

ドイツ法治国家刑法の状況に関する文献紹介 (二)

ロルフ・ペーター・カリース

刑罰目的と刑法 ― 四〇年の基本法・自由な法治国家から

社会的・権威的な法治国家への発展傾向? ―

ロルフ・ペーター・カリース

刑罰目的と刑法 ― 四〇年の基本法 ― 自由な法治国家から

社会的・権威的な法治国家への発展傾向? ―

Rolf-Peter Callies, *Strafzwecke und Strafrecht - 40 Jahre*

Grundgesetz - Entwicklungstendenzen vom freiheitlichen

zum sozial-autoritären Rechtsstaat?, in: *NJW* 1989, Heft

21, S. 1338ff.

本田 稔

目次

- 一 治安と自由の問題
- 二 自由な法治国家と社会的・権威的な法治国家
- 三 刑罰目的と国家観
 - (1) 伝統的な刑罰論
 - (2) 「新しい」刑罰論と刑法の政治化
 - (a) 国家刑罰論としての積極的一般予防
 - (b) 「代替的な国家理解」の脈絡における応報理論?
 - (3) 刑罰論の終焉?

四 具体化された憲法としての刑法

(1) 刑法と民主主義原理

(2) 参加機会の保護および市民の保護法としての刑法

* 本稿は、ドイツプロテスタント教会の研究部会が一九八八年二月一八日から一九日にかけてハイデルベルクにおいて開催したシンポジウム「四〇年の基本法」での講演をもとにしている。

介入のための解釈規準や目的規定として刑法規範よりも一般的な刑罰目的を第一に扱う傾向は、刑法の現在いる根本的な危機を示している。刑法は、市民の保護法から国家の柔軟な介入手段へとますます機能変化しているが、それは、社会的な危険状態がいかにすればその問題に相応しく対処されるのかという適切な設問に対する誤った解答でしかない。刑法を政治的に論ずる反生産的傾向は、決定的な抵抗に遭遇せざるをえない。法治国家へ立ち返って刑法を再構築すること——これが、基本法と社会の問題状況から求められた解答である。現代の危険社会の中で自由と治安の相互調停がいかにすれば可能なのかという中心問題の解決に寄与できるのは、法規の明確性という点において厳密に憲法と一致する刑法(基本法一〇三条二項)だけである。

一 治安と自由の問題

いかにすれば国家と社会が将来において自由に形成されるのか——この設問に対する解答を発見することが将来的な課題であることは(決定的に重要なものにはならないであろうが)、西暦二千年への転換点においてますます確固たるものになっている。科学的で技術的な生産形態に規定された現在の発達したコミュニケーション社会は、いかにすれば公共の安全と自由の問題が現代的要求を満たしながら解決されるのかという昔ながらの問題に答えるための相応しい戦略を模索している。

現代社会が個別化という傾向によって特徴づけられる点では、今日かなりの一致をみている。その傾向は、生活世界の多元化としても把握されている¹⁾。個人の自由の基準は、歴史的にはまだこの形態で獲得されていないので、もちろん同時に諸関係の「概観不可能性」としても体験されており、そのことから結論づけられた不安定性に対応しているのは、ますます増大する治安を求める声である。つまり国家が自称義務と責任ある審級として治安維持に配慮すべきであるとの要求を伴って国家に向けられるあの声である。「治安と秩序の番人」としての強力な国家を待望する声のこのような傾向は、新しい「治安に対す

る基本権⁽³⁾」を求める要求に合流しながら強化され、現代工学、特に化学、生物工学、原子力技術と結びついた生命と環境に対する危険性によって更に強化される。このようなことから、連邦憲法裁判所はすでに、今では「危険社会⁽⁴⁾」として理解されている社会のこのような新しい次元に対して、刑罰規範による「国家の保護義務」という——もちろん憲法上問題のある——原則をもつて対応したのである。⁽⁵⁾

(一) Vgl. u.a. Zapf, Individualisierung und Sicherheit, Schriftenreihe des Bundeskanzleramtes Bd. 4, 1987, S. 1ff.; Murck, Soziologie der öffentlichen Sicherheit, 1980, S. 3ff., 182ff. 以下についてより詳細なのは、V. 1 および以下である。

(二) Zapf, Fußn. 1), S. 1ff.; Murck, Fußn. 1), S. 3ff.

(三) ハルツグ(ゴッホ)・Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, 1983, S. 27ff., 34ff.

(四) Beck, Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986, S. 64ff., 82ff.

(五) BVerfGE 39, 1ff. = NJW 1975, 573. 判決を支持しないのは、Rup. v. Brünneck-Simon, BVerfGE 39, 68ff.; BVerfGE 49, 89 = NJW 1979, 35. S. Dencker, StrVert 1988, 262ff.

二 自由な法治国家と社会的・権威的な法治国家

過渡期、不安定な時代、将来の形成のための新しい解答が模索される時代には、政治の貫徹を目的とする複数のコンセプトの間でいつものように格闘が繰り広げられる。二つの国家観は、現在、治安と自由をその問題に相応しく結合することを求めている。リベラルな法治国家のコンセプトと社会的・権威的なコンセプトは、今日では対立関係にある。⁽⁶⁾ 刑法を具体化された憲法⁽⁷⁾として常に理解しなければならない限り、刑法は、そのためのアクチュアルな事例として取り上げられうる。というのも刑法は、国家と社会がどのような「憲法」の中に存在しているのかを測定するための基本的尺度であると今なお見做されているからである。刑法においては、個人の自由および安全と多数派の権力との断絶した立場が(あたかも「虫メガネ」で見るように)明瞭になる繊細な領域が問題にされるのである。

基本法は、市民と国家との自由保障的な法的関係をその関心事の中心に移した(基本法一〇三条二項)。それにもかかわらず基本法は、国家刑罰の存在を所与の事実として素朴に前提にしている。国家の刑罰権は、近代国家およびその権力独占に伴って成立したがゆえにとりたてて正当化される必要はないが、憲法

の基本的立場は、現代においては正反対のものに転化してしまっている。今や刑法の根拠づけに貢献するのは、基本法によって保障された市民と国家との法的関係ではなく、ただ目的と目標を携えた国家的行為としての刑罰でしかない。国家的行為の目的と目標が唯一決定的な規準になるところでは、自由保障的な法はその効力を失う。法は社会過程を国家的に指導・制御する純然たる道具と化するのである。

このような展開は、一方では、連邦憲法裁判所と連邦通常裁判所がその判例の中で基本法のリベラルな法治国家的立場を広く捨て去ったことに表現されている。刑法を市民の保護法および国家的介入からの防御法として把握し、そのために罪責規準の厳格な明確性を基本法一〇三条二項において基本権にまで高めた基本法は、判決の中でこの憲法規定が解釈されているように、現在ではその規定によって「個人の自由保障の担保」をもちや要求できない。現在、基本法一〇三条二項で保障された基本権は、「空虚な法律的外皮におとしめられ、結果的にその憲法規定は無視されている」のである。今述べた展開は、他方では同時に、誤解される余地のない規制内容を持った実定法を、介入的な刑罰目的によって事後的に再定義する努力にも表されており、立法者によって意図されなかった意味内容を実定法に

付与する努力にも表現されている。そのようにして、連邦憲法裁判所とその他の裁判所は、最近では、和解、贖罪、応報、一般予防、法秩序の防衛のような法律の埒外にある一般的刑罰目的を引き合いに出すことによって、法律に規定されていない新しい内容規定を行刑法に付与する試みを行なったのである。

基本法のリベラルな法治国家的のコンセプトは、現在では、社会的・権威的な国家理解および社会理解という全く別のモデルと対立している。目下のところ後者のモデルに対応しているのは、刑法的制裁の具体化に部分的に貢献する刑罰目的だけではなく、妥当する刑法規範に定着した全体的な罪責規準の解釈・適用に一般的に貢献する刑罰目的をも、刑罰目標の定義として理解する傾向である。さらに目的と目標は、今もなお解決されねばならない諸問題の定式を常に表現する。それに対して法治国家的に把握された実定法は、すでに問題の解決策を内在している。その解決策は、可能な選択肢を取捨選択する過程において、決定によって拘束力をもって定立されたものである。しかし、刑罰目的が刑法規範の団塊を適用する規準として一般的に定立されるならば、実定法で採用された問題解決策そのものが未解決の問題として蒸し返されることになり、刑法はその自由保障機能を喪失し、国家的介入のための柔軟な制御要素になっ

てしまう。つまり態度の可罰性は、基本法一〇三条二項が要求しているように行為の前に法律によって定められることはもはやなく、裁判官が行為の後に幅広い裁量によって罪責規準を確定する権能を獲得するのである。

「目標」を念頭に置きながら日常的な政治の視点を法適用過程に取り入れ、それによって「国内平和」と法的安定性を「著しく侵害する行為に門戸」を開くことができるというそれ自体として正当な認識を、連邦通常裁判所は、最近、座り込みデモの可罰性の問題に関する新たな判決の中で自覚したが、もちろん連邦通常裁判所は陳述された認識そのものを利用したわけではない。その判決の中で、法治国家的思考の侵食がすでにどのくらい進行しているのが公然化した。つまり他人の目標を違法であると宣言しうるために、自己の目標設定が独断で対置されているのである。⁽⁹⁾ 強要罪構成要件は、政治的な「雰囲気保護規範」へとその定義が変えられている。

(9) Calliess, *Zum staatlichen Gewaltmonopol*, *Ztschr.f. evang. Ethik* 1988, 5ff.

(10) Calliess, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat* 1974, S.94; ders., *NJW* 1988, 850.

(11) Krahl, *Die Rspr. des BVerfGE des BGH zum Bestimmtheits-*

Grundsatz des Strafr (Art.103II GG), 1986, S.388, 391ff. 座り込みデモに関するBVerfGE 73, 206=NJW1987, 43の最近の判例は、⁽¹⁰⁾ では非常に明らかである。これについては、Calliess, *NJW* 1985, 1506ff.; ders., *NSZ* 1987, 209ff., 211. 明確化可能性概念に於て明確性概念の補充については、Eser, in: Schönke-Schroder, *StGB*, 23.Aufl.(1988), §1 Rndr. 20.

(6) BVerfGE 64, 261ff.=NJW 1984, 33. 判決を支持しないのは、マールツォルト。それに代わって Calliess-Müller-Dietz, *Komm. z. Strafvollzugsgesetz*, 4.Aufl.(1986), Rdnr. 6-11 m.w.Lit.

(10) BGH, *NJW* 1988, 1739(1742).

(11) BGH, *NJW* 1988, 1739(1742E).

(12) Roggemann, *JZ* 1988, 1111.

三 刑罰目的と国家観

目標と目的が法適用の中心的視点になるならば、根本的な変化はそこにおいて示される。刑法学と刑事実務は、今日、その基本的立場の不明確さに悩んでおり、現在の危機は、国家的刑罰の目的についての優柔不断さとその目的に関する議論の混乱に明瞭に現われている。

(1) 伝統的な刑罰論

今日有力に主張されている「統合理論」は、国家刑罰の全ての視点を同時に妥当させようと折衷的に試みている。¹⁵⁾ 罪責の応報、法秩序の防衛と再社会化、一般予防と特別予防はシチュエを形づくり、その中で全てが全てと渾然一体となり、一致不可能なものが一致可能であると主張されている。¹⁶⁾ 司法、立法、司法行政のいずれで活動するかは別にしても、誰もが政治的便宜主義に基づいて自ら自由に奉仕できる、相容れない可能性の市場を設立する理由づけは、その場合あきれるほど簡単である。つまり基本法は、あれこれの刑罰目的に賛成することを決断してはおらず、それ故にいかなる刑罰目的も憲法の枠内で許容され、個別事例において求められる比例性の衡量という規準として引き合いに出されるのであり、そしてまた「刑罰目的に關して国民の意見が分裂し」、¹⁷⁾ 刑罰目的の「基礎にある諸見解が發展過程の中で変化しうる」¹⁸⁾ が故に、立法者もまた刑法典において刑罰目的を明示的に規定することを慎んだからだというのである。統合理論は、量刑のレベルにおいて裁量理論、段階理論または位置価値の理論として主張されているもので、それはこのような一般的な自由放任主義の立場の表現である。刑罰の諸目的を絶対視するならば、それは可能な限り大きな「個別事

例の正義」と同時に刑法の人道化をも実現するであろうが、しかしその場合、自由保障的な立場が侵食されていることは見えなくなる。

(2) 「新しい」刑罰論と刑法の政治化

刑法を統合理論的に基礎づけることの矛盾と欠陥に直面して、最近になって二つの相対立する立場が形成され始めた。それらは、既存のジレンマを打開する方策を提供しようとしている。「積極的一般予防」論と「応報」の新理論が、刑法を基礎づける別の方法の提示を準備している。それに比べて、「統合理論」に内包されている刑法の政治化への展開は当たり障りないもののように見える。何故ならば、統合理論は、それに蓄積されながら相互に排斥し合う諸原理の曖昧な性質によって、その理論による刑法の根拠づけによって設定された国家的介入の動的なパネそのものを長いあいだ抑えてきたからである。統合理論において考慮されないまま設定された非効率性の限界は、新しい刑罰論によって初めて乗り越えられる。その理論は、唯一の目標に自らを集中させることによって政治的貫徹力をより効果的にすることができる。

(a) 国家刑罰論としての積極的一般予防

積極的一般予防論は、現代介入国家の落し子である。それは、刑法の一般予防の古い理念との共通性をもはや持たない。消極的一般予防の古い理論は、アンゼラム・フォン・フオイエルバッハによって刑法の根拠づけのために形成されたものであるが、それは今なお刑法規範そのものに定着している。刑法典の存在とその内容である刑罰威嚇が潜在的行為者に対する威嚇に役立つ点で適格であるとその理論が仮定する限り、それは消極的一般予防であった。

現在台頭しつつある積極的一般予防論は、これとは全く異なる。その理論は、介入国家の理念ゆえに、刑法を国家と市民との法的関係として根拠づける理論であるとは理解されていないし、法律効果としての刑罰の機能を確定してもいない。刑法の諸原則の高度に複雑な規範関係は、構成要件と法律効果とを結びつけることによってその特徴を維持しているが、しかし積極的一般予防論は刑罰をそのような規範関係の一部分であるとはもはや理解していない。むしろ刑罰を犯罪と制裁との規範的な構造的関係から切り離し、刑罰を絶対化し、刑罰を国家的な目的の規定を伴った国家的行為として刑法全体の前提条件としているのである。今や刑法の任務と目標は、市民と犯罪行為者、犠

牲者と加害者ならびに国家的制裁機関をも包括する法的関係の多元的地平において決定されるのではなく、国家的行為としての刑罰から一元的に決定されるに過ぎない。行為の限界・諸条件・可能性を示す機能を持つ重層的な社会関係の構造としての法は、流線型のごとく理解された行動綱領に有利な方向で後退する。刑法は柔軟な制御道具になり、現代の予防的な警察法に接近することによって、一八世紀の絶対的で啓蒙的な警察国家および福祉国家に由来するのと同じ特徴を獲得するのである。

現代の「危険社会」は、その生産過程において国家の統制と協働しながら、生命、身体、環境に対する新たな危険を生存に危険を及ぼすような態様で絶えず産み出しているが、そのような「危険社会」、つまり人間の福祉のために「財」を獲得することがもはや問題ではなく、「最悪の事態」を回避することだけが問題でしかない社会においては、あらゆる新たな危険化を伴う刑法的保護を不断にいつそう拡大し、さらにそれを前倒しすることが確認される。もちろんその場合、刑法はそれだけに「規範侵害の担い手の犠牲の上に」²¹⁾ 規範の妥当性を実証するものとして「積極的」に一般予防的に定義されるならば、刑法は国家の純然たる示威行動法になる。「受刑者を感化すること」、

受刑者を主体として尊重すること、または受刑者を社会統合の過程の側につけることは、もはや「刑罰の任務」ですらない。個人はここではもはや刑罰の名宛人ではなく、個人は規範侵害の「担い手」として、それだけにいつそう「国家刑罰の任務」の官僚主義的な動機でしかなく、その任務の客体でしかない。刑罰は、「規範信頼」と「法忠誠」を確証し、それを「調教」するためにあらゆる者に発動されるが故に、「全ての人間が刑罰の名宛人なのである」。

関心の中心にあるのは、自由剥奪的な法原則ではなく、この法原則の背後にある危険な状況である。「危険社会」として把握された社会関係では、「あらゆる者が、多かれ少なかれ把握可能な巨大な危険による当惑を」基本的に体験しているのだが、そのような社会関係においてその意味で明らかなのは、蓋然的であると認められた危険を、明日から、また明後日から防衛的治安の発想によってそれによる損害を緩和する方向で制御するために、視線を予防的に将来に向けることである。従って行為者とその犯罪は刑法的保護という目的のための手段および動機でしかなく、刑罰によって達成されるのはそれだけにいつそう「規範を信頼する者の信頼を確証すること」でしかない。つまり刑罰は、「あらゆる者」に「規範信頼」と「法忠誠」を

「調教する」²³⁾ ための手段として奉仕するのである。

社会の分裂が始まる。刑法の任務規定および目標規定に反映する社会的・権威的国家観および社会観は、今ある全ての問題に対する学術的・技術的な職能エリート²⁴⁾の判断に支えられており、どちらかといえば成人した市民を信頼していない。「法におけるエリート」は、他の市民を「配慮」するために、一般条項的でフレキシブルに形成された法的道具を手段にして社会を制御する。基本法一〇三条二項において基本権として定式化され、刑法一条において繰り返された刑法の中心的な基本的立場は、刑法を市民保護法および市民の「自由のマグナ・カルタ」として見ているが、その意味は失われている。連邦憲法裁判所と連邦通常裁判所の判例は、刑法的構成要件の明確性の原則を空洞化することで協働し、²⁵⁾ 刑法学もまた、刑法の法治国家性を秘密裏に侵食することを著しく支援してきた。刑法学が刑法を市民保護法から犯罪者保護法へとおとしめて定義し、基本法一〇三条二項を種々の歴史的発展の末に市民のマグナ・カルタとしてではなく、今なお犯罪者のマグナ・カルタとして把握することによって、つまり態度の可罰性の問題を犯罪者の当罰性の問題設定にすり換えることによって、²⁶⁾ 刑法学は、市民と国家との法的関係としての刑法の二重機能、つまり介入から市民を

保護する法であると同時に国家的介入の許可として機能する刑法の二重機能を不明瞭なものにする考察様式の扉を開いたのである。

全ての実体刑法に予め結び付けられた、国家刑罰の目標と目的に関する「思弁と形而上学」²⁸の秘密ではあるがそれだけに効果的なメッセージははっきりしている。積極的一般予防論は、市民と国家との複雑な相互関係の法治国家的に方向づけられたモデルを、国家刑罰によつて規定された一元的な法的関係へと再定義・変形することにかく成功している。そのようなことは、積極的一般予防論の基礎となつているシステム論の仮説の結論では必ずしもないが、しかしその新しい一般予防論は、危険社会とその治安思想に対応し、かつ近代刑法の諸要求を満たすかのように見える行為モデルと解釈モデルを發展させることに成功している。積極的一般予防論の前提と帰結において十分に考察されていないが、その理論は、伝統的な法治国家刑法を今日において社会的・権威的に理解された国家の柔軟な制御道具へと体系的に再解釈することを、効率性の観点から可能たらしめる地平を拓き開いたのである。

（b）「代替的な国家理解」の脈絡における応報理論？

積極的一般予防論の論敵として理解されているのは「新応報理論」であるが、その理論もまた、もちろん時代の現代的流行に負うところが多い。刑法を刑法理論、すなわち市民と国家との法的関係として軌道に乗せる流行ではなく、刑罰論、すなわち国家の市民に対する刑罰的關係として軌道に乗せる流行がそれである。その理論は、行為と反作用、犯罪と制裁を「前実定的」な社会的メカニズムに結合させながら、依然として刑法を「法的関係」として主張しようとするが、しかしここでもこの法的関係は国家から一元的に規定されている。「刑罰」とは、「要するに処罰される（！）犯罪者との法的関係として」理解されるものでなければならぬ²⁹。「新応報理論」は、社会的・権威的国家関係および社会関係に由来する一般的な積極的一般予防論とは対照的に、まずもつて目的を除去された「絶対的」な刑法を基礎づけるものであると理解され、現代社会は諸個人の主体性なしには、つまり自由と尊厳なしには考えられないという不変の認識を堅持する理論であると理解されている。もちろんここでも主体は、国家刑罰によつて定義された法的関係においては、個人の抵抗的な行動の中心点として現われない。市民は、犯罪者という役割をただ手短かに演じるだけではない。

主体を国家によるシステム制御の客体に全面的に変えないことを関心事とする刑法の根拠づけのこのようなモデルは、代替的な国家理解および社会理解にとつて基本である（まさにそれに同意している）。現代的流行と動向に今では密接に関連している。権力独占体を掌握する権威的な全能者としての国家の伝統的モデルが放棄されにせよ、新応報刑論は、なしうることのないことをなす必要はないと認識している。しかし、国家刑罰のきつぱりとした目的設定をやめるなら、そのために生じた「空白」と空いた領域に「代替的」なコンセプトが予期せずして侵入する結果が惹き起こされてしまう。「代替的」なコンセプトは、応報刑論そのものだけでなく、刑法の目的中立的な適用によってその法治国家性を堅持する応報刑論本来の目的をも背後から不断に攻撃する。「新応報刑論」に狂癡な単純性と明確性があるにもかかわらず、その理論が刑法のあらゆる社会的・権威的な道具化に急進的な「拒絶」を対置させているにもかかわらず、「新応報刑論」は、刑罰論的な目的設定の阻止を要求できないばかりか、依然としてその限界を設定することもできない。事態は全く逆であつて、複雑化するあらゆる目的設定を伴つた刑罰論のないまま、いわゆる「単純な生」へ「代替的に回帰する」ことは、野蛮と統制不可能な副次的本能を産み出してしまふ。

一面的で相反する刑法の根拠づけの数々は、既に空白状態を後に残した。しかしその空白状態に直面するならば、刑事手続における主体の関与の考慮を約束する代替的なサブ理論の小道具が、生じた空白と欠缺に潜入したとしても、それは驚くに足りない。刑事訴訟の捜査手続と公判手続における被害者の法的地位を強化する部分的にはすでに成功した努力がそれを目指していたし、²⁸ しかも現行法の傍らで関与者と被害者との刑事訴訟上の和解を実際に新しい法制度として整備することを試みる傾向が、それを目指している。²⁹ その際、「ささやかな前進策」の衣に包まれて登場し、プラグマティックに振る舞う展開傾向が、実体刑法のイデオロギー的に重要な任務を負わされた領域にはなく、むしろ刑事手続の表向き「実務に近接している」領域に入り込むことは偶然ではない。もちろん、体系とは関係のない潜入に伴つて法治国家の刑事手続にかかる負担は大きく、強烈な国家がかかる嫌疑と非難に対して市民が防御され弁護される地位が（とはいえ、これまでさほどしっかりと形成されてはこなかったが）被害者の法的地位の強化によってさらに引き下げられるなら、それはただならぬ前兆であるときつと評価されるであろう。しかしながら、総じて非機能的な効果が刑事訴訟の法治国家的構造に対して及ぼされることによって、自救行為を

求める強い要望に法形式面で道を開くことに成功したことがわかれば、全体の事態は危険信号を示している。何故ならば、国家は、便宜主義的な理由やそうでなければ権力独占体と一緒に引き継いだ保護義務のような関心からではまずまず被害者に十分な満足を与えられないために、その平和安定化機能を喪失し、そのうえ市民を暴力的な自救行為へと駆り立てているからである。³⁰⁾

憲法と現行法を飛び越えて実際に設けられている和解の場合、同じようなレベルの問題がある。すでに軽微犯罪および小規模な犯罪の領域において、合法性原理は、便宜主義思想に方向づけられた手続打ちり実務と制裁実務に有利なように著しく放棄されているので、今では中規模な犯罪の領域はもろろん重大犯罪の領域もまた、刑事訴訟上の和解を通じて法治国家的状況を解体する渦の中に引き込まれている。裁判官、検察官、刑事弁護人ならびに被害者の代理人との間でリスクが緩和され、裁判所の負担を軽減する観点の下で適用されるべき刑罰規範と言い渡されるべき制裁が取り引きされるならば、法治国家の手続法の基本的支柱は根本的に変えられてしまう。取引、証拠法と判決は、完全に新しい恣意的な構成を獲得し、基本となる憲法原理と権利保障は、和解が行なわれることによって侵害され

る。自由剥奪の許容性を判断することができるのは、「裁判官だけ」であり（基本法一〇四条二項一号）、何人からも「法律上の裁判官」を奪うことはできず（基本法一〇一条二項二号）、司法権は「裁判官を信頼し」（基本法九二条）、そして裁判官は独立し法律にのみ従う（基本法九七条一項）という諸原則は効力を失っている。「犯罪への科刑に関する判断は、基本法九二条の意味における『判例』、つまり裁判官に信託されているので、連邦憲法裁判所によって同条に関して展開された刑罰に関するかかる裁判官留保は、和解によって侵害される。そこでは、刑罰はただ裁判官の判例の所産ではなく、検察官および弁護人の否認権との取引の所産になっている³¹⁾」。裁判官の行動は、もはや真相に拘束されず、もはや判決は法と不法を述べるのではなく、この問題は基本的に未解決のまま放置される。裁判官の判決は単なる見解に変わり、この見解はグレイゾーンで道に迷った「安物の売買」手続を終結させはするものの、依然として結論が「主張することもできる」ということしか確認せず、「問題が一応解決した」という成果しか伴わないのである。

(3) 刑罰論の終焉?

このような事態に直面して必然的に提起されるのは、将来を指し示す重要性がそもそもなぜこれらの理論に、つまり積極的一般予防論とその相手役である新応報刑論に置かれるのかという問題である。それに対する答えは、単純であると思われると同時に表面的でもある。二つの先鋭な理論は、つまり現在の刑法的議論の苦難と苦境からの解放を約束しているのである。

二つの先鋭な理論は、刑法の内側に対して、支配的な統合理論の任務および目的における多元主義から脱出する道を指し示すことを約束する。そして刑法上の刑罰を唯一の原理からのみ根拠づけ正当化することを試みることで、その目的多元性に反して明確性と単一性を提供する。さらに多くの点で決定的な長所なのであるが、それらの理論は、優越的な立場からの人文科学的・社会科学的な批判の集中砲火の中でのみ正当化された刑法を、平穩で不安材料のない野原へと導くかのように思われる。法の遵守が大衆の規範信頼を強化するという自らにとっても周知の事実を反駁しうる経験論者とは、果たしてどのようなのか。そしていったい誰が、自己が他者の解答に基づいて初めて自らの態度を構成するという基本的視座に対して異義を唱えることができるのか。このように抽象的・絶対的に「前実

定的」に国家刑罰を根拠づけることで、刑法の日常性、主体の苦悩と抵抗ならびに社会的紛争状況は背後に退けられてしまう。そのような根拠づけは、日常的な犯罪および経験科学の批判によって生じた論争が刑法の正当性を今だ獲得できずにいればいるほど、刑法の正当性を普遍的妥当性の光輝く高さにまで高めるのである。

だがしかし、基本法の「外側」の視点からいかなる努力を行なっても決定的な欠陥がある。その努力は脱出口を示すどころか、袋小路に入り込んでおり、場合によっては短期間の足止めを食らっている。産業社会から科学・技術に基礎づけられたコミュニケーション社会への移行に伴って刑法に対しても提起される問題は、回避戦略や補償戦略によって解決されるものではない。一般予防や応報の新しい理論は、それらの立場の刑法理論的・社会理論的な内容を反映しないことによって非政治的に振る舞う。それらの理論は、徹底的に考えられた新しい道を切り開く方向へと扉を開けたことを認めていない。その道の目標は今なお不明確であるが、おそらくその目標は、基本法の自由法治国家的、社会国家的、民主的に構成された社会から切り離されているかもしれないが、民主的、法治国家的、社会国家的に構成された社会の基本法の目的規定、刑法にとっても中心的

な目的規定は、堅持されねばならないのである。何故ならば、その中にこそ科学・技術に基礎づけられた自己確立的なコミュニケーション・社会の挑戦に対する適切な解答があるからである。⁹²

- (13) Vgl. a.u. Begr. des Entwurfs eines StGB von 1962/E 1962, 96). 一般的に概観するのならば Roxin, Jus 1966, 377ff.
- (14) 同様にについては Roxin, Jus 1966, 387. を参照された。ロクシンは「付加的」な統合理論に対しても「弁証法的」な統合理論を対置させようとした。⁹³
- (15) 同様に BVerfGE 64,261(277)=NJW 1984, 33. または同様のものである。
- (16) Begr. des Referentenentwurfs zum Strafvollzugsgesetz v. 15.3.1971, S.23.
- (17) BT-Dr. V, 4095, 3.
- (18) Vgl. Jakobs, StraR, Allgem. Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre 1983, S.4ff.
- (19) Vgl. Köhler, Der Begriff der Strafe, 1986.
- (20) Beck(o, FuJn. 4), S.65.
- (21) Jakobs(o, FuJn. 18), S.3ff.
- (22) Beck(o, FuJn. 4), S.65.
- (23) Jakobs(o, FuJn. 18), S.17ff. Roxin, Jus 1966, 380は「一般予防的契機の中に『国家的テロルへの傾向が全く普遍的に』内在于している」⁹⁴を喚起させ⁹⁵

(92) Krahl(o, FuJn. 8), S. 388 und o. FuJn. 8; Calliess, NSZ 1987, 210f. また批判的なのは Bser, in: Schönke-Schroder(o, FuJn. 8), §1 RnR. 20.

(93) Vgl. Naucke, StraR, Eine Einführung, S.87f.; v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd.2, 1905, S.80.

(94) 同様ののならば Noll, in: Baumann, Die politische Konzeption des künftigen Strafrechts, 1969, S.48ff. Calliess, Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, S.15ff.

(95) Köhler(o, FuJn. 19), S.3ff.

(96) Schunemann, NSZ 1986, 193ff., 439ff.

(97) 同様に同様に Dencker-Hamm, Der Vergleich im Strafprozess, 1988.

(98) Vgl. Arzt, Der Ruf nach Recht und Ordnung, 1976.

(99) Vgl. § 153a StPO.

(100) BVerfGE 22, 49ff. =NJW 1967, 1219.

(101) Dencker-Hamm(o, FuJn. 29), S.52ff.

四 具体化された憲法としての刑法

西暦二千年への突入を前にして、刑法の根拠づけにおいて一つの転換が求められねばならない。重要なことは、制裁の領域に部分的意味を有する全ての刑罰論から離脱しながら、⁹⁶刑法を具体化された憲法として中心に据え直し、⁹⁷刑法を刑法理論にお

いて新たに根拠づけることである。

もちろん古い思惑が新しい思惑によって代替されるなどありえない。来たるべきコミュニケーション社会の脈絡において、刑法を根拠づける省察は、それどころか憲法の規範的ハンディにもかかわらず行なわれなければならない。基本法は、それが単なる歴史的な解答の貯蔵庫でしかないと誤解されない限り、まったくもって将来を指し示す問題解決策の提供を含んでいるのである。そのような解決策は、とりわけ民主的・社会的法治国家の基本権と国家目的の規定の中に含まれており、参加、個別化、細分化を求める声を伴った自己確立的で科学・技術に根拠づけられたコミュニケーション社会の挑戦を考慮に入れることができる。自由・平等・博愛のフランス革命の三色旗は、民主的・社会的法治国家の基本法の国家目的の規定の中に反映されているが、それは刑法の領域に向かってまだ出航してはいない。アンゼラム・フォン・フォイエルバッハが法治国家刑法を根拠づけ、フランツ・フォン・リストが社会国家刑法を軌道に乗せた。従って今日重要なのは、刑法を根拠づけ、自由と治安との調停という中心問題を適切に解決するために、国家目的規定の第三の要素、すなわち民主主義をも充実させることなのである。

(1) 刑法と民主主義原理

現代的に発展した文明にとつて本質的なのは、コミュニケーション、交通と対話である。科学と技術が存在を成就するため的一般に後戻りできないがゆえに今日的に有効な方法であるならば、それは人間を徹底的な対話状況に置く。対話とコミュニケーションは、もはや社会の個別的部分を接合する接着剤であるばかりでなく、現代の生の構成要素でもある。それは、技術に依存し、技術によって危殆化された社会の正当性の基礎であり、そのような社会を方向づける基礎である。現代科学の本質に属するのは、個人が「何も知らない」という地点にますます突き動かされていくという認識であり、知の爆発、社会的諸関係の止め所なく進行する複雑化は、対話と社会・国家に相応しい憲法とに行き着く。自由で民主的な法治国家、社会的法治国家というコンセプトを持った基本法は、時代の挑戦に対する社会の解答であるが、しかしコミュニケーションと対話は、科学・技術社会の正当性の基礎であり、その社会が上手くいくための基礎であるので、現代における民主主義もまた、もはや単なる支配形態として把握されるだけではなく、現代の発展した社会の生の形態としても理解されねばならない。連邦憲法裁判所は、まったくこの意味において、意見および集会の自由とい

う基本権が、代表によって構成された議会制民主主義を生必要的に補うものであると理解したのである。³⁵ 現代の社会において、国家とそれ以外の社会的部分領域との関係は、人体の伝統的モデルにおいて捉えられてきたようにはもはや捉えられない。あたかも頭脳のごとく一元的に上から下へと社会という身体の別の部位の社会過程を制御する国家など、もはや存在しない。刑法を根拠づける刑罰論は、社会的・権威的な介入国家のこのような肖像に捕われてしまっている。

それに対して、今日の社会の凝集状態は、高度に複雑なコミュニケーションネットのモデルにおいてしか適切に叙述されない。この広範に分岐した「神経系」のネットワークにおいて、改革と将来決定は分権的に行なわれ、国家は中枢的審級としての権威と重要性を喪失し、自由と治安との媒介者・仲介人になるのである。そのことは、刑法の根拠づけに対しても非常に重大な結果を及ぼす。冒頭で述べた個別化過程がエゴイズムと個人化の結果と見做されるだけでなく、科学・技術に基礎づけられたコミュニケーション社会その社会には、自己答責性と増強された問題解決能力に対応するインシアチヴが伴う。において湧き上がった諸要求への市民の反応として把握されるなら、自由と治安との表面的な敵対関係は解消される。法政策は、社会の延命

にとって必要な改革力が展開しうるために、治安を法的安定性の形態において作り出さなければならないのである。

（2）参加機会の保護および市民の保護法としての刑法

連邦憲法裁判所は、基本法一〇三条二項において刑法規範のために確定された明確性の原則を国家に対する諸個人の防御法であると本質的に伝統的に解釈した。民事法と行政法のように単なる部分的な自由の制限だけでなく、およそ自由の剥奪が問題になっている刑法の繊細な限界領域においては、その法律に対しては質的に異なったより高い要件が設定されている。法律は一義的で明確でなければならぬ（基本法一〇三条二項）。刑罰の介入を用いて行動する国家は、精密に構成された罪責規準によってその限界を指し示されるだけではない。市民が厳格で明確に構成された刑法規範に基づいて不法と法の区別を明白に認識することができることによって、むしろ市民もまた態度および予期の安定性を保障されるのである。³⁶

しかし、全社会的な発展の中でアンビヴァレントに設定された個別化の諸傾向が、参加の機会および改革として積極的に体験されるだけでなく、多くの者によって諸関係の「概観不可能性」として消極的に体験され、そのために不安定性の感情を

伴って反応される時代においては、もはや連邦憲法裁判所によって人類学的・個人倫理的に設定された明確性の原則という憲法原則の根拠づけをこれ以上維持しえないことが示される。一般大衆の「治安要求」が（生命および環境に対する危険をますます伴いながら）更なる推進力を獲得することを計算に入れるなら、結論は明らかである。「強力国家」を呼び求める声が一切の支配的な規準になるのは何故なのか、諸個人の自由の保護がむしろ「阻害要因」になるのは何故なのか、それが刑法においても容易に無視されうる観点になるのは何故なのかは、従ってもつともらしく思われる。突出した治安要求を目的あたりにすれば、国家の柔軟な介入能力に有利な方向で自由保障的な明確性の原則をこれまで以上に無視することは、容易に推測できる。もちろん現代において様々に認識されていることだが、計画的で指導的な介入によって同時に既存の生を危険にさらし、環境のリスクを促進した国家には、いずれにせよ非常に条件付けられた救済と保護しか期待されえないのである。

しかしながら、自由保護の要求が個人の問題として扱われるだけでなく、同時に現代的要求に対応しながら全社会的な構造の問題およびシステムの問題として認識され始めるならば、事態は全く異なるように思われる。そうすれば、治安が国家だけ

によって保障されるものではないことが明らかになる。

基本法によって構成された社会の高度に複雑なコミュニケーション・ネットワークにおいて、治安と自由は基本権の中に定着したコミュニケーション領域、国家から自立的に設定されたコミュニケーション領域によって同じように保護される。基本権に制度的・構造的に蓄積された参加と共同決定、改革と習学
の機会は、憲法に込められた潜在能力であり、それは前国家的
で議会外的領域に移入している力であり、治安と自由の問題を
解決するのに独自に貢献することができる。人間は、もはや国
家の強力な軍隊が保護する国家自身の法的外枠に治安を見出す
だけでなく、基本法によって構成された社会の全システムの機
能の力に治安を見出す。法の任務は、まさにその社会の構造と
コミュニケーション・ネットワークを安定化することにあるの
である。⁽³⁹⁾

確かに基本権は諸個人に対して高水準の自治を与えるが、それは同時に必要不可欠な自律性と国家からの自立性を社会のソーシャルなサブシステムからも保障する。⁽⁴⁰⁾つまり基本権においては、あらゆる政治的に重要なコミュニケーション領域は、支配形態としてのみならず生の形態としても理解された民主主義の中で、全コミュニケーション・ネットワークの相対的に自

律的な部分領域として作用するサブシステムと見做されるのである。しかし、この構造的に保障された自由領域において、社会的に必要な参加と改革の潜在力、習学可能性と発展可能性の潜在力が制度的に蓄積され、貯蔵されるならば、その潜在力はコミュニケーション社会の基礎的条件として、恣意的でそれゆえに反生産的な国家的介入から法治国家の明確性の原則によって保護されねばならない。基本法が、刑法の明確性の要請によって、コミュニケーション社会のネットワークの機能性と将来的な延命にとつて(言葉の脈絡においても)存在に必要な基礎的諸条件をも保護することが明らかになつてはじめて、現代において甚だしく無視されてきた基本権に対して中心的地位を取り戻すことが避けられないものとなる。求められた法治国家の「再建」を通じて、刑法は、前国家的介入から市民を保護する法として再びその「法」の中へと投入される。刑罰目的は、そうして刑法を根拠づける機能を失い、制裁の部分領域のための形成規準として、その目的に相応しい任務を維持する。その場合、刑法の中心に位置するのは、市民と制裁権限を有する国家機関との法的関係である。刑法は、基本法によつて構成された社会においてコミュニケーションおよび参加の機会を保障し、それを保護することを目標とする。刑法は、市民の保護法

である。刑罰は目的に奉仕するかもしれないが、刑法は市民にとつては国家からの防御法であり、同時に他人による恣意的・暴力的な自救行為からの保護を保障するものである。市民の自由と尊厳を尊重し、それを保護しなければならない国家にとつて、刑法は超えることのできない壁である。それと同時に刑法は、国家が権力独占体の掌握者として被害者の代理となつて請け負つた保護義務を、いかなる場合に、いかなる方法で履行しなければならぬのかの規準を、国家に対して与えるのである。

(34) それに関しては Callies (o. FuJn. 26), S. 15ff, 27ff を参照。また Mayer, Der Allgemeine Teil des Deutschen StraFR, 1915, S. 417ff を参照された。

(35) Callies (o. FuJn. 26), S. 206ff.

(36) BVerfGE 69, 315 (343/346f.) = NJW 1985, 2395. Vgl. Callies (o. FuJn. 26), S. 206ff.

(37) その代わりに、経済の民主化、高等学校などの学校の民主化という社会的改革、ならびに環境汚染、致命的な核エネルギーおよび核装備に対する抵抗が、国家刑法という手段が確立された政治の構成部分になる以前に、何よりも先にその手段を用いて規制されたのである。²⁰

(38) BVerfGE 47, 109 (121) = NJW 1978, 933; BVerfGE 45, 363 (370) = NJW 1977, 1815; Callies, NJW 1985, 1508f.

(39) Vgl. Luhmann, Grundrechte als Institution, S. 181ff. Vgl. auch

料

資

Callies, NJW 1985, 1513.

(40) Grimm, KritV 1986, 45.

(41) 依然として「れとは異なるもの」として Grünwald, ZStW 1976,

1, 13ff. それは、確かに明確性の原則を民主主義原理をも用いて根拠づけようとするが、しかしそれは単に伝統的でしかなく、立法者に対する権力分立的な権能の配分をあまりにも密接に固めており、従って支配形態として国家機関の部分領域と關係しているだけである。しかしこの手がかりは、古典的な権力分立そのものが問題視され、立法者が自分に課せられた規制任務を一般条項的な法律によってますます司法に与える時代においては維持できない。明確性の原則は、基本法によって構成された社会の全体構造のための性能からしか説得的に基礎づけられない。その鍵となる機能は、全社会構造の生必要的な複雑性と細分化を維持する²⁸⁾にある。それに対する軽視と無視は、政治システムによる社会構造の単純化と全領域の全体化の危険を含んでいる。Vgl. Roxin(o. Fußn. 23).

*

*

*

本稿は、「刑罰目的と刑法 — 四〇年の基本法 - 自由な法治国家から社会的・権威的な法治国家への発展傾向。」(Strafzwecke und Strafrecht - 40 Jahre Grundgesetz - Entwicklungstendenzen vom feierlichen zum sozial-autoritären Rechtsstaat?, in: NJW 1989, Heft 21, S.1338ff.)

の紹介である。著者のロルフ・ペーター・カリアス (Prof. Dr. phil. Rolf-Peter Callies) は、現在ハノーヴァー大学法学部の刑法・刑事訴訟法・行刑法講座の教授である。一九三五年生まれで、Kirche und Demokratie(Grundprobleme des Staatskirchenrechts) Thaeolog. Ex. h. H. 133, München 1966, 425. によって神学博士の学位を取得した後、ビーレフェルト大学のヴェルナー・マイホーファーの助手として刑事法学の研究に従事し、一九七〇年に公刊されたStrafvollzug - Institution im Wandel. Eine empirische Untersuchung zur Lage des Männer-Erwachsenen-Strafvollzugs. H.5 Beiträge für Strafvollzugswissenschaft. Hg. von Würtenberger und Müller-Dietz. Stuttgart 1970, 171 S. により法学博士の学位を取得した。その後、一九七四年公刊のTheorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlegendiskussion. Frankfurt/M. 1974, 237 S. で教授資格を取得し、ビーレフェルト大学の私講師となり、その後一九七六年にハノーヴァー大学法学部教授に就任した(宮澤浩一編『比較刑法資料 西ドイツ刑法学・学書編』(一九七八年)五六頁参照)。

カリースは、諸個人の自由と治安の矛盾関係を理論的に克服するために、刑罰の諸目的を複合的に重ね合わせる統合理論でもなく、権威的な国家観から刑罰を規範の確証手段として構成する積極的一般予防論でもなく、また便宜主義的なプラグマティズムに支配された新応報刑論でもなく、基本法から演繹されるリベラルでな民主的・社会的な法治国家という視座から刑罰概念の構成を試みている。この点にカリースの特徴があると見えよう。つまり、フオイエルバッハとフォン・リストが強調した罪刑法定主義思想を理論的な指針にしながら、刑法によって維持される「治安」の概念を現代社会の特徴である「コミュニケーションと対話」によって構成すべきことを論じている。市民を担い手とするコミュニケーションと対話こそが、科学・技術社会の正当性の基礎であり、その社会の発展のための基礎的条件である。市民の自由なコミュニケーションなしには、社会の存続も発展もありえない。それを支える社会システムの構造が、まさに治安を形づくるのである。治安は、その意味で市民の自由と権利に対立する概念ではない。

様々な犯罪によって市民の社会生活や「治安」が脅かされ、それを根拠に刑事立法に活力が与えられ、その結果として総じてリベラルな法治国家刑法の侵食が進行しているのは、なにも

ドイツだけではない。その意味で、「社会」や「治安」の意味内容を刑法理論においても再考することが非常に重要な課題であることは間違いない。カリースの主張は、そのための一つのヒントを提供してくれるものと思われる。

本稿の紹介にあたって、カリース教授から一九九八年四月九日付の書簡において、その許可をいただくことができた。カリース教授に対し厚く感謝する次第である。

