

資料

ヴォルフガング・ナウケ

刑法における重点の変遷（二・完）

本田 稔

Wolfgang Naucke, Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 76. Jahrgang, Heft 2/1993, S.135ff.

六 真相究明の義務と実体刑法および手続法の具体的適用から刑事手続における事実と権利に関する取引へ
七 「刑法」という独自の法領域から政党政治の権力計算上の手段としての刑罰へ
八 結語（以上、本号）

刑法における重点の変遷（二・完）

- 一 序文
- 二 刑罰の法哲学から刑罰の政策的プラグマティズムへ
- 三 国家の刑罰独占から国家刑罰権の私人化へ
- 四 不法に対する限定的な応報から紛争上の逸脱行為を理由にした無限定的な予防へ（以上、三七号）
- 五 精巧な合法性原理から制裁のための曖昧な便宜主義へ

資

合法性原理は、もとより自由に向つづけられた刑法の一部をなす。行為者による被害者の自由に対する不正な侵害と国家による行為者の自由に対する許された侵害は、法律に基づいて見分けることができる。自由の確証は法律に支配されるのであって、逸脱行為を取り扱う者達の予防政策的な見解だけに支配されるのではない。

現下の状況は、合法性原理が譲歩し、便宜主義原理がほとんど抑制されることなく正面に出ている点によって特徴づけられる。全体的な犯罪闘争法に与する警察法と秩序違反法にとつて、そのことは伝統的に自明である。しかも狭義の刑事訴訟の場合も、合法性原理は理論的にも実際的にも処分の自由にかかされている。便宜主義原理は、刑事訴訟法一五三条以下と少年裁判所構成法四五条および四七条を携えて、実体法の広大な平面を占拠している。時間が経過するにつれて、すなわち手続の進行過程において、便宜性の顧慮が捜査手続の開始を、さらには上告（刑事訴訟法一五三条二項）を決定することができる。

実務における合法性原理からの転向を証明するために、私は

ただもう一度だけディヴァージョン、起訴猶予、手続打切り、訴訟における取引と執行猶予を思い浮かべる。それらは合法性原理の例外ではなく、この原理に代わる独自の対案である⁽⁵⁴⁾。

このような対案では、純粋な良心は育まれないし、さらに展開されもしない。理論的に見れば、合法性原理は原価償却されており、合法性原理がその根拠と効果を負っているところの刑法哲学的関係は疲弊し、時代遅れであるとしてもはや従われない。合法性原理は、かつて存在した諸原理と諸制度を（証明されていない）利益規準に基づいて比較衡量する現代的な法学的思考形式に取り込まれざるをえないのである。合法性と便宜性の利益と不利益は、予防に際して比較衡量される⁽⁵⁵⁾。そこでは、ある時には合法性原理が退き、またある時には便宜主義原理が退く⁽⁵⁶⁾。予防と合法性は、理論的にも実務的にも一体化しない⁽⁵⁷⁾。刑事訴訟において警察の行為をも合法性の要求から免れさせることが、この展開の結果の頂点である⁽⁵⁸⁾。

合法性原理を否定するこの過程の特異で力溢れる路線は、警察による予防的な犯罪闘争、とりわけ第四章で述べた予防委員会のところに見出される。事前の予防をなすうするためには、事前の予防を要する態度が確認されなければならない。法律の適用が、手続開始の前に行われるのである。無罪推定の原理と

嫌疑具体化の原理による手間のかかる補強を伴う合法性原理は、これには役立たない。予防的な犯罪闘争を行い、予防委員会が一般に機能しうるためには、包括的で非専門的な法律適用に行き着く。つまり法定の犯罪行為を予防が必要とされる態度に置き換えることに行き着く。予防委員会は、犯罪闘争的な民衆主義によって牛耳られている。合法性原理は、完全に衰退したもゝとして現れる。

(50) 以前の文献としては、Naucke, *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*, Jus 1989, S.866. 参考として、Der Zustand des Legalitätsprinzips, in: Lüderssen/Nestler-Tremel/Weigend (Hrsg.), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, 1990, S.155. を参照されたい。同様に現在の文献としては、Wolter, *Aspekte einer Strafprozessreform bis 2007*, 1991, S.57ff. 参考として Eser, a.o. (前注50), 370. を参照されたい。

(51) このことは、ハンヤマーの論稿 *Legalität und Opportunität im Strafverfahren*, in: Ostendorf, a.o. (前注45), 529ff. の構成において明確に見て取ることが出来る。その論稿には、「合法性の根拠」(537ff.)、「便宜主義の根拠」(532ff.)、「選択の諸条件」(537ff.)という章がある。同様にデンニンガー (in: Litsken/Denninger, a.o. (前注40), S.167f.) は、「刑事訴訟における合法性と便宜性を同列視し」、「不可避的な緊張状態」を相殺しようとしているが、それは「一方的に」合法性原理に有

利な方向で行われるものではない。見解を同じくするものとして、Rachor (in: Litsken/Denninger, a.o. (前注40), S.218ff.) 参考として Eser, a.o. (前注50), S.386ff.

(52) Hassemer, in: Ostendorf, a.o. (前注49), S.537ff.; Lorenz, *Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip*, in: Ostendorf, a.o. (前注49), S.541ff.; Eser, a.o. (前注50), S.386ff.

(53) Ministerium für Justiz, *Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, a.o. (前注50) にも便宜主義原理に有利な数多くの見解を参照されたい。

(54) 個々の点については、Naucke, *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*, Jus 1989, S.862ff. を参照されたい。

(55) Schmidt-Jortzig, *Möglichkeiten einer Aussetzung des strafverfolgenden Legalitätsprinzips bei der Polizei*, NJW 1989, S.129ff. の議論を参照されたい。Rachor, in: Litsken/Denninger, a.o. (前注40), S.219f. 参考として Dölling, *Polizeiliche Ermittlungstätigkeit und Legalitätsprinzip, eine empirische und juristische Analyse des Ermittlungsverfahrens*, 1987. の論文を参照されたい。

料

六 真相究明の義務と実体刑法および手続法の具体的適用から刑事手続における事実と権利に関する取引へ

資

刑事訴訟における行為者と被害者の自由の尊重は、精巧で輪郭の示された刑法上の諸制度に行き着く。そしてこの諸制度は、法律に従う準備のある特殊の法律家類型を求める。つまり法律への服従から特殊な職業的エートスをも獲得する法律家類型を求めるのである(裁判所構成法一条)。事案が真相と一致しなければ、刑罰の形態での許された自由侵害はない。刑事訴訟法二四四条二項は、取り戻された情熱と刑事訴訟上の偉大な専門性によってこの思想を明文で明らかに定式化している。この規定が十分に読まれることはあまりない。

裁判所は、真相を究明するために、裁判にとって意義を有する全ての事実および証拠方法に対して、職権に基づいて証拠調べをおよぼさなければならない。

事案の真相は、刑法的非難の根拠となるものであり、刑罰の適法性の重要な部分である。事案の真相は、「法律なければ犯

罪なし」の原則にとっての基礎、つまり実体法と手続法の具体的適用にとっての基礎である。この具体的な法律適用は、被害者の自由の侵害が犯罪と見做されることを被害者に約束し、行為者の自由がただ許された限界内で制限を受けることを行為者に保証する。それは、たんなる原理原則の能書などではない。法治国家刑法の考案者達は、真相究明の義務を——法学的な首尾一貫性を伴って——運用可能な訴訟法へと具体化するための大いなる努力を払ったのである。

証拠申請権(刑事訴訟法二一九条および二四四条)、申請者への通知義務(却下事由を定めた数多くの条項に結びついている(刑事訴訟法二四四条))、自由な証拠評価(刑事訴訟法二六一条)および無罪推定(人権と基本的自由の保護に関するヨーロッパ協定六条二項)は、その具体化の印象深い事例である。

可能な限り多くの手続を迅速に処理することに留意する刑罰政策的プラグマティズムの非理論的な台頭のもとで、この美しい体系は崩壊した。わずか数年の間に刑事訴訟は、ほとんどのところ(事案、実体法と手続法に関する)「了解」³⁷⁾、取引、和解、合意になった³⁸⁾。司法は限界の設定を試みているが、この限界は非常に幅広いために、実務が取引を控えるよう推奨することはない³⁹⁾。プラグマティックな比較衡量刑法は、比較衡量のた

めの判断資料を法治国家の諸原理のなかにも見出し、得意気になっている⁽⁶⁴⁾。取引の自信あり気な正当化も準備されている⁽⁶⁵⁾。要するに現実に妥当しているのは、取引刑法であって真相究明刑法ではない。例えば、不法に対する様式の安定した応報から逸脱行為の曖昧な処分へと重点が変遷し、刑法学者は、法治国家刑法の鑑定人から逸脱行為によって生じた和解論議の司会者へと様変わりしているのである。

(56) 刑法解釈学が事案の獲得方法を決定的な処罰条件にしていな
いことは、刑法解釈学の弱点のひとつである。それによって、
刑事訴訟法二四四条二項の無限定な適用に依存しながら構成要
件の諸要件、正当化事由、責任要件に関する緻密な議論の継続
が行われるが、ただしそのような議論は取引実務によって立脚
点を奪い去られている。捜査の方法は、犯罪行為概念の記述に
取り入れられねばならないのである⁽⁶⁶⁾。Naucke, Grundlinien
einer rechtsstaatlich-praktischen allgemeinen Strafatlehre,
1979, S.23ff. 参考としてMarxen, Strafratsystem und Strafprozess,
1984, S.343ff.を参照されたい。

(57) 概観ちかみのことについては、Schmidt-Hieber, Verständigung im
Strafverfahren, 1986. 本書の特徴は、改革されたドイツ刑事
訴訟の諸原理をもちや跡づけしていないところにある。刑事訴訟
においては、依然として紛争しか解決されない(S.1)。その場
合、了解するよう指導が行われることは明白である。シュンニ

ト・ヒーバーの著書が訴訟法に補足しているのは、重点の変遷
によって何よりも制裁法において生じている事柄でしかない
(特に、100頁以下を参照されたい)。これに対して、Seier,
Der prozessuale Vergleich im Lichte des § 136a StPO, JZ
1988, S.683ff. 参考されたドイツ刑事訴訟が「和解に対し
て敵対的である」ことを強調している(S.684, 688)。

(88) Schmidt-Hieber, aO. (前注56), S.15ff.を参照されたい。
実務にこころを懸念するものについては、Kleinkecht / Meyer,
StPO, 40. Aufl., Einl. Rn. 119ff.

(89) BVerfG, NJW 1987, S.2662f. (取引は原則的に許容されて
いる。); BGHSt 37, 99ff. (刑事訴訟における了解は原則的に
許容されている。); これらの判決はよほど示される限界(「公
正な法治国家の手続」)は型どおりのもので、従わなくてはなら
ず、それゆえに法的効力を示していない。

(60) 報告、分析、評価および独特の比較衡量の点で包括的なもの
については、Schünemann, Absprachen im Strafverfahren?,
Grundlagen, Gegenstände und Grenzen, Gutachten zum 58.
DJT, 1990. 原理の問題については、Nestler-Tremel, Der
Handel um die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege, in:
Lüderssen / Nestler-Tremel / Weigend (Hrsg.), Modernes
Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, 1990, S.159ff.; Wolter,
aaO. (拒否的), S.65ff. 参考としてSchlüchter, Zur Relativierung
der gerichtlichen Aufklärungspflicht durch Verständigung im
Strafverfahren, Festschrift für Spendel, 1992, S.737ff. を
参照されたい。Der Sitzungsbericht L zum 58. DJT》

Absprachen im Strafverfahren? (1990)は、取引のための比較衡量とそれに反した比較衡量を行うための視点の論じ尽くしえない総和である。今日の刑法の無原則的なプラグマティズムは、法治国家に対して矛盾した信仰告白を行う場合に驚くほど明らかに示されている。取引が行なわれるのは、「良」と見做された取引のための議論が数多くあるからである。第五八回ドイツ法曹大会は、取引が原則的に許容されていないと宣言することを明確に否決した (Sitzungsberichte L, S.191および S.207)。

(61) とりわけ Lüdersen, Die Verständigung im Strafprozess, Überlebensstrategie oder Paradigmawechsel?, StV 1990, S.415ff. リューダーセンは、刑事訴訟における了解のなかに、法一般における合意原理の(歓迎に値する)台頭の一例を見出している。しかし、(自由に方向づけられた法治国家刑法の根拠づけとの比較で)このような経過が歓迎されるのかは明らかではない。実際、法における合意原理が台頭していることは争いえず、合意が益々方向指示板になっていることを手続過程における経験的研究が証明していることは争いえない(aaO., S.418)。しかし、このような事態(事実)から取引の実践を推薦することが結論されるのが何故なのかは、明らかではない。伝統的な刑法に代わる対案は、弱々しく仄めかされているだけである。それなのに取引の規範的境界は、その場合でも一九世紀の古い刑法から再び展開されているのである(aaO., S.418ff.)。おそらく、一方での法治国家刑法と他方での刑罰プラグマティズムとの間には第三の道はないであろう。このよう

な考慮は、刑事訴訟における了解のなかに「行為者と被害者との間の紛争規制もまた善良な法政策的・社会政策的理由によつて……取り入れられる」というヴォルター・前掲書(前注50)六五頁の見解に対して提示することもできる。

七 「刑法」という独自の法領域から政党政治の権力計算上の手段としての刑罰へ

以下のように繰り返すことが、望まれている。

一八世紀末と一九世紀初頭に、輪郭のはっきりした刑法が形成される。この刑法は、人間が力を用いて他の人間の自由に入することを恒常的に準備していることを計算に入れていた。この刑法は、自由の領域を定義し、自由侵害に対して刑罰を設け、しかも処罰の過程において自由そのものを保護する。

しかしこの刑法は、自己を麻痺させることができ、また麻痺させるであろう病原菌を内在している。確かに刑法は無党派的な自由哲学であるが、しかしそれは(それが病原菌なのだが)目的に対する手段としての、つまり自由保障のための手段としての刑法でもある。そして刑法は、そのような手段として一九世紀において繰り返し再編されてきた。事実そうであるように、

刑法の目的が、すなわち自由保障が視野から外されるならば、処罰することは（今では任意の）目的のための手段ではない。つまり利益の安定化、財産の保護、法益の保護、国内治安の強化、危険の緩和、生存の配慮、皇帝、共和国、独裁者、占領体制あるいは民主主義の保護のための手段でしかない。

刑法は、自由保障という絶対的目的のための限定的な手段から、あらゆる任意の政治目的のための無限的な手段へと変貌する。政治目的は、現代国家においては、支配的な政党によって反対派との論争において決定される。刑法は政党政治の一段と化す。刑法哲学によって独自に基礎づけられた刑法の政治的非従属性から、政党政治に従属した刑法へと移行する重点の変更は、刑法学ではほとんど議論されていない。

それに関して、数多くの事例が手元にある。あらゆる学者は、刑法における立法と法律適用が陳腐な方法で政党政治の論争の手段にされていることを知っている。主要な事例を挙げてみよう。

人工妊娠中絶法の改革論議は、立法に対して責任を持つ諸政党のところでは浅薄で型通りのもので、その時々自分の訴訟依頼人を満足させることを目標にしている。麻薬剤刑法、環境刑法、経済刑法の改正論議と治安妨害構成要件に関する改正論

議についても事態は同じである。これらの領域にある自由の問題は、議論のなかで再確認されていない。この議論は、理論的に洗練されたものではなく、刑法を輪郭のない政治的な権力手段、つまり政党政治を貫徹するときの威嚇・抑圧手段と見做している。

そのことは、次の点において明らかである。つまり政治家が、現在のところ誤っていると解されている諸現象に対して、左右のテロリストに対して、個々の爆弾所持者に対して、そして組織犯罪に対して、法律の完全なまでの峻厳さの適用を要求する点においてである。機能不全を起こしている政党政治は、刑罰による自己の補正を試みる。

政党政治による刑法の利用は、政治家が憤激したふりをしながら政治的に誤った行動を理由にした刑事告発を相互に取り下げる場合に、不愉快なことが明らかになる。例えば、左右の急進主義的な暴力行為に対応する場合がそうである。このような政治家の告発によって呼び起こされる刑法とはどのような刑法なのか、と人は観察者として自問する。しかし周知のようにその刑法は、ヘーゲルによって名付けられた、犬に対して振り上げられたあの杖でしかない。それは、人権を尊重する刑法に関する、つまり政治によって消耗されることのない刑法に関する

料 議論が存在しなかった時の刑法である。

政党政治の計算上の刑法のこのような利用は、十分に訓練されている。大なり小なり社会問題が浮上すればすぐに、刑法の適用やその改正に呼びがかかる。政党も政党類似の組織も、ここでは例外ではない。本稿の最初に私が触れた公共の場での喫煙は、特定の政党政治の理解によれば刑罰によって禁止されるという。ある政治家は刑法上の暴力概念を変更しようとし、

また他の政治家は犯罪との闘争のために憲法擁護庁を発動しようとしている⁽⁶⁰⁾。このような考えの具体化は、連邦憲法擁護庁を——諸ラントでは対応する措置を講じて——連邦治安局に変えようという同庁の長官の要求のなかに見出される。その場合この連邦治安局には、例えば組織犯罪との闘争において新しい管轄が与えられるという。連邦治安局には、警察職務の前置における活動が——合法性原理に拘束されることなく——許可されるのである⁽⁶¹⁾。ある政党は住居の不正使用に制裁を科そうとし、かなり多くの政党はほとんど法治国家を犠牲にして手続の略式化を求めている⁽⁶²⁾。ある連邦ラントの司法大臣は、利益対立を明瞭にし、予測されうるであろう刑罰を明らかにするための刑事訴訟以前の予審を真剣に考えている⁽⁶³⁾。警察の労働組合のスポークスマンは、とにかく組織犯罪に対する手続において挙証責任を転

換するよう要求している⁽⁷³⁾。ある大都市の外国人の代表者は、外国人に対する排外主義と闘争するために、刑法典への「敵意犯罪と偏見犯罪」の導入を要求している⁽⁷⁴⁾。連邦家族大臣は、刑法一七七条と一七八条の重罰化を要求している⁽⁷⁵⁾。ポルノグラフィ、子どもの性的虐待および組織犯罪は、政党政治の見解によれば、常に新しい規則によって益々力強く闘争されねばならないという⁽⁷⁶⁾。

配慮して扱われるべき独立した領域である「刑法」は、絶え間のない無責任な政党政治による刑罰の取り扱いとその作法に譲歩している。

(62) Naucke, Entwicklungen der allgemeinen Politik und der Zusammenhang dieser Politik mit der Reform des Strafrechts, in: Hassmer (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 1987, S.15ff. を参照されたい。この立場の議論に関しては Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991, S.65ff.

(63) 麻薬刑罰法の場合、それはケーラーの論稿 Köhler, Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecht, ZStW 1992 (104), S.3ff. に見ることができ、ケーラーは、解決されるべき問題を定式化している。そしてドイツの麻薬刑罰法を自由の法哲学に基づかせたが、国民の健康のための浅薄

な予防に基づかせはしなかった。

- (64) 「厳格な刑事訴追」(Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 02.10.1992), 「断固たる刑事責任」の追及 (Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 28.08. und 30.11.1992) は、それに関係する偶然にも発見された定式化である。その種の定式化が刑法理論にとって意味することは、もう明らかである。

- (65) 最近の事例としては次のものがある。ロシュトック・リヒテンハーゲンでの亡命希望者に対する暴力行為への対応方法を理由にメクレンブルク・フォルボンメルン選出の政治家に対してフランクフルト選出の政治家が行った刑事告発。ブランデンブルク首相が虚偽告訴を理由として、そして逆に政治的防衛戦略として行った旧シュタージの官吏に対する刑事告発。庇護論争における特定の提案を理由に別の派に属するある地方のラント議会に対して、市の多文化局の公職に就いているが、政党政治によって固定されている局長が「私人として」行った刑事告発 (Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 14./15. 10.1992 und Frankfurter Rundschau vom 16.10.1992)。そのような刑事手続がいかに進められうるのかを想定することが試みられる。とりわけその手続が合法性と便宜性との対立の渦中に入り、損害回復と行為者、被害者和解の要求に直面する場合がそうである。刑法学は、刑法を日常政治における対決の道具におとこめる経過に言及していない。

- (66) ヘーゲルはフォイエルバハに反対する。 Rechtsphilosophie, § 99, Zusatz.
- (67) ニーダーザクセン・ラントの連邦参議院での発議に関する

一九九二年八月二三日付『フランクフルター・アルゲマイネ』の報道である。

- (68) 一九九二年八月八日および八月一四日の『フランクフルター・アルゲマイネ』に掲載された一九九二年夏の議論を参照された。

- (69) 一九九二年一〇月二四日付『フランクフルター・ラントシャウ』での連邦憲法擁護庁長官の見解表明に関する報道。そこでは、予防委員会の場合と類似の説明が示されている。それは、警察の「前段階的」領域への前倒しの場合と類似している。

- (70) 連邦参議院でのバイエルン・ラントの発議に関する報道 (Frankfurter Rundschau vom 12.08.1992)。秩序違反法の補充が考えられていることは明らかであるが、現下の政党政治の議論においては、刑法と秩序違反法とを区別していないことは明白である。規則というものは、効果だけを約束するに過ぎない。

- (71) 一九九三年一月一日司法負担軽減法(BGB. I, 1993, 50) に見ることができる。この法案に対して批判的だったのは Werle, Aufbau oder Abbau des Rechtsstaats?, JZ 1991, S. 789ff. 原則的に支持を表明したのは Schlüchter, Weniger ist mehr, Aspekte zum Rechtspflegeentlastungsgesetz, 1992.

- (72) Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 12.03.1992.

- (73) Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung vom 31.05.1992. そのような報道は、いかなる反応も引き起ささない。刑事訴訟における国家の立証義務の縮小化が全体主義的な刑法発展の徴候であったし、今もそうであることについて人は忘れてしまっ

料

た。人は、単純に推測される実際的な諸関係、しかも政治的に利用されうる諸関係において考えている。刑法の効果は、証明の必要性がなくなった時に高まる（学術文献においては、そのことは警告的かつ訴えかけるように繰り返し述べられている。

資

Volk, Wahrheit und materielles Recht im Strafprozeß, 1980, S.27)。

(74) Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 20.10.1992.

(75) Frankfurter Rundschau vom 24.10.1992.

(76) 違法な麻酔剤の使用および組織犯罪のその他の現象形態との闘争に関する法律(BGBI. I, 1992, 1302)を参照されたい。

八 結語

(a) 私が述べた重点の変遷は、より巨大な歴史的航路のなかでその姿を現す。一八世紀において刑法は、絶対国家によって掌握された権力手段であり、しかもそれはその野蛮性と政治的利用可能性のために、つまり法的性格が欠如しているために合法性を喪失している。刑法が自由思想に基礎づけられることによって、刑法が現実の政治と権力から分離されることによって、刑法が行為者と国家からの自由を独自の権利領域として保障するよう約束することによって、政治的な権力行使とは異なる「刑

法」が、しかも民事法や警察法とも異なる「刑法」が、一八世紀および一九世紀初頭によくそのような領域になる。

一九世紀のこの思想は長続きしない。その思想はドイツでは、一九世紀中葉の立法に刻印され、一八七一年刑法と一八七七年刑事訴訟法および裁判所構成法の指針になるが、しかしこの立法においても、自由保障の非政治的な刑法思想は純粹には維持されない。それは合目的性と融合している。つまり、正しい刑法は合目的な刑法である⁽⁷⁷⁾というのである。正義を要求するこの主刑法と並んで、重要な特別刑法が形成される。特別刑法は、自由愛好的な法的性格をあまり意識せず、それだけに一層政治権力の強化を意識している。政治的敵対者（ドイツでは社会民主主義）に対する刑法、全ヨーロッパの植民地刑法、最終的には一九世紀後半および第一次世界大戦中の戦時刑法は、すでに言及された無視することのできない先例である。

一九世紀末頃には、正しい刑法の非合目的性もまた依然として主張されているが、正しい刑法の合目的性の命題は、リスト学派のなかで曲解される。合目的な刑法が正しい刑法なのである、と。⁽⁷⁸⁾

それによって刑法は、その輪郭を再び完全に喪失する。刑法は一八世紀の状態に回帰し、今や新しい権力者の権力手段にな

る。刑法は、それが実際に貫徹されることに根拠を持ち、その他の権力手段（民事法、警察法、秩序違反法や赤裸々なテロル）と互換可能なものになる。

この展開を最も正確に表現しているのが、全ヨーロッパにおける改善・保安処分の導入である。責任からの独立と予防効果を強調するこの処分は、無限に現代化できる現代刑法である。

この処分は、それに近づくものを全て染めてしまう。刑法、警察法、民事法、措置入院法は、処分に類似したものになり、法領域の甚だしい等質化が行われる。変転する政治体制によって利用されることを期待している社会的制御メカニズムが、固有の内容を持たずに残っている。⁽⁷⁹⁾ ファシズムおよびスターリニズム体制の刑法は、この原則に基づく最悪の試みである。

(b) 刑法による自由の明確な様式化から不明確な社会統制への変遷は、具体的な法学的形をとって行われる。個別的には次のようなものがある。

刑法の重点は、次のように移行する。国家的な刑罰独占によって不法に対してなされる政治的に中立で限定的な反作用、精確な合法性原理を支柱にして不法に対してなされる限定的な応報、真相の究明および厳格で内容豊かな合法性を遵守する義務、刑

罰の独立した法的性格から、広範な刑罰政策的プラグマティズム、拡張され増加された構成要件、限定不可能な予防、政党政治の権力計算の一部としての刑法へと移行する。そこでは全く新しいものが、便宜主義、手続における取引、自由な交流を通じてなんとか法律と釣り合っている。

法治国家の刑法に対置されるのは、全く別の「現代的」で脱形式化された刑法⁽⁸⁰⁾である。それは、法治国家刑法から権力的な社会的対応への過程である。⁽⁸¹⁾ 法治国家刑法の時代は理論的なエピソードであり、それは終焉を迎えている。

(c) 私は、現代の刑法学的議論をその基本路線において、以上のような状況との大規模な調停として総括する。人は自己の身を専ら防御しはしない。新しいものは受容され、活力を与えられる。人は、新しいものを見つけたという考えに満足し、自由の絶対的刑罰の終焉と歓迎された破局を記録し、そしてそこから歓迎される予防を結論として引き出す。⁽⁸²⁾ さらに先に進みうるために、法治国家原理の「機能変化」⁽⁸³⁾のような様相が捏造される。そのような様相の名称は、我々は学者として事態の過程の観察者でしかなく、行動的な共同形成者ではないということを示唆する。いたるところで扱われている「刑事政策——法治国

料 家による限界づけ」という美辞麗句のところ、法治国家刑法という選択肢の終焉との調停が益々明白になる。その基本的雛形は、フォン・リストに由来する。まさに、刑法は刑事政策の限界なのである。⁽⁸⁴⁾しかし、この命題が効果のない鎮静公式であることをどの刑法学者も知ることができる。「刑事政策——法律による限界づけ」の命題によって区画整備されている領域は、途方もなく広大であり、全く異なった刑罰法規に道を開いている。法律は、過半数の刑事政策的要求に従う。刑事政策的に方向づけられた法律は、刑事政策を限定づけることはできず、ただそれを公然化させるだけである。⁽⁸⁵⁾このような調停の誤りは、それが合目的な犯罪闘争としての刑事政策を政治的に自由に、自由にした後に初めて限界づけ——活力ある刑事政策に対して外部注入されざるをえない限界づけ——に着手するという点にある。⁽⁸⁶⁾

それに対して法治国家の刑法は、最初からその限界づけを内在于させており、刑事政策を前もって自由にはしないのである。

(d)刑事政策との調停では、もはや間に合わない。益々新しい動態的な構成要件と益々新しい動態的な法律効果の想像力豊かな考案など、刑事政策的に無意味であり、法的に無氣力にさせ

るだけである。我々が二〇世紀末の複雑な現代において手にしているのは、最も考え抜かれた刑法ではなく、最も都合よく理解されうる刑法なのである。⁽⁸⁷⁾刑法を規定する現実の政治的・人間的諸力に擦り寄るような刑法理論では事はうまく運ばない。では何ができるのか。幸いなことに、広範な刑法学の研究がある。しかもこの研究には、純然たる権力的および現実的な調停に満足しない路線が示されている。この路線において追求されている主要問題は、脅威にさらされた法治国家刑法の将来である。この脅威に対処する可能性は全て示されている。⁽⁸⁸⁾それは数多くはない。法治国家刑法に対する脅威を論ずるわずかな——全体で四つの——可能性は、次のようなものである。

(aa)例えばカント、ヘーゲルとフイヒテの古典的な刑法哲学の基礎、今日では時折嘲笑される刑法哲学の基礎を半永久的に学問的に周到に記憶すること。つまり純粹理論を記憶することである。⁽⁸⁹⁾

(bb)理論もなければ際限もない予防という「現代」刑法を厳密に、しかし距離を置きながら分析することである。⁽⁹⁰⁾

(cc) 予防によりながらも（もちろん予防を通じた刑事政策に対して原理的な共感を示しているのであるが）法治国家刑法を無条件に要求することである。この第三の可能性において法治国家は、刑事政策の前に位置づけられる。法治国家は、刑事政策を限界づけるだけではない。

法治国家刑法の危殆化と関わり合うこの第三の可能性は、ここでさらに三つの雛形に分類される。

第一の雛形では、一般予防は積極的一般予防の形態で厳格に法治国家的に表現される⁽⁹¹⁾。

第二の雛形では、再社会化に予防的なアクセントが置かれるが、しかし法治国家刑法には、再社会化を外部的に限界づけるだけでなく内容的にも形成するほど非常に多くの重要性が付与される⁽⁹²⁾。

第三の雛形は、アカデミックで実務的な予防作業を信用することなく、この作業から距離を置きながら、むしろ予防における迫真（通常の予防組織に対する法治国家の不信が意味しているもの）が要求され、そして無力で小さな行為者に目を向けるだけでなく、大きな権力的な行為者にも目を向けることが予防刑法によって推進される⁽⁹³⁾。

(dd) 第四の可能性は、法治国家刑法の安定化に奉仕するもので、すでに述べられた刑法における重点移行に対して原理的・非妥協的に批判を行なうことである。この批判は、新しい刑法、現代刑法、圧倒的に非法治国家的な刑法が政治的に非常に力強いものであることを考慮することによって行われ、そして非常に力強く行われるが故に、そのような刑法は学問的に定式化された改正要求によってではなく⁽⁹⁴⁾、まさに絶え間のない反論によってのみ克服することができる⁽⁹⁵⁾。「現代刑法」に対して対置されるべきなのは、絶対的な刑法批判である⁽⁹⁶⁾。

(77) Binding, Grundriß des Strafrechts, AT, 7. Aufl., 1907, S.226f.; Die Normen, 1. Band, 4. Aufl., 1927, S.418ff.を参照された。コンハイニングの現代化については Helmut Mayer, Strafrecht, AT, 1953, S.23f. の方向の十分な証明⁷⁴ Naucke, "Über den Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Strafrechts im 19. Jahrhundert, in: Bihrdorn und Ritter (Hrsg.), Philosophie und Rechtswissenschaft, zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert, 1969, S.37ff.

(78) v. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3(1883), 特記 S.21f.

(79) 上の路線の繼續として⁷⁵ Naucke, Die Aufhebung des strafrechtlichen Analogieverbots 1935, in: NS-Recht in

- Aufl., 1905, S.79)°。連邦ラントの司法大臣は、一九九二年に、現代の刑罰理論の狀態に対して次のような適切な定式化を伴った話題の記念論文集 (Ostendorf - Hrsg., Straferverfolgung und Strafverzicht, S.V) の序文を書いている。「刑事政策は、¹⁾ 第一に社会の保護に奉仕しなければならない。この合理的な原則に基づいてのみ、刑事政策は効果的にもなりうる。その際、刑事政策は、市民の自由権のなかにリベラルな限界を見出す。刑事政策は、被害者と行為者の人間の尊厳に配慮しなければならないのである」。この思想は、現在の教科書でもごく詳細に述べられ (例えば、Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 4. Aufl., 1988, S.1ff. や 465, 177f.; Jakobs, Strafrecht, AT, 2. Aufl., 1991, S.5ff. や 465, 63ff.), 理論の論議でもごく自然のよすがに基本に据えられている (例えば、Eser, a.O. (通称), S.384ff.)°。ハイマン (ZStW 104 - 1992 -, S.591) によるディヴァージョンに関する論稿の主題と副題「少年手続におけるディヴァージョン——実務、機会、リスクおよび法国家的限界——」が特徴的である (法治国家的限界は「一番後」あり、それは取るに足らない論議の集まりである。六二七頁以下)。このような論証実務に対して批判的なのは、Jung, Sanktionssysteme und Menschenrechte, 1992, S.229.
- (87) Walter, GA 1992, S.569. 他出刊は、たゞ分業中の問題を理論的に説明し、導くための刑法学の努力を推奨している。
- (88) 包括的な著作として、Marxen, Straffatsystem und Strafprozeß, 1984; Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991; Prittwitz,

Strafrecht und Risiko, 1993. 傾向の点で類似しているものの、この「Kindhäuser, Sicherheitsstrafrecht, Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft, Universitas 1992, S.227ff.

- (89) E.A. Wolf, Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen, in: Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 1987, S.137ff. や 465, Das neue Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97 (1985), S.786ff.; Zaayck (Hrsg.), Fichtes Lehre vom Rechtsverhältnis, Juristische Abhandlungen XXI, 1992; Hassemer, Unverfügbares im Strafprozeß, in: Festschrift für Maihofer, 1988, S.183ff.

- (90) Hassemer, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, S.378ff.; Hassemer, Prävention im Strafrecht, JuS 1987, S.257ff., Hassemer, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NSTz 1989, S.553ff.; Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991; Lüderssen, Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs, 1989, S.7ff.; Naucke, Versuch über den aktuellen Stil des Rechts, in: KritV 1986, S.189ff.; P.-A. Albrecht, Prävention als problematische Zielbestimmung im Kriminaljustizsystem, KritV 1986, S.55ff. この難解な論議は、²⁾ 刑事政策の論議として、Schüler-Springorum, Kriminalpolitik für Menschen, 1991. や 465, Backes, Kriminalpolitik ohne Legitimität, KritV 1986, S.315ff. や 46

菜 5) Kuhlen, Diversion im Jugendstrafverfahren, 1988.

(5) Hassemer, Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht, in: Hassemer, Lüderssen, Naucke, Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?, 1983, 集 2 S.57ff.; Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts. 2. Aufl., 1990, § 30; Hassemer, KA-StGB, 1990, Rn.429ff. vor § 1., Hart-Hönig, Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung, zugleich ein Beitrag zur positiven

Generalprävention, 1992, Rüdiger Schäfer, Die Privilegierung des 》 freiwillig-positiven 《 Verhaltens des Delinquenten nach Formell vollendeter Straftat, 1992. 1) の 4 の 6 の 新 罪 犯 大 阪 大 学 の 法 学 部 法 学 科 法 学 専 攻 講 義 記 録 21 卷 1 号 P.-A. Albrecht, Hassemer, Voß (Hrsg.), Rechtsgüterschutz durch Entkriminalisierung, Vorschläge der Hessischen Kommission 》 Kriminalpolitik 《 zur Reform des Strafrechts, 1992 集 4 の 3 Hassemer, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, S.383. を 参 照 せ ね ば 可 也。 — 予 防 的 に 決 断 せ ば 刑 法 法 治 国 家 的 な 問 題 の ある 刑 法 積 極 的 一 般 予 防 と 法 治 国 家 と を 再 結 合 せ ぶ 刑 法 に 対 す る か か る ア プ ロ ー チ の 前 身 は Helmut Mayer, Strafrechtsreform, für heute und morgen, 1992. 2) 同 大 学 集 2 卷 1 号

(8) Lüderssen, Kriminalpolitik auf verschlungenen Wegen, 1981, S.13ff.; Lüderssen, Der Freiheitsbegriff der Psychoanalyse und seine Folgen für das moderne Strafrecht, in: Hassemer, Lüderssen, Naucke, Fortschritte im Strafrecht

durch die Sozialwissenschaften?, 1984, S.67ff.; Lüderssen, Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs, 1989, S.16ff., — 同 集 9 の 4 の 4 の 1 の 1 Jung, Sanktionensystem und Menschenrechte, 1992.

(9) Herbert Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sitlichkeitsdelikten, 1957; Herbert Jäger, Glosse über Lehrbuchkriminalität, MschrKrim 1973, S.303.; Herbert Jäger, Subjektive Verbrechenmerkmale als Gegenstand psychologischer Wahrheitsfindung, in: Herbert Jäger (Hrsg.), Kriminologie im Strafprozeß, 1980, S.173ff.; Herbert Jäger, Strafgesetzgebung als Prozeß, in: Festschrift für Ulrich Klug, 1983, S.579.; Herbert Jäger, Entkriminalisierungspolitik im Sexualstrafrecht, in: Herbert Jäger und Schorsch (Hrsg.), Sexualwissenschaft und Strafrecht, 1987, S.1ff.; Herbert Jäger, Makrokriminalität, Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt, 1989. 検 察 局 の 大 阪 大 学 法 学 部 の 学 生 Schöler-Springorum, Kriminalpolitik für Menschen, 1991.

(4) 刑 法 の 現 在 の 状 況 に 対 す る 批 判 精 神 に 由 来 せ る 予 防 的 な 刑 罰 課 刑 の 理 論 的 な 考 察 P.-A. Albrecht, Hassemer, Voß (Hrsg.), Rechtsgüterschutz durch Entkriminalisierung, 1992; P.-A. Albrecht u.a., Strafrecht - ultima ratio, 1992.

(9) Naucke, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, ZStW 94 (1982), S.563f.; Über deklaratorische, scheinbare und wirkliche Entkriminalisierung, GA 1984, S.216ff.;

Versuch über den aktuellen Stil des Rechts, KritV 1986, S.207ff.; Remarks on the Difficulty to Teach Criminal Law, in: Institut for kriminologi og strafferett (Hrsg.), Stensiserie Universitetet i Oslo, Nr.52, Teil II; Entwicklungen der allgemeinen Politik und der Zusammenhang dieser Politik mit der Reform des Strafrechts, in: Hassmer (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 1987, S.31f.; Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik, Jus 1989, S.867; Täter-Opfer-Ausgleich im Strafverfahren, NK 2/1990, S.14, 17; Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, KritV 1990, S.257ff.; Lücken im Allgemeinen Teil des Strafrechts, in: Lahti und Nuoljo (Hrsg.), Strafrechtstheorie im Umbruch, 1992, S.278f.; NS-Strafrecht: Perversion oder Anwendungsfall moderner Kriminalpolitik?, RJ 1992, S.290ff. 総論及び回鑿のトローキヤに於てのそのトローキヤ Vornbaum, Entkriminalisierung und Strafgesetz, in: Festschrift für Gmür, 1983, 註2S.342f. 44 5 5 Vornbaum, Aktuelle Bezüge nationalsozialistischer Strafgesetzegebung, in: Ostendorf (Hrsg.), aaO. (拒却5), 註2 S.89ff.; Hassmer, Rauschgiftbekämpfung durch Rauschgift?, Jura 1992, S.113; Krauß, Sicherheitsstaat und Strafverteidigung, StV 1989, 註2 S.320f., 325; P.-A. Albrecht, Das Strafrecht auf dem Wege vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat, KritV 1986, S.205ff. 44 45 5 P.-A. Albrecht, Prävention als problematische Zielbestimmung im Kriminaljustizsystem, KritV

1986, S.81f.; Baakes, Kriminalpolitik oder Legitimität, KritV 1986, 註2 S.340ff.; Schuler-Springorum, Kriminalpolitik für Menschen, 1991, 註2S.215ff., 278. 44 45 Krahl, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrechts, 1986, 註2 S.348ff. 44 45 Runte, Die Veränderung von Rechtfertigungsgründen durch Rechtsprechung und Lehre, 1991, 註2 S.318ff.

(9) 現下の刑法学が積極的に「作用」しなければならぬところだが、その刑法学の説明されていない見解の内容及ぶである。ところがまさに嚴格に解された刑法学は、作用とその可能性の条件として用いないのである。少なくとも、「自由の刑法学」の巨大な組織の特徴は、その組織が「全ての政治的方向性に対する絶対的批判」を遂行することではなければならないことである。少なくとも刑法学の側は、常に新しい、時代に適切な、予防に方向づけられた申し出を立法者に行うかわりに、最低限、刑法を立法者から防衛しなければならないこと (Vgl. Naucke, Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, KritV 1990, S.259)。犯罪法の基本概念の新たな修正は、常に積極的に作用しようとする刑法学によって行われるべきではないうことである。

* * *

料 [紹介者のあとがき]

資

ここに紹介した論稿は、Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 76. Jahrgang, Heft 2 / 1993, S. 135ff. に掲載された Wolfgang Naucke, Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht である。現代ドイツの刑事司法における理論および実務の重点が時代的・政治的あるいは哲学的・思想的変動を背景にしながら変遷している状況が、様々な視角から描写されており、刑法の現在の状況とその位置関係を確認するうえで示唆に富む論稿である。

近代法治国家の刑法原理の今日的意義を認識し、継承・発展させるためには、その原理が形成された歴史的背景と経緯が知られねばならない。例えば罪刑法定主義などの原則が二〇世紀の前半に一度は死に絶えたものとして否定された経緯が、その原理の今日的立脚点を補強している以上、それを否定した時代と現代との同一性の不存在が確認されない限り、その原理が今のところ不動の地位を築いているかのように見えようと、実のところ非常に脆弱でしかなく、やがてあの忌まわしい運命の淵に再び立たされるのではないかと危惧されてならない。刑法に対して常に背負わされる任務が犯罪の「予防」である限り、

それがあある意味で刑法をしてあの運命を新たな形で、公然とああるいは隠然とたどらせることを暗示しているようにさえ思えるのである。それ故、世紀の転換期において、刑法と刑法学の現代における位置関係を測定するためには、刑法における重点が何から何に変遷しているのかが批判的に捉えられねばならない。ナウケの論稿の理論的コンセプトは、この点にあると思われる。日本においても牧野英一が同じタイトルの論稿『刑法における重點の變遷』(一九二九年)を二〇世紀の初頭に残しているが、そこでは、第一次世界大戦後のヨーロッパ諸国で取り組まれていた刑法改正作業に学びながら、保安処分制度の導入などに伴う刑事司法全般に関わる思想・学説・制度の改変の必要性が論じられている。牧野はいう。刑法は確かに「犯罪人のマグナ・カルタ」であるが、しかしそれは「刑法の本来の使命であるわけでもなく、従って又刑法の重点を成しているものでもなく、あくまでも刑法の本来的任務である社会防衛を全うするための原則に過ぎない。一九世紀以降、刑法においては社会防衛思想という一つの新しい思想が発展しており、それは古い刑法に付着している思想、つまり自由保障の要である罪刑法定主義を「その適切な位置」に調整する。刑法の任務は社会防衛を全うすることであり、そのためにはその任務を自覚しえない刑罰

制度は改正され、それを自覚する保安処分制度の導入が図られねばならない。「若し罪刑法定主義が刑法の改正を妨げるものであるならば、われわれは、罪刑法定主義を捨てても、刑法の改正を全うせねばならぬわけである」¹⁾。

牧野は時代思潮の変化を刑法改正作業に積極的に採り入れることよって、刑法の原則そのものの否定に行き着いたが、ナウケは牧野のような刑法観には立脚せずに、現代の犯罪と刑罰をめぐる諸問題を省察する道標を啓蒙期の刑法思想に求め、そこを起点にしながら現代刑法の位置関係の測定を試みている。牧野とナウケの時代と理論的立場は全く異なるものの、二〇世紀を貫徹する刑法現象が「重点の変遷」という同一の言葉で表現されているところに時代的思潮と刑法学研究との密接な接点を垣間見ることが出来る。

ドイツ帝国からヴァイマル共和国と「第三帝国」を経て戦後ドイツへとつながる時代のドラスティックな変遷の中で、時代認識における静態的視角は嫌応なく動態的視角に取って替わり、科学や社会思潮においても自然主義や実証主義の限界が痛感され、非合理性に精神的活路を見出そうとする形而上学が繰り返して復活してきた。第一次世界大戦後のドイツは、その意味で「西洋の没落」と称された時代であったが、牧野が論じた刑法

における重点の変遷もこの時代と無縁ではない。牧野が社会防衛的な刑事政策に優位を置く刑法理論を唱えた背景には、まさにこの時代の法思想——例えば自由法運動——があり、牧野自身もそれを理論的指針にして自らの刑法理論を構築したのである。私法領域において自由法運動が目指したものが、刑法領域において与えた影響は深刻である²⁾。今日、刑法理論に対して自由法運動が与えた影響と同一のものが現れているとはいえないが、刑法の今日的現象にはそれに通底しているものがあるように思われる。ナウケの分析に従えば、刑罰の政策的プラグマティズム、国家刑罰権のプリヴァタイゼーション、「予防」、便宜主義、司法取引、政党政治による刑法の利用などがそれであり、総じて「法治国家刑法の危機」である。この危機と両大戦間期に現れた刑法における危機との間に同一性があるかいなか。危機から法治国家刑法を救うには何が必要なのか。重要なのは、それを解明する理論的方法を模索することである。現代の刑法現象の観察と批判はそのために続けられなければならないのである。

(1) 牧野英一『刑法における重点の変遷』(一九二九年)三頁以下、六七頁以下、同『刑法改正の諸問題』(一九三四年)二九

料

頁以下参照。

資

- (2) この点に関しては、平野敏彦「ドイツ自由法運動の生成と展開——H・カントロヴィッツを中心として(一)〜(五)・完」法学論叢一〇六巻四号五七頁以下、一〇六巻六号七八頁以下、一〇七巻二号四〇頁以下、一〇七巻五号五〇頁以下、一〇七巻六号四四頁以下が詳しい。

*本稿は、一九九六年度および一九九七年度大阪経済法科大学研究助成に基づく研究成果の一部である。