

二、増田豊講師の報告要旨

罪刑法定主義は、今日憲法上の原理にまで高められ、国家的に承認された法原則としての地位を獲得しており、その形式的な正統性は憲法自体から直ちに導き出すこと

のできるものである。だが、この原則の具体的な内容は憲法上の命題に完全に記述されているわけではない。そこで、この基本命題を具体化し、その内容を充足するためには、この原則の妥当性を合理的な論証を通じて根拠づけ、実質的に正統化することが不可欠なこととなるであらう。

周知のとおり、罪刑法定主義を実質的に正統化しようとする試みは、フォイエルバッハによって主張された心理強制説やモンテスキューらによって展開された権力分立論を通じてすでに遂行されていたものである。だが、フォイエルバッハの心理強制説は社会心理学的にすでに克服された観念に依拠するものであり、ただそれは、今日一般予防論という構想のみが生き残ることができるにすぎない。他方、権力分立論も、今日の三権相互の関係をみるならば、決して啓蒙期のように単純化してとらえることはできない。「裁判官は法律の言葉を発する口にすぎない」とするモンテスキューのテーゼは、完全にナシセンスなものとして排斥されてしまっており、それど

ころか裁判官による「法創造」は今日司法の重要な任務とさえみなされている。

このように従来の正統化の試みが克服された法理論的前提のもとにおいてのみ妥当性を有するものであるならば、新たな法理論的前提のもとで改めてこの原則を実質的に正統化することが必要であらう。さもなければ憲法の規定は空文化し、単なるプログラム規定と化することになるからである。本研究報告は、ボン基本法のもとで展開された西ドイツにおけるこの原則の正統化の試みを手掛かりとしながら、罪刑法定主義の現在について考えてみようとするものである。

(一) 自然法的命題としての罪刑法定主義

アルトゥール・カウフマンによれば、罪刑法定主義はその明証性の故に妥当している具体的な自然法的命題である。だが、カウフマンのこうした見解は、シュライバーも指摘しているように明証性を引き合いに出すという典型的な自然法的やり方で一つの主張を一つの根拠に転

換してしまっているものだ、といえよう。

(二) 責任主義によって根拠づけられる罪刑法定主義

ザックスによれば、ボン基本法第一〇三条第二項の罪刑法定主義はボン基本法第一一条第一項の基本原理（人間の尊厳の不可侵性）に含まれる責任主義より具体化される。つまり、責任は構成要件に特殊化された不法の認識あるいはその認識可能性を前提とするものであり、そうする場合にだけ刑事制裁は人間の尊厳の不可侵性条項と調和しうるものである。ここから不法構成要件を特殊化している刑罰法規は行為遂行時に存在していなければならぬとする罪刑法定主義が導き出されることになるのである。だがザックスの主張は不当な前提に依拠するものである。グリユンヴァルトが指摘しているように、今日の通説・判例によれば責任が関わるのは刑罰法規ではなく「禁止規範」である。したがって、責任にとって「禁止違反」としての違法性の認識あるいはその認識可能性があれば十分であり、可罰性の認識あるいはその認識可能性は不要である。それ故、責任主義の観点からは、成

文であれ不文であれ行為時に妥当している禁止規範に違反すれば処罰しうるということになる。したがってまた、当該行為者だけがたまたま当該行為が禁止されているということを認識している場合には、たとえ刑罰法規が内容的に全く不明確であっても責任非難が可能であるために処罰しうるということになるであろう。さらに責任以外の可罰性の前提、例えば客観的処罰条件や、責任を前提としない改善・保安処分については罪刑法定主義は妥当しないことになってしまふであろう。△法規範に有責的に違反しない行為は不可罰である▽という命題によって導き出されるのは、ビンディングやトレーガーによって主張されていたように「規範の」遡及効禁止のみであり、罪刑法定主義の他の重要な個別原則を正統化することはできない。

(三) 客観的予測可能性・計算可能性の原理

多数説は、罪刑法定主義の正統化の根拠として国家刑罰権行使の「予測可能性」、すなわち刑罰権不行使に関する市民の「信頼の保護」を挙げる。但し、予測可能性

は個々の行為者の認識可能性(主観的予測可能性)ではなく、国民一般の法的評価の測定可能性としてとらえられるべきである。というのは、予測可能性の対象は「可罰性」であって「禁止違反」ではない。したがってもし罪刑法定主義が可罰性の認識可能性ないしは主観的予測可能性を保障すると考えるならば、行為者に禁止違反の認識があっても可罰性の認識ないしはその認識可能性がない場合には処罰できないということになるからである。

こうした結論は、可罰性の認識あるいは主観的予測可能性を責任の前提とする心理主義的な体系においてのみ受け入れられるものである。だが現代の責任論の立場とは調和しえないものである。確かに予測可能性の対象という点では罪刑法定主義は責任主義以上のこと(つまり可罰性さらには刑罰の程度の子測可能性)を要求している。だが、責任論における予測の主体が具体的状況下にある具体的行為者であるのに対し、罪刑法定主義における予測の主体は一般化された人つまり国民一般である。このように一般化された客観的予測可能性・計算可能性とい

うものを罪刑法定主義は保障しているのである。

むしろ法律の予測可能性機能は絶対的なものではない。今日「裁判官は法律の言葉を発する口」などではないし、むしろ「法の創造」は刑事司法にとっても重要な任務でさえあるからだ。それにも拘らず法律が直接・間接裁判官の法判断に決定的役割を果し、裁判官による法創造を限界づける機能を有することも否定されない。その限りで「法律による拘束」の意義も過小評価されてはならないし、罪刑法定主義の正統化の根拠として「客観的予測可能性」の原理も排斥されるべきではない。

(四) 民主主義の原理と権力分立論

権力分立論に基づいて罪刑法定主義を正統化しようとする現代の代表的論者はグリュンヴァルトである。グリュンヴァルトによれば、国家権力の担い手である国民の代表者すなわち議会だけが、したがって議会によって定立された法律だけが刑事裁判を正統化できる。こうして司法の権力は立法権によって制限され、「民主主義の原理」は権力分立論に通じることになる。但し、立法者の

決定権力を制限する遡及効禁止は、民主主義の原理によつては根拠づけられない。だが遡及効禁止も権力分立論によつて根拠づけられる。つまり、個別事件処理は司法の任務である。したがつて立法者は個別事件に対し距離をとるべきであり、事後的にこれを解決するために法律が定立され、適用されはならない、とするのである。まず民主主義の原理について論評するならば、それは部分的には正当であるが不完全であるといえよう。例えば明確性の原則に関して、民主主義の原理からは法律が裁判官にとつて明確でなければならぬという結論が導き出されるが、国民一般にとつて明確でなければならぬという結論を導き出すことは困難である。また類推禁止についても、立法者の価値決定ないしは立法者の言語例を類推の限界としてとらえることはできるが、日常言語例をその限界として設定することは困難であらう。次に遡及効禁止に関するグリーンヴァルトの根拠づけも不十分である。グリーンヴァルトによれば、遡及効禁止は立法者に向けられたものであり、その権力を制限するもので

ある。だが裁判官に対しても、行為者に不利益な刑罰法の規の遡及的適用は禁止されており、遡及効禁止は司法権の制限をも意味しているからである。さらに判例の遡及的変更の禁止も、ここでは司法権内部の制限が問題となつており、異なる権力相互の関係が問題となつていないので、権力分立論によつて正統化することはできないであらう。

(報告者記)