

ヴァンヤ・アンドレアス・ヴェルケ

国家による犯罪に有利な遡及禁止？

本田 稔

Wanja Andreas Welke, Rückwirkungsverbot zugunsten staatlicher Kriminalität?, in Kritische Justiz, Jahrgang 28 Heft 3, 1995, S.369ff.

目次

- 一 はじめに
- 二 「法律なければ刑罰なし」の原理の根源としての啓蒙
- 三 今日の時点における遡及禁止
- 四 遡及禁止の意味と目的
 - (1) 責任原理
 - (2) 心理強制説からの演繹
 - (3) 法的安定性の思想
 - (4) 遡及禁止の意味と目的としての権力者の制限
- 五 遡及禁止と正義
- 六 「法律なければ刑罰なし」の原理による保護を権力者の要求から剥奪すること
- 七 権力者の処罰の可能性
- 八 国家権力の限界としての「自然法」
- 九 研究の結論
- 十 憲法変更
- 紹介者のあとがき

国家による犯罪に有利な遡及禁止？

一 はじめに

政治的な権力行使は特殊的な刑法的優越性を有するのか、政治的な権力行使は刑法によって特権化されるのか、という問題の一部をなす遯及禁止が研究の対象である。ドイツにおいても同様に、裁判所の前で自己の国家指導の責任をとらなければならぬ政治的権力者の処罰に反対する者は、何よりもまず憲法に根拠を持つ遯及禁止を支持する。遯及禁止は無視されてはならない。何故ならば、刑法施行法三一五条一項は、刑法二条一項が東独で行われた行為に適用されると規定しているからである。¹⁾

以下において、遯及禁止が政治的に責任ある者の処罰に対立するかどうか、明らかにされるであろう。処罰とそれに結びつけられた遯及禁止の不適用は、法治国家の諸原則を蔑ろにする正義という理由から根拠づけられる必要はまったくない。刑事司法の法治国家性は、それに固有の諸原理に背を向けることなく、刑事司法がかかる挑戦をいかに全うしうるのかという点において明らかにされねばならない。

(一) これにこしげ、Anelung, Knut, Jus 1993, S.637f.

二 「法律なければ刑罰なし」の原理の根源としての

啓蒙

啓蒙の時代は、「法律なければ刑罰なし」の原則の根源である。²⁾ 国家の根拠づけは、支配者と諸個人との、つまり前国家的状態においては自由で平等で主権を持つ諸個人との(仮定的な)契約締結によって行われる。³⁾ 諸個人は、彼等の自然の自由の一部分を放棄し、支配者に服従し、そして違反があつた場合に刑罰を受ける義務を負う。逆に諸個人が彼等の「服従義務」を履行する限り、支配者には彼等を保護する義務がある。

理性に合致した福祉、つまり自由と生命の保護を要求する人間が、国家の起源、国家の目的、国家の限界として理解される。⁴⁾ 諸個人には、国家に服従する義務がある。そしてその結果として、刑法は先験的(自然法的)な当為規定から解放される。諸個人は、既存の法律にのみ服従しなければならず、国家が一定の態度を推奨した場合には、個人はその意思を国家に従属させる義務があるが、それ以外の点では自由である。支配者ではなく、諸個人のために国家は根拠づけられる。その場合の国家の基礎と正当性は、社会契約である。⁵⁾

絶対的で恣意的な権力と同様に、法律なき政府は、生まれな

国家による犯罪に有利な遡及禁止？

がらにして不可侵の権利を持つ人間が国家に優越するという社会契約と調和することができない。⁽⁶⁾

法治国家の理念は、市民的自由の保証人として成立する⁽⁷⁾。自由とは、法律が許容し、禁止していない全てのことをなす権利である⁽⁸⁾。モンテスキューが定式化しているように、法律は、危険だと感じられている国家権力に対立する個人に「各人が自己の安全について持つ確信から生ずる精神の静穏」(cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté)をあた⁽⁹⁾す。遡及禁止の思想を形成するのは、特にこの心理的要素、つまり認識不可能な国家的制裁からの行為者の安全性、可罰性の予見可能性である⁽¹⁰⁾。客観的な観点は、国家の法律への拘束が恣意を阻止するために行われるということ⁽¹¹⁾を悟らせる。「国家が刑罰法規を変更することによって、それまで保持していた以上に遡及的に多くの法を手に入れるなら、既存の法律のなかにある自由保護は幻想と化してしまうであろう⁽¹²⁾」。国家が服従を求める権利を手にするのは、国家が法を安定化する場合だけであり、それに対して市民は、彼の行為が将来的に法律によって禁止されない限り、内在的な自然の自由に基づいて行為をなすにあたり拘束されることはない⁽¹³⁾。従って、国家は裁判官ほど個人の自由に対して危険である

とは考えられてはおらず、市民が保護されるべきなのは裁判官の恣意からであった。これこそ、モンテスキューが彼の著書『法の精神』のなかで権力分立を展開する際に基本に据えた思想であった⁽¹⁴⁾。

- (2) これについて Kery, Volker, Keine Strafre ohne Gesetz, Berlin, Ner York 1983, Rdnr. 13; Sax, Walter, in: Betermann, Karl August / Nipperdey, Hans Carl / Scheuner, Ulrich, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, 3. Band, 2. Halbband, Berlin 1959, S.992.
- (3) 国家契約に關しては次のものを見よ。Schreiber, Hans-Ludwig, Gesetz und Richter, Frankfurt / Main 1976, S.35 f. 44-45; Schökel, Gerhard, Die Entwicklung der strafrechtlichen Rückwirkungsverbots bis zur französischen Revolution, Göttingen 1968, S.69ff.
- (4) Ebenda.
- (5) Schreiber, Hans-Ludwig, Gesetz und Richter (前注3), S.40.
- (6) Schreiber, Hans-Ludwig, Gesetz und Richter (前注3), S.37.
- (7) Kery, Volker, Keine Strafre ohne Gesetz (前注3), Rdnr.13. ハンノスへの法治国家の理念に關しては Schreiber, Hans-Ludwig, Gesetz und Richter (前掲注3), S.39.
- (8) Schreiber, Hans-Ludwig, Gesetz und Richter (前掲注3),

- (9) これに同じは、Schöckel, Gerhard, Entwicklung (前注¹⁰), S.66.
- (10) これに同じは、Schöckel, Gerhard, Entwicklung (前注¹⁰), S.66f. および Kery, Volker, Keine Strafe (前注¹⁰), Rdrr.53. を見よ。モントラスキューは遡及禁止を要求して、なごと記されているが、しかし彼の法思想の帰結にはそれがあつた。なお、これに同じは、Kery, Volker, Keine Strafe (前注¹⁰), Rdrr.53. および Schreiber, Hans-Ludwig, Gesetz und Richter (前注¹⁰), S.57.
- (11) ロックに言及するものは、Schreiber, Hans-Ludwig, Gesetz und Richter (前注¹⁰), S.57.
- (12) Schreiber, Hans-Ludwig, Gesetz und Richter (前注¹⁰), S.60.
- (13) Schöckel, Gerhard, Entwicklung (前注¹⁰), S.70f.
- (14) Kery, Volker, Keine Strafe (前注¹⁰), Rdrrn.13ff., 53ff.; Schreiber, Hans-Ludwig, Gesetz und Richter (前注¹⁰), S.54 f. を見よ。

三 今日の時点における遡及禁止

ドイツ連邦共和国では、遡及禁止は憲法上、基本法一〇三条二項に根拠を持っている⁽¹⁵⁾。国際法と国際協定においては、戦後、厳格な遡及禁止を貫徹することはできなかった。そこでは英米

法が大きな影響力を持っていた。コモン・ローでは、裁判官は伝統的な法から判決を創出する。つまり法と法律の厳格な区別は存在しないのである⁽¹⁶⁾。国際法では、遡及禁止違反を避けるためには、行為がその実行の時点で普遍的に承認された諸原則に基づけば可罰的なものであったことで足りる⁽¹⁷⁾。その場合、国家高権に関する変更された理解とならんで、必要性が国家共同体の平和と安全を刑法を手段に安定化させる役割を果たす。しかも、特に二〇世紀における国家権力の濫用の経験は、制限された遡及禁止に帰着した。人権条約は国家を信用してはならず、人権を事実上自由自在に扱う国家の権能を制限された遡及禁止によって制約している⁽¹⁸⁾。人権と基本的自由の保護に関するヨーロッパ協定七条⁽¹⁹⁾に対しても、その二項に「ニュルンベルク条項」が挿入された。それによれば、実行の時点で文明化された諸民族によって普遍的に承認されている法的根拠に基づけば可罰的である作為または不作為を有責に行つた者を有罪にし、または処罰することは、妨げられてはならない⁽²⁰⁾。市民的及び政治的権利に関する国際規約一五条二項にも、そのような補足条項がある。

(15) 第三帝国における犯罪に関していえば、「人道に対する犯罪」

国家による犯罪に有利な遡及禁止？

の場合に遡及処罰を許容した管理委員会法第一〇号は、基本法の施行に伴って効力を失った。

- (16) したがって、イギリス人とアメリカ人は管理委員会法第一〇号の遡及については問題なえ抱かなかった。Kiesselbach, Wilhelm, MDR 1947, S.24; Gravson, R.H., MDR 1947, S.278f. や同¹⁴。また同じく閣下¹⁵ Baumann, Jürgen, NJW 1964, S.1398, 1404. 同¹⁶ Wimmer, August, SJZ 1947, Sp.123, 125.

- (17) Triffler, Otto, Was kann das Völkerstrafrecht zur Bewältigung der Regierungskriminalität in der DDR beitragen?, S.133ff.; in: Lampe, Ernst-Joachim (Hg.), Deutsche Wiedervereinigung, Band II, Die Verfolgung und Regierungskriminalität nach der Wiedervereinigung, Köln, Berlin, Bonn, München 1993, S.131, 145f. 同¹⁷ 147; Lüderssen, Klaus, Der Staat geht unter - das Unrecht bleibt?, Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR, Frankfurt/Main 1992, S.117. や同¹⁸.

- (18) Triffler, Otto, in: Lampe (前注17), S.131, 157.

- (19) Ameling, Knut, Jus 1993, S.637, 642.

- (20) 一九五〇年一月四日の人権と基本的自由の保護に関するヨーロッパ協定 (EGBL, 1952 II S.686).

- (21) つれに關しては、次のものを見よ。Maunz, Theodor / Dürig, Günter/Schmidt-Almann, Eberhard, GG-Kommentar, München 1992, Lieferung 1-30, Rdnr.250 zu Art.103 II GG; Kery, Volker, Keine Strafe (前注19), Rdnrn.100ff. 連邦共

和国は、ヨーロッパ人権規約六四条による批准に際して、七条二項が基本法一〇三条二項の限界内でのみ適用されると留保した。しかし規約は最小限の権利を保障し、基本法一〇三条二項はそれよりも厳格なので、この留保は不要であった。そのことを指摘するものとして、Jeschek, Hans-Heinrich, NJW 1994, S.783, 785. 同¹⁹ Kery, Volker, Keine Strafe (前注19), Rdnr.105.

四 遡及禁止の意味と目的

遡及禁止の目的は、「刑罰なし」の原理の起源を手がかりにして確認できる。遡及禁止が政治的権力者の処罰に対立するのかどうか、それによって彼等は特権を与えられるのかどうかという問題は、それに立脚して解明できる。

(1) 責任原理

遡及禁止はその根源を責任原理のなかに持っているとして一部では主張されている。その場合示されるのは、遡及禁止は責任なき刑罰を阻止するということである。つまり、行為者が意識的な、あるいは非難されうる無意識的な誤断に基づいて刑罰構成要件の特殊な不法を実現した場合、刑法的強制は基本法にある個人の自由権にのみ対応しなければならぬといわれている。⁽²⁰⁾ 責任原理の主張者の主要な根拠⁽²¹⁾の論点は、基本法一条一項

料

資

の人間の尊厳である。何故ならば、責任だけが刑罰の基礎たりうるからである。²³つまり、ある人が行為時にはまだ妥当していない法律に違反した場合、その人は法的責任を負うことができないうえに、適及的な刑罰法規は不正なのである。²⁴それゆえ基本法一〇三条二項は、刑法上の責任原則の詳細化であると同時に、実体刑法に影響を与える基本法一条一項の具体化にはほかならないのである。²⁵しかし、適及禁止を人間の尊厳へ還元することは納得のいくものではない。責任非難の結接点は、刑罰法規ではなく当該行為の禁止でしかない。²⁶禁止されている事柄が刑罰威嚇をも具備していることを、行為者が知っていたかまたは知りえたことは、責任非難の要件ではないのである。²⁷立法者は、この観点を刑法一七条によって確認した。責任原理から適及禁止を根拠づけることは、適及禁止を脆弱なものにしてしまうであろう。つまり、行為がすでにその実行に際して不法でありさえすれば、刑罰法規の適及に対する疑念は生じないことになり、²⁸責任原理による適及禁止の根拠づけは、すでに行われた規範違反が耐え忍ばねばならない限りでのみ適及禁止は承認されうるといふビンディングの命題に再び回帰することになるであろうし、²⁹刑罰法規において可罰性をあらかじめ確定する必要性は、よけいなものとなる。適及禁止の本質は、啓

蒙以来、可罰性は法律から明らかにされるといふ点にある。³⁰それゆえに、適及禁止は人間の尊厳の派生物としての責任原理からは根拠づけられはしない。

(2) 心理強制説からの演繹

フォイエエルバハからすれば、刑法上の適及禁止は刑法の一般予防機能に帰する。³¹フォイエエルバハは、潜在的な行為者に心理的強制を行使することによって法益を保護することに刑法の任務を見出した。³²つまり犯罪に向かう刺激には、害悪としての刑罰を予見することによって反対動機がもたらされるべきであり、³³諸個人の期待された決意は、すでに類型化された諸規範に由来しうるだけであり、行為者は彼の行為が可罰的であると宣言されていることをあらかじめ知らなければならない。従って、適及的な法律は、行為者を規範適合的に行動するよう動機づけることができる。つまり、法律の意味は行為者が行為を行う前に彼にその行為を思い止まらせることにあるのである。心理強制説は適及を禁止し、ゆえに基本法一〇三条一項の支柱になるものである。だがそれを根拠づけることはできないし、³⁴さらにいえば、「刑罰なし」の原則をそれ以外の非常に議論の余地のある諸学説に依存させることは危険であると思われる。刑法上の適及禁止が憲法上の命題でもあることに注意しなければ

国家による犯罪に有利な遡及禁止？

ばならない。従つてその命題は、刑法のみならず憲法によつても根拠づけられねばならない。

(3) 法的安定性の思想

法的安定性の思想は、遡及禁止の根拠づけとして最も頻繁にあげられる。論じられているようにそれは、ある事案を確定的な形態で整理しようとする諸規則は、市民の法的地位を劣悪化する方法で事後的に変更されてはならないことからの帰結であり、法的安定性は、法治国家原理の本質的要素を表現するものであり、国家の諸決定の予見可能性を安定的なものにするといわれている³⁸。法的安定性を考慮するならば、立法者が具体的な事例に対して恣意的でアド・ホックな決定を行う危険から市民は保護されるべきである³⁹。そのような決定は、非常に軽率に刺激によつて個別事例を越えて命ぜられうるもので、それは後になつて慎重に判断すれば過度に過酷であることが分かる。従つてこの意味における遡及禁止は、正義を擁護するものといふことになり、法的安定性は、責任原理に関する議論の場合と同様に、遡及禁止の十分な根拠づけを提供できない。遡及禁止が、個々の行為者を不意の処罰から保護すること（だけ）を意味するのはよくない⁴⁰。「法律なければ刑罰なし」の原則は、行為を可罰的であるとは評価しなかつた行為者を、いやそれどころか

違法であるとする評価しなかつた行為者を、またその行為を不処罰と見做した行為時の支配的な解釈や当局の実務を信頼した行為者を、刑罰によつて不意打ちすることを禁止するものではない⁴¹。それゆゑ、可罰性の意識は重要ではないのである。それにもかかわらず遡及禁止のひとつの根拠づけが法的安定性の議論のなかにあることは、今なお示されねばならないであろう。しかし、権力分立の思想もまた遡及禁止を根拠づけることはできない。遡及禁止は、論じられているように、権力分立の思想においては司法領域への干渉を阻止するものである⁴²。さもなければ、遡及的な法律は完結した事態に常に手を伸ばすであらうし、ひいては常に司法の大権に対する侵害になつてしまふであらう。逆にいえば、国家権力の担い手としての国民代表機関だけが、行為と行為者に関して無価値判断を下し、この判断を実定化する正当性を独占してしまふ⁴³。それによれば遡及禁止は個別法規に向けられるものであり、したがつて権力分立の一現象である⁴⁴。やはり権力分立は、様々な諸権力相互の関係に関して——つまり、国家における諸権力の分立に関して——若干のことを証言するにすぎない⁴⁵。

(4) 遡及禁止の意味と目的としての権力者の制限
遡及禁止の意味と目的は、遡及禁止の展開と機能から明らか

料にされねばならない。その場合、遡及禁止の根源は、すでに述べたように啓蒙時代にある。遡及禁止は、国家権力の拘束と制限の一部分をなす——それは、絶対主義時代（だけではないが）における刑罰法規の非拘束性と刑事実務の恣意性に対する反動である⁽¹⁴⁾。つまり、もともと裁判官の恣意に対して向けられる

「法律なければ刑罰なし」の命題は、立法者の権力を自由のために制限するものと認識されてきた⁽¹⁷⁾。国家は個人の自由を違法に制限するような場合、遡及的な刑罰規定によってその権能を拡張し、社会契約に反して行動する⁽¹⁸⁾。遡及禁止は、人間を隷属させる法に対する最も重要な防壁のひとつである。「法律なければ刑罰なし」の原則は、国家の刑事司法を理性的な限界に押し止め、権力者が掌握する著しい効果を持つ忍従手段としての法を赤裸々な抑圧手段に転換させる危険を防止する可能性を提示する⁽¹⁹⁾。リストは遡及禁止を、「国家の全能に対する公民の防禦」であり、「この原則ゆえに、刑法典は刑事政策の越えられない限界である⁽²¹⁾」と呼んでいる。その原理の関心事は、無制限に全てを表現し、考えられる刑事政策上の要罰性を追求しうる国家刑罰権から市民を保護することにある⁽²²⁾。立法者の恣意からの保護は、その場合、遡及禁止の客観的で法的な構成要素である。国家権力の客観的な限界づけは、主観的側面においては、

法的安定性に対する市民の信頼に、つまりモンテスキューが述べている「精神の静穏」(tranquillité d'esprit) に対応している⁽²³⁾。いずれにせよ遡及禁止においては、行為評価の事前の認識が第一に重要なのではなく、国家刑罰権の客観的で内在的な限界づけが重要なのである⁽²⁴⁾。

(22) じれごごごごご Sax, Walter, in: Bettermann, Karl August / Nipperdey, Hans Carl / Scheuner, Ulrich (編註), Grundrechte, S.998f.

(23) Ebenda: じれごごごごごはまた、BVerfGE 25, S.269, 285.

(24) それを叙述するものごごご Schreiber, Gesetz und Richter (編註), S.209.

(25) Sax, Walter, in: Bettermann, Karl August / Nipperdey, Hans Carl / Scheuner, Ulrich (前註), Grundrechte, S.999.

(26) じれごごごごご Grünwald, Gerald, ZStW 76, S.1, 11; Kery, Volker, Keine Strafe (編註), RdM.128; Jeschek, Hans-Henrich, Lebnuch des Strafrecht, AT, (Autl.), Berlin 1988, §.151V Nr. 1; Schinemann, Bernd, Nulla poena sine lege?: Rechtsstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht, Berlin 1978, S.15.

(27) Grünwald, Gerald, ZStW 76, S.1, 172.

(28) Ebenda. それ以上の考察にじれごごごごごのものをみよ。

Schreiber, Hans-Ludwig, ZStW 80, S.348, 360.

(82) Binding, Karl, Handbuch der Strafrechts, I. Band, Aalen 1991 (Neudruck der Ausgabe Leipzig 1885), S.25ff.

(82) Schreiber, Hans-Ludwig, ZStW 80, S.348, 360. 参考46°

(82) Kery, Volker, Keine Strafe (徂刑否), Rdnr.127; Schünemann, Bernd, Nulla poena (徂刑否), S.1, 26; ders., Strafrechtliche Verantwortlichkeit für die DDR-Spione gegen die Bundesrepublik Deutschland nach der Wiedervereinigung, in: Lampe (徂刑否), S.186. Schöne, Adolf / Schröder, Horst-Eser, Strafgesetzbuch, (24.Aufl.), München 1991, Rdnr.1 zu § 2 StGB, 参考46°

(82) Feuerbach, Paul Johann Anselm von, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, Aalen 1986, (Neudruck der 14.Aufl., Gießen 1847), § 12; ders., Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil I, Aalen 1966, (Neudruck der Ausgabe Erfurt 1799), S.44f.

(82) Feuerbach, Paul Johann Anselm von, Lehrbuch (徂刑否), § 13, ders., Revision I (徂刑否), S.45f. Grünwald, Gerald, ZStW 76, S.1, 10; Binding, Karl, Handbuch (徂刑否), S.20. 参考46°

(84) 刑罰論 46° のようにしては 46° Baumann, Jürgen, Der Aufstand des schlechten Gewissens, Bielefeld 1965, S.12. 参考 Grünwald, Gerald, ZStW 76, S.1, 10. 参考 徂刑否 46° 理強制説が放棄されたことよび たが根拠としてののみ検証しては

国家による犯罪に有利な適及禁止？

参考1746°

(85) 刑法改正の詔勅に關しして 次の方を参考46° BVerfGE 13, S.261, 271; 18, S.429, 439. 刑法改正の詔勅の類文禁止に關しして BVerfGE, 25, S.285, 295; 37, S.201, 207; 81, S.132, 135; Krey, Volker, Keine Strafe (徂刑否), Rdnr. 126. auch Maunz / Dürig / Schmidt-Altmann E., GG (徂刑否), Rdnr. 236 zu Art. 103 II; Jeschek, Hans-Heinrich, Lehrbuch (徂刑否), § 15W Nr.1; Polakiewicz, Jörg, EuGRZ 1992, S.177, 188; Lüderssen, Klaus, Staat geht unter (徂刑否), S. 31; Schünemann, Bernd, Nulla poena (徂刑否), S.16.

(85) Schmidt-Altmann, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hg.), Handbuch des Staatsrechts Band I, Grundlagen von Staat und Verfassung, Heidelberg 1987, § 24 Rdnr.81; 参考 46° 参考 46° のようにして Schreiber, Hans-Ludwig, Gesetz und Richter (徂刑否), S.213f.

(85) Systematischer Kommentar zum StGB, (Hg. Rudolphi, Hans-Joachim / Horn, Eckard / Samson, Erich) Rudolphi, Hans-Joachim, Band I, AT, (6.Aufl.), 22. Lieferung (Sep. 1993), Neuwied, Kriftel, Berlin, Rdnr.7 zu § 1 StGB.

(85) Grünwald, Gerald, ZStW 76, S.1, 14 参考46° 17; Jeschek, Hans-Heinrich, Lehrbuch (徂刑否), § 15W Nr.1; Pieroth, Bodo, VVDStRL 51, S.102; Trödlle, Herbert, Rückwirkungsverbot bei Rechtsprechungswandel?, in: FS für Eduard Dreher, (Hg. Jeschek, Hans-Heinrich / Lüttger, Hans), Berlin, New York 1977, S.117, 134; Schorroeder, Friedrich-

国家による犯罪に有利な遡及禁止？

(52) Krey, Volker, Keine Strafe (前注51), Rdhr.137.

(53) Schreiber, Hans-Ludwig, JZ 1973, S.713, 715; Pienoth, Bodo, VVDStRL 51, S.102; Schünemann, Bernd, Nulla poena (前注26), S.16.

(54) Schreiber, Hans-Ludwig, ZStW 80, S.348, 363; ders., Gesetz und Richter (前注50), S.211 u. 219. この検証は、遡及禁止が法的安定性と責任原理の思想に根差しているという連邦憲法裁判所によって与えられた根拠づけに異論を唱え、連邦憲法裁判所の刑法学者達もまた全く的はずれではないことの本然性を証明してゐる。

五 遡及禁止と正義

形式的法治国家から実質的法治国家への、つまり市民的・自由主義的な法治国家概念の価値中立性を拒否し、もはやその課題をたんに国家権力を限界づける任務としては捉えずに、国家的行為の保障を安定化させる実質的法治国家への展開過程において、法治国家原理の形式的内容とならんで(それと同時に、遡及禁止ともならんで)正義の要求が出される。遡及禁止は、もはや無制限に妥当しない。

その原則違反の例としては、立法者によって二度に渡って調整された刑法上の時効期間の遡及的延長、連邦通常裁判所大法

廷によって取り入れられた二名の強盗の性質決定についての遡及的な補充⁽⁵⁷⁾または遡及的な判決の問題をめぐる比較的長く続いた議論⁽⁵⁸⁾がある。その場合、基本法一〇三条二項の法文に関していえば、判例は、柔軟性の要求と刑法一七条による市民の十分な保護を理由に遡及禁止の支配を受けない⁽⁵⁹⁾。また処分⁽⁶⁰⁾と刑事手続法上の規定⁽⁶¹⁾にも遡及禁止は妥当しない。それゆえ遡及禁止は、基本法一〇三条二項が示唆しているように、刑法上の領域においてさえ相当前から安定化されてはいいないのである。つまりその原理の事実上の妥当性は、必要ならば内容的に破棄されるが、他方でそれは形式的に、すなわちその保障機能を形骸化されたまま維持される。法律上の記録文書は言及されなまま残されてはいるが、それにもかかわらずその保護機能は奪い去られる⁽⁶²⁾。遡及禁止は、それが正義の理念や「政治的必要性」と衝突しようとも、絶えず擁護されねばならぬ⁽⁶³⁾。

正義を耐え難い方法で傷つけるよりも、形式的諸原理をなおざりにするほうが例外的事例の場合には耐えられることが、正義と遡及禁止の両原理の比較衡量から明らかにされるなら、遡及禁止よりも正義を優先させるべきである⁽⁶⁴⁾。その場合、行為が特に数多く重大でまたは危険であるか、さもなければ行為が刑事政策的根拠、例えば犯罪の予測不可能な展開を確認するための

資料

手段になる場合には、正義が優先されるべきである。⁽⁶⁵⁾つまり、
 遡及禁止による保護の不法国家の権力者からの剥奪が、正義を
 理由に行われるのどうかが問題なのである。それにもかかわら
 ず、法治国家の憲法規範としての遡及禁止を法感情によって蹂
 躪することは拒否されるべきである。⁽⁶⁶⁾何故ならば、遡及する法
 律は国家の権能を拡張するからである。⁽⁶⁷⁾立法者から市民を保護
 する原理を無効にする権能が立法者にあるならば、遡及禁止の
 意味に反することになる。合理的な遡及禁止に例外をつくる
 ことを立法者が合目的であると思うならば、彼はそれを選択
 するであろう。つまり、遡及は必要に応じて行われてしまう。⁽⁶⁸⁾
 そうであるならば、効果的な犯罪予防は遡及禁止を無効にしう
 るであろう。⁽⁶⁹⁾遡及禁止が尊重されるかどうかを決定するのは、
 その時々々の体制の風潮である。従って、遡及禁止はその時々々の
 体制の不幸な運命を共有する。⁽⁷⁰⁾しかしながら、「刑罰なし」の
 原理は、合目的で法政策的に意味があるだけではない。その
 原理は、合法性の構成要素と並んで、締結された国家契約の構
 成要素としてその時々々の政治体制に限界を設定する。さもなく
 ば、合目的性の比較衡量によって遡及禁止の網の目をくぐり抜
 けるための突破口が国家にもたらされる危険が生ずるのである。
 比較衡量はまた可能でさえない。憲法は、基本法一〇三条二項

によって、遡及禁止と実質的正義との二者択一を立法者から奪
 い去ったのである。⁽⁷¹⁾確かに遡及禁止の厳格な適用は正義と合目
 的に手痛い損失をもたらすが、この代償は報われうる。⁽⁷²⁾遡及
 禁止は、崩壊した不法国家体制を評価する際にも国家によって
 絶対に配慮されねばならない。権力者の手中で法を歪曲させな
 いたための「刑罰なし」の原則の網の目を正義を理由にくぐり抜
 けることは、望ましいことではない。

(55) つれに関し¹⁴ HbdStR-Schmidt-Abmann E. (前注39),
 § 24, Rdrr. I: Benda, Ernst, Verjährung und Rechtsstaat,
 Berlin 1965, S. 9, 10 u. 13 ¹⁴ Wimmer, August, SJZ
 1947, Sp. 123, 128.

(56) 一九六五年四月一三日刑法上の時効期間の算定に関する法律
 (BGBl. I S. 315) 並びに一九六九年八月四日第九次刑法変更
 法第三條(BGBl. I S. 1065) を見よ。

(57) BGHSt 26, 167ff.

(58) つれに関し¹⁵ Schünemann, Bernd, Nulla poena (前注29),
 S. 6. また¹⁶ Naucke, Wolfgang, Zum Gesetzlichkeitsprinzip
 und seine Einbrüchen, in: KritV 1990, S. 244, 252f.

(59) Maunz / Dürig-Schmidt / AbmannE, GG (前注28),
 Rdrr. 240 zu Art. 103 II GG; SK-Rudolph, Hans-Joachim,
 (前注37), Rdrr. 8 zu § 1 StGB; Schünemann, Bernd, in:
 FS Bruns (前注34), S. 223, 234; a. A. Polakiewicz,

国家による犯罪に有利な適及禁止？

- Jörg EuGRZ 1992, S.177, 188. 罰則優待の禁止
 Schönke / Schröder-Eser, StGB (注社), Rdnr.8 zu § 2 StGB.
- (9) 国家に關しては Krey, Volker, Keine Strafe (注社), Rdnr.11ff.
- (10) BVerfGE 1, S.418, 423; 25, S.269, 268f.; BVerfGE in: NJW 1992, S.223; Schönke / Schröder-Eser, StGB (注社), Rdnr.6 zu § 2 StGB; SK-Rudolph, Hans-Joachim, (注社), Rdnr.10 zu § 1 StGB; Jeschek, Hans-Heinrich, Lehrbuch (注社), § 15 IV Nr.4; Maunz / Dürig-Schmidt-Almann E., GG (注社), Rdnr.245 zu Art.103 II GG; 憲法に關しては Schinemann, Bernd, Nulla poena (注社), S.25f.; Baumann, Jürgen, Aufstand (注社), S.14f. 参考 Arndt, Adolf, JZ 1965, S.144, 148. 参考
- (11) Mangakis, Georgios-Alexandros, ZStW 81, S.997, 999.
- (12) Naucke, Wolfgang, (前注), S.225, 239, 以下に關して 国家社会主義者と適及禁止との關係が想起されるべきである。その原理は、確かに原則的に維持されるべきであるが、しかしその原理が権力者によって目的的に見える限り、「つまり刑法二条による処罰が望ましい限り（刑罰なければ犯罪なし）」適及を伴う刑罰法規は確保されたのである。適及禁止の最初の突破は、一九三三年三月二十九日のいわゆる「ヴァン・デル・ルッペ法」であり、それによって放火罪に対する死刑が適及的に導入された。それ以外の適及法規に關しては、次のものを見

- 46。 Krey, Volker, Keine Strafe (注社), Rdnr. 29; Schmidhäuser, Eberhard, Lehrbuch des Strafrechts, AT, (4.Aufl.), Berlin 1988, S.59. 以下に於て註釋に於ては Naucke, Wolfgang, Mißachtung (注社), S.225, 227ff.
- (13) 以下に於て註釋に於ては Benda, Ernst, Verjährung (注社), S.10f. 参考 13; Feiler, Winfried, VVDStRL 51, S.147; Radbruch, Gustav, SJZ 1946; Sp. 104, 107. 参考
- (14) Wimmer, August, SJZ 1947, Sp. 123, 128.
- (15) 以下に於ては Pieroth, Bodo, VVDStRL 51, S.104 参考 168.
- (16) 以下に於ては Benda, Ernst, Verjährung (注社), S.22.
- (17) Naucke, Wolfgang, Mißachtung (注社), S.225, 236.
- (18) Naucke, Wolfgang, Mißachtung (注社), S.225, 239.
- (19) Naucke, Wolfgang, Mißachtung (注社), S.225, 244.
- (20) Schreiber, Hans-Ludwig, ZStW 80, S.348, 367. 以下に於ては Schinemann, Bernd, Nulla poena (前注), S.26. 以下に於ては 不確定な正義概念に關しては 次の 参考 参考。 Rütters, Bernd, Das Ungerechte an der Gerechtigkeit - Defizite eines Begriffs, Osnabrück 1991, S.136ff.
- (21) 以下に於ては Schreiber, Hans-Ludwig, ZStW 80, S.348, 368.

六 「法律なければ刑罰なし」の原理による保護を権力者の要求から剥奪すること

遡及禁止には絶対的な妥当地位が要求されなければならないとしても、遡及禁止が市民を国家から保護するものであるとしても、遡及禁止がその目的論によって限界づけられうるかどうか、国家の担い手もまた脇役達と共に遡及禁止の適用領域に入るかどうかは、依然として明らかではない。

「国家の担い手」としての権力者が左遷された後にその原理に依拠しうるのかどうか、それと同時に刑法上の特権を享受するのかどうか、今や遡及禁止の意味と目的から確定されねばならない。すでに示されたように、「刑罰なし」の原理の歴史から明らかにされるのは、遡及禁止は、国家すなわち当局の恣意から市民を保護するということである。それゆえ、被支配者を権力者から保護する手段を権力者がよりどころにするのを我慢することはできない。¹⁷⁾ 法律国家が権威的な立法者を制限しえなかったこと、つまり自由法 (*Legibus solutus*) の原理を自制しえなかったことは明らかである。その種の立法者は法律を制限として受け止めたが、同時に立法者自身の制限の限界を突破して決定する権力を安定化させた。つまり権力者は、その権

力を制限しないために法律を利用するのである。遡及禁止による保護を権力者に認めるなら、立法者の法形式上の犯罪行為の処罰から権力者を保護するという裏切りの結果になるであろうし、遡及禁止は政治的権力者の恣意から彼を保護することになるであろう。¹⁸⁾ したがって遡及禁止を盾にした反論は、「自分自身の捺印証書に反して行動することは許されない」 (*venire contra factum proprium*) の原則からも許されない。かつての政府行為や司法行為のために刑事訴追を覚悟しなければならぬ者は、今では遡及禁止を尊重せざるをえない国家に対立する市民の身分を有しているであろう、という反論が目下のところ若干の論者から出されている。この見解は、権力者が行為の時点で市民に対して国家の担い手として対立していたことを、つまり権力者が法服従者ではなく法服従者に対する「支配者」として振る舞っていたことを見落としている。¹⁹⁾ 国家が適法に行為することを要求するのは、ただ国家契約、つまり市民と権力者との協定に基づいている場合だけである。権力者は、後になつてこの契約から手を引くことはできないし、その契約を陳腐なものと考えすることもできない。「契約当事者」の各人は、この契約を遵守しなければならない。権力者はその発起人であるし、依然としてそうであるが、しかし法律の名宛人ではない。従つ

て権力者から市民への転換は、もはやありえない。遡及禁止のその目的論による限界づけは、遡及禁止が本来的には国家の専断的行為からの保護を行うがゆえに、国家の代表者はそれに頼ることはできないことを明らかにする。遡及禁止は、国家の代表者を処罰する場合には効力を喪失する。というよりむしろ、適切な対象領域の欠缺ゆえに、遡及禁止は最初から適用できないのである。⁽⁷⁶⁾

(73) じれにこごつてはまた、 Schünemann, Bernd, Diskussionsbericht in: Lampe (前注17), S.48; Laage, Clea, KJ 1989, S.409, 428; OGHSt 2, S.375, 380.

(74) 同じことを意味するものとして OGHSt 2, S.375, 380.

(75) じの異議を唱えてくるのは、 Liderssen, Klaus, Der Staat geht unter (前注17), S.67.

(76) じれにこごつてはまた、 Schünemann, Bernd, Diskussionsbericht in: Lampe (前注17), S.77, 81.

(77) また、 Schünemann, Bernd, Diskussionsbericht in: Lampe (前注17), S.47, 48.

(78) Schünemann, Bernd, Diskussionsbericht in: Lampe (前注17), S.77, 81. またこの検証を行っている。

七 権力者の処罰の可能性

したがって遡及禁止は、不法国家の代表者の遡及処罰の障害

にはならないが、政治的に有責な者がそもそも責任を問われるかどうかは依然として問題である。「立法者は専断的であり、憲法やその他の法律に引き入れられた障壁以外のなものにも拘束されない⁽⁷⁹⁾」。この判断の指針に基づけば、その主張者にあるのは、法定立権にはいかなる内在的限界もないという見解である。論じられているように、法の創出は、たとえそれが非人間的で基本的人権に反しようとも適法であり、したがって処罰もされないことになる。だからヤコブスは、第三帝国とDDRの法秩序は事実上生ける憲法として認められているとの見解を主張しているのである⁽⁸⁰⁾。それゆえ、遡及禁止を一時停止することなしに不法国家の責任者を処罰することは不可能であるという⁽⁸¹⁾。法実証主義の柔軟化された形態を主張するのは、不法国家の言質を取ろうとしているリューターセンである。彼は、ヤコブスとイゼンゼーとは対照的に、少なくとも不法国家が国内の立法手続において秩序適合的にその国家の諸規範を実定化したことを引き合いに出している⁽⁸²⁾。

最終的な効果の点では、この見解もまた、具体的な実定化が行われている限り、権力者の無制限の法定立権能を承認する結果に終わる。秩序、すなわち政治的責任者の法定立権能を制限する自然法領域には異論が差し挟まれている⁽⁸³⁾。そこでは、自然

資料

法思想は余りにも感情的であり、したがって錯覚に屈し、主観から分離されえず、そして正しさの偏狭な保障しか提供しなかったと論じられている⁽⁸⁵⁾。内容的に多種多様な自然法的評価を伴った数多くの自然法体系が存在することが指摘されている⁽⁸⁶⁾。また、法学的な実践不可能性と除去不可能なイデオロギイの嫌疑があることも指摘されている⁽⁸⁷⁾。従って、法治国家を成功に導く力強い実定法の航路からは、権力者の法定立権能は無制限に受け入れられ、自然法は障害として非難されてしまう。この思考過程の結果として、独裁者には、君主国家を創造し、事実上おまむ法律上の観点からそれに服従する人間を好き勝手に扱うためのフリーハンドが与えられるであろうし⁽⁸⁸⁾、独裁者は法概念に好き勝手な内容を盛り込むことができることになる⁽⁸⁹⁾。彼の権力が失われた後でも、処罰の可能性は遡及禁止があるために不可能であろう⁽⁹⁰⁾。

- (85) RGZ 118, S.325, 327; BGHSZ 5, S.76, 96.
- (86) 彼の見地に関して、次のものを参照。Jakobs, Günther, *Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch*, in: *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, (Hrsg. Isensee, Josef / Battis, Ulrich / Jakobs, Günther / Jesse, Eckhard), Berlin 1992, S.37ff. 同様に、*歴史と正義*の

- ① Isensee, Josef in: *VVDStRL 51* S.135ff. 44
頁 in: *Der deutsche Rechtsstaat vor seinem unrechts-
straflichen Ende*, in: *Vergangenheitsbewältigung durch
Recht*, (Hrsg. Isensee, Josef / Battis, Ulrich / Jakobs,
Günther / Jesse, Eckhard), Berlin 1992, S.91f.
- (18) Jakobs, Günther, *Vergangenheitsbewältigung* (前掲②), S.
37, 44. 同様に Pieroth, Bodo, *VVDStRL 51*, S.6 und
Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, (2.Aufl.), Wien 1960,
S.42.
- (20) 同様に、Jakobs, Günther, *Vergangenheitsbe-
wältigung* (前掲②), S.37, 48; Isensee, Josef, *VVDStRL 51*,
S.135f.
- (23) Liderssen, Klaus, *Der Staat geht unter* (前掲①), S.33,
64 und 70f., *DDRの不法に関して*, Pieroth, Bodo,
VVDStRL 51, S.98. 同様に、意味をなす同様に、*ドイツと
ナチス帝国に関する* Schünemann, Bernd, in: *FS Bruns* (前
掲②), S.223, 227.
- (25) Schünemann, Bernd, in: *FS Bruns* (前掲②), S.223, 226.
- (26) 同様に、Evers, Hans-Ulrich, *JZ*
1961, S.241, 245.
- (28) 同様に、Amelung, Knut, *Jus*
1993, S.637, 640; Kelsen, Hans, *Rechtslehre* (前掲②), S.442
・ 同様に、Rüthers, Bernd, *Das Ungerechte*
(前掲①), S.138ff.
- (28) Pieroth, Bodo, *VVDStRL 51* S.103. ヘルムホルツ・カ

ウフマンは、自然法の時代的被拘束性を指摘している。Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre - und was daraus geworden ist, in: FS für Sten Gagné zum 70. Geb. (Hrsg.: Michael Stolleis u.a.), Die Bedeutung der Wissenschaft, München 1991, S.105, 111.

(80) ヲレビゴロツダ Hruschka, Joachim, JZ 1992, S.665, 667. Ebenda: これはまたケルゼンのテーゼでもある。それによれば、法の意味内容に関して判定するのは、ただ政治だけである。

(81) Isensee, Josef, Rechtsstaat(前注80), S.91, 108; ders., VVDStRL 51, S.135f.; Jakobs, Günther, Vergangenheitsbewältigung (前注80), S.376, 53f.; ders, Strafrecht AT, (2. Aufl.), Berlin, New York 1991, S.121; Polakiewicz, Jörg, EuGRZ 1992, S.177, 190; Schünemann, Bernd, in: FS Brunns (前注42), 223, 226; Lüderssen, Klaus, Der Staat geht unter (前注17), S.116; Herdegen, Mathias, VVDStRL 51, S.140; Grünwald, Gerald, in Diskussionsbericht in: Lampe (前注17), S.47, 49f.

八 国家権力の限界としての「自然法」

管理委員会法第一〇号に基づいて(最初に)ナチス犯罪の問題に対して態度表明しなければならなかった戦後の判決は、第三帝国の経験に基づいて、政治的権力者の無制限な法定立権能を否定した⁽⁸¹⁾。それゆえ連邦通常裁判所は、正義を一度たりとも

追求せず、意識的に平等思想を拒否し、そして全ての文化的民族に共通する人間の人格が有する価値と尊厳に関する法確信を重大に侮辱した当局の指図はいかなる法も創造しえないであろうし、その指図に従った態度は依然として不法ではないことを明らかにした⁽⁸²⁾。「法とは何か、不法とは何かについて国家の勢力範囲に合うように決定する国家の自由は、非常に幅広く与えられているとはいえ、それは無制限ではない。普遍的な法確信に基づけば、いかなる法律によっても、またそれ以外の当局の措置によっても侵害されない法の核心領域が存在する。法の核心領域は、不可侵と見做された人間態度の確固たる諸原則を包含しており、その諸原則は、全ての文化民族において一致する倫理的基本観に基づいて時の流れ共に形成され、法的に拘束力あるものと一般に認められているもので、国家的な法秩序の個々の規定がその諸原則をないがしろにすることを許可して見ることができない⁽⁸³⁾」。このことは、条件付きで同意することができる。判例の状況は、自然法は客観的に定立されることによって有効になるのであって、法服従者の主観的な見解と承認によって有効になるのではないという趣旨に添って修正されねばならない⁽⁸⁴⁾。その後、連邦通常裁判所大法院は、實際上この客観的な根拠づけに方向転換した。自然法

上の命題は、法的な原秩序の輪郭を指し示しているし、実定的な法秩序が踏み越えてはならない最外延の限界がある程度は示している⁽⁹⁾。自然法の命題に向けられた曖昧であるとの非難は当たらない。確かに、普遍妥当的な自然法を内容的に厳密に具体化することには問題があると認めざるをえないが、それにもかかわらず無制限に個人に帰属する諸原則が存在するのである。平等原則の規定性と並んで具体的にそれに属するのは、人間の人格に基礎を持ちそこから派生させることができる根本的な基本権と自由権であり、結局のところ社会的共同生活の基本要素である⁽¹⁰⁾。それらは、国際協定からも獲得される。いくつか列挙するとすれば、例えば、生命、自由、安全に対する権利（アメリカ人権宣言三条および市民的及び政治的権利に関する国際規約六条、九条）、独立した裁判所の前で公開の裁判を受ける権利（アメリカ人権宣言一〇条および市民的及び政治的権利に関する国際規約一四条）、自分の国を離れる権利（アメリカ人権宣言一三条および市民的及び政治的権利に関する国際規約一二条二項）、あるいはまた財産の恣意的没収からの保護（アメリカ人権宣言一七条二項）⁽¹¹⁾があげられる。この解釈は、憲法によっても保護される。立法者は、基本法七九条三項があるため、基本法一条と二〇条を変更できない。これらは不可侵である。普

遍的で基本的な人権は、それが実定的な国内法に変型されていない場合でも、配慮されなければならない⁽¹²⁾。従って、DDRによって署名されたが、国内法に変型されなかった規約を判断基準として引き合いに出すことができるかどうかという問題をめぐる全体的な議論は、DDRが人権を侵害したかどうかという問題にとつて重要ではない⁽¹³⁾。それゆえ、法定立権力よりも先行して存在し、立法者を内在的に制約する諸規範の不動の核心要素があるのである⁽¹⁴⁾。あらゆる法を自由自在に使いこなせる権利が立法者に当然のこととして認められるなら、我々が法律によって政治的権力者から奪い取ろうとした原理の特権が、まさに政治権力者に承認されることになってしまう。制定法の形をした不法を公布する権力は、法律から解放された者 (*Legibus solutus*) の原理の現代的形態にはかならないのである⁽¹⁵⁾。こゝでもう一度、遡及禁止が明らかにされる。「刑罰なし」の原理を適用するなら、不法を定立することによって法律から解放されることを、そして処罰されることなく不法の定立を行うことを権力者に認めることになるであろう。国家が自由自在にできない法、国家がその妥当をそれ自身の立法によっても除去しえない法があるのである⁽¹⁶⁾。国家の行為に責任のある者の刑法的答責性は、制限されることなく肯定されねばならない。権力者の

国家による犯罪に有利な遡及禁止？

怠慢を評価し、制裁を加えることは、刑法の管轄権に属する⁽⁹⁰⁾。法治国家刑法は、「大規模に人間を政治の道具としてこき使った」⁽⁹¹⁾権力者に対して向けられる刑法でなければならぬ。政治の領袖は刑法的規則の創出によって自らには限界を設定もしなければ自己の責任も認めない、という現実の穴を埋めることができるのは刑法だけである⁽⁹²⁾。この機能によって、法治国家の一部分としての刑法は、被支配者の自由のために支配者に限界を設け、そして人命、自由、健康の犠牲のうえに成り立った破滅した政治と濫用された権力の責任をとらねばならない者の責任を追及する任務を果たす⁽⁹³⁾。遡及禁止が権力者とそれに依存していた者に対しても認められるなら、刑法のこの機能は撈手から攻撃されることになるであろう。非人間的な政治は「法的・道徳的な評価を免除される自由領域で行われるものではない」という意識を創出するために、刑法はその一部分を捧げなければならぬ⁽⁹⁴⁾。不法体制に対して、また法的服従者に対して示されなければならないことは、彼等の権力的身分の千年間の存続も、それに結び付けられた刑事責任の免責も、彼等の権力喪失後はもはや彼等を保護しないということ、つまり後続の秩序が刑事訴追できないという行為者の期待はずれるということである⁽⁹⁵⁾。遡及禁止という防衛手段が権力者の手中にあるならば、

このような追及は不可能であろう。だからこそ、権力の行使は刑法上のリスクを負うという結論が得られるのである⁽⁹⁶⁾。正義の風車はただ緩慢ではあるが回転するということは、全世界の独裁制⁽⁹⁷⁾を目の前にして、まさに地球規模で考察される大きな意義を有する。

(91) カウフマンはこの時代を「自然法のルネサンス」を呼んでい
る。 in: FS Gagne (前注60), S.105ff.

(92) BGHSt 2, S.173, 177; 2, S.234, 238f.; BGHSt 3, S.94, 106
/ 107; 国家機関における殺人に関して、 OGHSt 1, S.321,
324, 参照。 諸個人の尊厳と人間性に関しては、 OGHSt 2,
S.269, 271.

(93) BGHSt 2, S.234, 237. これについてはまた、最近の第一次
「壁の射手」訴訟における連邦通常裁判所の判決 in: NJW
1993, S.141, 144f.

(94) けれども「また、 Weinkauff, Hermann, NJW 1960,
S.1689, 1691.

(95) BGHSt(GrSSt) 6, S.46, 52.

(96) Weinkauff, Hermann, NJW 1960, S.1689, 1690; Starck,
Christian, VVDStRL 51, S.13, 46; BGH in: NJW 1993,
S.141, 145. 自然法は可罰性を根拠のけなく、このこと
想起される。 けれども「Going, Helmut, StZ 1947, Sp.
61, 63; Alexy, Robert, VVDStRL 51, S.133.

判

資

- (65) 判決の理由、次の批判がある。 Kaufmann, Arthur, in: FS Gagné (雑誌6), S.105, 114.
- (66) Weinkauff, Hermann, NJW 1960, S.1689, 1690,1692 u. 1693. 彼は、民法に關しては、Stark, Christian, VVDStRL 51, S.15. 判決はローテ法に於ける法発見が起る。判決は、法は存在するのみならず、法あり、したがって法はただ「発見される」にすぎない。
- (66) 第一次「壁の射手」訴訟は、連邦通商裁判所は、國際人權条約を手がかりとしながら、東独國境法の入権違反を以て、判決を肯定した。 in: NJW 1993, S.141, 145ff.
- (67) 判決の理由を、Wassermann, Rudolf, RUP 1992, S.121, 125.
- (68) 判決の列挙される事柄は、一九四八年一月一〇日、東京人權宣言、一九六六年一月九日、市民的及び政治的自由に関する國際規約、一九七五年八月一〇日、モンキ決定がある。
- (69) 判決の理由を、Wassermann, Rudolf, RUP 1992, S.121, 124; a.A. Amlung, Knut, Jus 1993, S.637, 641 und Grünwald, Gerald, StV 1991, S.31, 37.
- (70) Lampe, Ernst-Joachim, in: Lampe (雑誌7), S.23; Odersky, Walter, Rolle des Strafrechts (雑誌8), S.15 u. 16; Frommel, Monika, Die Mauerschützenprozesse - eine unerwartete Aktualität der Radbruch'schen Formel, in: FS für Kaufmann (前掲注9), S.81, 89. サントツの核心要素を「自然律」と特徴づけ、任意の実定法規は拘束力を受けざることを主張する。 Kant, Immanuel, Erster Teil, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Metaphysik der Sitten, Königsberg 1798, (2.Aufl.), in: Theorie-Werkausgabe Suhrkamp, Band VIII, Wiesbaden 1956, S.331.
- (71) Klein, Eckhart, ZRP 1992, S.208, 212; Perels, Joachim, KJ 1990, S.472, 473.
- (72) 雑誌書 Isensee, Josef, VVDStRL 51, S.136; Quartisch, Helmut, VVDStRL 51, S.129; Schütze-Frieltz, Helmut, DVBl. 1991, S.893, 897. 雑誌, Ziecke, Andreas, KJ 1990, S.460, 464ff.
- (73) 判決の理由を、Naucke, Wolfgang, KritV 1990, S.244, 257. 雑誌, Schroeder, Friedrich-Christian, JZ 1992, S.990, 992.
- (74) Naucke, Wolfgang, KritV 1990, S.244, 247. 雑誌, Odersky, Walter, Rolle der Strafrechts (雑誌9), S.10.
- (75) Klein, Eckhart, ZRP 1992, S.208, 212; Naucke, Wolfgang, KritV 1990, S.244, 256; Schroeder, Friedrich-Christian, JZ 1992, S.990, 992; Perels, Joachim, KJ 1990, S.472.
- (76) Jäger, Herbert, KJ 1990, S.467, 471.
- (77) Schroeder, Friedrich-Christian, JZ 1992, S.990, 992; Hruschka, Joachim, JZ 1992, S.665, 668. 判決の意義を、Jäger, Herbert, KJ 1990, S.467, 469.
- (78) Naucke, Wolfgang, KritV 1990, S.244, 257.

(112) Schroeder, Friedrich-Christian, JZ 1992, S.990, 993.

(113) これについては、次のものを見よ。Zielcke, Andreas, KJ 1990, S.460ff.

九 研究の結論

以上から、権力者の可罰性は「刑罰なし」の原則を目的論的に解釈することによって達成されることが解明された。何故なら、遡及禁止は市民を国家から保護するのであって、責任者としての国家の担い手を後続する国家での刑法的克服から保護するものではないからである。法治国家の刑法と憲法の一部をなす遡及禁止は、刑事訴追に際して後続する秩序を法的に無力化する場合には役立たない。国家の側での法の創出が自然法的な枠組によって限界づけられているがゆえに、誤った政治の犯罪を処罰することは可能である。「刑罰なし」の原理からしても、何が法であるのかを自由に決定するうえで国家には限界が設定されている事実からしても、指摘されなければならないのは国家契約である。個人は一定の「権利」を譲渡しなくてもよい。したがって正義の確立は、「流血の革命」がなくても可能なのである⁽¹¹⁴⁾。

(114) 前掲書 Isensee, Josef, Rechtsstaat (前注8), S.91, 102ff.

473, 103; ders., VVDStRL 51, S.135.

十 憲法変更

「刑罰なし」の原理は、二つの構成要素を内容としている。ひとつは、市民を国家から保護することである。遡及禁止は、この点で厳格に立法者によって顧慮されねばならない。しかし他方で、政治的な責任者がその国家指導を喪失した後に責任をとらされるべきであるならば、彼等は遡及禁止を引き合いに出すことはできない。ここに基本法一〇三条二項の内在的制約がある。遡及禁止がその妥当領域において権力者には該当しないことがすでに述べられたとはいえ、基本法一〇三条二項の例外条項をアメリカ人権宣言や市民的及び政治的権利に関する国際規約の意味において手に入れることが、法治国家的には最も行き届いた解決方法であろう⁽¹¹⁵⁾。しかし、国家が市民に対する国家の権能を拡張するための突破口としてこの憲法変更を利用することには、厳しい注意を向ける必要があるだろう。

(115) これについてはまた Pieroth, Bodo, VVDStRL 51, S.104

; Isensee, Josef, VVDStRL 51, S.136; ders., Rechtsstaat (前注8), S.91, 107; Schreiber, Hans-Ludwig, in: Lampe

(前注17)、S.53、63.別の見解をとるものとして、Krey, Volker, Keine Strafe (前注6), RdNr.99.彼は、「法律なければ犯罪なし、刑罰なし」の原則を、その核心それ自体において憲法を変更する法則であると評価し、その原則を民主主義原理へ根づかせることによって、つまり法治国家の権力分立原則と基本法一条一項によって根拠づけている。

* * *

[紹介者のあとがき]

ここに紹介するのは、Kritische Justiz, Jahrgang 28 Heft 3, 1995, S.369ff.に掲載されているヴァンヤ・アンドレアス・ヴェルケの論稿「国家による犯罪に有利な遡及禁止?」である。本論文のテーマは、旧東独の政府官僚や党幹部などによる犯罪 (staatliche Kriminalität) のドイツ統一後における処罰可能性の問題であり、刑罰法規の遡及禁止原則との関係において、「ベルリンの壁」の崩壊とそれに続く「壁の射手」訴訟を契機に激烈に論じられているものである。ドイツでは、これに関連する事件についていくつかの刑事裁判がすでに行われており、そこでは処罰肯定論から処罰否定論、さらには起訴そのものの違憲判断まで多様な見解が表明されている。本論文

の著者であるW・A・ヴェルケの所属や肩書などについては、掲載誌に記載されていなかったために明らかではないが、国法、法哲学と刑法の歴史理論の研究者であることが、本論文の内容から推測できる。

旧東独で、「ベルリンの壁」を越えて東ベルリンから西ベルリンへ政治亡命することは、東独刑法二二三条三項の「違法な国境通過 Ungesetzlicher Grenzübertritt」の「特に重い場合」に該当しうる重罪であり、それを企てた行為もまた同罪の未遂として同四項によって処罰されていた。東独国境法の二七条一項は、重罪の外観を呈した行為の切迫した実行やその実行が継続されることを阻止するための銃器の使用を正当化していた。従って国境法は、重罪が既遂に致らない未遂の段階で銃器を使用することによって(つまり射殺することによって)早期に重罪の既遂を阻止することを正当化する規定であり、ここから「ベルリンの壁」を越えて西ベルリンへの逃亡を企てようとした行為を銃器によって阻止(射殺)する法理が導き出される。統一後のドイツにおいては、「移動の自由」を不当に規制していた東独のこのような法体制が正義に耐え難く矛盾する不法なものであるとして、あるいは国際人権規約や東独憲法の人権条項に違反するものであるとして、国境警備兵が西ベルリンへの

国家による犯罪に有利な遡及禁止？

逃亡者を射殺したことは正当化されるものではないとされている。しかし、射殺行為時に「妥当」していた東独刑法と国境法の判例と解釈を事後的に（統一後に）に変更し、変更された判例と解釈を遡及的に（統一前に）に適用することが、刑法理論上可能かどうかは検討を要する問題である。この問題は、一国内での刑罰法規の時間的効力の問題というよりはむしろ、二カ国間にまたがる刑罰法規の時間的効力の問題であり、そのことが原因となって問題がより複雑なものになっているように思われる。

東西ドイツの統一は、基本法旧二三条の「それは（基本法をさす——引用者）、ドイツの他の領域については、その加盟後効力を生ずるものとする」という規定に基づいて進められ、従って、西独の基本法と法体系が旧東独地域に適用されたことをもって、「統一」としている。同時に基本法は、二〇条一項で「共和的・民主的および社会的法治国家」であると規定し、一〇三条二項と刑法一条で「罪刑法定主義」を宣言している。これらがナチズムに対する法思想的反省として基本法の基本原則をなしているならば、行為後に制定された刑罰法規の遡及適用は絶対禁止されねばならない。何故ならば、ナチスの不法国家を刑法的に支えたのは、一九三五年の刑法改正によって導入された

罪刑法定主義の否定＝類推許容規定であると同時に、それに先立つ一九三三年三月二十九日の「絞首刑及び死刑の執行に関する法律」（RGBl. I 1933, S.151）の遡及適用であったからである。この法律は、いわゆるヴァン・デル・ブッベ法（Lex Van der Lubbe）と呼ばれるもので、一九三三年三月二十七日の国会議事堂放火事件に対して遡及的に適用された法律である。ナチスは、この事件の翌日の三月二十八日の「民族と国家の保護のための帝国大統領命令」を公布して、ヴァイマル憲法で保障された人身の自由、言論、出版、集会、結社の自由などの基本的人権を大幅に制限し、独裁体制の基盤を固めたのである。従って、罪刑法定主義に関して、「判例」は「法律」ではなく、判例の変更は刑罰法規の新設や改正には当たらないと解されるならば、行為時に正当化されていた行為が既存の刑罰法規の解釈の事後的変更によってその正当化事由を遡及的に失い、行為時においてすでに違法であったと宣言されようとも、それは一〇三条二項の「罪刑法定主義」に反しないということになりかねない。まさに、問題は罪刑法定主義の基礎にある「法律」の意味内容にある。この問題に関して、罪刑法定主義は犯罪の積極的要件と消極的要件の両者をおよぶとして、国境法二七条二項の故殺の正当化事由を事後的に否定することは罪刑法定主義

料に違反し、また罪刑法定主義の基礎には「信頼保護の原則」があり、成文の刑罰法規のみならず、裁判官の法解釈によって明らかになされた「法」が「信頼」を保障できるがゆえに、遡及禁止原則は判例の不利変更にも適用されるという見解が主張されつつある（Vgl. Bernhard Schlink, *Rechtsstaat und revolutionäre Gerechtigkeit*, in: *Neue Justiz* 10 / 1994, 48 Jahrgang, S.434ff. [本田稔「ベルンハルト・シュリンク 法治国家と革命的正義」大阪経済法科大学法学論集第三五号（一九九五年）三六五頁以下]、Monika Frommel, *Die Mauerschützenprozesse - eine unerwartete Aktualität der Radbruch'schen Formel*, in: *Festschrift für Arthur Kaufmann*, 1993, S.90ff.）。罪刑法定主義をこのような意味

において理解すれば、遡及禁止原則は、被告人に不利益な判例変更の遡及適用を禁止することができる。しかしそれが旧東独の政府要人、官僚や党幹部の行為にも妥当するとなれば、人権抑圧の体制を確立・維持するために刑罰法規を自由自在に使いこなした国家権力の担い手達を刑法が保護することになってしまふ。厳しい二律背反である。旧東独の政治的権力者を「正義」を理由に処罰することは実際的には容易であるが、それは罪刑法定主義との理論的な衝突を避けることはできないであろう。

罪刑法定主義と遡及禁止原則を修正することなくこの二律背反を止揚するところに、ヴェルケ論文の意義があると思われる。

ヴェルケの法治国家観とそこから導出される罪刑法定主義と遡及禁止原則は、啓蒙期の社会契約論に基礎づけられている。近代法治国家の法律は、社会契約を唯一の正当化の根拠にしており、諸個人が選任した立法権が定立した社会の同意を得た法律でない限り、法としての拘束力を持つことはできない。法を定立する立法権は、諸個人とその社会の維持を目的とするものであり、それによって内在的に制約される。この目的に反する法律は、法たりえない。刑法は、諸個人の自由と権利に対する一定の侵害・脅威をもたらす行為を犯罪としてあらかじめ定め、科刑を宣言することによって、国家刑罰権の恣意と濫用を阻止し、その運用を合法性の領域に限界づける。それによって犯罪を予防することができると同時に、諸個人の自由と権利を保護・維持することができるのである。逆に社会と諸個人の自由と権利を侵害する刑法は、諸個人とその社会の維持に役立つものではないがゆえに法たりえない。

ヴェルケによれば、「平等原則」と「人間の人格に基礎を持ちそこから派生させることができる根本的な基本権と自由権」、つまり「社会的共同生活の基本要素」に刑罰の矛先を向ける刑

国家による犯罪に有利な遡及禁止？

法は、法たりえない。従って、そのような自由と権利を国境法等の名の下に侵害した国家の担い手達の行為は、刑法が予定している犯罪類型に該当し、しかもそれは罪刑法定主義と遡及禁止原則に反することなく処罰されるという。罪刑法定主義は、あくまでも国家刑罰権の恣意と濫用から諸個人の自由と権利を守ることを目的とするものであって、処罰する側の者を守ることを目的としたものではない。このようなヴェルケの理解は、刑罰国家が不法を為しうるといふ現実を刑法学的に考察するうえで意味のある内容と含んでいると思われる。従って、「法治国家刑法は、大規模に人間を政治の道具としてこき使った権力者に対する刑法でもあるし、まさにそうなのである。法治国家刑法は、今や、それが権力者を刑事訴追する際に無力化することに法学的な歯止めをかけることを学ぶ必要がある。法治国家の基本思想は、諸個人や公衆に対する権力の行為が刑法上のリスクを負うということにある」(Wolfgang Naucke, *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 73. Jahrgang Heft 3/4, 1990, S. 257)との指摘は重要である。

敗戦から占領へ、分断から統一へと至る戦後五〇年間のドイ

ツ史のドラスティックな流れは、法治国家と刑法の根本問題を繰り返して提起している。しかし、その問題を抱えているのはなにもドイツだけではない。日本もまた同じ問題をかかえている。ドイツと同様、日本にも十五年の戦争においてアジア諸国と諸民族に対して行った植民地支配と侵略の刑法的評価を明らかにする課題が残されているし、さらには、いまでもアメリカの半占領下に置かれている沖縄などでの米軍兵による犯罪を刑法理論の問題対象にする実践的課題がある。第一次裁判権を理由に米軍当局によって闇に葬り去られた犯罪をはじめ、米軍当局に従属してきた日本側の裁判権の枉法をも刑法的に追及できなければ、その法理を法治国家刑法の諸原則に基づきながら構成する必要があるのであるし、またそれは可能であろう。ヴェルケの論稿は、その問題の解明にひとつのヒントをもたらすものであり、そしてその作業は、遡及禁止原則の現代的意義の検討につながると思われる。

* 本稿は、一九九六年度大阪経済法科大学研究助成による研究成果の一部である。

