



Title	刑事訴訟法に於る新法優先主義についての反省
Author(s)	寺崎, 嘉博
Citation	北大法学論集, 32(2), 79-106
Issue Date	1981-12-19
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16368
Type	bulletin (article)
File Information	32(2)_p79-106.pdf



[Instructions for use](#)

刑事訴訟法に於る新法優先主義についての反省

寺 崎 嘉 博

目 次

- 一 はじめに——問題の所在
- 二 従来の理解を疑問視させる諸事例
- 三 従来の定式に反対する新しい理解とその検討
- 四 民主主義の要請と法的安定性の要請
- 五 法的安定性の二面性について——法内容の安定性と法形成の安定性——まとめに代えて

一 はじめに——問題の所在

遡及処罰禁止原則は実体刑法（犯罪と刑罰とを規定する法律）にのみ適用されるものであるから、訴訟法的性質の規定に関して、行為後に変更された新規定を当該事件に適用しても遡及処罰禁止原則に触れるものではない、というのが、従来から変わることなく通説・判例の理解して来たところである。すなわち、遡及「処罰」禁止原則は文字通り犯罪と刑罰の新設・加重変更についてのみ適用されるものであって、犯罪と刑罰とを規定しているわけではない訴訟法規定に関しては適用される余地がない、とするのが通説・判例の立場である。この前提に立って、訴訟法規定の新設・改正に際しては、改正前の事件に対しても裁判時法を適用するのが原則だと考えられ、また経過規定もこの意味での新法優先主義を宣明して来た。しかし犯罪行為後、行為者に不利益に変更された訴訟法規定を当該事件に適用することが許されない場合もあるのではないかと私は考えている。刑事訴訟法における新法優先主義の合理性に疑いの目を向けるべきではなからうか。そこで、新設・改正された規定の法的性質如何で遡及処罰禁止原則

の適用の有無を判断している、通説・判例のいわば定式を、本稿で検討・批判したい。

まず、遡及処罰禁止原則が犯罪と刑罰とを規定する法律にしか適用されないとする明確な（例えば西独基本法一〇三条二項や西独刑法二条一項のような）実定法上の根拠は見出せないことを指摘しておきたい。憲法三一条はやはりむしろ「手続の法定」を規定したものと見るべきである。少なくとも手続的保障の面を無視することはできない。憲法七三条六号但書そのものから、遡及処罰禁止原則は刑罰規定にしか適用されないとの結論は導き出し難い。又、憲法三九条前段の「実行の時に適法であった行為」の中に、行為当時刑罰規定はあっても手続法規が欠けている為に實質的に刑罰を科し得なかつた行為を読み込むことは可能だし、同条は、新設・加重変更された刑罰についてのみ遡及を禁ずる旨の文言を持たない。更に、刑法六条は「刑ノ変更」を明記しているが、同条は刑罰の軽減変更に遡及効を許す規定だから、通説も認めるように、「遡及処罰の禁止の趣旨をさらに拡充し（団藤）たものであって、「刑法不遡及の原則に対する一大例外（莊子）」なのである。以上のことから、遡及処罰禁止原則が実体法上の原則でしかなく訴訟法規定の変更には一切適用されない、という定

式が正しいかどうかは、実定法の規定だけから結論を導き出すことのできない問題だと言うことができよう。⁽⁵⁾

手続法が原則として裁判時法に依るとの基本的理解は、遡及処罰禁止原則理解といわば表裏一体の關係にあると言つて誤りではない。⁽⁶⁾ 即ち、行為規範たる実体刑法は行為時法に依ることを原則とするのに対して裁判規範たる手続法は原則として裁判時法に依る⁽⁷⁾、とする理解である。これは基本的には正しい。しかしそのことが、「ある一定の手続法改正は遡及適用すべきではない」との主張を否定する根拠とはならない。もつとも、前述の理解を突き詰めていけば、新しい手続規定が改正前の行為に適用されても遡及効を有するとは言わない、つまり「新しい刑訴法規定が遡及効を持つ」という表現自体が論理的に不適切である、ということにはなるかもしれない。⁽⁸⁾

しかし、刑罰法規と犯罪事実との時間的關係について(a)刑罰法規が先に施行され、それが後に発生した犯罪事実に対して適用される場合(Ⅱ不遡及的適用)と(b)犯罪事実が先に存在し、それに対して後に制定された刑罰法規が適用される場合(Ⅲ遡及的適用)とが考えられるのと全く同様に、(a')手続法が先に制定され、それが後に発生した犯罪事実に対して適用される場合(Ⅳ不遡及

的適用)と(b')犯罪事実が先に存在し、それに対して後に制定された手続法が適用される場合(Ⅴ遡及的適用)とが、少なくとも論理的に存在することは言うまでもない。⁽⁹⁾ 刑事手続法規の適用が本来、事件を現実的に処理することであつて、刑罰法規の適用が評価・確認・宣言的なものであるのと著しく相違しており、従つて刑事手続法規には実際上下右のような適用形態を考える余地がない、との批判は確かに想定し得る。⁽¹⁰⁾ しかし、これは通説の基本的理解を前提としての批判であつて、しかも単なる手続規定改正と、行為者に実質的に(実体法改正と同等の)不利益を与え得る、(殊に実体形成や訴訟追行に関わる)一定の手続法規定改正とを全く同列に論じているのである。行為者は行為時に、自己の行為がどのような手続を経るのかについても(少なくとも重要な手続については)、あらかじめ知っておく権利を有するし、又かような手続に対する信頼は保護される価値があると私は考える。⁽¹¹⁾ 単なる予定・見込に過ぎないとして簡単に斥けられる性質のものではない。問題は、従つて行為者の行為時法に対する信頼がどの程度どの範囲までなら保護する価値ないし必要性を有するか、の判断にかかつてくるだろう。通説は自己の行為の法的効果(何が犯罪となり、どのような刑罰を科されるか)に関する

信賴のみが保護に値すると考えるわけである。しかし、今日、手続面への信賴の保護を看過して果して十全な人権保障が可能なのだろうか。

遡及処罰禁止原則は犯罪と刑罰とを規定する法律にしか適用されないとの理解を嚴格に一貫させれば、刑罰ないし刑に準ずるもの以外には適用がないと考えるべきであるのに、現実に学説に於ては、純粹に刑罰法規の変更のみ遡及処罰禁止原則の適用範囲を限つて来たわけではないことに、目を留めるべきであろう。例えば、親告罪と非親告罪との間の変更、刑または公訴の時効、保護觀察の有無、その他についても刑法六条が準用されると考えられ、親告罪から非親告罪への変更は遡及力を持たせるべきでない⁽¹³⁾、理由として「事実上結果ニ於テ刑ニ変更アリタル場合ト異ルコトナキカ故ニ」と説明され、公訴時効期間延長について、公訴時効は法的性質として実体法上の意味をも併せ持つから、遡及適用すべきではないと解されるなどがそれである。しかしここで注意しなければならないことは、この「刑の変更と変わらない」ないし「実体法的性質」ということの意味である。親告罪が非親告罪に変更されることや時効期間延長が本来の意味での「刑の加重変更」に当たらないことは言うまでもない。また、刑罰を重く変更

することは、行為者の自己の行為に対する法的効果の予測可能性を侵害するから許されない、という考え方を嚴格に貫けば、刑罰が加重変更されたわけではない、非親告罪への変更や公訴時効期間延長に遡及処罰禁止原則が適用されるはずがない。犯した罪が犯行時に親告罪であったという事実は、告訴がなければ公訴提起されないという期待を行為者に抱かせるにとどまり、非親告罪への変更はこの期待を確かに裏切るのだけれど、法定刑を加重するものではない。また公訴時効期間について言えば、一定期間が経過すれば公訴提起がなされないという行為者の期待が期間延長によって侵害されるのは確かだが、当該犯罪の法定刑が加重されるわけではない。

従つて、「犯罪と刑罰」という指標を「実質的に刑の変更と同じ」ないし「実体法的規定の変更」という、より膨らんだ概念に置き換える論者は、これら行為者の期待の侵害が、実質的に、刑罰の事後的加重と同等に禁止されねばならないということを表明しているに他ならない。すなわち、「自己の行為の法的効果を予測・算定するための基準として、「犯罪と刑罰」が指標であるとされて来た。しかし具体的に検討していくと、その規定本来の法的性質からすれば構成要件ないし刑罰とは言えないが、それでも

遡及適用を禁すべき例がある。そこでこれらの諸事例をも遡及処罰禁止原則の適用範囲内に取り込んで、行為者の期待を保護する必要がある。それらの事例を網羅的に把握し、他方で保護するに値しない、行為者の予定・見込に過ぎないものは斥ける目的で、規定の法的性質としての「実体法か訴訟法か」という基準が生まれたとしても怪しむに及ばない。「変更された規定の法的性質が実体的か否か」という判断が「刑罰規定か否か」という判断を忠実に掂げただけであるなら、まだ問題は少ない。しかし、その規定本来の法的性質としては実体法と言えないものまで「実体的」という基準で把えようとする時、その指標としての価値そのものが疑われかねないだろう。「実体法規定の変更」という基準は、行為者の期待が法的保護に値するか否かを判断する媒体に過ぎないことを忘れてはならない。行為者の予測・算定可能性を保障する典型的なものに「犯罪と刑罰」の不遡及であるが、それに限られない。「犯罪と刑罰」が、保護すべき行為者の予測・算定を必要十分に包み込めないように、実体的規定か否かという基準も、行為者の期待が保護されるべきか否かを過不足なく判断できるわけではない。改正された規定そのものが固有に持つ法的性質と、遡及処罰禁止原則を適用させるべき必要性とが、論

理必然的に照応するものではないからである。それゆえ例えば非親告罪への変更が刑罰の変更と同視できると言うとき、改正規定の法的性質を基準とすることの意味はあらかじめ失われていると言つて良い。かような指標に依拠することで、遡及処罰禁止原則の適用範囲を曖昧にするだけでなく、当該原則の本質まで見誤るところを我々は恐れねばならないだろう。

(1) 例えば、旧刑事訴訟法(大正一一年法律七五号)六一六条、刑事訴訟法施行法(昭和二三年法律二四九号)四条。

(2) 美濃部達吉・日本国憲法原論(昭23年)二〇二頁。田畑忍・憲法学原論下巻(昭31年)四二七、八頁。田中英夫「憲法第三一条(いわゆる適法手続条項)について」日本国憲法大系(宮沢俊義先生還暦記念)第八巻 基本的人権Ⅱ(昭40年)一六五頁以下(一九〇頁)。井上正治・刑法総論(昭24年)六四頁以下。

(3) 佐伯千仞・刑事裁判と人権(昭32年)六三頁以下(第二部1新憲法と罪刑法定主義)。大野真義「マグナ・カルタと罪刑法定主義」(阪大法学二三号二三頁以下(のち「罪刑法定主義」世界思想社、昭55年、第三章に所収)四五頁以下。なお、木村亀二・全訂新刑法読本(昭51年18版)一九頁。平野龍一・刑法総論Ⅰ(昭51年)六四頁。

(4) 同条但書を罪刑法定主義の実定法上の根拠の一つとして挙

げるものとして、例えば、吉川経夫「日本における刑法法定主義の沿革」基本的人権4各論1（昭53年）第一章所収、二八頁。なお、大野真義「罪刑法法定主義の現代的意義」刑法学Ⅰ八総論の重要問題Ⅰ（昭52年）四七頁。

(5) なお、刑訴法施行法四条は確かに新法主義を規定しているが、これは前述の定式的理解の裏付けとなるものでもなく、同法六条は逆に公訴時効期間の遡及的延長を排する趣旨とも取れる（団藤重光・注釈刑法(1)（昭39年）三三頁参照）。

(6) いわゆる新法優先主義の背景に確かに次のような考え方も潜んでいる。即ち、手続法にあっては旧来の手続規定では不都合だったから改正したのであって、新法の方がいわば「より良い規定」だからその方を適用するのは当然だ、同一裁判所に係属する多くの事件を、その犯罪時如何によって手続を異にして処理するのは繁雑だ、という考え方である。しかし新法が常に「良い法」だとは言えず、また行為者にとつての有利と手続処理上の利点とが必ずしも一致しないことからも前者は肯定し難い。また私は手続法全てを旧法に依らしめよと主張しているわけではない。手続の繁雑さについて言うなら、例えば、大逆事件の再審請求の審理を旧法手続に抛つて行なうのは繁雑だということになるのだからうけれど（刑訴法施行法二条参照。なお最大決昭37・10・30、刑集一六卷一〇号一四六七頁）。後者も余り説得的とは言い難い。なお、手続法については、必ずしも全て犯罪時が基準となるとい

わけのものでもない。

(7) 大塚仁・刑法概説（総論）・増補再版（昭50年）五九頁。

この理解は夙に、平井彦三郎「刑法施行前ノ犯罪ニ対スル公訴時効」警察協会雑誌第一二九号（明44年）八頁以下で詳しく示されている。なお、豊島直通・講述刑事訴訟法（明37年）二〇頁、同・刑事訴訟法新論（明38年）三三、三四頁、板倉松太郎・刑事訴訟法玄義（明45年合本）一四〇頁、など。

(8) 富田山壽・最近刑事訴訟法要論上巻（明44年・増訂三版）五九、六〇頁、牧野英一・刑事訴訟法（大5年）一八、一九頁、林頼三郎・刑事訴訟論（大8年・四版）二二、二三頁、平沼麒一郎・新刑事訴訟法要論（全）（大12年・第三版）二一頁、平井彦三郎・刑事訴訟法要論（全）（大15年）四六、四七頁。

(9) 柏木千秋「刑法と刑事訴訟法における遡及の意義」木村博士還暦祝賀・刑事法学の基本問題(上)（昭33年）一二三頁以下参照。

(10) 柏木・前掲論文一三二頁参照。

(11) もっとも、例えばサヴィニー（Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts VIII Bd, 1849, S. 389f.）のように、法一般の問題として行為時法を原則とすべきだと考えているわけではない。手続法について新法主義を原則とすることは肯定したとしても、しかし合理性のある例外は進んで認めるべきだと主張するに過ぎない。

(12) 団藤重光・注釈刑法(1)総則(1)(昭39年)三二頁以下はその意味で一貫している。

(13) 柏木千秋「時際刑法」刑法講座1(昭38年)四七頁以下「五八頁及び六〇頁註(五)」。もともと刑法六条は文言通り解すれば、刑罰の軽減変更は適及できるとの規定であって、同条の訴訟法規定に対する準用という表現は必ずしも適切でない。適及処罰禁止原則の適用対象を列挙事例まで拡げて良いとの趣旨と解すべきである。

(14) 宮本英脩・刑法学粹(昭6年)一四七頁。

(15) 平野・前掲書六九頁。内藤謙「罪刑法定主義(二)」法学教室三三(昭55年)二七頁。なお佐々木史朗「公訴の時効についての覚書」司法研修所創立十五周年記念論文集下巻(昭33年)三九五頁以下「四一三頁」参照。

二 従来の理解を疑問視させる諸事例

新規定の法的性質が実体法か訴訟法かによって適及処罰禁止原則の適用の有無を形式的に判断することへの疑問は、しかし今まで全くなかったわけではない。昭和三八年の大法廷判決は、関税法違反被告事件であるが、関税法一一八条を適用して第三者所有物を没収した第一審判決ならびにこれを支持した原判決を破棄

し、事件を第一審裁判所に差し戻した。破棄理由の一つは、告知聴問の手續を経ないまま第三者の所有物を没収するのは違憲だとするにあった。ところで、第三者所有物の没収手續に関する応急措置法が施行されたのは本件控訴審判決言渡後である。つまり原判決言渡時までは、刑罰規定は存在したが手続法規定が欠けている状態だった。多数意見は、実行行為時に刑罰規定さえ存在すれば適及処罰禁止原則に違反しないとの判断を前提として、「なお……応急措置法の施行されたことに鑑み」第一審に於て告知聴問を行なうよう、本件を差し戻した。つまり、適及処罰禁止原則は実体法上の原則だから、訴訟法上の理由で行為当時処罰することが不可能だった場合に、行為後の法律の変更によってその処罰を可能にしても当該禁止原則には触れないという考え方に立ったのである。これに対して奥野健一、山田作之助の両裁判官が少数意見を書いている。その要旨は、犯罪行為時に、たとえ刑罰規定が存在していても手続法規が欠けていたため刑罰を科すことができなかつた事件について、その後手続法規を新設して刑罰を科すことは「実行の時に処罰されなかつた行為を、事後立法によって処罰するのと同様であ」って、刑罰法規不遡及又は事後立法禁止を定めた憲法三九条の精神に反する、というものである。⁽³⁾

又、行為時に許されていた上告理由の一部が裁判時の法律では許されなくなった事案についての最大判昭25・4・26（刑集四巻四号七〇〇頁）には、示唆に富む補足意見が付されている。本件は賭博開帳凶利被告事件であるが、犯罪時には旧刑法（大正一年法律七五号）により定められていた上告理由のうち、三ヶ条が刑訴急措置法（昭和二年法律七六号）一三条二項により適用されないこととなった為、被告人の上告は上告理由なしとして棄却された。そこで、右急措置法が施行される以前の犯罪行為に関して同法の規定を適用することは、事後立法を禁じた憲法に違反するとの上告趣意をもって再上告がなされたが、全員一致で棄却された。ただ真野毅裁判官が補足意見の中で、遡及処罰禁止原則の適用有無の判断が手続法か実体法かという区別で概括的に行なわれるのは甚だ早計であると述べて、特殊な訴訟法的なものについても適用の余地がある旨を発言している点には目を注ぐべきだろう。

さらに、平野教授が「訴訟法上の規定については、事後法の禁止は適用されない」としながら、「もっとも、自白に補強証拠を必要とするというように、事実認定に一定の証拠を要求していたのが、その必要がないように変更されたような場合は、単なる訴

訟法の変更とはいきれないであらう」と述べているのも、改正法規の法的性質を当該原則適用判断の指標とすることへの疑問と看做してさしつかえないのではなからうか。

「事件処理遅延の防止」と「公訴権濫用の防止」という純粹に訴訟法的理由をもって公訴時効制度の存在理由を説明する坂口教授は、行為者が犯罪時に有した利益を個人の既得権と看做して保護すべきか否か、を手掛りに、「この際むしろ訴訟法の原則として前提となる新法主義の合理性を、も一度洗いなおしてみることが先決である」とする。

もっとも、これらの疑問に対しても、改正規定の法的性質如何によつて遡及処罰禁止原則の適用如何が決定されるという定式を崩すことなく、対処することは可能である。一つは、改正された規定・制度そのものの基礎に存在する要請が、遡及適用と相容れないのだとして、法的性質如何に関わることなく、遡及処罰禁止原則の適用を認める方法である。例えば、公訴時効制度の法的性質がいかなるものであれ、当該制度の本質的機能は社会的な法的安定をはかることにあるのだから遡及処罰禁止原則が準用される⁽⁶⁾と解するのが、それである。確かに、このように個々の問題に即して具体的解決をはかることはできない。しかし、諸事例を包括

的に理解し得る統一的基準の模索を断念することは、遡及処罰禁止原則の本質ないし今日的意義の考察を放棄することに他ならない。他の一つは、あくまで例外として斥けるものである。例えば、犯行時に親告罪だとされていた犯罪が法改正によって非親告罪となった場合にも当該犯罪を起訴するには告訴が必要だ、と規定する経過規定に対して、これは前述の定式の例外を設けたものだとし、あるいは憲法上当然の要請ではないと解する立場である。しかし、単に例外だとして考察圏外に置くことは、今日までの立法者の健全とも言える判断を無視することであり、しかも憲法上の要請であるか否かこそが問題なのである。明文があつても遡及適用が許されないと考えるのでなければ無意味であらう。

親告罪である犯罪を非親告罪に改正するに際して、立法者は常に、行為時に親告罪だった犯罪については公訴提起にあつて告訴を要する旨の経過規定を置いて来た。

(a) 明治四〇年法律四五号によって旧刑法（明治一三年太政官布告三六号）が改正された為、旧法では脅迫ノ罪は親告罪（旧三二九条）だったのが非親告罪（新三二二条）となり、幼者ヲ略取誘拐スル罪も（旧三四四條）営利の目的に出た場合につき非親告罪に変更された（新三二九条）。そして経過規定たる刑法施

行法（明治四一年法律二九号）四條は、告訴を要する旨明示した。この点につき当時の司法省は、被害者の保護（被害者ノ予期ニ反シ敵ニ失スルノ嫌ナキ能ハス）を主眼にしたものである旨説明したが、説得的とは言い難い。脅迫ノ罪が旧法で親告罪とされた理由からして、被害者の利益を刑事司法作用を制限してまで保護する必要があつたのか疑問であり、また幼者の営利誘拐につき私人の告訴にからしめる方こそ不自然だったからである。

(b) 暴行ノ罪は、昭和二年法律一二四号により二〇八条二項（親告罪の規定）が削除され、非親告罪になつたが、同法付則四項は、「法律施行前の行為については……なお従前の例による」と規定する。

(c) 昭和三年法律一〇七号により一八〇条二項が追加された、強制猥褻・強姦等の罪も同様である（付則二項）。

(d) 親族相盜（二四四條）につき、昭和二年法律一二四号は「家族」を削除したため、行為当時「其他ノ家族」の身分を有した者にとつては親告罪から非親告罪への変更がなされたことになる。これも告訴を要するだらう（付則四項）。

このような実例にとどまらず、法的性質としては訴訟法であつ

ても遡及適用を認めるべきでない規定・制度をいくつか列挙して見よう。まず、三審制それ自体は憲法上の要請ではないから、一部の犯罪につき二審制を導入する法改正は可能である。しかし当該変更を法改正前の事件にも遡及適用することは、肯定できないだろう。次に、必要的弁護事件の範囲に関する規定を変更し範囲を縮小する⁽¹⁴⁾ことは、そのこと自体、必ずしも違憲とまでは一概に言えない。しかし、必要的弁護事件の範囲を縮小した改正規定は遡及適用できないと解すべきである。また、告訴期間は旧刑訴、現行法ともに六ヶ月だが、これを延長・廃止する手続法改正は、告訴の要否の変更と同様の問題を含むだろう。更に、再審理由を削減する手続法改正なども遡及適用できないと考える。再審請求できる犯罪・刑を限定する⁽¹⁵⁾ことなどが想定できよう。(なお、再審の規定変更に関して、犯行時よりも判決確定時を遡及適用判断の基準時と考えるのが、立法論として、妥当かもしれない。被告人が、再審手続に対して一定の期待を有する地位に立つ時点、逆に言えば国家が事後的に変更することを禁じられる時点が、判決確定時だからである。また、上告理由や審級の問題については公訴提起時を基準とするのが妥当だろう。)

(1) 最大判昭38・12・4 (刑集一七卷一二号一四一五頁)。

(2) 団藤・前掲書一二頁。

(3) 横井大三・公訴 刑訴裁判例ノート(3)(昭47年)三一七頁以下はこれを評して、手続法のない実体法は無に等しいと見る見解だとする。この評は、確かに手続法と実体法との関係を考える上でならば非常に意義のある分析と言える。

(4) 平野・前掲書七〇頁。無論、自由に補強証拠を必要としないうとする法改正は、その改正それ自体が憲法三八条三項違反である。例示にとどまると解すべきだろう。

(5) 坂口裕英・演習刑事訴訟法(演習法律学大系15) 二一九頁。ただし、同「時効制度の改革」ジュリスト四三三八号九六頁以下〔九九頁〕参照。

(6) 松尾浩也「犯罪後の法律による刑の変更と公訴時効の期間」判例評論一〇七号四六頁以下〔四七頁〕。坂口・前掲論文ジュリスト四三三八号九六頁はこれを援用する。大野真義・前掲、刑法学I・四九頁。

(7) 例えば、刑法施行法四条に関して、大判明41・12・3 (刑録一四輯二七卷一〇七三頁〔二〇七六頁〕)。板倉松太郎・法学志林一〇巻九号七二頁以下〔七四頁〕。草野豹一郎・刑法要論(昭31年)二二、二三頁。柏木千秋・前掲「時際刑法」六〇頁註(四)。

(8) 団藤・前掲書一二頁。

(9) その意味で、松尾・前掲論文四八頁も不当である。

(10) 司法省民刑局編纂・刑法施行法参考書(明41年再版)

一九、二〇頁。

- (11) 勝本勘三郎・刑法析義各論之部下巻(明36年4版)一六八頁。福井淳・刑法刑事訴訟法註釈大全(明28年5版)二九二頁。
(12) 泉二新熊・日本刑法論下編(各論)(大10年31版)一三九七頁参照。

(13) 例えば、公職選挙法違反事件訴訟が遅延し、連座制適用が有名無実のものとなっている現状に鑑みて、訴訟の促進をはかるため、地裁に於る審理を廃して「二審制」を採用する手続法改正が行なわれた場合などが想定できよう。(朝日新聞、昭55年3月15日付朝刊第一面によれば、自民党の選挙制度調査会で現実に法案作成が行われている。)

(14) 治罪法三七八条・三八一条及び旧旧刑訴法二二七条・二六四条三項・二七九条二項は、必要的弁護事件を重罪事件(刑法施行法二九条により後「死刑、無期又ハ短期一年以上ノ懲役若クハ禁錮ニ該ル罪」と看做された)に限っていた。旧刑訴三三四条もこれを踏襲したが、現行法はその範囲を大幅に拡張している。なお旧旧刑訴の改正草案二六一条一項は無期刑又は死刑に限る縮減案だった(富田山壽・前掲書四一〇頁註一)。

(15) 治罪法、旧旧刑訴法には、告訴期間を定める規定が見当たらない。

(16) 治罪法四三九条、旧旧刑訴法三〇一条は「重罪軽罪ノ刑ノ言渡」に対して再審請求ができる旨規定していたから、違警

罪の有罪判決(罰金、勾留又は科料)に対しては再審請求できなかつたことになる(村田保・治罪法註釈、明13年、巻八・28葉、織田統一郎・治罪法註釈、明15年4版、七〇一頁)。

三 従来の定式に反対する新しい理解とその

検討

遡及処罰禁止原則は訴訟法規定には適用されないとする定式を、突き崩す考え方が現われたのは、西ドイツに於るナチス権力犯罪の公訴時効期間延長問題をめぐる一連の議論の中で、である。西ドイツでは、ナチス体制においてその人種・宗教等に対する偏見、政治的理由などから所謂「総統の意思」の下に行われ、しかもナチス体制下では訴追すらされなかつた大量殺人その他の犯罪に対し、戦後間もない頃から刑事訴追が進められて来た。しかしこのナチス犯罪追求をみまう困難の大きなものの一つに公訴時効期間があった。そこで、ナチス犯罪につき公訴時効が完成することのないよう、特別立法、法律改正等によって公訴時効期間が逐次延長されて来たのである。そして一九七九年、遂に謀殺罪に関して公訴時効を廃止する内容の法律改正が行われるまでに至

(1) 当然のことながら、これら公訴時効期間の延長・廃止の措置については、遡及処罰禁止原則との関係が問題となった。ナチス犯罪に關しては、犯行時に定められていた公訴時効期間を事後的に延長・廃止したことになるからである。もっとも議論の大勢は、主として公訴時効制度がその法的性質として訴訟法であるか実体法であるかもしくは両方の性質を具有するか、をめぐっての争いに終始した。このような状況の中で、遡及処罰禁止原則の適用範囲を判断するにあたっては、適用されるか否かの判断対象となる改正規定の法的性質は無関係であるとの考え方が現われる。

まず、アルントが、遡及処罰禁止原則は国家権力に対して時間的制約を加えるものだとの見地から主張した。基本法は国家機関に対して一定の制限の下で、国民に由来する国家権力を付与する。そこで、法が現実社会との同時性を有しなければならぬこと及び法の有用性を考慮すれば、国家機関には一定の時間的制約に於てのみ国家権力が認められていると言える。そして、行為の後に遡及的に時効期間を延長することは、この時間的制約を破るものであって国家機関の権限拡大に他ならない。この国家権力の増大こそが遡及処罰禁止原則の禁ずるところであって、基本法によって枠付けられた権限を越えているという点では、訴訟法の変

更と実体法の変更とに差はない。訴訟法規も又、この観点からすれば、国家権力の範囲並びにその行使の仕方の規定しているのである、と言う。その後、R・シュミットが、アルントの見解を引き継ぐような形で、やはり、遡及処罰禁止原則の適用を判断するにあたっては規定の法的性質は問題ではない、と主張した。行為時に既に可罰性が規定されているかどうかということだけが問題なのではなく、その可罰性を遂行するための諸条件(Modalitäten)も又、問題であることは言うまでもない、と述べ、親告罪の告訴が事後的に不要とされたり告訴期間が延長された場合も、遡及処罰禁止原則の適用があり得ることを指摘する。グリュンバルトも又、立法者の国家権力を制限する点に遡及処罰禁止原則の機能を認める一人である。彼は当該原則の適用が改正規定の法的性質に左右されないことの根拠づけとして、立法者が個々具体的な事件から一定の距離を置いて、その決定権力 (die Entscheidungsgewalt des Gesetzgebers) を行使しなければならない点を強調する。国家が直接にしかも強大な権限を伴って個人に對峙する刑事司法に於ては、とりわけ厳格な条件がつけられて初めて、立法者は国家権力の本来の担い手たる国民の代表者としての「正統性」を得る。すなわち、「法と道徳とが、他の法領域に比してより密接な

關係にある刑法に於ては、或る行為に対する道徳上の憤激が、冷静な考察には耐えられないような法解釈を生み出す危険性がとりわけ大きい。だから、立法者は個々の具体的な事案に距離を置いた上で、この種の行為の処罰に判断を下す、という事を、全ての処罰について必要条件とするのが適切なことなのである。」もし立法者が、既に犯された行為に対しても権限を行使できるならば、既に起った個々の事案を念頭に置いて法律を作り、その事案にねらいを定めた内容を盛り込むことができる、としてナチス犯罪に照準を合わせた公訴時効期間延長を批判する。またシュライバー⁽⁶⁾は、遡及処罰禁止原則の本来の目的は「国家権力の事後的な恣意からの防禦 (Schutz vor Willkür ex post)」である、との見解を明らかにしている。彼は、通説が遡及処罰禁止原則の意義を市民の法的安定性への信頼の中に見出し、自己の行為の法的効果たる犯罪と刑罰に関わる信頼は保護する価値があるが、訴訟法上の諸規定に対する信頼については保護する価値がない、と考えるのに対し、反論を加える。「信頼保護の観点に立つて通説が擁護して来た、実体法規定と訴訟法規定とを基本的に区別した取り扱いは、結局採り得ないものと考ええる。と言うのは、市民の信頼は一定の訴訟法規定に対しても又、そしてまさにそれらに向けられているのだから。

例えば、公訴提起に対する告訴の必要性や一定の証拠規定たとえば証拠禁止、又は一定の訴訟上の保障に対して向けられているのである。これらの信頼が、実体刑法による評価が事前に存在することへの信頼に比べて、保護する価値が原則として低くても良いということは決してない。保護する価値がある信頼か——それとも保護する価値のない信頼かという区別、つまるところ多数説はこの区別を前提にしているのだが、この区別は実体法規範か訴訟法規範かという区別とは決して一致しないのである。」そして、自己の行為がどのように評価されるのか事前に算定できるといふ説明に優る、遡及処罰禁止原則の把え方を呈示しようとする。「国家権力の内在的制限」としての遡及処罰禁止原則を、より客観的に把えるための本質的な根拠は、以下のような思考の中に見出すことができる。即ち、法治国家の概念から導き出されるものだが、「国家が従来の法状態に従って有していた以上の権力を、国家がもし刑法の改正を通じて手に入れることができるならば、現在の立法に於て市民に保障されている保護は、しかし役に立たない。何故なら、恣意からの安定は、その法律を改変し又は現在のままにして置くという、国家の意向にまさしく懸かっているからである。それ故、遡及処罰禁止原則にあっては、行

為の評価を知り得ることが、ともかく第一義には問題でなく、国家の刑罰権の客観的、内在的制限が重要なのである。」彼は、犯罪行為時に国家が自己のものとして有していたよりも新しいもしくはそれ以上の権力を手に入れることが禁じられているとの理解を基底にして、法律改正が国家権力の事後的拡張と見られる時には、改正規定の法的性質とは無関係に、遡及処罰禁止原則の適用がある、と主張するのである。レンメル⁽⁸⁾もまたアルントと同様の考え方、即ち、憲法は一定の期限つきで立法者に権限を付与したのだという理解に立つ。国家権力からの市民の自由の保障をももちろん根底に置きながら、しかし市民の予測・算定可能性よりもむしろ国家権力の制限に重きを置く。市民の自由・生命・財産への介入という意味で、権力濫用の危険がとりわけ大きい刑事法の分野では、国家の権限をできうる限り狭く制限しようとするのが遡及処罰禁止原則の意義であると言っているのである。「国家は自身自身を信頼しない、すなわち裁判所だけでなく、それどころか立法者までも信頼していない。」だから国家(主権者)は、裁判所には刑法によって目印を付けられた範囲でしか刑罰権限を与えず、立法者には一定の時間的制約の下でしか刑事上の管轄権を分け与えないで、市民を事後的恣意(Willkür ex post)から守っている

のだ、と説明する。

以上の論者達に共通するのは、通説の言う予測・算定可能性に對して、国家権力の事後的恣意の抑制という観点を強調していることである。もつとも両者は硬貨の裏と表だと言うこともできる。しかし、自己の行為の法的効果が予測・算定できることを基準とするときは、行為規範たる犯罪と刑罰、ないしはせいぜいそれに準ずる諸規定をしか遡及適用禁止の対象となし得ない。それに対して、「国家が従来⁽⁹⁾の法律によって有していたものより新しいもしくは多くの権限を、新しい法律を通して手に入れる限りは、旧法の下で行なわれた行為に對して新法を適用することができない。」との理解を基盤にすれば、より広い範囲で諸規定の変更を視野の内に納めることが可能となるだろう。立法者は、いわゆる「裁判規範」を遡及的に変更することによって市民の本来保護されるべき期待を侵害することもできるとの認識を持つならば、「行為規範」をしか対象とし得ない理解に立ってはいは、かような国家権力の事後的増大から身を守れないことになる。その意味で、前述の一連の見解は、単なる視点の差に過ぎないとして否定し去ることのできない核心を孕んでいる。そうは言っても、国家権力の増大というのは結局は刑罰権に関わる問題ではないのか、⁽¹⁰⁾

そして実体的性質を持つ規定の変更という指標で解決されるのではないか、との反論が出て来ることも予想しなければなるまい。すなわち——基本法が、国民に由来する権限を国家機関に付与するものだと理解については誰も争わないだろう。また遡及処罰禁止原則を、国家機関に対する権限遮断規定だと理解するとしても、それを確認するだけでは何物も得られない。どの程度の権限増大なら遮断されるのか、また国家権力は当該原則によってどのように制限されるのか、という疑問が残る。結局「可罰性」の解釈から導き出すほかない⁽¹⁾——という批判が可能なのである。たしかに、遡及処罰禁止原則が国家権力の恣意的行使を抑制する手段であることは、今さら言うまでもない⁽²⁾。そして、当該原則を、国家権力の事後的増大を抑制するものと理解することが、必らずしも、実体法が訴訟法かという定式を崩すものとなり得ないことも確かである。犯罪と刑罰の事後的加重変更こそが国家権力の事後的増大にはかならないとの理解も可能だからである。問題の核心は次の点にある。法的性質として実体法である規定の遡及的加重変更さえ禁止すれば、国家権力の事後的恣意から市民を十全に保護し得るのか。

市民が自己の行為の法的効果を事前に予測・算定可能であれ

ば、国家権力の事後的恣意を抑制し得るという理解を、我々は採ることができない。何故なら、その法的性質は訴訟法であつても、直接行為者に行為規範として向けられた刑罰法規の改正と同等の効果を發揮するものが現実⁽³⁾にあり得ることを我々は知っているからである。(公訴時効の法的性質については確かに争われている。従つて、ナチス犯罪追及を念頭に置いた公訴時効期間延長問題を、その例として提示することは妥当でないかもしれない。しかし、前に挙げたいくつかの例を援用することは可能だろう。)立法者の事後的恣意が、名宛人は裁判所だとされつつしかし実質的には行為者のもとへ届いてしまふ仕組を、我々は明らかにしなければなるまい。

(1) 詳細は、能勢弘之・寺崎嘉博「西独における時効制度改革の動向」ジュリスト七〇二号(昭54年)四七頁以下。なお、西田典之「西ドイツにおける謀殺罪時効廃止——その経過と問題点」法学セミナー(昭54年)二頁以下。藤永幸治「ドイツ連邦共和国における謀殺罪の公訴時効の廃止」警察研究五〇巻一一号(昭54年)三頁以下、を参照。

(2) Adolf Arndt, Umwelt und Recht (2. Die verfassungsrechtliche Bedeutung der strafrechtlichen Verjährung), in: NJW 1961 S. 15ff. ders., Zum Problem der strafrecht-

lichen Verjährung, in : JZ 1965 S.145ff. なお、国家権力が時間的に制限を受ける根拠として、時間が経過するにつれて誤判の危険が増大する点を挙げた (JZ 1965, S.146 II Sp.f.) ことは、クルークにより批判されている。Ulrich Klug, Die Verpflichtung des Rechtsstaats zur Verjährungsverlängerung, in : JZ 1965 S.149ff. insb. S.152.

- (3) Richard Schmid, Verjährungsfrist: Erst später ansetzen: in: Die Zeit Nr.6. —Freitag, den 5. Februar 1965— S.5. だが、オチス犯罪に関する公訴時効期間延長問題を具体的に判断するにあたっては、一九五五年までは占領軍によって司法権が制限されていたのだから、(旧独刑法六九条一項に該当する) 法律上の障碍があったとして、公訴時効は停止していたものと考えらるべきだと主張し、また公訴時効期間の起算点を選択することは、当該期間の適及的延長とは異なるから適及処罰禁止原則には反しないと述べている。
- (4) Gerald Grünwald, Bedeutung und Begründung des Satzes “nulla poena sine lege”, in: ZStW Bd. 76(1964) S. 1ff. ders., Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften, in : MDR 1965 S.521ff.
- (5) 同書’ Jürgen Baumann, Strafrecht Allg. Teil 7. Aufl. (1975) §6IV 1 (=S.85).
- (6) Hans-Ludwig Schreiber, Zur Zulässigkeit der rückwirkenden

den Verlängerung von Verjährungsfristen früher begangener Delikte, in: ZStW Bd. 80. (1968) S. 348ff.

- (7) Vgl. Jürgen Baumann, Der Aufstand des schlechten Gewissens (1965) S. 10ff.
- (8) Hans-Peter Lemmel, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege (1970) S. 159f.
- (9) この考え方は必ずしも新しいものではない。既に’ H. A. Zachariae, Über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze. (1834) §11 (=S.13) に見えしる。
- (10) Vgl. Günter Bemann, Zur Frage der nachträglichen Verlängerung der Strafverfolgungsverjährung, in : JuS 1965 S. 333ff. insb. S. 335f.
- (11) Hans Georg von Heydebreck, Die gesetzliche Verlängerung von Strafverfolgungsfristen früher begangener Delikte nach dem Grundgesetz, Göttinger Dissertation 1965, S.15f.
- (12) 例えど’ Heinz Müller-Dietz, Verfassungsbeschwerde und richterliche Tatbestandsauslegung im Strafrecht, in: Festschrift für Reinhart Maurach (1972) S.41ff. insb. S. 45; Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil 3. Aufl. (1978) S. 108; Hermann von Mangolt, v. Mangolt/Klein, Das Bonner Grundgesetz (1957)

Bd. I Ann. VI 2 zu Art. 20 GG (=S. 601) なお、横山晃一郎「罪刑法定主義概念の再構成」佐伯千仞博士還曆祝賀・犯罪と刑罰・上巻（昭43年）八一頁以下、など。

四 民主主義の要請と法的安定性の要請

罪刑法定主義の思想的基盤は、今日では多様化され単一の理念に基づく一元的なものとしては説明することができない、と言われることがある⁽¹⁾。確かに、唯一の基本思想への還元が罪刑法定主義の空洞化を招くおそれがあるとの指摘は一応首肯できるとしても、しかし論理的順序に全くなじまないものではなく、おおよそ二つの大きな原則に収斂されると言って良い⁽²⁾。その一つは、何が法であるかについては、国民自身がその正統な権限を負託した機関によって適正な手続を経て、決定されなければならないという原則であり、他の一つは、何が法であるかについて、市民が前もって予測・算定できる程度に明らかにされていなければならないとの要請である。これを今、前者については民主主義の要請ないし分権理論の要請と呼び、後者については法治国家原則ないし法的安定性の要請と呼ぶとすれば、その他の諸々の概念、例えば責

任原理、人間の尊厳の不可侵、人格の自由な発展といったものは、いま述べた要請を補充するに過ぎないものであるの中に解消してしまいで得ると思われ⁽³⁾。

ところで、罪刑法定主義は確かに民主主義の要請と法的安定性の要請との二つによって裏打ちされているとしても、罪刑法定主義の派生原則の内でも遡及処罰禁止原則だけは、民主主義の要請（分権理論）とむしろ相容れないものとして把える考え方があ⁽⁴⁾る。すなわち立法者の判断の自由をまさしく制限する遡及処罰禁止原則と、国民の代表者たる立法府の優越を確実なものとする民主主義の要請とは対立すると言うにある。しかし第一に、民主主義の要請は単に法律主義を要求しているだけではない。一旦確定し市民に呈示された立法者の判断が適及的に変更されることを制限することも又、民主主義的要請の機能であろう。確かに立法府以外の機関、例えば裁判所に何が犯罪であるかを自ら定める権限はない。しかし、だからといって、遡及を禁ずる対象を「犯罪と刑罰」に限定して足れりとするわけにはいかない。「裁判規範」の改正を通じて、立法者が「犯罪と刑罰」の変更と同等の実際的効果を挙げることが、既に見たように、可能だからである。民主主義の原理に立つからこそ、立法者が事後的に権限を拡大するこ

とを妨げ得るのではなからうか。第二に、国民の代表者という位置づけで立法院を他の二権、行政、司法に比して優越したものと見るのは、法律（実定法）に対する過剰の期待であって、モンテスキュー流の古典的な権力分立思想である。もっとも法実証主義の立場に立って、立法の司法に対する優越が説かれることもある⁽⁵⁾。——自然法の究極の真実は人間の理性によって法律という形で具現され、法律だけが正義への道を指し示すことができる。かような立場に立って初めて、恣意から自由で法的安定性が確保され、また正義を目指す裁判が存在し得る。従って立法者は出来る限り明確な法律を司法へ提供するよう努力しなければならない。規範内容の判断が裁判所に委ねられることは嘆かわしい例外であって、立法者の責任を司法に転嫁することに他ならない、という立場である。この考えには、社会における正義の実現は法律によってのみ可能であり、その担い手たる立法者にこそ明確な責任が帰属されるべきであるとの確信が潜んでいる⁽⁶⁾。この確信は危険である。裁判所の法的機能を不当に軽んじるだけでなく、そのことによって司法機能に対する市民の側からの適正な抑制の機会を失なわしめることになるからである。権力分立の思想と立法の優越性とを結びつけたのは、アンシャン・レジーム期の裁判官による

司法権の恣意的濫用に対するモンテスキュー⁽⁷⁾やベッカー⁽⁸⁾の反抗だった。そこでは個人の人権を保護しようとする役割を担っていた。またフォイエルバッハも裁判官に対して根強い不信感を持っていた⁽⁹⁾。ことを想起しなければなるまい。これは、同じく不遑及原則を主張したホップス⁽¹⁰⁾が、法の実定性を成文法にのみ帰属せず、法の解釈者たる裁判官に主体的な地位を与えたのと対照的である。しかし目指すものは両者とも同じだったはずである。裁判官を法律によって束縛しさえすれば、個々人の自由が保証されるという立場では、今日、司法活動の社会的責任を適切に問うことにならない。裁判官が現実⁽¹¹⁾に果している法創造機能を看過するものである。裁判官が立法者の地位を占める程度に依じて、裁判官もまた立法者が服している憲法上の制限に服さなければならない⁽¹¹⁾という理解に立って初めて、適及処罰禁止原則が市民のマグナカルタとしての役割を十全に確保できると考える。市民の側からの監視・抑制の対象たるべき国家権力とは、司法活動をも含めたものとして扱えなければならない⁽¹²⁾。

裁判官が法律に拘束され、法律に託された立法者の意思を伝達するのみであるとの考えは現実から遊離している。立法者が法律を作成するにあたって、ひたすら記述的で二義を許さない文言を

用い、補充が必要な価値概念や一般条項を完全に排することは不可能である。法律の硬直化を防ぐためにも実生活の多様性や社会状況の変化を取り込まねばならず、また法律が言語を手段とする以上、必然的に解釈を不可欠とするからである。⁽¹³⁾ 法律の抽象性が不可避である限り、個々具体的事案に対処する為には、裁判官を厳格に法律に拘束させることができない、と考えることでは異論は殆ど無い。重要なのは、この裁判官による解釈を、立法者の単なる補助者としての役割を果すに過ぎないものとして見てはならないという点である。その内容について様々なニュアンスの違いがあることは否めないとしても、裁判所がいわば主体的な法創造機能を有することを認める人は少なくない。例えばケルゼン⁽¹⁴⁾は、裁判所の機能は具体的事案に即した具体的規範を設定することにあると言う。それは単なる宣言的性質のものではない。法律の中に既に完成した法があり、それを裁判所が単に宣言したり発見するというものでは決してなく、むしろあくまで構成的であり、本来の意味に於る法設定である。しかも、とりわけ最終審にあっては、個別的な即ち具体的事案に結びつけられた規範だけでなく、一般的な規範もまた創り出すことができる。具体的・個別的な事案についての個別的判断・規範にすぎないものが、判例の先例拘束

性により他の同種・同様の事案の判決と結びつくことによって一般性を獲得するからである。かような意味で、「先例を創り出した裁判所は、憲法によって立法の権能を与えられた機関と全く同じように、立法者として機能するのである。」⁽¹⁵⁾ もっとも裁判所の法創造機能には制約がある。「裁判所は法を、より厳密に言えば——通常——個別的な法を創る。しかし立法機関が制定した乃至は慣習が法創造要素として認めた法秩序内に於てであって、裁判所は既に以前立法ないし慣習によって創られた一般的な法を適用することによって法創造をなすのである。裁判所の判決は継続であって、法創造過程の始まりではない。」⁽¹⁶⁾ ラーレンツもまた裁判所の法創造機能を認める。規範の解釈と事実への適用とは完全に分離された思考過程ではなく、互いに前提とし合い補完し合っている。データの選択、法的に重要な事実関係の形成が、裁判官による法の前理解、規範の暫定的理解を通じて決定されると同時に、この種の事案にこの規範が適用されるか否かの観点から、規範の解釈、規範の意味内容の検討がなされる。その意味で、解釈の必要性は一般条項や不明確な概念等のみ求められるものではなくて、個々の表現、法原則等全てをひっくりめたる総体としての法律も解釈を必要とする。即ち、解釈とは単に不明確さを処理するだ

けでなく、この総体としての法律が孕んでいる規範矛盾を除去することがその使命なのである。従つて裁判官は、判決すべき事案への法の適用に際して、法の内容の解明の為に解釈をするということとどまらず、その解釈が同種・同様の全ての事案のために存在し得る、つまり一般的規範の性格を持つよう解釈しなければならぬ。この意味で、判決は法創造の性質を有する、と言う。カウフマン⁽¹⁶⁾は、裁判を行なうことは単に法律の抽象的な秩序づけを提示することではなくて、むしろ具体的歴史的状况の下での正しい秩序を見出すことであるから、裁判に於て初めて法律から法が生ずる、即ち具体的判断を通じることによつて法が現実のものとして存在的密度を獲得する、と考える。そして、有効な法律であっても具体的事案に於て正しい判決を妨げるなら、かような法律に逆らつても判決を下す権能を裁判官に対して認めるべきではないか、と問う。フィッシャー⁽¹⁷⁾は、立法者が適切な措置を採らない、ないし採れない場合には、裁判所が古びた法律を単純に当てはめるのではなく、法の継続形成を行なう社会的責任がある、と考えている。

立法府によつて制定された法律がそれで完結するものでなく、裁判官によつて主体的な継続形成・発展がなされるものであるこ

とは、少なくとも、肯定されよう。これら一連の過程を法の形成過程と呼ぶことが許されるとすれば、我々はこの一連の法形成過程を視野の内に納めねばならない。適及処罰禁止原則とは國家權力の事後の恣意を抑制する原理だと我々が理解する時、「國家權力」を単に立法権としてだけでなく、一連の法形成を行なう權力だと捉えねばならぬだろう。従つて、一連の法形成権力が事後的に増大するのを抑制する正統性を國民が有することの思想的裏付けとしては、民主主義の要請が妥当と言える。又、一連の法形成に対して市民の予測・算定が可能でなければ法的安定性が害されるとの理解に立つ時、ここでは、法的性質が実体法か訴訟法かという区別は無意味である。もっとも、裁判所の法創造機能⁽¹⁸⁾を認めたとしても、判決の目指すべき個々具体的事案に於る衡平(具体的妥当性)と法的安定性とは相反するものだとの批判がある⁽¹⁹⁾だろう。しかしながら、裁判所による規範設定行為が必然的に個々具体的事案に結びついていることは確かだとしても、そのことが必ずしも法的安定性を害するとは言えない。立法者によつて作られた成文法は全ての事態を包括し得るものとは言えず、裁判官による具体的規範形成の為の出発点にすぎない。つまり法規範は解釈によつて実定法から引き出されると言うより、裁判

所をも含めた総合的作業によって創り出されると考えるべきだろう。だから具体的事案に即して、法律が具体的事案にふさわしいように個別具体化して判断されて初めて、何が正しいのかが我々に伝わる、と言える⁽²⁰⁾。更に、言語の抽象性ゆえに不可避的に、法律に完全な明確性（一義性）を期待することはできない。法治國家に於てこの意味での欠陥を法律そのものによって塞ぎ得ない以上、それはむしろ裁判官の任務であって、法律制定によって始められた明確化の過程はここに至って成就するのである⁽²¹⁾。しかも、裁判の先例拘束性は法的安定性の要請にも添うものであるから、「法的安定性はむしろ、裁判や法学によって具体化されて初めて保障される⁽²³⁾」と考えるべきである。従って、法律制定にとどまらず、裁判官による規範設定まで含めた一連の法形成に対して市民の予測・算定が可能でなければ法的安定性が害される、と我々が理解しても矛盾しない。

(1) たとえば、大野真義「罪刑法定主義の実定法上の機能」*阪大法学*一一三号一頁以下（のちに「罪刑法定主義」*世界思想社*、昭55年、第五章に所収）、二頁。金沢文雄「罪刑法定主義の現代的課題」*現代刑法講座*、第一巻・刑法の基礎理論（昭52年）八五頁以下（八六、八七頁）。同「罪刑法定主義

の歴史的発展と基礎づけをめぐる」*政経論叢*（広島大学）第二五巻六号（昭51年）五一頁以下（五九頁以下）、など。
 (2) 平野龍一・刑法総論1（昭51年）六五頁。Jeschke, aO., § 15 III 1 (=S.105) und §15 IV 1 (=S. 108) 注4, Karl Binding, *Handbuch des Strafrechts* I, Bd. (1885) S. 19ff. 瀧川幸辰「罪刑法定主義の再認識」*公法雑誌*一卷四号（昭10年）一頁以下（四頁以下）参照。

(3) 例えば、ザックスおよびルドルフが、遡及処罰禁止原則を責任原理と人間の尊厳の不可侵によって基礎づけようとし、マウラッハが、個人が國家から自由である領域の確保と責任原理とをその根本理念として挙げるのも、法治國家原則は一応認めた上のことである。またデュエリッヒやミュラー・ディーツも、市民の予測・算定可能性の淵源としての法治國家原則を認めつつ、それを補完する形で、責任原理や、人間の尊厳の不可侵性・人格の自由な発展といった基本権を持ち出すのである。それゆえ結局は、市民の側からの予測・算定可能性の要請を責任原理で説明しようとするに他ならない。行為者が法に反することを充分に知り又知り得たにもかかわらず、違法行為を行なう決断を自律的に下したことに對して責任非難が可能であると説くわけである。Walter Sax, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in: *Beiermann-Nippendey-Schneider, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Bd. III 2. Halband (1959)

S. 909ff. insb. S. 992ff.; Hans-Joachim Rudolph, Unrechtsbewußtsein, Verbotstrittum und Vermeidbarkeit des Verbotstrittums (1969) S. 98f.; Reinhart Maurach, Maurach/Zipf, Strafrecht Allg. Teil Teilband I 5. Aufl. (1977) §12 I (=S.162f.); Günter Dürig, Maunz/Dürig, Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar Bd. III Rdn.104 zu Art. 103 II GG (=S.35f.) Müller-Dietz, aO., S. 48f. 右に挙げた諸概念は補充的な役割しか果た得ないというだけであらう、とりわけ責任原理で遡及処罰禁止原則を充分に説明することはできない。ましてや、責任原理に拠りながら、例えはザツクスのように、構成要件化された不法(犯罪と刑罰)を無視すること、が責任非難に価すると限定し得ることはできない。即ち遡及処罰禁止は実体刑法のみ適用されることの結論を、責任原理で導き出すことは論理的に誤謬である。Grünwald, aO., (ZStW) S.11. ders., aO., (MDR) S.522; Jescheck, aO., §15 W 1 (=S. 108). 責任非難を結びつのは刑法そのものの(犯罪と刑罰)ではなく、当該行為の禁止(実質的な不法内容)にしかすぎない。従って刑罰による威嚇が不可欠の要素ではない。そして行為の禁止は判例に基くもので、また慣習法によるものでもかまわないはずである。だから行為者が、その禁止が刑罰による威嚇まで伴っていることを認識ないし認識し得た、という事は必ずしも責任非難の前提とはならない。このような行為をすれば社会から非難されるだろ

う、即ち社会で有害な行為である、との認識、法秩序から否定的評価を受けるであらうとの認識で足りる。明文化された禁止条項だとして認識である必要はない。責任原理から直接、成文法それも実体刑法の明文によつて行為の法的評価と法的効果を明示する必要性は、導き出し得ないであろう。更に又、責任原理からは、事後的に刑罰を加重することを禁止する趣旨は導き出し難いのではないだろうか。

(4) Jescheck, aO., §15 III 1 (=S.105) §15 W 1 (=S. 108) Grünwald, aO., (ZStW) S. 13 (=III) ff. insb. S. 14 S. 16. なお、平野・前掲書六五頁参照。

(5) Eberhard Schmidt, Jusitz und Staat, in: JUSTITIA FUNDAMENTUM REGNORUM (1947) S. 31ff. insb. S.45f. ders., Gesetz und Richter Wert und Unwert des Positivismus (1952) S.7f.; Karl Engisch, Zur „Natur der Sache“ im Strafrecht, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, S. 90ff.

(6) Arthur Kaufmann, Gesetz und Recht, in: Existenz und Ordnung (Festschrift für Erik Wolf, 1962) S. 357ff. (後) Kaufmann, Rechtsphilosophie im Wandel, 1972, S.135 ff. 2所収) insb. S.376f.

(7) モンテスキュー・法の精神・根岸国孝訳(河出書房新社、世界の大思想23)。

(8) ハッカリアー・犯罪と刑罰・風早八十二・二葉訳(岩波文

- 庫)。
- (9) Siehe: Paul Johann Anselm Feuerbach, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche..., II Theil, (1804) S.19f. に端的に表われている。同書の指摘は多い。Theodor Lenckner, Wertausfüllungsbedürftige Begriff im Strafrecht und der Satz "nullum crimen sine lege", in: JuS 1968 S.249ff. insb. S.256; A. Kaufmann, aaO., S.378., ders, Analogie und "Natur der Sache" zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, in: Rechtsphilosophie im Wandel, S. 272ff. insb. S. 276; Radbruch, Paul Johann Anselm Feuerbach, 2. Aufl. S.85; Schmidt, aaO., (JUSTITIA FUNDAMENTUM REGNORUM) S. 45 Georg Dahm, Deutsches Recht (1951) S. 617; Paul Bockelmann, Richter und Gesetz, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche (Festgabe für Rudolf Smend, 1952) S. 23ff. insb. S.26.
- (10) ホッパス・リヴァイヤサン・水田洋、田中浩訳(河出書房新社、世界の大思想9)。
- (11) Nobert J. Gross, Über das "Rückwirkungsverbot" in der strafrechtlichen Rechtsprechung, in: Goldammer's Archiv für Strafrecht 1971, S. 13ff. insb. S. 19.
- (12) もっとも、これは必ずしも民主主義の要請という概念の中に含まれる他はないというのではなく、市民の予測・算

- 定可能性(法的安定性)の内容を捉えることによつても可能である。ただ、やはり後者が防禦の色彩を濃く持つのに対し、前者では積極的な国家権力抑制の面が強調されよう。
- (13) Günter Dürig, in: Maunz/Dürig, Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar Bd. III, Rdn. 107 zu Art. 103 II GG (=S.37.) Müller-Dietz, aaO., S. 46; Wolfgang Straßburg, Rückwirkungsverbot und Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht, in: ZStW Bd. 82 (1970) S.948ff. insb. S.951.
- (14) Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. (1960) S. 255ff. なお、同書第一版、横田善三郎訳(岩波書店)一一四頁以下。
- (15) Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. (1979) S.298ff.
- (16) Kaufmann, aaO., (Gesetz und Recht).
- (17) Robert Fischer, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung (1971) S.15, S.28ff.
- (18) Kaufmann, aaO., S.387 und ders., aaO., (Analogie und "Natur der Sache") S.282f. Vgl. Kelsen, aaO., S. 242ff. S.255ff.
- (19) Wolfgang Straßburg, Rückwirkungsverbot und Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht, in: ZStW Bd. 82 (1970) S. 948ff. insb. S. 950f.; Hans-Joachim Rudolphi,

- Unrechtsbewußtsein, Verbotirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotirrtums (1969), S. 96f.; Eberhard Schmidtäuser, Strafrecht Allg. Teil (1970) S. 86; Reinhart Maurach, Maurach/Zipf, Strafrecht Allg. Teil Teilband I 5. Aufl. (1977) §12 II insb. S.165.
- (20) Josef Esser, Grundsatz und Norm (1956) S.149ff.
- (21) Gross, aaO.
- (22) Karl Larenz, aaO., (Methodenlehre) insb. S.293ff. なる Vgl. ders., Wegweiser zu richterlicher Rechtschöpfung, in: Festschrift für Arthur Nikisch (1958) S.275ff.
- (23) Kaufmann, aaO., (Gesetz und Recht) S.386.

五 法的安定性の二面性について——

法内容の安定性と法形成の安定性——

まとめに代えて

法的安定性の要請が法治国家原則から出て来るものであることは多言を要しない。法治国家とは、「実的に正しい法状態の創造と維持とをその目的とする国家」⁽¹⁾であり、また法治国家の形成とは、法の支配が国家権力の全ての枝梢にまで及ぶことを意味す

る。従って、三権分立や個人の基本的人権の保障など多くのものをその要素として取り込んでいるが、とりわけ、「法治国家原則とは本質的な構成要素として法的安定性を包含しているのである。」⁽²⁾そして法的安定性とは、「一般的に個々人の財産や生命が国家機関の恣意や偶然によってではなく、法によって確実に保護されることと解される。そこで、自由と財産の保護、法を実現する国家の諸機関が公正で一党一派に偏しないこと等に法の安定性の本質がある」という表現もなされる。法的安定性の重要な要件とは、その時々⁽³⁾に通用している法規範が確定しており、認識可能であること、すなわち国家の行為が平等であつて、予測可能性ができる限り保障されていることである。そして法内容の確定性、予測・算定可能性は、もちろん国家権力の恣意からの自由を確保する手段であるから、「なんといつても恣意的な国家の介入に対する防禦、とりわけ裁判官及び公務員の恣意に対する防禦が、第一のそして最も重要な要請である。」⁽⁴⁾換言すれば、法の設定権限を有する機関を通して設定された規範だけを法とし、かつ、かような機関と手続とを経ることが不可欠だとすることで、擅断的な法の変更を阻止する。このことによって法的安定性が実現されるのである。とは言え、法を設定する権限ある機関とは、通常、立法機関だと解

されている。⁽⁵⁾しかし法的安定性の要請は本来、国家権力の恣意的行使によって、正しい法状態の創造と維持についての確実性が損なわれるのを防ぐことに主眼がある。従って「法設定機関」を必要以上に狭く理解しなければならぬ理由はない。先述した如く、法律が完全な一義性を有し得ないこと等から、むしろ裁判所の判断を経て初めて規範が明確な形をもって市民に呈示されるという理解を是認すれば、法的安定性の理解に於ても、立法者を対象とするだけでなく、市民に呈示されるまでの経過をも考察の対象としなければなるまい。それゆえ法設定機関とは、一連の法形成過程を通じて法的安定性を害し市民の利益を損なう力を持ったもの、と考えるのが妥当であろう。もっとも、私見に依つても、裁判所が一連の法形成過程の始点となること、すなわち自ら犯罪構成要件を創設することは許されないから、その意味で、何が犯罪か・如何なる刑罰かについての安定性に関しては裁判所は関与し得ない。(法律が完全な一義性・明確性を有し得ないことから、裁判所の具体的判断を通じて初めて構成要件が明確になること——例えば「猥褻」——はあるだろう。)

確かに裁判所は法律に拘束されるとは言え、その法律の枠内に於ては主体的に法創造を行なう権限を持ち、社会的義務さえ課せ

られていると言つて良い。そこで裁判所に法の継続形成をなす権限があるという認識に立てば、法律制定に始まり、裁判所による具体的事案裁定・規範設定に至る一連の経過そのものの法的な安定を考える必要が出てこよう。一連の法形成過程を予測・算定の対象として把握する時、従来のような、何が犯罪か・如何なる刑罰かをあらかじめ予測・算定し得るといふ、いわば一面的な説明では法的安定性の内容を十分に理解することはできないことがわかる。従来考えでは、確かに△法律を制定する権限ある機関たる▽立法院によって△適正な手続を経てなされた▽法律制定のみを監視しておきさえすれば、市民の予測・算定可能性は瑕なく保障されると言い得たかもしれない。だが、立法院によって、裁判所の権限を事後的に増大させるような法律が、しかし、訴訟法的性質を持つ規定の改正という形で行なわれた場合はどうであろうか。それは市民に直接向けられた行為規範ではないから、行為者の信頼を保護する価値はないのだろうか。立法者の権限の事後の増大は必らずしも行為規範(犯罪と刑罰に関する規定)の変更をもつてのみ行なわれるのではない。手続規定の改正によって裁判所の権限を増大させるものがある。それは裁判所の権限増大を通して立法者の権限の増大ともなる。ここで我々は、何が法であ

るかについての確実性、即ち法内容の安定性と並んで、法形成過程に於る確実性、即ち法形成の安定性とも呼ぶべきものを、法的安定性の要請の中に見出し得るのである。

法的安定性は、法内容の安定性と法形成の安定性との二つに概念上区分し得ると考える。前者は、何が法であるか、についての安定性であり、法規範の明確性と一義性に資する。従って主として立法者に向けられたものと言えよう（もっとも、裁判を通じて一層明確になるという意味では、裁判所の活動にも向けられている⁽⁷⁾）。後者は、法の実施・通用における安定性であって、裁判所の活動を含めた一連の法形成過程を対象としている。

遡及処罰禁止原則の適用を認めるべき事例として前に挙げた、いくつかの例を、右に述べた法形成の安定性という観点から検討してみよう。

行為時に刑罰法規は存在したが、手続規定が欠けていたために裁判所は刑罰を科すことができなかつた事例について、後に手続規定が完備したからといってその手続規定に従って裁判を行なうのは、行為者の予測・算定可能性を損うものである。犯罪・刑罰の内容容さえ行為者に呈示されれば充分なのではなく、刑罰を科する手続までも、それが適正なものであることを行為者にあら

かじめ呈示しておく必要があるからだ。権限増大の抑制という側面から見れば、手続規定が欠ける刑罰については、その当時、立法者——裁判所は刑罰を科する権限を有しなかつたのであって、後で手続規定を新設して刑罰を科するのは権限の事後的増大に他ならない。

公訴時効の問題について言えば、行為者は一定期間が経過した後には免訴の言渡を受けるという、手続上の期待ないし予測をしている。この期待は、時効期間が満了する前であろうと満了の後であろうと等しく保護に値する⁽⁸⁾。また裁判所も、旧法に拠る期間満了後は、本来、実体判決を下す権限を有しないのだから、新法に拠れば期間が満了していないという理由で実体判決を下すのは、立法者——裁判所の権限の事後的増大である。

親告罪の告訴についても同様である。告訴がなければ訴訟条件を具備しないから、裁判所は形式裁判を義務づけられていることになる。行為者は、行為の時点で、告訴がない限り裁判所による実体判断はないということまで含めた一連の法形成に対して信頼をしているのであるから、遡及的にこれを覆すことはできないものと考えられる。

再審制度は、確定判決という国家的判断の権威およびその法的

安定よりも無実を主張する被告人の人権を重視したものである。従つて、規定の法的性質としては「裁判規範」であつても、「行為者に向けられた」規定だと言える。立法者が呈示した手続規定に関する市民の期待は保護される価値がある。これは非常上告の規定についてもおおむね当てはまるのではないか。また、訴訟経済よりも被告人の人権や慎重な裁判を重く見た、三審制度、必要の弁護事件の規定などに於ても同様のことが言える。

これまで見て来たように、遡及処罰禁止原則は決して、犯罪と刑罰の規定ないし実体法的性質を有する規定にしか適用されないものではなく、国家権力の事後的増大と見られる改正規定について、その法的性質の如何を問はず、適用されるものと考へなければならぬ。

- (1) Hermann von Mangolt, v. Mangolt/Klein, Das Bonner Grundgesetz (1957) Bd. I Art. 20 Anm. VI 1, 2. (= S. 600f.) なる Kelsen, aao, S. 257. BVerwGE Bd. 2, S. 114ff.
- (2) Ibidem.
- (3) Ludwig Bendix, Das Problem der Rechtssicherheit (1914).
- (4) Max Rümelin, Die Rechtssicherheit (1924) S. 9f.

(5) Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 4. Aufl. (1950) §9 (Antinomien der Rechtsidee) 木村亀一「刑法の目的と機能」刑法講座I、一頁以下〔一六頁以下〕。

(6) Oscar Adolf Germann, Rechtssicherheit, in: Germann, Methodische Grundfragen 6 Aufsätze, (1946) S. 54ff. insb. S. 59. Anm. 6. なる同頁。なるもの Radbruch, Der Mensch im Recht (1957) S. 96f. は法的安定性を三側面から論じ、第三に既得権の保護を挙げている。坂口・前掲書も「既得権の保護」を言うが、しかし、既得権の問題として論じると、国家権力の事後的恣意を抑制するという側面が後退し、個々人の権利の確保が強調されてしまう。また、裁判所の主体的役割を考察するという視点が曖昧になってしまうように思われる。

(7) Siehe. Gross, aao.

(8) 従つて、次のような立場は不当である。即ち、また時効期間が満了していない間は行為者は常に訴追され得ることを覚悟していなければならないのであつて、満了時期に対する信頼は保護する価値に乏しい。これと異なり既に時効期間が満了している場合は、行為者のこの確定した事実関係に対する信頼を保護しなければならない、という理由から、期間がまだ満了しない公訴時効期間の延長は認めるが、一旦完成した時効期間を「再開」することは認めない立場である (Richard Bärwinkel u.a., Verjährung: Frist verlängern!, in: Die Zeit

Nr. 6. — Freitag, den 5. Februar 1965, — S.4; Hans Fuhrmann, Verjährung von NS-Verbrechen, in: JR 1965 S. 15ff.; Franz Calvelli-Adorno, Die Verlängerung der Verjährungsfrist für die Strafverfolgung von Verbrechen, die mit lebenslangen Zuchthaus bedroht sind, in: NJW 1965 S. 273ff. 大阪控訴院第四刑事部判決明43・9・29、法律世界七二号五五三頁以下、など。なお、松尾・前掲論文一四六頁参照。

Über den Geltungsbereich des Rückwirkungsverbotes

Yoshihiro TERASAKI*

Aus dem Gesetzlichkeitsprinzip (d. h. ‚*nullum crimen, nulla poena sine lege*‘) folgt, daß die strafrechtliche Beurteilung einer Tat in allen Beziehungen nach dem Recht erfolgt, das zur Zeit ihrer Begehung gilt. Spätere Rechtsänderungen sind grundsätzlich ohne Bedeutung. Dieses Prinzip heißt ‚Rückwirkungsverbot‘.

Der herrschenden Meinung nach gilt das Rückwirkungsverbot nur für die Rechtssätze des materiellen, nicht aber für die des prozessualen Rechts. Man nimmt allgemein an, daß das Wesen des Rückwirkungsverbotes im Schutz des Vertrauens des Bürgers liegt. Der Vertrauensschutz des Bürgers bedeutet, daß jeder vorher wissen können soll, was strafrechtlich verboten ist und welche Strafe ihn bei einem Verstoß erwartet, ohne später eine Änderung in der Beurteilung seines Verhaltens fürchten zu müssen. Das heißt also, das Rückwirkungsverbot erfaßt nur diejenigen Momente, die die Bewertung einer Tat selbst betreffen. Diese Momente sind natürlich die Straf Voraussetzung und die Rechtsfolge, die nur durch die materiellstrafrechtlichen Vorschriften bestimmt werden. Allgemein ist man der Meinung, daß sich der Geltungsbereich des Rückwirkungsverbotes an dem rechtlichen Charakter der gesetzlichen Vorschriften erkennen läßt.

Ich persönlich diesen rechtlichen Charakter der Vorschriften jedoch nicht als Merkmal des Geltungsbereiches des Rückwirkungsverbotes ansehen. Die von der herrschenden Meinung verfochtene, grundsätzlich unterschiedliche Behandlung materieller und prozessualer Vorschriften aufgrund des Vertrauensschutzes ist meiner Ansicht nach unhaltbar, denn das Vertrauen des Bürgers richtet sich auch und gerade auf bestimmte verfahrensrechtliche Bestimmungen, z. B. auf die Erforder-

* Wissenschaftlicher Assistent an der Universität Hokkaido, Juristische Fakultät.

lichkeit eines Antrages für die Strafverfolgung, bestimmte Beweisvorschriften, etwa Beweisverbote, oder auf bestimmte Verfahrensgarantien. Dieses Vertrauen ist grundsätzlich genau so schutzwürdig wie das auf den Bestand der materiellen strafrechtlichen Bewertung gerichtete Vertrauen. Die Unterscheidung schutzwürdigen und nicht schutzwürdigen Vertrauens, von der im Grunde überwiegend ausgegangen wird, deckt sich jedenfalls nicht mit der in materiellrechtliche und prozessuale Normen. In der Tat gibt es mehrere Fälle, die das Verständnis der herrschenden Meinung in Frage stellen.

Beispielweise sind in Deutschland die Verfolgungsverjährungsfristen von NS-Verbrechen durch die Sonderrechte, das Strafrechtsänderungsgesetz usw. vielfach mit rückwirkender Kraft verlängert worden. Daher hat das Problem der gesetzlichen Verlängerung der Verjährungsfristen von NS-Verbrechen seit der ersten Nachkriegsjahre bis heute zur Diskussion gestanden. Aber oft ging die Auseinandersetzung nur darum, ob die Verjährung nur dem materiellen Strafrecht bzw. nur dem Verfahrensrecht betreffe oder ob sie einen Doppelcharakter habe und sowohl materiellrechtliche wie verfahrensrechtliche Züge aufweise.

In dieser langen und verwickelten Geschichte der Auseinandersetzung kam dann die Meinung auf, daß der rechtliche Charakter der Vorschrift nicht für das Merkmal des Geltungsbereichs des Rückwirkungsverbotes von Bedeutung sei. Dieser Meinung nach geht es in erster Linie um eine objektive Begrenzung der Staatsgewalt, also um eine Vorkehrung gegen die Gefahr der staatlichen Willkür ex post, und nicht nur um den Vertrauensschutz. Der Staat darf keine neuen oder mehr Rechte bekommen als er zur Tatzeit hatte. Das Rückwirkungsverbot verbietet gerade diese nachfolgende Erweiterung der staatlichen Entscheidungsgewalt des Gesetzgebers, ohne Rücksicht darauf, ob der rechtliche Charakter der Vorschrift materiell- oder prozeßrechtlich ist.

Diese Meinung wird wie folgt kritisiert.: Allein durch die Feststellung, das Rückwirkungsverbot stelle eine Beschränkung der Staatsgewalt dar, ist noch nichts gewonnen. Es bleibt weiterhin die Frage, wo genau die Schranke liegt, wie im einzelnen die staatliche Gewalt begrenzt wird. Sie kann nur durch genaue Auslegung des Begriffs ‚Strafbarkeit‘

gelöst werden. Es handelt sich dabei um den rechtlichen Charakter der Vorschrift, das heißt, ob sie ‚Strafbarkeit‘ betrifft oder nicht.

Ich denke, die Schwäche der oben erwähnten Meinung liegt im Begriff ‚Entscheidungsgewalt des Gesetzgebers‘, denn der Gesetzgeber hat mit dem Bürger nicht durch die prozessual-, sondern durch die materiell-rechtlichen Vorschriften zu tun. Deshalb möchte ich lieber den Begriff ‚eine Reihe der Rechtsverwirklichung‘ verwenden. Das Recht verwirklicht sich nicht nur durch die Gesetzgebung des Gesetzgebers, sondern vollzieht sich in einigen Stufen, so z. B. nach A. Kaufmann, von der Grundsatznorm, über das positive Gesetz, bis hin zur Entscheidung in der konkreten Situation. Wir müssen, diese gesamte Reihe der Rechtsverwirklichung in Betracht ziehen. Wenn wir auf die objektive Begrenzung der Staatsgewalt zielen wollen, müssen wir nicht nur die Entscheidungsgewalt des Gesetzgebers, sondern auch die Entscheidung des Richters im Auge behalten, weil der Gesetzgeber seine Gewalt nicht nur durch die Änderung der Verhaltensnormen (d. h. materiell-) erweitern kann, sondern auch durch die Änderung bestimmter Verfahrensnormen (d. h. prozessualrechtlicher Vorschriften). Was die Erweiterung der staatlichen Gewalt betrifft, so ist eine nachträgliche Rechtsänderung der bestimmten prozeßrechtlichen Vorschriften sowohl an den Täter wie an den Richter gerichtet. Also soll die Voraussehbarkeit der Rechtsverwirklichungsreihe für jedermann gewährleistet sein, um die Gefahr einer staatlichen Willkür ex post nicht aufkommen zu lassen.

Aus den oben angestellten Betrachtungen geht also hervor, daß das Rückwirkungsverbot nicht nur für die materielle, sondern auch gerade für bestimmte prozessuale Vorschriften gilt.