

資料

ヴォルフガング・ナウケ

一九三三年から一九四五年までの刑法の遡及禁止原則の無視

—— 刑法の展開を「維持不可能」と評価する問題について ——

本田 稔

Wolfgang Naucke, Die Mißachtung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbois 1933-1945 - Zum Problem der Bewertung strafrechtlicher Entwicklungen als "unhaltbar", in: Norbert Horn u.a. (Hrsg.), Europäische Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmuth Coing zum 70. Geburtstag, Bd.I, 1982, S.225ff.

一 問題の所在

一九三三年から一九四五年までの刑法の展開に関する現

在の文献は、その時代が刑法の遡及禁止原則を堅持しなかつたことを必ず指摘する。その叙述の基本路線は、エーベルハルト・シュミットの著書『ドイツ刑事司法史入門』の「遡及禁止原則の破壊」というテーマに関する覚書にまで遡る。エーベルハルト・シュミットは、彼の著書の一九四六年の第一版において、国家社会主義の立法者が「二連の事件」において刑罰法規を遡及させたことを一般的に叙述し、一九六五年の第三版でそれに解説を加えた。その「事例」として挙げられたのは、一九三三年から一九三九年までの四つの法律ないし命令である。その事例は全て重大な犯罪行

為と峻厳な刑罰に係係している。⁽¹⁾この路線の後に続くのが、ハフト、イエシエック、ヘルムート・マイアー、リュューピング、シュミットホイザー、シヨルンとツイプフによる包括的な叙述である。⁽²⁾この路線の不備が言及されることは余りない。⁽³⁾

以下の資料収集は、その不備の程度をより厳密に指摘することを目的とする。それによって、刑法の遡及禁止原則が、重大な犯罪行為と峻厳な刑罰威嚇の領域の個別的な事例において無視されただけでなく、一九三三年から一九四五年にかけて絶え間なく、そして全ての刑法領域において黙殺されたことが理解されようである。⁽⁴⁾この資料収集は、一般に普及されている叙述よりも少し多くポストを提供できるといふ名譽欲から惹き起こされたのではなく、第三帝国における遡及禁止原則の無視がいかなる範囲において検討されるべきかという問題によって惹き起こされた。一九三三年から一九四五年までの法治国家原理の支持できない破壊」という一般に用いられている図式では、これを検討するには不十分であるという推定によって惹き起こされたのである。その動機からは、少なくとも帝国官報と容易に入手できる文献のなかに見つけ出せる資料を概観することを求められる。

(1) Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 1. Aufl., 1946, S. 402f.; 3. Aufl., 1965, S. 435/436. 同様のことに Maurach, Grundriß des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1948, S. 37; v. Weber, Grundriß des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1948, S. 35, 36, 37.

(2) Hart, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1980, S. 39; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1978, S. 104, Anm. 14; Hellmuth Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, S. 96; Rüping, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 1981, S. 97; Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1975, S. 77; Schön, Die Gesetzgebung des Nationalsozialismus als Mittel der Machtpolitik, 1963, S. 21, 73; Maurach-Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 5. Aufl., 1977, S. 163. Vgl. auch Grünwald, ZStW 76(1964), S. 17, und K. Peters, in: A. Flitner(Hrsg.), Deutsches Geistesleben und Nationalsozialismus, 1965, S. 169.

(3) Jescheck, aaO.(Anm. 2) は「プフントナー＝ノイムルトの『第三帝国の遡及的刑罰法規のまとめ』」に言及している(しかし、それはまだまだ不十分である)。Schön, aaO.(Anm. 2) は「v. Weizel, Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, 2. Aufl., 1949, S. 17」を挙げられてゐる事例は、平凡な事例の収集では十分な詳しさは得ら

れないと注意を喚起する。

一 刑罰法規の遡及の始まり

遡及禁止原則そのものに関する一九三三年から一九四五年までの法律状態は、一目瞭然である。ワイマル帝国憲法(WRV)一一六条は、刑罰法規の遡及を禁止している。この規定は削除されていない。刑法二条一項の遡及禁止原則(一九三五年以降は二a条一項)もまた依然として存在している(類推禁止原則は別である。それは一九三五年に刑法の条文から削除された)。

しかし、刑法の遡及禁止原則の条文の著しい部分的変更が一九三三年以降に行われる。長いあいだ準備されてきた保安および矯正の刑事処分の遡及が、一九三三年にこの処分そのものと一緒に導入される(刑法二a条四項)。刑法の遡及禁止原則は、一九三五年以降はもはや行為時の「法律」ではなく、行為時の「法」に従う。伝統的に行われてきた軽い刑罰法規の遡及は、(一九三五年に)徹底的に変更される。つまり、強行的に規定された軽い刑罰法規の遡及から裁量に基づく遡及にされている。それどころか、行為後に新法によって不処罰が定められても、処罰は依然として可能である(刑法二a条二項)。

二 遡及刑罰法規の具体例

以下の条文は、個々の規定による遡及禁止原則の侵犯を時系列でリストアップしたものである。その概観では、遡及禁止原則の侵犯を内容とする刑法の条文(法律、命令など)が挙げられるが、その際に次の点が留意される。何が遡及されるのか(新しい犯罪構成要件、新しい刑罰の種類、新しい刑罰の枠が遡及されるのか)。遡及はどのくらい時間的に拡張するのか。どのようにして遡及は個別的に組み立てられるのか。

一九三三年

一九三三年三月二九日の絞首刑および死刑の執行に関する法律、ヴァン・デル・ルツベ法(RGBI.151)。この法律の第一条は、刑罰の種類を遡及的に峻厳なものにし(懲役刑の代わりに死刑)、懲役刑の場合の刑罰枠を拡大している。これに該当するのは、人、つまり生命、身体、自由に対する犯罪の領域、公共危険犯の領域の故意行為である。その規定は、およそ二ヵ月遡及する。一九三三年三月二九日の法律第一条が遡及を不明瞭にしか認識させないことが目立つ。遡及は、不明確な参照技術に含まれている。この法律技術は、遡及の実際上の範囲をもまた明確に認識させな

い。注目すべき遡及事項は、一九三三年三月二九日の法律の第二条にも含まれている。その規定は、斬首（刑法旧一三条）ではなく絞首による死刑の執行を可能にする。この執行の峻厳化の遡及は明瞭に述べられているが、その定式は不明瞭である。その規定の条文は、遡及に歯止めを付けていない。この規定は、事後に修復されたモデルを内容としている。遡及は（それから将来における効果もまた）当局の判断に依存しているのである（自由選択的遡及モデル）。

一九三三年一月二四日の危険な慣習犯罪人に対する法律(RGBLI S.995)。この法律（五条二項および三項）は、保安監置および去勢の処分を遡及させる。それは、新規に導入された刑法旧二a条（裁判時の法律に基づく処分の適用）の結果であると理解することができる。狭義の刑法の遡及を定めているのは五条一項である。危険な慣習犯罪人に対する刑罰の強化は、時間的な歯止めなしに適用される。

一九三六年

一九三六年六月二二日の恐喝的な少年誘拐に対する法律(RGBLI S.493)。この法律は、恐喝的な少年誘拐という新し

い犯罪構成要件を定式化している。それは、特定の被害者の状況を考慮に入れながら、自由剥奪、強要と恐喝から成り立っている。その行為は、死刑によつて威嚇される。遡及期間は、合計で三週間である。遡及は明確に確立している。その法律は一九三六年六月二二日に公布されているが、第二条には「この法律は一九三六年六月一日からその効力を発する」という法文が含まれている。

一九三六年七月一日の外国映画の上映に関する法律(RGBLI S.511)。この法律の第三条は、外国映画の上映の許可に関する決定、命令および（または）公布に対する故意または過失の違反行為を理由に自由刑と罰金刑を科す。遡及の動機は、明らかに時間的な処罰の間隙を埋めるという目的にある。一九三六年七月一日の法律の前身である一九三三年六月二三日の外国映画の上映に関する法律(RGBLI S.323)は（さらに別の前身から継承された）同様の規定を内容としており、一九三六年六月三〇日に無効にされた。しかし遡及のこの形態は、おそらく処罰規定の間隙のない継続的妥当を確実にするだけでなく、それと同時に「溢れ出る」処罰の可能性を遡及的に拡張するであろう。そのことは、一九三六年七月一日の法律の第三条が（この規定の前身と同様に）この法律以外のものが規定する余りにも多

くの規制権限に係属しているために、もはや厳密に確認することはできない。

一九三七年

一九三七年一〇月六日の捕鯨の規制に関する法律(RGBLI S.1097)。この法律の第二条以下は、一定の捕鯨規定に対する故意または過失の違反行為に罰金刑(罰金刑、拘留刑、懲役刑)を科す。同法は、(一九三七年一〇月六日から九月二〇日まで) ゆうに二週間は遡及する。

一九三八年

一九三八年六月二二日のねずみ捕りを用いた辻強盗に対する法律、いわゆるゲッツェ法(RGBLI S.651)。同法は、「強盗を行う目的でねずみ捕りを設置……した者は」という財産罪、傷害罪、故殺罪と強要罪からなる新しい犯罪構成要件を定式化している。それには死刑が科される。同法はおよそ二年半遡及する。当時のいわゆるズデーテン地方に対してこの法律が遡及されることが、その制定の時点で確認されている(RGBLI S.1929)。刑法(三三九 a 条(恐喝的な少年誘拐))の制定の時点で、「ねずみ捕りを用いた辻強盗」に対する遡及規定がその制定に含まれている。

一九三八年七月一二日の国防遂行法(RGBLI S.887)。同法は、国防遂行規定に新規導入された違反行為に罰金刑、拘留刑と懲役刑を科す。同法は約四カ月遡及する。⁽⁵⁾

一九三八年七月六日の漁業捕獲物の統計に関する法律(RGBLI S.798)。一定の漁業捕獲物を申告する新設の義務に対する故意の違反行為に罰金(罰金刑と懲役刑)が科される。同法は六カ月と一週間遡及する。

一九三八年一二月一六日のズデーテン地方における内乱罪および反逆罪事件の手續に関する命令(RGBLI S.1811)。同命令は、帝国ドイツ刑法の大部分、特に国家保護刑法を一九三八年九月三〇日以降占領されているいわゆるズデーテン地方に適用し、それまで不処罰であった行為を処罰可能にする。施行と適用の取り扱いは異なる(八条)。施行は一九三九年一月一日に確定しているが、しかしその適用は一九三八年九月三〇日以降に行われた行為に、つまり三カ月半遡及する。

一九三九年

一九三九年九月一六日の一般刑事手續、軍刑事手續および刑法の規定の変更に關する法律(RGBLI S.1841)。刑法旧八九条三項および旧九〇条二項の刑の軽減の可能性(死刑

の代わりに懲役刑)は、時間的な限定を加えられることなく、適及的に削除されている。

一九三九年一〇月四日の年少の重罪犯人からの保護に関する命令(RGBIIS.2000)。同命令は、少年の犯罪行為の処罰に関して、一六歳という新しい年齢の歯止めを設けている。それ以前の一六歳の少年に対して成人刑法の制裁(刑罰と保安および矯正処分)を適用することが可能であり、要求されている(一条二項)。適及には歯止めがかからない。「同命令は、それが施行される以前に行われた犯罪行為に対しても妥当する」(四条)。

一九三九年二月五日の暴力犯罪人に対する命令(RGBIIS.2376)。同命令は、人に対する一連の故意の重罪(強姦、辻強盗)および人に対する故意の暴力行為の若干の行為態様(例えば、重火器および刺突兵器の使用)を刑法各則から列挙し、それ以前には不可能であった死刑を科す。適及には歯止めがかからない(五条)。一九三九年二月二八日の暴力犯罪人に対する命令の実施と補充に関する命令(RGBIIS.1940IS.17)は、適及のより詳細な整備にだけ関係している(そして、約三週間適及する)。一九三九年二月五日の命令の適及は、日付がずらされ、一九三九年九月一日以降の行為に強行的に適及する。一九三九年九月一日以前に行わ

れた行為に関しては、適及は裁判所および検事局の裁量に委ねられる。

一九三九年四月一九日の漁業に関する法律(RGBIIS.795)。同法は、漁業証明のない漁業に対する新しい刑罰規定を定式化している(罰金刑と拘留刑が科される)。適及期間は、合計で二週間半になる。

一九三九年二月四日の旧ダンツィヒ自由都市の領域における内乱罪および反逆罪事件の手続に関する命令(RGBIIS.2389)。同命令は、その後設けられた一九三九年二月一六日の命令の内容と技術において模倣された。施行と適及適用との区別は失われている。命令は、二週間半適及する。

一九三八年八月一七日の戦時特別刑法命令(RGBIIS.1445)。刑法典という現実の刑法は著しく強化され、新しい構成要件が定式化され、そして若干の犯罪に対する従来の刑罰威嚇が強化されている。施行は留保され、政府首脳部の判断に委ねられている。刑罰規定を適及的に発動する現にある可能性が行使されるかどうかは、確かめられない。

一九四〇年

一九四〇年六月六日の編入された東部地域へのドイツ刑法の適用に関する命令(RGBIIS.844)。ドイツ帝国の実体的

一般刑法および特別刑法は、「編入された東部地域」に転用される。その際、それまでその地域においては未知の新しい刑罰規定が持ち込まれる。それは、歯止めがかけられない遡及を伴って行われる（七条一項）。同命令の施行（一九四〇年六月一日）と（無制限に遡及する）同命令の刑罰規定の「妥当」は分離している（七条一項と二八条二項）。

一九四〇年七月二九日のオイペン、マルメディとモレスネットの地域における司法権の行使に関する命令（RGBl. S.1059）。同命令は、内容およびその技術の点で今挙げられた一九四〇年六月六日の命令を模範にして作られている。新しい刑罰規定（新しい構成要件と新しいより重い刑罰威嚇）の遡及は、時間的に歯止めがかけられない。

一九四一年

一九四一年九月四日の帝国刑法の変更に関する法律（RGBl. S.549）。同法は、危険な慣習犯罪人と刑法旧一七六条ないし一七八条の犯罪行為に対する刑罰を強化している。刑法二二一条が新たに規定されている。新しい定式は、これまでよりも多くの事案を包括する。多くの犯罪行為は、これまでより重い刑罰によって威嚇される。同法の遡及は明示的に定められているが、しかし時間的に歯止めがかけら

れない（二〇条二項）。一九四一年九月二四日の帝国刑法の変更に関する法律を施行するための命令（RGBl. S.581）は、一九三九年に暴力犯罪人に対する命令の施行命令において初めて定式化された遡及の個々の設定に関する規定を継承している。遡及を行う際の時間的に段階づけられた裁量がそれである。

一九四一年二月四日の編入された東部地域におけるポーランド人とユダヤ人に対する刑事司法に関する命令（RGBl. S.759）。同命令は、内容およびその不明確な定め方の点で完全に新しい刑罰規定（処罰条件と刑罰威嚇）を設けている。その規則は、その最終規定の条文によれば、公布後一四日に施行される。一九四二年一月三十一日の編入された東部地域におけるポーランド人とユダヤ人に対する刑事司法に関する命令の補充命令（RGBl. S.52）は、時間的に歯止めをかけることなく新しい規定を遡及させる裁量を「検察官の同意を得た」裁判所に付与する。

一九四二年

一九四二年一月二二日の反逆罪に対する規定の補充に関する法律（RGBl. S.668）。反逆罪の刑罰威嚇は、死刑を特に重大な場合に広げる。この刑罰強化の遡及は、時間的に

歯止めをかけられない。付加的な遡及規定(三条)は、(一九四二年に)以下のように定められている。反逆罪の可罰性に関する規定は、一九三四年と一九三九年に新たに定められ、拡張されるが、一九三四年以前に行われた行為に対しても(特定の官署の長の裁量に基づいて)適用されうる。

一九四三年

一九四三年三月三十一日の戦時特別刑法命令の補充に関する第四次命令(RGBI. S. 261)。軍事力を弱体化させうる非常に広範に定められた行為に対する刑罰規定は、著しく強化されている。この規定は、「同命令の施行以前に行われた行為に対しても」妥当する(二条)。

一九四三年一月六日の少年刑法の略式化および統一に関する命令(RGBI. S. 635)。同命令は、一九四四年一月一日に新しく規定された少年裁判所構成法の施行日であると規定している。新規定は、一二歳以上の少年を処罰し(三条二項二文)、一八歳以下の少年に成人刑法を適用する(二〇条)ことなどを可能にする。一九三九年の年少の重罪犯罪人からの保護に関する命令と合わせて考えても、これが少年刑法の明らかな強化であることは確かである。一九四三年の少年刑法命令一条二項は、歯止めをかけられないまま

新少年裁判所構成法の遡及適用を時間的に強行的に規定している。

一九四三年一月一六日の靴および靴底素材の消費規制に関する命令(RGBI. S. 26)。新しい刑罰規定が設けられている(靴および靴底素材の管理に関する規定に対する違反行為の処罰可能性)。一九四三年一月一六日の命令の前身(一九四〇年三月二八日の命令[RGBI. S. 573])は、刑罰規定を内容としていない。一九四三年の刑罰規定は、およそ二週間遡及するとされている(七条、八条)。

一九四四年

一九四四年五月五日の戦時特別刑法命令の補充に関する第五次命令(RGBI. S. 115)。同命令は、(ただ一般的にしか規定されていない)共同体および軍隊に対する故意行為の刑罰枠を強化している。この強化の遡及は、時間的に歯止めをかけられることなく威嚇される(二条)。

一九四四年九月二〇日の反逆罪に対する規定の変更に関する法律(RGBI. S. 225)。同法は、過失の行為態様の可罰性に関する既存の刑罰規定を拡張し(刑法旧九二条一項八号以下)、多くの国家保護犯罪の刑罰枠を強化している。可罰性の拡張および刑罰枠の強化は、刑事訴追機関と裁判所の裁

量に基づいて（時間的に歯止めをかけられることなく）遡及適用されうる（二条）。

一九四五年

一九四五年二月二四日のドイツ民族突撃刑法に関する命令(RGBI. S.34)。部分的に最も峻厳な刑罰威嚇を伴った新しい刑罰規定が、非常に不鮮明は枠において設けられ、およそ四カ月以上も遡及される。

(4) 一九三七年の捕鯨法の刑罰規定の前身を確認することはできない。従って、条文に引用されている遡及は、既存の何らかの法状態の維持では説明がつかない。

(5) 一九三八年の国防遂行法によって廃止された一九二五年の武力のための現物提供に関する法律(RGBI. S.49)は、刑罰規定を含んでいない。

四 刑事手続法の遡及

これまでただ、遡及禁止原則をめぐる議論の核心領域とされている刑法規定が実体法の領域（可罰性一般、刑罰の種類、許された刑罰裁量事由）から列挙されたに過ぎない。しかも、遡及禁止原則が伝統的に弱い地位にあった領

域から当然の如く忽然と姿を消したことが、遡及禁止原則に関する一九三三年から一九四五年までの規則の設定の特徴でもある。

(a) 刑事手続法は、手続における被疑者・被告人の地位の徹底的な劣悪化を内容とする変更がなされようとも議論なしに遡及される。

例えば、一九三九年九月一日の裁判所構成および司法領域に対する措置に関する命令(RGBI. S.1658)。この命令は、裁判所の管轄および担当、手続原則、手続形式と弁護の可能性を徹底的に被疑者・被告人の負担で変更している。新しい全ての規定は、殆ど歯止めのない遡及効を伴って施行される（命令四六条および一九三九年九月八日の施行命令二条(RGBI. S.1703)）。一九四五年二月二四日の民族突撃刑事裁判所命令(RGBI. S.34)。この命令は、新しい裁判管轄と新しい手続を設けている。全ての規定は、およそ四カ月遡及して施行される。

(b) 遡及禁止原則は、官吏懲戒法（職務刑法）では除去されている。一九三七年一月二六日の帝国職務刑罰命令(RGBI. S.71) 一一五条一項の定式は、次のように定められている。

本法は、職務違反行為が行われた時点を中心として考慮することなく妥当する。⁽⁶⁾

(c) 遡及禁止原則は、秩序刑法では無視されている。すなわち、もはや言及されていないのである。例えば、一九三八年一月一日のズデーテン経済の保護に関する命令(RGBI.S.1431)。同命令は新しい秩序犯罪構成要件を設け、それを(一部は一四日間、また二分は期間を定めず)遡って施行する。

(6) 一九四三年一月三日の新しい領域における職務刑罰権の行使に関する命令の第二条(RGBI.S.1)によって、職務刑法からの遡及禁止原則の除去は確実にされた。

五 刑罰法規の遡及の論理

遡及禁止原則の領域において、一九三三年から一九四五年までの刑事立法を評価するための別の資料は、その規則の設定を学問的に導いたことのなかに見られる。

公然と遡及する刑法規定が始まる最初の時点には、この遡及がいかによればワイマル帝国憲法一一六条と一致しうるのかという法律問題がある。問題の解決は、明らかに

遡及の許容に有利に行われている。その理由づけは物凄く遡及するヴァン・デル・ルツベ法を契機にして記録されているのは、この法律が一九三三年三月二四日の民族と国家の危難を除去するための法律に基づいて発せられたこと、この法律が帝国憲法からの逸脱を許されていたことである。⁽⁷⁾これを指摘することによって、繰り返し表明された法的見解が形成される。刑法規定はその遡及を定めている場合のみ遡及が許される、新たに可罰性が宣言され、刑罰が強化された場合であっても遡及は可能であるという見解がそれである。遡及を定めている刑法規定は、文献では余り強調されずに、大抵の場合には不完全なまま伝えられている。⁽⁸⁾

不利益な刑法規則に対して価値判断が加えられることは、文献においては減多ない。遡及禁止原則との気前のいい関わり方は、「法実証主義の拒否」⁽⁹⁾に対応していると注釈され、不利益な刑法原則によって一〇年以上の遡及が行われようとも、遡及の法学的可能性に「異論がない」という指摘がなされるであろう。遡及刑罰法規が必要かつ正当であり、政治的敵対者を殲滅するために活用されないならば、それへの異議申立はできないと考えられている。⁽¹⁰⁾不利益な遡及刑法規則のプントナーノイベルトによる次のような注釈が最も有益である。すなわち、ヴァン・デル・ルツベ法は

一九三三年の時点ではかろうじて政治的な例外状態によって宣言され⁽¹⁴⁾、その後の遡及刑罰規定はそれらが以前の刑法草案に対応しているという指摘によって表され⁽¹⁵⁾、最終的には刑法における不利益遡及規則はすでに長期に渡って行使されてきた手続の継続として、「要求」に対応するものとして、また合目的的なものとして「必要な効果」が獲得されるために⁽¹⁶⁾表される⁽¹⁷⁾。手続法が規則的に遡及することは、保証されている見做されている⁽¹⁷⁾。

- (7) Pfundner-Neubert, *Das neue Deutsche Reichsrecht*, II c1, S.2. 法律なければ刑罰なしの原則との関係におおむね同じものに Henkel, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, 1934, S.54. がある。ワイマール帝国憲法一一六条を表面的に実証主義的に取り扱ったことは、ワイマール帝国憲法一一六条そのものの内容を原理的に拒絶する⁽¹⁸⁾理由づけをしながら拒絶する⁽¹⁹⁾ことを表現していること⁽²⁰⁾を知らぬ。詳細は Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, 1975, S.192ff. und H.L. Schreiber, *Gesetz und Richter*, 1976, S.181ff. を参照されたこと。
- (8) Pfundner-Neubert, aao (Anm. 7), II c6, S. 69, 102;

- Kohlrausch/Lange, StGB, 38. Aufl., 1944, Anm. 1 zu § 2a; Mittelbach, *Deutsches Strafrecht*, 1944, S.27; Mezger, *Deutsches Strafrecht, ein Grundriss*, 3. Aufl., S.34f.; Welzel, *Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts*, 1940, S.19; Schönke, StGB, 2. Aufl., 1944, Anm. I zu § 2a; E. Schäfer/v. Dohmanyi, *Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931-1935*, 1936, S.189; Schwarz, StGB 12. Aufl., 1943, Anm.1 Bc zu § 2a; Leipziger Kommentar ar zum StGB, 6. Aufl., 1944, Anm. II 1 zu § 2a.

- (9) Mezger, Mittelbach und Schönke, aao (Anm. 8).
- (10) 最新の状況に関する情報豊かな当時の注釈書でさえ—— Schönke, StGB, 2. Aufl., 1944, Anm. I zu § 2a —— 不十分にも遡及禁止原則の「例外」と記録している。Kohlrausch/Lange, Mezger, Mittelbach, Schwarz und Welzel, aao (Anm. 8), の列举もまた不十分である。
- (11) Mezger, aao (Anm. 8).
- (12) Mittelbach, aao (Anm. 8).
- (13) Hellmuth Mayer, *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, 1936, S.115f.
- (14) Pfundner-Neubert, aao (Anm. 7), II c1, S.1f.
- (15) Pfundner-Neubert, aao (Anm. 7), II c6, S.117f.
- (16) Pfundner-Neubert, aao (Anm. 7), II c6, S.102, 69, 189.

(17) Schönke, StGB, 2. Aufl., 1944, Anm. V zu § 2a mit Nachweisen.

六 刑罰法規の遡及は例外か？

一九三三年から一九四五年までの刑法における不利益遡及の取り扱いに関する以上の資料は、その現象の特徴を示すための「第三帝国における遡及禁止の例外的な破壊」というモデルを維持することを困難にする。刑法規則の設定は、原則として存在する遡及禁止原則を一定の立場から破壊するものではない。むしろ遡及禁止原則がもはや存在していないことが見過ごされているのである。規則の設定者は、合目的であれば、どんな刑法規則をも遡及させ、合理的な遡及を例外にすることを選択できる。また反対に、規則を遡及させないが、合目的であれば遡及を命ずることを選択できる。一九三三年から一九四五年までの規則の設定は後者の手続を選択したが、しかしながら遡及禁止原則に対する尊重の念からではなく、便宜主義という理由からそうしただけである。原則的に遡及することは不必要であると思われる。そのようなことは法学的には困難であり、刑法の効果を弱めるだけである。必要に応じて遡及すること

で十分なのである。

展開の最初のところで、例えばヴァン・デル・ルツベ法のところ、原則から例外が作り出されるといふ観念を依然として発見できるかもしれない¹⁸⁾。とはいえ例外は困難なものではない。それは法技術的に熟慮されて作られ、理論的な躊躇を窺わせない。

規則が設定された後に、不利益な遡及刑法の例外的性格を思わせることなど何一つない。その立場からは遡及規定は厳格に定式化される。規則の制定者にはそれが重要である。そしてこの規定は、法学的な慎重さをもって取り扱われる¹⁹⁾。それ以外の点では、遡及禁止原則は無頓着に取り扱われる。この禁止原則を尊重するいわれなどない。ある原則では、規則の設定者はむしろ偶然に遡及を指示したようである。他の規則では、効果の考慮や何らかの偶然的な要求が遡及規則を決定していることが確認される。刑法の領域で関わりのないところなどない。新しい刑罰規定と強化された刑罰枠は遡及する。実定法は、手続法や裁判所構成法と同じように遡及を受け入れる。それは、重大犯罪、中位の犯罪と軽犯罪、故意犯と過失犯に関係する。遡及は、定期または不定期の遡及、短期または長期の遡及を意味しうる。不利益な遡及刑法規則に対する歯止めは見出せない。刑

法の遡及禁止原則は廃止されている。遡及禁止原則に対して原則的に無関心であるならば、便宜主義に基づく遡及の利用に行き着く。

- (18) エトカー、ナークラーとフォン・ウェーバーによる警告的な鑑定意見書、すなわちヴァン・デル・ルッベ法を遡及しないようにと警告した鑑定意見書は、現代の文献においても、このこととの関係で引用されている。Vgl. Jescheck, aaO (Anm.2); Dreher, ZStW 82 (1970), S. 851f. しかし、この鑑定意見書の今日まで知られてきた内容(ドレーアー・前掲論文のまとめと個々の引用)は、「警告的」な鑑定意見書としての分類の正当性を証明していない。鑑定意見書が定式化している反対意見は、どうやらヴァン・デル・ルッベ法の原理的な不正義を引き合いに出すのではなく、一三〇年代初頭の一般的方向に対応しながら一不利益な遡及刑罰法規の部分的に欠如した合目的性を引き合いに出している。ヴァン・デル・ルッベ法を準備したものの詳細な解明が必要であろう。
- それに関する論稿は、歴史研究のなかに見出される。Bracher/Sauer/Schulz, Die nationalsozialistische Machtergreifung, Teil II : Gerhard Schulz, Die Anfänge des

Maßnahmestates, 1974, S. 191, insbes. Anm. 34 (= S. 470f.) を参照されたい。そこでは、ヴァン・デル・ルッベ法の準備していた帝国司法省の当時の政務次官が教授鑑定意見書に比較にならないほど明確に遡及禁止原則を支持していたことが明らかにされている。

- (19) 例えば、一九三九年一月九日の暴力犯罪人命令の遡及規定の定式と注釈。Grau, Krug, Rietzsch, Deutsches Strafrecht, Band I, 2. Aufl., 1943, S. 202-204. が詳細な注釈を加えている。また、一九四二年一月二日の内乱罪に対する規定を補充するための法律の遡及に関する解説は、同書三三七頁を参照されたい。

七 刑罰法規遡及禁止原則の再生

一九三三年から一九四五年までの遡及禁止原則の取り扱い、現代の文献では、「法治国家の解体」という観念の枠組のなかで理解されている。「法治国家の解体」は、刑法には維持できない展開と特徴づけられている。それゆえに遡及禁止原則の無視は刑法的に維持できない展開であると、容易にかつ尤もなことで理解されている。遡及禁止原則の無視が法治国家の破壊であり、刑法的に維持できないことに疑われない。しかし、この命題の根拠づけは、現実の

定式において考えられている以上に困難である。遡及禁止原則は、そんなに容易に安定化するものではない。

(a)「一九三三年以降の不利益な遡及刑法規則による法治国家の解体」という定式は、一九三三年から一九四五年までの帝国官報を正しく評価していない。法治国家の構築（おそらく「遡及禁止原則」の立場からのものであるが）は脆弱であり、除去され、「遡及禁止原則のない合目的な刑事司法」の新築によって替えられている。「法治国家」という基準は、それによって刑法の遡及禁止原則との関わり方が測定されるのであるが、一九三三年以降はそもそも存在しない。

(b) しかし、「遡及禁止原則の解体による法治国家の解体」という定式は、おそらく、遡及禁止原則の無視が始められる以前は法治国家が異論なく存在していたことを強調するだけであろう。少なくともそれは、法治国家原則の一部である遡及禁止原則には妥当しない。遡及禁止原則は、一九世紀および二〇世紀において確固たる根拠づけを与えられたことはない。最も重要な資料だけをまとめる。

フオイエルバッハに負うところが多い現代的理解におけ

る遡及禁止原則は、法律の施行以前における刑罰の根拠づけも、また可能な刑罰枠や刑罰執行の不利益変更も遡及してはならないと考えている。二つの根拠づけがこの理解を安定化している。第一の根拠づけに従えば、ただ法律のみが犯罪と処罰の可能性を設けることができる（刑法の法定主義原理）。第二の根拠づけに従えば、ただ法律のみが一般予防効果を發揮することができる（刑罰法規の合目的性原理）。

一九世紀および二〇世紀における刑法の遡及禁止原則の議論の特徴は、前述の理解とその根拠が力強く、大胆かつ攻勢的に主張された時がなかった点にある。論じられているのは常に、遡及禁止原則の可能な制限である。それは、根拠づけに際して始まる。不可侵で絶対的に正しい原理としての刑法の法定主義は、議論の過程において大きな威信を得ていない。法定主義は、一九世紀および二〇世紀において、それが合目的である限り承認される。それが、刑法の法定主義を弱体化し、それと共に刑法の遡及禁止原則を弱体化する。刑罰法規の一般予防効果からの根拠づけは、ある時には他の刑罰目的（例えば、再社会化のそれ）が正面に出てくるがゆえに、またある時には経験的理由から「刑罰法規による刑罰威嚇予防」が不評をかい、その結果とし

て法定主義と一般予防との根拠づけ関係が絶たれるがゆえに、効果が不明になる。

個別的には、次の通りである。

刑法における遡及禁止原則に関する議論は、他の法領域における遡及禁止原則の議論との関連において見られねばならない。遡及禁止原則は、他の法領域において、一九世紀から二〇世紀の転換点における原則的な議論において承認されていない。²² 刑法における遡及禁止原則は、最初から（人為的でないにせよ）技巧的な例外として現れている。刑法における遡及禁止原則は、例外的なものとして原則によって常に防御されざるをえないのである。

一九世紀の刑事立法は、遡及禁止原則がたとえ争う余地のない法原理であろうとも、総則において遡及禁止原則を全く真面目に受け止めていない。²³ 一八八一年に、特別刑法の約二週間以上もの期間の遡及が最初に行われている（オーストリア・ハンガリー関税法に対する違反行為の処罰に関する法律。RGBl. 1881, S.217）。この出来事は差し当たり気付かれないうままであったが、一九四四年には、普及された刑法注釈書において一九三三年以降の遡及禁止原則との関わりあいの維持可能性を担う証拠とされているのがわかる。²⁴ ベルサイユ条約における遡及禁止原則の破壊（二二七条。政

府の行為は遡及的に処罰可能であるという宣言）は、法秩序の段階構造によって（ワイマール憲法一七八条二項に基づく帝国憲法以前のベルサイユ条約）ほとんど簡単に宣言されている。²⁵ しかし刑法の遡及禁止原則にとって最も有害なのは、その歯止めのない学問的議論である。遡及禁止原則の厳格さから逃れようとする傾向は著しい。より軽い法律が遡及するということは、一九世紀にやつとの思いで貫徹されたが、その場合、遡及禁止原則から得られた刑事司法のこのような負担軽減が原理としての遡及禁止原則に損害を与えたかどうかは依然として問題であるが、今や原則はこうである。遡及禁止原則の破壊に対して正当な理由をもっている者は、その原則を破壊することも許される。より軽い法律の一般的な遡及を一九三三年の刑法二a条によって制約したのは、有名な法的可能性の復活でしかない。

より痛烈なことは、実行の時点で刑罰法規がなかったのに当罰的であると思われる行為への遡及がなおも可能でなければならぬという要求が、一九世紀および二〇世紀に消えなかったこと、²⁷ そして最終的に一九三三年以降の刑法における遡及規則の設定を容易に根拠づけるのに役に立ったことである。²⁸

遡及的な刑罰強化の禁止の根拠づけの可能性は、常に反

論されてきた(ヴァン・デル・ルッペ法の議論に際して、なおも引き合いに出された⁽²⁹⁾)。

刑事手続法と刑事裁判所構成法は、一九三三年以前の法治国家的議論では、遡及禁止原則の射程範囲の全く外にある。

遡及禁止原則一般の危殆化は、遡及処分法規が許容されていることから明らかになる。この規則は、長いあいだ準備されてきたものである。それは、矯正および保安の刑法的制裁の場合、不遡及法規から保護される個人の利益が犯罪行為から効果的に保護される公衆の利益の背後に退かざるをえない⁽³⁰⁾という考慮に基づくものである。そのような考えは、刑法が効果的な犯罪予防だけを目指しているならば、刑法の遡及禁止原則からのどんな逸脱をも担うことができる。

前に第三章でまとめられた個々の遡及刑法規則は、一つの例外もなく、刑法における遡及を許容するための伝統豊かな根拠づけに関係づけられている。そして同時代の文献を厳密に通読するならば、この関係づけもまた遡及刑法規定が承認された限りにおいて講じられたことが明らかになる⁽³¹⁾であろう。

一九三三年から一九四五年までの不利益な遡及刑法によ

る「法治国家の解体」は、一九三〇年代の初頭に関していえば、そうでなくても弱くしか防御されていない原理の一層の弱体化ということしか意味しえない。「刑罰法規は遡及すべきではないという原則が、一つの……偏見である」という定式は、一九三一年に発見されている⁽³²⁾。

(c)しかも遡及禁止の廃止による「法治国家の解体」は、第三帝国終焉以降の時代の尺度を意味しうる。つまり法秩序が一九四五年ないし一九四九年以降は刑法における遡及禁止原則を受容し、この禁止原則との関わりは一九三三年から一九四五年までは維持できないことを意味しうる。しかしこの見解にもまた、不備がある⁽³³⁾。

基本法、刑法と人権条約は、確かに遡及禁止原則に有利な明確な条文を含んでいる(基本法一〇三条二項、刑法一条、二条、人権および基本的自由の保護条約七条一項)。しかし禁止原則の破壊がすでにこれらの条文において著しい。それは、遡及禁止原則が常に脆弱であった立場から、つまり遡及禁止原則が本来的に効果を展開せざるをえなかった立場から見られる。人権および基本的自由の保護条約(七条二項)は、「自然」犯は実行時において刑罰法規によって刑罰を科されていなくても、処罰されざるをえないという

学説を確固たるものにしていく。遡及禁止原則を処分に適用する多くの可能性はいかされてない。一九七〇年代の刑法原則は、遡及禁止原則から処分を解放することを意識的に確立したのである。刑法二条六項がそれである⁽³⁴⁾。この判断は、刑罰の任務が処分の任務と等しくされているので、大きな効果を發揮することができる。

個別の立法において、刑法の遡及禁止原則（それは、他の刑法の「利益」と衝突する）が遡及せざるをえないことが多くの立場から認められている。時代的には最初のものであり、この点に関する最も重要な事例は、戦争犯罪および人道に対する罪の遡及処罰を可能にした一九四五年一月二〇日の管理委員会法第一〇号である⁽³⁵⁾。この法律は、人権および基本的自由の保護条約七条二項の前身であり、ベルサイユ条約の関連規定を引き合いに出して正当化されている⁽³⁶⁾。刑法の遡及禁止原則を確実に制限する伝統の証拠である。脱ナチス化立法は、これまで遡及禁止原則を基準にしてこなかったが、この基準を維持することを殆どしなくともよかつたのである。時効期間の遡及的延長は、一九六九年と一九七九年に立法者による繰り返しによって制度化されている。告訴の要件の遡及的制限は、殆ど矛盾なく行われている。違警罪を軽犯罪として遡及的に分類するこ

とも同じである⁽³⁷⁾。定着した判例を被疑者・被告人の負担で遡及的に廃止することができるとする学説、つまりこれまで明らかに定式化されてこなかった学説は、今日ようやく殆ど自明のものとして論じられ、そのように扱われている⁽³⁸⁾。刑法の遡及禁止原則に関する連邦憲法裁判所の拡張的な判例は、遡及禁止原則に対する反論がいかに多くあるか、この禁止原則から逃れるためにいかに多様な方法が見い出されたかを証明している。連邦憲法裁判所は、これら全ての道を塞いでいない⁽³⁹⁾。

そして特に重要なのは、刑事手続法と刑事裁判所構成法が遡及禁止原則に服さないという見解が完全に説得力があるものとして確立されていることである⁽⁴⁰⁾。この見解に対する反論は成功しない。刑事手続法と刑事裁判所構成法が遡及禁止原則の射程範囲の外側にあるという見解が、これまでに以上に明瞭に論じられているように思われる。刑事手続法と刑事裁判所構成法は、遡及禁止原則から自由な領域になつている。この領域に手が届くならば、遡及禁止原則の射程範囲を論議する必要はない。このような法的状況を背景にすれば、不利益に遡及する規則変更に対する多くの反論が、今や手続法の原則（告訴、時効、不利益な遡及判例変更の事例である千分の一の限界の不利益な遡及変更⁽⁴²⁾）が

問題であるという指摘に対応していることは明らかであろう。

全体として比較すると、次のようになる。一九三三年から一九四五年まで遡及禁止原則の法治国家性は解体されたが、一九四五年以降の法治国家の遡及禁止原則は原理に忠実に維持されたというのはいき過ぎである。一方で一九三三年から一九四五年までの、他方での一九四五年以降の遡及禁止原則の無視ないし尊重の映像は、明確に違うが、明らかに程度の違いであるという方がより適切であろう。

(d) 以上から示されることは、一九三三年に至った、あるいは一九四五年以降に行き着いた刑法の遡及禁止原則に対する尊重状況を考慮に入れるならば、一九三三年から一九四五年までのこの原則との関わりは原理的に維持不可能であるとの評価は成功しないということである。別の基準が模索されねばならないであろう。

その基準は、一九世紀および二〇世紀における刑法の遡及禁止原則の危殆化の理由を明らかにするよう試みるならば、はつきりしうる。その理由は、不利益な刑法の不遡及の原理を、(単に)実定法によって規定された基本思想に対応するものとして、(単に)法政策的に意味のあるものとし

て、(単に)合目的なものとして、あるいは(単に)何らかの法的基本思想に対応するものとしてだけ導き出すことのなかにある。憲法原則が問題になっている場合でさえ、実体的な規定は立法や解釈によって廃止されうる。その法政策的意味は、簡単に消失しうる。法的基本思想には、究極的な拘束力などない。

一九世紀および二〇世紀における刑法の遡及禁止原則の脆弱性の展開が証明しているのは、その原理が実定法、法政策的意義、合目的性または基本思想に基礎づけられるならば、その原則はその時々々の政治体制の作用になるということである。この体制における雰囲気や、その場合、遡及禁止原則に対する尊重の度合いを決定する。その場合、遡及禁止原則はその時々々の政治体制と運命を共有する。この体制が穏やかであれば、刑法の遡及禁止原則を尊重することとは比較的容易である。そのような関係においては、遡及禁止原則を承認している程度の分析だけが可能であつて、その程度の評価は不可能である。

遡及禁止原則の絶対的な根拠づけを見つけ出すことが可能であると思われるならば、選択肢は明らかになる。本稿は、このような立場から、コーイングが遡及禁止原則の「超実定的」な特質、つまり自由に処分できない正義性に関

して定式化した考察に直面している。⁽⁴³⁾「絶対的」な根拠づけのために、「自然法的」根拠づけや、それ以外にはあり得ない正しい認識に基づく根拠づけが語られる。言葉が問題なのではない。重要なのは、不利益に遡及する刑法規則の禁止原則を根拠づけることが絶対に必要であると評価することなのである。その根拠づけは、その禁止原則がその時々政治的狀態の作用であることを証明するのではなく（それがいかなる法的形態や翻訳の形をとるかは問題ではない）、遡及禁止原則によるその時々政治体制に歯止めをかけるのである。

このような方法に基づいて、刑法の法定主義がその時々（左翼的、右翼的または中道的な）国内政治の關係の外側に位置する絶対的に正しいものと捉えられる本来的な自然法的根拠づけモデルを発見することが、もちろん準備されなければならぬ。人間は生まれながらにして自由であるが、⁽⁴⁴⁾国家なしには常にこの自由を失う危険な状態にいる。人間の自由を組織し、それを保障するために、人間は団結して国家を創設する。自由がどの程度放棄されなければならぬのかを法律が決定し、それによって残りの自由領域は安定化される。法律、なかでも刑法法規は、——任意に利用できる人間組織の手段であることから距離を置いている

——自由保障という目的を伴った自由制限の道具である。この枠内で理解しうることは、許された自由行使の限界がどこに引かれているのかは法律なしには全く分らない、自由侵害がどれほど重大かは法律なしには認識しえないということだけである。刑法の遡及禁止原則の力強い攻勢的な根拠づけを可能にし、それと同時に悪意から、あるいは事細かに刑法の遡及禁止原則を制限する全ての時代の評価を無条件に低く見積もることを初めて可能にするのは、刑法法規を自由に関わらせ、それに絶対的な理性的性格を付与する自然法的パトスである。本来的な自然法的な限界づけの關係において初めて、刑法の遡及禁止原則が自由と刑法との關係に基づいた見本になる（その關係が近代にとって人為的であり、実務から距離を置いていることを明らかにすることを排除しない見本）。自然法的パトスが拒否されず、唯物論的法哲学の可能性を主張する準備がある場合に、刑法の遡及禁止原則の最も感銘深い根拠づけが実際に成功する。⁽⁴⁵⁾もちろん、唯物論的法哲学から刑法の必要的な法定主義（それとならんで、刑法の遡及禁止原則）を導き出すことは、時代に沿わない（結果的には、それを導き出すための認識と手続は実践に由来する）。あらゆる政治と対立する刑法の法定主義の構想は、——つまりその限りでは非政

治的なのであるが——大衆的なものとは思われない。厳格な刑法の法定主義と関わるために求められる法的資格は、かつての「形式」法学の資格であると見做されている。一定の内容（限界づけられた自由の安定化）の上に確立された刑法の法定主義、言うまでもなく刑法の遡及禁止原則は、国家の規則設定装置を掌握しているあらゆる政治的グループの権力を制限しなければならない。それゆえ刑法の法定主義は、社会的変遷一般を部分的に禁止するものであり、実定法による変遷の部分的に阻むものである。刑法の法定主義は、少なくとも変転する政治的必要性の迅速な実現を阻止する。逸脱者、反対派、侵害者の不処罰と不処分は、刑法の遡及禁止原則が根拠づけ可能で、効果的になるためには、甘受されなければならない。しかし、さらに現代的な時代にとっては、刑法の法定主義に関する自然法の見解は、むしろ非現代的になる。その時代は、法律の「犯罪人のマグナカルタ」としての定式を対置させる。⁽⁴⁶⁾この定式は、⁽⁴⁷⁾決定論の立場から、刑法の法定主義（それとならんで、刑法の遡及禁止原則）を根拠づける可能性を弱める。法律は、もはや殆ど尊重に値する自由制限でも、政治的侵害の心配のない自由制限でも、「本来的」にただ形而上学的のみ可能な自由制限（それが初めて犯罪を設定する）でもない。法

律は、人がどのみち知っているもの（犯罪）を伝達する手段でしかなく、結果的に犯罪者（保護に値しない利益侵害者といわれている）を不合理にしか保護しない。刑法の遡及禁止原則の官僚主義的な取り扱いは、一九世紀および二〇世紀におけるこの禁止原則の展開を特徴づけ、その取り扱いには「犯罪人のマグナカルタ」という定式によって阻まれることなく、宣言され、促進されている。国家社会主義の法思想が刑法における厳格な法定主義の理性に反対する証拠として「犯罪人のマグナカルタ」という法律の正札を利用したのは偶然ではない。⁽⁴⁸⁾ 刑罰法規が、ある時には日常的な政治過程たれ、またある時には善良な警察たれという圧迫から（再び）逃れる時に初めて、刑法の遡及禁止原則が再び確固たるものになりうる。その時々々の現実政治の構成要素としての刑罰法規は、刑法の遡及禁止原則を、回りとくどく、分かりにくい制約と感じているに違いない。一九三三年から一九四五年までの刑法の遡及禁止原則の取り扱いを評価することができる手続の詳細な研究だけが、刑法における幾つかの実践的に重要な展開方向の過程とその状況を説明するであろう。

(20) Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der

- deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965, S.434(1. Aufl., S.425); Jescheck, aO.(Anm.2); Rüping, aO.(Anm.2); Schünemann, Nulla poena sine lege?, 1978, S.3.
- (21) 最も明瞭な字句では、依然としてフォウエルムシンの教科書第三版（一八〇五年）の例えば第八節から第二〇節である。
- (22) Vgl. Coing, Grundsätzliches zur Rückwirkung von Gesetze, Betriebsberater, 1954, S.137.
- (23) 学問的議論の方法に関する概観は、H.L.Schreiber, aO.(Anm.7), S.140ff., 161ff.を行なわねばならぬ。
- (24) Leipziger Kommentar zum StGB, 6. Aufl., Anm. II 1 zu § 2a.
- (25) Anschütz, Die Verfassung des deutschen Reiches, 8. Aufl., 1928, Anm.2 zu Art. 116.
- (26) H.L.Schreiber, aO.(Anm.7), S.140ff. に対する議論を概観してはならぬ。
- (27) H.L.Schreiber, aO.(Anm.7), S.121ff. に対する最も重要な世の記録文書は、
- (28) 1) の論拠を復活せよとの主要な論拠は、Denkschrift des Preussischen Justizministerium über nationalsozialistisches Strafrecht, 1933, S.127. である。Leipziger Kommentar zum StGB, 6. Aufl., 1944, Anm. I 1 zu § 2a は法学的に完成したものである。しかしケルネリンを指摘しては、Hellmuth Mayer, Das Strafrecht des deutschen Volkes, 1936, S.115ff. を見られたら。それ以外の資料は、H.L.Schreiber, aO.(Anm.7), S.194. である。
- (29) Pfundner-Neubert, aO.(Anm.7), II c1, S.1f. ドイツの帝国憲法に関する議論は、Giese, Die Verfassung des deutschen Reiches, 8. Aufl., 1931, Anm.1 zu Art.116; Anschütz, Die Verfassung des deutschen Reiches, 8. Aufl., 1928, Anm.2 zu Art. 116; Olshausen, StGB, 11. Aufl., Anm.3a zu § 2 に対する記録は、H.L.Schreiber, aO.(Anm.7), S.140ff. に行なわねばならぬ。
- (30) Exner, ZStW 53(1934), S.643.
- (31) 概観は、H.L.Schreiber, Deutsches Strafrecht, ein Grundriss, 3. Aufl., 1943, S.43; Hellmuth Mayer, Das Strafrecht des deutschen Volkes, 1936, S.115f.; Leipziger Kommentar zum StGB, 6. Aufl., 1944, Anm. I 1 zu § 2a; Pfundner-Neubert, aO.(Anm.7) である。
- (32) K.Schäfer, in: Gürtner(Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1934, S.135 だが、一九三一年十一月一日の背任罪に対する刑罰に関するオーストリア連邦法の理由からの引用を援用しては、Marxen,

aaO(Anm.7), S.192ff.には、刑法の法定主義に於いての一九三三年以前から一九三三年以後への結節点の評価に関する資料が挙げられている。

- (33) 類似のものは、Grünwald, ZStW 76(1964), S.6, 9; Schünemann, aaO(Anm.20), S.3f, 6, 8, などが有名。
- (34) 詳細は、Dietz, Die Problematik des Rückwirkung von Strafgesetzen bei den Maßregeln der Besserung und Sicherung in der Strafrechtsreform, Diss. Frankfurt a. M., 1977, を参照されたい。
- (35) 当時の議論は、遡及禁止原則が「処罰の必要性」の論拠に抗して自己を貫徹する大いなる機会を有してこなかったことを示している。その議論は、Hodenberg, Wimmer und Radbruch in: StZ 1947, 113-136 の論稿および LG Konstanz, StZ 1947, 337ff. の判決と、さらに、その後に引かれていく。
- (36) 「事後原則」に関するニュルンベルク裁判の判決の詳論を参照されたい(公式の文書の三四〇三四頁＝ Sonderveröffentlichungen des Zentral-Justizblatts für die Britische Zone 1948, S.36)。
- (37) 告訴の要件の遡及的制限については、刑法旧一八九九条に関する一九六〇年六月三〇日の第六次刑法変更法(BGBI. I, S.478)° 諸見解の状況に於いては、BGHS 20, 27f. などを、Schönke-Schröder-Eser, StGB, 20. Aufl., Rn.8 zu § 2. 処罰条件と刑罰威嚇が同じ場合に違警罪を軽犯罪として遡及的に格付けることについては、BVerfGE 46, 192ff. には、些細なことが、たゞたむる判決である。
- (38) 最も有名なのは、Tröndle, in: Festschrift für Dreher, 1977, S.117ff.
- (39) 条文の資料的根拠は、一〇三条に関する Leipholtz-Rinck, GG, 6. Aufl., 1979, Rn.18ff. である。連邦憲法裁判所が、遡及はそれ自体として常に許されているが限界があるというテーゼに早くから賛同し、遡及禁止原則は(限定可能な)原則であるという対案を選択してこなかったことが最も重要である(BVerfGE 1, 280; s.a. 25, 289f.)°
- (40) BGHS 26(1977), 289; BVerfGE 25, 269ff.(282ff.)。この見解に関するその他の典拠(たとえばこの見解に対する留保)は、Schönke-Schröder-Eser, StGB, 20. Aufl., Rn.8 zu § 2.
- (41) 例として、Grünwald, MDR 1965, 522ff.; Lüderssen, JZ 1979, 450f.; H.L. Schreiber, ZStW 80(1968), S.348ff.; Schönke-Schröder-Eser, aaO(Anm.40); Hassemmer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1981, S.245ff.
- (42) 連邦憲法裁判所判決 BVerfGE 25, 284ff. に於いては、

められたら。

- (43) Coing, Grundsätzliches zur Rückwirkung von Gesetzen, Betriebsberater 1954, 137ff.; Coing, Rechtsphilosophie, 1. Aufl., S.186, 2. Aufl., S.246, 3. Aufl., S.242.

(44) この思想の現代的变化は自然法による根拠づけをためらい、この思想を法定法と(ないし)刑事政策的合目的性から導き出している。代表的なものとしては Schönke-SchrÜd. er-Esser, StGB, 20. Aufl., Rn.1 zu §2 がある。それに類似するものとして Maurach-Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1977, S.162f. がある。自然法を刑法における合法性原則(それを並べる刑法の遡及禁止原則)の歴史的基礎としてしか表現せず、この基礎を現在の機能主義的、合意理論的、社会科学のあるいは規範理論的な手段によって支える試みは、興味深い(自然法との対比では)気の抜けたものなものである。Grünwald, ZStW 76(1964), S.13, 16f.; Tiedemann, Festschrift für K. Peters, 1974, S.193ff.; Krey, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977, b. besonders S.204ff.; Schünemann, Nulla poena sine lege?, 1978, S.9ff., 24.; F. C. Schroeder, Festschrift für Bockelmann, 1979, S.786.; Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1981, S.235ff., 243ff. を参照された。

(45) これに属するのは、とくにノイエルマンンである。

- (46) Baumann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1977, S.83; Bockelmann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1979, S.16; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1978, S.41, 57, 108; Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. Aufl., 1981, S.44. 教科書の文献において明らかに異なっている(市民の保護)のは、Wessels, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 1980, S.8f. だけである。

(47) Franz v. Liszt 1893, abgedruckt in Aufsätze und Vorträge II, 1905, S.79ff. その立場は雑駁に定式化されているが、まやむそれゆえに証言力に富んでいる。それは、刑法学者の法学的技巧に関して、優雅さの全くない、皮肉たじぶりの評釈が始まり、刑事政策を公共危険的行為との闘争であると自慢し、そして「刑法典は犯罪人の

マグナカルタであるといことは、逆説的に聞こえるかもしれない」という見解を伝えている。直接的には「国家の全権力に対する公民の堡壘」であると説明されている。しかし周知のように、それは自然法的伝統の意味において述べられていない。何故ならば、同じ思想において「個人の自由」は「全体の利益」に對置され、個人の自由は個人の利益と同一であり、最終的には個人の利益は全体の利益に移されているからである。しかし、そのような個人の利益はどうすれば全体の利益に屈しないのであろうか。おそらくそれは無理である。次のように述べている。「私は、この流れを歓迎している。その流れが刑法典をその解説者および適用者とともに洗い流そうとも、私はそれを歓迎するであろう」(aaO, S.81)。それに付け加えられるのは、先には進まないことが受容されるべきであるということである(aao, S.82)。

この立場に対する明白であるが、減多に引用されない(こか) Grünwald, ZStW 76-1964, S.11; Mangakis, ZStW 81-1969, S.1000) 反対意見は、Hippel, Deutsches Strafrecht II, 1930, S.36, Anm.2.

(48) K. Schäfer, bei Gürner(Hrsg.), Das kommende deutsche

Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.Aufl., 1935, S.202ff.; Siegert, Grundzüge des Strafrechts im neuen Staat, 1934, S.19ff., 23.

* * *

〔紹介者の後書き〕

本稿は、ヴォルフガング・ナウケ教授がヘルムート・コーイング教授の七〇歳の誕生日を祝う記念論文集に執筆した「一九三三年から一九四五年までの刑法の遡及禁止原則の無視——刑法の展開を『維持不可能』と評価する問題について」(Die Mißachtung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots 1933-1945 - Zum Problem der Bewertung strafrechtlicher Entwicklungen als "unhaltbar", in: Norbert Horn u.a.(Hrsg.), Europäische Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmuth Coing zum 70.Geburstag, Bd.1, 1982, S.225ff.)の全訳である。

紹介者は、二〇〇〇年八月のドイツ滞在中にナウケ教授が住むフランクフルト・アム・マインを訪問し、ナウケ教授から刑法旧二条とワイマール帝国憲法一一六条における

罪刑法定主義の学説史的関係に関して意見を伺う機会を得ることができた。ヴァン・デル・ルツベ法による遡及的な加重処罰が刑法旧二条に違反することは明らかであるが、それが帝国憲法一一六条と矛盾するといえるかどうかは異論があり、またワイマールの憲法制定国民議会が帝国憲法一一六条と刑法旧二条が内容的に同一のものであると主観的に見做しているようにも、その客観的な規範的意味はそれだけでは明らかにされるとはいえない。従って、一九三三年の国会議事堂放火事件に対するヴァン・デル・ルツベ法の遡及適用が、国家社会主義の刑法思想の具体的適用事例であったとしても、それは刑法史における突然の事件として語られるものではなく、少なくともワイマール帝国憲法一一六条の制定過程のなかに刑罰法規の遡及の理論的契機が隠されていたのではないだろうか。このような疑問を拙いドイツ語で話す私に対して、ナウケ教授は本稿を読むことを薦めてくれた。

ナウケ教授が、本稿において国家社会主義による刑罰法規の遡及禁止原則の否定の理論史的系譜について論じていたことは既に周知のところであったが、紹介者が刑法史研究の対象と方法に関するナウケ教授の問題意識を十分に理解しきれていなかったために、またその内容がドイツの通

説的理解と内容的に大きく異なるものであったために、本稿の内容とその理論的意義の正確な把握は検討課題として先送りされたままであった。今回読み直して、ドイツ刑法史上の実体面および手続面に渡る遡及刑事立法の状況を知ることができた。とりわけ、プフントナー¹¹ノイベルトがヴァン・デル・ルツベ法を政治的な例外状態によつて正当化しながらも、その後の遡及刑罰法規をそれ以前の刑法草案に対応するものとして、または合目的に獲得されたものとして説明し、またライプツィヒ刑法注釈書が一八八一年のオーストリア・ハンガリー関税法に対する違反行為の処罰に関する法律を一九三三年以降の遡及刑罰法規を許容する根拠として挙げていたとの指摘は、第三帝国における遡及禁止原則違反の野蛮さを相対化することなく、その理論的系譜をドイツ帝国やワイマール共和国にまで遡つて解明すべき必要性を痛感させるものである。それは、ドイツ帝国やワイマール期の刑法思想と国家社会主義のそれとの「連続性」の問題として受け止めなければならない。

なお、原文には各章の表題はなく、紹介者がその内容に照らして便宜的に付したものであることをお断りしておく。

