

【翻訳】

## クラウス・ロクシン『刑法総論』第一卷(第三版)〔十九〕

クラウス・ロクシン 著  
秋山 栄一 訳

### 第六編 その他の処罰条件

#### 第 23 章 客観的処罰条件と刑罰阻却事由

文献：省略

#### 第一節 答責性の彼岸にある処罰条件、問題提起と事案

1 原則的に、構成要件に該当し、違法且つ答責的になされた行為は可罰的でもある。従って、3段階の犯罪論体系の彼岸にある第4の犯罪のカテゴリーは、如何なる一般的な処罰条件をも特徴づけず、それ故、既に、構成要件、違法性、答責性とは同じ地位に立つことはできない。問は、はじめから、次の点に尽きる。つまり、個々の構成要件において、可罰性が生ずるためには、不法な行為に対する答責性を越えて、更なる他の事情が存在していなければならないのかどうか、或いは、一定の事情の存在が、さもなければ生ずるであろう可罰性を阻却するのかどうかという点である。そのような諸事情は存在するのかどうか、如何なる要素が

それに属するのか、更にはどのような共通の基準がそれを特徴づけるのかが、最も議論されている。見解の一致は、そのような要素はいずれにせよ不法や責任に属する必要はないという出発点にしかない。以下では、さしあたり、支配の見解が概観されるべきである。それは、支配の見解との議論でしか、異説は理解されえないからである。

2 可罰性を喚起させるために、答責的な不法行為に付加しなければならないような事情は、客観的処罰条件 (objektive Bedingungen der Strafbarkeit) と呼ばれている。この点については、特に、行為者の故意或いは過失が関係をもつ必要のないような、処罰を基礎づける結果が考慮される。実践的に重要な事例は、判例や文献で概ね理解されているように、完全酩酊構成要件 (323 条 a) である。それによれば、場合によっては、帰責能力を阻却する酩酊に自ら陥った者が、既に構成要件に該当し、違法且つ有責に行為することになる。しかしながら、有責な自己酩酊 (Sich-Berauscht) は、この理論によれば、当然に処罰化を正当化するのであろう。処罰化の経済性 (Bestrafungsökonomie) という理由づけだけに基づいて、行為者が酩酊下で違法な行為を犯すことが、可罰性のために追加的に要求されている。この酩酊行為に関していえば、行為者が故意的に或いは過失的に行為することは必要でない。よって、その酩酊行為は、純粋に「客観的な」(すなわち、責任 (Verschulden) には包摂されない) 処罰条件である。支配の見解によれば、同様のことは、掴み合い (227 条) における可罰性が喚起される事情としての死亡或いは重大な身体傷害についても、可罰的破産行為 (283 条) における支払い停止及び破産手続の開始 (例えば、破産財産の欠如によるそれらの拒否) についても当てはまるとされる。もっとも、可罰性を基礎づけ、責任に依拠していない結果のみならず、その他の諸事情もまた、客観的処罰条件と見なされる。最も広範に認められているのは、諸外国に対する犯罪行為 (102 条以下) における「相互性の保障」と「外交関係の維持」(104

条 a) である。それらは、答責的な不法行為ではないが、処罰条件ではある。

3 客観的処罰条件に対して、刑罰阻却事由（Strafausschließungsrründe）といわれるものは、次のような諸事情である。すなわち、その存在が可罰性を阻却するものであり、場合によってはその不存在が処罰条件となるものである。しばしば、そこでは、人的刑罰阻却事由（persönlichen Strafausschließungsgründe）と事物的刑罰阻却事由（sachlichen Strafausschließungsgründe）、刑罰消滅事由とが区別される

4 人的刑罰阻却事由の場合には、刑罰の阻却はあらゆる関与者に妥当するのではなく、刑罰阻却要素が存在するその者にのみ妥当するのである。ここに加えられるのは、とりわけ、免責特権（議会での発言についての刑の免除、36条）—部分的ではあるが—治外法権（裁判所構成法18条以下）であり、もっとも、173条3項や258条6項のような、前述で（第22章, Rn.136f., 139）答責性が阻却される理由に含められている諸規定もここに数えられている。指導的思考は、客観的処罰条件の場合と同様である。例えば、ある国会議員が連邦議会で他の議員を侮辱する場合には、その行為は、他の侮辱者と何ら変りはなく、それ自体として処罰に値するであろう行為である。にもかかわらず、36条は、議会の機能性を損なわないようにするために、刑罰を阻却する。それに対して、36条に列挙された委員会の構成員に属さない関与者には、刑罰の阻却は認められるべきではない。その点に事物的刑罰阻却事由との違いがある。かくして、広く認められた見解によれば、悪評の流布（186条）の場合における真実性の立証は刑罰阻却事由であり、その作用は名誉棄損に関する全ての関与者に同様に発揮されるのである。人的刑罰消滅事由（persönlichen Strafaufhebungsgrund）と呼ばれているのは、自発的な中止未遂（24条）及び既遂犯の刑を免除する中止の事案（例えば、163条6

項、310 条)である。すなわち、可罰的な行為はそれ自体として存在しているが、中止者に対する可罰性は—他の関与者の可罰性の存続とは無関係に—事後的に再び消滅されるということを出発点とすると考えられているからである。

5 客観的処罰条件と事物的刑罰阻却事由との違いは、純粹に形式上の種類 (Art) である。例えば、悪評の流布の場合における真実性の不証明が客観的処罰条件として特徴づけられるのか、或いは真実性の証明がうまくいくことが事物的な刑罰阻却事由として特徴づけられるのかどうかは、どうでもいいことである。

## 第二節 支配的見解における第 4 の犯罪カテゴリーの肥大化

6 客観的処罰条件及び刑罰阻却事由の解釈学的な意義と刑事政策的正当性をめぐる論争の理由は、この表題がほとんど共通の表現をなしえないような極めて異質の要素の混合物としての外観をもっている点にある。ここでは、多くの要素が引き合いに出されるのであるが、その要素の、より精密な分析は、あくまでも 3 段階の犯罪構造の彼岸に位置づけられるのではなく、むしろ構成要件、違法性或いは答責性にあてがわれるということを示している。これら要素が切り離されている場合に、はじめて、第 4 のカテゴリーで記述すべき処罰条件の構造が明白に際立つことができるのである。

### 一. 構成要件要素としての見せかけの処罰条件

7 最も多く採り上げられる、誤解されている処罰条件の二、三のもの

については、それは不法とは無関係でないということが、再三再四、指摘されてきた。そのことは、とりわけ、323条aと227条の重大な刑罰威嚇について当てはまる。これら構成要件の問題性は、各々各論に属するものである。従って、その問題性は、本書では私自身の思考過程を明瞭化するのに必要な限りにおいてのみ、取り扱われることになる。

8 a) 實際上、極めて意味のある酩酊行為（323条a）の場合に、結果を伴わない自己酩酊が5年以下の自由刑を正当化したり、犯罪的な酩酊行為に可罰性を制限することが責任主義の観点の下でも何等問題ないとされ、有責者の刑の免除となるというような見解は、維持できない。むしろ、結果を伴わない酩酊は、禁酒を知らない国家では、社会的に許容された事象である。正当にも、「酩酊行為は323条aの不法内容を決定している」とされている。

9 ただ、そのことが正しいのであれば、まず不法を基礎づける、或いは少なくとも不法を本質的に高める事情が、行為者の責任によって包摂されるべきではないという考えは、責任原理に違反している。むしろ、可罰性にとって要求されうるのは、酩酊下で犯された行為に関していえば、行為者は過失的に行為したという点である。それ故、行為者は、結果を予見できなければならなかった、すなわち、「可罰的な種類である何らかの逸脱した行為」のみならず、更には発生した結果という種類の作用をも予見可能でなければならなかったのである。

10 それ以外の解釈は責任原理に違反していると公然と認める論者達も、このような結論をあえて導こうとはしていない。刑事政策的な理由づけからは、責任原理の制限が甘受されなければならないと考えられている。ただ、それ以外の見解が支持することができない結果に至るに違いないという仮定には、納得できない。大部分の人間は、酩酊中に可罰

的行為を犯すという傾向にあるわけではない。實際上、危険なのは、それは、酩酊状態で常習的に器物を損壊したり、身体を傷害したりする、或いは性的な侵害を行ったりするような人間達のグループだけである。しかし、これらの者は、徐々に自制心が失われていくのであるから、これから我身に起こるであろうことを予見可能なのである。

11 同様に、いずれにしても、過失的な原因において自由な行為は存在しているのであるから、そのような見解は、323 条 a を不要なものにしてしまうのかというと、そうではない。というのは、大部分の構成要件の場合には、— 器物損壊や性犯罪の場合も同様であるが— 過失それ自体が処罰の対象にない。それ故、323 条 a は、酩酊によって惹き起こされた過失的な犯行に対し刑罰威嚇をもたらすという、重要な機能を獲得したことになるのである。この見解によれば、それ故、飲酒酩酊の際に、自己が仕出かすであろうことを予想しえなかった者のみが、不可罰であることになるであろうか。けれども、この見解を受け入れることはできる。今日の実務によれば、間違った認識をもっていたため、酩酊行為を犯す際に行為の事情について錯誤に陥っていた者、或いは、行為を犯す際に素面であったのか酩酊していたのかどうかを覚えていなかった者が無罪にされなければならないのであれば、彼の事後の態度を予見できなかった者もまた、刑事罰は不要とされているからである。

12 b) 類似性は、掴み合い (Raufhandel) (227 条) の場合にもある。悪い結果が危惧されえないような、害のない掴み合いへの関与は、3 年以下の自由刑に値しない。むしろ立法者は、可罰性を死亡や重大な身体傷害に結びつける場合に、特に危険な殴り合い (Schlägerei) 或いは攻撃への協働を個別的に処罰しようとしている。その上で、立法者は、この危険性が典型的に重大な結果から生じるという点を出発点としている。ただ、その場合、重大な結果は構成要件的不法に属し、更に行為者

の責任は危険性の本質部分を構成する諸要因にまで拡大されるべきである。これが意味しているのは、行為者は、少なくとも、殴り合いが227条において列挙された結果の内の一つを生じさせるということ、予見可能でなければならないということである。

13 また、この点についての、これが刑事政策的には耐え難いというような異議は、誤りである。というのは、闘争者達が武装していたり、或いは彼らが残忍な手段に出るところでは、重大な結果を予見させるからである。その結果、刑罰必要性を充たすことができるのである。ただ、重い結果が考慮される必要のないところでは、殴り合いといえども危険ではないし、死亡や重大な傷害は、むしろ不幸な偶然なのである。従って、無罪は法律の基本思想によりよく合致する。その点を差し引いたとしても、掴み合いの統計的意義は僅かなものでしかないため、刑罰必要性の主張は、既に、経験則上、反駁されうるのである。

## 二. 正当化事由としての見せかけの刑罰阻却事由

14 このようなものとして、少なくとも、2つの事案が例示として説明されているのであるが、そこでは、誤って刑罰阻却事由と判断されているのであり、正しくは正当化事由に組み込まれることになるのである。

a) 37条によれば、議会とその委員会の公開の会議に関する真実に忠実な報告は、「あらゆる答責性が免除」されている。その中に、刑罰阻却事由があると、種々様々に採り上げられている。しかし、正しくは、そこには正当化事由が見出されなければならない。というのは、例えば、ある議員が議会で悪評を流布したとして、36条によって刑罰阻却事由を援用できるにすぎない場合であっても、有権者には、自らの票を場合によってはそれに反映させうるために、包括的に知らされなければならない

ないからである。反対意見は、「議会報告を自由に任せることを国会議員自身の免責特権よりも一層価値あるものと位置づける」とする如何なる理由も存在しないというが、望まれない行為とその行為についての望まれない報告とを混同しているのである。

15 b) 139 条 3 項 2 文によれば、弁護士、選任された弁護人、更に医師は、138 条とは対照的に、行為者を行為から遠ざけようと真摯に努力した、或いはその結果を回避しようと真剣に努力した場合、彼らにはその身分の個別性によって信任されている事項について「義務的な申告を要しない」としている。この規定は、一部では、単なる「刑罰消滅事由」と評されている。けれども、正当化事由が問題なのである。139 条 3 項 1 文が刑法上の答責性を阻却する根拠と見なされる場合（この点について、第 22 章, Rn.135）、139 条 3 項 2 文を正当化事由と異なって解釈することは、法律上の異なった用語法のみによって条件づけられているわけではない（1 文における「無罪」、2 文においては「義務づけられていない」とある）。むしろ、上で述べたような職業人にとって有利な結果になるよう利益衡量する場合に、彼らの守秘義務は、正当化の方へ有利に傾く。他方で、その関係者は、正当さを引き合いに出しうるのでなく、むしろその人的状況の結果として免責されるにすぎないのである。

### 三. 答責性阻却事由を基礎づける見せかけの刑罰阻却事由

16 ここで指摘されるのは、さしあたり、「各論上の答責性阻却事由」として既に議論されている諸事案である（第 22 章, Rn. 134—141）。それらは、なるほど一定の責任は存在しているのであるが、しかし予防的処罰の必要性は欠けているという点で、答責性阻却事由と等しい関係にある。これらの規定は、一部では 35 条（139 条 3 項 1 文、258 条 5 項、

258条6項）と、一部では20条、21条と密接な関係にある（173条3項）。それらの規定は、総論上の比較可能な規定のように、刑法上の答責性阻却の事実属する。それ故、これらの規定を刑罰阻却事由として格づけする理由はないのである。

17 ただ、支配的見解からは人的刑罰消滅事由と見なされているが、中止未遂の自発性（24条）も答責性阻却事由に属している。というのは、未遂は、有責な可罰的行為を基礎づけているからである。ただ、行為者が自発的意思で適法領域に舞い戻るのであれば、彼は、再社会化をもちや要しないし、悪しき手本となることもないのである。それ故、処罰化は、特別予防的にも一般予防的にも不可欠とはえない。詳細は、未遂論に属する。ここでは、中止に、答責性の彼岸にある体系的な位置づけをあてがうことを導くもようなものは存在しないという事実を確認することで充分である。同様のことは、無罪とされる既遂犯の中止の事案にもあてはまる。

18 最後に、悪評の流布が提起する問題も、体系的にいえば、答責性の彼岸には存在していない。名誉を棄損する事実の主張をすべて186条の意味における有責な行為と見なすことができ、そして、証明されたこの主張の真実性は、単に事物的刑罰阻却事由にすぎないという支配的な推論は、支持しえない。というのは、名誉を棄損する事実の暴露は、有責で答責的な不法そのものたりえないことが明白だからである。むしろ、刑罰の制限は、構成要件内でも、答責性の領域においてもなされるのである。

19 さしあたり、善意の行為者の処罰が、そもそも責任原理と一致するのは、Hirschのいうように、悪評の流布の構成要件について、少なくとも発言者側の義務違反が要求される場合でしかない。すなわち、「その

犯罪は、違法で、有責であり、且つ義務に違反する発言の中に存在している」のである。命ぜられた全ての注意義務について調査しなかった者は、真実性が解明されえない場合に、名誉を棄損する事実の主張や、或いはその流布のために、当然に処罰されることになる。

20 しかし、事情が異なるのは、ある者が、真実が後になって証明されるような表現を過失的になしたような場合である。なるほど、不法且つ有責な行為は、依然として存在してはいるが、しかし、それには予防的処罰の必要性が欠けているといえる。すなわち、行為者は、結果として正しかったのであり、「被害者」には如何なる不法も生じなかったが故に、処罰をそもそも必要とするような法的平和のかく乱が欠けているのである。それ故、その行為者に免除を認めることは然るべきである。よって、真実性の立証は刑法上の答責性が阻却される根拠である。「事物的刑罰阻却事由」を承認する必要性は存在していない。

### 第三節 刑法外の目的設定が優先する諸事案としての可罰性の客観的条件と刑罰阻却事由

#### 一. 指導的観点

21 客観間的処罰条件、刑罰阻却事由及び刑罰消滅事由に誤って組み込まれている、かなり多くの要素を無視した場合に、はじめて、不法と責任の彼岸にある第 4 の犯罪カテゴリーの特徴が明らかになる。すなわち、重要なのは、刑法外の目的設定が比較衡量の結果、処罰の必要性に比べ優先的地位を獲得するような諸事案である。

22 客観的処罰条件は、例えば、104 条 a による外交関係の維持と相互

性の保障である。というのは、外国の国家機関及びその代表者に対する攻撃やそれらへの侮辱、或いは外国の国旗並びにその国章の毀損は、102条—104条の構成要件を有責に充足するからである。それらの行為が、上で述べた条件が欠落する場合に、それ自体として処罰されないのは、外交政策上の理由によるのである。国外におけるドイツの代表者等々に同様の保護が保障され、2つの可罰性の客観的条件がこの目的達成のための圧力手段として用いられるのである。

23 283条6項も、可罰性の客観的条件である。それによれば、283条1項、283条bの破産行為は、「行為者が自己の支払いを停止したり、或いはその財産について破産手続を開始した、若しくは破産財産が存在しないためにその手続開始の申し立てが棄却されたというような場合に限って、可罰的である」。というも、283条1項、283条bの破産行為は経済上危険なために、既に、それ自体で当罰的な不法を意味しているからである。立法者が、それにもかかわらず、その処罰化を283条6項の条件と結びつける場合、それは刑法上の理由づけによるものではなく、証拠法上及び経済政策上の考慮に基づくものである。すなわち、債務者が、そのような状況を最終的にコントロールしている場合には、283条1項、283条bの客観的及び主観的条件は、しばしばその証明が困難となる。特に、債務者に対する刑事手続は、多くの事案において、さもなくば、それでもなお回避されたであろうような、即座の経済的破綻を招来するといえるからである。

24 刑罰阻却事由としての最良の事例は、議会の表決及び議会での発言が、誹謗的な侮辱という例外はあるけれども無罪とされるという、36条（また、基本法46条1項も参照）の免責特権である。例えば、議員が連邦議会において口頭での侮辱や悪評の流布を犯すことは、構成要件に該当し、違法且つ有責であるばかりではない。また、それらの行為は、

予防的観点の下でも通常の場合と比較して、むしろより高次の刑罰に値するであろう。というのは、そのような議員は、広範囲の住民にとりわけ悪しき手本を提供するからである。立法者が、それでもなお、刑の免除を命ずるのであれば、その理由は、刑法とは全く無関係のところにある。すなわち、議員が政治的論争において、185 条、186 条による絶え間ない刑事訴追に晒されたり、公の発言を、場合によってはあえてできなくなってしまうようであれば、議会の機能可能性は阻害されてしまうであろう。それ故、——貫して理性的な——議会政策上の目的設定、それがここでは刑の免除を導いているのである。

25 旧 247 条が規定していたように（現行の 247 条は親告罪となっているが）、親族間での一定の財産犯が不処罰になっていることも、刑罰阻却事由であった。この解釈の前提は、刑の免除が責任の欠落或いは予防的必要性の欠落によるのではなく、むしろ家族政策上の理由づけに基づいていることを認めることである。すなわち、そのような行為を処罰することによって助長されるであろうような家族及び婚姻関係の破綻を阻止しようとするものである。

26 事物的刑罰阻却事由が存在しているのか、或いはそれは人的刑罰阻却事由なのかの判断は、本書で主張された見解によれば、刑の免除を導く刑法とは無関係の理由づけが共犯者にも該当するのかどうかによって左右されるのである。36 条の場合、事実は全くの支配的見解とは異なっている。なぜならば、議員は、自己の弁論原稿を作成する、或いは資料を提供する協力者や助言者の助力を往々にして必要とするからである。仮に、彼らが可罰性に晒されるのであれば、既に、場合によってはこれらの人々の訴追或いはそれに直面する恐怖が、議員活動の自由を妨げることになるのではなかろうか。よって、それはまさに回避されるべきである。それ故、36 条は、事物的刑罰阻却事由である。それに対して、旧 247 条 2

項は人的阻却事由であった。

## 二. 文献上の諸見解

27 第4の犯罪カテゴリーの事案全てにおいて、刑法外の利益の達成が重要であるという思考は、既に、比較的古い文献の中では、とりわけ刑罰阻却事由との関連で折に触れて述べられている。ただ、その思考は、犯罪構造の他の段階に組み込まれるべき基準がかねてより混同されていたために、十分な有効性をもたらさなかった。時折、この観点が、他の観点と並んで指摘されている。例えば、Jescheckが、刑罰阻却事由の「意味内容」は、「一部は刑法とは無関係の本質」をもち、「一部は」、中止未遂のように、「刑法上固有の観点」が重要であると考えている場合である。Jescheckは、139条3項2文、173条3項、258条6項のような刑法上の理由づけに基づく大部分の刑の免除を、支配的見解とは逆に、適切にも免責事由と認めている。そのため、彼が本書で主張された見解と広範囲に一致するためには、同様の結論を中止未遂についてのみ引き合いに出せばよいのである。

28 本書で特に採り上げて扱おうとする端緒は、それ以後、Bloyによって採用され、更なる展開がなされた。彼は、正当にも次の点を強調する。すなわち、「その機能が刑法外の利益の貫徹にあるところの規定群は、刑法と全社会的要求との結合性を明らかにする。その要求は、最善の刑事司法の利益とは無関係のところであって、他の目的設定においても表現されるものである。規定群の機能が刑法外の利益の貫徹にあるということは、刑法と、全利益社会的要求、すなわち最善の刑事司法の利益とは無関係のところであって、他の目的設定においても表現されるという要求との結合性を明らかにする。刑事司法によって追求される目的設定

が後退すべきである限りにおいて、優先価値の争いは、— 刑法的に見るならば体系とは異質の— 処罰化の障害物の中で具体化するような均一化を必要とする」と。Bloy は、「この基底の上に・・・客観的処罰条件の補足的なカテゴリーもまた展開しうる」という点も認めており、それについては、104 条 a を参照するよう指示している。これらの規定の法的性質について、彼は、「その機能からみれば刑法の一部をなすが、他方、それを基礎づける考慮によれば、事情は同じではない」と詳述する。Wolter は、更に進んで、次の点を指摘する。すなわち、刑罰阻却事由の下では、「例えば、家族政策、外交政策、経済政策或いは院内政策という意味における、厳格な意味での刑法とは無関係の、一般的な法政策上の利益」に加えて、とりわけ、「憲法上の」目的及び「手続法上の」目的、そして、その限りでは結果的には再び刑事政策上の目的も役割を演じることになる。彼は、特に憲法上の刑罰消滅事由としての長すぎる未決勾留、及び憲法上の刑罰阻却事由としての反法治国家的なおとり捜査の投入を挙げている。

29 この犯罪のカテゴリーを刑法外の目的設定に還元することには、とりわけ、Volk の批判が見られる。彼は、刑事政策をその他の法政策の分野から引き離すことができるのかどうかの点を疑問視している。すなわち、「刑罰目的を追求することが合目的でない場合、処罰化は『それ自体として』、『まずもって』時機に適っているが、それでも、結局のところ、他の根拠づけからは時宜にかなったものではないことを理由として、法政策的な決断が下されるのか？或いは、刑罰の放棄が利益社会の機能構造における刑罰制度の目的と一致しなければならないことを理由として、刑事政策的な決断が重要であるのか？」と。Volk が決定不可能なものを明らかにしようとしているこの問は、前者の意味で答えることができる。というのは、優位性は刑法上の目的よりも先立って他の国家目的に与えられるべきであるということは、なるほど、利益社会の

機能構造と多少の係わり合いをもってはいるが、しかし、それは刑罰の放棄を未だ刑事政策上の決断とするわけではないからである。刑事政策は、この政策の対象である法領域とまさに同じ明確性をもって、他の法政策の分野から区別されうるのである。

### 三. 実際上の結論

30 それに従って、答責性の彼岸にある処罰条件が、刑法外の目的設定を基準として存在するというを出発点とするのであれば、支配的見解が導き出している解釈学上の結論がおのずと明らかになる。客観的処罰条件が欠けている（例えば、104条aの意味における相互性が保障されていない）、或いは刑罰阻却事由が存在している（侮辱をなす議員が議会の委員会で発言する）という錯誤に基づく仮定は、重要ではない。というのは、それは、行為者の責任と答責性には言及していないからである。反対に、処罰条件が存在している、或いは刑罰阻却事由が欠けているという誤信は、可罰性を導くことができない。また、行為の時と場所に関しても、客観的処罰条件が働く余地はない。

## 第四節 他の諸構想

### 一. 第4の犯罪カテゴリーの拒否

31 客観的処罰条件或いは刑罰阻却事由の存在を否定することが、時として試みられている。このような努力は、實際上、この関係で掲げられた多くの要素が、既に構成要件、違法性或いは答責性に属する限りにおいて、部分的に正当化されている（Rn.6—20）。ただ、不法及び責任か

ら中立的な要素は原則的に考えられないと主張するのであれば、それは行き過ぎである。

32 かくして、例えば Bemann は、「刑罰が行為者に相応しく向けられるために必要である」要素のみを実体法に数えている。「実体法上の要素が欠けている場合には、行為者は無罪である。なぜならば、彼は刑罰に値しないからである」とするのである。仮に、それが正しいとするならば、客観的処罰条件は、いうまでもなく存在しえないのではなからうか。しかしながら、実体刑法がいずれにせよ責任の確定で終了するというのは、それは不当な前提である。Bemann は、そうであるが故に、例えば相互性の保障を訴訟条件と説明しなければならないとする。ただ、それが意味するのは、この条件が欠けている場合に、はじめから決して処罰されえない態度が可罰的であると宣言されてしまうという点である。それは無意味である。

33 また、Jakobs も 3 つの犯罪カテゴリーで折り合いをつけようとしている。ただ彼は、刑法外の目的設定の基準を訴訟法に割り振るのではなく、構成要件か、或いは不法に割り当てることによって、Bemann とは異なる道を歩んでいる。かくして、例えば免責特権 (36 条) は、構成要件の阻却に至るべきである。この構成によって、共犯の不可罰性が可能とされるべきであるというのである。しかしながら、侮辱という犯罪類型は、その行為が議会で生じるということによって阻却されるわけではない。しかも、共犯の不処罰性は、事物的刑罰阻却事由として特徴づけることによって、同様に達成されるのである (Rn.26 参照)。Jakobs は、それに加えて、それらの要素に錯誤を受けつけない性質をもたせ、更にまた、責任との関連を要求しないのであるから、遡及的に時期を遅らせただけで不法及び構成要件の条件とするという、彼の複雑な構造は、実体的に、第 4 の犯罪カテゴリーとしてのこれらの要素を特別に取り扱う

という事実に、何等変更を及ぼすことはないのである。

## 二．第4の犯罪カテゴリーの標準としての当罰性

34 「当罰性」は、いささか明瞭でなく、多様な意味で使用される概念である。その概念は、とりわけ、Schmidhäuser では、第4の犯罪カテゴリーの特徴づけのために用いられている。彼が出発点とするのは、客観的処罰条件は「付加的な犯罪要素」、すなわち、「行為の当罰性を考慮して当該犯罪行為を基礎づけるために、個々の犯罪構成要件の中で構成要件的不法と構成要件的责任に更に付け加えなければならない」付加的なものであるという。例として、彼が列挙するのは、とりわけ 323 条 a、283 条 6 項（今日の条文の配列に従えば）、同様に 104 条 a である。それに加えて、「構成要件的不法及び構成要件的责任が存在しているのにもかかわらず、行為の当罰性を欠落させる・・・」「刑罰阻却事由」があるとする。例としては、特に、36 条及び旧 247 条 2 項が導かれている。

35 本書で主張された構想と真っ向から対立するこの見解は、拒否さなければならぬ。というのは、刑法外の目的設定が処罰条件と刑罰阻却事由とを導いている原則と理解されるのであれば、これらは当罰性と全く関わりあうことができないはずであるからである！他方で、当罰性が、第4の犯罪カテゴリーに、種々に帰属される一定の基準に左右されるのであれば、これらは、實際上、構成要件、不法或いは責任に属するのである。それ故、本書で用いられるカテゴリーからは切り離されることになる。

36 けれども、その点を度外視しても、Schmidhäuser の理論は有意義な結論を導くものではない。というのも、Schmidhäuser は、全ての犯罪

行為は、「その内容に従って当罰性の要因により特徴づけられる」のであって、「行為事象における当罰性を基礎づける要因と・・・」見なされなければならないのは、「とりわけ不法と責任である」という考えを出発点としているからである。しかし、その場合には、「付け加えられた」犯罪要素である当罰性の内容は、一体、何によって不法と責任の当罰性の内容と区別されるのか、という問が浮上する。そこでは、付け加えられた犯罪要素は、不法と責任とは無関係のところにあるとしか主張されていない。ただ、それには、積極的な特徴づけが欠けているし、この第 4 のカテゴリーには如何なる要素が属するのかが判断される、当罰性の独立的な概念が欠けているのである。また、当罰性とそれによって犯罪の内容を決定すべきである諸事情が、なぜあらゆる責任関連から引き離されてよいことになるのかが不明確のままになっている。Schmidhäuser が、客観的処罰条件は可罰性を制限するにすぎない、それ故、責任によって包摂される必要はないと主張するのであれば、原則的な当罰性は、既に、責任なしでも存続しなければならなくなるであろう！

### 三. 第 4 の犯罪カテゴリーとしての処罰必要性

37 当罰性と処罰必要性との区別が、処罰条件と刑罰阻却事由の欠如は確かに当罰性を基礎づけはしないが、処罰必要性を基礎づけるという作用によってなされるとする理解も稀ではない。かくして、Jescheck/Weigend は、刑罰阻却事由と刑罰消滅事由の関連において次のように述べている。すなわち、「行為の当罰性は、そのような諸事情が考慮されるような事案の中で、当然に肯定されるのであるが、それにもかかわらず、不法と責任は、そこでは、それのみによって決定的な影響を与えうるものではない。特別の人的例外は、むしろ、行為についての処罰要求がはじめから阻却されているか、或いは事後的に再度放棄されるかと

いった効果を伴うのである」と。類似の思考法で、Stratenwerth は、実際上の刑罰の必然性は、常に、責任に追加されなければならないと考えている。すなわち、「それ故、構成要件に該当する不法の有責な実現を超えて、まさにこの保護という要求を惹き起こすという、可罰性の更なる条件の存在が推定されうる」という。よって、彼は「刑事政策的必然性」と「処罰要求」についても言及している。

38 そのような区別化において表れる傾向として、Bloy は、当罰性の場合には価値判断の要因が強調されているのに対して、刑罰必要性の場合には目的の要因が強調されると要約している。すなわち、「ある態度に処罰が要求されるかどうかは、国家的刑罰の手段によって修復的に介入するという必然性に左右される」という。彼は、この関連で、明示的に「刑罰目的の観点」を指摘している。争う余地があるのは、当罰性と刑罰必要性の概念的区別が避けられないものかどうかという点についてである。そのように、上述の著者達の場合ではその区別がなされているが、それは、いずれにせよ、本書では答責性の領域に関係する分類を示しているにすぎないのである。それによれば、「当罰性」は、ある態度が構成要件に該当し、違法且つ有責である場合に、存在する。よって、より思慮深く、より厳密にみれば、「処罰可能性」の存在が言及されることになろう。ただ、「当罰的な」態度は、処罰化の予防的必然性が更に付け加わる場合に限って、「要罰的と」なる。

39 その場合には、処罰必要性の概念も、客観的処罰条件と刑罰阻却事由に関係することはないことが明らかになる。その概念は、有責な態度が不処罰となる、それらの事案だけしか包摂しない。その理由は、制裁は特別予防的にも一般予防的にも必要でないからである。この種の情況は、未成年者による近親相姦（173条3項）、或いは親族に有利に働く刑の無効（258条6項）のように、時として、確かに不当にも第4の犯

罪カテゴリーへ置かれているが、答責性論に属するものなのである（第 22 章、Rn.136f.,139）。それに対して、処罰条件と刑罰阻却事由に共通した特徴であると明らかになった刑法外の目的設定が優先する諸事案では、当罰性のみならず、処罰必要性も肯定されうる。処罰必要性が存在しているにもかかわらず不処罰であるのは、処罰要求が他の国家の目的設定の背後へ後退しなければならないからである。

40 1991 年に Coimbra で開催された国際会議では、テーマの一つとして「刑事法体系における当罰性と刑罰必要性の役割」が議論された（Coimbra Symposium, 1995, 89—145）。そこでは、その基準に独立した犯罪カテゴリーをあてがうことを支持した報告者はいなかった。Haffke (S.89.f.) は、「当罰性 (Straf-Verdienen) と刑罰必要性 (Der-Strafe-Bedürfen) は・・・きわめて重要で、憲法上望まれる、刑事政策上の基準であって、それは・・・刑法体系の彼岸にある付焼灼的なカテゴリーに置かれるのではなく、犯罪論体系の中に統合されるべきものである」と発言した。Puzón Peña (S.100) は、当罰性及び処罰必要性は「独立した犯罪カテゴリーとして理解するのではなく」、全犯罪要素に影響を及ぼすものであると明言した。Romano (S.118) が主張したのは、これらの概念は「犯罪理論における『第 4 段階』を形造るわけではなく、「個々の犯罪構成要件の解釈と正当化の基準なのである」という見解であり、また、それらは、「新たな構成要件を生み出す際には刑事政策にとって重要な支柱である」とした。Costa Andrade (S.137,141) の見解は、「固有の犯罪要素としての」当罰性と処罰必要性を構築することは、取り立てて言うに値するほどの利益をもたらすものでもないというものであるが、彼は、むしろそれらに「遍在性 (Ubiquität)」を認めている。このようなすべての見解は、本書で主張されている見解を本質的に承認しているのである。

## 第五節 処罰条件および刑罰阻却事由と訴訟条件との区別

### 一. 限界設定の問題性と困難性

41 争われているのは、処罰条件及び刑罰阻却事由と実体法上のその他の犯罪カテゴリーとの区別と同様に、その訴訟法上への層別化（Abschichtung）、より厳密には、訴訟条件への層別化である。申告罪の場合に必要である告訴は客観的処罰条件なのかまたは訴訟条件なのか、不逮捕特権や治外法権は刑罰阻却事由或いは手続条件なのか、時効及び恩赦は刑罰消滅事由か若しくは訴訟条件なのかどうか、という点について、絶えず異なる主張がなされている。

42 この論争の渦中に投影されているのは、今日まで存在している、実体法と形式法との区別についての不明確性である。BGH が、通説とともに、「手続の許容性は訴訟条件の存在或いは不存在に全体として依拠させなければならない」というほどに、刑事手続にとって重大な意味をもつような諸事情を訴訟条件（手続障害）と見なしているとするならば、BGH は訴訟条件の作用面の輪郭だけを明らかにしているにすぎないのであって、その中身について特徴づけているわけではない。というのは、例えば、告訴や時効が手続の許容性と関係しているのか、或いは既に行為の可罰性と関係しているのかどうかというような問には、そのような特徴づけを用いても未回答のままであるからである。ただ、その点を度外視しても、既にその輪郭の明確化それ自体にも問題を孕んでいる。なぜならば、公判手続が訴訟条件の欠如の場合に手続打切りの判決によって終結したとしても（刑事訴訟法 260 条 3 項）、手続は少なくとも進行していたからである。また、手続の「許容性」という概念も、ほとんど役に立たない。なぜなら、その概念は「根拠性（Bgründetheit）」と相容

れないからである。従って、有罪を立証できなかったために無罪判決によって終結する刑事訴訟は「根拠づけられている (begündet)」というような主張は、ほとんど意味をなさないといわなければならない。

43 実体法と訴訟法との区別は、それが実際上の帰結からは展開されないのも同然であるという点によっても、困難である。ある要素を一方の法領域へ、或いは他方の法領域へ割り当てることは、とりわけ、刑事訴訟における異なる扱いをもたらすことになる。可罰性の実体法上の条件が欠けているのであれば、無罪判決が下されてしかるべきである。よって、訴訟条件の欠如は手続の打切りに至る。無罪の判決には無制限の既判力が生じ、手続打切りの判決の既判力は、時として制限されるのである。訴訟障害であれば、刑事訴訟法 260 条 a によって公判手続外で手続の打切りが許容されるが、実体的刑罰条件の欠如の場合にはそれは不可能である。訴訟条件の確定は自由な証明の原則の下にあり、実体法上の事情の探求は厳格な証明の原則の支配下にある。訴訟条件の存在については端的に過半数によって、可罰性の条件については3分の2以上の多数によって評決が採られる (裁判所構成法 196 条、刑事訴訟法 263 条)。上告裁判所は、訴訟条件を職権によって調査し、他方で実体法上の欠陥は、責問 (gerügt) されなければならないのである。

44 ただ、ある要素の配分についての疑問には、そのような区別はそれ以上に役に立たない。有効な告訴の存在についての判断は 端的に過半数或いは3分の2以上の多数によって下されるべきなのか、時効は手続が打切られるのか、或いは無罪の判決に至るのかというような問いは、そこから実体法の属性の根拠を、それとも手続法の属性の根拠を得るという目的に対して、確信のもてる回答を与えるものではない。というのも、異なった訴訟法上の取り扱いは、納得できる実態の法則性に従うものではないからである。そのような取り扱いは、主として、その限界領

域においては、一義的解決を導かなかつたという歴史的展開の産物なのである。

## 二. 「刑罰という害悪」の基準にそつた実体法の方向性

45 今日まで、最も多く用いられた区別法の一つは、Beling によつて最も効果的に公式化された。彼によれば、「刑法の法理、或いは刑事訴訟法の法理が問題となっているのかという疑問は、前者の意味においては、当該法的結果を条件づける事情が刑罰という害悪という観念領域内にある場合に、後者の意味では、条件づけられる事情が、刑罰思想に合致するというよりは、むしろ訴訟活動の存否と程度に関連するように作出される場合に、解明されるべきである」。その方法によれば、例えば、告訴は客観的処罰条件ではなく、むしろ訴訟条件である。なぜなら、告訴がない場合には、行為者はなるほど「刑罰に値するが、具体的事案では、可罰性は・・・実現されるべきではないからである」。その理由は、被侵害者と公衆は訴訟に対する関心をもっていないどころか、それと相矛盾する関心を示しているからである。

46 そのような思想は、戦後、とりわけ Bemann によつて再度採り上げられた。彼にとっては、「実体刑法に属する諸事情は、全体として、ある意味刑罰を呼び起こすという性質をもっている」。「実体法上の要因が欠けている場合には、行為者の刑は免除される。なぜなら、彼は刑罰に値しないからである」と。かくして、彼は、例えば処罰条件としての相互性の保障について、正当にも次のように考へている。すなわち、この事情は、刑罰が正当化されるのか、或いはそうではないのかというような「問には全く関連しない」とする。「刑法 102 条から 104 条に列挙された行為の一つをなすような行為者は、いうまでもなく刑罰に値する

のである」と。そこから、いとも容易に訴訟条件として分類されることが明らかになる。

47 それ故、この理論は実体法の領域を極端に狭く描いている。この理論は、当然の帰結として、本書で処罰条件或いは刑罰阻却事由と扱われている要因の全てを、訴訟法に割り当てなければならないとする。この見解の弱みは、その刑罰論の根底が今日ではもはや支持されていないという点にある。「貢献する (Verdient)」のは、責任に対応する刑罰である。可罰性が「貢献 (Verdientsein)」という点に左右されるのであれば、それ故、刑罰を惹起するのは、専ら責任である。それは、純粋な応報論の観点からしてのみ正しい。これに対して、今日、認知されているのは、責任は、なるほど刑罰の必要条件ではあるが、充分条件ではないという点である。責任が可罰性を惹起するのは、それが社会的な理由づけから示される場合に限ってである。有責な態度が可罰的であることには、例えば、33 条、35 条、173 条 3 項、258 条 6 項の場合ように、刑事政策的な理由づけからは不要である。よって、このことが客観的処罰条件及び刑罰阻却事由について示されたように、他の種類の法政策的な理由づけからも合目的たりえない。実体法を責任或いは当罰性と関連している要素にまで制限することは、それ故、その最初の一手からして、既に間違っている。

### 三. 実体法と形式法の区別のための基準としての刑事訴訟なしの思考

48 Beling と Bemmman の理論が実体刑法を犠牲にすることで訴訟法を肥大化したのに対して、とりわけ Hilde Kaufmann によって有効性がもたらされた理論は、さもなければ訴訟法へ優越的に分類されるという多くの事情を実体法に含めている。その理論は、「試験的問」(Testfrage)を構成し、それに解答することが、ある要素は実体法の属性か、或いは

形式法の属性かについて決定するというのである。すなわち、「刑罰の発生ないし不発生が、仮にそれが手続きなしに可能であるとするのであれば、その法的性質において疑問のあるその事情に左右されなければならないものなのか、或いはかかる事情は刑罰の発生ないし不発生にとってとるに足らないものなのか？」という問である。

49 この問題設定の根底から明らかになるのは、例えば、告訴、時効、特赦または恩赦、加えてもちろん相互性の保障（104条a）や、或いは免責特権が、刑事訴訟法とは全く無関係に、それらの刑罰排除効果を發揮しているという点である。例えば、家族間窃盗や親族間窃盗（247条）は、告訴がなければ不処罰にとどまる。従って、この法的効果は刑事訴訟を伴わずに発生している。同様に、時効も、行為がおよそ公になったとか、或いは訴訟上の処分を喚起しなければならなかったということがなくても、可罰性を排除する。その点から、Kaufmannの理論によれば、これら全ての要素は、処罰条件或いは刑罰阻却事由を特徴づけ、そしてそれらは実体法に置かれることになる。それに対して、いうなれば、被告人が弁論能力をもつ、裁判所が管轄権を有する、及び事案に対して既判力のある判決が下されていないというような諸事情は、訴訟条件である。というのは、それらは刑事訴訟の前提条件がなければ意味をもたないからである。

50 けれども、この解決法は実体刑法の射程を肥大化するものである。例えば、仮に告訴が処罰条件であるならば、可罰性は行為時に法律上決定されるわけではなくて、行為後に生じることになり、私人の恣意的な決断に立脚する事情に左右されてしまうことになるであろう。これは、基本法103条に対する違反である。同様なのは、時効であるが、その法律上の中断規定の発生（78条c）は、捜査行為を実施するかしないかに、かなりの程度左右される。恩赦の場合では、行政の代表者が可罰性につ

いて決断すること等々になろう。

#### 四. 実体法の属性の基準としての行為との直接的関連性

51 賛成に値するのは、ある要素の実体法への分類を、その訴訟からの乖離 (Prozeßgelöstheit) に結びつけるのではなく、だからといって、責任との関連性に結びつけるわけでもなくて、その分類化を行為事象との結合の中に見るという中間的解決法である。この方法は、とりわけ、Gallas と Schmidhäuser によって基礎づけられた。Gallas が責任には依拠しない諸事情を客観的処罰条件と見なそうとしているのは、その事情が行為に関連している、換言すれば、それが「刑罰経済上の考察及び国際法上の考慮までも含む」、全てを包括する「行為の集合体 (Tatkomplex)」に属する場合である。この思考によれば、訴訟条件は、行為の集合体にそぐわない事情にすぎないことになる。Schmidhäuser は、実体法にある事情を求めることによって、そのことを精密化しているが、その事情の「欠如は、行為との直接的関連で最終的には行為者の不可罰性という結果になるのである。よって、当該事情が行為状況に属するのか、或いは行為の結果として特徴づけられなければならないかのいずれかの場合に、責任がその事情を暗に示すのであれば、行為との直接的な関連は付与される」とするのである。

52 この構想が土台となり、これが刑罰阻却事由に援用されるのであれば、例えば、相互性の保障 (104 条 a) 或いは破産手続の開始 (283 条 6 項) は客観的処罰条件であるということ、そして免責特権 (36 条) は刑罰阻却事由であるということが明らかになる。なぜならば、これら全ての事情は、行為の集合体に、そしてその刑法上の価値判断に属するからである。それに対して、告訴、時効、特赦、恩赦等々は、訴訟条件である。

というのは、この解決法では、完全に行為事象とは無関係のところにある事実(Ereignisse)が問題となっているからである。また、不逮捕特権（基本法 46 条 2 項）も免責特権（基本法 46 条 1 項、36 条）とは反対に訴訟条件であることになるが、というのも、それは、その可罰性が連邦議会の事後的決定に左右されるからである。

53 この構想に優先価値があるといえるのは、他の学説と対立する異議を避けようという理由に基づくからだけではない。この構想は、遡及処罰の禁止を実体法に限定する基本法 103 条 2 項に、可能な限り適うという理由からも望ましいといわれる。行為事象に属し、可罰性がそれに左右されるという諸事情は、基本法 103 条項の庇護の下に置かれなければならない。なぜならば、行為者、場合によっては彼の行為は、この事情の存在或いは不存在を抛り所に行っているからである。議会の発言者は、36 条の保護が自分の味方になっており、自分から事後的にも剥奪されることはない知っている場合に、且つそのことを知っているために、安心して露骨な発言に出るのである。ただ、時効が開始するからとか、告訴がなされないから、或いは特赦が宣告されるであろうからといった理由では、誰も可罰的ではないと信じることはできない。というのは、それは、行為時に述べることができず、そして誰もそれを信じることができない諸事情であるからである。従って、告訴の必要性をあてにすることは、保護にも値しないし、基本法 103 条 2 項の後ろ楯も見出せないのである。

## 第六節 展望 訴訟法における刑法の目的設定と刑法外のそれ

54 本書で優先化される見解、つまり、行為事象との関連が実体法への割り当てを決定するという見解は、確かに、どちらかといえば形式的性

格を帯びている。その見解に対して、旧来の理論は、大抵の場合、実体法を責任、当罰性或いは刑罰必要性に連結させていたように、内容的な分割化を試みていた。それゆえ、Hilde Kaufmann によれば、その学説によって刑罰阻却事由と見なされる告訴或いは時効の欠如も、「消滅した刑罰要求」の表現であるとの指摘によって、行為集合体説に対抗する。

55 しかしながら、刑罰が優先化される諸事情は訴訟法にはそぐわないという意見からは、決別しなければならないであろう。Volk は、全ての訴訟条件は「法的平和の保全の条件」と理解されうると、換言すれば、その保全条件が欠ける場合には、「刑法秩序の確証への契機」は存在していないとしている。この端緒は、最終的な 2 つの犯罪カテゴリーの内容的な基準が（それ故、刑罰目的の観点及び刑法外の目的設定）訴訟条件に回帰するという趣旨で、具体化されうる。

56 事実上、法的平和は、例えば時効の場合では、既に時の経過によって（「事件の記憶が希薄化していく」ことにより）再び修復されることになるが、他方で、告訴がなされない場合では、その平和は、刑法上の制裁を要する程には始めから阻害されていないのである。それ故、この訴訟障害では、予防的要求の欠如が有効に作用している。このようなことは、例えば、その障害を訴訟法へと分類することが争われていないところでも、正しい。すなわち、いわば、既判力が他の法的観点下での事象の新たな展開を禁ずる場合、これは、一 再審の場合を留保するが一既に、最初の訴訟は公衆の揺さぶられた法感情をかなりの程度収束化したということに基づく結果、新規の訴訟は一般予防上不要であるからである。また、特別予防上の要求も、多くの訴訟条件の場合には明らかに低下するのである

57 他方で、客観的処罰条件と刑罰阻却事由によって特徴的であるよう

な、刑法外の目的設定も訴訟条件の中に沈積されている。かくして、治外法権（裁判所構成法 18—20 条）及び免責特権（基本法 46 条 2—4 項）は、事後的な行為の集合体とは異質の事情（免責特権の無効化或いは有効化、支配的見解によれば免責特権の喪失または維持もそうであるが）が可罰性を決定する事情であるが故に、訴訟条件と見なされなければならない。というのは、それは、ここでは事情によって処罰化を妨げるというような、国際法上、ないしは議会法上の観点であるからである。刑罰阻却事由に対する内容的な差異は、そこにはない。よって、例えば、治外法権はいずれにせよ処罰化を妨げるという主張を唱えるとするならば、それは、論理を一貫すれば刑罰阻却事由と分類されることになるのではなかろうか。

58 刑罰要求の欠如または刑法外の目的設定の優先が、実体法の中にとどまらず、訴訟法の中にもその表現を見出すことが可能であるという認識からは、「二重の性質」説（Lehre von der "Doppelnatur"）の不当性が明らかになる。その考えによれば、一定の法制度は実体法の一部にも訴訟法の一部にもなるべきであるというものである。その説は、とりわけ時効制度に関して通説から主張されているが、それは、時の経過によってもたらされた刑罰要求の消滅化を刑の免除の実体法上の理由とし、それに対し時が経つにつれ増大する証明の困難性を訴訟上の理由と見ようとすることによっている。そのような解釈によって、時効制度の理由づけは適切に示されている。ただ、刑罰要求の欠如が、行為の集合体とは異質の事情に基づくのであれば、それは訴訟上の観点と同様のものがあるから、それから「二重の性質」を導き出すことはできない。實際上、刑罰要求の消滅及び証拠の消失は、時効の事案における処罰は、予防上、徴憑されていないという共通の結論に至るのである。というのは、能力のない証拠によって導かれたであろう訴訟は、新たな動揺化しかもたらさないし、法的平和の安定化にも寄与するものではないであろうからで

ある。

59 刑罰目的、刑法外の目的設定及び責任の観点から訴訟法の中でも意義をもちうることを示すのは、訴訟条件のほかにも、特に起訴便宜主義の場合である（刑事訴訟法 153 条以下）。例えば、153 条、153 条 a が手続の打切りを責任の軽さと刑事訴追の公的利益の欠如に依拠させるのであれば、公衆の利益は刑罰目的によってのみ決定される。他の場合において、手続の打切りが、政策上の（153 条 d）、訴追戦略上の（verfolgungsstrategischen）（153 条 e、154 条 c）、或いは訴追経済上の理由づけから（154 条、154 条 a）なされうるのであれば、刑罰要求に対する刑法外の目的設定は確かな地歩を占める。起訴便宜主義の事案は、立法者がこの種の状態で科刑について決定することを包括して明確的に定めているわけではなく、行為とは無関係のところにある裁量を検察と裁判所に委ねようとするという理由によってのみ、訴訟法の中に置かれるべきである。立法者は、刑事訴追官庁に対し、端的に任意的な規定によってより広い自由を認めようとしている。明確性の原則に適った表現と刑の必要的免除においては、今日の「起訴便宜主義」は、一部では答責性阻却事由として、もう一部では刑罰阻却事由として評価されうるといえよう。

60 以上、全ての点から次のような結論が導かれる。すなわち、答責性と処罰条件の実体法上のカテゴリーを答責性の彼岸に根拠を置くという内容的な基準は、訴訟法の中にも見出されるのである。それ故、その基準は、2つの法領域の階層化を決定するのではなく、むしろ基本法 103 条 2 項と行為事象の属性を決定することになる。刑を免除する諸事情は、その事情に行為の集合体との結合が欠けていることを理由として遡及禁止の下には置かれるべきではない、或いはその事情の考慮が法的明確性と結合することなく刑事訴追官庁の裁量に委ねられるべきであるから、

クラウス・ロクシン『刑法総論』第一卷（第三版）〔十九〕（秋山 栄一）

それは、訴訟法に属するのである。

（あきやま・えいいち ノースアジア大学法学部講師）