

罪刑法定主義の理解における今日的修正¹⁾

Aktuelle Änderungen im Verständnis des Gesetzlichkeitsprinzips

ローター・クーレン*
訳 高 良 幸 哉**

訳者はしがき

本稿は、2013年6月29日に本学日本比較法研究所で行われたローター・クーレン教授（マンハイム大学）による、罪刑法定主義の今日的修正をテーマとした講演の翻訳である。クーレン教授は、1986年より、マンハイム大学「刑法および犯罪学、経済刑法および環境刑法研究所」の教授も務めておられ、現代の刑法の発展や刑法の一般予防的効果についてのほか、環境刑法および経済刑法等幅広く研究しておいでである。今回の来日では、関西においていくつかの大学で講演され、東京近郊では、本学のほか早稲田大学と横浜国立大学で講演されている。なお本講演は2011年9月にヴェルツブルグにて開催された罪刑法定主義の今日的問題に関するドイツ・中国シンポジウムにおいてなされた講演の原稿に基づいたものである。本講演に際しては、多くの参加者を得て、活発な議論が交わされた。

* マンハイム大学教授

Lothar KUHLEN

Professor, Universität Mannheim

** 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

1) 本稿は2011年9月にヴェルツブルグにて開催された罪刑法定主義の今日的問題に関するドイツ・中国シンポジウムにおいて行った講演であり、当該講演に合わせて簡潔な形で記述したものである。

I. 導 入

ドイツ法は次の2つの規定、すなわち StGB1条および GG103条2項で罪刑法定主義（すなわち、*nullum crimen, nulla poena sine lege*「法律なくして刑罰なし」の原則）を規定している。両規定は次のように文言上一致している。すなわち「ある所為がなされるのに先だって、可罰性が法律上特定されている場合にのみ、かかる所為は処罰されうる。」と両規定は述べているのである。ドイツ刑法の比較的古い規定²⁾が今日まで、我々の制度の中にも定着している³⁾のだということは、有名なドイツ完全主義の産物ではなく、実務上重要なものであるがゆえなのである。

とりわけ、公権力によって憲法103条2項に基づく基本権が侵害されているという主張によって、何人でも、連邦憲法裁判所に憲法異議の訴えを申し立てることができるのである⁴⁾。連邦憲法裁判所は、罪刑法定主義の基準の下、その者に刑事司法上の審査⁵⁾（を受けること）を認めるのであり、この点で本質的に実務上の重要性に寄与するのである。もっとも、以上のことについては、私が本日検討する罪刑法定主義についての理解において、重大な変更がなされるに至ったのである。

通常、罪刑法定主義からは4つの個々の要請が導き出される。

- 明確性の原則（Gebot der *lex certa*）
- 遡及禁止の原則（Gebot der *lex pravia*）

2) これらの規定は、1871年のライヒ刑法典（RStGB）2条に由来し、ライヒ刑法典によれば、行為は「行為が実行される前に、かかる刑罰が法律上明確化されている場合」にのみ処罰されうるとされていた。

3) すなわち、1949年の基本法施行まで。

4) GG93条1項4a号。これについては、ヴァイマル・ライヒ憲法（WRV）が同様に罪刑法定主義を意識していた（WRV116条）ものの、憲法請願の機関については意識していなかったという点で、1919年のヴァイマル・ライヒ憲法との重大な差異がある。

5) 間接的には刑事立法によってもなされる。

一慣習刑法禁止の原則 (Gebot der *lex scripta*)

一類推解釈禁止の原則 (Gebot der *lex stricta*)

である。

これらすべての要請は興味深い問題を提起し、しばしばドイツの裁判所の関心を引いているのである。だが、罪刑法定主義の2つの所産、すなわち、慣習刑法禁止の原則と明確性の原則に関して、罪刑法定主義の理解における重要な変更がなされている。以下ではこの2つの原則にだけ立ち入ろうと考えている。

II. 法律上の刑罰の根拠づけの原則 (*lex scripta*)

可罰性は法律によって明確化されなければならない、ゆえに、*lex scripta* に基づいていなければならないのである。これらの規定に対して、遺憾にも、明確に定着したドイツ語の文言は存在しない。一般的に用いられる「罪刑法定主義」という用語は、我々が今話題としている原則をすでに大まかに示しながら、なおかつ紛らわしいものであったので、その一部の言明だけがそのように⁶⁾呼ばれることになったのである。そのためしばしば、積極的な特徴づけはなされず、そのかわりに、消極的に、慣習法による刑罰の基礎づけの禁止についてのみ述べられてきたのである。そのことは歴史的には理解できるが、たしかに今日では時代遅れでもあるのである。そのため、それは(ラテン語的に)慣習刑法禁止の原則 (*Gebot der lex scripta*) としてであれ、(ドイツ語的に)法律上の刑罰の根拠づけの原則 (*Gebot gesetzlicher Strafbegründung*) であれ、これら個々の要請を積極的に定式化することには利益があるのである⁷⁾。

6) たとえば「罪刑法定主義」など。

7) 各々の原則がそうであるように、当然に、これらも禁止の形で定式化されている。さらに、これらは、たしかに、一般的なものとして、すなわち、法律によらない刑罰の基礎づけの禁止として定式化されなければならないのである。

1. 慣習法による刑罰の基礎づけの禁止

法律による刑罰の基礎づけの原則は、もっぱら実際には慣習法による刑罰の基礎づけの禁止を内容としている。この原則は、我々に罪刑法定主義について恩恵を与えている⁸⁾18世紀から19世紀の啓蒙主義者たちにとっては、非常に重要なものであった。かかる原則は、成文法上は認められないが慣習法上は認められる犯罪、たとえば魔法といった異常な犯罪 (*crimina estradinaria*) を処罰するという可能性があったという点と、さらには法律に規定がない場合にもかかわらず刑罰を苛烈化する(すなわち異常な刑罰を科す)実務に対して目を向けているのである。

このような慣習法による刑罰の基礎づけの禁止については今日争いはない。かかる禁止を尊重することは、実務上取り立てて言うほどの問題を提示するものではないのである。結局のところ問題となるのは、ずっと以前から、慣習法が、かかる禁止に関する重要な位置からは排除されており、今日の刑法実務において、もはや散発的なアナクロニズムという形で遭遇するのみであるということである⁹⁾。

2. 正式な法律または実質的な法律による刑罰の基礎づけ

法律による刑罰の基礎づけの原則に関する今日的な問題は、成文法の内部に存在している。この点で、刑罰の基礎づけが正式な法律によってなされなければならないのか、あるいは、可罰性は実質的な法律によっても基礎づけられるのかということが問題となる。正式な法律とは、権限のある立法者によって公布された一般的な規範(議会法)¹⁰⁾である。実質的な法律とは、同様に一般的規定を含むが、立法者ではなく行政によって公布されるものである。

8) それについては Krey, Keine Strafe ohne Gesetz, 1983, S. 12 ff.

9) Krey (Fn. 8), S. 40 ff.

10) Dannecker in Laufhütte u. a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl. 2007 (LK), § 1 Rn. 117.

行政、諸大臣、その他の執行機関によって公布されうる法規命令¹¹⁾が、実質的な法となるのは、とりわけ、これらの執行機関にかかる法を公布する権限が与えられている場合である¹²⁾。このような法規命令は実務上大きな役割を担っている。たとえば環境法を例にとると、様々な問題についての決定を行うために、議会法はきわめて広い枠組みだけを定めているのであって、その範囲は命令によって非常に細かく規定されているのである。このような法規命令はかかる側面においては、しばしば、環境に負担をかける行為態様を容認するか否かを定める、官庁の独自の命令といった行政行為についての原則だけを形成しているのである¹³⁾。行政行為による刑罰の基礎づけは、当然、同様に、可罰性は正式な法律によって明確化されなければならないという要請に固執するならば、排除されるのである。

a) 伝統的理論：議会法による刑罰の基礎づけの不可欠性

罪刑法定主義の伝統的な基礎づけは、かかる厳格な見解に従うものである。第一に、罪刑法定主義は、国家による刑罰の予測可能性を保障し、それゆえ、十分に明確化された刑罰法規をもって、自身が意図した態度が可罰的か否かについて、市民に適切な判断を可能にするとされる。実質的な法律もかかる機能を満たしうるのである。第二に、罪刑法定主義は、権力分立の原則に由来するということである¹⁴⁾。いかなる行為態様が可罰的

11) それに加えて、規則も同様であるが、内部的な行政法規はこれと異なる。

Vgl. LK-Dannecker § 1 Rn. 129, 132; Schuster, Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten – Eine Untersuchung zum subjektiven und objektiven Tatbestand im Wirtschafts- und Steuerrecht, 2013, S. 279 ff. mit zahlreichen Beispielen.

12) GG80条1項。

13) 行政行為はたしかに、一般的な法規範ではなく、そのため具体的な意味の法律ではない。しかしながら、行政行為には、裁判所の決定と同様に、個別的法規範が含まれているのである。Vgl. zu dieser Unterscheidung Koller, Theorie des Rechts, 1992, S. 75 ff.

14) これについては Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2006 (AT I), § 5 Rn. 20 f.

かという、権力分立の偉大な帰結を理由とした非常に重要な判断は、民主主義、すなわち民主主義上正当な議会においては、立法者だけに帰せられべきなのである。そのような罪刑法定主義の意義は、明らかに形式的な法律による刑罰の基礎づけについてのみ妥当し、執行機関によって公布される命令、さらには行政行為による刑罰の基礎づけには妥当しないのである。

b) 実務：実質的な法律によって刑罰を基礎づけることの許容性

もっとも、法規命令や行政行為においては重要な決定がなされるので、行政上定められた規範に違反することは一貫して処罰に値しうる。そのため、中核刑法、すなわち StGB においてさえ、法規命令違反に刑罰を適用するという規定がみられるのである¹⁵⁾。行為が行政行為によって¹⁶⁾許可あるいは禁止されるのかということに、可罰性の根拠を求める¹⁷⁾ような犯罪構成要件は非常に多い。このように、可罰性が、一般的あるいは個別の行政機関による規範化に依拠しているということは、例えばとりわけ環境刑法において議論されているような、行政従属性の問題に結びつく¹⁸⁾。そして、実際、このような刑罰の基礎づけが、法律による刑罰の基礎づけの原則に適合しているかには、疑義がある。

そのような疑問は、罪刑法定主義の伝統的な理解に従えば、明確に否定されうる。今日の法実務において、かかる疑問にいかに関答がなされるかは、たとえば、環境刑法における行政への従属に関する、連邦憲法裁判所による以下の根本的な決定において示されうる。この決定は、1987年に、

15) たとえば329条(保護区域の危殆化)。刑法におけるこのような規定が、法律による命令のない条文である。

16) あるいは、裁判所の決定や公法上の契約とは異なるものによってなされる(330d条4項)。

17) これに対しても、さらに環境刑法は事例のバリエーションを提供する。たとえば324条(水質汚染)、324a条(土壌汚染)、325条(大気汚染)参照。

18) Vgl. dazu den Überblick bei *Ransiek* in: Nomos Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2013 (NK), Vor §§324 ff. Rn. 17 – 26. Für meine eigene Stellungnahme sei verwiesen auf *Kuhlen ZStW* 105 (1993), 697 (706 ff.).

ネルドリンゲン区裁判所の呈示決定（Vorlegungsbeschluss）に際して下されたものである¹⁹⁾。かかる決定は、コンテナの中で、その中に含まれる銅を得るためにごみを焼却した、被告人についてのものであった。コンテナ事例においては、連邦環境汚染防止法あるいは第4連邦環境汚染防止命令に基づいて許可を受ける義務がある設備であるものの、実際には官庁の許可が与えられていないような設備が問題となったのである。そのため当然に、本件区裁判所は、本件では、施設の無許可操業に関する構成要件（StGB327条2項1号）が適用可能であるとしている²⁰⁾。しかしながら、本件区裁判所はかかる規定を違憲であるとしたのである。というのも、かかる規定によれば可罰性は行政の個別の命令に従うとなっていたために、可罰性は法理上定められなければならないとするGG103条2項に違反していたからである²¹⁾。それゆえ、本件区裁判所はかかる決定に関する本件問題を連邦憲法裁判所に呈示したのである²²⁾。

それに対して、事実によれば、連邦憲法裁判所は327条2項1号が合憲であると宣言し²³⁾、それによって、環境刑法の行政従属性は、全体として憲法上許されるとされたのである²⁴⁾。327条が、GG103条の明確性の原則を満たすのは、327条が連邦環境破壊防止法のような正式な法律との関

19) GG100条1項によれば、専門裁判所は、（憲法に準じる）法律に関する合憲性を、たしかに審査しなければならないが（すなわち相応する審査権限をもつ）、当該裁判所が違憲であるとみなした法律は、ただちに無効とみなされるわけではなく（すなわち破棄権限を持たない）、憲法裁判所の決定を仰がなければならないのである。

20) これらの規定によれば、BlmschGの意味における許可が必要な施設を、当該法理の許可なく運営した者は、3年以下の自由刑あるいは、罰金刑に処されるのである。

21) かかる見解は連邦憲法裁判所の決定の後、文献の中にも賛同するものが見受けられる。たとえば、bei *Perschke wistra* 1996, 161 (163 ff.)。

22) AG Nördlingen NStZ 1986, 315 mit Anmerkung *Meinberg*。

23) BVerfGE 75, 329。

24) 同じく、後に BVerfG *wistra* 1995, 100が326条1項4号について決定を下した。

係で考慮される場合である。その具体化のためには、法律を補充する命令も考慮されるのである。この命令はたしかに、正式な法律ではないが、すでに正式な法律によって十分に明確化された犯罪構成要件を個別化することだけに貢献している。法規命令によって形式的な法律を具体化するという規則化技術は、環境法やそれとともに環境刑法にとってなくてはならない自然科学や技術の急速な変化への必要的適合を可能にするために、不可欠だということである²⁵⁾。与えられた許可がいずれにせよ基本的には正当に存在するとする、327条から推論される刑事裁判官の義務は、「すでに法律上の構成要件の定式化から」²⁶⁾生じているということであり、したがって、立法者の判断に基づいているのであって、行政のそれに基づいているわけではないのである²⁷⁾。

c) 態度決定

この点に関して、連邦憲法裁判所の見解²⁸⁾は賛同に値する。もともと、現実的にみると、行政従属的に形成された刑罰の実態においては、命令によってであれ行政行為によってであれ、まずもって行政が、正式な法律によって輪郭が定められた範囲を、市民にとって理解できかつ拘束力のある方法で具体化するのである。そのことは、厳格に解される法律による刑罰の基礎づけの原則に対する違反として評価されうるかもしれない。しかしながら、このように考えることは、現実的ではないであろう。というのも、十分に詳述された規範化は、たとえば(決してこれだけではないが)環境法において、複雑でかつ急速に変化する現実の問題を理由として、立法者単独では完全に不可能だからである。もはや、かかる規範化は、立法と行政による分業的な共同作業においてのみ実現可能なのである。

連邦憲法裁判所の決定が例示的に示したように、ドイツの法実務はこの

25) BVerfGE 75, 329 (345).

26) BVerfGE 75, 329 (346) (著者による抜粋).

27) それによって権力分立原則違反も問題とはならないとする。

28) ドイツの裁判所実務は環境刑法の事例においてのみ賛同するというわけではない。

分業を認めているのである。可罰的な態度の範囲を、市民を方向づけるのに十分なほど、詳細に決定することは、立法者にのみ許されるのだという「純粹な理論」に対して、この分業が明らかに反するのにもかかわらずである。このような実務は評価された。なぜなら、このような実務は形式的な法律による刑罰の基礎づけという理想と、現代社会からの規範化の要求との間の筋の通った妥協を示したからである。このような妥協は、法解釈的には支配的見解からは、実質的な法律による可罰性の確定で十分であると、すなわち、そのことは法律による刑罰の基礎づけに関する憲法上の必要性に沿っていると、解釈されているのである²⁹⁾。

III. 明確性の原則 (lex certa)

1. 伝統的理論

明確性の原則は、支配的見解に従えばもっぱら立法者に向けられており、行為に基づく可罰性を法律において明確化することを立法者に義務付けている³⁰⁾。内容的に、そこでは、明確性の原則は内容の明確性の原則 (Präzisionsgebot) として理解されている。そこでは、犯罪構成要件の効果や適用範囲が、規範の受け手にとって、法律それ自体からすでにして認識されえ、そして解釈によって確認され具体化されうるほどに詳細に、確定することが立法者に要求されている³¹⁾。このような明確性の原則に関する伝統的な着想は、罪刑法定主義に関する2つの根源に妥当する。つまりその順守が、市民にとっての指針の確保を保障し、同時に、裁判官ではなく立法者によって、特定の行為態様の可罰性が決定されるということ

29) Vgl. LK-Dannecker § 1 Rn. 117 ff. mit weiteren Hinweisen.

30) これに批判的なものとして, *Kuhlen*, Zum Verhältnis von Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot, in: *Dannecker* u. a. (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto, 2007, S. 89 ff.

31) BVerfGE 105, 135 (153) (確立した判例).

保障しているのである³²⁾。

それに加え、この伝統的な着想は、明確な以下のような刑罰法規、すなわち、裁判官によって一定の方法で証明できるように解釈され、個々の事例ごとに適用されるような刑罰法規に関する、啓蒙主義的な観念によるものである。かかる理解についてのきわめて有名な公式によれば、裁判官は、すでに法律に含まれていることだけをしゃべる、「法律の口」なのである³³⁾。類推解釈禁止により裁判官がさらに強く法律によって拘束されるということは、そのような観念に従えば、市民を処罰することは、裁判官、すなわちある個々人の判断に従うのではなく、法律、すなわち一般的な規範によって決定されるのだということを保証するのに、十分である。

2. 今日の法実務

a) 法律による明確性への僅かな要請

今日の法実務は、伝統的な理論からは遠ざかっている。窃盗(242条)や詐欺(263条)などの重要な構成要件を、十分に明確化されていると理解している点で、論者は一致している。それにもかかわらず、規範の名宛人が、教養の高い素人であっても法律家であっても、これらの構成要件の適用可能性を法律自体からは決して導き出せない、といったような事例が数多く存在している。そのため、242条、263条についての内容豊富な裁判や文献を考慮において、膨大な説明の下で、かかる構成要件がどのような適用範囲を有するのが、示されることになる³⁴⁾。我々はそのことを、今日、自明のこととして理解している。しかし伝統的な理論に従えば、そ

32) Vgl. dazu LK-Dannecker § 1 Rn. 179.

33) “La bouche qui prononce les paroles de la loi” (*Montesquieu*, De l'esprit des lois, 1748, XI, 6).

34) たとえば以下のものが参照される。die Kommentierung von § 242 im Leipziger Kommentar (12. Auflage 2010) durch *Vogel* (212 Randnoten ohne die Vorbemerkungen – 84 Randnoten – und die besonders schweren Fälle des § 243 – 79 Randnoten –) oder von § 263 durch *Hefendehl* im Münchener Kommentar (1. Auflage 2006) (808 Randnoten).

のことは厳密に解すれば問題があり、また実際に啓蒙時代にあつては、そもそも法律について解釈することが許されるかということについて、慎重に議論されていたのである³⁵⁾。

それと同様に、その明確化について文献では争いがあるか、もしくは疑念を抱かれているような、様々な犯罪構成要件においては、単に法律からのみ導き出されうる適用範囲の明確性は、ほとんど言及されていない。例えば、侮辱(185条)³⁶⁾、強要(240条)³⁷⁾、背任(266条)³⁸⁾あるいは近年ようやく処罰されるようになった付きまとい(238条)³⁹⁾がこれにあたる。まさに、妥当な法律による可罰性の明確化というものは、刑法総論上の「法的帰結の明確化という広範な部分」や「帰属理論の主要な定義」を考慮して議論されている⁴⁰⁾。そして、実際に、多くの学説上の見解が、過失犯⁴¹⁾や13条で規定されている不真正不作為犯⁴²⁾について、法律上十分に明確化されてはいないとみなしている。

裁判所は憲法上要求される罪刑法定主義に関するかかる厳格な見解から

35) そのため、1794年のプロイセン一般ラント法(ALR)によれば、裁判官は単に法律の明確な意味によってのみ判断を下すべきであり(序章46条)、裁判官はもしもこの法律の意味が疑わしいと思ったならば、法律委員会(Gesetzcommission), すなわち立法者の判断を仰ぐべきであり(序章47条)、いずれにせよ「法学者の見解や、かつての裁判官の言明を将来の判断において、考慮すべきではない」(序章6条)、とされたのである。

36) これについては *Fischer*, Kommentar zum StGB, 60. Aufl. 2013 (*Fischer*) § 185 Rn. 2.

37) Vgl. die Hinweise bei *Sinn* in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012 (MK), § 240 Rn. 17.

38) Vgl. *Fischer* § 266 Rn. 5.

39) これについては *Fischer* § 238 Rn. 6 mit weiteren Hinweisen.

40) これに該当するものとして *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, Abschnitt 4 Rn. 1.

41) MK-*Duttge* § 15 Rn. 33 ff.

42) Vgl. dazu NK-*Wohlers* § 13 Rn. 3: "begründete Zweifel an der hinreichenden Bestimmtheit der Norm".

は広く距離を置いている。連邦憲法裁判所は、刑罰法規と明確性の原則の両立可能性について多くの判断を下しており、かかる両立可能性はわずかな例外事例⁴³⁾においてのみ否定されるとしたのである。通常、連邦憲法裁判所は、審査される刑罰法規を十分に明確化されたものとみなすのであり、それはたとえばすでに取り上げた侮辱⁴⁴⁾、強要⁴⁵⁾、背任⁴⁶⁾の構成要件についてもそうである。過失犯や不真正不作為犯といった、法律による明確化が欠けているテーゼは、伝統的な理論に従えば、〈法律による明確化が欠けていると〉完全に認められているにもかかわらず、実務上、そのように認められる機会⁴⁷⁾は全くなかったのである。

b) 学説の態度決定

理論と実務のこのような齟齬に應える、2つの可能性が存在している。一方は、厳格に解釈された明確性の原則から極めて明白に逸脱していることを理由として、実務を厳しく批判している。つまり、*Schünemann*によれば、ドイツの裁判所は明確性の原則を「極めて広範囲で放棄し」⁴⁸⁾たのだとされ、*Kargl*によれば罪刑法定主義は「もはや実務上存在しない」⁴⁹⁾とされるのである。それに対し、学説の多くは、連邦憲法裁判所の判決に概ね賛同しており、刑罰法規に関する明確性の要求を引き下げることによって、明確性の原則という理論と裁判所による適用実務の溝を埋め、これらが論理的に抵触しないよう試みているのである。

43) Vgl. die Rechtsprechungsangaben bei LK-Dannecker § 1 Rn. 73.

44) BVerfGE 93, 266.

45) BVerfGE 73, 206; 76, 211; 92, 1; 104, 92.

46) BVerfG NJW 2010, 3209. Zur Vereinbarkeit von § 238 mit Art. 103 Abs. 2 GG vgl. (zweifelnd) den 2009 ergangenen Beschluß BGHSt 54, 189 (193 f.).

47) 不真正不作為犯については BVerfG NJW 2003, 1030に見られる。

48) *Schünemann*, Nulla poena sine lege, 1978, S. 6 ff.

49) *Kargl* JZ 2005, 503 (505). これに批判的な根拠に基づいて詳細に判例を分析するものとしては *Krahl*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG), 1986.

したがって、たとえば、明確性の原則はもはや内容の明確性の原則としてではなく、単に指示原則（Anordnungsgebot）として理解されているのである。そこでは単に、特定の行為の可罰性を指示することが立法者に要求されるが、厳格に、つまり、あらゆる個別事例にとって十分に明確化されるように指示することは、要求されていないのである⁵⁰⁾。後者の見解では、伝統的な明確性の原則が限定されているのである。このことは、論証理論上の意味における原則⁵¹⁾、すなわち最適化原則（Optimierungsgebot）——これは（同様に最適化されるべき）争いがある目標設定を容易にするために、法律の明確性の原則をゆるめることを許容するものであるが——として理解されているのである⁵²⁾。刑罰法規の適用範囲は「すでに法律自体から認識され」なければならないとする要求を、連邦憲法裁判所自身が根本的に弱めているのである。これは、とりわけ、裁判官による解釈を必要とする概念を用いて、立法者が刑罰を定式化せざるをえないのであると、連邦憲法裁判所が容認することによってなされているのである。その際には、ある態度が法律上の構成要件に当てはまるか否かが、不明確になりうるのである⁵³⁾。

c) 態度決定

私見としては、今日の法実務は基本的に賛同に値するといっていよう。そして、これは2つの根拠に基づく。第一に、その適用範囲が「すでに法律自体から判明されうる」ような、法律上の犯罪構成要件という観念が、まったくもって一般的に、法理論上、時代遅れとなっているということである。この観念を基礎に置く「法律の口」としての裁判官という着想

50) これについては、*Herzberg*, Wann ist die Strafbarkeit "gesetzlich bestimmt"? in: *Hefendehl* (Hrsg.), Symposium für Bernd Schünemann, 2005, S. 31 ff.

51) これについては基本的には *Alexy*, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, in: *Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann*, Elemente einer juristischen Begründungslehre, 2003, S. 217 ff.

52) *Kuhlen* (Fn. 30), S. 95 f.; *LK-Dannecker* § 1 Rn. 195 f. これらにはそれぞれ別の指摘がみられる。

53) BVerfGE 71, 108 (114 f.) (確立した判例)。

は、一般的な法規を具体化することへの裁判官の関与を見落としているのである⁵⁴⁾。

第二に、啓蒙時代とは異なり、刑法において(も)立法技術が根本的に変化していたということである。今日の刑罰法規にとって特徴的であるのは、もはや、たとえば1794年のプロイセン国家一般ラント法のような大量のカズイスティックな細目規定ではなく、基本的により抽象的である法律の形式である。この法律の形式は、社会状況が急速に変化しても、これらの法律が長い間変わらず有効となりうるようにするとともに、当然に裁判官にも広い解釈の余地を開いているのである⁵⁵⁾。

かかる2つの論拠は、法律による明確化への非現実的要請を放棄してのみ、考慮されうるのである。刑罰法規は、兎にも角にも、法理論上の意味では、多様であり明確化されていないのである。したがって個別事例への刑罰法規の適用可能性が、多様な判断が合理的になされる程度に、明確化されていないのである⁵⁶⁾。だからといって、憲法上の意味においても明確化されないであろうというわけではないのである。市民に理解可能で、それゆえ、市民を方向づけうるような法規へと至るよう刑法を明確化することは、立法者単独でなしうるのではない。この明確化は、まずは裁判

54) これは、同時代の法学上の方法論上、異なる起源に基づき、全く別々に具体化されたものであるが、今日では事実上広く合意を得ている、抽象的に理解される考え方である。

55) 立法技術の変化についての重要な事例は、背任罪の行為者の範囲の文言の改正にみられる(266条)。1871年のRStGB266条は、19の人的グループを限定列挙することで、この範囲を理解していた。現行のStGB266条は、もはや、他人の財産を処分し若しくは他人に義務を負わせる権限を有する者、他人の財産的利益を保護する義務を負う者、という2つのグループだけを示している。(BGHSt 24, 386までの)判例は、なおもさらなる抽象化を行い、そして、行為者適格として、他人の財産的利益を管理する義務を一律に要求していたのである(vgl. Fischer § 266 Rn. 6)。

56) これについては、Kuhlen, Unbestimmtheit und unbegrenzte Auslegung des Strafrechts?, in: Murmann (Hrsg.), Recht ohne Regeln? Die Entformalisierung des Strafrechts, Göttingen 2011, S. 19 (23)。

官による刑罰法規の具体化によって形作られ、これとともに最終的には、「立法者と司法が分業的な共同作業の下」で、何が可罰的であるかを（決定する）のである⁵⁷⁾。そこで、立法者と裁判官の関係で、立法者と行政による刑罰の基礎づけを形作る分業という現象が、新たにみられるのである。

3. 内容の明確性の原則と逸脱禁止の原則

a) 内容の明確性の原則

近時の裁判実務は、立法者に対して認められる明確化の要請を制限することのみをもって、立法者と裁判官による刑罰法規の分業的な明確化を考慮するわけではない。むしろこのような実務は、裁判所をも明確性の原則に従わせしめ、それによって明確性の原則に新たな意味をもたせるのである⁵⁸⁾。十分に明確化された法律によって可罰性を確定するように、立法者を義務付けているのに加え、裁判官にも次のことが義務づけられるのである。それは、裁判所が、法律自体になおも備わっている不明確性⁵⁹⁾を、明確な法律解釈によって低減させることであり、つまりは、法律の具体化という方法で、刑法を十分に明確化することに寄与することである⁶⁰⁾。裁判所を名宛人とした「内容の明確性の原則」⁶¹⁾を認めることは、——刑法の適用だけでなく——刑法の明確化にも裁判所が関与することが認められて初めて、理論的に筋の通ったものになるのである。

裁判所にとっては、内容の明確性の原則は類推解釈禁止の原則と同等の

57) これについては、*Krey* (Fn. 8), S. 137 ff.; *Roxin* AT I § 5 Rn. 28; *Kuhlen* (Fn. 30), S. 103; *Schulz*, Neues zum Bestimmtheitsgebot, in: *Heinrich* u. a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, 2011, S. 305 (311 f.).

58) すなわち、かかる実務は、明確性の原則の回避だけではなく、価値の引き上げにも至るのである。

59) 法理論的意味において。

60) 近時、「内容の明確性の原則」として示される、この「解釈の明確性の原則」については、vgl. *Kuhlen* (Fn. 30), S. 89 (102 ff.) mit Rechtsprechungsnachweisen.

61) このようなものに、BVerfG NJW 2010, 3209 Rn. 81.

ものになってきている⁶²⁾。後者は、裁判所に対し、法律が形成する明確な限界を尊重するように義務づける。法律が不明確⁶³⁾であるがゆえにその限界を形成しないのであれば、裁判官は類推禁止の原則に拘束されない⁶⁴⁾。解釈を用いて、可能な限り法律の不明確性を排除するよう裁判官に義務づける、内容の明確性の原則は、このように存在する隙間に足を踏み入れるのである⁶⁵⁾。内容の明確性の原則を受け入れることと、そのことと結びつけて明確性の原則と罪刑法定主義に関する解釈を根本的に変更することは、全体として、まさに近時のものであり、学説上は今日までいまだ十分に認められておらず、解釈上十分に形成されたものではないのである。そのため、連邦憲法裁判所の基本的な決定について詳細に解説したいと思う。

b) 連邦憲法裁判所2010年6月23日背任罪決定

この決定は2010年6月に下されたもので、そこでは背任罪(266条)の法定構成要件とBGHによってなされた背任罪の解釈が、GG103条2項と

62) *Schulz* (Fn. 57), S. 321 ff は、罪刑法定主義の2つの個別の要請の独自性を見誤り、「類推原則を内容の明確性の原則に拡大するもの」と述べている。(しかし類推原則は問題とならないが、類推禁止の原則は問題となる。) *Otto* の祝賀論文集の中で私が主張した見解についての *Schulz* (Fn. 57), S. 323 und in Fn. 83 における誤解もそのことに起因しているのである。すなわち、私のテキストの中では、「明確性の原則を判例に制限する」ということは出てこない(しかし、かかる原則を判例に拡大することは出てくる)、「立法者が一貫してGG20条3項だけを考慮する」ことを望んでいるのではないのである(しかし、立法者が刑法を公布する際に、立法者がGG103条2項の明確性の原則と遡及禁止の原則に拘束されるということは、当然維持されるべきであるということである)。

63) 他方、すなわち法理論の意味において。

64) なぜなら、法律が不明確に定式化されるほどに、それだけいっそう、法律が、類推禁止の原則を侵食する範囲は僅かになる。たとえば、「下劣な動機に基づく」謀殺メルクマール(211条2項)の解釈や「避難すべき」という概念(240条2項)の解釈が、法律の文言上可能な意味を超えて、それゆえ禁止される類推を形成するという事は、ほとんど想像できないのである。

65) BVerfG NJW 2010, 3209 Rn. 81.

両立しうるかが問題となった⁶⁶⁾。

aa) かかる構成要件は財産の保護に関するものであり、背任は身分犯である。行為者となりうるのは、特に他人の財産上の利益を管理する義務(財産管理義務)⁶⁷⁾を負う者だけである。このような義務に違反し、それによって本人に、不利益すなわち財産的損害を与えた場合には、背任罪の客観的な構成要件を満たす⁶⁸⁾。その主観的構成要件は故意行為を前提としている(15条)。

背任罪の構成要件は、「現代の経済を形作る財産所有と委任された処分権限(経営)の分離に目を向ける」と、経済刑法にとって大きな意味をもつ⁶⁹⁾。

それに応じて、近年、有名な経営者や政治家に対する、部分的に注目に値する背任訴訟が、数多くある⁷⁰⁾。

連邦憲法裁判所の決定は、それぞれBGHによって下された3つの背任

66) BVerfG NJW 2010, 3209. これについての評釈としては, *Becker* HRRS 2010, 383; *Saliger* NJW 2010, 3195; *Leplow* wistra 2010, 475; *Krüger* NSTZ 2011, 369; *Kuhlen* JR 2011, 246; *Safferling* NSTZ 2011, 376; *Schulz* (Fn. 57), S. 305.

67) かかる義務については、今日の通説的見解によれば、背任罪の構成要件(266条1項, 2項のバリエーション)だけではなく、権利濫用の構成要件(266条1項のバリエーション1)にとっても、前提とされている。権利濫用の構成要件は、それによって、背任罪構成要件の特別事例である。Vgl. etwa *Rengier*, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 14. Aufl. 2012, § 18 Rn. 3. この明白ではない見解は、今後難なく、根拠とされるのである。

68) 権利濫用の構成要件の場合には、なおも、他人の財産を保護し、他人に義務を負わせる権限の乱用が追加されねばならない。

69) BVerfG NJW 2010, 3209 Rn. 88. Vgl. auch *Schünemann* StraFo 2010, 1 (2 f.).

70) これについては、たとえば、ドイツ銀行理事会議長 *Josef Ackermann* に対して - vgl. dazu das 2005 ergangene Urteil BGHSt 50, 331 - CDUの政治家やかつての首相である *Manfred Kanther* に対して、- Vgl. das im Jahr 2006 ergangene Urteil BGHSt 51, 100 -. *Ackermann* に対する訴訟手続きは2006年にLG Düsseldorfによって、3200万ユーロの罰金の支払いで停止され、 (§ 153a StPO), *Kanther* はLG Wiesbadenによって、背任罪を理由に、54000ユーロの罰金刑(300日の期限ごとに180ユーロ)が下された。

罪による有罪判決に関するもので、被告人らにはかかる有罪判決に対し、憲法異議の訴えを提起した。これらの異議のうち2つは却下されたが、残りの1つは認められたのである。

bb) GG103条2項の基準についてのこのような判決を考慮して、連邦憲法裁判所はさしあたり、刑罰法規それ自体、すなわち266条は十分に明確化されていると明らかにしたのである⁷¹⁾。その規定はたしかに非常に抽象的に定式化されており、しかるべく解釈の必要性があるが⁷²⁾、かかる規定は、明確性の原則と「なおも両立しうる」とされるのである⁷³⁾。「個々の事例において、ある態度がなおも法律上の構成要件の適用を受けるか否かが不確実でありうる」ということは、刑罰法規の形式が抽象的であるため、「避けられない」ことなのだということである⁷⁴⁾。したがって、刑罰法規の不明確性⁷⁵⁾の程度が、一定程度であること、それどころかここでは著しいものであるということに、連邦憲法裁判所は異をと立ててはいないのである⁷⁶⁾。そのことはたしかに伝統的な理論に反するものであるが、確定した裁判とは調和しているのである。

cc) これに対して、GG103条2項から導き出される刑事裁判所への義務づけを明確化するに際し、かかる決定は新たな領域に踏み込んでいる⁷⁷⁾。裁判所による刑罰法規の解釈は類推解釈禁止の原則⁷⁸⁾と並んで、解釈によって法律の不明確性が減少されうるような、内容の明確性の原則に服するのである。内容の明確性の原則は、「筋の通らない解釈や、もはや明確

71) 他の見解としては、例えば *Dierlamm* in: Münchener Kommentar zum StGB, 1. Aufl. 2006, § 266 Rn. 3 mit weiteren Hinweisen.

72) BVerfG NJW 2010, 3209 Rn. 92.

73) BVerfG NJW 2010, 3209 Rn. 85.

74) BVerfG NJW 2010, 3209 Rn. 74.

75) 法理論的な意味で。

76) 「刑法における一般条項にまで至るような価値の充足を要する概念」を法律上適用することは同じくわずかである (Rn.76)。

77) BVerfG NJW 2010, 3209 Rn. 77-84.

78) BVerfG NJW 2010, 3209 Rn. 79 f.

な輪郭を認識されえないような規範の解釈」を排除する⁷⁹⁾。とりわけ重要なのは、266条のような「比較的広範かつ不明確に規定さ」れている構成要件の場合における、内容の明確性の原則である⁸⁰⁾。ここではこの内容の明確性の原則は、たとえば義務違反メルクマールを確実かつ明確な義務違反行為の事例に限定するというように、構成要件メルクマールの厳格な解釈を要求しているのである⁸¹⁾。

dd) 裁判所が刑罰法規を明確化する解釈を通じて、刑法の明確化への独自の寄与に努めるならば、当然、かかる寄与は同様に遡及禁止の原則に服することになる。連邦憲法裁判所はたしかに明確に述べてはいないが、事実上、そうであるのは明らかである。すなわち、連邦憲法裁判所は、確定した判例による刑罰の明確化はとりわけ「判例変更という形態を要求すること」になりうるのだ、と述べているのである⁸²⁾。そして、少なくとも、連邦憲法裁判所は判例の遡及的変更はたやすく許されるものではない、とみなしているのである。

すなわち、確定した判例において刑事裁判所が明確な法律解釈を選択したならば、市民の信頼をないがしろにして、市民の利益に反して、この法律解釈から逸脱することは許されないのである⁸³⁾。この逸脱禁止の原則⁸⁴⁾はたしかに内容の明確性の原則と同様の法理論的な根拠を有してい

79) BVerfG NJW 2010, 3209 Rn. 81. このような基準の解釈学上の分類については *Kuhlen* JR 2011, 246 (248 Fn. 37) にみられる。

80) BVerfG NJW 2010, 3209 Rn. 81.

81) BVerfG NJW 2010, 3209 Rn. 111.

82) BVerfG NJW 2010, 3209 Rn. 81.

83) このことをどのように認めるべきであるかは、連邦裁判所は白地にしていままでである。Vgl. dazu etwa NK-*Neumann* § 17 Rn. 51 f., 68; *Schulz* (Fn. 57), S. 315 ff., sowie die Entscheidung des BVerfG zu § 356 vom 16. 5. 2011 (2 BvR 1230/10 = HRRS 2011 Nr. 737 mit Anm. *Kuhlen*).

84) そのようなものとしては、die von mir in JR 2011, 246 (250 Fn. 55) vorgeschlagene Bezeichnung.

る⁸⁵⁾。しかしながら、逸脱禁止の原則は内容の明確性の原則からは独立して存するのであり、別の憲法上の根拠をも有しているのである。内容の明確性の原則は明確性の原則を裁判官にまで拡張する一方、逸脱禁止の原則は遡及禁止の原則を裁判官にまで拡張するのである。これによれば、遡及禁止は単に(有罪へと働く)遡及的な刑罰法規の変更だけではなく、刑事裁判所による(有罪へと働く)確定判例の遡及的変更からも、市民を保護するのである⁸⁶⁾。

ee) 罪刑法定主義の伝統的な理解に従えば、刑事裁判所による背任罪の裁判は単に類推禁止の原則のみが争点となりえたのである。これに対し、連邦憲法裁判所は、その背任罪決定の中で、3つの固有の問題について審査している。すなわち、

—裁判所によってなされた266条の解釈が、類推解釈禁止の原則に沿っているか。

—かかる解釈が内容の明確性の原則に沿っているか。

—当該判決が確定した判例の線上にあるのか、あるいはそれらが逸脱禁止原則に違反していないか。

ということである。

刑事裁判所による裁判に関するより広きにわたる審査は、罪刑法定主義の伝統的な理解に対する、ある種の根本的な変化を示している。具体的にはかかる審査は、背任罪の構成要件に関し憲法上許された解釈の範囲が、基本的に以前よりも明確に定められており、ここでは、先に述べた3つの原則あるいは禁止原則のいずれもが、重要な役割を果たすのだということに至ったのである。

85) すなわち、刑法の明確化への刑事裁判所の憲法上の関与を認めることである。

86) これと同様の見解をすでに文献上主張するものとして、vgl. *Puppe*, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2. Aufl. 2011, § 19 Rn. 31. 他方、今日まで支配的な見解としては *Roxin AT I* § 5 Rn. 61 参照のこと。

IV. 結 語

私は以下のように結論付ける。ドイツの裁判実務は罪刑法定主義に関する伝統的な理解から大幅に遠ざかっている。そのことはすでに立法権と行政権の關係に当てはまる。現実的に考えると、行政従属的に形成された刑罰的テーマにおいてなされる、行政による規範の定立は、特定の行為の可罰性を基礎づけることに大きく関与しているのである。加えて、現代社会における規範化の要求に目を向けると、明確な代替策は存在していないのである。実質的な意味における規範を用いて、刑罰を基礎づけることで十分であるとしつつ、しばしば行政によってなされる、実務上重要な可罰領域の明確化にも異をとらえないことによって、実務上はこのことを考慮するのである。

よりいっそう重要なのは、——伝統的な権力分立理論を安易に受け入れるのではなく⁸⁷⁾——立法者と並んで刑事裁判所も刑法の明確化に大きく関与しているというような、罪刑法定主義の理解に対する影響である。連邦憲法裁判所の近時の判例においては、このことは、法律による明確化についての要請が緩和される一方で、同時に、内容の明確性の原則としての明確性の原則が裁判官にまで及ぶことに至るのである。刑法の明確化に裁判官が関与することを認めることによる、新たな帰結は、いわゆる逸脱禁止の原則という形式で遡及禁止原則を刑事裁判所に（もちろんなおも議論があるように）拡張することなのである。

このように変容した罪刑法定主義の理解は、私見によれば、基本的に賛同に値する。かかる理解は、高度に法化された現代社会の法理論的理解と必要性を考慮すること、加えて、罪刑法定主義がよりどころとする、現代の不変の基本的価値観を、現実的に修正された形式で有効なものにしようと試みているのである。

87) 「18世紀の希望的な観測」(so *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2011, §3 Rn. 29)。