

クラウス・ロクシン 『刑法総論』第一卷（第一版）〔三〕

吉田 宣之

第五節 解釈と刑法の時間的適用範囲に係る罪刑法定主義

文献…省略

I 法律なければ犯罪も、刑罰もなし

今までの叙述で、既に、法治国家が個人を刑法によって守るだけではなく、刑法からも守るべきでもあることが明らかにされた。それ故、法秩序は、予防的な犯罪防止のために適切な方法及び手段を駆使しなければならぬし、又、刑罰権の行使に、市民が「レヴィアタンの国家」の恣意的あるいは過剰な干渉に無防備状態のまままで引き渡されることのないように、制限を加えなければならない。公的な制裁に晒された者に対する法治国家的保護の道具として、既

に、責任主義 (§ 3, Rn. 46 ff.) 及び相当性の原則 (§ 3, Rn. 58) が知られている。これら二つの原則は、個人の責任を問うことなく法律によって設定された範囲にしたがって処罰することを、或は、甚だしく権利を侵害するような制裁を科することを阻止すべきである。これに対して、今論じようとしている罪刑法定主義は、法律なしに、或は、明確または遡及的な法律に基づく、恣意的かつ予測不可能な処罰を予防することに貢献するものである。

1 法律なければ犯罪なし

“法律なければ犯罪なし”という命題は、法治国家の基本的公理で、§ 1 StGB に、又、その特別の意義の故に、同じ文言で Art. 103 II GG に、並びに、表現は異なるけれども Art. 7 I 1 MRK に受け入れられている。§ 1 StGB と Art. 103 II GG とには、“行為は、それが行われる以前に、可罰性が法律によって定められている場合に限って、処罰される”と表現されている。即ち、ある行為が大変社会的に有害で刑罰を必要とするでしょう。其の場合でも国家は、事前に法律で予告している時に限って、これを刑法上の制裁の端緒とすることが許されるのである。例えば、一八七一年に StGB が公布された時には知られていなかった自動販売機が登場した時、多くの人々がこの販売機(例えば、公衆電話あるいは自動秤量機)の設置者に、自動販売機を無料で利用しようとして、真正な貨幣の代わりに、これに似せた小さな金属盤を投入口に投げ入れて、損害を加えようとした。彼等は処罰されなかった(RGSt 68, 65)。というのは、詐欺の構成要件が、§ 263 の文言によれば、錯誤を引き起こすか、又は、それを維持することを前提としているにもかかわらず、機械を錯誤に陥れることはできないからである。又、§ 146, 248 c もこのような事案に直接的には対応できなかった。したがって立法者は、それ以後自動販売機悪用に適用される(“自動販売機の働きを詐取したる者は”)新しい罰則 (§ 265 a) を導入せざるを得なかったように思われる。この新しい規定によって処罰されるのは、この規

定の施行後に自動販売機を悪用した者に限られるのであって、他方、§ 265 a 導入のきっかけを与えた者は罪刑法定主義の原則によって保護されるのである。

このように、「法律なければ犯罪なし」の命題は、刑法の網の目をすり抜けることを許すのである。それ故、Fenn v. List は、本来犯罪との闘争に貢献すべきである刑法典を、誇張し過ぎではあるが、印象深い箴言の形で「犯罪者のマグナカルタ」と呼んでいる。即ち、かつてイギリスの「権利章典」(1215) が個人を国家権力の恣意的な侵害から保護したように、刑法典は市民（正直であろうがそうでなからうが）を、事前に明確に可罰的であると宣言していない行為の処罰から守るというのである。このように、時折、特に狡猾な、社会に有害な、しかもそれ故に当罰的な行為が処罰されないでいることは、立法者が非恣意性と法的安定性（即ち、国家刑罰権介入の算定可能性）に対して支払わなければならない（高過ぎることはない）付けなのである。

2 法律なければ刑罰なし

「法律なければ犯罪なし」という命題は、「法律なければ刑罰なし」(nulla poena sine lege) という公式によって補充される。これは、一定の行為がおよそ可罰的であるという事情のみならず、刑罰の種類及びその上限が行為以前に法律によって確定されているということの意味しているのである。従って立法者は、与えられたきっかけから、テロ集団の結成 (§ 129 a I, II) を威嚇するための自由刑を引き上げる必要があると感じることが許される。しかし、きっかけを与えた者自身は、このような場合といえども、常に、従前の軽い刑の範囲で判断されなければならない。このことは、「法律なければ犯罪なし」という基本命題から帰結されるものではない。というのは、「crimen (犯罪)」は行為が行われた時には既に存在しているからである。「犯罪なければ刑罰なし」という命題が、初めて、この点につい

て行為者を守るのである。

「法律なければ刑罰なし」の基本命題も又、憲法レベルのものであるのかどうかについては、全く争いが無い。遡及的な刑罰の加重禁止という、この命題の、最も重要な特徴は、§21で明示的に述べられている。即ち、「刑罰とその副次的効果は行為時に適用される法律に従って決定される」と。この規定を—§1の文言とは異なる—§103IIで見いだすことはできない。そのことから、事後的な刑の加重は、§21によって禁止されているが、憲法上は禁止されていないとの結論を導くことができるであろうか。というのは、Art. 103 II GGの意味での「可罰性」は、行為以前に与えられているからである。

それにもかかわらず、絶対的支配説は、憲法は nulla - poena 原則をも保障しているとの立場に立っている。正当である。というのは、Art. 103 II GGの「可罰性」という概念は、必然的に、可罰性の「可否」のみならず、可罰性の「程度」も包含していると解釈できるからである。「可罰性」は、そのような解釈にあつては、法定刑だけが事後的に加重された場合にも、行為に先立って規定されていたということにはならない。いずれにしろ、GGの創作者はこのような考えから出発しているのであるから、この解釈が目的論的にも、唯一正当な解釈である。というのは、罪刑法定主義の憲法的保障は、非常に軽い法定刑が非常に重い法定刑に後になって変更されることを防ぐことができる場合には、ほとんど価値のないものになる、といつてよいからである。憲法で排除しなければならぬ国家の恣意は、そのような変更を認める場合には、常に可能であるといえよう。従つて、Art. 103 II GG(それに対応する§1)が nulla - poena の命題を内含していると考ええると、§2はこの命題の最も重要な結論、即ち、遡及的な刑罰の加重禁止を、刑法の時間的効力との関係で、具体化しているのである。

II 罪刑法定主義の四つの作用

従来より罪刑法定主義の作用は四つの「禁止」に区別され、その内の前二者は裁判官に、後二者は立法者に向けられている。即ち、類推禁止、刑罰創設的及び刑罰加重的慣習法の禁止、遡及効の禁止及び不明確な刑法の禁止である。これら四つの禁止は、すべて、詳細かつ個別的な叙述(Rn. 26 ff.)が必要である。けれども罪刑法定主義の理解には、まず、その一般的な特徴を述べる必要がある。

1 類推禁止（厳格な法律なければ、犯罪も刑罰もなし）

類推とは、法規を法律に規定されていない他の場合に、類似性の推論の方法で、転用することである。法律の類推と法の類推は区別されるが、それは転用される法規が個別規定（法律の類推）によるのか、それとも、多数の法規から導かれた法思想（法の類推）によるのかで分けられている。そのような類推は、他の法領域では法発見のための、通常的手段に属するものであるが、刑法では行為者の保護のために、Art. 103 II GGによって、行為者の不利益に働く限りで、禁止されているのである。というのは、法律に規定されているものに類似しているに過ぎない事案にとつてみれば、可罰性は法律上規定されていないからである。それ故に、自動販売機の事案(Rn. 2)では、詐欺の規定を類推適用して処罰することが除外され、行為者に無罪が言い渡されなければならないのである。刑事裁判官の権力は、行為者に負担を負わせるような法の適用の場合には、解釈に限界がある（詳しくは、Rn. 26 ff.）。

2 刑罰創設的及び刑罰加重的慣習法の禁止（成文の法律なければ、犯罪も刑罰もなし）

他の法領域においては、成文法に加えて（不文の）慣習法も独立の法源として承認されている。けれども、可罰性が慣習法によって創設されることも、或いは、加重されることもないということは、可罰性は法律によってのみ定められるという要求から当然に導かれる結論である（詳しくは、Rn. 45 ff.）。

3 遡及効の禁止（予め定められた法律なければ、犯罪も刑罰もなし）

遡及効には色々な種類が考えられる。犯行時に可罰的でなかった行為を、遡及的に、刑罰の下に置くことはできない。法律によって可罰的であるとされた行為に重い刑種（例えば、罰金刑の代わりに自由刑）を採用したり、或は、同じ刑種ではあっても、法定刑を加重したりする（例えば、五年の自由刑を十年に）ことはできない。これら三つの遡及効の形式は、すべて、憲法上、許されない。というのは、可罰性が、（それ自体として、その種類と程度についても）行為以前に法律に述べられてもいないし、定められてもいないからである（詳しくは、Rn. 51 ff.）。

4 不明確な刑法と刑罰の禁止（明確な法律なければ、犯罪も刑罰もなし）

“耐え難く公共の福祉に反した者は五年迄の自由刑に処すことができる”と述べている刑罰規定は、刑法の多くの条文を無用のものとしてしまうであろう。この規定は、可罰的行為がどのようなものでなければならぬかについて認識させるものではないので、無効であるといえよう。可罰性が、行為に先立って“法律によって定められて”いるとはいえず、むしろ、裁判官によって、初めて、どのような行為が耐え難く公共の福祉に反しているかが確定されなければならぬからである。それ故、刑法の構成要件（刑法典内であれ、外であれ）が無限に多様であるのは罪刑法

定主義のせいである。しかも、又、絶対的不定期刑も許されない。例えば、§ 333が、“他人の物を違法に損壊した者は、処罰される”との文言であるとする、それは憲法に違反し、無効である。というのは、上限としてどのくらいの刑罰が科せられるのが法律によって定められていないからである（詳しくは、Rn. 65 ff.）。

III 罪刑法定主義の歴史と国際的適用範囲について

ローマ法及び中世のローマ帝国法は、既に、一定の範囲で、遡及効の禁止を知っていたが、慣習法あるいは裁判官の裁量による処罰が至る所で日常的に行われていた。ドイツ普通刑法に決定的な影響を与えた、皇帝カール五世の一五三二年の刑事裁判所法であるカローリーナ刑事法典は、Art. 104と105において、基本的には、成文法を指示しているものの、刑罰の種類と程度を“善良な慣習”と裁判官に委ねると共に、“不特定の刑事事件”において成文法の類推適用をも許していた。更に、この法典は、法律以外の、多様な法源をも認めていたので、法律に基づかない処罰に対する保障を個人に与えなかった。また、刑事裁判所法の法拘束性は、非常に限定的であつたにもかかわらず、16世紀から18世紀にかけて、更に、特に、当罰的行為を法律なしで、裁判官の判決で制裁することのできる“特別罪”が許可されることによって、解消されていったのである。

それによって生じた恣意と法的不安定性は、遂に、それ以後の法典編纂時代を可能にする転回を、17世紀後半と18世紀の思想家に準備をさせることとなった。その際、国家の恣意から市民を保護するという努力は、未だ、全面に出ず、（特に、ドイツ自然法の思想家においては）啓蒙的絶対主義の支配者が、彼等の意思を裁判官に可能な限り包括的に徹底できるようにしようとしていた。そのためには厳格な法律の形を持った命令が必要であつた。とはいえ、

このような努力は、自由主義的な、国家権力の自己規制を目指すもので、後期啓蒙主義の立法作業の中で広範に貫徹されることになった啓蒙主義の理念とも一致した（影響を与え続けている、思想的基礎については Rn. 18 ff.）。

罪刑法定主義は、まず、一七七六年に、アメリカの州（ヴァージニア、メリーランド）の憲法に、続いて一七八七年の Joseph II 世のオーストリア刑法典、有名なフランスの 一七八九年の人権及び市民権宣言、及び、それから少し遅れた、一七九四年のプロイセンの一般ラント法に見られる。この主義は、それ以後、19 世紀のドイツ諸州の法律に浸透したが、まずは、Feuerbach によって編纂された、一八一三年のバイエルン刑法典 (Feuerbach については、§ 3, Rn. 23 参照) で、そこでは厳格な裁判官の法による拘束が、学問的な注釈の明示的禁止によって、更に補充されていた（この点については Rn. 26、又、罪刑法定主義に対する Feuerbach の影響についての詳細は Rn. 22）。一八七一年の刑法典の先駆である一八五一年のプロイセン刑法典の § 2 に、この基本命題が、フランスの Code Penal（一八一〇）の Art. 1 を逐語訳して、含まれていた。即ち、行為が行われるよりも前に法律によって定められていない限り、いかなる重罪も、軽罪も、違警罪も刑を科せられない。北ドイツ同盟の刑法典及び一八七一年の帝国刑法典さえも、§ 2 に多少の変更を加えたうえで、この文言を継受した。即ち、行為が行われるよりも前に法律によって定められている場合に限り、その行為に刑罰を科することができる。

一九一九年のドイツ帝国憲法（所謂「ワイマール帝国憲法」）の Art. 116 で、内容的な変更の意図はなかったと思われるが、「刑罰」という概念が、Art. 103 II GG にも見られる「可罰性」という概念に置き換えられた。このことから、憲法上 nullum-crimen-Prinzip と並んで nulla-poena-Satz も含まれているのかの点をめぐる論争が可能となった（Rn. 5 ff. 参照）。刑法典の § 2 の、これとは異なる文言も、又、残されていた。即ち、この条文は、一九三五年になって国家社会主義の立法者によって新しいものに取り換えられることになったが、それによって、「刑法の基本思想及び

健全な国民感情による処罰も許されると宣言されることになったし、又、そこに含まれている類推の許容によって、啓蒙期以来一貫して勝ち取ってきたものが大幅に放棄されることにもなった（前出§4.Rn.14参照）。

戦後、国家社会主義的§2は連合国によって、即座に、適用不可能と宣言され（既に一九四五年に）、明示的に廃止され、新しい罪刑法定主義の文言に代えられた（一九四六年に）。ドイツの州憲法及び一九四六年五月二三日の基本法（Art.103 II GG）は、本質的に、Art.116 WRVの文言に復帰し、§21の新文言は、一九五三年八月四日の第八次刑法修正法によって、用語上、Art.103 GGに沿うように変えられた。その際、§21を§1として一九七五年一月一日より施行されてきた新総則の頂点に置く改正もなされた。旧§2の「可罰性」という言葉を「刑罰」に代えるという提案は、nulla-poena原則を排除してしまうような、Art.103 II GGの偏狭な解釈を助長することになるために、拒否された。

罪刑法定主義は、今日、国際的にも法治国家の基本的原則（前出Rn.2参照）としておよそ一般的に妥当している。ソヴィエト連邦は、一九一七年にnulla-crimen-Satzを廃止したが、一九五八年には罪刑法定主義に復帰し、それ以外の社会主義国家もすべてこれに倣った。この原則は多くの超国家的な規定にも採用されている。ドイツの連邦法としても妥当するArt.7 I MRKに認められている。けれどもArt.7 IIは、国家社会主義の戦争犯罪を考慮して、法律に基づかない、一般的な、文明化された国民によって承認された法原則による「処罰も許している」。この項は、Art.103 II GGに違反するとして、連邦共和国によって批准されていない。又、連邦共和国によって批准された、多くの国際条約も罪刑法定主義を認めているし、全く同様に、この主義は、一九四八年二月一〇日の連合国総会での人権の一般宣言、及び、一九六六年十二月一九日の市民権と政治的権利に関する協定のArt.15 Iにも採用されている。

IV 現在においてもまだ有効な、罪刑法定主義の国家論的及び刑法的根拠

今日のような形式での罪刑法定主義は、啓蒙期の思想に根拠づけられている(Rn. 13 ff.)。個別的には、四つの、異なっているが相互に関連する派生原理が区別され、しかも、これらの知識はこの主義の今日的解釈にとつても必要不可欠である。この主義の正当化根拠は、大雑把に、法治国家的正当化と刑法的正当化とに区別されるが、これらは更に各々二つの正当化要素に分割される。

1 政治的自由主義

今日でもなお支持されている、罪刑法定主義の基礎は政治的自由主義という重要な要求の中にある。即ち、抽象的に定式化された法律に行政権と司法権とを結び付けるという要求である。市民は、絶対主義と対決する中で、支配者及び裁判官が刑罰権を自由裁量によってではなく、明確に法律の定める基準に従って行使することを許した場合のみ、大きな利益が得られると知った。国法上の関係が変わったにもかかわらず、多くの、罪刑法定主義の基礎づけは、現在でも、この観点に立ち戻るのである。Art. 103 II GG の目的としては、信頼保護、刑法の予見可能性及び計算可能性の思想、或は、感情によって曇らされた個別事案の裁判の阻止が考えられているし、裁判官の恣意に対する個人の自由の保護を類推禁止あるいは不明確性の禁止の任務と考える場合、国家権力を抽象的法律に拘束することによって国民の自由が官憲の侵害に対して守られるべきであるとの、一つの目的観が強調されているのである。

2 民主主義と三権分立

第二の、罪刑法定主義の適用範囲にとって重要な根拠は、権力分立的民主主義の原理にある。処罰は国民の自由に対する決定的な侵害を意味するので、その前提条件の決定についての正当性は、国家権力の担い手として国民を限りなく直接的に代表する、その部局にのみ、即ち、選ばれた国民の代表者としての国会にのみ存在するのである。罪刑法定主義に表現されている権力分立によって、裁判官は規則制定から解放され、法の適用の職務に限定されるが、他方、行政は処罰に全く関与することなく、その限りで権力濫用阻止の措置が施されているのである。

立法者による刑事裁判の正当化が、今日でもなお、国家論的及び社会心理学的に、基本的意義を有していることは、疑いの余地もない。この創設的な方針は、個別的にはなく、常に、法律の拘束力による自由保障の思想(Rn.19)と関連づけて考察されなければならない。というのも、一方で、Montesquieu(1689—1755)によって、その著名な「法の精神」という書物の中で初めて展開された権力分立の原則は、法の支配という自由主義的な基本命題からの構成的帰結であり、他方、民主主義と権力分立は遡及効の禁止を除く、三つの禁止を支えることができるに過ぎないからである。なぜならば、遡及効は裁判官の法律への拘束と立法の優位とを侵害しないからである。むしろ、遡及効が許されないのはRn.19で述べられた観点からのみ生じ得るものであるからである。

3 一般予防

罪刑法定主義原則の第三番目のルーツは、刑法上のもので、Feuerbachの「心理強制説」に、本来、基礎を置くものである（この点については、§3, Rn.22）。Feuerbachは、歴史の発展が示すように(Rn.13ff)、「ずっと以前から発展してきた、そして、また、度々、法典化された、この原則の創造者であるわけではない。確かに、この原則を

法治国家的に基礎づけることは彼にとつても重要ではあつたが。彼は、今日でもなお一般に使われている、“*nulla poena sine lege*” という公式を発見したのであり、又、その公式に独立の、刑法理論的基礎づけを与えているのである。即ち、科刑の目的が潜在的犯罪者の威嚇にあるとすると、意図された心理的決定は、禁止された行為が犯行に先立つて、できるだけ厳密に法律に定められている場合にのみ達せられることになる。事前に法律が存在していないか、或は、これが曖昧であつた場合には、威嚇効果は、その行為が刑罰という結果を招き寄せることになるのかどうかを誰も知らないために、全く生じない。

今日、心理強制説(この説の批判については、§3, Rn. 22)は、しばしば、この説によつて罪刑法定主義を基礎づけるのは時代遅れであるとも考えられている。けれども、この批判は、威嚇思想を一般予防の“積極面”(この点については、§3, Rn. 26 ff.)によつて補充する場合には、*nullum crimen* の命題の刑法理論的基礎づけは更に今日の重要性を持つということ、誤解している。というのは、刑罰の威嚇と科刑は、本質的に、住民の法に対する忠誠心を安定させること、及び、多くの場合、およそ初めて行為を規範に沿うように計画させることにも役立つとするならば、それは、可罰的行為の明確な、法律による決定によつてのみ可能である。この点を欠くと、刑法は、己の規定を尊重するために必要な意識形成作用を持つことができない。

4 責任主義

罪刑法定主義の、更なる基礎づけは責任主義(この点については、§3, Rn. 46 ff.)から生ずる。刑罰が責任を前提とするならば、責任に言及できるのは、行為者が、行為に先立つて、彼の行為が禁止されていることを知っているか、それとも、少なくとも、その機会を持つていなければならない。このことは、又、可罰性が行為に先立つて法律によつ

て定められていることを前提とする。罪刑法定主義、あるいは、その個別要素をこのようにして導くことは、決して新しいことではなく、長い歴史的伝統を持つものである。

今日、このような基礎づけに対して、大抵、それは責任に対する法律の規定と一致しないとの異議が持ち出されている。というのも、§17は、不法の認識可能性を責任の前提にしているだけであって、行為の可罰性の認識可能性ではないからである。それ故、*nullum-crimen*の命題は、可罰性の事前の明確化を命ずることになれば、責任主義の要求を越えてしまうことになる。この点に争いはない。ところが、他方で、§17には処罰を可能にするための前提として、構成要件に関係づけられた不法の意識が要求されており、しかも、この意識は、実際的には、行為者が刑罰法規を認識できた時にのみ（この点については、§21, Rn. 12 ff.）、存在するといえることを知らなければならない。その限りで、責任思想は罪刑法定主義の原則の基礎であるといえる。Art. 103 II GGを、のみ、或は、専ら、刑法の責任原則の詳述規定」と捉えるのは、誤りである。

V 解釈と類推禁止

1 刑法における解釈の限界

(a) 解釈の限界としての可能な、日常用語的な語義

類推禁止 (Rn. 8) は、許されている、法律に忠実な解釈を、禁止されている法創造的類推と区別することを任務としている。啓蒙期における罪刑法定主義原則の考案者は、この問題を知らなかったが、それは、考案者が、裁判官は何かを「解釈する」ものではなくて、法律の一義的な文言を「適用する」にすぎないとの考えから出発していたから

である。Montesquieu の「裁判官は法律の言葉を（自分のものを付け加えることなく）述べる」「口」にすぎないとの箴言、即ち「Les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi」は、有名である。Beccaria (1738—1794) は、啓蒙期の、国際的に、おそらくは最も影響を与えた刑法思想家であり、裁判官を非人格的な「包摂の自動機械」と考えることから、解釈の禁止を導いたが、それは、Friedrich II がプロイセンの一般ラント法に予定していたものであったし、又、一八一三年のバイエルンの StGB（この点については、既述の Rn. 14 参照）に、まず、実際に導入されたものであった。それによると、「刑法を解釈する権限は、決して、刑事裁判官に基礎を置くことはできないが、それは彼等が立法者でないからである。」とされている。裁判官は、単に、「完全な三段論法（＝論理的推論手続）を行う」べきである。「法律の精神を参考にしなければならない」というような、一般化された公理ほど危険なものは何もない」と。

今日、このように裁判官を機械的に考えることが貫徹不可能であるとの点では、見解の一致がある。法律が用いている概念は、すべて、（数字、日付、度量衡等の例外はあるが）多かれ少なかれ多義的である。このことは、「侮辱」（§185）のような、規範的な、即ち、専ら精神的理解にのみ親しみ得る概念についてだけではなく、「人」（§212）のように、広く記述的な、即ち、対象を感覚的に感じることのできる法律の表現についてもいえる。脳が死んでいるが、血液は循環している場合、未だ人であるのか、それとも、既に死体であるのか、或は、陣痛が始まった、ある一定の時点では、未だ胎児であるのか、それとも、既に人であるのか、ということは、法律の文言によって厳密には示されていない。むしろ、裁判官が、常に、種々の可能的意味の中から選択しなければならない。この、定められた規則に従って行われる創造的活動が、解釈と呼ばれる。

それ故、罰条の内容は、常に、裁判官の解釈によって、初めて、疑いの余地のない程明瞭に「決定」される。この

ことと、可罰性が行為に先立って「法律によって定められていなければならない」とする Art. 103 GG とが如何にして一致可能なかが問題になる。罪刑法定主義原則が裁判官による法発見という、従来とは異なった理解によって時代遅れのものになったとの結論は、正当にも、支配的見解によって導かれてはいない（この点について、詳しくは、更に Rn. 31, 36 ff.）。むしろ、このような結論は、立法者が規定の文言によって規律範囲を作り、それを裁判官が具体的に満たすという認識による。その際、その範囲は、法文の日常的に可能な意味によって限界づけられるが、他方で、裁判官は、この範囲内で、至極当然であると考えられる語義、過去の立法者の表象、及び、法律の目的から見た、法律の体系的連関性を考慮して、解釈するのである（目的論的解釈）。更に、解釈は、法律の目的次第で、縮減的（制限的）でも、拡大的（拡張的）でもあり得る。これに対して、法律の規律範囲外で（*preter legem*）の法発見、即ち、罰条の可能的意味によってはカバーできない解釈は、刑罰を基礎づける類推であつて、許されない。

例 ..

④ 行為者が被害者の顔に塩酸を振り掛けた場合、「武器を手段とする」身体傷害 (§ 223 a) が認められるか。はい (BGHSt 1, 1 : a. A. die Repr. des RG)。というのも、日常語として「化学兵器」という概念が知られているために、言語の意味が機械的に動く道具に限定される必要がないからである。又、特に、危険な侵害手段を重く処罰しようとの法律の目的は、武器概念に化学的手段を含ませることを認める。塩酸による傷害は、むしろ、例えば、棍棒による殴打よりもずっとひどいことになることもある。

⑤ 行為者が被害者の頭を家の壁に打ちつけた場合、§ 223 a が認められるか。いいえ (BGHSt 22, 235)。確かに、法律の目的からすれば、危険な身体傷害を認めるのは当然と思えるかもしれない。しかし、法律の文言がこれを禁止している。「自然な語感によれば、固い壁、自然の大地あるいは岩を、道具」とすることに抵抗がある」 (aaO. 236)。そ

れ故、このような事案を § 223a によって処罰しようとすれば、禁止されている類推が認められることになるであろう。

◎ 雑踏で被害者から、鋭い剃刀でお下げ髪を切り取った場合、§ 223a によって処罰されるのか。いいえ。確かに、規定は、明示的に「小刀」に言及しており、文言上はこれを満たしている。しかし、文言は、目的論的解釈のための範囲を提供しているに過ぎない。しかも、法律の目的は、重大な傷害を引き起こし得るような侵害だけをこの規定に包摂することを命じている。そこでは、髪の切断は問題になっていない。それ故、正しい解釈は、常に、文言と法律の目的とを等分にカバーしなければならない。二つの基準の内の一つが満たされたのでは、十分ではない。

解釈を文言の限界に拘束することは、恣意的であるどころか、罪刑法定主義原則の国家的及び刑法的基礎から生ずるのである (Rn. 18—25)。その理由…立法者は命令を言葉でのみ表現することができる。言葉が提示しないものは、命ぜられてもいないし、妥当してもいない。それ故、文言を越えた刑法の適用は、刑罰権を発動する際の国家の自己規制に違反し、民主主義的正当性に欠ける。又、市民は、文言から取り出すことのできる法律の意味だけを、それに彼の行為を合わせるという限りで考えているのである。それ故、可能な言語の意味の範囲での解釈は、法律の予防作用を保障し、禁止違反を非難可能にする。

もちろん、このような観念も、又、罪刑法定主義原則の創始者達の考えた (Rn. 26)、完全な法律による拘束からは、裁判官が解釈の際に文言によって事前に与えられた規定の範囲内で種々の解釈可能性について決定するという点で、乖離している。しかし、第一に、このことは事物の本性に基づいていることであり、理論的な観念いかによって変更できるものではない。第二に、裁判官の拘束という原則は、裁判官が解釈について自由ではなく、むしろ、彼は法律の委託によって、解釈の際に、法律の価値決定を完全な規範になるように具体化するよう義務づけられているので

あるから考慮されている。それ故、裁判官が、例えば、お下げ髪の切断（Rn. 29 例のc）を身体傷害に関連するあらゆる小刀の使用は重く処罰されなければならないとの自説に基づいて、§ 223 a に包摂したとするならば、誤った解釈であるといえるであろう。というのは、そうすることで、彼は、法律の目的よりも自己の法政策的考えを優先させたからであり、しかも、彼には、そのような権限はないからである。

このような観点からすれば、刑法にとつては、以前、主観的解釈論と客観的解釈論との間でなされた論争が決定的に重要である。即ち、前者は、歴史的な立法者の意思を目指すもので、後者は、この意思から独立した客観的な、しかも、場合によっては、変化さえしていく法律の意味を基準と考えるものである。正しい解決は、これらの中間にある。客観説は、立法過程に関与した人や委員会の、事実としての（しかし、大抵は探し当てることができないのであるが）考えを重視しないという点に、正しさがある。したがって、例えば、法律を作った時に誰もこのことを意識していなかったとしても、化学物質を「武器」と見なすことができる。とはいえ、他方で、主観説にも、裁判官が歴史的な立法者の法政策的な価値決定に拘束されるという限りで、賛成できる。このような決定から独立の、法律の「客観的意味」があるとの仮定には、論理的に、従うことはできない。この仮定は、法律の本来の目的から解放された「客観的な意味」の場合には、主観的な裁判官の目的設定が重要であることになり、罪刑法定主義に反する（Rn. 31, a.F. の例参照）。

(b) 判例

判例は、個々のには、かなり動揺してはいるが、主として、ここで主張されたような立場を共有している。RG の判決が有名であるが、これは電気エネルギーの無断奪取を窃盗 (§ 242) として処罰することを、エネルギーが（有体）

物としての特徴を持っていないことを理由に、拒否した。これを契機に、(一九〇〇年に)、電気エネルギーの奪取に対する科刑(現在の §248c) が導入されることとなった。又、BGH は、文言の限界領域において、種々の表現を用い、目的論的解釈への賛意を述べている。即ち、「言葉の可能性の限界内である限り、…すべての概念は、それを用いて構成されている規定の、意味と目的に従って解釈されなければならない」(BGHSt 3, 303)。「如何なる法律といえども、立法者によって目指された出発時点の状況に対応する事案に適用範囲を厳格に限定することに耐え得るものではない。というのも、法律は死した文字ではなく、生活関係と共に発展し、かつ、理にかなった順応をしつつ、更に妥当していこうとする、生ある、自己発展的な精神なのである。とはいえ、こうすることで、精神の注ぎ込まれた形式が破壊されない限りにおいてはがある」(BGHSt 10, 159 ff.)。この文の最後の部分は、文言の限界を明確に述べているのに対し、「生ある、自己発展的な精神」という、少し誤解されやすい言い回しは、客観説の過度の伸張を招く危険があるが、それは次の「法律の意義と目的」との関連で、幾分か防がれている。既に言及された「道具」概念についての判決(BGHSt 22, 253; Rn. 29 Bsp. b) に加えて、特に、BGHSt 23, 3 が具体例を提供してくれる。即ち、ここでは、精神病の婦人の、自然ではあるが、法的には価値のない意思に従っての誘拐が今日の §237 の意味での「その意思に反した」誘拐と見なされ得るのかが争われた。被拐取者の法的無価値性が許すのは、「単に意思が欠けているという仮定に過ぎない。しかも、これは、抵抗している意思では断じてない。」「意思に反する」というメルクマールを「承諾のない」という異なった意義のメルクマールに解釈を変えることは許されない。」又、ByerG にとって、法律の可能的な語義は裁判官にとって許された解釈の限界とされている。

他方、判例が明示的或は黙示的に文言の限界を越えているような事例も少なくはない。これが最も明確に現れているのが BGHSt 10, 375 f. である。即ち、ここでは、プロイセンの森林窃盗法に予定されていた「馬をつないだ馬車」

を手段とする窃盗に自動車を手段とする盗みを等置している。それによると、「文言に端的に従えば自動車は…当然この規定に該当はしないが、その意義に従えば認められる」といわれているが、その内容自体は正しい。しかし、それによって、解釈ではなく、刑法で禁止されている類推が別の言葉で述べられているのである。同様の間違いを犯しているのは§ 142 a. F. (BGHSt 14, 217 ff.; 18, 118 ff.) についての判例である。即ち、それは、故意ではなく、許されて、あるいは、責任なく事故現場を後にして帰らなかった者は、言語上では不可能であるけれども、「逃走」であると説明した。その間に行われた、この規定の法律的な変更 (13. StAG v. 13. 6. 1975) によって、このような事案も文言に含まれることになったが、判例は、この変更を待たなければならなかったのであり、先取りは許されなかったことになるのである。更に、維持できないのは、BGHSt 23, 239 ff. が、たった二人の結び付きを § 244 I Nr. 3 の意味における「集団」と見なしていることである。裁判所の、「語義」によれば他の解釈になるはずがない、との言葉は、理論的には文言の限界を受け入れつつも、実際的にはそれを越えているのである。同様のことは、BGHSt 26, 95 が、事前に認められてもいないのに、犠牲者を殴り倒した窃盗犯人を § 252 の、現行犯中に彼に「出会った」ものとする「用語解釈」を可能であるとしている場合にもいえる。又、BGHSt 2, 151 が、自己答責的自殺の場合に、§ 323 c の意味での「事故」を肯定することは、概念的にも、言語上でも絶対に不可能である（！）と表明しておきながら、爾後の判例（先ず、BGHSt 6, 147）がこのように熟慮して得られた結論を安易に脇に片付けているのは、奇妙なことである。さらに、BGH に従うことができないのは、刑事判例 (BGHSt 27, 45 以来：最近の、NSStZ 1990, 539) において、§ 259 の意義における「販売する」を販売の準備をする行為のすべてと見なしていることである。§ 259 のように、全く新しく把握された構成要件であって、立法者が販売行為を考慮して、修正の意思のないものは、「それ程厳格に文言に従わない」解釈も許されているといってもいいし、おまけに、その文言は「そうせざる得ないわけではない」ものである、との

理由づけ (BGHSt 27, 50) は、こゝでも原理的に承認された文言の限界を越えていることを十分には隠しおこせるものとはなっていない。

これに対して、多くの新しい判決が、再び、罪刑法定主義に思いをいたしていることが見て取れるのは、喜ばしいことである。例えば、BGHSt 28, 147 ff. (BGHSt 23, 239 ff. とある程度矛盾するが) は、現在、二人の人間が手を組むことを § 129 の意義での「集団」とは認めてはいないし、そのために「法律の意義及び目的に従うのと同様に用語例に従う解釈」と、裁判官による刑罰構成要件の拡大は避けられなければならないとのテーゼを引き合いに出している (aaO, 148)。又、BGHSt 29, 129 は、単なる権限のないポスターの張り付け行為を器物損壊 (§ 303) には当たらないとの見解を取っているが、判例及び文献においてそれまで支配的であつた見解にもかかわらず、§ 303 StGB の解釈は、それ故に、損壊する、という要素の語義から離れ、許されないし、又、法律が美観を損なうこと (§ 134 StGB) と事物の損壊 (§ 303 StGB) とを区別している点をも無視していると、類推禁止に立脚しているのである (aaO, 133)。そして、BGHSt 34, 171 は、チェーンレター行為を違法な賭博として包摂することに反対して、そこには賭博にとつて概念的に典型的である賭け金が存在していないとしている。そのうえで、その様な解釈はこの規定の賭博概念を明確にし、§ 284 StGB と Art. 103 II GG から帰結される明確性の要請との一致を不可能にするように思われる (aaO, 178)。それ故、時として行われる「失態」は、解釈の限界を尊重するという判例の、原則的な心構えを疑問視させるにいたるものではないといつてよからう。

(c) 文献における種々の見解

これに対して、刑法の文献上では、著名な著者が、刑事裁判官を法律の文言に拘束することを否定している。しか

し、文言の限界を維持することができないとして持ち出された理由のどれも確信を持たせるものではない。しばしば持ち出される論拠は、解釈と類推の間には、すべての解釈が類似調整であるために、何等論理的区別は存在しないということである。これは、本当に、正しい。例えば、被害者に塩酸を掛ける行為を「武器」を持った侵害と解釈する場合(Rn. 29, Bsp. a)、化学的手段が、法価値的観点の下で、ピストルあるいはナイフに相当する、類似すること求められる。それは、禁止されている類推の場合である、被害者の頭を壁にぶつけること(Rn. 29, Bsp. b)と、論理的手続はなにも変らない。しかし、この推論手続きの同一性は、我々が文言の限界の内部と外部の適用を区別し、前者を許されるものと、これに対して、後者を刑法上禁止されたものと説明する妨げとなるものではない。文言の限界は、法発見過程の論理的構造に区別があるのではなく、それとは無関係な国家的及び刑法的前提(Rn. 30)によって正当化されるのである。当然、解釈と類推という表現に代えて、許される解釈と許されない解釈、或は、許される類推と許されない類推ということもできる。しかし、それは、論争の益なき、純粹に術語上の問題である。

第二番目の異議は、文言が、言葉の持つ不明確性及び法的操作可能性の故に、有用な限界を可能にしないということから生ずる。しかし、これは、語義を限界づけるために文脈をも動員する場合には、いづれにしろ、間違いない。確かに、言葉は、大抵、色々な意味を許しはする(Rn. 27)。けれども、このことは、ここでの関連では、すべての言葉としての、可能な解釈が解釈の領域に属するものであるが故に、重要ではない(Rn. 27 ff.)。しかし、ある言葉の可能的な意味に限界がないなどと本気で主張することはできない。それは、言葉による意思の疎通をすべて否定してしまうことになりかねないからである。もともと、この限界が、個別的には、疑問になることもあり得る。しかし、法的区別の際に、常に現れる疑問の思考可能性は、区別することの正しさに何等変更を加えるものではない。したがって、概念の法的操作可能性についての指摘のみが残ることになる。例えば、自動車が「言葉の法的意義からして」馬

の繋がれた車” (Rn. 34 a. Anf.) であるということが許されるとするならば、その様な法的使用語例は、確かに、解釈と類推の限界を不可能にするであろう。しかし、これには、通説のいうように、解釈は日常語的な意味内容に、通常生活の用語例に限られているということで、対処できる。そうあらねばならないのは、秘教的な用語例は、刑法の向けられている、予備教育の施されていない市民には理解され得ないであろうし、罪刑法定主義の目的論的基礎 (Rn. 18 – 25, 30) を破壊してしまうに違いないと思われるからである。

文言の限界を批判する著者達からは、大体のところ、二つの帰結が導かれる。彼等は、法律の意義と目的、即ち、法の理念 (Ratio legis) を目指し、それと一致する可能性のまだある解釈を所謂解釈と見なすか、又は、解釈と類推の区別を完全に否定してしまうかである。これら二つの理論は、法律の目的設定から全く解き放たれた“自由な法発見”だけが禁止されているという共通の結論に達する。しかし、それでは、Art. 103 II GG が、實際上、全く意味を失ってしまう。というのも、全く自由な法発見は、基本法の、この条文の妥当領域の外にある他の法領域においても許されないのである。この理論に内在する憲法上の要請の無視は、受け入れるわけにはいかない。

Jakobs は、文言の限界を越えることを以下の四条件の下に許そうとしている、即ち、(1)概念の発展の連続性、(2)そうでない場合には、独断的評価が認められていること、(3)同程度の規定の必要性、(4)問題解決への適切性である。このような基準の助けを借りて、彼は、例えば、“馬の繋がれた車”という概念に“貨物自動車”を包摂することが許されると考えたのである (Rn. 34 参照)。しかし、そうだとすると、“概念の発展が連続している”のに、何故電気を“物” (Rn. 33) と、又、家の壁を“危険な道具” (Rn. 29, Bsp. b) と見なすことが許されるべきではなかったのであろうか。もしも、これが許されたならば、あらゆる限界設定機能が失われてしまう。他方、Jakobs が、RGJW 1993, 2911 を用いて、“受胎能力”を § 224 の意味での“生殖能力”と解釈しようとするのは、なるほど、正しい。ただ、その様な解

釈が、二人の親を子供の『生みの親』と呼ぶ用語例によって、まだカバーされているからである。

2 類推禁止の妥当領域

(a) 各則と科刑における妥当性

類推禁止は、まず、各則の刑罰構成要件と科刑（この点については、Rn.4）を、たとえこれらが例外的に総則に位置づけられているような場合であっても、包括する。従って、重罪への教唆未遂に対する科刑（§30 I）を刑罰の科せられていない重罪への幫助未遂に類推適用することは、当然、許されないであろう。更に、このことは白地刑法法についても妥当する。これは、（特に特別刑法に見られ得るものであるが）、処罰条件について他の規定を指示している科刑である。この場合、類推禁止は、その本来の構成要件を記述している充足規定にも及ぶ。これに対して、刑法が他の法領域の概念構成に依っている場合には、—例えば、§§ 242 ff., 246, 249 ff., 303 の『他人の』物は、他人に『所有』されている物であるが—刑法は、全面的に、從属的な關係に立っている。それ故、刑法は法律を越えて展開された保全所有をも保護するのである。法律効果の領域では、類推禁止の適用は賦課事項（§ 56 b）及び指示（§ 56 c, d）についても、保護觀察付き刑の延期の負荷的性格が、主として、これらの効果にあるのであるから、許される。その外、BGH は、類推禁止を『法治国家的理由から』『刑罰的性格を持たない副次的効果にも適用している（BGHSt 18, 140）。この禁止は、改善及び保安処分には、もちろん、直接的には適用されないが、それは、そこには、『可罰性』が存在する必要があるからである。しかし、ここでも、公法の一般的法律の留保は、負荷的類推を禁止する。

(b) 総則における効力

類推禁止は、本来の法律効果規定を除いて、StGB の総則においてどの程度適用されるのか、との問いには、ほとんど説明がなされていない。いずれにしろ、総則が各則の構成要件を越えて刑罰を拡張している規定を内含しているところでは、それ故、未遂、共同正犯、及び、狭義の共犯の場合には、類推禁止が適用される。例えば、立法者が共犯に故意の正犯行為を要求している場合 (§ 26, 27)、一般化している見解とは違って、正犯者の故意を誤って思い込んでいる者にこの規定を類推適用して、共犯者として処罰することは許されない。同様に、責任阻却事由、刑罰阻却事由及び刑罰消滅事由をその文言の限界を越えて制限すること、或は、客観的処罰条件（この概念について概観するには、§ 7, Rn. 7ff. 参照）をしかるべく拡張することは、禁止されている。というのは、そうすることによって、同時に、このような所与の存在、若しくは、不存在によって基礎づけられる可罰性が、法律の現在の文言を越えて、拡大されるからである。

これに対して、正当化事由の場合は事情が異なる。というのは、これらの事由は刑法固有の実体を持っているものではなく、全法領域に由来するものである（詳しくは、§ 7, Rn. 6）。その結果、この事由は裁判官による法の創造によって更に発展させられ、しばしば、文言の外面的な広がりとは無関係に、その基礎に横たわる、法律の秩序原理の基準に従って制限されるものである。ここでは、刑法は、法秩序の単一性に従わなければならないのである。というのは、同一の正当化事由が、ある行為は、例えば、民法的には、損害賠償義務のある不法と見なされるが、刑法的には適法として法秩序の賛同を得るというように、その場所によって異なった条件を持つことは不可能であるからである。文言の限界を無視することは、正当化事由の場合には、正当防衛 (§ 32) 或は正当化的緊急避難 (§ 34) のように、StGB 自身に規定されているとおり、必要なのである。というのは、これらは StGB においてのみならず、全法領域で妥当するものであるからである。それ故、正当化事由を解釈する際には、刑事裁判官も、法律の目的（法律の規制原

理)にのみ拘束されるのである。当然、ここでも、「自由な法発見」は許されていない。

(c) 手続法における類推禁止

手続法においては、行為者に不利益な類推の禁止は、原則的に、妥当しない(BGSt 53,226)。けれども、しばしば、実体法の客観的処罰条件或は刑罰阻却事由と非常に密接な関係にある訴訟条件については、個別的に、類推禁止が法治国家的理由から類推適用できるのかどうかを検討されなければならない。従って、傷害について、特に、訴追する権限を与えることになる、特別の、公の利益というメルクマール (§232)を類推して持ち出すことによって、告訴のない侮辱 (§194)を処罰することは、許されない(BGSt 7, 256)。

(d) 行為者のための類推

これに対して、行為者に有利な類推は、刑法においても、無制限に許されている。従って、例えば、§31(不処罰とされる、犯罪予備段階での中止)は、予備行為を独立の構成要件に作り上げてはいるが、中止規定を含んでいない、各則の構成要件に適用可能である(例えば、§234 a III; BGHSt 6, 85, 87)。

VI 刑罰創設的及び刑罰加重的慣習法の禁止

罪刑法定主義の文言と意義から、必然的に、刑法において慣習法を行為者の不利益に用いることの禁止が導かれる(Rn. 9, 19 ff.)。そうであるから、又、各則において慣習法によって新しい構成要件、法定刑及び訴追可能性を創設す

ることも許されない。即ち、他人の物の違法な使用（使用窃盗は）、法律においては例外的な場合に限りて (§226b) 刑罰によって威嚇されているに過ぎないのであるから、これを慣習法によって一般的に処罰ことはできない。單純傷害の未遂 (§223) は、これが処罰されないことについては批判があるが、裁判実務上の操作によって可罰的とされるようなことがあつてはならない。輕過ぎると感じられている刑の範囲であつても、これを越えることは、慣習法によって正当化され得ないであらう。そして、又、告訴の必要性は、慣習法によって不要とされることはない。それは、そうすることで、告訴が存在しないにもかかわらず、法律が望んでいない処罰をすることになるからである。

これに対して、文献にあつては、總則においては「刑罰創設的及び刑罰加重的慣習法がかなりの範囲で」存在しているとされている。このことは、当然、構成要件を同一にする罰条については、そもそも、主張され得ないのである。即ち、重罪に対する幫助の未遂 (§30 参照) は、慣習法によつても可罰的とすることはできない。しかし、法律に明記されていない、可罰性の一般的前提条件については、大抵、慣習法の妥当性が認められている。しかも、それが行為者に不利益になるような場合であつてもである。例えば、特に、因果關係論は、予備行為と未遂、故意、過失及び錯誤、同意、不作為犯及び間接正犯と比較しても、法律がこの点について明示的に規定していないのであるから、すべて慣習法であるというべきである。

これには、反対しなければならない。唯一正しいのは、立法者が總則の刑法理論のかんりの部分を未解決のままにして、判例による決定に委ねていると考えることである。その理由は、一部には、そのような素材を法典化することに、たびたび困難が立ちだかるからであり、又、一部には、後に時代遅れのものとなる認識の現状を文書化し、固定することによって学問的發展を阻害することのないようにとの、賞賛に値する意向によるものである。これ、及び、これに類似する領域において裁判所によつて決定されるのは、常に、解釈の結果に過ぎないのであり、—確定判例の

場合にあっては——決して、慣習法の規範的拘束力を持つものではない。これの決定的な理由は、通常行われているものの他に、慣習法を形成するのに必要な一般的法的確信が、刑法の一般理論のほとんどすべてのものが争われており、国民に確信を持たせるような結論がその意識にのぼることもおよそないために、刑事裁判に役立つことは、まず、稀であるから、との認識にあるのでは、断じてない。その他の条件が存在しているにもかかわらず、刑罰創設的慣習法が許されないのは、Art. 103 II GGがこれを禁止しているからに外ならない。

これに反論することはできない。即ち、これは、耳に心地よく響くが、現実を目を閉じることは許されない。”というのも、実務においては、なるほど多くの解釈の結論が“法律であるかのように”用いられているが、この結論は、法律と、裁判所が法律に拘束されるようには、これに拘束されておらず、いつでもこれから離れ、より良い認識に地歩を与えて行くことができるという点で、常に、区別されるものである。従って、判例は、例えば、特に、しばしば慣習法に分類される因果関係の分野において、恒常的に適用されていた等価説 (§ 11, Rn. 5 ff.) から相当説 (§ 11, Rn. 31 ff.) あるいはその他の帰属論 (§ 11, Rn. 43 ff., 59 ff., 85 ff.) への移行を妨げられることはないといえるのである。この点は、常に、意識されていなければならないが、それは、このような方法によつてのみ、判例は、仮定の慣習法に拘束されて身動きできなくなることもなく、学問の発展に、そのためにこそ立法者が法典編纂を控えているのであるが、ついていくことができるからである。

確かに、類推禁止におけるような、又、同様に理由づけられる、少しばかりの例外がある (Rn. 40, 42)。刑法が概念を他の法領域から借用しているところでは、それが受容されている。それ故、所有権という民法上の制度、或は、(BjagdG が制定されるよりも前には) “狩猟可能な動物” という公的法的概念は慣習法上拡張されることとなったが、それと同時に窃盗 (§ 242) 及び密猟 (§ 292) の構成要件も拡張された。同様にして、正当化事由の慣習法的制限

も、制限という限りで、刑罰創設的に作用しているといえる。

これに対して、刑罰阻却的及び刑罰軽減的慣習法は、行為者に有利な類推同様(Rn. 44)、無条件に許される。しかしながら、判例の解釈結果は、それが行為者に有利である場合でも、Rn. 47で挙げた理由から、慣習法とされるのは稀である。従って、かなり厳格な判例が変更され得ることとなっているのである。なんといっても、刑罰阻却的慣習法は、Art. 103 II GG が反対していないので、個別事例にあつては、明白に、許されている。例えば、教師の懲戒権は、以前は、少なくとも慣習法的正当化事由と認められていたし(この点について詳しくは、§ 17, Rn. 38 ff.)、判例によって創設された「超法規的緊急避難」も(この点については、§ 16, Rn. 4 ff.)、新総則の§ 34に法典化されるまでは、慣習法として正当化力を持っていたので、戦後の判例は、一八〇度の方向転換の中にあつても、これから離れることができなかったといえるのではなからうか。又、(稀に!) ある刑罰規定(大概是、特別法或は州刑法の)が忘れ去られていて、長い間使われなかったために、遂には、慣習法によつて改廃される(=無効とされる)こともある。

VII 遡及効禁止と刑法の時間的効力

1 遡及効禁止の基礎

遡及効禁止は、Art. 103 II GG § 1 及び、刑罰に関しては、§ 2 I (原理原則については、既に、Rn. 4—6, 10)から導かれる。この禁止は、およそ権力分立原則によつて基礎づけられるものではなく、むしろ、これ以外の、三つの罪刑法定主義の根拠から、上述のような限界はあるものの、必然的に導かれるものであり、類推禁止とは異なり、その

適用について根本的な疑問に晒されていないのである。遡及禁止は、その持続的、法政策的現実との密着性を、立法者であれば誰でも陥りがちな、特にセンセーショナルな行為の印象のもとに、政治的に好ましくない騒ぎや興奮状態を静めるために、後から科刑を導入しようとの、或は、加重しようとの試みに求めているのである。このような、個別事例のための、その瞬間の感情に駆られた、大抵の場合内容的にも不適切な、ための法律 (*ad-hoc-Gesetz*) を阻止することは、法治国家の、放棄することのできない命令である。

2 行為時に適用されている法律

『行為時に適用されている法律』 (§ 2 I) とは、その時点で既に有効でなければならず (この点については、Art. 82 II GG)、再度、――廃止によろうと、期限切れによろうと、対立する慣習法によろうと、はた又、規制の客体を失っているためであろうと――無効にされてはならない。『行為時』とは、明示の法律の規定 (§ 8) に従えば、『正犯者又は共犯者が行為した、或は、不作為の場合には、行為しなければならなかった、その』時であり、『結果発生の際は、基準にはならない』のである。継続犯 (この点については、§ 10, Rn. 105) の場合には、法律が、犯行の行われている間に変更されることもあり得る。例えば、誘拐の一定の態様に対する刑罰が、誘拐の途中で加重された場合、『行為終了時に妥当している法律が適用される』 (§ 2 II) べきである。刑罰或は過料を科しても、遡及効禁止には、犯行と判決の間の行為に、たまたま、刑罰或は過料が科せられていなかったに過ぎないのであるから、違反しない (BVerfG NStZ 1990, 238)。

3 処罰条件における遡及効禁止と処分に対する原則的無効

遡及効禁止は、実体法上の可罰性の条件のすべてに適用される。又、遡及的な法律の廃止或は正当化事由の制限も、許されない（判例による類推的或は慣習法的制限の場合における異なった状況については、Rn. 42, 49 参照）。更に、このことは刑罰とその副次的効果についてもいえる。法律は、わざわざ、追徴、没収及び使用禁止についての適用可能性について言及している (§ 2 V)。これに対して、§ 2 VI は、保安及び改善の処分を、法律上、それに反する規定が存在しない場合には、遡及的に導入することも、或は、加重することも許される、と命じている。Art. 303, 305 EG StGB 1974 が、行状監督 (§ 68) と職業禁止 (§ 70) について、遡及効を排除していることから、現今の法律の状況下に在っては、精神病院 (§ 63)、禁断施設 (§ 64) 及び運転免許の剥奪 (§ 69) に関する規定に限って、遡及的に加重することができる。その他、立法者は、遡及効のある新しい改善処分を創設することができる。

§ 2 VI は、事態を正しく捉えていない。もしこの規定の内容が正しいとすれば、それは罪刑法定主義が責任主義にのみに基づいている場合に限られるであろう。責任の前提である、犯行前の禁止の認識可能性は、責任とは独立の改善処分の場合には、当然の帰結として、不必要になるはずであろう。けれども、罪刑法定主義の射程は、非常に広いものである (Rn. 18 ff.)。この原則は、犯行前に予見得た制裁から個人を保護すべきなのである。これには、刑罰よりも強く被告人の自由を犯すことのできる改善処分も含まれるのである（それは、この処分に、責任主義の持つ、侵害を制限する作用も欠けることになるからである）。刑罰と改善処分の目的は等しく予防に向けられているのであるから (§ 3 Rn. 56)、これらを区別することは、刑事政策的にも、正しくない。立法者が、改善処分というレッテルに張り替えて、禁止されている遡及的な刑罰による侵害を許すべきであるとするのは、筋が通らない。であるからといって、この規定が、正に、憲法違反であるかどうかは、又、必ずしも、明らかではない。それは、刑罰と改善処分の区別を認めていた憲法の立法者が罪刑法定主義をその歴史的な刑罰への限定から解放しようと望んでいたという根拠がない

からである。文言及び、その当時改善処分など全く存在しなかった WRV の Art. 116 によれば、結論は逆になる。しかし、そのことは、現在の立法者がこのような「法治国家の欠陥」を、§ 111 AE 及び一九七五年のオーストリア刑法典の § 111 を模範にして、罪刑法定主義を改善処分にまで一般的に拡大することによって取り除くことを妨げるものではない。

4 遡及効禁止と手続法

手続法には、原則として、遡及効禁止は妥当しない。『遡及的刑法の禁止は実体法についてのみ妥当する』（BGHSt 20, 27）。『手続法の新规定が施行された場合には、即座に、既に係属している手続にも適用されることは、自明のことである』（BGHSt 26, 289; 論点となっているものに、又、BGHSt 26, 231）。この判例は、連邦憲法裁判所によっても確認されたものであるが（BVerfG 24, 33, 55; 25, 269）、手続の進行に係る規範について（例えば、§ 138 a StPO による弁護人の排除、或は、§ 231 a StPO による被告人の排除）肯定されている。というのも、罪刑法定主義は、文言からしても、又、その歴史からしても、可罰的行為とそれに対する制裁に向けられているのであって、訴訟法の欠陥への信頼を保護するものではない。

訴訟全体の許容性に係る（前述の Rn. 43, 45 参照）訴訟条件（例えば、告訴の必要性のような）或は訴訟障害（時効のような）については、事情が異なる。これらは、実体法と境を接するもので、その位置づけに疑問であるのも希ではない。従って、例えば、時効は、ある部分的では、実体法の制度であるし、ある部分では、訴訟上の制度であり、又、ある部分では（現在の支配的見解によれば）、『混合的』法制度であると把握されている。けれども、この分野の罪刑法定主義の妥当性は、遡及効の禁止を考慮しないでなされた、このような形式的な位置づけによるのではない。

むしろ、個々の事例ごとに、どの程度まで Art. 103 II GG の目的が遡及効の禁止を適用するよう命じているのかが検討されなければならない。その際には、手続き条件は、それを廃止する法律によって、効力を失う。(RGSt 75, 306, 311 に続く BGHSt 20, 27) との一般的な表現は、細分化を必要とすることが、示されるであろう。

かくして、告訴の必要性を後から廃止することは、判例 (RGSt 77, 106 F.) 及び支配的見解にもかかわらず、許されないと考えられるべきであろう。というのも、親告罪にあつては、国家の処罰権が被害者の満足という要件に依っているからである。他方、行為者は、当然、種々の場合に (例えば、§§ 247, 123) この要件が欠けていることを信ずることはできる。告訴の必要性が、遡及的に廃止され、告訴がなくても処罰されることになる、そのような場合には、国家の処罰権が事後的に創設されたことになるが、それは Art. 103 II GG によって許されるはずがない。

同様の理由から、時効期間経過後の再開も許されない。というのも、時効によって、行為者は不可罰となり、又、それを信ずることができるからである (例えば、彼は無罪の資料を手放す等して)。後になつて時効が成立していなかったものとして取り扱われるならば、可罰性が事後的に (再度) 基礎づけられることとなり、Art. 103 II GG の目的に反することになる。これに対して、未だ期間の経過していない時効期間を延長したり、廃止したりすることは、ナチの暴力犯罪を考慮して、謀殺 (§ 211) についてなされたように、許される。というのは、この点には、罪刑法定主義の基本思想は関係しないからである。即ち、市民は、処罰されるかどうか、及び、場合によっては、どの程度で処罰されるのかについて知る権利を持つてはいる。しかし、行為者が犯罪を行ったことについて憂いなく立ち現れ得るには、その後どのくらいの期間隠れていなければならないのかについて知らせることは、罪刑法定主義の本旨ではないからである。そのような計算の保護は、罪刑法定主義の根拠 (Rn. 18 ff.) から導くことはできないが、それは、とりわけ、時効の中断の制度が (§ 78 c) 行為者に、最初から確定した時効期間の期待を、そもそも持たせていないからに

過ぎない。

5 遡及効禁止と判例

判例については、遡及効禁止は、妥当しない。それ故、裁判所が規範を従来の判例で行われていたものよりも被告人に不利益に解釈した場合には、むしろ、被告人がこれに反対しなければならぬのである。というのも、新しい解釈は、そもそも、遡及的処罰でもなければ、刑罰の加重でもなく、既に以前から存在していたが、今初めて正しく認識された法律の意思の現実化なのである。これに対して、広まりを見せている小数説は、不変的かつ確定的と思われる判例を被告人に不利益に変更することを Art. 103 II GG の問題であるとしようとしている。というのは、市民は確定した判例を法律のように信頼しているのであり、このような信頼を裏切ることには許されないからであるという。しかし、これには、罪刑法定主義の基本思想に矛盾するために、従い得ない。これによれば、立法と判例が、Art. 103 II GG は、まさに、二つの権限の分離から出発し、裁判官を市民が唯一従わなければならない法律の規定の枠組みの充足に限定しているにもかかわらず (Rn. 28)、同置されてしまうことになる。市民は、判例を知っている必要はないし（このことは大抵の法律家にとって過大な要求ではなからうか！）、又、判例をではなく、法律の文言をあてにすべきである！判例変更は可能な語義の範囲内でなければならないのであるから、その変更は、どちらかといえば、あまり徹底したものとはならず、法律の変更よりも、むしろ予測可能なものとなりがちである。従って、個人は、多くの場合、それに対して備えることもできるし、又、そうしなければならぬのである。このことは、一九九〇年に BGH によって行われた (BGH NZS 1990, 491)、絶対的な運行不可能性の限界値 (§ 316) を一・三%から一・一%へ下げたことについてもいえる。新しい BGH の判決が出される以前に、一・二%で運転をしていた者が § 316 で有罪判決を受

けたとしても、そのことは、それ故、Art. 103 II GG (BVerfG NStZ 1990, 537) に違反するものではない。他方、当然、非難の余地のない仕方では、一定の判例を信頼し、しかも、例えば、わざわざ、法的助言を得て行っているような行為も多い。そのような場合には、法に対する信頼を理由に、後に判例が変更された場合であっても、決して処罰されるようなことはない。そして、そのような場合には、いずれにしろ、責任のない禁止の錯誤(§12)なのであるから、無罪とされなければならない。この点について、Art. 103 II GG の判例変更への拡大を持ち出す必要はない。

6 行為者に有利な遡及効

行為者に有利な類推が許されるように、刑法を行為者の有利になるように遡及することも許されるし、又、§22 によって命ぜられてさえるのである。即ち、行為の終了時に適用されている法律が裁判の前に変更された場合、最も軽い法律が適用されるべきである。刑罰法規が犯行後、判決言い渡し前に廃止された場合には、行為者は(§22 III の準用による類推適用によつて)無罪とされるべきである。というのも、最も軽い法律は、もう法律ではないからである！ 規定の趣旨からすると、刑法的制裁の基礎には判決言い渡し時の法律の評価が置かれることが適当であるが、但し、それは、行為者の保護 (§2 I) 或は特別の事情 (§2 IV; Rn. 64) が行為時の刑を科することを必然的であるとしていない場合に限る。立法者が判決の言い渡し時に行為をほとんど或は全く当罰性が無いと考えているような場合に、にもかかわらず、行為時の、既に時代遅れになった解釈によつて処罰することは、刑事政策的に、意味のないことのように思われる。その際、減輕された法律も、減輕が事実審の判決言い渡し後にはじめてなされたような場合には(大変明確なのは、BGHSt 20, 77) 控訴審で、更に、考慮されることになる。

「加重からの保護」 (§2 I) と「減輕の特権」 (§2 III) の相互作用の結果、§2 III が、その文言の準用によつて、判

決言い渡しの時には、既に、妥当していない、減輕された“中間法”にも適用できることになる。それ故、行為に對する刑罰が犯行後に減輕されたが、判決言い渡し時には、不都合な出来事を経験することによって、再び、旧の厳しさに戻ったような場合には、事情の如何にかかわらず、行為者は中間の減輕された規定に従つて処罰されることを要求することができる。というのも、減輕によつて、行為者は新しい法律の有利な法的地位、即ち、以後は、旧い法の趣旨に沿つた、如何なる遡及的刑の加重に對しても守られるという地位を獲得しているからである。同様に、行為者は、行為が犯行時と判決時には可罰的ではあつたが、その中間で一度無罪とされていたような場合には、無罪とされなければならない。

犯行後、刑罰加重（= Qualifikations-）要件が同じく行為者に関係する他の要件に代えられたような場合に、“減輕された”法律があるといえるのかについて、激しく争われている。例（BGHSt 26, 167, 172 ff.）：行為者は辻強盜を行つたが、それは、行為時には、§ 250 I Nr. 3によつて強盜の加重事例として処罰されていた。有罪判決の前に、この刑罰加重事由が廃止された。その代わりに、強盜の新しい刑罰加重事由として装填していない武器による強盜（§ 250 I Nr. 2）という規定が導入され、それを行為者が満たした。さて、彼は、§ 250によつて処罰されなければならないのであろうか、それとも、§ 249によつて処罰されなければならないのであろうか。BGHは、旧い文言の§ 250 I Nr. 3によつて処罰している。その理由は、旧規定と新規定が“共通の不法の核”（他人の物の強奪）を持つており、しかも、構成要件の変更が“この不法の実現の態様”に関するものに過ぎないのであるから、減輕されてはいないことに求められている。しかし、これは間違ひである。それは、なるほど構成要件の基本（§ 249）は同一であるが、質が、即ち、以前は犯行現場（街路）に照準がかわされていたのに対し、今回は行為の手段（見せかけ上の武器）に関するものであるために、全く異なっているからである。それ故、辻強盜に関しては、§ 233によつて当然に行為者に還元されるべき

減軽が存在しているのに対し、見せかけ上の武器という基準を導入することは、Art. 103 II GG を理由に行爲者に対する適用が免除されなければならない刑の加重を意味している。従つて § 249 による処罰が正しいといえようか。

どの法律が減刑されたものであるのかを判断する場合に、判例は、(正に短期の) 自由刑よりも(場合によっては、それより重い) 罰金刑の方が軽いとの考えに立っている。更に、BGHSt 20, 25 が、先例を指摘しながら要約した、次のような原則も妥当する。即ち、単に、異なる法律の構成要件と法定刑を抽象的に比較衡量するだけではなく、むしろ、裁かれるべき個別事例について、その特殊性を考慮しつつ、どの規定が行爲者に有利な判断を許すかが基準である。(類似のものに、BGHSt 20, 75)。それ故、例えば、法律が改正されて、特に重い場合には加重された刑の範囲が、特に軽い場合には減刑された刑の範囲がそれぞれ付け加えられたような場合には、減刑された法律の問題となるのは、具体的に、特に軽い場合が想定される時に限られる(RGSt 75, 310)。更に、個別の場合に減軽される法律といえども「全体として」、(BGHSt 24, 97) 適用されなければならない。即ち、加重された部分も含んでということである(同旨、BGHSt 20, 30)。更に、「減軽された」法律の問いに対する、種々の議論の内の二、三の、新しい裁判に言及しておく。即ち、法律の刑の下限が、例外的な場合に対して減軽されたのであれば、既に、その点に減軽がある、とされている(BGHSt 20, 125)。同様に、白地刑法の場合には(RN. 40)、法定刑ではなく、充足されるべき規範が行爲者の待遇を改善する方向で改正された場合にも、減軽が認められる(それまでの判例を放棄したBGHSt 20, 177)。犯罪を秩序違反に変更した場合にも、§ 2 III が適用されるべきであるから、本来可罰的であつた行爲が、以後は、秩序違反として処罰される(BGHSt 12, 154 F.)。

減輕された法律の遡及効という例外は、§22V によって、所謂限時法についても妥当する。限時法とは、始めから「一定の期間について」のみ適用されるべき法律である。従って、その法律の失効期日が法律自体に、曆に従って決定されていても、又、一定の出来事によって決定されていてもかまわない（狭義の限時法）、更には、法律が特定の事態に向けられており、そのために、その様な事態の消滅後は対象を失うことになるような場合であっても構わない（広義の限時法）。二つの場合に共通なのは、法律が限定された有効期間を経過すると、それに反対の明示の規定が存在しない限り（§22V 2）、自動的に失効しなければならない点である。§22V の基本思想は、特に経済法の領域で機能しているのであるが、犯罪を犯した行為者が、違反した法律の廃止によって利益を享受し得るのは、その失効が刑事政策上の評価の変更に基づく場合に限られるのであって、単なる事実（例えば、経済）関係の変化による場合ではない。又、もしも§22V が存在しなかったと仮定するならば、限時法はその有効期間の最後の段階に至れば、行為者にとって失効前に有罪判決が下されることが、明らかに、あり得ないと思われるのであれば、危険を全く負担することなく、違反し得ることになるであろう。ここで述べられた法律の目的は、疑問の余地のある場合の解釈を決定しなければならない。即ち、例えば、刑罰によって強化されている限界速度は、事態の変化にもなつて、自ずと解決されるわけではない交通安全の必要性に、専ら、還元されるものであるから、限時法とはいえない（BGHSt 6, 37 ff.）。しかし、法律が一定期間のガソリンの節約を目指しているような場合には、事情が異なる！）当初、限時法として発せられた規定が、先ずは一過的と考えられ、それに向けて調整されていた事態が「非常に長い間続く」ような場合には、むしろ、限時法としての性格を失うこともある（BGHSt 6, 39）。

VIII 不明確な刑法と刑罰の禁止

1 処罰条件の確定性

又、不確定な刑罰規定の禁止は憲法の文言（「法律によって定められた」、Rn. II 参照）に一致するだけではなく、罪刑法定主義の目的（Rn. 18 ff.）をも完全に満たすものである。不確定的で、それ故に、不明確な法律は、国家刑罰権の明白な自己規制をもたらしえないものであるため、恣意から市民を守ることができない。従って、その様な法律は、裁判官に任意の解釈を、又、それによって立法権の領域への越権を許すことになるため、権力分立の原則に矛盾することになる。更に、個々人が何が禁止されているのかを認識できないために、一般予防的作用を展開することもできない。しかも、そうであるが故に、その存在が責任非難の基礎を提示することもできない。

理論的にも、又、刑事罰規定は、不確定であることを理由に、憲法に違反し、それ故に、無効であり得るとする点において、争いが無い。従って、バイエルンの憲法裁判所は、「公の秩序に違反し、あるいは、同盟国全体の軍事力の利益又はその構成国の一つの軍事力の利益に反して行為した者」は処罰できるとした規定を罪刑法定主義に反し、無効であると宣言している。けれども、それ以外には、戦後、確定性の要請に反することを理由に、無効であると言われた刑罰規定は、唯の一つもない。これに反して、刑罰規定にある、漠然とした、価値の充足を必要とする概念が、これにあたることは稀ではない。それどころか、BVerfG が以前の違警罪の「ひどい治安妨害」（§ 360 Nr. 11 a. F., 現在では、§ 1181 OWiG として少し明確にされている）という構成要件を十分に確定的であると宣言してからは（BVerfG GE 26, 41）、立法者は一般条項を用いる場合にも、躊躇を感じる必要がなくなった。Weizel は、正当にも、良く引用さ

れる言葉であるが、『罪刑法定主義原則に迫っている本来の危険は、類推によるものではなく、不確定的な刑法によるものである』と述べている。Naukeは、『刑法は、段々不明確になっている』と断言し、又、Schunemannは、『法律の確定性の要請にあつては、“nulla-poena-命題の最低”であると思われる』としている。

以前から、このような状態を取り除くことができるか、できるとしてその方法は如何にという問いが議論されてきた。争いのないのは、ある程度の不確定性は、立法者によつて使用される言葉のすべてが複数の解釈を許すものであるため、不可避であるという点である（既出のRn. 27参照）。特に、ウィーク・ポイントとなるのは、禁止された行為を記述せず、裁判官に価値判断を要求する『価値の充足を必要とする』概念である。この点については、たくさんの例がある。即ち、『ひどい治安妨害』（Rn. 66）、更に、又、『謀殺における“低劣な動機”』（§ 211）、被害者の同意のある傷害における『善良な風俗に対する』違反（§ 226 a）、強要の違法性にとつて必要な『非難性』（§ 240）等。一般には、立法者がそのような一般条項的価値概念を全面的に放棄することは、この概念こそが個別事例に対する適切な決定を可能にするのであるから、不可能である、とされている。もしも、法律に許されるのは価値から解き放たれた概念のみを内含することであるとすれば、それは際限なく長文にならないであらうし、その適用に際しては、融通のきかない条文が刑事政策的に、真に不幸な結果を招来してしまうことになるにちがいないと思われる。又、価値を尊重しないで公式化したのでは、全く記述することのできない、『侮辱』（§ 185）のような社会現象もある。他方、価値の補充を必要とする概念を随意に使つたのでは十分ではない場合もある。例えば、BGHが強要（§ 240 II）の非難性の判断について、簡単に、ここでは裁判官に『立法者に代つて直接的に価値判断することによつて、個々の事例において、…な強要が違法であるか否かについて決定する』（BGHSt 2, 196）任務が割り当てられている、と述べているが、このような立法の権限の移行は、明らかに法律上の確定性の要請に違反しており、従つて、許されないの

である。

それ故、不確定性が憲法違反となる限界が見出されなければならない。最近になって、はじめ、このような課題が真剣に取り組まれている。BverfG は、この課題を、まず、法律の確定性についての要請は科せられた刑罰の重さに比例し、次に、不確定的法律は判例による具体化によって憲法の命令を満たしていると仮定することで解決しようとしている。しかし、これは納得できない。というのも、罪刑法定主義は、すべての刑罰規定に等しく妥当し、軽い犯罪だからといって軽減が許されるものではないからである。必要とされる確定性の確立を裁判所に任せるとすると、Art. 103 II GG が保障しようとした権力分立が、それによって、正に放棄されることになる。

多数の著者は、立法者が「最大限の確定性」に努めなければならない、としている。従って、価値の補充を必要とする概念は、端的に禁止されているわけではないが、より確定的な法律の表現にすることが立法者の意のままになるような場合には、憲法違反となる。これは、注目すべき端緒ではある。しかし、それは、一面では、あまりうまくいかなかった法律の表現がすべての規定を一樣に憲法違反とするわけではないのであるから、包括的過ぎる。他面では、可罰性を限界まで拡大する手段になってしまう。というのは、この限界線が拡大されればされるだけ、当罰性のない事案を価値の補充を必要とする概念の助けを借りて、再び取り除くことが益々不可避となるからである。例えば、強要概念が、§ 240 I にあるように、広く表現されているような場合には、§ 240 II にあるような、制限的機能を果たす非難性条項なしには済ませられない。

最後に、第三の解決策は、衡量の観念に基礎をおくものである。価値の補充を必要とする概念は、適切な個別事例の決定の利益が Art. 103 II GG によって保護された法的安定性の利益に優越する場合に、許されるべきであるとする。これに対しては、そうすることで罪刑法定主義が不当に相対化されると反論しなければならない。正義と当罰性

の観点に対する考慮は、Art. 103 II GG によって引かれた限界の中で、払われなければならないのである。さもないければ、確定性の原則は裁判官の正義観に有利なように放棄されてしまうであろう。

価値の補充を必要とする概念 (§ 240 II の「非難に値する」、§ 226 a の「善良な風俗」、§ 211 の「低劣な動機」) は、頻繁に用いられている。これら概念の存在が肯定されるとすれば、それは、支持可能なすべての解釈がこれを認める場合である。このような考え方は有用であるが、絶対視されてはならない。というのは、一般に広まっている、道徳的見解も、個別事例にあつては、憲法上疑問の余地のある、それ故に当然判例によって採用されことのない偏見によって導かれていることもあるからである。他方、場合によっては、立法府の価値決定が、法律の文脈から明らかであるために、裁判官が、一般的な問題性を考慮せずに、それに拘束されることもある。

更に又、異なった提案をしているのは、Schunemann である。彼は、「確定性の概念を…、可罰的行為の限界を設定する上で、十分確定可能であるとされる構成要件要素の比率が、いづれにせよ、50%以上でなければならない」と定義しようとしている。この主張の背後には、確定性の「原則」といい得るためには、確定的場合が不確定的場合を陵駕していること、及び、例外が原則にならないことが必要であるとの考えがある。けれども、49%の不確定性は、特に、パーセントによる量的に見積もることが、およそ、確信を持って、十分可能といえないのであるから、基本法と調和するとはいい難いのである。

正しい解決策は、刑法における解釈の諸原則のところで (Rn. 26 ff.)、予め述べておいた方法によって追求されなければならないと思う。それによれば、刑罰規定は、そこから明確な立法者の保護目的を読み取ることができ、その文言が解釈の恣意的な拡大にとにかく限界を設定しているような場合に、又、その限りで、いまだ十分に確定的であるといえる。その時には、規則には解釈の余地があるが、それを具体化するための補充的解釈は、いまだ、確定的法律

の解釈といつてよからう。その場合には、一面的であるが故にのみ問題であった文献の限界づけの努力が、とりあえず、重要な拠り所を提供できる。

このように考えた場合に必要とされる確定性の条件は、例えば、「侮辱」 (§ 185) という構成要件にあつては、軽侮の表現がそのようなものとして理解された場合にのみ目的を達するのであるから、満たされているといえる。同様に、「その他低劣な動機」 (§ 211) という概念も、いまだ、憲法に合致しているといえる。というのは、加重処罰をする法律の目的が特に非難に値する故殺にあることは明らかであり、又、如何なる動機が「低劣」と見なされてよいかは、法律がこれを「謀殺の欲望」、「性的欲望の満足」及び「貪欲」と等置していることによつて、解釈によつて明らかにされ得るからである。これに対して、「ひどい治安妨害」 (§ 360 Nr. 11 a. F.) の処罰は、BVerfG の見解にもかかわらず、憲法違反であつた。ここでは、立法者がどのような保護目的を追求しようとしているのかが不明である。「治安妨害」の種類には大変多くのものがあり、各人各様の表象を持っているので (用語法が示しているように)、この概念の可能的「解釈」は無制限のものとなつてしまう。

他の場合には、規定の合憲法性は、非常に制限的な解釈を施した時にのみ肯定されよう。例えば、§ 226 a から、立法者が傷害を被害者の承諾のある場合にも、それが一般に承認された行為の規則に違反している場合には、処罰するつもりであることが窺われる。しかし、何時がそのような場合なのかは、「善良な風俗」という概念によつては、明確に示されてはおらず、純粹な文言によつて解釈の限界を示すことは全くできない。他方、二、三の場合には、立法者の否定的判断が他の規定から一義的に確定できることがある。例えば、兵役を免れるために、或は、廃疾年金をうまく手に入れるために、自らの身体を切断した者は、§ 109, 263 によつて処罰される。所謂犠牲者を可罰的であるとするることによつて、明確に、立法者がこのような傷害行為をはつきりと否認していることが窺われる。「善良な風俗」

という概念が他の規定によつて内容的に明確にされるような場合は、可罰性は制限的でない。自由意思による断種におけるように、明確な、法律の見解が欠けているところでは、倫理違反は否定され、それ故に、侵害の合法性が肯定されなければならない (§ 226 a について詳しくは、§ 13, Rn. 27, 36 ff.)。§ 240 II の「非難性」の概念についても、同様に取り扱われるのである。それ故、ある規定が、不確定的であるために、全く無効であると宣言されるのは、それを確定可能な核に還元できないような場合である。

以上述べたことから、確定性の原則は、多くの者によつていわれているように、無駄なものでは決していないことが判る。疑問の声があがっている個別構成要件はすべて、既に述べられたような観点に基づいて、検討されなければならない。その点について、ここでは、(例で説明した) 限りでの指針が与えられているに過ぎない。その詳細は、各則の問題である。しかし、総則には、当然必要とされる確定性が欠けている部分があるが、これは、立法者が意図的に規定しなかったか、判例及び学問の発展に委ねているかである (Rn. 46 ff.)。憲法の創始者(既にワイマール期でさえ)は、このことを、知っており変えようとは思っていなかった(その当時、総則は、ずっと断片的に法律に規定されていたに過ぎなかったにもかかわらず)のであるから、その限りで、罪刑法定主義の内在的な(或は事実)に根拠を持つ制限が肯定されなければならない。

2 犯罪に対する効果の領域における確定性の原則

Art. 103 II GG は、可罰性の条件についてだけではなく、刑罰及びその他の、犯罪に対する効果についても十分な確定性を要求しているのである。けれども、判例は、この点について、しばしば、憲法とまだ一致し得るのかとさえ思われるような、寛容な態度をとっている。例えば、BGHSt 13, 191 は、*「すべての許されている刑罰、但し死刑は除く」*

という処罰によって威嚇することは、いまだ、十分に確定的であると見なしている。これは、誤りである。というのは、最も軽い罰金刑から終身自由刑に至る刑罰の範囲は、市民に、場合によっては身に降懸かってくるかもしれない結果に対する判断を不可能にし、それ故に、罪刑法定主義の基本的要請に反することになるからである。かくして、正当にも、学説は、一般に、少なくとも刑罰の種類を特定することを要求している。

しかし、同一の刑種の範囲内であっても、上限・下限の定めのない刑罰の範囲は、憲法違反と判断されなければならない。BGHSt 3, 262 には反するが、それ故、金額の定められていない罰金の法定刑は、許されない。そのような制裁は、懲罰と経済的存在の否定の間にあって、不明確なものであるため、恣意に対する十分な保障にはならない。一九七五年から適用されている日数罰金制度 (§ 4, Rn. 37 f.) は、5—360 (§ 54 II 2 の場合には、720) の日数罰金の範囲によって限定しようとしている。その結果、価額は 10—3.600.000 (もしくは、7.200.000) DM になる。又、このような価額差も、上述の理由から、法治国家上支持できないのである。BVerfG は、本来は立法者によって予定されたものであったが、許される最高刑を現行の価額の十分の一に引き下げるべきであろう。又、自由刑にあって、憲法違反の限界線上にある処罰範囲がある。例えば、§§ 212, 213 は、故殺について、六月から終身までの自由刑を準備している。このようなことが Art. 103 II GG とまだ一致しうると見なされることがあるとすれば、それは、少なくとも法定の刑罰範囲 (5—15 年) が一目で判る程度の広がりとなっているからであろう。

総じて、法的効果の点については、責任主義 (§ 3 Rn. 46 ff.) 及び法典に規定された量刑原則 (§ 46) が犯罪者に一定程度の調整的保障を与えているのであるから、可罰条件におけるよりも、多少とも大きな不明確性を甘受することができるといえよう。とはいえ、このような原則によって判断された刑量は、計算しにくい面があるし、加えて、刑罰の範囲から独立しているわけでもないのである。それ故に、このような領域における問題性を意識していない立法

者も、一般的に、明確な刑罰の広がり特定する決心をすることによって、憲法により良く適合することになるのではなからうか。

第六節 行為刑法と行為者刑法

I 概念の解明、現行法の支配的傾向としての行為刑法

行為刑法という概念の下で理解されている法律規定は、可罰性を構成要件に明確に規定された個々の行為（或は、必要があれば、その複数の行為）に結び付け、制裁を個別行為に対する解答であつて、行為者の全生活態度、或は、行為者について将来予想される危険に対する解答ではないと明示している。これに対して、行為者刑法では、刑罰を行為者の人格に結び付け、その反社会性とその程度が制裁を決定するのである。行為者が行為を行ったからといって、それで彼が有責となるのではなく、彼が、そのような者であつたことによって、初めて、法的非難の対象となるのである。刑罰威嚇の条件に、個々の行為の態様及び性質以外のもの或はそれ以上のものが必要とされている場合には、しかも、これらの条件が行為者の人間的特徴に求められなければならないような場合には、刑罰は行為者自身に向けられている。

法律なければ、犯罪も刑罰もない、という憲法原則が行為者刑法の発展よりも行為刑法のそれを祝福するものであることは、明白である。というのも、行為の記述と行為刑の方が、行為者人格にある「継続的な、犯罪学的特徴」、或は、「可罰的人格の人間の実存」を目指し、制裁の種類と程度をそれによって定めるような刑罰規定よりも、確定性の

原則により適合するであろう。それ故、自由主義的法治国家原則に基礎を置く法治国家は、常に、行為刑法に赴く傾向にある。他方、Liszt の時代以来ドイツ刑法に強い力を持つ特別予防の潮流は、行為者刑法へ向かって勢いよく流れている。将来の犯罪の防止のために、犯罪者に対してどのような作用を営むことが必要であるかは、具体的な個別行為よりは、むしろ、かれの人格次第である。従って、行為刑法は、SGB が適用されて以来、根本的に変えられることはなかったものの、(時の経過と共に、その現れ方と程度は異なるけれども)、常に、行為者刑法の影響と戦い、それとの妥協を強いられることになったのである。

Zimmerl は、『刑法体系の構造』という本の中で、刑法体系は、行為刑法を基礎に置くか、行為者刑法を基礎に置くかによって、全く異なった構造になる、と述べている。そこで、彼は、すべての体系構想の出発点にあつて、中心的転輸作用を営むのがこの決断である、としている。即ち、『個別行為か人格かの問いが、すべての体系の主要な基礎である。』

II Franz v. Liszt とその後継者における行為刑法と行為者刑法

Franz v. Liszt は、決して、可罰性にとつては、行為の代わりに(現実の或は、又、単に潜在的にしか過ぎない)行為者の実存形式、或は、内心の考え方に触れることのほうが望ましいなどと結論づけているわけではない。むしろ、彼にとつて望ましいのは、『行為者をその行われた行為を理由に処罰すること』：私は、我々の感覚からの結論によると、むしろ、心情に考慮を払うべきで、まずは、行為になるまで待たなければならぬわけではないといえよう。かかりつけの医者が、病気になるまで待たないで、それを予防しようとするのと丁度同じであると認めなければならぬ

い。”と考えていたのである。しかしながら、彼は、来るべき構成要件には“行為者人格による可能な限りの細分化、詳述すれば、犯罪者の心情の激しさの程度による細分化”を要求しているのである。しかし、これによって個別行為の維持が疑問視されたのではなく、単に構成要件の記述の比重が、後の、*List*によって要求された緊急窃盗の免除（§ 248 a a. F.）の導入、或は、謀殺構成要件の新規定（§ 4, Rn. 13 参照）におけるように、今まで以上に動機に移されたに過ぎないというべきであろう。とにかく、このように主観的に細分化することによって量刑に際して行為者人格を考慮する可能性が大幅に与えられる。この点にも、*List*の、およそ一般的な行為者刑法的性格が鮮明に現れている。彼は、（少なくとも原則的に）執行期間を刑罰目的の達成に係らせるとした“不確定的刑罰判決”の導入を要求していた。そこでは、行為者人格が規定についてのみならず、刑罰の目的を達成したか否かの判断について、重要な意味を持たなければならなかったのである。その後になって、不確定的刑罰判決ではなく、改善処分が導入された（§ 4, Rn. II 参照）。その中には、保安監置（現行の§ 66）という、期間が不確定で、行為者に原因の求められる自由の剝奪処分が予定されていたのであった。そもそも、改善処分は、今日迄、我々の刑法の制裁の中で、最も重い、行為者関係的なものであるが。

*List*の後継者達は、彼によって指示された、可罰性の条件は行為刑法的に決定されるべきであるが、法的效果はもっと行為者刑法的に決定されるべきとの二元論を本質的に越えることはできなかった。それ故に、二、三の指示をしておけば十分である。所謂懲表説の創始者として、Tesar と Kollmann が登場した。両者は、（個別的には方法論的に大きく異なった端緒によりながらも）、行為は外界における作用として判断されてはならないのであって、むしろ、行為が我々に行為者の内面について表わしたものによって判断されなければならない、とのテーゼを主張し、戦ったのである。それ故に、行為は行為者人格についての“徴表”にすぎないのである。しかし、二人は、制裁の条件とし

て個別行為をあくまでも維持し、彼等の徴表的犯罪論からは、単に制裁の種類と形態についてのみ、一定の帰結を導いているに過ぎないのであるから、彼等は、Liszt によって事前に定められた範疇の中に留まっているのである。同様のことは、Liszt の多くの門下生 (Radbruch, Eb. Schmidt, Kohrausch, Grünhut) に見られる、所謂性格学的責任論についてもいえる。行為は、性格の明確な表出、行為者人格の表現と理解される。従って、行為者の責任は、(決定論的立場から) 人のその性格に対する答責性にある。そのために、犯罪者の人格によって条件づけられた危険性が、直接的に、責任の要素と見なされる。しかし、性格学者も、法治国家的理由から、刑法的制裁の条件として個別行為に固執するのであり、それ故に、徹底的な行為者刑法の道を歩んでいるのではなく、むしろ、犯罪の法的効果にその影響を限定しようとしているのである。

III 三十年代の行為者刑法的傾向、行状責任、犯罪学的及び規範的行為者類型

三十年代では、Liszt の後を継いで予防的行為者刑法を発展させようとの努力は、自由主義的かつ特別予防的思考の信用失墜によって、衰微していった。それに代って、行為者刑法という名の下に、異なった端緒が発展してきた。それ等の内の、最も有名な三名のものを、ここに、選びだす。

1 Erik Wolf

Erik Wolf は、その多くの著作の中で、当時の現象学から部分的には離れたつも、部分的にはそれに依りつつ、『行為者』を『頽廢的法的心情を持った法共同体の人格的構成要素』と性格づけ、この心情の頽廢を公共に対する危険性

（性犯罪者における）、反公共性（例えば、詐欺罪及び背任罪における）、公共敵対性（例えば、確信犯における）、公共に対する怠慢（行政犯における）、及び、公共に対する有害性（例えば、過失犯における）という“行為者類型”に分けて、記述している。このような（多少不明確な）行為者類型学は、これ以後、発展されることは、全く、なかった。しかし、心情の頹廃という概念は、行為者刑法的思考と予防の必要性とはなく、倫理学及び責任と結びつくことによって、それ以後の発展に影響を及ぼした。

2 一九九三年の常習犯罪者法

更に重要な刺激をもたらしたのは、一九九三年一月二四日の常習犯罪者法 (§4, Rn. 11) であった。これは、それによって導入された処分によつてのみならず、若干の点で刑罰によつても、又、行為者刑法的影響を顕著なものにするのに役立った。旧規定 §20a は、三度目の有罪判決の際には、“行為の全体的評価”によつて、行為者が“危険な常習犯である”ことが明らかになった場合に、懲役刑を命じていた。それ故、ここでは、もはや行為自体ではなく、常習犯という刑事学上の行為者類型に属することが、刑罰を決定していたのである。同様に、新たに規定されることとなった旧規定の §20 II は、限定責任能力の場合に必要な刑の減輕ではなく、任意的刑の減輕を予定しているに過ぎないが、これも行為者刑法的意義を示していた。このような観点のもとに、法律の、更に旧い規定も脚光を浴びることになった。即ち、売春周旋人（旧規定 §112a）、並びに、浮浪者、乞食、酒飲み、及び、怠け者（旧規定 §361 Nr. 3—5）の処罰は、結局、個別行為にではなく、実存の形態に制裁を加えているものであることが、それ故、行為者刑法的性格を持っていることが認識されていた。又、累犯における刑の加重、及び、職業性と常習性についての規定のような他の規定も、種々に、行為者刑法的であると解釈されていた。

このような「刑事学的行為者類型論」が戦わなければならない主要問題は、刑罰を一定の行為者類型に帰属することに依存させることが、通常は刑法の基礎となつてゐる責任刑の理念と一致し得るか、との問いにあつた。最も影響力のあつた説明を、Mezger は、彼の「行状責任」説によつてなした。それによれば、この責任は、挙示された規定の法的効果を刑罰と、即ち、責任に対する返答と説明する場合にのみ立ち現れるものであるから、大部分の犯罪にとつて基準となる個別行為責任に並ぶべきものであるという。即ち、「行為者の刑法的責任は個別—行為責任のみならず、変わり種である」としてしまつた全行状責任でもある。「このような行状責任は、行為者の全人格、誤つた行状によつてそのようなものとなつてしまつた存在 (So-Geworden-Sein) を把握し、その限りで、行為者刑法的構想のものである。この説の問題点は、人間の発展において、責任と（無責な）運命とを区別することが、およそできない点にある。Bockelmann は、後に、Mezger の考えを、突然の、又、同様に、遅鈍な心情の墮落、誤つた生活の獲得又は生まれながらの反社会的傾向性の克服の欠如を有責であると把握し得るために、「生活決定責任」と作り替えた。即ち、誤つた行状ではなく、むしろ、誤つた生活の決定にこそ、行為者責任の本質がある。「これに対して、Engisch は、犯罪者の人格の発展について「宿命性」が優越していることに固執してはいるが、(Schopenhauer と Simmel を引き合いに出して) 個人の答責任性を非難可能な本質的特徴ではないと強調している。即ち、「人間は、ある種の行為によつて、或は、一定の態度によつてたちの悪い、無軌道な、或は、だらしない性格を示すとするならば、彼はこのような自分の性格の保証と償いをしなければならないが、その際、彼がおよそ、人（それ故、精神病或は発達不十分ではなく）でありさえすれば、そして、人として活動している（意識障害等の状態ではなく）場合には、どのようにしてそのような性格になつたのかの点を考慮する必要はない。」このようにして、刑事学的行為者類型の理論は、再び、Liszt の後継者にあつても、既に、現れてゐたことではあつたが、性格責任の思想と結び付いたのである (Rn. 5)。今日、こ

のような、個別行為責任を越える理論のすべては法治国家的理由により、およそ拒否されている。

3 戦時立法と規範的行為者類型

行為者類型論を、更に、全く性質の異なるものに作り上げるのに、強い影響を及ぼしたのは、立法者の措置、つまり、NSU体制の戦時刑法規定である。例えば、一九三九年九月五日の民族に害をなす者に対する命令、及び、一九三九年一二月五日の暴力犯に対する命令の中には、「民族に害をなす者」や「常習犯」というおよそ理解不能な人格類型が含まれていた。学問の努力は、そのような漠然とした、非常に厳しい法定刑を持った法律を、この規定の文言に包摂し得ると思われる行為のすべてを必ずしも非難の対象としないことで、制限しようとする方向に向けられた。というよりも、むしろ、これらの規定は、行為者が彼の行為によって「本質的に」典型的な「民族に害をなす者」或は「暴力犯」であることが明らかに限って、適用可能であるとすることを求めた。このような傾向の代弁者は、Dahnで、行為者類型の思想を伝統的な刑法の全領域に適用した。従って、例えば、彼は、医者が「母親の生命を救うために、その同意が欠けているにもかかわらず、それを無視して侵襲を行った場合には、§218によって処罰される必要はないとし、その理由を、「民族意識に根ざした、墮胎者という觀念は、このような事案には当たらないからであるとしている。同様に、例えば、行儀の悪い（他人の）子供を懲らしめることは、身体傷害者の類型（§223）には当たらないし、家族間で名誉毀損の表現を内々でしたからといって、それが§185に予定されている「中傷者」の類型にも、更には、婚約者との性交渉を親が許すことも淫行勧誘者の觀念に当たるはずが無いのであって、このようにして、これら及びその他多くの非類型的行為態様が当該構成要件から除去され、無罪とされることになった。Dahnは、特に、彼の行為者類型論が刑罰を制限する作用を営む点を（とりわけ不作為犯においても）強調したが、当時類推禁

止 (§4, Rn. 14 参照) が緩和されていたことから、場合によっては、可罰性が「行為者類型との関係で」拡張されることもあり得ると考えていた。

人はこれを「規範的行為者類型論」と呼んでいる。「規範的」とは、評価の基準を設定するということである。それ故、具体的行為を類型的行為者の観念を基準に評価するのである。それが基準に一致する場合に、構成要件に包摂されるのである。この規範的行為者類型論は、その本質において、これまで説明されてきた犯罪学的行為者類型とは異なるものを示している。というのは、犯罪学的行為者類型にとつては、行為者の、全く個人的な人格が常習犯、売春周旋人等々としての犯罪学的特徴に一致する（経験的に確定されている）ことが重要であるのに対して、この類型の場合には、個々の行為が解釈者に類型的行為者の行為態様と思われる（価値判断を前提にしている）表象に適合するかどうかだけが問われているからである。それ故に、結局のところ、規範的行為者類型論は、行為者の人格に係るのではなく、彼の個別行為を構成要件の類型的行為者に期待される行為という観念的な行為形象と比較するのであるから、行為者刑法との関係はそれ程密ではないのである。それ故、この理論は、本来、行為刑法の範囲内で構成要件を解釈するための特殊な方法論なのである。むしろ、この理論は、当時、立法者に影響を与えたのである (§§ 211, 212 において一九四一年以来適用されている文言にある「謀殺者」、「故殺者として」という言い回しを参照)。

今日、規範的行為者類型論は、一般に、構成要件の厳密性を弛緩させるものとして、拒否されている。このような疑念は、この類型論が文言を越えて可罰性を拡大する限りで、全く正当である。この類型論は、憲法上の明確性の要請に基づけば、考察の対象にはなり得ない。これに対して、この類型論も可罰性を制限する領域にあつては、依然として、全く時代遅れのものであるというわけではない。確かに、Dahn は、可罰性の制限が、すべて、法律の目的に一致していなければならないこと、及び、この目的が「民族の生活直感」を援用した場合であっても、効果を失うも

のであつてはならないことに注意を払わな過ぎた。たとえば、彼が、母親の意思に反する救命的堕胎を§218によつて、又、行儀の悪い他人の子供の懲戒を§223によつて処罰しようとしなかつた場合には、母親の同意という正当化条件及び懲戒権の限界を立法者の意思に反して不当に無視して解釈していることになる。しかし、法律の目的という枠組みの中にあつても、そのような類型的な思考は、縮小解釈の正当な手段であり得る。Schmidhäuserの、個々の刑罰法規は、行為の記述自体以外であれば、如何なる制限も必要ない¹との見解は、一般性の点で、適當ではない。例えば、判例及び支配的見解は、背任 (§266) の構成要件を、現在でもまだ、行為者類型を考慮して限定している。このような考え方は、同様に、不作為犯の場合にあつても、§13 I の「対応一条項」の解釈にとつて価値のあるものである。又、現在、社会的相当性という思想の助けを借りて構成要件から排除しようとしている（この点について、詳しくは§10, Rn. 33 ff.）、多くの事案を、既に、Dahn は、規範的行為者類型論を用いることで、同様に解決していた。それ故、このような考えは、解釈の便法としては、まだまだ（限定的ではあつても）有用なものであるが、行為者刑法という観点にとつては、非本来的關係にあるものに過ぎないのであるから、以下で言及されることはない。

IV 現行法における行為刑法と行為者刑法

現行法が、主として、行為刑法であることについて争いはない（前出 Rn. 1 ff. 参照）。それに加えて、又、今日においても、まだ行為者刑法的影響が効力を發揮しているか否か、いとすれば何処でか、という問題を検討する際には、行為者刑法的作用が、刑を加重する場合と軽減する場合とに区別されなければならないであろう。

1 行為者刑法の加重的影響

この種の影響は、各則の構成要件、総則の解釈規定、及び、量刑について主張されている。けれども、これら三領域の何処にもそのような影響は認められない。

(a) 各則における行為者刑法的構成要件

各則の構成要件の解釈にとつて、今日では、行為者刑法的考慮に立ち返る必要は、全くない。

旧 § 361 Nr. 3-5 の違警罪の構成要件 (浮浪、物乞い、飲酒、無為) は、刑法改正によつて (一九七五年一月一日から) 廃止された。売春周旋罪の構成要件 (§ 181 a) は、様々な削除提案にもかかわらず、維持されているが、売春周旋者の反社会的・寄生的生活様式が処罰されるのではなく、売春婦の人格的及び経済的独立を保護するものであるとされることによつて、その限りで行為刑法的意味のものに作り変えられている。それ故、個別事案を越える、行為者と犠牲者の関係の必要性は、売春婦の側の独立性の危殆化としてのみ特徴づけられるべきである。しかしながら、§ 181 a II (一項とは異なつて) は、この点をはつきりとは認めていないので、この規定は、危険犯の構成要件におけるように、制限的に解釈される必要がある。同様の方法で、§ 180 a I-III にある刑罰創設的職業性 (売春援助) は、行為者刑法的ではなく、援助の職業性によつて初めて、この規定が防止しようとしている売春婦の自由に対する危険が生ずると解釈できるのである。

又、Jeschke が、「真正の行為者処罰」の例として挙げている職業的及び常習的犯行 (§§ 260, 292 III, 302 a II 2 Nr. 2) に対する身分による刑の加重といえども、行為刑法の基盤を放棄してはいない。というのは、ここでは贓物收受者、密猟者或は高利貸しという刑事学的類型がではなく、これらの犯罪の職業的或は常習的犯行が、行為者の人格とは独立に、脈絡のない偶発的行為よりも非常に社会的に有害で、それ故に、さらに重い刑罰を必要とするものであること

が問題になっているのである。それ故、準職業的犯行の刑の加重は、いまだ、行為者刑法を基礎づけるものではない。むしろ、ここには欠けているのであるが、特別の人格的特性との合致が追加されなければならないといえようか。

今日、更に、行為者の一定の動機或は心情との合致を必要とする構成要件も行為者刑法的ではなく、行為刑法的に解釈されるべきである、という点については一致している。従って、例えば、他人の「残酷な」殺害は、謀殺として処罰されている (§211)。その場合、判例によれば、残酷に行為している者とは、「犠牲者に強い、肉体的或は精神的苦痛を非情かつ無慈悲な心情から加えた者」である。このような心情の確定にとつて重要なのは、行為者自身が残酷な人間であることではない。とするならば、これを、行為者刑法的観点といえるのであろうか。むしろ、BGHは、明示的に、「残酷な行為の概念に属するような心情は、行為者の本質に根ざしている必要はないのであって、それが彼の行為に、全体として、常に影響を与えていれればよい」と述べている。彼が具体的な個別行為の際に非情な心情を示し、犠牲者に格別の苦しみを加えれば、十分なのである。そのような殺害（例えば、嫉妬による行為）は、たとえその行為が、おそらくそれ以外では平和的で、心優しい人であることを現している行為者の人格形象と一致しないような場合であっても、「残酷な」のであって、謀殺として処罰し得るのである。又、「強欲」、「奸計」のような他の謀殺の要素も、行為者が強欲或はする賢い人間であることを前提にしているのではなく、彼が具体的な個別行為の際にこのような特徴を晒しさえすればよいのである。同様のことは、「粗野な」 (§223 b)、「無分別な」 (§315 c I Nr. 2) 等のような要素の解釈にもいえる。

(b) 総則における行為者刑法的影響？

ここで、まず、考察の対象となるのは、行為者刑法的動機が刑の範囲の選択に影響を与える場合である。「危険な常

「習犯罪者」に特に加重された刑の範囲を予定し、行為者人格の「全体的評価」を前提にしていた旧 § 20 a (R.n. 8) が、そうであった。しかし、この規定は、刑法改正によって、正に、行為責任の原則と一致しないという理由の故に廃止されたのである。同じことは、§ 48 の旧規定の累犯加重についてもいえる。この規定は、反対の立場からの様々な基礎づけの試みにもかかわらず、行状責任を仮定した場合にのみ説明可能なものであり、行為責任の原則と一致し得ないものであった。この規定は、批判の圧力に屈して、一九八六年四月一三日の第二三次刑法修正法によって、廃止された。このような立法者の判断から、行為者刑法的解釈が重い刑罰を基礎づけることになるような場合には、いつでも、行為者刑法的説明がたとえ可能であっても、行為刑法的解釈が、通常、優先されなければならない、との意思を汲むことができる。

刑の範囲に限った問題として、現行法上では、著しく減退した責任能力の問題が挙げられるに過ぎない。なお、そのような事情が存在する場合、§ 21 によって刑の減軽が「できる」が、され「なければならぬ」わけではない。ここでは、行為者刑法的説明が当然頭に浮んで来るが、それは、又、§ 21 の前身である、一九三三年一月二四日の常習犯入法によって導入された、かつての § 51 II の力によるものでもある（詳しくは、§ 20, R.n. 37）。というのは、個別行為という観点によれば、著しく減退した責任は、必然的に、より軽い刑罰にならなければならない、ということが出来るからである。それにもかかわらず、刑の減軽が任意的に規定されているに過ぎないというのは、立法者が、個別行為責任は減少していても行為者の人格が、事情によっては、刑の減軽を不適當であると思わせることもあり得る、との考えから出発しているにちがいない。しかし、任意的減軽を行為刑法の原則と一致させる、それとは異なった解釈が優先させられるべきである。とするならば、限定責任能力の場合、通常、刑罰は減軽されるべきであるが、個々の事案によっては、限定責任能力が個別行為の責任加重事情によって相殺されて（この点についての、論拠を示

した詳細は § 20, Rn. 36 ff.)、刑が減輕されてはならないこともある、との解決が導かれる。この種の古典的事例は、行為者が自制心を欠いて、酒を楽しんだために、軽率にも酩酊してしまい、その状態のまま犯罪を犯したというものである。犯行の際の限定責任能力は、その場合、自主的—酩酊の点にある責任によって相殺される。

行為者の先行責任に遡る解釈論上の規則も、行為者刑法的なものと、説明される。このことは、まず、行為者が具体的状況の下において、しばしば、結果を回避することがおよそできなかったが、過去において、危険の存在に対して対処し得ると思われる認識と能力を習得するのを怠っていた過失についていえる。しかし、過失について、具体的に把握することのできない行状責任を追求するのは、不必要である。（行為—責任は、むしろ、彼が、落度なく遂行すれば生ずることはないということを確認し得たはずであるにもかかわらず、結果を惹起する行為を断念しなかったことによって基礎づけられる (§ 24, Rn. III 参照)。禁止の錯誤の回避可能性 (§ 17) も、およそ、法的に考える人間に育たなかったことに責任を求める行状責任によって基礎づけるべきではない。というよりは、むしろ、禁止の錯誤は、行為者が具体的な行為に関連して、彼の行為の合法性を確認する契機をまだ持っていた場合にのみ（例えば、一定の仕事を引き受けた場合）、回避可能であるとみなされるのである（詳細は § 21, Rn. 45 ff.）。又、自己に責任のある興奮によって起こる重度の意識障害も、行状責任の助けを借りることなく、純粹な行為刑法を基礎にして、適切に取り扱われることになる。

(c) 量刑における行為者刑法的影響？

§ 46c、裁判官に量刑の際には、とりわけ、“行為者の前歴、彼の個人的及び経済的關係”、しかも、“犯行後の行為”

をも考慮するよう命じている (Abs. 2)。又、この規定は、支配的見解がこの量刑の観点を「行為によって表現された、犯罪性の強さと傾向の程度についての懲表」に過ぎないと主張しようとしているのに対して、行為者刑法的要素の影響があると説明されることが希ではない。これは、行状責任が、いずれにしろ、量刑の際、行為責任を越えて用いられることがあつてはならないという限りでは、正当である。それ故、些細な行為で重く処罰されることは、彼の行状が間違つていて、再発の恐れがあるという理由があつても許されない。「行状責任」は、しばしば、「危険性についての迎合的な表現にすぎない」のであるから、さもなければ、特別予防の必要性が刑の上限を決定することになるであろうし、特別予防の必要性に対して刑罰を限定するという責任主義的作用 (§ 3, Rn. 46) が無効となつてしまうことになろう。

2 行為者刑法の減輕的影響

責任に基づいているのではなく、純粹に特別予防的な行為者刑法の強い影響は、責任の程度の後に残された制裁の決定の際に、見られる。その限りで、責任の踰越禁止に対立することにはならないので、特別予防的、行為者刑法的思想は、ここでは、妨げられることなく展開されている。最適の例は、保護観察のための刑の停止 (§§ 56-58) である。これが認められるのは、かなり、将来の行為者の行為の予測によるのであるが、そこでは、法律の文言によれば、特に、有罪者の人格、前歴及び生活状況も考慮される (§ 56-参照)。同様のことが、刑の留保付きの警告 (§ 59) と、——さほどではないが——刑の免除 (§ 60) についてもいえる。ここで支持されているように (§ 3, Rn. 48 参照)、§ 46 による量刑の際には、責任に対応する刑罰が著しい非社会化的作用を営むに違いないと思われるような場合、§ 46 I 2 を根拠に責任の程度を下回ることも許されるところならば、そこでも、行為者人格の評価が決定的役割を果たす必要はな

いといえよう。全く、一般的に、特別予防的行為者刑法という理念は、責任を下回る量刑と制裁の決定という（限られた）領域で、大きな将来性を、まだ持っているといえようか。というのは、この分野では、この理念が現代の再社会化刑法のすべての傾向に一致するものであるし、同時に、法治国家的にも全く問題がないからである。

3 行為者刑法的思想の表現としての処分

改善・保安処分が、刑罰とは対象的に、行為者刑法的思想の産物であることに、長い説明はいらない。この処分は、*Insert*の特別予防論 (§ 3, Rn. 12) から育ったもので、原理的に、全面的に行行為者人格に基づくものであった。責任を前提条件にしないために、個別行為は、答責性の基礎としては、かなり後退している。確かに、処分体系にも法治国家的保障が据え付けられており、その限りで、ここでも又、行為とその重要性は、全く取るに足らないものであるわけではない。しかし、刑罰との関係で、ここでは、符合が逆転しているのである。行為者人格が前面にでており、行為は、制裁の発動、及び、その適用が極端に過剰になるのを防ぐために用いられるのである (§ 62 参照)。

〈第三回了〉

（よしだ のぶゆき・本学法学部教授）