

ヴァルター・グロップ『刑法総論』（第4版、2015年）（4）
（*Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2015*）

金 尚均

玄 守道（監訳）

目 次

第1部 導入

§1 犯罪 - 刑法 - 刑法学 - 社会的相当性 (以上、49巻1号)

§2 可罰的行為：形式的規定 - 実質的内容 - 構造

A. 形式的規定

B. 実質的内容 (以上、49巻2号)

C. 構造

D. 復習のために (以上、49巻3号)

§3 刑法の諸原理 (以上、本号)

第2部 可罰的行為論 現象形式：故意によって引き起こされた外界の変動（いわゆる故意結果犯）

§4 構成要件該当性

§5 違法性と正当化事由

§6 有責性と責任 - 責任阻却事由 - 免責事由

§7 特別な法効果の条件と障害

第3部 可罰的行為のさらなる現象形式

§8 犯行の特別な結果による加重（結果的加重犯）

§9 未遂と中止行為（中止犯） - 可罰的予備行為 - 行為による悔悟

§10 関与

§11 不作為

§12 過失

第4部 錯誤論

§13 錯誤

第5部 競合論と刑法上の制裁

§14 法条單一（*Gesetzeinheit*） - 所為の單一性（*Tateinheit*）（§52） - 所為の

複数性 (Tatmehrheit) (§§ 53-55)

§ 15 刑法上の制裁

細目次

§ 3 刑法の諸原理

- A. 法治国家原理の形式的構成要素としての罪刑法定主義（基本法103条 2 項 = 刑法 1 条）
 - I. 発生史
 - II. 内容
 - III. 個別の点における罪刑法定主義の四つの要求
 - 1. 成文法 (Lex scripta) : 刑罰を基礎づけ、加重する慣習法の排除
 - 2. 厳格法 (Lex stricta) : 類推の禁止——解釈と類推
 - a) 法的方法論対象としての解釈
 - aa) 三段論法としての法規、包摂、結論
 - bb) 構成要件該当性の諸要素の解釈
 - aaa) 文言 (文理解釈)
 - bbb) 体系的解釈
 - ccc) 歴史的解釈
 - ddd) 客観的・目的論的解釈 (法規の目的 (ratio legis))
 - b) 解釈の規律を補助するものとしての解釈学 (Dogmatik)
 - c) 類推
 - 3. 明確法 (Lex certa) : 明確性の要請
 - 4. 前置法 (Lex praevia) : 遡及効の禁止——時間的効力——行為者に有利にの原則
 - a) 実体刑法における遡及効の禁止
 - b) 刑事手続法における遡及効の禁止？
 - c) 最高裁判所の判例変更に関する遡及効の禁止？
- IV. 復習のために
- B. 法治国家原理の実体的形成としての責任原理
 - I. 責任なければ刑罰なし (Nulla poena sine culpa) ——責任なければ刑罰なし
 - II. 改善・保安処分
 - III. 復習のために
- C. 法治国家原理のさらなる形成

文献

§3 刑法の諸原理

A. 法治国家原理の形式的構成要素としての罪刑法定主義（基本法 103条2項＝刑法1条）

[1] リーディングケース3.1

砂利石事件（BverG 2 BvR 2273/06 Beschluss der 1. Kammer des 2. Senats vom 19.3.2007, NJW 2007, 1666.） Aは自身の乗用車を運転中に、道路工事区画で禁止された追い越しを行い、砂利石を跳ね上げた。それにより、追い越されたGの車両に1900ユーロほどの損害を与えた。GはAを追いかけ、約500m離れたガソリンスタンドの敷地に入ったところで追いつき、そこでAに事故が起こったことを注意した。Aは追い越しと、刑法142条1項1号「事故現場からの無許可の離脱罪（以下、[] は訳者注）」によりGが事故関係者の身元、車両および事故への関わり方を確定できるようにすることなく離脱したことを争った。Aはヘルフォルト区裁判所に対して、刑法142条1項1号違反のかどで訴追された。確かに、Aは、彼が損害を惹起したという結果に気がついていたとは証明されなかった。しかしながら、区裁判所は、連邦通常裁判所の判例に従い、故意によらない事故現場からの離脱は、刑法142条2項2号にある正当にもしくは免責的に「事故現場から離れた場合」と同等に扱われる、と判断した。そして、Aに対し、事後に遅滞なく事故の確定を行うことを可能にできなかったことを理由として、刑法142条2項2号により有罪判決を下した。これに対して、Aはハム上級地方裁判所に上告をし、自身は、刑法142条2項2号で条件とされているような、正当にもしくは免責的に離脱したのではなく、故意によらずに離脱したのでであると主張した。しかしながら、上級地方裁判所は、連邦通常裁判所の判例に同調し、区裁判所

の判断を維持した。

[2] そこで、Aは、連邦憲法裁判所に対して憲法請願〔憲法異議。ドイツ基本法93条1項4号a〕を行い、事故の関与者が事故の存在を認識していない場合について刑法142条2項2号を適用することは、基本法103条2項にある刑法上の類推の禁止に違反するとの主張を行った。

Aの憲法請願は基礎づけられるのか？

[3] 基本法103条2項＝刑法1条 行為は、その遂行前に、それが処罰され得ることが法律で定められていたときに限り罰することができる。

I. 発生史

[4] 基本法103条2項で明文化され、刑法1条で裏打ちされた罪刑法定主義は、刑事司法の法治国家性を保障するものである（刑法典の保障機能）。罪刑法定主義は、人間の尊厳、自由、平等、比例性そして法律の留保を義務づける法治国家的刑法の形式的構成要素を形成している。フォイエエルバッハが罪刑法定主義の創始者としてみなされているが（詳細は§1欄外番号183以下）、彼は1801年の刑法の教科書においてラテン語による端的な形式「法律なければ犯罪なし、法律なければ刑罰なし」を用いた。フォイエエルバッハにとって、国家権力の自己拘束に関するこの形式は、彼の心理強制的刑罰論が、禁止された領域が可能な限り正確に記述された場合にのみ機能し得るということから、決定的な意義を有していた。それというのも、特定の行為態様を含んでいる、刑罰において賦課される強制が効果を有するのは、それを差し控えることも刑罰からの解放と拘束的に結びつけられている場合に限られるからである。

[5] もちろん、刑法における法律への拘束（Gesetzesbindung）は、たとえ規範の名宛人の自由権としてではなかったにせよ、フォイエルバッハ以前から既に知られるに至っていた。既に、プーフェンドルフ（Pufendorf）やトマジウス（Thomasius）、クリスティアン・ヴォルフ（Christian Wolf）後の世俗化された自然法論は、明瞭な法律概念に苦心していたし、啓蒙絶対主義は、実定法規が君主にとっての国を支配するための操縦手段であるという認識に達した。裁判所をも、厳格な法律への拘束を通じてより良く統制することができたのである。

[6] 従って、1787年のヨーゼフ2世によるオーストリー刑法典や1794年のプロイセン一般ラント法は、統制と自己拘束の移行期に位置づけられても良い。そして、罪刑法定主義が、フォイエルバッハの起草した1813年のバイエルン王国刑法典においてさえ、名宛人に対してだけ保障として与えられたのではなかったということが示すのは、君主が〔公式注釈書以外の〕注釈の禁止を明確にすることで、裁判官による刑罰法規の解釈を君主の意図する通りに行うよう保障するものであったということである。

Ⅱ. 内容

[7] 罪刑法定主義の保障は記述された法規範すべてに及ぶ。つまり、形式通り法律に及ぶが、それと並んで、過料規定、制裁を強化する規約や法規にも及ぶのである。しかしながら、法律という形式の下で記述された法規範においては、授權規範が既に可罰性の条件や刑罰の種類を認識させるものであるということが必要となる。詳細には、罪刑法定主義は次のようなものを要求する。すなわち、記述される法規範が明確（*certa*）（明確）でなければならない、厳格な（*stricta*）（厳格、すなわち、類推により規定が作り出されることがない）ものでなければならない、前置された（*prae-via*）（事前の、すなわち、遡及しない）ものでなければならない、そして、成文（*scripta*）による（記述された、すなわち、慣習法として妥当してい

るだけではない)ものでなければならない。

[8] 罪刑法定主義の結節点は、一方では、犯罪 (*crimen*)、犯罪行為、すなわち、無価値の法律上の記述であり、問題となっている生活事態 (*Lebenssachverhalt*) がそれに一致しなければならず、そこから可罰性が生じるのである。他方で、それは法律効果としての刑罰 (罰 (*poena*)) なのであって、改善・保安処分ではない。このことは、基本法103条2項における「可罰性」の公式から明らかになっており、その理由から、刑法2条「刑法の時間的効力」はこの点で宣言的 (*deklaratorisch*) な性質に過ぎないものである。

[9] 基本法103条2項は、所為の不法内容の評価が事後的に行行為者の不利に変更されることを防いでいる。従って、東西ドイツ間の国境での射殺の可罰性に関する連邦憲法裁判所の判例「壁の射手事件」によれば、正当化事由も罪刑法定主義に服している。

[10] これに対して、訴訟法的性質をもつ規定は罪刑法定主義に服していない。それというのも、本性上、限定された形でのみ予見可能な形態の多様性が認められるからである。

[11] 罪刑法定主義は、それがどのような規定に関連づけられるかに応じて、その効果を様々に強く発揮する。一般的に、可罰性の条件に厳密性を求めるより高い要求がなされればなされるほどに、規則に服する事例の多様性がわずかなものになるという、通例が成り立ち得る。刑法各則の規定における記述は、少なくとも類型に応じて確定される事態に関連づけられる。これに対して、刑法総則の規定は、数多くの類型化されパラフレーズされた行為形態——とりわけ刑法各則におけるものである——に既に方向づけられている。そこから既に、総則の規定は各則の刑罰法規のようには厳密に公式化され得ない。もちろん、その制限は、法律主義の妥当を否定 (龍法 '17) 49-4, 706 (1536)

するものではない。そのことが示すのは、ここでも原理、つまり最適化の要請（*Optimierungsgebot*）が問題である、ということに過ぎない。

[12] 罪刑法定主義のさらなる制限は、上述の東西ドイツ間の国境での射殺の可罰性に関する連邦憲法裁判所の判例から読み取られ得る。確かに、基本法103条2項は法治国家原理の体现であり、法治国家原理は、「法的安全を確保し、国家権力を法律に拘束させ、信頼を保護することによって」自由権の行使を基礎づけている。しかし、法治国家原理は、実体的正義の要求も含んでいるので、基本法103条2項による絶対的かつ厳格な信頼保護は、典型例として、民主主義や権力分立、様々な基本権への義務づけという諸条件の下で実現され、それにより実体的正義の要求が原理的に充たされる刑法を念頭に置いている。しかしながら、この特別な信頼の基礎を発揮するのは、次のような場合である。かつてのドイツ民主共和国が最も重い刑事不法の領域について、確かに刑罰法規を規定していたが、それにもかかわらず、部分領域につき正当化事由により可罰性が排斥された。そうして、可罰性は「記述された規範を超えてこのような不法を要求し、その不法を助長し、国民法共同体において一般的に承認された人権を深刻な形で侵害した。これによって、国家権力の担い手は極限的な国家不法を為したが、この不法は、それにつき答責的な国家権力が事実上存在する限りでのみ、主張することができるのである。」この判例は、2001年3月22日の欧州人権裁判所（EGMR）により、維持された。

[13] 罪刑法定主義は、本質的に次の四つの柱により支えられる。

• 自由

[14] 自由が可能になるのは、以前からそのようなものとして確立され、特徴づけられているものだけが可罰的にもなるということを、規範の名宛人が信用することができる場合だけである。この確実性がなければ、ある態度の帰結を予見することができなくなるので、行為自由はもはや知覚で

きるものではなくなってしまうだろう。

- 権力分立

[15] 自由主義的法治国家は、国家を担う権力が分けられ、それにより制限されることを要求する。従って、司法権や行政権による刑事訴追や刑罰賦課は、立法権による限定を必要とする。その事情の下で何が可罰的であるべきかは、立法権に留保されたままでなければならない。

- 目的（予防）の一般的な認識可能性

[16] 刑法が将来の可罰的態度の回避を目的とするなら、目指された目標は認識可能なものでなければならない。理解できる形で記述されていない目標は、回避されねばならない。このことは、潜在的犯罪行為者が「威嚇」されることへの方向づけの点でも（一般予防）、将来犯罪行為を行うべきではない行為者にとっても（特別予防）、妥当している。

- 目的（責任原理）の個々人による認識可能性

[17] 刑罰が禁じられた生活事態の有責的な実現を条件とするなら、禁止の内容も規範の名宛人に対し可能な限り厳密に伝達されなければならない。規範の命令を全く認識することができない者には、この者が規範適合的に振る舞うことも予期され得ないのである。

Ⅲ. 個別の点における罪刑法定主義の四つの要求

1. 成文法 (Lex scripta) : 刑罰を基礎づけ、また加重する慣習法の排除

[18] 成文法の要請として、罪刑法定主義は行為以前に可罰性を文章で規定することを必要とする。

[19] 従って、——必要信念 (opinio necessitatis) (法としてのその妥当性に関する説得性) および慣習 (consuetudo) (慣例) に基づく——法源としての慣習法は排除され、それにより、刑法／各則および特別刑法に刑罰を基礎づける無価値の記述を行うことが重要となるが、総則の諸規定も刑罰を基礎づける形で作用している。一般的な刑罰を基礎づける刑法理論

の多くが立法者によって開かれたままであり、判例と学説による決定が残されているということは、成文法に反するものではない。それというのも、ここでは体系的連関に基づく解釈が問題となっており、しかるに慣習法が問題とはなっていないからである。

[20] しかしながら、可罰性の慣習法に基づく拡張は、構成要件該当性の要素および正当化事由において諸概念が刑法以外の法領域から借用されるところでは、許容されているとみなされる。この諸概念が慣習法による拡張ないし制限を受けるならば、可罰性は拡張され得る。例えば、慣習法上ある動物を狩猟可能であると承認することにより、密猟規定が拡張される〔連邦狩猟法上の「狩猟可能な動物」を慣習法上拡張することで、刑法292条（密猟罪）の「他人の狩猟権または狩猟遂行権を侵害」する範囲が拡張される〕。

2. 厳格法（Lex stricta）：類推の禁止——解釈と類推

[21] 「成文法なければ犯罪なし——法律による記述なければ犯罪行為なし」という原理は、法律で記述された諸事例の外側での可罰性は許されないという言明を既に含んでいる。類推の禁止は、次のことを確立することによって、厳格法の要請を簡明に述べている。すなわち、負責を行う（belastend）法律上の規則は、確かに文言からは当該事例が把握されないが、当該事例が服する事態と比較可能である（行為者に不利な類推（analogia in malam partem））ところの諸事例にも、適用されてはならないということである。これに対して、負責を否定する（begünstigend）規則の類推適用（行為者に有利な類推（analogia in bonam partem））は許容されている。

[22] 刑法において不利益な類推が許容されないことに争いはなく、問題もない。むしろ、頭を悩ませるのは、規則がある事態に適用可能であるか否か、規定を言葉の限界を超えることなく、事態がそれに服するように解

釈することができるかどうかという問いである。それというのも、解釈のこの領域を通り抜けてはじめて、許されない類推の問いにそもそも手を着けることになるからである。従って、解釈への問いに答えられて初めて類推への問いが立てられるので、解釈の方法論 (a) に立ち入ることなしには、類推の問題 (b) は検討され得ないのである。

a) 法学的方法論の対象としての解釈

ヨハン・ヴォルフガング・フォン・ゲーテ (Johann Wolfgang von Goethe)

とにかくなんとか理屈をつけろ！つかなきゃ仕様がな、こじつけろ。

[23] 法的規則と現実生活の間の紐帯〔結合物〕として、解釈はあらゆる法適用の中核である。従って、解釈は特殊方法論的な貫徹を必要とし、それが法学的方法論の中心にある課題となる。

aa) 三段論法としての法規、包摂、結論

[24] これまで我々がむしろ特殊ではない形で「法的規則 (rechtliche Regelung)」と名づけてきたものは、法学的方法論の用語を用いれば、法規 (Rechtssatz) と呼ばれる。

事例3.1

刑法212条における「人を殺した者は、……5年以上の自由刑に処せられる」という文言が法規である。これは、構成要件（「人を殺した者」）と法律効果（「5年以上の自由刑に処する」）から成る。

[25] 刑法212条の法規は、構成要件の事案 (Fall)、つまり人間の殺害が問題となっている場合、「5年以上の自由刑に処する」という法律効果が具体的生活事態に適用される、という言明を含んでいる。

[26] 事例3.2

AがBを1996年10月19日、土曜日の9時58分にナイフで刺殺し、我々がAに生じるべきものを認識しようとするときに、刑法212条は、Bのナイフによる刺殺が人間の殺害であるならば、Aは5年以上の自由刑に処せられるべきことになるという情報を我々に与えてくれる。具体的にAに何が生じるべきかという我々の問題に関して言えば、刑法212条はいわゆる大前提を形成する。

構成要件がxの場合は、法律効果はyとなる。

[27] つまり、AによるBの刺殺が、Aが5年以上の自由刑で処せられるという帰結をもたらすか否かは、AによるBの刺殺が刑法212条の意味での「人間の殺害」であるか否かに依拠している。

[28] さて、我々は「人間の死亡」の下で、例えば自動車によるひき逃げ、溺死、絞殺等々、人間を死に至らしめるあらゆる態度を理解している。さらに、我々は、法律が明文で過失行為を処罰の対象としていないときは、故意行為のみが可罰的であるという刑法15条から、刑法212条は人間の死が故意でもたらされた場合だけを意味しているということを読み取ることができる。

[29] つまり、Aが事故で転倒し、それによってBを不注意で刺してしまった場合だけでなく、このナイフが認識をもってかつ意欲してBの身体へと突き刺さった場合も出発点とするときは、ナイフでのAによるBの死亡は、刑法212条の意味での人間の死亡に合致していると述べることができる。別様に表現すれば、ナイフでのAによるBの殺害は刑法212条の事案であり、構成要件該当性がある、すなわち、刑法212条の構成要件、つまり大前提を充たしているのである。

[30] ある生活事態（ナイフでのAによるBの殺害）が大前提の一つの事態（刑法212条「人を殺した者は……刑に処せられる」）であり、大前提の構成要件（刑法212条「人を殺した者」）を充足しているという言明は、小前提と呼ばれる。

[31] 問題となっている生活事態が大前提における構成要件の事態であるかどうか、すなわち、大前提の抽象的諸事態の下で具体的事態を「受け取る」ことができるかどうかの検証は、包摂〔当てはめ〕（*Subsumtion*）（sub = その下で（darunter）、sumtion = 受け取ること（das Nehmen））と呼ばれる。法適用者の主任務は——如何に法を適用するかを学生は学ぶわけであるが——包摂の技術であり、各々の法規で公式化された構成要件の下で生活事態を「その下で受け取ること」である。つまり、生活事態が法律で記述された構成要件の、すなわち法律上の規定の事案であるかどうかの問いである。これに答えるためには、法律による刑罰法規のなかにある諸概念にはどのような意味がふさわしいのかを知らなくてはならない。

[32] 我々が小前提の意味を知り、小前提を形成できる（包摂）場合には、生活事態にとってどのような法律効果が発生すべきかの結論を導くことができる。

[33] 「人を（故意に）殺した者」が5年以上の自由刑に処せられるべきである場合であり（大前提）、AによるBの殺害が人間の殺害である場合には、Aは5年以上の自由刑に処せられる。

[34] 大前提の形成および、具体的事態が大前提の事態であり（小前提）、従って具体的事態には大前提の法律効果が帰せられることの確定を手段としてこのように結論を導くことは、結論（*conclusio*）と呼ばれる。大前提、小前提、結論を用いた方法論的方式を三段論法（*Syllogismus*）と呼ぶ。

bb) 構成要件該当性の諸要素の解釈

[35] もっとも、興味深いことに、具体的な生活事態が大前提の部分として構成要件の事態であるかどうかの問いは、法学での包摂において決定的なステップとなる最初のものではない。既に、大前提の構成要件がこの種の諸事態を規制しているかどうか、つまり、事態が法律に記述された構成要件該当性の諸要素に合致しているかどうかという抽象的な問いが、決定的なステップなのである。この判断を可能にするために、時代が進むなかで本質的に、この諸要素の解釈にとっての次の四つの基準が形成されてきた。すなわち、文言、法律および法の体系化（*Systematik*）、歴史的解釈、そして、客観的・目的論的（*objektiv-teleologisch*）解釈である。

aaa) 文言（文理解釈）

[36] 構成要件該当性の諸要素がその文言上、検証されるべき事態を把握しているかどうかは、言語の使用法に基づいて確かめられる。その際、ここでは、日常用語もそれぞれの専門用語も役割を演じる。ある事態が構成要件該当性の要素に合致するのは、その事態がそのなお可能な言葉の意味によって把握される場合だけである。実務上、裁判所が「なお可能な」言葉の意味を適切に広く把握する傾向があることが示されてきた。——このことは、法規の目的（*ratio legis*）の参照の下では珍しいことではない（以下の ddd を参照）。

[37] 事例3.3

「乗用車は旧113条2項1号の意味での凶器ではない。」——連邦憲法裁判所の判断（BVerfG 2 BvR 2238/07 v. 19.3.2007, NStZ 2009, 83）
警察が軽度の酩酊にあったBを留め、検査しようとしたとき、Bは自身の車を発車させ、走り去った。そこで、警察官らはBを追いかけて、追い詰めた。車から降りろとの警察官の指示にもかかわらず、Bは

座ったままであった。警察官の一人が、開いていた車窓からBの車のエンジンキー抜き取ろうと試みた。当該警察官はその上半身がまだ車内にある状態であったが、Bは警察官がエンジンキーをつかもうとするのを防ぎ、バックギアに入れ、全速力で後退させた。これにより、警察官は車に頭がはさまれたまま数メートル引きずられ、車とともに進んだ。当初、警察官はその上半身全体を車内に留めていたが、その後、頭まで体がはみ出た。警察官は、Bの車から引き離され、車から脱出するまで、さらに10-15メートルほど靴でずるずると引きずられた。警察官は、怪我は負わなかった。Bは自身の行為により、警察官によるその——自身によって適法であると認識された——職務行為の遂行を妨害することを目的としていた。

[38] この出来事に基づき、Bは、執行官に対する抵抗罪の特に重い事案（刑法113条1項および2項2文1号〔凶器を携帯した〕）のかで最終審で有罪判決を受けた。乗用車は、非専門的な意味で、Bが暴力の行使のために用いた凶器であるとされた。

[39] この判断に対するBの憲法請願は成功した。連邦憲法裁判所は、「乗用車＝刑法113条2項2文1号の意味での凶器」という解釈は基本法103条2項と調和できるものではないと述べた。

[40] 以上のことから、立法者は、2011年11月1日の第44次刑法一部改正法により、刑法113条2項2文1号に、行為者もしくは他の関与者が……凶器またはその他の危険な道具を携帯した、という文言を追加した。

bbb) 体系的解釈

[41] 法律ならびに法の体系化も、ある刑罰法規がどのようにして大前提である構成要件として理解されるかの示唆を与える。解釈が幾つもの法規範の体系的連関に依拠する場合を法律の体系化と呼び、解釈が法領域全体（龍法 '17）49-4, 714（1544）

の体系的独自性を考慮する場合を法の体系化と呼ぶ。

[42] 事例3.4

法律体系的解釈について AがBの財布を、Bを殴り倒し、無力にも地面に倒れたBのポケットから財布を抜き出したという方法で手に入れた場合、この事態が刑法255条（強盗の恐喝罪）の事案であるかどうか問題となる。刑法255条の文言はこれを排除していない。それというのも、AはBに人に対する暴行（殴打）を通じて、財布の奪取を甘受させることを強要しているからである。Aは、不法に領得する意思で、Bの財産に対しても不利益を与えている。それにもかかわらず、判例および学説は、この事案において刑法255条や253条〔恐喝罪〕の適用を否定することになる。それというのも、財布を拾う際に問題となっているのは、刑法249条（強盗罪）の意味での奪取であり、支配的見解が財産の任意な処分を要求するところの、刑法255条の意味での交付（Weggeben）が問題となっているのではないからである。従って、この事案を強盗罪として位置づけることは、強盗の恐喝罪との位置づけを排除する。

ccc) 歴史的解釈

[43] 立法資料や法政策的議論が、法規定を決定する流れのなかで、ある生活事態が大前提の事案であるかどうかに関する情報を提供することは珍しいことではない。

[44] 事例3.5

Aが偽造されたユーロ貨幣を用いて自動販売機から煙草を一箱、不法領得の意思で手に入れた場合、このことが刑法265条 a〔給付の不正入手罪〕の事案、つまり給付の不正入手であるかどうか問題と

なっている。ここでは、対価を支払わないつもりでの、自動販売機の給付の不正入手が問題となっているということから出発することができるからである。しかしながら、立法史は、刑法265条 a は、偽造通貨を用いたいわゆる給付機械（例えば、硬貨投入式公衆電話、自動重量計等々）の策謀（Überlistung）を法律上把握するために、導入されたということを我々に教えてくれる。それというのも、ここでは、帝国裁判所（RGSt 68, 65）が次のように判断したからである。すなわち、これらの事案はとりわけ詐欺の事案ではない。なぜなら給付機械の欺罔（Täuschung）が欠けているからである。しかしながら、煙草の自動機械の場合、いわゆる物品販売機が問題となっているので、ここで描写された事態は刑法265条 a の事案ではない。もっとも、この事態は刑法242条〔単純窃盗罪〕の事案である。なぜなら、行為者は煙草に関する自動機械の設置者の占有を侵害している、つまり煙草を奪取しているということを出発点とするからである。すなわち、機械の設置者は、真正の通貨が投入されたという条件の下でのみ、機械の操作者による奪取に同意しているからである。

ddd) 客観的・目的論的解釈（法規の目的）

[45] しかしながら、歴史的な立法者の意思はしばしばあまり明確にはされないで、そして、社会的関係が、立法者がその意思を固持するつもりがあるか疑わしいように思われ得る態様で変化し得るので、現代的関係の下で立法者に添えられ得る、法律の意味と目的に基づいて、解釈には重要な意義が与えられる。

[46] 事例3.6

預金通帳の窃盗 AがBから預金通帳を奪取したが、それは預金通帳にある財産を取り上げ、その後預金通帳を再び返却するために行

われた場合、ここに窃盗罪を認め得るのが問題となっている。Aはやはり他人の通帳をその実体（Substanz）の点で領得する意図を有していないので、窃盗罪を認め得るかは疑わしい。そして、預金通帳に化体された金銭は、この通帳の実体とは一致しない。支配的見解は、意図された奪取の客体はその実体において物そのものでなくとも、特殊に預金通帳に化体された価値でも良いという判断で間に合わせている。従って、刑法242条における構成要件該当性の要素である「物（Sache）」は、特殊な物の価値としても解釈される。それというのも、刑法242条の意味は、物はその本質に応じてだけでなく、その価値に応じて、奪取から保護されていなくてはならないとされるからである。従って、預金通帳におけるこの解釈は、この通帳がいわゆる「不完全な（hinkend）」無記名証券として特定の価値を化体しているが故に、なお是認できるように思われる。その有体性は、物の性質のための思考上の架け橋を確立する。その場合、一時的にかすめ取られた預金通帳の事案は、行為者が他人の動産を、売却するために奪取したという事案と同じものとして評価されることになる。ここでも、領得の意図は物の価値に向けられていなければならないことになる。従って、ここでも窃盗罪は是認される。

[47] 様々な解釈方法論のなかで、厳格な順番や順位が作られていないにもかかわらず、——とりわけ、急激に変化していく社会的関係と、法律上の規則が時の進むにつれ古くなっていくことに基づいて——客観的・目的論的解釈に決定的な重要性が認められていると言うことができる（いわゆる客観説）。

b) 解釈の補助規律としての解釈学

[48] 方法論が適切な法の適用に関する疑いを取り除くことができないと

ここで、解釈学 (Dogmatik) の領域がはじまる。法的な諸教義は定説 (Lehrmeinung)、すなわち、発生し、留まり、進む、様々な結果を伴った承認を巡り闘争する定理 (Lehr-Sätze) である。刑法解釈学は、学問上の「規律であり、それは、注釈、法律上の指図の体系化や自己形成、そして刑法の領域における学問上の定説に従事する」ものである。従って、解釈学は、承認された大前提を分析し、必要とあればそこに長くさらに追加し、小前提にまで維持され、または排除され得ることによって、とりわけ解釈の補助規律となる。

[49] 事例3.7

著名な輸血事件（詳細は §5 欄外番号264以下）において、例えば、重傷状態の事故の被害者の生命を救うために、偶然居合わせた第三者から強制的に輸血がなされても良いのか否かという問いが扱われている。ここで、刑法34条〔正当化緊急避難〕の文言は、大前提として、事故被害者の生命維持に関する利益が潜在的献血者の身体的不可侵性に関する利益に本質的に優越しており、強制的採血が相当な手段である場合には、生命を救うための介入は行われて良いという情報を与えている。少なくともその相当性が欠けるということは、全く圧倒的な形で承認された定説から明らかとなる。それによれば、身体の不可侵性においては、基本法2条2項1文に基づく身体の不可侵性への基本権を背景にして、当事者が——例えば事故の起因者として——緊急状態についてのどのような誘引も与えなかった場合には、いずれにせよ、救助されるだろう利益が抽象的に優越している事案においても、介入されてはならないのである。

[50] 刑法解釈学の基礎と限界は、刑法典である。その方法は、法的素材を一つの体系に整序することであり、そこでは、制定法と並んで裁判所の（龍法 '17）49-4, 718 (1548)

判断や定説も位置が与えられる。

[51] それは、決定を見出すための手段として、形式的に承認された推論方法（*Schlussverfahren*）を用いる。例えば、

- より強いものからより弱いものへの推論（*argumentum a fortiori*）（一層の推論（*erst-recht-Schluss*））、これは、大から小への推論（*argumentum a maiore ad minus*）（より大きなものからより小さなものへの推論）、および、小から大への推論（*argumentum a minore ad maius*）（より小さなものからより大きなものへの推論）から成る。

[52] 事例3.8

大から小への推論について 人は他者に対してその者の自殺へと故意に援助を提供しても良いので、それは可罰的とはならず（自殺は、刑法26条、27条の共犯規定の意味での構成要件に該当する正犯行為ではない）、BGH 5 StR 56/72 BGHSt 24, 342 によれば、自殺の過失による惹起も可罰的とはならない。

- 類似ないし等価による推論（*argumentum a simili oder a pari*）（類推判断）
- 反対の推論（*argumentum e contrario*）（逆推論）

[53] 実質的に、論証技術としての解釈学は、保護された諸価値の基礎に影響する。解釈学は、専門的に妥当な、説得的な、すなわち、賛同可能で、理解できる、主張可能な事物判断にとっての基礎づけを提供する。ただし、決定の正当性への法哲学的問いに答え得るものではない。

c) 類推

[54] 解釈から生活事態が構成要件の事案ではないことが明らかになったが、それにもかかわらず、その生活事態が構成要件で規制された事態と比較可能であるという場合にはじめて、類推および類推の禁止が機能する。その場合、法律が不備のある、すなわち予定に反して不完全なものであると語られる。立法者が比較可能な事態を比較可能な前提があるにもかかわらず意識的に規定を整序しようとしなかった場合、あるいは、立法者が「法律上の類推許容」における「比較可能」な諸事案を構成要件へと整序しようとした場合とは異なり、比較可能な事態が意図的ではなく規定されないままである場合にのみ、真正の、埋め合わせる必要のある欠缺が存在している。

[55] ここでは、刑法上の類推の禁止は、ある生活事態への構成要件の適用にとっての限界があるのは、可能な言葉の意味（上述の欄外番号36以下）を超えるだろうところである、ということの意味する。

[56] 刑法上の類推禁止を縮減することは、法治国家的観点から、大きな疑義を差し挟まねばならない。ドイツにおいて、類推の禁止を廃止するだけでなく、類推形成の可能性を刑法旧2条に明文で予定した国家社会主義的立法者がいたことは、偶然ではない。

1935年6月28日の刑法一部改正法に基づき改正された刑法2条の内容は、次の通りである。

[57] 2条（刑法典の相当適用） 法律において可罰的と説明された行為、または、刑罰法規の基本観念および健全な国民感情に従って処罰に値する行為をした者は、処罰される。その行為に直接適用される刑罰法規が存在しないときは、その行為は、これに対して最も適当な基本観念をもった法律によって処罰される。

刑法文化のこのような崩壊の結果は、明確に示される。

〔58〕 事例3.9

死者の冒瀆事件（RG 5 D 578/37 RGSt 71, 323 vom 13. September 1937） 被告人の父の死体が墓地の霊安室に安置されていた。抗告人は、自身の父の棺の蓋を下に持ち、「シュナプスを飲んで喧しく騒ぎ、死者に乾杯をし、死体にシュナプスの入ったグラスをまさに注ぎ込もうとした。苦勞の末、被告人は自らのもくろみの遂行を自身の妹により阻まれた。」

〔59〕 事実審の判断からは、霊安室が同時に葬祭場〔墓地付属聖堂〕として、つまり刑法旧168条の意味で宗教上の集会のために定められた場所として機能していたということが明らかではない。また、被告人は、その冒瀆的な狼藉行為を、刑法旧168条がそれを前提としていたような「墓地で」行ったのではなかった。

〔60〕 かくして、帝国裁判所は、被告人が充足した刑罰法規を結局見出していないにもかかわらず、地方裁判所による刑法旧168条に基づく被告人の有罪判決を維持した。裁判所は、根拠づけのために、168条は確かに欠缺を含んでいるが、しかし、立法者は事象を次のように説明していると述べた。すなわち、事象は「刑法168条の基本思想および健全な国民感情によると刑罰に相応しいのであり、立法者がこのような事案を想定していれば刑法168条で刑罰が威嚇されていた（だろう）。従って、刑法168条の意図的でない欠缺は、帝国裁判所が行ったように、刑法2条に基づき、その基本思想が行為に最良に適合する刑法168条の相当適用により埋められることになる。」

3. 明確法 (Lex certa) : 明確性の要請

[61] 立法者は明確性の要請の名宛人である。立法者が要請されている条件は、その下で処罰されて良い（「可否」）、そして「刑罰」という法律効果の質を可能な限り正確に確定する（「程度」）条件である。立法者がこの義務に違反する場合、つまり、最適な明確性の帯域幅の外側で公式化を行う場合には、当該刑罰「規定」は不明確性のために憲法違反である。このことは、刑事立法者が充足に必要な諸概念を利用することを排斥するものではない。しかし、その諸概念は、より精確な公式化が実現され得ない場合にのみ許容される。従って、立法者には一定の評価特権（Einschätzungsprärogative）が帰せられる。後者は、一般条項の利用との関連で考察されることになる。

[62] 連邦憲法裁判所の判例は、法律での公式化は、規定された法律効果がより峻厳なものになればなるほど、より明確なものでなければならないとした。これは、過料規定の領域で問題となろう。しかしながら、刑罰法規の公式化の観点からは、明確性の要請は譲歩され得ない。なぜなら、あまり重くない法律効果の領域でも、行為自由が保障される領域は、犯罪行為者として烙印を押される危険の結果として、説得力のある根拠なしに制限されることになるからである。司法権への移譲（Weitergabe）も、立法者の権限から裁判所の権限への移行として解決できるものではない。

[63] ロクシンは、明確性の要請の維持を解釈学的視点から判断するという提案をしている。すなわち、規定が十分に明確であるのは、「明確な立法者の保護目的がその規定から読み取られ得る、そして、文言が解釈のある任意の拡張に対してそれでもなお限界を設定している場合であり、またその限りのことである。」しかしながら、これに賛同する場合でも、立法者はその規則の枠を可能な限り（法原理！）狭く留めるよう要請されてい

ることが、付け加えられなければならない。

[64] 犯罪行為の帰結の領域でも明確性の要請は妥当する。もっとも、構成要件該当性の要素の公式化との比較をすれば、犯罪行為の効果の形成が行為者の事情に極めて強く依拠しているために、ここではより広い余地がある。ここでは、事物の本性において枠が決定される。そして、個別事例での裁判官による刑の確定に関してさえ、追試可能性および透明性についてのあらゆる尽力にもかかわらず、裁判所の追試可能性からも免れる、考量不可能な残余が残されている。つまり、既に量刑の際の個別事例においてある程度の不明確性が避けられない場合、このことは一層、法律による明確性に当てはまらなければならない。

4. 前置法 (Lex praevia) : 遡及効の禁止——時間的効力——行為者に有利にの原則

[65] 刑法2条 時間的効力

1. 刑罰とその付随効果は、行為時に効力のある法律によって定められる。
2. 行為を遂行している間に法定刑が変更されたときは、行為の終了時に効力のある法律を適用する。
3. 行為の終了時に効力のある法律が裁判の前に変更されたときは、最も軽い法律を適用する。
4. 一定の期間にのみ効力を有すべき法律は、その効力のある期間中に行われた行為に対して、その法律が効力を失ったときにも、なおこれを適用する。このことは、法律に別段の定めのあるときはこの限りではない。
5. 利益剥奪 (Verfall)、没収 (Einziehung) および使用不能 (Unbrauchbarmachung) については、第1項ないし第4項を準用する。
6. 改善および保安処分については、法律上別段の定めのないときは、裁判のときに効力のある法律によって決定する。

a) 実体刑法における遡及効の禁止

[66] 遡及効の禁止は、基本法103条2項および刑法1条において規定され、刑法2条で詳述されている。遡及効の禁止が意味するのは、その遂行時に可罰的ではなかったある行為に対して遡及的に刑罰が科されることも、遡及的により重い刑種（例えば、罰金刑の代わりに自由刑）が科されることも、法定刑が遡及的により厳しいものとされる（例えば、刑罰枠の上限を拡張する）ことも許されないということである。行為の遂行時を基準とするために、遡及効の禁止の遵守は、どのような法律が行為の時点で効力を有していたかが知られていた場合にもっぱら確立され得る。従って、刑法典の時間的効力は、遡及効の禁止を考察するための前提問題である。

[67] 時間的効力に関して、刑法2条1項は、原理として次のことを確立している。すなわち、刑罰とその付随効果は、行為時——刑法8条によれば、正犯ないし共犯が行為をした時点、あるいは不作为の場合には作為をしなければならなかった時点——に効力のある法律によって定められる。刑法2条2項は、行為を遂行している間に法定刑が変更されたときは、行為の終了時に効力のある法律を適用することを明文で規定する。従って、行為を遂行している間に法定刑が重くなるリスクを負担するのは、行為者である。

[68] 行為の終了時とその行為に関する裁判までの間に法律が変更されたときは、刑法2条3項によって、最も軽い法律を適用する（行為者に有利の原則（*Günstigkeitsprinzip*））。より軽い法律とは、個別事例の特別な事情に基づいてより軽い評価を許している法律である。

[69] これについての例外が妥当するのが、刑法2条4項により、いわゆる限時法、つまり一定の期間にのみ効力を有すべき法律の場合である。限時法は、それが裁判の時点ではもはや効力を有していない場合でさえ、適用することができる。限時法はその効力が日数に従って限界づけられるに過ぎないものか否か、あるいは、その内容上もっぱら過去のものとして考

えられた規則を変容する時勢に相応しいものにしようとするだけで十分であるか否かは、争われている。

[70] 刑法2条5項により、明文で、利益剥奪、没収、使用不能の場合にも遡及効の禁止は妥当する。

[71] 刑法2条6項は、改善および保安処分については、裁判のときに効力のある法律によって決定すると規定している。法律で例外が規定されているときには、この限りではない。1974年3月2日の刑法施行法（EGStGB）303条および305条により、行状監督（刑68条）および職業禁止（刑70条）について遡及効が排除されたが、これに対して、精神病院における収容（刑63条）、禁絶施設における収容（刑64条）そして保安監置における収容（刑66条）について、並びに運転許可の取消し（刑69条）については、遡及効は排除されなかった。特定の処分を導入する際の遡及効の可能性は、処分の賦課が保安的性格を有し、そこから危険防衛に資するということによって正当化される。もっとも、この目的は、警察法を手段としても追及され得ることになる。これに対して、構成要件に該当し、違法な行為についての法律効果としては、改善および保安処分も罪刑法定主義に与すべきことになる。

[72] ドイツにおける保安監置の規定は欧州人権条約の規定に違反すると欧州人権裁判所の判決を受けて、連邦憲法裁判所は、2011年5月に、（事後的）保安監置の命令と期間に関する刑法および少年裁判所法（JGG）の諸規定は憲法違反であると判断した。すなわち、これらの規定は、自由刑と処分執行の間での憲法上の区別の要請にとって十分なものではないので、被収容者の自由権（Freiheitsgrundrecht）（基本法104条1項〔自由剥奪の際の権利保護〕と関連する2条2項2文〔人身の自由の不可侵性〕）を侵害している。特に、いわゆる古い事案においては、加えて、基本法20条2項〔国民主権、権力分立〕に基づく信頼保護に鑑みて、疑念が生じるだろう。従って、ここでは、個別事例における評価にかかっている。これ

に対して、連邦憲法裁判所は、基本法103条2項に基づく遡及効の禁止違反を是認していない。それというのも、この違反は、もっぱら刑罰についてのみ妥当するものであって、処分については妥当しないからである。

[73] 遡及効の禁止としての罪刑法定主義は、東西ドイツ間の国境での射殺の可罰性に関する連邦憲法裁判所の判例により、部分的に制限されている（上述の欄外番号12）。

b) 刑事手続法における遡及効の禁止？

[74] 実体刑法とは異なり、刑事手続法では、遡及効は原理的に可能であるとみなされている。告訴がない場合のほかに、時効の発生も訴訟障害として位置づけられる場合、そこから、刑法上の訴求効の禁止がその限りで登場しないことになる。

[75] 1941年6月と7月に始まった、ユダヤ系ドイツ人への謀殺罪の幫助についての時効期間の延長の許容性に関する、1969年2月26日の判断において、連邦憲法裁判所は次のような判断を行った。すなわち、ここで刑事手続に関する諸規定が問題となっている（訴訟障害としての時効）かどうかの問いを考慮せずに、時効規定も罪刑法定主義によって把握されるものではないとしたのである。それというのも、基本法103条2項は可罰性に関係しており、これに対して、時効規定は行為の訴追可能性に関係しているからである。もっとも、可罰的行為の不法の特性は、その訴追可能性によって動かされるわけではないので、時効規定の改正も基本法103条2項に違反し得るだろう。このことは、時効規定の発生史からも明らかになる。

[76] その後、謀殺罪の時効期間は、1969年8月4日の第9次刑法一部改正法により20年から30年に延長され、1979年7月16日の第16次刑法一部改正法により完全に廃止された。これに対して、時効期間が既に経過した場合の再延長は、許容されていない。

[77] 告訴の必要性を事後的に廃止することが遡及効の禁止に違反するか（龍法 '17）49-4, 726（1556）

どうかは、争いがある。支配的見解はこれに異議を呈してはいない。

c) 最高裁判所の判例変更に関する遡及効の禁止？

[78] 最高裁判所の裁判は、判例の統一性に資するものであるため、規範の名宛人にとっての目標となる目印になり得るし、またそれによって、事実上、法律上の規定のように作用し得る。しかしながら、最高裁判所の判例であっても不変なものではない。従って、犯行遂行時と判決時の間に固まっていた最高裁判所の見解が行為者の不利に変更された場合に、何が生じることになるかが問われる。

[79] 事例3.10

血中アルコール濃度の上限 連邦通常裁判所の判決（BGH NStZ 1990, 491 vom 28. 6. 1990-4 StR 297/90）により、絶対的（すなわち、それが具体的に存在すると証明しなくても想定される）運転不可能な限界が、血中アルコール濃度（BAK）1.3%から1.1%に下げられた。この血中アルコール濃度の上限が下げられるまでは、自動車運転者にとっては、血中アルコール濃度が1.2%の場合には、自身の運転不可能性が、刑法316条〔交通における酩酊罪〕により可罰的であると証明される必要があったが、判決以降、裁判所は、値が1.2%の場合には絶対的に運転不可能であると判断している。自動車運転者Aは、その血中アルコール濃度が1.2%であった場合、遡及効の禁止を参照することで、その絶対的運転不可能の想定に対して抗弁をすることができるのであろうか？

[80] この場合に遡及効の禁止が作用することは、承認されていない。もっとも、規範の名宛人が特定の判例を信用し、殊更法的助言を得ていた場合には、事情によっては、彼は刑法17条（禁止の錯誤）により刑罰から保護される。

リーディングケース3.1へのヒント

[81] まず、連邦憲法裁判所は、「正・当・な・も・し・く・は・免・責・的・な」という諸概念は、法律用語におけるその形式的・解釈学的意義から、非・故・意での行為態様にも適用をし得るという論拠を退けた。既に日常用語は、故意によらない（すなわち、意図的ではない）行為態様と正当なもしくは免責的な行為態様との間で区別をしている。加えて、「正当なもしくは免責的に」事故現場から離れた者は、客観的にも主観的にも、事故が起こったとの認識なく行動する場合とは全く異なる条件の下で行為している。

[82] また、「歴・史・的、体・系・的、目・的・論・的な解釈の観点」も、連邦憲法裁判所の見解によれば、同一に扱うことを否定する方向で用いられる。「立法資料からは、『いかなる理由からも常に』……不処罰の、事故現場からの離脱の事例すべてにつき、事後的な届出義務によって可能な限り把握することを立法者が考慮していたということについての、明確な根拠は読み取られ得ない。」体系的観点では、刑法142条1項による事故の事象への義務よりも広く、正当なもしくは免責的な事故現場からの離脱へと義務が及んでいる、ということが考慮されることになる。それというのも、刑法142条2項による事後的に「事故の確定を」可能にすることは、事故が起こったことを事後的に初めて知る者にとってその被要請性および射程を見通すことができない、自己負罪の行為を義務づけているからである。最後に、事故関与者の民事法的請求権の貫徹可能性を相互に保障するという刑法142条の保・護・的・目・的でも、「正当なもしくは免責的な」を「故意によらない」へと解釈を変えることは基礎づけられ得ないことになる。事故が起こったことの認識の証明の困難性は、禁止の刑事政策的意義深さを参照することでも、潜脱されてはならないものである。

[83] 連邦憲法裁判所の説明をより明確に公式化することもできる。刑罰規範が前提とする生活事態の認識は、この規範に相応する可罰性にとっての必要不可欠な条件である。この認識の証明可能性における間隙は、禁止規範の刑事政策的意義深さを参照することによって埋められ得るものではない。従って、禁止はなお重要なものとなり得る——その禁止に結びつく生活事態を知らない者は、処罰され得ない。

Ⅳ. 復習のために

[84] 確認問題

1. 罪刑法定主義の「四つの柱」は何と呼ばれるか。（欄外番号13以下）
2. 罪刑法定主義の四つの要求は何と呼ばれるか。（欄外番号18以下、21以下、61以下、65以下）
3. 四つの最も重要な解釈基準は何と呼ばれるか。（欄外番号35以下）
4. 刑法解釈学の下でどのようなものが理解されているのか。（欄外番号48以下）
5. 決定を見出すための手段としてどのような推論手続が、法律学的論理に役立つのか。（欄外番号51以下）

B. 法治国家原理の実体的形成としての責任原理

[85] リーディングケース3.2

完全酩酊事件 1996年から1997年への変わり目に、酩酊した自動車運転者Kは、ベルリンで、警察の検問の際に警察官に向けて複数発

の弾丸を発射した。一人の警察官が死亡し、さらに二人の警察官が傷害を負った。血液検査の結果、行為時点での血中アルコール濃度が3%ということが明らかになった。Kは責任無能力であったということが排斥されなかったので、刑法323条a〔完全酩酊罪〕での有罪判決だけが考慮された。刑法323条aは、5年以下の自由刑を予定していた。

[86] 1997年2月に、ドイツ連邦議会上院（Bundesrat）は、ベルリン州の提案に基づく刑法323条aの厳罰化のための法律草案を提出した。連邦議会上院は、次の議会の任期中にもこの草案をさらに追求した。連邦議会上院の草案は、刑法323条aに対する加重類型を作ることとを予定していた。行為者が酩酊して特に重大な犯罪行為を行う諸事案において、3月以上10年以下の自由刑が科され得るというものであった。さらに、キリスト教民主同盟（CDU）およびキリスト教社会同盟（CSU）の統一会派は、酩酊行為に対する厳罰化を行うための法律の草案を提出した。これによれば、今後は、酩酊状態で充足した刑罰法規から刑罰が援用されることになるが、もっとも、刑法49条〔法律上の減軽事由〕により必要な刑の減軽が予定されていた。

[87] 両法律草案は、一致して、5年以下の自由刑という刑法323条aの絶対的な刑の上限は正当な刑罰の要請にも積極的一般予防的思考にも適するものではない、ということを経基礎づけるために引用した。例えば、薬物依存症の特異な精神障害者（Amokläufer）が酩酊して複数人を生命に危険なほどに傷害をした、あるいは完全に殺害した場合に、被害者にとっても法共同体にとっても5年以下の自由刑の賦課は媒介され得ないことになる。

[88] 連邦議会下院（Bundestag）の法務委員会は、次の理由から、連邦議会下院に両法律草案の拒絶を勧めた。すなわち、両法律草案は、法定刑が重大さに、あるいは責任無能力状態で行われた酩酊行為の刑

罰枠に向けられているために、責任原理を破るものであるという理由である。

I. 責任なければ刑罰なし (Nulla poena sine culpa)

——責任なければ刑罰なし

[89] 責任原理は、人間の尊厳、自由、平等、比例性、そして法律の留保を義務づける法治国家的刑法の構成要素を形成する。「責任原理は、憲法上の地位を有する。これは、人間の尊厳および自己答責性の保障（基本法1条1項および2条1項）ならびに法治国家原理に根拠を有している（BverfGE 45, 187/259 f.; 86, 288/313; 95, 96/140; 120, 224/253 f.; 130, 1/26を参照）。」責任原理が意味するのは、構成要件に該当する違法な行為の行為者は、その者に対して責任非難もなされ得る場合にのみ、処罰されてよいということである。

[90] それというのも、刑罰が自らを正当化する意味を、刑罰は規範違反的行為の場合に反・作用（Re-Aktion）および応報（Ver-Geltung）として規範の妥当性を表明するということから獲得する場合、規範の名宛人が規範の命令を認識ないし従う状態にまったくないところでは、刑罰はもはや意味を持たないからである。この規範の名宛人は、規範の効力を疑問にさらすことはないのである。この者はまた、その無能力により、規範を尊重する形で行動する状態にもないだろう。従って、この者を処罰することは、もはや理性に担われた意思に依拠しないことになろう。この者は、国家的刑罰の賦課により、人間の尊厳への違反を意味する、国家的行為の客体になってしまうであろう。

[91] これに対して、刑罰の前提としての人間の尊厳を志向する責任を放棄しよう

とする場合、動物の調教と人間の処罰の間には何らの原理的相違がないことになってしまう。また、動物を告訴し、処罰することに何の矛盾もないことになろう。

[92] 人間の尊厳と並んで、とりわけ平等性原理は、刑罰の条件として責任を要求するものである。刑罰が清算的応報であるべきならば、定量化可能な大きさが存在しなければならないが、それをこの応報が志向するのである。もっとも、この大きさは、またもや行為者の責任に存する。従って、刑罰論上、責任は基礎だけでなく限界でもあり、刑罰はそれを志向しなければならないのである。

[93] ドイツの立法者は刑法に対して、そこでは責任にその基礎づけ機能および限界づけ機能を割り当てるという決定をしたことが、刑法46条1項1文から読み取られ得る。すなわち、「責任は刑の量定の基礎である。」

[94] 責任が刑罰にとっての上限だけでなく、下限も形成するの可否かについては、争いがある。ここでも答えは、刑罰が如何にして基礎づけられるかに依拠している。すなわち、——判例のように——行為応報の視点に重点を置くならば、責任に応じた刑罰を下回することは不可能であろう。これに対して、刑罰の相対的基礎づけに傾けば傾くほど、「理論上の」責任に応じた刑罰を下回することは、一般予防的ないし特別予防的論拠によりいっそう基礎づけられ得る。それ自体で責任に応じた刑罰を下回することは、責任原理に反するものではない。それというのも、責任原理の内容は、

責任なければ刑罰なし

であって、その逆ではないからである。

[95] 刑罰が責任に依拠する一方、責任は再び違法に実現された行為の無価値に、それが客観的態度無価値や変動無価値（事態無価値）にせよ、行為者の表象（認識と意欲）や意図、動機（人的無価値）にせよ、依拠している。

[96] この無価値実現の[・]定[・]量[・]化[・]可[・]能[・]性[・]は、責任も定量化可能な大きさであるということによってもたらされる。

[97] もっとも、この考察により、我々は責任原理の法治国家的機能に関する最初の概観を手に入れたに過ぎない。従って、責任の[・]概[・]念[・]に[・]関[・]しては[・]まだ何も述べられていない（これについての詳細は、§6の欄外番号6以下）。

II. 改善・保安処分

[98] 「責任なければ刑罰なし」という原理が例外なく妥当すべきならば、刑罰は、ある者が構成要件に該当する違法な行為を責任無能力（あるいは責任能力が低減した）状態で行った場合には賦課されてはならない（あるいは全面的に科されてはならない）。従って、刑罰法規は、その点では責任とは結びつかず、むしろ、この行為者によってもたらされる[・]危[・]険[・]と結びついており、刑法61条以下で、一連のいわゆる改善および保安「処分」が予定されている（刑63条の精神病院における収容、刑66条の禁絶施設における収容、刑69条の運転許可の取消し、等々）。

[99] その種類に応じて刑法38条以下で規定されている刑罰が、責任の清算を得ようと努め、そこから、刑罰の予防目的に関しても、一身的な責任によって担われ、同時に限界づけられる一方で、刑法61条以下で規定されている処分においては、[・]危[・]険[・]が[・]決[・]定[・]的[・]である。警察法による一般的な危険防衛と異なり、改善および保安処分は、構成要件に該当する違法な行為の遂行を[・]前[・]提[・]とし、そこに関連づけられもする。

[100] 刑罰と並んで処分が形成されたのは、1933年11月24日のいわゆる常習犯罪人法によるが、そこでは、典型的な国家社会主義的法律が問題になっていたわけではなかった。

[101] 違法な行為の法律効果としての刑罰と処分の存在は、[・]刑[・]法[・]上[・]の[・]制

裁の二元主義と呼ばれる。

[102] 少年法においては、自由剥奪的少年刑とは異なる教育処分として、少年裁判所法9条以下による指示(Weisung)や教育的援助(Erziehungshilfe)という名称があるが、用語法上は芳しいものではない。それというのも、第一義的に教育的処分として考えられており、有責的に実現された不法の応報として考えられているわけではないとしても、この法律効果は、けれども少年刑および成人の刑法の刑罰と同様に、有責に行われた犯罪行為を前提としているからである。

リーディングケース3.2へのヒント

[103] 連邦議会上院の法律草案も、キリスト教民主同盟およびキリスト教社会同盟の統一会派の法律草案も、一致して、責任無能力状態で行われた酩酊行為が重大である点に、刑法323条aの新規定で重罰化を行うための根拠を見出していた。そのような場合にのみ、行為に対する「正当な刑罰」が獲得され得るとされた。しかしながら、正当な刑罰のための基準は、行為者によって具体的犯罪行為を通じて実現された責任から明らかになる。刑法323条aの枠内では、責任無能力それ自体を惹き起こすことが法律上の不法である。処罰根拠は、既に、自ら酩酊状態になることの特殊な危険性である。完全酩酊の場合は、これに基づいて、酩酊することに関する行為者の責任および酩酊するに至る諸事情からのみ、刑罰が量定され得る。これに対して、行為者が責任無能力状態で行った酩酊行為の重大さは、量刑の際には、考慮されないままでなければならない。それというのも、酩酊行為に関しては、行為者はまさに責任非難に適し得ないからである。従って、両法律草案は、科されることになる刑罰に関して、責任無能力状態で行われる行為の重大さに結びつけることになるので、責任原理に反するものである。

Ⅲ. 復習のために

[104] 確認問題

1. 刑法上の制裁の「二元主義」の下で何が理解されているのか？
（欄外番号101）
2. 刑罰と処分の本質的な相違はどこにあるのか？（欄外番号99）

C. 法治国家原理のさらなる形成

[105] 法治国家原理の形式的構成要素としての罪刑法定主義よび実質的構成要素としての責任原理と並んで、刑法が同様に法治国家原理の形成を打ち出すものとして、少なくとも端的に言及しているものに、次のようなものがある。

[106] 責任概念の基礎としてだけでなく、人間（*humanen*）の基礎、つまり人間および、処罰される人間にとっての社会的答責のための準備を義務づけられている刑法との相互的結びつきの基礎としても、基本法1条1項の人間の尊厳に中心的な意義が与えられる。人間の尊厳は、終身自由刑で有罪判決を受けた事案であってもなされる当該犯罪行為者の社会復帰への努力や、死刑や強制去勢の廃止、名誉刑の放棄において、具体化される。基本法2条1項の行為自由の保障により、国家的刑罰を必要限度での介入に制限することが導かれている。基本法3条の平等性原理は、刑務所からの釈放者の差別を禁じている。基本法20条3項の比例性原理を具体化するなかで展開された過剰の禁止は、刑事法全体に影響し、例えば処分権

(刑62条)あるいは未決拘禁(刑訴112条1項)のような特にセンシティブな領域において、明文化されている。

[中村 悠人 訳]

文献リスト

- Adomeit* Rechts- und Staatsphilosophie Bd. II: Rechtsdenker der Neuzeit, 1995
- Alexy* Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, in: MacCormick, Neil u. a. (Hrsg.), Geltungs- und Erkenntnisbedingungen im modernen Rechtsdenken, 1985, Beiheft 25 Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie.
- Amelung* Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin JZ 1982, 617 ff.
- Arnold* Einschränkung des Rückwirkungsverbotes sowie sorgfältige Schuldprüfung bei den Tötungsfällen an der DDR-Grenze – BVerfG, NJW 1997, 929, JuS 1997, 400 ff.
- Arnold* Überpositives Recht und Andeutungen völkerrechtsfreundlicher Auslegung von Strafrecht, FS für Grünwald 1999, S. 31 ff.
- Canaris* Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983
- Cho, Byung-Sun* Die Vergangenheitsaufarbeitung und die koreanische Strafjustiz, FS für Nishihara 1998, S. 339 ff.
- Clausnitzer* The statute of limitations for murder in the Federal Republic of Germany, The International and Comparative Law Quarterly 1980, S. 473 ff.
- Coing* Grundzüge der Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 1985
- Dannecker* Nullum crimen, nulla poena sine lege und seine Geltung im Allgemeinen Teil des Strafrechts, FS für Otto 2007, S. 25 ff.
- Dannecker* Das Verbot unbestimmter Strafen, FS für Roxin 2011, 285 ff.
- Dessecker* Hat die strafrechtliche Unterbringung in einer Entziehungsanstalt eine Zukunft? NStZ 1995, 318 ff.
- Dubischar* Vorstudium zur Rechtswissenschaft, 1974
- Ebert* Strafrechtliche Bewältigung des SED-Unrechts zwischen Politik, Strafrecht und Verfassungsrecht, FS für Hanack 1999, S. 501 ff.
- Engisch* Sinn und Tragweite juristischer Systematik, in: Bockelmann/Kaufmann/Klug, Beiträge zur Rechtstheorie, 1984, S. 88 ff.
- Engisch* Einführung in das juristische Denken, 9. Aufl. 1997
- Erb* Die Schutzfunktion von Art. 103 Abs. 2 GG bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 108 (1996), 266 ff.
- Eser* u. a. (Hrsg.) Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000.
- Feuerbach, P.J.A.* Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Pein-

- lichen Rechts, 1801
- Fischer* Strafgesetzbuch, 60. Aufl. 2013
- Fittrakis* I apagorefsi tis anadromikotitas stin piniki dikonomia (Das Rückwirkungsverbot im Strafprozessrecht), Athen-Komotini 1998
- Freund/Renzikowski* Zur Reform des § 323a StGB, ZRP 1999, 497 ff.
- Frister* Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), 5. Aufl., 2011
- Greco* Ist der Strafgesetzgeber an das Analogieverbot gebunden? GA 2012, 453 ff.
- Gropp* Deliktstypen mit Sonderbeteiligung, 1992
- Gropp* Naturrecht oder Rückwirkungsverbot? – Zur Strafbarkeit der Berliner „Mauerschützen“ NJ 1996, 393 ff.
- Grünwald* Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Gesetzlichkeitsprinzip, FS für Arthur Kaufmann 1993, S. 433 ff.
- Gusy* Polizeirecht, 9. Aufl. 2014
- Ha, Tae-Young* Belastende Rechtsprechungsänderungen durch die Strafgerichte unter dem Gesichtspunkt der positiven Generalprävention, 1996
- Hassemer* Alternativen zum Schuldprinzip?, in Baumgartner/Eser (Hrsg.), Schuld und Verantwortung, 1983, S. 89 ff.
- Hecker* Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2012
- Hettinger/Engländer* Täterbelastende Rechtsprechungsänderungen im Strafrecht, in: Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis, FS für Lutz Meyer-Goßner 2001, S. 145 ff.
- Hirsch* Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, ZStW 106 (1994), 746 ff.
- Hörnle* Die verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips, FS für Tiedemann 2008, S. 325 ff.
- Hörnle* Der Streit um die Sicherungsverwahrung – Anmerkung zum Urteil des 2. Senats des BVerfG vom 4.5.2011, NStZ 2011, S. 488 ff.
- Ida* Methodik der Rechtsfindung – insbesondere im japanischen Strafrecht, FS für Szwarc 2009, S. 3 ff.
- Jäger* Grund und Grenzen des Gesetzlichkeitsprinzips im Strafprozessrecht, GA 2006, S. 615 ff.
- Jakobs* Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre, (AT) 2. Aufl. 1991.
- Jakobs* Das Schuldprinzip, 1993
- Jescheck/Weigend* Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (AT), 5. Aufl., 1996
- Kadelbach* Menschenrechte als übergesetzliches Recht?, Jura 2002, 329 ff.
- Kaufmann, Arthur* Das Schuldprinzip, 2. Aufl. 1976

- Kindhäuser* Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung – Grenzkontrolle der Kriminalpolitik durch die Dogmatik?, ZStW 121 (2009), 954 ff.
- Koch/Rüßmann* Juristische Begründungslehre, 1982
- Krahl* Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG), 1986
- Krey* Keine Strafe ohne Gesetz, 1983
- Kuhlen* Zum Verhältnis von Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot, FS für Otto 2007, 89 ff.
- Lackner/Kühl* Strafgesetzbuch : Kommentar, 27. Aufl. 2011
- Lagodny* Strafrechtsdogmatik und Strafrechtsdidaktik auf der Suche nach dem Wortlaut des Gesetzes, FS für Amelung 2009, S. 51 ff.
- Lagodny* Juristisches Begründen, 2013
- Larenz* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991
- LK-Bearbeiter = Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 12. Aufl. 2007 ff.
- Luther* Zum Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, FS für Bemann 1997, S. 202 ff.
- Marxen/Werle/Schäfer* Strafverfolgung von DDR-Unrecht, 2007
- Maurach/Zipf* Strafrecht : Ein Lehrbuch, Allgemeiner Teil 1 (AT 1), 7. Aufl. 1987
- Mitsch* Strafrecht Besonderer Teil 2 Teilband 1 (BT 2/1), 2. Aufl. 2002
- MK-Bearbeiter = Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2011 ff.
- Müller-Gerbes* Auf dem Prüfstand des BVerfG : das Recht der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt, StV 1996, 633 ff.
- Müller/Christensen* Juristische Methodik, 11. Aufl. 2013
- Murmann* Grundkurs Strafrecht (GK), 2. Aufl. 2013
- Naucke* Strafrecht : eine Einführung, 8. Aufl. 1998
- Naucke* Rechtsphilosophische Grundbegriffe, 4. Aufl. 2000
- Neumann* Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte? ZStW 103 (1991), 331 ff.
- Otto* Grundkurs Strafrecht – Allgemeine Strafrechtslehre (GK-AT), 6. Aufl., 2000
- Penski* Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln, JZ 1989, 106 ff.
- Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* Grundrechte. Staatsrecht II, 29. Aufl. 2013
- Rath Das Verhältnis des Wertes und des Sollens zum Sein, 2004
- Rengier* Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), 5. Aufl. 2013
- Renzikowski* Die Verschärfung des § 323a StGB – Preisgabe des Schuld-

- prinzips?, ZStW 112 (2000), 475 ff.
- Rosenau* Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag: die strafrechtliche Verantwortung von Grenzsoldaten für den Schusswaffengebrauch an der deutsch-deutschen Grenze, 2. Aufl. 1998
- Roxin* Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, FS für Jescheck 1985, S. 456 ff.
- Roxin* Das Schuldprinzip im Wandel, FS für Arthur Kaufmann 1993, S. 519 ff.
- Roxin* Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft, in: Eser, Albin u. a. (Hrsg.) Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 369 ff.
- Roxin* Strafrecht, Allgemeiner Teil Band 1 (AT 1), 4. Aufl. 2006
- Satzger* Die zeitliche Geltung des Strafgesetzes – ein Überblick über das „temporale Strafrecht“, Jura 2006, S. 746 ff.
- Schaffstein/Beulke* Jugendstrafrecht, 14. Aufl. 2002
- Scheffler* Die Wortsinngrenze bei der Auslegung, Jura 1996, 505 ff.
- Schild, Wolfgang* Alte Gerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1989
- Schmitt, Rudolf* Der Anwendungsbereich des § 1 StGB (Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz), FS für Jescheck 1985, S. 223 ff.
- Schönke/Schröder, *Bearbeiter* in: = Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2010, fortgeführt von *Lenckner, Cramer, Eser, Stree, Heine, Perron, Sternberg-Lieben, Eisele, Bosch, Hecker und Kinzig* und unter Mitarbeit von *Schittenhelm*
- Schünemann* Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft...GA 1986, 293 ff.
- Seebode* Wortlautgrenze und Strafbefürfnis, JZ 1998, 781 ff.
- Seidel* Rechtsphilosophische Aspekte der Mauerschützenprozesse, 1999
- Starck* Zum Rückwirkungsverbot bei der strafrechtlichen Beurteilung der Todesschüsse an der innerdeutschen Grenze, JZ 1997, 147 ff.
- SSW-Bearbeiter = *Satzger/Schmitt/Widmaier* Strafgesetzbuch. Kommentar, 2009
- Tiedemann* in Zusammenarbeit mit *Dannecker* Die gesetzliche Milderung im Steuerstrafrecht: dargestellt am Beispiel der Abzugsfähigkeit von Parteispenden, 1985
- Tiedemann* Die Anfängerübung im Strafrecht, 1997, S. 74 ff.
- Wessels/Beulke/Satzger* Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), 43. Aufl. 2013
- Zaczyk* Was ist Strafrechtsdogmatik?, FS für Küper 2007, S. 723 ff.
- Zielinski* Das strikte Rückwirkungsverbot gilt absolut im Rechtssinne auch dann, wenn es nur relativ gilt, FS für Grünwald 1999, S. 811 ff.
- Zippelius* Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012