

## フォルカー・エッピング ヴァン・デル・ルッベ法

「法律なければ犯罪はなく、刑罰もなし」の  
基本原則の意味に関する一考察

Volker Epping, Die „LEX VAN DER LUBBE“ – Zugleich auch ein Beitrag zur Bedeutung des Grundsatzes „nullum crimen, nulla poena sine lege“, in: Der Staat Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte, 34. Band 1995, S. 243ff.

本 田 稔(訳)\*

およそ62年前の1933年12月23日、帝国裁判所は、帝国議会議事堂放火事件において、マリヌス・ヴァン・デル・ルッベに放火罪のかどで死刑を言い渡した<sup>1)</sup>。死刑を科すことができた理由として示されたのは、帝国裁判所によれば、1933年3月29日の絞首刑および死刑の執行に関する法律<sup>2)</sup>、いわゆるヴァン・デル・ルッベ法が、放火罪に対して遡及的に加重された刑罰を科すことを許容している<sup>3)</sup>ことだけであった。「法律なければ犯罪はなく、刑罰もなし」の法原則が、帝国刑法 (RStGB) 2条1項<sup>4)</sup>だけでなく、ワイマール帝国憲法 (WRV) 116条においても明文化されていたにもかかわらず、死刑を科すことができたのである。

このようなことは、国家社会主義の立法の全体を背景にすれば、何ら不思議なことではない。なぜなら、ヒトラーは権力を掌握した後に、つまり帝国首相に任命された後に、民主的・市民的な法秩序の合法性原則を価値あるものとは捉えず、その原則を徐々に民族国家の原理、何よりも大統領の法形成権力へと置き換えたからである<sup>5)</sup>。国家社会主義ドイツ労働者党は、帝国議会議事堂放火の直前、つまり1933年1月30日の時点で権力を掌握していたが、1933年3月5日の最後の自由な帝国議会選挙の後においては、なおも帝国議会内で絶対過半数を手に入れることができていなかった。このことを時間的な観点から考慮に入れておかなければならな

---

\* ほんだ・みのる 立命館大学法学部教授

## ヴァン・デル・ルッベ法（エッピング）

い<sup>6)</sup>。それゆえ、ヒトラーの第1次内閣には2人の国家社会主義ドイツ労働者党の構成員、つまりフリックとゲーリング<sup>7)</sup>しか入閣していなかったし、第2次内閣においても、ナチ党は1933年3月13日にゲッベルスが帝国政府に配置されるまでは、さしあたりヒトラーとこの2人の大臣しか配置できていなかった。つまり、国家社会主義ドイツ労働者党は、ヴァン・デル・ルッベ法の成立の時点においては、内閣においてまだ過半数を制していなかったのである。従って、少なくともヒトラーは形式的には帝国憲法とワイマール共和国の他の法秩序に依然として拘束されていたのである。それゆえ、ヴァン・デル・ルッベ法を成立させたことで証明されているように、ヒトラーもまた立法行為の合法性原則の外観を取り繕うために力を注いだのである<sup>8)</sup>。

彼がその立法行為のために合法性の外観を繕う努力を行ったにもかかわらず、加重された刑罰の遡及適用を許容したのがヴァン・デル・ルッベ法という法律であったというのは不思議なことである。なぜならば、パウル・ヨハン・アンゼルク・フォン・フォイエルバッハ（1775-1833年）は、1801年にその著書『刑法教科書』のなかで、感銘深いラテン語の格言によって「法律なければ犯罪はなく、刑罰もなし」の原理<sup>9)</sup>を最初に確立させ、H・ゲルラントは、1929年にハンス・カール・ニッパーダイによって編集された帝国憲法の第2部に関する注釈書のなかで、その原理が現代の文化的な法を支配する原則であり、およそ19世紀の開始とともに定着した原則であることを認めていたからである<sup>10)</sup>。ハンス＝ルートヴィヒ・シュライバーがその教授資格請求論文のなかで明瞭に証明したように、この原則はフォイエルバッハによって最初に発展されたのではなく、すでにその前から西ヨーロッパの啓蒙主義の影響を受けて、学説と立法に浸透していたことが確認されていたからである<sup>11)</sup>。

—

(1) 1933年2月27日の夜に帝国議会議事堂が放火された。その後、オランダ共産党員ヴァン・デル・ルッベが帝国議会議事堂の構内で逮捕された<sup>12)</sup>。1933年3月5日の帝国議会選挙まであとわずか数日であったが、この放火によって、国内の政治はこれまでにない緊迫した状態になり、国民の苛立ちも増大した。放火の規模とその客体を目の当たりにすれば、組織的な政治的活動の仕業であると考えられたのも、その限りにおいては無理のないことであった。国家社会主義者は、直ちに共産主義者の蜂起であると受け止めた。ゲーリングは、放火が行われた現場において、ヒト

ラーに対して次のように述べたという。「これは共産主義者の蜂起の始まりである。彼らは今夜にも奇襲をかけてくるであろう。一刻の猶予も許されない」。ヒトラーの方では感情を抑えることができず、共産党の全ての帝国議会議員を絞首刑に処するよう命じた<sup>13)</sup>。用意周到に組織された共産主義者の蜂起という仮説は、翌日に行われた聞き取り調査と事実確認によってほとんど維持できなくなったが、国家社会主義者はその時でさえその仮説に固執した。それが原因となって、火を付けたのは国家社会主義者であり、それを証明しようとする対向的な宣伝が行われた。しかし、そのことがあって、今日では、一部ではあるが学問においてさえ、火を放ったのは国家社会主義者であるという前提から議論を始めるという重要な成果をもたらした<sup>14)</sup>。それゆえに、ヴァン・デル・ルッペの単独犯説は、(共産主義者蜂起説と国家社会主義者犯行説という)2つの方向性には合っていなかった<sup>15)</sup>。国家社会主義者は、あからさまな措置を共産主義者の蜂起という仮説によって根拠づけ、それを決定していたため、もはやその仮説を翻すことはできなかった<sup>16)</sup>。すでに1933年2月27日の夜から28日にかけてドイツ共産党の帝国議会議員と指導的な幹部の逮捕が命ぜられ、党事務所が封鎖され、その出版物が禁止された。プロイセンでは、それに加えてさらに、社会民主主義の出版物が禁止された。帝国大統領が共産主義者による襲撃について確信した後、1933年2月28日になって、「民族および国家の保護のための帝国大統領令」、いわゆる帝国議会議事堂放火令が公布された。ワイマール帝国憲法48条2項の緊急令条項に基づいて、全ての重要な基本権(ワイマール帝国憲法114条、115条、117条、118条、123条、124条および153条)<sup>17)</sup>が停止され、これらの基本権への制限は「これに関する一定の法律上の限界を超える場合においても」(1条)許され、それは5条の場合も同じであった。5条には帝国刑法307条の放火罪が含まれ、そこでは死刑が規定されていた。

それゆえ、帝国議会議事堂放火令が第3帝国の基礎となる、決して廃止されることのない例外法規という性格を持っていると解するのは正しい。その例外法規は、国家社会主義者が政治的反対派と闘争し、それまで形式的に帝国大統領に与えられてきた独裁権力を闘争を通じて政府に定着させることに最初から役立った<sup>18)</sup>。従って、ディートマル・ヴィロヴァイト<sup>19)</sup>が、帝国議会議事堂の建造物が炎上した1933年2月27日から28日にかけて、「通常国家」から「例外国家」へと推移したことを確認したのは妥当であったといえる。

それにもかかわらず、帝国議会議事堂放火事件への対応として最初に公布された「民族および国家の保護のための帝国大統領令」の時点までは、放火に死刑を科すことは許されていなかったため、マリヌス・ヴァン・デル・ルッペに死刑を言い渡

## ヴァン・デル・ルッペ法（エッピング）

すためには、それに加えて最初に引用された法律、すなわちヴァン・デル・ルッペ法が必要とされたのである。

(2) ヒトラーは、1933年3月2日の閣僚会議において<sup>20)</sup>、帝国裁判所で帝国議会議事堂放火事件が審理され、そこで生ずることが予想される問題として、外国の報道機関がドイツ政府を非常に危険視するであろうという主旨の発言を行った<sup>21)</sup>。ヒトラーは、帝国裁判所が事件を審理しても、共産主義者の「蜂起ののろし」という帝国政府の声明をまったく認めず、外国の報道機関による批判を新たに勢いづけるのではないかと恐れた<sup>22)</sup>。それゆえに、彼は「行為者を直ちに死刑にすれば、(報道機関の)<sup>23)</sup>騒動の根拠は取り去られるであろう」と表明さえしたのである<sup>24)</sup>。

## 二

ヒトラーは すでに引用された発言に基づいて 刺客たちを迅速な手続によって死刑に処するために、著名な刑法教授であるナグラー博士（プレスラウ）、フォン・ウェーバー博士（イェーナ）、エトカー博士（ヴェルツブルク）に対して鑑定<sup>25)</sup>を求めた。1933年3月4日付けの教授たちの鑑定意見書は、2つの問題に基づいていた。

「(1) 彼らが帝国議会議事堂に対して行った襲撃行為は、1933年2月28日の緊急令5条が施行される前に行われたのであるが、その緊急令5条の加重された刑罰規定を（憲法を変更しない）単行法を制定することによって、襲撃行為のところで成立する犯罪に対して事後的に適用できるかどうか。そして、

(2) 新たに設置される予定の裁判所によって、その種の犯罪に有罪判決を言い渡すことが法的に認められるかどうか<sup>26)</sup>。

教授たちは、ワイマール帝国憲法105条第1文に明記されている例外裁判所の禁止を適切に指し示して、後者の問題に否定的に答え<sup>27)</sup>、「原則的に考えて」、「限定された特別の管轄領域が与えられた裁判所を新設することによって、正規（通常）の裁判所の管轄を否定すること」をしないよう助言した<sup>28)</sup>。

教授たちは、前者の問題に関連しては、論争に留意するよう指示したため、明確とはいえない留保条件付きの態度をとった<sup>29)</sup>。

(1) 上述の論争は、帝国刑法2条1項がワイマール帝国憲法116条との関係におい

て持っている意味に関して疑問が持たれていることに起因しているのであるが、その論争は、いかなる法的可能性が国家社会主義者に開かれていたかという観点のもとでさらに厳密に考察する必要がある。

「法律なければ犯罪なし」の原則は、憲法では基本権の条項に位置づけられ、ワイマール帝国憲法116条に取り入れられた。それにもかかわらず、ワイマール帝国憲法116条は、それまでその法原則を内容としていた帝国刑法2条1項の文言を継承せず、それに決して些細とはいえない変更を加えた。帝国刑法2条1項は、それまで「行為が実行される以前に、この刑罰が法律によって定められている場合」にのみ、その刑罰を行為に科していたが、ワイマール帝国憲法116条が要件としたのは、「行為が実行される以前に、その可罰性が法律によって定められている」ことであった。

帝国刑法2条1項が、一方で不可罰な行為に刑罰法規を遡及適用することを禁止していること、すなわち処罰の可否の問題を内容としていること、他方で加重された法規の遡及適用を禁止していること、すなわち処罰の程度の問題を内容としていることについて議論の余地はない。しかし文言上の相違は、2つの問題を投げかけた。

「(1) ワイマール帝国憲法116条は、帝国刑法2条1項を内容的に繰り返しているのか、それとも変更したのか。この問題との関わりで、

(2) ワイマール帝国刑法116条は帝国刑法2条1項を廃止したのか、それとも廃止しなかったのか。」

当時の文献の一部には、ワイマール帝国憲法116条が、刑罰の法定ではなく、可罰性の法定を処罰の要件にしている以上、帝国刑法2条1項は実質的に変更されていると見なすものがあつた。従つて、帝国刑法2条1項は、ワイマール帝国憲法116条によって廃止され<sup>30)</sup>、その結果として帝国刑法2条1項によって確立されてきた加重刑罰法規の遡及禁止の原理が取り除かれたということになる。

それ以外にも、同じように異なる文言に着目して、ワイマール帝国憲法116条が帝国刑法2条1項の一部だけを、つまり可罰性が法的に明確化されていない場合の処罰を禁止する<sup>31)</sup>部分を基本権にまで高めたという見解が主張された。それゆえに、刑罰威嚇の明確性に関する問題は、ワイマール帝国憲法116条ではなく、帝国刑法2条1項によってしか規律されていないことになる。ワイマール帝国憲法116条は狭い規定であつて、帝国刑法2条1項はそれより広い規定であり<sup>32)</sup>、結果として2つの規定の間には、内容的な同一性は存在しなくなる。ただし、これら2つの

規定は、加重法規の遡及禁止は単行法の原則であって、憲法によって保障された原則ではないという結論を相互に支持し合っている。

それに対して、鑑定意見書の執筆者によっても文献上通説と見なされている見解は、表現の形式上の相違は非本質的なものであり、この問題においては重要ではないということを議論の出発点にしていた。もしそうであるならば、2つの規定の間にはおよそ実質的な相違は存在しないことになるであろう。つまり、ワイマール帝国憲法116条は、帝国刑法2条1項によって確立された原則を形式的に別の方法で繰り返しているに過ぎないということになろう<sup>33)</sup>。この見解の内部においては、帝国刑法2条1項がワイマール帝国憲法116条によって廃止されたのが<sup>34)</sup>、それとも存続しているのが<sup>35)</sup>という論争は、たんなる学術的な意味しか与えられていない。そのいずれであろうとも、処罰の可否と処罰の程度は今なお維持されているからである。

文言を理由とした論証に反対するためであれ、それを支持するためであれ、ワイマール帝国憲法116条の成立史が追究された。ドューリンガー議員とハインツェ議員は、国民議会の憲法委員会によって設置された基本権小委員会の場において、ワイマール帝国憲法116条が帝国刑法2条1項の文言から理解できないほど逸脱していると異議を唱えた。その点に関して、小委員会は、「そのことによって帝国刑法の基本思想からの実質的な逸脱は意図されていない」<sup>36)</sup>という見解を全会一致で述べた。この見解が憲法委員会に送られ、同委員会はそれに基づいて後に効力を持つようになるワイマール帝国憲法116条の条文を承認したのである<sup>37)</sup>。ハインツェ議員は、国民議会の総会の場において、帝国刑法2条1項に反する変更について、再び異議を述べた<sup>38)</sup>。彼は、その異議に関する説明に対して総会の場で反対意見が出されなかったと理解したので<sup>39)</sup>、そのことを2つの規定の同一性に反論するために提示した。しかし、憲法委員会が小委員会の見解を是認し<sup>40)</sup>、総会がこの問題を憲法委員会によって解決済み、しかも小委員会が解した意味において解決済みであると見做したという推測から議論を始めるならば、総会の場で反対意見が出されなかったことを同一性を支持するために提示することもできた<sup>41)</sup>。さらに、ハインツェの説明に対して総会の場でヤジが飛ばされたが、そのことから<sup>42)</sup>考えると、審議を終了することが望まれていたために、表明された異議に対して必要な配慮はなされなかったことが推察される<sup>43)</sup>。

同じように帝国刑法の改正作業が証拠として持ち出された。1925年および1927年の帝国刑法改正草案は、「法律なければ刑罰なし」の基本原則を各草案の第1条において繰り返したが、それは加重された刑罰の遡及禁止が抜け落ちていることを支

持するワイマール帝国憲法116条の形式によって繰り返された。しかし、刑法委員会における帝国政府の説明はそれに異論を唱え、帝国刑法2条の規定が変更されているからといって、妥当する法が変更されていることを意味するわけではないと述べた<sup>44)</sup>。この見解は、帝国刑法2条1項の形式が明示的に廃止されたわけではないという事実によって最終的に支持された。

(2) 帝国議会議事堂放火事件が帝国裁判所において審理された<sup>45)</sup>という観点に立って考えた場合、ワイマール帝国憲法116条との関係において帝国刑法2条1項が有している意義に関して、それについての帝国裁判所の判例に言及しなければならない。この問題に対して明瞭な立場を表明しているのは、第5刑事部だけである。すなわち、帝国刑法2条1項は、ワイマール帝国憲法116条によって「取り替え」られた。つまり、ワイマール帝国憲法116条の文言に鑑みるならば、「行為の実行の時点において妥当し、明確な刑罰の種類を威嚇している法律が、明確な刑罰の枠組を有していなければならないとは決して……いえない」<sup>46)</sup>と判断したのである。この判例は、帝国裁判所の他の刑事部(第1部および第3部)の後の判決において、一定程度は追認された。その判決は、帝国刑法2条1項に理解を示すことなく、ワイマール帝国憲法116条を直接的に引き合いに出した<sup>47)</sup>。それに対して、第1刑事部は、その後言い渡された判決において、判例に関する立場を表明することなく、帝国刑法2条1項をワイマール帝国憲法116条と結びつけて<sup>48)</sup>、第2刑事部、第4刑事部および第2部・3部の連合刑事部と同様に、帝国刑法2条1項を引き続き適用した<sup>49)</sup>。このような状況に直面するならば、帝国裁判所の統一的な判例について云々できない。しかし、そうであったとしても、第5刑事部はすでに(1922年の時点において)注目に値する明瞭さをもって、ワイマール帝国憲法116条が刑罰を加重する方向での法律の遡及禁止を撤廃したという見解を主張していたのである。

(3) 従って、帝国裁判所の判例を背景にするならば、次のような判断を行った教授たちに対して全面的に賛同することができる。

「規定の変更は、帝国憲法116条を帝国刑法2条1項に対立させることを余儀なくさせ、そしてまた吾々の見解にもとづいた場合でも、帝国憲法116条が処罰の可否のみを扱い、それに対して帝国刑法2条1項が処罰の可否のみならず、その程度をも扱っているという上記の2つの法律の内容的な相違を導き出すことを余儀なくさせるものであるが、その変更に基づくならば、最高位の裁

判所は、……これまで同裁判所によって形成されてきた諸原理を継続的に発展させることによって、遡及的な刑罰の強化を単行法によって許容するに違いない。……その相違は、一方では実行の時点において不可罰であった行為を事後的に処罰可能と宣言するためには憲法を変更する法律が必要であるが、他方では裁量の余地が与えられている刑罰枠を事後的に変更するために必要なのは単行の法律だけであるという実務上の結論に行き着く」<sup>50)</sup>。

より厳密にいえば、鑑定意見書は次の言葉で締め括られている。すなわち文献では、

「圧倒的に……事後的に加重された法律の遡及は拒否されている。……後者の見解は（帝国憲法116条において承認された原則が成立するに際して決定的な意味を持つ）目的、すなわち行為が実行された時点で、それに対してまだ威嚇されていなかった刑罰の害悪から行為者を保護するという目的に適っている。この思想から導かれる結論は、文献において繰り返されている。もし緊急令が遡及的な刑罰の加重を内容としているならば、その思想に結びつけられた批判的な疑念が公的な場において繰り返し出されるであろう」<sup>51)</sup>。

一方では、このような批判的な疑念が予想されていたが、他方では、帝国裁判所の全く正当な判断とそれに結びつけられたワイマール帝国憲法116条の解釈によって、待望された刑罰加重法規を公布する法的可能性が国家社会主義者に開かれた。ワイマール帝国憲法116条の成立史がそれとは別の事柄を生じさせたとしても、帝国刑法2条1項の基本思想の一部しか帝国憲法に引き継がれなかったことがいかに致命的であったかが、それによって示されている。

### 三

帝国内務大臣フリックもまた、上記の可能性を認識していた。彼は、1933年3月7日の閣議の場で、帝国議会議事堂の放火と行為者の処罰について次のように話題にした。

「確かに、現行法は放火罪に懲役刑しか定めていないが、その種の凶悪な犯罪に対しては、絞首刑による死刑を遡及的に科せるようではなければならない。『法律なければ刑罰なし』の原則は、無制限に妥当するものであってはならない。教授たちも、この意味において鑑定意見書を提出すべきであった」<sup>52)</sup>。



フリックが鑑定意見書を読み聞かせた後に、ヒトラーもまたフリックの見解に次のよう続けて述べた。

「国家全体の生が、そのために崩壊せざるをえないときに、『法は法であり続けねばならない』という原理を承認することなどできない」<sup>53)</sup>。

ヴァン・デル・ルッペ法を公布して、絞首刑による死刑の執行を避的に認めたいという見解に対して、帝国内閣のなかで強い批判が出された。とくに帝国司法大臣代理の事務次官シュレーゲルベルガーが、「法律なければ刑罰なし」の法原則の重大な侵犯に対して、次のように抵抗した。

「この原則が妥当しないのは、ロシア、中国、スイス国内のいくつかの州だけである。私は、帝国内務大臣が言及した鑑定意見書について、もう一度厳格に検討しようと思う。そのうえで、帝国司法省の方で意見書をまとめ、両鑑定意見書を帝国内務大臣にお知らせしたい」<sup>54)</sup>。

シュレーゲルベルガーは、学問的に遙に徹底した彼の手による意見書において<sup>55)</sup>、ワイマール帝国憲法116条の成立史にもとづいて、帝国刑法2条1項とワイマール帝国憲法116条との同一性の本質的な解明を行い、その限りにおいて教授たちの解説に対して反対の意見を述べた<sup>56)</sup>。ヒトラーが述べた内容はすでに上述した通りであるが、彼の意見書はそれをあからさまに引き合いに出し、次のような言葉で結んでいることが注目に値する。

「戦後の歴史においては、嫌悪感をかき立てる行為は事欠かなかった。だからといって、刑罰加重法規の不遑及の原則が廃止されるようなことは、これまで決してなかった。もしその原則を手放すことがあるならば、公衆の法意識の混乱を必然的に招かざるを得ないであろう。私が恐れているのは、この原則の放棄によって国民の法感情に損害がもたらされることである。私の確信によれば、たとえ個々の非行を適切に贖って満足を得たとしても、その損害を埋め合わせることはできない」<sup>57)</sup>。

1933年3月24日の閣議において、帝国大統領官房事務次官マイスナーから、異なる種類の疑念が出された<sup>58)</sup>。彼は、公開処刑の問題に関してヒンデンブルクが抱いている疑問を示した<sup>59)</sup>。すなわち、それはヴァン・デル・ルッペ事件において、その種の死刑を執行することは、特に恥すべきことと見做され、長きに渡ってドイツでは当然のことと見られてこなかったというものであった<sup>60)</sup>。このような執行形態

## ヴァン・デル・ルッペ法（エッピング）

は、1933年3月2日の閣議の場でヒトラーによって提案され<sup>61)</sup>、3月7日の閣議でフリックによって繰り返し取り上げられ<sup>62)</sup>、そして3月24日の閣議でも繰り返されたものであった<sup>63)</sup>。

最終的に帝国政府委員（Reichskommissar）ポピッツは、帝国裁判所はヴァン・デル・ルッペ法を承認しないであろうと発言したが<sup>64)</sup>、ヒトラーはその点に関して帝国裁判所長官と接触を持つことを望んでいた。

結局のところ、上で記した発言は、帝国議会議事堂放火に死刑を科すことを目論んでいるヒトラーを激励することも、支援することも表明していなかったにもかかわらず、国家社会主義の立法者がいわゆるヴァン・デル・ルッペ法を公布するにあたって、「法律なければ刑罰なし」の法原則について当時はまだ反対意見のあった憲法解釈に基づいて、その公布を支持する文献上の見解に、しかも鑑定人の見解に依拠することができたこと、それどころかそれを支持する帝国裁判所の判決に依拠することができたことを、大まかに確認することができる<sup>65)</sup>。さらに、その後1933年3月24日の民族および帝国の危難を除去するための法律　いわゆる授權法が施行されたが、その第2条では、帝国憲法から逸脱する権限をも付与することが定められた。国家社会主義者は、たとえ同一性説に基づこうとも、それによって刑罰加重法規の遡及禁止から例外的に逸脱するための法的根拠を作り出したのである<sup>66)</sup>。

シュレーゲルベルガー事務次官は、1933年3月24日の閣議で、絞首刑および死刑執行に関する法律案を提案した。それは第1条において、1933年2月28日の民族および国家の保護のための帝国大統領令第5条を、1933年1月31日から2月28日までの間に実行された行為にも適用できることを規定していた。内閣はこの法律を支持した<sup>67)</sup>。1933年3月29日、この法律、いわゆるヴァン・デル・ルッペ法が施行された<sup>68)</sup>。

帝国政府は、次の法律を議決し、これをもって布告する。

第1条　1933年2月28日の民族および国家の保護のための帝国大統領令第5条（帝国法令集第1巻83頁）<sup>69)</sup>は、1933年1月31日から2月28日までの間に実行された行為にも適用される。

第2条　公的安全に対して向けられた重罪のかどで死刑を言い渡された者がある場合、当該判決を執行すべき帝国またはラントの政府は、絞首刑による執行を命ずることができる。

興味深いのは、ヴァン・デル・ルッペ法が、帝国大統領ではなく、帝国政府に

よって公布されたことである<sup>70)</sup>。それは、1933年3月15日の閣議で行われた帝国大統領官房事務次官のマイスナーの声明に遡ることができる。その声明によれば、帝国大統領は、「帝国国会議事堂の放火に死刑を設ける命令を公布することに対して、依然として<sup>71)</sup>克服し難い疑問を抱いていた。おそらく帝国政府は、授権法を根拠にしなければ、その種の命令を公布することはできないであろう<sup>72)</sup>」とされていた。

マリヌス・ヴァン・デル・ルッベは、それに続いて行われた帝国議会議事堂放火訴訟において、帝国裁判所によってこの法律に基づいて死刑を言い渡され、1934年1月10日に執行された。ただし、ヴァン・デル・ルッベ法第2条の意図に反して、死刑判決は絞首ではなく、斬首によって執行された<sup>73)</sup>。

法律なければ刑罰なしの法原則は、いわゆるヴァン・デル・ルッベ法によって、初めて破壊された<sup>74)</sup>。しかも、1935年6月28日の刑法の追加条項<sup>75)</sup>によって、「法律なければ犯罪なしの原則が、実質的正義という意味において、『刑罰なければ犯罪なし』の原則に取り替えられる」まで<sup>76)</sup>、その原則はその後も繰り返し攻撃にさらされた。「刑罰なければ犯罪なし」の原則とは、次のようなものであった。

「法律が可罰的であると宣言した行為、または刑法の基本思想および健全な民族感情に従えば処罰に値する行為を実行した者は、処罰される。行為に対して直接的に適用される法律が定められていない場合、その行為は、基本思想が最も適切であるところの法律に従って処罰される。」

## 四

今日、基本法103条2項と刑法1条は、文言上一致して、可罰性に関係している。すなわち、「行為は、それが実行される前に、その可罰性が法律によって定められていた場合にだけ処罰される」。つまり、この条文において、保障機能によって捕捉されているのは、刑罰の程度ではなく、処罰の可否だけであるという誤解が再び招かれるかもしれない<sup>77)</sup>。何故ならば、明確な言葉で構成要件に規範化されているのは、「刑罰」ではなく、「可罰性」だけだからである<sup>78)</sup>。

(1) 基本法103条2項の文言に対しては、遡及的な刑罰加重の禁止原則をも含んでいると確認されている基本法103条2項の「明確で一義的」な成立史が原則的に対置される<sup>79)</sup>。成立史を規範の解釈に取り入れることについての、またその成立史の位置価値についての方法論上の前提問題を脇に置いて考えるなら<sup>80)</sup>、基本法103条

2項の成立は決して「一義的」ではない。むしろ、ヘレンキムゼー会議と憲法制定議会は、ワイマール帝国憲法116条だけでなく、帝国刑法2条1項をも継承したのである。

- a) ヘレンキムゼー会議の基本法草案136条は、文言上ワイマール帝国憲法116条を繰り返し、それによってワイマール時代に問題となった「可罰性」の概念を再び用いたのである<sup>81)</sup>。憲法会議についての報告によれば、136条に関する注釈書(第D巻)において、「第1項は、文言上ワイマール帝国憲法116条に対応しており、それと同じ意味を持っている」<sup>82)</sup>ことが確認されている。そのようにして理由書がいうように、「法律なければ刑罰なし」の原理を、古くから守られてきた原則として、再び広く認めさせようとしたのである<sup>83)</sup>。
- b) それに対して、もちろんワイマールの問題は話題にはならなかったが、憲法制定議会のA・ツイン議員、W・シュトラウス議員、Th・デーラー議員によって定式化された総括編制委員会の提案は、「可罰性」の文言に代えて、「刑罰」の概念を用いることを予定し、帝国刑法2条1項にあった本来の条文を使用した<sup>84)</sup>。司法委員会は、審理に際して、この草案から出発しながら、今でも妥当している基本法103条2項の条文を作り上げた。そこでは、法律によって定められるべきは刑罰ではなく、可罰性であることを確定するために、F・レーヴェンタールスの提案に基づいて、「刑罰」の概念が再び「可罰性」の文言によって置き換えられたのであった<sup>85)</sup>。総括編制委員会は、帝国刑法2条の文言との調整を提案したが、それはA・ツインにとって「よりましで、より徹底したもの」にしか思われていなかった。しかも、彼がこの調整を司法委員会に委託したのは、彼がこの問題をさほど本質的なものとは思っていなかったからである。つまり、「刑罰を科すことも意図されているようである」<sup>86)</sup>とっていたのである。この問題は、本委員会においてC・シュミートによって再度取り上げられた。彼は、規定では行為の実行以前の可罰性と並んで、刑罰の枠組については言及されていないのかどうかを問題として投げかけた。A・ツインは、それに回答して述べた。「刑罰の枠組は文言に含まれている。我々はそれを詳細に考察した。それは法理論において一致した見解である」<sup>87)</sup>。内容のある議論を経ることなく、基本法103条2項は、その後にかかれた憲法制定議会の総会によって決議されたのである<sup>88)</sup>。

最終的にはワイマール共和国において問題となったワイマール帝国憲法116条(「可罰性」)の定式が継承されたため、そのことによって基本法103条2項が少なくともワイマール帝国憲法116条と同じような方法で解釈される危険にさらされた。

それと同時に、総括編制委員会が提案した帝国刑法2条1項(「刑罰」)との調整は継承されなかった<sup>89)</sup>。新憲法が、基本法によって作り出されたのは確かであるが、ワイマール帝国憲法の経験を踏まえて構成され、それによってワイマール帝国憲法の構造上の欠陥の回避が試みられたことは明らかである<sup>90)</sup>。

それにもかかわらず、遡及禁止原則の対象を「可罰性」に限定しようとするならば、目的論的に考えて、それを行うことはできない。刑罰威嚇効果は犯罪構成要件に反作用するがゆえに、犯罪構成要件と刑罰威嚇効果とを相互に分離して考察することはできない。立法者が犯罪に付与した特殊的な無価値内容は、刑罰威嚇から初めて明らかになる。それゆえに、刑罰威嚇は犯罪構成要件の特徴づけやその評価、解釈にとって決定的な意味を持っている<sup>91)</sup>。従って、その規定には法規拘束性の例外などない<sup>92)</sup>。それは最終的に刑法2条において明確であるが、それに憲法上の有効性があるとは確認できない。

(2) とはいふものの、ワイマール時代に比べて解釈問題は緩和されている。ただし、それは刑法典の条文が基本法から逸脱していない限りにおいての話である。1935年6月28日の刑法追加条項によって変更された刑法2条は、1946年1月30日の管理委員会法第11号1条によって廃止された<sup>93)</sup>。刑法新2条が設けられるようになったのは、1953年になってからである。刑法2条は、第1項において、基本法103条2項を文言の上で繰り返し、第2項において、遡及的な刑罰加重をも禁止する遡及禁止条項を再び取り入れた<sup>94)</sup>。1975年、刑法改正に関する審議において、用語の使い方 刑罰か、それとも可罰性が が再び議論の対象になった<sup>95)</sup>。最終的には、基本法103条2項に対応する用語が刑法1条に取り入れられ、基本法103条2項の限定解釈が阻まれることになった。ワイマール共和国の時代に起こった解釈問題が示しているように、とくにパウル・ボッケルマン<sup>96)</sup>によって支持された文言(「刑罰」)の明確化がなされていたならば、立法者でさえ、遡及的な刑罰加重の禁止が憲法上保障されていないという意味において基本法103条2項を解釈するという見解に至ったかもしれない<sup>97)</sup>。しかしながら、少なくともすでに刑法1条には、「法律なければ刑罰なし」の(全体的な)原則が含まれていることを仄めかすために、刑法1条に公的に付されている表題は、「法律なければ刑罰なし」と意識的に広く表示されている<sup>98)</sup>。

## 五

このようにして生成したドイツの法的関係は、次の問題を提起している。すなわち、基本法が妥当しているもとでも、遡及的な刑罰加重の禁止原則から、場合によっては「法律なければ犯罪はなく、刑罰もなし」の全原則から憲法的保護が取り除かれはしないかという問題である。基本法103条2項に関する限り、基本法79条の形式的要件が満たされるならば、それから憲法的保護を取り除くこともまた可能である。なぜならば、基本法103条2項それ自体は、基本法79条3項のいわゆる恒久的保障の対象ではないからである。しかし、その法原則を憲法変更の対象から遠ざけ、それを基本法1条および20条に明記された法原則<sup>99)</sup>として列挙することができるならば（基本法79条3項）、今後は憲法的保護を享有できるであろう。「法律なければ犯罪はなく、刑罰もなし」の原則が、基本法1条1項の人間の尊厳保障と内的な精神的関係にあるのは確かである<sup>100)</sup>。なぜならば、基本法1条1項によって保護された人間の尊厳は、人間をたんなる国家の客体にしたり、人間の主体性を原理的に疑問視するような扱いに人間をさらしたり<sup>101)</sup>、また人間を恣意的な扱いにさらしたりすること<sup>102)</sup>を禁じているからである。そうであるなら、国家が例えば遡及的に刑罰を加重して立ち振る舞う場合、人間は国家的行為のたんなる客体にされてしまわないだろうか。クリスティアン・シュタルクは、客体にされてしまうと述べている。なぜなら、「法律なければ犯罪はなく、刑罰もなし」の原理には独立した憲法的な価値が認められるのが相当であり、その価値は基本法1条1項の尊厳保護の一部を構成するものだからである。もちろん、特殊な状況において基本法103条2項を侵害しはするが、人間の尊厳を侵害しない処罰というものもありうるといわれている<sup>103)</sup>。その命題は、たとえ遡及的な刑罰加重の禁止原則に関する場合であっても、基本法1条1項に関する連邦憲法裁判所の刑事判例にもとづいて根拠づけることができる。その判例によれば、基本法1条1項は、「責任がなければ、刑罰は科されない」<sup>104)</sup>、「科された刑罰は、行為者の責任を超えてはならず、行為の重大性および行為者の責任の程度に対して正当な関係に立つものでなければならない」<sup>105)</sup>ことを要求している。つまり、威嚇された刑罰は、「刑罰が科される行為の種類と程度に対して不均衡であったり、残虐であってはならず、非人間的であったり、品位をおとしめるようなものであってはならない」<sup>106)</sup>ことを要求しているのである。従って、このことが基本法1条1項によって基本法79条3項の恒久的保障の意味においても保障されているならば、連邦憲法裁判所は、この要求の核心

領域がドイツ連邦共和国の憲法秩序を構成する不可欠の原則のひとつであると繰り返し強調した<sup>107)</sup>、「法律なければ犯罪はなく、刑罰もなし」の法原理を基本法79条3項によって保護されている基本法1条と20条の原則に組み入れる必要はない。というのも、個人はこの不可欠な原則によって刑罰権力による恣意的な扱いから守られているからであり、基本法103条2項もまたそのように保護しようとしているからである。このことは、「法律なければ犯罪はなく、刑罰もなし」の全法原則にあてはまる。国家が行為に対して遡及的に刑罰を補強できるならば、人間は連邦憲法裁判所の言い回しをそのまま用いるならば 国家的行為のたんなる客体におとしめられてしまうであろうし、そうすれば人間はそのたび毎に国家による恣意的な扱いの危険にさらされてしまうであろう。それゆえに、基本法103条2項が刑事責任原則の特殊化に他ならず、それと同時に実体刑法に対する作用という意味での基本法1条1項の具体化に他ならないと主張するヴァルター・ザックスを支持することができる<sup>108)</sup>。それと同時に、ギュンター・ドューリッヒに由来する法解釈論の知見に基づくならば、基本法1条1項から導き出された価値の核心部分はあらゆる基本権<sup>109)</sup>において反復され、その結果として、その価値の核心部分が基本法79条3項にもとづく「不可侵性」にも関係していることを確認される<sup>110)</sup>。

従って、本章の冒頭で提起された問題に対して、「法律なければ、犯罪なし」の法原則がその核心内容において基本法1条1項の原則によって捕捉されているにもかかわらず、憲法を変更する立法者は基本法103条2項のみならず、その法原則をも憲法的保護から除外していると答えることができる<sup>111)</sup>。しかし同時に、それは基本法1条1項の原則に関する法原則の核心内容 法原則それ自体ではないが、基本法79条3項の意味における変更に対して抵抗力があることを意味している。

## 六

カール・シュミットは、1945年に最初に公表した鑑定意見書のなかで、とりわけ「法律なければ犯罪はなく、刑罰もなし」の法原則の意義に関して、「国家社会主義体制が、1933年3月29日のヴァン・デル・ルッペ法<sup>112)</sup>によって絞首刑による死刑の執行の可能性を導入し、ヴァン・デル・ルッペを処刑したとき、全世界において、ドイツにおいて、そしてドイツの国外において生じた」あの大きな「憤激」を思い起こした。カール・シュミットは、1935年6月28日の帝国刑法2条の新規定に行われた重大な国際的な議論を付加的に指摘しながら、「その議論が世論において呼び覚ました憤激は、……いまなお皆の記憶のなかにあり、その憤激はすでにそ

の当時において『法律なければ犯罪なし』の命題が一般的に承認されていたことを証明している」という結論を得ることができた<sup>113)114)</sup>。ヘルムート・クヴァーリチュは、カール・シュミットの鑑定意見書に関する解題<sup>115)</sup>のなかで、「法律なければ犯罪はなく、刑罰もなし」の原則は、19世紀以降、すべての「文明国」において近代刑法の基礎であること<sup>116)</sup>を適切に確認したが、それにもかかわらず、その原則が同時に国際的に決して「高い評価」を受けていないこと<sup>117)</sup>を確認しなければならなかった。このことに関して、国際法の歴史において「犯罪なし」の法原理と矛盾する当時のニュルンベルクと東京の戦犯訴訟にもう一度じっくりと取り組む必要はないし、ここでは可能でもない<sup>118)</sup>。しかし、第2次世界大戦後の国際法の法典化を一瞥すれば、「法律なければ犯罪はなく、刑罰もなし」の原則が無制限に妥当するものでなかったことはすでに明らかである。罪刑法定（bis dato）の原則は、一国の憲法と刑法の対象でしかなかったが、それ以降は、人権に関する全ての宣言と条約に採り入れられた<sup>119)</sup>。法的拘束力のない世界人権宣言<sup>120)</sup>（11条2項）を別にすれば、アメリカ人権条約<sup>121)</sup>9条、諸国民の人権と権利に関するアフリカ憲章<sup>122)</sup>7条2項という地域的に限定された2つの人権条約だけが、明瞭かつ留保条件なしに、刑法の合法性原理を完全に保障している。それに対して、市民的及び政治的権利に関する国際規約（IPbPR）<sup>123)</sup>15条2項とヨーロッパ人権条約（EMRK）<sup>124)</sup>7条2項が、それぞれ第1項で保障された法原理に対する留保を次のように規定している。

実行の時点において、文明化された諸国民によって普遍的に承認された法原則に従って可罰的であるとされた作為または不作為を有責に行った者を裁判にかけ、または処罰することは、この規定によって排除されない。

ヨーロッパ人権条約におけるこの留保の定式化も、それに対応する市民的及び政治的権利に関する国際規約の留保も<sup>125)</sup>、人々がニュルンベルクの軍事裁判を正当化しようとしていたことから説明されている<sup>126)</sup>。ヨーロッパ人権委員会はヨーロッパ人権条約7条2項の成立史が示しているように、第2次世界大戦の終結時という例外的条件のもとで公布された諸法規が戦争犯罪、反逆罪、敵国への戦争協力を処罰する限りにおいて、この7条2項がそれらの法規に反しない意義を持っていることを明確にしなければならぬと繰り返し強調した<sup>127)</sup>。しかし、この留保がその成立から明らかにされた正当化の視点にだけ限定されるとは認めにくい<sup>128)</sup>。最近になってヘルムート・クヴァーリチュなどが、アパルトヘイトがヨーロッパ人権条約7条2項<sup>129)</sup>の適用事例であるという見解を示しながら述べたよう



に、留保の文言のみならず、その意味と成立史もまた、諸民族の法共同体にとって当罰的であると思われる全ての事項を遡及的に処罰することを認めさせるものである<sup>130)</sup>。それどころか、イギリスの刑法学者であるグランヴィル・L・ウィリアムスは、さらに話しを進めて、ヨーロッパ人権条約7条2項と1935年6月28日の新規定とを同一視して、「国家社会主義イデオロギーを表現したこの法律は、今や無効であると」とさえ述べたのである<sup>131)</sup>。「法治国家的に純粋な中樞」<sup>132)</sup>である連邦共和国は、最終的にヨーロッパ人権条約7条2項の留保を理由なしに宣言しなかった。その宣言によれば、連邦共和国はこの7条2項を基本法103条2項の枠内においてのみ適用するであろうと述べた<sup>133)</sup>。従って、文化国家の刑法の最高の思想よりも、ニュルンベルクの刑事司法を目的法学的に擁護する方が条約の創設者にとっては重要であるという評価があるが、その評価には賛同できる<sup>134)</sup>。

確かに、「犯罪なし」の原則は、ジュネーブ条約<sup>135)</sup>第3編第99条および同第4編第65条ならびに第2次ジュネーブ追加議定書(ZP)<sup>136)</sup>6条2文cにも記されている。しかし、この法原理の普遍的妥当性から議論を始めることは<sup>137)</sup>、ヨーロッパ人権条約7条2項と市民的及び政治的権利に関する国際規約15条2項にある留保を背景にするならば、あまりにも幅広すぎる。それは、国際連合の国際法委員会(ILC)<sup>138)</sup>によって作り上げられた1991年の「人類の平和と安全に対する犯罪に関する法案」が同10条1項において規定されている合法性原則を、記述されざる犯罪をも処罰することを留保(同2項)することによって再び形骸化していることを示していることから分かる<sup>139)</sup>。

国連安全保障理事会は、1991年1月1日以降に旧ユーゴスラヴィアの領土において国際人道法に対する重大な違反行為が行われ、それを訴追するための国際裁判所を、1993年5月25日に設置したが、それもまたこの路線の延長線上にある。これに関する第827決議文に添付された裁判所規程は、2条ないし5条において処罰されるべき犯罪行為を列挙している。その個別的な構成要件は、ジュネーブ協定(2条:1949年のジュネーブ協定に対する重大な違反)、陸戦の法規慣例に関するハーグ条約(3条:法律違反または戦争の遂行)、ジェノサイド条約(4条:民族謀殺)とIMT憲章(5条:人道に対する罪)に見ることがきでる<sup>140)</sup>。規程に採り入れられているIMT憲章の規定を度外視すれば<sup>141)</sup><sup>142)</sup>、国際慣習法上の妥当性が上述の協定の当該規定に当然のものとして認められている。国連事務総長がその注釈報告書のなかで説明しているように<sup>143)</sup>、これらの協定の規定は、「法律なければ犯罪なし」の原理に対応するうえで十分なものであろうか。この報告書の文句の実際の帰結が明らかにしているように<sup>144)</sup>、慣習法を引き合いに出すことには、むしろあれ

これの国家のための刑罰規範の法的妥当性に関する問題を除外するという目的がある<sup>145)</sup>。ILC によって設置された作業部会は、1992年の報告書のなかで、「犯罪なし」の原則の特別の位置価値を強調し、判決の根拠が妥当する国際法の協定において犯罪として明確化されている犯罪構成要件でなければならないことを<sup>146)</sup>、つまり慣習法を引き合いに出すことを明確に拒絶すべきであると提案したが、そのことは特徴的なことであった。それでは、国連事務総長によって主導された手練手管は、規定に採り入れられた構成要件の慣習法上の妥当性によって実体国際法を基礎づけるのに十分であろうか。これらの規範は、国際法によって定義された構成要件を国内刑法に採り入れ、それに刑罰的制裁を科すことを国内の立法者に義務づけているだけである。従って、事務総長が「法律なければ犯罪なし」(nullum crimen sine lege)の原則を引き合いに出す際に、「事前の法律なければ刑罰なし」(nulla poena sine lege praevia)の原則への言及を避けたことに相当な理由があったか否かを問題にするのは当然である<sup>147)</sup>。さらに、その規範は 他の関係法規で、同様に国家だけを拘束する法規と同じように 刑罰威嚇を内容としているのではなく、可罰性の可否だけに限定されている<sup>148)</sup>。規約が刑罰の種類を規定している、つまり自由刑法のみを規定している場合でさえ(24条1項1文)、国際法規範に依拠することは、その限りにおいてすでに誤っている<sup>149)</sup>。おまけに、それは刑罰枠(刑罰の上限と下限)を持っていない<sup>150)</sup>。刑罰の量に関して、「従前の行為地裁判所法を独自に類推して」<sup>151)</sup>という24条1項2文が「自由刑に関する旧ユーゴスラヴィアの裁判所の一般的実務」との整合性を求め、24条2項が量刑に際して2つの一般的指示(行為の重大性と受刑者の人的関係)しか与えていないならば、それで十分だとはおそらくいえないであろう<sup>152)</sup>。ドイツにおいて発展してきたような合法性原理に基づくならば、安全保障理事会によるこのような刑罰規範の設定は、要件を満たしているとはいえない<sup>153)</sup>。ILC での審議によっても明らかにされているように、犯罪の重大性ゆえに基本的に数年から終身までの自由刑が想定されるため、国際法における明確な刑罰枠を不必要であると見做すことには説得力がない<sup>154)</sup>。国際法は国内法とは対照的に技術的に厳格な要件を定めた法ではなく、そのことは「国際的な犯罪構成要件の不完全性を正当に相対化すること」を表しているという理由づけは<sup>155)</sup>、可罰的行為の実行の時点で威嚇されていた刑罰よりも重い刑罰も、また軽い刑罰も科されてはならないことを一貫して明確にしている合法性原則の国際法における法典化をほとんど一致して無視している。法原理の普遍的妥当性を根拠づけるために、まさにこの規約を引き合いに出すならば、刑罰枠という要件に関する相対化を受け入れることはできない。ある人が5年の自由刑に処されるのか、それ

とも終身自由刑に処されるのかは、すでに異なるものである。何故ならば、この表向きの相対化は、最終的に、国際刑事裁判権に関して国家共同体がこれまで獲得してこなかった合意にまで逆戻りしてしまうことになるからである<sup>156)</sup>。

国際法違反の行為に対する個々人の答責性は、抽象的な可罰性と制裁種類の予測可能性だけでなく、行為時の刑罰枠と犯罪構成要件の明確性の予測可能性をも要件としている<sup>157)</sup>。旧ユーゴスラヴィアにおける犯罪が非難可能であることは明らかであっても、「犯罪なし」の原則からの著しい逸脱を定式化することは、行き過ぎた形式主義などでは決してない<sup>158)</sup>。国連がユーゴスラヴィアに対する国際裁判所を設置してまで求めようとした国際的な平和秩序は、その平和秩序が法治国家原則の要請を厳格に堅持している場合にだけ、つまり「法律なければ犯罪はなく、刑罰もなし」の法原理をも擁護している場合にだけ貫徹することができる。

\* 本稿を60才の誕生日を迎えた我が恩師クヌート・イブセン教授に捧げる。

- 1) 判決の本文については、F. Tobias, Der Reichstagsbrand, 1962, S. 457. を参照。「被告人トルクラ、ディミトロフ、ポポフ、タネフを無罪とする。被告人ヴァン・デル・ルッベを、煽動的な放火罪および未遂の単純放火罪と観念的競合の関係にある内乱罪のかどで死刑とし、市民権を剥奪する。」
- 2) RGBL. 1933, S. 151.
- 3) 国会議事堂放火の時点において、帝国刑法307条の放火罪に規定されていたのは、10年以上または終身の「懲役刑」だけであった。
- 4) 1871年ドイツ帝国刑法典は、帝国法令集(1871年)127頁。
- 5) Vgl. z.B. R. Grawert, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band . § 4 (insbes. Rdnr. 15ff); O. Kimminich, Deutsche Verfassungsgechichte, 1970, S. 573.
- 6) 国家社会主義ドイツ労働者党は、1933年3月5日の帝国議会選挙において、43.9パーセントの票を獲得し、帝国議会の44.5パーセントの議席を確保した。
- 7) 内閣の構成については、K. D. Bracher, in: ders./W. Sauer/G. Schulz, Nationalsozialistischer Machtergreifung, 1960, S. 45. を参照。
- 8) K. D. Bracher (注7), S. 75f. も同旨。
- 9) P. J. A. v. Feuerbach, Lehrbuch des gemein in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1. Aufl., Giesen 1801, § 20.
- 10) H. Gerland, in: H.-C. Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung – Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, Erster Band: Allgemeine Bedeutung der Grundrechte und die Artikel 102-117, 1929, Art. 116 Anm. 1. (S. 369).
- 11) H.-L. Schreiber, Gesetz und Richter, Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege, 1976; vgl. weiter V. Krey/M. Weber-Linn, in: FS G. Blau, 1985, S. 123 (127ff); W. Naucke, Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik: Jus 1989, S. 862ff.; H.

## ヴァン・デル・ルッペ法（エッピング）

- Rüping, Bonner Kommentar zum GG, Art. 103 Abs. 2 (Zweitbearbeitung Mai 1990, Rdnrn. 2ff.; W. Sax, in: K. A. Bettermann/H. C. Nipperdey/U. Scheuner, Die Grundrechte, 3.Bd., 2.Halbbd., S. 992f jeweils mit weit. Nachw.
- 12) F. Tobias (注1), S. 29f.; M. Broszat, Der Staat Hitlers, 5.Aufl., 1975, S. 99.
  - 13) H. Mommsen, Der Reichstagsbrand und seine politischen Folgen, in: Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte, Bd. 12 (1964), S. 352 (385).
  - 14) それを主張するのは、例えば B. Gebhardt, Handbuch der deutschen Geschichte, Bd. 4, 8.Aufl., § 4 (S. 191); O. Kimminich (注5), S. 568. さらに、例えば C. F. Menger, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 8.Aufl., 1993, S. 184 (Rdnr. 374); D. Willoweit, Deutsche Verfassungsgeschichte, 2.Aufl., 1992, S. 310. を参照。それ以外にも、F. Tobias (注1), S. 519ff. の証明 F. Tobias (注1), S. 630ff. und K. D. Bracher (注7), S. 78ff. における1933年2月28日の新聞の抜き書きを参照。
  - 15) F. Tobias (注1), ebd.; トビアスに関しては、H. Mommsen (注13), S. 352ff.; U. Backes/K.-H. Janßen/E. Jesse/H. Kohler/H. Mommsen/F. Tobias, Reichstagsbrand Aufklärung einer historischen Legende, 1986; M. Broszat (注12), S. 100; H. Rothfels, Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte, Bd. 12 (1964), S. 351. 週刊誌「ディ・ツァイト」において、(特に)行われた歴史家の論争については、例えば K.-H. Janßen, Ende der Fälschung: Die Zeit, Nr. 9 vom 21.2.1986, S. 46; F. Tobias, War van der Lubbe ein Widerstandskämpfer?: Die Zeit, Nr. 5. vom 21.1.1981 S. 52; H. Scheuler, Richter korrigieren Richter: Die Zeit, Nr. 3 vom 9.1.1981; der im Forum der Ausgabe Nr. 48 vom 23.11.1979 ausgetragene Disput zwischen L. de Long, W. Hofer Ch. Graf. K.-H. Janßen und M. Broszat.
  - 16) これについて詳細なのは、K. D. Bracher (注7), S. 75ff. を参照。
  - 17) 人身の自由, 住居の不可侵, 書簡・郵便・通信の自由, 出版の自由を含む意見表明の自由, 集会の自由, 結社の自由, 財産の自由である。
  - 18) K. D. Bracher (注7), S. 82, 87f.; D. Willoweit (注14), S. 310; H. Mommsen (注13), S. 399 のみを参照。
  - 19) (注14), S. 310 は、E. Fraenkel, Der Doppelstaat, 1974 を引き合いに出している。
  - 20) 1933年3月2日の閣僚会議の議事録は、K. Repgen/H. Booms (Hrsg.), Akten der Reichskanzlei, Die Regierung Hitler, Teil 1933/34 (Bd. 1: 30.1.-31.8.1933; bearbeitet von K.-H. Minuth), 1983, S. 146ff. und F. Tobias (注1), S. 622ff. に掲載されている。
  - 21) 1933年3月2日の閣僚会議の議事録については、K. Repgen/H. Booms (注20), S. 146 (147) und F. Tobias (注1), S. 622 (624). に掲載されているので参照されたい。
  - 22) M. Broszat (注12), S. 404.
  - 23) この部分は筆者による補足である。
  - 24) 1933年3月2日の閣僚会議の議事録については、K. Repgen/H. Booms (注20), S. 146 (147) und F. Tobias (注1), S. 622 (624). に掲載されているので参照されたい。
  - 25) 鑑定意見書は、1933年3月10日の帝国司法大臣代理のシュレーゲルベルガーの記録(内閣案)によれば、1933年3月4日に「帝国首相の提案にもとづいて」書かれたが、それについては、K. Repgen/H. Booms (注20), S. 164 の脚注(19)を参照。記録の原本は、コブ

レンツ連邦公文書館のゼーミッシュ文庫の第163巻51頁に見ることができる。

- 26) 鑑定意見書 2 頁 (コブレンツ連邦公文書館のゼーミッシュ文庫の第163巻53頁以下)。鑑定意見書の問題設定とその抜粋は, G. Schulz, in: D. Bracher/W. Sauer/G. Schulz. Die Nationalsozialistische Machtergreifung, 1960, S. 524 und bei K. Repgen/H. Booms (注20), S. 164 の脚注(19)に掲載されている。
- 27) 鑑定意見書 4 頁から 6 頁 (注26, S. 56-58) を参照。ただし, (注74)を見よ。
- 28) 鑑定意見書 5 頁 (注26, S. 57) を参照。
- 29) G. Schulz (注26), S. 524. もまた, そのような適切な評価を行っている。
- 30) RGSt 56, 318f.; F. Giese, Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919, 7.Aufl., 1926, Art. 116 Anm. 1; Heinze, in: Stenographische Berichte der Nationalversammlung, S. 1499f.
- 31) R. Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18.Aufl., 1931, § 2 (insbesondere Anm. ); H. Gerland (注10), S. 373ff., 379.
- 32) R. v. Hippel, ZStW 42, S. 404 (405).
- 33) G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919, 14.Aufl., 1933, Art. 116 Anm. 1 mit Nachw.; J. v. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, 11.Aufl., 1927, § 2 Anm. 3; A. Lobe, in: Leipziger Kommentar zur Reichsstrafgesetzbuch, 5.Aufl., 1933, § 2 Anm. 1 mit weit. Nachw.; F. v. Liszt/-E. Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25.Aufl., 1927, S. 110f.; W. Mittermaier, Deutsche Strafrechtszeitung (DStZ) 9 (1922), S. 226f.; L. Käckell, ZStW 41, S. 680 (684f.); A. Düringer, JW 1919, S. 701 (702).
- 34) G. Anschütz, ebd.; F. v. Liszt/E. Schmidt, ebd., S. 110f.
- 35) RGSt 57, 404 (406); 58, 401 (406); A. Lobe, ebd.; J. v. Olshausen, ebd.
- 36) 第391回憲法制定ドイツ国民議会の377頁。その引用は, H. Gerland (注10) S. 371 und Schlegelberger, Gutachten zur Zulässigkeit rückwirkender strafscharfender Gesetz, S. 3 Fn. 1 (注26, S. 59 [ 61 ]) からのものである。また, Anschütz (注33), Art. 116 Anm. 1. を参照。
- 37) H. Gerland (注10), ebd., Schlegelberger (注26), ebd.
- 38) ワイマール帝国憲法草案115条に関するものである。
- 39) Stenographische Berichte der Nationalversammlung, S. 1498ff.
- 40) そのように (「従って, 明らかにこの見解を承認して」) 述べるのは, 例えば H. Gerland (注10), S. 371 (脚注14 では, 「委員会の態度に関する別の説明は, 簡単に排除されている」と記されている); Schlegelberger (注26), ebd.
- 41) 同様の見解をとるものとして, G. Anschütz (注33), Art. 116 Anm. 1; W. Mittermaier (注33), S. 226f.
- 42) H. Gerland (注10), S. 371 Fn. 13.
- 43) H. Gerland (注10), S. 371; H.-L. Schreiber (注11), S. 182.
- 44) H. Gerland (注10), S. 372 (脚注22: Erläuterungen und Verweis auf Reichstag Wahlperiode 1924/27, 32.Ausschuß S. 7f.). 異なる見解を主張するものに, R. Frank (注31), ebd., Anm. 1. がある。しかし, この点については, H. Gerland (注10), S. 372 Fn. 26

## ヴァン・デル・ルッペ法（エッピング）

und S. 375 Rn. 33. を見よ。

- 45) 内乱罪を行ったことでの非難が問題になっていることを理由に、第1次裁判権は帝国裁判所のところで成立した（裁判所構成法旧134条1項）。この裁判は第5刑事部で行われた。Vgl. F. Tobias (注1), S. 347.
- 46) RGSt 56, 318f (Urteil v. 24.3.1922 1511/21). それは, RGSt 57, 119 (Urteil v. 6.2.1923 V 839/22; 116条は帝国刑法2条1項の代わりになった) によって確認された。
- 47) RGSt 57, 49 (Urteil v. 4.1.1923 660/22); 59, 281 (288) (Urteil v. 7.7. 1925 793/24).
- 48) RGSt 58, 401 (406) (Urteil v. 14.11.1924 793/24).
- 49) RGSt 58, 401 (406) (Urteil v. 8.11.1923 559/23) は, 帝国刑法2条1項とワイマール帝国憲法116条の事実上の一致を前提としている。RGSt 55, 115 (116) (Urteil v. 29.10.1920 660/20); RGSt 56, 161 (168) (Urteil v. 5.10.1921 C. 79/20).
- 50) Gutachten, S. 2f (注26, S. 54f.).
- 51) Gutachten, S. 2f (注26, S. 54f.); G. Schulz (注26), S. 524.
- 52) 1933年3月7日の閣僚会議の議事録については, K. Repgen/H. Booms (注20), S. 159 (164) und F. Tobias (注1), S. 625 (626). に掲載されている。
- 53) シュレーゲルベルガーは, 「法は諸関係に対応しなければならない」(K. Repgen/H. Booms (注20), S. 165/626) と述べて, ヒトラーのこの見解を支持した。
- 54) 1933年3月7日の閣僚会議の議事録については, K. Repgen/H. Booms (注20), S. 149 (165) und F. Tobias (注1), S. 625 (626). に掲載されている。
- 55) G. Schulz (注26), S. 524. もまた, そのような適切な評価を行っている。そこでは鑑定意見書の抜粋とその評釈が公表されている。鑑定意見書は, 連邦公文書館(注26, S. 59-691) で見ることが出来る。鑑定意見書の抜粋は, 同じく K. Repgen/H. Booms (注20), S. 217ff (in Fn. 22 zu Dokument Nr. 60). に公表されている。
- 56) ワイマール帝国憲法116条がその第2編「ドイツ人の基本権と基本義務」に位置づけられていたため, シュレーゲルベルガーは, その鑑定権書(5頁以下)において, 外国人も116条の保護を受けることができるか否かという問題をさらに取り上げた。
- 57) Ebd.
- 58) 1933年3月24日の閣僚会議の議事録については, K. Repgen/H. Booms (注20), S. 248 (250) und F. Tobias (注1), S. 627 (628). に掲載されている。
- 59) この問題領域について詳細に扱っているのが, F. Tobias (注1), S. 94ff. und G. Schulz (注26), S. 623.
- 60) G. Schulz, ebd.
- 61) 1933年3月2日の閣僚会議の議事録については, K. Repgen/H. Booms (注20), S. 146 (147) und F. Tobias (注1), S. 622 (624). に掲載されている。
- 62) 1933年3月7日の閣僚会議の議事録については, K. Repgen/H. Booms (注20), S. 159 (163) und F. Tobias (注1), S. 625 (626). に掲載されている。
- 63) 1933年3月24日の閣僚会議の議事録については, K. Repgen/H. Booms (注20), S. 248 (250) und F. Tobias (注1), S. 627 (628). に掲載されている。
- 64) 1933年3月7日の閣僚会議の発言は, 議事録に掲載されている。K. Repgen/H. Booms

(注20), S. 159 (165) und F. Tobias (注1), S. 626 (627). それにもかかわらず, 帝国裁判所に対してヴァン・デル・ルッペ法の適用しないよう警告したのは, 帝国議会議事堂放火事件の共同被告人のトルグラの弁護人を努めたザック博士だけであった (nach: F. Tobias [注1], S. 507). 帝国裁判所は, 1933年12月23日の判決の94頁から97頁において, 遡及的な重罰化に対する賛否を詳細に論じた。この点については, vgl. F. Tobias: Die Zeit, Nr. 5 vom 23.1.1981, S. 52.

- 65) 同じ見解をとるものとして, G. Geilen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5.Aufl., 1980, S. 12.
- 66) A. Lobe (注33), § 2 Anm. 1 (S. 212).
- 67) 1933年3月24日の閣僚会議の議事録については, K. Repgen/H. Booms (注20), S. 248.
- 68) RGBL ., S. 151.
- 69) 「帝国憲法48条2項にもとづき, 共産主義者の公共危険的な暴力行為を防止するために, 以下のことを命令する。……第5条 刑法が第307条以下(放火罪)において終身刑を威嚇している犯罪に対しては, 死刑を科すことができる。/第6条 本令は公布の日から施行する。」
- 70) 本法に署名したのは, ヒトラーとフォン・パーペンだけであった。
- 71) これに関しては, 1933年3月7日の閣僚会議の発言を参照。K. Repgen/H. Booms (注20), S. 165.
- 72) 1933年3月15日の閣僚会議の議事録については, K. Repgen/H. Booms (注20), S. 212 (218)を参照。これに関しては, G. Schulz (注26), S. 428.を参照。シュルツは, その限りにおいて, 内閣が帝国大統領の責任と権限を引き継いだことを適切に述べている。そこでは, ヴァン・デル・ルッペ法の公布を考慮に入れて マイスナー事務次官の発言に対応して 帝国大統領の「無駄な態度」が語られねばならないであろう。
- 73) Vgl. F. Tobias (注1), S. 500; C. Schmitt, Das internationale Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz „Nullum crimen, nulla poena sine lege“, hrsg. v. H. Quaritsch, 1994, S. 18. は, ヴァン・デル・ルッペ法における刑罰の遡及禁止原則が可罰性それ自体だけではなく, それどころか刑罰の執行の種類にも関連づけられていることを適切にも指摘している。これを機会に全世界で沸き起こった憤激が非常に激しかったので, ヴァン・デル・ルッペはヒトラーの指示にもとづいて1933年の夏に絞首刑されずに, 斬首刑に処された。
- 74) 法律なければ刑罰なしの原則は, ラーテナウ暗殺計画を契機に帝国議会によって公布された1922年7月21日の(第1次)共和国保護法(BGBl ., 1922/ ., S. 585ff.)によって, それ以前においてすでに侵害されてはいたわけではなかった(M. J. Klein, Ernst von Salmon. Eine politische Biographie, 1994, S. 134)。本法の13条4項第1文は, 1922年6月26日の(第1次)共和国保護令7条3項第1文(RGB ., 1922/ ., S. 521ff.)と同じように, 管轄権を遡及的に指定しただけであった。それゆえにまた, ワイマール帝国憲法105条第2文によって保障された「法律の定める裁判官の裁判を受ける権利」を奪っただけであった(Vgl. Ch. Gusy, Weimar die wehrlose Republik?, 1991, S. 143; E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. , 1981, S. 664, 675; E. Nathan, DJZ 1922, S. 563)。国事裁判所において行われたいわゆるラーテナウ裁判では, 事件への関与者は, それに対応して(新

## ヴァン・デル・ルッペ法(エッピング)

- しい) 共和国保護法の構成要件にもとづいて起訴され (Ch.Gusy, ebd., S. 150), さらに有罪の判決を言い渡された (vgl. das Urteil vom 25.10.1922, abgedruckt in E. R. Huber, Dokumente zur Deutschen Verfassungsgechichte, Bd. 4, 3.Aufl., 1922, S. 298).
- 75) Vom 28.6.1935, RGB , S. 836.
- 76) E. Schäfer, in: R. Frank, Nachtrag zur 18.Aufl., „Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich“, 1936, S. 185. 1935年の新规定について詳しいのは, H.-L. Schreiber (注11), S. 191-198 mit weit. Nachw.; H. Rüping, in: FS-D. Oehler, 1985, S. 27 (30f).
- 77) その点を指摘するのは, G. Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog/Schloz, Grundgesetz-Kommentar, Loseblattsammlung (Stand: September 1991), Art. 103 (Bearbeitung 1960), Rdnr. 108.
- 78) E. Dreher, JZ 1953, S. 421 (424); E. Mezger, Strafrecht , 6.Aufl., 1955, S. 29; H. Nawiasky/C. Leusser, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 1.Aufl., 1948, S. 186; Peters, Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages (1955), Bd. , 2.Halbbd., S. 19ff.; H. Schröder, in: A. Schönke/H. Schröder, StBG-Kommentar, 8.Aufl., 1957, § 2 Anm. ; H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht 11.Aufl., 1969, S. 20. のような過去の文献が無視し得ないものであっても, 文言に関しては, そのようにいうほかない (可罰性しか規定していない).
- 79) そのように述べるものとして, G. Dürig (注77), Art. 103 (Bearbeitung 1960), Rdnr. 108; W. Stree, Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960, S. 29ff.; vgl. mit weit. Nachw. V. Krey, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977, S. 215f. 成立史を引き合いに出さないのは, R. Wassermann, in: Alternativkommentar zum GG, Bd. 2, 2.Aufl., 1989, Art. 103 Rdnr. 49; B. Pieroth, in: H. D. Jarass/B. Pieroth, GG-Kommentar, 3.Aufl., 1995, Art. 103 Rdnr. 52; ders./B. Schlink, Grundrechte, Staatsrecht , 10.Aufl., 1994, Rdnr. 176; A. Bleckmann, Staatsrecht Die Grundrechte, 3.Aufl., 1989, S. 1033; Ph. Kunig, in: I. v. Munch, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3. (Art. 70-146), 2.Aufl., 1983, Art. 103 Rdnr. 32; H. Hill, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR , 1989, § 156 Rdnr. 67 (S. 1339); H. Rüping (注11), Art. 103 Abs. 2 (Zweitbearbeitung 1990), Rdnr. 56; W. Sax (注11), S. 1004ff.
- 80) この点に関しては, Vgl. M. Sachs, Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes als Mittel der Verfassungsauslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtsbarkeits: DVBl. 1984, S. 73ff.
- 81) 「ある行為は, それが行われる以前に, その可罰性が法律によって定められている場合にのみ刑罰を科すことができる。」
- 82) Abgedruckt in: K. G. Wernicke/H. Booms, Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Bd. 2., Der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee (bearbeitet von P. Bucher), 1981, S. 629; ebenso der Berichte des Ausschusses , abgedruckt ebd., S. 335 (zu Art. 119).
- 83) 草案理由書 56頁 (V. Krey, Keine Strafe ohne Gesetz, 1983, S. 99 [Rdnr. 97]; H.-L. Schreiber [注11], S. 202 からの引用).
- 84) 「ある行為は, それが行われる以前に, その可罰性が法律によって定められている場合にのみ処罰することができる。」 Vgl. Drs. Nr. 343 des Parlamentarischen Rates v. 5. 12. 1948.



- 85) Auf der 7. Sitzung des Rechtspflegeausschusses, StenoProt. vom 6. 12. 1948, S. 151f.
- 86) Auf der 8. Sitzung des Rechtspflegeausschusses, StenoProt. vom 7. 12. 1948, S. 32.
- 87) 38. Sitzung des Hauptsusschusses vom 13. 1. 1949, StenProt., S. 481.
- 88) このような事情を背景にしなければ, H.-B. v. Doemmning/R. W. Füsslein/W. Matz による無批判的で根拠のない再現を理解することはできない。それは, ヘレンキムゼー草案に対して「編集上の歪み」しか認めていない。JöR 1 (1951), S. 742.
- 89) そのように明確に述べるのは, V. Krey (注83), S. 101; ders (注79), S. 216f.; W. Stree, Deliktfolgen und Grundgesetz, 1960, S. 25. 例えば, その限りにおいて H. Schröder (注78), § 2 Anm. も役に立つかも知れない。「今日の法の状態は(ワイマール帝国憲法のそれと 著者による解説)同じであり, 基本法103条は憲法原則として類推解釈の禁止を含んでいるが, それは刑罰威嚇それ自体には関係していない」。
- 90) R. Schröder, JuS 1993, S. 617 (621). 同じように述べるは, I. v. Münch, in: ders./Ph. Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 4.Aufl., 1992, Präambel Rdnr. 8.
- 91) BVerfGE 25, 269 (286); 46. 188(192), 81, 132 (135); G. Dürig (注77), Art. 103 (Bearbeitung 1960) Rdnr. 108.
- 92) G. Dürig (注77), Srt. 103 (Bearbeitung 1960) Rdnr. 108; G. Geilen (注65), S. 12; V. Krey (注79), S. 217.
- 93) そうすると, 残されたのは「行為の可罰性と刑罰は, 行為時に妥当していた法にもとづいて決定される」という帝国刑法 2 a 条だけである (vgl. RGBl. 1933 , S. 995; RGBl. 1935, S. 839)。管理委員会法第11号 2 条 1 項 a ) によれば, ヴァン・デル・ルッペ法は同時に廃止された。
- 94) 1953年第3次刑法変更法。BGBl. , S. 753ff.
- 95) この点に関する概観としては, Vgl. H.-L. Schreiber (注11), S. 204ff. mit weit. Nachw.
- 96) Niederschriften über die Sitzungen der großen Strafrechtskommission, 3.Bd. (Allgemeiner Teil, 26-37. Sitzung, S. 288f.; dem beitreten Eb. Schmidt, ebd. [S. 296] und R. Lange, ebd. [S. 297] alle in der 37. Sitzung am 24. 4. 1956).
- 97) 1962年草案の理由書106頁。包括的なものとしては, Schwalm, in: Deutscher Bundestag, Protokolle über die Sitzungen des Sonderausschusses „Strafrecht“, 4.Wahlperiode, 29. Sitzung, S. 555f.
- 98) Schwalm, ebd.
- 99) ここでは深刻ではないが, 基本法79条 3 項の意味における「基本原則」の厳格または拡張的な規定の問題性に関しては, vgl. B.-O. Bryde, in: I. V. Münch, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 2.Aufl., 1983, Art. 79 Rdnr. 33ff.; E. Evers, in: Bonner Kommentar zu GG, Art. 79 Abs. 3 (Zweitbearbeitung 1982), Rdnr. 163ff. und H. Ridder, in: Alternativkommentar zum GG (注79), Art. 79 Rdnr. 163ff.
- 100) BVerfGE 25, 269 (285); Ch. Starck, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/Ch. Starck, Das Bonner Grundgesetz, 3.Aufl., 1985, Bd. I: Praambel, Artikel 1 bis 5, Art. 1 Rdnr. 34.
- 101) BVerfGE 50, 166 (175); 87, 209 (228). 同じ主旨のものとして, BVerfGE 27, 1 (6); 30, 1 (25f.); 45, 1872 (228); Rdnr. 22ff.; Ch. Starck (注100), Art. 1 Rdnr. 10.

## ヴァン・デル・ルッペ法(エッピング)

- 102) BVerfGE 20, 1 (26); 47, 239 (247f).
- 103) Ebd. この点に関して事例を挙げないのは, W. Sax (注11), S. 999; i. E. ebenso: G. Grünwald, MDR 1965, S. 521 (525); J. Baumann, JZ 1963, S. 110 ( 118 : 「処罰しない, あるいは実際上の成り行きとして処罰しないことによって法感情を侵害することは, 法的安定性を痛ましいほど失うことよりもひどいことになるであろう」); ders., NJW 1964, S. 1398 (1404f.). Ahnl.(zu Art. 20 GG); F. E. Schnapp, in: I. v. Münch/Ph. Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl., 1992, Art. 20 Rndr. 53.
- 104) BVerfGE 57, 259 (275); vgl. auch 80, 244(255).
- 105) BVerfGE 50, 5 (12 mit weit. Nachw.).
- 106) BVerfGE 50, 125 (133); 205 (215); 72, 105 (115f.); 75, 1 (16f.).
- 107) BVerfGE 75, 1 (16f.); 63, 332 (337).
- 108) W. Sax (注11), S. 999; i. E. wohl ebenso G. Durig (注77), Art. 103 (Bearbeitung 1960), Rdnr. 104f.
- 文献が, 法律なければ犯罪はなく, 刑罰もなしの原則を法治国家原理に定着させているようであれば (z. B.: H. Rüping [注11], Art. 103 Abs. 2 [Zweibearbeitung Mai1990], Rdnr. 14ff. mit weit. Nachw. in Fn. 17; B. Pieroth, in: H. D. Jarass/B. Pieroth [注79], Art. 103 Rdnr. 18; vgl. auch Ph. Kunig [注79], Art. 103 Rdnr. 13 mit einem Überblick über das Meinungsspektrum), 次のことを認めることができる。すなわち, 基本法20条3項に定着され, 同じく基本法79条3項に関する原則において確保されているこの国家的目的規定から導き出されるのは, 国家権力, それとともに国家刑罰もまた, 予見可能, 予測可能, 測定可能なものでなければならないということである。しかも, 究極的には, ヘーベルレ (in: J. Isensee/P. Kirchhof, HStR, 1987, § 20 Rdnr. 60) の言葉を借りて述べるならば, 法治国家性という国家目的はまた, その原則的内容において, 原則の生き生きとした現代化という意味で人間の尊厳を配慮し, それを保護することを立憲国家の使命としていると結論づけられる。なぜならば, 法治国家原理などによって目指された法的安定性は, 刑法のための特殊な形態を基本法103条2項に見出したが, それは最終的には基本法1条1項の核心部分に含まれた人間を国家行為の客体にしてはならない, つまり人間を恣意的な国家的扱いにさらしてはならないという禁止原則によって維持されているからである。刑罰が責任を, つまり法に対してより善良な認識を持ち, またそれが可能であったにもかかわらず, それに反して意思決定したことに対する非難を前提としているので, 犯罪構成要件はこの意思決定の基準として法的に規範化されねばならないということしか意味しえない。そうでないなら, 専門用語をもう一度用いて言うと, 人間は国家的行為の客体に「おとしめられる」ことになるであろう (G. Dürig [注77], Art. 103 [Bearbeitung 1960], Rdnr. 104; W. Sax [注11], S. 998f.). 構造的に同等で, 補足的な保障原則について詳しいのは, E. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig/Herzog/Schloz, Grundgesetz-Kommentar, Loseblattsammlung (Stand: Mai 1994), Art. 103 (Bearbeitung 1992), Rdnr. 166ff.
- 109) G. Dürig (注77), Art. 103 (Bearbeitung 1960), Rdnr. 1-98, qualifiziert Art. 103 Abs. 2 GG als ein „echtes Grundrecht“(mit weit. Nachw. in Fn. 1).
- 110) G. Dürig (注77), Art. 103 (Bearbeitung 1960), Rdnr. 105 (und Fn. 2) und Art 79 Abs. 3

- (Bearbeitung 1960 zusammen mit Th. Maunz) Rdnr. 42 und Art. 1 (Bearbeitung 1958) Rdnr. 79-81; vgl. auch P. Haberle (注108), § 20 Rdnr. 56ff.
- 111) その点について、明確にしているのは、G. Dürig (注77), Art. 103 (Bearbeitung 1960), Rdnr. 105. 「103条2項は、79条1個および2項の厳格な要件を満たしている場合にだけ変更することができる。103条2項がその核心において1条に根ざしているならば、おそらく削除されるとき、制限されるというようなことはありえない(79条3号)」。人間の尊厳の内容を顧慮せずに、同じことを述べているのが、E. Schmidt-Aßmann (注108), Art. 103 (Bearbeitung 1992) Rdnr. 192.
- 112) 上記の注75以下の説明を見よ。
- 113) C. Schmitt (注73), S. 18.
- 114) Vgl. H. Moltrecht, Das strafrechtliche Rückwirkungsverbot im Völkerrecht unter besonderer Berücksichtigung des Londoner Status für den Internationalen Militärgerichtshof, Diss. jur. Göttingen 1954, S. 94. モルトレヒトは、1945年以前に妥当していた71ヶ国の憲法と刑法を比較研究している。それに支持を表明するものとして、H. Quaritsch (注73), S. 166. その結論に対立するものとして、O. Triffterer, Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg, 1962 S. 124f. und G. Hoffmann, Strafrechtliche Verantwortung im Völkerrecht, 1962, S. 146f.
- 115) 基礎的で資料に裏づけられた123頁にわたる研究に鑑みれば、本来的な意味での解題について語りうることは何もない。
- 116) H. Quaritsch (注73), S. 166, 211.
- 117) H. Quaritsch (注73), S. 153ff. (非常に明瞭なのは211頁)。
- 118) この点に関して概観するものとして、K. Ipsen, in: ders., Völkerrecht, 3.Aufl., 1990, § 38 Rdnr. 13-25. 感銘深い資料的証明を行っているのが、H. Quaritsch (注73), S. 153ff.
- 119) 例えば、ヨーロッパ人権条約7条1項は、次のように定めている。「何人も、実行の時点において国内法または国際法によれば犯罪を構成しなかった作為または不作為を理由に有罪とされることはない。また、その犯罪が実行された時に適用される刑罰より重い刑罰を科せられない」。
- 120) GA/Res/217( ) vom 19.12.1948; 法的拘束性の問題については、vgl. W. K. Geck, ZaoRV 38 (1978), S. 182ff.
- 121) 1969年11月22日のアメリカ人権条約は、1987年7月18日に発効した。その条文は、ILM 1970, 673. ドイツ語訳は、EuGRZ 1980, S. 435. 米州機構の33ヶ国のうち24ヶ国によって批准された(H.-J. Bartsch, NKW 1994, S. 1321 [1325])。
- 122) 1981年6月26日のいわゆる「パンジャル憲章」は、1986年10月21日に発効した。条文は、ILM 1982, 59. ドイツ語訳は、EuGRZ 1986, S. 677. 米州機構の49ヶ国によって批准された。
- 123) 1966年12月19日の市民的及び政治的権利に関する国際規約は、1976年3月23日に発効した。GBGL 1973, S. 1534. その後、124ヶ国がその条約批准した(UN-Dok. E./EN./1994/67 v. 17.12.1993)。
- 124) 1950年11月4日のヨーロッパ人権条約は、1950年11月4日に発効した。BGBl. 1952, ,

ヴァン・デル・ルッペ法(エッピング)

- S. 685. ヨーロッパ人権条約は、それ以降ヨーロッパ評議会の32ヶ国のうち30ヶ国によって批准された(Stand: 28.7.1994, EuGRZ 1994, S. 350)。
- 125) 市民的及び政治的権利に関する国際規約第15条2項では、「文明化された諸国民によって承認された普遍的な法原則によれば」という表現は「諸国民の共同体によって承認された普遍的な法原則によれば」という表現によって替えられている。
- 126) ヨーロッパ人権条約については, J. A. Frowein, in: ders./W. Peukert, EMRK-Kommentar, 1985, Art. 7 Rdnr. 8; K. J. Partsch, in: Bettermann/Neumann/Nipperdey, Die Grundrechte Bd. 1, 1966, S. 235(495ff). 市民的及び政治的権利に関する国際規約については, M. J. Bossuyt, Guide to the „Travaux Préparatoires“ of the International Convention on Civil and Political Rights, 1987, S. 330ff; M. Nowak, CCCPR-Kommentar, 1989, Art. 15 Rdnr. 18. 豊富な資料にもとづいて全般的に概観するのは, H. Quaritsch (注73), S. 207. それは, ヨーロッパ人権条約に関する審議が市民的及び政治的権利に関する国際規約の草案を議論することなく受け継いだことを適切にも指摘している。同じことを指摘するものとして, K. J. Partsch, ebd., S. 235 (245f).
- 127) Yearbook of the European Convention on Human Rights 1 (1955-57), S. 239 (241); ebd. 2 (1958/59), S. 214 (226); ebd. 4 (1961), S. 324 (334ff).
- 128) Vgl. nur M. Nowak (注16), Art. 15 Rdnr. 19.
- 129) P. v. Dijk/G. J. v. Hoof, Theory and Practice of the the European Convention on Human Rights, 2.Aufl., 1990, S. 367 mit Fn. 866f.
- 130) H. Quaritsch (注73), S. 208ff.
- 131) G. L. Williams, Criminal Law The General Part, 2.Aufl., 1961, § 128.
- 132) H. Quaritsch (注73), S. 208.
- 133) BGBl. 1954 , S. 14; hierzu K. J. Partsch (注125), S. 407f.
- 134) K. J. Partsch, ebd., S. 235 (407); ebenso H. Quaritsch (注73), S. 207.
- 135) 1949年12月8日のジュネーブ条約。BGBl. 1954 , S. 838 und 917.
- 136) 1977年6月8日の第2次ジュネーブ条約追加議定書。BGBl. 1990 , S. 1637.
- 137) So C. Hollweg, JZ 1993, 980 (985 mit weit. Nachw. in Fn. 44); vgl. UN-Doc. A/47/10, S. 180.
- 138) ILC=International Law Commission.
- 139) UN-Doc. A/46/10, S. 242. 「本条におけるどの条項も、行為が実行された時点において、それが国際法によって承認された適正な国際法もしくは国内法にもとづいて可罰的であった場合、それを行った者を裁判にかけ、またそれに刑罰を科すことを排除するものではない。」
- 140) UN-Doc. S/Res/827, 25.5.1993, dt. Übersetzung in VN 1993, S. 156. 条約のドイツ語訳は, EA 1994, D 89ff. に掲載されている。個別的な構成要件に関しては, J. C. O'Brien, AJIL 87 (1993), S. 639 (645ff); E.-I. A. Daes, International Geneva Yearbook 1993, S. 55ff.; C. Hollweg, JZ 1993, S. 980 (985ff).
- 141) 「国際軍事裁判所規程」は, ヨーロッパ枢軸国の主要戦争犯罪人の訴追と処罰に関するロンドン協定の構成部分である。それはロンドン協定に付属文書として添付されている。条文については, AJIL 1945, Suppl., S. 257.

- 142) それゆえに、これに関する国家実務の欠如に関しては、国際慣習法の妥当性はすでにニュルンベルクの以前と以後において否定されざるをえないであろう。
- 143) UN-Dok. S/25704, 3.Mai 1993, S.9, Ziffer 34. 「国連事務総長の考えでは、『法律なければ犯罪はなく、刑罰もなし』の原則は、国際裁判所が慣習法上疑いの余地のない国際人道法の諸規定を適用し、それによって特別の協定に対して、全ての国家のうちいくつかの国家が執着しないようにすることを要請している。このことは、重大な国際法違反の行為に対して責任がある人を訴追する国際裁判という脈絡において明らかに重要になるであろう。」
- 144) UN-Dok. S/25704 v. 3.5.1993, S.9, Ziff. 34 Satz 1 Lezter Halbsatz (注143を見よ)。
- 145) それを正当なものとするのは、H.-P. Gasser, *Humanitäres Völkerrecht Informationschriften* 1993, S. 60 (61); S. Oeter, *ZaÖRV* 53 (1993), S.1 (26ff).
- 146) UN-Dok. A/47/10, S. 144; -146; 180-183. Vgl. auch UN-Doc. A/48/10, S. 274ff. (dort Art. 23-25 und 26). ユーゴスラヴィアに対する刑事裁判所を設置することを決定した直後に ILC によって起草された国際刑事裁判所草案は、条約によって確定された国際犯罪に対する管轄権を委託することを第1に規定している。ILC 草案は副次的に国際慣習法上承認された犯罪に対する管轄権をも規定しているのであるが、それは少なくとも条約法の「安定的」な法的基礎を優先させている (Ch. Tomuschat, EA 1994, S. 61 [66]. それは制限された妥当性を容認している。同様の主張をするものとして、H.-P.Gasser [注145], S. 60 [61f.]).
- 147) So K. J. Partsch, VN 1994, S. 11 (13).
- 148) Vgl. Art. 129 Abs. 1 des und Art. 146 Abs. 1 des . Genfer Abkommens; Art der Genozid-Konvention.
- 149) Ch. Tomuschat, EA 1994, S. 61 (66).
- 150) 1994年2月11日の手続規則では、(A)の規則第101(刑罰)において、「有罪の認定を受けた者は、一定の期間または終身にわたって刑務所に収容される」と定められているが、それは同じように説得力がない。
- 151) H. Roggemann, ZRP 1994, S. 297 (301, 注40).
- 152) Vgl. K. J. Partsch, VN 1994, S. 11 (13). さらに、カナダ (UN-Dok. S/25504 v. 1.4.1993) とオランダ (UN-Dok. S/25716 v. 4.5.1993) は、ユーゴスラヴィアに対する刑事裁判所の設置に対して態度表明したが、パルチュはそれに対する反論を引用している。
- 153) H. Quaritsch (注73), S. 199; H. Roggemann, ZRP 1994, S. 297 (301), A. Reinisch, *OzRoV* 47 (1995), S. 173 (178f., 209); auch K. Oellers-Frehm, *ZaöRV* 54 (1994), S. 416 (426f).
- 154) Insbes.: UN-Doc. A/48/10, S. 317-319 (zu Art. 53 [applicable penalties] mit Kommentar der ILC).
- 155) G. Dahm, *Volkerrecht Bd.* , 1961, S. 316; C. Hollweg, *JZ* 1993, S. 980 (988); O. Triffterer (注114), S. 121, 217; D. Thurer, *SZIER* 1993, S. 491 (497) は、それどころか、国際法上の合法性原則を「法なければ犯罪なし ( nullum crimen sine iure)」の原則に格下げしている。
- 156) Vgl. K. Ipsen (注118), § 38 Rdnr. 27ff.
- 157) K. Ipsen (注118), § 38 Rdnr. 33; K. J. Partsch (注125), S. 407.
- 158) a. A. Ch. Tomuschat, EA 1994, S. 61 (66).

若干の解説

1. ここに邦訳したのは、フォルカー・エッピング「ヴァン・デル・ルッベ法『法律なければ犯罪はなく、刑罰もなし』の基本原則の意味に関する一考察」（Prof. Dr. Volker Epping, Die „LEX VAN DER LUBBE“ Zugleich auch ein Beitrag zur Bedeutung des Grundsatzes „nullum crimen, nulla poena sine lege“, in: Der Staat 1995, S. 243-267.）である。その内容を概略すると、第一章では、帝国議会議事堂の放火とヒトラーの政治的思惑が述べられ、第二章ではその思惑を実現するための加重刑罰法規の遡及適用に関する刑法学的鑑定の内容が解説され、それを受けて第三章で加重刑罰法規の遡及適用を許容するヴァン・デル・ルッベ法の制定をめぐる政治過程が跡づけられている。この問題は戦後にも引き継がれ、第四章ではワイマール帝国憲法116条の規定がボン基本法103条2項に継承された経緯が分析されている。それゆえ罪刑法定主義が刑罰法規の遡及適用を明白に禁止しているとはいえ、それが基本法の理念である人間の尊厳に抵触するおそれがあることが第五章で解説されている。そして最後に、第六章においてグローバルな時代の刑法、国際刑法における罪刑法定主義のあり方についての筆者の見解が展開されている。

2. 1933年2月27日、ドイツの帝国議会議事堂が放火され、その場でオランダ共産党員ヴァン・デル・ルッベが現行犯逮捕され、その後、ブルガリア共産党員ゲオルギ・ディミトロフら4人が逮捕された。翌日の2月28日、帝国大統領パウル・フォン・ヒンデンブルクは、ワイマール帝国憲法48条2項に規定された帝国大統領の非常権限にもとづいて、民族と国家の保護のための帝国大統領令（いわゆる帝国議会議事堂放火令）を公布した。この放火令は、共産主義者による国家危殆的な暴力行為を防止するために、憲法に保障された様々な基本的人権を制限するとともに、刑法に規定された幾つかの犯罪の法定刑を引き上げること定めた。当時の刑法307条によれば、放火に乗じて、謀殺若しくは強盗を行うか、または暴動を引き起こす目的で放火をした場合は、終身または10年以下の懲役刑に処せられると規定されていたが（1項2号）、放火令はこの暴動等目的放火罪の最高刑を終身刑から死刑へと引き上げるものであった。帝国憲法48条2項は、帝国大統領の非常権限によって、例えば人身の自由（114条）、住居の不可侵性（115条）、通信の秘密（117条）など一定の基本的人権を制約することを可能としていたが、罪刑法定主義（116条）はその対象から除外されていたため、放火令を帝国議会議事堂の放火行為に適用することは、罪刑法定主義、とりわけその派生原則であ

る刑罰法規の遡及適用, しかも行為後に法定刑が加重された刑罰法規の遡及適用の禁止原則に反するため, 認められないと解されていた。それは当時の帝国司法省の見解によっても, またヒトラーによっても, そのように解されていた。従って, 放火令を放火の行為者に遡及適用するためには, 帝国議会の3分の2の賛成を得て, 帝国憲法116条を改正して, ワイマール帝国憲法を罪刑法定主義を持たない憲法に改正したうえで, 放火令を帝国議会議事堂の放火行為に遡及適用することを認める法律を制定することが必要であると考えられていた。

ヒトラーは, 1933年1月30日に帝国首相に就任することができたが, 彼が率いる国家社会主義ドイツ労働者党は政権内部では少数勢力でしかなく, 帝国議会においても過半数を制するには至っていないなかった。そのため, 憲法の改正はおろか, 単行法の制定でさえ自由にできる状況にはなかった。そこで, ヒトラーは帝国議会で絶対過半数を制するために, 3月10日に予定されていた総選挙の選挙戦において国会議事堂放火事件を最大限に利用した。共産主義者が帝国議会議事堂に火を放ち, 暴動を引き起こして世情を不安定にして, それを内乱に転化しようとして企んでいる。わが国家社会主義ドイツ労働者党は, そのような反体制勢力に対して最も果敢に闘っている。わが党の前進と勝利なしに, 祖国ドイツを共産主義から救うことはできない。このような派手なプロパガンダにもかかわらず, 社会民主党とドイツ共産党の影響力は強く, ヒトラーは総選挙において過半数の議席を獲得するには至らなかった。それゆえ, その諸政策を遂行し, とくに共産主義の壊滅を劇的に演出するために放火の被疑者を死刑にする条件を整備するには, 他の右派・中間政党と連立せざるをえなかった。ヒトラーは, 社会民主党とドイツ共産党の帝国議会議員を不当に身柄拘束して, 議員資格を剥奪し, また議会への出席を妨害などする一方で, 議会の議事運営を有利に進めるために, ドイツ国家人民党や中央党に対する根回しと巧妙な多数派工作を行い, 3月24日, 授権法を制定することに成功した。授権法は, 憲法に反する法律を制定する権限を帝国議会と政府に与えるもので, ワイマール帝国憲法の実上の死文化を意味する。ヒトラーはこの授権法に基づいて, 政府制定法の第1号として「絞首刑と死刑の執行に関する法律」(いわゆるヴァン・デル・ルッペ法)を3月29日に公布した。この法律は, 2月28日の放火令をヒトラーが首相に就任した翌日の1933年1月31日から帝国議会放火事件が行われた翌日の2月28日までに行われた暴動目的放火罪等に対して適用することを許容するものであった。12月23日, 帝国裁判所は, ヴァン・デル・ルッペが帝国議会議事堂の放火に乗じて, 暴動を引き起こし, さらに内乱を企てることを目的として放火をしたと認定して, 彼に死刑を言い渡

した。その根拠法とされたのが、放火令とヴァン・デル・ルッペ法であった。ドイツ刑法史の通説的理解によれば、これらの法律によってドイツ法治国家刑法の市民的原則はナチス不法国家刑法の総統原理によって取り替えられたと解されている。

3. フォルカー・エッピングの論文は、このようなドイツ刑法史の通説的理解に対して、ドイツ刑法（旧）2条とワイマール帝国憲法116条の条文の相違を比較検討し、またワイマール憲法制定議会における議論内容を分析することを通じて、ワイマール帝国憲法116条とヴァン・デル・ルッペ法との間にある断絶と連続性を解明している。刑法（旧）2条は、ある行為に刑罰を科することができるのは、その行為が行われる以前に、その刑罰（diese Strafe）が法律で定められていた場合だけであると定め（1項）、行為後に刑法が変更され、その刑罰が軽くされた場合には、軽い刑罰を科さなければならないとしていた（2項）。これに対して、ワイマール帝国刑法116条は、ある行為に刑罰を科することができるのは、その行為が行われる以前に、それが処罰可能であること（die Strafbarkeit）が法律で定められていた場合だけであると定めていた。エッピングは、「この刑罰」と「それが処罰可能であること」という二つの文言の間には決定的な相違があることに着目している。刑法（旧）2条では、行為に科される刑罰は事前に法定された刑罰であることが明らかにされているが、帝国憲法116条では、事前に法定されるべきなのは処罰の可能性でしかないので、行為時に不可罰であった行為に対して事後に制定された刑罰法規を適用することは禁止されていても、行為時に可罰的であった行為に対して事後に変更された刑罰規定、しかも、その刑罰を加重した刑罰規定を適用することは必ずしも禁止されているとはいえないと解釈することも可能だからである。この理解が成り立つならば、刑法（旧）2条が定めた原則、すなわち行為に科される刑罰は事前に法定されねばならず、その刑罰が事後に軽減された場合には軽減された刑罰が優先的に適用されねばならないという原則は、帝国憲法の原則ではなく、刑法の原則であって、それを改廃するために憲法の改正も、また授權法の制定も必要ではなく、ただ刑法の一部改正のための単行法で足りることになる。

ヒトラーから帝国大統領の放火令の遡及適用の可否について意見を求められたナーグラウ、エトカー、フォン・ウェーバーの刑法家は、帝国憲法116条と刑法（旧）2条を内容的に異なるものと解しうる余地があること、放火令を帝国議会議事堂の放火行為者に遡及適用するための憲法改正は必要ではなく、刑法改正で



足りることを見抜いていたと思われるが、ヒトラーも、帝国司法省事務次官のフランツ・シュレーゲルベルガーも、このことに気づかないまま、帝国憲法116条と刑法(旧)2条を内容的に同一のものと解し、放火令を帝国議会議事堂の放火行為者に遡及適用するためには、帝国憲法116条を廃止しなければならないと考えていたようである。この二つの条項を内容的に同一のものと解する立場は、ワイマールの憲法制定国民議会の立場であり、ヒトラーはワイマール憲法の立法者の意思に従ったがために、それを廃止するために授權法の制定という手段に訴えねばならなかったのである。ヒトラーは、ワイマール自由主義の結晶である憲法を否定したものの、最後まで憲法制定国民議会の立場を守り抜いた一人であったというのは歴史の皮肉ともいえる。

なお、エッピングの議論は、ボン基本法の制定過程や国際刑法における罪刑法定主義の理解の問題にも及んでおり、ドイツ刑法史の精密な認識にとって、本稿は非常に参考になるものと思われる。なお、邦訳者は本稿で扱われた問題に関して若干の考察を加えたことがあるが、それがエッピング論文に示唆されたものであることはいうまでもない(拙稿「刑法における遡及処罰の法理」『井戸田侃先生古稀祝賀論文集・転換期の刑事法学』(現代人文社、1999年)743以下、拙稿「罪刑法定主義の歴史的断想」『大野真義先生古稀祝賀・刑事法学の潮流と展望』(世界思想社、2000年)68以下、Minoru Honda, Rechtslogik der Rückwirkung nachträglich verschärfter Strafgesetze, in: Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag am 15. September 2008, 2008, S. 15-36. )。

4. 著者のフォルカー・エッピング教授(Prof. Dr. Volker Epping)は、現在ハノーヴァー大学で公法、国際法、ヨーロッパ法を講じている。邦訳の掲載にあたって、2011年7月28日の書簡においてエッピング教授から許可をいただき、また掲載誌である「国家(Staat)」の出版社 Duncker & Humblot GmbH のアリス・シューベルト女史(Alice Schubert)からも快諾する旨の連絡をいただくことができた。両氏に対して深く感謝する次第である。