツ國民精神を道義的に振興する使命を帯びて現はれたとの高言の前に、怪教的正體を暴露せねばならぬであらう。しかのみならず、その濫用の蓋然性についても、ドイツの裁判官には、日本のそれと異り、政黨に迎合して、黨派的法律歪曲の虞が多分に存することが、この革命の歴史によつて證明され、特にナチは僅少の硬骨裁判官を排して頗使に甘んずる輩を重用してゐる有様であるから、この權威刑法をこれら裁判官に與へることの危険は、今日既に、豫言し得るのである。

これを要するに、以上の諸規定を通じていひ得ることは、既に述べたやうに、その犯罪構成事實の甚だしく一般的であることである。今迄のドイツ刑罰規定に比して甚だしく確定性と精密性を缺いてゐるのである。この點、わが邦の刑法規定に近いものといはねばならぬ。シャッフシタインも亦これを(二三頁)(前掲第六)在來の自由法治國主義刑法との差異として認めぬ譯にゆかなかつた。しかし、ナチの立場としては止むを得ない。その危険性は明らかであるが、

これもナチの目的遂行上、或る程度必至にして避くべからざる缺點だから、こみで買ひ取るより仕方がないといつてゐる。この所謂明らかな危険、即ち判事の故意的取扱ひ・善意の批判回避・壓迫・密告の増加等は、殊に一般的概括的規定を以つてする侮辱罪の成立事實について多分に起り得るのである。この點、わが邦の司法制度一般については、この種、概括的規定の危険を醸すべき司法機關的・社會的事情が割合に少いともいへるであらうが——わが邦では、選舉取締規則に關する限り、これが取締官廳及び社會的事情は濫用の危険を包含する好適例であらう——一體に、わが國民の法律感情、從つて法成立の心理過程が、今日も尙、歐洲のそれと異なるのである。わが刑法は、歐洲のその如く、裁判官乃至施政者を制縛すべき一面を有する道具として成立したのではない。歐洲としては、重大なこの刑法精神は、わが邦では殆んど忘却せられ、主として、裁判官を安心して裁判せしめる規範と化してゐるのである。それ程に、わが裁判官は國民の附託に背かないものであつて、その間、絶大なる信頼關係が保たれてゐるといはねばならぬ。しかも、その信頼は裁判官が、今日迄、數度、法規を逸脱したことによつて、更に、強められるがごときわが邦独自の現象を呈してゐるのである。例へば、ドイツ司法部は電氣竊盜を、電氣が法律に所謂物でないから、無罪と宣告して、刑法の安定性と判事の信頼とを保持せねばならなかつたに反し、わが裁判官は同様な刑法典を基礎として、同様な事案を有罪と判定したことによつて、犯人は勿論國民一般からの信頼を高め得たのである。わが葉煙草一厘事件の無罪宣告が、更に、この關係を裏書したに反し、ドイツ判事は、その國民の信頼を維持するために、自動車使用竊盜に、繰返し繰返し新法律の出る迄、無罪を宣告せねばならなかつたとは、何たる對照、何たる皮肉であらう。約言すれば、ドイツでは僅少の眞面目な名判事ほど、自身國民の前にその信頼を自

負し得ず、徒らに、法の機械に甘んぜねばならないのである。事情かくの如く、國民が嚴密な具體的刑罰規定にのみ信頼する國に、わが邦刑法に見るやうな一般的空白規定が現はれるとき、施政者の影響が裁判官の上に如何なる結果を招來すべきかは、事の發生を俟つまでもなく明らかである。極言すれば、歐洲の刑法は、その精密なる確定の規定の範圍内において、支配者・施政者或はその影響下に立つ裁判官達が恣まに人民を苦しめるために存在してゐたのである。されば、もしそれ、ナチ政府が權威刑法を以つて、上述の如き空白・一般的規定、並に、後述せんとする類推許容の原則 (Analogieerlassungsprinzip) を設ける限り、再びフォイエルバッハ以前の刑法に逆轉するものといはねばならぬ。かくて、反對の結論を得んとすれば、先づ裁判官の國民に對する信頼關係を第一に、暴力的刑法改正の如きは避けらるべきであらう。しかも、その手初めは裁判官を行政權の影響の下に立たしめないことである。しかるに、ナチ政府の施政一年は、この點に關する限り、ドイツの如何なる政府の下におけるよりも悪政を證明してゐる。法治國確立の根本的破壊者たるの試験濟である。今後、かくの如き權威刑法を以つてしては原狀回復をすら望み得ないのみならず、裁判暗黒時代を覺悟せねばなるまい。婉曲ながら、シャッフシタイン輩すら、この點に警告を發してゐる(前掲第六二、三、四頁)。曰く、もし、こんな刑法が、兎に角、一度、がむしやりに定められても、尙且つ、これら全體國家に必要な不可欠の保護要求を十分に充し得ないとすれば、この勢では、直ちに警察的、及びその他行政處分が刑法及び刑事裁判官を超へて、その不十分を補ふことになるかも知れぬ。保護勾留 (Schutzhaft) コンチェントラチオンスラーガー (Konzentrationslager) やその他多くの處分が、前年來、その行くべき道の何處なるやを指示してゐるではないか。かくの如き刑法外、刑法以上の展開が、上述した危険をいやが上に大ならしむ

ることを注意せねばならぬ。尤も、新國家、及び、その刑法の法治國的性質が、われわれの法律政策的努力の出發點であつて、目的地であると思はない人々には別問題となるが、などと。しかし、事實は、不幸にも、前に述べたやうに、多くのナチの要路者・指導者達は法治國の言葉を濫用こそすれ、それが彼等自身の恣意放縱を制限する最も手近なことに關はつてゐるなどとは、考へようもしないのである。

尙、ナチ刑法プロイセン覺書の各論については、ナチの綱領、殊に『血と地』Blut und Bodenを中心にして觀察するとき興味の盡きないものがある。しかし、本稿はナチ刑法を素描するのが目的であり、その限りにおいてプロイセン覺書が最も纏つた文字となつてゐるのであるが、その詳細な批評がわたくしのここでの直接の目的でない。ナチ刑法各論の批判にはこれ以上に立ち入ることを差控へ、概括的に總論的思想を述べてナチ刑法の行方を望見して見度いと思ふ。

#### b ナチ刑法總論

ここに總論的なものが各論的なものの後に述べられるのは、覺書に眞似た譯でも、多くの學者がほめそやすやうにその長所を認めた譯でもなく (vgl. Schafstein, Nationalsozialistisches Strafrecht, ZStW, Bd. 53, Hft. 6, S. 604)。寧ろ、その阿諛的稱讚を笑ひ度いのである。數百年も昔に還つて總論などなくして仕舞ひ、『國民をして再び國家の前に戰慄せしめる』といふことに意義があるといふならば格別、矢張り總論は棄てたのではない。ナチ刑法のこの轉置は、ナチ綱領のインスティンクティブなところと思ひ付き主義なところを代表して面白いとはいへるが、これが人民の法 (Volkrecht) から司法官の法 (Juristenrecht) になつたのを取り還すことになるとは思へない。

覺書は、寧ろ、申譯をしてゐると見るべきであらう(同書、第一〇八頁參照)。それに依れば、法律の解る人々は後の總論から讀むのが自然的で目的であることにもなる。今日、法律としての純化と分化(Verteinerung und Differenzierung)のない刑法で十分であるとすれば、法典は入らないことにもなる。法三章でこと足りる。それは人民の法であり、人民はまた法律が解らない限り、七面倒な法典を全部理由書まで讀む代りに、自分に必要なことだけ、常識として傳聞する。現に、ドイツの俗人は、覺書が出る前に、覺書の各論内容以上のことを勘得してゐる。これを要するにわたしくこの稿には、總論と各論などの前後は、革命的な意義は、勿論、何等の興味も興へられてゐないことを斷つて置かねばならぬ。前に總論的と思はれることを所構はずに述べたのもこのためである。

とまれ、總論は各論の各個可罰行爲(die einzelnen strafbaren Handlungen)に對して、一般的規定(die allgemeinen Bestimmungen)と改められ、その中で最も顯著な特點として擧げられることは、形式刑法より實質刑法への移轉・刑罰目的の變化・類推許容の原則・意思主義刑法・嚴罰主義等である。勿論、その他に、責任や錯誤・緊急行爲・その他の免責條件・共犯關係・罪數論等についても何等かの變改を試みつつあることは明らかであるが、これらはナチ刑法、若くは、その草案の完成を待つて批判することとし、ここには、そのナチ刑法を述べるに最も重要なもの四、五を選び出してこの稿を進むることとする。

形式刑法主義より實質刑法主義への移動についてはその規定の一般化により生ずる危険に警告を與へつつ、前述したことであるからここにこれを略するが、ナチはこの實質主義によつて自黨の綱領に従ひ、國民教育を、刑法といふ修身讀本によつて果たさうとするのである(vgl. Nationalsozialistisches Strafrecht, S. 4 ff.; Grundzüge eines

Allgemeinen Deutschen Strafrecht (s. S. 9 ff.)。直接、刑罰の目的としてよりも、本能的なものとして、今日としては極端過ぎる應報主義を採用した。フランクの如きは、この應報の前に震へる國民を眺めつつ *Der Verbrecher soll wieder vor dem State zittern.* とライプチヒの法曹大會を初め度々繰返してゐることは既述の通りである。ダーム・シャッフンタインの輩も權威刑法の立場から嚴罰と應報を主張してゐる (*Dahm-Schaffstein, Liberales oder autoritäres Strafrecht? S. 15 u. 42*)。若い連中だから、元氣もあり、氣も短かいのであらうが、しかし、國民がナチ綱領の前に小さくなつてゐるのを打ち見て、これで教育されたと考へてゐるならば、智慧が足らな過ぎる。教育が一片の嚇しや強制で出來ないことはいふまでもあるまい。ナチ刑法は流石に教育刑主義の長所を認めてか、或は、在來、稱へられて來た諸主義の凡てを愨張つてか、兎に角、在來の刑罰本質として論ぜられた應報主義、一般豫防主義・特別豫防主義等全部の共同作用を主張してゐるのである (*Vgl. Siegel, Grundzüge des Strafrechts im neuen State, 1934, S. 15*)。ただ、われわれは七つ道具を取り出しても、その使用方法に一定の統一的目的があらねばならぬといふのであつて、混然とした主義政策の總動員では、却つて、相互にその效力を減殺することあるを虞れるのである。應報主義の一世紀が失敗し、一般豫防の過去が奏效しなかつたとすれば、犯罪特別防止方法が考へられなければならぬといふのである。應報や一般豫防を教育刑的體系の中に、その他の要素と一緒に組入れて、その刑罰目的に轉向せしめるといふのでなくて、これを生のまま、勝手氣儘に使用せんとするところに、刑罰組織・刑罰執行の調和を缺ぎ、刑罰の目的達成は及ぶべくもあるまい。現に、このことは後述する行刑上におけるドイツの大地震がこれを證明してゐるのである。

類推許容の原則に關しても、既述の通りである。法律の解釋適用に類推の行はれない限り、その法は化石を免れない。唯、ナチの刑法學者や國家學者達は *Nulla poena sine lege* に *Nullum crimen sine poena* を對立せしめて、判事の正義の僕たることを強調するのである。さうして、ナチの下において、正義が、その綱領を中心としたものであるとはいふまでもあるまい。之に反し、本年三月二十五日フオジツシエ新聞の社説のいふ如く、『自由主義刑法の第一人者』ラートブルッフは判事の職務を精密に表現して、判事は正義の僕でなくて法律確實性の保持者でなければならぬとしてゐる。二者は社説のいふ如く、理論としては人生觀の相違に歸するの外ないのであらう。しかし、ラートブルッフが、又しばしば、わたくしに語られたことには、こんな一方に片寄つた政府の下で、衆智を集むることなく、事が革命の餘勢に乗つて行はれる場合には、法律の改正は危険であるから、舊法によつて暫らく時を俟たねばならぬといふにある。惟ふに、その意味は時間的に急激、思想的に急進を嫌ふがためではない。法の類推解釋が時間的に思想的に一大飛躍をなすこと、社會觀念の追隨を得ず、従つて一般の正義觀の眞面目を逸するからである。ここに法の類推解釋許容は當然であると同時に、それには常に限度が存し、法の確保者たる裁判官が、社會通念を參酌して定めねばならぬ。しかも、その範圍は、一般的に、權力者や一部の特別階級者が法の類推解釋適用の必要を感じ、これを強要する場合に、その強度と反比例するといふことが出來よう。前にも述べたやうに、ドイツの裁判官にはこの訓練が出來てゐないのである。前に、少しく觸れたことであるが、これは果して裁判官自身の罪か、社會的原因か或は刑法の發祥的意義のためか、研究してゐる面白い問題である。

或る日、ラートブルッフが『犯罪構成要件』のテーマで論文を作つて見ないか、とわたくしにいはれたことであ

る。わたくしは、即座にチルクス（循環論）になるばかりだから嫌です、と答へた。その時、わが邦の、刑法定規定方法の一般的な傾向と、これを活用する裁判官の堅實さを述べたことである。彼は、ドイツでは今、裁判官のためにも、一般民衆のためにも、犯罪構成要件論が再認識せられねばならぬことになりつつあるが、よい論文が出て來ないといふのであつた。わたくしは、その時に直覺したことである。若し、わたくしが師匠と共に努力しても、その論稿はわが邦の現状に立つ社會觀から述べられる限り、ドイツのそれ、即ち、ラートブルッフの、所謂、法安定性の確立擁護論にはならなかつたであらう。それにしても、今更ながら、ポリティックの科學に値する魔力の偉大なるに戰慄を覺えたのである。ラートブルッフは、何人も知る自由主義、さうして、自由法運動の友であつた。それが、ナチ警察國家の前には法の安定性を強調せねばならぬのである。ナチは一九三三年二月二十八日の法律によつて、その年一月卅一日迄の遡及效を認め議會放火犯人ルッペを死刑に處したのである。法なくして刑が存在したことになる。かくして十九世紀以來築き上げられた罪刑法定主義も不遡及の原則も、一朝にして、再び、ナチ刑法覺書はこれを否定せんとするのである（同覺書第一二七頁参照）。この改革が大危険を包含してゐることは既に述べたところであるから、これを省略しよう。ただ、この點では去年五月のドイツ・ユリステン・ツァイツングに、刑法における新方向を新古典派（Neuklassiker）として、舊派の再生を誇つたゲルランド迄もが危慮の意を表明してゐる（Gerland, Deutsche Justiz 1934, S. 226 f.）。その他、ドイツ法律翰林院の刑法立法に關係してゐる學者達は、遠慮勝ながら罪刑法定主義、即、刑法第二條第一項の撤廢に對し危慮の念を表明してゐる。それにジーゲルト、シャッフンスタイン、ヘンケル等によれば、ドイツの法制史を觀ると類推解釋許容は犯罪者の不利益なることお定りだといふから、愈々

犯罪者は國家の前に氣死せなければならぬ譯であらう。

敘上、罪刑法定主義の廢止に次いで重大な變率は、意思主義刑法の採擇である(同上發書第二二二三頁。及び第二三四頁參照)。在來の結果主義刑法及び危険主義刑法を超えてここに到達した譯であり、從つて科刑上、既遂・未遂の區別を認めないこととなり、唯、犯罪的意思が決められ、且つ、それが外部に表現せられた場合 (Freier, Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts 1934, S. 13) には同様に罰せられることになるのである。かくして更に、未遂と企畫 (Unternehmen) とは、皆、未遂の中に包含せられ、豫備 (Vorbereitungshandlung) は、未遂とは別に犯行に該當する行爲を以て、その犯罪を直接に用意する場合を指し、これは特に軽く罰せんとするのである(發書第一三二、四、五頁參照)。しかし、これが目的は、フライスラー自身の白狀してゐるやうに、如何にして國家の防衛線 (Verteidigungslinie) を擴大し、如何にして犯罪をその卵 (Keim) の中に潰して仕舞へるかの苦心の跡に過ぎない。ナチ自衛卑怯法であつて、犯罪主義刑法に對する犯人主義刑法の主觀的立場とは大いに異なることを知らねばならぬ。從つて、意思主義刑法と危険主義刑法との立場を混淆し、他方、應報主義をゲルマンの漬罪感・道義感より推稱・復活させながら、その當然の歸結たる結果主義を排斥する等、ナチ刑法は、刑法として生れたるにあらざして、暴君の恣意の劍として造られたるの感を深くするのである。シャツフスタインも、流石に權力の前に阿諛のみを續くるを得ずして、この點についても危慮を述べてゐる。若し、ナチ刑法自身は勿論、刑事訴訟法の改正と相俟つて重大なる修正が爲されざる限り、犯罪意思と犯罪危険の制定、それらの徵表の認定・因果關係問題・未必故意の問題、更に、所謂不能犯・中止未遂等々如何に困難なる解釋適用の存するかを知らねばならぬ。ここでは詳細に論じ盡す場所でないけれども、

ドイツの立法技術史は、このナチ刑法によつて一大汚點を印せられたといはねばならぬ。その共犯論における、クラシクな、純理論的にして實際上無益な類別を除外したるなど、正にその功績といふことが出来ようけれども、これとて共犯の獨立性を認める根據によつたものではなくて、一般豫防のための嚴罰主義の心情より發したものとすれば、シャッフштаインのやうに苦しい阿諛をなす必要もあるまい。

嚴罰主義の遂行については、若し、それが完全な記述を企てられる限り、再びナチ刑法の總てに互らねばならぬ。しかし、ここでは直接刑罰に關係して、刑罰組織・刑罰と保安處分及び刑の量定の點から、その徒らに嚴罰主義たる所以を明らかにしようと思ふ。

刑罰組織として死刑・自由刑・財産刑・名譽刑・體刑等が擧げられる。死刑が廢止せらるべきか否かは、昨日の問題であつた。ナチ刑法においては、その存続は問題でない(卷書第一三九頁)とされる。否、死刑は今迄のやうに個人の生命を傷けたり危くしたりする場合に限らず、國家機關に對する重大危害、即ち、大逆罪や叛逆罪に悉く死刑を科せねばならぬとするのである(卷書第二八頁、第三二頁參照)。さて、死刑執行は相變らず斷首を以つて行はれるのであるが、だんびら(Handbeil)とするも、ギロチン(Falbeil)を用ひるも、結局、方法の問題で、根本的差異を認めないといふ。

この間、美も醜も、善も惡も感じられない野蕃人が想像される。死に逝く人を遇するを知らぬ心なき鬼畜共である。殺人方法の殘酷なることが、これを見る國民の感情を傷ふことは、國家司法機關によつて明らかにされながら、その刑罰執行機關は殘忍性を以つて國民の美感を傷つけ、野性を醒さしむるのである。さて、殘酷性に馴れた者の前に、殘忍的威嚇が果して、何程の効果ありやを疑はねばならぬ。

一例を以つてすれば、伯林一九三三年七月六日、BVG強盜事件の判決言渡には、裁判長は、特に突撃隊員や巡查を傍聴せしめて、被告の家族知人の占席を防止し、先づ四人に對し死刑、他の五人にも無期以下相當の重罰を言渡し、理由を述べんとするや、被告アハテンハーゲンは失神、ウィーンケは氣絶するの悲惨事まで現出してゐる。法規の上では、刑罰を先に理由を後に言渡すの勝手たるとはいへ、ナチに阿るの餘り、この非人情を敢てする裁判長の得意顔に、ナチの全貌を想像して見ることが出来る。この死刑の理由として裁判長が強調してゐるものに、三つある。一は、彼等がコムニストであつたこと、二は、裁判長の宣言を以つてすると『これ等被告には改善及び内心的轉向の望みが絶對ない』こと、三は、彼等が病的畸形人 (krankhafte Auswüchse) であり、病的畸形人は生むとして置かれぬといふにある。結局、その言葉を借りて結論すると、『改善主義から威嚇主義への再歸が、少くとも重大なる犯罪行為に對しては、更に改めて一般の頭の中に打ち込まれた』譯であらう。ただ、わたくしの、わが邦、應報威嚇論者に斷つて置かねばならぬことは、一般ドイツ人の殆んど全部がそれに感激しそれを心中から謳歌してゐないことであり、さうして今回、死刑執行及び死刑執行に値するとせられた犯罪が少しも減少してゐないことである。換言すれば、ナチの刑罰威嚇は、その目的・宣傳に反して、結局、效力を示してゐないことである。

わたくしは一九三三年三月以來、急に、死刑宣告に關する裁判記事を切り抜き蒐集し初めたことであつたが、早くも十月には中止するの止むなきに至つた。その餘りに多數であるのと、殘酷、讀むに堪へなかつたからである。その理由は、殆んど、コムニストであつて重罪を犯したから死刑に處せられるといふのである。この裁判以外に、ナチの突撃隊のために殺された多くの人々のあること、さうして、その突撃隊殺人團は檢舉せられてゐないことを

知つてゐるわたくし、否、ドイツ人達には、この死刑の威嚇廣告が馬鹿馬鹿しいものに見えて仕方がなかつた。今日、まだ、死刑執行の統計を手にすることの出来ないわたくしも、一九三三年はその先行年度に数十倍する數字を示すであらうことを斷言して憚らない。

唯一つ面白いことは、死刑について國法に依る自殺が規定されようとしてゐることである (Freisler, a. O., S. 20)。自殺が死刑よりも刑罰として軽いものであることは、今も昔も變りはない。ナチは、さしあたり、罪一等を減じ、或は、上、特別の御思召しを以つて切腹を賜はるの例に倣つて、わが邦、古代からの淳風美俗を眞似しようとしてゐるのかも知れない。しかし、生命刑に差等をつけることは、その實、被處刑者を遇する道にならない。況んや、それが、直ちに、磔刑・車裂・焚刑等々に發展する虞なしとするにおいてをや。死刑が止むないこととすれば、最も簡単な被處刑者に苦痛少なき方法を選ぶべきである。されば、本家本元の切腹の國日本では、今は昔の物語りと聞き流し、勿論、ドイツから切腹刑復活など逆輸入せぬことを希望せねばならぬ。

自由刑については多くいふべきことを持たないが、ナチ刑法にも相變らず懲役・禁錮・監禁 (Zuchthaus, Gefängnis, Festungsstaff) の區別が固守せられ、前二者には強制労働が課せられることになつてゐる。ただ禁錮の場合はその強制労働の中、自己に適するものを選択し得るのである (プロイセン行刑規則)。しかうして、監禁は陸軍大臣の監督下にある城壁中において執行せられるのである。しかし、この外に、特別に重い自由刑で次に掲げる體刑や斷食刑が附加される場合には、これを特に牢屋 (Kerker) 罰と呼ばれることが出来るのである。その點につき、最も驚くべきことは刑罰酷化である。覺書によれば、ナチ的世界觀は刑罰を、嚴酷に、且つ、骨身に徹するものた

らしめねばならぬ(第一四頁)といふのである。だから、威嚇及び應報の意味で、殊に強力犯や風俗壞亂罪や畜類虐待罪の罪人に對しては、笞刑の如き體刑を適用すべきだとするのである。この體刑は、英米にも行はれ、殊に、青年に用ひると威嚇効力が大であるとしてゐる。尙、この外に減食或は斷食罰を以つて刑の苦しみを感ぜしめねばならぬともしてゐる(前掲プロイセン)。この方法はチェッコスロバキヤでも行はれてゐるといふのである。その理由は、一に、上述の刑罰の威嚇力と刑罰の痛い目を思ひ知らしむるためにある(同上第一頁)といふのであるから、われわれは、ただ驚くばかりである。若し、百尺竿頭一步を進め、死刑を公行し、笞刑を衆人に傍觀せしむるならば、焉然、暗黒時代その儘であらう。回顧すれば、フランスが死刑の公行を止めたのも最近である。笞刑あり、リンチ行はれるアリアンの文化、ナチのいふ如く、果して誇るに足るや否や。わたくしは、かくの如き野蕃極まる刑法について、多く批評を須ひないであらう。

それに反し、財産刑において罰金の最高限を取り去ることは、單なる應報思想のためでなく、財産罪に對する豫防のため及び短期自由刑の代りに置かれる限り、甚だ喜ぶべきことである。しかし、この新規定とても、ただ、刑を重くせんがために企てられてゐるのであるから、われわれの考へてゐることはその目的方向を異にし、これが適用に何等の期待をもかけることが出来ないのである。従つて、從刑としての財産全部或は一部沒收についても、その目的上多くの期待を持つことは出来ない。非合法手段によつて收め得た財産を沒收又は追徴する限り、犯罪行為の努力を無に歸することであつて、成人教育とは別に、犯罪豫防の上に効果を有するであらうが、ナチが既に革命以來今日迄實行して來たやうに、反對黨の人々にして國籍を剝奪された者又は被追放者の財産を、叛逆・サボタ

「ジュ・收賄の名の下に没收するのは、暴君政治といふより表現の方法がない。

名譽刑も、亦、從刑とし科せられ、その一を國民權の剝奪、二に官吏能力の否認、三に選舉及び被選舉權の否認としてゐる。これと同時に、外國人やゲルマン族でない者に對する追放が規定されるのである。否、今日、既に一九三三年五月二六日の法による刑法第三九條 a の規定を以つて、知名のドイツユダヤ人或は反對黨の人民が、國民權剝奪・國外追放・財産沒收を蒙つたことは世界周知の事實である。ナチが新刑法の中にこれを採用せんとするは當然といはねばならぬ。

刑罰と關連して、これに近接する保安處分との關係が注意されねばならぬ、覺書は刑罰と保安處分及び改善處分の、決して、混淆さるべからざる旨を強調してゐる(同上第一三頁第二)。その代りに責任無能力と認められた場合には、その各場合につき刑罰以外の處分が科せられるのである。

一、無能力者の治療若くは育成所收容

二、酔拂ひの酒癖治療所若くは斷酒所收容

三、勞働嫌忌者の勞役所收容

四、公共危險ある慣習犯人の保安監視

これがナチ刑法の思ひつきである。一九三三年一月二四日慣習犯人に對する保安及び改善處分に關する法律 (Reichsgesetzblatt, den 27. November 1933, Nr. 133, Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Massregeln der Sicherung und Besserung. vom 24. Nov. 1933) は「ナチの世におくても」リスト思想の没却すべ

からざるを示すものであつて、一部の人はリスト思想の勝利を謳つたことであつた。直接その故なるや否やを知らないが、續いて出版された覺書は、この點に關し自由主義刑法を排斥し、特に、刑罰一元主義を執る旨宣言してゐる。尤も、帝國司法省から出版された慣習犯人に對する法律の主義とするところは、既に、早くからプロイセン司法省の執るところではなかつた。プロイセンは革命直後、一九三三年四月には、早くも、教育刑主義を奉ずる幹部行刑官吏及び刑務所長等を罷免し、累進行刑に關する七刑務所を廢止するに至つたのである。その中には、勿論、プロイセン累進行刑法立案者ゲンツなど居た譯である。さうして、教育刑主義行刑に對する壓迫は続けられた。一時、新聞紙は累進行刑廢止か、などと (vgl. Vossische Zeitung, 29. April 1933) 書き立てたものであつた。プロイセン司法大臣ケールなど、行刑は犯罪に對する嚴酷な武器だから骨身にこたへなければいかぬ、等と新聞記者團をして宣傳せしめてゐるが、好漢惜しむらくは、刑罰の、犯罪に對する殺人劍であるを知つて、その犯罪人に對する活人劍なるを知らないのである。遂に、八月一日には、新プロイセン行刑法が出で、一九二九年六月七日以來行はれた有名な累進行刑法は廢止されることとなつたのである。流行に、その第二條には累進行刑の項目を留むるも、内容は空虚に歸せられたのであつた。このことは、行刑界の大變動に關連して、後述し度いと思ふのであるが、とまれ、刑罰威嚇一本槍のナチ政府は、新刑法においては無能力者にあらざる限り、保安だとか改善だとかの處分を廢し、威嚇し酷い目に遭はして犯罪者の根性をナチの都合のよいやうに矯めようといふのである。シャッフンタインもかなり強くこの點には警告を發してゐる (Schaffstein, a. O., S. 615 ff.)。殊に、刑罰及び保安處分一如の原則はその方向を異にこそすれ、特別豫防主義をとつてゐる自由主義刑法論者が主張してゐるところである。蓋し、この

思想においては刑罰は犯人の性格に比例する改善若くは保安の處分に外ならぬからである。しかるに、應報論者は刑罰の中に犯罪行為に比例する刑罰害悪を見るのであるから、その外に、必然的に、一般に危険性ある犯罪人には、特に、社會的保護處分が適用せられなければならないことを認めねばならなかつた。従つて、二元主義ならざるを得なかつたのである (vgl. Schafstein, aO., S. 615)。この歴史から見ても、フライスラーが何程刑罰一元主義を固持しようとしても、一方ナチの應報論を以つてし、他方國民感情——刑罰に關する限り國民の正義と衡平の感情——を尊重しようとするならば、それは不可能のことに屬する。假りに、慣習犯人や職業犯人が無能力者でないから、保安處分に處し得ないが、さりとて、社會に危険だから、竊盜位のもでも終身懲役に處し、威嚇丈けして改善することを努めず、剩へ、新プロイセン行刑規則の如き假出獄など許さぬといふならば、意氣地なしのドイツ民衆と雖も、心から賛成はしないであらう。しかし、服従を強制される裁判官達は、この非人道・非同胞的な判決を續けてゐる。例へば、カッセルでは本年一月九日、二十七歳になるクリスチアン・ホームマンといふのが竊盜の二犯の故に、その地の參審裁判で有罪とせられ、判事はその累犯なるが故に、四年懲役五年名譽喪失を言渡してゐる。更に、一九三三年八月の慣習犯人に對する法に基いて保安監督を言渡したことは勿論であるが、ただ徒らに嚴酷な懲役の中に四年を送らせることは、當を得ないと思つた識者もあるであらう。一九三三年以來この長期の懲役刑と死刑は毎日毎日新聞紙上を賑はして、國民は刑罰の前に慄へ戦ひてゐる。しかし、ただ、それにも拘らず、革命後一年半の今日、尙、この種犯罪絶へず、威嚇的新聞種の消へぬことはどうした故であらうか。

刑の量定に關しては、ナチ刑法には一層の困難が横たはつてゐる。意思主義刑法もよからう、未遂や共犯を顧み

ないのもよいであらう。その情狀酌量(Mildernde Umstände)の廢止も、犯罪の成立について結果主義刑法こそとらぬが、應報主義を嚴守するといふ以上、徹底してゐるのかも知れない。しかるに、新たに、特に重い場合(Besonders schwere Fälle)と特に軽い場合(Besonders leichte Fälle)を設けて、前者においては死刑や無期懲役迄行けるし、後者においては刑罰を免する可能性あらしめんとするのである。しかも、その特別なる輕重の標準は何によつて定まるか必ずしも明瞭でない。或は『特に強い犯罪意思』とか、『國民幸福の特別に大きな損害』といひ、結局、各個犯罪行爲につき確定されねばならぬとしてゐることであるが、この程度の規定ではその採擇に當つて、最も困るものは裁判官でなければならぬ。覺書は、『今迄の減刑事由が刑罰の對象を行爲でなく犯人としてゐる』から、さうして、その無制限の適用がいけないといふけれども、少くとも、その減輕事由には一定の目的と社會的根據があつたといふことが出來よう。覺書の目的とする如きことには、一定の確固たる寄邊なく、かくては裁判官の困難や思ふべしである。しかも、社會的事情は犯罪及び犯人に情狀の酌量すべく、又、刑罰の加重すべき原因を多く提供してゐる。國民感情は、ナチの『血と地』の感激によつてのみ支配されるには、今日、餘りに複雑であらう。シャッフスタインは、在來の裁判官の刑の量定が本能(Instinkt)によつてゐて基準するところがないと、覺書に追隨してゐるけれども、その本能が現代の科學的・社會的・經濟的素養によつて培はれた法律的本能である限り、熱情的・片方的・過激な數人によつて定められた固定規則に優ること幾倍たるを知らぬ。刑の量定は、それが刑罰の本質と直接關聯するとはいへ、常に裁判官にとつて最も重要・困難なる問題であるから、行刑の本質及び實際と相照應する裁判官の社會的常識に俟つこと大といはねばならぬ。

(チ) ナチ刑法に躍るひとびと

さて、プロイセン覺書について餘りに多くの筆を費したことはあるが、プロイセン司法省一派はフライスラーを第一に、早くからナチで育てられた教授・官吏・裁判官が一塊となつて、ドイツ法律翰林院に勢力をなしてゐる。流石に、有能教授には盲目的に追隨する者はないが、ヴェルツブルグの老教授エトカーや、ツュービンゲンのシヨーテンザック、ロストツクのヘルムート・マイヤー等が、これに組してゐる。

この外に、ドイツ法律翰林院委員で刑法立法に關與してゐる者にナグラがある。彼はブレスラウ大學教授でピンディングの正統弟子であることは有名である。五十を超して赤ら顔の肥つた、餘り大きからざる人である。決して、感じのよい紳士ではないが、ニコニコとして氣輕に誰とでもよく話しまはるのはせめてもの取柄であらうか。前にも述べたやうに、一寸、アシャッフエンブルグと顔が似てはゐるが、アシャッフエンブルグの方が人間味が多く、落ついてゐるやうである。ナグラには交際したことも世話になつたこともないが、若し、そんな機會が與へられたら、アシャッフエンブルグの場合のやうに好感が持てるであらうとの氣もしないではない。

メッガーについては、前に、既に、しばしば述ぶる機會があつたらからこれを略する。ただ、彼がゲョルトナーの下において、刑法立法上の重要人物たることは忘れられることは出来ない。それは彼が政黨者としてのためではない、一人の學者としてドイツ法律翰林院刑法立法部にいささか學問的貫録を與へてゐるからである。

新派の殘骸として特殊な地位を有してゐる者にグライスバッハが居る。彼はウィーンにあつて、伯林のコーラウ

シュと相呼應し、リストの殘した新派刑法の機關雜誌 *Zeitschrift für die gesamte Strafwissenschaft* の編纂に片棒かついでゐたことは周知の事實であるが、ヒットラー政權確立と同時に、オーストリア國粹社會黨に入黨したので、後ナチによつて暗殺せられたドルフス反ナチ首相から、ウィーン大學教授を罷免せられた男である。ところが、ドイツのナチ政府から、その即日、柏林大學教授に迎へられ今日に及んでゐる。このお蔭もあつて、ゴールドシュミットは決定的にフランクフルトに左遷せられなければならぬことになつた譯である。グライスパッハは元の伯爵、毛髪は殆んど白いが、皆短かくしてゐるので目立たない。瘦身長軀、頬骨を高くして笑ふときは、能の爺面の如き相貌を呈する。好々爺でありペレルモ以來甚だよく語つた一人であつたが、學問的議論については面倒臭いといつた態度に見える。彼は有名なアルピニストであるから、愛娘を連れては、アルプス連山を駆け廻つてゐる間に、或は、仙人味といふか、一種の悟を開いたのかも知れない。歐洲人には珍らしい體の瘦せ型と、心持の飄々乎たるところがある人である。

グライスパッハの後に立つものは、同じ新派の驍將コーラウシュである。彼については、既に、IKVの決議の際述べたから省略する。最後に、新派の遺棄、否、寧ろ、反逆者ダム、シャッフシタイン一派のことが述べられねばならぬ。ダムは目下キール大學教授に納まつてゐる。シャッフシタインがライプチヒに、同志の一人エンギツシュがハイデルベルグにと各、新教授として得意になつてゐるのと同列である。この連中は若い學生によつて推されてゐるが、今日これを通觀しても、決して、その思想の元氣あり、青年的、否、ナチ的であるがためとはいはれない。されば、口さがない京童の曰く、全國に澎湃として起つた青年の就職運動を利用して、若い人々が老人を逐つ

た迄だ、と。彼等は、ナチの思想や政治の遣り口に表面反對こそしてゐなければ、決して心服してゐない。唯、學生の前でナチに阿諛する非青年的心情になつてゐるのである。それは彼等が教授の職にありついたのであらう。彼等の中、ゲョルトナー刑事立法部の一委員にあげられてゐる權威刑法の戰士ダムも、また、フライスラーの派ではない。寧ろ、堅實なゲョルトナーと共に事をなしてゐるといはなければなるまい。これら多數の眞面目な阻止によつて、ナチ刑法も幾分その體面を整へるであらうことが希望出来る譯である。

## 七 行刑界における變遷

刑法界における大變革は、それと、唇齒輔車の間にある行刑界における同様なる變動を見なければ止まない。實に、ドイツ法運動は、在來のドイツ行刑界に對しても、大地震をもたらししたことである。

先づ、政治の中心地プロイセンでは、既に、革命直後四月から、刑罰嚴化の宣傳を怠らず、同州司法大臣ケールとその祕書官フライスラーとは、交々、新聞報導部に働きかけたのである。この頃コットブス(Kottbus)の釋放刑務所を初め七ヶ所の累進刑務所が廢止せられ、多くの教育刑主義遵奉官吏が齧首せられた。そのプロイセンの模様を概略述べて見よう。

### (イ) プロイセンにおける近代行刑制度の排撃

一九三三年四月二十二日ケールの所謂『累進行刑の廢止若くはその根本的改造』の理由は、累進行刑が、今日迄

の實行に鑑みて、何等實效を納めてゐないといふに基くのである。従つて、『行刑の指導原則としては、犯罪人を、個人的責任感、並びに國民共同の要求に對する無條件義務履行の意味における意思力を打ち込むことによつて、教育する必要を強調するのである。これを、一九二九年六月七日の累進刑執行法第一條第三項における、その指導思想とも見られるものと比較すると面白い。曰く、改造の目的は『合法的・秩序的生活へ在監者を教育することである。在監者が國家的及び社會的になるやう指導感化するためには、その意思を表面的利益に差し向けることのみならず、勞働に對する意思自體を得ることが必要不可欠である……これがためには漸増的に責任が課せられることが必要である……』といふのである。これで見ると、ナチのいふところは、少しも前の累進刑主張者のいふところと異つてはゐない。だから、フォッシュ新聞が喜こんだやうに、これのみによつて見ると、ナチ立法者達も、抑壓的な (Repressiv)、即ち、強制と威嚇の上に建てられた刑罰執行の理想は破り捨てられ、リープマンの所謂、『建設的的制度』 (konstruktives System) を教育的建設作業の上に進める積りに違ひない。さうして、ただ、如何なる方法が現在の累進行刑規則に代つて選擇されるかの問題が期待される譯であるのである (Vossische Zeitung, d. 27. April 1933, 'Umgestaltung des Strafvollzuges')。しかるに、四ヶ月の後に出了たプロイセン行刑規則は、瓢箪から駒以上の驚きとなつて現はれたことである。それは後述するやうに威嚇と強制の一點張りである。その年の四月迄には考へ得られなかつた強制と威壓の失色による意思力の養成が、法規として發表せられた。しかし、この規則が發布された八月一日には、一人も驚きの聲を發した人はない。最早、こんなこと位には驚かない位ドイツ人は麻痺したのか、或は、驚きの聲を發すること自體が強制と威嚇で禁じられて仕舞つたからである。例へば、前に、

新行刑法が如何なる方法を採用して、累進行刑を完成するかを期待してゐたフォッシェ新聞は、八月三日に田舎者が初めてシェークリームを嚙んだときのやうな妙な感じの社説を書いてゐる。勿論、當時、既にウルシタインは總退却し、主筆は代つた後であつたが、流石にこんな規則には餘り見えすいた阿諛も出来なかつたと見える。唯、ヒットラーのフェルキッシャー・ベオバハターなどが、ひとり、今にも犯罪が無くなるやうなことを書いてゐた。

その頃におけるケールの宣言によれば……今や刑罰執行は斷乎たる堅實さを以つてなされる。これに反し、今迄の誤れる人道主義的思想 (falsche Humanitätsgedanken) に發したイデオロギーは、屢々軟弱・寛容化して仕舞つてゐる、と。勿論、わたくしは、ここでは、各個々の問題について、過失や不結果が生じたか否かを論ずることを得ないが、プロイセン累進行刑法が、決して單なる戦後心理やマルクス主義的感情の所産として見らるべきでないことは、識者の認めたところである。累進行刑は一八四〇年英國 (オーストラリヤにこれより先に行はれたともいはれる) に生れて以來、近代行刑組織をなすに至つたのである。アイルランドにおける五十年、その後アメリカの行刑専門家によつて研究實驗せられ、アメリカにも移ることになつた。一八七〇年のシンシナティー行刑會議で、この累進制は、先づ理論的ではあつたが、公にアメリカ行刑の原則の中に採り入れられたのである(原則宣言 第一八)。その第一の實務上における實施はニューヨーク州エルマイラの改良刑務所でなされつつあつた。ドイツの學者や實務家は主としてここで累進行刑を學んだといはれる。それが、一九一二年八月一日モーゼル河畔にあるウィットリッヒ少年刑務所で執り行はれることとなつたのである。プロイセンを先頭に、各州も、亦、これに倣つたことはいふまでもない。次いで、戦後一九二五年一月二日の規則で、プロイセンは、試験的に、全プロイセン刑務所に累進行

刑法を實施し、その結果良好なりと見て、この經驗に基いた累進行刑規則が一九二九年六月七日に發布せられ、これが革命前迄行はれて來たのである。(累進制度沿革その他については、牧野博士『刑法研究』第四卷 刑事政策に關する若干の問題第三一一頁以下、正木學士『自由刑執行の累進制度』志林第二五卷第六號乃至第十號、木村教授『刑事政策の諸問題』中これに關する研究等、詳細な勞作がある。)

抑々、この點については、ダムム、シャッフштаインも累進行刑の他に優るを認めて稱讚してゐる(Dahn-Scha-fstein, aaO, S. 18)。このたたへられた刑務所及び刑務局長といふのが、チューリンゲンのそれ等であり、フレードその人であるのである。チューリンゲンは州長に現内務大臣フリックを出した位のナチの本場であつた。それが、この累進制度において彼等のたたへる好成績をあげてゐたのである。ところが、革命後、この二人の若輩は、自分が教授になれば前説などは知らぬ顔で、チューリンゲン行刑界における大變動を、一言の挨拶もなく見過してゐる。殊に、その中でも彼等の所謂模範刑務所ウンターマースフェルド(Untermassfeld)の所長クレブス(Krebs)はその人道自由主義的思想が崇つて職を奪はれたのである。アイゼナツハ少年刑務所の所長ボンディーが同じ運命に遭遇せねばならなかつたのは、又、當然であらう。如何に、ナチの人々が無節操・無定見であり、鬼畜の如き心を有してゐるとはいへ、苟しくも、學識を以つて立つ彼等ダムム輩が、その後、この行刑問題について挨拶をしてゐないことについては、學者間眉をひそめる者が多い。ナチ學徒にして然り、況んや俗吏に至つては、その無恥・豹變驚くに堪へたものがあるのである。

例へば、八月一日にプロイセン新行刑法が發布せられて二週日、八月十四日、伯林プレツチェンゼー刑務所所

長バカノ (Vacano) が一新聞記者に語つたところは、寧ろ、噴飯事といはれるほどのものである。

曰く『新らしい嚴酷な一陣の風が官房を吹きまくつてゐる。その風は、また、一九二九年に慈悲深い理論家連中が赤本 (Rotes Buch)——ナチの薦色本に對す——の中に規定した机上の空論を吹き飛ばした』。といふのであるが、その先が滑稽で、自ら無節操を白情してゐる。『われわれ刑務所長は、當時、司法省の意嚮に反對したが駄目であつたので、無駄ながら『人道』行刑の實現を命令した。何の役に立つたか——狡猾な惡漢 (Ganove 伯林語) が、當時の行刑上の有難い賞遇を利用して、自分に適用させようとする惡計の振出しをなす第一番目の奴であつた。「道義的」影響も、若し、在囚が善行の故に得た七日の休暇を、何處かで泥酔して捕えられるための梯子飲み (Bummeln) に使はれるとすれば、しばしば、滑稽な酔醒 (Nachgeschmack) を生ずるものである。職業的詐欺罪で、第三階級迄昇つて行つたことを知つてゐる奴は、一般に、十四日の休暇を、釋放後、再び、直ちに、より大きな惡事を始むること以外には使用しないものである』と。

かくの如く、自己の威嚴を嚇して示す外、心のない所長の下に、累進行刑であらうが、何行刑であらうが成功する筈がない。それ程、惡漢の惡計あることが明らであるに拘らず、尙且つ、これを防止し眞の累進行刑の目的を達しようとするめなかつたバカノの如きは、彼の所謂、惡漢以上に狡猾であらねばならぬ。その所長たる重職を辱しめ、主義相異る二政府に節操なき惡罵と阿諛を以つて對するにおいては、共に食祿を盗んでゐる譯である。

記者の『さうすると累進行刑は決して役に立たなかつた譯か』との突き込みに對しても、次の如き答をしてゐる。『この寛大な形式では兎に角、皆無であつた。それでも、前科者でない場合には役に立たう。蓋し、國家は第一に

名譽感情に基いて感化しようと試み、且つ、よく、凡ゆる刑務所に起る悪玉の悪感化からこれを免かれしめようとしてゐたからである。特に、新入り (Neueins) は地方別に特別な刑務所に收容するのである。その他の場合、三回も四回も刑罰を受けた老惡漢の凡てが、確かに、凡ゆる種類の賞遇によつて、直ちに、有用な社會の一員になると思つてはならない。勿論、正に——彼を再び社會の一員となす機會は與へられてゐるであらう。國家は道義的感化によつて救ふべきものを救ふ可能性を決して放棄はしないから。しかし、若し、フットボール競技をなさしめ、午後囚人同志を俱樂部で遊ばせ、自治を許し、副菜 (Appetitappchen) や特別食事が給せられるならば、兎に角その目的は達せられない。とまれ、囚人から受刑の意識がとり去られた場合には結局私生活よりもよいものと思はれるからである。』

『然らば、囚人の自治と同時に各階級におけるその他の賞遇も皆無くなるのか。』

『刑務所における自治など、凡そ、意義ない。今日迄も、たかだか、作業團體の構成に使はれた位のものであるが、それも、最も喋る奴が、指導者となり、他の者を暴壓したことである。告口と不平とがその結果であつた。刑罰は、人々が避けねばならぬ害悪であるとの見地での遂行は、ただ権力によつてのみ考へられる。遞減式階級行刑は、單に、特別刑務所における初犯者にのみ適用し、その他の者には除外することによつて統一的執行が可能になる』と。

この不眞面目な行刑官吏の態度が、常に、今日まで、プロイセン行刑の効果を減殺してゐたことは明かである。自らの全人格的努力を怠りながら、以つて、在囚の改善を計らんとするならば、その感化の及び難きこと敢て犯罪

人たるを俟たないのである。わが邦の岡部學士が巢鴨累犯刑務所所長（現大阪刑務所所長）として、累犯囚改善の希望を失はず、眞摯なる努力を続けられつつあることと（同學士『行刑に就いて』刑政、昭和四年四月號參照）比較すると、思ひ半に過ぎるものがあらう。クロイーネのいつたやうに、刑務所長は教育さるべきではなくて、發見せらるべきものであるとの言葉も、ここに思ひ合せられることである。

### （ロ）新プロイセン行刑規則

しかうして、その新プロイセン行刑規則とは、果して如何なるものであらうか。前述の如く、該法は一九三三年八月一日發布にかかる新行刑に關する規定四十三條と恩赦法三十一條とから成つてゐる。フライスラーの説明によれば要約次の如くである。

『刑罰は再び眞實の刑罰にならねばならぬ。刑罰は瀆罪の性質を帯びねばならぬ。今日迄の行刑法はこれを明らかにいひ現はしてゐなかつた。行刑は、爾今、檢事の手に委せられる。プロイセンでは今日迄の行刑官廳は解散せられる。刑罰執行を實行することは國家の事務、實に、國家の檢事の事務である。同様に恩赦事務も將來は檢事局に屬する。檢事局は、單獨で、國家が刑罰請求の遂行を抛棄せんと欲するや否やを決せねばならぬ。

行刑は今日迄、それに期待した効果を擧げてゐない。故に、行刑の嚴酷化が招來される。行刑は刑罰の目的が達せらるやうに實行せられなければならぬ。受刑者は更に犯罪を犯さないやうに、行刑によつて威嚇せられねばならぬ。刑罰への恐怖心が再び效力を發せねばならぬ。故に、新行刑規則は累進行刑（Vollzug der Strafe in Stufen）

をも拒否する……。

今日迄、懲役と禁錮とは非常に混淆されてゐた。これは根本的に變へられねばならぬ。刑罰執行は、少年囚の場合と成年囚の場合とで本質的に異つて實行せられる。少年囚の場合には改善される概然性(Wahrscheinlichkeit)が存する、さうして、しかるが故に、刑罰服役中、教育に大きな意義が置かれる。教習作業場では少年は規則正しい作業に教育されねばならぬ。……

刑罰執行は嚴酷、且つ、正確でなければならぬ。刑罰囚の生活は、失業者のそれよりよくてはならない。失業者は自己の罪なきに労働市場から排除せられた者であるからである。ただ、行刑が嚴酷に峻嚴に遂行せられてのみ、犯罪は減少せられ得るのである。』

しかうして、行刑の峻嚴化は如何なる形で現はれたか、左に二三の條章を摘録して、これを示さう。

先づ第六條行刑の任務を見る。曰く、

『刑罰の執行によつて、受刑者（在監者、以下同じ）は國家法律秩序の干犯を、害惡の肝に銘ずる底に形成されてゐる自由剝奪によつて、償はねばならぬとの嚴肅な意識が、永久に、喚起されねばならぬ。新たな可罰事件によつて、行刑の害惡を再び忍ばねばならぬとの嫌惡は、行刑の方法を通じて受刑者の心中に生々しく刻まれなければならぬ。かくして、改心するに至らざりし犯罪者においても、亦、それが新たに犯罪行爲をなさんとする試みに對し一の阻止物となる底のものでなければならぬ。これと共に、目的自覺的紀律嚴守・勞働慣習・實務履行及び宗教的・道德的・精神的感化の試みが必要である。これら目的は嚴肅な、假借なき、公正な嚴格さを以つて遂行される

べきものとする。』

次に、行刑作業に關する第一六條を見る。

『作業は紀律ある有效な行刑の根基である。法律により、作業の義務を課せられたる受刑者は、凡て、技能及び體力に従ひ、給付するを得るものを實行せねばならぬ。作業の選擇に當つては、刑務所外職業の被害を避くるの見地を第一とすべきである。荒蕪地の開拓は特別に重視すべきものとする。所内作業には、手工業を増進すべきである。女囚は、特に、家事的作業に従事せしむべきである。受刑者に課した作業の収入は受刑者收容費の一部補填として國庫に入る。受刑者のために、給付した勞働に對して作業賃銀 (Arbeitslohnung) を積立てる。但し、受刑者には積立金額の支拂を請求する權利は與へられない。』

第二二條には骨抜きにせられた累進行刑規則の殘身が見られる。

『初犯者收容刑務所の禁錮囚が九月より長期の刑罰に服せねばならぬ限り、その刑罰は、階級的に執行せられる。階級行刑は、その任務として、受刑者の意思を激勵し緊張し、且つ、受刑者のため、この意思強調的自力訓育活動 (willensbetonte Selbsterziehungsbarbeit) に有用な目的、及び受刑者が自己自身の努力によつて達し得る目的の設定によつて、嚴格な自己訓練に向つて鍛へ上げるのである。その全力集中への、この常住的喚起は、受刑者の義務履行及び彼に定められた要求への服従に對する道義的意識を覺醒し、堅固にし、且つ、彼の國家及び國民共同のための態度において、その釋放後に及んでも、指針的且つ永續的感化を與へるべきものである。この目的のために、三階級が定められる。受刑者は最初、階級一に入る。勤勉と十分な作業成績により、眞面目な自制的な全舉止によ

り、秩序ある生活 (Führung) に注意する意思を示した者は、階級二に進む。若し、彼が階級二においても、更に、よく自己を保ち、且つ、彼の全舉止により將來合法的生活を期待することが出来るならば、階級三に進む。昇進期間は最短六月とする。しかも、階級二への昇進は刑期の四分の一、階級三への昇進は刑期の半分に服した後でなければ許されない。』

累進制度は、かくて、全然、禁錮刑初犯者に限られ、しかも各階級間の昇進は極端に制限されてゐる。かくの如きは、累進行刑の規定ありといふを得ざるに等しい。況んや、次掲の如き賞遇が許されたるのみにて、累進制度に不可欠な假釋放の見るべきものなき限り、殆んど有名無實である。實に、該法が受刑者の教育的効果を否定する限り、寧ろ、累進制度など、在來制度の眞似を全廢して眞個の自己價値を他日に問ふべきであつたらう。その威嚇行刑の眞個の無價値は、數世期に互つて最早十分なる試験濟であつた筈である。この愚劣 (Bana) な法と、前プロイセン階級行刑法との優劣は、僅かにこの一點において既に明らかである。

累進制度の言葉と密接な關係にあるから、次條の賞遇についての規定を舉げて見よう。

『行刑中における賞遇 (Vergünstigung) は全く特別な例外でなければならぬ。それ故に、その許與の適應性は、特に、これに注意深く検査すべきである。行刑の目的及び受刑者の個性の顧慮の下に絶へざる勤勉及び善行ある場合には、刑務所の秩序と保安と相容れ、害惡としての刑罰の本質と相一致し得る底の賞遇は、所長によつて、漸時に順序を逐つて與へられることが出来る。賞遇は刑罰を輕快に (angenehm) してはならぬ。寧ろ、受刑者の將來の生活態度に關するその目的において設けられなければならぬ。受刑者が賞遇を濫用し、或は、彼がそれを受くる

に値しないことが分明になつた場合には、刑務所長はそれを剝脱或は制限する。嗜好物は賞遇として許されない。』  
第二四條懲役刑に關する規定以下、内容は、勿論、用語にもプロイセンの半俗語を用ひ、素人理解のためといふか或は亂暴といふか、思ひ切つた規定がなされてゐることであるが、ここにはこれを略する<sup>(\*)</sup>。われわれは、かの刑法、この行刑法が、季年ならずして如何なる影響を犯罪現象の上に齎らすかを刮目して見るだけである。

(\*)ただ、ここに附言するを忘れ得ないのは、一九三三年五月初めにおける確信犯人に對する特別處遇廢止である。これは、周知の如く、一九二三年六月七日『自由刑執行の原則』第五二條に規定されたものであつた。前に、ライヒ司法部のイニシアティブに各州が賛成して出來たものであつた故でもあらうか、今度の廢止もライヒ司法部大臣が各州政府の同意を得て行つたことである(ライヒ法例報二三二頁)。とまれ、ナチは政治・宗教・道德の確信においてナチに反する者を、疑はしきはコンチエントラチオンスラーガーに、確定したるは懲役又は死刑に處して、その全威力を示してゐるのである。革命直後とはいへ、ここにドラコン法の再現を思ふは、わたくしばかりではあるまい。

× × × ×

ローマは、コンスタンチン以來、その暴虐の故にローマ法を失つた。ローマ法は、漸く、ドイツに復活した。ローマ・ギリシャの法を究めんとすれば、ナチ革命前のドイツに學び、その文獻によるの外なかつた。今や、ゲルマン法・ギリシャ法ローマ法の合成ドイツ法は、ナチの權威によつてドイツを逐はれつつある。ドイツ法よ何處に行く。季年ならずして、ドイツ法はわが邦古來の民族精神と合體して、わが邦にのみ識られ得るのではあるまいか。

昭和九年九月三〇日　　ゲルノーブルにアルプスの初雪を眺めつつ。

## 附 記

一九三八年十一月二十一日、師ラートブルフは滿六十歳になられる。ナチの世の中では家庭内の淋しい祝賀がとり行はれるだけであらう。わたくしが、ささやかながら、しかし、滿腔の敬慕の情をこめて、ここに、その還暦を慶祝せんとするのはこれがためでもある。本稿をその一端としたい。師ラートブルフに對するわたくしの敬愛は、今も昔も、少しも變るところがない。本稿は、實に、その昔、わたくしが師に對し、ドイツ法學に對し、抱いてゐた感情であるが、今日も、尚、變ることのない感懐である。ラ師の還暦祝賀に當り、本稿を法學研究を通じて、師に奉呈することが出来るのを、この上もなく光榮とし欣快としてゐる。これを愆愆し許容して下さつた法學研究同人の諸兄に厚く感謝しなければならぬ。同時に讀者諸賢も、わたくしの衷情を寛容されむことを祈るものである。

ラートブルフは、常に、みづからいはれてゐたやうに、ナチの政權下において、天をうらんでゐない。しかし、ドイツ刑法學の最後の人であることを、よく、自覺し自任せられてゐる。リスト刑法學を全感覺を以つて體得してゐる者の最後の人であるといはれるのである。それかあらぬか、ラ師の最後の勞作はリストの傳記でなければならぬとなし、日夜これに全勢力が集中されてゐるのである。前に、フォイエルバッハの美事なる傳記を出されたことは、わが邦でも木村教授やわたくしの報じたところであるが、かくて、リスト傳の麗はしかるべきは、今より、既に十分期待され得るのである。

ここに、更に、附記することが許されるならば、本稿は、わが邦における師、牧野博士へわたくしが、先年歐米留學中、はるばる書き送つた報告であつたのである。先生とラートブルフとはリスト同門の弟子であり、共に刑法學界における世界的曉星の一つである。しかも、同年に生れられた奇しき因縁つきざるものがある。この二人を同時に師と仰ぎ得たわたくしの幸福は、これに超したことはない。さるにても、牧野博士が、この春、三冊もの祝賀論文集を以つて法律學界の

各方面からその還暦を慶祝せられたのに對し、ラートブルッフの六十回生誕紀念日の何と淋しきことか。東に學界未曾有の華やかさが訪れる同じ年、西に凋落困窮が見舞ふの、運命といふには餘りには、はげしき世の有様である。

一國の創業時代には、凡ては權力適用の具とせられることが多い。ナチの法律も權力行使の要具でもあつたらう。革命當初は、法の理想、ドイツ法律學自體の威容は保持せられたとはいへなかつた。法律は國民を保護する一面を忘れた。否寧ろ國民を綱する努力に向けられたのである。とまれ、かくして、ドイツ法律學は亡びたのである。これは革命を知らないわれわれには考へ得られないことである。しかし、革命の餘波が靜まり民意が落つた今日では國の權力は對外的に發揚せられる迄になつてゐる。師ラートブルッフも靜かにハイデルベルグ山麓に著作に耽つてゐられるとのことである。革命後五年、本稿に述べた學者の身邊にも多くの變動があつたのであるが、追完することを止め、當時の目まぐるしき状態にとどめよう。失意の人、左遷・失脚の者も、國內に留まる限り、新しい生活の緒についてゐる。と同時にゲームの如く若冠三十二三歳で、その後キール大學總長に任命せられたが、昨年當初は、既に、未だナチ性十分ならざるためか罷免せられたとのことである。得意に興奮せる彼にも、平靜に、ドイツ法學本來の面目に復歸する機縁が與へられた。專心研究に邁進してゐることであらう。しかし、これらは凡てここには割愛することが許されたい。

昭和十三年十一月二十一日思ひを遠くドイツに走せ、心にラ先生の還暦を祝賀しつつ

秋日窓に燦たる國立研究室にて

筆者