

ヴォルフガング・ナウケ

刑法における重点の変遷(一)

本田 稔

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

- 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、本号)
- 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

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

から手続法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

*本稿は、一九九一年の秋にブハラ教授の招待を受けてクラカウ大学で行った講演とパリエロ教授の招待を受けてバヴァリア大学で行われたシンポジウム「刑法の現代化?」での講演に補筆したものである。

資

一九九二年の晩夏、本稿を準備していた時に「喫煙はほとんど犯罪的？」という表題の新聞記事を手にした。その記事で報道されていたのは、公共の場での喫煙を——公然と刑罰によって——禁止するという大政党的構成員の計画であった。

何よりもまず目を疑った。伝統豊かな法治国家の刑法にそんなことができるのか、またそんな権限があるのか。それに相応しい構成要件とは、いったいどのようなものなのか。例えば、

違法に公共の場で故意または過失により煙草を喫った者は、六月以下の自由刑若しくは罰金に処する

というものなのか。

このような定式化は、法律的に十分に明確ではないであろうし（基本法一〇三条二項）、法律効果の比例性は、維持されないうであろう。刑事手続においてそのような禁止を貫徹するならば警察と検察を公共の場のいたるところに行き渡らせるに違いない。公共の場での喫煙は、法治国家刑法の対象などではなく、せいぜい理性的な政治による（法による、ではない）少年保護

や健康保護の問題でしかない。

しかし、「喫煙はほとんど犯罪的？」という問題を長時間考えば考えるほど、それは納得いくものになる。伝統的な刑法綱領から現実的な刑法綱領へと転換しさえすればいいのである。もともと公共の場での喫煙が、なおのこと私的な場での喫煙が刑罰で禁止されていないのは何故なのか。もちろん喫煙を禁止することは、多くの市民の無病息災にとって、そして全般的な保健制度（この制度の資金ぐりをも含む）にとって合目的である。そのように刑罰で武装した禁止は、環境保護と清潔さにも役立つ。しかし、いたるところで講じられているように、刑法の法律上の明確性はいうまでもなく拡張され過ぎてはならない^②。法律効果の比例性は、十分に細分化された制裁体系によって確定されており、警察と検察をいたるところに行き渡らせはしない。だが合法性原理は、ただ時代適合的に妥当するだけであり、^③ 実体的および手続的な刑罰規定は、起訴猶予、手続打ち切り、執行猶予という多様な可能性によって備えを固めている。簡潔にいうと刑法規定は、活力ある便宜主義原理で武装している。つまり処罰の可能性の説明を冷静沈着に定式化できるのである。その説明がどの程度実行されるかを決定するのは、いずれにせよ具体的手続における便宜主義である。「公共の場での

刑法における重点の変遷(一)

喫煙」が刑法の適切な対象ではなく、理性的な行政の対象であるとの指摘は、力弱いものとみなされている。とはいえず予防効果が重要であろうとも、法領域間の境界線、または刑法と行政法との境界線は、刑法を現代的に理解するための形式的な論拠なのである。

公共の場での喫煙を特別の法律によって刑罰で禁止するという要求を考察するなら、刑法学者は、特別の法律がいったい何故必要なのか、通常の解釈論上の手掛かりを手に取り、それを展開しないのは何故なのかという問題に行き着く。客観的帰属論、違法論、故意および過失論、文献と判例における刑法上の製造物責任⁽³⁾、これら全ての専門的な手掛かりによって、煙草の製造と販売が可罰的でないのかかどうかという問題が説明される。しかし性急な共感を目的とした公の議論においては、このような道筋、つまり穏やかに動く法治国家刑法の航路の後に続く者はいない。この法治国家の航路は、あまりに法学的で専門的であり、控え目過ぎる。この航路が示す刑事政策上の構想はあまりにも少なく、官報の法文形式で予め示される予防効果はあまりにもわずかしか約束されない。しかしこのような刑事政策上の構想と予め示される予防効果こそが、承認できる現代の刑法思想の特徴なのである。この特徴から次の問いにも答えが

与えられる。つまり、煙草の喫煙に刑罰を科そうとしながら、同時に薬物の使用の不処罰を要求することは矛盾しないのかどうかという問題がそれである。刑事政策上の構想は、今日では非常に開かれているので、この矛盾を矛盾とは感じず、むしろ広範に拡張された構想の徴候として受け止めてしまっている。刑法思想は、専門的な法治国家性から刑事政策的な構想と待望される予防効果へと転換している。以下において本稿は、このように想定される重点の変遷を跡づける。まずいくつかの総論のテーマを取り上げたくうえで、各論の刑法学上の諸制度に移り、そして最後に総論のテーマに戻る。伝統的な手掛かりと重点の変更は、絶えず対置される。

(1) Frankfurter Rundschau vom 07.09.1992

(2) Schönke-Schröder-Eser, StGB, 24. Aufl.の特105-1の欄外番号110の資料および Krahl, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art.103 Abs.2 GG), 1986. の資料を参照された。

(3) Eser, Funktionswandel strafrechtlicher Prozelmaximen, ZStW 104 (1992), S.369ff., 373, 386ff.における論証を参照されたい。この文は Ministerium für Justiz, Bundes- und Europangelegenheiten Baden-Württemberg (Hrsg.), Ist das Legali-

tätsprinzip noch zeitgemäß?; 1990を参照されたい。(この論集の内容はその表題に対して「否」の答えを出している)。別の論証に「⁽⁵⁾ Naudke, Der Zustand des Legalitätsprinzips, in: Lüdtessen, Nestler-Tremel, Weigend (Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, 1990, S. 149ff.

(4) BGHSt. 37 (1992), 106ff. (いわゆる皮革スプラー事件判決) は、伝統的な法治国家の法学的専門性を無視することなく、そして不偏不党の刑事政策を要求することもなく、帰属の新しい問題を判断する重要な試みである。それ以前の文献としては、Kuhlen, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, の第二章および第三章を特に参照されたい。

二 刑罰の法哲学から刑罰の政策的プラグマティズムへ

一八世紀後半のヨーロッパの刑法は、手間暇かけた法哲学上の論争から発展する。この論争の枠組は、人間が生まれながらにして自由であることを想起させる。しかし非法的状态、つまり自然状態においては、この自由は、人間同士の攻撃的傾向によって絶えず脅威にさらされている。人間は契約によって市民の団を、つまり国家を設立する。国家の任務は、市民の自由を保障することである。自由侵害は犯罪であり、国家にはこ

のような犯罪に対して刑罰をもって対処する権利と義務がある。この思想は、フランスではモンテスキューとルソーによって、イタリアではベッカーリアによって、ドイツではホムメルとフォイエルバハによって複眼的に解説されている。⁽⁶⁾ この思想を深化させるのは、カント、フィヒテとヘーゲルである。彼等は、認識論的にこの思想を講じ、そこから政治的相対性を奪い去る。⁽⁶⁾

この哲学の核心は、個人の自由の絶えざる危殆化への洞察である。この危殆化は、被害者への犯罪行為者による力の行使と、犯罪行為者であると宣告された市民への国家による権力の行使から発生する。哲学的に正しい刑法とは、犯罪行為者による力の行使と国家による権力の行使から、つまり犯罪と刑罰から保護する諸規定の総和であり、法治国家刑法とは、権力から保護する諸規定の総和である。

真の刑法のための基礎であるこの哲学は、現下の刑法的思慮のために失われている。ドイツでは、その展開の始まりを一八三四年にビルンバウムが著した犯罪概念についての論稿に明瞭に見ることができ⁽⁷⁾。哲学は無視されている。それに代わるのは、時代精神に密接な説得力ある説明に訴えることである。刑法は、市民が求める「利益」、それを危殆化することが社会的障害として理解されるところの「利益」を保護する。自由もま

た、そのような「利益」である。この利益の侵害は、「政治の基本原則に従って」測定される。有為転変する社会的障害に対する反作用は、ビルンバウムの精神においては「合理的な全ての刑法学説の基本原則」になる。第二次世界大戦後の思弁的で自信ありげなドイツの大教科書（例えば、パウマン、ヤコプス、イェシエック、ロクシンの教科書）は、犯罪と刑罰を自由の哲学から解き放った。それに代わって出現したのは、理論的に手間のかからない刑事政策的プラグマティズムである。それは、「刑法は法益を保護する」（そして自由は法益たりうる）ということまで満足している。しかし様々な努力がなされながらも、この法益とは何で「ある」のか、それを法的に創出するのは誰なのか、そして自由は必要な法益なのかどうかということは知られていない。近代の刑法史は、この法益がまさに支配的な政治的権力が市民や臣民に容認した脆弱な利益であることを教えている。刑法による法益の保護は、いかなる期待も拒みはしない。民族と人種、社会主義と資本主義、現代の商品形態と貨幣取引形態、そして国家の外交政策上の配慮など、これらすべてが法益たりうる。

刑法は、警察的な秩序メカニズムの付近に移動する。刑法は「法的平和」⁽¹⁴⁾に奉仕するという言い回しは、あまり自信ありげ

には響かない。しかもその言い回しは、何からも派生されない空虚な形式でしかない。刑法に関する市民の見解についての経験的調査結果と、この調査結果から析出された推定値を刑法の支柱にしようとする試みは、（自由の哲学と比較すれば）理論的に無力である。⁽¹⁵⁾ 国家の処罰要求に対抗する一九世紀の刑法哲学が消え去るとともに、刑法はその独自の綱領を失っている。自然状態が再び接近している。個人の自由の重大な侵害（放銃殺、自由剥奪、強姦）を理論的に適切に指摘し、実践的に比例して処罰することに対して現下の刑法が無能なことは、意気消沈するほど明白である。もちろん自由に対するこれらの重大な行為もまた、政策的でプラグマティックな刑罰の渦に巻き込まれるが、刑法が人間の殺害に対して関心を持つのは、個人の生命が消滅するからではなく、まず第一に社会的に不安定になるからである。

現下の刑法は権力の発展に付き添いながらも、それを制御しはしない。「刑法は変転する社会において自ら変化する」⁽¹⁶⁾。このことは、刑法について現在知られている最も正確な事柄である。

(14) それを概観するものとして、Seelmann, Vertragsmetaphern

zur Legitimation des Strafes im 18. Jahrhundert, in: Stollis (Hrsg.), Die Bedeutung der Wörter, Festschrift für Sten

料

Gagner, 1991, S.441ff.; Deinling(Hrsg.), Cesare Beccaria, Die Anfänge moderner Strafrechtspflege in Europa, 1989, 株式会社 Naucke, Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, 1962, S.77ff.を参照された。

資

- (6) 現代的な議論は、この脈絡を踏まえて近世の文藝として、¹⁵⁾ Herzog, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, 1987; Kahlo, E.A.Wolff, Zaczyc (Hrsg.), Fichtes Lehre vom Rechtsverhältnis, 1992. この二つは、同書版収のケーラー論文(三頁以下)。Kühl, Naturrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens, in: Festschrift für Spandel, 1992, S.75ff.; Köhler, Der Begriff der Strafe, 1986; Schild, Die Aktualität des Hegelschen Strafbegriffs, in: Hentzel(Hrsg.), Philosophische Elemente der Tradition des politischen Denkens, 1979, S.199ff.; Seelmann, Hegels Strafrechte in seinen Grundlinien der Philosophie des Rechts (, in: Jus 1979, S. 687ff.; E.A. Wolff, Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen, in: Hassemer(Hrsg.), Strafrechtspolitik, 1987, S.137ff.
- (7) Birnbaum, Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, in: Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1834, S.149ff.
- (8) Birnbaum, aao.(前掲7), S.175/176.
- (9) Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S.10. この二つは、メメントウ社「市民の自由領域の安定化の原理が「対抗原理」によって顧慮されるべきことを前提として

る。発展の経過は、この定式化においては明瞭である。市民の自由は、刑法の基礎から活力ある刑事政策の対抗原理へと変化してこそ。

- (10) 参照されるべきものは、¹⁶⁾ Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, z.B. 3. Aufl., 1805, 88 8ff. やその邦訳は、Baumann/Weber, Strafrecht, AT, 9. Aufl., 1985, S.77f.; Jakobs, Strafrecht, AT, 2. Aufl., 1991, S.11f.; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 4. Aufl., 1988, S.11f., 17f. (二二頁以下) 自由は刑事政策の限界としてのものである。Roxin, Strafrecht, AT 1, 1992, S.11f., 26ff. (自由から発生したものは、機能阻害システムの存在による相対的な「自由な展開」である(一一頁以下))。

- (11) Baumann/Weber, aao.(前掲10), S.9f.; Jakobs, aao.(前掲10), S.37ff.; Jescheck, aao.(前掲10), S.6ff.; Roxin, aao.(前掲10), S.7ff. この二つは、特徴や特色の問題は、読者の側でよく述べられている(特に、Jakobs, S.44ff. やその Roxin, S.10ff. の二つは明白である)。しかし、それは、刑法の改善されたコンセンサスを法益保護において理解するためのものではない。本稿で引用された指針は、¹⁷⁾ Hassemer, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, S.379ff. を参照された。

- (12) この二つは以下の研究書から読み取るべきである。¹⁸⁾ Herbert Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Stitlichkeitselektronen, 1957; Sina, Die Dogmengeschichte des strafrechtliche Begriffs (, Rechtsgut (, 1962; Marx, Zur

- Definition des Beriffs) Rechtsgut (1972: Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz des Gesellschaft, 1972.; Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, Ansatz zu einer praxisorientierten Rechtsgutlehre, 1973.
- (13) SK-StGB (Rudolphi), Rn.1 vor 81: 批判的な分析でこの「¹⁴ Krauß, Sicherheitsstraf und Strafverteidigung, StV 1989, S.315ff. 特記S.317f.を参照せよ」。
- (14) Eser, aO. (前注13), S.375, 381, 385, 386, 394, 396; Baumann u.a., Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM), 1992, S.V; Schöch, Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug?, Gutachten C zum 59. DJT, 1992, S.C 65f. 「平和の創出」あるいは「社会的な平和の維持」を刑法の諸目的として仰々しく表現することは類似の意味を持つが、それ以上明白な意味はなさ (Pfeiffer, Täter-Opfer-Ausgleich - das Trojanische Pferd im Strafrecht?, ZRP 1992, S.338, 345)。
- (15) 印象深く繰り返された事例として、Sessar, Wiedergutmachung oder strafen?, 1992. #たPfeiffer, aO. (前注14), S.339f.; AE-WGM, aO. (前注14), S.VIを#ちMichael C. Baumann/Schröder, Das Opfer nach der Straftat - seine Erwartungen und Perspektiven, 1991, 特記二八三頁以下を参照せよ。
- (16) Kindhäuser, Sicherheitsstrafrecht, Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft, Universitas 1992, S.227. の定式化。もちろんキントナーの論稿は、引用された命題の

結論から逃れる目的を持つ。

三 国家の刑罰独占から国家刑罰権の私人化へ

自由の刑法哲学は、力の行使に対する完全なまでの懐疑である。力が犯罪行為者の側にあるのか刑罰国家の側にあるのかは、問題ではない。この哲学は、権力の行使を国家に独占させることによって、市民による力の行使を阻止しようとする。それと同時にこの哲学は、国家による独占的刑罰権の行使を厳格に法的に統制しようとする。この思想は、厳格に枠づけられた刑法を成立させる。それは、他者の自由の制圧に向けられた厳格な刑罰的反作用であり、この反作用そのものの厳格な法学的統制である。

かかる自由の刑法哲学の実践的效果が崩壊するに伴って、国家の刑罰独占もまた崩壊する。この刑罰独占は分散し、私人化される。つまり、何の矛盾もなく支配的な刑罰政策的プラグマティズムへと再編される。利益、財、法益が国家よりも私人によって効果的に保護されうるならば、私人が保護して何が悪いのだ、というのである。

私人——行為者と被害者——は、自由保障の刑法における重

料 要な登場人物である。被害者のところには、行為者による自由侵害が見られる。刑法は、行為者の自由を刑罰で侵害することを適法化する様式で、被害者の自由を侵害した行為者を処罰することによってその自由侵害を止揚する。

侵害を受けた私人がその自由に対する侵害を証言し、万一の場合には起訴強制手続を通じて国家の権力独占を要求する。

二〇世紀以降のプラグマティックで政策的な刑法は、このような様式から始めることはできない。自由侵害の純然たる証明はあまり評価されないし、起訴強制手続は衰退している。¹⁷⁾

手続において事案と法適用を共同して具体化する者としての行為者、つまり彼によって行われた自由侵害を手続的に共同して具体化する者としての行為者が表面に現れる。つまり、起訴猶予、手続打ち切り（刑事訴訟法一五三条以下）、ディヴァージョン、損害回復、行為者と被害者との和解、事案、実体法、手続法に関する訴訟取引の場合に表面に出てくる。被害者は「再発見」¹⁸⁾される。しかも、現下の秩序にとって障害となるような方法で毀損された流通可能な生活利益を所持する有権者として再発見されるのであって、自由侵害の被害者としてではない。この再発見は、押しつけられた配慮とニセの同情の雰囲気のみで行われる。それゆえ被害者が再発見された後でも、彼には自

由侵害をより正確に特定し、それを訴える権利は与えられてはおらず、インフォーマルな手続において財産上の利益を得る実上の権限が与えられているだけである。

手間暇かけて形成された「法」としての刑法は、行為者と被害者を分離し、彼等を空間面と感情面において区別した。そこには、国家の刑罰独占からの文化的進歩があった。今日では、行為者と被害者は取引の当事者として密接に引き合わされ、彼の和解が望まれている。²⁰⁾

国家の刑罰独占は、本来的な刑法に先行する半国家的な私刑法に、²¹⁾つまり輪郭も様式もない構成物に解消する。この刑法は、行為者と被害者に対して服従することを要請するがゆえに依然として強力でありながら、関係人に対して権力が否認されることを要求する。それは奇妙な状態である。この状態は、私人によるこのような力の行使が「コミュニケーションによる法発見」²²⁾と呼ばれようとも、我慢できるものにはならない。

国家の刑罰独占から国家刑罰権の私人化へのこのような道程の副次的効果は、国家から私人への刑罰権の再編において最も明瞭に示されている。刑事手続、とりわけ捜査手続において、国家の刑罰独占からのみ説明可能な権利が、私人によって益々行使されている。警察と検察は撤退し、私的な利益そのものの

保護を私人に委ねている。地方自治体は私的な秘密護衛警察を募集し、それによって有権者から身を守る。私人は、この秘密護衛警察に対しても直接的に奉仕する。国家の官職の担い手達
は、私的な救助警察と補助警察について思案することを躊躇しない。ゆえにそれは、「犯罪との闘争への市民の参加」⁽¹⁷⁾と名づけられている。隣人の保護と市民の保護は、知られている以上に普及されているかもしれない。しかもこのような私的な犯罪訴追者のすべての組織は、討論クラブなどではない。それらの組織は、正当防衛権(刑法三二条)、正当化的緊急避難による介入権(刑法三四条)と緊急逮捕権(刑事訴訟法一二七条)を束ねて強大な力にしている。その力は、支配的な刑事政策的プラグマティズムと結びつく。(自由の刑法哲学と比較すれば)それは悲しむべき事態である。刑法の私人化は、最終的に被害者と行為者の私的心情のなかに刑事政策を移動することに至る。私人化された刑法の刑事政策は、犯罪傾向のない市民に対しては犯罪の一層の忍耐を要求し、そして犯罪傾向を持つ市民に対しては自由意思に基づく(法定の制裁の適用以前の)服従を要求する。従って刑法は、社会心理学的な一大事象である。つまり潜在的な被害者は被害の準備人であり、潜在的な犯罪行為者は自己懲戒者なのである。刑法と刑事訴訟法は、依然として私

的な思考と感情のための方向指示板でしかない。

(17) Jans, Die Ausübung des Klageerzwingungsverfahrens, 1990, を参照されたこと。

(18) Neumann, Die Stellung des Opfers im Strafrecht, in: Hassener (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 1987, S.225ff.; Esz, a.o. (前注¹⁰), S.374f. ; 4-4の Luther, Wiedergutmachung - Dritte Spur im Strafrecht, NJ 1992, S.400f. は、折りにふれて検証しているので参照されたい。この問題についての最近の文献史に関する概観として Müller-Dietz, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft nach 1945, GA 1992, S.123, Anm.153.

(19) 損害回復ないし刑罰なき行為者—被害者和解をめぐる現在の議論の極端な理論・実務上の欠点のひとつは、国家的な刑罰請求の私人化がどのような行為者の場合に正当なのか、という査定の問題を無視している点にある。現在の文献においてその問題に言及している箇所は、わずしか少ない。AE-WGM (損害回復対案), a.o. (前注14), S.29f. は、一種の大胆不敵な結論において、全ての犯罪形態に対して、また重大犯罪に対しても私人化された刑事司法を許容しようとしている。私人の保護の必要性や強い公的利益にとり必要ならば、「最重大犯罪」(S.30)には制限が設けられる。それは、殺人、自由剥奪、強姦の陳腐化である。背後者が存在するために免責され、もう二度と殺人を行わないと社会に忠誠を誓い、しかも(政治的に動機づけられた行為の場合には滅多にはないのだが)少なくとも公

衆の一部の理解をあてにできる故殺者は、難無く無罪にされるであろうし、どのみち刑罰の明白な軽減を期待することができる。それは、刑法の完全なアカデミズム化であり、情緒面での無味乾燥化である。Schöckh, aaO. (前注14), S. 374ff.; AB-WGM (損害回復対案) に与して、重大犯罪の場合に「被害者に対する期待可能性」という附加的な基準のみを解説してゐる (S. 374)。このカテゴリーは、個人に対する重大な犯罪行為の被害者が規則としての損害回復行為者―被害者和解に強制的に原理的に従い、ただ例外的に(その場合、被害者には理由を明らかにする義務がある)この強制から解放されることを明らかにしている。このような見解が外国人敵対的な放火の被害者である外国人に対して適用されるなら、茶番劇にしかならない。損害回復と行為者―被害者和解は、旧連邦共和国の四〇年に渡る穩健な刑事政策の所産である。それには、一九八九年以降変化した状況を論ずることはできない。Sensar, aaO. (前注15), S. 113ff. 180., 231の経験的に基礎づけられた叙述から明らかなのは、人に対する重大な暴力犯罪の場合に、「刑罰なき損害回復」が限界に達していることである。全ての犯罪行為を損害回復および行為者―被害者和解のコンセプトに含ませることに固執することも、またおそらく学問上の完全主義ではないこと。AB-WGM (損害回復対案) は、つまりシェヒトゼサールの著作は、すでに常に学問上の(つまり大学の講座と省庁の)刑事政策の対象であった行為者グループにのみ基づいて事態を扱っている。それは小物、場合によっては平均的な犯罪行為者であつて、権力的な政治家、叛逆者、権力的組織を背景にしな

から政治的動機を持ち、組織され、経済的に影響力を行使する行為者ではない。行為者―被害者和解における壁の射手など考えられず、おそらくあつてはならない。例えば兵器統制法二〇条(生物化学兵器の開発)に違反した行為者の場合もまた同様である。侵害性のない行為者には、(民事法上の綿密に組織された損害賠償を伴つた)有効な非犯罪化が適切であろう。権力的な行為者はその場合、刑事政策の完全な利益を受けることができるであろう。Jäger, Makrokriminalität, 1989, S. 111ff. および Schütler-Springorum, Kriminalpolitik für Menschen, 1991, S. 235ff. を参照されたい。

(20) 刑法について意見を述べる者は全て、その場合に学問的に確實な経験的知識だけでなく、犯罪行為と処罰について自らも経験している。損害回復と行為者―被害者和解の起草者が犯罪についてどのような経験をしたのか、という問題を除外してはならない。おそらく彼等は、あまり犯罪の被害者にはならないこの国の市民の小さな集団に属しているのであろう。刑罰なき損害回復と行為者―被害者和解について議論された時期に、私は、二件の単純窃盗(起こりうる朝刊の窃盗などは問題にはならない)、住居侵入(故意の)器物損壊、種々の名譽毀損(例えば、「お前は、学問的に育成されたナチ野郎だ」、道路交通上の数多くの強要行為を意識していた。これらの犯罪の場合には、すべて非犯罪化が事実上行われる。現実これらに則して告訴や告発を行わないことです)、単純窃盗、名譽毀損、器物損壊と強要を非犯罪化する。警察は、住居侵入を真剣に追及せずに非犯罪化する。人は、被侵害者としてそれに適応することができ、平板

で実際のな非犯罪化およびその国家的・刑罰論的効果の実験に参与する観察者になる。私には、行為者を集中的に捜索し、それから損害回復を強制する、あるいは行為者―被害者和解の品のないドラマにおいてある役割を演じる警察や社会的仲裁人の要求を調整することなどできない。財産的損害は、主要には保険でカバーされている。損害回復請求は、不相当なものである。しかし私への根本的な損害については、つまり私の財物の状態と私の日常の組織と(他人の自由と配慮しながら)自ら決定する私の意思への侵入による私の自由の制圧については、現金によるまたは穏やかな感情による行為者―被害者和解などない。現代の刑法が自由への侵害をもちや処罰できないか、または処罰しようとしないのであれば、その時は刑法の改革のために、むしろ何もすべきではないであろう。

(21) 私は、行為者―被害者和解の評価を下げるためにこの表現を利用している。in: NK 2/1990, S.14 = Senator für Justiz und Verfassung der Freien Hansestadt Bremen (Hrsg.), Täter-Opfer-Ausgleich und Opferhilfe im Land Bremen, 1990, S.59. ヴォルター (in: Grundfragen des Jugendkriminalrechts und seiner Neuregelung, 1992, S.23 Anm.43) は、この表現を適切である、しかも積極的に適切であると見做している。より厳密にいうならば、それは現下の刑法発展に関する評価の相違をあまり明確にはできない。国家刑法の私人化の理論的諸問題に関する概観については、Jung, Art.) Private Verbrechenkontrolle (, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3.Aufl., 1993, S.404ff.

(22) Pfeiffer, aaO. (前注14), S.338, 340, 343.

(23) 連邦共和国における大政党の公的要求については、Die Welt vom 30.09.1992を参照されたい。様々な政党にある類似の要求は、一九九二年夏の以下の新聞において収集された。Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 14.08.1991; Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 16.07.1992. 一九六三年六月一八日のバーデン・ヴュルテムベルクにおける自由意思に基づく警察職務に関する法律 (Gesetzblatt für Baden-Württemberg 1963, 75) が、これに関係する。

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

この重点の変遷は、おそらく最も重大なものである。しかしそれはすでに記した重点変遷の一部分に過ぎない。

(a) 啓蒙期と啓蒙期直後の刑法は、狭義の犯罪概念しか知らない。当罰的不法は、自由侵害である。そこから凝縮された犯罪法が生成する。その法は、人の自由および共同体への重大な不法に対する応報に限定される。具体的には、犯罪法は、人身と自由と財産への暴力犯罪と個人的自由の基礎つまり国家と社会

料の暴力的不安定化とに対する応報をその管轄と見做す。公共体

資で認められるであろうその他の全ての制裁の必要性は、このコンセプトによれば警察法に属する。この警察法は危険を防止することが許されるが、それ以上のものではない。刑事政策家であるフォイエルバハは、この関係において哲学者であるカントと同じことを考えている。⁽²⁴⁾ その範囲内での不法に対するこの限

定的な応報は、厳格であり、最初から過酷である。法治国家刑法は、この過酷さの憲法として発展する。法治国家刑法は、刑法における自由の憲法である。繰り返すと、行為者に対する被害者の自由の憲法であり、そして国家に対する行為者の自由の憲法である。このような法治国家刑法は、行為者に対する過酷さを引き下げる傾向を持つ。

(b) このような法治国家刑法は、一九世紀に拡張する。その刑法は特別刑法にその管轄を拡大させる。ほんの一例を挙げると、軍刑法、営業刑法、初期の交通刑法がそれである。それは、一貫して些細なものを内容としている。違警罪がそうである。⁽²⁵⁾ しかし刑法は、このように拡張しながらも、不法に対する統一的な応報、つまり自由のための法治国家刑法であり続けようとする。

一九世紀末のドイツ刑法の構成は、明確性によってこれを徹底する努力を示している。刑法、刑事訴訟法と刑事裁判所構成法は、不法に対する政治的に独立した応報の法学的で精巧な包括的体系を形作る。

しかしすでに特別刑法のなかに亀裂がある。一九世紀後半の政治的反対派——この場合は社会民主主義——に対する刑法は、過酷な警察的抑圧であり、法治国家的な配慮のない刑法を定式化している。⁽²⁶⁾ 一九世紀からの植民地刑法は、法治国家刑法とはもはや何の関係もない。⁽²⁷⁾ しかもそれは、全ヨーロッパ的現象になっている。法治国家の簡易刑法から改めて可能な限り早急に脱却しようとしている。⁽²⁸⁾

(c) もうひとつの刑法への移行は、フォン・リストの一八八二年の論稿「刑法における目的思想」によって明らかにされる。⁽²⁹⁾ このもうひとつの刑法は、明らかに新しい枠組を持っている。⁽³⁰⁾ 全ての刑法の起源および目的である自由の代わりに、将来の状況の安定化に対する社会的利益が出現する。当罰的行為としての不法の代わりに、社会侵害の態度、利益侵害、誤って解決された紛争、危険の多い態度または阻まれた生存配慮が出現する。⁽³¹⁾ 応報としての刑罰の代わりに、予防としての細分化された反作

刑法における重点の変遷 (一)

用が出現する。不法に対する応報から危険の予防へ、である。⁽⁸⁾
予防は、不法の現在性、例えば人間に対する暴力または欺罔の故意の行使の現在性から始めない。予防は、不明確な将来の利益に、例えば暴力が行われないことの利益に向けられる。この将来が現在になり、暴力が行われようとも、不法の現在性としてこの暴力の現在性は、改めて刑法上の関心事にはならない。予防の刑法は、現在における不法の確実な特定から、現在と将来の間にある、つまり厳格性と予見性の間にある不確実な遊泳へと移行する。

この重点の変更の結果は、重大である。

(aa) その刑法は、明確な限界なしに拡張する。刑法的反作用を發動するための社会的利益に基づく方向づけは、益々多くの刑法を作り出す。中核刑法は、とりわけ財産刑法、経済刑法、国家保護刑法、交通刑法および環境保護刑法によって拡張している。それは、可罰性をかなり前倒ししている。具体的危険化犯特に抽象的危険化犯は、犯罪行為のプロトタイプになっている。⁽⁹⁾ 刑事訴訟法がその後続く。可罰性の前倒しは、「前置値⁽¹⁰⁾」を要求する。刑事訴訟における強制手段は、実体刑法に对应して倍増し、転倒されざるをえない。ドイツ刑事訴訟法につ

いて確認されているのは、刑事訴訟上の強制手段の数が一八七七年から一九九二年までに一〇から二五に増加し、この強制手段が応報ではなく予防を指針にする傾向が益々強まっていることである。⁽¹¹⁾ 全捜査手続は、正しく考えられた応報の準備をもちや指針にはせず、予防のために独自に貢献するようになる。捜査手続は、刑事手続の最重要の部分になる。一九世紀には刑事訴訟法学の最大の関心の対象であった公判手続は、ますます刑事訴訟の二義的な事柄になっている。公判手続は、予防にはあまり貢献しないのである。

(bb) 予防刑法の法律効果は細分化され、不明確で予測不可能なものになる。その重点は、当罰的不法に対する法学的に深く洞察され統制された法律効果から、紛争上の危険な態度から導出される結論としての行政的な社会的作業へと移行する。⁽¹²⁾ 処分は、新しい刑法と気の合う反作用である。それは、いたるところで採用されている。しかも「刑罰」の用語が維持されているところでは、この「さらなる刑罰」が、処分によって着色されていることは明らかである。しばしば適用される罰金刑は、今日では一般予防的処分⁽¹³⁾であり、逸脱に対する料金である。

(cc) 予防的反作用は古い刑法をずっと前に破壊した。刑法の限界は、曖昧にされている。秩序違反法と刑法は、互換可能である。あれこれの法分野が利用される際の諸原理は、認識される必要はない。⁽⁹⁸⁾しかし予防的な犯罪闘争は、刑法と秩序違反法の限界をもともに踏み越える。犯罪行為の予防は、新しい警察の任務であるとして警察法に採り入れられる。「事前の犯罪闘争」は、ドイツの諸ラントの警察法においては、当たり前のように警察の任務として取り交わされる。しかし「事前の犯罪闘争」は、予防の言い換えに過ぎない。刑法と警察法との間にはもはや何の区別もない。⁽⁹⁹⁾特に警察法と刑事訴訟法の強制手段は、ますます類似したものになり、そうこうするうちに合算される。

理論的には、それは驚くべきことではない。刑法と警察法は、現時点でのその自己理解に基づいて、同じ目的に、つまり危険の予防、国内の治安の強化に奉仕する。その場合、「刑法と警察法」の規則群は、採石場と同じように利用され、事件の進行の必要に応じて破片が取り出される。この過程において、警察法は明らかに突出した部分を持っている。警察法は比較的柔軟であり、そのことは「国際的な犯罪闘争」という発展しつつある新しい法領域において明白である。この領域は、(法治国家の諸原理に基づけば、「本来的には」)刑法であるはずなのに)

刑法ではなく、警察法において生成している。民事法は、予防の補償または予防の強化としてずっと以前から確認されている。⁽¹⁰⁰⁾

しかし予防的な行動、つまり予防的な犯罪闘争は、法的に制度化された領域からすら離れている。連邦共和国では、「予防委員会」が、犯罪闘争論という大地から芽を吹き出した雨後の筍のように生長している。この予防委員会は、私人による市民防衛の公法上の一変種である。この予防委員会は、警察でも刑事司法でもなく、しかも単なる私的社団でもない。それは警察と刑事司法の補完物であり、犯罪の根源をその周辺で非官僚主義的に捜し出し、その根源の根絶に協力する委員会である。予防委員会は、今まで制限を設けられなかった市民的自由の領域において、法原則なしに活動する。ヘッセンでは、そのような予防委員会がラントと地方自治体レベルで設置されている。その委員会は、司法、警察、行政と私的分野での予防に関する全体の理解が包括されるように構成されている。⁽¹⁰¹⁾おそらくそれは、法治国家の刑事訴訟を持たない予防的な犯罪行政の理念像であろう。

(d)しかし明らかのように、この拡張した予防は度が過ぎてい

る。それはひとつの目的（逸脱がゼロになるまでの社会的統制）を追求するのであるが、その目的は、これまでいかなる制裁法をも消滅させえなかつたし、予防的な犯罪予防の全領域を消滅させえないこともまた明らかである。

従つて我々は、最も驚くべき事象の証人になる。予防を拡大し、子どもから老人までの全生活領域を包括するために、刑法各則が拡張され、刑事訴追制度が拡大される。しかも同時に、芽を出している拡張された道具は予防の放棄を可能にし、それを組織化する。予防の拡大と予防の放棄は、一体のものである。⁽⁴⁶⁾

全ヨーロッパで普及している手段で、予防を拡大する一方で予防を放棄するための道具に包摂される手段だけを列挙する。事前の犯罪闘争における警察法上の裁量原理、秩序違反法における便宜主義原理（秩序違反法四七条一項）、少年刑法と成人刑法におけるディヴァージョン、捜査手続から上告までの刑事手続における起訴猶予と手続打ち切り（刑事訴訟法一五三条以下）、刑事訴訟上もはや外しえない取引、刑罰の執行を猶予する可能性を伴つた刑法各則と特別刑法の諸規定との交差（それは国家保護犯罪および環境保護犯罪に対して適用される）⁽⁴⁶⁾がそれである。各則の状況は、可罰性と不可罰性の間にはもはや確固たる限界が存在しないことを示している。可能性と必要性に基づい

てなされる予防には、そのような限界をあれこれできない。このことが可罰性の要件に対して意味しているのは、責任あり責任なしの対抗がもはや妥当しないということである。今では、「半責任」というものが存在するが、半責任を負う者はその効果をはほとんど予測できない。⁽⁴⁷⁾

(e)この章をしめくくるにあたって、もうひとつの考察を付け加えよう。刑事政策において私人化されると同時に拡大され、そして再び制限される予防のこのような道程は、一九八九年までの旧連邦共和国の刑事政策と一九八九年までの旧東独の刑事政策の一部の単なる継続にとどまらないものかどうかが論じられなければならない。社会主義陣営の崩壊による大規模な諸変化の一部分としての再統一は、刑法をも捉えざるをえなかつたし、現に捉えた。発生しているのは、ドイツ連邦共和国とドイツ民主共和国の四〇年来の道具性ではほとんど制することのできない新しい問題である。政党および国家の不法は、この問題のひとつである。滑稽なことを我慢しさえすれば、その問題を私人化された刑事政策に対応させることができる。かつて監禁された者、傷を負わされた者、脅迫された者と行為者―被害者の和解をする独裁者ホーネッカーが想起される。その場合に分

料

資

かることは、我々が一九八九年以降生活している政治的時代とは別の時代の行為者―被害者和解が拘束力を持っているということである。しかし、旧東独の国家不法と世界中の他の地域で認識しうる国家不法を気品良くかつ法治国家的に明瞭に処理することが困難なことは、旧連邦共和国とそれが属していた時代の政策的雰囲気から発生した刑事政策的思考形式を放棄する準備ができていないこととまさに結びついている。自らを小物と考える者は、現下の刑事政策的道具性によって十分に包囲されるが、それに対して人権を軽視する大小の政治家はそうではない。⁽⁴⁸⁾ 現下の刑事政策的道具性は、政治的影響を持つ個人犯罪と国家犯罪に対しては機能しない。「可罰的な政治」というテーマは、(小額の窃盗の場合の「行為者―被害者和解」というテーマに比べて)軽視されているのである。しかしながら、効果的な非犯罪化の代わりに行為者―被害者和解や損害回復がもはや導入されないのかどうかという問題よりも、国家による人権侵害に判決を下すための世界刑事裁判所の設立が可能かどうかという問題⁽⁴⁹⁾の方が、現代の刑法学上の問題をより正確に特徴づけている。

(24) フォイエルバハの犯罪行為概念に関して、Maler-Weigt,

Der materiale Rechts- und Verbrechenbegriff von der französischen Aufklärung bis zur Restauration, 1987, S.83ff. 244ff. Naucke, Zu Feuerbachs Straftatbegriff, in: Wissenschaftliche Zeitschrift der Friedrich-Schiller-Universität, Gesellschaftswissenschaftliche Reihe, 1984, S.479ff. カントの犯罪行為概念に関して、Kühl, Naturrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens, in: Festschrift für Spandel, 1992, S.75ff.; E.A. Wolff, Die Abgrenzung von Kriminalrecht zu anderen Unrechtsformen, in: Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 1987, 特25, 162ff.

(25) その経過を近時の議論をおごつてまとめたのは、Helmmuth Mayer, Das Strafrecht des deutschen Volkes, 1936, S.53ff.; Helmmuth Mayer, Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962, S.37ff, 57ff. が最初である。この見地の継続的影響を叙及するのは、Müller-Dietz, Aspekte und Konzepte der Strafrechtsbegrenzung, in: Festschrift für Rudolf Schmitt, 1992, S.95ff. 底細なものに関する展開の証明として、Naucke, Gutachten D zum 51. Deutschen Juristentag, 1976, S.D. 19ff. を参照された。

(26) 一八七八年(一月二日)「社会民主主義の公共危険的な企図に対する法律」は、繰り返し改定されている。個々の問題について、Naucke, NS-Strafrecht: Perversion oder Anwendung moderner Kriminalpolitik?, RJ 1992, S.286. を参照された。

(27) 個々の問題については、Naucke, Deutsches Kolonialstraf-

- recht 1886-1918, in: RJ 1988, S.297ff. 464 v. Trotha, Zur Entstehung von Recht, Deutsche Kolonialherrschaft und Recht im Schutzgebiet Togo (1884-1914, in: RJ 1988, S. 317ff. 424 v. Trotha, Die Herausbildung und Entwicklung des Jugendkriminalrechts und seiner Neuregelung, 1992, 華大 S.185ff.; Hartenbauer, Europäische Rechtsgeschichte, 1992, S.640ff.
- (28) 々の経過を概観するものとして Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902; Mattes, Untersuchungen zur Lehre von der Ordnungswidrigkeit, 1. Halbband, 1977, 4 の縮訳をのりて Gähler, OWiG, 10. Aufl., 1992, Rn.1ff. vor §1.
- (29) 一九世紀においてすでに法治国家刑法が「もうひとつの刑法」を、ほとんど法治国家的ではない刑法を、現下の政治的欲望に拘束された刑法を同伴していなかっただかどうかがこの刑法史の最重要の問題のひとつは、一九世紀に端を発する。法治国家的な応報とあまり法治国家的ではない予防は、おそらく刑法に對して刑事政策的に向けられた統一的な視点の変形に過ぎない。この点に關しては Frommel, Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion, 1987; Helga Müller, Der Begriff der Generalprävention im 19. Jahrhundert, 1984. を参照されたい。特に、応報論者でもあるコンメンタールの刑事政策上の目的依存性に關しては Naudke, in: NS-Recht in historischer Perspektive, 1981, S.97f. 424 Westphalen, Karl Binding (1841-1920), 1989, S.475ff.
- (30) それを同様に論ずるものとして Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtsplege, 3. Aufl., 1965, S.357ff.; Rüping, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 2. Aufl., 1991, S.88; Roxin, Franz v. Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs, ZStW 81 (1969), S.611ff.; Naudke, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms, ZStW 94 (1982), S.525ff.; Frisch, Das Marburger Programm und die Maßregel der Sicherung und Verringerung, ZStW 94 (1982), S.565ff.; Frommel, aaO. (Anm.29), S.17ff., 65ff., 115ff.
- (31) 社会被害的態度、平和の攪乱、利益侵害、国内的治安の危険化、紛争の誤った解決、危険の多い態度、あるいは生存配慮の攪乱もまた、すべて「当罰的不法」と呼ばれていたもののあるとした態度に對して今なき(一貫せず)用いられていたことと、とにかく奇異なことである。例えば Pfeiffer, aaO. (前注14), S.338, を参照されたい。「刑法による生存配慮」という定式化は Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991, の批評を視て田中を²⁰。
- (32) Herzog, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, 1987, を参照されたい。
- (33) Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld von Rechtsgutsverletzungen, ZStW 87 (1985), S.751ff.; Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989; Graul, Abstrakte Gefährdungsdelikte

料

und Präsumtionen im Strafrecht, 1991.

- (34) Weßlau, Vorfelddermittlungen, Probleme der Legalisierung) vorbeugender Verbrechensbekämpfung (aus strafprozessualer Sicht, 1989.

資

- (35) König, Die Entwicklung der strafprozessualen Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren seit 1877, Tendenzen zur Verpolizeichung des Ermittlungsverfahrens durch präventiv ausgerichtete Zwangsbefugnisse, 1993.

- (36) 彼の主線は、Stollens, Strafrecht und Sozialrecht, Zeitschrift für Sozialreform, 1979, S.261ff. に於て定式化されていゝ。損害回復の行為者―被害者和解は、民法法や行政法には結びつけられず、国家的または私的な仲裁人によつて運用されるものであり、この主線の最新の刻印である。

- (37) それは、罰金刑が「代替可能」なものであるかという問題の論究から確実に把握できる。もちろん罰金刑は、応報的ではないが「予防的」に作用しさえすればよいのであつて、第三者が代わりにそれを支払おうとも罰金刑は罰金刑である。Noack, Ist die Mitwirkung Dritter bei der Bezahlung fremder Geldstrafen als Strafvereitelung gem. §258 Abs. 2 StGB anzusehen?, Diss., Frankfurt am Main, 1978, 特ニ S. 113ff. を参照されたい。司法の明確な判断については BGH MDR 1991, S.268.

- (38) 秩序違反法一条一項は、ある態度が秩序違反行為であるか犯罪行為であるかは実定法の規定からのみ把握される、という法理論的に広範に影響をおよぼす方針を一貫して内容としてい

- る。それは、立法者が原則なしに行動するための刺激である。例として、§ 1 Abs.4 HSOG; Art.11 Abs.2 BayPAG; § 1 Abs.1, PolG NW; § 2 Abs.1 SOG-LSA などについてある種の概論に關して批判的に行はざるものとして、Raachor, Vorbeugende Strafatenbekämpfung und Kriminalakten, 1989, 特ニ S.5ff., 31ff., 38ff.

- (40) Deminger in: Liskens/Deminger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 1992, S.161 Rn.139. 警察法に刑事手続法の法治国家的解釈と適用がもたらす不可能であるがゆゑに、予防と応報の区別を維持しなければならないことと、ほゞ全く懇願しながら主張している。しかし、この「しなければならない」ことの根拠づけは、区別の核心が失われていることを示している。モニングガーは、予防される法益侵害に現に発生した法益侵害に応じて予防と応報を区別しようとする。しかし現下の刑法は、予期される法益侵害を特に危殆化犯の形態で取り込み、そして現に発生した法益侵害を将来において予期される法益侵害の可能な徴憑として把握しているのである。警察法に刑法つまり応報と予防は、法益侵害原理からいへばはや分離されたい。

- (41) König, aaO. (Anm.35).
- (42) 概観上は、Endres, Internationale Verbrechensbekämpfung, 1991 に於ての Bundeskriminalamt Wiesbaden (Hrsg.), Verbrechensbekämpfung in europäischer Dimension, BKA-Vortragsreihe, Bd.37, 1992. 警察による国際的な犯罪闘争のなかに全ヨーロッパ、刑法の将来がある。異なる見解をよめるものとして、Bottke, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft,

1992がある。彼は、「作為と不作為における正犯の構造」を「全ヨーロッパの刑法体系の構成要素」と見做している。それに対して、刑法理論的になごに明らかにされねばならない【Titel III】*Polizei und Sicherheit*（*des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 19.06.1990*（*Bundesanzeiger* 1990, Nr.217 a, S.10ff.）を参照されたい。特に同協定四〇条七項、四一条四項では、中核刑法の明確な概念が入念に作り上げられている。

- (43) 刑法上の諸問題が民事法においてどの程度解決されるかという問題に関する最近の議論の端緒は、Hellmuth Mayer, *Strafrechtsreform für heute und morgen*, 1962, S.64f.および Hellmer, *Zur Bedeutung der neuen Schmerzensgeldrechtsprechung für Strafrecht*, *Festschrift für Hellmuth Mayer*, 1966, S.665ff.の提案である。その議論は、Arzt u.a., *Entwurf eines Gesetzes gegen Landendiebstahl*, 1974,特にS.9f.に於いて明らかにブラグマティックに先鋭化される。原則的なものとして結局のついで、Lüderssen, *Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs*, 1989, S.37ff.

- (44) ハッセンの予防委員会に所属しているのは、司法、内務、少年、労働および建設の諸省の構成員と民間人である。委員会の目的は、効果的な刑事政策による犯罪行為からの予防的な保護である。同委員会は、行為の開始以前に潜在的な犯罪者にすでに行為を断念させるために、犯罪の前置において措置をとることを認める（ハッセン司法大臣の発表に関する一九九二年六月二十七日付『フランクフルター・アルゲマイネ』の報道およびハッ

セン予防委員会の作業開始に関する一九九二年一月二八日付『フランクフルター・アルゲマイネ』の報道）。ダルムシュタット市予防委員会に所属しているのは、民生局、住宅局、少年保護局、交通局の代表者と警察署長である。同委員会の目的は、犯罪原因を解明し根絶することによる犯罪行為との闘争である（一九九二年七月一〇日付『フランクフルター・アルゲマイネ』

の同予防委員会の発足に関する報道）。それ以外の予防委員会は、ギーセンで発足されている（一九九二年一月一六日付『フランクフルター・ルントシャウ』。オッフエンバハおよびラインガウ・タウヌス区は、予防委員会を組織している。同予防委員会は、政党政治の議論において要求された、犯罪予防の議論のための「円卓会議」と同じ性質のものである（in: *»Innere Sicherheit*（*Thesen der CDU Hessen, herausgegeben von der CDU Hessen, August 1992, S.2*）。*»Innenministerium・Kriminalprävention*の模範文書は、Northoff, *Schubkraft für die Kriminalprävention*, ZRP 1991, S.229f.

- (45) オステンドルフによって編集された『シテレーヴィッチ・ホルシュタイン検事局一二五年記念論文集 刑事訴訟と執行権予（一九九二年）』の表題は、証言力がある。「刑事訴訟と執行権予」つまり或るものは他のものなしにはもはや論じられない。それは、現代の法学的な共生である。同論文集の表題に関する編集者の解説の八頁以下を参照されたい。

- (46) 例えば、刑法八三条 a、三三〇条 b がそうである。個別的に ¹⁴⁷ Nautke, *Auf der Grenze zwischen Strafbarkeit und Straflosigkeit*, Jura 1979, S.426ff. を参照されたい。具体的

な訴訟において処罰可能性から処罰不可能性へと移行する可能性を伴って刑法が拡大する規模は、Rüdiger Schäfer, Die Privilegierung des freiwilligen Straftäters (Verhaltens des Delinquenten nach formell vollender Straftat, 1992, 104)で述べられている。この規模を目的の当たりにすれば、構成要件該当性、違法性、有責性に方向づけられた解釈論は、すべて以前から刑罰を軽視した解釈論に移行していたといえよう。その解釈論は、時代遅れである。何故なら、その素材（国民国家の刑法典という限界づけられた刑法）が時代遅れだからである。

(47) 無制限な予防理論を定式化しながら、同時にビンディング流の帰属論を論じ続けることは、刑法総論の教科書で行われているように矛盾している。可罰性の諸条件を議論する場合、予防と非公式の弁済には不明確性と便宜主義が利用される。客観的帰属と主観的帰属の厳密な概念、すなわち広範囲に渡る予防提案と並んで入手される概念は、上告手続に役立つ。もちろんその手続は、益々重要ではなくなりつつあるのだが (Naucke, Der Revisionsrichter in Strafsachen, in: Benmann - Herg, Der Richter in Strafsachen, 1992, S.107ff.)。刑法にせよ現下の重点の変遷が狙っているのは、捜査手続の強化と、正式の刑事手続と並んで非公式の弁済技術を創出することである。新しい重点では、厳密な帰属概念は用いられず、包括的な帰属で済ましている。行為者―被害者和解において微妙な義務違反関係を審査することは、合理的ではないであろう。これに対して異なる見解を占めるのは、リューダーセンである (包括的なものを含む) Kriminologie, Einführung in die Probleme, 1984, S.

155ff.)。彼は、予防と厳格な帰属基準の結合が歴史的状況の慎重な識別からしか結論づけられないことを認めている (aaO, S.154)。その慎重な識別が現実の刑事立法と刑事実務において技術的瑕疵であると指摘されているのは、ただ刑事訴訟法一五三条以下の領域においてだけである。

(48) Herbert Jäger, Makrocriminalität, 1989, S.11, 210ff.。分析と研究もまた同じように刑事学の研究状況に基づいている。国際連合内部での論議の状況に関しては、トムスカート議長の下で作られた Report of the International Law Commission der UN (über die 44. Sitzung der Kommission), UN, New York, april II - IV 1989, Annex (Report of the Working Group on the questions of an International Criminal Jurisdiction) を参照されたい。Graefrath, Die Verhandlungen der UN-Völkerrechtskommission zur Schaffung eines Internationalen Strafgerichts, ZStW 104 (1992), S.190ff. を参照されたい。連邦共和国にわたる議論の状況に關して Bericht des Bundesjustizministerium, in:) recht, Informationen des Bundesministeriums der Justiz, 1992, S.60.