

ライナー・ツァツィック 体系的な刑法の必然性 : 更に, 「断片的な刑法」の概念について

著者	飯島 暢
雑誌名	関西大学法学論集
巻	62
号	6
ページ	2557-2582
発行年	2013-03-10
その他のタイトル	Rainer Zaczyk, Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts Zugleich zum Begriff "fragmentarisches Strafrecht"
URL	http://hdl.handle.net/10112/7736

ライナー・ツァツィック 体系的な刑法の必然性

—更に、「断片的な刑法」の概念について*—

飯島 暢(訳)

目 次

- I. 導 入
- II. 体系的な刑法
- III. 「断片的な刑法」の概念について

I. 導 入

カール・ビンディングは、1902年に彼の刑法各論第1巻の2版で初めて、「全ての刑法典 (alle Strafgesetze) の断片的な性格」について言及したが¹⁾、それは批判的な意図の下でなされたものであった。ビンディングは、立法者に対して、本質的に機会的な法律しか公布していないと非難したのである。「誰も方法論に基づいた作業を殆ど行っていない。日常生活の波を通じて、起草者 (つまり、刑事立法者) の足下がある諸行為によって洗われるときに、起草者は、相容れないことを理由に当該の諸行為を犯罪構成要件へと高めるために、それらが無造作に取り上げるのである。(……) その者が体系的に作業を行うことは決してない」²⁾。ビンディングによれば、刑法は、法の保護を与えるという目的を有しており、それは断片的ではない、体系的な措置を行うことを必要と

* 本稿は、著者が2011年6月24日にライプツヒで開催された刑法学会において行った講演の原稿に注を付したものである。講演の形でなされたことに基づく思考の進め方は本稿でも維持されているが、講演に特有の口語的な表現は改めてある。

1) *Binding*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1902 (Nachdruck 1997), S. 20 (強調はライナー・ツァツィックによる)。第1版 (1896年) では、まだこのような表現は用いられていなかった。第2版でのビンディングの新たな構想については、*Westphalen*, Karl Binding (1841-1920), 1989, S. 327 における注釈を見よ。

2) *Binding* (Anm. 1).

する。ビンディングは、自らについて、間隙を埋めるための類推に対して好意的であると公言しており³⁾、——一例を挙げれば——刑法旧246条を修正的な形で解釈することに何の困難さも認めなかったのである⁴⁾。

しかし、「全ての刑法典の断片的な性格」という標語がひとたび世に現れてから以降は、その用いられ方からもわかるように、この標語は、奇妙な形での意味の変遷をたどることになった。というのも、今日ではいわば一般的に刑法 (Strafrecht) の断片的な性格或いは断片的な本性 (Natur) について言及がなされているからである⁵⁾。ビンディングによってかつて批判的に主張されていたものが、刑法に関わる特定の質 (Qualität) にまで高められ、更には「本性」という言葉を通じて、何か前置されるべき事柄であるかのように表されているのである。刑法における断片性がいまや特別な質として理解されていることには、互いに依拠しあう二つの根拠がある。まず、これにより刑法は自らを抑制する強制として立ち現れることになるからである。全ての人間的な活動の不完全性に鑑みて、刑法は完全さを不当に掲げるべきではないとされている⁶⁾。次に、このような方法で刑法は、自己の働き (Wirkung) を高めるからである。つまり、刑法が、選び出された攻撃並びに侵害の態様のみを処罰するという賢慮に基づく制限を通じて、名目上の本来的な目的である法益の保護に特別な力 (Kraft) を付与することによってである⁷⁾。だが、「断片的」という文言が消極的或いは肯定的に捉えられるかは、重要ではない。——どちらの見解も、刑罰による強制それ自体はどのようにして法的に基礎づけられ得るのか、という本来は根底に置かれるべき問題について何も語るものではないのである。

3) *Binding* (Anm. 1), S. 21.

4) *Binding* (Anm. 1), S. 275.

5) 表現のバリエーションについては、例えば *Mairwald*, Festschrift für Maurach, 1972, S. 9; *Braum*, Europäische Strafgesetzmäßigkeit, 2003, S. 431f.; *Haas*, in: *Momsen/Bloy/Rackow* (Hrsg.), Fragmentarisches Strafrecht, 2003, S. 145; *Hefendehl*, JA 2011, S. 401; *Kühl*, Festschrift für Tiedemann, S. 29 ff.; *Prittwitz*, StV 1991, S. 435, 437; *ders.*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, S. 387; *Tiedemann*, Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht, z.B. S. 136, 168, 171, 258.

6) これについては、例えば *Mairwald* (Anm. 5), S. 21 ff.

7) この点は、刑法を「ウルティマ・ラティオ」として捉える思想としばしば結び付いている。例えば、*Prittwitz*, StV 1995, S. 391f., 405 (但し、「断片的な性格」には批判的である) を見よ。

体系的な刑法の必然性

このように問題点を広げることによって、本稿が掲げるテーゼも導き出されてくる。つまり、断片的ではなく、体系的に執り行われる刑法のみが、法の概念にとって十分なものとなり得るのである。従って、刑法は全ての法と同様に、体系性とは異なる形では全く想定され得ないということが基礎づけられるべきである⁸⁾。このような場合にのみ、政策に対する単なる助言に留まらずに学問としての荣誉に値する⁹⁾、刑法に関する学 (Wissenschaft vom Strafrecht) も可能になる。その際に、「体系」は、理論的な構成物ではなく、人間的な自由という中心となる原理から導き出される基礎づけの連関として理解される。但し、本稿の最後では、体系的な刑法の下においても、断片性の概念が——いずれにせよ、制限的な——正当性を有する点が示されることになるであろう。上記のテーゼの基礎づけをこれから行っていくが、誤解を避けるために、次の点は当然であることをあらかじめ明示しておく。つまり、本稿の思考過程は、全ての者が処罰されなければならないというような馬鹿げた結論に至るものではない。

Ⅱ. 体系的な刑法

1. 刑法と生の現実性 (Lebenswirklichkeit)

刑法は必然的に体系的でなければならないとするテーゼが基礎づけられるべき場合に、このような高度に抽象的なテーマには、同様に高度に抽象的な概念の次元で取り掛かることが当然であるように思われてくる。しかし、本稿ではそのような手続きを踏まない。法に関する基本的な問いを取り扱う際に、法学は、そこでなされるべき様々な考慮にとって計り知れない利点を示すものであるが、同時に負担としても表される。法は、現実性の中へと移し替えられることを通じて、常に直観的 (anschaulich) な、更に言えば、経験的な側面も有するのである。法は人間に関わる生の現実性において自己を維持しなければならず、人間による洞察を前にして持ちこたえなければならない。そして、専らそれ故に人間との関係で答責可能なものとなり得るのである。法学者は、極端な事態を前にするとき、この点を必然的には守らないのかもしれない。しかし、それでも法

8) 差し当たり、Köhler, in: Karsten Schmidt (Hrsg.), Vielfalt des Rechts - Einheit der Rechtsordnung?, 1994, S. 61 ff., 61 並びに ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 65 ff. を参照。

9) この点に関しては、今日に至るまでに見受けられた多くの印象深い具体例を挙げることができるが、その一つがドイツ刑法学の黎明期に存在した。つまり、P. J. A. フォイエルバッハの Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Erster Teil 1799, Zweiter Teil 1800 である。

的な基礎づけ、或いは何が法における答責の対象として与えられ得るのかということに関する十分な試金石となるのである。そこで、これから論じていくに先立って、まずここでは、上記の点に関する直観的な〔目に見える形での：訳者記す〕事象を挙げるべきである。問題となるのは、自由刑の有罪判決を受けた者が自己の刑に服し、刑務官（Vollzugsbediensteter）によって最初に独房へ入れられた瞬間（Moment）である。これは、刑法学者が刑法総論と各論、刑事訴訟法、そして残念ながら非常にわずかにしかなされない行刑法¹⁰⁾の講義の際に語る事柄の全てがその現実的な終点に至る瞬間である。語られる事柄の全てがここでは終わりを迎える。何故なら、ここでは行動に移されるからである。まだ、多様な見解を許す多元主義や諸価値に関わる相対主義、特に不可知論の憶測的な魅力をうまく語る者がいるかもしれない。しかし、それによって独房の扉が開くわけでもないのである。ここで確かなものとして示されるのは、刑法学の見かけ上は理論的な客体が、理論的な客体などでは全くなく、主体の生の実践（Lebenspraxis）の中に流れ込んでくる、一つの基礎づけの連関であるということである。刑法についてなされる思考の過程の全ては、このような状況によって表される、生に関わる真摯さを前にして耐え得るものでなければならない。つまり、ここでは、犯罪の後に二つめの不法がなされるのではなく、あくまで法が執り行われているとの言明が維持されなければならないのである。まず初めに、この点は、とりわけ「行為者」として、そもそも刑法学を中心に置かれる有罪判決を受けた者に当てはまる。しかし、同時に、しかもより複雑な形で、錠に鍵を差し込む刑務官にも当てはまる。この者の行為を法的なものとして基礎づけ¹¹⁾、それにより、パヴリクが適切にも示しているように¹²⁾、当該の行為を法と理性的に一致するその一部として証明することは、常に刑法学の対象の一つであった。何故なら、その刑務官は、錠をかけるときには、法的に活動をしているのであり、不法を行う気などはないからである¹³⁾。以上の事柄の全ては、我々が負わなければならない、つまり、刑法を教え、刑法を実践する全ての者が負わなければならない

10) これは、この領域には高く評価し得る著作がないということの意味するものではない。Böhm, Strafvollzug, 3. Aufl. 2003; Callies, Strafvollzugsrecht, 3. Aufl. 1999; Kaiser/Schöch, Strafvollzug, 5. Aufl. 2002; Laubenthal, Strafvollzug, 6. Aufl. 2011; Seebode, Strafvollzug, 1997; Walter, Strafvollzug, 2. Aufl. 1999 を挙げておく。

11) また、法の基礎づけは、国家の概念を介してのみなされ得るのであるから、いわゆる刑罰論は常に国家論を暗黙のうちに含んでいることになる。

12) Pawlik, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S. 13f.

13) それ故に、刑務官は「牢番（Schließer）」と呼ばれることも欲しないわけである。

答責と基礎づけの負担を表すものである。そして、既にここで示されることになるのが、ヨーロッパ刑法或いは国際刑法が問題となる場合でも、そのような基礎づけの負担は全く軽減されず、むしろ基礎づけの緊急性及び複雑性は更に高まるということである。つまり、当該の場合でも、個人はその者の権利に従って法的に取り扱われるのであり、単に不当に行使されるだけの、どこか遠くからやって来る純粹に事実的な刑罰権力 (Strafgewalt) に服するわけではないことが確定されるべきなのである。

2. 人格の法的地位を基礎づける様々な方法

考察を進めていくにあたり、いまや叙述したような状況の具体性から離れなければならない。刑罰のより精確な概念とはまだ無関係に、ここでは、有罪判決を受けた者に対して自由の制限がなされており、この制限は、法的な事柄であるために、法的な基礎づけを必要とすると言い得る。個人 (Einzelner) が、一人の主体としてこのような基礎づけを要求し得ることは、近代における主体とその権利に関する理解の成果である。その際には、本質的に対照的な二つの基礎づけの方法が区別される。

a) 第一の基礎づけの進め方は、トマス・ホッブズにおける法の基礎づけの構造に従ったものである¹⁴⁾。それによると、個人は、国家を通じて自己の法的地位を得ることになる。つまり、国家の権力に（そして、同時に強制の可能性にも）服することによって初めて、法的人格となるのである。——ここでの権力とは、滞りなく治安を保障し、その者の法的地位を基礎づけるものである。つまり、リヴァイアサンが法の根源とされるが、その存在根拠は、人間の自由が危険であるというその表向きの放縦性に求められる。法的な自由である人格の自由及び人格が有する他の全ての諸権利は、専ら国家権力から導き出される地位として表される。例えば、——現在認められている——基本権或いは訴訟上の諸原理のような法による様々な保障は、そのような理解によれば、圧

14) *Hobbes, De cive - Vom Bürger* (übers. und hrsg. von *Gawlick*, 1977), Kap. 5 und 6; *Leviathan* (hrsg. von *Fetscher*, übers. von *Euchner*), 1966, Teil II, §§ 17 und 18 を見よ。この点に関する概観としては、例えば *Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, 1996, S. 59 ff.; *Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 1980 (unv. Nachdruck der 4. Aufl. 1962), S. 114 ff. より詳細なものとしては、*Harzer, Der Naturzustand als Denkfigur moderner praktischer Vernunft*, 1994. また、*Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 2005, S. 19 ff. の叙述も見よ。

倒的な権力に対する防御権として専ら想定され得ることになる。しかし、上記の法的な保障が、本当はどこから来て、どの程度の範囲に及ぶものなのか、そして、いつ一般的な事柄のために犠牲にされるべきなのか、といった点については、我々は精確には知り得ない¹⁵⁾。法における自由と治安の関係に関して現在議論がなされているが、このような基礎づけの方向性を熟慮すれば、その際に見られる議論の内容の多くの特徴も自ずと理解されるようになる¹⁶⁾。

b) 以上と対照的なのが、第二の基礎づけの進め方であり、ここでは、根源的に理解された人格の自由が念頭に置かれ、当該の自由が理性的な自己規定及び人格の答責性の根拠として把握される。このような理解では、人格はあらゆる共同体の存在よりも前に法的な地位を有することになる。つまり、国家自身及びその体制は、自由に基づいて設定された一般的な秩序、自律性の客観化された形態となり、そして、個人がこの一般的な秩序を市民として共に構成する点に基づいて、当該の秩序が個人の一部になると同様に、個人は当該の秩序の自立的 (selbständig) な一部分となる。こうして、一般的な事柄は、完全に独自の質を有することになるが、他律性において強制されるものではなく、自律性を通じて創出されたものとして理解されるのである。また、法的な強制も圧倒的な力によって行使される単なる暴力では決してない。法的強制は、抵抗に対する場合でも、現実性における法の貫徹として基礎づけられるのである。このような二つめの基礎づけの進め方は、まさにヨーロッパ啓蒙思想において、ホッブズとの対決の中で¹⁷⁾ 発展させられたものである。ここでは、関連する思想家として、ロック、ルソー、カントといった名前を挙げておく¹⁸⁾。以上のような基礎づけの進め方により、人権を国

15) なお、防御権としての基本権のイメージもこのような国家の理解に依存している。また、リヴァイアサンを制御するためのメカニズムについて言及する *Sieber, Rechtstheorie* 41 (2010), S. 151 ff., 174 の的確な表現も見よ。

16) 例えば、*Bielefeldt, Freiheit und Sicherheit im demokratischen Rechtsstaat*, 2004, S. 8; *Geismann, Der Staat* 21 (1982), S. 161 ff. をこのような文脈から参照せよ。

17) 既にカント自身によってもそのような対決は図られていた。Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, Akademie-Ausgabe (AA) der Werke *Kants*, Bd. 8, S. 289 ff. この点については、*Geismann, Jb. für Recht und Ethik*, 5 (1997), S. 229 ff.; *ders.*, *Der Staat* 21 (1982), S. 161 ff.; *Harzer (Anm. 14)*, S. 87 f. も挙げておく。

18) これらの論者の間では、その見解の基本的な部分の諸規定について、完全に差異が存在する。*Locke, Zwei Abhandlungen über die Regierung* (übers. und hrsg. ↗

家の存在よりも前にあるものとして想定することが可能となるし、国民主権を国民の自由な自己規定の表現として理解することの根拠が与えられるのである¹⁹⁾。そして、当該の基礎づけの進め方に基づいて、法を形成する理性的な体系とされる、国家における権力分立も理解できるようになる²⁰⁾。このような思考の展開により、——それ以降の歴史的な展開とは逆方向の注目すべき方法で——国家は、国民国家 (*Nationalstaat*) ではなく、理性国家 (*Rationalstaat*) として基礎づけられる。そして、その権威は専ら法の支配に基づくことになる²¹⁾。

以上のような二つめの基礎づけの進め方だけが、自由に基づく法の基礎づけを行う資格を有し得るものである。何故なら、この基礎づけによってのみ、自由は積極的に法の根源として理解されるようになり、単に国家によって導き出されるだけの値 (*Größe*) とされることもないからである。そして、このような場合にだけ、国家も自由に対する永続的な脅威として把握されなくなる（現在では当該の傾向は非常に強いものではあるが）。むしろ、国家は、それ自身で自由の実現を法的に保障するものなのである。

3. 「体系」と「断片」の概念

以上述べた事柄によって、近代において主張された法の基礎づけの中心的な原理が言い表されることになる。つまり、人格の自由という原理である。この原理が有する影響

von *Euchner*), 1977, 2. Abhandlung, §§ 4 ff., 25 ff., 95 ff.; *Rousseau*, Vom Gesellschaftsvertrag (übers. und hrsg. von *Brockard*), 1977, bes. 1. Buch; *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, AA Bd. 6, S. 203 ff.; *ders.*, Zum ewigen Frieden, AA Bd. 8, S. 341 ff. を見よ。

19) 従って、啓蒙思想によれば、「主権」はもはや単純に最高権力者に認められたような全能 (*Allmacht*) とは同値され得ない。この点については、*Hillgruber*, JZ 2002, S. 1072 ff. を見よ。

20) これについては、*Wawrzinek*, Die „wahre Republik“ und das „Bündel von Kompromissen“: Die Staatsphilosophie Immanuel Kants im Vergleich mit der Theorie des amerikanischen Federalist, 2009, S. 320 ff. の叙述を見よ。

21) 従って、現在、国民的な諸国家 (*Nationalstaaten*) の克服が語られる場合には、啓蒙思想以降に達成されたものよりも以前の状態に、国家に関する理解を留め置くことが事実上含意されている。当然に、一方にあるそれぞれの独自の文化的な伝統及びアイデンティティと、そして他方にある体制化された公共体との間には、様々な関連性があることは、それによっても否定されるべきではない。*Meinecke*, Weltbürgertum und Nationalstaat, S. 36 ff. (本稿では、1911年発行の第2版から引用する) も見よ。

力、しかしまたそれによって惹き起こされた様々な抵抗は、現在（2011年）においては、北アフリカと中国で生じている。それは、1989年には、本大会の開催地 [ライブチャット：訳者記す] で示されたものである。しかし、何故に自由に基づく法の基礎づけと、それによる刑罰に関する法の基礎づけが専ら体系的になされ得るものであり、断片的にはなされ得ないのか、という点についてはまだ明らかにされていない²²⁾。この課題を解決するためには、体系と断片の概念を一応規定しておくことが少なくとも必要となる。

一つの体系の中では、そこに内在する原理が部分的な諸要素を介して一つの全体へと展開するが、その際には、それぞれの部分は互いに、そして全体と結び付き、全体は諸部分から、そして諸部分は全体から理解されるようになる²³⁾²⁴⁾。我々の経験的知識に

22) 以下については、差し当たりケーラーの教科書 (Anm. 8) の構想及び *Parwlik, Festschrift für Jakobs*, 2007, S. 469 ff. を参照。

23) 体系の概念を概観するものとして、*Riedel, System, Struktur*, in: *Brunner/Conze/Koselleck* (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 6, 1990, S. 285 ff.; Stichwort „System“ (bearb. von *Hager* und *Strub*), in: *Ritter/Gründer* (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 10, 1998, Sp. 824 ff.; *Zahn, System*, in: *Baumgartner/Wild, Handbuch philosophischer Grundbegriffe*, 1974, S. 1458 ff. — 本稿の定義は、カントによる当該概念の簡潔な規定 (*Kritik der reinen Vernunft*, B 860 = AA Bd. 3, S. 538) に依拠している。また、カントによる規定もラムベルトの著作から影響を受けている。ラムベルトの（彼の死後である1797年に公刊された）„Fragment einer Systematologie“ bes. § 6（ここでは、*J. H. Lambert, Texte zur Systematologie und zur Theorie der wissenschaftlichen Erkenntnis*, hrsg. von *Siegwart*, 1988 から引用する。同書の S. 125 ff., 127 を見よ）を参照。——しかし、法学では、体系の概念は人間の行動に対して適用される場合にその特殊性を示す点が配慮されるべきである。これについては、後述の4. を見よ。——上記のような形で体系の概念を規定する際には、本稿の元になった講演を行った後のディスカッションでも見られたように（フロムメル、ブंकによる発言）、すぐにヘーゲルの哲学における体系が連想されてくると思われる。更に言えば、刑法における「ヘーゲル主義者達」（ケストリン、アベック、ベルナー）と結び付けるのがもっともらしく感じられてくる。しかし、法的な自由に関する一つの体系は、ヘーゲルが（偉大な思考上の力でもって）体系概念に与えた形態を必ずしもとる必要はない点を確認しておかなければならない。

24) 法学における体系概念の使用は、——それが完全に拒絶されることがない場合に——インフレとなっている。つまり、矛盾する原理同士を何らかの形で相互に配列するときでも、既にそれだけで体系とされ得るのである。例を一つだけ挙げるとすれば、例えば *Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 1969, S. 53 を見よ。また批判として、*Parwlik* (Anm. 22), S. 474 Fn. 10.

基づく一例としては、人間のカテゴリー上の認識の形式における太陽系を挙げる事ができる。

断片とは一つの破片のことである。そのようなものとして、断片は一度足りとも全体の「部分」という概念には値しない。何故なら、そこに認められる割れ目は偶然のものでしかないからである。断片は全体と結び付きを有するかもしれないが、それは全体の特定というよりかは、全体を察知させるにしかすぎない。それ以上の補完は、観察者のイメージ力によって初めてなされるのである²⁵⁾。破片を集めることは、一つの集合体を生じさせるが、それは全体ではない。断片的な基礎づけは、個々の部分から別の部分へと跳躍することだけに限定されているのである。

しかし、現代においては、断片的な思考が体系的な思考に対して利点があることを見誤るべきではない。その理由が、あまり労力をかけないですむ点、そして、特定の慎み深さを表面的に際立たせる点にあることは確実である²⁶⁾。また、更なる理由がこれに加わってくる。21世紀の初頭にあつて、体系の必然性について語る者がいるとしたら、その者は他人から胡散臭く思われるかもしれない。このようなことは、確かに、システム論の諸概念を用いて語る者が完全に時代の先端にいるかのように思える点からすれば、いくらばかりか奇妙ですらある²⁷⁾。しかし、19世紀及び20世紀の精神史に目を向ければ、体系の概念に対する慎重さも理解されてくる。最後の体系的な哲学であったヘーゲルの哲学が、一般的に言われているように退けられて以降、体系の概念に対する拒絶的な態度が、法律家の言葉で言うところの支配的な見解となったのである。科学が、それ

25) 従って、審美的な判断力と結び付くことにより、何故に芸術の領域では断片性が、全く異なった、実り豊かな重要さを示すのかが理解できるわけである。この点については、例えば論文集である *Dällenbach/Hart Nibbrig* (Hrsg.), *Fragment und Totalität*, 1984 を参照。

26) これは、例えばポッパーの社会哲学の著書である *Das Elend des Historizismus*, 3 Aufl. 1971, S. 51 ff. において (断片という文言は用いられていないが) 明白である (「ユートピア的な技術の代わりに不完全な技術 (Stückwerk-Technik)」が挙げられている)。これに賛同的な見解として、*Albert*, in: *Kiesewetter/Zenz* (Hrsg.), *Karl Poppers Beiträge zur Ethik*, 2002, S. 1 ff., 6 ff. このような社会技術の形態は、以下の事柄を見誤っている。つまり、当該の形態では (全く正当に) 社会的な諸規則の検証可能性が恒常的に要請されてはいるが、それによって社会的な規則を基礎づけることもできないし、制限的に社会的な規則に程度を付与することもできないのである。

27) 例えば、*Vesting*, *Rechtstheorie*, 2007, § 4 (S. 57 ff.) mit zahl. Nachw. を見よ。

ぞれの個別の領域の独自の諸法則性の中に分解されるようになり、思考の自由が体系への拘束によって制限されていると憶測されるようになった。こういった状況、或いは、体系は現実に対して盲目的であるという意見が上のような批判的な態度を促進させたのである²⁸⁾。一つの命題で言い表せば、体系の概念には、本当のところは異質である諸部分を無理にまとめあげる方法に対する懐疑が結び付けられ、そのような形で主張された全体は、結局のところまやかしであるとされたのである。ニーチェも体系主義者の絶対的な虚偽性について語っていた²⁹⁾。

このような状況下では、断片性を称賛することがまさに推奨されるのかもしれない。というのも、結局はそのような結論に至ってしまうからである。人間の思考及び行動は、もはや全体というものに方向づけられ得ないし、それを実現することもできないのであるから、専ら到達可能な破片だけに必然的に依拠するとされるわけである。こうして、人間が何かを志向する際、唯一それに適合する構築物は、廢墟ということになる。少なくない数の論者達によって、このような制限は、多元主義が支配すべき民主主義の特別な成果を維持するために重要とされており、それ故に、内容面で規定された刑法の体系を要請することは、全体主義であるとの疑念にまさに晒されているのである³⁰⁾。以上から、拘束性の喪失を甘美なものとして、一種の蝶のように、あるときはこの思想の花、またあるときは別の思想の花へと移りゆくことが、現代における思考の特に重要な働きであると一般的に受けとられるようになったのである。

しかし、対象自体の体系的な関係性が要求され、それ故、好むと好まざるとに関わらず、体系性に腐心しなければならない諸領域が存在するというのはあり得ることであろう。ここでは、法及びその特殊形態である刑罰に関する法がそのような対象であるというテーゼを主張しておくべきである。以下では、まず対象を規定し、その結果に基づいてその後でもう一度体系の概念に言及することにする。

28) これは、ロマン主義者達（ノヴァーリス、シュレーゲル）の（もちろんアンビバレントなものではあったが）体系批判によって始まり、分析哲学による体系に対する非難に至る流れである。これについては、*Riedel* (Anm. 23), S. 312 ff.; *ders.*, *Historisches Wörterbuch* (Anm. 23), Sp. 845 も挙げておく。

29) *Nietzsche*, Nachlass 1887-1889 (hrsg. von *Colli/Montinari*), Neuausgabe 1999, Bd. 13, S. 410 (15 [10]).

30) この点については、*Gärditz*, *Der Staat* 49 (2010), S. 331 ff. と *Verf.*, *Der Staat* 50 (2011), S. 295 ff. の間での論争を見よ。

4. 体系と法

考察を進めていくために、刑務官と有罪判決を受けた者の具体的な関係に改めて立ち返ってみよう。刑務官は、なされた所為に基づいて刑を執行する。従って、双方の側で行為が重要となる。刑法における行為概念の議論では、すぐさま行為者の行為に傾注するのが常である³¹⁾。しかし、行為は実践哲学全般の一般的な概念であり、それ故に、法の一般的な概念でもある³²⁾。行為概念は、更なるその考察を次の段階に進めて初めて、法と不法に分けられ得ることになる。ここで刑務官は行為を行っているが、行為者は既に行為を行ったのである。前者は、自分が法に適って行為をするという要求と共に立ち現れているが、後者は不法な形で行為を行ったのである。刑務官は、自己の行為が自由の剥奪として判断されないという点を重視するであろう。しかし、刑務官の行為に法的な質を付与するためには、複雑な基礎づけの結果が必要となる。このことは、彼が私人として行為するのではないという点でもう既に明白である。刑務官の行為は、その正当化のために、裁判所による確定力のある判決を前提とする。そして、当該の判決自体、ヨーロッパ大陸法の伝統に従えば、ある法律に依拠することになるが、刑の執行そのものは、行政権に基づいた一つの行為である。これらの事柄の全てによっては、当然にまだ以下の点は示されていない。つまり、何故に行為者はこのような取扱いについても、しかも同じく法に適ったものとして、受忍しなければならないのか、ということである。しかし、国家的な刑罰は、犯行を行った者（犯罪者）に賦課される、基本権上の地位、すなわち、原理的に自由である法的な人格としての地位の損失である³³⁾。刑罰は、道徳的な（或いは社会倫理的な）非難ではない³⁴⁾。このような定式化では、刑罰による侵害の重大性が隠蔽されてしまい、同時にその

31) *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 21, S. 217 ff. 或いは *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2006, § 8, S. 236 ff. の叙述を見よ。

32) *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Rechtslehre (Anm. 18), S. 218 Anm.* (自由な選択意志全般の行動を挙げる) を見よ。——このような理由から、刑法の存在を単に実定法に基づいて受け入れるのではなく、その存在を法的に基礎づけようとする見解は、行為の概念を考察の中心に据えるのである。これについては、*E. A. Wolff*, ZStW 97 (1985), S. 786 ff., 806 ff.; *Köhler*, Allg. Teil (Anm. 8), S. 9 ff. を見よ。理論的に異なる文脈からのものではあるが、*Alwart*, Recht und Handlung, 1987 も挙げておく。

33) *Köhler*, Allg. Teil (Anm. 8), S. 37. また *Hassemer/Neumann*, in: Nomos-Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2010, Rdn. 103 vor § 1 も見よ。

34) 例えば、*Freund*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2009, § 1 Rdn. 21 を参照。

法に適った性質も見誤ることになってしまう。また、刑罰は単なる害悪³⁵⁾でもない。このような表現は、刑罰を疾病、苦痛、暴力的な行為と並置するものであり、それにより刑罰を法の諸概念から引き離すことになる。ある害悪に二つめの害悪を時間的に連続させるというのでは、法的な基礎づけにはなり得ない。このような概念上の欠陥は、処罰に関する権限を基礎づけるために、国家の刑罰権力 (Strafgewalt) に言及したとしても³⁶⁾、払拭されない。何故なら、そのように用いられる権力〔暴力〕(Gewalt) の概念は、不法に関わる一つ概念であって、法の概念ではないからである。周知のごとく、アウグスティヌスの言葉を借りれば³⁷⁾、暴力を行使するのは強盗の集団でもあるのである。

後期啓蒙思想における法の基礎づけは、人格の自由をその根源に据えるものであるから、刑罰に関する権限は、他律的に或いは専ら共同体の権利から導き出され得るものではなくなる。刑罰は、行為者自身の行為に還元されなければならない。つまり、行為者が行う不法から、その者に対する権利〔法〕が生じなければならないのである。これが刑法である。

刑罰及び刑罰に関する法の基礎づけに必要な諸要素を以上のように関係づけることから、既に次の点がいずれにせよ認識されるようになる。つまり、これらの諸要素の関係は、法と呼ばれる一つの全体の一部でなければならず、その内容上の原理は人格の自由であるという点である³⁸⁾。刑法との関係で言えば、これは、犯罪と刑罰、行為と責任、構成要件と法的効果、実体法、訴訟法と行刑が一つの関係性の中に取り入れられなければならない、そして当該の関係性は専ら体系的なものでのみあり得るということを意味する。パヴリクは、このような関係性の中への取り込みを刑法学に関わる理論 (Strafrechtswissenschaftstheorie) の任務であるとした³⁹⁾。パヴリクの問題意識には完全に賛同できるが、このような文脈では「理論 (Theorie)」という文言は避けるべきであり、単に刑法の学 (Wissenschaft des Strafrechts) という形で論じる方がベターであ

35) 例えば, *Frister*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. 2009, S. 1 (グロティウスに依拠する) を見よ。

36) 或いは, 国家の刑罰権は歴史上の伝統的な事柄として安易に前提にされている。このように解するのが, *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 6. Aufl. 2011, S. 2 f. である。

37) *Augustinus*, *Vom Gottesstaat* (Ausgabe München 1977), 4. Buch, 4. Kap.

38) 一同様に体系の概念に関係づけられた見解である—*Pawlik* (Anm. 22), S. 469 ff., 483 を見よ。

39) *Pawlik* (wie Anm. 38).

体系的な刑法の必然性

と思われる。これは、以下のような理由に基づいている。

体系的な関係性の内在的な必然性を想定したとしても、体系の概念に対する批判、特に体系と自由の間で矛盾が発生し得るという問題はまだ克服されない。しかし、ここでは、法との関係を念頭に置く体系概念の特質と結び付いた、一つの思想が持ち出されているのである。法の体系においては、経験的な認識の真実性、つまり、狭義の理論的な基礎づけが重要なのではない。実践、すなわち、現実の行動に関する基礎づけが重要となるのである。そこにおいて、見かけ上不動に固定化された存在と当為の対立は消滅し、行為を通じた現実の形成に至るような場 (Stelle) の基礎づけが問題となる。このような場は、人格を念頭に置いた全ての法に関する理論及び不法に関する理論にとって中心となるものである。なされるべきは、実践的な正当性の基礎づけであり、理論的な真実性のそれではない。刑務官も行為者も、既に何度も取り上げてきた具体的な場面において、一つの理論の客体ではない。彼らは双方ともに主体であり、具体的な状況下で、片方は権限を有し、もう片方は義務づけられる。両者の行動を包括するとともに、筋の通った形で首尾一貫させて、そして矛盾なく刑罰に関する法を基礎づけることは、確かに必ず要請されるが、当該の基礎づけは、その特性に鑑みて、自然における諸客体の関係を理論的に把握することとは一致しない。自由は、法及び法的な実践に関わる基礎づけの根拠と目標でなければならないのである⁴⁰⁾。法は、答責的な行動を現実において可能にしなければならないが、行動を惹き起こしたり、(今日において非常に好まれる考えであるが) 制御する必要は全くない。何故なら、法はそのようなことを全くなし得ないからである。人間は、理性的で自己省察的な存在であり、単なる刺激と反応からなる有機体ではない。従って、一つの首尾一貫した基礎づけというものは、行動を形づける諸原理を規定し得るにすぎない。何故なら、当該の諸原理は行動を行う者によって理性的なものに見なされ、その者自身によって彼の行動に対して拘束的であるとされ得るものだからである。ここで問題となる体系は、その任務からして閉じたものでは全くあり得ない。むしろ、更に規定されるべき方法によってはあるが、開かれたものでなければならない。というのも、当該の体系は、その果たすべき任務から考えて、将来における答責的な行為及びその理性性に関係づけられているからである。このことをカント的に表現すれば、以下のようなになる。法の体系は、常に法の定礎 (Anfangsgründe)、諸原理だけを含み得るが⁴¹⁾、それに基づくあらゆる個別の行動、例えば立法機関の決

40) E. A. Wolff, ZStW 97 (1985), S. 809.

41) „Kant, Die Metaphysik der Sitten, Erster Teil, Metaphysische Anfangsgründe”

定などを拘束し得るということは決してない（それ故、裁判官の任務は法の実現にとって重要となるのである。何故かと言うと、裁判官は、法的に訓練を受けた自己の個人的な判断力を通じて、個別の事例に判決を下すからである）。

従って、獲得されるべき諸原理及び諸概念は、それ自体で基礎づけられた体系的な関係性の中になければならず、自己の根源を自由に見出さなければならない。その結果として、それらが矛盾するということは特に許されない⁴²⁾。それ故に、——例えば——行為刑法について語りながら、任意の形で予備行為を処罰の対象にすることはできない⁴³⁾。また、刑罰の機能的な概念について言及しながら、人的な不法及び内容面から理解された責任概念を出発点にすることもできないし⁴⁴⁾、更には、刑事訴訟において職権調査（Amtsermittlung）の原則について語りながら、同時に、判決の際の合意手続を許容することはできないのである⁴⁵⁾。その際に、法において内容的に規定された人間的な実践の体系が重要であるという状況は、そのような体系における一つの矛盾が単なる論理的な問題では決してないという点を明らかにもする。法の基礎づけにおける一つの矛盾は、文字通り行為に関係づけられて取り扱われなければならない。そのような

「der Rechtslehre」のタイトルから既にそのような意図があることを見て取れる。そして、体系の概念については、AA Bd. 6, S. 206 f. を見よ。——従って、法と体系を根本的に規定することによって、純粋理性批判における体系の概念と単純に関連づけるというのでは十分ではない。しかし、そのような見解として、Pawlik (Anm. 22)。

- 42) しかし、矛盾から自由であることは、実践に関わる体系の唯一の基準では決してない。不法な体系は、ここで言及している自由の体系と比較して、より簡単に首尾一貫させられ得るからである。
- 43) 例として、§§ 89a, 89b, 91 及び草案における基礎づけを示す BT-Drucks. 16/11735 を参照。これらについての批判として、Gazeas/Grosse - Wilde/Kiebling, NStZ 2009, S. 593 ff.; Gierhake, ZIS 2008, S. 397 ff.; Paeffgen, in: Nomos-Kommentar (Anm. 33) の上記の諸条文に関する箇所。
- 44) 正当にも Pawlik (Anm. 22), S. 480 は、「財を保護する思想を首尾一貫した形で取り込んだ予防モデルの枠内では、責任非難の思想が認められる余地はない(……)」としている。矛盾を殆ど隠そうとしない見解として、例えば、Stratenwerth/Kuhlen (Anm. 36), § 1 Rdn. 4 ff. 及び § 10 Rdn. 4 ff. を参照。
- 45) このような場合に、矛盾を法律自身の中に受け入れる点については、立法者は一度たりとも恐れを抱かなかつた。刑事訴訟法257条cと244条2項（257条cの1項第2文を参照している）を見よ。これについては、Hettinger, JZ 2011, S. 292 ff. mit umfangreichen Nachw. を見よ。

場合、基礎づけに対する異議申し立てという形での矛盾は可能となるが、あくまでもそれは、法的な領域への侵害が正当化されるべきときに、その侵害の対象者の独自の法主体性に依拠する様々な理由に基づいたものなのである⁴⁶⁾。

5. 刑罰の法

以上のような背景の下で、何が刑罰に関する権利を担う諸原理なのかと問うことが可能となる。刑罰に関する権限は、人格自身の自由と結び付き、それと調和可能でなければならぬ。この権限は、他の諸目的或いは共同体の諸価値だけから導き出され得るものではない⁴⁷⁾。従って、刑罰は、処罰されるべき者自身の行動へと還元され得るもの

46) 但し、異議を唱える権利から抵抗権が導き出されるわけではない。これに関連して生じる、自由の概念、国家の権力、そして歴史哲学の交錯については、*Kant, Über den Gemeinspruch (Anm. 17), S. 241 ff.* しかし、基本法20条4項も見よ。

47) 以下については、基本的に *E. A. Wolff, ZStW 97 (1985), S. 806 ff.; ders., in: Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 1987, S. 137 ff.* を参照。犯行(犯罪)と刑罰に関するこのような基礎的な見解は、個々の点ではいくつかの修正が施されているものの、多くの支持を集めている(正当な形では説明し得ない不機嫌な態度を示す者も少なからずいる。例えば、*Stratenwerth, Festschrift für Lüderssen, 2002, S. 373 ff., 381* 或いは *Lüderssen, StV 2011, S. 377 ff., 378* を見よ)。例えば、*Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983; ders., Der Begriff der Strafe, 1986, Kahlo, Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt, 2001, S. 181 ff.* を見よ。更に、*Duttge, in: Eva Schumann (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, 2010, S. 1 ff.* (S. 19 ff. に所収されている議論の内容も有益である); *Frisch, in: Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 125 ff., 137 ff.; ders., BGH-Festschrift, Bd. V, 2000, S. 269 ff., 276 ff.; Gierhake, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, 2006; Gössel, Festschrift für Gerd Pfeiffer, S. 3 ff., 22 f.; Harzer, Die Selbständigkeit und ihre straftheoretische Bedeutung, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, S. 31 ff.; Kelker, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, 2007; Kluszczewski, Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, 1991; Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005; Noltenius, Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft, 2003; Rath, Das subjektive Rechtfertigungselement, 2002; Stübinger, Das „idealisierte“ Strafrecht, 2008; Zabel, Schuldtypisierung als Begriffsanalyse, 2007 を見よ。また *Verf., Das Strafrecht in der Rechtslehre J. G. Fichtes, 1981; ders., Das Unrecht der**

でなければならないが、その行動とは、実行された所為であり、当該の行動者の自由と理性を信頼し得るはずの被害者である具体的な他者に対して明確な形でなされた所為である。従って、犯罪とは自由の侵害であり、より精確に言えば、他の人間との関係における基本的な信頼の侵害ということになる。このような基本的な信頼は、専ら間人格的にのみ効力があるわけではなく、それに加えて——ヨーロッパ大陸での伝統に従えば——法律の形で保障されている。法律の形で保障それ自体は、任意の政府による保障ではなく、そこに被害者及び行為者が参加する形での保障である——この参加という事柄は、両者双方が、犯罪が行われる国家の部分となしているということであり、両者がいずれにせよ当該の法秩序において生活し、首尾一貫した形でこの法秩序を承認しなければならないということの意味する。刑罰を通じて、実行された基本的な信頼の破壊が明らかにされるし、また関係それ自体が回復される。この回復それ自体は、専ら法的方法によってなされ得る——これにより、刑事手続の法及び執行機関における刑罰強制を行使する法が基礎づけられる。これらの全ての諸要素は、これまで言及してきた、刑務官と有罪判決を受けた者に関する具体例においては、確かに概念上の文言に照らす限り、主題とはならないのかもしれない。しかし、状況の実質からすればそうではないであろう。その証拠として、経験豊かな行刑実務家であるアレクサンダー・ベームによる以下の文章を引用しておく。「自由刑は、有責的な犯行を罰するために有罪判決を受けた者に科される刑罰による一つの害悪、権利の一つの損害である。このような事情を隠避する全てのものは、有害であり、行刑の目標の達成を困難にする。有罪判決を受けた者には、自由刑の執行を通じて様々な制限と負担が課されるが、それらは決して行刑法2条で掲げられた行刑の任務だけから（或いはこれをただ主たる理由として）当該の者に説明され得るものではないし、行刑の目標からもそのような説明は既に全く不可能なのである。その者に、刑罰による自己の苦しみの真の背景が語られず、或いはくどくどと嫌になるほど述べられる場合には、その者は、最終的にはだまされて、愚弄されていると感じるのである」⁴⁸⁾。

刑罰の法的な質へと組み込まれるのは、刑務官の行動についても同様である。過去に存在する実行された所為をただ参照するだけでは、現実に拘禁する行為を法的に基礎づ

↘versuchten Tat, 1989; ders., Zur Begründung der Gerechtigkeit menschlichen Strafens, Festschrift für Eser, 2005, S. 207 ff. も見よ。

48) Böhm, in: Schwind/Böhm/Jehle, StVollzG. 4. Aufl. 2005, § 2 Rdn. 3. この点については、Verf., Festschrift für Seebode, 2008, S. 589 ff. も挙げておく。

けられた行為とすることにはまだならない——これでは、無媒介な形で、法的刑罰ではなく、ただの復讐しかその際に認められないであろう。刑務官の行動について、法としての質を生じさせる複雑な体系は、既に述べたようなものである。つまり、具体的に構成された国家的秩序そのものに他ならない。——この点を本大会の全体テーマとの関連で述べておくと——そのように構成された状態が、グローバルな形での結合だけによって設立されるものではないことは、明らかである。法は、単なる事実上の発展によって生み出されるものではないからである。

6. 刑法の基礎づけが問題となる諸領域

以上により、個別の国家的な秩序及びその刑法を越える二つの問題領域について言及し得る箇所到达了。つまり、問題となるのは、国際法上の犯罪に関する EU 及び国家同士からなる（世界）共同体の処罰権限（Strafbefugnis）である。これまで述べてきた全ての事柄からすれば、刑罰権（Strafgewalt）を基礎づけないまま単純に前提にして、どのようにしてそれを可能な限り賢明（klug）な方法で投入すべきなのか、と単に問うことは排斥される。自由に依拠する法の基礎づけにとって、それでは不十分なのである。

a) ヨーロッパ刑法

いわゆるヨーロッパ刑法について、まず明白であるのは、ここでの刑罰による強制の実行が、批准を伴った国際法上の条約の締結によって、国家連合に単純に委譲され得るような権限の問題だけに当てはまるものでは決してないということである⁴⁹⁾。連邦憲法裁判所は、そのリスボン判決において、この点を決然とした形で十分には詰めなかった⁵⁰⁾。刑法典（Strafgesetz）は、誰がそれを投入するのかという点を等閑視する単なる

49) これについては、Köhler, KritV 2001, S. 305; ders., Festschrift für Mangakis, 1999, S. 351 ff.; Lüderssen, GA 2003, S. 71 ff.; Paeffgen, ZStW 118 (2006), S. 275 ff.; Weigend, ZStW 105 (1993), S. 774 ff.; ders., ZStW 116 (2004), S. 275 ff.——ヨーロッパ刑事司法の著しい多様性については、例えば Sieber, ZStW 121 (2009), S. 1 ff.（例えば、S. 28 ff., 50 ff. のように、その見解は常に批判的なニュアンスを含んでいる）を見よ。

50) BverfGE 123, S. 267 ff., 359 f. (Abs. 253), 406 (Abs. 351), 408 ff. (Abs. 355 ff.). これに対する批判については、Gärditz/Hillgruber, JZ 2009, S. 877 ff., 877; Noltenius, ZStW 122 (2010), S. 604 ff., 612 f. を見よ。また, Jestaedt, Der Staat 48 (2009), S. 497 Fn. 1 に同判決に関する賛否それぞれの文献が詳細に挙げられてい

一般的な規則ではない。刑法 (Strafrecht) は、あらかじめ基礎づけられた法的な統一体に基づいており、それが犯罪によって侵害されるのである。従って、刑法とは、まず第一に市民に対する刑法である。このような市民の地位は、既に単なる言葉による宣言を通じて獲得されるものではなく⁵¹⁾、ここで重要となる法共同体の形成への法的・政治的な形での根源的な関与を前提とする。市民とは、主権者、国民 (Staatsvolk) の一部として捉えられる存在である。しかし、ヨーロッパの国民というものは存在しない。ヨーロッパは、一つの国家連合であり、連邦国家ではないからである。連邦憲法裁判所は、この点については誤解のない形で明白に述べている⁵²⁾。それは、ヨーロッパ全体に関わる立法者がいないことから明らかである——ここでは、法律は、実質的に理解されるべきである。つまり、法律との名称が付される、誰が設定してもよいような一般的な規則として単に理解されるのではなく、国民の具体化された一般意思 (Allgemeinwille) でなければならない。欧州議会は、このような実質的な理解からすれば、立法機関ではない。何故なら、欧州議会は欧州連合の個別の市民を適切な形で代表するものではなく⁵³⁾、また他の諸機関に優越する立法機関としての権限を有するわけではないからである⁵⁴⁾。従って、ここで、あたかも量的な問題が懸案であるかのように考えて、民主主義の不足について言及するのも早計である。むしろ、自由の法則に基づく国家体制の構造との関係で、原理的な体系上の欠陥が問題となっている⁵⁵⁾。——その際に正当で

ゝる。刑法上の問題に特化したものとしては、例えば、*Böse*, ZIS 2010, S. 76 ff.; *Kubiciel*, GA 2010, S. 99 ff.; *Schünemann*, ZIS 2009, S. 393 ff.

- 51) Art. 9, 10 EUV, Art. 20 AEUV (欧州連合の市民について規定する) を参照。
- 52) この点は、BVerfGE 123, S. 267 ff., 370 ff. (Abs. 277-280) において最終的に示された。欧州連合では、市民ではなく、諸国民が条約によって結合されているのである (S. 371 = Abs. 279)。
- 53) Art. 14 III EUV を見よ。同条項が規定する選挙に関する諸原則には、選挙の平等性は含まれていない。欧州議会が、欧州連合の個々の市民を代表するものではないことについては、BVerfGE 123, S. 267 ff., 370 ff. (Abs. 277 ff.) も挙げておく。
- 54) 欧州議会は、Art. 14, 16 EUV 及び Art. 223 ff. AEUV で「立法」と表現されている事柄について、いわば欧州理事会の束縛の下にある。また、同議会は、欧州委員会に対して、専ら間接的な形でのみ発議権 (Initiativrecht) を有するだけである (Art. 225 AEUV)。確かに、欧州議会は、ガイドラインの制定のような法的行為を妨げ得るが、独自の意思からそれを制定することはできない。つまり、法の設定は不可能なのである。
- 55) このような構想の全体像については、*Köhler*, Festschrift für Puppe, 2011, S. 1461 ff. m. w. N. も挙げておく。

あるのは、当該の共同体の財政基盤に対して個々の国家を通じて攻撃が加えられる場合に、——補助金詐欺において、刑法264条1項と同条7項2号が問題となるように——これを刑法上重大なものとして判断することである⁵⁶⁾。しかし、まだリスボン条約が締結される以前の時点で、——例えば、環境刑法の分野でヨーロッパ裁判所が認めたように⁵⁷⁾——法的には非常に大胆な方法でEUの処罰権限を不当に行使することは、正当ではない。ついではあるが、専ら行政上の観点からなされる、EUによる規則の設定⁵⁸⁾は、構成要件自体の質にも影響を及ぼす点を指摘しておくべきである。混乱した条文である刑法261条⁵⁹⁾ 或いはコンピュータサボタージュを規定した303条b、非常に不明確な構成要件を伴って、警察国家に相応しい体裁を見せる予備の処罰の拡大⁶⁰⁾を挙げておく。

b) 国際刑法

より困難であるのが、いわゆる国際刑法における処罰権限の基礎づけである。この領

56) これについては、例えば（経験的な観点にも基づく）*Martens, Subventionskriminalität zum Nachteil der Europäischen Gemeinschaften*, 2001.

57) *Urteil des EuGH v. 13. 9. 2005 - Rs. C-176/03 = JZ 2006, S. 307 ff. m. Anm. Heger.*

58) 「政府による法規制 (gubernative Rechtsetzung)」という表現 (*v. Bogdandy*, 2000 のモノグラフが用いている) は心地よく聞こえるが、これは最終的に政府に立法権限を配分するものである (同書 S. 151 は、立法を「政府と議会の協同的な機能、しかも政府の主導の下での協力」であるとしている)。このような政府と議会が一致した状態を、既にカントは (非常に明確な形で) 専制であると記述していた (*Metaphysik der Sitten* [Anm. 18], § 49, S. 316 f.)。——このような「政府の主導の下での協力」が現実にはどのようなものになるのかは、ヨーロッパ逮捕状に関する連邦憲法裁判所での手続における口頭審理の記録から明白に読み取ることができる。*Schorkopf, Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht*, 2006, besonders S. 236 ff. 参照。この点については、*Verf., GA 2009, S. 189 ff.* も挙げておく。——*Lüderssen, GA 2003, S. 71 ff.* も「政府による法規制」に批判的である。

59) 同規定に対する批判については、例えば *Bauer, Festschrift für Maiwald*, 2003, S. 127 ff.; *Hefendehl, Festschrift für Roxin*, 2001, S. 145 ff. また以前からあった批判として、*Knorz, Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, 1996。——同規定の改正の回数については、*Fischer, StGB*, 58. Aufl. 2011, § 261 Rdn. 1.

60) 批判については、*Verf., in: Nomos-Kommentar (Anm. 33), § 303b Rdn. 1, 28 i. V. m. § 303a Rdn. 17* を見よ。

域では、近年、基礎づけに関する問題意識が先鋭化を見せている⁶¹⁾。前世紀の90年代においてルアンダ及びかつてのユーゴスラビアでの様々な事態に対して湧きあがった感情的な対応が行なわれて以降、今日では、曖昧な形での世界の改善という名の下で予防的な考慮を加味して処罰権限を単に主張する⁶²⁾のでは、十分ではあり得ないことがより明白となっている。十分に正当化されていない刑罰の強制は単なる暴力と何も変わらず、世界の平和には、その最低限度の事柄を言うためであったとしても、寄与するものではない。世界国家というものが存在するわけではなく、それが存在すべきであることも、存在するであろうことも十分な理由から否定されるし、更に、そのような処罰権限を通じて、現存している諸国家の主権への介入がなされるのであるから、国際法上の犯罪の場合に処罰権限の基礎づけを成功させるためには、他の様々な要素の考慮が要請されなければならない。但し、当然のことながら、それによって [刑法の：記者記] 体系的な任務が視野の外に置かれてはならない。想定されるべきであるのは、法に基づく世界平和秩序の理念である。そして、当該の秩序への参加は、他の諸国家による自己への承認を要求する点に基づいて、国家群の中で基準となる立場で行動する国家の場合と同様に、全ての国家に法的に義務づけられる⁶³⁾。これは、国内における人権侵害の全てが、国際的な処罰権限を基礎づけるわけではないということも意味している⁶⁴⁾。むしろ、国際的な刑法の特殊な形態は、根底にある犯罪の特別な態様を前提にしている。ここで必要となる説明の努力の成功は、本質的に、国際刑法が、実行された重大な法侵

61) その展開については、*Köhler*, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Bd. 11 (2003), S. 435 ff. (特に S. 436 f.) を見よ。このケーラーの著作の他に、深く掘り下げた基礎づけのアプローチは、例えば、*Gierhake*, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, 2005, besonders S. 168 ff.; *Merkel*, „Lauter leidige Tröster“?, *Kants Friedensschrift und die Idee eines Völkerstrafgerichtshofs*, in: *Merkel/Wittmann* (Hrsg.), *Zum ewigen Frieden*, 1996, S. 309 ff.; *Andreas Th. Müller*, *Der internationale Strafgerichtshof als Faktor der Globalisierung*, 2005 に見受けられる。——問題の複雑さの全体像については、*Kreß*, *International Criminal Law*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com); *Werle*, *ZStW* 109 (1997), S. 808 ff.; *ders.*, *Völkerstrafrecht*, 2. Aufl. 2007.

62) しかし、例えば、*Ambos/Steiner*, *JuS* 2001, S. 9 ff. は、まだそのような見解である。

63) この点については、再度、注61)で挙げた諸文献、特にケーラーとギーアハーケの著作を見よ。

64) これについては、*Stahn/Eiffler*, *KritV* 82 (1999), S. 253 ff. を参照。

害に対する正当な制裁と見なされるか、或いは単なる政治的に好都合な権力手段として扱われてしまうかにかかっている。

7. 学問と体系

以上の事柄全てを総括し、体系的な刑法への要請が思考上の作業という点でどのような負担を必然的に伴うのかを考慮する場合には、それにすぐ続く形で、このような課題は、精神の分業という方法でのみ達成され得るということが示されてくる。従って、当該の課題は、法学全般に組み込まれる刑法学という独自の領域の主要な任務でなければならない⁶⁵⁾。全刑法学として、刑法学は、同様の形でもって、基礎的な諸問題に取り組み、解釈学上の諸問題に解決をもたらし、犯罪と刑罰に関する経験的に検証可能な諸条件と様々な作用を探求しなければならない。しかし、体系的な刑法への要請は、より深い根底に端を発する作用を有している。つまり、そのような要請のみが、刑法全般に関する学を可能にするのである。対象自身が体系的な関係を要請する場合にのみ、ある学問は、その対象を究明し、一つの説明を与え得るようになる。単なる断片的な関わり方では、偶然の手に委ねることに他ならず、法の諸問題についても、政治的な権力に決定をまかせることになってしまう。従って、法は体系を持たなければならない。そして、その際には、自由の原理に基づく実践的な体系の概念が有する様々な側面が結び付き合いもする。このような体系は、一方で対象ではあるが、しかし、同時にそれを記述することと相関的な関係にあり、最終的には実践の中に流れ込んで、その確立を促進するようになる⁶⁶⁾。体系的な刑法は、——以上のように理解されることから——一つの客体のように、専ら対象として一面的に前提とされるべきではない。体系的な刑法は、刑法について熟慮する際に調整的な理念を与えると同時に、自己へと至る道筋を更に進むよう要請を果たすのである⁶⁷⁾。

65) この点については、——それぞれ異なるアプローチからのものではあるが——論文集である *Engel/Schön* (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007 における諸論稿; *Schünemann*, *Festschrift für Herzberg*, 2008, S. 39 ff.; *Verf.*, *Festschrift für Puppe*, 2011, S. 305 ff.; *Pawlik* (Anm. 22); *Duttge*, *Anliegen und Grundfragen einer Strafrechtswissenschaftstheorie*, in: *Koriath/Krack/Radtke/Jehle* (Hrsg.), *Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung*, 2010, S. 31 ff. を見よ。

66) 体系概念のこのような観点については、*Riedel* (Anm. 23), S. 301, 305.

67) カントの哲学において、自由は理性概念として、経験的な認識に関して調整的の

Ⅲ. 「断片的な刑法」の概念について

最後の点に取り組もう。つまり、では「断片的な刑法」という概念は、そもそも意義を有するの否かという問いである。これへの回答は、次のような順序でなされるものである。

1. 過渡的なものとしての「断片的な刑法」

まず、「断片的な刑法」という概念をこのような定式化において捉える場合、体系的な刑法に関わる作業の枠内で、当該の概念には一つの意義が認められ得る。そのような作業の全ては、伝統的に受け継がれる形で最初から前置されている立法及び判例の素材を伴いながら、更には思考上の作業がその固有の時代状況の中で示す全ての諸事情を含む具体的な歴史的状況の中でなされる。このような作業が、断片の増大に向けられることは許されない。作業の際に、体系が常に調整的な理念及び要請として既に前提とされる場合には、むしろ専ら批判的な作業だけがあり得る。具体例として、——ヨーロッパ刑法の基礎づけに関わる諸問題についてはひとまず脇に置く——ザッツガー、プリットヴィッツ等によって起草されたヨーロッパ刑事政策に関するマニフェストを挙げることができる⁶⁸⁾。そこでは、非常に称賛にあたいする法の諸原理が、事実的な発展に對置されている。当該の諸原理は、法そのものの基準なのであるから、思考上必然的な形で基礎づけられる場合にのみ、そのような事実的な発展に対する存立も可能となる。これに對し、法の諸原理が単に刑事政策の一部分としてのみ示されるときには、それらは非常に弱い形でしか基礎づけられておらず、このような政策のいかなる変更に對しても抵抗をなし得なくなる⁶⁹⁾。従って、刑法は、その現状 (Jetzt-Zustand) との関係では断片

な理念となり、また実践的な洞察に関して一つの要請となる。体系概念との関連で言えば、両方の概念を同時に用いることにより、法における存在と当為の結合が示されるべきとなる。

68) ZIS 2009, S. 697 ff. これは „The Manifesto on European Criminal Policy in 2011“ として再起草され、EuCLR 2011, S. 86 ff. に掲載されている (例えば、既に前文がそうであるように、両草稿のテキストを精確に比較することは有益である)。

69) このような異議は、影響力を有する *Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Aufl. 1973 のテキストにも当てはまる (特に、体系概念についてである。同書での体系概念は、「刑事政策的な目的の諸設定への方向づけ」を要請するものであり [S. 14], 明らかに本稿で主張されたものとは異なっている)。

的と呼べるものなのかもしれない。しかし、その際には、単に実体の端物 (Akzidenz) しか問題にはなっていない点は明白なのである。

2. 全ての刑法典 (alle Strafgesetze) の断片的な性格

次に、断片という概念の意義は、ビンディングが示していた元々の表現に立ち返ることを通じて明らかとなる。ビンディングは、刑法典の断片的な性格について語っていた⁷⁰⁾。この「断片的という事柄」は、——予想外であると思われるかもしれないが——実は一定の意味においては不可避であり、それ自体で必然的なものである。しかも、自由に依拠する刑法が問題となるときには、まさにこの点が当てはまる。何故なら、自由に依拠する刑法にとっては、例えば、特定の行為 X は「可罰的」であるという印象が社会の中で散漫に存在するのでは不十分だからである。これとの関連で、自由に依拠する法の基礎づけにとり、立法者は、——当然に、犯罪化に関する実質的な正当化の裏づけを前提にして——構成的な意義を有するという点が既に示されていた。[刑事立法の：訳者記す] 内容と形式は、自由に依拠する刑法においては、相互的に条件づけ合う関係にある。犯罪構成要件を新たに創設する際には、特別の多数を必要とするとのアーメルングの提案は⁷¹⁾、その実施可能性を完全に度外視すれば、上記の事柄を示唆するものであり、熟考にあたいする提案である。

そこで、刑事立法者は、次のような形で犯罪行為を確定しなければならない。つまり、どのような活動が刑罰という法的効果を惹き起こすのかを市民が知ることができ、また現実に検察官或いは裁判官が、そのような行為が実行されたか否かを判断できなければならないのである。「何人も害してはならない」という内容では犯罪構成要件にはならない。そして、ここでは、法益は包括的には保護され得ず、このような不可能性から刑法典の断片性が導き出されるということは問題にはならない。何故なら、このような論拠づけでは、そこには、可能な限り処罰の間隙を埋めるという要請だけが含まれるわけではない、という点が常に未決定のままになってしまうからである。まさに現代においては、このような専ら副次的なものでしかない保護に関わる論拠⁷²⁾ が、威嚇予防とい

70) 注 1)

71) *Amelung*, Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz, in: *Hefendehl/Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, S. 155 ff., 164 mit Fn. 42.

72) 当該の論拠の根底に、出発点となる実質的な犯罪概念が存在しない場合には、↗

う不十分な刑罰の根拠と結び付く形で、防御の盾となるように、可能な限り包括的に諸行為を記述するという危険へと導いているのである。包括的な記述では、不明確な構成要件にしかならない。例えば、つきまとい (Nachstellung) を構成要件化した条文である刑法238条1項5号を参照せよ^(訳注)。しかし、このような形で処罰が増大したとしても、その際には、確定可能な予備行為の不法はもはや念頭に置かれていない⁷³⁾。十分な作業が施された刑法典は、具体的な刑法上の不法を内容とするのである。——こうして、刑法典はこの意味で必然的に断片的であり、同時に開かれてもいることになる。従って、ペンディングはいくらか咎める形で述べていたが、立法者は、自分の足下へと人間の生を押し流してくるものだけを把握するのだとすると、それは本当のところは非難では全くあり得ない。そうではなく、立法者の任務である作業の出発点を表示するものに他ならないのである。立法者は、ある事象が刑法の領域に属するのか否か、そして、当該の事象に刑罰という法律効果を結び付けることが自己に当然に認められるのか否かを答責的に判断しなければならない。この点に関しては、刑法自体の自由に依拠する体系から帰結として生じる、確固とした諸基準が存在する。決して容易ではない、このような任務を達成するために、立法者は、刑法に関する学 (Wissenschaft) の助力を求めるといふ正しい知見を有しているはずである。ここでの刑法は、法及び自由のために体系的なものでなければならない。そして、新たなテクノロジー、或いはグローバルに結合した世界の諸現象が問題となる場合にも、この点は当てはまるのである。

(訳注) ドイツ刑法238条は、処罰の対象となる「つきまとい行為」の具体例を1項1号以下で挙げているが、その5号では、「相当するその他の行為を行うこと」と非常に曖昧な形での規定がなされている。同条の制定の経緯及び内容については、齋藤純子・ドイツのストーキング対策立法——「暴力保護法」と「つきまとい処罰法」外国の立法233号 (2007年) 104頁以下を参照。

↘そのような保護に関わる論拠は、処罰の無制限の前倒しに対して何もせずにただ傍観するだけになってしまう。いや、それどころか惹き起こすことにすらなるであろう。この点については、再度、BT-Drucks. 16/11735 (刑法89条 a, 89条 b, 91条の導入に関する箇所) を見よ。

73) 前注で挙げた諸条文を参照。

[訳者あとがき]

本稿は、ボン大学のライナー・ツァツィック (Rainer Zaczyk) 教授¹⁾ が、ZStW 123 (2011), S. 691 ff. に掲載した講演原稿を翻訳したものである。注*にあるように、元になった講演は、2011年6月24日にライプチヒで開催されたドイツ刑法学会で執り行われている。本大会には、日本からも多くの参加者があり、訳者も Doktorvater であるツァツィック教授の講演を聞くために、馳せ参じた。

ツァツィック教授の講演の内容は、上記大会の基本テーマである「グローバルに結合した世界における断片的な刑法?」を受けて²⁾、刑法における体系性と断片性の関係を論じたものであり、講演後には活発な質疑応答がなされた³⁾。我が国では、体系的思考と問題的思考が対置されて論じられることはあるが、刑法が断片的なものである点は当然の前提とされているように思われる。これに対し、ドイツでは問題的思考がまずあって、そこから体系的思考へ向かったとの指摘がなされている⁴⁾。つまり、ドイツ刑法では体系的思考に問題的思考が対置されることなく、むしろ体系性と断片性の関係に焦点が定められていることになる。このような背景の相違から、ツァツィック教授の講演内容を我が国に紹介する意義は大きいと考え、同教授の許可の下、翻訳した次第である。

「体系的な刑法」からは、矛盾のない形で配列された論理的な構築物としての犯罪論体系及びその厳格な適用という、人間の生 (Leben) から断絶された一種無味乾燥なものが我々の眼前に置かれているイメージが湧き上がってくるかもしれない。しかし、ツァツィック教授が想定する「刑法の体系」はそのようなものではない。自由に基づく法秩序の下での刑法の体系は、実践の体系として、自由な主体が自己の活動を通じて、刑法の領域で自由を実現していくためのものであり、刑法に関わる全ての者 (研究者、

1) ライナー・ツァツィック教授の経歴及び業績については、<http://www.jura.uni-bonn.de/index.php?id=5238> を参照。

2) ほぼ同時期に公表された、この基本テーマを意識していると思われる論稿として、Roland Hefendehl, Der fragmentarische Charakter des Strafrechts, JA 6/2011, S. 401 ff. がある。

3) 当日の議論の概要は、Antje Schumann/Benno Zabel, Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 2011 in Leipzig, ZStW 123 (2011), S. 827 ff., 834 ff. に掲載されている。また、Susanne Beck/Brian Valerius, Fragmentarisches Strafrecht in einer global vernetzten Welt? - Bericht über die Vorträge und Diskussionen der 34. Strafrechtslehrertagung, RW 2011, S. 472 ff. も参照。

4) 松宮孝明『刑法総論講義 [第4版]』(2009年) 363頁参照。

実務家その他)は、それを意識して、自己の研究或いは実務の活動のいわば基準にしなければならない。本稿において、「体系的な刑法の要請は思考上の作業」であるとされているが、これはまさに体系的な刑法に適うように自己の活動を省察し、実際にそのような形で活動を行っていくことが、(法秩序において自由を普遍的に保障するための)理念として、刑法に関わる者達に課せられていることを意味する。つまり、普遍的な自由の保障という法秩序の理念の達成へ向けられた、一種の行動指針として想定されているのである。この行動指針に適う形で刑法を体系的に実践し、それに適切な内容を付与することは、刑法に携わる各人にまかされるが、各人が人格として行動指針に適った活動をなし得る(生得的な)能力を有している点は当然に前提とされている⁵⁾。ツァイツック教授は、一定の範囲で断片的な刑法にも意義を認めているが、これは、理念として体系的な刑法が要請されているとはいえ、生身の人間(想定されているのは、特に刑事立法者)ではその完全なる実現が困難である点を踏まえ、理念の達成へ向けられたものである限り、現状が断片的であったとしても、それを専ら暫定的なものとして一応肯定的に捉える態度であると解される。

5) このような思想は、法全般の基礎づけとの関係で、既に Rainer Zaczyk, *Über Begründung im Recht*, in: ders. u. a. (Hrsg.), *Festschrift für E. A. Wolff*, 1998, S. 509 ff. で見受けられた。