

ドイツ法治国家刑法の状況に関する文献の紹介（一）

ヴォルフガンク・ナウケ 法定主義と刑事政策

本田 稔

はじめに

『激動の時代』と評されるようになってどれぐらいになるかは分からないが、この数年をとってみても、時代はその方向がどうあれ着実に動きを見せていることは確かである。それがまた様々な意味で刑事司法にも影響を与えているようである。刑法は時代から生起する様々な社会問題への対応を迫られ、刑事立法の犯罪化要求はめまぐるしい動きを見せている。ドイツでは例えば、データ保護、環境保護、遺伝子保護、動物虐待やドーピングの禁止などの形態をとって現象しているという。言論の

自由の領域にあるかにみえた「アウシュヴィッツの嘘」も刑罰の対象にされている^①。激動する事象は刑事立法に活力を与え、新たな刑罰法規はその事象の解決手段としての機能を待望されている。そのような実例は少なくはない。

しかし事象はそれを産み出す原因の結果である。その事象の最終的解決がその原因の除去によってのみ達成されうるものであるならば、刑罰法規の不存在が様々な犯罪の原因であったことが論証されない限り、刑罰の発動は論理的にその原因を除去する手段にはなりえない。しかし刑罰に犯罪予防の期待が向けられているのが現状である。刑法は「最後の理性」であり、しかもそれは法治国家刑法のコロラリウムであったはずである。

料 原因を除去するために予防刑法が発動されるならば、それは「最後の理性」ではなく理性なき刑罰なのかもしれない。法治国家刑法がいかなる状況にあるのか。ドイツのいくつかの刑法文献から探り出してみたい。

- (1) Peter-Alexis Albrecht, Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik, in: Neue Justiz 5/1994, 48. Jahrgang, S. 193 ff. (Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts/ Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.). - Frankfurt am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1995 (Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien; Bd. 50), S. 429 ff.)
- (2) その問題点については、楠本孝『「アウシュヴィッツの嘘」に対する各国の刑事立法について』法学セミナー一九九七年一〇月号三二頁以下を参照。

* * *

ヴォルフガング・ナウケ 法定主義と刑事政策

Wolfgang Naucke, Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik, in: Juristische Schulung 1989, Heft 11, S. 862 ff.

一 基本概念

二 法定主義と刑事政策との明らかな緊張関係

三 実践的に重要な歴史的モデル

- (1) チェーザレ・ベッカリーア（一七三八年―一七九四年）
- (2) パウル・ヨハン・アンゼラム・フォン・フォイエルバハ（一七七五年―一八三三年）
- (3) フランツ・フォン・リスト（一八五一年―一九一九年）

四 刑事政策による法定主義の弱体化

- (1) 法定主義の意味のない繰り返し
- (2) 刑事政策的解釈
- (3) 適及的な処分法
- (4) 軽微刑法
- (5) 可罰性、制裁および手続の取引
- (6) 刑法における合法的な便宜主義

五 結び

- (1) 変更の用意？
- (2) 変更の必要性？

一 基本概念

刑法の法定主義原理は、国家機関が或る行為を犯罪行為であるとして法律の基礎なしに名付けることができないこと、法律の基礎なしに国家機関によっていかなる制裁も科されないことを意味している（*nullum crimen, nulla poena sine lege*）。刑法の法治主義は、法律によって保障されている（基本法一〇三条二項、刑法一条以下、刑事訴訟法一五二条二項、裁判所構成法一条）。

刑事政策は、刑罰的制裁を威嚇し、科し、そして執行する手段を伴う政策である。刑事政策は——要するに犯罪行為の実行の予防（威嚇および国民の法忠誠の強化＝消極的一般予防および積極的一般予防）と再犯の予防（教育と保安＝特別予防）による——犯罪闘争である。刑事政策は、現状維持に寄与するための合目的な刑罰たろうとする。この刑事政策の輪郭は、法律上、刑法四六条以下、行刑法二条、三条、一二九条、一三六条に定められている。

法定主義と刑事政策との関係が詳細に論究されることはめったにない。その責任は、おそらく法定主義と刑事政策との関係を明確にすることは困難であるという当然視されている見解に

あるのであろう。その疑問は、確かに「刑法は、刑事政策の越えられない壁である」^①というリストの引用を用いて答えられるが、それにもかかわらず法定主義的な刑事政策の淵は日常的に越えられてしまっている。だがこの日常性こそが、まさに法治主義と刑事政策との関係の問題を鋭く突いているのである。

（一） v. Liszt, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze II*, 1905, S. 80.

二 法定主義と刑事政策との明らかな緊張関係

第一ゼメスターにおいて法学部の学生は、法定主義的な刑法の一般理論が大いにそして丁重な言葉で語られている印象をすぐに抱く。刑法の法定主義を整理するとうなる。厳格な立法の要求、類推の禁止、遡及の禁止と裁判における慣習法の禁止——これを学生は学ぶに違いない。しかしそれらは全て、しまりのない学問の雰囲気の中で揺れ動いている。刑事政策が語られることはなく、それは法定主義から分離されているが、事例問題の場合になると（主として、固定した事案を基に問題解決を行う事例問題であるが）、もはや法定主義は語られなくなる。それだけになおさら語られるのは、目的関係的で現代に緊密な

料

資

刑法解釈、要保護性および刑事政策的必要に基づく法律の取り扱い⁽²⁾、法律を刑事政策の柔軟な限界としてしか捉えない手続である。学生は、不明確な一般条項や幅広い解釈が連邦憲法裁判所によって非法定主義的（基本法一〇三条二項）であると宣言される危険をほとんど冒してはいないと学んでいる⁽³⁾。この指針の根拠づけの本質は、法文と解釈に基づく余りにも狭い刑法は刑事政策的に見て実践的でないという見解にある⁽⁴⁾。

現代の刑法学者は、「法律に従う」——裁判所構成法一条は裁判官の法律に対する関係をこのように定式化している——ことを望んでいない。現代の刑事法律家は、犯罪闘争が損なわれないようにするために、適及禁止を保安処分に対して非常に限られた範囲内ではか妥当させない規定（刑法二条六項）を事態に則したものと受け入れている。判例の適及的変更を被疑者・被告人の負担で受容する通説に対して反対する者はほとんどいない。法律は「一つの独立した、自己の現代的機能から評価されるべき法源である⁽⁵⁾」という定式は、現代刑法学の適切な表現として一般に認められている。刑法学は、「刑法解釈学と刑事政策」という表題の下に、（法律に拘束された）刑法解釈学の刑事政策との調整を⁽⁷⁾、すなわち解釈学に対する刑事政策の優位を論じている。

法定主義と刑事政策との間には、明らかに混乱がある。おそらく刑事政策は、刑法の法定主義を新たに決定する作業に従事しているであろう。いずれにせよ刑事政策は、刑罰法規の確固たる限界を持ってはいない。

(2) 代表的な総括は、Dreher-Trendle, StGB, 44. Aufl. (1988), § 1 Rdnm. 10 a; Eser, in: Schönke-Schröder, StGB, 23. Aufl. (1988), § 1 Rdnm. 41, 43; Rudolph, SKStGB, 5. Aufl. (1988), § 1 Rdnm. 32, 33; Maurach-Zipf, AT I, 7. Aufl. (1987), S. 116 Rdnm. 2, 1466° おおかたの指導的な教科書では、⁶ もはや法定主義は中心的論点ではない。典型的なのは、Tiedemann, Die Zwischenprüfung im Strafrecht, 1987 (本書は、基本法一〇三条二項、刑法一条を欄外でしか扱っていない) (S. 80 f.) 4 Arzt, Die Strafrechtsklausur, 4. Aufl., 1984 (本書は、法律の取り扱いに際して刑事政策的議論がどの程度受容されるべきかという問題との関係において法定主義を論じている) (S. 14 ff.) 1466°。

(3) Krah, Die Rechtsprechung des BVerG und des BGH zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103 II GG), 1986, の研究には、数多くの（多かれ少なかれ）事例が挙げられている。

(4) Krah, (o. Fußn. 3), S. 320 ff. 12 おおつて個別的に証明されるべき。参見 Calles, NJW 1989, 1338 ff.

- (5) Dreher-Tröndle, 81 RdM. 11c. による概観がそうである。
- (6) Maurach-Zipf, aaO (o. Fußn. 3).
- (7) Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970; Jakobs, Schuld und Prävention, 1976. 議論の状況を明瞭に示しているのは Schünemann, (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984.

三 実践的に重要な歴史的モデル

法定主義と刑事政策との関係の不明瞭性は、新しい問題ではない。それどころか、ますます流動的で、幅広く背景にあるその問題の根源が露にされていないことが、今日の議論の欠点でさえある。

(1) チェーザレ・ベッカリーア（一七三八年—一七九四年）
ベッカリーアは、その著書『犯罪と刑罰』（イタリア語版一七六四年^⑧）によって、ヨーロッパ法学の一つの姿になった。彼は、啓蒙された刑法の、すなわち法定主義的で人道的で効果的な刑法の創始者であると言われている。法定主義と刑事政策との矛盾は、ベッカリーアのところで完全に熟練したまなざしで観察されている。ベッカリーアは、一八世紀の中葉頃に、峻厳

で非人道的で恣意的な刑法が存在していることを確認する。恣意性は、恣意的な慈悲、つまり法律によって定められた峻厳さを裁判官が緩和することの中にも存在する^⑩。ベッカリーアは、この刑法を社会的制御の問題を解決する上で非効果的であると見做している。刑法が社会的制御の手段としてのみ捉えられうるということは、ベッカリーアにとって啓蒙された法学的確信である^⑪。そのことから明らかになるのは、比較衡量された、人道的で恣意的でない刑法だけが、効果的で、従って適正な刑法たりうるということである。何故ならば、そのような刑法のみが受容されるからである^⑫。それは、誠実で刑事政策的な議論である。

刑法の法定主義が姿を現すのはその後である。法定主義は、刑事政策に対する自立的な法的視点ではない。刑法の法定主義を求める要求は、刑事政策的な議論に引き入れられている。法律は均衡性、人道性および非恣意性を設けなければならない^⑬。さもなくば刑法は有効にはなりえない。ベッカリーアが刑法の法定主義を必要としているのは、その有効性を増大させるためなのである。法定主義は刑事政策を可視化させ、それを可能にする。法定主義は、ベッカリーアにあっては刑法の有効性の一部分である。

料

資

確かにベッカリアにとっては均衡のとれた人道的な刑法と法定主義的な刑法とが密接に係っているが、しかしそれは法学的ないし法理論的な必然性はない。法律が用意されねばならないのは、合目的性の衡量に基づいた刑法を受容し、それを強化するためなのである。法律と慈悲とが共同する保証などない。ベッカリアにはそのための通告がないだけである。刑事政策的議論のために、刑事法学的な刑の軽減の可能性は明らかに犠牲にされている。法律は、裁判官による刑の軽減の可能性を阻まなければならず、刑事訴追から身を守る難民避難所を閉鎖し、恩赦を不可能にしなければならない⁽¹⁴⁾。

一つの政治国家の全領土のうちに、その法律の支配を受けない場所は、どこにもないはずだ。法律の効力は、影が形にそうように、あらゆる場所まで国民のあとをついて行く⁽¹⁵⁾。

法定主義的な刑法は、峻厳な刑法である。ベッカリアによって刑法の法定主義のために獲得されたものは、わずかしかない。法定主義は、それが刑事政策的に基礎づけられうる場合にのみ確保される。ベッカリアにとって法定主義に放たれる光彩は、光り輝いてはいるが、変化する刑事政策の残光ではない。

(8) 入手し易い出版物は、Beccaria, Über Verbrechen und Strafen, nach der Ausgabe v. 1766 übersetzt und hrsg. v. Alf, 1966 (Nachdr. 1988). ベッカリア論の現在の状況に關し、Deining (Hrsg.), Cesare Beccaria, Die Anfänge moderner Strafrechtspflege in Europa, 1989, を見よ。

(9) ベッカリアの特徴については aa O. (Fußn. 8), S. 43 ff., 48 ff. を参照された。

(10) Beccaria (o. Fußn. 8), S. 56 f.

(11) Beccaria (o. Fußn. 8), S. 56 ff., 156 ff.

(12) Beccaria (o. Fußn. 8), S. 51 ff.

(13) Beccaria (o. Fußn. 8), S. 54 ff., 58 ff.

(14) Beccaria (o. Fußn. 8), S. 55 ff., 138 f., 156 f.

(15) Beccaria (o. Fußn. 8), S. 138.

(2) パウル・ヨハン・アンゼルム・フォン・フォイエルバハ (一七七五年—一八三三年)

フォイエルバハは、ヨーロッパにとって刑法の法定主義の本来的な創始者と見做られている。Nullum crimen, nulla poena sine lege (法律的基础がなければ犯罪もなく、刑罰もなし) という感銘深い近代ラテン語の標語は彼からのものである⁽¹⁶⁾。その終局に刑法の法定主義を求める要求が位置付けられるフォイエルバハの思考過程は、徹底した刑事政策的な思考過程

である。

出発点である犯罪は、国家において阻止されなければならぬ。犯罪を阻止するために、市民を鎖でつなぎとめることはできない。つまりなすべきなのは、市民に対して犯罪の実行を心理的に不可能にすることなのである。それは、犯罪が実行された場合に刑罰をきつぱりと威嚇し、犯罪が実行された後に刑罰を例外なく執行することによって最も合目的に行われる。刑罰威嚇を全く明白にし、刑罰の執行を確実にする手段が法律なのである。法律によって何が禁止されているのか、そして禁止違反に対する刑罰的代償はどれほどなのか、市民に対して定言的に述べられうる。そして法律によって処罰義務が裁判官に対して定言的に課されうる（いわゆる心理強制説）。厳密な法律は、フォイエルバハにあっては国家の刑事政策的技術の重要な部分なのである。厳密な法律が、合目的な刑罰を強化する。法律は処罰を強制する。それは法律の本来の任務である。⁽¹⁷⁾

しばしば強調されている自由主義的な、すなわち自由保障的な刑罰法規の任務は、その傍らで後退する。法定主義を求める要求は、裁判官の恣意に対して反対するが（もちろん刑事政策的な理由からである）、それはベッカリアの場合と同じである。裁判官の恣意は（特に刑を軽減させる恣意もまた）、法律

の威嚇力を弱化させる。⁽¹⁸⁾ 自由保障は、政策的に重要な法定主義の副産物でしかない。

それにもかかわらずフォイエルバハの学説は、まずもって自由促進的に作用するが、それは一時的でしかない。自由促進的な作用は、法学的に確定されたものに基づいているが、それはもはや存在しなくなって久しい。フォイエルバハは、非常に狭義の犯罪概念から出発する。つまり人権侵害を核とした権利侵害のみが、犯罪として法律によって確定されるだけであり、フォイエルバハは、裁判官の恣意を法定主義の対立物として理解している。⁽¹⁹⁾ このような状態において法定主義を求める要求は、刑事立法の範囲と適用実務とに対する痛烈な批判でもあるが、この批判が決着済みと説明されるやいなや、法定主義を求める要求の生み出す批判的で自由創造的な支線は、もはや対象を持たなくなる。この状態は、フォイエルバハの後に間もなく現れる。そこでは基本権侵害としての犯罪という狭義の概念は想定されず、むしろ何らかの法律によって保護されるあらゆる財の侵害に拡大される。⁽²⁰⁾ そして恣意性に対する非難は、遅くとも一八一三年バイエルン刑法典が厳格な法律を非難したことによって排撃されうる。従って、法定主義を求める要求を通じての批判などもはや存在しない。法定主義を求める要求の唯一の根拠

資料 つけとして残つてゐるのは、刑事政策を支持するもの。

資

- (16) 総論と各論の二つ、Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 3. Aufl. (1805), § 20.
- (17) Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts I, 1799, S. 1ff.; Feuerbach (o. Fußn. 16), § § 22 ff.
- (18) Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. (1965), § 229; Rüping, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 1981, S. 73; Krey, Keine Strafe ohne Gesetz, 1983, S. 18 f., 76; H.L. Schreiber, Gesetz und Richter, 1976, S. 102 ff., bes. S. 110 ff.
- (19) Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts (o. Fußn. 17), S. XIVf., 140 ff.
- (20) Maier-Weigt, Der materiale Rechts- und Verbrechenbegriff von der franz. Aufklärung bis zur Restauration, 1987, S. 83 ff.; Naucke, in: Wiss. Zeitschrift der Friedrich-Schiller-Universität Jena 1984, S. 479ff.; E. A. Wolff, in: Hassemer (Hrsg.) Strafrechtspolitik, 1987, S. 141 ff. の資料を参照された。
- (21) Feuerbach, Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft, 1804, bes. S. 5f., 6f., 23 ff.

- (22) Birnbaum, Neues Archiv des Criminalrechts, 1834, S. 149 ff. において最初に明らかにされてゐる。

(3) フランツ・フォン・リスト (一八五一年—一九一九年)

法定主義に対する刑事政策の優越は、リストにおいて揺るぎなく確立される。刑事政策に方向づけられた刑法という近代学派を基礎づける一八八二年の「マールブルク綱領」の思考過程は、⁽²³⁾ 刑罰の国内政策上の効果を出発点にしている。つまり刑罰は、処罰されるべき者の教育と潜在的な犯罪行為者からの社会の保護を通じて社会を制御するための手段であり、⁽²⁴⁾ 社会は原理的に、現実の国内政策的状況の中で必要な程度において刑罰を發動しなければならぬのである。刑罰を通じて政策は、社会政策の一部分であり、つまり安寧、治安と秩序の維持政策である。⁽²⁵⁾ 「正しい刑罰、つまり正義になつた刑罰とは、必要な刑罰である」。⁽²⁶⁾ リストがこの思考過程において、政策と刑罰とのこのような関わりが無限定的な刑罰権力を与えろということに注目したのは、後になってからである。刑罰の法の学的可能性をなによりもあざ笑う立場から、⁽²⁷⁾ 彼は刑事法学家がそれ以来釘づけにされる幾つかの文章を付け加える。

それ故、刑法典が犯罪者のマグナカルタである、というのは逆説的に響くかもしれない。（さらに、この文章を再度引用して曰く。）刑法は刑事政策の越えられない壁である。⁽²³⁾

リストの学説において、刑罰が揺るぎなく刑事政策へ整序されることによって法定主義の弱体化が厳密に定式化されている。ベッカー・アおよびフォイエルバハの場合とは異なって、刑事政策は効果を増大させるためにもはや法定主義を必要とはしない。法定主義は厳然たる法学的ドグマであり、それは刑事政策の中に意のままに組み込まれざるをえない。ベッカー・アとフォイエルバハの場合、法定主義はいずれにせよ合目的な刑事政策の副産物として国家から全ての市民を保護していたのであるが、リストの場合、法定主義は国家からの犯罪者の保護になっている。そのことが法定主義を久しくおかしなものにしているのである。そして刑法は、一九世紀末にはもはや刑事政策の越えられない壁ではありえず、フォイエルバハがなおも法定主義に結合させた狭義の犯罪概念、つまり自然法類似の犯罪概念は立法において放棄され、現実の立法者が正札を付したいと思うあらゆる利益は刑法の中に入り込み、過半数を見出すあらゆる制裁は刑法になることができる。「刑法」という壁が刑事政策

に対してどれほど高いものであるべきかを決定するのは、刑事政策家としての立法者自身である。そのような壁を越えられないと名付けることこそ、法学的皮肉の注目に値する形式である。刑罰の領域を支配しているのは刑事政策であることを、リストのところで見ることができる。法定主義は、合目的な刑事政策を阻むドグマである。かかる理解が、刑法の法治主義を決定的に弱体化させるのである。その証拠は、連邦共和国の現在の刑法から想像を絶するほど容易に見出されうる。

- (23) v. Liszt, ZStW 3 (1882), Iff. = Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze I, 1905, S. 126 ff. Neue Ausgaben: v. Liszt, in: Erik Wolf (Hrsg.), Deutsche Rechtsdenken XI, 3. Aufl. (1968); Ostendorf (Hrsg.), Von der Rache zur Zweckstrafe, 1982.
- (24) v. Liszt, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze I, 1905, S. 145 ff.
- (25) v. Liszt (o. FuBn. 24), 2. Bd., 1905, S. 246.
- (26) v. Liszt (o. FuBn. 24), S. 161.
- (27) v. Liszt (o. FuBn. 25), S. 79 f.
- (28) v. Liszt (o. FuBn. 25), S. 80.

四 刑事政策による法定主義の弱体化

(1) 法定主義の意味のない繰り返し

刑法の法定主義は、近代において二つの課題を持つ。法定主義は、刑事政策の開かれた規則を表現しなければならぬと同時に、あらゆる刑事政策の絶対的限界を堅持する義務がある。

法定主義は、刑法において無批判的な課題と批判的な課題を有するのである。この二つの課題が同時に満たされることはほとんどない。刑事政策は、結果的に絶対的な限界を求めなくなる。或る刑事政策を支持する政治的過半数をまず追求し、この過半数がその刑事政策を正当化する限界であると見做し、それからこの過半数の見解を法定主義の中に移し換えることが、二〇世紀において慣習化している。行き着いたところは、法定主義の意味のない繰り返しである。

そこで示されたのは、——依然としてフォイエルバハの場合とは異なっているのであるが——法定主義自体が内容を持つことをほとんど阻まれていることである。あらゆる刑事政策は、法律の形をとることができ、刑事政策は、自分が必要とする法定主義を捻出する。法定主義の急速な生産は、さらに永続的で急速な刑法改正を行うための条件である（法定主義は、本来的

には急速な変更から刑法を防御するのであるが）。法定主義は、ただ情報を提供するだけで、もはや非難することはない。基本法一〇三条二項、刑法一条は空回りし、それらはもはや統制する任務に気付きえない。

(2) 刑事政策的解釈

法治主義は、それを効果の増大として根拠づけるか、それとも自由の促進として根拠づけるかはともかく、一八世紀末および一九世紀初頭において処罰する行為の可能性を限界づけることを目標にした。法律の文言と立法者の意思への最も厳格な拘束は、次のようなものであった。

法律にはむかう臣民を、反逆者という。そのような法律が裁判官の哲学説の形式に適さないことを理由に、法律から逃避し、それを振じ曲げ、こじつて解釈を行う裁判官は、偽造者である……²⁹。

かかる見解は、今日では古臭いと見做されている。現代の刑事法律家は、法律に対して戦略的に関わり、それを「法律の現代的意味に従って」利用する³⁰。裁判官は、法律との中立的で専

門的な関わりを通じて日常政治の補強者になる。あらゆる学生は、修習に携わることからこの状況を知る。法律が云々されることはほとんどなく、それだけに判例を通じて法律の取り扱いの日常政治の状況が云々される。法律との刑事政策的・戦略的な関わりが追認されるのは、法律を厳粛に扱うべしという一定の場合に突然姿を見せる要求によってではない。法律を厳粛に扱うという政策的要求は、現実の解釈、たいていの場合は拡張解釈の現実的意味への対応が限定解釈よりも劣悪である場合に常に想い起される。つまり限定解釈は、拡張解釈と同様に戦略的なものである。それは、あげくの果てには強要罪規定を限定的に、法文に忠実に限定的に解釈する要求、または不明確であるが故に憲法違反として扱う要求の中に見ることができた⁽²⁹⁾。この要求は、一九五〇年代初頭から知られているが、強要罪規定の厳格な取り扱いに刑事政策的な利益を発生させたのは、一九八〇年代以降の幾つかの事例群——日常政治において受容可能な限度で動機づけられた強要行為——が最初である。

(29) Feuerbach (o. Fußn. 21), S. 31

(30) Dreher-Tröndle, § 1 RdNr. 10 a, m. vielen Nachw. zur Rechtsprechung des BVerfG und des BGH.

(31) BVerfGE 73, 206 ff.

(32) Hellmuth Mayer, AT, 1953, S. 86 u. ders, in: Materialien zur Strafrechtsreform I, 1954, S. 259 ff.

(3) 適及的な保安処分法

通常の法律による矯正および保安処分の適及——学生にはほとんど認識されることはないが——は、自由友好的ではない。この規則の刑事政策的根拠づけが述べているのは、矯正および保安処分の場合、つまり運転免許を剥奪したり禁断施設へ収容したりする場合（刑法六一条二号、五号）、最も合目的な道具が有罪判決を言い渡す時点で適用可能でなければならないということである。この根拠づけには、並みはずれた説得力がある⁽³²⁾と見做されている。ここには、刑事政策的な法律による法定主義の諸原則への侵害が見られる。合目的で犯罪闘争的な例外が問題にされているに過ぎないという安心感を、簡単に持つことなどできない。刑法二条六号の特別規定には一般的指針しか表されていないが、適及禁止に関する判例の立場は有名である。それは、学問の拍手喝采を浴びながら、確定した判例の適及的な変更を要請している。百分の一の限界を適及的に引き下げる事例の問題が最も徹底的に論究されたのは偶然ではないのである⁽³³⁾。刑事政策と軟弱な法定主義との関係は、ここでは非常

に明瞭である。百分の一の限界は、危険性の限界である。この限界が行為者に不利益な方向で新たに設定されるなら、その限界は生じつつある全ての事例に適用されるに違いない。それより古い法定主義の議論なら、かかる法学的状況をまさに阻もうとするのであるが。

(23) Dreher-Trendle § 1 Rdnr. II c m. Nachw.

(24) 概観するものとして, Esner, in: Schönke-Schöder, § 2 Rdnr. 9.

(4) 軽微刑法

この領域は、通常の法定主義的な刑法の体制から引き離され、新しい刑罰のプロトタイプにされる。実体的軽微刑法は、完全なまでの法律的不明確性によって特徴づけられる。財産刑法には、軽微な事柄を通常の可罰的行為にする中心的な規定が存在する。つまりその規定は、法定主義的な刑法の長い伝統に逆行して通常の犯罪行為と軽微な犯罪行為とを区別していない(刑法二四八a条)。実体法上の一般条項(些細な価値)と恣意的に利用される手続的権限(「告訴」)との混合物を内容とする特定の規定の下で行為は軽微なものになるが、しかしそれは常に具体的な訴訟において初めてそうなるのである。とはいえ、

当罰的な軽微行為が国家から免れうることを国家が不安に思っているので、「特に公的な利益」がある場合、国家には固有の刑事訴追が確保されている。刑法二四八a条の規則は、ほとんど確認不可能な委託技術によって別の行為に転用され(刑法二六三条四項、二六六条三項)、また幾分別の定式をとって引き継がれている(刑法三〇三c条)。所有権または財産に対する犯罪以外の行為の場合、刑法は、その行為を軽微なものにするために、他の法律的技術を利用する。刑法は、作為による悔悟、僅かな損害、損害回復に結び付けられる。この特徴を示している行為は、僅かな刑罰を伴う軽微な行為になり、刑罰は無視される。実際に事例のみを挙げると、内乱罪は作為による悔悟がある場合、不可罰な軽微行為になりうる(刑法八三a条一項)。同じことは爆発物犯罪や放射線犯罪の予備行為の場合に生じうる(刑法三一c条一項)。環境を危殆化する取るに足らない廃棄物の処理は、不可罰のままである(刑法三二六条五項)。重大な環境の危殆化は、作為による悔悟がある場合、軽微な行為になりうる(刑法三三〇b条²⁶⁾。

これでも十分ではない。この不明瞭な法定主義を完璧にするために、刑法典の軽微刑法を補充する、つまりさらにそれを解消する諸規定が刑事訴訟法に挿入されている。とにかく人が処

罰しようとは思わない事案が手続に入った場合、刑事訴訟法一五三条、一五三a条によれば、（平均的な犯罪領域や上告審手続まで）判決なしに制裁に近い反作用を伴って、あるいはそれを伴わずに手続を終える可能性が残っている。それは、法定主義を求める要求を恣意的な軽減委員会に引き渡した一八世紀の状況であるに違いない。

(35) Naucke, Jura 1979, 426 ff. は、この問題に関しては一通り概観している。

(5) 可罰性、制裁および手続の取引

「法定主義的な刑罰」という観念は、法律が可罰性の限界を、つまり可能な制裁および許された手続様式を指示していることを示唆する。それは法学的に善良な観念であるが、刑事政策によって法律が支配される時代においては現実的ではない。この時代の刑事政策は、刑事政策とは何であろうとするのか、あるいは何であるべきなのかを厳密には知らない。それ故に、数多くの利害に適合させた事案の取引、つまり訴訟関係人のもとで事案を実体法、制裁および手続単一性へと調整する取引が現実になる。（刑事訴訟においては）了解、取り決め、合意および和解という取引の類似語が定着している。それは法律によ

て規律されない。最初の示唆は、刑法対案四六条一項に見出される。つまり、行為者が被害者との了解に成功するならば、手続経過と手続単一性は深い影響を受けるのである。刑事手続における了解は刑事政策的に意義があるのであって、それが明示的に禁止され、考慮されるべきでない限り許容されていると見做されている。

例えば、麻薬剤犯罪や環境破壊の領域での複雑な訴訟では、弁護人は証拠申請を放棄し、その代わりに法学的に見て実体法に適合した制裁の免除の確約を獲得する⁽³⁶⁾。

ついでに言う、刑事手続における取引に関する教科書的な表現を参照することができる。例えば、「刑事手続における了解」、刑事訴訟の全経過における了解の可能性の綿密な調査⁽³⁷⁾がそれである。法定主義は、刑事政策的に歓迎された成果に道を譲っている。刑法の演習においては、法律に方向づけられた行為者の処罰可能性または不可罰性はもはや問題にならないのかもしれない。教示されるのは、技術と取引の限界であろう。

(36) Vgl. Nestler-Tremel, DRiZ 1988, 288 ff., bes. 289, 292; Dencker-Hamm, Der Vergleich im Strafprozeß, 1988, S. 54. 学生にはこの二つの文献をすぐに熟読することを勧める。学生

は、演習問題、特に演習文献がどのような誤った刑法像を伝達しているのかを、この方法に基づいてのみ学びとるであろう。

(37) Schmidt-Hieber, *Verständigung im Strafverfahren*, 1986.

(6) 刑法における合法的な便宜主義

変転する刑事政策による法定主義の支配に関してここで挙げられた事例は、間に合わせて掻き集められねばならなかったものではない。逆にこれらの事例は、むしろ気ままに選びだされたものである。覗き込めば、同じ映像である。例えばディヴァージョンの場合（少年および成人に対して執られる措置であるが）、それは少年刑法および成人刑法についての犯罪行為を理由に行われる手続を包括的に指揮するもので、少年の場合はインフォーマルな教育プログラムにおいて、成人の場合は制裁のある（および制裁のない）打切りプログラムにおいて、教習課程において、損害回復儀式および和解儀式において行われる。³⁸ それでもやはりこの領域では、「ディヴァージョンと法的安定性——矛盾しているのか？」という問題に行き着く。³⁹

映像の補足は、正当化的緊急避難（刑法三四条）の存在とその取り扱いに見出される。利益衡量という正当化事由は、実体法と手続法のあらゆる法律的規則を緩めることができる。すな

わち法律によって保護される利益から保護を全面的にあるいは部分的に奪い取ることができるのである。刑法三四条は、またもや法律的規則に基づいてあらゆる法律的規則に例外を装備させる可能性を組織している。刑法による環境保護は、法律によって経済成長に道を譲り、私的領域の保護は刑事訴追の利益に道を譲ることができる。それは、継続的であるが、法律によって規定された刑法における例外状態である。

法定主義と刑事政策との関係における発展過程は、現在の議論ではただ不明瞭にしか確認されていない刑事手続の分野に対して、かなりはっきりした影響を及ぼす。刑事手続の開始段階における警察の地位がそうである。現代の流動的な刑事政策は、刑事手続の開始段階において可能な限り数多くの判決可能性を獲得することを狙っている。（する必要がある場合の）犯罪予防にとって効果的な訴追、事態に応じた訴追の強度のゼロまでの引き下げ、処罰と打ちりのいづれが合目的であるかが明確に分からない場合の判断の留保がそれである。かかる刑事政策が合法性原理——手続を指揮するのは公務員の裁量ではなく、法律である（刑事訴訟法一五二条二項）——と結合することは不可能である。つまり合法性原理は緩和されざるをえないのである。それは、かの合法性原理はそれが有益である以上に時お

り損害を与えるという刑法三四条に依拠した議論に伴って生ずる。議論の結論は、数多くの裁量的留保を定めている警察法に事前の犯罪闘争の権限を導入することである⁽³¹⁾。刑事手続の開始時点で警察活動のために合法性原理を浅薄にすること⁽³²⁾、刑事訴訟における捜査手続での警察活動を「自律的に作用する『司法の門番』」として解釈論的に理解するよう提案することがそれぞれである⁽³³⁾。

刑法における便宜主義の迫り来る大群を無視することはできない。便宜主義がたいいてい法律の中にあり、この便宜的な法律が適用されれば法定主義が強化されるのだという定式化で人々は安心している⁽³⁴⁾。そのような定式に対して法学的に憤激する潮流は存在しない⁽³⁵⁾。法律による法定主義の緩和は、矛盾であるとは見做されていない。生じている合法的な便宜主義の状況は、刑事政策と法定主義との関係の明瞭な状況のようには思われる。もちろん認識されるべきなのは、刑罰の合法的な便宜主義が、ベッカーリアとフォイエルバハのところでの法治主義の議論の開始に逆行しながら、はっきりと痛烈に方向転換した状況だということである。

(33) 概観するものとして、Blau, Jura 1987, 37 ff.; Kühlen,

Diversion im Jugendstrafverfahren, 1988, S. 1 ff., 9 ff.

(32) Voss, ZfJ 1989, 8 ff.; vgl. auch Kühlen (o. Fußn. 38), S. 27 ff.

(40) 便宜主義原理に有利な方向で合法性原理が崩壊してこそ、Rieß, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 24. Aufl. (1984), S. 152 Rdwn. 9 ff., 39 ff., 55 ff. の表現の中に最も明瞭に見え、この「明瞭」は、Roxin, Strafverfahrengesetz, 21. Aufl. (1989), S. 69 ff.; Kühne, Strafprozesslehre, 3. Aufl. (1988), S. 94.; Schmidt-Jortzig, NJW 1989, 130 ff. m. Nachw.

(41) この議論状況の現在の総括は、Rachor, Vorbeugende Straftatenbekämpfung und Kriminalakten, Diss. Frankfurt 1989, S. 5 ff., 48 ff.

(42) Schmidt-Jortzig, NJW 1989, 129 ff.

(43) Kunz, Vorbeugen statt verfolgen, polizeiliche Prävention von Kriminalität, in: Konzept mit Zukunft?, 1987, S. 44.

(44) Kert, ZRP 1986, 312 ff. 類似するものとして、Schlüchter, Das Strafverfahren, 2. Aufl. (1983), S. 398.; Schmidt-Jortzig, NJW 1989, 132.

(45) Kert (o. Fußn. 44) に対する反論は、Baumann, ZRP 1987, 175 f. 法定主義の全状況に対する原則的な批判は、Calles, NJW 1989, 1338 ff.

五 結び

(1) 変更の用意?

刑事政策と法定主義との関係を変更し、批判的な法定主義と単に物事を知らせるだけの法定主義との違いを再び強調する用意は、刑事司法の領域では強化されないであろう。数多くの刑事法学的領域の強みは、この不明瞭な関係からのものである。

立法者は、犯罪と闘争するために柔軟な手段を利用することができ、その手段はなによりも政府の多数派や刑事政策上の方針転換を簡単に受容しうる。法の適用は、判断の可能性が増大していることを正当に評価することを心得ている。個別問題の一つひとつを論究する際にそれを増大させるのは、刑事政策と法定主義との結合である。刑事政策と法定主義との継続的に変化する諸関係が支配する下で存在するような包括的な議論の可能性を、大学で創設された刑法学は、その近代史においてはまだ持つてはいなかったのであるが。

嘆き悲しむのは、刑法を学ぶ学生だけである。法律に対する刑事政策の重圧が常に新しい判決の可能性を顕在化させるために、彼等が暗記しなければならない論題の規模はますます大きくなる。おそらく学生は、彼が法律から借用した結論の現代性

を専門的に定式することしか理解していなくても、誤りを起こすなどありえないと安心させられているのかもしれない。

(2) 変更の必要性?

既存の状態は、恒常的に変転する刑事政策による法定主義の破壊を示している。⁽⁴⁾ 法定主義は、それだけにおいっそう刑事政策に奉仕する。現在の刑法の法定主義は、犯罪闘争の法定主義であり、多くの通用門を開く傾向を伴った権力群の輪郭でしかない。法定主義の批判的任務は、失われてしまっている。法律は、刑事政策を限界づけられない。それは危険な状況である。法律は、法定主義を放棄する必要なしに、容易ならぬ内容を受容しうる。必要なのは、力強い刑事政策だけである。

存在すべき状態は、既存の状態から遥かに掛け離れている。法定主義は、少なくとも刑事政策の対立物でもなければならぬ。対立性は、二つの分野で示されねばならない。法律は刑事政策に輪郭をつけるだけでなく、権力の事細かな点に至るまで刑事政策を可視化させなければならない。法律は刑事政策にとって、都合の良い輸送手段であるのみならず、さらし台でもある。法定主義は、自らが固有の内容を持ち、政策的技術にとどまらないことを自覚しなければならない。基本法一条以下から一時

しのぎ的に引き出された数少ない基本法の内容が刑事政策を限界づけるのではなく、法定主義的な刑法それ自体の概念が刑法を制限するのである。行為者と被害者にとって、法定主義は自由保護である。法定主義は、刑法を創出することのできる者達への原理的な不信である。合法的な便宜主義の刑法、記述された刑法は、非法定主義的なのである。

そのことは、アカデミックな研究の議論スタイルに強く反響している。それは偶然ではない。学問的な営為において、刑事政策と法定主義との関係の状況に関する議論が再開されねばならないであろう。例えば、すでに早くからベッカーとフォイエルバハのところで定式化されているような刑事政策と法律との接合が回避されるのかどうか、いかにすれば回避されるのかという問題を伴って再開されねばならないであろう。刑法における事例問題の解決技術が、この難題と二流の和解をしている。刑法の研究および刑事司法の発展は、変動する刑事政策と弱体な法定主義との現在の関係の再生産とその利用で論じ尽くされるものではない。法定主義と刑事政策というテーマを研究する者の獲得に成功しないなら、すでに失われたもの以上に多くのものがさらに失われることになるのである。

(46) 一致するものは、Callies, NJW 1989, 1338 ff. その基本路線の点で同じく一致するのは、P. A. Albrecht, KritVjschr 1986, 54 ff. und 1988, 182 ff.; Backes, KritVjschr 1986, 315 ff.

