

◇ 資 料 ◇

現代史と教育研究会編

『あの時の不法は今では法の隣にいる？
——国家社会主義と法学教育のための読本』

本 田 稔* (訳)

目 次

序 論	
第一章 基本法 3 条 3 項 1 文 人種差別の禁止	
第二章 治療者法 1 条 国家社会主義の治療者法の遺産	
第三章 公共の安全と秩序を保護するための法律 3 条 警察法の一般条項の 国家社会主義的解釈——ビル・ドゥリユースの教科書を例に	
第四章 裁判外法的扶助法 3 条 弁護士職業上の権利	
第五章 建築基準規則 9 条 建造物の建築	
第六章 条約法に関するウィーン条約 国際法における強行規範の歴史	
第七章 少年裁判所法 16 条・17 条 2 項 少年の自由剥奪：拘禁と刑罰	
第八章 刑法 25 条 正犯なのか、それとも共犯なのか？ 国家社会主義の権力犯罪の訴追と刑法的関与形態を区別する意義	
第九章 刑法 28 条 1 項 国家社会主義不法のための「時効恩赦」	
第十章 刑法 66 条 保安監置 国家社会主義の遺物？	
第十一章 刑法 211 条 「謀殺者とは……」	
第十二章 刑法 218 条 以下 堕胎罪	
第十三章 刑法 265 a 条 国家社会主義不法としての無賃乗車	
第十四章 刑法 316 a 条 事例を契機に制定された刑事立法 国家社会主義の「自動車強盗法」	
第十五章 刑法 361 条 3 号 ホームレスの社会的排除	
第十六章 民法 138 条・242 条 一般条項と国家社会主義における意義	
第十七章 民法 932 条・935 条 紛失と競売人の特権	
第十八章 基本法 19 条 4 項・20 条 3 項 法治国家における警察問題	
結 論	
訳者のあとがき	

* ほんだ・みのる 立命館大学法学部教授

過ぎ去ったものなど何一つない。

あらゆるものが現在でもそのままであり、

それらはどれも再び将来においても起こり得る。

フリッツ・パウアー（1964年）

序 論

ノラ・アウエルバッハ／ヴィクトリア・モシディアス／
ヨナタン・シュラム／クリストフ・シューフ／
ヨーン・フィリップ・トゥーン／コーラ・ヴェーゲムント

Vorwort: Nora Auerbach, Viktoria Moissiadis, Jonathan Schramm,
Christoph Schuch, John Philipp Thurn und Cora Wegemund, S. 10-13.

1942年1月20日。国家社会主義国家の高級官僚の代表者たちが、ベルリン西部のヴァンゼー地区の別荘に集結した。15人の出席者のうち9人が法律家であった。この日の会議で飛び交ったのは、「組織化」、「調整」または「在庫」という言葉と概念であった。最初は、無害な行政用語や法律用語のようにしか聞こえなかった。しかし、出席者が何のために会議を開催したのかが徐々に明らかになった。会議の目的は、ヨーロッパ・ユダヤ人の国外追放と殺害を討議することであった。それを実行するために特に重要であったのは、ユダヤ人と認定されるのは誰なのかというユダヤ人の定義であった。何をどのように組織化し、また調整するのか。どれほど在庫があるのか。行政機関がこの実務の遂行を決定するにあたって大前提であったのは、ユダヤ人の定義であった。その定義に基づいて、最終的に「ユダヤ人」として一括りにされた人間が選別された。その実務には、国外追放、財産没収、そして絶滅という措置が結び付けられ、それらは全てその人々に対して講じられた。アドルフ・アイヒマンによって著されたいわゆる「ヴァンゼー会議」の記録は、暴力とテロが法律用語を用いて実行されたこと、そして法を隠れ蓑にして、中立性を装った概念によって覆い隠されて実行されたことの証言録である。

この小冊子は、この中立的な概念によって覆い隠されたものを暴くことを目的としている。我々は、（駆け出しの）法律家に対して、（今ある）法規定を批判的に検討するよう動機づけようと思う。我々は、法を学び、法曹養成課程に進む全ての人々が、法律の解釈と適用の方法を習得するだけでなく、それが政治的イデオロギーのために濫用された歴史を考察すべきであると考えている。本書には様々な著者の論

稿が掲載されている。不法がいかにして法の手を借りて始められたのか。そして、それがいかにして繰り返されようとしているのか。これらの論稿によってそれが理解できる。過去において法の名の下に犯された罪と向き合うとき、問題になるのは自己完結した法の歴史だけではない。過去の法の歴史が現在の法学と法実務にどのような具体的・実践的な効果を及ぼしているのかもまた問題になる。イルゼ・シュタッフは、1964年に編集した資料集『第三帝国における司法』の序文において次のように記した。

「この資料集の持つ意味は、ただ次の点においてある。この法律観、この法律、この判例は、いかにして成立し得たのか。法治国家から不法国家へと再び同じように、また似たように展開することがあるとするならば、いかにすればそれを防ぐことができるのか。本書を読めば、それを考察する意欲が出てくるはずである。本書の意味はこの点に尽きる」。

シュタッフの考えを深く理解するために、それに関心を寄せる人々が様々な法分野から名乗り出てきた。2023年に集まり、一つの研究会を作った。そのきっかけになったのは、2022年1月1日に施行されたドイツ裁判官法 (Deutsches Richtergesetz [DRiG]) 5a 条の条文変更であった。この変更によって、ドイツ裁判官法 5a 条 2 項 3 文は次のことを明らかにした。「必修科目の教育は……国家社会主義の不法と社会主義統一党独裁の不法に取り組むことによって行わなければならない」。

国家社会主義の支配が終わって76年経った時点で、立法者はようやくこの改正によって法曹養成課程において国家社会主義国家の(不)法史に取り組むことを位置付けた。フライスラー、マウンツあるいはパラントなどの人物がいったい何者であるのかを法学部生に教えるかどうかは、今日まで個々の教科書に委ねられてきた。国家社会主義国家は法治国家だったのか。国家社会主義の規範のうち、どのようなものが今日でも存続しているのか。ヨーロッパ・ユダヤ人、政敵、シンティとロマ、奇異な人々、肌の色の異なる人々、障害者または「反社会的」という烙印を押された人々、その他の少数派に属する人々に対する迫害と絶滅が、法の手を借りながら、いかにして形を変えて進められたのか。我々の多くは、修学課程においてこの問題を議論してこなかった——反セム主義、人種主義、その他のイデオロギーと向き合ってこなかった。例えば、ゲッティンゲン大学のある研究者は、そのことを次のように批判した。

「あの過去と向き合うことが、法学においても徐々に行われるようになった。それによって示されたのは、ある集団の排除が結局のところ最初の亀裂を生んだ発端であったということである。講義室においても、過去と向き合わなければならない

が、支配的な学説でそれを行っているのはほんのわずかである」。

このような問題を議論してきた学生運動の長い歴史がある。法律家と「褐色の大学」の「過去はいかに克服されたのか」、その法律史は清算され、和解に至ったのか。法曹養成課程において、それを批判的に記憶する文化は形成されたのか。我々のプロジェクトは、その運動の延長線上にある。国民の中で、民主主義を脅かす急進的な右派勢力が台頭しつつある。司法界の一部には、ドイツにおける不動の民主主義に疑念を抱く者も現れている。法学と法実務は、彼らから新しい挑戦状を突きつけられている。

過去に、法律家によって、法の名の下において何が行われたのか。それに向き合うことは、立法者、司法試験考査委員、大学教授だけの責任なのか。我々はそのようには考えない。それは法学部生の責務でもある。我々個々人は、誰もが（将来の）法適用者として、特別な権限を持つこと、歴史とともに生じた責任を自覚すべきである。

我々のプロジェクトは、ドイツ裁判官法5a条が義務の履行に留まるのではなく、それが法と一般社会の関係を考察する結節点になることを目指している。ベンヤミン・ラーウセンは、本書掲載の氏の論稿において次のように強調している。

「規範的な作業は、原理的には歴史に対して盲目である。しかし、まさにそれゆえに、その作業は歴史に対して無責任であってはならない」。

本書の論稿は、国家社会主義において導入され（刑法316a条）、国家社会主義によって解釈され（民法242条）、それゆえに確立されるに至った（基本法3条3項）規範を前提にしている。そこでは、規範の歴史的脈絡と解釈のみならず、1945年以降の規範の（不）連続性が問題になる。いずれの論稿もその末尾に補足資料として参照文献を挙げている。その一部には歴史的な資料もあるが、大部分は連邦共和国の法学文献である。それらは読者が知識を深化させるのに役立つ。

この試みに関わった執筆者に感謝申し上げます。本書が出版できたのは、次の人々と団体のお陰である。ベンヤミン・フィッシャー氏、シュテッフェン・ヨブスト氏、アルフレート＝ランデッカー財団、そして我々の研究会の協力者、「パラント」（現在の名称は、「法学における批判的記憶の文化のためのイニシアティブ」に改められた）、ポッドキャスト「ほら、右側をごらん」、さらに社団法人「フォーラム：司法の歴史」に感謝申し上げます。

「学問と法の価値に関して大いに疑問を持つことは、……成長途上にある法律家が自己を認識するにあたり、計り知れないほど警告の意味を持つであろう。なぜならば、良き法律家になりうるのは誰かという、それは成長途上の、実直な良心を

持った法律家だけだからである」。

我々は本書の読者に対して、グスタフ・ラートブルフのこの言葉を贈る。本書を読み、読者が熟慮へと足を踏み入れることを願ってやまない。

コメントと批判をいただける方、また本書を推薦していただける方、メールでの連絡をお願いする（メールアドレスは、ausbildung@forum-justizgeschichte.de）。我々のウェブサイトは、www.readerunrechtmitrecht.de。本書の見本の注文も受け付けている。

文 献

Vertreterinnen und Vertreter der Juristischen Fachschaft: Studentisches Nachwort, in: Dreier, Ralf/Sellert, Wolfgang (Hrsg.): Recht und Justiz im „Dritten Reich“, Frankfurt am Main 1989, S. 355-357.

Redbruch, Gustav: Rechtsphilosophie, Leipzig 1932, S. 106 f.

Staff, Ilse (Hrsg.): Justiz im Dritten Reich - Eine Dokumentation, Frankfurt am Main 1978.

第一章 基本法 3 条 3 項 1 文 人種差別の禁止

ドリス・リーブシャー

Doris Liebscher, Art. 3 III 1 GG Das Verbot rassistischer
Diskriminierung, S. 14-17.

一 「人種」はいかにして基本法に受容されたのか

基本法 3 条は、その 1 項において平等原則を定め、それと並んで 3 項において差別禁止原則を定めている。そこに記述された要素や実際に備わっている要素を理由に社会的な力関係において特定の人々を冷遇することは禁じられている。「人種」が国家社会主義に対する反作用として基本法 3 条 3 項 1 文に受容されたという点において法学文献では一致を見ている。基本法制定議会の審議会において、平等原則に関して議論が行われ、それが記録された。しかし、ニュルンベルク法を参照したものは一つもなかった。人種主義犯罪や反セム主義犯罪に言及したものも少ししかなかった。ミヒャエル・ザックスはこの点について、「基本法 3 条 3 項に関する資料では人種に言及しているものは全くないが、それが人種差別の無条件の禁止を意味していることは疑いない」と解説しているが、資料を見れば分かるように、この主題を遠ざけ、できるだけ早く忘れたいという願望があったことは明らかである。

憲法の人種差別禁止を決定づけたのは、連合国の圧力であった。1945 年 9 月 20 日

の管理委員会法第1号の公布によって、ニュルンベルク人種法は無効にされ、「人種……を理由として、人を不利益に扱う」ドイツの法規定はもはや適用されないとされた。それに続いてラント憲法、例えばベルリン州やヘッセン州の憲法が公布された。それらは差別禁止条項を設け、基本法3条3項の模範としての役割を果たした。

二 人種主義的知性の連続性

1949年5月8日に基本法が成立した。それに伴って「零時刻」という観念が主張されるようになった。しかし、それとは裏腹に反セム主義・人種主義は建国当初の連邦共和国の知性から一掃されることなく、知的倉庫に積み上げられたままであった。国家社会主義によって迫害された人々は保護されるはずであったが、脇に置かれた。基本法の産みの親たちは、基本権に関する議論に際して黒人のことをアルファベットのNの記号を用いて表した。シンティ（Sint*zze）とロマ（Roma*nja）のことを「災いの種を蒔く流浪の民」、「生まれつき放浪癖のある人々」、「反社会的人間集団」として描いた。基本法の起草に参加したヘルマン・フォン・マンゴルト（キリスト教民主同盟）は、議会の審議会に設置された基本問題・基本権委員会を「北欧系の人種」および「黒人系の人種」の部会と異文化理論の部会に分けた。フォン・マンゴルトは、シンティとロマに着目して、「この人々の生来の自然的な差異を理由として」、「一定の法的な特別規制」を設けるために発言した。彼は、国家社会主義の時代、公法学の大学教授であった。ニュルンベルク人種法には「高貴な倫理的目的」とありと証言し、「固有の血統と異人種の濃い血統が混じり合うことによってもたらされる危険」を回避するよう警告した。最も重要視されている基本法注釈書の一つは、2023年まで彼の名を冠していた。それがフーバー＝フォスクレーンと改められたのは、2024年の第8版からである。

2000年代に入るまで、注釈書では「人種」には差別的なZのアルファベット記号が用いられてきた。それには今日まで「有色人種」と「混血種」という特徴が与えられ、人々もそのように認識してきた。そこで問題にされたのは、当事者自身の特徴ではない。実は、人種主義の言語的産物が問題なのである。国家社会主義体制は、ドイツの植民地主義を継承した。その時代から人種主義の言語的産物が受け継がれてきた。それが問題なのである。今日、「人種」は多くの注釈書において、「一定の現実的または推定的な生物的遺伝要素を伴う集団」として定義づけられている。しかし、それは国際人類学、人間遺伝学と人種研究に明らかに合致しない。世紀の転換期以降、文献では生物上の人種理解から距離を置く傾向がより明瞭に示さ

れるようになっている。さらに、国際的な場で行われた議論によって結束を固めた人種主義批判法学がドイツにおいて発展している。人種差別禁止は基本法において明記されているが、国際的・学際的な議論に関わらせて言うならば、「人種」とは何か、その概念はどのようなものかという問いに対する回答はまだ得られていない。その概念の空白は基本法の規定によって補うことも、またそれによって取り替えることもできないし、そのような議論は反論にさらされている。

* ドリス・リープシャー 政治学博士。フンボルト大学オットー・シュール政治学研究所研究員。2020年以降ベルリン州反差別法オンブズパーソンの活動に従事している。

文 献

- Barskanmaz, Cengiz/Samour, Nahed: Das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse, Verfassungsblog v. 16. 6. 2020, www.verfassungsblog.de/das-kriminierungsverbot-aufgrund-der-rasse/ (zuletzt geöffnet am 29.12.2023).
- Bartel, Daniel/Liebscher, Doris/Remus, Juana: Rassismus vor Gericht, Weiße Norm und Schwarzes Wissen im rechtlichen Raum, in: Kritische Justiz 47 (2014), S. 135 ff. www.nomos-elibrary.de/10.5771/0023-4834-2014-2-135/rassismus-vor-gericht-weisse-norm-und-schwarzes-wissen-im-rechtlichen-raum-jahrgang-47-2014-heft-2?page=0 (zuletzt geöffnet am 29.12.2023).
- Froese, Judith/Thym, Daniel (Hrsg.): Grundgesetz und Rassismus, Tübingen 2022, www.mohrsiebeck.com/buch/grundgesetz-und-rassismus-9783161617379 (zuletzt geöffnet am 29.12.2023).
- Liebscher, Doris: Rasse im Recht, Recht gegen Rassismus, Berlin 2021.
- Liebscher, Doris: „Rasse“, Rassismus, Grundgesetz, Zur Debatte um einen ambivalenten Rechtsbegriff, bpb 10.1.2023, www.bpb.de/themen/rassismus-diskriminierung/rassismus/516707/rasse-rassismus-grundgesetz/ (zuletzt geöffnet am 29.12.2023).

第二章 治療者法 1 条 国家社会主義の治療者法の遺産

イエシカ・クリューガー

Jessica Krüger, §1 HeilprG Das Erbe des nationalsozialistischen
Heilpraktikerrechts, S. 18-21.

1939年に治療者法（Heilpraktikergesetz: HeilprG）が施行されるまでは、「医師」を名乗るためには、それ相応の修学課程を修了することが要件とされていた。ただし、医師でなくても、誰もが資格を証明する必要なく施術を行うことができた。こ

のような治療方法に対してイデオロギー的に明確に異を唱えたのは、国家社会主義であった。治療は、もっぱら許認可を受けた医師の手に委ねられるべきであるとされた。それまでの治療者による治療を禁止し、その職業的地位を取り消すことが治療者法の施行目的であった。その目的を遂げるために、治療者法1条1項において設けられたのが治療者の許認可制度であった。それは今日でも妥当している。同5条では、それに違反した場合に相応の刑罰を科すことが定められている。許認可を得られるのは、治療者法1条3項によれば、従前に職業として施術を行ってきた者であり、それ以外の者については、治療者法2条1項により「特別の理由のある例外的な場合」にだけ許認可を得ることができた。治療者法4条は、治療者の養成機関を設立または維持することを禁止した。

個別的な規定は、施行令（Durchführungsverordnung: DVO）に設けられた。施行令は、職業として治療を行うには許認可の取得が必要であり、その申請期間は法律施行後6週間以内であると定めた。例えば、政治的な信頼性を欠く者については、許認可——国家社会主義イデオロギーの意味における許認可——は認められなかった。許認可の申請にあたっては、申請者とその配偶者がドイツ人または「同種」の血統であることが要件とされた（施行令2条1項c号およびf号）。治療者法2条1項には例外的な許可の付与が定められていたが、施行令は極端に厳格な許認可規則を設け、また無制限の裁量権をも設けた。

国家社会主義の崩壊後、連合国管理委員会は、施行令2条1項c号およびf号を適用することは認められないと宣言した。その後数年のうちに、その他の多くの規定が裁判所によって基本法と一致しないと判断された。特に問題が大きかったのは、治療者法2条1項が厳格な施行令と結びついて適用されたため、治療者に許認可を与える現実的な方法がなかった点にあった。この厳格な法状況が基本法12条の職業選択の自由と一致しないことは明らかであった。しかし、連邦行政裁判所は、1957年の判決において治療者法2条1項が無効であると判断しなかった。何人にも原則的に許認可を申請する権利があり、そのために事実上の資格を有することを証明する必要はないと、治療者法2条1項と施行令は合憲であると解釈したのである。この判断の結果として成立した法状況は、法律の元々の意図とはもはや共通性はなかったので、長く変更されずにきた。2017年になって資格試験を定めた変更法が施行されたが、許認可を申請する基本的な権利についての変更はなかった。

その間に数多くの個別規定が憲法違反または適用不可と判断され、治療者法と施行令は空白だらけの規則になった。治療者法は、国家社会主義において職業の禁止という目的に基づいて制定されたが、その意味内容はそれとは別のものになり、今

では連邦行政裁判所の合憲的解釈によって治療者の許認可の申請権が原則的に認められるようになった。

その反面、治療者法は、その構成においても、また用語の点でも国家社会主義の時代に由来する数少ない法領域の一つである。多くの条文——例えば、前文には「帝国政府は、以下の法律を決定したので、ここに公布する」とあるが、それは議会制定法ではなく、帝国政府による政府制定法である——は、今日においても、それがいつ制定された法律であるのかを示している。法律と施行令の条文に多くの空白があることが、国家社会主義の人間軽視のイデオロギーを思い起こさせる。その根本的な改革はまだ達成されていない。

* イェシカ・クリューガー ハンブルク・ブツェリウスロースクールのカルステン・ゲーデ教授（刑法第2講座）の研究助手を務める。

文 献

BVerwG, Urteil vom 24. Januar 1957, Az. IC 194. 54, BVerwGE 4, 250.

Sasse, René: Der Heilpraktiker, Ein Gesundheitsberuf ohne Berufsausübungsrecht?, Baden-Baden 2011.

Stock, Christof: Rechtsgutachten zum Heilpraktikerrecht vom 21. April 2021, Bundesministerium für Gesundheit, www.bundesgesundheitsministerium.de/service/publikationen/details/rechtsgutachten-zum-heilpraktikerrecht.html (zuletzt geöffnet am 29.12.2023).

第三章 公共の安全と秩序を保護するための法律3条 警察法の一般条項の国家社会主義的解釈 ——ビル・ドゥリユースの教科書を例に

ヘルマン・ピュンダー

Hermann Pünder, § 3 HmbSOG u.a. Nationasozialistische Auslegung
der polizeilichen Generalklausel - am Beispiel des Lehrbuchs
von Bill Drews, S. 22-26.

国家社会主義の恐怖の支配の下で、警察法は新たに制定されたか。国家社会主義の警察法は新たに規定されなかった。それ以前の警察法が継承され、そのまま適用された。それによれば、警察当局は——現在でも変わらないが——「公共の安全と秩序に対する危険」を防がねばならないとされていた。以前の警察法がその後の国

家社会主義に適合的に解釈されたのである。警察法をそのままにしながら、いかにして国家社会主義的に解釈することができたのか。本稿は、この問題をビル・ドゥリュースを例に挙げて示そうと思う。プロイセン上級行政裁判所の伝説の長官は、1927年にワイマール共和国において法治国家の基本原則に方向づけられた警察法の指導的な教科書を著した。彼はそれを1936年に改訂した。それは、国家社会主義者の意図を反映させた改訂であった。

まず、「公共の安全」について検討する。それに含まれるのは、法秩序の不可侵性、個人の権利、ならびに国家の存続と制度の維持である。今日、誰もがそこから出発して「公共の安全」について考える。ドゥリュースは、すでにその教科書の第1版においてそのように解していた。彼は改訂版において、国家の保護を「さらに強化しなければならない」と解説した。「国家社会主義の国家を掘り崩し、停滞させ、機能不全に陥らせ、またそれを疎外する作用を持ち、そのような作用に奉仕する全てのもの」は、公共の安全を害するものと見なされる。「個人主義・自由主義の時代において、あらゆる市民は、『国家』を批判する自由を基本権として有していた。今では、執拗な批判」は、公共の安全を害するものと見なされると述べた。

「公共の秩序」に目を向けて見ても、ドゥリュースは1927年の第1版の定義から出発した。それは今日においても妥当する定義であり、1936年の改訂版においても同じであった。その定義によると、「公共の秩序」という保護利益には書かれざる規則が含まれており、その規則に従うことが「実りある相互関係にとって必要不可欠の条件」であるとされていた。しかしドゥリュースは、1936年に「冗談、風刺、皮肉は、一般的に許容されていても、その許容の基準に関する国民一般の見解が非常に厳しくなっている」と説明を加えた。許容の基準を「社会規範」に関わらせて説明しても、時代のイデオロギー化の流れに対していかに脆弱であったかが示されている。たとえ冗談や風刺などのジョークの形式をとっていても、その背後に隠されたものが、悪意に満ちた落書き、精神的な硫酸の注射、精神的汚物の撒き散らしでしかないなら——それが長い間、特殊な知性の表現として通用していたとしても——、今日では公共の秩序のかく乱として扱われねばならない。「圧倒的多数の民族同胞の感情を害する者は、豊かな民族の共同生活の最も重要な基礎の一つ」に反していると述べた。

ドゥリュースによれば、警察には不適応者に対して措置を講ずるあらゆる可能性が与えられていた。プロイセン上級行政裁判所は、それに対応する判決を言い渡した。しかも、国家社会主義の「法学」には唯一の急進的な立場だけではなく、それ以外にも数多くの立場があったことをも明らかにした。例えば、その一例として

カール・シュミットやテオドル・マウンツの立場がある。彼らが警察法に関して著した著作を読めば、身震いするであろう。ドゥリユースもまたそのような著作を残したが、彼は国家社会主義ドイツ労働者党には入党しなかった。しかし、1933年に上級行政裁判所長官の職に就いた。その当時、彼は——「半ば歓喜によって、また半ば恐怖によって感覚を麻痺させられたドイツ」(ミヒャエル・シュトライス)にいた多くの人々と同じように——ヒトラー体制が「国民的な法治国家」であると期待していた。しかし、その期待は外れた。1935年に退官したが、引き続いて上級行政裁判所長官の職にあった。なぜそれができたのか。1936年には、国家社会主義の意に沿った教科書の改訂版を著した。1937年、「勝利・万歳の雄叫び」(donnernde Sieg-Hiel-Rufen)とともにその職を退いた。なぜそれができたのか。

戦後の非ナチ化の審査過程において、「付和随行者」は免責された。そのため、それに該当するよう求め、画策する者がいた。その典型が、行政法学者のカール・ヘルマン・ウレである。彼の声明には、次のような言葉がある。「1933年以降の12年間の展開を考慮に入れて行われた判断、つまり事後的に行われた判断は、あの時、職務に留まった人々に対してあまりにも不当なのではないか」。ドゥリユースや他の同時代人は、すでに当時から国家社会主義の野蛮な不法を認識していたのではないかと嫌疑がかけられていたが、ウレはその発言によって、その疑いを封じようとしたのである。しかし、ドゥリユースがその教科書の改訂版を出したとき、すでに数多くの恐ろしい出来事が起こっていたのである。政治的理由や「非アリア系の出自」を理由にした官僚に対する罷免措置は、それよりも早い時期にとられていたのだ。すでに1934年6月30日には、謀殺事件(いわゆる「レーム一揆」)が起こった(ドゥリユースはそれを教科書で正当化した)。そもそも、1933年2月28日の「帝国議会議事堂放火令」に基づいて「民族の敵」を収容する強制収容所が作られた。本稿の見解によれば、ドゥリユースが立派な法律家であったというのであれば、彼は法治国家の警察法の指導的代表者として、国家社会主義の国家を支持できないと警告すべきであった。それにもかかわらず、彼はそれをしなかった。彼に嫌疑をかけることは決して不当ではない。

もっとも、道義的判断をくだすのは禁物であることは承知している。ヘルムート・コールが、「遅生まれの恩恵」について語ったとき、あながち的外れではなかったからである。あの当時の人々とその後生まれの我々とを同じように扱うことはできない。しかし、だからとはいえ、あの厳しい時代に順応した人々について判断する基準がないわけではないだろう。この点については、さらに考察する価値があらう。「あの時、私ならば、どのように行動しただろうか。それは、私には分か

らない」。そのような逃げ道は、もはや残されていない。

ならば、ドゥリユースのように——戦後しばしば述べられている——、「より悪い事態を避けるため」であつたというのであれば、不法に関与することも許されるのだろうか。もしも不法への関与を拒否したならば——ドゥリユースは拒否しなかったのであるが——、いかなる不利益をこうむつたのか。さらに重要な問題は、どのような状況下であつたならば、積極的な抵抗が可能であつたのかである。その代償として、いかなる不利益を甘受せざるをえなかったのか。抵抗と代償は、たんに一個人の問題ではないというなら、組織の構成員に対して何を期待できたのか。ドゥリユースを研究することによって、その問題を考える十分な糧が得られるのではないだろうか。

*ヘルマン・ピュンダー 法学博士。アメリカ合衆国アイオワ州立大学法学修士。ハンブルク・ブツェリウスロースクールの公法、行政法学、比較法学講座の主任教授。

文 献

Pünder, Herrmann: Pervertierung des Polizeirechts im Nationalsozialismus, in: Juristische Ausbildung, in: JURA, 2023, S. 10 ff. (Teil 1), S. 136 ff. (Teil 2).

Pünder Hermann: Gerichtliche Aufarbeitung von NS-Unrecht in der Nachkriegszeit - Denunziation als „Verbrechen gegen Menschlichkeit“, in: Juristenzeitung 2023, S. 331 ff. (zur Gefährlichkeit einer couragierten Oppositionen gegen die Schreckensherrschaft).

第四章 裁判外法的扶助法 3 条 弁護士の職業上の権利

ディルク・ハートゥンク

Dirk Hartung, § 3 RDG Anwaltliches Berufrechts, S. 28-31.

裁判外法的扶助法（Das Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen: RDG）は、簡潔に言えば、誰に法的扶助を行うことが許されているのかを規定している。同法 2 条 1 項と 3 条は、特別の許可なく具体的な法律問題に関して他人に協力することを禁じている。最も重要な許可を与えられているのは、連邦弁護士法（Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO）3 条 1 項における弁護士である。個々の訴訟法によっても、裁判所において他人の利益を代理することが許されているのは弁護士だけである。この規定は、弁護士独占と呼ばれている。連邦弁護士法 1 条 1 項 2 文は、法律調査、法律交渉、法秩序を法律上の資格のない人から守るための規定である。

法的扶助を行うのは、弁護士である。そのことは、他の多くの国々において（例えば、スウェーデン）、それに対応する法律規定がなくても、今日では普通に見られることである。ただし、1935年まではドイツ帝国の当時の職業令では、法的業務において有償で他人を援助することは誰にも許されていた。その後、国家社会主義者は、国家社会主義ドイツ法曹同盟（Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen: BNSDJ）と帝国弁護士団（Reichsrechtsanwaltskammer: RRAK）において組織された弁護士の支援を受けて、法的助言の分野における権利濫用を防止するための法律（Gesetz zur Verhütung von Missbrauchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung: RBMG）を公布した。それは——その核心部分については、今日でも妥当している——法的扶助の許認可留保を伴う禁止条項を確立した。国家社会主義者は、附属の法令として同時に公布された第1次施行令（Erste Ausführungsverordnung: AV-1）5条において、ユダヤ人はその許認可を得ることはできないと明確に規定した。

この施行令の主要な動機は——1933年以前から施行令の形式はすでに議論されてきた——、法律調査を行う者を守るということではなく、知識を糧にして生活費を稼ぐ可能性をユダヤ人から奪い、そのような職業領域から彼らを排斥することであった。すでに1933年の時点で、行政や弁護士業において裁判外の助言者として活動することが禁止されたが、法的助言濫用防止法（RBMG）は、そのような活動をするユダヤ人をさらに孤立化させ、破産に追い込んだ。

今日、法的助言濫用防止法にはこのような動機があったことが、歴史的な法律資料に基づいて明確に確認できる。第二次世界大戦後、連合国のイニシアティブによって第1次施行令5条は廃止されたが、それにもかかわらず、裁判所は、法的助言濫用防止法は全体としては国家社会主義の思想を内容としておらず、基本法123条と調和するという判断から出発したのである。判決において、第1次施行令の成立史は意識的に無視され、監督省庁の部長のマルティン・ヨナス博士の注釈が証明資料として引用された。ヨナスは、戦前は確信的な国家社会主義者であり、引用されたのは1935年の注釈であった。第1次施行令は、1962年に法的助言法（Rechtsberatungsgesetz）という名称に変更され、連邦法令集に取り入れられた。

判例と政策は、20世紀後半において弁護士独占を守り通した。その結果、隣人のための法律扶助まで禁止され、また法律顧問職は閉鎖に追い込まれた。しかし、1990年代末に改革論議が起こった。その議論では、法の成立史を振り返った。法的助言濫用防止法の公布時に反セム主義的動機があったことを思い起こし、それと向き合い始めた。2007年、そのような取り組みが結実して、最初の自由化に向かい、今日の裁判外法的扶助法の形式がもたらされた。その内容には、許認可要件の拡張

現代史と教育研究会編『あの時の不法は今では法の隣にいる?——国家社会主義と法学教育のための読本』(本田)

がある。例えば、他人のための法的扶助がそれに含まれている。現代における科学技術の発展によって(法律科学技術)、同法は改めて集中的な法学的議論、裁判の判断、政治的改革議論の対象になっている。

*ディルク・ハートウンク ハンブルク・ブツェリウスロースクールの法工学とデータサイエンス研究センター長。「法学教育プラットフォーム」の創設者。

文 献

Rücker, Simone: Das Ende der Rechtsberatung durch jüdische Juristen, in: Anwaltsblatt 2007, S. 801 ff., sowie die zugrunde liegende Dissertation; dies.: Rechtsberatung, Das Rechtsberatungswesen von 1919-1945 und die Entstehung des Rechtsberatungsmissbrauchsgesetzes von 1935, Tübingen 2007.

Werber, Thomas: Die Entnazifizierung des Rechtsberatungsgesetzes, in: Anwaltsblatt 2010, S. 809 ff., sowie die zugrunde liegende Dissertation; ders.: Die Ordnung der Rechtsberatung in Deutschland nach 1945. Vom Rechtsberatungsmissbrauchsgesetz zum Rechtsdienstleistungsgesetz, Tübingen 2010.

第五章 建築基準規則 9 条 建造物の建築

ファビアン・ミヒル

Fabian Michl, § 9 MBO Gestaltung baulicher Anlage, S. 32-36.

建築基準規則(Musterbauordnung: MBO) 9 条は、建造物の建築(Baugestaltung)要件を定めている。その要件は、ほとんどが州建築基準規則(Landesbauordnungen: LBO)に引き継がれている(例えば、ザクセン州建築基準規則 9 条、ノルトライン＝ヴェストファーレン州建築基準規則 9 条、バイエルン州建築基準規則 8 条)。それは、次のように定めている。

「建造物は、外観を損ねることがないように、その形状、寸法、建造物の区画全体とその個々の部分との相互関係、建築素材、そして色彩に相応しく建築されねばならない。建造物は、街路、立地、風景の外観を損ねてはならない」。

建築基準規則は、非常に技術的に聞こえる。本稿では、その実体法の波乱に満ちた歴史を振り返る。国家社会主義もまた、その規則に影響を与えた。今日の正式な規則の表題にある「(建造物の) 建築」という表現は、国家社会主義法に由来する。

一 自由主義的法治国家における外観汚損の防止

帝政後期とワイマール共和国期の自由主義的法治国家は、建造物の美観を重視する立場から、外観の汚損の予防に対処した。建造物監督局は、厳格な要件のもとで、美観を理由に建築計画に介入することができた。例えば、建造物によって「その立地の美観が明らかに」損なわれる場合（1900年ザクセン州建築法90条2項1文）、その周囲の「外観が著しく損なわれる場合（1907年プロイセン外観汚損法1条）が要件として定められていた。州の立法者は、積極的に建築理念を問題にしたのではない。最も重大な建築基準違反を防止することに限って介入した。立法者は、建造物の建築を建築依頼主と建築士に委ね、それ以上の介入は控えた。今日、非常に好まれている「歴史的建造物保存地区」が残されているのは、彼らのお陰である。外観汚損の要件は非常に厳格なので、現在の建築学も介入されずに自由に才能を発揮することができる。

二 建造物の建築と国家社会主義の建造物理念

従来の建築基準規則は、純然たる汚損という消極的な事態を予防する目的を有していたが、国家社会主義はこの立法目的から逸脱した。従来の規則に対して、1936年の建造物建築令（Verordnung über Baugestaltung）1条1項1文は、建造物の建築に求められる統一的で積極的な要件を初めて定めた。

「建造物は……それが端正な建造物の情操を表現し、建築技法に即して造られたものであることを表し、かつ異論が出されずに周囲に溶け込めるように建築しなければならない」。

建造物監督局は、とくに端正な建造物の情操という曖昧な構成要件要素に基づいて国家社会主義の建築理念を貫き、そして建築芸術を頹廢的と決めつけて、それを防ぐことを目的とした。プロイセン上級行政裁判所は、この規定の政治的性格を隠そうとはしなかった。

「端正な建造物の情操という要件を取り入れたことによって、……国家社会主義の建築文化の実現が目指され、我々の時代にとって重要な役割を果たす理念が追求された。国家社会主義の建築理念に従って、かつてないほど多くのことが建築芸術において求められ、実行に移さねばならない」。

国家社会主義の建築理念は、あらゆる建造物に対して「善良で審美的な落ちつき」を求めた。建造物建築令（Baugestaltungsverordnung）は、建築基準法（Bauordnungsrecht）を趣味の独裁へと変質させた。もちろん、国家社会主義国家においても趣味をめぐる争いはあった。例えば、建造物建築令1条1項によると、郡長は、

別荘の窓枠には普通の窓ではなく、格子窓を設置するよう指示できるが、窓の建築が「端正な建造物の情操」を表現しているか否かについて論争が起こり、法学・建築学の専門家から議論が噴出した。

三 建築基準規則の非ナチ化

戦後、建築基準法を非ナチ化することは容易ではなかった。行政裁判所は、建造物建築令が州法として引き続き妥当していることから出発した。ハンブルク上級行政裁判所は、大胆にも次のように主張した。建築要件は、「建築法の一般的で現代的な発展の表現」であり、それは「国家社会主義の理念、国家形態、統治形態によって形成されるものではない」。そのため、建築問題に対して審美的な立場から積極的な規制を求める声が1945年以降大きくなり、建造物建築令に潔白証明書を交付するまでに至った。建造物建築令は、国家社会主義の建築文化の実現を目指していないし、また国家社会主義思想を内容ともしていないと、同令の非ナチ性が主張された。

1955年、連邦行政裁判所はそのような展開を阻んだ。同裁判所は、建造物建築令が継続的に妥当することについては認めたが、遵守義務を負う人々が削除要求していた要件を建造物建築令から除去した。審美性の問題を規定することはそもそもできないし、規定の目的は次の点に限定されねばならないとして、次のように述べた。「建造物建築令が規制するのは、建造物の調和を乱すあらゆる事柄である。それには、純然たる美的性質ではなく、外観の汚損だけが含まれる。もっとも、不愉快な状態、それを見る人の審美的な感情が損なわれるのを防ぐというのが目的ではない。外観を害する状態を防ぐのが目的である」。建築法において審美主義の側から異論が噴出し、その解決方法が争われたが、連邦行政裁判所は、再び自由主義的な法治国家の出発点に戻った。それが今日の州建築基準規則に見られる外観の汚損の防止である。

ドイツ民主共和国の1958年ドイツ建築基準規則は、異なる道を歩んだ。「端正な建造物の情操」は、その法によって「進歩的な建造物の建築」——それは当時存在した社会主義の建築理念に含まれていた——に替えられた。

* ファビアン・ミヒル ライプツィヒ大学法学部准教授。専門は、公法・政策法。

文 献

BVerwG, Urteil vom 28. Juni 1955, Az. IC 146/53, BverwGE 2, 172-177.

- Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Beschluss vom 16. März 1951, Az. I 539/50, MDR 1951, 446-448.
- Preußischen Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 23. Februar 1939, Az. IV, C. 202/37, PrOVGE 104, 228-232.
- Verordnung über Bausgestaltung vom 10. November 1936 - RGBI I S. 938.
- Blümm, Anke, „Entartete Baukunst“? Zum Umgang mit dem Neuen Bauen 1933-1945, Paderborn 2013, insbesondere S. 158-181.
- Manssen, Gerrit: Stadtgestaltung durch örtliche Bauvorschriften, Berlin 1990, S. 165-176.
- Zinkahn, Willy: Außenwerbung und Baugestaltungsverordnung, in: DÖV 1953, S. 161 ff.
- Zwiffelhofer, Lara: Die Figur des Durchschnittsmenschen im Verwaltungsrecht, Tübingen 2020, S. 160-201.

第六章 条約法に関するウィーン条約 国際法における強行規範の歴史

パウリーナ・シュタルスキー
Paulina Starski, Art. 53 WÜRV Geschichte
des zwingenden Völkerrechts, S. 38-41.

戦後の国際法秩序において強く求められたのは、規範のカテゴリーを形成することであった。全体主義と人種主義の体制、国家社会主義の不法支配は、人間の基本的価値を全面的に否定した。規範カテゴリーの形成は、それに対する反作用であった。

20世紀の前半では、国際法の古典的・主意主義的なモデルが支配的であった。それによると、国際法秩序の中心に据えられたのは国家意思であった。国家は、国際法上の義務を果たす。なぜならば、国家がそれを承認したからである。さらに、国際法上の義務は、国家が承認した場合に限って拘束するがゆえに相対的であり、またどの国家も等しく拘束されるがゆえに平衡的であった。この公理と袂を分かったのが、国際法上の強行規範——*ius cogens*——の概念である。国際慣習法の規範は、国際的な国家共同体がいかなる逸脱も許されない規範として、また後に成立する国際慣習法上の規範によってのみ変更される規範として受け入れたときに国際強行法としての性格を得ることができる（条約法に関するウィーン条約53条）。強行規範は、国家および他の国際法上の主体が国際法の義務から逃れようとしても拘束力を有する。国際強行法は、国際的な共同体の根本的な基本価値に資するので（公の秩

序)、強行規範は絶対的な性質を有する。強行規範は、国際的な共同体それ自体に義務を課す。国際強行法違反によって生じた状態、例えばロシア連邦によるクリミア併合は、国家と国際的組織(Internationale Organisationen: IO)による承認を受けることはできない。国家と国際的な共同体は、国際法違反を止めさせることを目指し、それに協力する義務がある。国家と国際的な組織が、強行規範(ius cogens-Normen)の意味について国際的な責任の領域において争うことがあっても、国際強行法の理念は、国際法における規範のヒエラルヒーを確立し、国際法秩序の「制度化」の出発点を形成している。もっとも、「根本規範」の理念の方向を指し示す開始点は、すでに国際法の成立段階において示され、またその後の発展においても示されていたが、強行規範が国際法において確立された法のカテゴリーとして形成されたのは、ようやく20世紀の後半になってからである。

現在、国際強行法として承認されているのは、侵略戦争、民族謀殺、人道に対する罪、すなわち国際人道法違反の犯罪の実行、人種差別とアパルトヘイト、奴隷制、拷問を禁止することであり、諸民族の自己決定権を尊重することである。その限りにおいて、またその範囲において、例えば生命に対する権利、つまり国際強行法の性質に相応しい(その他の)人権の保障もまた、争いなく国際法学において益々承認されている。

基本法25条の国際法の優先的適用命令について言えば——それは基本法制定議会の審議会の意図によれば、国際法秩序へのドイツの統合を確実にするものであった——、国際強行法の規範もまたドイツの法秩序において妥当し、それが適用される。その規範は、単なる法律よりも高い次元にあり、少なくともそれが十分に明確であり、個別の正当な目的の方向性を示している限り、ドイツの立法権力の下にいる個人を直接的に保障し、かつ義務づける。ドイツの憲法秩序を国際法に組み込むことは、(ドイツを)「公然たる立憲国家」として特徴づけ、ドイツ史における最も暗黒の章の繰り返しを防ぐ手段として捉えられている。しかし、社会全体として十分な支援もなく、そのため国民国家が国際法を運用できなければ、国際強行法のモデルは、条件付きの効果を発揮することしかできない。

*パウリーナ・シュタルスキー アルベルト・ルードヴィヒ大学(フライブルク)ドイツおよび外国公法、ヨーロッパ法、国際法講座主任教授。

文 献

Sands, Philippe: East West Street. On the Origins of Genocide and Crimes against Humanity,

London 2016.

Orakhelashvili, Alexander: Peremptory Norms in International Law, Oxford 2008.

Kadelbach, Stefan: Zwingendes Völkerrecht, Berlin 1992.

第七章 少年裁判所法16条・17条2項

少年の自由剥奪：拘禁と刑罰

コーラ・ヴェーゲムント

Cora Wegemund, §§ 16, 17 II JGG Freiheitsentzug für
Jugendliche: Jugendarrest und Jugendstrafe, S. 42–45.

少年裁判所法（Jugendgerichtsgesetz: JGG）は、1923年に施行された。それは長年にわたる改革論議の成果であった。違反行為を行った少年に対する手続は、その後は刑法（StGB）と刑事訴訟法（StPO）の規定ではなく、少年裁判所法の（寛大な）規則が優先的に適用され、進められるようになった。特別の少年裁判所が設置されて（少年裁判所法〔旧〕17条）、刑事責任年齢が12歳から14歳に引き上げられた（少年裁判所法〔旧〕2条）。少年に対する刑法上の自由刑は、少年裁判所法の教育的処分では十分な成果が達成されないとき、少年を監置するために科すことができた（少年裁判所法〔旧〕10条以下）。新たに設置された少年裁判所法は、教育思想（「刑罰を科す前の教育」）と特別予防目的を前面に押し出した（少年裁判所法〔旧〕161条）。

しかし、1933年以降、国家社会主義によって法体系が再構築されたことによって、少年法もまた変化した。国家社会主義の行為者類型論に基づいて民族共同体の「敵」と見なされた少年行為者に対して、「峻厳な手段」が用いられた。イデオロギーに合致した理解に基づいて、「生物学的に見て根っから犯罪へと向かう傾向」があるため処罰に値すると認定された少年は、「教育不適応」であるとして刑事施設に収容された。このようにして教育思想は、贖罪理念と応報理念の背後に退けられた。

この展開を特徴づけるものは、とくに1940年の「少年拘禁制度」の導入であった。それは——ヒトラー青年同盟の措置を模範にした——迅速な懲戒を目的とした措置であり、少年に対する短期刑を代替する措置であった。少年拘禁制度は、1943年の帝国少年裁判所法（Reichsjugendgerichtsgesetz: RJGG）に、そして後に1953年の連邦共和国少年裁判所法（Bundesrepublikanisches Jugendgerichtsgesetz）に引き継がれて以降、少年刑法の制裁形態となった。その廃止をめぐって議論が続いたが、現在

に至るまで適用されている。今日、その措置の目的に疑いがかけられている。「自己反省」を促し、少年行為者の罪の意識を深く自覚させることによって教育的効果が達成されることがあっても、社会教育的な付添人制度やその他の社会福祉的措置を欠いたままでは、その効果はわずかでしかない。少年拘禁制度は、その従来の形態で言えば、短期間の行刑に類似し(もちろん、それは法技術的な意味での刑罰ではない)、特別予防に向け時間をかけた教育——今日の少年刑法は再びそれに基づいている——を促すには適していない。

少年裁判所法に含まれている国家社会主義時代からの遺物は、少年拘禁制度だけではない。それは最も峻厳な制裁形態としての少年刑罰制度であり、「教育的措置や教育のための矯正手段が十分ではない場合、行われた行為に徴表された少年の侵害傾向を理由に適用される……」。「侵害傾向」という要件は、1941年に「少年への不定期刑の宣言に関する命令」(Verordnung über die unbestimmte Verurteilung Jugendlicher)によって設けられ、(少年拘禁制度と)同様に1943年に帝国少年裁判所に引き継がれた。現在、それと同じ文言が1953年の少年裁判所法に継承され、今日妥当する法になっている。

「侵害傾向」のもとで、今日の確立した判例が理解しているのは、環境条件と教育条件に起因する人格の欠如であり、そのためにさらに重大な罪を犯す虞である。しかし、それを理由に科される自由剥奪は、過去に犯した罪に対する責任の重大性ではなく(例えば、少年裁判所法17条2項(旧)2号)、少年行為者が再び犯す危険性に結びつけられており、憲法に根付いている責任原理と対立する。責任原理によれば、刑罰は常に責任の非難性に結びつけられる。それと並んで、どのような具体的な態度様式と人格の定型が「侵害傾向」にあてはまるのかについて、不明確なままである。あいまいで、イデオロギー的に負荷がかかった意味が込められる概念の充足は、それをいかに具体化しようとも、循環論法に終わるだけである——「侵害傾向」がある。だから少年刑を科すことができる。逆に、少年刑を科す必要があると見られる。なぜならば、「侵害傾向」があり、犯罪行為が憂慮されるからであるという具合にである。上述の憲法上の疑念は、少年裁判所法17条2項の改革をめぐって新たな議論を求めている。

* コーラ・ヴェーゲメント ゲオルク・シュタインベルク教授(ボツダム大学)の指導のもとで学位論文の執筆に取り組んでいる。ユリア・ゲノイス教授(ブレーメン大学)の研究助手を務める。

文 献

- Ambos, Kai: NS-Kriminologie - Kontinuität und Radikalisierung, in: Dessecker, Axel/Harrendorf, Stefan/Löffler, Karin (Hrsg.), Angewandte Kriminologie - Justizbezogene Forschung, Göttingen 2019, S. 299-322.
- Begemann, Helmut: Zur Legitimationskrise der Jugendstrafe - Überlegungen zur Umgestaltung des Jugendstrafrechts, in: ZRP 1991, Heft 2, S. 44 ff.
- Schumann, Eva/Wapler, Friederike (Hrsg.): Erziehen und Strafen, Bessern und Bewahren - Entwicklungen und Diskussionen im Jugendrecht im 20. Jahrhundert, Göttinger Juristische Schriften, Bd. 20, Göttingen 2017.
- Steinberg, Georg: Deutsche Strafrechtsgeschichte, S. 88-94.
- Walter, Michael/Wilms, Yvonne: Künftige Voraussetzungen für die Verhängung der Jugendstrafe - was kommt nach einem Wegfall der „schädlichen Neigung?“, in: NSStZ 2007, S. 1 ff.

第八章 刑法25条 正犯なのか、それとも共犯なのか？ 国家社会主義の権力犯罪の訴追と刑法的関与形態を 区別する意義

キリアン・ヴェークナー

Kilian Wegner, § 25 StGB Täterschaft oder Teilnahme?
Zur Bedeutsamkeit der Abgrenzung von strafrechtlichen
Beteiligungsformen bei der Verfolgung nationalsozialistischer
Gewaltverbrechen, S. 46-49.

刑法において正犯と共犯を区別するために、今日一般に読まれている教科書や資料を参照するならば、不思議に思わない人はいないだろう。一方において、行為支配論によれば、正犯とは中心的な人物として行為事象を計画的に誘導して手中に収めた人のことであり、共犯者のところで問題になるのは、単なる脇役だけである。そして、他方において、穏健な主観説または「統合公式」と特徴づけられる判例の立場によれば、正犯の地位は、4つの基準の全体的視点に基づいて決定される。すなわち、1)結果に対する行為者個人の関心の度合、2)行為に対する関与の量的な度合、3)行為に対する支配性の度合の視点であり、少なくとも4)行為支配の意思を要する。ここでは、基本的に2つの区別基準を提示する。それは概念的に明確に区別されるが、通常は同じ結論に至る基準である。それどころか、講義の担当者はそれに実助言を付け加え、「目的適合的」な包摂によって同一の解決策を得さ

せる見解である。それによって一方または他方の立場に立つ態度を回避できるというのである。そのような見解を短い文章でまとめることは容易ではないであろう。

正犯と共犯の区別をめぐるこのような騒動が起こったのはなぜか。この区別問題に至った背景には見解の対立の歴史がある。それを目の当たりにしたときに、初めてその理由が分かる。その対立は、今では見せかけの争いになってしまったが、この数十年間は国家社会主義の権力的支配の刑法理論的な処理をめぐる争いの場面で再燃している。

対立の起源は、刑法典が施行されたときに遡る。それが適用され始めた数年のうちに、すでに早い段階から帝国裁判所は、正犯と共犯を主観的基準だけに基づいて区別することを打ち出した。それによると、正犯とは行為を自己の行為として行う意思、つまり正犯意思（*animus auctoris*）を有する者であり、共犯とは行為を他人の行為として行う意思、つまり共犯意思（*animus socii*）を有する者である。国家社会主義においては、心情刑法および意思刑法への強い傾向が支配的であり、帝国裁判所は主観的契機をさらに急進化させた。最終的にそれは今日有名な1940年の「浴槽事件」判例において最高点に達した。未婚の姉が子どもを出産した。妹である被告人は姉の依頼に応じて、子どもを浴槽に沈めて殺した。被告人はもっぱら姉のために行ったのだと供述した。裁判所は、被告人が自分の手で子どもを殺したにもかかわらず、その行為を謀殺罪の幫助として位置付けた（それによって謀殺罪に科される死刑を免れたことを注記しておく）。

ドイツ連邦共和国の建国後、西ドイツの司法機関は、帝国裁判所の区別基準を再び採用した。とくに、国家社会主義の権力犯罪の刑事訴追が問題になったとき（だけではないが）、その基準を採用した。司法機関は、判例の見解に従って、特別行動隊、強制収容所など実働部隊の構成員は、ヒトラー、ゲーリング、ヒムラー、ゲッベルスやハイドリヒなどの指導部の受命者として行動しただけであり、彼らが関与した際の意思は共犯意思（*animus socii*）であると下位に位置付け、この論理によると、自らの手で謀殺に当たる行為を行った親衛隊の将校でさえ、その幫助犯として処罰されるにすぎない。将校たちが、その命令の範囲を超えて行き過ぎた行為を行ったとか、さらに元々の自己の個人的な関心から行い、それによって自身の意思を示したのでない限り、幫助に留まると判示された。連邦通常裁判所は、1963年に言い渡した「シュタシンスキー事件」の判決の中で、この傾向に拍車をかけた。この判決で問題になったのは、国家社会主義の実行犯ではなく、ソ連国家保安委員会（KGB）の諜報活動家であった。彼は、ドイツにおいて謀殺を行ったにもかかわらずその幫助犯でしかなく、言い渡されたのもたったの8年の懲役刑であった。しか

し、この判決は、多くの検事局と裁判所に心強いものとして受け止められた。国家社会主義の犯罪の嫌疑で裁判にかけられた被告人が純粋な気持ちから関与したと言うなら、それに利する可能性があったからである。その判決は、量刑はもちろん——刑法 (StGB) 211条の絶対的な刑罰の威嚇 (終身刑) は謀殺罪の幫助には適用されない (現在の刑法27条 2 項、49条 1 項を参照) ——、公訴時効にも影響する。国家社会主義の権力犯罪の幫助犯の公訴時効はすでに1960年 5 月 8 日に完成していたことになり、それによってこの問題領域における数千件の刑事手続が打切られた。

この極端な主観説の「戦後の履歴」は、1975年 1 月 1 日付けで終わった。立法者は、「犯罪行為を自ら……行う者は、正犯として処罰される」という定式を刑法25条 1 項に導入した。これによって、犯罪構成要件の全ての要素を自ら直接的に充足したにもかかわらず、正犯意思がなかったので幫助犯として処罰されるだけだ、という見解は排除された。それ以来、判例はその規定に従っている——たとえ、面目を保つために、レトリックを用いてその主観的な原則を維持しながらであっても。

*キリアン・ヴェークナー ヨーロッパ＝フィアドリーナ・フランクフルト (オーデル) 大学
法学部教授。専攻は、刑法、刑事訴訟法、経済刑法。

文 献

Roxin, Claus: Täterschaft und Tatherrschaft, 11. Aufl., 2022, München, passim und insbesondere § 43.

Greve, Michael: Der justitielle und rechtspolitische Umgang mit den NS-Gewaltverbrechen in den sechziger Jahren, Frankfurt am Main 2001, S. 145 ff.

第九章 刑法28条 1 項

国家社会主義不法のための「時効恩赦」

モーリツ・フォルンバウム／フロリアン・アイヒブラット

Moritz Vormbaum und Florian Eichblatt,

§ 28 I StGB „Verjährungsamnestie“ für NS-Unrecht, S. 50-53.

「ドレーアーの策略か？」 („Hat Dreher gedreht?“) ——このように述べたのは、しばしば引用される論文にこの表題を付けたベルリンの法史家フーベルト・ロイトナーであった。その中で提起された問題は、背景事情に関する知識なしにはほとんど理解できない。問題にされたのは、刑法 (StGB) 28条である。その 1 項は、刑罰

を根拠づける「特別の人的要素」を欠いた共犯については、その刑を減輕すると定めている。1968年5月に秩序違反法が改正され、それに伴って「秩序違反法施行法」が制定された。それに伴う刑法の一部改正によって、刑法（旧）50条2項が創設された。それが現在の刑法28条1項である。

改正された法律の表題は、控え目で、刑の減輕を技術的に規定しただけであった。しかし、それにはとてつもない威力があったことが1969年に明らかになった。連邦通常裁判所（BGH）は、元治安警察官の被告人の申告について判断しなければならなかった。第1審裁判所は、被告人が占領されたポーランドのゲットーから絶滅収容所へユダヤ人を移送する作業に協力したことにつき、被告人は人種憎悪という下劣な動機による謀殺罪の正犯を幫助したとして有罪に処した。申告審では、第1審裁判所は、被告人が自ら人種憎悪から関与したとは認定しなかったが、その要件を正犯から転用し、謀殺罪の幫助犯の成立を認めたことが明らかにされた。しかし、連邦通常裁判所はこの事例を刑法28条1項（〔旧〕50条2項）の適用対象と捉え、人種憎悪から関与したとは認められなかった被告人の刑を減輕し、その上で刑法（旧）67条1項によりすでに時効にかかっていると判示した。その結果、有罪判決は破棄され、手続は打切られた。

刑法28条1項の作用は、この個別事例を超えて広がった。共犯として訴追されている者に主観的な謀殺罪の要素が備わっていることが証明されない場合、裁判所と検事局は、彼に科される刑（正犯の刑）を刑法28条1項によって減輕し、その結果、多くの手続の公訴時効は完成しているとして、手続を打切ったのである。それは、国家社会主義の犯罪の場合も同じであった。帝国保安本部の職員の刑事訴追は、秩序違反法施行法に伴う刑法の一部改正よりも前から準備され進められてきたが、それが打切られた理由はここにあった。

しかし、「ドレーアーの策略」とは、何を意味しているのか。連邦通常裁判所は、立法者は刑法28条1項によってもたらされる結果を「明らかに見落としていた」として、それを「理解し難い結果」とであると説明した。しかし、問題なのは「立法上のアクシデント」ではなく、それがもたらす「時効による恩赦」が実は意図されていたのではないかという疑惑であった。その疑いは現在でも晴らされていない。これに関わっていたのが、エドゥアルト・ドレーアーである。ドレーアーは、1937年に国家社会主義ドイツ労働者党に入党し、1940年以降、国家社会主義の悪名高きインスブルック特別裁判所の検事として勤務し、軽微犯罪にも死刑を言い渡した裁判に関与した法律家であった。彼は、連邦共和国において今日まで最も利用されている刑法実務注釈書の著者であった。さらに重要なことは、彼が連邦司法省の部長と

して秩序違反法施行法の制定に中心的に関わった人物であったことである。さらに彼は国家社会主義の犯罪を赦免するために画策した人々と連携していた。たしかに、「ドレーアーの策略」を証明する確固とした証拠はない。また、1945年以降の同省の歴史を清算するために連邦司法省が行った大規模な研究、すなわち『ローゼンブルクの記録』(2016年)の中にも見当たらない。しかし、同書の著者は、ドレーアーには時効恩赦を仕掛ける「動機、手段、機会」があったと断言している。

ドレーアーの策略があったことが事実であるとしても、時効による恩赦に至ったのは、その後の連邦ドイツの司法の構造に基づいていたからである。そのことから目を離すことはできない。あの悪名高き「幫助犯判決」を参照するにとどめる。それによれば、正犯として扱われるのは国家社会主義の指導部の構成員だけであって、それに対してその他の関与者は、正犯意思を有していた証拠が示されない限り、幫助犯として扱われるだけであった。裁判所が正犯または幫助犯としての分類を適切に行っていたならば、刑法28条1項の適用領域が開かれることはなかったであろう。国家社会主義犯罪で刑事告発された多くの事件も、公訴時効の完成を理由に打ち切られることはなかったであろう。

* モーリツ・フォルンバウム ミュンスター大学法学部刑法、刑事訴訟法、国際刑法教授。

* フロリアン・アイヒブラット フォルンバウム教授の指導のもとで学位論文の執筆に取り組んでいる。

文 献

BGH, Urteil vom 20.05.1969 - 5 StR 658/68=BGHSt 22, 375=NJW 1969, 1181.

BGH, Urteil vom 05.02.1970 - 4 StR 272/68=BGHSt 23, 224. 連邦通常裁判所第4刑事部の判決は、第5刑事部の取り返しのつかない時効完成判決の一年後に出された。第4刑事部は、時効による恩赦を回避する理論的な方法を示さなかった。かりに国家社会主義者による謀殺罪を「下劣な動機による殺人」(Tötung aus niedrigen Beweggründen)ではなく、「残虐な殺人」(grausame Tötung)と認定していたならば(殺人の方法の残虐性は、あの時代の歴史的な虐殺状況を念頭に置けば、自ずと認識できる)、幫助者への刑法28条1項の適用は問題にはならなかったであろう。身分犯の共犯を定めた刑法28条1項は、刑法211条2項の「下劣な動機」のような行為者関係の要素について、それを持たない共犯の刑を必要的に減輕することを定めているが、刑法211条2項の「残虐な殺人」のような行為関係の要素の犯罪は身分犯ではなく、それは刑法28条1項の適用対象外である。下劣な動機は、行為者の主観的・内面的な要素(行為者関係の要素)であり、それは殺人を謀殺罪にする真正身分である。これに対して、行為の残虐性は、行為の客観的・外部的な要素(行為関係の要素)であり、故殺罪にあたる殺人を謀殺罪にする加重要素であって、それは身分ではない。そのように解するならば、正犯の行為が

残虐な殺人に当たることを知りながらそれに関与した幫助犯には刑法28条1項は適用されず、刑の減軽も、公訴時効の完成も問題にはならなかったはずである。

Frommel, Monika: Taktische Jurisprudenz. Die verdeckte Amnestie von NS-Schreibtischtätern 1969 und die Nachwirkung der damaligen Rechtsprechung bis heute, in: Mahlmann, Matthias (Hrsg.): Gesellschaft und Gerechtigkeit. Festschrift für Hubert Rottleitner, Baden-Baden 2011, S. 458 ff.

Garcia, Oliver: Die urbane Legende von Eduard Dreher, in: De Legibus Blog v. 27.7.2015, Blog.delegibus.com/4223/die-urbane-legende-von-eduard-dreher/ (zuletzt geöffnet am 30.12.2023).

Görtenmaker, Manfred/Safferling, Christoph: Die Akte Rosenberg. Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit. München 2016, S. 330–336, S. 339–420.

Greve, Michael: Amnestierung NS-Gehilfen. Eine Panne?, in: Kritische Justiz 33 (2000), S. 412 ff.

von Miquel, Marc: Ahnden oder amnestieren? Westdeutsche Justiz und Vergangenheitspolitik in den sechziger Jahren, Göttingen 2004, S. 208–223, S. 327–343, S. 358–362.

Puppe, Ingeborg: Bürgeraufklärung nach Rechtsanwalt Ferdinand von Schirach, in: LTO v. 25.5.2019, www.lto.de/recht/feuilleton/f/der-fall-collini-drama-nachkriegsjustiz-ferdinand-von-schirach-kritik-rechtlich-historisch-falsch/, (zuletzt geöffnet am 30. 12. 2023). (フェルディナント・フォン・シーラッハの有名な小説『コロニー事件』〔2011年〕とその映画〔2019年〕は、大まかに時効スキャンダルを取り扱っている。インゲボルグ・ブッペの寄稿論文は、この逆転劇を批判的に整理している。)

Rottleitner, Hubert: Hat Dreher gedreht? Über Unverständlichkeit, Unverständnis und Nichtverstehen in Gesetzgebung und Forschung, in: Rechtshistorisches Journal 2001, S. 665 ff.

第十章 刑法66条 保安監置 国家社会主義の遺物?

イエルク・キンツィッヒ

Jörg Kinzig, § 66 StGB Die Sicherungsverwahrung: ein Relikt aus nationalsozialistischer Zeit?, S. 54–57.

一 「職業犯罪人、慣習犯罪人および遺伝性犯罪人との闘争」

「経験は教えている。確実な行刑制度を伴った厳格な刑事司法だけでは、有効な犯罪闘争の要請を満たすことはできない。つまり、犯罪者を可能な限り抹殺することはできない。なぜならば、刑罰では改善できない頹廢的で墮落した人物がどの民族にも一定割合いるからである。そのような者から民族を守らねばならない。それは目的意識的な、民族の安全に目を向けた犯罪闘争である」。1938年、ローラン

ト・フライスラーは、その直前に導入された保安監置処分をこの力強い言葉をもって称えた。彼は、1942年に民族裁判所長官に就任し、現在においても「血塗られた裁判官」として知られた悪名高い法律家である。

二 保安監置の概説

保安監置制度は、国家社会主義の時代の1933年に「危険な慣習犯罪人に対する保安および改善のための法律」によって導入された。この法律はその後廃止されたにもかかわらず、保安監置の制度は今でも刑法 (StGB) 66条にある。その目的は、犯罪者が刑期を終えたにもかかわらず、なおも危険であるため、国民を保護するためにその者の自由を剥奪することにある。保安監置は、行為者の責任によらない。つまり、刑罰ではなく、刑法61条以下に規定された処分である。要点を定式化すると、(まだ?) 行われていない犯罪行為を理由とした身柄拘束である。決定的な問題は、自由刑の刑期満了後、重大な犯罪が行われる予測に基づいて保安監置が実施されることにある——実際には甚だしい不安定を伴い、それゆえ信頼できない予測に基づいている。犯罪を行った者は——そのほとんどが男性である——裁判所が危険ではないと認定するまで、そのような予測を理由に収容される。現在 (2022年3月31日)、604人が保安監置の状態にある。

その後、この保安監置は、1990年代と2000年代に拡張された。ヨーロッパ人権裁判所は、この展開に終止符を打つことを2009年12月に準備した。その後の改正は、2011年の連邦憲法裁判所判決によって始められた。その判決は、その当時妥当していた規則の大部分を違憲と判断した。その後、とくに不利益な保安監置は行われなくなった。

三 国家社会主義の遺物？

保安監置には、以上のような問題がある。ただし、それは国家社会主義が最初に考案したものではない。その先駆的制度は、19世紀末のフランツ・フォン・リストとカール・シュトースに遡る。前者のフォン・リストが改善不能者を不定期の保安刑によって処罰しようとしたのに対して、後者のスイス人のシュトースは、彼が起草したスイス刑法予備草案において刑罰と処分を分離した。それによってシュトースは、再犯者の監置を刑法の第二の軌道において位置付けた。

それにもかかわらず、民主的な立法者の戸惑いを振り切り、保安監置を最初に導入したのが国家社会主義者であった。このことは事実として認めねばならない。「委員会と議会における30年間の審議であっても成し遂げることができなかったも

現代史と教育研究会編『あの時の不法は今では法の隣にいる？——国家社会主義と法学教育のための読本』（本田）

のが、最大の行動力によって数ヶ月の集中的な準備の後に実現された」——このように満足げに要約したのは、国家社会主義の法律家のオットー・リーチュであった。「最大の行動力」は、恐るべき結果をもたらした。まずは数多くの指令が急速に出された。それによって保安監置を言い渡された人々が移送された。その先は強制収容所であった。

* イェルク・キンツィツヒ エーベルハルト・カール大学（チュービンゲン）法学部犯罪学、
刑罰法・制裁法講座の主任教授。同大学犯罪学研究所所長。

文 献

Freisler, Roland/Schlegelberger, Franz (Hrsg.), Dringende Fragen der Sicherungsverwahrung, Berlin 1938.

Kinzig, Jörg: Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand: Ergebnisse einer theoretischen und empirischen Bestandsaufnahme des Zustandes einer Massregel, Freiburg 1996.

Müller, Christian: Das Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24. November 1933: Kriminalpolitik als Rassenpolitik, Essen 1997.

第十一章 刑法211条 「謀殺者とは……」

ユリア・ゲノイス

Julia Geneuss, § 211 StGB „Morder ist, wer...“, S. 58-61.

「謀殺者とは……」——刑法（StGB）211条2項の条文は、このような書き出しで始まる。謀殺罪は、それによって刑法の他の犯罪構成要件から区別される。構成要件において記述されるのは、通常は行為である——例えば、傷害罪の場合、「他人の身体を傷害し又はその健康を侵害した者は……」というように、身体傷害や健康侵害を惹起した行為が記述される。それに対して謀殺罪の場合、記述されるのは行為ではなく、行為者である。厳密に言うと、謀殺者である。ゆえに、今日においても刑法211条は、少なくとも用語法上はいわゆる規範的行為者類型であると指摘することができる。当時においても議論がなかったわけではないが、たとえ議論があったにせよ、その条項は国家社会主義刑法のイデオロギー的礎石である。

規範的行為者類型によれば、一定の犯罪行為を行うのは一定の行為者類型に該当する行為者だけである。それによれば、特殊的な「謀殺者という人間類型」が存在することになる。刑事弁護士のエーリク・シュミット＝ライヒナーの1941年の定式が頻繁に引用されている。それは、「人が謀殺者になるのではない。その人が謀殺

者なのである」——より厳密に言うとは、行為において表現された固有の性格の本質的特性ゆえに、その人は謀殺者なのである。このような規範的行為者類型は、今日の自由主義刑法の原理（人が裁かれるのは、その存在ゆえにではなく、行った行為ゆえにある）に正面から矛盾する。

謀殺罪条項は行為者関係的に定式化されている。さらには、その条項には行為者類型論と国家社会主義思想が反映されている。それがどの程度反映されているのかについて解説するが、それをめぐって議論が分かれている。その背景には、故殺罪と謀殺罪の歴史的区別の展開があるからである。1941年までは、謀殺罪は「熟慮して」行われた故意の殺人であり、故殺は「熟慮することなく」行われた故意の殺人であり、故殺罪と謀殺罪は「熟慮」の有無によって区別された。この区別基準は、長いあいだ批判されていたが、1941年に改正され、謀殺罪の新たな要件によって補われた。その要件は、倫理的に表現され、それに該当するか否かの評価には行為者心理の特別の非難可能性が反映された。この改正にあたり、重要な役割を果たしたのが、その当時、帝国司法省事務次官を務め、翌年の1942年に民族裁判所長官に就任したローラント・フライスラーであった。もっとも、故殺罪と謀殺罪を区別する謀殺罪の要件は、すでにスイスの法律家のカール・シュトースが1893年に起草した草案に見ることができる。このような背景事情があったため、一部の人の間では、刑法211条は国家社会主義のイデオロギーに基づいていない、それは疑いもないと論ずるものがある。とくに1956年の連邦通常裁判所の判決がそのように論じている。しかし、国家社会主義の法思想が刑法211条に実質的な影響を及ぼしたことは、はっきりと指摘できる。謀殺者とは誰のことなのか、死刑に値するのは誰なのかという質問に対して、行為者の全人格を評価することが裁判官に求められていると、その回答を強調したのは、他ならぬフライスラーだったのである。刑法211条に列挙された謀殺罪の要件は、謀殺者という——民族の中に生きている——行為者像の具体的な姿態を描き表すことに役立っただけである。その行為者像を排他的に独占することまでは求められなかった。下劣な動機という謀殺罪の要件は、「健全な民族感情」と関連性を持ち、それによって謀殺罪構成要件は裁判官に幅広い裁量の余地を与えた。行為者の性格の特性に関連づけて死刑を根拠づけることも、また「謀殺者として」処罰することを見送ることもできた。

刑法211条が国家社会主義によって施行されて以降、法律効果の改正——死刑に替えて終身自由刑が導入された——を伴ったが、変更されないうちに今日に至っている。その謀殺罪構成要件は、刑事実務と刑法学による法展開を通じて、もはや国家社会主義の不法の意味において適用されていない。しかし、その歴史的背景に鑑み

現代史と教育研究会編『あの時の不法は今では法の隣にいる？——国家社会主義と法学教育のための読本』（本田）

れば、そこでは問題の多い規範が取り扱われている。全会一致で改正の必要性ありと評価されてもいる。生命に対する罪の章の改正が2015年に試みられたが、失敗に終わった。

*ユリア・ゲノイス プレーメン大学法学部の刑法、刑事訴訟法、国際刑法、ヨーロッパ刑法、情報法、比較法講座の主任教授。

文 献

Kai Ambos: Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung, Baden-Baden 2019, S. 87 ff., insbesondere S. 109 ff.

Freisler, Roland: Gedanke über das Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuches, in: Deutsches Justiz 1941, S. 929 ff.

Frommel, Monika: Die Bedeutung der Tätersystemlehre bei der Entstehung des § 211 StGB im Jahre 1941, in: Juristenzeitung 1980, S. 559 ff.

Vogel, Joachim: Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2003, S. 638 ff.

第十二章 刑法218条以下 堕胎罪

ベッティナー・ヴァイサー

Bettina Weißer, §§ 218 ff. StGB Schwangerschaftsabbruch,
S. 62-65.

国家社会主義体制の殺人的な「人口政策」は、堕胎罪に関する法的視点から見ると、2つの目的を実現するために遂行された。1つは、「生物学的に価値の低い遺伝形質の除去」の推進、もう1つは、「望ましい遺伝形質」の中絶の阻止であった。

第1の目的を実現するために制定されたのが、1933年の「遺伝性疾患のある子孫の出生を予防するための法律」であった。この法律は、「生物学的に見て価値の低い遺伝形質」であることを理由に、人に対して強制不妊手術を実施することを許可した。そのための基準となる要件は、例えば「先天的精神薄弱」、「循環精神病」、遺伝性の視覚障害または聴覚障害、重大な身体的奇形または重大なアルコール依存症などであった。これらの要件の有無を判断するのは「優生裁判所」であり、当事者の意思に反して強制不妊手術を命ずることができた。1935年以降、妊娠状態の強制中絶の規定がその法律に設けられた。

第2の目的は、出産が期待される妊娠状態の中絶を禁止することであった。これ

に役立ったのは、1871年帝国刑法典に導入された堕胎罪の構成要件であった。1943年にはいかなる理由であれ、区別されることなく中絶は禁止された。その後、多様な方法による堕胎は「ドイツ民族の生命力を不断に毀損する行為」にあたるとして死刑が威嚇された。

戦後、この法状態はドイツの2つの領域において異なる展開を見せた。東のドイツ民主共和国においては、1972年以降、妊娠12週目までは「自己の責任において」中絶するかどうかを判断できるようになった。また、西のドイツ連邦共和国においても、立法者は1973年・74年に期限付きの解決案を提案した。しかし、連邦憲法裁判所(BVerfG)は、1975年制定の法律は憲法違反であると判断した。生まれる前の生命の保護は、妊娠中の女性(schwangere Frau)の人格権よりも優先されるというのがその理由であった。中絶禁止という点では国家社会主義の不法体制と同じであったが、その理由は必然的に異なっている。一方において、国家社会主義の不法体制にとって「個人の生命は意味のないもの」であったが、妊娠を中絶することはドイツ民族の生命力の増進のために禁止された。他方において、基本法は「個々の人間とその尊厳を規定の中心に置いている」がゆえに、中絶を禁止した。つまり、臨月まで懐胎し続ける義務、着床以降の「母性の義務」ゆえに、生まれる前の生命を中絶から保護することを義務づけたのである。その後は、医学的・社会的な兆候やサリドマイドの症状がある場合にものみ中絶を許容する規定が施行された。

ベルリンの壁の崩壊後、東西ドイツの2つの正反対の規定モデルは対立関係にあった。ドイツ統一条約は統一的な規定を設けることを求め、相談および経過観察に関する規定を伴う期限付きの解決案が提案された。しかし、その解決案はまたもや連邦憲法裁判所のところでブレーキがかけられた。1993年、連邦憲法裁判所は、臨月までの懐胎義務に固執し、相談した上での中絶は妊娠2週間以内であれば法的に許容されるが、決して適法ではないと判断した。このようにして、今日まで妥当する法状況が成立した。それは、依然として着床に伴う妊娠の開始以降、原則的に妊娠中の女性に対して臨月まで懐胎義務を課すことを意味している。

刑法(StGB) 218 a 条 2 項のいわゆる兆候規則もまた、国家社会主義の不法の余波を示している。1993年、連邦憲法裁判所は、胎児がサリドマイド薬品による副作用の症状の兆候がある場合の中絶の許容規定は、十分な限定を施すことによって憲法において維持できると判断したが、この「胎児性サリドマイドの兆候」は1995年に廃止された。立法者が中絶許容要件を胎児性サリドマイドの兆候に限定することに躊躇したからである。法改正手続がとられていた1994年、障害者を健常者よりも不利益に扱うことを禁止することが基本法3条3項2文に取り入れられたことも背

景にあった。他の多くの国と比較すると（例えば、アイルランド、イタリア、オーストリア）、ドイツ法にはそのような兆候要件はもうない。

この胎児性サリドマイド兆候の要件が削除されたとはいえ、生まれる前の胎児の生命保護が重視されたわけではない。なぜならば、刑法218 a 条2項の医学的兆候は、妊娠中の女性が妊娠を継続することによって予期せぬ健康被害の危険を伴う場合には中絶を許容しているからである。その危険の中には、障害を持つ子どもの養育による身体的および（または）心理的な負担が含まれている。そのような場合、中絶は原則的に妊娠後期から出産前まで可能である。胎児性サリドマイド兆候を理由にした中絶は、要件の上では認められなくなったが、実際には医学的兆候のもとで引き続き行われている——「十分な限定を施すこと」なく。その限りにおいて、国家社会主義の不法のトラウマは——胎児に起因する中絶を見れば分かるように、このような曖昧な法状況の中で——続いている。

* ベッティーナ・ヴァイサー ケルン大学法学部外国刑法・国際刑法研究所長。

著者による注記

本稿は、性別関係的な代名詞を的確に選択し、あえて「妊娠中の人」(schwangere Person) という包括的表記を使用していない。なぜならば、法状況は人——その人の経験の範囲に、妊娠、出産、母性が実際になくても——によって形成され、それによって歴史の発展が決定的に形づくられることを明らかにするためである。そのためにこのような表記を用いた。

文 献

Erstes Schwangerschaftsabbruchurteil: BVerfGE 39, 1.

Zweites Schwangerschaftsabbruchurteil: BVerfGE 88, 203.

Sacksofsky, Ute: Das Patriarchat lässt grüßen: die Abtreibungsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2022, S. 747 ff.

Weißer, Bettina: §§ 218 ff. StGB - ein weiser Kompromiss?, in: Goldammer's Archiv für Strafrecht 2023, S. 541 ff.

第十三章 刑法265 a 条 国家社会主義不法としての無賃乗車

ヨナタン・シュラム

Jonathan Schramm, § 265a StGB Fahren ohne Fahrschein als
nationalsozialistisches Unrecht, S. 66–69.

乗車券を持たずに公共交通機関を利用した者は、法律違反を犯している。駐車料金を払わずに駐車し、または駐車券を購入せずに駐車する者にも、それと同じことが言える。

私法上の未納料金の支払請求訴訟による法律効果や公安委員会が命ずる過料は、3つの人的グループに向けられている。それに対して刑法は、刑法265 a 条 1 項によれば公共の旅客輸送機関を利用した者にだけ適用される。

交通機関による輸送役務を「不正利用」した者は、刑法によって処罰され、1 年以下の自由刑に処される。裁判所が有罪判決を言い渡すためには、行為者が「規則を遵守している外観」を装っていたことを認定するだけで足りる。行為者が公共交通機関の不正利用罪の構成要件を実現するために、改札口や保安検査窓口を迂回したということを要しない。乗車料金を支払わずに、路面電車、鉄道や市電の中にいたということだけで足りる。

一 犯罪構成要件の歴史

今日妥当している犯罪構成要件は、1935年 6 月28日の刑法変更法 8 条に遡る。それは、刑法を基本的に国家社会主義イデオロギーに適合させた一例である。

まず先に帝国裁判所の判決があった。金槌などで叩いて平たく広げた 2 ペニヒ硬貨（使用が認められていたのは10ペニヒ硬貨であった）を硬貨投入式公衆電話で使用する行為は、詐欺罪の構成要件にも、また公衆電話機の損壊の構成要件にも該当しなかった。電気通信業務の中断にも、通貨の偽造（とその行使）にも当たらなかった。

詐欺罪が成立しないのは、人に対する欺罔行為を欠くからである。器物損壊罪に当たらないのは、電話機を損壊またはその形状を変更していないからである。電気通信業務の中断に当たらないのは、電流を通す誘導体を規制に反して利用していないからである。通貨偽造罪に該当しないのは、公共圏において用いられたものが価値のある硬貨の外観を呈していないからである。いずれも無罪である。ただし、帝国裁判所は民法上の電話料金の支払い義務については言及せず、損害賠償の請求権を否定しなかった。

しかし、フランツ・ギュルトナー司法大臣の下において、国家社会主義の帝国司法省は、本件は刑法において扱う必要があると見た。国家社会主義は、民法上の不法行為の犯罪化を追求してきたが、それを1935年の新法によって実現した。それは、久しく民法で保護されてきた法益を刑法を活用して保護する一つの形態であった。経済システムに対する明らかな問題があることはさておき、かつては民法によって対応された軽微な違法行為が、峻厳な刑法へと取り入れられ、刑罰によって対応されるようになった。

二 違反行為と制裁の関係

無賃乗車は、請求金額の不払いのような形態とは異なるが、「国家の最も峻厳な剣」である刑法がそれを威嚇するのはなぜか。それは理解困難である。

その説明の1つを国家社会主義刑法の歴史的起源に見ることができる。刑法は、最終手段原理（ultima ratio-Prinzip）に方向づけられ、保護されるべき法益の内容と程度に応じた、事理をわきまえた法律であった。しかし、国家社会主義の刑法は、その事理をわきまえなかったため、拡大・氾濫した経緯がある。1933年から1945年まで「役務利用」のような犯罪行為の場合、健全な民族感情に照らして「特に非難可能」とされ、刑罰が科された。それに対して死刑は排除されなかった。

これに対して、啓蒙主義に由来する刑法は、事理をわきまえ、違反行為に比例した制裁を求めて訴追するだけであり、また常にその時々我的生活状態を顧慮に入っていた。役務の不正利用の構成要件に刑罰を科したところで、果たして威嚇効果があるのか。それは疑わしい。むしろ問題を引き起こしているのではないか。なぜなら、そのような行為を行う人は、とにかく経済的に困窮しており、そのため乗車券を購入していない（というよりも、購入できない）からである。そのような人に対して刑罰で威嚇しても、問題しか引き起こさない。

国家は法律を定め、それによって様々な行為を規制し、違反行為に対応する。国家の対応と関わり方を見れば、国家の権威がどの程度揺るがされているのかが測定できる。法律違反を見れば、国家権威の震撼の度合を測定することができる。自由主義的な法治国家の場合、法律によって自身を拘束する。事理をわきまえ、理性を悟ることによって、法律違反と関わる。我々の立法者は、過去からの古い荷物をすでに処分したようであるが、それはあらゆる場合においてそうだとは言えない。

* ヨナタン・シュラム 法曹資格取得後、現代史と教育研究会の広報担当を務めると同時に、フェリックス・ハンシュマン教授（ブツェリウス・ロースクール）の指導のもとで学位

論文の執筆に取り組んでいる。

文 献

- Deutscher Bundestag: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Straffreiheit für Fahren ohne Fahrschein, 1. Juli 2022, Bundestagsdrucksache 20/2081.
Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 28. Juni 1935, Reichsgesetzblatt I 1935, S. 842.
Rademacher, Timo: Wenn neue Technologien altes Recht durchsetzen: Dürfen wir es unmöglich machen, rechtswidrig zu handeln?, in: Juristenzeitung 2019, S. 702 ff.
Reichsgericht, Urteil vom 18. Dezember 1933 - 2D 462/33, RGSt 68, 65-69.
Safferling, Chridtoph/Schloz, Rabea: Als Unrecht Recht war - Justiz zur NS-Zeit, Folge 14 des "Recht so?!" - Der Rechtsstaat-Podcast" des Bundesministerium für Justiz, www.bmj.de/DE/ministerium/geschichte/rechtso/rechtso_node.html (zuletzt geöffnet am 31.12. 2023).
Steinke, Ronen: Vor dem Gesetz sind nicht alle gleich - Über soziale Ungerechtigkeit im Strafrecht, Berlin/München 2022 (erhältlich über die Bundeszentrale für politische Bildung).
Verordnung gegen Volksschädling vom 5. September 1939, Reichsgesetzblatt 1939, S. 1679.
ZDF Magazine Royale: Sendung vom 3. Dezember 2021, teilweise abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=iWX3pqbidKk&t=189s> (zuletzt geöffnet am 31.12. 2023)

第十四章 刑法316 a 条 事例を契機に制定された刑事立法 国家社会主義の「自動車辻強盗法」

アントーニア・フェールカンブ

Antonia Vehrkamp, § 316a StGB Strafgesetzbuch vom
Ergebnis her: Das nationalsozialistische „Autofallengesetz“, S. 70-73.

一 「自動車辻強盗法」の歴史

「強盗するために、自動車の運転者に侵害を加えた者は、死刑に処される」——「自動車計略を用いた自動車強盗に対する法律」（自動車辻強盗法）は、このように定めた。それは、1938年6月22日に国家社会主義の立法者によって決定され、1936年1月1日に遡及して（!）施行された。国家社会主義の「自動車辻強盗法」は、機関関係的・目的指向的な国家社会主義の法制定の典型例であると言える。それは特別法の規範であったが、現在は刑法（StGB）316 a 条に移され、「強盗目的に基づく自動車運転者の身体・意思決定の自由に対する侵害」に刑罰が科されている。

「自動車辻強盗法」は、マックス・ゲッツェとヴァルター・ゲッツェの兄弟が連続的に行った侵害行為を契機にして、それへの直接的な対応として制定・導入された。この2人の兄弟は、1934年以降、数多くの強盗事件を行った。その一部には、自動車運転者に対して物理的に道路を封鎖したり、また一部にはその他の仕掛けやおとりを用いて一旦停止させて誘導するなどの計略が用いられた。この兄弟が1938年に逮捕され、起訴された。彼らが死刑に処せられるべきことは、国家社会主義の指導部にとって既定路線であった。しかし、個々の行為を評価するならば、死刑はヴァルター・ゲッツェの件について確実なだけであった。なぜなら、ヴァルターは2件の謀殺罪の既遂と数件の謀殺罪の未遂を行い、妥当する国家社会主義の法によって死刑にできたからである。しかし、マックス・ゲッツェに対しても死刑を確実にするためには、「自動車辻強盗法」を公布することが必要であった。この兄弟は、1938年6月24日、この法律に基づいて遡及的に死刑に処された。

その後の数年間、国家社会主義時代の判例はこの刑罰規範の適用範囲を拡張した。帝国裁判所は、1939年1月3日の判決において、本罪の構成要件に該当する行為を行うために機械装置による計略を用いる必要はないと判示した。自動車運転者に対して、例えば狡猾な手段を用いて心理的な作用を及ぼすことで足りると判断した。

この法律は、1945年以降、連合国管理委員会によって法治国家原則に反すると認定され、1947年6月20日の管理委員会法第55号によって廃止された。その法律が遡及禁止原則に反していたからであり、また「自動車運転者への計略」という条項（Autofalle）、つまり曖昧な概念によって規範を容易に拡張的に、または柔軟に解釈できる条項を含んでいたからであった。さらに、強制執行される死刑は人間の尊厳に反し、また責任主義違反の処罰の禁止にも反した。

二 連続性？——刑法316a条の導入

しかし、1952年にドイツ連邦共和国は、強盗を目的とした侵害から車両の運転者を特別に保護する特殊的な犯罪構成要件を導入することが刑事政策的に必要であると判断し、刑法（旧）316a条を創設した（自動車運転者強盗目的侵害罪）。現在の刑法316a条の条文には、もはや「自動車計略」（Autofalle）という曖昧な概念は見られないが、それには「自動車辻強盗法」によって取り入れられたのと類似の行為態様が含まれている。いくつかの構成要件要素の解釈は、判例と文献において様々な視点から議論され、また争われている。

自動車運転者強盗目的侵害罪は、5年以上の自由刑という重い刑罰が威嚇されて

いる——刑法315 c 条（飲酒運転などによる道路交通危険罪：5 年以下の自由刑）や刑法226条2 項（故意による重篤な傷害罪：3 年以上の自由刑）と体系的に比較しても重い刑罰威嚇である。同罪の規範に対して繰り返し批判が向けられているのも、その重い刑罰威嚇に端を発している。このような特別の犯罪構成要件が、保護法益を包括的に保障するために実際に必要なのかという根本問題も繰り返し提起されている。

連邦通常裁判所（BGH）は、2000年代の初めに、刑法316 a 条の厳格解釈を支持した。今日では、純粹に心理的な作用を及ぼす事案の場合、刑法316 a 条は限定された狭い範囲に限って適用されるだけである。しかし、近年の連邦通常裁判所の判決においても、「自動車辻強盗法」との連続性があることは明らかに確認できる。おとり捜査の場合において、刑法316 a 条の意味における「身体または生命に対する侵害」（einen Angriff auf Leib oder Leben）があったことを認定するために、「心理的な自動車計略」という概念が引き合いに出されている（BGH, Urt. v. 23. April 2015 - 4StR 607/14, Rn. 16）。要するに、この規範の問題の発端にある歴史的起源はまだ忘れられていないのである。この規範の刑事政策的な意義について全体として批判的に精査する必要がある。

* アントーニア・フェールカンブ ベルリン・フンボルト大学で法学を学ぶ。「フォーラム：法」編集委員。ミュンスター大学法学部レオニー・シュタインル教授の指導の下で学位論文の執筆に取り組んでいる。

文 献

Freisler, Roland: Gedanke zum Gesetz gegen das räuberische Stelle von Autofallen, in: Deutsche Justiz 1939, S. 34 ff.

Große, Christina: Einfluß der nationalsozialistischen Strafgesetzgebung auf das heutigen StGB am Beispiel des § 316a StGB, zugleich Besprechung von BGH, NStZ 1993, S. 540, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht 1993, S. 525 ff.

Niedzwicki, Matthias: Das Gesetz gegen Straßenraub mittels Autofallen vom 22. Juni 1938 und der § 316a StGB, in: Zeitschrift für das juristische Studium 2008, S. 371 ff.

第十五章 刑法361条3号 ホームレスの社会的排除

ピア・ランゲ

Pia Lange, § 361 Nr. 3 StGB Soziale Ausgrenzung wohnungsloser Menschen, S. 74-77.

ドイツには、長年にわたる恥ずべき伝統がある。それは、住居を持たない人々を社会的に排除し、これらの人々を「労働忌避＝無宿＝反社会的」と言い表してきたことである（今日においてもしばしば見られる）。その他の貧困層、例えば物乞い、失業者、無産者と同様に無宿者（ホームレス）もまた犯罪者扱いされてきた。すでにプロイセン刑法典（1851年）と北ドイツ連邦刑法典（1870年）、およびその後の帝国刑法典（1871年）361条3号によると、「放浪者として彷徨い歩く者」は拘禁施設に収容された。この罪の構成要件は、「彷徨い歩く」（umherziehen）ことであって、住居がないことは要件ではなかった。もちろん、その人がある場所から他の場所へと点々と歩くのは住居がない場合が多いが、（自身の落ち度がなく）住居を失った場合であっても、ある場所から他の場所へ彷徨い歩いていれば、構成要件の「彷徨い歩く」にあたると判断された。他の2つの点、つまり仕事がないこと、資産がないことは、住居がないことの原因でもあるので、住居がないために彷徨い歩くことと同一視された。初期資本主義の時代においては、人々の生活関係は、農村地域においても、また都市部においても、しばしば居住場所と労働現場の一致によって形成されていたので、そのように言うことができた。

無宿者を犯罪者扱いするその先には、残酷な極限状態がある。国家社会主義の強制収容所における彼らの絶滅にその極限状態を見ることができる。そこにおいて彼らには、他の社会的に疎外された集団と同様に「反社会的」という烙印が押された。国家社会主義のイデオロギーによって、彼らには消極的な属性が備わっていると指摘された。これに対して、彼らは自身が労働力を備えた「民族同胞」とであると主張し、反論した。しかし、このような出来事だけでは、第2次世界大戦後、刑法（StGB）361条3号を直接的に廃止することにはならなかった。いわゆる「大都市の浮浪者」については、ある場所から他の場所に彷徨い歩いていないことを理由に、それは構成要件に包摂されないと判断されているものの、1960年代末までの連邦共和国では一般には依然として「彷徨い歩く者」にあたると認定されていた。その後、同罪は第3次刑法変更法によって削除され、1973年10月1日に廃止された。ドイツ民主共和国では、1990年代の再統一まで、無宿者には「反社会的態度」である

として刑罰が威嚇されていた。

ドイツ連邦共和国は、刑法361条3号を削除した。その後、補充規定を設けなかった。そのため——公共の安全に対する危険がなく——他の刑罰規範や制裁規範を侵害するおそれがない限り、人が単独で、または比較的規模の大きな集団で戸外において滞在することは、たとえ警察の命令であっても禁止できなくなった。ただし、刑法361条3号が住居のない人々であることと関連づけて条文を記述していたことは、その後も影響を及ぼした。住居がないことは、しばしば自己責任に起因する失業、怠惰またはアルコール依存症が原因だというのである。

しかし、経路依存性は、社会的観点のみならず、法的観点においても当てはまる。住居がない状態は、その人の過去の意思決定の結果であっても、彼にとっては不本意であり、基本的に公的機関に対して基本法上の保護義務の履行を求めることで解決されるべきである。しかし、住居がない状態の解決は、現状では警察法および規制法による施設収容との関係において論じられている。基本法1条1項と20条1項に基づいて住居問題の解決を根拠づけるべきであるが、そのような議論はなされていない。さらに、基本法1条1項の保護義務から導き出される要求には、内容的には宿泊施設が含まれている。それは「不快な天候から保護し、生活に必要な空間を提供し、人間の尊厳に相応しい宿泊施設を求める要求を満たす」ものであり、人間の尊厳に相応しい最低限度の生存保障を求める権利の実現である。万一の場合に臨時の施設へ収容し、住居問題を一時的に解決することがあっても、法は住居問題を警察法の問題ではなく、社会法の問題として考えていかねばならない。

* ビア・ランゲ ブレーメン大学法学部の公法、ヨーロッパ法、社会法、法における性差と多様性講座の主任教授。同学部ヨーロッパ法政策センター長。

文 献

Gerull, Susanne: "Unangenehm", "arbeitsscheu", "asozial", Zur Ausgrenzung von wohnungslosen Menschen, in: Aus Politik und Zeitgeschichte 68 (2018), Wohnungslosigkeit, S. 30 ff.
Ottwalt, Ernst: Denn sie wissen was sie tun: Ein deutscher Justizroman. Mit einer zeitgenössischen Rezension von Kurt Tucholsky, Beril 2017.

Schenk, Britta-Marie: Eine Geschichte der Wohnungslosigkeit im 19. und 20. Jahrhundert, in: Aus Politik und Zeitgeschichte 68 (2018), Wohnungslosigkeit, S. 23 ff.

第十六章 民法138条・242条

一般条項と国家社会主義における意義

ゲオルク D・ファルク

Georg D. Falk, §§ 138, 242 BGB Generalklauseln und ihre
Bedeutung im NS-Staat, S. 78-81.

民法（BGB）は、一般条項を活用する。なぜならば、私的自治の限界は、特定の法律の行為要件によって自己完結的に規定できないからである。それゆえ、民法242条の信義誠実の原則は、全ての個別的な法規範の上に超然とそびえ立っている。例えば、民法138条のような一般条項は、法および倫理の秩序に反する法律行為の効力を無効する。民法133条・157条に基づく解釈は、意思表示があったか、一定の内容を伴う契約が締結されていたかということだけでなく、信義誠実と交渉慣習を考慮して、どのような法律効果が生ずるのかをも明らかにしなければならない。

一般条項は、静態的に理解されるものではない。政治体制における根本的な変化は、しばしば国家イデオロギーと憲法の基本的価値の変化に影響するだけでなく、法秩序の再評価にも及ぶ。法秩序の中心的内容は、新体制のイデオロギーによって形成される。その際に活用される道具の1つが、無規定的な法概念と一般条項の新解釈である。

一 国家社会主義イデオロギー

国家社会主義の国家における新しい法イデオロギーの基準となるのは、「有機的な民族共同体」の概念であった。法と司法は、「民族共同体」にとって有益なものでなければならなかった。そのように司法を理解することによって、裁判所は政治指導の道具にされた。なぜならば、党とその法学は、国家社会主義の国家における法の内容をそのように定義したからである。

カール・シュミットは、1934年に次のように定式化した（「三種類の法学的思考」59頁）。

「法の全体像は、実際に変化する。その際、個々の『実定的』な法律を改変することを要しない。私は、かかる一般条項によって新しい法学的思考様式を貫徹できると確信している。ただし、その一般条項は、従来までの実証主義の単なる訂正であってはならない。一般条項は、新しい法学的思考類型の特殊的手段として運用さ

れねばならない」。

二 事 例

アリス・ビオウという名前のフランクフルト在住のユダヤ人女性は、1923年以降、ドイツ人歯科医との間で婚姻類似の関係にあった。1935年の血統保護法の施行以降、ドイツ人・ユダヤ人間の性交が禁止されたため、この2人は告発された。ビオウは同法の施行以降、2人の中で性交渉を行ったことはないと言明したので、歯科医に無罪が言い渡された。しかし、その後また新たな告発があった。歯科医はゲシュタポから出頭要請を受けたため、自殺してしまった。ビオウは彼に金銭を貸していたので、彼の相続人にそれを返済するよう訴えたが、拒否された。相続人は、金銭の貸借契約は倫理に反するとして返済を拒んだのである。

伝統的な解釈学によれば、金銭貸借契約は、その客観的な内容から見て、民法138条の倫理違反性を根拠づけることはできない。それが無効になるのは、契約内容が反倫理的な動機や目的に緊密に結び付けられ、そのために契約がその全体的な性質から倫理違反性を徴表する場合だけである。一定期間にわたって性的関係が継続的に続けられてきたとはいえ、そのような理解から出発すべきである——1938年のフランクフルト上級州裁判所の判決はそうのように判示した。しかし、1935年以降、裁判官は契約の反倫理性を根拠づけるために国家社会主義の世界観を援用した。裁判官は、緊密な関係を維持したことの一点をもって、「国家社会主義の世界観によって根拠づけられたドイツ民族の倫理観」に矛盾すると認定したのである。これによって、婚姻外の関係と金銭貸借の関係が緊密であったことが金銭貸借契約が反倫理的であることの理由にされた。

*ゲオルク D・ファルク 2014年までフランクフルト・アム・マイン上級州裁判所長官。現在は、ヘッセン州憲法裁判所判事を務める。

文 献

Wrobel, Hans: Otto Palandt zum Gedächtnis, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Der Unrechts-Staat II, Baden-Baden 1984, S. 137 ff.

Schröder, Rainer: „.... aber im Zivilrecht sind die Richter standhaft geblieben“, Die Urteil des OLG Celle aus dem Dritten Reich, Bade-Baden 1988.

Falk, Georg D./Stump, Ulrich et al.: Willige Vollstrecker oder standhafte Richter? Die Rechtsprechung des OLG Frankfurt am Main in Zivilsachen von 1933 bis 1945, Marburg 2020 (S. 683 ff. zum Fallbeispiel).

第十七章 民法932条・935条 紛失と競売人の特権

ベンヤミン・ラーウセン

Benjamin Lahusen, §§ 932, 935 BGB Abhandenkommen und
Versteigererprivileg, S. 82-85.

民法（BGB）932条によると、権利なき者から財物を譲り受けた者が、その際、善意であった場合、その権利を取得する。法律の定式は、その財物の所有権がそれを譲り渡した者に属していない場合、譲り受けた者がそれを取得した時点で善意でない場合を除いてその所有権を取得すると、善意が推定される消極的な形式で定められている。民法935条1項によると、所有者が財物を「紛失」した場合、それを譲り受けた者には所有権の取得の効果は発生しない。この概括的な原則は、文献と判例において一般化され、「直接的な所有物の不本意な紛失」と表されている。ただし、ある人がこのように財物を紛失し、この財物が「公の競売」によって売却された場合、善意の取得者は民法935条2項によって所有権を取得する。

原則（善意による所有権取得）、例外（紛失の場合の所有権取得の否定）、そして例外排除（公の競売の場合の所有権取得）の相互関係は、法治国家の条件のもとにある一般的な経済にとって周知の事柄である。紛失の解釈学は、自由で平等な人々が相互に接触し、そこにおいて制約を受けずに自由な意思表示ができるという前提から出発する。それゆえ、抗拒不能の強制下で財物を放棄させられた者だけが保護に値する。それに対して、それ以外の不当な取引の場合であっても、不本意な所有物の放棄とは認められない。

しかし、これらの暗黙の前提条件は、国家社会主義の時代では通用しなかった。1933年以降の反セム主義立法、まさに1935年のニュルンベルク法は、このような普通の物権法の中にその爪痕を残した。1936年に最初の判決が出された。それは、ユダヤ教の信仰を人格の「本質的属性」として指定し、それを知らずにその人から財物を購入した当事者の異議申立権に道を切り開いた。その判決は、財物の処分権行使の有効性の判断にも基本的に適応された。国家社会主義のイデオロギーは、フィルターがかけられることなく、多かれ少なかれ物権法にも支配力を及ぼした。

異議申立権に対して競売人の特権で対抗するのは、無邪気も甚だしい。歴史的に問題になったのは、いわゆる「権利の黙示の不行使」であった。所有者が公の競売にもかかわらず売却に異議申し立てしない場合、所有者は自己の権利を黙示的に行使しなかった。そのように解されたのは、民法典は「公的な権威の下で行われた競売へ

の信頼」——立法の動機にはそのようにある——を損ねたくなかったからであった。しかし、1933年以降、競売人という職業も政治的な監視の対象となったという事実とはともかく、権利の黙示の不行使を認めてしまうと、あの悪名高き「ユダヤ・オークション」が民法の文言によって特権化されてしまう。ユダヤ人が移民するために、その財産から屋敷、家財、工芸品などを競売にかけても、所有者は異議申立できなくなる。そのため判決では競売人の特権を否定し、その完全性を期するために、競売人が必要な時点ですでに外国にいるために、悪影響を受けた人が純粹に実務的に発言する機会がない場合、権利の黙示の不行使には当たらないと注記された。

民法932条・935条には、反セム主義立法の影響はない。なぜならば、それは国家社会主義以前に制定された古い法規定だからである。ただし、善意取得の具体的解釈論の形態は、ユダヤ人競売人に対する異議申立をも容認し、国家社会主義の不法の永続化に至る可能性を残している。規範的な作業は、原理的には歴史に対して盲目である。しかし、まさにそれゆえに、その作業は歴史に対して無責任であってはならない。

*ベンヤミン・ラーウセン ヨーロッパ＝フィアドリーナ・フランクフルト（オーデル）大学
法学部教授。専門は民法・近世法。

文 献

Dreßen, Wolfgang: Betrifft: „Aktion 3“: Deutsche verwerten jüdische Nachbarn; Dokumente zur Arisierung (Ausstellungslatalog), Berlin 1998.

Lahusen, Benjamin: Vom hard zum soft law und wieder zurück? Die Rückerstattung nationalsozialistischer Raubkunst seit 1945, in: myops. Berichte aus der Welt des Rechts. Myops 46 (2022), S. 4-21.

Strelow, Irena: System und Methode, NS-Raubkunst in deutschen Museen, Berlin 2018.

第十八章 基本法19条4項・20条3項

法治国家における警察問題

ハンナ・エスピン・グラウ

Hannah Espin Grau, Art. 19 IV und Art. 20 III GG

#Polizeiproblem im Rechtsstaat, S. 86-89.

地域警察、刑事警察、秘密国家警察、そして秩序警察は、様々な方法を用いて国家社会主義のテロに関与した。警察の活動は、「措置国家」では（大量）謀殺に至るまで貫かれた。その際、その活動は法的に規制される必要も、制限されることもなかった——当事者の権利保障がなかったことは言うまでもない。1937年、ハインリヒ・ヒムラーは、「人種的一般予防」の意味における警察について解説した。

「警察は、有機的な総体であり、生の力であり、装置であるところのドイツ民族を解体と腐敗の危機から守らなければならない。この任務を負う警察の権限を制限的に解釈してはならない」。

連邦共和国は民主的で社会的な法治国家として編成され、基本法（GG）19条4項によって包括的な権利保障制度の利用を保障している。法治国家は、この点において（も）、国家社会主義のテロ国家とは全く異なって編成されている。それによれば、警察が行うどのような一般的活動も——どのような強制力の行使を伴う特殊的活动も——、何よりもその根拠は基本法20条3項の法治国家原則に基づく必要がある。なぜならば、それは警察の措置が向けられる当該個人の基本権への侵害を表しているからである。つまり、警察が合法的な警察目的の達成のために、最後の手段としての有形的な強制力の行使が許されるのは、特定の条件に基づいている場合だけである。その他の非暴力的な手段では功を奏さず、強制力の行使の重大性がその警察目的と均衡を失っていない場合に限られる（比例原則）。

警察実務は、法によって抑制される。ただし、それは条件付きである。第1に、法は強制力行使の形式と効果・機能に鑑みて、警察に一定の実務を許容する。その範囲は、必然的に抽象的なままであり、行政当局側の法適用者に対して判断の余地と裁量の幅を与えている。警察権の具体的な発動状況においてその裁量を判断するのは、個々の警察官である。強制力を行使する権限は、その限りにおいて状況に応じて必然的に制約が外されるが、その際、警察がその権限を行使する枠組において、法的な考慮のみならず、実務上の考慮が重要な役割を果たす（例えば、国家行為

の効率や国家権威の維持)。これらの考慮は、法を指向することと必ずしも矛盾するわけではない。その限りで言えば、個々の警察官の中に法治国家に敵対し、差別的な立場に立っている者がいるからといって、(強いて)それに帰せしめるべきではない。そうではなく、警察が社会において委任を受けている活動内容から明らかにしなければならない。

警察は複雑な状況にあるが、それは警察の強制力の行使権限によって、またそれに基づいて明らかにされる。資本主義(それは人種主義的でもある)社会では、警察の意義とその活動は、人種主義的な知性の在庫によって形成されている。それゆえ、警察実務は、既存の社会的(支配)秩序を防衛し、それを再生産する。そのことは、下層集団が警察の措置によって白人系の上層社会の構成員とは全く違う扱いを受けていることから示すことができる——例えば、監視経験(人種毎のプロファイリング)の頻度、警察の暴力がもたらした結果を見ればそのように言える。つまり、警察活動は支配活動であり、それはその対象に応じて変わる。

第2に、警察の強制力行使の適法性は、刑事訴訟法の捜査手続や公判手続の枠内において、また行政裁判所の手続において検証される。ただし、常に事後的に検証されるだけである(基本法19条4項の権利保障)。事後的に検証されはするが、警察の強制力行使を理由とした捜査手続の90パーセント以上が相当の嫌疑がないとして毎年打ち切られている。検事局が起訴・求刑したのは2パーセントでしかない。このような事件処理の構造は他に例がなく、諸因子の変動幅に起因している。例えば、しばしば証人がいないため証明が困難であると言われている。それと並んで、刑事司法と警察との制度的な近接関係が指摘されている。刑事司法と警察は、それぞれ犯罪処理の社会的機能を分担している。そのため、ある警察官が強制力を行使して人権を侵害し、他の警察官がその警察官を捜査する際に距離を置くことが困難であるという。

その限りで言えば、現時点において問題として取り上げられている警察の強制力の行使のほとんどは、法による検証が効果的に行われているとは言い難い。そうであるなら、当事者がそれに抗議する権利はますます脆弱な状況に置かれてしまう。過去数年間、州警察法の改正の枠内において、強制力行使の権限規範の敷居として「(捜査対象者からの)切迫する暴力」の要件が取り入れられたように、警察権限の拡大は、警察をさらに独立した機関にするという事態をもたらす。それゆえ、警察の強制力の行使を包囲することは、法治国家においても困難な状況にある。

*ハンナ・エスピン・グラウ ヨハン・ヴォルフガング・ゲーテ大学(フランクフルト・ア

現代史と教育研究会編『あの時の不法は今では法の隣にいる?——国家社会主義と法学教育のための読本』(本田)

ム・マイン) 法学部トビアス・ジンゲルンシュタイン教授の講座の研究助手を務める。
「職務中の警察官による身体傷害」(KviAPol - Körperverletzung im Amt durch
Polizeibeamt*innen)の著者。ローザ・ルクセンブルク財団奨学生。

文 献

- Abdul-Rahman, Laila/Espin, Grau, Hannah/Klaus, Luise/Singelstein, Tobias: Gewalt im Amt. Polizeiliche Gewaltanwendungen und ihre Aufarbeitung, Frankfurt am Main 2023.
- Klemp, Stefan: Freispruch für das „Mord-Bataillon“/ Die NS-Ordnungspolizei und die Nachkriegsjustiz, Münster 1998.
- Pichl, Maxmilian: Zur Entgrenzung der Polizei - eine juristische und materialistische Kritik polizeilicher Gewalt, in: KritV, CritQ, RCrit 97 (3/2014), S. 249 ff.
- Pilone, Lea: Polizei und Rassismus in Deutschland. Eine historische Genese, in: Roldán Mendivil, Eleonora/Sarbo, Bafta (Hrsg.): Die Diversität der Ausbeutung. Zur Kritik des herrschenden Antirassismus, Berlin 2022.
- Rürup, Reinhard: Topographie des Terros, Berlin 1987.

結 論

レナ・フォリアンティ

Lena Foljanty, Nachwort, S. 90-91.

「国家社会主義法」を研究するのは何故か。繰り返されたくない時代、数十年も前の時代の法を問題にするのは何故か。そのような時代を研究するのは何故か。あの時代の法に取り組むことは、法律家にとって必要である理由は何か。

国家社会主義に関心を持つことが、我々に法を限界状況から省察する可能性を与える。法はテロと迫害に奉仕すべく発動された。法はテロと迫害を合法化し、それを支えた。国家社会主義法に関心を向けることは、我々を次の問題へと導く。法哲学的に言えば、そのような法がなお法としての特徴を持ちうるのか。方法批判的に見れば、法を不法に奉仕させるために法学と法実務はいかなる技術を用いたのか。そして、法社会学的に考えれば、何が条件となって法律家の大部分があれほどまでに能動的に不法に関与したのか。我々はこれらの問いの前に立っている。

これらの問いは、過去から現在を考えるための素材を提供する。法律家として責任を負うことを我々の社会では何と呼んでいるのか——それを何と呼ぶべきか。我々は我々の方法的道具をいかに熟慮した上で扱っているのか。方法の問題は憲法の問題であるが、民主的法治国家において権限を行使するには法律による拘束を受

ける。それは法的に重要な価値であり、民主的法治国家の糧である。法学と法実務は、その前を通り過ぎてはならない。では、我々はそれを自覚しているのか。差別すること——しかも下品な方法で——が処罰されず、それどころか法的に保護されさえしているとき、我々は立ち止まったままでよいのか。いったい我々は自身の立場をどこに定めているのか。

本書は、国家社会主義における法の機能と用法に関する法律規範と法的見解について具体的な知識を伝える。その法学的思考と規範は、現代に至るまで存続してきた。しかし、法律家の態度を見れば、その連続性を全くと言っていいほど意識していないことが分かる。国家社会主義の法学的清算の歴史は険しい道のりであるが、多くの理論家はその歴史を考察してきた。本書は、過去と現在を相互に結びつけることを提起する。過去から現在への連続性が意識されず、法から歴史的関連性が取り除かれるとき、我々はその法に対していかに責任ある関わり方ができるのか。そのための重要な知識の多くが失われているのではないか。本書はそれに目を向けるよう注意喚起する。

本書の編集は、「イニシアティブ・パラント」(名称は改名)、ポッドキャスト「ほら、右側をごらん」、ならびに社団法人「フォーラム：司法の歴史」など記憶の政治の関係団体である。これらの団体の関わりは、決して小さいものではなかった。法学領域における記憶の政治の議論において過去数年に運動が起こり、この主題に対する関心が高まっている。それもこの団体のお陰である。さらには近年のドイツ裁判官法 5 a 条の新規定によって、国家社会主義の司法の不法を法曹養成において必要不可欠なものとして位置付ける法的指示が出された。この新しい規則の履行は、ほとんどの大学の法学部ではまだ決着がついていない。本書は、自学自習のための価値ある資料を提供し、同時に読者を講義室、学生食堂、研究会室での討論に招待する。親愛なる読者諸氏が、法律学の修学課程において、法に関する批判的で、歴史の情報提供を受けた熟慮の大切さに共鳴し、その領域を自ら切り開くことを期待してやまない。

*レナ・フォリアンティ ウィーン大学法と憲法史研究所教授。

プロジェクトチーム

「現代史と教育研究会」(AK Zeitgeschichte und Ausbildung)は、社団法人「フォーラム：司法の歴史」(Forum Justizgeschichte e.V.)に設置された。2023年、「イニシ

現代史と教育研究会編『あの時の不法は今では法の隣にいる？——国家社会主義と法学教育のための読本』（本田）

アティブ・パラント」(Initiative Palandt) (のちに改名)、ポッドキャスト「ほら、右側をごらん」(Podcasts "Mal nach den Rechten schauen")、社団法人「フォーラム：司法の歴史」によって設立された。本研究会の目的は、法学教育における20世紀の司法の不法を主題とし、その連続性を指摘し、その底流に流れる不平等のイデオロギーと権力構造に対する感覚を養うことである。

本研究会の構成員と本書の編集者は、以下のとおりである。

ノラ・アウエルバッハ

政治学と法学を学ぶ。現在は、ポッドキャスト「ほら、右側をごらん」のメンバー。

ヴィクトリア・モシァディス

ケルン大学で法学を学ぶ。現在は、ポッドキャスト「ほら、右側をごらん」のメンバー。

ヨナタン・シュラム

法曹資格取得後、現代史と教育研究会の広報担当を務めると同時に、フェリックス・ハンシュマン教授(ブツェリウス・ロースクール)の指導のもとで学位論文の執筆に取り組んでいる。「イニシアティブ・パラント」(改名され、現在は法学における批判的記憶の文化のためのイニシアティブ: Initiative für eine kritische Erinnerungskultur in der Rechtswissenschaft)で活動している。

クリストフ・シューフ

ベンヤミン・ラーウセン教授(ヨーロッパ＝フィアドリーナ・フランクフルト[オーデル]大学)の指導のもとで学位論文の執筆に取り組んでいる。ベルリン・フンボルト大学に設けられた「反セム主義の正義・司法による挑戦としての反セム主義」(AS Just - Antisemitismus als justizielle Herausforderung)の研究プロジェクトの研究助手を務める。

ヨーン・フィリップ・トゥーン

法学博士。ベルリン社会裁判所判事。社団法人「フォーラム：司法の歴史」理事長。「自由の法を求める社会」(Gesellschaft für Freiheitsrechte)の活動にも従事している。

コーラ・ヴェーゲムント

ゲオルク・シュタインベルク教授（ポツダム大学）の指導のもとで学位論文の執筆に取り組んでいる。ユリア・ゲノイス教授（ブレーメン大学）の研究助手を務める。

訳者のあとがき

(1) 歴史の過去に向けられた現在の視線

1985年5月、ドイツ連邦共和国大統領（当時）リヒャルト・フォン・ヴァイツゼッカーは、戦後40年の節目の年に、「荒れ野の40年」と題された公演の中で、第二次世界大戦における自国の過去を振り返って、それを聞いた多くの人々が後に心に深く刻んだあの有名な言葉を述べた。「過去に目を閉ざす者は結局のところ現在にも盲目となります。非人間的な行為を心に刻もうとしない者は、またそうした危険に陥りやすいのです」。

それから数年経ったドイツで国家社会主義時代の過去を負い続けることの精神的苦境を告白し、そこから逃れようとする言論が起こった。いわゆる歴史家論争である。第二次世界大戦中のスターリンの暴政と粛清、1950年代末から毛沢東が推進した大躍進政策による大飢餓、1970年代のカンボジアにおけるポルポト派による自国民の大量虐殺、大国アメリカが同盟国を引き連れてアジアの小国ベトナムに行った人民の殺戮など。人類は今でも（規模や程度の差こそあれ）あの時のような野蛮を繰り返している。しかし、彼らはその誤りを背負っていない。なのになぜドイツ人だけが過去を背負い生きていかねばならないのか。過去に目を閉ざしてきたわけではない。それを心に刻んできた。しかし、なぜドイツ人だけが過去を見つめ、それを記憶し続けて生きていかねばならないのか。このような心情は、過去を他人事ではなく、我が事として引き受けてきた無数の人々の率直な告白であったように思われる。

歴史家論争の最中に、国家社会主義の不法に関与した人々の子ども世代に対するインタビューをまとめた『お父さん、戦争のとき何していたの——ナチスの子どもたち』（ペーター・ジフロイスキー著／マサコ・シェンエック訳、二期出版、1988年）を読むよう勧められたことがあった。子どもが学校の歴史の授業で第二次世界大戦のこと、戦争のこと、ヒトラーユーゲントのことなどを学んで家に帰ってきた。夕食のときに、「お父さん、……」と質問した。父親は口を堅く閉ざし、何も話さなかった。沈黙が続いた。

ある夏の日、子どもが祖父と庭で水遊びをした。服がぬれたので、祖父はシャツを脱いで身体を拭いた。その背中には鞭で打たれた跡がはっきりと残っていた。「お祖父さん、その背中の傷はどうしたの」と質問した。祖父は「ちょっと転んだだけ」と軽く答えた。それでも繰り返し尋ねた。祖父はようやく語り始めた。第二次世界大戦中、祖父はドイツ共産党員であった。それは家族以外には秘密にしていた。社会全体がナチ一色に覆われ、やがて息子はヒトラーユーゲントに入団した。組織ではユダヤ人や共産党員を見つけた場合には直ちに支部役員に連絡することが奨励された。息子は父が共産党員であることを密告した。父は警察に連行され、凄まじい拷問を加えられ、転向を強要された。これで沈黙の意味が明らかになった。父を密告した息子とは、夕食の時に口を堅く閉ざした「お父さん」である。あのとき不法に加担した人が、今では私の隣にいる。父親として。その心境は、おそらく言葉で表すことはできないであろう。研究者としてリアルな歴史の一面を明らかにしたことは業績として評価される。しかし、それは当事者にとっては絶望以外の何ものでもない。

過去の歴史の出来事は、研究者や歴史家、政治家などが論ずる問題として受け止められがちである。「何年何月に政府は判断を誤った」とか、「戦線を西に移動させるべきところを誤って東に移動させた」など、戦略や戦術の是非を後になって論ずる。そこでは時代を網羅する大きな物語が議論される。しかし、その歴史の深層に入り、細部にある小さな物語を読み解いていくと、過去の問題は個々人の生のレベルにまで引き下げられ、等身大の一人称の物語になる。

「過去に目を閉ざす者は結局のところ現在にも盲目となります」と、ヴァイツゼッカーが述べたとき、それはドイツの大統領として自国の歴史を振り返って述べたにすぎない。戦後直後に父親が裁かれた裁判に協力した時、彼はどのように思ったのか。息子の目に「戦犯」の父親はどう映ったのか。そして、何よりも彼が過去をどのように見つめ、背負って生きてきたのか。「荒れ野の40年」は、彼にとってどのような意味を持っていたのか。それを聞けなかったことが残念で仕方がない。

「歴史の問題は、カミソリのように家族を引き裂き、人間の情愛や信頼を切り刻むこともある。歴史の研究は史実に即した冷徹なものであらねばならない。しかし、一人称の物語として考えなければ、歴史は結局のところ他人事になってしまう。そんな研究なら、他人に任せておけばよい」。同志社大学のドイツ史家の望田幸男がジフロイスキーの邦訳書を手のひらでさすりながら、そのように語った姿が今でも記憶に残っている。その後、彼の一人称の歴史を聞く機会があった。歴史の過去の意味は、時間が経過しなければ明らかにならないことを思い知らされた。

しかも、歴史は個のレベルでは、焦りと苛立ち、献身と自己犠牲、裏切りと諦念に溢れていることも知らされた。それは、歴史や理論史の大きな物語を研究する重要な着想にもなりうる。

(2) ここに紹介した現代史と教育研究会編『あの時の不法は今では法の隣にいる? ——国家社会主義と法学教育のための読本』(Unrecht mit Recht? - Ein Reader zu Nationalsozialismus und juristischer Ausbildung, AK Zeitgeschichte und Ausbildung [Hrsg.], 2024.) は、2024年春に出版された。著者の1人であるモーリツ・フォルンバウム教授から本書をいただき、早速読み始めた。基本法、民法、刑法、行政法、国際法、社会法、医事法、弁護士法、建築基準法など多岐にわたるテーマの論稿であったため、理解するのが困難であったが、なんとか読み通すことができた。そして、原タイトルの „Unrecht mit Recht?“ の意味がようやく理解できた。最初は「法とともに不法が?」という意味不明な訳語を当てていたが、最終的に表題のような表記にした。しかし、それが適訳だとは言い切れない。誤解があるとすれば、それは私の語学力の不十分さと知識の無さによるものである。現代史と教育研究会の責任でないことは言うまでもない。

各章の末尾に著者の簡単な経歴と所属が紹介されている。研究会編集者の経歴も記載されている。それを見てお分かりいただけると思うが、大学教授、研究所所長、裁判官などの職に就いている執筆者もいるが、その多くは学位論文準備中の若手研究者である。しかも、女性が多いことに気づかされる。彼らは、序論でも述べられているように、ドイツの学生運動の歴史的延長線上に自身を位置付けている。その運動は、ソ連・東独の社会主義路線の指導を受けた1950年代の青年学生運動、1960年代後半のベトナム反戦運動、非常事態法制反対運動、1970年代以降の反戦・反軍・反基地・反核運動へと時代の推移と共に再編されながら、1980年代の反原発運動・環境保護運動へと広がり、現在に至っている。その起点には自由と平等、民主と平和などの基本的価値があったと思われる。その運動の延長線上に位置する彼らが、法制度や判例、解釈や概念に潜む国家社会主義のイデオロギーを暴き、それを批判的に検証する試みは十分に理解できる。

自由の法体系の中に弾圧装置のメカニズムがあるのか。平等主義の法思想の中に差別と抑圧の温床が残されているのか。普通に考えれば、否定したくなる問いである。しかし、過去の不法に加担した父母を持つ子ども世代には、否定したくても否定できない問いであった。現代史と教育研究会がその延長線上に自身を位置付けたのは、そのような怒りと嘆きを引き継ぎ、法制史、理論史、判例史などを検証しな

がら、過去を繰り返さないための作業を自ら引き受けたことを意味する。ドイツの若い研究者の始まったばかりの試みがさらに広がりと深みを見せてくれることを期待したい。

このような歴史批判に対しては、「果たして、そのように言い切れるのだろうか」、「深読みしすぎではないか」というような反批判が向けられることもあろう。そのような議論に対しては、固有のイデオロギーが唯一の法的形態に規定されるとは限らないこと、異なる社会的・政治的ヴェールに包まれて、その実体を覆い隠すことができることを事実として説明する必要がある。それは法思想と法学方法論の重要な課題でもある。また、「そもそも、ナチスの語にいかなる定義を与えているのか」という根本問題も投げかけられるであろう。それに即答できなくても、刑法学に限って言えば、クラウス・マルクセン、ゲアハルト・ヴェルツレ、モニカ・フロンメルらの刑法史の批判研究に基づいて概括的な答えを出すことができる。また、最近でもゲッティンゲン大学のカイ・アンボスやレーゲンスブルク大学のハイケ・シュトッパが問題提起をしていること、とりわけシュトッパは目的主義的犯罪体系の成立過程を国家社会主義時代のヴェルツェルの著作に基づいて跡づけながら、その政治的・イデオロギー的性質の解明を試みている。刑法における国家社会主義の意味について、彼らの研究から一定の見解を引き出すことは十分可能である。本書はあくまでも法学部生や若手法曹向けの書物であるが、そのような学問的考察が反映されていることは明らかである。

(3) 現代史と教育研究会の広報担当のヨナタン・シュラム氏に対して、日本の読者のために本書に関して若干の解説をお願いしたので、そのうち3点をここに記しておく。

第1点は、本書の扉の頁（3頁目）にある1964年のフリッツ・パウアーの言葉である。フリッツ・パウアーは、アウシュヴィッツ強制収容所においてユダヤ人、シンティとロマなどの被収容者を抹殺した所長や看守などを訴追したヘッセン州検事長である。その裁判は1960年代前半にフランクフルト・アム・マインで行われ、「フランクフルト・アウシュヴィッツ裁判」と呼ばれ、1965年に被告人の多くに有罪判決が言い渡された（謀殺罪の幫助犯）。パウアー自身もユダヤ人である。「過ぎ去ったものなど何一つない。あらゆるものが現在でもそのままであり、それらはどれも再び将来においても起こり得る」（Nichts gehört der Vergangenheit an, alles ist noch Gegenwart und kann wieder Zukunft werden.）。その彼が裁判過程において述べたのが、この言葉である。民族差別と人種排外、侵略戦争と占領、ホロコーストと

ジェノサイドが過去にドイツの名のもとに行われた。その過去と向き合わなければならない。では、それはもう過ぎ去った過去の話なのか。いや違う。過ぎ去ったものなどない。それらはまだ解決されていないし、今でもそのままである。それが将来再び繰り返されないと切り切れるだろうか。その保障があるだろうか。国家社会主義の過去は戦後処理の過程において克服されたと言われてきたが、必ずしもそうではなかった。ゆえにパウアーは検事長として国家社会主義の過去と闘い、それを克服する裁判を起こしたのである。シュラム氏からパウアーの心境をこのように解説していただいた。

第2点は、序論に書かれている本書の執筆の経緯であるドイツ裁判官法の改正についてである。2018年頃に連邦政府の反ユダヤ主義委員会において、法律家が過去に法律を用いて不法に関与した事実に関心を持つべきである、それは法律家としての基本的な素養に関わる重要事項であるとの意見が多数を占め、裁判官法の改正に至った。与野党ともに反対する議員はいなかったという。そのような経過を踏まえて、ドイツ裁判官法は2022年1月から施行された。同5a条は、ドイツの法学部生が法律を学習する際の必須要件を定め、憲法や民法などの実定法の学説と判例だけでなく、戦前の国家社会主義時代と戦後のドイツ民主共和国時代の法律史の学習を履修要件としている。2016年にドイツ連邦司法省（当時大臣はハイコ・マース〔SPD〕）が同省の戦後史の研究を独立研究委員会に委託して、『ローゼンブルクの記録』（Die Akte Rosenberg）を公開した直後であった。そのことも裁判官法の改正の一因になったと思われる。

そして、第3点は、序論の最後に引用されているグスタフ・ラートブルフの言葉についてである。ラートブルフは、フランツ・フォン・リストに師事して刑法学を修め、新カント主義学派の刑法学者・法哲学者として活躍し、ワイマール共和国の初期には司法大臣（SPD）として特別刑法の制定と刑法改正作業に大きな影響を残した理論家・実践家である。1933年の国家社会主義の権力掌握後、ラートブルフは政治的・思想的傾向とその人格的特徴ゆえに新体制に適さないと教職から追放された。国家社会主義の台頭に警鐘を鳴らした彼がその直前の1932年に『法哲学』に書き残した言葉を、シュラム氏は次のように説明している。良き法律家とは何か。それは、自分が持っている権限の意味を考え、それに基づいて自分が下した決定が他人にいかに関与を与えるかを常に考える法律家である。身に着けた法学と法の知識を絶対視し、誤りを犯さないと自信満々に話す法律家ほど質の悪いものはない。法と法学から距離を置き、それに疑問を投げかけながら慎重に接近する人だけが良き法律家になりうる。成長途上の若者、誤りや失敗を繰り返し経験し、それで

も法律家になろうと努力する実直な人だけが法における善と良の山の頂上に登れるのである。シュラム氏はこのように説明する。戦前のドイツ法律家は大きな誤りを犯した。ラートブルフはそれに警鐘を鳴らしたが、阻止できなかった。国家社会主義の崩壊後にラートブルフは教職に復帰し、ハイデルベルク大学法学部の再建に尽力した。その時期執筆された「法律の形をした不法と法律を超える法」や「5分間の法哲学」は、当時はもちろん、現在の社会的文脈において読み直しても、なおも通用力のある論文である。ラートブルフの戦後の文献は、法学における険しい道のりを歩んだ彼の足跡として読むことができる。

(4) 最後に本書の邦訳を快諾していただいた執筆者の方々に感謝と御礼を申し上げます。とくに現代史と教育研究会の広報担当のヨナタン・シュラム氏、そしてミュンスター大学法学部のモーリツ・フォルンバウム教授からは貴重な機会をいただきました。両氏に重ねて御礼申し上げます。(2024年7月21日)